

## 태아의 권리능력 재논의 필요성에 대한 제언(提言)

유지홍\*

### 요약

태아의 권리능력에 관해서는 민법제정 당시의 법률과 이론이 큰 변화 없이 유지되고 있다. 하지만 현재는 민법제정 당시와는 비교도 할 수 없을 만큼 생명과학과 의료기술이 발전하였다. ‘체외수정’이 보편화되고, ‘초미숙아의 생존’과 ‘체세포 핵치환에 의한 복제배아의 생성’ 등 민법제정 당시의 의료현실과는 비교할 수 없는 발전을 이룩하였다. 이와 함께 ‘생명의 본질’에 대해서도 규명되어 가고 있다. 본 연구는 이러한 현대 생명과학의 입장에서 태아의 법적 지위를 완전한 권리능력자로 인정하는 새로운 입장을 제시함으로써, 전체적으로 태아의 권리능력에 대한 ‘재논의 필요성’을 검토하는 것을 목적으로 한다. 민법은 ‘미출생 생명’으로 ‘태아’만을 유일하게 규정하고 있다. 한편, 헌법재판소는 최근 결정을 통해 ‘민법상 태아’를 ‘생명권을 가지는 기본권 주체’로 인정하였다. 이러한 점을 종합해보면, ‘민법상 태아의 시기(始期)’는 ‘인간생명의 시기(始期)’와 동일한 시점이라고 할 수 있다. 생명의 본체를 판단하는 기준시점으로 ‘착상’, ‘수정 후 14일(원시선)’, ‘모체 내 수용’ 등의 견해가 제시되었다. 하지만 현대 생명과학은 수정 후에 거쳐 가는 ‘모든 과정’을 체외에서 기술적으로 대체할 수 있도록 발전해가고 있다. 이러한 현실에 감안한다면, ‘수정 시’에 생명으로서의 본체가 완성되며, 그 때부터 ‘생명권’의 주체가 된다고 해야 할 것이다. ‘민법상 태아의 시기’는 ‘인간생명의 시기’인 ‘수정 시(受精時)’로 보는 것이 타당할 것이다. 학설에 따라서는 현행 민법에서 ‘해석론’으로 태아를 ‘사람’에 포함시켜 권리능력자로 보호하려는 주장이 있다. 하지만 이러한 해석론은 일반적인 문언(文言)의 이해 범위를 넘는 것이므로, 사회관념상 수용하기 힘들다. 따라서 ‘입법론’으로 ‘수정’ 이후는 ‘사람(자연인)’으로 보고, 완전한 권리능력을 인정하는 것이 명확하다. 즉, 민법 제3조를 ‘사람(자연인)은 수정(受精)된 때로부터, 생존하는 동안 권리와 의무의 주체가 된다’로 개정(改正)하는 것이 근본적인 해결책이 될 것이다. 이렇게 되면, 수정 이후의 모든 미출생 생명은 ‘사람’으로서 완전한 권리능력을 가지므로, ‘태아의 권리능력’은 별개로 논의될 필요가 없을 것이다.

### 색인어

배아, 태아, 권리주체, 복제배아, 체외수정, 생명윤리 및 안전에 관한 법률

## I. 서론

태아에 관한 민법규정은 1958년 제정 당시의 내용이 큰 변화 없이 현재까지 유지되고 있으며, 해석과 이론도 큰 변화를 보이지 않고 있다. 하지만 50여 년이 흐른 현재의 의료현실은 ‘체외수정’이 보편화되고, ‘초미숙아의 생존’과 ‘체세포 핵치환에 의한 복제배아의 생성’ 등 민법제정 당시의 의료현실과는 비교할 수 없는 발전을 이룩하였다. 이와 함께 ‘생명의 본질’에 대하여도 점차 구명되어 가고 있다. 최근 헌법재판소는 법적 안정성을 고려하여 민법상 태아의 일반적 권리능력을 부인하면서도, 기본권 주체성은 인정된다는 취지의 결정을 내렸다. 또한 헌법과 형법, 법철학 등에서는 미출생 생명인 태아의 권리에 대해서 많은 논의가 진행되었다. 위 법률과 민법의 입법취지가 차이가 있다고 하더라도, ‘인간’의 개념을 정의한다는 점에서 밀접한 연관이 있음은 부인할 수 없다. 민법에서 논의가 부족한 만큼, 이러한 이론과 사례들을 바탕으로, 민법에서의 새로운 논의가 이어질 필요가 있을 것이다. 본 연구는 이러한 현대 생명과학의 상황을 고려하여 태아의 법적 지위를 완전한 권리능력자로 인정하는 새로운 입장을 검토함으로써, 민법상 태아의 권리능력의 ‘재논의 필요성’에 대한 단초를 제시하는 것을 목적으로 한다. 다만, 이 체계는 일반사법인 민법의 입장에서 원칙을 정립하려는 것이며, 이러한 원칙을 바탕으로 예외적인 연구 등은 다시 특별법으로 논의되고 규정될 수 있을 것이다.

민법은 권리의 주체로서 ‘인(人)’을 규정하고(민법 제3조), 권리의 객체로 ‘물건(物件)’을 규정하여(민법 제98조) 주체와 객체의 이분법을 취하고 있다. 또한 ‘태아’의 경우는 ‘인’은 아니지만 제한적으로 권리주체성을 인정하고 있다. 이

러한 민법의 입장을 따른다면 ‘체외배아’는 발달 정도와 상관없이 민법상 권리능력을 갖는 사람으로 취급되지는 못한다. 하지만 종래의 입장은 ‘체외수정’조차 불가능하던 시기의 이론이다. 현대는 ‘체외수정’은 물론 ‘맞춤형 아기’의 생산이나 ‘인간복제’까지도 가능한 단계에 이르렀다. 따라서 과거에 고려하지 않았던 ‘체외배아’ 등의 미출생 생명의 법적 지위도 재검토를 요하게 되었다. 특히 이러한 논의는 민법에 규정된 유일한 미출생 생명인 ‘태아’와 비교하면서 검토되어야 한다. ‘태아’의 경우는 제한적으로 인격성이 인정될 수 있기에, 만약 ‘체외배아’가 ‘태아’와 동일한 지위를 가진다면 줄기세포 추출이나 연구를 목적으로 물건처럼 파괴할 수 없기 때문이다[1].

미출생 생명의 형태는 ‘체외배아(수정란)’, ‘체내의 태아’, ‘출생자(신생아)’로 구분할 수 있다. 종래의 견해를 따를 때 체외배아는 단순한 물건(物件)에 지나지 않는다. 또한 체내의 태아는 ‘인(人)’은 아니지만 예외적으로 권리주체성을 지니는 생명(生命)이다[2]. 출생자의 경우는 ‘인(人)’이며, 완전한 권리주체이다. 하지만 ‘체외배아’, ‘체내태아’, ‘출생자’를 ‘단순한 물건’, ‘제한적 권리주체’, ‘완전한 권리주체’로 구분하는 것이 현대 생명과학의 입장에서 타당한 것인지는 재검토할 필요가 있다. 생명과학이 최근 20여 년간 상상할 수 없을 만큼 비약적인 발전을 해왔으며, 생명의 본질을 밝혀내고 있기 때문이다[3]. 이러한 측면을 고려하여 이하에서는 종래에 법적 지위를 달리하던 미출생 생명과 출생자(신생아) 등에 대하여 과학이 밝혀낸 ‘생명의 본질’을 바탕으로 ‘구분의 타당성’을 재검토해 보도록 한다. 또한 현대과학을 기준으로 태아와 출생자(신생아)를 비교해보고 ‘태아의 권리능력’에 대한 타당한 입법론도 함께 제시해보도록 한다.

## II. 보호받는 태아의 시기(始期)

민법상 보호되는 ‘태아의 시기(始期)’가 언제 인가에 대해서 민법학에서는 인공수정 등의 한정된 분야에서 언급될 뿐 깊이는 논의되지 않았다[4]. 이러한 논의는 체외수정, 체세포 핵치환으로 형성된 ‘수정란 등’의 법적 지위 검토에 적용될 수 있다. 즉 수정란 등이 언제부터 태아로서의 지위를 취득하는가의 문제는, 수정란이 ‘생명(生命)’으로서의 지위에 있는지, ‘물건(物件)’으로서의 지위에 있는지에 대한 판단기준이 된다. 또한 이 논의는 생명공학이나 의료 분야에서의 연구와 활용에 더욱 중요한 기준이 된다. 만약 수정란 등이 태아의 지위를 가진다면 수정란을 파괴하여 연구·실험에 활용하거나, 배아줄기세포를 추출하는 것이 힘들어지기 때문이다[5]. 이하에서는 태아로서 보호되는 시기에 관하여 관련규정과 종래의 논의, 그리고 최근까지 진행된 과학적 상황을 토대로 고찰해보도록 한다.

### 1. 현재의 보호입법과 해석

태아는 출생 전까지의 ‘생명’이지만 민법상 권리를 갖는 ‘사람’은 아니다. 따라서 헌법상 ‘기본권 주체성’은 인정되지만, 민법상 ‘일반적 권리능력’을 갖지는 않는다. 하지만 출생이 확실시되는 태아가 상속 등에서 완전히 배제된다면, 지나치게 불합리한 결과를 야기하게 되므로, 태아에 대한 보호가 필요하다. 따라서 각국은 태아의 보호를 위한 특별한 규정을 두고 있다.

