

생명과학기술의 발전과 헌법

2012. 12

연구책임: 정 재 황 교수
(성균관대학교 법학전문대학원)

헌 법 재 판 소

머리말

이제 생명과학이란 말이 새롭다고 느끼지 않을 정도로 진전되고 논의되고 있는 현대사회이다. 그러나 새롭지 않은 가운데 여전히 생명과학기술의 발전이 헌법에 안겨다 주는 문제는 간단치도 않고 한정적이지도 않으며 현재 진행형이다.

본 연구는 이러한 상황에서 그동안 산발적으로 수행되어 오던 생명과학기술의 발달이 가져오는 헌법적 법리를 보다 발전시키고 특히 헌법재판에서의 적용을 준비하고자 하는 목적으로 우리 헌법재판소가 유럽헌법학회에 의뢰하여 유럽헌법학회가 수행한 것이다.

생명과학은 날로 그 기술이 발달되어 오고 있을 뿐만 아니라 그 발달에 따른 법리의 적용이 간단한 문제는 아니다. 그러나 헌법적 기본원리는 국가나 시대를 초월하여 변함없이 적용될 수 있으리라 믿는다. 이번 연구는 비단 생명과학의 문제에 대한 헌법재판적 연구로서도 물론 핵심적 의미가 있지만 생명이 가지는 인간에서의 핵심적 요소를 생각하더라도 그 의미가 충분하다고 할 것이다. 충실성을 위하여 산발적인 연구 보다는 개별 연구에서 보다 충실하기를 기원한다.

본 연구가 생명과학기술발달에 따른 헌법적 문제를 다루고자 기획된 것이라는 점에서 한국에서의 문제점과 그 현황을 살펴보는 것이 중요한 과제이다. 그런데 다른 한편으로는 생명과학기술발달에 따른 헌법적 문제는 비단 한국에서만 문제가 아니고 외국에서도 제기되는 것이므로 우리나라에서의 관련 문제점, 이에 대한 개선을 위한 방안모색에서의 참조를 위한 외국법의 연구 등의 필요성의 요구에 부응하기 위하여 중요한 개별국가들에서의 법리에 대한 외국법적 연구, 비교법적 연구도 중점적으로 수행하게 되었다. 즉 생명공학과 그 법리에 대한 논의가 많이 진행되어 온 프랑스, 독일, 미국의 예를 살펴보고자 하였다. 이 국가들에서의 즐기

세포 연구에 대해서 공통적으로 연구가 되었고 각 국가들은 원칙적으로 배아연구를 금지하고 있지만 예외적인 경우를 법률로써 규정함으로써 진보하는 과학의 기술과 헌법적 문제(사생활의 보호, 배아 세포주 제공자의 자기결정권, 생명권, 평등의 문제 등)를 해결하기 위해 노력하고 있음을 보여주고 있음을 확인하였다. 그리고 생명윤리와 관련된 위원회를 두어 생명윤리관련 법안 및 관련 사안들에 대한 논의를 맡고 있기도 하다. 프랑스, 독일 등에서의 생명과학과 관련한 중요한 헌법재판소판례를 분석하여 실제적인 법리를 살펴보고자 하였다. 한국에서의 생명과학에 관한 그동안의 헌법적 논의를 정리하고 헌법재판에 적용될 심사기준 등에 대해서도 살펴보았다. 프랑스법에 관해서는 정재황, 전훈 교수, 전영 박사, 독일법에 관해서는 신옥주 교수, 미국법에 관해서는 이상경 교수, 한국법에 관해서는 정문식 교수가 담당하였다.

이번 연구에 진력해 주신 김찬화 고려대 생명공학과 교수님, 정문식 한양대 교수님, 이상경 서울시립대 교수님, 신옥주 전북대 교수님, 전훈 경북대 교수님께 감사드린다. 김 교수님께서서는 특히 법학논문이 생명과학이론을 잘 담아가도록 열과 성을 다하여 용어교정 등 감수까지 해주시기도 하였다. 그리고 연구를 보조한 서울시립대 전영 강사님, 성균관대 노은정 조교와 이번 연구의 수행, 출간을 위해 아낌없이 지원해 주신 헌법재판소 관계자들도 심심한 감사의 마음을 전한다.

이번 연구가 한국에서의 생명과학법 연구, 나아가 헌법재판실무나 헌법학연구의 진전에 일조가 되었으면 하는 바람이다.

2012년 12월
연구책임자 정재황

< 목 차 >

제 1 장 서론	1
제 1 절 연구의 목적 및 필요성	1
I. 연구의 목적	1
II. 연구의 필요성	2
1. 생명과학기술의 발전의 필요성과 위험성	2
2. 생명과학기술 발전이 가져올 문제에 대한 헌법적 해 명과 헌법재판에서의 대비 필요성	3
제 2 절 연구범위	7
I. 생명과학'의 개념과 연구범위 개관	7

II. 연구의 내용	8
1. 개관	8
2. 본 연구의 특수성	9
3. 구체적 내용	10
제 3 절 연구방법	15
I. 문헌연구와 판례분석연구	15
II. 외국법적/비교법적 고찰	15
III. 실제성, 전문성 있는 연구	16
제 2 장 한국에서의 생명과학기술과 헌법	18
제 1 절 배아줄기세포연구와 헌법	19
I. 배아줄기세포연구의 의미	19

1. 줄기세포의 개념	19
2. 줄기세포의 종류	21
3. 줄기세포의 획득방식	23
4. 줄기세포의 응용분야	26
5. 줄기세포이용의 無用성과 위험성 및 한계	32
6. 줄기세포연구에 대한 윤리적 문제제기	34
7. 규범적 해결책으로서 생명윤리 및 안전에 관한 법률	36
8. 생명윤리법상 배아줄기세포연구	41

II. 배아줄기세포연구와 헌법적 문제

1. 배아줄기세포연구 시 나타날 수 있는 헌법적 문제의 소재	45
2. 배아의 도덕적 지위와 관련된 기본적인 헌법문제 로서 인간존엄과 생명권	45
3. 배아의 인간존엄과 생명권에 대한 국가의 기본권 보 호의무	46
4. 배아줄기세포연구의 제한을 통한 환자들의 건강권과 생명권 내지 행복추구권	47
5. 배아줄기세포연구 제한을 통한 직업수행의 자유 내	

지 학문의 자유의 제한	48
6. 배아생성자의 자기결정권	48
Ⅲ. 배아줄기세포연구에 있어서 원리로서 인간존엄과 구체적 기본권으로서 생명권	49
1. 인간존엄 개념과 기능의 문제점	49
2. 배아줄기세포연구에 있어서 구체적인 인간존엄 침해 의 문제	52
3. 인간존엄과 생명권의 관계	56
4. 원리적인 인간존엄보다 구체적 기본권인 생명권으로 평가우선	64
5. 배아줄기세포연구를 통한 생명권 제한	67
6. 환자의 생명권 내지 건강권	73
Ⅳ. 배아줄기세포연구와 학문의 자유	76
1. 헌법상 학문의 자유	76
2. 헌법상 보호되는 학문의 개념	81
3. 학문의 자유에 대한 제한	93
4. 연구의 자유 제한의 정당성	98

5. 생명윤리법상 배아줄기세포연구 제한의 실제	110
V. 배아줄기세포연구와 부모의 자기결정권	112
1. 헌법상 부모의 자기결정권	112
2. 배아줄기세포연구 시 부모의 자기결정권의 내용 ·	115
3. 배아줄기세포연구 시 부모의 자기결정권에 대한 제 한	118
4. 부모의 자기결정권 제한에 대한 정당성	119
5. 생명윤리법의 개정	120
VI. 배아에 대한 국가의 생명보호의무	121
1. 기본권 보호의무의 의미	121
2. 기본권 보호의무의 내용과 한계	126
3. 기본권 보호의무의 헌법상 심사기준	129
4. 배아줄기세포연구에 있어서 기본권 보호의무 위반 여부	130
제 2 절 착상전 유전자진단과 헌법	134

I. 착상전 유전자진단의 의미	134
1. 착상전 유전자진단의 개념	134
2. 착상전 유전자진단의 방법	136
3. 착상전 유전자진단의 활용가능성	137
II. 착상전 유전자진단에 대한 입법자의 대응	138
1. 관련규정	138
2. 배아보호취지의 감소	139
3. 착상전 유전자검사 허용기준의 흠결	141
III. 착상전 유전자진단과 생명권	141
1. 착상전 유전자진단 시 생명권의 제한	141
2. 착상전 유전자진단 시 생명권 제한의 정당성	143
IV. 착상전 유전자진단과 부모의 자기결정권 및 알권리	147
1. 부모의 자기결정권 실현수단으로서 착상전 유전자진	

단	147
2. 부모의 알권리 실현수단으로서 착상전 유전자진단	148
3. 착상전 유전자진단의 제한으로 인한 부모의 기본권 제한과 정당성	148
V. 의사의 직업의 자유 내지 학문의 자유로서 연구의 자유	152
VI. 배아에 대한 국가의 생명보호의무	154
1. 위험심사기준으로서 과소보호금지원칙	154
2. 배아의 생명보호를 위한 보호조치로서 유전자검사의 제한	154
3. 배아의 생명보호를 위한 최소한의 보호조치로서 유 전자검사의 제한	155
VII. 착상전 유전자진단과 평등원리	155
1. 유전질환의 장애성	155
2. 차별의 유무	157

3. 차별의 정당성	158
제 3 절 유전자은행과 헌법	161
I. 유전자은행의 의미	161
II. 유전자은행과 헌법	163
1. 개인정보 자기결정권	163
2. 사생활의 비밀 보호	164
3. 유전정보를 통한 차별금지	165
4. 유전정보와 재산권	166
제 4 절 생명윤리위원회와 헌법	167
I. 현대 생명과학기술에 있어서 생명윤리위원회의 의 미	167
II. 윤리적 논의 시 유의사항	168
1. 최종 척도로서 법	168

2. 사회적 여론의 반영	169
3. 윤리와 도덕의 구별	170
Ⅲ. 윤리위원회의 기능	171
Ⅳ. 국가생명윤리심의위원회의 헌법적 문제	173
1. 학문의 자유를 절차적으로 보장하는 위원회제도 ·	173
2. 국가생명윤리심의위원회 구성의 문제	175
3. 생명윤리법 개정	176
Ⅴ. 기관생명윤리심의위원회	177
1. 연구기관 내 자체적인 윤리심사	177
2. 생명윤리법의 개정	178
3. 전망과 의문	179
제 5 절 인간복제와 헌법	180
Ⅰ. 인간복제의 의미	180

1. 인간복제의 개념	180
2. 인간복제의 종류	181
3. 인간복제의 활용	181
4. 인간복제의 방법	185
II. 인간복제와 관련된 법적 상황	186
III. 인간복제와 인간존엄	187
1. 창조질서에 위반	188
2. 인간의 도구화	188
3. 소위 앙상블이론(Ensembletheorie)	190
4. 모를 권리(Recht auf Nichtwissen)	191
5. 인간존엄에 위반되지 않는 인간복제의 목적	193
IV. 인간복제와 생명권	194
1. 인간복제과정에서 생명침해의 위험	194
2. 생명침해의 극복 가능성	195

제 6 절 생명과학기술과 관련된 헌법재판소의 입장과

위헌심사기준	196
I. 헌법재판소의 결정	196
1. 태아의 손해배상청구권에 관한 결정	196
2. 생명윤리법 결정	197
II. 배아의 생명권	199
1. 초기배아의 기본권주체성 부정과 근거	199
2. 생명권의 시작점(기본권의 주체성)에 관한 일단락	200
3. 배아의 인간존엄 인정 가능성에 대한 회의와 배아보 호 가능성 축소	201
III. 국가의 배아에 대한 생명 보호의무	202
1. 문제점	202
2. 전망	204
IV. 부모의 자기결정권	205

1. 잠정적인 배아의 부모로서 일반적 인격권	205
2. 제한의 필요성이 상대적으로 큰 자기결정권	206
3. 배아생성자의 자기결정권을 덜 침해하는 수단으로서 배아생성자의 의사존중	207

V. 위헌심사기준에 대한 전망

208

1. 생명과학기술의 대상으로서 배아의 헌법적 지위 ·	208
2. 약화된 국가의 생명보호의무	209
3. 이익형량이 중요해진 과잉금지원칙	209

제 3 장 미국의 생명윤리 관련 법제

211

제 1 절 서론

211

제 2 절 미연방 정부의 배아줄기세포연구 규제의 변천
.....

212

I. W. 부시대통령의 2001년 8월 9일 선언 이전의 인간
배아줄기세포연구에 관한 연방정부정책

212

1. 연방윤리자문위원회(Ethics Advisory Board, EAB) ·	213
2. 인간배아연구패널(Human Embryo Research Panel, HERP)	214
3. 국립보건원 지침	215
II. 부시대통령의 2001년 8월 9일 선언	217
1. 의의	217
2. 연방자금지원을 받을 수 있는 인간배아줄기세포주 ···	218
3. 선언의 내용	218
4. 선언의 단점	219
III . 오바마 대통령의 2009년 3월 9일 대통령령	220
1. 의의	220
2. 구체적 내용	221
3. 효과	224

제 3 절 미연방 정부의 배아줄기세포연구 규제의 분석	225
I. 규제배경	225
II. 규제체제	229
III. 규제내용	234
IV. 미국의 생명윤리자문기구의 분석	242
1. 국가생명윤리자문위원회(1996-2001)	242
2. 윤리위원회(2001-2007)	244
V. 관련 법제의 분석	246
1. 2009년 인간복제금지법(Human Cloning Prohibition Act of 2009)	246
2. 2009년 줄기세포연구향상법(Stem Cell Research Improvement Act of 2009)	246
3. 2009년 환자우선법(Patients First Act of 2009) ..	248
4. 2009년 윤리적 줄기세포연구에 관한 조세편익법(Ethical Stem Cell Research Tax Credit Act of 2009)	

..... 249

제 4 절 미연방 정부의 인간복제의 논의 250

I. 인간복제에 대한 입법의 반응 250

1. 연방입법의 추이 250

2. 주입법의 추이 253

II. 관련 법제의 검토 255

제 5 절 결론 258

제 4 장 독일의 생명윤리 관련 법제 261

제 1 절 윤리위원회(Deutscher Ethikrat) 264

I. 서론 264

II. 생명윤리 관련 윤리위원회 구조 265

1. 독일윤리위원회(Deutscher Ethikrat)	265
2. 중앙윤리위원회(Zentrale Ethik-Kommission für Stammzellforschung)	269
3. 유전자진단위원회(Gendiagnostik-Kommission: GeKo)	274
III. 시사점	278
제 2 절 유전자진단법(Gendiagnostikgesetz-GenDG) 280	
I. 서론	280
II. 독일의 유전자진단법 내용	283
1. 유전자진단법의 제정배경	283
2. 주요내용	286
3. 출생의 해명을 위한 유전적 검사	297
4. 보험영역에서의 유전적 검사	299
5. 근로영역에서 유전적 검사	299
6. 유전자진단위원회의 일반적으로 인정된 지식과 기술	

수준 303

III. 연방헌법재판소의 DNA-감정서(Gutachten)판례 304

1. 친생부인 관련 배경 305

2. 사건개요 308

3. 연방헌법재판소의 결정 311

IV. 시사점 319

1. 개정 생명윤리 및 안전에 관한 법률상 유전자 진단
관련 주요규정 319

2. 개정 생명윤리 및 안전에 관한 법률 규정의 문제점
과 개선 방향을 위한 제언 324

3. 개정 생명윤리 및 안전에 관한 법률의 미비점 330

4. 유전자진단법의 제정 필요성 333

제 3 절 연구를 위한 유전자정보은행(Humanbiobanken
für Forschung)의 설립을 위한 법률(가칭)의 제정 논의
..... 334

I. 서론 334

II. 법령상의 유전자 검사 336

1. 형사절차령(StPO)의 규정 및 유전정보 보관 336

2. 유전자 진단법상 유전정보 보관 343

III. 생체정보은행설치 논의에 대한 독일윤리위원회
(Deutscher Ethikrat)의 입장표명 344

IV. 시사점 347

제 4 절 배아체세포법(Stammzellgesetz)과 배아보호법
(Embryonenschutzgesetz) 351

I. 서론 351

II. 줄기세포법 주요내용 353

1. 법의 목적과 적용범위 353

2. 개념규정 354

3. 배아체세포의 수입과 이용	355
4. 배아체세포에 대한 연구	356
5. 중앙윤리위원회(zentrale Ethik-kommission)	357

III. 배아보호법(Embryonenschutzgesetz)	359
-----------------------------------------	-----

IV. 시사점	361
---------------	-----

제 5 장 프랑스의 생명윤리 관련 법제

364

제 1 절 프랑스 법 고찰의 필요성	364
---------------------------	-----

제 2 절 프랑스 생명윤리 관련 법제	366
----------------------------	-----

I. 1994년 7월 1일 법률 제94-548호 - 인간의 신체와 관련된 개인정보 보호의 강화	368
---------------------------------------------------------------	-----

II. 1994년 7월 29일 법률 제94-653호 - 인체의 존중	371
---------------------------------------------------	-----

III. 1994년 7월 29일 법률 제94-654호- 인체 유래물의 이용과 기증 및 인공수정과 출산 전 검사에 관한 법률	375
IV. 2004년 8월 6일 1차 생명윤리법	377
V. 2011년 7월 7일 생명윤리법	384
1. 건강에 관한 개인보호(유전적 특징의 조사)	387
2. 장기의 교차기증(Don croisé d'organes)	388
3. 생식세포 기증의 익명성(Anonymat du don de gamète)	388
4. 배아와 배아줄기세포에 관한 연구	389
5. 인공수정(Assistance médicale à la procréation, Procréation médicalement assistée)	390
6. 출생 전 진단(Diagnostic prénatal)	392
제 3 절 생명윤리에 관련된 기관	396
I. 국가생명보건과학윤리자문위원회	396

1. 임무	397
2. 조직과 구성	398
3. 재정	400

II. 생명의학청(Agence de la biomédecine)과 지역생명윤리센터(Espace régionaux d'éthique)	403
---------------------------------------------------------------------------------	-----

1. 생명의학청(Agence de la biomédecine)	403
2. 지역생명윤리센터(Espace régionaux d'éthique) ..	405

제 4 절 생명윤리에 관한 프랑스 헌법재판소의 결정	405
------------------------------	-----

I. 개괄	405
-------------	-----

II. 헌법재판소 결정에 나타난 인간 존엄성의 보장 ·	410
--------------------------------	-----

1. 인간의 존엄성 존중의 헌법적 승인	414
2. 1994년 생명윤리법 결정에서 나타난 인간의 존엄성 보호원칙	414

III. 헌법재판소 결정의 구체적 검토	417
-----------------------------	-----

1. 인공임신중절에 관한 1975년 1월 15일 결정(1차 IVG 결정)	417
2. 인공임신중절에 관한 2001년 6월 27일 결정(2차 IVG 결정)	422
3. DNA정보파일(Fichier empreintes genetiques)결정 (QPC 2010-25)	428
4. 제대혈 관련 우선적 위헌심사결정(QPC 2012-249)	453
 제 5 절 생명과학기술에 관련된 기타 사항	462
 I. 인체 유래물의 기증과 이용(Don et utilisation des produits et éléments du corps humain)	462
 II. 인간배아 줄기세포 연구(Recherches sur les cellules souches embryonnaires humaines)	464
1. 인간배아의 법적 지위와 의의	465
2. 인간배아에 대한 존엄성보호	467
3. 인간배아연구의 예외적 허용	468
4. 인공수정(Assistance Médicale à la Procréation :	

AMP)	470
제 6 절 시사점	472
제 6 장 결론	475
제 1 절 공통적 논의 - 줄기세포 연구 등	475
제 2 절 결론적 평가	478

제 1 장 서론

제 1 절 연구의 목적 및 필요성

I. 연구의 목적

생명과학기술이 발전해 감에 따라 헌법의 기본권 문제나 국가의 역할 문제 등에 대한 논의가 최근에 점점 더 활발해지고 있다. 이는 생명과학기술의 발전이 가져오는 법적 문제가 현실적으로 발생하고 증대되고 있음을 말한다. 이러한 상황은 국내에서의 연구에 집약성을 더 요구하고 있다. 더구나 헌법재판소에 생명과학과 관련된 헌법재판사건이 청구되고 헌법재판소의 판단이 있었거나 앞으로의 판단을 기다리는 헌법적 문제들이 잠재하고 있기도 하다. 그 잠재성은 우리나라에서도 보이지만, 외국의 경험을 보면 아직 우리나라에서 헌법재판소 결정이 이루어지지 않았던 사건들에 대한 헌법적 판단이 이루어진 것을 보더라도 예측될 수 있다고 할 것이다.

헌법이 한 국가의 근본법이라는 점에서 모든 생활영역에서 헌법적 해석과 적용, 또한 그것을 담당하는 헌법재판기관의 역할이 모두 요구될 것이긴 하지만 생명이 관련되는 생활영역은 인간의 가장 원초적인 출발인 생명에 관한 문제를

배태한다는 점에서 특히 헌법적 법리가 중요한 기본법리로 작동되어야 할 영역이라고 할 것이다.

위와 같은 현실과 요구를 두고 볼 때 유전자치료, 유전자 변형, 인간복제연구, 배아줄기세포연구 문제 등 생명과학기술의 발전에 따른 여러 문제들에 대한 헌법적 논의를 이제 는 보다 체계화하고 실질적인 적용법리를 개발해나가는 것이 매우 중요한 과제가 되어가고 있다고 할 것이다.

본 연구는 이러한 현실적 수요에 답하기 위하여 생명과학 기술법제에서의 헌법적 과제들을 적출하여 헌법적 원리에 비추어 논의를 진전시켜 헌법재판에서의 적용법리를 고찰하고자 한다.

II. 연구의 필요성

1. 생명과학기술의 발전의 필요성과 위험성

생명과학기술은 현대사회에서 급속히 발전되어 가고 있는 분야이고 인간의 질병을 치유하고 생명을 연장하게 하는 과학기술로서 특히 고령화 사회로 전환되는 시점에서 여러 가지 수요에 부응하고자 하는 중요한 기술영역인 것은 물론이다. 이는 주요한 국가의 과제이자 미래의 인류의 과제이기도 한 과학기술영역이다.

생명과학기술은 예컨대 유전공학기술의 경우만 보더라도

식량의 증대와 같은 순방향적 효과를 가져오기도 하지만 반면에 유전자변형의 위험성과 같이 그 악영향과 역기능의 위험성도 클 수 있다.

생명과학기술은 인간과 자연에 대한 문제를 해결할 수 있는 기회를 제공하는 반면에 국민의 기본적인 인권인 생명권, 사생활의 비밀, 개인정보자기결정권 등을 침해할 수 있는 헌법적 문제점을 배태할 수 있기도 한다.

2. 생명과학기술 발전이 가져올 문제에 대한 헌법적 해명과 헌법재판에서의 대비 필요성

생명과학기술의 발달에 따라 법에서는 이를 어떻게 다루어야 하는지가 헌법학에 던져진 중요한 과제이다. 생명과학기술의 발달이 배태시킨 문제들에 대한 헌법적 고찰이 요구된다. 이는 헌법이 인간의 존엄성을 출발점으로 하는 기본권의 보장을 그 종국적 목적으로 하기 때문이다. 생명이 보장되지 아니하는 한 인간의 기본권이란 그 의미를 가지지 못한다. 헌법은 최고법의 지위에 있기도 하다. 따라서 생명과학기술 발전이 가져올 법적 문제에 대한 헌법적 해석·적용이 우선적으로 중시될 수 밖에 없다. 또한 생명과학기술의 발전이 가져온 변화는 개인의 기본권침해를 유발할 수 있다. 따라서 그 침해(제한)이 적절한 것인지 하는 문제로서 이는 기본권제한의 한계원리에 비추어 판단해 볼 문제이기도 하

다.

위와 같은 점들에서 생명과학기술의 발달에 따른 헌법적 논의가 매우 중요한 상황에 있다고 할 것이다.

생명과학기술의 발달은 태아의 생명권, 자기결정권, 개인 정보자기결정권, 사생활의 비밀과 자유 등 기본권의 침해를 가져올 수 있으므로 이에 대한 헌법적 보장방법이 논의되어야 하고 반면에 이를 연구하는 생명과학기술자들은 학문(과학연구)의 자유를 주장하고 있어서 상호간의 충돌도 나타나고 있다. 이러한 문제들에 대한 헌법적 해명과 대응의 연구가 요구된다.

생명과학의 발전으로 인류의 숙원인 생명연장의 꿈의 실현이 현실적으로 가능해진다는 긍정적인 측면도 있으나 이에 따르는 생명윤리와 관련된 문제에 있어서 학계, 의료계, 종교계의 반발과 헌법적 문제가 꾸준히 제기되고 있는 현실에서 생명과학기술의 발전에 대한 헌법적 규제의 내용과 타당성 및 헌법과 생명윤리의 관계 등에 대한 정립이 필요한 실정이다.

헌법재판소는 줄기세포의 이용과 관련된 판결에서 “체외 인공수정으로 생성된 배아들은 기본권의 주체가 아니고, 배아가 인간인지를 판단하는 기준은 생물학적 기준, 현재의 과학기술 수준, 그리고 사회적 요구이며, 5년간의 배아 보존기간은 배아를 생성한 부모의 결정권을 침해하지 않는다”라고 판시한 바 있었다¹⁾.

인간배아의 연구에 있어서 인간의 존엄성을 심각하게 위협하는 인간복제로 이어질 수도 있기 때문에 여기에 대해서 법적으로 허용하는 범위를 명확하게 규정하는 것이 필요하다.

동물복제의 연구에 대한 문제도 인간의 복제에 비하여 윤리적 문제는 상대적으로 적은 편이지만 동물복제에 있어서도 연구자들의 자율적인 윤리적 기준에 맡겨둘 것이 아니라 최소한의 윤리적 기준을 헌법적으로 규정하는 것이 필요하다.

근래에 태아의 생명권 문제, 배아의 기본권주체성 문제 등 생명과학의 발달과 관련한 헌법적 문제들이 실제 헌법재판 사건으로 헌법재판소의 판단을 받았거나 앞으로 헌법재판소의 판단이 요구될 경우가 늘어날 것으로 전망된다.

현행 ‘생명윤리 및 안전에 관한 법률’이 한편으로는 생명과학의 발전과 그 안전을 담보하기 위해 충분한지, 또 다른 한편으로는 이와 관련된 국민의 기본권 보호를 위해 충분한 내용을 가지고 있는지 검토가 필요하다.

유전정보의 수집, 처리, 결과의 보호 등 기본 방향은 마련되어 유전자 정보와 관련한 규정이 존재하기는 하지만, 이 규정들이 유전자 정보와 관련된 여러 기본권 보호를 위하여 미흡하다고 평가된다.

1) 현재 2010.5.27, 2005헌마346, 판례집 22-1하, 275.

국가생명윤리심의위원회 규정, 유전자진단과 관련 규정 및 유전자정보은행의 설립규정은 국가생명윤리심의위원회의 독립성, 헌법상 보장된 개인정보자기결정권의 보호, 사생활의 보호 등 관련 권리의 보장을 위해 미흡한 점이 나타나고 있어, 개정이 필요하며, 필요하다면 각 개별법으로의 분법이 검토될 필요가 있다.

이와 같은 여러 문제들이 헌법재판사건으로 현실화될 경우에 대비하여 생명과학기술발전으로 야기될 수 있는 문제들을 진단하여 이에 대해 적용될 헌법적 원리들을 찾고 헌법재판에서 적용될 헌법적 범리를 고찰하며 헌법재판에서의 심사기준을 모색하여 헌법재판실무를 지원할 필요가 있다.

제 2 절 연구범위

I. ‘생명과학’의 개념과 연구범위 개관

본 용역연구가 연구진들에게 의뢰된 것으로 그 제목이 ‘생명과학기술의 발전과 헌법’이다. 따라서 ‘생명과학기술’의 범위에 따라 그 연구대상 범위가 달리 정해질 수 있을 것이다. ‘생명과학’의 개념을 어떻게 볼 것인가 하는 문제에 대해서도 여러 견해가 있을 수 있을 것이다. 생명을 인간의 것으로만 국한한다면 생명과학의 문제는 인간생명에 관한 규명, 발전 등을 위한 과학으로 정의될 수 있을 것이다. 그러나 생명이 인간만의 것이 아니고 다른 생물들에게도 인정되는 것이라면 그 범위는 확대될 것이다. 또한 생명의 발생, 연장만에 국한한 문제로 볼 것인지 아니면 각 개개 인간의 고유한 동일성을 인식하도록 하는 유전자도 생명에서 출발하는 것이라는 점에서 포함하여 법적으로 생명과학의 대상으로 인정할 것인가 하는 문제도 있을 것이다.

이처럼 인간의 문제에 국한하더라도 그 범위의 산정이 견해에 따라 달라질 수 있을 것이다.

이번 연구에서는 인간의 문제를 주로 보되 ‘생명과학기술’의 범위를 넓게 보고 전반적인 연구를 수행하고자 한다. 넓게 인간의 생명과 관련된 과학의 논제로는 그동안 주로

DNA정보, 인간의 줄기세포, 인간복제 등의 문제가 주로 다루어져 왔다. 따라서 본 연구에서 이러한 넓은 주제들을 두고 연구자들로 하여금 그 범위를 각자 정할 수 있도록 하되 오늘날 법적 관심이 많은 주제로서 예를 들어 줄기세포 문제 등은 가능한 공통적으로 다루기로 하였다.

II. 연구의 내용

1. 개관

본 연구에서는 각 개별과제의 수행에 있어서도 생명과 관련한 헌법의 기본권이론을 살펴보는 기초적 연구에서 출발하고 아니면 적어도 그러한 기초적 연구가 각 개별 연구에서 배여 나오거나 배경으로 자리 잡도록 하면서 현대의 생명과학기술이 가지고 있는 문제들을 헌법적 관점에 비추어 검토함으로써 생명과학기술의 활용에 있어서 헌법적 한계를 고찰하고 나아가 생명과학의 발달과 관련한 헌법재판사건에 적용될 헌법적 법리를 설정하고자 하는 것을 내용으로 하도록 하였다.

본 연구는 중요 국가를 선정하여 각 담당영역을 나누어 연구자들의 자유를 주고 좀 더 넓게 연구할 수 있도록 하고 앞으로 실무상 헌법재판이 제기될 수 있는 영역이나 사항도 다루도록 재량을 부여하였다. 그 점 때문에 소항목별로 묶지

않고 나라별 고찰을 하도록 하였다.

앞으로 생명과학기술 관련 헌법적 연구가 더 진전되면 항목별로 다루는 것도 의미가 있을 것이다. 예를 들어 줄기세포 문제와 헌법적 문제와 같이 개별 주제의 연구들이 뒤를 이어 나올 것을 기대한다.

본 연구에서는 그동안 생명과학기술의 발달에 따른 헌법적 문제가 간간히 다루어지긴 하였으나 이렇게 기획에 따라 연구가 이루어진 예가 없다는 점에서 일단은 주요 국가에서의 법리를 살펴보는 것이 필요하다고 판단되었다. 따라서 본 연구에서도 국가별 연구를 중심으로 하였다.

다만, 이번 연구에서 주로 많이 다루어지고 나라마다 공통적으로 다루어진 개별적 주제, 예를 들어 생명윤리 문제, 줄기세포 문제 등은 대조의 참조를 위해 별도로 다루었다.

본 연구에서는 생명과학관련 헌법재판사건에서의 헌법해석과 헌법적용의 문제들에 있어서 실무상 필수적이면서도 그동안 잘 확립되지 않은 우리 헌법재판의 심사기준까지도 모색해보고자 한다. 이는 앞으로 우리 헌법재판소에 제기될 생명과학관련 헌법재판사건들에 대한 판단을 위한 준비의 의미를 가지는 과제라고 할 것이다.

2. 본 연구의 특수성

본 연구는 몇 가지 특수한 점이 있고 그것은 특수한 상황

의 결과이기도 하다. 무엇보다 그동안 한국에서 생명과학기술관련 법적 연구들이 진행되어 왔으나 헌법적 관점에서 종합적인 정리 내지 분석을 위한 연구를 찾기 어려웠다. 그 점에서 본 연구는 그러한 연구를 위한 사전적 준비작업의 의미를 가지게 된다.²⁾ 부연하면 그동안 생명과학 관련 헌법적 연구에서 종합적인 분석연구를 찾기 어려운 가운데 그것을 위한 준비로서 우리나라에서의 관련 문제점, 이에 대한 개선을 위한 방안모색에서의 참조를 위한 외국법의 연구 등이 일단은 필요하다. 바로 그 점이 본 연구의 목적이고 본 연구의 특수성이라고 할 수 있을 것이다.

그리하여 본 연구에서는 중요한 개별국가들에서의 법리에 대한 연구를 중점으로 하였다.

3. 구체적 내용

제1장에서는 연구목적, 연구범위와 내용, 연구방법 등에 대해 기술하고자 한다.

제2장에서는 한국에서의 생명과학기술과 헌법문제를 고찰하고자 한다. 한국에서의 문제이자 본 연구에서 참조국가들인 독일, 미국, 프랑스에서도 마찬가지로 많이 문제되고 있는 배아줄기세포연구, 착상 전 유전자진단, 유전자은행, 인간

2) 이러한 평가는 어디까지나 법적인, 더구나 헌법적 연구 성과물을 두고 하는 것이다.

복제 등의 문제를 주된 논의의 대상으로 하고, 그 밖에 생명 윤리위원회 문제도 보충적으로 다루고자 하며 이와 관련된 헌법재판소의 결정에 대한 분석과 위헌심사기준에 대한 모색을 해보고자 한다.

제2장의 한국에서의 문제점에 관한 연구 부분에서는 생명 과학에 관한 기본적 개념이나 문제점들이 많이 다루어지게 된다. 그래서 본 연구의 서론 부분에서 이를 별도로 다루지는 않고자 하였다, 이는 지면관계, 중복성의 회피를 위한 것이기도 하다.

이하 제3장에서부터 제5장까지는 우리나라의 문제점들에 대한 시사점을 얻기 위하여 외국법에 대한 연구를 미국, 독일, 프랑스별로 살펴보고자 한다. 그러한 연구를 통하여 상호비교와 우리 법에서의 개선방안을 모색하는 데 도움을 받고자 한다.

먼저 제3장에서는 미국에서의 생명윤리 관련 법제 문제를 다루고자 한다. 서두에 미연방 정부의 배아줄기세포연구 규제의 변천에 대해, 부시정부와 현재 오바마 정부에서의 인간 배아줄기세포연구에 관한 연방정부정책을 살펴보고 그 법적 효과 등에 대해 분석해보고자 한다. 이어 미연방 정부의 배아줄기세포연구 규제에 대한 분석으로서 그 규제의 배경, 규제의 내용, 미국의 생명윤리자문기구에 대한 고찰 등을 행하고자 한다. 다음으로 미연방 정부의 인간복제에 대한 논의로, 인간복제에 대한 입법의 대응으로서 연방입법의 추이를

볼 필요가 있겠다. 더불어 미국은 연방국가이므로 주입법의 추이도 살펴보고자 한다.

제4장에서는 독일의 생명윤리 관련 법제를 고찰한다. 독일에서 생명과학과 관련된 중요한 위원회로 윤리위원회(Deutscher Ethikrat)를 들 수 있는데 그 위원회의 구조 등을 봄으로써 우리나라에의 시사점을 도출해보고자 한다. 나아가 유전자진단법(Gendiagnostikgesetz-GenDG)의 주요내용, 형법상 유전자 검사에 대해서도 살펴본다. 생명과학에 관련된 구체적 사안을 다룬 독일연방헌법재판소의 주요판례는 우리 헌법재판소의 실무에도 도움이 될 것으로 보이므로 그것을 분석하여 우리에게 줄 수 있는 시사점을 찾아보고자 한다.

현재 한국에서는 현행 생명윤리법 제32조에서 유전자은행을 개설하고자 하는 자는 대통령령이 정하는 바에 따라 보건복지부장관의 허가를 받아야 한다고 규정하여 그동안 논란이 되어왔던 유전자은행의 근거규정을 마련하였다. 독일의 경우에는 인체유래물이나 유전자은행의 설립을 허가하는 규정은 없다. 특히 연구를 위한 유전자은행설립을 위한 법률(가칭)의 제정에 관하여 오랫동안 논의되고 있으나, 인권침해의 문제점과 오남용의 위험성 때문에 아직 제정되고 있지 않다. 따라서 유전자정보은행(Humanbiobanken für Forschung)의 설립을 위한 논의에 관하여 독일윤리위원회의 입장을 중심으로 살펴본다. 그러한 고찰이 우리 법의 진전에

줄 시사점에 대해 모색해 보고자 한다. 독일의 경우에도 역시 다루어야 할 문제는 줄기세포의 문제이다. 따라서 줄기세포법(Stammzellgesetz)의 주요내용 등을 살펴본 뒤 우리에게 주는 시사점을 모색해 보고자 한다.

제5장에서는 프랑스에서의 생명윤리 관련 법제를 고찰해 보고자 한다. 프랑스의 경우에 그 고찰영역을 좀 더 확대해 보고자 하였다. 이는 그동안 우리나라에서 프랑스에서의 생명과학에 관한 관련 법제에 대한 소개가 많지 않았다는 점과 아울러 프랑스의 경우 인간존엄사상에 입각하여 적지 않은 구체적 사안들에 대한 논의와 실제의 판례들이 나름대로 축적되어 온 점을 감안한 것이다. 먼저 프랑스 생명윤리 관련 법제를 살펴볼 필요가 있다. 건강보건영역에서 기명정보의 취급에 관한 법률, 인간 신체의 존중에 관한 법률, 출산 전 검사와 인공수정과정에 있어 인간 신체 구성요소의 사용과 기증에 관한 법률, 2004년 8월 6일 생명윤리법, 2011년 7월 7일 생명윤리법 등이 그 고찰대상이다.

다음으로 생명윤리에 관련된 기관에 대해 살펴본다. 국가 생명보건과학윤리자문위원회(Comité consultatif national d'éthique)의 임무, 조직과 구성, 그 재정 등에 대해 살펴보고, 생명의학청(Agence de la biomédecine)의 임무, 지역생명윤리센터(Espace régionaux d'éthique) 등에 대해 살펴보고자 한다.

무엇보다 프랑스에서의 생명과학에 관련한 사안들을 구체

적으로 들여다보는 것이 우리 법리의 발전에 도움을 받을 수 있을 것이다. 따라서 프랑스에서의 생명과학관련 헌법적 판례를 분석해 보는 것이 의미가 있을 것이다. 프랑스에서는 프랑스 헌법재판소에서 일찍이 적지 않은 생명윤리 관련 결정례를 내놓고 있으므로 이를 검토하고 분석한다. 이러한 판례를 먼저 살펴보고 나아가 최근의 결정례인 제대혈사건, 형사범죄인의 수사를 위한 DNA정보의 채취와 보관 문제와 같은 중요한 문제에 대한 결정례들을 분석해 보고자 한다.

앞서 언급한 대로 프랑스의 경우 좀 더 넓게 대상을 잡아 살펴보고자 하였으므로 기타 쟁점사항으로 인체유래물의 기증과 이용 인공수정(Assistance Médicale à la Procréation : AMP) 등의 문제도 고찰대상으로 하였다.

그리고 본 연구의 연구대상국가인 독일, 미국에서 인간배아 줄기세포 연구(Recherches sur les cellules souches embryonnaires humaines)을 고찰하였기에 프랑스의 경우에 있어서도 인간배아의 법적 지위와 의의, 인간배아에 대한 존엄성보호, 인간배아연구의 예외적 허용 등에 대해 살펴보고자 한다.

마지막으로 제6장에서 결론으로서 우리나라에서의 생명과학 관련 법리의 개선을 위하여 그리고 헌법재판에서의 참조를 위하여 이번 연구에서 고찰대상이었던 프랑스, 독일, 미국 등에서의 생명과학 관련 법리들에 대해 고찰한 바를 정리하여 보고자 한다.

제 3 절 연구방법

I. 문헌연구와 판례분석연구

본 연구에서는 먼저 생명과학기술의 발전에 관련된 헌법적 문제에 대한 연구와 관련된 국내, 외국의 문헌자료와 사례, 헌법판례를 분석, 정리하는 문헌적인 연구를 수행하고자 한다. 외국의 이론뿐만 아니라 판례들에 대한 검토와 분석도 수행하여 현실적 적실성이 있는 논의도 중요한 비중을 차지하는 가운데 연구를 수행하고자 한다. 우리나라에서의 생명윤리, 생명과학과 관련된 법령, 그리고 그것에 대한 분석을 행하고 있는 연구문헌들, 실제로 제기되었던 사안들에 대한 판단례인 판례들을 대상으로 연구가 이루어진다. 또한 외국(독일, 미국, 프랑스)에서의 관련 문헌들과 판례들을 분석하고자 한다.

II. 외국법적/비교법적 고찰

본 연구가 우리나라에서의 생명과학기술발달에 따른 헌법적 문제를 다루고자 기획된 것이라는 점에서 한국에서의 문제점과 그 현황을 살펴보는 것도 중요한 과업이다. 그러나 생명과학기술발달에 따른 헌법적 문제는 우리나라에서만

문제가 아니므로 우리 법제에서의 문제점에 대한 개선방안 등을 찾기 위하여 외국법적, 비교법적인 고찰이 필요하다고 본다. 즉 중요국가의 현황을 살펴보아 그 시사점, 참조점을 찾아볼 필요가 많다. 특히 생명과학발달에 따른 헌법법리에 대한 연구는 일천하여 우리나라와 외국법들 간에 서로의 참조가 필요하다.

이러한 상황에서 생명과학, 생명윤리에 관한 법적 문제에 관하여 국내 및 외국의 생명윤리 관련 법률 및 입법례를 비교 검토하여 문제점 및 방향성을 모색하고자 한다. 먼저 생명과학의 연구와 관련된 국내 및 유럽국가(프랑스, 독일)의 문헌자료를 취합, 분석 및 정리하여 생명과학기술 관련 헌법적 문제점들을 도출하고, 외국의 이론뿐만 아니라 외국의 헌법재판소 판례들에 대한 검토도 수행하여 실제로 응용이 될 수 있는 연구를 수행하고자 한다. 비교대상 국가로 프랑스, 독일, 미국을 선정하였다. 미국을 포함한 것은 유럽과 미국의 대조를 살펴기 위한 것이다.

Ⅲ. 실제성, 전문성 있는 연구

본 연구를 본격적으로 진행하기에 앞서 그 방향성, 연구범위 등에 대하여 논의가 있었고 이를 통하여 연구의 방향을 잡았으며 연구방법, 연구분담 등이 이루어지게 되었다. 연구의 진행 중에 수 차례에 걸친 연구회의를 통하여 연구의 충

실성, 객관성을 확보하고자 하였다.

본 연구의 수행에 있어서 생명과학 전문학자를 부책임자로 하여 법리가 적용되는 현실적 문제에 대해 전문적인 분석이 이루어지도록 함으로써 실질적 연구가 수행되도록 하였다. 본 연구에서 특히 어려운 점은 생명과학에 대한 전문적 지식이 없다고 해도 과언이 아닌 법학자들에 의해 수행되는 연구라는 점에 있다. 당장 생명과학과 관련한 전문적 용어의 이해, 외국 전문용어의 번역 등이 간단한 문제가 아니다. 그러나 연구의 준비단계에서부터 생명과학의 일반적 이론과 개별이론에 대하여 전문지식적 이해가 필요한 경우에는 생명과학 전문학자에 자문하여 법리에 대한 연구에 많은 도움을 받아왔다. 따라서 본 연구의 본격적인 수행과정에서도 지속적으로 그러한 노력을 병행하고자 한다.

제 2 장 한국에서의 생명과학기술과 헌법

1960년대 원자력연구에 대한 논란, 1970년대 인공수정이나 피임과 관련된 논란, 1980년대 유전자정보에 대한 연구와 조작에 대한 논란에 이어 2000년대 인간복제를 시작으로 배아 줄기세포연구, 착상 전 유전자진단 등 생명공학과 관련된 과학기술의 발달은 전 세계적으로 법과 사회질서에 커다란 도전으로 다가왔다. 과학기술의 발전은 철학이 근거를 제시해 줄 시간마저 허용하지 않은 채 무서운 속도로 발전하여, 과학기술에 대한 철학적·윤리적 기준제시가 불가능한 상태에 이르렀다.³⁾ 그럼에도 불구하고 현실에서 문제를 해결해야 하는 법 분야에서는 과학기술의 발달로 인한 수많은 법적 문제들을 방관할 수만은 없다.

따라서 여기서는 21세기에 중요한 논제로 제시될 생명과학기술 분야에서의 문제를 헌법적 차원에서 어떻게 평가하고 다룰 것인지를 전반적으로 살펴보는 것을 목적으로 한다. 외국의 논의상황은 다른 장에서 다루기 때문에, 주로 우리나라 논자들에 의해서 다루어진 내용들을 중심으로 정리하기로 한다. 먼저 생명과학기술과 관련해서는 배아줄기세포연구, 착상 전 유전자진단, 유전자은행, 인간복제, 생명윤리위원회 등의 문제가 주요 대상이 될 수 있다. 이와 관련된 헌

3) 노기호/정문식, 인간복제의 헌법적 문제점, 인권과 정의(2004), 86-87면.

법적 측면에서의 논의는 실험대상으로서 배아의 생명권과 인간존엄 및 이에 대한 국가의 기본권 보호의무, 다른 한편에서는 연구자의 학문의 자유와 부모의 권리로서 자기결정권, 환자의 생명권 내지 건강권 등이 문제될 수 있다.⁴⁾

서술전개 방식은 개별적인 헌법 문제와 관련하여 개별적인 생명과학기술 분야의 문제들을 다룰 수도 있다. 그러나 현재 논의상황이나 입법현황을 배경으로 한다면, 주로 배아줄기세포연구를 중심으로 발전되는 과정에서 그 밖의 문제들이 논의되고 있는 형국이다. 따라서 우선적으로 배아줄기세포연구 분야에서 문제될 수 있는 헌법문제를 중점적으로 다루고, 그 밖의 생명과학기술과 관련된 문제들은 배아줄기세포연구와 구별되는 한도 내에서 개별적으로 서술할 것이다.

제 1 절 배아줄기세포연구와 헌법

I. 배아줄기세포연구의 의미

1. 줄기세포의 개념

4) 정상기, 생명과학기술과 기본권, 연세법학, 제11권 제1호(2005), 70-71면.

인간은 정자와 난자의 결합체인 수정란에서 시작하여, 여러 번의 세포분열을 거쳐 태아가 되며 일정 기간을 지나 세상에 출생한다. 이러한 일련의 과정을 ‘발생’이라고 하는데, 줄기세포(Stammzelle, stem cell)는 수정란의 세포분열 등 분화과정에서 구체적인 장기 등을 형성하기 전 상태의 세포를 일컫는다. 이 줄기세포는 아직 분화방향이 정해지지 않았기 때문에, 일정한 프로그래밍에 의해 이론상으로는 모든 신체기관으로 전환할 수 있는 능력을 가진 ‘미분화’세포로서 음식에 비유하면 ‘원재료’에 해당하는 것이다.⁵⁾

줄기세포는 한 번 만들어질 뿐만 아니라 소위 자기재생(selfrenewal)도 할 수 있다. 줄기세포는 자기재생을 하면서 일정한 요건에 의해서⁶⁾ 서로 다른 조직이나 기관, 즉 근육, 뼈, 뇌, 피부 등 신체의 어떤 기관으로도 전환할 수 있는 능력을 가진 세포인 것이다.⁷⁾ 줄기세포는 호르몬 분비나 생식 기능에는 아무런 역할을 하지 않지만, 줄기세포가 없다면 아기는 자랄 수 없고, 어른은 피부나 혈액 같은 세포가 새로 보충되지 못해 죽고 말 것이다. 즉 줄기세포는 아직 분화하지 않은 미성숙 상태의 세포로서, 무한정 스스로 분열·복제

5) 박세필·오일환·김훈기·김상현·임소영·신광복, 줄기세포 생명공학의 위대한 도전, 동아사이언스, 2005.

6) 분화방향을 정할 수 있는 일정한 요건이나 프로그래밍이 어떤 것인가는 연구과제로 남아있다.

7) 다만 세포분화가 진행 될수록 다른 기관으로 분화할 수 있는 가능성은 줄어든다. Döhmen/Reis, Stammzellen, Forschung im Überblick, DÄBl 2005, S.2680.

할 수 있으며, 개체의 발달 시기와 위치하는 장소 등에 따라 생물체를 이루는 많은 종류의 서로 다른 세포로 분화될 수 있는 세포를 총칭하는 것으로,⁸⁾ 하나의 완전한 개체 발생에 전제가 되는 것이다.⁹⁾

2. 줄기세포의 종류

줄기세포는 먼저 생명의 단계 내지 채취 단계에 따라 배아줄기세포와 성체줄기세포로 나눌 수 있다.

가. 배아줄기세포

수정란의 발생 초기에 생기는 줄기세포를 배아줄기세포 (embryonale Stammzelle: embryonic stem cell)라고 하는데, 이는 다시 분화할 수 있는 가능성에 따라 만능세포(또는 완전분화 세포: totipotent cell: totipotente Zelle), 전분화능 세포(또는 복수분화 세포: pluripotent cell: pluripotente Zelle)

8) 이은정, 생명복제를 둘러싼 국내의 생명윤리논쟁에 관한 연구, 서울대 의학박사학위논문, 2005, 13면.

9) Bundesministerium für Gesundheit und Soziale Sicherung (연방보건사회안전부: BMGSS)/ Bundesministerium für Bildung und Forschung (연방교육연구부: BMBF), Erster Erfahrungsbericht der Bundesregierung über die Durchführung des Stammzellgesetzes, 2003, 7면, 독일줄기세포법 시행에 관한 정부의 1차 보고서는 www.bmbf.de/pub/erster_stammzellbericht.pdf 에서 확인 가능.

로 구분한다.¹⁰⁾ 만능(또는 완전분화)세포는¹¹⁾ 하나의 ‘개체’가 될 수 있는 능력을 가진 세포를 의미한다.¹²⁾ 전분화능(또는 복수분화) 줄기세포는 개체의 모든 조직 및 기관세포로 분화할 수 있는 능력을 지닌 줄기세포를 의미한다.¹³⁾ 전분화능 줄기세포는 수정란이 배반포기 단계(수정란이 약 100여 개 이상의 세포로 분열된 단계)에 이르렀을 때 존재하는 것으로서, 만능세포보다는 분화가능성이 줄어들었지만 여전히 다양한 조직으로 분화될 수 있는 가능성을 가진 줄기세포를 의미한다.¹⁴⁾

10) 만능세포 내지 전분화능 세포에 대한 명칭은 우리나라에서 아직 통일된 것으로 보이지는 않는다. 완전분화 줄기세포와 복수분화 줄기세포로 구분하기도 하고(박세필 외, 줄기세포, 10-11면), 만능세포와 전분화능 세포로 구분하기도 한다. 박준석, 줄기세포 연구에 대한 헌법학적 논의의 문제점, 세계헌법연구, 제13권 1호(2007), 170-171면.

11) 박세필 등은 완전분화 줄기세포는 임신초기 몇일 동안 존재하는 만능세포로 기술하고 있으며(줄기세포, 10면), 박준석(줄기세포 연구에 대한 헌법학적 논의의 문제점, 171-174면)은 만능세포(totipotent cell)는 있어도 만능줄기세포(totipotent stem cell)는 없다고 본다. 줄기세포의 구별에 대한 비판적 입장으로는 Hans-Werner Denker, Totipotenzen oder Pluripotenzen? DÄBl 2003, 2728면 이하; Jens Kersten, Das Klonen von Menschen, Mohr Siebeck, 2004, p.545 이하 참조.

12) 박준석, 줄기세포 연구에 대한 헌법학적 논의의 문제점, 171면; 정문식, 배아줄기세포연구시 배아의 생명권과 인간존엄, 한양법학 제18집(2005), 94면.

13) 박준석, 줄기세포 연구에 대한 헌법학적 논의의 문제점, 171면; 정문식, 배아줄기세포연구시 배아의 생명권과 인간존엄, 94면.

14) 박세필 등, 줄기세포, 10-11면.

나. 성체줄기세포

배아줄기세포가 신체의 여러 조직으로 분화되면서 태아가 자라고 태어나 어른이 되더라도 몸 안의 줄기세포는 여전히 남게 되는데, 이처럼 성장한 후에도 존재하는 줄기세포를 성체줄기세포(adult stem cell: adulte Stammzelle)라고 한다. 성체줄기세포는 신체 각 조직의 내부에 소량으로 존재하며, 분화가능성이 줄어들어 몇 가지 종류의 세포로만 분화할 수 있기 때문에 만능세포 내지 전분화능 줄기세포와 구별하여 다분화능(또는 다중분화: multipotent) 줄기세포라고 한다. 다분화능 줄기세포는 개체를 구성하는 조직과 기관들 중 일부의 조직 및 기관세포로 분화할 가능성을 지닌 세포로서, 분열해서 죽거나 기능을 상실하는 세포를 대신할 새로운 세포가 되는 것이다.¹⁵⁾

3. 줄기세포의 획득방식

가. 배아줄기세포

먼저 소위 잔여배아 혹은 잉여배아(überzählige

15) 박세필 등, 줄기세포, 11-12면; 박준식, 줄기세포 연구에 대한 헌법학적 논의의 문제점, 171면; 정문식, 배아줄기세포연구시 배아의 생명권과 인간존엄, 96면.

Embryonen)로부터 배아줄기세포를 채취해 낼 수 있다. 본래는 임신을 위한 목적으로 인공수정하여 생성했던 배아들이 개별적인 이유 때문에—임신이 성공하여 더 이상 필요 없게 되거나, 부모의 사고나 意思變更 등의 이유로 버려지게 될 때—마치 고아처럼 착상할 수 있는 부모를 잃게 될 수 있다. 이런 잔여배아들을 보관했다가 다시 분화시켜 여기서 배아줄기세포를 얻어낼 수 있다.¹⁶⁾

둘째로 적법하게 혹은 사고로 낙태된 태아에서도 줄기세포를 채취할 수 있다. 약 5주내지 9주 사이의 배아단계에서 배아생식세포(embryonic germline cells: embryonale Keimzelle)를 추출해 낼 수 있으며, 이를 일정한 배양조건에서 줄기세포로 분화시켜 신경세포, 심근(心筋)세포 등을 얻어낼 수 있다.¹⁷⁾

셋째로 소위 치료복제(therapeutisches Klonen)¹⁸⁾ 또는 체세포복제 방법을 통한 복제배아에서 배아줄기세포를 획득할 수 있다. 특정한 체세포의 핵을 추출하고 난자기증자 난자의 핵을 제거한 후에, 체세포의 핵과 핵이 제거된 난세포를 결

16) 박세필 등, 줄기세포, 22-24면; 정문식, 배아줄기세포연구시 배아의 생명권과 인간존엄, 95면. 독일은 배아보호법에서 인공수정을 위한 배아생성을 매 시술주기마다 3개로 제한하고 있기 때문에(배아보호법 제 1조1항3호) 배아가 남는 경우나 혹은 사고로 인하여 배아가 고아가 되는 경우는 우리나라보다 상대적으로 많지 않다.

17) 박세필 등, 줄기세포, 24면.

18) 치료복제에 대해서는 노기호·정문식, 인간복제의 헌법적 문제, 인권과 정의, 2004(1), 88-89면 참조.

합시켜(핵치환) 일정한 전기 충격 등으로 수정란을 만든다. 이렇게 발생한 수정란을 계속해서 생화학적 방법으로 분화시켜 배반포기까지 이르게 한 후 줄기세포들을 추출하는 것이다.¹⁹⁾

나. 성체줄기세포

성체줄기세포는 뼈세포, 간세포, 혈액세포 등 구체적으로 장기와 세포로 분화되기 직전의 원시세포를 말하며 체대혈(탯줄혈액), 탯줄, 골수, 지방 등에서 분리할 수 있으며, 피부, 눈, 유방, 위, 장, 혈관, 간, 췌장, 신장, 폐 등에도 줄기세포가 있다고 보고되고 있다

체대혈에는 특히 골수와 마찬가지로 혈액을 새롭게 만들어내는 조혈모세포가 들어있어 백혈병이나 암에 대해 항암 효과를 가진 치료제로 사용될 것으로 전망하며, 그 외 연골·뼈·근육·신경 등을 만드는 줄기세포가 들어 있어 다양한 줄기세포를 채취할 수 있는 장점이 있다.²⁰⁾ 탯줄줄기세포는 태아에게나 산모에게 아무런 침해를 일으키지 않고 획득할 수 있는 것이기 때문에, 체대혈을 태아의 출생 후—체대혈을 늦게 처리할수록 줄기세포의 증식능력이 감소하므로—24시간

19) 박세필 등, 줄기세포, 25면; 정문식, 배아줄기세포연구시 배아의 생명권과 인간존엄, 95-96면.

20) 정문식, 배아줄기세포연구시 배아의 생명권과 인간존엄, 96면.

내에 응고시켜 보관하는 방식으로 제대혈은행이 운영되기도 한다. 이는 후에 태아였던 환자본인에게 치명적인 질병이 발생했을 때 다른 사람이 아닌 자신의 줄기세포를 채취하여 사용할 수 있는 장점이 있다.²¹⁾

그 밖에 성체줄기세포는 성인의 일정한 기관이나 조직에서 추출할 수 있다. 현재까지는 골수, 피부, 눈, 유방, 위, 장, 혈관, 근육, 간, 췌장, 신장, 폐 등 수많은 장기에 성체 줄기세포가 들어 있다고 보고되고 있으며, 여기서 줄기세포를 얻을 수 있는 것으로 알려져 있다.²²⁾

4. 줄기세포의 응용분야

가. 생명공학관련 기본연구

인간 신체기관이나 조직의 분화에 관련된 복잡한 절차나 메카니즘에 대한 이해는 아직까지 많은 부분이 미지의 세계에 머물러 있다. 따라서 배아줄기세포연구는 의학적 응용여부 내지 상용화 여부와는 상관없이 기본연구 그 자체로서 의미를 가진다.²³⁾ 배아줄기세포연구는 배아 발생과정과 성장

21) 탯줄 혈액을 이용한 방법에 대한 그 밖에 내용에 대해서는 박세필 등, 줄기세포, 31-33면 참조.

22) 박세필 등, 줄기세포, 18-19면.

23) 이하의 내용은 주로 정문식, 배아줄기세포연구시 배아의 생명권과 인간존엄, 97-99면 참조.

과정에서 인간세포의 분화와 성장에 대한 메카니즘을 이해하는데 있어서 큰 기여를 할 것으로 예상된다. 특히 학자들은 인간의 세포발달과정에서 어떤 절차와 요인들이 정확히 어떤 역할을 하는지에 대해 큰 관심을 가지고 있다.

배아줄기세포 추출이나 획득을 위해서는 인간배아를 파괴해야하는 윤리적 문제 때문에 배아줄기세포연구에 대한 대안으로 성체줄기세포연구가 주장되긴 하지만,²⁴⁾ 성체줄기세포연구와 독립적으로 배아줄기세포연구는 필요하다. 아무리 성체줄기세포연구가 심도있게 이루어지더라도, 이를 통해 획득한 지식을 배아줄기세포에도 적용할 수 있는지 여부가 불확실하기 때문이다. 다른 한편 성체줄기세포연구를 통한 성체줄기세포의 진정한 능력도 배아줄기세포연구를 통한 비교없이, 과연 성체줄기세포가 배아줄기세포를 충분히 대체할 수 있는 것인지 확인할 수 없기 때문이다. 배아줄기세포로 가능한 연구와 응용이 성체줄기세포를 통해서서는 불가능하다면, 그 자체만으로 배아줄기세포연구의 필요성이 충분히 인정될 수 있는 것이다.²⁵⁾

24) 성체줄기세포를 통한 연구와 그 응용 등에 대해서는 박세필 등, 줄기세포, 104-119면 참조.

25) Deutsche Forschungsgemeinschaft (DFG), Empfehlungen der Deutschen Forschungsgemeinschaft zur Forschung mit menschlichen Stammzellen 3. Mai 2001, WissR 2001, 287면 이하.

나. 세포나 조직 재생

줄기세포는 특히 소위 재생의학(regenerative Medizin: regenerative medicine) 치료분야에서 의미가 크다. 성인의 경우 신체조직은 재생력이 한정되어 있어서 한 번 일정한 신체조직을 상실하면 이를 재생시켜 회복하기가 불가능하다. 그러나 배아줄기 세포를 이용하면 이런 재생의학 분야 치료에 상당한 발전을 가져올 것으로 예상된다.²⁶⁾ 당뇨, 파킨슨병이나 심장마비 등으로 뇌나 심장의 일부분을 상실 혹은 사용하지 못하게 되었을 때 배아줄기 세포의 주입을 통해 상실된 조직을 재생·회복할 수 있을 것으로 전망한다.²⁷⁾

다. 신체기관 생성

줄기세포연구에 있어서 심장, 신장, 간 등을 줄기세포로부터 생성할 수 있는가 논의되고 있다.²⁸⁾ 그러나 각종 시물레이션이나 인공재료를 통한 실험 등이 성공해서 줄기세포를

26) 박세필 등, 줄기세포, 60-63면.

27) 현재로서는 신경계 질환인 파킨슨병이 가장 가능성이 높으며, 치매라고 불리는 알츠하이머병은 실제적으로 줄기세포를 통해서도 치료가 쉽지 않은 것으로 평가받고 있다. 박세필 등, 줄기세포, 64-67면. 물론 뉴스(<http://news.mk.co.kr/newsRead.php?year=2012&no=440277>)에서는 신경 줄기세포로 치매의 치료가능성이 제시되었다고 보도되기도 한다.

28) 예컨대 박세필 등, 줄기세포, 96-97면.

통한 신체기관의 형성이 가능하게 된다 할지라도, 근본적인 문제는 그렇게 생성된 신체기관에 필요한 충분한 혈액공급과 생성된 신체기관을 신경조직에 연결하는 문제가 남아있다. 따라서 줄기세포를 통한 신체기관의 형성은 미래에 어느 시점에는 가능할지 몰라도 현재로는 현실성이 없는 것으로 평가받기도 한다.²⁹⁾

라. 유전자치료

줄기세포는 그 자체가 유전정보를 가지고 있기 때문에 유전자 변이를 통한 유전자 치료에도 사용될 수 있다. 유전자 치료는 문제가 있는 유전자부분에 일정한 매개체를 통해 정상유전자를 옮긴 후에, 문제가 있는 유전자를 정상유전자로 변환시키는 것이다. 이 때 유전자를 실어 나르며 전달자 역할을 하는 것을 '벡터(vector) DNA'라 하며 보통 레트로바이러스가³⁰⁾ 벡터로 이용된다. 본래 유전자치료는 문제가 있는 환자의 특정부위 체세포를 분리해 배양액에서 적당히 배양하여 분열시킨 후, 이들 세포에 정상유전자가 재조합된 레트로바이러스 벡터를 주입하여 기대했던 형질전환 세포를 확보하고, 이를 처음 분리되었던 조직에 이식하여 치료를 하

29) 정문식, 배아줄기세포연구시 배아의 생명권과 인간존엄, 98면.

30) 일반 바이러스와 달리 RNA(리보핵산) 형태로 유전정보를 전달하는 바이러스를 일컫는다.

는 것이다. 일반적으로 골수세포를 그 대상으로 시행되지만, 바이러스 감염위험이나 면역반응, DNA 변형을 조절하기 어려운 점 등이 있다. 따라서 조직분리나 형질전환세포의 확보, 재이식 이전에 줄기세포의 유전적 변형을 통해 유전형질을 가진 줄기세포를 확보하고 이를 분화시켜 형질전환된 조직을 만들어 낼 수 있다면, 줄기세포 자체 내에서 문제가 되고 면역반응을 일으키는 일정한 유전자들을 사전에 통제할 수 있어 유전자치료에 진보를 가져올 것으로 예상된다.³¹⁾

마. 항암치료

항암치료 시 유전적으로 동일한(동종간: allogene) 줄기세포를 주입할 경우 부작용으로서 줄기세포가 환자의 체세포를 공격할 수가 있다. 그러나 반대로 이 줄기세포의 공격이 환자의 암세포를 공격하여 파괴할 수도 있다. 최근 연구결과에 의하면 백혈병환자의 경우 이러한 줄기세포를 이용한 항암치료가 가능한 것으로 기대되고 있다.³²⁾

바. 신약개발 시험대상

인간 배아줄기세포는 새로운 의약품이나 화학물질이 배아

31) 정문식, 배아줄기세포연구시 배아의 생명권과 인간존엄, 98면.

32) Döhmen/Reis, DÄBI 2005, S.2684.

성장과 분화과정에 미치는 영향을 시험할 때 세포모델을 이용하는데 사용될 수 있다. 여러 세포조직으로 분화할 수 있는 줄기세포의 능력은 또한 실험의약품이 인간의 세포에 미치는 영향을 광범하게 조사하는데 이용될 수도 있다. 항암후보물질을 개발해도 인체에서 독성을 띠다면 치료에는 아무런 쓸모가 없다. 그래서 일반적으로 임상에 적용하기 전 몇 년에 걸쳐 동물에 투여하고 부작용을 관찰한다. 이 때 동물 실험은 시간이 오래 걸리고, 인간에게 적용할 때에도 안전을 장담할 수 없다는 한계가 있다. 줄기세포를 간세포로 분화시켜 신약 후보물질을 투여해, 간세포가 신약물질의 독성을 제대로 제거하는지 관찰한다면 신약개발에 상당한 시간과 노력을 절감할 수 있는 것이다.³³⁾

사. 맞춤형용에 활용

줄기세포는 몸의 어떤 조직으로도 자랄 수 있기 때문에, 신체의 어떤 부분이 부족할 경우 치료를 목적으로 하지 않는 유방성형이나 대머리 문제 등을 해결할 수 있는 것으로도 기대되고 있다. 지방세포와 줄기세포를 혼합하여 가슴에 삽입하거나, 머리카락이 나게 하는 모낭 줄기세포를 분리하여 이식하는 등의 방법으로 성형과 미용에 줄기세포를 상용화

33) 박세필 등, 줄기세포, 74-77면 참조.

할 수 있는 것으로 기대되고 있다.³⁴⁾

5. 줄기세포이용의 無用성과 위험성 및 한계

가. 줄기세포의 무용성

줄기세포연구가 반드시 장밋빛 희망만 주는 것은 아니다. 최근 일부 연구결과에 의하면 줄기세포의 효용성에 대한 의구심들이 일어나고 있다. 먼저는 일정한 연구와 실험을 통해 추출된 줄기세포가 반드시 작용하리라는 보장이 없다는 것이다. 줄기세포를 얻는다고 해서 모든 문제가 해결되는 것이 아니라, 실제로는 줄기세포의 분화를 작동시킬 수 있는 것이 관건이라는 것이다.³⁵⁾ 성체줄기세포를 이용한 연구이긴 하지만, 쥐의 골수에서 채취한 성체줄기세포를 쥐의 손상된 조직에 이식했음에도 불구하고 줄기세포가 분화하지 않거나 아무런 효력을 나타내지 않은 사례들이 나타나고 있다. 이를 통해 줄기세포의 효과발현에 일정한 요건이 필요하거나 한계가 있는 것으로 조심스럽게 추측되기도 한다.³⁶⁾

34) 박세필 등, 줄기세포, 80-83면 참조.

35) 박세필 등, 줄기세포, 124-127면 참조.

36) Financial Times Deutschland (FTD) 2005년 8월 3일자, 30면. 쥐의 근육조직에 이식한 성체줄기세포는 근육조직을 대체하지 못하고, 심장과 뼈에 이식된 줄기세포는 이를 회복시키지 못한 것으로 나타났다.

나. 줄기세포의 위험성

줄기세포는 기본적으로 분화능력이 있고, 아직 무엇으로 분화할지 구체적으로 정해진 상태가 아니기 때문에, 반드시 원하는 효과만을 나타내는 것이 아니라 특수한 암세포들을 만들어낼 수도 있다는 것이 최근 연구에서도 밝혀지고 있다.³⁷⁾ 이 때문에 줄기세포는 좋은 효과만 가져오는 것이 아니라 암으로 변할 수도 있는 위험성을 내포하고 있다.³⁸⁾ 물론 이러한 문제들은 배아줄기세포연구의 장애요소만이 아니라 계속해서 밝혀내고 해결해야 할 문제들이다.

다. 줄기세포의 한계

성체줄기세포의 경우 대부분 무엇으로 분화할 지 이미 정해져 있기 때문에 한 가지 줄기세포로는 다양한 병을 치료하지 못한다. 성체줄기세포는 체내에 존재하기는 하지만 매우 적은 양만 존재하며, 그것도 다른 세포들과 함께 존재하

37) Hossmann, Naturwissenschaftlich-medizinische Bemerkungen zu den Aspekten der Hochrangigkeit und der Alternativlosigkeit bei der Forschung mit embryonalen Stammzellen, JWE 2003, S.299; Rosenau, Der Streit um das Klonen und das deutsche Stammzellgesetz, in: Schreiber/ders./Ishizuka/Kim (Hrsg.), Recht und Ethik im Zeitalter der Gentechnik: deutsche und japanische Beiträge zu Biorecht und Bioethik, 2004, S.157 등 참조.

38) 박세필 등, 줄기세포, 128-129면.

기 때문에 순수한 줄기세포를 추출하기가 매우 어렵다. 또한 성체줄기세포는 어느 정도 증식을 하면 줄기세포로서의 특성을 잃어버린다는 문제가 있다.³⁹⁾

배아줄기세포의 경우 수정된 배아나 냉동 배아에서 얻은 배아줄기세포는 환자에게 이식 시 면역거부반응을 일으킬 수 있다는 단점이 있다. 그래서 복제배아에서 얻은 줄기세포가 더욱 바람직한 것으로 여겨지고 있다. 그러나 이는 배아를 파괴시켜야 한다는 윤리적 논란이 제기된다는 문제가 있다. 그 밖에도 선천적인 유전병을 앓고 있는 환자의 경우, 모든 신체 세포가 유전적 결함을 안고 있어 배아줄기세포 자체에 유전적 결함이 있을 확률이 높다. 따라서 선천적 결함을 가진 사람보다 후천적 난치병에 시달리는 환자들에게 배아줄기세포가 유용할 수 있다는 한계도 있다.⁴⁰⁾

6. 줄기세포연구에 대한 윤리적 문제제기

줄기세포를 만들기 위해 먼저 인간의 정자와 난자를 통한, 혹은 체세포복제를 통한 인간배아를 생산해내야 한다. 그리고 약 4-5일 정도 분화시키고 줄기세포를 추출해 내기 위해 파괴한다. 이런 과정을 볼 때 줄기세포연구는 곧 배아의 죽음을 전제로 하는 것이다. 줄기세포연구를 위해 연구자에 따

39) 박세필 등, 줄기세포, 122-123면.

40) 박세필 등, 줄기세포, 123면.

라 다르겠지만 적게는 6개 많게는 2000개의 배아도 필요할 수 있다. 반대하는 입장에서 보면 연구를 위해 수 천 명의 아이를 생산해내고 죽이는 것이며 이는 윤리적으로 납득할 수도, 받아들일 수도 없는 것이다.⁴¹⁾

다른 한편 배아줄기세포 추출을 위한 배아복제는 곧 인간 복제로 이어질 수 있다는 점이 배아줄기세포 연구의 중요한 윤리적 문제 및 반대 논거로서 제시된다. 체세포복제를 통해 획득한 배아를 자궁에 착상시켜 출산한다면 이는 체세포주인의 복제인간으로서 문제가 된다는 것이다. 이러한 복제인간은 윤리적으로 상당히 중대한 문제를 일으킨다고 지적되고 있다.⁴²⁾ 뿐만 아니라 이러한 복제인간은 만드는 것도 매우 어렵지만 아직은 치명적인 결함을 가지고 태어나거나 사망률이 높은 것으로 알려져 위험하다는 점도 문제가 된다.⁴³⁾

이러한 윤리적인 문제 제기는 전 세계적으로 엄청난 논란과 여론의 파장을 가져왔다. 학계와 정계, 교회와 윤리학자

41) 박세필 등, 줄기세포, 138-139면.

42) 대표적으로 김익현, 인간복제에 관한 윤리적 고찰, 인문과학논총(건국대학교) 제39집(2003), 117-129면; 김병환, 유가철학에서 본 창조. 인간복제에 관한 논란은 윤리적인 측면에서 뿐만 아니라 특히 기독교에서 종교적으로 상당히 문제가 많은 것으로 지적되고 있다. 예컨대 신현호, 기독교세계관 관점에서 본 “멋진 신세계” - 인간복제를 중심으로, 기독교와 인문학 제10호(2008), 141-169면; 이종원, 인간복제에 대한 신학적 관점, 대학과 선교 제10집(2006), 285-306면; 김민웅, 인간복제, 뚜껑 열린 판도라 상자?, 기독교사상 제49권 제7호(2005), 34-43면; 오갑현, 인간복제에 대한 가톨릭교회의 윤리적 가르침, 신학전망 제144호(2004), 91-113면 등 참조.

43) 박세필 등, 줄기세포, 139-142면.

들 사이의 논쟁과 공방은 현재로서는 그렇게 심하지 않은 것으로 보일 수도 있지만 여전히 꾸준하게 진행 중인 것을 확인할 수 있다.⁴⁴⁾ 또한 줄기세포연구에 있어서 윤리적으로 구속력을 가진 일정한 합의를 본 것도 아직 없다. 오히려 이러한 불분명한 상태 속에서 줄기세포연구 분야에서 선두를 점유하고, 기술개발을 위해 치열한 경쟁이 세계 각처에서 벌어지고 있을 뿐이다.⁴⁵⁾

7. 규범적 해결책으로서 생명윤리 및 안전에 관한 법률

가. 생명윤리 및 안전에 관한 법률의 입법과정

1997년 복제양 돌리 이후 생명과학과 특히 줄기세포연구와 관련된 생명윤리 문제를 해결하기 위한 입법조치가 요구

44) 배아줄기세포연구에 대한 윤리적 문제점에 대한 전반적인 고찰은 대표적으로 권복규, 줄기세포연구의 윤리적 문제, 박은정 외, 줄기세포연구의 윤리와 법정책, 2004, 특히 12-18면; 송상용, 인간배아 줄기세포 연구의 윤리, 생명연구, 제6집(2004), 3-13면; 구인회, 배아줄기세포 연구에 대한 윤리적 검토, 생명연구, 제8집(2007), 1-15면; 김수정, 한국의 줄기세포 시술에 있어서 문제점, 한국의료윤리학회지 제14권 제3호(2011), 304-319면; 김민주, 줄기세포 연구의 접근방법과 윤리적 문제, 동서철학연구, 제62호(2011), 229-247면 등 참조.

45) 세계적으로 줄기세포 시장규모는 올해 현재 324억 달러 정도로 추정되며, 연평균 24%의 성장세를 지속하는 것으로 알려져 있다. 우리나라의 경우에도 올해 보건복지부가 줄기세포 연구개발 투자를 대폭 확대하여 2011년 대비 4배나 증가한 330억원을 지원하기로 결정하였다 (<http://news.naver.com/main/read.nhn?mode=LPOD&mid=tvh&oid=374&aid=0000020639>).

되었다. 그러나 법적 규제가 오히려 생명공학 육성을 저해할 수 있다는 정책결정자들의 마인드, 생명과학자들의 과학적 공리주의에 편향된 의견 개진, 종교·시민단체의 경직된 대응 논리, 입법과정에서 정부 부처 간 주도권 경쟁 등으로 줄기세포연구의 주도로 대표되는 생명공학관련 분야에 대한 규범적 해결은 장기화 되었다.⁴⁶⁾ 1983년에 제정된 생명공학육성법은 주로 생명공학 발전을 위한 법률이었기에 생명공학 발전으로 인한 생명윤리와 관련된 안전 내지 남용문제를 다루기는 불가능했다.⁴⁷⁾

2000년에 들어와 배아줄기세포연구의 발전으로 배아복제 및 배아연구의 허용여부와 활용범위 등에 대한 규범적 요구는 더욱 높아졌다. 과학기술부가 구성한 생명윤리자문위원회는 ‘생명윤리기본법’을 마련하여 여론을 수렴하였으나, 과학기술부는 생명과학계와 산업계의 의견을 반영하여 독자적으로 인간복제금지및줄기세포연구등에관한법률을 제안하였다. 여기에 보건복지부까지 독자적으로 생명과학보건안전윤리법안을 제출하자, 정부는 2002년 보건복지부가 주관하되 과학기술부와 협의하여 단일법률을 추진할 것을 결정하였다. 그리하여 보건복지부가 학계의 의견을 수렴하여 제출한 생명윤리및안전에관한법률(이하 생명윤리법)⁴⁸⁾ 많은 논란 속에

46) 박은정, 생명윤리 및 안전 관련 입법정책, 생명윤리, 제4권 제1호 (2003), 91-92면.

47) 박은정, 생명윤리 및 안전 관련 입법정책, 92-93면.

48) 박은정, 생명윤리 및 안전 관련 입법정책, 94-100면.

서도 2003년 12월 국회를 통과하였고, 2004년 1월 29일 법률 제7150호로 공포되었으며 2005년 1월 1일부터 시행되었다.

나. 생명윤리법의 기본적 구조

생명윤리법은 9장 55조와 부칙으로 구성되어 있다. 제1장 총칙에서는 법률의 목적이나 정의 등 일반적인 규정을, 제2장은 대통령 소속의 국가생명윤리심의위원회와 기관생명윤리심의위원회를 규정하였다. 배아 등의 생성과 연구는 제3장에서 규정하되, 제1절에서는 인간복제 등의 금지, 제2절에서는 배아의 생성 등 인공수정배아에 대하여, 제3절에서는 체세포복제배아를 규정하였다. 제4장은 유전자검사에 관하여, 제5장은 유전정보 등의 보호 및 이용을, 제6장은 유전자치료에 관하여 규정하고, 제7장은 국가의 감독, 제8장은 보칙규정, 제9장은 벌칙 등이 규정되어 있다.⁴⁹⁾

49) 생명윤리및안전에관한법률에 대한 평가에 대해서는 일반적으로 홍석영, 생명윤리및안전에관한법률에 대한 비판적 검토, 생명윤리 제5권 제1호(2004), 13-23면; 이현석, 생명윤리법에 관한 연구, 비교법학연구, 제4집(2004), 147-166면; 김중호·구인회·홍석영·구영모·이경상, 생명윤리 및 안전에 관한 법률에 대한 비판적 분석, 한국의료윤리학회지, 제8권 제1호(2005), 21-33면; 정상기, 생명과학기술과 기본권, 연세법학연구, 제11권 제1호(2005), 67-106면; 이인영, 생명윤리 및 안전에 관한 법률상의 처벌규정과 규제논거를 중심으로, 연세법학연구, 제11권 제1호(2005), 107-159면; 정규원, 생명윤리및안전에관한법률에 대한 검토, 가족법연구, 제19권 2호(2005), 7-33면; 김혜경, 생명윤리 및 안전에 관한 법률상 처벌규정의 비판적 검토, 형사정책, 제19권 제2호(2007), 393-416면; 김혜경, 생명윤리에 관한 입법상의 문제

다. 생명윤리법에 관한 기본적 쟁점

생명윤리법 제정 및 내용과 관련하여 쟁점이 되었던 사항들을 몇 가지로 요약하면 다음과 같다. 첫 번째 생명과학에 관한 생명윤리문제를 포괄적으로 규율하는 생명윤리기본법을 만들 것인지 아니면 주요 이슈별로 개별 법률을 제정할 것인지가 중요 쟁점이었다. 아직 큰 문제가 없는 것으로 보여지나,⁵⁰⁾ 최근 들어 생명윤리법의 분법에 대한 주장이 제기되고 있는 상황이다.⁵¹⁾ 둘째는 줄기세포연구 등 연구의 허용 범위를 어디까지 인정할 것인지가 중요한 쟁점이다. 소위 체세포핵이식 방법에 의한 치료복제와 이종 간 핵이식 연구의 허용여부이다. 이종 간 핵이식 등은 규제하지만, 치료복제는 어느 정도 엄격한 통제 하에 허용하려는 방향으로 결정되었다. 이러한 통제를 위하여 체세포이식 등은 국가생명윤리위원회와 기관연구윤리심의위원회에 의한 심의를 거친다.⁵²⁾ 셋째는 국가생명윤리위원회의 위상에 관한 것이다. 생명과학연구의 발전으로 말미암는 사회적·윤리적 충격과 영향력을 어

점, (송실대)법학논총, 제18집(2007), 145-166면; 류화신, 생명공학에 관한 주요 법률의 개정방안 연구, 과학기술법연구, 제14집 제2호(2009), 313-345면; 이경환·김재춘·김영주, 생명윤리관련 법률문제의 체계적 이해, 저스티스, 통권 제115호(2010), 152-182면 등 참조.

50) 박은정, 생명윤리 및 안전 관련 입법정책, 100-101면.

51) 대표적으로 신옥주, 생명윤리법의 분법 필요성에 대한 고찰, 헌법학연구, 제17권 제2호(2011), 1-32면 참조.

52) 박은정, 생명윤리 및 안전 관련 입법정책, 101-103면.

떻게 상호 작용시키거나 규율할 것인지가 중요한 쟁점이다. 연구와 관련된 사회적 영향력 내지 충격을 고려하여 중요한 연구에 대해서는 국가생명윤리심의위원회에서, 그 정도에 이르지 않는 연구에 대해서는 기관생명윤리심의위원회에서 조정하도록 결정하였다.⁵³⁾

라. 생명윤리법의 개정

생명윤리법의 내용상 중요한 개정은 두 번에 걸쳐 있었다. 2008년 6월 첫 번째 개정은 사람과 동물 간의 체세포 핵이식을 명시적으로 금지하고, 난자제공자에 대한 보호와 건강 관리, 줄기세포주의 관리 및 이용, 유전정보 등의 관리에 대한 내용을 담고 있다.⁵⁴⁾ 2012년 2월 두 번째 개정⁵⁵⁾ 인간 및 인체유래물에 관한 연구에 대해서도 생명윤리법상 기준을 적용하려는 것으로서, 인간대상연구를 하려는 경우에는 반드시 기관생명윤리위원회의 심의를 받도록 하고, 연구대상

53) 박은정, 생명윤리 및 안전 관련 입법정책, 103-104면.

54) 이에 대한 내용은 보건복지부, 공청회 자료집, 2007 참조. 이에 대한 평가는 김현철, 생명윤리 관련 법령의 입법적 과제 - 가족문제를 포함하여, 한국가족법학회 2007 하계학술대회 자료집 1-16면; 정문식, 생명윤리법상 배아줄기세포연구 제한에 대한 헌법적 평가, 한양법학 제 21집(2007), 768-769면 등 참조.

55) 본 법률은 2013년 2월 2일부터 시행한다. 따라서 여기서는 특별한 언급이 없는 한 생명윤리법은 현행 법률을 의미하며, 언급의 필요가 있는 경우에만 2013년에 시행될 법률을 개정 생명윤리법으로 표현하기로 한다.

자로부터 서면동의를 받도록 하여 연구대상자에 대한 안전을 도모하려는 것을 내용으로 하고 있다. 유전자은행도 인체 유래물은행으로 변경하여 인체유래물을 채취할 때 서면동의를 받도록 하였다. 단성생식배아연구도⁵⁶⁾ 체세포복제배아연구와 동일한 수준으로 규제하고, 배아생성의료기관에서의 배아보존기간에 대한 예외를 인정하였다.

8. 생명윤리법상 배아줄기세포연구

가. 배아줄기세포연구에 대한 입법적 불비의 해결

초기에 생명윤리법은 배아줄기세포연구 자체를 직접적으로 규율하거나 금지하는 규정을 두고 있지 않았다.⁵⁷⁾ 따라서 이 문제는 해석을 통해 해결될 수 밖에 없었다.⁵⁸⁾ 생명윤리법 제13조 제1항에서는 임신 외의 목적으로 배아생성을 원칙적으로 금지하고 있다. 그러나 임신 외 목적, 즉 연구목적의 배아생성이 금지된다고 해서 배아연구 자체가 금지되는 것은 아니다. 법 제17조는 원칙적으로 불임치료 및 피임기술의 개발, 그 밖에 희귀·난치병 치료를 위한 잔여배아를⁵⁹⁾ 이

56) 단성생식배아란 단성생식행위에 의해 생성된 세포군이며, 단성생식행위란 난자가 정자와의 수정과정 없이 세포분열하여 발생하도록 하는 것을 의미한다.

57) 박준석, 줄기세포 연구에 대한 헌법학적 논의의 문제점, 184면.

58) 이에 대해서 상세하게는 정문식, 생명윤리법상 배아줄기세포연구 제한에 대한 헌법적 평가, 756-758면 참조.

용한 배아연구를 허용하고 있으며, 그 밖에도 과학기술의 발전과 수요에 따라 연구범위가 확장될 여지도 있었기 때문이다.⁶⁰⁾ 2008년 개정을 통해 현재는 줄기세포주의 등록(제20조의2), 제공(제20조의3), 이용(제20조의4) 등에 관하여 일정하게 규율하고 있으므로 배아줄기세포연구가 생명윤리법의 규정 내에서 허용되며 규율되고 있다.

우리나라에서 배아줄기세포 생성이나 수렵이 어려워 외국에서 생성된 배아줄기세포를 수입하여 연구하는 것도 원칙적으로 인정된다. 과거에는 이에 대한 명시적인 규정이 없어서 입법적 불비에 해당하였지만,⁶¹⁾ 역시 2008년 개정을 통해 수입된 줄기세포의 경우에도 생명윤리법에 따르도록 규정하고 있다. 다만 논란이 될 수 있는 것은, 수입한 줄기세포의 경우 줄기세포를 추출한 배아와 관련하여 윤리적인 입장이

59) 잔여배아란 인공수정으로 생성된 배아 중 임신의 목적으로 이용하고 남은 배아를 일컫는다(법 제2조 제3호). 불임수술(인공수정)을 위하여 여성의 몸에서 1회의 난자적출 시 1회의 불임수술에 필요한 난자만 적출하면 전여난자나 잔여배아가 발생하지 않을 수도 있다. 그러나 불임수술에 실패하면 매 회 여성의 난자를 적출해야 하는데, 난자적출에는 호르몬투여 등 여성의 신체에 대한 상당한 부담과 불편함 등을 야기하기 때문에 위험이 커진다는 문제가 있다. 따라서 1회 불임수술을 위해 4개 정도의 수정란을 착상시키고, 실패 시 여분의 확보를 위하여 일반적으로 1회 난자 적출 시 8-10개의 난자를 적출하다보니 잔여배아나 잔여난자가 만들어지게 된다. 인공수정의 성공률도 20-30%로서 결코 높지 않다. 정규원, 생명윤리및안전에관한법률에 대한 검토, 각주 19 참조.

60) 정규원, 생명윤리및안전에관한법률에 대한 검토, 16-18면 참조.

61) 정문식, 생명윤리법상 배아줄기세포연구 제한에 대한 헌법적 평가, 758면.

명확하지 않다는 것이다. 외국에서 잔여배아를 통해 생성된 배아줄기세포의 경우에는 수입에 특별한 문제가 발생하지 않는다. 그러나 외국에서 연구목적을 위해 생성된 배아에게서 추출한 배아줄기세포의 경우에는 생명윤리법의 입법목적에는 반하는 것이다. 이러한 경우 국내법에 대한 직접적인 위반사항은 없다고 할 수 있지만, 최소한 연구목적을 위하여 배아를 생성했으며 이는 생명윤리법의 입법목적에 맞지 않는다는 윤리적 비난을 피하기 어려울 것으로 보인다.

그 밖에 배아줄기세포의 등록과 제공 및 이용에 관한 사항은 규정되어 있지만, 줄기세포의 임상시험에 관한 규정이 없다는 것이 여전히 입법적 불비의 문제로 남아있다.⁶²⁾

나. 배아줄기세포연구를 위한 요건

첫째, 배아줄기세포연구를 하고자 하는 자는 먼저 보건복지부령이 정하는 시설과 인력 등을 갖추고 보건복지부장관에게 배아연구기관으로 등록하여야 한다(제18조). 배아연구기관으로 등록하기 위한 시설과 기준은 생명윤리법시행규칙 제7조와 별표 2에 규정되어 있다. 필요시설 및 장비는 독립된 배아실험실, 무균상자, 해부현미경, 도립현미경, 멸균기, 이산화탄소배양기, 건식오븐, 배아보관용 액체질소탱크, 원심

62) 김수정, 한국의 줄기세포 시술에 있어서 문제점, 304-305면.

분리기, 항온관 등이다. 인력기준은 연구기관장, 박사급 1인 이상, 석사급 1인 이상을 포함하여 학사급 이상의 자격을 갖춘 3인 이상의 연구원이 있어야 한다.

둘째, 배아줄기세포연구를 하고자 하는 자는 연구계획서를 보건복지부장관에게 제출하여 승인을 얻어야 한다(제19조). 먼저 배아줄기세포연구계획서, 배아줄기세포연구계획서에 대한 기관위원회의 심의결과에 관한 서류, 배아줄기세포의 이용계획서 등을 첨부하여 배아줄기세포연구계획승인신청서를 보건복지부장관에게 제출한다(생명윤리법시행규칙 제8조). 배아줄기세포연구계획서의 연구 종류나 대상·범위 등이 국가생명윤리위원회 심의를 거쳐 생명윤리법시행령에 규정된 연구에 해당하고(제17조, 제6조 제2호 등), 연구의 내용이 현재 치료법이 없는 연구이거나 치료법이 있더라도 현저히 우수한 치료에 관한 연구일 경우, 연구에 적합한 배아줄기세포의 수량·형태 등을 제시하고, 연구를 수행할만한 적합한 연구시설과 인력을 갖추었고, 기관위원회의 적절한 심의과정 등을 거친 경우에는 보건복지부장관은 배아줄기세포연구계획을 승인한다.

II. 배아줄기세포연구와 헌법적 문제

1. 배아줄기세포연구 시 나타날 수 있는 헌법적 문제의 소재

기본적으로 생명과학기술을 포함한 과학기술의 빠른 발전에 기존의 윤리와 법제도가 적절하게 대응하지 못함으로써 헌법적인 측면에서 볼 때, 과학기술의 발전으로 인한 국민의 기본권에 대한 위협은 중요한 헌법 문제로 평가되고 있다.⁶³⁾ 구체적인 경우 법적인 문제를 해결하기 위해서는 먼저 어떤 것들이 중요한 문제로서 제시될 수 있는지 파악하고 대비해야 한다. 예상 가능한 사안이나 상황과 관련하여 배아줄기세포연구를 헌법적인 측면으로만 제한해서 본다면, 다음과 같은 몇 가지 문제나 주제들을 언급해 볼 수 있다.

2. 배아의 도덕적 지위와 관련된 기본적인 헌법문제로서 인간존엄과 생명권

일반적으로 배아줄기세포연구는 배아의 인간존엄과 생명권을 중심으로 논란이 되어왔다. 배아줄기세포연구는 배아의 파기를 통해서 획득한 배아줄기세포를 가지고 이루어지는

63) 정상기, 생명과학기술과 기본권, 70면.

것이므로, 이 때 배아의 파기와 배아줄기세포 추출을 위한 배아의 생성 등에 관하여 생명윤리적인 논란이 발생한다. 먼저 이미 존재하는 배아에서 줄기세포를 추출하는 경우에 배아를 파기하는 것이 아무런 윤리적 문제없이⁶⁴⁾ 정당화 될 수 있는가 하는 의문이 제기된다.⁶⁵⁾ 배아의 도덕적 내지 존재론적 지위를 인간생명체 내지 인격체로서 파악하여 헌법적인 인간존엄과 생명권을 인정하고, 이러한 인간존엄과 생명권이 있는 배아를 줄기세포 추출을 위한 실험재료로서 마음대로 사용하는 것은 문제가 된다는 것이다.⁶⁶⁾ 배아줄기세포 추출을 위한 배아의 활용이 그러할진대, 배아줄기세포 추출이라는 연구목적을 위하여 적극적으로 배아를 생성하는 것 또한 인정되지 않는다.

3. 배아의 인간존엄과 생명권에 대한 국가의 기본권 보호 의무

배아에 관한 인간존엄과 생명권에 관한 실체적 내용을 인정하는 경우, 기본권 주체로서 배아를 보호할 국가의 기본권 보호의무의 해태 여부가 위헌문제로서 언급될 수 있다. 배아

64) 앞의 배아줄기세포연구에 관한 윤리적 문제 부분 참조.

65) 이러한 입장에 관한 대표적인 윤리적 논증에 관하여는 구인회, 배아 보호에 관한 윤리적 검토, 한국의료윤리학회지 제12권 제3호(2009), 287-302면 참조.

66) 구인회, 배아보호에 관한 윤리적 검토, 299-301면에서 이러한 결론에 도달하고 있다.

가 기본권 주체로서 생명권과 인간존엄이 인정됨에도 불구하고, 이러한 배아가 활발한 연구를 통해 과기되는 위험상황에서 국가가 아무런 조치를 취하지 않는 부작용은 헌법적으로 기본권 보호의무 위반으로서 위헌적인 부작용인 것이다.⁶⁷⁾

4. 배아줄기세포연구의 제한을 통한 환자들의 건강권과 생명권 내지 행복추구권

배아줄기세포연구를 통해 자신의 유전적 질병 내지 불치병을 치료하고자 노력하거나, 줄기세포연구의 발전으로 부족한 장기이식의 문제를 해결 받고자 하는 환자의 경우에는 당사자의 건강권이나 생명권 내지 행복추구권이 문제가 될 수 있다. 불치병으로 인한 통증으로 고통 받거나 충분히 생존가능성이 있음에도 불구하고 장기부족으로 고통 받는 환자들의 경우에는 가능한 빠른 시일 내 생명과학연구가 발전하여 자신의 치료가능성이나 생명연장가능성이 높아지기만을 바랄진대, 배아줄기세포연구를 제한하는 경우 환자들은 자신들의 건강권이나 생명권 내지 행복추구권에 상당한 제약을 받는 것이 되기 때문이다.

