

생명윤리에서 바라 본 형사법적 쟁점

A Study on Criminal Issues Related to Bioethics

박 광 현*
Park, Kwang-Hyun

목 차

- I. 서 론
- II. 생명윤리에 대한 법의 역할
- III. 생명윤리에 관한 형사법적 쟁점
- IV. 생명윤리규범의 법제화의 문제점과 과제
- V. 결 론

국문초록

현대 생명공학의 발달로 인해 배아연구, 줄기세포, 유전공학 등이 우리에게 불치병과 난치병의 연구에 희망을 안겨주고 있다. 그러나 이에 따른 여러 가지 윤리적인 문제점도 부각되고 있는데 이에 대한 생명공학 연구의 정당성이 요구된다. 생명윤리에 관한 논쟁은 초기에는 주로 생명공학의 유용성과 위험성에 대한 논의였다. 그러나 20세기 후반부터 시작된 생명공학의 붐은 현재에는 그 구체적인 제한과 허용 기준에 대한 논의로 전환되고 있다. 인공수정과 체외수정에 대한 새로운 법률문제를 출발점으로 삼았던 생명윤리논쟁은 인간 복제시대에 들어서면서 과거에는 문제시되지 않았던 다양한 문제들이 나타났다. 인간의 시작에 대한 논쟁과 유전자 치료술에 의한 생식자의 법적지위, 유

논문접수일 : 2013.06.25

심사완료일 : 2013.07.29

게재확정일 : 2013.07.30

* 법학박사·광주여자대학교 경찰법학과 교수

전자정보의 특성, 바이오메트릭스의 허용 등 중첩적 또는 개별적으로 논의의 중심에 놓이게 된 것이다. 이것은 그 사회의 구성원들이 어느 정도까지 용인할 수 있는가의 가치판단이 개입된 문제인 동시에 사회적 합의가 요구되는 규범적 문제로 부각되었다.

민사법적 논의로 시작된 생명윤리에 관한 문제는 이제 형사법논의로 발전되었는데 이는 생명공학의 위험성의 통제도구로서 형사정책상 필요성이 제기되었기 때문이다. 이를 통해 생명공학에서 발생할 수 있는 사회적 갈등을 예측하고 이에 대한 기준을 제공하는 것이 형법의 새로운 임무가 되었다. 생명공학을 둘러싼 경제적 가능성이나 위험성이 증대될수록 형사정책적 분석이나 예측의 필요성이 강조될 것이고 생명윤리에 대한 형법적 보호문제는 그 구체적인 기준과 내용을 통해 어느 정도까지 수인할 수 있는지가 새로운 화두가 되었다. 그러므로 본 연구는 인간의 존엄과 가치를 침해하지 않으면서도 인간의 요구를 충족시키는 바로미터를 각 사례에 따라 검토하고자 한다.

주제어 : 생명윤리, 생명공학적 위험, 법적 규제, 위험평가, 배아, 대리모, 뇌사, 장기이식

1. 서론

생명윤리(bioethics)는 1970년대 미국을 중심으로 시작되었다. 이는 생명공학과 의료기술의 발전이 제기하는 윤리적·사회적·법적 문제에 대한 탐구와 밀접한 관련을 맺게 됨으로써 학문의 한 분야로 이해되고 있다. 특히 배아복제 및 배아의 생명보호, 대리모 출산, 낙태, 뇌사와 장기이식, 존엄사, 자살 등 형사법의 영역에서 생명윤리와 관련한 법적쟁점들은 위험사회의 도래로 인하여 많은 도전을 받고 있다. 형법은 생명을 가장 중요한 법익으로 평가하고 이에 대한 침해에 적극적으로 대처한다. 다른 한편으로 형법은 생명이라는 법익이 더 잘 보호될 수 있도록 생명공학을 배려하기 위해 최후수단성도 요구된다. 그러므로 생명윤리는 형법상 논쟁이 되는 문제에 대해서 균형적 시각이 필요

하다. 이를 위해서는 생명보호의 범주와 그 방법을 구체적으로 확정하는 것이 선결문제으로써 다루어져야 한다.

생명윤리라는 도덕적 문제가 사회적 문제로 제기될 때 법적인 문제의 성격을 띠게 되고 생명윤리와 관련된 법적 제재는 인간의 존엄이라는 근본가치에서 재고되어야 하는 것은 당연한 명제이다.

윤리적으로 허용된다고 해서 모든 것이 법적으로 허용되는 것은 아니며 법적으로 허용된다고 해서 모든 윤리적인 것이 정당성을 갖는 것도 아니다. 그러므로 생명윤리와 관련한 쟁점들은 학제적 접근 방법을 통해서 이에 대한 근본 문제들을 살펴보고 조화로운 해결책을 모색할 필요가 있다.

II. 생명윤리에 대한 법의 역할

생명윤리에 관한 쟁점들은 생명공학의 발달에 따라 야기되는 새로운 윤리적 문제들인 경우가 많다. 이에 대한 관련법은 '생명윤리 및 안전에 관한 법률'¹⁾인데 이것은 생명복제기술의 발달로 촉발된 생명과학에 대한 일종의 사회적 타협의 산물이라 할 수 있다. 그러므로 이 법은 태생적 한계를 내포하고 있으며 윤리적, 종교적, 법적 문제 등에서 여전히 논쟁이 되고 있는 것이다.

생명공학의 발전에 따라 윤리적인 문제와 이에 따라 촉발될 사회적 우려감은 여러 가지 경로로 제기되었다. 물론 이것은 새로운 과학적 현상과 관련된 새로운 가치판단을 요구하는 경우도 있지만 다윈주의 사회에서 접하게 되는 서로 다른 인생관과 세계관 사이의 극단적인 의견대립이 존재하므로 생명윤리적 문제에 대한 해법이 쉽지 않다.²⁾ 왜냐하면 생명의 존중은 인간의 존엄에서 도출되므로 도덕적 정당성의 문제와 연결되기 때문이다.

1) 이 법은 2004년 1월 29일 공포되어 2005년 1월 1일부터 전면적으로 시행되었다. 독일은 생명공학과 관련된 법규를 형사적 부속법률의 형태로 배아보호법과 줄기세포법, 그리고 유전공학법과 유전자진단법을 제정하였다. 오정환, "한국과 독일에서의 생명공학정책에 대한 비교법적 고찰", 「형사정책연구」, 한국형사정책연구원, 2012, 12면.

2) 최경석, "생명윤리에서 법, 도덕 및 윤리의 역할과 한계", 「이화여대 법학논집」, 제15권 제4호, 이화여대법학연구소, 2011, 144면.

인간의 생명은 고귀하고 무엇과도 바꿀 수 없는 신성한 근원이다. 이러한 생명에 대한 권리, 즉 생명권은 비록 헌법에 명문의 규정이 없다 하더라도 인간의 생존본능과 존재목적에 바탕을 둔 선험적이고 자연법적인 권리로서 헌법에 규정된 모든 기본권의 전제로서 기능하는 기본권 중의 기본권으로 평가된다.³⁾

형사법은 사회통제의 일부이면서도 개인의 자유를 보장해야 하는 다소 모순적인 임무를 가지고 있는데 생명공학 시대의 형법은 근대형법의 토대를 형성하였던 시기의 문제와는 다소 상이한 고민에 빠져 있다.⁴⁾ 즉, 생명공학에서 형법 분야는 두 가지 방향에서 생명윤리에 대한 논의를 시작하였다.⁵⁾ 첫째, 인간생명의 시작에 대한 논쟁인데 이는 인간복제나 배아실험이 문제로 제기된 시점에서 논의되었다. 둘째, 생명공학의 잠재적 위험성을 측정하는 방식에 관한 것이다. 이는 결국 생명윤리 논쟁이 생명공학의 비윤리성에 치중하고 있었지만 형법은 생명공학이 새로운 범죄로 발전할 수 있음을 지적하는 것이다.⁶⁾

형법 도그마는 형벌의 강력성 때문에 보충성원칙에서 형벌의 탈도덕화, 탈윤리화를 지향하고 있는데 이는 가벌적인 위법행위만을 형법적인 불법으로 인정하겠다는 결단을 보여주는 것이다.⁷⁾ 이것 또한 생명윤리와 관련된 형법상 쟁점에 대해서도 하나의 척도로 작용해야 한다. 생명윤리와 관련된 형사법적 쟁점은 크게 생명의 시작단계, 생명의 중간단계, 생명의 끝단계로 구분하여 살펴보고자 한다.

