

생식자의 매매에 관한 법적 문제 - 남자매매를 중심으로 -

黃萬晟*

| | |
|-------------------------|-----------------|
| I. 들어가며 | IV. 남자매매의 법적 문제 |
| II. 생식자의 지위 | 1. 들어가며 |
| 1. 생식자(生殖子; Gamete)의 개념 | 2. 남자의 채취 |
| 2. 생식자의 도덕적 지위 | 3. 현행법의 적용가능성 |
| 3. 생식자의 법적 지위 | V. 결 론 |
| III. 외국의 입법례 | |

I. 들어가며

보건복지부에 따르면 우리나라의 불임부부는 100만쌍 이상으로 추정된다고 하며, 2001년 대한산부인과학회가 발표한 ‘한국 보조생식술 현황’에 의하면 1997년도에 1만 6622건(시술기관 48곳), 1998년도에 1만 3578건(시술기관 49곳)의 인공수태 시술이 이루어졌다고 한다.¹⁾

우리나라에서는 불임을 치료가 필요한 병으로 인식하지 않고 도덕적인 문제²⁾로 여기는 등의 이유로 불임인 당사자들은 자신들의 불임사실을 감

* 한양대 법대 강사

1) 대한산부인과학회, “조사보고서- 한국 보조생식술의 현황:1998년”, 대한 산부인과학회지, 제44권 제10호, 2001, 1896-1899면.

2) 종래의 유교사상에 의하면 아내가 하지말아야 할 행위로서 ‘칠거지악(七去之惡)’을 들고 있다. 이는 孔子家語중의 부도(婦道)를 밝힌 본명해편(本命解篇)속에 기술되어 있는데, 시부모를 잘 섬기지 않는 것(不順父母), 무자식(無子), 부정(不貞), 질투(嫉妬), 못된 병(惡疾), 수다(多言), 훔치는 것(竊盜)등의 7가지를 정하고 있다. 이중 ‘무자식’이 불임으로 인한 것일 수도 있고 의도적인 임신의 회피로 인한 것일 수도 있으나, ‘무자식’을 그 원인을 묻지 않고 여성의 도덕적 책임의 문제로 논하는 것이 사회일반인의 의식에 많이 자리잡고 있는 것 같다.

추려하고, 생식자(정자 또는 난자)의 제공과 수증(受贈)에 대해 좋지 않은 인식이 자리잡고 있는 듯하다. 따라서 생식자를 제공하는 것도 쉽지 않고 생식자를 공여받는 것도 어려운 것이 실정이다.

일부 불임시술 병원들은 자체 정자은행을 개설, 정자 제공자에겐 '수고비'를 건네고 있지만, 채취 및 확보가 어려운 난자에 관하여는 불임부부에게 직접 난자 제공자를 구하도록 하고 있는 실정이다. 따라서 난자를 공여받기 위하여 가족이나 친지에게 부탁하거나, 금전상의 이익을 제공하고 난자를 사기도 한다.

이러한 상황에 편승하여 지난해 1월 'DNA뱅크'라는 회사가 건강하고 머리가 좋은 사람들의 정자와 난자를 공급한다며 서울 서초구에서 문을 열어 생식자의 매매를 알선하고 있어 각계의 우려의 목소리가 크다.³⁾

현재 우리나라에서는 생식자의 매매를 직접 규율하고 있는 법이 없는 실정이므로 이러한 행위는 적법도 불법도 아닌 상태이다. 그러나 생식자의 매매행위는 인간의 존엄성을 훼손할 뿐만 아니라 부모가 원하는 형질의 인간을 만들어 사회를 획일화시킬 위험이 있으며, 남아 선호나 인간 배아연구와 연결될 수 있고, 키나 학력 등 외형만 따지는 등 생명경시 풍조가 만연될 위험이 있고, 이를 통해 가족의 구성이 인위적으로 형성될 경우 부부는 단순히 동거만 하고 아이는 돈으로 선택하는 상황이 되어 가정파괴로 이어질 우려가 있으며, 제공자에 대한 정확한 관리가 되지 않아 제공자의 유전적 질환의 유무, 에이즈나 B형간염의 감염여부등 태어날 아이 및 산모의 안전과 건강을 보장하기 위한 조치가 마련되지 않는

3) DNA뱅크가 개업 한달 남짓만에 300여명의 정·난자 제공자를 확보했으며, 문을 연지 2개월만에 불임 부부 20여쌍과 정자·난자 제공 의사를 밝힌 이들을 연결해주고 제공자에게 100만원에서 400만원 가량을 지급했다고 한다. 알선을 하는 과정에서 이 회사는 경비등의 명목으로 한번에 200만원 내지 400만원의 수수료를 챙긴 것으로 알려지고 있다. 나이, 학벌, IQ 등에 따라 정자 및 난자의 등급이 결정되며 현재 정자 200여명, 난자 50여명의 제공자가 대기하고 있다고 회사측은 밝혔다. 이 회사는 부부의 외모, 정서, 혈액형 등을 고려해 대학가 등을 돌아다니며 제공자를 확보했으며 양측이 원할 경우 만남까지 주선하고 있다. 회사측은 사회적 반대가 예상되지만 상업적 판매가 허용된 외국 업체들과도 계약할 계획이라고 밝혔다. 문화일보, 2002.04.11., 중앙일보, 2002.04.11., 경향신문, 2001.06.26., 동아일보, 2001.06.25., KBS 2TV, 추적60분, 2002.3.31. 참조.

다는 점 등이 문제점으로 지적되고 있다.⁴⁾

이 글에서는 제한없이 이루어지고 있는 생식자의 매매에 관한 법적 문제를 논의하고자 한다. 이를 논의함에 있어서는 우선 생식자가 그 유래하는 자의 자유로운 처분 대상이 될 수 있는지의 문제와 관련하여 생식자의 지위를 고찰하는 것이 필요할 것이다. 또한 생식자의 매매에 관한 외국의 입법례를 살펴보고 생식자의 매매, 특히 난자의 매매를 중심으로 그 법적 문제를 논의하고자 한다.

II. 생식자의 지위

1. 생식자(生殖子; Gamete)⁵⁾의 개념

생식자라는 말은 일반적으로 많이 쓰이는 말은 아니며, 법률과 관련해서도 일반적인 용례는 없는 듯하다. 최근 생명공학의 발달에 힘입어 인간의 능력이 배아와 생식자에까지 미치게 되자 비로소 배아와 생식자란 말이 많은 사람들의 입에 오르내리고 있다. 발생학적으로 생식자란 일반적으로 염색체 수가 체세포의 절반인 생식세포로서 정자 또는 난자를 의미한다.⁶⁾ 생식자는 성세포의 분열에 의해 일어나는 ‘일련의 과정의 최종적인

4) 이러한 상황에 대하여 최근 보건복지부는 곧 정밀 실태조사에 착수할 예정이라고 한다. 보건복지부는 이번 실태조사를 통해 필요하다고 판단되면 인공수태 시술용 정자·난자의 유통 절차와 기준 등을 법제화하는 방안을 적극 추진할 방침이라고 전하고 있다(중앙일보, 2002.4.11.; 대한매일, 2002.4.11.).

5) ‘gamete’라는 용어에 대해서도 여러 가지로 번역되고 있다. 배우자(配偶子)라고 번역하기도 하고(유전학용어사전, 유전학연구회, 세문사, 1996, 141면; 영한의학용어사전, 수문사, 1986.), 생식세포 또는 생식체라고도 번역하기도 한다(장영민/조영관, 생명공학의 형법적 한계, 한국형사정책연구원, 1994, 35면 이하.; 김천수, ‘인공수정에 관한 법적 고찰’, 의료법학 제2권 제2호, 대한의료법학회, 2001, 286면 이하.). 배우자(配偶子)는 부부중의 일방을 의미하는 배우자(配偶者)와 혼동될 우려가 있고, ‘생식세포’라는 표현은 염색체의 수가 일반체세포의 수와 동일한 원시생식세포, 정조세포, 난조세포, 제1정모세포 및 제1난모세포까지 다 포함하는 의미로 사용된다는 점에서 고도로 성장한 생식세포로서 염색체 수가 정상 체세포의 절반인 ‘gamete’를 표현하는 적절한 용어가 아닌 것으로 생각된다. ‘생식체’라는 표현도 체세포와 동일한 것으로 여겨질 우려가 있기 때문에 이 글에서는 ‘생식자(生殖子)’라는 표현을 사용하기로 한다.

