

냉동보관중인 정자의 훼손에 대한 민사법적 평가*

朴東璵**

I. 序論	평가
II. 보호법익으로서의 신체에 대한 책임법적 평가	III. 신체에서 분리 보관중인 정자의 훼손에 대한 법적 구제
1. 불법행위법상의 보호법익으로서의 신체의 의미	1. BGHZ 124, 52
2. 신체침해에 대한 민사법적 보호 방법	2. 분리된 정자의 훼손에 대한 법적 책임
3. 분리된 신체의 일부에 대한 법적	IV. 結論

I. 序論

의료기술의 발전으로 복제인간의 가능성, 대리모에 의한 출산 및 인공생식의 가능성의 확대와 같이 예상하지 못했던 다양한 법률문제가 발생하게 된다. 이러한 문제는 법해석에 관한 문제일 뿐만 아니라 윤리적, 철학적 검토가 함께 이루어져 해결책이 제시되어야 한다. 기존의 민사법리의 해석을 통하여, 또는 입법론을 통하여 의료기술의 발전으로 발생하는 문제를 해결하고자 하는 시도가 이루어지고 있다.¹⁾

그 중의 하나가 분리된 신체의 일부에 대한 권리를 어떻게 이해할 것이며, 그 침해에 대해서 어떻게 판단해야 할 것인가의 문제와 관련된 것이다.

* 이 논문은 2002년도 광운대학교 교내학술연구비 지원에 의해 연구되었음.

** 光云大學校 法科大學 助教授

1) 이에 대해서는 김민중, "생명윤리와 민법", 저스티스 2002년 2호(통권 65호), 111면 이하 참조.

자신의 신체는 원칙적으로 소유권의 객체가 될 수 없으며 다만 인격권의 한 내용을 구성하는 것으로 이해되고 있다.²⁾ 그러나 신체에서 그 일부가 분리된 경우에도 분리된 부분을 법적으로 어떻게 평가해야 할 것인가의 문제에 대해서 견해가 일치되어 있지 않다. 이는 여전히 신체의 일부로 보아야 한다는 견해가 있는 반면에, 분리된 시점부터는 신체의 일부로 볼 수 없으며 소유권의 대상이 되는 물권의 객체인 물건(Sache)이 된다고 보는 견해가 주장되기도 한다. 더 나아가 인체에서 분리되는 신체의 일부분은 더 이상 신체의 구성부분으로 볼 수는 없지만, 별도의 인격권의 대상이 된다고 보는 견해도 있다.

또한 분리된 신체의 일부분이 장기인지 내지는 조직인지에 따라, 그 분리의 목적이 무엇인지에 따라 달리 평가하는 방법도 가능할 것이다.

예를 들어 자기 피부이식을 위해, 또는 제3자에게 기증하기 위해 신체에서 분리된 피부조직, 수술시 자가수혈을 위해 미리 뽑아 놓은 혈액 또는 제3자를 위한 헌혈, 타인에게 기증하기 위하여 적출된 장기와 같은 경우에도 구별없이 동일한 기준에 의해 신체의 일부 또는 물건으로 파악하는 것이 바람직한 것인가의 문제가 발생할 수 있다.

판단의 어려움은 특히 인공수정의 목적으로 적출하여 냉동보관중인 인간정자의 법적 지위를 판단할 때 분명하게 나타난다. 이와 같은 문제는 특히 그 분리된 신체의 일부분이 제3자의 불법한 행위에 의해 훼손되었을 때의 법적 평가에서 다른 결론을 도출하기도 한다.

그 중에서도 인간의 정자가 체외로 배출되어 생명을 잉태할 수 있는 상태로 냉동보관되어 있던 중 불법행위에 의해 그 정자가 훼손된 경우에 민사책임법상 어떠한 법리가 적용될 수 있는 것인지에 대한 논의는 기존의 신체의 일부성 내지 그 물건성에 대하여 위에서 언급한 사례들과 같이 취급되는 것인지, 아니면 생명의 가능성을 갖고 있다는 점이 존중되어 달리 평가해야 하는지에 대한 가치판단이 있어야 할 것이다.³⁾

2) 광윤직, 채권각론, 박영사(2000), 491면; 김상용, 채권각론(하), 법문사(1998), 187면. Larenz/Wolf, Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts, 8.Aufl., (1997) S. 385f.

3) 이종태, "냉동보관한 정자의 소유권에 대한 고찰", 법률신문 제3063호(2002.4.1), 15면에

특히 이는 위자료의 인정과 관련하여 민법 제751조에서 명시된 법익의 침해가 있다면 정신적 고통이 실제 있었는지와 관계없이 위자료청구권이 인정되는 반면, 그 이외의 법익에 대한 침해의 경우에는 제750조에 의해 정신적 고통이 있었음을 주장/입증하여야 위자료의 배상을 청구할 수 있다고 보는 견해⁴⁾에 의하면 분리된 신체의 일부를 훼손하는 것이 신체침해인지를 확인하는 것이 대단히 중요한 의미를 갖는다.⁵⁾

이와 관련하여 독일 연방대법원(BGH)에서는 1993년에 중요한 기준이 되는 판결을 내렸다.⁶⁾ 이하에서는 신체에서 분리되어 냉동보관중인 신체의 일부는 어떠한 법적 지위를 갖는지, 이를 훼손한 경우에 책임의 근거와 책임의 범위의 문제에 대해서, 특히 그 분리된 신체의 일부가 정자인 경우를 중심으로 하여 검토해 보기로 한다.

II. 보호법익으로서의 신체에 대한 책임법적 평가

1. 불법행위법상의 보호법익으로서의 신체의 의미

권리주체가 자신의 신체에 대하여 갖는 권리의 근거를 인격적 이익의 보호에서 찾는다. 우리 헌법 제10조에서도 인간의 존엄과 가치를 모든 기본권의 이념적 출발점으로 보고 있으며 또한 이러한 존엄성의 근거는 인격성에서 나온다고 이해한다.⁷⁾ 인격권을 '권리주체와 분리할 수 없는 인

서는 의학자의 입장에서 인체에서 적출 내지 채취한 장기, 조직, 세포는 생식목적의 정자와는 달리 평가되어 정자의 소유권은 환자(정자제공자)에게 있다고 본다.

4) 김상용, 앞의 책, 454면.

5) 그 밖에도 냉동 보관중인 정자를 남기고 사망한 경우, 그 정자를 사망한 자의 배우자가 사망한 자의 후손을 보기 위해 자신의 난자와 수정시킬 수 있는 권리가 있는지의 여부, 또한 냉동보관중인 정자에 대한 권리를 포기하는 것이 가능한지 -예컨대 본인이 그 정자를 배출하여 사용하고자 하는 목적이 아니라, 不妊夫婦를 위해 기증하기 위한 경우, 처음부터 배출되는 정자에 대한 권리를 포기하는 약정이 가능한지의 문제가 발생할 수 있다. 이는 특히 여성으로부터 얻는 난자의 경우 매매를 하고 있는 미국의 일부 주에서는 윤리적 문제 이외에 법적 검토가 요구된다.

6) BGH NJW 1994, 127 = BGHZ 124, 52. 사실관계와 그 자세한 내용에 대해서는 본고 III. 1 부분 참조.

7) 계획열, 헌법학(중), 박영사(2000), 171면 이하 참조.