3) 헌법재판소 1996. 11. 28. 95헌바1 결정.

4) 신동일, “생명공학의 형법적 한계”, 「형사정책연구」 제12권 제3호, 한국형사정책연구원, 2001, 177면.

5) 김일수, “배아생명에 대한 범이해와 법정칙의 방향”, 「형사정책연구」 제13권 제3호, 한국형사정책연구원, 2002, 5면.

6) 신동일, “생명윤리의 형법적 보호 : 최근의 논의상황”, 「형사정책연구」 제18권 제3호, 한국형사정책연구원, 2007, 525면.

7) 최근 헌법재판소는 2011년 의정부지법의 위헌제청에 따라 2013년 현재 간통죄에 대한 위헌 심사를 진행하고 있는데 헌법재판관 9명 중 7명이 간통죄 폐지에 전향적 입장을 보이고 있는 것도 같은 맥락으로 보인다.

III. 생명윤리에 관한 형사법적 쟁점

생명윤리에 관련된 형사법적 쟁점은 헌법의 이념인 인간의 존엄성과 생명권의 보호에서 출발한다. 특히 형법 도그마인 최후수단성이라는 제약에 의해 생명윤리의 보호에 형법투입의 정당성이 요구되는데 형법이 보호하고자 하는 보호법익의 침해와 보호의 범주에 관한 문제가 평가되어야 한다.

1. 생명의 시작단계

최근 우리나라에서 생명과학은 대단한 위상을 가지고 있으며 과학에 대한 전문적인 지식이 없는 일반인들도 대다수가 줄기세포라는 전문용어를 알고 있을 정도다. 생명과학이 새 시대를 주도할 과학 분야 중 하나라는 것은 분명하지만 사회 곳곳에서 아직 생명과학이 다루는 여러 가지 주제들에 대한 논쟁이 계속되고 있다. 유전공학의 발달로 유전자조작기술을 통해 새로운 생명체를 만들어내는 유전공학은 의학, 환경공학, 에너지자원, 식량자원 분야에서 각광을 받고 있다. 형법의 생명에 대한 보호법익은 규범보호의 주체를 언제부터 볼 것인가를 확정하는 데서부터 시작된다. 현시점에서 생명윤리적으로 문제되는 배아실험이나 줄기세포 연구는 형법의 보호대상에서 충분히 고려되고 있지 않지 않으므로 이에 대해 살펴볼 필요가 있다.

(1) 배아복제 및 배아의 생명보호

근래에 배아줄기세포가 난치병에 대한 새로운 해결책으로 제시됨으로써 생명과학은 급부상하고 있다. 이에 생명과학의 주요 쟁점이 되는 현안은 발생과정 중 언제부터가 생명이고 생명이 아닌지를 바라보는 서로 다른 관점들이 제시된다.

형법 제269조 낙태죄는 모체 내에 살아있는 태아를 객체로 하면서 태아를 자연분만기에 앞서 인위적으로 모체 안에서 살해하거나 모체 밖으로 배출하

는 경우 처벌하고 있다. 그러므로 태아 이전의 배아연구에 대해서는 형법상 규범통제에 포섭하기 힘들다. 일부 견해는 인간 배아를 연구하고 폐기하는 행위는 법적으로 낙태 또는 살인에 해당한다는 주장도 있다.⁸⁾

인간의 난자와 정자가 결합된 후 일정기간이 지나면 배아단계(embryonic stage)에 도달하고 이 기간을 경과하여 분화가 촉진되고 인간의 초기 모형이 구성되는 시기를 지나야 태아단계(fetal stage)에 들어선다. 그런데 배아는 신경세포가 분화되지 않아 아무런 고통도 없고 인지능력도 전혀 없으므로 실험대상자인 배아는 어떤 고통이나 갈등도 느낄 수 없다고 한다.⁹⁾

헌법재판소도 배아의 연구목적 이용을 허용한 생명윤리 및 안전에 관한 법규정¹⁰⁾이 인간의 존엄과 가치 등을 침해한다는 헌법소원에 대해 착상되지 않은 배아는 '인간'으로 볼 수 없기 때문에 헌법소원을 낼 수 없다고 기각결정을 하였다.¹¹⁾ 헌법재판소는 인간의 시작이 언제부터라고 명시하지는 않았지만 인

8) 신동일, 생명공학의 형법적 한계, 185면. 형법 제269조의 객체를 순수 문리적으로 해석하면 배아 단계를 지난 태아만이 객체가 되므로 배아 손상행위를 처벌할 수 없지만 목적론적으로 해석한다면 충분히 배아도 태아단계로 포섭 또는 모체와 분리되어 있는 잠재적 인간으로 구성하여 배아를 태아 또는 인간으로 해석할 여지가 있다는 견해도 있다.

9) 이에 반해 낙태반대론자들은 초기 태아의 인지능력은 성인과 거의 동일한 정도라고 주장한다.

10) 2010년 대략 20만개 이상의 인간 배아가 냉동 보관되어 있으며 이를 연구용으로 이용하게 만들어 달라는 것이 생명윤리 및 안전에 관한 법률의 의도였다. 헌법재판소가 정말 "규범적 요청을 고려하여 판단"했다면, 오히려 반대 결론에 전부 또는 일부 도달했어야 했다. 헌법재판소의 결정이 선뜻 이해되지 않는 이유는 바로 이것이다. 법학은 '사실'과 '규범'을 다루는 분야인데, 엄밀히 말하면 '사실'은 '규범'에 부합되는지 해석될 뿐이고 '사실 자체'를 인식한다는 것은 불완전하거나 불가능하다. 그러므로 법학에서 중요한 결정은 '규범적 평가'뿐이다. 사실은 재구성된다. 흔히 법학에서 가장 중요한 것은 사실을 '법적으로 이해하는 방법'(legal mind)이다. 즉, 사실학과 다른 규범학으로서의 법학을 이해할 수 있는 기본 감각이다. 이런 측면에서 헌법재판소의 결정 근거는 주로 현대 생물학과 자연과학의 기술 발전성과에 따라 내려진 사실인식이다.

헌법재판소는 현대 생물학과 자연과학 기술의 발전을 반추하여 그 기술의 결과가 규범적으로 어떤 의미와 위험을 초래하는지를 평가하는 규범판단을 하여야 한다. 세계 어떤 국가의 법률이나 국제협약도 인간 배아가 인간이라고 명시적으로 규정하고 있지는 않고 인간 배아가 기본권 주체라고 명시하는 법률도 찾아보기 힘들다. 그러나 반대로 인간 배아를 인간 생명보호와 존엄성 보장과 분리하여 다루는 법인식은 없다. 즉, 수정 이후부터 법률은 보호해야 하고, 국가는 인간 배아가 인간과 같은 종(種)으로 존중될 수 있도록 노력해야 한다는 것이 보편적 법원칙이라는 점을 우리를 제외한 모든 국가의 법률이며 국제협약이다.

11) 헌법재판소 2010.5.27. 선고 2005헌마346 결정. 우리 헌법재판소는 이번 결정으로 인간 배아를 물건으로 취급할 수 있는 세계 최초의 선례를 남겼다.

