

# 난자의 연구 이용 관련 우리나라 법원 판결에 대한 고찰 : 난자매매 및 난자채취손해배상청구 관련 판결을 중심으로\*

김 은 애\*\*

I. 들어가며

III. 난자채취손해배상청구 관련 판결에 대한 고찰

II. 난자매매 판결에 대한 고찰

IV. 마치며

【국문초록】 이 글은 난자의 연구 이용과 관련하여 난자매매와 난자채취손해배상이 문제되었던 사건에 대한 판결의 주요 내용을 소개하고 판결의 논거를 중심으로 판결을 분석함으로써 그 의의와 한계점에 대해 살펴본 글이다.

먼저, 난자매매 관련 판결(원심 : 서울고등법원 2010년 12월 16일 선고 2009노3100 판결, 상고심 : 대법원 2014년 2월 27일 선고 2011도48 판결)은 피고가 산부인과 병원 운영자와 공모하여 난임 해결을 위해 체외수정시술을 받는 여성들에게 시술비 등을 감면해주는 조건으로 난자를 제공받아 이를 체세포복제배아연구에 이용하였는데, 이것이 난자매매를 금지하는 법 규정을 위반한 것이라는 이유로 기소된 사건에 대한 판결이다. 이 사건을 담당한 서울고등법원 및 대법원 재판부 모두 해당 법률의 입법취지나 해당 조항의 문구를 고려할 때 채무면제 등 소극적 이익을 제공한 것도 재산상의 이익에 해당하기에 난자매매를 금지하고 있는 법 규정을 위반한 것이라고 판단하여 피고인에게 「생명윤리법」 위반에 대해 유죄를 선고하였다.

이 판결은 난자매매의 위법성을 최초로 인정한 판결로서 의의가 있을 뿐만 아니라, 난자매매를 금지하여야 하는 보다 근본적인 이유가 인간의 존엄과 가치의 존중 및 자발성 보장에 있음을 이해하고 이러한 측면과 관련하여 난자매매의 비윤리성을 지적하면서 내려진 판결이라는 점에 더욱 큰 의의가 있다. 그러나, 난자매매에만 초점을 두었기에 검토가 난자제공의 무상성 측면에 한정되었을 뿐 난자의 연구용 제공이 여성에게 미치는 부정적인 영향이나 난임 여성이 가지고 있는 취약성에 대한 고려는 이루어지지 않았다는 점, 판결문에서 여성을 매도할 수 있는 부적절한 표현이 사용된 점, 직접적인 난자매매 행위에 대한 법적 논의가 불가능했던 점 등에 한계가 있다.

다음으로, 난자채취손해배상청구 관련 판결(원심/1심 : 서울중앙지방법원 2009년 2월 18일 선고 2006가단161267 판결, 항소심/2심 : 서울중앙지방법원 2009년 12월 1일 선고 2009나10224 판결)은 황우석 연구팀에 난자를 제공한 원고들이 동의 획득 과정에서 연구에 대한 충분한 정보를 적절하게 제공받지 못하여 연구의

\* 이 논문은 2014년 정부(교육부)의 재원으로 한국연구재단의 지원을 받아 수행된 연구임 (NRF- 2014S1A5B5A02013488)

\*\* 이화여자대학교 생명의료법연구소 연구교수, 법학박사

목적과 성과에 대해 정확하게 알지 못한 상태에서나 자신이 제공하는 난자가 우선적으로 자신의 가족을 위해 사용될 것으로 안 상태에서 기망에 의한 결정을 내린 탓에 과배란유도 및 난자채취시술을 거쳐 난자를 연구용으로 제공한 일과 관련하여 자기결정권을 침해당하였고 정신적 손해를 입었다는 이유로 손해배상을 청구한 사건에 대한 판결이다. 이 사건을 담당한 서울중앙지방법원 1심과 2심 재판부 모두 원고들에게 연구 관련 정보와 설명이 적절하게 제공되지 않았다고 볼 이유가 없고, 따라서 이로 인해 자기결정권이 침해되었거나 정신적 손해가 발생하였다고 볼 수 없다는 이유로 원고의 청구를 기각하였다.

이 판결은 체세포복제배아연구를 위해 난자를 제공한 여성들이 '연구대상자에게 충분한 정보와 설명 제공 후 적절한 동의 획득' 및 '연구의 위험으로부터 연구대상자 보호'라는 연구윤리 및 생명윤리의 대원칙이자 핵심이 자신들이 아무런 대가 없이 난자를 연구용으로 제공한 일과 관련하여 문제가 있었음을 직접 제기하였던 것에 대한 최초의 판결이라는 점에 의의가 있다. 그러나, 연구 관련 정보와 설명의 불충분한 제공과 현실에 맞지 않는 부적절한 정보의 부적절한 제공을 인정하지 않은 점, 동의권자가 연구에 대해 이해하였는지를 확인하지 않은 점, 사실에 근거한 정확한 정보의 제공에 대한 연구자의 의무를 간과한 점, 심각한 위험이 발생하지 않았다는 사실을 위험에 대한 정보와 설명 제공의 불충분성을 인정하지 않은 이유로 삼은 점, 기관생명윤리심의위원회의 역할과 책임에 대해서는 검토조차 하지 않은 점 등에 한계가 있다.

**【색인어】** 연구, 체세포복제배아연구, 난자, 난자매매, 난자채취, 충분한 정보에 근거한 동의, 손해배상 청구, 생명윤리 및 안전에 관한 법률, 기관생명윤리위원회, 연구윤리, 생명윤리

## 1. 들어가며

2004년 초 미국 사이언스지(Science誌)는 인터넷 속 보를 통해 황우석 연구팀이 세계 최초로 여성의 난자를 이용하여 배아줄기세포를 만드는 데에 성공하였음을 발표하였고, 뒤이어 관련 논문은 이 저널의 표지에 게재되었으며, 주요 연구자들은 미국의 타임지(Time誌)가 선정한 '세계에서 가장 영향력 있는 100인'에 선정되기도 하였다. 그러나 얼마 지나지 않아 영국 네이처지(Nature誌)는 이 연구팀 내 연구원의 난자 제공 관련 의혹을 제기하였고, 한국생명윤리학회도 연구에 사용된 난자의 출처, 관련 기관에서 이루어진 IRB 심의와 승인의 적절성 등에 대한 해명을 요구하며 사회적 합의를 고려하지 않은 연구가 문제라는 내용으로 윤리적 문제를 제기하는 문건을 사이언스지에 게재하였다. 그러나 이러한 불구하고 이 연구팀의 연구 성과는

계속적으로 발표되었고, 주요 연구자들은 상을 받거나 지위를 얻고 연구 제안을 받는 등 승승장구해왔다.

하지만 2005년 11월 한 TV 프로그램에서 줄기세포 연구에 사용된 난자의 부적절한 출처와 사실상의 난자매매, 그리고 세계유명저널을 통해 논문으로 발표된 연구결과의 진실성을 문제 삼으면서 이 모든 일들은 소위 '황우석 사건'으로 비화되었다. 이후 이러한 의혹들은 조사를 통해 대부분 사실로 드러났고, 결국 연구 성과로 발표된 모든 내용들이 조작되었거나 허위인 것으로 판명되었다. 이에 2006년 검찰이 주요 연구자들을 사기나 횡령 등의 혐의로 기소하였고, 여러 차례 공판이 이루어진 끝에 법적 처벌이 결정되기도 하였다. 이러한 사건은 우리나라 한 영화 제작의 모티브가 되었을 만큼 매우 충격적이고 부도덕한 사건으로, 우리나라 국민들의 기대에 큰 배신감을 안겨주었을 뿐만 아니라 전세계적으로는 우리나라 과학계에 오명과 낙인의 문제를 초

래하여 우리나라 과학자들과 이들의 연구결과에 대한 신뢰에까지 타격을 줄 정도에 이르렀다.

올해로 이러한 사건이 발생한지 약 10년 정도가 지났다. 이러한 사건에 대한 경험은 우리나라에서 연구 윤리와 생명윤리의 중요성을 강하게 인식하게 된 계기가 되었고, 관련 체계를 마련하거나 정비하여 연구를 윤리적으로 수행하고 생명을 존중하는 문화를 만들어 가는 기회를 제공해주었다. 실제로, 배아생성, 배아연구, 체세포복제배아연구, 유전자연구뿐만 아니라 인간 대상연구, 인체유래물연구, 단성생식배아연구, 인체유래물 등의 수집·보존·제공 등이 이루어지는 병원의외에 교육기관과 연구기관에 이르기까지 연구가 이루어지는 기관이라면 연구윤리와 생명윤리를 담보할 수 있는 인프라로서 기관생명윤리위원회(Institutional Review Board, 구) 기관생명윤리심의위원회, 이하 'IRB'라 한다)가 설치되어 연구를 심의하고 관리할 수 있도록 하는 일이 법적으로 강제되었고, 연구자들에게 이러한 연구를 수행하기에 앞서 연구계획에 대해 IRB의 심의를 받을 뿐만 아니라 이러한 연구에 참여하는

연구대상자에게 연구에 대한 충분한 설명을 제공해주고 동의를 획득하도록 하는 의무가 법적으로 부과되는 등의 변화가 뒤따랐다.<sup>1)</sup>

이러한 사건에서 가장 문제가 되었던 부분 중 하나는 여성의 난자를 이용한 일과 관계되어 있다. 황우석 연구팀은 2천개 이상의 난자를 사용하였는데,<sup>2)</sup> 이와 관련하여 동의 획득, 대가 지불, 연구원에 의한 난자 제공 등에 있어 부적절성 문제와 연구 관련 사항(특히 위험성)에 대한 설명의 불충분성 문제 등이 제기되었기 때문이다. 필연적으로 배아줄기세포연구는 여성의 난자를 필요로 할 수밖에 없다. 그런데 이러한 난자는 과배란유도와 난자채취시술라는 인위적 절차를 통해서만 충분한 수를 확보하여 여성의 몸 밖으로 꺼낼 수 있기에 여성에게는 이로 인한 문제가 발생할 수밖에 없어 난자의 연구 이용은 여성의 건강권의 문제와 직접적인 연관관계가 있다.<sup>3)</sup> 특히 연구에 사용된 난자의 상당수는 난임(難妊)으로 인해 체외수정시술을 겪어내야 하는 여성이 임신을 목적으로 체외수정을 하여 배아를 생성<sup>4)</sup>하기 위해 과배란유도와 난자채취시술을 통해 확보

- 1) 현행 「생명윤리 및 안전에 관한 법률」 제10조 제1항 및 제3항, 제15조 제1항, 제16조 제1항 및 제4항, 제36조 제1항, 제37조 제1항 및 제4항 등 참고
- 2) 서울대학교 조사위원회의 조사 결과에 의하면 2002년 11월부터 2005년 11월까지 미즈메디병원을 비롯한 4개 병원에서 129명의 여성으로부터 채취한 총 2,061개의 난자가 황우석 연구팀에 제공된 것으로 확인되었고(서울대학교 조사위원회(2006년 1월 10일), 〈황우석 교수 연구의혹 관련 조사 결과 보고서〉, 29쪽 참고), 보건복지부 조사 결과에 의하면 2002년 2월부터 2005년 12월까지 이들 병원에서 119명의 여성으로부터 채취한 2,221개의 난자가 황우석 연구팀에 제공된 것으로 확인되었으며(보건복지부(2006년 11월), 〈황우석 연구의 난자수급과정 등 생명윤리 관련사항 조사결과〉, 6쪽 참고), 국가생명윤리심의위원회 조사 결과에 의하면 2002년 11월부터 2005년 12월까지 이들 병원에서 119명의 여성으로부터 채취한 2,236개의 난자가 황우석 연구팀에 제공된 것으로 확인되었다(국가생명윤리심의위원회(2006년 11월), 〈황우석 연구의 생명윤리 문제에 대한 보고서〉, 4쪽 참고).
- 3) 과배란유도와 난자채취시술의 방법과 의학적 문제점 그리고 관련 문제에 대한 국내의 사례에 대해서는 김은애, 난자제공에 관한 우리나라 법적 기준 및 절차와 그 의의, 젠더법학 제2권 제1호, 이화여자대학교 젠더법학연구소, 2010, 102-106쪽; 김병수, 황우석 사태 이후의 배아줄기세포연구, 사회과학연구 26권 2호, 국민대학교 사회과학연구소, 2014, 240쪽 참고.
- 4) 이는 불임(不妊)이라는 용어를 대신하여 최근 사회적으로나 법적으로 사용되고 있는 용어이다. 보조생식술(assisted reproductive technology)이 일반적인 의료서비스와 다를 바 없는 것으로 여겨지고 이용되면서 그리고 다른 사람의 생식세포를 임신에 이용하게 되면서 실제로 과거 불임에 해당하는 범주는 점차 난임에 해당하는 범주에 포섭되고 있을 뿐만 아니라 난임에 해당하는 범주 자체도 매우 좁아지고 있다. '불임'이라는 부정적인 용어가 불임가정에 대한 사회적 편견을 조장할 우려가 있어 '임신하기 어려운 일 또는 그런 상태를 뜻하는 '난임'으로 용어를 변경하여 난임 가정에 희망을 주고 난임에 대한 사회적 인식을 전환하려는 목적에서 「생명윤리법」 상의 용어도 2012년 2월 1일 전부개정을 통해 불임에서 난임으로 개정되어 현재도 사용되고 있다. 이 글을 통해 살펴볼 판결문에서는 모두 불임, 불임여성, 불임치료 등의 용어를 사용하고 있으나 이러한 바를 감안하여 이 글에서는 난임, 난임여성, 난임해결 등의 용어로 바꾸어 사용하도록 하겠다.

한 남자 가운데 얻어진 것이었기에 남자의 연구 이용은 여성의 재생산건강권(reproductive health rights)<sup>5)</sup>의 문제와도 상당히 밀접한 관계가 있다.<sup>6)</sup>

이러한 남자의 연구 이용과 관련하여 그간 우리나라에서는 단 2건의 판결이 있었다. 한 가지는 황우석 연구팀에 제공된 남자와 관련하여 채무면제 등 소극적 이익을 제공하는 것이 남자의 유상거래를 금지하고 처벌하는 「(전부개정 전) 생명윤리 및 안전에 관한 법률 (이하 '생명윤리법'이라 한다)」 상의 조항에 따라 금지되는 행위인지 여부와 해당 남자가 체세포복제배아생성에 이용된 경우에도 이러한 조항이 적용될 수 있는지 여부에 대한 판결(원심: 서울고등법원 2010년 12월 16일 선고 2009노3100 판결, 상고심: 대법원 2014년 2월 27일 선고 2011도48 판결, 이하 '남자매매 판결'이라 한다.)이고, 다른 한 가지는 이 연구팀에 남자를 제공한 여성이 동의 과정에서 연구 목적이나 성과 그리고 남자채취 관련 부작용 등에 대한 충분한 정보를 제공

받지 못한 상태에서 남자제공을 하게 되어 자기결정권을 침해당했고 신체적 정신적 고통을 겪었기에 이러한 손해에 대한 배상을 요구한 것에 대한 판결(원심/1심: 서울중앙지방법원 2009년 2월 18일 선고 2006가단161267 판결, 항소심/2심: 서울중앙지방법원 2009년 12월 1일 선고 2009나10224 판결, 이하 '남자채취손해 배상청구 판결'이라 한다)이다.