67) 정상기, 생명과학기술과 기본권, 77-78. 줄기세포연구에 있어서 국가의 기본권 보호의무를 구체적으로 다룬 정문식, 생명윤리법상 국가의 기본권 보호의무, 공법학연구 제8권 제3호(2007), 167-191면 참조.

5. 배아줄기세포연구 제한을 통한 직업수행의 자유 내지 학문의 자유의 제한

배아줄기세포연구를 엄격하게 제한하는 경우에는 의사들의 직업수행의 자유 내지 연구자들의 학문의 자유에 대한 제한 문제를 야기할 수 있다. 환자들의 치료를 위한 배아줄기세포연구를 실시하는 의사들은 자신들의 환자치료라는 직업상 활동에 대한 제약을 받는 것이고, 배아줄기세포연구를 실시하는 연구자의 측면에서는 연구의 자유 내지 학문의 자유가 제약을 받는 것이기 때문이다.

6. 배아생성자의 자기결정권

배아 생성에 있어서 정자와 난자를 제공한—그들이 법률상 혼인관계에 있는 사람들로서 수정란의 신체적 내지 유전적 부모인지 여부와 관계없이—사람의 경우에는, 자신들의 정자와 난자를 통한 생성물인 배아에 대한 자기결정권이 관련될 수 있다. 제공자는 수정란을 배아줄기세포연구에 사용하려는 의사가 없음에도 불구하고 이를 배아줄기세포연구에 제공하는 경우, 이러한 조치는 정자와 난자 제공자의 자기결정권을 제약하는 것이 된다.

Ⅲ. 배아줄기세포연구에 있어서 원리로서 인간존엄과 구체적 기본권으로서 생명권

1. 인간존엄 개념과 기능의 문제점

1980년대 유전공학의 발전과 관련하여 유전자 조작에 관한 윤리적 문제가 대두될 때부터 인간존엄은 중요한 헌법상 문제로서 논의되었고, 2000년대 인간복제와 줄기세포에 관한 생명공학연구에 있어서도 인간존엄은 중요한 헌법적 문제로 다루어져 왔다.⁶⁸⁾ 그러나 헌법상 가장 근본적인 원리인 인간존엄은 그 개념과 내용 그리고 기능 등에 있어서 몇 가지 문제점들이 지적되고 있다.⁶⁹⁾

가. 인간존엄의 개념상 내용의 불명확성

먼저 인간존엄은 그 개념과 내용에 있어서 정확히 어떤 것을 의미하는지 명확하게 경계선을 정하기가 어렵다. 예컨

68) 대표적으로 구인회, 배아보호에 관한 윤리적 검토, 287-302면.

69) 이에 대해서는 정문식, 독일에서의 인간의 존엄과 생명권의 관계, 공법학연구 제7권 제2호(2006), 267-276면 참조. 인간존엄의 문제점에 대한 법철학적인 접근에 대해서는 고봉진, 생명윤리에서 인간존엄 '개념'의 총체성, 법철학연구 제11권 제1호(2008), 85-100면 참조. 인간존엄의 기능적 문제점들을 극복하려는 독일에서 최근 새로운 노력들에 대해서는 이계일, 인간존엄은 형량가능한가, (원광대)법학연구, 제26권 제1호(2010), 157-199면 참조.

대 독일에서도 적극적으로 인간존엄을 신(God)이나 자연으로부터 물려받은 인간이라는 사실 자체로부터 가지는 고유한 가치를 의미한다거나(소위 가치설),⁷⁰⁾ 자신의 노력에 따라 성취한 업적이나 획득한 결과를 통해 얻어지는 결과물로 파악한다거나(소위 능력설),⁷¹⁾ 공동체 내에서 사람들 간 사회적 존중의 요구(Achtungsanspruch)를 적극적으로 평가한 것(소위 관계설) 등으로 인간존엄을 개념정의 하고자 노력해 왔지만 큰 성과를 거두지는 못하였다.⁷²⁾ 이는 인간존엄이 인간의 특정 생활영역에만 한정된 것이 아니라 모든 인간행위를 포함하는 일반조항의 성격을 가지기 때문이다. 따라서 인간존엄을 추상적으로 정의하는 것은 어렵고, 구체적인 상황과 관련하여서만 판단할 수 있을 뿐이다.⁷³⁾

나. 인간존엄의 객관적 경계선의 불명확성

하지만 구체적인 문제를 다룰 때조차 인간존엄 개념의 객

70) 독일에서는 듀리히(Dürig, AöR 1956, S.117f.)를 대표적으로 언급할 수 있으며, 하버마스(Habermas, Die Zukunft der menschlichen Natur, Suhrkamp, 2001, S.65f.)의 경우에도 기존의 생명권이나 인간 존엄에 관한 논쟁을 비판하지만, 결국은 인간의 인간상 내지 자기이해라는 일정한 추상적인 가치를 전제로 한다는 측면에서 이러한 입장에 포함되는 것으로 볼 수 있다.

71) 독일에서는 루만(Luhmann, Grundrechts als Institution, 4.Aufl., 1999, S.68f.)이 이러한 입장에 속한다.

72) 정문식, 독일에서의 인간의 존엄과 생명권의 관계, 270-272면.

73) 한수웅, 헌법학, 법문사, 2011, 504-505면.

관적인 외적 경계선은 명확하기보다 홀연히 사라져 불분명하게 되는 경우가 많고, 사안을 다루는 사람의 주관적 가치관으로 쉽게 대체되는 경우도 많기 때문에, 구체적인 사안을 다루는 사람마다 도출하는 결론이 서로 어긋나는 경우가 발생한다는 문제가 있다. 물론 고문이나 노예제도 등이 인간존엄에 위반된다는 점에 대해서는 어느 정도 인간존엄의 침해라는 의견일치 등이 가능하지만, 배아줄기세포연구처럼 새로운 문제가 제기될 때에는 아직 동의되지 않은 가치문제에 관하여 합의된 가치경계선을 도출하기 어렵다는 문제가 있다.⁷⁴⁾ 이 때문에 새로운 문제가 제기될 때마다 인간존엄을 끌어들이어 권리침해를 주장하거나 혹은 권리보장을 요구하는 인간존엄의 인플레이션 위험도 발생한다.⁷⁵⁾

다. 인간존엄의 기능적 위험성

독일헌법에서 발전한 인간존엄의 개념이 불명확함에도 불구하고, 인간존엄은 헌법 최고의 가치 내지 국가의 존재이유로서 그 어떤 다른 법적인 가치와 형량할 수 있거나 축소할 수 있는 것이 아니라 불가침적인 절대적인 것으로 평가되고 있다.⁷⁶⁾ 인간존엄에 대한 이러한 이해는 인간존엄을 헌법개

74) 정문식, 독일에서의 인간의 존엄과 생명권의 관계, 273면.

75) 인간존엄의 인플레이션에 대해서는 Dreier, in: ders., GG, Bd.I, 2.Aufl., 2004, Art.1 I, Rn.47 참조.

76) 대표적으로 Häberle, Die Menschenwürde als Grundlage der

정의 한계로 규정한 독일헌법 제79조 제3항과 같은 조항이 없는 우리나라에서도 마찬가지로 인정되고 있다.⁷⁷⁾ 문제는, 구체적인 사안과 관련하여 특정행위에 대한 규제나 제한을 정당화 할 때, 객관적인 증거나 개별적인 논증 없이 단순히 인간존엄에 위반된다는 이유만 내세우면, 이에 대항되는 다른 주장을 제시하기 어렵다는 것이다. 즉 개념이 불명확한 인간존엄이 일정한 사안과 관련된 논증을 위해 사용될 때에는 객관적인 설득력이 없어도 다른 논거들을 손쉽게 배제하는 엄청난 힘과 파괴력을 가지기 때문에, 특정 사안이나 논란이 될 수 있는 사안과 관련하여 합리적으로 충분히 논의할 수 있는 기회를 박탈하며 의견의 개진과 교환을 중단시킨다는 점에서, 기능적인 문제점도 가지고 있다.⁷⁸⁾

2. 배아줄기세포연구에 있어서 구체적인 인간존엄 침해의 문제

이러한 인간존엄의 개념적·기능적 문제점 때문에 배아줄기세포연구에 관한 헌법적 문제를 다룰 때 가능한 구체적이

staatlichen Gemeinschaft, in: Isensee/Kirchhof(Hrsg.), HStR, Bd.II, 3.Aufl., 2004, §22, Rn.8 참조.

77) 대표적으로 한수웅, 헌법학, 505면.

78) 인간존엄의 문제점에 관한 기존의 논의에 대해서는 정문식, 독일에서의 인간의 존엄과 생명권의 관계, 272-274면, 생명공학과 관련된 인간존엄의 남용위험에 대해서는 특히 Hilgendorf, JRE 1999, S.137ff.; Neumann, ARSP 1998, S.153ff. 등 참조.

고 설득력 있는 논증을 펼치려는 입장에서는, 인간존엄을 생명권의 논의와 분리시키며 일반적이고 추상적으로 불분명한 인간존엄 대신 구체적인 기본권으로서 생명권을 중심으로 다루는 시도를 한다.⁷⁹⁾ 그럼에도 불구하고 배아줄기세포연구에 있어서 인간존엄에 관한 헌법적 논의의 중단을 방지하고 인간존엄 측면에서 지속적인 논의를 시도한다면⁸⁰⁾ 다음과 같이 정리해 볼 수 있다.

가. 잠정적인 인간존엄의 개념

먼저 논의의 출발 내지 전제로서 인간존엄의 개념을 대략적으로 정한다면, 국가가 인간을 단순한 공권력행사의 대상 내지 도구가 아니라 인간 그 자체를 목적이나 주체로서 대해야 할 정도로, 인간이 지니고 있는 고유한 인격 내지 인격적 자율성을 인간존엄이라고 할 수 있다.⁸¹⁾ 헌법재판소는 이러한 인간존엄(과 가치 및 행복추구)이 갖는 규범적 의미를

79) 대표적으로 Jeong, Verfassungs- und europarechtliche Probleme im Stammzellgesetz, 2005, S.91ff.; Brewe, Embryonenschutz und Stammzellgesetz, S.84ff. 이와 달리 방승주(배아와 인간존엄, (한양대)법학논총 제25집 제2호(2008), 1-37면) 교수는 인간존엄을 중심으로 배아줄기세포연구의 인간존엄 침해성을 논증하고 있다.

80) 박준석(줄기세포 연구에 대한 헌법학적 논의의 문제점, 176면) 교수는 배아 자체의 인간존엄을 떠나서 다른 측면에서 인간존엄에 관한 논증을 제안하고 있다. 다만 어떻게 그러한 논증이 이루어지는지에 대해서는 기회를 미루고 있다.

81) 양건, 헌법강의, 법문사, 2012, 297면 참조.

“모든 국가작용뿐만 아니라 사회생활에서도 국민 개개인은 통치의 대상이나 지배의 객체가 되어서는 안 되고 그 자체가 목적적 존재로서 섬김의 대상이 되어야 하는 것이고, 국민 개개인의 그 인격이 최고도로 자유롭게 발현될 수 있도록 최대한으로 보장”하는 것으로 이해하고 있다.⁸²⁾

나. 배아의 기본권주체성을 인정하는 경우 배아줄기세포 연구의 인간존엄 침해 가능성

배아줄기세포연구의 경우에 있어서 배아의 법적 지위와 관련하여 가장 보수적 내지 엄격한 입장으로서는 배아에게 기본권의 주체성을 인정한다면, 오직 연구목적으로만 인간배아를 생성하여 줄기세포를 추출하는 것은 인간(배아)을 연구를 위한 도구 내지 수단으로만 다루었기 때문에 인간존엄에 위배된다고 볼 수 있다.⁸³⁾ 또한 배아줄기세포연구를 위하여, 즉 생명체의 탄생이 아닌 연구 목적을 위하여 체세포복제 방식을 통해 배아를 생성하는 것도, 인간생명체를 도구화했다는 의미에서 인간존엄을 침해하는 것으로 볼 수도 있다.⁸⁴⁾

82) 헌재 2005.5.26, 99헌마513, 판례집 17-1, 668(695).

83) 이에 대해서는 Brewe, Embryonenschutz und Stammzellgesetz, S.93f. 그러나 이와 달리 연구 목적을 위해 배아를 생성하는 경우에도 반드시 인간존엄의 침해는 아닐 수 있다는 여지를 남겨두는 입장은 정문식, 배아줄기세포연구시 배아의 생명권과 인간존엄, 한양법학, 제18집(2005), 119-120면.

84) 예컨대 Brewe, Embryonenschutz und Stammzellgesetz, S.94ff.;

앞에서 언급했듯이 이미 배아의 생명권이 인정되기 때문에, 배아생성의 목적과 상관없이 배아줄기세포연구 자체가 배아의 인간존엄을 침해한다고 보는 입장도 있다.⁸⁵⁾

다. 배아줄기세포연구가 인간존엄 침해라는 주장의 한계

그러나 배아의 기본권주체성 내지 인간으로서의 완전한 법적 성격을 인정하지 않는다면, 배아줄기세포연구에 대해서는 인간존엄의 위반 내지 침해문제를 주장하는 것이 설득력을 갖기 어렵다. 또한 배아를 연구목적을 위한 수단으로만 다루었다는 점에 대해서도 몇 가지 반론이 제기될 수 있다. 첫째, 본래 출산을 위한 목적으로 생성되었으나 출산의 목적을 실현할 수 없어서 중도에 목적이 상실된 배아의 경우에도 수단으로 전락한 것만 주장할 수 있는지 의문이다. 둘째, 체세포복제의 경우에도 환자가 자신의 생명 내지 치료 등을 위하여 배아줄기세포를 추출하거나 배아줄기세포연구에 배아를 제공했을 경우에도 단순한 도구화 문제로 해석할 수 있을지 의문이다. 마지막으로 국가가 배아줄기세포연구를 주도하거나 국가가 배아를 연구목적의 수단으로서 생성했다면 기본권 침해 주장이 가능하지만, 연구자나 의사 등私人이

방승주, 배아와 인간존엄, 29면.

85) 방승주, 배아와 인간존엄, 31면. 방승주 교수의 주장은 인간존엄의 상대화를 이야기하고 있지만, 결론에 있어서는 인간배아에 대한 배아줄기세포연구는 인간존엄에 위반되는 것으로 판단하고 있다.

배아줄기세포연구를 위하여 배아를 사용했다면 이는 기본권 침해라기보다 기본권의 충돌 내지 기본권의 대사인적 효력 측면에서 해결해야 한다는 반론이 제기될 수 있다. 즉 환자의 인간존엄 내지 연구자나 의사의 인간존엄도 고려되어야 한다는 반론이 가능한 것이다.

3. 인간존엄과 생명권의 관계

가. 인간존엄과 생명권의 연결가능성

헌법 제10조는 대한민국 국민과 모든 자연인에게 인간으로서의 존엄과 가치를 인정함으로써 인간존엄의 헌법적 근거를 제시하고 있다. 생명권은 명시적인 헌법적 근거조문을 찾기 어렵지만, 먼저 헌법재판소는 초기에 생명권이 자연법적 권리라고 함으로써 그 헌법적 근거를 자연법에서 찾았다.⁸⁶⁾ 학설은 어떤 조문에 의한 해석을 통해 생명권을 인정할 것인지에 대해서 논란이 있다. 헌법 제12조의 신체의 자유 내지 헌법 제37조 제1항의 열거되지 않은 기본권조항을

86) “인간의 생명은 고귀하고, 이 세상에서 무엇과도 바꿀 수 없는 존엄한 인간존재의 근원이다. 이러한 생명에 대한 권리는 비록 헌법에 명문의 규정이 없다 하더라도 인간의 생존본능과 존재목적에 바탕을 둔 선형적이고 자연법적인 권리로서 헌법에 규정된 모든 기본권의 전제로서 기능하는 기본권 중의 기본권이라 할 것이다.” 헌재 1996.11.28, 95헌바1, 판례집 8-2, 537,545.

근거로 생명권을 인정하는 견해들이 있다.⁸⁷⁾ 인간존엄은 인간의 생명을 전제로 성립될 수 있는 것이므로, 인간존엄의 인정자체는 기본권인 생명권을 전제한 것으로서 이해될 수 있다. 따라서 생명을 인간존엄의 물리적 또는 생물학적 기초라고 본다면 헌법 제10조의 인간존엄 규정에서 생명권의 근거를 찾을 수 있다.⁸⁸⁾ 이런 측면에서 인간존엄과 생명권은 우리나라 헌법의 원리규정이라 할 수 있는 헌법 제10조에서 동일한 근거를 갖는다. 이 때문에 생명권의 위헌적인 침해는 인간존엄의 침해라고 연결될 수 있다.

나. 인간존엄과 생명권의 동일한 始期

헌법상 인정되는 생명권이 언제부터 인정될 것인가에 대하여 정확히 언제부터 인정되는지 헌법이 규정하지 않았다. 또한 과거에는 불가능했던 인간의 출생이전 단계나 배아의 착상단계 이전부터도 인간이 기술적으로 개입하여 생명체를 조작할 수 있게 되어서 더욱 더 생명의 시기를 결정하기 어렵게 되었다. 그 밖에도 생명은 그 자체로서 확실하게 분리하거나 구분할 수 있는 단계로 이루어진 것이 아니라, 연속

87) 헌법 제10조와 헌법 제37조 제1항을 근거로 하는 견해는 계획열, 헌법학(중), 2007, 273면; 이준일, 헌법학강의, 2007, 484면 등. 헌법 제10조, 제12조 제1항, 제37조 제1항 모두를 근거로 하는 견해는, 정종섭, 헌법학원론, 박영사, 2006, 364면.

88) 양건, 헌법강의, 305-306면; 전광석, 한국헌법론, 박영사, 2007, 230면; 홍성방, 헌법학(중), 박영사, 2010, 20면.

적인 발달과정의 총합체라는 점에서 시기를 결정하기 어려운 점이 있다. 다른 한편에서는 법학에서 생명의 시점을 정하는 문제는 단순히 자연과학적 사실만으로 결정할 수 있는 것이 아니라 법규범 적용의 문제와 관련되기 때문에 가치규범적 판단을 배제할 수 없다는 점도 있다.⁸⁹⁾

이 때문에 생명의 시점에 대해서는 여러 가지 주장이 제기되는데,⁹⁰⁾ 그 중에서 설득력이 강한 입장은 약 네 가지 정도로 요약할 수 있다. 첫째 정자와 난자가 수정(Befruchtung, Verschmelzung)된 시점으로 보는 입장,⁹¹⁾ 둘째 수정란이 자궁에 착상한 시점으로 보는 입장,⁹²⁾ 셋째 배아에게서 소위 원시선(Primitivstreifen)이 나타나는 시점인 수정 후 14일로 보는 입장,⁹³⁾ 넷째 출생한 때로부터 보는 입

89) 정문식, 독일에서 인간의 존엄과 생명권의 관계, 280-281면.

90) 이에 대한 자세한 내용은 정문식, 배아줄기세포연구시 배아의 생명권과 인간존엄, 100-107면 참조. 독일의 경우에는 대표적으로 Böckenförde-Wunderlich, Präimplantationsdiagnostik als Rechtsproblem, 2002, S.167ff. 참조

91) Lorenz, Recht auf Leben und körperliche Unversehrtheit, in: Isensee/Kirchhof, HStR Bd.VI, 2.Aufl., 2001, §128, Rn.9ff.: Kloepfer, JZ 2002, S.417(420); Murswiek, in: Sachs, GG, 6.Aufl., 2011, Art.2, Rn.143; Starck, in: ders., GG, Bd.1, 6.Aufl., Art.2 Abs.2, Rn.192; Lorenz, in: Dolzer/Kahl/Waldhoff/Graßhof, BK, Art.2 Abs.2, Satz 1(2012), Rn.431 등 참조. 우리나라에선 한수웅, 헌법학, 577면.

92) Dederer, AöR 2002, S.1(8f.); Di Fabio, Maunz/Dürig, GG, Art.2 Abs.2, Rn.25; Ronellenfisch, Zur Freiheit der biomedizinischen Forschung, Jahrbuch des Umwelt- und Technikrechts(UTR) 54, 2000, S.103; Taupitz, NJW 2001, S.3433(3438) 등.

93) Heun, JZ 2002, S.520ff.; 우리나라에선 홍성방, 헌법학(중), 21면.

장⁹⁴⁾ 등이다. 헌법에서 보호하는 생명을 생물학적 관점에서 인간신체의 존재형식으로 본다면, 최근 인공수정기술의 발달이나 배아의 유전적 개별성 확립 등 과학적 사실을 고려하여-정자와 난자의 결합이든, 체세포 복제 등 무성생식의 방법이든-수정란부터 인간 생명으로 볼 수 있을 것이다. 모체와의 결합을 통해 상호관계성 내지 인간생명체로 발전가능성을 갖게 된 점을 고려한다면 착상시점부터 인간 생명으로 볼 수 있다. 모든 기관의 발생 및 독자적인 개체성(Individualität)을 인정한다면 원시선의 발생시점부터 인간생명을 인정할 수 있다. 일반적인 법적 권리의 인정과 관련하여 세속에서 완전한 인간으로서의 존재를 인정한다면 출생시를 인간생명의 시점으로 볼 수 있다.

이러한 인간 생명 시점에 대한 논란과 관련 없이 법적인 의미로서 생명권은 인간의 존엄이 언제부터 시작되는가의 문제와 연결된다는 점에서 중요하다. 인간존엄이 시작되는 점은 인간생명이 시작되는 점과 동시에 인정되거나 혹은 미리⁹⁵⁾ 인정될 순 있어도 뒤늦게는 인정될 수는 없기 때문이다.⁹⁶⁾

94) 대표적으로 Ipsen, JZ 2001, S.989(994) 참조.

95) 특히 Kersten, Das Klonen von Menschen, 2004, S.325ff.의 “미래인간의 존엄(Würde künftiger Menschen)”은 기본적으로 기본권의 객관적 보호 측면에서 인정하는 것이지만, 인간존엄을 생명의 시기보다 미리 인정하는 것으로도 볼 수 있다.

96) Heun, JZ 2002, S.518f. 참조.

다. 인간존엄과 생명권의 상이한 終期

언제 인간의 생명이 끝나며 이 때문에 생명권의 사망시점이 도래하는가도 어려운 문제다. 이는 인간의 생산 활동을 독립적으로 언제까지 유지할 수 있는가 혹은 의료기술의 도움으로 언제까지 유지할 수 있는가와 관련하여 변동적일 수 있는 문제이기 때문이다.⁹⁷⁾ 생명의 종료에 대해서도⁹⁸⁾ 맥박이 더 이상 돌이킬 수 없는 상태에서 정지된 때를 생명의 종료시점으로 보는 맥박중지설, 호흡이 돌이킬 수 없는 상태로 정지된 때를 사망시점으로 보는 호흡중지설, 뇌기능이 더 이상 돌이킬 수 없는 소실상태가 된 때를 사망으로 보는 뇌사설 등으로 구분할 수 있다. 뇌사설의 경우에는 다시 뇌간사설, 대뇌사설, 전뇌사설 등으로도 구분된다. 형법학계 일부와 대한의학협회는 대뇌, 소뇌, 뇌간 등 뇌의 모든 기능이 불가역적으로 소실된 때를 생명의 종료시점으로 보는 전뇌사설을 따르고 있다. 독일의 다수 견해도 마찬가지이다.⁹⁹⁾ 그러나 형법학계의 또 다른 일부는¹⁰⁰⁾ 맥박중지설을 취하고 있다. 의학계에서는 뇌사를 일반적으로 인간의 죽음에 대한 근거로 삼고, 법적으로는 뇌의 회복할 수 없는 전체기능의

97) Di Fabio, Maunz/Dürig, GG, Art.2 Abs.2, Rn.21 참조.

98) 이에 대해서는 주로 오영근, 형법각론, 박영사, 2005, 17-21면 참조.

99) 대표적으로 Kloepfer, Verfassungsrecht II, §57, Rn.5; Di Fabio, in: Maunz/Dürig, GG, Art.2 Abs.2, Rn.21 등 참조.

100) 예컨대 오영근, 앞의 책, 20면.

중단으로 말미암아 감각과 사고 내지 결정능력 등을 완전히 상실한 것을 죽음으로 이해한다.¹⁰¹⁾

다만 생명권의 종기는 인간의 죽음으로 도래하지만, 인간 존엄의 종기는 반드시 죽음으로 끝난다고 보기는 어렵다. 특히 死者의 경우에는 개인의 삶에 대한 내용이나 그에 대한 평가와 관련하여 보호할 필요가 있을 수 있기 때문이다.¹⁰²⁾ 따라서 구체적인 기본권인 생명권과 근본적인 헌법원리로서 인간존엄은 종료에 있어서 차이가 있다.¹⁰³⁾

라. 인간존엄과 생명권으로부터 발생하는 국가의 기본권 보호의무

헌법 제10조는 명시적으로 “국가는 개인이 가지는 불가침의 기본적 인권을 확인하고 이를 보장할 의무를 진다”고 함으로써 인간존엄을 존중할 뿐만 아니라 개인의 모든 기본권도 보호할 의무를 부과하고 있다. 다만 인간존엄의 보호의무는 무엇보다 다른 개별 기본권들과 연결된 가운데 그 내용

101) Murswiek, in: Sachs, GG, 6.Aufl., 2011, Art.2, Rn.142; Schulze-Fielitz, in: Dreier, GG, Bd.I, 2.Aufl., Art.2, Rn.30; Di Fabio, Maunz/Dürig, GG, Art.2 Abs.2, Rn.21 등 독일의 다수설이다. 한수웅(헌법학, 577면)은 뇌사설의 입장을 취한다.

102) 독일 연방헌법재판소는 인간존엄을 보호할 국가의 보호의무가 인간의 죽음으로써 종료하지 않는다고 판단하였다. BVerfGE 30, 173(194).

103) 정문식, 독일에서 인간의 존엄과 생명권의 관계, 282-283면.

이 구체화되고, 그 보호대상과 정도도 상세하게 결정될 수 있다.¹⁰⁴⁾ 이 때 주의해야 할 것은, 인간존엄에서 도출되는 보호의무는 개별 기본권에서 도출되는 보호의무를 대체하는 것이 아니라 보충할 뿐이다. 국가의 보호는 기본권침해 행위로부터 보호를 의미하는 것이지, 특정 보호대상에게 유리한 보호의무를 명하는 것은 아니다.¹⁰⁵⁾ 따라서 인간존엄에서 도출되는 국가의 보호의무는 국가의 생명권 보호의무를 보충한다는 점에서 양자는 보충적 관계를 형성한다.

다. 생명권과 인간존엄에 대한 제한

생명권 제한은 기본적으로 공권력이나 私인에 의한 생명의 파기를 의미한다. 생명권에 대한 직접적인 제한은 회복할 수 없고, 사후에 제한의 철회가 생명 회복에 아무런 의미를 가질 수 없기 때문에, 다른 기본권과는 달리 생명에 대한 간접적인 위험도 생명권의 제한에 포함된다.¹⁰⁶⁾ 私인에 의한 생명권 위협과 제한에 국가가 재정적 지원을 하는 것—의학자들의 배아연구에 국가가 재정적 지원을 하는 것—도 간접

104) 정문식, 독일에서 인간의 존엄과 생명권의 관계, 284-285면.

105) Schilling, KritV 1999, S.452(474).

106) 이를 학자들에 따라서는 “주관적인 생명권의 객관적인 사전영역(Vorfelder)과 사후효과(Nachwirkungen)”(Di Fabio, 앞의 주석, Rn.28), “기본권의 사전효과(Vorwirkung)”(Enders, Jura 2003, S.666(672)), “기본권기대권(Grundrechtsanwartschaft)”(Kloepfer, JZ 2002, S.420) 등으로 일컫는다.

적으로 영향을 미쳐 생명권을 제한하는 효과를 나타내므로 국가에 의한 생명권 제한으로 본다. 또한 생명권의 제한은 국가가 생명권의 보호의무를 해태했을 때에도 발생한다.¹⁰⁷⁾

그러나 인간존엄에 대한 제한 내지 침해여부를 심사할 때는 일반적인 기본권의 위헌적 침해여부를 심사하는 방식을 따르지 않는다. 인간존엄의 내용확정에 어려움 때문에, 침해되는 보호영역을 설정 후에 침해를 심사하는 것이 아니라, 소극적으로 인간존엄을 부정하는 구체적인 사례를 통하여 인간존엄의 보호영역을 설정, 곧 침해의 확정으로부터 보호영역을 설정하는 뒤바뀐 방식을 취하게 된다.¹⁰⁸⁾

바. 생명권과 인간존엄 제한의 정당화

생명권 침해의 정당화 여부는 일반적으로 헌법 제37조 제2항에 의거하여 과잉금지원칙 내지 비례성원칙에 따른다. 또한 본질적 내용의 침해금지도 생명권제한의 한계로서 작용한다. 다만 국가의 생명권 보호의무 위반여부가 문제가 될 때는, 소위 과소금지원칙에 의거하여 국가의 부작위에 의한 생명권 제한을 정당화 할 수 있을 뿐이다.¹⁰⁹⁾ 이에 대하여 인간존엄의 제한은 정당화되기 어렵다고 보는 것이 다수설

107) 이에 대해서는 정문식, 독일에서 인간의 존엄과 생명권의 관계, 285면 참조.

108) 한수용, 헌법학, 505면.

109) 정문식, 독일에서 인간의 존엄과 생명권의 관계, 286-287면.

이다. 다만, 이렇게 인간존엄의 보장을 강력하게 인정하는 경우에는 다른 기본권의 보장을 위하여 협소하게 확정한다.¹¹⁰⁾ 이에 대하여 인간존엄을 다른 인간존엄과 형량할 수 있는 것으로 보는 견해도 있다.¹¹¹⁾

4. 원리적인 인간존엄보다 구체적 기본권인 생명권으로 평가우선

가. 인간존엄의 헌법원리적 성격

인간존엄을 단순한 프로그램이나 선언적 규정이 아니라 직접적인 구속력이 있는, 특히 인간존엄의 존중이나 보호의 무와 관련하여 하나의 헌법원리 내지 헌법가치로 이해하는데 이론이 없다.¹¹²⁾ 그러나 인간존엄을 헌법원리를 넘어서 개인에게 개별적인 기본권으로 인정할 것인가에 대해서는 논란이 있다.¹¹³⁾ 객관적 가치로서 인간존엄은 개인의 주관적 권리의 직접적인 헌법적 근가가 될 수 없으므로 헌법에 열거되지 않는 기본권을 도출하는 주관적 권리로서 인간존엄을 인정할 수 밖에 없다거나,¹¹⁴⁾ 절대적 성격을 가지는 인간

110) 대표적으로 한수용, 헌법학, 505-506면.

111) 대표적으로 이준일, 헌법학강의, 2011, 379면.

112) 이에 대한 자세한 내용은 Geddert-Steinacher, Menschenwürde als Verfassungsbegriff, 1990, S.136ff. 참조.

113) 이에 대한 논의는 정문식, 독일에서 인간의 존엄과 생명권의 관계, 274-276면 참조.

존엄을 구체적인 기본권으로서 보장하는 것이 기본권보장에 의미가 있고 긍정적인 효과가 있을 것으로 볼 수도 있다. 그러나 인간존엄의 형량할 수 없는 절대적 성격을 전제한다면, 인간존엄은 원리로서의 성격만 인정하거나 기본권성을 인정하더라도 그 범위는 상당히 협소할 수 있을 뿐이다. 이는 구체적인 사안에 있어서 인간존엄은 다른 구체적인 기본권이 작동할 수 없는 최후에만 보충적으로 작용하는 것이 바람직하고, 구체적인 사안에 대한 종합적인 평가를 통해 결과적으로만 인정될 수 있음을 의미한다.¹¹⁵⁾

나. 헌법원리인 인간존엄과 구체적 기본권인 생명권의 결합

배아줄기세포연구에 있어서 배아의 이용 내지 생명의 파

114) 한수웅, 헌법학, 504면, 각주 1.

115) 이에 대해서는 정문식, 독일에서 인간의 존엄과 생명권의 관계, 290-300면 참조. 그러나 헌법재판소의 판례에서는 종종 인간존엄을 보충적 성격을 지닌 기본권으로 보면서도 과잉금지원칙에 의하여 간단히 판단하는 경우가 나타나고 있다. 예컨대 “인간으로서의 존엄과 가치는 다른 기본권에 대한 보충적 기본권으로서의 성격을 지니므로 이 사건에 있어서 재산권, 평등권의 침해 여부를 판단한 이상 그 침해 여부를 독자적으로 판단할 필요가 없다(헌재 2011. 3. 31. 2009헌마 286, 판례집 23-1상, 398, 406). 설령 이 사건 법률조항에 의해 청구인들의 인간으로서의 존엄과 가치가 제한된다 하더라도 위에서 살펴본 바와 같이 위 조항은 입법목적의 정당성, 방법의 적정성, 피해의 최소성, 법익의 균형성을 갖추고 있으므로 과잉금지의 원칙에 위배되어 청구인들의 인간으로서의 존엄과 가치를 침해한다고 볼 수 없다.”헌재 2012.7.26, 2011헌마130, 공190, 1344, 1349.

기가 헌법적으로 인간존엄과 생명권을 제한하는 것이라고 본다면, 이는 생명권과 인간존엄이 경합하는 것이라고 볼 수 있다. 헌법상 논거로서 생명권과 인간존엄의 침해가 경합할 수 있는 상황이라면 개별적 기본권으로서 생명권을 먼저 적용하는 것이 타당하다. 그 이유는 인간존엄의 기본원칙으로서의 성격은 인정되지만 인간존엄의 기본권성을 가지고 논하는 것은 논란이 있기 때문이다. 둘째 모든 기본권들의 원천인 인간존엄에 대해 생명권은 특별 내지 구체적 기본권의 성격을 가지기 때문이다.¹¹⁶⁾ 셋째 인간존엄의 절대적 불가침성을 고려하여, 적용의 절박한 필요성이 없는 문제에 적용하지 않음으로서 인간존엄의 성격과 기능, 지위 등을 부작용으로부터 보호하기 위함이다.

다. 배아줄기세포연구와 관련한 우선적 헌법적 심사척도로서 생명권

따라서 배아줄기세포연구와 관련된 헌법적 문제는 1차적으로 생명권으로 다룰 수 있다. 배아줄기세포를 획득하기 위한 배아의 파

116) 우리 헌법재판소도 기본권의 경합 시에는 개별, 특별 기본권들을 먼저 적용하고 일반적 성격을 가진 기본권의 적용을 배제하고 있다. 예를 들면 “보호영역으로서 ‘직업’이 문제되는 경우 직업의 자유와 행복추구권은 서로 특별관계에 있어 기본권의 내용상 특별성을 갖는 직업의 자유의 침해 여부가 우선한다 할 것이므로, 행복추구권관련 위헌여부의 심사는 배제된다고 보아야 한다.” 헌재 2003.9.25, 2002헌마 519, 판례집 15-2상, 454, 472.

기 시 발생하는 구체적인 기본권 침해는 배아의 기본권으로서 생명권을 인정하는 경우 생명권의 제한이며, 다른 한편 이에 대한 국가의 보호의무 위반여부를 통해 위헌성을 심사하는 것이 가능하다. 그러나 생명권의 척도로서 도저히 다를 수 없거나 보호할 수 없어서 인간존엄의 기준을 적용해야 할 절박한 필요성이 있을 경우에는 예외적으로 인간존엄을 헌법적인 척도로 적용하는 것도 인정할 수 있다.

5. 배아줄기세포연구를 통한 생명권 제한

가. 배아줄기세포연구에서 배아의 생명권 제한 상황

배아줄기세포연구에 있어서 배아의 생명권이 문제되는 것은 배아줄기세포의 생성 내지 추출에 있어서 ‘인간배아’의 파기가 전제되기 때문이다. 배아줄기세포는 인공수정을 위하여 생성한 배아가 남는(잉여배아 또는 잔여배아) 경우 배아를 보관했다가 나중에 분화시켜 얻거나 또는 체세포 복제를 통해 생성한 배아로부터 얻어낼 수 있다.¹¹⁷⁾ 즉, 연구목적을 위해 의도적인 것이든지 임신을 위해 생성했다가 불필요해진 상황의 변화에 따른 것이든지, 일단 인간배아의 생성 후 배아의 일정한 분화 및 발달과정에서 줄기세포를 추출하기

117) 정문식, 배아줄기세포연구시 배아의 생명권과 인간존엄, 한양법학, 제18집(2005), 95-96면.

위해 배아를 파괴하기 때문에, 배아를 생명체로 인식(하거나 이와 유사하게 이해)하는 상황에서 배아의 파괴를 헌법적으로 평가한다면 생명권에 대한 제한으로 이해할 수 있는 것이다.¹¹⁸⁾

나. 배아의 생명권 주체성 인정여부와 생명권 제한여부의 관련성

그러나 배아줄기세포연구를 통해서 배아의 생명권이 제한된다는 것은, 배아에게 생명권의 주체성을 인정한다는 것을 전제로 할 때 성립될 수 있는 주장이다. 즉, 배아에게 생명권의 주체성을 인정하지 않는다면, 배아줄기세포연구는 생명권의 제한문제로서 다룰 수 없으며 논의는 중단된다. 이와 관련해서는 학계에서는 배아의 생명권을 처음부터 인정하고

118) 배아줄기세포의 생성에 있어서 배아의 생명권에 대한 침해문제에 대해서는 정문식, 앞의 논문, 108-114면 참조. 배아의 생명권에 대한 제한은 국가가 줄기세포연구를 지원하는 경우에는 국가에 의한 생명권 제한으로 이해할 수 있다. 그러나 줄기세포 연구자에 의한 배아의 생명파괴라면 기본권의 충돌 내지, 제3자에 의한 기본권 제한으로 이해할 수도 있다. 결국 국가는 생명윤리법을 통해 배아와 연구자들 간의 이러한 기본권의 충돌 문제를 해결했다고 평가할 수 있다. 다만 일방(연구자)에 대한 기본권(학문의 자유) 제한은 타방(배아)에 대해서는 국가의 기본권 보호의무로서 다시 평가할 수 있다. 생명윤리법은 많은 비난에도 불구하고(예컨대 김혜경, 생명윤리 및 안전에 관한 법률상 처벌규정의 비판적 검토, 형사정책, 제19권 제2호(2007), 393-414면), 기본구조에 있어서는 연구자의 학문의 자유를 제한하고, 인간배아를 보호하기 위한 것이기 때문에 여기서 배아에 대해서는 뒤에서 국가의 기본권 보호의무로 다룬다.

배아줄기세포연구를 배아에 대한 위헌적인 생명권침해로 보는 입장과¹¹⁹⁾ 배아의 생명권을 인정하지 않고 배아줄기세포 연구의 합헌성을 인정하는 입장,¹²⁰⁾ 배아의 생명권은 인정하더라도 일정한 조건에서 배아줄기세포연구의 (위헌 내지) 합헌가능성을 인정하는 입장¹²¹⁾ 등으로 나뉜다.¹²²⁾ 인간에 대한 생명권의 인정 시점을 정자와 난자의 수정 시부터 인정하는 것으로 본다면¹²³⁾ 배아줄기세포연구에 대한 생명권의 위헌적 제한(침해) 여부를 구체적으로 평가할 수 있는 것이다. 따라서 배아줄기세포생성과 배아줄기세포연구가 생명권

119) 이러한 입장을 취하는 것으로 보이는 견해들도, 예컨대 박선영(인간의 존엄과 가치, 그리고 배아, 헌법학연구 제13권 제1호(2007), 390-191면. 교수는 배아의 생명권을 수정 이전부터 인정하면서도 배아줄기세포연구 자체가 위헌이라는 것인지, 아니면 생명윤리법에 대한 일정한 내용을 보강하면 문제가 없다는 것인지 불분명하며, 방승주(배아와 인간존엄, 27-31면) 교수는 인간존엄의 “상대화”를 언급하면서 잔여배아를 이용한 배아줄기세포연구가 생명권의 위헌적인 침해라고 주장하는 등, 단순히 배아의 생명권이 인정되기 때문에 배아줄기세포연구가 무조건 위헌이라고 주장하는 것은 아니다.

120) 예컨대 Ipsen, JZ 2001, S.989.

121) 예컨대 이인영, 인간복제 및 인간배아 연구와 관련된 법정책, 동인외, 생명인권보호를 위한 법정책, 2004, 313-314면; 정문식, 배아줄기세포연구시 배아의 생명권과 인간존엄, 111-112면.

122) 물론 아직 존재하지 않는 (미래)인간(?)의 기본권이 현재 기본권체계에서 (어느 정도) 실효성 있게 인정될 수 있는지에 대해서는 의문이 있지만, 예컨대 황성기(생명인권의 새로운 패러다임, 생명인권보호를 위한 법정책, 이인영 외, 2004, 53-80면) 교수는 생명권에 관한 기존의 논의구조에만 근거한 인간배아의 보호에 한계점이 있음을 지적하며, 새로운 인권 패러다임의 전환으로서 창의적인 “생명인권”개념을 제시하고 있다.

123) 예컨대, 정문식, 기본권으로서의 생명, (전남대)법학논총 제31집 제2호(2011), 15-16면.

에 대한 위헌적인 침해인가의 문제는 크게 배아의 생명권 인정여부에 대한 논란부분과 배아줄기세포 생성과정에서 생명권 제한이 위헌적인 침해인지에 대한 평가부분으로 나누어 살필 수 있다.

다. 배아에 대한 생명권의 인정 가능성

일반적으로 정자와 난자의 수정 시부터 염색체결합을 통해 수정란이 생성되고, 이때부터 ‘생물학’적으로 수정란인 인간배아가 ‘생명체’로서 생명이 시작된다는 것에는 광범한 합의가 있는 것으로 보인다.¹²⁴⁾ 다만, 수정란인 배아의 생명체성을 인정하더라도 언제부터 인간배아에게 인간생명 내지 ‘헌법적’인 생명권까지 인정할 것인지에 대해서, 예컨대 수정시점,¹²⁵⁾ 자궁에 착상시점,¹²⁶⁾ 원시선 발생시점, 출생시점 등

124) 예컨대 서경, “착상 전 배아의 도덕적 지위”, 대한산부회지 제51권 제3호(2008), 288면; Brew, Embryonenschutz und Stammzellgesetz, 2006, S.77 등 참조. 물론 수정란이 모체의 자궁에 착상하기 전까지는 단순한 세포덩어리로 보는 진보적(?)인 입장도 있을 수 있다(오일환, 줄기세포 연구와 관련된 법적 이슈들, 서울대학교 기술과 법 센터, 과학기술과 법, 2007, 237면).

125) 예컨대 정문식, 배아줄기세포연구시 배아의 생명권과 인간존엄, 107면; 방승주, 배아와 인간존엄, 26면 등. 다만 우리나라에서 배아의 생명권을 인정하는 시점을 수정 시라고 보는 것이 다수설이라는 입장에 대해서는 방승주, 배아와 인간존엄, 4면; 김혁돈, 줄기세포연구와 배아보호, (경북대)법학논고 제32집, 2010, 343면, 각주27 참조. 독일 학계의 다수 입장에 대해서는 대표적으로 Herdegen, in: Maunz/Dürig, GG, Art.1, Abs.1, Rn.64, Fn.5; Hillgruber, in: Epping/ders., GG, 2009, Art.1, Rn.4; Höfling, in: Sachs, GG,

을 인간생명으로서는 헌법상 생명권을 인정할 수 있다는 다양한 입장과 견해들로 구분할 수 있는 것이다.¹²⁷⁾

생명의 시작점을 결정하는 기준은 자연과학적 근거, 현실적으로 구체적인 필요를 모두 아우를 수 있는 가능성, 생명윤리문제를 일관되게 해결할 수 있는 가능성 등을 모두 고려하여 판단하는 것이 설득력을 가질 것이다.¹²⁸⁾ 자연과학적 근거 측면에서 자궁착상이나 원시선 출현 등은 인간으로서의 출생의 가능성 내지 개인성(Individualität)을 앞세운 것으로 보이지만, 정자와 난자의 수정 시부터 염색체결합을 통해 수정란이 생성되고, 이때부터 ‘생물학’적으로 수정란인 인간 배아가 ‘생명체’로서 시작된다는 점에 대해서는 광범한 합의가 있다.¹²⁹⁾ 정자와 난자의 수정 시 이후는 배아의 유전적·

6.Aufl., 2011, Art.1, Rn.59, Fn.248 등의 문헌 참조.

126) 형법상으로는 착상 시부터 배아를 보호하는 것이 다수설의 입장이라는 내용에 대해서는 최민영, 배아연구와 인간존엄, 안암법학 제32권(2010), 191-193면 참조, 시험관에 있든 모체 내에 있든 자궁에 착상하기 전까지는 기본권주체로 볼 수 없다는 비판에 대해서 상세하게는 Klopfer, Verfassungsrechtliche Probleme der Forschung an humanen pluripotenten embryonalen Stammzellen und ihre Würdigung im Stammzellgesetz, 2006, S.57ff. 참조.

127) 이에 대해서는 Böckenförde-Wunderlich, Präimölantationsdiagnostik als Rechtsproblem, 2002, 168ff.; 정문식, 배아줄기세포연구시 배아의 생명권과 인간존엄, 102-107면; 방승주, 배아의 인간존엄, 3-20면 등 참조. 방승주 교수는 “인간존엄의 시기”를 설명하면서 배아의 여러 단계를 구분하고 있는데, 인간존엄의 주체로서 시기와 생명권의 주체로서 기간이 (특히 생명권의 종기와 인간존엄의 종기가) 반드시 일치하는 것은 아니지만, 시기(始期) 면에서 동일하다고 보면 인간존엄의 시기라고 해서 크게 문제될 것 없다.

128) 정문식, 기본권으로서의 생명, 15-16면 참조.

생물학적 정도의 차이만 있을 뿐 모체의 자궁에 착상하여 인간 개체로 발전해가는 과정을 진행하는 점에서는 동일하다.¹³⁰⁾ 수정 시부터 인간생명체에 대하여 기본권 주체성을 인정한다면, 그 이후에 인간생명체에 가해지는 여러 가지 위험과 제약으로부터 생명을 보호하기 위한 국가개입의 정당성이 강화될 수 있는 장점도 있다.¹³¹⁾ 또한 생명윤리와 관련된 결정을 민주적 정당성을 갖는 의회 입법자들에게 맡길 수 있어 과학기술이나 사회가치관의 변화에도 유연하게 대처할 수 있다.

라. 배아줄기세포연구의 위험적인 생명권 제한 여부 판단 기준

배아줄기세포연구의 위험성 평가는 다시 배아의 생성과 관련한 생명권의 위험적 제한(침해)과 배아줄기세포연구의 목적과 관련항 생명권 침해 측면으로 구분해서 볼 수 있다. 먼저 임신과 출산 목적으로 생성되었으나 중도에 여러 가지 이유로 더 이상 인간으로 출생가능성이 남아있지 않은 소위 잔여배아를 줄기세포연구에 이용하는 경우에는 생명권에 대

129) 예컨대 서경, 착상 전 배아의 도덕적 지위, 286-289면; Brewe, Embryonenschutz und Stammzellgesetz, 2006, S.77 등 참조.

130) Kloepfer, Verfassungsrecht II, §57, Rn.5; Murswiek, in: Sachs, GG, 6.Aufl., 2011, Art.2, Rn.143 등 참조.

131) Kloepfer, Verfassungsrecht II, §57, Rn.6; Schulze-Fielitz, in: Dreier, GG, Bd.I, 2.Aufl., 2004, Art.2 II, Rn.61 등 참조.

한 제한이 정당화 될 수 있다.¹³²⁾ 그러나 연구목적을 위하여 배아를 생성시키는 것은 배아에게 생명권의 주체성을 인정하지 않는 한 정당화되기 어렵다.¹³³⁾

배아줄기세포연구의 목적인 측면에서 본다면 모든 배아줄기세포연구가 무차별적으로 정당화 될 수 있는 것은 아니고, 먼저 불치병 등을 치료하기 위한 연구가 생명권의 제한을 정당화 할 수 있을 것이다.¹³⁴⁾ 물론 불치병 등을 치료하기 위한 연구의 범위를 어떻게 구체적으로 명확하게 결정할 것인지에 대해서 또 다른 논의가 필요하나, 이에 관한 구체적인 범위의 설정은 민주적 정당성을 가지는 입법자의 과제라고 할 수 있다.¹³⁵⁾ 그 밖에도 생명과학 분야의 기본연구로서의 의미를 갖는 경우에도 배아에 대한 생명권 제한의 정당성이 인정될 수 있을 것이다.¹³⁶⁾

6. 환자의 생명권 내지 건강권

가. 배아줄기세포연구의 정당화 근거로서 환자의 생명권

132) 정문식, 배아줄기세포연구시 배아의 생명권과 인간존엄, 113-114면.

133) 정문식, 배아줄기세포연구시 배아의 생명권과 인간존엄, 112-113면.

134) 정문식, 배아줄기세포연구시 배아의 생명권과 인간존엄, 112면.

135) 정문식, 배아줄기세포연구시 배아의 생명권과 인간존엄, 111면.

136) 기본연구에 대해서는 정문식, 배아줄기세포연구시 배아의 생명권과 인간존엄, 97면.

내지 건강권

배아줄기세포연구를 통한 배아의 생명권 제한을 정당화할 수 있는 중요한 법익의 하나로서 환자의 생명권 내지 건강권을 들 수 있다. 이 때 건강권은 방어적 권리로서의 신체적 건강권이라기보다, 국가에 대한 적극적 청구권으로서의 신체의 건강권이라 할 수 있다. 생명권도 방어적 기본권으로서 생명권이나 기본권 보호의무로서 생명권이라기보다 생명유지를 위한 적극적 청구권으로서 생명권이라 할 수 있다.¹³⁷⁾ 따라서 환자의 치료를 위한, 특히 불치병이나 난치병 환자의 건강이나 생명을 위한 치료의 목적으로 배아줄기세포를 이용하거나 연구하는 경우에는 배아의 생명권과 환자의 생명권 내지 건강권이 비교형량 될 수 있는 것이다.¹³⁸⁾

나. 배아줄기세포 사용의 실용화 단계에 따른 구별

현재 상황에서 환자의 생명권을 강력하게 주장하기는 쉽

137) 생명권의 급부청구권적 성격에 대해서는 Kloepfer, Verfassungsrecht II, 2010, §57 Rn.31ff.; Horn, in: Stern/Becker, Grundrechte-Kommentar, 2010, Art.2, Rn.85ff. 등 참조.

138) 슈미트아쓰만(Schmidt-Aßmann, Grundrechtspositionen und Legitimationsfragen im öffentlichen Gesundheitswesen, 2001, 55 면)에 의하면 환자의 생명권은 오히려 배아줄기세포연구를 지원하는 입장이라고 볼 수 있기에, 생명권 측면에서의 논의가 반드시 연구의 자유에 대한 제한 논거로만 작용하지는 않음을 알 수 있다.

지 않다. 환자의 생명구조나 건강회복을 위한 실제 배아줄기 세포를 통한 구체적인 치료가 실용화단계에 이르지 않았기 때문이다. 그러나 황우석 박사의 연구결과에 희망을 걸었던 많은 불치병 환자들이 황우석 스캔들로 인하여 깊은 실의에 빠졌던 것을 보면, 많은 사람들이 여전히 자신의 생명권 내지 건강권을 위하여 배아줄기세포연구에 상당히 많은 관심과 열망을 가지고 있다는 현실을 무시할 수는 없다. 다만 아직 배아줄기세포를 이용한 치료 등이 실용화되지 않은 상태에서는, 배아의 생명권 제한을 정당화하는데 환자의 생명권 내지 건강권을 배아의 생명권에 대응하는 직접적인 형량대상으로 내세우는 것이 강력한 논거로 작용하기는 어려울 것이다.

그러나 배아줄기세포연구의 발달로 난치병 등의 치료가 실제로 가능한 단계에 이룬다면 문제는 간단하지 않다. 배아줄기세포의 사용이 구체화된다면, 이 때 환자의 생명권 내지 건강권은 배아의 생명권에 대응하는 직접적인 형량대상으로 인정될 수 있기 때문이다. 특히 환자가 여성일 경우, 자신의 난자와 체세포를 이용한 체세포복제를 통해 배아를 생성하여 배아줄기세포를 이용 치료하고자 한다면, 이는 더욱 복잡한 문제를 야기할 수 있다. 배아의 도구화로 인한 인간존엄과 생명권의 제한문제, 체세포복제라는 인간복제의 위험문제, 그리고 여성환자 자신의 생명권과 자기결정권 등이 서로 충돌하는 가운데 형량을 통해 해결되어야 할 문제로 남을

수 있기 때문이다. 반대로 남자 환자의 경우에는 체세포복제에 필요한 난자를 어떻게 구할 것인가 하는 문제가 더해질 수 있다. 현재와 같이 난자의 무상기증만 허용할 것인가, 아니면 치료목적만을 위한 경우에는 유상제공도 인정할 것인가, 아니면 더 나아가 난자의 제공에 대해서는 완전히 개인의 처분에 맡겨 자유롭게 결정하도록 할 것인가 등이 입법정책적인 측면에서 결정되어야 할 문제들이 될 것이다.

IV. 배아줄기세포연구와 학문의 자유

1. 헌법상 학문의 자유

가. 학문의 자유의 역사적 발전과 헌법규범화

독일헌법의 특수한 전통에서 발달한 학문의 자유 성립배경은¹³⁹⁾ 절대왕정과 교회의 절대교리로부터 벗어나려는 개인의 양심과 사상의 자유, 개인 연구자 자신의 순수한 연구를 통한 인격실현 추구, 학문의 자유를 보장해야 학문적 발

139) 이에 관한 자세한 내용은 정문식, 생명윤리법상 배아줄기세포연구 제한에 대한 헌법적 평가, 한양법학 제21집(2007), 742-745; 정문식, 학문의 자유와 입법정책, 법과정책연구 제6집 제2호(2006), 571-572면; Ruffert, VVDStDL 65(2006), S.146(161ff.) 참조. 이하 내용은 주로 정문식, 생명윤리법상 배아줄기세포연구 제한에 대한 헌법적 평가, 742이하; 정문식, 학문의 자유와 입법정책, 571-586 등을 참조.

전을 공동체의 복리증진에 유용하게 이용할 수 있다는 흄볼트의 대학개혁 사상 등을 통해서 발전하였다. 다른 유럽 국가들에 비해서 시민혁명과 자유화가 늦었던 독일에서 대학에 주어진 특권적 성질은 스멘트(R. Smend)¹⁴⁰⁾ 이후 대학의 기본권이라는 제도적 개념으로¹⁴¹⁾ 나타나게 되었다. 영미의 경우에는 표현의 자유와 별개로 학문의 자유를 보장할 필요가 없었고, 19세기 후반 이후에야 대학의 성격 변화로 학문의 자유가 논의되기 시작했을 뿐이다.¹⁴²⁾

학문의 자유가 헌법상 기본권으로 명시되기 시작한 것은 벨기에 헌법을 모범으로 한 1849년의 독일 파울스키르헤(Paulskirche, 소위 프랑크푸르트)헌법 제152조다.¹⁴³⁾ 이후 바이마르헌법 제142조에서¹⁴⁴⁾ 학문에 대한 국가의 보호의무

140) Smend, Das Recht der freien Meinungsäußerung, in: ders., Staatsrechtliche Abhandlungen und anderen Aufsätze, 3.Aufl., 1994, S.89(103) 참조.

141) 독일연방헌법재판소 관례에서는 BVerfGE 35, 79(113ff.) 이후 확립된 내용이며, 학계에서 대표적인 견해로는 Scholz, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 5 III(1977), Rn.131ff. 참조. 그러나 최근 독일연방헌법재판소는 브란덴부르크주 대학법에 관한 판결에서 학문의 자유를 대학의 기본권으로서 명시적으로 인정하기보다, 개인의 자유권과 학문이 국가에 대하여 갖는 관계를 규율하는 객관적인 가치결정 원리규범(objektive wertentscheidende Grundsatznorm)으로 인정하고 있다. BVerfGE 111, 333(353) 참조.

142) 양건, 헌법강의, 법문사, 2012, 459-460면 참조.

143) “학문과 그 교수는 자유다.(Die Wissenschaft und ihre Lehre sind frei)” 그 제정과정에 대한 상세한 설명은 Fehling, in: Dolzer/Vogel/Graßhof, BK, Art. 5 Abs. 3(Wissenschaftsfreiheit), 2004, Rn.2ff. 참조.

144) “예술, 학문 그리고 그 교수는 자유다. 국가는 이를 보호하고, 그

내용이 첨가되어 계승되고, 현재 독일헌법 제5조 제3항에서는 보호의무 규정이 삭제된 대신 연구의 자유가 포함되었다.¹⁴⁵⁾ 유럽연합기본권헌장(Charter of Fundamental Rights of the European Union) 제13조(유럽헌법조약안 제II-73조와 동일)에서도¹⁴⁶⁾ 학문의 자유가 존중된다고 명시적으로 규정되어 있고, 영국과 프랑스의 경우에는 명시적 헌법규정이 없어도 헌법상 보장된다.¹⁴⁷⁾ 인권에 관한 세계선언 제27조와¹⁴⁸⁾ 경제적·사회적 및 문화적 권리에 관한 국제규약(A규약) 제15조는¹⁴⁹⁾ 미국헌법 제1조 제8항 제8호의¹⁵⁰⁾ 영향을 받아 재산권적

진흥에 참여한다(Der Staat gewährt ihnen Schutz und an ihrer Pflege teil).”

- 145) “예술, 학문 그리고 연구와 그 교수는 자유다. 교수의 자유는 헌법에 대한 충실의무(Treue)로부터 벗어나지 못한다.(Die Freiheit der Lehre entbindet nicht von der Treue zur Verfassung)”
- 146) “예술과 (자연과학)연구는 (제한으로부터) 자유다. 학문적 자유는 존중된다.” 물론 영어본(The arts and scientific research shall be free of constraint. Academic freedom shall be respected)과 독일어본(Kunst und Forschung sind frei. Die akademische Freiheit wird geachtet)의 해석이 약간 다를 수 있다.
- 147) Kempen, in: Stern/Tettinger, Kölner Gemeinschaftskommentar zur Europäischen Grundrechte-Charta, 2006, Art.13, Rn.19 참조.
- 148) 1. 사람은 누구를 막론하고 사회의 문화생활에 자유롭게 관여하며 예술을 감상하고 과학의 발전과 그 혜택을 향유할 권리를 가진다. 2. 사람은 누구를 막론하고 그가 제작한 과학상, 문학상 혹은 예술상 작품으로부터 발생하는 정신적, 물질적 이익에 대하여 보호를 받을 권리를 가진다.
- 149) 1. 이 규약의 당사국은 모든 사람의 다음 권리를 인정한다. a. 문화생활에 참여할 권리 b. 과학의 진보 및 응용으로부터 이익을 향유할 권리 c. 자기가 제작한 모든 과학적, 문학적 또는 예술적 창작품으로부터 생기는 정신적, 물질적 이익의 보호로부터 이익을 받을 권리 2. 이 규약의 당사국이 그러한 권리의 완전한 실현을 달성하기 위하여 취

측면에서 학문의 자유를 보호하고 있다. 미국헌법에서는 학문의 자유를 보장하는 것이 자유로운 사상의 시장(free market place of ideas)에도 기여하기 때문에 표현의 자유와 구별되는 특별한 규정을 두지 않고, 수정 제1조의 표현의 자유의 일부로서 논의된다.¹⁵¹⁾ 우리 헌법 제22조 제1항에서는 “모든 국민은 학문과 예술의 자유를 가진다”고 규정하고 제2항에서는 “저작자, 발명가, 과학기술자와 예술가의 권리는 법률로써 보호한다”고 규정함으로써 구조면에서 유럽식 규정과 미국식 규정을 혼합한 것으로 보인다. 다만 대학의 자율성은 헌법 제31조 제4항에서 “교육의 자주성, 전문성, 정치적 중립성 및 대학의 자율성은 법률이 정하는 바에 의하여 보장된다”고 자유권적인 학문의 자유와 분리하여 규정하고 있다.

나. 학문의 자유의 헌법적 의미변화

학문의 자유는 창조적인 인간의 사고·탐구·행동 등 인간적인

하는 조치에는 과학과 문화의 보전, 발전 및 보급에 필요한 제반조치가 포함된다. 3. 이 규약의 당사국은 과학적 연구와 창조적 활동의 필수불가결한 자유를 존중할 것을 약속한다. 4. 이 규약의 당사국은 국제적 접촉의 장려와 발전 및 과학과 문화분야에서의 협력으로부터 이익이 초래됨을 인정한다.

150) 제8항: (제1호) 연방의회는 다음의 권한을 갖는다.(제8호) 저작자와 발명자에게 그들의 저술과 발명에 대한 독점적 권리를 일정기간 확보해 줌으로써 과학과 유용한 기술의 발달을 촉진시킨다.

151) Dederer, in: Aussprache und Schlussworte, VVDStRL 65(2006), S.217(218f.); 표시열, “정보화시대와 학문의 자유”, 교육법학연구 제7호, 1995, 102면 참조.

특성과 본성의 표출에 관련된 것이고, 객관적이며 합리적으로 검증할 수 있는 진실에 대한 탐구이다. 연구자 개인의 탐구 뿐만 아니라 지식을 얻기 위한 연구주체 간 상호교류의 공개된 과정 내지 절차도 보장하는 것이다. 17세기부터 나타난 학문의 자유는 연구자 개인의 고독한 진리에 대한 탐구, 연구결과의 발표와 교육 등이 주 내용이었으나, 19세기 중반부터 학문 자체가 세분화 되고 복잡 다양한 체제를 이루게 되었다. 학문의 경향도 정신과학 분야에서 지식탐구를 목적으로 하던 것이, 점차 자연과학기술의 발달과 산업사회의 출현으로 학문의 사회적·경제적 이용을 목적으로 변화하였다.¹⁵²⁾ 학문의 자유는 단순히 개인적인 인결실현을 위한 기본권일 뿐만 아니라, 공동체의 발전과 쇠퇴에도 실제적인 커다란 파장을 가져오는 중요한 기본권이 된 것이다.¹⁵³⁾

학문의 자유는 기능면에 있어서도 과거 주로 국가로부터의 자유를 의미했는데, 현재는 국가에게 학문의 자유가 제 기능을 발휘할 수 있는 조직을 구성하고 절차를 마련하도록 의무를 부여하게 된다.¹⁵⁴⁾ 학문의 자유를 실현하기 위해 국가에 간섭 배제를 요청할 뿐만 아니라, 학문의 자유를 실현하기 위해 국가의 지원과 개입을 요구하게 된 것이다. 그러나 외부로부터 지원과 개입은 새로운 학문의 자유에 대한 제한적 성격을 가질 수 있다. 예컨대 최

152) Pernice, in: Dreier, GG, Art.5 III (Wissenschaft), Rn.17 참조.

153) 슐테(M. Schulte, VVDStRL 65(2006), S.110(114ff.))는 이러한 변화를 Humboldt I에서 Humboldt II로의 변화라고 표현한다.

154) Schulte, VVDStRL 65(2006), S.110(122ff.); Bethge, in: Sachs, GG, 6.Aufl., 2011, Art.5 Rn.202ff.

첨단 과학기술 연구에 엄청난 경제적 이해관계가 영향을 미치기 때문에, 재정지원을 하는 私人 또는 국가가 연구자의 연구계획 등에 수정이나 변경을 요구하는 경우에 외부로부터 학문의 자유에 대한 위협은 언제나 존재하며, 반대로 국가나 사인으로부터 연구에 필요한 재정지원을 받기 위해 연구자 스스로 학문의 자유를 희생하는 내적 위험요소도 존재하게 되었다.¹⁵⁵⁾ 따라서 학문의 자유에 대한 기본권 침해의 헌법적 평가는 국가가 얼마나 개인의 자유를 제한하지 않는가에 초점을 맞추고, 다른 한편 국가가 학문의 자유에 대한 조직법적 혹은 절차법적 지원을 제대로 하고 있는가에도 초점을 맞추어야 한다.

2. 헌법상 보호되는 학문의 개념

가. 학문 개념 획정 시 문제

학문 개념의 획정에 따라 헌법상 학문의 자유가 보장하는 보호범위가 달라진다. 하지만 학문 개념을 정하는데 근본적인 어려움은, 학문의 개념을 헌법 자체가 설정해 놓지 않고 (헌)법 이외의 것들에 의해 정해지기 때문에 시대와 상황에 따라 학문 개념 자체가 변화될 수 있다는 것이다.¹⁵⁶⁾ 독일

155) Grimm, in: Aussprache und Schlussworte, VVDStRL 65(2006), S.217(223f.) 참조.

156) Scholz, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 5 III(1977), Rn.87 참조. 학문 개념의 변화가능성에 대한 독일 연방헌법재판소의 판례로는 BVerfGE

연방헌법재판소는 연구와 교수의 상위개념으로서 학문을 “내용과 형식에 따라 진지하고 계획적으로 진리탐구를 시도하는 모든 행동”으로 규정했다.¹⁵⁷⁾ 이것은 학문의 구체적인 내용을 문제 삼지 않고, 절차적인 특성만을 기반으로 하는 절차적 측면의 학문 개념을 설정한 것이다. 이러한 특성을 학문 개념의 개방성과 변화가능성이라 한다.¹⁵⁸⁾

그러나 이러한 학문 개념의 개방성이 야기하는 문제는 두 가지다. 첫째, 학문 개념의 개방성은 국가가 학문개념을 ‘법적으로’ 제한하거나 정의하는 것을 금지할 수 있지만 (Definitionsverbot),¹⁵⁹⁾ 학문 자체의 개념정의까지 금한다면 오히려 헌법적으로 보호되어야 할 학문의 대상을 결정할 수 없는 위험이 발생한다.¹⁶⁰⁾ 둘째로 현대학문의 다원성과 다양성까지 고려한다면 도대체 헌법상 보호되는 학문을 구별하는 구체적인 기준은 어떻게 설정할 것인가 하는 학문 개념 설정의 어려움이다.

90, 1(12) 참조.

157) 기본적으로 BVerfGE 35, 79(113); 47, 327(367) 참조.

158) 그 밖에 학문 개념의 의미론적 개방성과 구조론적 개방성에 대해서는 Alexy, Theorie der Grundrechte, 1994, S.57ff. 참조.

159) Fehling, in: Dolzer/Vogel/Graßhof, BK, Art.5 Abs.3(Wissenschaftsfreiheit), 2004, Rn.62 참조.

160) 따라서 Scholz, in: Maunz/Dürig, GG, Art.5 III(1977), Rn.88은 헌법적으로 보호받아야 할 필요성 때문에 학문의 개념을 정의할 것을 요구한다(Definitionsgebot).

나. 문제의 해결시도

학문 개념의 개방성이 야기하는 문제를 극복하기 위한 것이 소위 “학문의 자율성(Eigengesetzlichkeit der Wissenschaft)”이다.¹⁶¹⁾ 학문의 자율성이란, 학문 개념 정의 등에 국가와 법의 개입을 방지하는 대신 학문을 다루는 전문가 세계(학계)에서 자체적으로 개념이 확립되도록 돕고, 또 이를 인정한다는 것이다. 여기에는 다시 두 가지가 필요하다. 첫째 연구자 개인이 학문으로 이해한 학문 개념이 필요하다. 둘째 연구자 개인뿐만 아니라 그 연구자가 속한 학문체제 내에서 상호교류 속에 학계(scientific community)에서 학문으로 인정하는 학문 개념이 필요하다.¹⁶²⁾

이를 바탕으로 다음과 같은 결과가 가능하다. 첫째, 학문 개념정의 시 내용적인 접근보다 절차적이고 형식적인 접근을 통해, 학문의 자율성이라는 메카니즘으로 확인되는 내용만을 학문으로 이해한다. 즉 조작과 표절이라는 예외적인 경우에는 헌법이 보장하는 학문이 아니라는 분명한 학문의 기준을 제시하거나, 건전한 학문인지 불건전한 학문인지 혹은 학문적 성격인지 일반 정치적 성격인지 정도만 구별해 줄

161) 이 개념은 스펜트에게서 시작하여(Smend, Das Recht der freien Meinungsäußerung, in: ders, Staatsrechtliche Abhandlungen und anderen Aufsätze, 3.Aufl., 1994, S.89(106)) 슈미트글레저(W. Schmitt-Glaeser, WissR, 1974, 107(115))에 의해 일반화되었다.

162) 학문 개념의 자율성이 갖는 문제에 대해서는 정문식, 학문의 자유와 입법정책, 법과 정책연구, 제6집 제2호(2006), 577면 참조.

것이다. 또한 학문의 기본원칙에 위배되거나 학문의 체계성에 흠결이 있는 경우에는, 적어도 헌법적으로 보호받는 학문으로 인정하지 않고, 기본권 보장도 받지 못하는 것이다. 학문의 자율성은 학문적인 것과 비학문적인 것의 경계선상에 있는 유사학문 혹은 사이비 학문들만을 걸러내면서, 동시에 학문의 다양성을 존중하고, 기본권 주체인 연구자의 자유도 보장하는 것이다. 둘째, 학문의 자율성을 인정하면 공동체의 변화가 학계에 미치는 영향도 학문 개념에 반영된다.

과거 학문의 개념은 진리 또는 진실발견의 순수과학적 사고가 중심이었는데, 현재는 발견된 사실을 통해 이익을 추구하는 응용과학적 사고가 중심이 되고 있다. 따라서 과학기술 연구는 이제 진실의 발견보다 현실의 개선에 초점이 맞추어지고, 국가(공동체)적으로도 이익을 가져올 수 있는 경제적 동기에 근거한 학문 활동이 더욱 활발한 것이 현실이다. 따라서 산업연구도 학문으로 인정될 수 있으며, 단지 순수한 생산활동은 경제행위로서 학문의 영역에서 배제될 뿐이다.

다. 헌법상 보장되는 학문

앞의 논의를 적용하면 학문은 먼저 목적성에서 구별할 수 있다. 즉 학문을 하려는 목적이 진리탐구와 지식획득 등 원초적으로 알고자 하는 인간의 의지(Wissenwollen)에 기초해야 한다.¹⁶³⁾ 기본적으로 지식획득 뿐만 아니라 획득한 지식

의 활용도 그러한 목적에 포함될 수 있지만, 정치적 혹은 이념적 활용을 목적으로 하는 것은 학문의 목적에 포함되지 않는 것으로 본다.¹⁶⁴⁾ 다만 지식활용 목적이 경제적일 때는 이를 학문으로 보호할 것인지 아니면 재산권으로 보호할 것인지—기본권 경합이—문제될 수 있다.¹⁶⁵⁾ 현대 학문연구는 응용연구나 산업기술연구가 주류인 것을 고려한다면,¹⁶⁶⁾ 산

163) “학문의 자유라 함은 진리를 탐구하는 자유를 의미하는데, 그것은 단순히 진리탐구의 자유에 그치지 않고 탐구한 결과에 대한 발표의 자유 내지 가르치는 자유(편의상 대학의 교수의 자유와 구분하여 수업(授業)의 자유로 한다) 등을 포함하는 것이라 할 수 있다.” 헌재 1992.11.12, 89헌마88, 판례집 4, 739(756).

164) Fehling, in: Dolzer/Vogel/Graßhof, BK, Art.5 Abs.3(Wissenschaftsfreiheit), 2004, Rn.67; Pernice, in: Dreier, GG, Art.5 III (Wissenschaft), Rn.26; Scholz, in: Maunz/Dürig, GG, Art.5 III(1977), Rn.93f.; Starck, in: v.Mangoldt/Klein/ders., GG, Bd.1, 5.Aufl., 2005, Art.5 Abs.3, Rn.357 참조.

165) 독일에서는 법률유보 없는 기본권으로서 헌법 내재적 제한을 받는 학문의 자유와 법률유보적 기본권 제한이 가능한 재산권의 보호 메커니즘이 달라서 문제가 될 수 있으나, 우리의 경우는 제37조 제2항에 따라 일반적인 법률유보로써 기본권 제한이 가능한 문제이므로, 큰 차이는 없다고 본다. 다만 정신적 기본권으로서 학문의 자유의 제한은 엄격심사를, 경제적 기본권으로서 재산권은 완화된 심사기준을 적용하는 소위 이중기준(double standard) 원칙을 따른다면 문제는 다르다. 양건, 헌법강의, 법문사, 2012, 462면은 일반적 표현의 자유보다 학문의 자유가 더 강한 헌법적 보장을 받는다고 본다. 헌법재판소의 경우에도 그러한 뉘앙스를 풍기는 내용의 설시를 한 적이 있다. 예컨대 “진리탐구의 자유와 결과발표 내지 수업의 자유는 같은 차원에서 거론하기가 어려우며, 전자는 신앙의 자유·양심의 자유처럼 절대적인 자유라고 할 수 있으나, 후자는 표현의 자유와도 밀접한 관련이 있는 것으로서 경우에 따라 헌법 제21조 제4항은 물론 제37조 제2항에 따른 제약이 있을 수 있는 것이다.” 헌재 1992.11.12, 89헌마88, 판례집 4, 739(756).

166) 독일의 경우 대학에서 순수 학문연구는 전체 학문연구활동의 1/3에 그치고, 나머지 2/3은 기술과학연구에 속한다고 한다. Ruffert,

업연구의 경우 비학문성 여부가 문제되지 않고, 경제성 여부가 문제되는 것이므로 굳이 산업연구를 헌법상 보호되는 학문의 영역에서 배제할 이유는 없다.¹⁶⁷⁾

둘째, 학문은 체계성이라는 측면에서 다른 정신적 기본권과 차이가 있다. 즉 무질서·무분별·혼란 등을 전제로 하는 것이 아니라, 학계의 검증에 의한 객관적 진실성도 담보할 수 있어야 하기 때문에, 지식을 획득하기 위해 설정된 방식이 일정한 법칙에 따른 계획적이고 합리적인 것이어야 한다.¹⁶⁸⁾ 물론 많은 과학지식들이 우연이나 혹은 직관적이고 비합리적인 방법들을 통해서도 획득될 수 있는 것이어서 방법상 불합리성이 완전히 배제되는 것은 아니다.¹⁶⁹⁾ 그러나 직관만으로 충분한 것은 아니고,¹⁷⁰⁾ 직관이라 하더라도 일정한 숙고와 상호작용을 전제로 할 때 학문의 체계성은 인정되어 헌법상 보호되는 학문이라 할 수 있다.

VVDStRL 65(2006), S.146(158) 참조. 우리나라의 경우도 그러한 흐름에서 벗어나 있다고 말하기는 어렵다.

167) Ruffert, in: Aussprache und Schlussworte, VVDStRL 65(2006), S.217(232) 참조. 그러나 주관적인 연구의 목적을 파악하여 구별한다는 것은 사실상 어려운 문제다. 또 정치적·이념적인 것과 사회발전을 위한 사회적·경제적이라는 구분도 어려울 때는, 연구의 목적을 지식 획득에만 한정해야 학문의 개념기준으로서 작동할 것이다.

168) “학문의 자유에서 말하는 ‘학문’이란 일정한 지식수준을 기반으로 방법론적으로 정돈된 비판적인 성찰을 함으로써 진리를 탐구하는 활동을 말한다.” 헌재 2003.9.25, 2001헌마814, 판례집 15-2상, 443, 451.

169) Starck, in: v.Mangoldt/Klein/ders., GG, Bd.1, 5.Aufl., 2005, Art.5 Abs.3, Rn.353 참조.

170) Pernice, in: Dreier, GG, Art.5 III (Wissenschaft), Rn.27 참조.

우리 헌법재판소도 기본적으로 이러한 입장에 따라 헌법상 보호되는 학문의 개념을 진리탐구의 자유를 기본으로 “단순히 진리탐구의 자유에 그치지 않고 탐구한 결과에 대한 발표와 자유 내지 가르치는 자유 등을 포함하는 것”이라고 규정하고 있다.¹⁷¹⁾

라. 학문의 범위 획정과 위험한 과학기술

1960년대 원자력문제부터 시작하여, 70-80년대 유전공학, 21세기 줄기세포와 뇌연구 등, 과학기술연구가 개인의 생명과 신체에 막대한 영향력과 위험을 가져올 수 있음을 깨닫게 했다. 학문의 개념을 넓게 인정하여, 인류 자체에 엄청난 위험을 가져올지 모르는 그러한 과학기술연구를 헌법상 철저히 보호한다는 것은, 오히려 개인의 생명권 등을 엄청나게 위협하는 것이 된다. 이 때문에 이렇게 위험한 연구는 그 위험성 때문에 처음부터 헌법상 보호되는 학문의 범위에서 배제하려는 시각도 만만치 않다.¹⁷²⁾

171) 헌재 1992.11.12, 89헌마88, 4, 739, 756.

172) Diekert, Naturwissenschaft und Forschungsfreiheit, 1991, S.400ff.; Kleindiek, Wissenschaft und Freiheit in der Risikogesellschaft, 1998, S.178ff.; Lerche, Verfassungsrechtliche Aspekte der Gentechnologie, in Lukes(Hrsg.), Rechtsfragen der Gentechnologie, 1986, S.88(90ff.); Lorenz, Wissenschaft darf nicht alles!, in Badura/Scholz (Hrsg.), FS für Peter Lerche, 1993, S.267ff.; Pieroth/Schlink, Grundrechte, Rn.624ff.; Waechter, Der Staat, 1991. S.19(44ff.); Wahl, UTR 14(1991),

그러나 헌법조문 자체로는 학문의 개념을 좁혀서 해석할 아무런 근거를 발견할 수 없다. 또한 “위험한 과학기술이 제 3자의 기본권을 침해할 수 있는가”는 다른 기본권과 충돌 시 발생하는 문제를 해결하기 위한 기본권 제한에 관한 문제이고, “위험한 과학기술이 학문의 개념에 포함되는가”는 학문의 기본권 개념 확정에 관한 전혀 다른 차원의 문제다. 위험한 연구가 타인의 권리침해를 정당화 할 수 있는지는 기본권 제한 부분에서 형량과 실체적 조화를 통해 해결해야 할 문제다.¹⁷³⁾ 기능적인 측면에서도 위험한 연구로 인한 문제에 관하여 구체적인 형량과 실체적 조화는 주로 법원이 판단하게 되는데, 이를 학문의 개념 단계에서 미리 배제시킨다면 법원의 판단권한을 박탈하는 결과를 낳는다.¹⁷⁴⁾ 마지막으로 위험한 연구의 윤리적 문제나 연구책임이라는 개념 등은 불명확한 것으로서, 기본권 제한의 예측가능성이라는 법치국가적 요청에 적절한 것은 아니다.¹⁷⁵⁾ 연구위험이나 책임을 통해 신기술의 위험을 해소하려는 시도는 자칫 전적인 연구금지라는 견고한 장벽을 구축하게 된다.¹⁷⁶⁾ 위험한 연구

S.7(34) 등 참조. 학문의 개념에서 위험한 연구를 배제하려는 여러 논리적 시도의 유형들에 대해서는 정문식, 학문의 자유와 입법정책, 582면 참조.

173) Wendt, in: v.Münch/Kunig, GG, Bd.I, Art.5, Rn.101a 참조.

174) 정문식, 학문의 자유와 입법정책, 법과 정책연구, 제6집 제2호 (2006), 583면 참조.

175) Losch/Radau, NVwZ 2003, S.390(392); Diekert, Naturwissenschaft und Forschungsfreiheit, 1991, S.408; Schwarz, MedR 2003, S.158(161) 등 참조.

에 대한 사회적 결과에 대한 평가는 학문의 개념이 아니라, 기본권 제한의 이익형량이나 비례원칙을 통해 해결해야 하는 문제다.¹⁷⁷⁾

학문의 개념에서 위험한 연구를 배제하려는 시도는 연구자 측면에서 연구책임을 통해 규제하려는 것인데, 연구를 통해 나타난 결과의 범위를 어디까지 연구자의 책임으로 인정할 것인지는 연구자 자신의 책임과는 실제로 큰 관련성이 없다. 예컨대 노벨이 다이내마이트를 만들었지만, 그 후 세계 모든 전쟁에서 사용된 폭약에 대해서도 노벨에게 책임을 지울 수는 없다. 하드웨어든 소프트웨어든 컴퓨터발전과 인터넷 사용의 대중화에 기여한 연구자들은 세상 모든 음란물 사이트 운영을 통한 청소년 危害의 책임을 져야 하는 것은 아니다. 위험한 연구결과에 대한 책임이란 것은, 사실상 연구자 자신이 질 수 있거나 혹은 져야만 하는 것이 아니라, 공동체와 국가의 통제책임인 경우가 대부분이다. 연구자의 연구결과는 실제로 일반적인 도구처럼 상당히 중립적이다. 그러한 연구결과를 사회가 부당하게 사용하거나 혹은 남용

176) 황우석 사태 이후, 줄기세포연구에서 발전이 지체되고 있는 한국의 상황은, 한편으로 여론 때문이기도 하다. 하지만 실제 생명윤리법이 황우석의 연구만을 보호하고 다른 연구는 가능한 제한하려는 타협책에서 말미암았던 것으로, 법적으로도 소위 “사회에 대한 위험한 연구의 책임”을 통해 배아줄기세포의 위험을 막으려는 시도가 얼마나 연구 자체를 막는 것인지 보여주는 단적인 예라고 할 수 있다.

177) Fehling, in: Dolzer/Vogel/Graßhof, BK, Art.5 Abs.3(Wissenschaftsfreiheit), 2004, Rn.149; Pernice, in: Dreier, GG, Art.5 III (Wissenschaft), Rn.47 등 참조.

하지 못하도록 통제할 책임은 바로 국가에게 있는 것이다. 그렇기 때문에 학문의 개념에서 위험한 연구(책임)라는 이유로 이를 배제하는 것은 더욱 정당화되기 어렵고, 위험한 연구에 대한 결과는 연구자 개인이 아니라 전체공동체와 국가가 함께 해결해야 할 문제다.¹⁷⁸⁾ 따라서 배아줄기세포연구가 가져올 생명권에 대한 무분별한 침해라든지 인간존엄의 침해는 연구자 개인뿐만 아니라 공동체와 국가가 방지하기 위해 책임을 져야 하는 것이지, 연구를 인정할 수 없는 당연한 근거는 아니다.

마. 헌법상 보장되는 학문의 구체적 내용

예컨대 문제제기, 방법상 원칙들, 연구결과의 평가, 연구결과의 발표 등이 학문의 보호범위에 들 수 있다.¹⁷⁹⁾ 연구자가 책임지고 수행(eigenverantwortlich)하며, 학문적(wissenschaftlich)이라고 인정할 수 있는 모든 행동들이 학

178) 연구자의 연구책임을 사회적으로 분산시키려는 제도적 장치가 바로 ‘윤리위원회(Ethikkommission)’제도라고 할 수 있는데, 이에 대해서는 뒤에 제4절 III. 참조.

179) “학문의 자유라 함은 진리를 탐구하는 자유를 의미하는데, 그것은 단순히 진리탐구의 자유에 그치지 않고 탐구한 결과에 대한 발표의 자유 내지 가르치는 자유(편의상 대학의 교수의 자유와 구분하여 수업(授業)의 자유로 한다) 등을 포함하는 것이라 할 수 있다.” 현재 1992.11.12, 89헌마88, 4, 739(756). 독일 연방헌법재판소의 경우 BVerfGE 35, 79(113) 참조. 그 밖에 학문적 행동유형 등에 대해서는 이준일, 헌법학강의, 2007, 567-570면 참조.

문의 구체적인 내용이 될 것이다.¹⁸⁰⁾ 문제제기와 연구방법의 선정뿐만 아니라, 연구준비와 자료수집, 연구 상황에 대한 조사, 데이터와 서류의 열람과 사용, 감정평가 등 모든 연구와 관련된 행동들이 학문의 보호범위에 포함된다.

학문의 자유를 향유할 수 있는 인적인 보호대상은 직업적인 연구자뿐만 아니라, 자신의 직업과 관련 없이 학문적 활동을 하는 모든 사람도 포함한다.¹⁸¹⁾ 다만 학문적 활동을 하

180) Pernice, in: Dreier, GG, Art.5 III (Wissenschaft), Rn.30 참조.

181) 독일 학계와 독일 연방헌법재판소의 다수 견해라고 할 수 있다. 예컨대 BVerfGE 90, 1(11f.): "방어권으로서 학문의 자유는 학문적 활동을 하는 모든 사람에게 국가의 제한으로부터 자유를 보장한다(...). 따라서 학문적으로 활동하는 모든 사람은 학문지식의 획득과 전달과정에 대한 국가의 영향으로부터 보호를 향유한다." 학계의 경우에는 예컨대 Bethge, in: Sachs, GG, 4.Aufl., 2007, Art. 5, Rn.209; Denninger, in: ders./Hoffmann-Riem/Schneider/Stein, GG, Art.5 Abs. 3 I, Rn.27; Fehling, in: Dolzer/Vogel/Graßhof, BK, Art.5 Abs.3 (Wissenschaftsfreiheit), Rn.108; Häberle, AöR 1985, S.329(356f.); Oppermann, Freiheit von Forschung und Lehre, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), HStR., Bd.VI, 2001, §145 Rn.34; Pernice, in: Dreier, GG, Art.5 III (Wissenschaft), Rn.47; Scholz, in: Maunz/Dürig, GG, Art.5 III, Rn.119; 122; Starck, in: v.Mangoldt/Klein/ders., GG, Bd.1, Art.5 III, Rn.367; Wendt, in: v.Münch/Kunig, GG, Bd.I, Art.5, Rn.103 등 참조. 물론 Hailbronner, Die Freiheit der Forschung und Lehre als Funktionsgrundrecht, 1979, S.73ff.의 경우에는 모든 사람에게 인정되는 학문의 자유와 대학교수에 인정되는 연구·교수의 자유를 구별한다. 또한 Trute, Die Forschung zwischen grundrechtliche Freiheit und staatlicher Institutionalisierung, 1994, S.110ff.; Kleindiek, Wissenschaft und Freiheit in der Risikogesellschaft, 1998, S.308는 민영 혹은 개별 연구자에게는 학문의 자유에 의한 보호가 아니라, 직업의 자유·표현의 자유·일반적 인격권으로써만 보호하고자 한다.

는데 있어서 책임을 지고 수행하거나, 혹은 책임을 지고 수행하려는 지위에 있어야 한다.¹⁸²⁾ 단순히 보조 활동만 하는 사람에게는 학문의 자유가 인정되지 않는다. 반대로 실험을 직접 수행하지 않아도 책임을 지고 연구를 이끄는 사람에게는 학문의 자유 기본권 주체성이 인정된다.¹⁸³⁾

바. 배아줄기세포연구의 헌법상 보호되는 학문의 개념 대상여부

배아줄기세포연구는 수정란의 분화과정에서 아직 분화방향이 정해지지 않은 세포들의 메커니즘에 관한 발생학적인 지식획득에 목적이 있다(학문의 목적성).¹⁸⁴⁾ 학자들은 줄기세포가 생물의 발생과정에서 어떤 요소를 가지고 어떤 절차 가운데 어떤 역할을 하는지 체계적인 연구방법을 가지고 연구한다(방법의 체계성). 기본연구 뿐만 아니라, 줄기세포를 통한 인간의 세포조직이나 장기 등의 재생 및 대체가능성, 난치병으로 분류되는 질병치료 등을 위해 활용하기 위한 목적의 응용연구도 활발하다. 어떤 입장이든 배아줄기세포연구는 기본연구로서 뿐만 아니라 응용연구로서도 헌법이 기본

182) BVerfGE 55, 37(67f.) 참조.

183) Paul, Möglichkeiten und Grenzen der Forschung an embryonalen Stammzellen und des therapeutischen Klonen, 2004, S.34 참조.

184) 줄기세포연구에 대해서는 정문식, 배아줄기세포연구시 배아의 생명권과 인간존엄, 97면 참조.

권으로 보장하는 학문의 개념에 포함된다.

3. 학문의 자유에 대한 제한

가. 학문의 자유에 대한 제한의 의미

방어권으로서 학문의 자유는 학문 지식의 획득과 조사과정에 대한 국가의 모든 영향력에 대한 배제를 의미한다.¹⁸⁵⁾ 연구자 개인에 대한 국가의 영향력뿐만 아니라, 연구기관, 대학, 단체 등에 대한 국가의 영향력 행사는 학문의 자유에 대한 제한을 가져온다. 다만 정부의 위탁연구(Ressortforschung)에 있어서는 연구 자율성이라는 전제조건이 갖추어져 있지 않기 때문에 학문의 자유영역에 포함되지 않는 것으로 볼 수 있다.¹⁸⁶⁾

객관적 범규범으로서 학문의 자유는 국가로 하여금 학문을 보호하고 장려하며, 연구자가 공공자원과 연구운영기관에 참여하는 것을 절차적으로 보장하도록 요구한다.¹⁸⁷⁾ 이에 따라 국가는 연구자 개인의 자유로운 연구활동을 보장하기 위해 연구기관의 사무를 고려하고, 다른 연구 참여자들의 기본권도 잘 보장되도록 적절한 조치를 취해야 한다. 그런데 국

185) BVerfGE 47, 327(367); 이준일, 헌법학강의, 2007, 571-573면 참조.

186) Pernice, in: Dreier, GG, Art.5 III (Wissenschaft), Rn.30 참조.

187) BVerfGE 111, 333(354) 참조.

가가 이런 의무를 불이행하게 되면, 적극적인 작위에 근거한 기본권 제한은 아니나 소극적인 부작위에 근거한 기본권 제한이 발생하게 된다.¹⁸⁸⁾

나. 배아줄기세포연구의 자유에 대한 제한

현행 생명윤리법에 규정된 배아줄기세포연구에 있어서는 크게 두 가지를 학문의 자유에 대한 제한으로 평가할 수 있다.

(1) 연구기관의 등록제

등록은 행정상 관리 등을 이유로 일정한 행위를 위한 요건을 갖추어 공적인 장부에 기록하도록 강제하는 것이다. 등록요건이 너무 높거나 실제 행정권의 광범한 재량이 부여된 허가제와 같이 운용되면,¹⁸⁹⁾ 기본권의 위헌적인 침해를 가져올 수 있다. 앞에서 살펴 본 배아연구기관의 등록요건과 관련하여 생명윤리법 제18조 및 시행규칙 제7조와 별표 2에서 배아줄기세포연구에 필요한 최소한의 기본적인 시설을 요구

188) Jarass/Pieroth, GG, Art. 5, Rn.127; 이준일, 헌법학강의, 홍문사, 2007, 572-574면 참조.

189) 예컨대 정기간행물의 등록제와 미등록의 처벌에 있어서 형식은 등록제이지만 실질은 허가제인 경우 위헌문제는 양건, 헌법강의, 법문사, 2012, 491-492면 참조.

하고, 최소한의 연구 인력을 등록하도록 요구하고 있다. 이는 배아줄기세포연구에 필요한 최소한의 요건을 규정한 것이므로 그 요건이 상대적으로 상당히 높은 수준을 요구하지 않는 한 위헌적인 기본권 침해라고 보기는 어렵다. 물론 생명윤리법 제53조 제3호에서 등록의무를 위반하고 연구한 자에 대해서는 1년 이하의 징역 또는 2천만원 이하의 벌금이라는 형벌을 부과하고 있어서, 실제 국가가 연구의 내용을 검열하고 허가한다는 비판이 가해질 수도 있다. 그러나 등록요건은 연구내용을 기준으로 한 것이 아니라 객관적인 물적·인적 요소에 관한 것으로서, 무분별한 연구기관이나 연구진의 난립으로 배아줄기세포연구를 위한 배아의 파기가 무차별적으로 발생하는 것을 규제하기 위한 것으로 이해할 수 있다. 따라서 이러한 배아 남용을 방지할 목적으로 등록제 위반행위에 대하여 처벌하는 것은 연구의 자유라는 기본권의 위헌적 침해라고 보기 힘들다.¹⁹⁰⁾

(2) 연구계획서에 대한 주무장관의 승인

배아줄기세포연구라는 기본권의 행사가 생명윤리법 제19조에 근거하여 보건복지부장관의 승인이라는 행정적 통제를

190) 이와 같은 취지로는 정기간행물 등록제와 미등록 처벌에 관한 우리 헌법재판소의 판례(헌재 1997.8.21, 93헌바51, 판례집 9-2, 177, 190-194) 참조.

받는 것도 기본권 제한에 해당한다. 법률상 표현은 승인이지만, 승인이 없으면 연구를 할 수 없으므로 실제로는 강학상 허가에 해당한다. 허가를 다시 둘로 구분하면, 일정한 요건을 구비하면 행정청이 허가하는 소위 허가유보부 예방적 금지(präventives Verbot mit gebundenem Genehmigungsvorbehalt)와 요건을 충족하더라도 자유의 위험 때문에 행정청이 재량을 가지고 예외적으로 허가하는 소위 면제유보부 규제적 금지(repressives Verbot mit Befreiungsvorbehalt 또는 예외적 승인: Ausnahmewilligung)로 나눈다. 양자의 구별은 정도문제라는 회의적인 시각과 비판이 있지만,¹⁹¹⁾ 구별하는 것이 일반적이다.¹⁹²⁾ 기본권 제한의 시각에서 보면, 일정한 요건만 구비하면 행정청이 기속적으로 허가를 하는 예방적 금지의 경우에 일정한 요건을 구비하더라도 행정청의 재량에 따라 허가가 내려질 수 있는 예외적 승인보다 더 많은 자유가 보장되는 것이다.

생명윤리법 제19조 제4항의 위임에 따라 생명윤리법시행규칙 제10조에서는¹⁹³⁾ 연구의 목적, 연구의 우수성, 연구에

191) 예컨대 Schwabe, JuS 1973, S.133ff.; Gromitsaris, DÖV 1997, S.401ff. 등 참조.

192) 이에 대한 자세한 내용에 대해서는 Kloepfer, Umweltrecht, 3.Aufl., 2004, Rn.54ff. 참조.

193) 법 제19조제4항의 규정에 의한 배아연구계획서의 승인기준은 다음 각호와 같다.

