

배아의 민사법적 성격

맹 광 호

I. 서설	IV. 배아의 민사법적 성격
II. 배아의 지위에 대한 논의와 입법례	1. 학설의 입장
1. 배아의 지위에 대한 견해	2. 권리의 주체 인정여부에 따른 구체적 차이
2. 배아의 보호에 대한 입법례	3. 배아의 권리능력 인정 여부에 대한 검토
III. 생명윤리및안전에관한법률	V. 결 론
1. 생명윤리및안전에관한법률개요	
2. 배아 이용에 대한 생명윤리법의 규제	

I. 서 설

일반적으로 난자와 정자가 수정된 결과로 만들어진 세포로 새로운 개체의 시작이 되는 것을 수정란¹⁾이라고 하며, 이러한 수정란 및 수정된 때부터 발생학적으로 모든 기관이 형성되는 시기까지의 분열된 세포군을 배아라고 한다.²⁾ 이러한 배아는 순조로운 발달과정을 거치게 되면 인간이 될 수 있는 가능성을 지니고 있다는 의미에서 생식세포인 정자와 난자가 질적으로 변화된 존재이므로 이들과는 기본적으로 구별된다고 한다.³⁾ 불임치료를 위한 보조생식술의 시행과정에서 체외수정으로 생성된 수정

* 연세대 법대 강사, 법학박사

1) 그러나 수정란(fertilized oocyte)이란 표현은 단지 이차난모세포와 정자가 접합하는 과정의 의미일 뿐이라는 전제하에, 난자와 정자의 수정과정이 완료되어 새로이 만들어진 세포를 접합자(zygote)라고 칭하기도 한다. T.V.N. Persaud · K. L. Moore, 「인체 발생학(개정6판)」, 고재승 外 옮김, 법문사, 2003, 2면.

2) 생명윤리및안전에관한법률 제2조 2호 참조.

3) 김민중, “생명공학의 발달에 따른 민사법적 과제”, 「민사법학」 제22호, 한국민사법학회, 2002, 52면.

란은 바로 자궁에 이식되지 않고 일정한 배양기간을 필요로 하고, 더욱이 생식의료기술의 발전으로 배아의 동결보존법(Embryo Freezing)⁴⁾이 개발되면서 체외수정의 실패가능성에 따른 재시술을 위해 그 시술과정에서 발생한 잔여배아를 장기간 보관하는 경우가 증가하면서⁵⁾ 배아의 사용·처분에 관련된 법률적인 문제가 제기되고 있다. 즉, 체외수정을 통해 모체 밖에서 생성된 배아에⁶⁾ 대하여는 이를 분리된 신체의 일부가 결합된 것으로서 단지 물건성을 가지는 소유권의 객체로 보아야 하는지 아니면 배아도 태아처럼 인간생명체로 보아 보호해야 하는가에 대하여 종교적, 윤리적, 법적인 측면이 혼재된 관점에서 논란이 있어 왔으며 이는 주로 인간배아에 대한 연구, 실험, 폐기 등을 허용할 수 있는가를 중심으로 논의되어 왔다. 2005년 1월 1일부터 시행된 「생명윤리및안전에관한법률」은 제13조 이하에서 배아보호를 위한 규정을 두어 배아가 일반적인 물건이나 신체의 다른 조직보다는 더 존중되어 보호를 받아야 함을 표현하고 있으나 배아의 법적 성격에 대하여는 명시적인 규정을 두고 있지 않다. 따라서 기존의 견해들을 토대로 배아의 성격에 대한 법적인 접근으로서 민법상 배아에게 태아와 같은 권리능력을 인정할 수 있는가의 여부가 문제되고 있어 이러한 배아의 법적 성격에 대한 고찰이 필요하다고 하겠다.

4) 시험관 내 수정으로 이루어진 착상전(pre-implantation) 배아나 주머니배(blastocyst)는 글리세롤(glycerol)로 냉동시켜 장기간 동안 보존할 수 있으며, 냉동에서 녹인 후 4 내지 8세포기로 분할시킨 배아나 주머니배를 자궁에 성공적으로 이식하는 방법은 현재 보편적인 기술이라고 한다. T.V.N.Persaud · K. L. Moore, 「인체발생학(개정6판)」, 고재승 외 옮김, 법문사, 2003, 39면.

5) 체외수정시술과정에서 소요되는 경비부담의 문제와 40%이하인 임신성공률에 따른 임신 실패를 대비하기 위하여 수정란의 동결보존법이 사용된다. 즉 시험관아기시술에서 과배란 유도로 채취된 다수의 난자로 여러 개의 수정란이 생성되는데 이로 인한 다태임신을 방지하기 위해 배아이식의 개수를 통상적으로 4~5개로 제한하고, 이때 남은 수정란을 동결 보존하여 그 이식주기에 임신에 실패하였을 경우 다음 배란주기에 맞춰 동결 보존된 배아를 융해하여 이식함으로써 임신을 시도하게 되며 이러한 배아의 보존 기간은 보통 5년까지 가능하다고 한다.

http://mnbclinic.co.kr/clinic/clinic_02.asp#

Ⅱ. 배아의 지위에 대한 논의와 입법례

1. 배아의 지위에 대한 견해

(1) 가톨릭 교계를 중심으로 인간의 배아는 수정시점으로부터 완전한 인간생명으로서의 지위를 가지며 태어난 사람과 같이 동일한 보호를 받아야 한다는 입장이 있다.⁷⁾ 그 이유로 제시되는 몇몇 논거들을 살펴보면 다음과 같다.

첫째, 제2차 바티칸 공의회는 사목헌장은 “생명은 수정되는 순간부터 성심껏 보호해야 한다”고 규정하고 있으며, 교황 요한 바오로 2세가 반포한 ‘가정권리헌장’에서도 “인간의 생명은 마땅히 존중되어야 하며 수정되는 순간부터 절대적으로 보호받아야 한다”고 선언하여, 인간은 존재의 첫 순간부터 인격체로서 존중되어야 한다는 것이 인간생명의 시작에 관한 가톨릭교회의 양보할 수 없는 가르침이므로, 인간배아도 당연히 한 사람의 인격체로서 존엄성을 가진다고 한다.⁸⁾ 또한 수정에 의하여 생성된 접합체는 이미 새로운 인간개체로서 그 생물학적 주체성이 인정된다는

6) 배아의 법적 성격에 대한 견해들 중에서는 배아가 아닌 ‘수정란’으로 표현하여 그 법적 성격을 설명하는 경우가 있다. 본 논문에서는 이를 ‘배아’로 통일하여 표현하고 원문에서 수정란으로 표기된 것은 괄호 안에 수정란이라고 병기하여 서술하기로 한다.

7) 김일수, “배아생명에 대한 법적 이해와 법정책의 방향”, 「형사정책연구」, 제13권 제3호, 2002, 12면; 신동일, “배아생명보호를 위한 형법적 개입의 시기”, 형사정책연구 제13권 제3호, 2002, 91면.

8) 이동익, “생명과학과 가톨릭교회의 윤리”, http://www.cbck.or.kr/bioethics/pds/biotech/biotech_catholi_ethic.asp; 그리고 지난 1974년에 교황청 신앙교리성이 반포한 ‘인공유산 선언문’에서 언급된 “난자가 수정되는 순간부터, 아버지의 것도 어머니의 것도 아닌, 한 새로운 사람의 생명이 시작된다. 그것은 그 자신의 성장을 가지는 한 새로운 사람의 생명인 것이다. 만일 그것이 사람의 생명이 아니라면 결코 그것이 사람이 되지는 않을 것이다. 현대 유전학은 이 자명한 불변의 원리를 확인해 준다. 이 생명체가 자라나서 충분히 결정된 독자적인 특성을 지닌 한 사람이 될 프로그램이, 임신되는 첫 순간부터 수립되어 있다는 사실을 유전학은 증명해 주었다. 잉태되는 첫 순간부터 인간 생명의 모험이 시작되는데, 모든 잠재력이 각기 제 자리를 발견하고, 행동할 태세를 취하려면 꽤 긴 시간이 요구된다”는 내용은 인간은 수정되는 순간부터 하나의 인격체로 인정되어야 한다는 기본적인 가르침이라고 한다.

