

# 배아연구와 불법행위책임

서 중 희\*

- I. 들어가는 말
- II. 위법성 인정 여부: 배아연구의 한계
  - 1. 실정법상 한계
  - 2. 사회질서상 한계
  - 3. 비교법적 검토
- III. 침해법익
  - 1. 배아 자체에 대한 침해
  - 2. 배아생성자의 법익침해
- IV. 배상되는 손해의 종류 및 손해배상의 범위
  - 1. 재산적 손해
  - 2. 정신적 손해
- V. 맺는 말

## I. 들어가는 말

나폴레옹은 “정치가 우리의 운명이다”라고 하였고, Hans Jonas는 “기술이 우리의 운명이다”라고 하였다. 오늘날 우리에게 “생명정치가 운명이다”는 말이 어색하지는 않을 정도로 생명정치가 21세기 각국의 이익관계에서 가장 중요한 이슈가 되었다.<sup>1)</sup> 이런 맥락에서 우리 「생명윤리 및 안전에

\* 논문접수: 2011. 4. 20. \* 심사개시: 2011. 5. 10. \* 게재확정: 2011. 6. 10.

\* 연세대학교 법과대학 박사수료(민법 전공)//연세대학교 법학연구소 연구위원

1) Shinichiro MORINAGA, The Current Debate on Human Embryo Research and Human Dignity, *Journals of Philosophy and Ethics in Health Care and Medicine*, No.3, July 2008, p. 4. 2000년 초를 기준으로 80개의 상장기업을 포함해 350개 이상의 기업이 세계 곳곳에서 줄기세포연구 및 줄기세포이용을 행하고 있다(Döhmen/Reis, DÄBL, 2002, S. A-

관한 법률(이하, ‘생명윤리법’으로 칭함)<sup>2)</sup>은 “생명과학기술에 있어서의 생명윤리 및 안전을 확보하여 ① 인간의 존엄과 가치를 침해하거나 인체에 위해를 주는 것을 방지하고, ② 생명과학기술이 인간의 질병 예방 및 치료 등을 위하여 개발·이용될 수 있는 여건을 조성함으로써 국민의 건강과 삶의 질 향상에 이바지함”을 목적으로 하여, 일정한 조건하에 ‘배아의 형성’ 및 ‘잔여배아<sup>3)</sup>’에 대한 연구를 허용한다(생명윤리법 제13조 제1항, 제17조 등). 또한 국가생명윤리심의위원회는 2009년 4월 29일, 차병원이 신청한 인간체세포핵이식복제배아줄기세포연구<sup>4)</sup>에 대해 생명윤리계와 보건복지가족부의 추천을 받아 기관생명윤리심의위원회(IRB)에 생명윤리 전문가를 보강한다는 등의 조건과, 동물실험을 병행하여 인간 난자 사용량을 최소화 하라는 등의 권고사항을 전제로 조건부 승인하였다.<sup>5)</sup> 배아연구와 관련하

2680)는 것을 감안하면 2011년 오늘의 줄기세포연구실태를 예측할 수 있을 것이다.

- 2) 생명윤리법에 관련된 규정의 소개는 정규원, “생명윤리 및 안전에 관한 법률’에 관한 검토,” 『가족법연구』, 제19권 제2호, 2005, 제7면 이하; 김장한, “생명윤리및안전에관한법률’의 분석”, 『생명윤리』, 제5권 제1호(통권 제9호), 한국윤리학회, 2004, 제1면 이하 참조. 정부는 몇 차례의 일부개정을 거친 생명윤리법에 지적되었던 문제점과 법률이 발효된 이후의 사회 변화를 감안하여, 전부개정안을 2010. 10. 29. 입법예고하였다. 보건복지부공고 제2020-87호.
- 3) 생명윤리법 제2조에 의해 ‘잔여배아’라 함은 인공수정으로 생성된 배아 중 임신의 목적으로 이용하고 남은 배아를 말한다.
- 4) 이 연구는 2007년 11월, 미국과 일본 연구자들에 의해 인간 iPS(induced Pluripotent Stem cell: 소위 ‘유도된 만능 줄기세포’)창조 기술이 성공적으로 이루어지면서 촉진되고 있다. 이 기술은 특정유전자가 삽입되어 리프로그래밍된 체세포로부터 만능줄기세포를 만드는 기술이다. 이는 난자를 수백, 수천 개 쓰면서도 결국 제대로 된 체세포 복제 줄기세포를 못 만드는 경우를 피할 수 있어서 수정란·배아 파괴의 문제, 난자 획득과 같은 윤리적 문제를 피할 수 있다는 장점을 가진다(Shinichiro MORINAGA, op. cit., p. 3). 유도만능줄기세포에 대한 자세한 설명은 황동연, “역분화만능줄기세포(iPS; induced Pluripotent Stem cell)”, *Molecular and Cellular Biology News*30, Vol.20., No.1, March 2008, 제25면 이하 참조. 우리나라의 치바이오엔디오스텍에서는 Rh-와 0형 혈액의 체세포에서 만능역분화 줄기세포를 유도해서 안전한 인공혈을 만드는 방법이 개별 연구종이라고 한다. 『한국경제』, 2010년 9월 29일 수요일, H9면.
- 5) 김은애, “출생 전 생명에 대한 헌법적 고찰-태아 및 배아의 생명권과 그 제한을 중심으로-”, 『의료법학』, 제10권 제1호, 2009, 제40면 각주 6 참조. 더욱이 우리나라에서는 대리모에 관한 입법이 만들어지지 않은 상태에서 대리모계약이 암암리에 이루어지고 있다. 대리모에 대한 입법적 정비 없애도 불구하고 현실적으로 대리모계약이나 대리모 시술이 이루어지고 있다는 것은 많은 문제점을 발생시키며, 대리모 시술 후 남은 잔여배아에 대한 처리가 어떻게 이루어지는 것 또한 알 수 없는 상태이다.

여 우리나라에서는 인간의 존엄성과 관련된 법적 보호 문제 및 윤리적 갈등 문제 등과 관련하여 헌법적, 법철학적, 생명윤리적인 논의가 활발히 이루어졌다. 최근에는 생명윤리법 제13조 제1항 등의 위헌확인이 헌법소원으로 제기되었고 헌법재판소 2010.5.27. 선고 2005헌마346 전원재판부 결정(이하에서는 '2010년 헌재결정'으로 칭함)에서 배아의 보호가치 및 배아생성자의 자기결정권 등을 확인하면서도 생명윤리법 조항을 합헌으로 판단하였다.<sup>6)</sup> 그러나 아직까지 우리나라에서는 배아연구와 관련된 민사책임이 분쟁화되어 문제된 적이 없으며, 학계에서도 이와 관련한 민사법적 논의는 미미한 상태이다. 이러한 점을 감안하여 본 논문은 우리나라 생명윤리법상 배아연구와 관련된 규제 등을 확인해 보고, 이러한 규제를 위반한 배아연구로 인해 침해되는 법익이 무엇인지, 민법상 불법행위가 성립하는지, 성립한다면 손해배상은 어떠한 방법으로 이루어질 것인지에 대해서 확인해보고자 한다.<sup>7)</sup>

## II. 위법성 인정 여부: 배아연구의 한계

우리민법 제750조는 고의, 과실로 인한 위법행위로 타인에게 손해를 발생케 하였을 때 불법행위를 인정하며, 성립요건으로 가해행위의 위법성(違法性)이 요구된다. 위법성이라 함은 가해행위가 법질서에 반하는 것을 말한다. 다시 말하면 가해행위에 그 정당성이 인정되지 아니하는 경우를 말한다.<sup>8)</sup> 위법성의 평가는 손해의 공평타당한 분담이라는 불법행위법의 목적

6) 이 결정에 대한 자세한 설명은 서중희, “배아연구와 인간의 존엄과 가치-헌재 2010.5.27. 선고 2005헌마346 전원재판부 결정에 대한 검토-”, 『원광법학』, 제27권 제1호, 2011, 제243면 이하 참조.

7) 불법행위책임의 성립에서 주로 문제되는 것은 위법성에 대한 판단과 배상되는 손해의 종류가 될 것이다.

8) 김상용, 『채권각론』, 화산미디어, 2009, 제627~628면; 이은영, 『채권각론』, 박영사, 2007(제5판), 제801면; 김증한·김학동, 『채권각론』, 박영사, 2006(제7판), 제781면.

