

## 보조생식규제와 자녀의 복리 원칙 - I. Glenn Cohen의 논의를 중심으로 -

권재문\*

### < 목 차 >

- I. 서언
- II. 비동일성 문제와 ‘태어날’ 자녀의 복리 원칙
- III. 보조생식 규제의 도덕적 정당화를 위한 대안 모색
- IV. 코언의 논의에 대한 비판적 접근
- V. 결론

### I. 서언

의료행위를 통해 정자와 난자의 수정과 착상을 이끌어내는 보조생식 기술은 난임 증가와 더불어 그 활용이 늘고 있다. 이런 상황에 대처하기 위해 보조생식 전반을 규율하기 위해 여러 법안이 제안되었으나 번번히 국회의 문턱을 넘지 못했고 그 결과 아직도 보조생식에 관한 체계적인 실정법은 아직 마련되어 있지 않은 상황이다.<sup>1)</sup> 그런데 그동안 제안되었던 법안들의 내용을 보면 모두 혼인한 부부만 합법적인 보조생식기술을 받을 수 있도록 하고 있으며<sup>2)</sup> 또한 이러한 규제의 목적으로 ‘체외수정으로 출생한 사람의 안전 보장과 생명윤리

\* 숙명여자대학교 법학부 교수, 법학박사·변호사

1) 그 예로서 체외수정 등에 관한 법률안(의안 제174331호, 2006년 4월 28일 박재안의원 대표 발의)과 ‘의료보조생식에 관한 법률안(의안번호 제175175호, 2006년 10월 19일 양승조의원 대표발의)’ 그리고 이들보다 조금 늦게 정부가 제안한 ‘생식세포 등에 관한 법률안(의안 제177703호, 2007년 11월 6일 제안)’ 등을 들 수 있다.

2) 의료보조생식에 관한 법률안 제8조, 의료보조생식에 관한 법률안 제5조 제1항, 생식세포 등에 관한 법률안 제25조 제2항 등.

확립(의료보조생식에 관한 법률안 제1조), ‘의료보조생식으로 태어난 자의 복리(의료보조생식에 관한 법률안 제1조)’ ‘인간의 존엄과 가치 침해 방지(생식세포 등에 관한 법률안 제1조)’ 등을 제시하고 있다. 그런데 여기에 공통된 요소는 바로 ‘보조생식으로 태어날 자녀의 복리’라고 할 수 있으며,<sup>3)</sup> 이러한 상황은 우리나라뿐 아니라 외국도 마찬가지이다.<sup>4)</sup>

그렇다면 왜 보조생식 규제의 정당화를 위해 자녀의 복리 원칙이 동원되는 것일까. 그 이유는 자녀의 복리 원칙은 가족법은 물론 아동과 관련된 법제 전반에 대한 지도원리로서 널리 인정되고 있기 때문에 보조생식에 대해 어떤 입장에서 서 있건 자녀의 복리 원칙에 근거한 규제에 대해서는 반론을 제기하기 어려워지기 때문일 것이다.

그러나 자녀의 복리 원칙의 의미를 면밀하게 분석해 본다면 과연 이 원칙을 근거로 보조생식 규제를 정당화할 수 있는지에 대한 의문이 제기된다. 민법 제912조에 반영된 일반적인 의미의 자녀의 복리 원칙은 이미 태어난 아이를 전제한 것인 반면 보조생식 사안에서 문제되는 복리의 주체는 아직 태어나지 않은 아이이기 때문이다. 예를 들어 유전될 개연성이 매우 높은 유전질환이 있는 사람 또는 고령자인 남성의 보조생식으로 자녀를 얻기를 원하는 경우, 이를 통해 태어날 자녀에게 일정한 해악 즉 ‘심각한 유전질환’ 또는 ‘고령인 부의 조기사망으로 인한 정서적, 경제적 양육이라는 이익의 상실’이 예견됨이 명백하다. 그러나 이런 보조생식 시도가 ‘태어날’ 자녀의 복리를 저해한다고 평가할 수 없다. 이러한 보조생식을 규제하면 ‘태어날 자녀’의 해악이 제거되는 것이 아니라 ‘태어날 수 있었던 자녀’가 태어나지 못하게 될 뿐인데, 이러한 ‘부존재’보다는 ‘심각한 유전질환이 있거나 열악한 경제상황 하에 태어나는 것’이 더 가치가 있다고 볼 여지가 있기 때문이다.

그러나 그렇다도 해서 ‘태어날 아이’에게 해로운 상황을 초래할 수 있는 보조

3) 실정법의 공백 상태에서 실질적으로 보조생식 기술의 요건 등을 정하는 규범 역할을 하고 있는 대한산부인과학회 보조생식술위원회, 대한산부인과학회 보조생식술 윤리지침(Version 8.0), 2017.7.1, <http://ksog.org/> (최종방문: 2017.11.30), 16-17면은 유전적 부모의 혼인관계가 대리출산 기술의 전제조건임을 명시하고 출산모로부터 ‘출산모는 친권을 주장하지 않으며 유전적 부모가 친권자임을 인정한다’라는 취지의 동의를 받도록 하고 있다. 이러한 조건은 태어날 아이의 안정적인 양육환경을 보장하기 위한 것이라고 평가할 수 있다.

4) 태어날 자녀의 복리를 근거로 보조생식을 규제하는 각국의 입법례의 구체적 내용은 I. Glenn Cohen, *Regulating Reproduction: The Problem with Best Interests*, 96 Minn. L. Rev. 423, 2011, p.450 이하.

생식을 규제하면 오히려 자녀의 태어날 이익을 해치는 것이라고 본다면 보조생식에 대한 접근을 막는 어떠한 규제도 정당화될 수 없다는 당혹스러운 결론에 이르게 된다. 따라서 자녀의 복리 원칙을 근거로 보조생식 규제를 정당화할 수 있는지의 여부에 대해서는 전면적인 재검토가 필요하고, 만약 부정적인 결론에 이르게 된다면 당혹스러운 결론을 극복하기 위해 자녀의 복리 원칙에 대한 대안 즉 보조생식 규제를 정당화할 수 있는 다른 도덕적 근거를 모색해야만 한다.