이 두 판결은 남자의 연구 이용과 관련한 두 가지 중요한 문제점인 남자매매<sup>7)</sup>의 문제와 남자 제공 관련 정보와 설명의 불충분한 제공에 기반한 부적절한 동의 획득의 문제와 각각 관련되어있다. 이에 단지 황우석 사건에 관계되어 있는 사건과 쟁점에 대해서 살펴보는 것이 아니라, 직접적으로 법적으로 문제제기가 되었던 부분들과 관련된 이 두 판결에 대해 연구윤리 관점에서나 생명윤리 관점에서 고찰해보는 것은 매우 의미가 있을 것으로 판단된다. 이하에서는 남자매매에 대한 서울고등법원의 원심 판결 및 대법원의 최종 판결, 그

5) 생식건강권이라고도 한다. 재생산권리(reproductive rights)는 협의로는 인간 생명의 창조와 직접 관계되는 활동으로서 임신·출산이라는 재생산활동에 대한 권리, 특히 임신·출산의 여부와 시기를 결정할 수 있는 일과 관계되는 권리고, 광의로는 임신·출산에 대한 결정권은 이에 대한 조절과 긴밀한 연관성이 있을 수밖에 없으므로 피임권과 임신중단권까지를 포함하는 권리이다. 이에 재생산건강권은 이러한 재생산권리의 실질적 향유를 위한 기초 내지 전제로서 임신·출산·피임·임신중단에 관계되는 정보에 접근하거나 이를 청구할 수 있고 이에 관계되는 보건의료서비스를 차별 없이 제공받을 수 있는 등 재생산과 관계되는 건강의 총체적 안녕을 향유할 권리를 말한다. 여성의 재생산건강권 문제와 이의 보장에 대한 보다 구체적인 내용은 김은에, 여성의 재생산건강권 보장에 관한 소고: 생식세포 제공수증의 문제를 중심으로, 한국의료법학회지 제17권 제2호, 한국의료법학회, 2009, 85-107면 참고.

6) 보건복지부 조사 결과에 의하면 난임을 해결하기 위해 체외수정시술을 받는 여성에게서 채취한 난자를 그 수와 성숙도를 고려하여 약 절반 정도를 황우석 연구팀에 제공하였다고 하나, 배아생성보조연구원은 황우석 연구팀이 미성숙 난자를 성숙시키는 기술이 부족하므로 성숙도가 좋은 난자를 (난임을 해결하기 위해 체외수정시술을 받는 여성을 위해 사용하는 것이 아니라) 황우석 연구팀에 우선 배분할 것을 여러 차례 지시 받았음을 진술하였고, 실제로 조사단이 관련 서류를 검토한 결과 전체 채취 난자의 48%가 황우석 연구팀에 제공되었고 난자의 성숙도별로 보면 성숙도가 좋은 등급의 난자 중 63%가 연구용으로 제공되었다는 것이 사실로 확인되었으며, 성숙도가 좋은 등급의 난자 모두가 황우석 연구팀으로 제공되었거나 성숙도가 좋은 난자 중 시술용보다 연구용으로 제공된 개수가 2배 이상 많았던 경우도 있었던 것으로 확인되었다(보건복지부(2006년 11월), <황우석 연구의 난자수급과정 등 생명윤리 관련사항 조사결과>, 28-29쪽 참고).

7) 보건복지부 조사 결과에 의하면 보상을 받고 연구용으로 난자를 제공한 여성들의 경우 대부분 인터넷 또는 친구의 소개로 알선업체를 통해 난자를 제공했던 것으로 확인되었고, 본인의 난임을 해결하기 위해 체외수정시술을 하면서 채취된 난자의 일부를 연구용으로 제공한 부분공여자의 경우 난자 제공을 제의 받으면서 약값이나 시술비에 대한 감면이나 지원 등을 제안 받았기에 난자를 제공했던 것으로 확인되었다(보건복지부(2006년 11월), <황우석 연구의 난자수급과정 등 생명윤리 관련사항 조사결과>, 11-13쪽 참고). 그러므로 사실상 연구자가 적극적으로 난자를 사들인 것과 다를 바 없어 '남자매매(賣買)'가 아닌 '남자매수(買受)'의 문제가 있었던 것으로 지적하는 것이 적절하다고 판단된다.

리고 난자채취손해배상청구에 대한 서울중앙지방법원의 원심/1심 판결과 항소심/2심 판결의 주요 내용을 소개하고 판결의 논거를 중심으로 판결을 분석함으로써 그 의의와 한계점에 대해 살펴보도록 하겠다.

## II. 난자매매 판결에 대한 고찰

### 1. 사건 개요

피고인은 산부인과 병원을 운영하는 갑(甲)과 공모하여 2005년 1월 25일부터 8월 17일까지 갑이 운영하는 병원에 난임 해결을 위해 체외수정시술을 받으러 온 여성 25명으로부터 이들이 체외수정시술을 받음에 있어 지출해야 할 것으로 예정된 시술비나 과배란 주사비 등 합계 37,915,000원을 감면하여 주는 조건으로 시술에 사용하고 남은 난자를 제공받아 체세포복제배아연구<sup>8)</sup>에 이용하였다.<sup>9)</sup> 이러한 바 검찰은 피고인을 생식세포 매매 금지에 대해 규정하고 있는 「(전부개정 전) 생명윤리법」 제13조 제3항<sup>10)</sup> 위반으로 기소하였다.

### 2. 재판 경과 및 판결의 주요 내용

원심 법원인 서울고등법원은 「생명윤리법」에는 특별히 난자의 공유(sharing)<sup>11)</sup>를 허용하는 취지의 어

떠한 명시적인 규정도 두고 있지 않고, 입법취지에서 난자의 매매를 처벌하기 위한 조항을 둘 필요가 있다는 제안에 따라 이러한 규정이 마련되었음을 밝히고 있으며, 이러한 법의 입법 목적은 생명과학기술이 질병 예방 및 치료 등을 위하여 개발·이용될 수 있는 여건을 조성하는 것뿐만 아니라 생명과학기술에 있어서의 생명윤리 및 안전을 확보하여 인간의 존엄과 가치를 침해하거나 인체에 위해를 주는 것을 방지하는 것도 중요한 요소로 함께 포함되어 있는데다가, 법문이 ‘금전 또는 재산상 이익 그 밖에 반대급부를 조건으로 난자를 제공하거나 이를 이용한’이라고 하여 포괄적으로 규정하고 있는 이상, 입법자의 의사가 반드시 직접적으로 난자를 매매한 경우만을 규제 대상으로 삼겠다는 취지였다고 볼 수 없고, 오히려 난자를 직접적으로 매매한 경우뿐만 아니라 난자의 공유 등 어떤 형식으로도 난자의 제공·이용과 관련하여 금전, 재산상 이익 그 밖에 반대급부가 제공된 경우에는 이를 모두 포괄적으로 규제 대상으로 삼겠다는 취지라고 해석함이 상당하다는 이유로, 그리고 피고인은 난자매매 금지 규정이 「생명윤리법」 체계 상의 위치에 비추어 체외수정배아의 경우에만 적용되고 체세포복제배아에 대해서는 적용되지 않는다고 주장하였으나 이러한 금지 규정이 「생명윤리법」 제3장 ‘배아 등의 생성·연구’ 중 제2절 ‘인공수정배아의 항목 속에 위치하고 있는데 제3절 ‘체세포복제배아’의 항목에서는 일정한 연구 목적 이외의 체세포핵이식행위를 금지하는 등의 규정을

8) 체세포복제배아연구란 핵이 제거된 인간의 난자에 인간의 체세포 핵을 이식하는 체세포핵이식행위를 통해 체세포복제배아를 생성하고 이를 발생학적으로 원시선(原始線)이 나타나기 전까지만 체외에서 이용하여 이로부터 유래하는 줄기세포주를 수확하기 위한 연구를 말한다(헌법법 제2조 6호 및 8호 및 10호, 동법 시행령 제14조 제1항 1호 및 3호). 그러므로 여기에서 말하는 체세포복제배아연구는 정확하게는 체세포복제배아줄기세포연구라고 할 수 있다.

9) 사건 개요에 대해서는 사건 관련 판결문에 적시되어 있는 내용 외에 오영근, 대법원 2014. 2. 27. 선고 2011도48 판결【특정경제범 죄가중처벌등에관한법률위반(사기)·업무상횡령·사기·생명윤리및안전에관한법률위반】줄기세포 연구자의 횡령죄 및 생명윤리법위반죄의 문제, 로앤비 천자평석, 등록일 2014. 12. 29. 참고

10) ‘누구든지 금전, 재산상의 이익 또는 그 밖의 반대급부(反對給付)를 조건으로 배아나 난자 또는 정자를 제공 또는 이용하거나 이를 유인하거나 알선하여서는 아니 된다.’ 참고로, 이 내용은 헌법법 제23조 제3항에 규정되어 있다.

11) 난임 해결을 목적으로 채취한 난자를 연구 목적으로도 동시에 사용하는 것

같은 장의 다음 절에 연이어 마련해두고 있는데, 이는 난자가 개념상으로 체외수정배아와 보다 직접적인 관련이 있기 때문에 제2절에 이러한 금지규정을 두었다고 보이며, 이러한 금지규정이 그 정자 또는 난자의 제공 등 행위의 주체를 구별하지 아니하고 '누구든지'라는 표현을 사용하고 있을 뿐만 아니라 제공 등의 구체적인 목적이나 의도를 구분하고 있지 않고 있으며, 제공 등의 반대급부의 내용도 포괄적으로 규정함으로써 일반적으로 이러한 행위를 금지하는 형식으로 규정되어 있는 점에 비추어 보면, 「생명윤리법」이 총칙에 이러한 금지규정을 두지 않고 '인공수정배아의 항목 아래에 이러한 금지규정을 두었다는 등의 법조문의 위치만으로는 그 적용대상이 체세포복제배아를 생성할 목적 하의 위반행위가 포함되지 아니하고 체외수정배아를 생성할 목적 하에 반대급부를 조건으로 난자를 이용하는 행위로 제한된다고 보기 어렵다고 보아 피고인에게 「생명윤리법」 위반에 대해 유죄를 선고하였다(서울고등법원 2010년 12월 16일 선고 2009노3100 판결).

이러한 판결에 대해 피고인은 상고하였으나, 대법원은 「생명윤리법」 제13조 제3항 위반으로 기소된 사안에서, 피고인이 난임 해결을 위한 비용 지출이 예정된 난임 여성들에게 비용을 감면하여 주고 난자를 제공받아 체세포복제배아연구에 이용한 것은 이 법에서 금지하는 '재산상의 이익 그 밖에 반대급부를 조건으로' 난자를 이용하는 행위에 해당한다고 본 원심판단이 정당하다고 보아 상고를 기각하였다(대법원 2014년 2월 27일 선고 2011도48 판결).

### 3. 판결의 의의

「생명윤리법」이 2005년 1월 1일부터 시행되기 전까지 우리나라에서는 난자의 연구용 제공이나 이용과 관련된 규제뿐만 아니라 체세포복제배아연구에 대한 규제도 전혀 이루어지지 않고 있었다. 그러나 이 법이 시행되면서 체세포핵이식행위를 하는 것은 법에 정한 희귀·난치병의 치료를 위한 연구를 목적으로 하는 경우로 제한되었고, 이러한 행위를 포함하는 체세포복제배아연구는 기관생명윤리심의위원회(현행법 상 기관생명윤리위원회)의 심의 후 승인을 받아 보건복지부장관의 승인을 받은 경우에만 할 수 있도록 제한되었다.<sup>12)</sup> 그리고 난자의 연구용 제공은 배아생성의료기관(소위 '난임클리닉')에서 인공수태시술<sup>13)</sup>을 목적으로 채취한 난자를 임신 외의 목적, 즉 연구 목적으로 사용하는 것에 대해 동의권자(인공수태시술대상자 그 배우자 또는 난자제공자와 그 배우자)가 충분한 설명을 제공받고 서면동의를 하는 경우에 잔여난자를 체세포복제배아연구에 무상(단, 경비는 배아생성의료기관이 체세포복제배아연구기관에 지급을 요구할 수 있음)으로 제공해줄 수 있도록 제한적으로 허용되었다.<sup>14)</sup> 물론 이와 함께 금전 또는 재산상의 이익 그 밖에 반대급부를 조건으로 정자 또는 난자를 제공 또는 이용하거나 이를 유인 또는 알선하는 행위도 금지되기 시작하였다.<sup>15)</sup> 즉, 연구의 범주가 제한되고 연구에 이용할 난자를 확보하기 위한 절차적 조건이 제시됨과 아울러 난자매매까지 금지되면서, 반드시 필요한 것으로 인정될 수 있는 체세포복제배아연구는 가능할 수 있도록 하되

12) 「(전부개정 전) 생명윤리법」 제22조 제1항, 제23조 제2항. 참고로, 이러한 조항에 규정되어 있던 내용은 현행법 제31조 제1항 및 제4-5항에 규정되어 있다.

13) 현행법에서는 '체외수정'이라는 보다 구체적이고 명확한 용어가 사용되고 있다.

14) 「(전부개정 전) 생명윤리법」 제15조 제1-4항, 제20조 제1-4항, 제23조 제2항. 참고로, 이러한 조항에 규정되어 있던 내용은 현행법 제24조 제1-4항, 제26조 제1-3항, 법 시행령 제14조 제2항, 법 시행규칙 제29조 제2항에 규정되어 있다.

15) 「(전부개정 전) 생명윤리법」 제13조 제3항. 참고로, 이러한 조항에 규정되어 있던 내용은 현행법 제23조 제3항에 규정되어 있다.

이에 사용되는 난자의 출처가 되는 여성들에 대한 권리 보호도 가능할 수 있도록 하는 초석으로서의 기본적인 법 규정이 마련된 것이다. 이러한 변화는, 과배란유도와 채취시술이 아니고서는 체외에 충분한 수의 난자가 존재하는 것이 매우 어렵거나 사실상 불가능하다는 점과 이러한 절치는 이를 겪어내는 여성의 건강에 부정적인 영향을 줄 수밖에 없다는 점, 특히 난임 해결을 위해 체외수정시술을 예정하고 있는 여성의 경우 과배란유도와 채취시술의 시행을 전제하고 있어 난자 확보를 위해 현실적으로는 주요한 표적이 되어 왔고 앞으로도 그러할 수 있을 것이라는 점, 그리고 난자의 본래적 존재 목적은 연구의 대상이 되는 것이 아니라 인간 생명의 탄생에 있다는 점 등이 고려된 결과이기에 매우 의미가 있다.

대법원 재판부와 서울고등법원 재판부 모두 이 사건에서 난자를 연구 목적으로 제공한 난임 여성들은 황우석 연구팀에 난자를 제공하는 것과 관계 없이 원래 자신들의 난임 해결을 위해 과배란 주사를 맞을 예정이었던 상태에서 난자 제공을 조건으로 이러한 비용 등을 일부 감면 받았으므로 이들은 난자 제공으로 인하여 원래 당연히 지출하게 되어 있는 비용을 일부 면하는 재산상 이익을 얻은 것으로 보았다. 특히 대법원 재판부는 난자매매를 금지하는 규정의 목적과 내용에 비추어볼 때 재산상의 이익 그 밖에 반대급부를 조건으로 난자를 이용하는 행위에는 난자 제공의 대가로 물건 또는 권리의 이전 등 적극적 이익을 제공하는 것뿐만 아니라 채무면제 등 소극적 이익을 제공하는 것도 포함되는 것으로 보았다. 이에 두 재판부 모두 피고인은 이러한 조건으로 난자를 제공 받았으므로 피고인의 이러한 행위는 결국 「생명윤리법」 상의 해당 조항을 위반한 경우에 해당한다고 보지 않을 수 없기에 이를 위헌하는 경우 3년 이하의 징역에 처하도록 하고 있는 동법 규정에 의해 피고인을 처벌하는 것이 마땅

한 것으로 결정한 것이다.