에 비추어 객관적으로 행해지며, 평가기준이 되는 것은 실정법 질서 및 기타 사회질서가 된다.<sup>9)</sup> 또한 위법성을 판단함에는 피침해이익의 종류와 침해행위의 태양을 상관적으로 고려해야 한다. 만일 피침해이익이 물권이나 기타 절대권이 침해된 경우에는 침해행위의 태양을 고려함이 없이 위법성이 인정되지만, 채권과 같이 상대적 권리가 침해된 경우에는 폭행이나 감금 등 반사회적인 행위를 통하여 행해진 경우에 위법성이 인정된다.<sup>10)</sup> 후술하겠지만 배아연구는 배아생성자의 특수한 물권과 인격권을 동시에 침해한다는 점에서 피침해이익의 권리성이 공고하여 침해행위의 위법성이 약하더라도 가해행위는 위법성이 인정되어 불법행위를 구성하게 될 것이다.<sup>11)</sup> 그러나 인격권 등이 침해되는 경우에도 위법성이 조각되는 경우에는 불법행위가 성립하지 않는다.<sup>12)</sup> 예를 들어, 법률에서 권리침해를 허용하는 경우에는 정당행위에 해당하여 위법성이 조각된다.<sup>13)</sup> 헌법재판소도 배아생성자의 자기결정권(인격권)도 일반적인 기본권 제한의 경우와 마찬가지로 국가안전보장·질서유지 또는 공공복리를 위하여 필요한 경우에는 그 본질적 내용을 침해하지 않는 범위 내에서 법률로써 제한이 가능함을 강조하면서 생명윤리법상 여러 규정 등은 배아생성자의 자기결정권을 법률로써 합리적으로 제한한다는 점에서 합헌으로 판단하였다.<sup>14)</sup> 따라서 배아연구가 불법행위가 되기 위해서는 생명윤리법, 민법 제103조, 이와 관련된 기타 법률 및 사회질서의 한계를 위반하는 경우에 위법성이 인정될 것이다.

9) 이은영, 전계서, 제801면.

10) 김중환·김학동, 전계서, 제786면.

11) 김중환·김학동, 전계서, 제786면. 불법적인 배아연구의 유형과 방법은 연구기관이 추구하는 목적, 연구기관이 가지는 은밀성 때문에 다양할 것으로 생각된다.

12) 김상용, 전계서, 제634면.

13) 이은영, 전계서, 제804면; 김중환·김학동, 전계서, 제792면.

14) 헌법재판소 결정의 의미는 생명보호와 생명과학적 연구의 필요성 간의 긴장관계를 합리적으로 조화시켰다는 점, 배아생성자의 배아결정권을 인정하여 무분별한 연구목적 이용 등을 통제할 여지를 남겨 주었다는 점, 배아관리 및 연구에 있어 헌법적 가치질서가 준수되어야 함을 확인하였다는 점 등에서 의미가 있는 것으로 평가된다.

## 1. 실정법상 한계

### 가. 생명윤리법상 한계

#### (1) 목적상의 한계

생명윤리법 제1조에 의하면 생명윤리법은 “생명과학기술에 있어서의 생명윤리 및 안전을 확보하여 ① 인간의 존엄과 가치를 침해하거나 인체에 위해를 주는 것을 방지하고, ② 생명과학기술이 인간의 질병 예방 및 치료 등을 위하여 개발·이용될 수 있는 여건을 조성함으로써 국민의 건강과 삶의 질 향상에 이바지함”을 목적으로 한다.<sup>15)</sup> 따라서 배아연구가 허용되는 경우에도 이 두 가지 목적을 벗어날 수 없다. 그러나 생명윤리법상 목적은 애당초 연구를 허용하는 것을 원칙으로 하면서 예외적으로 인간의 존엄성이라는 잣대를 기준으로 연구에 제한을 가하는 것으로 이해될 소지가 있다.<sup>16)</sup> 이런 문제의식에서 2009년 발의된 일부개정안 및 2010년 전부개정안은 “인간의 존엄과 가치를 침해하거나 인체에 위해를 주는 것을 방지하는 것”만을 목적으로 하고 있다.<sup>17)</sup>

#### (2) 내용상의 한계

생명윤리법 제13조에 의해 배아생성은 임신이외의 목적으로 생성할 수 없다. 생명윤리법 제2조에 의해 “배아”라 함은 수정란 및 수정된 때부터 발생학적으로 모든 기관이 형성되는 시기까지의 분열된 세포군을 말하는데,

15) 생명윤리법은 생명과학기술을 생명윤리의 기본원칙에 따라 이용하도록 통제하는 사회적 규범이면서 생명과학기술의 위험을 관리하기 위한 중요한 기준이 된다. 홍정화, 『생명윤리 및 안전에 관한 법률과 유전자 윤리』, 『생명윤리』, 제11권 제1호(통권 제21호), 2010, 제63면.

16) 후술하겠지만 독일 또한 줄기세포법에서 배아줄기세포의 수입을 원칙적으로 금지하면서, 예외적으로 ‘고도의, 대체 불가능한, 윤리적으로 정당한 연구계획’을 위해서 몇 가지 제한을 조건으로 수입을 허용하고 있는데 이를 보여주는 식 입법으로 이해하기도 한다. Merkel, Forschungsobjekt Embryo, München 2002, S. 217.

17) 생명윤리 및 안전에 관한 법률 일부개정법률안(이영애의원 대표발의, 2009.12.7.); 생명윤리 및 안전에 관한 법률 전부개정법률안(정부제출, 2010.10.29.).

연구가 가능한 경우는 생명윤리법 제17조에 의해 세 가지 조건을 충족시켜야 한다. 첫째, 인공수정으로 생성된 배아 중 임신의 목적으로 이용하고 5년이라는 배아의 보존기간이 경과된 잔여배아야만 한다.<sup>18)</sup> 둘째, 발생학적으로 원시선이 나타나기 전까지에 한하여 체외에서 연구되어야 한다.<sup>19)</sup> 셋째, 생명윤리법 제17조 각호에서 정한 연구여야만 한다.<sup>20)</sup> 그 이외에도 생명윤리법 제22조 등은 희귀·난치병의 치료를 위한 연구목적으로 체세포핵이식행위를 할 수 있도록 하고, 체세포핵이식행위를 통하여 생성된 체세포복제배아<sup>21)</sup>에 대하여 연구·폐기를 허용하면서, 생명윤리법 제11조에 의해서 체세포복제배아를 자궁에 착상시켜서는 아니 되며, 착상된 상태를 유지하거나 출산하여서는 아니 된다. 그리고 생명윤리법 제12조 1항에 의해 인간의 배아를 동물의 자궁에 착상시키거나 동물의 배아를 인간의 자궁에 착상시키는 행위를 하여서는 아니 된다.

### (3) 배아생성자의 동의에 의한 제한

배아를 생성하기 위해서는 충분한 설명을 받은 배아생성자의 사전서면동의가 있어야 한다(생명윤리법 제15조). 서면동의에는 1. 배아생성의 목적에 관한 사항, 2. 배아의 보존기간 그 밖에 배아의 보관에 관한 사항, 3. 배아

18) 물론 보존기간을 5년 미만으로 정한 잔여배아를 이용하고자 하는 경우에는 동의권자로부터 해당 목적으로의 이용에 대하여 새로이 동의를 받아야 한다(생명윤리법 제17조 1항 단서). 일부견해는 단서규정에 의하여 배아연구에 긍정적인 입장을 가진 동의권자가 배아의 보존기간을 매우 짧게 정한 후 배아연구에 사용될 개연성을 높이는 문제점을 지적하기도 한다. 홍석영, “생명윤리및안전에관한법률에 대한 비판적 검토”, 『생명윤리』, 제5권 제1호(통권 제9호), 2004, 제18면.

19) 일반적으로 원시선의 출현 후부터 각 세포들이 구체적인 신체기관으로 성장하기 시작한다. 김해경, 전계논문, 제153면. 홍석영, 상계논문, 제18면에서는 수정 후에 진행되는 모든 과정이 인간생명의 발생과정이라는 점에서 원시선의 출현을 기준으로 배아연구의 허용가능성을 판단하는 것은 문제가 있다고 본다.

20) 생명윤리법 제17조에 의해 허용되는 연구는 1. 불임치료법 및 피임기술의 개발을 위한 연구, 2. 근이영양증 그 밖에 대통령령이 정하는 희귀·난치병의 치료를 위한 연구, 3. 그 밖에 제1호와 제2호에 준하는 연구로서 대통령령으로 정하는 연구이다.

21) 체세포복제배아라 함은 체세포핵이식행위에 의하여 생성된 배아를 말한다(생명윤리법 제2조 참조).

의 폐기에 관한 사항, 4. 임신외의 목적으로 잔여배아를 이용하는 것에 대한 동의여부, 5. 동의를 철회, 동의권자의 권리 및 정보보호 그 밖에 보건복지부령이 정하는 사항 등이 포함되어야 한다. 이처럼 생명윤리법 제17조 제1호 등이 잔여배아를 연구 등으로 이용할 경우 정자·난자 제공자로부터 동의를 얻도록 규정하고 있기는 하지만, 인공수정배아 생성에 관한 동의시, 위 동의 여부도 함께 표시하도록 함으로써 불임으로 간절히 인공수정배아 생성을 원하는 배아생성자들에게 사실상 동의를 강제하는 것으로 이해할 수 있다.<sup>22)</sup> 그러나 헌법재판소는 배아생성자가 연구시작 전 그 동의를 언제든지 철회할 수 있다는 점에서 배아생성자의 의사에 반하지 않는다고 보았다.<sup>23)</sup>

#### 나. 민법 제103조 및 기타 법률상 한계

배아를 특별한 물건으로 보게 되는 경우에 이와 유사한 성격의 물건에 대해 규율하고 있는 장기 등 이식에 관한 법률 등을 고려할 필요가 있다. 물론 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, 혈액관리법 제3조 등에서 매매행위를 금지한다. 그러나 무상의 증여행위는 인정하고 있다.<sup>24)</sup> 즉 우리 실정법은 혈액이나 장기 등의 권리의 객체성을 인정하면서 신체의 일부라는 특성상 대가적 급부있는 처분을 금지한다.<sup>25)</sup> 생명윤리법에서도 제한된 범위이지만 그 양도 등을 허용하고 있는 것은 권리의 객체로서의 성격을 인정함을 전제로 하였음을 알 수 있다.<sup>26)</sup>

22) 이는 '2010년 현재결정'에서 청구인들이 헌법소원을 주장하는 근거이기도 하다.