것이 최근의 인간 생물과학적 발견들에 의하여 확인되고 있으므로, 인간은 수정되는 순간부터 하나의 인격체로서 존경받고 대접받아야 하며 바로 그 순간부터 인격자로서 그의 권리 또한 인정받아야 한다고 본다.⁹⁾

둘째, 수정의 순간에 남녀의 성별이 결정되고, 그 형태를 갖추고 이 지상에서는 재현할 수 없는 유전적 소질의 독특한 개성이 출현된 생명체는 배아, 태아, 영아, 유아, 소년, 청년, 장년, 노년으로 발전되는 일련부단의 과정으로 그 형태와 기능이 변화되며 죽는 것이 인간이며, 현재의 인간의 존재는 배아(수정란)의 연장에 불과하다는 것은 누구도 부정할 수 없고, 또한 배아(수정란)가 인간의 자질을 전면적으로 구비한 인간이라는 것을 생명과학은 분명히 하고 있다는 이유로 배아(수정란(胚))는 처음부터 인간의 소질과 능력을 전면적으로 구비한 생명체·생물학적인 인간이며 동시에 인간으로서의 가치와 존엄성을 지닌 윤리적 인격체이므로, 法이 배아(수정란)를 하나의 人格의 主體로 인정할 수 있다고 한다.¹⁰⁾

(2) 인간배아를 인체로부터 분리된 신체조직과 마찬가지로 物件의 일종으로 파악하려는 입장이 있다.¹¹⁾ 즉 수정란이나 초기배아는 아직 배아축이 형성되기 이전의 분화되지 않은 세포들로 구성되어 있기 때문에 그것을 권리를 향유하는 주체나 인간으로 볼 수는 없다고 한다. 따라서 배아는 물건이기 때문에 정당한 처분권자(예컨대 배아의 부모 등)의 동의가 있으면 배아의 연구, 실험, 폐기가 가능하며 처분권자의 의사에 의해 배아의 냉동보존, 양도 등도 허용될 수 있다고 보게 될 것이다. 또한 배아를

9) 이창영, “인간배아연구에 관하여”, 「사목」 제291호. 한국천주교중앙협의회. 2003. 135면.

10) 문국진, “의료수태의 법의학적 문제점(中)”, 법률신문 1986년 11월 24일(제1660호); 그러나 이러한 견해에 대해서는 “모체내의 수정란도 자궁에 착상되어야 비로소 인간으로서의 생명을 갖는 태아로 볼 수 있고, 수정란에 의한 시험관아기의 성공률을 고려하면 자궁에 안전하게 착상된 수정란에 한하여 태아로 인정하며 권리능력을 부여해야 한다”는 비판이 있다. 한봉희, “인공수정자법의 연구”, 「법학연구」 제14권, 전북대학교 법학연구소, 1987, 27면.

11) John A. Robertson, “Embryos, Families, and Procreative Liberty: The Legal Structure of the New Reproduction”, 59 South Calif Law Rev. 939, 972 (1986); June Coleman, “Playing God or Playing Scientist: A Constitutional Analysis of State Laws Banning Embryological Procedures”, 27 Pacific Law Journal 1331, 1342(1996)

무단으로 파괴·폐기한 자가 있는 경우에도 형법상 낙태죄가 아닌 損壞罪가 논의되게 될 것이다.

(3) 전술한 두 입장에 대한 절충적인 태도로 배아는 사람과 동일하게 취급할 수는 없지만, 완전한 인간개체로 발전할 수 있는 잠재적 능력을 가진 생명의 형체로서 존중되어야 한다는 입장이 있다.¹²⁾ 이 견해에 의하면 배아는 인간으로 될 잠재성으로 인하여 인체에서 분리된 다른 신체조직 보다는 더 많은 존중을 받아야 한다고 보지만 아직 인간의 모습으로 발전하지 않았고, 인격체로 성장하지 않았으며 그의 생물학적 가능성이 실현되지 않을 수도 있다는 이유로 사람으로는 취급될 수는 없다고 한다. 따라서 이 견해에 의하면 제한적인 범위 내에서만 배아의 폐기, 실험, 냉동 보존 양도 등이 허용되어야 한다고 한다.

2. 배아의 보호에 대한 입법례

(1) 독일

배아보호에 관련된 법규가 가장 엄격하고 그 위반에 대한 형사처벌의 강도가 높은 국가로 독일을 들 수 있다. 배아를 사용한 생명공학연구를 금지하고 있는 적은 수의 선진국들 중 하나인 독일은 이미 1990년에 배아보호법(ESchG)을 제정하여 배아생명과 관련된 침해행위를 형사법적으로 금지시켰다.¹³⁾ 배아보호법 제1조는 인공수정기술의 남용에 대한 규제를 하고 있으며, 인간배아에 대한 부당한 이용금지(제2조), 성별선택의 금지(제3조), 모든 종류의 클로닝(Klonen) 금지(제6조), 키메라와 잡종물의

12) National Bioethics Advisory Commission, "Human Stem Cell Research and Potential for Clinical Application", Ethical Issues in Human Cell Research: VOLUME1 Report and Recommendations of the National Bioethics Advisory Commission, September 1999, p.50. [Online] <<http://www.georgetown.edu/research/nrcbl/nbac/stemcell.pdf>>; 정규원, "체세포핵치환술에 의한 인간 배아 복제에 대한 법적 고찰", 「생명윤리」 제1권 제1호, 2000, 36면.

13) 독일의 배아줄기세포(embryonic stem cell) 연구의不在는 이러한 배아보호법으로 인한 결과라고 한다. John A. Robertson, "Causative vs. Beneficial Complicity in the Embryonic Stem Cell Debate," 36 Connecticut Law Review 1099, 1102 (2004).

제작 금지(제7조) 등이 규정되어 있다. 특히 同法 제2조 1항에서는 “체의 수정으로 생성되거나, 자궁에 착상하기 전에 여성으로부터 채취된 사람의 배아를 양도하거나, 배아의 유지 이외의 목적으로 이를 제공·취득 또는 이용한 자는 3년 이하의 자유형 또는 벌금에 처한다”고¹⁴⁾ 하여 배아를 엄격하게 보호하고 있다. 그러나 이러한 배아보호법은 체세포치환을 이용한 클로닝 기법의 다양한 발전과 유전자 치료술의 가능성이 현재처럼 뚜렷하지 못했던 시기에 제정되었기 때문에 변화하는 생명공학의 발전 가능성을 고려하지 못했다는 비판이 지속적으로 제기되었다.¹⁵⁾ 이러한 비판은 현대생명공학 연구 분야의 중점대상인 줄기세포(embryonic stem cell, ES cell)를 얻기 위한 독일 내에서의 어떠한 배아의 파괴도 동법이 금지하고 있으므로, 독일 과학자들이 배아파괴와 줄기세포의 추출이 합법적인 지역으로부터 줄기세포를 수입할 수 있도록 독일법이 허용할 것인가의 논쟁을 불러 일으켰고,¹⁶⁾ 결국 국가적인 논의 끝에 독일연방의회는 2002년에 ‘인간줄기세포수입과이용에관한법률(Stammzellgesetz, StZG)’¹⁷⁾을 제정하여 그 추출이 합법적인 국가들로부터 수입된 줄기세포에 대한 연구를 허용하였다.

(2) 프랑스

프랑스의 경우에 1994년에 ‘인체의 존중에 관한 법률(La Loi Relativ au

14) ESchG § 2 Mi β brauchliche Verwendung menschlicher Embryonen

(1) Wer einen extrakorporal erzeugten oder einer Frau vor Abschlus β seiner Einnistung in der Gebärmutter entnommenen menschlichen Embryo verau β ert oder zu einem nicht seiner Erhaltung dienenden Zweck abgibt, erwirbt oder verwendet, wird mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder mit Geldstrafe bestraft.

15) 신동일, 「배아보호를 위한 형사정책」, 한국형사정책연구원, 2003.6, 67면. 특히 유전자 치료술을 금지하고 있는 내용을 담고 있는 독일배아보호법(ESchG) 제5조(인간 생식계 세포의 인위적 변경)는 장래에 유전병환자들에게 유일한 희망이 될 수도 있는 기술을 처음부터 시도조차 못하게 하고 있다고 한다.

16) John A. Robertson, “Causative vs. Beneficial Complicity in the Embryonic Stem Cell Debate,” 36 Connecticut Law Review 1099, 1103 (2004).

17) Gesetzes zur Sicherstellung des Embryonenschutzes im Zusammenhang mit Einfuhr und Verwendung menschlicher embryonaler Stammzellen이 同法の 정식 명칭이다.

respect du corps humain)' 을 제정하였는데, 同法の 규정에 의하여 프랑스 민법 제1권(人) 제1편(私權)에 “人體에 대한 尊重”이라는 제목의 제2장을 삽입하였다. 그리고 제2장의 서두에 민법 제16조를 부활시켜 “법률은 인간의 우선권을 확보하며, 인간의 존엄성을 침해하는 모든 행위를 금지하고, 그 생명의 시작에서부터 자연인의 존중을 보장하여야 한다”는 규정을 두고, 민법 제16조의 1에서는 “인체, 인체의 구성부분 및 그 적출물은 재산권의 목적이 될 수 없다” 규정하고 있으며 이를 대상으로 하는 계약의 효력에 관하여 민법 제16조의 5에서 “인체, 인체 구성부분 및 그 적출물에 대하여 어떠한 재산적 가치를 부여하는 내용의 약정은 무효이다”라고 규정하고 있다. 또한 민법 제16조의 6에서는 “자신의 인체에 대한 실험, 인체 구성부분의 적출 또는 그 적출물의 채취에 동의한 자에 대하여는 어떠한 보수도 허용되지 않는다”고 규정하여 배아가 재산권의 객체가 될 수 없음과 재산적 가치를 반대급부로 배아의 이전에 관한 약정을 금지하고 있다. 또한 ‘인체의 존중에 관한 법률’ 제9조에 의해 프랑스형법 제5부 제1편에 보건의료에 관한 죄를 삽입하여, 어떠한 형태로든 대가를 받고 인간의 배아를 취득하는 행위나 인간의 배아를 취득하는 것을 용이하도록 주선하는 행위 또는 인간의 배아를 유상으로 제3자에게 주는 해위를 처벌하고 있다(형법 제511조의 15). 그리고 산업이나 상업의 목적으로 생체 외의 인간의 배아를 만들거나 이를 사용하는 행위를 처벌하고 있다(同條의 16).¹⁸⁾

(3) 수정란의 법적 성격에 관련한 미국 판례

1) 냉동수정란 반환사건(Del Zio v. Columbia Presbyterian Medical Center)¹⁹⁾

18) 프랑스의 ‘인체의 존중에 관한 법률(La Loi Relativ au respect du corps humain)’의 全文 번역은 박은정, 「생명공학 시대의 법과 윤리」, 이화여자대학교 출판부, 2000, 부록편 참조.

