

생명공학특허에 있어서 인권 문제

박 성 호*

Park, Seong Ho

목 차

- I. 서 론
- II. 지적재산권의 인권적 배경
- III. 생명공학특허의 보호와 인권의 갈등 양상
- IV. 결론에 갈음하여

I. 서 론

오늘날 생명공학기술의 발달에 따라 특허 보호의 외연이 확대되고 있다. 지적재산권의 보호 강화는 하나의 트렌드를 형성하고 있다고 말할 수도 있지만, 지적재산권의 보호가 강화되면서 이로 인해 인간의 존엄과 가치가 훼손되고 건강할 권리를 비롯한 기본적 인권과의 충돌이 현실화하고 있다는 우려의 목소리도 들린다. 문제는 지적재산권과 인권 상호간

* 한양대학교 법과대학 교수·변호사

의 문제를 단순한 대립의 문제로만 볼 수 없다는 데에 있다. 단순한 대립 문제로만 볼 수 없다는 것은 무슨 의미인가? 그것은 무엇보다도 지적재산권에 인권적 측면이 있기 때문이다(Ⅱ. 지적재산권의 인권적 배경' 참조). 뿐만 아니라 지적재산권의 확산과 이용은 인권에 긍정적 영향을 주기도 한다. 가령, 특허권의 집행은 건강권과 관련이 있다.¹⁾ 이와 같이 지적재산권과 인권과의 관계는 상호보완적 관계로부터 출발한다. 따라서 이러한 상호보완적 관계를 출발점으로 지적재산권과 인권간의 상충 문제를 바라보지 않으면 안 된다. 그러나 종래 지적재산권과 인권의 상호관계에 관한 연구는 제대로 이루어지지 않았고²⁾ 이 문제에 관한 문제의식도 사회적으로 널리 공유되고 있지 못하다. 국제사법재판소 판사를 역임하였고 오스트레일리아 모나슈 대학 법학과 명예교수인 위라마트리(C. G. Weeramantry) 교수의 다음과 같은 지적은 지적재산권에 있어서의 인권 문제, 구체적으로는 생명공학특허에 있어서 인권 문제의 어려움을 단적으로 보여준다.

“새로운 발견이나 발명에 관한 특허권이 기본 인권에 영향을 주는 문제가 있을 수 있다. 예를 들어 건강할 권리와, ...암 치료제 개발 사이의 관계를 생각해보자. 과연 치료제 개발자는 약값을 비싸게 해서 전세계 많은 사람들이 이 약을 이용할 수 없게 할 권리를 어느 한도까지 갖는 것일까? 마찬가지로 ‘기적의 종자’나 병충해 저항성 필수작물종 그리고 새로 개발된 잡종 종자 같은 농산물 특허권에 관한 문제가 생길 수 있

1) Drahos Peter, *Intellectual Property and Human Rights*, Intellectual Property Rights : Critical Concepts in Law Vol. I., Routledge, p.225(2006).

2) 이에 관한 국내의 試論的 연구로는, 박성호, “지적재산권과 인권”, 「과학기술과 인권」, 2001, 당대, 122면 이하(박성호, 저작권법의 이론과 현실, 현암사, 2006, 3~38면에 수록되어 있음). 本稿는 “지적재산권과 인권” 중에서 생명공학특허에 관한 부분을 토대로 2001년 상반기 이후 2007년까지 발표되었거나 간행된 자료들을 참조하여 상당 부분을 수정 보완한 것임을 밝혀둔다.

다. 이 모든 경우 특허권 소유자 또는 개발자, 발명자는 보호받을 권리를 갖는다. 동시에 이들 생산물에 대한 사회 전체의 이해관계를 무시해서는 안된다. 양자 사이에서 적절한 균형을 잡을 필요가 있으나 이를 위한 원칙과 방법은 더 많은 연구가 필요하다.”³⁾

이 글의 목적은 이러한 위라만트리 명예교수의 문제의식을 공유하면서 생명공학특허에 있어서 인권 문제의 현황(Ⅲ. 생명공학특허의 보호와 인권의 갈등 양상' 참조)을 살펴보려는 데에 있다.

II. 지적재산권의 인권적 배경

1. 인권의 국제적 보호와 지적재산권

1948년 12월 10일 제3회 유엔총회에서 채택된 ‘세계인권선언(Universal Declaration of Human Rights)’은 비록 법적인 구속력이 없는 결의문으로 채택된 것이지만 모든 민족과 국가들이 성취해야 할 공통된 기준을 제시하였다는 점에서 단순한 권고 이상의 법적 가치를 갖는다고 할 수 있다.⁴⁾ 즉, 세계인권선언의 표현방식은 그후의 수많은 인권문서 작성에 지침을 제공하여 왔으며, 많은 국가들이 선언의 내용을 국내법으로 수용하고 있다. 또한 선언내용에 대한 국제사회의 존중과 확신으로 그 내용의 대부분은 이제 국제관습법화 되었다고 평가되고 있다.⁵⁾

3) 위라만트리, “인권과 과학기술의 발전”, 「유네스코포럼」 제11호, (1999년 겨울호), 112면.

4) Buergenthal Thomas, International Human Rights, West Publishing Co.(1988), 토마스 버겐탈 지음, 양건·김재원 옮김, 국제인권법, 증보판, 교육과학사, 2001, 32-33면 참조.

세계인권선언에는 지적재산권과 관련된 조문이 두 개 있다. 우선 제17조는 모든 사람은 재산권을 소유할 권리를 가지며(제1항), 이러한 재산권은 자의적으로 박탈당하지 않는다(제2항)고 규정하고 있다. 또한 제27조 제1항에는 “모든 사람은 공동체의 문화생활에 자유롭게 참여하고, 예술을 감상하며, 과학의 진보와 그 혜택을 향유할 권리를 가진다”고, 제2항은 “모든 사람은 자신이 창조한 모든 과학적, 문학적, 예술적 창작물에서 생기는 정신적, 물질적 이익을 보호받을 권리를 가진다”고 각 규정하고 있다. 이와 같이 재산권 일반은 세계인권선언(제17조) 중에 포함되어 있으며, 또한 세계인권선언 제27조 제2항에서는 ‘지적재산’에 관한 권리를 선언하고 있다.

세계인권선언에 포함된 지적재산권에 관한 보호는 경제적, 사회적 및 문화적 권리의 범주에 속하는 것으로서, 이러한 권리들은 1966년 12월 유엔총회에서 채택된 ‘경제적, 사회적 및 문화적 권리에 관한 국제규약(International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights)’에서 더욱 완전히 규정되고 있다. 이들 규정은 세계인권선언의 그것과는 달리 당사국에게 인권규약에 대한 구속력 있는 의무를 부과하도록 하고 있는데, 그 목적은 국제적으로 준수되어야 할 최저기준을 설정하려는 데에 있다.⁶⁾

경제적, 사회적 및 문화적 권리에 관한 국제규약 제15조 제1항은 “이 규약의 당사국은 모든 사람의 다음 권리를 인정한다. (a) 문화생활에 참여할 권리, (b) 과학의 진보 및 응용으로부터 이익을 향유할 권리, (c) 자기가 저작한 모든 과학적, 문학적 또는 예술적 창작품으로부터 생기는 정신적, 물질적 이익의 보호로부터 이익을 받을 권리”를, 제2항은 “이 규약의 당사국이 그러한 권리의 완전한 실현을 달성하기 위하여 취하는

5) 정인섭, 국제법의 이해, 홍문사, 1996, 230면.

6) Vasak Karel (eds.), The International Dimensions of Human Rights, Greenwood Press(1982), 카렐바사 편, 박홍규 역, 인권론, 실천문화사, 1986, 157-158면 참조.

조치에는 과학과 문화의 보존, 발전 및 보급에 필요한 제반조치가 포함된다”고, 제3항은 “이 규약의 당사국은 과학적 연구와 창조적 활동에 필수불가결한 자유를 존중할 것을 약속한다”고 각 규정하고 있다.

