

## 死體 및 人體로부터 派生된 物質의 歸屬權者

宋榮珉\*

- |                   |                        |
|-------------------|------------------------|
| I. 서론             | IV. 人體로부터 파생된 물질의 귀속권자 |
| II. 문제해결의 접근방법    | 1. 人體파생물질의 분류와 특징      |
| III. 사체의 귀속권자     | 2. 人體파생물질의 귀속권자        |
| 1. 사체의 법률상 “물건” 성 | V. 결론                  |
| 2. 死體의 歸屬權者       |                        |

## I. 서론

현행의 국내법 체계는 人體와 관련하여 시체해부 및 보존에 관한 법률, 장사 등에 관한 법률, 혈액관리법, 장기등 이식에 관한 법률, 폐기물관리법, 인체조직안전 및 관리등에 관한 법률 등의 개별적인 법률을 두고 있다. 또한 민법의 재산편이나 친족상속편, 그리고 형법 등에서 신체 관련 사항들이 극히 부분적으로 포함되어 있다.

인체생명 공학기술의 발전은 인간의 신체전부나 일부분이 일상생활에서 치료나 이식, 의약품 그리고 미용 등으로 활용되는 재료로서의 가치를 창출케 하였다. 이러한 현상은 현행의 소유권법 체계가 신체의 일부분에도 미치는가라는 의문을 갖게 만든다. 즉 일반적으로 소유권은 객체를 소유할 수 있고, 배타성을 가지며, 처분·사용할 수 있고, 과실 내지 수익을 향유할 수 있으며 파괴할 수도 있는 권리이다(민법 제211조). 그러므로 사체나 人體로부터 파생된 물질(human substance)에 대하여 소유권에 관한 이러한 속성은 어느 정도까지 적용될 수 있는가에 대하여 많은 논란이 있다. 이에 대하여 위에서 열거한 소유권 형성 요소 중에 적어도 소유, 처분, 배타성만은 적용가능한 것으로 하자는 학설도 유력하다.

\*동아대학교 강사 / 법학박사

장기등 이식에 관한 법률·시체해부 및 보존에 관한 법률, 장사등에 관한 법률 등과 같은 현행법체계상 장기 등에 관한 제한적인 소유권을 인정하고 있다. 이식을 위한 장기의 기증행위 자체가 이미 인체의 일부분에 대한 소유개념을 전제로 하고 있다. 왜냐하면 법관념에 의한다면 소유하지 않는 것은 증여하거나 기증할 수는 없다고 보기 때문이다. 그런 점에서 인간의 장기나 세포조직이 한 사람에게서 다른 사람에게로 양도되는 모든 방식은 이미 재산 내지 소유와 관련된 권리집합을 전제로 하고 있다고 해야 한다. 또한 인간이 권리의 주체라면 인간의 신체로부터 나온 것들은 통상적으로 권리의 객체를 구성해 왔다. 인체로부터 파생된 것 중에는 권리의 객체로서의 지위가 비교적 분명한 것들이 있는가하면(예컨대 머리카락, 혈액 등) 그렇지 않는 것들(예컨대 태아, 사체)도 있다. 특히 후자에 대해서는 전통적으로 법에서는 이러한 대상들에 대한 법적 지위를 명확하게 선언하기를 주저해 왔다. 그러면서도 대체로 권리주체의 지위를 인정하지 않음으로써 우회적으로 그것들의 객체적 성격을 드러내 주었다. 그러므로 사체나 인체파생물질의 이용에 관해서도 기본적으로 소유권의 관념을 생각할 수 있고 소유권의 귀속권자가 존재한다.

그러나 이러한 귀속권자 문제는 현행법 체계하에서는 지엽적인 문제점만을 해결하는 방향으로 전개되고 있다. 예컨대 장기이식등 이식에 관한 법률, 시체해부 및 보존에 관한 법률, 인체조직안전 및 관리 등에 관한 법률 등에서의 승낙권자의 문제가 그것이다. 그러므로 현행법상 사체 및 인체파생물질의 귀속권에 관한 종합적인 법적 검토가 필요하다고 본다.

## II. 문제해결의 접근방법

근대법 이후의 법체계는 인간의 존엄을 기본으로 하고 있으므로 인체 자체에 대한 소유권문제는 생각할 여지가 없다. 또한 사람은 생존하는 동안 권리와 의무의 주체가 되므로(민법 제3조) 모든 자연인은 출생과 동시에 권리능력을 취득하고 또한 사망에 의해 권리능력은 소멸된다. 한편 근대법은 인격을 갖는 사람에 대해서는 물건으로서의 배타적 지배를 허용하지 않는다. 물건이기 위해서는 外界의 一部, 즉 非人格的인 것이어야

한다. 따라서 현행법상 “사람” 이외의 유체물 및 관리가능한 무체물만이 “물건”으로 취급된다.

그러므로 소유권의 귀속권자문제는 사체 그 자체에 대한 것과 인체로부터 유래하는 물질에 대한 두 가지 경우로 크게 생각할 수 있다.

먼저, 사체의 귀속권자에 대한 문제를 살펴본다.

본 논문에서 ‘死體’라 함은 심장사로 인한 사체와 뇌사체를 포함하는 개념이다. 그러나 장기등 이식에 관한 법률에서는 “뇌사자”와 “사망한 자”를 구별하여 용어를 사용하고 있다.

이처럼 뇌사자를 사망한 자로 곧바로 표현하지 않은 이유는 무엇일까? 이는 뇌사자의 장기이식을 위해서는 일반적인 “사망한 자”와는 다른 특수한 절차에 의해야 하고 이를 법규정상 명확하게 하기 위한 목적에 불과하다고 본다. 그러므로 본 논문에서는 뇌사판정절차이후에 파생된 물질을 일반적인 사체에서 파생된 물질과 구태여 구별해야 할 이유는 없다. 그러므로 이하에서는 死體로 통일해서 사용한다.

더 나아가 사체의 귀속권자문제는 한편으로는 ‘死體’로부터 파생되는 물질에 관한 귀속권자문제로 통일해서 이론을 구성한다. 일반적으로 사체의 귀속권자는 사체로부터 파생되는 물질에 관한 귀속권자로 동일인일 가능성이 높기 때문이다. 그러므로 인체파생물질의 귀속권자문제라고 할 경우에는 사체로부터 파생되는 물질은 제외한 개념이다.