#### 1) 태아보호의 입법례

태아의 보호방법과 정도에 대해서는 ‘일반적 보호주의’와 ‘개별적 보호주의’가 있다. 첫째, 일

반적 보호주의는 태아가 살아서 출생할 것을 전제로 일반적 권리능력을 태아에게 부여하는 것이다. 스위스 민법은 제31조 제2항에서 ‘출생 전 아이는 살아서 태어난다는 유보하에 권리능력을 갖는다’고 명시하고 있다. 이탈리아 민법과 중화민국(대만) 민법도 일반적 보호주의의 입장을 취하고 있다[6]. 둘째, 개별적 보호주의는 원칙적으로 권리능력을 부정하지만 특정한 개별 권리관계에서만 권리주체성을 인정하는 것이다. 독일과 프랑스, 일본 등이 개별적 보호주의를 취하며, 우리 민법도 개별보호주의의 입장에 있다는 것이 통설과 판례의 견해이다[7].

#### 2) 보호규정의 적용범위

우리 민법은 원칙적으로 권리능력은 부정하지만 불법행위에 대한 손해배상 청구(민법 제762조)와 상속능력(민법 제1000조 제3항)에 대해서는 출생의제 규정을 두어 보호하고 있다. 또한 상속능력에 대한 규정을 유증(민법 제1064조)에 준용하고 있다.

출생의제의 해석과 관련하여 견해의 대립이 있다[8]. 첫째 견해는 민법 제3조의 특칙으로 보고 의제의 효과를 바로 발생시켜 태중에서 이미 권리를 취득한다는 것이다[9]. 둘째는 태아의 권리취득을 위한 전제로 ‘출생’을 필요로 하는 견해로, 태중에서는 권리취득의 효과를 부인하다가 출생 이후에 문제의 시점에 권리취득의 효과가 발생하였던 것으로 보는 입장이다. 이 학설은 다시 ‘정지조건설’과 ‘해제조건설’로 나뉘게 된다[10].

사건으로는 민법 제3조의 특칙으로 보는 것이 타당하다고 생각된다. 출생의제란 태아인 상태에서 실질적으로 권리를 취득한다고 해석하는 것이 자연스러우며, 우리 민법도 ‘출생한 것으로

본다'고 규정하고 있을 뿐, 정지조건설이나 해제 조건설을 취한다고 규정하지 않기 때문이다. 따라서 태아도 권리능력이 인정되는 범위에서는 자연인과 동일하게 취급되며, 사산의 경우에는 사산 시에 권리능력이 소멸할 뿐 소급적으로 소멸하는 것은 아니라고 할 것이다[11]. 출생을 전제로 하게 되면 강한 폭력으로 태아가 태중에서 사망한 경우에는 손해배상청구가 불가하지만, 경미한 폭력으로 태중에서 신체손상을 입고 출생한 경우는 위자료를 포함한 모든 손해배상을 청구할 수 있다. 따라서 이러한 비합리적이고 불공평한 결과를 배제하기 위해서는 소위 '출생 도그마'를 극복해야 할 것이다[12].

## 2. 인간생명의 발달단계

수정 이후에 생명발달의 단계를 '발생학(發生學)' 입장에서 살펴보면 다음과 같다. 우선 정자와 난자가 수정되면 23개의 염색체를 지닌 단세포 수정란인 접합체(zygote)가 된다. 수정 후 24시간이 지나기 전에 접합체는 세포분열을 시작하며 이후 상실배(morula), 배반포(blastocyst)로 진행되어 간다. 수정 후 14일이 지나면 원시선(primitive streak)이 발생하면서 신체기관으로 분화되기 시작하며, 수정 후 8주가 지나면 모든 신체기관의 분화가 완성된다. 수정 후 8주 이후부터는 단순한 양적성장을 계속해가게 된다. 발생학에서는 원시선이 발생하는 '수정 후 14일'을 기준으로 하여, 그 이전단계를 '전배아(pre-embryo)', 그 이후를 '후배아(embryo)'로 부르기도 하며, 단순히 양적성장만 해가는 '수정 후 8주 이후'를 '태아(fetus)'로 구분한다.

형법 입장에서의 태아는 자연상태에서 '수정 후 7일' 정도 경과 후 '착상'된 상태를 말한다. 민법의 입장에서는 태아의 시기를 '수정 시', '착상

시', '수정 후 14일' 등으로 논의하고 있다. 헌법재판소는 최근 '모태 내의 수용'을 생명권의 기준으로 제시하면서, 다만 민법상 일반적 권리능력을 가지지 않는다고 밝혔다. 따라서 헌법재판소의 입장에서는 '모태 내의 수용'을 태아의 기준으로 제시했다고 볼 수 있다.

인간생명의 시점을 확정하려는 논의는 '수정 후 14일' 이전에 추출하게 되는 '배아줄기세포'를 둘러싸고 더욱 첨예하게 되었다. 생명과학의 입장에서는 배아줄기세포 활용의 현실적 필요성 때문에 '수정 후 14일'까지는 아직 인간이 아니라는 입장이며, 윤리적·법적 측면을 주장하는 입장에서는 수정란은 이미 성체(成體)와 동일한 유전자를 보유하고, 발달해 가고 있으므로 이미 독립된 인간이라고 주장한다. 이렇듯이 인간생명의 시점은 발생학적인 과학논리 이외에도, 규범적인 판단과 사회적 논의를 통한 합의를 필요로 하는 것이다.

민법에 규정된 유일한 미출생 생명은 '태아(胎兒)'이다. 따라서 민법은 인간생명의 첫 시작을 '태아'로 보고 있다고 할 수 있다. 따라서 위에서 살펴본 과학적 기초와 사회적 논의를 바탕으로 민법상 '태아'의 개념과 법적 지위를 검토해야 할 것이다.

## 3. 생명의 시작에 대한 사회적 논의

윤리적 입장에서는 생명의 시작은 수정의 순간에 있다고 보는 것이 다수설이다. 즉, 인간은 수정 시에 자신만의 유전자가 확정되어 평생 이어지는 연속성을 갖는다는 것이다[13]. 따라서 인간의 질적 도약은 '수정' 시에 있으며, '착상'이나 '원시선 생성' 등은 외형적 단계일 뿐이다. 이 세상의 모든 사람은 배아의 과정을 거쳤다. 또한 인간의 존엄성은 육체나 지능의 성장과 더불어 커지거나 축소되는 것이 아니다[14]. 따라서

배아는 인격체로 보는 것이 당연하고, 인격체가 아니라 하더라도 적어도 인격체에 이르는 통로이다. 인간존재의 완벽한 잠재성을 가진 배아와 관련하여, ‘발달의 끝’에 인정되는 인간으로서의 존엄이 ‘발달의 초기’ 단계에서 인정되는 것이 타당하다[15].

공법적인 입장에서는 법률유보조향으로도 제한될 수 없는 헌법 제10조 1문의 ‘인간의 존엄’의 대상으로서 검토한다. 헌법 제10조에 규정된 인간의 존엄은 개별적인 구체적 인간뿐 아니라, 추상적 인간도 포함하며, ‘잉태 중인 생명’과 ‘미래의 인간’도 역시 포함된다고 본다. 따라서 배아는 체외에 있다고 하더라도 마땅히 ‘인간의 존엄’의 대상으로 볼 수 있다는 것인 헌법학계의 유력한 주장이다[16]. 독일 연방헌법재판소도 ‘구체적 인간’뿐 아니라 ‘추상적인 인간’을 수단으로 취급한 경우에도 인간의 침해가 된다고 판단하였다. 따라서 비록 연구의 목적이라고 하더라도 인간배아 연구는 인간의 생명을 단순한 수단으로 취급하는 것이고, 따라서 인간존엄의 핵심인 ‘인간의 목적성’을 침해한 것이라고 판시하였다[17].

사회적인 논의의 핵심은 결국 체외에 존재하는 배아가 어떠한 존재인가 하는 물음이었다. 인간은 수정 시부터 ‘유전적인 개체성’이 확정되며, 평생을 동일하게 이어가게 된다. 또한 인간의 존엄은 육체적 성장이나 지적능력의 향상 등에 따라 커지고 축소되는 것은 아니다. 그러므로 유전적 동일성을 지닌 배아는 마땅히 인간으로서의 존엄성을 가지고 있다고 해야 할 것이다. 또한 모든 인간은 생존인 불확실한 배아의 시기를 거쳤으므로, ‘배아의 입장’에서 검토해볼 필요도 있다. 즉, 자신이 ‘초기 배아’라면 과연 어떤 대우를 받기를 바랄 것인가를 고려해볼 필요가 있다. 실제 배아의 입장에서는 사느냐 죽느냐 하는 존재 전체에 관한 일이기 때문이다[18].

#### 4. 체외수정에 대한 논의

1978년 영국에서 루이스 브라운(Louise Joy Brown)이 ‘체외수정’을 통해서 태어나면서 체외에 보관 중인 수정란에 대한 논의가 시작되었다. 이후 1997년 ‘체세포 핵치환’에 의해 복제양 ‘돌리(Dolly)’가 태어나면서 논란이 커지게 되었다.

이러한 과학적 상황은 민법제정 당시에는 전혀 고려할 수 없었던 부분이다. 과거에는 ‘수정’이 모체 내에서만 이루어졌다. 따라서 아직 착상되지 않은 채로 ‘모체 내에 남아있는 수정란’의 경우도 모체(母體)의 일부로 취급되며, 물건성(物件性)을 논할 여지가 없었다. 또한 모체 내에 존재하는 한은 ‘착상 전(前)과 후(後)’를 구분하기도 힘들며, 민법상으로는 구별할 실익도 거의 없었다.

하지만 생명과학의 발달로 체외의 시험관에서 수정란이 배양되고, 체내에 이식하면 정상적인 인간으로 성장해 갈 수 있게 되었다. 따라서 이제는 ‘체외수정란’의 법적 지위를 검토할 필요가 있다. 더욱이 모체 내에 있는 ‘미착상 수정란’과 시험관에 보관중인 ‘수정란’은 그 본질에 있어서는 같은 것이며, 동일하게 성체(成體)와의 ‘유전적 동일성’과 ‘발달의 잠재성’을 가지고 있다.

