

人體의 細胞·組織에 관한 所有權法의 適用可能性 -加工의 法理를 중심으로-

송 영 민*

I. 序 論	3. 評 價
II. 人體에 대하여 所有權理論을 適用할 수 있는가?	III. 加工된 人體組織에 대하여 所有權理論을 適用할 수 있는가?
1. 細胞·組織提供者와 所有權	IV. 結 論
2. 學 說	

I. 序 論

과학기술의 개발은 다양한 相互連繫效果(synergy effect)를 가지고 있다. 최근의 生命工學의 발달은 특히 의도하지 않은 부정적인 상호연계효과에 대한 우려가 증폭시키고 있다. 생명공학의 부정적인 면 중에서 인간이 가장 두려워하는 것은 무엇인가? 그것은 인간에 대한 상품성 문제일 것이다. 즉 人體의 所有權에 관한 논의가 일종의 금기시 되는 이유가 바로 이러한 점에 연유하는 것이다.” 人間의 細胞·組織에 대한 所有權 問題도

* 동아대학교 강사 / 법학박사

1) 그러나 최근에는 국내에서도 소극적이지만 인체의 조직·세포 등에 관한 논의가 있음을 볼 수 있다. 예컨대, 강희원, 사람, 인간 그리고 재산으로서 인체?-인체 상품화의 철학적·윤리학적 문제, 법철학연구 제3권 제1호, 2000, 156면 이하에서는 [사람의 개념과 인간의 개념에 대한 논쟁에는 서로 이념형적으로 극단적인 두 가지 학문적 견해가 있다고 하면서, 생명기술공학의 성과를 인정하면서 그것의 정당성을 확보하려는 입장은 사람과 인간의 개념을 분화하고 생명기술공학의 긍정적 측면을 부각시키면서, 생명기술과학을 '사람을 위한 과학'으로 승화시키려고 한다. 이에 반하여 사람과 인간을 동일시 하면서 생명기술공학의 남용을 우려하고 또 생명기술공학의 부정적 요소를 감축시켜서 생명기술과학을 '인간을 위한 과학'으로 통제하려고 한다]고 한다. 그 외에朴東, 내동보관중인 정자의 훼손에 대한 민사법적 평가, 의료법학 제3권 제1호, 대한의료법학회, 한국사법행정학회, 2002. 6. 158-181면; 이종태, 냉동 보관한 정자의 소유권에 대한 고찰, 법률신문 제3063호, 2002년 4월 1일, 15면.

그러한 例의 한 형태라고 할 수 있다. 종전에 인간의 세포·조직에 대한 논의는 醫療摘出物로서 公衆衛生的인 次元에서 廢棄의 대상으로서 논의되거나²⁾ 혹은 死者에 대한 敬畏의 感情 次元의 문제였다.³⁾ 그러나 과학의 급속한 진보에 의해 인간의 세포·조직이 생명공학에 의해 加工을 거침에 따라 엄청난 經濟的 價値를 창출할 가능성이 있는 매력적인 재료로 등장하게 되었고 그 결과로서 이러한 利益의 歸屬이 문제가 된다.

특히 최근에 들어와서 胚芽(Embryo)나 胎兒(Fetus)의 신체조직을 이용하는 의학적 연구가 빠르게 진행되고 있다. 태아의 腦細胞와 組織은 Parkinson병, Huntington병, 간질 뇌손상 및 AIDS의 치료에 사용될 수 있다. 그 뿐만 아니라 신체적 결함을 가지고 태어나거나 후천적인 질병이나 사고로 인하여 新生兒나 幼兒에게 조직 또는 장기의 이식이 필요한 경우에는 태아의 조직이나 장기는 신생아의 치료를 위하여 절대적으로 필요하다.⁴⁾

한편, 민법 제259조는 제1항에 [타인의 동산에 가공한 때에는 그 물건의 소유권은 원재료의 소유자에게 속한다. 그러나 가공으로 인한 가액의 증가가 원재료의 가액보다 현저히 다액인 때에는 가공자의 소유로 한다] 그리고 제2항에서는 [가공자가 재료의 일부를 제공하였을 때에는 그 가액은 전항의 증가액에 加算한다]고 규정한다. 민법 제259조에서는 가공된 물건의 소유자를 누구로 하느냐에 관해서 材料所有者의 吸收取得을 원칙으로 한다. 타인의 동산으로 가공한 때에는 그 물건의 소유권은 原材料의 소유자에게 귀속한다(동법 제259조 1항 본문). 다만 가공으로 인한 가액의 증가가 원재료의 가액보다 현저히 多額인 때에는 가공자의 소유로 하고 있다(동조 1항 단서). 또한 가공에 의하여 손해를 받은 자는 加工物의 소유자에 대하여 不當利得에 관한 규정(민법 제748조 이하)에 따라 보상을 청구할 수 있도록 하고 있다(민법 제261조).⁵⁾

2) 醫療法, 臟器等 移植에 관한 法律, 死體解剖保存法 등에서 일반적으로 규정하고 있다.

3) 민법에서의 인체의 물건성에 관한 논의는 대체로 이러한 점에 중점을 두고 있는 것 같다. 死體에 대하여 特殊所有權說과 慣習法上의 管理權說도 이러한 입장이다. 한편, 死體의 歸屬權者문제에 대한 喪主說, 相續人說, 祭祀主宰者說도 이러한 입장이다.

4) 강희원, 전제논문, 145면 참조.