간이라고 부를 수 없는 수정 및 초기배아 단계에 대해서는 연구목적 이용의 길을 허용한 것이다. 재판부는 “청구인이 수정된 ‘배아’라는 점에서 생명의 첫 걸음을 떼었다고 볼 여지가 있기는 하지만 현재의 자연과학적 인식수준에서 독립된 인간과 배아간의 개체적 연속성을 확정하기 어렵고 모태 속에서 수용될 때야 독립적인 인간으로 성장 가능성을 기대할 수 있는 점 등을 종합하면 기본권의 주체가 될 수 없어 헌법소원 청구인 적격이 없다고 판단하였다. 위의 결정은 생명과학기술이 나날이 발전하고 새로운 영역을 스스로 개척해 나가는 시점에서 이익형량에 따른 판단으로 보이며 불임치료법 및 희귀 난치병 치료를 위한 연구를 위해 국가생명윤리심의위원회의 심의를 거쳐 대통령이 결정하도록 하고 있으므로 조화로운 해석으로 보인다.

또한 배아줄기세포연구는 연구자의 학문의 자유나 의사의 직업의 자유 혹은 환자의 건강권 및 행복추구권도 문제될 수 있다.¹²⁾ 생명과학은 인간의 건강증진과 수명연장을 주요 목적으로 하는 만큼 연구가 계속되면 인류의 복지에 이바지 할 수 있을 것이나 윤리 문제를 충분히 고려해야 한다. 생명과학은 이미 세계적 흐름이 되었다. 21세기의 성장 동력이자 인류의 건강증진에 기여할 수 있다는 점과 개인유전정보의 오남용과 배아에 대한 우생학적 유전자 변형이라는 윤리문제 사이에서 충분한 검토가 이루어져야 한다. 배아생명의 보호에 관한 논쟁에서 중요한 것은 허용한계에 관한 원칙을 정하는 것이다.¹³⁾ 이를 위해 사회적 합의를 도출하여 발전적인 해결방안을 모색하는 것이 과제이다.

(2) 대리모 출산

생명공학의 발달로 논쟁이 되고 있는 대리모 출산은 보조생식술의 발전에 따라 직접적인 성교가 없더라도 다른 여성을 통해 출산하는 기술이다.¹⁴⁾

12) 정문식, “독일에서의 인간의 존엄과 생명권의 관계”, 『공법학연구』 제7권 제2호, 한국비교공법학회, 2006, 266면; 김명재, 배아연구의 법적규제의 헌법적 문제, 『공법학연구』 제34집 제3호, 한국공법학회, 2006, 203면.

13) 윤영철, “인간배아의 보호필요성과 형법”, 『형사정책』 제16권 제1호, 한국형사정책학회, 2004, 179면.

현재 우리나라에서는 대리모 시술이 암묵적으로 행해지고 있다. 그러나 이를 규율할 법적 장치는 미미한 실정이다. 현행법은 대리모에 관해 생명윤리 및 안전에 관한 법률 제23조 제3항¹⁵⁾과 민법 103조에 의해 “누구든지 금전 또는 재산상의 이익 그 밖에 반대급부를 조건으로 정자 또는 난자를 제공 또는 이용하거나 이를 유인 또는 알선하는 행위”를 금지하고 있다. 그 이유는 대리모 시술을 통해 출생한 자를 금전적 대가를 지불한 상품으로 보는 것이므로 인간의 존엄에 위배되기 때문이다.¹⁶⁾ 그러나 난자를 제공하지 않은 단순 자궁대여 대리모는 반대급부를 받더라도 처벌되지 않는 법적틈결이 발생한다. 즉, 형사법은 유추나 확장해석을 금지하므로 죄형법정주의 원칙상 엄격히 해석하므로 생명윤리 및 안전에 관한 법률에 ‘자궁대여업’에 관한 규정이 없으므로 난자를 제공한 대리모는 처벌되지만 자궁만 빌려준 대리모는 형사적 제재를 가할 수 없다. 이는 생명윤리 관점에서 찬반이 갈리는 논의의 산물이 되었는데 혈연을 중시하는 우리사회에서 대리모 시술은 이분법적으로 평가하기 보다는 충분한 법적, 윤리적 검토가 요구된다. 한편 대리모 시술은 의뢰인의 필요에 의하여 이루어진다. 임신, 출산이 불가능한 여성 즉, 의뢰인에게는 이러한 대리모 시술이 자신의 불임에 대한 마지막 대안이자 “치료”로 볼 수 있다. 그러나 대리모의 입장, 특히 완전대리모의 입장에서 보면 타인을 위하여 자궁을 빌려주고 아이를 출산해주는 대리모 시술로 인한 대리임신행위는 대리모의 질병의 치료나 예방을 위한 것은 아니다. 만일 의료행위의 개념을 질병의 치료와 예방을 기준으로 한다면 의뢰인의 입장에서서는 대리모 시술을 의료행위라고 해석할 수도 있겠지만 대리모의 입장에서는 이를 의료행위로 해

14) 대리모는 자신의 난자제공여부에 따라 완전대리모(full surrogate mother)와 부분대리모(partial surrogate mother)로 분류한다.

15) 생명윤리 및 안전에 관한 법률 제23조(배아의 생성에 관한 준수사항) ③ 누구든지 금전, 재산상의 이익 또는 그 밖의 반대급부(反對給付)를 조건으로 배어나 난자 또는 정자를 제공 또는 이용하거나 이를 유인하거나 알선하여서는 아니 된다.

제66조(벌칙) ① 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 사람은 3년 이하의 징역에 처한다.

4. 제23조제3항을 위반하여 금전, 재산상의 이익 또는 그 밖의 반대급부를 조건으로 배어나 난자 또는 정자를 제공 또는 이용하거나 이를 유인하거나 알선한 사람

16) 정도희, “대리모 시술의 의료행위성 여부와 형법적 정당화”, 「성공관법학」 제22권 제3호, 성공관법학연구소, 2010, 342면.

석하기 곤란하다. 따라서 대리모의 의료행위성 여부를 파악하기 위해서는 먼저 대리모 행위에 대한 현행법상 혹은 현행 판례상 의료행위 개념에 대한 정의가 선행되어야 범죄성립요건의 조각사유가 검토될 수 있다. 미국의 Baby. M사건¹⁷⁾은 1986년에 1만 달러를 받고 대리모계약을 맺은 여성이 출산 후 아기의 인도를 거부한 사건인데 법원은 대리출산을 의뢰한 부모에게 친권을 주고 대리모에게는 원할 때 아기를 만날 수 있는 면접교섭권을 부여하여 유아의 최선의 이익 보호견지에서 판단하였다.

대리모의 법제화는 윤리적 문제로서 사회적 합의가 우선적으로 이루어져야 할 것이다.