난자매매 판결에서 특히 의미 있는 것은, 서울고등법원 재판부는 판결문에서 「생명윤리법」은 각종 유전자검사와 정자·난자의 매매 등 인간의 존엄성을 훼손하는 행위가 공공연히 자행되고 있는 실정에서 시급한 법제정을 통하여 사회적 윤리를 창출하고 규범을 세우려는 노력의 일환으로 국회 보건복지위원회에서 제안되었고, 그 목적도 생명과학기술에 있어서의 생명윤리를 확보하여 인간의 존엄과 가치를 침해하는 것을 방지함에 있기에 이러한 입법목적은 달성하기 위하여 생명과학기술의 발전을 위한 난자의 제공은 제공자의 경제적 동기가 아니라 순수한 자발성에 의하여 뒷받침될 것이 요청되기에 난자제공의 무상성이 관철되어야 할 것인데, 난임 해결과 무관하게 순수히 연구 목적으로 난자를 채취하여 제공한 경우에는 난자의 연구용 제공 의사의 결정에 의하여 비로소 난자 채취시술 비용이 발생하는 반면, 난자를 기증한 난임 여성들은 난자의 연구용 제공 의사의 결정 여부에 관계없이 원래 자신들의 난임 해결을 위해 이미 과배란 주사비 등의 비용 지출이 예정되어 있었기 때문에 그 각 비용은 발생 원인이나 그 성격에 있어서 규범적으로 본질적인 차이가 있고, 비용 지출이 예정된 경우에 그 비용을 감면해 주는 것은 생명윤리를 확보하여 인간의 존엄과 가치를 침해하는 것을 방지하려는 이 법의 입법목적에 위배될 가능성이 매우 높은 점에 비추어 이러한 비용 감면이 「생명윤리법」 상의 조항에서 정하는 포괄적인 반대급부에 포섭된다고 해석하여야 할 필요성도 있으며, 가임여성이 폐경기에 이르기까지 매월 재생산되는 난자의 고유한 특성에 비추어 볼 때 난자의 연구용 제공이 어떠한 형태로든 재산상 이익의 취득과 결부되면 신중한 의사형성 없이 보다 쉽게 난자 제공의사를 결정함으로써 난자 공여의 순수성이나 자발성 원칙을 훼손할 위험성이 증대되는 점을 종합하면, 체외수정시

술을 받는 여성들에게 과배란 주사비 등의 비용 감면의 이익을 알려주면서 난자의 연구용 제공을 권유하는 것은 「생명윤리법」에서 금지하는 난자의 유상거래에 해당한다고 평가하지 않을 수 없다<sup>16)</sup>라고 하면서 판단의 이유를 명확하게 제시하였고, 대법원 재판부 역시 이러한 논거를 그대로 인정하여 유지될 수 있도록 하였다는 점이다.

또한 서울고등법원 재판부는 판결문에서 ‘「생명윤리법」이 직접적인 난자매매뿐만 아니라 난자의 공유를 포함하여 어떤 식으로든 난자의 연구 이용과 관련하여 금전, 재산상의 이익 그 밖에 반대급부가 제공된 경우에는 이를 모두 포괄적으로 규제 대상으로 삼고 있다고 해석되는 이상 피고인의 행위는 원칙적으로 위법하다고 보았고, 이렇게 포괄적으로 해석하는 것이 헌법상 과잉금지원칙, 체계정당성의 원리, 명확성 원칙에 반한다는 피고인의 주장에 대해서도 일일이 반박하며 이러한 주장이 받아들여질 수 없는 것임을 분명히 하였

다는 점에도 의의가 있다.<sup>16)</sup> 물론 대법원 재판부 역시 판결문에서 ‘관련 법리와 원심이 적법하게 채택한 증거들에 비추어 살펴보면 원심의 판단은 정당하고, 상고한 피고인의 주장과 같이 해당 범죄의 적용법조, 구성요건 해당성, 범의 및 비난가능성에 관한 법리를 오해하거나 법률의 해석적용에 관한 헌법 원칙을 위반함으로써 난자 기증의 경위, 시점 등에 관한 필요한 심리를 다하지 아니한 위법 또는 논리와 경험의 법칙을 위반하고 자유심증주의의 한계를 벗어나 사실을 잘못 인정함으로써 판결에 영향을 미친 위법이 없다.’라고 하면서 이러한 원심의 판단이 정당하다고 보았다.

이 두 판결은 난임 여성들이 난임 해결을 위해 소요하여야 하는 시술비를 감면해주는 방식, 즉 소극적이기는 하나 사실상 재산상의 이익을 주는 방식을 통해 이들로부터 난자를 제공받아 체세포복제배아연구에 이용하는 행위가 「생명윤리법」에서 금지하고 있는 행위에 해당한다는 것을 최초로 인정한 판결이라는 점

16) 재판부는 난자매매 금지규정이 직접적인 난자의 매매뿐만 아니라 반대급부를 제공하는 난자의 공유까지도 반대급부를 제공하지 아니하는 난자의 순수한 기증과 구별하여 그 규제대상으로 삼고 있다고 본다 하여 죄형법정주의에 반하여 형벌법규를 함부로 유추해석하거나 확장 해석한 것이라고 할 수 없고, 일정한 합리적 수준의 보상이 뒤따르는 난자의 공유를 형사처벌의 대상에서 제외하는 것이 바람직하다고 하더라도, 난자의 이용은 생명의 존엄과 가치와 직접적인 관련성을 갖고 있어 필연적으로 윤리적인 문제를 야기하므로 규제 대상을 어느 정도까지 정할 것인지는 원칙적으로 입법정책의 문제로서 입법자의 폭넓은 재량에 맡겨져 있다 할 것이기에 헌법상 과잉금지의 원칙에 반한다고 볼 수 없다고 판단하였다. 그리고 재판부는 장기 등의 적출 및 이식에 소요되는 비용은 관련 법 상에 해당 장기 등을 이식 받은 자가 부담한다고 규정되어 있는 반면, 「생명윤리법」에는 난자의 채취비용에 대하여 아무런 규정이 있지 않은데, 장기 등은 대체 불가능한 성질을 가지고 있으면서도 기증자의 신체적 완전성을 해치는 정도가 매우 큰 데에 비해 난자는 가임 여성이 폐경기에 이르기까지 매월 재생산되는 특성을 갖고 있어서 장기 등에 비해 유상거래의 유혹에 빠질 가능성도 더 높은 점 등 그 규제 대상의 특성이 상이하기 때문에, 「생명윤리법」에 정해져 있는 난자매매 금지규정의 적용범위나 그 대상에 관하여 해석함에 있어서 반드시 난자의 채취비용에 관한 부분을 장기 등의 이식과 관련된 법 상의 해당 규정을 유추 적용하거나 유추 적용하지 않는 것이 헌법상 체계정당성의 원리에 반한다고 볼 수 없다고 판단하였다. 또한 재판부는 나아가 처벌법규의 구성요건이 다소 광범위하여 어떤 범위에서는 법관의 보충적인 해석을 필요로 하는 개념을 사용하더라도 그 점만으로 헌법이 요구하는 처벌법규의 명확성의 원칙에 위배되는 것이라고 볼 수 없고, 이러한 금지규정의 의미와 내용은 사물의 변별능력을 제대로 갖춘 일반인의 이해와 판단을 기준으로 할 때 분명하게 파악할 수 있어 처벌규정의 명확성도 충분히 갖추고 있다고 할 것이어서 형벌법규의 명확성의 원칙에 위배된다고 할 수도 없을 뿐만 아니라, 「생명윤리법」이 2008년 6월 5일에서야 비로소 일부 개정되어 제15조의4로 난자제공자에 대한 실비보상 규정이 마련되었다고 하더라도 이러한 사정만으로는 이러한 법률 조항 자체가 명확성의 원칙에 반한다고 보기 어렵다고 판단하였다. 추가로, 재판부는 이 사건에서 난자를 연구 목적으로 제공한 난임 여성들에게 제공한 재산상의 이익이 사실상 난자채취에 소요되는 실비 정도에 불과하고, 이 정도의 경제적 이익을 제공하는 것이 연구를 위한 난자 제공의 활성화를 가져와 궁극적으로 과학의 발전에도 이바지하는 측면이 있다 하더라도, 이 사건의 경우 사회상규에 위배되지 않는 정당행위가 성립하는 데 필요한 긴급성과 보충성의 요건을 갖추고 있지는 못하기에 피고인의 행위가 사회윤리 내지 사회통념에 비추어 용인될 수 있는 행위에 해당한다고 보기는 어렵다고 보았다.



에 의의가 있다. 이미 법적으로는 금전 또는 재산상의 이익 그 밖에 반대급부라는 것에는 사람의 수이나 욕망을 충족시킬 수 있는 일체의 유·무형의 이익이 포함되는 것으로 판단<sup>17)</sup>되고 있기에 이러한 판결은 매우 당연한 것으로 여겨진다. 특히, 두 재판부 모두 이 사건에서의 행위가 단지 특정 금지 규정을 위반하였다는 점만을 문제 삼은 것이 아니라, 난자매매를 금지하여야 하는 보다 근본적인 이유에 대해 「생명윤리법」의 제정 목적까지를 고려하여 이러한 금지 규정이 존재하는 이유가 궁극적으로는 인간의 존엄과 가치를 존중하고 자발성을 보장해주는 데에 있다는 점을 이해하였을 뿐만 아니라, 이를 바탕으로 사실상 난자매매와 관련된 비윤리성을 지적하면서 이러한 판결을 내렸다는 데에 더욱 큰 의의가 있다.

#### 4. 판결의 한계점

##### (1) 검토가 난자제공의 무상성 측면에 한정되었던 점

이 판결에서 아쉬운 점은 난자제공의 무상성 원칙이 관철되어 '경제적 대가와 연루되지 않는 순수하고 자발적인 난자 기증'이 이루어지면 이는 마치 윤리적으로나 법적으로 문제가 되지 않을 수 있다는 식의 입장을 간접적으로 드러내고 있다는 점이다. 물론 여성들이 아무런 대가나 이득을 바라지 않고 진정 연구를 위해 희생하고 기여하는 마음으로 자신들에게서 밖에 구해질 수 없고 그 무엇으로도 대체될 수 없는 난자를 연구용으로 사용할 수 있도록 주는 일이 의미가 있을 수도 있다. 그러나 이 판결에서 문제된 여성들은 난임 해결을 위해 체외수정시술을 앞두고 있는 여성들이었기

에 시술이 연구 목적과 연관 되는 상황에서 잔여 난자를 연구 목적으로 이용할 수 있도록 제공해달라는 의료인의 요청 자체가 매우 부담스러울 수 있었을 것이라는 점<sup>18)</sup>, 그렇기에 해당 여성들은 난자 제공 여부를 결정함에 있어 단지 재산상 이익을 제공받을 수 있을 것이라는 점만이 아니라 여러 가지 측면들을 고려했을 수밖에 없었을 것이라는 점은 전혀 고려되지 않았다.

오히려 서울고등법원 판결문에는 '가임여성이 폐경기에 이르기까지 매월 재생산되는 난자의 고유한 특성에 비추어 볼 때 난자의 연구용 제공이 어떠한 형태로든 재산상 이익의 취득과 결부되면 신중한 의사형성 없이 보다 쉽게 난자 제공의사를 결정함으로써 난자 공여의 순수성이나 자발성 원칙을 훼손할 위험성이 증대되는 점을 종합하면'이라고 적시되어 있다. 이에, 마치 여성들은 충분한 수의 난자를 매월 제공할 수 있어 이를 제공하여 재산상의 이익을 얻을 수 있다면 신중하게 판단하여 의사형성을 하는 것이 아니라 쉽게 자신의 난자를 연구용으로 제공하기로 결정하여 순수하고 자발적이어야만 하는 난자의 연구용 제공을 불가능하게 함으로써 난자제공의 무상성 원칙을 해할 수 있는 우려가 있는 것으로 보았던 것은 아닌가 하는 의구심이 든다.

##### (2) 판결문에서 여성을 매도할 수 있는 부적절한 표현이 사용된 점

물론 이 판결이 사실상 재산상 이익을 매개로 난자를 제공한 난임 여성과 이를 제공받은 피고인 사이의 난자매매(賣買) 문제가 아닌 재산상 이익을 매개로 난임 여성으로 하여금 난자를 제공하게 하여 이를 제공

17) 대법원 2014년 1월 29일 선고 2013도13937 판결, 대법원 2002년 11월 26일 선고 2002도3539 판결, 대법원 2002년 5월 10일 선고 2000도2251 판결 등 참고.

18) 난자제공이 난임의 문제와 연관 지어져 있었던 바에 대해서는 조주현, 난자 : 생명기술의 시선과 여성 몸 체험의 정치성, 한국여성학 제22권 제2호, 한국여성학회, 2006, 16-17쪽 참고.

받은 피고인의 난자매수(買受)를 문제 삼고자 했던 것으로 보이기에 '재산상 이익의 제공 여부'에 초점이 맞추어질 수밖에 없었다는 점을 이해할 수는 있고,<sup>19)</sup> 재산상 이익의 제공이 난자의 연구용 제공 여부에 영향을 줄 수 있을 것이라는 점도 완전히 부정할 수는 없다. 하지만 인간을 대상으로 하는 연구, 특히 인간으로부터 침습적인 행위를 통해 인체유래물을 획득하여 수행하는 연구에 있어 윤리적으로나 법적으로 특별히 중요시되고 있는 부분은 취약한 연구대상자를 보호하는 일이다.<sup>20)</sup> 그런데 황우석 사건이 발생하기 전까지는 체세포복제배아연구가 금방이라도 세계 최초의 위대한 연구 성과를 내놓아 질병 치료에 획기적인 발전을 가지고 올 것으로 확신에 차 기대하는 사회적인 분위기가 형성되어 있었고, 이러한 분위기로 인해 여성들은 마치 자신들이 임신에 사용할 수보다 훨씬 많은 난자를 가지고 있기에 이러한 중요한 연구를 위해서라면 기꺼이 이를 제공해야 하는 의무라도 가진 것처럼 치부되기까지 하였다.<sup>21)</sup> 특히 '체외수정시술을 담당하는 사람과 난임 여성이 '의사와 환자 관계'에에서 더 나아가 '연구(관련)자와 연구 참여를 권유 받는 사람이거나

실제로 연구대상자가 되는 관계'까지를 갖게 된다는 것 자체로 이들 간의 관계, 특히 후자가 전자에 의존하고 있는 관계로 인해 후자는 전자에 대해 상대적으로 부담감을 가질 수밖에 없어 난임 여성은 일반 여성과는 달리 일종의 취약성을 가지고 있을 수밖에 없다. 그럼에도 불구하고 이 사건에서의 난자매수가 난임 여성을 집중적으로 대상으로 이루어졌다는 것에 대한 문제점 지적은 없었다. 오히려, '가임여성이 폐경기에 이르기까지 매월 재생산되는 난자'라는 표현이 과배란유도나 난자채취시술과 함께 언급되지 않은 채 쓰여져 난자의 연구용 제공이 늘상 충분히 마치 별다른 어려움 없이 가능할 수 있는 것처럼 보여졌다는 점이나, '난자의 연구용 제공이 어떠한 형태로든 재산상 이익의 취득과 결부되면 신중한 의사형성 없이 보다 쉽게 난자 제공 의사를 결정함으로써'라는 표현이 난임 해결을 위한 체외수정시술을 앞두고 있는 난임 여성들을 대상으로 난자매수가 이루어진 것을 문제 삼은 판결에서 의료서비스를 받아야 하는 일종의 환자로서의 취약성이나 손쉬운 수단화 가능성에 대한 언급 없이 쓰여짐으로써,<sup>22)</sup> 난자의 연구용 제공이 여성들의 건강에 미치는 영향은

19) 이러한 바는 재판부가 '난임 해결과 무관하게 순수하게 연구를 목적으로 난자를 제공한 여성들이 난자 채취를 위해 소요된 과배란 주사비 등 실비를 보상받은 것과 동일하게 볼 수 없다'는 점을 판결문에 명시한 것을 보아도 짐작할 수 있다.