23) '2010년 현재결정' 참조.

24) 물론 장기등 이식에 관한 법률 제3조 제2호에서 장기 등을 대가없이 제공하는 것은 허용한다.

25) 박동진, "출생 전 생명에 관한 민사법적 고찰", 『의료법학』, 제10권 제1호, 2009, 제91면.

26) 박동진, 상계논문, 제91면.

## 2. 사회질서상 한계

실정법질서를 위반하지 않았다 하더라도, 국민적 합의에서 도출되는 사회질서를 위반한 경우에는 위법성이 인정될 수 있다. 배아연구를 허용하는 우리사회에 견지할 만한 국민적 합의가 있었는지를 확인하는 것은 중요하다. ‘2010년 현재결정’이 생명윤리법이 위헌인지여부를 판단하면서 보건복지부장관의 의견, 교육과학기술부장관(2008. 2. 29. 법률 제8852호 정부조직법 개정으로 부처가 과학기술부에서 교육과학기술부로 변경되었다)의 의견, 국가생명윤리심의위원회의 의견, 그리고 법무부장관의 의견 등을 수렴하였다는 점에서 의의가 있으나 구체적으로 배아연구를 허용하는 국민적 합의가 어디까지인지에 대해서는 알 수 없다. 우리나라보다 더 오래전부터 배아연구에 대해 입법이 마련된 나라들의 입장을 간단히 살펴보고 그들 국가에서 마련한 생명윤리원칙을 우리가 위법성 판단기준으로 활용할 수 있을 것인지를 고려해 보아야 한다. 예를 들어 미국은 생명윤리원칙으로 자율성, 정의, 선행, 악행금지를 기본원칙으로 한다. 반면에 유럽은 더 다양한 방식의 원칙을 가지고 다양한 방법으로 규제되지만, 일반적으로 자율성, 인간존엄성, 진실성, 취약성(vulnerability)을 원칙으로 둔다.<sup>27)</sup> 우리의 경우에도 생명윤리법 등에 이러한 원칙이 직접적으로 명시되어 있지 않지만 연구의 목적이나 내용 등에 대한 범위설정에 있어 하나의 해석기준으로서 역할을 담당할 것이다

## 3. 비교법적 검토

유럽과 미국 등에서는 이미 오래전부터 배아연구에 대해서 격렬한 토론이 진행 중에 있으며, 다양한 방법들로 규제되고 있다. 대충 규제방법은 관대한, 온건한, 또는 엄격한 접근법으로 구별될 수 있는데, 이들 규제의 기

---

27) Shinichiro MORINAGA, *op. cit.*, p. 4.



저에는 배아의 지위, 연구의 목적, 남용의 위험, 미끄러운 경사길에 관한 논의와 금지 논의 등 다양한 기준이 존재한다. 이러한 논의들은 인간(human being), 인격(person), 잠재력, 그리고 인간존엄성에 대한 다른 개념을 채택하고 있다. 채택된 개념들과 이들 논의들의 다양한 조합은 서로 다른 규제들의 철학적 근거를 형성한다.<sup>28)</sup> 따라서 배아연구와 관련하여 각국의 정치이념 및 생명윤리원칙이 어떠한 철학적 근거를 가지고 해석하느냐에 따라 배아연구의 한계범위는 상당히 다르다.

### 가. 각국의 통제방법

전세계적으로 각국이 착상 전 배아의 본질을 어떻게 보는지는 명확하지 않다. 다만 입법적으로 배아연구에 대해 어떠한 태도를 보이는지를 통해 기본적인 방향을 유추할 수 있을 뿐이다. 오스트리아, 노르웨이, 아일랜드에서는 배아에 대한 연구를 법률상의 명문으로 금지하고 있다.<sup>29)</sup> 독일은 연방헌법재판소가 착상 전 배아의 기본법상의 지위에 대해 명시적으로 입장을 표명하지 않고 있으나,<sup>30)</sup> 1990년 12월 13일에 제정된 배아보호법(Gesetz zum Schutz zum vom Embryonen)<sup>31)</sup>에 의해 직접적으로, 2002년 6월 28일에 제정된 줄기세포법(StZG)<sup>32)</sup>에 의해서 간접적으로 수정시점부터 배아를 보호한다.<sup>33)</sup> 독일 배아보호법 제2조 제1항은 치료적 복제를 금지한다.

28) Ludwig Siep, Kriterien und Argumenttypen im Streit um die Embryonenforschung in Europa, in : Jahrbuch für Wissenschaft und Ethik, de Gruyter, 2002, S. 170 ff.

29) Schulze-Fielitz, FS Häberle, hrsg. von Blankenagel, u.a., Tübingen, 2004, S. 377의 개관 참조.

30) BVerfGE 39, 1; BVerfGE 88, 203. Merkel, FS Müller-Dietz, hrsg. von Britz u.a. München, 2001, S. 495.

31) 배아보호를 위한 법률(Gesetz zum Schutz zum vom Embryonen), Bundesgesetzblatt I v. 13.12.1990, S. 2746 ff.

32) 인간배아줄기세포의 수입 및 이용에 관련한 배아보호의 확립을 위한 법률(Gesetz zur Sicherstellung des Embryonenschutzes im Zusammenhang mit Einfuhr und Verwendung menschlicher embryonaler Stammzellen), Bundesgesetzblatt I v. 29.06.2002, S. 227 ff.

33) 그러나 최근 독일에서는 착상시점을 기준으로 규범적인 생명보호가 시작된다는 견해가 증가하고 있다고 한다. Henning Rosenau(甲斐 克則 訳; 三重野 雄太郎 他訳), Der

왜냐하면 배반포(胚盤胞)에서 줄기세포를 채취하는 것은 배아의 유지를 방해하는 목적으로 이용하는 것으로 보기 때문이다.<sup>34)</sup> 배아보호법에서 치료적 복제를 명백하게 금지하고 있어서 2002년 6월 28일 제정된 줄기세포법에는 치료적 복제에 관한 규정이 없다. 다만 줄기세포법은 배아줄기세포의 수입 및 이용을 규제한다. 예를 들어, 외국에서 치료목적으로 복제된 배아 및 외국에서 채취된 줄기세포가 수입되는 경우에 줄기세포법이 적용된다. 줄기세포법은 배아줄기세포의 수입을 원칙적으로 금지하면서(줄기세포법 4조 1항, 예외적으로 ‘고도의, 대체 불가능한, 윤리적으로 정당한 연구계획’을 위해서 몇 가지 제한을 조건으로 수입을 허용하고 있다. 즉, 수입이 허용되기 위해서는 배아줄기세포가 2002년 1월 1일 전에 채취되어, 줄기세포주로서 배양된 것이어야 한다(줄기세포법 제4조 제2항 1a호).<sup>35)</sup> 줄기세포는 이른바 잉여배아에 유래하는 것이어야 한다(줄기세포법 4조 2항 1b호). 재산적 이익은 허용되지 않는다(줄기세포법 4조 2항 1c호). 연구계획은 고도의 것이어야 하며, 과학적 지견의 획득이 기대되는 것이어야 한다(줄기세포법 5조 1호). 연구목적은 배아줄기세포에 대한 연구에 의해서만 달성될 수 있는 것이어야 한다(줄기세포법 5조 2b호). 감독관서의 이용 및 수입의 인가를 받아야 한다(줄기세포법 6조, 7조). 신설 줄기세포연구를 위한 중앙윤리위원회(Zentrale Ethik-Kommission für stammzellenforschung)는 연구계획의 윤리적 정당화 가능성을 심사하고 평가해야 한다.<sup>36)</sup> 결과적으로 독일은 줄기세포법 제1조에서, 인간의 존엄 및 생명에 대한 권리를 존중하

---

Status des Embryos und die Stammzellforschung(胚の地位と幹細胞研究), 企業と法創造 6(2) (通号 19), 2009/12, 295面 脚註 44 参照.

34) Keller/Günther/Kaiser, Embryonenschutzgesetz, § 2 Rn. 30참조.