이와 같이 제15조 제1항(a)(b)(c)에는 문화적 참여와 저작권, 과학의 발달에 대한 승상과 특허권의 보호 등이 혼재되어 있는데, 제15조 제1항(a)(b)가 각 규정한 문화적 생활에의 의의 있는 참가 및 과학적 진보에 의한 이익의 응용은, 제15조 제1항(c) 및 제2항이 각 규정한 저작권의 실효적인 보호 및 문화재의 보존이 있는 경우에만 가능하게 된다. 그리하여 지적재산 및 저작권의 보호에 관한 일련의 조약은 문학적·미술적 및 학술적 저작물, 발명 및 과학상의 발견에 대한 여러 권리에 책임을 갖는 ‘세계지적재산권기구(WIPO)’에 의해 채택되었다. 이러한 문제에 관한 기본적인 국제적 문서들로서는 1967년에 개정된 ‘산업재산권의 보호에 관한 파리협약(Paris Convention for the Protection of Industrial Property)’, 1971년에 개정된 ‘문학적 및 예술적 저작물의 보호를 위한 베른협약(Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Works)’ 및 ‘세계저작권협약’ 등이 있다.⁷⁾

2. 헌법상 지적재산권의 보장

지적재산권의 보호에 대한 국제적 규범의 내용들은 우리 국내법에 대부분 반영되어 있다. 지적재산권의 보호에 관한 국내법으로는 특허법, 저작권법 등 다수의 법률이 존재한다. 더욱이 최고규범인 헌법에는 지적재산권의 보장에 관한 조항이 규정되어 있다. 지적재산권도 재산권의 일종이기 때문에 일반적인 재산권 보장규정인 헌법 제23조에 의하여 보장되는 것은 당연하지만, 우리 헌법은 이와 별도로 헌법 제22조 제2항에서

7) 카렐바사 편, 앞의 책, 177-178면 및 178면의 주(18).

“저작자, 발명가, 과학기술자와 예술가의 권리는 법률로써 보호한다”고 규정하고 있다. 즉, 이것은 지적재산권의 헌법적 보장을 규정한 것으로서 일반 재산권의 헌법적 보장을 규정한 제23조와는 별도의 규정이다. 요컨대, 헌법 제22조 제2항은 지적재산권 중에서 이른바 創作法이 규율하는 저작권, 특허권, 실용신안권, 디자인권 등의 보호에 관해서 규정한 것으로 이해할 수 있을 것이다. 이러한 저작재산권 중에서 가령 저작자의 인격적 이익에 관한 보호(즉, 저작인격권)는 헌법 제10조에 의해 보호된다고 할 수 있다. 그 밖에 지적재산권 중에서 영업상의 표지와 같이 인간의 지적·정신적 창작물이 아닌, 그래서 그 자체로서는 보호되어야 할 이유를 도출하는 것이 곤란한 상표 등과 같이 이른바 標識法의 영역에 속하는 지적재산권은 헌법 제22조 제2항이 아니라 재산권 일반에 관한 보장 규정인 제23조에 의하여 보호된다고 이해할 수 있을 것이다.⁸⁾

이와 같이 헌법 제22조 제2항이 저작자, 발명가, 과학기술자와 예술가의 권리를 법률로써 보호하는 이유는 이들이 창작적 행위를 하였기 때문이다. 즉, 공공재로서 비배타적, 비경쟁적 속성을 갖는 정보를 사적독점화 할 수 있는 권리 부여의 정당화 근거는 바로 ‘창작성’이란 요건이다. 전술한 세계인권선언 제27조 제2항이 “자신이 창조한 모든 과학적, 문학적, 예술적 창작물”⁹⁾로, 경제적, 사회적 및 문화적 권리에 관한 국제규약 제15조 제1항(c)가 “자기가 저작한 모든 과학적, 문학적 또는 예술적 창작품”으로 각 규정한 것은, 모두 이러한 창작성을 전제로 한 것이다.

8) 이에 관한 본격적인 논의로는, 박성호, “지적재산권에 관한 헌법 제22조 제2항의 의미와 내용”, 『법학논총』, 2007. 4., 한양대 법학연구소, 95면 이하 참조.

9) 영문은 “...any scientific, literary or artistic production of which he is the author.”

3. 소결

이상을 요약하면, 지적재산권은 창작성을 전제로 정당화되는 권리로써 국제적 인권의 일반적인 구별기준에 따르는 경우 경제적, 사회적 및 문화적 권리의 범주에 속한다고 말할 수 있다. 또한 국가내적으로 지적재산권은 헌법이 보장하는 기본적 인권으로서의 성격을 갖는 것이다. 그런데 인권이란 국가 기능의 변화에 따라, 그리고 인간존재와 인격을 바라보는 관점의 차이에 따라 여러 단계의 발전을 거처온 역사의 소산이자 문명의 산물이기 때문에, 지적재산권을 인권적인 관점에서 파악하는 경우에도 그 법적 성격 및 구체적 내용과 관련해서는 몇 가지 의문점이 남는다. 우선, 문화적 권리는 사회권적 성격을 갖는 것임에 반하여 헌법상 지적재산권의 보장은 자유권적 성격이 강하기 때문에 양자의 관련성을 적극적으로 해명할 필요가 있다.¹⁰⁾

이와 같이 인권은 본래적인 여러 특성 때문에 구체적 현안에 따라 인권 상호간에 충돌하는 모습을 보이기도 한다. 특히 지적재산권은 다른 인권과 상충관계에 놓이는 경우가 자주 발생하는데, 이러한 상충은 세계인권선언 제27조 제1항이나 경제적, 사회적 및 문화적 권리에 관한 국제규약 제15조 제1항(a)(b)의 내용으로부터 예상되는 바와 같이 지적재산권의 내재적 한계를 설정하는 과정에서 비롯되는 면도 있지만, 이것보다는 오히려 WTO/TRIPS협정의 성립을 전후로 과학기술중심의 경제를 지원하기 위하여 지적재산권의 보호를 더욱 강화하려는 신자유주의 경제체제의 일정한 흐름에서 비롯되는 면이 많다고 하겠다.

10) 이에 관해서는, 박성호, “지적재산권에 관한 헌법 제22조 제2항의 의미와 내용”, 101-102면 참조.

III. 생명공학특허의 보호와 인권의 갈등 양상

1. 문제의 제기

오늘날 생명공학기술과 정보통신기술의 발달에 의해 추동되는 신자유주의 경제의 흐름 아래에서 WTO/TRIPs협정의 성립을 전후로 지적재산권의 보호 추세는 더욱 강화되고 있다. 이로 인하여 지적재산권과 인권 간의 충돌 현상은 심화되고 있다. 특히 의학과 분자생물학의 결합으로 눈부신 발전을 거듭해온 생명과학 내지 생명공학분야에서는 생명공학 관련 특허보호의 강화에 따라 새로운 인권 문제가 제기되고 있다.

2. 인간의 존엄과 가치의 훼손

(1) 생명에 대한 ‘기술개입(technical intervention)¹¹⁾을 전제로 하는 생명공학의 발전으로 말미암아 특허제도는 변화를 겪고 있다. 문제는 생명의 특허화(the patenting of life)에 내재하는 윤리적 문제이다. 동물 특허에 반대하는 미국의 마크 하트필드 상원의원의 지적처럼 동물의 특허를 인정하는 특허정책을 취하게 되면 마치 생명을 공업제품과 마찬가지로의 가치나 의미밖에 가지지 않는 단순한 화학제품과 발명으로 보게 되는 결과가 초래될 것이다.¹²⁾

11) 유럽특허청 심사기준에 의하면 특허성의 인정 여부는 기술개입의 정도에 따라 달라진다고 한다. 만일 기술개입이 발명의 결과를 결정하거나 좌우하는데 중요한 역할을 한다면 그 방법은 특허성(patentability)이 인정된다는 것이다. Guidelines for Examination of the EPO, No. X-232.2 참조.