본고에서 다루고자 하는 것은, 이러한 가공의 법리를 인간의 세포·조직을 가공한 결과 가공된 물건이 새로운 가공물로서 경제적 가치를 가지는 경우에도 적용될 것인가 하는 것이다. 우리나라에서는 이러한 분야에 대하여 법적으로 논쟁이 된 사례는 아직까지 존재하지 않는다.⁶⁾

그러나 이러한 현재의 상태를 그대로 방치해 둔다면 금후 여러 가지의 문제를 발생시킬 가능성이 있다. 즉, 생명공학기술에 의한 생산물의 경제적 가치는 매우 높은 경우가 많기 때문에 상업차원에 의해 가공·상품화 되는 추세가 극히 많고 이러한 원료로서 인간의 세포·조직이 필요한 경우도 多方面에 걸쳐 존재한다. 이러한 경우에 研究者나 企業 등의 현실적인 경제적 요구가 질환의 치료라고 하는 의료의 목적보다 의료를 통하여 인간의 세포·조직획득에 우선하는 동기가 부여될 가능성이 전혀 없다는 단언할 수 없고, 그러한 결과로서 제공자의 건강·신체의 안전이 위협될 염려가 생길 여지는 있는 것이다. 예를 들면 어떤 질병의 치료로서 외과적인 조치와 내과적인 조치가 존재하고, 내과적인 조치로 충분히 대처 가능하더라도 조직을 취득하기 위해 환자에게 수술을 강하게 권하는 경우도 생길 여지는 있을 것이다. 연구활동이 기본적으로 어떠한 제약부터 자유로운 것은 바람직한 현상이고 또한 그러한 분위기에 의해서만 충분한 연구가 가능할 것이다. 그러나 이러한 문제는 단순히 연구자의 과학적 진리의 탐구와 능률화라는 측면만 강조하여 연구자의 자각에 전적으로 의지하여 연구활동의 보호를 촉진한다는 것은 사회정책적 견지에서도 바

5) 郭潤直, 物權法(민법강의 II), 博英社, 1997, 353면 이하; 金相容, 物權法, 法文社, 1993, 434면 이하; 金容漢, 物權法(再全訂版), 博英社, 1993, 307면 이하; 金曾漢·金學東, 物權法(제9판), 博英社, 1997, 172면 이하; 李英俊, 物權法(민법강의II), 博英社, 1996, 545면 이하 참조; 李銀榮, 物權法, 博英社, 1998, 486면 이하; 張庚鶴, 物權法, 法文社, 1987, 486면 이하 참조.

6) 최근 미국에서는 이러한 부분에 대한 논의가 활발히 전개되고 있다. 특히 胎兒의 組織에 대한 商業的 價値를 태아조직에 대한 所有權 問題로 접근한 논문으로서 Nancy E. Field, *Evolving Conceptualizations of Property: A Proposal to De-Commercialize the Value of Fetal Tissue*, *The Yale Law Journal* Vol. 99, p. 169; 일본에서는 遺骨의 所有權과 그 귀속을 둘러싼 사례는 존재하지만, 이것은 死亡者의 埋葬方法에 대한 분쟁의 전제문제로 다루어졌던 것에 불과했다. 梶野茂, 遺體·遺骨をめぐる法的諸問題(上), *法律論叢* 第64卷 第5·6 合併, 明治大學法律事務所, 1992, 195면 이하 참조. 또한 石原 明, *法と生命倫理* 20講, 日本評論社, 1997, 56-65면에서는 인체실험·신약의 개발과 임상시험에 대한 문제점을 지적하고 있다.

람직하지 않다고 생각된다. 따라서 세포 등의 채취를 위해서는 어떠한 법적 기준이 필요하고 이를 위해서는 인간의 세포·조직에 관한 소유권 문제에 대한 논의부터 시작되어야 할 것이다.

II. 人體에 대하여 所有權理論을 適用할 수 있는가?

1. 細胞·組織提供者와 所有權

이하에서는 생명공학기술에 의한 가공을 거쳐 높은 경제적 가치를 창출한 세포·조직의 권리관계를 民事法的 側面에서 검토해보고자 한다. 이 문제는 몇 가지의 형태로서 구성이 가능할 것이다.

첫째, 세포·조직에도 제공자의 소유권은 성립하고 그것이 가공에 의해 加工者에게로 이전하며(제259조 1항 단서), 원료의 소유자의 권리는 不當利得의 返還範圍로서 처리된다는 구성이다.

둘째, 소유권은 세포·조직에는 성립하지 않고 醫師는 無主物先占(민법 제252조)에 의해 해당 세포·조직에 대한 소유권을 原始的으로 取得한다고 하는 논리도 있을 수 있다.

셋째, 소유권은 민법이 인정하는 한도의 범위 내에서만 인정될 수 있다(민법 제211조). 그러므로 생체공학 기술의 재료로 될 수 있는 인간의 세포·조직의 희소성으로 인해 당해 세포·조직은 無償으로 제공하는 것이 공공의 복리에 합치하므로 生體工學技術로 적합한 단계에서는 소유권을 부정해야 한다고 하는 구성도 가능하다.

2. 學 說

1) 所有權 否定說

세포·조직에 대한 소유권을 부정하는 견해의 근거는 이하와 같다.