35) 기일에 관한 조항은 독일의회에서 상당히 감정적인 의논 끝에 2007년 5월 1일에 변경된 것이라고 한다. 그 목적은 독일에서의 연구를 동물성배양기(tierischer Nährboden)상으로조차 배양이 실시된 적이 없는 신선한 줄기세포주를 획득하기 위함에 있었다고 한다. Henning Rosenau(甲斐 克則 訳; 三重野 雄太郎 他訳), 前掲論文, 298面.

36) 당해위원회는 연방정부에서 지정하고, 이때, 9명의 위원은 법률학이 아닌 생물학, 윤리학, 의학 및 신학을 전문분야로 하는 자로 해야 한다(줄기세포법 8조, 9조).

고, 보호하려는 목적에서 수입을 원칙적으로 금지하면서도, 예외적으로 줄기세포 수입을 허용하고 있다. 이는 「보여주기 위한 타협적 입법」이라는 비판이 있다.<sup>37)</sup>

반면에 영국은 수정 후 14일이 경과한 배아를 특별히 보호해야 한다고 하고 있으며, 14일 이전의 ‘초기배아<sup>38)</sup>’에 대해서는 배아연구를 인정한다. 영국과 마찬가지로 스페인, 덴마크, 핀란드, 네덜란드 등도 수정 후 2주 이내의 배아에 대해서만 연구가 허용된다.<sup>39)</sup>

배아연구를 허용하는 나라에서도 치료적 복제를 통한 배아연구를 허용할 것인가에 대해서는 나라마다 다르다. 예를 들어 미국의 다수 정치인들은 불임치료를 하다 남은 배아를 쓰는 경우와 연구하기 위해 복제한 배아를 쓰는 경우가 도덕적으로 다르다고 보아 연구용 복제에 반대한다.<sup>40)</sup> 이들은 불임클리닉에서 남은 배아를 이용하는 한도에서 배아줄기세포연구를 찬성한다. 연구를 위한 복제는 오직 쓰고 버릴 목적 때문에 발달 초기의 생명을 만드는 일이므로 허용되어서는 안 된다고 본다.<sup>41)</sup>

## 나. 검토

이처럼 배아연구가 인정됨에 있어서 어디까지 인정할 것인가에 대해서는 나라마다 의견이 분분하다. 불임치료과정에서 남은 배아에서 줄기세포를 추출한 경우에만 연구를 인정할 것인지 아니면 치료를 목적으로 복제한 배아에서 추출한 줄기세포를 이용한 연구까지 허용할 것인가가 문제된다.<sup>42)</sup> 그

37) Henning Rosenau(甲斐 克則 訳; 三重野 雄太郎 他訳), 前掲論文, 298面.

38) Human Fertilization and Embryology Act 1990. 처음으로 배아를 14일을 기준으로 하여 초기배아로 구별하는 방법은 Warnock-Report (Report of the Committee of Inquiry and Human Fertilization and Embryology, London, 1984, p. 66 참조.

39) Henning Rosenau(甲斐 克則 訳; 三重野 雄太郎 他訳), 前掲論文, 291~292面.

40) 이 견해는 정치가들이 줄기세포논란의 타협책으로 지지한다. Bill Frist, Congressional Record Senate, 107th Cong., 2nd sess., vol.148, no.37, April 9, 2002, pp. 2384~2385; Mitt Romney, “The problem with the Stem Cell Bill”, Boston Globe, March 6, 2005, p. D11.

41) Charles Krauthammer, “Crossing Lines”, New Republic, April 29, 2002, p. 23.

러나 배아줄기세포연구에 분명하고 명확한 ‘한계’를 설정하여 법윤리적 결정을 내려야 한다는 것은 심각한 윤리적 법철학적인 대립을 극복해야 한다는 점에서 일종의 모험이다.<sup>43)</sup> 이런 이유에서 2005년 3월 8일에 이루어진 복제에 관한 국제연합선언 등을 통해서 국가 간의 통일적인 해결을 모색하였으나 결국 실패하였다.<sup>44)</sup> 유럽평의회는 생명윤리조약(Bioethik-Konvention) 제18조 제2항에서도 「연구목적에서의 배아의 생성은 금지한다」. 물론 치료적 복제가 생명윤리조약 제18조에 포섭되는지는 명확하지 않다.<sup>45)</sup> 또한 EU기본권헌장(EU-Grundrechte-Charta) 제3조 제2항에서는 치료적 복제를 명시적으로 금지하지 않고 단순히 생식적(개체산출적) 복제만을 명시적으로 금지하고 있다.<sup>46)</sup> 따라서 치료적 복제를 금지한 것인가에 대해서는 해석의 문제가 남는다. 배아의 개념에는 체약국가 간에서도 분쟁이 있으며, 일부 국가들은 생육 14일까지의 초기형태의 초기배아(PräEmbryo)를, 그 이후의 배아와 구별하고 있는 것을 감안하면, 생물의학조약(Biomedizin-Konvention)에서 치료적 복제의 찬부를 일의적으로 읽어내는 것 또한 불가능하다.<sup>47)</sup>

### III. 침해법의

불임을 극복하기 위해서 생성된 배아가 폐기되거나 연구를 위해 이용되

42) 이 문제는 선결문제로 치료적 복제를 허용할 것인가가 논의되어야 한다.

43) Gunnar Duttge, Der Embryo: ein “Niemand”?-Grenzen der Embryonen-und Stammzellforschung in: Zeitschrift für Rechtsphilosophie 2007, S. 77.

44) Lilie, in: Schreiber/Lilie/Rosenau u.a., Globalisierung der Biopolitik, des Biorechts und der Bioethik?, Frankfurt am Main 2007, S. 91 ff.

45) Henning Rosenau(甲斐 克則 訳; 三重野 雄太郎 他訳), 前掲論文, 297面.

46) Abl. C 364 vom 18.12.2000, S. 1 ff.

47) Taupitz, NJW 2001, 3433, 3437; Haßmann, Embryonenschutz im Spannungsfeld internationaler Menschenrechte, staatlicher Grundrechte und nationaler Regelungsmodelle zur Embryonenforschung, Heidelberg ua. 2003, S.18; Henning Rosenau(甲斐 克則 訳; 三重野 雄太郎 他訳), 前掲論文, 297面.

어 불법행위가 성립되는 경우 침해되는 법익에 대한 판단은 중요하다. 왜냐하면 침해되는 법익의 성질에 따라서 인정되는 손해의 종류 및 손해의 범위 및 배상액 산정에 있어서 차이가 있기 때문이다.

## 1. 배아 자체에 대한 침해

이 문제는 배아가 권리의 주체가 되는가와 연관된다. 만일 배아가 권리의 주체가 된다면 이 문제는 태아에게 불법행위가 가해진 경우의 민법적 문제와 동일한 문제가 발생할 것이다.<sup>48)</sup> 일부견해는 배아의 권리주체성을 인정하여 최소한 배아는 기본적으로 인간생명체로서 일정한 인권을 향유할 수 있는 권리주체이며 인간생명체로서 보호받아야 할 것을 주장한다.<sup>49)</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>50)</sup> 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. 또한 장래의 착상을 위한 냉동보존은 허용되지 않는 것으로 본다. 나아가 배아를 실험의 대상으로 하기 위해서는 권리주체인 배아 자신의 동의가 필요한데 배아는 동의의 의사표시를 할 수 없으므로 원칙적으로 실험대상이 되지 못한다고 본다. 그러나 이와 관련하여 헌법재판소 2010.5.27. 선

48) 서중희, "타인의 불법행위로 사망한 태아의 손해배상-전통적 해석론에 대한 비판적 검토와 새로운 해석론을 중심으로-", 『연세법학』, 제20권 제3호, 2010, 제171면 이하 참조.

49) 김천수, "인공수정에 관한 법적 고찰", 『의료법학』, 제2권 제2호, 2002, 제303면 이하 참조. 외국에서의 논의의 내용에 대해서는 황만성, 「인간의 생식자와 배아의 법적 보호에 관한 연구」, 한양대 박사논문, 2002, 제25면 이하 참조.

50) 이러한 견해는 김천수, "태아의 법적 지위", 『비교사법』, 제10권 2호, 2003, 제33면, 제45면 참조.

고 2005헌마346 전원재판부 결정에서 “생명윤리법상 연구가 허용된 배아는 수정 후 14일이 경과하여 원시선이 나타나기 전의 수정란 상태, 즉 일반적인 임신의 경우라면 수정란이 모체에 착상되어 원시선이 나타나는 그 시점의 배아 상태에 이르지 않은 배아(초기배아)라는 점, 초기배아의 경우 현재의 과학기술 수준에서 모태 속에서 수용될 때 비로소 독립적인 인간으로의 성장가능성을 기대할 수 있다는 점, 수정 후 착상 전의 배아가 인간으로 인식된다거나 그와 같이 취급하여야 할 필요성이 있다는 사회적 승인이 존재한다고 보기 어려운 점 등”을 종합적으로 고려하여 기본권 주체성을 부인하였다.<sup>51)</sup> 학설도 일반적으로 배아를 권리주체로 인정하지 않으며 특수한 성질을 지니는 권리의 객체로 평가한다.<sup>52)</sup> 배아에게 권리의 주체성을 인정할 수 없다는 점에서 배아 자체에 대한 불법행위는 성립될 여지가 없을 것이다.