(3) 낙태

낙태규제에 있어서의 형법의 효용성에 관하여는 긍정과 부정의 입장 차이가 매우 크다. 2012년 낙태시술에 대한 헌법재판소의 합헌 결정 후에도 찬반 논란이 계속되고 있다.¹⁸⁾ 어떤 사람들은 낙태와 관련된 논쟁에서 형법의 적극적인 사용을 선호하지만 다른 한편에서는 형법의 탈윤리화를 주장하기도 한다. 현실에서 낙태가 성행하는 것은 규제의 정도가 약하기 때문에 형법으로

17) In re Baby M, 537 A. 2d 1227, 109 N. J. 393(1988)

18) 헌법재판소 2012.8.23. 선고 2010헌바402 결정. 인간의 생명은 고귀하고, 이 세상에서 무엇과도 바꿀 수 없는 존엄한 인간 존재의 근원이며, 이러한 생명에 대한 권리는 기본권 중의 기본권이다. 태아가 비록 그 생명의 유지를 위하여 모(母)에게 의존해야 하지만, 그 자체로 모(母)와 별개의 생명체이고 특별한 사정이 없는 한 인간으로 성장할 가능성이 크므로 태아에게도 생명권이 인정되어야 하며, 태아가 독자적 생존능력을 갖추었는지 여부를 그에 대한 낙태 허용의 판단 기준으로 삼을 수는 없다. 한편, 낙태를 처벌하지 않거나 형벌보다 가벼운 제재를 가하게 된다면 현재보다도 훨씬 더 낙태가 만연하게 되어 자기낙태죄 조항의 입법목적은 달성할 수 없게 될 것이고, 성교육과 피임법의 보편적 상용, 임부에 대한 지원 등은 불법적인 낙태를 방지할 효과적인 수단이 되기에는 부족하다. 나아가 입법자는 일정한 우생학적 또는 유전학적 정신장애나 신체질환이 있는 경우와 같은 예외적인 경우에는 임신 24주 이내의 낙태를 허용하여(모자보건법 제14조, 동법 시행령 제15조), 불가피한 사정이 있는 경우에는 태아의 생명권을 제한할 수 있도록 하고 있다. 나아가 자기낙태죄 조항으로 제한되는 사익인 임부의 자기결정권이 위 조항을 통하여 달성하려는 태아의 생명권 보호라는 공익에 비하여 결코 중하다고 볼 수 없다. 따라서 자기낙태죄 조항이 임신 초기의 낙태나 사회적·경제적 사유에 의한 낙태를 허용하고 있지 아니한 것이 임부의 자기결정권에 대한 과도한 제한이라고 보기 어려우므로, 자기낙태죄 조항은 헌법에 위반되지 아니한다.

더 엄격하게 규제해야 한다든가, 더 엄격하게 집행해야 한다는 주장이 있는 반면 현실적인 낙태의 성행은 형법의 실패를 드러내는 것이고 결국 형법만으로는 적절한 방지효과를 기대할 수 없고 실효성도 없으므로 비범죄화 주장이 제기된다. 이는 태아의 생명보호를 위해 낙태를 금지하는 형법의 규범력은 여전히 유지되고 있지만 여성의 낙태에 대한 자기결정권 또한 결코 가볍게 볼 수 없고 사실상 낙태가 용인되는 사회적 분위기에서 기인하는데 이에 대한 재검토가 이루어져야 한다는 것이다.

모자보건법은 일정한 요건 하에 인공임신중절수술을 허용하고 적응방식에 의해 위법성을 조각하고 있다. 이 법은 임부의 입장에서 우생학적, 윤리적 적응을 지나치게 좁게 규정하고 있다는 비판이 제기되고 있는 반면 태아보호 입장에서는 임신 22주만 되어도 보조기구의 도움으로 생존이 가능하기 때문에 낙태허용기간을 24주로 규정한 것은 윤리적 입장에서 타당하지 않다는 입장이다.

낙태범죄화로 낙태율을 낮추는 것이 아니라 아이를 낳아 키울 수 있는 사회적 토대를 형성하고 여성이 주체적으로 피임을 제안할 수 있는 관계 마련, 미혼모에 대한 사회적 시선 등을 고려하여 다양한 측면에서 접근해야한다.

우선 태아의 시기 즉, 인간적 생명 또는 인격적 존재의 보호범위에 관해 수정시설과 착상시설로 나뉜다. 윤리학적 입장인 수정시설¹⁹⁾은 수정시점부터 태아를 인간적 생명으로 존중하고 하나의 인격적 존재로서 간주하는 반면 착상시설은 착상의 종료까지 배아의 분할이 있을 수 있고 수정란의 착상비율이 높지 않는 시점에서 불확실한 생명을 법적보호의 대상으로 하는 것은 곤란하다는 입장이다.

낙태규제에서 형법의 효용성에 대한 이러한 입장의 차이는 개인의 가치관에 입각한 낙태반대론과 낙태선택론에 기반을 두고 있기 때문에 단순히 분석하기 어렵다. 형법의 효용성에 대한 신뢰 혹은 불신의 입장에 영향을 주는 요인들은 매우 복잡해서 도덕적으로 엄격한지, 원칙을 중요시하는지, 현실을 인정하는지 등의 여부에 따라 어느 정도로 영향 받는지 정확하게 파악하기 어

19) Saerbeck, Klaus, Beginn und Ende des Lebens als Rechtsbegriff, Berlin, New York 1974, s. 77.

렵다. 다만 낙태에 대한 보수적인 입장이든 또는 자유주의 입장이든 낙태의 성행이 바람직하지 않다고 보는 관점은 공통된다는 전제하에서 낙태규제를 위해 형법이 어떤 기능을 하는 것이 적절한지 여부 등 그 효용성을 증대시킬 방법은 무엇인지를 모색할 필요가 있을 것이다.

2. 생명의 중간단계

형법 제271조는 노유(老幼), 질병(疾病) 기타의 사정으로 인하여 부조를 요하는 자를 보호할 법률상·계약상의 의무 있는 자가 유기한 경우 처벌하고 있다. 여기서 문제되는 것은 유기죄의 주체를 법률상, 계약상 의무 있는 자로 한정함으로써 윤리적 문제를 야기하고 있다. 대법원은 유기죄에 있어서 현행 형법이 구법과는 달리 보호법익의 범위를 넓힌 반면에 보호책임 없는 자의 유기죄는 없애고 법률상 또는 계약상의 의무 있는 자만을 유기죄의 주체로 규정하여 명문상 사회상규상의 보호책임을 인정하지 않고 있다.²⁰⁾ 결국 현대 위험사회는 개인주의 또는 이기주의가 만연되어 유기죄는 윤리적 관점에서 많은 비판이 가해졌다.

그러나 미국의 대다수 주와 프랑스, 독일, 일본 등은 선한사마리안의 법을 통해 타인이 응급사항이나 위험에 처한 것을 인지했을 때 본인이 크게 위험하지 않을 경우에는 타인을 위험으로부터 구조해 줄 의무를 부여하였다. 우리나라에서도 2008년 12월 14일부터 시행되고 있는 '응급의료에 관한 법률(구조자보호법)'을 통해 응급환자에게 응급처치를 하다 본의 아닌 과실로 인해 환자를 사망에 이르게 했거나 손해를 입힌 경우 민·형사상의 책임을 감면 또는 면제하고 있다. 그 동안 국내에서는 사고를 당해 목숨이 위태로운 사람을 구해주려다 결과가 잘못되면 구조자가 소송에 휘말리거나 죄를 덮어쓰는 경우가 많아 위험에 처한 사람을 봐도 도움을 주저하거나 외면하여 윤리적 비

20) 대법원 1977. 1. 11. 선고 76도3419 판결. 유기죄의 죄책을 인정하려면 보호책임이 있게 된 경위 사정관계등을 실시하여 구성요건이 요구하는 법률상 또는 계약상 보호의무를 밝혀야 하고 실혹 동행자가 구조를 요하게 되었다 하여도 일정거리를 동행한 사실만으로는 피고인에게 법률상 계약상의 보호의무가 있다고 할 수 없으니 유기죄의 주체가 될 수 없다고 판시하였다.

판이 많았지만 이 법을 통해 구제받을 수 있는 사회적 환경이 조성되었지만 아직 미비한 점이 많다.

또한 여호와의 증인 수혈거부사건²¹⁾은 생명윤리관점에서 친족회 또는 국가의 개입 등 법적장치가 마련되어야 한다. 이 사건은 여호와의 증인 신도인 모가 사망의 위험이 예견되는 자신의 11세 딸에 대해 수혈이 최선의 방법임에도 불구하고 종교적 신념을 이유로 수혈을 거부하여 딸을 사망케 한 사건에 대해 대법원이 유기치사죄를 인정한 사례이다. 물론 종교적 신념도 존중해야 하지만 생명이라는 우월한 법익을 위해서는 친권자의 동의를 대신하는 제도적 장치가 입법되어야 한다.