20) 헬싱키선언(2013년)에서는 일부 집단과 개인은 특별히 취약하여 부당한 취급을 받거나 추가적인 해를 입을 가능성이 높을 수 있기에 모든 취약한 집단과 개인은 특성에 맞게 배려된 보호를 받아야 한다는 점(19번)과, 취약한 집단과 함께하는 의학연구는 오직 이 집단의 건강상의 요구나 우선순위에 부합하는 연구이고, 취약하지 않은 집단에서는 수행할 수 없는 연구일 때 정당화되고, 더불어, 이 집단은 해당 연구결과로 얻은 지식, 의료행위, 또는 시술의 혜택을 받을 수 있어야 한다는 점(20번)을 강조하고 있다. 현행 「생명윤리법」에서도 취약한 연구대상자에 대한 특별한 보호는 이 법이 정하고 있는 6가지 기본 원칙 중 하나로 규정되어 있고(제3조 제5항), 취약한 연구대상자에 대한 정의는 연구 참여를 거부하는 경우 위계 상 받게 될 불이익에 대한 우려가 자발적인 참여 결정에 영향을 줄 가능성이 있는 사람도 이에 포함될 수 있는 것으로 규정되어 있는 관련 법(「의약품 등의 안전에 관한 규칙」 별표4 <의약품 임상시험 관리기준> 제2호 더목) 상의 정의를 준용하고 있다(동법 시행규칙 제13조 제2항).

21) 당시의 사회적 분위기와 그 속에서의 여성들이 형상화되었던 모습들에 대한 비판에 대해서는 김경례, 황우석 사태를 통해서 본 생명윤리기술과 젠더, 현대사회과학연구 제14권, 전남대학교 사회과학연구소, 2010, 169-189쪽; 정연보, 베이비셀기세포연구와 젠더: 난자제공과 여성의 노동 및 참여를 중심으로, 페미니즘연구 제7권 제1호, 한국여성연구소, 2007, 183-185쪽, 187-188쪽 참고.

22) 최은경·김옥주는 황우석 연구팀의 연구가 가능했던 이유는 난임 해결을 위한 시술과 관련하여 관련 기술은 많이 보급되었으나 아무런 규제가 없는 상태였기에 세계에서 유래가 없을 만큼 빠른 시간 내에 많은 수의 난자를 확보할 수 있었기 때문이라고 보았고, 실제로 조사 결과를 통해 드러난 바와 같이 상당한 수의 난자가 사용되었기에 그 만큼 여성들이 고통을 겪고 인권을 유린당한 것이기에 숙려가 절실하게 요청되는 상황이라고 보았다. 이에 대해서는 최은경·김옥주, 황우석 사태에서의 윤리적 쟁점의 변화: 바이오윤리에서 난자윤리로, 생명윤리 제7권 제2호, 한국생명윤리학회, 2006, 82-83쪽, 87쪽 참고.

거론되지도 않은 채 마치 여성은 재산상 이익의 제공 여부만을 고려하거나 이를 주로 고려하여 난자 제공 여부를 결정할 수 있는 사람들인 것처럼 인식될 수 있도록 하는 여지를 보였다는 점에 있어서는 상당한 아쉬움이 있다.

(3) 직접적인 난자매매 행위에 대한 법적 논의가 불가능했던 점

보건복지부 조사 결과에 의하면 황우석 연구팀은 미즈메디병원, 한양대학교병원, 한나산부인과의원 등에서 난자채취일 전후로 난자의 연구용 제공에 대한 대가로 상당한 금액을 받은 보상공여자들로부터 난자 제공을 받은 사실이 있음이 확인되었다.<sup>23)</sup> 그러나 법률 불소급의 원칙으로 인해 「생명윤리법」이 발효된 2005년 1월 1일 이후에 난임 해결을 위한 시술과 연관되어 있는 난임 여성들에게 이러한 재산상의 이익을 제공해주면서 난자를 연구용으로 제공받은 피고인의 행위만이 법적으로 문제 삼아질 수밖에 없었기에 보상공여자들로부터의 난자매수에 대해서는 이번 판결에서 다루어지지 못할 수밖에 없었던 것으로 판단된다.<sup>24)</sup> 그러나 만약 이러한 경우가 이번 판결에서 다루어질 수 있었다면 이는 직접적으로 금전을 조건으로 했던 것이 명백하기에 「생명윤리법」에서 금지하고 있는 행위에 해당한다는 것을 부정할 수 있는 방법은 전혀 없었으리라 생각된다. 그러므로 이러한 경우까지가 만약 이번 판결에서 다루어질 수 있었다면 난자매

매의 법적 금지가 보다 명확히 확인되고 이에 따른 법적 처벌이 동반됨으로써 난자매매의 비윤리성을 보다 널리 알릴 수 있는 계기가 될 수 있었을 것이기에 판결에 더욱 의의가 있을 수 있었을 것이다.

### III. 난자채취손해배상청구 관련 판결에 대한 고찰

#### 1. 사건 개요

원고1은 어느 사보사의 기자로 일하고 있던 중 2005년 1월경 황우석의 '나의 생명이야기'라는 책을 보고 황우석 연구팀의 연구 성과가 많은 사람들에게 도움이 될 수 있다는 점에 감동하게 되었는데 연구를 위해 난자가 필요하다는 호소를 접하게 되어 황우석 연구팀에 자발적으로 난자를 기증하기로 결심하고 연락을 취해 황우석 연구팀 교수를 만나서 동의서를 작성하였다. 이와 관련하여 원고1은 황우석 연구팀으로부터 안내서와 동의서를 제공받으면서 연구의 목적과 성과 및 시술에서의 부작용 등에 대한 설명을 제공받았고, 실제로 난자채취시술을 하는 병원에서 시술에 대한 설명서를 제공받았다. 그리고 원고1은 난자채취시술을 미즈메디병원에서 받기로 하고 몇 가지 필요한 검사와 주사제 처방을 받은 후 난자 성숙 여부를 검사 받고 2005년 2월 5일에 미즈메디병원에서 난자채취시술을 받아 29개의 난자가 채취되어 이를 황우석 연구팀에 제공하

23) 보상공여자들 중에는 난자의 연구용 제공에 대한 대가로 난자채취 후 통장으로 150만원이 입금되었다고 진술한 사람 5명, 난자채취일에 동행한 알선업체 직원으로부터 현금으로 받았다고 진술한 사람 1명, 100만원 이상을 통장으로 입금 받았다는 사람 1명, 120-130만원 정도를 통장을 입금 받았다는 사람 1명, 250만원을 통장으로 입금 받고 교통비로 20만원을 추가로 받았다는 지방 거주자 1명 등이 포함되어 있었던 것으로 확인되었다(보건복지부(2006년 11월), 〈황우석 연구의 난자수급과정 등 생명윤리 관련사항 조사결과〉, 11-13쪽 참고).

24) '특히 황우석 연구팀에 난자를 제공한 여성 중 66명에게는 금전적 보상이 이루어졌다고 하는데, 이들의 거의 대부분은 매매를 할 수밖에 없었던 경제적 사회적 약자였다.'고 한다. 이는 김병수, 황우석 사태 이후의 배아줄기세포연구, 사회과학연구 제26권 제2호, 국민대학교 사회과학연구소, 2014, 240쪽에서 재인용.

였다. 그러나 이후 원고1은 복부팽만감, 호흡곤란 등 중증도로 판단되는 난소과자극증상을 보여 난자채취 시술 이틀 뒤인 2005년 2월 7일에 미즈메디병원에 입원하여 치료를 받고 다음날 퇴원하였다.

그리고 원고2는 루프스병이라는 난치병을 앓고 있는 환자를 동생으로 둔 사람으로서 동생의 외래진료 시 주치의로부터 난자를 이용한 치료법이 있다는 말을 듣고 우선적으로는 동생의 질병 치료에 자신의 난자가 쓰일 것으로 알고 난자를 기증하기로 하였다. 이를 위해 검사를 받았으나 난소에 물혹이 있어 난자가 잘 자라지 않을 것이기에 경과를 지켜보다가 몸상태가 나아져 다시 진단을 받은 결과 물혹이 없어졌음을 확인하게 되어 과배란유도 주사를 받은 후 2005년 11월 2일에 한양대학교병원에서 난자채취시술을 받았다. 이와 관련하여 원고2 역시 황우석 연구팀으로부터 안내서와 동의서를 제공받으면서 연구의 목적과 성과 및 시술에서의 부작용 등에 대한 설명을 제공받았고, 실제로 난자채취시술을 하는 병원에서 시술에 대한 설명서를 제공받았다. 그러나 이후 원고2도 속이 더부룩하고 기력이 떨어지며 생리불순에 시달려 한약을 먹는 등 자가 치료를 하였다.

그러나 원고1과 원고2는 난자채취시술을 받고 채취된 난자를 제공한 후 황우석 연구팀이 허위의 연구 성과를 논문으로 발표하였을 뿐만 아니라, 자신들에게 연구의 목적과 성과 등에 관한 충분한 정보를 제공하지 않았고, 난자를 채취함에 있어 발생할 수 있는 부작용의 정도와 심각성에 대해 설명하지 않았으며, 난자채취시술을 했던 병원들에 설치된 생명윤리심의위원회(Institutional Review Board, 이하 'IRB'라 한다)가 연구에 대한 사전 심의와 사후 감독을 소홀히 하여 그 구성원들의 불법행위를 방치함으로써 자신들로 하여

금 왜곡된 정보에 따라 난자를 제공하도록 하였다고 판단하였다. 이에 난자채취시술을 했던 병원들이 사용자로서 자신들이 자기결정권을 침해 당하여 입은 정신적 손해를 배상할 책임이 있다고 주장하면서 각 3,200만원<sup>25)</sup>의 손해배상을 청구했다.<sup>26)</sup>

## 2. 재판 경과 및 판결의 주요 내용

서울중앙지방법원 원심/1심 재판부는 일단 '난자채취시술을 했던 병원들에 설치된 IRB가 연구에 대한 사전 심의와 사후 감독을 소홀히 하였다는 부분은 그 자체로 원고들에게 어떠한 불법행위를 구성하는 것이 아니다'라고 보았다. 그리고 재판부는 연구의 목적과 성과 등에 대한 정보 제공은 원고들에게 제공된 안내문과 동의서 상의 내용에 기반하여 판단할 때 '이 연구가 어떠한 목적을 가지고 있는 것이고 기증자들이 제공한 난자가 어떠한 실험에 쓰이는지를 이해할 수 있을 정도의 충분한 설명은 된 것으로 보인다'라고 보았으며, 황우석 연구팀이 사이언스지에 허위논문을 게재하였기에 원고들에게 연구의 성과에 대한 정확한 정보가 제공되지 않은 것이 아니라 '연구의 성과에 대한 정보는 원고들이 언론을 통해 취득한 것'일 뿐 '황우석 연구팀이 제공한 안내서에는 허위 정보가 적시되어 있지 않아' 이에 대한 책임도 없고 허위논문 발표가 원고들에게 발생한 손해와 상당인과관계가 없다고 보았다. 또한, 약결과의 발생을 회피할 수 있었던 선택의 가능성을 침해하는 정도라야 의료시술에서 설명의무 위반으로 인해 자기결정권 침해의 문제를 발생시킨 것으로 볼 수 있는데, 난자제공과 관련한 과배란유도와 난자채취시술로 인해 발생 가능한 문제들에 대한 충분한 설명이 이루어지지 않았다고 하더라도 실제로 원고들

25) 치료비에 대한 배상으로 100만원, 일일수익에 대한 배상으로 100만원, 정신적 고통에 대한 배상으로 3,000만원.

26) 사건 개요에 대해서는 사건 관련 판결문에 적시되어 있는 내용 외에 이유정, 젠더관점에서의 난자 채취 손해배상 청구소송에 대한 검토, 이화젠더법학 제6권 제2호, 이화여자대학교 젠더법학연구소, 2014, 49-50쪽, 56쪽 참고.

에게 심각한 문제가 발생하지 않았기에 '단순히 자기결정권이 침해되었다는 이유만으로 정신적 손해를 입었다고 할 수는 없다고 보았다. 그리고 이러한 이유로 원고들의 청구를 기각하였다(서울중앙지방법원 2009년 2월 18일 선고 2006가단161267 판결).

이후 원고1만이 항소를 하였고,<sup>27)</sup> 서울중앙지방법원 항소심/2심 재판부 역시 원심/1심 재판부와 동일한 이유로 연구 성과 및 과정 등에 대한 불충분한 정보 제공이 있었던 것으로 볼 수 없다는 점과, 난자제공과 관련한 과배란유도와 난자채취시술로 인해 발생 가능한 문제들에 대한 정보를 황우석 연구팀이 안내서와 직접 설명을 통해 제공하였을 뿐만 아니라 원고가 난자채취시술을 하고자 하여 동의서를 작성하고 관련 정보를 제공받은 시점과 실제로 난자채취시술이 이루어진 시점 간의 시간 차이를 고려하면 원고가 난자의 연구용 제공에 대해 숙려할 수 있는 시간을 가진 것으로 볼 수 있다는 이유를 추가로 제시하였다. 이에 재판부는 시술 부작용에 대한 불충분한 설명으로 인하여 원고의 자기결정권이 침해되었다거나 이로 인해 원고가 손해를 입었다고 볼 수 없다고 하면서 1심 판결 정당하기에 원고의 항소는 이유가 없다고 보아 기각하였다(서울중앙지방법원 2009년 12월 1일 선고 2009나10224 판결).

### 3. 판결의 의의

인간을 대상으로 하는 연구, 특히 인간으로부터 침습적인 행위를 통해 인체유래물을 획득하여 수행하는 연구에 있어 윤리적으로나 법적으로 가장 중요한 두 가지는 연구대상자에게 연구에 대한 충분한 정보와 설명을 제공한 후 연구 참여 여부에 대해 숙고하고 필요 시 가족 등과 상의할 수 있는 시간을 가질 수 있도록 한 다음 연구에 참여하기로 결정한다면 이에 대한 동의를 적절하게 획득하는 일, 그리고 연구대상자를 연구의 위험으로부터 보호하는 일이다.<sup>28)</sup> 비록 원고들이 승소하지는 못하였으나, 이 두 판결은 체세포배아 연구를 위해 난자를 제공한 여성들이 '연구대상자에게 충분한 정보와 설명 제공 후 적절한 동의 획득' 및 '연구의 위험으로부터 연구대상자 보호'라는 연구윤리 및 생명윤리의 대원칙이자 핵심이 자신들이 아무런 대가 없이 난자를 연구용으로 제공한 일과 관련하여 문제가 있었음을 직접 제기하였던 것에 대한 최초의 판결이라는 점에 의의가 있다.

