

인체 유래 생물학적 물질의 소유권

— 사체를 중심으로 —

정 규 원*

- I. 들어가며
- II. 소유권의 의미
- III. 인체 유래 생물학적 물질에 대한 소유권
- IV. 사체로부터 유래한 생물학적 물질의 소유권
- V. 결론

I. 들어가며

“대부분의 사람들은 사실로부터 이론을 보지 않고 이론으로부터 사실을 보네. 이미 인정된 개념의 그물망에서 빠져 나오지 못하지. 정말 우물 안에 갇힌 올챙이 같다네.”¹⁾

의료행위에서는 다양한 형태의 인체 유래 생물학적 물질이 생성된다. 진단을 위하여 혈액을 채취하는 경우 혈액검체가 생성되며, 생검(biopsy)의 경우도 인체의 조직이나 세포 등이 검체로 생성되게 된다. 또한 수술과정에서 획득된 검체가 슬라이드 등의 형태로 보관되기도 한다. 의료행위는 인체를 대상으로

* 논문접수: 2017. 6. 8. * 심사개시: 2017. 6. 8. * 게재확정: 2017. 6. 26.

* 한양대학교 법학전문대학원 교수: dike1@hanyang.ac.kr

* 본 논문은 미래창조과학부의 2016년 <법과학의 윤리적, 법적, 사회적 함의>연구(과제번호: 2014M3A9E1070338)의 지원을 받아서 작성되었습니다.

1) 아인슈타인이 1935년 8월 8일 슈뢰딩거에게 보낸 편지에서(Walter Moore, Schrödinger: Kife and Thought, Cambridge University Press, 1990 (루이자 길더/노태복 옮김, 『엄힘의 시대』, 부키, 2012, 289면에서 재인용.)).

로 하고 있기 때문에 거의 예외 없이 인체 유래 생물학적 물질이 획득된다. 이와 같이 의료행위 과정에서 생성된 인체 유래 생물학적 물질은 진단의 목적이 종료된 이후에도 교육이나 연구의 목적을 위하여 보관되기도 한다. 인체 유래 생물학적 물질은 질병의 예방·진단·치료를 목적으로 하는 좁은 의미의 의료 행위뿐만 아니라 사체를 부검하는 과정에서도 생성된다. 부검에서 획득된 인체 유래 생물학적 물질이 슬라이드 등의 형태로 보관되어 향후의 연구나 교육의 목적으로 이용되기도 한다.

인체나 인체 조직에 대한 연구는 그리스시대부터 시작되었지만, 로마제국의 멸망이후로는 해부학적 연구가 거의 이루어지지 않았으며 사체의 이용은 불법이 되었다. 15세기에 이르러서야 유럽에서는 인체와 인간 조직에 대한 연구가 이루어질 수 있게 되었다.²⁾ 최근에는 인체 유래 생물학적 물질이 진단이나 해부학적 용도로 뿐만 아니라 다양한 의생명과학연구에 활용되고 있다. 인체 유래 생물학적 물질의 획득 또한 다양한 경로를 통하여 이루어진다. 첫 번째로 연구 목적으로 획득되는 인체 유래 생물학적 물질이 있다. 두 번째로, 임상 목적으로 획득된 인체조직 중 남아 있는 인체 유래 생물학적 물질은 조직이 있다. 예를 들어 진단이나 수술 과정에서 획득된 조직이 그것이다. 세 번째로, 사체로부터 획득되는 경우가 있다. 네 번째로, 생식 과정에서 획득되는 난자나 정자, 배아 등이 있다.³⁾ 이러한 인체 유래 생물학적 물질들은 그 성질에 따라 약간 다른 형태의 규율을 받게 된다. 그러나 대부분의 경우 원래 생물학적 물질이 유래한 인간과는 다른 연구자나 임상가들에 의하여 사용된다는 점에서 과연 이러한 인간 유래 생물학적 물질의 소유권을 인정할 수 있는가 만일 소유권을 인정한다면 누구에게 소유권을 인정할 수 있는가의 문제가 대두된다. 현재 압도적인 견해는 인체 유래 생물학적 물질은 충분한 설명에 근거한 동의

2) A. O. Malomo, O. E. Idowu, F. C. Osuagwu, "Lessons from history: human anatomy, from the origin to the renaissance," *Int J Mophol* 2006; 24: 99-104.

3) Monica J. Allen, Michelle L. E. Powes, K. Scott Gronowski, and Ann M. Gronowski, "Human tissue ownership and use in research: what laboratorians and researchers should know," *Clinical Chemistry* 2010; 56: 11: 1675-1682.

(informed consent)에 의하여 이용 가능하다고 보고 있으며, 그러한 기증의 동의는 철회가 가능하기 때문에 만일 연구가 상당정도 진행되거나 연구자나 임상가가 보관하고 있는 인체 유래 생물학적 물질의 폐기가 요청되는 경우 복잡한 문제가 발생할 수 있기 때문이다.

또한 인체 유래 생물학적 물질이 살아 있는 사람으로부터 유래한 경우와 사체로부터 유래한 경우에는 소유권의 관점에서 동일하게 취급될 수 있는가의 문제가 고려되어야 한다. 살아 살아있는 사람은 통상적인 경우에 자신의 신체에 대한 처분권을 가진다는 데에 의문이 없다. 다만 그 처분의 범위가 문제가 될 뿐이다. 이러한 처분권은 자기결정권으로부터 유래한다는 것이 통설적 입장이다. 자기결정권은 인격권의 일종이기 때문에 살아있는 사람은 특별한 사정이 없는 한 보유하고 있다.⁴⁾ 하지만 사자의 경우에는 정신적 능력이 존재하지 않는다고 보기 때문에 자기결정권에 의한 신체의 처분을 할 수 없다. 다만 살아있을 때에 장기나 조직의 기증의사를 밝힌 경우 그 의사의 진정성이 인정되는 한에서 사후에도 그 기증의 의사가 유효하다. 현행 <장기 등 이식에 관한 법률>이나 <인체조직 안전 및 관리 등에 관한 법률> 등은 이러한 견해를 입법화한 것이다.

이하에서는 소유권의 의미를 살펴보고 인체로부터 유래한 생물학적 물질에 대한 소유권이 인정될 수 있는지를 살펴본 후 사체로부터 유래한 생물학적 물질⁵⁾의 소유권 인정 여부 및 그 내용에 대하여 검토하여 보고자 한다.

4) 자기결정권이 제한되는 경우는 자기결정 능력이 없거나 미약한 경우나 자유로운 자기결정을 할 수 없는 경우이다.

5) 사람이 사망함으로써 생물학적 작용은 종료하기 때문에 사체로부터 유래한 물질을 생물학적 물질이라고 할 수 있을지는 의문이다. 하지만 본 논문에서는 인체로부터 유래한 생물학적 물질이라는 용어에 포섭될 수 있도록 사체로부터 유래한 생물학적 물질이라는 용어를 그대로 사용하기로 한다. 이 문제는 향후에 다시 검토할 기회가 있을 것으로 생각된다.

II. 소유권의 의미

소유권은 단일한 권리가 아니라 개인이나 기관이 재산을 이용하고 관리하도록 허용하는 권리들의 집합이라고 정의할 수 있다. 소유권은 객체가 되는 물건을 소유하고, 이용하고, 파괴하고, 소비하고 그로부터 이익을 얻는 등의 권리를 포함하고 있다. Honoré는 소유권은 몇 가지 요소로 구성된다고 하는데 그가 제시한 요소는 다음과 같다; (1) 소유할 수 있는 권리, (2) 이용할 수 있는 권리, (3) 관리할 수 있는 권리, (4) 소득에 대한 권리, (5) 자본에 대한 권리, (6) 담보에 대한 권리, (7) 양도에 대한 권리 (8) 기한의 부재, (9) 해약을 방지할 의무, (10) 이행에 대한 의무, 그리고 (11) 기타의 특징들.⁶⁾ 여러 국가들의 소유권에 대한 법률 규정들은 대부분 Honoré의 이 개념들 내에서 정의되어 있다. 민법 또한 제211조에서 “소유자는 법률의 범위 내에서 그 소유권을 사용, 수익, 처분할 권리가 있다”고 규정하여 소유권의 내용은 사용, 수익, 처분이라고 하고 있다.