첫째, 세포·조직에 대한 소유권을 긍정하는 것은 연구관련비용을 증가시킬 가능성이 있다. 즉, 종래는 연구 그 자체의 비용만이 개발비용이었

지만, 세포·조직에 대한 소유권을 긍정하게 된다면 앞으로는 세포에 대한 대가가 필요하게 되고, 사후의 분쟁을 예방하기 위한 교섭비용·누구의 세포를 이용해 생산되었지를 明記하기 위한 서류작성·관리작업 등 유형·무형의 관련비용이 개발비용에 포함되는 것이 불가피하고, 이 점은 연구개발이 항상 시행착오의 과정을 거치고, 대부분은 아이디어의 제공단계를 넘지 않는 경우가 많다는 성격에 반하는 것이다. 아이디어를 실행할 때에는 반드시 완벽한 서류를 필요하게 된다면 결과가 불확실한 아이디어에 대해서는 금전적으로 지원할 수 없고, 이는 과학의 진보에 장애가 될 수 있고 이는 특히 자산에 여유가 없는 중소기업에서는 절실한 것이다.

둘째, 소유권의 긍정은 의사와 환자의 신뢰관계를 파괴할 가능성이 있다. 의사는 환자를 치료하는 사람으로서의 역할에서 더 나아가 연구대상으로 환자를 본다고 하는 二面性이 작용하게 되어 연구 대상으로서의 성질을 환자의 이익에 우선해서는 안된다는 점이 문제가 된다. 여기에는 단순히 금전적 보수를 얻을 수 있느냐는 동기에 한하지 않고 현재의 환자 이익을 희생하더라도 장래의 환자를 위하여 연구를 실시한다는 현재의 환자와 장래의 추상적 환자에 대해 어느 쪽을 우선할 것인가 하는 문제도 포함되어 있다. 의사가 연구와 치료 중 어느 쪽을 우선할 것인가에 대해 딜레마에 빠져 있다는 것을 환자가 알게 된다면 여기서 순수한 신뢰관계가 생길 여지는 줄어들게 될 것이다. 다른 한편, 환자도 자기의 세포·조직이 금전을 낳는 [鑛脈]과 같다는 것을 알게 된다면 자신의 건강회복이라는 의료본래의 목적을 위한 최적의 합리적인 결정을 선택하기보다는 금전을 보다 많이 창출하는 처치를 희망하고 그것을 의사에게 요구하는 경우도 있을 수 있다는 점이다.

셋째, 소유권의 긍정은 연구측면에서 상업적 측면이라는 부분이 강하게 부각되는 결과가 되고 이는 연구라는 것이 자유로운 정보교환에 의해 보다 높은 결과가 창출된다는 점과 서로 용납되지 않을 가능성이 높다. 즉, 세포·조직을 취득하기 위한 많은 투자가 필요하게 된다면 기업비밀과 관련되어 연구자 상호간의 연구를 위한 조직제공에도 억제적 기능을 할

염려가 있다.

넷째, 제공자의 권리를 긍정하는 것은 당해 제공된 세포·조직을 어느 정도 제품의 제조에 공헌하였다고 평가할 것인가 하는 새로운 복잡한 문제를 야기한다. 생명공학에 의한 제품은 많은 선행투자와 실험을 거칠 필요가 있고, 이미 완성된 他人의 特許權, 著作權을 무단사용하여 커다란 이익을 올렸다는 문제와는 상황이 다르다. 기술개발에 세포·조직이 제공된 경우와 제품화된 후에 원료인 세포·조직이 제공된 경우를 구별할 것인가, 개발에 사용된 조직의 제공자는 구체적으로 현재의 수익의 몇 할의 공헌을 하였다고 할 것인가 하는 문제도 해결해야 할 것이다.

다섯째, 이식용 장기제공에 대한 惡影響도 문제된다. 구체적으로는 세포·조직에 대가를 지불할 수 있다는 것을 제공자측인 알게 된다면 善意에 의한 장기 제공이 감소할 가능성이 있고, 다른 한편에서 품질이 낮은 장기가 많이 제공될 가능성이 증대하는 것, 환자상호간에 장기의 수급에 따른 분쟁이 발생할 가능성이 있고, 절박하게 장기가 필요한 고소득자층이 장기의 가격을 올리거나, 혹은 투기 목적으로 될 가능성도 부정할 수 없는 점, 경제적 이유에 의해 장기를 제공하는 사례가 발생할 염려가 있는 점이다. 장기이식이 영역에서 金錢의 授受는 세계적으로 금지하고 있는 것이 원칙이라는 점에 비추어보면 인간의 세포·조직의 有償化는 臟器의 有償讓渡를 금지한 규정과도 일치하지 않는다.

여섯째, 인간의 조직에 소유권이 성립하면 전체로서의 인간의 신체를 擔保의 目的物로 제공하는 것도 가능하게 될 염려도 있다는 문제가 발생한다.

일곱째, 태아의 조직이 세포학적으로 유용하다는 이유로 이러한 거래상품을 제조할 목적으로 임신하고, 낙태하는 문제가 생길 수도 있다는 염려도 있다.” 이러한 이유로 소유권이 부정되면 그것을 어떻게 처리하며 이후 그것이 어느 정도 재산적 가치를 가진다고 하더라도 그것은 기본적으로 제공자와는 무관한 문제이다.

7) Field, op. cit., p.169.

2) 所有權 肯定說

인간의 세포 조직에 대한 소유권을 긍정하는 의견의 근거는 다음과 같다.