6) Dorland's Illustrated Medical Dictionary, 29th ed., 2000.

결과물이며, 감수분열을 통하여 정상 체세포가 갖는 염색체 수의 절반을 가지게 된다.⁷⁾ 인간의 발생은 남자의 생식자인 정자와 여자의 생식자인 난자의 결합에 의해 수정이 되면서 새로운 개체인 접합자⁸⁾를 형성함으로써 시작된다. 따라서, 생식자란 접합자가 되기 이전의 단계에 있는 것만을 의미한다.

생식자는 체세포에 비하여 중요한 두가지의 차이점을 가진다. 그 하나는 특수한 세포분열방식인 감수분열을 통하여 정상체세포에 존재하는 46개의 염색체를 그 절반인 23개로 줄인다. 만약 이러한 감수분열이 일어나지 않으면, 수정이 일어날 때마다 자손은 두배의 염색체를 가지게 되는 결과가 될 것이다. 또 하나의 특징으로는 수정을 위해 세포의 모양을 변화시킨다. 정자는 운동성이 가지게 되고, 난자는 세포질이 많아지면서 점점 커지고 성숙해지게 된다.⁹⁾

우리나라는 현재 인공수정을 포함한 인공생식기술에 관한 규율을 하는 법이 없는 상황이기 때문에, 생식자의 개념을 법적인 차원에서 논의하고 있지는 못하다.¹⁰⁾ 다만, 최근 생명공학의 규제에 관한 법률안들이 나오고 있으나,¹¹⁾ 구체적으로 생식자에 관한 정의규정을 두고 있지는 않다.¹²⁾

7) 박형우, 인체발생학 제2판, 군자출판사, 1999, 33면.

8) 접합자란, 남성생식자와 여성생식자의 결합에 의해서 생성되는 것으로서, 분할되기 이전의 것을 말한다. 좀더 자세히 본다면, 수정이 완료된 이후부터 첫 번째 세포분열이 일어나기 전까지의 단계에 있는 것만을 말한다. '수정된 난자(fertilized ovum)'라고도 한다. Dorland's Illustrated Medical Dictionary, 29th ed., 2000.

9) 박형우, 위의 책, 34면

10) 1993년 대한의학협회가 제정한 '인공수태 윤리에 관한 선언'과 대한산부인과학회가 제정한 '보조생식술 윤리지침'이 있으나 양자 모두 생식자의 개념에 관한 정의규정은 따로 두고 있지 않으며, 양 지침 모두 법적인 강제력이 없다는 점에서 그 효력상 한계가 있다.

11) 현재까지 제안된 생명공학의 부작용에 관한 법률안으로는 '생명과학보건안전윤리법안(한국보건사회연구원)'과 '생명윤리기본법(과학기술부 산하 생명윤리자문위원회)'을 들 수 있다. 이외에도 시민단체인 참여연대의 '생명과학 인권·윤리법 제정에 관한 의견청원서'가 있으며, 생명공학육성법에 대한 개정안으로서 장영달의원 대표 개정안과 이상희의원대표 개정안이 국회에 상정되었으나 현재 소관위원회에 계류중이다.

12) 생명과학보건안전윤리법안에서는 제2조에서 용어에 관한 정의규정을 두고 있으나, 생식자에 관한 규정은 두고 있지 않다. 다만, 동조 제5호에서는 '배아'에 관하여 '사람 생식세포의 수정 이후 발생학적으로 모든 기관이 형성되는 8주까지의 단계를 말한다'고 규정하여, 생식자는 '수정 직전'의 단계까지에 있는 것을 간접적으로 표현하고 있다.

일반적으로 사용되지 않는 생식자의 개념정의의 필요성에 대해서는 다음과 같이 정리해 볼 수 있다. 생식자에 관한 개념정의는, 첫 번째로 배아와 관련하여 생식자를 배아와 구별하기 위한 필요성이 있다고 하겠다. 발생학적으로 볼 때, 생식자와 배아는 일련의 과정으로서 연속적으로 발달하게 된다. 생식자의 마지막 단계를 확정한다는 것은 배아의 시기(始期)확정을 의미하는 것이므로 생식자의 개념을 확립하는 것은 생식자와 배아의 구별기준을 정한다는 의미를 가지게 된다. 두 번째로 생명공학기술의 발달로 인해 배아 이전의 단계라고 할 수 있는 생식자에 관한 여러 가지 유형의 침해행위들이 가능함에 반하여, 그 대상이 되는 생식자가 불분명함으로 인해 야기되는 문제를 미리 방지하기 위해서는 필요한 전제이기 때문이다. 이는 앞으로 생식자에 관한 침해행위에 대한 형사적인 규제를 논의하게 될 경우, 그 전제로서 요구되는 것이기 때문이다.¹³⁾

생식자의 시기(始期)에 관하여는, 먼저 발생학적인 특징을 고려하지 않을 수 없다. 인간의 배아가 다른 신체의 조직이나 세포와 달리 취급되어야 하는 것은 배아가 가지는 인간 생명으로서의 발달가능성 때문이라고 하는 주장이 일반적으로 많이 받아들여지고 있다.¹⁴⁾ 그러나 생식자에 관하여는 생명으로 발달할 직접적인 가능성이 없다는 이유로 보통의 세포나 조직과 달리 취급되지 않는다고 보는 견해도 있다.¹⁵⁾ 인간의 생명으로 발달할 가능성을 단순히 생식기능을 할 가능성이 있는 세포라고 본다면, 살아서 출생하기도 전인 수정한 지 4주후부터 나타나는 원시성세포(原始性細胞: primordial germ cell)¹⁶⁾까지도 생식세포로서 보호해야 하지만, 이

13) 생식자에 관한 형사규제를 피하면서, 생식자에 관한 개념을 확정하지 않는다면, 그 침해행위를 규율하는데 있어 죄형법정주의원칙중에서도 명확성의 원칙과 유추해석금지원칙에 위반할 소지가 크기 때문이다.

14) John A. Robertson, 'Children of Choice', Freedom and the New Reproductive Technologies, 1994, 101면.

15) Kristi Ayala, 'The Application of Traditional Criminal Law to Misappropriation of Gametic Materials', American Journal of Criminal Law, Summer, 1997, 509면.

16) 원시성세포가 언제부터 처음으로 분화가 되는지는 명확하지는 않지만, 발생 4주 중간경부터 관찰된다고 한다. 이 원시성세포는 이후 성선조직에 영향을 주어 이것이 성염색체에 의해 고환 또는 난소로 발달한다고 한다. 더 자세한 것은, 박형우, 앞의 책, 34면 이하. 참조.

렇게 보호의 범위를 넓히는 것¹⁷⁾은 무의미하다고 보여진다. 그러나 생식자를 보통의 세포나 조직과 동일하게 다루는 것도 여러 가지 문제점을 가지고 있다.¹⁸⁾ 따라서 생식자의 개념을 정함에 있어서는 체세포와 생식기능을 맡고 있는 세포들을 구별하는 기준이 필요하다고 하겠다.

생식자의 개념을 결정하는 데에 있어서는 생물학적 특성과 생명과학기술의 이용가능성이라는 두가지 기준을 두고자 한다. 먼저 생물학적 특성에 관하여는 염색체 개수를 기준으로 분류하고자 한다. 정상적인 체세포는 46개(2n)의 염색체를 가지고 있음에 비해, 제2정모세포, 제2난모세포, 정자세포, 난포세포, 정자 및 난자는 그 절반인 23개(n)의 염색체를 가지고 있다. 23개의 염색체를 가지고 있다는 것은 생식을 위한 유전적인 기전이 완성된 형태라고 할 수 있으므로 이를 기준으로 결정함이 타당하다고 생각한다. 또 하나의 기준으로는 생명공학 기술에 의한 생식자의 이용가능성을 들 수 있다. 배아에 대한 연구가 윤리적인 비난을 받게 되자 이를 회피하기 위한 여러 가지 방법이 시도되고 있는 실정을 고려하여,¹⁹⁾ 생식계열 세포들이 직접적으로 인공수정이나 연구에 사용될 수 있는지의 여부를 하나의 기준으로 정할 수 있다. 이는 배아의 이용과 연구에 관한 일정한 규제를 회피하기 위한 탈법적인 수단으로서 생식자가 이용되는 것을 막기 위하여 필요한 논의인 것이다.