체외 수정란에 대한 입장은 크게 4가지 정도로 분류될 수 있다. ‘분리된 신체조직과 같은 존재’, ‘생명성이 인정되는 특수한 물건’, ‘제3의 중간적 존재’, ‘태아와 동일한 존재’로 보는 입장이 그것이다. 앞의 두 견해는 ‘물건(物件)’이라는 개념에 중심을 두고 생명의 특수성을 검토했다면, 뒤의 두 견해는 ‘인(人)’이라는 개념에 중심을 둔 검토이다[19].

우리 민법은 태아의 권리능력을 제한적으로 인정하고 있으며, 적어도 태아에 대해서는 ‘생명

성'을 인정하고 있다. 따라서 체외의 시험관에서 배양중인 수정란의 민법상 지위를 논의할 경우에는 태아와의 비교를 통하여 검토하는 것이 타당할 것이다. 따라서 이하에서는 체외에 보관중인 수정란을 태아와 비교해보고, 지금까지 논의된 학설의 견해와 더불어 검토해보도록 한다.

## 5. 태아의 본질에 관한 학설

체외수정란의 법적 지위에 관련된 가장 직접적인 논의가 바로 태아의 본질이다. 민법상 미출생 생명은 태아가 유일하므로, 체외수정란은 '태아(胎兒)'가 아니라면, '물건(物件)'이 될 수 밖에 없다.

과거에는 임신부를 보면 태아가 있다고 여겼으며 민법도 이러한 배경에서 태아에 관하여 규정하였다. 하지만 현재는 다양한 형태의 '미출생 생명'이 존재한다. 체내에 있다고 해도 '착상 수정란'과 '미착상 수정란'이 있다. 또한 신체에 주입하여 착상시키면 인간으로 성장해 갈 '체외수정란'도 있으며, 여기에는 '원시선이 발생한 수정란'과 '원시선이 발생하지 않은 수정란'도 있다. 또한 착상된 이후에 치료를 위해 외부로 적출된 '수정 후 4~5개월 된 초미숙아'도 시험관에서 성장해 간다.

이렇게 과거와 달리 '미출생 생명'이 다양하게 존재하므로, 과연 제한적 권리능력을 가지는 '생명(生命)인 태아(胎兒)'와 '단순한 물건(物件)'이 어떻게 구분될 수 있는지 검토해야 한다. 또한 이러한 구분은 배아줄기세포 추출 등의 과학적인 활용의 가부를 판단하기 위해서도 가장 근본적인 논의가 된다[20].

### 1) 착상시설

착상시설은 '태아'로서의 실체를 가지는 것은 수정란이 모체에 착상한 때로 본다[21]. 체외수정을 위해 냉동보관된 수정란은 착상되기까지 시간이 무한정 길어질 수 있다[22]. 또한 체외수정란에 의한 시험관 아기 성공률은 현재에도 높지 못하다[23]. 따라서 수정만으로는 생명으로서의 완전성을 인정하기 힘들다.

하지만 착상시설을 취하면서도 수정란은 권리주체는 될 수 없지만, 인간 생명의 상징이므로, 인간으로서의 존엄성이 부정되지는 않는다는 주장이 있다[24]. 또한 시험관 아기 시술 성공률이 현저하게 높은 단계에 이르면, 이러한 체외 수정란도 '민법상 태아'로 볼 수 있게 될 것이라는 주장도 있다[25].

### 2) 수정시설

수정시설은 '수정란'은 착상 전이라도 '인간생명'으로 존중되며, '권리의 주체'로 인정될 수 있다고 본다[26]. 한 생명체의 본질을 이루는 동일성의 근원은 '수정 시'에 형성된 '유전자'로 확정된다. 따라서 이후의 세포분열, 착상, 출생에 이르는 어느 중간 단계를 임의로 구분하여 생명의 시작을 논할 수는 없다. 생명의 본질은 수정시에 이미 확정되었기에, 수정란과 성체는 본질이 동일하며, 태아의 시기 역시 '수정 시'라고 해야 한다[27]. 특히 수정시설의 일부 학설은, 우리 민법은 제정 당시에 인공수정을 예상하지 못하고 제정되었기에 현행법의 해석만으로 해결할 수 없는 문제가 많다는 것을 전제하면서, 수정된 때부터 '수정란'에 대해서 '태아'에게 인정되는 권리가 인정된다고 보는 것이 당연하다고 주장한다[28].

수정시설은 특히 그리스도교 등의 종교계에서 지지를 얻고 있다. 교황 ‘요한 바오로 2세’는 1995년 발표된 『생명의 복음』에서 “난자가 수정된 순간부터 생명은 시작되며, 그것은 부모의 소유가 아니며, 하나의 새로운 인간 생명이다”라고 했다. 따라서 인간은 수태의 순간부터 한 개체로서 존중되고 정중히 다루어져야 한다고 밝혔다[29].

### 3) 수정 후 14일설

생명과학이나 의학계의 주장으로, ‘수정 후 14일’ 이전의 수정란은 단순한 세포덩어리에 불과하며, 인간생명체라고 하기 위해서는 14일이 지난 후 ‘원시선(primitive streak)’이 발생한 이후여야 한다고 본다. 그 논거로는 영국의 『인간의 수정과 발생에 관한 법(Human Fertilisation and Embryology Act)』이나 우리나라의 『생명윤리 및 안전에 관한 법률』이 원시선이 나타나는 14일 이후에는 배아를 활용할 수 없도록 명시한 점 등을 들고 있다.

하지만 이러한 주장은 과학적으로 또 다른 이유가 있다. ‘수정 후 14일 이전’의 배아에서만 ‘분화력 있는(totipotent)’ 배아줄기세포를 채취할 수 있으며, ‘수정 후 14일 이후’에는 이미 분화가 시작되었기에 배아줄기세포 연구에는 부적합하게 된다. 따라서 14일 이전의 배아는 이를 파괴하여 활용할 수 있도록 ‘생명성’을 부정해야 하며, 14일 이후의 배아는 연구나 활용의 가치를 상실하기에 ‘생명성’을 인정하여도 무방하게 된다[30].

## 6. 논의에 대한 검토

생명성을 인정하는 데는 크게 2가지의 요건

이 필요하다. 첫째는 ‘유전적 동일성(遺傳的 同一性)’이고, 둘째는 성체로 발달해가는 ‘생명의 잠재성(生命潛在性-發育能力)’이다. 유전적 동일성은 ‘수정’으로 완성된다. 하지만 사망한 시체(屍體)에서도 유전적 동일성은 여전히 유지된다. 따라서 발육능력(發育能力)을 필요로 하게 된다. 발육능력은 세포분열로 확인된다. 수정된 이후의 수정란은 ‘유전적 동일성’과 ‘발육능력’을 모두 가지게 되므로, 결국 생명의 시작은 ‘수정 시’라고 할 수 있다.

인간의 탄생은 수정과 분할, 착상, 분리, 출산이라는 과정을 통하여 이루어진다. 이 중 ‘착상’은 일련의 과정에서 한 단계에 불과하다. 따라서 ‘착상’이라는 단계를 설정하여 생명의 유무를 판단하는 것은 지나치게 자의적이며 임의적이라고 할 수 있다. 수정을 통해 형성된 수정란은 이미 완전한 유전자를 보유하고 있으며, 정상적인 과정으로 발육해 간다면 성체와 동일한 존재가 된다. 따라서 인간개체의 시작은 ‘수정 시’로 보는 것이 타당하다.

민법은 태아를 유일한 ‘미출생 생명’으로 규정하고 있기에, ‘태아’를 ‘인간 생명의 시작’으로 보고 있다고 할 수 있다. 따라서 ‘민법상 태아의 시기(民法上 胎兒 始期)’는 ‘인간생명의 시기(人間生命 始期)’와 동일한 시점이 되어야 한다. 이러한 접근이 헌법재판소가 태아에게 ‘민법상 일반적 권리능력’을 인정할 수는 없지만, ‘생명권’은 인정된다고 한 것과 정합성 있는 해석이 될 것이다.

‘착상설’을 검토해보면, 착상 전(前)과 후(後)에 본질적 차이가 없으며, 수정에서 출산에 이르는 과정의 임의적 단계를 설정한 것에 불과하다는 점에서 부당하다고 할 수 있다. ‘수정 후 14일설’은 분화력 있는 줄기세포를 활용하기 위한 합법적 근거를 제시한 것에 불과하다. ‘생명성’을

판단하기 위해서는 이러한 목적적 판단이 아니라 존재 자체의 성질에 근거해야 할 것이다. 따라서 생명성의 요건인 유전적 동일성과 발육능력이 처음 발생하는 ‘수정 시’가 ‘생명의 시기(始期)’라고 할 수 있으며, 이러한 생명의 시기를 ‘민법상 태아의 시기(始期)’로 보는 것이 타당하다고 할 것이다[31].

### III. 생명윤리와 생명권

미출생 생명에 관하여 민법은 태아만을 규정하고 있기에, 민법상 ‘인간생명의 시작’은 ‘태아’부터라고 볼 수 있다. 앞서 본 바와 같이 헌법재판소도 ‘민법상 태아’를 ‘생명권의 주체’로 판단하였다. 지금까지는 모체 내의 미출생 생명으로만 인식할 뿐 본질에 대하여 깊이 논의되지는 않았다. 하지만 최근 생명과학의 발달로 인간 생명에 대한 침해위험이 고조되면서, ‘생명윤리’와 ‘생명권’에 관한 논의도 이어지게 되었다. 이러한 생명의 본질에 대한 논의는 민법상으로는 태아의 본질과 보호에 관한 논의로 이어질 것이다.

이러한 관점에서 이하에서는 ‘생명윤리법’에 나타난 생명의 보호와 ‘헌법재판소 결정’에 나타난 생명권에 대하여 살펴보고, 보호되어야 할 ‘생명의 본체’에 관하여 검토해보도록 한다.

