

체외배아의 민법상 지위에 관한 비교법적 검토*

Review of comparative laws in terms of legal status of in vitro fertilization in Civil law

반희성** · 오윤경**

Ban, Hee-Seong · Oh, yun-kyung

목 차

- I. 서론
- II. 체외배아 지위에 대한 외국의 논의
- III. 우리나라 민법상 체외배아의 지위에 관한 논의
- IV. 결론

국문초록

20세기에 접어들어 급속한 생명과학의 발달로 1978년 7월 25일 세계 최초의 시험관 아기출산이 성공하였다. 현재 체외수정으로 인한 출생이 증가되고 있는 추세이며, 이에 따라 종교적, 윤리적, 의학적, 법적인 면에서 많은 문제점들을 일으키고 있다. 특히 법적 분야에서는 인간의 존엄성 등 기본권의 주체가 될 수 있는지, 배아가 낙태죄의 객체가 될 수 있는지 등 활발히 논의가 진행

논문접수일 : 2012.03.30

심사완료일 : 2012.04.18

게재확정일 : 2012.04.24

* 본 논문은 2012년 3월 16일 제주대학교 법과정책연구소에서 주최한 제1회 법학전문대학원 대학원생 학술세미나에서 발표한 논문을 수정·보완한 것입니다. 사회자로서 김성욱 교수님과 토론자로 중요한 지적을 해주신 김기영 교수님 그리고 이 논문의 문제제기와 방향을 지도해 주신 박규용(제주대학교 법학전문대학원 법과정책연구소 소장) 교수님께 지면을 통해 진심으로 감사의 말씀을 올립니다.

** 법학전문석사과정·제주대학교 법학전문대학원

되고 있으며, 특별법의 제정 등 입법적 보완도 이루어지고 있다. 하지만 체외 수정상태에서父가 사망하였을 경우에, 이 수정란을 태아로 보아서 상속권을 인정할 것인가와 같은 문제해결을 위한 체외배아의 민사법적 지위에 관하여는 아직 법령이 존재하지 아니하고 학설의 대립하여 명확한 해법을 제시하고 못하고 있다.

이 논문에서는 체외배아에 대한 개념정의를 바탕으로 체외배아에 대한 외국의 법령과 논의 상황을 검토한 다음 여기서 도출된 관점을 토대로 해서 국내법령의 실태와 해석론 적으로 법적 한계를 검토하고 민법의 체계에서 체외배아에 대한 지위를 분석하고 마지막으로 민사법적지위에 대한 전망과 과제를 제시 하고 있다.

인공수정이 일반화되고 있는 시점에서 체외배아의 법적지위는 인간생명의 시작이 언제인지 여부와 관련하여 실존하는 체외배아의 보호 필요성이 있기 때문에 새롭게 논의되어야 할 필요성이 있다.

주제어 : 인공수정, 체외배아, 수정란, 초기배아, 물건, 태아, 상속능력

1. 서론

1. 문제점

불임 부부가 친생자를 갖고 싶어하는 바람¹⁾은 20세기에 접어들어 급속한 생명과학의 발달로 현실화 되었다. 1978년 7월 25일 세계 최초의 시험관 아기인 루이즈 브라운이 영국에서 태어났고, 1985년 10월 12일 서울대학교 의과대학 연구팀에 의해 한국 최초로 시험관 아기 출산이 성공하였다. 체외수정(IN Vitro Fertilization)은 정자나 난자를 체외에서 채취하여 인공적으로 수정시키는 체외 수정과 수정란을 다시 모체의 자궁에 이식하는 배아이식 과정을 단계적으로 실

1) '시험관아기 희망자 줄이어, 서울대 병원 등 하루 20-30명씩 찾아, 나팔관폐쇄·원인불명 불임 부부 인기'(매일경제, 1986.6.7.참조)

시하는 방법이다. 환경오염, 여성경제활동 참가율 증가, 결혼연령 상승 및 고령 출산의 증가 등으로 가임기여성의 생식건강(生殖健康)이 악화되어 체외수정으로 인한 출생이 증가되고 있는 추세이며, 정부는 저출산 시대, 자녀를 희망하는 난임 가정에 체외수정을 위한 시술비를 지원하고 있는 것이 현실이다.

생명과학의 발달은 종교적, 윤리적, 의학적, 법적인 면에서 많은 문제점들을 일으켰고 각계각층의 전문가들이 그에 따르는 문제점들에 대하여 논의하고 있으며, 체외수정과 관련하여 법적 분야에서는 헌법적으로 인간의 존엄성 등 기본권의 주체가 될 수 있는지 여부²⁾, 형법은 배아가 낙태죄의 객체가 될 수 있는지 등 활발히 진행되고 있다.

그러나 체외수정상태에서父가 사망하였을 경우에, 이 수정란을 태아로 보아서 상속권을 인정할 것인가³⁾ 수정란에게 불법행위를 원인으로 하는 손해배상청구권을 인정할 것인가⁴⁾ 출생한 후에도 양육비지급소송 등 문제를 해결할 수 있는 체외배아의 민사법상 지위에 관하여 외국⁵⁾ 뿐만 아니라 우리나라의 경우에도 직접적인 규정이 존재하지 아니한다.⁶⁾ 따라서 수정란의 민사법적 성격에 관하여는 아직 법령이 존재하지 아니하고 학설이나 의료인의 처분에

- 2) 생명윤리 및 안전에 관한 법률 제13조 제1항 등 위헌확인 사건(2010. 5. 27. 2005헌마346)
- 3) 김주수·김상용, 「주해민법(3)」, 한국사법행정학회, 2010, 39면.
- 4) 박홍래, “수정란의 민사법적 지위”, 「법률행정논총」, 전남대학교 법학연구소, 제21집, 2001, 158면.
- 5) 프랑스의 인체의 존중에 관한 법률 제2조에 의하면 민법 제16조를 다음의 문장으로 부활하고 아울러 민법 제1편 제1장 제2절의 첫머리에 삽입한다. “제16조 이 법률은 인간의 우월성을 보장하고 그 존엄에 대한 모든 침해를 금지하며 아울러 그 생명의 시작부터 존중할 것을 보장하다.”라고 하여 생명의 시작, 즉 수정란부터 권리능력을 인정하는 것으로 보이고, 미국의 Louisiana Revised Statutes 9:124는 수정란을 법률상 인격을 갖춘 존재로 보며, Louisiana Revised Statutes 9:126은 수정란이 존재하는 장소의 관할 법원은 체외수정을 시술한 환자나 그 상속인이나 또는 담당의사가 소송을 제기하는 경우 체외수정자의 권리를 보호하기 위하여 후견인을 임명할 수 있다고 규정하고 있다(박홍래, 전제논문, 171면).
- 6) 다만 우리나라는 2005년 1월 1일부터 시행된 생명윤리 및 안전에 관한 법률에서 배아 등을 취급할 때 인간의 존엄과 가치를 침해하거나 인체에 위해(危害)를 끼치는 것을 방지하기 위해 원칙적으로 누구든지 임신 외의 목적으로 배아를 생성하는 행위를 금지하고 있으나 이는 배아 자체를 보호의 대상으로 하거나 배아의 이익을 보호하기 위한 것이 아니라 배아를 다루는 일정한 행위에 대한 규제가 중심적일 뿐 배아 생성자와 배아와의 관계를 직접 다루지는 않는다(황만성, “인간생식자, 배아 및 태아의 형사법적 보호”, 생명윤리 제12권 제1호, 60면).

말겨져 있다고 할 수 있다.