12) Shiva Vandana, Protect or Plunder? : Understanding Intellectual Property Rights, Zed Books, p.8(2001).

이러한 우려대로 특허의 대상은 동물의 경우에 국한되지 않고 있다. 가령, 존 무어(John Moore)의 사례가 대표적이다. 그는 미국 UCLA 병원에서 비장암(cancer of the spleen) 치료를 받고 있었는데, 1984년 무어의 치료를 담당한 의사가 승낙도 없이 그의 세포주(cell line)로 특허를 취득하였다. 그 후 ‘무어 세포주’는 거대 제약회사인 Sandoz사에 매각되었다. 세포주의 최종가치는 30억 달러를 넘는 것으로 평가되었다. 무어는 그의 치료를 담당한 의사가 자신의 세포주를 무단 전용(appropriation)하였다는 등의 이유로 소송을 제기하였다.¹³⁾ 이에 대해 캘리포니아주 대법원은 아이로니컬하게도 무어가 자신의 조직(tissue)에 대해 소유권을 가지지 않는다고 한 다음, 대학과 생명공학기업이 무어의 비장을 독점적으로 관리하고 거기서 얻은 살아있는 유기체에서 특허를 취득하여도 하등 이상할 것이 없다고 판시하였다.¹⁴⁾ 그러나 법원은 신뢰의무 위반은 인정하였다. 즉, 연구 의도를 환자인 무어에게 고지하지 않았을 뿐 아니라 연구에 관해 설명하고 승낙(informed consent)을 얻지 않은 것은 잘못이라고 판시하였다. 그렇지만 무어가 자신의 조직(tissue)에 대해 소유권을 갖는 것이 아니라 캘리포니아주립대학 평의회(the California Board of Regents)가 무어의 세포주에 대해 소유권을 갖는다고 설시함으로써 무어의 소유권 주장을 일축하였다.¹⁵⁾

이와 같이 인간의 신체의 일부를 이용한 특허권의 취득을 허용하는 것은 인간의 존엄성(human dignity)에 대한 중대한 도전이 된다. 그럼에도 불구하고 인간성(humanity)을 독점하여 ‘상품화’ 하고자 하는 시도는

13) *Id.* 구체적으로 말하면, 무어는 UCLA 측을 상대로 신뢰의무 위반 및 비장(spleen)에 대한 그의 소유권을 침해하여 비장을 유용하는 불법행위(tort of conversion)를 저질렀다는 이유로 소를 제기하였다. Halbert, J. Debora, *Patenting the body : Resisting the commodification of the human*, Resisting Intellectual Property, Routledge, p.115(2005).

14) Moore v. Regents of the Univ. of California, 793 P. 2d 479, 483 (Cal. 1990).

15) Halbert, J. Debora, *supra*, p115.

끊이지 않는다.

1994년 미국의 미리어드 제약회사는 진단과 검사를 독점하기 위하여 여성의 유방암 유전자에 대해 특허를 받았다. 미국 상무부는 미 국립보건원(NIH)을 대신하여 파나마의 구아이미(Guaymi)족과 파푸아뉴기니의 하가하이(Hagahai)족의 세포주에 대해 특허를 받았다.¹⁶⁾ 그래서 생태운동가인 반다나 시바(Vandana Shiva)는 인류 공동의 재산이라 할 수 있는 인체에 대한 독점화 현상을 이렇게 비판한다. 즉, 서구인들이 처음 비서구 세계를 “발견하고 정복하여” 식민지화 하였던 것처럼 이제 식민지는 내부 공간, 즉 인간과 같은 생명체의 ‘유전자 코드’에까지 확장되고 있다는 것이다.¹⁷⁾ 미국 상무부의 구아이미족과 하가하이족에 대한 특허를 둘러싸고서 유럽의 의사와 활동가들, 그리고 세계 여러 나라의 NGO 들로부터 국제적인 불법행위라는 비판을 받게 되자, 미 상무부는 1994년 전자에 대하여 1996년 후자에 대하여 각 특허를 포기하였다.¹⁸⁾

(2) 여기서 태풍의 눈과 같이 부각되는 쟁점이 바로 ‘인간 복제’ 문제를 비롯한 그 밖의 유전공학관련 발명을 둘러싸고서 제기되는 수많은 논의이다. 생명과학과 인권의 문제를 지속적으로 제기해온 유네스코는 1997년 11월 11일에 열린 제29차 총회에서 만장일치로 채택한 ‘인간 게놈과 인권에 관한 보편선언(The Universal Declaration on the Human Genome and Human Rights)’에서 인간 게놈을 모든 인류의 유산으로 규정하고(제1조), 이를 영리 목적으로 이용해서는 안 되며(제4조), 특히 인간의 존엄에 위배되는 인간복제행위는 허용되어서는 안 된다(제11조)는 등의 내용을 공표하였다.¹⁹⁾ 또한 유네스코는 2003년에는 ‘인간 유전

16) Shiva Vandana , Biopiracy : The Plunder of Nature and Knowledge, South End Press, pp.3-4(1997).

17) *Id.*, p.3.

18) <http://www.etcgroup.org/en/take_action/past_actions.html> 참조

19) 이 선언의 전문은, 한재각 옮김, “인간 게놈과 인권에 관한 보편선언”, 「유네스코

정보에 관한 국제선언’을, 2005년에는 ‘생명윤리와 인권에 관한 보편선언’(Universal Declaration on Bioethics and Human Rights)을 각 채택하였다.²⁰⁾

문제는 뉴라운드 협상을 통하여 생명공학분야 발명의 보호에 관한 새로운 국제규범을 만들고자 시도하려는 선진국들의 입장이다. 이미 미국을 중심으로 한 영국, 일본 등 주요 선진국들은 2000년 인간 게놈 프로젝트(Human Genome Project, HGP)의 1차 결과를 발표하였고 2003년 4월 14일 인간 게놈지도를 99.9 퍼센트의 정확도로 완성하였다고 발표하였다. 한편 미국특허상표청(USPTO), 유럽특허청(EPO) 및 일본특허청(JPO)의 3국 특허청은 1999년 6월 인간 게놈 프로젝트의 산물인 DNA 단편 등의 특허성에 대한 비교·연구를 수행한 연구보고서를 발표하였다. 또한 3국 특허청은 2000년 11월 이미 그 기능이 알려진 유전자와의 염기서열의 相同性(homology)에 기하여 기능이 추정되는 유전자의 특허성에 관한 비교·연구를 수행하여, 추정의 근거가 되는 이미 알려진 유전자와의 相同性이 낮은 경우에는 특허성이 부정된다는 연구보고서를 발표하였다.

이러한 선진국 주도의 특허 강화추세에 따라 우리 특허청은 HGP의 1차 결과 발표 이후 HGP 결과물 및 대용량 유전정보에 대한 출원이 급증할 것에 대비하여 1998년 3월 1일부터 제정·시행하는 ‘생명공학분야 특허심사기준’ 중에서 유전공학관련 발명에 대한 심사기준을 개정하여 2001년 1월부터 시행하였다.²¹⁾ 그 후 생명윤리 및 안전에 관한 법률이 2005년 1월부터 시행됨에 따라 위 심사기준을 2005년 5월 다시 개정하였다.

포럼」, 제4호(1998 봄호), 10-19면.

20) 홍성욱, “과학과 인권”, 「인권평론 1」, 한길사, 2006. 12., 143면.

21) 박성호, “우리나라의 생명공학특허제도와 ‘유전자원’의 보호문제”, 「AIPPI 저널」, 한국국제산업재산권보호협회, 2001. 3., 7면 이하.