장기등 이식에 관한 법률 제11조에서는 “장기등의 기증에 관한 동의”에 대하여 본인의 동의나 가족 또는 유족의 동의를 요건으로 하고 있다. 더 나아가 동법 제18조 제2항에서는 사망한 자에 대한 장기적출의 유효한 요건으로서 “본인이 사망전에 장기등의 적출에 동의한 경우. 다만, 그 가족 또는 유족이 장기등의 적출을 명시적으로 거부하는 경우를 제외한다. 본인이 뇌사 또는 사망전에 장기등의 적출에 동의 또는 반대하였다는 사실이 확인되지 아니한 경우로서 그 가족 또는 유족이 뇌사등의 적출에 동의한 경우. 다만, 본인이 16세미만의 미성년자인 경우에는 그 부모가 장기등의 적출에 동의한 경우에 한한다”고 하는 두 가지 요건 중에 적어도 한 가지를 충족해야 한다. 그리고 동법 제3조 제5호에서는 사체의 귀속권자(동의권자)인 가족 또는 유족의 범위에 관하여 가. 배우자 나. 직

계비속 다. 직계존속 라. 형제자매 마. 가뎡 내지 나뎡의 가족 또는 유족 이 없는 경우에는 4촌 이내의 친족을 두고 있다.

또한 시체해부 및 보존에 관한 법률 제4조 제1항은 시체를 해부하고자 할 때에는 그 유족의 승낙을 받아야 하고, 더 나아가 동법 제16조에서는 의학의 교육 또는 연구를 위하여 시체의 전부 또는 일부를 표본으로 보존하고자 하는 때에는 그 유족의 승낙을 받아야 한다고 규정한다.

전통적인 사체의 귀속권자 문제는 사람이 사망하면 장례를 집행하고, 그 사체를 매장하거나 화장하여 奉祀한다고 하는 것을 중심으로 문제되었다. 사체를 둘러싼 법률문제로서 사체의 귀속권자, 매장권자, 분묘의 수호권자 및 제사권자 등에 관한 문제가 주를 이루었다.

사람의 사체·유골을 둘러싼 전통적인 법적문제의 중심은 고인을 매장·봉사하기 위한 전제로서 누구에게 그러한 행위를 할 권한이 있는가 하는 것이었다. 이러한 전통적인 문제는 단순히 가족내(대내적)의 윤리적 분쟁의 대상에 불과하였다. 그러나 최근, 의학의 급속한 진보에 따라 장기이식수술이 성공하여 이식용 장기의 공급원으로서의 사람의 사체, 특히 뇌사체가 주목되고 있다. 이러한 이유로 지금까지 단순히 고인을 매장·봉사하기 위하여 권리관계를 확정하는 고찰만으로는 충분치 않다. 문제의 접근은 이미 가족 내의 대내적 윤리적 분쟁에 그치지 않고, '死亡'의 判定을 시작으로 장기이식의 관계자에게 중대한 영향을 미치는 법률문제로 발전했기 때문이다.

그러므로 본 논문의 III에서는 이러한 문제상황을 인식하여 먼저 사람의 사체에 대한 법적 성질을 명확히 함으로서 사체의 귀속권자문제를 해결한다. 이는 현행의 장기등 이식에 관한 법률상의 사체의 귀속권자(동의권자)규정에 대한 문제점과 해결책이기도 하다.

다음으로 인체로부터 파생된 물질(이하에서는 “인체파생물질”이라 한다)에 대한 귀속권자에 대한 문제이다.

인간의 신체에서 산출되는 것들은 사체, 태아, 胚芽, 장기, 정자나 난자 등의 배세포, 체세포, 머리카락, 해골, 혈액, 오줌, 유전자 코드, 분자수준의 미세한 물질 등 아주 다양하다. 불과 얼마 전까지만 해도 인체로부터 파생되는 것들은 가발용 머리카락이나 혈액, 혹은 의학연구 및 교육을 위

한 해부용 시체 등으로 극히 그것의 이용이 제한되어 왔다. 그러나 생명과학의 발전과 함께 인체 산출물은 엄청나게 다양한 종류로 늘어나고 있을 뿐만 아니라 자원으로서의 그 효용도도 엄청난 것으로 알려져 있다. 특히 콩팥, 간, 췌장, 심장, 폐, 무릎, 각막, 뼈, 피부, 골수, 태아의 적출물 등을 포함하여 신체 기관의 부속부분들이 장기처럼 이식이나 치료에 쓰이고 있다.

현행 장기등 이식에 관한 법률상 살아 있는 자로부터의 장기적출의 경우에는 제11조에 의하여 본인 및 가족 혹은 유족의 동의를 얻어야 한다(동법 제11조). 동법 제11조에 의하면 살아 있는 자로서 성년자로부터 장기를 적출하는 경우에는 본인의 동의 및 가족의 동의를 얻어야 한다. 살아 있는 자로서 16세 이상인 미성년자인 경우에는 당연히 본인의 동의뿐만 아니라 가족의 동의도 있어야 한다. 그러므로 동법 제18조 제1항은 살아있는 자의 장기등은 본인이 동의한 경우에 한하여 적출할 수 있으며 다만 16세이상인 미성년자의 장기등과 16세미만인 미성년자의 골수를 적출하고자 하는 경우에는 본인의 동의외에 그 부모(부모가 없고 형제자매에게 골수를 이식하기 위하여 적출하고자 하는 경우에는 법정대리인)의 동의를 얻어야 한다고 규정한다.

또한 2003년 12월 22일 국회 본회의에서 수정가결된 “인체조직안전 및 관리 등에 관한 법률안” 제8조 2항은 “살아 있는 자로부터 조직을 채취할 경우에는 본인의 동의가 있는 경우에 한한다. 다만, 미성년자의 조직을 채취하고자 하는 경우에는 본인의 동의 외에 부모의 동의를 얻어야 한다”고 규정한다.

위에서 살펴본 바와 같이, 현행법상으로는 인체로부터 파생된 물질을 채취하고자 하는 경우에는 본인의 동의와 가족의 동의를 요건으로 하고 있다. 이러한 경우 파생된 물질은 누구에게 귀속하는가하는 문제가 생긴다.

### Ⅲ. 사체의 귀속권자

#### 1. 사체의 법률상 “물건”성

사람의 사체는 법률상 “사람”으로 취급되지는 않지만 인격의 잔존으로서 경의송배의 대상이 되고, 매장·봉사의 대상이 됨으로서 일반적인 재물과는 구별하여 취급하는 것이 일반적이다. 따라서 사람의 사체를 刑法을 비롯한 屍體解剖 및 保存에 관한 法律(2003. 9. 29(법률 제6980호 일부개정) 등의 각종 법률에서는 일반적인 재화와는 달리 취급을 하고 있지만 현행민법의 해석론으로는 단순히 “물건”으로만 분리하여 논의되고 있다. 학설은 대체로 否定說과 肯定說로 나뉘어지고 있다.

