

보조생식술의 법적 문제

정 규 원*

I. 들어가며	4. 체세포핵이식에 의한 인간개체복제
II. 보조생식술의 종류	III. 보조생식술의 법적 문제
1. 체내인공수정(Artificial Insemination)	1. 보조생식술 일반의 법적 문제
2. 체외인공수정(In Vitro Rertilization)	2. 개별 보조생식술의 법적 문제
3. 기타 보조생식술들	IV. 결 론

I. 들어가며

불임은 “피임을 하지 아니한 상태에서 일년 동안 규칙적인 성교를 하였음에도 임신에 실패한 경우”¹⁾라고 정의할 수 있는바, 미국의 경우 약 10-15% 정도의 부부들이 불임의 고통에 시달리고 있다고 한다.²⁾ 불임은 여러 가지 원인에 의하여 발생하는데, 부분적으로는 높은 이혼율로 인한 스트레스, 독신가족의 증가, 여성과 남성 모두가 가족의 생계를 위하여 노동을 하여야 하는 것 등이 원인으로 지적되고 있다.³⁾ 또한 남성 불임이 불임의 가장 중요한 요소로 여겨지고 있으며,⁴⁾ 남성과 여성 모두에게 영향을 주는 성병의 이환율도 불임의 가장 중요한 요소로 작용하고 있는 것으로 알려져 있다.⁵⁾ 보조생식술은 이와 같은 불임의 고통을 해결하기

* 한양대 법대 교수

1) Benson, Current Obstetrics and Gynecologic Diagnosis 5th ed., 1986, p. 992.

2) National Ctr. for Health Stats, Vital & Health Stats., Ser. 23, No. 11, 1982, 12, pp. 13-16, p. 32를 참조하기 바란다; 또한 New York Times, 1985, February 11, A12, col. 3을 참조하기 바란다.

3) Mazor, "Barren Couples," Psychology Today 12, 1979, May, p. 101을 참조하기 바란다.

4) Brody, "Infertility: Not Uncommon Male Problem, But Often Treatable," New York Times, 1985, March, 20, C21, col. 3을 참조하기 바란다.

5) Newsweek, 1985, February, 4, p. 72를 참조하기 바란다.

위한 의료적 행위로 이해되고 있다.⁶⁾ 하지만 모든 보조생식술이 의료행위로 인정받고 있는 것도 아니며, 모든 과학발전의 역사가 그러하듯이 보조생식술도 많은 논란 속에 시작되었으며 현재에도 발전하고 있는 중인 기술이다.

보조생식술이라 함은 “불임 치료의 방법으로 난자와 정자를 체외에서 조작하여 임신이 되도록 도와주는 모든 방법”⁷⁾을 일컫는 용어이다. 하지만 보조생식술은 매우 다양한 형태로 개발·시행되고 있다. 가장 낮은 수준의 기술인 대리모와 체내인공수정(artificial insemination)으로부터 보다 고도의 기술인 세포질내정자주입(intracytoplasmic sperm injection)에 이르기까지 보조생식술의 종류는 다양하다.⁸⁾ 또한 최근 많은 논란을 불러일으키고 있는 체세포핵이식에 의한 인간개체복제도 보조생식술의 일종이라고 이해될 수 있다. 이와 같이 다양한 보조생식술은 그 종류에 따라 서로 상이한 법적·윤리적 문제를 야기하며 이에 대한 법적·규율방식도 각각의 기술적 특성을 고려하여 이루어져야 한다.

문헌에 나타난 보조생식술의 역사는 1799년까지 거슬러 올라간다.⁹⁾ 하지만 현대적 의미의 보조생식술의 역사는 1978년 영국에서 Louis Brown양이 처음으로 시험관아기프로그램에 의하여 탄생한 것으로부터 시작되었다. 한국의 경우에도 1985년 서울대학교병원에서 시험관아기프로그램에 의하여 시험관아기를 분만하였다. 현재 한국은 보조생식술에 관한 한 기술적인 면에서는 세계에서 선진국 수준으로 평가되고 있다. 그러나 보조생식술을 규율할 수 있는 법적 장치는 아직 마련되지 아니한 상태이다.

6) 아직 논란이 있기는 하지만 체외수정은 거의 모든 사람들에 의하여 의료행위의 일부로 받아들여지고 있으며, 이를 규율할 수 있는 법적 장치도 마련하였거나 마련하고 있는 중이다. 체외수정을 의료행위로 파악하는 견해에 대해서는 曁孝一/정완역, “생명의 인공조절” : 인공수정의 법리(법무자료 제79집), 법무부, 1987, 23-25면을 참조하기 바란다. 또한 박은정도 인공수정을 의료행위의 일부로 전제하고 논의를 전개하고 있다(박은정, 생명 공학 시대의 법과 윤리, 이화여자대학교 출판부, 2000, 215-216면.).

7) 문신용, “보조생식기술의 현황과 문제점,” 대한법의학회지 제24권 제2호, 2000, 130면.

8) K. P. Parsi, “Reproduction, Law, Regulation of Reproductive Technologies” in: T. H. Murray/M. J. Mehlman, Encyclopedia of Ethical, Legal and Policy Issues in Biotechnology Vol. 2, John Wiley & Sons, Inc., 2000, p. 988.

9) 보조생식술의 역사에 대한 간략한 소개는 飯塚理八·小林俊文/정완역, “인공수정기법” : 인공수정의 법리(법무자료 제79집), 법무부, 1987, 39-40면을 참조하기 바란다.

물론 보조생식술도 여타의 생명과학기술과 마찬가지로 시작 단계에서부터 법률적인 규율을 받으면서 실시된 것이 아니고 연구가 먼저 시작되었다. 하지만 보조생식술의 시행이 인간의 존엄성에 대한 침해를 야기할 수 있으며, 기존의 법률이 전제하고 있는 가족관계에 혼란을 가져 올 수 있고, 나아가 인간의 생식자에 대한 상업적 이용 등의 문제를 야기할 수 있다는 점에서 법적 장치가 마련되어야 함은 당연하다고 할 것이다. 보조생식술에 대한 법적 논의를 함에 있어서는 개별 보조생식술의 특성을 고려함과 아울러 보조생식술이 전문가들에 의하여 시행되는 매우 전문적인 분야라는 점을 고려하여 어느 정도의 법적 장치가 바람직하며, 어떠한 법적 수단을 사용할 것인가의 문제도 함께 고려되어야 한다. 이하에서는 개별 보조생식술의 기술적인 특성에 대한 간략한 검토를 하고 이에 대한 법적 문제점 및 규율 방안에 대하여 논의하기로 하겠다.

II. 보조생식술의 종류

보조생식술의 종류는 크게 체내인공수정과 체외인공수정, 그리고 최근에 문제가 되고 있는 체세포핵이식에 의한 인간개체복제로 구분할 수 있다. 또한 체내인공수정과 체외인공수정의 경우에는 각각 배우자간 체내인공수정과 비배우자간 체내인공수정, 그리고 배우자간 체외인공수정과 비배우자간 체외인공수정으로 나눌 수 있다. 체세포핵이식에 의한 인간개체복제의 경우에도 배우자의 탈핵된 난자에 배우자의 체세포의 핵을 이식하는 방법과 배우자간이 아닌 자의 탈핵된 난자에 또 다른 사람의 체세포 핵이식을 하는 방법으로 구분할 수 있다.

1. 체내인공수정(Artificial Insemination)

체내인공수정은 남성의 정자를 여성의 자궁 등 생식기내에 주입하여 인공적으로 수정을 유도하는 것이다. 체내인공수정은 정액을 배양액으로 세척하여 정액 이외의 여러가지 단백질, 효소 등의 정액물질과 비정상 정

자를 분리·제거하여 순수한 정자만을 추출한 후 배란기를 전후하여 자궁경부를 우회하여 자궁강 내에 정자를 직접 넣어주는 방법이다. 체내인공수정은 보조생식술 중에는 가장 단순한 방법이다.

체내인공수정은 남성의 정자수가 적거나, 정자의 활동성이나 침투능력이 떨어지는 경우, 혹은 자궁경관 점액이나 성교 후 점액검사에서 적합성이 낮은 경우에 이용할 수 있지만,¹⁰⁾ 여타의 불임검사는 정상이어야 한다.