3. 생명의 끝단계

사람의 종기에 관해서는 호흡이 영구적으로 그친 단계로 보는 호흡정지설, 심장이 영구적으로 정지한 단계로 보는 심장사설, 모든 뇌기능의 불가역적 소멸 상태로 보고 대뇌, 소뇌, 뇌간 등 모든 뇌기능이 종국적으로 정지된 뇌사상태에 이르렀을 때 사람이 사망했다고 보는 뇌사설 등이 주장되고 있다. 지금까지 통설과 판례는 심장사설을 주장하고 있지만 뇌사설의 견해도 유력하다.

그런데 현행법은 장기 등 이식에 관한 법률을 통해 “뇌사자가 이 법에 의한 장기 등의 적출로 사망한 때에는 뇌사의 원인이 된 질병 또는 행위로 인하여 사망한 것으로 본다”고 규정하여 뇌사단계만으로는 사망으로 인정하지 않기 때문에 뇌사설을 인정하는 것은 아니다. 그렇다면 생명의 끝단계에서 논쟁이 되는 생명윤리의 문제로서 존엄사와 장기이식 및 자살에 관해 살펴보고자 한다.

(1) 존엄사

인간은 자신의 운명을 자율적으로 결정할 수 있는 유일한 존재이고 생명이 최고의 법익으로 평가되지만 극심한 고통과 사기가 임박한 불치병자에게 최

21) 대법원 1980. 9.24. 선고79도1387 판결.

후의 순간까지 생명을 유지하도록 국가가 강요하는 것은 인간의 존엄과 가치를 해할 수 있다. 이 경우 인간답게 죽을 권리를 인정할 필요가 있지만 이러한 죽음은 악용될 소지가 있으므로 신중한 접근이 요구된다. 생명윤리관점에서 도 참다운 인간의 존엄은 자신의 죽음도 통제 할 수 있는 인간의 주체성을 인정할 때 보장되는 것이므로 무조건적인 생명보호는 바람직하지 않다.²²⁾

존엄사를 인정하는 것이 오히려 생명의 존엄을 지키고 환자의 자기결정권을 인정해 주는 것으로 생명윤리 관점에서 평가된다면 이에 대한 엄격한 요건이 요구된다.

존엄사문제가 등장할 때 법적·윤리적 관점에서 고려되는 규범적 기준은 '인간존엄에 부합하게' 결정하라는 요청이다. 이러한 결정에서는 개인의 자기결정권을 존중해야 함과 동시에 생명보호의 측면도 함께 고려해야 한다. 생명보호와 자기결정권 중 어느 하나를 절대화하는 것은 다른 하나를 부정하는 것이며 인간존엄의 근본적 의미를 왜곡하는 결과가 야기될 수 있다. 따라서 생명보호와 자기결정권의 가치가 충돌하는 문제에서 각 유형마다 어떤 가치원칙들을 어디까지 적용할 것인지를 특히 가치평가의 우위라는 관점에서 판단할 필요가 있다. 다만 이러한 관점에서 다른 가치를 제한하려면 이를 정당화할 수 있는 가치의 우위가 매우 구체적으로 존재해야 한다. 그리고 결정권을 가진 사람은 결정에 대한 규범적 정당화의 의무도 함께 져야 한다. 또한 통제문제나 권한문제 등으로 인한 남용이나 오용의 위험에 대비하여 모든 상황에서 충분한 '규범적 주의'를 기울여야 하고 충분한 안전절차를 마련하는 것도 필요하다.

여기서 법은 인간존엄에 부합하는 삶과 죽음의 조건들을 가능하게 해주는 틀이므로 신중한 절차가 요구된다.²³⁾ 근래 연명치료중단을 인정한 2009년 5월

22) Gunnar Duttge / 김성은 역, “존엄사-법적 안락사의 유형과 규범적 기초-”, 「형사정책연구」 제19권 제4호, 한국형사정책연구원, 2008, 368면.

23) 우리나라의 경우는 대법원 판결이 존엄사의 유일한 근거이고, 아직 치료중단에 관한 법률이 제정되지 아니하여 명확한 기준이 없어 입법이 필요한 상태이다. 대통령직속 자문기구인 국가생명윤리위원회 산하 '무의미한 연명치료 중단 제도화 특별위원회'는 2013년 5월 29일 '무의미한 연명의료 결정 제도화 관련 공청회'를 개최하여 입법화를 추진 중이다. 특히 우리나라에서 사전의료의향서가 환자의 자기결정권 반영을 어렵게 만드는 이유로 ▲30% 전후의 낮은 작성 비율 ▲사전의료의향서 양식을 이해하지 못하는 환자 발생 ▲환자의 생각 변화 ▲대리인이 환자의 의중을 이해하지 못하는 경우 ▲사전의료의향서가 제대로 반

21일의 대법원 판결²⁴⁾을 계기로 다시 존엄사 문제에 많은 관심이 집중되었다.

치료를 중단함으로써 환자를 죽게 하는 형태의 존엄사(소극적 안락사)²⁵⁾는 현대의학, 즉 수술·소생술 및 인공호흡기에 의한 호흡과 혈액순환의 회복 등 의학의 발달과 급속한 고령화 사회의 진전으로 인하여 더욱 문제가 될 것이다. 생의 말기에 투입되는 이러한 의료적 조치들은 때로는 고통을 연장시키거나 단지 생물학적인 생명을 양적으로만 연장시키는 결과를 초래하기도 한다. 이러한 지속적 식물상태로서 죽음에 임박한 환자 또는 사기에 임박하여 극심한 고통에 시달리는 불치의 환자의 경우 환자나 가족 또는 의사에 의해 적극적으로 생명단절조치를 하거나 생명유지 장치제거 및 치료중단이 취해지는 경우 법적으로 어떻게 평가할 것인가가 문제가 된다.

인간존엄성과 생명보호의 원칙 그리고 인간의 자기생명에 대한 결정권의 행사라는 측면에서 존엄사는 신중히 고려되어야 한다.

우선 인간에게는 인간답게 살 권리 못지않게 고통없이 인간답게 죽을 권리를 인정할 때 그리고 자신의 죽음도 통제를 할 수 있는 인간 주체성을 인정할 때 비로소 참다운 인간존엄성이 보장된다. 자기 스스로 자살할 수 있는 행위의 자유는 형법은 물론 이론적·현실적으로도 제한할 수 없고 또 생명권에는 최소한 신체·생명의 불가침성에 대한 소극적 권리가 인정되므로 자신의 생명을 처분할 수 있는 소유권 유사의 사실상처분권능내지 자격은 가진다고 해석해야 한다.

존엄사의 엄격한 허용요건에 해당하는 경우는 일반적 상황이 아닌 예외적 특수상황으로서 형법상의 위법성조각사유 원리(주관적 정당화요소와 객관적 정당화사정)를 충족시키는 구조와 요건을 갖추고 있다고 생각되므로 위법성이 부정된다고 볼 수 있다. 또한 형사처벌을 하기 위해서는 본인 이외에 타인 또는 사회에 대한 해악을 줄 가능성 즉 처벌이익이 있어야 하는데 존엄사는 이러한 처벌이익이 존재하지 아니한다고 생각되므로 정당성을 인정할 수 있

영되지 않는 경우 등을 지적했다.

24) 대법원 2009.5.21. 2009다17417 판결.

25) 존엄사는 환자의 자기결정권입장에서 보는 시각인 반면 안락사는 의사의 입장에서 바라보는 것으로써 양자를 구별하고자 한다.