##### 가. 學 說

##### (1) 否定說

사람의 사체는 법률상의 “물건”이 아니라고 주장하는 학설이다. 그 근거로서는 “사체 및 사체의 일부도 또한 사자의 人格權의 目的이다”라던가 혹은 오늘날의 사회통념상으로 보더라도 다른 외계의 재화와 동일한 의미에서의 권리의 객체로 될 수 없으며 따라서 거래의 객체가 되는 물건으로서 사체를 취급할 수는 없다던가 혹은 사체는 자유로이 사용·수익·처분할 수 있는 것은 아니고 당연히 물건을 자유롭게 사용·수익·처분할 수 있는 소유권의 관념과는 일치되지 않는 것이며, 따라서 소유권의 목적이 되지 않는 것을 물건이라 한다는 것은 이미 그 물건의 물건성을 부정하는 것과 동일하다는 등의 이유를 들고 있다. 그러나 부정설에 있어도 사체 및 사체의 일부가 의학상 또는 考古學上의 研究資料로서 거래의 목적물로 인정되는 때에는 물건으로서 물권의 객체가 된다고 해석하는 학설도 있다.

##### (2) 肯定說

이상과 같은 부정설에 대하여 사체도 법률상의 “물건”이라는 것을 인정하는 긍정설이 現在의 多數說이다. 그러나 사체가 법률상의 “물건”이라 하여도 그것이 어떠한 권리의 객체인가라는 점에서는 다시 견해가 나누

어진다.

### 1) 管理權說

사체에 관해서는 관습상 관리 및 葬儀를 할 수 있는 권리의무를 갖는다는 의미에서 소유권의 성립까지는 인정할 수 없다는 학설이다. 소유권에 관한 일반적 이해에 의하면 소유권이란 물건을 자유로이 사용·수익·처분할 수 있는 권리이지만 사체에 대해서는 이러한 소유권의 일반적인 개념을 인정할 수 없다는 점에서 주장되는 학설이다.

### 2) 所有權說

사체에 대한 소유권의 성립을 인정하는 학설로서 이것이 우리나라의 다수설이다. 고등법원의 판례에서도 “유체, 유골은 그 死物의 성질상 매장·관리·제사 등의 목적적 제한을 받는 것이기는 하나, 하나의 유체물로서 소유권의 객체가 된다”고 판시한 바 있다. 이 설에 의하면 사람의 生體에 대해서는 소유권의 목적이 될 수 없지만, 사람은 사망에 의해 인격을 상실하기 때문에 그러한 경우에 사체에 대해서는 소유권의 목적이 된다고 해석하고 있다. 그 근거로서 사체를 매장하는 등의 행위는 死體의 處分行爲이며, 이러한 처분행위를 정당화시키는 권리는 所有權이라고 해석하는 것이 솔직한 표현이라는 것이다. 그러나 이러한 所有權說을 주장하는 학자 중에서도 사체에 대한 소유권의 행사를 무제한적으로 인정할 수는 없다고 한다. 즉 이러한 사체에 대한 소유권의 행사는 일반적인 재물에 대한 그것과는 달리 사체의 매장 및 봉사 등의 공서양속에 반하지 않는 한도에서 인정되는 것에 불과하고 결국에는 극히 한정된 범위 내에서만 권리행사가 인정되게 된다고 한다. 그 결과 권리의 내용으로서는 상술한 管理權說과 거의 동일하게 된다.

### 나. 學說에 대한 檢討

먼저, 사체를 법률상의 “물건”으로 볼 수 없다는 否定說에 대해 살펴보면, 사체 및 사체의 일부도 또한 사자의 人格權의 目的이라는 논거 외에 사람이 사망에 의해 인격을 상실한 사체가 되었다고 하여도 그 직전까지는 인격을 가지고 있었다는 사실을 강조함으로써 사체를 기타의 재물과는 구별해야 한다는 논의가 있다. 확실히 사체는 그 취급에 있어 사회적·법률적으로 보아 다른 재물과는 다른 바가 있다는 것은 사실이다. 매

매의 대상으로 한다거나 방치하는 것은 우리의 관습상 허용되지 않고 또한 공서양속(민법 제103조)에도 반하는 것이다. 그러나 법률상의 “물건”에는 다양한 것이 있고, 반드시 모든 물건에 대해 동일하게 취급되어야 하는 것은 아니며, 그 사용, 수익, 처분방법에 대해 각종의 제한이 가해지는 물건도 적지 않다. 이러한 의미에서 본다면 사체를 기타의 재물과는 다른 취급이 이루어진다는 것을 이유로 민법상의 “물건”이 아니라고 하는 것은 합리적이지 않다고 생각된다. 통상적으로 사체는 매장·봉사의 대상이 되지만 이들 행위는 一種의 處分·管理行爲라고도 할 수 있는 점에서 인격을 상실한 사체도 법률상의 “물건”으로 해석하여 소유권의 대상이 된다고 해석하여도 특별한 무리는 없을 것이다.

## 2. 死體의 歸屬權者

전술한 바와 같이 通說은 사체를 법률상의 “물건”으로 해석하고 소유권의 대상이 된다고 하였지만 그러한 경우 다음에 문제가 되는 것은 이 소유권은 누구에게 귀속하는가 라는 것이다. 이 점에서는 사체를 법률상의 “물건”이 아니라는 학설을 취하는 입장이거나 혹은 법률상의 “물건”이라고 인정하면서도 소유권의 목적은 되지 않는다는 입장을 취하는 학설에서는 사체에 대해 관리권과 같은 일정한 권리관계를 인정하고 있기 때문에 이러한 학설을 주장하는 입장에서도 동일하게 歸屬者(管理權者)를 확정할 필요성은 있는 것이다. 이하에서는 그러한 입장에서 사체에 대한 귀속권자에 대하여 고찰한다.

### 가. 學 說

#### ① 無主物說

사체는 無主物이고 先占에 의해 권리자가 결정된다는 학설이다. 그러나 이 학설도 사체에 대한 선점자의 범위를 무제한으로 인정하는 것은 아니다. 즉, 그 “先占은 公共의 秩序 또는 善良한 風俗에 반하지 않는 범위 내에서만 유효”하고, 구체적인 선점자로서는 最近親者 또는 相續人을 고려하고 있다. 예컨대 병원에 입원중인 환자가 가족으로부터 간호를 받지 못하고 死亡한 경우, 그 병원의 의사가 최초로 사체를 선점할 수 있는 입장에 있지만 그러나 이러한 경우에 그 의사에게 사체의 선점을 인정하도록



하는 것은 공서양속에 반하여 무효라 할 것이다. 따라서 결국 선점이 公認될 수 있는 자로서는 최근친자 또는 상속인이 된다. 그러므로 이 학설에 있어서 先占이 중요한 의미를 갖게 되는 것은 최근친자 또는 상속인간에 사체에 대한 권리의 귀속이 문제가 되는 경우에 한정될 것이다. 그뿐만 아니라 선점이 권리귀속의 표준이 된다고 하여도 선점자는 당연히 1인으로 한정할 것인가 혹은 복수자간의 공유를 인정할 것인가에 대해서는 명확하지 않다.