## 2. 배아생성자의 법익침해

불법적인 배아연구가 배아생성자에게 불법행위가 된다면, 배아생성자의 어떠한 법익을 침해하는가가 문제될 수 있다. 일반적으로 고려될 수 있는 것으로는 배아생성자의 특수한 물건에 대한 재산권 침해, 신체 침해, 인격권 침해 등이다.

### 가. 배아생성자의 특수한 물건(물권)침해

민사책임법상 보호법익인 ‘身體(Körper)’의 개념을 ‘신체에 고정적으로 결합되어 있는 본질적 구성부분으로 생물학적 일체와 전체’라고 한다면<sup>53)</sup>,

51) 배아의 기본권 주체성과 관련하여 상세한 설명은 서중희, 전제논문(주 6), 제248면 이하 참조.

52) 정규원, “인간배아복제의 법적 문제”, 『의료법학』, 제2권 2호, 2002, 제86면; 황만성, 전제논문, 제28면 이하; 김민중, “생명윤리와 민법”, 『저스티스』, 통권 제65호, 2002, 제124면; 고정명, “체외수정에 대한 법적소고”, 『가족법연구』, 제6호, 1992, 제140면; 박동진, 전제논문, 제92면.

인체에서 분리된 신체의 일부(모발/치아/혈액 등)는 분리된 시점으로부터 신체에서 이탈된 것이 되어 더 이상 신체의 일부가 아니라 물건(Sache)이 되며, 분리 전의 사람의 권리객체가 된다고 해야 할 것이다.<sup>54)</sup> 따라서 배아는 물건으로서의 본질을 갖고 있다고 할 것이다.<sup>55)</sup> 문제는 물건으로서의 본질을 가지지만 어느 정도의 보호가치를 지니는 것인지에 대해서는 견해가 나뉠 수 있다.<sup>56)</sup> 배아의 물건성을 인정하더라도 생명으로의 발전가능성이 단순한 생식세포보다는 더욱 높다는 점을 고려하여 일반 신체장기나 혈액뿐만 아니라 생식세포보다도 더욱 존중되어야 할 특수성이 있는 물건으로 파악해야 할 것이다.<sup>57)</sup> 헌법재판소 또한 '2010년 헌법재판소결정'에서 배아의 기본권 주체성을 부인하면서도 인간의 생명권과 밀접한 관계가 있다는 점에서 배아의 보호가치를 확인하였다.

## 나. 배아생성자의 인격권 침해

배아가 불법으로 이용되는 경우에는 배아생성자의 인격권이 침해될 수 있다. 물론 우리 실정법에 인격권을 명시적으로 두고 있는 규정은 없다.<sup>58)</sup> 헌법에서도 인격권이라는 개념에 대한 규정은 가지고 있지 않다. 다만 학설이나 판례에 의해 헌법 제10조의 인간의 존엄과 가치 조항을 인격권의 근거조항으로 본다.<sup>59)</sup> 헌법재판소는 배아에 대한 침해를 배아생성자의 일

53) Taupitz, Der deliktsrechtliche Schutz des menschlichen Körpers und seine Teile, NJW 1995, 745. 독일에서의 상세한 논의는 박동진, 전계논문, 제88면 이하 참조.

54) 곽윤직, 『민법총칙』, 박영사, 1999, 제242면; 백태승, 『민법총칙』, 집현재, 2011, 제277면.

55) 박동진, 전계논문, 제93면.

56) 다양한 견해들에 대한 구체적 설명은 박동진, 전계논문, 제89~92면 참조.

57) 박동진, 전계논문, 제93면. 일부 견해는 배아를 사물과 사람 사이의 중간적 존재로 이해하기도 한다. 이러한 중간적 존재는 존중하면서도 사용이 가능하다는 전제로 연구를 인정한다. Michael Sandal, "The Ethics of Stem Cell Research, Human Cloning, and Genetic Engineering", 『제9회 다산기념철학강좌 자료집』, 2005, 제5~7면.

58) 2004년에 입법예고한 민법개정안에는 "사람의 인격권은 보호된다"(민법 개정안 제1조의2 제2항)는 조항이 있다(양창수, "최근의 한국민법전개정작업", 『민법연구』, 제7권, 박영사, 2003, 제19면 참조).

59) 헌법재판소 2002.7.18. 선고, 2000헌마327 결정; 헌법재판소 2001.7.19. 선고, 2000헌마

반적 인격권의 침해문제로 보았다. 즉, ‘2010년 헌법재판소결정’에서 재판부는 배아생성자는 배아에 대해 자신의 유전자정보가 담긴 신체의 일부를 제공하고, 또 배아가 모체에 성공적으로 착상하여 인간으로 출생할 경우 생물학적 부모로서의 지위를 갖게 되므로, 배아의 관리 또는 처분에 대한 결정권을 인정하면서, 이러한 배아생성자의 배아에 대한 결정권은 헌법상 명문으로 규정되어 있지는 아니하지만, 헌법 제10조로부터 도출되는 일반적 인격권의 한 유형으로서의 헌법상 권리로 보았다. 따라서 인간배아가 임신 외의 다른 수단으로 이용되거나 파괴되는 것은 배아생성자의 인격권을 침해할 여지가 있다.

#### IV. 배상되는 손해의 종류 및 손해배상의 범위

앞에서 살펴본 것과 같이 배아는 민법상 일반적으로 생명의 기초로서의 특성이 존중되어야 하는 특수한 형태의 물건으로 보는 것이 일반적이다.<sup>60)</sup> 따라서 물건으로서 본질을 갖고 있으므로 권리의 객체가 된다. 이 배아에 대한 권리주체는 배아생성자, 즉 생식세포제공자가 된다. 따라서 배아가 불법적인 방법으로 이용되는 경우에는 배아생성자에게 불법행위가 된다. 불법행위가 인정되는 경우 손해배상으로 재산적 손해와 정신적 손해를 인정할 것인지는 검토가 필요하다. 물론 배아가 불법으로 생성 이용되는 경우, 배아생성자의 인격권 침해로 보는 헌법재판소 및 학설의 입장에서는 정신적 손해의 배상은 쉽게 인정될 것<sup>61)</sup>이므로, 이하에서는 특수한 형태의

546 결정; 전광석, 『한국헌법론』, 법문사, 2004, 제191면; 정종섭, 『헌법학』, 박영사, 2007, 제354면; 성낙인, 『헌법학』, 법문사, 2005, 제319면 등.

60) 박동진, 전계논문, 제92면; 고정명, 전계논문, 제140면 등.

61) 인격권침해 그 자체를 비재산적 손해로 보기도 하고 위자료는 보통 인격권침해를 기본으로 이해하기도 한다. Karner/Koziol, Der Ersatz ideellen Schadens im österreichischen Recht und Reform, 15. ÖJT Band II/1, 2003, S. 11.



물건이 침해된 경우로 국한하여 논의하기로 한다.

## 1. 재산적 손해

배아가 불법으로 생성되거나 이용되는 경우, 배아를 특수성을 가지는 물건으로 보는 이상, 물건의 침해로 인한 재산적 손해가 없다고 보기는 어려울 것이다. 그러나 그 손해액을 산정하기는 상당히 어려울 것이다.

일본의 법원실무에서는 동일한 사고로 인하여 발생한 신체상해를 이유로 재산적 손해와 정신적 손해에 대한 배상을 청구하는 경우에, 재산상의 손해와 정신상의 손해는 원인사실 및 피침해이익이 같은 것이므로 그 배상의 청구권은 1개이고 그 양자의 배상을 소송상 병합하여 청구하는 경우에도 소송물을 1개로 본다.<sup>62)</sup> 따라서 일본에서는 재산적 손해와 위자료료를 개별적으로 산정하는 것을 단념하고 양자를 전체적으로 산정한다.<sup>63)</sup> 또한 신용훼손에 따른 무형의 손해에 대해서 금전적 평가가 가능하도록 입증하는 것은 지극히 곤란하다고 볼 수 있는데, 이때 일본 판례는 일본 민사소송법 제 248조<sup>64)</sup>를 적용하여 산정의 이유나 기준을 명확히 밝히지 않은 채 손해배상액을 인정한다.<sup>65)</sup>

반면 우리 판례는 재산상의 손해배상청구와 정신상의 손해에 대한 배상청구를 별개의 소송물로 본다. 따라서 이 두 가지를 병합 청구하였을 경우에도 각각의 청구액을 넘어 인용 판결할 수 없다는 입장을 취한다.<sup>66)</sup> 이러

62) 日最判 昭和48.4.5(民集27卷3號 19面); 따라서 일본은 포괄일괄청구가 가능하다(塩崎勤, “現代損害賠償法の諸問題”, 判例タイムズ社, 1999, 186面).

