

체외수정 및 배이식에 관한 법률고

배산부인과의원(전 서울적십자병원장)

배 병 주

= Abstract =

Legal Implications of In Vitro Fertilization and Embryo Transfer

Byoung Choo Bai, M.D.

Bai Women's Hospital; Former Director, Seoul Red Cross Hospital

While the technique of In Vitro Fertilization and Embryo Transfer has been proven undoubtedly, it is far from reaching a consensus on the legal implication. Legal authority regarding clinical therapeutic In Vitro Fertilization and Embryo Transfer is, for all practical purpose, nonexistent.

In this paper, it is discussed existing regulation dealing with In Vitro Fertilization and Embryo Transfer and related areas i.e. the regulation related medical technologies, the use of donor sperm, donor eggs, surrogate uteri, multiple pregnancy, miscarriages, extra embryos, the technique of cryopreservation.

The legality of embryo donation, the responsibility for embryo preservation or destruction and the legal status of the embryos are surveyed.

Finally the various legal theories that may give rise to physician liability in connection with clinical In Vitro Fertilization are also reviewed.

서 론

1985년 제13차 대한의협협회 대한변호사협회 공동세미나에서 문태준의학협회장은 체외수정등 인간의 생명에 관한연구나 진료에는 사람의 존엄성을 존중하여야 하며, 따라서 사회의학적으로 매우 심각한 문제임으로 의협과 변협이 공동으로 상설위원회등을 구성하는 것이 매우 바람직하다고 하였다.

필자는 1985년 5월 대한불임학회심포지엄과 1985년 10월 대한불임학회에서 우리나라에서도 늦은감이 있으나, 심사위원회 회칙이든 규범이든 요강이든 각개 각층을 망라한 기구를 만들어 제제와 지도의 역할을 하여야 하겠다고 제의한 바 있다.

제13차 의협·변협공동세미나의 의제가 “임신조작 및 태아성식별의 사회적(도덕적) 문제점”이라고 되어 있으며, 여기에서는 “임신조작”이라는 용어가 사용되었는데 필자개인의 의견으로서는 “임신조작”이라는 어휘는 어감이 좋지 못하다는 생각이 들

*이 논문은 1986년 11월 15일 대한불임학회 학술대회에서 발표된 것이다.

었고, 그후 대한산부인과학회에서는 “임신조작”이라는 말대신에 “인공수태”라는 말을 쓰기로 결정하였으나, 이것 역시 합당치 않다고 생각하고 있으나 협회나 학회의 의견을 존중하여 여기에서는 그 대목마다 두가지 용어를 그대로 사용하기로 한다.

1978년 7월 영국의 Patrick C. Steptoe와 Robert G Edwards에 의한 세계 최초의 체외수정·배이식에 의한 출산이 있는 이후 지금은 그 기술이 보급되어서 선진국에서는 물론 일부 개발도상국에서도 실시하게 되고, 우리나라에서도 1985년 10월 첫 성공예가 출산된 이후 속속 성공예가 나오게 되었다. 세계적으로 현황을 충분히 또 정확하게 파악하기란 소수의 고수준의 시설에서 발표된 것만 가지고는 알질이 어려우나 1984년까지 약 600예, 1985년까지 1,000예가 넘었으며, 현재 약 2,000예전후가 되지않을까 추정되고 있다.

따라서 의도기술적면에서 떠나서 체외수정, 배이식에 관한 법률적문제는 비배우자간 수정, 수정난의 소유, 수정난의 냉동보존, 계약문제, 대리모등 복합적인 인자가 가담됨에 따라 더욱 복잡해져가고 있어서 금후의 기술의 개량 향상이 더욱 새로운 문

제를 야기시킬 가능성도 내포되어 있어서 그것들을 여하히 처리해 가야 하느냐의 큰 문제가 남아 있다고 보아야 하겠다.

우리나라에 있어서도 1985년 10월 체외수정아 제 1호가 서울대학병원에서 출산된 이래 많은 관심이 쏠렸고 몇몇 기관에서 추시에 들어갔으며, 세론도 분분하여 사회적으로 신중한 검토가 요망되는 단계에 이르고 있다.

문 제 점

우선, 체외수정이 과연 의료행위이나? 하는 것이 법적으로도 시비가 있는데, 임신할 수 있는 능력이 없는 상태는 일종의 기능장애의 상태라고 볼 수 있으며, 그 장애의 배제 및 기능개선 내지는 보조로서의 체외수정은 적어도 불임증치료로서 행해지는 한 의료행위로서 정당화 될 수 있다고 보여진다(中谷 1983).

지금 의학계 일부에서는 불임증 그자체는 병이 아니라는 설도 있으나, 그러나 아기를 못낳는 것, 그러한 상태는 전술한 바와 같이 일종의 병으로 쳐 쳐도 큰 잘못은 없다고 보며, 산부인과 의사의 입장에서 보면 치료의 대상이 되는 중요한 질환으로 취급되고 있다. 그러므로 어떤 엄격한 진료상의 제약조건 아래서 임신을 조작하는 것을 굳이 반대할 일은 아니라고 본다. 그러나 우량종을 얻기위한 교배방법등 만 목적으로 사용된다면 크게 지탄을 받아 마땅할 것이다.

배우자간의 체외수정·배이식에 있어서는 법률적으로 크게 문제되지 않을 뿐더러(약간의 문제는 있으나) AIH에 의한 인공수정과 마찬가지로 어려운 점은 없을 것으로 본다.