19) No.74-3558(S.D.N.Y. Nov.14, 1978); John A. Robertson, “In the Beginning: the Legal Status of Early Embryos,” 76 Virginia Law Rev. 437 (1990).

1973년에 미국에서 최초의 체외수정을 실시한 것으로 보고된 이 사건은, 당시 냉동수정란을 보관하고 있던 병원에 대하여 체외수정을 시술받은 John Del Zio와 Doris Del Zio 부부가 수정란의 반환을 요구한 사건으로, 법원은 동결수정란은 정자와 난자를 체외수정시술에 제공한 자들의 재산이 아니라고 의뢰인 부부의 정신적 고통에 대하여 500,000\$을 배상하도록 하였다. 당시 체외수정을 실시한 의료진은 모체 밖에서 수정란을 만들기는 하였지만 착상에는 성공하지 못했다고 보고하였다. 그러나 배양담당부서의 책임자인 Dr. Raymond V. Wiele는 수정란을 Mrs. Del Zio에게 착상시키는 것은 비윤리적인 행위로서 병원측의 허락을 얻어야 하는 것으로 판단하고, 이 시술에 참가했던 외과의나 의뢰인인 Del Zio부부에게 통지하지 않고 배양시설을 제거하고 수정란을 폐기하였다. 이로부터 일년 후 Del Zio부부는 이에 대한 재산적 및 정신적 손해에 대한 배상을 청구하는 소송을 제기하였다. 법원은 5주에 걸친 심리절차와 13시간 동안의 배심원의 토의를 거쳐 재산상 손해배상은 인정할 수 없으나 정신적 손해에 대한 위자료를 지급하라고 판시하였다. 이 판결의 결과로 수정란의 재산적 개념은 부인되었지만, 그렇다고 해서 수정란이 인간(Personhood)이라는 명백한 정의가 내려진 것도 아니었다. Del Zio 사건의 판결이유에서 법원은 수정란의 보존에 대한 주의의무 해태로 인한 손해는 순전히 심리적인 것이며, 이것만으로는 부모에 대한 불법행위로는 인정되기 어려울 뿐만 아니라 불법행위를 인정한다 하더라도 그 배상액은 극히 적을 수밖에 없기 때문에, 문제를 실리적으로 해결하기 위해서는 이를 수정란의 보존계약에 대한 위반으로 보아, 새로이 수정란을 만드는데 드는 비용과 의뢰자의 정신적 고통에 대한 배상의 합산액을 배상해야 한다고 판시하였다.

2) 냉동수정란의 처분권 사건(York v. Jones)²⁰⁾

York v. Jones 사건에서는 병원이 수정란(prezygote) 보존계약을 체결하

20) 717F. Supp. 421(E.D.Va.1989)

면서 수정란에 대한 처분권을 양도 또는 포기할 수 있는가 하는 냉동수정란의 처분에 관한 문제가 제기되었다. 이 사건에서 York부부는 처의 난관 결함으로 인한 불임을 해결하기 위하여 미국에서 가장 높은 체외수정시술의 성공률로 유명한 Virginia州 Norfolk의 Jones병원(Jones Institute for Reproductive Medicine at the Medical College of Hampton Roads)에서 체외수정시술을 받았으나 실패하였다. 그 과정에서 세 번째 시술의 결과로 생긴 수정란 중 하나를 후일에 사용할 목적으로 냉동 보존하였는데, York부부는 얼마 후 그들의 거주지 근방인 Los Angeles의 한 병원에서 다시 체외수정을 시도하려고 Jones병원 측에 냉동수정란을 이전시켜 줄 것을 요청하였다. 담당의사는 인체기관을 이송한 경험이 있는 노련한 의사였기 때문에 이를 승낙하려 했으나, 병원 측은 계약위반을 이유로 들어 수정란은 Norfolk내에서만 의뢰자인 처에게 이식시킬 수 있고 Norfolk 밖에서는 다른 부부에게 증여하거나 또는 연구용으로서 제공될 수 있을 뿐이라고 주장하면서 이를 거절하였고, 이에 대하여 York부부는 수정란에 대한 감호권과 불법적인 억류에 대한 손해배상을 청구하고, 이는 계약위반 또는 준계약위반이며 불법점유일 뿐만 아니라 시민권의 침해라고 주장하여 Norfolk의 연방지방법원(U.S. District Court, E.D. Virginia, Norfolk Division)에 제소하였다. 이에 대하여 법원은 당사자 사이에 체결된 계약을 신탁계약으로 보고 계약의 목적이 성취되면 수탁자는 신탁자에게 신탁의 목적물을 반환해야 한다고 판시하였다. 실제로 계약조항에 따르면 모호한 점이 없지 않지만 Norfolk이외의 지역으로 이동할 수 없다든지 또는 Norfolk내에서만 York 부인에게 이식시켜야 한다는 명시적인 조항은 없었으므로 York 부부는 이 소송에서 승소하였다.²¹⁾ 이 사건에서는 처음으로 의뢰인 부부에게 수정란에 대한 감호권을 인정하였고 Del Zio 사건에서는 수정란이 제공자의 재산이 아니라고만 판시한 것과는 다르게 수

21) Deborah Kay Walter, "Ownership of Fertilized Ovum In Vitro", Family Law Quarterly, Vol.26, Fall 1992, pp241-242.; <http://www.ncbi.nlm.nih.gov/entrez/query.fcgi?cmd=Retrieve&db=PubMed&list_uids=11648187&dopt=Abstract>참조.

정란의 보존계약을 신탁계약으로 보고 수정란을 신탁계약상의 목적물로 취급하여 단순한 물건으로 평가하였다는 점에 의미가 있다.

3) 부부의 이혼에 따른 배아의 귀속(Davis v. Davis)

이 사건은 Junior Lewis Davis와 Mary Sue Davis라는 부부가 자신들의 정자와 난자를 사용한 체외인공수정과정에서 발생한 잔여배아를 동결보존한 후에, 부부가 이혼하게 되면서 상호간에 배아에 대한 권리를 다툰 사례이다. Davis 부부는 아이를 갖기 위하여 다섯 차례의 체외수정시술을 받았으나 모두 임신에 실패하였고, 그 중 두 번째 시도에서 만들어진 9개의 수정란 중에서 처인 Mary Sue Davis의 자궁에 이식했던 두 개의 수정란 외에 남은 7개의 동결배아(frozen embryos)를 병원(Knoxville Fertility Clinic)에 보관 중이었다. 그 후에 이혼을 하게 된 부부는 모든 것에 대한 재산에 합의를 하였으나 병원에 보관중인 7개의 동결배아에 대하여 누가 권리를 행사할 것인가에 대하여는 합의하지 못했다. Mary Sue Davis는 이혼 후에 동결배아를 이식받아 임신하기 위하여 이들에 대한 권리를 주장했으나, 前夫인 Junior Lewis Davis는 혼인관계가 아닌 상태에서 그가 부자가 될 것인가의 여부를 결정할 때까지 배아는 동결된 상태로 유지되어야 한다고 하면서 이를 반대하였다. 1989년 9월 21일 Tennessee州의 Blount County 순회법원은 이에 대한 문제를 해결하기 위하여, 배아의 법적 성격에 관해 전문가인 증인들의 조언을 받으며 다음과 같은 사항을 검토하였다. 첫째, 배아는 인간인가. 둘째, 사건에서 문제되고 있는 4-8세포기의 생식물질을 Pre-embryo로 볼 것인가 아니면 embryo로 볼 것인가. 셋째, 배아는 인간이 될 잠재력을 가진 재산(Property)인가. 이에 대해 증인 중 한명인 프랑스의 유전학자 Dr. Jerome Lejeune은 인간배아는 인간의 초기형태이며 인간의 성격을 갖는다고 증언하였으나, 다른 세 명의 전문가는 이러한 의견에 반대하면서 배아는 단지 생명의 잠재력을 가진 발달단계의 존재라고 주장하였다. 법원은 Pre-embryo와 embryo를 구별하지 않고 Pre-embryo의 존재를 부정하였다. 그리고 인간의 생명은 착상으로 시작한다