다. 다른 한편으로는 자기 소유의 재산에 대해 자유로운 사용·수익·처분이 인정되듯이 자기의 생명에 대한 처분도 인정함이 타당하기에 이를 인정할 수 있다. 다만 자기 소유의 재산이라도 공공의 이익 등을 위한 일정한 제한이 가해지듯이 자기의 신체·생명에 대해서도 그것이 남용 또는 악용되어 타인과 사회에 대해 일정한 해악을 끼칠 경우에는 제한되어야 한다. 따라서 존엄사는 그것이 남용 또는 악용되지 못하도록 하는 엄격한 허용요건과 절차 등을 정하여 허용하는 것은 정당성이 인정된다.

물론 존엄사는 국가의 생명보호의 무와의 모순된다는 근거를 가지지만 이것은 타협할 수 없는 절대적 생명보호 사상에서 비롯된다고 보기 힘들다. 오히려 이것의 금지는 범규범의 명령으로써 우리 헌법과 기타 법률의 규범원리에 따라 구성된다. 그러나 존엄사는 살인행위를 금지하는 원리와 동일한 규범 근거를 가지며 인간의 생명은 모든 단계에서 존중받고 보호되어야 한다는 법원칙에 따른다. 그러므로 더욱 중요한 근거는 국가의 생명보호의무 자체이므로 이에 대한 충분한 검토가 요구된다.

(2) 뇌사와 장기이식

사람의 종기와 관련된 이 논점도 생명윤리 관점에서 문제되고 있다. 현행법은 장기 등 이식에 관한 법률을 통해 뇌사자의 장기이식을 허용하는 사회적 합의를 이루었다. 물론 사기가 임박한 환자에게 소생 가능성이 없는 뇌사자의 건강한 장기를 이식하여 새 생명을 구하는 것은 합리적 의사결정으로 보일 수도 있다. 그러나 뇌사에 관한 일정한 요건을 충족하는 경우 죽음의 기준으로 인정하는 것과는 달리 뇌사자의 장기를 이식하여 사용하는 뇌사판정은 윤리적 문제로 나타난다.²⁶⁾ 뇌사판정을 통해 장기이식을 하는데 법적문제가 없다고 하여 생명윤리 관점에서도 허용된다는 충분조건은 성립될 수 없다.

윤리학자 넬슨은 장기이식의 다섯가지 윤리적 표준을 제시하였다.²⁷⁾ 첫째,

26) 장기이식문제는 뇌사인정문제, 장기기증과 관리문제, 장기매매 등 법적으로나 사회적으로 많은 문제점을 내포하고 있다.

27) James. Nelson, Human Medicine, Augsburg Publishing House, 1973, p.152.

장기이식은 환자를 치료하는데 최후의 수단일 것 둘째, 장기이식의 주된 의도는 환자의 복지일 것 셋째, 수증자의 자유로운 동의가 있을 것 넷째, 환자가족과 증여자가 보호될 것 다섯째, 비례의 원칙을 준수하는 것이다.

이러한 요건들을 충족한다면 불가역적으로 죽어가고 있는 뇌사자의 장기를 새로운 생명을 위해 이식을 하는 것은 우월한 실재론적 가치로서 형법적 보호는 후퇴해도 무방해 보인다.

장기이식에 관해 법적, 윤리적 문제가 정당성을 갖기 위해서는 뇌사판정의 신뢰성 확보가 전제되어야 하며 수증자 선택 및 우선순위 등 기증된 장기가 법적절차에 의해 합리적으로 배분될 수 있도록 충분히 검토되어야 한다.

(3) 자살

자살은 중세 기독교의 영향으로 살인죄의 일종으로 다루어졌다. 이후 계몽주의 영향으로 자살은 더 이상 형사처벌의 대상에서 제외되었다. 자살은 국가와 자신에 대한 의무를 저버린 것으로 인식되어 윤리적으로 비난받을 행위로 간주되었다. 그러나 이러한 자살의 비범죄화가 자신의 생명을 처분할 수 있는 결정권까지 승인한 것은 아니다. 비록 현행 형법은 자살은 처벌하지 않지만 자살을 교사, 방조하는 행위에 대해서는 처벌하고 있다. 그 이유는 자살이 사회, 경제적 손실 등 사회 전체를 파멸로 몰아넣을 수도 있기 때문이다.²⁸⁾

우리 헌법은 생명권을 자유권의 일부로 설명하고 있다. 그러나 헌법은 생명포기의 자유를 권리로 인정할 수 없다. 그 이유는 헌법은 시민의 규범이라고 보다는 국가의 규범이기 때문이다. 생명권은 국가로부터 침해받지 않을 자유로 설명될 수 있을 뿐이다. 생명포기의 극단적인 형태는 자살이다. 현실적으로 자살은 가능하긴 하지만, 자살이 금지되는 것은 종교적인 근거 이외에도 도덕과 법적인 이유도 존재한다. 이러한 근거로 우리 형법은 자살에 대해 부정적

28) 박광현, "자살에 관한 형법적 고찰", 「중앙법학」 제14집 제3호, 중앙법학회, 2012, 245면. 국민의 생명을 보호하기 위해 2011년 3월 자살예방법으로 불리는 '자살예방 및 생명존중문화 조성을 위한 법률'을 제정하여 2012년 3월 31일부터 시행중에 있다.

이다. 자살을 직접 실행한 사람에 대해서 처벌은 하지 않지만 자살에 관여한 사람들에 대해서는 일정한 형사책임을 인정하고 있다. 즉, 형법은 촉탁 또는 승낙에 의한 살인행위에 책임을 부담시킨다. 만일 자살이 개인적 처분권리라면 이를 돕는 행위를 규범적으로 비난할 이유도 없을 것이지만 생명은 타인과 관계 속에서 형성되고 상호 영향을 미치는 관계법익이다. 인간 생명에 대한 법규범은 비물질적인 추상적 이해를 바탕으로 하는데 생명법익은 개인의 범위를 넘어서는 공동체의 정신적 관계로 형성되어 있다. 법은 물질적인 영역을 넘어서 정신적인 영역을 규범화한다.

이러한 추상화의 결과를 통해 금지와 요구로 표현된 규범 대상에 물질을 넘어서는 가치를 편입시킬 수 있었다. 규범은 법익의 핵심개념이며, 법률과 현실을 매개하는 중심으로 작용한다. 생명법익은 개인의 자유권을 넘어서 공동체의 심리적 또는 추상적 관계 법익으로 파악되어야 한다. 그러므로 자살관여죄나 촉탁승낙살인죄는 공동체의 관계성을 보호하려는 배경을 가진다고 해석되며 생명윤리측면에서 지양되어야 한다.

IV. 생명윤리규범의 법제화의 문제점과 과제

생명공학의 발달과 함께 부각된 생명윤리는 철학, 종교학, 사회학, 법학 등의 학문에서 재조명되고 있다. 법학에서는 자에 관한 인공수정이 문제된 사안에서 민사법적 접근이 시도된 이래 인간복제와 배아실험 및 존엄사 등이 문제된 사안에서 형사법적 접근으로 확대되고 있다. 생명윤리에 관한 형법적 개입이 정당성을 갖기 위해서는 형식적 보호필요성뿐만 아니라 실질적 보호필요성이 요구되는데 가장 우선적 가치는 인간의 존엄성이다.²⁹⁾ 또한 형법적 관점에서 생명윤리에 관한 형법의 투입이 당벌성을 갖기 위해서는 보호받는 법

29) 인간의 존엄성 침해에 관한 난제는 생명공학에 의한 인간 존엄성의 침해가 구체적으로 어떠한 형태로 일어날 수 있는지 또는 어떠한 종류의 제재를 통해 그 침해를 막을 수 있는가의 문제이다. 황만성, “생명윤리에 관한 법규범력 확보와 그 한계”, 『의생명과학과 법』 제6권, 원광대 법학연구소, 2011, 55면.

