

# 인간이 만든 모든 것은 특허의 대상(?)

글 | 강백용 \_ 법무법인 세창 변호사 bykang@sechanglaw.com

몇년 전 우리 나라를 떠들썩하게 했던 황우석 박사가 최근에 다시 언론의 주목을 받았다. 황 박사가 이끄는 수암생명공학 연구원에서 미국 바이오아트사의 의뢰로 애완견 ‘미시’를 복제한 데 이어 중국의 희귀견인 사자견을 복제하는데 성공했다는 소식이 전해졌기 때문이었다.

더 나아가 바이오아트사가 온라인에서 1마리당 최저 입찰가를 10만 달러로 하여 개 복제 경매를 실시한다는 계획을 밝히면서 황우석 박사를 둘러싼 논란에서 특허권의 문제가 새롭게 부각되었다.

알앤엘바이오사는 스니피와 관련한 특허를 보유하고 있는 서울 대학교로부터 개 복제 기술특허에 대한 전 세계 전용실시권을 확보하고 있다면서 개 복제 사업을 하기 위해서는 알앤엘바이오의 사전 동의를 받아야 하고, 미국 바이오아트사와 수암생명공학연구원이 진행하고 있는 개 복제 사업에 대해 특허권자로서 적극적인 권리행사를 하겠다는 계획을 밝혔다.

이에 대해 바이오아트 측은 개를 포함해 한국에서의 모든 동물 복제에 대한 특허는 영국 로슬린연구소로부터 돌리 특허를 인수한 미국 스타트라이센싱사에 속하므로 오히려 개 복제와 관련한 알앤엘바이오사의 상업활동이 허용되지 않는다고 반박하였다. 그 후로 이를 둘러싼 특허권 논쟁이 구체적으로 어떻게 전개되고 있는지 알려져 있지 않지만 앞으로 그 추이를 지켜보는 일도 흥미로운 일일 것이다.

## 1980년 차크라바티 사건 계기로 동물특허 인정

지금은 이와 같이 동물특허 내지는 생명공학 분야에서 특허를 인정하는 것이 당연시되고 있으나, 이를 허용하여 특허권이라는 독점적 권리로서 보호할 것인가에 대해 많은 논란이 있어 왔고, 그것이 허용된 지도 그리 오래된 것은 아니다. 이는 특허권이 부여되는 발명은 ‘자연법칙을 이용한 기술적 사상의 창작으로서 고도한 것’이라는 요건을 충족시켜야 한다는 것과 관련되며, 다른 한편으로는 생명, 인간에 대한 윤리적·종교적 관점에서의 검토가 요구되기 때문에 그랬다. ‘자연법칙을 이용한 기술적 사상의 창작’이라는 발명의 개념에 근거할 때 생명공학과 관련된 발명은 생명활동의 복잡성으로 인해서 명세서 작성이 곤란할 뿐 아니라, 돌연변이로 인해 반복가능성을 충분히 인정할 수 없다는 이유로 과거에는 그 특허부여에 부정적인 견해가 지배적이었다. 그러다가 1980년의 차크라바티 사건을 계기로 동물특허도 인정될 수 있는 전기가 마련되었다.

차크라바티 사건의 개요는 다음과 같다. 차크라바티는 특정한 DNA를 일정한 종류의 박테리아에 주입하여 여러 가지 원유성분을 분해할 수 있는 특별한 효소를 가진 박테리아를 만든 후, 박테리아의 제조방법과 그 매개물질 및 박테리아 자체 등 3가지를 청구항으로 하여 특허를 출원하였다. 미국 특허청은 앞의 두 가지에 대하여 특허를 인정하였으나 마지막 청구항인 박테리아 자체는 발명의 대상이 아닌 자연의 산물이라는 이유로 이를 거절하였고, 차크

라바티는 불복하여 상소를 제기하였다.

이 사건의 쟁점은 유전자 재조합기술로 지금까지 자연에서 볼 수 없는 원유를 분해하는 미생물을 개발한 것이 미국 특허법 제101조에서 규정한 특허대상이 되는지 여부였다. 미국 연방대법원은 '발명의 재능은 넓은 아량으로 격려되어야 한다' 라는 토머스 제퍼슨의 사상을 인용하면서, '태양 아래 인간이 만든 모든 것은 특허의 대상이 된다'고 선언하며, 차크라바티의 박테리아가 자연에서 발견되는 박테리아와는 현저하게 다른 특성을 가지고 있고 이는 산업상 이용할 수 있는 유용한 물질이므로 특허의 보호대상에서 제외될 이유가 없다고 판시하였다. 이 원유를 분해하는 미생물은 1989년 알래스카에서의 엑스사 기름유출 사고 때 원유의 제거를 위해 사용되어 훌륭한 역할을 하였다고 한다.