그러나 곤란한 문제가 야기되는 것은 배우자간의 체외수정 이외의 제 3자의 정자에 의한 체외수정, 제 3자의 난자에 의한 체외수정 또는 부와 처의 수정난을 다른 여성의 자궁에 착상시켜 출산시키는 경우등이다(김주수, 1985).

인공수정(체외수정도 포함...필자의견)등을 민사법이나 형사법으로 입법화해서 제약이나 처벌을 의무화하는 것도 신중히 검토할 문제다. 법률이라고 해서 인간의 근본을 건드리는 사안을 모두 규제할 수는 없는 것이다. 굳이 법조문으로 규정할 때 자칫 잘못되면 낙태죄처럼 사문화될 우려도 있다.

옛날엔 상상할 수도 없던 이러한 사안들은 현재의 가치관 윤리관에 입각, 어디까지나 의사가 병을 치료하는 의료행위의 범주 안에서 다루어졌으며 한다. 만약 다음 세대의 가치관이 달라진다면 그것은

우리가 지금 관여할 문제는 아니라고 하고 있다(조두홍, 1985).

제13차 의협·변협공동세미나에서 황해진변호사는 외국문헌을 인용하면서 체외수정이나, 인공수정에 관하여는 많은 법률적문제가 있고, 조속히 입법적으로 또는 사법상 법률해석이 정립되어야 할 문제가 많이 내포되어 있다고 하였다. 즉

① 의사는 체외수정이나 인공수정등이 안전하게 시행되기 위하여 완전한 설비를 하여야 할 의무가 있고, ② 위와 같은 시술은 불임의 원인질환이 치료불가능하고 체외수정·배이식에 의하지 않으면 착상 임신분만의 가능성이 없는 경우에 한하여 허용된다고 보아야 할 것이며, ③ 태어난 자가 체외수정이나 인공수정의 방법으로 태어난 사실을 알게 되었을 때, 자의 정신적 고통이 지대한 것이므로 의사의 비밀엄수의 의무가 요구된다고 할 것이며, ④ 한편 자는 부모를 알 권리가 있으므로 체외수정 인공수정 등에 관한 기록을 보존할 의무도 있다 할 것이므로 이와같은 의사의 직무한계에 관한 법률적 규제 또는 준거하여야 할 기준설정이 시급하다고 하였다. 민법에 비추어 볼 때, 혼인은 사회질서를 지지하는 기본제도이므로, 이에 반하는 체외수정·배이식의 실시계약, 정자, 난자의 공여계약을 무효로 보아야 할 것이며, 위와 같은 실시계약이나 공여계약은 민법상 위임계약의 일종이라 할 것이므로 위임계약의 범규정에 따라 그 성립효과, 계약위배에 따른 손해배상등 문제가 해결되어야 할 것이나, 위 임신조작의 특수성에 비추어 각양각색의 경우가 예상되므로, 이러한 특수는 법관계를 규율하는 데에는 그에 맞는 새로운 입법으로 해결할 것이 요청된다(황해진, 1985).

김주수교수는 또 체외수정의 경우 다음과 같은 법적문제를 갖고 있다고 하였다.

1. 체외수정시 기형아가 출생되면 의사에 대한 손해배상청구 소송의 가능성여부, 따라서 철저히 검사하여 이런일이 없도록해야 하겠지만 법적으로 문제가 된다고 보아야 하겠다.

2. 의사로서 주의의무를 다하지 않았다는 것으로 불법 또는 불완전행위로 될 수 있으므로 손해배상청구소송의 가능성이 있다.

3. 시술동의서가 꼭 필요하나 의사로서 주의의무를 다하지 않았다는 사실이 밝혀지면 설사 동의서를 받았다 하더라도 면책될 수는 없다(김주수, 86)

구미 작곡에 있어서도 AID에 대한 태도는 각양각색이다. 1958년 서독에서는 AID에 대하여 형법의 정용을 결정하였다. 그 내용은, 「부녀에 AID를 행한자는 3년이하의 금고에 처한다. AID를 허

용한 부녀는 2년이하의 금고 또는 구금형에 처한다」라는 엄한 것이었다. 즉 AID를 행한자도 그것을 받아들인 여성도 처벌의 대상으로 하였다. 이것은 우리나라 형법에서 낙태죄를 다루고 있는 것과 흡사하다.

일방 서독과는 전혀 반대의 선택을 한 나라가 Denmark이다. Denmark는 「인공수정법」으로 이름 지은 새로운 법을 제정하고 인공수정아의 법률상의 권리확인을 하였다. 그 내용에는 「AID에 의하여 출산한 아이는 적출자로서의 법률적지위를 가진다, 「정액을 제공한 제공자는 그 아이 및 그의 모에 대하여 감호 또는 출자의 의무를 갖지 않는다. 그리고 그 제공자와 그 아이와의 법적친족관계는 존재하지 않는다」등이 들어 있다.

경향으로서는 Denmark를 위시하여 Sweden, Norway 등 북구나라의 여러 나라가 AID 옹호파인데, 단지 북구나라제국이 성에 관련된 문제에 대하여 자유로운 태도를 관철한다는 것을 자랑으로 한다는 뜻에서가 아니고, 출생율이 저하해 버린 것으로 인한 인구정책상의 판단이라고 보는 편이 많은 것 같다.

한편 영국이나 미국에서는 양론이 서로 양보없이 팽팽하게 맞서고 있다. Denmark와 같이 인공수정을 다루는 신법을 제정하는 일도 없었다. 그래서 다툼이 법정에 올려진 실례도 있다.