소유권은 인간의 외부에 있는 객체를 대상으로 하는 권리로서 인간은 주체이기 때문에 소유권의 대상이 아니다. 근대 법은 주체와 객체를 엄밀히 구분하여 인간은 권리의 주체가 되지만 객체는 아니라고 보고 있으며 인간과 관련된 사안은 인격권의 대상으로 파악한다. 하지만 소유권의 행사는 인간의 자유의지의 행사와 관련이 있다는 점에서 자율성과 무관한 것이 아니다.⁷⁾

Locke는 소유권을 인간의 기본적인 권리라고 생각하였다.⁸⁾ 소유권은 두 가지 중요한 기능을 하고 있는데 첫 번째는 사물을 이용하는 것이고 두 번째는 사회적 부를 분배 하는 것이다. 개인은 자신이 소유하고 있는 물건들에 대하여 원칙적으로 타인의 간섭 없이 마음대로 처분할 수 있다. 그렇지만 개인의 소유권은 타인의 소유권과도 조화를 이루어야 하는데 인간은 사회에서 살아가며 타

6) T. Honoré, Ownership, in: Making Law bind: Essays legal and philosophical, Oxford, Clarendon, 1987, pp. 165-179.

7) Kyu Won Jung, Ownership, in: Encyclopedia of Global Bioethics, Springer, 2016.

8) J. Locke, Two Treatise on Government, Part II, 7.

인과의 교류 속에 살아가기 때문에 양자의 권리가 충돌할 경우 이를 조화할 필요가 있다. 원칙적으로 개인은 자신이 보유한 소유권을 타인의 간섭 없이 행사할 수 있으며 소유권이 아닌 자가 소유권을 행사하기 위해서는 소유권자의 동의를 얻어야 한다. 하지만 소유권의 행사에도 몇 가지 제한이 있다. 소유권을 행사하고자 하는 개인은 자신의 소유권 행사가 도덕적 혹은 법적 규정이나 원칙들을 해하고 있는 것은 아닌지에 대한 고려를 하여야 하며, 자신의 소유권의 행사로 인하여 타인의 권리를 침해하여서는 아니 된다. <헌법> 제37조 2항은 국가안전보장, 질서유지 또는 공공복리를 위하여 필요한 경우에 법률로써 국민의 자유와 권리를 제한할 수 있다고 규정하고 있으며, <헌법> 제23조 2항은 재산권의 행사는 공공복리에 적합하도록 하도록 규정하고 있다. <민법> 제2조도 “① 권리의 행사와 의무의 이행은 신의를 좇아 성실히 하여야 한다. ② 권리는 남용하지 못한다.”라고 규정하고 있다. 또한 <민법> 제211조는 “법률의 범위 내에서”라는 규정을 통하여 소유권이 법률에 의하여 제한될 수 있음을 암시하고 있다.

또한 소유권은 배분적 정의와도 관련되어 있다. 세상에는 제한된 자원이 존재하기 때문에 특정한 개인이 특정한 물건을 소유한다는 것은 다른 사람들은 그 물건에 대하여 권리가 없음을 의미한다. 소유권과 관련하여 배분적 정의를 논의할 때에 두 가지 문제가 검토되어야 한다.⁹⁾ 첫 번째는 누가 권리를 가져야 하는가의 문제이며, 두 번째 문제는 그 물건에 대하여 어떠한 내용의 권리를 인정할 것인가의 문제이다. 개인이 타인과 더불어 사회 속에서 살아가고 있으며, 개인의 소유권 또한 사회 질서의 일부라는 점을 인정한다면, 소유권도 사회적 역할을 가지고 있다는 점을 인정하여야 할 것이다. 만일 소유권이 배분적 정의와 관련되어 있음을 인정한다면 특정한 대상에 대한 소유권은 그 대상의 특성에 따라 내용이 달라질 수도 있다는 점을 인정하기 쉬울 것으로 생각된다. 이러한 점은 인체로부터 유래한 생물학적 물질의 소유권 인정 여부와 관련하여 특

9) J. Christman, Property Rights, in: Encyclopedia of applied ethics, San Diego Academic, 1998, pp. 683-692.

히 의미를 가진다.¹⁰⁾

III. 인체 유래 생물학적 물질에 대한 소유권

인체 유래 생물학적 물질의 소유권을 검토함에 있어서는 몇 가지 점을 고려하여야 할 것으로 생각된다. 첫째, 인체로부터 유래한 생물학적 물질의 사용이 자율성 존중의 원칙으로부터 유래하는 공여자의 동의 모델만으로 해결 가능한가 아니면 소유권이라는 개념을 도입할 필요가 있는가의 문제가 검토되어야 한다. 둘째, 살아있는 사람으로부터 유래한 생물학적 물질과 사자로부터 유래한 생물학적 물질¹¹⁾의 법적 지위의 구별 문제이다. 셋째, 사자로부터 유래한 생물학적 물질의 사용에 있어서도 그 범위는 어디까지인가의 문제가 검토되어야 한다. 특히 부검에 수반하는 조직의 처리와 장기의 보유 문제는 동일한 선상에서 논의되어야 하는가? 병리학적 검사를 위하여 처리된 생물학적 물질이 전 시나 연구를 위하여 사용될 있는가? 사체 부검에 수반하여 획득된 조직을 연구에 이용할 수 있는가의 문제 등은 현실적으로 매우 중요한 문제이다.

인체로부터 유래한 생물학적 물질은 최근에 여러 가지 이유에서 주목을 받고 있다.¹²⁾ 의생명과학의 진행에 따라 인체 유래 생물학적 물질은 기존과는 다른 의미를 가지게 되었다. 첫째로 사체에 대한 부검이 공중보건에 중요하게 되었다. 부검을 통하여 여러 가지 정보를 얻을 수 있으며 질병의 원인과 진행과

10) 예를 들어 장기이식이나 조직이식의 경우 인체로부터 분리된 장기나 조직을 소유권의 객체로 본다면 누가 그 소유권의 주체이며 소유권자의 의사만으로 장기나 조직의 이식 대상자를 결정할 수 있는가의 문제가 검토되어야 한다. 현행 <장기 등 이식에 관한 법률>은 장기 제공자의 의사에 의하여 장기 이식자를 선정할 수는 없도록 하고 있다.

11) 사자로부터 유래한 물질에 생물학적이라는 표현을 사용할 있는지는 필자의 생각으로는 검토를 요하는 문제라고 생각한다. 다만 지금까지의 논문들이 대부분 양자를 구별하고 있지 않았기 때문에 잠정적으로 사자로부터 유래한 생물학적 물질이라는 표현을 사용하기로 하겠다.

12) J. K. Mason and G. T. Laurie, "Consent or Property? Dealing with the Body and its Parts in the Shadow of Bristol and Alder Hey," *The Modern Law Review Limited* 2001, 64:5, September, p. 712.