앞서도 언급했듯이, 「생명윤리법」이 2005년 1월 1일부터 시행되기 전까지 우리나라에서는 난자의 연구용 제공이나 이용과 관련된 규제뿐만 아니라 체세포배아연구에 대한 규제도 전혀 이루어지지 않고 있었

27) 원고2는 동생이 치료를 계속 받아야 하는 상황에서 의사들과 병원을 상대로 소송을 진행하는 것에 대해 심리적 부담이 너무 커서 1심 판결 후 항소를 포기하였다고 한다. 이에 대해서는 이유정, 젠더관점에서의 난자 채취 손해배상 청구소송에 대한 검토, 이화젠더법학 제6권 제2호, 이화여자대학교 젠더법학연구소, 2014, 66-67쪽 참고.

28) 헬싱키선언(2013년)에서는 의학연구 대상자로서 충분한 설명에 의한 동의를 할 수 있는 사람의 참여는 자발적이어야 하기에 연구자는 충분한 설명에 의한 동의가 가능한 사람이 자유롭게 동의한 것이 아니라면 연구에 등록하여서는 안 된다는 점(25번)과, 각 잠재적인 연구대상자에게 각 연구의 목적, 방법, 재원의 출처, 가능한 모든 이해상충, 연구자의 소속기관, 연구에서 예견되는 이익과 잠재적 위험, 연구에 수반되는 불편, 연구 종료 후 지원, 그리고 기타 연구에 관련된 측면들에 대해 (정보의 전달 방법뿐만 아니라 잠재적인 개별 연구대상자의 특정 정보 요구에도 특별한 주의를 기울여) 충분하게 설명하여야 한다는 점(26번)과, 모든 인간 대상 의학연구의 수행에 앞서 연구 대상이 되는 개인과 집단에게 예견할 수 있는 위험 및 부담은 이들과 더불어 그 연구로 영향을 받는 다른 개인이나 집단에게 예측되는 이득과 비교하여 신중한 평가를 선행해야 하고 위험을 최소화할 수 있는 조치를 하여야 한다는 점(17번)을 강조하고 있다. 현행 「생명윤리법」에서도 연구대상자의 자율성이 존중되어야 하고 연구대상자의 자발적인 동의는 충분한 정보에 근거하여야 한다는 것이 이 법이 정하고 있는 6가지 기본 원칙 중 하나로 규정되어 있고(제3조 제2항), 인간대상연구와 인체유래물연구에 있어 연구대상자와 인체유래물제공자에게 연구의 목적 등에 대해 충분히 설명한 후 동의를 획득하여야 하는 것으로 규정되어 있다(제16조 제1항 및 제4항, 제37조 제1항 및 제4항).

기에 이와 관련한 동의 획득에 대한 기준이 법적으로 명확하게 존재하지 않았다. 그러나 이 법이 시행되면서 배아생성의료기관은 난임 해결을 위해 배아를 생성하는 경우에 있어 임신 외의 목적으로 난자를 이용하는 것에 대해 동의권자(인공수태시술대상자 그 배우자 또는 난자제공자와 그 배우자)에게 충분히 설명하고 이에 대한 동의 여부를 확인하여야 하는 것으로 법적 기준이 마련되었다.<sup>29)</sup> 즉, 잔여난자를 연구용으로 제공하는 것에 대해 동의권자가 명백히 동의한 경우에만 해당 난자를 체세포복제배아연구에 사용할 수 있도록 한 것이다. 난자는 정자와 수정이 되면 인간 생명을 탄생시킬 수 있는 가능성을 가진 존재이기에 여타 인체 유래물과는 그 존재 의의나 가치 측면에서 특수성이 있다. 그러나, 객체화되어 연구에 사용될 수 있다는 점만을 생각하면 이를 연구에 사용하기 위해 그 출처가 되는 사람의 의사를 반드시 확인하도록 한다는 의미에서 연구 관련 설명과 정보를 제공하고 서면동의를 획득하는 일에 있어서는 여타 인체유래물을 연구에 사용하기 위한 경우와 크게 다를 바 없다. 따라서 난자를 연구 목적으로 이용하는 것에 대해 동의권자에게 동의를 받도록 하는 일이 의무화된 것은 매우 당연한 조치이다.

원심/1심 재판부는 판결문에 난자채취와 관련된 의학지식으로 난자채취의 방식과 시술에 따른 부작용에 대한 내용을 적시한 후 '의료윤리적 견지에서 볼 때 비록 난자 자체는 인간이 아니라고 하더라도 인간으로부터 유래된 것이며 또한 인간으로 발전할 가능성이 있는 배아의 한 부분체로서 그 채취와 실험에 있어서 인간의 존엄성을 해하는 경우가 있어서는 아니된다. 또한 채취를 위하여 앞서 본 바와 같이 호르몬제를 투여하고 복강경을 이용한 시술을 하게 되므로, 치료를 위

한 의학적 시술이 아니더라도 그에 준하는 의학적 설명 및 주의의무가 필요하다.'라는 입장을 명확히 했을 뿐만 아니라, '위와 같은 특징 때문에 난자의 채취 및 이를 이용한 시험은 그 자체가 인체를 대상으로 한 임상시험이 아니더라도 그에 준하는 기준에 의하여 규율되어야 한다고 하면서 임상시험과 관련된 법령 및 국제규범 중 「생명윤리법」 제5조(충분한 설명 및 동의 여부 결정권 관련)와 제15조(배아 생성 목적 난자 채취 시 서면동의 획득 관련), 〈의약품 임상시험 관리기준〉 제3조 제1-3항(위험에 대한 충분한 고려와 이익에 의한 위험의 정당화 관련) 및 제17조(서면동의 시 문서화된 정보로 제공하여야 하는 사항 관련), 헬싱키선언(2008년) 6번(연구를 통한 과학적 사회적 측면에서의 이익보다 연구대상자의 복지에 대한 고려 우선 관련)과 24번(동의 획득 시 동의권자에게 알려주어야 하는 사항 및 동의의 문서화 원칙 관련) 등을 사건의 쟁점과 관련된 조항으로 제시하였다.

그러면서 원심/1심 재판부는 '실험을 위하여 난자를 기증받고 이를 채취함에 있어서는 원고들이 주장하는 바와 같이 실험의 목적과 과정에 대한 충분한 정보를 제공하여 기증자로 하여금 기증의 목적을 정확히 인식하도록 해야 할 뿐만 아니라 시술에 따른 부작용에 대하여도 치료를 위한 의료시술에 있어서 환자에 대한 것 이상으로 충분한 설명이 있어야 함은 원고들이 주장하는 바와 같다.'라고 하였다. 이러한 바는 재판부가 이 사건에 있어 체세포복제배아연구를 위해 난자를 제공한 여성들에게도 이러한 법령이나 국제규범 상의 관련 조항에서 규정하고 있는 바와 같이 충분한 정보와 설명이 제공되고 이에 기반하여 동의가 이루어졌어야 한다는 점에 대해서는 원칙적으로 인정한 것이라고 할 수 있기에 의의가 있다.

29) 「(전부개정 전) 생명윤리법」 제15조 제2항 5호 및 제3항, 동법 시행규칙 제5조 제3항 3호. 참고로, 이러한 조항에 규정되어 있던 내용은 현행법 제24조 제1항 4호 및 제2항에 규정되어 있다.

그리고 「생명윤리법」은 2008년 6월 5일에 일부개정되었고 이에 따라 동법 시행령도 2008년 12월 3일에 일부개정되었다. 그리고, 이를 계기로 체세포핵이식행위를 할 수 있는 연구의 조건에 연구에 사용되는 난자의 범주가 제한적으로 정해졌고, 이러한 난자의 연구용 제공을 위해서는 난자를 기증한 자로부터 서면 동의가 획득되어야 한다는 것이 조건으로 제시되었다.<sup>30)</sup> 이에 따라 체외수정기술 후 여러 가지 이유에서 더 이상 이용하지 않거나 폐기할 난자와 질병 치료를 목적으로 적출되는 난소에서 채취한 난자만이 체세포복제배아연구에 사용될 수 있도록 제한되었다. 즉, 연구에 난자를 제공할 목적으로만 과배란유도와 난자채취술을 하는 것을 사실상 금지한 것이다. 이는 난자의 연구용 제공에 대한 대가가 주어지는지 여부와 관계 없이, 그리고 아무리 순수하고 자발적인 결정에 근거한다고 하더라도, 연구에 난자를 제공할 목적에서만 과배란유도와 난자채취술을 여성이 경험하게 되는 것이 여성의 건강, 특히 재생산건강에 부정적인 영향을 준다고 판단했기에 이를 허용하는 것이 부적절하다는 판단 하에 취해진 금지조치라고 볼 수 있다.<sup>31)</sup>

물론 이러한 법규정은 이 사건이 발생한 이후에 마련된 것이기는 하나, 이 사건과 비교해보면 결국 이 사건의 원고들은 현재는 여성의 건강에 부정적인 영향을 주는 일이지 법규정을 통해 금지되고 있는 일을 경

험한 것이다. 또한 이 사건이 발생한 당시와 달리, 「생명윤리법」이 전부개정 되어 현재는 배아생성의 료기관이 배아를 생성하기 위해 난자를 채취할 때 채취 및 체외수정 기술 과정과 그로 인한 위험성 및 부작용에 관한 사항에 대해서도 충분히 설명하고 동의를 획득하여야 한다는 규정이 추가되어 있다.<sup>32)</sup> 이는, 이러한 위험성과 부작용이 여성의 건강에 부정적인 영향을 줄 수 있기 때문에, 본인에게 좋은 일이 될 임신을 목적으로 이러한 과정을 겪어야 하는 이들뿐만 아니라 타인의 임신을 위해 난자를 제공하지만 할 뿐 본인에게 아무런 실질적인 이득이 없는 여성도 이러한 바에 대해 반드시 알고 난자채취를 결정하여야 한다는 것을 분명히 하고자 한 것이라고 판단된다. 그러므로 1심 재판부가 판결문에 난자채취와 관련된 의학지식으로 난자채취의 방식과 기술에 따른 부작용에 대한 내용을 적시하여 연구를 목적으로 난자를 제공하기 위해서는 여성의 건강에 부정적인 영향을 줄 수 있는 과배란유도와 난자채취술이 이루어져야 한다는 점과, 이로 인해 부작용이 발생할 수 있다는 점을 명확히 한 것은, 이 사건에서 원고들이 경험한 일이 어떠한 일이었는지를 명확히 할 뿐만 아니라, 이러한 위험을 무릅쓰고 연구를 위해 난자를 제공한 여성들이었기에 이들에게 연구나 난자제공에 대한 정보와 설명의 충분한 제공과 적절한 동의 획득이 반드시 전제되었어야 했음을 인정

30) 「(전부개정 전) 생명윤리법」 제12조의2 제1항 2호 가·마목 및 제2호. 참고로, 이러한 조항에 규정되어 있던 내용은 현행법 시행령 제14조 제1항 2호 가·마목 및 제2항에 규정되어 있다. 구체적으로는, 배아 생성을 위하여 동결보존하는 난자로서 임신이 성공되는 등의 사유로 폐기할 예정인 난자, 미성숙인 난자나 비정상인 난자로서 배아를 생성할 계획이 없어 폐기할 예정인 난자, 체외수정기술에 사용된 난자로서 수정이 되지 아니하거나 수정을 포기하여 폐기될 예정인 난자, 불임치료를 목적으로 채취된 난자로서 적절한 수증자가 없어 폐기될 예정인 난자, 적출된 난소에서 채취한 난자만이 체세포복제배아연구에 이용될 수 있게 되었다. 현재도 이와 거의 동일하게, 배아생성을 위하여 동결 보존된 난자 중에 임신이 성공되는 등의 사유로 폐기할 예정인 난자, 미성숙 난자 또는 비정상적인 난자로서 배아를 생성할 계획이 없어 폐기할 예정인 난자, 체외수정기술에 사용된 난자로서 수정이 되지 아니하거나 수정을 포기하여 폐기될 예정인 난자, 난임치료를 목적으로 채취된 난자로서 적절한 수증자가 없어 폐기될 예정인 난자, 적출된 난소에서 채취한 난자만이 체세포복제배아연구에 이용될 수 있게 되어 있다.

31) 동일한 이유에서, 이 때 「생명윤리법」에 배아생성의료기관에 대하여 난자 제공자에 대한 건강검진을 실시하도록 의무를 부과함과 동시에 건강기준에 미달하는 자로부터의 난자채취를 금지할 뿐만 아니라 난자채취 빈도를 제한하여 난자 제공자의 안전을 확보하기 위한 근거 조항(제15조의2와 제15조의3, 현행법 제27조 제1-3항)이 추가되었다.

32) 현행 「생명윤리법」 제24조 제1항 6호 및 동법 시행규칙 제20조 제3항 2호

할 수 있도록 하는 이유를 인정할 수 있도록 하였다는데 의의가 있다.

#### 4. 판결의 한계점

- (1) 연구 관련 정보와 설명이 불충분하게 제공되었음을 인정하지 않은 점

서울중앙지방법원 항소심/2심 재판부는 판결문을 통해 '실험을 위하여 난자를 기증받고 이를 채취함에 있어서는 원고가 주장하는 바와 같이 실험의 목적과 과정에 대한 충분한 정보를 제공하여 기증자로 하여금 기증의 목적을 정확히 인식하도록 해야 할 뿐 아니라 시술에 따른 부작용에 대해서도 치료를 위한 의료시술에 있어서 환자에 대한 것 이상으로 충분한 설명이 있어야 하는데, 그 정보제공이 충분한지 여부는 결국 기증자가 당해 연구의 목적과 과정, 그리고 자신이 기증하는 난자가 어떠한 실험에 사용되는지를 제대로 이해할 수 있는지 여부가 그 기준이 될 것이다.'라고 하였고, 원심/1심 재판부 역시 이와 동일한 내용을 판결문에 적시하였다. 동의 획득에 있어 동의 사실이 서면화되는 일, 즉 연구대상자의 자필로 작성된 동의서를 확보하는 결과적인 측면에 의의가 없는 것은 아니다. 하지만, 동의 획득에 있어 연구자가 자신의 연구에 도움을 주고자 하는 선의(善意)를 가지고 연구 참여에 대해 고려하고 있는 사람에게 연구의 목적이나 방법에 대한 정보와 설명뿐만 아니라 이 연구에 참여하게 되는 경우 이들이 혹시라도 얻을 수 있는 이익이나 이들이 혹시라도 겪을 수 있는 위험이나 불편 등에 대해 자세하게 정보와 설명을 제공해주는 것은 매우 중요하다.<sup>33)</sup>

그러므로 동의 획득은 연구 참여에 대해 고려하고 있는 사람이 이러한 바에 대해 충분히 이해한 상태에서 연구 참여 여부를 결정할 수 있도록 하기 위한 과정적인 측면에 보다 의의가 있다. 따라서 연구자가 정보와 설명을 잘 제공해주었고 잘 이해시켰는지 보다는 연구 대상자가 정보와 설명을 잘 제공받아 잘 이해했는지가 훨씬 중요하다. 그러므로 재판부가 '결국 기증자가 해당 연구의 목적과 과정 그리고 자신이 기증하는 난자가 어떠한 실험에 사용되는지를 제대로 이해할 수 있는지 여부'를 기준으로 하여야 한다고 본 것은 매우 타당하다.