1. 연구의 목적이 이 법에서 허용하고 있는 범위안일 것 2. 현재 이용

제공되는 잔여배아의 수량과 형태 및 수집계획, 연구자의 자격과 경력, 연구시설과 장비, 기간, 기관위원회의 심의과정 경과 등을 승인기준으로 제시하고 있다. 그러나 이러한 규정만으론 보건복지부장관의 승인이 기속적 행위인지 혹은 재량행위인지 판단하기 어렵다. 법률이 헌법에 합치될 수 있도록 합리적으로 해석할 수 있는 해석 범위 내에서, 생명윤리법이 기본적으로 학문의 자유라는 기본권을 보장한다는 의미에서 승인제도를 이해한다면, 주무장관의 승인을 기속적 행위로 인정하는 것이 타당하다. 이를 바탕으로, 배아줄기세포연구계획서가 생명윤리법 시행규칙 제10조에서 요구하는 기준을 모두 갖춘 경우에는, 보건복지부장관은 배아줄기세포 연구를 반드시 승인해야 한다고 해석할 수 있다. 따라서 시행규칙이 요구하는 배아줄기세포연구의 기준을 모두 갖추었음에도 승인이 거부된다면, 거부이유에 대한 입증책임은 보건복지부장관이 부담해야 할 것이다.

가능한 치료법이 없거나 기관위원회가 과학적 타당성을 판단한 결과 현재 이용 가능한 다른 치료법과 비교하여 현저히 우수할 것으로 예측되는 치료에 관한 연구일 것 3. 연구목적에 적합한 잔여배아의 수량·형태 등을 제시할 것 4. 연구책임자 및 연구담당자가 해당 연구분야의 자격과 경력을 갖추었을 것 5. 해당연구를 수행하기에 적합한 연구시설 및 장비를 갖추 것 6. 연구기간을 해당 연구를 수행하기에 충분한 기간으로 하였을 것 7. 기관위원회의 적절한 심의과정을 거쳤을 것 8. 잔여배아에 대한 적절한 수집계획을 갖추 것

4. 연구의 자유 제한의 정당성

가. 연구의 자유 제한의 정당성에 관한 심사기준

생명윤리법의 규정이 배아줄기세포연구를 제한한다면 그 제한은 개인 기본권에 대한 제한으로서 마땅히 헌법상 정당성을 가져야 한다. 우리 헌법상 기본권 제한의 정당성은 제37조를 근거로 인정될 수 있다. 배아줄기세포연구의 경우 헌법 제22조에 열거된 학문의 자유로 보호되는 것이므로, 제37조 제1항이 문제될 여지는 없다. 제37조 제2항의 일반적인 기본권 제한원칙에 근거하여 기본권 제한의 정당성을 입증하면 된다.¹⁹⁴⁾ 이는 기본권 제한의 형식 측면에서 정당성을 입증하고¹⁹⁵⁾ 기본권 제한의 내용 측면에서 정당성을 입증할¹⁹⁶⁾ 수 있으면 된다.

기본권제한의 형식에 관한 정당성은 다음과 같은 기준들을 충족할 때 인정될 수 있다. 먼저 배아줄기세포연구의 제한은 법률인 생명윤리법으로 직접 또는 생명윤리법에 근거해야 하며(법률유보원칙), 이 때 배아줄기세포연구를 제한하는 법률의 내용은 명확하고(명확성원칙), 배아줄기세포연구 제한에 관한 세부사항을 하위규범에 위임하더라도 구체적으로

194) 이에 대해서는 양건, 헌법강의, 법문사, 2012, 228-237면 참조.

195) 이에 대해서는 양건, 위의 책, 246-256면의 내용을 참조가능하고, 이하의 논의 쟁점도 기본적으로 이에 근거한다.

196) 이에 대해서는 양건, 위의 책, 256-266면 참조.

범위를 정해야 하고(포괄위임금지원칙), 중요한 연구제한 사항과 관련된 기준은 반드시 의회가 직접 결정해야 하며(의회유보원칙), 제한규범은 동일한 법률 내에서 혹은 다른 법규범과 체계 정합성을 가져야 한다(체계정당성원칙).

기본권제한의 내용에 관한 정당성은 다음과 같은 기준들을 충족할 때 인정된다. 이미 완료된 배아줄기세포연구를 소급해서 제한해서는 안 되며(소급입법금지원칙), 배아줄기세포연구의 제한은 입법목적을 이루기 위한 필요한 정도만큼만 이루어져야 하고 불필요하게 과도한 제한은 할 수 없으며(과잉금지원칙 혹은 비례원칙), 배아줄기세포연구를 제한하는 경우에도 배아줄기세포연구의 본질적 내용은 제한할 수 없는 것이다(본질적 내용 침해금지원칙).

생명윤리법의 체계정당성은 큰 논란을 불러일으키지 않고, 체계정당성 자체가 독립적인 위헌심사기준이라기보다 위헌의심만을 불러일으키므로 논할 실익은 적다. 이미 배아줄기세포연구 혹은 배아연구를 하고 있는 연구자에 대한 연구제한이 소급입법금지원칙 위반으로서 문제가 될 수 있는데, 이는 생명윤리법 부칙(제7150호, 2004.1.29.) 제2항과 제3항의197) 경과규정을 통해 해결하고 있으므로 역시 논의의 실

197) ② (잔여배아의 연구에 관한 경과조치) 다음 각호의 요건에 해당하는 잔여배아는 발생학적으로 원시선이 나타나기 전까지에 한하여 제 17조 각호의 1의 목적으로 이용할 수 있다. 1. 이 법 시행 전에 생성되었을 것 2. 생성 후 5년이 지났을 것 3. 동의권자의 동의를 얻을 것. 다만, 소재불명 등으로 동의권자의 동의를 얻을 수 없는 경우를

익이 적다.¹⁹⁸⁾

나. 명확성의 원칙

배아줄기세포연구를 제한하는 법률의 내용은 법치주의 원칙에 따라 명확해야 한다. 헌법재판소 판례의 기준에 의하면, 다소 광범하여 법관의 보충적 해석을 필요로 하는 개념을 사용하여도 통상의 해석방법에 의하여, 평균인이 법규의 금지된 행위, 의미 등을 알 수 있도록 규정했다면 명확성의 원칙은 지켜진 것이다.¹⁹⁹⁾ 또한 명확성의 원칙은 규범의 의미가 불확실하면 법적 안정성과 예측가능성을 확보할 수 없고, 법집행 당국의 자의적 법해석과 법집행을 가능하게 하기 때문에, 수범자에게 예측가능성을 주고 있는지 여부와 법규범이 법을 집행·해석하는 기관에게 자의적인 법집행이나 법해석을 배제할 수 있을 정도로 충분히 규정되었는지에

제외한다.

- ③ (체세포복제배아의 연구에 관한 경과조치) 이 법 시행 당시 제17조제2호의 규정에 의한 연구목적으로 체세포복제배아의 연구를 하고 있는 자는 다음 각호의 요건에 해당하는 경우에는 보건복지부장관의 승인을 얻어 당해 연구를 계속할 수 있다. 1. 3년 이상 체세포복제배아에 관한 연구를 계속하였을 것 2. 관련학술지에 1회 이상 체세포복제배아에 관한 연구논문을 게재한 실적이 있을 것.

198) 소급입법금지원칙(Verbot rückwirkender Gesetze)은 법익의 균형성(협의의 비례원칙)에 해당하는 문제로 보는 입장도 있다. 예컨대 Pieroth/Schlink, Grundrechte, 21.Aufl., 2005, Rn.295a 참조.

199) 예컨대 헌재 2005.6.30, 2002헌바83, 판례집 17-1, 812, 821 참조.

따라 판단한다.

배아줄기세포연구를 제한하는 등록제나 배아줄기세포연구 계획서의 승인과 관련해서 생명윤리법상 불명확한 내용의 규정은 일응 없는 것으로 보인다. 시행규칙 제10조에 규정된 배아줄기세포연구계획서의 승인기준으로서 연구목적이 “이 법에서 허용하고 있는 범위”내라든지, 다른 치료법과 비교하여 “현저히 우수할 것으로 예측되는 치료”에 관련된 연구라는 표현 등은 명확하지 않은 표현으로 볼 수도 있다. 하지만 제1조의 입법목적이 “생명과학기술이 인간의 질병 예방 및 치료 등을 위하여 개발·이용”하거나 “국민의 건강과 삶의 질 향상”에 이바지하는 것이라는 상당히 추상적·포괄적으로 규정되어 있으므로, 웬만한 배아줄기세포연구는 그러한 연구목적에 포함될 것이다. 다만 배아줄기세포연구가 난치병이나 불치병에 대한 현재 치료법과 비교하여 현저히 우수할 것으로 예측되는 치료를 목적으로 하는지 여부는, 보건복지부가 결정하기보다 오히려 의학회 등에서 전문적인 평가와 결정을 할 수 있는 문제로 사료된다. 그렇다면 보건복지부의 기준은 무엇을 의미하는지 분명치 않으므로 명확성 원칙에 위반되는 것으로 보인다. 실무에서 학계의 전문적인 의견을 구하는 것으로 해결될 수 있겠지만, 어쨌든 명확성에 있어서 의문이 있는 것은 사실이다.

비교법적으로 독일의 줄기세포법에서는 줄기세포연구가 “고도의 연구목적에 기여하고(Hochrangigkeit)” 대체가능성

이 없을 때(Alternativlosigkeit) 허가한다. 독일의 줄기세포 법상 연구허가기준은 합헌적 법률해석 원칙을 통해 합헌으로 평가받는다.²⁰⁰⁾ 우리 규정보다도 추상적인 것으로 보이는 독일 규정이 합헌적으로 평가될 수 있다면, 생명윤리법 규정도 불명확하여 위헌이라고 하기는 어렵다. 그러나 시행규칙 제10조의 배아연구계획서의 승인기준 자체는 명확성 원칙보다도 다음에서 언급되는 더 중대한 다른 헌법적 문제를 안고 있다.

다. 의회유보와 포괄위임금지

생명윤리법 제19조 제4항은 배아줄기세포연구계획서의 승인에 관한 기준을 직접 규정하지 않고, 전적으로 시행규칙인 보건복지부령에 위임했다. 어떤 배아줄기세포연구가 승인받을 수 있는지 여부에 대한 기준은 기본권 제한과 관련된 아주 중대하고도 핵심적인 기준이다. 기본권 실현과 관련된 영역에 있어서 중요한 본질적인 사항들은 의회가 직접 결정해야 한다(의회유보원칙).²⁰¹⁾ 어떤 연구가 승인받을 수 있고, 어떤 연구가 승인받을 수 없는지에 대한 기준은 연구자들이 법률을 통해 분명히 알 수 있어야 한다. 그런데 연구의 자유

200) 이에 대해서 자세히는 Jeong, Verfassungs- und europarechtliche Probleme im Stammzellgesetz, BWV, 2005, S.170ff. 참조.

201) 예컨대 헌재 1999.5.27, 98헌마70, 판례집 11-1, 633, 643 참조.

를 제한할 수 있는 이러한 중대한 기준을, 의회의 아무런 통제도 받지 않을 수 있는 부령에 위임한 것은 중대한 헌법상 원칙의 흠결이다.²⁰²⁾

다른 헌법재판소 판례들의²⁰³⁾ 내용에 비추어보면, 생명윤리법은 포괄위임금지원칙에 위배되기도 한다. 기본권 제한에 관한 요건에서 핵심적이거나 본질적인 중요성을 갖는 내용은 어느 정도 법률에서 규정하고, 그 외 상세한 내용에 대하여 하위법령에 위임할 수 있는 것이다. 그런데 그러한 중요한 요건에 관한 내용을 구체적으로 규정함이 없이 그에 대한 내용을 하위법령에 위임한 것은 헌법 제75조와 제95조에 위반되는 것이다. 기본권 제한에 대한 중요한 기준을 의회가 정하지 않고 행정부에게 일방적으로 맡기는 것은, 다른 한편 입법권을 행정권에 넘겨줌으로써 권력분립원칙에도 벗어나는 것이다.²⁰⁴⁾ 내용상 위헌의 소지가 있는 부분은 해석을 통해 해결할 수 있는 여지가 있지만, 형식상 위헌인 부분은 해결이 어렵다. 특히 생명윤리법 제19조 제4항이 배아연구계획서의 승인에 관한 기준과 절차, 제출서류 및 그 밖에 필요한 사항을 아무런 지침도 없이 보건복지부령으로 위임한 것은 포괄위임금지원칙에 대한 명백한 위반이다.²⁰⁵⁾

202) 정문식, 생명윤리법상 배아줄기세포연구 제한에 대한 헌법적 평가, 762-763면.

203) 예컨대 헌재 2005.4.28. 2003헌바40, 판례집 17-1, 508, 523-526 참조.

204) 대표적으로 Degenhart, Staatsrecht I, 21.Aufl., 2005, Rn.323 참조.

다. 비례원칙

(1) 입법목적의 정당성

배아줄기세포연구를 제한하는 입법목적은 제1조에 명시된 바와 같이 “생명과학기술에 있어서의 생명윤리 및 안전을 확보하여 인간의 존엄과 가치를 침해하거나 인체에 위해를 주는 것을 방지”하기 위한 것이다. 무분별하고 배금주의 등에만 기초한 무질서한 배아줄기세포연구와 그로 인한 배아의 파기와 남용 등 생명윤리의 파괴 등을 방지하기 위하여 배아줄기세포연구를 제한하려는 목적은 정당하며, 헌법 제37조 제2항의 질서유지와 공공복리라는 기본권 제한의 목적에도 부합한다.²⁰⁵⁾ 다른 한편 생명윤리법의 목적은 “생명과학기술이 인간의 질병 예방 및 치료 등을 위하여 개발·이용될 수 있는 여건을 조성”하기 위한 것이다. 이는 연구의 자유라고 하는 다른 측면의 기본권과 공공복리라는 헌법상 기본권 제한의 목적을 동시에 추구하고 있으므로 단순히 연구의 자유의 제한뿐만 아니라 연구의 자유도 동시에 보장하는 입법목적을 갖는다고 볼 수 있다.

205) 정문식, 생명윤리법상 배아줄기세포연구 제한에 대한 헌법적 평가, 763면.

206) 비례원칙 심사에 있어서 입법목적의 정당성심사에 대해 회의적인 견해도 있다. 예컨대 이기철, 헌법재판소는 비례의 원칙에 목적의 정당성을 포함시켜도 좋은가? 공법연구 제35집 제1호(2006), 특히 393-396면; 이준일, 헌법학강의, 홍문사, 2007, 383면 등 참조.

(2) 제한수단의 적합성

기본권 제한수단의 적합성이라는 기준은 입법목적을 위해 선택된 수단이 입법목적을 이루는데 기여하는지 여부만 심사하는 것이다. 즉 입법목적과 선택된 제한수단과의 관계만 심사한다. 선택한 수단이 가장 적합한지 여부는 다른 여타의 수단들과 비교를 통해 이루어질 수 있는 것이므로, 다음에 논하게 될 침해의 최소성을 통해 판단하게 된다.²⁰⁷⁾ 따라서 실제로는 입법자가 선택한 수단이 입법목적을 이루는데 전혀 관련이 없거나 효과가 없는 부적합한 수단이라는 것이 명백하지 않는 한 인정되는 것이다.²⁰⁸⁾ 배아줄기세포연구 시 연구기관의 등록을 강제하고 연구계획서의 승인을 요구하는 것은, 생명윤리 보호와 인간존엄과 가치의 보호라는 목적을 이루는데 명백하게 부적합한 수단이 아니다. 생명윤리의 경시와 인간존엄과 배아의 생명권 등의 무분별한 파괴를 방지할 수 있는 가능성이 어느 정도 있으므로 적합한 수단으로 볼 수 있다.²⁰⁹⁾

207) 우리 헌법재판소 판례에서는 수단의 적합성과 침해의 최소성 문제가 종종 혼합되어 심사되는데, 예컨대 헌재 2005.3.31. 2003헌가20, 판례집 17-1, 294, 309-310, 좀 더 정확하게 구별되어 한다.

208) Dreier, in: ders. GG, 2.Aufl., 2004, Vorb. Rn.147; Pieroth/Sclink, Grundrechte, 21.Aufl., 2005, Rn.283; Degenhart, Staatsrecht I, 21.Aufl., 2005, Rn.401 참조.

209) 정문식, 생명윤리법상 배아줄기세포연구 제한에 대한 헌법적 평가, 764면.

(3) 침해의 최소성(Erforderlichkeit des Mittels)

배아연구기관의 등록이나 배아연구계획서의 승인이 생명 윤리와 인간존엄과 가치보호에 적합하다 할지라도, 동일한 입법목적은 달성하면서 동시에 보다 완화된 배아줄기세포연구 제한의 형태나 방법을 모색함으로써 연구의 자유제한은 필요한 최소한에 그치도록 해야 한다. 이를 위해 입법자가 선택한 수단과 동일한 정도의 입법목적은 이룰 수 있는 다른 수단이 있는지, 다른 수단은 입법자가 선택한 수단보다 기본권 침해가 덜한 것인지를 평가한다. 동일한 입법목적은 달성할 수 있으면서도 기본권제한의 정도가 덜한 것이라면 입법자가 선택한 기본권 제한수단은 최소한의 기본권 제한을 가져오는 것이 아니므로 침해의 최소성에 위반되어 위헌인 것이다.²¹⁰⁾

법률이 규정한 제한수단과 동일한 정도의 입법목적은 달성할 수 있더라도 침해정도가 강한 제한조치라면 의미가 없기 때문에, 입법자가 선택한 제한수단인 배아연구기관의 등록제 또는 배아줄기세포연구계획의 승인제도보다 덜 제한적인 행정통제수단을 찾아본다면, 신고제(Anmeldungspflichten) 정도를 예로 들 수 있다. 신고제는 허가 등과는 달리 특정 사실관계 및 법률관계의 존부 및 그

210) 예컨대 헌재1990.9.3. 89헌가95, 판례집 2, 245, 260 참조.

내용을 행정청에 통보하면 그것으로 종료하는 것으로, 행정청의 별도의 의사표시를 요구하지 않는 것이다.²¹¹⁾

신고제는 행정통제로서는 기본적으로 가장 약한 수단이다.²¹²⁾ 신고제는 실제로 연구자의 연구 허용 여부에 대한 결정을 하는 것이 아니기 때문에, 기본권 주체인 배아줄기세포 연구자 입장에서는 연구의 자유가 좀 더 보장될 수 있다. 그러나 입법목적 측면에서는 신고제가 등록제나 승인제에 버금가는 효과를 달성할 수 있을지는 의문이다. 배아줄기세포 연구에 대한 아무런 통제를 하지 않는다면, 결과적으로 배아줄기세포연구는 입법자가 우려하는 생명윤리의 혼란과 인간 존엄과 가치의 파괴를 야기할 수 있는 가능성이 높아지기 때문이다. 허가적 성격을 갖는 등록제나 승인제보다 기본권 제한 정도는 약하지만, 입법목적은 그와 동일한 정도로 이룰 수 있는지 여부에 대해선 부정적이기 때문에 생명윤리법에서 규정하고 있는 배아연구기관의 등록제나 배아줄기세포연구의 승인은 최소침해원칙을 위반하지 않은 것으로 평가할 수 있다.²¹³⁾

211) 김성수, 일반행정법, 홍문사, 2004, 219면 참조.

212) Kloepfer, Umweltrecht, 3.Aufl. 2004, Rn.42 참조. 신고제는 허가를 대신할 수도 있고, 허가를 보충할 수도 있다. 신고제에 대하여 상세하게는 Kloepfer, Umweltrecht, 3.Aufl. 2004, Rn.41ff. 참조.

213) 정문식, 생명윤리법상 배아줄기세포연구 제한에 대한 헌법적 평가, 764-765면 참조.

(4) 법익의 균형성(Proportionalität des Mittels)

배아줄기세포연구의 제한이 입법목적을 이루는데 있어서 최소한의 기본권 제한이라 하더라도, 이를 통해 발생하는 공익의 실현과 사익(기본권)의 침해 사이에는 적정한 비례관계가 형성되어야 한다. 즉 기본권의 주체가 수인을 예측할 수 있는 정도의 기본권 제한만이 인정되는 것이다.

배아줄기세포연구 제한을 통해 이루려는 공익과 연구자들의 연구의 자유의 제한 사이에 이익을 형량해 본다면 다음과 같이 정리해 볼 수 있다. 연구의 제한을 통해 이루려는 공익이란 결국 생명윤리와 인간의 존엄과 가치라는 우리 공동체의 핵심적인 가치관 안정과 보호이다. 연구의 자유 제한은 기본적으로 필요한 연구기관의 인적·물적 시설에 대한 등록 의무와 배아줄기세포연구 계획이 무분별하게 남용되지 않도록 승인을 받는 것이며, 입법목적인 생명윤리법 제1조에도 잘 나타나 있듯이 연구의 자유가 함부로 공권력에 의해 제한받지 않도록 일정한 절차를 통해 보장하고 있으므로, 연구기관의 등록제나 연구계획의 승인 의무를 통해 제한받는 연구자 개인의 사익은, 생명윤리법이 이루려는 공익에 비해 상대적으로 적은 것이라고 말할 수 있다.²¹⁴⁾ 결론적으로 생

214) 이 때 법익의 균형성 부분에서 공익으로써, 연구를 통해 제한되는 배아생명체의 생명권이나 인간존엄도 고려의 대상이 될 수 있다. 이는 따로 국가의 배아에 대한 기본권 보호의무에서 검토할 수도 있기 때문에 뒤에서 다루기로 한다.

명윤리법상 배아줄기세포연구의 제한은 비례원칙에 위반되지 않는 합헌적인 제한이다.

(5) 연구의 본질적 내용 침해금지

배아줄기세포연구를 제한하더라도 연구의 본질적 내용은 제한할 수 없다. 먼저 연구의 본질적 내용이 무엇인가가 문제된다. 본질적 내용이 어떤 것인가에 대하여 기본권 마다 핵심에 해당하는 불변의 절대적 내용이 있다는 입장과²¹⁵⁾ 본질적 내용은 기본권 마다 달라 비례원칙에 따라 허용된 제한 가능성이 끝나는 곳에서 시작되기 때문에 비례원칙 위반이 곧 본질적 내용의 침해라고 보는 입장이 있다.²¹⁶⁾ 상대

215) “토지재산권의 본질적인 내용이라는 것은 토지재산권의 핵이 되는 실질적 요소 내지 근본요소를 뜻하며, 따라서 재산권의 본질적인 내용을 침해하는 경우라고 하는 것은 그 침해로 사유재산권이 유명무실해지고 사유재산제도가 형해화(形骸化)되어 헌법이 재산을 보장하는 궁극적인 목적을 달성할 수 없게 되는 지경에 이르는 경우라고 할 것이다. 사유재산제도의 전면적인 부정, 재산권의 무상몰수, 소급입법에 의한 재산권박탈 등이 본질적인 침해가 된다는데 대하여서는 이론의 여지가 없으나(…)” 헌재1989.12.22. 88헌가13, 판례집 1, 357(372). 전광석, 한국헌법론 제4판, 집현재, 2007, 222-225면.

216) “생명권에 대한 제한은 곧 생명권의 완전한 박탈을 의미한다 할 것이므로, 사형이 비례의 원칙에 따라서 최소한 동등한 가치가 있는 다른 생명 또는 그에 못지 아니한 공공의 이익을 보호하기 위한 불가피성이 증득되는 예외적인 경우에만 적용되는 한, 그것이 비록 생명을 빼앗는 형벌이라 하더라도 헌법 제37조 제2항 단서에 위반되는 것으로 볼 수는 없다(…)” 헌재1996.11.28. 95헌바1, 8-2, 537(546). 양건, 헌법강의, 법문사, 2012, 264-266면; 이준일, 헌법학강의 제2판, 홍문사, 2007, 387-388면; 장영수, 헌법학 제2판, 홍문사, 2007, 521

설의 입장을 따르면, 생명윤리법에 나타난 배아줄기세포연구에 대한 일정한 제한은 비례원칙에 위배되지 않으므로 연구의 본질적 내용에 대한 침해도 발생하지 않는다. 절대설의 입장을 따라 연구의 핵심적 내용을 인정하더라도 현재 생명윤리법 규정은 배아줄기세포연구 자체를 금지한다거나 심각하게 제한하고 있는 것은 아니므로, 학문의 자유의 본질적 내용을 제한하지 않는다고 평가할 수 있다.²¹⁷⁾

5. 생명윤리법상 배아줄기세포연구 제한의 실제

배아줄기세포연구 규제에 대한 보건복지부의 실제 운용에 관한 공식적 자료는 아직 공표되지 않아서, 실제 배아줄기세포연구계획의 승인이 어떻게 이루어지고 있는지, 어떻게 제한되고 있는지 명확하게 파악할 수는 없다. 이는 수입한 배아줄기세포를 통한 배아줄기세포연구를 허가하는 주무부서인 독일의 로버트코흐 연구소(Robert Koch Institut: RKI)가 허가한 줄기세포연구의 연구주제와 연구책임자, 연구의 목적과 의의 등에 대한 간략한 정보와 허가여부를 공개하는²¹⁸⁾

면; 정종섭, 헌법학원론, 박영사, 2006, 301-302면 등 참조.

217) 정문식, 생명윤리법상 배아줄기세포연구 제한에 대한 헌법적 평가, 767면.

218) 2006년 현재 독일에서 엄격한 조건하에 허가되고 있는 배아줄기세포연구에 대한 정보는 www.rki.de/cln_048/nn_197444/DE/Content/Gesund/Stammzellen/Materialien/Links/links-inhalt.html?_nnn=true 에서 확인할 수 있

운용실제와 비교해 볼 때, 민주적 통제 측면에서 부족한 것으로 보인다.

보건복지부 담당 관계자의 비공식적인 자료에 따르면,²¹⁹⁾ 배아연구와 배아줄기세포연구의 구별 없이 2005년부터 2012년 11월 현재까지 8년 동안 총 118건이 신청되어 112건이 승인되었다. 배아연구 또는 배아줄기세포연구계획이 신청되어 특별한 이유로 승인되지 못한 연구계획은 별로 없는 것으로 보인다. 이러한 생명윤리법의 운용 실체는 생명윤리법이 배아줄기세포 연구의 자유를 과도하게 제한하지 않는다는 것을 나타내는 반증이기도 하다.²²⁰⁾

이렇게 보건복지부의 배아줄기세포연구에 대한 승인이 거의 인정되는 것은 생명윤리법 제19조 제2항,²²¹⁾ 제3항²²²⁾ 등

다.

219) 배아연구 신청 및 승인 실적 ('07년~'12.11월 현재)

합계		2005		2006		2007		2008		2009		2010		2011		2012	
신	승	신	승	신	승	신	승	신	승	신	승	신	승	신	승	신	승
118	112	36	34	16	14	11	11	20	20	11	10	9	7	13	13	3	3

※ 줄기세포주 이용연구는 우리 부 승인사항에서 기관생명윤리심의위원회(IRB) 심의 후 기관장 승인사항으로 변경('10.1.1)되었으며, '10년 승인건은 모두 일본에 보고된 줄기세포주 이용연구임

220) 정문식, 생명윤리법상 배아줄기세포연구 제한에 대한 헌법적 평가, 767-768면.

221) “제1항의 규정에 의한 배아연구계획서에는 배아연구기관 안에 설치된 기관위원회의 심의결과에 관한 서류가 첨부되어야 한다.”

222) “보건복지부장관은 다른 중앙행정기관의 장이 연구비를 지원하는 배아연구기관으로부터 연구계획서를 제출받은 때에는 승인여부를 결정하기 전에 그 중앙행정기관의 장과 협의하여야 한다.”

과 관련이 있는 것으로 추정된다. 배아줄기세포연구의 윤리적 문제에 대한 배아연구기관 내에 기관위원회가 이미 학문적·윤리적으로 심사한 내용을, 정부가 달리 평가하면서 과학적이고 윤리적인 다른 견해의 입증책임을 부담하는 것이 어려울 수 있다. 또 다른 행정 부처에서 지원하는 연구의 경우에는, 다른 기관이 인정하고 지원하는 연구를 윤리적·학문적 이유를 내세워 거부하는 것도 쉽지 않기 때문일 것이다.

이를 종합적으로 볼 때, 생명윤리법의 실제 운용 면에서도 배아줄기세포연구라는 학문의 자유에 대한 제한은 헌법적으로는 큰 문제가 없다고 볼 수 있다.

V. 배아줄기세포연구와 부모의 자기결정권

1. 헌법상 부모의 자기결정권

가. 헌법상 자기결정권의 개념

자기결정권이란 개인이 자신의 생활에 관한 중대한 사항에 대하여 스스로 자유롭게 결정하고 그 결정에 따라 행동할 수 있는 권리를 의미한다.²²³⁾ 자기결정권은 개인의 인격

223) 김주현, 자기결정권과 그 제한, 헌법논총 제7집(1996), 30면; 성낙인, 헌법학, 법문사, 2009, 408면.

적 생활과 발전에 있어서 기본을 이루는 것이며, 인격적인 독립적 존재로서 자신의 운명이나 인생에 관하여 스스로 결정하고 그에 따라 책임있게 행동함으로써 인격적 가치가 존중되고, 고유한 개성이 발현되는 것을 내용으로 한다.²²⁴⁾

나. 자기결정권의 헌법적 근거

자기결정권은 헌법상 명문의 규정이 없기 때문에 학설은 헌법 제10조 전단부의 인간의 존엄과 가치를 인격권으로 보고 인격권과 행복추구권에서 구하는 견해가 있는가 하면, 헌법 제10조 후단의 행복추구권에서 구하는 견해, 헌법 제10조와 제37조 제1항의 열거되지 않은 기본권에서 구하는 견해, 헌법 제37조 제1항에서만 구하는 견해 등으로 나누어져 있다.²²⁵⁾ 일반적으로 공통되는 것은 헌법 제10조 내지 헌법 제37조 제1항에서 근거를 찾는다는 것이다.

헌법재판소도 헌법 제10조에서 보장되는 “개인의 인격권 · 행복추구권에는 개인의 자기운명결정권이 전제되는 것이고, 이 자기운명결정권에는 임신과 출산에 관한 결정, 즉 임신과 출산의 과정에 내재하는 특별한 희생을 강요당하지 않을 자유가 포함되어 있다”거나,²²⁶⁾ 자기결정권은 헌법 제10

224) 성낙인, 헌법학, 법문사, 2009, 408면.

225) 이에 대해서는 민병로, 헌법상 자기결정권과 후견주의, (전남대)법학논총, 제32집 제1호(2012), 151면 참조.

226) 헌재 2012.8.23, 2010헌바402, 공보 191, 1581, 1584.

조의 행복추구권에서 파생되는 것으로서 “이성적이고 책임감 있는 사람의 자기의 운명에 대한 결정·선택을 존중”하는 것이라고 보고 있다.²²⁷⁾ 즉, 헌법 제10조에서 파생되는 인격권 내지 행복추구권을 보장하기 위한 기본권으로 파악하고 있다.

다. 자기결정권의 성격

자기결정권은 행복추구권에서 도출되는 내용으로 인정되지만, 행복추구권 자체가 포괄적이고 일반적인 기본권으로서의 성격을 가진다. 포괄적이고 일반적이란 의미는 헌법에 열거된 개별적 기본권과 열거되지 않은 개별적 기본권 모두의 근거가 되고 그 원천을 이룬다는 것이다.²²⁸⁾ 포괄적 기본권과 개별적 기본권은 일반법과 특별법의 관계이기 때문에, 행복추구권은 개별적 기본권이 적용되지 않을 때 보충적으로 적용된다는 것을 의미한다. 따라서 자기결정권도 그 구체적인 내용은 개별기본권을 통해서 반영될 수도 있고, 개별기본권으로 포섭할 수 없는 경우에는 헌법 제10조에 근거하여 독자적인 근거로 제시될 수도 있는 것이다.²²⁹⁾

227) 헌재 2010.3.25, 2009헌마170, 판례집 22-1상, 535, 544.

228) 양건, 헌법강의, 법문사, 2012, 296면.

229) 헌재 2000.6.1. 98헌마216, 판례집 12-1, 622, 648.

2. 배아줄기세포연구 시 부모의 자기결정권의 내용

가. 부모의 가족형성을 위한 배아생성권

부부가 자녀를 낳아 가족을 구성하고자 하는 것은 일반적으로는 헌법상 개인의 행복추구권(헌법 제10조)에서 말미암는 자기결정권의 내용으로 인정될 수 있을 것이다. 자기결정권이 자신의 사적인 사항, 즉 결혼, 이혼, 출산, 피임, 낙태 등 혼인과 가족생활에 있어서 인생의 전반에 걸친 계획에 관한 사항에 관하여 스스로 결정할 수 있는 자유를 내용으로 하기 때문이다.²³⁰⁾ 헌법재판소는 임신과 출산에 관한 과정에 내재하는 특별한 희생을 강요당하지 않고 스스로 이에 관한 결정을 내릴 수 있는 것을 자기운명결정권이라고 인정하였다.²³¹⁾ 또한 자신의 가족을 어떻게 구성할 것인지에 대한 결정은 사적인 문제에 관한 것으로서 헌법 제17조의 사생활 형성의 자유에 포함될 수도 있다. 다른 한편 헌법 제36조 제1항에서 규정하고 있는 혼인과 가족생활의 보장은 자유권적 측면에서 본다면, 가족형성의 자유 또는 출산의 자유 내지 생산권(Recht auf Fortpflanzung)으로서 보장될 수 있을 것이다.²³²⁾

230) 김주현, 자기결정권과 그 제한, 30면.

231) 헌재 2012.8.23. 2010헌바402, 공보 191, 1581, 1584.

232) 자유권으로서 혼인과 가족의 자유에 대해서는 Kloepfer, Verfassungsrecht II, S.398ff.; Stern, Das Staatsrecht der

이에 따라 자연적인 방법에 의한 임신의 불가능 또는 건강상의 이유로 불임인 부부에게는 인공수정을 통한 배아생성의 자유가 인정될 수 있다. 모의 건강 등을 이유로 또는 자녀의 수에 관하여, 그 밖에 자녀의 터울 등을 조정할 이유로 배아의 생성과 보존 등에 관하여 스스로 결정할 자유도 인정될 수 있다. 인공수정 실패 시 이용할 목적때문에 예비적으로 생성한 배아가 인공수정과 출산의 성공으로 더 이상 필요 없게 된 경우에는 남은 배아(잔여배아)를 계속해서 자궁에 착상시켜 임신할 것인지 아니면 임신을 포기하고 파기할 것인지를 결정할 수 있는 자유가 인정될 수 있다.

Bundesrepublik Deutschland, Bd.IV/1, 2006, S.407ff. 등 참조. 이와 관련하여 국제법상으로는 재생산권이라는 명칭으로 여성의 출산의 자유를 보장하려고 한다. 재생산권은 1968년 테헤란 국제인권회의에서 처음으로 주목되기 시작한 것으로, “부모가 자유롭게 책임있게 (freely and responsibly) 그들의 자녀의 수와 터울을 결정할 기본적인 인권”으로 출발하여, “그러한 권리를 행사할 수 있는 정보와 수단, 가장 높은 수준의 선적 재생산 건강을 누릴 권리”를 포함하는 것으로 발전하였다. 이에 따라 재생산권은 성관계에 있어서 피임 등과 관련한 평등하고 자율적인 성적 자기결정권, 재생산의 여부, 시기 및 횟수 조절 등과 관련하여 강요된 낙태를 하지 않을 권리 및 원치 않는 임신에 대해 자유로운 결정으로 낙태관련 자기결정권, 출산과정에서 육체적·정신적으로 안전한 보장을 위한 건강권 등이 보장되는 것을 의미한다. 이와 관련해서는 차선자, 장애 여성의 재생산권에 대한 고찰, (전남대) 법학논총, 제27집 제2호, 2007, 191-195면; 이화선, 결혼이주여성의 재생산권에 관한 고찰, 미국헌법연구 제23권 제1호, 2012, 216-217면 등 참조. 물론 헌법재판소는 아직 재생산권에 대해서는 명확한 입장을 취하거나 표시한 적은 없지만, 자기낙태죄에 관한 최근 결정에서 기본적으로 출산과 낙태에 관하여 “자기운명결정권”은 인정하였다. 헌재 2012.8.23. 2010헌바402, 공보 191, 1581, 1584.

나. 부모의 배아처분에 대한 자유

이 때 잔여배아를 배아줄기세포연구를 위해 필요한 연구자(기관)에게 제공할 자유도 인정될 수 있는지가 문제될 수 있다. 잔여배아를 임신에 사용하지 않을 것이라면, 이를 그대로 파기하는 것 보다는 공동체발전에 유용한 연구목적, 예컨대 난치병이나 불치병 환자들의 치료를 위한 배아의 이용 등에 제공하는²³³⁾ 것도 인정될 수 있기 때문이다. 이에 대하여 배아에게도 헌법상 기본권의 주체성이 인정된다면 배아의 존재 자체에 대한 처분은 부모의 자기결정권의 내용에 포함될 수 없다는 반론이 가능하다.²³⁴⁾ 헌법재판소도 부모가 자녀에 대하여 갖는 자녀교육권은 부모의 자기결정권이 아니라 자녀의 행복, 즉 자녀의 복지를 가장 잘 판단하고 평가할 수 있는 상황을 전제하여 인정된 것이라고 판단한 사례도 있다.²³⁵⁾

그러나 모의 임신을 통하지 않고는 완전한 인간으로서의 존재를 완성할 수 없는 배아에 대하여, 국가가 그 존재를 보호하지 않는 한 부모에게 그 책임과 의무를 전적으로 전가시킬 수는 없다. 이는 부모의 자기결정권에 반하기 때문이다. 따라서 잔여배아에 대한 국가의 제도적인 보장이 없는

233) 정문식, 배아줄기세포연구시 배아의 생명권과 인간존엄, 119면.

234) 예컨대 방승주, 착상전 진단의 헌법적 문제, 100면.

235) 헌재 2000.4.27. 98헌가16, 판례집 12-1, 427, 446-447.

한, 잔여배아에 대한 폐기 내지 연구목적에 위한 제공을 결정할 수 있는 부모의 자기결정권은 인정될 수 있다. 다만, 연구목적에 위한 배아의 제공은 무상으로 이루어져야지, 유상으로 인정될 수는 없다. 배아를 단순한 거래의 대상으로 삼는 것은 배아가 가지는—배아의 기본권 주체성을 인정하는 경우는 인간존엄에 위반됨은 물론, 배아의 기본권주체성을 인정하지 않고 단순히 국가의 보호대상으로 인정하는 경우에도—헌법적 가치에 반하기 때문이다. 따라서 생성된 배아를 처분하는데 있어서 그대로 파기할 것인지, 아니면 연구목적에 위한 제공할 것인지에 대해서는 부모가 직접 결정할 수 있다.

3. 배아줄기세포연구 시 부모의 자기결정권에 대한 제한

생성된 배아의 처분에 있어서 부모의 자기결정권이 제한되는 경우란, 배아를 임신에 사용하려는 것을 방해한다거나, 배아를 폐기하려는 것을 제지하고 배아를 보존하도록 강제한다거나 또는 부모의 의사에 반하여—예컨대 부모는 배아를 폐기하려는데 연구목적에 배아를 제공하도록 강제하는 등—배아에 대한 처분을 국가가 결정하는 경우 등이다. 생명윤리법에 있어서 부모의 자기결정권이 제한될 수 있는 경우란, 부모가 배아의 보존기간을 5년 이상의 장기로 결정하려는데 제16조 제1항에서 배아의 보존기간을 5년으로 제한하는 것

이다. 또한 제2항에서는 연구목적으로 제공되는 경우를 제외하고는 배아를 강제로 폐기하도록 규정하고 있다. 배아의 생명권을 인정하는 경우에는 배아의 생명권 제한도 인정될 수 있는지는 논외로 하더라도, 자기비용으로 장기간 배아를 보존하려고 하는 경우에는 부모의 자기결정권에 대한 제한으로 볼 수 있다.

4. 부모의 자기결정권 제한에 대한 정당성

잔여배아의 보존기간을 5년으로 정한 것은, 일반적으로 5년이 지난 잔여배아는 실질적으로 임신을 위하여는 사용할 수 없다는 현실적인 이유 때문이다.²³⁶⁾ 즉, 부모가 잔여배아의 보존기간을 5년 이상의 장기로 정하더라도, 임신을 위한 목적에는 사용되기 어려워 이를 법 규정에 반영하고 있는 것이다. 잔여배아의 보존 그 자체를 목적으로 할 수도 있겠지만, 그렇게 되는 경우에는 배아상태로 장기간 보존하는 것이 출생 내지 인간(생명체)이라고 하는 배아의 목적-배아의 생명권을 인정하는 경우에는 배아의 인간존엄-에 맞는지의문이 들 수 있다. 따라서 현실적으로 임신에 사용할 수 있는 기간으로서 5년의 보존기간을 제한하는 것은, 임신을 통한 출산 내지 출생이라고 하는 배아의 본래 사용목적에만

236) 김장한, 생명윤리및안전에관한법률의 분석, 한국생명윤리학회지 제5권 제1호(2004), 6면.

배아가 사용되고 그 밖의 사유로는 남용되지 않도록 하기 위한 것으로서 입법목적은 정당하고, 이를 위한 수단으로서 5년의 보존기간도 적합하다고 평가할 수 있다. 부모의 의사에 따라 5년 이상의 기간으로 정하는 것도 기본권의 침해최소성 측면에서 고려할 수 있으나, 장기간 보존하더라도 크게 문제가 되지 않도록 하는 기술의 발달이 전제되지 않고는, 5년 이상 장기간 보존이 더 침해가 적은 수단이라고 보기는 어렵다. 이를 통해 배아가 가능하면 임신과 출산의 목적으로만 사용되도록 보호하려는 공익과 배아에 대하여 자기결정권을 행사하려는 부모의 사익 간에는 적절한 균형성이 인정된다고 보인다.

5. 생명윤리법의 개정

개정 생명윤리법 제25조 제2항은 배아의 보존기간을 “항암치료 등 복건복지부령으로 정하는” 경우에는 부모가 5년 이상으로 정할 수 있도록 부모에 대한 자기결정권의 제한을 완화하는 규정을 두고 있다. 이를 통해 배아의 보존기간 제한으로 말미암는 부모의 자기결정권의 제한 문제는 과거보다 더욱 위헌논란이 약화되었다고 할 수 있다.

VI. 배아에 대한 국가의 생명보호의무

1. 기본권 보호의무의 의미

가. 기본권 보호의무의 개념

국가의 기본권 보호의무(*grundrechtliche Schutzpflichten*)란, 기본권 침해로부터 개인을 보호하고, 그에 대한 적절한 조치를 강구하여 개인의 기본권 침해를 면하도록 국가에게 일정한 과제로서 부과되는 의무를 의미한다.²³⁷⁾ 독일의 기본권 보호의무 개념을 그대로 받아들이는 입장에선 국가의 보호의무이든 기본권 보호의무이든 그 표현에 관계없이, 기본권 보호의무를 ‘자유권적 방어권’ 법익에 대한 제3자의 위법적 제약(요건)과 기본권 법익의 안전성에 대한 국가의 보호의무(효과)로 좁게 이해한다.²³⁸⁾ 그러나 다른 견해는 우리 헌법 제10조 제2문이 일컫는 “불가침의 기본적 인권”은 자유권 뿐만 아니라 생존권에도 미치는 것으로 보호의무가 인정되는 기본권의 범위를 넓게 이해한다.²³⁹⁾

237) Dreier, in: ders. GG, Bd.1, 2.Aufl., 2004, Vorb. Rn.101 참조.

238) 대표적으로 정태호, 기본권보호의무, 인권과 정의 1997.8., 84-88면 참조.

239) 대표적으로 송기춘, 헌법 제10조 후문의 헌법이론적 의미, 민주법학 제17호, 2000, 213-214면. 그 때문에 기본권 보호의무라는 표현 대신 기본권 ‘보장의무’라는 표현을 사용하며, 이러한 입장이 종래의 일반적인 우리나라의 견해라고 주장한다. 이에 대해서는 송기춘, 헌법

기본권의 중심이 자유권적인 방어권에 있고²⁴⁰⁾ 기본권의 방어권적인 측면을 보완하려는 노력으로서 인정되거나,²⁴¹⁾ 사회권이 사회적 연방국가원리와 사회적 법치국가원리에서도 출되는 독일 헌법과 같은 상황이라면²⁴²⁾ 기본권 보호의무를 자유권에 한정해서 보는 것은 설득력이 있다.²⁴³⁾ 그러나 우리 헌법상 기본권은 자유권 뿐만 아니라 사회권도 폭넓게 규정되어 있음에도 국가의 보호의무 대상에서 사회권 등을 제외시키는 것은 설득력이 약하므로 보호의무를 넓게 이해하는 것이 타당하다.²⁴⁴⁾ 물론 배아줄기세포연구를 통해 침해될 수 있는 기본권은 배아의 생명권이라는 자유권이기 때문에 기본권 보호의무를 넓게 이해하든 좁게 이해하든 차이는 없으므로 여기서는 문제되지 않는다.²⁴⁵⁾

나. 기본권 보호의무의 헌법상 근거

기본권 보호의무의 헌법상 근거에 대하여, 국가의 기본권

제10조 후문의 헌법이론적 의미, 210면 참조.

240) 대표적으로는 BVerfGE 7, 198(204f.); 21, 362(369); 50, 290(336f.); 61, 82(101); 68, 193(205) 등 참조.

241) 예컨대 Poscher, Grundrechte als Abwehrrechte, 2003, S.66.

242) 예컨대 Pieroth/Schlink, Grundrechte, 21.Aufl., 2005, Rn.78.

243) Dreier, in: ders. GG, Bd.1, 2.Aufl., 2004, Vorb. Rn.104.

244) 같은 입장으로 양건, 헌법강의 I, 법문사, 2007, 218-219면 참조.

245) 그 밖에 국가의 기본권 보호의무와 일반적인 보호의무의 구별, 기본권의 제3자적(또는 대사인적) 효력과의 구별 문제 등에 대해서는 정문식, 생명윤리법상 국가의 기본권 보호의무, 170-172면 참조.

보호의무를 좁게 이해하려는 입장에서는 우리 헌법상 근거를 구체적인 조문보다는 독일의 다수견해와 비슷하게 주장한다. 즉 이젠제(J. Isensee)가 홉스와 로크의 국가사상에 바탕을 두고 정리한 국가사무로서 안전보장(Sicherheit als Staatsaufgabe)에서 기본권 보호의무 근거를 도출하듯²⁴⁶⁾ 기본권의 객관적인 측면에서 도출된다고 한다.²⁴⁷⁾ 그러나 기본권 보호를 넓게 이해하는 입장에서는 헌법 제10조 제2문에서 그 근거를 구한다.²⁴⁸⁾

독일 연방헌법재판소는 기본권 보호의무의 헌법적 근거에 관하여 제1조 제1항 제2문과 제2조 제2항 제1문 사이에서 변화를 반복하다가,²⁴⁹⁾ 최근 항공안전법 판결에서²⁵⁰⁾ 독일헌

246) 이에 대한 자세한 내용은 Isensee, Das Grundrecht auf Sicherheit, Zu den Schutzpflichten des freiheitlichen Verfassungsstaates, 1983 참조

247) 예컨대 정태호, 기본권보호의무, 92-99면; 표명환, 기본권보호의무의 이론적 기초, 헌법학연구 제8권 제1호(2002), 134-138면 등 참조.

248) 예컨대 송기춘, 헌법 제10조 후문의 헌법이론적 의미, 210면. 그러나 장영철 교수는 기본권 보호의무를 좁게 보는 기본권입장임에도 불구하고 우리 헌법상 근거는 넓게 보는 입장과 같이 헌법 제10조 제2문에 근거하기도 한다. 장영철, 기본권의 제3자적 효력과 기본권보호의무, 공법연구 제29집 제2호, 2001, 167면. 이는 표명환 교수의 경우에도 마찬가지인데, 표교수는 독일 연방헌법재판소가 제1조 제2문에서 근거를 찾는 것과 우리 헌법 제10조에서 근거를 찾는 것을 같은 것으로 보고 있는 듯 하다. 표명환, 국가의 기본권보호의무와 행정법상의 개인적 공권이론, 헌법학연구, 제10권 제1호(2004), 285-286면; 표명환, 입법자의 기본권보호의무와 헌법적 통제, 헌법학연구, 제11권 제2호(2005), 212면 등 참조.

249) 이에 관해서는 정문식, 생명윤리법상 국가의 기본권 보호의무, 173; 정문식, 독일에서의 인간의 존엄과 생명권의 관계, 공법학연구 제7권 제2호(2006), 284-285면 등 참조.

법 제1조 제1항 제2문에서 국가의 보호의무 근거를 찾고 있는 것으로 입장을 굳히는 것으로 보인다.²⁵¹⁾ 이는 이미 2차 낙태판결에서²⁵²⁾ 한 번 확립했던 것으로, 국가의 기본권 보호의무 일반적인 근거는 인간존엄과 인간존엄의 존중과 보호에 관한 국가의 구속력에 있으며, 국가의 보호의무 대상과 기준 등은 구체적인 기본권(예컨대 생명권의 경우에는 제2조 제2항, 재산권의 경우에는 제14조 제1항 등)에서²⁵³⁾ 찾는다.

독일 학계에서는 헌법적 근거와 관련하여 기본권의 방어권적 측면에서 찾는 객관적 측면에서 찾는 비판과 논란이 많다.²⁵⁴⁾ 다수견해는 기본권 보호의무를 근본적으로 개인의 안전을 보장하는 국가임무(Sicherheit als Staatsaufgabe)로부터 말미암는 기본권의 객관적 내용 중에서 핵심적인 것으로 본다.²⁵⁵⁾ 다만 한 가지 분명한 것은 국가의 기본권 보호

250) BVerfG, NJW 2006, S.751(757), Rn.120 참조. 이 판례에 관한 소개와 평석은 정문식, 독일항공안전법 제14조 제3항에 관한 독일연방헌법재판소 판결에 대한 분석과 평가, 전남대 법학논총 제26집(2006), 71-102면 참조.

251) 학계에서는 대표적으로 Di Fabio, in: Maunz/Dürig, GG, Art.2 Abs.2 (2004), Rn.41 참조.

252) BVerfGE 88, 203(251f.).

253) 예컨대 BVerfG, NJW 1998, S.3264(3265f.) 참조.

254) 이에 대한 상세한 내용은 표명환, 기본권보호의무의 이론적 기초, 138-148면; 서경석, 국가의 기본권보호의무 비판, 헌법학연구 제9권 제3호(2003), 401-404면 등 참조.

255) 예컨대 Dreier, in: ders. GG, Bd.1, 2.Aufl., 2004, Vorb. Rn.99; Hergeden, in: Maunz/Dürig, GG, Art.1 Abs.3 (2005), Rn.20f. 등 참조. 물론 근본적으로 기본권의 객관적 측면이나 가치질서로서의 기

의무를 통해 그 동안 (자유국가적 방어권 사상에 주로 근거 하던 독일의 기본권 이론에서) 국가가 기본권의 수범자로만 여겨지던 것이, 이제는 기본권의 보호자 내지 보증인으로 지 위전환에 정당성을 얻게 되었다는 것이다.²⁵⁶⁾

독일헌법 제1조 제2문과 우리헌법 제10조 제2문은 일반적 인 기본권 보호의무를 규정했다는 점에서 문면상으로는 유사하다. 그러나 독일헌법은 인간존엄을 특별히 보호하도록,²⁵⁷⁾ 우리 헌법은 기본권 전체를 보호하도록 규정한 점에 서, 독일은 기본권이론의 중심이 방어권인 반면 우리는 모든 종류의 기본권이 포함된다는 점에서 양자는 그 의미가 다르 다고 볼 수 있다. 따라서 굳이 독일처럼 기본권의 객관적 측면에서 보호의무의 근거를 찾기보다 헌법 제10조 제2문에서 찾는 것이 합리적이다.²⁵⁸⁾ 우리 헌법재판소도 이러한 입장으로 보인다.²⁵⁹⁾

능은 하나의 주장(Behauptung)이지 국가의 기본권 보호의무를 근거짓 는 이유(Begründung)가 될 수 없다는 비판에 대해서 자유롭지 못하 다. 예컨대 Ekardt, JZ 2007, S.138 참조.

256) 이러한 입장에 대해서는 Wenger, AöR 2005, S.618(627f.) 참조.

257) Stern, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Bd.IV/1, 2006, S.96 참조.

258) 정문식, 생명윤리법상 국가의 기본권 보호의무, 174.

259) 헌재 1997.1.116. 90헌마110등, 9-1, 90(119-120) 참조. 비록 구 체적인 헌법적 의무가 인정되지는 않았지만 사회권과 관련된 기본권 보호의무를 인정한 판례로는 저상버스도입의무에 관한 판결(헌재 2002.12.18. 2002헌마52, 판례집 14-2, 904(909-910))을 들 수 있 다.

2. 기본권 보호의무의 내용과 한계

가. 구체적 기본권마다 개별적 내용

헌법 제10조 제2문은 개인이 가지는 불가침의 기본적 인권, 곧 헌법이 보장하는 자유와 권리를 국가가 보호한다는 일반적인 원칙의 근거를 제시하고, 구체적인 보호내용은 각각의 개별 기본권의 내용에 따라 달리 정해지는 것이다.²⁶⁰⁾ 구체적으로 기본권 보호의무의 이행주체를 중심으로 입법자의 보호의무, 행정부의 보호의무, 법원의 보호의무 등으로 구별하거나,²⁶¹⁾ 헌법상 보호되는 법익을 중심으로 생명과 신체불가침, 인격권, 재산권 등으로 구별한다거나,²⁶²⁾ 국가가 보호의무를 이행하는 유형에 따라 금지의무(Verbotspflicht), 안전의무(Sicherheitspflicht), 위험방지의무(Risikopflicht) 등으로 나누어 볼 수도 있다.²⁶³⁾

260) BVerfGE 88, 203(251f.). 표명환, 기본권보호의무의 이론적 기초, 149-151면 참조.

261) 예컨대 Dietlein, Die Lehre von den grundrechtlichen Schutzpflichten, 2.Aufl., 2005, S.70ff. 참조.

262) 예컨대 Dietlein, Die Lehre von den grundrechtlichen Schutzpflichten, 2.Aufl., 2005, S.74ff. 참조.

263) 자세한 내용은 표명환, 앞의 논문, 151-153면 참조.

나. 행정부의 보호의무와 법률유보원칙상 한계

행정부에게도 기본권 보호의무가 주어지지만, 이러한 보호의무가 개인의 기본권 제한을 합법화하는 직접적인 근거는 될 수 없다.²⁶⁴⁾ 행정부가 기본권 보호의무에 따라 개별적인 보호조치를 취하고자 할 때에도 반드시 구체적인 법률에 근거하는 법률유보원칙을 지켜야 한다. 예컨대 건강에 해로운 글리콜 함유 포도주의 위험으로부터 국민의 건강보호를 위해 혹은 정신적으로 위험한 이단 종교에 대한 국민의 보호를 위해 그 명단을 공개하고 경고하는 것은,²⁶⁵⁾ 그 목적이 국민의 기본권 보호라는 정당성이 있다고 할지라도 구체적인 법률에 근거가 없이 단지 국가의 권한에 의해서만 적법성이 인정될 수는 없다.²⁶⁶⁾

264) 예컨대 Dietlein, Die Lehre von den grundrechtlichen Schutzpflichten, 2.Aufl., 2005, S.IX 참조. 디트라인은 이를 기본권적 정당성(die grundrechtliche Legitimität)이 보호조치의 합법성(Legalität)을 대체하지는 않는다고 표현했다.

265) BVerfGE 105, 252(Glykol); BVerfGE 105, 279(Osho) 참조. 독일 연방헌법재판소는 그럼에도 불구하고 사업자들이나 이단의심을 받는 종교단체들에 대한 기본권 제약성을 인정하지 않았다. 두 사건은 1991년에 헌법소원이 제기되었는데도 2002년에야 판결이 내려진 독일에서는 상당히 예외적인 경우에 해당한다. 이 사건들에 대한 비판은 대표적으로 Murswiek, NVwZ 2003, S.1ff.; Huber, JZ 2003, S.290ff. 참조.

266) Dietlein, Die Lehre von den grundrechtlichen Schutzpflichten, 2.Aufl., 2005, S.VIff. 참조.

다. 법원의 보호의무와 사적자치의 한계

기본권 보호의무가 법원의 판사에게도 인정될 수 있다. 독일 연방헌법재판소의 견해대로 계약법상 일방당사자에게 불균형이 존재하고, 그러한 불균형이 계약에 영향을 미쳤다면 법원은 보호의무를 이행하여 판결해야 한다.²⁶⁷⁾ 그러나 이러한 판사들의 보호의무도 구체적인 법률규정으로부터 벗어날 수 없다. 법원은 헌법과 법률에 의하여 그 양심에 따라 심판해야 하기 때문이다(헌법 제103조). 사적자치에 기본권의 보호의무에 따른 파급효과가 미치는 것과 사적자치를 헌법으로 대체하는 것은 다른 것이다.²⁶⁸⁾

라. 타인의 기본권 제한을 통한 보호의무의 한계

입법자가 구체적인 법률제정을 통해 기본권 보호의무를 이행할 때에도 타인의 기본권 제한에 따른 일정한 한계를 갖는다. 예컨대 아직 출생하지 않은 배아의 생명이나 인간존엄 보호를 위해 줄기세포연구를 제한할 때에도 그로 인한 학문의 자유가 제한되는 데 따른 일정한 한계가 있다.²⁶⁹⁾

267) BVerfGE 81, 242(255f.). 앞의 각주 29 참조.

268) Dietlein, Die Lehre von den grundrechtlichen Schutzpflichten, 2.Aufl., 2005, S.IVff. 참조.

269) 이에 대해서는 정문식, 생명윤리법상 배아줄기세포연구 제한에 대한 헌법적 평가, 755-770면 참조.

3. 기본권 보호의무의 헌법상 심사기준

기본권 보호의무를 구체적으로 실현하는 방법은 민주적 정당성이나 권력분립 측면에서 1차적으로 입법자에게 우선권(Prärogativ)이 있고, 이 때 입법자에게는 일정한 재량(Ermessen)이 인정된다.²⁷⁰⁾ 이러한 상황에서 민주적 정당성도 약하고, 규범의 적용여부를 판단하는 헌법재판소가 입법자의 추상적이고 일반적인 법규범의 제정을 판단한다는 것은 쉬운 일이 아니다. 이 때문에 헌법재판소는 권력분립의 관점에서 소위 “과소보호금지원칙”을 심사기준으로 적용하고 있다. 즉 “국가가 국민의 법익보호를 위하여 적어도 적절하고 효율적인 최소한의 보호조치를 취했는가를 기준으로”, “입법부작위나 불완전한 입법에 의한 기본권의 침해는 입법자의 보호의무에 대한 명백한 위반이 있는 경우에만” 기본권 보호의무에 대한 위반을 인정하는 것이다. “다시 말하면 국가가 국민의 법익을 보호하기 위하여 전혀 아무런 보호조치를 취하지 않았든지 아니면 취한 조치가 법익을 보호하기에 명백하게 전적으로 부적합하거나 불충분한 경우에 한하

270) 대표적으로 Calliess, Schutzpflichten, in: Merten/Papier, HdGR, Bd.II, 2007, §44, Rn.26; ders., Die Leistungsfähigkeit des Untermaßverbots als Kontrollmaßstab grundrechtlicher Schutzpflichten, in: Grote/Härtel/Hain/Schmidt/Schmitz/Schuppert/Winterhoff(Hrsg.), Die Ordnung der Freiheit, Festschrift für Christian Starck, 2007, S.201(202ff.) 등 참조.

여 헌법재판소는 국가의 보호의무의 위반을 확인할 수 있을 뿐이다. 헌법재판소는 원칙적으로 국가의 보호의무에서 특정 조치를 취해야 할, 또는 특정법률을 제정해야 할 구체적인 국가의 의무를 이끌어 낼 수 없다. 단지 국가가 특정조치를 취해야만 당해 법익을 효율적으로 보호할 수 있는 유일한 수단일 경우에만 입법자의 광범위한 형성권은 국가의 구체적인 보호의무로 축소되며, 이 경우 국가가 보호의무 이행의 유일한 수단인 특정조치를 취하지 않은 때에는 헌법재판소는 보호의무의 위반을 확인하게 된다.”²⁷¹⁾

4. 배아줄기세포연구에 있어서 기본권 보호의무 위반 여부

배아줄기세포연구 시 줄기세포주 수립을 위한 배아의 파기에 대하여 배아는 스스로를 연구자로부터 보호할 수 없기 때문에, 이 때 국가의 기본권 보호의무가 존재하는지, 존재한다면 국가는 어느 정도 보호조치를 취해야 하는지 여부가 문제된다.²⁷²⁾ 국가의 배아에 대한 기본권 보호의무가 존재하기 위해서는 먼저 배아에 대한 보호의무가 헌법상 인정되어야 하고, 배아에 대한 기본권 침해의 위험이 존재해야 한다.

271) 헌재 1997.1.16, 90헌마110, 판례집 9-1, 90, 121-122.

272) 이하에서는 주로 정문식, 생명윤리법상 국가의 기본권 보호의무, 167-191면을 참조.

가. 국가의 기본권 보호의무의 존재 여부

인간배아에 대한 생명권의 주체성을 인정하고, 헌법 제10조, 제12조 제1항, 제37조 제1항 등에서 생명권의 헌법상 근거를 인정한다면, 인간배아도 역시 헌법상 생명권을 갖기 때문에 생명권보호를 위한 기본권 보호의무의 헌법적 근거가 인정된다. 또한 배아줄기세포연구를 위하여 파괴될 수 있는 인간배아의 경우 생명권 침해의 위협이 있기 때문에 국가는 배아의 생명권을 보호할 헌법적 의무가 존재한다고 인정할 수 있다.²⁷³⁾

나. 국가의 기본권(생명권) 보호의무 이행 여부

국가의 배아에 대한 생명권 보호의무가 인정된다면, 국가에게는 기본권 보호의무를 이행할 의무가 발생한다. 국가가 기본권 보호의무를 이행하지 않으면, 이는 기본권보호를 위한 국가의 작위의무에 대한 위반으로서 위헌적인 기본권 침해로 평가된다.²⁷⁴⁾ 과소보호금지원칙에 따라 먼저 국가가 아무런 보호조치를 취하지 않은 경우에는 보호의무에 위반이 된다. 둘째, 국가가 기본권 보호를 위한 보호조치를 취했다더라도, 국가의 보호조치가 기본권보호를 위하여 명백하게 전

273) 정문식, 생명윤리법상 국가의 기본권 보호의무, 181-183면.

274) 양건, 헌법강의, 법문사, 2012, 241면.

적으로 부적합하거나 기본권보호의 목적달성을 위한 가능성이
이나 관련성이 없는 경우 역시 기본권 보호의무에 위반되는
것으로 본다.

다. 생명윤리법을 통한 국가의 기본권 보호의무 이행여부
판단

(1) 배아의 생명권 보호를 위한 규제조치

배아의 생명권 보호를 위한 생명윤리법상 규제조치들은
여러 가지다. 첫째, 제13조에서 임신외 목적으로 배아생성을
금지하고 있다. 이 조항은 배아의 생명권 자체에 대한 직접
적 보호는 아니고, 자유롭게 생성되어 생명권에 대한 경시나
무분별한 침해로부터 생명권을 사전에 보호하려는 목적으로
규정된 사전적 보호조치라고 할 수 있다. 둘째, 배아의 생성
부터 파기에 이르기까지 주로 유전적 부모에 의한 동의권을
통한 보호이다. 제15조에서는 부모의 의사에 의해서만 배아
가 생성·보존·폐기됨으로서 그 밖의 타인에 의한 연구목
적을 위한 파기가 발생하지 않도록 보호하고 있다. 뿐만 아
니라 잔여배아를 이용하는 것에 대해서도 먼저 동의권자의
동의를 요구함으로써 배아생명의 무분별한 폐기와 남용을
방지하고 있다. 셋째, 제16조에서는 동의권자의 명시적 의사
표시가 없으면 최소한의 배아보존기간은 5년으로 정하고 있

다. 이는 임신을 위해 생성된 배아는 최소한 5년 뒤에야 폐기될 것인지, 아니면 연구를 위해 사용될 것인지 결정될 수 있음을 의미한다. 물론 동의권자의 의사표시가 있으면 다르다. 마지막으로 동의권자의 의사표시에 의해 잔여배아가 배아줄기세포연구에 사용된다 하더라도, 제19조에 따라 모든 연구가 아닌 주무 행정부에서 인정하는 연구를 위해서만 사용되도록 그 사용을 제한하고 있다. 이 또한 잔여배아의 무분별한 남용과 파기를 방지하기 위한 것이다.

(2) 생명권 보호를 위한 수단의 적합성

배아의 보존기간 제정(제16조)과 잔여배아의 연구승인(제19조)은 생명윤리법 제1조의 목적에 명시되어 있듯이 구체적으로는 인간배아에 대한 “생명윤리 및 안전을 확보하여 인간의 존엄과 가치를 침해하거나 인체에 위해를 주는 것을 방지”하기 위한 것이다. 일정한 배아의 보존기간을 정하고, 잔여배아가 함부로 연구에 남용되지 않도록 행정청의 승인과 연결시킨 것은 인간존엄과 가치 침해, 인체의 위해예방에 명백하게 전적으로 부적합하거나 불충분하다고도 할 수 없다. 동의권자의 명시적 의사표시가 없을 때는, 잔여배아라 할지라도 최소한 5년 동안 그 생명이 보존되고, 5년 후에도 주무행정청의 연구승인이 있을 때까지 보존되기 때문이다. 따라서 배아의 생명권 보호를 위한 보존기간과 연구승인 제

도는 배아의 보호를 위하여 전혀 부적합한 것이나 불충분한 것으로 평가되지 않는다.²⁷⁵⁾ 그 밖에도 2008년 생명윤리법 개정을 통해서도 기관생명윤리위원회의 지원 등을 강화(제 10조의2)함으로써 인간배아의 보호를 위한 노력을 조금 더 강화하고 보호수준을 높였다고 볼 수도 있다.²⁷⁶⁾

제 2 절 착상전 유전자진단과 헌법

I. 착상 전 유전자진단의 의미

1. 착상전 유전자진단의 개념

착상전 유전자진단(Preimplantation Genetic Diagnosis: PGD; Präimplantationsdiagnostik: PID)이란 불임 등을 위하여 체외에서 수정된 배아(수정란)에 대하여 자궁에 착상시키기 전에 유전적 질병이나 염색체 이상 등에 관한 행태학적

275) 헌법재판소의 과소보호금지원칙에 따르면 기본권 보호의무에 관한 심사는 여기서 종료된다. 그러나 과소보호금지원칙 기준을 조금 더 그 의미에 맞게 세밀하게 심사하는 경우에는 보호조치의 효율성이나 보호조치의 적정성(균형성)까지 심사할 수도 있다. 이러한 심사기준을 적용하여 생명윤리법상 배아줄기세포연구에 관련된 규정들이 국가의 기본권 보호의무에 위반했는지 여부를 판단하더라도 합헌적인 결과가 나오기 때문에 여기서는 더 이상 다루지 않는다. 이에 대한 내용은 정문식, 생명윤리법상 국가의 기본권 보호의무, 184-186면 참조.

276) 정문식, 생명윤리법상 국가의 기본권 보호의무, 187면.

검사를 하거나 극체검사 또는 할구추출검사 등을 시행하고 그에 관한 진단을 내리는 것을 의미한다.²⁷⁷⁾ 착상전 유전자 진단은 배아의 건강상태를 파악하여 배아의 치료를 목적으로 하는 것이 아니라, 배아의 유전질병의 유무를 파악하여 이상이 있는 경우 자궁에 착상을 포기함으로써 건강한 아이로 태어날 가능성이 있는 배아를 선별하고, 그렇지 않은 경우에는 폐기하는 일종의 우생학적 선택(Selektion)이라는 점에서 여러 가지 윤리적, 법적 논란을 불러일으킨다.²⁷⁸⁾

착상전 유전자진단과 구별되는 개념으로 산전(産前) 또는 출생전 유전자진단(Prenatal Diagnosis: Pränatale Diagnostik)은, 일반적으로 태아진단이라고 하는 것의 일종으로, 임신된 상태의 태아의 건강을 초음파, 양수검사 또는 기형아검사 등을 통하여 태아의 정상 또는 기형여부를 검진하는 것이다. 착상전 유전자진단과 출생 전 유전자진단은 배

277) 방승주, 착상전 진단의 헌법적 문제, 69-70면; 황만성, 착상전 유전자진단의 활용과 형사책임, (한국법학회)법학연구 제28집(2007), 268면; Böckenförde-Wunderlich, Präimplantationsdiagnostik als Rechtsproblem, 2002, S.14.

278) 이에 대한 한국에서의 논의는 방승주, 착상전 진단의 헌법적 문제, 76면 참조. 독일에서의 논의는 대표적으로 Regine Kolleck, Nähe und distanz: komplementäre Perspektiven der ethischen Urteilsbildung, in: Düwell/Steigleder(Hrsg.), Bioethik, 2003, S.230ff.; Tanja Kronen/Gerd Richter, Kontextsensitive Ethik am Rubikon, in: Düwell/Steigleder(Hrsg.), Bioethik, 2003, S.238ff.; Margot von Renesse, Verbieten hilft nicht, in: Geyer(Hrsg.), Biopolitik, 2001, S.107ff.; Hille Haker, Ein in jeder Hinsicht gefährliches Verfahren, in: Geyer(Hrsg.), Biopolitik, 2001, S.143ff. 등 참조.

아 내지 태아의 검사라는 측면에서는 동일한 것으로 볼 수 있다. 그러나 자궁의 착상 전에 이루어지는지 여부에 따라서 양자는 구별될 수 있으며, 나중에 낙태행위와 관련성 유무에 따라서 구별될 수도 있다. 즉 출생 전 진단은 낙태문제가 발생할 수 있는데, 착상 전 진단은 낙태와는 관련이 없다.²⁷⁹⁾

2. 착상전 유전자진단의 방법

착상전 유전자진단의 방법은 크게 세 가지로 구분된다.²⁸⁰⁾ 첫째는 가장 간단한 방법으로서 유전적 또는 기타의 결함을 단순히 시각적으로만 확인하는 행태학적 감정이 있다. 중합연쇄반응(polymerase chain reaction: PCR)이나 형광제자리부합법(fluorescence in situ hybridization: FISH) 등이 여기에 속한다. 두 번째로 난자나 수정란의 극체(polar body: Polkörper)를 채취하여 유전자검사를 하는 극체진단법이 있다. 세 번째로는 체외수정된 배아로부터 할구를 추출하여 전반적인 유전자검사 등을 하는 방법이다.²⁸¹⁾ 그러나 이 할구

279) 방승주, 착상전 진단의 헌법적 문제, 69-70면; 황만성, 착상전 유전자진단의 활용과 형사책임, 273-274면.

280) 이에 대해서는 대표적으로 방승주, 착상전 진단의 헌법적 문제, 72-74면; 황만성, 착상전 유전자진단의 활용과 형사책임, 271-273면 참조.

281) 서계원, 착상전 유전자진단에 관한 연구, (송실대)법학논총 제27집, 2012, 4-5면에서는 행태학적 감정을 ‘진단’으로, 극체진단법이나 할구 추출법을 ‘배아검사’로 구별하고 있다.

추출방법은 특히 배아의 초기수정단계에서 시행될 경우 문제가 될 수 있다. 초기배아의 경우에는 하나의 완전한 개체(인간)로 발전할 전능성(Totipotenz)이 높기 때문에, 배아에 대한 검사를 마치고 유전적 결함이 있다는 이유로 폐기하게 되면 마치 사람에 대한 평가와 폐기라는 윤리적 논란을 불러일으킬 가능성이 높다.²⁸²⁾

3. 착상전 유전자진단의 활용가능성

착상전 유전자진단은 심각한 유전적 질환을 가진 아이에 대한 위험을 회피하기 위하여 출생전 진단이나 임신중절을 대체할 수 있는 기술로 개발되어 왔다. 유전적으로 심각한 문제가 있는 배아의 경우에는 착상 전에 폐기될 수 있기 때문에 임신 중에 유전적 결함 발견된 후에 낙태에 대한 논란을 방지하고, 산모의 건강권도 지킬 수 있다는 점에서 긍정적인 평가를 받을 수 있다.²⁸³⁾

그러나 배아를 태아 내지 사람과 동일한 존재로 인정하게 된다면, 인격체로 존중해야 할 배아를 모의 자궁에 착상하기도 전에 폐기한다는 것은 윤리적으로 인정되기 어려운 것이다. 이는 우생학적인 선별이라는 논란도 야기하게 된다.²⁸⁴⁾

282) 방승주, 착상전 진단의 헌법적 문제, 73면. 방승주(86-87면)는 착상전 유전자진단의 방법에 관한 차이를 인식하여 헌법적으로 달리 평가할 수 있는 가능성도 인정하고 있다.

283) 황만성, 착상전 유전자진단의 활용과 형사책임, 274-276면.

우생학적 선별은 단순히 개인적인 선호의 차이를 넘어 유전적 열성인자를 보유한 사람들에 대한 사회적 압력으로 나타나 사회적인 문제들을 야기할 수도 있다. 또한 자연적인 임신을 할 수 있는 사람들조차 많은 비용이 드는 체외수정을 통해 착상전 유전자진단을 하려고 한다면, 이는 비용 면에 있어서 부자들만을 위한 것이 될 수 있다는 비판도 가능하다.²⁸⁵⁾

II. 착상전 유전자진단에 대한 입법자의 대응

1. 관련규정

생명윤리법 제4장에서 유전자검사에 관한 내용을 규율하고 있으며, 유전자검사를 실시하려는 유전자검사기관은 시설 등에 관한 내용에 대하여 보건복지부령이 정하는 반에 따라 보건복지부장관에게 신고해야 한다(제24조). 신고된 유전자검사기관이라 할지라도 모든 종류의 유전자검사가 가능한 것이 아니라 제25조 제1항에 따라 과학적 입증이 불확실하여 오도할 우려가 있는 신체외관이나 성격에 관한 유전자검

284) 물론 착상전 유전자진단을 통해 나타나는 우생학적 선별은 나치시대처럼 적극적 우생학이 아니라, 질병문제를 해결하기 위한 소극적 우생학이라는 측면에서 달리 볼 수 있다. 황만성, 착상전 유전자진단의 활용과 형사책임, 289면.

285) 황만성, 착상전 유전자진단의 활용과 형사책임, 276-277면.

사 또는 대통령령으로 정하는 일정한 유전자검사는 제한된다. 시행령 제13조의2 별표1 제1호에서 금지되는 유전자검사를 14가지로 열거하고 있고, 제2호 내지 제6호에서는 제한적으로 유전자검사를 실시 할 수 있는 일정한 경우를 규정하고 있고, 제7호에서는 연구목적의 유전자검사로서 기관위원회에서 인정한 경우에 예외적으로 유전자검사를 할 수 있는 여지를 남겨두고 있다.

제25조 제2항에서 배아를 대상으로 하는 경우에는 근이영양증이나 그 밖에 대통령령으로 정한 유전질환을 진단하기 위한 목적 외에는 유전자검사를 할 수 없도록 제한하고 있다. 시행령 제14조 별표1의2에 따르면 유전자검사를 할 수 있는 62가지의 종류를 열거하고 제63호에서는 “그 밖에 질환의 예후 등이 제1호부터 제62호까지 질환과 같은 수준의 유전질환으로서 보건복지부장관이 지정·고시한 유전질환”의 경우에는²⁸⁶⁾ 유전자검사를 할 수 있도록 규정하여, 새롭게 유전자검사가 인정될 수 있는 경우에 대한 가능성을 열어두고 있다.²⁸⁷⁾

2. 배아보호취지의 감소

286) 2011년 11월 14일 개정된 보건복지부 고시에 의하면 91종의 유전질환이 유전자검사의 대상이다. 이에 관해서는 서계원, 착상전 유전자진단에 관한 연구, 18면, 각주73 참조.

287) 방승주, 착상전 진단의 헌법적 문제, 77면.

생명윤리법 제14조에 따라 배아생성 의료기관은 일정한 시설과 인력을 갖추고 보건복지부의 승인을 받아 지정을 받는 반면, 유전자검사기관은 신고사항으로 규정되어 있고, 이에 대한 벌칙규정에서도 차이가 난다.²⁸⁸⁾ 이는 본래 착상전 유전자진단을 통해 제한될 수 있는 배아의 생명권 내지 다른 기본권의 보장이라는 취지에 역행하는 것이라고 평가될 수도 있다. 배아의 생성단계에서는 배아의 보호가 중요하게 고려되는 반면, 배아에 대한 착상전 유전자진단의 경우에는 배아에 대한 보호를 중대하게 고려하지 않은 것으로 볼 수 있기 때문이다. 특히 배아에 대한 착상전 유전자진단은 배아의 세포 일부를 떼어내어 유전자검사를 하기 때문에 기본적으로 배아보호를 위한 생명윤리법의 기본적 취지와 태도는 일관되게 유지되어야 한다고 주장할 수 있다. 아직은 착상전 유전자검사 자체의 안전성이 명확하지 않으며, 유전자검사 기술의 발달에 비하여 그 법적 규율은 느슨하여 유전자검사에 관한 불법적 행위에 대한 대응이 적절치 못할 수 있기 때문이다.²⁸⁹⁾

288) 배아생성기관이 지정받지 않은 경우에는 1년 이하의 징역 또는 2천만원 이하의 벌금에 처해지는데(제53조) 반면, 유전자검사기관이 신고하지 않은 경우에는 5백만원 이하의 과태료에 처해질 뿐이다(제55조).

289) 예컨대 황만성, 착상전 유전자진단의 활용과 형사책임, 287-288면; 서계원, 착상전 유전자진단에 관한 연구, 128-139면.

3. 착상전 유전자검사 허용기준의 흠결

생명윤리법 제25조 제2항 및 시행령 제14조 별표 1의2에서 규정하여 착상전 유전자진단이 가능한 유전질환은 법률과 대통령령에서 열거적으로 규정하고 있다. 그러나 구체적으로 착상전 유전자진단이 필요한 경우, 예컨대 가족 중에 유전질환이 있는 경우 등 구체적인 유전자검사가 필요한 상황에 대한 기준은 규정되어 있지 않다. 가족 중에 아무도 유전질환이 없음에도 배아에게 부담이 될 수 있는 유전자검사를 허용할 수 있도록 하는 것은 배아의 보호 차원에서는 문제가 있는 것이다. 유전자검사 허용기준에 관한 구체적인 내용 없이 모든 사람들이 유전자검사를 할 수 있도록 허용된다면, 이를 통해 성별 등 다른 유전정보를 알아낼 수 있고 이를 오용하거나 남용할 위험이 있기 때문이다.²⁹⁰⁾

Ⅲ. 착상전 유전자진단과 생명권

1. 착상전 유전자진단 시 생명권의 제한

착상전 유전자진단이 배아에게 가져올 수 있는 기본권의 제한은 다음과 같다. 첫째, (특히 배아의 기본권을 인정하는

290) 황만성, 착상전 유전자진단의 활용과 형사책임, 288면.

입장에서) 유전자진단의 대상이 되는 배아가 진단 이후 유전적 결함 때문에 폐기된다면, 배아의 생명을 박탈하는 것으로서 생명권의 침해문제를 야기하게 된다. 둘째, 유전자진단이 배아의 건강과 출생을 보장하는 것이 아닌, 포기하기 위한 이유로서 유전적 결함을 찾아내기 위한 것이라면, 이는 인간을 목적이 아닌 수단이나 도구적으로 활용한 것이 되어 인간존엄에도 위반문제를 삼을 수 있을 것이다.²⁹¹⁾ 셋째, 생명이 파괴되지 않더라도 유전자진단과정에서 일정한 훼손이 발생한다면, 헌법 제12조 제1항의 신체불가침에도²⁹²⁾ 제한문제가 발생하게 될 수 있다.

이미 앞에서(제1절 III. 4.) 설명한 바와 같이 배아에 관한 생명공학문제에 있어서는 생명권과 인간존엄의 문제가 함께 발생할 수 있지만, 구체적이고 직접적인 기본권의 제한은 생명권에 대해서 발생할 수 있기 때문에 생명권의 제한문제를 중심으로 다룰 수 있다. 그 이유는 먼저 유전자진단의 대상인 배아의 경우 신체의 침해 문제도 중요한 기본권제한 문제가 발생할 수 있지만, 기본권이 헌법체계에서 가지는 의미에 있어서 더 강력한 보호를 받는 것이 생명권이기 때문이다. 둘째로 배아의 경우는 신체훼손으로 인하여 강력한 생명에 대한 위협이 발생할 수 있으며 이는 다시 생명권제한으

291) 착상전 유전자진단의 인간존엄 측면에서 평가는 방승주, 착상전 진단의 헌법적 문제, 91-95면 참조.

292) 양건, 헌법강의, 법문사, 2012, 365면.

로 다룰 수 있기 때문이다. 마지막으로 생명권을 기준으로 위헌여부를 심사하든지 신체불가침을 기준으로 위헌여부를 심사하든지 기본적으로 과잉금지원칙에 의한 위헌여부를 판단하는 것이라면, 양자 간의 구별이 큰 의미는 갖지 않기 때문에 학계에서도 일반적으로 인정되는 생명권을 중심으로 기본권 제한의 정당성 여부를 판단할 수 있기 때문이다.²⁹³⁾

2. 착상전 유전자진단 시 생명권 제한의 정당성

착상전 유전자진단을 통하여 유전질환의 발견이나 염색체 이상이 인정되는 경우 배아를 착상시키지 않고 폐기하는 생명권의 제한이 어떻게 정당화 될 수 있는지 문제가 된다.

가. 생명권 제한의 문제

기본권 제한에 관한 이론적 측면에서 본다면,²⁹⁴⁾ 생명윤리법 자체는 배아에 대한 착상전 유전자진단에 대해서만 제한하고 있지, 유전자검사 이후 착상에 관한 결정에 대해서는

293) 예컨대 방승주, 착상전 진단의 헌법적 문제, 79-91면은 상당히 많은 분량을 생명권(79-87면)과 신체불가침(87-91면)에 관하여 논증하고 있으나 그 결과에 있어서는 생명윤리법이 배아의 보호에 있어서 생명권과 신체불가침의 위헌성을 면할 수 없다는 결론에 있어서는 차이가 없다.

294) 이에 대해서는 정문식, 독일헌법 기본권 일반론, 전남대학교출판부, 2009, 115-117면 참조.

규율하고 있지 않다. 따라서 엄밀하게 본다면 생명윤리법 자체는 배아의 생명권을 직접적으로 제한하고 있다고 보기 어렵다. 유전자검사는 배아의 폐기에 관한 부모의 결정에 근거가 될 수는 있어도 직접적으로 배아의 폐기를 지향하거나 규율하는 것은 아니기 때문이다. 물론 이러한 기본권 제한의 간접성이 있더라도 헌법재판소의 판례에 따르면 기본권 제한에 대한 “구체적이고 실질적인 이해관계를” 가지는 경우에는 기본권 제한을 인정할 수 있으므로,²⁹⁵⁾ 착상전 유전자 진단을 허용함으로써 배아의 폐기에 대한 구체적이고 실질적인 계기를 제공한 것은 기본권 제한의 관련성을 인정할 수 있을 것이다. 또한 착상전 유전자진단 방법 자체가 배아의 생명권에 대한 위협과 침해를 가져올 수 있다면²⁹⁶⁾ 생명권에 대한 기본권 제한의 직접성도 인정할 수 있다.²⁹⁷⁾

나. 배아의 측면에서 생명권 제한의 정당성

배아의 유전자검사를 통하여 유전질환을 발견하였음에도

295) 헌재 2008.12.26, 2008헌마419, 판례집 20-2하, 960, 974. 그 밖에도 정문식, 독일헌법 기본권 일반론, 전남대학교출판부, 2009, 117-120면 참조.

296) 방승주, 착상전 진단의 헌법적 문제, 86-87면.

297) 착상전 유전자진단은 배아의 선별을 전제로 하고 있기 때문에 부모의 선택에 의해서가 아니라 착상전 유전자진단 자체에 의해서 직접적으로 생명권이 제한된다고 보는 견해에 대해서는 Spranger, Recht und Bioetik, 2010, S.286 참조.

배아를 착상하는 것이 생명권보장에 도움이 되는 것인지 자체에 대해서도 고려해 볼 만 하다. 유전질환이 있는 배아를 자궁에 착상시켜 출생시키는데 성공했다라도 그 사람이 평생 유전질환으로 고통받게 된다면, 배아의 생명권 자체로는 큰 문제가 없을지 몰라도 헌법 제35조 제1항의 건강권 내지 제36조 제3항의 보건권, 그 밖에 헌법 제10조로부터 도출될 수 있는 고통으로부터의 자유 등에 대해서는 결코 자유로울 수 없을 것이기 때문이다. 특히 유전질환을 가진 배아가 사람이 되었을 경우 그 치료를 위하여 국가가 경비를 부담한다면 그래도 논란의 여지가 축소될 수 있을 것이다. 그런데 유전병을 가진 배아와 출생 후 환자의 의료비용에 대한 부담을 그 부모에게 모두 전가시키면서 착상하도록 강제하는 것은 생명권만을 고려하고 다른 기본권은 전혀 고려하지 않은 독선적인 것이며, 갈등하는 모든 기본권을 적절하게 형량해야 하는 실제적 조화원리에도 맞지 않는 것이다.

다. 부모의 자기결정권과 형량

배아 자신의 생명권 뿐만 아니라 부모의 자기결정권 측면에서 고려해 본다면 유전질환이 있는 배아의 폐기는 또 다른 정당성 근거를 가지게 될 수 있다. 부모가 유전질환에도 불구하고 배아를 착상시키고 출생시킨다면 아무런 문제가 없지만, 그러한 배아를 강제로 착상시켜야 한다면 부모의 결

정권에 있어서 중대한 제한이 된다. 따라서 유전질환이 있는 배아를 강제로 착상시키는 것은 부모의 자기결정권과 충돌 관계에 있게 된다. “기본권이 서로 충돌하는 경우에는 헌법의 통일성을 유지하기 위하여 상충하는 기본권 모두가 최대한 그 기능과 효력을 나타낼 수 있도록 하는 조화로운 방법이 모색되어야 할 것이므로”²⁹⁸⁾ 일방적으로 배아의 생명권만 주장할 수 없다.

라. 적법한 임신중절 사유와 체계적 정당성

모자보건법 제14조 제1항 제1호에 따르면 부모가 “유전학적 정신장애나 신체질환이 있는 경우”에는 동의를 얻어 인공임신중절수술(낙태)을 할 수 있다. 이미 착상되어 어느 정도 성장을 이루고 있으며, 헌법상 기본권의 주체성이 확실하게 인정되는 태아의 경우에 적법하게 낙태의 가능성이 인정된다. 그런데 아직 기본권의 주체성도 명확하게 인정되지 않은 배아의 경우, 자궁에 착상되지도 않아 인간으로서 발전 가능성이 적은 초기단계에 있는 경우라면, 이를 착상시키지 않고 폐기시키는 것은 임신 중인 태아를 낙태시키는 경우보다도 그 기본권 제한성이 약하다고 할 수 있다. 또한 이러한 방법은 배아에 대한 침해의 최소성 측면에서 정당할 뿐만

298) 헌재 1991.9.16. 89헌마165, 판례집 3, 518, 529; 2012.5.31, 2010헌바87, 공보 188, 1000, 1003.

아니라, 자궁에 착상시켜 일단 임신을 시키고 낙태를 적법하게 하도록 하는 방법보다도 모의 건강권 등을 더욱 강하게 보장한다는 측면에서 바람직하다고 할 수 있다. 결국 착상전 유전자진단과 이를 통한 배아의 폐기는 모자보건법과의 체계적 정당성 면에 있어서도 크게 문제가 되지 않는다고 볼 수 있다.²⁹⁹⁾

IV. 착상전 유전자진단과 부모의 자기결정권 및 알권리

1. 부모의 자기결정권 실현수단으로서 착상전 유전자진단

착상전 유전자진단은 질병이 없는 건강한 아이를 출산하려는 부모의 자기결정권을 실현하는 것이라고 평가할 수 있다. 이는 헌법 제10조의 행복추구권과 헌법 제36조 제1항의 혼인과 가족의 보호로부터 도출할 수 있다.³⁰⁰⁾

299) 이에 대하여는 착상전 유전자진단과 출생전 진단은 평면적으로 비교할 수 없다거나, 배아의 유전질환 발견 자체가 산모에 대한 구체적인 위협을 야기하지 않는다는 등의 반론을 제기하며 생명권이나 국가의 기본권 보호의무에 위반된다는 견해는 방승주, 착상전 진단의 헌법적 문제, 84-87면 참조. 반대로 앞의 각주에서 언급한 것처럼 배아의 생명권보호에 있어서 상당히 적극적인 입장을 기반으로 하면서도, 낙태에 관한 헌법상 허용체계에 비추어 보아 예외없이 착상전 유전자진단을 금지하는 것은 헌법상 인정될 수 없다는 결론에 대해서는 Spranger, Recht und Bioethik, 2010, S.289ff. 참조.

300) 방승주, 착상전 진단의 헌법적 문제, 98면.

2. 부모의 알권리 실현수단으로서 착상전 유전자진단

다른 한편 착상전 유전자진단은 자신의 아이의 유전질환에 대한 알권리를 보장하는 것으로도 인정될 수 있다. 헌법재판소는 태아의 성별을 알고자 하는 부모의 권리에 대하여, “헌법 제10조로부터 도출되는 일반적 인격권에는 각 개인이 그 삶을 사적으로 형성할 수 있는 자율영역에 대한 보장이 포함되어” 있고, “장래 가족의 구성원이 될 태아의 성별 정보에 대한 접근을 국가로부터 방해받지 않을 부모의 권리”를 일반적 인격권으로 인정하여 보호할 수 있다고 보았다.³⁰¹⁾ 그렇다면 착상전 유전자진단을 통해서 유전질환이 있는 배아를 폐기하려는 것이 아니라 이를 착상하되, 정확한 유전질환을 알고 이에 대비하려는 부모에게는 헌법 제10조의 행복추구권에서 도출되는 알권리를 충분히 인정할 수 있을 것이다.

3. 착상전 유전자진단의 제한으로 인한 부모의 기본권 제한과 정당성

가. 부모의 알권리에 대한 제한

301) 헌재 2008.7.31, 2004헌마1010, 판례집 20-2상, 236, 251-252.

생명윤리법에 따르면 모든 체외수정된 배아에 대하여 모든 유전자검사가 인정되는 것이 아니기 때문에 부모의 자기결정권 내지 알권리가 제한된다고 볼 수 있다.³⁰²⁾ 이러한 부모의 기본권에 대한 제한은 과잉금지원칙에 위배되지 않고, 기본권 제한의 본질적 내용을 보장하는 한 합헌적인 제한이라고 볼 수 있다. 이에 대한 위헌심사를 할 때 어떤 기본권으로 심사할 것인지 기본권의 경합이 발생할 수 있다. 착상전 유전자진단에 있어서 배아의 유전질환에 대한 검사의 범위를 제한하는 것은, 건강한 아이를 출산하려는 것을 직접적으로 제한한다기보다는 아이의 유전질환에 대해서 확인하고 싶어하는 부모의 알권리를 직접적으로 제한한다고 볼 수 있다. 물론 부모의 자기결정권에 대한 구체적이고 실질적인 영향을 미친다는 이유로 자기결정권에 대한 제한을 주장할 수 있지만, 여기서는 기본적으로 부모의 알권리에 대한 제한이 위헌인지 여부를 중심으로 평가한다.

302) Spranger, Recht und Bioetik, S.283f.에서는 착상전 유전자진단의 제한으로 말미암아 부모의 일반적 인격권에서 도출되는 출산의 자유나 알권리 등에 대한 제한은 직접적으로 발생하지 않는다고 보고 있다. 착상전 유전자진단이 허용되지 않으면 오히려 모가 유전적으로 결함이 있는 배아를 착상 전에 배제함으로써 임신과 낙태의 고통으로부터 자유로울 수 있는 권리를 제한한다는 의미에서 신체의 자유에 대한 침해, 신체불가침에 대한 제한 가능성이 있다고 본다.

나. 입법목적의 정당성

배아에 대하여 착상전 유전자진단을 일정하게 열거된 유전질환에 대해서만 인정하는 것은, 무분별한 유전자검사로 인한 혼란과 배아의 폐기, 유전자검사의 남용 등을 방지하기 위한 것으로서 입법목적의 정당성은 인정된다.

다. 제한수단의 적합성

배아가 착상전 유전자진단으로 인하여 무분별하게 폐기되는 것을 방지하기 위하여 일정한 유전질환에 대해서만 유전자검사를 인정하고 그 밖의 유전질환에 대해서는 이를 제한하는 것은 배아의 생명보호라는 입법목적에 어느 정도 달성할 수 있고, 기여할 수 있으므로 제한수단으로서도 적합하다.

라. 침해의 최소성

생명윤리법이 추구하는 배아의 생명보호를 동일한 정도로 달성하면서 부모의 알권리를 덜 제한할 수 있도록, 허용되는 유전자검사의 범위를 더 확대할 수 있는 대안들을 고려해 볼 수 있다. 먼저 허용되는 유전질환을 열거적 방법이 아닌 예시적 방법으로 규정하는 것을 고려해 볼 수 있는데, 이에

대해서는 두 가지 점에서 문제가 있다. 첫째 허용되는 유전 질환을 예시적으로 규정하면 이는 반대로 배아의 생명보호에 소홀하게 되어 입법목적의 달성을 기대할 수 없게 될 수 있다는 것이다. 즉 어떤 방식으로든지 유전자검사의 제한범위를 축소하면 이는 배아의 생명보호에 부정적인 영향을 미칠 수 있기 때문에 입법목적의 달성이 어렵게 되는 문제가 있다. 둘째, 현행 생명윤리법 시행령 제14조 별표1의2 제63호에서는 “그 밖에 질환의 예후 등이 제1호부터 제62호까지 질환과 같은 수준의 유전질환으로서 보건복지부장관이 지정·고시한 유전질환”의 경우에 유전자검사를 할 수 있도록 규정하여, 새롭게 유전자검사가 인정될 수 있는 가능성을 열어두고 있기 때문에 결과적으로 예시적으로 규정한 것과 유사한 효과를 낼 수 있다는 것이다. 결국 착상전 유전자진단의 범위에 관한 제한에 관한 현행 규정은 배아의 생명을 보호하면서도, 가능한 부모의 알권리를 최소한으로 보장하려고 노력하였다고 볼 수 있어서 침해의 최소성도 인정될 수 있다.