고 결론 지어, 그 이전의 배아는 재산(Property)에 해당한다고 하였다. 또한 법원은 국가의 후견적 역할에 관한 Common Law의 원칙의 적용과 Mary Sue가 배아를 이식받아子を 출산할 기회를 주는 것이 자의 최선의 이익에도 부합된다는 점을 들어, Mary Sue에게 수태의 목적을 위한 2년간의 배아에 대한 임시적 감호권(temporary custody)을 부여하였다. 그리고 양육권, 면접교섭권 등의 친권에 관한 것은 자가 살아서 출생할 것을 조건으로 유보한다고 판결하였다. 이러한 판결에 대하여 前夫인 Junior Lewis Davis는 법원이 Mary Sue에게 감호권을 인정한 것에 대하여 이의를 제기하고 항소하였다. 이에 대하여 Tennessee州 항소법원(Tennessee Court of Appeals at Knoxville)은 1990년 9월 13일 배아에 대한 양자의 공동감호권을 인정하였다. 항소법원은 판결이유에서, Mary Sue의 의사에 반하여(이 당시 Mary Sue는 자신의 의사를 번복하여 배아를 아이가 없는 다른 불임부부에게 증여하기를 원하였다) 이식받도록 명령하는 것은 헌법상의 원칙에 위배될 뿐만 아니라, 前夫의 의사에 반하여子を 출생하도록 하는 것도 Junior Lewis Davis에게 비록 법적인 父는 아니지만 심리적으로 父라는 부담을 갖도록 한다는 점에서 역시 헌법상의 원칙에 반한다고 하였다. 한편 항소법원은 생명의 始期는 배아가 착상된 시점부터 시작되며 Tennessee法 하에서는 배아는 인간으로 평가될 수 없다고 판시하였다.²²⁾

22) First Embryo Disposition Case - Davis v. Davis, 842 S.W.2d 588, 597 (Tenn. 1992). [Online]

〈http://biotech.law.lsu.edu/cases/cloning/davis_v_davis.htm〉

23) 생명공학 발전에 따른 배아의 보호문제, 인간 및 동물의 복제문제, 인간과 동식물간의 교잡문제, 인간 유전자정보의 보호문제 그리고 기타 생명윤리확보에 필요한 사항을 규율하는 통일적인 기본법을 만들어 침해하게 대립하고 있는 생명공학과 생명윤리의 갈등을 해소해야 한다는 학계, 종교계, 시민단체 등의 줄기찬 요구에 의하여 수차례의 공청회와 토론회 등의 논의를 거쳐, 2003년 12월 29일 국회 본회의에서 [생명윤리및안전에관한법률안]이 의결되어 2005년 1월 1일부터 시행되었다. 이 법률은 정부안으로 2003년 10월 14일 제출된 '생명윤리및안전에관한법률안' 과 국회의원들이 대표발의한 다른 3건의 법률안 그리고 2건의 청원을 국회 보건복지위원회의 법안심사소위원회에서 심사·통합하여 마련한 단일안인 '생명윤리및안전에관한법률안(대안)' 을 보건복지위원회 위원장이 제안하여 국회에서 최종 입법된 것이다.

Ⅲ. 생명윤리및안전에관한 법률²³⁾

1. 생명윤리및안전에관한법률 개요

국회 보건복지위원회가 밝히고 있는 생명윤리및안전에관한법률(이하의 내용에서는 「생명윤리법」으로 약칭)의 제안이유는 “급격히 발전하고 있는 생명과학기술에 있어서의 생명윤리 및 안전을 확보하여 인간의 존엄과 가치²⁴⁾를 보장하고, 국민의 건강과 삶의 질 향상을 위하여 생명과학기술을 질병치료 및 예방 등을 위하여 개발·이용할 수 있는 제도적 장치를 마련하려는 것”이다. 이러한 생명윤리및안전에관한법률의 제안이유를 살펴보면, 생명과학기술의 발전을 도모되어야 하지만 인간의 존엄성 및 가치의 보존, 인체에의 危害 방지, 질병치료와 예방 등의 목적에 기여하는 방식으로만 이를 허용하겠다는 원칙을 밝히고 있는 것으로 보인다. 배아의 보호를 중심으로 동법이 규정하고 있는 배아에 관련된 주된 내용은 다음과 같다.

가) 인간을 복제하기 위하여 체세포복제배아를 자궁에 착상·유지 또는 출산하는 행위나 이러한 행위를 유인 또는 알선하는 것을 금지하여 人間複製를 금지하였다(제11조). 또한 인간배아와 동물배아의 異種간 착상이나 융합, 인간의 난자를 동물의 정자로 수정하거나 동물의 난자를 인간의 정자로 수정시키는 행위(인간 정자의 활동성 시험을 위한 경우는 제외), 핵이 제거된 인간의 난자에 동물의 체세포 핵을 이식시키는 행위를 금지하였다(제12조).

나) 임신외의 목적으로 배아를 생성하는 행위, 임신을 목적으로 배아를 생성함에 있어서도 특정의 性を 선택할 목적으로 정자와 난자를 선별하여 수정시키는 행위, 사망한 자 또는 미성년자(다만 혼인한 미성년자가

24) 이는 헌법 제9조의 “모든 국민은 인간으로서의 존엄과 가치를 가지며, 행복을 추구할 권리를 가진다”는 규정을 고려한 것으로 보인다.

자를 얻기 위한 경우 제외)의 정자와 난자로 수정시키는 행위, 금전 또는 재산상 이익 그 밖에 반대급부를 조건으로 정자 또는 난자를 제공·이용·유인·알선하는 행위를 금지하였다(제13조).

다) 인공수태시술을 위하여 정자 또는 난자를 채취·보관하거나 이를 수정시켜 배아를 생성하고자 하는 의료기관은 보건복지부령이 정하는 시설·인력 등을 갖추고 보건복지부장관으로부터 배아생성의료기관으로 지정을 받도록 했다(제14조).

라) 배아생성의료기관이 배아를 생성하기 위해 정자 또는 난자를 채취하는 때에는 정자제공자·난자제공자·인공수태시술대상자 및 그 배우자의 서면동의를 받아야 하며, 그 서면동의에는 1. 배아 생성의 목적에 관한 사항, 2. 배아의 보존기간 그 밖에 배아의 보관에 관한 사항, 3. 배아의 폐기에 관한 사항, 4. 임신외의 목적으로 잔여배아를 이용하는 것에 대한 동의 여부, 5. 동의의 철회, 동의권자의 권리 및 정보보호 그 밖에 보건복지부령이 정하는 사항이 포함되도록 하였다(제15조).

마) 배아의 보존기간은 5년으로 하고(다만, 동의권자가 보존기간을 5년 미만으로 정한 경우에는 이를 보존기간으로 한다), 보존기간이 도래한 배아중 연구의 목적으로 이용하지 아니 하고자 하는 배아는 배아생성의료기관이 폐기하도록 하였다(제16조).

바) 인공수정으로 생성된 배아중 보존기간이 경과된 잔여배아(다만, 보존기간을 5년 미만으로 정한 잔여배아를 이용하고자 하는 경우에는 동의권자로부터 해당 목적의 이용에 대해 새로이 동의를 받아야 한다)는 발생학적으로 원시선이 나타나기 전까지에 한하여 체외에서 불임치료법 및 피임기술의 개발을 위한 연구, 근이영양증 그 밖에 대통령령이 정하는 희귀·난치병의 치료를 위한 연구의 목적으로 이용할 수 있도록 하였다(제17조).

2. 배아 이용에 대한 생명윤리법의 규제

(1) 임신목적외의 배아생성 금지

생명윤리및안전에관한법률의 입법과정에서 가장 논란이 많았고 합의의 도출에 어려움이 있었던 사항은 배아에 이용에 관한 규정이라고 할 수 있다. 이 논란의 핵심에는 배아의 지위를 어떻게 평가할 것인가의 문제가 있다고 하겠다.²⁵⁾ 同法은 배아의 지위 내지 그 법적 성격에 대하여는 규정을 하지 않고, 제13조 제1항에서 “누구든지 임신외의 목적으로 배아를 생성하여서는 아니된다.”고 하여 비임신용 배아의 생산을 금지하고 있다. 즉, 인공수정을 통한 배아의 생산은 전적으로 인간의 출산만을 목적으로 행해져야 하며, 연구용이나 장기의 생산 등과 같은 그 이외의 목적을 위하여 인공적으로 배아를 생산하는 것을 금지하며 이를 위반한 자는 3년 이하의 징역에 처하도록 하고 있다(제51조 3호). 그리고 同條 제2항에서는 임신을 목적으로 배아를 생성하더라도 i)특정의 성을 선택할 목적으로 정자와 난자를 선별하여 수정시키는 행위, ii)사망한 자의 정자 또는 난자로 수정시키는 행위, iii)혼인한 미성년자가 그 자녀를 얻기 위한 경우 이외에는 미성년자의 정자 또는 난자로 수정시키는 행위를 하지 못하도록 규정하고, 이러한 행위를 한 자는 3년 이하의 징역에 처한다는 벌칙규정을 두고 있다(제51조 4호). 그러나 이러한 경우 외에 임신목적을 위한 배아생성을 위해서라면 제공된 정자와 제공된 난자만으로 체외수정이 가능한지 또한 이렇게 생성된 배아를 대리모임신을 통해 출산할 수 있는지 등에 대한 체외수정의 유형에 따른 허용여부에 관해서는 규정하고 있지 않다. 따라서 체외수정의 유형에 따른 허용의 범위에 대해서는 여전

25) 국회 입법과정에서 ‘생명윤리및안전에관한법률안(대안)’을 보건복지위원회 案으로 채택하는 데 있어서도 “배아는 동질성이라든지 잠재성, 연속성 측면에서 태아 또는 출생 이후의 인간하고 동일하다고 할 수 있고, 따라서 잉여배아를 포함한 모든 배아는 생명을 지닌 인간으로 존중되어야 한다”는 이유로 배아의 제한적 이용을 허용하는 同 법률안의 채택을 반대하는 견해(尹汝雋 의원)가 있었다. 국회사무처, 제244회 국회(임시회) 보건복지위원회회의록(2003년12월17일), 7면.