이 문제와 관련하여 미국의 논의 특히 코언의 선행 연구를 주목할 필요가 있다. 코언은 두 편의 논문으로 이 문제를 다루었는데 첫 번째 논문<sup>5)</sup>에서는 생식규제의 정당화 논거로 동원되는 자녀의 복리 원칙의 취약성을 전제로 이 원칙을 ‘태어날 아이’라는 특성에 맞게 재구성할 수 있는지의 여부를 검토하고, 두 번째 논문<sup>6)</sup>에서는 자녀의 복리 원칙의 대안이 될 수 있는 다른 윤리적 입장들에 대해서도 면밀하게 분석하고 있다. 이러한 코언의 연구는 자녀의 복리 원칙이 다양한 윤리적 관점들과 어떻게 관련될 수 있는가를 보여주고 있다는 점에서 시사하는 바가 적지 않지만 첫 번째 연구와 두 번째 연구 각각에 대해 보완하여야 할 내용도 있다고 여겨진다. 따라서 우선 코언의 논의 순서에 따라 자녀의 복리 원칙이 보조생식 규제의 도덕적 근거가 될 수 없는 이유(II)를 살펴보고, 다른 논거들로 자녀의 복리 원칙을 대체할 수 있는지의 여부(III)를 검토한다. 다음으로 이러한 코언의 논의를 비판적으로 검토하면서 보조생식 규제를 도덕적으로 정당화할 수 있는 근거를 모색해 본다(IV).

## II. 비동일성 문제와 ‘태어날’ 자녀의 복리 원칙

### 1. 자녀의 복리 원칙과 해악원리

자녀의 복리 원칙 자체의 정당성에 대해 지배적 견해는 ‘취약성(vulnerability)’에 기초한다. 생존 자체가 전적으로 보호자의 손에 맡겨져 있음이 자명한 아동에 대해 보호자가 가하는 해악으로부터 보호하려면 공적 개입이 필요하다는 것이다.<sup>7)</sup> 규범윤리학적으로 볼 때 자녀의 복리 원칙은 해악원리를

5) I. Glenn Cohen, 2011.

6) I. Glenn Cohen, *Beyond Best Interests*, 96 Minn. L. Rev. 1187, 2012.

반영한 행위규칙으로서 규칙 공리주의의 적용 대상이 될 수 있다.<sup>8)</sup> 이 원칙은 이미 태어난 자녀의 양육에 관한 공적 개입을 정당화하기 위한 논거로서 확립되었지만, 최근에는 보조생식 규제에 대한 논거로도 널리 사용되고 있다. 자녀의 복리를 근거로 헌법적으로 보장된 자유의 영역에 속하는 가족생활(자녀양육 등)에 대한 공적 개입이 정당화될 수 있다면 헌법적으로 보장된 생식에 관한 자율적 결정이라는 영역에 대해서도 마찬가지로 하는 것이다.<sup>9)</sup>

## 2. 비동일성 문제(Non-Identity Problem)

그러나 자녀의 복리 원칙이 이미 태어난 자녀가 아니라 ‘태어날’ 자녀 즉 미래의 자녀에 대해서도 그대로 적용될 수 있는지에 대해서는 의문이 제기되고 있다. 이미 태어난 아이의 복리 실현을 위한 규제(예를 들어 아동학대 방지조치)가 성공하면 아이의 복리가 실제로 증가함은 명백한 반면 태어날 아이의 복리를 명분으로 한 생식규제(예를 들어 유전질환 있는 사람들에 대한 보조생식 규제)가 성공하면 그 아이는 태어날 수 없게 되어 버리기 때문이다.<sup>10)</sup> 만약 열악한 양육환경이 예상되는 보조생식을 규제하는 것이 이를 통해 태어날 자녀에게 발생할 해악을 방지하는 것으로서 정당화될 수 있으려면 열악한 상황 하에 태어난 사람은 아예 태어나지 않은 것보다도 가치가 없다고 평가해야만 한다. 그러나 이런 주장은 도덕적 직관에 반할뿐더러, 인간의 존엄성과 그 가치의 무한함에 비추어 ‘원하지 않은 삶’을 손해라고 평가할 수 없다고 한 우리 대법원 판례<sup>11)12)</sup>의 태도와도 저촉된다.<sup>13)</sup> 이처럼 보조생식 규제에 대한 논거로서 자녀의 복

7) cohen(2011), p.436.

8) cohen(2011), p.433; 오세혁, “해악원리, 법적 도덕주의, 그리고 후견주의: 후견주의의 이중적 양면성”, 『중앙법학』 제11집 제2호, 중앙법학회, 2009b, 346면도 같은 취지.

9) cohen(2011), p.435.

10) cohen(2011), p.437.

11) 원고는 자신이 출생하지 않았어야 함에도 장애를 가지고 출생한 것이 손해라는 점도 이 사건 청구원인 사실로 삼고 있으나, 인간 생명의 존엄성과 그 가치의 무한함(헌법 제10조)에 비추어 볼 때, 어떠한 인간 또는 인간이 되려고 하는 존재가 타인에 대하여 자신의 출생을 막아 줄 것을 요구할 권리를 가진다고 보기 어렵고, 장애를 갖고 출생한 것 자체를 인공임신중절로 출생하지 않은 것과 비교해서 법률적으로 손해라고 단정할 수도 없다[대법원 1999.6.11. 선고 98다22857 판결].

12) 이은영, “원치 않은 아이 소송의 개념정의와 유형화에 대한 새로운 시도”, 『중앙법학』 제11집 제2호, 중앙법학회, 2009, 82면 각주22는 원치 않은 삶이 쟁점이 된 우리나라 판례로서 위 대법원 1999.6.11. 선고 98다22857 판결외에도 대법원 2001.6.15. 선고 2000다17896

리를 동원하게 되면 파팻이 제기한 ‘비동일성 문제(Non-Identity Problem)’<sup>14)15)</sup>에 직면하게 된다.<sup>16)</sup>

보조생식에 대한 규제의 내용은 다양하지만 그 목적은 ㉠생식 자체의 가능성, ㉡시점, 그리고 ㉢사용될 생식세포 제공자라는 세 가지 요소 중 하나 이상을 변화시키려는 것이라고 파악할 수 있다.<sup>17)</sup> 예컨대 고령자의 보조생식 금지는 ㉠, 미성년자에 대한 시술 금지는 ㉡, 근친관계에 있는 양성의 생식세포를 이용한 보조생식 금지는 ㉢를 각각 목적으로 한다. 이처럼 보조생식 규제가 다양한 내용으로 구성될 수 있기 때문에 자녀의 복리 원칙과 비동일성 문제의 관계도 다양한 모습으로 나타날 수 있다.

이와 관련하여 코언은 ‘완전 비동일성 문제(Perfect Non-Identity Problems)’ 사안과 ‘불완전 비동일성 문제(Imperfect Non-Identity Problems)’ 사안을 구별하고 있다. 우선 전자는 규제가 없거나 실패했을 때 태어났을 아이가 이러한 규제가 성공하면 적어도 같은 시점에는 출생할 수 없었던 경우를 뜻한다. 완전 비동일성 문제를 초래하는 규제로서 고령자나 비혼자의 보조생식 접근 금지조치를 들 수 있는데 이 규제가 성공하면 이들의 유전자를 이용한 아이는 아예 태어날 수도 없게 되기 때문이다. 반면 후자는 이러한 규제가 있건 없건, 성공했건 실패했건 같은 시점에 같은 유전자 조합을 가진 아이가 태어날 수 있는 경우를 뜻한다. 예컨대 익명 제공된 생식세포 이용 금지조치의 경우, 보조생식

---

판결을 소개하고 있는데 후자는 인터넷 검색으로는 확인되지 않았다.