체외배아의 정의에 대해서 의료분야 뿐만 아니라 법학분야에서 개념정의가 혼재하여 사용되고 있어 먼저 배아의 개념을 살펴본다. 체외배아의 지위에 대하여 민사법적 검토는 매우 다양한 관점에서 이루어지고 있다. 즉 체외수정의 허용여부⁷⁾, 체외수정의 유형⁸⁾에 따른 법적지위, 체외배아가 착상되어 출생한 후 가족법적 문제 등 이다. 이러한 쟁점은 서로 밀접하게 연관되어 있기 때문에 선결적으로 체외배아의 지위에 대한 독일과 한국의 논의 상황을 먼저 살펴보고자 한다.

2. 배아의 정의

가. 의학적 관점

최근 발간된 산과학(産科學) 교과서의 제5장 태아의 생리 중 배아의 발달에서 “수정 후 2주가 지나면서 배아 시기는 시작되며...”라고 기술하고 있어 배아는 수정 후 2주가 지나서부터 시작되는 것으로 정의하고 있다.⁹⁾ 이럴 경우 수정 후 2주간은 배아가 아니라는 이야기가 된다. 2004년 미국 산부인과학회 윤리위원회에서 “Preembryo Rearch”라는 위원회 보고서를 발간하면서 인간의 발달과정에서 수정 이후 약 14일 원시선조(pre-mitive streak)가 나타나기까지를 전배아(preembryo)로 이름 붙이고 배아(embryo)는 수정 후 2주 이후부터 시작되어 8주말에 끝나는 것으로 구별하고 있다. 그러나 전(前) 배아와 배아의 구분은 많은 생물학자 및 생명윤호론자의 반대를 불러 일으켜서 논쟁을 유발하고 있으며 실제로 전 배아(preembryo)라는 용어는 아직까지는 인체발생학 교과서를 비롯한 대부분의 의학교과서에 사용하지 않고 있다.¹⁰⁾ 이와 같은

7) 체외수정자체를 금지해야 한다는 견해, 김천수, “인공수정에 관한 법적고찰”, 「민사법학」, 한국민사법학회, 제21호, 2002, 95면

8) 체외수정을 크게 구분하면 배우자간 체외수정, 정자제공형 배우자간 체외수정, 난자제공형 비배우자간 체외수정, 난자·정자제공형 비배우자간 체외수정이 있을 수 있다.

9) 대한산부인과학회, 「산과학」, 군자출판사, 2007, 72면.

10) 서경, “착상 전 배아의 도덕적 지위”, 대한산부회지 제51권 제3호, 287면.

논의에 영향을 받아 미국 산부인과학회 윤리위원회는 2006년 제목을 “Using Preimplantation Embryos Rearch” 보고서를 발간하면서 2004년 “Preembryo Rearch” 보고서를 대체하면서 preembryo라는 용어를 Preimplantation embryo (착상 전 배아)라는 용어로 대체하고 있다.¹¹⁾ 즉 수정 후 2주간이내의 수정란은 착상 전 배아에 해당한다고 볼 수 있다.

나. 법적 관점

독일의 배아보호법은 제8조 제1항에서 “이 법에서 말하는 배아라 함은 핵융합 이후 수정되어 분화 능력이 있는 사람의 난자를 말하며, 나아가 배아로부터 채취되어 일정한 조건하에서 분열하여 개체로 발생할 수 있는 모든 전능성 세포를 포함한다고 규정하고 동법 제8조2항에서는 핵융합 이후 24시간 내에 수정된 난세포가 단일세포 상태를 벗어나지 못할 것이 확실한 경우를 제외하고는 수정된 난세포의 분화능력은 자동적으로 추정된다. 이 법적 정의에 따라 배아개념의 본질적인 기준은 배아생성방식 중 하나인 수정이 아니라 분화능력임을 알 수 있다.¹²⁾

한국의 생명윤리법 제2조 제2호에서는 “배아라 함은 수정란 및 수정된 때부터 발생학적으로 모든 기관이 형성되는 시기까지의 분열된 세포군을 말한다.”고 정의하고 있다.

독일과 같이 수정된 난세포의 분화능력 추정규정은 없지만 특별한 경우가 아니면 수정된 난세포(수정란)은 분화능력이 있는 것으로 보는 것이 생명윤리법 제2조제2호 후문의 규정 취지라고 추정해 볼 수 있다.

다. 검토

독일과 한국의 배아개념의 법적 정의가 규정형식에 차이가 있으나 본질적

11) ACOG Committee Ethics, ACOG Committee Opinion No. 347, November 2006: Using Preimplantation Embryos for rearch, Obstet Gynecol 2006: 108: 1305-17.

12) 최민영, “배아연구와 형법적 보호법익”, 『고려법학』, 고려대학교 법학연구원, 제57호, 2010, 71면.

으로 수정란을 배아로 보는 것이 타당¹³⁾하며, 의학 분야에서 정의하는 수정 후 2주간내의 배아(착상전 배아), 초기배아¹⁴⁾와도 같은 의미라고 생각된다. 따라서 이하에서 설명하는 배아는 체외에서 수정된 수정란이 체외배아라고 한다.

이와 같은 체외배아에 대한 개념정의의 바탕으로 다음에서 체외배아에 대한 다른 나라의 규율이 어떻게 되어 있는지 혹은 어떠한 논의가 검토한 다음 여기서 도출된 관점이나 시사점을 토대로 해서 국내법으로 어떠한 문제가 있는지 해석론적으로 보호영역과 법적 한계를 검토하고 민법의 체계하의 체외배아에 대한 법적 지위를 분석하고 마지막으로 체외배아의 민사법적지위에 대한 전망과 과제를 제시하고자 한다.

II. 체외배아의 지위에 대한 외국의 논의

우선 다음에서 독일과 미국에서 논의되고 있는 학설의 동향과 판례의 입장을 살펴본 다음 우리나라에서 부각되고 있는 쟁점들과 비교법적 검토를 하고자 한다.

1. 독일

1990년 제정된 독일의 배아보호법(ESchG)은 배아의 생명을 보호하고 있으며 기본권의 주체로 인정하고 있다. 이 법은 잔여배아의 연구나 출생을 위한 생식목적이 아닌 실험대상의 연구목적으로 인한 배아의 생성을 엄격히 금지하고 있다. 독일의 배아보호법에서 배아를 헌법적인 차원에서 기본권의 주체로 인정하고 있는 반면, 독일 민법상에서는 배아에 대한 명문규정이 없다. 그

13) 수정란을 배아와 별개 개념으로 사용하는 견해도 있다(박홍래, “수정란의 민사법적 지위”, 『법률행정논총』, 전남대학교 법학연구소, 제21집, 2001, 164면).

14) 헌법재판소는 2010. 5. 27. 2005헌마346결정에서 수정 후 14일이 경과하여 원시선이 나타나기 전의 수정란의 상태, 즉 일반적인 임신의 경우라면 수정란이 모체에 착상하여 원시선이 나타나는 그 시점의 배아 상태에 이르지 않은 배아를 ‘초기배아’로 정의하였다.

러므로 체외배아를 민법적 차원에서 보호하기 위하여 배아의 민사법적 지위에 대한 논의가 필요하다. 독일에서 체외배아를 민사법적으로 권리능력의 주체인 인간으로서의 성질을 가지는지 아니면 권리의 객체인 물건으로서의 성질을 가지는지에 대한 논의를 살펴보고 그에 따른 민법상의 보호가 어떻게 이루어질 수 있는지 살펴본다.

가. 체외배아의 민법상 지위

체외배아의 특수성은 두가지이다. 먼저 태아 이전의 단계에 있다는 것과 모체 밖에 존재한다는 것이다. 전자는 태아가 가지는 권리와 의 형평성 문제로 이어지고, 후자는 모체로의 이식이라는 인위적인 개입을 필요로 하므로 출생 시기의 임의성이 문제된다. 독일에서는 배아보호법과 독일민법을 통하여 이러한 문제점을 해결하기 위한 논의가 활발히 진행되고 있다.

