

# 출생 전 생명에 대한 민사법적 고찰

박 동 진\*

## I. 서 론

### II. 정자나 난자의 민사법적 지위

1. 정자와 난자의 법적 지위
2. 분리된 생식세포(정자·난자)의 훼손에 대한 법적 책임

### III. 배아의 민사책임법적 지위

1. 배아와 수정란과의 관계
2. 배아의 법적 지위
3. 배아로 인한 민사책임법적 문제

### IV. 태아의 민사책임법적 지위

1. 태아의 시기와 종기의 문제
2. 태아의 민사법적 보호

## V. 결 론

## I. 서 론

인공생식에 관한 의료기술이 발달하지 않아 소위 체외수정이 불가능했던 때에 출생 전의 생명은 태아만을 의미하는 것으로 이해할 수 있다. 그러나 생식의학의 발전은 배우자의 정자를 처의 체내에 주입시키는 단순한 인공수정의 수준을 넘어 소위 체외 인공수정<sup>1)</sup>까지도 가능해졌다. 이미

\* 논문접수: 2009. 4. 28. \* 심사개시: 2009. 5. 10. \* 게재확정: 2009. 6. 10.

\* 연세대학교 법학전문대학원, 법학박사

1) 체외 인공수정이란 임신과정중 수정이 몸 밖에서 이루어질 수 있도록 하는 모든 의료적 방법을 의미한다. 인공수정에 대해서 자세히는 김천수, “人工受精에 관한 法的 考察”, 『의료법학』, 제2권 제2호, 2002, 제285면 이하 참조.

1978년 영국에서는 체외수정을 한 후 모체의 자궁 내 착상을 통하여 소위 첫 번째 시험관 아기인 Louise Joy Broun 양이 태어났다. 우리나라에서도 1985년 체외수정을 통한 시험관 아기의 출산이 성공된 이후 꾸준히 증가하고 있다. 대한산부인과학회에 보고된 한국 보조생식술의 현황에 따르면 2004년 한 해 동안 1만7802건의 체외수정과 모체 내 착상이 시술돼 31.6%가 임신에 성공했고, 이 중 26.9%가 출산으로 이어졌다고 한다.<sup>2)</sup>

보조생식과 관련된 의료기술의 발전은 소위 맞춤형 아기(designer baby)까지도 출산시킬 수 있는 경지까지 이르렀다. 맞춤형 아기는 원래 희귀 질환을 앓고 있는 자녀의 치료에 필요한 줄기세포를 얻기 위해서, 자녀의 세포조직과 일치하는 질병유전자가 없는 정상적 배아를 골라 체외수정을 통해 아이를 출산시키는 것에서 시작되었다.<sup>3)</sup> 하지만 지금은 눈과 모발의 색깔 등의 외형적 모양뿐만 아니라, 완벽한 지능을 갖춘 아이를 ‘주문받아 생산’하는 수준에 이르게 되었다. 이는 금지되지만 암암리에 행하여지고 있는 현실이다.

그런데 이러한 보조생식기술의 발전은 마치 판도라의 상자와 같아서 긍정적 기능을 위하여 제한된 범위 내에서만 시도하려는 원래의 목적범위를 넘고 있다. 의료기술의 발전은 윤리적으로 원하는 수준에서 멈추도록 하는 것이 어렵기 때문이다.

이하에서는 이러한 생식보조 의료기술의 발전을 참작하여 출생 전까지 인간생명의 보호를 민사법의 시각에서 검토해 보고자 한다. 특히 한 생명이 잉태되어 출산에 이르는 과정을 시간적 관점에서 조망한다.

2) 2009.4.28자 주간동아 제82면 이하, “[최영철 기자의 클리닉 토크 TALK!] 50% 이상 성공률 ... 시험관아기 ‘희망’을 보다.” 참조.

3) 미국 연방법에는 생식세포의 매매에 대해서 아무런 규제가 없으므로 상업적 매매가 이루어지고 있다고 한다. 이미 미국에서는 2000년에 맞춤형 아기를 출산하였다. 유전적 질환이 있는 딸에게 골수세포의 목적으로 자신의 난자12개를 체외수정하여 얻은 10개의 배아 가운데 딸과 조직이 일치하는 배아를 골라 임신하였고, 그 출산 때 얻은 체대혈을 딸에게 이식하여 정상적 생활이 가능하게 되었다. 위 2009.4.28자 주간동아 제82면 이하 “[최영철 기자의 클리닉 토크 TALK!] 50% 이상 성공률 ... 시험관아기 ‘희망’을 보다.” 참조.

이러한 문제는 주로 인공적인 체외수정의 과정에서 발생할 수 있는 법적 문제 중에서 출생 전 생명의 보호에 관한 민사책임법적 고찰을 주된 내용으로 한다.<sup>4)</sup>

## II. 정자나 난자의 민사법적 지위

생명의 발생학적 발전과정을 보면 정자와 난자의 수정이 이루어져 모체의 자궁에 착상되어 태아의 단계를 거쳐 출산을 통하여 민법상의 '사람'<sup>5)</sup>이 된다.

생명의 시작은 정자와 난자의 수정에 있다는 점에 착안할 때 출생 전의 생명보호의 민사법적 문제의 검토는 정자와 난자의 법적 지위와 그 보호로부터 시작되어야 한다.

정자와 난자는 보통 생식세포 또는 생식자(生殖子)라고 통칭되기도 한다.<sup>6)</sup> 여기서 말하는 정자와 난자는 감수분열을 통해 각각 염색체 수가 체세포의 절반인 23개인 체세포를 말한다.

이와 같은 생식세포는 생식기능을 갖춘 때를 시기로 하고 정자와 난자가 수정을 완료한 시점이 종기가 된다고 할 것이다.<sup>7)</sup>

4) 출생 전 생명의 가족법상의 지위에 대해서는 이미 수많은 선행연구가 되어 있고 배아 줄기세포연구와 관련된 책임문제는 출생한 아이의 보호와 관련되지 않는다고 판단하여 본고에서는 다루지 아니한다.

5) 민법 제3조 '사람은 생존한 동안 권리와 의무의 주체가 된다'는 규정에서 말하는 '사람'은 전부노출에 의해 출생한 후부터 시작되는 것으로 해석하는 것이 다수설이다. 이에 대한 자세한 검토는 후술한다.

6) 생식세포는 원시생식세포뿐만 아니라 일반체세포와 염색체수가 동일한 정조세포, 난조세포, 제1정모세포 및 제1난모세포까지 포함하여 총칭하기 때문에 '생식자(生殖子)'가 보다 정확한 표현이라고 한다. 황만성, "생식자의 매매에 관한 법적 문제", 『의료법학』, 제3권 제1호, 2002, 제226면 참조. 그러나 17대 국회에 제출되었다가 폐기되었던 '생식세포 등에 관한 법률(2007.11.6. 정부발의)'에서는 정자와 난자를 생식세포로 표현하고 있을 뿐만 아니라, 생식자보다는 보다 보편적으로 받아들여지고 있는 표현으로 생각되어 이하에서는 정자와 난자를 통칭할 때에는 생식세포라 한다.

7) 같은 취지, 황만성, 위의 논문, 제230면 참조.

## 1. 정자와 난자의 법적 지위

생명의 출발점인 정자와 난자가 생성되어 체내에 있는 상태에서는 여전히 신체의 일부이며 장기나 혈액과 같이 권리의 객체가 될 수 없음은 자명하다.

그러나 신체와 분리되어 체외에 존재하는 정자와 난자의 법적 지위를 어떻게 이해할 것인가에 대해서는 다양한 견해가 있다.

### 가. 통상의 물건으로 이해하는 견해

신체에서 분리된 정자 및 난자의 법적 지위를 물건(物件)으로 이해하는 견해가 있다. 신체에서 분리될 때에 신체의 일부에서 물건으로 그 성질이 바뀌게 된다고 해석한다. 이 견해에 따르면 생식세포는 일반적 물건과 마찬가지로 매매 등의 거래대상이 될 수 있다고 본다. 정자나 난자는 그 자체만으로는 인간이 될 수 있는 잠재성이 부정되어야 하며 다른 세포나 조직과 달리 취급되지 않고 매매를 포함한 처분권의 대상이 될 수 있다는 주장<sup>8)</sup>도 생식세포의 통상의 물건성을 전제로 한다.

### 나. 특수한 성격의 물건으로 보는 견해

그러나 분리된 정자와 난자는 물건으로서의 본질을 갖고는 있지만 특수한 성격의 물건으로 이해하기도 한다. 그리고 이러한 특수성은 분리된 혈액, 장기에서 발견되는 것과는 또 다른 것으로 이해된다. 인체에서 분리된 생식세포는 혈액이나 신체기관과는 달리 인간의 근원이 될 수 있다는 점에서 임신목적으로만 사용되어야 하며 처분권도 제한된 범위에서만 인정된다는 견해도 있다.<sup>9)</sup> 분리된 생식세포는 원칙적으로 소유권의 객체가 될

---

8) David B Rensilk, "The Commodification of Human Reproductive Materials", East Carolina University, USA, *Journal of Medical Ethics*, 1998:24:390.; John A. Robertson 著(금동익 譯), "체외배아의 지위", 『법무자료 제79집 인공수정의 법리』, 법무부, 1987, 제309면 참조.

수 있어 증여나 사용권을 설정하는 행위는 가능하지만 매매의 대상이 될 수는 없다고 본다. 매매의 대상으로 인정하는 것은 결국 사람의 생명을 매매하는 것이 되어 인간의 존엄성을 침해할 우려가 있어 공서양속에 반하게 될 것이기 때문이다.<sup>10)</sup>

#### 다. 특별한 중간적 존재로 이해하는 견해

이와 유사하지만 약간의 뉘앙스를 달리하는 견해로 생식세포는 인간도 아니며 단순한 물건도 아닌 특별한 중간적 존재에 해당되며 법률이 허용하는 범위 내에서 생식세포의 이용에 관한 결정권 등 제한된 범위에서 제 공자에게 법적 권한이 인정된다고 설명하기도 한다.<sup>11)</sup>

#### 라. 신체의 일부로 보는 견해

인체에서 분리되었더라도 신체기능의 보호와 실현을 위하여 다시 자신의 신체에 재투입될 목적으로 분리된 경우에는 인체에서 분리되어 있는 동안에도 여전히 신체의 일부로 보아야 한다는 견해가 있다.<sup>12)</sup> 그러나 분

9) 고정명, “체외수정에 대한 법적소고”, 『가족법연구』, 제6호, 1992, 제139면; MünchKomm-Holch, 4. Aufl. 2001, §90 Rn. 27; Taupitz, Der deliktsrechtliche Schutz des menschlichen Körpers und seine Teile, NJW 1995, S. 748; Laufs/Reiling, Schmerzensgeld wegen schuldhafter Vernichtung deponierten Spermias?, NJW 1994, S. 776. 미국의 판결도 같은 입장을 취하는 것이 있다. Hecht v. Superior Court, 20 Cal. Rptr. 2d 275. 이 사건에서 사망한 남자의 친구의 냉동 보관된 정자가 해석상 재물이 될 수 있음을 전제로 하여 판단하고 있다. 또한 판결에서 일반 신체조직과는 다른 특성이 있음을 확인하고 있다.

10) 권태호, “생명탄생과정에서의 인위적 개입과 범저통제-체의 인공수정에 관한 형사법적 통제를 중심으로”, 『생명문화총서』, 제3집, 제33면 이하 참조.