13) 미국 판례로는 cohen(2011), p.443 이하.

14) 비동일성 문제에 관한 구체적인 내용은 Derek Parfit, *Reasons and Persons*, Oxford University Press, 1984, p.351 이하. 예를 들어 파팻은 14세 소녀 A가 B를 임신하기를 원하는 사안을 상정한 후 임신을 미루는 것이 A와 B 모두를 위해 더 낫다라는 직관적으로 타당한 결론이 자녀의 복리 원칙을 근거로 하면 정당화될 수 없음을 지적한다. 만약 A가 자신이 낳을 자녀에게 더 나은 양육환경을 제공하기 위해 임신을 미룬다면 B는 존재할 수 없게 되는데, 열악한 환경 하에 태어나더라도 B의 삶은 자체로서 가치가 있음을 인정한다면 14세인 A가 현재 B를 임신하여 출산하는 것은 B에게 해악을 가하는 것이 아니라 B의 이익을 실현하는 것이라고 보아야 하기 때문이다. 파팻은 이처럼 직관적으로 받아들이기 어려운 결론은 불특정한 사람에 대해 해악원리를 적용하기 때문에 발생하는 것이라고 하면서 이 문제를 비‘Non-Identity Problem’고 하였다.

15) 이에 관한 국내 문헌으로는 특히 목광수, “기후변화와 롤즈의 세대간 정의: 파팻의 비동일성 문제를 중심으로”, 『환경철학』 제22호, 한국환경철학회, 2016a, 31면 이하를 들 수 있다. 이 글에서도 종래의 연구성과에 따라 파팻이 제기한 문제를 ‘비동일성 문제’라고 번역한다. 다만 이 문제가 자녀의 복리 원칙을 무력화할 수 있다고 한 코언의 주장은 아직 국내에 소개되지는 않은 것으로 보인다.

16) cohen(2011), p.471.

17) cohen(2011), p.432.

희망자들이 태어날 아이가 유전적 부모의 동일성을 모르기를 바라는 사람들이라면 비동일성 문제를 초래하지만 그렇지 않은 사람들이라면 - 즉 이들이 아이가 유전적 부모를 알게 되더라도 상관없다고 생각하는 경우라면 - 비동일성 문제를 초래하지 않는다. 어차피 같은 시점에 같은 유전자 조합을 가진 아이가 보조생식으로 출생할 수 있기 때문이다.<sup>18)</sup> 다만 불완전 비동일성 문제 사안은 보조생식 희망자들이 규제에 어떻게 반응하느냐에 달려 있기 때문에 자녀의 복리 원칙으로 정당화될 수 있는지의 여부는 개별 사안 또는 규제의 유형에 따라 판단할 수밖에 없다.<sup>19)</sup>

이처럼 비동일성 문제 사안을 완전 사안과 불완전 사안으로 나눈다면 양 극단으로 가면 갈수록 자녀의 복리 원칙은 정당성을 잃게 된다. 완전 사안에 접근하게 되면 ‘삶 자체의 가치’를 존중하는 한 태어나는 것이 안 태어나는 것보다는 자녀에게 유리하다고 보아야 하기 때문이고, 불완전 사안에 접근하면, 예컨대 규제를 하건 안하건 부모 희망자의 생식에 관한 결정에 전혀 영향을 미칠 수 없다면 무의미한 규제라고 볼 여지도 있기 때문이다.<sup>20)</sup>

### 3. 비개체주의적 접근법(Non-Person-Affecting Principles)

#### 1) 의미

이처럼 태어날 자녀라는 특정한 사람을 중심으로 검토하면 비동일성 문제로 인해 생식 여부, 시기, 상대방 결정에 영향을 미치려는 모든 규제는 적어도 자녀의 복리 원칙을 근거로 삼을 수는 없게 된다. 그렇다면 ‘특정한 사람’이 아니라 불특정한 사람들을 평가 단위로 삼는다면 자녀의 복리 원칙으로 생식규제를 정당화할 수 있는 것이 아닐까.

비개체주의적 접근법(Non-Person-Affecting Principles)<sup>21)</sup>은 복리 판단의 대상을 장래의 아이에서 장래의 구성원들로 대체한 것이다. 예컨대 어떤 규제도 무대

18) 완전 비동일성 문제 사안과 불완전 비동일성 문제 사안의 의미와 예시는 cohen(2011), p.457.

19) 위의 예에서 보조생식 자녀가 가지는 ‘유전적 부모를 알 권리’라는 이익은 익명 제공된 생식세포 사용금지라는 규제를 하지 않으면 침해되는 반면 이러한 규제를 하면 실현될 수 있기 때문이다(cohen(2011), p.474).

20) cohen(2011), p.478.

21) 공리판단의 대상을 개인이 아니라 사회 전체로 상정하는 접근법을 ‘비개체주의적’ 접근법이라고 번역한 것은 목광수, 앞의 논문, 39면을 따른 것이다.

신 乙이 태어나게 되는 경우, 甲이 포함된 사회의 이익상황과 乙이 포함된 사회의 이익상황을 비교하고, 후자가 전자보다 크다면 이 규제는 적어도 ‘해악원리’를 근거로 판단한다면 도덕적 정당성이 인정된다는 것이다. 이처럼 해악 개념을 특정한 개인과 분리하여 상정하면 문자 그대로 ‘피해자 없는 악행’도 성립할 수 있게 된다.<sup>22)</sup> 이 접근법은 甲의 출생이 사회를 구성하고 있는 특정한 사람들에게 미치는 이익이나 해악을 문제삼지 않는다는 점에서 후술하는 ‘외부성 접근법’과 구별된다. 비개체주의적 접근법에 의하면 해악판단의 단위는 태어날 아이를 포함하는 사람들의 집합이고 그 개별 구성원인 특정된 개인이 아니기 때문이다.<sup>23)</sup>

## 2) 문제점

비개체주의적 접근법은 얼핏 보기에는 비동일성 문제를 회피하면서도 각종 생식규제를 정당화할 수 있을 것처럼 보인다. 그러나 실제로는 다음과 같은 문제들에 직면하기 때문에 ‘사회 자체의 복리’ 증진을 근거로 내세우더라도 생식규제는 정당화되기 어렵게 된다.