독일민법 제1조¹⁵⁾에서는 사람의 권리능력 시기를 출생이 완료한 때로 보고 있다. 이러한 요건을 갖추지 못한 배아, 특히 모체로의 이식이 아직 이루어지지 않은 체외배아의 경우 민사법적 지위가 더욱 문제된다. 권리의 주체로서의 인정받을 수 있는지, 아니면 권리의 객체인 물건으로서의 성질을 갖는지에 대해서는 법규정이 분명하지 않다. 예를 들어 독일민법 제1923조 제2항¹⁶⁾에서는 상속개시 시점에 “이미 생성되어졌던 자”에게 상속능력을 인정하고 있는데, 체외배아의 경우 ‘생성’되었다고 할 수 있는지가 문제된다.

나. 체외배아의 물건으로서의 성질

15) 독일민법 제1조(권리능력의 시기)

사람의 권리능력은 출생이 완료된 때로부터 시작한다.

16) 독일민법 제1923조(상속능력)

① 상속개시시점에 생존한 자만이 상속인이 될 수 있다.

② 상속개시의 시점에 아직 존재하지 않지만 이미 생성되어졌던 자는 상속개시 전에 출생한 것으로 본다.

(1) 분리된 신체의 물건성

독일민법 90조¹⁷⁾에서 유체물만이 물건이라고 정의하고 있다. 즉, 유체성과 지배가능성을 지니고 있어야 물건이라고 할 수 있는 것이다. 그렇다면 사람의 신체에서 분리된 신체의 일부는 물건으로 볼 수 있는가? 이에 대해 신체에 대하여 사람 그 자체와 사람에게 지배된 객체인 신체와는 구분될 수 있다고 주장하는 견해가 있다.¹⁸⁾ 이 견해에 따르면 분리되어진 신체의 일부를 원래의 신체로 재부합시킬 목적이 없다면, 신체의 일부는 물건성이 인정된다고 한다. 분리된 신체의 일부를 소유권이나 점유권의 객체로서 매매, 양도, 상속 등 처분행위가 가능해진다. 분리된 신체의 소유자는 처분행위를 자유롭게 할 수 있지만, 처분행위 후 분리된 신체 일부가 타인의 신체로 완전한 부합이 이루어진 경우 원소유자는 소유권을 비롯하여 이에 관한 모든 권리가 상실되고, 분리된 신체의 물건성 또한 부정된다.¹⁹⁾

(2) 체외배아의 물건성에 대한 논의

체외배아 역시 분리된 신체의 일부처럼 물건성을 인정할 수 있는지가 문제된다. 부모의 신체로부터 분리된 정자와 난자를 기초로 만들어진 것이므로 물건성이 인정된다는 견해가 있다.²⁰⁾ 이 견해는 신체의 조직은 신체로부터 분리되는 순간 동산으로 취급되고, 그 소유권은 정자·난자의 제공자에게 귀속된다고 한다. 따라서 소유자는 체외배아를 임의대로 처분할 수 있게 된다.

그러나 독일의 다수 견해는 정자·난자와 같은 생식세포의 수준을 넘어 인간으로 성장하는 단계에 있다는 점을 이유로 배아의 물건성을 부인하고 있다. 부모로부터 분리된 정자와 난자는 그 자체만으로 더 이상 발전할 수 없지만

17) 독일민법 90조(물건의 개념)

이 법률에서 물건은 유체물만을 말한다.

18) 최민수, “체외배아의 민법상 지위에 관한 고찰”, 『민사입법의 새로운 동향과 과제』, 한국민사법학회 추계학술대회, 2011, 143면

19) Taupitz, in: Mietzsch, Kursbuch Biopolitik, 2004, S. 110, 112.(최민수, 전제논문, 142면 재인용)

20) 소재선/김기영, 독일의 통설에 대해 자세하게 것은 ‘신체침해의 보호범위와 가족계획권으로서 인격권침해’ - 정자폐기로 인한 위자료청구사건을 중심으로 - 『외대논집』, 제33권 제2호, 379면(382면 이하) 참조.

수정을 통하여 형성된 배아는 인간으로서의 성장이 가능하므로 배아를 생식 세포와 동일하게 취급할 수 없다는 것이다. 비록 체외배아가 모체 내에 있는 배아보다 인간으로서 성장하기 위해서 환경적인 요인과 모체로의 이식이 요구되기는 하지만 인간으로 발전 중에 있다는 점은 차이가 없다.²¹⁾ 독일의 다수 견해처럼 체외배아의 물건성이 부인된다면, 과연 배아에게 인간성을 인정할 수 있는지가 문제된다.

다. 체외배아의 인간으로서의 성질

(1) 체외배아의 권리능력에 관한 문제

체외배아를 잠재적이고 형성중인 인간으로서의 성질을 갖는다고 본다면 태아처럼 살아서 출생한 것을 전제로 하여 인간의 권리능력에 관한 규정을 유추적용할 수 있을 것이다. 독일민법은 태아에 대해서 개별적 보호규정을 통하여 상속과 불법행위 및 이로 인한 손해배상청구권을 인정하고 있다. 이러한 특수한 규정을 두어 태아를 보호하는 것은 인간으로서 잠재성을 가진 모체와는 별도의 인격체로서 인정하기 때문이다. 그렇다면 잠재적이고 형성중인 인간으로서의 가장 초기단계의 생명체라고 볼 수 있는 배아 역시, 권리를 가질 수 있는지가 문제된다. 개별적, 특수적 보호규정이 있는 태아와는 달리 체외배아는 권리능력에 대한 명문규정이 없어서 독일의 다수 견해는 권리능력자로 인정하지 않는다. 그러나 독일의 배아보호법에서 체외배아에 대하여 생명권의 기본권 주체성을 인정하므로 해석상 태아와 유사하게 개별적 보호규정을 적용할 수 있는지 살펴볼 필요가 있다.

(2) 체외배아의 상속능력에 대한 논의

체외배아가 생성된 후 모체로 이식되기 전에 부가 사망한 경우 체외배아는 사망한 부로부터 상속을 받을 수 있는가? 독일민법 제1923조 제2항에서는 상속개시시점에 아직 존재하지는 않지만 이미 생성되었던 자는 상속개시 전에

21) Lanz-Zumstein, Die Rechtsstellung, 1990, S.277 ff. (최민수, 전제논문, 143면 재인용)

출생한 것으로 간주하고 있다. 그렇다면 체외배아는 독일민법 제1923조 제2항에서 규정하고 있는 '이미 생성되었던 자'에 해당하는지가 문제된다. 이에 생성의 의미를 어떻게 파악하느냐에 따라 체외배아의 상속능력 여부가 달라지는데 이와 관련된 학설은 두 가지 견해로 나누어진다.

(가) 수정시설

'생성'의 의미를 정자와 난자의 결합인 수정으로 보는 견해이다. 독일민법 제1923조의 상속능력 규정은 아직 출생하지 않은 자의 상속에 관한 권리를 두텁게 보호하기 위해 만들어진 규정이다. 이 규정은 이미 출생한 형제자매에 대하여 피상속인의 사망시점에 아직 출생하지 않았던 자가 이로 인해 불이익이 발생하지 않도록 도입되어졌다.²²⁾ 수정시설은 이와 같은 독일민법 제1923조 제2항의 보호목적에 들어 나중에 살아서 출생한 체외배아의 경우, 피상속인의 사망 시 모체 밖에서라도 수정되어 인간생명으로서 새로운 생성이 이루어졌다면 제1923조제2항에 해당한다고 주장한다.