첫째, 생명공학기술의 발전은 의사·환자 쌍방의 협력 하에 이루어지는 것이다. 환자의 제공이 없으면 생명공학 기술은 제대로 발전할 수 없고, 연구성과가 없으면 환자의 신체부분도 전혀 가치가 없다. 이처럼 兩者는 축과 바퀴의 관계로서 상호 불가피한 것이다. 따라서 제공자의 소유권을 긍정하지 않는 것은 환자의 공헌을 부정하는 것이다. 자기의 신체일부가 거액의 금전을 창출한다는 것이 일반적으로 인식되게 되고 연구자가 환자의 공헌을 인정하지 않으면 이러한 신뢰는 붕괴되고 연구에 필요한 소재를 얻는 것은 오히려 더욱 곤란하게 될 것이다. 그러한 의미에서도 소유권을 인정한다고 하는 형태로 제공자의 공헌을 긍정하는 것은 필요하다. 또 환자가 자기의 신체의 일부를 제공하는 것에 대해 선택권을 취득하는 것은 압도적으로 약한 입장에 있는 환자의 지위를 변경하는 계기가 될 수 있다.⁸⁾

둘째, 연구자의 연구의 관점에서 본다면, 환자에 대한 배려없이 자유롭게 연구 가능했던 지금까지의 상식 그 자체가 생명공학 기술의 출현에 의해 크게 변화될 필요가 있는 점이 지적된다. 또한 연구자의 상호 교류 문제도 적정한 시장이 형성되는 경우에 더욱 촉진될 가능성이 높고, 애당초 가격이 붙지 않으면 단지 처분되어 버렸던 세포·조직을 공공의 시장으로 유도할 수 있는 점,

셋째, 이익의 창출에 재료를 제공한 자의 공헌을 전적으로 부정한다는 것은 정당하지 않고, 권리를 긍정함으로써 생긴다는 비용의 증대에 관해서도 이는 잘못된 사고이다. 신체의 일부에 대한 소유권을 긍정하면 환자는 자기의 건강보다 재산취득가능성을 우선할 염려가 있다는 점에 대해서는 어느 정도 수긍이 되는 면도 있다. 그러한 제공을 금지할 방법을 고려해야 할지도 모르지만 이것은 세포에 대한 권리를 긍정하는 것과는 별개의 문제이다.

8) 手嶋豊, アメリカにおけるヒトの細胞, 組織の所有權をめぐる論議について(·), L&T(Law and Technology) 12, 1991, 25面 이하 참조.

넷째, 장기이식에 대한 악영향에 관해서는 우선 소유권의 문제가 장기 이식이라고 하는 측면에까지 소유권이라고 하는 것을 확장해야 하는지가 검토되어야 한다. 이 경우, 장기제공의 의한 이식에 의해 확실히 생명을 일정기간 연장한다는 [利益]을 얻는 자가 생기는 것은 사실이지만 이것과 장기제공에 의한 생명공학 기술로부터의 이익획득을 동일시해도 좋은 가는 별개의 문제이고, 세포·조직에 대한 소유권과 장기의 소유권⁹⁾을 동일시할 필연성은 없다. 이러한 논의와는 별도로, 환자간의 장기수급에 따른 분쟁의 가능성은 오히려 제공장기에 대한 市場을 정비하는 것이 오히려 바람직한 해결일 것이다. 또한 장기제공의 多少는 장기의 소유권의 존부의 문제가 커다란 요인이라고는 할 수 없고 오히려 사망시까지의 의사와 환자간의 신뢰관계가 중요한 문제라는 점이 지적되고 있다. 또한 빈곤층이 장기제공의 대가취득을 목적으로 해 자기의 위험을 고려하지 않고 장기를 제공하고 이 때문에 바람직하지 않는 장기제공과 그것에 기한 새로운 위험이 발생한다는 점도 있지만 여기서도 장기이식과 생명공학 기술과의 차이가 강조되어야 한다. 즉 장기이식의 경우 제공된 장기를 이식하면 그래서 끝나지만, 생명공학 기술은 그것이 훨씬 많은 이익을 당해 장기로부터 창출할 수 있다는 점, 장기이식에 이용되는 장기는 건강한 장기가 그 대상이지만 생명공학 기술에서는 오히려 병적인 장기인 경우가 있고, 제공자는 이것을 적출하는 것이 건강회복에 바람직하다는 점 등이다. 환자의 입장에서 치료라는 측면이 아닌 형태의 신체의 일부적출에 관해서는 이러한 상업적 관점을 도입하지 않으면 제공을 할 가능성이 높지 않고 권리의 긍정은 이러한 문제의 해결을 위한 기초를 제공할 수 있다. 또한 소유권을 긍정하면 열악한 장기의 제공이 증가될 수 있다는 점에 대해서도 정확한 데이터에 기초한 비판은 아니고, 이러한 비판은 생체공학 기술에 관해서는 적합하지 않다. 왜냐하면 생체공학 기술의 경우에는 그 목적으로 적합한 품질의 장기 이외는 애당초 거래 대상이 되지 않기 때문이다.

9) 宋榮珉, 腦死 및 臟器移植에 관한 立法論的 研究 -民事法理를 中心으로-, 동아대학교 법학박사학위논문, 1998, 161면 이하.

다섯째, 사람은 통상 두뇌를 포함하는 자신의 육체를 사용함으로써 이익을 올리고 있고, 그 육체의 일부를 제공함으로써 이익을 올리는 것도 본질적으로는 거의 차이가 없다. 현재 미국에서는 혈액¹⁰⁾이나 정액을 제공하는 대가가 지불되고 더 나아가 이것에 課稅가 되고 있는 현상을 무시할 수 없다.”