첫째로 이 접근법은 비교대상 집단의 인원수가 같을 때만 작동할 수 있다는 한계를 가진다. 만약 평가대상인 행위로 인해 비교대상 집단의 인원수가 달라질 가능성이 있는데도 이 접근법을 적용하면 파퓰이 지적하는 것처럼 당혹스러운 결론에 직면하게 된다. 규제를 하면 10명에게 각10단위의 이익이 있었는데 규제를 하지 않으면 150명에게 각1의 이익이 주어진다면<sup>24)</sup> 이러한 규제는 도덕적 정당성을 상실하게 되는 것일까?<sup>25)</sup> 그러나 이처럼 규제로 인해 사회구성원의 수가 달라지는 경우를 모두 배제하게 되면 이 접근법은 극히 예외적인 사안에 대해서만 적용될 수 있다는 문제가 생긴다.

둘째로 설령 甲의 출생을 乙의 출생으로 대체할 수 있는 규제라 하더라도 비개체주의적 접근법은 새로운 도덕적인 문제를 초래할 수 있다. 개인 아닌 사회 전체를 단위로 한 공리주의적 판단으로 생식에 관한 규제의 정당화를 시도한다면, 보조생식과 자연생식에 동일한 기준을 적용해야 한다. 그런데 자연생식은

22) cohen(2011), p.483.

23) cohen(2011), pp.483-484.

24) 예컨대 무절제한 보조생식 접근 보장이나 미성년자의 임신·출산 방임, 낙태금지 등으로 인한 인구의 단순증가 상황.

25) cohen(2011), p.486.

성질상 보조생식보다 규제하기 어렵고 이로 인해 생식규제가 가능한 범위는 극도로 제한된다. 예컨대 근친생식은 자연생식과 보조생식 전반에 대해 규제할 수 있지만, 약물중독자, 학대성향을 가진 자, 극빈층, 고령남성 등의 경우 보조생식을 규제하려면 자연생식도 규제해야 하는데 이것은 당혹스러운 결론을 초래하게 된다.<sup>26)</sup>

셋째로 사회 전체를 단위로 공리판단을 하여 사회 전체의 공리를 저하시킬 우려가 있는 자녀를 생식하는 것을 ‘해악방지’라는 명목으로 규제될 수 있다면 반대로 사회 전체의 공리를 증가시킬 수 있는 건실한 자녀를 생식하도록 장려하는 정책도 도덕적 정당성이 인정될 수 있다. 즉 비개인성 접근법에 의하면 평균 수준 이하의 자녀를 생식하지 않을 의무와 평균 수준 이상의 자녀를 생식할 의무가 등가치로 평가되는 문제가 생긴다. 예컨대 모자건강이라는 측면에서 가장 좋은 연령대에 생식하거나 ‘향상’을 위한 유전자 조작도 ‘도덕적 의무’에 해당하고 이를 권장 내지 촉진하기 위한 규제도 정당성을 획득할 수 있게 될 우려가 있다.<sup>27)</sup>

### Ⅲ. 보조생식 규제의 도덕적 정당화를 위한 대안 모색

이처럼 비동일성 문제로 인해 태어날 자녀의 복리 원칙은 보조생식 규제의 정당성을 근거지우는데 한계가 있다. 그러나 그렇다고 해서 해악이 발생할 개연성 있는 상황이더라도 항상 보조생식은 정당하다고 결론짓는 것은 도덕적 직관에 반한다. 따라서 자녀의 복리 원칙에 대한 대안 즉 비동일성 문제를 회피하면서도 보조생식에 관한 규제를 정당화할 수 있는 윤리학적 논거를 모색할 필요가 있다.<sup>28)</sup>

#### 1. 공리주의(외부성 접근법)

첫째로 코언은 공리주의에 입각하여 외부성이 보조생식 규제의 논거가 될 수

26) cohen(2011), pp.494-495.

27) cohen(2011), pp.497-498.

28) cohen(2012), p.1188.

있는지를 검토한다.<sup>29)</sup>

외부성 논거는 ‘심각한 장애의 개연성 있는 자녀가 출생하게 하는 것’이 - 비록 ‘태어날 자녀에 대한 해악’이 될 수 없지만 - ‘다른 사람들’ 또는 ‘사회 전반’에 대한 해악이 될 수 있다고 본다면, 비동일성 문제를 회피하면서도 해악원리를 작동시켜 보조생식 규제를 정당화할 수 있다는 견해이다.<sup>30)</sup> 그러나 외부성 논거는 다음과 같은 문제가 있어서 자녀의 복리 원칙을 대체하기에는 부족하다.

우선 규제가 있건 없건 사회구성원의 수가 동일하게 유지되어야만 한다. 그렇지 않으면 ‘삶은 자체로서 가치 있는 것’이기 때문에 모든 생식은 ‘긍정적 외부성’ 있는 행위로서 정당화될 수 있기 때문이다. 물론 이런 당혹스러운 결론에 대처하기 위해 총량효용 공리주의 대신 평균효용 공리주의를 채택할 수 있지만 후자를 따르더라도 당혹스러운 결론을 피하기는 어렵다.<sup>31)</sup>

또한 외부성 접근법은 그 근거인 공리주의 자체의 문제에서 비롯되는 당혹스러운 결론에 직면하게 된다. 예를 들어 외부성을 내부화하는 조치(예를 들어 유전질환 있는 사람이나 초고령인 남성이 장차 태어날 아이에게 지출될 복지비용 상당액을 보증금으로 예납하는 경우)가 있으면 보조생식을 허용해야 하고<sup>32)</sup> 유전질환을 가진 채 태어난 사람도 각고의 노력으로 이를 극복하여 위대한 업적을 남길 수 있다면 ‘장애가 예상되는 보조생식’이 반드시 부정적 외부성만을 가진다고 단정할 수 없다.<sup>33)</sup>

나아가 외부성 접근법은 결과주의 윤리관에 기초하고 있기 때문에 생식의 방법과 무관하게 오직 ‘결과’만을 대상으로 판단해야 한다. 따라서 부정적 외부성을 초래할 것이 예상되는 전형적 사안(예를 들어 유전질환 있는 사람이나 초고령자인 남성)이라면 보조생식 뿐 아니라 자연생식을 제한하기 위한 규제도 정당화시킬 수 있는데 이러한 결론은 도덕적 직관에 반한다.<sup>34)</sup>

뿐만 아니라 해악원리를 기초로 생식에 관한 자기결정의 주체에게 부정적 외부성을 방지할 의무를 인정한다면 반대로 긍정적 외부성을 증진시킬 의무도 인정되어야만 하는데<sup>35)</sup> 이것은 이른바 ‘자유주의적 우생학’의 정당성 논의로 이어

29) cohen(2012), pp.1217-1243.

30) cohen(2012), p.1217.

31) cohen(2012), p.1237.

32) cohen(2012), p.1239.

33) cohen(2012), p.1230.

34) cohen(2012), pp.1223-1224.