(나) 배아이식설

이 견해는 '생성'의 의미를 체외배아가 안전하게 모체 내로 이식했을 때로 보고 있다. 모체 밖에서의 수정된 배아는 모체로의 이식이라는 인위적인 개입이 필요하기 때문에 체외배아인 상태만으로는 그 존재의 지속성을 장담하기 어렵기 때문이라고 한다. 그리고 모체로의 이식이 언제 이루어지느냐에 따라 출생의 시기가 달라지기 때문에 다른 형제자매는 상속에 관해 불안정한 지위에 놓이게 된다. 또한 독일민법 제정당시에는 체외수정이 불가능하였다는 점을 들어 이 규정은 배아가 모체 내에 있을 경우만을 염두하고 만든 규정이므로 체외배아의 경우 모체내로의 이식이 이루어져야 독일민법 제1923조 제2항의 상속능력을 가진다고 한다. 이 견해가 독일의 다수 견해이다.

라. 검토

22) 최민수, 전제논문, 149면.

태아와는 달리 모체 밖에 있는 배아를 인간성을 가진 권리의 주체로 인정하는 논의는 쉽지 않다. 잠재적인 인간으로서의 성질만을 강조하여 초기 배아에 게도 권리능력의 주체로서의 민사법적 지위를 인정하게 된다면 모체로 이식되지 못한 잔여배아는 어떻게 처리해야 되는가의 문제점이 생긴다. 잔여배아도 모체로 이식되어 착상될 권리를 부여받게 된다면, 배아에 대한 일체의 조작이 금지되며, 잔여배아의 폐기, 연구 및 실험, 냉동보존 등의 행위는 엄격히 금지되어야 한다.²³⁾ 모체로의 이식이 이루어진 배아와 잔여배아의 지위를 함께 고려하여 판단하여야 하므로 체외배아의 인간성에 대한 논의는 매우 복잡한 문제를 포함하고 있다.

2. 미 국

Louisiana주 법은 수정란에 대한 민사법적 지위를 규정하고 있다. 이 법에서는 수정란을 법률상 인격을 갖춘 존재로 보며, 수정란이 존재하는 장소의 관할법원은 체외수정을 시술한 환자나 그 상속인 또는 담당의사가 소송을 제기하는 경우 체외수정란의 권리를 보호하기 위하여 후견인을 임명할 수 있다고 규정하고 있다.²⁴⁾ 그러나 대부분의 다른 주는 체외배아의 지위에 대한 법령이 미흡하다. 이와 관련하여 미국에서 논의되고 있는 학설과 판례의 입장을 살펴보아야 한다.

가. 배아지위에 대한 논의

미국에서는 연구와 실험의 목적으로 인위적으로 생성한 배아를 어떻게 취급하여야 할 것인지에 대해 여러 가지 견해가 대립되고 있다. 정자 및 난자를 채취하여 이를 모체 밖에서 수정시켜 생성된 배아의 경우 자궁에 이식, 착상시키는 과정을 거치기 때문에 배아의 법적 성격문제에 대해 논란이 제기되고

23) 박홍래, "수정란의 민사법적 지위", 「법률행정논총」, 전남대학교 법학연구소, 제21집, 2001, 169면.

24) Louisiana Revised Statutes 9 :124·126, (박홍래, 전제논문, 171면, 재인용).

있다.

(1) 인간성 인정설

체외배아를 인간으로 보고 그에 따른 모든 권리를 부여해야 한다는 견해이다. 이 견해는 체외배아 역시 인간 생명체로 인정하여 법적으로도 인격을 누릴 자격을 부여해야 한다고 주장한다. 체외배아 역시 권리능력을 가지며 모든 체외배아가 착상될 기회를 가져야하고 또한 착상 전에 해를 줄 수 있는 수정란 조사, 냉동 보존, 폐기 등 일체의 행위는 금지되어야 한다고 주장한다.²⁵⁾

(2) 물건성 인정설

체외배아는 인간의 다른 신체조직과 마찬가지로 분리된 신체의 일부에 불과하다는 견해이다. 이 견해는 체외배아를 인간에게 분리된 신체조직과 동일하게 취급하여 물건으로서의 성격을 주장한다. 이러한 견해에 의하면 정당한 처분권자의 동의가 있는 한 배아의 폐기, 연구 및 실험, 냉동보존, 양동 등의 행위가 무제한적으로 허용된다. ²⁶⁾

(3) 절충설

절충적 입장으로 모체로의 이식, 착상 전의 체외배아는 인간의 신체 조직보다는 더욱 존중되어야 하지만 실제 인간에 대한 권리를 부여할 수는 없다는 중간적 견해이다. 이에 의하면 모체로의 이식 전의 체외배아는 아직 인간으로서의 생물학적 구조를 갖지 않으므로 인간으로 취급할 수 없지만, 장차 인간이 될 잠재성으로 말미암아 인간생명의 상징으로서 존중되어야 한다고 한다.²⁷⁾ 미국 대법원의 판결도 절충설의 입장에서 결론을 같이 하고 있는 것으로 보인다.

25) 고정명, “체외수정의 법적 소고”, 「법학논총」 제5집, 국민대학교 법학연구소, 1992., 15면.

26) 박홍래, “수정란의 민사법적 지위”, 「법률행정논총」, 전남대학교 법학연구소, 제21집, 2001 169면.

27) Robertson, “Embryos, Families and Procreative Liberty- the Structure of the New Reproduction”, *Southern California Law Review*, 59 p939-972, 1986(고정명, “체외수정의 법적 소고”, 「법학논총」 제5집, 국민대학교 법학연구소, 1992, 16면, 재인용).

나. 체외배아의 지위에 관한 판결

1993년 미국의 테네시 주에서 냉동 보관된 인간 배아의 소유권과 관련한 판례가 나왔다. 병원이 불임부부를 위하여 체외배아를 냉동하여 저장해 두었는데, 부부가 이혼을 하게 되면서 냉동 보관하여 둔 자신들의 체외배아에 대해서도 소유권을 행사하길 원하면서 분쟁이 벌어졌다. 냉동보관 된 배아가 사람이나 소유물이나를 규정하는 법률적인 규정이 없으므로 배아를 어떻게 볼 것인가가 쟁점이 되었다. 이에 테네시 주 대법원은 배아는 신체조직도 아니고 인간도 아닌 특별한 중간 부류에 해당하므로 부모는 진정한 의미의 소유권은 없으나 법이 허용하는 범위 안에서 체외 배아의 처리에 대한 결정권을 가진다고 판단하였다.²⁸⁾

다. 검토

미국의 판결의 동향은 체외배아에 대한 지위를 인간과 물건 사이의 중간적인 영역에 속한다고 하고 있다. 체외배아가 권리주체로서 인간과 동일한 지위를 누릴 수 없다고 판시하면서, 권리객체의 영역에 속하지만 일반적인 권리의 객체인 물건처럼 다루어서는 안된다는 입장을 취하고 있는 것이다. 그러나 이러한 판결은 체외배아의 권리주체성을 부정하고 권리의 객체임을 전제로 하고 있다는 점에서 체외배아의 인간성을 부정하는 결과를 가져오고 있다. 인간생명의 잠재적인 상징으로서만 존중되어야 한다는 절충적인 입장은 표면적으로는 권리와 주체와 객체의 중간적인 보호영역이 존재하는 것처럼 보이나 실제적으로 권리의 객체임을 전제로 체외배아에 대한 결정권을 그의 부모의 의사에 맡김으로써 인간으로서의 성질을 부정한 것과 마찬가지로의 결과를 내리고 있는 것이다. 미국의 이 같은 판결은 모체 내의 배아와 체외배아에 대한 지위에 대해 차별적 취급을 하게 되는 문제점을 가져온다. 모체 내의 배아나 체외배아 모두 인간으로서의 잠재적인 가능성을 가지고 있다는 점은 다르지 않다. 그러나 미국의 절충설과 판례는 체외배아의 물건성을 인정하면서 태아

28) 이종태, 냉동보관된 정자의 소유권에 대한 고찰, 법률신문 2002. 4. 1. 제3603호.