## ② 相續人說

사체에 대한 권리를 갖는 자는 相續人이라고 해석하는 학설이다. 이 상속인설은 이론구성 내지 사체에 대한 권리귀속원인을 어떻게 이해할 것인가에 따라 다시 다음과 같이 나뉘어진다.

### i) 相續說

사체에 대한 권리(소유권)는 피상속인의 다른 재물과 동일하게 상속에 의해 상속인에게 귀속한다고 해석하는 학설이다. 이 학설은 상속에 의한 권리취득이라는 설명에서도 알 수 있듯이 權利의 承繼取得을 기초로 하는 입장이다.

### ii) 慣習說

관습법 또는 조리에 의하여 사체에 대한 권리(소유권)는 상속인에게 귀속한다고 해석하는 입장이다. 이 학설에 의하면 사체에 대한 권리는 長子相續에 준하여 상속인 중에 1인에게 귀속한다고 주장하는 학설이다. 이 관습설은 상속인을 사체에 대한 권리자로 인정하는 점에서는 상속설과 동일하지만 권리취득원인을 관습법 또는 조리라고 함으로써 권리자는 이러한 권리를 原始取得한다고 구성하는 점 및 상속인중 1인에게 권리취득을 인정한다고 하는 점에서 상속설과 다르다.

## ③ 喪主說

사체에 대한 권리는 관습법에 의해 喪主에게 귀속한다고 해석하는 학설이다. 이 학설은 사체에 대하여 법률상의 “물건”이라고 해석하는 학설뿐만 아니라 이들을 법률상의 “물건”으로 보지 않고 일종의 친족법상의 권리의 객체에 불과하다고 해석하는 학설(관리권설)에서도 동일하게 주장되고 있다. 우리나라에서는 옛날부터 친족이 사망하면 葬儀를 집행하는

경우에 상주라는 역할을 담당하는 者가 등장한다. 상주설은 이 상주에 착안하여 사체에 관한 권리의무를 집중하여 문제의 해결을 시도하려는 입장이라 할 수 있다. 그러나 이 학설은 상주를 법률상 어떠한 의미로 파악해야 하는가 특히 祭祀主宰者와의 관계를 어떻게 해석해야 할 것인가에 대하여 의문을 남기고 있다.

#### ④ 祭祀主宰者說

사체에 관한 권리(소유권)는 祭祀主宰者에게 귀속한다고 해석하는 학설이다. 이 설은 민법개정을 계기로 주장되기 시작한 학설이다. 다만 이 학설에 있어서도 제사주재자에 대한 권리귀속원인을 어떻게 구성할 것인가에 따라 다시 견해가 나누어진다.

##### i) 民法 제1008조의 3의 類推適用說

사체는 제사재산에 준하는 것이라 하여 민법 제1008조의 3의 준용 내지 유추적용에 의해 그 소유권은 제사주재자에게 귀속한다는 학설이다. 이미 분묘에 안치된 경우에는 분묘와 일체로 고려하면 되고, 아직 분묘에 안치되지 않은 사체에 대해서는 제사재산이라고는 할 수 없지만, “祭具”에 준하여 고려하면 된다는 이유에서 주장된 것이다. 판례에서도 “사람의 유골은 소유권의 객체가 되지만, 상속재산으로 상속의 대상으로 된다고 해석하는 것은 상당하지 않고, 그 소유권은 일본민법 제897조의 취지에 의해 특별한 사정이 없는 한, 동조 규정의 제사재산에 준하여 제사승계자가 취득하고 이것을 관리하도록 해야 함이 상당하다”고 한다.

##### ii) 慣習說

사체의 소유권은 관습법에 따라 제사주재자에게 귀속한다고 해석하는 학설이다. 민법 제1008조의 3은 제사재산의 승계규정이고, 원시취득에 의해 그 소유권이 획득된 제사재산 내지 이것에 준하는 것(사체)에 대해서는 민법상의 규정이 존재하지 않고 관습법에 의해 소유권의 취득원인을 구하는 것이다.

#### 나. 검토

먼저, 무주물설에 의하면 최근친자 또는 상속인중에서 선점에 의해 사체의 소유권이 결정된다고 하지만 선점이 있을 때까지의 사체를 무주물이라고 하는 것은 문제가 있다 할 것이다. 선점이 있기까지 누가 권리의

무자인가라는 것이 명확하지 않는 불합리한 면이 생기는 것이다. 더 나아가 최근친자와 상속인간에 시간적 선후에 의하여 관리자가 결정된다고 한다면, 만약 수인이 동시에 점유를 개시한 경우에는 상속설과 같이 공유를 인정할 것인가 하는 문제가 생기게 된다.

다음에 상속인설중에서 상속설에 의하면 사체는 상속재산의 일종이라 하지만 살아 있는 한 그 사람의 신체자체가 소유권의 객체로 되는 것이 아님에도 불구하고 이러한 이론구성이 과연 가능한가라는 의문이 생긴다. 또한 상속에서는 통상 공동상속이 행하여지고 그러한 경우에 사체에 대해서도 共有(내지 合有)를 인정할 것인가 하는 의문이 생긴다. 특히 공유(내지 합유)를 인정하게 되면 사체의 관리·처분에서 복잡한 법률관계가 발생하게 되는 것이다. 한편 상속인설 중 관습설에서는 상속인중의 1인이 관습법에 따라 사체의 소유권을 취득하고, 관리자가 복수로 될 수 있는 상속설의 난점을 극복할 수 있지만 상속인 중 누가 관리자로 되는가가 명확하지 않다.

상주설은 우리나라에서 관습상 인정되고 있는 상주라는 존재에 착안하여 이러한 상주에게 사체에 관한 권리를 취득시키려는 입장이다. 그러나 상주에 대해서는 법률상의 규정이 존재하지 않는 점에서 어떠한 개념으로 파악되어야 할 것인가가 문제된다. 상주의 개념에 대해서는 상주설을 주장하는 입장 내에서도 이해의 방법이 달리 나타나고 있다. 상주는 통상 1인인 점에서 복수가 존재할 가능성이 있는 상속인과는 다른 개념이다. 또한 상주는 통상 상속인중의 1인이지만 이렇게 이해를 한다면 상속설과 다르지 않게 된다. 물론 상주는 상속인에 한정하지 않고 상주될 者의 범위가 넓은 경우에는 상속인설과는 상이하게 된다. 다른 한편 상주란 제사를 집행하는 者, 즉 제사주재자와 같은 의미라고 한다면 제사주재자설과 동일하게 된다. 그러면 상주란 어떠한 존재인가? 우선 학설 중에는 상주와 제사주재자를 동일시하는 경우가 있지만, 상주는 제사주재자와는 다른 존재라고 생각된다. 통상 상주란 장의를 집행하는 자(장의권자)이고, 제사주재자는 사자 내지 조상을 제사·봉사하는 자이다. 물론, 葬儀(葬式)도 제사의 일종이라 할 수 있지만 제사주재자는 이러한 장의에 한정하지 않고 계속적으로 제사를 집행하는 자인 점에서 상주와는 다른 것이다. 다

만. 오늘날과 같이 부부중심, 핵가족 중심 하에서 많은 경우, 상주와 제사주재자가 동일인인 경우도 많다. 그러나 예컨대 별거중인 장남이 상주가 되었지만 제사의 집행은 피상속인과 동거하고 있었던 차남이 행하고 있는 경우 등과 같이 가족 내에서 상주와 제사주재자가 다른 경우도 존재할 것이다. 이처럼 상주와 제사주재자는 다르다는 전제에 서면, 상주설에서는 사체를 둘러싼 상주의 권리의무와 제사주재자의 권리의무가 어떠한 관계에 있는가가 명확하지 않는 문제가 생긴다.