격적 이익을 향유할 수 있는 권리로 생명, 신체, 자유 정조, 성명, 사생활의 비밀 등의 보호를 내용으로 하는 권리'로 이해한다면,⁸⁾ 권리주체가 자기의 신체에 대하여 갖는 권리도 역시 인격권의 중요한 발현형태로 이해될 수 있다.⁹⁾ 그렇다면 신체는 인격권이라는 權利의 客體가 될 수 있는 것으로 보아야 하는 것인가?¹⁰⁾ 그러나 인간은 그 자체로서 권리의 객체가 될 수 없으며 분리되지 않은 신체의 일부도 물건이 아님(dominus membrorum suorum nemo videtur)은 자명한 이치로 이해되고 있다.¹¹⁾

그러나 민사법상 보호법익으로서의 신체는 의료기술의 발전으로 더욱 넓게 이해되는 등의 영향을 받고 있다. 우리 민법 제750조¹²⁾에서 불법행위책임의 성립요건으로 보호되어야 할 법익이 구체적으로 나열되지 않고 있기 때문에 불법행위규정은 일반조항적 성격을 지닌 형태로 구성되어 있다. 다만 제751조 제1항¹³⁾에서 개인의 생명, 신체, 자유, 명예를 침해하는 경우에 불법행위를 구성한다고 규정하고 있음을 이유로 인격권침해에 대해서 적극적이지는 않지만 소극적인 형태로만 규정하고 있다고 이해된다.¹⁴⁾ 여기서 언급되는 보호법익인 '신체침해'의 의미에 대해서는 명시적으로 설명되고 있지는 않지만, 형법이론에서는 '신체의 완전성 내지 신체의 불가침성(körperliche Unversehrtheit)의 침해'로 이해된다.¹⁵⁾

8) 김상용, 앞의 책, 187면 참조.

9) Deutsch, *Arztrecht und Arzneimittelrecht*, 2.Aufl. (1991), S. 253f.

10) 민법주해 (II)-(김병재 집필부분), (1992), 2면에서 인격권은 권리자 자신의 생명, 신체, 자유, 명예등의 이익을 그 객체로 하므로 마치 권리자 자신이 그 권리의 객체로 되는 셈이나, 관념적으로 권리자의 일정한 인격적 이익을 분리하여 그 객체로 삼고 있는 것으로 이해하고자 한다. 그리고 박윤직, *민법총칙*, (1989) 291면; 이영준, *민법총칙* (1987), 896면에서는 인격권에서는 권리의 객체는 권리주체 자신으로 이해하기도 하였다. 뒤에서 자세히 언급하겠지만 인격적 이익은 그 자체로서 사법상 보호되는 독립된 권리로 볼 수는 없으며 구체적 권리의 이념적 근거가 될 수 있다는 점에서 권리의 객체가 될 수는 없다고 해야 할 것이다.

11) Deutsch, *Medizinrecht*, 4.Auf. (1998), Rn. 488. 김준호, *민법총칙*, 법문사 (1999), 254면. 이에 대해서는 인격권이 성립할 수 있다고 보기도 한다. 고상용, *민법총칙*, 법문사 (1999), 276면.

12) 이하에서 별도로 법률명을 언급하지 않는 경우에는 민법조문을 의미한다.

13) 그 내용은 "타인의 신체, 자유 또는 명예를 해하거나 기타 정신상 고통을 가한 자는 재산이외의 손해에 대하여도 배상할 책임이 있다"로 구성되어 있다.

14) 이은영, *채권각론*, 박영사 (2001), 972면.

15) 박상기, *형법각론*, 박영사(1999), 42면; 이재상, *형법총론*, 박영사(1996), 42면. 그러나 신

2. 신체침해에 대한 민사법적 보호방법

위에서 언급한 것처럼 신체의 완전성에 대한 침해가 있었다면 이에 대해서는 불법행위를 이유로 손해배상을 청구할 수 있으며, 이 때의 손해배상은 재산적 손해뿐만 아니라, 정신상의 고통에 대한 위자료까지 포함하는 것으로 이해할 수 있다. 이 때 위자료청구의 인정근거는 별도의 인격권이 침해되었는가의 문제와 관계없이 신체침해 그 자체의 법률효과로 인정된다.

그러나 신체에 대한 권리는 인격권의 구체적인 발현형태라고 이해할 때, 신체를 훼손당한 경우에도 신체침해를 이유로 한 손해배상청구 이외에도 신체침해 자체만으로 인격권의 침해에 대한 손해배상을 청구할 수 있는지의 문제가 발생한다.

이 문제를 해결하기 위해서는 먼저 인격권에 대한 이해가 있어야 할 것이다. 인격권에 대한 접근방법이 매우 다양하게 나타나고 있는데, 인격권 개념의 인정여부, 그 인정범위, 다른 개별적 구체적 보호법익과의 관계, 헌법적 시각에서 보는 인격권의 내용이 민사책임법에서도 그대로 적용될 수 있는지에 대하여 신체침해의 경우를 전제로 하여 고찰해 보기로 한다.

인격권을 이해하는 방향으로서는 다음의 3가지 접근방법이 있다.

우선 인격권을 적극적이고 포괄적인 사법상의 권리로 인정하는 견해에 의하면, 인격권은 권리주체로서 자신과 분리할 수 없는 인격적 이익을 향유할 수 있는 권리로 정의된다.¹⁶⁾ 또한 인격권은 일반적 인격권과 개별적

체침해와 건강침해를 구별해야 하는지에 관하여 신체침해는 건강침해까지 포함하는 것으로 보는 견해가 있는 반면에(곽윤직, 채권각론, 박영사(2000), 491면 등), 양자를 구별하는 견해가 있다(주석민법 [채권각칙(7)] (송덕수 집필부분), (2000), 314면). 독일 민법 제823조 1항에서는 개별적 보호법익으로 생명, 신체, 건강, 자유, 소유권, 기타의 권리를 열거하고 있는데, 신체에 대한 침해는 신체적 완전성에 대한 물리적 침해로 이해된다. 대표적으로는 Medicus, SchulR BT, Rn. 779 참조. 신체와 건강을 별도의 법익으로 언급하고 있는 독일민법과는 달리 우리 민법은 보호법익을 열거하지 않고 있으며, 특히 양자를 구별해야 할 실익이 없다는 점에서 양 보호법익을 달리 구별할 필요가 없다고 생각된다.

16) 김상용, 앞의 책, 187면; 주석민법 [채권각칙(7)] (박철우 집필부분), (2000), 39면.

인격권으로 분류되는데, 전자는 인격에 전속하는 자유, 명예, 신체 등의 인격적 이익의 총체로 보고, 후자는 각각의 자유권, 명예권, 신체권 등 그 각각의 개별적 인격권으로 분류된다. 그렇다면 신체에 대한 권리 그 자체는 개별적 인격권으로 이해된다.

둘째로 인격권을 사법상의 권리로 인정하되 위와 같이 일반적 인격권과 개별적 인격권으로 구별하는 것에는 반대하는 견해가 있다.¹⁷⁾ 개별적 인격권을 단지 개개의 인격권의 種類를 의미하는 것으로 사용된다면 구별실익이 없으므로 개별적 인격권과 일반적 인격권을 구별하지 말고 단순히 인격권이라는 개념을 사용하면 충분하다고 주장한다. 또한 우리 민법체계에서도 인격권을 별도의 권리로 인정할 필요가 있다고 보기도 한다. 그 논거로 인격권을 침해한 경우에는 금전에 의한 손해배상 이외에도 침해의 금지 및 그 예방청구도 가능함을 들고 있다.¹⁸⁾ 다만 인격권침해에 대한 이러한 법률효과를 인격권 일반에 관한 것으로 포섭할 수 있는 것인지, 신체에 대한 권리도 별도의 개별적 사법상의 권리로 인격권의 한 종류를 의미하는 것인지에 대해서는 명확하게 밝히고 있지 않다.