한편 생식자의 종기(終期)를 어떻게 정할 것인가의 문제는 곧 배아의

17) 여기에는 원시성세포를 비롯하여 정모세포, 제1정모세포(第一精母細胞), 제2정모세포, 정자세포(精子細胞), 정자, 난모세포, 제1난모세포, 제2난모세포, 난포세포, 난자가 모두 포함되게 된다.

18) 생식자를 이용한 연구, 생식자의 선별을 통해 성을 결정하는 행위, 생식자를 기증자의 동의없이 무단으로 사용하거나 절취하는 행위 등이 가져오는 법적 문제들을 생각할 때, 생식자를 보통의 세포와 같이 취급하는 것은 배아에 대한 특별한 보호를 반감시키는 결과를 가져올 것이다.

19) 대표적인 경우로 미국 어드밴스트 셀 테크놀로지(ACT)사가 발표한 난자만을 이용한 줄기세포의 추출의 예를 들 수 있다. 매사추세츠 소재 첨단세포기술개발업체인 어드밴스트 셀 테크놀로지(ACT)의 연구소가 발표한 바에 의하면, 정자와 난자의 결합에 의한 것이 아니라 난자만을 가지고 일정한 단계까지 발달을 진행시킬 수 있다고 한다. 어드밴스트 셀 테크놀로지(ACT)의 마이클 웨스트 수석연구원은 생쥐의 경우 단성생식이 줄기세포를 키우기에 충분할 정도로 오래 성숙된 배아를 성공적으로 생산했으나 이들 배아가 새끼로까지 자라지 않는다고 한다. http://www.advancedcell.com/pr_01-31-2002.html

시기(始期)를 확정하는 문제의 다른 단면이므로, 정자와 난자가 수정을 완료한 시점을 기준으로 구별하는 것이 타당할 것이다.²⁰⁾

이와 같이 염색체 수와 생명공학기술의 이용가능성이라는 관점에서 볼 때, 생식자의 범위안에 포함되는 것은 제2정모세포, 제2난모세포, 정자세포, 난포세포, 정자 및 난자를 들 수 있다. 따라서 이 글에서는 생식자의 개념을 염색체 수가 23개²¹⁾인 '제2정모세포, 제2난모세포, 정자세포, 난포세포, 정자 및 난자'를 의미하는 것으로 사용하기로 한다.²²⁾

2. 생식자의 도덕적 지위

생식자의 도덕적 지위에 관하여는 많은 논의가 이루어지지 않고 있다. 이는 생식자를 생명으로 발전할 '직접적인' 가능성은 아직 없다고 보기 때문인 것 같다. 그러나 생식자의 도덕적 지위의 문제는 배아의 도덕적 지위에 관한 논의의 연장선상에 있다고 할 것이므로, 윤리적인 차원에서 생식자를 어떻게 다루어야 하는가라는 논의는 배아의 경우와 마찬가지로 이를 인간의 생명으로서 완전한 인격체로서의 권리를 가지는가, 아니면 하나의 물건으로서의 가치만을 인정할 것인가의 문제를 다루게 될 것이다.

초기배아의 도덕적 지위에 관하여 많은 논쟁이 있어 왔다. 일부 사람들은 수정이 새로운 인간 또는 적어도 다른 사람과 같은 권리를 가지는 생명의 출현을 의미한다고 주장한다. 대표적으로 낙태반대자들은 수정의 순

20) 수정의 과정은 약 24시간에 걸쳐 일어나게 되며 다음과 같은 과정을 거치게 된다. ①방사관 통과, ②정자의 투명대 통과, ③정자의 접촉에 의한 난자의 반응, ④남성전핵의 형성 및 ⑤두 전핵의 접근과 결합을 통해 수정과정이 완료된다. 이러한 수정의 결과로 접합자는 체세포의 염색체 수와 같은 46개의 염색체를 가지며, 감수분열을 거친 정자와 난자의 결합에 의해 염색체가 교차되어 유전자가 재조합되며, 정자의 X 또는 Y 염색체에 의해 성이 결정되게 된다. 이 과정을 발생학에서는 발생 1기로 분류하고 있다. 박형우, 앞의 책, 53면.

21) 염색체에 이상이 있는 경우에는 생식자의 염색체가 22개 또는 24개가 될 수도 있으나, 이러한 경우도 포함한다.

22) 일본의 '인간클론기술의 규제에 관한 법률'이 취하고 있는 입장도 이와 유사하다고 보여진다(동법 제2조 제1항 2호, 3호 참조).

간부터 새롭고, 유전적으로 독특한 살아있는 생명이 존재하기 때문에 새로운 인간이 존재하는 것이라는 주장을 한다.²³⁾

이에 반하여 다른 사람들은 수정 또는 그 이후의 생물학적 단계에 있더라도 권리주체로서의 지위를 부정하며, 출생전의 생명에 대한 처분의 여지를 폭넓게 인정한다.²⁴⁾ 이 견해도 배아가 유전적 독특함을 가지며, 생명을 가지며 인간으로서의 잠재성을 가지고 있다는 점에는 동의한다. 그러나 이런 특성이나 잠재성만으로는 아직 태어나지 않은 인간의 생명이라는 자체로서 권리나 의무의 주체가 될 수는 없다고 한다. 문제된 세포가 일정한 특성을 결하여 보호가치가 인정되지 않는다면 유전적 독특함 그것만으로는 아무것도 증명하지 못한다고 한다.²⁵⁾

배아의 도덕적 지위에 관한 양 견해의 중간적인 입장에 의하면 초기배아는 그 유전적 독특함과 후에 태어나 영아로 발달할 잠재성을 가진 살아있는 신체조직이라는 점 때문에 특별한 존중을 받을 수 있다는 것이다. 이 견해가 현재는 많은 지지를 받고 있다.²⁶⁾

위와 같은 배아의 도덕적 지위에 관한 견해중, 배아를 살아서 태어난 생명체와 같이 다루어야 하는 입장에 의한다 하더라도, 생명의 시작 시점은 수정이라고 보고 있다. 그렇다면, 아직 수정이 개시되지 않은 생식자에 대하여는 이를 인간과 같은 존재로 다루어야 한다고 보는 입장은 없다고 할 수 있다. 그렇다면, 생식자를 물건과 같이 다루는데 관하여는 異

23) Davis v. Davis, No. E-14496 (Tenn. Cir. Ct. Sept. 21, 1989) (WESTLAW at 1989 WL 140495)에서는 인간의 생명은 수정의 순간부터 시작한다고 결론을 내리고 있다.: Mo. Ann. Stat. 1.205(1) (Vernon 1990): J. Burtchell, Rachel Weeping and Other Essays on Abortion (1982).

24) John A. Robertson, "Reproductive Technology and Reproductive Rights: In the Beginning: The Legal Status of Early Embryos," Virginia Law Review, APRIL, 1990, 76 Va. L. Rev. 444면.

25) Braude, Bolton & Moore, 'Human Gene Expression First Occurs Between the Four- and Eight-Cell Stages of Preimplantation Development', 332 Nature 459, 460 (1988). 수정란이나 초기배아는 아직 배아축이 형성되기 이전의 분화되지 않은 세포들로 구성되기 때문에 그것을 권리를 향유하는 주체나 인간으로 볼 수는 없다. 그것은 인식하고 감각을 느끼는데 필요한 신경구조가 아직 형성되지 않았으며, 착상이나 그 후의 단계로 발달하기 전까지는 개체라고 할 수도 없다는 것이다.

26) John A. Robertson, 앞의 논문, 448-450면.

論이 없는 것인지는 의문이다. 배아를 특별히 존중해야 한다는 이유는 생식자에게도 상당부분 적용될 수 있는 이유이다. 유전적 독특함과 나중에 배아, 태어나 영아로 발달할 잠재성을 가진 살아있는 신체조직이라는 점 때문에 특별한 존중을 받을 수 있는 자격은 생식자에게도 있다고 보아야 한다. 물론 그 보호의 정도가 배아와 같을 수는 없을 것이지만, 장차 생명으로 발달할 잠재성을 지니고 있다는 점에서는 다른 신체조직이나 세포에 비하여 더 많은 존중을 받을 가치는 있는 것이다.