성선자극호르몬을 이용한 배란유도 후 체내인공수정을 시도할 경우 25-40%의 임신성공율을 보인다고 하며, 자연배란주기나 클로미펜을 이용한 배란유도법과 병합할 경우에는 15-25%의 임신성공율을 보인다고 한다.¹¹⁾

최근에는 체내인공수정을 시행함에 있어서 신선한 정액보다는 냉동정액을 이용하는 것이 좀 더 일반화되고 있다.¹²⁾ 정액의 제공자는 다양할 수 있는데, 정액은행에서는 정액의 제공자가 감염성질환이나 유전적 질환 등에 이환되지 아니하였음을 확인하기 위하여 정액제공자의 의학정보를 검토한다. 이와 같은 냉동정액의 사용은 냉동과정이 의학적으로 복잡하고 상대적으로 비용이 많이 든다는 단점을 가지고 있다. 정액은 냉동하기 이전에 먼저 보존액과 혼합되어야 하며, 냉동정액을 사용하기 이전에 조심스럽게 해동하여야 한다. 일단 정액이 냉동되면 정액이 실질적으로 훼손되거나 변질되는 경우는 거의 없다. 통계에 의하면 5000년 동안 보관할 경우 정액의 돌연변이 발생율이 2배정도 된다고 한다.¹³⁾

체내인공수정은 배우자간 체내인공수정 (artificial insemination of huaband: AIH)과 비배우자간 체내인공수정 (artificial insemination of donor: AID)을 구분된다.

배우자간 체내인공수정은 여성측에 불임의 원인이 있는 경우로써 난관

10) W. Freedman, Legal Issues in Biotechnology and Human Reproduction, Quorum Books, 1991, p. 3.

11) 권혁찬, "생식세포와 배아의 발생과정 및 보조생식술과 이에 관한 연구 실태" : 생명윤리자문위원회, 생명윤리자문위원회 활동 보고서, 2001, 8, 474면.

12) Barry R. Furrow et al., Health Law 2nd ed., West Group, 2000, p. 959.

13) Barry R. Furrow et al., Ibid., p. 960.

의 손상이나 막힘이 없는 경우에 사용하는 치료방법이다.¹⁴⁾ 배우자간 체내인공수정의 경우에는 남편의 정자 수가 부족하거나 혹은 활동성이 떨어지는 경우 등으로 인하여 성행위에 의한 임신이 불가능한 경우에 남편의 정자를 채취하여 정액을 인공적으로 여성의 생식기내에 주입함으로써 임신을 유도하고자 하는 시술이다. 배우자간 체내인공수정에 대한 최초의 보고는 18세기말 영국의 John Hunter에 의한 것으로 알려져 있다. Hunter는 사고에 의해 요도하열증(hypospadias)이 된 남성의 정액을 받아 부인의 질 내에 주입하여 임신에 성공하였다고 한다.

비배우자간 체내인공수정은 “배우자가 아닌 제3자로부터 공여된 정액을 여성의 생식기(질, 자궁강) 내에 임신을 목적으로 직접 주입시키는 시술”¹⁵⁾을 말한다. 비배우자간 체내인공수정은 남성배우자의 치유불가능한 무정자증이나 심각한 유전질환의 유전가능성 등의 경우에 남성배우자의 자손을 보는 것을 단념하고, 제 3의 남성인 정자제공자의 정자를 사용하여 부인의 임신을 도모하는 경우이다.

2. 체외인공수정(In Vitro Rertilization)

체외인공수정은 부녀에게서 난자를 채취하여 부(夫) 또는 제3자의 정자를 시험관이나 배양체(culture media)에서 수정하여 다시 부녀의 체내에 수정된 배아를 이식시키는 행위를 말한다. 체외인공수정은 보조생식술 중 현재 가장 널리 이용되고 있는 방법이다.

체외인공수정은 1978년 영국의 Lewis Brown이 탄생하면서 세계적으로 주목을 받았던 보조생식술로서 최초에는 양측난관이 없어서 자연적인 체내수정으로 임신을 할 수 없는 여성을 위한 불임치료의 방법이었다. 이후 전세계적으로 수많은 체외인공수정이 이루어졌으며, 많은 윤리적·법적 논란에도 불구하고 현재는 가장 많이 사용되는 보조생식기술 중 하나로 자리잡게 되었다.¹⁶⁾

14) 문신용, 전계논문, 133면.

15) 대한의학협회, 인공수태에 관한 윤리선언, 비배우자간 인공수정시술지침.

체외인공수정은 크게 배란유도, 난자채취, 정자와 난자의 수정 및 체외 배양, 배아의 이식, 황체기보완의 과정을 거쳐 시행된다.¹⁷⁾ 체외인공수정의 첫 번째 단계인 배란유도는 성선자극호르몬제 등을 이용하여 난자의 생성을 유도하는 단계이다.¹⁸⁾ 배란을 유도하는 약제(융모성선자극호르몬제)를 투여한 후 약 34-36시간 정도 경과 후에 질시초음파를 보면서 장침을 통하여 난자를 흡입하는 방법으로 난자를 채취하게 되며, 이러한 방법을 통하여 획득한 난자는 미리 준비한 세척된 정자와 수정을 시켜 배양기에서 배양하게 된다. 배양기에서 배양을 시작한 후 약 48-72간 정도, 경우에 따라서는 5일 정도가 되면 약 3개 정도의 배아를 가는 플라스틱 관을 통하여 자궁경관을 경유하여 자궁 내로 이식하게 된다. 자궁내에 배아를 이식한 후 약 12-14일 동안 융모성선자극호르몬, 프로그스테론제 등을 이용하여 황체보완을 시행한 후 혈청검사를 통하여 임신여부를 확인하게 된다.

체외인공수정의 대상이 되는 환자들은 수술적으로 정상적인 기능의 회복이 불가능한 골반유착이나 나팔관폐쇄가 있는 경우, 정상적인 수정을 기대할 수 없는 심한 남성인자 및 면역학적 인자가 존재하는 경우 등이며, 드물게는 반복적인 체내인공수정 시술에도 불구하고 임신이 되지 아니하거나 원인을 알 수 없는 불임의 경우도 체외인공수정의 대상이 된다. 임신성공율은 시술 주기당 20-40%이며, 3-5회 정도 누적적으로 시행할

16) 미국의 경우 체외인공수정을 시행하는 클리닉이 처음 개원된 1981년에는 3000명의 사람들이 등록을 하였으며 성공율은 약 2% 정도였으나, 90년대 중반에는 약 220개 정도의 체외인공수정 프로그램이 시행되고 있었다고 한다(Barry R. Furrow, Ibid., p. 963).

17) 체외인공수정의 기술적 방법에 대한 간략한 설명은 권혁찬, 전계논문, 474면을 참조하기 바란다.

18) 가장 많이 사용되는 약제로는 폐경성선자극호르몬제(human menopausal gonadotropin), 난포자극호르몬제(human follicular stimulation hormone), 융모성성선자극호르몬제(human chorionic gonadotropin) 등이다. 또한 가장 많이 사용되고 있는 배란유도방법은 난포자극호르몬제를 고용량으로부터 시작하여 저용량순으로 약 7-10일 동안 매일 투여한 후 난포가 충분히 성숙되면 융모성성선호르몬제를 투여하여 배란을 촉진하는 방법과 성선자극호르몬제를 투여하기 이전에 성선자극호르몬방출호르몬 유사제(GnRH analogs)라고 불리는 합성호르몬제(뇌하수체의 내인성 성선자극호르몬의 합성과 방출을 억제하는 기능을 한다)를 투여한 후 폐경성선자극호르몬제나 난포자극호르몬제를 투여하고 이후 난포가 성숙되면 융모성성선자극호르몬제를 투여하는 방법이 있다. 환자의 특성에 따라 사용되는 약제와 용량, 투약방법, 배란유도방법 등이 상이하다.

경우에는 성공률이 60-70%에 이른다고 한다.¹⁹⁾

체외인공수정도 정자 및 난자의 제공자가 누구인가에 따라 배우자간 체외인공수정과 비배우자간 체외인공수정으로 구분된다.

3. 기타 보조생식술들

기타의 보조생식기술로는 정자나 난자, 혹은 수정 직후의 배아를 골반경 감시 하에 나팔관을 통하여 이식하는 난관이식방법,²⁰⁾ 미세유리관으로 난자를 직접 절개하거나 미세유리관을 통하여 산성의 acid tyroid 용액을 난자의 투명대에 분비하여 난자의 투명대를 녹이거나 레이저빔으로 난자의 투명대를 찢어주는 보조부화술 등이 있다.²¹⁾ 이상의 보조생식술을 시행하기 위해서는 경우에 따라서는 생식세포 혹은 배아동결술 및 미세정자주입술의 시행이 필요하다.