히 논란이 남게 되었다.

(2) 생식세포 목적으로 한 거래금지

同法 제13조 제3항에서는 “누구든지 금전 또는 재산상의 이익 그 밖에 반대급부를 조건으로 정자 또는 난자를 제공 또는 이용하거나 이를 유인 또는 알선하여서는 아니된다”고 규정하고 있다. 따라서 금전의 지급을 대가로 한 정자와 난자의 매매, 금전 이외의 재산적 권리의 이전을 반대급부로 하는 정자와 난자의 교환, 금전 또는 재산상의 이익 등의 반대급부를 지급하고 정자나 난자를 이용하는 행위를 할 수 없으며, 또한 이러한 행위 등을 유인하거나 알선하는 경우까지 금지하고 있다. 그리고 이러한 규정을 위반하여 금전 또는 재산상의 이익 그 밖의 반대급부를 조건으로 정자와 난자를 제공·이용한 자는 3년 이하의 징역에 처해지게 되며, 반대급부를 조건으로 정자와 난자를 제공하도록 알선하거나 유인한 자도 2년 이하의 징역이나 3천만원 이하의 벌금에 처한다는 벌칙규정을 두고 있다(제52조 1호). 그러나 동법은 재산적 이익 등의 반대급부를 목적으로 한 배아의 제공 등이 금지되는가에 대하여는 규정을 두고 있지 않고, 다만 제20조 제1항에서 “배아생성의료기관이 배아연구기관에게 연구에 필요한 잔여배아를 제공하는 경우에는 무상으로 하여야 한다”는 규정만을 두고 있을 뿐이다. 따라서 인공수정배아나 잔여배아의 관리·처분을 할 수 있는 귀속권자가 누구인지 그리고 그 제공이 무상이기만 하면 배아연구기관이 아닌 다른 불임부부 등에게 공여될 수 있는지의 여부가 문제된다.

Ⅳ. 배아의 민사법적 성격

1. 학설의 입장

(1) 권리의 주체로 인정하는 견해

배아를 인간생명체로 인정하여 법적인 권리의 주체로 인정할 수 있다

는 입장에 있는 견해가 있다. 그 주장들의 구체적인 내용은 다음과 같다. 배아(수정란)는 착상 여부와 관계없이 태어날 인간과 같은 유전정보를 보유하고 있는 동질적인 존재이므로, 이미 태아에 대한 민법상의 개별보호주의에 관계없이 이미 일정한 인권을 향유할 수 있는 권리의 주체이며 인간생명체로 보호되어야 한다는 주장이 있다.²⁶⁾ 또한 체외에서 수정시킨 배아(수정란)를 시험관에서 배양하고 있는 중에 夫가 사망한 경우에는, 만일 이러한 배아(수정란)가 그 후에 모의 자궁에 이식·착상되어 무사히 사람으로 출생하면 그 자도 부를 상속한다고 하지 않으면, 태아보호를 위하여 태아의 권리능력을 인정하는 민법규정들의 취지에 합치된다고 할 수 없으므로, 민법상으로도 수정된 때부터 체외수정란에 대하여 태아에게 인정되는 일부의 권리가 인정된다고 하는 견해도 제시되고 있다.²⁷⁾

(2) 권리의 주체로 인정하지 않는 견해

배아를 권리의 주체로서 인정할 수 없다는 견해가 있다. 즉 생명의 始期는 배아(수정란)가 모체에 착상되는 때로 보아야 하며, 그 착상 이전에는 권리주체로서의 實在로 볼 수 없다고 한다.²⁸⁾ 따라서 불법행위에 의한 손해배상청구권이나, 재산상속, 대습상속, 유증, 사인증여 등에서 모두 배아에게 권리능력이 인정되지 않는다. 다만 배아를 권리의 주체로 인정할 수 없다는 입장을 취하는 견해들도 다시 배아를 인체에서 분리된 신체조직과 같다고 보아 물건으로서의 성격을 인정하는 견해와 착상전의 배아가 태아 내지 인간과 동일한 지위를 갖는다고 인정하기는 어렵지만, 이를 단순히 분리된 신체조직의 결합체로 볼 수는 없고 특별한 법적 지위를 가지는 것으로 평가해야 한다는 견해로 나눌 수 있다. 현재 前者의 입장을 취하는 국내의 견해는 없지만 後者의 입장을 취하는 견해들을 살펴보면

26) 김천수, “인공수정에 관한 법적 고찰”, 『민사법학』 제22호, 한국민사법학회, 2002, 100면.

27) 이상태, “부부의 인공수정과 법적 문제”, 『亞細亞女性研究』 제23호, 숙명여자대학교 아시아 여성문제연구소, 1984, 307면.

28) 구연창, “인공적 임신의 법적 접근”, 『경희법학』 제22권 제1호, 경희대학교 경희법학연구소, 1987.12, 91면; 고정명, “체외수정에 대한 법적 小考”, 『가족법연구』 제6권, 한국가족법학회, 1992, 140면.

다음과 같다. 배아(수정란)의 관리에 있어서 수정란이 착상이전의 상태라 하더라도 인간으로서의 존엄성을 완전히 부정할 수 있는 대상은 아니다.²⁹⁾ 착상전의 배아는 아직 인간으로서의 생물학적 구조를 갖지 않으므로 인간으로 취급할 수 없고, 다만 장차 인간이 될 잠재성으로 말미암아 인간 생명의 상징으로 존중되어야 한다고 한다. 그러므로 장차 인간으로 발전할 요소를 모두 지닌 배아(수정란)을 단순한 물건으로 취급할 수는 없고, 배아(수정란)에 대하여는 소유권이 성립될 수 없으며 역시 이를 처분할 수 없다는 주장이 있다.³⁰⁾ 또한 인체 밖으로 나온 생식물질은 정자나 난자로부터 수정란을 경유하여 배아(胚)에 이르기까지 여러 단계를 거치면서 변화하지만 이들 물질에 대하여는 그것이 비록 물리적으로 떨어져 있어도 원래의 귀속권자의 지배에 속한다고 하면서, 다만 그 지배는 소유권적인 성질이 아닌 인격권적인 성질을 가지므로 일반적인 讓渡性은 인정되지 않는다고 하는 견해도 제시되고 있다.³¹⁾

2. 권리의 주체 인정여부에 따른 구체적 차이

(1) 배아의 권리능력 인정범위

민법은 제3조에서 “사람은 생존한 동안 권리와 의무의 주체가 된다”고 규정하고 있다. 그러므로 사람은 출생한 때로부터 권리능력을 취득하고 사망으로 권리능력을 상실하며 출생하지 않은 胎兒는 원칙적으로 권리능력이 없다는 것이 통설의 태도이다.³²⁾ 따라서 배아(수정란)도 인간생명체로서 권리의 주체로 인정되어야 한다는 견해를 취한다 해도 현행 민법의 규정에 따르면 이미 출생한 사람과 같은 일반적 권리능력을 인정받을 수

29) 고정명, “체외수정에 대한 법적 小考”, 「가족법연구」 제6권, 한국가족법학회, 1992, 141면.

30) 김민중, “생명공학의 발달에 따른 민사법적 과제”, 「민사법학」 제22호, 한국민사법학회, 2002, 53면.

31) 이경희, 「가족법(3정판)」, 법원사, 2002, 175면.

32) 백태승, 「민법총칙(개정판)」, 법문사, 2004, 123면; 곽윤직, 「민법총칙(제7판)」, 박영사, 2002, 74면; 김준호, 「민법총칙(신판)」, 법문사, 2004, 76면; 이은영, 「민법총칙(개정판)」, 박영사, 2002, 129면.

는 없고, 개별적 보호주의에 의해 불법행위에 의한 손해배상청구권이나 상속 등에 있어서 제한적으로 권리능력을 인정받는 태아와 같은 권리능력을 인정하거나 이와 유사한 범위내의 권리능력만을 인정할 수밖에 없을 것이다. 다만 이 경우에도 태아가 출생하기 전까지의 법률상 지위에 관한 법적 구성에 관하여 정지조건설과 해제조건설이 대립하듯 배아의 법률상 지위에 대하여도 停止條件說과 解除條件說로 나뉘어 학설의 대립이 있을 수 있다. 반면에 배아를 권리의 주체로 인정할 수 없다는 견해에 의하면 배아는 태아와 같은 제한적인 권리능력도 취득할 수 없다고 하겠다.