지게 된다.<sup>36)</sup>

## 2. 의무론: 해악과 이익의 준별론

한편 코언은 원치 않은 삶 사안과 관련하여 이를 초래한 행위는 그 결과 즉 삶의 가치와 무관하게 도덕적으로 그르다고 주장하는 의무론적 입장을 시프린의 견해<sup>37)</sup>를 중심으로 검토한다. 시프린은 복리와 해악이 연속선상에 있는 것이 아니라 차원이 다름을 전제한다. 즉 더 큰 해악 예방이나 제거를 위한 가해는 정당화될 수 있으나 순수하게 복리를 증진시키기 위한 가해는 이익형량과 무관하게 그르다고 것이다. 이러한 견해에 의하면 보조생식 사안의 경우, 삶이라는 가치를 수여한다는 이유만으로 유전질환이나 열악한 환경이라는 해악을 초래하는 것이 정당화될 수는 없게 된다.<sup>38)</sup>

그러나 코언은 이러한 견해가 생식규제를 정당화할 수 없다고 평가한다. 우선 결과주의적 관점을 완전히 배제한 순수한 의무론을 반영한 견해이기 때문에 다른 윤리관을 지지하는 사람들을 설득할 수 없고, 설령 의무론을 받아들인다 하더라도 적용범위가 지나치게 넓어지거나 반대로 지나치게 좁아지게 될 우려가 있음을 지적한다. 모든 생식은 성질상 아이의 동의를 받지 않고 ‘삶’이라는 이익을 수여하는 행위이기 때문에 출생이나 그 후의 삶이 조금이라도 자녀에게 해악을 초래한다면 삶 자체의 가치와 무관하게 삶을 부여한 생식행위는 그르다고 평가될 수밖에 없게 되는 것이다.<sup>39)</sup>

## 3. 덕윤리

덕윤리 접근법에 대해 코언은 일단 비동일성 문제를 회피할 수 있는 장점이 있고 현재 미국에서 가장 각광받는 윤리관이라는 것도 인정한다. 그러나 덕윤리 자체의 문제점 즉 ‘부모의 덕성’에 대한 합의를 도출하기 어렵다는 현실을

---

35) cohen(2012), p.1226.

36) cohen(2012), p.1240.

37) Seana Valentine Shiffrin, *Wrongful Life, Procreative Responsibility, and the Significance of Harm*, 5 Legal Theory 117, 1999.

38) cohen(2012), pp.1246-1247.

39) cohen(2012), pp.1248-1250.

지적하고 있다.<sup>40)</sup> 또한 ‘부모의 덕성’에 관한 샌텔의 견해에 의하면 ‘보조생식 규제를 거부하는 것이 오히려 부모의 덕성을 발현하는 행위’라는 결론에 이르게 된다는 당혹스러운 결론이 도출됨을 지적한다. 샌텔은 자녀의 향상(enhancement)을 시도하는 부모의 행위의 비도덕성을 덕윤리의 입장에서 비판하면서 향상 시도는 부모의 자만심에서 비롯되고 겸허함과 인류에 대한 공감능력을 저하시키기 때문에 덕성이 발현된 행위가 아니라고 한다.<sup>41)</sup> 그러나 코언은 이를 전제한다면 해악이 예상되는 생식 사안에서 이러한 결과를 감수하고 생식하기를 원하는 부모가 아니라 이를 규제하는 국가야말로 덕성의 발현이라고 보기 어려운 행위를 하고 있다고 비판한다.<sup>42)</sup> 뿐만 아니라 코언은 부모의 덕성의 본질은 자녀의 번영을 돕는 것이라는 맥두걸의 견해<sup>43)</sup>를 따른다면 ‘번영’의 전제는 곧 삶 자체이어야 하기 때문에 다시 비동일성 문제에 빠지게 된다는 점도 지적하고 있다.<sup>44)</sup>

#### 4. 코언의 결론

이처럼 코언은 윤리학의 여러 관점들 중 공리주의에 기초한 ‘외부성’ 논거만이, 그것도 구성원수 불변이라는 제한된 조건 하에서만 보조생식 규제의 정당화할 수 있다고 결론짓고 있다.<sup>45)</sup>

그러나 이러한 결론에 대해서는 다음과 같은 점에서 비판적 검토의 여지가 있다. 우선 코언은 비동일성 문제와 원하지 않은 삶에 관한 판례를 전제로 논의를 시작하면서 이들에 대해 -이견이 있을 수 있음은 인정하지만- 큰 문제가 없는 것처럼 받아들이고 있다. 따라서 코언의 주장의 타당성이 인정되려면 비동일성 문제와 원하지 않은 삶 법리 자체의 의미와 정당성에 대한 논의가 보충되어야 한다. 또한 규범윤리학의 주요 이론들을 검토하면서 법적 후견주의와 정의론에 입각한 분석은 시도하고 있자 않다. 따라서 이하에서는 이러한 두 가

40) cohen(2012), p.1272.

41) 마이클 샌텔/이수경, 「완벽에 대한 반론」, 와이즈베리, 2016, 68면.

42) cohen(2012), p.1270.

43) R. McDougall, *Acting Unparentally: An Argument Against Sex Selection*, 31 J. Med. Ethics 601, 2005, p.603.

44) cohen(2012), p.1271.

45) cohen(2012), p.1273.

지 문제를 중심으로 코언의 논의에 대한 비판적 분석을 시도한다.

## IV. 코언의 논의에 대한 비판적 접근

### 1. 자녀의 ‘동일성’ 판단 기준

우선 비동일성 문제와 관련하여 코언은 특정한 유전형질이 사람의 동일성을 결정하는 것처럼 전제한다. 예를 들어 생식규제가 생식의 상대방을 변경시키는 경우(예를 들어 근친간 생식 엄금으로 인해 A와 B 아닌 A와 C 사이에서 자녀가 출생하게 되는 경우)뿐 아니라, 생식 시점만 변경시키는 경우(미성년자의 생식 엄금으로 인해 A와 B가 원래의 계획과는 달리 성년이 된 후 자녀를 가지게 된 경우)에도 규제가 없으면 태어났을 자녀 甲과 규제로 인해 실제로 태어난 乙의 ‘비동일성’이 인정된다고 한다.<sup>46)</sup>

그러나 이처럼 유전자 결정론을 기초로 사람의 동일성을 식별한다면 당혹스러운 결론에 이르게 될 우려가 있다. 장래의 양육환경을 전혀 고려하지 않은 생식은 항상 도덕적 정당성이 인정되는 반면 이를 제한하려는 모든 규제, 심지어 낙태까지도 항상 도덕적 정당성이 부정될 것이기 때문이다.<sup>47)</sup> 따라서 사람의 ‘동일성’을 특정한 유전자 조합이 아니라 가족관계 내에서의 사회적 위치나 성장과정을 통해 형성되는 자아관 등을 기준으로 식별한다면<sup>48)</sup> 생식규제는 비동일성 문제를 회피할 수 있게 된다.<sup>49)</sup> 그러나 이러한 견해에 대해서는, 비록 “태어나는 존재가 임신의 시점과 무관하게 동일한 정체성을 갖는다는 입장”도 있을 수 있지만 “이러한 형이상학적 사고가 과학적 증거를 중시하는 현대사회에서 수용될 수 있을지 의심스럽”고, 유전자 결정론(gene determinism)을 따르건 안 따르건 “유전자의 결합이 개체의 정체성에 영향을 미친다는 것은 모두

46) cohen(2011), p.440.