63) 五十嵐清 外3人, 『民法學&の基礎知識(3)』, 有斐閣, 1975, 675面; 千葉県弁護士会 編, 「慰料算定の實務」, ぎょうせい (2002/09), 3~4面.

64) 헤이세이 8(1996)년의 신민사소송법 제248조는 “손해가 발생한 것이 인정되는 경우에 손해의 성질상 그 액을 입증하는 것이 지극히 곤란한 때에는 법원은 구두변론의 전취지 및 증거조사의 결과에 의하여 상당한 손해액을 인정할 수 있다.”고 규정하고 있다.

65) 大阪高判 平成 10年 5月 29日(判時 第1686号, 117面).

66) 대법원 1980.7.8. 선고 80다1192 판결; 대법원 2006.9.22. 선고 2006다32569 판결에서도 “재산상 손해배상청구와 위자료청구는 소송물이 동일하지 아니한 별개의 청구이므로 원심이 1심 판결에 대하여 항소하지 아니한 원고에 대하여 1심 판결보다 더 많은

한 이유에서 위자료의 보완적 기능을 활용하는 데는 원칙적으로 제약이 있다. 그러나 우리 손해배상사건의 재판실무에서는 재산상의 손해의 발생이 인정됨에도 불구하고 입증곤란 등의 사정으로 손해액의 확정이 불가능하여 피해자가 적절한 손해전보를 받을 수 없게 됨으로써 손해전보가 충분히 이루어지지 않는 경우에, 이러한 점을 참작하여 법원이 위자료액을 증액함으로써 손해전보의 부족분을 어느 정도 보완하는 경우가 있다. 이러한 위자료의 기능이 바로 위자료의 보완적 기능이다.<sup>67)</sup> 판례도 이러한 위자료의 보완적 기능을 ‘전체손해금의 적정화’라는 측면에서 인정하고 있다.<sup>68)</sup> 결국 배아의 불법한 생성이나 이용은 배아의 특수한 성질이든 아니면 위자료의 보완적 기능에 의해서이든 결국 정신적 손해배상의 문제로 귀착될 가능성이 높다.

## 2. 정신적 손해

이 문제를 독일에서는 배아라는 물건의 특수성을 감안하여 재산적 손해배상의 문제로 해결하지 않고 배아생성자의 인격권의 문제로 보아 정신적 손해배상문제로 해결하고 있다.<sup>69)</sup> 왜냐하면 독일은 우리나라와 달리 비재산적 손해배상에 대해서 독일민법 제253조 제2항<sup>70)</sup>에서 명시한 법의 -신

위자료의 지급을 명하였음은 위법하다”고 하였다; 대법원 1980.11.11. 선고 80다1924 판결; 대법원 1989.10.24. 선고 88다카29269 판결; 대법원 1990.6.22. 선고 89다카 27901 판결 등.

67) 서중희, “게임이론으로 바라본 위자료의 새로운 기능-의료과오소송을 중심으로-”, 『법과 사회』, 제38호, 2010. 제331면 이하; 田中康久, “慰謝料額の算定”, 有泉亨監修『現代損害賠償法講座 7 損害賠償の範圍と額の算定』, 日本評論社, 1974, 262면 이하; 齋藤修, “慰謝料に関する諸問題”, 山田卓生編集代表, 『新・現代損害賠償法講座第6巻損害と保険』, 日本評論社, 1998, 222면 이하; 四宮和夫, 『事務管理·不当利得·不法行為(下)』, 青林書院, 1985, 596면 이하 참조. 일본의 학설은 위자료의 보완적 기능이 경직되기 쉬운 법적 해결에 구체적이거나 타당성 있는 결과를 불러오는 중요한 역할을 하고 있는 것으로 본다.

68) 대법원 1984.11.13. 선고 84다카722 판결; 대법원 2004.11.12. 선고 2002다53865 판결.

69) Laufs-Reiling, Schmerzensgeld wegen schuldhafter Vernichtung deponierten Spermis?, NJW 1994, S. 775; Taupitz, a.a.O., S. 745.

70) 독일민법 제253조 [비재산손해]

② 신체, 건강, 자유 또는 성적 자기결정의 침해를 이유로 손해배상이 행하여지는 경우

체, 건강, 자유, 성적 자기결정권-중, 하나에 대해 침해하는 경우에만 비재산적 손해배상을 인정하기 때문이다. 그러므로 계약의 불이행된 경우, 물건이 침해된 경우에도 위자료청구권은 부정된다.<sup>71)</sup> 그러나 독일 민법 제253조에 대한 예외가 일반적 인격권이 침해된 경우이다. 연방대법원은 인격권의 침해에 대한 금전배상의무는 독일 민법 제847조에 따른 비재산적 손해의 배상이 아니라 독일 기본법 제1조, 제2조 제1항으로부터 도출되는 국가의 보호의무의 직접적 결과라고 판시하였다.<sup>72)</sup> 이러한 이유에서 독일은 배아의 침해를 배아생성자의 인격권침해의 문제로 보아야만 배상이 인정된다.<sup>73)</sup>

반면에 우리 민법 제750조는 “고의 또는 과실로 인한 위법행위로 타인에게 손해를 가한 자는 그 손해를 배상할 책임이 있다”고 규정하면서, 다시

에는 재산손해가 아닌 손해에 대하여도 상당한 금전배상을 청구할 수 있다.

- 71) Looschelders, Schuldrecht Allgemeiner Teil, 3.Aufl.,(2005), Rn. 970. 비재산적 손해는 구성질상 독일 민법 제249조 소정의 원상회복을 통하여 대개 전보되지 않는다. 독일 민법 제251조에 따라 원상회복이 가능하지 않거나 충분하지 않은 경우에 금전배상이 허용되나, 이러한 원칙은 독일 민법 제253조에 따라 제한된다. 즉 법률의 근거가 있는 경우에 한하여 비재산적 손해에 대한 금전배상이 허용되는 것이다. 독일 민법 제정 당시에 비재산적 손해의 배상을 신체, 건강, 자유, 여성의 정조의 침해로 한정하고, 명예훼손을 제외한 것은 법관에게 과도한 재량을 부여하는 것에 대한 우려와 비재산적 손해의 배상에 대한 독일인의 부정적 인식에 기초한다(Staudinger/Schäfer(2005), § 847 Rn. 2). 참고로 장재옥, “위자료에 관한 몇 가지 고찰,” 『이영준박사화갑기념, 한국민법이론의 발전』, 1999, 제607면을 보면 독일민법 제253조 2항과 비슷하게 우리민법 제751조에서 열거한 신체, 자유, 명예를 예시적 범익으로 보지 않고 열거한 조항에 국한하여 751조가 적용되는 것으로 주장하고 있다.
- 72) BGHZ 128, 1(5); GH, NJW 1993,1531(1532). 학설 또한 판례의 입장에 찬성한다. Kötz/Wagner, Deliktsrecht, 10. Aufl., 2005, Rn. 706; Larenz/Canaris, Schuldrecht II BT, 2. Halbband, 13. Aufl., 1994 § 83 III 2. b; Staudinger/Schiemann(2005), § 253 Rn. 36.
- 73) 참고로 독일의 일부견해는 감정손해는 충분히 확실하게 인정되기 어렵다는 이유로 정신적손해배상의 고려대상에서 제외되어야 한다고 주장(Canaris, Gewinnabschöpfung bei Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts, FS Deutsch(1999), S. 85, 103)하기도 하지만, 비재산적 손해에 대해서 판례와 통설은 ‘감정손해’와 ‘인생의 영위가능성의 침해’로 이해한다(Witzleb, Geldansprüche bei Persönlichkeitsverletzungen durch Medien, 2002, S. 49ff). 그러나 감정손해가 비재산적 손해에 포함된다고 하여 모든 감정손해가 금전으로 배상되는 것은 아니다. 단순한 불쾌감은 일상생활상 불가피한 부분으로 감수되어야 할 것이며, 물건의 침해로 오는 감정손해나 정신적 손해는 재산적 손해가 배상되는 경우 위자료되거나 감수해야 할 손해가 될 것이다. Karner/Koziol, a.a.O., S. 38f.