#### 1. 생명윤리법에서 보호되는 생명

영국에서 1978년 최초의 시험관 아기인 루이스 브라운의 탄생이 생명의 조작·통제 위험이라는 우려를 낳았다. 이를 계기로 1990년 영국은 『인간 수정과 발생에 관한 법률』을 제정하였다. 독일은 1990년 『배아보호법』을 제정하여 수정 이후의 모든 생명을 보호하도록 하였다. 이

후 1996년 복제양 ‘돌리’의 탄생은 전세계를 생명복제·침해에 대한 치열한 논란을 불러왔다. 이러한 혼란 속에 세계 각국은 생명복제와 침해를 규제하고 연구절차 등을 확립하기 위한 제도적 노력을 하게 되었다. 우리나라도 이러한 노력의 결과로 2004년 1월 『생명윤리 및 안전에 관한 법률』을 제정하였다.

#### 1) 외국의 입장

독일은 유럽 국가 가운데 배아의 복제·연구 등을 가장 엄격하게 금지하고 있다. 독일은 『배아보호법(Embryonenschutzgesetz-ESchG)』을 1990년 12월 13일 제정하여 1991년 1월 1일부터 시행하였다. 이 법은 ‘인간의 생명’은 정자와 난자의 ‘수정’으로 성립한다는 입장을 취하고 있기에, 잉여배아의 파괴적 연구는 물론, 타인이나 사자, 태아 등과 동일한 유전정보를 가진 배아의 생성 자체를 금지하고 있다[32]. 하지만 세계적으로 연구되는 배아줄기세포에 대해서는 극히 제한된 범위에서 연구의 길을 열기 위해, 2002년 6월 『배아줄기세포법(Stammzellgesetz-StZG)』을 제정하였다. 배아줄기세포법은 제4조 제2항에서 ‘2002년 1월 1일 이전에 외국(外國)에서 불임치료를 위해 쓰고 남은 잉여배아’로부터 합법적으로 확립되거나 배양된 줄기세포나 줄기세포주를 ‘수입(輸入)하여 연구목적으로’ 사용하는 것을 허용하였다[33].

영국은 1978년 시험관 아기인 루이스 브라운의 탄생을 계기로, 1982년 ‘생명윤리위원회(Committee on Bioethical Issues)’를 설립하였고, 이 위원회의 보고서(일명 the Warnock report)를 기초로 1990년 『인간 수정 및 발생에 관한 법률(the Human Fertilization and

Embryology Act, HFE Act)』을 제정하였다 [34]. 이 법은 ‘인간의 수정 및 발생 관리청(Human Fertilization and Embryology Authority, HFEA)’의 설치를 규정하고, 배아의 실험 등에 있어서는 HFEA의 허가를 얻도록 하였다. 이 법은 제3조 제3항에서 ‘초기적 징후(primitive streak, 원시선)’가 발생한 이후의 배아를 체외에서 보관하거나 이용하는 행위를 금지하고 있다. 또한 제3조 제4항에서는 ‘초기적 징후’는 수정 후 14일 이전에 배아에서 나타나는 것이라고 하여, 14일 이후에는 원시선이 나타난 것으로 간주하고 있다. 이러한 규정을 종합해보면 ‘수정 후 14일 미만’이고, ‘초기적 징후(원시선)가 나타나지 않았다’는 2가지 요건이 충족되면, HFEA의 허가를 얻어 ‘배아의 관리·사용’이 가능해진다. 즉, 불가침의 인간생명의 기준을 ‘수정 후 14일경의 원시선 발생’으로 보고 있다. 미국에서는 복제양 ‘돌리’의 탄생 후인 1997년 2월, 빌 클린턴(Bill Clinton) 대통령이 생명윤리자문위원회(the National Bioethics Advisory Commission)에 인간복제에 관한 보고서를 요구한 것을 시작으로 논란이 계속 이어졌다. 배아복제 자체를 금지하는 ‘배아금지론’과 치료목적의 복제는 허용하되 착상만 금지하는 ‘출생금지론’이 대립되었다. 1998년 3월 클린턴 대통령은 ‘금지되는 연구에 대한 연방 예산 지원 금지’의 명령을 내렸다. 또한 2002년 4월 조지 W. 부시(Gorge Walker Bush) 대통령은 ‘개체복제’와 ‘치료복제’ 모두에 반대하는 입장을 재천명하였으며 ‘배아줄기세포 연구에 대한 정부지원금 제한’ 정책을 추진하였다. 하지만 ‘인간배아복제’를 명문으로 금지하는 법률은 제정하지 않았다[35]. 그러나 이러한 정책은 오바마(Barack Hussein Obama II) 대통령에 와서 급격한 변화를 맞게 되었다. 오바마 대통령은 조지 W. 부시 대통령

이후 8년간 이어오던 ‘정부지원금 제한 정책’을 폐지하고, 2009년 3월 ‘배아줄기세포 연구에 대한 지원 조치’를 발표했다. 오바마 정부의 정책은 위법성 논란을 일으켰으나, 2013년 1월 7일 미국연방대법원은 ‘배아줄기세포 연구에 자금을 지원하는 하는 것은 적법하다’고 판시하였다. 이로서 미국에서는 연방차원에서 ‘배아줄기세포 연구’를 지원할 수 있는 길을 열게 되었다. 현재의 미국의 입장은 배아복제를 금지하는 법률이 없을 뿐만 아니라, 연방차원에서 배아복제를 지원할 수 있도록 하였다. 따라서 현재의 미국은 ‘체외 배아(수정란)’에 대해서는 ‘인간생명’과 무관하게 보고 있다고 할 수 있다[36].

## 2) 우리나라 생명윤리법의 입장

1996년 복제양 ‘돌리’가 인간복제의 논란을 전세계적으로 일으킨 후, 우리나라 역시도 이러한 과학적 현실을 맞게 되었다. 1998년 12월 경희의료원이 인간복제배아를 생산했으며, 1999년 2월 황우석 박사가 복제젓소 ‘영롱이’를 탄생시켰다. 이러한 상황에서 우리나라도 생명윤리에 관한 법률을 제정하려는 논의가 계속되었다. 이러한 논의는 ‘과학적 성과와 기술경쟁력’을 우선시 한 의료·생명과학계와 ‘생명의 존엄성’을 우선시 한 종교계·법조계·시민단체의 치열한 논쟁으로 이어졌다. 7년여에 걸친 논의 끝에 최종안은 생명과학 육성에 대한 ‘정부의 의지’를 반영하여 과학계의 입장을 대폭 수용하여, 2004년 1월 29일 『생명윤리 및 안전에 관한 법률』이 제정되었다[37].

생명윤리에 있어 논의의 핵심은 ‘냉동배아’와 ‘체세포 복제배아’ 연구의 허용 여부에 있었으나, 현재는 두 가지 모두를 허용하였다. 제29조에서는 ‘잔여배아는 원시선이 나타나기 전에 한

하여 이용할 수 있다'고 밝히고 있으며, 제31조에서는 '체세포 복제는 희귀·난치병 치료의 목적으로 가능하다'고 밝히고 있다. 규정의 취지로 본다면 현재 우리나라의 생명윤리법은 원시선이 발생하는 '수정 후 14일' 이전의 '전배아(pre-embryo)'와 '체세포 복제배아'의 생명성은 완전히 부정하고 있다. 이러한 입장은 원시선 발생을 기준으로 이용을 금지한 영국의 입장과 같다고 할 수 있다.

## 2. 헌법재판소 결정

헌법재판소는 최근 생명의 본질과 관련된 주요한 결정을 내렸다. 첫째는 태아의 권리능력과 관련된 민법 제3조 등에 대한 결정이고, 둘째는 초기배아의 기본권 주체성과 관련된 생명윤리법 제13조와 관련된 결정이었다. 이러한 결정들은 생명의 본질과 보호의 시기에 대한 하나의 기준을 제시했다고 볼 수 있다.

### 1) 현재 2008. 7. 31. 2004헌바81, 민법 제3조 등 위헌소원

의사의 과실로 모체 내에서 사망한 태아의 부모는 태아의 사망을 원인으로 '태아 자신'에게도 손해배상청구권이 있다고 주장하였다. 이 과정에서 민법 제3조와 민법 제762조가 태아의 기본권을 침해함을 이유로 헌법소원을 청구하였다. 이 논의의 핵심은 민법 제762조를 민법 제3조의 특칙으로 인정할 것인지, 민법 제3조를 전제로 하여 출생 시에만 보호할 것인지에 관한 것이었다. 이 결정에서 다수견해는 종래 다수설과 판례가 취하는 견해를 취하여 제762조의 적용에는 제3조의 출생이 전제가 되어야 한다는 입장을 취하였으며, 소수견해는 제762조는 제3조의 특

칙으로 보아 사산된 태아에게도 손해배상청구권이 인정된다고 보았다.

본 결정에서 또 한 가지 주목할 만한 내용이 '태아의 생명권'에 관련된 것이다. 헌법재판소는 '출생전인 태아'도 헌법상 생명권의 주체가 되며, 국가는 헌법 제10조에 따라 태아의 생명을 보호할 의무가 있다고 하였다. 태아는 형성 중의 인간으로서 생명을 보유하고 있으므로 국가는 태아를 위하여 각종 보호조치들을 마련해야 할 의무가 있다고 하였다.