11) 김민중, “사후수정(사후포태)의 입법론적 고찰”, 『가족법연구』, 제19권 2호, 2005, 제127면 참조. 그러나 이 견해는 ‘특별한 중간분류’의 의미가 무엇인지 명확하지 않다는 근본적인 문제점을 다시 제시하고 있다. 나아가 이러한 설명도 생식세포가 권리의 객체가 될 수 있음을 우회적으로 표현으로 설명하기도 한다. 박은정, 『생명공학 시대의 법과 윤리』, 이화여자대학교 출판부, 2000, 제427면 참조.

12) BGH NJW 1994, 127, 128. Staudinger-Hager, BGB, 13.Aufl. (1999), §823 Rn. B 19; Palandt-Thomas, BGB-Kommentar, 62. Aufl., (2003), §823 Rn. 5; Schnorbus, Schmerzensgeld wegen schuldhafter Vernichtung von Sperma, JuS, 1994, S. 834; Nixdorf, Zur ärztlichen Haftung hinsichtlich entnommener Körpersubstanzen: Körper,

리된 혈액이 특정인에 대한 수혈 등을 목적으로 하지 않는 일반적 의미의 헌혈 목적을 갖는 경우에는 예외적으로 물건성을 인정하기도 한다.

#### 마. 생명권의 주체로 보는 견해

이와는 달리 분리된 생식세포에 대해서 인간으로서의 생명권을 인정하는 견해도 있다고 한다.<sup>13)</sup> 이 견해는 분리된 생식세포가 정자제공자의 신체의 일부가 아니라 독자적인 생명권을 갖고 있는 것으로 이해한다. 이 견해에 따르면 생식세포의 냉동보관, 폐기, 양도·처분, 연구와 실험이 모두 금지되어야 할 것이다.

#### 바. 사건

사건으로는 인간의 생식세포는 생명으로의 발전가능성이 고려되는 특수한 물건으로 보아야 할 것이다. 2005년부터 시행되고 있는 ‘생명윤리 및 안전에 관한 법률(이하에서는 ‘생명윤리법’이라고 한다)’ 제13조 제3항에서는 금전 또는 재산상의 이익 그 밖에 반대급부를 조건으로 정자 또는 난자를 제공·유인·알선하지 못하도록 하고 있다. 이를 반대해석하면 반대급부가 없이는 생식세포의 제공도 가능하다고 할 것이다. 생식세포의 제공에는 증여도 포함된다고 할 것이다. 증여의 객체는 물건성이 인정되어야 하므로 생식세포도 처분권의 대상이 되는 물건으로서의 본질을 갖고 있다고 해석될 수 있기 때문이다.

---

Persönlichkeit, Totenfürsorge, VersR 1995, S. 741.

13) 이러한 견해의 소개로는 김민중, 전계논문, 제126면 참조. 그러나 적어도 생식세포에 대해서 인간과 같은 존재로 다루는 견해는 없다고 설명하는 견해도 있다. 황만성, 전계논문, 제231면 참조. 이 문제에 대한 헌법적 접근방법에 대해서는 우선 민병로, “인간의 존엄과 미출생 생명의 헌법상 지위”, 『공법연구』, 제35집 제3호, 2007, 제70면 이하 참조.

## 2. 분리된 생식세포(정자·난자)의 훼손에 대한 법적 책임

### 가. 신체침해로 보는 견해

인체에서 분리된 신체의 일부에 대한 훼손은 신체침해로 해석하는 견해가 있다.<sup>14)</sup> 특히 생식세포는 분리되었더라도 여전히 신체의 일부로 보는 견해는 분리된 동안에도 신체와 기능적 일체성이 유지된다면 신체적 완전성은 광범위하게 보호되어야 한다는 가치판단을 전제로 한다.<sup>15)</sup> 신체침해 시 보호받는 정도가 물건침해로 인한 경우보다 크다는 가치판단도 중요한 역할을 한다고 보았다. 특히 독일에서는 독일 민법 제253조 제2항에서 물건침해로 인한 경우에는 위자료청구권이 인정되지 않는다는 점을 고려하여 피해자의 보호를 위해 분리된 생식세포를 신체의 일부로 보아야 할 필요성이 현실적으로 컸기 때문에 이러한 견해가 지지되었다.<sup>16)</sup>

### 나. 물건의 침해로 보는 견해

생식세포를 포함한 신체의 일부는 분리된 때에 물건으로 성질이 바뀐다고 해석하는 입장에서의 설명이다. 여기서 분리의 개념은 단순히 물리적으로 결정되는 것이 아니라 법률적인 관점에서 결정되어야 하므로 심장수술시 심장을 잠시 체외에 꺼내놓고 수술하는 경우, 또는 안구수술에서 안

14) Forkel, Verfügungen über Teile des menschlichen Körpers, JZ 1974, S. 593ff.; Palandt-Thomas, BGB-Kommentar, 62. Aufl., (2003), §823 Rn. 5; Schnorbus, Schmerzensgeld wegen schuldhafter Vernichtung von Sperma, JuS, 1994, S. 830ff; Nixdorf, Zur ärztlichen Haftung hinsichtlich entnommener Körpersubstanzen: Körper, Persönlichkeit, Totenfürsorge, VersR 1995, S. 740ff.

15) Erman-Michalski, BGB, 10. Aufl. (2000), §90 Rn. 5; Giesen, Arzthaftungsrecht, (1995), Rn. 56. 독일 연방대법원(BGH)도 냉동보관중인 정자의 훼손을 신체침해로 이해하면서 이와 같이 설명하고 있다. BGHZ 124, 52.(=BGH NJW 94, 127) 이 판결의 자세한 내용에 대해서는 박동진, “냉동보관 중인 정자의 훼손에 대한 민사법적 평가”, 『의료법학』, 제3권 제1호, 2002, 제158면 이하 참조.

16) 이러한 견해에 대한 비판으로는 Taupitz, Der deliktsrechtliche Schutz des menschlichen Körpers und seine Teile, NJW 1995, S. 746; Nixdorf, Zur ärztlichen Haftung hinsichtlich entnommener Körpersubstanzen: Körper, Persönlichkeit, Totenfürsorge, VersR 1995, S.743.

구를 잠시 꺼내놓고 수술하는 경우에는 법률적 의미에서의 객관적 분리가 없기 때문에 여전히 신체의 일부성을 유지하는 것으로 보아야 할 것이다.

이때에도 보관시켰던 정자를 훼손당한 피해자에게 물건의 침해뿐만 아니라 동시에 생식에 대한 자기결정권의 침해도 발생하는 경우<sup>17)</sup>에는 이를 근거로 위자료청구권이 인정될 것이다. 결국 냉동보관중인 생식세포의 훼손은 물건을 침해한 것인데, 생식세포가 갖고 있는 특성을 고려해 볼 때, 단순한 물건의 침해뿐만 아니라 개인의 인격권까지도 침해된 것으로 볼 수 있을 것이다.

이러한 법리의 가능성은 비재산적 손해에 대한 배상청구권이 재산적 법익의 침해를 통하여도 발생할 수 있음을 인정한 우리 판례의 태도에서도 확인할 수 있다.

### III. 배아의 민사책임법적 지위

체외수정이란 보통 난자를 난소에서 채취하여 정자와 체외에서 수정시킨 후, 그 수정란을 배양시켜 다시 자궁에 이식하는 것으로 이해된다.<sup>18)</sup>

체외수정은 본질적으로 人工受精을 전제로 한 개념인데 이와 같은 인공수정을 허용해서는 안 된다는 소수의 견해를<sup>19)</sup> 제외하고는 대체적으로 이를 인정하고 있다. 외국의 입법례에서도 명시적으로 이를 부정하는 국가는 거의 없으며, 다만 인공수정의 요건을 어느 정도로 강화할 것인지에 대한 차이만이 있을 뿐이다.<sup>20)</sup> 우리의 생명윤리법은 제2절 ‘인공수정배아’의

17) BGHZ 124, 52에서 보는 것처럼 냉동보관중인 정자가 피해자의 유일한 생식세포였는데 이것이 불법하게 파괴되어 자신의 아이를 갖지 못하게 되는 경우가 여기에 해당된다. 같은 취지로는 Deutsch, Medizinrecht, 4.Auf. (1998), Rn. 489.

18) ‘체외수정 등에 관한 법률안(2006.4.29. 박재완 의원 대표발의)’ 제2조 제1항에서 이와 같이 정의되어 있다. 이 법률안은 17대국회의 안으로 폐기되었다.

19) 김천수, 전계논문, 제301면.

20) 자세한 내용은 김천수, 전계논문, 제290면 이하; 황만성, 전계논문, 제50면 이하 참조.



부분에서 인공수정을 허용하면서 그 요건을 비교적 엄격하게 제한하고 있다. 이러한 점을 고려하여 체외 인공수정란의 민사책임법적 지위를 검토하고자 한다.

## 1. 배아와 수정란과의 관계

### 가. 발생학적 관점에서 본 생식세포로부터 태아로의 발전단계

인공수정으로 발생한 생명의 법적 문제를 검토할 때 통상적으로 배아와 수정란이 자주 사용되고 있음에도 불구하고 양자가 동일한 내용을 표현한 것인지에 대해서 아직까지 충분한 검토가 이루어지지 않았다. 논의를 시작하기에 앞서 우선 발생학적 관점에서 생식세포로부터 태아로의 발전단계를 간단히 소개하면 다음과 같다.

발생 1기: 정자와 난자가 약 24시간에 걸쳐 수정되어 단세포수정란(Zygote)<sup>21)</sup>의 형성한다.

발생 2기: 그 후 분할(cleavage)<sup>22)</sup>이라는 세포분열을 거쳐 2세포기(수정 후 약 30시간), 4세포기(수정 후 약 40-50시간), 8세포기(수정 후 약 60시간)을 거쳐 자궁강에 도달한다.

발생 3기: 수정 후 약 5-6일 쯤에는 작은 세포들 사이에 공간이 형성되는 배반포(blastocyst)<sup>23)</sup>단계가 되는데 이때까지도 자궁점막에 부착되지 않고 자궁강의 분비물에 부유하는 상태에 있게 된다.

발생 4기: 수정 후 6일쯤에는 자궁내막 상피에 착상을 시작하여 영양분과 산소의 공급을 받기 시작한다.

발생 5기: 수정 후 6-7일부터 수정 후 11-12일 정도까지는 배반포가 자궁점막의 상피와 접촉하여 이에 부착되고 결국 자궁내막에 묻히게 되

21) 이는 다시 접합자 또는 수정된 난자로 설명된다.

22) 이를 난할이라고도 한다.

23) 이는 낭포배라고도 한다.

는 과정인 ‘착상(착상; implantation)’이 일어난다.<sup>24)</sup>

발생 6기: 수정 후 13-14일이 되면 용모(villi)가 출현하고 배반포와 자궁내막 사이에 연결줄기가 형성되어 이곳에 혈관이 발달하여 탯줄이 된다.

발생 7기: 수정 후 약 14일경이 되면 원시선(primitive streak)이 나타난다. 원시선의 출현으로 배아가 구체적인 기관으로 발달하게 되는 징후가 나타난다.

기관형성기: 수정 후 3주차에 배아는 골격형성, 신경계 발달, 근육형성을 이루며, 대체로 8주 말쯤에는 성인에 존재하는 약 4,500개의 구조 중 90% 이상이 발달을 시작한다.