재판소가 「AID는 간통이며, 수정아는 사생아이다」라는 판결이 내려진 것이 1921년의 Canada와, 1944년의 영국에 있는 판례이다. 역으로 1948년 New York 주의 최고 재판소는 「자기의 아이는 부의 실자가 아니고, 수정아이다」라고 주장한 주부에 대하여 「만일 이 송사에 이기면, 아이는 부적출자로 되어버린다. 이것은 비인도적이며, 사회의 법칙에도 위반되므로, 본 재판소는 어떠한 아이들도 부적출자로 해버릴수는 없다」라는 판결을 내렸다. 이런 예와 어려운 판결은 별기하는 최근의 한국법원의 해석과 비슷하다.

그리고 위의 재판소는 「AID를 행한 당시, 부부가 동거하고 있고, 부의 승락하에 AID가 이루어졌으면 그 아이는 부부쌍방의 적출자로 본다」라는 해석을 법제화해야 한다는 안을 제출하였다.

미국에서는 부가 합의하여 AID에 의한 생명을 탄생시키면서, 이혼에 의하여 부부관계가 해소될 때에 AID아의 법률적 입장의 근거가 없어진다는 문제가 현실적으로 생긴다(대전, 1983). 이러한 경우 우리나라의 법원에서는 남편의 아이라는 해석을 최근의 판결에서 보여주고 있다(한국법원 1986, 한국일보 1986).

가톨릭교회나 정통유태교 이외에 있어서는 AID는 형법상 간통이나, 민법상 부정행위라고는 할 수 없고, 따라서 이혼의 성립조건도 되지않는다(김주수, 1986).

미국에 있어서는 1964년 Georgia 주를 비롯하여 여러 주에서 인공수정법을 만들었고, 대체로 남편이 승락한 경우 AID에 의해 출생한 아이는 남편의 자로 규정되어 있다. 기타의 주에는 같은 법은 제정되어 있지 않으나, 그래도 통일친자법(統一親子法, Uniform Parentage Act)을 만들어 각 주의 형편에 따라, 이를 약간 수정하는 형태를 채택하고 있다(김주수, 1986).

체외수정에 대한 일본 법률가의 견해를 몇가지 소개한다.

일본법은 적출자와 비적출자는 상속분에 있어서, 차별을 인정하고 있는데, 이것은 여러 외국의 적출자와 비적출자간의 평등화 경향에 일보 뒤지고 있다. 따라서 체외수정아의 보호는 비적출자가 되지 않게끔 배려된 실시가 바람직하다.

체외수정은 혼인법과 그것에 근거를 둔 친자법이 서구법에서는 교회윤리서부터 벗어나 개인의사의 자유를 강하게 인정하는 속에서 실시되는 듯하다. 서구에 있어서 법률혼의 감소와 자유의사에 의한 동서의 증가경향은 전통적 적출자, 비적출자의 차별관을 소실하는 입법을 촉진시켰다.

또 여성의 경제적 지위의 향상은, 미혼모도 충분히 자를 양육할 수 있게끔 된 것이 서구사회의 변화이기도 하다.

일본에 있어서 체외수정이 사회적 공감을 얻을려면 아직 배우자간의 체외수정에 머무르게 한다는 일본산부인과학회, 일본분임학회의 선택은 현명한 것이라고 말할 수 있다. 그러나 일본에 있어서도 뒤늦게나마 세계적인 동향에 흐르게 됨은 이상한 일이 아닐 것이다(人見, 1985).

향정변호사는 체외수정의 법적문제를 토론하는 중 개인의 프라이버시 문제에 관하여 다음과 같은 의견을 말한 바 있다.

일본 동북대학의 체외수정 제1호의 양친의 실명이 매일신문지상에 발표된 일이 생겨서 물의를 일으켰다. 그러나 이것은 전혀 예기치 못했던 사건은 아니었다. 일본의 매스컴의 과열상태로 보아 조만간 있을 수 있는 것으로 본다. 일본에 있어서는 프라이버시의 개념이 실정법으로 정한 것이 없고(약간의 조례에서 볼 수는 있으나), 판례에서 인정한 예가 있을 정도이다.

그러나 이 근원은 미국의 헌법에 있는 「홀로 내버려두기를 바라는 권리」에서 발생되었으며, 현재로

서는 「사생활을 함부로 공개되지 않을 권리」로 해석되고 있다.

일본산부인과학회에서는 이미 「체외수정·배이식에 관한 견해」를 발표한 바 있다. 그러나 이것은 「일종의 윤리강령」 같은 것으로 한가지 선언규정이든 프로그램 규정과 같은 것이기 때문에 심리적 구속력을 생기게 하는 것에 그치고 구체적 실시에 수반하는 법적인 문제는 산적해 있다.

그밖에 민법상 형법상 의료기록의 관저상, 계약서의 내용 또 수정난의 보호 기형아 발생때의 문제 등 논거할 문제는 많다고 본다(향정, 1983).

또 일본 경응대학법학부의 히도미교수는 체외수정용의 수 개의 난 채취가 자극주기에 의하여 얻어질 수 있게 되어서 복수난을 이식함으로 성공율도 높아지고 있고, 또 수정난의 냉동보존법도 진보되어 와서 남은 수정난의 취급이라는 새로운 문제도 생기게 되었고, 수정난의 제 3자에의 제공(비배우자간 체외수정)이나, 사람수정난의 연구이용에 있어서 유전자 조직의 가부동이 문제로 떠오르게 된다.