(3) 우리 헌법 제10조가 규정하는 ‘인간으로서의 존엄과 가치’는 “모든 기본권 보장의 궁극적 목적(기본이념)이라 할 수 있는 인간의 본질과 고유한 가치인 개인의 인격권”을 보장하는 것²²⁾으로서 主基本權이자 포괄적 기본권으로서의 성격을 갖는 것이다.²³⁾ 이러한 점에서 ‘인간복제’ 자체나 그 방법은 헌법 제10조의 ‘인간의 존엄과 가치’에 반하는 것으로서 금지되는 행위라 할 것이다. 따라서 ‘복제인간’ 자체나 그 방법은 특허법의 보호대상에 해당되지 않는다.

그런데 인간의 유전자 특허(Gene Patent)와 관련해서는, 2005년 5월 개정된 특허청의 ‘생명공학분야 특허심사기준’에 따르면 인위적으로 분리·확인되고 기능이 밝혀진 유전자는 특허대상이 된다는 것이다. 이에 따라 HGP의 산물인 DNA 단편(ESTs, Expressed Sequence Tags), SNP(개체간 단일 염기변이) 및 컴퓨터를 이용하여 그 기능을 추정할 전장 DNA(full-length DNA) 등에 대해서는 심사기준을 마련하고 있다. 또한 위 심사기준에 따르면, (i)생태계를 파괴할 우려가 있는 발명, (ii) 환경오염을 초래할 우려가 있는 발명, (iii)인간에게 위해를 끼칠 우려가 있거나 인간의 존엄성을 손상시키는 결과를 초래할 수 있는 발명²⁴⁾ 등은 특허법 제32조에 의하여 특허를 받을 수 없는 것으로 본다.²⁵⁾

결국 특허법 제32조나 위 심사기준은 모두 헌법 제10조의 정신을 반영한 것이라고 볼 수 있는데, 그렇다고 하더라도 유전자 특허의 심사와 관련하여 인간의 존엄이나 공서양속과 같은 기준이 제대로 작동할 것인지 여전히 의문이라 하겠다. 그 이유는 기준의 내용이 추상적일 뿐만

22) 헌법재판소 1990. 9. 10. 선고 89헌마82 결정(헌법재판소판례집 제2권, 310면).

23) 김철수, 헌법학개론, 제12개정판, 박영사, 2000, 355면.

24) 위 심사기준은 (iii)에 해당하는 경우로서 <예1> 인간에게 위해를 끼치는 인위적인 방법으로 얻어진 인간세포, <예2> 인간을 복제하는 공정, 인간 생식세포계열의 유전적 동일성을 수정하는 공정 및 그 산물을 든다.

25) 그 밖에도 특허청의 위 심사기준에 따르면 (iv)인간을 배제하지 않은 형질전환체에 관한 발명, (v)생명윤리 및 안전에 관한 법률에 의해 금지되는 행위 또는 연구 성과물에 관한 발명은 특허법 제32조에 의해 특허를 받을 수 없다고 한다.

아니라, 전술한 것처럼 “인위적으로 분리·확인되고 기능이 밝혀졌다”는 유용성에 착목하여 인간 유전자의 특허성을 인정한다는 사고방식 자체가 인간의 존엄과 같은 윤리적 측면에 대한 검토를捨象하였다는 반증이 되기 때문이다.²⁶⁾

3. 건강·생명권의 위협

(1) 생명공학특허의 보호 문제와 관련해서 국제적으로 쟁점이 되는 것은 에이즈(AIDS) 치료제의 특허권 분쟁이다. 그간 서구의 제약회사들은 특허권이 인정되지 않는다면 제약산업이 존재할 수 없다고 주장해 왔고, 에이즈환자들과 그 지원단체들은 특허권이 생명에 우선할 수 없다고 주장하면서 환자들에게 값싼 치료제를 대량으로 공급할 수 있는 방안을 마련하라고 관련 정부에 촉구해 왔다. 에이즈 치료제의 특허권 분쟁은 의약품의 판매가격이 특허권의 유무에 따라 크게 달라진다는 점을 상징적으로 보여준다. 즉, 의약품에 대한 특허권으로 인해 ‘건강하게 살 권리’가 크게 위협받을 수 있는 것이다. 이 문제를 해결할 수 있는 방안으로는 병행수입이나 특허권에 대한 강제실시권의 설정을 들 수 있다. 병행수입은 수입품이 진정상품일 것과 특허권자가 적법하게 임의로 유통시킨 것일 것 등이 전제되어야 하므로, 강제실시권의 설정이 특히 중요하다. 강제실시권에 대해서는 특허권의 공정한 행사를 촉진하는 중요한 요소로 간주되어 산업재산권의 보호에 관한 파리협약의 개정시에도 개발도상국으로부터 논의가 있었던 것이다.

26) 이러한 관점은, 박은정, 생명공학시대의 법과 윤리, 이화여대 출판부, 2000, 457-464면에서 서술한 다음과 같은 論旨의 시사를 받은 것이다. 즉, 특허법의 윤리적 구성요소는 기술적 요소와 함께 통합적으로 고려되어야 하고 유용한 기능이 알려진 유전자에 대해 특허를 부여하는 것은 경제적 관심사와 윤리적 관심사를 절충한 것으로서 비판받아 마땅하며 인간 유전자 특허는 유용성 여부를 떠나 허용되어서는 안 된다는 것이다.

WTO/TRIPs협정 제31조는 강제실시권의 설정 요건을 엄격히 규정하고 있다.²⁷⁾ 즉, 강제실시의 승인은 신청인이 합리적 조건으로 권리자로부터 허락을 얻을 노력을 하였지만 합리적인 기간 안에 허락을 얻지 못한 경우 {보충성원칙, TRIPs협정 제31조(b)} 개개의 사안마다 심사하여 인정된다 {개별성원칙, TRIPs협정 제31조(a)}. 다만, 국가의 긴급사태나 그밖에 극도의 위기상황, 또는 공공의 非商業的 使用(public non-commercial use)을 위해 필요한 경우에는 보충성의 존재가 의제된다. 또한 강제실시가 승인되는 경우 그 범위와 기간은 목적달성을 하는데 한정되어야 한다{최소실시원칙, TRIPs협정 제31조(c)}. 또한 강제실시되는 권리는 통상실시권에 한정된다{통상실시원칙, TRIPs협정 제31조(d)}. 사유 종료시 곧 강제실시권을 종료하여야 한다{한시성원칙, TRIPs협정 제31조(g)}. 이와 같이 승인요건의 내용이 애매하고 추상적이어서 달리 해석될 여지가 많을뿐더러 TRIPs협정이 구축하는 세계시장에서의 경쟁질서유지를 명분으로 미국 정부가 압력을 행사하는 경우가 많아 의약품에 대한 강제실시의 승인은 용이하지 않은 것이 현실이다.²⁸⁾

한편, 2001년 11월 14일 카타르 도하에서 발표된 WTO의 각료선언문,

27) 정진섭·황희철, 국제지적재산권법, 육법사, 1995, 205-206면.

28) 그러나 자국의 이익과 관련된 경우 미국은 정반대의 태도를 취한다. 9. 11 사건 이후 미국에서는 탄저병 소동이 벌어진 적이 있다. 이때 미국 정부는 불과 몇 명 발생하지도 않은 자국민 환자와 앞으로 발병할 지 모를 환자들의 치료를 염려하여 독일 바이엘이 개발한 치료약인 시프로(Cipro)에 대해 약품가격의 인하를 요구하는 한편 이를 거부하면 미국 내의 특허권을 무효화할 수 있다고 위협하여 약가 인하 요구를 관철시킨 바 있다. 또한 캐나다는 극도의 긴급상황(a situation of extreme emergency)에 해당한다는 이유로 강제실시권을 발동하여 국내 제약사로 하여금 치료약을 만들 수 있도록 허용하였다(FINANCIAL TIMES, 2001. 10. 21. 자, 3면; 同 2001. 11. 6. 자, 4면, 19면). 아프리카 등 제3세계에서 창궐하는 에이즈 환자의 치료약을 값싸게 공급하는 문제를 외면해온 미국 등 선진제국의 그간의 태도에 비추어 볼 때, 극히 이례적인 방향선회(?)라고 할 수 있다. 종래의 태도와는 상반된 이러한 '이중기준'이 발동된 것은 아마도 자국민의 건강 문제가 관련되었기 때문일 것이다.