정 그리고 경우에 따라서는 치료에 중요한 정보를 제공할 수 있게 되었다.¹³⁾ 두 번째로, 장기이식이나 조직이식의 발달로 인하여 생존하여 있는 사람으로부터 유래한 생물학적 물질이건 사체로부터 유래한 생물학적 물질이건 그 의학적 유용성이 증가하게 되었다. 세 번째로, 인체 유래 생물학적 물질을 이용하여 연구를 진행하는 의생명과학의 발달이 급속하게 진행되고 있다. 네 번째로 인체 장기와 조직이 상업적 가치를 가지게 되었다. 다섯째로, 개인주의적 영향하에 인체가 주체의 확장으로써 도덕적 의미를 가지게 되었다. 이상과 같은 이유들로 인체로부터 유래한 생물학적 물질에 대한 도덕적·법적 지위에 대하여 종래의 이론으로는 설명하기 어려운 상황이 발생하고 있다.

생존하여 있는 인간이 소유권의 객체가 될 수 없음에 대해서는 이견이 없다. 한 개체로서의 개인은 소유권의 주체일 뿐 객체일 수는 없다. 이러한 입장에 의할 때 한 개인에게 결합되어 있는 장기나 조직의 일부 또한 소유권의 객체일 수는 없다는 결론에 이르는 것이 일반적이다. 하지만 살아 있는 인간으로부터 분리된 생물학적 물질에 대한 권리를 구성하는 법리는 소유권설과 인격권설이 대립하고 있다.¹⁴⁾ 현재 다수적 견해는 인체로부터 분리된 생물학적 물질에 대해서는 물건성을 인정하고 있다. 하지만 인체로부터 분리된 생물학적 물질이 물건성이 인정된다고 하여 그 자체가 완전한 소유권의 객체가 된다는 의미는 아니다. 일반적으로 인체 유래 생물학적 물질은 거래의 대상이 되지 않는다. 이러한 점 때문에 인체로부터 유래한 생물학적 물질은 금제물에 해당한다고 보는 입장도 있다.¹⁵⁾

인체 유래 생물학적 물질의 처분과 관련한 논의는 원래 자율성 모델로부터 출발하였다. 자율성 존중의 원칙이라는 도덕적 원칙이 이 문제를 해결하는 데

13) 우리나라에서는 아직 부검이 일반적이지 않지만 죽음의 원인을 밝히는 것은 개인의 삶의 역사에도 의미가 있을 뿐만 아니라 의학적으로도 의미를 가진다. 경우에 따라서는 특정 개인의 죽음의 원인이 사회적 의미를 가지기도 한다.

14) 최수정, “인체세포에 대한 법적 권리,” 재산법연구(제23권 제2호), 한국재산법학회, 2006, 101~105면.

15) 이정현, 박인걸, “인체유래물질의 재산권의 허용범위와 그 이용을 위한 관련법규의 정비 방안,” 법학연구(제37집), 한국법학회, 2010, 50면.

에 있어서 법률 보다 더 선호되었으며 그 산물이 충분한 설명에 근거한 동의이다. 이러한 윤리적 원칙은 비교적 최근에 법률에 편입되었다. 윤리적 판단은 그 자체로 독립적인 영역을 가지고 있으며 판단의 기준이라고 할 만한 원칙들을 가지고 있다.¹⁶⁾ 한편 법적 판단 또한 독립적인 분야이며 법률이라는 기준을 가지고 판단이 이루어지고 있다. <장기 등 이식에 관한 법률>, <인체조직 안전 및 관리 등에 관한 법률>, <생명윤리 및 안전에 관한 법률> 등은 인체로부터 유래한 장기나 조직 등을 제공할 때에 충분한 설명에 근거한 동의(informed consent)를 받도록 하고 있는데 이러한 법률의 태도는 자율성의 모델로부터 기인한 것으로 생각된다.

또 다른 해결책은 인체로부터 유래한 생물학적 물질에 대한 소유권을 인정하는 것이다. 소유권 모델을 인정할 때에는 몇 가지 장점이 있다. 첫째, 인체로부터 유래한 생물학적 물질이 공여자로부터 연구자나 의료인에게 양도되는 것을 보다 간명하게 설명할 수 있다. 두 번째로 배분적 정의의 관점에서 볼 때에도 장점이 있을 수 있다. 장기나 조직의 기증자가 특정한 기증 대상자를 지정하는 것이 금지한다면 자율성 모델을 관철하기는 쉽지 않다. 물론 자율성 모델에 의할 때 기증자는 기증의 의사에서만 자율성을 가질 뿐이고 기증 대상자에 대하여는 자율적 의사를 표시할 수 없다고 해석할 여지가 있다. 하지만 이러한 논리는 자율적 판단이 개인의 영역에서는 매우 강하게 관철되어야 한다는 관점에서 그리 만족스러운 해결책은 아니다. 특히 사자로부터 유래한 장기나 조직의 기증은 가족의 의사에 의하여 제한될 수 있다는 점에서 자율성 모델만으로 해결하는 것은 그리 쉬운 일이 아니다. 또한 인체로부터 유래한 생물학적 물질을 이용하여 경제적 이익이 창출된 경우에 그 이익을 생물학적 물질을 제공한 사람에게도 분배하는 것이 적절하지 않은가라는 의문도 있다.¹⁷⁾ 의생명과학의 발달은 인체로부터 유래한 생물학적 물질을 이용하여 커다란 경제적 이익

16) 물론 그 원칙들은 개별적인 윤리적 이론들에 따라 다르다.

17) 현재 인체로부터 유래한 생물학적 물질의 제공은 무상으로 이루어져야 한다. 다만 실비가 인정되는 경우들이 있다.

을 창출할 수 있다. 이 경우 창출되는 경제적 이익의 배분을 인체 유래 생물학적 물질의 제공자가 주장한다면 연구자의 입장에서는 경제적 부담이 클 수 있다. 대부분의 연구는 성공 보다는 실패의 확률이 크기 때문이다. 또한 이러한 경제적 이익의 분배는 경우에 따라서는 인체 유래 생물학적 물질을 거래한다는 것으로 판단될 수 있어서 인간의 존엄성을 해하는 것이 아닌가 하는 의문이 제기될 수 있다.¹⁸⁾ 이러한 점 때문 Moore 판결 등 대부분의 미국 사례들은 인체 유래 생물학적 물질에 대하여 소유권을 인정하지 않았다. 하지만 무상으로 제공된 인체 유래 생물학적 물질을 이용하여 연구자나 제약회사 등 의료 기업들이 커다란 경제적 이익을 얻는 것이 정의의 원칙에 합당하다고 할 수도 없다. 인체 유래 생물학적 물질에 연구자의 노력과 시간 그리고 다른 재화가 가공되어 경제적 이익이 커진 경우 그것에 대하여 이익을 배분해달라는 것은 적절하지 않다. 다만 연구에 이용할 목적을 가지고 인체로부터 유래한 생물학적 물질을 제공받은 경우 제공 당시에 예상되는 경제적 이익을 고려하여 어느 정도의 이익을 배분하는 것은 고려해 볼 수 있다고 생각된다.¹⁹⁾

인체로부터 유래한 생물학적 물질에 대한 소유권을 인정하는 것에 반대하는 가장 큰 논거는 인간 존엄성을 해할 수 있다는 것이다. 또한 현실적으로는 인체 유래 생물학적 물질의 매매가 가져 올 수 있는 부작용이 우려된다. 한편 논리적으로 보면 인체로부터 분리되기 이전에는 인체의 일부로 소유권의 대상이 아니지만 인체로부터 분리되는 순간에 소유권의 대상이 되는 물건이라는 이론은 무로부터 유가 창조되는 이상한 결과를 초래한다.

인체로부터 유래한 생물학적 물질은 몇 가지 점에서 여타의 물건과는 차이가 있다. 가장 중요한 차이는 인체로부터 유래한 생물학적 물질은 인격적 성격과 물질적 성격이 병존한다는 것이다. 사실 특정 개인으로부터 분리된 생물학

18) 매혈이나 장기매매의 경우를 생각할 수 있다. 이러한 매매를 허용하게 된다면 사회적 약자가 경제적 이익을 목적으로 자신을 상품화할 가능성이 있다.