존중이라는 추상적인 개념은 구체적인 경우에 특별한 존중의 내용이 어떻게 형성되어야 하는 문제에 직면하게 된다. 생식자에 관하여 일어날 수 있는 행위에 대해 아무런 한계를 두지 않는다면, 특별한 존중이라는 말은 내용이 없는 미사여구에 불과하게 된다. 구체적으로 어떠한 보호를 할 것인가는 과학기술의 발달과 더불어 많은 사회적 윤리적인 문제에 관한 논의를 거쳐야 하겠지만, 현재로서는 생식자의 영리목적의 매매, 생식자의 선별을 통한 성의 선택, 생식자를 이용한 연구나 생식자에 대한 유전자 조작등이 논란의 소지가 있는 것들이라 하겠다.

생식자와 배아는 인간이라는 존재로서 태어날 잠재성을 보유하고 있기 때문에 도덕적인 중요성을 가지고 있다. 따라서 자궁에 착상하기 전의 선별이나 조작은 잠재적인 신생아(potential off-spring)에게 손상이나 피해를 주지 않아야 한다는 의무를 수반하게 된다.²⁷⁾ 이러한 의무는 수정이 된 이후의 배아에게만 적용되는 것이 아니라 수정을 준비하고 있는 정자나 난자의 경우에도 동일하게 적용될 수 있는 것이다. 따라서 생식자는 다른 신체조직과는 달리 생명으로 발전할 가능성이라는 특성에 의해서 특별히 존중되어야 할 윤리적인 당위성이 있다고 하겠다. 다만, 배아는 정자나 난자보다 명백히 한층더 '인간'에 근접한 존재이기 때문에 생식자와 배아가 완전히 동일한 지위에 있다고 보기는 어려울 것이다.²⁸⁾

27) John A. Robertson, 앞의 논문, 445면.

28) 葛生榮二郎, いのちの法と倫理, 法律文化社, 1996, 40면.

3. 생식자의 법적 지위

생식자의 법적 지위를 논함에 있어서는 현행법상 생식자가 어떠한 지위를 가지는가를 출발점으로 하여야 한다. 생식자의 도덕적 지위에 관한 논의와는 달리 생식자의 법적 지위를 결정하는 데에는 현행법상의 규정을 그 출발점으로 하여야 하므로, 현행법상 생식자에 관한 특별한 존중을 내용으로 하는 법 규정이 없는 상황에서 생식자에 대하여 물건 또는 인간의 지위가 아닌 중간적인 지위를 인정할 수 있을 것인가가 문제될 것이다.²⁹⁾ 생식자의 법적 지위에 관한 논의는 생식자가 분리된 신체의 일부로서 물건성을 가지며 일반적인 소유권의 객체로 다루어 질 수 있는지 아니면 보통의 물건과 달리 그 소유나 처분이 제한되는 특별한 지위를 가지는지의 문제에 초점이 맞추어 질 것이다.³⁰⁾

보통 인격을 가지는 사람에 대하여는 배타적 지배를 인정하지 않으며 인체에 대하여는 인격권만이 성립할 따름이고 소유권은 성립되지 않는다고 보고 있다.³¹⁾ 인체가 법률상의 물건이 아닐 뿐만 아니라, 인체의 일부도 물건이 아니라고 본다. 그러나 인체의 일부이더라도 살아있는 몸으로

29) 이는 도덕적 지위에 근거한 특별한 보호의 필요성은 입법의 방향으로 논의되는 것이므로 현행법의 해석론으로 지위를 논하는 것과는 별개의 문제라고 할 수 있다.

30) 생식자의 법적 지위에 관하여 생식자를 사람으로 보아야 한다는 주장이 있을 수 있지만, 현행법의 해석상 받아들이기는 어려울 것이다. 만약 생식자를 개체로서의 인간으로 본다면, 생식자에 대한 일정한 행위들은 인간을 대상으로 하는 범죄행위를 규율하는 형법의 규정이 그대로 적용될 수 있을 것이다. 생식자를 제공자의 동의없이 무단으로 가져가거나 사용하는 행위에 대하여는 형법 제31장의 약취유인죄에 관한 규정이 적용될 것이며, 생식자를 고의로 폐기하는 행위에 대하여는 형법 제24장의 살인죄의 규정이, 고의로 손상하는 행위에 대하여는 형법 제25장의 상해죄의 규정이 적용될 수 있는 것이다. 과실로 생식자를 폐기·손상하는 행위에 대하여는 형법 26장의 과실치사상의 죄가 적용될 수 있으며, 영리의 목적으로 생식자를 매매하는 행위에 관하여는 형법 제288조의 영리목적의 약취유인죄가 적용될 수 있다는 결론이 된다. 그러나 이러한 결론은 받아들이기가 어려울 것이다. 또한 인간의 생명의 시작시기에 관하여는 수정시로 보는 견해, 착상시로 보는 견해, 일정기간을 경과하여 태아의 독자적인 생존능력이 생기는 시기 및 출생시로 보는 견해 등이 있으나, 수정이전의 생식자의 상태까지 인간이라고 보는 견해는 없다.

31) 광윤직, 민법총칙(신정수정판), 박영사, 1999, 242면; 이영준, 민법총칙(전정판), 박영사, 1997, 895면; 김상용, 민법총칙(전정판), 1999, 법문사, 287면; 이은영, 민법총칙(개정판), 2000, 박영사, 300면; 민법주해Ⅱ(총칙 2), 박영사, 1997, 30면.

부터 분리된 모발, 치아, 혈액 등은 물건이며, 분리당한 사람의 소유에 속하는 것으로 보고 있으며, 분리된 혈액이나 장기가 타인의 신체에 다시 이식이 되면 물건성을 상실한다고 한다.³²⁾ 이러한 민법상의 물건의 개념에 의한다면 채취된 생식자는 분리된 신체의 일부로서 물건으로 다루어지게 될 것이다.³³⁾

독일과 미국에서는 냉동된 정자의 법적 지위가 법원에서 논의된 사례가 있다. 냉동보관된 정자를 과실로 폐기한 사건³⁴⁾에 있어서 독일 연방대

32) 박윤직, 앞의 책, 242면; 이영준, 앞의 책, 895면; 김상용, 앞의 책, 287면; 이은영, 앞의 책, 300면; 민법주해Ⅱ(총칙 2), 30면.

33) 생식자나 배아에 대하여 인과 물건의 중간적인 존재로서 이를 보호하여야 한다는 견해(植木 哲, 醫療の法律學, 有斐閣, 1998, 286-287)가 있으나, 이 견해에 대하여도 권리의 객체성을 우회적으로 표현한 것에 지나지 않는다고 평가되기도 한다(박은정, 생명공학 시대의 법과 윤리, 이화여자대학교 출판부, 2000, 427면).

34) BGHZ 124, 52.사건에서는 냉동된 정자의 폐기와 관련하여 민사상의 책임이 논의되었다. 당시 37세였던 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. 그러나 보관자인 대학병원의 과실로 인해 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.

이에 대해 원심법원은 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 완전성에의 침해에 기인한 것으로 볼 수 없기 때문에 신체침해가 있고 따라서 신체침해의 관점에서의 위자료청구권이 배제된다고 하였다.

독일 연방대법원(BGH)은 원심의 결정을 번복하여 정자의 유채한 폐기로 인한 원고의 위자료청구권을 인정하였다. 독일민법 제823조 1항, 제847조의 의미상 신체침해의 개념을 넓게 해석해야 한다고 본 것이다. 권리주체의 의사에 따라 신체기능을 보장하기 위해, 또는 그 실현을 위해 이후에 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 된다고 본 것이다. 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 강조한다. 이와 같은 정자의 냉동보관이 상실된 생식능력을 대체해야 하기 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.

법원은 이를 신체의 일부로 보는 입장에서 판결을 내렸다. 그러나 이는 독일 불법행위법이 물건의 침해에 대한 위자료의 청구를 인정하지 않는 규정 특성상의 문제로 보여진다.³⁵⁾ 생식자에 관한 특별한 규정을 두고 있지 않은 미국에서는 판례³⁶⁾를 통하여 생식자의 법적 지위가 논의된 바 있다. 미국의 판례는 냉동된 생식자는 재물이라고 보는 견해를 취하고 있으며, 당사자의 의사에 의한 생식자의 처분이나 폐기는 법적으로 문제되지 않는다고 보고 있다.

이처럼 생식자를 물건으로 본다고 하여도 생식자를 물건과 같이 자유

이 판례에 관한 자세한 내용은 박동진, '냉동보관중인 정자의 훼손에 대한 민사법적 평가', 대한의료법학회 2002 춘계세미나 자료집 참조.