셋째로 인격권을 포괄적 권리로 인정하는 것에 신중해야 한다는 견해가 있다.¹⁹⁾ 이 견해에 의하면 인격권이라는 개념 자체가 다양한 법익을 포함하고 있어 매우 포괄적이므로 인격적 이익을 인격권이라는 하나의 권리개념에 포섭시키는 것은 바람직하지 않다고 본다. 즉 인격권은 헌법상의 기본권으로 보호될 뿐이며, 민사법영역에서는 이러한 인격적 이익을 권리개념으로 구성할 것이 아니라 각종의 보호법익의 내용형성에서 작용하는 기본가치로 이해하게 된다. 신체의 완전성을 침해한 경우에도 별도의 독립된 사법상의 권리로 인격권을 침해한 것이라고 이해하기보다는 인체손해가 있는 것으로 이해하면 족하다고 한다.

17) 김재형, “인격권 일반 -언론 기타 표현행위에 의한 인격권 침해를 중심으로-” 民事判例研究(XXI), 637면.

18) 강남진, “인격권의 보호에 대한 하나의 제언”, 민사법학 13·14호(1996), 127면 이하 참조.

19) 이은영, 채권각론, 972면.

사건으로는 인격적 이익은 민사법에서 보호해야 할 법익에 대한 평가를 위해 제시된 기본적 가치기준으로서의 역할에 그 중심적 기능이 있으며, 인격권을 별도의 독립된 사법상의 권리로 인정하는 것은 바람직하지 않다고 본다.

사회의 발전으로 새로운 유형의 보호법익을 인정하거나 그러한 법익에 대하여 새로운 보호의 방법에 대한 가치판단의 기초로서 인격적 이익의 개념이 기능해야 하며 또한 그것으로 충분하다고 생각된다. 예컨대 명예권, 초상권, 성명권, 프라이버시권 등이 보호법익화 되는 과정에서 그 판단기준은 그러한 권리가 인격적 이익의 실현을 위해 필수적인가에 있다. 그리고 이와 같은 법익의 보호방법에 대해서도 기존의 손해배상의 방법과는 별도로 명예훼손의 경우에는 제 764조에서 명예회복에 적당한 처분을 인정하고 있다.

그러나 더 나아가 민법상 명문의 규정이 없지만 가해자의 행동의 자유 제한과 피해자의 이익을 형량하여 침해예방 및 침해의 배제를 위한 청구권이 인정될 수 있다고 보게 된다.²⁰⁾ 그러나 신체의 완전성과 같이 그 보호법익의 내용이 이미 완성되어 있는 권리에 대한 침해가 있을 때에 인격권은 그러한 법익침해에 대한 법질서에서의 무가치판단의 근거로 작용하게 된다. 즉 신체의 완전성의 침해가 위법하다고 판단되는 근거는 신체의 침해로 인하여 신체에 대하여 갖는 개인의 인격권이 침해되었음에서 찾을 수 있는 것이다. 모든 인간은 인격적 존재로서 자신의 신체에 대한 완전성을 보호받아야 하는데 이를 침해한 것은 위법하다고 판단을 받아야 하기 때문이다.

요컨대 생명, 신체, 건강 등과 같은 신체적 측면에 관한 인격적 이익은 별도의 독립된 권리로 구성된 인격권으로 보호해야 하는 것이 아니라, 신체에 대한 권리로 보호하여 일반불법행위법상의 효과인 손해배상청구에 의해 보호될 수 있도록 하면 충분할 것이다. 다만 성명, 초상, 명예, 프라이버시와 정신적 측면의 인격적 이익은 그 내용과 보호수단에 대한 논의

20) 박윤직, 채권각론, 556면; 김상용, 채권각론, 221면 참조.

가 발전단계에 있으므로 이를 하나의 상위개념(Oberbegriff)로서의 인격권에 포섭시킬 수 있을 것이다. 특히 이러한 인격적 이익은 침해가 있으면 그 완전한 회복이 불가능하고 손해의 전보만으로는 보호가 불충분할 여지가 매우 높으므로 예외적으로 사전적 권리보호방법이 엄격한 요건의 충족하에서 인정될 수 있다. 따라서 신체적 완전성에 대한 침해에 대해서는 인격권의 침해를 이유로 이와 같은 별도의 법률효과를 인정할 필요가 없을 것이다.²¹⁾ 오히려 신체적 완전성의 침해에 대한 구제방법은 민법 제 750조 이하에서 가한 손해를 배상하도록 할 것, 즉 이미 발생한 손해의 전보에 의한 정의의 회복방법에 의할 것을 입법적 결단으로 하고 있다. 불법행위의 일반적 효과로서 침해의 예방청구권을 인정하는 것은 해석의 범위를 넘는 것으로 바람직하지 않다. 이렇게 볼 때 신체의 완전성을 침해한 경우에는 일반적으로 이러한 침해의 사전적 금지 및 예방청구가 인정되지 않는다고 보아야 할 것이다. 보통 인격권침해에 대한 방해배제청구권을 판례가 인정한다고 하면서 예시된 판결들도 모두 명예훼손과 같은 정신적 측면의 인격권의 침해만을 전제로 하고 있기 때문에 모든 인격적 이익에 대하여 사전적 보호를 인정하고 있는 것으로는 볼 수 없다.²²⁾

결국 신체의 완전성을 침해한 경우에는 그 자체만으로 바로 별도의 인격권 침해로 볼 수 없으므로 별도의 인격권의 침해를 전제로 한 각종의

21) 같은 취지로 주석민법 [채권각칙(7)] (박철우 집필부분), (2000), 56면에서는 신체적 측면의 인격적 이익의 침해에 대한 구제방법은 정신적 측면인 인격적 이익의 구제방법과는 달리 일반 불법행위의 효과로서 설명될 수 있다고 한다.

22) 대판 1997. 10. 24. 96다17851 사건에서도 '사람(중중 등의 경우에도 마찬가지이다.)이 갖는 명예에 관한 권리는 일종의 인격권으로 볼 수 있는 것으로서, 그 성질상 일단 침해된 후에는 금전배상이나 명예 회복에 필요한 처분 등의 구제수단만으로는 그 피해의 완전한 회복이 어렵고 손해 전보의 실효성을 기대하기 어려우므로, 이와 같은 인격권의 침해에 대하여는 사전 예방적 구제수단으로 침해행위의 정지·방지 등의 금지청구권이 인정될 수 있다'고 하며, 대판 1996. 4. 12. 93다40614, 40621에서도 비방광고로 명예나 신용이 훼손되는 경우를 전제로 하여 '인격권은 그 성질상 일단 침해된 후의 구제수단(금전배상이나 명예회복 처분 등)만으로는 그 피해의 완전한 회복이 어렵고 손해전보의 실효성을 기대하기 어려우므로, 인격권 침해에 대하여는 사전(예방적) 구제수단으로 침해행위 정지·방지 등의 금지청구권도 인정된다는 이유로 광고중지 청구를 인정'하였다.

효과를 인정할 수 없을 것이다. 이는 신체의 침해만을 문제삼아야 할 것이며, 신체침해라는 방법에 의해 별도로 명예권, 프라이버시권등의 별도의 보호법익의 침해가 인정될 때에만 예외적으로 인격권의 침해가 언급될 수 있을 것이다. 이는 두 개의 법익이 상호 독립하여 경합하는 것이 아니라 인격적 보호의 구체적 형태로 신체, 자유 등의 개별적 법익이 보호된다는 점을 고려해 볼 때, 인격권의 침해는 구체화된 절대권을 침해하지 말아야 한다는 이념적 배경으로 이해하는 것이 바람직하다고 생각된다.