생식세포 혹은 배아동결은 이식 후 남아 있는 잉여배아를 동결하여 보관하였다가 이후에 사용하는 경우 및 암환자의 경우 항암제 및 방사선 치료로 인한 후유증으로 인하여 불임이 예상되는 경우에 사용하며, 난자, 정자, 난소조직, 배아 등이 동결·보관의 대상이 된다. 동결보존은 탈수, 냉각, 동결과정을 거친 후 -180°C 에서 보관되게 되며 사용시에는 급속 해빙과정을 거쳐서 배양 후 이식을 하게 된다. 해빙 후 생존율은 정자나 배아의 경우에는 70-80%에 이르며 임신율 시도할 경우 배아는 20-40%, 정자의 경우에는 15-25% 정도의 성공률을 보이지만 난자나 난소조직은 성

19) 권혁찬, 전제논문, 474면.

20) 난관이식방법의 대상이 되는 환자들로는 나팔관이 정상적인 환자로서 반복적인 인공수정의 시행에도 불구하고 임신에 실패한 경우, 수정 여부가 의심되는 환자인 경우가 원칙이지만, 복강내의 상태를 확인할 목적으로 시행하기도 한다. 임신성공율은 체외인공수정의 경우보다 약간 높은 25-45% 정도라고 보고되고 있지만, 시술을 반복적으로 하여야 한다는 단점이 있다.

21) 보조부화술은 배아의 투명대가 비정상적으로 두껍거나 환자가 고령인 경우 혹은 반복적 시행에도 불구하고 임신에 실패한 경우 등에서 사용된다. 보조부화술을 사용할 경우 임신의 성공률이 증가하는가에 대해서는 아직 분명한 결론이 나오지 않은 상태이며 현재는 제한적으로 이용되고 있다. 또한 보조부화술을 사용할 경우 배아에 대한 물리적인 손상이 발생하는가에 대해서도 아직 분명한 결론이 내려지지 아니한 상태이다.

공률이 높지 아니하다.

미세정자주입술은 중증의 희소정자증 및 기형정자증, 수정율이 현저히 저하된 환자의 경 및 고환의 정자를 사용하는 경우에 시행하게 된다. 미세주입기로 정자를 잡아서 음압으로 고정된 난자에 찔러넣어 세포질에 정자를 주입하는 것이 미세정자주입술의 개략적인 과정이다. 일반적으로 수정율은 자연수정의 경우와 별 다른 차이가 없지만 염색체 이상이 발생할 가능성이 다소 증가된다는 보고가 있으며, 최근에는 체외인공수정 및 배아이식술의 약 20-30%에서 미세정자주입술을 시행하고 있다.

4. 체세포핵이식에 의한 인간개체복제

생명복제란 인간이나 동·식물의 개체 또는 그 조직·세포·유전체 등에 대하여 유전적으로 동일한 복사체를 만드는 것을 의미한다. 따라서 생명복제는 최근에 문제가 되고 있는 인간생명복제뿐만 아니라 전통적으로 행하여져 왔던 식물복제 그리고 동물복제를 포함하는 개념이다. 식물복제의 경우에는 종래에 품종 개량의 방법으로 행하여져 왔기 때문에 유전자 조작식품과 관련한 문제를 제외하고는 법적으로 크게 문제가 되지 않는 것으로 생각된다. 동물복제의 경우에도 종의 보존과 관련한 생태적 문제와 인간과 융합을 하는 경우를 제외하면 현재 큰 법적 문제를 야기하고 있는 것 같지는 않다. 문제가 되는 것은 인간복제를 허용할 것인가 하는 점이다.²²⁾

인간생명복제는 인간개체복제와 인간배아복제로 구분된다. 그리고 그 방법에 따라 수정란을 이용한 인간복제와 체세포이식술을 이용한 인간복제로 나뉜다. 체세포핵이식에 의한 인간개체복제는 기술적인 면에서는 인간배아복제와 연결선상에 놓여있다. 먼저 난자의 탈핵을 시행한 후 체세포로부터 추출한 핵을 미세주사기를 통하여 난자에 주입하게 된다. 그 후

22) 인간생명복제에 대한 법적 문제는 상당 부분이 체외인공수정에서 논의되는 논점들과 중복된다. 특히 수정란을 이용한 인간복제의 경우에는 체외인공수정과 거의 유사한 법적 문제들을 야기한다고 볼 수 있을 것이다.

일정한 전기적 충격 등을 가하게 되면 체세포로부터 유래한 핵이 난자의 세포질에 결합하여 세포분열을 시작하게 된다. 체세포핵이식에 의하여 탄생한 최초의 복제동물인 복제양 돌리의 경우에는 낮은 성공률을 보였으나, 최근에는 기술의 발달로 인하여 성공률이 상당히 높아지고 있다고 한다. 하지만 아직도 기술적으로 해결되지 아니한 부분들이 존재하고 있다.²³⁾ 체세포핵이식에 의한 인간개체복제는 여타의 보조생식술로 임신에 성공하지 못한 경우에 적용할 가능성이 있으며, 혼인을 하지 아니하였지만 자녀를 가지고 싶은 사람들, 동성혼인부부로서 자녀를 가지기를 원하는 사람들이 사용하고자 할 가능성이 있다.²⁴⁾

Ⅲ. 보조생식술의 법적 문제

1. 보조생식술 일반의 법적 문제

보조생식술에 대한 법률적 검토에 있어서 가장 큰 논란이 되는 부분은 인간의 존엄성과 관련된 논의이다.²⁵⁾ <헌법> 제10조는 “모든 국민은 인간으로서의 존엄과 가치를 가지며, 행복을 추구할 권리를 가진다”라고 규정하고 있는바, 인간 생명이 수정된 때로부터 시작된다고 보는 견해에 의하면 수정란²⁶⁾에 대한 인위적 조작은 인간의 존엄성을 침해하는 행위라고 볼 여지가 있다.²⁷⁾ 보조생식술이 인간의 존엄성을 해하는가에 대한 논의에 있어서 핵심적인 고려사항은 생식자 내지 배아²⁸⁾의 법적 지위에 대한

23) 예를 들어 기형의 발생 문제, 조기 노화현상 등이 보고되고 있다.

24) 최근 유사종교단체의 지원을 받는 과학자들이 인간개체복제에 성공하였다고 발표하였으나 그 진위여부에 대한 논란이 끊이지 않고 있다.

25) 생명과학기술 전반에 있어서의 인간존엄성과 관련한 논의에 대해서는 D. Beyleveld/R. Brownsword, *Human Dignity in Bioethics and Biolaw*, Oxford University Press, 2001을 참조하기 바란다.

26) 체세포핵이식술에 의한 인간개체복제의 경우에는 전통적인 개념의 수정이라는 단계를 거치지 않기 때문에 과연 수정란이라고 명명할 수 있는가 의문이 있지만 본 논문에서는 체세포핵이식술에 의한 경우를 포함하여 수정란이라고 명명하기로 한다.

27) 카톨릭에서는 인간 생명은 수정된 때로부터 시작된다고 믿고 있으며, 따라서 수정되는 순간부터 인간으로서의 권리를 보유한다고 믿고 있다.

논의이다.²⁸⁾ 난자나 정자의 경우에는 극단적인 입장을 제외한다면 인간과 동일한 법적 지위를 가지는 존재로 파악하기는 어려울 것으로 생각된다. 하지만 수정란이나 배아의 경우에는 어떠한 도덕적·법적 지위를 가지는 존재로 파악하는가에는 논란이 있다. 동일성이론에 의하면 수정란은 현존하고 있는 개별적인 인간과 연속선상에 있기 때문에 수정란은 인간과 동일한 도덕적 혹은 법적 지위를 가진다는 주장을 하게 된다.²⁹⁾ 배아의 법적 지위를 이와 같이 파악하게 되면 배아에 대한 모든 조작은 금지되게 되고 인간의 존엄성을 해하는 행위가 되게 된다. 배아의 법적 지위에 대한 두 번째 견해는 배아를 인간 개체로부터 분리된 신체조직의 일부와 마찬가지로 물건의 일종으로 파악하고자 하는 입장이다.³⁰⁾ 이와 같은 견해에 의하면 정당한 처분권자가 존재하는 한 배아의 폐기 및 이에 대한 모든 조작이 법적으로 허용될 수 있게 된다. 배아의 법적 지위에 대한 세 번째 견해는 배아를 태어나서 생존하고 있는 인간과 동일하게 취급할 수는 없지만 완전한 인간으로 발전할 가능성을 지니고 있는 존재로 파악하여 그 한도 내에서 존중하여야 한다는 입장이다.³¹⁾ 인간배아의 법적 지위를 이