제751조 제1항에서 “타인의 신체, 자유 또는 명예를 해하거나 기타 정신상의 고통을 가한 자는 ‘재산 이외의 손해’에 대하여도 배상할 책임이 있다”고 이원적으로 규정하고 있다. 민법 제751조는 위자료청구권에 대한 발생 원인으로 신체·자유·명예가 침해된 경우로 제한하고 있다. 따라서 본조에서 열거된 법익 이외의 법익이 침해된 경우에는 위자료 청구권이 인정될 수 없는가 하는 문제가 발생한다. 다수설과 판례는 제751조는 제750조의 예시적 규정에 불과하다고 보기 때문에 본조에 열거된 사항에 한하지 않고 널리 비재산적 손해가 있는 경우에는 인정된다고 본다.<sup>74)</sup> 또한 본조가 제750조의 예시규정이 아닌 독자적 지위를 가진다고 보는 소수설의 입장에서도 본조에 열거된 신체·자유·명예뿐만 아니라 기타 침해로 인하여 재산 이외의 손해가 발생하는 경우에도 위자료청구권이 발생한다고 한다.<sup>75)</sup> 따라서 위자료 청구권의 발생원인은 본조에서 열거된 경우만으로 국한되지 않는다. 다만 앞서 본 것처럼 본조를 제750조와 독립적 규정으로 보는 소수설은 위자료청구권이 문제되는 경우를 인격권이 침해된 경우로만 국한한다.<sup>76)</sup> 반면에 본조를 제750조의 주의적 규정이라고 보는 다수설과 판례에 의하면 인격권의 침해뿐만 아니라 재산권의 침해로 인한 경우도 위자료청구권이 인정된다. 재산권과 인격권을 등가적 차원에서 평가할 수는 없지만, 현대 자본주의사회에서 재산권이 차지하는 가치나 비중은 결코 경시될 수 없다. 이는 재산권침해에 따른 정신적 고통의 발생가능성이나 그 정도가 한층 높아졌음을 의미한다. 물론 인격적 이익과 달리 재산권이 침해된 경우에는

74) 김상용, 전계서, 제642면; 박윤직, 『채권각론』, 박영사, 1999, 제824면; 장재욱, 전계논문, 제605면. 대법원 1972.9.25. 선고 73다1100판결; 대법원 1967.8.29. 선고 67다1414판결; 대법원 1967.6.27. 선고 66다1592 결정 등.

75) 조규창, “소유권 침해와 위자료청구권”, 『판례연구』, 제4집, 고려대법학연구소, 1987, 제141면.

76) 조규창, 상계논문, 제144면에서는 민법 제751조와 제750조 간에 유기적 관련이나 법문의 구성으로 미루어 민법 제750조는 인격권과 재산권침해에 따른 ‘재산적 손해’ 배상 규정이며 제751조 제1항은 순전히 인격권침해에 대한 정신적 손해배상에 대한 한정 규정으로 보아서 정신적 손해배상을 인격권 침해로 제한하고 있다. 이 견해는 재산권 침해로 인한 위자료 청구권을 인정하는데 소극적이다.

정신적 고통이 발생하지 않거나 재산상의 손해의 전보만으로 정신적 고통이 대부분 회복된다고 볼 수 있다. 그렇지만 재산손해의 전보 이후에도 잔존하는 정신적 고통이 있다면, 이 역시 손해배상의 대상이 되어야 할 것이다. 그러므로 통설과 판례처럼 재산권이 침해된 경우에도 위자료를 청구할 수 있다고 보는 것이 타당하다. 판례<sup>77)</sup>는 ① 일반적으로 타인의 불법행위에 의하여 재산권이 침해된 경우에는 그 재산적 손해의 배상에 의하여 정신적 고통도 회복된다고 보아야 할 것이고, ② 다만 재산적 손해의 배상에 의하여 회복할 수 없는 정신적 손해가 발생하였다면 이는 특별한 사정으로 인한 손해로서 가해자가 그러한 사정을 알았거나 알 수 있었을 경우에 한하여 그 손해에 대한 위자료를 인정할 수 있다고 한다.<sup>78)</sup> 판례에 따르면, 불법행위에 의하여 재산권이 침해된 경우 재산적 손해배상 이외에 위자료를 청구하기 위해서는 ① 재산적 손해의 배상만으로는 회복할 수 없는 정신적 손해가 발생하였다는 점, ② 가해자가 그러한 사정을 알았거나 알 수 있었다는 점(예견가능성) 두 가지 모두를 주장·입증하여야 한다. 이는 민법 제393조를 준용하고 있는 민법 제763조의 규정에 충실한 해석으로서 불법행위를 채무불이행의 경우와 같이 취급하고 있는 것이다. 그러나 판례는 이러한 원칙론을 제시하면서도 부수적으로 인격권이 직접 침해되는 재산권침해에 대해서는 예견가능성에 대한 판단 없이 경험칙상 위자료를 인정한다.<sup>79)</sup> 불

77) 대법원(全合) 2004.3.18. 선고 2001다82507 판결 등 다수.

78) 일본의 판례와 통설의 입장은 우리와 마찬가지로이다. 仙台高判昭和32年1月29日下民集8卷1号143頁(일본의 판례에 관하여는 後藤勇, “生命·新體の侵害を伴わない債務不履行と慰藉料—最近の裁判例を通して,” 『民事判例實務研究』 第4卷, 判例タイムズ社, 142面 以下 참조). 학설은 我妻栄, 『事務管理·不当利得·不法行為 [復刻版]』, 日本評論社 1989, 208面; 四宮和夫, 前掲書, 540面 참조.

79) 대법원 2009.7.23. 선고 2009다32454 판결; 대법원 1993.10.12. 선고 92다43586판결; 대법원 1993.12.24. 선고 91다36192판결; 대법원 1996.4.23. 선고 95다6823판결; 황정근, “불법행위로 인한 재산권의 침해에 대한 위자료청구,” 『민사판례연구』, 제16권, 1994, 제255~256면. 일본학설도 구체적 유형에 따라서 재산권이 침해되는 경우에도 위자료를 통상손해로 인정하는 견해가 있다. 植林弘, 『注釋民法(19)』, 有斐閣, 2000, 194面 以下; 遠山廣直, “物損に對す慰藉料請求,” 『現代民事裁判の課題』 7, 新日本法規(1989), 559面 以下; 塚本伊平, “財産權侵害と慰藉料,” 『裁判實務大系15 不法行為訴訟法(1)』, 青林書院, 1991, 365面 以下.

법적 배아연구는 배아가 가지는 특수한 물건으로서의 법적 성질을 고려하더라도 배아생성자의 인격권을 부수적으로 침해한다는 점에서 ‘경험칙상’ 위자료를 인정할 것이다.<sup>80)</sup>

## V. 맺는 말

헌법재판소 2010.5.27. 선고, 2005헌마346 전원재판부 결정에서 태아의 보호가치 및 배아생성자의 자기결정권 등을 확인하면서도 생명윤리법 조항을 합헌으로 판단하였다. 그러나 헌법재판소가 간단한 실시만으로 기본권주체성과 자기관련성을 부정하였을 뿐, 직접적으로 배아연구를 통해서 침해되는 배아의 생명가치의 침해에 대해서는 심리하지 않았다는 점에서 여전히 배아연구와 관련된 논쟁은 진행형이다. 더 나아가 아직까지 불법적인 배아연구와 관련하여 민사분쟁이 이루어지지 않았지만 충분히 이후에 발생할 가능성이 높다는 점에서 이와 관련한 민사책임법적인 연구가 필요하다고 본다. 배아연구가 법적허용 한계를 넘어서 불법행위가 되는 경우, 법원은 위자료의 보완적 기능, 배아생성자의 자기결정권침해, 배아의 특수한 물건으로서의 법적성질 등을 감안하여, 배아생성자에게 정신적 손해에 대한 위자료를 인정하는 방법으로 손해를 전보해줄 것으로 예상된다. 그러나 우리 민법은 위자료의 산정방법이나 산정 시에 고려하여야 할 요인에 관하여 아무런 규정을 두지 않고 그 산정을 법원에 일임하고 있다. 따라서 위자료의 산정은 법원의 직권에 의한 자유재량이다.<sup>81)</sup> 더 나아가 우리나라는 위자료가 저액(低額)화 되어 있는 실정이다.<sup>82)</sup> 법원이 불법적 배아연구로

80) 일본에서도 물건이 멸실되거나 손괴되는 경우에는 침해의 태양 및 물건에 대해 소유자가 가지는 애착의 정도 등을 감안하여 통상손해로 인정한다. 牧野ゆき, “財産権侵害事例における慰謝料請求の可否”, 『上智法学論集』, 第50卷 1号, 2006, 44面 以下.

81) 대법원 2006.5.11. 선고 2003다8503(反訴) 판결; 대법원 2006.1.26. 선고 2005다47014·47021·47038 판결; 대법원 2003.7.11. 선고 99다24218 판결 등.

인해 발생하는 손해를 어느 정도의 위자료로 인정해 줄 것인지는 미지수다.

주제어 : 배아연구, 생명윤리법, 불법행위책임, 재산적손해와 비재산적손해, 비  
재산적 손해배상

---

82) 서종희, 전계논문(주 66), 제339면 참조.