(2) 불법행위에 의한 손해배상청구

체외수정시술 과정에서의 배아에 대한 의사의 과실로 인하여 그 배아가 신체적 기형을 가지고 태어난 경우처럼 결함있는 상태로 출생한 경우에 출생한 자가 배아였던 당시에 입은 손해에 대하여 불법행위에 의한 손해배상을 청구할 수 있는가의 문제가 있을 수 있다. 배아를 권리의 주체로 인정하는 견해에 의하면 배아도 태아와 같은 권리능력이나 이와 유사한 범위 내의 권리능력을 인정받을 수 있다고 보게 될 것이므로, 출생한 자는 자신이 배아였던 당시에 입은 손해에 대하여 의사를 상대로 불법행위에 의한 손해배상을 청구할 수 있게 된다. 다만 이 경우에도 태아와 마찬가지로 배아가 소멸되거나 임신 후 유산, 사산으로 인하여 출생하지 못한 경우에는 이러한 제한적인 권리능력도 인정받을 수 없어 의사에 대한 손해배상의 청구는 가능하지 않을 것이다. 반면에 배아를 권리의 주체로 인정할 수 없다는 견해에 의하면 배아는 권리능력이 없는 존재이므로, 출생한 후에도 자신이 배아였던 당시에 입은 손해에 대하여 의사를 상대로 불법행위를 원인으로 한 손해배상청구를 할 수 없다. 따라서 이 경우에는 배아의 귀속권자인 의뢰부부 등이 배아에 대한 침해나 자신들의 인격권 침해를 이유로 계약상 또는 불법행위에 의한 손해배상청구의 행사 가능성만이 문제될 것이다.

(3) 재산상속

체외수정된 배아를 모의 자궁에 이식하여 착상하기 전에 불의의 사고로 인하여 정자의 귀속권자인 모의 夫가 사망하였으나 그 후에 배아가 모의 자궁에 이식되어 출생한 경우에 夫의 사망 당시에 배아였던 출생자도 상속권을 가지는가의 문제가 있을 수 있다.³³⁾ 민법은 제1000조 제3항에서 “태아는 상속순위에 관하여는 이미 출생한 것으로 본다”고 규정하여 태아에게도 상속권이 있음을 규정하고 있다. 따라서 배아를 권리의 주체로 인정하는 견해에 의하면 배아도 태아와 같은 권리능력이나 이와 유사한 범위내의 권리능력을 인정받을 수 있으므로, 출생한 자는 자신이 배아였던 당시에 개시된 상속에 대하여 상속권을 가진다고 보게 될 것이다. 이 경우에도 상속권을 행사하는 시기에 대하여 정지조건설과 해제조건설의 대립이 있을 있으나 판례는 태아가 출생하기 전까지의 법률상 지위에 관한 법적 구성에 관하여 정지조건설을 취하고 있으므로,³⁴⁾ 이에 따르면 배아에게 상속권이 인정된다 해도 배아가 출생한 후에 자신의 상속분에

33) 실제로 이와 유사한 사건이 문제되었는데, 1981년 6월 미국 L.A에 거주하고 있던 마리오 리오스(Mario Rios)와 엘자 리오스(Elsa Rios) 부부는 호주 멜버른市에 퀸 빅토리아 병원에서 체외수정을 하여 3개의 수정란 중 하나를 착상 받아 엘자 리오스가 임신에 성공하였으나 곧 유산하고 말았다. 나머지 두 개의 수정란이 병원에서 냉동보관 되어 있던 중에 리오스부부는 1983년 4월 칠레의 산티아고 근처에서 비행기 사고로 모두 사망하였다. 리오스부부가 유언도 없이 800만 달러가 넘는 유산을 남긴 채 사망한 사실이 알려지자 매스컴의 주목을 받기 시작하였고 영국의 *The Daily Telegraph* 지는 “고아가 된 배아가 엄청난 상속권자”라는 헤드라인기사로 이를 보도하였다. 세계 각지의 여성들이 배아의 대리모가 되어 아이로 출생시켜 주겠다고 자청하며 나섰고, 병원의 소재지인 빅토리아 州정부가 직접 이에 관여하여 위원회를 구성하였다. 1984년 여름에 위원회는 문제의 배아들을 “해동 후에 실험실에 보관하라”는 완곡한 의미의 배아의 자연소멸을 의도하는 결정을 내렸다. 이러한 위원회의 결정에 대하여 배아의 생명을 존중해야 한다는 항의가 이어졌고 이러한 항의에 부딪친 빅토리아 州의회는 위원회의 결정을 무효화하고 배아의 파괴를 금지하는 법안을 통과시켰다. 한편 리오스부부의 거주지였던 캘리포니아 州 법원에서는 캘리포니아 州의 법정상속법에 따라서 이들 배아뿐만 아니라 배아로부터 태어날 아이도 리오스부부의 유산을 상속받을 권리가 없다고 선고하여, 유산 800만 달러는 夫와 前妻 사이의 자가 夫의 몫을 상속하고 처의 母가 처의 몫을 상속하였다. 따라서 대리모를 자청하고 나섰던 많은 사람들도 이에 대한 관심을 상실하였고 1987년 빅토리아 州의 보사부장관이 ‘배아는 녹인 후에 대리모를 통하여 출생하게 하라’는 지시에도 불구하고 계속하여 퀸 빅토리아 병원이 냉동보관하게 되었다고 한다. Jennifer M. Stoler, “Disputing Frozen Embryos: Using International Perspectives to Formulate Uniform U.S. Policy”, *Tulane Journal of International and Comparative Law*, Spring 2001, vol.9 p.459 이하.

34) 대판 1976. 9.14, 76다1365; 대판 1982. 2.9, 81다534.

대하여 반환청구를 하게 될 것이다. 반면에 배아를 권리의 주체로 인정하지 않는 견해에 의하면 배아가 출생되었다 해도 상속개시시인 모의 부의 사망시에 배아는 상속권을 갖지 못하므로 당연히 부를 상속할 수 없게 된다. 또한 민법 제1000조 제3항과 관련하여 태아에게도 代襲相續이나 遺留分權이 인정된다는 것이 일반적인 견해이므로,³⁵⁾ 대습상속이나 유류분권의 경우에도 재산상속과 같은 결론이 적용될 것이다.

(4) 유증

민법 제1064조 의하여 유증에 관해서는 상속에서의 태아의 권리능력에 관한 규정(제1000조 3항)이 준용되므로, 배아를 권리의 주체로 인정하여 배아가 태아와 같은 권리능력이나 이와 유사한 범위내의 권리능력을 가진다고 보면 배아에게도 유증이 가능하다고 할 것이다. 이 경우에도 유증은 유언자가 사망한 때로부터 효력이 생기는 것이므로(제1073조 1항), 태아가 유증자의 사망시에 포태되어 있으면 되고 반드시 유언시에 포태되어 있을 필요는 없는 것으로 해석되는 것처럼,³⁶⁾ 배아의 경우에도 유증자의 유언시에 배아로서 존재할 필요는 없고, 유증자의 사망시에 배아로서 존재하고 있으면 유증을 받을 수 있다는 해석이 가능할 것이다. 반면에 배아를 권리의 주체로 인정하지 않는 견해에 의하면 당연히 배아는 유증의 상대방이 될 수 없다고 보게 된다. 다만 유증자가 배아에게 유증을 하였으나 그 유증의 효력이 발생하는 유증자의 사망시에 이미 배아가 모의 자궁에 착상되어 포태되어 있다면 태아로서 유증의 효력을 받게 될 것이다.

(5) 인지

민법 제858조는父는 포태 중에 있는 자에 대하여도 이를 인지할 수 있다고 규정한다. 따라서 배아를 권리의 주체로 인정하여 배아에게도 태아

35) 백태승, 「민법총칙(개정판)」, 법문사, 2004, 127면; 곽윤직, 「민법총칙(제7판)」, 박영사, 2002, 76면.

36) 김준호, 「민법총칙(신판)」, 법문사, 2004, 77면; 김주수, 「친족·상속법(제6전정판)」, 법문사, 2002, 679면.

와 같은 권리능력이거나 이와 유사한 범위 내의 권리능력이 있다고 보게 되면, 체외수정시술을 의도한父가 배아에 대하여 임의인지를 하는 것도 가능하다고 해석될 수 있을 것이다. 반면에 배아를 권리의 주체로 인정하지 않는 견해에 의하면 민법 제858조에 따라서 배아가 모체에 착상되어 태아로서 포태 중에 있는 경우에만 父의 임의인지가 가능하다고 보게 된다.