익에 대한 침해나 위험성이 개인 및 공동체의 이익이나 가치를 훼손하고 적정한 형사제재가 규정되어야 한다. 생명윤리만을 강조한 채 형벌권을 남용한다면 이는 결국 암수범죄의 증가로 확대될 수 있으므로 법적 규범력을 확보하기 위해 행정적 제재, 민사적 제재, 형사적 제재로 구분하여 세부적인 입법이 요구된다.

특히 형법은 생명과학과 의료기술의 발전에 따라 생명을 보호하고 관련 위험성을 제거하기 위해 여러 측면에서 개입이 불가피하지만 최후수단성과 단편적 성격을 감안하여 개입을 가능한 자제하고 생명윤리법, 장기이식법, 존엄사법(안) 등 관련 법률에서 생명보호를 위한 효율적 규율방식과 세부적인 절차적 규정을 마련하는 것이 필요하다.³⁰⁾

또한 생명과학이나 의료와 관련하여서는 많은 윤리적 문제들이 대개 도덕적 의무내지 결과적 이익사이의 갈등을 함축하면서 윤리적인 측면을 법으로 규제할 것인가라는 문제를 제기한다. 윤리적으로 문제가 있는 듯한 행위가 사회적으로 보다 큰 이익을 초래하게 될 때 결과면의 이익이 행동을 정당화시킬 수 있을지에 관하여 숙고할 필요가 있다. 이러한 난제들을 해결하기 위하여 어떠한 윤리문제에 법적 개입을 허락할 것인가라는 명제위에서 생명윤리라는 용어가 발생되는데 여기에서부터 생명윤리가 무엇인지 즉, 보호대상으로서의 인간생명에 관한 윤리적인 면에 대한 법의 개입이 어디까지 허용되는지에 관한 문제가 제기된다.

첫째, 생명윤리법 제3조에서 생명과학기술에 있어서의 생명윤리 및 안전에 관하여 다른 법률에 특별한 규정이 있는 경우를 제외하고는 동법에 의한다고 하여 생명윤리에 관한 한 일반법임을 선언하고 있다. 그런데 위와 같은 생명공학 전반에 대한 고민과 규제를 회피하고 인간에 대한 문제로 국한한 동법이 생명공학에 관한 윤리법의 모범으로서 역할을 충실히 수행할 수 있을지 의문이다. 그리고 이러한 점은 생명공학기술의 발전에 맞춰 윤리 및 법의 정비가 미미한 점도 사실이다.

둘째, 생명윤리법은 헌법을 근거로 헌법상의 기본권보호를 중심으로 제정

30) 김재윤, 「로스쿨 의료형법」, 전남대출판부, 2013, 429면.

또는 개정되므로 헌법의 보호범위를 벗어날 수 없는 내재적 한계때문에 헌법상의 생명권 또는 인간존엄이 논의의 시작점이 되어야 할 것이다. 대체로 헌법은 개별적 권리의 지도이념을 제시하는 동시에 권리의 사각지역에서 기본권의 흠결을 보완하는 보충적인 기능을 수행하는 성격을 지닌다. 생명이라는 문제가 생명공학이라는 기술적인 영역을 넘어서 법영역으로 들어올 때에는 단순히 자연발생적인 사실만을 기준으로 삼는 것이 아니라 법규범의 적용이라는 면에서 가치규범적인 판단을 내리지 않을 수 없다. 즉, 생명의 시작 자체는 자연발생적인 사실을 기준으로 판단하되 생명권이 상대적 권리라는 점에서의 해석은 가치규범적으로 접근할 수밖에 없는 것이다.

셋째, 개별규정상의 문제점들이다. 이는 특히 법정형에 있어서의 형평성의 문제로 나타난다. 형법에 관한 특별법으로서 작용하는 생명윤리법 제49조 내지 제53조의 규정들은 형법상의 처벌규정과의 형평성에 있어서 합리적인 타당성을 결여한 규정들을 담고 있다. 따라서 입법상의 개선이 필요할 것이다.

생명과학의 입법과정에서 다양한 주체들 사이의 가치지향에 대한 불일치가 등장할 때마다 사례에 따라 사회적 합의를 도출하여 국민의 정당화된 동의를 얻을 수 있을만한 규범을 발견하고 발전시켜나가는 것이 법의 흠결을 보완할 수 있는 하나의 방법이 된다. 칸트철학과 같이 도덕성으로부터 합법성이 도출될 수는 없지만 각각이 서로 상이한 것은 아니며 합법성은 사실상 도덕성을 전제로 하고 있는 것이다. 또한 내재적 정당성과 구속력을 확보하기 위해서 일반적으로 실정법 속에는 도덕성과의 관계가 새겨져 있어야 하며 이러한 바탕 하에서 자율적 도덕과 정당화에 의존하는 실정법은 하버마스가 언급하였듯이 도덕성과 상호보완적 관계를 형성할 수 있을 것으로 본다.

생명공학에 대한 국제협약은 유네스코의 “유전자와 인권에 대한 보편 선언”과 유럽연합의 “생물학과 의학의 적용에서의 인권과 인간존엄의 보호를 위한 협약”이 대표적이다.³¹⁾

이 협약들의 내용은 첫째, 생명공학은 인간의 복리를 증진시키는 목적을 가져야 한다는 점. 둘째, 생명과학의 목적은 인간의 존엄성을 능가하는 목적이

31) 신동일, 생명공학의 형법적 한계, 179면.

될 수 없다는 점. 셋째 상업적인 목적으로 유전자를 이용하는 것은 금지된다는 점. 넷째, 실험대상자는 실험내용에 대해 충분한 사전적 지식을 상담받아야 한다는 점. 다섯째, 인간 유전자 정보는 다른 개인적 기본권과 동일한 효력을 갖는다는 점이다.

생명윤리의 논점은 인간의 존엄성과 생명공학의 사회적 필요성을 어떻게 조화롭게 해석할지가 관건이다. 인간의 존엄성이나 생명권의 절대적 보호사상이 관철된다면 위의 논의들은 윤리적으로 문제가 발생할 수 있지만 상대화된 가치로 파악한다면 사회적 합의를 통해 어느 정도 극복할 수 있을 것이다.

V. 결 론

과학기술의 사회적 영향에 대한 책임 내지 위험분담이 문제될 때 위험사회에서는 법률적인 문제로 해결하고자 한다. 생명에 관한 논쟁이 윤리적 평가의 대상이 될 때 대부분은 법적인 문제의 성격을 띠며 생명윤리가 문제되는 많은 영역은 대개 법률적 형태로 등장하고 있다. 이런 점에서 '도덕성에서 법으로'의 형태 즉, 생명윤리에서 생명윤리법으로 연관관계로 연결되어 있음을 알 수 있다. 생명윤리법에서 의무적 행위로 이행하게 하고 그 자체로 도덕적 가치를 얻게 하며 보편적 법칙으로서의 정언적 원리의 내용은 인간의 존엄성이다.

인간의 존엄성을 기초로 생명권의 상대화를 결정하는 것은 난제이지만 사회적 합의와 합법적인 절차에 따라 생명윤리의 정당성을 확보해야 한다.

과학기술시대의 인권의 논의에서도 인간의 존엄은 우리 사회가 추구하는 다른 가치의 토대가 되는 성격을 부인하기 어렵다. 생명과학 관련 입법이념으로서 인간의 존엄 원리는 보편적 법칙의 내용으로 정언적 원리의 가치를 가지고 있고 결코 근본가치로서 포기될 수 없는 이념이다.