친자관계에 있어서 정식부부간에 이루어진 인공수정이나 체외수정은 그 친자관계가 단순하다. 체외수정이 배우자간에 시행된 경우에는 「양친의 당위성」이 「시험관내에서 교배」로 바뀌어진 것에 불과하기 때문에 친자법상의 문제는 생기지 않는다. 그러나 성과 생식이 분리되는 점에서 성과 생식을 소극적으로 갈라버린 피임에 있어서도 기독교윤리는 아직 통일된 견해를 보기에 이르지 못하고 있다. 비배우자간의 체외수정에 대한 취급은 아직 모색기에 있다고 보여진다.

기타 체외수정의 진료계약, 수정난의 냉동보존과 상속법, 체외수정과 자의 권리등 논의가 있는데 복잡하다(人見, 1984).

인공수정이나 체외수정을 진료상의 일종의 계약으로 볼 때, 난자의 모와 자궁의 모사이에 생기는 난자의 제공과 자궁의 제공을 일종의 계약으로 보면 그 계약의 성질은 어떤 것인가?, 우리나라 민법 제103조에 의하면 이러한 계약은 현행법상으로는 선량한 풍속 및 기타 사회질서에 반하는 법률행위로 무효로 볼 공산이 크다. 그러나 이러한 계약은 현재 미국 일부에서는 성행하고 있다고 본다.

또 대리모에게 부(夫)가 있을 경우 그 부와 자와의 관계 즉, 부자(父子)의 관계를 어떻게 처리하여야 하는가 하는 문제도 있다. 또 그밖에 출생자의 인도문제 혹은 인도거부문제, 특히 자가 기형아인 경우를 둘러싼 때등 문제가 생길 수 있다.

제 3의 남성의 정자 사용문제가 있는데 제 3자가

정자를 제공하였던 경우의 체외수정과와 정자제공자와의 문제가 있고, 기형아 출산의 경우도 문제가 까다로워진다. 즉 체외수정으로 기형아가 태어났을 경우 의사의 법적문제도 용이한 문제가 아닐 것이다(김주수, 1985).

민법에서 본 체외수정·배이식에 관한 논고에서 일본대학법학부의 시노하라교수의 주장은, 실자(實子)라 함은 남여의 성행위에 의한 수정을 기점으로 하여 만들어진다. 일본의 민법, 친자법에서는 이것을 전제로 하면서 친자(주로 부자)관계의 존부(存否)를 둘러싼 분쟁을 처리하기 위한 규정을 두고 있다. 그러면 성행위에 의한 수정을 대신해서 체외수정·배이식의 위탁계약을 통하여 실자(實子)를 득하는 것은 용서될 수 있는가?

이에 대한 일본의 민법은 다음과 같다.

「계약은 지켜라」라는 것은 민법의 기초적 틀인데, 사회의 기본질서(公序良俗)을 해치는 것을 목적으로 하는 계약은 무효이다(일본 민법 90조)로 되어있다.

체외수정의 가부는 법적으로는 이러한 형태를 취하고 있는 것으로서, 신성한 생명의 탄생에 인공적인 손을 가해서는 안된다는 반대파의 주장을 재구성(再構成)하면, 체외수정의 실시계약은, 성역을 모독하는 것으로서, 공서양속(公序良俗)에 반하므로 무효라는 것이 된다. 그러나 이러한 주장이 공인될 가능성은 우선 없는 것으로 본다.

요컨대, 인공적이라고 하는 것만으로 반대하는 것은 아마도 그 의도와 달리, 의학이나, 예술 일반의 부정에 연결되기 때문에 조만간 자살을 수정, 철회하지 않으면 안될 것이라고 논술하고 있다.

그러나 새로운 기술실시계약이 원칙적으로 유효하고 하더라도 계약의 체결이나 이행에 관해서 여러 가지, 즉 사업주의 의무체결의 수속적기준, 수임자, 실시자의 의무, 정자나 난자의 공여계약 등 여러 가지 규범적 제약은 있어야 할 것이다.

체외수정의 실시에 착수한 기관에서는 기준 및 견해에 따르면서 더욱 구체적인 실시규정(자치규범)을 만들고 있으나 실시자가 확대되고 위반되는 일도 따르게 되면 국가적인 법적기준(사업법)도 필하게 될 것이다(조원, 1984).

동아일보는 그 메아리(조두흠)에서, 매스컴은 시험관아기를 호기심의 대상으로 혹은 흥미본위로 다룬다. 그러한 신문기사를 읽을 때마다 한낱 기우를 갖게 된다. 시험관아기의 부모 성명이나, 주소를 굳이 밝힐 것까지 있느냐는 생각에서이다. 그 아이가 성장했을 때 친구들이 「넌 시험관에서 태어났어!」라고 놀릴는지 모를 일이다. 장차 어떤 부작용

이 생길 것인가. 한번쯤 생각해 볼만하다. 세상은 과학의 발달로 인공수정, 시험관아기, 태아진단등 인류가 일찌기 경험하지 못한 새 경지로 치닫고 있다고 하였다(조두흠, 1986).

사권(私權)이란 「사생활을 함부로 공개되지 않은 권리」라고 되어 있다. 그러므로 개인의 심신의 상황을 공표하는 것은 공표되는 사람이 특정된 경우 또는 측정될 가능성이 충분히 생각될 수 있는 경우에는 그 사람의 동의가 없는 이상 공표해서는 않된다(守秘密義務).

또 한편 의료측은 「사권이 침해되었다」라고 환자측이 제소하면 손해배상 책임을 지지않으면 않된다.

체외수정에 의하여 출생된 세계 제 1호의 루이브라운 아기는 여러 해동안 세계 각국의 매스컴에 그 사권(프라이버시)이 공표되고 있는데, 어쩐일인가 의아하게 생각될 수도 있겠으나, 이 경우에는 Brown가 보도회사와 계약하고 보도자료를 제공하고, 생계를 세워나가기 위한 때문이었다고 한다. 이러한 상황은 다른 여러 체외수정아의 사권의 취급과는 명백히 다른 것이다. 우리나라 제 1호도 부모의 승락이 있었던 것으로 안다.