라. 법익의 균형성

착상전 유전자진단을 통한 배아의 유전자검사 범위를 제한함으로써 달성하려는 공익은 배아의 생명보호라는 중요한 헌법적 가치라고 볼 수 있다. 반면에 이를 통해 제한되는 부

모의 알권리는 모든 유전질환을 알권리까지 보장하는 것도 아니고, 이를 통해 배아의 착상을 금지할 것을 적극적으로 실현하는 것까지 인정하기도 어려운 점이 있다. 현재까지 생명과학기술 발전에 따른 상황에 비추어 중대한 유전질환에 대해서는 유전자진단이 어느 정도 보장되기 때문에 그 침해가 수용할 수 있을 정도라서 법익의 균형성도 갖추었다고 평가할 수 있다.

마. 부모의 알권리의 본질적 내용 보장

부모가 자녀의 유전질환을 확인할 수 있는 알권리의 본질적 내용은 상대설에 근거할 때, 과잉금지원칙에 위반되지 않았다는 이유로 침해되지 않았다고 평가할 수 있다. 뿐만 아니라 부모의 알권리를 위하여 최소한 중대한 유전질환에 대해서는 검사할 수 있도록 보장하고 있기 때문에 최소한, 부모의 알권리의 본질적 내용을 침해한다고 볼 수는 없다.

V. 의사의 직업의 자유 내지 학문의 자유로서 연구의 자유

착상전 유전자진단의 금지는 의사가 불임부부 등을 위하여 건강한 아이를 임신하고 출산하도록 돕는 직업의 자유를 제한하는 문제가 발생할 수 있다.³⁰³⁾ 그러나 생명윤리법 제

25조 제3항의 규정을 보면 의료기관의 질병의 진단과 관련한 유전자검사를 규율하고 있다. 따라서 의사의 직업의 자유 및 연구의 자유와 관련하여 착상전 유전자진단의 유전자검사 범위를 제한하는 것은 의사의 직업수행의 자유 및 학문의 자유로서 연구의 자유에 대한 기본권 제한을 주장할 수 있다. 다만 이러한 의사의 직업수행의 자유 내지 연구의 자유에 대한 제한은 과잉금지원칙을 심사기준으로 판단할 수 있는데, 앞에서 부모의 알권리에 대한 심사에서 전개한 동일한 주장과 서술이 가능하다. 따라서 같은 내용을 반복하는 대신 부모의 알권리에 대한 평가와 같이 현행 생명윤리법상 착상전 유전자진단은 의사의 직업수행의 자유 내지 연구의 자유를 위헌적으로 침해하지 않는다고 결론을 도출할 수 있다. 특히 부모의 경우에는 배아에 대하여 부모로서 직접적인 이해관계를 갖는 반면, 배아의 착상전 유전자진단이 의사에게는 직업의 자유 내지 연구의 자유와 관련하여 중대한 이익을 갖는다고 보기 어렵기 때문에 더욱 그러하다.

303) 이에 대하여 방송주, 착상전 진단의 헌법적 문제, 105면은 착상전 유전자진단이 배아의 생명권과 존엄권을 제한하고 침해한다는 이유로 의사의 직업의 자유나 학문의 자유에 대한 “침해”라고 보지 않는다. 이러한 입장이 직업의 자유나 학문의 자유의 보호범위 자체에 포함되지 않음을 전제로 기본권의 제한 자체를 인정하지 않는 것인지, 아니면 기본권의 제한 자체는 인정하지만 과잉금지원칙에 따른 심사의 결과로 위헌적인 침해가 아닌 것인지는 명확하지 않다. 전반적으로는 전자의 입장을 취하고 있는 것으로 보인다. 독일에서 착상전 유전자진단에 있어서 의사의 기본권 제한문제에 관해서는 Spranger, Recht und Bioethik, 2010, S.288 참조.

VI. 배아에 대한 국가의 생명보호의무

1. 위헌심사기준으로서 과소보호금지원칙

앞에서 서술한 바와 같이 배아에 대해서는 기본적으로 헌법상 국가의 생명보호의무가 인정된다고 할 수 있다. 여기서는 착상전 유전자진단과 관련해서 생명윤리법을 통한 국가의 보호조치가 국가의 배아에 대한 생명권 보호의무를 위반했는지를 평가해 볼 수 있다. 과소보호금지원칙에 따르면 국가가 아무런 조치를 취하지 않았거나, 보호조치를 취했다라도 배아의 생명보호에 아무런 관련성이 없거나 명백하게 생명보호에 아무런 효과를 미치지 않는 경우에 기본권 보호의무에 위반이 인정되는 것이다.

2. 배아의 생명보호를 위한 보호조치로서 유전자검사의 제한

생명윤리법 제25조 제2항 및 시행령 제14조 별표 1의2를 근거로 입법자는 배아에 대한 착상전 유전자진단을 일정한 유전자검사의 범위로 제한하고 있다. 따라서 국가는 배아의 생명보호를 위한 보호조치를 취한 것으로 볼 수 있다.

3. 배아의 생명보호를 위한 최소한의 보호조치로서 유전자검사의 제한

이러한 보호조치는 배아의 생명보호에 전혀 무익하거나 아무런 효과가 없다고 단언하기 어렵다. 왜냐하면 유전자검사를 할 수 있는 대상을 열거하여 일정하게 제한하고 있고, 이를 통해 그 밖의 소소한 유전적 문제나 결함을 가지고 있는 배아의 경우에는 폐기될 위험에 노출되지 않기 때문이다. 따라서 생명윤리법 제25조 제2항 및 시행령 제14조를 통한 입법자의 보호조치는 배아의 생명보호를 위한 최소한의 보호조치라고 평가할 수 있다.³⁰⁴⁾

Ⅶ. 착상전 유전자진단과 평등원리

1. 유전질환의 장애성

착상전 유전자진단은 평등문제, 특히 장애를 원인으로 한 차별문제를 야기할 수 있다고 논의된다.³⁰⁵⁾ 먼저 헌법 제34조 제5항은 신체장애, 질병, 노령 등을 이유로 생활능력이

304) 이에 반하여 방승주, 착상전 진단의 헌법적 문제, 106-108면은 명확하게 과소보호금지원칙의 심사기준을 가지고 판단하지 않고, 배아의 기본권에 관한 확인의무와 보장의무라는 제목으로 국가의 “기본적 인 권에 대한 확인의무와 보장의무”의 위반을 평가하고 있다.

305) 대표적으로 방승주, 착상전 진단의 헌법적 문제, 95-98면.

없는 사람들에게 대한 법률이 정하는 바에 따른 국가의 보호 의무를 규정한 것으로, 오히려 이들에 대한 국가의 차별적인 보호를 요구하고 있는 것이다. 국가가 질병을 가진 사람들에게 대해서 적극적인 사회보장 의미의 차별을 한다면 그것은 평등문제가 아니라 사회권의 보장에 관한 문제이다. 이러한 적극적인 사회보장의 의미를 배아의 경우에 적용하여, 유전질환이 있는 배아를 건강한 배아에 비하여 우선적으로 먼저 모의 자궁에 착상시킬 우선적 권리를 인정할 수도 없는 것이다. 다른 한편 착상전 유전자진단 후에 배아의 착상에 대한 차별은 사인(부모)에 의한 차별의 문제 내지 기호의 문제이지, 국가에 의한 차별의 문제를 야기하는 것은 아니다.

그 밖에 유전질환을 장애라고 보는 것 자체에 대해서도 의문을 제기할 수 있다. 신체적 장애와 유전질환은 분명히 구별될 수 있는 개념이다. 유전질환이 신체적 장애를 가져올 수는 있지만, 신체적 장애가 곧 유전질환은 아니기 때문이다. 따라서 유전질환으로 인한 문제를 아무런 설명 없이 장애로 인한 차별문제로 파악하는 것은 주의할 필요가 있다. 다만, 유전질환을 장애라고 볼 수 있더라도, 그로 인한 착상전 유전자진단의 문제가 평등원리에 위반되는지 여부는 다시 검토해 볼 필요가 있다.³⁰⁶⁾

306) Spranger, Recht und Bioethik, 2010, S.287f.에서는 장애로 인한 차별을 금지하는 독일연방헌법 제3조 제3항 제2문을 근거로 착상전 유전자진단 문제를 평등문제로 해결할 수 있다고 본다.

2. 차별의 유무

기본권의 제한 부분에서 이미 언급한 대로, 착상전 유전자 진단 자체는 특정 배아를 폐기하는 것을 목적으로 하거나 이에 직접 영향을 미치는 것이 아니다. 착상전 유전자진단 자체는 모든 체외수정을 통해 생성된 배아를 대상으로 실시되는 것이기 때문에 직접적으로 배아에 대한 국가의 차별문제를 야기하는 것도 아니다. 다만, 착상전 유전자진단의 결과로 인하여 유전질환이 발견된 배아에게는 폐기의 위험을 야기한다고 볼 수 있을 뿐이다. 착상전 유전자진단은 모든 배아에게 이루어지지만, 유전질환이 발견된 배아의 부모가 착상을 포기하고 배아의 폐기를 결정하면, 유전질환을 이유로 건강한 배아에 비하여 부모에 의한 차별이 발생한다고 볼 수 있을 뿐이다. 오히려 차별은 특정한 유전질환에 대해서만 검사를 허용하고 그 외의 유전질환에 대해서는 유전자 검사를 허용하지 않는 것에서 직접적으로 발생한다. 결국 현재 생명윤리법상으로는 착상전 유전자진단 자체가 배아를 차별하는 것이 아니라, 유전질병에 따라 착상전 유전자진단의 가능여부가 결정되는 점에서 차별이 발생하는 것이다. 또한 이는 기본권의 제한으로 평가할 문제가 아니라 국가가 특정 유전질환을 가진 배아의 보호를 어느 정도까지 책임져야 하는지에 대한, 헌법이론적으로는 국가의 기본권 보호의 무 차원에서 논의되어야 할 문제이다(앞의 VI 참조).

물론 이에 대해서도 착상전 유전자진단이 유전질환을 가진 배아에 대하여 직접적인 차별은 없지만, 구체적으로 실질적인 차별의 결과를 야기할 수 있기 때문에 차별이 있다고 주장할 수는 있을 것이다. 이하에서는 그렇게 인정하더라도 착상전 유전자진단이 불평등한 차별을 가져오는지 살펴본다.

3. 차별의 정당성

먼저 착상전 유전자진단을 통해 허용되는 유전질환 검사의 범위에 있어서 차별은 엄격한 심사기준으로서 비례성원칙에 따라 평가할 것인지 완화된 심사기준으로서 자의금지원칙에 따라 평가할 것인지 문제가 된다. 헌법에서 특별히 평등을 요구하고 있거나 헌법이 스스로 차별의 근거로 삼아서는 아니되는 기준을 제시하거나 차별을 금지하고 있는 영역에서의 차별에 대해서, 그리고 차별적 취급으로 인하여 관련 기본권에 대한 중대한 제한을 초래하게 된다면 엄격한 심사기준이 적용되어야 한다.³⁰⁷⁾ 여기서는 심사기준에 관계없이 자의금지원칙으로 심사하는 경우와 엄격한 비례성심사기준으로 심사하는 경우까지 다루어 본다.

307) 헌재 1999.12.23, 98헌마363, 판례집 11-2, 770, 787.

가. 완화된 자의금지원칙 내지 차별의 합리성

먼저 유전자검사가 허용되는 유전질환을 열거하는 목적은 심각하거나 중대한 유전질환을 가지고 있는 배아에 대해서만 부모가 착상여부를 결정할 수 있도록 배려하고, 그 밖의 유전질환을 가진 배아에 대해서는 착상단계에서부터 생명 내지 출생을 보호하려는 것이기 때문에, 차별의 목적(내지 차이기준의 설정)은 정당하다.³⁰⁸⁾ 심각하거나 중대한 유전질환으로 확인된 유전질환을 대상으로만 유전자검사를 허용하고 그 밖의 유전질환에 대해서는 착상전 유전자진단을 허용하지 않는 것은 심각한 유전질환과 그 밖의 유전질환 간 질적인 차이를 잘 반영한 것으로서 적합한 차별이다. 완화된 자의금지원칙을 심사기준으로 한다면 차별의 적합성 단계에서 이미 차별의 합리성이 인정될 수 있다.

나. 엄격한 비례성심사

308) 평등원리에 위반에 관한 위헌심사기준으로서 엄격한 비례성심사기준과 완화된 자의금지원칙은 자유권 보호를 위해 적용되는 과잉금지원칙과 반드시 동일하지는 않다. 정문식, 평등위반 심사기준으로서 비례원칙, (부산대)법학연구 제51권 제1호(2010), 25-30면 참조. 여기서는 정문식, 평등위반 심사기준으로서 비례원칙, 29-30면의 내용에 근거하여 평등원리 위반여부를 판단하겠지만, 혼란을 줄이기 위해서 헌법재판소가 그 동안 일반적으로 사용한 용어례를 함께 표시하기로 한다.

유전적으로 심각한 유전질환과 중대하지 않은 유전질환의 차이가 배아에 대한 착상전진단의 허용여부를 달리 결정(하고, 이에 따라 배아의 폐기를 결정)할 정도로 큰 것인가에 대해서는 배아의 생명권 인정 여부, 주관적인 가치관 등에 따라 달리 평가될 수 있다. 배아의 생명권을 부모의 자기결정권과 형량할 수 없을 정도로 중요한 기본권으로 전제하여 차별의 정당화를 부정할 수도 있다.³⁰⁹⁾ 그러나 배아에게 생명권을 인정한다 하더라도 특히 제외수정되어 아직 자궁에 착상되지 않은 배아의 경우에 대해서는 중대한 유전질환으로 인한 유전자검사가 최소한 인정될 수 있다면, 그 차별은 배아의 생명권을 과도하게 제한하는 차별이거나 수용할 수 없을 정도의 차별이라고 평가하기는 어렵다. 이는 직접적으로 중대하고 심각한 유전질환은 유전자검사를 배아단계부터 허용하는데 대해서 그 밖의 유전질환은 유전자검사를 허용하지 않는 것이, 반드시 유전질환을 가진 배아를 심각하게 차별했다거나, 그 결과로서 생명권이 형해화 될 정도로 중대한 침해를 가져왔다고 평가하기는 어려워 차별의 균형성(법익의 균형성)도 보장되었다고 보인다.³¹⁰⁾

309) 예컨대 배아의 생명권은 부모의 자기결정권 내지 행복추구권과 형량할 수 없을 정도로 중대한 가치를 가진다거나, 최소한 배아의 폐기를 자유로 인정할 수 없다는 입장에서는 차별의 정당화가 인정될 수 없을 것이다. 방승주, 착상전 진단의 헌법적 문제, 97-98면.

310) 다만, 이러한 평가결과는 주관적인 가치판단을 배제하기 어려워 객관적인 것이라고만 주장할 수 없다는 한계를 인정함을 전제로 한다.

제 3 절 유전자은행과 헌법

I. 유전자은행의 의미

1980년대부터 중요한 연구로 인식되고 발전해 온 인간 유전자에 대한 연구는 여전히 생명공학시대의 주요 연구분야 중에 하나이다. 유전자연구는 유전자검사를 전제로 하는데, 생명윤리법 제2조 제6호에서는 “개인의 식별, 특정한 질병 또는 소인의 검사 등의 목적으로 혈액·모발·타액 등의 검사 대상물로부터 염색체·유전자 등을 분석하는 행위”를 유전자 검사로 정의하고 있다. 이러한 “유전자검사의 결과로 얻어진 정보”를 유전정보라 한다(제2조 제7호). DNA에서 완전한 유전정보를 저장하고 있는 부분이 유전자이며, 완전한 유전정보는 각 생물에 존재하는 전체 단백질과 전체 RNA의 구조를 결정하여 세포나 조직이 제대로 생성될 수 있도록 프로그램화하고 생물체의 활동을 결정하며, 특유의 개성을 결정하는데 필요한 정보를 의미한다. 이에 반하여 “유전자정보”는 단백질정보를 가지고 있지 않은, 유전정보가 없는 부위를 대상으로 검사하여 얻어진 정보를 의미한다. 따라서 유전정보와 유전자정보는 구별해서 사용해야 한다.³¹¹⁾

유전자은행이란 생명윤리법 제2조 제8호에 따르면 “유전

311) 김지영, 유전자정보은행에 관한 현행법률 고찰, 홍익대 석사학위논문, 2011, 11면.

정보의 획득을 목적으로 검사대상물·유전자 또는 개인정보가 포함된 유전정보를 수집·보존하여 이를 직접 이용하거나 타인에게 제공하는 기관”을 의미한다. 이에 대하여 유전자정보은행이란 DNA검사기술을 이용하여 강력전과자 같은 특정 집단의 유전자형을 입력·관리하며 범인지목의 단서가 없는 미제사건에 대하여 용의자를 검색하는 국가차원의 제도로 이해된다.³¹²⁾ 즉, ‘디엔에이신원확인정보의 이용 및 보호에 관한 법률’ 제2조 제5호에서 동법에 따라 취득한 “디엔에이신원확인정보(개인식별을 목적으로 DNA감식을 통해 취득한 정보로서 일련의 숫자 또는 부호와 조합으로 표기된 것)를 컴퓨터 등 저장매체에 체계적으로 수록한 집합체로써 개별적으로 그 정보에 접근하거나 검색할 수 있도록 한 것”은 유전자정보은행으로 이해할 수 있다.

유전자검사를 위해서는 혈액이나 모발, 타액과 같은 인체로부터 유래된 물질(인체유래물: human material)이 필요하다. 바이오뱅크(Biobank)는 의생명과학연구를 위해서 다양한 인체유래물을 임상정보와 함께 수집·보관하고, 연구자가 이용할 수 있도록 은행기능을 수행하는 기관을 의미한다.³¹³⁾ 생명윤리법상 유전자은행은 바로 이러한 바이오뱅크의 기능을 수행하는 은행이다. 개정 생명윤리법 제5장 제2절 제41조

312) 김지영, 앞의 논문, 84-85면.

313) 이정념·최경석, 국내 유전자은행 관련 법률 및 운영의 문제점과 개선방안, 생명윤리정책연구 제2권 제1호(2008), 1-2면.

이하에서는 기존의 유전자은행을 인체유래물은행으로³¹⁴⁾ 변경하여 바이오뱅크의 기능을 조금 더 잘 표현할 수 있도록 개정하였다.

II. 유전자은행과 헌법

1. 개인정보 자기결정권

유전자은행제도로 인하여 헌법적 측면에서 문제가 될 수 있는 것은 사생활의 비밀과 자유에 관한 기본권 내지 개인정보 자기결정권이다. 사생활의 비밀과 자유는 개인의 사적 영역에 관한 사항을 자신의 의사에 반하여 공개당하지 않고,³¹⁵⁾ 개인의 사적 영역에서의 생활을 향유하는데 있어서 평온함과 자율성을 침해받지 않는 것을³¹⁶⁾ 의미한다. 개인정보 자기결정권(또는 자기정보 통제권)은 자신에 관한 정보를 스스로 통제할 수 있는 적극적인 청구권으로서, 행정기관 등에 대하여 자신에 관한 정보의 열람·정정·삭제 등을 요구하고, 개인 정보의 사용을 제한하도록 하며, 개인정보 사용으로 인한 피해를 구제받기 위한 권리 등의 내용으로 이루어

314) 제2조: 13. “인체유래물은행”이란 인체유래물 또는 유전정보와 그에 관련된 역학정보(疫學情報), 임상정보 등을 수집·보존하여 이를 직접 이용하거나 타인에게 제공하는 기관을 말한다.

315) 양건, 헌법강의, 2012, 417면.

316) 양건, 헌법강의, 2012, 421면.

져 있다.³¹⁷⁾ 이러한 개인정보 자기결정권을 보장하기 위하여 개인정보과일을 운용하는 모든 공공기관, 법인, 개인, 단체 등을 대상으로 하는 ‘개인정보법’이 2011년 일반적인 법률로서 제정되어 있다.

유전정보를 제공하게 될 유전자검사의 대상자는 유전자검사, 유전자연구의 목적, 그 밖의 목적으로 검사대상물을 타인에게 제공하는 것과 이 때 자신의 개인정보를 포함시킬지 여부, 검사대상물의 보존기간과 관리에 관한 사항 등에 대하여 동의할 권리가 있다(생명윤리법 제26조 제1항). 이러한 동의권은 개인정보자기결정권에서 도출되는 정보주체로서의 권리라고 할 수 있다. 검사대상자가 미성년자나 심신박약 또는 심신상실자인 경우에는 이러한 행위무능력자들을 위하여 법정대리인의 동의도 요구된다(제3항). 다만 다른 법률에서 특별히 규정한 경우와 시체나 의식불명인 자의 신원을 확인하기 위한 경우에는 동의가 불가능하기 때문에 서면동의 없이 유전자검사가 가능하다(제4항).³¹⁸⁾

2. 사생활의 비밀 보호

유전자은행에서 보관하고 있는 인체유래물이나 유전정보

317) 양건, 헌법강의, 2012, 417-418면.

318) 그 밖에 동의의 예외적인 경우에 대해서는 이현석, 생명윤리법에 관한 연구, 152-154면 참조.

등이 국가의 공공기관으로부터 이용되거나 제3자에게 이용되는 경우에는 특히 개인의 사생활의 비밀에 대한 침해가 문제될 수 있다. 개인의 유전정보를 활용하면서도 유전정보로 인한 개인의 사생활의 비밀을 보장하기 위한 방법으로서 일반적으로 익명화 방식을 사용하고 있다. 개정 생명윤리법 제2조 제19호에서는 익명화를 “개인식별정보를 영구적으로 삭제하거나, 개인식별정보의 전부 또는 일부를 해당 기관의 고유식별기호로 대체하는 것”이라고 정의하고 있다. 이러한 개념정의는 그 동안 개정안에서 제시되었던 익명화의 개념이 명확하지 못하다는 비판을³¹⁹⁾ 반영한 것으로 보인다. 이러한 익명화를 통해 개인의 유전정보는 연구 등에 사용될 수 있으나, 개인의 사생활의 비밀 등이 노출되는 것은 방지할 수 있다.

3. 유전정보를 통한 차별금지

생명윤리법은 유전정보의 남용이나 오용을 방지하기 위하여 제31조에서는 유전정보에 의한 차별금지를 명문으로 규정하고 있다. 국가기관이나 개인은 유전자은행에 보관되어 있는 개인의 유전정보를 이용하여 교육, 고용, 승진, 보험 등 사회활동에 있어서 다른 사람을 차별할 수 없다.³²⁰⁾ 제31조

319) 이정님/최경석, 국내 유전자은행 관련 법률 및 운영의 문제점과 개선 방안, 12-16면 참조.

의 규정은 헌법상 규정에 비하여 협소하므로 구체적인 예시적 규정으로 이해하고, 헌법 제11조 제1항처럼 “정치적·경제적·사회적·문화적 생활의 모든 영역에 있어서” 유전정보로 인한 차별을 받지 않는 것으로 해석해야 한다.³²¹⁾

4. 유전정보와 재산권

법제도는 인체와 관련해서 발생한 산물, 장기, 혈액 및 신체일부 등에 물건성을 부인하고 소유권이나 재산권의 대상성을 인정하지 않고 있다.³²²⁾ 그러나 유전자검사물이나 유전정보가 당사자의 것임에도 불구하고 배타적인 권리를 행사하지 못하는 반면, 이를 취득한 기관이나 사인은 자신들의 편의를 위하여 사용할 수 있다면 이는 문제가 있는 것이다. 이 때문에 유전물질에 대한 재산권을 전면적으로 부정하는 법적 태도에 대하여 의문을 제기하기도 한다.³²³⁾ 유전정보가 단순히 연구의 목적만을 위하여 이용된다면 이에 대해 재산

320) 유전정보를 통한 차별의 가능성과 다양한 사례에 대해서는 이인영, 생명윤리 및 안전에 관한 법률상의 처벌규정과 규제논거를 중심으로, 139-142면 참조.

321) 김장환, 생명윤리및안전에관한법률의 분석, 8면.

322) 배아줄기세포와 관련한 줄기세포주에 대한 특허대상성에 관한 논의는 한지영, 유럽, 특히 영국에서 인간의 배아줄기세포의 특허 보호 및 생명윤리에 관한 연구, 산업재산권 제36호(2011), 1-36면; 표호건, 인간배아줄기세포의 특허성에 관하여, 산업재산권 제22호(2007), 1-32면 등 참조.

323) 이현석, 생명윤리법에 관한 연구, 159-160면.

권을 인정하지 않더라도 큰 문제가 없겠지만, 영리적으로 활용될 수 있다면 재산권으로 보장하지 않는 것은 정당화되기 어려울 것이다. 기본적으로 유전정보의 권리성을 인정하는 것은 궁극적으로 기증자의 권리를 확대하고 유전정보를 보호하는데 기여하는 것이 될 수 있기 때문이다.³²⁴⁾

제 4 절 생명윤리위원회와 헌법

I. 현대 생명과학기술에 있어서 생명윤리위원회의 의미

공동체가 기본적인이고 핵심적인 문제에 있어서 가치관에 대한 근본적인 합의를 보지 못한다면 법은 크나큰 위기를 맞게 되는데, 전통적으로 구속력 있는 결정이나 갈등해결방안으로서 작동하던 법의 기능이 발휘되지 않기 때문이다. 법은 한 사회에서 일정기간 혹은 일정 시점에 합의된 가치를 기반으로 성립·확정된 것이다. 합의가 이루어지지 않는 문제에 대해, 국가기관이 직접 사회적·윤리적 논의를 주도하거나 동기를 부여하는 적극적 역할을 담당하는 이유가 바로 여기에 있다.³²⁵⁾ 예컨대 윤리위원회를 입법과 행정절차에 참

324) 이현석, 앞의 글, 159-160면.

325) Sommermann, Ethisierung des öffentlichen Diskurses und

여시켜 정책결정과 집행과정에서 활동하도록 하는 것도, 새롭게 직면한 과학기술문제에 대한 해결방안을 모색하는 것이다.³²⁶⁾

현대의학, 유전자공학, 생명공학, 정보기술 분야 등에서 입법 절차부터 윤리위원회가 개입하거나, 법집행절차에서 윤리위원회가 제도화되는 것은 이제 하나의 경향이 되었다. 심지어 윤리위원회의 자문이나 협력을 통해 국가는 자신의 결정에 대한 정당성을 강화하기까지 한다. 물론 이는 윤리위원회가 여론이나 공적 논의를 충분히 반영할 수 있어야 하며, 국가가 윤리위원회의 권고를 준수한다는 것을 전제로 한다.³²⁷⁾ 그러할 때 윤리위원회는 그 의미가 확대되며, 국가과정에 필수적인 요소로 자리매김하게 되는 것이다.³²⁸⁾

II. 윤리적 논의 시 유의사항

1. 최종 척도로서 법

국가가 윤리위원회를 통해 문제해결을 할 때 간과하지 말아야 할 것은, 최종적으로 사회의 주요 결정을 내리는데 있

Verstaatlichung der Ethik, ARSP 2004, S.77.

326) Albers, Die Institutionalisierung von Ethik-Kommission: Zur Renaissance der Ethik im Recht, KritV 2003, S.419ff.

327) Sommermann, ARSP 2003, S.84f.

328) 정문식, 독일 줄기세포법상 줄기세포연구중앙윤리위원회의 구성과 사무, 헌법학연구 제11집 제4호(2005), 413-415면.

어서 최후의 척도는 바로 헌법이나 법률 같은 법규범이라는 점이다.³²⁹⁾ 윤리위원회가 인간존엄, 사람의 생명 등을 보호하는데 기여한다거나, 반대로 윤리위원회의 결정이 연구자의 학문의 자유를 제한한다거나 어떤 결정을 하더라도, 그러한 구속력 있는 결정을 이끌어내는 절차는 법적 근거가 필요하다.³³⁰⁾ 윤리적인 타당성만을 가지고 타인의 기본권을 제한하는 근거로 삼을 수는 없기 때문이다. 절차뿐만 아니라 최종적인 국가의 결정은 법적 결정이어야 하며, 또한 그 결정도 국가를 통해 집행되어야 하기 때문이다.³³¹⁾

2. 사회적 여론의 반영

공동체 구성원 간 중요한 사회문제에 대한 논의는 국가의 의사결정에 잘 반영될 수 있어야 한다. 한 공동체의 사회적 기반에 그에 상응하는 윤리발전이 제대로 반영될 때, 윤리는 법적으로 규정된 형식적 형량기준들이 제공하는 어떤 일정한 해답보다 더 설득력 있고, 일반적으로 수궁할 수 있는 해결책을 제시할 수 있을 것이다.³³²⁾

329) Albers, KritV 2003, S.419.

330) Pernice, in: Dreier(Hrsg.), GG, Bd.I, 2004, Art.5III(Wissenschaft), Rn.48 참조.

331) 이러한 윤리의 행정행위 속에서의 역할과 행정행위로서의 윤리에 대해 비판적인 입장으로는 Sobota, Die Ethik-Kommission - Ein Institut des Verwaltungsrechts?, AöR 1996, S.242ff.

332) 정문식, 독일 줄기세포법상 줄기세포연구중앙윤리위원회의 구성과

국가가 새로운 문제들을 윤리위원회의 기준에 따라 해결하는 것을 정당화할 수는 있지만 거기에도 한계가 있다. 먼저 국가는 가치에 있어서 중립적임을 전제로 한다. 국가가 특정한 종교관이나 세계관과 연결되어 윤리논의를 주도해서는 안 된다. 따라서 윤리위원회를 운영하는데 일정한 가치관이나 세계관이 윤리위원회를 지배하도록 하는 것은 인정될 수 없다. 또한 민주주의 원리 측면에서 본다면 국가만이 주도하는 윤리에 관한 논의 자체도 문제이다.³³³⁾ 이 때문에 윤리위원회의 결정과정에는 국민의 여론이 일정부분 반영될 수 있는 여지를 설정하는 것도 중요하다.

3. 윤리와 도덕의 구별

마지막으로 오해를 방지하기 위해 먼저 윤리와 도덕은 구별됨을 전제로 한다. 흔히 윤리와 도덕은 함께 통용되며, 도덕적인 사고 혹은 선과 악에 대한 판단기준으로서 같은 의미로도 사용될 때도 많다. 그러나 윤리위원회의 “윤리”란 개념을 도덕과 같은 것으로 본다면, 먼저 그 위원회 이름부터 윤리위원회 대신 도덕위원회로 바꾸는 것이 타당할 것이다. 또한 윤리위원회의 구성원들이 도덕분야의 전문가들이 아니라 해당 분야의 전문가들이라는 점을 본다면, 윤리란 개념은

사무, 416-417면.

333) Sommermann, ARSP 2003, S.86.

분명 도덕과 구별되는 개념이다.

윤리와 도덕은 방법적인 측면에서 구별되는 개념이다.³³⁴⁾ 도덕은 시간적·공간적으로 구분되는 한 사회에서 선한 것과 악한 것, 좋은 것과 나쁜 것으로 구별되며, 해야 할 것과 하지 말아야 할 것에 대한, 어느 정도 구속력을 가지는 행위 규범 전체를 의미한다. 윤리는 이에 대해 단순한 도덕적 입장이나 특정의 도덕적 관념이나 생각에 관한 것이 아니라, 도덕에 관한 “학문”으로서 도덕규범과 도덕규범을 근거로 삼는 모든 논증에 대한 비판적인 분석과 검증을 의미한다. 따라서 도덕이 어느 정도 신뢰와 확신·믿음의 문제라면, 윤리는 이성의 문제에 관한 것으로서 방법적으로 도덕적 개념들을 논의에 반영하고, 비판적으로 도덕적 주장들을 검증하여, 도덕의 유효성을 가리는 것이다.³³⁵⁾

Ⅲ. 윤리위원회의 기능

윤리위원회는 국가가 직면한 문제들에 대해 윤리적으로 타당한 결정을 제공하면서, 문제해결의 방향을 제시하는 교육기능과 다른 한편으로는 문제해결을 통해 국가가 자신의

334) 이에 대해서는 Taupitz, Ethikkommissionen in der Politik: Bleibt die Ethik auf der Strecke?, JZ 2003, S.817 참조.

335) Rippe, Ethikkommissionen als Expertengremien?, in: ders.(Hrsg.), Angewandte Ethik in der pluralistischen Gesellschaft, Universitätsverlag: Freiburg, 1999, S.359ff.

역할과 능력을 발휘하도록 돕는 협조기능을 발휘한다.³³⁶⁾ 물론 이러한 기능은 사회내 의사소통이 윤리지향적으로 원활히 이루어지도록 제도적으로나 문화적으로 구비된 상태에서 가장 잘 실현될 것이다.

두 번째로 윤리위원회의 결정이 갖는 중요한 의미는, 개인의 책임을 경감시킨다는 것이다. 윤리는 현재 생명윤리분야에서 개인의 양심 그 이상을 의미한다. 생명윤리는 과거에는 다루어보지 않았던 새롭게 직면한 문제들에 대하여 특별한 대답이나 기준을 제시하지 못한다. 이 때 생명과학 관련 연구에 있어서 연구자 개인이 갖는 윤리적 책임은 그 결과를 생각할 때 홀로 부담하기에는 결코 가벼운 것이 아니다. 이 때 윤리위원회의 윤리적 타당성에 대한 평가는 개인의 부담을 덜고, 개인의 (연구의) 자유 실현을 돕는 기능을 발휘한다.³³⁷⁾

세 번째로 윤리위원회가 인정한 윤리적 타당성은 사회의 수용으로 인정하고, 이를 통해 공동체 내 충돌문제의 해결을 꾀한다. 윤리위원회는 최종결정권을 가진 유권기관은 아니다. 그러나 사회 내 전문가들의 의견을 수렴하여 새롭게 직면한 문제에 대한 다양한 시각을 반영하고, 특정 심사를 통해 일정한 사회적 동의를 구하도록 하는 자문 혹은 동의기

336) Albers, KritV 2003, S.429. 서계원, 인간배아복제의 문제점과 해결방안, 생명윤리 제6권 제1호, 2005, 153-154면은 생명윤리위원회를 “대화적 심사기관”이라고 표현하고 있다.

337) Albers, KritV 2003, S.430.

관으로의 역할을 수행한다. 이를 통해 사회적 이해관계나 윤리적 충돌문제를 해결하거나 완화시킨다.³³⁸⁾

마지막으로 윤리위원회는 자기통제기구로서의 기능을 발휘한다. 각 분야 전문가로 이루어진 윤리위원회는 일정한 심사 기준을 통해 연구의 자유를 제한하고 그 질을 향상시킴으로써, 소위 과학분야의 자치 또는 학계의 자기규제 (Selbstverwaltung der “Scientific Community” 또는 Selbstregulierung des Wissenschaftssystems) 역할도 담당하게 된다.³³⁹⁾

IV. 국가생명윤리심의위원회의 헌법적 문제

1. 학문의 자유를 절차적으로 보장하는 위원회제도

첨단과학기술의 수준과 발전은 세계화·국제화시대에 있어서 국가의 국제경쟁력을 가늠하는 중요한 요소이기 때문에 국가는 학문의 자유를 제한하는 것만은 아니다. 국가는

338) 정문식, 독일 줄기세포법상 줄기세포연구중앙윤리위원회의 구성과 사무, 419면.

339) 과학계의 자기통제 등에 대해서는 Fehling, in: Dolzer/Vogel/Graßhof (Hrsg.), Bonner Kommentar zum Grundgesetz, Bd.1(Stand: März 2004), Art.5 Abs.3 (Wissenschaftsfreiheit), Rn.165; Ganten, Selbstkontrolle und Vertrauen in die Wissenschaft, in: Maio/Just(Hrsg.), Die Forschung an embryonalen Stammzellen in ethischer und rechtlicher Perspektive, 2003, S.119ff. 참조.

학문에 대하여 자유방임적인 태도를 취하거나, 규제적인 제한 또는 적극적인 지원의 입법정책 등을 취할 수 있다. 과학기술의 발전에 따른 개인에 대한 위협의 증가로 국가는 일반국민의 기본권(생명) 보장을 위하여 규제법률을 제정할 수도 있지만, 반대로 과학기술발전의 방향을 잡고 적극적으로 지원할 수도 있다.³⁴⁰⁾

국가의 적극적인 지원(개입)은 다른 한편 학문의 국가에 대한 종속을 야기하고, 이는 결국 학문의 자유에 대한 침해가 될 수 있다.³⁴¹⁾ 따라서 국가가 적극적으로 특정연구에 관한 학문의 내용에 개입하지 않고 국가의 재정지원에 민주적 절차를 통한 연구자의 참여를 보장하면서도, 다른 한편 학계의 자율성 또는 자기조정가능성을 통해 절차적으로 학문의 자유를 보장하는 대표적인 제도가 “위원회제도”이다.³⁴²⁾ 위원회제도는 사회적 문제가 되는 학문연구와 관련하여, 학계의 자율성을 통해 학문의 위험한 발달가능성을 조정하고, 사회의 대표자들을 통해 사회적 동의 내지 승인을 얻어내는 절차 내지 제도인 것이다.

340) 정문식, 학문의 자유와 입법정책, 587-588면.

341) 정문식, 학문의 자유와 입법정책, 588-589면.

342) 학계의 자기조정 내지 자기통제를 통한 학문의 자율성 보장에 관해서는 정문식, 학문의 자유와 입법정책, 589-590면 참조.

2. 국가생명윤리심의위원회 구성의 문제

주무장관의 배아연구계획서에 대한 승인이 학문의 자유에 대한 국가의 직접적인 기본권 제한이라면, 생명윤리법상 국가생명윤리심의위원회(이하 생명윤리위원회)는 국가의 통제가 학계와 사회로부터 인정과 동의를 받을 수 있도록 일정한 합리적 기준을 설정하는 역할을 한다.³⁴³⁾ 현재로는 잔여 배아를 이용할 수 있는 연구에 관한 내용, 체세포핵이식을 할 수 있는 연구에 관한 내용, 그 밖의 중요한 생명과학기술의 연구, 개발, 이용에 관한 내용을 결정하는 사무를 담당한다(제6조).

하지만 생명윤리위원회는 구성과 독립성에 있어서 약간의 문제가 있다. 16인 이상 최대 20인으로 구성되는 위원회위원 중 1/3 정도를 각부장관들이³⁴⁴⁾ 당연직으로 점유한다. 이 점에서 각부장관이 배제되어 국가로부터 독립성이 보장되는 독일의 줄기세포법상 윤리위원회와³⁴⁵⁾ 비교된다. 또한 장관

343) 일반적인 국가생명윤리위원회제도에 대해서는 박수현, 각국의 국가생명윤리관련위원회 규정을 통한 우리의 국가생명윤리심의위원회 개선 방안, 안암법학 제25권(2007), 203-233면, 특히 생명윤리법상 국가생명윤리심의위원회의 조직과 운영에 대한 일반적인 내용은 227-230면 참조.

344) 교육과학기술부장관, 법무부장관, 지식경제부장관, 보건복지부장관, 여성가족부장관, 법제처장.

345) 독일의 줄기세포연구중앙윤리위원회제도에 관하여는 정문식, 독일 줄기세포법상 줄기세포연구중앙윤리위원회의 구성과 사무, 407-441면 참조.

의 나머지 최대 14인의 위원도 모두 대통령이 위촉하고 위원장까지 임명하며(제7조), 과반수 출석과 출석위원 과반수 찬성으로 의결하게 된다(시행령 제2조 제3항). 이는 위원회의 독립성을 유지하는 면에서나 학계의 자율성이나 자기조정성을 절차적으로 보장하려던 위원회제도의 본래 의미 측면에서 볼 때 문제가 있다.³⁴⁶⁾ 오히려 국가가 생명윤리위원회제도를 통해 학문의 자유에 개입하여 연구의 방향과 내용을 주도하거나 통제할 수 있는 위험성이 크다고 할 수 있다.³⁴⁷⁾

3. 생명윤리법 개정

국가로부터 생명윤리위원회의 독립성을 확보하려면 위원회의 구성에서 각부장관 등을 배제하고 민간전문가들로만 구성하는 것이 적합하다. 아울러 학계와 사회의 자율성과 자기조정성을 절차적으로 보장하기 위하여 위원장과 부위원장은 위원회 내부에서 선출하는 것이 타당하다. 학문 이외에 사회의 이해관계와 윤리상황을 반영하고 조절하도록 하려면 학계전문가와 사회 각계 대표가 동수로 구성되는 것이 좋을 것이다. 하지만 사회적 논란이 되는 특정 연구계획에 대하여

346) 이에 대해서는 학문의 자유와 입법정책, 590-592면 참조.

347) 정문식, 학문의 자유와 입법정책, 591-592면; 박수현, 각국의 국가생명윤리관련위원회 규정을 통한 우리의 국가생명윤리심의위원회 개선 방안, 230면.

첨예하게 의견대립이 발생하는 극단적인 경우에도, 학문의 자유를 보장하는 측면에서 최후결정권을 학계의 판단에 맡겨 인정한다면, 학계대표가 최소한의 우위를 점할 수 있는 구성을 생각해 볼 수 있다. 따라서 생명윤리위원회의 구성에 관해서는 개정도 고려해 볼 수 있다.³⁴⁸⁾

개정 생명윤리법 제8조에서는 국가생명윤리심의위원회의 인원을 15명 내지 18명으로 축소하면서 6명의 당연직 위원 중에서 법제처장을 제외하였다. 생명윤리위원회에서 정부장관이 차지하던 비율은 조금 낮아졌지만 기존의 비판과 개정의 필요성은 크게 변하지 않은 것으로 볼 수 있다.

V. 기관생명윤리심의위원회

1. 연구기관 내 자체적인 윤리심사

생명윤리법 제9조에 따르면 배아관련 연구기관, 유전자검사 및 치료기관, 그 밖에 생명과학기술관련 연구를 하는 기관 중에 일정한 연구기관 등에 대해서는 연구기관 내부에서 연구에 관한 윤리심사를 담당하는 기관생명윤리심의위원회(이하 기관생명윤리위원회)를 두도록 강제하고 있다. 이는 연구기관 내부에서도 자체적으로 일정하게 생명윤리상의 문

348) 생명윤리법상 생명윤리위원회의 구성에 관한 개정제안은 정문식, 학문의 자유와 입법정책, 594면 참조.

제점들을 해결하도록 요청하는 것이다. 그러나 윤리위원회의 본래 구성의도가 종교적·철학적·윤리적·사회적 여론을 생명과학연구에 반영하려는 것이라면, 단순히 “생명과학 또는 의과학 분야 외” 종사자 1인만을 포함시키는 것은 기관내부에서 윤리문제를 자체적으로 해결하는데 충분하지 못한 것으로 볼 수 있다.³⁴⁹⁾

2. 생명윤리법의 개정

개정 생명윤리법(법률 제11250호, 2012.2.1. 전부개정) 제10조에서는 기관생명윤리위원회의 설치의무 대상기관을 기존의 연구기관 외에도 인간대상연구 및 인체유래물연구를 수행하는 자의 소속 교육·연구기관 내지 병원 등으로 대폭 확대하였다. 이는 거의 모든 생명과학연구에서 기관 내 자체적인 생명윤리심사가 이루어지도록 강제한 것이다. 기관생명윤리위원회의 구성도 “사회적·윤리적 타당성을 평가할 수 있는 경험과 지식을 갖춘 사람” 1인과 외부인사 1인 “이상을” 포함시키도록 요구하고 있어서 기관윤리위원회의 본래 기능이 연구기관 자체적으로 이루어질 수 있는 여지를 넓혀놓았다. 이는 기본적으로 바람직한 개정방향이라고 볼 수 있다.

349) 김중호/구인회/홍석영/구영모/이경상, 생명윤리 및 안전에 관한 법률에 대한 비판적 분석, 26-27면 참조.

3. 전망과 의문

그러나 이러한 기관생명윤리위원회의 설치와 심사를 의무적으로 요구하는 것은 학문의 자유 측면에서 본다면 기본권의 제한이 된다. 특히 “인간대상연구”의 개념을 “사람을 대상으로 물리적으로 개입하거나 의사소통, 대민 접촉 등의 상호작용을 통하여 수행하는 연구 또는 개인을 식별할 수 있는 정보를 이용하는 연구”라고 규정하고 이에 관한 구체적인 내용은 보건복지부령에 위임하고 있다. 이에 관하여는 아직 관련규정이 없지만, 인간대상연구라는 개념 자체가 상당히 넓은 범위를 포함하는 불명확한 개념이기 명확성의 원칙상 논란이 될 수 있다. 또한 불명확한 개념에 근거한 연구대상의 확정 후, 생명윤리위원회의 심의를 받도록 하는 것은 학문의 자유에 대한 광범한 제한으로 평가될 수 있다.³⁵⁰⁾ 특히 인문사회과학분야의 연구는 기본적으로 사람에 관한 연구인데, 기본적으로 생명과학분야의 연구남용을 방지하기 위한 제도가 인문사회과학분야의 연구에 대한 제한으로 확대될 가능성이 있어 앞으로 진행방향을 주의할 필요가 있다. 물론 오늘날 과학기술의 발달로 개인의 기본권 제한 가능성

350) 특히 윤리위원회를 법률적 중재기관이라기보다는 일종의 규범적 감시 내지 감독기관으로 보는 입장(박은정, *줄기세포연구와 윤리위원회*의 역할(박은정 외, *줄기세포연구와 윤리와 법정책*, 2004), 102-103면)이라면, 기관윤리위원회의 의무적인 심사는 학문의 자유에 대한 검열과정일 수밖에 없을 것이다.

도 상당히 확대되고 있다는 점에서, 생명윤리위원회의 심의가 개인의 기본권보호에 기여할 수도 있을 것이다. 그러나 연구의 대상과 방식 등 선정에 있어서 광범한 자유를 누려왔던 연구분야에서, 새롭게 기관 내부의 생명윤리위원회를 통한 자체검열이 이루어지는 것을 학계가 어떻게 받아들일 수 있는지는 앞으로 지켜볼 일이다.

제 5 절 인간복제와 헌법

I. 인간복제의 의미

1. 인간복제의 개념

복제(clon; Klon)란 어원적으로 그리스어에서 유래했으며, 섹스를 통하지 않은 생식 혹은 출생, 즉 단일세포 또는 개체로부터 무성적(無性的)인 증식에 의하여 생긴 유전적으로 동일한 세포군 또는 개체군을 말한다.³⁵¹⁾ 생물학에서는 일반적으로 전개체와 유전자가 동일한 후개체의 생성을 의미한다. 복제는 인공적으로만 일어나는 것이 아니라, 식물의 경우 어

351) 노기호·정문식, 인간복제의 헌법적 문제점, 88면; 김수갑, 인간배아 복제의 허용여부에 관한 법적 쟁점과 과제, (충북대)법학연구, 제20권 1호(2009), 2면 참조.

린가지의 꺾꽂이나 휘묻이, 인간의 경우 일란성 쌍둥이의 경우처럼 자연에서도 자연적 복제가 발생한다. 복제를 특정개체의 유전적으로 동일한 세포군 혹은 개체군이라 한다면, 이는 자연적인 과정이다.

2. 인간복제의 종류

치료복제(therapeutisches Klonen)란, 줄기세포연구, 착상전 유전자진단, 질병치료를 위한 연구목적 등으로 배아줄기세포를 복제를 통해 생산하는 것을 일컫는다. 출생복제(reproduktives Klonen)란, 한 인간과 유전적으로 동일한 인간을 생산해 내는 것을 말한다. 한 개인의 체세포의 세포핵과 핵을 제거시킨 난세포를 인위적으로 수정시킨 후 여기서 발생한 배아를 여성의 자궁에 착상시키면, 결국 체세포 기증자의 유전자와 동일한 유전자를 가진 아이가 나오는데 이를 출생복제라 한다.

3. 인간복제의 활용

홀(Jerry Hall)과 스틸만(Robert Stillman)이 1992년 조지 워싱턴 병원에서 인간배아의 분리를 통해 복제기술을 성공시킨 후, 오늘날 복제기술을 인간에 적용할 수 있다는 것에 대해서는 의문의 여지가 없어졌다. 그러나 ‘어떤 목적으로’

인간복제를 할 것인가에 대해서는 여전히 합치된 의견이 없다. 그럼에도 불구하고 생각해 볼 수 있는 인간복제의 목적은 다음과 같이 언급할 수 있다.³⁵²⁾

가. 세포증식

연구 뿐만 아니라 실용의학분야에 있어서도 중요한 쟁점으로 떠오르는 것 중의 하나가 바로 ‘세포복제’로서 단수복제된 항체(monoklonalen Antikörper)의 생산이 그 대표적인 경우다. 면역체계 중 항체를 생산해 낼 수 있는 특정 세포를 무한정 분열능력이 있는 종양세포와 수정시키면, 수정된 세포는 항체의 성격과 종양세포의 분열능력을 모두 갖게 된다. 이 때문에 특정 항체로부터 생산된 세포를 분리해 내고, 복제를 통해 많은 양을 생산해 낼 수 있도록 증식시키는데 복제기술이 사용된다.

나. 유전자진단 목적의 난세포복제

시험관에서 수정된 배아를 출산을 위해 여성의 자궁에 착상시키기 전에 유전자진단을 목적으로 복제할 수도 있다. 복제된 배아의 검사를 통해, 예를 들어 착상될 배아가 가진 유

352) 이에 관해서는 노기호/정문식, 인간복제의 헌법적 문제점, 89면 이하 참조.

전적 질병 같은 것들을 조기에 발견해 낼 수 있고, 때로는 이런 질병조차 유전적 조작을 통해 치료할 수도 있다. 착상 전 유전자진단의 가장 큰 이점은 태아의 건강을 이유로 한 낙태의 건수를 줄이는 것이다.

다. 신체조직, 신체기관 혹은 신체부위의 생산

복제를 통한 신체부위나 장기, 조직 등의 생산은 특히 지대한 관심의 대상이 된다. 오늘날 의학기술로 인간 사이에 조직, 장기 심지어 세포의 이식까지 가능해졌다. 그러나 이러한 이식의학에 있어서도 중대한 두 가지 문제가 있다. 이식된 장기 등은 이식을 받은 환자로부터 엄청난 거부반응에 시달리게 된다. 다른 한편 이식할 수 있는 인간의 신체 장기나 조직 등은 매우 제한적인 반면, 이식을 필요로 하는 환자의 수는 그 이상으로 증가하기—공급보다 수요가 많고, 수요를 공급이 도저히 따르지 못하는 것—때문에, 그나마 이식받을 수 있는 장기의 수는 아주 제한적이다. 치료복제를 통해서—지금까지 적어도 이론적으로는—모든 환자들이 각자의 몸에 맞는 세포나 장기, 신체조직 등을 이식받고, 오늘날 불치 혹은 난치병으로 여겨지는 알츠하이머, 파킨슨병, 당뇨병 등을 치료할 수 있게 된다. 결국 치료복제를 통해서 거부반응 문제와 장기부족 등의 문제가 해결될 수 있는 것이다.

라. 불임치료

부부가 어떤 이유로든지 자연적 방법으로는 아이를 출산할 수 없을 경우, 복제기술은 그들의 자녀를 출산할 수 있는 기회를 제공하게 된다. 불임부부의 경우 대부분은 인공수정을 통해 소원을 성취할 수 있다. 그러나 독신으로 살면서 아이를 원하는 경우나, 또는 동성애부부의 경우에는—여성의 경우에는 정자를 제공받아야 하고, 남성의 경우에는 대리모의 문제가 있을 뿐만 아니라—인공수정을 통해서도 그 문제를 쉽게 해결해 줄 수 없다.

마. 특정목적을 위한 인간의 증식

특정 능력이나 혹은 특정한 성질을 가진 인간을 복제기술을 통해서 만들 수 있다. 종종 문헌에서 드는 예로서 다음과 같은 것이 있다. 골수이식이 필요한 아이를 위해, 아이의 복제인간을 만들어 성장시킨 후, 복제된 아이에게서 필요한 골수를 이식시키는 것이다. 복제된 쌍둥이(?)는 골수기증을 위해 사용된 것이다.³⁵³⁾ 그렇다고 해서 복제된 아이가 장기간

353) 인간복제라고는 할 수 없지만, 착상전 유전자진단을 통해서 이와 유사한 경우가 발생할 수 있다. 예컨대 2000년 8월 29일 미국에서 아담이라는 맞춤형아가 처음으로 탄생하였는데, 여섯 살짜리 누나에게 조직이 일치하는 골수를 제공할 목적으로 시험과 수정을 통해 태어난 것이다. 이에 관해서는 황만성, 착상전 유전자진단의 활용과 형사책임,

건강상 문제를 안게 되는 것도 아니므로, 결국에는 둘 다 건강하게 자랄 수 있다. 그러나 이런 목적은 흔히 대중매체에서 “클론(Klon)”이란 표현으로 아주 괴기스럽고 웬지 음산한 부정적 인상을 주기도 한다.

4. 인간복제의 방법

배아분리법(Embryonensplitting)은, 2-8세포기 사이에 있는 미분화배아세포들을 서로 분리시킴으로써 복제하는 방법을 말한다. 이런 배아세포들은 각각의 세포가 완전한 한 개체, 곧 인간으로 성장할 수 있는 능력을 갖고 있으며(totipotent) 따라서 다시 배아들로서 분화·발전할 수 있다. 8세포기 이전까지의 각각의 배아세포들은 동일한 유전인자를 갖고 있기 때문이다.

핵치환법(Kerntransfermethode)은 오늘날 더 실용적인 방법으로 여겨지고 있는 복제방법으로써, 핵을 제거한 난세포에 복제하고자 하는 개체의 세포핵을 주입하여 수정시키는 방법이다. 세포핵과 수정된 난세포는 배아로서 다시 세포분열을 일으키며 분화하게 된다. 영국의 웬만한 공인보다도 더 유명한 양 돌리(Dolly)가 이 방법을 통해 복제되었기에 일명 돌리방법(Dolly-Verfahren)으로 일컬으며, 돌리의 경우에는

281-282면 참조.

성숙한 암양의 유선(乳線)세포를 통해 복제되었다. 이 방법은 무성생식이기 때문에 자연적인 생식방법을 통한 배아가 더 이상 필요 없다. 분화하게 되는 세포의 핵은 핵치환방법을 통해 다르게 조정될 수도 있고, 이를 통해 완전히 다른 개체 생성도 가능하다.

II. 인간복제와 관련된 법적 상황

생명윤리법 제11조 제1항에서는 “누구든지 체세포복제배아를 자궁에 착상시켜서는 아니되며, 착상된 상태를 유지하거나 출산하여서는 아니된다”고 규정하여 명문으로 복제된 인간의 탄생을 금지하고, 제2항에서는 이를 유인하거나 알선하는 것도 금지하고 있다. 이를 위반하여 체세포복제배아를 자궁에 착상시키고 출산하게 되면 10년 이하의 징역에 처해지고(제49조 제1항) 유인이나 알선한 자는 3년 이하의 징역에 처해지며(제51조 제1항 제1호), 미수범도 마찬가지이다. 체세포복제배아는 체세포핵이식행위에 의하여 생성된 배아를 의미하며(생명윤리법 제2조 제5호), 체세포핵이식행위는 핵이 제거된 인간 난자에 인간의 체세포핵을 이식하는 것이다(동조 제4호).

개정 생명윤리법 제20조에서는 체세포복제배아 뿐만 아니라 단성생식배아의 착상과 출산도 금지된다. 단성생식배아란 “단성생식행위에 의하여 생성된 세포군”이며, 단성생식행위

란 “인간의 난자가 수정 과정 없이 세포분열하여 발생하도록 하는 것”을 의미한다. 단성생식에 의해서도 개체의 발생이 가능하기 때문에 이에 따른 인간복제의 남용을 방지하기 위하여 체세포복제 외에도 단성생식에 의한 복제를 제한하게 된 것이다.

한 가지 주의할 것은, 생명윤리법의 규정에 따르면 복제인간이 태어나는 것은 규제하고 있지만, 인간배아의 복제 자체는 완전히 금지되는 것이 아니다. 이는 체세포복제배아에 대한 연구를 허용하기 위해 체세포복제배아를 생성시키는 행위 자체는 금지에서 제외한 것이다. 복제인간을 만드는 것은 현재적으로 금지되어 있지만, 복제인간을 만드는 기술 자체는 금지되지 않고 있다. 체세포복제배아를 만드는 행위를 인간복제라고 보는 입장에서는 인간복제를 금지하지 않고 있다고 평가한다.³⁵⁴⁾

Ⅲ. 인간복제와 인간존엄

인간복제가 금지되어야 한다는 주장의 근거는 몇 가지로 요약될 수 있다.³⁵⁵⁾

354) 김중호·구인회·홍석영·구영모·이경상, 생명윤리 및 안전에 관한 법률에 대한 비판적 분석, 27면.

355) 이 밖에도 인간복제에 관한 윤리적·도덕적·신학적·과학적 측면에서의 논증에 관해서는 양천수, 인간배아복제 연구를 둘러싼 논쟁의 논증 분석, (조선대)법학논총 제15집 제2호(2008), 361-388면 참조. 양천수 교수는 기본적으로 인간배아복제 자체를 법적인 차원에서는 금지하

1. 창조질서에 위반

신학적—혹은 형이상학적—측면에서는 인간복제가 창조에 대한 중대한 침해라는 것이다. 인간창조의—혹은 형성의—자연적 과정에 간섭하거나, 새로운 종을 만들어 내는 것은 인간이 하나님 곧 창조주의 역할을 대신하는 것으로서 창조를 간섭한다는 주장이다. 그러나 인간행위의 특징 자체가 바로 창조활동이라는 것을 기억해야 한다. 감자의 파종이라든지 나무를 심는 과정, 동물을 사육하는 과정에서 자연스런 생명 창조과정에 인위적인 창조(복제)를 이루어 왔다. 다른 한편 기독교적 자연법사상이나 칸트철학 사상에 기반을 둔 관점은 일부의 종교나 철학에 근거한 것이기 때문에 이를 전체(헌법)국가질서에 당연한 전제나 기본사상으로 삼는 것도 국가의 종교적·가치관적 중립성 측면에서 본다면 문제가 될 수 있다.³⁵⁶⁾

2. 인간의 도구화

인간복제문제에서 가장 강조되는 것이 인간복제는 인간존엄의 침해라는 것이다. 인간은 유일하고 인격적인 존재임에도 불구하고 인간복제기술을 통해 다른 목적을 위해 사용되

기 어렵다고 결론짓고 있다.

356) 노기호/정문식, 인간복제의 헌법적 문제, 100면.

기 때문에 도구화금지(Instrumentalisierungsverbot) 내지 객체공식(Objektformel)이라는 인간존엄의 위반 평가기준에 맞지 않는다는 것이다. 신체기관이나 장기기증자로 사용하기 위해서만(치료복제), 혹은 타인의 유전적 반복체로서(출생복제) 타인에게 동일한 유전자를 부여한다면, 이는 명백한 인간존엄침해라는 것이다. 복제된 인간은, 인격(Persönlichkeit)의 핵심이며 모든 인격체에게 주어지는—존엄과 동일시되는—자기목적성(Selbstzwecklichkeit)에 위배되므로, 도구화의 희생양일 뿐이라고 한다. 물론 영화나 소설에서 그려지듯 전투병이나 노동자로 사용하기 위하여 인간복제를 한다면 그 자체가 인간존엄을 침해하는 것이 될 것이다. 그러나 인간복제 그 자체는 인간의 출생과 탄생을 목적으로 하는 것이다. 인간복제 자체와 인간복제의 목적은 구별되어야 한다. 유전적으로 동일하다는 것도—자연인 복제, 예컨대 일란성 쌍둥이를 생각해 본다면—복제가능성이 정말 인간존엄에 위배되는가 분명치 않다. 유전적으로 동일해도 각각 다른 인격체로서 인정받고 발전하는 것이 일반적인 사회의 태도이다. 인간 각각은 단순한 “유전자 총체(Summe seiner Gene)” 그 이상이기 때문이다. 복제된 아이(출생복제)는 다른 목적의 수단 이 될 수 없다. 아이의 생성은 수단이 아니라, 오히려 그 자체가 목적이다. 인간이 다른 목적의 단순한 수단으로서만 사용되었는가를 기준으로 정한다면, 인간복제(출생복제)는 인간존엄에 위배되지 않는다.³⁵⁷⁾

3. 소위 앙상블이론(Ensembletheorie)

인간존엄의 침해여부를 판단하는 기준을 몇 가지로 구체화시켜 이에 위반되는지 여부를 판단하는 이론을 보통 “인간존엄의 앙상블이론(Ensembletheorie der Menschenwürde)”이라 일컫는다.³⁵⁷⁾ 앙상블이론에 따르면 개인의 생존에 필수적인—예를 들면 음식, 공기, 공간 등—재화를 박탈할 때 (물적 최저생계권: Recht auf das materielle Existenzminimum), 최소한의 자유를 박탈할 때 (독자적 자기발현권: Recht auf autonome Selbstentfaltung), 작위나 부작위를 통해 장기간 심하게 정신적·물리적 고통을 가하거나 (고통으로부터의 자유: Recht auf Schmerzfreiheit), 개인의 아주 은밀한 사적 영역을 드러내거나, 이와 관련된 정보를 제3자에게 전달할 때 (사적영역의 보호권: Recht auf Wahrung der Privatsphäre), 개인의 의식을 약물이나 세뇌 등 저항할 수 없는 방법으로 장기간 심하게 변화시킬 때 (정신적 불가침권: Recht auf geistig-seelische Integrität),

357) 노기호/정문식, 인간복제의 헌법적 문제, 100-102면. 그 밖에도 인간복제가 독일식의 인간존엄공식에 위반되는지 여부를 구체적으로 적용하여 평가한 것에 대해서는 김명재, 인간복제와 존엄성, 공법연구 제30집 제1호(2000), 87-95면 참조. 김명재교수는 인간복제가 복제된 인간을 자유가 없는 사물로 만드는 경우라면 인간존엄이 침해되겠지만, 그렇지 않다면 인간존엄에 위배되지는 않는다고 결론내리고 있다.

358) 이에 대한 내용은 Hilgendorf, Die missbrauchte Menschenwürde - Problem des Menschenwürdetopos am Beispiel der bioethischen Diskussion, JRE 1999, S.148ff. 참조.

권리주체로서의 지위나 법원에서 권리를 주장할 기회를 거부당할 때 (기본적 법평등: Recht auf grundsätzliche Rechtsgleichheit), 그 밖에 극단적인 방법으로 개인을 비하하거나 자존감을 박탈 할 때 (최소존중권: Recht auf minimale Achtung) 인간존엄이 침해되었다고 판단한다. 그러나 이러한 기준에 근거할 때에도 인간복제는 해당사항이 없다. 개인의 의사에 반하여 세포 등을 채취, 복제인을 만들었다면 이는 마지막 경우에 해당할 수 있다. 하지만 이 경우도 형법상 신체훼손으로 처벌할 수 있으므로 큰 문제가 없다.³⁵⁹⁾

4. 모를 권리(Recht auf Nichtwissen)

복제를 통해 자신의 유전정보를 모를 권리가 침해되었다는 주장은, 철학자 요나스(Hans Jonas)가 이미 20여 년 전에 주장한 것이다. 특히 독일의 생명공학, 유전공학, 법정책 등과 관련된 그 동안의 논쟁에서, 복제인간만을 대상으로 한 요나스의 주장은 광범한 지지를 받아왔다. 그에 따르면 자연적 방법으로 태어난 인간은 다른 동료들에게 “새로운 것(Novum)”이다. 새 것이 어떻게 전개될지는 완전히 불명확하며 개방된 상태다. 즉 한 개인에 관해서 알지 못하는 것

359) 노기호/정문식, 인간복제의 헌법적 문제, 102-103면.

(Unwissenheit)이 진정한 자유의 선결조건인 것이다. 이에 반해서 복제인에 대해서는 우리가 너무 많은 것을 알고 있다. 그는 이미 존재하는 한 인생의 단순한 반복이며, 동료들에게는 단지 한 개인의 복사판으로만 보인다. 특히 피복제인(세포기증자)가 잘 알려져 있다면 복제인에 대한 기대, 예상, 희망, 목표, 비교, 성공과 실패, 성취와 실망 등에 관한 정보를 제공한다. 결국 복제는 모험으로 가득찬 인생으로부터 매혹적이고 한편으로는 두렵기도 한 개방성 내지 가능성(Offenheit)을 빼앗는 것이다. 요나스에게 있어서 인생의 불확실한 미래에 대하여 개방성 내지 가능성을 빼앗는 것은 “속죄할 수 없는 범죄행위이며, 한 번이라도 일어나서는 안 될 행위”인 것이다.³⁶⁰⁾

그러나 복제인은 거의 예외 없이 원본인의 삶을 따를 것이라는 생각은 정확하지 않다. 거기에는 인간의 신체적·정신적 발전은 단지 유전적 조건을 통해서만 결정된다는 운명적 견해가 전제되어 있기 때문이다. 인간은 유전적 조건뿐만 아니라 자신의 주변환경과 상호작용하며 발전한다는 것이 전문가들의 일관된 주장이다. 그럼에도 불구하고 요나스의 견해는 “유전적 결정론”을 널리 보급시켰다. 앞서 언급한 바와 같이 인간은 단순히 유전자총체가 아니며, 유전적 특징이 반드시 인격의 필수적 기본구성요소를 이루는 것도 아니다. 복

360) Jonas, Lasst uns einen Menschen klonieren, in: ders., Technik, Medizin und Ethik, 1985, S.188ff.

제인은 그 자체가 고유한 존재로서 발전할 수 있고, 또 그래야만 한다.³⁶¹⁾

5. 인간존엄에 위반되지 않는 인간복제의 목적

결국 인간복제는 그 자체로는 문제가 없고, 무엇을 위하여 인간복제를 할 것인가에 따라 허용여부가 결정될 수 있을 것이다.³⁶²⁾ 복제인을 다른 목적을 위하여 수단으로 사용하는 것은 당연히 허용될 수 없다. 그러나 복제인의 출생 자체를 목적으로 하는 경우, 예컨대 불임부부가 자신과 동일한 자녀를 낳으려고 할 때, 혹은—극단적인 사례가 될 수 있으나—동성애자들이 자연적으로는 출산할 수 없기 때문에 입양 대신 자녀를 가지려고 하는 경우에는 사람의 출생 자체를 목적으로 하기 때문에, 인간복제를 허용하더라도 큰 문제가 되지는 않을 것이다. 특히 여러 가지 난치병 등의 질병치료를 위한 연구 등만을 목적으로 한 인간배아복제는 남용의 위험을 충분히 방지하는 경우에 인정할 수 있을 것이다. 따라서 현재 생명윤리법에서 어느 정도 체세포복제배아나 단성생식배아의 생성 자체에 대한 가능성을 열어둔 것은 연구를 위한 것으로 전제한다면, 인간존엄의 위반이 크게 문제되지 않을 것이다.

361) 노기호/정문식, 인간복제의 헌법적 문제, 103-104면.

362) 양천수, 인간배아복제 연구를 위한 논쟁의 논증분석, 385면.

IV. 인간복제와 생명권

1. 인간복제과정에서 생명침해의 위험

인간복제 논쟁에서 지배적으로 주장되는 모든 인간(세포) 복제는 인간존엄에 위배된다는 명제는 설득력이 없다. 인간 복제의 일반적인 경우에, 한편으로는 인간존엄을 침해당한 주체가 없고, 다른 한편으로는 그러한 결론을 이끌어내기 위해서는 인간존엄의 개념을 모호한 한계까지 넓혀야 하는 인위적인 조작이 필요하다. 그러나 그렇다고 해서 인간복제가 아무런 헌법적 문제가 없다고 하는 것도 성급한 결론이다. 당연히 인간복제와 관련된 그 밖의 위험에 대해서도 반드시 생각해 보아야 한다.

다른 사람의 유전적 복사체로서 인공적인 방법으로 세상에 태어나는 것은 물리적 위험이 따른다는 사실을 부인할 수 없다. 건강한 복제양 돌리가 태어날 때까지는 무려 276번에 이르는 실패가 있었다. 인간복제도 최소한 그 만한 실패를 가져올 것을 예상할 수 있다. 그러나 그러한 수많은 실패의 결과를 인간에게는 당연히 적용할 수 없다. 돌리가 조로증을 나타낸 것처럼, 건강하게 태어난 복제인에게 어떤 위험이 일어날지 오늘날의 기술로는 아무도 장담할 수 없다. 따라서 현재로서는 복제과정에서 발생하는 신체적·물리적 위험 때문에 인간복제는 규제되어야 한다는 주장은 설득력이 있

다.³⁶³⁾ 이는 체세포의 핵이식을 통한 인간복제 금지를 정당화 할 수 있는 정당한 논거라고 볼 수 있다.³⁶⁴⁾

2. 생명침해의 극복 가능성

인간복제기술의 불완전성으로 말미암아 복제된 배아나 인간에게 생명권이나 신체의 침해가 발생할 수 있다면, 현재 인간복제를 법적으로 정당화 할 수 없다고 하더라도 영원히 금지할 수 있는 것은 아니다. 시험관 아기의 역사가 보여주듯이 기술은 발전하게 될 것이고, 아마도 더 많은 경험의 축적을 얻어내기 위해 앞으로 동물실험 등에 복제연구가 더욱 집중될지 모른다. 동물실험에서 성공적으로 축적된 결과를 가지고, 인간복제도 가능하고 직접적인 피해도 방지할 수 있다고 주장하게 될지도 모른다. 동물실험에서 얻어낸 결과를 근거로 곧바로 인간에게 동일한 실험을 적용하려는 시도 등은 분명히 증가할 것이다. 물론, 동물실험을 통해 획득한 결과를 인간에게 적용하는데 한계는 있다.³⁶⁵⁾ 그렇다 하더라도 인간복제, 특히 출생복제를 예외 없이 그것도 형벌의 위협을 앞세워 완전히 금지하는 것에 대해서는 다시 한 번 고려해

363) Kollek, Klonen ist Klonen - oder nicht? in: Ach/Brudermüller/Runtenberg(Hrsg.), Hello Dolly?, 1998, S.30ff.

364) 노기호/정문식, 인간복제의 헌법적 문제, 104면.

365) Joerden, Wessen Rechte werden durch das Klonen möglicherweise beeinträchtigt? JRE 1999, S.87.

볼 필요가 있다. 현재는 복제기술의 결함으로 크게 위험성이 문제가 되지 않지만, 언젠가 복제기술의 인간복제에 적용할 만한 안전한 기술로 발전한다면 그 때에도 정당한 헌법적 제한사유가 존재할지 의문이기 때문이다.

제 6 절 생명과학기술과 관련 된 헌법재판소의 입장과 위헌심사기준

I. 헌법재판소의 결정

1. 태아의 손해배상청구권에 관한 결정

헌법재판소는 2008년 7월 31일 민법 제3조 및 제762조상 태아의 손해배상청구권에 관한 판결에서³⁶⁶⁾ 처음으로 형성 중인 생명으로서 태아의 기본권주체성을 명시적으로 인정하고, 이에 대한 국가의 기본권 보호의무 위반여부를 판단하였다. 헌법에는 태아의 기본권주체성 여부에 관한 명시적인 규정이 존재하지 않기 때문에, 헌법조문이든 판례든 인간생명체를 언제부터 헌법상 기본권이 보장되는 대상으로 볼 것인지에 대한 법적 판단이 필요했다. 헌법재판소 결정은 여기에

366) 헌재 2008.7.31, 2004헌바81, 판례집 20-2상, 91 이하.

대한 첫 번째 대답이란 측면에서 상당히 중요한 의미를 갖는다. 뿐만 아니라 국가의 기본권—대상 판결에서는 태아의 생명권—보호의무 위반 여부에 관한 구체적인 판단을 함에 있어서 소위 과소보호금지원칙(Untermaßverbot)을 적용하여, 과소보호금지원칙을 위헌심사기준으로서 확립시키는 인상을 주고 있다. 그러나 태아의 생명이 언제부터 시작되는지에 대한 명확한 판단은 언급되어 있지 않았다는 점에서 아쉬움을 남겼었다.³⁶⁷⁾

2. 생명윤리법 결정

헌법재판소는 지난 2010년 5월 27일 생명윤리법에 관한 헌법소원심판에서 재판관 전원의 일치된 의견으로 합헌결정을 내렸다.³⁶⁸⁾ 헌법재판소결정의 주요내용은 다음과 같이 네 가지로 요약할 수 있다. 첫째, 모체에 착상되지 않은 초기배아는 기본권의 주체성이 인정되지 않는다. 둘째, 생명윤리법상 규정은—인간복제나 배아줄기세포연구를 반대하는—법학자, 윤리학자, 철학자, 의사 등의—인간존엄과 가치, 양심의 자유, 직업수행의 평등권 등 관련—기본권을 침해하는 것이

367) 이에 대한 판례평석은 정문식, 형성 중인 생명에 대한 국가의 기본권 보호의무, (전남대) 법학논총 제28집 제2호(2008), 385-404면; 장영철, 태아의 생명권에 대한 국가의 보호의무, 공법학연구 제10권 제1호(2009), 221-243면 등 참조.

368) 헌재 2010.5.27, 2005헌마346, 판례집 22-2하, 275 이하.

아니라 사실상, 간접적인 불이익만을 끼치는 것이므로 기본권침해의 가능성과 자기관련성이 없다. 셋째, 배아생성자인 유전적 부모의 배아의 관리 또는 처분에 대한 권리를 헌법상 자기결정권으로 인정할 수 있다. 넷째, 배아의 5년 보존기간 및 보존기간 경과 후 폐기의무는 배아생성자의 자기결정권에 대한 합헌적 제한이다.

본 결정은 일단 그 동안의 생명윤리법 논란에 대한 헌법재판소의 첫 번째 결정이라는 점에서 긍정적으로 평가할 수 있다. 여론과 학계에서 제기되던 생명윤리법의 위헌성 주장에 대한 유권해석기관의 공식적인 해명이기 때문이다. 하지만 실제 집중적인 논란의 대상이 되었던 배아의 인간존엄과 생명권 논쟁에 있어서 설득력 있는 명확한 해답이 제시되었다고 볼 수 있을지, 이를 통해 앞으로 배아줄기세포연구에 관한 헌법적 문제가 조금 더 쉽게 해결될 수 있을 것인지는 판단하기 어렵다. 배아줄기세포연구에 있어서 제기될 수 있는 헌법적 문제, 즉 국가의 공권력 행사에 따른 관련자의 기본권 침해 문제뿐만 아니라 연구자, 배아, 배아생성자로서 부모, 환자 간의 기본권 충돌문제가 종합적으로 나타날 수 있다는 점 등도 고려해야 할 필요가 있기 때문이다.³⁶⁹⁾

369) 이 헌법재판소 결정에 관한 평가는 정문식, 생명윤리 및 안전에 관한 법률의 헌법적 문제, 헌법학연구, 제16권 제4호(2010), 33-66면 참조.

II. 배아의 생명권

1. 초기배아의 기본권주체성 부정과 근거

헌법재판소는 초기배아를 형성 중인 생명의 첫걸음이라고 인정하면서도 “아직 모체에 착상되거나 원시선이 나타나지” 않았기 때문에 “독립된 인간과 배아 간의 개체적 연속성을 확정하기” 어렵고, 착상 전 배아가 인간으로 인식된다거나 인간으로 취급할 필요에 대한 “사회적 승인”이 존재하지 않는다고 보았다. 즉 인간배아가 생명권주체로서 기본권 주체성을 인정받기 위해서는, 사회에서 인간으로(als Mensch) 인식(사회적 인간인식성?)되어야 하고, 인간으로 취급할 필요성이 사회적으로 승인(사회적 승인)되어야 하는데,³⁷⁰⁾ 아직은 우리나라에서 이러한 사회적 인식이나 승인이 없다는 것이다.

한 가지 주목할 것은 헌법재판소가 배아의 기본권 주체성을 판단함에 있어서 “현재의 자연과학적 인식 수준”을 바탕으로 하면서도, 인간배아에 대한 사회적 평가 내지 가치판단을 함께 고려했다는 점이다. 현재의 자연과학적 인식수준(Stand der Technik)을 기반으로 했다는 점은 독일에서 소위 “역동적 기본권보호(dynamischer Grundrechtsschutz)”

370) 현재 2010.5.27, 2005헌마346, 판례집 22-2하, 275, 292.

를³⁷¹⁾ 위하여 긍정적으로 평가할 수 있다. 앞으로 언젠가 기술이 발전하면 인간배아를 기본권주체성이 인정되는 인간으로 볼 수 있을 것이기 때문이다.

그러나 어떤 이유 때문에 우리나라 사회에서 아직 인간배아에 대한 인간으로서의 인식이 존재하지 않고, 인간배아를 인간으로 인식할 필요성이 승인되지 않았다고 판단했는지, 그 근거를 명확하게 제시하지 않다는 점은 부정적으로 평가받을 수 밖에 없다. 특히 헌법상 인간생명의 시작점을 수정 시로 보는 입장이 다수설이라고 주장하는 입장에서³⁷²⁾ 본다면, 착상전 초기배아에 대하여 아직은 인간으로서 사회적 인식과 사회적 승인이 존재 하지 않는다는 평가는 설득력이 부족해 보인다.³⁷³⁾

2. 생명권의 시작점(기본권의 주체성)에 관한 일단락

헌법재판소는 태아의 손해배상청구권 결정에서 처음으로 형성 중인 생명으로서 태아의 생명권(기본권 주체성)을 인정하였다.³⁷⁴⁾ 하지만 생명권의 시작점을 수정 시부터 인정하는

371) 이에 대해서는 Isensee, Das Grundrecht als Abwehrrecht und staatliche Schutzpflicht, in: ders./Kirchhof, HStR Bd.V, 1992, §111, Rn.153; Kloepfer, Umweltrecht, 3.Aufl., 2004, S.143f. 참조.

372) 예컨대 방승주, 배아와 인간존엄, 4면; 김혁돈, 줄기세포연구와 배아보호, 343면, 각주27 등.

373) 정문식, 생명윤리 및 안전에 관한 법률의 헌법적 문제, 헌법학연구, 제16권 제4호(2010), 43-44면.

것인지 착상 시부터 인정하는 것인지에 대해서는 명백히 언급하지 않아서,³⁷⁵⁾ 헌법재판소의 또 다른 결정을 기다릴 수밖에 없었다.³⁷⁶⁾ 헌법재판소의 생명윤리법 결정은 그러한 의문에 대한 대답으로서 의미가 있다. 즉 모체의 자궁에 착상하기 전 또는 원시선이 나타나기 전까지 인간배아에게는 헌법적으로 생명권의 주체성을 인정할 수 없다는 것이다. 자궁에 착상된 이후 또는 원시선이 나타난 그 이후—또는 그 어느 때—를 기점으로 배아에게는 헌법상 생명권이 인정된다는 것이다.³⁷⁷⁾

3. 배아의 인간존엄 인정 가능성에 대한 회의와 배아보호 가능성 축소

헌법재판소는 배아의 인간존엄에 대해 명시적인 언급을 하지 않았지만, 생명의 시작점과 인간존엄의 시작점을 동일하게 보는 입장에서는 헌법재판소가 배아의 경우에는 인간존엄을 부정한 것으로 이해할 수 있다. 이는 앞으로 배아줄

374) 헌재 2008.7.31, 2004헌바81, 판례집 20-2상, 91, 101.

375) 김종대 재판관(앞의 판례집 109면)만 생물학적, 의학적으로 일반화된 견해를 바탕으로 착상 시점 내지 원시선 출현 시점부터 사람의 개체성을 가진 생명체로 이해하고 있었다. 물론 이 때 사회적 인식이나 승인은 언급되지 않았다.

376) 정문식, 형성 중인 생명에 대한 국가의 기본권 보호의무, 전남대학교 법학논총, 제28집 제2호(2008년), 394-395면.

377) 정문식, 생명윤리 및 안전에 관한 법률의 헌법적 문제, 헌법학연구, 제16권 제4호(2010), 44면.

기세포연구와 관련된 문제 뿐만 아니라, 생명공학에 있어서 배아보호 측면에서 불리하게 작용할 것이다. 인간배아와 다른 기본권주체 간 기본권의—또는 헌법적 이익과—충돌을 상정하더라도, 배아줄기세포연구에 대한 제한은 그 동안 배아의 생명권 내지 인간존엄 때문에 어느 정도 정당성이 인정될 수 있었는데, 앞으로는 그러한 주장의 설득력이 최소한 헌법적으로는 약화될 수 밖에 없을 것이기 때문이다. 인간배아가 인간생명이나 인간존엄이 아닌 단순한 국가의 보호대상으로 머무는 것은, 현재 헌법적 이익 간 조정에 있어서 상당히 불리한 위치에 처하게 됨을 의미한다.³⁷⁸⁾

III. 국가의 배아에 대한 생명 보호의무

1. 문제점

헌법재판소는 생명윤리법에서 배아의 최소한 보존기간과 폐기를 규정한 것을 배아생성자의 결정권 제한 측면에서만 파악했는데, 국가의 배아에 대한 기본권(생명권) 제한은 인정하지 않는 것인지 의문을 남기고 있다. 헌법재판소는 배아의 생명권을 인정하지 않았기 때문에 당연히 생명권제한이 아니라고 보는 듯한 인상을 준다. 헌법재판소 스스로 밝혔듯

378) 정문식, 생명윤리 및 안전에 관한 법률의 헌법적 문제, 헌법학연구, 제16권 제4호(2010), 45면.

이 “인간의 존엄과 가치가 갖는 헌법적 가치질서로서의 성격을 고려할 때 인간으로 발전할 잠재성을 갖고 있는 초기 배아라는 원시생명체에 대하여도” “헌법적 가치가 소홀히 취급되지 않도록 노력해야 할 국가의 보호의무가 있음”³⁷⁹⁾ 인정한다면, 배아의 보존을 위해 노력하지 않고, 배아의 보존기간을 제한하고 폐기를 강제하는 것은 최소한 국가의 보호의무 위반여부를 판단해 볼 수 있기 때문이다.³⁸⁰⁾

배아의 생명권을 인정하지 않으면서도 배아를 보호할 국가의 보호의무가 있음을 인정한다면, 이러한 주장은 인간배아가 인간이기 때문에 헌법 제10조 등에서 보호의무가 해석을 통해 도출되는 것이라고 볼 수 있다. “인간으로 발전할 잠재성” 때문에 인간배아를 보호하는 것이다. 헌법재판소는 본안판단 후반부에서 “형성 중에 있는 생명이라는 독특한 지위 때문에 국가에 의한 적극적인 보호가 요구된다”고 근거를 제시하였다.³⁸¹⁾ 이러한 논거를 가지고는 앞으로 배아의 생명권을 기초로 헌법에서 직접 국가의 기본권 보호의무를 도출하는 것보다도 강력한 보호의무를 국가, 특히 입법자에게 부과할 수는 없을 것으로 보인다. 이 때문에 앞으로 생명윤리법에 대한 헌법재판소의 판단 시, 국가의 기본권 보호의무 위반여부에 대한 심사는 이전보다 낮은 수준에서 이루어

379) 헌재 2010.5.27, 2005헌마346, 판례집 22-2하, 275, 292.

380) 정문식, 생명윤리 및 안전에 관한 법률의 헌법적 문제, 헌법학연구, 제16권 제4호(2010), 47-50면 참조.

381) 헌재 2010.5.27, 2005헌마346, 판례집 22-2하, 275, 296.

질 가능성이 높다.³⁸²⁾

2. 전망

헌법재판소의 결정에 근거하면 이제 초기배아는 더는 생명권의 주체가 아니므로, 국가에게는 적극적으로 배아의 생명보호나 인간존엄 보호를 위해 노력해야 할 헌법적인 작위의무가 존재하지 않고, 인간배아를 어떻게 보호할 것인지는 전적으로 입법자의 형성재량 하에 놓이게 되었다. 예컨대 인간배아를 보호하는 규정을 완화해도 헌법적으로는 위헌성문제가 크게 대두되지 않을 수 있기 때문에, 과학기술의 발전 상황에 따라서 배아는 여전히 생명을 제한당할 수 있는 위험에 처해있다고 평가할 수 있다.

그러나 헌법재판소의 결정이 배아보호를 포기한 것이라고 선불리 속단해서는 안 된다. 헌법재판소는 기존의 논란에 대해 인간배아의 생명성과 존엄성을 헌법적으로 인정하지 않았을 뿐이지, 인간배아의 보호를 포기하라고 명한 것은 아니기 때문이다. 비록 헌법—또는 헌법해석—은 인간배아를 강력하게 보호하도록 명시적으로 입법자에게 명령을 내리지는 않았지만, 입법자에게는 법률을 통해 인간배아를 보호할 수 있는 여지가 아직도 충분히 남아있다. 다만 그러한 입법자의

382) 정문식, 생명윤리 및 안전에 관한 법률의 헌법적 문제, 헌법학연구, 제16권 제4호(2010), 50면.

배아보호 조치들은 상대적으로 연구자의 기본권을 제한한다는 측면에서 헌법적 판단을 받게 될 것이다.³⁸³⁾

IV. 부모의 자기결정권

1. 잠정적인 배아의 부모로서 일반적 인격권

헌법재판소는 배아생성자가 출산을 위하여 배아를 생성하고, 보존기간을 5년 이상 장기간 또는 무기한으로 정하려고 하더라도, 생명윤리법 제16조 제1항, 제2항에 의해 배아의 보존기간이 제한되고 배아가 폐기되기 때문에 배아의 잠정적인 부모로서 배아의 관리 또는 처분에 대한 배아생성자의 결정권은 제한된다고 판단했다. 헌법재판소는 이러한 자기결정권의 근거를 헌법 제10조로부터 도출되는 일반적 인격권의 한 유형이라고 보았는데,³⁸⁴⁾ 조금 더 구체적으로 본다면 자녀를 낳아 가족을 구성하고자 하는 개인의 행복추구(헌법 제10조) 뿐만 아니라 사적인 문제로서 자신의 가족을 어떻게 구성할 것인지에 대한 사생활 형성의 자유(헌법 제17조), 자유권으로서 혼인과 가족의 보호(헌법 제36조)³⁸⁵⁾ 등에서도

383) 정문식, 생명윤리 및 안전에 관한 법률의 헌법적 문제, 헌법학연구, 제16권 제4호(2010), 46-47면.

384) 헌재 2010.5.27, 2005헌마346, 판례집 22-2하, 275, 295.

385) 자유권으로서 혼인과 가족의 자유에 대해서는 Kloepfer, Verfassungsrecht II, S.398ff.; Stern, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Bd.IV/1, 2006, S.407ff. 등 참조,

그 근거를 찾을 수 있을 것으로 보인다.

2. 제한의 필요성이 상대적으로 큰 자기결정권

헌법재판소는 배아생성자의 배아에 대한 자기결정권은 “배아의 법적 보호라는 헌법적 가치”에 명백히 배치될 경우 제한의 필요성이 상대적으로 크다고 보았다.³⁸⁶⁾ 물론 배아생성자의 배아에 대한 자기결정권은 기존에 헌법재판소의 부모의 자녀교육권에서 인정한 자기결정권의 관점과³⁸⁷⁾ 비교해 보면 단순히 부모만의 자기결정권이라기보다 자녀의 보호와 인격발현도 고려하여 인정한 경우라고 할 수 있다. 즉 자녀의 보호와 인격발현을 위한 부모의 자기결정권은 제한 가능성이 다른 기본권에 비해 크다고 할 수 있다.

그러나 헌법재판소가 후술한 배아보호를 위한 조치는 ‘잔여배아의 관리가 개인이 아닌 국가 내지 사회적 비용으로 부담될 때’ 또는 ‘부모의 의사를 확인할 수 없는 상황이나 불명확한 상황에서 잔여배아의 관리가 어려울 때’를 전제하고 있다.³⁸⁸⁾ 배아 생성자가 진정으로 나중에 배아를 사용하

386) 헌재 2010.5.27, 2005헌마346, 판례집 22-2하, 275, 296.

387) “부모의 자녀교육권은 다른 기본권과는 달리, 기본권의 주체인 부모의 자기결정권이라는 의미에서 보장되는 자유가 아니라, 자녀의 보호와 인격발현을 위하여 부여되는 기본권이다. 다시 말하면, 부모의 자녀교육권은 자녀의 행복이란 관점에서 보장되는 것이며, 자녀의 행복이 부모의 교육에 있어서 그 방향을 결정하는 지침이 된다.” 헌재 2009.10.29, 2008헌마454, 판례집 21-2하, 402, 413.

기 위하여 자기부담으로 배아를 보존하고자 할 경우에는, 보존기간을 제한하고 보존기간이 지난 배아를 폐기하는 것은 배아보호를 위한 것으로 볼 수 없다. 이러한 상황에서는 배아생성자의 자기결정권을 제한할 필요성이 큰 것도 아니다.

3. 배아생성자의 자기결정권을 덜 침해하는 수단으로서 배아생성자의 의사존중

헌법재판소는 5년의 보존기간과 보존기간 경과 후 배아폐기라는 기본권제한의 수단에 대하여 배아생성자의 자기결정권을 덜 침해하는 수단이 명백히 존재하지 않는다고 판단했고, 5년의 보존기간이 불합리한 것도 아니라고 판단했다.³⁸⁹⁾ 5년 기간의 합리성은 크게 문제되지 않으나, 자기비용으로 5년 이상 배아를 보호하고자 하는 배아생성자에 대해서까지 강제적인 5년의 보존기간을 요구하고, 그 후 강제적인 배아폐기가 과연 합헌적인 자기결정권 제한인지 의문이다. 배아보존에 대한 명백한 의사를 표시하지 않은 배아생성자의 경우에는 헌법재판소의 판단이 크게 문제되지 않으나, 배아보존에 대해 명백한 의사표시를 하고 비용까지 부담하고자 하는 배아 생성자에 대해서까지 기본권 제한의 문제가 없다고 보기는 어렵다.

388) 헌재 2010.5.27, 2005헌마346, 판례집 22-2하, 275, 296-297.

389) 헌재 2010.5.27, 2005헌마346, 판례집 22-2하, 275, 297.

헌법재판소의 견해대로 타인으로부터 가해지는 배아에 대한 위험을 배제하고, 배아에 대한 충실한 법적 보호를 도모하기 위해서는 먼저 배아의 이익을 가장 잘 보호할 수 있는 배아생성자의 의사를 존중하는 것이 우선이다. 그 다음에 배아생성자의 의사가 불명확하거나 존재하지 않아서 확인할 수 없는 경우에 국가에 의한 배아보호가 정당성을 갖는다. 이러한 점에서 헌법재판소의 결정은 배아생성자의 자기결정권을 조금 더 보장할 수 있는 여지까지 고려하지 못한 천려일실(千慮一失)의 아쉬움을 남긴다. 다만 생명윤리법 입법자는 개정 생명윤리법 제25조 제2항에서 일정한 경우에는 부모가 원할 때 배아의 보존기간을 5년 이상으로 정할 수 있도록 개정하여 헌법재판소 결정의 아쉬움을 달래주었다.

V. 위험심사기준에 대한 전망

1. 생명과학기술의 대상으로서 배아의 헌법적 지위

헌법재판소는 기본적으로 배아의 헌법적 지위에 관하여 출생한 인간과 동일한 기본권을 부여하지는 않았다. 태아의 경우에는 생명권을 명시적으로 인정하여 어느 정도 강력한 보호를 받을 수 있는 근거를 갖게 되었지만, 적어도 자궁에 착상되지 않은 초기배아의 경우에는 기본권의 주체성이 부정되어 강력한 헌법상 보호를 예상하기는 어렵다. 입법자들

에 의한 세심한 보호와 배려가 더욱 필요하게 되었다. 그렇다고 배아의 기본권주체성에 대한 문제가 완전히 해결된 것은 아니다. 앞으로 과학기술의 발전과 사회적 여론의 변화로 언젠가 배아에게도 기본권주체성과 인간존엄을 인정할 가능성은 열려있기 때문이다. 다만 헌법재판소가 배아에 대한 생명권과 인간존엄에 관한 헌법적 논란을—잠정적이기는 하지만—일단락지은 것에 대해서는 긍정적 평가를 부정할 수 없다.

2. 약화된 국가의 생명보호의무

기본적으로 국가의 기본권보호의무 위반여부를 판단하는 과소보호금지원칙은 적극적인 기본권 보장에 있어서 실효성이 큰 심사기준은 아니다. 거기에다 헌법재판소가 배아에게 기본권주체성을 인정하지 않았기 때문에, 앞으로 초기배아에 대한 기본권 보호에 있어서 기본권 보호의무가 강력한 보호 효과를 발휘할 것을 기대하기 어렵게 되었다.