3. 분리된 신체의 일부에 대한 법적 평가

(1) 인격권의 객체로서 신체의 일부를 유지한다는 견해

인체에서 분리된 신체의 일부도 경우에 따라서는 인격권의 대상이 될 수 있다는 관점에서 그 분리된 부분의 훼손은 신체침해를 의미한다는 견해가 있다.²³⁾

예컨대 자가수혈과 같이 특정인에 대한 수혈 등 그 목적을 특정하지 않은 헌혈의 경우에는 그 혈액에 물건성(Sachlichkeit)을 인정할 수 있지만, 특정의 수령자가 결정되어 있는 장기의 기증을 목적으로 한 때에는 분리된 신체의 일부에 대해서도 인격권이 계속되어야 한다고 하면서 분리된 장기가 물권의 객체가 되는 것을 부정해야 한다고 본다.²⁴⁾ 그 이외에 의학기술의 발전으로 피부조직, 골수조직 또는 난자나 정자와 같은 신체의 일부분은 신체기능의 보호와 실현을 위해 다시 자신의 신체에 재투입할 목적으로 신체에서 분리된 경우라면 인체에서 분리된 기간동안에도

23) Forkel, Verfügungen über Teile des menschlichen Körpers, JZ 1974, S. 593ff.; Palandt-Thomas, BGB-Kommentar, 55. Aufl.,(1996), § 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.

24) Forkel, Verfügungen über Teile des menschlichen Körpers, JZ 1974, 595f.

여전히 신체로 볼 수 있다고 주장하기도 한다.²⁵⁾

이와 같이 분리된 신체의 일부를 물건으로 이해하는 것보다는 신체의 일부로 보고자 하는 견해의 논거는 그에 대한 침해시 보호받는 정도가 물건침해로 인한 경우보다 강하다는 점에서 그 가치판단적 기초를 찾을 수 있다. 또 인격권의 대상으로 이해할 때 장기기증자의 뜻이 보다 강하게 보호될 수 있다는 점에 기인하고 있는 것으로 보인다.

결국 이러한 견해는 의학발전으로 인한 신체 조직 및 장기의 분리와 재투입이 가능해지고 빈번해짐에 따른 법익보호의 강화라는 정책적 판단 하에서, 그 신체와 기능적 일체를 형성하고, 그 전형적 기능을 수행하는 경우라면 분리된 때에도 여전히 신체로 보호받도록 하는 것이 규범의 보호목적에 비추어 가능한 해석이라고 보고 있다. 또한 독일 민법의 체계상 물건침해로 인한 경우에는 위자료청구권이 인정되지 않는다는 점을 고려하여 피해자의 보호를 위해 신체로 보아야 한다는 점도 이러한 견해의 주된 논거중의 하나였다.

(2) 물건성의 인정

우리 민법 제98조에서 물건은 '유체물 및 전기 기타 관리할 수 있는 자연력'이라고 하여 그 개념을 정의하고 있다. 이에 비추어 볼 때, 물건성의 기본적 요건으로 유체물 또는 자연력이어야 하며, 배타적 관리가 가능성과 독립성이 있어야 하며 마지막으로 비인격성을 갖추어야 한다.²⁶⁾ 자신 및 타인의 신체는 물건성이 부정되어 소유권의 객체가 될 수 없다.

그렇다면 인체에서 분리된 신체의 일부는 물건성이 인정될 수 있는가? 이는 신체를 어떻게 이해하는지에 따라 다른 결론에 도달하게 된다. 신체

25) BGH NJW 1994, 127, 128. Staudinger-Hager, BGB, 13.Aufl. (1999), § 823 Rn. B 19; Palandt-Thomas, BGB-Kommentar, 55. Aufl., (1996), § 823 Rn. 5; Schnorbus, Schmerzensgeld wegen schuldhafter Vernichtung von Sperma, JuS, 1994, S. 834; Nixdorf, Zur ärztlichen Haftung hinsichtlich entnommener Körpersubstanzen: Körper, Persönlichkeit, Totenfürsorge, VersR 1995, S. 741.

26) 대표적으로는 이영준, 민법총칙, 박영사(1995), 894면 이하; 고상용, 민법총칙, 법문사(1999), 275면 이하; 백태승, 민법총칙, 법문사(2000), 279면 이하; 김상용, 민법총칙, 법문사(1998), 286면 이하 참조.

의 각부분과 관련하여 민사법에서 보호법익으로 이해되는 '身體(Körper)'의 개념을 '신체에 고정적으로 결합되어 있는 본질적 구성부분으로 생물학적 일체와 전체'라고 한다면,²⁷⁾ 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 소유의 객체가 된다고 해야 할 것이다.²⁸⁾

따라서 장기의 증여와 같이 분리된 신체의 일부를 처분하는 행위도 제 103조에서 언급한 반사회질서행위가 아닌 한 유효하다. 헌혈된 혈액이나 이식을 위한 피부조직의 분리와 같이 신체의 일부가 분리됨으로써 물건이 되었다고 해도, 다시 사람의 체내에 이식이 되면 물건성이 상실되고 신체의 일부가 된다. 이는 인공관절과 인공피부가 신체에 견고하게 고착됨으로써 신체의 일부가 되는 것과 마찬가지로이다.

(3) 법률효과면에서의 차이

독일민법에서는 인체에서 분리된 신체의 일부에 물건성을 인정하는지

27) Taupitz, Der deliktsrechtliche Schutz des menschlichen Körpers und seine Teile, NJW 1995, 745; Palandt-Heinrichs § 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, 242면; 백태승, 민법총칙, 281면; 이영준, 민법총칙, 895면 등). 그러나 이와는 달리 신체에 견고하게 결합되어(fest verbinden) 있지 않은 착탈식 의치와 의수, 의족, 가발 등은 신체에 고착되어 있는 동안은 신체의 일부이었다가 분리된 순간에 비로소 다시 물건이 되는 것이 아니라 언제나 그 물건성을 인정한다. 그 이유는 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 인체속에 남아 있는 경우에는 물건성을 상실한다는 견해(Deutsch, Medizinrecht, 4. Aufl. (1998), Rn. 497)가 있다.

28) 통설적 견해이다. 대표적으로는 곽윤직, 민법총칙, 242면, Deutsch, Medizinrecht, Rn. 488, MünchKomm-Holch, 4. Aufl. (2001), § 90 Rn. 27; Staudinger-Dilcher, 13. Aufl. (1995), § 90 Rn. 16. 이와는 달리 신체의 일부에 대한 권리관계에서 분리된 시점에서 무주물이 되고 단지 분리되기 전에 장기를 갖고 있었던 자에게 특별한 선점권(Aneignungsrecht)이 있는 것으로 보는 견해도 있다. Tress, Organtransplantation aus zivilrechtlicher Sicht, (1977), S. 14

의 여부에 따라 그 보호의 정도가 달라지기 때문에 큰 의미를 갖는다. 특히 비재산적 손해에 대한 배상은 배타적으로 제847조 BGB의 구성요건을 충족하는 경우에만 인정하고 있다. 이 규정에 따르면 신체 또는 건강을 침해하거나 자유를 박탈당한 경우에 피해자는 재산적 손해뿐만 아니라 비재산적 손해에 대해서도 배상을 청구할 수 있도록 하고 있다. 따라서 분리된 신체의 일부를 침해한 경우에 이를 단순한 물건의 침해로 보게 되면 비재산적 손해의 배상을 받을 수 없게 되므로 피해자의 보호라는 규범의 보호목적상 이러한 해석이 불가피하였다.

또한 독일의 판례에 의해서 인격권침해로 인한 위자료청구권이 인정되었는데, 이때에는 추가적인 요건이 구비되어야 인정되었다. 즉 고의나 중대한 과실에 의한 인격권의 침해가 있을 때 비로소 위자료청구권이 인정된다. 신체의 일부침해가 물건의 침해이나 동시에 인격권이 침해되었다고 해도 가해자에게 고의나 중과실이 인정되지 않으면 위자료에 대한 배상청구를 하지 못하게 되는 점을 고려하여 신체침해의 범위를 확대하려는 해석론을 취할 수밖에 없었다고 생각된다.