35) 독일 민법에 의하면, 비재산적 손해에 대한 배상은 제847조의 요건을 충족하는 경우에만 인정하고 있다. 이 규정에 따르면, 신체 또는 건강을 침해하거나 자유를 박탈당한 경우에 피해자는 재산적 손해 뿐만 아니라 비재산적 손해에 대해서도 배상을 청구할 수 있다. 따라서 신체, 건강에 대한 침해가 없이 물건에 대한 침해만으로는 비재산적 손해 배상을 청구할 수 없는 것이다. 그러나 우리 민법의 해석상 제750조의 불법행위에 의해 배상될 수 있는 손해는 재산적인 것 외에도 비재산적인 손해에 대해서도 인정된다고 보는 것이 다수설의 입장(장재욱, '위자료에 관한 몇가지 고찰', 한국민법이론의 발전, 1999, 606면; 서광민, '위자료에 관한 몇가지 문제점', 서강법학연구 제2권, 2000, 118면.)이다. 이러한 규정상의 차이로 인해 독일에서는 분리된 신체의 일부를 침해한 경우에 이를 단순히 물건의 침해로 보면 비재산적 손해에 대한 배상을 인정할 수 없기 때문에 피해자의 보호라는 규범상의 보호목적상 이러한 해석이 불가피하다고 보여진다. 同旨 박동진, 앞의 논문 9, 14면.

36) Hecht v. Superior Court, 20 Cal. Rptr. 2d 275. 이 사건은 데보라 헤트(Deborah E. Hecht)가 사망한 자신의 남자친구 윌리엄 케인(William E. Kane)의 냉동보관된 정자의 폐기를 명한 캘리포니아주 유언집행법원의 결정에 반대하여 항소하면서 논의되었다. 유언자에 의해 캘리포니아 정자은행에 저장된 15명의 정액의 폐기를 명한 캘리포니아 유언집행법원의 결정에 대하여 대법원은 헤트에게 정자에 관한 권리를 인정하여 원심의 결정을 무효로 하는 판결을 내렸다. 이에 대해 케인의 상속인들은 인간 조직의 폐기에 관한 캘리포니아의 법(Cal. Health & Safety Code 7054.4)에 의해 정자는 폐기되어야 한다고 주장하였으나, 법원은 정자에 관하여는 이법이 적용되지 않는 것이라고 하였다. 이 사건에서 법원은, 인공수정에 사용하기 위한 의도로 그 제공자에 의해 보관된 정자는 캘리포니아 유언법의 해석상 재물을 구성한다고 결정하였다. 법원은 케인의 유언대로 헤트에게 정자를 양도할 것을 결정하였다. 그러나, 법원은, 데이비스사건의 판결이유에서 처럼 정자는 생식에 사용될 수 있는 생식물질이기 때문에 일반 신체조직과는 다른 것이라는 언급도 하였다. 이 판결에 관하여는 Amy S. Pignatella Cain, "Property Rights in Human Biological Materials: Studies in Species Reproduction and Biomedical Technology", 17 Ariz. J. Int'l & Comp. Law 449, Spring, 2000; Elizabeth Price Foley, "The Constitutional Implications of Human Cloning", 42 Ariz. L. Rev. 647, Fall, 2000; Renee H. Sekino, "Posthumous Conception: The Birth of A New Class Woodward v. Commissioner of Social Security", 8 B.U. J. SCI. & TECH. L. 362, 2002 참조.

로이 처분할 수 있고 매매할 수 있는 것인지의 문제는 남게 된다. 즉 단순한 물건으로 다를 것인지 아니면 보통의 물건과 달리 특별한 존중을 부여하여야 하는지의 논의가 여전히 남게 될 것인데, 이는 현행법이 규정하고 있는 신체의 일부분이나 기타 신체에 관한 규정을 통하여 논의할 수 있다고 보여진다.³⁷⁾

우선, 물건에 대하여도 특별한 존중을 인정할 수 있는가의 문제에 관하여는, 국기(國旗), 문화재 또는 천연기념물에 대한 법률의 규정을 예로 들 수 있다. 국기, 문화재 또는 천연기념물을 다른 물건보다 더 존중하여 이를 훼손하는 행위에 대하여 엄격한 형벌을 예정하고 있는 것은 물건에 대한 특별한 존중이 사회일반인의 공통된 인식에 근거한 것이면 가능하다는 것을 보여준다. 따라서 생식자에 관하여도 인간의 생명에 대한 상징성, 잠재적인 생명으로의 발전 가능성 그리고 생식자의 매매·선별·조작 등이 가져올 사회적 위험에 근거하여 특별한 보호가 주어질 수 있는 것이라고 하겠다.

두 번째로 직접적인 규정이 없는 현행법의 체계내에서 생식자에 대한 특별한 존중을 할 법적인 근거를 찾을 수 있는지가 문제될 수 있다. 이에 대하여는 인간의 존엄과 가치를 최고의 헌법적 이념으로 천명하고 있는 헌법 제10조를 기초로 하여, ‘장기등이식에관한법률’에서 장기이식에 특별한 요건과 절차를 두고 있는 것을 예로 들 수 있다. 특히 장기등의 매매는 장기등이식에관한법률에서 엄격히 금지하고 있는데, 이는 인간의 존엄과 가치에 반하며 사회의 윤리관념을 해치는 것을 이유로 하고 있다.³⁸⁾ 장기등에 관하여 법률이 규정하고 있는 것을 직접적으로 생식자의 법적 지위에 관한 근거규정으로 볼 수는 없지만, 형사처벌을 전제하지 않는 범위내에서는 간접적으로 신체의 일부 내지 분리된 신체의 일부에 관한 근거규정으로 파악할 수 있을 것이다.

또한 사회 일반인의 인간의 존엄이나 생명에 대한 경외심을 보호한다

37) 법률규정의 흠결로 인한 유추(類推)의 문제는 형사상으로는 죄형법정주의의 원칙상 인정할 수 없으나, 민사상, 행정상의 논의에 있어서는 가능하다고 생각된다.

38) 이상용, 장기이식법의 시행과 향후 전망, 한국형사정책연구원 연구보고서, 2000, 118면.

는 측면에서의 특별한 존중이 부여될 수도 있다고 본다. 독일이나 프랑스 등의 국가가 배아보다 훨씬 인간의 존재에 가까운 태아를 낙태하는 행위에 관하여는 처벌을 하지 않으면서 배아의 생성이나 조작에 관하여는 엄한 형벌³⁹⁾을 부과하는 것을 그 예로 들 수 있다. 생식자나 배아 자체의 생명의 보호라는 측면만으로는 설명될 수 없는 의견상의 모순은 그 보호 법익이 개인적인 법익에 그치지 않고 사회적 법익을 보호하기 위한 것이라는 점을 인식함으로써 해결될 수 있다. 이처럼 생식자의 보호가 사회적 위험을 막기 위한 수단으로 기능한다는 점을 고려한다면, 현행법이 총기나 아편흡식기와 같은 금제품(禁制品)에 대하여 점유나 소유를 제한하는 것과 같은 맥락으로 이해될 수 있는 것이다. 생식자의 선별이나 조작이 인류에게 위험한 결과만을 가져올 것인지는 아직 검증되지 않았으므로 이를 금제품의 하나로 단언할 수는 없지만, 그 잠재적인 위험성을 고려한다면 금제품에 준하는 물건으로 다룰 수 있다고 보여진다.

이처럼 생식자는 인간의 생명의 상징성, 잠재적인 생명으로의 발전 가능성 그리고 선별이나 조작을 통한 위험성 등을 고려할 때 법적으로도 특별한 존중을 받는 물건으로 파악하는 것이 타당할 것이다.

Ⅲ. 외국의 입법례

프랑스의 경우, 민법에서 '인체의 모든 구성요소와 그 산출물은 재산권의 대상이 되지 아니한다'⁴⁰⁾라고 규정하고 있으며, 그 인체를 대상으로 하는 계약의 효력에 관하여도 동법 제16조의5에서 '인체, 그 구성요소 또는 그 산출물에 재산적 가치를 부여하는 효과를 발생토록 하는 계약은

39) 독일의 배아보호법은 생식계열세포의 인공적 조작행위에 대하여는 5년이하의 자유형에 처하도록 규정하고 있다(동법 제5조). 프랑스의 경우에는 인간선별을 목적으로 하는 우생학적 처치행위에 대하여는 20년의 자유형에 처하며(형법 제511조의1), 생식자의 매매 또는 무단채취 등의 행위에 대하여는 5년의 자유형에 처하도록 규정하고 있다(형법 제511조의6, 제511조의9).