19) 장거나 조직의 매매가 선형적으로 불법인 것은 아니다. 경우에 따라서는 난자나 정자 혹은 조직의 매매가 허용되는 경우도 있다.

적 물질에 인격성을 부여하는 것이 타당한가에 대해서는 의문이 있다. 전통적으로는 인체는 인격과 결합되어 있으므로 인체의 일부도 인격성을 가진다고 파악하여 왔다. 의생명과학, 특히 인간 유전학의 발달로 특정 개인으로부터 유래한 생물학적 물질은 그 개인의 유전적 특성을 그대로 보유하고 있기 때문에 그 개인의 유전정보가 분리된 생물학적 물질에도 그대로 남아있다. 따라서 개인의 유전정보가 개인의 인격성의 일부라고 보는 한 인체 유래 생물학적 물질은 그 범위 내에서 인격성을 가진다고 파악할 수 있을 것이다.²⁰⁾

앞에서 살펴보았듯이 소유권은 하나의 권리가 아니라 권리들의 집합체이다. 따라서 인체로부터 유래한 생물학적 물질의 소유권을 인정한다고 하더라도 그 내용은 소유권의 모든 권리들을 다 가질 필요는 없다고 생각된다.²¹⁾ 구체적인 인체 유래 생물학적 물질, 그리고 그에 대한 관점에 따라 소유권의 내용이 어떠한 요소들로 구성될지는 달리 판단될 수 있겠지만 현행법 상 적어도 매매의 객체가 되지 않음은 분명하다고 할 것이다.²²⁾ 또한 연구용으로나 혹은 학술용으로 생물학적 물질을 획득하여 의료인 혹은 연구자에게 양도하는 데에 동의하는 것은 폐기 혹은 철회의 조건이 부가된 양도의사로 보아야 할 것이다. 양도된 생물학적 물질을 제공한 자가 그 폐기를 요구한 때에 언제나 폐기를 하

20) 한편 생명복제기술의 발달로 DNA가 포함된 인체 유래 생물학적 물질이 있으면 인간 개체 복제가 가능하기 때문에 그 자체는 인간과 유사하며 인격권의 대상이지 물건이 아니라는 견해도 있다. 이 견해는 시체도 인체로서의 본질을 그대로 가지고 있다고 본다. (유지홍, “철단 생명의료과학에 근거한, 시체(屍體)의 민법상 지위 고찰,” 생명윤리정책연구(제8권 제2호), 생명의료법연구소, 2014, 160~161면.) 하지만 이 논리는 몇 가지 점에서 문제가 있는 것으로 생각된다. 첫 번째 개별 세포가 가진 DNA가 인간과 동일하다고 보기는 어렵다. 두 번째, 현재의 기술로는 인간개체복제는 가능하지 않다. 물론 장래의 어느 시점에 그것이 가능할 수도 있겠지만 법적 판단은 판단 시점에서 인정된 사실을 기준으로 이루어져야 할 것이다. 셋째, 위 논문은 배아에서 인간이 발생하는 것과 마찬가지로 사자의 경우에도 시체에서 인간이 발생할 수 있다는 점을 주장하고 있지만 배아의 발생은 생명으로의 발달과정이고 사자의 세포는 생명이 소멸되는 과정에 있는 것이다. 만일 이러한 주장을 받아들인다면 DNA가 남아있는 피부바리물이나 머리카락 등도 개별 인간과 동일한 정도의 인격권을 가진다고 보아야 할 것이다.

21) 이에 대한 자세한 설명은 Kyu Won Jung, Ibid.를 참조하기 바란다.

22) 매매의 객체가 되지 않는다는 것이 언제나 타당한지는 논란의 여지가 있다. 현재도 머리카락과 같은 경우에는 매매가 가능할 수 있고 일정하게 처리된 혈액의 구성성분에 대해서도 매매의 가능성이 남아있다.

여야 하는 것은 아니라고 생각된다. 연구자의 노력과 시간, 비용 등이 상당히 소요된 경우에는 가공의 법리를 유추하여 폐기 혹은 철회의 조건은 소멸하고 의료인이나 연구자는 조건 없는 소유권을 보유한 것으로 보아야 할 것이다.²³⁾

인체 유래 생물학적 물질은 특정 개인으로부터 유래하였기 때문에 그 개인의 인격성을 어느 정도 포함하고 있다고 여겨지고 있다. 특히 유전정보가 가지는 특성을 고려할 때 개인으로부터 분리된 생물학적 물질은 분리 이후에도 잠재적으로 그 개인과 연결되어 있다고 볼 수 있을 것이다. 그러나 익명화가 된 경우에는 인격성의 상당 부분이 소멸한다고 보는 것이 타당할 것이다.²⁴⁾

IV. 사체로부터 유래한 생물학적 물질의 소유권

사체는 형사사건에서의 부검, 해부의 대상이 되는 경우를 제외하고는 제사의 대상일 뿐이었다. 하지만 의생명과학의 발달로 사체로부터 유래한 생물학적 물질의 연구 용도의 사용이나 조직의 이식 등이 활발해지면서 사체의 소유권에 대한 검토가 필요하게 되었다.

일반적으로 권리의 주체는 살아있는 사람이기 때문에 사자는 권리의 주체가 아니다. 따라서 사자는 자율성이라는 인격성을 가진다고 보기 어렵다. 이러한 점 때문에 사체에 대해서는 물건성을 인정하는 것이 살아있는 사람의 경우보다는 훨씬 용이하다. 즉, 인격성과 물건성의 구분은 많은 경우에 살아 있는가 혹은 사망했는가의 문제에 근거하게 된다.²⁵⁾

23) 영미의 경우에도 “work and skill exception” 이론이 판례를 통하여 발전하여 왔다. 이 이론에 대한 자세한 설명과 비판은 Kyu Won Jung, Ibid.를 참조하기 바란다.

24) 익명화가 무엇을 의미하는가, 그리고 현대 과학기술의 발전을 고려할 때 익명화가 가능한가에 대해서는 또 다른 논의를 요한다. 본 논문에서는 일단은 익명화된 생물학적 물질이나 유전정보나 역학정보의 경우에는 그 특성에 따라 사용의 범위가 다르다는 현재의 입법례에 따른다.

25) 죽음을 인격체로서의 인간의 종말이라고 본다면 이때 인간의 개념은 무엇인가에 대한 검토가 필요하다. 뇌의 기능인가 아니면 인간이라는 종 자체가 인격성을 가지는 것인가? 합리적 판단을 할 수 있는 능력을 가지는 존재로서 권리의 주체이며 자신의 운명의 주체

사체의 법적 지위에 대해서는 다양한 견해가 제시되고 있다.²⁶⁾ 종래의 다수설과 판례는 사체에 대한 소유권을 인정하지만 그 소유권의 내용은 오로지 매장·제사 등을 할 수 있는 권능과 의무가 따르는 특수한 것이라고 보고 있다.²⁷⁾ 두 번째로, 사체에 관한 권리는 양도·포기할 수 없는 매장·제사에 관한 권리이며, 이에 따라 사체에 대한 권리는 일종의 관습법상의 권리라는 견해가 있다.²⁸⁾ 세 번째로, 사체의 물건성을 승인함과 동시에 인격적 요소도 같이 고려하는 견해가 있다.²⁹⁾ 이 견해에 의하면 사체에 대한 소유권을 인정하여도 구체적인 내용은 인격적 요소를 고려하여 결정하여야 한다고 한다. 네 번째로 사체에는 완전한 소유권이 인정된다는 견해가 있다.³⁰⁾ 사람이 소유권의 객체가 아닌 주체인 것은 생존한 때이며 사망으로 인하여 권리의 주체가 아니라 권리의 객체인 물건이 된다는 것이다. 다섯 번째로, 사체의 경우에도 물건성이 부정되어 소유권의 객체가 아니라는 견해가 있다.³¹⁾ 이 견해는 인간의 사후에도 인간의 존엄과 가치가 유지되어야 하며 사망으로 인하여 인격적 존재가 물건으로 바뀐다고 할 수는 없다고 한다.