47) 물론 코언은 이런 당혹스러운 결론을 피하기 위해 생식규제에 ‘태어날 자녀의 복리’라는 기준을 적용하면 안된다고 주장하고 있다.

48) Stanford Encyclopedia of Philosophy, Personal Identity and Ethics, 2015, para.4. Identity and Normative Ethics, 출처: <https://plato.stanford.edu/entries/identity-ethics/#IdeNorEth>(최종방문일: 2017.12.17).

49) Kimberly M. Mutcherson, *In Defense of Future Children: A Response to Cohen's Beyond Best Interests*, 96 Minn. L. Rev. Headnotes 46, 2012, p.55.

어느 정도 인정”된다<sup>50)</sup>는 반론이 제기된다.

## 2. 자녀의 복리 원칙에 대한 대안

위에서 본 것처럼 결과주의 윤리관에 기초하면서 ‘결과’ 판단의 대상을 자녀로 상정하는 한, 그리고 사람의 동일성 판단에 있어서 유전적 결합이라는 요소를 중시하는 한, 생식규제의 도덕적 정당성을 근거지우기는 어렵게 되어버린다. 그렇다고 모든 생식규제가 부당하다고 단정하는 것은 받아들이기 어렵다. 이런 문제를 해결하려면 자녀의 복리 원칙의 대안 즉 생식규제를 정당화할 수 있는 별개의 논거를 모색해야만 한다. 이하에서는 코언이 다루지 않았던 두 가지 논거를 살펴본다.

### 1) 후견주의

우선 보조생식 규제가 후견주의적 개입으로서 정당화될 수 있는지를 검토할 필요가 있다. 후견주의는 자유에 대한 공적 규제의 근거에 관한 견해로서 해악 원리와 경쟁하는 관계에 있기 때문이다.<sup>51)</sup> 그런데 코언은 후견주의를 대안 검토 대상에서 제외하면서, 다른 대안들과는 달리 법적 후견주의는 부모의 자신에 대한 해악에 주목하고 자녀의 복리는 고려하지 않기 때문에 - 설령 생식규제의 논거로는 사용될 수 있을지라도- 자녀의 복리 원칙의 대안이 될 수 없음을 이유로 든다.<sup>52)</sup> 그러나 후견주의에 기초하여 어떤 규제의 도덕적 정당성을 평가하려면 자유가 제한되는 주체인 부모의 사정만을 고려하면 충분하기 때문에 후견주의에 근거한 규제는 비동일성 문제를 회피할 수 있다는 장점이 있다. 비동일성 문제의 논거를 그대로 활용한다면 태어날 아이는 ‘사람’이 아니기 때문에 그에게 초래될 해악이나 이익을 평가할 필요는 없어지기 때문이다.<sup>53)</sup>

50) 목광수, 앞의논문, 37면.

51) 오세혁, 앞의논문, 342면.

52) cohen(2012), p.1203.

53) 이렇게 본다면 이은영, 2009, 99면; Kimberly M. Mutcherson, p.57 등이 지적하고 있는 것처럼 미국의 판례의 경향이 원하지 않은 삶 사건과 원하지 않은 출산 사건에 있어서 ‘손해’의 인정여부에 대한 판단을 달리하고 있는 것은 반드시 비난받을 일은 아니라고 할 수 있다.

후견주의는 ‘행위주체 자신에 대한 해약방지를 위한 개입’만 정당화된다는 의미로 볼 수도 있고 ‘행위주체의 선을 증진하기 위한 개입’도 정당화된다는 의미로 볼 수도 있다.<sup>54)</sup> 만약 열악한 상태에서 보조생식으로 자녀를 얻고자 하는 부모에 대해 후견주의적 관점을 적용한다면 ‘이런 상황이 부모에 대한 해약인가’ 또는 ‘이런 상황을 억제하는 것이 부모의 선을 증진하는 것인가’가 문제될 것이다. 특히 전자와 관련하여 ‘해약’의 의미를 도덕적 해약까지 확장하는 견해<sup>55)</sup>를 따른다면 보조생식 규제의 정당성을 인정하기는 더 쉬워진다. 이러한 도덕적 후견주의에 대해서는 비판론도 적지 않지만 ‘신체적 해약’과 ‘도덕적 해약’의 경계가 반드시 명확한 것은 아니고<sup>56)</sup> 성행위, 생식 등의 영역에서는 더욱 그 경계가 모호하다는 점을 감안한다면, 후견주의를 근거로 생식규제를 정당화할 수 있을 것이기 때문이다.

## 2) 정의론적 접근

생식규제를 권리(또는 자유)의 제한이라고 파악하는 코언과는 달리 머처슨은 코언에 대한 반론<sup>57)</sup>에서 생식규제를 정의의 문제로 파악할 수 있다는 점을 강조한다.

이와 관련하여 비동일성 문제를 극복하면서도 미래세대를 위해 현재세대의 도덕적 의무를 근거지우기 위한 국내의 연구성과를 면밀하게 검토할 필요가 있다. 이 견해는 롤즈의 정의론, 특히 그 중에서도 정의로운 저축의 원칙<sup>58)</sup>을 근거로 비동일성 문제를 회피하고 환경규제의 도덕적 정당성을 근거지울 수 있다고 한다. 이 견해에 의하면, 우선 롤즈의 정의론은 비결과주의적 윤리관이며 개체중심적 접근법이 아니라 체제(institution) 중심적인 논의라는 점에서 비동일

54) 후견주의에 속하는 견해들의 다양한 내용을 소개하면서 ‘타인의 선을 실현하기 위한 개입’이 최대공약수라고 하는 견해로서 오세혁, “법적 후견주의: 개념분석적 고찰”, 『법철학연구』 제12권 제1호, 한국법철학회, 앞의논문, 159면 이하.

55) 도덕적 해약 개념에 대해서는 오세혁, 앞의논문, 167면 이하.

56) 위의논문, 167면.

57) Kimberly M. Mutcherson, p.51.

58) 목광수, 앞의논문, 40-41면은 롤즈의 세대 간 정의인 정의로운 저축의 원칙은 “각 세대는 문화와문명의 장점들을 보존하고 이미 세워진 정의로운 제도들을 해치지 않고 유지해야 할 뿐만 아니라, 또한 각 시기 동안에 적절한 양의 실질적 자본을 축적해야 한다”는 것을 뜻한다. 이러한 정의로운 저축의 원칙은 정의론의 안정성과 지속가능성을 위해 필수적이며, 차등원칙에 선행하는 지위를 가진다고 평가한다.