의사의 윤리관의 기초로 되어있는 Hippocrates선서중, 사권에 관한 부분을 발췌하면 다음과 같다.

Hippocrates 선서

「...전략...나는 환자가 알려준 모든 내용의 비밀을 지키겠노라.」

사람이란 언제부터인가? 우리나라 민법 제 3조는, 「사람은 생존하는 동안 권리와 의무의 주체가 된다」라고 규정하고 사람으로서 생존하기 시작하는 때를 출생한 때로부터 보고있다.

민법에서는 출생의 완료 즉 태아가 모체로부터 완전히 노출된 때를 출생으로 보는 것이 통설이라 하였고(곽윤직, 1974), 형법에서는 해석상 진통설이 통설로 되어있으나(형법 제251조), 진통설, 일부노출설, 전부노출설, 독립호흡설등이 있다.

이렇게 되면 태아에게 불리한 경우가 생기기 때문에 각국의 민법은 태아의 이익을 위하여 모든 법률관계에 있어서 일반적으로, 「이미 출생한 것으로 보는」 일반적보호주의와 주요한 법률관계에서만 「개별적으로 출생한 것으로 보는」 개별적 보호주의를 택하는 것이 있다.

우리나라의 현 민법은 다음 사항 즉, 손해배상의 청구(민법 제762조), 호주상속(제988조), 재산상속(제1,000조), 대습상속(제990, 1,001조), 유증(제1,064조), 사인증여(제562조)등에 한하여 개별적 보호주의를 택하여 태아의 권리능력을 보호하고 있으나, 임신 언제부터 사람으로 인정하느냐 하는 문

제에 대해서는 명백한 것을 찾아 볼 수 없다(곽윤직, 1974).

황해진변호사의 논지에 따르면 가족법이나 친족상속법상에도 체외수정은 몇가지 문제점이 제기되고 있다. 현 행법상 혼인중에 출산한 자는 친생자로 추정되며, 부(父)는 자에 대하여 1년 이내에 친생자부인의 소를 제기할 수 있으나, 체외수정을 승인한 부(父)는 부인소권이 없다고 할 것이며, 한편 출생자의 지위는 법적으로 불완전한 느낌이 든다.

그 출생자는 법률상의 분생이 생길 경우 호적상의 부(父)라 할지라도 부(父)의 자(子)라는 추정을 받을 수 없다는 것이다(필자주: 이것은 아마 정자 제공자가 따로 있는 경우를 지적하여 말하는 것이 아닌가?). 특히 정자 제공자가 따로 있는 경우 즉 정식부부 이외의 체외수정에 있어서는 호적상의 부(父)는 후에 자기의 자가 아니라는 친생자부인의 소를 제기할 수도 있고, 이해관계인은 친생자부존의 재확인인 소를 제기할 수도 있는 것이다(황해진, 1984).

이에 반하여 출생자는 진실한 아버지인 정액제공자는 비밀로 되어 있어서 인지청구도 할수 없는 것이다(人見, 1985). 이러한 문제는 태어날 자의 이익을 보호하기 위하여 조속히 친자법률 관계를 새로히 규제하여야 할 필요성이 절박하다고 하였다.

황해진씨는 또 AID 또는 제 3자정액 제공의 체외수정에 의한 자를 친생자로 제출하는 것은 공정증서원본등 불신기재죄에 해당하는지의 문제가 되며, 남편의 승인없는 인공수정(체외수정도...필자주)도 간통과 동일한 결과를 초래하는 것이므로, 이에 대한 형사상의 제재를 가할 규정의 설치가 필요하지 않나 하는 문제도 있다.

다음, 수정난의 냉동보존 및 제공인데 냉동보관중에 있는 수정난에 대하여 부모의 사후 그에 대한 상속권을 인정할 것인가에 관하여 800만달러의 유산을 남기고 자가용 비행기추락 사고로 사망한 「리모스」부부의 수정난의 이야기는 한때 세상을 떠들썩한 사건으로 흥미도 있고 법적규치의 필요성이 가로놓여 있는 문제이다.

수정전의 난자 및 정자에 관한 법률적 문제도 상당히 까다롭다. 체외수정의 목적으로 채취해낸 난자와 정자는 제각기 제공자인 처 및 부(夫)의 소유물이고 불임증 치료때문에 체외수정을 목적으로 체결된 진료계약에 따라 법적보호의 대상이 된다. 의사들은 이 계약에 따라 소유자(妻·夫)로부터 위탁되어서 난자와 정자를 소유(점유-古有-)하고 있는 것이다. 따라서 보관작업중 침해나 파오가 생기면 불법행위 또는 채무불이행의 책임을 지게된다고

본다. 수정되지 않은, 또는 잉여의 난자, 정자의 처리에 있어서도 그것이 폐기되는 경우 또는 냉동보존되는 경우 등에서 문제가 생길 수 있어서 일정한 법적규칙이 필요한가에 대해서 금후 검토할 과제가 된다고 하였다(중곡, 1983).

수정난은 아직 인간도 태아도 아니지만, 본래 처의 자궁에 돌려보내야 하는 것이라는 이유로서 처의 소유 또는 부부공유에 기착되므로 체외수정의 목적으로 체결된 진료계약에 따라 법적보호의 대상이 된다. 그러므로 제공자의 승락이 없이 마음대로 처리하는 것은 허용되지 않는다.