이전의 단계인 배아라는 동일한 지위임에도 불구하고 체내배아와 체외배아의 법적 보호를 다르게 인정하고 있는 것이다.

Ⅲ. 우리나라 민법상 체외배아의 지위에 관한 논의

1. 체외배아가 물건인가?

민법은, 「본법에서 물건이라 함은 유체물 및 전기 기타 관리할 수 있는 자연력을 말한다」라고 물건을 정의하고 있다(제98조). 민법상 물건이기 위해서는 유체물이거나 또는 관리가능한 자연력일 것, 관리가 가능할 것, 외계의 일부일 것, 독립한 물건일 것이라는 요건이 필요하다.²⁹⁾ 유체물이란 공간의 일부를 차지하고, 사람의 오감에 의하여 그 존재를 알아서 깨달을 수 있는 모습을 가지는 성질, 즉 고체·액체·기체를 말한다. 관리가 가능하다는 것은, 지배가 가능하다는 것을 뜻하며, 외계의 일부일 것은 비인격성을 말한다. 따라서 인체 즉 사람의 몸이 법률상 물건이 아닐 뿐만 아니라, 인체의 일부도 물건은 아니다. 인위적으로 인체에 부착된 의치·의안·의족·의수 등도, 신체에 고착하고 있는 한, 신체의 일부이며, 물건이 아니다. 그러나 인체의 일부이더라도 생체(즉 살아있는 몸)로부터 분리된 것, 예컨대 모발·치아·혈액 등은 물건이며, 분리당한 사람의 소유에 속한다. 물건개념에 대한 제98조의 규정과 관련해 신체에서 분리된 생식세포(정자·난자)를 통해 인간신체의 밖에서 생성되어졌기 때문에 체외배아를 물건으로 볼 수 있다.³⁰⁾ 체외배아의 법적 성격을 물건으로 보는 견해는 인체로부터 분리된 정자 및 난자를 분리된 혈액, 안구, 장기와 같이 보는 입장에서 기인한 것으로 보이지만, 다수의 견해는 분리된 정자·난자조차도 일반적으로 물건과는 다른 인격적 측면이 있어 증여·매매의 대상으로 하는 처분권을 인정 하지 않는 것이 추세이며, 인간의 근원이 될 수 있다는 점에서 엄격한 제한이 따르는 점을 고려하면 체외배아는 더욱 인간으로의 발달가능

29) 박윤직, 민법총칙, 박영사, 2003년, 167면.

30) 최민수, 전계논문, 152면.

성으로 인해 인간과 유사한 특징을 나타내고 인간생명의 문제로 보아 단순한 물건이 아닌 인간 생명으로 다루고 있다.

2. 체외배아는 인간인가?

민법 제3조는 「사람은 생존하는 동안 권리와 의무의 주체가 된다」고 규정하고 있다.

가. 사람의 권리능력

권리의 주체가 될 수 있는 지위 또는 자격을 가리켜 「권리능력」 또는 「인격」이라고 한다. 권리능력은 어디까지나 권리의 주체(권리자)가 될 수 있는 추상적·잠재적인 법률상의 지위에 지나지 않는다. 권리능력에 대응하여, 의무의 주체가 될 수 있는 지위를 「의무능력」이라고 한다. 오늘날에 있어서 권리능력은 동시에 의무능력이다. 그러나 근대사법은 권리본위·권리중심으로 구성되어 있으므로, 단순히 「권리능력」이라고 하여도 무방하다.³¹⁾

민법은, 모든 살아있는 「사람」에 대하여, 권리·의무의 주체가 될 수 있는 지위, 즉 권리능력을 인정하고 있다. 모든 사람을 성·연령·계급의 구별없이 평등하게 권리능력자로 하는 것은, 오늘날의 모든 문화국가에 공통한 현상이다. 모든 사람에게 권리능력을 인정하고, 또한 권리능력의 범위를 한정하지 않는 것이, 근대법에 있어서의 기본적 요청이지만, 그러나 모든 사람에게 권리능력이 인정되는 것은, 어디까지나 법에 의하여 인정되는 것이다. 즉 사람이 사람이기 때문에 당연히 권리능력을 가지게 되는 것은 아니라는 점을 주의해야 한다.³²⁾

사람의 권리능력은 언제부터 시작되는가? 민법 제3조는 권리능력의 존속기간을 규정하고 있지만 언제부터 사람의 권리능력이 시작되는지는 규정하지

31) 박윤직, 전계서, 71면.

32) 박윤직, 전계서, 72면 : 지원립, 「민법강의」, 홍문사, 2011, 63면.

않는다. 사람이 권리능력을 취득하는 것은 출생한 때로부터 시작되는데 어느 시점부터 출생으로 보아야 할 것인지에 대해서는 어느 시점부터 권리능력을 인정할 것인가의 문제로 의학적 견해가 아닌 법률적 문제이다.³³⁾ 이른바 권리능력의 시기는 출생이다. 출생의 시기에 관하여는 다툼이 있으나³⁴⁾ 태아가 모체에서 완전히 밖으로 나왔을 때 비로소 출생으로 보는 전부노출설이 통설³⁵⁾·판례³⁶⁾의 입장이다. 사람으로서 살아서 출생한 이상 성별·기형·조선·쌍생아 등을 묻지 않고 권리능력을 갖으며, 인공수정자인 경우에도 아무런 차별 대우를 받지 않는다.³⁷⁾

나. 태아의 권리능력

태아란 임신 후 모체에서 전부 노출될 때까지의 생명체를 말한다. 사람의 권리능력의 시기는 출생한 때이므로, 아직 출생하지 않은 태아는 권리능력을 취득하지 못함이 원칙이다. 그러나 이 원칙을 관철시킬 경우, 태아는 생명체이면서도 권리능력을 갖지 못하게 되어 태아에게 불리할 뿐만 아니라 사회의 법감정에 맞지 않는 경우도 생길 수 있다. 그리하여, 일정한 경우에는 태아의 출생사실을 의제하여 태아의 권리능력을 인정함으로써 그의 이익을 보호해 줄 필요가 있다.

이에 태아를 보호하기 위한 입법주의로 일반적 보호주의³⁸⁾와 개별적 보호

33) 민유숙, 「주석 민법총칙(1)」, 한국사법행정학회, 2010, 277면

34) 한삼인, 「민법일반이론」, 보명, 2009, 80면 : 진통설 또는 분만개시설(산모가 해산에 앞서 주기적인 통증이 시작되는 시점을 출생으로 보는 견해로서 형법상 출생의 시기에 관한 통설이다)·일부노출설(태아가 모체에서 밖으로 일부 나왔을 때에 출생으로 보는 견해로서 구형법상의 통설이었다)·전부노출설·독립호흡설(태아가 모체에서 완전히 밖으로 나와 자사의 폐로 독립하여 호흡하는 때를 출생으로 보는 견해로서 의학상의 통설이다) 등이 있다.

35) 박윤직, 전게서, 74면 : 한삼인, 전게서 80면.

36) 대법원 1976. 9. 14. 선고 76다1365 판결

37) 한삼인, 전게서, 80면.

38) 모든 법률관계에 있어서 태아를 이미 출생한 것으로 보는 태도이다. 로마법의 원칙이었고 스위스민법(제31조제2항)이 취하고 있다. 태아의 이익을 충분히 보호할 수 있는 장점이 있는 반면에 구체적으로 어떤 범위에서 출생한 것으로 보아야 할 것인지 분명하지 않은 단

주의³⁹⁾가 있다. 우리 민법은 개별적 보호주의를 취하여 명문의 규정으로 인정하는 것은 불법행위에 의한 손해배상의 청구(제762조)·재산상속(제1000조제3항)·대습상속(제1001조) 등이 있고, 준용규정에 의해 인정되는 경우로서 유증(제1064조)·유류분(제1064조) 등이 있다.