3. 배아의 권리능력 인정 여부에 대한 검토

배아에 대한 법적인 관점에서의 논의는 주로 배아의 생명권과 관련된 헌법적 입장과 인간복제를 비롯한 인간배아연구, 배아의 매매 등을 규제·처벌하기 위한 형법적인 입장에서 이루어져 왔다. 따라서 배아의 민사법적 성격에 대한 구체적이고 심층적인 논의는 아직 부족하다고 할 수 있지만, 크게 나누어 배아를 인간생명체로 인정하여 법적인 권리의 주체로 인정할 수 있다는 見解와 배아가 태아 내지 출생한 사람과 동일한 지위를 갖는다고 인정할 수는 없지만 이를 단순한 물건으로 볼 수는 없고 특별한 법적 지위를 가지는 것으로 평가해야 한다는 見解가 제시되고 있다. 따라서 이러한 견해들을 종합하여 검토하여 배아에게 제한적이거나 권리능력을 인정할 수 있는지의 여부를 살펴보기로 한다. 우선 前者의 견해처럼 배아를 인간생명체로 보아 권리능력을 인정할 수 있다는 견해들은 대부분 배아가 권리의 주체가 될 수 있다고만 표현하고 있을 뿐 그 구체적인 권리능력의 인정 범위에 대하여는 언급하고 있지 않다. 하지만 형성 중에 있는 사람으로서 장차 출생할 것이 예정되어 있는 태아도 개별적 보호주의에 의하여 태아의 이익이 문제되는 경우에만 권리능력을 인정받고 있다는 점을 고려하면, 태아와 동일하거나 유사한 범위내에서의 권리능력만을 인정받는다고 볼 수밖에 없을 것이다.³⁷⁾ 그러나 이렇게 배아에게 제한적·예외적인 권리능력을 인정하는 것도 타당하다고 할 수 없는데

37) 박홍래, “수정란의 민사법상 지위”, 『법률행정논총』 제21집 제2호, 전남대학교 법률행정연구회, 2001.12, 179면에서는 수정란의 권리능력을 인정하면서 태아와 같은 범위의 권리능력을 인정해야 한다는 명시적인 입장을 취하고 있다.

그 이유를 살펴보면 다음과 같다.

첫째로, 민법은 제3조에서 원칙적으로 출생한 사람만을 권리의 주체로 인정하며 그 외에는 태아의 보호가 필요한 법률관계에 대하여 개별적 규정을 두어 태아의 권리능력만을 제한적으로 인정하고 있으므로, 단지 배아가 인간으로 출생될 가능성이 있는 존재라는 이유만으로 배아에게 권리능력을 인정하는 명문의 규정이 없음에도 체외에서 수정되어 보관 중인 배아에게 비록 제한적이라도 권리능력을 인정할 수는 없다고 해야 할 것이다.

둘째로, 배아의 권리능력을 인정한다 해도 태아의 경우와 마찬가지로 실제로 그 배아가 살아서 출생된 경우에만 비로소 그 법적 이익을 향수할 수 있으므로 체외수정으로 생성된 배아들 중에서도 그 일부만이 모의 자궁에 착상되어 출생될 수 있는 기회를 갖게 되고 나머지는 잔여배아로 보관되어 대부분 출생의 기회를 영원히 갖지 못하고 폐기 등을 통하여 소멸하게 된다는 점, 그리고 착상이 시도된 배아인 경우에도 그 임신성공률이 높지 않다는 점을 고려하면 배아를 권리의 주체로 인정하여 미리 보호할 필요성이 크지 않다고 하겠다.

셋째로, 체외수정으로 생성된 배아에게 상속능력을 인정하면 다음과 같은 문제가 발생할 수 있다. 판례의 태도인 停止條件說을 취하는 경우에 출산된 배아는 이미 상속을 받은 상속권자에게 자신의 상속분에 대한 반환청구를 하게 된다. 만약 그 후에 함께 상속능력을 인정받았던 다른 잔여배아가 다시 모체에 착상되어 출산되게 되면, 상속분을 재조정해야 하며 이미 상속재산이 분배된 경우에는 상속회복청구가 이루어지게 되어 잔여배아의 출산가능성이 없어지기 전까지는 다른 상속인들의 법적 지위를 불안정하게 하고 그에 따른 법률관계가 지나치게 복잡하게 될 것이다. 또한 解除條件說을 취하는 경우에는 체외수정 시술로 생성된 배아들이 착상여부와 관계없이 모두 상속개시시에 상속분을 각자 인정받게 되나 실제로 출산되는 배아만 상속재산을 취득할 수 있을 뿐이므로, 원칙적으

로 다른 상속인과 출산된 배아가 다시 잔여배아에 대하여 相續回復請求를 하게 된다. 그러나 이 경우에도 잔여배아의 출산 가능성이 아직 남아 있어 잔여배아가 폐기되어 소멸하기 전까지는 상속권자들을 확정할 수 없다. 따라서 잔여배아가 소멸한 경우에 비로소 상속개시시에 소급하여 잔여배아들이 상속능력을 잃게 되므로, 이때까지 그 상속회복청구가 미루어지게 되는 문제가 있게 된다. 전술한 바와 같이 배아에게 제한적으로 권리능력을 인정하여 보호할 필요성이 크지 않고 권리능력을 인정한다 해도 이에 관련된 법률관계가 불확정적이어서 이해관계인들의 법적 지위를 불안하게 하므로, 배아를 권리의 주체로 인정할 수 없다고 하겠다.

또한, 배아의 법적 성격에 대하여 배아가 태아 내지 출생한 사람과 동일한 지위를 갖는다고 인정할 수는 없지만 이를 단순한 물건으로 볼 수는 없고 특별한 법적 지위를 가지는 것으로 평가해야 한다는 後者의 견해는 배아를 권리의 주체로 인정하고 있지 않는 점에서는 타당하다고 할 수 있으나, 배아가 특별한 법적 지위를 가진다는 것이 어떤 의미인지 명확하게 밝히고 있지 않아 민법상 인정할 수 있는 그 특별한 지위가 무엇인지 의문이다. 따라서 同 견해는 배아가 인간 생명체로 발현될 수 있다는 가능성을 고려하여 배아가 다른 권리의 객체보다는 존중되어야 하고 특별한 보호를 받아야 한다는 선언적인 修辭에 그치고 있을 뿐이므로, 실제로 배아를 물건으로 보면서 그에 대한 권리의 행사가 제한되어야 한다는 입장이 있다면 이와 구체적인 차이점이 있다고 하기 어려울 것이다. 위와 같이 배아의 법적 성격에 대한 기존의 견해들을 검토하면 결론적으로 배아를 권리의 주체로 인정하여 제한적으로 권리능력을 인정해야 한다는 견해는 받아들이기 어려우며, 배아는 아직 인간 생명체는 아니지만 물건으로 볼 수는 없고 특별한 법적 지위를 부여해야 한다는 견해도 배아가 권리의 주체도 아니고 물건도 아니라면 그 특별한 법적 지위가 민법상 무엇인지 구체적인 제시를 하지 못한다는 점에서 배아의 법적 성격에 대한 의미 있는 설명이라고 볼 수 없다.

V. 결론

민법은 물건(Sache)이란 ‘유체물 및 전기 기타 관리할 수 있는 자연력’을 말한다고 규정하고 있다(제98조). 물건이 되기 위해서는 유체물 또는 관리가능한 자연력이어야 하며, 배타적 지배가능성이 있고, 독립한 존재이고 비인격성(외계의 일부)을 가져야 한다. 인체나 그 일부는 물건이 될 수 없으나 인체로부터 분리된 신체부분은 물건성을 인정할 수 있으며 분리된 사람의 소유에 속한다는 통설³⁸⁾에 기초하면, 배아도 인체로부터 분리된 정자와 난자가 수정이란 과정을 통하여 결합된 것이고, 외계의 일부이며 관리 내지 지배가 가능하므로, 이를 물건으로 보아 소유권의 객체가 된다는 해석이 가능하다. 따라서 배아는 원칙적으로는 배아로서 결합된 정자와 난자의 귀속권자인 체외수정을 시술받은 부부에게 소유권이 있다고 할 것이며, 만약 제3자가 제공한 정자나 난자에 의해 배아가 생성된 경우에도 그 제공자에게는 배아를 귀속시킬 수 없으므로,子の 출산을 위해 체외수정으로 배아의 생성을 의도한 부부의 소유에 속한다고 보아야 할 것이다.

배아의 법적 성격을 물건으로 본다는 것은 배아가 일반 動産과 동일하게 볼 수 있는 고유의 성질이 있다는 의미가 아니라 현행 민법상으로는 배아의 성격을 물건으로 취급할 수밖에 없다는 점에 의한 것이다. 따라서 이처럼 배아의 법적 성격을 물건으로 보아 소유권의 객체가 된다고 해석하는 경우에도 자궁에 착상되면 세포분열, 성장, 분화를 통하여 인간 생명체로 발전될 수 있다는 그 잠재적 가능성을 고려하여 동산에 대한 일반적인 所有權의 내용이 그대로 적용될 수는 없다고 해야 할 것이다.³⁹⁾ 즉 배아의 특성상 다른 물건처럼 사용, 수익, 처분이라는 소유권의 권능이 그대로 미칠 수 없고, 그러한 권능 중의 일부가 제한되거나 인정되지 않

38) 백태승, 「민법총칙(개정판)」, 법문사, 2004, 283면; 김준호, 「민법총칙(신판)」, 법문사, 2004, 242면; 곽윤직, 「민법총칙(제7판)」, 박영사, 2002, 169면; 金相容, 「민법총칙(전정판 증보)」, 법문사, 2003, 287면.

는다고 해야 한다. 그 내용을 검토해 보면 구체적인 법적 문제에 있어서 배아에 대한 소유권의 행사는 다음과 같은 내용으로 제한될 수 있다고 하겠다.