또 불임증의 임상검사에 체외수정의 방법이 쓰여지는 경우 수정난의 처리에 대해서도 그 규제의 여부를 검토할 필요가 있다.

난의 냉동보존법을 이용하면 부(夫)의 사망후에 수정난을 처의 자궁에 이식시킬수도 있는데 이때에는 태아의 의제효과(擬制效果)가 민법상 인정되는가?, 혼인관계 종료후의 문제에 대해서도 또 냉동수정난의 매매의 문제와 더불어 조속히 법적 대응책의 검토가 필요하다.

김주수교수는(김주수, 86) 배아(胚芽)를 인간으로 볼 수 있는가? 하는 문제는 뇌신경의 발달여부에 있는 것인데, 임신후 25~40일이 되기전에는 뇌는 발달되지 않으므로 그때의 태아는 인간으로 볼 수 없다는 것이 Haring의 견해라 하였다. 그러나 필자의 의견으로는 25일인가 40일인가도 막연한 것이기 때문에 석연치 않다고 본다. 다만 그것이 생명체임에는 틀림이없다고 보고있으나, 사람이란 언제부터이나, 하는 것에 대해서는 의견이 분분하다(김주수, 1985).

특히 민법이나 가족법, 상속법에서 문제되는 점이 많은데, 가령 부와 처사이의 체외수정난을 제3자인 여성의 체내에 착상시켜서 출산시킬 경우 이제 3자의 여인을 대리모(代理母; Jurrogate Mother) 또는 자궁의모라 하여 이에 대하여 처는 난자의모 또는 염색체의모가 되어서 여기서 법률적문제가 영키게 된다.

우선 모자관계의 성립에서 문제가 있는데 양자중 어느쪽이 모인가 하는점이 커다란 문제가 된다.AID의 법리에 따르면 해산한부인 즉 자궁의모가, 자의모가될 가능성이 많으며, 출생신고도 자궁의모 즉 대리모(Surrogate Mother)가 하여야 하게 된다.

또 자궁의모가 임신중에 모체의 건강상의 이유로 임신중절을 하여야 할 경우에, 그 결정권은 난자제공자와의 경합이 생기는가의 여부, 그리고 대리모에 대하여 난자제공자는 책임을 물을 수 있는가의 문제가 생긴다.

호주에서도 부부간의 체외수정에 관해서는 별로 어려운 법적문제가 없으나 제3자인 여성이 끼어든다든지 또는 그 여성에게 남편이 있다든지 하는 경우 즉 대리모가 있어서, 사전에 협정을 맺고 체외수정이나 AID를 했을 경우, 어려운 법적문제가 제기될 수 있음은 어느나라와도 별다른바 없다.

이에대해 ① 누가 아이의 모친인가, ② 계약에 강제력이 있는가, ③ 대리모 출산은 용인되는가, ④ 대리모 출산의 규제는 어떻게 할 것인가 등이 연구되어야 한다(Alan A, Rassaby 82).

법률은 체외수정이라는 좀 색다른 새로운 영역에 직면하게 되었다. 어느 유명한 법률가는, 「우리들은 2, 3년간 그 계획을 중지시키고, 그것이 가지는 법률적인 측면을 생각해 보지 않으면 않된다고」말하였다. 그러나 법률이라는 것은 누군가가 잘못을 저질르는 것을 기다렸다가, 그뒤 두번, 세번 같은 잘못을 저질르지 않게 하기위해서 법을 제정하는 것이 아닌가, 라고 보기도 하는데 좋은 세계를 만들기에는 좋은 방법이 못된다.

체외수정계획을 무사히 계속하는 최량의 방법은, 그 계획에 의하여 주어지는 행복에 관심을 갖는 모든 종류의 사람들로 구성되는 위원회를 만드는 것이다. 이 위원회는 체외수정은 인류전체의 이익을 위하여 사용되어야 한다고 하며, 이 위원회가 내리는 결정이 법률로 되어야 할 것이다(Bainbrige, 1982).

체외수정에 대한 또 한가지의 반론이 있는데, 이 반론의 논거는 기형아를 갖게될 위험부담 보다는 초기 태아가 그의 삶에 치명적인 영향을 주는 절차에 동의할 능력이 없다는 점이 있다. 태아가 스스로 위험을 부담하고자 하는 일과, 태아를 위험한 실험상태에 불과한 시험관에 집어 넣는 것이라고 강조한다. 따라서 과학자에게는 시험관 수정을 할 권리가 없다는 것이다(Kass, 1971).

또한 불임이란 다른 질병과는 달리 그 자체로서 어떤 의학적인 의미에서 질병이 아니라는 것이다. 즉 인공적인 방법으로 아기를 갖게 한다고 할지라도 그 여성은 계속 불임상태에 남아 있는 것이므로, 다른 질병과는 달리 치료를 필요로 하는 것이 아니라는 것이다. 그런데도 불구하고 자녀에 대한 단순한 욕구충족을 위해서 그 많은 비용과 위험부담을 만든 것, 더우기 태아의 권리를 박탈하는 행위는 윤리적으로 정당화 될 수 없다는 것이다(Kass 1971).

정책적인 관점에서 본다면 체외수정은 인공수정과는 달리 그것이 의사의 개입을 요구하기 때문에 효율적으로 통제할 수 있다고 하지만, 그것이 의료업무에 관한 일상적 법률기준에 의해 통제되는 것

만으로 충분하며, 체외수정을 위한 특별한 조치가 있을 필요는 없다(Mikael, 1971).