3. 評 價

이상에서 소유권의 존부를 둘러싼 논의에 대한 부정설·긍정설을 살펴 보았다. 동일한 문제에 대하여 긍정설이 권리를 긍정함으로써 적극적 효과가 기대된다고 하는 반면, 부정설의 입장에서는 기대에 반하는 소극적 효과만을 문제로 삼는 등 논의는 가정에 기한 것이 많고 사실상 우열을 결정할 수는 없다고 생각된다. 그러나 이러한 제공자의 細胞·組織에 대한 소유권이 다투어진 Moore사건에서는 이것을 Informed consent의 문제로서 정보제공을 의사에게 의무로서 부가하여 문제를 해결하였다.¹²⁾ 해결 방법에 대해서는 기본적으로는 소유권의 존재에 대해 찬성하고 구체적으로는 使用目的의 強制的 開示와 中立的인 機關에 의한 가치의 산정 등을 제안하는 견해도 있다.

10) 그러나 우리나라의 血液管理法 제3조[혈액매매행위 등의 금지]는 [①누구든지 금전 재산상의 이익 기타 대가적 급부를 받거나 받기로 하고 자신의 혈액(제14조의 규정에 의한 헌혈증서를 포함한다)을 제공하거나 이를 약속하여서는 아니된다. ②누구든지 금전 재산상의 이익 기타 대가적 급부를 주거나 주기로 하고 타인의 혈액(제14조의 규정에 의한 헌혈증서를 포함한다)을 제공받거나 이를 약속하여서는 아니된다. ③누구든지 제1항 및 제2항의 규정에 위반되는 행위를 교사 방조 또는 알선하여서는 아니된다. ④누구든지 제1항 및 제2항의 규정에 위반되는 행위가 있음을 안 때에는 그 행위와 관련되는 혈액을 채혈하거나 수혈하여서는 아니된다]고 한다.

11) 手嶋豊, 上掲論文, 25面.

12) Field, op. cit., pp.180-181.

Ⅲ. 加工된 人體組織에 대하여 所有權理論을 適用할 수 있는가?

우리나라에서는 넓은 의미에서의 人間의 細胞·組織의 취급방법에 대한 醫療關係法規는 臟器등 移植에 관한 法律(1999. 2. 8 법률 제5858호, 2000년 2월 9일 시행), 屍體解剖 및 保存에 관한 法律(1995. 1. 5 법률 제4915호 전문개정), 血液管理法(1990. 1. 13 법률 제4121호), 摘出物 등 處理規則(1996. 1. 18 보건복지부령 제19호)이 있다. 그 중에서 장기등 이식에 관한 법률, 시체해부 및 보존에 관한 법률, 혈액관리법에서는 解剖 혹은 臟器摘出 등에 대하여 本人이나 遺族¹³⁾의 承諾을 필요로 한다고 한다. 특히 장기등 이식에 관한 법률에서는 生體臟器移植의 경우에는 본인의 동의에 의해 장기를 적출할 수 있고, 死體臟器移植의 경우에는 사망자가 생전에 서면에 의해 자기의 장기를 제공할 의사를 표명하고 있었던 경우에는 유족이 거부하지 않는 한 장기를 적출을 할 수 있도록 하고 있다.¹⁴⁾

사체해부 및 보존에 관한 법률에서는 시장·군수 또는 구청장은 인수자가 없는 시체가 발생한 때에는 지체없이 의과대학의 장에게 이를 통보하여야 하며, 의과대학의 장이 의학의 교육 또는 연구를 위하여 시체의 교부를 요청한 때에는 특별한 사유가 없는 한 이에 응하여야 하고(동법 제12조 1항), 시체를 교부받은 의과대학의 장은 유족 또는 사망자와 상당

13) 珉, 전제논문, 190면 이하.

14) 장기등 이식에 관한 법률 제18조 (장기등의 적출요건) ① 살아있는 자의 장기등은 본인이 동의한 경우에 한하여 이를 적출할 수 있다. 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 한다. ② 뇌사자와 사망한 자의 장기등은 다음 각호의 1에 해당하는 경우에 한하여 이를 적출할 수 있다. 다만, 정신질환자 및 정신지체인의 장기등의 경우에는 제1호의 경우에 한하여 이를 적출할 수 있다. 1. 본인이 뇌사 또는 사망전에 장기등의 적출에 동의한 경우. 다만, 그 가족 또는 유족이 장기등의 적출을 명시적으로 거부하는 경우를 제외한다. 2. 본인이 뇌사 또는 사망전에 장기등의 적출에 동의 또는 반대하였다는 사실이 확인되지 아니한 경우로서 그 가족 또는 유족이 장기등의 적출에 동의한 경우. 다만, 본인이 16세미만의 미성년자인 경우에는 그 부모가 장기등의 적출에 동의한 경우에 한한다. ③ 제1항 또는 제2항의 규정에 의한 동의를 한 자는 장기등의 적출을 위한 수술이 시작되기 전까지는 언제든지 장기등의 적출에 관한 동의를 의사표시를 철회할 수 있다.

한 관계가 있는 자가 그후 시체의 인도를 요구하는 때에는 특별한 사유가 없는 한 시체의 전부 또는 일부를 인도하도록 하였다(동법 제13조 1항).