하지만 '민법상 일반적 권리능력'과 관련해서는 소극적인 입장을 취하였다. 법적안정성을 고려한다면 인간의 권리능력의 시점(始點)은 명확하게 확정될 필요가 있다. 따라서 인간이라는 생명체의 형성이 출생 이전의 그 어느 시점에서 시작됨을 인정하더라도, 법적으로 사람의 시기를 출생의 시점으로 보는 것이 금지되는 것은 아니다. 생명의 연속적 발전 과정에서 동일한 생명이라는 이유만으로 언제나 동일한 법적 효과를 부여하여야 하는 것은 아니므로, '살아서 출생한 태아'와 달리 '살아서 출생하지 못한 태아'에 대해서 손해배상청구권을 부정하는 것은 법적안정성의 요청에 따른 것으로 정당하다고 하였다.

이러한 헌법재판소의 입장을 종합해보면, 형성중인 인간인 '태아'는 생명을 보유하고 있으므로, 헌법상 생명권의 주체가 되며, 국가는 태아의 생명을 위하여 각종 보호조치를 마련할 의무를 진다. 하지만 법적안정성을 위하여 인간의 권리능력이 시작되는 시점은 명확하게 확정되어야 한다. 따라서 인간이라는 생명체의 형성이 출생 이전에 시작되었음을 인정하더라도, 민법상 권리능력이 인정되는 사람의 시기는 '출생의 시점'으로 보는 것이 정당하다는 것이다.

2) 현재 2010. 5. 27. 2005헌마346, 생명윤리법 제13조 제항 등 위헌확인

부부가 임신의 목적으로 생식세포를 채취하여, 체외수정을 한 후 배아 중 일부는 아내의 체내에 이식하고, 일부는 냉동 보존하였다. 이후 ‘부부’와 이들이 생성한 ‘배아’, ‘산부인과 의사’, ‘철학자’ 등 13명은 ‘생명윤리 및 안전에 관한 법률이 인공수정배아를 인간이 아닌 단순 세포군으로 규정하고, 연구목적활용이나 폐기를 허용하고 있으며, 이는 인간의 존엄과 가치를 침해한다’고 헌법소원을 청구하였다.

결정에서 헌법재판소는 초기배아의 기본권 주체성을 부정하였다. ‘출생 전 형성 중의 생명’에 대해서 어느 시점에 기본권 주체성이 인정되는지는 ‘생물학적 인식’을 비롯한 ‘자연과학·기술 발전의 성과’와 그에 터잡은 ‘헌법의 해석’으로 판단하여야 한다. 개체의 연속성을 인정하기 위해서는 모체에 ‘착상’되거나 ‘원시선’이 나타나야 한다. 또한 배아는 현재의 과학기술 수준에서 ‘모태 내에 수용될 때’ 비로소 독립적인 인간으로의 성장가능성이 기대할 수 있다. 따라서 초기배아는 기본권 주체성을 인정하기 어렵다고 하였다.

또한 배아생성자의 배아에 대한 결정권은 헌법 제10조로부터 도출되는 일반적 인격권의 한 유형으로 인정된다고 하였다. 잔여배아를 5년간 보존하고 폐기하도록 한 규정의 위헌여부에 대해서는, 배아는 ‘형성 중에 있는 생명’이라는 독특한 지위로 인해 국가의 적극적인 보호가 요구되며, 공공복리 및 사회윤리적 차원의 검토가 필요하므로, 정당하다고 판단하였다.

결정을 종합해보면, 체외수정 후 냉동 보존된 초기배아는 기본권 주체성이 부정된다는 것이다. 그 이유로는 다음의 것들을 들고 있다. 모체에 착상되거나 원시선이 나타나지 않은 이상 현

재의 자연과학적 수전에서 ‘인간과 배아의 연속성’을 확정하기 어렵다. 또한 배아의 경우 현재의 과학기술 수준에서 ‘모태 내에 수용’될 때 독립적인 인간으로의 성장가능성이 있다. 따라서 냉동 보존된 초기배아는 착상, 원시선, 모태 내 수용 등 생명으로 인정될 수 있는 어느 요건도 갖지 못하기에 기본권 주체성을 인정할 수 없다는 것이다.

3. 생명의 본체에 대한 논의의 검토

민법체계상 ‘태아’는 ‘인간생명의 시작’으로 볼 수 있다. 따라서 ‘생명의 본질’에 대한 논의는 ‘태아의 본질’에 중요한 영향을 미칠 수 있다.

우리나라 헌법재판소는 최근 미출생 생명과 관련된 결정을 하였다. 헌법재판소는 태아에 대하여 ‘민법상 일반적 권리능력’은 부정하였지만 ‘생명권에 대한 기본권 주체성’을 인정하였다. 또한 냉동보관 중인 체외 초기배아(pre-embryo)에 대한 ‘기본권 주체성’은 부정하였다. 헌법재판소의 결론을 종합하면 ‘태아(fetus)’는 ‘생명권에 대한 기본권 주체성’이 인정되지만, ‘체외의 초기배아’는 ‘생명권에 대한 기본권 주체성’이 부정된다는 것이다. 특히 ‘체외 초기배아’는 ‘모태 내의 수용’이 없으므로 독립된 인간으로의 성장가능성이 없다고 한다. 이러한 결론에 따르면 ‘모태 내의 수용’이 있다면 인간으로서의 성장가능성이 있으며, 생명권의 기본권 주체성을 가지는 태아로 볼 수도 있게 된다. 즉, 생명권의 주체인 태아와 생명권이 없는 체외 초기배아를 구분하는 기준으로 제시한 것이 ‘모태 내의 수용’이다.

앞서 살펴본 바대로 생명은 수정 이후에 분할·착상·분리·출산 등의 과정을 겪게 된다. 이들은 모두 일련의 과정일 뿐 생명의 유무를

판단할 본질적 기준이 될 수는 없다. ‘원시선 출현’ 역시도 수정 후 14일 경과 후 자연스럽게 나타나는 현상일 뿐이다. 특히 이 기준은 ‘미분화 상태의 배아’에서 줄기세포를 추출하여 활용하려는 목적적 판단일 뿐이므로 생명의 본질을 판단할 기준으로는 더더욱 부적합하다.

헌법재판소는 ‘모태 내의 수용’을 독립된 인간으로 성장해갈 기준으로 제시하였으며 종래의 의료현실을 판단할 때는 타당하다고 볼 수 있다. 현재까지는 ‘모태 밖’에서 인간이 출생할 수 없었기 때문이다. 하지만 ‘모태 내의 수용’은 2가지 기준에서 재검토를 요한다. 첫째는 인공자궁을 활용한 출산이 가까워졌다는 점이며, 둘째는 모체 내에 있는 배아를 폐기하는 사후피임이 제한 없이 허용되고 있다는 점이다.

첫째, 인공자궁의 경우는 모체의 유전자를 활용하여 자궁형태의 틀을 제작하고, 여기에 수정란을 착상시키는 방식이다. 미국에서는 최근 쥐의 수정란을 인공자궁에 착상시켰으며, 3주 뒤 새끼 쥐가 태어났다. 인공자궁이 현실화된다면, ‘모체 내의 수용’은 ‘인간으로의 성장가능성’을 판단하는 본질적 기준이 될 수 없을 것이다[38].

둘째, ‘모체 내의 수용’이 생명을 판단하는 기준이 된다면, ‘모체 내의 미착상 배아’의 폐기는 금지되는 것이 타당할 것이다. 하지만 현재는 사후피임에 대한 법적 규제가 전혀 없으며 자유롭게 허용되고 있다. 이러한 현실을 감안한다면, 배아가 모체 내에 수용된다고 할지라도 생명으로 인정되고 있다고 할 수는 없을 것이다.

헌법재판소는 생물학적 인식과 자연과학·기술의 발전에 터잡은 헌법의 해석으로 생명성(生命性)을 판단해야 한다고 하였다. 하지만 헌법재판소가 제시한 ‘모태 내의 수용’도 인공자궁이 개발되는 현대 생명과학의 입장에서는 ‘생명성 판단’의 본질적인 기준이 되지는

못한다. 특히, 체내배아를 폐기하는 사후피임이 자유롭게 허용되기에 현실적으로도 생명성의 기준은 되지 못한다.

살펴본 바와 같이 생명은 수정 이후에 여러 단계를 겪게 되지만, 그 모든 단계들은 생명이 거쳐가는 일련의 단순한 과정일 뿐이며 본질적 변화는 없다. 생명은 ‘수정 시’에 출생한 성체와 동일한 ‘유전자’를 가지게 되며, ‘세포분열’을 통해 성장해 가게 된다. 그 이후에는 자연스러운 과정을 거쳐갈 뿐이다. 따라서 생명으로서의 본질은 ‘수정 시’에 이미 완성되며, 그 때부터 ‘생명으로서의 본체’가 된다고 하는 것이 타당할 것이다.

#### IV. 과학의 발전에 따른 미출생 생명의 변화

민법 제정 당시에는 ‘미출생 생명’은, 성교에 의해 모태 내에 존재하는 ‘태아’에 불과했다. 존재에 대한 확인도 경험칙에 의존해서, 태중에 ‘생명’이 존재한다고 추정하는 정도였다. 법적으로도 경험칙상 추정되는 ‘생명’이므로, 권리능력을 가지는 사람으로 보지 않았다. 다만 조만간 출생이 확실시되므로 상속 등에서 지나치게 불합리한 결과를 방지하기 위하여 예외적으로 권리능력을 인정할 뿐이었다.

하지만 최근에는 생명과학이 급격하게 발달하였다. 생명의 생성방법(生成方法)은 성교, 체외수정, 체세포복제 등으로 다양해졌으며, 장소(場所)도 모체, 시험관, 인공자궁 등 다양하게 개발되었다. 또한 존재형태(存在形態)도 4개월 된 초미숙아가 시험관에서 생존할 수 있게 되어 체외수정란, 태아, 초미숙아 등으로 다양해졌다. 존재의 확인(存在確認)도 ‘수정 시’부터 초음파를 통해 실체를 확인하여 관리해가고 있으며, 생존에 위협이 있다면 생후 4개월 직후에 모태에서

출산시켜 시험관에서 치료를 받으며 성장할 수 있게 되었다. 즉, 초음파로 진단하여 건강한 태아는 모체 내에서 자연스럽게 성장해가지만, 생존이 위험한 경우는 즉시 출산시켜 시험관에서 치료를 해가며 성장시키게 된다.