#### 나. 배아와 수정란은 같은 것인가?

배아와 수정란은 종종 같은 것을 의미하며 구별 없이 혼용되기도 한다.<sup>25)</sup> 배아와 수정란이 같은 것인지에 대한 판단에서 수정란이란 ‘생식세포의 융합이 완료하여 모체에 이식된 후 착상이 종료될 때까지의 상태’를 의미하는 것으로 보기도 한다.<sup>26)</sup> 이러한 이해에 의하면 수정란이란 발생학에서 말하는 발생 1기부터 발생 7기까지의 단계를 포함하는 것이 된다. 다수설에 의하면 태아의 시기는 적어도 발생 5기가 완료된 시점으로 보게 된다. 그렇다면 태아의 지위와 수정란의 지위가 겹쳐질 수 있다는 의미가 된다. 또한 배아란 ‘수정 후부터 원시선이 발생하는 14일까지의 수정란’으로 이해하여 배아보다는 수정란이 상위개념인 것으로 이해한다.<sup>27)</sup>

24) 그런데 발생 5기인 착상은 시작에서 완료될 때까지 보통 1주일 정도가 필요하다. 그 과정을 다시 세밀히 보면 다시 수정 후 배반포와 자궁내막상피가 접촉을 하여 다시 배반포가 자궁내막상피에 침투하여 결국은 자궁내막의 치밀층에 완전히 묻힌 후, 모체의 혈관을 터뜨려 모체의 혈액이 배반포로 보급된다.

25) 김민중, “생명윤리와 민법”, 『저스티스』, 통권 제65호, 2002년, 제123면.

26) 김민중, 위의 논문, 제123면.

27) 박홍래, “수정란의 민사법적 지위”, 『법률행정논총』, 21집 2호, 전남대 법률행정연구소, 2001, 제163면.

#### 다. 사건

사건으로는 배아와 수정란은 다른 의미로 쓰이며, 내용적으로 수정란의 개념보다는 배아의 개념이 더욱 넓은 것으로 본다. 생명윤리법에서는 배아의 개념을 정의하고 있다. 생명윤리법 제2조 제2호에서 “배아”라 함은 수정란 및 수정된 때부터 발생학적으로 모든 기관이 형성되는 시기까지의 분열된 세포군’으로 정의하고 있다. 이에 따르면 배아의 정의에 수정란과 기관형성시기까지의 세포군의 두 가지 단계를 분리하여 설명하고 있다. 그렇다면 기본적으로 배아와 수정란을 다르게 이해하고 있을 뿐만 아니라 수정란보다는 상위개념으로 배아를 이해하고 있는 것으로 해석된다.<sup>28)</sup>

생명윤리법에는 별도로 수정란을 정의하고 있지는 않다. 그러나 위 배아의 개념정의를 유추해 볼 때 수정란이란 발생 제1기만을 의미하는 것으로 보아야 한다. 즉 수정란이란 24시간에 걸친 수정을 통하여 정자와 난자의 결합으로 염색체가 교차되고 유전자가 재조합되어 체세포 염색체수와 같은 46개의 염색체를 갖게 되기까지의 상태만을 의미한다. 이렇게 보면 발생 2기부터 발생 7기까지의 상태는 수정란은 아니지만 배아로서의 지위는 인정되는 것으로 보아야 한다.

그렇다면 배아는 태아와 중복되는 지위가 인정될 수 있는지를 검토해야 한다.

생명윤리법상의 배아는 발생 1기부터 7기까지의 상태를 의미하는데, 태아는 이미 발생 5기부터 인정될 수 있기 때문이다. 발생 5기를 경과 후 일정시점까지는 배아와 태아의 지위는 중복된다고 볼 것인가?

논리적으로는 중복될 수 있는 것처럼 보이지만 배아와 태아의 법적 지위는 중복될 수 없다. 태아는 착상시점부터 인정되는 것이므로 이미 본질적으로 모체의 자궁에 이식이 된 후부터 인정된다. 법적 의미에서 본 배아

28) 이와는 달리 배아는 통상적으로 ‘수정 후 2주로부터 7내지 8주까지의 상태’를 의미하는 것으로 보는 견해도 있다. 권복규, “배아복제의 윤리적 문제점”, 『의료법학』, 제2권 2호, 2001, 제61면 참조.

는 아직 모체의 자궁에 이식되지 않은 상태, 즉 자궁 외에 존재하는 상태에서의 발달과정이 원시선의 발전되기까지의 단계를 의미한다. 이렇게 이해할 때에는 수정란을 포함하여 배아의 원시선의 발전단계까지를 포함하여 배아로 이해할 수 있다.

그리고 생명윤리법의 개념정의와 해석을 통한 배아와 수정란의 이해는 특별한 사정이 없는 한, 민사책임법의 영역에서도 그대로 수용되어야 한다.

## 2. 배아의 법적 지위

인공적인 체외수정이 이루어진 후 아직 자궁에 착상하기 전단계의 상태에 있는 배아에 어떠한 민사책임법적 지위를 부여할 것인가에 대해서는 아직 본격적인 논의가 없다. 생식보조의료기술의 발전으로 착상되지 않은 배아상태를 장기간 유지할 수 있는 오늘날에는 배아의 법적 지위를 명확히 해야 할 필요성이 점점 커지고 있다.

지금까지 배아의 법적 지위에 대한 검토는 주로 배아를 연구목적으로 사용할 수 있는지에 대한 판단을 하기 위한 것이었다. 배아를 생명권의 주체로 파악하는 경우에는 배아에 대한 일체의 연구나 실험, 냉동보관은 금지되어야 할 것이다. 그러나 이와는 달리 물건성을 인정하는 경우, 생명의 기초로서의 성질을 존중하는 정도에 따라 그 범위와 내용이 달라질 수는 있지만, 여전히 처분의 대상이 될 수 있으며, 원칙적으로 제공자의 권리의 객체가 될 수 있다는 본질을 갖게 된다.<sup>29)</sup>

배아와 관련된 민사책임을 논하기 위해서도 먼저 배아의 법적 지위를 명확히 하는 것이 필요하다. 그런데 법적인 관점에서의 배아란 자궁 외에 존재하는 경우로 한정하기 때문에 자궁 내에 있는 배아란 생각할 수 없다.<sup>30)</sup>

29) 이 문제는 생명의 시초를 어디에서부터 찾을 것인가라는 철학적·종교적·윤리적 문제에 대한 검토가 보다 정확하고 바람직한 결론을 도출할 수 있겠지만, 필자의 한계로 지금까지의 법적 논의를 중심으로 고찰해 본다.

### 가. 권리의 주체로 인정하는 견해 (적어도 태아와 같은 권리능력을 인정하는 견해)

배아는 기본적으로 인간생명체로서 일정한 인권을 향유할 수 있는 권리 주체이며 인간생명체로서 보호받아야 할 것을 주장한다.<sup>31)</sup> 즉 ‘수정란은 착상여부에 관계없이 태어날 인간과 같은 유전정보를 보유하는 동질적 존재’임을 그 근거로 한다. 그리고 이 견해는 본질적으로 태아의 시기를 착상시점으로 보고, 태아에 대한 개별보호주의가 아니라 민법 제3조의 권리의무의 주체에 태아를 포함시켜 일반적 보호가능성을 인정하는 해석론을 취하고 있다.<sup>32)</sup> 사람은 생존한 동안 권리의무의 주체가 된다고 규정한 민법 제3조의 해석론에 대해서는 아래 IV.에서 자세히 보기로 한다.

이 견해에 따르면 배아는 권리주체로서 본질적 권리인 출생권을 갖고 있으므로, 잔여배아를 포함한 모든 배아는 출생할 권리가 있으며, 착상되지 않는 경우 자연스러운 사멸과정에 있도록 해야 한다. 장래의 착상을 위한 냉동보존은 허용되지 않는 것으로 본다. 나아가 배아를 실험의 대상으로 하기 위해서는 권리주체인 배아 자신의 동의를 필요한데 배아는 동의의 의사표시를 할 수 없으므로 원칙적으로 실험대상이 되지 못한다고 본다.

### 나. 권리의 객체로 인정하는 견해 (물건으로서의 본질을 인정하는 견해)

이 견해는 인간생명의 시기는 본질적으로 착상 후부터 인정될 수밖에 없으므로 배아인 상태에서는 권리의 주체가 될 수는 없다고 한다.<sup>33)</sup> 따라

30) 이러한 점에서 황만성, 「인간의 생식자와 배아의 법적 보호에 관한 연구」, 한양대 박사논문, 2002, 제24면; 김민중, 전계논문, 제123면 등에서와 같이 자궁내의 배아와 체외의 배아를 구별하여 평가하는 것은 바람직하지 않다.

31) 김천수, 전계논문, 제303면 이하 참조; 문국진, “인공수정의 법의학적 문제(중)”, 『법률신문』, 제1160호, 1986, 제13면; 그 외 외국에서의 논의의 내용에 대해서는 황만성, 위의 논문, 제25면 이하 참조.

32) 이러한 견해는 김천수, “태아의 법적 지위”, 『비교사법』, 제10권 2호, 2003, 제33면, 45면 참조.

서 배이는 물건으로서의 본질을 갖고 있다고 할 것이다. 민사책임법상 보호법익인 ‘身體(Körper)’의 개념을 ‘신체에 고정적으로 결합되어 있는 본질적 구성부분으로 생물학적 일체과 전체’라고 한다면,<sup>34)</sup> 인체에서 분리된 신체의 일부(모발·치아·혈액 등)는 분리된 시점으로부터 신체에서 이탈된 것이 되어 더 이상 신체의 일부가 아니라 물건(Sache)이 되며, 분리전의 사람의 권리객체가 된다고 해야 할 것이다.<sup>35)</sup>

다만 장기의 증여와 같이 분리된 신체의 일부를 처분하는 행위도 제103조에서 언급한 반사회질서행위가 아닌 한 유효하다. 신체의 일부에 대한 현행법의 태도에 대해서 고찰해 볼 때 ‘장기 등 이식에 관한 법률’ 제6조<sup>36)</sup>에서

33) 정규원, “인간배아복제의 법적 문제”, 『의료법학』, 제2권 2호, 2002, 제86면.

34) Taupitz, Der deliktsrechtliche Schutz des menschlichen Körpers und seine Teile, NJW 1995, 745; Palandt-Heinrichs, 62. Aufl. 2003, §90 Rn. 2; MünchKomm-Holch, 4. Aufl. 2001, §90 Rn 27; Staudinger-Dilcher, BGB 13. Aufl. 1995, §90 Rn. 15. 반대로 인공관절, 인공심장박동기와 같은 인공적 의료보조기구는 인체에 고착되고 있는 한 인체의 일부가 되어 물건이 되지 않는다고 보는 견해가 다수설이다. 그렇다면 의치, 의안, 의수나 의족, 가발 등의 경우는 이것이 신체에 고착하고 있는 한 물건이 아니라고 하는 것이 국내의 지배적 견해이다(곽윤직, 『민법총칙』, 박영사, 1998, 제242면; 백태승, 『민법총칙』, 법문사, 2000, 제281면; 이영준, 『민법총칙』, 박영사, 2005, 제895면 등). 그러나 이와는 달리 신체에 견고하게 결합되어(fest verbunden) 있지 않은 착탈식 의치와 의수, 의족, 가발 등은 신체에 고착되어 있는 동안은 신체의 일부이었다가 분리된 순간에 비로서 다시 물건이 되는 것이 아니라 언제나 그 물건성을 인정한다. 그 이유로는 의료보조기구가 하는 순수한 보조기능(Unterstützungsfunktion)과 대체기능(Ersatzfunktion)으로 구별하여 전자의 경우에는 이를 물건으로 볼 수 있다고 하거나(Gropp, Ersatz- und Zusatzimplanat, JR 1985, 183f), 영속성(auf Dauer)이 없는 보조기구는 신체에 고착되어 있어도 물건성이 인정된다고 보는 견해(Schünemann, Die Rechte am menschlichen Körper, 1985, S. 128f.), 지속적으로 고착되어 있음을 전제로 인체 속에 남아 있는 경우에는 물건성을 상실한다는 견해(Deutsch, Medizinrecht, 4. Aufl. 1998, Rn. 497)가 있다.