하지만 두 재판부 모두 결론적으로는 '실험의 모든 목적과 과정에 대한 정확하고도 상세한 설명까지 필요하다고 할 수는 없고, 전문적인 의학실험에 있어 이는 가능하지도 않을 것이다'라고 보았으며, '황우석 연구팀이 원고들에게 제공한 기증에 관한 안내서와 동의서에 의하면 기증된 난자가 줄기세포 연구에 쓰인다는 점, 줄기세포의 의미와 의학적 가치, 체세포핵이식을 통한 환자맞춤형 줄기세포의 확립 과정, 현재는 줄기세포 연구가 초기단계에 머물러 있지만 빠른 속도로 발전하고 있다는 점 등에 대한 설명이 있어 이 연구가 어떠한 목적을 가지고 있는 것이고 기증자들이 제공한 난자가 어떠한 실험에 쓰이는지를 이해할 수 있을 정도의 충분한 설명은 된 것으로 보이고, 달리 원고들과 면담한 황우석 연구팀의 구성원들이 사실과 다른 정보를 원고들에게 제공하였음을 인정할 만한 증거가 없다는 등의 이유로 원고들의 청구를 기각하였다. 원고들이 연구의 목적과 성과 등에 관한 충분한 정보를 제공하지 않았고, 난자를 채취함에 있어 발생할 수 있는 부작용의 정도와 심각성에 대해 설명하지 않았다는 것을

33) '연구대상자는 연구에 대해 직접적 이해관계가 없는 제3자에 가까우므로, 타인이 추구하는 목적을 위해 일방적으로 수단화됨으로써 '목적자체성'을 손상당할 위험으로부터 보다 철저히 보호되어야 한다'는 이유로 연구 영역에서 보다 엄격한 기준이 요구된다'는 견해가 있다. 이러한 내용은 임미원, 의료윤리적 문제로서의 피실험자의 동의와 자율성, 법철학연구 제9권 제1호, 한국법철학회, 2006, 207쪽에서 재인용.



문제 삼았던 상황에서, 재판부는 이러한 원고들에게 이들이 제대로 이해할 수 있을 정도의 충분한 정보와 설명이 제공되었어야 한다는 점을 인정하였음에도 불구하고 결론은 정 반대로 내린 것이다.

이와 관련하여 황우석 연구팀이 원고들에게 제공한 안내서인 〈줄기세포 치료 연구를 위한 난자공여에 대한 안내서〉에는 ‘줄기 세포 치료에 대한 연구는 아직은 초기 단계이나 머지 않아 임상에서 이용할 수 있을 것으로 기대 될 정도로 빠르게 발전하고 있습니다. 본 연구진은 체세포핵이식 기술을 이용한 복제 배아줄기 세포 연구에 있어서 세계적인 선두 그룹으로서 난치병의 정복을 위하여 복제배아 줄기 세포 연구를 해오고 있습니다. 그러나 이러한 줄기 세포의 연구에는 줄기 세포주 수립을 위해서 자발적으로 기증된 난자의 공급이 전제가 되어야 가능합니다. 본 연구진이 이번에 수행 중인 연구는 체세포 핵이식에 의한 치료 복제 기술을 이용하여 인간 줄기 세포주를 수립하여 이식 가능한 세포로 분화시킨 후 척수 손상 환자에게 이식하여 그 효과와 안정성을 보는 것입니다.’라고 기재되어 있었다. 그렇다면 재판부는 이 정도의 정보가 ‘기증자가 해당 연구의 목적과 과정 그리고 자신이 기증하는 난자가 어떠한 실험에 사용되는지를 제대로 이해할 수 있는’ 정도인 것으로 판단했다는 것인데, 과연 이 정도의 정보가 동의 획득에 앞서 전달된 충분한 정보로 인정될 수 있다고 보기는 어렵다.

왜냐하면, 일단 이 안내서에는 체세포핵이식 기술이

나 복제배아줄기세포 연구가 무엇인지에 대한 기본적인 설명도 없어 이러한 기술이나 이러한 연구가 무엇인지에 대해 정확하게 알 수 없다. 그리고, 체세포복제 배아줄기세포주를 수립하는 방법이 이미 연구 완료되어 이를 이용해 환자의 질환을 치료할 수 있는지 여부를 알아보기 위한 인체적용시험 단계에 이른 상황이 아니라 단지 체세포복제배아줄기세포주를 수립하기 위한 정도의 기초 연구를 진행하는 단계에 있었음에도 불구하고, 오히려 ‘머지 않아 임상에서 이용할 수 있을 것’, ‘난치병의 정복’, ‘척수 손상 환자에게 이식하여 그 효과와 안정성을 보는’ 등의 표현을 사용하고 있어 연구의 목적을 정확하게 이해하지 못할 뿐만 아니라 마치 이 연구를 통해 곧 보편적으로 실용화 가능한 치료법이 마련되고 난치병을 해결할 수 있을 것으로 오해할 수 있게 만들고 있었다. 분명 연구는 치료와 다르기에 이 둘은 명확하게 구분되어야 하고,<sup>34)</sup> 이 연구는 당시 치료와 아직은 관계되지 못한 단계에 있었음에도 불구하고, 마치 치료에 준하는 것으로 오해할 수 있게 만드는 표현이 사용되었던 것이나, 심지어 안내서의 명칭에조차도 ‘치료’라는 용어가 포함되어 있었던 점은 매우 부적절하다.

(2) 현실에 맞지 않는 정보가 부적절하게 제공되었음을 인정하지 않은 점

두 재판부는 판결문에서 ‘이 연구가 어떠한 목적을

34) 벨몬트 보고서(1979년) 중 ‘A. 시술과 연구의 경계’에서는 대부분의 사람들에게 ‘시술(practice)’이란 성공에 합당한 기대 수준을 가진 개별 환자의 복지를 증진시키기 위해서만 계획된 의학적 개입을 의미한다고 하고 있으며, 의학적 또는 행동학적 시술의 목적은 진단, 예방적 치료, 또는 특정한 개인에 대한 치료를 제공하는 것임에 반해, 이와 대조적으로 ‘연구(research)’란 가설을 시험하고 결론을 이끌어내는 등 일반화된 지식을 발전시키거나 그에 기여하게끔 계획된 행동으로서, 대개 목적과 그 목적에 도달하기 위한 일련의 절차들을 제시하는 프로토콜 형식으로 기술되는 것이라고 하면서, 시술과 연구를 구분하여야 함을 명확히 하고 있다. 그리고 안전성과 효용성을 평가할 목적으로 연구가 계획되었을 때는 연구와 시술이 동시에 일어지는데, 어떤 활동에 연구의 요소가 조금이라도 포함되어 있다면 인간 피험자의 보호를 위해서 그 활동은 검토 대상이 되어야 한다는 것이 일반적인 규칙이라는 점을 명시하고 있다. 이러한 바를 종합해보면 결국 시술과는 다른 성격을 갖는 연구가 그 대상이 되는 사람에게 미칠 수 있는 영향에 대해서는 구분하여 이해하고 주의하여야 한다는 것을 알 수 있다.

가지고 있는 것이고 기증자들이 제공한 난자가 어떠한 실험에 쓰이는지를 이해할 수 있을 정도의 충분한 설명은 된 것으로 보이고, 달리 원고들과 면담한 황우석 연구팀의 구성원들이 사실과 다른 정보를 원고들에게 제공하였음을 인정할 만한 증거가 없다는 점을 원고들의 주장을 인정할 수 없는 이유로 들었다. 물론 사실과 다른 정보를 제공하였는지 여부도 확인해 보아야 할 문제였겠지만, 이보다는 사실에 대한 정보가 얼마나 정확하게 전달되었는지가 중요하기에 재판부는 이에 보다 집중했어야 한다. 왜냐하면 이 안내서에는 ‘공여자가 환자와 혈연관계에 있을 경우 기능하는 난자는 본인과 가족 관계에 있는 환자에게 우선적으로 사용하고, 사용 후 남은 난자에 대해서는 미지의 다른 환자에게 사용됩니다. 그 밖의 경우에는 공여자가 이식을 받을 환자를 지정할 수 없습니다.’라는 내용도 있는데, 이 역시 단지 체세포복제배아줄기세포주를 수립하기 위한 정도의 기초 연구를 진행하는 단계에서는 현실적으로 난자를 제공한 사람의 가족에게 우선적으로 사용할 수 없는 상황이었기에 사실상 무관한 내용임에도 불구하고 안내문 상에 적시되어 있어, 특히 환자를 가족으로 두고 있어 ‘동생의 외래진료 시 주치의로부터 난자를 이용한 치료법이 있다는 말을 듣고 우선적으로는 동생의 질병 치료에 자신의 난자가 쓰일 것으로 알고 난자를 기증하기로 한 원고2에게는 정확한 정보가 전달되었다고 볼 수 없기 때문이다. 진정한 의미에서의 동의 획득은 각각의 연구대상자가 처해 있는 상황이나 이들이 가지고 있는 조건들까지도 고려하여 이들 개개인이 필요로 하는 구체적인 정보를 전달해주는 것이어야 하는데,<sup>35)</sup> 원고2가 가족의 질병 치료에 대한 기대로 난자를 기증하고자 하는 여성임을 알았음에도 불구하고 이러한 측면에 대한 정보 제공이나 설명이 명확

하게 이루어지지 않았다는 것은 문제가 있다. 사실과 다른 정보가 원고들에게 제공된 증거가 없다는 점은 이러한 일은 그 어떠한 상황에서도 무조건 있어서는 안 되는 일이기 때문에 이 사건에서 참고가 될 수 있는 부분에 불과할 뿐, 동의를 위한 정보와 설명의 제공이 적절했는지 여부는 이 자체로 판단되어야만 하는 것이다.

또한 원심/1심 재판부는 ‘원고2는 난자를 채취한 의사들이 자신의 난자를 동생의 질병 치료에 사용할 것처럼 자신을 기망하였다고 주장하나, 줄기세포를 이용한 치료방법이 루프스병에 사용될 수 없다는 점을 인정할 만한 아무런 증거가 없고, 현재 줄기세포치료의 일종인 조혈모세포치료를 통하여 다른 방법이 효과 없는 루프스병에 대한 치료의 효과를 얻고 있음을 인정할 수 있으므로 이러한 원고의 주장을 인정할 만한 증거가 없다고 하였는데, 재판부는 이 사건에서 문제가 되는 연구는 분명 체세포복제배아줄기세포 연구이고 이는 초기 단계 연구였기에 이러한 줄기세포를 이용한 치료방법이 아직 확립되지도 않았을 뿐만 아니라 동일한 이유로 원고2의 가족의 질병에 사용될 수 있는 치료방법이 아니었음에도 불구하고 ‘사용될 수 없다는 점을 인정할 만한 아무런 증거가 없다는 이유로 이러한 바가 문제되지 않는다고 본 잘못을 저질렀을 뿐만 아니라, 체세포복제배아줄기세포를 이용한 (이 사건 당시에는 분명 가능하지 않았던) 치료와 조혈모세포를 이용한 치료는 이 두 줄기세포 간의 엄연한 차이로 인해 전혀 다른 것임에도 불구하고 이를 구분하여 인지하지 못한 채 조혈모세포를 이용한 치료가 효과를 보이고 있으니 체세포복제배아줄기세포를 이용한 (현재까지도 가능한 것으로 밝혀지지 않은) 치료도 효과를 얻을 것이기에 원고가 제공한 난자가 원고2의 가족의 질병 치료에 사용될 수 있는 것으로 보아버린 오류를

35) 헬싱키선언(2013년) 26번에는 ‘또한, 정보의 전달 방법뿐만 아니라 잠재적인 개별 연구대상자의 특정 정보 요구에도 특별한 주의가 기울여야 한다.’라고 규정되어 있다.

범하기까지 했다. 과학적인 사실관계에 대한 확인 조차 철저히 하지 않은 상태에서 이러한 논리적 오류를 담아 판결한 것에 문제가 있다고 하지 않을 수 없다.

(3) 동의권자가 연구에 대해 이해하였는지를 확인하지 않은 점

두 재판부 모두 판결문에서 '이 연구가 어떠한 목적을 가지고 있는 것이고 기증자들이 제공한 난자가 어떠한 실험에 쓰이는지를 이해할 수 있을 정도의 충분한 설명은 된 것으로 보이고'라고만 하였을 뿐, 연구대상자가 실제로 이를 이해하였는지에 대해 확인한 바는 적시하지 않고 있다. 진정한 의미에서의 동의 획득은 연구대상자가 자신이 동의하는 사항에 대해 적절하게 이해하였는지에 대해서 확인하는 절차를 거친 후에 동의서를 작성하도록 하는 방식으로 이루어져야만 한다.<sup>36)</sup> 그러므로 동의를 획득한 사람이 동의권자 제대로 이해했는지를 확인하였는지에 대해 재판부가 확인하지 않은 채, 단지 문서로 제공된 정보의 내용만을 가지고 정보 제공이 적절하게 이루어졌는지를 판단한 것은 적절하지 않았다.

(4) 사실에 근거한 정확한 정보의 제공에 대한 연구자의 의무를 간과한 점

원심/1심 재판부는 '원고들은 황우석 연구팀이 체세

포복제배이줄기세포를 세계 최초로 수립하였다는 사이언스지의 논문이 허위이므로 원고들에게 연구의 성과에 대한 정확한 정보가 제공되지 않았다고 주장하나, 이러한 정보는 황우석 연구팀이 원고들에게 제공한 것이 아니라 원고들이 언론을 통하여 취득한 것이고, 황우석 연구팀이 원고들에게 제공한 안내서에는 줄기세포 연구가 초기단계에 있다고만 되어 있을 뿐 연구 성과에 대한 구체적인 언급은 없으므로 피고들이 허위 정보의 제공에 대한 직접적인 책임을 부담할 이유는 없으며, 연구의 목적과 성과에 대한 정보의 제공은 기증자가 이 연구가 어떠한 목적을 가지고 있는 것이고 기증자들이 제공한 난자가 어떠한 실험에 쓰이는지를 이해할 수 있을 정도가 되면 충분하고 연구가 어느 정도 단계까지 진전되었는지에 대한 구체적인 정보가 반드시 제공되어야 한다고 볼 수도 없다'고 하면서 '원고들은 황우석 연구팀이 허위논문을 발표하고 이를 언론에 대대적으로 공개함으로써 원고들을 기망하였다고 주장하나, 허위논문의 발표가 난자를 얻을 목적 하에 원고들을 직접적인 대상으로 하여 이루어진 것이 아닌 이상 원고들의 손해와 허위논문의 발표 사이에는 상당인과관계가 있다고 할 수 없다'는 이유로도 원고들의 청구를 기각하였다.

그러나 원고들이 이 연구를 위해 난자를 제공한 결정적인 동기나 이유는 바로 이 부분에 있다. 설령 이러한 허위 정보를 원고들이 연구팀으로부터 얻은 것이 아니었다하더라도,<sup>37)</sup> 난자를 제공받는 연구자들은 원고들

36) 헬싱키선언(2013년) 26번에는 '의사 또는 다른 적절한 자격을 갖춘 사람은 잠재적인 연구대상자가 정보를 이해한 것을 확인한 후에 잠재적인 연구대상자의 자발적인 충분한 설명에 의한 동의를 구해야 하며, 동의는 가급적이면 서면으로 받는다.'라고 규정되어 있다. 그리고, 사람을 대상으로 하는 생명의학 연구에 대한 국제윤리 가이드라인 '4. 개인별 동의서' 중 '(2) 절차에도 '예상 피험자에게 정보를 제공하고, 반복하여 설명하며, 그들이 제기한 질문에 대해 대답하고 각 개인이 각각의 절차를 이해하는 것을 확인함으로써 임상시험자는 그들의 동의를 얻고, 그렇게 하는 데 있어 피험자의 인권과 자율성에 대한 존중을 명백히 하여야 한다.'라고 규정되어 있다. 진정으로 적절한 동의가 가능할 수 있기 위해서는 연구자가 연구대상자가 되고자 하는 사람에게 정보를 제공하고 충분히 설명해주며 필요 시 질문에 대답을 해주는 절차를 통해 연구대상자가 동의를 하기 전에 동의하는 사항에 대해 잘 이해하고 있는지를 알아보는 것이 필요함을 강조하고 있고 이러한 바에 대한 책임이 동의를 획득하는 연구자에게 있음을 명확히 하고 있는 것이다.