더 나아가 적출물등 처리규칙에서는 적출물중 人體組織物¹⁵⁾의 경우 본인(本人이 의사표시를 할 수 없는 경우에는 그 親權者 또는 後見人)의 요구가 있는 경우에는 본인에게 인도하도록 하였다(동법 제3조 1항).

일반적으로 이상과 같은 법률은 모두 기본적으로는 行政·刑事法的 觀點에서 파악한 것으로 본인이나 유족의 승낙을 해부나 적출의 요건으로 한 것은 기본적으로는 본인에게는 醫療行爲에 대한 身體의 自己決定權으로 보고, 유족에게는 사자에 대하여 갖는 敬畏의 感情을 해하지 않도록 하기 위한 목적인 것이다.¹⁶⁾

이러한 관점에서 본다면 장기·조직에 대한 소유권자가 갖는 소유권의 내용은 수익을 얻기 위한 권능은 아닌 것이다.¹⁷⁾ 다시 말하면 이는 장기·조직에 대한 財産性을 승인한 것으로는 보기 어려운 것이다. 이 점은 有償의 장기제공을 금하는 장기등 이식에 관한 법률 제6조¹⁸⁾와 시체해부 및 보존에 관한 법률 제13조 2항의 규정에서도 알 수 있다. 그러나 이러한 규정은 순수하게 장기이식과 관련된 경우, 그리고 순수한 의미에서의 연구를 위한 목적에 의한 경우에만 효력이 있다고 보아야 할 것이다. 그러므로 혈액¹⁹⁾이나 조직·세포를 가공한 상품에 대한 수익성을 전혀 부정하는 것은 아니라고 보아야 할 것이다. 이를 부정한다면 특히 인간의 세

15) 인체조직물이란 신체로부터 적출되거나 절단된 사태아, 장기, 태반, 살, 뼈, 치아 등을 말한다(적출물등 처리규칙 제2조 1호).

16) 시체해부 및 보존에 관한 법률에서는 “시체를 해부하는 자 또는 그 전부나 일부를 표본으로 보존하는 자는 시체의 취급에 있어서 특히 예의를 지켜야 한다”고 규정하고 있다(동법 제17조). 또한 宋榮珉, 前揭論文, 224-230면 참조.

17) 이는 사체에 대한 소유권을 인정하는 것이 통설(特殊所有權說)인 우리 나라에서는 소유권은 사체에 대한 埋葬, 奉祀를 위한 목적으로만 인정된다고 하는 것과는 일치한다.

18) 장기등 이식에 관한 법률 제6조 (장기등의 매매행위 등의 금지) ① 누구든지 금전 또는 재산상의 이익 기타 반대급부를 주고 받거나 주고 받을 것을 약속하고 다음 각호의 1에 해당하는 행위를 하여서는 아니된다. 1. 타인의 장기등을 제3자에게 주거나 제3자에게 주기 위하여 받는 행위 2. 자신의 장기등을 타인에게 주거나 타인의 장기등을 자신에게 이식하기 위하여 받는 행위 3. 제1호 및 제2호의 행위를 교사·알선·방조하는 행위 ② 누구든지 제1항 제1호 및 제2호에 위반되는 행위를 교사·알선·방조하여서는 아니된다. ③ 누구든지 제1항 또는 제2항의 규정에 위반되는 행위가 있음을 안 때에는 그 행위와 관련되는 장기등을 적출하거나 이식하여서는 아니된다.

포·조직을 이용한 생명공학기술에 의한 상품의 개발에 대하여 원료의 제공자에 대한 대가를 지급할 수 없다는 것이 될 수 있는 것이다.

한편, 현재까지 인간의 세포·조직이 생명공학기술에 의해 막대한 이익을 창출할 수 있다는 가능성에 대해서는 일반적으로는 잘 알려져 있지 않다. 이 때문에, 의학적 조치 결과에 의해 적출된 장기 등이 어떻게 처분되는 것인지에 관한 일반적인 관심은 거의 없다.

인간의 세포·조직에 대한 소유권 문제는 미국에서 판결이 이미 나왔다.¹⁹⁾ 이 사건의 개요는 다음과 같다.

[1976년 Moore는 백혈병이라는 진단결과를 받은 후 UCLA의료센타에 입원하였다. 주치의는 백혈병의 진행을 억제하기 위한 필요에서 脾臟의 적출을 권유하였고 Moore도 이에 동의하였다. 비장적출수술이후 백혈병의 전이는 없었지만 Moore는 그 후에도 건강관리를 위하여 지속적인 치료를 권유받았고 그는 그가 살고 있는 시애틀에서 UCLA의료센타까지 통원치료를 계속했다. 통원치료과정에서 의료센타는 혈액과 골수를 그의 신체로부터 채취하였다.

수술 후 주치의를 비롯한 의사들은 Moore의 비장세포로부터 의학상 유용한 단백질을 다량생산하는 세포계(cell line)를 만들어내었다. 1981년 대학은 이 세포계 및 그 생산물에 대하여 특허를 출원하였고, 1984년 주치의를 비롯한 의사들을 발명자, 대학을 권리의 승계인으로 하는 특허권이 설정되었다. 또한 주치위는 2곳의 제약회사와 계약을 체결하였고 이 세포계와 그 생산물을 이용하여 의료품을 개발하는 독점적 권리를 주었다. 그 대가로서 한 회사로부터는 자사주식 7만 5천주가 주치의에게 양도되는 등, 두 회사 합쳐 모두 44만 달러라는 금액이 주치위와 대학에 기부되었다.