3. 이익형량이 중요해진 과잉금지원칙

생명과학기술에 관련된 헌법적 문제는 기본권의 충돌문제도 복잡하다. 연구대상으로서의 배아와 연구주체로서의 연구자, 배아의 부모의 자기결정권과 가족에 관한 권리, 그 밖에도—기본권이 직접적으로 관련성을 갖지 않기 때문에—여기

서는 언급되지 않은 환자의 보건권이나 생명권, 사회적 윤리 등 갈등하는 많은 요소들을 함께 고려해야 하기 때문이다. 헌법재판소는 앞으로 생명과학기술과 관련된 생명윤리법 관련 사건들을 다루게 된다면, 이와 같은 많은 요소들을 함께 고려하여 과잉금지원칙을 적용해야 한다는 것이 어려운 과제로 남아 있다. 배아줄기세포연구 등에서는 연구자의 학문의 자유에 대해서 부모의 자기결정권과 사회적 윤리를, 착상전 유전자진단에서는 부모의 자기결정권에 대해서 인간으로 발전할 잠재성을 갖고 있는—특히 배아에게도 기본권주체성이 인정된다면 생명권과 인간존엄의 주체로서—배아의 헌법적 지위를 고려해야 한다. 유전자검사의 경우에는 연구자의 학문의 자유도 중요하지만 유전정보의 남용과 오용 등을 방지하여 정보주체의 사생활보호도 중요하게 고려해야 한다. 다양한 가치가 복잡하게 얽혀서 발전하는 현대사회에서, 생명과학기술로 인하여 인간의 윤리가 과학의 발전속도를 감수할 수 없는 상황에서, 충돌하는 여러 가지 가치들을 균형적으로 고려하고 형량한다는 것은 아주 어려운 일이다. 그러나 그러한 과제는 한 국가의 헌법수호를 책임지고 있는 최고 재판소가 당연히 해결해야 사무이다.

제 3 장 미국의 생명윤리 관련 법제

제 1 절 서론

2009년 3월 9일 미국 오바마 대통령은 배아줄기세포 연구에 대한 제재를 완화하는 대통령령(executive order)에 서명한바 있다. 이에 따라 동년 4월 미국 국립보건원은 이에 대한 가이드라인의 초안을 발표하였다. 이에 따르면 시험관 아기 시술목적으로 생성된 후 남은 배아를 이용할 경우에 새롭게 수립된 줄기세포를 이용하는 연구도 연방정부의 지원을 받을 수 있다는 내용을 포함시켜 부시 정부에 비해 완화된 규제정책을 지향하고 있다. 미국의 이와 같은 변화는 배아줄기세포 연구에 대한 국제사회의 경쟁이 더 치열해질 것이라는 전망을 보여주며 우리나라도 차제에 국가경쟁력 차원에서 조속히 체세포복제 연구를 비롯한 배아줄기세포 연구에 대해 지원해야 할 것이다.

그러나 미국의 변화가 그 동안 지적되었던 바와 같이 생명윤리이슈들을 경시하는 방향으로 흐른 것이 아닌가라는 비판이 있다. 그런데 오바마 정부의 정책은 결코 생명윤리를 무시한 채 국가경쟁력을 향상시키기 위해 배아줄기세포의 연구를 지원하겠다는 것이 아님을 명심해야 한다. 즉 미국에서는 여전히 연구목적으로 인간배아를 파괴, 손상시키는 것

에 대한 비판여론이 높기 때문에 체세포 복제와 같이 연구 목적으로 탈해된 난자에 체세포의 핵을 주입하여 하나의 배아를 생성하는 연구는 지원대상에서 배제된다. 또한 불임치료 후 일정시간이 경과하여 폐기될 예정인 배아를 이용하여 만든 줄기세포를 연구하는 경우로 지원대상을 제한시킴으로써 생명윤리에 대한 논란을 최소화하려는 노력을 경주하였다.

미국 오바마 정부의 연구지원확대 및 제한 완화의 정책발표를 통하여 우리도 줄기세포에 대한 지원확대를 꾀해야 하지 않는가 하는 화두가 제기된다. 본 연구는 미국의 배아줄기세포 정책에 대한 심도있는 이해를 위하여 클린턴 정부 시절의 딕키 개정법(Dickey Amendment)을 필두로 하여 지금까지 미국의 행정부와 입법부에 있었던 윤리적, 정책적, 규범적 논의들 살펴보고자 한다. 이러한 연구는 향후 보다 균형있는 줄기세포 정책을 수립하는데 도움을 줄 것으로 믿는다.

제 2 절 미연방 정부의 배아줄기세포연구 규제의 변천

I. W. 부시대통령의 2001년 8월 9일 선언 이전의 인간 배아줄기세포연구에 관한 연방정부정책

인간배아 관련 연구에 관한 연방정부의 논의는 지난 30년 이래 지속·확장되어 오고 있으며, 「보건, 교육 및 복지부」(Department of Health, Education and Welfare, DHEW. 현재는 Department of Health & Human Services, DHHS)와 산하 국립보건원이 중추적 역할을 하고 있다.³⁹⁰⁾

1. 연방윤리자문위원회(Ethics Advisory Board, EAB)

EAB는 1975년 설립되어 인간배아 또는 IVF에 관한 연구 계획의 사실상 승인권을 가졌고,³⁹¹⁾ 1978년 영국에서 인류 최초의 IVF 아기인 루이스 브라운이 탄생함에 따라 DHEW의 후원을 받아 적극적 활동을 시작하였다. EAB는 IVF에 의한 사회적·법적·윤리적 이슈들을 연구하도록 요청받아, 1979년 5월 4일 DHEW 장관에게 보고서를 제출하였다. 동 보고서에서, EAB는 IVF 연구에 대한 연방차원의 지원은 i)

390) Committee on Guidelines for Human Embryonic Stem Cell Research, National Research Council, Guidelines for Human Embryonic Stem Cell Research p.19-21(2005) (<http://www.nap.edu/catalog/11278.html>). 그 밖에, 미국의 인간배아 연구등을 포함하는 생명윤리관련 국가위원회의 종류와 내용에 관해 자세한 것은, 박수현, 각국의 국가생명윤리관련위원회 규정을 통한 우리의 국가생명윤리심의위원회 개선 방안, 안암법학, 통권 제25호(상권)(2007), 205-213면 참조.

391) EAB 승인없이 어떠한 연방자금도 지원하지 않을 것이라고 DHEW 장관은 1975년에 선언하였다. 이 당시 IVF는 여전히 실험적 기술이었다.

생식체(gametes) 사용을 위한 충분한 정보에 의한 동의, ii) 다른 수단들에 의해 합리적으로 획득될 수 없는 중요한 과학적 목표, iii) 이식의 완료와 통상적으로 결부된 단계(수정 후 14일)를 지나 시험관(in vitro) 상태로 배아를 유지하지 않는 것 등과 같은 조건들이 충족된다면, 윤리적 입장에서는 수용가능하다고 결론을 내렸다.

그러나, DHEW 장관은 연방의 자금지원을 받는 IVF 연구를 지지하기 위한 어떠한 조치도 취하지 못하여, 인간배아연구는 동 보고서 제출이후 연방의 자금지원을 받지 못하였다. 1980년 EAB는 폐지되었고, IVF와 인간배아연구등에 관한 연방심사 메카니즘의 부재로 인해 IVF와 인간배아연구등에 관한 사실상 연구중지(*de facto moratorium*)가 1993년까지 계속되었다.³⁹²⁾

2. 인간배아연구패널(Human Embryo Research Panel, HERP)

IVF와 인간배아연구등에 관한 존재하지 않는 EAB에 의한 심사를 요구하였던 연방규정을 의회가 무효화한 후 1994년 1월에 국립보건원이 동 패널을 설립하였다. 동 패널은 인

392) NIH Revitalization Act가 폐지된 EAB의 심사를 의무적으로 받도록 한 조항을 무효화함으로써 IVF와 인간배아연구등에 관한 사실상 연구중지가 1993년에 해제되었다.

간 배아연구를 허용가, 추가적 심사 필요, 허용불가로 3분하였고, 허용가능한 연구에 관한 심사와 수행을 위한 지침을 초안한 보고서를 작성하였다. 이에 따라, 동 패널은 인간배아연구에 대하여 연방 자금지원이 가능한 경우, 불가능한 경우, 조건부인 경우로 구분하여 동년 9월 국립보건원장 자문 위원회에 제출하였다. 동 자문위원회는 동 패널의 권고를 승인하였고, 동년 12월 1일 국립보건원장에게 전달하였다.

그러나, 동년 12월 2일, 연구목적을 위한 인간배아창조에 연방자금이 사용되어서는 안된다는 클린턴 대통령의 선언이 있었다. 이에 따라, 국립보건원장은 동 패널의 권고를 100퍼센트 수용하지 못하고, 잉여배반포(surplus blastocysts)를 포함하는 연구 활동에만 자금지원을 할 수 있다고 결론을 내렸다.³⁹³⁾

3. 국립보건원 지침

그 후, 인간배아줄기세포주의 성공적 분리에 관한 보고서들이 1998년에 발간되었을 때, 사적 자금지원에 의해 IVF 배반포로부터 획득된 배아줄기세포를 사용하는 인간배아줄기세포연구에 연방 자금지원을 할 수 있는가 여부에 관한

393) 그러나 자금지원 결정이 내려지기도 전에, 연구목적으로 인간배아의 창조나 파괴 등과 같은 행위에 대하여 어떤 경우라도 연방 자금의 지원이 있어서는 안된다는 법률(Dickey-Wicker Amendment)에 의해 DHHS 장관의 예산할당권이 박탈되었다.

의문점이 발생하였다. 국립보건원장은, 세포 자체는 인간배아의 법률적, 의학적, 또는 생물학적 개념에 해당하지 않기 때문에 사적 자금지원을 통하여 추출된 인간배아줄기세포를 사용하는 연구에 대한 자금지원을 할 수 있다는 의견을 DHHS 법률 고문으로부터 받았다. 이에 따라, 국립보건원장은 인간배아줄기세포를 사용하지만 인간배아를 창조하거나 파괴하지 않는 연구에 자금지원할 수있다고 결론내렸지만, 이에 대한 윤리적 연구 수행을 위한 지침을 ad hoc working group이 개발할 때까지 자금지원을 보류하였다.

ad hoc working group이 제정한 지침은 인간배아줄기세포연구에 국립보건원의 자금지원을 받기 위한 신청서류와 인증서(assurances)를 규정하고, 국립보건원의 자금지원을 받을 수 없는 인간배아줄기세포연구 영역을 다음과 같이 규정하였다: i) 인간배아로부터 인간배아줄기세포를 추출하는 연구, ii) 인간배아줄기세포가 인간배아를 창조하거나 인간배아에 기여하기 위하여 이용되어지는 연구, iii) 불임치료가 아니라 연구목적으로 창조된 인간배아로부터 추출된 인간배아줄기세포를 이용하는 연구, iv) 인간 체세포 핵을 인간 또는동물의 자궁에 삽입하는 핵치환을 이용하여 인간배아줄기세포를 추출하는 연구, v) 핵치환을 이용하여 추출된 인간배아줄기세포를 이용하는 연구, vi) 인간배아줄기세포를 동물배아와 결합하는 연구, vii) 인간의 개체복제를 위하여 핵치환을 사용하는 연구 등.

II. 부시대통령의 2001년 8월 9일 선언

1. 의의

위 국립보건원 지침에 의해 인간배아줄기세포연구에 연방의 자금지원이 될 수 있었음에도 불구하고, 국립보건원의 자금 지원이 행해지기도 전에, 2001년 8월 9일 부시 대통령은 이 날 이전에 추출하여 존재하는 인간배아줄기세포주들에 대한 연구에만 연방자금지원을 허용하고, 그날 이후 추출된 인간배아줄기세포주들에 대한 연구에 대해서는 인간배아의 파괴에 관한 윤리적 이유로 인하여 연방자금지원을 금지한다는 정책을 선언하였다. 부시 대통령은 위 선언에서, “인간배아줄기세포연구에 대한 사적 자금 지원이 소아 당뇨병, 알츠하이머병, 파킨슨병, 척추신경질환 등 수많은 불치병 환자들의 삶의 개선을 도울 수 있는 희망이 될 수 있다고 과학자들로 하여금 믿게 하였다.”고 언급하였다.

그러나, “인간배아줄기세포연구는 도덕적 해이의 가장 위험한 경계에 있으며, 질병을 극복하기 위하여 에너지를 쏟아붓는 것도 중요하지만 인간배아줄기세포연구라는 최첨단 과학에 의해 야기된 도덕적 문제에도 똑같이 관심을 가져야 한다.”고 강조하였다. 결국, “아무리 숭고한 목적이라고 하더라도 모든 수단을 정당화할 수는 없다.”는 것이다. 이에 더하여, 클린턴 대통령 시절 인간배아줄기세포연구를 위한 가

이드라인과 윤리자문위원회를 폐지하고, 전원 국립보건원 연구원으로 구성된 NIH Stem Cell Task Force가 줄기세포연구에 관한 과학에만 초점을 맞추도록 새로 구성되었다.

2. 연방자금지원을 받을 수 있는 인간배아줄기세포주

이 선언 이전에 존재한 인간배아줄기세포주들이라 하더라도, i) 배아들은 어떠한 금전상 유인으로부터 자유로운 충분한 정보에 의한 동의를 한 부부로부터 생성된 것이고, ii) 더 이상 치료용으로 필요치 않으며(=잉여배아), iii) 불임치료를 위해서만 생산된 배아들로부터 추출되어야만 연방자금지원을 받을 수 있다. 이러한 요건을 충족하여 연방자금지원을 받을 수 있는 64개의 인간배아줄기세포주들(=승인된 배아줄기세포주들)을 국립보건원은 처음에 발표하였고, 나중에 78개로 그 수가 증가하였다.³⁹⁴⁾

3. 선언의 내용

부시대통령의 정책은 사적으로 자금지원된 연구에 간접적으로는 영향을 미쳤지만, 직접적으로 영향을 미치지 않았다. 부적절한 줄기세포주들에 관한 연구를 수행하는 어떠한

394) Braswell, *supra* note 3, at p.432-433.

연구자라도 연방자금지원을 받지않는 시설을 사용할 것을 현행 연방자금지원정책은 요구한다. 이 요건은 연구자들로 하여금 이미 존재하고 있는 실험실과 시설의 사용을 금지한다. 이로 인해, 연방정책은 줄기세포연구의 발전을 방해하는 결과를 초래하고 있다. 왜냐하면, 연구자들이 다른 사람들과 자신들의 발견을 공유할 수 있을 때에 과학이 발전하기 때문이다. 연방정책은 연방의 자금을 지원받는 연구자들로 하여금 부적절한 줄기세포주를 연구하는 연구자들과 자신들의 데이터와 발견을 공유하지 못하도록 금지하고 있고, 그 반대의 경우도 마찬가지로 금지하고 있으며, 줄기세포연구 분야에 있어서 새로운 발전과 발견의 확산을 방해하고 있다.

4. 선언의 단점

부시대통령의 이 선언은 꼭 필요한 기초적 배아줄기세포 연구를 수행하도록 허용하기는 하지만, 이 연구기술의 혁명적이고 의학적 적용이라는 최종 목표를 달성하도록 허용하지는 않는다. 이 선언은 구체적으로 i) 생명과학 분야에서 세계의 지도자로서의 미국의 역할에 위협을 가하였다는 점, ii) 우수 과학자들과 연구자들의 해외 거주이전으로 인한 고급 두뇌의 유출을 야기하였다는 점, iii) 수입과 조세에 관한 미국의 정책에 영향을 미쳤다는 점, v) 건강과 복지에 관한 미국의 정책에 영향을 미쳤다는 점 등의 단점을 가진다.³⁹⁵⁾

이외에도, 이 선언의 단점으로 i) 78개 현존 인간배아줄기 세포주에 대해서만 연방자금을 지원하도록 함으로써 인위적으로 이들 세포주들을 위한 시장을 제한하고, 그 결과로 이 세포주들에 존재하는 재산권의 가치를 높인 점, ii) 과학자들이 어디서 살고 연구를 할 것인가를 선택하는데 영향을 미친 점, iii) 배아줄기세포주들의 다양성은 배아줄기세포주들로부터 이식가능한 생산품들에 특히 가치가 있는데, 78개의 배아줄기세포주들에게만 자금지원을 허용하는 것은 세포주들의 다양성에 명백한 제한을 가한 점, iv) 78개 세포주들로부터 추출된 이식 생산품들은 FDA 이종이식 가이드라인에 의해 인간에게 사용하지 못하도록 금지된다는 점 등이 지적되고 있다.³⁹⁶⁾

Ⅲ . 오바마 대통령의 2009년 3월 9일 대통령령

1. 의의

서론에서 언급한 바와 같이 오바마 대통령은 과학을 정치와 이념으로부터 해방시켜 과학기술에 기반한 새로운 산업을 발전시키고, 과학에 대한 정치적 규제를 철폐하기 위하여 2009년 3월 9일 인간배아줄기세포연구를 허용하는 5개 조항

395) Medina, *supra* note 10, at p.136-144.

396) Braswell, *supra* note 3, at p.434-443.

으로 구성된 『인간줄기세포를 포함하는 책임있는 과학적 연구에 대한 장애물의 제거』(Removing Barriers to Responsible Scientific Research Involving Human Stem Cells)라는 대통령령을 발하였다. 또한, 동 대통령령 제1조에 서도 “... 인류의 복지를 위하여 중요한 새로운 발견과 새로운 치료법에 미국 과학자들이 기여하는 것을 고양하려는 것”이라고 밝혔듯이, 인간배아줄기세포연구에 연방자금을 지원함으로써 연방정부의 보증에 의한 연구라는 신뢰성과 충분한 자금 지원에 의한 연구수행을 통한 결과물으로써 미국이 세계의 줄기세포시장을 선도·석권하려는 의도를 동 대통령령은 내포하고 있다.³⁹⁷⁾

2. 구체적 내용

제1조[정책]. 인간배아줄기세포와 인간 비배아 줄기세포를 포함하는 연구는 많은 불치의 질병들과 상태들에 관한 더 나은 이해와 치료를 이끌 수 있는 잠재력을 가지고 있다. 이 유망한 과학분야에 있어서 지난 10년간 진보는 이 연구가 연방자금에 의해 지원되어야 한다는 과학계의 광범위한 합의를 이끌어 내면서 계속적으로 장려되어 오고 있다. 지난 8년간, 인간배아줄기세포연구에 자금을 지원하고 연구를 수행

397) <http://stemcells.nih.gov>.

하는 국립보건원을 포함하여 보건복지부는 대통령의 조치들에 의해 제한되어 왔다. 이 대통령령의 목적은 과학적 탐구(inquiry)에 관한 이러한 제한을 제거하고, 인간줄기세포연구의 탐구를 위하여 국립보건원의 지원을 확장하고, 그럼으로써 인류의 복지를 위하여 중요한 새로운 발견과 새로운 치료법에 미국 과학자들이 기여하는 것을 고양하려는 것이다.

제2조[연구]. 보건복지부장관은 국립보건원장을 통하여 인간배아줄기세포연구를 포함하여 법에 의해 허용되는 범위까지 책임있고, 과학적으로 가치있는 인간배아줄기세포연구를 지원하고 수행할 수 있다.

제3조[가이던스]. 이 대통령령이 발해진 날부터 120일 이내에, 보건복지부장관은 국립보건원장을 통하여 인간배아줄기세포연구에 관한 현존 국립보건원 가이드선스와 그밖의 널리 인정된 가이드라인들을 심사하여야 하고, 적절한 안전장치들을 설치하는 규정들을 포함하여, 이 대통령령에 일치하는 그러한 연구에 관한 새로운 국립보건원 가이드선스를 제정하여야 한다. 장관은 국립보건원장을 통하여 적절하다고 판단하면 정기적으로 그러한 가이드선스를 심사하고 업데이트하여야 한다.³⁹⁸⁾

398) 이 조항에 따라 국립보건원은 “National Institutes of Health Guidelines for Human Stem Cell Research”라 명명된 가이드라인 초안을 마련하여 공중의 코멘트를 2009.4.23일부터 2009.5.26일까지 접수하고 있다. 이 가이드라인 초안은 재생산 목적으로 IVF에 의해만 들어지고 더 이상 재생산 목적으로 사용되지 않는 배아로부터 추출된

제4조[일반조항들]. (a) 이 대통령령은 적용가능한 법에 일치하여 집행되어야 하고 사용 가능한 예산의 구속을 받는다.

(b) 이 대통령령의 어느 것도 (i) 행정각부, 행정기관, 또는 그 장에 대하여 법에 의해 부여된 권한; 또는 (ii) 예산, 행정, 또는 입법안과 관련하여 OMB의 장의 기능을 방해하거나 달리 영향을 미치기 위하여 해석되어서는 안된다.

(c) 이 대통령령은 미합중국, 행정각부, 행정기관들, 또는 기관들, 직원들에 대하여 일방 당사자에 의해 실제적이든 절차적이든, 법 또는 형평법상 강제집행가능한 어떠한 권리 또는 이익을 창설하려고 의도하지 않고 창설하지도 않는다.

제5조[취소]. (a) 인간배아줄기세포를 포함하는 연구에 연방자금지원을 제한하는 2001년 8월 9일 대통령 문서는 정부 정책문서로서 더 이상 효력을 가져서는 안된다.

(b) 2001년 8월 9일 문서를 보충하는 인간배아줄기세포연구에 관한 문서인 2007년 6월 20일 대통령령 13435는 폐기된다.

인간배아줄기세포를 사용하는 연구에 자금지원을 허용하게 된다. 자금 지원은 또한 성체줄기세포와 역분화전분화능줄기세포(iPS Cell)를 사용하는 인간줄기세포연구에도 행해지게 될 것이다. 특히, 이 가이드라인 초안은 인간배아줄기세포를 추출하는 동안 요구되어야 하는 조건과 충분한 정보에 의한 동의(informed consent)를 기술한다. 체세포핵치환, 처녀생식(parthenogenesis), 및/또는 연구목적으로 만들어진 IVF 배아를 포함하여 그밖의 원천으로부터 추출된 인간배아줄기세포를 사용하는 연구에 자금지원은 허용되지 않는다고 이 가이드라인 초안은 규정한다. 이 가이드라인 초안에 대한 자세한 내용은, <http://stemcells.nih.gov/policy/2009draft> 참조.

3. 효과

동 대통령령은 인간배아줄기세포연구에 대한 연방정부의 자금지원에 관한 것이다. 따라서, 동 대통령령 제정으로 인해 향후 인간배아줄기세포연구에 대해 연방정부의 본격적인 재정지원이 이루어질 것으로 예상되며, 전세계적으로 다음과 같은 변화가 일어날 것으로 예상된다.³⁹⁹⁾ 첫째, 국가 간 경쟁이 더욱 치열해질 전망이다. 즉, 미국의 정책전환으로 인하여 국가 간의 치열한 연구경쟁을 유발시켜 줄기세포의 상업화가 앞당겨질 전망이다. 둘째, 장기적으로 제약산업의 경쟁구조가 변화될 것이다. 현 제약산업은 중앙집중화된 생산 및 글로벌 마케팅·유통 체계를 구축하여 경쟁 중인데, 세포 치료제가 일반화되면 글로벌 메이저 제약사, 위탁생산업체, 글로벌 유통업체 구조의 현 제약산업 경쟁구도의 변화가 불가피해 질 것이다. 셋째, 우리의 경우에도 줄기세포연구 활성화를 위한 사회적 공감대 조성의 필요성을 촉구하게 될 것이다.

399) 최진영, 미 배아줄기세포 정책의 변화와 시사점(SERI 경제 포커스 제234호, 2009. 3. 17), 1-12면.

제 3 절 미연방 정부의 배아줄기세포연구 규제 분석

I. 규제배경

1930년대 테스트지 매독연구를 비롯한 인간을 대상으로 하는 연구 실험들⁴⁰⁰⁾이 1970년대 초에 미국의회에서 폭로됨으로써 1974년 연방연구법(National Research Act)이 제정되어 인간을 대상으로 하는 연방지원연구를 시행하는 모든 기관에게 기관심사위원회(Institutional Review Board: IRB)를 설치하도록 의무화하고 연방지원기관내의 모든 연구계획(research protocol)의 윤리적 요소를 검토·심사하도록 하였다.⁴⁰¹⁾ 1985년에는 연방의회에 생물의학윤리자문위원회가 설치되었지만 중절에 대한 입장 대립으로 1989년에 해산되었

400) 사람을 대상으로 하는 생명과학 또는 생명공학 연구에 있어 그 연구대상들을 보호하기 위해서 각국에서는 생명윤리위원회가 설치되고 있다. 이러한 연구대상들을 보호하기 위한 노력들은 1946년 뉘른베르크 군사재판의 뉘른베르크 강령(Nuremberg Code)에서 처음 시작되었으며, 이는 그 이후 1964년 헬싱키 선언(Declaration of Helsinki)의 기초를 형성하였다. 이 선언의 주요내용은 연구대상 개인에 대한 이익이 사회와 과학의 이익보다항상 우선해야 한다는 내용을 담고 있다. 인간을 대상으로 하는 연구에 대한 윤리적 관심은 각 나라의 연구심사 과정에 있어 윤리위원회의 도입을 촉진시켜 대부분의 국가에서 특색 있는 윤리위원회를 구성하도록 하였다. 이인영, 「생명윤리 및 안전에 관한 법률」상의 처벌규정과 규제논거를 중심으로, 연세법학연구, 제11권 제1호(2005), 114면.

401) 이인영, 위의 논문, 114~115면.

다. 생명과학에 대한 규제는 이후 생식의료학회(American Society for Reproduction Medicine: ASRM)의 자주적 지침(guideline)에 의하거나, 법원에서 헌법 내지 일반법률상의 자기결정권(Autonomy)·자기정보권(Privacy)등을 통한 권리구제의 형태로 진행되었다.

제103회 의회와 클린턴 대통령은 1993년 6월 연방보건원 재생법(National Institutes of Health Revitalization Act of 1993, 42 USC 289a-1)의 시행으로 인간배아연구에 대한 지원권한을 연방보건원에 주었다. 연방보건원은 인간배아연구 심사단(Human Embryo Research Panel:HERP)을 설치하여 이러한 연구에서 파생되는 도덕적·윤리적 문제를 조사하고 인간배아연구 행위에 대해 권고하도록 요구하였다. 연방보건원에 연구목적의 인간배아생성에 지원기금을 배분하지 못하도록 한 1994년 12월 대통령령에 따라 심사단은 잔여배아이 용연구를 지원하기 위한 지침을 작성하려고 하였지만, 이 계획은 이후의 회계연도에서 연방보건원이 인간배아연구에 대한 기금사용을 금지함으로써 정지되었다.

이와 함께 1995년 10월 클린턴 대통령에 의하여 연방생명 윤리위원회(National Bioethics Advisory Commission: NBAC)가 창설되었다.⁴⁰²⁾ 연방생명윤리위원회는 인간을 대상으로 하는 연구에서 파생되는 생명 윤리관련정책, 지침,

402) Executive Order 12975(October 3, 1995).

법안 등의 적절성여부와 임상 등을 포함한 연구의 적용범위에 관한 것을 자문하는 대통령직속의 자문기구였다. 연방생명윤리위원회는 개별 연구프로젝트에 대한 검토 또는 허가 업무는 담당하지 않았으며, 다만 연구의 윤리적·법적 쟁점 사항에 대한 광범위한 원칙들을 제시하고 있다. 1997년 연방생명윤리자문위원회(NBAC)는 보고서 ‘복제 인간(Cloning Human Being)’을 통하여 체세포핵치환복제술에 의한 인간의 복제를 금지하는 입법조치를 권고하면서,⁴⁰³⁾ 어떤 형태로 규제 혹은 법적 조치에 착수하는 경우에도 이식용자기세포의 제공, 기타 치료를 위해 이용될 가능성을 수반하는 줄기세포기술과 같은 중요한 과학적 연구영역을 방해하지 않도록 신중하게 정할 것을 첨가하고 있다.⁴⁰⁴⁾ 인간배아의 이용에 관해서는 특히 배아줄기세포연구의 경우에는 인간개체로 성장할 가능성이 없고 그 연구의 잠재적 이익 때문에 금지하는 대신 이를 윤리적으로 감독할 독립기구를 설치하자고 제안하였다. 연방생명윤리위원회는 이후 부시행정부가 들어서면서 대통령 소속하의 생명윤리위원회(President’s Council on Bioethics: PCB)가 창설⁴⁰⁵⁾되고 이에 승계되었다.

배아줄기세포에 대한 본격적인 정부규제는 클린턴 행정부 당시 위스콘신 대학 및 존홉킨스 대학 연구자들이 인간의

403) National Bioethics Advisory Commission, “Cloning Human Beings”, June 1997, Recommendation II 참조.

404) Ibid, Recommendation III.

405) Executive Order 13537(November 28, 2001).

배아에 대한 연구발표⁴⁰⁶⁾ 직후 국립보건원(National Institute of Health: NIH)이 배아 및 태아의 조직 줄기세포 연구에 대한 정부의 연구자금을 지원하기로 결정⁴⁰⁷⁾하면서 2000년 8월에 인간전분화능줄기세포(Human Pluripotent Stem Cell: HPSC)를 이용한 연구에 대한 연방보건원(NIH) 연구지침⁴⁰⁸⁾(이하 줄기세포지침이라 칭함)을 발표함으로써 시작되었다. 부시 행정부도 2001년 8월에 ‘국민에 대한 담화’에서 배아줄기세포 연구에 대한 연방자금의 지원을 제한적으로 인정하면서 이 이후에 추출되는 줄기세포에 관해서는 연방자금의 지원을 원칙적으로 금지하고 있다.⁴⁰⁹⁾

406) 줄기세포연구는 1998년 미국의 위스콘신대학 발달생물학자 제임스 톱슨박사 연구팀이 최초로 인간배아줄기세포의 인공배양에 성공함으로써 본격적으로 시작되었다. 줄기세포는 배아줄기세포와 성체줄기세포로 나뉘며, 인간의 몸을 구성하는 서로 다른 세포나 장기 등 어떤 조직이든 발달할 수 있는 세포를 의미한다. 배아줄기세포는 분열되지 않은 세포를 인간배아로부터 추출하며, 성체줄기세포는 태아의 제대혈이나 성인의 골수와 혈액 등에서 추출해낼 수 있다.

407) 국립보건원이 위 대학의 연구발표에 따라 배아연구를 지원하기 위한 연방자금의 사용여부에 대하여 미국 보건복지부(Department of Health and Human Service: HHS)에 질의하였다. 보건부는 인간의 줄기세포가 인간의 배아에 해당하는 것은 아니기 때문에 연방자금의 지원이 가능하다고 답변하였다. 박재욱, “미국의 인간복제금지법안”, 법제, 제530호(2002), 93~94면 참조.

408) National Institutes of Health Guidelines for Research Using Human Pluripotent Stem Cells(Effective August 25, 2000, 65 FR 51976/Corrected November 21, 2000, 65 FR 69951).

409) 부시 행정부의 주요정책은 첫째, 연구는 현존하는 줄기세포주만을 대상으로 수행할 것, 둘째, 줄기세포는 오직 생식목적만을 위해서 형성된 잉여배아로부터 추출될 것, 셋째, 배아의 기증자가 줄기세포의 사용에 대하여 동의할 것, 넷째, 기증자에게는 재정적인 유인이 제공되지 아니할 것 등이다. 미국정부는 이러한 요건을 충족하고 연방정부

II. 규제체제

현재 연방차원에서의 배아규제를 위한 법률의 도입은 아직 이루어지지 않고 있다. 부시정권에 의하여 대통령령으로 배아 연구에 공적자금의 사용을 제한하고 있지만, 민간기구에 의한 줄기세포연구의 발전가능성은 개방되어 있다.⁴¹⁰⁾ 식품의약청(Food and Drug Administration: FDA)도 생식목적의 연구가 아닌 한 인간배아연구를 규제하지 않는다.⁴¹¹⁾ 연방입법안으로서 인간복제금지법안⁴¹²⁾ 및 줄기세포연구법안⁴¹³⁾이 2001년 의회에 제출된 뒤 하원이나 상원을 통과한 바 있지만 2005년 12월 말 현재까지 의회에서 계류 중이다.

현재 부시 대통령의 행정명령에 의해 대통령 직속의 자문기관으로서 생명윤리위원회(PCB)가 연방정부 내에 설치되어 있다. 생명윤리위원회는 생명과학진보로 대두되는 생명윤리

에 의한 자금이 지원될 연구가 가능한 줄기세포가 미국내외에서 60여 개가 된다고 발표하였다. 박재욱, 앞의 논문, 94면.

410) 13) Ronald Green, "Benefiting from Evil: An Incipient Moral Problem in

Stem Cell Research", 16 Bioethics(2002), p.544 ~ 556.

411) President's Council on Bioethics, "Reproduction and Responsibility-The Regulation of New Biotechnologies", A Report of President's Council on Bioethics(March 2004), p.131.

412) Human Cloning Prohibition Act of 2001, H.R. 205(30.7.2001)

413) Stem Cell Research Act of 2001, H.R. 2059(5.4.2001). 본 법안은 인간배아 줄기세포의 생산 및 연구에 대비하기 위하여 공중보건업법(Public Health Service Act; 42 U.S.C. 289 et seq.)을 개정하기 위한 것이다.

문제에 관해 대통령에게 자문하는 것을 기본임무로 한다. 생명과학발전에 있어서의 인간과 도덕적 의미에 관한 기본원칙을 수립하고 특별한 윤리적·정책적 문제점들을 조사하여 생명윤리문제에 관한 연방적 토론장을 제공하는 것 등이 주된 기능이지만, 배아줄기세포연구를 위한 지원과 관련된 개별정부기관에 대한 규제를 기안하고 감시하거나 특정 계획을 조사하고 승인할 권한이나 책임은 없다.

배아줄기세포와 관련된 실질적 심사는 연방연구법 및 국립보건원의 줄기세포지침에 의해 기관심의위원회(IRB)가 맡고 있다. 이 지침에 의하면 줄기세포연구와 관련하여 기관심의위원회의 심의를 거쳐 국립보건원의 줄기세포심사단(HPSC Review Group: HPSCRG) 및 과학심사단(Scientific Review Group)의 심사를 받아야 한다. 2001년 8월 부 시정권이 그 시점 이전에 존재하는 줄기세포주에 대해서만 정부연구비의 사용을 허용함에 따라 2001년 11월 국립보건원의 행정고시에 의해 현재 이 지침은 폐기되어 있지만, 배아줄기세포연구를 허용하는 주의 입법기준이 되고 있다. 예를 들면, 캘리포니아주의 규정에 의하면 보건부는 연구에 이용할 수 있는 배아의 익명등록기관을 설치·유지해야 한다(Cal. Health & Safety Code §125305(2004)). 그 외 한시법(2007.1.1까지 유효)으로서 보건부가 인간줄기세포연구를 위한 지침(guideline)을 작성할 것, 이 지침작성을 위해 보건부장관이 인간줄기세포연구자문위원회를 설치할 것, 인간줄기세포에

관한 연구프로젝트가 연방규칙에 따라 설치되는 기관심의위원회(IRB)에 의해 심사될 것, 기관심의위원회(IRB)는 매년 보건부에 인간배아줄기세포연구에 대해서 보고할 것, 보건부는 이러한 보고에 따라 지침을 재조정할 것, 인간배아줄기세포연구활동에 대해서 의회에 보고할 것 등을 세세하게 규정하고 있다(Cal. Health & Safety Code §125118~125119(2004)). 캘리포니아주는 배아줄기세포연구에 30억\$를 투자한다는 내용의 주민발안(Proposition 71)에 따라 연구기금조성을 위한 30억\$의 채권발행을 허가할 것을 규정하고 있다.

현재 미국의 생명과학 내지 배아연구에 대한 규제형태는 전문단체에 의한 자율규제체제를 취하고 있다고 해야 할 것이다. 미국은 연방제국가로서 법규범의 다원성 및 다양성을 취하고 있고 전통적으로 가족법 및 의료법은 주의 규제사항이다. 현재 배아규제형태가 각 주마다 달라서 다양한 형태를 취하고 있지만 보다 유력한 움직임은 매사추세츠주나 캘리포니아주처럼 배아연구에 대한 제한을 넘어서서 적극적으로 지원하려는 주가 늘어나고 있다. 이에 관한 연방법차원의 규제법이 없고 복제금지법안이나 줄기세포연구법안이 2000년대 초반부터 의회에 상정되고 있지만 아직 의회를 통과하지 못하고 있다.

클린턴 행정부 당시에 제정된 줄기세포연구에 대한 지침은 국립보건원의 기금출연 연구에 제한되는 것이며, 부시 행

정부에 들어와서 배아줄기세포의 연구에 대한 연방자금지원을 동결한다는 발표도 연방정부기금 사용의 대상을 제한하는 것에 지나지 않는다. 이러한 태도는 미국이 기본적으로 취하고 있는 자유주의 및 시장주의를 중시하여 생명과학에 대한 규제도 관계자인 연구단체나 의료기관에게 맡기자는 계약법적 구조를 우선시하려는 사고 때문이라고 생각한다.

그렇지만 미국의 생명과학 또는 생명의학에 관한 규제가 주로 자율규제의 형태로 행해지고 있다고 하더라도 그 전반적인 규제체제가 허약하다고 할 수는 없다. 배아를 대상으로 한 연방지원연구의 경우에는 당해 기관 내에 설치된 기관심의위원회(IRB)에 의해 모든 연구의 윤리성을 검토하도록 되어있고, 각 주에서도 이와 같은 기관이 설치 되어있어 주차원 연구에 대한 심사를 하도록 되어있기 때문이다. 미국의 연방생명윤리자문위원회(NBAC)는 생명과학연구에 대한 감독을 위하여 각 기관의 심의위원회(IRB)를 통한 연구계획서 심의의 중요성을 강조하면서, 정부차원에서 줄기세포연구 심의를 위한 지침을 개발하고 각 기관심의위원회에 이를 홍보하고 교육하여 표준화된 심의에 따르도록 권고하고 있다.⁴¹⁴⁾ 2000년의 국립보건원 줄기세포지침에서도 기관심의위원회의 심의를 강조하고 있다. 연방정부의 기금으로 배아조직으로부터 줄기세포를 확립하는 연구는 지원하지 않으나, 확립된 줄

414) National Bioethics Advisory Committee, Ethical Issues in Human Stem Cell Research(Rockville, MA. 1999), p.8.

기세포를 분양받아 하는 줄기세포연구의 경우, 분양받은 줄기세포의 배아조직 및 태아조직으로부터의 확립연구계획서가 해당기관심의 위원회의 심의를 거쳐 승인을 받았다는 승인서를 제출하도록 요구하고 있다. 그리고 기관심의위원회에서 심의한 연구계획서는 다시 인간전분화능줄기세포심의단(Human Pluripotent Stem Cell Review Group: HPSCRG)에 의해 심의될 것을 규정하고 있는데, 개별의 기관심의위원회(IRB)와 심의단(HPSCRG)에서 심의할 주요 내용은 배아제 공자의 동의에 관한 것이다. 이는 미국의 배아연구에 대한 규제가 절차의 적정성을 확보하는데 그 주된 목적을 가지고 있다는 것을 의미한다. 줄기세포지침은 2001년에 폐기되었지만 그 기본체계는 캘리포니아주처럼 각 주법의 줄기세포연구에 대한 관리체제의 기초가 되고 있다.

또한 연방이나 주의 지원이 아닌 사적 연구 및 의료행위에 대해서는 연구협회나 의료협회 등 전문단체에 의한 규제(professional selfregulation)가 행해진다. 특히 1847년에 창설된 미국의사회(American Medical Association: AMA)의 의료윤리규정(Code of Medical Ethics)⁴¹⁵⁾은 오래된 역사만큼이나 의료행위에 대한 지배적인 영향력을 가지고 있다.⁴¹⁶⁾

415) Janet L. Dolgin/Lois L. Shepherd, Bioethics and the Law(New York: Aspen, 2005), p.33.

416) 1847년에 탄생된 미국의사회 윤리규정은 “세계최초의 전국규모 전문가윤리규정이자 세계최초의 전국규모 의료윤리규정으로서, 의료분야에 한하지 않는 모든 전문가윤리규정의 원점”에 있다고 설명된다. Robert Baker ed, The American Medical Ethics Revolution: How

즉, 미국의사회윤리규정은 의사회 내부의 징계처분 및 각 주의 면허위원회나 각 의학회의 징계처분 등과 연결되거나, 또는 법원이 판결을 내릴 때 인용되는 등을 통하여 규제의 실효성이 담보되고 있다. 따라서 미국의 의사회윤리규정은 단순한 자율규정으로서의 지위를 넘어서서 강제력을 가진 자율규정이라고 할 수 있을 것이다. 이것은 미국의 생명과학에 대한 규제체제가 사적자치를 원칙으로 연구·활동의 자유를 최대한 허용하여 사회적 상황에 신속하게 대처할 수 있는 보다 탄력적이고 유연한 규제방식을 취하면서도 전문단체에 의한 자율규제의 강화를 통하여 규제기능의 실효성을 확보하고 있다는 것을 의미한다.

Ⅲ. 규제내용

먼저, 연방차원에서의 규제는 행정지침에 해당하는 줄기세포지침과 연방국회에 상정된 관련법안을 통해 그 내용 및 제한되는 행위를 확인할 수 있다. 2000년 줄기세포지침은 인간배아 혹은 인간태아조직으로부터 추출한 인간전분화능줄기세포를 사용하는 연구에 대해 국립보건원의 기금을 출연한 경우에 적용되는데, 인간태아조직 또는 시험관 수정의 결

the AMA's Code of Ethics has Transformed Physicians' Relationships to Patients, Professionals, and Society(Johns Hopkins University Press, 1999), at x iii.

과이며, 임상적 필요를 초과했으며, 중배엽이 형성되는 단계에 이르지 않은 인간배아로부터 추출된 인간전분화능줄기세포에 관한 것이다(Sec. I). 인간배아로부터 추출한 인간전분화능줄기세포의 사용에 대한 조건으로서 냉동배아, 무조건적 기증, 충분한 정보에 근거한 동의등을 규정하고 있다(Sec. II A2). 다만, 인간배아로부터 전분화능줄기세포의 추출, 줄기세포로 인간배아생산을 위한 연구, 연구목적으로 생성된 배아의 이용, 체세포핵이식을 통한 줄기세포의 활용, 동물배아와의 결합, 인간의 생식복제를 목적으로 체세포핵이식과의 결합 등에 대해서는 부적격 관련연구영역으로서 배제하고 있다(Sec. III).

2003년의 인간복제금지법안⁴¹⁷⁾에서는 인간복제를 위한 모든 인간배아복제행위를 원칙적으로 금지하여 생식 복제(reproductive cloning)뿐만 아니라 치료 복제(therapeutic cloning)로 이용되는 복제인간배아도 포함시키고 있다. 즉, 인간복제행위 및 인간복제를 위한 시도(Sec. 498D.(b)(1)), 인간복제시도에 대한 가담((b)(2)), 인간복제에 의해서 산출된 배아 혹은 그러한 배아로부터 파생된 산출물을 어떠한 목적으로든 수취하거나 선적하는 것((b)(3)), 인간복제에 의해 산출된 배아를 수입하는 것도 금지하고 있으며(Sec.

417) Human Cloning Prohibition Act of 2003(Introduced in Senate), S 245 IS, 108th Congress 1st Session, H.R. 534(27.2.2003). 원안은 Human Cloning Prohibition Act of 2001, H.R. 205(30.7.2001).

498D.(c)), 이를 위반했을 때에는민·형사상의 책임을 진다 (Sec. 498D.(d)(1)(2)). 그렇지만 본 법규정에 의하여 특별하게 금지된 것이 아니라면, 분자·유전자·인간배아외의 세포·조직·기관·식물 혹은 동물세포를 산출하는 다른 복제 기술 혹은 핵이식의 이용에 관한 연구 등의 과학적 연구영역에 대해서는 어떠한 제한도 없다(Sec. 498D.(e)).

2001년의 줄기세포연구법안의 주요내용은 줄기세포 및 인간배아연구에 대한 정부의 자금지원에 대한 제한을 규정한 것이라고 볼 수 있다. 정부에 의한 인간배아연구의 수행 및 자금지원은 오직 이 법에 의해서만 가능하다(Sec. 498C(a)). 배아줄기세포의 자원은 불임클리닉으로부터 배아의 부모와 합의를 통해서 그리고 반드시 서면에 의해서 증여되어야 한다(Sec. 498C(b))고 규정함으로써 제공자의 자기결정권을 강화하고 있다. 제공된 배아는 줄기세포의 연구에 사용될 수 있지만 인간배아를 만들거나 인간복제에 이용해서는 안 되며, 금전과 관련하여 인간배아를 취득·수령·이전하는 것이 금지된다(Sec. 498C(c)). 정부는 기증된 배아로부터 줄기세포의 추출에 대한 규율지침을 마련하여야 하고 또한 연구활동을 기록한 보고서를 매년 의회의 관련위원회에 작성·제출하여야 한다(Sec. 498C(d)(e)).

다음으로, 미국 각주의 배아에 관한 규제⁴¹⁸⁾는 각 주별로

418) 자세한 내용에 대해서는 President's Council on Bioethics, *supra* note, p.51 ~ 54 참조.

차이가 있으나 크게 허용형·지침형·금지형으로 나눌 수 있다.

첫째, 허용형에 해당하는 대표적인 예가 뉴햄프셔주이다. 뉴햄프셔주 제정법은 수정후 14일을 초과한 배아를 체외에 두면 안 된다는 것 및 연구목적으로 제공된 배아를 자궁에 돌려놓아서는 안 된다는 것만 규정하고 있는데(N.H. Rev. Stat. Ann. §168-B:15(2003)), 이로부터 수정 5일 후에 수정 배아로부터 줄기세포를 생성할 수 있다고 해석하는 것이 가능하다. 그 외 21개 주에서는 수정배아 및 태아의 연구에 관한 제정법이 없고, 다만 인지된 동의, 개인정보보호, 배아매매 금지에 관한 제정법 및 판례법에 의한 규제가 가능할 뿐이다.⁴¹⁹⁾

둘째, 지침형에 해당하는 주로는 뉴저저주, 캘리포니아주 등을 들 수 있다. 뉴저저주는 체세포핵이식을 포함한 인간배아줄기세포·인간배아배세포·성체줄기세포의 생성과 사용을 포함한 연구를 허용하면서, 이러한 연구의 윤리적·의학적 의미를 충분히 고려하여야 하며, 기관심의위원회(IRB)에 의해 모든 연구가 심사되어야 한다고 규정하고 있다(N.J. Stat. Ann. §26:2Z-2(a)(2004)). 구체적 규정으로는 배아제공을 위한 인지된 동의만 규정하고 있고, 배아줄기세

419) Lori B. Andrews, “State Regulation of Embryos Stem Cell Research”, in Ethical Issues in Human Stem Cell Research Vol. II Commissioned Papers A-4(NBAC, Jan. 2000).

포연구에 계상되는 예산을 매년 500만\$로 책정하고 있다. 캘리포니아주는 최근의 입법을 통하여 복제배아의 생성과 이용에 관한 연구를 포함하여 인간배아줄기세포의 추출에 관한 연구를 허용·조장하면서, 보건부가 인간줄기세포연구를 위한 지침을 작성할 것을 요구하고 있다(Cal. Health & Safety Code §125118~125119(2004)).

셋째, 금지형에 해당하는 남다코타주·미시간주·로드아일랜드주·미네소타주·북다코타주는 인간배아를 파괴하는 연구를 금지하고 있고, 루이지애나주·펜실베니아주·뉴멕시코주·메인주·프롤리다주·일리노이주·유타주 등은 연구목적의 배아생성 또는 이용을 금지하거나 태아를 대상으로 한 연구를 금지하고 있다. 단, 매사추세츠주 처럼 태아의 정의로부터 배아를 제외하려는 움직임이 있고, 배아줄기세포 생성에 따른 혜택을 감안하여 연구가능의 방향으로 개정하려는 움직임을 보이고 있다.⁴²⁰⁾

이상 미국 각 주의 배아에 대한 규제형태별로 정리하면, 금지형의 주에서는 자금출처가 어디인가와 상관없이 수정배아에 유래하는 배아줄기세포생성이 불가능하고, 지침형의 주에서는 주의 지침에 따라 배아줄기세포를 생성하는 것이 가능하며, 허용형의 주에서는 주의 지침이 없고, 인지된 동의·개인정보보호에 관한 주법의 일반원칙 및 인간배아매매

420) 23) The President's Council on Bioethics, *supra* note, p.137.

금지에 관한 주법의 적용을 받는 것 외에는 관계학회의 자율적 규제에 위임되어 있다.

마지막으로, 미국에서는 위에서 본 것처럼 아직 연방차원에서 배아이용에 관한 규제가 설정되어 있지 않은 이상 전문단체에 의한 규제가 중요한 역할을 수행한다. 전문단체에 의한 규제내용은 1994년 연방보건원의 인간배아연구사업단(HERP)에 의해 제안된 지침⁴²¹⁾과 유사하다.

1994년 미국생식의료회(American Society for Reproductive Medicine:ASRM)의 보고서 ‘전배아에 관한 연구: 정당화와 한계(Research on Pre-embryos: Justification and Limits)’에 의하면 배아연구의 수혜를 고려하여 배아이용이 허용가능한 행위로 규정하고 있다. 나아가 ‘배아 줄기세포연구를 위한 잔여배아기증’⁴²²⁾ 및 ‘인지된 동의와 생식체 및 배아의 이용’⁴²³⁾이라는 두 윤리 견해서를 발표하여 배아기증에 관한 지침을 제공하고 있다. 이러한 지침은 잠재적 배아제공자가 위험과 이익뿐만 아니라, 연구목적 및 성격 그리고 그 잠재적인 상업가치를 이해시키는 것이 중요한 일임

421) National Institutes of Health, Ad Hoc Group of Consultants to the Advisory Committee to the Director, Report of the Human Embryo Research Panel(September 1994).

422) Ethics Committee of the American Society for Reproductive Medicine, Donating Spare Embryos for Embryonic Stem Cell Research, Fertility and Sterility 78(2002), p.957 ~ 960.

423) Ethics Committee of the American Society for Reproductive Medicine, Informed Consent and the Use of Gametes and Embryos, Fertility and Sterility 68(2002), p.780 ~ 781.

을 밝히고 있다.

미국소아학회(American Academy of Pediatrics: AAP)는 2001년 9월 인간배아연구에 대한 성명서를 통하여 배아줄기 세포연구가 연방보건원의 기금지원을 받아야 하며 건강복지부(Department of Health and Human Services: HHS)의 규제를 받을 필요가 있다는 것을 발표 하였다. 연방지원기금에 의한 배아연구는 다음의 조건 하에서 기관심 의위원회의 승인을 받아야 한다는 입장을 취하고 있다. 그 조건이란 폐기 예정된 냉동배아를 이용할 것, 기증자의 생식치료를 위한 배아형성 결정과 연구목적의 냉동배아기증의 결정을 분리할 것, 금전적 유인없는 완전히 자발적인 결정에 의할 것, 생식치료기관과 연구기관이 분리될 것, 연구목적의 배아와 인적 관련이 없을 것, 연구형태에 대하여 기증자가 어떠한 제한도 하지 않을 것 등이다.

미국의사회(AMA)도 1994년의 국립보건원 인간배아연구사업단의 결론을 지지하면서, 배아실험에 대한 감시기구의 설치 및 초기배아이용연구에 대한 연방기금지원을 권고하고 있다.⁴²⁴⁾

이상 미국의 배아이용 및 그 연구에 대한 정부의 지원여부는 심각한 갈등에 놓여져 있다는 것을 살펴볼 수 있다. 이러한 문제는 각 개별주가 취하는 배아취급에 대한 상반된

424) The President's Council on Bioethics, *supra* note, p.138 ~ 141.

규정을 통해서도 충분히 알 수 있다. 아직까지 해결되지 않은 배아취급에 대한 갈등은 결국은 일정한 절차와 감독을 전제로 일정한 범위 내에서 허용하는 형태로 연방법제가 정립될 것으로 예상된다. 이러한 기본적인 입장은 1994년 미국에서 최초로 배아줄기세포연구에 대한 연방기금지원여부를 결정하기 위하여 구성된 연방보건원 인간배아연구심사단의 보고서에서 비롯된 것이며, 그 내용은 현재에 있어서도 배아연구의 초석이 된다. 이 심사단보고서에 의하면 배아연구에 대한 승인에는 3가지 중요한 요소가 그 기초가 된다. 첫째, 배아연구에서 파생되는 인류이익이 중요하며 불임부부, 유전적 결함을 가진 가족, 다양한 질병에 대한 효과적인 치료를 필요로 하는 개인에게 큰 잠재적 이익을 준다는 것이다. 둘째, 이식전 인간배아가 인간생명의 발전형태로서 중대한 도덕적 고려를 필요로 한다고 할지라도 인간의 도덕적 지위 및 감성과 관련하여 불완전한 인격체로서의 성질, 높은 자연적 치사율 때문에 유아나 어린이와 같은 도덕적 지위를 인정할 수 없다는 것이다. 셋째, 이식전 배아연구에 대한 연방기금 및 규제가 없다면, 배아연구는 사적 영역에서 윤리적·과학적인 심사가 없이 계속될 것이라는 것이다. 따라서 심사단은 배아가 자궁에 이식되든 이식되지 않든 상관없이 체외수정 계획으로 부부에 의하여 기증된 배아는 연구원으로 삼을 수 있다는 결정을 내렸다. 또한 난자수정을 포함한 연구가 생식 의료에서 중요한 질문에 대한 해답을 줄 수 있기 때문에 명

백하게 연구목적을 위하여 기증된 난자를 수정하는 것은 윤리적으로도 허용된다는 결론을 내렸다. 다만, 연구가 다른 방법으로는 수행할 수 없는 경우나 잠재적이고 현저한 과학적 치료가치를 가지고 있어서 필수불가결한 경우에만 허용될 수 있다고 심사단은 밝히고 있다.⁴²⁵⁾

IV. 미국의 생명윤리자문기구의 분석

1. 국가생명윤리자문위원회(1996-2001)

미국의 경우 1996년에서 2001년까지 한시적으로 존재하였던 국가생명윤리자문위원회(National Bioethics Advisory Committee)는 대통령직속으로 설치되어 생명과학 관련 쟁점에 대한 자문기능을 수행하였다. 주로 인간을 대상으로 한 연구에서 파생되는 생명윤리 관련 정책, 지침, 법안 등의 적절성 여부와 임상등을 포함한 연구의 적용범위에 관한 것을 주요 자문내용으로 하고 있다, 구체적으로는 대통령이 의장으로 있는 국가과학기술협의회(National Science and Technology Council)와 다른 정부 기관에서 생명윤리 관련 쟁점, 인간 유전체 관련 특허 부과 및 특허에 의해 관리되지 않는 유전정부의 사용과 관리에 관한 사안들, 그 외에 관련

425) Irene Stith-Coleman, Human Embryo Research, CRS Report for Congress p.95-910(updated December 1, 1998).

행정부, 의회, 일반시민, 또는 위원회 자체 내에서 제기되는 추가적인 사안들에 대해 자문을 제공하였다. 다만, 국가생명윤리자문위원회는 존속시한을 2001년 10월 3일로 하는 한시적인 기구의 성격이었다.

국가생명윤리자문위원회의 위원장은 대통령이 임명하며, 최소 18명으로 구성되도록 하였다. 위원의 구성에서 과학자와 비과학자의 비율이 가능한 같아야 한다고 규정하고 있으며, 위원 중에는 철학 또는 신학, 사회과학 또는 행동과학, 법학, 의학 또는 보건관련학, 생물학 연구자가 각각 최소한 한명씩 참여해야 하며, 적어도 3명의 일반시민이 포함되도록 하였다. 위원의 구성에 있어 과학자와 비과학자의 비율이 가능한 한 같아야 하며, 지역, 인종, 성비에 있어서도 균형을 갖추도록 주의해야 한다는 자체 규정을 갖고 있다.

위원회에는 두 개의 분과위원회 즉, 인간개체 분과위원회(Human Subject Subcommittee)와 인간 유전체 분과위원회(Human Genetic Subcommittee)가 설치되어 있다. 인간개체 분과위원회(HSSC)는 연방예산을 사용하여 수행되는 인간을 대상으로 하는 생명과학 연구 및 정상적인 의사결정을 할 수 없는 사람을 대상으로 하는 연구에 대한 감독기능을 담당하며 이를 위해 관련 기관에 대한 조사를 시행하기도 하였다. 인간유전체 분과위원회(HGSC)는 주로 보관되어 있던 인체조직을 사용하는 연구의 감독기능을 담당하고 있다.

분과위원회를 포함한 위원회에서 개최하는 회의는 공개하

는 것을 원칙으로 하였다. 보건부는 법률이 정하는 범위 내에서 위원회의 기능을 수행하기 위해 필요한 예산을 지원하고 있으며, 위원회의 관리 및 업무지원 기능도 담당하고 있다. 1998년 11월 14일 인간과 소의 키메라실험이 이루어지자 클린턴대통령은 국가생명윤리위원회가 인간줄기세포연구에 대해 철저한 심의를 해줄 것을 요청하였다. 1999년 국가생명윤리위원회는 적절한 공개된 국가적 심사 하에 죽은 태아 및 잉여배아를 이용한 줄기세포연구에 대해서는 연방기금을 지원하는 것을 허용할 수 있다고 권고하였다. 다만 연구목적으로 배아를 만들고 체세포복제배아에서 만들어진 줄기세포 연구에는 연방기금의 지원을 허용하지 않았다.

2. 윤리위원회(2001-2007)

2001년 행정명령 13237에 의해서 설치된 대통령 직속의 윤리위원회(the President's Council on Bioethics)도 18명의 위원으로 구성되어 있으며, 연방정부의 관리이거나 고용되어 있지 않은 개인 중에서 대통령이 임명하며, 위원 중에서 위원장을 지명한다.⁴²⁶⁾ 과학, 의학, 법과 정부, 철학과 신학, 인문 및 사회과학의 기타 분야에서 위원을 임명하며, 임기는 2년이며 연임이 가능하다. 현재 법학 4명, 정부학 1명, 철학과

426) <http://www.bioethics.gov/about/executive.html>.

신학전공 3명, 의학 6명, 생물학 2명 기타 사회과학 2명으로 구성되어 있다.

윤리위원회는 논의 중인 이슈들에 대한 심도있고 종합적인 이해를 전개하도록 노력해야 하며, 이러한 목적을 거두기 위해서 위원회는 합의를 얻기 위한 지배적인 견해에 좌우되기 보다는 어떤 주어진 이슈들에 대한 복합적이고 종종 논쟁적인 도덕적 입장들을 표명하려는 필요에 따라 운영되었으며, 단일한 합의적인 입장에 도달하려고 시도하기 보다는 특정 이슈에 대한 다양한 견해를 제공하면서 진행하는 방법을 취하고자 하였다.⁴²⁷⁾

윤리위원회의 주요 역할은 1) 배아 및 줄기세포연구, 보조생식, 복제, 인간유전자 또는 신경과학으로부터 추출된 지식과 기술들의 사용, 말기생명에 관한 쟁점 등 구체적이고 기술적 활동들과 관련된 윤리적 쟁점연구, 2) 연구에 있어서 인간검체의 보호에 관한 의문점들, 생명의료기술의 적절한 사용, 생명의료기술의 도덕적 함의, 과학연구의 제한의 결과 등과 같은 구체적 기술에 얽매이지 않는 더 넓은 윤리적 사회적 이슈들을 연구할 수 있도록 규정하는 일이다. 2001년 11월 28일 부시정부는 윤리위원회에 체세포복제배아연구 및 줄기세포 연구에 대한 윤리적 검토와 정책적 쟁점사항들을 다루게 하였다. 이에 따라 2002년 윤리위원회는 체세포치료

427) Executive Order 13237 Section 2. c.

복제연구에 대해서는 4년간 모라토리엄을 제안하였으며, 줄기세포연구에 대해서는 어떤 가이드라인을 제시하지는 않았다.

V. 관련 법제의 분석

1. 2009년 인간복제금지법(Human Cloning Prohibition Act of 2009)

공중, 사인, 또는 단체가 (1) 인간복제를 실행하거나 시도하려는 것; (2) 인간복제를 실행하려는 시도에 참여하는 것; 또는 (3) 어떠한 목적으로든 인간복제 생산물을 선적, 수령, 또는 수입하는 것을 금지하기 위하여 연방 형법전을 수정한다. 이의 위반에 대하여 형사상 및 민사상 제재를 부과한다. 이 법의 어느 것도 분자, DNA, 인간배아 이외의 세포, 조직, 기관, 식물, 또는 인간 이외의 동물을 생산하기 위하여 핵치환 또는 그 밖의 복제기술을 사용하는 연구를 포함하여 이 법에 의해 특별히 금지되지 않은 과학적 연구 분야를 제한하여서는 안된다고 규정한다.

2. 2009년 줄기세포연구향상법(Stem Cell Research Improvement Act of 2009)

보건복지부장관으로 하여금 인간배아로부터 줄기세포가 추출된

날짜와는 상관없이 인간배아줄기세포를 이용하는 연구를 수행하고 지원할 것을 요구하기 위하여 공중보건법을 개정한다. 다음 요건을 충족하는 줄기세포들에 대한 연구만 인정 된다: (1) 줄기세포는 IVF로부터 기증된 인간배아로부터 추출되고, 불임치료목적으로 창조되고, 그리고 그러한 불임치료를 구하는 개인의 필요성을 초과하여야 한다; (2) 기증에 앞서, 배아는 여성에게 이식되어서는 안된다는 것이 결정되어야 하고 그렇지 않을 경우 폐기되어야 한다; 그리고 (3) 불임치료를 구하는 개인들이 서면으로 작성된 충분한 정보에 의한 동의로 배아를 기증하였고 어떠한 금전상 또는 다른 유인을 수령하지 않았다. NIH의 장으로 하여금 인간배아줄기세포를 포함하는 연구에 관한 가이드라인을 제정하도록 요구한다. NIH의 장으로 하여금 과학적으로 보장되는 한도 내에서 그밖의 인간줄기세포와 관련된 연구에 관한 가이드라인을 제정하도록 권한을 부여한다. 이 법에 따라 가이드라인을 업데이트 하도록 규정한다. HHS 장관으로 하여금 전국적이고 국제적으로 인정된 과학 단체들에 의해 개발된 인간줄기세포연구에 관한 가이드라인을 고려할 것을 지시한다. 이 법에 따라 NIH 연구가 가이드라인을 준수하도록 요구한다. NIH의 장으로 하여금 (1) 이 법에 따른 가이드라인이 그 가이드라인의 효력발생일 이전에 추출된 인간배아줄기세포에 관한 연구에도 적용되는 범위를 결정하도록; 그리고 (2) 의회에 대한 2년 주기 보고서에 인간줄기세포에 관한 연구 활동의 요약을 포함시키도록 요구한다.

3. 2009년 환자우선법(Patients First Act of 2009)⁴²⁸⁾

보건복지부장관으로 하여금 배아줄기세포의 유연성을 가지고 있는 전능줄기세포[그러한 pluripotent 줄기세포가 배아로부터 발생하는지(embryonic source) 여부와는 상관없이]를 포함하여, 질병과 그 밖의 이상 건강 상태에 관한 고양된 이해를 결과할 수 있거나 치료를 결과할 수 있는 배아줄기세포의 분리, 추출, 생산, 검사, 그리고 인간임상사용을 위한 기술 - 그러한 기술이 (1) 연구 목적으로 인간배아를 창조하는 것; (2) 살아있는 인간배아의 파괴 또는 폐기, 또는 부상의 위험; 또는 (3) 이 법에 불일치하게 추출된 줄기세포의 사용을 포함하지 않는다면, - 을 개발하기 위하여 기초와 응용연구를 수행하고 지원하도록 요구하기 위하여 공중보건법을 개정한다. 보건복지부장관으로 하여금 이 법에 의해 지지되는 어떠한 연구라도 (1) 인간세포를 사용하여 수행될 경우 이 법에서 정한 기준에 명백히 일치 한다; (2) 가까운 장래(near-term)의 잠재적인 임상적 편익에 비추어 인간 환자들에게 우선시 된다; 그리고 (3) 대통령생명윤리자문위원회(PCB)와 그 밖의 적절한 기술과 연구에 의해 대강이 정해진 기술들을 고려할 수 있다는 것을 보장하기 위하여 이 법을 집행하는 가이드라인을 제정하도록 요구한다. 보건복지부장관으로 하여금 (1) 자금지원되지 않은 동료전문가심사를 받은 줄기세포연구제안서에 관해 보고하도록; 그리고 (2) 새롭

428) 이는 2007년 전분화능줄기세포치료고양법(Pluripotent Stem Cell Therapy Enhancement Act of 2007)과 거의 동일한 내용이다.

고 장래의 줄기세포 치료제품들에 대한 접근을 돕고 확대할 C.W. Bill Young Cell Transplantation Program에 대한 어떠한 조직상 변화라도 연구하고 권고사항을 의회에 제출하도록 요구한다.

4. 2009년 윤리적 줄기세포연구에 관한 조세편익법(Ethical Stem Cell Research Tax Credit Act of 2009)

과세연도에 지출되거나 발생한 요건을 갖춘 줄기세포연구 비용의 30%까지 조세 편익을 허용하기 위하여 국세법을 개정한다. 요건을 갖춘 줄기세포연구 비용을 질병과 그 밖의 이상 건강 상태에 관한 고양된 이해를 결과할 수 있거나 치료를 결과할 수 있는 배아줄기세포의 분리, 추출, 생산, 검사, 그리고 인간임상사용을 위한 기술을 개발하기 위하여 기초 및 응용연구를 수행하는데 드는 비용으로 개념 정의한다. (1) 연구목적으로 인간배아를 창조하는 것; (2) 살아있는 인간배아의 파괴 또는 폐기, 또는 부상의 위험; 또는 (3) 금지된 목적을 위하여 어떠한 줄기세포라도 사용하는 것을 포함하는 어떠한 연구비용에 대하여서도 조세편익을 금지한다.

제 4 절. 미연방 정부의 인간복제의 논의

I. 인간복제에 대한 입법의 반응

Dolly의 탄생에 대한 미국의 반응은 신속했다. 연방과 주 의회는 인간복제를 금지하는 제안을 받아들이기 위해 신속히 착수했다.⁴²⁹⁾ 현재 인간복제를 규제하기 위한 다수의 주와 연방의 제안은 대부분 정부기금의 사용에 관한 명백한 금지를 시도하는데 있다.⁴³⁰⁾

1. 연방입법의 추이

미국의 연방정부는 인간에게 체세포핵을 전이할 의도로 연구를 행하는 연구단체에 연방차원의 자금지원을 금지해왔다. 주와 연방정부는 또한 인간복제에 이를 수 있는 개인연구를 제한하는 것을 고려하고 있다. 제안된 일부 입법은 자궁에 복제된 배아를 주입할 어떤 의도가 있었는지에 상관없이 체세포핵 전이를 통한 인간 배아의 복제를 금지하려고 한다. 이러한 법안이 상원에서 부결되었으나 다른 법안들은

429) Coby S. Nixon, Human Cloning and the Commerce Power: In Light of United States v. Lopez, Congress Can-But Should Not-Regulate Human Cloning, 37 Ga. L. Rev. 296(2002).

430) Smith, 9 Health Matrix 311.

주 의회에 제출되었다. 그러나 쏟아져 나오는 대부분의 제안들은 과학적 연구를 방해하기 위한 것이 아니라, 복제된 아이들의 탄생을 예방하기 위한 것이다. 미국에서 복제입법을 추진하는 관련 정책은 현재, 5가지 정책 선택이 복제입법의 선두에 있다. 첫째, 연방정부는 모든 복제연구를 금지할 수 있다. 둘째, 복제연구는 규제될 수 있다. 셋째, 인간복제는 금지될 수 있다. 넷째, 복제연구를 위한 공공기금 조달은 중단될 수 있다. 다섯째, 정부는 연구원의 원조에 관해 자발적인 지급유예를 요구할 수 있다.⁴³¹⁾ 1997년 6월 국가생명윤리자문위원회(the National Bioethics Advisory(NBAC))는 인간복제를 통해 아이들을 탄생시키려는 공적·사적인 시도를 5년간 금지할 것을 권고하였다.⁴³²⁾ 클린턴 대통령도 인간복제를 위한 연방기금 금지를 신속히 요구했다.⁴³³⁾ 또한 NBAC에 인간복제의 윤리적·법적인 추이를 재검토하고, 미국으로서 가능한 행동을 권고하도록 요청했다.⁴³⁴⁾ NBAC 보고서는 의회가 3년 내지 5년간 인간의 생식복제를 금지하는 입법을 통과시킬 때까지 그 논쟁은 재고되어야만 한다고 권

431) The Clone Age, 83 A.B.A. J. 70(1997. 7).

432) Kimberly M. Jackson, Comment, Well, Hello Dolly! The Advent of Cloning Legislation and Its Constitutional Implications, 52 Smu L. Rev. 289(1999).

433) 33 Weekly Comp. Pres. Doc. 281(1997. 3. 4).

434) Nat'l Bioethics Advisory Comm'n, Cloning Human Beings: Report and Recommendations of the National Bioethics Advisory Commission, at i(1997)[이하 NBAC Report].

고했다.⁴³⁵⁾ 클린턴 대통령은 이 권고를 지지하고 의회에 또 다시 복제된 아이들의 창조에 초점을 둔 법률을 제정하도록 압력을 행사했다.⁴³⁶⁾ 두 상원위원회는 이 주제에 대한 공청회 후에, 의회가 인간복제를 금지하고자 했던 민주·공화당원들에 의해 제출된 법안들을 고려하고 있다. 권고된 연방입법을 둘러싸고 있는 중요한 불일치는 인간복제에 관한 금지의 범위에 집중된 것이다.⁴³⁷⁾ 일반적으로 복제 활동은 2가지 형태 중 1개로 분류된다: (1) 복제된 영아를 만들어낼 의도인 ‘생식 복제’(reproductive cloning)와 (2) 의학연구에서의 사용을 위한 인간배아를 복제하는 ‘치료 복제’(therapeutic cloning)이다.⁴³⁸⁾ NBAC의 권고와 일치하는, 연방입법의 혼란은 미국 전체에 걸쳐 인간복제를 위법이라고 제안한 데에 있다. 그러나 2002년 1월까지 아무런 법률도 제정되지 않았다. 가장 최근의 시도인 생식과 치료 복제를 모두 금지하는

435) Id., pp.iii-iv; Lori B. Andrews, Is There a Right to Clone? Constitutional Challenges to Bans on Human Cloning, 11 Harv. J.L. & Tech. 643, 645(1998)(discussing NBAC report).

436) 1997년 6월 9일에, 클린턴 대통령은 의회에 법안초안(“1997의 복제금지 법률”)을 NBAC의 지침을 이행하기 위해 송달했다(Heidi Forster & Emily Ramsey, Legal Responses to the Potential Cloning of Human Beings, 32 Val. U. L. Rev. 433, 436(1998)).

437) Jill Wechsler, Political Science: Genomics, Cloning, and Stem-cell Research Promise New Therapies but also Raise Ethical, Social, and Regulatory Questions, Pharmaceutical Executive, 2001. 5. 1, p.2224.

438) Sheryl Gay Stolberg, Total Ban on Cloning Research Appears Dead, N.Y. Times, 2002. 6.14, p.A31.

“2001년 인간복제금지법”(최고 10년 징역과 100만 달러의 벌금)이 2001년 7월에 하원에서 265대 162표로 통과되었다.⁴³⁹⁾ 그 후 부시 대통령은 생명의 존중과 줄기세포 연구의 촉진이라는 상반된 이념 간의 조화로운 해결을 위해서 일정한 범위 안의 ‘인간배아줄기세포’연구에 한하여 연방정부가 연구자금을 지원할 것임을 밝혔다.

2. 주입법의 추이

주 차원에서는 1997년 10월에 캘리포니아가 체세포핵 전이를 통한 인간복제에 관한 5년간 금지를 법제화하였다. 적어도 Dolly의 복제 이후, 27개 주들이 유사한 인간복제 법안을 제출했다.⁴⁴⁰⁾ 제안된 주 법률들은 인간복제에 관한 구체적인 금지에 있어서 다양하다. 27개 주중에서, 캘리포니아, 미시간, 미주리와 로드아일랜드에서는 인간복제와 그 연구 또는 연구를 위한 공공기금 조달을 금지하는 법률이 있다.

439) H.R. Rpt. 107-2505(2001.7.31); Sheryl Gay Stolberg, The Stem Cell Debate; Controversy Reignites Over Stem Cells and Clones, N.Y. Times F1(2001. 12. 18); Tom Abate, House Votes to Ban Cloning of Humans, San Fran Chron A1(2001. 8. 1).

440) 27개 주들은 Alabama, California, Connecticut, Delaware, Florida, Georgia, Hawaii, Illinois, Indiana, Kansas, Maryland, Michigan, Minnesota, Mississippi, New Hampshire, New Jersey, New York, North Carolina, Ohio, Oregon, Pennsylvania, Rhode Island, South Carolina, Tennessee, Utah, Virginia, and Wisconsin이다(Jackson, 52 Smu L. Rev. 292).

주 수준에서 제기된 복제를 금지하는 25개 이상의 법안 중 2개가 제정되었다. 내년 6월에, 미시간은 인간복제에 관한 영구적 금지를 입법화하는 첫 번째 주가 된다.⁴⁴¹⁾ 미시간 법규는 치료복제와 생식복제를 금지하고 있다. 법규도 최고 1,000만 달러까지 벌금을 부과하고, 가능한 한 5년의 의사 면허취소와 최고 10년형에 처하도록 규정하고 있다.⁴⁴²⁾ 그러나 이 법규의 제정 이후 다른 어떤 반 복제입법 (anti-cloning legislation)도 미국에서 제정되지 않았다. 몇몇 주는 인간복제에 관한 자신들의 법률을 통과시켰다. 현재, 캘리포니아, 미시간, 루이지애나, 로드아일랜드와 버지니아 등 5개 주는 인간복제를 금지하고 있다.⁴⁴³⁾

대부분의 주에서, 과학적인 연구와 세포에 기반을 둔 치료의 목적으로 행하는 경우에는 특정한 예외를 규정하고 있다. 복제를 금지하는 5개 주 모두 위반에 대한 민사처벌을 규정했다. 미시간주는 인간의 복제에 대한 형사제재를 입법화한 유일한 주이다. 미주리주 또한 인간복제연구에 대한 주기금의 사용을 제한하는 법률을 제정하였으나, 어떤 민·형사 처

441) Washington Health Week, 1998. 6. 15, p.2.

442) Mich. Comp. Laws, 333.16274(2000).

443) Cal. Health & Safety Code 24185, 24187, 24189(Supp. 2001)(expires Jan. 1, 2003 by 24189); Mich. Comp. Laws 333.16274, -16275, -20197(2001); La. Rev. Stat. Ann. 40:1299.36 to 36.6(West 2001); R.I. Gen. Laws 23-16.4-1 to 4(2001)(expires July 7, 2003 by 23- 16.4.4); and Va. Code Ann. 32.1-162.21, 162.22(Michie 2001).

별도 규정하지 않았다.⁴⁴⁴⁾ 몇몇의 주들은 인간복제와 관련된 연구를 금지하는 입법을 구비하고 또한 통과시켰다.⁴⁴⁵⁾ 캘리포니아는 그런 법률을 최초로 제정하였다.⁴⁴⁶⁾ 다른 주들은 뒤이어 계속되었고 많은 새로운 입법이 제기되었다.

II. 관련 법제의 검토

캘리포니아주는 2004년 11월 Proposition 71(Stem Cell Research. Funding. Bonds. Initiative Constitutional Amendment And Statute.)을 통과시켰다. Proposition 71의 구체적 내용은 다음과 같다: i) 캘리포니아주에서 줄기세포연구를 수행하는 것을 헌법상 권리(헌법 제35조 신설)로 만들었으며, 인간 개체복제 연구에의 자금지원을 금지한다. 전분화능줄기세포는 체세포 핵이식 배아 또는 인공수정 후 남은 배아로부터도 적절한 충분한 정보에 의한 동의를 받은 경우에는 추출할 수 있다고 규정한다. ii) 줄기세포연구를 규제하고 줄기세포연구와 연구시설에 대하여 보조금(grants)

444) Sherry M. Knowles, Stephanie D. Adams, Who Owns My DNA?: The National and International Intellectual Property Laws on Human Embryonic Tissue and Cloning, 32 Cumb. L. Rev. 483(2001/2002).

445) cal. Bus. & Prof. Code 2260.5(2001); Cal. Health & Safety Code 24185(2001); La. Rev.Stat. Ann. 1299.36.2(2001); Mich. Comp. Laws Ann. 750.430(a)(2001); R.I. Gen. Laws 23-16.4-2(1999).

446) Kenton Abel, 1997 California Legislative Service 688(West) Human Cloning, 13 Berkeley Tech. L.J. 465, 470(1998).

과 대부금(loans)의 형식으로 자금을 지원하기 위하여 「캘리포니아 재생의학 연구소」(California Institute for Regenerative Medicine, CIRM)를 설립한다. CIRM은 보조금과 대부금에 의해 자금지원된 줄기세포연구를 위한 규제기준을 설정하고 그러한 연구와 관련 시설의 개발을 관리하는 책임을 진다. CIRM의 자금 지원을 받는 연구에 사용되는 줄기세포주는 정당하게 추출되어야 한다. 즉, 생식체, 배아, 성체세포 또는 인간 조직의 기증자는 자발적으로 충분한 정보에 의한 동의를 하여야 하고 그에 상응한 가치 있는 대가(valuable consideration)를 받아서는 안된다. CIRM은 최대 50명의 스태프를 둘 수 있으며, 이들은 주의 일반 공무원이 복지 및 퇴직연금(benefits and retirement allowances)을 받기 위하여 제공하는 복무의무를 지지는 않는다. iii) CIRM을 관장하기 위한 감독위원회인 「독립시민감시위원회」(Independent Citizen's Oversight Committee, ICOC)를 설립한다. ICOC는 캘리포니아주 소재 대학들, 비영리 학술 및 의학연구기관들, 의학치료를 개발하는데 전문성을 지닌 회사들, 그리고 다양한 연구옹호단체들의 대표 29명으로 구성된다. iv) CIRM의 초기 행정/집행 비용으로 최고 3백만 달러를 일반기금(General Fund)에서 대부금의 형식으로 제공한다. v) 연 최고 3억 5천만 달러 한도로 10년간 30억 달러를 CIRM 활동비에 충당하기 위하여 일반보증채(general obligation bonds) 발행을 허용한다. 이러한 일반보증채는 주의 주요비용 지출 프로젝트를 지원하기 위하여 주가 일반적으로 사용하는 것으로, 원리금 지불을 주가 보증하는 것을 말한다. vi) 일반보

증채를 상환하기 위하여 일반기금으로부터 자금을 지원한다. 일반기금은 일반보증채의 원리금 지불 비용으로 사용되는데, 이는 주로 개인과 기업의 소득세와 판매세로부터 발생한다. 그리고, 캘리포니아주는 Proposition 71을 제정하기 이전에, 2002년 9월 22일 의회와 Gray Davis 주지사는 연구목적으로 배아줄기세포를 포함하여 모든 유형의 줄기세포 추출과 사용을 허용하는 상원 법안 253을 승인·통과시켰다. 동법안은 i) 줄기세포가 생명의료분야에서 적용될 수 있는 잠재적 사용에 대한 개관을 하고 이 분야에서 발생하는 윤리적·정책적 문제를 인식, ii) 캘리포니아주 보건안전법 125300조 개정(캘리포니아주 정책은 다음과 같다 (a) 인간 배아줄기세포, 인간배아생식세포, 그리고 인간성체줄기세포의 추출과 사용을 포함하는 그러한 연구는 허용되어야 한다. (b) 그러한 연구는 승인된기관심사위원회(IRB)에 의해 심사되어야 한다), iii) 캘리포니아주 보건안전법 125315조 개정((a) 불임시술을 하는 의사 등은 환자로 하여금 불임시술 이후에 남는 인간 배아의 처리에 관한 충분한 정보에 의한 선택과 자발적 선택을 하도록 허용하기 위하여 적시의, 관련성있는, 적절한 정보를 제공하여야한다. (b) 위 (a)항과 관련하여 정보가 제공되어지는 어느 누구라도 미사용 배아를 저장, 다른 사람에게 기증, 폐기, 또는 연구를 위한 기증 등을 선택할 수 있어야 한다. 미사용 배아를 연구용으로 사용할 것을 선택한 어느 누구라도 과학자들에 의해 그 배아가 사용되기 전에 서면동의를 제공하여야 한다.), iv) 관련 연구를 위하여 댓가를 기대하면서 고의로 배아 조직 또는 죽은 태아 조직을 매매할 수 없다고 규

정한다. 동 법안 통과 후 다음 날 캘리포니아주는 치료복제는 계속 하여 허용하지만, 인간개체복제에 관한 금지를 무한정 확대한다는 법안을 시행하였다.

제 5 절 결론

이미 살펴본 바와 같이 인간배아줄기세포연구에 관한 미연방 정부의 정책은 초창기조건부 인정을 하였다가 인간의 존엄성과 관련하여 그 허용여부에 관한 윤리적 문제를 중시한 2001년 9월 부시 대통령의 선언에 따라 인간배아줄기세포연구에 관한 연방자금지원이 중단되었다. 그러던 중, 과학과 정책 및 이념은 구분해야한다는 2009년 3월 9일 오바마 대통령에 의해 부시 대통령의 선언이 폐지되어 인간배아줄기세포연구에 대한 연방자금 지원이 개시되게 되었다.⁴⁴⁷⁾ 이는, 인간배아줄기세포연구를 통한 환자치료를 하나의 산업으로 인식하고, 줄기세포시장을 향후 의료산업의 금광으로 간주하여 미국의 주도권 획득을 위한 연방 차원에서의 첫 걸음이라 하겠다. 실제로, 생명공학회사인 제론사는 오는 8월 인간배아줄기세포를 이용해 척수손상 환자를 치료하는 임상 시험을 앞두고 있으며(지난 1월 FDA로부터 승인을 받았음),

447) 정규원, 미국에서의 줄기세포연구에 대한 법적 대응 - 세계 각국의 줄기세포 연구정책과 규제(세창출판사, 2005), 109-112면 참조.

노보셀사의 당뇨병 줄기세포 치료제, ACT사의 줄기세포 설명 치료제 등도 임상시험을 기다리고 있다고 한다. 행정부뿐만 아니라 연방 의회에서도 조만간 인간배아줄기세포연구를 허용하는 입법을 할 것으로 예상된다. 왜냐하면, 인간배아줄기세포연구의 허용을 위하여 여태까지 의회는 많은 노력을 기울여 왔으며, 생명과학의 특성상 상업화를 위한 선점의 지위를 누리기 위하여 많은 자금지원을 인간배아줄기세포연구에 하고 있는 각 주의 실정에 비추어 보아도 연방차원에서 입법으로 이에 대한 지원을 하리라 여겨지기 때문이다. 이처럼, 인간배아줄기세포연구에 대한 연방의 자금지원을 위한 정책과 입법으로 인해, 연방 정부는 인간배아줄기세포연구자들로 하여금 연방 정부 차원의 규제수준을 준수하도록 요구하여 연구통제를 합법적·합목적적으로 할 수 있을 것이다. 연구자들은 연방 자금을 지원받음으로써 안정적인연구 수행 및 연구의 신뢰성 확보 등 연구 환경의 획기적 향상을 기대할 수 있게 된다. 인간배아줄기세포를 포함하여 줄기세포연구는 이미 산업으로 발전하였다. 앞서 살펴본 바와 같이, 각국은 막대한 자금지원을 통하여 선점 경쟁을 치열하게 전개해 나가고 있는 실정이다. 그러나 인간배아를 이용한 연구는 생명체 파괴, 인간 경시 등의 윤리적 문제를 가지고 있기 때문에 윤리적 고려 또한 항상 염두에 두어야 할 것이다. 인간의 존엄은 바로 인간은 자기책임능력이 있는 인격이라는 의미이며, 인간을 객체로 취급해서는 아니된다. 그러므로 인간의 존엄

은 인간이 자체 목적이 아니라 타인의 목적을 달성하기 위한 수단으로 취급되었을 때 침해되었다고 본다. 결국 논란이 되고 있는 인간배아를 이용한 배아줄기세포연구를 허용할 것이냐의 물음은 인간배아를 이용하는 연구가 인간의 존엄과 가치를 훼손하는지 또는 질병치료의 목적으로 이용되어 다른 생명권을 보호하는지 여부를 엄밀하게 형량해야 한다. 사실 초기배아의 생명을 완전히 재산권의 처분대상으로서의 성격을 인정할 수 없지만, 또한 초기 배아 특히 정해진 보존기간을 넘겨 폐기가 예정되어 있는 배아를 결코 손상되어서는 안 될 완전한 인격체라고도 평가할 수는 없기 때문이다. 그에 대한 대답은 배아 그 자체와 생명권논의와 밀접한 관련이 있지만 한편으로 그 연구를 통해서 얻고자 하는 동기, 목적, 의도 등과도 분리해서 논의할 수는 없다. 침해되는 법익과 보호하고자 하는 법익과 비교형량을 시도하는 것도 이러한 맥락에서 이해할 수 있을 것이다. 그러므로 초기 배아 특히 여분의 정해진 보존기간을 넘긴 폐기될 배아의 경우에도 결코 희생되어서는 안 될 그 무엇이라고 평가할 수는 없다고 보아 사회적·윤리적으로 정당화된 목적을 위하여 제한된 범위에 국한해서 배아연구를 허용할 수 있을 것이다.

제 4 장 독일의 생명윤리 관련 법제

독일은 생명윤리와 관련된 법률들을 영역별로 제정하고 있는 점이 우리나라와 다른 점이다. 우리나라의 현행 생명윤리 및 안전에 관한 법률(이하 생명윤리법)은 생명윤리심의위원회, 배아 등의 생성·연구, 줄기세포연구, 유전자검사, 유전 정보 등의 보호 및 이용 등의 규정을 망라하며, 대단히 많은 내용을 하나의 법에 담고 있는 반면 독일은 구체적인 영역에서의 개별적인 법을 제정하여 관련 부문을 규율하고 있는 것이 특징이다.

생명윤리위원회와 관련하여서는 독일윤리위원회법에 따라 독립적인 독일윤리위원회가 설립되어 생명윤리와 관련하여 중추적인 활동하고 있다. 전문위원회들은 생명윤리 관련 각 영역별로 유관한 전문가와 이해관계인들로 구성이 되는데, 유전자진단영역에서는 유전자진단위원회가, 그리고 체세포연구의 영역에서는 중앙윤리위원회가 구성되어 활동하고 있다. 유전자진단과 관련된 제반사항은 유전자진단법에서 관할하고 있다. 유전자진단법은 우리의 생명윤리법상 유전자진단과 비교하여 볼 때 유전자진단의 의사유보, 차별금지, 허용되는 유전자 진단, 노동영역에서 노동보호를 위한 예방적 영역에서의 유전자 진단, 동의와 설명의무 등 매우 정치한 내용을 담고 있다. 독일은 우리의 생명윤리법상 인체유래물은행과

상응하는 기구를 위한 법이 존재하지 않으며, 유전자은행을 위한 법적 근거가 존재하지 않는다. 독일의 유전자설립은행법을 위한 현행 논의를 살피기 위해서 먼저 독일 법령에 존재하는 유전정보의 수집과 보관을 위한 근거규정들을 살펴볼 필요가 있다. 형사절차령에서 일정한 범죄자들에 대해 유전자검사와 보관을 할 수 있도록 하고 있고, 유전자진단법에 따라 수집된 유전자정보가 보관될 수 있다. 유전정보의 통합적 관리를 위한 유전자은행의 설립을 위해서는 부정적인 의견이 아직은 우세한 것으로 보인다. 배아에 관해서는 배아의 존엄성을 보호하고, 이를 침해하는 행위를 엄격하게 금지하는 배아보호법과 배아연구를 위하여 배아의 수입과 학문적 사용을 예외적으로 허가하는 줄기세포법(Stammzellgesetz)이 있다. 독일의 여러 법에 존재하는 생명윤리와 유전정보의 보호의 내용은 특히 형사절차령에서의 규정과 관련하여 인권침해의 위험과 데이터의 국가에 의한 통제에 의한 위험성으로 인해 개정이 필요한 것으로 보는 견해도 보이나, 대부분은 국민의 생명권과 신체의 불훼손권, 성적자기결정권 등의 보호를 위한 필요최소한의 조치라고 이해하고 있다.

우리의 생명윤리법은 2012.2.1.의 전부개정(2013.2.2. 시행)을 통하여 내용상 진일보한 측면은 있다. 특히 제1조의 법의 목적을 개정하여 “이 법은 인간과 인체유래물 등을 연구하거나, 배아나 유전자 등을 취급할 때 인간의 존엄과 가치를 침해하거나 인체에 위해를 끼치는 것을 방지함으로써 생명

윤리 및 안전을 확보하고 국민의 건강과 삶의 질 향상에 이바지함을 목적으로 한다.”고 한 것은 높이 평가될 수 있는 부분이다. 현행법은 “생명과학기술이 인간의 질병 예방 및 치료 등을 위하여 개발·이용될 수 있는 여건을 조성함”도 목적으로 삼고 있어서 생명윤리 및 안전 확보를 위한 규제법의 성격과 이와는 모순이 되는 개발·이용이라고 하는 촉진법의 성격을 가지고 있어 법의 목적에 대한 비판이 있었다. 그러나 개정 후에도 이 법을 통하여 각 영역 별 문제에 대하여 충분하게 ‘생명윤리 및 안전을 확보하고 국민의 건강과 삶의 질 향상’ 시킬 수 있는지에 대하여는 의문이 있다. 이에 대한 개선방안을 모색하기 위하여 독일의 생명윤리와 관련된 주요 법률인 독일윤리위원회법, 유전자진단법, 형사절차령, 줄기세포법, 배아보호법과 연방헌법재판소의 판례를 살펴보고자 한다. 이를 통하여 우리의 생명윤리법이 독일의 경우와 같이 영역별로 분법하는 것이 바람직한지, 개정될 부분은 어느 곳인지 하는 문제를 위한 해결방안을 모색하고자 하는 데에 연구의 목적이 있다.

제 1 절 윤리위원회(Deutscher Ethikrat)

I. 서론

우리의 국가생명윤리위원회는 그 구성에서 특히 독립성과 중립성, 다양성의 측면에서 볼 때 문제가 있다. 생명윤리법 제7조 규정에 따라 심의위원회는 위원장 1인, 부위원장 1인을 포함한 16인 이상 21인 이하의 위원으로 구성되며, 위원장은 위원 중에서 대통령이 임명 또는 위촉하고, 부위원장은 위원 중에서 호선한다. 그리고 위원으로는 관련 분야의 전문가뿐만 아니라 교육과학기술부장관·법무부장관·지식경제부장관·보건복지부장관·여성가족부장관·법제처장이 속하게 된다. 또한 심의위원회에 간사위원 2인을 두며, 간사위원은 교육과학기술부장관과 보건복지부장관으로 하며, 수석간사위원은 보건복지부장관으로 한다. 정부의 장관들 7인이 포진되어 있는 위원회에서 위원회의 중립성, 전문성을 담보하기가 어려울 뿐만 아니라 각계각층의 이해를 대변하는 활동을 기대하기는 어려울 것이다.

2012.2.1. 법의 개정예 따라 국가생명위원회는 15명 이상 19명 이하의 위원으로 구성되며 첫째, 교육과학기술부장관, 법무부장관, 지식경제부장관, 보건복지부장관, 여성가족부장관 둘째, 생명과학·의과학·사회과학 등의 연구 분야에 대한 전

문지식과 경험이 풍부한 사람 중에서 대통령이 위촉하는 7명 이내의 사람, 셋째, 종교계·윤리학계·법조계·시민단체(「비영리민간단체 지원법」 제2조에 따른 비영리민간단체) 또는 여성계를 대표하는 사람 중에서 대통령이 위촉하는 7명 이내의 사람으로 구성된다고 하고 있다. 이러한 구성은 현행의 규정보다는 개선이 된 것이지만 위원회의 독립성·중립성의 측면에서 국가생명윤리위원회 위원 중 각 부장관을 제외하고 위원회를 독립적인 조직으로 설립해야 할 필요가 있다고 본다. 이는 생명윤리법이 생명윤리의 안전성확보를 위한 규제법인 점을 생각할 때 매우 절실한 부분이라고 파악된다. 이러한 문제의 개선방향을 위해 먼저 독일의 독일윤리위원회를 살피기로 한다⁴⁴⁸⁾.

II. 생명윤리 관련 윤리위원회 구조

1. 독일윤리위원회(Deutscher Ethikrat)

가. 독립성의 보장

독일윤리위원회는 독일윤리위원회 설치법⁴⁴⁹⁾에 근거하여

448) 기타 다른 나라의 입법례는 서계원, 인간배아복제의 문제점과 해결 방안, 생명윤리 제5권 제1호(2005), 154; 이종영/권형돈, 생명공학육성, 윤리규제 및 유전자변형생물체의 안전성 확보에 관한 비교법제 연구, 한국법제연구원(2006), 81면 이하.

설치되었다. 동법에서는 독일윤리위원회의 독립성을 확보하기 위하여 다양한 규정을 두고 있다. 먼저 제1조에 따라 독일윤리위원회는 독립적 전문위원회이다. 제10조의 규정에 따라 독일윤리위원회와 사무소의 비용은 연방이 부담하며, 위원들은 비용을 총 경비(pauschale Aufwandsentschädigung)로 지급 받고, 연방여행비용법에 따른 여행비용을 지급받는다. 그리고 연방의회의장이 총 경비를 정한다. 또한 제6조의 규정에 따라 위원장과 대변인은 위원들 중에서 위원들에 의해 비밀선거에 의해 선출된다. 제3조는 독립성을 보장하는 규정으로 동 규정에 따라 독일윤리위원회는 독립적이며, 이 법에 따라 부여된 업무에만 구속된다. 위원들도 또한 업무를 개인적으로 독립하여 수행한다.

제4조의 위원에 관한 규정을 보면, 위원은 총 26명으로 자연과학적, 의학적, 신학적, 철학적, 윤리적, 사회적, 경제적, 법적 이해관계자들이 특별히 대표된다. 제1항에 따라 위원회에는 위 영역들의 남녀학자들과 생명과학(Lebenswissenschaft)의 윤리적 문제에 특별히 조예가 깊고 인정된 사람들이 속하게 된다. 제2항에서는 독일윤리위원회에서는 다양하고 상이한 윤리적인 논조와 다양한 의견의 영역들이 대표되어야만 한다고 규정하고 있다. 그리고 제3항

449) Gesetz zur Einrichtung des Deutschen Ethikrats(Ethikratgesetz-EthRG), 2007. 7. 16일 제정(BGBBl. I S. 1385), 2007. 8. 1일 시행.