즉 ‘TRIPs협정과 공중의 건강에 대한 선언’에는 ‘공익을 위한 강제실시’와 관련하여 중요한 내용이 포함되어 있는데, 그 골자는 다음과 같다. “회원국이 공중의 건강을 보호하기 위해 조치를 취하는 것을 TRIPs협정이 방해하지 않으며 방해할 수 없다”(도하선언 제4항 전단)는 것과 “공중의 건강을 보호하기 위한, 특히 의약품에 대한 접근권을 촉진하기 위한 WTO 회원국의 권리를 지지하는 방식으로 협정이 해석되고 이행되어야 한다”(도하선언 제4항 후단)는 점을 명백히 하였다. 또한 “회원국은 강제실시권을 허여할 권리를 가지며 강제실시권을 허여할 조건을 자유롭게 결정할 수 있다”(도하선언 제5항 (b))는 것과, 강제실시권의 허여 조건의 하나인 “국가의 비상사태나 극도의 위기상황이 HIV/AIDS, 결핵, 말라리아와 같은 유행병에 적용될 수 있다”(도하선언 제5항 (c))는 점 등을 밝혔다. 아울러 제약부문의 제조능력이 불충분하거나 없는 WTO 회원국들이 TRIPs협정 하에서 강제실시권을 효과적으로 이용함에 있어 어려움을 겪고 있다는 것을 인식하고, WTO/TRIPs 이사회가 신속한 해법을 찾아 2002년 말 이전에 보고할 것을 지시하고 있다(도하선언 제6항). 이러한 일련의 국제적인 논의의 진전을 고려하면, 미흡하기는 하지만 특허권의 보호강화로 말미암아 위기에 처해 있는 인간의 건강권과 생명권을 보장받기 위한 노력이 지속적으로 진행 중이라는 사실을 확인할 수 있다.²⁹⁾

(2) 우리나라의 사례로는 만성골수성 백혈병 치료제 ‘글리벡’을 둘러싼 논란이 있다.³⁰⁾ 글리벡은 만성백혈병 환자에게 특효가 있다고 국내에 알려지면서 정식 치료약으로 허가되어 환자들에게 공급되기 시작한

29) 박성호, “생명권, 건강권, 그리고 특허권—글리벡 특허권에 대한 강제실시문제”, 『JURIST』, 2002. 3., 12면.

30) 이에 관해서는, 남희섭, “특허권과 인권—글리벡사건을 중심으로”, 『민주사회를 위한 변론』, 통권 제43호(2001. 11/12), 37면 이하.

희귀의약품이다. 그런데, 글리백의 약품가격과 보험적용범위를 둘러싸고 글리백의 특허권자인 다국적기업 노바티스 아게와, 백혈병 환자와 그 가족들 그리고 이들을 후원하는 시민단체들 사이에 열띤 논쟁이 벌어졌다. 급기야는 글리백의 특허권에 대해 強制實施權의 裁定申請을 하기에 이르렀다. 표면적으로는 불거진 논란은 약값이 “싸냐 비싸냐”에 있는 것처럼 보이지만, 이것은 본질적으로 특허와 의약품의 접근성을 둘러싼 대립이다.

이 사건 당시 우리나라 구 특허법 제107조는 ‘通常實施權設定의 裁定’에 관한 규정을 두면서, TRIPs협정 제31조에 따라 같은 조 제1항 제3호에 “공공의 이익을 위하여 비상업적으로 특허발명을 실시할 필요가 있는 경우”에 특허발명을 실시하고자 하는 자가 통상실시권의 재정을 청구할 수 있도록 규정하고 있었다. ‘글리백 사건’을 계기로 우리나라에서는 처음으로 다국적기업 노바티스 아게가 가지고 있는 글리백의 특허권에 대해 강제실시권의 재정신청을 한 것도 바로 특허법 제107조 제1항 제3호의 규정에 근거한 것이다. 그러나 특허청장은 2003년 3월 4일 ‘통상실시권 설정 재정청구 결정’에서 아래와 같은 결정이유를 제시하면서 재정청구를 받아들이지 않았다.³¹⁾

“첫째, 글리백을 저가로 수입할 경우 글리백을 복용하지 않으면 안될 절박한 상황에 처해 있는 환자측의 경제적 부담을 많이 완화해 줄 수 있는 반면, 만성골수성백혈병의 경우처럼 전염성 기타 급박한 국가적·사회적 위험이 적음에도 불구하고 발명품이 고가임을 이유로 강제실시를 허용할 경우, 발명자에게 독점적 이익을 인정하여 일반공중의 발명의식을 고취하고, 기술개발과 산업발전을 촉진하고자 마련된 특허제도의 기본취지를 크게 훼손할 수 있는 만큼 강제실시인정 여부는 이러한 두

31) 특허청장 2003. 3. 4.자 통상실시권 설정 재정청구 결정서. 이 사건은 우리나라 특허법 시행 이후 최초로 제기된 공공의 이익을 위한 특허권에 대한 강제실시권 재정신청이었던 때문인지 사건 번호조차 따로 매겨져 있지 않다.

가지 상충되는 이익을 비교형량하여 신중히 결정해야 하는 당위적 측면과, 둘째, 현재 모든 만성골수성백혈병 환자(만성기 포함)에게 보험이 적용되며, 이 경우 환자의 실제 부담액은 보건복지부가 책정 고시한 약가의 10% 수준인 점, 글리벡의 공급이 현재 정상적으로 이루어지고 있는 점, 대외무역법 제14조 및 대외무역관리규정 제7조 규정에 의한 자기치료목적의 수입이 가능한 점 등 글리벡의 공급실태와 관련된 상황적 측면을 종합적으로 고려할 때, 본건의 경우 특허법 제107조 제1항 제3호의 규정에 의한 통상실시권 설정을 인정할 정도의 공공의 이익이 있다고 보기 어려운 것으로 판단[된다.]”

(3) 한편 2003년 8월 30일 WTO 회원국들은 제네바에서 ‘도하선언 제6항’에 관하여 합의하였고, 개발도상국 및 최빈국의 공중보건문제를 해결하기 위하여 WTO에서 WTO/TRIPs협정의 일부 규정의 효력을 유보하도록 결정함에 따라 이러한 결정 내용을 반영하기 위하여 2005년 5월 31일 특허법 제107조를 개정하였다.³²⁾ 특히 이 때 구 특허법 제107조 제3호의 ‘비상업적 실시’ 부분이 삭제되어 “특허발명의 실시가 공공의 이익을 위하여 특히 필요한 경우”로 개정되었다. 구 특허법상 강제실시를 청구하는 경우 개개의 요건에 대한 분석이 필요하게 되는데, 이 경우 모든 실시 형태가 비상업적일 것을 요구함으로써 청구인 적격 문제는 물론이고 실제로 강제실시권이 허여되었을 때 실제로 그 기술을 실시하는 문제와 관련하여 해석상 어려운 문제가 있었다. 이러한 문제를 고려하여 ‘비상업적 실시’ 부분이 삭제된 것으로 이해된다.

32) 신혜은, 유전공학 관련 발명의 특허성과 그 효율적 보호방안에 관한 연구, 고려대학교 대학원 법학과 박사학위논문, 2006. 12., 243면.