시험관 수정과 관련된 대부분의 문제는 AID 혹은 대리모의 문제, 또는 그들이 결합된 문제와 다를 바가 없기 때문이다. 일본에는 중앙정부차원으로 후생대신 밑에, 「생명과 윤리에 관한 간담회」라는 사실 자문기관이 있는데, 이것은 10명의 지식인으로 구성되어 있으며, 의학적뿐만 아니라 인문 과학분야의 인사도 포함하여 필요에 따라 전문가를 교체하면서 폭넓게 문제를 제기하고 검토해 줄 것을 요구하고 있다(日本厚生省, 1984).

여기서의 해석을 보면, 법률적으로 타인의 정자라도 부부가 인정하면, 자기들의 아이라고 할 수 있는가의 물음에 대한 대답으로, 그것은 안정되어 있지 않다. 즉 부(夫)가 이것을 자기의 자가 아니라는 적출부인의소를 낼수가 있는데, 이것은 출생으로부터 1년간으로 제한되어 있다. 그러나 이것은 형식적으로 일단 그렇게는 되어 있으나, 뒤에 부(夫)가 가령 무정자로서, 그것이 과학적으로 판명되면 적출부인의소가 아니라, 친자관계 불존재 확인의소를 내서 언제든지 다들수가 있다는 것이 현재의 다수설이어서 뒤에 문제가 생기면 불안해지는 것이다.

그러나 보통의 생각으로는 승인하고서 자식을 가진이상 뒤에서 자기의 자가 아니라고 주장할 수가 없게끔 하는 것이 바람직하다고 한다. 하여튼 현재의 법률(일본)로서는, 양친이라는 것은, 역시 남성은 정자를 제공한 사람, 여성은 분만을 한 사람이 모친이라고 되어야 할 것이다. 그러나 자궁대여의 경우에는 문제가 생긴다.

요컨대, 부(夫)이외의 사람은 자기의 자가 아니라고 주장하지 못하게 되어있다. 그러므로 처쪽에서는 이 아이는 부(夫)의 아이가 아니라고 주장할 수는 없고, 또 Donar 쪽에서도 자기의 자라고 말할 수 없게 되어 있어서 부(夫)만이 부인할 수 있게 되어 있다. 적어도 일본의 현행법에는 그렇게 되어 있다.

여기에 대하여 적어도 처에게도 부(夫)의 아이가 아니라는 주장을 할 수 있게끔 하자는 논의, 또는 적출부인의소를 1년으로 하는 것은 너무 짧다는 비판도 있다. 실제에 있어서 가정재판소에서는 당사자가 모두 승락하면, 그것을 친자관계 불존재로서 인정하고 있다.

가정재판소법의 제23조에 합의에 상당하는 심판이라는 것이 있어서 부도 처도 친자가 아니라는 사실을 인정하고 또 가정재판소가 그것을 정당하다고 판단하면 그러한 심판을 할 수 있다는 것을 이용하

고 있다고 한다(日本厚生省醫務局, 1984).

우리나라에서는 친생자관계의 존부를 확인하려면, 우선 가정법원에 심판을 청구하여야 한다(가정법원 심판 2조 1항을규, 김주수, 1978).

인공수정아에 대한 한국법원의 견해가 나왔는데, 체외수정아도 이에 준하여 생각할 수 있기 때문에 소개한다.

인공수정으로 자식을 생산한뒤 이혼한 아내가 자식을 자신의 호적에 입적시키려고, 사실상 양육을 포기한 전남편을 상대로 친생자불존재 확인소송을 제기했으나 패소하였다. 서울가정법원 제 4부는 1986년 3월, K모여인이 이혼한 전남편 K씨를 상대로 낸 소송에서 「남편과 아무런 혈육관계가 없는 인공수정아라 해도, 남편의 자식으로 보아야 한다」고 판결하였다.

K여인은 지난 76년 K남성과 결혼했으나, 남편의 무정자증으로 아이를 낳지못하자, 남편의 동의를 얻어 다른 남자의 정액을 인공수정하여 지난 80년에 아이를 출산했는데, 85년 K여인이 아이를 양육하기로 하고 이혼하였다. 이 아이를 자신의 호적에 올리기 위해 「아이는 인공수정아로서 K씨와는 친생자의 관계가 없다」고 소송을 제기했던 것이다(한국일보, 86, 3. 6).

현재 한국에 있어서의 실태를 살펴보면, 적어도 AID는 법률적문제가 생길수 있다(필자주-비배우자간의 체외수정은 AID에 준해서 생각할 수 있기 때문에 같이 취급함). 즉, 한국에는 인공수정에 대한 법률이 없기 때문에 이혼등의 문제가 생기면, 현행법에서는 자연적으로 출생하는 아이에 대한 규정으로 민법에 준하여 인공수정아에 대한 문제를 해결할 수밖에 없다. AID의 경우 타인의 정자로 태어났다 하더라도 남편과 동거생활 하는동안 즉, 법률상 혼인생활을 하는동안 아내가 낳았기 때문에 법적으로는 친생아로 추정받게 된다. 그러나 남편의 승락을 얻지않고 인공수정을 한 경우에는 「친생부인의소」를 내어서 그 아이는 내아이가 아니라고 소송을 할 수 있다. 그러나 승인했을 경우에는 소의 제기권을 포기한 것으로 해석하는 것이다.

한국의 가정법원의 또 한가지의 판례에서도 남편의 승인하에 AID로 아이를 가졌는데, 그후 이혼이 되어, 그 아이에 대한 부양의 의무가 생기고 상속권이 문제가 되었는데, 남편으로서 이 아이가 자기 자식이 아니라는 객관적사실이 있지만, 부양의 의무를 지지않을 목적으로 가정법원에 「친자부인의소」를 제기하였는데, 가정법원에서는 AID를 남편이 승인하고 나서 이루어졌으므로 「친자부인의소」를 제기할 권리가 없다고 기각시킨 사실이 있다.