일정한 경우에 예외적으로 태아를 이미 “출생한 것으로 본다”고 하는 경우에 그것이 무엇을 의미하는지에 대하여, 즉 태아의 법률상 지위를 어떻게 파악해야 할 것인가에 대하여 견해가 대립하는데⁴⁰⁾ 민법상의 태아에 관한 제한적인 규정은 태아의 이익을 보호하기 위한 규정이지 거래의 안전을 위한 규정이 아님이 분명하고, 일반적으로 출산율은 사산율에 비하여 압도적으로 높다는 관점에서 해제조건설을 취하는 견해가 다수설이나⁴¹⁾ 모체와 같이 사망한 태아에게 손해배상청구권을 인정할 수 있는지에 대하여 판례는 “태아가 특정한 권리에 있어서 이미 태어난 것으로 본다는 것은 살아서 출생한 때에 출생시기가 문제의 사건의 시기까지 소급하여 그 때에 태아가 출생한 것과 같이 법률상 보아 준다고 해석하여야 상당하므로 그가 모체와 같이 사망하여 출생의 기회를 못가진 이상 배상청구권을 논할 여지 없다”⁴²⁾고 판시하였고, 태아의 수증능력 유무 및 법정대리인에 의한 수증행위 가부에 대하여는 “의용 민법이나 구관습하에 태아에게는 일반적으로 권리능력이 인정되지 아니하고 손해배상청구권 또는 상속 등 특별한 경우에 한하여 제한된 권리능력을 인정하였을 따름이므로 증여에 관하여는 태아의 수증능력이 인정되지 아니하였고, 또 태아인 동안에는 법정대리인이 있을 수 없으므로 법정대리인에 의한

점이 있다. 박윤직, 「민법총칙」, 박영사, 2003, 76면.

39) 상속 등 중요한 법률관계에 한하여 태아의 권리능력을 개별적으로 인정하는 태도이다. 독일민법(제1912조·제1923조 등), 프랑스민법(제725조·906도 등), 우리 민법이 따르고 있다. 적용범위가 명확한 장점이 있으나, 태아의 이익보호의 범위가 넓지 못하다는 단점이 있다. 박윤직, 전계서, 76면.

40) 태아인 동안에는 권리능력을 취득하지 못하나, 살아서 출생한 때에는 그의 권리능력 취득의 효과가 문제의 사건이 발생한 시기까지 거슬러 올라가 생긴다고 보는 정지조건설(인격소급설)과 태아인 동안에도 권리능력이 인정되는 개별적 사항의 범위에서 제한적 권리능력을 가지지만, 사산한 경우에는 권리능력 취득의 효과가 소급하여 소멸한다는 해제조건설(제한적 인격설)이 있다.

41) 박윤직, 전계서, 78면 ; 한삼인, 전계서, 84면 ; 지원립, 전계서, 66면.

42) 대법원 1976.9.14. 선고 76다1365 판결

수증행위도 할 수 없다”⁴³⁾고 하여 정지조건설의 입장이다.

이상의 논의는 태아가 출생한 경우에만 의미를 가지며, 태아가 사산된 경우에는 태아에게 권리능력이 인정되지 않는다는 점에서는 의견이 일치한다. 즉 아버지가 교통사고로 상해를 입을 당시 태아이었다가 출생한 자에게 부의 부상에 대한 위자료 청구권이 있는지 여부와 관련해 대법원은 “태아도 손해배상청구권에 관하여는 이미 출생한 것으로 보는바, 아버지가 교통사고로 상해를 입을 당시 태아가 출생하지 아니하였다고 하더라도 그 뒤에 출생한 이상 부의 부상으로 인하여 입게 될 정신적 고통에 대한 위자료를 청구할 수 있다”⁴⁴⁾고 하여 태아가 나중에 살아서 출생한 경우에는 태아를 권리주체로 다룬다는 점에서는 판례와 학설이 같은 태도이다.

다. 체외배아의 권리능력을 인정할 수 있는가?

기독교 교회는 전통적으로 수정되는 순간부터 인간의 생명이 시작되는 것으로 보고 있다. 교황 바울2세는 1995년 발표한 교서에서 “난자가 수정된 순간부터 생명은 시작되었고, 그것은 아버지나 어머니의 것도 아닌 자신의 생명력을 지닌 한 새로운 인간의 생명이다. 따라서 인간은 수태의 순간부터 한 개체로서 존중되고 정중히 다루어져야 한다”라고 선언한 바 있다. 체내수정의 경우는 대체로 착상을 하는 과정에 법률적 의미가 있는 행위가 개입되지 않으므로 별문제가 없으나, 체외수정에서는 정자 및 난자를 채취하여 이를 시험관에서 수정시켜 수정란이 된 후 48-72시간이 지나서 자궁에 이식 착상시키는 과정을 거치기 때문에⁴⁵⁾ 특히 수정란의 법적 성격 즉 태아와 유사한 인격체로 인정할 수 있는가에 관하여 많은 논란이 제기된다. 즉, 체외배아를 태아로 보아 우리 민법이 규정하고 있는 상속능력 등이 인정될 수 있는가, 체외배아를 처분하면 상속인의 자격을 상실하는가⁴⁶⁾, 형법상 낙태죄로 처벌받는가 등

43) 대법원 1982.2.9. 선고 81다534 판결

44) 대법원 1993.4.27. 선고 93다4663 판결

45) 장윤석, “인공수정과 체외수정”, 『대한의학협회지』, 제29권 제3호, 대한의사협회, 1986. 237면.

46) 태아가 호주상속의 선순위 또는 재산상속의 선순위나 동순위에 있는 경우에 그를 낙태하면

문제될 수 있기 때문이다.

이와 관련하여 태아의 시기에 대하여 견해의 대립이 있다.

(1) 수정시설

수정란을 인간생명체로 인정하여 성인과 동일한 도덕적 지위와 법적으로도 인격을 누릴 자격이 있다는 견해이다. 이에 의하면 수정된 때부터 수정란은 권리능력을 가지며 모든 체외수정란에게 착상될 기회가 부여되어야 하고 또한 착상전 수정란에 해를 줄 수 있는 수정란 조사, 냉동보존, 폐기 등 일체의 행위는 금지되어야 한다는 견해이다.⁴⁷⁾

(2) 착상시설

착상전의 수정란은 인간의 신체조직보다는 더욱 존중되어야 하지만 인간과 동일한 지위를 가질 수는 없다고 한다. 아직 인간으로서의 생물학적 구조를 갖지 않으므로 인간으로 취급할 수 없고, 자궁에 착상하지 못한 수정란은 모체로부터 영양공급을 받을 수 없어 발달할 장수 없기 때문이다. 그러나 인간이 될 잠재성으로 말미암아 인간생명의 상징으로서 존중되어야 한다는 견해⁴⁸⁾로 착상후의 수정란은 태아로서 인정될 수 있다는 것이다.

(3) 대법원의 입장

민사법의 판례는 아니지만 형법상 낙태행위와 관련된 대법원 1985. 6. 11. 84도1958판결에서는 “인간의 생명은 잉태된 때부터 시작되는 것이고 회임된 태아는 새로운 존재와 인격의 근원으로서 존엄과 가치를 지니므로 그 자신이 이를 인식하고 있던지 또 스스로를 방어할 수 있는지에 관계없이 침해되지

구 민법(1990. 1. 13. 법률 제4199호로 개정되기 전의 것) 제992조 제1호 및 제1004조 제1호 소정의 상속결격사유에 해당한다. 대법원 1992.5.22. 선고 92다2127 판결참조.