4. 생물다양성의 보전에 대한 위협

(1) '유전자원'을 둘러싼 갈등

현재 선진국과 개발도상국간의 '유전자원'(genetic resources)을 둘러싼 갈등은 지적재산권과 인권간의 대립 차원을 넘어선 것으로서 지구의 장래와 관련한 본질적 문제라고 할 수 있다. 산업화 시대의 석유나 철광석과 마찬가지로 '유전자원'은 생명공학 시대의 원자재가 되고 있다. 많은 개발도상국들은 자국에서 서식하는 동식물의 유전자를 이용해서 선진국의 회사가 특허권을 획득하고 이로부터 막대한 이윤을 창출하는 데에 대한 반발로서 자국에서 생물의 샘플을 채취해 가는 것을 제한하고 샘플 채취 허용의 대가를 요구하고 있다. 일부 과학자들은 이에 대해 의학과 농업 분야에서 혁신을 일으킬 수 있는 연구계획이 중단될 위기에 놓이게 되고 멸종위기에 처한 동물에 대한 연구와 보호가 어려워지고 있다고 반발한다.

그렇지만 자국의 유전자원에 대한 접근을 통제하고 있는 나라들은 자국의 자원이 지금까지 아무런 대가 없이 사용되었다면서 이를 선진국들에 의한 '생물식민지주의'(bio-colonialism) 또는 '생물의 해적행위'(bio-piracy)라고 비판한다.³³⁾ 가령, 인도에서 여러 세기 동안 생물농약(biopesticide)과 약재로 이용되어 온 님(neem)나무의 의약적 특성에 착목하여 1985년 이후 미국과 일본 기업들이 이에 관한 방법발명 등으로 12개 이상의 특허권을

33) 생명공학 특허제도가 생물다양성의 보전에 반한다는 점에 관해서는, 이대훈, "생물다양성 · 지적재산권 · 생명", 「세계의 화두」, 1998, 개마고원, 158면 이하; Shiva Vandana, *supra*, p.65 이하. 이와는 반대로 생명공학에 대한 지적재산권 보호가 개발도상국에게도 유용하다는 반론으로는, McCabe, W. Kevin, *The January 1999 Review of Article 27 of the TRIPS Agreement: Diverging Views of Developed and Developing Countries toward the Patentability of Biotechnology*, *Journal of Intellectual Property Law*, p.65(1998 Fall) 이하 참조.

미국에서 취득하였다. 또한 전술한 것처럼 비록 나중에 포기하였지만 미국 상무부는 파푸아뉴기니의 하가하이 족과 파나마의 구아이미 족의 세포주 (cell lines)에 대한 특허권을 취득한 바 있다.

이러한 상황에서 매년 수십억 달러를 쏟아 붓는 초국적 제약회사들 간의 경쟁으로 ‘유전자 사냥꾼’(gene hunter)까지 생겨났다. 자국 내의 유전자원에 대하여 해당 개도국들은 어떠한 권리를 가지며, 유전공학이 발전된 선진국들은 어떠한 조건으로 당해 유전자원에 대한 접근을 할 수 있는가 그리고 당해 유전인자를 이용하여 제품을 개발하고 특허권을 취득하여 상업적 이윤이 발생한 경우 그 유전인자를 공급했던 해당 개도국은 어떤 보상 또는 특허발명의 이용허락을 받을 수 있는가 하는 이해관계의 조정이 필요하게 된다.

이러한 맥락에서 지난 1992년 6월 5일 리우데자네이로에서 체결된 ‘생물다양성협약(Convention on Biological Diversity)’은 유전자원 또는 유전정보의 보전·접근·활용 및 이와 관련된 지적재산권의 양도 또는 이용허락에 관한 상세한 국제규범을 마련하게 된 것이라고 할 수 있다.³⁴⁾ 그럼에도 불구하고 선진국과 개도국간에 생물 및 유전자 자원의 확보 등을 둘러싼 분쟁은 심화되는 양상마저 보인다.

이러한 문제에 대응하기 위해 태국 정부는 2007년 9월 1년에 걸쳐 전국 바이오 자원 보유 현황에 대한 실태 조사에 착수하였다. 브라질에서는 2007년 6월 허락 없이 아마존 밀림에서 생물을 채취한 네덜란드 과학자에게 징역 16년의 중형을 선고하였다. 이러한 일련의 사태 때문에 UN은 2007년 10월 말 캐나다에서 실무그룹 회의를 개최하여 제3세계 국가에서 바이오자원(생물 종의 특성을 이용하는 자원) 확보 및 특허권 등을 둘러싸고서 벌어지는 분쟁에 관하여 논의하였다.³⁵⁾

34) 정상조, “유전공학의 발전과 특허법적 보호의 문제점”, 『법학』, 제35권 제1호 (1994. 5), 서울대 법학연구소, 339-340면.

35) “제3세계 ‘바이오자원 해적질 멈춰라’”, 동아일보, 2007년 10월 17일자, A20면 기

(2) Merck-INBio 協定³⁶⁾

1991년 9월 19일 미국의 제약회사인 Merck사와 코스타리카의 국립 생물다양성연구소(Instituto Nacional de Biodiversidad, INBio)와의 사이에 유전자원의 활용을 위하여 체결된 협정은, 남북간 기술이전계약의 모델로 평가된다. 여기에서 Merck사는 2년간 코스타리카에서 서식하는 생물로부터 유전정보를 수집하고 분석하여 의약품질을 비롯한 상업적 제품을 만들 수 있는 권리를 취득하는 대가로 INBio에 대하여 일시불로 미화 100만 달러를 지급하였다. 또한 Merck사는 13만 달러 상당의 실험 용기자재를 제공하고 샘플을 수집·가공하는 코스타리카인 스태프들을 훈련시키기로 하였다. 더 나아가 동 협정은, Merck사가 코스타리카에서 수집한 유전정보를 활용하여 의약품과 그밖의 제품 개발에 성공한 경우에 그에 관한 특허권은 Merck사가 취득하지만 INBio에 대하여는 매출의 1% 내지 3%의 로열티를 지급하기로 합의하였고, INBio는 Merck사로부터 받은 금액의 일정비율을 반드시 코스타리카의 유전자원 보전을 위하여 투자해야 하는 의무를 가지는 것으로 규정하였다.

이 협정은 유전자원의 제공국인 개도국과 유전자원을 산업적으로 이용하는 선진국의 민간기업간에 이루어진 합의로서 긍정적 평가를 받고 있다. 특히 이 협정 이후에 출범한 생물다양성협약의 취지인 당사국간의 합의정신에 비추어 볼 때 이러한 평가는 일견 타당하다. 그렇지만 이 협정은 해당 토지에 살고 있는 주민들의 참여 없이 체결되었으며, 미국의 저명 학자의 주도로 발전된 코스타리카의 국립 연구소와 초국적기업간에 체결된 것일 뿐 코스타리카 정부가 직접 관여한 것은 아니라는 점 등이 한계로 지적된다.

사 참조.

36) 이에 관해서는, 정상조, 앞의 논문, 340면; 中川淳司, “生物多樣性條約と國際法的技術規制”, 「日本國際經濟法學會年報」, 第6号(1997), 35-36면 각 참조.

그 밖에도 Merck사는 아프리카 킬리만자로의 흙에 서식하는 박테리아, 멕시코 토양의 균류, 나미비아의 미생물 등 모두 9개 국가의 희귀 바이오 자원에 대한 특허를 취득하고 있다. 이들은 호르몬제나 각종 치료제의 원료로 사용된다.