생명과학의 이러한 발전은 ‘모체 내’와 ‘모체 외’의 구분을 무의미하게 만들고 있으며, ‘출생’과 ‘미출생’을 치료목적에 따라 조절할 수 있게 하였다. 이러한 과학적 성과를 감안한다면, ‘태아’를 단순히 ‘경험칙상 추정되는 생명’으로 취급하여 ‘출생’을 기준으로 권리능력의 유무를 구분했던 입법태도는 재검토가 필요하다. 즉, 과거와 달리 ‘미출생 생명’의 확인과 생존이 ‘출생자’와 동일하다면 보호범위도 그만큼 확대되어야 하기 때문이다.

이하에서는 ‘미출생 생명’의 발생·생존과 관련하여, 현대생명과학이 성취한 기술적 성과와 현황을 검토해보도록 한다. 그리고 이러한 과학적 검토를 토대로 종래 적용되던 ‘태아를 비롯한 미출생 생명’의 법적 보호가 어떻게 확대되어야 하는지 입법적으로 검토해보도록 한다[39].

## 1. 체외수정의 발전

체외수정은 ‘난관’을 대신해서 ‘시험관’에서 수정시키는 기술이며, 주로 난관이 폐쇄되거나 소멸되는 등의 불임원인을 치료하기 위해서 사용된다. 일반적인 과정은 여성에게 과배란 유도를 하여 난자를 채취하고, 이를 배양관에서 수정시킨 후 2~5일 정도 더 배양한다. 그리고 4~8세포로 분열된 수정란을 여성의 자궁에 이식하게 된다. 1978년 최초의 시험관 아기인 루이스 브라운이 탄생했으며, 우리나라는 1985년 서울대병원에서 첫 시험관 아기가 탄생하였다[40].

체외수정은 첫 시도에서부터 수많은 불임부

부의 고통을 치유했다는 찬사와 함께 생명에 대한 통제와 조작이라는 비난을 함께 받았다. 법적관점(法的觀點)에서도 다양한 문제가 제기되었다. 우선, 과배란을 유도하여 다수의 ‘수정란’을 폐기하는 것은 ‘생명 파괴’라는 것이다. 또한 ‘체세포 핵치환’을 통한 인간복제와 ‘인간과 동물 간 수정’ 등의 범죄로 이어질 수 있으며, ‘정자 성 결정(sperm sexing)’ 등 첨단기술과 연계된다면 생명은 본질적 부분까지 위협될 수 있다. 또한 ‘체외의 냉동배아’를 언제든 ‘체내의 태아’로 착상시킬 수 있기에, 앞서 본 바와 같이 ‘냉동배아의 상속능력’ 등의 문제도 야기시켰다.

## 2. 체세포 핵치환에 의한 복제배아의 생성

1996년 복제양 ‘돌리’의 탄생 후 전세계는 ‘복제인간’ 탄생의 우려와 함께, 인간으로 성장해갈 수 있는 ‘복제배아(핵이식 난자)’의 파괴에 대한 논란이 이어졌다. 복제배아는 체내에 착상시킨다면 복제인간으로 성장해 갈 수 있기 때문이다.

복제양 ‘돌리’의 경우는 277개의 복제배아를 활용하여 1마리가 탄생하였다. 즉, 276개의 복제배아는 실험 중 파괴되었다. 또한 우리나라의 황우석 박사는 2004년 사이언스에 게재된 배아줄기세포를 추출하기 위하여 242개의 복제배아를 활용하였다. 즉 1개의 복제배아줄기세포 추출을 위하여 242개의 복제배아를 파괴한 것이다.

이렇게 복제배아의 대량파괴가 현실화됨으로써, 법적관점(法的觀點)에서는 ‘태아 등 미출생 생명’의 법적 지위에 대한 논란이 이어졌다. 즉, 복제배아도 착상 시 인간으로 성장해 간다는 점에서, 체내·외 수정배아와 본질은 동일하기 때문이다. 하지만 과학적 활용을 위하여 대량으로 파괴되어 가기에, ‘체외복제배아’의 법적 지위를 ‘태아’와 비교·검토하여 동일하게 보호하려는

주장이 강하게 제기되고 있다.

이러한 이유로, 최근 생명공학계에서는 윤리적·법적 논란이 없는 성체줄기세포(adult stem cell)와 유도만능줄기세포(iPS cell)로 연구방향을 전환하는 사례가 증가하고 있다.

### 3. 초미숙아의 생존과 인공자궁의 개발

의료기술의 발달로 초미숙아의 경우 ‘수정 후 4개월 직후’ 출산되어, 인큐베이터 내에서 치료를 받으며 성장해간다. 과거 사산의 위험에 직면할 수 있었던 ‘태아’가 ‘초미숙아’로 출산되어 생존하는 것이다[41]. 정상 신생아의 경우 임신기간이 40주이므로 수정 후 8개월이 되어도 여전히 태중에 있게 된다. ‘4개월 만에 출산된 초미숙아’와 ‘8개월 동안 태중에 있는 태아’를 비교해보면, 생존확률은 ‘태중의 태아’가 훨씬 높다고 할 수 있다. 초미숙아는 사산의 위험이 있기 때문에 출산되었기 때문이다.

이러한 과학적 현실을 감안한다면, ‘전부 노출된 초미숙아’는 완전한 권리능력자로 인정하면서, ‘태중의 태아’는 불완전한 생명으로 개별보호주의를 취하는 현재의 입장은 재검토할 필요가 있다. 즉, 가장 생존이 확실한 ‘미출생 생명’은 ‘모체 내의 태아’이기에 이러한 과학적 현실에 맞게, 태아를 ‘완전한 인간’으로 보호하려는 입법적 검토가 필요하다. 현대의학에서 ‘모체로부터의 노출’은 ‘수정 후 4개월부터 8개월 중’ 치료 목적에 따라 언제든지 가능하기에, 법적관점(法的觀點)에서 어떠한 기준도 될 수 없다는 점도 충분히 고려되어야 할 것이다.

초미숙아의 생존과 함께, 의료계에서는 인공자궁의 개발이 빠르게 진행되었다. 최근 개발된 인공자궁은 콜라겐 등의 단백질로 자궁 형태의

틀을 제작하고, 모체 자궁세포를 붙여 제작한 것이다. 실제 이 인공자궁에 쥐의 수정란을 착상시켰고, 3주 뒤 새끼 쥐가 성공적으로 태어났으며, 오래지 않아 실제 인간의 인공자궁도 제작할 수 있을 것으로 예상된다. 또한 폐호흡이 거의 불가능한 체중 500g 이하의 조산아를 생존시키기 위한 인공자궁도 개발되고 있다. 태아를 모체에서 분리한 후, 탯줄을 인공자궁에 연결시켜 탯줄에 흐르는 피에서 산소와 영양분을 공급하여 생존시키는 방식이다[42].

인공자궁을 전제로 본다면, 종래 ‘사람의 시기(始期)’로 제시된 ‘전부 노출’이 전혀 의미가 없게 된다. 수정란이 모체 밖에서 착상과 성장, 출생의 과정을 모두 마치고 신생아가 되기 때문이다. 또한 ‘독립호흡설’도 의미를 가질 수 없게 된다. 태아를 출생시켜 모체와 연결된 탯줄을 끊고 잠시 독립호흡 한 후, 다시 인공자궁의 탯줄을 연결하여 혈액으로 산소를 공급받기 때문이다. 따라서 ‘독립호흡’과 ‘혈액을 통한 산소공급’을 교대로 하게 된다. 또한 앞서 초기배아의 기본권 주체성과 관련된 헌법재판소 결정(2005헌마346)에서 ‘모태 내에 수용될 때 비로소 독립적인 인간으로의 성장가능성이 있기에 초기배아의 기본권 주체성이 부정된다’는 논리도 타당성을 잃게 된다. 초기배아가 모체에 수용되지 않아도, 체외에서 인간으로 성장해갈 수 있기 때문이다.

생명은 수정, 분할, 착상, 분리, 출산 등의 과정을 겪게 된다. 과거에는 임모가 태아를 임신하고 있으며, 수개월 후 출산하게 된다는 경험칙으로 생명을 추정할 뿐이었다. 따라서 ‘출산(노출)’은 중요한 의미를 가졌다. 하지만 현재는 초음파검사를 통해 ‘생명의 실체’를 수정 시부터 확인하고 있으며, ‘수정 후 4개월부터 8개월 중’ 치료 목적만 있다면 언제든지 출산할 수 있게 되었다. 또한 인공자궁의 개발은 모체에 수용되지 않고, 독

립된 인간이 될 수 있다고 하였다. 따라서 초미숙아의 생존이나, 인공자궁의 개발은 ‘기본권 주체성(基本權主體性)이 인정되는 생명의 시기(始期)’나 ‘민법상 권리능력자(民法上 權利能力者)로 인정되는 사람의 시기(始期)’와 관련해서, ‘구별의 확실성’이라는 형식적 논리가 아니라 ‘생명의 본질’에 따라 판단하는 계기를 마련해주고 있다. 즉, 모체 내 수용, 착상, 출산(노출)은 생명이 거쳐가는 자연스러운 일련의 과정이며, 이러한 과정은 치료목적 등에 따라, 임의로 조절할 수 있게 되었다. 따라서 ‘생명의 본질’이 무엇인지 밝히고, 그 본질이 완성되는 때에 ‘생명권’과 ‘권리능력’이 인정된다고 해야 할 것이다.