47) 김친수, “인공수정에 관한 법적고찰”, 『민사법학』 제21호, 한국민사법학회, 2002, 100면 ; 문국진, 「인공수정의 법의학적 문제(중)」, 『법률신문』, 1986. 11. 17. 1160호. 13 : 「현재의 인간의 존재는 수정란의 연장에 불과하다는 것은 누구도 부정할 수 없다. 또 법이 수정란을 하나의 인격의 기초로 인정하지 않을 하등의 이유가 없다」고 한다.

48) 고정명, “체외수정의 법적 소고”, 『법학논총』 제5집, 국민대학교 법학연구소, 1992, 15-16면.

않도록 보호되어야 한다 함이 헌법 아래에서 국민일반이 지니는 건전한 도의적 감정과 합치”라고 판시하였는데 이미 착상의 단계에 이른 태아에 대하여 생명권을 인정하고 있다.⁴⁹⁾

(4) 헌법재판소의 입장

헌법재판소는 태아와 초기배아(체외배아)에 대하여 구별하는 입장이다. 즉 태아에게는 생명권에 대하여 기본권 주체성을 긍정하지만, 초기배아는 기본권의 주체성을 부정한다.

태아도 권리능력이 인정되어 손해배상청구권을 가질 수 있고 태아가 사산할 경우 태아의 손해배상청구권은 정상적으로 태어났다면 친권자가 되었을 부모에게 상속된다고 주장하며 민법제3조와 제762조에 대한 위헌소원사건에서 “모든 인간은 헌법상 생명권의 주체가 되며, 형성 중의 생명인 태아에게도 생명에 대한 권리가 인정되어야 한다. 따라서 태아도 헌법상 생명권의 주체가 되며, 국가는 헌법 제10조에 따라 태아의 생명을 보호할 의무가 있다. 생명의 연속적 발전과정에 대해 동일한 생명이라는 이유만으로 언제나 동일한 법적 효과를 부여하여야 하는 것은 아니다. 태아는 형성 중의 인간으로서 생명을 보유하고 있으므로 국가는 태아를 위하여 각종 보호조치들을 마련해야 할 의무가 있다. 하지만 그와 같은 국가의 기본권 보호의무로부터 태아의 출생 전에, 또한 태아가 살아서 출생할 것인가와는 무관하게, 태아를 위하여 민법상 일반적 권리능력까지도 인정하여야 한다는 헌법적 요청이 도출되지는 않는다. 법치국가원리로부터 나오는 법적안정성의 요청은 인간의 권리능력이 언제부터 시작되는가에 관하여 가능한 한 명확하게 그 시점을 확정할 것을 요구한다. 따라서 인간이라는 생명체의 형성이 출생 이전의 그 어느 시점에서 시작됨을 인정하더라도, 법적으로 사람의 시기를 출생의 시점에서 시작되는 것으로 보는 것이 헌법적으로 금지된다고 할 수 없다. 동일한 생명이라 할지라도 법질서가 생명의 발전과정을 일정한 단계들로 구분하고 그 각 단계에 상이한 법적 효과를 부여하는 것이 불가능하지 않다. 이 사건 법률조항들의 경우에도

49) 황만성, “인간 생식자, 배아 및 태아의 형사법적 보호”, 『한국생명윤리학회지』 제12권 제1호, 한국생명윤리학회, 2011. 6, 63-64면.

‘살아서 출생한 태아’와는 달리 ‘살아서 출생하지 못한 태아’에 대해서는 손해배상청구권을 부정함으로써 후자에게 불리한 결과를 초래하고 있으나 이러한 결과는 사법(私法)관계에서 요구되는 법적 안정성의 요청이라는 법치국가이념에 의한 것으로 헌법적으로 정당화된다.⁵⁰⁾” 판시하여 헌법상 생명권의 주체가 될 수 있음은 긍정하였으나, 동일한 생명체라 하여도 태아를 위하여 민법상 일반적 권리능력까지 인정하여야 할 헌법적 요청이 도출되지는 않으므로 민법 제3조와 민법제762조의 규정은 합헌이라고 판단하였다.

이에 대하여 ‘생명윤리 및 안전에 관한 법률’ 제16조 제1항, 제2항 등이 임신 목적의 배아 생성을 허용하면서 인공수정배아를 인간이 아닌 세포군으로 규정하여 이에 대한 연구목적의 이용 가능성을 열어두고 있고, 잔여배아의 보존기간과 그 폐기 및 연구에 관해 불충분하게 규율하고 있으며, 생성배아의 수효에 관한 제한 및 인공수정을 할 수 있는 전제와 기준·방법 등에 대하여 규율하지 않고, 체세포핵이식행위를 통해 생성된 체세포복제배아의 연구·폐기를 허용함으로써 청구인들의 기본권을 침해한다고 주장하며 위헌확인을 구하는 이 사건 헌법소원심판을 청구사건에서는 “초기배아는 수정이 된 배아라는 점에서 형성 중인 생명의 첫걸음을 떼었다고 볼 여지가 있기는 하나 아직 모체에 착상되거나 원시선이 나타나지 않은 이상 현재의 자연과학적 인식 수준에서 독립된 인간과 배아 간의 개체적 연속성을 확정하기 어렵다고 봄이 일반적이라는 점, 배아의 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 등을 종합적으로 고려할 때, 기본권 주체성을 인정하기 어렵다.”⁵¹⁾” 판단하여 초기배아는 독립된 인간과 배아 간의 개체적 연속성을 확정하기 어렵다고 보아 기본권의 주체성을 부정하였다.

(4) 체외배아의 민법상 지위의 검토

(가) 상속능력 및 손해배상청구권

50) 헌재 2008.07.31, 2004헌바81, 판례집 제20권 2집 상, 91, 92-92

51) 헌재 2010.05.27, 2005헌마346, 판례집 제22권 1집 하, 275, 276-276

체외배아에 대하여 태아와 같이 볼 수 있는지에 대한 견해대립에서 수정시설에 따르면 체외배아인 상태에서 부(父)가 사망한 경우에도 이후 착상되어 살아서 출생하면 상속이 되는 것이 가능해진다. 하지만 착상시설과 대법원의 입장과 헌법재판소의 판단을 유추해보면 착상되어 잉태되기 전인 체외배아인 동안에는 어떠한 권리능력을 인정할 수 없게 된다. 따라서 체외배아인 상태에서 부(父) 사망한 후 모에게 착상되어 출생하여도 상속인이 될 수 없게 된다. 손해배상청구권의 경우도 마찬가지이다. 임신목적의 배아형성은 실패할 경우를 대비하여 통상 한번에 여러번의 수정란을 생성시키게 되고, 잔여배아는 냉동보존 과정을 거치는 현실에서 이미 동일하게 형성된 체외배아가 착상이라는 단계를 거쳤는지 여부에 의해 보호받는 정도가 달라지게 된다는 문제점이 있는 것이다.

(나) 제3자를 위한 계약에서 수익자

착상시설 입장의 아직 모체에 착상되거나 원시선이 나타나지 않은 이상 독립된 인간과 배아 간의 개체적 연속성을 확정하기 어렵고, 배아의 경우 현재의 과학기술 수준에서 모태 속에서 수용될 때 비로소 독립적인 인간으로의 성장 가능성을 기대할 수 있다는 논거는 체외배아가 처한 현실을 반영한 것으로 보여진다. 즉 체외배아 경우 착상이라는 단계를 거쳐 모태에서 성장하여 출생할 수 있는 확률이 높지 않다는 점에서 모든 체외배아에게 권리능력을 인정하는 것이 어렵다는 점 또한 고려하지 않을 수 없는 것이다. 그렇지만 이미 세상에 존재하는 인간의 생명을 법적 불안정성을 이유로 배제하는 것 또한 타당하지 않으므로 제3자를 위한 계약에서 수익자로 볼 수 있는지 검토해 볼 만하다. 즉 수익자는 계약당시 현존하지 않거나 특정되지 않아도 될 뿐만 아니라 권리능력을 가지지 않더라도 무방하기 때문이다⁵²⁾. 권리취득이라는 효력이 발생할 때 권리능력을 갖추어 현존하고 특정되면 되므로 계약성립 당시 착상되지 않은 체외배아에게 수익자의 지위를 인정할 여지는 있다고 보여진다. 수익자로 된 이후에 착상되지 않거나 착상되었으나 출생하지 않은 경우 제3자를 위한

52) 지원립, 전거서, 2011, 63면·1366면.