28) 인간배아라는 용어는 여러 가지 의미로 사용되어지고 있다. 일상적인 의미에서의 인간 배아는 착상 후 발달단계에 있는 존재를 지칭하는 용어로 사용된다. 하지만 의학에서는 수정 후 2주말부터 7주 내지 8주말까지의 존재를 인간배아라고 지칭한다. 한편 인간배아의 개념을 수정 후부터 수정 후 8주까지로 이해하는 입장도 있으며(보건사회연구원, <생명과학보건안전윤리법안> 제2조 제5호), 수정 또는 체세포 핵이식에 의하여 만들어지고 이로부터 분열된 세포군으로서 발생학적으로 모든 기관이 형성되는 시기까지의 존재를 배아로 파악하는 견해(보건복지부, <생명윤리및안전에관한법률안> 제2조 제3호)도 있다. 한편 독일의 <배아보호법> 제8조는 특별한 기간을 정하지 아니하고 "수정하여 발육능력이 있는 인간 난자로서 세포핵융합시점부터 시작하여 배에서 채취된 분화전능성을 가진 세포로서 기타 필요한 전제조건이 있으면 분열하여 개체로 발달할 수 있는 각각의 것"이라고 인간배아를 정의하고 있으며, 영국의 <인간수정과발생에관한법(Human Fertilisation and Embryology Act 1990)> 제1조는 수정 중에 있는 난자를 포함하여 수정이 완성된 살아있는 인간의 배를 배아라고 정의하고 있다.

29) 이에 대한 보다 자세한 논의는 정규원, "인간배아복제의 법적 문제," 의료법학 제2권 제2호, 2001, 82-86면을 참조하기 바란다.

30) 배아가 인간과 동일한 법적 지위를 갖는다고 보는 견해로는 김천수, "인간복제기술의 발전과 법적 허용한계" : 한일법학회(편), 의료기술의 발달에 따른 의료법의 대응, 세창출판사, 1999, 173-175면을 참조하기 바란다.

31) J. A. Robertson, "Embryo, Family and Procreative Liberty," South California Law Review 59, 1986 July, pp. 939-972.

32) 김재봉, "인공생식·배아의 발생과 형사규제의 범위," 법학연구 제11권 제1호, 충남대학교 법학연구소, 2000, 172면; 정규원, "체세포핵치환술에 의한 인간 배아 복제에 대한

와 같이 파악하게 되면 제한적인 한도 내에서 배아를 이식하거나 냉동보존하는 등의 조작행위를 할 수 있으며 폐기도 가능할 수 있게 된다. 필자의 생각으로는 현행법의 규정들에 의할 때 배아의 법적 지위를 세 번째 견해에 의하여 파악하는 것이 타당하다고 생각된다.³³⁾³⁴⁾

보조생식술에 공통되는 또 다른 법적 문제는 유전검사 및 인간유전체 기능연구의 발달에 따른 유전자조작의 문제이다. 인간유전체의 물리적 지도가 완성되고 기능에 대한 연구가 진행됨에 따라 인간 유전자에 대한 지식이 급격하게 증가하게 되었다. 이러한 인간 유전자에 대한 지식은 생식의학에도 이용되고 있는데, 예를 들어 산전 유전자진단을 통하여 유전질환과 연관이 있다고 알려진 유전자를 가진 배아나 태아의 임신을 중지시키는 것이다. 이와 같은 산전 유전자진단이 일반화될 경우 인공임신중절이 증가할 가능성이 있다. 즉 임신 중 유전자검사를 통하여 태아가 유전질환을 야기할 수도 있는 유전자를 보유하고 있다거나³⁵⁾ 혹은 소위 열등한 유전자를 보유하고 있다는 사실 등이 알려지게 될 경우 부모 등의 결정에 의하여 인공임신중절을 시행하여 태아의 생명을 박탈할 가능성이 있다. 다시 말하면 산전 유전자검사를 통하여 출생 여부를 조작할 수 있는 것이다.³⁶⁾ 산전 유전자진단을 보조생식술에 적용할 경우 문제가 있는

법적 고찰,” 생명윤리 제1권 제1호, 2000, 36면; Walters, “Ethical Issues in Human in vitro fertilization and Embryo Transfer,” in: Genetics and Law II, 1985, p. 215.

- 33) 이에 대한 보다 자세한 논증은 정규원, “인간배아복제의 법적 문제,” 의료법학 제2권 제2호, 2001, 83-86면을 참조하기 바란다. 한편 배아의 법적 지위에 대한 논의를 함에 있어서는 그 전제로써 배아에 대한 사실학적 관점, 즉 의학적 혹은 발생학적 관점에서의 논의가 전제되어야 할 것이다. 이에 대한 보다 자세한 논의는 정규원, “인간 배아 연구의 법적 문제” : 전남대학교 법률행정연구소 주최 세미나, 생명과학과 법, 2001, 7, 4-6면을 참조하기 바란다.
- 34) 인간배아를 인간으로 발달한 가능성을 지니고 있는 잠재적인 존재로 파악할 경우 이익형량의 원칙에 의하여 인간배아에 대한 조작이 법적으로 허용될 여지가 있게 된다. 하지만 이 경우에도 추상적인 의미에서의 인류 전체의 존엄성에 대한 침해라는 위험은 여전히 남아있게 된다.
- 35) 유전질환의 경우에도 모자보건법에 의하여 허용되는 인공임신중절의 경우뿐만 아니라 다운증후군과 같은 모자보건법의 허용사유에 해당하지 아니하는 유전질환의 경우에도 산전 유전자진단을 통한 인공임신중절을 허용할 것인가의 문제는 또 다른 논의를 필요로 한다.
- 36) 이와 같이 열등한 유전적 특질을 보유한 태아에 대한 인공임신중절에의 유혹은 부모에게만 있는 것이 아니다. “책임 있는 유전학을 위한 회의(Council for Responsible

배아의 자궁 내 착상을 방지함으로써 인공임신중절을 줄이는 효과가 있지만, 경우에 따라서는 유전자를 조작하거나 질환과 관련이 없는 인간의 특성과 관련된 유전자에 대한 선호도에 따른 소위 맞춤형아기를 생산할 가능성도 배제할 수 없다.³⁷⁾ 이와 같이 출생전의 유전자조작을 통하여 소위 맞춤형 아기를 생산하는 것은 인간의 존엄성에 위배될 뿐 아니라 출생하는 아기의 동일성을 침해하는 행위라고 여겨지고 있다.

한편 비배우자가 관여되어 있는 보조생식술의 경우에는 전통적인 가족 관계를 혼란스럽게 만드는 결과를 야기할 수 있다. 이와 같은 경우에는 헌법 제36조 제1항이 보장하고 있는 혼인과 가족생활에 대한 보호를 침해하는 결과를 야기할 수도 있다. 반면에 인간은 누구나 자손을 생산하고 양육할 권리를 가지는바, 이와 더불어 어떠한 방식에 의하여 자손을 생산할 것인가의 선택도 개인의 자유에 속한다는 주장도 있다. 이러한 주장에 의하면 불임으로 인하여 자연적인 방식으로는 자손을 생산할 수 없는 경우 보조생식술을 이용하여 자손을 생산하는 것도 출산 방식의 자유에 속하는 것이기 때문에 그를 금지하는 것은 헌법에 반한다는 주장도 가능하다.³⁸⁾

Genetics)의 보고에 의하면 미국의 경우에는 몇몇 보험회사가 임신한 피보험자에게 그들의 태아에 대한 유전자검사를 하도록 압력을 넣은 후, 유전적 신체장애의 위험이 높은 태아라고 판명되면, 아이를 출산하고자 하는 부모들에게 보험혜택을 철회하겠다고 협박함으로써 출산에 관한 결정을 조작하려고 하였다고 한다. 우리나라의 경우에는 건강보험이 국민 개보험이면서 공적 보험의 성격을 가지고 있기 때문에 이와 같은 상황이 발생할 가능성은 적다고 보여지지만 건강보험체계의 변화에 따라서는 발생 가능한 상황이라고 생각된다.