35) 통설적인 견해이다. 대표적으로는 곽윤직, 『민법총칙』, 박영사, 1998, 제242면; Deutsch, Medizinrecht, Rn. 488. MünchKomm-Holch, 4. Aufl. 2001, §90 Rn. 27; Staudinger-Dilcher, 13. Aufl. 1995, §0 Rn. 16. 이와는 달리 신체의 일부에 대한 권리관계에서 분리된 시점에서 무주물이 되고 단지 분리되기 전에 장기를 갖고 있었던 자에서 특별한 선점권(Aneignungsrecht)이 있는 것으로 보는 견해도 있다. Tress, Organtransplantation aus zivilrechtlicher Sicht, 1977, S. 14.

36) 제6조 (장기 등의 매매행위 등의 금지)

① 누구든지 금전 또는 재산상의 이익 기타 반대급부를 주고받거나 주고받을 것을 약속하고 다음 각 호의 1에 해당하는 행위를 하여서는 아니 된다.

1. 타인의 장기 등을 제3자에게 주거나 제3자에게 주기 위하여 받는 행위 또는 이를 약속하는 행위

는 장기 등의 매매행위 등을 금지하면서도 같은 법 제3조 제2호<sup>37)</sup>에서는 장기 등을 대가없이 제공하는 것은 허용된다고 규정하고 있다.

장기증과는 별도로 신체의 일부를 사고파는 상품으로 구성하는 것은 인간의 존엄성에 반하는 것으로 장기매매는 금지된다. 혈액의 경우에도 헌혈은 권장되고 헌혈자의 송고한 박애정신은 존중받아야 하지만, 혈액관리법 제3조<sup>38)</sup>에 의해 매매행위 등은 역시 금지되어 있다. 그러나 무상의 증여행위는 여전히 권장되고 보호되기 위해서는 권리의 객체로서의 본질은 인정하되 신체의 일부라는 특성상 대가적 급부있는 처분이 금지되고 있는 것으로 보아야 할 것이다. 생명윤리법에서도 제한된 범위이지만 그 양도 등을 허용하고 있는 것은 권리의 객체로서의 성격을 인정함을 전제로 한다.

### (1) 인체에서 분리된 신체조직과 동일한 정도의 특성을 갖는 물건으로 보는 견해

이 견해는 인간으로서의 발전가능성이 있다는 이유만으로 인간과 동일

2. 자신의 장기 등을 타인에게 주거나 타인의 장기 등을 자신에게 이식하기 위하여 받는 행위 또는 이를 약속하는 행위
  3. 제1호 및 제2호의 행위를 교사·알선·방조하는 행위
  - ② 누구든지 제1항 제1호 및 제2호에 위반되는 행위를 교사·알선·방조하여서는 아니 된다.
  - ③ 누구든지 제1항 또는 제2항의 규정에 위반되는 행위가 있음을 안 때에는 그 행위와 관련되는 장기 등을 적출하거나 이식하여서는 아니 된다.
- 37) 제3조(정의) 2. “장기등기증자”라 함은 다른 사람의 장기 등의 기능회복을 위하여 대가없이 자신의 특정한 장기 등을 제공하는 자를 말한다.
- 38) 제3조(혈액매매행위 등의 금지)
- ① 누구든지 금전·재산상의 이익 기타 대가적 급부를 받거나 받기로 하고 자신의 혈액(제14조의 규정에 의한 헌혈증서를 포함한다)을 제공하거나 이를 약속하여서는 아니 된다.
  - ② 누구든지 금전·재산상의 이익 기타 대가적 급부를 주거나 주기로 하고 타인의 혈액(제14조의 규정에 의한 헌혈증서를 포함한다)을 제공받거나 이를 약속하여서는 아니 된다.
  - ③ 누구든지 제1항 및 제2항의 규정에 위반되는 행위를 교사·방조 또는 알선하여서는 아니 된다.
  - ④ 누구든지 제1항 및 제2항의 규정에 위반되는 행위가 있음을 안 때에는 그 행위와 관련되는 혈액을 채혈하거나 수혈하여서는 아니 된다.

한 지위를 인정할 수는 없다는 생각에서 시작하며, 인체에서 분리된 신체의 일부도 이미 특수한 물건으로서 특별한 보호를 받고 있으므로 배아라 하여 이와는 별도로 다시 취급할 필요가 없다고 한다. 배아는 인격체로서 인간이 갖추어야 할 요소<sup>39)</sup>를 갖추고 있지 못하기 때문에 잠재성만으로는 실제인간과 동일하게 평가할 수는 없기 때문에 사람에 준하는 정도의 특수성을 고려할 필요가 없게 된다. 배아도 인체에서 분리된 신체의 일부와 같은 정도로 물건성이 인정될 수 있다고 한다.

## (2) 생명의 기초로서의 특성이 존중되어야 하는 특수한 형태의 물건으로 보는 견해

이와는 달리 물건으로서의 본질을 갖고는 있지만 생명으로의 발전가능성을 고려하여 일반적 물건에는 없는 여러 가지 제약이 가해질 수 있다고 보는 견해가 있다. 그리고 그 제한의 내용은 장기나 혈액의 경우보다도 더욱 엄격하다고 할 것이다. 배아는 생명으로 발전가능성이 있다는 점에서 장기나 혈액과 같은 신체의 일부와도 달리 취급되어야 하기 때문이다. 나아가 생식세포인 상태와는 달리 자궁에 착상이 되는 시점부터 별도의 조치가 없어도 생명으로 발전하게 된다는 점에서 배아에 대한 존엄성은 생식세포보다도 더욱 존중되어야 함을 주장한다.<sup>40)</sup>

배아의 물건성을 인정하더라도 생명으로의 발전가능성이 단순한 생식세포보다는 더욱 높다는 점을 고려하여 일반 신체 장기나 혈액뿐만 아니라 생식세포보다도 더욱 존중되어야 할 특수성이 있는 물건으로 파악할 것인지에 대해서 견해가 달라질 수 있다.

39) 그 요소로는 자아의식, 이성, 최소한의 도덕과 자유감정, 합리성, 자발적 동기에 의한 행동과 언어 등을 내용으로 한다는 여러 견해에 대한 자세한 설명은 황만성, 「인간의 생식자와 배아의 법적 보호에 관한 연구」, 한양대 박사논문, 2002, 제28면 이하 참조.

40) 김민중, 전계논문, 제124면; 고정명, “체외수정에 대한 법적소고”, 『가족법연구』, 제6호, 1992, 제140면 등 다수견해.



## 다. 사건

배아는 물건으로서의 본질을 갖고는 있지만 생명으로의 발전가능성을 존중하여 상당한 정도의 영역에서 물건성이 제한되어야 할 특수한 형태의 물건으로 이해해야 한다. 특히 생식세포와는 달리 배아상태인 경우 착상만 있게 되면 별도의 조치가 없이도 생명체로서의 발전가능성을 갖고 있다는 점에서 생식세포보다는 생명체에 더욱 가까운 것이라는 점에서 존중되어야 할 가치가 더욱 크다고 할 것이다.

그 존중의 의미가 무엇을 의미하는지에 대해서는 구체적으로 검토되어야 한다. 생명윤리법에서도 배아의 경우 생성과 보관 등에 대해서 생식세포보다는 더욱 엄격한 요건을 요구하는 것도 그와 같은 취지가 반영된 것으로 보아야 한다.

그러나 주의해야 할 것으로 존중의 의미는 배아를 출생한 이후의 사람과 동일하게 권리주체로 인정하는 것으로까지 확대될 수는 없다는 점이다.

## 3. 배아로 인한 민사책임법적 문제

배아에 가해진 불법행위로 인한 민사책임에 대해서 구체적으로 논의한 연구는 많지 않다. 아래에서는 배아에 대한 불법행위의 유형을 몇 가지의 내용으로 검토하고자 한다.

배아로 인한 민사책임법적 사례의 유형을 분류하기 위해서 다음과 같은 세 가지 요소를 유념하여 검토하였다.

첫째, 이하에서의 논의는 별도로 적시하지 않는다면 배아는 생명으로 발전할 잠재적 가능성을 지닌 존재로서 보통의 물건과는 달리 존중되어야 하지만 본질적으로 물건성을 갖고 있다는 입장에서 출발한다.

둘째, 배아에 대한 불법행위가 있었던 경우에도 출생에 이르지 못한 경우에 발생하는 책임법적 문제는 배아가 출생에까지 이르게 된 경우와는 다른 양상의 문제를 야기하므로 유형을 분류하여 검토한다.

배아를 민법상 태아에 포섭하지 못하면 태아로까지 발전하지 못한 배아는 적어도 민법상의 권리주체로 보호될 수 없다. 이러한 배아는 권리의 객체로서의 본질을 갖고 있으므로 배아훼손의 경우 보호받아야 할 주체가 누구이며, 보호의 법적 근거는 무엇인지를 확인한다.

그러나 배아가 태아의 과정을 거쳐 출생한 후에 배아인 상태, 또는 그 이전의 상태에서 배아에게 위법행위가 가해진 경우, 어떻게 보호할 것인지에 대해서는 근본적으로 보호의 주체에 출생한 자도 포함할 것인지에 대한 판단이 전제되어야 한다.

### 가. 불법적인 배아생성

불법적인 배아생성은 생식세포를 불법적으로 이용할 때에 발생하므로 불법적 배아생성은 불법적인 생식세포의 이용을 의미한다고 볼 것이다. 그러나 생식세포의 불법적 이용이 모두 배아생성의 결과에 이르는 것은 아니라는 점에서 불법적 배아생성과는 다를 수 있다.

배아는 물건으로서의 본질을 갖고 있으므로 권리의 객체가 될 수 있다. 배아에 대한 권리의 주체는 정자제공자와 난자제공자를 의미하는 생식세포의 제공자라고 할 것이다. 법률이 허용하는 범위 내에서 생식세포제공자는 원칙적으로 배아의 처분과 이용에 대한 권리를 갖고 있다. 따라서 생식세포가 불법적인 방법으로 배아생성에 이용되었다면 생식세포제공자는 불법행위책임을 물을 수 있을 것이다.

배아생성의 위법성 판단을 위한 실체법적 근거로 생명윤리법이 있다. 생명윤리법 제3장 제2절 인공수정배아의 13조 이하에서 배아생성행위가 적법하기 위한 경우를 정하고 있다. 이에 의하면 배아생성의료기관이 임신의 목적으로 반대급부 없이, 생식세포 제공자의 서면동의를 받아서 수정시킬 때, 생식세포를 선별하여 수정하지 않고, 사망한 자의 생식세포를 이용하지 않을 것이 요구된다. 생명윤리법에 규정한 배아생성의 적법요건을 구비

하지 않고서 배아를 생성하는 행위는 민사책임법에서도 여전히 위법하다고 할 것이다. 불법적인 배아생성은 생식세포 제공자의 생식세포에 대한 처분권을 침해하여 인격적 법익이 침해된 것으로 불법행위가 성립된다.

### (1) 임신 이외의 목적을 위한 배아생성

임신 이외의 목적을 위해 배아를 생성한 경우에도 배아생성의료기관은 민사책임을 부담하게 된다. 배아연구를 통한 치료기술의 발달이나 새로운 의약품의 개발이 창출할 재산적 이익을 을 생각하면 이렇게 위법한 연구 목적의 배아생성을 상상할 수 있다. 이 때 생식세포제공자는 인격권침해를 이유로 한 손해배상을 청구할 수 있을 것이다.