에 따라 위원들은 법인이나 중앙 및 지방정부에 속해 있어서는 안 된다⁴⁵⁰).

독일윤리위원회는 또한 규칙제정권을 가진다.

나. 업무

독일윤리위원회는 독일생명위원회 설치법 제2조의 규정에 따라 다음과 같은 업무를 가진다. 제1항에 따라 독일윤리위원회는 특히 생명과학의 연구와 발전, 인간에 적용과 관련하여 윤리적, 사회적, 자연과학적, 법적 문제 및 개인과 사회에 대해 예상 가능한 결과들을 추적한다. 이 업무에는 특히 첫째, 대중에 정보제공 및 다양한 사회적 그룹들을 관련시키면서 진행되는 사회 내에서 토론 촉진, 둘째, 정치적 · 법적

450) § 4 Mitglieder (1) Der Deutsche Ethikrat besteht aus 26 Mitgliedern, die naturwissenschaftliche, medizinische, theologische, philosophische, ethische, soziale, ökonomische und rechtliche Belange in besonderer Weise repräsentieren. Zu seinen Mitgliedern gehören Wissenschaftlerinnen und Wissenschaftler aus den genannten Wissenschaftsgebieten; darüber hinaus gehören ihm anerkannte Personen an, die in besonderer Weise mit ethischen Fragen der Lebenswissenschaften vertraut sind. (2) Im Deutschen Ethikrat sollen unterschiedliche ethische Ansätze und ein plurales Meinungsspektrum vertreten sein.

(3) Die Mitglieder des Deutschen Ethikrats dürfen weder einer gesetzgebenden Körperschaft des Bundes oder eines Landes noch der Bundesregierung oder einer Landesregierung angehören.

행동을 위한 입장표명 및 권고, 셋째, 국가의 여러 윤리위원회 및 다른 국가들의 윤리위원회, 국제기구와 협동이 속한다. 제2항의 규정에 따라 독일윤리위원회는 매년 최소 일회 생명과학의 영역에서 특히 윤리적인 문제에 대하여 공적인 회의를 개최한다. 이밖에도 공적인 청문회, 전문가회의 등을 개최할 수 있다. 제3항에 따라 독일윤리위원회는 연방의회나 연방정부의 명을 받아 위원회 고유의 결정에 근거한 입장표명을 한다. 입장표명서를 발표하기 전에 독일윤리위원회는 연방의회나 연방정부에서 입장표명을 송부한다. 제4항에서는 독일윤리위원회가 한해가 종결되기 전에 연방의회나 연방정부에 그의 한 해 활동 및 사회에서의 논의 현황에 대한 서면 보고를 한다고 규정하고 있다.

다. 위원의 임명과 임기

제5조에서는 위원의 임명과 임기를 규정하고 있다. 제1항에 따라 연방의회의 의장은 연방의회와 연방정부가 각 절반씩 추천한 위원들을 독일윤리위원회의 위원으로 임명한다. 제2항에서는 위원의 임기가 4년이며 1회 연임이 가능함을 규정하고 있다. 제3항에 따라 위원은 언제든지 연방의회 의장에게 자신의 사임을 설명할 수 있다. 한 위원이 조기사임하면, 새로운 위원은 4년의 임기를 위해 임명된다. 이 경우 새 위원은 제1항의 규정에 따라 사임한 위원을 추천한 기관

에서 추천하게 된다.

라. 공개원칙

제7조에서는 독일윤리위원회의 작업이 원칙적으로 공개적이어야 함을 규정하고 있다. 제1항에서는 동 위원회의 숙의(Beratung)가 원칙은 공개적이어야 하나, 공개하지 않을 수도 있고, 그러나 숙의가 비공개적일지라도 그 결과는 공표해야 한다고 규정하고 있다. 그리고 위원 중 그 결과에 반대하는 사람은 그 반대의견을 입장표명, 권고, 보고서 등에서 이를 표시할 수 있다.

제9조에서는 독일윤리위원회 위원들의 비밀유지의무(Pflicht zur Verschwiegenheit)를 규정하고 있다. 이에 따라 “독일윤리위원회와 사무소의 직원은 비공개 숙의사항과 독일윤리위원회가 ‘신뢰(vertraulich)’라고 표시한 숙의서류에 대하여 비밀유지의무를 진다”.

2. 중앙윤리위원회(Zentrale Ethik-Kommission für Stammzellforschung)

가. 독립적 위원회의 구성

독일은 줄기세포(Stammzellen)연구를 위해서는 줄기세포

법⁴⁵¹⁾ 제8조에서 줄기세포 중앙윤리위원회(Zentrale Ethik-Kommission für Stammzellforschung)를 규정하고 있다. 제1항 규정에 따라 이 위원회는 독립적이며, 학제적으로 구성된다. 동위원회는 생물학, 윤리학, 의학, 신학 전문가들 중에서 선출되는 9인의 위원들로서 이루어지며, 구체적으로는 윤리학, 신학에서 4인, 생물학, 의학 분야에서 5인이다. 위원 중에서 위원장과 대변인을 선출한다. 제2항에서는 위원은 연방정부가 3년 기한으로 임명하고 재임이 가능하다고 규정하고 있다. 제3항에서는 위원(Mitglied)과 대변인 위원(Stellvertretender Mitglied)은 독립적이며 지시에 구속되지 않고, 각기 비밀유지의무를 진다고 하고 있다. 그리고 제척, 기피, 회피에 관한 규정인 행정절차법 제20⁴⁵²⁾와 제21조⁴⁵³⁾

451) Gesetz zur Sicherstellung des Embryonenschutzes im Zusammenhang mit Einfuhr und Verwendung menschlicher embryonaler Stammzellen (Stammzellgesetz -StZG) StZG. Ausfertigungsdatum: 28.06.2002

Vollzitat: "Stammzellgesetz vom 28. Juni 2002 (BGBl. I S. 2277), das zuletzt durch durch Artikel 1 des Gesetzes vom 14. August 2008 (BGBl. I S. 1708) geändert worden ist".

Stand: Zuletzt geändert durch Art. 1 G v. 14.8.2008 I 1708.

452) Verwaltungsverfahrensgesetz § 20 Ausgeschlossene Personen
(1) In einem Verwaltungsverfahren darf für eine Behörde nicht tätig werden,
1. wer selbst Beteiligter ist;
2. wer Angehöriger eines Beteiligten ist;
3. wer einen Beteiligten kraft Gesetzes oder Vollmacht allgemein oder in diesem Verwaltungsverfahren vertritt;
4. wer Angehöriger einer Person ist, die einen Beteiligten in diesem

Verfahren vertritt;

5.wer bei einem Beteiligten gegen Entgelt beschäftigt ist oder bei ihm als Mitglied des Vorstands, des Aufsichtsrates oder eines gleichartigen Organs tätig ist; dies gilt nicht für den, dessen Anstellungskörperschaft Beteiligte ist;

6.wer außerhalb seiner amtlichen Eigenschaft in der Angelegenheit ein Gutachten abgegeben hat oder sonst tätig geworden ist.

Dem Beteiligten steht gleich, wer durch die Tätigkeit oder durch die Entscheidung einen unmittelbaren Vorteil oder Nachteil erlangen kann. Dies gilt nicht, wenn der Vor- oder Nachteil nur darauf beruht, dass jemand einer Berufs- oder Bevölkerungsgruppe angehört, deren gemeinsame Interessen durch die Angelegenheit berührt werden.

(2) Absatz 1 gilt nicht für Wahlen zu einer ehrenamtlichen Tätigkeit und für die Abberufung von ehrenamtlich Tätigen.

(3) Wer nach Absatz 1 ausgeschlossen ist, darf bei Gefahr im Verzug unaufschiebbare Maßnahmen treffen.

(4) Hält sich ein Mitglied eines Ausschusses (§ 88) für ausgeschlossen oder bestehen Zweifel, ob die Voraussetzungen des Absatzes 1 gegeben sind, ist dies dem Vorsitzenden des Ausschusses mitzuteilen. Der Ausschuss entscheidet über den Ausschluss. Der Betroffene darf an dieser Entscheidung nicht mitwirken. Das ausgeschlossene Mitglied darf bei der weiteren Beratung und Beschlussfassung nicht zugegen sein.

(5) Angehörige im Sinne des Absatzes 1 Nr. 2 und 4 sind:

1.der Verlobte,

2.der Ehegatte,

3.Verwandte und Verschwägerte gerader Linie,

4.Geschwister,

5.Kinder der Geschwister,

6.Ehegatten der Geschwister und Geschwister der Ehegatten,

7.Geschwister der Eltern,

8.Personen, die durch ein auf längere Dauer angelegtes Pflegeverhältnis mit häuslicher Gemeinschaft wie Eltern und Kind miteinander verbunden sind (Pflegeeltern und Pflegekinder).

Angehörige sind die in Satz 1 aufgeführten Personen auch dann, wenn

의 규정이 적용된다. 제4항의 규정에 따라 연방정부는 법령 (Verordnung)의 형식으로 동위원회의 위원임명, 체세포연구를 위한 동위원회의 절차, 외부전문가의 초빙, 담당관청⁴⁵⁴⁾

-
- 1.in den Fällen der Nummern 2, 3 und 6 die die Beziehung begründende Ehe nicht mehr besteht;
 - 2.in den Fällen der Nummern 3 bis 7 die Verwandtschaft oder Schwägerschaft durch Annahme als Kind erloschen ist;
 - 3.im Falle der Nummer 8 die häusliche Gemeinschaft nicht mehr besteht, sofern die Personen weiterhin wie Eltern und Kind miteinander verbunden sind.

453) Verwaltungsverfahrensgesetz§ 21Besorgnis der Befangenheit

- (1) Liegt ein Grund vor, der geeignet ist, Misstrauen gegen eine unparteiische Amtsausübung zu rechtfertigen, oder wird von einem Beteiligten das Vorliegen eines solchen Grundes behauptet, so hat, wer in einem Verwaltungsverfahren für eine Behörde tätig werden soll, den Leiter der Behörde oder den von diesem Beauftragten zu unterrichten und sich auf dessen Anordnung der Mitwirkung zu enthalten. Betrifft die Besorgnis der Befangenheit den Leiter der Behörde, so trifft diese Anordnung die Aufsichtsbehörde, sofern sich der Behördenleiter nicht selbst einer Mitwirkung enthält.
- (2) Für Mitglieder eines Ausschusses (§ 88) gilt § 20 Abs. 4 entsprechend.

454) § 7Z uständige Behörde

- (1) Zuständige Behörde ist eine durch Rechtsverordnung des Bundesministeriums für Gesundheit zu bestimmende Behörde aus seinem Geschäftsbereich. Sie führt die ihr nach diesem Gesetz übertragenen Aufgaben als Verwaltungsaufgaben des Bundes durch und untersteht der Fachaufsicht des Bundesministeriums für Gesundheit.
- (2) Für Amtshandlungen nach diesem Gesetz sind Kosten (Gebühren und Auslagen) zu erheben. Das Verwaltungskostengesetz findet Anwendung. Von der Zahlung von Gebühren sind außer den in § 8 Abs. 1 des Verwaltungskostengesetzes bezeichneten Rechtsträgern die als gemeinnützig anerkannten Forschungseinrichtungen befreit.

과의 협동 및 기한에 관하여 자세한 규정을 둘 수 있다.

나. 업무

동 위원회의 업무는 제출된 서류에 대하여 줄기세포법 제 5조⁴⁵⁵⁾에 따른 전제조건들을 충족시켰는지 여부와 연구계획

-
- (3) Das Bundesministerium für Gesundheit wird ermächtigt, im Einvernehmen mit dem Bundesministerium für Bildung und Forschung durch Rechtsverordnung die gebührenpflichtigen Tatbestände zu bestimmen und dabei feste Sätze oder Rahmensätze vorzusehen. Dabei ist die Bedeutung, der wirtschaftliche Wert oder der sonstige Nutzen für die Gebührenschuldner angemessen zu berücksichtigen. In der Rechtsverordnung kann bestimmt werden, dass eine Gebühr auch für eine Amtshandlung erhoben werden kann, die nicht zu Ende geführt worden ist, wenn die Gründe hierfür von demjenigen zu vertreten sind, der die Amtshandlung veranlasst hat.
- (4) Die bei der Erfüllung von Auskunftspflichten im Rahmen des Genehmigungsverfahrens entstehenden eigenen Aufwendungen des Antragstellers sind nicht zu erstatten.

455) § 5 Forschung an embryonalen Stammzellen

Forschungsarbeiten an embryonalen Stammzellen dürfen nur durchgeführt werden, wenn wissenschaftlich begründet dargelegt ist, dass

1. sie hochrangigen Forschungszielen für den wissenschaftlichen Erkenntnisgewinn im Rahmen der Grundlagenforschung oder für die Erweiterung medizinischer Kenntnisse bei der Entwicklung diagnostischer, präventiver oder therapeutischer Verfahren zur Anwendung bei Menschen dienen und
2. nach dem anerkannten Stand von Wissenschaft und Technik
 - a) die im Forschungsvorhaben vorgesehenen Fragestellungen so weit wie möglich bereits in In-vitro-Modellen mit tierischen Zellen oder in Tierversuchen vorgeklärt worden sind und
 - b) der mit dem Forschungsvorhaben angestrebte wissenschaftliche

이 윤리적으로 타당한 것인지의 여부를 심사하고 평가하는 것이다. 법 제5조는 배아줄기세포에 대한 연구에 관한 규정이다. 이에 따라 배아줄기세포 연구작업은 다음과 같은 사항에 대하여 학문적으로 근거가 있을 때 실행될 수 있다. 첫째, 기초연구의 범위 내에서 학문적 인식의 획득을 위하여 고도의 목표, 또는 인간에 적용이 되는 진단적, 예방적, 치료적 절차에서 의학적 지식의 확장을 위하여 기여한다, 둘째, ‘일반적으로 인정된 학문과 기술의 수준’에 따라 ① 연구계획에서 예정하는 문제제기가 가능하면 동물들의 세포들에서 실험관 모델(in-vitro-Modellen)을 통해, 혹은 동물실험에서 이미 해명이 되었고, ② 연구계획서에서 추구하는 학문적 인식이 오직 배아체세포를 통해서만 얻어질 수 있다고 예상되는 경우이다.

3. 유전자진단위원회(Gendiagnostik-Kommission: GeKo)

가. 구성

유전자진단법⁴⁵⁶⁾ 제23조 제1항의 규정에 따라 유전자진

Erkenntnisgewinn sich voraussichtlich nur mit embryonalen Stammzellen erreichen lässt.

456) Gesetz über genetische Untersuchungen bei Menschen (Gendiagnostikgesetz - GenDG) GenDG Ausfertigungsdatum: 31.07.2009, in Kraft tritt am 2010.2.10. Vollzitat: "Gendiagnostikgesetz vom 31. Juli 2009 (BGBl. I S. 2529, 3672)"

단위원회(Gendiagnostik-Kommission: GeKo)가 로버트-코흐 연구소(Robert Koch-Institut)⁴⁵⁷⁾에 설치가 된다. 유전자진단 위원회는 의학, 생물학에서 전문가 13명, 윤리학, 법학에서 전문가 2명, 환자, 소비자, 장애인의 이해를 인지하는 연방차원의 중요한 기구들의 대표자들 3인으로 학제간 구성되며 독립적 기구이다. 연방보건부 장관이 임기 3년의 위원들과 대변인을 임명한다. 위원회는 규칙을 제정하여 위원회의 절차, 외부전문가 활용 등에 관한 자세한 사항을 정하는데, 이

457) Rechtsgrundlage des RKI ist § 2 des Gesetzes über Nachfolgeeinrichtungen des Bundesgesundheitsamtes vom 24. Juni 1994. Demnach wird es insbesondere auf folgenden Gebieten tätig:

1. Erkennung, Verhütung und Bekämpfung von übertragbaren und nicht übertragbaren Krankheiten,
2. epidemiologische Untersuchungen auf dem Gebiet der übertragbaren und nicht übertragbaren Krankheiten einschließlich der Erkennung und Bewertung von Risiken sowie der Dokumentation und Information,
3. Sammlung und Bewertung von Erkenntnissen und Erfahrungen zu HIV-Infektionen und AIDS-Erkrankungen einschließlich der gesellschaftlichen und sozialen Folgen,
4. Gesundheitsberichterstattung,
5. Risikoerfassung und -bewertung bei gentechnisch veränderten Organismen und Produkten, Humangenetik,
6. gesundheitliche Fragen des Transports ansteckungsgefährlicher Stoffe,
7. gesundheitliche Fragen des Transports gentechnisch veränderter Organismen und Produkte.

Weitere Aufgaben sind dem RKI durch § 4 des Infektionsschutzgesetzes vom 20. Juli 2000 übertragen. in: http://www.rki.de/DE/Content/Institut/institut_node.html

러한 규칙은 연방보건부의 동의를 얻어야 한다. 연방보건부의 대변인과 기타 연방 및 주의 대변인들은 논의차원 (beratende Stimme)에서 회의에 참석할 수 있다.

나. 업무

동 위원회가 하는 주요업무는 제23조 2항 이하에 따라 ‘일반적으로 인정된 학문과 기술의 수준’과 관련한 전문적 지침을 마련하는 작업을 한다. 지침은 특히 다음과 같은 사항을 위하여 제정된다.

첫째, 다음과 같은 관점에서 유전적 특징의 판정을 한다.

i) 질병, 혹은 건강상 장애를 위한 의미 및 이들을 피하거나, 예방하거나, 처치하기 위한 가능성을 위해 가지는 의미,

ii) 처치를 함에 있어서 의약품의 작용을 위한 의미,

iii) 법 제14조 제1항 각호 1에 따라 유전에 따른 질병이나 건강상 장애를 피하거나, 이를 처치하거나, 예방하거나 하기 위한 유전적 검사의 필요성, 또는 법 제14조 제2항 각호 2에 따라 특정한 유전자에 의해 결정되는 질병이나 건강상 장애가 유전적으로 친척인 관계에 있는 후손에게서 나타날 수 있는지에 대한 설명의 필요성,

iv) 법 제15조 제1항 1문에 따라 임신 중이거나 출산 후에 태아(Fötus)나 배아(Embryos)의 건강 침해를 위한 의미,

v) 법 제20조 제3항에 따른 법령의 제정을 위하여 중요한

전제조건들을 위한 의미.

둘째, 다음의 영역에서 노련한 의사와 의사가 아닌 전문가의 자질에 대한 요청에 대해 판단한다.

i) 법 제7조 제3항에 따른 유전적 상담(Beratung) 영역

ii) 법 제17조 제4항에 따른 출생감정(Abstammungsbegutachtung) 영역

셋째, 해명(Aufklärung)과 유전적 Beratung의 내용에 대한 요청

넷째, 유전적 시료(Probe)에 대한 유전적 분석의 실행, 특히 분석방법의 적합성 과 신뢰성, 분석결과의 신뢰성과 소견 보고서에 대한 요청 및 외부적 질보장 조치의 종류, 범위, 빈도를 포함하는 질의 보장을 위해 요구되는 조치들에 대한 요청

다섯째, 출산 전 위험해명의 실행과 질의 보장을 위해 필요한 조치들에 대한 요청

여섯째, 유전적 연속검사의 실행에 대한 요청

다. 공개

제23조 제3항에 따라 로버트-코흐 연구소는 유전자진단 위원회의 지침과 법 제16조 제2항에 따른 유전적 연속검사에 대한 그의 입장을 공개한다. 동조 제4항에 따라 동 위원회는 활동보고서를 통해 유전자진단에서의 발전을 평가하여

야 한다. 이 보고서는 3년마다 발간되어야 하는데, 최초의 보고서는 2012년의 종료와 함께 발간되어야 하고, 로버트-코흐 연구소에 의해 공개되어야 한다.

Ⅲ. 시사점

독일은 생명윤리와 관련되어 있는 위원회들이 각 영역별로 다양하게 존재하고 영역의 특성에 따라 전문가들이 위원들로 구성되어 있으며, 각 위원회의 역할이 잘 분배되어 있음을 볼 수 있다.

독일윤리위원회는 생명연구가 인간과 사회에 미치는 결과를 예측하며 대국민 홍보작업을 정부 및 대중을 상대로 전개한다. 이를 위해서 사회의 다양한 그룹을 논의의 장으로 이끌어 내고, 다양한 영역의 전문가들이 위원으로 구성되는 것이 중요하며, 독립적 구조를 가진 위원회의 활동 보장이 중요하다. 따라서 독일윤리위원회 설치법에서 이러한 점들을 잘 보장하고 있고, 업무에서의 독립성과 자율성을 보장하는 한편, 비밀의무를 부과하고 있다.

중앙윤리위원회는 줄기세포연구가 허용되기 위한 전제조건이 충족되었는지를 판단하는데, 고도의 학문적 능력을 필요로 하는 유관 학문의 전문가들로 구성이 된다. 연방정부와 긴밀한 협동 작업이 필요한 영역이므로 위원을 연방정부에서 임명하며, 위원들은 매우 엄격한 비밀엄수의무를 진다.

유전자진단법 상의 유전자진단위원회는 ‘일반적으로 인정된 학문과 기술의 수준’과 관련한 전문적 지침을 마련하는 작업을 한다. 독일의 유전자진단위원회는 독일 최고의 연구기관이라 할 수 있는 연방정부의 로버트-코흐 연구소에 설치된 점은 유전자 진단의 중요성을 나타내 준다고 볼 수 있다. 그리고 위원회의 구성에서 학자들뿐만 아니라 환자, 소비자, 장애인의 이해를 인지하는 연방차원의 중요한 기구의 대표가 함께 참여한다는 점을 주목할 필요가 있다고 본다.⁴⁵⁸⁾

우리나라도 독일과 같이 법률의 제정을 통하여 국가생명윤리위원회를 독립기관으로 구성하며, 위원들의 구성도 학제간 전문가들로 구성할 필요가 있다. 그리고 각 영역별 전문위원회를 학제간 구성하는 것이 연구의 전문성 및 독립성, 대상자의 평등권 및 정보자기결정권, 인격권 등의 기본권 보호를 위해 중요하다.

458) 신옥주, 생명윤리법의 분법 필요성에 대한 고찰, 헌법학연구, 제17권 제2(2011), 1면.

제 2 절 유전자진단법 (Gendiagnostikgesetz-GenDG)

I. 서론

유전정보를 일의적으로 정의하기는 쉽지 않다. 유네스코는 유전정보는 혈액, 골세포, 혈장과 같은 생물학적 물질을 포괄하는 개념으로, 여기에는 인간유전자데이터, 인간단백체데이터, 그리고 이 데이터들을 추출하는 생물학적 시료로서 핵산이 존재하고 있는 개인의 특징적인 유전적 구성이 포함되는 것으로 이해하고 있다⁴⁵⁹⁾. 유전정보를 좀 더 구체화하여 정의한다면, 각 생물에 존재하는 전체 유전자(DNA)의 구조를 결정하여 세포나 조직의 구성성분이 순서대로 생성될 수 있도록 시기와 장소를 프로그램화 하고, 그 생물의 생활사를 통해, 생물의 활동성 및 특유한 개성을 결정하는 정보라고 할 수 있을 것이다.⁴⁶⁰⁾ 유전정보의 특별한 중요성이 일반적인 개인정보와 비교하여 강조되는데, 이는 유전정보가 ① 수집과정에서 자발성과 강제성의 혼합, ② 당사자가 유전정보 유출에 대한 인식이 없을 수 있고, 유출시 통제가 불가능, ③ 유출시 완전한 개인신상의 노출 및 그 위해의 치명

459) 유네스코, 2003년 인간유전자데이터에 관한 국제선언, 생명윤리 홈페이지 자료실.

460) 황적준, 유전자자료은행, 검찰, 제111호(2002), 312면.

성, ④ 가공을 거쳐도 기본적 특성이나 개인식별성의 불변 및 인위적 변경의 불가능, ⑤ 개인정보뿐만 아니라 가족의 생물학적 정보까지 포괄, ⑥ 정부나 국가의 부당한 이용가능성 등의 특성을 가지고 있기 때문이며, 이러한 특성으로 인해 유전정보에 대한 특별한 보호가 요청된다⁴⁶¹⁾.

현행 생명윤리법상 ‘유전자 검사’ 관련 규정의 주요 문제점으로 지적된 것은 다음과 같았다⁴⁶²⁾.

첫째, 유전자정보 정의규정의 불명확성이다. 법 제2조 7호에서는 유전정보란 유전자검사의 결과로 얻어진 정보라고 규정하고 있는데, 이는 유전자정보의 특성상 구체적 정의가 불가능한 점을 감안하더라도 동법에서 보호하고자 하는 유전정보가 무엇인지를 이해하기 곤란하게 할 정도로 불명확하며 포괄적이다.⁴⁶³⁾ 둘째, 기본권 보호를 위한 규정 미비 및 부재이다. 사생활의 보호와 유전자정보의 통제 상 나타나는 미비점이 있고, 법 제31조에서 유전자차별금지규정을 두

461) 독일에서의 유전자정보와 일반정보의 비교, 구별에 관하여서는 독일윤리위원회가 펴낸 자료를 참조. Nationaler Ethikrat, Prädiktive Gesundheitsinformationen bei Einstellungsuntersuchungen. Möglichkeiten und Grenzen der Nutzung des Wissen über Erkrankungsrisiken, Stellungnahme vom 16. August 2005 참조.

462) 신옥주, 헌법학연구, 생명윤리법의 분법 필요성에 대한 고찰, 2011.

463) 미국은 26C.F.R.§9801-2T; 29C.F.R.§2590.701-2; 45C.F.R.§144.103에서 유전정보는 개인이나 가족구성원의 유전자, 유전자 배양물 및 유전적 특이성에 관한 정보를 말하며, 특정 유전자 또는 염색체의 돌연변이를 확인하기 위한 검사, 실험 및 염색체로부터 수집되는 정보를 말한다고 규정하고 있다. 이헌석, 생명윤리법에 관한 연구, 과학기술법연구, 제14집 제2호(2009), 150면.

고 있으나, 비교법적으로 볼 때 충분하지 않다고 생각한다.

셋째, 유전자검사기관의 문제점이다. 유전자검사는 원칙적으로 의료기관만이 할 수 있으나 의료기관의 의뢰를 받아 그 외의 기관도 유전자검사를 할 수 있다. 생명윤리법상의 이러한 규정에 따라 현실에서는 다양한 영역에서 많은 기관들이 유전자진단을 행하고 있음으로서 나타나는 차별을 비롯한 정보보호 등 제 문제를 해결하기가 어렵게 하고 있다.

넷째, 광범한 유전자검사 대상의 문제점이다. 현행 생명윤리법 제25조에서는 유전자검사와 치료 등에 관한 규정을 두고 있다. 원칙은 유전자검사기관은 근이영양증 그 밖에 대통령령이 정하는 유전질환을 진단하기 위한 목적으로만 유전자검사를 할 수 있고, 유전자검사기관은 과학적 입증이 불확실하여 검사대상자를 오도할 우려가 있는 신체외관이나 성격에 관한 유전자검사 그 밖에 심의위원회의 심의를 거쳐 대통령령이 정하는 유전자검사를 하여서는 안 되며, 배아 또는 태아를 대상으로 유전자검사를 하여서는 안 된다. 그러나 대통령령에서는 유전자검사의 대상을 무한하게 넓히고 있어 문제가 된다.

다섯째, 유전자진단 위원회의 부재도 문제점이다. 학제간 구성된 독립적 기구에서 유전자진단에 대한 중요 가이드라인을 설정하고 끊임없이 검토를 하는 작업이 필요한데, 생명윤리법에는 이러한 기능을 하는 유전자진단위원회가 부재하다.

2012년 2월 2일에 생명윤리 및 안전에 관한 법률이 개정되어 2013년 2월 2일부터 시행될 예정이다. 문제점이라고 지적된 사항들에 대한 근본적인 개선점은 나타나지 않고 유전자진단 정의 규정이 세밀화 되고 좀 더 많은 개념들이 삽입 되었으며, ‘인체유래물’로 법의 적용대상을 확장하고 있다. 이 글에서는 유전자 진단에 관한 사항만을 대상으로 하는 독일의 유전자진단법을 비교법적으로 고찰한다. 그 목적은 새로운 생명윤리법상 유전자 진단규정의 문제점을 도출하고 하나의 해결방안을 제시하고자 하는 데에 있다.

II. 독일의 유전자진단법 내용

1. 유전자진단법의 제정배경

유전자진단법은 유전적 검사를 위한 전제들과 유전적 검사의 범위 내에서 행해지는 유전적 분석 및 유전적 시료와 정보의 사용을 확정하며, 유전적인 특성에 근거한 차별을 저해하고, 특히 인간존엄에 대한 존중 및 보호에 대한 국가적 의무와 정보의 자기결정권을 지키기 위한 목적으로 제정되었다(제1조). 동법⁴⁶⁴⁾은 약 8년에 걸친⁴⁶⁵⁾ 논쟁⁴⁶⁶⁾ 끝에 2009

464) Gesetz über genetische Untersuchung bei Menschen(Gendiagnostikgesetz-GenDG).

465) 입법 과정을 보면 다음과 같다. 본 법에 대한 논의는 2001년 “Gentestgesetz”가 의회에서 언급된 2001년부터이며, 이후 정당연합

년 4월 24일 제정되어 단계적으로 나누어 발효되었는데, 중요내용들이 일차적으로 2010년 2월 1일부터, 그리고 최종적으로는 2012년 2월 1일에 발효되었다⁴⁶⁷⁾.

유전자진단법은 두 가지의 중요한 사안에 대한 해결책을 제시하고자하는 배경을 가지고 제정되었다.

첫째, 시민의 정보에 대한 자기결정권을 확보해 주는 데에 있다. 2003년부터 인간게놈(Humangenom)의 수수께끼가 풀린 것으로 인정되고 있으며, 2004년부터 약 300,000개의 유전적 분석이 이루어졌다. 이는 인간의 질병을 치료하고, 예방하는 데에 기여를 할 것이지만, 다른 한편으로는 유전적 속성으로 인해, 특히 고용과 보험영역에서 그 악용과 차별의 잠재성을 가지고 있다.

둘째, 또 하나의 중요한 제정배경에는 비밀리에 행해지는

에 의해 초안이 마련되었다. 연방보건부는 2008년 7월 20일 초안을 마련하여, 공고한 이후 본 법률안은 2009년 4월 의회를 통과, 2010년 2월부터 발효되었다.

<http://de.wikipedia.org/wiki/Gendiagnostikgesetz>.

466) 헌법적 관점에서의 유전자진단의 문제점에 대해서는 Lindner, Grundrechtsfragen prädiktiver Gendiagnostik, MedR 2007, 286 ff.; Kubiak, Gendiagnostik bei Abschluss von Privatversicherungen, 2008.

467) § 27 Inkrafttreten

- (1) Dieses Gesetz tritt am 1. Februar 2010 in Kraft, soweit in den folgenden Absätzen nichts Abweichendes bestimmt ist.
- (2) Die §§ 6, 20 Abs. 3, die §§ 23 und 24 treten am Tag nach der Verkündung in Kraft.
- (3) § 5 tritt am 1. Februar 2011 in Kraft.
- (4) § 7 Abs. 3 tritt am 1. Februar 2012 in Kraft.

무분별한 ‘친부테스트(Vaterschaftstest)’를 규제하려는 데에 있다. 출생한 신생아에 대한 친자확인테스트 후 약 3.7%가 약 3.7% 친자가 아닌 것으로 나타났고, 자녀를 가진 부중에서 약 3%(최대로 잡은 자료에서는 30%)가 아동에 대한 친부가 아닐 수 있다는 의심이 있는 것으로 나타났다. 친자가 아닌 것으로 확인이 되면 93%가 자녀로 인정하지 않겠다는 견해를 보였다. 친자확인사업은 매우 규모가 큰데 범제정에 대한 논의가 활발했던 2003년 한 해 약 50,000명이 친부테스트를 했으며 그 비용은 약 40 Mio. Euro였다. 검사기관에서는 인터넷에서 약 100Euro가 소요되는 친자테스트를 제공하고 있다.⁴⁶⁸⁾ 동의 없이 비밀리에 행해진 친부테스트는 소송에서 증거능력이 없지만, 이를 규제하고 처벌할 수 있는 규정이 미비되어 사회적으로 큰 문제가 되고 있었다⁴⁶⁹⁾.

이러한 배경을 가지고 제정이 된 동법의 구조는 보면 일반규정, 개별규장, 형벌규정으로 되어 있다. 좀 더 자세히 보면 ① 일반규정, ② 의료목적의 유전자 검사, ③ 친자확인을 위한 유전자 검사, ④ 보험영역에서의 유전자 검사, ⑤ 근로관계에서의 유전자 검사, ⑥ 일반적으로 인정된 학문과 기술의 수준, ⑦ 형벌과 벌금규정, ⑧ 결론규정의 총 8개의 절과

468)

<http://www.humboldt-forum-recht.de/deutsch/11-2010/beitrag.html>

469) Lindner, Grundrechtsfragen prädiktiver Gendiagnostik, MedR 2007, 286 ff.; Kubiak, Gendiagnostik bei Abschluss von Privatversicherungen, 2008.

27개의 조항으로 구성되었다.

2. 주요내용

가. 일반적 규정

(1) 적용범위

제2조에 따라 적용범위는 출생된 사람, 배아 및 임신 중의 태아에 대한 유전적 검사와 유전적 검사의 범위 내에서 실시된 유전적 분석과 그 때 얻어진 유전적 시료(Proben)와 의료적 목적을 위하여, 출생의 해명을 위하여, 그리고 보험 영역 및 노동영역에서의 유전자 검사에서 얻어진 유전적 데이터(genetische Daten)에 대한 관리(Umgang)이다. 적용이 배제되는 영역은 첫째, 연구의 목적을 위하여, 둘째, 형사소송절차 관련규정과 연방범죄청법, 각 주의 경찰청법, 국제적 법률부조와 전염병보호법 및 이를 근거로 발해진 규정들을 근거로 행해지는 유전자 검사(Untersuchung)와 분석(Analyse), 유전적 데이터 및 데이터의 사용(Verwendung)에 대해서이다.

(2) 차별금지

제4조는 차별금지에 대하여 규정하고 있다. 제1항에서는 누구든지 자신이나 자신과 친척관계가 있는 사람의 유전적 특성 때문에, 그리고 자신이나 자신과 친척관계가 있는 사람의 유전적 검사 및 분석의 시행 또는 이의 미시행 때문에, 또는 그 검사나 분석결과 때문에 차별받지 않는다고 하고 있다. 제2항에서는 다른 법규들에 따른 차별금지나 동등처우 명령의 유효성은 이법에서도 그대로 유효함을 규정하고 있다.

(3) 유전적 분석의 품질보증을 위한 유전적 분석기관의 인증

제5조에서는 유전자 분석기관의 품질보증을 위한 인증제도(Akkreditierung)에 관해서 규정하고 있는데, 인증은 분석종류와 분석절차에 대해 받으며, 인증의 유효기간은 5년이다. 유전적 검사기관에 대한 규정을 다음과 같이 두고 있다. 제1항에서는 출생의 해명을 위한 유전적 검사의 범주 내에서 실시되는 유전적 분석은 일반적으로 이러한 검사를 위해 인정하는 기구로 부터 유전적 분석실시를 위해 인증을 받은 기관에 의해서 행해져야 한다고 하고 있다.

인증을 받기 위해서 기관은 특히 다음과 같은 각호의 사

항을 갖추어야 한다.

1. 일반적으로 인정된 지식과 기술수준에 따른 유전적 분석이 실시되어야 하며, 이를 위한 내부적인 품질보장의 시스템을 갖추어야 한다.

2. 이러한 업무수행을 위해 자격 있는 인력을 확보해야 한다.

3. 법 제12조 및 제13조에 따른 유전적 분석 결과의 보존과 폐기의 요청을 지켜야 하고, 이를 위해 필요한 조직적, 기술적 조치들을 취해야 한다.

4. 적합한 외부적 품질보증 조치들에 대한 성공적인 참여를 증명해야 한다. 제2항은 의학적 목적으로 유전적 검사를 시행하는 사람이나 기관이 제1항의 각1호부터 4호까지의 요청을 충족할 것을 규정하고 있다.

나. 의학적인 목적을 위한 유전적 검사

(1) 의사유보

유전적 검사는 의사만이 할 수 있다는 의사유보는 제7조 제1항에서 규정하고 있다. 이에 따라 진단적 유전적 검사는 의사만이 할 수 있으며, 예언적(prädiktive) 유전적 진단은 인간유전학 전문의나 전문영역의 범주 내에서 유전적 검사를 위한 전문의표시, 중점표시, 또는 부수적 표시 자격이 있

는 의사들을 통해서만 시행되어야 한다. 제2항에서는 유전적 시료의 유전적 분석은 유전적 검사의 범주 내에서 책임 있는 의료인이나 이의 위임을 받은 사람이나 기관을 통해서 행해져야 한다고 규정한다. 그리고 법 제10조에 따른 유전적 자문은 유전적 자문 자격이 있는 제1항의 의사에 의해서 이루어져야한다(제3항).

(2) 동의

제8조에 따라 유전자검사나 이를 위해 필요한 시료의 채취를 위해서는 원칙적으로 이를 위해 책임이 있는 의사에 대하여 피검자의 명시적인 서면동의를 필요하다. 이 동의는 구체적인 사용과 폐기 및 유전자검사의 결과를 알릴 것인지와, 그 경우의 어느 정도로 알릴 것인지 하는 내용을 포괄한다. 피검사는 책임 있는 의사에 대하여 장래효를 가지는 동의에 대한 취소를 할 수 있고, 취소가 구두로 이루어졌다면, 이를 즉시 문서화해야 한다. 그리고 책임 있는 의사는 취소에 대하여 위임받은 사람이나, 기관에 이에 대해 즉시 알려야 한다.

(3) 설명

제9조에서는 동의에 관하여 매우 상세히 규정하고 있다.

동의를 얻기 전에 책임 있는 의사는 유전적 검사의 본질 (Wesen), 의미, 범위에 대하여 당사자에게 설명을 하여야 한다. 당사자에게는 설명 후 동의하기 전까지 숙려기간이 제공 될 수 있다. 설명에는 특히 다음의 사항이 포함되어야 한다.

① 유전적 검사의 목적, 종류, 범위, 진술력(Aussagekraft), 예정된 유전적 검사의 수단

② 시료채취와 관련된 건강상의 위험(Risiko) 및 유전적 검사의 결과에 대한 지득과 결부된 건강상의 위험(Risiko), 임신부의 경우 출산전 유전적 검사와 유전적 검사를 위한 시료채취와 결부된 건강상의 위험(Risiko),

③ 유전적 시료 및 검사결과 또는 분석결과의 예정된 이용,

④ 언제든지 동의를 취소할 수 있는 당사자의 권리,

⑤ 검사결과나 부분에 대해 알지 않고 파기시킬 수 있는 권리를 포함하는 알지 않을 당사자의 권리,

⑥ 유전적 연속검사에 있어서 법 제16조 제2항에 따른 유전자진단위원회를 통한 검사의 평가 결과를 당사자에게 알려주는 것 등이 그것이다.

(4) 유전적 자문(Beratung)

제10조 제1항에 따라 진단적 유전적 검사에서 제7조상의 전제조건을 충족하는 책임이 있는 의사는 검사결과가 나온

후 당사자에게 유전적 자문을 제공해야만 한다. 당사자에게서 일반적으로 인정된 학문과 기술의 수준에 따라서 처치(Behandlung)할 수 없는 질병이나 건강상의 장애를 나타내는 의미 있는 유전적 특성이 확정된 경우에도 제7조상의 전제조건을 충족하는 책임 있는 의사가 자문을 제공해야만 한다. 제2항에서는 예견적 진단적 검사에 있어서 당사자는 유전적 검사의 이전과 검사결과가 나온 이후에, 사전에 조언의 내용과 유전적 자문에 대해 서류상으로 거부를 한 것이 아닌 한, 제7조상의 전제조건을 충족하는 의사를 통한 자문을 받을 수 있고, 자문 후에 당사자는 유전적 검사까지 적당한 숙려기간을 가질 수 있다고 규정한다. 제3항에 따라 유전적 자문은 일반적으로 이해 가능한 형식으로, 그리고 결과가 정해져 있지 않는 형식으로 이루어져야 한다. 자문은 유전적 검사의 실행과 미실행, 그리고 그들에게 제시된, 혹은 가능한 검사결과, 검사 및 그 검사결과를 통한 당사자의 물리적, 심리적 부담에 대한 지원가능성과 관련하여 나타날 수 있는 의학적, 심리적 사회적 질문들에 대하여 포괄해서 신속한 설명이 이루어져야 한다. 당사자의 동의와 함께 더 전문적인 사람이 같이 자문하는 작업에 투입될 수 있다. 배아나 태아에게 진단적 검사가 실시되어야 한다면, 자문은 유전적 친척 관계에 있는 사람에게 행해진다. 그리고 이러한 자문은 문서화되어야 한다.

(5) 유전적 검사 및 분석결과의 통지

유전적 검사는 제11조 2, 3항의 경우를 제외하고는 실행한 의사가 당사자에게만 통지해야 한다. 제7조 제2항에 따라 의사로부터 위임을 받아 유전적 분석을 한 사람이나 기관은 그 결과를 당해 의사에게만 통지한다. 그리고 책임 있는 의사는 검사결과를 당사자의 명시적 서면동의가 있는 경우에만 다른 사람에게 통지할 수 있다. 당사자가 법에 따라 유전적 검사를 폐기하기로 결정했거나, 당사자가 동의를 취소한 경우에는 그 유전적 검사결과는 당사자에게 통보하지 않는다.

(6) 동의능력 없는 사람에 있어서의 유전적 검사

제14조 제1항에서는 유전적 검사의 본질, 의미, 범위를 인식할 수 있는 위치에 있지 않는 사람에게 의학적 목적 및 요구되는 유전적 시료의 채취를 위한 유전적 검사는 원칙적으로 다음과 같은 경우에만 시행될 수 있다고 하고 있다.

첫째, 일반적으로 인정된 학문과 기술의 수준에 따라서 검사가 그 사람에게서 유전적으로 조건 지워진 질병이나 건강상의 장애를 피하거나 치료하거나 예방하기 위하여 필요한 경우여야 한다. 혹은 유전적 특성을 통해 약품의 효과가 영향을 받는 그러한 의약품을 가지고 치료하는 때에 유전적

검사가 가능하다.

둘째, 그 사람에게 적합한 방식으로 사전에 가능한 한 이해가 될 수 있도록 해야 하고 검사나 필요한 유전적 시료의 채취가 거부되지 않아야 한다.

셋째, 검사는 가능한 한 위험과 부담이 적어야 한다.

넷째, 그의 대리인이 제9조에 따른 설명을 들어야 하고 제10조의 규정이 대리인에게도 지켜져야 하며, 그 대리인이 제8조에 따라 동의를 해야 한다.

그러나 위의 규정에도 불구하고 제2항에 따라 예외적으로 그러한 사람에게 유전적 검사가 다음과 같은 경우에 행해질 수 있다.

첫째, 유전적으로 친척인 사람에게서 계획된 임신의 관점에서 보아 일반적으로 인정된 학문과 기술의 수준에 따라서 특정의 유전적인 조건에 따르는 질병이나 건강상의 장애가 유전적으로 친척인 사람의 장애의 신생아에게 나타날 수 있는지의 여부가 다른 방법으로 해명이 될 수 없는 경우,

둘째, 제1항의 둘째와 넷째 전제조건이 충족된 경우,

셋째, 예견상 모든 경우에서 그 사람에게 검사를 위해 필요한 유전적 시료의 채취와 결부된 위험을 넘어서는 어떠한 건강상의 침해도 일어나지 않고 시료채취에 필요한 근소한 침해만 일어나는 경우,

넷째, 검사결과를 통해 그 사람이 예견상 육체적·심리적 부담을 받지 않는 경우가 그것이다.

(7) 출산전의 유전적 검사

(가) 법 제15조의 출산전 유전적 검사 내용

제15조 제1항에서는 출산전의 유전적 검사에 대해서 규정을 하고 있다. 제1항에서는 출생 전 태아나 배아에 대한 유전자검사는 제15조에 따라 단지 의료적 목적인 것이어야만 하며, 검사는 단지 배아나 태아의 특정한 유전적 특성을 목적으로 행해져야 하는 것이다. 그 특정한 유전적 특성이란 ‘일반적으로 인정된 학문과 기술의 수준’에 따라 임신 중이나 출산 후 배아나 태아의 건강을 해치게 되는 것이거나, 특정한 유전적 특질에 영향을 미치는 의약을 통한 배아나 태아의 처치가 예정되어 있을 때이다. 임신부에게는 검사가 설명이 되어야 하고, 임신부는 이에 동의를 해야만 한다. ‘일반적으로 인정된 학문과 기술의 수준’에 따라 18세 이상이 되어야 나타날 수 있는 질병에 대한 태아의 유전자 검사는 금지된다. 제1문에 따른 검사나, 그 밖의 검사를 통하여 배아나 태아의 성별이 확인된다면, 이 사실을 임신부가 동의를 하면, 임신 12주가 지난 이후에 알려줄 수 있다.

제2항에서는 다음과 같이 규정한다. 즉 ‘일반적으로 인정된 학문과 기술의 수준’에 따라 18세 이후에 발병하게 되는 질병의 확정을 위하여서는 배아나 태아에 대하여 출생전 유전적 진단을 행해서는 안 된다는 것이다.

제3항의 규정에 따라 출생전 유전적 검사의 시행 이전과 검사결과가 제시된 이후에 임신부는 제10조 제2항과 제3항에 상응하여 유전적인 상담을 받을 수 있고, 또한 보충적으로 임신갈등법(Schwangerschaftskonfliktgesetz) 제2조에 따른 상담청구도 제시된다. 상담의 내용은 문서화된다.

제4항에서는 출생전 유전적 검사가 유전적 검사의 본질, 의미, 출산전 유전자 검사의 범위에 대하여 인식을 하고 이에 대한 의사를 전할 수 있는 위치에 있지 아니한 임신부에 대하여 행하지는 경우 법 제14조 제1항의 각호 1, 2가 적용된다고 하고 있다. 이 경우 출산전 유전적 검사는 다음과 같은 경우에만 실시될 수 있다. 첫째, 제9조에 따라 사전에 임신부의 대리인에게 설명되어야 한다. 둘째, 법 제7조 제1항과 제3항의 전제조건을 충족하는 의사가 동조 제2항에 상응하여 대리인에게 유전적 상담을 사전에 해야 한다. 셋째, 법 제8조 제1항에 따라 대리인이 동의를 해야 한다.

민법 제1627조와 제1901조 제2항과 제3항이 적용된다.

(나) 임신갈등법에 따른 임신갈등의 해결방안

제2조에 따라 모든 사람은 동법 제1조 제1항에서 말한 목적 내에서 성적 설명, 피임, 가족계획 및 임신과 직·간접적인 문제들에 관하여 원하는 경우 상담소에서 익명으로 상담을 받을 수 있다. 그 내용에는 성, 임신계획, 출산계획, 낙

태, 사회보장, 등을 포괄한다. 그리고 임신상담에는 임신중절 이후, 또는 출산 이후 사후상담도 포함된다.

제2a조에서는 특별한 경우의 설명과 상담을 규정하고 있다.

제1항의 규정은 다음과 같다. 출산전 진단적 처치의 결과 후에 아이가 신체적 또는 정신적으로 손상이 되었다고 받아들일 만한 긴급한 이유들이 있다면, 그러한 사항에 대하여 이러한 증상을 가지고 태어난 아이들과의 경험이 있는 의사들의 경험을 고려하여, 의학적·심리사회학적 측면의 소견을 임신부에게 통지한 의사가 임산부에게 상담을 해준다. 이 상담은 일반적으로 이해하기 쉬운 형태로, 그리고 결론이 열려 있는 속에서 이루어진다. 이 상담은 가능한 의학적, 심리학 적, 그리고 물리적 부담에 대한 상세한 설명을 포괄한다. 의사는 법 제2조에 따른 진전된, 그리고 더 심도 있는 상담에 대하여도 정보를 제공해 주어야 하고 산모의 동의하에서 법 제3조 상의 상담소와 자구조직 및 장애인협회 등과의 관계를 주선할 수 있다.

제2항에서는 형법 제218b조 제1항에 따라 형법 제218a조의 전제들에 대하여 서면적인 확정을 해야 하는 의사는 확정을 하기 이전에 형법 제218b조 제1항에 따라 임신중절의 의학적, 심리적 측면에 대하여 임신부에게 상담을 해주어야 한다. 그리고 임신갈등법 제2조에 따른 더 광범위하고 더 심도 있는 사회심리적 상담에 대해서도 알려 주어야 하고, 제1

항상의 근거로 아직 하지 않았다면, 임신부의 동의하에서 제 3조에서 규정하는 상담소를 소개해 줄 수 있다.

서면상의 확정은 진단 후 3일이 경과하기 전에 이루어져서는 아니 된다. 그러나 이것은 임신부의 현재의 심각한 신체 또는 생명상의 위협을 피하기 위하여 임신중절이 이루어져야만 하는 경우는 적용되지 않는다.

3. 출생의 해명을 위한 유전적 검사

제17조에서는 친자해명을 위한 유전자 검사에 대하여 자세히 규정하고 있다. 제1항의 규정은 다음과 같다. 친자의 확인을 위한 유전자 검사의 경우 피검자의 유전자 검사 및 시료채취에 대하여 제8조에 따른 동의가 요구된다. 피검자가 유전자 검사의 본질, 의미와 범위를 인지하고 이해할 수 없는 사람의 경우에 대해서 제3항에서는 ① 그의 이해능력에 상응하는 범위 내에서 납득이 될 수 있어야 하고, 유전자 검사에 필요한 시료의 채취를 거절하지 않아야 하며, ② 피검인의 대리인이 검사 전에 검사에 대해 설명을 받고, 그에 필요한 검사와 유전자 시료 채취에 동의하여야 하며, ③ 피검인은 유전자 시료채취나 검사와 관련된 위험으로부터 건강상의 영향을 받아서는 안 된다는 전제조건들이 충족되어야 한다고 규정하고 있다. 제2항에 따라 제1항의 설명이 유전적인 검사를 하게 시키려는 사람에게도 이루어져야 한다.

민법 제1627조와 제1901조 제2항과 제3항이 적용된다.

제4항에 따라 출생의 해명을 위한 유전적 검사는 의사나, 출생소견(Begutachtung)의 영역에서 자연과학적인 대학교육을 받은 경험 있는 비의사 전문가를 통해서만 이루어 질 수 있다. 그리고 제5항에 따라 법 제11조 제2항부터 제4항까지의 통지 규정과 제13조에 따른 시료의 이용과 폐기의 규정이 상응하게 적용된다. 결과의 보존과 폐기에 관한 법 제12조의 규정은 유전적 검사의 결과가 30년 보존될 수 있다는 척도에 상응하여 유효하게 적용된다. 제7항에서는 제1항, 제2항, 제3항 1문 2호에 따른 필수적 동의는 민법 제1598a조 제2항상의 법원상 결정과 같다고 하며, 또한 법원 절차 내에서의 출생확정에 관한 규정은 그대로 적용된다고 하고 있다.

제8항에서는 패스와 신분증법에 따른 절차에서, 혹은 외국 대표의 절차에서, 혹은 체류법에 따른 가족유입을 위해 외국인청의 절차에서 친척관계를 증명하기 위하여 실시하는 허에서 굵은 점액에 대한 유전적 진단에 대하여는 제8조의 몇몇 규정들이 적용이 되지 않음을 규정하고 있다. 첫째, 검사의 결과를 알릴 것인지 폐기할 것인지 여부와 이것이 어느 범위에서 이루어질 것인지에 결정에 대해서 법 제8조 제1항 2문이 적용되는 경우, 제1항 1문의 후문은 적용되지 않는다. 둘째, 법 제9조 제2항 각호 2와 5가 적용되는 한 제1항 2문 후문은 적용되지 않는다. 셋째, 법 제12조 제1항 1문이 적용되는 한 제5문은 적용되지 않는다.

4. 보험영역에서의 유전적 검사

제18조에서는 보험계약 체결과 관련된 유전적 검사와 분석에 대하여 규정하고 있다. 제1항에서는 보험사는 보험계약자로부터 다음과 같은 사항을 요구해서는 안 된다. 1. 보험계약의 체결 전 뿐만 아니라 체결 후에도 유전적 검사나 분석의 실행을 요구해선 안 된다. 2. 이미 실행된 유전적 검사나 분석의 결과나 정보에 대한 통지를 요구하거나 그러한 결과를 수령해서도 안 되고 이용해서도 안 된다. 그러나 이에 대한 예외로 300,000Euro 이상의 급부나 300,000Euro 이상의 연간 연금을 그 내용으로 하는 생명보험, 직업능력보험(Berufsfähigkeitsversicherung), 근로능력보험(Erwerbsfähigkeitversicherung)과 돌봄연금을 위해서는 1문 각호2는 적용되지 않는다.

5. 근로영역에서 유전적 검사

가. 근로관계 성립 전후의 유전적 검사와 분석

사업주는 근로자에게 근로관계의 성립 이전뿐만 아니라 이후에도 1. 유전적 검사나 분석의 실행을 요구해선 안 되며 2. 이미 실행된 유전적 검사나 분석의 결과나 정보에 대한 통지나 그러한 결과를 수령해서도 안 되고 이용해서도 안

된다.

나. 노동보호를 위한 유전적 검사와 분석

제20조 제1항에서는 노동의학상 사전배려상의 검사(Vorsorgeuntersuchung) 범위 내에서 1. 유전적 검사나 분석이 행해져서는 안 되며, 2. 이미 실행된 유전적 검사나 분석의 결과나 정보에 대한 통지를 요구하거나 그러한 결과를 수령해서도 안 되고 이용해서도 안 된다고 규정하고 있다. 제2항에서는 제1항 규정에서 벗어나서 예외적으로 유전자검사를 할 수 있는 경우를 정하고 있다. 즉, 노동의학상 사전배려상의 검사의 범위 내에서 유전자상품분석을 통한 진단적 유전적 검사가 허용이 되는데, 그 상품분석이 특정한 작업장에서의 근로(Beschäftigung)나 특정한 직무(Tätigkeit)와 관련하여 발생할 수 있는 매우 중대한 건강상의 장애를 위하여 원인이 되거나 원인제공의 요소가 되는 한도에서는 허용이 된다고 하고 있다.

제3항에 따라 연방정부는 연방참사회의 동의를 얻어 제1항과 제2항을 벗어나서 노동의학상 사전배려상의 검사의 범위 내에서 특정한 건강에 위협적인 직무에 있어서 세포유전적(zytogenetische), 분자유전적(molekulargenetische) 분석을 통한 근로자의 유전적 검사를 가능하게 하도록 법령 제정을 통하여 규율할 수 있는데, 이것이 ‘일반적으로 인정된 학문

과 기술의 수준'에 따라 다음과 같은 경우여야 한다.

첫째, 그것을 통해 법규에서 표시하는 작업장에서의 근로(Beschäftigung)나 특정한 직무(Tätigkeit)와 관련하여 발생할 수 있는 특정한 중대한 질병이나 중대한 건강상의 장애를 위한 원인이 되거나 원인제공의 요소가 되는 유전적 특성이 확정될 수 있어야 한다.

둘째, 특정한 작업장에서의 근로(Beschäftigung)나 특정한 직무(Tätigkeit)와 함께 발생하는 질병이나 건강상 장애의 개연성이 높아야 한다.

셋째, 유전적인 특성을 확정하기 위하여 각개의 유전적 검사가 적합하며, 근로자들을 가장 적합하게 보호하는 것이어야 한다.

제2항 2문은 상응하여 적용된다.

제4항에 따라 제7조부터 제16조까지의 규정이 상응하여 적용된다.

다. 노동법상 차별금지

제21조 제1항에서는 노동법상 차별금지를 다음과 같이 규정하고 있다. 사용자는 합의나 조치, 특히 고용관계의 근거, 직장에서의 승진, 근로관계의 종료와 근로지시를 함에 있어서 그의 또는 유전적으로 친척인 사람의 유전적 특성으로 인해 근로자를 차별해서는 안 된다. 차별금지는 또한 근로

자가 그에 대한 유전적인 검사나 분석을 실행하도록 하는 것을 거부 하거나 이미 실행된 유전적 검사 또는 분석을 밝히는 것을 거부하는 경우에서도 유효하다.

라. 공법상 업무관계(öffentlich-rechtliche Dienstverhältnisse)

이와 관련하여서는 법제22조에서 다음과 같은 규정을 두고 있다.

첫째, 공무원, 연방법관, 군인 및 대체복무자(Zivildienstleistende)를 위하여 근로자를 위해 유효한 규정이 효력이 있다.

둘째, 공법상 업무관계를 위하여 지원을 하는 사람 또는 공법상 업무관계가 종료된 사람을 위해서는 근로관계를 위한 지원자나 근로관계가 종료된 사람을 위해 유효한 규정이 효력이 있다.

셋째, 연방과 기타 연방직접적인 단체(Körperschaft), 시설(Anstalt)과 업무능력을 가지는 공법상의 재단을 위해서는 사업주를 위해 유효한 규정이 효력이 있다.

6. 유전자진단위원회의 일반적으로 인정된 지식과 기술 수준

동법에서 중요한 의미를 가지고 사용되는 ‘일반적으로 인정된 학문과 기술의 수준’에 관해서는 제23조에서 규정하고 있는데, 이는 유전자진단위원회에 관한 지침규정이다. 제1항에 따라 유전자진단위원회는 독립적, 학제적으로 로버트 코흐 연구소에 구성된다. 위원들은 의학, 생물학, 윤리학, 법학 분야의 전문가들과 환자 및 소비자 이해의 대표자들과 장애인 자활 대표자로 구성되며, 연방건강부장관에 의해 임명된다. 제2항에서는 유전자진단위원회의 업무를 규정하고 있다. 일반적으로 인정된 학문과 기술의 수준과 관련하여 특히 유전자특성 판정, 제7조(진단적 유전자 검사)의 질에 대한 판정, 해명과 유전적 조언의 내용에 대한 요청, 유전자 시료에 대한 진단적 분석의 실행에 대한 요청(특히 분석방식의 적합성, 신뢰성 및 분석결과의 신뢰성, 질적 수준을 위한 방법 등), 출산전 실행시 위험조언 요청 등을 위하여 지침을 마련하는 것이다.

유전자진단위원회는 그들의 활동 속에서 유전자 진단의 발전을 평가한다. 3년마다 보고서를 발간하고(2012년말에 최초보고서), 로버트 코흐연구소에서 출판한다.

제24조는 로버트 코흐 연구소가 법규에 따른 입장표명을 위하여 행정비용을 감당하기 위하여 수수하는 수수료

(Gebühren) 및 경비(Auslagen)에 관한 것이다.

III. 연방헌법재판소의 DNA-감정서(Gutachten)판례

아직까지 연방헌법재판소가 유전자진단법상 규정의 위헌성이나 그로 인한 헌법소원심판을 한 사건은 없다. 그러나 동의가 없는 유전자검사를 통한 친부확인의 결과가 재판절차에 증거로 사용될 수 없음에도 불구하고 매우 빈번하게 이루어지고 있고, 이를 처벌할 수 없었던 상황과 관련하여 2007년 헌법재판소는 친자확인과 관련한 입법부작위가 있었음과 이를 위한 입법촉구결정을 하였다. 이는 유전자검사를 통한 친부확인과 관련하여 유전자진단법의 제정을 촉진하는 결과를 가져왔다.⁴⁷⁰⁾ 헌법재판소가 당시 다른 헌법소원은 당해 아동이나 법적인 대리인으로서의 모의 동의 없이 부의 해명을 위해 비밀리에 수집된 DNA-감정서(Gutachten)가 법원에서 진행되는 친생부인의 소(Vaterschaftsanfechtungsverfahren)에서 사용될 수 있는지에 관하여 관련 것이었다. 그리고 이와 함께 현행법이 아동의 법적인 부에게 그의 자녀의 출생의 확정과 인식을 위한 충분한 가능성을 제공하고 있는지의 문제도 또한 관련이 있다.

470) BVerfG, 1 BvR 421/05 vom 13.2.2007, Absatz-Nr. (1 - 102), in: http://www.bverfg.de/entscheidungen/rs20070213_1bvr042105.htm
1

1. 친생부인 관련 배경

가. 사회적 배경

분자유전적인 인식(Molekulargenetische Erkenntnisse)과 이에 기초한 검사방법이 이 전에 사용되던 절차 보다 훨씬 더 세밀하며 매우 높은 개연성을 가지고 아동이 그의 법적 부모로부터 출생한 것인지를 확정하는 것을 가능하게 하고 있다. 이 검사는 부와 아동의 유전자적 유전물질의 비교를 통해 일어나는데, 좀 더 정확한 것을 위해서는 아동 모의 유전물질을 포함한다. 아주 미세한 몸의 부분이 검사물질로서 충분하다. 이러한 소위 DNA-분석을 토대로 오늘날 법원에서 진행되는 친생부인의 소에서 친생관계를 취소하려는 측에서 변론 후 증거인정을 위해 자주 제출하는 감정서가 작성이 된다.

시간이 지나면서 그러한 검사는 “친부테스트”라는 명칭으로 시민이 활용하게 되었는데, 사립 연구실에서도 큰 금액을 받고 원하는 모든 사람에게 해 주고 있다. 이것은 자신의 친부관계에 의심을 품고 있는 모든 남성들에게 아동과 그리고 아동과 그의 모가 알지 못한 채, 또는 그들의 의사에 반하여 유전적 검사시료로서 아동의 신체에서 취한 미세한 한 부분의 도움을 얻어 비밀리에 그러한 유전자 검사를 의뢰하고 그들의 친부관계에 대한 의심이 이유 있는 것인지를 경험할

수 있게 한다.

나. 친생부인의 법적 근거

민법 제1592조는 아동의 부는 첫째, 아동의 모와 출생의 시점에 혼인한 상태이거나, 둘째, 친부임을 인지하거나, 셋째, 민법 제166d조나 ZPO제640h조⁴⁷¹⁾에 따라 그 친부관계가 법정에서 확정이 된다고 규정하고 있다. 민법 제1595조 제1항에 따라 아동의 인지에는 모의 동의가 필요하다.

후에 친부관계에 의심이 있는 경우 민법 제1660조 제1항 각호1에 따라 아동을 인지하였던 부나 혼인을 이유로 태어

471) Zivilprozessordnung § 640h Wirkungen des Urteils

- (1) 1. Das Urteil wirkt, sofern es bei Lebzeiten der Parteien rechtskräftig wird, für und gegen alle.
 2. Ein Urteil, welches das Bestehen des Eltern-Kind-Verhältnisses oder der elterlichen Sorge feststellt, wirkt jedoch gegenüber einem Dritten, der das elterliche Verhältnis oder die elterliche Sorge für sich in Anspruch nimmt, nur dann, wenn er an dem Rechtsstreit teilgenommen hat.
 3. Satz 2 ist auf solche rechtskräftigen Urteile nicht anzuwenden, die das Bestehen der Vaterschaft nach § 1600 d des Bürgerlichen Gesetzbuchs feststellen.
 - (2) 1. Ein rechtskräftiges Urteil, welches das Nichtbestehen einer Vaterschaft nach § 1592 des Bürgerlichen Gesetzbuchs infolge der Anfechtung nach § 1600 Abs. 1 Nr. 2 des Bürgerlichen Gesetzbuchs feststellt, beinhaltet die Feststellung der Vaterschaft des Anfechtenden.²Diese Wirkung ist im Tenor des Urteils von Amts wegen auszusprechen.
- 이 규정은 2008. 12. 17.(BGBl. I S. 2586) 법률을 통해 폐지되어 2009. 9. 1.부터 적용되지 않는다.

난 아동의 법적인 부로 간주된 부는 가정법원에서 친자관계를 취소할 수 있다. 이 취소는 민법 제166b조 제1항에 따라 부가 그의 친부관계에 반하는 상황을 경험 한 시점에서 2년 내에 이루어져야 한다. 그 경우 법정 절차에서는 먼저 아동이 그의 친자라는 추정에서부터 시작한다(민법 제1660c조 제1항). 친생부인의 소에서 부가 당해 아동의 생물학적인 부가 아닌 것으로 밝혀지면, 그 부는 더 이상 그 아동의 법적인 부가 아니라는 법률상의 효과가 법원에서 확정된다. 단지 아동이 그의 법률상 부로부터 출생하였는지를 인식하기 위한 절차는 현행법에서 규율하고 있지 않다.

이러한 점을 개선하고자 다양한 입법시도가 있었는데 예를 들면 바덴-뷔르템베르크(Baden-Württemberg)주는 2005년에 연방참사회(Bundesrat)에 “출생검사에 있어서 인격권의 보호를 위한 법률초안(Entwurf eines Gesetzes zum Schutz der Persönlichkeitsrechte bei Abstammungsuntersuchungen)”을 제출했다. 이 초안에 따르면 민법 제1660조에 제5항이 새로 삽입되어야 하는데, 그 규정에 따르면, 제1660 제1항 상의 친자관계 취소권자는 아동의 동의에 반하여 유전자 진단적 출생검사와 이를 위해 필요한 유전적 시료를 획득할 청구권을 갖게 된다.

2. 사건개요

헌법소원심판청구인(이하 청구인)은 1994년 당해 아동이 출생된 후 바로 자신의 아동임을 유효하게 인지하였는데, 그는 단독 양육권을 가지고 있는 아동의 모와 1997년까지 비혼의 생활공동체(nichtehelicher Lebensgemeinschaft)에서 함께 살았던 사람이다. 2001년에 그는 10%로 저하된 생식능력 검사결과에 기반한 감정서에 의거하면서, 처음으로 친생부인의 소를 제기했다. 그러나 2심까지에서 그의 주장은 효과가 없었다. 전문법원의 견해에 따르면 그 감정서는 친부의 의심을 일깨우기에는 적합하지 않다는 것이었다.

2002년 헌법소원심판청구인은 아동의 모도 모르게 사설실험실에서 유전적진단의 감정서를 구해 왔는데, 이를 위한 검사대상물은 아동이 사용한 껌과 그 자신의 침이었다. 감정서에서 이 두 시료가 부자일 수 없는 확률이 100%라고 확인을 하자, 청구인은 새롭게 친생부인의 소를 제기하고, 그 때에 이 감정서를 제출했다. 2003년 3월 4일 가정법원은 비밀리에 진행한 친부관계검사는 아동의 정보자기결정권에 대한 심각한 침해이며, 연방정보보호법 침해이고, 그 침해로 인해 모의 양육권이 침해되고, 따라서 사용될 수 없다고 하면서 그의 청구는 이유없다고 소를 각하 하였다. 법원의 견해에 따르면, 아동의 출생에 대해 인식하는 부의 권리는 아동의 정보자기결정권에 대하여 더 우위에 있을 수 없다는 것이다.

또한 법원은 청구인의 감소된 생식능력은 고려될 수 없는 것인데, 왜냐하면 이에 대해서는 법원에서 부자관계의 의심을 확인하기에 불충분하다고 이미 판단을 했었기 때문이라고 하였다.

이에 대한 항소심인 고등지방법원(Oberlandesgericht)도 제시된 검사결과가 청구권자의 친부관계에 대한 의심을 일깨우기에 적합하지 않다고 설시를 하면서 2003년 10월 29일 각하결정을 하였다. 특히 법원은 이 유전적 진단검사가 ‘출생감정서 작성을 위한 지침’에 반해서 검사대상자들의 정체성확인(Identitätsfeststellung)을 하지 않았고, 따라서 검사대상이 된 재료들이 이 사건의 당사자들로부터 나온 것 인지가 확실하지 않다는 것이었다. 이 밖에도 법원은 비밀리에 제시된 부자관계증거는 이것이 위법하게 취득된 것이기 때문에 절차상 이용될 수 없다고 보았다. 즉, 비밀리 진행된 유전자-분석적인 검사는 정보의 자기결정권으로 구현되는 아동의 일반적 인격권을 침해하는데, 왜냐하면 인간의 유전적 정보에 대한 포기 결정은 그 자신에게, 그리고 성찰과 판단능력이 아직 충분하지 않은 경우에는 양육권을 가진 부모 일방에 대한 인격권의 침해이기 때문이다. 헌법상 보호되는 아동의 이 권리에 대하여 친부관계를 알 부의 권리가 대척하여 서 있다. 각각 존재하는 이익의 형량은 부의 이익이 우세하다는 결론으로 귀결되지 않는다. 사적인 친부관계테스는 원칙적으로 출생증명을 하기에 적합하기는 하나, 검사된

시료의 출처가 명확하지 않는 경우에는 그렇지 않다.

최종적으로 연방대법원은 2005년 1월 12일 상고심을 기각하였다. 동 법원은 당해 아동의 모이며 법정 대리인이 DNA 감정서의 제출에 대해 이를 사후적으로 허용하고 이를 사용하는 것에 대한 동의를 거부하였다는 점이 원심에서 주장하는 청구인의 의심을 이유 있게 만드는 것은 아니라고 보았다. 또한 그러한 모의 태도는 아동의 정보 자기결정권에서도 출된다고 보았다. 연방대법원은 모의 이러한 거부가 법원의 증거인정의 범위 내에서 당사자의 의사에 반하여 정보자기결정권을 통해 보호하려고 하는 정보들을 항상 포기해야만 하는 결과를 갖게 하는 친생부인의 소를 개시하게 될 때, 이 정보자기결정권은 공동화될 것이라고 보고, 불법으로 취득된 정보의 사용에 대해 후속적으로 동의하는 것을 모가 거부하는 것은 정말로 취소소송을 개시하는 상황을 평가하는 것이 되어서는 안 된다는 점을 명확히 하였다.

또한 연방대법원은 비밀리에 만들어진 DNA-감정서의 제시도 역시 증거로 적합하지 않다고 하는 초반의 의혹을 일깨우는 상황에 대한 설명이라고 판단하면서, 그러한 면에서 항소법원이 검사된 조사물이 실제로 아동에서 나왔는지 여부에 대해 조사하는 것을 해태하였다고 하는 청구인의 질책은 호응을 받을 수가 없다고 하였다. 또한 검사된 물질들이 소송의 당사자들로부터 유래한 것으로 확인이 된다고 하더라도 이 감정서는 증거로써도, 그리고 친생부인의 소에서의

원고측의 진술(Parteivortrag)으로써도 사용할 수 없다고 보았다. 연방대법원에 의하면 아동의 출생에 대하여 알 권리는 알지 않을 권리도 또한 포함하며, 아동의 정보자기결정권이 부가 가지는 친부가 아님을 확정하는 것에 대한 이익 뒤에서 있지 않는다고 하는 것이다. 이러한 관점에서 연방대법원은 항소심의 이익형량이 상고심의 심사에서도 여전히 유효하다고 보았다. 그에 따르면 모든 DNA검사는 기본법 제1조 제1항과 결부된 제2조 제1항을 통하여 담보된 정보자기결정권의 형태로 표출이 된 인격권을 침해하는데 이 권리는 중대한 일반이익(Interesse der Allgemeinheit)과 비례원칙의 존중 하에서만 제한이 될 수 있다는 것이다. 또한 연방대법원은 인간게놈의 사용에 대하여 원칙적으로 동의를 요구하는 것은 인간게놈일반선언 제5조, 인권과 유럽인권협약 제8조에 상응하는 것이고, 이것이 아동과 관련이 있다면 유엔 아동협약 제8조 제1항과 제16조에 상응한다고 보았다.

3. 연방헌법재판소의 결정

이 사건의 부는 헌법소원심판청구를 하였다. 청구인은 헌법 제1조 제1항과 결부된 제2조 제1항에서 도출되는 그의 일반적 인격권이 침해되었다고 주장하였다. 연방헌법재판소의 주문은 다음과 같다.

첫째, 입법자는 자신의 아동의 출생에 대해 알 것에 대한

기본법 제1조와 결부된 기본법 제2조 제1항에서 도출되는 법적인 부의 권리를 실현하여 주기 위하여 부의 확정을 위한 적합한 절차를 마련하여야 한다.

둘째, 법원이 비밀리에 수집된 유전적인 출생소견서의 평가를 당해 아동의 기본법 제1조와 결부된 기본법 제2조 제1항에서 보호되는 정보의 자기결정권의 침해 때문에 증거물로서 채택하지 않고 거부를 한 것은 기본법에 상응한다.

연방헌법재판소는 기타 헌법소원은 각하 하였지만 판결로 다음과 같은 사항에 대해 적법하게 인정하였다.

첫째, 입법자는 기본법 제1조와 결부된 기본법 제2조 제1항의 침해 하에서 아동의 출생(Abstammung)이 그의 법적인 부에게 설명되거나, 혹은 그의 존재나 부존재가 확정될 수 있는 법률형태의 절차를 마련하지 않은 입법부작위를 하였다.

둘째, 입법자에게는 법적 부로부터 아동의 출생을 확정하기 위한 규정을 2008년 3월 31일까지 마련해야 하는 부담이 지워진다.

그 이유를 좀 더 자세히 살펴보면 다음과 같다.

가. 인격권

(1) 인격권의 보호범위

기본법 제1조와 결부된 기본법 제2조 제1항은 일반적 인격권의 형태로서 남성에게 그의 법적인 아동의 출생에 대하여 알 권리를 보장할 뿐만 아니라 이 권리의 실현도 또한 보장한다. 입법자는 이 기본권보호의 침해 하에서 법적인 부가 그의 아동의 출생을 확정할 수 있도록 법적인 규정을 마련하는 데에 있어서 부작위 하였다.

기본법 제1조와 결부된 기본법 제2조 제1항에 따른 인격의 자유로운 발현에 대한 권리와 인간존엄의 존중과 보호의 무는 모든 사람에게 그의 개인성(Individualität)을 발전시키고 보호할 수 있는 사적인 삶의 형성을 위해 자주적인 영역을 확보하여 준다.⁴⁷²⁾ 이때 개인성의 이해와 발현은 그 자신을 위해 본질적인(konstitutiven) 사실들과 밀접하게 관련이 있다. 여기에는 출생도 포함이 된다.⁴⁷³⁾ 이는 개인의 의식 속에서 다른 사람에 대한 자신의 이해와 가족적인 관계 등과 같은 개인성 발견을 위해 결정적인 지위를 차지한다. 따라서 개인을 사회적으로 뿐만 아니라 계보학적으로 다른 사람과의 관계에서 자신을 정하는 가능성은 인격권의 보호범위에 포괄되고, 따라서 이는 기본법 제1조와 결부된 기본법 제2조 제1항으로부터 자신의 출생에 대해 알 아동의 권리와 함께 남성에게 한 아동이 자신에게서 출생되었는지 여부를 알 권리⁴⁷⁴⁾도 인정을 하는 것이다. 이것은 법적으로 자신에

472) BVerfGE 35, 202, 220.

473) BVerfGE 79, 256. 268.

게 속하지 않은 아동의 생산자일 것이라는 남성의 가정뿐만 아니라 법적으로 그 부로 인정되고, 그렇게 취급이 되지만 그로부터 출생하지 않았다는 의심이 있는 경우에도 해당한다. 이 두 개의 이익은 남성이 모와 아동과 가지는 관계와 그가 이들에 대하여 발전시킨 정서적 사회적 관계를 건드린다. 아동의 출생을 둘러싼 인식은 남성의 자기이해와 그가 아동과 그 모에 대하여 취하는 역할과 태도에 중대한 영향을 갖는다.

(2) 입법부작위로 인한 부의 자의 출생에 대해 알 권리 침해

한 아동이 그로부터 출생된 것인지에 대해 알 남성의 권리에겐 어떤 절차에서 그의 아동의 출생이 해명되고 확정되도록 하는 가능성을 개방하여 받을 권리가 포함된다.

① 인격권이 알 것을 확보해 줄 권리(das Recht auf Verschaffung von Kenntnissen)는 아니지만 획득할 수 있는 정보의 사전억제로부터는 보호한다⁴⁷⁵⁾. 이 보호는 어느 한 남성에게 아동이 그로부터 출생하였는지를 알리기 위해 필요한 그에게 사전에 보류된 정보에 대한 접근을 가능하게 만드는 어떤 한 절차가 개시될 때에만 보장이 된다. 그러한

474) BVerfGE 108, 82, 105.

475) BVerfGE 79, 256, 269.

정보는 오늘날의 지식의 수준을 근거로 하여 특히 아동의 유전자적 유전물질 속에 들어있고, 유전자분석의 방법에서 부의 유전적 정보와의 비교를 하는 것 속에서 아동이 자신으로부터 출생한 것인지에 대한 확실한 인식을 가능하게 하고 있다. 따라서 아동의 유전자구성으로부터 도출되는 유전적 정보들은 그가 아동의 부 인지를 그 남성이 아는데 열쇠가 된다.

② 기본법 제1조와 결부된 기본법 제2조 제1항에서 도출되는 인격의 자유로운 발현에 대한 권리는, 이로부터 알 권리와 이와 결부된 출생의 해명과 확정에 대한 권리도 도출이 되는데, 이것은 무제한적으로 보장되는 것은 아니다. 이것은 헌법에 적합한 질서의 범위 내에서 실현되는 것이고, 입법자의 입법적 형성 하에 놓여있다. 이때 입법자가 헌법에 위배되는 목적을 추구하거나 비례원칙을 준수하지 않은 때에는 입법자는 이 권리를 침해한 것이 된다⁴⁷⁶⁾.

인격의 자유로운 발현권의 침해는 적합한 절차 속에서 출생에 대해 알 기본권의 실현을 가능하게 하는 것을 위하여 입법자가 부작위한 때에도 일어난다. 기본권은 공권력에 대한 개개인의 방어권을 내용으로 할 뿐만 아니라 동시에 국가기관의 보호의무가 도출이 되는 헌법의 가치판단을 상정한다. 헌법은 그러한 보호를 개개인에게 형성을 하는 것이

476) BVerfGE 79, 256, 269 f.

아니라 목적으로서 제시한다. 이것은 각각의 해당 국가기관의 업무인데, 이들에게는 보호의무를 충족시킴에 있어서 넓은 형성여지가 인정이 된다.⁴⁷⁷⁾ 그러나 다른 유효한 법익의 고려하에서 기본권 보호가 이루어져야 하는 것은 필수적이다.⁴⁷⁸⁾

(3) 아동의 정보자기결정권의 침해

입법자는 기본법 제1조와 결부된 기본법 제2조 제1항에서도출되는 그의 보호의무의 침해 하에서 적합한 방법으로 출생에 대해 알 권리를 유효하게 관철시킬 수 있는 절차적 방법을 마련하는 것에 대해 부작위하였다.

아동이 자신으로부터 출생했는지에 대하여 의심이 있어서 아동을 위한 그의 친자관계를 해명하고자 하는 부들에게는 아동, 혹은 경우에 따라서 친권자인 모의 동의를 얻어 사적인 방법으로 아동의 유전물질의 사용 하에 친부감정서를 받아올 수 있고, 이를 통해 출생에 대해 알 수 있게 되는 가능성은 지금도 존재한다. 그러나 이 방법은 전적으로 다른 사람의 의사에 종속되는 것이고 아동과 모가 동의를 하지 않는 경우에는 법적으로 방법이 막혀 있다. 이것은 입법자가 출생에 대하여 알 권리가 관철될 수 있는 어떤 절차도 예정

477) BVerfGE 96, 56, 64.

478) BVerfGE 88, 203, 254.

하고 있지 않은데 따른 결과이다. 생물학적 친부관계를 사적으로 알 수 있는 실제의 가능성만으로는 남성에게 헌법에서 제공되는 보호를 해주기에는 부족하다. 이러한 점은 그러한 감정서를 발부 받는 데에 아동과 모가 동의를 하지 않는 경우 잘 드러난다. 왜냐하면 동의 없이 부가 비밀리에 가져온 감정서는 기본법 제1조와 결부된 기본법 제2조 제1항에서 도출되고 정보의 자기결정권의 형태로 표출이 되는 아동의 인격권과 기본법 제6조 제2항에서 보호되는 모의 양육권을 침해하기 때문이다.

기본법 제1조와 결부된 기본법 제2조 제1항에서 포괄하는 정보자기결정에 대한 권리는 자신의 개인적인 데이터에 대한 제공(Preisgabe)과 사용에 대하여 원칙적으로 스스로 결정할 개인의 권한을 보호한다⁴⁷⁹⁾. 여기에서 원칙적으로 보호되는 자료에는 한 사람의 유전적 특질을 보유하고 있는 정보들도 속하게 되는데, 그러한 정보로부터 다른 사람의 정보와 비교를 통해서 출생에 대한 역추적의 열쇠가 추출된다.⁴⁸⁰⁾

정보자기결정권도 역시 한계가 없이 보장되는 것은 아니다. 특히 개인은 다른 사람의 우월한 이익이나 일반의 이익을 위하여 이 권리의 제한을 감수해야 한다. 그러한 제한은 제한의 전제와 범위의 확정이 나타나 있으며, 비례원칙을 준

479) BVerfGE 65, 1, 43.

480) BVerfGE 103, 21, 32.

수하고 있는 법적 근거를 필요로 한다.⁴⁸¹⁾ 따라서 예컨대 ZPO 제372a조를 통하는 등의 절차법상에서 어떤 전제조건 하에서 자신의 출생에 대한 단서를 줄 수 있는 민감한 정보들이 검사시료에 해당하는 신체의 극미한 부분을 내어주는 방법을 통해서 제공되어야만 하는지 규정 될 수 있을 것이다. 이러한 민감정보의 제공은, 이것이 이 사안에서는 부의 기본권과 같은 다른 사람의 기본권의 고려 하에서, 정당화 될 수 있고 비례원칙에 알맞는 것이라는 전제조건을 충족시켜야 한다. 그러나 정보자기결정권은 제3자가 알지 못하게, 혹은 동의 없이 개인성이 부각된 자료들을 취하는 것에서부터 개개인을 보호해 줄 의무를 국가기관에게 지우고 있다. 이것은 원칙적으로 출생의 해명을 목적으로 하는 것일 때에도 적용된다. 이 사안에서와 같은 기본권의 충돌이 있는 경우에는 입법자가 해결할 수 밖에 없다. 유전적 정보물질의 도움을 받아 비밀리 행해진 친부테스트는 정당화 될 수 없는 당해 아동의 정보자기결정권의 침해로 하며, 이러한 침해에 대하여 국가기관은 보호를 해 주어야만 한다.

나. 양육권자인 모가 가지는 아동에 대한 양육권 침해

한 아동의 유전적 정보물질에 대한 의도하지 않은 수집에

481) BVerfGE 65, 1, 44.

대하여 그 아동의 양육권자인 모도 역시 보호할 수 있다. 기본법 제6조 제2항은 부모에게 아동을 위해 양육(Sorge)할 권리와 책임을 보장한다. 부모의 양육에는 아동의 이익을 위하여 어떤 사람이 아동의 유전적인 정보를 취득하여 사용할 수 있는 지를 결정하는 것도 속한다. 여기에서 비밀리에 실행된 친부테스트가 아동의 출생에 대해 알려주는 데에 역할을 담당하도록 하는 것을 양육권자에게 헌법상 제공된 보호를 해주기 위하여서 법질서 속에서 관용해서는 안 된다.

IV. 시사점

1. 개정 생명윤리 및 안전에 관한 법률상 유전자 진단 관련 주요규정

2013년 2월 1일부터 적용되는 생명윤리법 제6장에서는 유전자치료 및 검사 등에 관하여 다음과 같은 규정을 두고 있다.

가. 유전정보에 의한 차별 금지 등

제46조 제1항에서는 누구든지 유전정보를 이유로 교육·고용·승진·보험 등 사회활동에서 다른 사람을 차별하여서는 아니 된다고 하고 있으며, 제2항에서는 다른 법률에 특별한 규

정이 있는 경우를 제외하고는 누구든지 타인에게 유전자검사를 받도록 강요하거나 유전자검사의 결과를 제출하도록 강요하여서는 아니 된다고 하고 있다. 그리고 동조 제3항에 따라 의료기관은 「의료법」 제21조제2항에 따라 환자 외의 자에게 제공하는 의무기록 및 진료기록 등에 유전정보를 포함시켜서는 아니 된다. 예외적으로 해당 환자와 동일한 질병의 진단 및 치료를 목적으로 다른 의료기관의 요청이 있고 개인정보 보호에 관한 조치를 한 경우에는 포함시킬 수 있다.

나. 유전자치료

제47조의 제1항의 규정에 따라 허용되는 유전자 치료는 1. 유전질환, 암, 후천성면역결핍증, 그 밖에 생명을 위협하거나 심각한 장애를 불러일으키는 질병의 치료를 위한 연구 2. 현재 이용 가능한 치료법이 없거나 유전자치료의 효과가 다른 치료법과 비교하여 현저히 우수할 것으로 예측되는 치료의 모두에 해당하는 경우에만 할 수 있다. 그러나 이에 대한 예외를 단서에서 두고 있는데, 보건복지부장관이 정하는 질병의 예방이나 치료를 위하여 필요하다고 인정하는 경우에는 그러하지 아니하다는 것이다. 제2항에서는 금지되는 유전자 치료를 규정하는데 배아, 난자, 정자 및 태아에 대하여서는 유전자치료를 시행하여서는 아니 된다고 하고 있다.

다. 유전자치료기관

제48조 제1항의 규정에 따라 유전자치료를 하고자 하는 의료기관은 보건복지부장관에게 신고하여야 하고, 대통령령으로 정하는 중요한 사항을 변경하는 경우에도 또한 신고해야 한다. 제2항에서는 보건복지부장관에게 신고한 의료기관은 유전자치료를 하고자 하는 환자에 대하여 ① 치료의 목적 ② 예측되는 치료 결과 및 그 부작용 ③ 그 밖에 보건복지부령으로 정하는 사항에 관하여 미리 설명한 후 서면동의를 받아야 한다고 하고 있으며, 제3항에서는 유전자치료기관의 신고 요건 및 절차, 동의서의 서식, 그 밖에 필요한 사항은 보건복지부령으로 정하도록 하고 있다.

라. 유전자검사기관

제49조 제1항에 따라 유전자검사를 하려는 자는 유전자검사항목에 따라 보건복지부령으로 정하는 시설 및 인력 등을 갖추고 보건복지부장관에게 신고하여야 한다. 그러나 국가기관이 유전자검사를 하는 경우에는 그러하지 아니하다. 제3항에서는 보건복지부장관이 신고한 유전자검사기관으로 하여금 보건복지부령으로 정하는 바에 따라 유전자검사의 정확도 평가를 받게 할 수 있고, 그 결과를 공개할 수 있도록 규정하고 있다. 또한 제4항에서는 유전자검사기관이 유전자검

사의 업무를 휴업하거나 폐업하려는 경우에도 보건복지부령으로 정하는 바에 따라 보건복지부장관에게 신고하여야 한다고 정하고 있다.

마. 유전자검사의 제한 등

제50조는 유전자검사기관이 행하는 유전자검사의 제한에 대하여 다음과 같이 규정한다. 첫째, 제1항에 따라 과학적 증거가 불확실하여 검사대상자를 오도할 우려가 있는 신체 외관이나 성격에 관한 유전자검사 또는 그 밖에 국가위원회의 심의를 거쳐 대통령령으로 정하는 유전자검사를 하여서는 아니 된다. 둘째, 제2항에 따라 배아 또는 태아를 대상으로 하는 유전자검사는 근이영양증이나 그 밖에 대통령령으로 정하는 유전질환을 진단하기 위한 목적으로만 행할 수 있다. 셋째, 제3항에서는 원칙적으로 의료기관이 아닌 유전자검사기관에서는 질병의 예방, 진단 및 치료와 관련한 유전자검사를 할 수 없으며, 다만, 예외적으로 의료기관의 의뢰를 받아 유전자검사를 하는 경우에는 그러하지 아니하다고 규정하고 있다. 넷째, 제4항에 따라 유전자검사기관은 유전자검사에 관하여 거짓표시 또는 과대광고를 하여서는 아니 되고 이 경우 거짓표시 또는 과대광고의 판정 기준 및 절차, 그 밖에 필요한 사항은 보건복지부령으로 정한다.

바. 유전자검사의 동의

(1) 동의를 얻어야 하는 경우

제51조에 따른 유전자검사에 대한 동의는 다음과 같이 이루어진다. 그리고 유전자검사에 대해 서면동의를 받고자 하는 자는 미리 검사대상자 또는 법정대리인에게 유전자검사의 목적과 방법, 예측되는 유전자검사의 결과와 의미 등에 대하여 충분히 설명하여야 한다(제7항).

첫째, 제1항에 따라 유전자검사기관이 유전자검사에 쓰일 검사대상물을 직접 채취하거나 채취를 의뢰할 때에는 검사대상물을 채취하기 전에 검사대상자로부터 ① 유전자검사의 목적 ② 검사대상물의 관리에 관한 사항 ③ 동의를 철회, 검사대상자의 권리 및 정보보호, 그 밖에 보건복지부령으로 정하는 사항에 대하여 서면동의를 받아야 한다. 다만, 장애인의 경우는 그 특성에 맞게 동의를 구하여야 한다.

둘째, 제2항에서는 유전자검사기관이 검사대상물을 인체유래물연구자나 인체유래물은행에 제공하기 위하여는 검사대상자로부터 ① 개인정보의 보호 및 처리에 대한 사항 ② 검사대상물의 보존, 관리 및 폐기에 관한 사항 ③ 검사대상물의 제공에 관한 사항 ④ 동의를 철회, 동의 철회 시 검사대상물의 처리, 검사대상자의 권리, 그 밖에 보건복지부령으로 정하는 사항이 포함된 서면동의를 제1항에 따른 동의와 별도

로 받아야 한다.

셋째, 제3에 따라 유전자검사기관 외의 자가 검사대상물을 채취하여 유전자검사기관에 유전자검사를 의뢰하는 경우에는 제1항에 따라 검사대상자로부터 서면동의를 받아 첨부하여야 하며, 보건복지부령으로 정하는 바에 따라 개인정보를 보호하기 위한 조치를 하여야 한다.

넷째, 제4항에 따라 검사대상자가 동의 능력이 없거나 불완전한 경우의 대리인 동의에 관하여는 법제16조제2항을 준용한다. 이 경우 “연구대상자”는 “검사대상자”로, “연구”는 “검사”로 각각 본다.

(2) 동의가 필요 없는 경우

제51조 제5항에서는 첫째, 시체 또는 의식불명인 사람이 누구인지 식별하여야 할 긴급한 필요가 있거나 특별한 사유가 있는 경우, 둘째, 다른 법률에 규정이 있는 경우 동의 없이 유전자검사를 할 수 있도록 하고 있다.

2. 개정 생명윤리 및 안전에 관한 법률 규정의 문제점과 개선 방향을 위한 제언

가. 생명윤리법상 규정의 예외가 되는 ‘다른 법률’의 불명확성

차별금지를 규정하고 있는 제46조 제1항 ‘다른 법률에 특별한 규정이 있는 경우’에는 유전자 검사를 받거나 검사의 결과물을 제출하도록 하고 있다. 또한 동의에 관해 제51조에서 규정하면서 동조 제5항에서는 ‘법률에 규정이 있는 경우’ 동의 없이 유전자검사를 할 수 있도록 하고 있다. 유전자검사의 강제나, 검사물제출의 강제, 동의 없는 유전자 검사 등과 같이 차별적 요소와 개인정보자기결정권 행복추구권, 인격권 등의 침해요소가 큰 사안에 있어 근거법령을 명시하지 아니하고 막연하고 모호하게 ‘다른 법률’에 의한 기본권 제한은 명확성의 원칙에 위반된다고 본다. 기본권 제한이 근거가 되는 법령을 적시할 필요가 있다.

독일 유전자진단법의 경우 적용배제 영역을 ‘첫째, 연구의 목적을 위하여, 둘째, 형사소송절차 관련규정과 연방범죄청법, 각 주의 경찰청법, 국제적 법률부조와 전염병보호법 및 이를 근거로 발해진 규정들을 근거로 행해지는 유전자 검사와 분석, 유전적 자료 및 자료의 사용을 위하여’ 라고 제2조에서 명시하고 있다.

나. 차별금지규정의 문제점과 개선방안

독일의 유전자 진단법 제2조와 같이 유전적 검사로 인한 차별금지의 범위가 자신뿐만 아니라 자신과 친척관계에 있는 사람으로 넓힐 필요가 있다. 그리고 유전적 검사의 실행

뿐만 아니라 이를 실행하지 않는다고 하여 차별받지 않음을 명확히 규정하고, 그리고 다른 법률에 특별한 규정이 있으면 유전자 검사를 받도록 강요할 수 있다고 하는 규정에서 다른 법률이 구체적으로 명시되어야 한다.

다. 유전자검사와 관련된 문제점과 개선방안

첫째, 유전자 검사의 주체가 누구인지 명확하지 않다. 비교법적으로 보면 독일의 법 제7조에서는 유전적 검사는 의사만이 할 수 있다는 의사유보를 규정하고 있다. 그리고 예언적 유전적 진단에는 인간유전학 전문의나 전문영역의 범주 내에서 유전적 검사를 위한 전문의표시, 중점표시, 또는 부수적 표시 자격이 있는 의사들을 통해서만 시행되어야 한다고 하고 있다. 이처럼 전문적 의사가 유전적 진단을 하도록 규정하는 것은 유전적 진단이 가지는 중대성 때문이라고 생각된다. 따라서 우리의 생명윤리법에서도 유전적 진단에 대한 의사유보규정을 두는 것이 바람직하다고 본다.

둘째, 생명윤리법에서는 유적적 검사와 유전적 분석을 따로 규정하고 있지 않으나, 이는 다른 업무이므로 분리하여 고찰할 필요가 있다고 본다. 즉, 의사의 위임을 받은 전문인력 혹은 전문기관이 유전적 분석을 하고, 그 분석에 대한 품질의 보증을 위하여 기관에 인증제도를 도입하는 것도 필요하다고 본다.