(i) 배아의 양도 문제

배아의 법적 성격을 소유권의 객체인 물건으로 인정한다고 해도 이에 대한 讓渡行爲는 일정한 제한을 받는다고 보아야 할 것이다. 따라서 금전을 목적으로 배아를 賣買하거나 기타의 재산상이 이익을 반대급부로 하여 배아를 交換할 수 없다고 해야 할 것이다.⁴⁰⁾ 그러나 체외수정 과정에서 생성된 잔여배아를 출산을 목적으로 다른 불임부부를 위하여 무상으로 제공하는 贈與行爲는, 생명윤리및안전에관한법률에 의하여 5년의 보존기간의 경과로 폐기될 배아에게 인간 생명체로의 출생기회를 부여할 수 있다는 생명윤리의 구현이라는 측면과, 同法에 의하여 5년의 보존기간이 경과한 배아를 배아생성의료기관이 배아연구기관에게 연구목적 위하여 무상으로 제공할 수 있고, 동의권자가 보존기간을 5년 미만으로 정한 경우에도 연구목적 위하여 이용하는 것에 대하여 새로운 동의가 있으면 역시 배아생성의료기관이 배아연구기관에게 이를 무상으로 제공하는 것이 허용된다⁴¹⁾는 것을 비교하여 고려하면 유효한 것으로 인정해

39) 屍體·遺骨에 대하여도 이를 물건으로 보면서도 소유권의 객체로 인정하여 사용·수익·처분할 수 있는 대상이 아니라 오로지 매장·제사·공양 등을 할 수 있는 권능과 의무를 내용으로 하는 특수한 소유권의 객체라는 견해가 多數說(백태승, 「민법총칙(개정판)」, 법문사, 2004, 283면; 곽윤직, 「민법총칙(제7판)」, 박영사, 2002, 169면; 김준호, 「민법총칙(신판)」, 법문사, 2004, 243면. 그러나 金相容, 「민법총칙(전정판 증보)」, 법문사, 2003, 288면에서는 “시체·유골은 권리의 주체였던 사람이므로, 사망에 의해서 인격적 존재가 물건으로 바뀐다고 보는 것은 너무 형식논리적인 사고라 아니할 수 없다. 또한 특수소유권이라는 개념을 사용하고 있지만, 屍身을 소유권의 객체로 보는 것도 타당하지 못하다”고 하여 이에 반대하고 있다)인데 이는 배아가 소유권의 객체가 되는 물건이면서 그 특수성으로 인하여 소유권의 일반적인 권능이 제한받아야 한다는 것과 동일한 입장에 있는 것으로 볼 수 있다.

40) 생명윤리및안전에관한법률은 “금전 또는 재산상의 이익 그밖에 반대급부를 조건으로 정자 또는 난자를 제공 또는 이용하거나 이를 유인 또는 알선하여서는 아니된다(제13조 제3항)”고만 규정하여 배아의 讓渡에 대해 규제하는 명문의 규정을 두고 있지 않다.

41) 생명윤리및안전에관한법률 제17조(잔여배아의 연구), 제20조(잔여배아의 제공 및 관리) 제1항 참조.

야 할 것이다.

(ii) 배아의 폐기 문제

그리고 체외수정으로 생성된 배아 중에서 임신의 목적으로 이용하고 남은 잔여배아를 자연소멸시키는 방법으로 폐기하는 것은 배아에 대한 소유권을 갖는 배아 생성을 의도한 부부의 의사에 의해 가능하다고 해야 할 것이다. 생명윤리및안전에관한법률도 배아의 기본적인 보존기간을 5년으로 규정하고 있으나 동의권자가 이를 5년 미만의 기간으로도 정할 수 있도록 인정하고 있어,⁴²⁾ 처음에 정해진 배아의 보존기간을 단축하는 것을 금지할 이유가 없고 따라서 배아의 냉동보존을 중단시켜 자연적으로 소멸되도록 하는 방법으로 배아를 폐기시킬 수 있을 것이다.

(iii) 소유권자의 의견 불일치 문제

배아에 대하여 소유권을 가지는 배아 생성을 의도한 부부가 배아에 대한 증여, 폐기 등에 대하여 합의하지 못한 경우에 일방만의 의사에 의하여도 이를 행할 수 있는가의 문제가 있게 된다. 이러한 경우에는 배아는 부부의 공유에 속한다고 보아야 할 것이므로, 민법 제264조(공유물의 분할, 변경)를 적용하여 다른 일방의 동의 없이는 배아에 대한 증여, 폐기 등을 할 수 없다고 해석할 수 있다. 또한 입법론적으로는 민법 제909조(친권자)의 내용을 유추적용하여 이에 대한 합의를 할 수 없거나 합의가 이루어지지 않는 경우에는 당사자의 청구에 의하여 가정법원의 결정에 따라서 증여, 폐지의 여부를 결정하도록 하는 방법도 고려될 수 있을 것이다.

(iv) 부부의 이혼시 배아의 처리

체외수정으로 생성된 배아의 보존 중에 배아의 체외수정을 의도하였던 부부의 혼인관계가 이혼으로 인하여 해소된 경우에는 민법 제909조를 유

42) 생명윤리및안전에관한법률 제16조(배아의 보존기간 및 폐기) 제1항 참조.

추적용하여 부부의 협의로 소유권을 행사할 자를 정하고, 협의를 할 수 없거나 협의가 이루어지지 않는 경우에는 당사자의 청구에 의하여 가정법원이 이를 정하도록 하는 것이 타당할 것이다. 다만 이 경우에도 배아를 연구목적으로 제공하거나, 배아의 폐기 등은 배아의 소유권을 단독으로 귀속 받은 부부의 일방의 의사에 의해 행해질 수 있으나, 자신의子を 출산하기 위한 목적으로 그러한 일방인 前妻가 배아를 직접 이식·착상받거나 前夫가 다른 제3의 여성에게 이식·착상시키는 행위 그리고 출산의 목적으로 불임부부에게 증여하는 행위 등은 상대방의 동의를 요한다고 보아야 할 것이다.

(v) 부부 일방이 사망한 경우

배아의 체외수정을 의도한 부부의 일방이 배아의 보존 중에 사망한 경우에는 생존배우자만이 배아에 대한 소유권을 가지며, 사망배우자의 공동상속인인 직계비속이나 직계존속에게는 배아에 대한 소유권이 상속될 수 없다고 해야 한다. 왜냐하면 이를 인정하면 배아를 폐기, 증여 또는 출산의 시도 여부에 대하여 생존배우자가 이들 공동상속인들과 협의를 해야 하는데 이는 타당하지 않으므로, 생존배우자에게만 그 소유권을 인정하여 배아에 대한 증여, 폐기 또는 배아를 착상시켜 출산할 것인가의 결정은 생존배우자만이 할 수 있도록 하여⁴³⁾ 사망한 배우자 일방의 다른 공동상속인들이 이에 대한 권리를 주장할 수 없도록 할 필요성이 있기 때문이다. 이 경우에 생존배우자의 의사에 의하여 배아가 후일 출산되었다 해도 배아는 권리의 주체가 될 수 없으므로, 일방배우자의 사망으로 인한 상속개시시에 배아에게 상속능력이 없어, 출생한 후에도 사망한 일방배우자의 상속권자로서 자신의 상속분에 대한 권리를 주장할 수는 없다고 보게 된다. 또한 배아 생성을 의도한 부부중 일방이 사망한 이후에 다시 생존배우자가 사망하게 된 경우에도 마찬가지로 사망한 생존배우자의 상

43) 다만 이 경우에는 배아 생성을 의도한 부부의 일방이 사망한 경우에도 생존배우자만의 의사에 의하여 배아를 출산시킬 수 있는가에 대하여는 찬반의 견해 대립이 있을 수 있을 것이다.

속인에게 배아의 소유권이 상속될 수 없다고 해야 하며, 배아의 보존 중에 부부가 동시에 사망한 경우에도 피상속인들의 다른 재산상의 권리와는 다르게 그 상속인인 夫의 직계존속이나 형제자매 그리고 처의 직계존속이나 형제자매에게 배아의 소유권에 대한 상속은 일어나지 않는다고 해야 할 것이다. 따라서 배아에 대한 소유권은 증여와 같은 양도는 가능하나 상속은 불가능한 새로운 유형의 귀속상의 一身專屬權으로서의 성격을 가진다고 볼 수 있다. 이러한 판단은 배아에 대한 이들의 상속권을 인정하면 상호간에 배아의 이용이나 처분에 대한 이견이 있는 경우에 사실상 협의가 이루어지기 어렵고 설사 배아의 출산에 합의하여 대리모와 같은 제3의 여성을 통하여 출산이 이루어지게 된다고 해도 양육할 부와 모가 없는 상황에서 출산된 자의 복리가 실현될 수 있을지 의문이 있다는 이유에 근거한 것이다. 생명윤리및안전에관한법률 제16조가 배아의 보존기간을 5년으로 하고(다만, 동의권자가 보존기간을 5년 미만으로 정한 경우에는 이를 보존기간으로 한다) 보존기간이 도래한 배아 중 연구의 목적으로 이용하지 않을 배아는 폐기하여야 한다고 규정하고 있으므로 그 생성을 의도한 부와 모가 모두 사망한 배아는 정해진 보존기간을 경과하면 보존이 중단되어 자연적으로 소멸되거나 배아생성기관에 의하여 배아연구기관에 제공되는 경우에는 연구용으로 사용되게 될 것이다.