- 37) <의료법> 제19조의2에 의하여 금지되고 있는 태아 성감별은 산전진단을 통한 성비를 조작하는 형태의 유전자조작이다. 그러나 X-연관 유전질환의 경우에는 남자의 경우에만 발병을 하는 것이므로 이 경우에는 <의료법> 제19조의2의 금지규정도 불구하고 유전자검사를 통하여 인공임신중절을 허용하여야 하는 경우가 발생할 수 있을 것이다.
- 38) 이러한 논의는 특히 낙태와 관련하여 많은 논의가 있어 왔다. 미국에서는 낙태문제를 미연방헌법 수정 제14조와 관련하여 논의를 하고 있다. 대표적인 판례인 Roe v. Wade, 410 U. S. 113(1973)에 의하면 임신 초기 단계에서의 낙태를 금지하는 주법은 미연방헌법 수정 14조의 적법절차 조항에 의하여 보호되고 있는 일반화된 privacy에 반한다고 한다. 우리 헌법 체계에서 성적 자기결정권을 어디에 위치 지울 것인가에 대해서는 논란이 있다. 필자의 생각으로는 정신적 영역에 대한 자기결정권은 헌법 제10조에서도 출되는 일반적 행동자유권으로부터 도출할 수 있을 것으로 생각된다(자기결정권의 헌법적 근거에 대한 보다 상세한 논의는 정규원, 피해자의 승낙에 대한 연구 - 의료행위를 중심으로 - , 서울대학교 대학원(박사), 1999, 21-35면을 참조하기 바란다.).

보조생식술에 대한 다른 나라의 입법례들을 살펴보면, 영국에서는 1982년에 Mary Warnock을 위원장으로 하는 위원회에서 2년 동안 보조생식술에 대한 윤리적 문제점들에 대하여 논의하였으며, 그 결과 Warnock헌장이 발표되었다. 또한 1991년 이후에는 보조생식술을 시행하는 모든 기관들이 정부의 허가를 받고 시술하도록 하고 있다. 입법적으로는 <인간의 수정과발생에관한법>에 의하여 보조생식술을 규율하고 있다. 독일의 경우에는 1990년에 만들어진 <배아보호법>에 의하여 보조생식술을 규율하고 있다. 또한 프랑스의 경우에는 <인체의 구성요소 및 산출물의 제공과 이용, 생식에 대한 의학적 개조 및 출생 전 진단에 관한 1994년 7월 29일 법률 제94-654호(LOI n° 94-654 du juillet 1994 relative au don et à l'utilisqtion des éléments et produits du corps humain, à l'assistance médicale à la procréation et au diagnostic prénatal)>에 의하여 보조생식술을 규율하고 있다. 스웨덴의 경우에도 1985년부터 시행되고 있는 <인공수정법>에 의하여 보조생식술을 규율하고 있다. 우리 나라의 경우에는 아직 보조생식술을 규율하고 있는 입법은 존재하고 있지 않으며 다만 1993년 5월에 제정된 대한의학협회의 “인공수태 윤리에 관한 선언”이 존재하며, 대한산부인과학회에서 만든 “대한산부인과학회 보조 생식술 윤리 지침”이 1998년에 제정되어 있을 뿐이다.³⁹⁾

보조생식술도 의료행위의 일종이므로 적법한 행위가 되기 위해서는 의료행위의 일반적인 법적 요건들을 갖추어야 한다. 따라서 시행하고자 하는 보조생식술이 의료법칙에 합치하는 행위이어야 하며, 나아가 당사자의 동의에 의하여 이루어지는 행위여야 한다. 이 경우 동의권자가 누구인가가 문제되는데 통상적인 경우에는 부부 모두의 동의 및 정자 및 난자 제공자의 동의가 필요하다고 할 것이다. 부부 중 일방이 사망하거나 동의를 할 수 없는 경우에는 어떻게 할 것인가의 문제가 발생하는데, 이러한 경우에는 원칙적으로 보조생식술에 의한 자녀 출산이 금지되어야 할 것으로 생각된다.

39) 하지만 이와 같은 입법례들은 체세포핵치환술에 의한 인간개체복제의 경우를 충분히 규율할 수 있는 규정들을 두고 있지 아니하다.

2. 개별 보조생식술의 법적 문제

(1) 체내인공수정

1) 배우자간 체내인공수정

배우자간 체내인공수정은 불임에 대한 치료행위의 일종으로서 통상적인 경우에는 법적으로 특별한 문제를 발생시키지 않는다.⁴⁰⁾ 하지만 부(夫)의 정액을 냉동 보존하였다가 부의 사망 이후에 수태시키는 경우에는 법적으로 문제가 발생할 수 있다. 우선 이와 같은 행위는 인간의 생식에 대한 자기결정권을 침해하는 것이 아닌가 하는 논란을 불러일으킬 수 있다. 두 번째로는 자(子)의 입장에서 보면 처음부터 부(父)가 없는 상태에서 출생하는 것이 되므로 자의 부양 받을 권리를 원천적으로 부정하는 결과를 야기할 수 있다. 따라서 세대를 건너뛰는 수태를 방지하기 위하여 정자의 보존 기간을 제한할 필요가 있다.⁴¹⁾

2) 비배우자간 체내인공수정

비배우자간 체내인공수정의 경우에는 다음과 같은 법적 문제들을 야기할 수 있다.

첫째, 정액제공자가 배우자가 아니기 때문에 정상적인 가정생활과 혼인에 혼란을 초래할 수 있다. 또한 수태된 부녀와 정액 제공자간의 정서적 결합의 문제도 발생할 수 있다. 두 번째로는 생물학적인 부(父)와 법률적인 부(父)가 다르기 때문에 체내인공수정으로 태어난 자녀에 대한 친권과 양육권의 문제가 발생할 수 있다.⁴²⁾ 세 번째로는 동일한 공여자에 의

40) Jung, "Biomedizin und Strafrecht", ZStW(100), 1988, S. 24.

41) 영국의 경우에는 <인간의 수정과 발생에 관한 법> 제14조 (3)이 "생식체에 관한 법정 보관기간은 허가로 규정할 수 있는 10년을 넘지 않는 기간이어야 한다"라고 규정하고 있으며 제14조 (4)는 "배에 관한 법정보관기간은 허가로 규정할 수 있는 5년을 넘지 않는 기간이어야 한다"라고 규정하고 있다. 또한 동법 제14조 (5)는 규칙에서 이와 같은 기간을 변경할 수 있음을 규정하고 있다.

42) 미국의 <통일혈통법(Uniform Parentage Act of 1974)>에 의하면 남편의 서면동의를 얻어 서 면허를 가진 의사에 의하여 체내인공수정이 이루어진 경우에는 그 남편은 법적으로 아이의 부(父)라고 규정하고 있다. 이에 반하여 몇몇 주에서는 보조생식술이 의사에 의하여 이루어질 것을 요구하지는 않는다. 이에 대한 보다 자세한 내용은 R. Robinson/P. Kurtz, Uniform Status of Children of Assisted Conception Act: A View From the Drafting Committee, Nova L. Rev. 13, 1989, p. 498을 참조하기 바란다.

하여 여러 번 시술될 경우 근친혼의 가능성이 발생할 수 있다.

이상과 같은 법적 문제점에 대한 해결책으로는 정액 제공자의 익명성을 강제하는 방법⁴³⁾이 있으나 이에 대해서는 자식이 부모를 알 권리를 침해할 가능성이 있다. 즉, 시술자가 고의로 혼합정액을 사용하거나, 익명의 제3자로부터 정액을 제공받거나, 관련서류를 파기하여 유전적 친자관계를 절대적으로 알 수 없게 한 경우에는 자녀가 부를 알 기본권을 침해할 여지가 있는 것이다.⁴⁴⁾ 두 번째로 친권과 양육권의 문제는 입법으로 친권과 양육권의 소재를 명확히 하는 방법으로 해결될 가능성이 있을 것이다.⁴⁵⁾ 세 번째로 동일 공여자에 의하여 여러 번 시술되는 행위로 말미암은 법적 문제는 공여의 횟수를 법적으로 제한하는 방식으로 해결될 수 있을 것이다.⁴⁶⁾

동의 없는 인공수정의 경우에는 법적으로 많은 문제를 발생시킬 수 있다. 부녀의 동의나 요구 없이 인공수정을 시행하는 행위는 부녀의 생식에 대한 자기결정권을 침해하는 행위가 된다.⁴⁷⁾ 정자를 제공한 남자의 동의 없이 인공수정을 시행한 경우에도 마찬가지로의 결과가 발생할 수 있다. 특

43) 대한의학협회가 제정한 인공수태 윤리에 관한 선언 중 비배우자간 인공수정시술지침에 의하면 시술을 받는 불임부부는 “정액제공자의 신분에 대한 비밀보장에 동의해야 하며.”(동 지침, 제1항 4) “정액제공자의 신분은 비밀에 부쳐”(동 지침, 제2항 다)진다고 규정하고 있으며 시술기관 및 시술의사에게도 “어떠한 경우에도 정액공여자의 신분의 비밀은 보장”(동 지침, 제3항 마)하도록 하여 정액 제공자의 익명성을 원칙으로 하고 있다.