그러나 생식세포제공자가 임신 이외의 목적에 사용될 것을 알면서도 반대급부를 받고 생식세포를 제공하여 배아가 생성된 경우에는 권리주체가 스스로의 법익을 침해하였으므로 손해배상책임을 물을 수 없다. 이는 생식세포가 특별히 존중되어야 할 신체의 일부라 할지라도 다른 결론을 도출해 내지는 않을 것이다.

### (2) 반대급부에 의한 배아생성

예컨대 배아생성의료기관이 생명윤리법 제15조의4에서 규정한 실비 이외의 반대급부를 받고서 배아를 생성한 경우 생식세포제공자는 자신의 생식세포를 법 규정에 위반하여 사용 당함으로써 생식세포의 자발적 사용권을 침해당한 인격권의 침해를 이유로<sup>41)</sup> 정신적 손해배상을 청구할 수 있을 것이다. 그러나 생식세포제공자 스스로가 반대급부를 제공한 경우에는 손해배상을 청구할 수 없을 것이다.

41) MK-Mertens §823 Rn. 73. 본질적으로 일반적 인격권의 침해로 보는 것이 보다 적합하다고 해석한다. 같은 취지로는 Laufs-Reiling, NJW 94, 775; Rohe JZ 94,465; Taupitz NJW 95, 745 참조.

(3) 특정 성별의 선택목적으로 선별된 생식세포에 의한 배아생성  
이는 주로 남아선호사상이 남아 있는 현실에서 생식세포 제공자의 요구에 의해 이루어지는 경우가 대부분일 것이므로 생식세포 제공자에게 손해배상청구권이 인정되지 않을 것이다.

그러나 이러한 행위를 한 자는 생명윤리법 제51조에 의해 3년 이하의 징역에 처해진다.

#### (4) 생식세포 제공자의 서면동의 없는 배아생성

경우에 따라서는 생식세포의 제공만을 목적으로 하며 배아생성의 목적을 갖고 있지 않는 경우, 생식세포의 채취 시에 배아생성에 대한 동의가 없어도 가능할 것이다. 예컨대 정자나 난자 자체의 연구를 위해서 채취하는 경우에는 임신목적이 없으므로 생명윤리법의 적용을 받지 않게 된다. 따라서 생식세포의 채취 시 생명윤리법에서 요구하는 동의는 필요 없으나 채취의 목적 등에 대한 설명과 동의는 여전히 필요하다. 이때에는 여전히 생명윤리법 제13조 이하의 적용을 받지 않을 수 있다. 이때에는 같은 법 제5조에 의한 동의만이 필요할 것이다.

그 후에 생식세포 제공자의 동의 없이 배아를 생성한 경우에는 행위를 한 경우에는 역시 불법행위책임을 물을 수 있다.

#### (5) 사망한 자의 생식세포를 이용한 배아생성

생식세포 그 자체는 상속의 대상이 될 수 없는 것으로 이해한다면 사망한 자의 생식세포는 더 이상 사용될 수 없다. 다만 배아의 생성을 가능케 하는 등 자신의 생식세포의 사용허락을 사망 전에 했었던 경우에는 그 의사가 존중되어야 할 것이다. 이때에는 사망자의 인격권이 침해된 것으로 볼 수 없기 때문이다

이와는 달리 사망자의 동의 없이 사후에 생식세포를 이용하는 경우에도

생식세포 제공자의 처분권을 침해한 것으로 볼 수는 없다. 왜냐하면 생식세포의 특성상 제공자의 의사가 없이는 제3자에게 양도될 수 없는 성격의 물건이기 때문이다. 상속인이 제공자와 혈연관계에 있더라도 처분권이 없음은 역시 마찬가지로 보아야 할 것이다. 따라서 이때에는 망자의 인격권을 침해하는 것으로 해석되어야 한다. 이때에도 사망으로 이미 권리와 의무의 주체가 될 수 없기 때문에 망자의 인격권의 침해를 통하여 그 유족이 갖는 인격권이 침해된 것으로 해석하여 최종적으로는 유족에게 정신적 고통에 대한 손해배상책임을 인정할 수 있을 것이다.

#### (6) 남은 문제

배아를 생성하는 행위 자체가 위법한 것이라도 이와는 별도로 생성된 배아의 처리문제가 남는다. 이에 대해서는 잉여배아를 포함한 모든 수정란은 출생할 권리가 인정된다는 점에서 착상이 불가능한 경우나 감염된 수정란의 경우에 한하여 자연스럽게 소멸하는 절차를 밟도록 해야 한다는 견해가 있다.<sup>42)</sup>

그러나 우선 생식세포제공자가 생성된 배아의 보존 등에 대하여 사후라도 동의가 있다면 그 의사를 존중하여 냉동보관 등을 받을 수 있도록 해야 할 것이다. 이는 우선 배아에게는 권리주체로서의 성격을 인정할 수 없으며 생식세포 제공자의 권리의 대상이기 때문이다.

사후에 보관 등에 동의한 경우라도 배아생성행위의 위법성이 조각되는 것은 아니다. 생식세포를 동의 없이 사용하여 침해된 인격권은 배아생성 후의 보관에 대한 동의로 회복될 수 없기 때문이다.

#### 나. 생성된 배아의 불법양도

생성된 배아를 반대급부를 받고서 제3자에게 양도하는 행위를 할 수도

42) 김천수, “人工受精에 관한 法的 考察”, 『의료법학』, 제2권 제2호, 2002, 제304면 이하 참조.

있다. 이러한 행위는 생명윤리법 제13조 제3항을 위반한 불법행위가 된다. 일반적으로 배아의 매매는 임신목적보다는 연구나 실험에 이용하기 위한 목적이 오히려 더욱 많을 것으로 보인다. 임신목적의 경우 정자와 난자 중 하나라도 자신들의 것을 이용하려는 경우가 많을 것이기 때문이다.<sup>43)</sup>

배아의 보존기관이 이러한 불법적 양도를 한다면 생식세포 제공자에게 불법행위책임을 진다. 생식세포제공자에 의하여 대가제공을 받고 배아를 제3자에게 양도했다면 다른 생식세포제공자에게 불법행위책임을 져야 한다. 불법양도가 생식세포제공자 양자에 의하여 이루어진 경우에는 민사상 불법행위책임을 부담하지 않는다. 불법행위자와 피해자가 동일인에게 귀속되며 이 과정에서 제3자에게 불법행위가 이루어진 것이 아니기 때문이다.

#### 다. 생성된 배아의 불법적 훼손

##### (1) 훼손된 배아가 출생에 이르지 못한 경우

아직 착상되지 않은 배아에 대한 불법훼손행위는 다음의 두 가지 유형으로 분류할 수 있다. 우선 배아인 상태에서 불법행위가 있었으나 그 후 출생에 이르게 되는 경우가 있는데, 이는 아래 (2)에서 배아가 출생한 경우에서 자세히 다루도록 한다.

여기서는 배아상태에서 배아에게 불법행위가 있었고 그 배아가 출생하지 못한 경우만을 다룬다. 이는 다시 1) 배아인 상태에서 가해진 불법행위로 배아가 손상되어 훼손된 경우와 2) 훼손되어 태아인 상태로 발전했으나 출생에 이르지 못한 경우로 나누어서 고찰한다. 이와 같이 출생되지 않은 배아에 대한 불법행위를 구별하는 이유는 태아로 발전한 상태에서는 일정한 권리능력을 민법이 인정하고 있기 때문에 차이가 발생할 수 있다. 특히 최근의 헌법재판소 2008.7.31. 선고 2004헌바81 전원재판부의 결정<sup>44)</sup>의

43) 민사책임과는 별도로 이러한 배아의 매매계약은 민법 제103조에 위반한 행위로 무효가 될 것이다.

44) 이 결정의 다수의견은 태아가 살아서 출생한 경우에만 권리능력을 인정할 수 있다

소수의견으로 태아가 태아인 상태에서도 손해배상청구권을 인정해 주어야 한다는 견해가 제시되었다. 이러한 소수의견에 따르면 살아서 출생했는지를 묻지 않고 배아가 태아로까지 발달했는지의 여부가 중요한 의미를 갖는다. 왜냐하면 태아는 살아서 출생하지 않아도 손해배상책임을 물을 수 있다고 보았기 때문이다. 배아인 상태에서 더 이상 발전하지 못하고 훼손되어 태아가 되지 못했다면 민법상 보호의 방법이 없다고 보아야 하기 때문이다.

#### (가) 배아가 배아인 상태로 훼손된 경우

배아의 위법한 훼손이 생식세포 제공자의 법익을 중대하게 침해하는 결과를 낳는다. 예컨대 치료나 위험한 행위로 인하여 생식세포에 중대한 훼손이 예상되어 생식권을 확보하기 위하여 배아를 형성하여 보관시킬 수도 있다.<sup>45)</sup> 그런데 그 배아가 위법하게 훼손되어 더 이상 자신의 혈육을 가질 수 없게 되면 생식에 관한 자기결정권이 침해될 수 있다. 이러한 관점에서 생성된 배아의 위법한 훼손행위에 대한 민사책임이 명확히 검토되어야 할 필요성이 있다. 이러한 경우를 포함하여 배아의 위법한 훼손은 그 유형을 다음과 같이 몇 가지로 나누어 볼 수 있다.

첫째, 생식보조기술상의 잘못으로 인공수정의 이루어지기는 했으나 불완전한 배아가 생성되고 곧바로 소멸하게 되는 경우를 생각할 수 있다. 이 경우에 의료진에게 불법행위책임의 성립요건이 구비되었는지 판단하는 것이 쉽지 않을 것이지만,<sup>46)</sup> 그 내용이 갖추어진 경우에는 여전히 생식세포

---

는 대법원의 확립된 판례가 존중되었다. 이러한 견해를 취한다면 출생하지 못한 경우에는 배아와 태아를 구별할 실정법적 필요는 없다고 할 것이다.

45) 생식세포를 보관할 수도 있으나 배아의 상태를 형성하여 보관할지는 당사자의 결정에 달려있다. 그러나 이러한 위험한 치료가 여성에게 이루어질 경우에는 불가피하게 난자나 배아의 형태로의 보관이 불가피하므로 이러한 경우를 상정할 수도 있다. 의료 기술적으로는 난자나 배아는 그 크기에 있어서 정자보다 약 85,000배 정도로 크기 때문에 냉동보관이나 해동과정에서 얼음결정체가 발생할 가능성이 많으므로 배아인 상태로의 보관이 더 불리할 수도 있다.

46) 이러한 수정과정상의 의료진의 과실을 증명하는 것은 매우 어려운 것이다. 나아가

제공자에게 책임을 부담해야 할 것이다.

둘째, 생식세포제공자의 동의 없이 잔여배아를 소멸시키는 경우에도 여전히 잔여배아에 대한 권리는 생식세포제공자에게 있으므로 불법행위책임이 발생한다. 합의된 보존기간 내에 당사자의 동의 없이 착오 등으로 잔여배아를 소멸시키는 경우가 전형적인 경우일 것이다.

그러나 임신목적으로 배아를 생성했으나 실제로 착상에 이르지 못한 잔여배아의 처리에 대한 협의가 사전에 없을 수도 있다. 이 경우에도 잔여배아에 대한 처리문제에 대해서 당사자의 동의를 받아야 한다. 동의 없이 처리하면 불법행위가 성립한다고 할 것이다. 잔여배아를 자연스러운 소멸과정에 있도록 방치하는 것에 대해서도 부작위에 의한 불법행위책임을 부담해야 한다. 생식세포 제공자의 자기결정권 침해가 그 근거가 될 것이다. 자연수정과정에서 수정란이 착상되지 않고 자연스럽게 소멸하는 것과는 다른 관점에서 접근해야 한다. 이미 배아의 생성행위에 의료기술에 의해 비로소 가능했기 때문에 적어도 의료기술이 개입한 결과인 배아의 처리의 문제에 있어서도 생성과 마찬가지로 상당한 정도의 책임을 부담시키는 것이 합리적이다. 결국 배아의 소멸행위에 대해서도 생식세포 제공자의 동의를 받아야 할 것이다. 이때에 생식세포제공자의 추정적 승낙의 법리를 적용할 수는 없도록 하여 반드시 사전에 잔여배아의 처리에 동의를 받도록 해석해야 할 것이다.