이상의 여러 학설에 대하여, 민법은 1990년 1월 13일의 개정에 의해 호주상속제도가 호주승계제도로 바뀌기 전에는 분묘에 속한 1정보 이내의 금양임야와 6백평 이내의 묘토인 농지, 족보와 제구의 소유권은 호주상속인이 이를 승계하는 것으로 규정되어 있었으므로(개정전 민법 제996조), 전술한 소유권설은 사체가 위 규정과의 관계상 호주상속인에게 귀속한다고 보았다. 이에 대하여 관리권설은 사체에 대한 권리는 관습상 상주에게 속한다고 보았다. 그런데 개정민법은 호주상속제도를 호주승계제도로 바꾸는 동시에 분묘에 속한 1정보 이내의 금양임야와 600평 이내의 묘토인 농지, 족보와 제구의 소유권은 제사를 주재하는 자가 이를 승계한다고 규정하고 있다(민법 제1008조의 3).

생각건대, 사체에 대한 권리가 누구에게 귀속하는가에 관한 견해를 정리하면 다음과 같다고 할 것이다.

첫째 견해는 사체가 상속재산을 구성하는 것으로 보아 상속에 의해 상속인에게 귀속하는 것으로 보는 견해이다.

둘째 견해는 사체는 피상속인의 소유의 객체는 아니기 때문에 상속의 대상으로는 되지 아니하고 따라서 이러한 사체는 관습법에 따라 관행상 정해지는 상주에게 原始的으로 당연히 귀속하는 것으로 보는 견해이다.

셋째 견해는 개정 민법 제1008조의 3의 소정의 묘토·족보·제구 등이 제사주재자에게 승계되는 것에 준해서 사체도 제사주재자에게 승계되는 것으로 보는 견해이다.

넷째 견해는 사체에 대한 권리가 호주승계인에게 귀속하는 것으로 보는 견해이다.

이상의 네 가지 견해에 의해, 이미 분묘에 안치되어 있는 조상의 사체

로서 피상속인의 소유에 속한 것은 피상속인이 사망에 의해 누군가에게 승계되지 않으면 안 되는데 매장·제사의 목적물인 사체가 매장·제구의 용구인 분묘 속에 안치되어 있는 상태에서는 양자가 외형적으로 일체화하고 있는 관계로 법률상으로도 사체를 분묘에 포함되는 것으로 보아 분묘와 마찬가지로 개정 민법 제1008조의 3의 규정이 적용되고 따라서 제사를 주재하는 자가 이를 승계하는 것으로 보아야 할 것이다.

그러나 문제는 피상속인 자신의 사체의 경우 누구에게 귀속되는 것으로 보아야 할 것인가에 있다. 묘토·족보·제구 등의 특별승계를 규정하고 있는 현행법 하에서는 사체가말로 제사의 주된 대상이고 묘지의 표식인 분묘의 주체가 되는 것이므로 제구 등과 마찬가지로 방법으로 그 귀속권자를 정해야 할 것이고 따라서 개정 민법 1008조의 3의 유추적용설은 어느 정도의 타당성은 있다고 할 것이다.

그러나 살아 있는 자의 신체는 권리주체인 그 者 자신이고 물건은 아니라 할 것이므로 소유권 내지 지배권의 객체라 할 수 없고 따라서 그 신체의 사후의 모습인 사체에 대한 권리가 피상속인으로부터 상속되거나 승계되는 것이라고는 볼 수 없다고 하는 견해가 있다. 또한 이러한 사고에 대해서는 民法 제1008조의 3의 규정자체가 舊法에서의 “家” 制度의 殘在라 할 수 있는 규정이고 이러한 규정을 근거로 사체의 소유권의 귀속을 결정하는 것은 가족의 평등이라는 시대의 흐름에 역행하는 것이다. 확실히 民法 제1008조 3에 대해서는 현행법의 성립과정상의 타협의 소산물로서 이러한 규정을 둔 것 자체가 의문이며, 또한 핵가족화의 상황에서는 이미 존재의의를 상실했다고 보아야 할 것이다.

생각건대, 이상과 같은 여러 상황을 종합하면 다음과 같은 결론이 도출될 수 있을 것이다.

피상속인은 인체에 대한 소유권은 갖고 있지 않지만 자기 자신의 인격적 이익의 향유를 목적으로 하는 생명·신체·자유·명예·정조·신용 등의 人格權을 가지고 있으며 이것은 성질상 자기 자신과 분리할 수 없고 양도나 시효의 대상이 되지 않는다. 이러한 권리를 발생시키는 본체는 말할 것도 없이 권리자 자신이다. 이러한 인격권은 본인이 사망하더라도 필요한 범위 내에서 잔존하거나, 제한적으로 잔존하게 되며 이 권리는 상

속인에 의하여 행사될 수 있는 것으로 보아야 한다. 따라서 피상속인의 사망과 동시에 상속의 목적인 권리로 전환하고 被相續人의 身體權은 그의 사망과 동시에 소유권으로 전화하여 상속인에게 原始取得된다고 보아야 할 것이다.

#### IV. 인체로부터 파생된 물질의 귀속권자

##### 1. 인체파생물질의 분류와 특징

###### 가. 인체파생물질의 분류

인체로부터 파생된 물질은 시체, 유골처럼 葬祭의 대상외에도 毛髮과 치아와 같이 매매되거나 해부 및 실험의 자료로서 이용되어 왔다. 그러나 현대 생명의학의 발전은 이식이나 조직배양, 유전자 조작 등으로 인체파생물질을 치료재로서 또는 연구 '자료'로써 이용하게 되었다.

인체파생물질은 移植臟器의 경우 등과는 달리 신체전체에 걸쳐 다양한 형태가 존재하고 채취되는 상황도 다양하다. 따라서 상황의 다양성으로 인해 그것에 대한 법적인 취급도 달리 나타나므로 어느 정도의 대상에 대한 분류가 필요하다.