사람이 권리의 주체가 되는 것은 생존한 경우이다. 따라서 사망한 경우에 살

라는 견해(John Rawls, "Kantian Constructivism in Moral Theory," 77 J. Phil. 1980, pp. 533-535.)도 있으며 신피질(neo-cortex)의 기능과 같은 과학적 개념에 근거한 주장(Joseph Fletcher, "Indicators of Humanhood: A Tentative Profile of Man," Hasting Center Report, 1972, p.1)도 있다. 인간의 자율적 결정이건 뇌기능이건 정신적 기능만을 고려한다면 뇌사를 인정하는 것이 보다 수월할 것이다. 하지만 선천적 무뇌아의 경우에는 인간으로 파악하기 어려울 것이다. 인간 생명은 정신적 기능과 육체적 기능의 총합이라고 보는 것이 보다 타당할 것으로 보이지만 이에 대한 논의는 본 논문에서는 다루지 않겠다.

- 26) 이에 대한 보다 자세한 논의는 유지홍, 전계논문, 145-153면을 참조하기 바란다.
 27) 박윤직, 김제형, 『민법총칙』, 박영사, 2012, 213면. 대법원 2008. 11. 20, 2007다27670도 이러한 전제에 있는 것으로 파악된다.
 28) 이태재, 『민법총칙』, 법문사, 1981, 183면. 이 견해는 첫 번째 견해와 다르지 않다는 주장도 있다.(강태성, 『민법총칙』, 대명출판사, 2013, 396면, 주)19.)
 29) 최수경, "인체에 대한 권리관계의 새로운 패러다임", 법학논총(제29권 제2호), 한양대학교법학연구소, 2012, 110면. 이 견해는 대법원 2008. 11. 20, 2007다27670이 이원론의 입장이라고 해석하고 있다.
 30) 성중모, "인체와 그 부분의 사법적 지위 - 대법원 2008.11.20. 선고 2007다27670 판결 평석을 곁하여 -", 고려법학(제69호), 고려대학교 법학연구원, 2013, 346-347면.
 31) 김상용, 『민법총칙』, 화산미디어, 2009, 279-280면; 백태승, 『민법총칙』, 집현재, 2011, 277면.

아있는 사람과 마찬가지로 완전한 권리의 주체가 된다고 보기는 어렵다. 또한 해부용이나 교육용으로 사체를 이용하는 경우, 연구 목적으로 사체의 일부를 사용하는 경우에는 어느 정도의 물건성을 인정할 수밖에 없을 것이다. 이러한 점에서 사체의 물건성을 완전히 배제하는 것은 어렵다고 보인다. 장기이식이나 조직이식의 경우에도 사체에 대한 소유권을 제한적으로나마 인정하고 있는 것이 판단된다. 한편 종래의 다수설이나 관습법상 관리권설은 사체나 사체의 일부를 임상용 혹은 연구용으로 이용하지 않는 한에서는 타당할 수 있지만 사체나 사체의 일부가 임상이나 연구에서 사용되고 있는 현실을 고려할 때 적절하다고 보기 어렵다. 특히 장기이식이나 조직이식을 설명하기는 어렵다고 생각된다. 이원설의 입장은 일견 타당성이 있어 보인다. 장기이식이나 조직이식 혹은 연구용으로 사체의 일부를 사용하거나 해부용으로 사체를 기증하는 등에서 사자의 의사가 매우 중요하다는 점에서 이원설은 사망자의 존중하는(?) 인격을 반영하고 있다고 생각된다. 즉, 자율성 모델을 취하고 있는 법률의 태도를 고려하면 이원설이 어느 정도 타당성을 가진다고 보인다. 다만, 사자의 의사에도 불구하고 가족 등의 반대가 있는 경우에는 장기를 적출할 수 없는 등 가족 등의 의사를 고려하는 점에서 사자의 인격권의 표현인 자율성은 제한을 받는 것을 어떻게 설명할 수 있을지는 의문이다. 또한 사자가 장기나 조직의 수여자를 특정할 수 없다는 점에서 소유권의 주체를 누구로 보아야 할 것인지도 검토되어야 한다. 완전한 소유권설은 사체가 인격권을 가지지 않는다는 점을 고려할 때 일견 타당해 보인다. 그런데 소유의 주체를 가족 등으로 본다면 역시 장기나 조직의 이식에서 수여자를 특정할 수 없다는 문제가 발생한다. 또한 가족만이 소유권자가 된다면 사자의 의사를 반영할 수 없다는 문제도 발생하게 된다. 특히 소유권자로 인정받는 가족 등이 경제적 이유에서 사체를 처분하는 등 사체에 대한 매매도 인정하게 될 여지가 있다.

사체에 대한 소유권 인정에 대하여 주저하는 가장 중요한 이유는 아마도 두 가지 정도일 것으로 생각된다. 첫 번째는 조금 전까지 심장이 뛰고 숨을 쉬던 살아있던 사람이 한 순간에 물건으로 되는 것에 대한 감정적 혼란일 것이다. 두

번째로는 사체의 매매 등 소유권을 인정할 경우 발생하게 될 부작용일 것이다. 이 두 가지 이유 모두 공통적으로 인간의 존엄성을 전제하고 있는 것으로 생각된다.³²⁾

하지만 사체에 대한 소유권을 인정한다고 하여 위와 같은 문제들을 방지할 수 없는 것은 아니다. 인체 유래 생물학적 물질의 소유권에 관한 논의에서 보았듯이 사체나 사체의 일부의 경우에도 그 소유권의 구성 요소를 확정함에 있어서 매매를 제한하는 방법으로 부작용을 해소할 수 있을 것으로 생각된다.³³⁾

사체나 사체의 일부의 경우에는 오히려 누가 소유권의 주체가 되는가에 대한 검토가 쉽지 않다. 살아있을 때의 개인이 그 사체나 사체의 일부의 소유권의 주체가 된다는 견해는 일견은 타당해 보이지만 사망 이후에는 아무런 권리의 주체도 되지 못한다는 점에서 법적으로 받아들이기에 어려움이 있다.³⁴⁾ 두 번째로 유족이 소유권의 주체가 된다는 견해가 있다. 대법원은 사람의 유체나 유골은 매장, 관리, 제사, 공양의 대상이 되는 유체물이며 분묘에 안치되어 있는 선조의 유체나 유골은 제사주재자에게 승계된다고 보고 있다. 이 판결은 생전처분의 구속력은 망인의 인격권을 근거로 인정될 수 있지만 실정법이 망인의 인격권에 대하여 보호규정을 두고 있지 않기 때문에 망인의 인격권을 일반적으로 인정하는 것에는 신중하여야 한다고 한다.³⁵⁾ 유족에게만 사체나 사체의 일부에 대한 소유권을 인정한다면 사자의 생전 의사가 무시되고 유족의 이익에 따라 사체나 사체의 일부가 처분될 가능성이 있다. 제사 등 특수한 목적을 위해서만 사체나 사체의 일부에 대한 소유권을 인정한다면 큰 문제가 없겠으나 의생

32) 사체를 소유권의 객체로 인정하지 않는 것이 인간 존엄성과 연관되어 있다는 설명은 J. K. Mason and G. T. Laurie, Ibid., p. 714면을 참조하기 바란다.

33) 하지만 사체나 사체의 일부의 경우에는 살아있는 사람으로부터 유래한 생물학적 물질의 경우 보다는 더 완전한 소유권을 인정하는 것이 타당하지 않을까 생각한다.