다음 정자제공자가 비밀약속을 어기고 이 아이는 사실은 내아이라고 할 수 있느냐의 문제, 또는 그 아이가 진짜 정자의 아버지를 찾겠다는 것이 과연 법률적으로 가능한 것인가라는 법률적문제가 있을 수 있는데, 이는 허용되어서는 안되겠다는 것이다.

다음 제 3의 여인에게 인공수정 시킨뒤 출생후 아이만 데려오는 이른바 「대리모」가 있을 수 있는데, 이것은 미국에서는 변호사가 영업적으로 알선하고 있는 사례도 있는데, 한국에서는 어떻게 해야 하겠는지 문제가 된다. 물론 대리모로 되는 여인이 남편이 있는 사람일수도 있으므로, 이 경우 누구의 아이인가 하는 복잡한 문제도 생길수 있다.

이때 계약의 내용으로 이 아이가 친생아라는 것을 포기하겠다는 것을 받아들 필요가 있다. 결국 이렇게 되면 친권을 포기할 수 있는가가 문제되는데 우리나라에서는 불가능하다. 미혼모나 대리모가 친권포기서를 쓰고 타인에게 아이를 주는 수가 있는데, 한국에서는 효력이 없다(김주수, 1986).

체외수정에서 기형아가 출생하면 의사에 대한 손해배상청구소송이 가능하다. 따라서 철저한 검사와 감시가 필요하다. 수술동의서가 꼭 필요하나, 과실이 밝혀지면 면책될수는 없다. 즉, 의사로서 주의 의무를 다하지 않았다는 것이 판명되면 불법 또는 불안전행위로 될 수 있으므로, 대책이 필요하다(김주수, 1986).

따라서 의사들은 체외수정에 얽혀서 발생할 가능성이 있는 선천성기형등을 지닌 신생아출생의 문제, 환자 및 남편 또는 개입된 제 3 자에게 미술에 따르는 문제점, 위험도 및 합병증등에 대한 검토를 하여 시술에 임할 것을 다짐하고 있다.

기형발생이 진실로 체외수정에 기인된다는 확실한 근거는 밝혀지지 않고 있으나, 의사들은 태아상태에 대한 관찰의 무의 태만을 없게하기 위하여 연구자는 대체로 임신 7~8주, 12~13주 및 16~17주에 초음파영상으로 태아의 정상여부, 태반의 이상유무, 필요에 따라 양막천자로서 염색체 이상과 신경관 결함등을 확인하고 있다(김승욱, 문신용, 1986).

맺 음 말

이상의 고찰에서 보는 바와 같이, 체외수정·배이식이란, 우리의 종전의 법률생활 속에서는 겪어보지 못했던 새로운 진료에 부딪치게 되었다. 이러한 새로운 의학의 개척은 법학이 미쳐 그 영역을 개척하기 전에 과학이나 의학이 신기원을 세웠기 때문에 암흑상태의 법질서 속에서 의학만이 그들의

연구와 진료가 맹렬한 속도로 다름박질하고 있는 형편이 되어 버렸다.

따라서 잡다히 파생될 수 있는 어려운 문제점을 해결할 수 있는 지침이될 법률적 연구와 고려가 조속히 뒤따라서, 명랑하고 질서있는 법체제와 진료체제가 마련되어야 하겠다.

REFERENCES

- Bainbrigde, Isabel: *Test-Tube Babies*, William A. W. Walters, Peter Singer: Oxford University Press. Melbourne 1983, Japanese ed.
- Hidomi, Y.: *In Vitro Fertilization and Embryo Transfer*, Tokyo p. 247, 1985.
- Hidomi, Y.: *Fertilization and Implantation*, p. 20. 1984.
- 한국일보: 인공수정아에 대한 한국법원의 견해. 86. 3, 6, 9, 10.
- 饒庭忠男: *Obstetrics and Gynecology*. Vol 50, No. 12, 1983.
- 황해진: 시험관수정에 관한 倫理. 제13차 의협·법협공동세미나, 1985. 11, 30.
- 조두흠: 메아리. 한국일보, 1985. 12. 5.
- Michael, D. Bayles: *Cited from Kass* p. 31.
- Kass, L.R.: *Babies by means of in Vitro Fertilization*. New England Journl. of Medicine, 1971, p. 285.
- 곽윤식: 민법총칙. 박문사, p. 124, 1974.
- 김승욱·문신용: 의료논리. 서울보건의연구회, 1985. p. 1965.
- 김주수: 친족(상속법-가족법), 법문사 제 2 정판, 1978, p. 216.
- 김주수: 제13차 대한불임학회, *Symposium*. 1985.
- 김주수: 의료논리. 서울보건의연구회, 1986, p. 182.
- 김주수: 의학상의 논리. 제13차 대한불임학회초록, 1985.
- 日本厚生省: 生命倫理に 關する懇談, 日本厚生大臣 諮問機構, 藥事日報社, 1984.
- Nakadan, K.: *IVF and Law, Fertilization and Implantation*. p. 185, 1983.
- 大田靜雄: 引工授靜時代-試験管の中の 子と母たち. 31書房 1983.
- Rassaby, Alan, A.: *Test-Tube Babies*, William, A. W. Walter, Peter Singer: Oxford University Press. p. 183, 1983.
- 篠原弘志: 민법에서 본 체외수정, 배이식수정 착상 p. 20. 1984.