40) 프랑스 민법 제16조의1. 이는 1994년의 '인체의 존중에 관한 법률'에 의해 민법에 삽입된 규정이다.

무효이다' 라고 규정하고 있다. 또한 동법 제16조의6에서는 '자기자신에 대한 인체실험, 자신의 인체의 구성요소를 적출하거나 자기의 산출물의 채취에 동의한 자에게는 어떠한 보수도 주어서는 안된다' 고 규정하여 매매를 금지하고 있다.

이 조항의 위반에 대하여는 프랑스 형법 제511조의9에서 '생식자를 채취하거나 보존하는 시설에 의해 인정되는 수당의 지급을 제외한 댓가를 제공하고 생식자를 취득하는 행위는 어떠한 형태이든지 5년의 금고 및 50만 프랑의 벌금에 처한다. 어떠한 형태이든 대가를 받고 생식자의 취득을 용이하게 하기 위하여 주선을 하는 행위 또는 제공을 받는 생식자를 유상으로 제3자에게 양도하는 행위는 전항과 같은 형에 처한다' 고 규정하여 생식자의 매매 및 그 알선행위에 대하여도 무거운 형벌을 과하고 있다.

한편, 프랑스 보건의료법 제L665조의13에 의하면 인체의 구성요소의 적출 또는 인체의 산출물의 채취에 관계한 사람에 대하여 어떠한 형태로든 어떠한 대가도 지불되어서는 안된다. 필요한 경우에는 국무원의 심의를 거쳐 명령으로 정한 방법에 의해 지출한 경비를 상환할 수 있도록 규정하고 있어 생식자를 포함한 인체의 구성요소 또는 인체의 산출물에 대한 매매를 금지하고 있다.

영국의 경우, 인간의 수정 및 배아에 관한 법(Human Fertilisation and Embryology Act)이 직접적으로 생식자의 매매에 관하여 규정하고 있지는 않다. 그러나 생식자의 제공 및 채취는 동법에 의하여 수정 및 배아관리청(Human Fertilisation and Embryology Authority: HFEA)의 허가를 받아야 하므로⁴¹⁾ 영국에서 행하여지는 생식자의 제공과 관련하여서는 매매행위가 개재될 여지가 거의 없다. 생식자 제공행위와 관련하여 일정한 비용이

41) 영국에서는 체외수정 및 배아이식이나 제3자 공여 인공수정을 시행하거나, 난자나 정자, 또는 배아의 저장 또는 이들을 이용한 실험을 하는 모든 의료기관 및 실험실은 영국의 법에 의하여 HFEA의 허가를 받아야 한다. 허가를 얻지 아니하고 인공수정등의 행위를 한 자에 대하여는, 기소에 의한 유죄판결로 2년 이하의 자유형 또는 벌금 혹은 양자 모두로 처벌하거나 즉결재판으로 6개월 이하의 자유형이나 벌금으로 처벌할 수 있다(인간의수정및배아에관한법 제41조 제4항).

지불될 수 있으나, 이는 실제 제공과 관련하여 제공자가 지출한 비용의 보상에 불과한 것이지 금전적인 이익을 주는 것은 아니다. 제공자에 지불되는 비용은 반드시 HFEA의 기준에 의하여 해야 하며 각 시술기관은 지불된 비용 및 지불할 비용 등을 알고 있어야 한다.⁴²⁾ 이 기준에 의하면 접합자를 공여하는 경우 각 공여당 15파운드와 '제공자에 지불할 비용에 관한 기준'의 규정에 제시한 금액을 넘지 않도록 정하고 있다.⁴³⁾

미국의 경우, 연방법은 장기 매매는 금지하지만⁴⁴⁾ 정자와 난자 매매는 규제하지 않고 있다. 캘리포니아 등 일부 주에서는 정자·난자의 상업적 매매가 이루어지고 있으며, 조지아주 애틀랜타시의 한 불임전문 개인병원 은 냉동난자를 보관하는 난자은행을 개설하기도 하였다.⁴⁵⁾ 한 미국인 부부가 '건강하고 공부 잘하는 여대생의 난자를 구한다'는 광고를 내어 난자를 상품화한다는 비난을 받은 데 이어, 인터넷 웹사이트에 미녀 모델들의 사진을 게재하고 이들의 난자를 경매에 부쳤던 것이 논란을 빚고 있다.⁴⁶⁾

미국 변호사협회가 제안한 보조생식기술법에 의하면, 제공자는 시간, 노력, 위험 및 채취과정에서 경험하게 되는 불편에 대해 합리적인 보상을 받을 수 있다고 정하고 있다. 그러나 제공자의 유전적 또는 외형적 특징에 따라 비용을 지불하도록 하는 조건은 불법적인 것일 수 있음을 규정하고 있다.⁴⁷⁾ 또한 미국의사협회가 제정한 의사윤리지침에서는 생식자의

42) 인간의수정및배아에관한법률 시행규칙 4.2

43) 위의 법 시행규칙 4.24. '제공자에 지불할 비용에 관한 기준'에 의하면, 교통비, 숙박비, 일비, 기타비용, 재정적 손실 및 자녀의 탁아비용 등을 보상하도록 규정하고 있다. 교통비, 숙박비, 일비, 기타비용은 실제로 지불된 비용을 전부 보상하여야 하며, 재정적 손실과 탁아비용은 하루에 최고 50파운드까지만 인정된다.

44) 미국이 연방의 차원에서 장기매매를 금지하고 있는 법률로서는 Uniform Anatomical Gift Act(UAGA)법과 National Organ Transplantation Act(NOTA)법이 있다. 이에 관한 자세한 논의는 Erik B. Seeney, 'Moore 10 Years Later—Still Trying to Fill the Gap: Creating a Personal Property Right in Genetic Material', New England Law Review, New England School of Law, Summer,1998. 참고

45) 경향신문, 2001.6.26

46) 동아일보, 2001.5.29. 조선일보, 2001.3.21.

47) American Bar Association, Model Assisted Reproductive Technologies Act, 1999, 1.06C 참조

제공자가 생식자를 다른 불임부부를 위해 기증할 수는 있지만 팔 수 없는 것이라고 규정하고 있다.⁴⁸⁾

IV. 난자매매의 법적 문제

1. 들어가며

일반적으로 정자의 채취는 정자를 제공하는 남성의 동의를 얻어 당사자의 적극적인 협조를 통하여 이루어지고 있다. 정자의 채취를 위하여 불임클리닉이 특별한 방법을 사용하고 있지는 않다. 남성이 자위행위를 하는데 심리적 요인에 의한 방해받지 않도록 ‘조용한 사적인 공간’을 제공하는 것이 일반적이다.

그러나 난자의 채취는 정자의 채취와는 달리 상당한 기간동안 채취를 위한 준비를 하여야 하며, 채취도 자연적으로 배출되는 정자와 달리 신체 내에 있는 난자 또는 난포세포를 인위적인 추출을 통해 이루어 진다는 점에서 차이가 있다. 이러한 채취과정상의 차이점은 난자의 매매와 관련한 법적 문제를 논의하는데 있어서도 여러가지 차이를 가져올 수 있다. 이하에서는 난자의 채취과정을 살펴보고, 난자의 체외로의 채취를 전제로 하는 난자의 매매에 관한 법적 문제를 논의하고자 한다.

2. 난자의 채취

난자의 채취는 정자의 경우와는 달리 난자를 성숙시키기 위한 준비과정과 여성의 몸속에 있는 난자를 채취하는 두가지의 과정을 거쳐야 한다.⁴⁹⁾

48) American Medical Association, Code of Medical Ethics 2000-2001 Ed, 2000, 39면(지침 2.141조).

49) 난자의 채취과정에 관한 자세한 내용은, Carl Wood, Clinical In Vitro Fertilization, Springer-Verlag, 1989, 3-4면 참조.

(1) 난자의 성숙촉진

여성의 한번의 월경주기에서는 여러개의 난자가 성숙되기 시작하지만, 일반적으로 단 하나의 난자만이 완전히 성숙된다. 완전히 성숙한 하나의 난자만 제공하는 것도 가능하지만, 병원측에서는 더 많은 난자를 만들기 위해 제공자에게 호르몬 약을 사용하는 방법을 선호한다.⁵⁰⁾ 난자의 발달은 난자가 들어 있는 자궁의 모습을 모니터에 보여주는 초음파검사를 통하여 관찰된다. 이와 동시에 혈액속에 포함되어 있는 호르몬 수치검사도 일반적으로 같이 행해진다.