34) 이 문제는 인격권으로 사체나 사체의 일부의 처분을 해결하려고 하는 경우에도 동일하게 발생한다.

35) 대법원 2008. 11. 20, 2007다27670. 이러한 다수의견에 대하여 유체의 귀속과 분묘의 귀속은 분리되어 판단되어야 하며, 유체의 사후 처리에 대해서는 망인의 종교적인 의사가 일차적 기준이 된다는 반대의견이 있다.

명과학연구 등에 사용될 목적으로 사체나 사체의 일부를 양도하는 경우에는 사자와 사자의 유족 간에 이익의 충돌이 발생할 수 있다. 세 번째 견해로는 사자와 사자의 유족이 공동으로 사체나 사체의 일부에 대한 소유권을 보유한다는 견해가 있을 수 있다. 하지만 사자와 유족의 사체나 사체의 일부에 대한 처분의 의사가 다를 경우에는 누구의 의사를 우선하여야 하는지에 대한 문제가 발생한다. <장기 등 이식에 관한 법률>이나 <인체 조직 안전 및 관리 등에 관한 법률>은 사자와 유족의 의사를 모두 고려하도록 하고 있다.³⁶⁾ 사체나 사체의 일부에 대한 소유권을 인정하고 사자가 생전에 자신의 사체에 대한 처분의 의사표시와 유족은 사후에 처분의 의사표시가 합치되는 경우에만 사체나 사체의 일부에 대한 처분이 가능하다고 본다면 이 문제는 어느 정도 해결된다. 하지만 사자에게 소유권을 인정할 수 있는가에 대한 문제는 여전히 남게 된다. 네 번째로, 사체나 사체의 일부는 국가나 사회에 귀속된다는 견해이다. 인간은 살아있을 때에는 권리의 주체가 되지만 사망한 때부터 아무런 권리의 주체가 될 수 없으며 단지 물건에 불과하며 유족도 새로운 권리를 취득할 수 없고 그 개인이 삶을 영위하였던 국가나 사회공동체가 사체에 대한 소유권을 취득한다는 이론이다. 이러한 이론에 의할 때에는 사자나 유족의 의사와는 무관하게 혹은 경우에 따라서는 그 의사에 반하여 국가나 사회공동체의 이익을 위하여 사체나 사체의 일부를 처분할 수 있게 된다. 장기이식이나 조직이식을 목적으로 사체를 처분하고자 할 때에 이러한 주장이 대두되는데, 그 개인이 살아있을 때에 사회의 구성원으로써 권리와 의무를 누렸기 때문에 사체도 그 사회에 귀속되며 장기나 조직 이식 목적으로 사체로부터 장기나 조직을 획득할 수 있다는 것이다. 만일 사체에 대한 소유권을 국가나 사회공동체가 보유하게 된다면 장기 부족이 문제가 되는 장기이식의 문제를 어느 정도 해소할 수 있다. 장기 이식의 경우 장기 공여자의 의사와는 무관하게 장기 수여자를 정하는 것은 소유권적 관점에서 보면 장기가

36) 물론 동법의 규정들은 사체에 대한 소유권을 인정한 것이기 보다는 인격권에 근거한 처분으로 파악하는 것이 다수적 견해이다. 즉 소유권 모델이 아니라 동의 모델이라고 파악된다.

공공재라는 측면이 반영되었다고 해석할 수도 있다.

사체나 사체의 일부에 대한 소유권을 누구에게 귀속시킬 것인가의 문제는 쉬운 판단이 아니다. 필자의 생각으로는 일차적으로는 사자의 생전 의사가 중요하다 생각된다. 사자가 살아 있을 때에 자신의 신체에 대한 처분의 의사가 사망한 이후에도 영향을 준다고 보는 것이 타당하지 않을까 생각한다. 다만 이때의 의사는 인격권만이 아니라 자신의 사체에 대한 소유권적 성격도 가지는 의사로 파악하는 것이다. 생전에 유산에 대한 상속의 의사를 표시하는 것이 사망 이후에 실현되는 것과 마찬가지로 생전에 자신이 사망 후 자신의 신체에 대한 처분의사의 표시가 사후에 실현된다고 해석하는 것이다. 이차적으로는 유족의 소유권을 인정하는 것이 타당할 것이다. 유족은 사자의 사망으로 인하여 사체나 사체의 일부에 대한 상속을 받게 되고 그 후에 자신의 소유권에 기하여 사체나 사체 일부에 대한 처분을 하는 것이다. 다만 이때 처분에는 사자의 의사가 존중되어야 한다는 조건이 붙어있는 것이다. 소유권의 행사에는 그 객체의 특성 등을 고려하여 소유권의 본질을 해하지 않는 한 사회적 제약이 있을 수 있을 것이다.³⁷⁾

사체나 사체의 일부에 대한 소유권과 관련하여 검토하여야 할 또 다른 문제는 부검이나 진단 목적으로 획득한 인체 유래 생물학적 물질을 연구 목적이나 전시 목적으로 사용할 경우 새로운 처분이 필요한가이다. 사체나 사체의 일부가 획득되는 첫 번째 경우는 사자나 유족의 처분의사에 의한 경우이다. 사망의 원인을 알기 위하여 사자의 생전 의사나 유족의 의사에 의하여 부검을 한 경우 부검 후 만들어진 검체 슬라이드를 연구나 교육 목적으로 계속 사용하거나 사체 자체를 연구나 교육 목적으로 사용하는 것은 최초의 처분의사의 내용에 포함되어 있어야 가능하다고 생각된다.³⁸⁾ 두 번째로 형사절차에서 변사자에 대

37) 개인의 유전적 특성은 유족 등과 상당 부분이 공유되고 있다는 점에서 사체나 사체의 일부를 연구 등의 목적으로 사용할 때에 유족 등이 그에 대한 이익을 공유하게 된다. 한편 좀 더 확장하면 유전정보는 개인적 성격뿐만 아니라 그 개인이 살아온 공동체적 성격을 반영하고 있다는 점에서 공동체의 이익도 반영되어 있다고 볼 수도 있다.

38) <시체 해부 및 보존에 관한 법률> 제16조는 의학의 교육 또는 연구를 위하여 시체의

한 부검을 통하여 얻어진 사체의 일부에 대한 처리는 유족의 의사가 그 사체의 일부가 형사절차의 목적에서 사용되는 근거에 비추어 제한될 수 있다고 생각된다.³⁹⁾

V. 결론

도덕적·윤리적 기준들이 지속적으로 변화하는 것은 다윈주의 사회의 매우 핵심적인 것이고 이러한 변화는 법률에 영향을 준다.⁴⁰⁾ 사체를 포함한 인체 유래 생물학적 물질에 대한 권리의 문제는 종래에 인격권을 중심으로 해결하여 왔다. 인격권과 소유권의 구분은 인간은 권리의 객체가 아니며 권리의 주체이고 인간의 외부에 있는 존재들은 권리의 객체라는 이분법에 근거한 것이다. 이러한 논리의 내부에는 인간의 정신적 활동에 대한 부분, 즉 인격은 물리적 존재와는 구분된다는 심신이원론이 자리 잡고 있는 것으로 생각된다.⁴¹⁾⁴²⁾ 인간

전부 또는 일부를 표본으로 보존하려는 경우에는 그 유족의 동의를 서면으로 받도록 하고 있다.

39) 한편 종래에 인수자가 없는 시체가 발생한 경우 지방자치단체의 장이 의과대학의 장에게 통지하고, 의과대학의 장이 교육이나 연구를 위하여 시체의 제공을 요청할 때에는 그 요청에 따르도록 하여 무연고 시체를 의과대학의 연구용 등으로 활용할 수 있도록 하고 있었던 <시체 해부 및 보존에 관한 법률>은 헌법재판소의 위헌 결정(2015.11.26, 2012헌마940)에 따라 개정되었다 유적이나 본인의 동의가 있는 경우에만 원칙적으로 해부가 가능하다.