그러나 이와는 달리 우리 민법에서는 그 침해를 물건침해로 보느냐, 신체침해로 보느냐에 따라 근본적인 차이가 발생하는 것은 아니다.²⁹⁾ 다수설에 따르면 제750조의 일반불법행위에 의해 배상되어야 할 손해에는 재산적 손해 외에 비재산적 손해도 포함하는 것으로 본다.³⁰⁾ 다만 제751조 제1항³¹⁾과의 관계에 관해서는 다양한 견해가 제시되고 있다. 첫째로, 제

29) 우리 법제하에서도 형법적으로는 그 결과가 달라질 수 있다. 특히 분리된 신체의 일부를 여전히 신체로 이해하게 되면, 분리된 부분을 과실로 훼손시킨 경우에는 형법 제266조에 의한 사실치상죄가 인정되는 반면, 이를 물건으로 보는 경우에는 재물에 대한 과실손괴가 인정되나, 이에 대한 구성요건이 없으므로 형사책임을 부담하지 않는 결과가 발생한다. 과연 이러한 경우에 형법적으로 과실치상이 인정되어야 하는지에 대한 판단은 여기서 유보하기로 한다.

30) 장재욱, “위자료에 관한 몇 가지 고찰”, 한국민법이론의 발전 (1999), 606면; 곽윤직, 김상용, 채권각론, 455면; 서광민, “위자료에 관한 몇 가지 문제점”, 서강법학연구 제2권 (2000), 118면 등. 반대견해로는 조규창, “소유권침해와 위자료청구권”, 논리와 직관(조규창 교수논문집), (1998), 475면 이하.

31) 그 내용은 ‘타인의 신체, 자유 또는 명예를 해하거나 기타 정신상 고통을 가한 자는 재산이외의 손해에 대하여도 배상할 책임이 있다’고 구성되어 있다.

751조에서 언급된 법익의 침해시에는 정신적 고통의 유무와 관계없이 배상이 인정되나, 그 이외의 법익침해로 인한 위자료는 제750조에 따라 피해자가 정신적 고통이 있었음을 주장/입증하여 청구할 수 있다는 견해가 있다.³²⁾ 둘째 견해로, 기본적으로는 위의 견해에 동조하면서 다만 제751조에서 언급된 법익의 침해시 손해발생을 추정하는 것이 아니라, 위법성을 징표하는 것으로 보아 별도의 사유가 없으면 위 법익의 침해는 위법한 것으로 추정한 것이라는 견해가 있다.³³⁾ 셋째 견해로, 제751조는 비재산적 손해에 대한 배상책임을 부담하는 요건을 구체화했다는 점에 의미가 있으며, 여기서 언급하지 않은 법익의 침해로 -그것이 재산적 법익인지 비재산적 법익인지를 구별하지 않고- 정신상의 고통을 가한 경우에는 위자료를 배상해야 한다는 의미로 이해하고자 한다.³⁴⁾ 넷째 견해는 제750조와 제751조의 관계를 전혀 다르게 접근하고 있다. 즉 제750조는 인격권과 재산권의 침해로 인한 재산적 손해의 배상을, 제751조는 인격권의 침해로 인한 정신적 손해의 배상만을 규정한 것으로 보고, 재산적 법익의 침해로 인한 위자료청구를 인정할 수 없다고 본다.³⁵⁾

그러나 우리 판결례에 따르면 적어도 재산적 법익의 침해를 통해서도 그 위자료 청구를 인정하고 있음을 확인할 수 있다. 다만 이때의 정신적 고통은 제393조 제2항의 특별사정에 의한 손해가 되어 위자료 청구자가 그러한 특별한 사정에 대한 가해자의 인식가능성을 입증해야 한다는 점에 특징이 있다.³⁶⁾ 따라서 분리된 신체의 일부에 대한 침해를 물건에 대한 소유권의 침해로 보는 것이 그 법적 보호에 있어서 신체의 일부로 파악하는 견해보다 결정적으로 약해진다고는 할 수 없을 것이다.

실질적으로는 손해배상의 범위결정과정에서 그 침해가 통상손해, 또는 특별사정에 의한 손해가 되는지에 따라 몇가지 차이점이 있다. 즉 제751

32) 김상용, 채권각론, 454면.

33) 장재욱, 앞의 글, 609면, 613면 참조

34) 서광민, 앞의 글, 120면, 122면.

35) 조규창, 앞의 글, 480면 이하.

36) 대판 1993.12.24, 93다45213; 대판 1992.12.8, 92다34162; 대판 1995.5.12, 94다25551 등 다수 판례. 이은영, 채권각론, 768면 ; 김상용, 채권각론(하), 455면.

조에서 언급한 법익의 침해시 정신적 손해는 통상손해가 되는 반면에, 적어도 재산적 법익의 침해에 의한 손해의 경우는 특별사정에 의한 손해이기 때문에 위자료 청구자가 입증책임을 부담하게 된다. 특히 제751조에서 명시된 법익의 침해시에는 위법성이 추정되어 위법성조각사유의 존재에 대한 입증은 피해자가 해야 한다.³⁷⁾

생각건대 분리된 신체의 일부를 물건으로 파악하더라도 이로 인한 위자료청구가 배제되는 것이 아니라 추가적인 검토를 거쳐 그 인정여부를 결정한다는 점에서 오히려 더욱 바람직하다고 보인다. 즉 그 분리된 신체의 일부가 모발인 경우에 이에 대하여서는 구체적인 사정을 고려하여 배상여부를 결정할 수 있도록 하는 것이 타당하기 때문이다. 이러한 것을 신체로 보아 이로 인한 위자료를 통상손해로 파악하게 되면, 이에 대한 별도의 검토없이 일률적으로 위자료를 배상을 해야 하는 결과에 이르게 되어 오히려 바람직하지 못하다.

Ⅲ. 신체에서 분리 보관중인 정자의 훼손에 대한 법적 구제

신체에서 분리, 보관중인 정자의 경우 다른 장기나 조직의 분리의 경우와 동일하게 신체에서 적출된 순간부터 물건으로 보아야 하는지, 정자나 난자는 수정되지 않았다고 할지라도 적어도 생명으로 발전될 수 있는 가능성을 지니고 있는 ‘그 무엇’이라는 점을 고려하여 보다 강한 보호가 이루어져야 하므로 여전히 신체의 일부로 보아야 하는지에 대한 논란이 있다. 이러한 쟁점을 다룬 독일의 판례가 있어 구체적 사실관계와 독일연방대법원(BGH)의 판결내용을 좀더 자세히 알아보도록 한다.

37) 대판 1999. 4. 27. 98다16203 “도서·잡지에 의하여 사실을 적시하여 개인의 명예를 훼손하는 행위를 한 경우에도 그 목적이 오로지 공공의 이익을 위한 것일 때에는 적시된 사실이 진실이라는 증거가 있거나 그 증거가 없다 하더라도 행위자가 그것을 진실이라고 믿었고 또 그렇게 믿을 상당한 이유가 있으면 위법성이 없다고 보아야 할 것이나, 그에 대한 입증책임은 어디까지나 명예훼손 행위를 한 도서·잡지의 집필자 또는 발행인에게” 있다고 하였다.

1. BGHZ 124, 52

(1) 사실관계

당시 31세였던 미혼인 원고는 방광암으로 1987년에 수술을 받게 되었는데, 그 수술로 생식능력을 상실하게 될 것을 미리 알고 있었다. 자신의 아이를 갖기 위한 가능성을 유지하기 위해 수술전에 피고의 대학병원에서 자신의 정자를 냉동보관하게 하였다.