### 캐나다, 윤리적 관점에서 '하버드마우스' 특허 거부

그 후 1987년 4월 7일에는 미국 특허청장이 '다배체' 굴에 대한 동물특허 허용 입장을 밝히면서, '인간 이외의 동물을 포함한 비자연의 생명체는 특허보호의 대상이 된다' 라는 고시를 발표하였고, 그 다음해인 88년에는 소위 '하버드마우스'에 대하여 특허를 허용하여 최초로 포유동물에 대한 특허를 허용하게 되었다. 하버드 의과 대학의 필립 레더에게 부여된 동물특허(미국특허 No. 4,736,866)인 '하버드마우스'는 인간이나 다른 포유동물로부터 암세포 형성과 관련된 유전자를 분리한 후 그 유전자를 생쥐의 수정란에 이식시켜 만든 품종으로 암세포의 증식이 쉽게 이루어질 수 있도록 유전적으로 형질이 전환되어 암의 연구와 암을 치료할 수 있는 잠재적인 치료약 개발에 유용성이 있었다.

연구 개발자들의 창의력을 고무하기 위해 새로운 기술발달에 따라 그 특허대상은 새롭게 해석되어야 한다는 미국 특허청의 전향적인 입장에 따라 '하버드마우스'에 대한 특허가 부여되었으나, 유럽 연합에서 특허를 취득하는 것은 미국에서처럼 쉽지는 않았다. 그러나 결국 우여곡절 끝에 유럽연합에서도 특허가 인정되었다.

그럼에도 여전히 특허대상이 될 수 있는지 여부는 논란이 되었고, 2002년 캐나다 대법원은 미국, 유럽연합과는 달리 '하버드마우스'의 특허를 거부하였다. 그 이유는 생쥐 같은 고등생물은 대량 생산이 가능한 미생물 등과 다르게 취급되어야 하고, 생쥐와 같은 포유류까지 특허를 인정하게 되면 결국 언젠가 인간도 특허 대상이 될 수 있는데 이를 제한할 안전장치가 아직 없다는 것이었다. 즉, 윤리적인 관점이 강조되면서 특허를 거부하게 된 것이다.

### 우리 특허청, 인간 제외한 동물발명에 특허 부여

우리의 경우에는, 인간을 포함한 동물발명 자체가 특허법상 불특허사유로 명시되어 있지 않다. 따라서 동물특허 등이 특허의 대상이 되는지 여부는 산업이용성, 신규성, 진보성이라는 특허의 요건을 충족시키는가의 문제로 귀결된다. 현재는 일률적으로 동물특허에 대하여 특허능력을 부정하는 견해는 없고, 개개의 경우에 따라 특허법이 요구하는 요건을 충족시키고 있는가의 여부가 검토될 뿐이다.

20세기 중반 이후 생명체의 기본물질인 DNA의 구조가 밝혀지고 유전공학기술의 발달에 따라 미생물생산의 반복가능성의 문제도 해결되면서 특허부여의 이론적 가능성이 넓어졌을 뿐 아니라, 우리 특허청은 1998년 3월 1일부터 심사기준을 개정하여 인간을 제외한 동물발명에 대하여 특허를 부여하고 있다. 그리고 대법원은 인간에 대한 치료방법에 대하여는 산업상 이용가능성이 없다는 이유로 특허성을 부인하면서도, 동물에 관한 치료방법에 대하여는 특허성을 인정하였다(대법원 1991년 3월 12일 선고 90후250 판결).

그러나 경우에 따라서는 발명의 윤리적 관점이 항상 문제가 될 수 있고, 공공의 질서 또는 선량한 풍속을 문란하게 하거나 공중의 위생을 해할 염려가 있는 발명을 이유로 특허법 제32조에 의하여 특허가 거부될 가능성이 존재한다. 특허는 독점적 권리를 부여함으로써 특허권자에게 재산적 혜택을 부여한다. 그러나 사회는 재산적 권리보다 더 중요한 가치와 권리가 존재하므로 특허대상의 확대가 무조건 바람직한 것은 아니다.

한편 윤리적 관점도 상대적인 성질을 가지므로 특허와 충돌 시 그 한계를 정하기는 무척이나 어려운 문제이다. 그렇기에 더욱 더 사회적 논의가 필요한 것이다. 나아가 연구자의 윤리도 경시되어서는 안 된다. 황우석 박사가 논문조작, 실험용 난자 취득, 난자 불법매매 등을 이유로 결국 보건복지가족부로부터 인간배아 줄기세포 연구가 불허되었으니 말이다. ㉔



글쓴이는 서울대 법과대학을 졸업했다. 제43회 사법시험에 합격해 사법연수원을 수료했으며, 구 철도청, 건설교통부, 과학기술부, 해양수산부 등 국가기관과 다수 회사의 법률 자문을 맡고 있다.