44) 1987년에 발표된 “영국의 인간수정 및 태생학에 관한 백서”에서도 정자·난자·배아의 기증에 의하여 출생한 자녀가 자신의 출생에 관한 정보를 알 권리를 가지는가에 대하여 의견이 나뉘고 있다. 우리나라의 경우 <헌법> 제36조 제1항은 “혼인과 가족생활은 개인의 존엄과 양성의 평등을 기초로 성립되고, 유지되어야 하며, 국가는 이를 보장한다”라고 규정하고 있는바, 이와 같은 헌법 규정에 의하여 친자관계도 인간의 존엄성의 기반 위에서 이루어져야 하며 자신의 존재·출생 및 친자 확인의 권리도 인간의 기본권에 해당한다고 해석할 여지가 있다.

45) 영국의 경우에는 <인간 수정과 발생에 관한 법>이 제27조 이하에서 신분에 관한 문제를 규정하여 입법적 해결을 시도하고 있다.

46) 대한 의학협회의 비배우자간 인공수정시술지침 제3항 바는 “동일공여자로부터의 정액은 10회 이하 임신에 한하여 사용하여야 한다”라고 규정하여 정액 제공의 횟수를 제한하고 있다. 또한 영국의 “인간수정 및 태생학에 관한 백서”에서도 한 기증자로부터 10회 이상 기증받을 수 없도록 할 것을 권고하고 있다.

47) 이와 같은 행위의 형법적 규율에 대한 자세한 논의는 Jung, a. a. O, S. 26을 참조하기 바란다.

히 폭행 또는 협박에 의하여 동의 없는 인공수정이 이루어진 경우에는 형법 제324조의 강요죄에 해당할 여지가 있다.⁴⁸⁾

(2) 체외인공수정

체외인공수정의 경우에 법적으로 가장 중요한 논점은 체외에서 수정된 배아의 법적 지위에 관한 것이다. 체외인공수정의 경우에도 배우자간 체외인공수정인가, 비배우자간 체외인공수정인가에 따라 법적으로 상이한 문제를 야기할 수 있다.

1) 배우자간 체외인공수정

배우자간의 체외인공수정에 있어서 법적으로 논란이 있을 수 있는 문제는 대부분 냉동보존되고 있는 배아와 관련된 문제들이다. 먼저 냉동보존된 배아의 부모가 이혼을 한 경우 냉동보존되고 있는 배아의 소유권을 누가 갖는가의 문제이다. 이 문제는 냉동보존되고 있는 배아가 권리의 객체가 될 수 있는가의 문제를 전제하고 있다.⁴⁹⁾ <민법>은 여러 권리의 객체 중 물건에 관하여 총칙편에 규정을 두고 있는바, <민법> 제98조는 “본법에서 물건이라 함은 유체물 및 전기 기타 관리할 수 있는 자연력을 말한다”라고 규정하고 있다. 사람의 경우에는 물건이 아니므로 권리의 객체가 될 수 없는데, 다만 시체의 경우에는 물건이라고 보는 것이 민법학계의 통설이다. 하지만 시체의 경우에도 통상의 소유권처럼 사용·수익·처분할 수 있는 것은 아니고, 오로지 매장·제사 등을 내용으로 하는 특수한 소유권으로서, 시체는 제사를 주관하는 자에게 귀속되는 것으로 해석하고 있다(<민법> 제1008조의 3 참조). 이상과 같은 면들을 고려할 때 냉동보존되고 있는 배아는 그것이 인간인가의 여부를 떠나서 통상의 소유권과 같이 사용·수익·처분할 수 있는 것은 아니라고 보아야 할 것으로 생각된다. 다만 냉동보존되고 있는 배아의 처리에 관하여는 권리의 객체

48) 독일 <배아보호법> 제4조 제1항은 “1. 수정될 난자를 배출한 부녀와 수정에 사용될 정자를 배출한 남자의 동의 없이 인공수정을 한 자”, “3. 고의로 사망후의 남자의 정자로 난자를 인공수정한 자”는 “3년 이하의 자유형이나 벌금에 처”하도록 규정하고 있다.

49) 냉동보존 중인 정자의 훼손에 대한 민사법적 논의로는 박동진, “냉동보관중인 정자의 훼손에 대한 민사법적 평가,” 의료법학 제3권 제1호, 2002, 158-181면을 참조하기 바란다.

로서의 지위를 가진다고 파악할 필요성이 있을 것으로 생각된다.

두 번째의 문제는 냉동보존된 배아의 생물학적 부(父) 또는 모(母) 혹은 부모 모두가 사망한 경우에 태어나지 않은 채 냉동보존되고 있는 배아도 상속권을 가질 수 있는가의 문제가 있다. 현재 민법학계에서는 태아의 법적 지위와 관련하여 정지조건설과 해제조건설이 대립하고 있다. 하지만 냉동보존되어 있는 배아의 경우에는 아직 자궁에 착상된 상태가 아니기 때문에 태아라고 할 수 없다. 따라서 태아에 비하여 그 법적 지위가 더 약하다고 보아야 할 것이다. 자연 상태에서의 수정란이 모두 자궁에 착상되는 것은 아니고, 체외인공수정에 의한 임신의 경우에는 그 착상율이 자연적인 착상의 경우 보다 더 낮으며, 생물학적 부모 모두 혹은 생물학적 부모 중 한 사람이 사망한 경우에 그 배아가 자궁에 착상될 가능성은 더욱 낮다는 점을 고려할 때 위와 같은 경우에 상속권을 인정하기는 어렵다고 생각된다.

냉동보존되어 있는 배아의 경우 또 다른 법적 문제점은 그 배아를 정자와 난자를 제공한 자가 더 이상 원치 않는 경우 어떻게 처리할 것인가의 문제이다. 가령 더 이상 보존하기를 원치 않는 배아를 폐기하는 것이 살인죄를 구성하지는 않는가? 그리고 만일 냉동보존되어 있는 배아를 폐기할 수 있다면 폐기 여부에 대한 결정은 누가 할 수 있는가? 그리고 어떠한 절차에 의하여 폐기할 수 있는가의 문제가 그것이다. <형법>에서 말하는 사람의 시기는 형법학계의 통설에 의할 때 진통이 시작되는 시점 혹은 분만이 개시되는 시점으로 보고 있다. 이는 <형법> 제251조가 영아 살해죄를 규정하면서 “분만중”의 영아를 살인죄의 객체로 규정하고 있는데 그 근거를 두고 있다. 또한 낙태죄의 해당 가능성도 문제가 될 수 있는데, 낙태는 일단 자궁에 착상된 이후부터 해당성 여부가 검토되는 것이므로 냉동보존되어 있는 배아를 폐기하는 것이 <형법> 제269조 이하에서 규정되어 있는 낙태에 해당할 수도 없다고 할 것이다. 하지만 냉동보존 중인 배아도 <헌법>이 보장하고 있는 인간의 존엄성을 보유한다고 볼 여지는 여전히 남아 있기 때문에 그 폐기의 허용 여부와 절차에 대하여는 입법적으로 해결이 필요한 부분이라고 할 것이다.

2) 비배우자간 체외인공수정

비배우자간 체외인공수정의 경우에는 배우자간 체외인공수정에서 문제 되는 것 이외에 혼인을 하지 않은 여성에게 체외수정된 배아를 이식할 수 있는가의 문제가 검토되어야 할 것이다. 이를 허용할 경우 혼인을 원하지는 않지만 자녀를 갖고 싶어하는 부녀의 희망을 충족시킬 수는 있겠지만 출생 시부터 부모의 한 쪽을 가지지 못하는 자녀의 복지를 해하는 결과가 발생할 수 있을 것이다. 따라서 이 문제는 사회 일반의 합의에 의하여 결정할 문제로 생각된다.