###### (1) 물질자체의 성질에 의한 분류

인체파생물질은 그 자체의 성질에서 보면, 장기, 조직, 세포, 채액 기타(모발 등), 더 나아가 樹立細胞 등 약간 가공된 것 등으로 나누어진다.

###### (2) 물질과 본인과의 관련정도에 의한 분류

인체파생물질과 그것이 원래 속하고 있었던 사람(이하, 本人이라고 한다)과의 친밀도에 의해 분류할 수 있다. ①인간이 생물적 존재로서 갖추어야 하는 필수적인 장기의 전체, ②기본적으로 생체에 필요하지만 재생될 수 있는 것(혈액, 피부 등), ③생리적으로 필연적으로 인체로부터 분리되는 것(태반, 제대), ④더 나아가 인체로부터 필연적으로 배설되는 땀, 분뇨 등이 있다.

###### (3) 물질이 유래하는 장소에 의한 분류

①본인을 위하여 수술·치료·검사(검사진단을 포함)시에 摘除·採取

된 조직과 혈액 등. ②타인에 대하여 이식하기 위하여 적극적 채취된 장기와 조직 등. ③死因해명을 위하여 病理·法醫解剖시에 채취된 부분. ④특히 연구를 위하여 적극적으로 제공된 혈액 등. ⑤통상은 폐기되고 있는 태반과 切爪와 배설물 등이다. 이들은 각각의 물질에 대한 본인의 의사의 성질에 차이가 있다.

#### (4) 보관상황에 의한 분류

私적으로 저장되고 있는 것, 시설 내에 所藏되고 있는 것, 타인에게 제공할 목적으로 은행의 형태로 저장하고 있는 것 등이다.

#### 나. 인체파생물질의 특징

위에서 살펴본 바와 같이, 인체로부터 파생된 물질의 분류는 다양하지만 이들에 공통하는 특색을 보면 다음과 같다.

(1) 인체파생물질은 물리적으로 보는 한도에서는 본인으로부터 분리되어 적어도 인체와는 별개의 존재로 취급될 가능성이 있고(alienable), 이를 일단 수취한 자는 타인에게 이전시킬 수 있고(transferable), 물질적으로는 물건으로서 취급되고(commodification), 국가에 따라서는 혈액의 매매 등도 인정되고 있다(salable). 이들 중 어느 정도까지 법적으로 혹은 윤리적으로 허용할 것인가에 대해서는 일률적으로 이야기할 수는 없고 대상물의 다양한 상황에 따라 판단해야 할 것이다.

인체파생물질은 보존(store)되고, 경우에 따라서는 가공되어 그 후 계속하여 본인과는 별개로 독립하여 사용되는 경우가 많다. 당초에 의도했던 연구가 끝나더라도 여전히 자료는 남아 있는 경우가 많고, 이들은 자기결정권 등을 침해하지 않는 한 계속해서 사용되는 것이 타당한 경우가 많다. 이러한 경우에 다시 본인의 승낙을 받는 것이 곤란한 경우가 많고 그러므로 제공당시의 승낙이 어떠한 효력을 갖는가가 문제되게 된다.

(2) 한편 인체파생물질을 통해 발생한 정보에 대해서 어떻게 처리할 것인가가 문제된다. 특히 유전학적 검사와 같은 것은 검사의 결과가 본인 뿐만 아니라 유전적으로 연결성을 갖는 타인에게 중대한 의미를 갖는 경우가 있다. 이러한 정보를 어떻게 통제할 것인가 하는 것도 중대한 문제이다.

(3) 인체파생물질은 본인의 인격의 연장이라고 생각해야 할 가능성이

많다. 그러므로 통상의 물건과는 달리 특별한 존엄을 갖추어 다루어야 할 경우가 많다. 더 나아가 인체파생물질은 물질 그 자체가 생명체라고 해야 할 경우가 많다. 配偶子, 接合子, 胚 뿐만 아니라 體細胞라고 하더라도 培養 등의 기술에 의하면 元母體와는 별개의 존엄성을 인정해야 할 경우가 많다.

## 2. 인체파생물질의 귀속권자

### 가. 인체파생물질의 물건성

현대법의 체계에 의한다면 소유권 개념은 순수한 이론의 산물이 아니라 역사적 개념이다. 즉 역사적으로 변천해 오는 과정에서 광범위하게 적용되면서 정리된 개념이므로 '所有'를 구성하는 필요분가별한 요소가 무엇인지에 관해서는 언제나 이론적으로 논란이 있었다.

최근에 인체로부터 파생된 물질에 소유권의 속성이 어느 정도 적용될 수 있을 것인가하는 문제에 대하여 논의되고 있다. 이에 대하여 위에서 열거한 소유권 형성 요소 중에 적어도 몇 가지는 적용가능한 것으로 변천해 오고 있다. 즉 장기이식, 치료 등으로 사용되지 않는 인체의 파생물질도 고가의 의약품이나 미용 등으로 사용범위가 증가함으로써 이들과 이해관계를 갖는 당사자 사이에 소유권적 문제가 제기되고 있다. 그러므로 인체파생물질의 법적 성격에 대한 근본적인 논의가 필요하다.

인체로부터 유래한 물질을 법적으로 어떻게 평가할 것인가에 대해서는 견해가 대립되고 있다. 즉 ①분리된 후에도 여전히 신체의 일부로 보아야 한다는 견해, ②분리된 시점부터는 신체의 일부로 볼 수 없으며 소유권의 대상이 되는 물건이 된다고 보는 견해, ③인체로부터 분리된 일부분은 신체의 구성부분으로 볼 수는 없지만 인격권의 대상이 된다고 보는 견해가 그것이다. 이러한 각각의 형태는 인체파생물질의 침해에 대한 구제방법에서 차이를 갖게 된다.

생각건대, 소유권의 관념도 역사적 산물이듯이, 소유권의 객체로서의 '물건' 성도 여전히 사회적 개념일 수밖에 없다. 그러므로 인체로부터 파생된 물질은 인체로부터 분리된 시점부터는 신체의 일부로 볼 수 없으며



소유권의 대상이 되는 물건으로 보아야 한다. 그것의 근거는 다음과 같다. 먼저, 이러한 형태가 '물건'의 정의에 대한 일반적 이론과 합치한다. 민법상 물건이라 함은 유체물 및 전기 기타 관리할 수 있는 자연력이라고 하고(제98조), 이 규정에서 유체물이거나 관리할 수 있는 자연력일 것, 배타적 지배가능성, 外界의 일부일 것(비인격성), 독립한 물건일 것(독립성)이라는 관념이 도출된다. 그러므로 인체로부터 분리된 시점부터 물건은 '외계의 일부'라는 관념에 가장 적합하다. 다음으로, 의료현실에서도 단순히 소유권의 한 권능만을 갖는 경우보다는 소유권이라는 포괄적 지위를 가짐으로써 의학적 이용의 가치를 증대시킬 수 있다.