[ 참 고 문 헌 ]

1. 국내문헌

- 고정명, “체외수정에 대한 법적소고”, 『가족법연구』, 제6호, 1992.
- 곽윤직, 『민법총칙』, 박영사, 1999.
- \_\_\_\_\_, 『채권각론』, 박영사, 1999.
- 김민중, “생명윤리와 민법”, 『저스티스』, 통권 제65호, 2002.
- 김상용, 『채권각론』, 화산미디어, 2009.
- 김은애, “출생 전 생명에 대한 헌법적 고찰-태아 및 배아의 생명권과 그 제한을 중심으로-”, 『의료법학』, 제10권 제1호, 2009.
- 김중환·김학동, 『채권각론』, 제7판, 박영사, 2006.
- 김천수, “인공수정에 관한 법적 고찰”, 『의료법학』, 제2권 제2호, 2002.
- \_\_\_\_\_, “태아의 법적 지위”, 『비교사법』, 제10권 2호, 2003.
- 박동진, “출생 전 생명에 관한 민사법적 고찰”, 『의료법학』, 제10권 제1호, 2009.
- 백태승, 『민법총칙』, 집현재, 2011.
- 서종희, “게임이론으로 바라본 위자료의 새로운 기능-의료과오소송을 중심으로-”, 『법과 사회』, 제38호, 2010.
- \_\_\_\_\_, “배아연구와 인간의 존엄과 가치-헌재 2010.5.27. 선고 2005헌마346 전원재판부 결정에 대한 검토-”, 『원광법학』, 제27권 제1호, 2011.
- 성낙인, 『헌법학』, 법문사, 2005.
- 양창수, “최근의 한국민법전개정작업”, 『민법연구』, 제7권, 박영사, 2003.
- 이은영, 『채권각론』, 제5판, 박영사, 2007.
- 장재옥, “위자료에 관한 몇 가지 고찰”, 『이영준박사화갑기념』, 한국민법이론의 발전, 1999.
- 전광석, 『한국헌법론』, 법문사, 2004.
- 정규원, “인간배아복제의 법적 문제”, 『의료법학』, 제2권 2호, 2002.
- 정종섭, 『헌법학』, 박영사, 2007.
- 조규창, “소유권 침해와 위자료청구권” 『관례연구』, 제4집, 고려대법학연구소, 1987.



- 홍석영, “생명윤리및안전에관한법률’에 대한 비판적 검토”, 『생명윤리』, 제5권 제1호(통권 제9호), 2004.
- 홍정화, “생명윤리 및 안전에 관한 법률과 유전자 윤리”, 『생명윤리』, 제11권 제1호(통권 제21호), 2010.
- 황동연, “역분화만능줄기세포(iPS; induced Pluripotent Stem cell)”, *Molecular and Cellular Biology News*30, Vol.20., No.1, March 2008.
- 황만성, 「인간의 생식자와 배아의 법적 보호에 관한 연구」, 한양대 박사논문, 2002.
- 황정근, “불법행위로 인한 재산권의 침해에 대한 위자료청구,” 『민사판례연구』, 제16권, 1994.

## 2. 외국문헌

- Karl Larenz/Claus-Wilhelm Canaris Lehrbuch des Schuldrechts, Bd. II, Besonderer Teil, Halbbd. 2, 13. Aufl. 1994.
- Bill Frist, Congressional Record Senate, 107th Cong., 2nd sess., vol.148, no.37, April 9, 2002.
- Canaris, Gewinnabschöpfung bei Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts, FS Deutsch 1999.
- Charles Krauthammer, “Crossing Lines”, *New Republic*, April 29, 2002.
- Döhmen, Georg/Forschung im Überblick, in: *Deutsches Ärzte-Reis*, Hans Edgar blatt (DÄBl), 99, Jahrgang 2002, Nr. 41.
- Gunnar Duttge, Der Embryo: ein “Niemand”? –Grenzen der Embryonen –und Stammzellforschung in: *Zeitschrift für Rechtsphilosophie*, 2007.
- Haßmann, Embryonenschutz im Spannungsfeld internationaler Menschenrechte, staatlicher Grundrechte und nationaler Regelungsmodelle zur Embryonenforschung, Heidelberg ua. 2003.
- Karner/Koziol, Der Ersatz ideellen Schadens im österreichischen Recht und Reform, 15. ÖJT Band II/1, 2003.
- Kötz/Wagner, *Deliktsrecht*, 10. Aufl. 2005.
- Laufs-Reiling, Schmerzensgeld wegen schuldhafter Vernichtung deponierten

- Spermas?, NJW 1994.
- Lilie, in: Schreiber/Lilie/Rosenau u.a., Globalisierung der Biopolitik, des Biorechts und der Bioethik?, Frankfurt am Main 2007.
- Looschelders, Schuldrecht Allgemeiner Teil, 3.Aufl., 2005.
- Ludwig Siep, Kriterien und Argumenttypen im Streit um die Embryonenforschung in Europa, in : Jahrbuch für Wissenschaft und Ethik, de Gruyter, 2002.
- Merkel, Forschungsobjekt Embryo, München 2002.
- Merkel, FS Müller-Dietz, hrsg. von Britz u.a. München, 2001.
- Michael Sandal, “The Ethics of Stem Cell Research, Human Cloning, and Genetic Engineering”, 제9회 다산기념철학강좌 자료집, 2005.
- Mitt Romney, “The problem with the Stem Cell Bill”, Boston Globe, March 6, 2005.
- Schulze-Fielitz, FS Häberle, hrsg. von Blankenagel, u.a., Tübingen, 2004.
- Shinichiro MORINAGA, The Current Debate on Human Embryo Research and Human Dignity, Journals of Puiology and Ethics in Health Care and Medicine, No.3, July 2008.
- Staudinger, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen(Neubearbeitung 2005), Berlin, 2005 § 253, § 847.
- Taupitz, Jochen, Der deliktsrechtliche Schutz des menschlichen Körpers und seine Teile, Neue Juristische Wochenschrift(NJW), 1995.
- Taupitz, Jochen, Der rechtliche Rahmen des Klonens zu therapeutischen Zwecken, in: Neue Juristische Wochenschrift(NJW), 54. Jahrgang 2001, Nr. 47.
- Warnock-Report (Report of the Committee of Inquiry and Human Fertilization and Embryology), London, 1984.
- Witzleb, Geldansprüche bei Persönlichkeitsverletzungen durch Medien, 2002.
- 牧野ゆき, “財産権侵害事例における慰謝料請求の可否”, 『上智法学論集』第50巻1号, 2006.
- 四宮和夫, 『事務管理・不当利得・不法行為 (下)』, 青林書院, 1985.
- 植林弘, 『注釋民法(19)』, 有斐閣, 2000.
- 我妻榮, 『事務管理・不当利得・不法行為 [復刻版]』, 日本評論社, 1989.

塩崎勤, “現代損害賠償法の諸問題”, 判例タイムズ社, 1999.

五十嵐清 外 3人, 『民法學&の基礎知識(3)』, 有斐閣, 1975.

遠山廣直, “物損に對す慰籍料請求,” 『現代民事裁判の課題 7』, 新日本法規, 1989

齋藤修, “慰謝料に関する諸問題”, 山田卓生編集代表, 『新・現代損害賠償法講座  
第6卷損害と保険』, 日本評論社, 1998.

田中康久, “慰謝料額の算定”, 有泉亨監修 『現代損害賠償法講座 7 損害賠償の範  
囲と額の算定』, 日本評論社, 1974.

千葉県弁護士会 編, 『慰藉料算定の實務』, きょうせい, 2002.09.

塚本伊平, “財産權侵害と慰藉料,” 『裁判實務大系15 不法行爲訴訟法(1)』, 青林書  
院, 1991.

後藤勇, “生命・新體の侵害を件わない債務不履行と慰藉料—最近の裁判例を通し  
て”, 『民事判例實務研究』 第4卷, 判例タイムズ社.

## Human Embryo Research and Tort Liability

Seo, Jong-Hee

*Researcher, Institute of Legal Studies, Yonsei University*

### =ABSTRACT=

Recently, many nations said “yes” to human embryonic stem cell research, signing an executive order to permit funding for the research in the name of achieving health and life of humankind. Human Embryo Research is permitted by our Bioethics & Biosafety Act. But, illegal research cannot be divorced from civil liability since it requires the destruction of eggs of fertilized eggs and personal rights of embryo-creator. After all, though we allow to do research embryo, we should control the capacity of abuse of embryo research for embryo-creator. If research violate the law(Bioethics & Biosafety Act or Civil Law, etc), it comes to a delict by pecuniary loss and non-pecuniary loss. When it comes to pecuniary loss, Human Embryo is not body but special property. Supreme Court maintained a stance that mental suffering is generally deemed as compensable for damages for the loss of property where a person’s property right is invaded by a tort or non-performance of obligation. Thus, where mental suffering occurs, which cannot be compensated by recovery of property losses, the situation must be a special circumstance and the injured could claim consolation money for such losses only if the offender knew or would have known of such special circumstances(Supreme Court Decision 96Da31574 delivered on Nov, 26, 1996, etc.). That is to say, Supreme Court regards mental suffering through person’s property right invaded by a tort as damages that have arisen through special circumstances. According to Civil law article 393 (2), the injured could claim consolation money for such losses only if only if the offender had foreseen or could have foreseen such circumstances. Also our court will solve through damages for non-pecuniary loss by comple-

mentary function of consolation money in that pecuniary loss could be difficult to valuate.

Keyword: Human embryo research, Bioethics & biosafety act, Tort LIABILITY, Pecuniary loss and non-pecuniary loss, Damages for non-pecuniary loss