(3) 생물다양성협약과 지적재산권³⁷⁾

생물다양성협약은, 유전자원에 대한 계약국의 주권을 전제로 하여, 각 계약국은 국내법에 의하여 유전자원에 대한 접근에 관한 규제를 할 수 있게 함으로써, 유전자원에 대한 배타적 권리를 인정하게 되었고, 그와 동시에 다른 계약국이 환경보호의 목적으로 유전자원을 이용하고자 하는 경우에 그러한 환경보호 목적의 유전자원에 대한 접근을 제한해서는 아니된다고 규정하고 있다.³⁸⁾

여기에서 중요한 사실은 유전자원에 접근하기 위해서는 관련된 계약국의 사전동의(prior informed consent)를 얻어야 하고 그러한 사전동의를 관련된 계약국 상호간의 접근조건에 관한 합의를 전제로 해야 하며, 유전자원을 제공한 계약국은 당해 유전자원의 상업적 이용으로부터 발생한 이익의 일부를 분배받을 수 있는 권리를 가진다고 하는 점이다.³⁹⁾ 이러한 이해관계의 조정이, 유전자원을 활용한 발명에 대한 특허권 및 기타의 지적재산권을 둘러싼 이해조정으로 연결되는 것은 또 다른 어려운 문제로 보인다. 동 협약에 의하면, 개발도상국은 선진국으로부터 공정하고 공평한 조건으로 우선적으로 유전공학기술을 이전받거나 이용허락을 받을 수 있다.⁴⁰⁾ 또한 동 협약은 당해 유전공학기술이 특허권 또

37) 이에 관해서는, 정상조, 앞의 논문, 340-341면; 茶園成樹, “生物多樣性條約と知的財産權”, 「日本工業所有權法學會年報」, 第22号(1998), 123-125면 각 참조.

38) 생물다양성협약 제15조.

39) 생물다양성협약 제15조 제3항, 제7항.

40) 생물다양성협약 제19조 제2항.

는 기타의 지적재산권에 의하여 보호되는 기술에 해당되는 경우에는, 개발도상국에의 기술이전 또는 기술이용허락은 지적재산권의 보호와 모순되지 않도록 이루어져야 한다고 주의적인 규정을 두고 있다.⁴¹⁾ 여기에서 어려운 문제는 시작되는 데, 동 협약은 유전자원을 제공한 개발도상국에 대하여는 선진국이 특허권 또는 기타의 지적재산권 보호대상인 유전공학기술을 이전하거나 이용을 허락할 수 있도록 입법적·행정적 조치를 취해야 한다고 규정하고,⁴²⁾ 더 나아가 체약국들은 생물다양성협약의 목적을 실현할 수 있는 방향으로 특허권 또는 기타의 지적재산권 분야에서 상호협력해야 한다고 규정하고 있어서,⁴³⁾ 선진국의 그러한 입법적·행정적 조치 또는 특허권 및 지적재산권 분야의 협력이란 구체적으로 무엇인가 하는 점일 것이다.

미국과 유럽공동체는, 이러한 점을 강조하여 생물다양성협약이 지적재산권 보호의 기본원칙과 양립되기 어렵지 않는가 하는 반론과 함께 애매모호한 규정들이 많다고 비판한다. 그러나 동 협정 제15조, 제16조 및 제19조는 어느 것이나 체약국 상호간의 합의를 조건으로 명시하고 있기 때문에, 유전자원에 대한 접근과 이익배분 및 기술이전 문제는 기본적으로 유전자원의 제공국과 이용국 간의 계약에 의하여 결정되도록 되어 있다. 따라서 미국 등 선진국이 내세우는 주장은 그 타당성이 의심스럽다.

(4) 소결

생물다양성협약은 기본적으로 천연자원에 대한 국가주권의 원칙을 규정하고⁴⁴⁾ 생물다양성을 본래의 장소에서 보전하는 데에 현지 공동체의

41) 생물다양성협약 제16조 제2항.

42) 생물다양성협정 제16조 제3항.

43) 생물다양성협약 제16조 제5항.

협조가 절대적으로 필요하다는 점을 인정하여 각국의 이를 위한 이행사항을 규정하고 있다.⁴⁵⁾ 생물다양성협약으로 인해 생물다양성의 경제적 잠재력에 대한 관심은 증대되었지만, 당사국간의 합의와 협력을 바탕으로 하여 생명체의 보전과 그 지속가능한 사용을 담보하려는 방식에는 일정한 한계가 있을 수밖에 없다. 가령, 이른바 ‘터미네이터 기술(terminator technology)’로 불리는 미국 특허취득 명칭 ‘식물유전자 발현규제(control of plant gene expression)’ 기술은 종자를 1회만 사용할 수 있고 採種하여 재사용할 수 없게 하는 기술이다. 이는 전통적으로 인정되어 온 농민들의 自家採種을 할 수 있는 권리를 박탈하는 것일 뿐만 아니라 생태계 전체에 악영향을 미치게 된다.⁴⁶⁾ 따라서 이러한 특허는 분명히 생물다양성협약에 반하는 것이다. 그런데 문제는 생물다양성협약으로부터 이에 대한 직접적인 해결책을 도출하기가 어렵다는 데에 있다.

유엔식량농업기구(FAO)에서 지난 20년간 ‘농민의 권리(farmer’s right)’를 논의해 왔고, 국제노동기구(ILO)는 토착민들을 보호하기 위해 ‘제169호 협약’이라는 국제 문서를 만든 바 있다. 또한 ‘토착민의 권리에 관한 선언 초안’도 지난 20년간 유엔 산하 각종 모임에서 논의되어 왔다. 이러한 장기간의 노력에 비추어 생물다양성이나 문화적 다양성의 황폐화를 끝낼 ‘빠른 해결책’은 없다는 것을 염두에 두고, 기술적 수단이나 표피적인 정치적 조치가 아니라 토착민의 자원 내지 문화를 전체적으로 반영할 수 있는 완전히 새로운 독자적인 체제의 개발에 관심을 기울여야 한다는 지적은 전적으로 옳다.⁴⁷⁾

44) 생물다양성협약 전문, 제3조.

45) 생물다양성협약 제2조, 제8조.

46) 정관혜, “생명공학 분야의 나쁜 특허들”, 「다른과학」, 제8호(2000년 봄·여름호), 111-112면; 渡辺雄二, “深刻化する‘種’獨占の威脅”, 「週刊金曜日」, 第237号(1998. 10. 2), 10-14면.

47) 참고로 1986년 유엔총회에서 채택된 ‘발전의 권리 선언(Declaration on the Right

반다나 시바는 이와 관련하여 다음과 같은 주장을 하기도 한다. 즉, 생명공학이라는 이름 아래 현재 선진국의 다국적기업들에 의해 자행되고 있는 생명자원의 사적 독점화 현상은 ‘생물해적질’에 다름 아니므로 이를 제어할 수단이 필요한데, 그것이 바로 인도 농민들이 전개하는 ‘집단적 재산권’(collective intellectual property right) 운동이라는 것이다. 시바는 집단적 재산권이란 개념을 育種者로서 농민들에게 인정되는 권리(farmers’ right)로부터 이끌어 내고 있는데, 이 권리를 통하여 지역 공동체의 허가 없이 토착 지식체계나 자원을 이용하는 기업이나 단체 등을 제어하고자 시도한다.⁴⁸⁾

IV. 결론에 같음하여

생명공학특허와 인권과의 대립이 초래되는 가장 큰 이유는 특허를 상업화하려는 자본과 정치권력의 연합세력이 끊임없이 인권 문제에 대해 도전하기 때문이다. 이러한 연합에는 종종 난치병 환자들과 그들의 가족 같은 일반시민들도 가세한다. 이 때의 대립은 국가 대 시민사회의 대립으로는 이해하기 힘들다. 또한 생명공학특허와 인권 간의 문제에서는 피아의 구별이 유동적이고 이를 둘러싼 논의가 국제적이면서 동시에 국지적이라는 점에 특징이 있다.⁴⁹⁾

특허권도 하나의 인권의 일종으로 범주화되는 것임에도 불구하고, 다른 인권과 상호보완 관계를 형성하지 못하고 오늘날 갈등 국면만을 형

to Development)’을 기초로 하여 천연자원 내지 유전자원을 둘러싼 선진국과 개도국간의 갈등과 지적재산권 문제의 해결을 주장하는 立論으로는, 이대훈, “신자유주의 공세와 인권운동의 과제”, 「과거 10년간의 인권상황 평가와 향후 인권개혁 과제」, 민주사회를 위한 변호사모임 창립10주년 기념 심포지움, 1998. 5. 29.