비배우자간 체외인공수정의 경우에도 동의 없는 수정 및 배 이식이 법적으로 문제될 수 있다. 동의 없는 수정이란 i) 부녀의 의사에 반하여 남편 이외의 정자를 체외수정을 위하여 이용하는 것, ii) 불임 연구에 제공된 정자를 공여자의 의사와는 무관하게 비배우자간 체외수정에 이용하는 것, iii) 불임을 치유하기 위하여 제공된 정자나 난자를 제공자의 의사에 반하여 실험의 목적으로 이용하는 것 등과 같이 정자나 난자의 제공자 혹은 배를 이식할 부녀의 의사에 반하거나 의사와는 무관하게 비배우자간 체외인공수정이 행하여지는 경우이다. 이와 같은 경우를 법적으로 평가하면 i) 장래에 태어날 자녀의 인격권을 침해할 여지가 있으며, ii) 생식세포 제공자의 자녀에 대한 자기결정권을 침해할 여지가 있으며, iii) 인간의 생명을 실험 도구로 이용함으로써 인간의 존엄성을 해할 우려가 있다.⁵⁰⁾

체외수정란을 동의 없이 이식하는 경우에는 부녀의 자녀에 관한 자기결정권을 침해할 여지가 있다. 한편 배 이식을 전제로 난자를 제공한 부녀가 체외수정이 이루어진 후에 배 이식을 거절한 경우에는 그 부녀에게 배 이식을 강제할 것인가 아니면 체외수정된 배아를 폐기할 것인가의 문제가 발생한다. 이 경우는 법적으로 배아의 생명권⁵¹⁾과 부녀의 자기결정

50) 독일의 <배아보호법>은 “수정될 난자를 배출한 부녀와 수정에 사용될 정자를 배출한 남자의 동의 없이 인공수정을 한 자”(제4조 제1항 1)와 “고의로 사망후의 남자의 정자로 난자를 인공수정한 자”(제4조 제1항 3)를 “3년 이하의 자유형 또는 벌금에 처”하도록 하고 있다.

51) 체외인공수정된 배아를 생명을 보유한 인간으로 파악하는 견해에 의한 경우.

권이 충돌하는 경우에 해당한다. 이와 같은 경우에 부녀에게 배의 이식을 행하여야 할 의무를 법적 강제할 수 없다고 보는 견해가 일반적이다.⁵²⁾

(3) 체세포핵이식에 의한 인간개체복제

인간개체복제의 경우에는 여러 가지 법적 문제를 야기하기 때문에 거의 모든 국가의 법률이 이를 금지하고 있으며 아직 입법이 되지 않은 국가의 경우에도 금지를 하는 쪽으로 의견이 모아지고 있다. 예를 들어 독일의 <배아보호법>은 “사람의 배아를 다른 배아, 태아, 사람 또는 사망한 자와 같은 유전 인자를 갖도록 인위적인 조작을 한 자는 5년 이하의 자유형 또는 벌금에 처한다”(〈배아보호법〉 제6조 제1항)라고 규정하고 있으며, 복제된 배아를 부녀에게 이식한 자도 같은 형에 처하도록 규정하고 있다(동법 제6조 제2항). 나아가 미수범까지도 처벌하는 규정을 두고 있다(동법 제6조 제3항). 프랑스의 경우에는 <1994년 인체존중에 관한 법률>에 의하여 인간 배아의 생성·취득·사용을 금지하고 있다. 미국의 경우에도 여성의 자궁에 이식할 목적으로 인간복제를 하는 행위를 금지하는 법안(인간복제 금지법)이 의회에 제출되어 있는 상태이다. 일본이나 영국의 경우에도 인간개체복제의 경우는 엄격하게 금지하는 태도를 취하고 있다.

인간개체복제를 허용할 경우 다음과 같은 법적 문제점이 발생할 수 있게 된다. 우리나라를 비롯한 세계 각 국의 헌법에서 보편적으로 보호하고 있는 인간이란 “유일한 개체”로서의 인간, “개별적 일회성”을 가진 인간, 비모조성을 가진 인간을 의미한다.⁵³⁾ 복제인간을 생산하는 것은 다양한 인간 공동체를 부정하는 것이 되기 때문에 인간의 존엄성을 해하는 결과를 야기할 수 있다. 즉 인간개체복제행위는 <헌법> 제10조가 보장하고 있는 인간의 존엄과 가치를 침해할 수 있다. 인간의 시점에 대해서는 논란이 있지만 어떠한 견해에 의하더라도 부녀의 자궁에 착상된 후 출생한 태아가 인간임에는 틀림없다. 따라서 인간개체복제의 경우에는 <헌법>이 보장하고 있는 인간의 존엄과 가치를 해한다는 점을 부정하기 힘들 것으

52) 독일 <배아보호법> 제4조 제1항 2는 “부녀의 동의 없이 그 부녀에게 배아를 이식한 자”는 “3년 이하의 자유형이나 벌금에 처”하도록 하고 있다.

53) 이경하, “동물관련 발명의 법적 보호와 윤리성에 관한 연구,” 산업재산권 통권 제8호, 1999, 190면.

로 생각된다. 나아가 인간개체복제가 이미 출생하여 생존하고 있는 다른 인간의 치료 등에 이용할 목적으로 이루어진 경우에는 인간을 수단으로 이용하는 것이 되기 때문에 헌법상의 인간의 존엄성을 해함이 분명하다고 할 것이다. 두 번째로 복제되어 탄생한 인간은 복제를 시킨 인간이나 원본 세포를 제공한 인간에 대하여 종속적 관계에 놓일 가능성이 있기 때문에⁵⁴⁾ 개인의 자유로운 인격발현을 침해할 여지가 있다. 또한 복제된 인간은 유전적으로 이미 결정된 존재이고 유전자의 배열이 타인에게 이미 알려져 있기 때문에 출생 시부터 인간으로서의 정체성을 박탈당할 가능성이 있다.⁵⁵⁾ 개인의 정체성은 자신의 유일무이함을 전제로 논의될 수 있는데, 복제된 인간의 경우에는 유전적으로 유일하게 존재할 수 있는 권리, 개인의 특성과 개성의 다양성에 관한 권리, 자유로운 개인으로서 사생활을 보호받을 수 있는 권리 등이 출생 시부터 박탈당할 가능성이 있는 것이다.⁵⁶⁾ 나아가 복제기술에 의하여 복제인간이 대량으로 생산하는 것이 가능해질 경우에는 개성과 정체성의 파괴로 인하여 인간이 상품으로 전락할 위험마저 존재하게 된다.⁵⁷⁾

세 번째로 인간은 누구나 <헌법>에 의하여 생명권을 보장받고 있으며,⁵⁸⁾ <헌법> 제12조는 신체의 자유에 대한 규정을 두고 있다. 또한 <형법> 제250조 이하는 살인죄에 관한 규정을 하여 생명에 대한 침해에 대하여 형법적 수단으로 대응하도록 하고 있으며, <형법> 제257조 이하에서는 상해와 폭행에 관한 죄들을 규정하여 신체의 불가침성을 침해하는 행위에 대하여 형법적 수단을 사용하도록 하고 있다. 만일 인간개체복제행위

54) 김일수, "인간복제의 윤리적·법적 문제," 법조 통권 514호, 1999/7, 26면.

55) Arthur Kaufmann, Rechtsphilosophie, 2. Aufl., 1997, S. 326.

56) 이와 비슷한 논지로는 임종식, "인간복제를 허용할 것인가" : 구영모(위음), 생명의료 윤리, 1999, 176면을 참조하기 바란다.

57) 이러한 주장에 대해서는 김일수, 전제논문, 28-29면을 참조하기 바란다.

58) 독일 <기본법> 제2조 제2항은 "누구든지 생명과 신체를 훼손당하지 아니할 권리를 가진다"라고 하여 생명권을 명시적으로 규정하고 있다. 반면에 우리나라의 경우에는 <헌법>에 생명권에 대한 명시적 규정은 없으나 <헌법> 제10조와 제12조 제1항, 제37조 제1항 등을 근거로 생명권이 <헌법>에 의하여 보장된다고 해석하고 있다(이에 대해서는 권영성, 신판 헌법학원론, 법문사, 1994, 420면; 김철수, 헌법학개론, 박영사, 2000, 361면 등을 참조하기 바란다.).

가 생명이나 신체에 대한 침해행위라고 파악될 경우에는 생명권이나 신체의 불가침성에 대한 침해를 야기하는 행위로 평가될 것이다.

마지막으로 인간개체복제의 경우에는 인간종족의 보존 본능에 기초한 남녀의 결합인 혼인의 기본 전제가 무시되며, 가족관계와 상속관계에 전반적인 혼란을 초래할 수도 있다. 그와 같은 결과가 발생할 경우 <헌법> 제36조 제1항에 규정된 혼인과 가족생활에 대한 보호가 침해받을 수도 있을 것이다.