이러한 상황을 안 Moore는 1984년에 “주치위는 비장적출수술이 이루어지기 이전부터 적출한 비장의 일부를 연구에 사용할 의사가 있었음에도

19) 혈액관리법 제7조 유상공혈자에 대한 보상액 및 그 채혈한 혈액의 공급가액과 의료기관의 수혈자에 대한 공급가액에 대한 규정을 두어 혈액제공의 대가를 지불할 수 있도록 하고 있다.

20) Moore v. Regents of the University of California, 202 Cal. 3d 120, 793 P. 2d 479, 271 Cal. Rptr. 146 (1990).

불구하고 자신에게 그러한 계획을 설명하지 않고, 또한 그것에 대한 동의를 구하지 않았다”고 주장하였고 주치의, 대학, 제약회사 등을 상대로 손해배상 등을 청구하는 민사소송을 캘리포니아주 법원에 제기하였다.]

Moore사건은 생명공학을 둘러싼 원료인 조직의 제공자와 이를 이용한 연구자·회사와의 관계, 즉, 이러한 기술을 이유로 하는 특허에 의한 이익과 그러한 이익의 일부를 반환시키려는 문제, 환언하면 재산적 가치를 지닌 특수한 신체세포를 갖는 자와 연구자의 긴장관계가 문제의 발단이었다. 여기서 검토된 이익으로서는 한편에서 환자는 상업화의 흐름 속에서 이익이 있으면 환자에게 환원해야 한다는 것과 다른 한편으로는 생명공학기술의 개발에는 엄청난 先行實驗이나 투자가 있어야 비로소 실용화될 수 있고 실용화되는 것은 연구된 많은 매체 중에서 극히 일부분에 불과한 것으로 노력이나 자비에 비해, 제품화·실용화에 의해 생기는 이익은 소비된 개발비에 비교하면 극히 일부분에 불과하다. 또한 이러한 권리의 긍정은 과학의 진보를 저해할 위험도 있어 이러한 이익을 어떻게 타협해야 할 것인가 하는 것이 문제로 된 것이다. 이에 대한 캘리포니아주 최고법원²¹⁾은 연구에 방해가 될 수 있다는 가능성을 염려하여 조직에 대한 소유권을 긍정적인 항소심판결을 파기하여 조직에 대한 소유권은 성립하지 않는다고 하였다. 그러나 의사는 환자에 대하여 결정적으로 중요한 정보에 대해서는 開示할 의무를 부담한다고 하여 Informed consent 위반을 인정함으로써 실질적으로는 소유권이 있다는 것에 동일한 결과를 인정하였다.²²⁾

그러나 이러한 세포의 제공을 신체의 일부제공이라는 측면에서 보면 장기이식과도 관련을 갖게 된다. 이 경우에 세포·조직에 소유권을 인정하고 대가를 지급한다면 세포·조직보다 高度의 集合體인 장기의 제공에 대하여 대가를 지급하지 못하도록 한다는 것은 형평에 맞지 않을 가능성이 있다. 현재 이식의료가 일상적으로 행해지고 있는 미국에서는 장기제

21) Field, op. cit., p.178.

22) Ibid., 또한 丸山英二, 人體を材料とするバイオテクノロジーと法, 法學セミナー第438, 1991, 10面 이하 참조.

공의 부족이 심각하여 이러한 문제를 해결하기 위하여 장기제공자에게 제공의 대가를 지급해야 한다는 주장이 계속되고 있다.²³⁾ 그러나 이러한 문제는 생명공학기술에 의한 세포·조직의 소유권이라는 논의와는 다른 각도에서 검토되고 있다.

또한 生殖醫療 영역에서는 AID(Artificial Inseminations by Doner, 비배우자간의 인공수정)에 사용하기 위한 정자가 미국에서는 다양한 가격으로 매매의 대상이 되고 있다. 또한 예컨대 여성의 불임치료를 위한 成熟卵이 채취된 경우에 懷胎는 한번으로서는 성공하기 어렵기 때문에 卵을 복수로 채취하는 경우가 통상적이다. 이러한 경우에 회태가 성공한 경우에 남은 卵을 어떻게 처분해야 하는가, 실험에 사용하여도 좋은 것인가하는 문제가 생긴다. 이러한 문제는 공익목적상의 규제는 상당히 소개되고 있지만²⁴⁾ 이것을 被驗者의 財産이라는 측면에서의 검토는 거의 없는 것 같다.

이처럼 인간의 세포·조직을 둘러싼 법적 문제는 개별논점에 거치지 않고 보다 횡단적인 관점에서의 분석이 필요한 것이다. 이러한 의미에서 생명공학과 그것에 대한 사회의 평가, 많은 이해관계와 정책이 결합되어 사회전체와의 관계에서 검토할 필요가 있는 복잡한 문제가 될 수 있는 것이다.

IV. 結 論

최근 생체공학기술은 간, 당뇨병, 小人症, 간염 등의 질환에 대한 치료에 응용되어 왔다. 이러한 기술의 대부분은 인체로부터 적출된 조직과 세포를 재료로 하고 있다. 이러한 인간의 조직·세포를 재료로 하여 새로운 의약품을 만들고 커다란 이익이 생긴 경우에 세포·조직의 제공자는 그러한 배당에 참여할 수 있는가하는 것이 본고의 과제이다. 문제의 해결을

23) Dukeminier, Supplying Organs for Transplantation, 68 Mich. L. Rev. 811 (1974) ; Note, The Sale of Human Body Part, 72 Mich. L. Rev. 1182 (1974).