생식세포 제공자의 동의를 받을 수 없는 예외적인 경우<sup>47)</sup>에는 냉동보관을 개시하기 보다는 자연스러운 소멸의 과정에 이르게 해야 할 것이다. 냉동보관의 과정에 사망하여 연구목적으로 잔여배아의 이용에 동의가 없는 경우에는 자연스러운 소멸과정에 이르게 해야 한다.

---

현실적으로는 수정의 불완전성으로 인한 책임을 부담하지 않는다는 내용을 생식세포제공자에게 사전 동의를 받을 가능성이 높다. 이와 같은 동의에 효력이 있는지의 여부에 대해서도 다음의 연구로 미루기로 한다.

47) 예컨대 생식세포 제공에 동의하였으나 배아의 처분 등에 대한 동의가 없는 상태에서 사망한 경우를 생각할 수 있다.



셋째, 냉동보관 또는 해동과정에서 잘못으로 배아가 훼손된 경우가 있다. 보관 또는 해동장치의 결함으로 인한 경우에는 그 제조자가 조작상의 잘못으로 인한 경우에는 그 행위자가 불법행위책임의 주체가 될 것이다.

같이 검토되어야 할 것으로는 소위 죽은 배아를 이용·사용하는 경우에도 생식세포 제공자의 동의가 필요한지의 문제이다. 배아가 훼손되어 생명으로의 발전가능성이 배제된 배아도 여전히 의료기술의 진보를 위하여 여전히 연구목적으로 사용 또는 실험의 대상이 될 수 있기 때문이다. 이 문제는 보다 큰 관점에서 본다면 생명윤리법상 동의가 필요한 배아의 양도, 이용은 소위 ‘살아있는 배아’<sup>48)</sup>만을 대상으로 하는지를 판단하는 것이다. 배아나 생식세포의 이용과 보관 폐기 등에 서명동의 등 엄격한 요구조건을 요구하는 것은 배아나 생식세포가 인간으로의 발전가능성이 잠재되어 있음이 전제되어 특별히 존중되어야 한다는 것에 있다. 그렇다면 소위 ‘죽은 배아’의 이용 등에 있어서는 생명윤리법의 적용은 없다고 할 것이다. 다만 처분권은 여전히 생식세포 제공자에게 있으므로 그 이용 등에 있어서는 서면동의를 아니더라도 동의는 받아야 할 것이다.

넷째, 그 이외에도 생명윤리법상 배아생성의료기관으로 지정받지 못한 기관에서의 냉동 및 보관, 해동, 연구<sup>49)</sup>하는 경우도 가능하다. 생식세포를 채취하여 수정시킨 배아생성의료기관이 생식세포제공자의 동의 없이 자격 없는 의료기관등에 보관시키거나 해동 및 연구하도록 하는 경우가 그러하다. 생명윤리법 제14조에서 배아생성의료기관으로 지정받은 경우에만 그 해동을 포함한 냉동 및 보관하도록 하는 규정의 취지는 일정한 물적 인적 설비를 갖추어 배아의 보호에 만전을 기하도록 하기 위함이다.

48) 이러한 표현도 정확한 것은 아니다. 살아있다는 의미는 이미 생명이 존재한다는 존재적 판단이 있기 때문이다. 아직 배아인 상태에서는 보다 정확한 표현을 위해서는 ‘생명으로의 발전가능성이 여전히 존재하는’이 적절하지만, 쟁점을 명확히 이해하기 위해서는 본문의 표현이 강조점을 잘 표현하는 것으로 생각되어 그렇게 쓰기로 한다.

49) 연구를 하도록 하기 위해서는 배아의 양도가 전제되는 것이므로 위 (가)의 양도과정에서의 불법행위의 문제가 될 것이다. 이러한 문제는 배아의 보관과정에서 뿐만 아니라 배아의 생성과정에서도 동일한 문제를 야기할 것으로 보인다.

그렇다면 냉동이나 보관과 해동이 적절하게 이루어진 경우라면 단지 자격 없는 기관에서 이루어진 행위라는 점만으로 배아에 대한 불법행위가 이루어진 것은 아니라고 할 것이다. 배아훼손이라는 손해가 발생하지 않았으므로 생명윤리법상 형사책임을 지는 것과는 달리 민사불법행위책임을 물을 수는 없다.

다섯째, 배아의 폐기와 관련하여 불법행위가 성립할 수도 있다. 예컨대 배아폐기에 요구되는 요건은 준수하였지만 배아의 폐기 방법이 적절치 못함을 이유로 불법행위책임을 인정할 수 있는지의 문제가 발생한다. 예컨대 일반 의료폐기물의 폐기처분과 같이 배아를 쓰레기통에 버려 부패하게 하거나, 과실로 더 나아가 동물들의 식용에 쓰이도록 한다든지의 경우를 생각할 수 있다.<sup>50)</sup> 이때에는 폐기물 관리법이 적용될 수 없다.<sup>51)</sup> 배아의 폐기방법이 생식세포 제공자의 인격권의 침해로 인정될 경우에는 불법행위책임을 인정될 것이다. 예컨대 소각하거나 자연소멸 또는 이에 준하는 방법이 아닌 경우에는 불법행위책임을 성립할 것이다.

소위 죽은 배아의 처리가 문제될 때에는 위법성의 정도가 살아 있는 배아의 처리보다는 완화되어서 인정될 것이나 전혀 배제되는 것을 아니라고 본다.

#### (나) 손상된 배아가 태아로까지 발전한 후 유산된 경우

착상을 거쳐 태아로 발달한 경우 민법상 태아로서 일정한 권리관계에서 권리주체로 인정될 수 있다. 특히 민사책임과 관련하여 태아에게도 민법 제762조<sup>52)</sup>에 의해 손해배상 청구권이 인정된다. 여기서 고려해야 할 요소는 크게 2가지다.

50) 이보다 더 참혹한(?) 폐기방법도 가능할 것이다.

51) 그 구체적인 내용에 대해서는 황만성, 「인간의 생식자와 배아의 법적 보호에 관한 연구」, 한양대 박사논문, 2002, 제98면 참조.

52) 제762조(손해배상청구권에 있어서의 태아의 지위) 태아는 손해배상의 청구권에 관하여는 이미 출생한 것으로 본다.

우선 태아가 살아서 출생하지 못하였다는 점에서 사산된 태아의 민사책임법적 보호가 검토되어야 한다. 이에 대해서는 아래 IV. 2. 나. 사산된 태아의 책임법적 보호의 부분에서 같이 다룬다.

둘째, 위법한 행위가 태아가 되기 전에 이미 이루어진 경우의 법적 처리가 문제된다. 이는 소위 출생 전 가해(vorgeburtliche Schädigung)의 문제에 해당되는데, 보통은 출생 전 가해행위가 있었으나 태아의 단계를 거쳐 출생한 경우에 출생한 자가 손해배상책임을 물을 수 있는지가 주로 다루어진다.<sup>53)</sup> 손해의 발생시점이 태아의 전 단계에서 발생했다는 점을 어떻게 고려할 것인가의 문제가 검토되어야 한다.

그러나 출생 전 가해행위가 있었으나 출산에 이르지 못하게 된 경우도 생각할 수 있다. 이때에는 앞서의 검토사유 외에도 태아가 살아서 출생하지 못하였다는 것의 책임법적 검토가 필요하다. 다수설과 대법원판례에 의하면 살아서 출생하지 못한 태아는 민법 제762조의 적용을 받지 못하여 태아는 불법행위책임을 물을 수 없다. 태아가 사산한 경우의 태아의 보호에 관한 민법 제762조의 적용범위의 해석에 관한 쟁점이 여기서 다시 검토되어야 한다.

다만 생식세포의 제공자는 불법행위책임을 물을 수 있으며, 임신부가 생식세포제공자와 다른 경우에는 별도로 임신부도 유산에 대하여 원인이 있는 자에게 손해배상책임을 물을 수 있다.

## (2) 배아가 출생에 이른 경우의 민사책임의 문제

다수설에 의하면 배아인 상태에서는 아직 생명권이 인정되지 않으며 따라서 이때에 가해진 불법행위에 대해서도 태아는 태아인 상태에서 권리주체가 되지 못한다.

그러나 이와는 달리 배아가 발달과정을 거쳐 출생했다면 사람으로서 권

53) 이에 대해서는 아래 (2)에서 같이 검토하도록 한다.

리능력을 취득하게 된다. 그런데 태아인 상태에서 가해진 불법행위에 대해서는 민법 제762조에 의해 손해배상청구권을 갖는다. 그러나 태아단계 이전에서 가해진 불법행위에 대해서 책임의 인정여부를 정한 명문의 규정이 없을 뿐만 아니라 이에 대하여 대법원이 명확한 견해를 밝힌 적도 없기 때문에 여전히 학리적 해석의 영역에 남아 있다.

비교법적으로 검토해볼 때, 독일에서 출생 전 가해행위 (vorgeburtliche Schädigung)에 대한 손해배상책임이 문제된 사건에서 이미 임신 전에 감염된 혈액을 수혈받은 모가 혈액감염된 아이를 출산한 경우에 아이에게 손해배상청구권을 인정하였다.<sup>54)</sup> 미국에서도 임신 전 상해 (Pre-conception injuries)의 문제를 다룬 몇 개의 판결이 있는데 서로 상이한 결론을 내리고 있다. 첫 번째 사례는 A가 B를 임신한 중에 甲제약회사가 만든 약을 복용하였고 B를 출산하였는데, B는 성인이 된 후 몇 번의 유산을 한 후에 C를 임신하였으나 조산하였다. 그런데 C는 뇌성마비와 다른 발달 장애를 갖고 태어났다면 B와 C가 甲제약회사를 상대로 제기한 소송에서 법원은 원고 패소판결을 내렸다.<sup>55)</sup> 다른 사건에서는 이와는 달리 잘못된 수혈을 받은 모가 9년 후에 아이를 임신하여 출산하였는데, 아이가 잘못된 수혈로 인한 손해배상소송에서 이를 인정하였다.<sup>56)</sup>

민법 제762조가 태아가 태아인 상태에서 가해진 불법행위에 대해서만 손해배상책임을 인정한다고 규정되어 있지 아니하므로 반대해석의 결과 태아 이전의 상태 즉 배아인 상태에서 가해진 불법행위에 대해서도 출생한 아이에 대한 손해배상책임을 인정된다고 해석해야 한다. 배아와 출생한 사람과의 동일성과 연속성을 인정할 수 있다는 점에서도 배아인 상태에서의 손해에 대해서 출생한 자는 책임을 물을 수 있다고 해석된다.<sup>57)</sup>

54) BGHZ, 8, 243, 247; BGHZ 58, 48, 50.

55) Enright v. Eli Lilly & Co., 570 N.E.2d 198 (N.Y. 1991).

56) Renslow v. Mennonite Hospital, 367 N.E. 2d 1250 (Ill. 1977).

57) 같은 취지, Larenz/Wolf, Allgemeiner TEil des Bürgerlichen Rechts, 8.Aufl. 1997, §5 II. 3. (S. 126ff.)