40) J. K. Mason and G. T. Laurie, Ibid., p. 710. 대법원(대법원 2008. 11. 20, 2007다27670)도 유체인도와 관련된 판결에서 유체의 처분에 대하여 변화하는 사회적 환경이나 가치를 반영하고 있다. 이에 대한 법철학적 검토는 임미원, “대법원의 유체인도 판결의 법철학적 고찰,” 법조 8(vol. 683), 2013, 264~303면을 참조하기 바란다.

41) 종교적인 측면을 고려하지 않는다면.

42) 토론과정에서 소유권과 인격권을 구분하는 현재의 법이론이 데카르트의 심신이원론으로부터 기원하는 것인데 이러한 구분은 여전히 존중되어야 하는 것이 아닌가 하는 의견이 있었다. 이러한 전제는 어느 정도 타당하다고 생각된다. 하지만 데카르트의 심신이원론적 태도가 왜 주장되었는지는 좀 더 고려해 보아야 할 것으로 생각된다. 17세기의 철학은 “갑각이 드러내는 것의 특정 가능한 속성들에 수학적 기술 - 그리고 언어를 적용하는 것이 발견과 설명의 유일하고도 올바른 방법”이라고 생각하였으며 데카르트도 자신의 논증에 수학적 구조를 부여하려고 하였다(이샤야 벌린/정병훈 옮김, 『계몽시대의 철학 - 18세기의 철학자들 -, 서광사, 1992, 17면을 참고하기 바란다.) 이에 더 나가 18세기

이 자율성에 근거한 자기결정권을 가진다는 것이 인격권 모델의 근거에 있다. 그런데 인간의 자기결정권은 소유권에도 영향을 미치고 있다. 물건에 대한 처분도 자기결정의 한 부분인 것이다. 또한 인간의 정신적 활동⁴³⁾은 인간의 물질적 존재로서의 생물학적 활동과 엄격하게 분리되어 이루어지지 않는다. 생물학적 상황이 특정 개인의 인격적 활동에 영향을 주고 있으며, 인격적 판단이 자신의 신체 활동에 영향을 준다. 양자의 구분이 엄밀하게 가능한 것인가 혹은 양자의 연결성이 어떠한 형태로 이루어지는 것인가는 과학적 연구를 통하여 앞으로 더욱 많은 것이 알려질 것으로 기대한다. “우리는 과학과 철학이 결합하여 점진적으로 발전시키면서 심층에 있는 존재 자체에 도달한다.”⁴⁴⁾

법적 판단은 규범적 판단이지만 그 규범적 판단은 고정된 것이 아니며 과학적 사실을 반영하고 사회적 가치 및 상황을 반영하여 변화하고 발전하여야 한다. 사체를 포함하여 인체에 대한 소유권을 논의할 때에도 이러한 점은 고려되어야 한다. 앞에서 살펴보았듯이 인체의 연구 목적 혹은 경제적 활용은 나날이 증가하고 있으며 이러한 변화는 의생명과학의 발전에 따라 더욱 증가할 것이다. 또한 그 활용의 방법도 현재로서는 예측하지 못하는 방향으로 이루어질 가능성도 있다.⁴⁵⁾ 이러한 변화를 고려할 때 인체에 대한 소유권 인정하는 것이

의 철학인 계몽주의는 과학적 성과에 기반하여 철학을 구축하고자 하였다. 로크는 “철학자의 작업은 객관적 사실들을 발견하는 과학자들의 작업에 보조적인 것이어야 한다”라고 까지 주장하였다.(이사야 벌린/정병훈 옮김, 전개서, 42면을 참고하기 바란다.). “계몽주의는 과학적 원리를 토대로 사회생활을 합리화하려는 철학운동이며, 그 안에서는 개인권리라는 정치적 원칙으로 표현되는 인간 자유의 이상을 진지하게 받아들이려는 강력한 규범적 추동력이 작동한다”(이언 사피로/노승영 옮김, 『정치적 도덕적 기초』, 문학과지성, 2017, 16면.)라는 것이다. 즉 근대 법의 기초가 된다고 말할 수도 있는 계몽철학은 그 근원에 당대의 과학적 발견들을 전제하고 있는 것이다. “과학에 대한 철학과 개인 권리의 중시는 둘 다 계몽주의적 정치의식의 기본요소이다.”(이언 사피로/노승영 옮김, 전개서, 33면.) 우리는 데카르트를 비롯하여 근대 법이론들의 기반이 되는 사고를 제시한 학자들의 방법에 주목하는 것이지 그 사실적 성과에 주목하기는 어렵다고 생각된다. 그들이 전제하였던 과학적 지식이나 경험들이 변화하였으며 따라서 변화한 사실들에 근거하여 이론을 재정비하는 것이 그들이 원래 추구하였던 목적에 합치하는 것이라고 생각된다.

43) 인격적 활동이 무엇인지가 분명치 않지만 이것을 포함하여.

44) 바르텔르미 마돌/류종열 옮김, 『처음 읽는 베르그송』, 동녘, 2016, 156면.

45) 예를 들어 자신으로부터 유래한 생물학적 물질이나 유전정보나 의학정보를 포함한 개인 정보의 연구에 사용할 것을 동의한 경우 그것이 은행 형태로 보관되어 있다가 나중에

더 타당한 것이 아닌가 생각된다. 현재 이론은 인체로부터 분리된 생물학적 물질의 경우에는 물건으로 파악하고 있는데 인체 자체에 대한 소유권 인정도 보다 적극적으로 검토할 필요가 있다고 생각된다. 분리된 순간에 물건이 된다는 것은 무에서 유가 창조되는 것이 되어서 논리적으로는 그리 적절해 보이지 않으며 소유권이 개별적 객체에 따라 서로 다른 구성요소들을 가질 수 있으며 사회적 제약을 받는다는 점을 고려할 때 소유권을 인정하되 그 내용을 제약하는 형태로 나아가는 것이 변화하는 현실에 적합하고 실질적으로 생물학적 물질이나 사체의 제공자의 이익을 더 잘 보호할 수 있지 않을까 생각된다. 이러한 사고가 배분적 정의의 관점에서 볼 때에도 더 타당한 결론에 도달할 수 있지 않을까 생각된다.⁴⁶⁾ “완전히 이루어진 것은 실재적인 것이 아니며, 공작인과 지성인의 인공산물이다. 이루어지고 있는 것은 항상 새롭고, 유일하고, 운동자이며, 실재적인 실체이다.”⁴⁷⁾

과학적 사실은 고정된 것이 아니며 이론은 사실에 근거할 때에 그 효력을 갖는 것이라고 생각된다.⁴⁸⁾ “한 이론의 목적은 어떻게 실시하는지 이미 알고 있는 관찰을 통해 나온 결과들의 상관관계를 밝히는 것뿐만 아니라 새로운 종류의 관찰 및 그 관찰의 결과들을 예측할 필요성을 제시하는 데 있다. 실제로 한 이론이 새로운 종류의 관찰 및 그 관찰의 결과들을 올바르게 예측할 필요성을 더 잘 제시할수록, 이 이론이 현상의 실제 특성들을 잘 드러낼 수 있다는 확신이 더 커진다.”⁴⁹⁾ 구체적인 사실로부터 가설을 추론하고 그 가설이 어느 정도

어떠한 방식으로 사용될지는 현재 예측하기 어렵다. 제공자가 특정한 연구에 사용할 것을 동의한 경우 나중에 보관되어 있는 잉여물이나 정보를 다른 형태로 사용하는 것은 금지되어야 하는가? 현재 정보의 경우에는 익명화가 되면 특별한 제한 없이 사용될 수 있으며, 생물학적 물질의 경우에도 향후 연구에 이용한다는 동의를 하고 익명화하여 사용하고 있다.