37) 최은경·김옥주는 '황우석의 지속적 언론플레이 '난치병 환자의 꿈을 현실로 만들어주겠다'는 식의 발언들은 일종의 줄기세포 환

이 연구를 위해 난자를 제공하는 동기나 이유를 충분히 알고 있었을 뿐만 아니라, 자신들의 연구 성과가 허위라는 점에 대해 이미 알고 있었으므로, 이러한 정보에 의해 원고들이 정확하게 알고 있지 못한 부분이 있는지를 확인하고 사실에 근거하여 정확한 정보를 제공했어야만 한다. 연구대상자에게 연구에 대한 정보와 설명을 제공해주는 것은 연구 참여 여부를 결정할 수 있도록 하기 위함인데, 원고들은 만약 연구에 대해 사실에 근거한 정확한 정보를 알았다면, 즉 이 연구팀의 연구 성과가 허위라면 난자제공을 하지 않았을 것이라고 하며 소송을 제기한 것이다.<sup>38)</sup> 다시 말해, 연구 참여 여부를 결정함에 있어 가장 결정적인 정보가 사실에 근거하여 정확하게 전달되지 않았기에 결과적으로 자기결정권을 침해 당했다고 주장한 것이다. 그럼에도 불구하고 1심 재판부가 이러한 연구자의 의무를 간과한 채 연구자들에게는 아무런 책임이 없는 것으로 판단한 것은 매우 아쉬운 부분이다.

- (5) 심각한 위험이 발생하지 않았다는 사실을 위험에 대한 정보와 설명 제공의 불충분성을 인정하지 않는 이유로 삼은 점

두 재판부는 판결문을 통해 '원고들은 난소과자극증후군의 구체적인 증상과 심각한 합병증 등에 대한 충분한 설명이 이루어지지 않아 자신들의 자기결정권이 침해되었다고 주장'하나 '설명 이에 대한 설명이 충분하지 않았다고 하더라도 원고1에게 시술 전 설명된 난

소과자극증상이 발생한 것을 제외하고 원고들에게 다른 부작용이나 심각한 합병증이 발생한 사실이 없으므로 원고들에게 손해가 발생하였다고 할 수 없다(원심/1심 재판부)', '원고들은 실제로 부작용이 발생하지 않았다고 하더라도 불충분한 고지만으로 자신들의 자기결정권이 침해되었으므로 이로 인한 정신적 손해를 배상하여야 한다고 주장하나, 의료기술에 있어 설명의무 위반으로 인한 자기결정권의 침해란 약결과의 발생을 회피할 수 있었던 선택의 가능성을 침해한 것을 의미하는 것이기에 아무런 약결과가 없는 상태에서 단순히 자기결정권이 침해되었다는 이유만으로 정신적 손해를 입었다고 할 수는 없다(원심/1심 재판부)', '의료기술에 앞서 있어야 할 발생할 수 있는 부작용에 대한 설명은 환자가 시술을 받을지 여부를 결정함에 있어 영향을 준만한 사정에 대한 충실한 설명을 의미하는 것이기에 심각한 위험성이 있는 경우 그 발생 가능성이 낮다고 하여 설명을 생략할 수는 없으나, 그렇다고 하여 발생 가능한 모든 부작용을 일일이 다 설명하여야 하는 것은 아니고, 황우석 연구팀이 원고에게 제공한 안내서에는 난자 채취의 방법, 과배란유도로 인하여 두통 오심 등의 부작용이 있을 수 있고 마취제와 관련된 부작용도 있을 수 있다고 기재되어 있으며, 원고에게 설명을 담당했던 교수들은 부작용으로 인한 사망의 가능성까지도 언급하였던 사실 등을 인정할 수 있을 뿐만 아니라, 현재는 기술의 발달과 철저한 난자 채취로 인하여 심각한 합병증이 거의 발생하지 않는데다가 난소과자극증후군은 초기에 적절하게 치료하면 심각

상-치료와 연구의 혼동을 가져왔고, 난자 공여자 역시 줄기세포 연구가 당장 치료로 연결되지는 못한다는 점을 알기 어려웠다.'고 분석하였다. 이는 최은경·김옥주, 황우석 사태에서의 윤리적 쟁점의 변화 : 배아윤리에서 난자윤리로, 생명윤리 제7권 제2호, 한국생명윤리학회, 2006, 89쪽에서 인용. 그리고 '2005년 황우석의 사이언스 논문과 함께 실린 Magnus D. & Cho M., "Ethics, Issues in oocyte donation for stem cell research," Science, Vol.308, 2005, pp. 1747-1748은 황우석의 연구가 줄기세포가 바로 치료와 연결될 수 있다는 그릇된 믿음을 심어주어 오해 또는 치료에의 환상(therapeutic misconception)을 가져올 위험에 대해 지적하였다.' 이는 같은 논문 89쪽 각주27번에서 재인용.

38) 이유정, 젠더관점에서의 난자 채취 손해배상 청구소송에 대한 검토, 이화젠더법학 제6권 제2호, 이화여자대학교 젠더법학연구소, 2014, 54-57쪽 참고.

한 합병증이 발생할 가능성이 거의 없지만 설명서에는 난소과자극증후군의 특징적인 임상증상이 발현될 경우 반드시 병원으로 내원하도록 기재되어 있는 점을 고려하면 설명을 하는 의사들이 시술 후에 심각한 부작용을 겪는 경우는 거의 없다고 설명하였더라도 이를 잘못된 정보의 제공으로 볼 수도 없다(항소심/2심 재판부)’는 이유와 ‘원고는 서면 안내서와 동의서 사본을 적어도 시술 하루 전에 미리 자신에게 주어 자신이 가족 및 지인들과 상의한 이후 시술을 결정하도록 기회를 주었어야 하는데 이를 제대로 이행하지 않았다고 주장하나, 현재 이에 대한 법령의 규정이 따로 없어 이러한 일을 하지 않았다고 하여 원고의 자기결정권을 침해한 설명의무 위반이 있다고 볼 수는 없고, 원고는 난자채취시술을 받은 2005년 2월 5일 이전인 2005년 1월 10일과 23일에 황우석 전교수나 연구팀 관계자를 만나 난자기증에 대한 안내서를 제공받고 동의서에 서명하였으므로 시술 이전에 숙려의 시간이 주어지지 않았다고 할 수도 없다(항소심/2심 재판부)’는 이유로 원고들의 주장을 받아들이지 않았다.

그러나, 원고들이 청구한 손해배상액에 치료비에 대한 배상금액이 포함되어 있었기는 하지만, 손해배상액 대부분은 정신적 고통에 대한 것이었기에 원고들은 분명 자신들에게 발생한 신체적인 측면에서의 부작용 등을 문제삼고자 했던 것이 아니라 이러한 부분에 대한

설명에 충분하지 않았음을 문제삼고자 했던 것이다. 하지만 재판부는 단지 원고들에게 발생한 문제가 이미 시술 전 설명된 난소과자극증상이었다는 점과 이를 제외하고는 원고들에게 다른 부작용이나 심각한 합병증이 발생한 사실이 없다는 이유로 원고들에게 손해가 발생하지 않았고 위험과 관련된 정보가 안내문과 일부 구두 설명을 통해 제공되었기에 부적절했다고 볼 수도 없어 이로 인한 자기결정권 침해나 정신적 손해의 문제가 있었다고 볼 수도 없다고 판단하였다. 진정 재판부는, 아무런 문제가 발생하지 않는다거나 발생했더라도 심각한 문제가 아니었다면 이에 관련된 정보나 설명이 사전에 철저하게 연구대상자에게 전달되지 않아도 되는 것으로 본 것인지 되물어야 하는 부분이 아닌가 한다.<sup>39)</sup>

연구에 있어 중요한 원칙 중에는 연구의 위험과 이익이 각각 확인되어야 하고 이를 형량하여 이익이 위험보다 크거나 이익이 위험을 정당화할 수 있다고 판단되는 경우에만 연구가 이루어질 수 있어야 한다는 점,<sup>40)</sup> 아무리 새로운 지식의 창출이 중요하더라도 이러한 목적이 연구대상자 개인의 권리와 이익보다 우선할 수 없다는 점,<sup>41)</sup> 연구의 위험을 최소화할 수 있는 조치를 하여야 할 뿐만 아니라 위험을 충분히 관리할 수 있다는 확신이 없으면 연구를 해서는 안 된다는 점<sup>42)</sup> 등이 포함되어 있다. 이 사건에 있어 난자를 제공

39) 조주현은 난임 여성의 경우 자신의 임신에 대해 과배란유도 및 난자채취시술의 위험을 부담할 것인지를 결정하기에 이를 ‘선택’하는 것이고 임신을 위해서라면 거처야 하는 어쩔 수 없는 과정이라 볼 수 있는 반면, 난임과 무관하고 건강한 여성의 경우 아무런 대가가 돌아오지 않는 상황에서 연구를 위해 난자를 제공하기 위해 이러한 절차를 거치는 것이 이들에게 치명적인 결과를 가져올 수 있으므로 이들이 자신의 건강을 담보로 이러한 힘든 과정을 거치는 것을 ‘선택’이라고 할 수 있기 위해서는 이러한 ‘선택’이 위험에 대한 자세한 정보와 충분한 정보가 주어진 상태에서 이루어지는 것이어야 한다고 보았다. 이에 대해서는 조주현, 난자 : 생명기술의 시선과 여성 몸 체험의 정치성, 한국여성학 제22권 제2호, 한국여성학회, 2006, 18쪽 참고.

40) 헬싱키선언(2013년) 17번. 참고로 16번에는 인간 대상 의학연구는 연구목적의 중요성이 연구대상자의 위험과 부담보다 더 중대할 경우에 한하여 수행할 수 있다고 규정되어 있다. 이 규정은 연구대상자에 대한 위험과 부담은 연구목적과 비견될 정도로 중요함을 보여주고 있으며, 이 규정을 거꾸로 해석하면 연구대상자에 대한 위험과 부담에 비해 연구목적의 중요성이 더 중대하지 않다면 이러한 위험과 부담을 연구대상자에게 감내하도록 하면서까지 연구를 하지는 않아야 한다는 것을 말하고 있는 것이라 볼 수 있다.

41) 헬싱키선언(2013년) 8번

42) 헬싱키선언(2013년) 17번과 18번

한 여성들의 경우 건강 측면에서나 난자 제공에 따른 여타 반사적 이익 측면에서도 기대 가능한 직접적인 이익은 사실상 전무하였다. 따라서 난자를 제공한 여성들에게 발생할 것으로 기대 가능한 이익이 없는 상태에서 단지 상당한 위험만을 감내하도록 한 것이기에 연구윤리나 생명윤리 측면에서 볼 때 심각한 문제가 있다는 이유로 허용될 수 없는 부분이다. 그러므로 재판부는 이러한 측면을 고려하여 원고들에게 발생 가능할 것으로 예상되는 위험이 어떤 것이었는지, 이러한 위험에 대한 정보와 설명이 적절하게 제공되었는지, 이들에게 실제로 어떠한 위험이 발생하였고 어떻게 해결되었는지 등에 대해 '아무런 이득을 기대할 수 없는 연구대상자의 연구 참여에 따른 위험에 대한 관리'라는 차원에서 살펴보았어야만 한다.<sup>43)</sup>

그리고, 일반적으로 의료행위에 있어서는 발생이 예상되는 위험 등에 관하여 당시의 의료수준에 비추어 상당하다고 생각되는 사항을 의사가 해당 의료행위를 고려하고 있는 환자에게 설명해주어 환자로 하여금 이를 선택할 것인지 여부를 결정하도록 할 수 있게 하여야 하는 의무가 있다는 것이 법적으로 인정되고 있다.<sup>44)</sup> 그러므로 재판부는 이에 준하여, 과연 난자를 제공한 여성들의 경우 난자제공을 할 것인지 여부를 결정하는 일과 관련하여 위험에 대해 이 당시의 의료수준에 비추어 상당하다고 생각되는 사항에 대해 설명을 받았는지에 대해서도 살펴보았어야만 한다. 또한 의료행위에 있어 위험 설명의 목적이 치료 중 환자에게 발

생할 수 있는 합병증, 후유증, 부작용 등에 대하여 설명해주는 데 있으므로 이러한 문제의 발생 가능성이 희소하다는 이유로 이에 대한 설명이 면제될 수 없고, 특히 의료행위로 인해 전형적으로 발생하는 위험이나 회복할 수 없는 중대한 위험에 대해서는 발생 가능성이 희박하더라도 설명이 반드시 이루어져야 한다는 것도 법적으로 인정되고 있다.<sup>45)</sup> 이러한 점에 비추어볼 때 재판부는 과연 위험에 대한 설명이 제대로 이루어졌는지에 대해서도 살펴보았어야만 한다.

#### (6) 기관생명윤리심의위원회의 역할과 책임에 대해서는 검토 조차 하지 않은 점

1심 재판부는 '난자채취시술을 했던 병원들에 설치된 IRB가 연구에 대한 사전 심의와 사후 감독을 소홀히 하였다'는 부분은 그 자체로 원고들에게 어떠한 불법행위를 구성하는 것이 아니다'라고 하며 이에 대해서는 아예 판결하지 않았다. 물론 IRB가 원고들에게 직접적인 불법행위를 저지른 것은 아니다. 하지만 이 사건은 동의 획득이 문제된 것이었다. 이에, 비록 당시 「생명윤리법」에 체세포복제배아연구를 위한 동의 획득과 관련하여 동의에 포함되어야 하는 사항 등에 대한 명확한 근거 규정이 없었으나,<sup>46)</sup> 체세포복제배아연구가 이루어지는 기관에도 IRB가 설치되어야 하는 것으로 정해져 있었을 뿐만 아니라,<sup>47)</sup> 이러한 IRB가 해당 기관에서 이루어지는 생명과학기술의 연구개발

43) 최은경·김옥주는 '기존의 연구 윤리 입장에서 해석해 본다면 연구가 여성에게 직접적 이득이 되지 않으면서 여성에게 신체적 위험을 부과한다면 비윤리적인 것으로 간주한다. 즉, 직접적 이득(아기)이 있는 재생산보다 연구용 난자 기증은 여성에게 훨씬 더 취약적이라고 본다.'라고 의견을 밝혔다. 이에 대해서는 최은경·김옥주, 황우석 사태에서의 윤리적 쟁점의 변화: 배아윤리에서 난자윤리로, 생명윤리 제7권 제2호, 한국생명윤리학회, 2006, 89쪽 참고. 이유정은 '본인에게 아무런 이득이 없는 연구를 위해 임상적인 실험대상이 되는 경우에는, 본인의 치료를 위해 임상적인 실험대상이 되는 것보다 훨씬 더 높은 정도의 자기결정권이 보장되어야 하며, 더 높은 수준의 정확하고 충분한 정보가 제공되어야 한다.'라고 의견을 밝혔다. 이에 대해서는 이유정, 젠더관점에서의 난자 채취 손해배상 청구소송에 대한 검토, 이화젠더법학 제6권 제2호, 이화여자대학교 젠더법학연구소, 2014, 58쪽 참고.

44) 대법원 2015년 1월 29일 선고 2012다41069 판결 참고.

45) 대법원 1996년 4월 12일 선고 95다56095 판결 참고.