여러 개의 난자를 성숙시키기 위하여 일반적으로 호르몬제제를 사용한다. 호르몬을 함유하고 있는 약은 보통 세가지가 사용된다.

① 월경주기 28일 내내 코 스프레이나 주사를 맞게 된다. 이 약들은 정상적인 월경주기중의 여성에 의해 만들어지는 호르몬을 억제하고 만들어진 난자를 통제하기 쉽게 하기 위한 것이다.

② 월경주기 전반기 동안 매일 주사를 맞거나 알약을 복용하게 된다. 이 주사나 약은 정상적으로 난소를 자극하는 호르몬제제이지만, 하나 이상의 난자가 성숙하도록 사용되는 것이다. 이 약을 보통 '과배란유도제'라고 한다.

③ 초음파검사나 호르몬검사를 통해 적절한 수의 난자가 발달된 것이 확인되면, 성숙과정을 완성할 최종적인 호르몬 주사를 놓게 된다. 이 주사는 난자를 채취하기 34 내지 38시간 전에 시간을 맞춰서 주입되어야만 한다. 이 주사는 난자가 성숙되었으나 난소에 머물러 있지 않도록 하기 위한 것이다.

이러한 약의 일부는 알약을 사용하기도 하지만, 대부분의 경우는 주사를 사용한다. 마지막 주사를 놓는 시간은 가능하면 늦은 밤에 맞추는 것이 좋다. 이 주사는 불편함을 가져올 수 있기 때문이다.

50) 병원에서 많은 난자를 성숙시켜 채취하는 이유는, 하나의 난자로 착상이 성공하지 못한 경우 나중에 다시 난자를 채취하는 번거로움을 피하기 위한 것이다. 그러나 다량의 난자채취를 통하여 잉여난자를 다른 불임부부에게 증여하거나 잉여난자를 연구에 이용하기 위한 다른 목적이 개입될 여지도 있다.

난자의 성숙을 촉진시키기 위한 호르몬의 투약과 관련하여 알려져 있는 위험과 부작용은 다음과 같다.

첫 번째 약을 투약한 후에 일부 여성은 경미한 부작용을 느낄 수 있다. 발열, 우울, 불안감, 두통과 불면증 등이 일어날 수 있다. 이러한 부작용은 두 번째 약을 투약하기 시작하면서 사라지며 이후에 다른 문제를 야기하지는 않는다.

마지막 호르몬 주사를 놓기 전에, 난소에 얼마나 많은 난자가 발달해 있는지를 알기 위해 초음파검사를 할 수 있다. 이 단계에서 그 여성이 약에 과민한 반응을 하여 너무 많은 수의 난자가 발달해 있는지의 여부를 확인할 수 있다. '난소과자극증'이라고 하는 심각한 부작용이 일어나는 것을 막기 위해서, 마지막 주사와 난자채취는 취소될 수도 있다.

이 과정에서는 의사가 주의깊게 관찰하였음에도 불구하고, 일부 여성에게 경미한 증상이 나타나기도 한다. 난소에 혹이 생기거나 복강에 물이 차서 배가 불편한 경우가 생길 수 있는데, 이 경우에는 불임전문가에 의해 진찰을 받아야 한다. 이러한 증상은 휴식하거나, 물을 많이 마시는 것이나 약한 진통제를 복용함으로써 치료될 수 있다.

매우 드물게(전체 사례중 약 1% 정도), 과배란유도제의 반응이 정도를 지나쳐서 많은 수의 난자가 발달되는 경우 난소가 부을 수 있다. 메스꺼움, 구토, 복부통증이나 붓는 등의 부작용과 호흡이 짧아지는 현상이 일어날 수 있으며, 환자가 무기력해지고 소변양이 줄어들 수 있다. 이런 심각한 상태에서는 빨리 병원에 가서 체액 균형을 회복하는 처치를 받아야 하며 상태를 관찰하여야 한다.

(2) 난자의 채취

난자는 보통 다음과 같은 두가지 방법으로 채취된다. 하나의 방법은 초음파를 보면서 주사바늘을 사용하여 채취하는 것이다. 이 방법은 전신마취를 하거나 진정제를 투여하고 이루어지기도 하는데, 주로 진정제의 투여방법이 많이 사용된다. 주사바늘은 질을 지나 자궁을 거쳐 나팔관에 이르게 되며, 나팔관에서 난자가 채취된다. 만약 난소가 비정상적으로 위치

하고 있을 때에는, 초음파를 보면서 복벽을 통해 바늘을 삽입하여 난자를 채취하는 방법이 사용되기도 한다.

또 하나의 방법은 전신마취를 하여 복강경시술을 하는 경우이다. 복강경이 들어갈 수 있도록 배꼽 아래에 작은 절개창이 만들어지고, 난자를 채취하기 위한 바늘이 이와 별도로 삽입된다.

난자를 채취한 여성에게 채취후 며칠동안 요도나 질에서 출혈이 있을 수 있다. 이것은 전신마취를 포함한 복강경시술의 처치과정에서 일반적으로 수반되는 경미한 위험이나 부작용이다. 어떤 여성은 위, 가슴이나 어깨에서 통증을 느낄 수 있으며, 시술후 며칠동안 질에서 출혈이 있을 수도 있다.

복강경시술을 하는 동안 복부통증이 있을 수 있다. 이 통증은 짧은 시간안에 사라진다. 초음파를 보면서 난자를 채취하는 중에 불편할 수 있으며, 이를 완화하기 위해 채취전에 진통제를 투여하기도 한다. 시술이 끝난 후 짧은 시간동안 복부통증이 있을 수도 있다.

3. 현행법의 적용가능성

현재 난자의 매매행위에 관해 직접적인 규율을 하는 규정은 없는 실정이다. 다만, 동의를 얻지 않고 난자를 채취하거나 제공자를 기망하여 난자를 채취하는 행위에 대하여는 형법이 적용될 수 있으며, 의료인이 아닌 자가 난자를 채취하는 행위에 대하여 의료법이 적용될 수 있음에는 의문이 없을 것이다. 그러나 난자의 매매를 위한 채취행위에 대하여는 형법상의 상해죄의 적용여부가 논의될 여지가 있으며, 생식자의 매매계약이 민법상 유효한 계약인지의 여부가 논의될 수는 있다. 난자매매와 관련된 일정한 행위에 대하여 의료법이 적용될 가능성이 있는지에 관하여도 논의하고자 한다. 다만, 장기매매를 규율하고 있는 장기등이식에관한법률등은 그 적용대상을 한정적으로 규정하고 있으며 특히 장기매매의 처벌규정은 죄형법정주의의 원칙상 난자매매에는 적용될 수 없다고 할 것이다.

(1) 상해죄의 적용여부

난자 매매를 이행하기 위하여는 반드시 난자를 채취하는 과정이 필요하며, 난자를 채취하는 과정에서 제공자의 신체에 대한 침해가능성이 문제될 수 있다. 이는 정자의 채취와는 달리 난자를 채취하기 위하여는 월경주기에 해당하는 28일 정도를 지속적으로 주사를 맞거나 약을 먹는 등의 과정이 필요하며 몸속에 있는 성숙된 난자를 채취하는 과정에서 신체를 침해할 여지가 있기 때문이다.

이처럼 난자를 채취하는 과정에서의 신체의 침해에 대하여는 형법상의 상해죄가 논의될 수 있을 것이다. 형법상의 상해죄의 적용여부를 논의하는데 있어서는 먼저, 난자의 자발적인 제공이 피해자의 승낙으로 상해죄의 위법성을 조각시킬 수 있는가 하는 점이다. 앞서 생식자의 법적 지위에서 논의한 바와 같이, 생식자를 보호하는 것이 생식자 자체를 보호하기 위한 것뿐만 아니라 사회 일반인의 인간존엄이나 생명에 대한 경외심의 보호 또는 인류사회에 대한 잠재적인 위협의 방지라는 사회적 법익을 보호하는 기능을 하는 것으로 본다면, 피해자의 승낙만으로는 위법성이 조각될 수 없을 것이다. 피해자의 승낙에 의한 행위가 위법하지 않기 위하여는 그 승낙이 처분할 수 있는 법익에 대한 것이어야 한다. 승낙의 대상이 될 수 법익은 개인적 법익에 국한된다.⁵¹⁾ 따라서 난자의 매매를 허용할 수 없는 것이 사회적 법익을 보호하기 위한 것으로도 파악할 경우에는, 난자를 매매하기 위하여 난자를 채취한 행위는 상해죄의 구성요건에 해당하며 제공자의 승낙이 존재한다고 하여도 위법성이 조각되지 않는다고 할 것이다.