성 문제를 회피할 수 있다. 또한 정의로운 저축의 원칙은 미래 세대가 자신들의 문명과 문화를 보존하고 발전시킬 수 있는 토대를 제공한다는 점에서 삶의 질과 관련된다고 볼 수 있지만 이러한 삶의 질의 추구가 극대화가 아닌 최소치 충족(sufficiency)이어서 파퓰이 제기했던 당혹스러운 결론에 도달하지 않을 수 있다.<sup>59)</sup> 이런 관점에서 볼 때 미래세대를 고려하지 않고 현재세대가 자신만의 이익을 추구하여 환경을 파괴하는 것은 현재 세대가 누릴 큰 이익을 위해 미래 세대의 희생을 강요하는 부정의에 해당한다.<sup>60)</sup> 환언하면 “어떤 정치 공동체가 다른 시민들의 이익을 위해 소수를 차별화하는 것이 합당하지 않은 것과 마찬가지로 미래 세대의 기회를 현재대를 위해 자의적으로 감소시키는 것은 불공정하다”는 것이다.<sup>61)</sup> 따라서 정의로운 저축의 원칙은 현재세대가 미래세대에게 가하는 해악을 방지하기 위한 제도의 지속가능성을 보장할 뿐 아니라 미래세대의 이익의 극대화가 아니라 최소치 충족만을 추구한다는 점에서 실현가능성(feasible)도 높아지게 된다.<sup>62)</sup>

이러한 ‘정의로운 저축의 원칙’에 기초한 세대간 정의론은 미래 세대의 삶의 질을 보장하기 위한 최소치 충족을 위해 현재 세대의 행위를 규제할 수 있는 논거가 될 수 있다. 특히 자연생식은 체제의 문제라기보다는 개인의 문제인 반면 보조생식은 -의료기관이 개입해야 한다는 점에서- 비개체적인 문제라고 할 수 있다. 따라서 세대간 정의론에 기초한 생식규제는 오직 보조생식만을 대상으로 삼을 수 있다. 즉 열악한 양육환경이 예상되는 상황에 처한 사람이 자연생식을 하는 것을 규제할 수 없어도 이것과는 별개로 이런 사람에 대한 보조생식 기술을 규제하는 것은 정당화될 수 있는 것이다.

## V. 결론

보조생식에 관한 실정법은 아직 마련되어 있지 않지만 어떠한 입법론도 무제한적으로 보조생식 기술을 보장하고 있지는 않다. 이러한 입법론은 보조생식을

59) 목광수, 앞의논문, 51-52면.

60) 위의 논문, 53면.

61) 위의 논문, 41면.

62) 위의 논문, 53-54면.

통해 태어날 자녀가 열악한 양육환경에 직면하게 될 것으로 예상되는 경우라면 보조생식을 제한이 바람직하다는 것을 전제하고 있다. 그러나 코언이 지적한 것처럼 자녀의 복리 원칙은 해악원리에 기초한 결과주의적 윤리관을 반영한 것이기 때문에 파퓰이 제기한 비동일성 문제에 직면하게 된다. 이 문제를 회피하기 위한 방법으로 비개체적 접근법을 생각해 볼 수 있으나, 이 접근법은 ‘동일인원수’라는 제약조건 하에서만 적용될 수 있고, 자연생식에 대해서도 보조생식과 같은 내용의 규제가 정당화될 수 있다는 문제점을 드러낸다.

이렇게 본다면 자녀의 복리 원칙 대신 보조생식 규제의 도덕적 정당성을 근거지울 수 있는 대안을 모색할 필요가 있다. 코언은 이를 위해 첫째 결과주의 윤리관을 반영한 ‘외부성 접근법’을 검토하는데, 구성원수 불변이라는 제약조건 하에서 작동할 수 있다는 과소적용 문제와 자연생식에 대한 규제나 향상의무의 도덕적 정당성까지 근거지울 수 있다는 과대적용 문제를 동시에 초래한다고 비판한다. 둘째 시프린의 해악-이익 준별 접근법은 비결과주의적 윤리관이라는 점에서 비동일성 문제를 회피할 수 있으나 그 전제인 의무론적 윤리관 자체에 대해 반대하는 견해도 적지 않음을 지적한다. 셋째 덕윤리는 ‘부모의 덕성’을 어떻게 파악하느냐에 따라 보조생식을 시도하는 것과 억제하는 것 중 어떤 것이 덕있는 행위인가에 대한 평가가 달라진다는 문제를 지적한다.

이처럼 코언의 논증에 의하면 열악한 양육환경이 예상되는 경우이더라도 보조생식 규제가 도덕적으로 정당화되기 어려운데 이런 결론은 선뜻 수긍하기 어렵다. 따라서 코언이 제기한 비동일성 문제를 회피하면서도 이러한 규제를 정당화할 수 있는 논거를 모색할 필요가 있다. 이를 위해 첫째로 사람의 정체성 또는 동일성을 유전자 조합만을 기준으로 결정하는 것의 타당성에 대해 의문을 제기할 수 있고 둘째로 세대간 정의론에 기초한 정의로운 저축의 원칙을 원용하는 방법도 생각해 볼 수 있다.

코언의 문제제기는 그 결론의 당부를 자녀의 복리 원칙에 대한 윤리학적 성찰이 필요하다는 점을 보여준다는 점에서 시사하는 바가 적지 않다. 이러한 윤리학적 문제의식의 빈곤은 인구정책에 관한 논의에서 반대의 모습으로 즉 비개체주의적 접근법에 기초한 선부른 정당화라는 모습으로 등장한다. 예컨대 1970년대에 폄하했던 산아제한 정책은 태어날 자녀의 가치를 ‘0’ 또는 (-)임을 전제하거나 태어날 자녀에게 ‘부정적 외부성’이 있음을 전제하고 있었던 것으로 보

인다. 최근 갑자기 산아제한에서 출산장려로 인구정책의 목표가 표변한 것도 - 명시적으로는 아무도 얘기하지 않지만 - 결과주의적 접근의 또다른 형태일지도 모른다. 이제는 태어날 자녀의 가치가 비개체주의적 접근법에 의하면 (+)라고 평가됨을 전제하고 있는 것으로 보인다.<sup>63)</sup>

도덕성으로부터 합법성이 도출될 수는 없지만 내재적 정당성과 구속력을 확보하기 위해 합법성은 도덕성을 전제해야 한다. 따라서 미래세대와 관련된 정책적 논의는 그 도덕적 정당성에 관한 신중한 검토를 거쳐야 할 것이다.