헌법적 입장에서 볼 때 생명의 자연적 기본가치는 어떤 사회적 기본가치보다 우선하는 기본가치이며 평등한 자유의 원칙의 대전제인 최초의 평등한 상

태의 기본 구성요소가 된다. 생명의 기본가치의 영역은 절대 평등한 자유의 상태로서 제도적 불평등의 상태를 근원적으로 수용할 수 없는 영역이다. 인간의 생명은 최초의 순간부터 인간으로서 보호되어야 함은 물론이고 하나하나의 생명은 자연적인 사람다운 관계 속에서 수태되고 완전하고 따뜻한 가족관계속에서 태어날 수 있도록 최대한 보장되어야 하며 이와 관련된 모든 과정의 비밀이 침범되지 않도록 최대한 보호되어야 한다.

법률적 가치체계에서도 사람의 생명은 가장 중요한 법익으로 보호받는다. 법률은 출생시부터 사망시까지를 살아있는 사람으로 보고 있으며 그 이전 단계인 태아를 사람과 구별하며, 태아는 생물학적인 발생단계에서 모체에의 착상 이후의 존재로 이해하고 있다. 따라서 기존의 법률적 입장에 따르면, 착상 이전의 존재는 생명을 가진 사람이나 태아로 인정받지 못했지만 의학과 생명공학의 발달에 따라 인공임신에 의한 출생이 가능해지고 착상 이전 단계에 인위적인 개입이 가능해지면서 태아 이전의 존재, 곧 수정란 및 배아의 생명의 보호가 중요한 문제가 되었다. 생물학적으로 볼 때 새로운 개체로서의 생명의 탄생은 수정란에서 시작한다고 볼 수 있고, 출생하여 존재하는 모든 인간은 그 특정한 수정란으로부터 성장한 것이므로 수정란 및 배아의 생명은 살아있는 인간의 생명과 동일하게 보호받아야 한다는 주장이 제기되는 것이다.

법률상 사람과 태아의 시기가 제한됨으로써 수정란 및 배아에 대한 법률적 보호에는 공백이 있게 되었고 이 부분을 규율하기 위해서 마련된 특별법이 “생명윤리 및 안전에 관한 법률” 이지만 배아의 생명을 침해하는 행위 자체는 이 법률의 처벌대상 행위에 포함되어 있지 않다. 그리고 최근에 헌법재판소는 초기배아는 사람이 아니며 기본권주제성이 부인된다고 결정했지만 형법상 착상 이전 단계의 생명보호를 여전히 부정할 수 없다.

결국 자연과학적 지식과 종교적 윤리적 입장에도 불구하고 생명의 법률적 보호에는 한계가 있음을 확인하고 생명공학에 관련된 논쟁의 정당성이 확보되도록 하여야 한다.

참고문헌

- 김명재, 배아연구의 법적규제의 헌법적 문제, 공법학연구 제34집 제3호, 한국공법학회, 2006.
- 김일수, 배아생명에 대한 법이해와 법정책의 방향, 형사정책연구 제13권 제3호, 한국형사정책연구원, 2002.
- 김재윤, 로스쿨 의료형법, 전남대출판부, 2013.
- 박광현, 자살에 관한 형법적 고찰, 중앙법학 제14집 제3호, 중앙법학회, 2012.
- 신동일, 생명공학의 형법적 한계, 형사정책연구 제12권 제3호, 한국형사정책연구원, 2001.
- 신동일, 생명윤리의 형법적 보호 : 최근의 논의상황, 형사정책연구 제18권 제3호, 한국형사정책연구원, 2007.
- 오정환, 한국과 독일에서의 생명공학정책에 대한 비교법적 고찰, 형사정책연구, 한국형사정책연구원, 2012.
- 윤영철, 인간배아의 보호필요성과 형법, 형사정책 제16권 제1호, 한국형사정책학회, 2004.
- 정도희, 대리모 시술의 의료행위성 여부와 형법적 정당화, 성균관법학 제22권 제3호, 성균관법학연구소, 2010.
- 정문식, 독일에서의 인간의 존엄과 생명권의 관계, 공법학연구 제7권 제2호, 한국비교공법학회, 2006.
- 최경석, 생명윤리에서 법, 도덕 및 윤리의 역할과 한계, 이화여대 법학논집 제15권 제4호, 이화여대법학연구소, 2011.
- 황만성, 생명윤리에 관한 법규범력 확보와 그 한계, 의생명과학과 법 제6권, 원광대 법학연구소, 2011.
- James. Nelson, Human Medicine, Augsburg Publishing House, 1973.
- Saerbeck, Klaus, Beginn und Ende des Lebens als Rechtsbegriff, Berlin, New York 1974.

[Abstract]

A Study on Criminal Issues Related to Bioethics

Park, Kwang-Hyun

Professor, Dept. of Police Law of KwangJu Women's University

Considering the origin and process of academic development of biomedical ethics, bioethics which is reflected from the standpoint of medicine seems much like biomedical ethics which is on the backbone of medical ethics. Of many a theme on bioethics from the standpoint of medicine, topics on principle of medical ethics, human dignity, and life justice could be regarded as exemplary ones.

Nowadays, the fundamental principles of medical ethics have been the principle of respect for autonomy, the principle of nonmaleficence, the principle of beneficence, and the principle of justice.

Additionally, from the standpoint of life justice, natural basic value of life is second to none of every other social basic value and makes a basic constituent of the equality of human rights. Every human life should be protected from the very beginning and guaranteed to be conceived in the midst of human relationships and born in the complete and genial family relations. Also, every privacy which could be laid in the process of conception and birth should be protected lest it should be invaded.

Medicine is, by nature, a moral profession. Even though, these days, the events on the beginning and the end of life would not be wrapped in a awe of mystery, the time of life should be received as the most significant and precious thing in the whole world.

Recently, the research in embryonic stem cell which has been suggested

as a new treatment for some incurable diseases leads to fast development in biological science. In Korea, biological science has been a special attention. People who don't have any professional knowledge know the scientific term, "stem cell". It is clear that life science is one of the major disciplines in the future. However, there are controversies on ethical aspects of life science.

Hence, we would like to raise major issues in the field of recent biological science. We would suggest different aspects about the time point life starts. We also consider the induction of superovulation and its side effects because human egg is the key of biological science and superovulation is the way of gathering ova. Genetic engineering is associated with genetic testing and designer baby. Chimera for organ transplantation, animal experiments, and genetically modified organisms are urgent problems life science face. We would introduce regulations for clinical trials and research honesty, moral character which should be built inside the scientists' mind.

The major purposes of biological science are promotion of human health. The study of biological science would contribute to human welfare; however, ethical problems are not to be avoided. The tendency of the world science is toward life science. Searching for the appropriate answers to growth power of 21 century i.e. contribution to the human health promotion, and misuse of personal genetic information, eugenic modification to embryos is really important. It is the matter of the highest priority that we should try to find solutions through discussions, which would lead us to the ethical points.

Criminal Law protects the human life with the provision of murder when he/she has born, and with the provision of abortion before the birth, which punishes the criminal less severely. And the fetus, that is the object of abortion and becomes a person by the birth, is the existence after implantation of fertilized egg. Therefore the life of fertilized egg or embryo, especially the life of early embryo before appearance of the primitive streak is denied

and excluded from the legal protection. But accordingly the development of bio technology, genetic diagnosis and in vitro fertilization(IVF), it becomes possible to manipulate embryo artificially before implantation.

For the protection of bioethics and biosafety, Bioethics and Biosafety Act is in force, but the purpose of this act is protecting of bioethics and human dignity in bio technology, not the life of embryo itself. Oppositely it is alleged that embryo should be regarded as valuable as an early form of human life. And quite recently, the Constitutional Court of Korea has decided that the early embryo is not the human being. This paper discusses the regulations of Bioethics and Biosafety Act concerning embryo and the grounds of that decision.

Key words : bioethics, biotechnological risk, legal regulation, risk assessment, Embryo, surrogate mother, brain death, organ transplantation