46) 그러나 「(전부개정 전) 생명윤리법」 제1장 총칙 부분에 포함되어 있었던 제5조에는 '누구든지 자신이 생명과학기술의 적용대상

이용에 관하여 그 계획서의 윤리적 과학적 타당성 외에도 난자제공자로부터 적법한 절차에 따라 동의를 받는지 여부에 대해 심의하도록 정해져 있었고,<sup>48)</sup> 실제로 보건복지부장관의 승인까지 받아야만 이러한 연구를 할 수 있도록 제한이 되어 있으면서 이러한 승인을 받기 위해서는 IRB의 심의 결과에 관한 서류를 첨부하여 제출하도록 하고 있었기 때문이다.<sup>49)</sup> 그리고 IRB가 연구계획에 대한 심의 시 동의 획득에 관한 부분, 특히 동의서와 동의서 설명문 그리고 이 외에 연구대상자에게 제공되는 자료 등에 대해서는 반드시 검토하는 것은 헬싱키 선언을 비롯한 국제규범이나 임상시험 관련 국내법에 따라서도 이미 정례화되어 있었다.

실제로 판결에서 증거로 채택된 안내서와 동의서가 모두 IRB의 심의를 거쳐 승인 받아 사용된 것인지에 대해서는 판결문을 통해 확인할 수 없었으나, 이는 모두 앞서 설명한 바와 같은 이유에서 반드시 IRB의 심의를 거쳐 승인을 받아 사용된 것이었어야만 한다.<sup>50)</sup>

만약 동의 획득에 사용되는 동의서와 동의서 설명문뿐만 아니라 연구대상자에게 제공되는 자료로서의 안내문에 대해 IRB 심의가 적절하게 이루어졌다면 이에 기재된 내용이 동의권자가 이해할 수 있는 용어와 표현을 사용한 것인지에 대한 검토 후 필요한 사항에 대한 수정이나 보완 조치가 취해져 이러한 문서의 준비 미비로 인한 문제를 발생시키지 않았을 수 있다. 따라서 아무리 IRB가 원고들에게 직접적인 불법행위를 저지른 것이 아니기에 이에 대해 문제 삼는 것이 부적절했을지라도, 이러한 문서에 대한 심의를 충실히 하지 않았다는 사실이 원고들이 '연구의 감독을 위하여 피고들에 설치된 각 IRB가 사전 심의와 사후 감독을 소홀히 하여 그 구성원들의 불법행위를 방치함으로써 결국 원고들로 하여금 왜곡된 정보에 따라 난자를 제공'하도록 한 것에 아무런 영향을 미치지 않았다고 볼 수 있지 않는 한, IRB가 그 역할과 책임을 다하지 못한 측면에서의 문제점<sup>51)</sup>에 대해서도 검토하여 지적하였다면 최소

이 되는 경우 생명윤리 및 안전에 관하여 충분한 설명을 들은 후 이에 관한 동의여부를 결정할 권리를 가진다.'라고 명확하게 규정되어 있었는데, 체세포복제배아연구에 대한 규제가 이 법에 의해 이루어지고 있었기에 이러한 자기결정권 보장에 대한 규정은 체세포복제배아연구에 있어서도 동일하게 적용됨이 분명하다. 그러므로 법령 체세포복제배아연구를 위한 동의 획득과 관련하여 동의에 포함되어야 하는 사항 등에 대한 명확한 근거 규정이 없었을지라도 이를 위해 난자를 제공하는 여성은 연구를 위해 생명과학 기술의 적용대상이 되는 사람으로서 자신에게 일어날 일과 관련된 생명윤리 및 안전에 관한 부분에 대해 충분한 설명을 들은 후 이에 대해 동의여부를 결정할 권리를 보장받을 수 있었어야 한다.

47) 「(전부개정 전) 생명윤리법」 제9조 제1항 4호 및 동법 시행규칙 제2조 2호. 참고로, 이러한 조항에 규정되어 있던 내용은 현행법 제10조 제1항 5호에 규정되어 있다.  
 48) 「(전부개정 전) 생명윤리법」 제9조 제2항 1-2호. 참고로, 이러한 조항에 규정되어 있던 내용은 현행법 제9조 제3항 1호 가나목에 규정되어 있다.  
 49) 「(전부개정 전) 생명윤리법」 제23조 제2항 및 제19조 제1-2항. 참고로, 이러한 조항에 규정되어 있던 내용은 현행법 제31조 제4-5항 및 제30조 제1-2항에 규정되어 있다.  
 50) 안내문은 서울대학교 수의과대학 생물공학 연구팀과 한양대학교 의과대학 산부인과 명의로 마련되어 있는 것을 원고들이 제공받았고, 동의서는 한양대학교병원과 미즈메디병원 명의로 마련되어 있는 것을 원고들이 각각 작성하였다. 그러므로 이러한 문서들은 이들 기관에 설치되어 있는 IRB의 심의 후 승인을 받았던 것이어야만 한다.  
 51) 국가생명윤리심의위원회는 조사 결과를 발표한 보고서에서 '황우석 연구에 사용된 난자의 수급과정 상 문제가 있었다고 하더라도, 연구를 하거나 연구에 참여하였던 기관의 기관생명윤리심의위원회(IRB)의 감독 체계가 충실하게 유지되고 작동하였다면, 위에서 살펴본 것처럼 연구에 심각한 윤리적 결함이 발생하지는 않았으리라는 것이 위원들의 공통된 견해이다.'라고 견해를 밝혔다(국가생명윤리심의위원회(2006년 11월), <황우석 연구의 생명윤리 문제에 대한 보고서>, 43쪽 참고). 또한 국가생명윤리심의위원회의 조사 결과에 의하면 2005년 사이언스지 논문과 관련된 연구에 대해 한양대학교 서울병원 IRB는 '난자 공여자의 상당수가 IVF 시술 대상자가 아닌 정상인이었음에도, 연구계획서에 첨부된 동의서설명서 상의 위험 내지 부작용에 대한 정보가 빈약하고 과소평가된 상태로 기술되었지만 이를 승인하였다.'는 문제가 있었고, '서울대 수의과대학 IRB에 제출된 연구계획서에 난자 공여자에 대한 안내서, 동의서 등이 첨부되어 있으나, 난자 제공의 위험성 등을 과소평가한 내용으로 기술되어 있는 것'으로 국가생명윤리심의위원

한 앞으로 IRB가 이러한 자신들의 역할과 책임에 대해 재확인할 수 있도록 할 수 있어 보다 의미 있는 판결이 되었을 것으로 생각된다.

#### IV. 마치며

지금까지 살펴본 두 사건에 대한 판결은 난자매매는 비윤리적인 행위이기에 있어서는 안 될 일이라는 점이나 체세포복제배아연구와 같은 연구에 있어 연구 대상자에게 연구, 특히 연구로 인한 위험에 대한 정보와 설명을 충분히 제공해준 후 동의를 받아야 하는 것이 매우 중요한 일이라는 점에 대해 우리나라에서는 처음으로 재판관을 통해 확인한 의미 있는 계기의 산물이다. 그러나 두 판결문에 적시되어 있는 판결의 논거를 중심으로 판결을 분석한 결과, 우리나라 법원이 난자의 연구 이용과 관련한 문제에 대해 아직까지는 연구윤리나 생명윤리적인 관점에서 바라보고 철저하면서도 적절한 판단을 내리지 못하고 있다는 한계점을 가지고 있음을 확인할 수 있었다. 판결을 위해 재판부는 「생명윤리법」을 비롯한 국내법과 헬싱키선언과 같은 국제규범을 검토하였음에도 불구하고 이러한 국내법과 국제규범이 의미하고 있거나 추구하고 있는 바

를 명확하게 이해하여 이 사건들에 적용하지 못하였다. 이러한 탓에 이 사건에서 문제된 행위가 난자매매 금지 조항에 위배되는 행위인지에 대해서만 판단하였을 뿐 난임 여성이 체세포복제배아연구에 왜 난자를 제공하였는지와 어떻게 제공하였는지에 대한 부분은 심도 있게 고민하지 못하였고(난자매매 판결의 경우), 이 사건에서 문제된 행위가 표면적으로 드러내고 있는 측면만을 보아 문제가 있었는지 여부를 검토하였을 뿐 아무런 대가를 바라지 않은 여성들이 체세포복제배아 연구에 왜 난자를 제공하였는지와 이에 앞서 어떻게 동의 절차를 거쳤는지에 대한 부분을 이들의 입장에서 바라보고 판단하지 못한 채 연구자 입장과 크게 다르지 않은 입장에서 바라보고 판단한 듯 하였다(난자채취손해배상청구 판결의 경우). 하지만 연구를 통해 훌륭한 연구 성과를 도출해내는 것도 중요하지만, 이보다 중요한 것은 연구윤리와 생명윤리를 준수하여 선의(善意)로 연구에 기여하고자 하는 사람들의 권리와 복지를 보호하는 일이다. 난자매매는 법적으로 이미 금지되어 있고 연구만을 목적으로 난자를 채취하여 제공하는 일 역시 사실상 금지되어 있으므로 앞으로 이러한 법적 금지 규정이 잘 준수되어 이러한 일이 발생하지 않아야 할 것이다. 그러나, 혹시라도 이후 이러한 사건이 다시 발생하여 판결이 내려져야 한다면, 그 때

회는 판단하였고 이에 대해 서울대 수의과대학 IRB는 연세대학교 세브란스병원 및 미즈메디병원과의 공동 연구이기에 연세대학교 세브란스병원 생명윤리종합심의위원회 명의의 승인통보서류를 근거로 하여 해당 연구에 대한 적절한 검토 없이 승인하였다. 참고로, 국가생명윤리심의위원회는 보고서를 통해 한양대학교 서울병원 IRB의 경우 '건강한 자원자 등으로 난자 공여자 범주를 확대한 연구계획서의 1, 2차 변경의 경우 난자 제공과 관련된 윤리적 검토가 없이 이루어지는 등 충실한 심의가 이루어지지 않았다고 판단된다. 특히 난자를 사용하는 연구의 경우 난자 공여자의 선정-제외의 기준, 안전성 확보, 그리고 동의서 양식 및 피험자에 대한 보상 여부 등에 대해 문제를 제기하거나 특별한 주의를 요하지 않았다는 점에서, IRB의 윤리적 감독이 제대로 이루어지지 않았다고 판단된다.'는 의견과, '한양대학교 구리병원 IRB는 난소 적출에 의한 연구임에도 대상 환자의 수, 동의서식 등에 관해 특별한 주의를 기울이거나 중간보고 등의 지속적인 감독에 소홀하였던 점을 지적할 수 있다.'는 의견, 그리고 '서울대학교 수의과대학 IRB는 황우석 연구팀의 주도로 위원 선정부터 운영 및 심의에 이르기까지 황우석 연구팀의 연구계획서를 심사하기 위하여 급조되어 운영된 IRB로서, 위원 구성 및 운영 과정에 많은 문제가 있었다고 판단되는 IRB로서 해당 연구와 이해관계가 있는 자가 IRB 위원으로 위촉되고 위원장이 연구팀에 의해 지명되었으며, 연구자가 심의-승인의 의사 결정 시에 참석하는 등 구성과 운영상의 적절성이 상당히 부족'하고 '위원장, 간사위원을 포함한 대부분의 위원들이 IRB의 역할과 임무에 대한 지식과 인식이 부족'하였기에, 이에 따라 IRB의 심의는 형식적으로 이루어졌으며, 오히려 IRB가 연구자들의 의도대로 운영되었다는 점에서 IRB의 윤리적 감독이 전혀 수행되지 않았다고 판단된다는 의견을 밝혔다.



는 연구대상자 보호와 동의 획득 등과 관련하여 연구 윤리와 생명윤리 측면에서 중요시되는 원칙들이 충분히 고려되어야 할 것이다. 마지막으로, 이 글을 통해 지적한 이 판결들의 한계점들이 숙고되어 사실상 선의

의 피해자가 그 어떤 연구에서도 발생하지 않을 수 있도록 하기 위한 연구자와 관계자들의 노력이 계속되기를 기대한다.

**【Abstract】**

**A study on the korean court's decision  
related to using the women's oocyte for the research  
: Focusing on the conviction for buying and selling of women's oocyte and the  
verdict of acquittal to the compensation claim \***

**EUNAE KIM\*\***

This article introduces the contents of the written judgments according to the korean court's decision related to using the women's oocyte for the research as well as analyzes both the significance of these judgments and the limitation of grounds for the judge's argument in these written judgments from the perspective of research ethics and bioethics.

First, the judges of the Seoul High Court and the Supreme Court convicted the defendants because they received the oocytes for conducting somatic cell cloning embryo research from the infertile women who undergo the in vitro fertilization and embryo transfer as the medical treatment to pregnant. Since 2005, Buying and selling of women's oocyte has been forbidden by the Bioethics and Safety Act. But the defendants received the eggs subject to the reduction of medical expenses. So, the Courts judged that providing the passive interests such as debt relief can correspond to offering the property interests considering the legislative intent of this act and the statements in the prohibitive provision. This decision is very significant because it is the first decision to recognize the Illegality of buying and selling of women's oocyte pointing out the importance of the respect to the human being's dignity and values as well as the guarantee of the voluntary consent based on the self-determination.

But, there is the something lacking because the Courts did not consider that the controlled ovarian hyperstimulation and the surgical operation to collect women's oocytes can have many negative effects to the women's health, especially reproductive health, the infertile women who undergo the in vitro

---

\* This work was supported by the National Research Foundation of Korea Grant funded by the Korean Government (NRF-2014S1A5B5A02013488)

\*\* Research Professor, Ewha Institute for Biomedical Law & Ethics, Ph.D. in Law

fertilization and embryo transfer must be protected specially as the vulnerable persons. Also, the Courts used the expressions denouncing the women in the written judgments and can't treat the buying and selling of women's oocyte from the healthy women not related to the infertility giving the direct interests such as cash.

The next thing, the judges of the Seoul Central District Court declared the verdict of acquittal to the compensation claim. The plaintiffs argued that they have to receive compensation for psychiatric harm because they donated their oocytes due to the fraud and their right to self-determination was invaded. They insisted that they did not receive the sufficient information and explanation about the purpose and present conditions of the research as well as the foreseeable risk, especially side effects related to the controlled ovarian hyperstimulation and the surgical operation to collect their oocytes. But the Courts judged that there is any reason not to provide the sufficient information and explanation because they received the guidance document from the researcher and the researcher convey orally the foreseeable risk including the possibility of the death, so the plaintiffs' right to self-determination was not invaded and the psychiatric harm did not happen.

This decision is very significant because it is related to the suit by the plaintiffs who are the women donated their oocytes without any reward and the causes of the suit are not only the violation of obtaining the informed consent after the providing the sufficient information and explanation about the research but also the violation of protecting the research participants against the research risk as the principles and the core of the research ethics and bioethics.

But, there is the something lacking because the Courts did not recognize that the information and explanation about the research were provided insufficiently and the unrealistic improper information was offered to the plaintiffs as the research participants. Also, the Courts overlooked the researcher's duty to check that the research participants understood the research well, regarded the fact that any serious side effect did not happened as the reason that the insufficient of the information and explanation about the research can't be admitted, and did not review the role and responsibility of Institutional Review Board.

**Key words:** research, somatic cell cloning embryo research, women's oocyte, buying and selling of women's eggs, surgical operation to collect women's oocytes, informed consent, compensation claim, Bioethics and Safety Act, Institutional Review Board, research ethics, bioethics

투고(접수)일(2015년 5월 25일), 심사(수정)일(1차: 2015년 6월 2일, 2차: 6월 15일), 게재확정일(2015년 6월 18일)