투고일 : 2017.12.03 / 심사완료일 : 2017.12.14 / 게재확정일 : 2017.12.18

---

63) 전형적인 예로서 서울신문 2015년 10월 18일자 기사는 ‘내수위축’, ‘연금고갈’, ‘병력부족’이라는 세 가지 문제를 지적하고 있다. 출처: <http://go.seoul.co.kr/news/newsView.php?id=20151019003002> (최종방문: 2017.11.30)

[참고문헌]

- 마이클 샌델/이수경, 「완벽에 대한 반론」, 와이즈베리, 2016.
- 목광수, “기후변화와 롤즈의 세대간 정의: 과핏의 비동일성 문제를 중심으로”, 「환경철학」 제22호, 한국환경철학회, 2016a.
- 오세혁, “법적 후견주의: 개념분석적 고찰”, 「법철학연구」 제12권 제1호, 한국법철학회, 2009a.
- \_\_\_\_\_, “해악원리, 법적 도덕주의, 그리고 후견주의: 후견주의의 이중적 양면성”, 「중앙법학」 제11집 제2호, 중앙법학회, 2009b.
- 이은영, “원치 않은 아이 소송의 개념정의와 유형화에 대한 새로운 시도”, 「중앙법학」 제11집 제2호, 중앙법학회, 2009.
- I. Glenn Cohen, *Beyond Best Interests*, 96 Minn. L. Rev. 1187, 2012.
- I. Glenn Cohen, *Regulating Reproduction: The Problem with Best Interests*, 96 Minn. L. Rev. 423, 2011.
- Derek Parfit, *Reasons and Persons*, Oxford University Press, 1984.
- R. McDougall, *Acting Unparentally: An Argument Against Sex Selection*, 31 J. Med. Ethics 601, 2005.
- Kimberly M. Mutcherson, *In Defense Of Future Children: A Response To Cohen'S Beyond Best Interests*, 96 Minn. L. Rev. Headnotes 46, 2012.
- Seana Valentine Shiffrin, *Wrongful Life, Procreative Responsibility, and the Significance of Harm*, 5 Legal Theory 117, 1999.

[국문초록]

## 보조생식규제와 자녀의 복리 원칙 - I. Glenn Cohen의 논의를 중심으로 -

권재문\*

보조생식에 관한 실정법은 아직 마련되어 있지 않지만 어떠한 입법론도 무제한적으로 보조생식 기술을 보장하고 있지는 않다. 이러한 입법론은 보조생식을 통해 태어날 자녀가 열악한 양육환경에 직면하게 될 것으로 예상되는 경우라면 보조생식을 제한이 바람직하다는 것을 전제하고 있다. 그러나 코언이 지적한 것처럼 자녀의 복리 원칙은 해악원리에 기초한 결과주의적 윤리관을 반영한 것이기 때문에 파퓰이 제기한 비동일성 문제에 직면하게 된다. 이 문제를 회피하기 위한 방법으로 비개체적 접근법을 생각해 볼 수 있으나, 이 접근법은 ‘동일인원수’라는 제약조건 하에서만 적용될 수 있고, 자연생식에 대해서도 보조생식과 같은 내용의 규제가 정당화될 수 있다는 문제점을 드러낸다.

이렇게 본다면 자녀의 복리 원칙 대신 보조생식 규제의 도덕적 정당성을 근거지울 수 있는 대안을 모색할 필요가 있다. 코언은 이를 위해 첫째 결과주의 윤리관을 반영한 ‘외부성 접근법’을 검토하는데, 구성원수 불변이라는 제약조건 하에서 작동할 수 있다는 과소적용 문제와 자연생식에 대한 규제나 향상의무의 도덕적 정당성까지 근거지울 수 있다는 과대적용 문제를 동시에 초래한다고 비판한다. 둘째 시프린의 해악-이익 준별 접근법은 비결과주의적 윤리관이라는 점에서 비동일성 문제를 회피할 수 있으나 그 전제인 의무론적 윤리관 자체에 대해 반대하는 견해도 적지 않음을 지적한다. 셋째 덕윤리는 ‘부모의 덕성’을 어떻게 파악하느냐에 따라 보조생식을 시도하는 것과 억제하는 것 중 어떤 것이 덕있는 행위인가에 대한 평가가 달라진다는 문제를 지적한다.

이처럼 코언의 논증에 의하면 열악한 양육환경이 예상되는 경우이더라도 보조생식 규제가 도덕적으로 정당화되기 어려운데 이런 결론은 선뜻 수긍하기 어렵다. 따라서 코언이 제기한 비동일성 문제를 회피하면서도 이러한 규제를 정

---

\* 숙명여자대학교 법학부 교수, 법학박사·변호사

당화할 수 있는 논거를 모색할 필요가 있다. 이를 위해 첫째로 사람의 정체성 또는 동일성을 유전자 조합만을 기준으로 결정하는 것의 타당성에 대해 의문을 제기할 수 있고 둘째로 세대간 정의론에 기초한 정의로운 저축의 원칙을 원용하는 방법도 생각해 볼 수 있다.

도덕성으로부터 합법성이 도출될 수는 없지만 내재적 정당성과 구속력을 확보하기 위해 합법성은 도덕성을 전제해야 한다. 따라서 미래세대와 관련된 정책적 논의는 그 도덕적 정당성에 관한 신중한 검토를 거쳐야 할 것이다.

주제어 : 공리주의, 의무론, 덕이론, 자녀의 복리, 비동일성 문제, 파핏

[Abstract]

Regulating Artificial Reproduction and  
the Best Interest of the Child Principle

- Responding to I. Glenn Cohen -

Kwon, Jae-Moon\*

There has been almost no debate on employing a simple “best interests of the resulting child(BIRC)” argument to justify a variety of laws designed to affect whether, when and with whom a person procreates. But I. Glenn Cohen shows that it is not possible to support any laws to regulate Artificial Reproduction Technic on literal “best interests of the resulting child” grounds separate from the claim that it is better for a particular child never to be born at all. This is the “non-identity problem.”

Not only does Cohen reject BIRC because of its non-identity implications, he further rejects a range of ways that seems to give a solution to avoid the implications of BIRC. Then He turns to dismantling other justificatory regimes for reproductive regulation including concerns about reproductive externalities and an argument based on the Deonlogistic ethic theory that an act can be wrongful where there is harm even if there is an overall benefit. He also argues that the virtue ethics approach may be short of the non-identity problem, therefore making it illegitimate.

But it is with a broader framing of the problem that he seeks to solve what is crucial to try critique that gives a clue to argue Cohen’s assertion. Especially the shift from rights to justice is urgently needed. For example, Rawls’s just savings principle may be an effective theory of intergenerational justice in response to providing a plausible alternative to the Best Interest of the Child principle. It can evade the difficulties posed by Derek Parfit’s

---

\* Professor, Sookmyung Women’s University. Attorney at law/ph. D in law.

non-identity problem, which threaten utilitarian theories.

Key words : Utilitarianism, Deontology, Virtue theory, the Best Interest of the Child, Non-Identity Problem, Derek Parfit,