#### 4. 수정란 폐기 등의 생명침해 위험

과학의 발달로 태아의 생존가능성은 과거와는 비교할 수 없을 만큼 높아졌다. 하지만 의도적인 수정란 폐기, 임신중절, 배아복제 등의 생명침해 위험은 더욱 높아졌다.

체외수정을 목적으로 잉여수정란을 생성한 후 연구와 실험 목적으로 폐기하거나, 핵치환 복제 배아를 대량으로 양산하여 산업적으로 활용하려는 시도가 계속 이어지고 있다. 또한 불법낙태와 관련하여, 국내에서는 ‘프로라이프 의사회’ 등 사회단체의 낙태시술병원 고발에도 불구하고 태아는 여전히 임신중절의 위험에 노출되어 있다.

체외배아를 산업적으로 활용하고 폐기하는 것은, 법적으로 생명권이 인정되는 태아와 다르게 파악하고 있기 때문이다. 또한 태아에 대한 불법 낙태시술이 근절되지 않는 것은 모자보건법의 광범위한 허용범위와 더불어[43], ‘태아’를 ‘출생자’와 다르게 취급하는 입법태도에 기인한다고 생각된다.

앞서 본 바와 같이 체외배아도 ‘유전적 동일

성’과 ‘발육능력’을 모두 가지고 있으며, 본질적 측면에서 ‘착상된 태아’와 동일하다. 특히 인공자궁이 개발되어가는 현실에서는 ‘체내’와 ‘체외’를 차별할 근거가 없다고 할 것이다. 따라서 잉여수정란, 체세포 복제배아는 민법상 ‘태아’로 해석하는 것이 타당하다. 또한 현대의료기술로는 ‘수정 후 4개월부터 수정 후 8개월 중’ 치료 목적으로 언제든지 출산시킬 수 있다는 측면에서 보면, ‘착상된 태아’와 ‘출생자’도 법적 지위를 차별적으로 취급할 근거가 없다고 할 것이다.

따라서 수정란 폐기와 배아복제, 임신중절 등의 과학을 매개로 한 생명침해위험을 감소시키기 위해서는 체외배아와 착상된 태아 등의 미출생 생명(未出生 生命)에 대해, 출생자(出生者)와 동일한 법적 지위를 인정하는 것이 바람직할 것이다.

#### 5. 미출생 생명의 다양성

민법 제정 당시에는 성교에 의해 모체 내에 존재하는 태아가 미출생 생명의 전부였다. 하지만 현재는 생성방법(生成方法)이 성교, 체외수정, 체세포복제로 다양해졌으며, 생성장소(生成場所)도 모체, 시험관, 인공자궁 등으로 개발되었다. 또한 존재형태(存在形態)도 체외배아, 체세포 복제배아, 인공자궁 내 배아, 모체 내 태아로 다양해졌으며, 초미숙아, ‘신생아’로 성장해간다.

앞서 본 바와 같이, 체외 배아는 언제든지 착상시켜 출생시킬 수 있기에, ‘냉동배아의 상숙능력’이 문제된다. 또한 복제배아는 대량으로 양산되어 산업적으로 활용되고 폐기될 위험에 처해 있다. 하지만 체외배아, 체세포복제배아, 인공자궁 내 배아 등의 미출생 생명은 ‘모체 내에 착상된 태아’와 본질이 동일하며, 언제든지 착상 후 사람으로 출

생활 수 있다. 따라서 ‘모든 미출생 생명’은 그 존재 형태를 불문하고 ‘모체 내 태아’와 동일한 법적 지위를 가진다고 해야 할 것이다.

초미숙아의 생존과 인공자궁의 개발은 ‘출생(出生)과 미출생(未出生)의 차별’을 무의미하게 했다. 현대 의료기술은 ‘수정 후 4개월부터 8개월 중’ 치료목적만 있다면 언제든지 출산시켜 치료를 통한 성장을 가능하게 하였다. 하지만 치료목적으로 출산된 ‘초미숙아’보다는 ‘모체 내의 태아’가 사람으로 생존할 가능성이 훨씬 높다. 따라서 ‘출생’ 자체는 사람으로서의 생존과는 무관하게 되었다. 또한 인공자궁의 개발은 수정에서 출생까지 전 과정이 ‘모체 밖’에서 이루어지므로, ‘모체 내 수용’, ‘독립호흡’, ‘전부 노출’ 등 종래의 ‘생명’이나 ‘사람’이 되는 모든 기준을 무의미하게 만들 것으로 예측된다. 결국 ‘수정란’은 모체, 인공자궁, 초미숙아 등 다양한 경로를 통해서 동일한 인간으로 성장해 갈 수 있게 된다.

앞서 본 바와 같이 ‘모든 미출생 생명’은 ‘모체 내의 태아’와 동일한 법적 지위를 가지는 것이 타당하다. 또한 초미숙아와 인공자궁의 개발 등을 검토해보면, ‘출생과 미출생’의 구별도 무의미하게 되었다. 결국 수정된 이후의 ‘모든 미출생 생명’은 그 존재형태를 불문하고, ‘출생한 사람’과 동일한 법적 지위를 가진다고 하는 것이, 현대과학의 측면에서 타당한 결론이 될 것이다.

## V. 결론

태아의 권리능력에 관해서는 민법 제정 당시의 법률과 이론이 큰 변화 없이 유지되고 있다. 하지만 현재는 민법 제정 당시와는 비교도 할 수 없을 만큼 생명과학과 의료기술이 발전하였다.

이에 따라 생명의 본질도 점차 규명되어가고 있으며, 법학을 포함한 다양한 분야에서 논의가 진행되고 있다. 본 연구에서는 비약적인 과학발전을 바탕으로 한 ‘생명의 본질’에 대한 논의를 민법의 체계에 적용하여 보여줌으로써, 재논의의 필요성에 대한 단초를 제시하려 하였다. 특히, 시장경제 질서하에서는 재산관계와 가족관계의 확정은 ‘생명의 논의’에 있어서 가장 큰 실효성이 될 수 있기에, 민법에서의 논의는 그만큼 의미가 크다고 할 수 있다. ‘미출생 생명’이 권리능력자로 인정된다면, 손해배상과 상속뿐만 아니라 대리를 통한 법률관계가 성립될 수 있다. 이러한 점에서는 ‘국가의 생명권 보호의무’ 등의 공법상 효과보다 더욱 직접적이고 현실적인 효과를 가질 수 있으며, 사회적인 인식의 변화에도 큰 영향을 미치게 될 것이다. 다만, 민법상의 논의는 일반사법의 입장에서 원칙을 정립하려는 것이다. 이러한 원칙을 바탕으로 현재 허용중인 ‘체외수정’이나 ‘예외적 연구’ 등은 다시 특별법으로 논의되고 규정될 수 있을 것이다. 원칙의 정립은 예외적 허용범위를 명확히 하여 ‘인간의 존엄성’과 ‘법적안정성’을 공고히 할 것이다.

민법은 미출생 생명 중에서 ‘태아’만을 유일하게 규정하고 있다. 한편, 헌법재판소는 최근 결정을 통해 ‘민법상 태아’를 ‘생명권을 가지는 기본권주체’로 인정하였다. 이러한 점을 종합해보면, ‘민법상 태아의 시기(民法上 胎兒 始期)’는 ‘인간생명의 시기(人間生命 始期)’와 동일한 시점이라고 할 수 있다. 따라서 ‘태아의 시기’를 판단하기 위해서는 ‘생명의 본체가 인정되는 시기’를 파악할 필요가 있다.

생명은 수정 이후에 분할·착상·분리·출산 등의 과정을 거치게 된다. 또한 ‘수정 후 14일경’에는 ‘원시선’이 발생한다. 생명의 본체(本體)을 판단하는 기준시점으로 착상, 수정 후 14일(원

시선), 모체 내 수용 등의 견해가 제시되었다. 하지만 착상이나 원시선 발생 등은 수정 후에 생명이 거쳐가는 ‘일련의 과정’일 뿐 본질의 변화는 전혀 없다. 더욱이 ‘수정 후 14일’은 ‘분화력 있는 줄기세포’를 활용하기 위한 목적적 기준일 뿐이다. 최근 헌법재판소는 태아의 생명권을 인정하면서도, 초기배아(체외배아)의 생명권은 부정하였다. 그 근거로 ‘모체 내의 수용’이 있어야만 독립된 인간으로 성장할 수 있다는 것이다. 하지만 인공자궁의 개발로 인간은 ‘모체 밖’에서도 생명이 가능해지고 있다. 특히 사후피임의 허용으로 ‘체내 미착상 수정란’이 자유롭게 폐기되는 것이 현실이다. 이렇게 인공자궁과 사후피임의 사례를 본다면 헌법재판소가 제시한 ‘모체 내 수용’도 ‘생명권’의 기준이 될 수는 없다. 헌법재판소는 ‘생명성의 판단은 생물학적 인식과 자연과학·기술의 발전에 터잡아 해석해야 한다’고 밝혔다. 현대 생명과학은 수정 후에 거쳐가는 ‘모든 과정’을 체외에서 기술적으로 대체할 수 있도록 발전해가고 있다. 이러한 현실에 감안한다면, ‘유전자’가 확정되고, ‘발육(세포분열)’을 시작하는 ‘수정 시’에 생명으로서의 본체가 완성되며, 그 때부터 ‘생명권’의 주체가 된다고 해야 할 것이다. ‘민법상 태아의 시기(始期)’는 ‘인간생명의 시기(始期)’인 ‘수정 시(受精時)’로 보는 것이 타당할 것이다.