그런데 피고의 대학병원에서 그 보관능력이 한계에 이르자 피고는 원고에게 1989년 1월 19일자로 서신을 보내 정자를 계속해서 냉동보관하는데에 관심이 있는지를 문의하면서, 4주내에 반대의 의견의 통지를 받지 못하면 냉동보관중인 정자를 폐기처분한다는 통지를 보냈다. 이에 대해 원고는 1989년 1월 26일자의 답신에서 계속적인 냉동보관을 희망한다고 했다. 이 편지는 피고에게 도달했으나, 무슨 이유에서인지 피고에 의해 작성된 원고의 서류에 편철되지 못하여 답신이 없었던 것으로 잘못 파악되었다. 그리하여 냉동보관중인 원고의 정자는 1989년 5월 29일자로 폐기되었다.

1989년 3월에 결혼한 원고는 자신의 부인과의 아이를 낳으려는 소망을 충족시키고자 했었을 때, 비로서 피고에 의해 그 사이에 자신의 정자가 폐기되었다는 사실을 알게 되었다. 원고는 피고에게 최소 25 000 DM의 위자료를 청구하였다. 여기서 원고는 냉동보관중인 정자로 인공수정하여 자신의 부인이 임신할 수 있었을 것이라는 것을 주장하면서, 자신의 정자에 대한 소유권은 인격권과 겹쳐지게 되어 명예의 보호로 판례에 의해 발전되어온 것과 관련하여 자신은 금전배상을 청구할 수 있다고 주장하였다. 그 이외에도 신체침해의 관점에서 위자료를 청구하였다. 냉동보관중인 정자의 폐기는 원고에게 심리적 장애를 야기했다고 주장하였다.

자신의 주의의무위반 때문에 자신의 영역에서 정자의 폐기가 발생한 것에 대해 다투지 않았던 피고는 냉동보관으로 인하여 원고에게 발생한 비용의 배상의무를 승인하였다. 그러나 피고는 원고에 대해서 위자료 지급의 의무는 없다고 주장하였다. 여기서 생식의 여부(Ob)와 시기(Wann)

에 관한 결정의 자유는 일반적 인격권에 속한다고 해도, 피고는 고의가 아니라 단지 과실로 이러한 권리를 침해했기 때문에 원고에게 금전배상의 청구권이 없다고 주장하였다.

(2) 원심의 판결

원고는 피고에 대하여 독일민법 제847조 1항에 의한 위자료의 지급뿐만 아니라, 일반적 인격권의 침해로 인한 금전배상의 청구도 할 수 없다고 하였다.

원고가 주장한 심리적 장애는 신체적 완전성의 침해에 기인한 것으로 볼 수 없기 때문에 신체침해가 있고 따라서 신체침해의 관점에서의 위자료청구권이 배제된다고 하였다. 또한 원고가 주장한 바와 같은 정신적 침해도 독일민법 제847조 1항의 의미에서의 건강침해로 볼 수 없다고 하였다. 원고의 일반적 인격권도 침해되지 않았다고 본 것이다. 정자의 폐기는 자신의 정자를 투입할지의 여부와 방법, 시기를 결정할 자유를 침해한 것으로는 인정하였으나, 이러한 자유는 일반적 인격권에 속하여 법적 지위의 존립만을 보호하며 포괄적으로 보호하지 않는다고 하였다. 일반적 인격권은 완전성의 보호만을 보장한 것이지 행위보호를 보장한 것은 아님을 이유로 든다. 원고는 가족계획에 대한 권리를 주장할 수도 없는데, 그러한 권리는 승인될 수 없기 때문임을 들고 있다. 정자보관의 폐기는 일반적 인격권을 침해하였으나 단지 피고의 경과실행위에 의한 것이기 때문에 이로 인한 금전배상책임을 부정하였다.

(3) 독일 연방대법원(BGH)의 판결요지

독일 연방대법원(BGH)은 정자의 유책한 폐기로 인한 원고의 위자료청구권을 인정하였다. 독일민법 제823조 1항, 제847조의 의미상 신체침해의 개념을 넓게 해석해야 한다고 본 것이다. 즉 자신의 신체에 대한 권리는 '일반적 인격권이 법률적으로 구성된 부분'이라고 이해하면서, 독일민법 제823조 1항의 규정은 인격의 기초로서 신체를 보호한다고 보았다.

의학의 발전으로 신체라는 보호법익에 대해서 보유하며 또한 일반적

인격권에서 기인하는 권리주체의 자기결정권은 추가적인 의미를 갖게 되었으며, 의학적 발전으로 자기이식을 위한 피부조직이나 골수조직, 임신을 위해 분리된 난자와 자가수혈을 위한 헌혈의 경우와 같이 신체의 조직(Bestandteil)을 분리하였다가, 후에 다시 통합하는 것이 가능해졌음을 전제로 한다.

권리주체의 의사에 따라 신체기능을 보장하기 위해, 또는 그 실현을 위해 事後에 다시 통합하기 위해 조직을 신체에서 분리하였다면 독일민법 제823조 1항은 권리주체의 자기결정권의 보호에서 신체적 완전성을 광범위하게 보호한다는 관점에 의해 이러한 조직은 신체로부터 분리되어 있을 때에도 규범의 보호목적상 신체와 기능적 일체(funktionale Einheit)를 형성하고 있다는 결론에 도달하게 된다. 그러므로 그러한 분리된 신체조직의 손상이나 폐기는 독일민법 제823조 제1항, 제847조 제1항의 신체침해로 평가되어야 하는 것으로 보았다.

그러나 분리된 신체조직이 재차 자신의 신체에 다시 통합되기로 결정되지 않았다면 다르게 평가되어야 한다고 하면서, 최종적인 분리의 그러한 경우에 분리된 신체조직은 분리된 시점에서 신체로서의 보호법익의 성질을 상실하고 법적 의미의 물건이 된다고 하였다. 즉 권리주체의 자기결정권은 그의 신체와 분리된 조직을 기능적 일체로 보이게 하는 사고가 더 이상 유지될 수 없음을 이유로 들고 있다. 이는 특히 기증자의 의사에 의해 타인에게 이식되기로 되어 있는 기증된 장기나 타인을 위한 헌혈의 경우에 적용된다. 그런 경우에는 기증자의 명시적 또는 묵시적 의사에 반하여 기증된 장기나 헌혈이 사용되거나 폐기된 경우에는 물건의 소유권이 인격권에 의해 겹쳐지기 때문에, 배상청구권이 발생할 수 있다고 보았다. 그러나 이는 일반적 인격권 침해의 경우에 발전된 제한적이고 특별한 전제조건하에서만 인정한다.

이러한 고려하에서 권리주체의 의사에 따라 생식을 위해 이용되기로 정해진 보관중인 정자는 특별한 경우를 의미하는데, 한편으로는 정자는 최종적으로 권리주체의 신체에서 분리되고, 다른 한편으로는 권리주체의 자가생식이라는 신체전형적 기능을 충족하기 위해 정해져 있음을 강조한

다. 이와 같은 정자의 냉동보관이 상실된 생식능력을 대체해야 하는 때에는 냉동보관이 권리주체의 신체적 완전성을 위해 그리고 개인적 자기결정과 자아실현을 위해 그 정도나 내용에 있어서 난자나 신체에서 분리된 다른 조직보다 그 의미가 작지 않다고 판단한 것이다.

설사 보관중인 정자가 다시 신체의 일부로 환원될 수 없기 때문에 이와 같은 경우에 신체적 완전성의 보호법익에 구성요건적으로 포함되지 않아도, 위에서 언급한 전제하에서(역자 주: 자가생식을 위한 유일한 가능성이었다는 점) 유추적용될 수 있을 것이다. 또한 이러한 경우에도 정자보관의 폐기로 인하여 발생한 인격권은 수정을 위해 채취한 난자의 폐기로 인하여 여성에게 생기는 인격권과 다르거나 적게 보호되지 않는다는 점에서도 이러한 확장해석이 정당화된다고 하였다.