그리고 법리적으로는 이와 같은 해석이 법인의 경우 법인설립단계인 조합인 상태에서 한 법률행위의 효과(권리와 의무의 발생)가 법인에게 미치는 것과 같은 이치라고 할 것이다.

이러한 법리에 의하면 출생한 자와 동일성이 유지가 된다면 손해의 발생시점이 출생하기 전의 어느 시점에 발생하더라도 문제되지 않는다고 할 것이다. 민법 제762조의 태아의 지위에서 인정되는 손해가 아니다.

그러나 이와는 달리 손해는 불완전하게 출생한 사람에게 나타나게 되므로 손해배상청구의 대상이 되는 손해는 배아에게 발생한 것이 아니라 살아서 출생한 사람에게 끼친 손해라고 이해할 수도 있다.<sup>58)</sup> 따라서 민법 제762조에 적용되어야 할 사례에 해당되므로 살아서 출생한 경우에 손해배상청구권이 인정된다는 설명도 가능하다.

#### IV. 태아의 민사책임법적 지위

##### 1. 태아의 시기와 종기의 문제

착상이 된 이후부터는 태아로서의 지위를 획득하며 민법에서는 개별보호주의의 원칙에 따라 에게도 일정한 보호를 해주고 있다. 배아에게도 태아와 동일한 권리능력을 인정하는 견해에 따르면 배아가 언제부터 태아가 되는지에 대한 검토가 불필요하다. 그러나 배아와 태아는 동일한 정도로 보호받지 못한다고 보거나 배아에는 권리능력을 부정하는 견해에 따르면 배아가 태아의 시기가 중요한 의미를 갖는다. 나아가 태아와 출생이 완료된 사람과의 민사책임법적 보호를 달리한다는 판결례와 다수설의 견해에 따르면 태아의 종기도 중요한 의미를 갖는다고 할 것이다.

태아의 시기에 대해서는 착상설<sup>59)</sup>과 수정설<sup>60)</sup>의 대립된다. 착상설은

58) BGHZ 58, 48의 논지임. 이에 대한 반론으로는 MünchKomm-Schmitt, 4.Aufl., 2001, §1 Rn. 39. 참조.

수정에 의해 개체의 동일성이 발현되어 있다는 점에서 착상의 시점을 태아 시기로 파악한다. 그러나 착상설은 모체의 자궁에 착상되었을 때에 비로소 태아로 인정될 수 있다는 견해를 취한다.

생각건대 생명으로의 동일성을 갖추고 있다는 이유만으로 완성된 생명과 동일하게 보호될 수는 없다고 본다. 오히려 생명으로의 완성가능성을 기초로 하여 태아의 시기를 판단해야 할 것이다. 체외 인공수정과 냉동보관에 관련된 의료기술이 발달로 수정과 착상의 시점이 무한정으로 길어질 수 있을 뿐만 아니라 배아연구 등은 원천적으로 생명침해의 본질을 갖게 된다는 문제가 있을 것이다. 따라서 수정란의 상태만으로는 아직 태아로 인정하기는 어렵다고 할 것이다. 모체의 자궁에 착상이 되었을 때 비로소 생명으로의 완성가능성이 인정되어 태아의 지위를 취득하는 것으로 보는 착상설이 타당한다. 다만 자궁내막의 상피에 착상이 개시되는 시점과 자궁내막의 치밀층에 묻혀 모체의 혈관이 연결되어 착상이 완료되는 시점 사이에는 보통 1주일의 차이가 있을 수 있는데 착상설은 착상이 완료되는 시점이라고 보아야 할 것이다.

## 2. 태아의 민사법적 보호

### 가. 태아보호의 입법주의 (태아보호를 위한 민법의 태도)

#### (1) 개별보호주의

태아가 사람으로 발전할 가능성이 매우 높다는 점을 고려할 때 태아의 법적 보호가 필수적이다. 다만 태아의 그 보호의 방법과 정도에 대해서는 입법례마다 다르다. 스위스 민법 제31조 제2항과 같이 태아에게도 출생이 완료된 사람과 동일하게 보호하는 일반보호주의와 원칙적으로 권리능력을

59) 고상룡, 『민법총칙』, 법문사, 2003, 제84면; 박윤직, 『민법총칙』, 박영사, 1998, 제114면; 이은영, 『민법총칙』, 박영사, 2004, 제130면 등.

60) 김천수, “태아의 법적 지위”, 『비교사법』, 제10권 2호, 2003, 제34면 이하 참조. 이하의 수정설의 내용은 김천수 교수의 견해에 따른다.

부정하지만 개별적인 권리관계에서만 권리주체를 인정하는 개별보호주의가 있다. 독일민법,<sup>61)</sup> 일본민법<sup>62)</sup>과 마찬가지로 우리 민법도 이와 같은 개별보호주의는 틀 취하고 있다고 해석된다.<sup>63)</sup> 우리 민법이 태아에게 인정하는 법적 지위는 손해배상청구에 관해서는 민법 제762조서, 다시 상속능력과 관련해서는 민법 제1000조 제3항에서 인정하고 있다. 이하에서는 태아에 대한 불법행위시 태아의 손해배상청구권과 관련하여 논의하고자 한다.

## (2) 태아의 권리능력취득시기

태아의 권리능력의 취득시기와 관련하여 정지조건설과 해제조건설이 있다. 정지조건설<sup>64)</sup>은 태아인 상태에서는 태아에게 아직 권리능력을 부여하지 않으며 살아서 출생함을 조건으로 권리능력의 취득시기를 문제시점까지 소급하여 인정하게 된다. 이와는 달리 해제조건설<sup>65)</sup>은 아직 태아인 상태에서도 출생한 것으로 보아 권리능력이 인정되지만 사산되면 문제된 시점으로 소급하여 권리취득의 효과가 소멸하는 것으로 설명한다.

판례는 정지조건설을 취하면서 그 이유로는 현행법의 해석상 태아의 권리를 대행할 법정대리인 없다는 점을 근거로 하고 있다.<sup>66)</sup>

61) 독일민법 제1조에서 출생이 완료될 때 권리능력을 취득한다고 하여 출생이 완료되지 않은 태아에게는 원칙적으로 권리능력을 부정한다. 다만 예외적으로 개별적 권리관계에서 태아의 권리능력을 인정한다. 예컨대 제844조 제2항 2문에서 부양청구권의 침해로 인한 배상의무에 대해서는 권리능력을 인정하는 것이 그 예이다. 그러나 독일민법이 태아에게 보호에 부정적이라기보다는 오히려 개별조항을 통하여 가장 적절하게 태아를 보호할 수 있다는 생각을 갖고 있는 것으로 이해되어야 한다. Motive I, S. 29; MünchKomm-Schmitt, 4.Aufl., (2001) §1 Rn. 30.

62) 독일민법과 그 구조는 동일하다. 일본민법 제1조의3, 721조 등 참조.

63) 그러나 이러한 견해에 대해서 이의를 제기하는 견해로는 김천수, “태아의 법적 지위”, 『비교사법』, 제10권 2호, 2003, 제21면 이하; 사동천, “타인의 불법행위로 인한 태아의 손해배상”, 『중앙법학』, 제10집 제4호, 2008, 제33면 이하 참조.

64) 이화숙, “태아의 법률상 지위”, 『김형배교수화갑기념논문집』, 박영사, 1994, 제108면; 이영준, 『민법총칙』, 박영사, 2005, 제749면; 김주수·김상용, 『친족·상속법』, 법문사, 2008, 제517면.

65) 고상룡, 『민법총칙』, 법문사, 2003, 제82면; 박윤직, 『민법총칙』, 박영사, 1998, 제118면; 이은영, 『민법총칙』, 박영사, 2004, 제136면 등.

66) 대법원 1976.9.14. 선고 76다1365; 대법원 1982. 2.9 선고 81다534 등.

그러나 해제조건설에 의하면 현행법의 해석상으로도 태아의 법정대리인을 인정할 수 있다고 본다. 즉 명문의 규정이 없지만 이는 태아의 모가 당연히 법정대리인이 보기 때문에 명문의 규정이 없을 뿐이라는 견해,<sup>67)</sup> 미성년자의 법정대리제도에 준하여 처리할 수 있다는 견해가 제시되고 있다.<sup>68)</sup>

태아의 법적 보호를 위해서는 태아인 상태에서 권리를 행사할 수 있도록 해석하는 해제조건설이 유리하다고 할 것이다.

교통사고의 충격으로 태아가 조산되어 정상적으로 성장하지 못하여 사망한 사건<sup>69)</sup>에서 아이 태아에 대하여 불법행위로 인한 손해배상청구권을 인정하였다.

## 나. 사산된 태아의 책임법적 보호

### (1) 불법행위로 태아가 사망한 경우의 책임

태아에 대한 법률적 보호는 정지조건설이나 해제조건설에 따라 크게 달라지지 않는다. 오히려 더욱 큰 문제가 제기되는 점은 태아가 태아인 상태에서 사산하여 출생에 이르지 못하게 된 경우 태아의 보호는 전혀 불가능한지에 대한 의문이다.

특히 모체에 대한 불법행위로 태아가 장애를 갖기는 했지만 출생에 이르게 되었을 때에는 손해배상청구권이 인정되는 반면, 불법행위의 정도가 커서 태아가 사산된 경우에는 손해배상청구권을 부정하는 것은 태아의 보호에 있어서 평가모순에 있게 된다.

### (2) 헌법재판소 2008.7.31. 선고 2004헌바81 전원재판부의 결정 의사의 과실로 모체 내에서 사망하여 태아의 부모가 태아의 사망을 원

67) 고상용, 『민법총칙』, 법문사, 2003, 제82면.

68) 이은영, 『민법총칙』, 박영사, 2004, 제137면.

69) 대법원 1968.3.5. 선고 67다2869.



인으로 태아 자신의 손해배상청구권이 있고 그 청구권을 상속했음을 이유로 의사 측을 상대로 손해배상청구소송을 제기하였으나 원심 및 항소심에서 기각되었고 대법원 2004다29170에서도 상고기각 되었다. 이 와중에 민법 제3조와 민법 제762조는 태아의 기본권을 침해함을 이유로 헌법소원 심판을 청구한 사건이었다.

이 사건에서 다수의견은 민법 제762조의 문언해석에 의하면 사산된 태아의 손해배상청구권도 인정될 수 있지만, 이 조항의 해석에 민법 제3조의 해석을 함께 적용하고 있어 최종적으로 부정된다고 보았다. 민법 제762조의 출생의제조항을 민법 제3조에 비추어 해석해 왔고, 이러한 법원의 해석은 확립된 판례이론이며, 국가에 태아의 보호조치의무가 있지만 태아를 위하여 민법상 일반적 권리능력까지도 인정하여야 한다는 헌법적 요청이 도출되지 않는다고 해석하였다.

소수의견은 특별규정인 민법 제762조가 적용되는 경우에는 일반규정인 민법 제3조는 적용되지 않아야 하며, 불법행위로 태아가 사망한 경우에는 태아의 손해배상청구권을 부정하는 법률해석은 태아의 존엄과 가치를 보호하려는 민법 제762조의 취지를 축소시켜서 헌법 제10조에 의하여 보장되는 태아의 존엄과 가치를 침해하는 것이므로, 태아가 살아서 출생한 경우에만 민법 제762조가 적용된다고 해석하는 것은 헌법 제10조에 위반된다고 파악했다.

헌법재판소 결정의 다수의견은 종래의 대법원과 다수설이 취해온 입장과 크게 다르지 않다.

논의의 핵심은 민법 제762조를 민법 제3조의 특칙으로 인정할 것인지의 문제에 있다.