생명과학의 발달은 ‘미출생 생명’의 형태에 많은 변화를 가져왔다. 과거에는 ‘임모의 체내’에 존재하는 태아를 추정(推定)할 뿐이었다. 하지만 현재는 ‘체외(體外)’에서도 다양한 형태로 존재한다. 또한 초음파 등으로 실체를 확인·진단(確認·診斷)하며 치료의 필요가 있으면 언제든지 ‘초미숙아’로 출산시켜 보호한다. 체외배아, 체세포복제배아, 인공자궁 내 배아 등은 ‘모체 내의 착상된 태아’와 본질이 동일하며, 착상

후 사람으로 출생할 수 있다. 따라서 모든 미출생 생명은 그 존재형태를 불문하고 모체 내 태아와 동일한 법적 지위를 가진다고 해야 한다. 또한 초미숙아의 생존과 인공자궁의 개발은 ‘출생(出生)과 미출생(未出生)의 차별’을 무의미하게 만들었다. 따라서 ‘모체 내의 태아’와 ‘출생자’도 동등해졌다고 할 수 있다.

결국, 현대 생명과학기술은 ‘체외 수정란’과 ‘체내 착상된 태아’를 동일하게 다루며, ‘체내의 태아’와 ‘출생자’를 동일하게 만들었다. 이러한 현실을 감안한다면 법적으로도 ‘수정 이후의 모든 미출생 생명’은 존재형태와 상관없이 ‘출생자’와 동일하게, 권리능력을 가지는 ‘사람’으로 보는 것이 타당할 것이다.

학설에 따라서는 현행 민법에서 ‘해석론(解釋論)’으로 태아를 ‘사람’에 포함시켜 권리능력자로 보호하려는 주장이 있다. 즉, 민법 제3조의 ‘사람’에 ‘태아’를 포함시키고, ‘생존’에 태아의 ‘생명’으로의 발달가능성(세포분열)’을 포함하여, ‘태아(사람)는 세포분열을 계속하는 동안(생존하는 동안) 권리와 의무의 주체가 된다’로 해석하는 것이다[44]. 하지만 이러한 해석론은 일반적인 문언의 이해범위를 넘는 것이므로, 사회관념상 수용하기 힘들다. 따라서 ‘입법론(立法論)’으로 검토하여 명확하게 규정하는 것이 타당할 것이다. 우선 비교법적(比較法的)으로 살펴본다면, 모든 법률관계에서 권리능력을 인정하는 ‘일반 보호주의’로의 전환을 검토해볼 수 있다[45]. 하지만 근본적으로는 ‘수정 이후의 모든 미출생 생명’이 존재형태와 상관없이 동일한 지위를 가지는 것과, ‘출산과 미출산의 구별’이 무의미해져 가는 현실을 감안하여, ‘수정’ 이후는 ‘사람(자연인)’으로 보고, 완전한 권리능력을 인정하는 것이 명확하다. 즉, 민법 제3조를 ‘사람(자연인)’은 수정(受精)된 때로부터, 생존하는 동안 권리

와 의무의 주체가 된다'로 개정(改正)하는 것이 근본적인 해결책이 될 것이다. 이렇게 되면, 수정 이후의 모든 미출생 생명은 '사람'으로서 완전한 권리능력을 가지므로, '태아의 권리능력'은 별개로 논의될 필요가 없을 것이다[46]. ◎

## REFERENCES

- 1) 광윤직, 김재형. 민법총칙. 서울 : 박영사, 2012.
- 2) 헌재 2010. 5. 27. 2005헌마346.
- 3) Albin Toffler, 김중웅 역, 부의 미래(Revolutionary Wealth), 서울 : 청림출판, 2006.
- 4) 김천수. 복제인간의 법적지위. 비교사법 2001 ; 8(2) : 665-704.
- 5) 박은정. 생명공학시대의 법과 윤리. 서울 : 이화여자대학교 출판부, 2000.
- 6) 강태성. 민법총칙. 제5판. 서울 : 대명출판사, 2013.
- 7) 대법원 1982. 2. 9. 선고 81다534 판결.
- 8) 헌재 2008. 7. 31. 2004헌바81.
- 9) 사동천. 타인의 불법행위로 인한 태아의 손해 배상. 중앙법학 2008 ; 10(4) : 33-72.
- 10) 대법원 1976. 9. 14. 선고 76다1365 판결.
- 11) 김상용. 민법총칙. 서울 : 화산미디어, 2009.
- 12) 이영준. 민법총칙. 서울 : 박영사, 2007.
- 13) Cameron NM. Pandora's progeny: ethical issues in assisted human reproduction. Family Law Quarterly 2005 ; 39(3) : 745-780.
- 14) 김천수. 인공수정에 관한 법적 고찰. 민사법학 2001 ; 21 : 82-116.
- 15) 구인회. 생명윤리 무엇이 쟁점인가. 서울 : 아카넷, 2010.
- 16) 권영성. 헌법학원론. 서울 : 법원사, 2010.
- 17) 박동진. 출생 전 생명에 대한 민사법적 고찰. 의료법학 2009 ; 10(1) : 77-116.
- 18) 구인회. 배아보호에 관한 윤리적 검토. 한국의료윤리학회지 2009 ; 12(3) : 287-302.
- 19) 이은영. 민법에 있어서 권리주체 및 권리객체 개념의 변화. 전북대학교 법학연구 2010 ; 30 : 69-101.
- 20) 이경희. 가족법. 서울 : 법원사, 2012.
- 21) 고정명. 인공적 임신의 법적논의에 대한 관견. 법학논총 1991 ; 3(1) : 5-27.
- 22) 고상용. 민법총칙. 서울 : 법문사, 2005.
- 23) 한봉희. 인공수정자법의 연구. 법학연구 1987 ; 14 : 1-35.
- 24) 김주수, 김상용. 민법총칙. 서울 : 삼영사, 2013.
- 25) 김민중. 생명윤리와 민법. 저스티스 2002 ; 65 : 111-142.
- 26) 문국진. 인공수정의 법의학적 문제. 대한법의학회지 1986 ; 10(2) : 70-76.
- 27) 박선영. 인간의 존엄과 가치 그리고 배아. 헌법학연구 2007 ; 13(1) : 373-409.
- 28) 이상태. 부부의 인공수정과 법적문제. 아세아여성연구 1984 ; 23 : 289-311.
- 29) 김일수. 인간복제의 윤리적·법적 문제. 법조 1999 ; 48(7) : 5-30.
- 30) 조홍석. 생명복제와 인간의 존엄. 공법연구 2001 ; 30(1) : 23-45.
- 31) 최민수. 체외배아의 민법상 지위-독일과 한국의 비교를 중심으로. 민사법학 2012 ; 58 : 35-69.
- 32) 법무부. 외국의 유전공학 관련법제. 서울 : 법무부, 1998.
- 33) 조인성. 독일 유전공학법의 이해 II. 서울 : 한국학술정보, 2010.
- 34) 김천수. 인간복제기술의 발전과 법적 허용한계. 사회과학연구 1999 ; 7(2) : 431-477.
- 35) 서계원. 생명윤리법상 생명권과 인간배아복제의 문제. 세계헌법연구 2004 ; 10 : 113-144.
- 36) 디지털타임스. 배아줄기세포 치료제 국내 첫 임상시술. 2012. 11. 7. <http://www.dt.co.kr> 2012년 11월 22일 방문.
- 37) 김훈기. 생명공학과 정치. 서울 : 휘슬러, 2005.
- 38) 동아사이언스. 인공정자+인공난자+인공자궁 ...과연 아이를 가질 수 있을까? 2008. 8. 1. <http://news.dongascience.com> 2012년 11월 1일 방문.
- 39) 권복규, 박은정. 줄기세포연구자를 위한 생명윤리. 서울 : 세창출판사, 2007 : 44-54.
- 40) Dehmel JM. To have or not to have: whose procreative rights prevail in disputes over dispositions of frozen embryos? Connecticut Law Review 1995 ; 27 : 1377-1405.
- 41) 세계일보. 22주 440g 초미숙아 치료 성공. 2008. 6. 24. <http://www.segye.com> 2011년 12월 28일 방문.
- 42) 국민TV. 동물 인공자궁태반 국내 첫 개발. 2004. 9. 24. <http://www.kukminnews.com> 2012년 11월 1일 방문.

- 43) 조흥석. 현행 모자보건법 제14조의 헌법상 문제점과 개선방안. 법제 2000 : 12-26.
- 44) 김천수. 태아의 법적지위. 비교사법 2003 ; 10(2) : 21-64.
- 45) 양창수. 민법연구 제9권. 서울 : 박영사, 2009.
- 46) 강태성. 이른바 총유에 대한 비판적 검토. 민사법연구 2007 ; 15(1) : 73-104.

## A Legal Perspective on a Fetus's Capacity for the Enjoyment of Rights

YOO Ji Hong\*

### Abstract

Although biotechnology plays an important role in modern medicine, it does give rise to a host of legal and ethical issues. This article examines the legal status of unborn life in order to establish the proper future direction of biotechnology. When Civil Law was first legislated, an “unborn life” was considered to be a fetus in a mother’s body and something generated by sexual intercourse. However, biotechnology has since changed the scope of that term. For instance, an embryo can now be created in number of ways in addition to sexual intercourse, such as in vitro fertilization and somatic cell cloning. Furthermore, biotechnology allows for the detection of the genetic identity and growth potential of a fertilized egg, which arguably supports the view that the legal status of an artificial embryo is equal to that of a fetus. The author of this article examines the legal status of fetuses in Civil Law. It is claimed that clauses of Civil Code for the protection of fetuses should be interpreted as exceptional provisions. It is also argued that a fetus acquires the capacity for enjoying private rights in utero and that Article 3 of the Civil Code should be revised to state that a human being is the subject of rights and obligations from fertilization and throughout survival.

### Keywords

embryo, fetus, subject of rights, cloned human embryos, in vitro fertilization, Korean Bioethics and Bio-safety Law

---

\* Law Research Institute, Kyungpook National University: *Corresponding Author*