48) Shiva Vandana, *supra*, p.65 이하.

49) 홍성욱, 앞의 논문, 142면 참조.

성해 가는 이유 중의 하나는, 특히 생명공학특허의 경우 전통적인 특허 요건이 느슨하게 풀린 결과 인정받게 되었다는 그 태생적 한계에서 비롯되는 측면도 크다. 더구나 지적재산권을 국가·사회적 부를 창출하는 원동력이라는 관점에 입각하여 기능적 차원에서만 이해하고 연구하는 분위기 아래에서는 인권에 관한 문제의식의 부족으로 말미암아 그 상황을 더욱 악화시킬 수도 있다. 막스 베버가 표현을 빌리자면 ‘의식 없는 전문가’(Fachmenschen ohne Geist)의 폐해라고까지 말할 수 있을지 모른다. 특히 생명공학특허 문제는 인간 자신의 근본과 직결되어 있다는 점에서 좀더 사색과 성찰이 요구되는 영역이다.

이는 “오늘날 인격권은 궁극적으로 탈도덕화, 재산권화 되어 가는가 (되어가도 좋은가)”라는 근본적 물음과 연관되어 있다. 인격의 호황 또는 과잉 현상에서 나아가 인격의 자기처분의 시대에 이른 것이 아닌가 하는 진단까지 제기되기에 이른다. 오늘날 인간과 그 인격을 둘러싼 문제의 어려움을 보여주는 대목이라 할 수 있을 것이다.⁵⁰⁾ 이와 같은 인격의 상품화 현상은 초상이나 성명의 영리적 이용(소위 ‘퍼블리시티권’)과 인체 부분의 상품화를 넘어서서 종국적으로는 인간 자체의 상품화까지 허용하는 극단까지 치달을 위험성을 내포하고 있다는 점에 문제의 심각성이 있다고 할 것이다.

주제어 : 지적재산권과 인권, 생명공학특허, 인간게놈 프로젝트, 유전자 특허, 생물해적행위, 글리벡 사건, 생물다양성협약

50) 임미원, “인격권 개념의 기초적 고찰”, 『민사법학』 (특별호), 제36호(2007), 박영사, 86면 참조.

참고문헌

- 김철수, 헌법학개론, 제12전정신판, 박영사, 2000.
- 남희섭, “특허권과 인권 - 글리벡사건을 중심으로”, 「민주사회를 위한 변론」, 통권 제43호, 2001.
- 박성호, “우리나라의 생명공학특허제도와 ‘유전자원’의 보호문제”, 「AIPPI 저널」, 한국국제산업재산권보호협회, 2001.3.
- 박성호, “지적재산권과 인권”, 「과학기술과 인권」, 당대, 2001.
- 박성호, “생명권, 건강권, 그리고 특허권—글리벡 특허권에 대한 강제실시문제”, 「JURIST」, 2002.3.
- 박성호, 저작권법의 이론과 현실, 현암사, 2006.
- 박성호, “지적재산권에 관한 헌법 제22조 제2항의 의미와 내용”, 「법학논총」, 한양대 법학연구소, 2007.4.
- 박은정, 생명공학시대의 법과 윤리, 이화여대 출판부, 2000.
- 신혜은, 유전공학 관련 발명의 특허성과 그 효율적 보호방안에 관한 연구, 고려대학교 대학원 법학과 박사학위논문, 2006.12.
- 위라만트리, “인권과 과학기술의 발전”, 「유네스코포럼」 제11호, 1999.
- 이대훈, “신자유주의 공세와 인권운동의 과제”, 「과거 10년간의 인권상황 평가와 향후 인권개혁 과제」, 민주사회를 위한 변호사모임 창립10주년 기념 심포지움, 1998.5.29.
- 이대훈, “생물다양성·지적재산권·생명”, 「세계의 화두」, 개마고원, 1998.
- 임미원, “인격권 개념의 기초적 고찰”, 「민사법학 특별호(제36호)」, 박영사, 2007.
- 정관혜, “생명공학 분야의 나쁜 특허들”, 「다른과학」 제8호, 2000.
- 정상조, “유전공학의 발전과 특허법적 보호의 문제점”, 「법학」 제35권

- 제1호, 서울대 법학연구소, 1994.5.
- 정인섭, 국제법의 이해, 홍문사, 1996.
- 정진섭·황희철, 국제지적재산권법, 육법사, 1995.
- 카렐바삭 편, 박홍규 역, 인권론, 실천문학사, 1986.
- 토마스 버겐탈 지음, 양건·김재원 옮김, 「국제인권법(증보판)」, 교육과학사, 2001.
- 한재각 옮김, “인간 계몽과 인권에 관한 보편선언”, 「유네스코포럼」 제4호, 1998.
- 홍성욱, “과학과 인권”, 「인권평론 1」, 한길사, 2006.12.
- Drahos Peter, *Intellectual Property and Human Rights*, Intellectual Property Rights : Critical Concepts in Law Vol. I., Routledge, 2006.
- Halbert, J. Debra, *Patenting the body : Resisting the commodification of the human*, Resisting Intellectual Property, Routledge, 2005.
- McCabe W. Kevin, *The January 1999 Review of Article 27 of the TRIPS Agreement: Diverging Views of Developed and Developing Countries toward the Patentability of Biotechnology*, Journal of Intellectual Property Law, 1998 Fall.
- Shiva Vandana, *Biopiracy : The Plunder of Nature and Knowledge*, South End Press, 1997.
- Shiva Vandana, *Protect or Plunder? : Understanding Intellectual Property Rights*, Zed Books, 2001.
- 渡辺雄二, “深刻化する‘種’獨占の威脅”, 「週刊金曜日」第237号, 1998.10.2.
- 茶園成樹, “生物多様性條約と知的財産權”, 「日本工業所有權法學會年報」第22号, 1998.
- 中川淳司, “生物多様性條約と國際法的技術規制”, 「日本國際經濟法學會年報」第6号, 1997.

과학기술법연구 제13집 제2호

동아일보, 2007년 10월 17일자, A20면

FINANCIAL TIMES, 2001. 10. 21.자, 3면

FINANCIAL TIMES, 2001. 11. 6.자, 4면, 19면

Abstract

The Issue of Human Rights in Biotechnology Patents

Park, Seong Ho*

The objective of this paper is to consider the relationship between human rights and patent rights for biotechnology by examining the legal meaning of international human rights and comparing with the Korean Constitution Articles. Patent rights issues have interacted with human rights, negatively or positively. The exercise of patent rights, for instance, has implications for the right to health. The patent protection of drugs for illnesses like HIV/AIDS can be considered to negatively impact on human rights. Besides, the problem of patents of life forms, plant varieties and biotechnology based on indigenous people's knowledge without prior informed consent are among the most serious issues in the contemporary conflicts between intellectual property rights and human rights. Further concern has been expressed over the growing process of monopolization that is taking place in the seed and biotechnology industries. The processes of "bio-piracy" - the exploitation and private appropriation of traditional forms of knowledge - have serious implications for farmers in countries where technological and

*Associate Professor, College of Law, Hanyang University

industrial resources are simply inadequate to prohibit such piracy. Under these circumstances, pro-patent perspective without considering human rights will result in meaningless conflicts and cause a vicious circle between human rights and intellectual property rights. Overall, my view is that it is necessary for intellectual property experts to review intellectual property system through the eyes of human rights advocates.

Key Words : Intellectual Property Rights and Human Rights, Biotechnology Patent, Human Genome Project, Gene Patent, Bio-Piracy, Gleevec case, Convention on Biological Diversity