셋째, 생명윤리법 제50조 제2항에 따라 배아 또는 태아를 대상으로 유전자검사는 근이영양증이나 그 밖에 대통령령으로 정하는 유전질환을 진단하기 위한 목적으로만 행할 수 있다고 하고 있다. 아직은 새법에 따른 대통령령이 마련되지 않았지만 현행의 시행령 규정을 보면, 령 제14조⁴⁸²⁾에서는 법 제25조 제2항의 유전자 질환을 별표 1의2에서 정하고 있다. 별표에서는 배아 또는 태아를 대상으로 유전자검사를 할 수 있는 유전질환으로 62개의 질병과 ‘그 밖에 질환의 예후(豫後) 등이 제1호부터 제62호까지의 질환과 같은 수준의 유전질환으로서 보건복지부장관이 지정·고시한 유전질환’이라고 함으로서 매우 광범위하게 배아와 태아의 유전자 진단을 허용하고 있다. 그리고 법 제47조 제2항에서는 배아, 난자, 정자 및 태아에 대하여서는 유전자치료를 금지하고 있다. 또한 배아 또는 태아에 대한 유전자 진단 결과를 그 부모나 친척, 법정대리인 등에 통지해 주어야 하는지에 대한 규정도 없다.

따라서 태어나 배아에 대한 이러한 유전자진단은 태어나 배아가 법령이 정한 유전질환을 진단하기 위한 목적일 뿐이며, 검사의 결과로 인하여 치료도 할 수 없다. 또한 이는 모자보건법 제14조의 임신중절 사유에 해당한다고 보기가 어려워 낙태도 허용되지 않는 것으로 이해된다. 이렇게 본다면

482) 제14조(배아 또는 태아의 유전자검사)법 제25조제2항에서 "대통령령이 정하는 유전질환"이라 함은 별표 1의2의 질환을 말한다.

단지 태어나 배아의 유전적 질병확인을 위한 유전적 진단을 하는 의의를 찾기가 어렵다고 생각한다. 따라서 모자보건법 제14조상의 낙태정당화 사유를 개정하여 법 상 허용된 유전자진단을 통하여 태아의 유전자 질병이 확정된 후, 그 후속 대책으로 낙태가 가능하도록 할 필요가 있다고 본다.

독일의 경우 2009년에 유전자진단법 제15조상 태아의 유전자진단규정을 보면, 태아에 대한 유전자검사는 일반적으로 알려진 학문과 기술적 수준에 따라 임신동안, 혹은 출산 후에 배아나 태아에 해를 끼치거나 배아나 태아를 특정의 약품으로 처치할 것이 예정되는 경우에 특정한 유전적 특성에 대한 검사를 위해서만 할 수 있다. 그러나 일반적으로 알려진 지식과 기술 수준에 따라 18세 이후에 발병하는 질병의 진단을 위해서는 태아에 대한 유전자 진단을 할 수 없고 유전자 진단의 결과에 대해 담당의사는 상담을 해 주어야 한다. 임신부에게는 임신계획, 사회보장, 심리적, 의학적 상담, 낙태, 낙태상담소 등에 관한 규정을 가지는 임신갈등조정법 (Schwangerschaftsgesetz) 제2조⁴⁸³⁾상의 상담권이 주어진다. 동법 제2a조제1항에서 태아에 대한 유전자진단과 관련된 상담이 규정되어 있는데, 진단 결과 신체적, 육체적인 손상이

483) Gesetz zur Vermeidung und Bewältigung von Schwangerschaftskonflikten (Schwangerschaftskonfliktgesetz - SchKG). 1992년 제정되었으며, 2011. 12.22,에 최종 수정되었다. 임신과 낙태 등에 관련된 사항들을 규정한다. 제2조의 상담 내용에는 낙태상담도 포함되어 있다.

나타나면, 진단담당 의사는 심리적, 의학적 관점에서 상담을 해야 한다. 가능한 한 모든 의학적, 심리적, 사회적 문제들 및 신체적, 심리적 부담에 대한 지원책도 함께 상담 내용에 포함되어야 한다. 그리고 담당의사는 더욱 광범하고 깊은 심리사회학적인 상담을 위해서는 임신갈등법상 중절을 위한 상담을, 그리고 상담소, 사회보장제도, 혹은 장애인 자활그룹 등을 소개한다. 부모는 다양한 상담 후 출산과 낙태를 선택할 수 있다.

라. 동의의 문제점과 개선방안

생명윤리법에서는 유전자 검사를 받기 전에 ① 유전자검사의 목적 ② 검사대상물의 관리에 관한 사항 ③ 동의의 철회, 검사대상자의 권리 및 정보보호, 그 밖에 보건복지부령으로 정하는 사항에 대하여 서면동의를 받아야 하며, 장애인의 경우는 그 특성에 맞게 동의를 구하여야 한다고 규정하고 있다. 그러나 이러한 동의 규정에는 유전자 검사의 결과를 알릴 것인지에 대한 동의가 없다. 독일의 유전자진단법 제8조 동의 규정과 같이 동의에는 유전자검사의 구체적인 이용과 폐기 및 유전자검사의 결과를 알릴 것인지와, 그 경우의 어느 정도로 알릴 것인지 하는 것을 포괄해야 한다. 피검사자는 책임 있는 의사에 대하여 장래효를 가지는 동의취소를 할 수 있다는 설명을 받아야 하며, 취소가 이루어졌다

면, 이를 책임 있는 의사는 취소에 대하여 위임받은 사람이
나, 기관에 즉시 알려야 한다는 것도 규정될 필요가 있다고
본다.

3. 개정 생명윤리 및 안전에 관한 법률의 미비점

가. 설명의무

독일 유전자진단법 제9조와 같은 설명의무규정이 필요하다. 동의를 얻기 전에 책임 있는 의사는 유전적 검사의 존재, 의미, 범위에 대하여 당사자에게 설명을 하여야 하고, 당사자에게는 설명 후 동의하기 전까지 숙려기간이 제공될 수 있어야 한다. 설명에는 독일의 경우와 같이 특히 ① 유전적 검사의 목적, 종류, 범위, 진술력, 예정된 유전적 검사의 수단, ② 시료채취와 관련된 건강상의 위험 및 유전적 검사의 결과에 대한 지득과 결부된 건강상의 위험, 임신부의 경우 출산전 유전적 검사와 유전적 검사를 위한 시료채취와 결부된 건강상의 위험, ③ 유전적 시료 및 검사결과 또는 분석결과의 예정된 이용, ④ 언제든지 동의를 취소할 수 있는 당사자의 권리, ⑤ 검사결과나 부분에 대해 알지 않고 파기 시킬 수 있는 권리를 포함하는 알지 않을 당사자의 권리, ⑥ 유전적 연속검사에 있어서 법제 16조 제2항에 따른 유전자진단 위원회를 통한 검사의 평가의 결과에 대한 당사자에게 알려

주는 것 등이 포함되어야 한다고 본다.

나. 동의능력 없는 사람의 동의

생명윤리법 제51조 제1항에서는 동의에 관한 규정을 하면서 단서로 “다만, 장애인의 경우는 그 특성에 맞게 동의를 구하여야 한다.”고 하고 있다. 이에 대한 좀 더 자세한 규정이 필요하다고 본다. 독일의 유전자진단법 제14조에서는 동의능력 없는 사람에 있어서의 유전적 검사는 무엇보다도 일반적으로 인정된 학문과 기술의 수준에 따라서 검사가 그 사람에게서 유전적으로 조건 지워진 질병이나 건강상의 장애를 피하거나 처치하거나 예방하기 위하여 필요한 경우이거나, 혹은 유전적 특성을 통해 약품의 효과가 영향을 받는 그러한 의약품을 가지고 처치하는 때에만 유전적 검사가 가능하다고 제한하고 있다. 그리고 검사가 이해될 수 있도록 설명되어야 하고, 그 검사를 피검자가 거부하지 않아야 하며, 위험과 부담이 적은 검사여야 함을 규정하고 있다. 그리고 법정대리인의 동의가 있어야 할 것을 요구하고 있다. 이와 같이 생명윤리법에서도 장애인을 최대한 존중하고 배려하는 규정의 도입이 필요하다고 본다.

다. 친자확인을 위한 유전자 검사

친자확인 유전자검사는 부의 인간의 인격과 자의 개인 정보자기결정권, 그리고 모의 양육권이 서로 충돌하는 매우 중요한 사안으로 독일 연방헌법재판소는 이러한 사안의 해결은 입법자만이 할 수 있다고 보았다. 즉, 3 당사자 모두의 기본권의 보장과 실현을 위해서는 친자관계를 위한 유전자 테스트와 이를 기반으로 하는 감정서의 작성문제가 법적으로 규정이 되어야 한다는 것이다. 생명윤리법에서도 이와 관련한 규정을 명시적으로 두는 것이 바람직하다고 본다.

라. 근로영역에서의 유전자 검사

근로영역에서의 유전자검사는 근로관계의 성립, 전이나 그 후 분석을 실행해서도, 그리고 이미 실행된 검사의 결과물의 제출을 요구해서도 아니 된다. 그러나 노동보호의 영역에서는 근로자의 건강보호를 위하여 유전자검사를 실시할 필요가 있다. 독일의 유전자진단법 제20조에서 규정하고 있는 것처럼 유전자상품이 특정한 작업장에서의 근로나 특정한 직무와 관련하여 발생하는 중대한 건강상 장애를 유발하거나 그 한 원인이 되는 경우 사전배려상 유전자검사를 받도록 하는 것이다. 이러한 영역에서의 유전자검사는 우리나라에서도 일어나는 반도체산업에서의 산업재해문제와 관련된 노동

자의 건강보호측면에서 중요한 의의를 가진다고 보고 규정이 필요하다고 본다.⁴⁸⁴⁾

마. 유전자진단위원회

우리나라는 유전자 진단위원회를 따로 구성하지 않고 국가생명윤리위원회가 영역별 유전자관련 업무를 총괄하고 있다. 그러나 유전자진단은 매우 전문적이며, 윤리적인 한편 다양한 이해관계인이 존재한다. 따라서 독일의 경우와 같이 의학, 생물학, 윤리학, 법학 분야의 전문가들과 환자 및 소비자 이해의 대표자들과 장애인 자활 대표자로 구성되는 전문적 유전자진단위원회가 바람직 하다고 생각한다.

4. 유전자진단법의 제정 필요성

유전자진단에 관련 규정에는 유전적 검사를 위한 전제조건들과 유전적 검사의 범위 내에서 행해지는 유전적 분석 및 유전적 시료와 정보의 사용이 확정되어야 한다. 또한 유전적인 특성에 근거한 차별을 저해하고, 특히 인간존엄에 대

484) 노동영역에서 유전자진단과 관련한 자세한 내용은 Thorsten Wiethage, Peter Rozynek, Thomas Bruning, Genetische Untersuchungen im Arbeitsleben, in: http://www.bgfa.ruhr-uni-bochum.de/pdf/bgfa-info0209_Gendiagnostikgesetz.pdf.

한 존중 및 보호에 대한 국가적 의무와 정보의 자기결정권을 지키기 위한 내용이 포함되어 있어야 한다. 현재의 생명윤리법 뿐만 아니라 개정생명윤리법도 이러한 내용을 담고 있지 않다. 생명윤리법의 목적은 인간과 인체유래물 등을 연구하거나, 배아나 유전자 등을 취급할 때 인간의 존엄과 가치를 침해하거나 인체에 위해를 끼치는 것을 방지함으로써 생명윤리 및 안전을 확보하고 국민의 건강과 삶의 질 향상에 이바지함에 있으므로 유전자진단의 목적과는 다를 것이다. 따라서 생명윤리법에서부터 유전자진단에 관련된 부분을 분리하고 미비한 점을 보충하여 유전자진단법을 제정하는 것이 유전적인 특성에 근거한 차별을 저해하고, 특히 인간존엄에 대한 존중 및 보호에 대한 국가적 의무와 정보의 자기결정권을 지키기에 더욱 부합하는 방식이라고 생각한다.

제 3절 연구를 위한 유전자정보은행 (Humanbiobanken für Forschung)의 설립을 위한 법률(가칭)의 제정 논의

I. 서론

유전자은행(DNA Data Base 또는 DNA Data Bank)⁴⁸⁵⁾이

란 유전자검사로부터 얻어진 사람들의 유전자형을 분석하고 축적하거나 유전자에 포함된 인간생물학적 시료를 저장하고 관리하는 데이터베이스로서 모든 유형의 기구를 의미한다.⁴⁸⁶⁾

현행 생명윤리법 제32조에서는 유전자은행을 개설하고자 하는 자는 대통령령이 정하는 바에 따라 보건복지부장관의 허가를 받아야 한다고 규정하여 그동안 논란이 되어왔던 유전자은행의 근거규정을 마련하였다. 그 내용은 유전자은행으로부터 유전정보 등을 이용하고자 하는 자는 유전정보 등의 이용계획서를 유전자은행의 장에게 제출하여야 하고, 유전자은행의 장은 제출된 이용계획서에 대하여 법 제9조의 규정에 의한 기관위원회의 심의를 거쳐 유전정보 등의 제공 여부를 결정하고, 그 결과를 보건복지부장관에게 보고하여야 한다. 또한 유전자은행의 장 또는 그 종사자는 직무상 얻거나 알게 된 유전정보 등을 정당한 사유 없이 타인에게 제공하거나 부당한 목적으로 사용하여서는 안 된다. 의료기관은

485) 유전자정보은행의 필요성과 타당성의 논란은 1985년 Jefferys가 유전자의 일부분인 minisatellite DNA부위를 발견하면서 부터이다. minisatellite DNA부위는 개인차가 극도로 심하여 모든 개체에서 검출된 형태가 성질이 완전히 다르다. 그 고도의 특이성으로 인해 손가락 지문과 같이 개인식별이 가능하기 때문에 유전자지문(DNA Fingerprint; DNA Fingerabdruck)이라고 부른다. 이현석, 생명윤리법에 관한 연구, 과학기술법연구, 제14집 제2호(2009), 161면.

486) Philip R. Reilly, "DNA Banking", 51 Am. J. Hum. Genetics, 1992, p.1169. 이현석, 생명윤리법에 관한 연구, 과학기술법연구, 제14집 제2호(2009), 161면에서 재인용.

「의료법」 제21조제2항의 규정에 따라 환자외의 자에게 제공하는 의무기록 및 진료기록 등에 유전정보를 포함시켜서는 안 되지만, 해당 환자와 동일한 질병의 진단 및 치료를 목적으로 다른 의료기관의 요청이 있고 개인정보의 보호에 관한 조치를 한 경우는 예외다(제35조). 그리고 유전자은행은 수집한 모든 유전정보 등을 익명화하여 보관·관리하여야 하며, 개인정보 보호를 위하여 정보관리 및 보안을 담당하는 책임자를 두어야 한다(제35조의2).

새로이 개정된 생명윤리법 제2절에서는 인체유래물은행에 대하여 규정을 하고 있다. 역시 허가를 받아 설치하며, 인체유래물 채취시의 동의, 제공 등에 관하여 규정하고 있다.

독일은 인체유래물이나 유전자은행의 설립을 허가하는 규정은 없다. 특히 연구를 위한 유전자은행설립을 위한 법률(가칭)의 제정에 관하여 오랫동안 논의되고 있으나, 인권침해의 문제점과 오남용의 위험성 때문에 아직 제정되고 있지 않다. 이하에서는 현재 개별적인 법령에 의해 진행되는 유전정보의 채집, 이용, 보관을 위한 규정들과 유전자은행설립을 위한 논의에 관하여 독일윤리위원회의 입장을 중심으로 살펴본다.

II. 법령상의 유전자 검사

독일은 유전자은행이 가지는 오남용의 위험 때문에 아직

까지 유전자은행에 관한 법률을 제정하고 있지 않다. 그러나 독일이 유전자은행을 설립하여 통합적으로 유전정보를 관리하고 있지 않을 뿐 영역별 유전정보는 이미 수집, 보관 및 이용이 되고 있다. 먼저 이미 범죄자에 대한 유전자검사가 형사소송절차령에 따라 합법적으로 이루어지고, 그들의 데이터가 연방경찰청에 의해 보관, 이용되고 있다.

1. 형사절차령(StPO)의 규정 및 유전정보 보관

유전자확인을 위해서는 연방법인 DNA-동일성확인법(DNA-Identitätsfeststellungsgesetz)이 존재하였었는데, 이법은 1998년 9월 7일 제정되어 1998년 9월 11일부터 발효되었으나, 2005년 11월 1일 폐지되었다. 이 법상의 규정들이 형사절차령(StPO) 제81g로 편입이 되었다. 형사절차령은 여러 차례의 개정을 거쳐 현행의 모습을 띄게 되었는데 유전자검사의 대상, 범위 등을 확장한 것이 특징이다. 이하 관련 내용을 살펴본다.

가. 제81a조에 따른 혈액 및 신체일부분에 대한 검사

제81a조에서는 혈액 및 신체일부분에 대한 검사를 할 수 있도록 다음과 같은 규정을 두고 있다.⁴⁸⁷⁾ 제1항에서는 피고인(Beschuldigte)의 신체검사는 형사절차를 위해 의미가 있

는 사실의 확정을 위해서 명령(angeordnet)될 수 있다. 이러한 목적을 위해서 의술규칙에 따라 의사에 의해 검사의 목적으로 혈액의 채취와 다른 신체적인 침해들이 실행이 되는데, 이것들이 건강을 위한 단점을 염려할 필요가 없는 것일 경우에는 피의자의 동의 없이 이루어진다. 제2항에 따라 이 명령은 법관에게 유보되는 것인데, 지체가 되면 검사결과에 위험이 생길 수 있는 때에는 검사와 수사관(§ 152 des Gerichtsverfassungsgesetzes)도 명령할 수 있다. 제3항에서는 피고인에게서 채취된 혈액이나 기타 신체부분은 진행중인 형사절차 또는 기타 이것의 기반을 이루는 절차의 목적을 위해서만 이용되어야 한다. 그리고 이를 위해 더 이상 필요하지 않으면 즉시 폐기되어야 한다.

나. 제81e조상 분자유전적인 검사(Molekulargenetische Untersuchungen)

제81e조는 분자유전적인 검사를 규정하고 있다. 제1항에서는 발견된 흔적물질들이 피고인으로부터 또는 부상자로부터 나온 것인지 여부에 대해 출생이나 사실의 확정을 위하여 필요한 경우 제81a조 제1항에 따른 조치들을 통해 취득된

487)

<http://www.bundesrat.de/DE/gremien-konf/fachministerkonf/imk/Sitzungen/10-05-28/anlage12,templateId=raw,property=publicationFile.pdf/anlage12.pdf>

물질에 대하여 분자유전적인 조사가 실행될 수 있다고 하고 있다. 이 때 그 사람의 성별도 역시 밝혀서 결정될 수 있다.

제81f의 규정에 따라 제81e조 제1항의 검사는 당사자의 동의 없이 법원의 명령을 통해서만도 행해질 수 있다. 그러나 지체 시 위험이 있는 경우에는 검사와 수사관(§ 152 des Gerichtsverfassungsgesetzes)도 이에 대한 명령을 할 수 있다. 동의를 하는 사람에게는 무슨 목적으로 채취된 데이터가 사용되는지 설명되어야 한다.

다. 제81g조상의 동일성확보

제81g조는 동일성확보에 대하여 다음과 같이 규정을 하고 있다.

제1항에서는 피고인이 현저히 중요한 범죄행위 또는 성적 자기결정권에 대한 범법행위의 의심을 받는 경우라면, 그에 게서 향후 형사절차에서 동일성확보를 위하여 신체세포가 채취 될 수 있다. 그리고 그 행위의 실행이나 방법 때문에 피고인의 인격이나 기타의 인식들 속에서, 그의 범죄행위로 인해 장차 그에 대한 형사절차에서 중대한 의미(erhebliche Bedeutung)를 가져올 수 있다는 가정을 위한 근거가 존재한다면, DNA-동일성표본(DNA-Identifizierungsmuster)의 확정이나 성의 확정을 위하여 분자유전적인 검사가 행해질 수 있다. 기타 범죄의 재범은 범죄행위의 불법적 내용에서 중대

한 의미와 같이 취급이 된다.

제2항에서는 채취된 신체세포들은 제1항에서 말하는 분자유전적인 검사만을 위해 사용될 수 있고, 이를 위해 그 채취된 신체세포들이 더 이상 필요하지 않게 되면 즉시 폐기되어야 한다고 규정하고 있다. 또한 검사함에 있어서 DNA-동일성표본의 조사를 위하여나, 혹은 법원의 조사를 위하여 필요한 다른 사항의 확정을 위한 검사는 이에 해당하지 않는다. 즉 이를 위한 검사는 허용되지 않는다고 하고 있다.

제3항에서는 신체세포의 채취가 피고인의 서면적인 동의 없이 법원을 통해서만도 이에 대한 명령이 가능하며, 지체시 위험이 있는 경우에는 검사와 수사관(§ 152 des Gerichtsverfassungsgesetzes)도 가능함을 규정하고 있다. 그리고 신체세포에 대한 분자유전적인 검사피고인의 동의 없이 법원을 통해서만 명령되어 질 수 있다. 동의를 하는 사람에게는 무슨 목적으로 채취된 데이터가 사용되는지 설명되어야 한다.

제81f조가 상응하여 유효하다.

법원의 서면 이유 속에서는 개별사안과 관련하여 다음의 사안들이 제시되어야 한다.

첫째, 범죄행위의 중대함(Erheblichkeit)에 대한 판결을 위하여 결정적인 사실,

둘째, 피고인에 대하여 향후의 처벌절차를 이끌어 낼 수 있다는 가정을 위한 그 근거의 근거에 대한 인식,

셋째, 각각의 증대한 상황에 대한 형량.

제4항에서는 당사자가 행위 때문에 법적으로 확정판결을 받았거나, 혹은 첫째, 증명된 혹은 배제할 수 없는 책임무능력(Schuldunfähigkeit), 둘째, 정신병을 근거로 하는 행위무능력(Verhandlungsunfähigkeit), 셋째, 결여되거나 배제할 수 없는 책임능력(Verantwortlichkeit)의 결핍 등으로 판결을 받지 않고 연방중앙등록명부(Bundeszentralregister)에 상응하여 기재하거나 교육명부(Erziehungsregister)에 기재한 것이 아직 삭제되지 않았을 때, 제1항부터 제3항까지의 규정이 상응하여 유효하다고 규정하고 있다.

제5항에 따라 수집된 데이터들은 연방범죄청(Bundeskriminalamt)에 저장이 되고 연방경찰청법(Bundeskriminalamtgesetz)에 따라 사용될 수 있다.

이것은 또한 1. 본조 제1항의 전제하에서 제81e조 제1항에 따라 피고인에게서 수집된 데이터에 대해서도 유효하고, 2. 제81e조 제2항에 따라 수집된 데이터들에 대해서도 유효하다. 이 데이터들은 형사절차, 위협방어, 그리고 국제적인 법률구조의 목적을 위해서만 조사될 수 있다. 2문 각호1의 경우에 있어서 피고인은 지체 없이 그의 데이터 저장에 관하여 통지를 받아야 하고 그가 이에 대하여 법정에서 결정을 받기위해 신청을 할 수 있음을 알려 주어야 한다.

라. 제81h조상 DNA-확인(DNA-Identifizierung)

제81h조에서는 DNA-확인(DNA-Identifizierung)에 관하여 다음과 같은 규정을 두고 있다. 제1항의 규정에 따라 특정한 사실이 생명, 신체의 불훼손, 개인적인 자유, 성적 자기결정권에 대해 행해진 것에 대한 범죄의심을 근거 지운다면, 범인으로 추정되는 특정의 해당 심사특징을 충족시키는 사람들에게 그들의 서면 동의와 함께 ① 신체세포가 채취되고, ② DNA-동일성표본과 성의 확정을 위하여 분자유전적인 검사가 시행되며, ③ 확정된 DNA-동일성표본과 흔적물의 DNA-확인표본이 자동적으로 비교된다. 이것이 흔적물이 그 사람에게서 나온 것 인지 확인을 위하여 필요한 경우에 한하여, 그리고 특히 관련된 사람의 수와의 고려 하에서 그 조치가 행위의 중대성을 위해 관계가 있는 것일 때 한하여 이루어진다.

제2항에서는 제1항의 조치를 위해서는 법원의 명령을 필요로 하며, 이것은 서면으로 이루어져야 한다고 규정하고 있다. 이 조치들은 특정의 심사특징에 의거하여 해당된 사람들을 표시해야 하고 근거를 지울 수 있어야 한다. 당사자의 사전청문은 필요하지 않다. 또한 이 조치가 명령될 수 있다는 법원의 결정은 취소될 수 없다.

제3항에서는 이 조치의 실행을 위해서 제81f조 제2항과 제81g조 제2항이 상응하여 유효하다. 그 조치를 통하여 확정된

DNA-동일성표본에 대한 기록이 범죄의 해명을 위하여 더 이상 필요하지 않게 된 경우에는 그 기록은 지체 없이 삭제되어야 한다. 그 삭제는 문서화해야 한다.

제4항에 따라 해당하는 사람들은 서면으로 이 조치에 대하여 그들의 동의를 받아야만 시행될 수 있음에 대해 고지 받아야 한다. 또한 그들에게는 그 경우에 첫째, 채취된 신체 세포가 전적으로 제1항상의 조사를 위해서 사용되고 더 이상 필요가 없을 때에는 즉시 폐기가 된다는 것과, 둘째, 확정된 DNA-동일성표본은 장래의 형사사건절차에서의 동일성확정을 위하여 연방경찰청에 저장되지 않는다는 점에 대해 알려줘야 한다.

2. 유전자 진단법상 유전정보 보관

유전자 진단법에 따라서도 유전자정보의 보관이 이루어진다. 유전자진단법 제12조 유전자정보의 보관 등에 관련한 규정을 두고 있다. 동조 제1항 1문에서는 유전자 시료와 유전자정보의 보관 및 폐기에 관하여 개인적인 유전자 시료와 정보는 환자동의로 취득하는 한 취득시점부터 10년 동안 보관할 수 있으며, 10년이 경과한 후 또는 당사자의 폐기결정이 있는 후에는 폐기를 하여야 한다고 하고 있다. 제2문은 폐기에 대한 예외로 폐쇄를 규정하고 있다. 즉, “폐기를 통하여 보호가치가 있는 당사자의 이해가 침해되거나 당사자

가 더 장기적인 보관을 서면으로 신청하는 경우 책임의사는 폐기대신 폐쇄를 해야 하며, 제7조 제2항에 따라 이 사실을 수임권자나 시설에 고지해야 한다” 고 하고 있는 것이다. 또한 이 규정이 당사자가 동의를 철회하였으나, 유전자검사의 결과가 그에게 아직 알려지지 않은 경우에도 유효하다고 하고 있다.

Ⅲ. 생체정보은행설치 논의에 대한 독일윤리위원회 (Deutscher Ethikrat)의 입장표명

독일은 유전자은행이 가지는 오남용의 위험 때문에 아직 까지 유전자은행에 관한 법률을 제정하고 있지 않다. 유전자은행설치에 반대하는 입장은 이미 영역별로 유전자 정보가 충분한 기간 동안 보존되고 관리되고 있는데, 이를 하나의 유전자은행에서 통합적으로 관리할 필요성은 적은 반면 유출시의 문제점, 정보의 원칙적 분리보관, 관리라고 하는 개인정보보호원칙 위반, 국가에 의한 개인의 통제, 모든 국민의 잠재적 범죄인화 등의 문제가 발생하기 때문에 생체정보은행법의 제정은 불요하다고 하는 입장이다. 그러나 최근에는 수사용 유전자은행을 제외한 학문적 유전자은행을 위한 법률이 제정되어야 한다는 주장이 강하게 제기되고 있다.

독일 윤리위원회는 2010년 6월 15일에 유전자은행에 대한 그의 입장표명의 책자에서 학문적 연구를 위한 인간생체정

보은행을 위해 법적인 명확한 규정을 요구하였다.⁴⁸⁸⁾ 동 책자에서 독일윤리위원회는 인간생체정보은행법의 제정을 위해 다음과 같은 다섯기둥컨셉(Das fünf Säulen Konzept)을 마련하여 제안하고 있다.⁴⁸⁹⁾

첫째, 생체정보은행비밀(Biobankgeheimnis)

생체정보은행은 학문적 연구를 위한 자원으로써 시료 및 정보의 사용에 있어서 긴밀한 목적구속력이 인정될 수 없다. 또한 정확한 사용목적이나 보관과 이용의 기간에 대한 정확한 사전정보를 공여자에게 제공하는 것도 원칙적으로는 가능하지가 않다. 이것은 전적으로 학문적인 연구와 생체정보은행비밀을 통하여 상호 보충이 되어야 하는 것이다. 즉, 생체정보은행의 비밀은 시료의 채취와 거기에서 도출된 정보의 추출부터 그가 존재하는 전 기간 동안 유지되어야 한다. 또한 생체정보는 전적으로 학문적인 연구를 위해서만 사용될 수 있으며, 실험외의 제3자는 이에 대한 접근이 불가능해야 하며 이는 제3자 사용금지 등을 통해 확보되어야 한다. 무명처리 된 시료와 정보에 대하여 규정에 따른 이용과 이러한 이용에 제한이 된 계속적 사용은 가능하며, 또한 확보되어야 한다. 학문적으로 확인이 가능한 시료나 정보의 계속 사용은 이것이 연구의 목적상 필수적인 것일 경우에만 허용

488) Deutscher Ethikrat, Humanbiobanken für die Forschung, 2010.

489) 이하의 내용은 Deutscher Ethikrat, Humanbiobanken für die Forschung, 2010, 29-51면의 내용임.

된다.

둘째, 허용되는 이용에 대한 확정(Festlegung der zulässigen Nutzung)

생체정보은행에 있는 시료와 정보의 이용에 가장 중요하고 기본이 되는 것은 공여자의 동의이다. 공여자는 자신의 시료와 정보가 시간적으로 기간이 정해진 특정 연구에 사용되는 것인지 시간적으로 특정될 수 없는 특정 연구에 사용되는 것인지에 대하여 명확하고 충분하게 정보제공을 받아야 한다. 또한 공여자는 그의 동의를 철회할 수 있는 기회도 가져야 한다.

셋째, 윤리위원회와의 연계(Einbeziehung von Ethikkommission)

생체정보은행의 비밀이 유효하다면 생체정보를 사용하는 모든 프로젝트에 윤리위원회가 표결할 것을 법률로 예정해 놓을 필요는 없다. 그러나 특정의 경우, 예컨대 특정한 식별이 가능한 생체정보가 생체정보은행으로부터 제공되어 작업이 되어야 하거나 공여자와 재접촉을 시도하는 경우 등에 있어서는 윤리위원회가 표결로 동의할 것을 법률로 예정할 필요가 있다.

넷째, 질의 확보(Qualitätssicherung)

생체정보은행에서 예정이 되어 있는 기술적 · 조직적 조치들은 공여자의 제공물이 은행에 존재하는 전 기간 동안에 걸쳐서 공여자의 권리를 확보 하는 데에 적합해야 한다. 전

과정이 명확하고 투명하며, 또한 정보보호법에 합치하는 법적 정합성도 확보되어야 한다. 이 절차를 확실하게 하기 위해서는 시간상, 목적상 한계가 정해지지 않은 생체정보은행은 시스템적인 사정을 받아야 한다. 이 사정절차와 기간은 법률상 규정이 되어야 한다.

다섯째, 투명성(Transparenz)

시료 및 정보의 취급은 모두 기록이 되어야 한다. 시간상, 목적상 한계가 정해지지 않은 생체정보은행을 위해서 공적인 생체정보은행기록소가 설치되어야 한다. 시간상, 목적상 한계가 정해지지 않은 생체정보은행은 인터넷 포털 등에 누구에게나 항시 공개되는 ① 법적 형식에 대한 진술, 정보보호법상의 책임자, 정보보호수입권자, 담당감독관, ② 생체정보은행의 조직영역에서의 담당에 관한 진술, ③ 더 많은 정보를 얻을 기회와 이러한 때에 상담 파트너, ④ 시료 및 정보의 모집, 사용, 계속사용에 대해 명확하고 일반적으로 이해가 가능한 설명, ⑤ 생체정보은행의 활동에 대하여 일반적으로 이해 가능한 언어로 작성이 된 보고서를 규칙적으로 발간, ⑥ 질의 확보를 위한 조치들에 대한 보고서를 규칙적으로 발간 등과 같은 정보를 가지고 있어야 한다.

IV. 시사점

유전자정보는 한편으로는 그 중요성과 다른 한편으로는

경제적 이용, 정보의 통제, 제3자의 개입 개인의 사생활의 비밀, 개인정보의 자기결정권, 유전자정보의 오남용으로 인한 취업 등의 영역에서의 차별 등 그 오·남용시의 위험성 때문에 통합적인 유전자은행을 설립하여 유전자정보를 채집·보관·관리·활용하는 것은 큰 위험을 안고 있다.⁴⁹⁰⁾ 우리나라는 다양한 법률에서 유전자정보를 수집, 관리, 이용할 수 있도록 규정하고 있다.

생명윤리법상 유전자은행(새법에서는 인체유래물은행)규정이다. 심대한 내용의 유전정보를 담당하게 되는 유전자정보은행을 생명윤리법에서는 대통령령에 따라 설립할 수 있도록 하는 것은 문제가 있다고 생각한다. 만일 유전자은행의 설립이 반드시 필요하다면 이는 국민의 기본권 침해와 밀접한 관련이 있으므로 의회유보원칙에 따라 의회에서 제정한 독립된 법률의 제정이 있어야 할 것이다. 그러나 이러한 유전자정보은행은 개인의 기본권침해와 밀접히 연결되어 있으므로 기본권보장과 침해를 예방하기 위하여 매우 신중할 필요가 있으며, 법의 제정에 앞서 깊은 논의가 전제가 되고, 국민적 합의가 필요한 사항이라고 본다.

주민등록법 제24조에서는 주민등록에 수록되는 사항 중 하나로 지문을 명시하고 있다. 그리고 법령에서는 제36조 제2항의 주민등록발급절차에 따르면 별지서식 30호에 따른 지

490) Deutscher Ethikrat, Humanbiobanken für die Forschung, 2010.

문을 찍어 발급신청서를 제출하도록 하고 있다. 별지서식 30호에서는 열손가락 지문을 찍도록 하고 있다. 여손가락 지문이 찍힌 별지서식은 경찰청에 송부되며, 경찰청은 이를 전산 정보화 하여 보관, 이용하고 있다.

실종아동 등의 보호 및 지원에 관한 법률 제7조의2에서는 실종아동 등의 조기발견을 위한 사전신고증을 발급할 수 있도록 규정하고 있는데, 이 규정에 따라 아동 등의 보호자가 신청하는 경우 지문 및 얼굴 등에 관한 정보를 등록하고 아동 등의 보호자에게 사전신고증을 발급할 수 있으며, 경찰청장은 이 지문정보를 데이터베이스로 구축 운영할 수 있다. 제7조의3은 실종아동 등의 지문등정보의 등록·관리를 규정하고 있는데, 제1항에 따라 경찰청장은 보호시설의 입소자 중 보호자가 확인되지 아니한 아동등으로부터 서면동의를 받아 아동 등의 지문등정보를 등록·관리할 수 있다. 이 경우 해당 아동 등이 미성년자·심신상실자 또는 심신미약자인 때에는 본인 외에 법정대리인의 동의를 받아야 한다. 다만, 심신상실·심신미약 또는 의사무능력 등의 사유로 본인의 동의를 얻을 수 없는 때에는 본인의 동의를 생략할 수 있다. 또한 법제11조에서는 실종아동 등에 대한 유전자검사의 실시를 규정하고 있다. 제1항에 따라 경찰청장은 실종아동 등의 발견을 위하여 1. 보호시설의 입소자나 「정신보건법」 제3조제3호에 따른 정신의료기관의 입원환자 중 보호자가 확인되지 아니한 아동등 2. 실종아동등을 찾고자 하는 가족 3. 그 밖

에 보호시설의 입소자였던 무연고아동의 어느 하나에 해당하는 자로부터 유전자검사대상물(이하 "검사대상물"이라 한다)을 채취할 수 있다. 제2항에서는 유전자검사를 전문으로 하는 기관으로서 대통령령으로 정하는 기관이 유전자검사를 실시하고 그 결과를 데이터베이스로 구축·운영할 수 있다. 그리고 이에 따른 유전정보 데이터베이스를 구축·운영하는 경우 유전정보는 검사기관의 장이, 신상정보는 전문기관의 장이 각각 구분하여 관리하여야 한다(제5항). 제4항에 따라 경찰청장은 제1항에 따라 검사대상물을 채취하려면 미리 검사대상자의 서면동의를 받아야 하고, 이 경우 검사대상자가 미성년자, 심신상실자 또는 심신미약자일 때에는 본인 외에 법정대리인의 동의를 받아야 한다. 다만, 심신상실, 심신미약 또는 의사무능력 등의 사유로 본인의 동의를 받을 수 없을 때에는 본인의 동의를 생략할 수 있다.

2010년 1월 25에 제정되어 동년 7월부터 적용되고 있는 디엔에이신원확인정보의 이용 및 보호에 관한 법률(이하 디엔에이법)은 빈발하는 살인, 강간, 방화 등 강력사건의 범죄수법이 흉포화, 지능화, 연쇄범죄화 됨에 따라 강력범죄를 저지른 사람의 디엔에이신원확인정보를 미리 확보·관리하는 디엔에이 신원확인정보 데이터베이스 제도를 도입하였다. 이를 통해 강력범죄가 발생하였을 때 등록된 디엔에이신원확인정보와의 비교를 통하여 신속히 범인을 특정·검거하고, 무고한 용의자를 수사선상에서 조기에 배제하며, 더 나아가

디엔에이신원확인정보가 등록된 사람의 재범 방지 효과를 제고하려는 것이다. 그러나 디엔에이법은 디엔에이의 채취대상, 디엔에이사무관장, 데이터베이스관리, 삭제 등 법의 전반에 걸친 규정들이 헌법에서 피의자에 대한 무죄추정의 원칙, 수형자의 인권침해뿐만 아니라, 평등권의 침해 문제와 정보의 자기결정권의 침해 등의 문제를 야기하고 있다.⁴⁹¹⁾ 이법은 독일의 형사절차령 제81조를 참조하여 헌법합치적인 방향으로의 전면 개정이 될 필요가 있다고 본다.

제 4 절 배아줄기세포법(Stammzellgesetz)과 배아보호법((Embryonenschutzgesetz)

I. 서론

우리나라와 달리 독일은 각 영역별로 독립적인 법률을 가지고 줄기세포, 위원회, 유전자진단 등에 관하여 규율을 하고 있다. 배아에 관해서는 연구와 보호를 위해 각각 별개의 법으로 규정하고 있다. 그 중 배아연구와 관련하여 인간의 존엄을 보호하고 연구의 자유를 보장하기 위하여 2002년 줄

491) 임지봉, ‘디엔에이신원확인 정보의 이용 및 보호에 관한 법률안’의 위헌성과 기타 문제점과 그 대안, 서강법학, 제11권 제2호(2009), 107면 이하.

기세포법⁴⁹²⁾이 제정되었는데, 이법은 2008년 최후로 개정되었다. 이법은 총 16조로 구성되어 있다. 한편 배아의 보호를 위해서는 배아보호법(Embryonenschutzgesetzes⁴⁹³⁾이 1990년부터 제정되었으며, 이법은 2011년 최종 수정되어 시행 중이다.

우리나라의 현행 생명윤리법은 배아의 보호와 연구에 관해 모두 규정하고 있다. 배아와 관련한 주요내용은 다음과 같다. 인간복제는 금지되며, 이종간의 착상 등이 금지된다. 배아생성의료기관은 보건복지부의 지정을 받아야 하며, 누구든지 임신외의 목적으로 배아를 생성해서는 안 되며, 금전, 재산상의 이익이나 그 밖의 반대급부를 조건으로 배아나 정자를 제공 또는 이용하거나 이를 유인, 알선해서는 안 된다. 배아를 생성하기 위해 난자나 정자제공자에게 서면동의를 받아야 하고 장애인의 경우는 그 특성에 맞게 동의를 구하여야 한다. 배아 보존기간은 5년이며, 동의권자가 그 미만으로 정하는 경우, 그를 보존기간으로 한다. 예외적으로 항

492) Gesetz zur Sicherstellung des Embryonenschutzes im Zusammenhang mit Einfuhr und Verwendung menschlicher embryonaler Stammzellen (Stammzellgesetz - StZG), Ausfertigungsdatum: 28.06.2002, Zuletzt geändert durch Art. 1 G v. 14.8.2008 I 1708.

493) Gesetz zum Schutz von Embryonen (Embryonenschutzgesetz - ESchG) "Embryonenschutzgesetz vom 13. Dezember 1990 (BGBl. I S. 2746), das zuletzt durch Artikel 1 des Gesetzes vom 21. November 2011 (BGBl. I S. 2228) geändert worden ist", in: <http://www.gesetze-im-internet.de/eschg/BJNR027460990.html>

암치료 등 보건복지부령으로 정하는 경우에는 보존기간을 5년 이상으로 할 수 있다. 보존기간이 끝난 배아는 폐기해야 한다.

보존기간이 지난 잔여배아는 발생학적으로 원시선이 나타나기 전까지만 체외에서 ① 난임치료법 및 피임기술의 개발을 위한 연구 ② 근이영양증, 그 밖에 대통령령으로 정하는 희귀·난치병의 치료를 위한 연구 ③ 그 밖에 국가위원회의 심의를 거쳐 대통령령으로 정하는 연구를 목적으로 이용될 수 있다.

배아줄기세포주를 수리하거나 수입한 자는 보건복지부장관에 등록하여야 한다. 배아줄기세포주는 ① 질병의 진단·예방 또는 치료를 위한 연구 ② 줄기세포의 특성 및 분화에 관한 기초연구 ③ 그 밖에 국가위원회의 심의를 거쳐 대통령령으로 정하는 연구목적으로만 이용될 수 있다.

이 글에서는 독일의 체세포법의 내용을 살펴보고 우리 생명윤리법을 위한 시사점을 도출하고자 한다.

II. 줄기세포법 주요내용

1. 법의 목적과 적용범위

제1항에서 밝히고 있는 법의 목적은 국가의 의무의 관점에서 인권과 인간존엄을 존중하고 보호하며, 연구의 자유를

보장하기 위하여 첫째, 배아줄기세포(embryonaler Stammzellen)의 수입과 이용이 원칙적으로 금지되며, 둘째, 독일에서 부터 배아줄기세포를 획득(Gewinnung)하거나, 또는 배아줄기세포의 획득을 위하여 배아의 생산을 하도록 하는 것을 금지하고, 셋째, 연구목적을 위하여 예외적으로 배아줄기세포의 수입과 이용이 허용되는 전제조건들을 확정하기 위한 것이다.

이 법은 배아줄기세포의 수입과 자국 안에 존재하는 배아줄기세포의 사용을 위해 유효하다.

2. 개념규정

이법에서의 개념들은 다음과 같이 규정된다.

첫째, 줄기세포(Stammzellen)는 다음과 같은 능력을 가진 사람의 모든 세포인데, 즉, 줄기세포는 상응하는 환경에서 스스로 세포분열을 통해 증식하는 능력을 가졌고, 그 스스로 또는 그의 줄기세포주(Tochterzellen)가 적합한 조건 하에서 상이한 특성의 세포로 발전할 수 있지만(Pluripotente Stammzelle, 다변잠재성의 체세포), 그러나 사람으로까지 발전되지는 않는다.

둘째, 배아줄기세포는 배아에서 도출된 모든 것인데, 즉, 배아줄기세포는 체외에서 생산되고 임신의 성립을 위해 사용되지 않았거나, 한 여성의 자궁에서 그것이 착상하기 이전

에 여성으로부터 꺼내져서 획득된 다변잠재성의 줄기세포 (Pluripotente Stammzelle)이다,

셋째, 배아줄기세포주(embryonaler Stammzell-Linien)는 배양할 수 있고, 그와 결합하여 냉동보존(kryokonserviert)되어 보관될 수 있는 모든 배아줄기세포이다.

넷째, 배아는 이미 모든 인간적인 전지(totipotente)세포⁴⁹⁴⁾인데, 이것은 이를 위해 필요한 더 이상의 전제조건들이 있는 경우에 분열을 하고 한 개인으로 발전할 수 있다.

수입은 배아줄기세포를 이법의 적용 영역으로 가져오는 것이다.

3. 배아줄기세포의 수입과 이용

제4조의 제1항은 배아줄기세포의 수입과 사용을 금지한다. 제2항에서는 제1항에서 벗어나서 이법 제6항상의 전제 조건을 충족시키면 다음과 같은 두 가지의 경우에 연구목적을 위해 배아줄기세포의 수입과 이용이 허용된다고 하고 있다.

첫째, 허가관청을 설득시키기 위하여 다음과 같은 사항이 확실해야 한다.

① 배아줄기세포가 생산국의 법적 상태에 부합하여 그곳에

494) In der Zellbiologie werden Zellen dann als totipotent bezeichnet, wenn sie in geeigneter Umgebung (Gebärmutter) noch zu kompletten Individuen heranwachsen können, in: <http://de.wikipedia.org/wiki/Totipotenz>

서 2007년 5월 7일 이전에 획득된 것이고 배양상태에 있거나 그와 결부하여 냉동보존이 되어 보관되었다(배아줄기세포주).

② 배아줄기세포가 얻어진 배아들은 임신을 시키기 위하여 의학적으로 지원된 체외수정의 과정에서 생산된 것이고, 최종적으로 이러한 목적으로 더 이상 사용되지 않게 되었고, 이것이 배아 자체에 놓여있는 어떤 원인에서 나온 것이라는 어떠한 단초도 없다.

③ 줄기세포획득을 위한 배아제공을 위하여 어떠한 금전이나 그 밖의 금전적 가치가 있는 이득이 보장되거나 약속되지 않았다.

둘째, 배아줄기세포의 수입 또는 사용이 특히 배아보호법(Embryonenschutzgesetz)의 규정과 같은 기타의 법규에 반하지 않아야 한다.

제3항에서는 배아줄기세포가 명백하게 독일 법령의 지주가 되는 원칙들에 위반하여 취득된 경우에는 허가가 거부된다고 하고 있다. 그러나 줄기세포가 인간배아로부터 획득되었다는 것은 이러한 거부의 근거가 될 수가 없다.

4. 배아줄기세포에 대한 연구

제5조에 따라 배아줄기세포연구는 다음과 같은 학문적 이윤이 설치된 때에만 시행될 수 있다.

첫째, 이것이 기반연구(Grundlageforschung)의 범주 내에서 학문적인 인식의 획득을 위한, 또는 인간에 적용을 위한 유전적 진단의 예견적 또는 치료적 절차에 있어서 의학적인 인식의 확장을 위한 고도의 연구목적에 이바지 한다.

둘째, 인정된 학문과 기술의 수준에 따라 ① 연구계획에서 예정된 문제제기들이 가능하다면 이미 먼저 동물의 세포를 가지고 시험관 실험 모델(in-vitro-Modell) 속에서, 또는 동물실험에서 사전에 해명이 되었고, ② 연구계획에서 추구하는 학문적 인식획득이 단지 배아줄기세포를 통해서 달성될 수 있다는 것이 예측된다.

5. 중앙윤리위원회(zentrale Ethik-kommission)

제8조 제1항의 규정에 따라 줄기세포연구를 위해 중앙윤리위원회가 구성된다. 담당관청⁴⁹⁵⁾에 학제간 구성되고 독립

495) § 7 Zuständige Behörde

- (1) Zuständige Behörde ist eine durch Rechtsverordnung des Bundesministeriums für Gesundheit zu bestimmende Behörde aus seinem Geschäftsbereich. Sie führt die ihr nach diesem Gesetz übertragenen Aufgaben als Verwaltungsaufgaben des Bundes durch und untersteht der Fachaufsicht des Bundesministeriums für Gesundheit.
- (2) Für Amtshandlungen nach diesem Gesetz sind Kosten (Gebühren und Auslagen) zu erheben. Das Verwaltungskostengesetz findet Anwendung. Von der Zahlung von Gebühren sind außer den in § 8 Abs. 1 des Verwaltungskostengesetzes bezeichneten Rechtsträgern die als gemeinnützig anerkannten

적인 중앙윤리위원회가 줄기세포연구를 위하여 설치된다. 생물학, 윤리학, 의학, 신학 분야의 9명의 전문가인 위원으로 이루어진다. 4인은 윤리학과 신학에서, 그리고 5인은 생물학과 의학에서의 전문가이다. 위원중에서 의장과 대변인을 선출한다. 제2항의 규정에 따라 줄기세포연구를 위한 중앙 윤리위원회 위원들은 연방정부에 의하여 3년의 임기로 임명된다. 재임은 허용된다. 각 위원마다 원칙으로 한명의 대리인적 위원이 주어진다. 제3항에 따라 위원과 대리인적 위원은 독립적이고 지시에 따르지 않으며, 이들은 비밀엄수의무를 진다. 제4항의 규정에 따라 연방정부는 줄기세포연구를 위한 중앙윤리위원회의 임명, 절차, 외부 전문가의 동원, 담당관청과의 협동, 기한 등에 관하여 법령을 통해 규율할 권한을 가진다.

Forschungseinrichtungen befreit.

- (3) Das Bundesministerium für Gesundheit wird ermächtigt, im Einvernehmen mit dem Bundesministerium für Bildung und Forschung durch Rechtsverordnung die gebührenpflichtigen Tatbestände zu bestimmen und dabei feste Sätze oder Rahmensätze vorzusehen. Dabei ist die Bedeutung, der wirtschaftliche Wert oder der sonstige Nutzen für die Gebührenschuldner angemessen zu berücksichtigen. In der Rechtsverordnung kann bestimmt werden, dass eine Gebühr auch für eine Amtshandlung erhoben werden kann, die nicht zu Ende geführt worden ist, wenn die Gründe hierfür von demjenigen zu vertreten sind, der die Amtshandlung veranlasst hat.
- (4) Die bei der Erfüllung von Auskunftspflichten im Rahmen des Genehmigungsverfahrens entstehenden eigenen Aufwendungen des Antragstellers sind nicht zu erstatten.

줄기세포연구를 위한 중앙 윤리위원회는 제9조의 규정에 따라 제출된 서류가 제5조의 전제조건들을 충족하였는지, 그리고 연구계획이 윤리적으로 타당한 것인지 여부를 조사하고 평가한다.

III. 배아보호법(Embryonenschutzgesetz)

이법은 배아의 존엄을 보호하기 위하여 생식기술의 오남용과 배아의 불법적 사용에 대하여 다양한 금지 및 처벌규정을 두고 있다.

제1조는 생식기술의 불법적인 적용(Missbräuchliche Anwendung)에 대한 규정으로 제1항에 따라 다음과 같은 경우 3년 이하의 자유형이나 벌금에 처해진다.

첫째, 여성에게 다른 수정되지 않은 난자를 이식(übertragen)하는 것.

둘째, 난자를 난자가 생성된 여성의 임신을 위하여 유도하는 것 외에 다른 목적을 위해 인위적으로 수정하려고 시행하는 것.

셋째, 한 주기 내에 세 개 이상의 배아를 한 여성에게 이식하는 것.

넷째, 자궁내 생식세포이식(intratubaren Gametentransfer)을 통하여 한 주기 내에 세 개 이상의 난자를 수정하려고 하는 것.

다섯째, 한 여성에게 한 주기 내에 이식되어야 하는 것 이상의 난자를 이식하려고 하는 것.

여섯째, 다른 여성에게 배아를 이식시키거나, 혹은 그 유지에 도움이 되지 않는 목적에 사용하기 위하여 어느 한 여성에게로 부터 그녀의 자궁 속에서 배아가 착상하기 이전에 이를 제거하는 것.

일곱째, 그녀의 아이를 출생 후 제3자에게 넘겨주려고 하는 여성(대리모 Ersatzmutter)에게 있어서, 인공임신을 시행하거나 그녀에게 인간의 배아를 이식하는 것.

제 2항에 따라 난자를 생성한 한 여성의 임신을 시키려고 실행하는 것이 아니고, 한 인간의 정자세포를 한 사람의 난자에 주입하려고 인위적으로 집어넣거나, 한 인간의 정자세포를 한 인간의 난자세포 속으로 인위적으로 가져오는 것도 역시 처벌된다.

제1항의 각호 1, 2, 6의 경우 난자나 배아를 생산한 여성 및 난자나 배아가 이식되어야 하는 여성, 그리고 각호 7의 경우 대리모와 그 아이를 장기적으로 자신이 받으려고 하는 사람의 경우는 제3항에 따라 처벌이 되지 않는다.

제2조에서는 인간배아의 불법적 사용에 대한 3년 이하의 자유형과 벌금을 규정하며, 그의 시도도 역시 처벌될 수 있음을 규정하고 있다. 제3조에 따라 성별선택이 금지된다. 제 3a조는 착상전진단과 법령제정을 위한 위임에 관한 규정이다. 제6조에 따라 복제가 금지된다. 그리고 제7조에서는 이

종교배를 금지하고 있다.

제9조에서는 의사유보를 규정하고 있다. 즉, ① 인공임신, ② 착상전진단, ③ 인간배아를 여성에게 이식, ④ 인간배아의 보존 및 인간의 정자세포가 들어간 인간의 난자 또는 인공적으로 인간정자가 삽입이 된 난자의 보존은 의사만이 할 수 있다는 것이다.

제11조에서는 제9조상의 의사유보규정을 어겼을 때의 처벌에 관한 규정이다. 착상전진단에 대한 의사유보규정을 위반한 경우, 인공수정에 대한 의사유보규정을 위반한 경우, 그리고 인간배아의 여성에게로의 이식에 대한 의사유보를 위반한 경우는 3년 이하의 자유형이나 벌금형에 처한다. 인공수정의 경우에 있어서 인공수정(insemination)을 시술받는 여성과 그의 정자가 인공수정(insemination)에 사용되는 남성은 처벌되지 않는다. 그리고 제12조의 규정에 따라 제9조의 의사유보 중 인간배아의 보존 및 인간의 정자 세포가 들어간 인간의 난자 또는 인공적으로 인간정자가 삽입이 된 난자의 보존에 관한 의사유보 규정을 위반하여 이러한 행위를 한 의사 아닌 자는 2천5백유로까지 과태료(Bussgeld)에 처해질 수 있다.

IV. 시사점

우리나라의 경우 생명윤리법에서 배아의 연구와 보호를

같이 하고 있는 것과 달리 독일은 배아의 연구를 위해서는 줄기세포법에서 규율을 하고 배아의 보호를 위한 배아보호법을 통하여 각각 규율하고 있다. 먼저 독일의 배아보호법을 보면 우리의 생명윤리법에서는 규정을 하고 있지 않는 의사유보 및 이의 위반 시 처벌에 관하여 매우 자세한 규정을 두고 있음이 주목을 끈다. 이는 배아의 존엄성과 배아의 생성, 시술 등과 관련되어 있는 남성과 여성의 생명 안전과도 깊은 관련이 있는 사항이므로 우리의 생명윤리법에서도 이러한 의사유보규정을 두는 것이 바람직하다고 본다. 또한 독일의 배아보호법에서는 허용되지 않는 생식기술의 오남용에 관하여 이에 대한 처벌과 함께 매우 자세히 규정하고 있다. 과학기술의 진전과 더불어 새로운 생식기술의 발달도 눈부시게 일어나고 있는 현실을 볼 때, 독일의 법에서와 같이 구체적으로 금지되는 행위를 열거하여 주는 입법방식도 연구될 필요가 있다고 생각한다.

독일의 줄기세포법은 그 기본적인 태도가 배아의 생성을 독일 내에서 금지하고 매우 엄격한 연구목적만을 위해서만 수입과 그 사용이 허용이 되고 있으며, 연구계획서에 대하여 독립적인 중앙윤리위원회 심사를 받게 하고 있는 점이 특징이다. 우리의 생명윤리법은 원칙적으로 배아생성과 광범위한 연구의 허용, 획득된 인체유래물의 저장을 위한 은행의 설립 등을 골자로 하고 있다. 이는 우리의 입법자들과 독일의 입법자들이 서로 다른 관점에서 형성의 여지 내에서 법을 제

정하고, 그에 따라 법의 시행이 상이할 수 밖에 없음을 나타내고 있다. 다만 우리의 생명윤리법상 배아와 인체유래물에 관한 내용 중 특히 유전정보의 보호와 동의부분은 독일법의 예에 따라 좀 더 엄격하고 구체적으로 규정이 될 필요가 있다고 생각한다.

제 5 장 프랑스의 생명윤리 관련 법제

제 1 절 프랑스 법 고찰의 필요성

오늘날 과학은 급속한 발전을 하였지만 진보된 과학기술을 활용함에 있어서 발생될 수 있는 위험으로 인해 또 다른 문제가 생겨나고 있다. 특히, 생명공학분야의 연구는 인간의 생명이 다른 인간을 위해서, 혹은 공공의 이름을 내세워 공공을 위해서 오로지 이용되기 위한 수단으로 취급될 가능성이 있다. 유전형질에 관한 조사, 인체 일부분의 이용 및 장기이식, 인간에 대한 실험 등과 같이 의학적 혁신에 관련된 사회적·윤리적 문제들이 인간생명의 시작 및 죽음의 존중, 인체 완전성의 보호, 인간의 존엄성 등에 관련된 새로운 문제점들로 프랑스에서 제기되고 있는 생명윤리에 관련된 사항들이다. 따라서 생명과학기술에서 윤리적인 문제에 대한 논의가 필요하게 되었고 인간의 생명, 신체가 생명과학기술을 위한 수단으로 전락하는 것을 방지함으로써 인간의 존엄과 가치를 구현하고, 이와 같은 인식을 전제로 인간의 건강과 삶의 질을 향상시켜 법률은 의학과 과학의 진보를 촉진시키면서 어떻게 기본적인 윤리원칙을 존중할 수 있도록 규정되어야 하는 것이 논의되고 있는 것이다.

생명윤리에 관한 법은 의학적·과학적 지식의 진화에 따라

즉각적인 변화에 맞춰 진보하였고 금지된 행위 및 허가된 행위의 영역의 범위를 정하는 것이 주요 목적이다. 이러한 생명윤리에 관한 법은 인간의 권리의 본질적인 요소의 개념을 기반으로 하는 민법의 분과이기도 하며, 형법의 일부를 구성하기도 한다. 또한 경찰법(Droit de la police) 뿐만 아니라 보건에 관한 공공서비스를 규율하는 법(Droit du service public sanitaire)으로서 특별 행정법의 대상이라는 점에서 전공분야를 통섭하는 법이라는 성격을 함께 가진다. 하지만 무엇보다도 생명과 인간에 대한 존엄과 보호는 최상위 규범인 헌법적 평가와 가치판단과 조화를 잃어서는 안 될 것이다. 그렇다면 생명과학에 관한 입법자의 결정에 대해 헌법재판관들이 어떤 입장과 판단기준을 제시하는가 하는 점은 매우 중요하면서도 쉽지 않은 작업이라 할 것이다. 따라서 이에 대한 각국 헌법재판의 사례와 입법에 대한 비교법적 검토는 어느 사례의 경우에 비해 더 중요하고 절실함이 요구되며, 특히 인권에 대한 인식과 인간의 존엄에 대한 인식이 각별한 프랑스의 생명과학 법제와 실제에 대한 연구는 그 참조의 필요성이 더욱 강하다고 볼 것이다.

제 2 절 프랑스 생명윤리 관련 법제

현재 프랑스에서의 생명윤리와 관련된 법으로는 1994년에 7월 1일과 29일 제정된 3개의 법률과 2004년 8월 6일 생명윤리에 관한 법률(Loi n°2004-800 du 6 août 2004 relative à la bioéthique)⁴⁹⁶⁾ 및 2011년 7월 7일 생명윤리에 관한 법률(Loi n° 2011-814 du 7 juillet 2011 relative à la bioéthique)⁴⁹⁷⁾이다. 위 5개의 법률은 공중보건법전(Code de la santé publique)안에 편입되었고 각각의 법률의 개요는 아래와 같다. 먼저, 1994년 7월 1일 법률 제94-548호(Loi n°94-548 du 1^{er} juillet 1994)⁴⁹⁸⁾의 경우 건강(보건) 연구에 사용되는 기명정보(Données nominatives)의 특별한 취급에 관한 근거를 마련하기 위해 이른바 개인정보보호법으로 알려진 1978년 1월 6일 정보, 파일 및 자유에 관한 법(Loi n°78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés)을 개정하는 것을 내용으로 한다.

다음으로, 1994년 7월 29일 같은 날 통과된 ‘인체의 존중에 관한 법률(Loi n°94-653 du 29 juillet 1994 relative au respect du corps humain)’⁴⁹⁹⁾ 그리고 ‘인체유래물의 이용과 기증 및 인공수정과 출산 전 검사에 관한 법률(Loi

496) 이하에서는 2004년 1차 생명윤리법으로 칭하기로 한다.

497) 이하에서는 2011년 2차 생명윤리법으로 칭하기로 한다.

498) 이하에서는 법률 제94-548호로 칭하기로 한다.

499) 이하에서는 법률 제94-653호로 칭하기로 한다.

n°94-654 du 29 juillet 1994 relative au don et à l'utilisation des éléments et produits du corps humain, à l'assistance médicale à la procréation et au diagnostic prénatal)⁵⁰⁰)이 있다. 이러한 7월 29일에 제정된 두 법률은 유전자 검사(Test génétique) 및 생식보조(Procréation assistée) 분야와 수집 및 이식의 영역에서의 의학적 실행(Pratiques médicales)을 규제하는 것을 내용으로 한다. 특히, '인체유래물의 이용과 기증 및 인공수정과 출산 전 검사에 관한' 법률 제94-654호는 의회과학기술정책선택평가처(Office parlementaire d'évaluation des choix scientifiques et technologiques: OPECST)에 의한 법안실행의 평가와 법률의 시행 후 최대 5년 이내에 의회에 의해 재검토 대상이 된다는 점에서 다른 법과의 차이가 있다⁵⁰¹). 그러나 이러한 평가와 검토는 날로 발전하는 과학의 속도를 법률이 뒤쫓아가지 못하여 결국, 10년이 지난 2004년 8월 6일 '생명윤리에 관한 법'으로 명하여진 법률에 의해 뒤늦게 실행되었다.

마지막으로, 이른바 생명윤리법으로 알려진 2004년 제1차 생명윤리법은 2011년에 동일 명칭의 제2차 생명윤리법(Loi n°2011-814 du 7 juillet 2011 relative à la bioéthique)으로 논의 및 토론이 이루어져 통과되었다. 2011년 법은 임신중절에 관한 1975년 1월 17일 법⁵⁰²)의 경우처럼 법률안에서 의

500) 이하에서는 법률 제94-654호로 칭하기로 한다.

501) 법률 제94-654호 제21조, JO, 30 juillet 1994, p.11060.

회에 의한 재검토의 기간(7년)을 정하였다.

위에서 개략적으로 소개한 프랑스 생명과학 및 윤리에 관한 법제상의 연혁을 통해 알 수 있는 점은 다음과 같다. 먼저, 프랑스 입법자는 의학적으로 미발표된 임상실험 뿐만 아니라 의학 연구 상황에서 개인의 신체 및 개인정보의 보호를 보장해주기 위한 노력을 하였음을 알 수 있다. 다음으로, 법률을 통하여 의학적 실행 및 과학적 지식의 진보에 조화롭게 맞춰나 갈 수 있는 방법들을 제시하였다. 특히 생명윤리 분야는 시대상황의 변화에 따라 우리의 윤리의식 및 법의식의 전환을 가져올 뿐만 아니라 생명기술의 발전에 적응해 나가기 위하여 추후 개정작업의 의무를 입법자 자신에게 부과하였다는 점을 들 수 있을 것이다. 이하에서는 전기한 프랑스의 생명윤리에 관한 법률에 나타난 특기사항에 대하여 살펴보기로 한다.

I. 1994년 7월 1일 법률 제94-548호 - 인간의 신체와 관련된 개인정보 보호의 강화

건강, 의료분야에서의 개인정보를 보호하는 것은 중요한 과제이다. 이에 관한 법률로서 ‘건강 보건영역에서 기명정보

502) Loi n°75-17 du 17 janvier 1975 relative à l'interruption volontaire de grossesse(IVG), *JO*, 18 janvier 1975, p.739, 동 법률은 프랑스에서 최초로 법률의 재검토 기간을 명시한 법률이다.

의 취급에 관한 법률'은 1978년 1월 6일 정보, 파일 및 자유에 관한 법 제5장에 삽입되어 연구에 관련된 사람들의 정보 보호를 강화한 것이 특색이다. 즉 보건영역의 연구목적을 위한 기명 데이터들의 자동처리는 동 법의 적용을 받게 되었고 환자 개인적인 치료 혹은 의학적인 목적의 데이터 취급은 적용되지 않도록 하였으며,⁵⁰³⁾ 데이터 처리 시행에 관한 각각의 요청을 위하여 보건영역의 연구에 관한 정보의 처리에 대한 자문 위원회(Comité consultatif sur le traitement de l'information en matière de recherche dans le domaine de la santé)⁵⁰⁴⁾가 연구 담당장관(Ministre chargé de la recherche) 산하에 구성되었다.

자문위원회는 보건, 역학(疫學), 유전학 및 바이오통계학의 연구에 관한 전문가들로 구성되며, 동 법의 조항들의 견지에서 연구의 방법에 관한 의견을 제시한다.

자문위원회는 신청인의 요구에 그들의 의견을 전달할 시간으로 1개월을 가지며 긴급한 경우에는 15일까지 감소될 수도 있다. 데이터 처리의 시행은 정보자유국가위원회(Commission nationale de l'informatique et des libertés : CNIL)⁵⁰⁵⁾의 허가를 받아야 하고, 의사표시의 표명을 위해서 신청인에 의한 제소로부터 2개월의 기간 동안 한번 갱신이

503) 법률 제78-17호 제40-1조 삽입.

504) 이하에서는 자문위원회로 줄여 말하기로 한다.

505) 이하에서는 CNIL로 줄여 말하기로 한다.

가능하다. 위 기간 내에 결정이 없으면, 데이터의 처리는 허가된다.⁵⁰⁶⁾ 위 정보자유국가위원회(CNIL)은 프랑스에서 개인정보보호를 수행하는 가장 중심적 위원회이다.⁵⁰⁷⁾

한편, 직업적인 비밀에 관한 규정에도 불구하고, 보건에 관한 전문 구성원들은 법 제40-1조(보건영역의 연구목적)에서 허용하는 자동화된 데이터 처리의 테두리 내에서 기명정보를 전송할 수 있으며, 이러한 데이터가 개인의 식별을 허용할 때에는 데이터 전송 전에 암호화되어야 한다. 그럼에도 불구하고 데이터의 처리가 약물부작용감시의 연구 혹은 국가 및 국제공동연구의 맥락에서 실현되는 연구협정에 관련되는 경우 및 연구의 특수성으로 인하여 이러한 전송은 예외가 될 수 있다. 허가의 요청은 예외의 과학적, 기술적 증명을 내포하며, 보건영역 연구에 관한 정보의 취급을 위해서 자문위원회의 의견을 들은 후에 CNIL의 정당한 이유 있는 허가를 제외하고는 전송된 데이터는 연구의 필요한 기간을 넘어서 기명형태로 보존될 수 있다. 데이터 처리결과의 발표는 어떠한 상황에서도 관련된 사람의 간접적 혹은 직접적인 식별화(Identification)를 허용할 수 없다.⁵⁰⁸⁾

모든 사람들은 법 제40-1조에서 처리되는 개인정보에 대

506) 법률 제78-17호 제40-2조 삽입.

507) 이 프랑스의 CNIL에 대한 자세한 것은, 정재황, 프랑스법에서의 개인정보의 보호에 관한 연구, 공법연구, 제34집 제4호, 제1권, 2006, 275면 이하 참조

508) 법률 제78-17호 제40-3조 삽입.

해서 이의를 제기할 수 있으며, 신원을 확인하는 생물학적인 채취의 수집이 필요한 연구의 경우에는 관련된 사람의 명백하고 분명한 동의를 데이터 처리 시행 이전에 얻어야 한다. 그리고 사망한 자와 관련된 정보는 그가 살아있을 때 서면으로 거절을 표명한 경우를 제외하고는 사망 원인 증명서에 나타나는 것을 포함하여 데이터 처리의 목적으로 할 수 있다.⁵⁰⁹⁾

II. 1994년 7월 29일 법률 제94-653호 - 인체의 존중

1994년에 제정된 두 가지 법률 중 법률 제94-653호의 경우 인간 신체의 존중에 관한 법률의 제호처럼 인간존엄성의 보호(Sauvegarde de la dignité de la personne humaine)를 보장하고 우생학적 위험을 줄이기 위해 이식조치 이전의 사전진단에 대한 엄격한 제한을 특징으로 한다. 한편, 동 법의 조항들은 민법 제16조⁵¹⁰⁾에서 16-9조⁵¹¹⁾에 생명의학 실험

509) 법률 제78-17호 제40-4조 삽입.

510) 이 법률은 인간의 우월성을 보장하고 그 존엄에 대한 모든 침해를 금지하며, 아울러 그 생명의 시작부터(dès le commencement de sa vie) 존중할 것을 보장한다.”(법률 제94-653호 제2조)

511) 제3절 인간의 특성에 관한 유전자 검사 및 유전자형에 의한 개인의 신분 확인

제16조의 1

사람은 누구나 자기의 인체를 존중받을 권리를 가지고 있다. 인체는 불가침이다. 인체, 그 구성 요소와 산출물은 재산권의 대상이 되지 아니한다.

제16조의 2

규정에 관한 인체존중의 기본원칙들을 규정하면서 삽입되기도 하였다. 인간의 특성에 관한 유전자 검사는 의학적 목적 또는 과학적 연구 목적 이외에는 착수해서는 아니되고 본인의 승낙은 연구의 실시 전에 얻어야 하며(민법 제16조의

판사는 인체에 대한 불법한 침해 또는 인체의 구성 요소 내지 산출물에 대한 불법 행위를 방지하거나 중지시킬 적절한 조치를 명할 수 있다.

제16조의 3

사람의 치료에 필요한 경우를 제외하고는 인체의 완전성을 침해할 수 없다. 당사자의 건강 상태상 의료 처치가 필요하며 그 처치에 당사자가 동의할 수 없는 경우를 제외하고는 사전에 당사자의 동의를 얻어야만 한다.

제16조의 4

누구도 사람의 종의 완전성을 침해할 수 없다. 사람의 선별의 조직화를 목적으로 하는 모든 우생학상의 행위는 이를 금지한다. 유전성의 질병 예방 내지 치료를 목적으로 하는 연구는 별도로 하고 사람의 자손을 변질시키기 위한 유전 형질의 어떠한 재생산도 행해져서는 아니 된다.

제16조의 5

인체, 그 구성 요소 또는 그 산출물에 재산적 가치를 부여하는 효과를 발생하는 계약은 무효이다.

제16조의 6

자기 자신에 대한 인체 실험, 자기의 인체의 구성요소를 적출하거나 자기의 산출물의 채취에 동의한 자에 대해서는 어떠한 보수도 지불하지 않는다.

제16조의 7

타인을 위한 생식 또는 임신을 목적으로 한 계약은 모두 무효이다.

제16조의 8

자기의 인체의 구성 요소 또는 산출물을 기증한 자 및 그 이식 대상자를 동시에 특정할 수 있게 하는 어떠한 정보도 누설되어서는 아니 된다. 기증자는 수령자의 신원을 알 수 없어야 하고, 이식 대상자는 기증자의 신원을 알 수 없어야 한다.

제16조의 9

이 장의 규정은 공서(公序)에 관한 규정으로 한다.

10), 유전자형에 의한 개인의 신분 확인은 긴급한 조사나 심리의 범위 내에서 또는 의학적 목적이나 과학적 연구의 목적을 제외하고는 조사할 수 없다. 민사에 관한 사항에서 전항의 신분 확인은 친자 관계의 증명이나 이의 또는 미인지자 원조금의 취득이나 폐지에 관한 소송을 담당하고 있는 재판관이 명하여 증거 조사 조치의 실시를 위한 경우를 제외하고는 조사해서는 아니 된다(민법 제16조의 11). 국무원의 심의를 거쳐 명령으로 정해진 요건에 따른 인가를 받은 자만이 유전자형에 의한 개인의 신분 확인을 행할 수 있으며 이에 관련된 자는 사법 절차에 따라 감정인 명부에 등록해야 한다(민법 제16조 12). 동법 제9조에는 형법 제5부에 4 절로 구성된 생명의학윤리에 관한 죄를 삽입한다는 규정을 두고 있다. 그 내용을 살펴보면 인간선별의 조직화를 목적으로 하는 우생학적 처치를 하는 행위는 20년 이하의 징역에 처하고(형법 제151조의1), 또한 검사, 연구 또는 실험의 목적으로 사람의 배아를 체외에서 조작하는 행위를 금지하며(공중보건법 제L 152조의 8)을 됴으로써 생식적 복제의 과정 중에서 핵치환 복제기술에 의한 배아생산-복제배아의 착상-개체탄생의 첫 번째 단계를 원천적으로 금지하고 있다고 해석할 수 있다. 또한 어떠한 형태로든 대가를 받고 인간의 배아를 취득하는 행위는 7년의 금고 또는 100,000 유로의 벌금에 처하며, 어떠한 형태이든 대가를 받고 인간의 배아를 취득하는 것을 용이하도록 하기 위하여 주선하는 행위 또는

인간의 배아를 유상으로 제3자에게 주는 행위도 동일하게 처벌함으로써(형법 제511조의 18) 그 규정의 해석상으로 치료적 복제의 형태로 복제배아를 생산하는 것도 포함하여 금지하고 있다. 그리고 배아를 제공한 남녀 및 그것을 수령한 남녀를 한 번에 특정할 수 있는 기명 정보를 누설하는 행위는 2년의 금고 및 45,000유로에 처한다(형법 제511조의 23). 생식을 위하여 제3자인 제공자의 관여가 필요한 의학적 보조를 구하는 부부는 비밀이 유지되는 것을 조건으로 당해 부부의 친자 관계에 관한 행위의 결과를 당해 부부에게 고지하는 판사나 공증인에게 사전에 승낙을 얻어야 한다. 의학적으로 보조된 생식에 관한 승낙이 있는 경우의 자나 의학적으로 보조된 생식에 따라 출생한 것이 아니거나 승낙이 효력을 잃었다고 주장하는 경우를 제외하고 친자 관계 부존재 확인의 소 또는 지위 확인의 소는 모두 금지된다. 승낙은 의학적으로 보조된 생식의 실행 전에 사망, 이혼, 별거 청구의 제출 또는 공동생활을 종료하는 경우에는 효력을 잃는다. 또 승낙은 전항의 부부의 일방이 그 보조 기술을 담당하는 의사에 대하여 의학적으로 보조된 생식의 실행 전에 서면으로 철회하는 경우 효력을 잃는다.(민법 제311조의 20 삽입)

Ⅲ. 1994년 7월 29일 법률 제94-654호- 인체 유래물의 이용과 기증 및 인공수정과 출산 전 검사에 관한 법률

동 법률은 인간의 신체에 관하여 직접 규정한 두 번째 법률이라 할 수 있는데, 인간신체의 존중과 함께 특히 출산 전 검사와 인공수정에 있어 인체 유래물의 이용과 기증에 관한 법이라 할 수 있다. 동 법률은 인체의 존중을 보장하는 일반 원칙들(Principes généraux garantissant le respect du corps humain)을 규정하면서 민법, 형법, 공중보건법전 및 지적재산권법상의 개정을 수반하였다.

특히 치료방법이 없는 심각한 유전질환에 걸릴 우려가 높은 아기를 가질 가능성이 굉장한 위험에 처해있는 부부에 한해 생명의학청에서 유전자검사를 실시하도록 규정하고 있으며 이러한 검사를 위해서는 먼저 부모 한 쪽에서 해당 질병에 대한 적절한 소인을 가진다는 것이 사전에 증명되어야 하고, 부모 모두의 서면 동의가 있어야하는 것을 조건으로 하고 있다.

프랑스의 ‘인체 유래물의 이용과 기증 및 인공수정과 출산 전 검사에 관한 법률’에 의하면 인체의 유래물의 적출은 기증자의 사전 동의가 없이는 이를 할 수 없으며, 이러한 동의는 언제든지 취소할 수 있으며(공중보건법전 제 L. 665-11조 삽입), 어떠한 형태로든 어떠한 대가도 지불되어서는 안된다(공중보건법전 제 L. 665-13조 삽입)고 규정하고 있다. 기증

자는 수증자의 신원을 알지 못하고 수증자 역시 기증자의 신원을 알 수 없으며, 기증자의 유래물임을 알게 하는 어떠한 정보도 공표할 수 없다. 단, 치료가 필요한 경우에만 익명성의 원칙은 예외가 될 수 있다.(공중보건법전 제 L.665-14조 삽입).

치료목적의 인체 유래물의 수집 및 이용을 위한 적출은 최고행정법원의 법규명령(décret 데크레)에 의해 정해진 보건안전규칙(Règles de sécurité sanitaire)에 따라야 하고 이러한 규칙은 특히 유전되는 질병의 진단 테스트도 포함한다(공중보건법전 제 L.665-15조 삽입).

법률 제94-654호에서 인공수정(Assistance Médicale à la Procréation : AMP)이란 "시험관 임신을 허용하는 임상 및 생물학적 실험, 배아의 이식, 인공수정 및 자연적인 과정 이외의 생식(출산)을 허용하는 동등한 효과의 모든 기술"이라고 동법 제8조에서 정의하고 있다.⁵¹²⁾ 인공수정(의학적 생식 보조)은 부부의 요청에 대한 응답으로서 베풀어지며 병리학적 성격의 불임임이 의학적으로 진단된 경우를 치료함을 목적으로 이루어지며 자녀에게 특별히 중한 질병이 이전되는 것을 피할 목적으로도 행하여질 수 있다(공중보건법전 제 L.152-2조 삽입).⁵¹³⁾

512) 공중보건법전 제L. 2141-1조 제1항.

513) 이현수, 프랑스 생명윤리법상 "생명 및 건강과학을 위한 국가윤리 자문위원회(CCNE)"의 법적 지위, 일감법학 제16호(2009), 362면.

배아는 오로지 의학적인 생식보조(인공수정)의 틀 안에서 의학적 생식보조라는 목적에 따라서만 시험관 안에 넣어질 수 있으며, 두 명으로 이루어진 부부 가운데 적어도 한명으로부터 도래하지 않은 생식세포와 더불어 시험관 안에 넣어질 수 있다(공중보건법전 제 L. 152-3조 삽입). 인간의 배아를 학습, 연구 혹은 실험 목적으로 시험관 안에 넣는 것은 금지되며 인간배아에 대한 모든 실험도 금지된다.(공중보건법전 제 L. 158-2조 삽입) 특히 시험관상의 배아에서 채취한 세포로부터 행하여진 생물학적 진단은 매우 엄격한 요건 하에서 예외적으로만 허가된다(공중보건법전 제L.162-17조 삽입).⁵¹⁴⁾

IV. 2004년 8월 6일 1차 생명윤리법

1994년 법률들 이후 10년이 지나서 생명윤리라는 명칭을 전면으로 하여 등장한 최초의 법률은 2004년 1차 생명윤리법(법률 제2004-800호)이다. 2004년 법률개정 전까지만 해도 잉여배아 연구를 제한하고 산업적, 상업적 배아의 사용과 수태 및 연구를 위한 배아의 수태를 금지하고 있었는데 동 법률의 개정을 통해 예외적인 경우의 배아연구를 인정하게 되었다. 동 법은 총 40개의 조항으로 이루어져 있고, 윤리 및

514) 이현수, 앞의 글, 361면.

생명의학, 인간의 권리 및 유전적 특성, 인체 및 인체유래물의 기증과 이용, 생명기술발명의 법적 보호, 생식(인공수정)과 발생학에 관한 장으로 이루어져 있고 프랑스 민법 및 공중보건법전 조항들을 개정하였다.

상기법률은 정보, 파일 및 자유에 관한 1978년 1월 6일 법률⁵¹⁵⁾의 조항들의 준수하는 것을 전제로 하여, 질병을 위한 인척관계의 이식을 받은 조혈세포, 말초 백혈구 세포의 자발적인 기증자의 존재하는 파일은 생명의학청(Agence de la biomédecine) 장의 데크레의 공표로부터 6개월의 기간 내에서 최고행정법원의 데크레에 의해 정해진 조건 내에서 정당하고 사전의 보상 후에 생명의학청에 보내지며, 프랑스 골수 이식연합(Association France greffe de moelle)에 의해 보존된 기증자 파일의 운영 및 구성에 관한 의무 및 권리 역시 생명의학청에 보내지도록 함으로써 관련된 자들의 개인정보 보호를 강화하고 있다.⁵¹⁶⁾ 기증을 목적으로 살아있는 자의 조직, 세포 혹은 인체 유래물의 채취는 치료, 과학적 목적 및 의료생물학의 분석을 위해서만 시행된다.⁵¹⁷⁾ 그리고 살아있는 사람으로부터 장기를 채출하는 경우는 장기피이식자(Receveur)의 직접적인 치료상의 이익에 한해서만 기증이 이루어지고 기증인은 장기기증에 관한 동의를 지방법원

515) Loi n°78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés, *JO*, 7 janvier 1978, p.227.

516) 2004년 법률 제3조.

517) 2004년 법률 제12조.

(Tribunal de grande instance)의 장 혹은 지방법원의 장이 임명한 판사 앞에서 표시하여야 한다. 기증인의 동의를 표명 받는 지방법원의 장 및 판사는 장기이식자의 동의가 자유로운 의사에 의한 것인지 확인하여야 하며, 이러한 동의는 어떠한 형식 없이 언제든지 취소할 수 있다.⁵¹⁸⁾

인체의 장기적출 중의 하나로 볼 수 있는 의료상 부검은 "사법절차상 진행되는 조사나 수사 이외에 사망의 원인을 알아내기 위한 목적으로 실시되는 부검을 말한다"고 동법 제7조에서 정의하고 있으며, 이러한 부검은 사자의 동의추정에 관한 요건과 기타 사자의 장기적출에 적용 가능한 요건(공중보건법전 제3장 제2절)을 충족해야 한다고 규정하고 있다. 그러나 예외적으로, 공중보건을 위한 긴급한 필요성 및 사망의 원인에 관한 확실한 진단을 얻기 위한 다른 방법이 부재한 경우에는 사자의 동의가 없음에도 불구하고 부검이 행해질 수 있다. 보건부 장관의 명령은 이러한 조건 내에서 의학적 부검의 실행을 정당화하는 병리학 및 상황들을 규정한다. 한편 생존하거나 사망한 사람의 유전학적으로 동일한 아이를 출생케 하는 모든 의료행위는 금지된다.⁵¹⁹⁾⁵²⁰⁾

518) 공중보건법전 제 L.1213-1조. 법률 제2004-800호 제9조.

519) 2004년 법률 제21조.

520) 「이를 위반했을 시 가해지는 형법적 제재를 살펴보면 이 금지규정이 생명윤리에 관한 법률상 가장 강력한 금지규정임을 알 수 있을 것이다. 즉 인중에 반하는 범죄(형법전 제214조의1 이하 제214조의4, 법률 제2004-800호, 제28조 제4호)로서 현재 이에는 두 가지 범죄가 규정되어 있다. 우생학적 시술의 범죄화(형법전 제214조의1)와 위에서

동법 제17조에서는 유럽의회의 생명공학의 발명(창안)에 관한 법적보호에 관한 1998년 7월 6일 지침 98/44/CE(Directive 98/44/CE du Parlement européen et du Conseil, du 6 juillet 1998, relative à la protection juridique des inventions biotechnologiques)을 국내법으로 수용하기 위해 상업적 이용이 인간의 존엄, 공공질서 또는 선량한 풍속에 반하는 발명의 경우 및 인체, 유전자의 배열 전체 또는 일부를 포함한 인체 구성요소의 발견 역시 특허대상에서 제외하는 지적재산법의 개정을 가져왔다. 그러나 인체의 구성요소의 기능을 기술적으로 응용하는 발명만이 특허에 의해 보호받을 수 있으며 이러한 보호는 이러한 응용의 실현과 이용에 필요한 한도 내에서만 그 인체구성 요소에 대하여

인용한 민법전 제16조의4에 규정된바 재생적 복제의 범죄화(형법전 제214조의2)가 그것이다. 이에 대한 위반은 엄하게 처벌되어 벌금 7,500,000유로와 30년 징역 그리고 수많은 부가형에 처해진다(형법전 제215조의1, 제215조의2). 자연인뿐만 아니라 법인도 형사책임을 진다(형법전 제215조의3). 법률은 또한 단체로 조직하여 위반하였을 경우에는 형을 가중하여 무기징역과 벌금형을 부과한다(형법전 제214조의3). 범죄를 모의하는 집단에 참가한 경우에도 마찬가지로의 제재를 받는다(형법전 제214조의4). 공소시효는 30년이며(형법전 제215조의4 제1항), 그 시효는 복제로 태어난 아이가 성인이 된 이후 개시된다(형법전 제215조의4 제2항). 마지막으로 복제를 실현할 목적으로 체세포 또는 생식세포의 채취에 협조한 행위도 10년 구금과 150,000유로의 벌금에 처하고 있으며(형법전 제511조의1), 행위자가 프랑스인이거나 프랑스영토에 상시 거주하는 외국인인 경우에는 그 범죄가 외국에서 범해졌다 하더라도 마찬가지로 처벌된다(형법전 제511조의1-1).」 홍기원, 프랑스 생명윤리법체계에 관한 연구(I) 생명윤리에 관한 법률 2004.8.6 법률 제2004-800호, 생명윤리정책연구, 제2권 제2호(2008), 168-169면.

인정한다고 규정하고 있다(동법 동조 제2항). 특히 인간의 복제기술, 인간의 유전적 동일성의 변경기술, 인간배아의 산업적 또는 상업적 이용, 유전자 전체 혹은 부분 배열은 특허 대상에서 제외하고 있다.(동법 동조 제3항)

2004년 법률의 제정과 관련하여 특히 하원 및 상원간의 불협화음이 있었던 사안은 커플의 관계가 파기(해소)되거나 커플 혹은 부부 중 일방이 사망하는 경우, 이혼 등과 같은 결혼생활의 중지와 같은 경우에 인공수정 실행의 불가능에 관한 것이었다. 부모 중 일방이 사망한 경우의 (시험관에서 수정된) 태아의 자궁 이식(Transfert d'embryons)에 관한 사안은 이미 오래전에 법률적인 문제로 제기되었다. 프랑스 최고사법법원(파기원 Cour de cassation)⁵²¹⁾은 이에 대해서 "인공수정의 유일한 목적은 구성된 가족 사이에 아이의 출생을 가져다주는 합목적적인 경우이어야 하며, 인공수정의 과정 및 이러한 과정의 추구는 인공수정의 마지막 단계인 배아의 주입 전에 남편의 사망에 의해서 인공수정을 하려는 부부의 관계가 해소되는 경우에는 불가능하다"라고 판시하였다.⁵²²⁾

인공수정을 하기 위해서는 여러 분야 전문가의 특별한 인

521) 프랑스 민사, 형사 사건에서의 최고법원이다.

522) Cass. 1^{re} civ., 9 janv. 1996, n°94-15998 : Bull. civ. 1996, I, n° 21 ; JCP G 1996, II, 22666, note C. Neirinck ; RD sanit. soc. 1996, p.623, note A. Terrasson de Fougères ; D. 1996, jurispr. p.376, note F. Dreifuss-Netter.

터뷰 후에(2004년 법 제24조에 따라 공중보건법전 제 L.2141-10조로 개정) 부부 혹은 커플 두 명 모두의 사전 동의(Consentement préalable)가 있어야 한다.(공중보건법전 제 L.2141-2조 개정) 또한 배아의 체외수정에 관해서는 차후에 부모 프로젝트를 실현할 의도로, 커플 혹은 부부 두 명 모두가 배아의 보존을 허용하는 것을 서면으로서 승낙해야 하며(공중보건법전 제 L. 2141-3조 개정), 인공수정에 대한 의도가 있는 한 이러한 서면승낙은 매년 되풀이 되어야 한다.(공중보건법전 제 L. 2141-4조 개정) 한편 2004년 법률은 부모 프로젝트 실행기간을 5년으로 규정한 것을 삭제하였고, 배아를 보존한 커플은 질적인 문제가 배아들에게 영향을 줄 수 있는 경우를 제외하고 (시험관에서 수정된) 태아의 자궁 이식 전에 새로운 시험관 수정의 혜택을 받을 수 있도록 하였다.(공중보건법전 제 L. 2141-3조 개정) 그리고 부모 프로젝트에 더 이상 적용되지 않는 배아의 종류(다른 커플에게 배아를 기증한 경우, 공중보건법전 제 L.2151-5조에 의해 정의된 조건 하에서 연구를 목적으로 기부한 경우, 파기된 배아)들을 명확하게 규정하였다.(공중보건법전 제 L. 2141-4, 5 및 6조 개정)

2004년 법률 개정 전에 난자 및 정자의 기증자는 생식능력 있는 기혼자에 한하였으나 2004년 법률은 생식능력만 있다면 기혼 및 미혼 여부를 가리지 않고 기증자가 될 수 있도록 조건을 완화하였다. 만일 기증자가 기혼자인 경우, 기

증자의 배우자의 동의가 있어야 한다(공중보건법전 제 L.1244-4조 개정).

‘출산 전 진단에 관하여 생명윤리에 관한 법률’이 가져온 개정사항으로는 첫째 자궁 내 출산 전 진단, 즉 자궁 내 배아 또는 태아에게서 심각한 질환의 징후를 발견할 목적으로 행해지는 의료기술에 관해서는 그에 앞서 의무적으로 행해야 하는 검진은 유전적 소견을 주는 것뿐만 아니라 그 검출 대상 질환에 적절히 맞추어진 것이어야 한다⁵²³⁾는 것이다. 둘째 난착상 전 진단(Diagnostic préimplantatoire. DPI), 즉 시험관 배아를 착상시키기 전 그로부터 채취한 세포에 대해 행하는 생물학적 진단의 영역도 생명윤리에 관한 법률에서 다루고 있는데, 부모의 일방이 가까운 조상 중에 징후가 뒤늦게 나타나고 이른 나이에 생존가망성을 문제시하게 되는 그러한 심각한 질병의 피해자가 있는 경우 DPI를 시행할 수 있게 됐다.⁵²⁴⁾ 또한 법률상 DPI가 허용되는 경우는 다음과 같은 세 가지 조건을 모두 충족시킨 경우이다. i) 부부로부터 출산된 아이가 출생 후 수 년 이내에 사망할 수 있고 진단 시에는 이미 치료불가능으로 알려져 있는 유전질환을 앓고 있으며, ii) 배아이식으로 출생한 아이의 신체의 온전성에 침해를 가져오지 않는 치료방법을 통해 이 아이의 생존가능

523) 공중보건법전 제 L.2131조의1, 법률 제2004-800호 제23조 제1호 a.

524) 공중보건법전 제 L.2131조의4 제3항, 법률 제2004-800호 제23조 제4호.

성을 높일 수 있고, iii) DPI가 그 유전질환을 찾아내고 그를 치료할 방법을 찾는 목적에서 시행될 때 허용된다.⁵²⁵⁾」⁵²⁶⁾

V. 2011년 7월 7일 생명윤리법

기술한 생명윤리에 관한 2004년 법률에서는 동 법률의 시간적 경과에 따라 그 개정을 의무화 할 것을 규정하고 있었다(법률 제 조). 2004년 생명윤리법은 2009년 말에서 2010년 1분기 안에 과학적 발전, 사회 및 사고방식의 변화를 고려하기 위하여 법률의 개정을 예정하고 있었다. 이에 기반을 두어 입법자는 동 법률안의 개정을 준비하였고, 프랑스 의회는 2011년 7월 7일 생명윤리에 관한 법률의 개정을 통과시켰다.⁵²⁷⁾ 동법이 가져온 장기기증 분야의 두 가지 혁신은 이식 횟수의 증가 및 잠재적 기증자의 범위의 확장이다. 그리고 채취의 범위에 태반조혈세포가 추가되었고, 태반조혈세포의 채취는 이식이 필요한 사람들의 이익을 위해 익명적 이용을

525) 공중보건법전 제 L.2231조의4-1, 법률 제2004-800호 제23조 제6호.

526) 홍기원, 앞의 글, 169면.

527) 2010년 10월 20일 하원에 보건 및 체육부 장관 Roselyne Bachelot-Narquin이 작성한 "생명윤리에 관한 법률안"(n°2911)이 제출되었고, 하원에서 2011년 2월 15일 상원에서 2011년 4월 8일, 제1독회가 이루어졌고, 하원에서 2011년 5월 31일, 상원에서 2011년 6월 9일 제2독회가 이루어졌다. (의회에서) 같은 수의 각 정당의 대표로 구성된 위원회에 의해 심사숙고 하여 구상된 텍스트는 이로써 2011년 6월 23일 동 법률안은 채택되었다.

목적으로 행해질 수 있고, 치료적 과학적 목적을 위해서만 행해지고 산모가 이러한 이용의 합목적성에 관한 정보를 제공받고 채취 및 이용에 관한 서면동의가 이루어진 경우에만 이루어지도록 명시하고 있다.

이러한 개정안에서 크게 5가지의 주요 테마, 즉 제거와 이식, 배아 및 줄기세포의 연구, 출생 전 진단, 예측의학, 인공수정에 관한 문제가 다루어졌다. 2011년 법은 생명윤리에 대한 혁명적인 법률로서 수많은 논쟁의 결과 및 타협의 산물⁵²⁸⁾이며, 특히 생명윤리는 과학적 발전과 함께 변화하는 분야인 까닭에 변화하는 기술과 사회도덕을 반영하기 위해 개정되어야 하기에 동 법률은 시행에 들어간 후 최대 7년의 기간 내에 개정(2018년 7월 8일)이 이루어질 것을 규정하고 있다.