따라서 이 경우에 피고는 25 000 DM의 위자료료를 지급할 것을 명하였다.

2. 분리된 정자의 훼손에 대한 법적 책임

분리된 정자의 훼손에 대한 법적 평가와 관련하여 소유권의 침해, 신체 침해, 인격권의 침해 사이에 있어서 일정한 긴장관계가 형성된다. 다수의 학설과는 달리 자가생식의 유일한 가능성이었던 정자를 위법하게 폐기한 것은 단순히 물건의 침해가 아니라 신체의 침해라 한 독일연방대법원의 판결에 담겨있는 의미가 무엇인지에 대해서 살펴보고자 한다.

(1) 신체의 침해로 보는 견해

의학기술의 발달로 신체에의 견고한 결합만을 전제로 하여 신체의 의미를 이해하는 것은 그 보호에 있어서 불충분하므로, 일정한 요건이 구비되었다면 인체에서의 분리가 있었어도 여전히 그 신체의 일부를 이루게 되어 이의 침해는 신체의 침해로 보아야 한다는 견해이다. 연방대법원의 판결에 따르면 신체침해로 인정되기 위해서는 분리된 기간에도 신체와 기능적 일체성을 유지해야 하며, 이러한 경우에는 신체적 완전성은 광범

위하게 보호되어야 한다는 관점에서 이를 신체의 일부로 볼 수 있다고 한다. 분리된 신체조직이 다시 자기 몸에 재투입되기로 결정되지 않았다면, 분리로 인하여 물건이 되지만, 자가수혈을 위한 헌혈 등의 경우에도 이는 여전히 신체의 일부로 이해되어야 한다고 보았다. 사안에서와 같이 자신의 혈육을 생산할 수 있는 유일한 방법인 냉동보관중인 정자는 그저 보관하는 것이 아니라 자가생식이라는 신체기능을 수행하기 위한 것이었으므로 더욱더 신체의 일부로 보아야 한다는 것이다. 특히 이러한 판단은 신체적 완전성에서 천명된 인격권의 보호를 수용하고 있는 것을 긍정적인 평가를 받기도 한다.³⁸⁾

그러나 이러한 판결은 다수의 학자들에 비판을 받게 되었다. 우선 분리된 신체조직이나 장기가 전체 신체에서 실제로 하는 기능과 작용에 의하는 것이 아니라, 침해행위시점의 주관적인 이용의사에 의해 신체침해인지를 결정하는 것은 바람직하지 못하다고 한다. 예컨대 자가수혈을 위해 보관중인 혈액을 오염시킨 경우에는, 이 혈액을 다시 자신의 몸에 투여되어야 하기 때문에 신체침해가 있는 것이 되는데, 실제 수술시에는 최종적으로 그 오염된 혈액을 사용하지 않게 된 경우에도 그러한 목적을 지닌 혈액의 오염만으로 이미 신체침해가 있는 것으로 보는 것은 타당하지 않다고 한다. 마찬가지로 아직 그 정자로 구체적으로 생식을 시도하려는 정자제공자의 의사가 없었어도 신체의 완전성에 대한 보호법익을 갖는 것은 바람직하지 않다고 본다.³⁹⁾ 이러한 관점에서 손상의 시점에 신체적 결합이 없었고,⁴⁰⁾ 정당한 이유없이 신체침해의 개념이 형사법과 달리 평가되는 것은 바람직하지 않음을 이유로 들기도 한다.⁴¹⁾

38) Erman-Michalski, BGB, 10. Aufl. (2000), § 90 Rn. 5; Giesen, Arzthaftungsrecht, (1995), Rn. 56. 비교법적으로도 이러한 결과는 대부분 다른 국가의 법제에서도 동의되고 있다고 한다.

39) Taupitz, Der deliktsrechtliche Schutz des menschlichen Körpers und seine Teile, NJW 1995, S. 746.

40) Nixdorf, Zur ärztlichen Haftung hinsichtlich entnommener Körpersubstanzen: Körper, Persönlichkeit, Totenfürsorge, VersR 1995, S.743

41) MünchKomm-Mertens, 3. Aufl. (1997), § 823 Rn. 73

(2) 물건의 침해로 보는 견해

이에 의하면 정자도 간, 신장, 혈액과 같은 신체의 구성부분과 달리 평가하지 않고 신체에서 분리된 때에 이를 물건으로 보아야 한다고 본다.⁴²⁾ 따라서 분리 전에 주체에게 소유권이 인정될 수 있다고 본다. 결국 신체의 일부에서 물건으로 그 성질이 바뀌게 되는 기준은 '인체로부터의 분리'가 된다. 이 때 분리의 개념이 단순히 물리적으로 결정되는 것이 아니라 법률적인 관점에서 결정되어야 한다. 다만 그것이 주관적 이용의도에 따라 물건성과 신체성이 결정되는 것은 바람직하지 않다고 할 것이다. 오히려 객관적이지만 법률적 개념으로 이해하여 결정해야 할 것이다. 그렇다면 심장수술을 위해 심장을 체외에 꺼내놓고 수술하는 경우, 또는 안구수술을 위해 안구를 체외에 꺼내놓고 수술하는 경우에는 법률적 의미에서의 객관적 분리가 없기 때문에 여전히 신체의 일부성을 유지하는 것으로 보아야 할 것이다.

그러나 잘려진 모발 등에 대해서는 묵시적으로 소유권을 포기한 것으로 파악한다.

우리나라에서는 특별히 이것이 문제되지는 않지만 일반원칙에 따라 인체에서 분리된 신체의 일부는 물건으로 보는 것으로 이해될 수 있다.

그러나 이러한 견해에 의하는 경우에도 보관시켰던 정자를 훼손당한 피해자에게 물건의 침해, 그 자체에 의하는 것은 아니지만, 그로 인하여 중대한 생식에 대한 자기결정권이 침해되었다면 이를 근거로 인격권침해로 인한 위자료청구권을 인정할 수 있을 것이다. 이러한 법리의 가능성은 비재산적 손해에 대한 배상청구권이 재산적 범익의 침해를 통하여도 발생할 수 있음을 인정한 판례의 태도에서도 확인할 수 있다.

(3) 물건의 침해를 통한 인격권의 침해가 병존한다는 견해

독일민법에서 물건의 침해로 보느냐, 신체침해로 보느냐에 따른 차이는

42) 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 Spermas?, NJW 1994, S. 776.

위자료를 인정할 수 있는지를 둘러싸고 발생한 문제였다. 물건의 침해로 인한 위자료를 인정하지 않고 법률이 명정한 경우에만 위자료를 인정하는데 독일 민법 제847조에 의해 신체, 건강, 자유의 침탈, 부녀에 대한 반윤리적 범죄의 경우에만 위자료가 인정된다. 따라서 정자의 침해로 인한 위자료를 인정하기 위해서는 이를 신체침해로 보아야 할 필요성이 요구되었다. 또한 해석론과 판례에 의해 인격권의 침해의 경우에도 이를 이유로 한 위자료청구권이 인정되지만, 일반 신체침해의 경우와는 달리 추가적 요건이 구비되어야 한다. 즉 가해자에게 고의 또는 중과실에 의해 인격권이 침해되어야 한다는 점에서 피해자의 보호에 불충분하다는 결론에도달하게 된다. 위의 사례에서 가해자는 과실은 인정될 수 있으나, 고의가 존재하지 않았고 또한 중대한 과실이 있었다고 판단되지 않게 되어 이에 대한 배상을 부정하는 것은 바람직하지 않다는 점에서 신체침해로 보아야 한다는 주장을 한다. 적어도 인격권의 침해로 인한 재산적 손해의 경우에는 일반 불법행위에서 보호받을 수 있으나, 정신적 손해에 대한 배상의 경우에는 제한적 해석이 불가피하다는 점을 강조한다면, 이러한 고의 또는 중과실에 의한 인격권의 침해에만 위자료를 인정하는 것이 오히려 바람직하다고 본다. 이러한 점에서 위의 신체침해에서 바로 인격권의 침해를 도출해 내는 독일 연방대법원의 판결은 논리적 비약뿐만 아니라 위자료의 인정범위를 입법자의 의도와는 달리 무한히 확대하게 된다는 비판을 받는다. 이렇게 신체침해의 개념을 분별불가능할 정도로 확대하는 것이 꼭 필요한 것은 아니었으며, 임신가능한 상태로 있는 정자의 손상은 보통 인격권의 중대한 침해를 의미하며 판례에 의해 (인격권침해시) 위자료의 지급을 인정하는 것이 바람직하다고 본다.⁴³⁾