한편, 난자의 채취과정에서 살펴본 바와 같이 채취되는 난자는 자연스럽게 성숙된 하나의 난자만을 대상으로 하는 것이 아니고 과배란유도제에 의해 성숙된 여러개의 난자를 채취하게 되며, 난자의 성숙을 촉진시키기 위한 과정에서 몇가지의 부작용이 발생할 수도 있는 것이다. 이러한 과정에 대한 충분한 설명을 하지 않은 상태에서의 난자의 채취는 진정한

51) 임웅, 형법총론, 2000, 232-233면.

의미에서의 승낙에 근거하지 않은 행위로 평가될 수 있다. 피해자의 승낙이 진정한 의미에서의 승낙이 되기 위하여는 승낙을 얻고자 하는 측이 사전에 충분히 설명해야 할 의무가 있으며, 충분한 설명(informed consent)이 주어지지 않은 상태에서의 승낙은 유효한 승낙이 될 수 없다.⁵²⁾ 따라서 사전에 채취절차나 부작용 등에 대한 충분한 설명이 없는 경우에는 승낙이 있다고 하여도 위법한 행위로 평가될 수 있다.

그러나 난자의 제공이 매매를 전제로 하지 않고 불임부부에게 제공하기 위한 목적으로 이루어지는 것은 치료의 목적으로 행해지는 의료행위로서 구성요건에 해당하지 않거나 피해자의 승낙 또는 사회상규에 반하지 않는 행위로서 상해죄의 죄책을 물을 수는 없을 것이다.

난자를 직접 채취하지 않고 난자의 매매만을 중개하는 자에 대하여는 상해죄의 교사범(教唆犯)⁵³⁾ 또는 상해죄의 간접정범⁵⁴⁾의 책임을 물을 수 있을 것이다. 그러나 교사범이나 간접정범이 성립하기 위하여는 매매를 중개하는 자가 난자를 채취하는 자에 대한 교사 또는 사주(使囑)가 있어야 하므로, 양자간에 아무런 의사관련성이 없는 경우에는 교사범 또는 간접정범의 책임을 물을 수는 없을 것이다.

(2) 민사상의 계약의 효력

생식자의 매매행위가 민사상으로 유효한 계약인지의 여부가 문제될 수 있다. 생식자를 매매하는 행위에 민법 제103조가 적용되어 그 계약이 '무효' 인가의 여부가 고찰되어야 할 것이다. '선량한 풍속' '사회질서' 라는 개념이 추상적이기 때문에 난자의 매매가 민법 제103조에 반하는 지를 쉽게 인식할 수 없으나, 우리 대법원은 '내용 그 자체는 반사회질서적인 것이 아니라고 하여도 그 법률행위에 반사회질서적인 조건 또는 금전적

52) 임웅, 위의 책, 231면.

53) 교사범이 성립되기 위하여는, 난자를 직접 채취한 자가 매매를 위한 채취라는 것을 인식하여 상해죄의 정범으로 처벌되어야 할 것이며, 매매를 중개하는 자가 매매 목적의 난자를 채취하려는 의사가 없는 자에게 범행의 결의를 불러일으킬 것을 필요로 한다.

54) 간접정범이 성립되기 위하여는, 매매목적으로 난자를 채취하는 자가 처벌되지 않거나 과실범으로 처벌되어야 하며, 그 행위에 대한 의사지배(意思支配)가 있어야 한다.

대가가 결부됨으로써 반사회질서적 성질을 띠게 되는 경우도 제103조가 적용된다고 보고 있다.⁵⁵⁾ 따라서 난자의 제공에 대하여 실비용 이상의 대가가 제공되는 것은 민법 제103조에 위반하는 행위로서 무효라고 할 것이다.

(3) 의료법 등의 적용 가능성

의료법 제25조 제3항에서는 '누구든지 영리를 목적으로 환자를 의료기관이나 의료인에게 소개·알선 기타 유인하거나 이를 사주하는 행위를 할 수 없다'고 규정하고 있다. 따라서 생식자의 매매행위와 관련하여 특정한 의료기관을 소개·알선하는 행위는 의료법 제25조 3항을 위반하는 행위로서 3년 이하의 징역 또는 1천만원 이하의 벌금에 처해지게 된다. 그러나, 특정의료기관을 소개·알선하는 행위없이 난자의 제공자와 불임부부사이에 난자매매만을 알선하는 행위에 대해서는 여전히 의료법의 적용범위에 포함되지 않게 된다.

보건사회연구원이 발표한 생명과학 보건안전윤리법안에 의하면, 금지되는 인공수정행위로서 매매한 정자와 난자를 이용한 인공수정을 규정하고 있다. 그러나 이 규정은 매매행위 자체에 대한 규정을 두고 있지 않으며,⁵⁶⁾ 매매한 정자와 난자를 이용한 행위에 대하여도 아무런 제재(처벌) 규정을 두지 않아 그 실효성에 의문이 제기되고 있다.

V. 결 론

인간으로 발달할 가능성을 가진 잠재적인 존재로서의 가치를 지닌 생식자가 다른 물건처럼 거래될 수 없다는 점에 대하여는 이견이 없는 듯하다. 그러나 매매금지 논의는 생식자의 매매를 금지함으로써 발생할 수 있는 문제⁵⁷⁾에 대한 논의도 포함하여 이루어져야 할 것이다. 최근에는 정

55) 대판, 1996.10.11., 95다1460.

56) 매매를 알선하거나 주선하는 행위에 대하여도 규정하고 있지 않다.

57) 난자를 구하기 위한 음성적인 거래가 이루어 지거나, 난자의 매매가 허용되는 미국 등 외국으로 가서 제공받는 등 불임부부의 고통을 가중시키는 결과를 초래할 것이다.

부가 난자매매의 심각성을 인식하고 이에 대한 규제조치를 강구할 것임을 밝혔으나 이러한 조치가 불임부부의 고통을 가중시키는 규제만을 위한 조치가 되어서는 안될 것이다. 난자의 매매를 규제하기 이전에 불임부부에게 생식자를 제공하는 절차의 마련이 우선되어야 할 것이다.⁵⁸⁾

안전조치가 확보되지 않은 상태의 생식자의 제공은 향후 태어날 아이에게 여러 가지 위험을 초래할 수 있다는 점을 인식하여,⁵⁹⁾ 생식자의 제공과 양수(讓受)에 관한 제도는 생식자의 제공을 통해 태어날 아이의 복지를 최우선적으로 고려하여야 한다는 사회적 책임에 근거하여야 할 것이다.⁶⁰⁾ 따라서, 인공수정의 안전성을 확보하기 위한 조치가 무엇보다도 시급한 과제인 것이다. 이를 위해서는 국가가 직접 또는 일정한 시설과 인력을 갖춘 기관에 허가를 주어 관리·감독하는 것이 필요하다고 생각된다. 이와 더불어 불임부부의 고통을 단순히 개인적인 문제로 생각할 것이 아니라 사회가 그 고통을 분담해야 한다는 사회 일반인의 인식 확산이 있어야 할 것이다.⁶¹⁾

58) 영국의 HFE Authority에 의한 생식자의 제공, 관리, 보조생식술 허가등을 그 대표적인 절차로 볼 수 있다.

59) 난자를 제공하는 자가 자신의 병력이나 가족의 병력 등을 알려주지 않아 선천적 장애를 가지고 태어날 위험이 있으며, 많은 난자가 제공되어 아이의 출생으로 이어질 경우 이들간의 결혼에 의한 근친교배의 위험도 있는 것이다.

60) 영국의 HFEA법에서는 모든 보조생식술의 이행에 있어서 아이의 복지를 우선적으로 고려할 것을 요구하고 있다.

61) 생식자를 기증하는 행위는 사람의 생명을 구하기 위하여 하는 헌혈과 같이 이타적인 행위로서 권장되어야 할 것이다.