46) 이익의 배분이라는 관점은 인체 유래 생물학적 물질의 매매를 어느 정도 용인하는 측면이 있는 것이 사실이다. 인체 유래 물질의 매매를 금지하는 이유는 인간의 존엄성에 반하고 매매로 인하여 사회적 약자가 착취당할 우려 때문인데, 시장경제에 맡기는 형태의 매매는 금지되어야 할 여지가 있지만 경제적 약자의 착취라는 부작용을 방지할 수 있는 정도에서 사회적 제약이 개입된 형태의 이익 배분은 고려할 필요가 있다고 생각된다.

47) 바르텔르미 마돌/류종열 옮김, 전게서, 155면.

48) “관념에 의하여 존재가 변화하는 것은 아니다.”(이사야 벌린/정병훈 옮김, 전게서, 44면.)

사실⁵⁰⁾에 합치할 때 그것은 그 시점에서 이론으로 받아들여질 수 있을 것이다
하지만 사실이 변화하면⁵¹⁾ 이론은 사실에 따라 수정되어야 한다. 이론이 선형
적으로 존재하고 이에 사실을 우겨넣으려는 것은 우매한 일이다.

49) David Bohm, "A Suggested Interpretation of the Quantum Theory in Terms of Hidden Variables," (I and II), Physical Reviews 85, No. 2, 1952, p. 189 (루이자 길더/노태복 옮김, 『업힘의 시대』, 부키, 2012, 341면에서 재인용.).

50) 이때의 사실은 당대의 지식과 경험에 의하여 잠정적으로 확정된 사실을 의미한다.

51) 인간 인식의 한계와 현상의 변화로 인하여 사실 또한 유동적임을 인정하여야 할 것이다.

[참 고 문 헌]

- 강태성, 『민법총칙』, 대명출판사, 2013.
- 김상용, 『민법총칙』, 화산미디어, 2009.
- 바르텔르미 마돌, 류종열 옮김, 『처음 읽는 베르그송』, 동녘, 2016.
- 백태승, 『민법총칙』, 집현재, 2011.
- 루이자 길더, 노태복 옮김, 『엄힘의 시대』, 부키, 2012.
- 성중모, “인체와 그 부분의 사법적 지위 - 대법원 2008.11.20. 선고 2007다27670 판결 평석을 겸하여 -,” 『고려법학』 제69호, 고려대학교 법학연구원, 2013.
- 유지홍, “첨단 생명의료과학에 근거한, 시체(屍體)의 민법상 지위 고찰,” 『생명윤리정책연구』 제8권제2호, 생명의료법연구소, 2014.
- 이시아 벌린, 정병훈 옮김, 『계몽시대의 철학-18세기의 철학자들-』, 서광사, 1992.
- 이언 사피로, 노승영 옮김, 『정치의 도덕적 기초』, 문학동네, 2017.
- 이정현·박인걸, “인체유래물질의 재산권의 허용범위와 그 이용을 위한 관련법규의 정비방안,” 『법학연구』 제37집, 한국법학회, 2010.
- 임미원, “대법원의 유체인도 판결의 법철학적 고찰,” 『법조』 8(vol. 683), 2013.
- 최수정, “인체세포에 대한 법적 권리,” 『재산법연구』 제23권 제2호, 한국재산법학회, 2006.
- _____, “인체에 대한 권리관계의 새로운 패러다임,” 『법학논총』 제29권 제2호, 한양대학교법학연구소, 2012.
- A. O. Malomo, O. E. Idowu, F. C. Osuagwu, “Lessons from history: human anatomy, from the origin to the renaissance,” Int J Mophol 2006; 24: 99-104.
- J. Christman, Property Rights, in; Encyclopedia of applied ethics, San Diego Academic, 1998, pp. 683-692.
- J. K. Mason and G. T. Laurie, “Consent or Property? Dealing with the Body and its Parts in the Shadow of Bristol and Alder Hey,” The Modern Law Review Limited 2001, 64:5, September, pp. 710-729.
- Kyu Won Jung, Ownership, in; Encyclopedia of Global Bioethics, Springer,

2016.

Monica J. Allen, Michelle L. E. Powes, K. Scott Gronowski, and Ann M. Gronowski, "Human tissue ownership and use in research: what laboratorians and researchers should know," *Clinical Chemistry* 2010; 56: 11: 1675-1682.

T. Honoré, Ownership, in; *Making Law bind: Essays legal and philosophical*, Oxford, Clarendon, 1987.

[국문초록]

인체 유래 생물학적 물질의 소유권
- 사체를 중심으로 -

정규원(한양대학교 법학전문대학원)

전통적인 법이론에 의하여 인간은 권리의 주체이기 때문에 인체로부터 유래한 생물학적 물질은 권리의 객체가 될 수 없다. 하지만 의학과 생명과학의 발전으로 인하여 인체로부터 유래한 생물학적 물질은 다양한 용도로 사용되고 있으며 인체로부터 유래한 생물학적 물질의 객체성 여부와 소유권 인정 여부에 대한 논의는 지속적으로 제기되고 있다.

인체로부터 유래한 생물학적 물질을 법적으로 파악하는 이론은 전통적으로 자율성에 근거한 모델이었으며 현재도 그것이 가장 보편적으로 받아들여지고 있다. 하지만 자율성 모델에 의하여 인체로부터 유래한 생물학적 물질을 파악할 경우 인체로부터 유래한 생물학적 물질을 다루는 현실을 제대로 설명할 수 없을 뿐만 아니라 오히려 배분적 정의의 측면에서 볼 때 적절하지 못한 결론에 도달할 수도 있다는 의문이 제기되고 있다.

인체 유래 생물학적 물질을 소유권의 객체로 파악하려는 소유권 모델은 인간의 존엄과 가치에 반하는 이론 구성이라는 의혹을 받고 있다. 하지만 소유권은 단일한 권리가 아니며 다양한 권리들의 집합체이며 그 내용이 어떻게 구성될 것인가는 객체의 특성 등을 고려하여 판단하면 될 것으로 생각된다.

본 논문은 인체 유래 생물학적 물질의 소유권 전체 보다는 일단 사체로부터 유래한 물질의 소유권 인정 여부를 중점적으로 다루었다. 이를 통하여 인체 유래 생물학적 물질 전반에 대한 법이론적 고찰이 현재의 과학적 사실에 적합한 형태로 이루어지기를 기대한다.

주제어: 인체 유래 생물학적 물질, 소유권, 사체의 소유권, 자율성 모델, 소유권 모델

Ownership of Human Biological Material - Concerning on Dead Body -

Kyu Won, Jung

Professor of Law, Law School, Hanyang University

=ABSTRACT=

Ownership is the bundle of rights that allow a person or institute to use and control an object. As the biomedical science is advanced, we should consider whether human biological material should be recognized as property.

Whether separated parts of the human body can be objects of ownership is a different issue. Many thought that separated parts of the human body could not be objects of ownership. This idea is primarily based on this thought: even if a piece of human biological material is separated from a person, it still relates to that person, and if treated as a thing, human dignity may be harmed. However, some commentators have admitted separated parts of the human body into the realm of property.

Though a person owns his/her body or body parts, this does not mean that he/she can do anything he/she desires. There are many natural and social limitations to exercise the ownership of human biological material as discussed above. Human dignity is the core consideration whether or not we recognize that ownership of human biological material biomedical research and knowledge.

Keyword: Human biological material, Ownership, Ownership of Dead Body, Autonomy Model, Property Model