이러한 논쟁은 우리 민법하에서는 큰 의미가 없다고 할 것이다. 우리 판례는 앞서 설명한 바와 같이 물건의 침해라는 재산적 손해를 통하여 비재산적 손해의 발생을 인정하고 있기 때문에 굳이 신체침해가 위자료 청구의 전제는 아니라고 할 수 있다. 즉 물건의 침해가 제751조의 정산상

43) Deutsch, Medizinrecht, Rn. 489

의 고통을 가한 원인으로 인정이 된다면 바로 동조의 효과, 즉 재산이외의 손해에 대한 배상을 청구할 수 있다. 그렇다면 물건의 침해로 인한 정신상의 고통은 언제나 배상되어야 하는 것인가? 일정한 제한이 필요한데, 이 때에 작용하는 기준이 독자적인 법적 이익으로서 생식에 대한 자기결정권이라는 인격적 이익의 침해가 자리매김할 수 있을 것이다. 즉 신체의 침해가 인정되면 이로 인한 정신적 손해는 제751조에 의해 바로 그 배상성이 인정되지만, 물건의 침해시에는 다시 별도로 인격적 이익의 침해가 있었는지를 고찰해야 할 것이다. 이러한 점에서 인격권의 침해와 신체침해는 서로 분리될 수 있으며, 분리하여 고찰하는 것이 타당하다.⁴⁴⁾

요컨대 제751조의 해석상 신체의 침해가 있었다는 사실에 의해서 바로 그로 인한 정신적 손해의 배상을 청구할 수 있지만, 동시에 물건의 침해라는 '기타의 방법'에 의해 정신적 고통을 가한 경우가 인격권을 침해한 경우에만 이른 경우에는 물건의 침해와는 별도로 인격권의 침해를 이유로 손해배상을 청구할 수 있는 것이다.⁴⁵⁾ 즉 냉동보관중인 정자를 훼손한 것은, 정자 자체라는 물건을 침해한 것이며, 그 물건이 갖고 있는 특성을 고려해 볼 때, 물건의 침해뿐만 아니라 개인의 인격권까지도 침해된 것으로 볼 수 있을 것이다. 이러한 인격권은 권리보유자가 포기함으로써 종료되며, 순수하게 물권적 가치판단에 의할 수 있게 된다.⁴⁶⁾

IV. 結 論

인체에서 분리하여 보관중인 정자는 그 자체로 여전히 신체의 일부인지 물건성을 얻게 되는 것인지의 문제는 그 침해를 어떻게 보호할 것인가

44) Laufs/Reiling, Schmerzensgeld wegen schuldhafter Vernichtung deponierten Spermas?, NJW 1994, S. 775. 미국에서도 Del Zio v. Presbyterian Hospital 사건에서 (U.S. District, S.D.N.Y., 1978, 74 Civ. 3588), 부인의 난자가 남편의 정자와 체외에서 수정된 후에 산부인과 과장의 지시에 따라 수정란(Embryonen)이 통제불가능한 냉동을 통하여 훼손된 경우에 병원의 독단적 행위방식으로 수정된 수정란에 대하여 갖는 부부의 인격권이 침해되었음을 이유로 5만 달러의 손해배상을 인정하였다.

45) Deutsch, Das Persönlichkeitsrecht des Patienten, AcP 192, S. 161ff.

46) Staudinger-Dilcher, BGB, § 90 Rn. 15

가와 연결되어 있다는 점에서 논의의 실익이 있다. 특히 독일 민법에서는 신체침해의 경우에는 위자료를 인정하며, 일반적 인격권의 경우에는 고의나 중과실에 의한 침해라는 제한아래서 위자료를 인정하지만 소유권의 침해의 경우에는 위자료를 부정한다는 점에서 실질적인 차이가 있다.

그러나 우리 민법에서는 이미 소유권의 침해의 경우에도 위자료의 청구를 인정하고 있기 때문에 이점과 관련해서는 큰 차이가 없다. 다만 재산침해로 인한 정신적 손해의 경우에는 제393조 2항의 특별사정에 의한 손해로 파악되어야 하기 때문에 그러한 사정을 채무자 내지 가해자가 알았거나 알 수 있었을 경우만으로 제한되어야 한다는 점에서 차이가 있을 것이다. 따라서 분리된 정자를 신체의 일부로 보아야 할 실익이 없다. 오히려 인체에서 분리된 신체의 일부에 물건성을 부여했을 때 신체라는 법익에 대한 개념적 명확성 및 형법과의 통일성을 유지하면서도 피해자 보호에 미흡하지는 않다고 할 것이다. 특히 물건의 침해가 있다고 할지라도 위자료청구권을 인정하며, 이 때의 위자료청구권의 근거는 물건의 침해를 통해 개별적 인격권(여기서는 생식프라이버시권 내지 자가생식에 대한 자기결정권)을 침해했다고 판단되면, 물건의 침해와는 별도로 인격권의 침해를 이유로 인정되기 때문에 분리된 신체의 일부를 물건의 일부로 보아야 할 필요가 없다.

구체적인 사례가 바로 이 사건에서 보는 바와 같이 자가 생식의 유일한 수단으로 냉동보관중인 정자의 불법한 훼손의 경우에는 물건을 침해하였으나, 그로 인하여 더 나아가 인격권이 침해된 것으로 볼 수 있다. 이 때 이에 대한 손해는 특별한 사정에 의한 손해이므로 제393조 제2항의 요건의 구비여부를 한번 더 검토하여 구체적 타당성을 지닌 경우에만 위자료청구권을 인정할 수 있다는 점에서 더욱 바람직하다고 생각된다.

더 나아가 이러한 신체의 일부의 침해가 바로 물건의 침해가 아닌 인격권의 침해로 바로 연결된다면, 인격권 침해에 대한 사전적 구제방법으로 침해의 예방과 침해제거를 청구할 수 있다는 우리 판례⁴⁷⁾가 신체침해

47) 대판 1997. 10. 24. 96다17851에서는 '명예에 관한 권리는 일종의 인격권으로 볼 수 있는 것으로서, 그 성질상 일단 침해된 후에는 금전배상이나 명예 회복에 필요한 처분 등의

에 대해서도 그대로 적용되어야 할 것이다. 즉 신체침해의 가능성이 있다는 이유만으로 그 누구에게 이를 예방하도록 법적으로 청구할 수 있다고 판단하는 것은 신체침해시 일반 불법행위법책임에 의해 피해자를 보호한다는 입법자의 의사가 무시되는 것으로 정책적인 관점에서는 바람직 할 수 있으나 해석론적으로는 무리가 따르는 견해라고 하지 않을 수 없다.

구제수단만으로는 그 피해의 완전한 회복이 어렵고 손해 전보의 실효성을 기대하기 어려우므로, 이와 같은 인격권의 침해에 대하여는 사전 예방적 구제수단으로 침해행위의 정지·방지 등의 금지청구권¹⁾이 인정될 수 있다고 하고 있다. 同旨 대판 1996.4. 12. 93다40614 등 다수판결.