그러나 인체유래물질에 대해서는 소유권의 모든 내용이 그대로 적용될 수는 없으며 특수한 부분에 한해서는 여전히 제한된다고 보아야 한다. 또한 단순한 물건과는 달리 장기이식법이나 인체조직법에서의 규정처럼 특별한 존경심을 갖고 이용되어야 한다.

그러므로 냉동보관중인 정자도 신체로부터 분리된 때에 이를 물건으로 보아야 한다. 그러므로 분리전의 주체에게 소유권이 인정될 수 있다고 본다. 결국 신체의 일부에서 물건으로 그 성질이 바뀌게 되는 시점은 '인체로부터 분리' 되는 때이다. 다만 분리의 개념에 대해서는 단순한 물리적 개념이 아니라 법률적인 관점에서 파악하여야 한다. 그렇다면 심장수술을 위해 심장을 적출하여 체외에서 일시 보존하는 경우나 안구수술을 위해 안구를 체외에서 일시 보존하는 경우에는 법률적 의미에서의 객관적 분리가 없기 때문에 여전히 신체의 일부분성을 유지하는 것으로 보아야 한다.

#### 다. 인체유래물질의 귀속권자

위에서 설명한 것처럼, 인체파생물질의 물건성을 인정한다면 그러한 물건은 누구에게 귀속하는가?

이에 대해서는 다양한 임상적 상황에서 인체로부터 채취 혹은 적출한 장기·조직 혹은 세포를 크게 두 가지의 부류, 즉 "진단적 혹은 질병이 있는 장기나 조직을 제거하기 위한 목적으로 채취 혹은 적출한 장기·조직의 형태"와 "장래 환자 자신이나 타인의 치료에 사용할 목적으로 채취 혹은 적출하여 냉동보관한 조직이나 세포의 형태"가 있다고 한다. 여기서

전자의 형태는 먼저 진단적 목적의 경우는 장기나 조직을 처리하여 판독하여 결과를 얻고 나면 그 일차적 가치를 다하는 것이고, 질병의 치료의 경우는 조직이나 장기를 제거하면 그 목적을 다하는 것이다. 그후 이러한 조직 세포가 새로운 진단이나 치료법의 개발을 위한 연구용 자료나 의학 연구를 위한 표본으로 사용되는 경우에는 환자가 소유권을 가진다고 해도 전혀 실익이 없고, 소유권을 환자에게 인정할 경우에는 오히려 폐기물 관리법에 의하여 폐기의 비용을 환자에게 지우게 되는데 이는 환자에게 부당하다고 한다. 한편 후자의 경우에는 조직이나 장기를 자신의 장래 발생할 질병의 치료를 목적으로 하므로 여전히 (잠재적) 환자본인에게 소유권이 있다고 해석된다.

생각건대, 인체로부터 파생된 물질의 귀속권자 문제는 다음과 같은 분류방법에 해결되어야 한다. 인체파생물질은 먼저 1. 수술 등으로 적출된 물질, 2. 생리적·필연적으로 인체로부터 분리되는 물질(땀, 분뇨 등)로 나눌 수 있다. 1. "수술 등으로 적출된 물질"은 다시 (1)수술 등으로 적출되어 이용이 예정되어 있는 물질과 (2)수술 등으로 적출되어 폐기의 대상으로 예정되어 있는 물질(태반 등)로 나누어진다.

(1) "수술 등으로 적출되어 이용이 예정되어 있는 물질"은 다시 1)치료나 수술을 위하여 일시 보존하는 물질(이식수술을 위한 각종장기), 2)치료나 수술을 위하여 일정한 기간이상 보존이 필요한 경우, 3)연구를 위하여 보존하는 물질, 4)정자나 난자 등의 생식물질로 나누어진다. 이들은 인체와 결합되어 있는 상태에서는 어떠한 형태이든 물건성을 인정할 수 없다. 더 나아가 귀속권자를 결정할 실익도 전혀 없다. 다만, 이들이 인체로부터 분리된 순간부터는 물건성을 갖는다. 다만 물건성의 정도와 성질은 다르다고 보아야 한다.

인체파생물질의 귀속권자 문제는 인체(본인)와의 近遠에 따라 財貨秩序와 人格秩序로 파악할 수 있다. 그러므로 이하와 같다. 1.의 형태에 가까울수록 인격질서에 높은 의존도를 보이며 파생물질의 귀속권자는 본인일 가능성이 높고, 2.에 가까울수록 재화질서에 높은 의존도를 보이며 타인이 귀속권자가 될 가능성이 높다.

人體派生物質의 歸屬權者에 의한 分類

| 인체파생물질의 분류    |                |                    |                 | 물건의 성질               | 소유권의 포기가능성             | 소유권의 본인귀속성              |
|---------------|----------------|--------------------|-----------------|----------------------|------------------------|-------------------------|
| 수술 등으로 적출된 물질 | 이용이 예정되어 있는 물질 | 치료나 수술을 위한 물질      | 일시 보존하는 물질      | 아래로 갈수록 人格秩序의 要素가 강함 | 아래로 갈수록 所有權의 拋棄可能性이 커짐 | 아래로 갈수록 所有權의 他人歸屬可能性 높음 |
|               |                |                    |                 | 위로 갈수록 人格秩序의 要素가 강함  | 위로 갈수록 所有權의 拋棄可能性 희박함  | 위로 갈수록 所有權의 本人歸屬可能性이 높음 |
| 수술 등으로 적출된 물질 | 이용이 예정되어 있는 물질 | 치료나 수술을 위한 물질      | 일정기간 이상 보존하는 물질 | 아래로 갈수록 人格秩序의 要素가 강함 | 아래로 갈수록 所有權의 拋棄可能性이 커짐 | 아래로 갈수록 所有權의 他人歸屬可能性 높음 |
|               |                |                    |                 | 위로 갈수록 人格秩序의 要素가 강함  | 위로 갈수록 所有權의 拋棄可能性 희박함  | 위로 갈수록 所有權의 本人歸屬可能性이 높음 |
| 수술 등으로 적출된 물질 | 이용이 예정되어 있는 물질 | 정자나 난자와 같은 생식물질    | 일시 보존하는 물질      | 아래로 갈수록 人格秩序의 要素가 강함 | 아래로 갈수록 所有權의 拋棄可能性이 커짐 | 아래로 갈수록 所有權의 他人歸屬可能性 높음 |
|               |                |                    |                 | 위로 갈수록 人格秩序의 要素가 강함  | 위로 갈수록 所有權의 拋棄可能性 희박함  | 위로 갈수록 所有權의 本人歸屬可能性이 높음 |
| 수술 등으로 적출된 물질 | 이용이 예정되어 있는 물질 | 정자나 난자와 같은 생식물질    | 일정기간 이상 보존하는 물질 | 아래로 갈수록 人格秩序의 要素가 강함 | 아래로 갈수록 所有權의 拋棄可能性이 커짐 | 아래로 갈수록 所有權의 他人歸屬可能性 높음 |
|               |                |                    |                 | 위로 갈수록 人格秩序의 要素가 강함  | 위로 갈수록 所有權의 拋棄可能性 희박함  | 위로 갈수록 所有權의 本人歸屬可能性이 높음 |
| 수술 등으로 적출된 물질 | 이용이 예정되어 있는 물질 | 연구를 위한 위하여 보존하는 물질 | 일시 보존하는 물질      | 아래로 갈수록 人格秩序의 要素가 강함 | 아래로 갈수록 所有權의 拋棄可能性이 커짐 | 아래로 갈수록 所有權의 他人歸屬可能性 높음 |
|               |                |                    |                 | 위로 갈수록 人格秩序의 要素가 강함  | 위로 갈수록 所有權의 拋棄可能性 희박함  | 위로 갈수록 所有權의 本人歸屬可能性이 높음 |