계약의 효력은 발생하지 않으므로 법적안정성의 요청도 충족할 수 있다.

IV. 결 론

인간의 지위는 사회 변화에 비례하여 발전하여 왔으며 태아의 지위 역시 마찬가지라고 할 수 있다. 의료를 포함하는 과학기술의 발전에 따라 체외배아의 법적지위를 규명할 필요성이 높아지고 있으며, 특히 인공수정이 일반화되고 있는 시점에서 체외배아의 법적지위는 새롭게 논의되어야 할 필요성이 있다고 할 것이다. 이러한 논의는 인간생명의 시작이 언제인지 여부와 관련하여 실존하는 체외배아의 보호 필요성이 있기 때문이다. 헌법적으로는 기본권의 주체성인정여부가 이미 헌법재판소에서 판단을 할 정도로 논의가 있었고, 형법 또는 특별법에서 명문으로 체외배아의 보호에 대해 규정하고 있음에 비하여 민사법적으로는 체외배아의 지위와 관련하여 법률규정과 대법원의 판결이 없고 오직 학설에 의해서만 논의되고 있는 현실이다.

독일의 배아보호법은 배아를 헌법적 차원의 보호하고 있으며, 배아의 민사법적 지위에 관한 논의에 있어서 다수견해는 배아의 취급과 관련하여 엄격한 윤리적 입장에서 배아의 물건성을 부정하고 있다. 이 경우 배아의 인간성을 부여하게 되면 잔여배아의 처리문제와 배아에 대한 연구가 전면적으로 금지되어야 하는 문제가 생긴다. 이와는 달리 미국에서는 배아를 인간과 동일한 지위를 부여하기에는 부족하지만 완전한 인간 개체로서 발전할 수 있는 잠재적 가치를 인정하여 그 범위 내에서 존중되어야 한다는 판례의 입장을 계속 유지하고 있다. 이러한 판결은 결국 배아를 권리의 객체인 물건으로서의 성질을 가진 것이라고 확인하고 있을 뿐 인간성에 대한 논의를 결여하고 있는 문제점이 있다.

우리나라의 일부 견해는 '착상 이전의 초기배아'는 순수하게 생물학적 관점에서 '세포군'으로서의 본질을 가지는 것으로 보아 인간 개체 내지 잠재적 인간존재로서의 지위를 인정할 수 없고 세포군에 불과하기 때문에 물건으로 인정할 수 있다고 하나 다수 견해는 인간배아는 생명권의 존중대상인 인간의 잠재성을 부인할 수 없어 물건처럼 취급하는 것을 부정하지만, 인간배아를 완

전히 인간과 동등한 존재로 볼 수는 없다고 한다. 완전한 인간은 아니지만 태아로 볼 수 있는지에 대해서 착상시설과 수정시설로 크게 나뉘어 견해가 대립하는데 다수견해는 체외배아가 모체에 착상하였을 때 태아로서 민법 제1000조 제3항의 상속인이 될 수 있다고 본다. 따라서 수정된 체외배아는 태아로서의 지위를 인정받지 못하여 보호의 공백이 발생한다. 이러한 문제점으로 인해 인간생명의 시작을 앞당기려는 논의가 활발히 진행중이다.

아직 포태되지 않은 상태에서는 태아라고 할 수 없으며, 따라서 원칙적으로 태아로서의 법적 보호를 받지 못하지만, 계약당시 체외배아인 상태에 있다고 하더라도 제3자를 위한 계약의 수익자로 될 여지는 인정할 수 있을 것이다.

참고문헌

[국내문헌]

- 곽윤직, 「민법총칙」, 박영사, 2003.
- 김주수·김상용, 「주해민법(3)」, 한국사법행정학회, 2010.
- 민유숙, 「주석 민법총칙(1)」, 한국사법행정학회, 2010.
- 지원림, 「민법강의」, 홍문사, 2011.
- 한삼인, 「민법일반이론」, 보명, 2009.
- 고정명, “체외수정의 법적 소고”, 「법학논총」 제5집, 국민대학교 법학연구소, 1992.
- 김천수, “인공수정에 관한 법적고찰”, 「민사법학」 제21호, 한국민사법학회, 2002.
- 대한산부인과학회, 「산과학」, 군자출판사, 2007.
- 박홍래, “수정란의 민사법적 지위”, 「법률행정논총」 제21집, 전남대학교 법학연구소, 2001.
- 서경, “착상 전 배아의 도덕적 지위”, 「대한산부회지」 제51권 제3호, 2008.
- 소재선/김기영, 독일의 통설에 대해 자세한 것은 '신체침해의 보호범위와 가족 계획권으로서 인격권침해' - 정자폐기로 인한 위자료청구사건을 중심으로

로 - 「외대논집」 제33권 제2호.

이종태, 냉동보관된 정자의 소유권에 대한 고찰, 법률신문 2002년.

장윤석, “인공수정과 체외수정”, 「대한의학협회지」 제29권 제3호, 대한의사협회, 1986.

최민수, “체외배아의 민법상 지위에 관한 고찰”, 「민사입법의 새로운 동향과 과제」, 한국민사법학회 추계학술대회, 2011.

최민영, “배아연구와 형법적 보호법익”, 「고려법학」 제57호, 고려대학교 법학연구원, 2010.

황만성, “인간 생식자, 배아 및 태아의 형사법적 보호”, 「한국생명윤리학회지」 제12권 제1호, 2011. 6.

[외국문헌]

ACOG Committee Ethics. ACOG Committee Opinion No. 347. (November 2006).

Using Preimplantation Embryos for research. Obstet Gynecol (2006).

[Abstract]

**Review of comparative laws in terms of legal status of
in vitro fertilization in Civil law**

Ban, Hee-Seong · Oh, yun-kyung

The Master's Course, Law School, Jeju National Univ.

In twenties, due to rapid development of bio-technology, the world's first “test tube baby” was born through in vitro fertilization in July 25th, 1978. Currently, as the birth through in vitro fertilization has been increased, there

are many problems in aspects of religious, ethical, medical, and legal terms. In terms of legal aspects, there have been being discussed whether an embryo can be subject of natural right such as human dignity or be a legal victim of aborticide or feticide. In addition, legislative complimentary has been conducted by enacting special laws. However, there is not a single law or act in terms of legal status of in vitro fertilization embryo. That is a problem in terms of civil law since there are many academic arguments which cannot help deciding whether an embryo in vitro fertilization would be able to have a right of inheritance if his or her father is dead.

I, in this thesis(academic paper), will review foreign laws and academic arguments about in vitro fertilization embryo based on the concept of that. Then, I, in this thesis, will research real conditions of Korean laws and acts about in vitro fertilization embryo and review the limit of those laws hermeneutically. Moreover, I, in this thesis, will analyse the legal status of in vitro fertilization embryo in Korean civil law system, and then I will propose the prospect of the legal status of in vitro fertilization embryo and the problem to be solved about that.

In the point that artificial fertilizations are in general, the legal status of in vitro fertilization embryo is needed to be discussed since that is related to when people should protect in vitro fertilization embryo in terms of the beginning of the human being.

Key Words : artificial insemination(fertilization), in vitro fertilization, fertilized egg, embryo, article(goods), fetus,, right of inheritance