다수의견에 따르면 양 규정은 특칙관계에 있는 것이 아니므로 동시에 적용될 수 있다고 본다. 즉 민법 제3조에 의해 생존한 동안에만 권리의무의 주체가 되므로 태아인 상태에서는 아직 권리의무의 주체가 되지 않기 때문에, 민법 제762조에 의해 태아에게도 손해배상청구권을 인정하더라도

살아서 출생하는 것이 전제조건이 된다고 해석한다.

소수의견에 따르면 민법 제762조가 민법 제3조의 특칙이므로 태아의 손해배상청구권과 관련해서는 민법 제3조의 적용이 배제되며, 태아에게 손해배상청구권이 인정된다. 살아서 출생할 것을 요구할지는 해석의 문제에 달려있는데 태아의 생명권의 보호필요성, 출생여부에 따른 태아보호 방법의 차이는 법적 안정성을 해친다는 점을 고려하여 사산된 태아에게도 손해배상청구권이 인정된다는 것이다. 이러한 소수의견의 입장과 같은 견해를 취하는 학설도 있다.<sup>70)</sup>

이러한 쟁점은 근본적으로 태아의 권리취득시기에 대한 정지조건설과 해제조건설에 따라 달라지지는 않는다.

### (3) 검토

이 문제는 다음의 두 가지 경우를 분리하여 검토해야 할 것으로 생각된다. 태아는 생명으로의 완성가능성이 높다는 점에서 민사책임법적으로도 보호되어야 함에는 틀림없다. 보호의 방법에 있어서 민법 제3조의 생존의 의미에 배아나 태아까지 포함하여 해석할 수는 없다. 완성된 생명(사람)과 완성중인 생명이 완전히 동일하게 보호하지 않겠다는 민법의 취지는 고려되어야 한다. 그러나 현재결정과 다수설의 접근방법은 태아의 보호에 적절치 않다. 따라서 개별보호주의를 취한 입법자의 의사도 존중하면서 사산된 태아의 보호가 가능한 해석론을 검토해 보아 다음과 같은 견해를 취한다.

태아에게 가해진 불법행위를 이유로 손해배상이 문제될 때에는 사산된

70) 김천수, “태아의 법적 지위”, 『비교사법』, 제10권 2호, 2003, 제40면 이하; 사동천, “타인의 불법행위로 인한 태아의 손해배상”, 『중앙법학』, 제10집 제4호, 2008, 제62면 이하 참조. 그러나 김천수 교수는 더욱 적극적으로 태아도 민법 제3조의 사람의 개념에 포섭될 수 있다고 봄으로서 제762조를 민법 제3조의 특칙이라는 결론에 관계없이 태아가 보호된다는 입장을 취한다는 점에서 위의 소수의견과 동일하다고는 할 수 없다. 김천수, 위의 논문, 제49면 이하 참조.

태아에게도 손해배상청구권이 인정된다. 예컨대 교통사고로 모체에 있던 태아가 사산에 이르게 된 경우이다. 이때에는 불법행위에 의해서 태아의 출생가능성이 차단되었음에도 불구하고 출생이 배제되었다는 사유가 불법행위자의 배상책임을 감경하여 오히려 유리한 결과를 야기하도록 해석되어서는 안 된다. 이를 위해서는 해석론적으로 적어도 불법행위자에 대해서는 태아의 출생여부와 관계없이 태아에게 손해배상책임을 물어야 할 것이다. 이러한 해석에 의하면 불법행위로 사산된 태아에게 위자료청구권과 일실소득에 대한 손해배상청구권이 인정되면 상속에 의해 그 직계존속은 이와 같은 손해배상청구를 할 수 있을 것이다.

다만 출생의제는 당해 불법행위자에 대한 관계에서만 유지되는 것이므로, 이와는 별도의 상속 등의 다른 법률관계에서는 여전히 사산된 태아이므로 민법 제3조에 의하여 여전히 권리능력이 없다고 할 것이다.

이러한 견해는 손해배상청구권과 관련해서도 불법행위자의 이해관계와 무관한 경우에는 사산된 태아에게 권리능력이 부여되지 않는다. 부 또는 모의 생명침해를 이유로 한 제752조의 위자료청구권을 행사할 때에는 사산된 태아에게 손해배상청구권이 부정된다. 예컨대 부의 사망 시 태아였지만 아직 출생 전에 자연적 사유로 유산이 된 경우라면 현재결정이나 다수설과 같이 태아에게는 제752조의 위자료청구권을 인정하지 않게 된다.

## V. 결 론

지금까지 인간의 연원이 될 수 있는 시점을 정자와 난자와 같은 생식세포로 잡고 수정을 통한 배아의 형성, 착상을 통한 태아에 이르기까지를 시간적 관점에서 접근하여 살펴보았다.

의료기술의 발전으로 인공수정이 더욱 보편화되어 가는 현대에 인간생명의 존중이 필요한 범위와 방법에 대해서는 다양한 견해가 가능하다. 태

아뿐만 아니라 배아를 출생한 인간과 동일한 정도로 보호되어야 하며 민법상 권리주체가 될 수 있도록 해야 한다는 견해에서부터 배아는 특수하지만 여전히 물건성의 본질을 갖고 있으며 나아가 태아도 매우 제한적인 범위에서만 권리능력을 인정하는 견해까지 다양하게 제시되어 있다.

인간존중의 이념은 민법에서도 여전히 존중되어야 한다. 민사책임법적 관점에서도 생명존중 사상은 생명의 연원인 생식세포와 배아의 강력한 보호가 필요하다. 그러나 그 존중의 의미와 내용이 배아를 출생이 완료된 사람과 동일하게 취급해야 함을 의미하는 것은 아니다.

배아나 생식세포의 민사적 보호와 관련하여 생명존중의 이념을 실현하는 직접적 해당규정이 없고 또 해석론이 한계에 이르게 되면 입법적 개선이 불가피하다. 그러나 성급한 입법론을 제시하기 보다는 현재의 민사책임법의 해석을 통하여 조화로운 해석이 가능한지를 먼저 신중히 검토해야 할 것이다.

이러한 점에서 사산된 태아보호에 관한 기존 판례의 입장은 면밀한 재검토가 필요한 시점이라고 판단된다.

주제어 : 배아, 태아, 제외수정, 생식세포, 생명권

[ 참 고 문 헌 ]

1. 국내문헌

- 고상룡, 『민법총칙』, 법문사, 2003.
- 고정명, “체외수정에 대한 법적소고”, 『가족법연구』, 제6호, 1992.
- 곽윤직, 『민법총칙』, 박영사, 1998.
- 권복규, “배아복제의 윤리적 문제점”, 『의료법학』, 제2권 제2호, 2001.
- 권태호, “생명탄생과정에서의 인위적 개입과 법적통제-체의 인공수정에 관한 형사법적 통제를 중심으로”, 『생명문화총서』, 제3집.
- 김민중, “사후수정(사후포태)의 입법론적 고찰”, 『가족법연구』, 제19권 2호, 2005.
- 김민중, “생명윤리와 민법”, 『저스티스』(통권 제65호), 2002.
- 김주수·김상용, 『친족·상속법』, 법문사, 2008.
- 김천수, “人工受精에 관한 法的 考察”, 『의료법학』, 제2권 제2호, 2002.
- 김천수, “태아의 법적 지위”, 『비교사법』, 제10권 2호, 2003.
- 문국진, “인공수정의 법의학적 문제(중)”, 『법률신문』, 제1160호, 1986.
- 민병로, “인간의 존엄과 미출생 생명의 헌법상 지위”, 『공법연구』, 제35집 제3호, 2007.
- 박동진, “냉동보관중인 정자의 훼손에 대한 민사법적 평가”, 『의료법학』, 제3권 제1호, 2002.
- 박은정, 『생명공학시대의 법과 윤리』, 이화여자대학교 출판부, 2000.
- 박홍래, “수정란의 민사법적 지위”, 『법률행정논총』, 제21집 제2호, 전남대 법률행정연구소, 2001.
- 백태승, 『민법총칙』, 법문사, 2000.
- 사동천, “타인의 불법행위로 인한 태아의 손해배상”, 『중앙법학』, 제10집 제4호, 2008.
- 이영준, 『민법총칙』, 박영사, 2005.
- 이은영, 『민법총칙』, 박영사, 2004.
- 이희숙, “태아의 법률상 지위”, 『김형배교수회갑기념논문집』, 박영사, 1994.
- 정규원, “인간배아복제의 법적 문제”, 『의료법학』, 제2권 2호, 2002.

주간동아, “[최영철 기자의 클리닉 토크 TALK!] 50% 이상 성공률 ... 시험관  
아기 ‘희망’을 보다”, 2009, 4.28.

황만성, “생식자의 매매에 관한 법적 문제”, 『의료법학』, 제3권 제1호, 2002.

황만성, 「인간의 생식자와 배아의 법적 보호에 관한 연구」, 한양대 박사논문,  
2002.

금동익 譯, “체외배아의 지위”, 『법무자료 제79집 인공수정의 법리』(John A.  
Robertson 著), 법무부, 1987.

## 2. 외국문헌

David B Rensilk. “The Commodification of Human Reproductive Materials”,  
East Carolina University, USA, Journal of Medical Ethics, 1998.

Deutsch, Medizinrecht, 4. Aufl., 1998.

Erman: Handkommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 1. Band, §§ 1-853, 10.  
Aufl., Münster, 2000.

Erman-Michalski, BGB, 10. Aufl., 2000.

Forkel, Verfügungen über Teile des menschlichen Körpers, JZ, 1974.

Giesen, Arzthaftungsrecht, 1995.

Gropp, Ersatz- und Zusatzimplanat, JR, 1985.

Larenz/Wolf, Allgemeiner TEil des Bürgerlichen Rechts, 8. Aufl., 1997.

Laufs/Reiling, Schmerzensgeld wegen schuldhafter Vernichtung deponierten  
Spermas?, NJW, 1994.

Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 1, Allgemeiner  
Teil (§§ 1-240), 4. Aufl., München, 2001.

Nixdorf, Zur ärztlichen Haftung hinsichtlich entnommener Körpersubstanzen:  
Körper, Persönlichkeit, Totenfürsorge, VersR, 1995.

Palandt: Bürgerliches Gesetzbuch, 62. Aufl., München, 2003.

Schnorbus, Schmerzensgeld wegen schuldhafter Vernichtung von Sperma, JuS,  
1994.

Schünemann, Die Rechte am menschlichen Körper, 1985.

Staudinger-Dilcher, 13. Aufl., 1995.

Staudinger-Hager, BGB, 13. Aufl., 1999.

Taupitz, Der deliktsrechtliche Schutz des menschlichen Körpers und seine Teile, NJW, 1995.

## Study of the Civil Liability for Unborn Life

Park, Dong Jin

*Yonsei Law School*

### **=ABSTRACT=**

Owing to the development of Biotechnology, the involvement of humans in life before birth has been increasing. This means the need for the protection of unborn life takes on new importance. The respect for life and human beings which is based on fundamental constitutional principle should still be respected under civil law.

This study examines how methods of respect for life are embodied in civil liability law. In particular, it enunciates the protection of unborn life within time-flow. Lastly, it studies the instruments of the civil liability law and the extent of protection for a fetus from the process of fertilization of an ovum by a sperm, development into an embryo and implantation. Especially, it looks into when and how the subject of the right changes. Besides, it critically scrutinizes the opinions of leading case lawyers and the Constitutional Court which conclude that, in order for a fetus to become the subject of Damage law, it is required to be born alive to comply with precedent. Furthermore, it suggests an alternative interpretation theory.

Keywords : Embryo,Fetus,gamete,right to life, externalfecundation
---