人體派生物質의 歸屬權者에 의한 分類

| 인체파생물질의 분류                       |                          |                 |                 | 물건의 성질               | 소유권의 포기가능성             | 소유권의 본인귀속성              |
|----------------------------------|--------------------------|-----------------|-----------------|----------------------|------------------------|-------------------------|
| 수술 등으로 적출된 물질                    | 이용이 예정되어 있는 물질           | 연구를 위하여 보존하는 물질 | 일정기간 이상 보존하는 물질 | 아래로 갈수록 人格秩序의 要素가 강함 | 아래로 갈수록 所有權의 拋棄可能性이 커짐 | 아래로 갈수록 所有權의 他人歸屬可能性 높음 |
|                                  |                          |                 |                 | 위로 갈수록 人格秩序의 要素가 강함  | 위로 갈수록 所有權의 拋棄可能性 희박함  | 위로 갈수록 所有權의 本人歸屬可能性이 높음 |
| 수술 등으로 적출된 물질                    | 폐기의 대상으로 되어 있는 물질 (태반 등) |                 |                 | 아래로 갈수록 人格秩序의 要素가 강함 | 아래로 갈수록 所有權의 拋棄可能性이 커짐 | 아래로 갈수록 所有權의 他人歸屬可能性 높음 |
|                                  |                          |                 |                 | 위로 갈수록 人格秩序의 要素가 강함  | 위로 갈수록 所有權의 拋棄可能性 희박함  | 위로 갈수록 所有權의 本人歸屬可能性이 높음 |
| 생리적·필연적으로 인체로부터 분리되는 물질(땀, 분뇨 등) |                          |                 |                 | 아래로 갈수록 人格秩序의 要素가 강함 | 아래로 갈수록 所有權의 拋棄可能性이 커짐 | 아래로 갈수록 所有權의 他人歸屬可能性 높음 |
|                                  |                          |                 |                 | 위로 갈수록 人格秩序의 要素가 강함  | 위로 갈수록 所有權의 拋棄可能性 희박함  | 위로 갈수록 所有權의 本人歸屬可能性이 높음 |

그렇다면 인체 내에서는 소유권의 대상이 되지 않았던 부분(물질)이 본인으로부터 분리된 때에 어떠한 근거에 의해 소유권의 대상이 되는가? 이러한 문제는 “누가 그 물질을 이용·보존·관리하는가”, “누가 제3자에게 이전할 수 있는가”라는 두 가지 문제와도 관련이 있다. 이를 위해서는 소유권논쟁과는 관계없이 관리권 혹은 처분권이 누구에게 속하는가라는 문제만을 해결하면 충분하다는 고찰도 있다. 그러나 이러한 이론구성은 우리의 實定法秩序 하에서 모순없이 설명할 수는 없다. 현실적으로 인체의 부분(인체파생물질)의 채취·보존에 관해서는 財貨秩序와 人格秩序가 병존한다고 보아야 한다. 인체파생물질에 관해서는 재화질서 뿐만 아니라 인격질서의 요소도 논의되어야 한다. 즉 본인의 人格權은 部分 = 物質에

도 미치고, 部分 = 物質은 인격적 이익의 하나이다. 이러한 관계는 本人(被採取者)의 체내에 있을 동안에는 잠재적이었지만, 그 후 인체로부터 분리되어 물건화되었을 때 현실화된다. 그러므로 재화질서 내에서는 이러한 물질이 제한적으로 유통되어 타인의 '소유' 혹은 '관리'에 속하였다고 하더라도, 인격질서 내에서의 본인과 그 물질과의 관계는 그대로 존속하거나 유대성이 약해지거나 소멸될 수도 있다. 이러한 이론구성은 위의 인체파생물질의 특징과 분류에서도 살펴보았듯이 인체파생물질은 대부분 인격질서와 재화질서의 긴장관계에 있기 때문이다.

## V. 결 론

전통적으로 인체를 대상으로 하는 법적 규제는 도덕이 법의 공백을 채워왔다. 적어도 인체에 관한 한 법과 도덕의 긴밀한 연관 내지 법에 대한 도덕의 우위는 확고했다고 할 수 있다. 또한 인체의 일부분을 둘러싼 많은 문제점들은 대개 사례별로 전개된 만큼 법은 단편적 주변적 해결책 위주로 대응해 왔다.

현행법의 주된 관심은 몸과 정신을 통합한 전체로서의 인간. 그러면서도 다분히 도덕적 인격 내지 정신 중심의 인간 존엄 명제에 놓여 있었다. 그래서 장기 등 인체조직들은 법에서 주변적 관심사로 밀려났고 그것이 인체에 대한 법의 공백의 한 이유가 되기도 했다. 그러나 생명공학기술의 발달과 현실적인 의료분야의 요구로 인해 이식이나 치료용의 인체 일부분들에 대해서는 권리 객체적 징표들을 제한적으로 적용하는 방향으로 이론 구성을 시도해 볼 수 있다. 그리하여 한편으로는 생명공학에 대한 기술사회의 요구를 충족하면서 다른 한편으로는 인간의 존엄성이 위협당하지 않도록 하여 사회갈등 문제에 대처하는 입법과 법해석의 기준 원리를 정립해 나갈 수 있을 것이다.

그러므로 본 논문의 귀속권자결정 문제도 人格秩序와 財貨秩序라는 긴장관계에서 해결점을 찾고자 하였다. 현행법이 인체와 관련된 법률문제에 대해서는 문제되는 점을 해결하는 지엽적인 해결위주로 흐르고 있고 이러한 형태는 인체와 인체파생물질전반에 대한 통일적인 문제해결에 장애

가 되고 있다. 그러한 점에서 본 논문은 문제해결의 한 단서를 제공하고 있다고 생각한다.