24) 齊藤純子, 胚保護法施行(海外法律情報・ドイツ), *ジュリスト* 977, 1993, 53面; 石村善治 外, 特集・科學技術の進歩と人權, *ジュリスト* 1016 10面 以下.

위한 전제로서 세포·조직에 대한 소유권을 인정할 것인가라는 문제부터 살펴보았다. 생각건대, 세포·조직에 대한 소유권은 전술한 소유권 긍정설의 입장에서 민법 제103조에 위반되지 않는 한 인정하는 것이 타당하다고 생각한다. 다만, 제공자에 대한 소유권의 존재여부의 논의는 실익이 없는 경우도 많다. 예컨대, 수술에 대한 동의를 하는 것 자체만으로 이러한 동의는 동시에 적출되는 장기의 소유권에 관해서도 묵시적인 포기로 해석될 가능성이 있기 때문이다. 통상적으로 환자자신의 입장에서 적출 후의 장기에 대한 이해관계에 있다고 생각할 수 없고, 의사에 의해 조직의 切除가 제안되는 것도 그것이 환자의 입장에서 바람직하기 때문이다. 따라서 默示的 拋棄가 이루어졌다고 해석되는 경우에는 無主의 動産이 되어 無主物先占에 의해 의료관계자가 소유권을 취득하게 된다고 생각한다. 그러나 이러한 묵시적인 소유권의 포기에 대해서는 환자 측에서 그러한 가치가 있다는 것을 알았더라면 포기의 의사표시등을 하지 않았을 경우가 있다. 이러한 경우에는 그러한 포기는 착오에 의한 것이고, 의료관계자 측에서 그러한 가치의 존재에 대하여 환자에게 정보를 제공해야 한다는 문제가 될 수 있을 것이다. 그래서 이러한 정보제공이 의사의 의무였음에도 불구하고 사전에 제공하지 않았기 때문에 환자가 피해를 입었다고 하는 경우에는 Moore사건에서와 같이 의사는 그러한 손해를 배상할 의무를 부담해야 할 것이다. 그러나 이러한 경우에 의사의 정보제공의무가 치료에 있어서의 Informed consent와 어떠한 관계에 있는가, 동시에 어느 정도범위까지 의사에게 부과되는가, 더 나아가 이러한 경우에 손해란 무엇인가 등이 문제가 될 수 있을 것이다.

그뿐만 아니라 제공자 측에 소유권이 있다고 한 경우에도 생체공학기술에 의해 제품화된 점에서 소유권의 귀속은 가공의 규정인 민법 제259조 제1항 단서에 의해 가공자에게 귀속하게 될 것이다. 민법 제259조에 대한 가공·新規性등은 생체공학 기술의 경우에는 명백하다고 생각한다. 그리고 민법 제259조는 가공규정 등에 의해 소유권을 상실한 자에 대해서는 민법 제741조(不當利得)의 규정에 처리할 수 있다.

그러나 세포·조직에 대한 가공으로 가공된 물건의 가치가 현저히 증

가한 것은 부정할 수 없는 사실이지만, 재료인 있는 원래의 세포·조직의 가치를 가공후의 가치와의 관계에서 어떻게 평가할 것인가는 여전히 민법 제259조를 적용함에 있어서 검토의 여지가 있다. 가공에 의해 발생한 가치는 재료에 어느 정도의 투자를 할 것인가와의 균형에 있고, 재료의 가격도 수요와 공급의 균형속에서 결정되는 것이다. 생명공학기술에 이용될 가능성이 있는 재료는 극소이고 제공자가 이러한 사정을 알 수 있다면 교섭의 상황도 변할 것이다. 이것은 거래에서 상대방에게 목적물의 가치에 대하여 개시해야 할 의무가 買主에게 어느 정도있는가 하는 문제와도 관련된다. 이것은 마치 玉石과 原石의 취급처럼 유사하게 처리할 수 있지만, 당사자의 일방이 거의 지식을 갖고 있지 않는 경우가 있다는 점에서는 유사하지만, 커다란 차이점은 세포·조직이 의료행위의 결과로서 얻어진 것이라는 점과 가공기술 그 자체에 막대한 비용이 투입되고 있다는 점이다. 또한 민법 제261조 적용의 결과로서의 반환의무의 범위도 문제가 된다. 이에 대해서는 재료가 타인의 소유라는 것에 대해 악의인 상태에서 가공한 자도 요건을 충족시키면 가공물의 소유권을 취득하지만 材料所有者는 損害賠償請求權(민법 제750조에 의한)과 加工物所有權移轉請求權을 선택적으로 갖는다고 할 것이다. 그 법적 구성은 惡意의 加工者는 자기에게 권한이 없다는 것을 알고 타인의 사무를 자기의 사무로서 행한 것으로서 材料所有者는 민법 제684조의 규정을 정한 민법 제738조의 준용을 주장할 수 있다(準事務管理의 法理)고 해석하여 가공물소유권이전청구권의 행사를 인정하는 방법이 고려될 수 있을 것이다. 그러나 생명공학 기술의 경우에 소유권이 불명확한 현상과 默示의 拋棄 등의 문제도 있어 곧바로 가공자를 악의자로는 판단할 수 없는 측면도 있다고 생각한다.