(4) 대리모⁵⁹⁾

비배우자간 체외인공수정의 특수한 경우로서 대리모와 대리임신모의 경우가 있다. 대리모란 “자궁에 기형이 있거나 수술을 받아서 아기를 가지지 못하는 부부가 부인의 난자를 남편의 정자로 체외에서 수정시킨 후 배아를 제3자의 자궁강 내에 이식하여 임신 및 출산을 가능케 하는 방법”⁶⁰⁾을 말한다. 이 경우에는 생물학적 모(母)가 법률적 모(母)인가 아니면 자신의 자궁 내에 체외 수정된 배아를 이식하여 임신을 유지하고 출산을 한 부녀가 법률적 모(母)인가를 입법적으로 해결하여야 할 필요성이 있다. 또한 의뢰인이 대리모를 자녀를 갖기 위한 수단으로 이용하는 것이 인간을 수단으로 이용하는 것을 의미하는 것이라고 파악할 경우 <헌법>이 보장하고 있는 인간의 존엄과 가치에 반하는 것이 아닌가 하는 논란을 불러일으킬 수 있다. 나아가 자궁대여행위를 상업적으로 이용하는 것을 허용할 수 있는가의 문제도 발생한다. 그리고 대리모계약을 한 이후 출생한 자녀를 대리모가 생물학적 부모에게 인도하지 않는 경우에 자녀의 양도를 법적으로 강제할 수 있는가의 문제도 생길 수 있다.⁶¹⁾ 자녀를

59) 대리모의 법적 문제에 대한 보다 자세한 내용은 박동진, “대리모계약에 의한 출산과 그 법적 문제,” 의료법학 제3권 제1호, 2002, 55-94면을 참조하기 바란다.

60) 문신용, 전제논문, 134면.

61) 미국의 경우에 초기 판례들은 대리모계약을 법적으로 무효인 것으로 보았으며, 대부분의 주에서도 양자법이 입양과 관련한 금전거래를 금지하고 있는 것을 준용하여 대리모계약을 법적으로 무효인 것으로 보고 있다. 1986년 Baby M사건에서 양자의뢰인인 Stern에게 친권을 인정하는 판결이 내려졌는바, 이 판결은 대리모계약 자체를 인정한 것은 아니고 “자녀에게 최선의 이익”이 되는 것이 무엇인가에 대한 판결이었다. 스웨덴의 경우에는 <인공수정법> 제7조가 “상습적으로 또는 영리를 목적으로 본법의 규제에 반하여 인공수정을 하거나, 난자를 보존한 자는 벌금 또는 최고 6개월 이내의 징역

갖지 못하는 부부의 희망을 다른 방식으로는 해결할 수 없는 경우가 있음을 고려할 때, 영리를 목적으로 하는 대리모계약의 경우에는 엄격하게 금지하여야 하겠지만, 영리를 목적으로 하는 것이 아닌 대리모계약의 허용에 대하여 적극적으로 검토하여 보아야 할 것으로 생각된다.

대리임신모란 “남편의 정자로 대리 임신모의 난자를 수정시켜 대리임신모의 자궁강 내에 이식하여 임신시키는 경우”⁶²⁾를 말한다. 대리임신모는 생물학적 모(母)를 법률적 모(母)로 인정하는 것이 가능한가의 법적 문제가 발생할 수 있다. 대리임신모의 경우에는 자신의 난자를 제공하는 것이기 때문에 대리모에 비하여 출생하는 자녀와의 결합이 더 강하다고 할 것이다. 따라서 출생한 자녀를 의뢰인에게 인도하지 아니하는 경우가 발생할 가능성이 더 크다고 할 것이다. 따라서 대리임신모를 법적으로 허용할 것인가 여부도 좀 더 검토를 요하는 사항이라고 하겠다.⁶³⁾

IV. 결 론

보조생식술은 최근 논란이 되고 있는 생명과학기술의 시작점이며, 이제 어느 정도 통상의 의료행위로서 자리잡아가고 있다. 하지만 의학 및 과학기술의 지속적이고도 급속한 발달로 말미암아 보조생식술 자체의 급속한 발달은 물론 인간유전학과 결합한 새로운 양상의 기술의 발달로 여러 가지 윤리적·법적 논란을 끊임없이 불러일으키고 있다. 그럼에도 불구하고 아직 보조생식술을 규율할 수 있는 법적·제도적 장치는 마련되지 않고 있다.⁶⁴⁾

에 처한다”라고 하여 대리모계약을 상업적으로 이용하는 것을 금지하고 있다. 또한 독일의 <배아보호법>은 제1조 제1항 7에서 “출산후의 자녀를 제3자에게 영구히 입양시키려는 부모(대리모)에 대하여 인공수정을 하거나, 사람의 배아를 이식하는 자”에 대하여는 “3년 이하의 자유형 또는 벌금에 처”하도록 하고 있다.

62) 문신용, 전제논문, 134면.

63) 독일에서는 대리임신모시술을 법적으로 금지하고 있다.

64) 최근 인간개체복제에 대한 논란으로부터 비롯된 각종의 생명윤리 및 안전에 대한 법률안들은 대부분 보조생식술에 대한 규정들을 담고 있다. 그러나 여러 이해관계집단의 이견으로 인하여 아직 법률이 제정되지는 못한 상태이다.

보조생식술이 일반적인 부부들에게는 엄청난 고통을 안겨주는 불임의 문제를 해결하는 방법이라는 점을 고려할 때 일방적인 금지만으로 문제가 해결될 수는 없다고 생각한다. 하지만 보조생식술이 인간으로 발전할 가능성이 있는 배아 및 그 이전 단계인 생식자에 대한 조작을 필연적으로 수반한다는 점을 고려할 때 전면적인 허용도 바람직한 방법은 아니라고 생각된다. 결국 보조생식술에 대한 법적 대응은 인간의 존엄과 가치, 생명 및 신체에 대한 보호, 혼인 및 가족관계, 개인의 성적 자기결정권 등 여러 가지 가치들을 이익형량하여 적절한 수준에서 이루어져야 할 것이다.

체내인공수정의 경우에 배우자간 체내인공수정은 의료법칙에 합치하고 부부의 동의가 존재한다면 특별한 법적 문제를 야기하지 않을 것으로 생각된다. 배우자간 체외인공수정의 경우에도 일반적으로는 인정할 수 있을 것으로 생각된다. 다만 배우자간이라고 할지라도 배우자 중 어느 한편의 동의를 받을 수 없거나 보조생식술을 거부하는 경우, 혹은 질병 등의 사유로 보조생식술을 시행하는 것이 의학적으로 적합하지 아니한 경우에는 금지되어야 할 것이다.

비배우자간 체내인공수정 및 체외인공수정의 경우에는 보다 복잡한 문제를 야기한다. 특히 대리모계약이나 대리임신모계약의 경우에는 그 허용 여부 자체가 논란의 대상이 되고 있다. 체세포핵이식에 의한 인간개체복제의 경우에도 현재의 주류적인 입장은 이를 금지하는 방향으로 나아가고 있다. 이와 같은 문제들에 대해서는 입법적으로 보다 분명한 규율방안을 마련하는 것이 타당하다고 생각된다.

보조생식술에 수반하는 또 다른 문제는 정자 및 난자의 매매, 그리고 잉여배아의 매매 및 폐기 문제이다. 현재까지는 많은 경우에 있어서 자유로운 의사에 기한 동의를 할 수 없는 위치에 있는 자들의 정자를 이용하거나 실질적인 매매를 통하여 정자 및 난자를 획득하여 왔으며, 이로 인한 의학적 안전성뿐만 아니라 많은 윤리적 문제를 야기하여 왔다. 또한 잉여배아를 배아제공자의 동의 없이 연구에 이용하거나 폐기함으로써 배아제공자의 자기결정권은 침해함은 물론 인간 존엄성의 침해에 대한 우

려를 야기하였을 뿐만 아니라 환경오염을 비롯한 안전성 문제까지도 논란이 되고 있는 실정이다. 이러한 문제들도 결국은 입법적으로 해결되어야 할 문제인 것으로 생각된다.

자신의 자손을 남기고 싶다는 욕망은, 그것이 어떠한 욕망에 근거하고 있다고 주장하든, 인간의 자연적 본능이라고 할 수 있을 것이다. 물론 어떤 사람들은 자신이 처한 상황을 운명으로 받아들이고 자신의 유전적 자손을 포기할 수도 있을 것이고, 또 어떤 사람들은 입양을 통하여 보다 고귀한 가치를 수행한다고 생각할 수도 있을 것이다. 사실 일부의 사람들은 자율적인 결정에 의하여 자손을 남기는 것을 거부하기도 하며 나아가 결혼제도 자체에 대하여 항거하기도 한다. 하지만 또 다른 많은 사람들은 여전히 자신의 유전적 자손을 남기고 싶어하고 있다. 이와 같은 감정들이 스스로의 운명에 순종하라고 설득하거나, 입양을 통하여 보다 고귀한 선(善)을 행하라는 설득으로 모두 해소될 수 있을까?⁶⁵⁾

65) 자발적인 의사에 기인한 선이 아닌 강제된 선을 진정한 선이라고 할 수 있을까?