2011년 법률 제1조는 1997년 4월 4일 Oviedo에서 조인한 '인간의 권리와 생명의학에 관한 협약(Convention sur les droits de l'homme et la biomédecine)'의 공식적인 비준과 전환을 확인하였으며,⁵²⁹⁾ 동 협약은 생명윤리 연구와 일상적

528) 이는 상하원 공동위원회(Commission mixte paritaire)는 하원의회와 상원의회 사이에 너무 많은 대립이 존재하였던 인간에 관한 연구에 대한 챗터를 삭제한 것을 보면 알 수 있다.

529) 1997년 11월 11일에 채택한 인권과 인간게놈에 관한 일반선언(Déclaration universelle sur le génome humain et les droits de l'homme) 및 2003년 10월 16일의 인간유전자 정보에 관한 국제선언(Déclaration internationale sur les données génétiques humaines)은 국내법적 효력이 아직 없다. CE, ass., 25 nov. 1984, n° 60106, Roujansky et a. : Rec. CE 1984, p. 383.

인 의학에 동시에 적용 가능한 기본적인 원칙들을 명시하고 있다. 그러나 오래전부터 제기되어 온 미혼 혹은 동성애자 커플의 의학적 생식보조, 생식세포(gamète) 기증자의 익명성 철회, 대리모 임신(Gestation pour autrui) 허용문제 등에 대해서는 열띤 논쟁이 있었지만 2011년 법률에서는 이에 대한 별다른 변경이 나타나지 않았다.⁵³⁰⁾ 그렇지만 생식세포 기부의 익명성, 대리모에 의한 출산 금지 등과 같은 시행중인 기본 원칙들은 재확인 되었다. 동 법률을 통해 새로이 추가되거나 개정된 사항은 장기의 교차기증, 난모세포의 유리화 등을 들 수 있고 인공수정의 합목적성과 인공수정기술을 이용할 수 있는 불임커플 의학적 조건들을 재확인하고 있다. 따라서 동성커플이나 싱글여성에게는 인공수정의 접근이 여전히 열려있지 않지만. 미혼커플들이 2년간 함께 살았음을 증명해야 하는 의무를 더 이상 부과하지 않아 인공수정에 접근할 수 있는 커플의 조건을 완화하기도 하였다.(2011년 법 제20조)

한편 생물학, 의학 및 보건 영역의 지식의 발전에 의해 제기되는 사회적, 윤리적 문제에 관한 개정의 모든 프로젝트는 의회에서 공개토론(Débat public)이 행해져야 함을 명시하고 있다. 이러한 공개토론은 의회 관할 상임위원회(Commissions parlementaires permanentes compétentes)와

530) Aline Cheynet de Beaupré, La révision de la loi relative à la bioéthique, Recueil Dalloz, 2011, p.2218.

과학기술정책선택평가처(OPECST)의 자문을 거친 뒤 국가 생명보건과학윤리자문위원회(CCNE)의 제안에 의해서 준비된다.⁵³¹⁾

1. 건강에 관한 개인보호(유전적 특징의 조사)

2011년 법은 유전적 질병의 위험이 있는 사람(예를 들어 유방암의 경우 등)이 치료(Traitement) 및 예방적 조치(Mesures de prévention)가 고려될 수 있다면 앞으로 그의 가족에게(형제, 자매, 자녀 등) 이러한 사실을 알려야 한다고 규정하고 있다.⁵³²⁾ 즉, 구 공중보건법전 제L.1131-1조는 “환자가 자신의 유전적 결함에 관한 정보를 전하지 않은 사실로써 유책행위의 근거로 삼을 수 없다”고 규정하였으나, 2011년 법률개정을 통해(공중보건법전 제L.1131-1-2조)서 유전적 이상이 있는 환자 본인의 가족들(유전적 이상의 잠재적인 가능성이 있는 가족)에게 고지하여야 하는 의무를 부과하였다.

유전적 특징의 조사에 앞서, 의사는 예방조치, 유전적 상담 또는 치료 등이 진단된 결과에 대한 환자 본인의 침묵이 잠재적으로 관련된 가족 구성원에게 미칠 위험을 통보하여

531) 2011년 법 제46조, 공중보건법전 제 L.1412-1-1 삽입.

532) GIRAUD Francis, Rapport de n°128 du Sénat sur le projet de loi, adopté par l'assemblée nationale, relatif à la bioéthique, 2002-2003.

야 하고 환자 본인이 이러한 정보를 가족들에게 고지할 수 없거나 알려주지 않는 경우 담당의사는 환자의 요청을 받아서 가족들에게 이를 서면으로 통지하여야 한다. 의사는 관련된 가능성 있는 가족구성원들에게 서면으로 알리되 필요한 경우, 잠재적인 전염을 예고하기 위해서 담당 환자의 진단 후에 정보의 형태(양태)를 보충할 수 있다.

2. 장기의 교차기증(Don croisé d'organes)

2011년 법은 장기의 교차기증(Don croisé d'organes)을 허용하고 있다.⁵³³⁾ 장기의 교차기증이란, 예를 들어 부부 중 남편(A)이 신장이 필요하나 아내(B)의 신장이 남편(A)의 것에 양립할 수 없는 경우, 아내(B)는 같은 문제를 가지고 있는 다른 부부의 남편(C)에게 신장을 주고 그의 아내(D)의 신장을 공여받는 것을 말한다. 이 경우 기증자 및 수증자의 익명성은 보호된다.

3. 생식세포 기증의 익명성(Anonymat du don de gamète)⁵³⁴⁾

533) 공중보건법전 제L. 1231-1조(2011년 법 제7조)

534) Projet de loi relatif à la bioéthique, n°2911, 20 octobre 2011
참조,

정부제출 법률안(Projet de loi)에서는 생식세포 기증자의 익명성의 삭제를 예정했었지만 익명성의 원칙은 그대로 유지되었다. 그러나 생식세포의 기증을 한 자 및 배아의 기증을 한 커플에게 심각한 유전적 질병이 진단된 경우에는 이러한 기증에 의하여 태어난 아이의 부모에게 인공수정센터(Centre d'assistance médicale à la procréation)의 책임자가 이를 통지하여야 한다.

그리고 1978년 1월 6일 정보, 파일 및 자유에 관한 법 제 78-17호에 따라서, 배아 혹은 정자의 기증자, 기증자 커플, 제3자와 인공수정기술에 기반을 둔 사람들에 관한 개인적 성격의 정보를 수집하고 보존하는 모든 사람, 공공기관 특히 정자 및 난자에 관한 보존 및 연구소는 정보 및 자유 국가 위원회(Commission nationale de l'informatique et des libertés)의 통제 하에 있다.⁵³⁵⁾

4. 배아와 배아줄기세포에 관한 연구

동법 제4장에서는 인간 배아 및 배아줄기세포에 관한 연구를 금지하고 있다.⁵³⁶⁾ 그러나 예외적으로 i) 연구 프로젝트의 과학적 적합성(타당성), ii) 중대한 의학적 진보를 가져다 주는 연구, iii) 인간 배아 및 배아줄기세포를 사용하지 않고

535) 2011년 법 제27조.

536) 2011년 법 제41조.

서 결과를 달성하는 것이 불가능하다고 명시적인 경우 iv) 인간 배아 및 배아줄기세포에 관한 윤리적 원칙을 존중하는 프로토콜을 구현하는 연구 프로젝트인 경우에는 허용하고 있다.

5. 인공수정(Assistance médicale à la procréation, Procréation médicalement assistée)

2011년 법은 인공수정이 이루어지는 경우에 관한 공중보건법전 제L.2141-2조의 수정을 가져왔는데 2011년 법 제33조에서 "인공수정은 부부의 불임을 해결하거나 특히 심각한 질병이 부부 중 일방 혹은 자녀에게 전염되는 것을 방지하기 위한 것이며, 불임의 병리학적 특징은 의학적으로 진단되어야 한다"라고 규정하였다. 이러한 인공수정의 접근은 동성애자 커플 및 미혼 여성에게 허용되지 않았으나 동법은 인공수정을 할 수 있는 조건에 대한 완화를 가져와서 결혼한 커플이어야 하거나, 결혼하지 않은 커플이라면 일정시간 동거한 기간의 증명에 관한 요건을 요구하지 않도록 하였다.⁵³⁷⁾

인공수정과 관련해 수정과정에서 남게 된 잔여배아를 냉동으로 보존시키면서 다양한 문제들이 제기되었다. 실제로

537) 2011년 법 제20조.

“배아는 부부 모두가 살아 있을 때에만 이식을 해주고 별거나 이혼, 사별한 경우에는 그 배아를 폐기처분 하겠다”는 동의서에 서명을 하고 체외수정 시술을 받은 부부의 남편이 사망하게 되자 냉동된 배아를 자신에게 이식해 주길 요구한 여성에 대해 프랑스 법원은 1994년 법률에서 규정하고 있는 “이성부부가 모두 살아 있는 경우에만 배아를 이식해준다”라는 조항에 따라 원고청구를 기각하였다.⁵³⁸⁾ 그밖에도 체외수정한 배아를 냉동 보존한 부부 중 일방이 갑작스런 사망하게 된 경우에 그 배아를 어떻게 처리할 것인지, 더 나아가 상속권을 인정할 것인지 문제가 제기될 수 있으며, 배아형성의 두 주체가 이혼한 경우의 배아 처리 문제의 결정권에 관한 논란이 제기되었다.⁵³⁹⁾

2011년 제2차 생명윤리법은 남편의 죽음에 의해서 인공수정의 과정이 중지되었다면 남편이 그가 살아 있었을 때 동의를 한 조건으로 남편이 사망한 후에도 아내의 자궁으로의 배아이식을 할 수 있는 사후 인공수정을 인정하고 있다 (Insémination post-mortem).⁵⁴⁰⁾ 그러나 이러한 경우, 남편

538) Harris J, S. Holm, *The Future of Human Reproduction: Ethics, Choice and Regulation*. Oxford, N. Y. Clarendon Press, 1998, 이인영, 체외수정에 관한 입법론적 고찰, 가족법연구 제19권 2호(2006), 201면, 각주 52 재인용.

539) 리실버/하영미·이동희(역), 리메이킹 에덴, 1998, 111-112면, 이인영, 앞의 글, 201면 각주 53 재인용.

540) 남편의 사망 후의 인공수정에 관한 의견(n°113)은 2011년 2월 10일 CCNE에 의해 표명되기도 하였다.

의 사망 후 6개월에서 18개월 사이에만 이루어져야 한다는 기간상의 제약이 있다.

6. 출생 전 진단(Diagnostic prénatal)

2011년 법 제20조에서는 "모든 임신여성들은 의학적 검진 및 임신의 지속을 변경할 수 있는 배아 혹은 태아의 기형 여부를 알 수 있는 초음파 검진에 관한 정보를 의사로부터 받아야 한다"고 규정함으로써 출생 전 진단의 범위를 확대하였다. 즉 자궁 내의 태아 및 배아의 중대한 질환을 검진하기 위해서 산과(産科) 및 태아의 초음파 검진까지 출생 전 진단에 포함되었다. 그리고 난착상(卵着床) 이전에 21번째 염색체 다운증후군 검사(Dépistage de la trisomie 21)에 대해서도 의사의 고지의무를 강화하였다.

	법률	내용
1994년 7월 1일	건강보건영역에서 기명정보의 취급에 관한 법률	의료관련 생명과학 분야에서의 개인정보취급을 위하여 기존 개인정보보호법(Loi n° 78-17 du 6 janvier 1978)을 개정하기 위해

		제정
1994년 7월 29일	인간 신체의 존중에 관한 법률	인간 태아연구 금지
	인체 유래물의 이용과 기증 및 인공수정과 출산 전 검사에 관한 법	배아에 대한 착상전유 전자검사는 부모 한 쪽에서 해당 질병에 대한 적절한 원인을 가진다는 것이 사전에 증명되는 경우, 부모 모두의 서면 동의가 있는 경우, 해당 질병 을 진단하기 위한 목 적으로만 사용될 수 있다 ⁵⁴¹⁾
2004년 8월 6일	생명윤리법	-동성커플간 인공수정 (AMP), 대리모에 의한 인공수정 (Gestation pour autrui) 및 임신 (Insémination), 죽은 태아의 줄기세포 이식 금지 -학문적, 치료적 및 부 검상 목적의 사후 장

		<p>기척출제도 개정(2004년 법 제7조)</p> <p>-혈액채취 조건 개정(2004년 법 제8조)</p> <p>-조직과 세포채취의 이용범위 확장(2004년 법 제12조 II)</p> <p>-생식세포 기증인의 범위 확대 및 생식세포를 통해 태어난 아이의 수를 5명에서 10명으로 개정(2004년 법 제12조 V)</p> <p>-재생적 복제 금지(2004년 법 제21조)</p> <p>-출생 전 진단 조건(2004년 법 제23조)</p> <p>-인공수정 조건 완화(2004년 법 제24조)</p> <p>-배아줄기세포 연구조건 제한</p>

<p>2011년 7월 7일</p>	<p>생명윤리법</p>	<p>-1997년 4월 4일 Oviedo에서 서명한 인권과 생명의학에 관한 협약 비준</p> <p>-난모세포의 급속냉동 허용 (Congélation ultra-rapide des ovocytes)⁵⁴²⁾</p> <p>-배아 수 제한</p> <p>-심각한 유전적 이상 진단 (Diagnostic d'une anomalie génétique grave) 경우 예방책이나 치료가 제공될 수 있다면 가족에게 이러한 정보를 제공할 수 있는 규칙 개정⁵⁴³⁾</p> <p>-출생 전 진단 범위 확대</p> <p>-장기의 교차기증 가능</p>
------------------------	--------------	--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------

제 3 절 생명윤리에 관련된 기관

프랑스에서 생명윤리에 관련된 대표적 기관으로는 생명과학윤리 및 보건을 위한 국립자문위원회와 생명의학청이 있다.

I. 국가생명보건과학윤리자문위원회

프랑스는 생명윤리에 관한 위원회를 최초로 창설한 국가라고 한다. 그 위원회가 국가생명보건과학윤리 자문위원회(Comité consultatif national d'éthique pour les sciences de la vie et de la santé : 이하 'CCNE'라고 약칭함)⁵⁴⁴)이다. CCNE는 1984년 2월 23일 프랑수아 미테랑(François Mitterrand) 대통령에 의한 데크레⁵⁴⁵)에 의해 창설된 위원회

541) 2002년 “생명과학과 의학을 위한 국가윤리자문위원회”의 보고서에 따르면 1999년 11월부터 2000년 말까지 약 260건의 착상전유전자진단 신청이 들어왔고, 이 중 127건이 승인되었으며, 승인되지 않은 경우는 대부분 기술적 부적합 때문인 것으로 판단되고 있다.

542) 급속냉동에 이용되는 유리화(결정의 형성을 방지하는 급속 냉동기술)방식은 해동 후 파괴비율을 제한하면서 난모세포를 효과적으로 보존하게 한다.(공중보건법전 L. 2141-1조 제4항)

543) 공중보건법전 제 L. 1131-1-2조.

544) 위원회 이외의 생명윤리에 관한 기관으로는 Agence de la Biomédecine(ABM : 생명의학사무소), Etats Généraux de la Bioéthique(EGB : 생명윤리국가협의회)도 있다.

545) Décret n°83-132 du 23 février 1983 portant création d'un Comité consultatif national d'éthique pour les sciences de la vie et de la santé (CCNE), *JO*, 25 février 1983, p.630.

로서 과학의 진보를 밝히고 이러한 발전 위에 나타나는 새로운 사회문제를 윤리적 관점에서 제기하여 국민들이 윤리적인 문제에 깊이 생각하게 하고 건강 및 생명공학의 영역 내에서 특정 과학적 발전(바이오 메트릭스, 나노기술 등)에 의해 생겨난 윤리적 문제점들을 이해할 수 있게 하는 것을 주요 임무로 한다.

1. 임무

CCNE는 제소된 사안에 대해 보고서(Rapport)를 작성하고 의견(Avis)⁵⁴⁶⁾⁵⁴⁷⁾을 제시하는 것이 첫 번째 임무이며 특히 생물학, 의학 및 건강 분야 내에서 지식의 발전에 의해 야기

546) 1984년 5월 23일 CCNE의 첫 의견 및 보고서는 치료, 진단 및 과학적 목적의 사망한 인간 태아 및 배아줄기세포의 적출(Les prélèvements de tissus d'embryons et de fœtus humains morts, à des fins thérapeutiques, diagnostiques et scientifiques)에 관한 것이었다.

547) 의견의 공표는 CCNE의 기본적인 임무이다. CCNE는 외부기관(대통령, 하원의회, 단체들 등) 및 위원회 자체로부터 제소(Saisine)당하며 이에 대해 답변을 하여야 한다. 의견의 윤리적 숙고는 건강과 생명공학의 영역에 적용된다. 제소된 사안의 심리(Instruction)는 여러 단계로 구성되는데, 먼저 작업그룹(Groupe de travail)에 의해 다루어지는 제소는 필요한 경우, 외부 인사들을 청문할 수 있다. 이러한 숙고가 끝난 후에, 작업그룹(Groupe de travail) 위원들은 전체회의(Comité plénier)에서 다루어질 보고서를 준비한다. 이렇게 논의되고 작성된 문서는 의견 혹은 권고(Recommandation)가 된다. 모든 위원들은 반대의견을 나타내기 위한 보충문서를 작성할 기회를 갖는다. 1983년 CCNE 창설 이후 지금까지 113개의 의견을 공표하였다. <http://www.ccne-ethique.fr/fonctionnement.html>

된 사회적 질문 및 윤리적 문제들에 대한 의견을 제시하는 것을 사명으로 한다. 한편 1997년 5월 29일 데크레⁵⁴⁸⁾에서는 동 위원회가 보건연구부장관에게 보고서를 제출해야 한다는 규정을 개정하여 공화국 대통령에게 보고서를 제출하도록 한 바 있는데, 2004년 8월 6일 법률에서는 공화국 대통령 뿐만 아니라 의회에도 보고서를 제출하도록 함으로써 동 위원회의 영향력을 제고하고 있다.⁵⁴⁹⁾

2. 조직과 구성

국가생명보건과학윤리자문위원회는 독립기관(Autorité indépendante)이며 39명의 위원들로 구성⁵⁵⁰⁾되며, 이들의 임

548) Décret n°97-555 du 29 mai 1997 relatif au Comité consultatif national d'éthique pour les sciences de la vie et de la santé, JO, 30 mai 1997, p.8287.

549) 이현수, 앞의 글, 369면.

550) 39명의 위원들의 구성은 다음과 같다.

- 공화국 대통령에 의해 임명되는 철학 및 정신 분야에 속하는 5명
- 윤리적 문제에 관한 및 이익을 이유로 선택된 공인전문가(Personnalités qualifiées) 19명
- : 상원 및 하원의 장에 의해서 각각 임명된 상원의원 및 하원의원 2명
- 최고행정법원의 부의장에 의해 임명된 최고행정법원의 위원 1명
- 과기원의 장에 의해 임명된 과기원의 고문(Conseiller) 1명
- 수상(Premier ministre)에 의해 임명된 1명
- 법무부 장관(Ministre de la justice)에 의해 임명된 1명
- 연구담당 장관(Ministre chargé de la recherche)에 의해 임명된 2명
- 산업부 장관에 의해 임명된 1명
- 사회담당 장관(Ministre chargé des affaires sociales)에 의해 임명된 1명

기는 4년이되 단 한 번 연임을 할 수 있다. 위원장은 대통령에 의해 임명되며 임기는 2년이고 연임이 가능하다. 위원회는 공화국의 대통령, 의회 및 대중에게 연간활동보고서(Rapport annuel d'activité)를 제출하고 위원회의 권한에 속하는 주제에 관한 권고사항도 공표할 수 있다.

-
- 교육담당 장관(Ministre chargé de l'éducation)에 의해 임명된 1명
 - 노동부 장관(Ministre chargé du travail)이 임명한 1명
 - 건강담당장관(Ministre chargé de la santé)에 의해 임명된 4명
 - 커뮤니케이션 담당장관(Ministre chargé de la communication)에 의해 임명된 1명
 - 가족부 장관(Ministre chargé de la famille)에 의해 임명된 1명
 - 여성권리 담당장관(Ministre chargé des droits de la femme)에 의해 임명된 1명
 - 연구분야에 속하는 15명
 - : 과학아카데미(Académie des sciences)의 장에 의해 임명된 과학아카데미 위원 1명
 - 의학국립아카데미(Académie nationale de médecine)의 장에 의해 임명된 의학국립아카데미의 일원 1명
 - 플레주 드 프랑스(Collège de France, 프랑스의 고등교육기관)의 행정관에 의해 임명된 플레주 드 프랑스의 대표 1명
 - 파스퇴르 연구소(Institut Pasteur)의 디렉터가 임명한 파스퇴르 연구소의 대표 1명
 - 의학연구 및 건강국립연구소 혹은 국립과학연구소에 속한 4명의 연구원 및 2명의 엔지니어(각 연구소에서 3명을 지명함)
 - 국립보건의학연구소(Institut national de la santé et de la recherche médicale)의 총 책임자에 의해 임명된 의학연구 및 과학국립연구소의 선거리스트에 나열된 의과대학 및 의료봉사센터의 2명의 교수 혹은 일원
 - 대학장회의(Conférence des présidents d'université)에서 임명한 의과대학 혹은 의료봉사센터의 교수 혹은 일원 2명
 - 농학연구국립연구소(Institut national de la recherche agronomique)의 장에 의해 임명된 동 연구소의 연구원 1명

3. 재정

CCNE의 임무의 수행을 위한 필요한 자금은 총리의 일반서비스 예산에 등록된다.⁵⁵¹⁾지출통제의 조직에 관한 1922년 8월 10일 법⁵⁵²⁾의 조항들은 CCNE의 운영에 적용되지 않는다. CCNE의 회계는 회계원(Cour des comptes)의 감시를 받는다⁵⁵³⁾.

551) 2004년 8월 6일 생명윤리에 관한 법 제2004-800호 제1조 (Premier article de la Loi n°2004-800 du 6 août 2004 relative à la bioéthique, *JO*, 7 août 2004, p.14040.

552) Loi du 10 août 1922 relative à l'organisation du contrôle des dépenses engagées, *JO*, 14 août 1922, p.8558.

553) Décret n°97-555 du 29 mai 1997 relatif au Comité consultatif national d'éthique pour les sciences de la vie et de la santé, *JO*, 30 mai 1997, p.8287.

1983년	국가생명보건과학윤리자문위원회를 창설하는 1983년 2월 23일 테크레에 의해 창설	Décret n°83-132 du 23 février 1983
1994년	1994년 7월 29일 법률에 등록	Loi du 29 juillet 1994
1997년	건강 및 생명과학을 위한 윤리자문국가위원회	Décret n°97-555 du 29 mai 1997
2004년	생명윤리에 관한 2004년 8월 6일 법 제2004-800호 (CCNE의 권한의 확장과 생명윤리에 관한 개정)	Loi n°2004-800 du 6 août 2004 relative à la bioéthique
2005년	CCNE의 양태, 조직, 기능, 위원 의 임명 및 제소에 관한 테크레	D é c r e t n°2005-390 du 28 avril 2005
2011년	생명윤리에 관한 2011년 7월 7일 법 제2011-814호	Loi n°2011-814 du 7 juillet 2011 relative à la bioéthique

II. 생명의학청(Agence de la biomédecine)과 지역생명윤리센터(Espace régionaux d'éthique)

2004년 법률을 통해서 인간유전학과 발생학, 복제 및 이식 분야의 자료를 수집을 목적으로 생명의학청(Agence de la biomédecine)과 지역생명윤리센터(Espace régionaux d'éthique)가 창설되었다.

1. 생명의학청(Agence de la biomédecine)

가. 구성

생명의학청은 국가의 행정적 영조물(Etablissement public administratif)⁵⁵⁴)로서, 보건담당장관(ministre chargé de la santé)의 산하에 있으며 이식, 생식, 배아 및 인간유전자 영역을 관할한다.⁵⁵⁵ 생명의학청은 국가, 임금노동자 의료보험공단(Caisse nationale de l'assurance-maladie des travailleurs salariés), 국립의료기관(영조물)(Établissements publics administratifs nationaux à caractère sanitaire) 및

554) 프랑스 이식청(Etablissement français des greffes)과 재생산 및 산전진단에 관한 의학 및 생물학국립위원회(Commission nationale de médecine et de biologie de la reproduction et du diagnostic prénatal)를 통합한 것에 해당한다. 이현수, 앞의 글, 365면.

555) 공중보건법전 제 L. 1418-1조, 2004년 법 제2조에 의해 창설.

연구소(영조물)(Établissements publics de recherche)의 대표자들로 위원 절반이 구성되며, 나머지 절반은 보건부장관 및 관련대표자들에 의해 선택된 사람들로 구성된 이사회(Conseil d'administration)에 의해 운영된다.⁵⁵⁶⁾ 생명의학청은 장(長)이 통솔하며⁵⁵⁷⁾, 생명의학청의 장(長) 및 생명의학청 이사회의 장(長)은 각각 2005년 5월 9일 및 30일의 데크레에 의해 임명되었다⁵⁵⁸⁾.

나. 임무

- 구체적인 개발에 관련된 수립에 참여하는 경우, 적절한 실행에 관한 규칙 및 규정의 적용권한에 속하는 활동들을 위한 권고(Recommandation)를 개진한다.
- 생명의학청의 권한에 속하는 활동들을 위해 기술과 지식의 발전에 관해서 의회와 정부에 대하여 지속적인 정보를 보장하고 방법 및 방향을 제안한다.
- 생명의학청의 영역에 속하는 보건적 안전과 품질 및 과학적·의학적 연구를 증진한다.
- 의학적·생물학적 특히 나노기술과 연관된 활동을 통제하

556) 공중보건법전 제 L.1418-3조 및 제 R. 1418-6조-제 R. 1418-14조.

557) 공중보건법전 제 L. 1418-3 et 제 R. 1418-15 et 제 R. 1418-16조.

558) JO, 10 mai 2005 et 31 mai 2005, p.9719.

고 이러한 연구들의 투명성을 감시한다. 이러한 점에 관해서 생명의학청은 그의 영역 및 권한에 속하는 기구 및 기관의 연례활동보고서를 작성하고, 인공수정을 의뢰한 사람의 건강 및 그로 인해 태어난 아이들의 잠재적인 결과를 평가하며, 임상 및 생물학적인 연구에 대한 주의조치를 발령한다.

- 인간신체에 기반한 세포, 조직, 기관 및 생식세포의 기증을 장려한다.

- 기증자의 채취결과를 평가하기 위하여 장기 및 난모세포 기증자의 건강상태를 조사한다.

- 법 제L.1251-1에서 언급한 목록에서 이식을 기다리는 환자의 등록을 기록하고 이러한 운영 및 프랑스 영토 밖에서 채취된 이식조직의 배분을 안전하게 확보한다.

- 자발적인 조혈세포(Cellules hématopoïétiques)의 기증자와 동종이식을 받을 수 없는 환자들을 위한 말초 백혈세포 (cellules mononucléées) 기증자의 정보를 관리한다.

- 관할에 속하는 활동들에 대해 행정당국(Autorités administrative)에 의견을 통지한다.

생명의학청은 학회, 의학자 및 과학자 협회에 의해서, L. 1114-1조에서 언급한 조합(단체)에 의해서 테크레가 정의하고 있는 조건 내에서 그리고 상원과 하원의 사회문제를 담당하는 위원회들(Commissions chargées des affaires sociales de l'Assemblée nationale et du Sénat)에 의해서 의견제시를 요구받을 수 있다.

2. 지역생명윤리센터(Espace régionaux d'éthique)

지역생명윤리센터는 레지옹(Région, 지방자치단체로서 道) 및 레지옹 상호간의 차원에서 창설되었는데, 대학병원센터와 연계하여 보건영역내의 윤리적 문제에 관해서 학제 간 교환 및 교류, 문헌조사를 수행하며⁵⁵⁹⁾ 윤리적 견지에서 지방의 혹은 지역 상호간의 관찰 기능의 임무를 수행하고 있다. 생명윤리의 문제에 관한 시민들의 상담과 정보를 촉진하기 위해 공개토론의 구성에 협력하며 동 기관의 기능, 조직 및 구성의 규정들은 CCNE의 자문을 거친 후 보건담당장관의 데크레에 의해 정해진다.

제 4 절 생명윤리에 관한 프랑스 헌법재판소의 결정

I. 개괄

생명윤리에 대한 법적 접근은 인간의 존엄성에 대한 헌법적 가치와 그 전제로서 인간의 지위의 인정을 인간배아(l'embryon humain)단계에서 인정할 것인가에 관한 논의로

559) 공중보건법전 제 L. 1412-6조.

나타나고 있다. 생명과학 분야에서는 원칙적으로 수정 후 14 일까지의 초기배아(le préembryon)와 15일부터 2개월 동안의 배아(l'embryon) 그리고 이후 출산 시까지의 태아(le foetus)를 구분하고 있다. 폴루즈 I 대학의 X. Bioy 교수는 비교법적으로 볼 때 영국의 법제는 이러한 구분을 수용하고 있는데 비해, 프랑스의 법제는 출산 전 생명(la vie prénatale)은 배아를 “인간존재(d'être humain)”로 보고 있는 인공임신중절법에 따라 12주까지의 (생명과학에서 정의하는) 배아로 볼 수 있다고 기술하고 있다.⁵⁶⁰⁾ 인간배아에 대해서 이를 민법상 권리주체인 자연인으로 볼 수는 없지만, 권리의 향유자로서의 인간(존재)(L'être humain)으로 인정할 수 있음은 지난 1975년 1차 인공임신중절(l'interruption volontaire de grossesse, IVG)결정⁵⁶¹⁾에서 헌법재판소(Conseil constitutionnel)가 선언한 바 있다. 한편 프랑스 헌법재판소는 1994년 7월 29일 이른바 생명윤리법(les lois dites “Bioéthique”)으로 알려진 법률 제94-653호와 제94-654호에 대한 위헌심판결정⁵⁶²⁾에서 포태중인 배아(l'embryon *in*

560) X. Bioy, *Droits fondamentaux et libertés publiques*, Montchrestien, 2011, p.215.

561) Cons.const., 15 janvier 1975, n°74-54 DC, Loi relative à l'interruption volontaire de la grossesse(IVG).

562) Cons.const., 27 juillet 1994, n°94-343/344 DC, Bioéthique. 심사대상 법률은 ‘인간신체의 존중에 관한 법률’(제343호 사건)과 ‘인체 유래물의 기증과 사용과 출산 전 검사와 인공수정에 관한 법률’(제344호)이다.

utero)와 다르게 시험관배아 (*l'embryon in vitro*)를 인간(*un être humain*)으로 보고 있지 않다. 따라서 헌법재판소의 생명윤리법 결정에서 대상 법률이 시험관배아에 대해 생명이 시작하면서부터 인정되는 인간 존중원칙을 적용하지 않는 것에 대해 위헌이 아니라고 판시하였다.

낙태에 관한 프랑스 헌법재판소의 1975년 제1차 인공임신중절 결정과 1994년 생명윤리법 결정 및 2001년 제2차 인공임신중절 결정(임신중절과 피임에 관한 2011년 7월 4일 법률(*Loi n°2001-588 du 4 juillet 2001 relative à l'interruption volontaire de grossesse et à la contraception*) 위헌심판 결정⁵⁶³)을 말한다)에서 인간의 존엄성 보장(*la dignité de la personne humaine*)은 주요 쟁점사항으로 등장하는데, 1975년 1차 인공임신중절 결정과 1994년 생명윤리법 결정에서는 생명의 시작과 더불어 인정되는 인간으로서의 존중의 보호 범위에 배아를 포함시키고 있다. 이에 비해 2001년 결정에서는 자신의 신체의 처분에 대한 여성의 개별적인 자기 결정권을 인간으로서의 존엄성 보장의 원칙하에 인정하였다.

프랑스 헌법재판소는 제2차 인공임신중절(2001) 결정에서 “인권선언 제2조에서 유래하는 여성의 권리는 임신중절이 여성의 권리에 속한다는 것을 명확하게 나타내고 있으며, 비인간적 대우로부터 보호받는 인간의 존엄성 보장은 생명이

563) Cons.const., 27 juin 2001, n°2001-446 DC, IVG II

시작된 이후부터 보장되는 것”이라고 보았다. 따라서 여성의 임신중절을 할 권리와 태아의 생명권 사이에서 헌법이 추구하는 균형은 임신중절을 할 수 있는 기간을 임신 초기 10주에서 12주로 연장하였다고 하여 깨지는 것이 아니라고 하였다.⁵⁶⁴⁾

한편, 1994년 7월 29일 법률에 대한 위헌심판 결정⁵⁶⁵⁾에서 1975년 인공임신중절 결정에서 배아의 생명의 존중을 확인한 바 있는데, 1994년 이후의 생명윤리법에서도 이러한 체계를 유지하고 있다. 생명윤리법상의 인간배아에 대해서 이를 민법상 권리주체인 자연인으로 볼 수는 없지만 권리의 향유자로서의 인적 존재(Être humain)로 인정할 수 있음은 지난 1975년 인공임신중절 결정에서 헌법재판소가 선언한 바 있다.⁵⁶⁶⁾ 한편 포태중인 배아(Embryon *in utero*)와 다르게 시험관배아(Embryon *in vitro*)를 인적 존재(Être humain)로 보고 있지 않다. 헌법재판소는 생명윤리법 결정에서 대상 법률이 시험관 배아에 대해 생명이 시작하면서부터 인정되는 인간 존중원칙을 적용하지 않는 것에 대해 위헌이 아니라고 보았다.

564) 그러나 이러한 점에 대하여 프랑스 헌법재판소는 제2차 인공임신중절 결정에서 법적인 판단을 명확히 하지 않았고 의학적 판단만을 한 것으로 보인다.

565) Décision n°94-333/344 DC du 27 juillet 1994, *JO*, 29 juillet 1994, p.11024, Recueil, p.100.

566) Décision n°74-54 DC du 15 janvier 1975, *JO*, 16 janvier 1975, p.671, Recueil, p.19.

그리고 위와 같은 생명윤리를 둘러싼 프랑스 헌법재판소 결정은 스페인 헌법재판소의 인간배아와 태아의 기증과 이용결정(1996년 12월 19일)과 이탈리아 헌법재판소의 시험관 수정(une procréation médicalement assistée, FIV)판결(1998년 9월 26일)에도 영향을 주었다.⁵⁶⁷⁾

생명윤리와 인간의 존엄성 보장에 관한 기존의 사전적 규범통제 과정에서의 헌법적 판단은 프랑스는 2008년 7월 23일 헌법 개정 이후 2010년부터 구체화된 사후적 위헌법률심판 절차인 우선적 위헌심사(Question prioritaire de constitutionnalité : QPC)에서도 확인되고 있다. QPC 심판 과정에서 헌법재판소는 생명윤리에 관련된 위헌법률심사에서 적용하는 헌법적 규범으로 종래 사전적 위헌심사 과정에서 헌법적 가치를 갖는 ‘합헌성 블록’에 포함된 1789년 인권선언 제1조⁵⁶⁸⁾, 제2조⁵⁶⁹⁾ 및 제4조⁵⁷⁰⁾와 1946년 헌법 전문 제11조⁵⁷¹⁾의 내용을 언급하고 있다.

567) L. Favoreu· L. Philip avec autres, Les grandes décisions du Conseil constitutionnel, 16^e édition, Dalloz, 2011.

568) "인간은 권리에 있어서 자유롭고 평등하게 태어나 생존한다. 사회적 차별은 공동 이익을 근거로 해서만 있을 수 있다".

569) "모든 정치적 결사의 목적은 인간의 자연적이고 소멸될 수 없는 권리를 보전함에 있다. 그 권리란 자유, 재산, 안전, 그리고 압제에의 저항 등이다".

570) "자유는 타인에게 해롭지 않은 모든 것을 행할 수 있음이다. 그러므로 각자의 자연권의 행사는 사회의 다른 구성원에게 같은 권리의 향유를 보장하는 이외의 제약을 갖지 아니한다. 그 제약은 법에 의해서만 규정될 수 있다".

571) "국가는 모든 사람, 특히 아동, 모친 그리고 노령의 근로자에 대하

이하에서는 위에서 언급한 프랑스 헌법재판소의 위헌심사 결정들에서의 생명관련 법리에 대한 기본적인 판례의 입장을 인간의 존엄성 보장의 의미를 분석해보고, 관련된 사전적 위헌심판 결정의 구체적 예와 2008년 헌법 개정 이후 사후적 규범통제(QPC)를 통한 결정 사례에 대해 살펴보기로 한다.

II. 헌법재판소 결정에 나타난 인간 존엄성의 보장

1. 인간의 존엄성 존중의 헌법적 승인

가. 합헌성 블록

우리 헌법 제10조와 같이 근본규범으로서의 인간의 존엄과 가치⁵⁷²⁾를 명시하고 있는 조항을 두고 있지 않은 프랑스 헌법에서 인간의 존엄성 존중의 헌법화 내지 헌법적 확인(L'affirmation de la valeur constitutionnelle de la sauvegarde de la dignité de la personne humaine)은 이러한 인간의 존엄성 보장을 위한 다른 규정이나 원칙을 확립

여 **건강의 보호**, 물질적 안정, 휴식 그리고 여가를 보장한다. 그의 연령, 신체적·정신적 상태, 경제상황 등의 이유로 노동불능의 상태에 있는 자는 누구나 공동체로부터 적당한 생활수단을 취득할 권리를 갖는다".

572) 정재황, 신 헌법입문, 제2판, 박영사, 2012, 300면 이하.

하는 결과를 가져오게 된다. 프랑스 헌법은 우리 헌법 제2장과 같은 기본권 항목을 별도로 규정하고 있지 않지만, 헌법 전문(前文)에서 1789년 인권선언과 1946년 헌법전문 및 2005년 환경헌장이 헌법적 효력을 가짐을 규정하고 있다.

다시 말해, 현행 1958년 10월 4일의 프랑스 헌법에 의하여 보장되는 권리와 자유만이 아니다. 1958년 10월 4일의 현행 헌법의 전문이 그 존중을 명시하여 현행 헌법에서도 헌법적 효력을 가지는 1789년 인권선언과 1946년 헌법의 전문(前文), 그리고 이 1946년 헌법의 전문이 재확인하는 근본원칙인 공화국의 여러 법률에 의해 승인된 근본원칙들(les principes fondamentaux reconnus par les lois de la République)에 의하여 보장되는 권리와 자유들도 포함된다.

따라서 프랑스 헌법재판소는 1789년 인권선언, 1946년 헌법 전문, 공화국의 여러 법률들에 의한 근본원칙들에서 새로이 권리와 자유들을 발견해 왔고 이로써 헌법에 의하여 보장되는 권리와 자유가 확대되어 왔다. 이는 위헌법률심사에 있어서 심사준거로 1958년 헌법의 권리와 자유의 규범만이 아니라 1789년 인권선언 규정, 1946년 헌법 전문 규정, 공화국의 법률들에 의하여 승인된 근본원칙 등의 권리와 자유의 규범도 포함된다는 것이므로 위헌법률심사의 준거규범이 확대됨을 의미하는 것이기도 하다. 프랑스 학자들은 종래 상기한 규범을 총합하여 이른바 ‘합헌성블록(bloc de constitutionnalité)’이라고 지칭하고 있다.⁵⁷³⁾ 이처럼 합헌성

블록에 현행헌법전의 본문 뿐 아니라 1789년 인권선언규정, 1946년 헌법의 전문 등도 포함시킴으로써 합헌성 여부의 판단준거가 되는 합헌성블록이 확대되어 있다”.⁵⁷⁴⁾

나. 인간의 존엄성 존중원칙의 내용과 한계

프랑스 헌법재판소는 1994년 7월 29일에 제정된 인간 신체의 존중에 관한 법률(94-653호)과 인체유래물의 사용과 기증에 관한 법률(제94-654호)⁵⁷⁵⁾ 심판 결정에서 두 법률에 공통적으로 명시된 존엄성 존중에 관한 4가지 원칙을 확인하고 있다.

이러한 4가지 원칙은 첫째 인간가치의 우월(최고가치)성(*la primauté*), 둘째 생명의 시작과 더불어 인간의 존엄성, 셋째

573) L. Favoreu, *Le principe de constitutionnalité, essai de définition d'après la jurisprudence du Conseil Constitutionnel*, Recueil d'Etudes en hommage à Charles Eisenmann, Ed., Cujas, Paris, 1977, 33면 이하 ; G. Drago, *Contentieux constitutionnel français*, 2e éd., P.U.F., Paris, 2006, 255면 등 참조. 합헌성블록의 확대에 의해 프랑스 공법과 공법상의 합법성(*légalité*)체계에 변혁을 가져왔다는 평가로, L. Favoreu, *L'apport du Conseil constitutionnel au droit public*, *Pouvoirs*, no13, 1980, 18면 이하 참조.

574) 이상 합헌성블록을 중심으로 한 프랑스 위헌심사의 준거규범(헌법규범)에 대한 서술(“”로 표시된 부분)은 정재황, 프랑스의 사후적 위헌법률심사제에 대한 연구, *성균관법학* 제22권 제3호(2010), 536-537면의 글을 약간 다듬어 다시 옮겨놓은 것이다. 그 외 프랑스 합헌성블록에 대한 설명을 하고 있는 문헌으로, 한국법제연구원, 2006 프랑스 법령용어 해설집, 법령용어정비사업팀, 2006년, 53면도 참조.

575) 두 법률의 내용은

인간의 신체에 대한 불가침(신성함) 및 비재산성, 넷째 인간(l'espèce humaine)⁵⁷⁶⁾의 온전성을 말한다. 프랑스 헌법재판소는 “이 같이 인정되는 동 원칙들은 인간 존재의 존엄성의 보호라는 헌법적 원칙을 보장하기 위해 인정되는 것이다”라고 밝히고 있다. 또한 “시행될 상기 법률들 조항 전체는 헌법적 가치를 갖는 규범으로서 적용”되는 것임을 추가로 밝히고 있다.

물론 이와 같이 언급한 4가지 원칙을 헌법적 원칙의 반열에 위치할 필요는 없다는 주장도 있다. 이 주장은 인간 존엄성에 관한 위 원칙들은 당연히 헌법적 보장의 가치를 갖지만 일종의 초병(哨兵) 역할을 수행하는 원칙(les principes sentinelles)으로 보아야 하며, 예를 들어 심각한 징후가 있는 사람의 동의를 얻지 않은 채혈이나 강간이나 성폭행 혐의자에 대한 심각한 질병의 감염 여부를 위한 동의 없는 채혈과 같은 경우에는 신체의 온전성에 대한 침해가 아니라고 한다.⁵⁷⁷⁾ 실제로 이러한 주장에 접근하는 헌법재판소의 결정이 있었는데, 국내 치안에 관한 2003년 3월 13일 제2003-467호 결정⁵⁷⁸⁾에서 헌법재판관들은 비록 범죄용의자의 신체의 온전성에 대한 제한이 예상된다고 하더라도(이를 명시적으로

576) 영어인 human(인간)에 해당한다.

577) L. Favoreu et autres, Droit des libertés fondamentales, 4^e édition, Dalloz, 2007, p.174.

578) Cons.const., 13 mars 2003, n° 2003-467 DC, Loi pour la sécurité intérieure. Rec. p.211.

언급한 것은 아니지만), “이러한 신체적 구속은 특히, 1946년 헌법 전문 제11조⁵⁷⁹⁾에 규정된 피해자의 건강상태의 보호에 부합하는 것과 같은 다른 요구가 있는 경우에는 어떤 문제도 되지 않는다”라고 밝히고 있다.

2. 1994년 생명윤리법 결정에서 나타난 인간의 존엄성 보호원칙

헌법재판소는 이 결정에서 자신이 입법자를 대신하여 이에 관한 평가와 법률 규정의 내용의 변경에 관한 결정을 내릴 수 있는 권한이 없음도 밝히고 있다.

프랑스 헌법재판소의 1994년 생명윤리법 결정 이래로 인간의 존엄성 보호에 관한 여러 결정이 확인되고 있다. 먼저 생명윤리법에 관한 1994년 7월 28일 제94-343/344호 결정의 핵심은 헌법에 의해 보장받는 인간의 존엄성에 관한 부분이라는 점에 의의를 찾을 수 있다. 이러한 내용은 2008년 헌법 개정 자문위원회에서 개정 내용으로 검토되었던 것이기도 하다. 이는 실제로 위 1994년 헌법재판소 결정에서 인간의 존엄성 존중이 이미 앞서 언급한 헌법적합성 판단 기준의

579) “국가는 모든 사람, 특히 아동과 모성 및 노령근로자에 대한 건강 상태, 신체의 안정, 휴식 및 여가를 보장한다(Elle garantit à tous, notamment à l'enfant, à la mère et aux vieux travailleurs, la protection de la santé, la sécurité matérielle, le repos et les loisirs).”

블록(le bloc de constituionalité)의 하나로 포함되어 있었음을 보여주는 것이다.

특히, 프랑스 헌법재판소는 그 위헌여부 심판이 제청된 법률의 위헌심사에 적용될 헌법적 규범에 관한 이유 설시[공시 데랑, considérant n°18. 프랑스 헌법재판소의 결정문에서는 이유의 설시(considérant)에 각 판단별로 번호가 매겨져 있다]에서 1946년 헌법 전문을 언급하고 있음에 주목해야 한다. 이 설시에서 헌법재판소는 1946년 헌법의 전문 첫 문장은 “인간(la pesonne humaine)을 노예로 만들고 품위를 훼손하려고 기도했던 체제에 대하여 자유 시민(les peuples libres)이 획득한 승리 직후에, 프랑스 국민(le peuple français)은 모든 인간(tout être humain)이 인종, 종교 및 신앙의 차별 없이 불가양의 신성한 권리를 보유한다고 재차 선언한다”라고 규정하고 있다.⁵⁸⁰⁾ 또한 다음 문장에서 “프랑스 국민은 1789년 권리선언에서 확인된 인간과 시민의 권리 및 자유와 공화국 법률에서 인정된 기본원칙을 엄숙하게 재차 확인한다⁵⁸¹⁾”라고 함으로써 헌법적 규범에 보장받는 인간

580) L. Favoreau et autres, *op.cit.*,p.173: “Au lendemain de la victoire remportée par les peuples libres sur les régimes qui ont tenté d'asservir et de dégrader la personne humaine, le peuple français proclame à nouveau que tout être humain, sans distinction de race, de religion ni de croyance, possède des droits inaliénables et sacrés.”

581) “Il réaffirme solennellement les droits et libertés de l'homme et du citoyen consacrés par la Déclaration des droits de 1789 et les principes fondamentaux reconnus par les lois de la

의 존엄성에 대한 명시적 근거를 확인하고 있다.

인간의 존엄성 보호의 헌법적 확인은 이러한 보호의 보장에 기여할 수 있는 다른 규정이나 원칙에 대한 영향을 주고 있다. 프랑스 헌법재판소는 1994년 결정의 18번 설시(considérant n°18)에서 동 원칙들이 인간의 존엄성 보호의 헌법상 원칙을 보장하기 위한 것이라고 밝히고 있다. 또한 심판 대상 법률 조항 전부는 헌법적 가치를 가지고 적용될 규범의 범위를 벗어나지 않았다고 하였다(considérant n°19). 하지만 2004년 7월 29일 결정에 대한 평석⁵⁸²⁾에서 강조하는 것과 같이 “헌법재판소는 어찌되었든 간에 전기한 원칙들을 엄격하게 구속적인 카테고리로 삼으려 하지는 않는 것” 같다고 평가된다.

또한 1995년 1월 19일 제94-359호 결정에서는 전기한 1946년 헌법 전문 제1조는 제10조⁵⁸³⁾와 제11조와 함께 모든 사람이 쾌적한 주거에서 살 수 있다는 것은 헌법적 가치를 갖는 목표라고 판시하였고, 언급한 바와 같이 국내 치안에 관한 경찰 관련 법률에 대한 사전위헌심판인 2003년 3월 13일 결정에서는 “인간신체의 완전한 온전성 존중 원칙의 경우에도 범죄인이나 형사 용의자에 대한 머리카락, 타액 등과

République”.

582) Conseil Constitutionnel, Les Cahiers du Conseil constitutionnel n°17.

583) “국가는 개인과 가정에 그들의 가정의 발전에 필요한 제 조건을 보장한다(La Nation assure à l'individu et à la famille les conditions nécessaires à leur développement).”

같이 신체의 일부분의 외부적 적출을 통해 DNA를 수집하는 것이 헌법상 원칙인 인간의 존엄성에 반하는 것이 아니다”라고 판시하였다. 헌법재판소는 동 결정 이유(55번 설시)에서 상기와 같은 신체에 대한 외부적 개입이 “관련 당사자의 고통이나 모욕감을 야기하거나 존엄성에 대한 훼손을 야기하는 것이 아니라면” 인간신체에 대한 불가침성에 반하는 조치가 아니라고 판시하였다.⁵⁸⁴⁾

III. 헌법재판소 결정의 구체적 검토

1. 인공임신중절에 관한 1975년 1월 15일 결정(제1차 IVG결정)⁵⁸⁵⁾

프랑스 헌법재판소가 내린 수많은 결정 중에서 1차 IVG 결정은 프랑스 헌법재판에서 큰 의미를 가지는 결정인데, 헌법적 관점에서 보면 법률이 조약에 위배되는가 하는 점에 대한 판단권의 소재에 관하여 그리고 생명권에 관하여 처음으로 이에 대한 입장을 밝혔다는 점을 들 수 있다. 이하에서는 헌법재판소 결정문을 중심으로 청구인의 청구취지의 요지와 결정의 의미와 평가를 검토하기로 한다.

584) considérant(이유설시) 55, Cons.const., 13 mars 2003, n°2003-467DC.

585) CC. n°74-54 DC du 15 janvier 1975.

가. 사건의 경위

전통적 가톨릭 국가였던 프랑스에서 임신중절(낙태)은 형사처벌의 대상이 되었고, 1810년 형법전(Code pénal)에서도 임신중절을 한 여성과 시술한 사람을 처벌하였다. 그 후 1923년 3월 23일 법률에 의하여 임신중절에 관한 처벌이 완화되었는데, 1년에서 5년의 징역에 처하도록 하였다. 하지만 부득이한 사유에 의한 임신의 경우 낙태시술 행위는 공공연하게 이루어져 왔고 특히 1970년대에 들어와 성폭행을 당한 여성의 임신중절에 대한 형사재판이 사회적 이슈가 되면서 임신중절에 대하여 합법화하는 주장이 강하게 대두되었다. 1975년에 임신중절을 합법화하는 법안이 의회에 제출되어 임신중절에 관한 법률(Loi n°75-17 du 17 janvier 1975 relative à l'interruption volontaire grossesse, 이른바 IVG 법)은 과반수의 찬성을 얻어 의회를 통과하였다. 당시 공중보건법(Code de la santé publique)에서 임신중절에 대해 이를 금지하고 있었는데, 이를 개정하는 것이 그 내용이었다. 다만 1975년 IVG법은 임신중절을 허용하는 것을 영구히 하는 것이 아니라 5년 동안 한시적으로 합법화하는 것이었다. 그 후 결국 1979년 12월 31일 임신중절에 관한 법률((Loi n°75-1204 du 31 décembre 1979 l'interruption volontaire grossesse)이 영구히 임신중절을 합법화하였다.

나. 헌법재판소의 결정

1975년 1월 15일 헌법재판소 결정은 프랑스 헌법재판에 있어서 가장 중요한 결정 가운데 하나인데, 이는 법률이 국제법에 위반되는가 여부에 대한 헌법재판소의 판례로써 뿐만 아니라 생명권에 대한 헌법재판소의 견해 측면에서도 중요한 의미를 가진다. 결정문의 내용은 다음과 같다⁵⁸⁶⁾:

“헌법 제61조는 헌법재판소에 대하여 의회의 권한과 동일한 평가와 결정권을 부여한 것이 아니라 헌법재판소에게 단지 심사에 회부된 법률의 헌법에의 적합성에 관하여 심사할 수 있는 권한을 부여하고 있다; 헌법 제55조는 아래와 같이 규정하고 있다. ‘적법하게 비준 또는 승인된 조약이나 협약은 다른 당사국에 의하여 시행될 것을 조건으로 하여 공포 시부터 법률에 우선하는 효력을 가진다.’ 만일 이 조항에 의하여 조약에게 법률보다 우위의 효력이 부여된다면, 동 조항은 이러한 원칙의 준수가 헌법 제61조에 규정된 위헌법률심판의 범위 안에서 보장되어야 한다는 것을 말한다; 위헌으로 선언된 모든 조항은 공포되거나 적용될 수 없다고 하는 것은 헌법 제62조에서 따른 것이고, 헌법 제61조에 근거한 결

586) 이하 결정요지 부분은 전학선 교수의 논문(프랑스 헌법재판소 임신 중절 결정-2001년 6월 27일 결정을 중심으로-, 헌법학연구, 2012)의 결정문 내용 부분을 표현을 일부 수정하여 재인용 하였다.

정은 절대적이고 결정적인 특징을 가진다; 반대로, 법률보다 조약의 우월성은 헌법 제55조에 규정하고 있는데, 상대적이면서 동시에 부수적인 특징을 가진다. 따라서 일면 조약의 적용 영역에 제한되는 것에 따른 것이라 할 수 있는 반면에 다른 한편로는 조약의 서명국에 따라서 그리고 이러한 조건의 존중이 평가되는 시점에 따라 다양해질 수가 있는 실현의 상호성의 조건에 따른 것이다; 조약에 반대되는 법률이 헌법에 반대되는 것은 아니라 할 것이다;

헌법 제55조에 규정된 국제법 우위의 원칙에 대한 통제는 헌법 제61조와의 다른 성질로 헌법 제61조와 동일하게 이루어 질 수 없다; 헌법 제61조에 의하여 헌법재판소에 청구되었을 때, 조약이나 협약의 조항에 법률의 적합성을 심사하는 것은 헌법재판소의 권한에 속하는 것이 할 수 없다; 임신중절에 관한 법률은 임신중절을 할 수 있는 인간의 자유를 보장하고 있다. 이는 곤궁의 상황과 의료상의 이유와 관계되는 것이다. 따라서 ‘인간과 시민의 권리선언’ 제2조가 규정하고 있는 자유에 위반되지 아니한다; 청구대상 법률은 단지 필요한 경우에 한하여 법률이 정한 조건과 한계에 따라서만 행하여지는 것을 전제로 하여 제1조에 규정된 범위 안에서 생명 시작된 이후에만 인간 존중의 원칙에 위배되는 것을 인정하고 있다; 이 법률에 규정된 어떠한 경우도 공화국 법률에 의하여 인정된 기본원칙에 위반되는 것이 아니며, 국가는 아동의 건강을 보호한다고 하는 1946년 10월 27일의 헌

법 전문(前文)에서 선언된 원칙을 위반하는 것이 아니다. 또한 헌법적 가치를 가지는 다른 조문에도 위반되는 것이 아니다; 따라서 임신중절에 관한 법률은 1958년 10월 4일의 헌법 전문에서 선언하는 어떠한 조항에도 위반하지 않으며 또한 다른 어떠한 헌법조문에도 위반되지 않는다.”

다. 쟁점사항

(1) 법률의 조약위반 여부의 심사

1975년 제1차 IVG 결정은 종래 위헌심판 청구를 대통령, 수상, 양원 의장에서 60인의 국회의원으로 확대하는 법률 개정(1974.10.29.) 이후 처음으로 60인 이상의 국회의원에 의하여 위헌법률심판이 청구된 사건이라는 점에서 의의가 있다.

또한 프랑스 헌법재판소는 동 결정에서 위헌법률심판에 회부된 법률에 대하여 위헌심판을 하기 전에, 위헌심사에 있어서 헌법재판소의 권한의 측면과 동시에 심판기준에 대하여 판시하고 있다.

헌법재판소는 법률이 국제법, 즉 유럽인권협약(*convention européenne des droits de l'homme*)에 위배되는지에 대하여 심판할 수 있는 권한이 없음을 선언하였다. 왜냐하면 국제법은 위헌심사기준이 되는 합헌성 블록(*le bloc de constitutionnalité*)에 해당되지 않는다는 보았기 때문이다.

라. 임신중절과 아동의 보호

헌법재판소는 1789년 인권선언 제2조를 근거로 의료진만 큼이나 여성들의 의지에 따라 법률은 임신중절을 받거나 하는 사람의 자유를 존중하고 있음을 강조하였다. 그러나 이러한 권리가 헌법적 가치를 가지는 권리로써 인정될 수는 없다고 판시하였다. 태아의 보호 문제와 관련하여, 헌법재판소는 공화국 제도에 의하여 임신중절을 금지하는 것이 공화국 법률에 의하여 인정되는 기본원칙에 해당하지 않는다고 하였다. 또한 1946년 헌법 전문(前文)에 의하여 인정되는 아동의 보호 즉, 국가가 아동의 건강을 보호하여야 한다는 원칙은 단지 출생한 이후부터 적용된다고 판시하였다.

2. 인공임신중절에 관한 2001년 6월 27일 결정(제2차 IVG결정)⁵⁸⁷⁾

가. 사건의 경위

이른바 제2차 IVG법률인 임신중절 및 피임에 관한 법률 (loi relative à l'interruption volontaire de grossesse et à la contraception)의 제정에 앞서 60인 이상의 상원 의원이 헌

587) CC. n°2001-446 DC du 27 juin 2001.

법재판소에 위헌법률심판을 청구하였다. 동 법률은 공중보건법전(Code de la santé publique)을 개정하는 것을 내용으로 하는 법률로써 임신중절과 피임에 관한 내용을 담고 있었다. 동 법률은 임신한 여성이 출산을 하기에 곤란한 상황에 처한 경우, 임신중절을 할 수 있는 기간을 임신 12주로 연장하는 것을 내용으로 하고 있다.

나. 쟁점이 된 위헌 주장 사유

청구인들은 임신중절을 할 수 있는 기간을 10주에서 12주로 연장하는 것이 인간의 존엄성을 침해하는 것이라고 주장하였다. 이는 태어날 아이에 대하여 우생학적으로 선별 출산을 하여 인간의 존엄성을 해칠 우려가 있다는 것이다. 그리고 태아에서 인간으로 변해가는 상황을 방해하는 것이므로 인간의 존엄성을 침해하는 것이라는 주장이었다. 그리고 임신중절을 허용하는 것은 1789년 인권선언 제4조에서 도출되어 헌법적 가치의 목적(les objectifs de valeur constitutionnelle)인 사전예방원칙(le principe de précaution)에 위반된다고 주장하였다.

1946년 헌법 전문 제11조에서 규정하고 있는 ‘여성에게 증가되는 의학적 위험으로부터 보호하기 위한 예방의 성질상, 기술상의 변화(changement de la nature et de la technique de l’intervention)’에 대한 위반이라는 주장도 제기되었

다.588)

다. 헌법재판소 판단

이에 대하여 헌법재판소는 다음과 같이 판시하였다.⁵⁸⁹⁾

“헌법재판소는 입법자에게 속하는 기술적인 측면과 태아의 성장 상태에 따른 평가나 결정권과 같은 권한을 가지고 있지 않다. 입법자는 해당 영역에서 자유로이 이전의 상태의 법률 조항을 수정하거나 폐지 혹은 대체하는 입법을 할 수 있다. 그러나 이러한 권한의 행사가 헌법에서 요구되어지는 법적 보장을 침해해서는 안된다(제1차 IVG 결정에서와 동일하다);

임신중절을 10주에서 12주로 연장하여 허용하는 것은 헌법이 요구하는 인간의 존엄성 보장과 1789년 인권선언 제2조에서 근거하는 여성의 자유 사이에서 고려되어 진다. 민법전 제16-4조에 근거하여 임신중절은 우생학적인 측면에서만 실행될 수 있다. 위기 상화에 처한 임신한 여성에게 임신중절을 할 지 여부를 결정할 수 있는 권한을 부여하면서, 입법

588) CC. n°2001-446 DC du 27 juin 2001.

589) 이하 판시 부분도 앞의 제1차 IVG결정의 경우와 같이 전학선 교수의 논문(프랑스 헌법재판소 임신중절 결정-2001년 6월 27일 결정을 중심으로-, 헌법학연구, 2012.)의 결정문 내용 부분을 표현을 일부 수정하여 재인용 하였다.

자는 법률에서 모든 범죄로 인한 상태를 배제하였다. 또한 더 일반적으로 공중보건법전 제2211-1조에서 규정하고 있는 ‘생명의 시작 이후 인간의 존중’이 내포하는 모든 원칙들의 변화를 배제하였다.;

청구인들의 주장과는 달리 사전예방원칙이 헌법적 가치의 목적은 아니다; 만약에 10주에서 12주로 임신중절을 할 수 있는 기간을 연장하는 것이 더 세밀한 의학적 판단이 요구된다면, 임신부의 건강이 위협받지 않는다는 조건 하에서 행하여 질 수 있다. 따라서 당해 법률은 이러한 측면에서 충분한 보장을 하고 있다. 이러한 조건에서 1946년 헌법 전문 제 11조를 위반하였다는 주장은 이유없다; 공중보건법전 제 2212-3조를 수정하는 내용을 담고 있는 임신중절 및 피임에 관한 법률 제4조는 임신중절을 하고자 하는 임신부가 병원을 처음 방문하였을 때 절차에 관하여 규정하였다. 동 조항은 그 내용을 자세히 규정하고 있는데, 안내서류(dossier-guide)가 임신부에게 제시되어 진다. 동 법률은 안내서류에 법률에 의하여 가족과 모 또는 아이 등에게 보장되는 권리·구제·편의점을 열거하도록 하고 있으며, 태어나는 아이의 입양 가능성에 관해서도 언급하도록 하고 있다. 임신중절 및 피임에 관한 법률 제5조는 공중보건법전 제 2212-4조를 개정하는 것이었는데, 이는 사회적 특징에 따른 사전 상담에 관한 것이었다. 이러한 상담은 미성년자인 임신부에게는 필수적인 것이지만 성년인 임신부에게는 의무적인

것이 아니었다.

청구인들은 주장하기를 임신중절 및 피임에 관한 법률 제4조와 제5조는 여성의 자유로운 결정권을 보장하는 것 이외에는 없는 것이며, 임산부가 임신중절을 하지 않을 자유를 향유하면서 자유롭고 명쾌한 동의를 할 수 있다는 것 이외에는 없다는 것이다. 따라서 동 법률은 개인적 자유의 헌법적 가치의 원칙을 위반한다고 주장하였다; 임신중절 및 피임에 관한 법률 제4조와 제5조는 임신중절을 원하는 임산부의 자유를 보장하고 있다. 모와 아이가 향유하는 구제와 구조에 대한 정보는 사전에 상담을 거친 성인인 임산부에게는 주어지지 않는다. 사실 상담을 할 기회는 제도적으로 임신중절 전에 성인인 임산부에게 주어지는데, 미성년자인 임산부의 경우에는 의무적인 것이 된다. 따라서 임신중절 및 피임에 관한 법률 제4조와 제5조가 1789년 인권선언 제2조를 위반하는 것은 아니다; 임신중절 및 피임에 관한 법률 제8조 2°는 공중보건법전 제2212-8조의 마지막 두 조항을 폐지하는 것을 내용으로 하고 있는데, 공중보건기관의 장이 동 기관에서 임신중절을 하는 것을 거부할 수 있는 권한을 폐지하는 것이다; 청구인들은 이러한 내용은 양심의 자유와 대학 교수의 독립성 원칙을 침해한다고 주장하였다;

1789년 인권선언 제10조는 다음과 같이 규정하고 있다. '누구든지 그의 의사표시로 인하여 법률에 의해 정하여진 공공질서가 파괴되지 않는다면 그의 견해 특히 종교상의 견해

로 인하여 불이익을 받지 않아야 한다.’ 또한 1946년 헌법 前文 제5조는 다음과 같이 규정하고 있다. ‘누구든지 작업장이나 직업에서 출생이나 견해 또는 신앙으로 인하여 불이익을 받지 아니한다;

양심의 자유는 공화국 법률에 의하여 인정되는 기본원칙 가운데 하나로 인정된다;

공중보건법전 제2212-8조 제1항을 근거로 하여, 의사는 임신중절을 할 책임이 전혀 없다. 동 조 제2항에서 어떠한 산과나 간호사 혹은 의료 보조인도 임신중절에 참여할 책임이 있는 것은 아니다. 따라서 임신중절을 거부하였을 때 이를 처벌할 수는 없는 것이다. 이러한 임신중절에 관련된 사람들의 자유는 보장되어 진다; 심판대상 조항을 적용하여 공중보건기관의 장이 해당 기관에서 임신중절이 행하여지는 것을 반대할 수 없다면, 그는 그 스스로 수술을 하지 않을 권리도 가지고 있다고 보아야 한다. 개인적 양심에서 오는 자유는 보장되어야 하며 해당 기관에서 근무하는 다른 의료진의 자유를 희생시키면서 행사될 수는 없다. 이러한 조항은 결국 법 앞에 그리고 공공서비스에 있어서 사용자의 평등의 원칙을 침해하지 않는 것이다; 대학 교수의 독립성을 침해하였다는 주장은 공공서비스 기관의 장으로서 의사의 자유가 문제되는 것이므로 관련이 없다; 공중보건법전 제2212-8조는 어떠한 헌법적 가치를 가지는 규범도 위반하지 않는다.”

3. DNA정보파일(Fichier empreintes génétiques)결정 (QPC 2010-25)⁵⁹⁰⁾

가. 의의

DNA정보에 대한 활용이 인체의 생명에 직접 영향을 주는 것은 아닐 것이나 그 규명이 생명체의 동일성을 인식하게 하는 것이므로 DNA활용의 법적 문제도 넓게 생명공학에 관한 헌법적 문제로서 다루어질 수 있을 것이다. 프랑스 헌법재판소는 DNA정보에 관하여는 범죄자 신원확인을 위한 DNA정보 수집을 정한 형사소송법규정이 합헌이라고 보았다. 동 결정에서 헌법재판소는 형사소송법상 정해진 특정한 범죄로 처벌받은 사람이나 그 범행을 했을 징후가 보이는 경우에는 동 인물에 대한 DNA정보를 관리와 국가 DNA데이터베이스에 수록된 DNA정보와의 대조가 가능하다고 조건부로 합헌결정을 내렸다. 동 결정은 한국에서도 2010년 1월 25일 ‘디엔에이 신원확인정보의 이용 및 보호에 관한 법률’이 제정·공포되어 2010년 7월 26일부터 시행되고 있다는 점을 고려해 본다면 우리에게도 시사점을 제공한다고 할 것이다.

590) Décision n° 2010-25 QPC du 16 septembre 2010.

나. 사건의 경위

형사소송이 계류 중인 QPC신청인은 동 소송에서 형사소송법 제706-54조 제2항과 제3항, 제706-55조, 제706-56조 § II의 제1항의 규정이 헌법이 보장하는 권리와 자유를 침해한다는 주장으로 구체적 위헌법률심사의 청구가 있었고, 이를 심사한 최고사법법원(la Cour de cassation)이 2010년 6월 17일 프랑스 헌법재판소에 제청⁵⁹¹⁾을 함으로써 헌법재판소의 판단이 이루어진 것이다.

다. 형사소송법 제706-54조에 대한 위헌 여부 판단

(1) 형사소송법 제706-54조

제1항: 국가의 DNA 데이터베이스(Le fichier national automatisé des empreintes génétiques FNAEG)는 사법부 통제하에서 제706-55조에 규정된 범죄들 중의 하나로 처벌 받은 사람의 DNA 정보와 생물학적(생체적) 흔적(traces biologiques)으로부터 나오는 DNA 정보를 그 범죄자의 확인과 수사를 쉽게 하도록 하기 위하여 집중하여 모으려는 것

591) Arrêt n°12071 du 11 juin 2010.

을 목적으로 한다.

제2항 : 제706-55조에 열거된 범죄 중 하나를 저질렀다는 중대하거나 그럴 가능성을 보여주는 징후가 있는 사람의 DNA정보도 마찬가지로 사법경찰관이 직권으로 또는 검사(le procureur de la République) 또는 예심판사(le juge d'instruction)의 요구에 따른 사법경찰관의 결정으로 보관된다. 이러한 결정이 절차의 서류에 기재된다. 그 DNA정보는 그 파일의 목적을 고려하건대 더 이상 필요하지 않은 것으로 나타날 경우에 직권으로 이루어지는 검사의 지시 또는 이해관계인의 신청으로 삭제된다고 규정하고 있다. 이해관계인에 의해 요구되었던 경우에 검사는 그에게 그 요구에 대한 유보를 알려준다. 삭제가 명령되지 않았을 경우에 이해관계인은 구금여부를 결정하는 판사(le juge des libertés et de la détention, JLD)⁵⁹²⁾에 소송을 제기할 수 있고 그 판사의 결정에 대해서는 고등법원의 예심부⁵⁹³⁾의 장(président de la chambre de l'instruction)에게 항고(소)할 수 있다.

제3항 : 사법경찰관들은 마찬가지로 직권으로 또는 검사나

592) 이 판사제도는 2000년 6월 15일 법률로 창설된 것인데 일시적 구금여부를 판단하는 임무를 주로 하여 개인의 자유 보장을 위한 역할을 하는 1심 지방법원(le tribunal de grande instance) 소속의 법관이다.

593) 예심부(la chambre de l'instruction)란 고등법원(la cour d'appel)에 속한 부로서 구금여부판사 등의 결정에 대한 항고

예심판사의 요구로 범죄(crime 또는 délit)⁵⁹⁴를 저질렀다고 의심하게 할만한 하나 또는 여러 가지 사유들이 있는 모든 사람들의 DNA정보를 데이터베이스에 있는 정보들과 비교할 수 있다(그렇다고 이 DNA정보를 데이터베이스에 저장할 수 있는 것은 아니다).

제4항 : 이 조에서 규정하는 파일은 또한 제74조, 제74-1조와 제80-4조에 의해 규정된 데 따라 이루어지는 사망원인의 조사 또는 행방불명(수배된 자)의 사유의 조사를 하는 과정에서 수집된 생물학적(생체적) 흔적으로부터 나오는 DNA 정보, 그리고 사망자 또는 수색대상자에 해당하는 또는 해당될 가능성이 있는 DNA정보도 포함한다.

제5항 : 이 파일에 보관되는 DNA정보는 성(性, sexe) 표시에 해당되는 부분을 제외하고는 염기서열이 코드화되지 않은 DNA부분(segments d'acide désoxyribonucléique non codants)을 가지고서만 실제작성이 될 수 있을 뿐이다.

제6항 : 개인정보보호위원회(la Commission nationale de

594) 프랑스 형법 제111-1조는 형사범죄는 그 중대성에 따라 crimes, délits et contraventions으로 분류한다고 규정되어 있다. 범죄정도가 강한 차례로, crimes, délits, contraventions 순이다. 이하에서 다루는 프랑스 형사소송법의 DNA정보에 관한 채취, 보관에 관하여 규정은 crimes, délits을 그 대상으로 하고 있다.

l'informatique et des libertés. 흔히 줄여 'CNIL'이라고 칭함)의 의견을 들은 후 최고행정법원에서 제정되는 데크레(décret en Conseil d'Etat)로 이 조의 집행방법을 정한다. 이 데크레는 특히 저장된 정보의 보관의 기간을 정한다.

(2) 위헌주장

청구인의 주장은 결정문의 실시 5번에서 헌법재판소가 적시하고 있다. 프랑스 헌법재판소의 결정문에서는 이유의 실시(considérant)에 각 판단별로 번호가 매겨져 있다. 이 결정의 1번 실시는 심판대상을 한정하는 내용이고, 2번부터 4번까지의 실시는 심판대상 조문들을 적시하고 있으며 청구인의 주장은 실시 5번에 적시되고 있는 것이다. 청구인의 주장은 최고사법법원의 제청서⁵⁹⁵⁾에도 나온다. 여하튼 청구인의 위헌주장은 다음과 같다. 사법경찰관리가 DNA정보를 비교하거나 국가데이터베이스에 저장할 목적으로 생물학적(생체적) 채취를 직권으로 결정할 수 있도록 하는 제706-54조의 제2항, 제3항은 헌법 제66조에 반한다. 게다가 동조 제2항은 사법경찰관리에게 진행 중인 조사에 분명히 필요한지를 고려함이 없이 모든 범죄에 대해 생물학적 채취를 허용하는

595)

<http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/les-decisions/acces-par-date/decisions-depuis-1959/2010/2010-25-qpc/decision-de-renvoi.102002.html>

것인바 이는 1789년 인권선언 제2조와 제9조, 헌법 제66조, 인간의 존엄성보장의 헌법원칙과 신체의 불가침원칙을 침해하는 것이다.

(3) 제청

최고사법법원은 위 주장이 제청요건을 갖추었다고 보아 제청을 하였다.⁵⁹⁶⁾ 프랑스의 구체적 규범통제인 사후적 위헌법률심판에서 최고사법법원, 최고행정법원이 제청을 할 수 있는 요건은 1° 문제의 법률규정이 소송 또는 소송절차에 적용되는 규정일 것 또는 소추의 기초를 이루는 법률규정일 것, 2° 이제까지 헌법재판소의 결정의 주문과 이유에서 헌법에 합치된다는 선언이 없었을 것(다만, 헌법재판소의 이러한 합헌선언이 있었던 법률규정이더라도 그 합헌선언 이후 사정변경이 있는 경우에는 제청대상임), 3° 그 위헌성 문제가 심각한 성격을 가지는 것일 것 또는 그 위헌성 문제가 새로운 문제일 것이라는 3가지 요건으로 규정되어 있는데(위 조 직법률로 추가된 동 법률명령 제23-4조) 이 요건을 모두 갖추었다고 본 것이다.⁵⁹⁷⁾

596)

<http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/les-decisions/acces-par-date/decisions-depuis-1959/2010/2010-25-gpc/decision-de-renvoi.102002.html>

597) 이 요건에 대한 자세한 것은 위 정재황, 프랑스의 사후적 위헌법률심사제에 대한 연구, 530면 이하 참조.

(4) 판단

프랑스 헌법재판소는 먼저 그 위배 여부가 문제되는 규범들을 다음과 같이 설시 6에서 설시 9까지 지적하고 있다.

설시 6 : 프랑스 1789년 인권선언 제2조는 “모든 정치적 결사의 목적은 인간의 자연적이고 시효불소멸인 권리를 보전하는 데 있다. 이러한 권리들은 자유, 소유권, 안전, 압제에 대한 저항의 권리이다”라고 규정하고 있는 점, 이 제2조에 의해 선언된 자유는 사생활의 존중을 내포하고 있다는 점을 고려하건대,

설시 7 : 1946년 헌법의 전문은 모든 인간은 인종, 종교, 신앙을 가리지 않고 양도할 수 없고 신성한 권리를 보유하고 있음을 재확인하였고 모든 유형의 굴종과 퇴락에 대항하여 인간존엄성을 보정하는 것은 이러한 권리에 속하는 것이고 헌법적 효력의 원칙을 이루고 있다는 점, 그리하여 인간존엄성을 존중하는 가운데 조사와 사법적 수사의 조건과 방식을 정할 권한은 헌법 제34조(헌법 제34조는 법률로 정할 사항을 규정한 헌법조문이다 * 필자 주)⁵⁹⁸)에 따라 형법과 형사소송법에 관한 규칙을 제정할

598) 즉 헌법 제34조는 법률은 공민권, 공적 자유권(libertés publiques) 행사를 위한 기본적 보장, 미디어의 자유·다원성·독립성, 중죄, 범죄의 구성요건과 그 처벌, 형사절차, 법원조직의 신설, 법관의 지위 등(그 외 사항이 많다)에 관한 규칙을 정한다고 규정하여 법률로 정할 사항

권한을 가지는 입법자에 속한다는 점을 고려하건대,

설시 8 : 1789년 인권선언 제9조는 “모든 인간은 그가 유죄라고 선고되기 전까지는 무죄로 추정되므로 그를 체포하는 것이 필요하다고 판단되더라도 그의 신병을 확보하기 위해 필요하지 않은 모든 엄혹행위는 법률로 엄격히 억제되어야 한다”라고 규정하고 있다는 점을 고려하건대,

설시 9 : 헌법 제34조에 따라 법률은 형사절차에 관한 규칙을 정하고 헌법 제66조는 “어느 누구도 자의적으로 체포되어서는 아니되고 사법기관은 개인의 자유를 수호하고 법률로 정해진 조건하에 이 원칙⁵⁹⁹⁾이 준수됨을 보장한다”라고 규정하고 있음을 고려하건대,

이어 프랑스 헌법재판소는 다음과 같이 10번 설시, 11번 설시를 하고 있다.

설시 10 : 첫째, 입법자는 헌법 제34조로부터 스스로 형법의 적용범위를 정할 의무를 지고 형사절차에 관한 한 이러한 요구는 특히 범죄자를 수사하는 동안에 불필요한

을 규정하고 있다.

599) 즉 “누구도 자의적으로 체포되어서는 아니된다”는 원칙을 말함.

엄혹행위를 피하기 위해 과해진다는 점을 고려건대,

설시 11 : 둘째, 한편으로는 공공질서에 대한 침해의 예방과 범죄자의 수사, 이 두 요구는 헌법적 효력의 권리와 원칙을 보전하기 위해 필요한 것인데 이러한 두 요구와 다른 한편으로는 1789년 인권선언 제2조에 의해 보호되는 사생활존중, 무죄추정, 인간존엄성원칙, 헌법 제66조가 사법기관의 보장 하에 있도록 한 개인적 자유권들과 같은 헌법적으로 보장되는 권리와 자유의 보호 간에 조절을 확보하는 것은 입법자가 수행하여야 하는 것이고 이처럼 만약 입법자가 중대하고 특히 복잡한 사건의 범죄를 확인하기 위하여, 그 증거들을 모으고 범인을 조사하기 위하여 특별한 조치를 규정할 수 있다고 하더라도 이러한 조치는 헌법 제66조에 따라 개인적 자유의 수호자인 사법기관(司法機關)의 특권(prérogatives de l'autorité judiciaire)을 존중하는 가운데 취해져야 한다는 조건과 그리고 그 조치가 헌법적으로 보장되는 권리와 자유에 가져오는 제한이 진실의 규명에 필요하고 범죄행위의 중대성과 복잡성에 비례하고 부당한 차별을 가져오지 않아야 한다는 조건하에서 그러하다는 점을 고려하건대,

이어 프랑스 헌법재판소는 DNA정보의 채취와 저장

(prélèvement et l'enregistrement des empreintes génétiques) 규정에 관하여 그 위헌성 여부에 대해 설시 12 이하에서 아래와 같이 판시하고 있다.

설시 12 : 첫째, 제706-54조 제2, 제3항에 규정된 경우에 사법경찰관리가 파일의 대조 또는 보관의 목적으로 직권으로 생물학적 채취를 결정할 수 있다고 하더라도 반드시 사법적 조사나 예심(instruction judiciaire)의 범위 내에서 이루어지는 그러한 행위는 형사소송법의 규정에 합치되게 그의 활동을 지휘하는 검사 또는 예심판사의 통제하에 있다는 점을 고려하건대, DNA 정보는 검사의 지시에 따라 파일에서 소거될 수 있고 제706-54조 제1항에 따라 파일은 사법관의 통제 하에 있게 되며 따라서 헌법 제66조를 위배하였다는 청구인의 주장은 배척되어야 한다는 것을 고려하건대,

설시 13 : 둘째, 제706-54조 제2항, 제3항 소정의 생물학적 채취는 이해관계인의 동의 없이는 이루어질 수 없고 제706-56조 파라그라프 I 제4항은 생물학적 채취가 불가능할 경우에는 그의 신체로부터 분리가능한 생체의 물질을 가지고 DNA의 동일성이 파악될 수 있는데 여하튼 그 채취는 어떠한 신체내적 개입을 하지는 않는 것이고 고통스럽고, 원치않게 끼어들거나(intrusif) 인간존엄성을

침해하는 어떠한 방법도 수반하지는 않는다는 점을 고려하건대,

설시 14 : 제706-54조 제1항에 따르면 파일은 일정한 범주의 범인들을 확인하고 찾는 것을 쉽게 할 목적으로만 만들어진다는 점, 이러한 목적으로 동조 제5항은 이 파일에 보관되는 DNA정보는 성(性 sexe)표시에 해당되는 부분을 제외하고는 염기서열이 코드화되지 않은 DNA부분을 가지고서만 실제작성이 될 수 있을 뿐이라고 규정하고 있는 점, 이처럼 이 규정은 채취대상 사람의 유전적 특성을 심사하는 것이 아니라 단지 DNA정보로 그들의 신원확인만을 허용하는 것이라는 점을 고려하건대,

설시 15 : 따라서 인체불가 훼손과 인간존엄성 존중 원칙 및 개인적 자유를 침해하고 있다는 위헌주장은 사실상 타당하지 않다는 점을 고려하건대,

설시 16 : 셋째, 파일은 1978년 1월 6일 법률의 규정들이 적용되는 가운데 국가정보자유위원회(CNIL)의 통제에 놓여 있다는 점, 제 706-54조의 규정에 따라 그 파일은 사법관(magistrat 판사)의 통제에 역시 놓여 있다는 점, 일정한 범주의 범인을 확인하고 조사하는 목적으로 만들어진 것이고 그와 같은 범주에 관한 DNA흔적만을 집중

하여 모으는 것이라는 점, 파일에 등재하는 대상은 위와 같은 일정한 범죄의 유죄확정된 사람 외에도 그 범죄를 저질렀다는 중대하거나 그럴 가능성을 보여주는 징후가 있는 사람도 포함된다는 점, 이 후자의 사람들을 위해서 조사나 사법적 수사의 범위 내에서 채취된 DNA정보는 적은 사법경찰관이 직권으로 또는 검사나 예심판사의 요구로 내린 결정에 근거하여 파일에 보존된다는 점, 이 경우에 그 파일의 목적을 고려하건대 흔적의 보관이 더 이상 필요한 것으로 보이지 않을 때에는 삭제절차가 입법자에 의해 규정되어 있다는 점, 검사가 이러한 삭제를 거부할 때에는 구금여부를 결정하는 판사에 소송을 제기할 수 있고 그 판사의 결정에 대해서는 예심법원장에게 항고할 수 있다는 점, 모든 사람은 1978년 1월 6일 법률 제39조에 따라 파일책임자에게 직접 정보를 청구할 권리가 있다는 점, 따라서 이러한 규정들이 사생활과 공공질서보전 간에 명백히 불균형적이지 아니한 조절을 보장하는 성격의 규정들이라는 점을 고려하건대 파일의 작성, 시행 등이 적절한 보장책을 갖추지 않은 것이라고 주장하는 것은 배척되어야 한다는 것을 고려하건대,

설시 17 : 넷째, 제706-54조 제2항에 규정된 대로 일정한 범죄를 저질렀다는 중대하거나 그럴 가능성을 보여주는 징후가 있는 사람의 DNA정보를 보관하기 위한 목적

의 생물학적 채취와 동조 제3항에 규정된 대로 이러한 범죄를 저질렀다고 의심하게 할만한 사유들이 있는 모든 사람들에 대한 정보의 대조를 위한 목적의 생물학적 채취는 유죄임을 선언하거나 추정하게 하는 것은 아니라는 점, 반대로 그 대상자의 무혐의를 인정하게 할 수도 있다는 점, 채취에 응하도록 형사적인 제재가 따르는 의무(응하지 않았을 때 처벌되는 것을 의미)는 그 자체로 유죄의 인정을 의미하는 것이 아닌데 그 의무는 그 누구도 스스로 범인임을 시인할 것을 강요받지 않는다는 규칙에 반하지 않는다는 점, 따라서 이러한 규정은 무죄추정을 침해하지 않는다는 점을 고려하건대

설시 18 : 다섯째, DNA데이터파일에 특정한 범죄의 유죄확정을 받은 사람과 이러한 범죄를 저질렀다는 중대하거나 그럴 가능성을 보여주는 징후가 있는 사람들의 DNA정보파일 저장은 이러한 범죄의 범인들을 확인하고 수사하는 데 필요한 것이라는 점, 제706-54조 마지막 항은 특히 저장된 정보의 보관기간을 정하는 것을 명령(décret)에 위임하고 있는 점, 따라서 이러한 개인정보의 보관기간을 그 파일의 목적을 고려하여, 해당 범죄의 성격과 중대성에 비례적으로 정할 권한이, 한편으로는 이러한 방식이 미성년범죄의 특수성에 적용하면서, 법규명령권에 주어져 있다는 점, 이러한 위임이 이러한 유보

하에서 1789년 인권선언 제9조에 반하지 않는다는 점을 고려하건대

이어 프랑스 헌법재판소는 파일정보와의 대조 (rapprochement avec les données du fichier)를 위한 목적의 채취에 관하여(즉 심판대상 중 형사소송법 제706-54조 제3항에 대한) 위헌 여부를 판단하였다.

설시 19 : 제706-54조 제3항에 따라 사법경찰관들은 마찬가지로 직권으로 또는 검사, 예심판사의 요구로 범죄 (crime 또는 délit)를 저질렀다고 의심하게 할만한 하나 또는 여러 가지 사유들이 있는 모든 사람들의 DNA정보를 데이터베이스에 있는 정보들과 비교할 수 있는(그렇다고 이 DNA정보를 데이터베이스에 저장할 수 있는 것은 아니고) 점, 여기서의 ‘crime(중죄) ou délit(범죄)’라는 표현은 제706-55조에 열거된 범죄행위를 가리키는 것으로 해석되어야 한다는 점, 이러한 조건 하에 제 706-54조 제3항은 1789년 인권선언 제9조에 반하지 않는다는 것을 고려하건대

그리하여 프랑스 헌법재판소는 결국 아래 설시 20에서 제 706-54조의 위헌 여부에 대한 결론을 짓는데 위 설시 18, 19에 적시된 조건의 유보하에 합헌이라고 보았다.

설시 20 : 따라서 위 이유설시 18, 19에 기재된 조건 하에 이해관계인의 DNA정보가 수집되고 보관되는 조건이 헌법이 보장하는 권리와 자유를 침해하지 않는다는 점을 고려하건대,

라. 형사소송법 제706-55조에 대한 위헌 여부 판단

(1) 형사소송법 제706-55조

심판대상이 된 프랑스 형사소송법 제706-55조의 규정은 다음과 같다. 국가 DNA데이터베이스는 다음과 같은 범법행위의 흔적과 DNA정보를 모은다. 즉 1° 제706-47조에 규정된 성적 범죄와 형법 제222-32조에 규정된 범죄(crimes et délits), 2° 반인륜적, 인간의 생명에 대한 고의적 침해 범죄, 고문과 잔인한 범죄, 고의적 폭력행위, 인간에 대한 침해위협, 마약거래, 인간의 자유에 대한 침해, 인간성에 대한 침해, 매춘알선, 미성년자 구걸이용과 위협에 빠트리는 행위 등 형법 제221-1조 내지 제221-5조, 제222-1조 내지 제222-18조, 제222-34 내지 제222-40조, 제224-1조 내지 제224-8조, 제225-4-1조 내지 제225-4-4조, 제225-5조 내지 제225-10조, 제225-12-1조 내지 제225-12-3조, 제225-12-5조 내지 제225-12-7조 그리고 제227-18조 내지 제227-21조

에 규정된 범죄(crimes et délits), 3° 강요죄, 사기죄, 손괴죄 등 형법 제311-1조 내지 제311-13조, 제312-1 내지 제312-9조, 제313-2조와 제322-1 내지 제322-14조에 규정된 범죄(crimes et délits), 4° 국가의 근본적 이익을 해하는 행위, 테러리즘, 위폐 그리고 범죄조직 행위 등 형법 제410-1조 내지 제413-12조, 제421-1 내지 제421-4조, 제442-1조 내지 제442-5조, 그리고 제450-1조에 규정된 범죄행위, 5° 국방법전 제L. 2353-4조와 제L. 2339-1조 내지 제L. 2339-11조에 규정된 범죄(délits), 6° 형법 제321-1조 내지 제321-7조와 제324-1조 내지 제324-6조에 규정된 위 1°에서 5°까지 범죄의 산물(produit)의 은닉(recel) 또는 세탁(blanchiment)의 범법 행위.

(2) 청구인주장

청구인들은 재산에 관한 특정 범죄에 대해 DNA정보의 수집을 허용하는 제706-55조 제3항은 국가데이터베이스에 불비례적 적용범위를 정하고 있고 이런 사실은 1789년 인권선언 제2, 8, 9, 16조, 헌법 제66조, 인체의 존엄성보장원칙과 신체의 불가침에 위반된다고 주장한다. 이 주장은 결정문 실시 21에 적시되어 있고 최고사법법원의 제청결정서⁶⁰⁰에도

600)

<http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/franc>

담겨져 있다.

(3) 위헌제청과 판단

최고사법법원은 이 조문에 대해서도 청구사유가 제청요건에 부합한다고 하여 제청을 하였다. 이 조문에 대하여 프랑스 헌법재판소는 아래 설시 22에 나타나 있는 대로 그 적정성 등을 인정하여 합헌으로 판단하였다.

설시 22 : 제706-55조에 의하면 국가DNA데이타베이스는 성적(性的) 범죄와 반인륜적, 인간생명에 대한 고의적 침해 범죄(crimes et délits), 고문과 잔인한 범죄, 고의적 폭력행위, 인간에 대한 침해위협, 마약거래, 인간의 자유에 대한 침해, 인간성에 대한 침해, 매춘알선, 미성년자 구걸이용과 위협에 빠트리는 행위, 재산(biens)에 대한 절도, 강탈(extorsions), 사기(escroqueries), 손괴, 손상, 위협 등에 대한 흔적과 정보를 중앙집권적으로 모으는 것이라는 점, 이러한 범죄들(crimes et délits)은 명시적으로 그리고 열거되어 있다는 점, 국가의 기본적 이익에 침해 외에 모든 이 범죄들은 사람과 재화의 안전성에 위

[ais/les-decisions/acces-par-date/decisions-depuis-1959/2010/2010-25-qpc/decision-de-renvoi.102002.html](https://www.ais/les-decisions/acces-par-date/decisions-depuis-1959/2010/2010-25-qpc/decision-de-renvoi.102002.html) 참조.

해를 가져오고 그 범행과 그것으로 이익을 취하는 행위들을 처벌하는 점, 형법 제322-1조 제2항 범죄 외에 열거된 모든 이 범죄는 적어도 징역형으로 처벌된다는 점, 이 범죄 전체에 있어서 DNA정보의 대조는 범인의 신원 확인 및 그 수사에 기여할 적정한 것이라는 것인 점, 그 점들 때문에 제706-55조에 의해 규정된 목록은 입법자에 의해 추구되는 목적에 부합되고 이 조문은 이해관계인에게 필요하지 않은 엄혹행위에 따르지 않도록 하고 앞서 지적된 권리와 자유 어떠한 것에 해를 끼치지 않는다는 점을 고려하건대

마. 형사소송법 제706-56조에 대한 위헌 여부 판단

(1) 형사소송법 제706-56조

형사소송법 제706-56조는 다음과 같이 규정하고 있다.

§ I의 제1항 : 사법경찰관리는 제706-54조 제1항, 제2항 또는 제3항에 규정된 사람들에 대해 그의 통제 하에 DNA정보의 확인분석을 가능하게 하는 생물학적(생체적) 채취를 실시하거나 실시하게 할 수 있다. 이 실시에 앞서 그는 그의 통제하에 있는 사법경찰관에 의해 본적(état civil)을 보아 그의 DNA정보가 국가데이터베이스에 이미 저장되어 있지 않는지 확인하거나 확인하게 할 수 있다.

제2항 : 이러한 분석이 시행되기 위해 민법 제16-12조에 의해 정해진 조건에 따른 능력을 가진 모든 사람, 법인에 요구를 할 수 있다. 이 경우에 그 요청을 받은 사람은 형소법 제 60조 제2항에 정해진 서약을 문서로 한다. 그 요청을 검사 또는 예심판사에 의해 이루어질 수도 있다.

제3항 : 위의 요구를 받은 사람은 사법경찰관리, 검사 또는 예심판사의 요구에 따라 컴퓨터에 의한 정보처리를 포함한 모든 방법으로 국가DNA데이터베이스에 DNA정보가 수록되도록 하는 작업을 시행할 수 있다.

제4항 : 제706-54조 제1항, 제2항 또는 제3항에 규정된 사람들 중 그에 대한 생물학적(생체적) 채취가 가능하지 않을 경우에는 그의 DNA확인 은 신체에서 자연적으로 분리될 수 있는 생물학적(생체적) 물질로부터 이루어질 수 있다.

제5항 : 10년 형 이상이 확정된 범죄자가 대상인 경우에는 검사의 서면으로 된 명령으로 당사자의 동의를 받지 않고도 그 채취가 실시될 수 있다.

파라그라프(paragraphe) II 제1항 : 생물학적(생체적) 채취에 따르기를 거부하는 행위는 징역 1년과 15000유로의 벌금으로 처벌된다.

제2항 : 범죄가 확정된 자가 거부한 경우에는 가중처벌(징역 2년과 30,000유로의 벌금으로 처벌)된다.

제3항 : 형법 제132-2조 내지 제132-5조의 규정에 불구하고 이 조에 규정된 범죄(délits)에 대해 선고된 형은, 채취가 이루어졌어야 했던 절차가 대상이 된 범법행위로 받은 또는 선고된 형벌과 비병과가능성 없이 누적된다.

제4항 : 채취대상자가 제3자의 생물학적(생체적) 물질로 대체하는 행위(제3자의 동의가 있었건 없었건 간에)에 대해서는 징역 3년과 45,000 유로 벌금형에 처한다.

파라그라프(paragraphe) III : 확정된 범죄자에 의해 이 조문에 규정된 위반행위가 있는 경우에 그에 대해 내려진 감형이 철회되고 새로운 감형도 금지된다.

(2) 청구인의 주장

청구인은 제706-56조 §II의 제1항은 제706-54조 제3항이 규정하는 채취를 거부하는 데에 대해 형사책임을 규정한 것인데 생물학적(생체적) 채취에 스스로 따를 것을 거부하는 사람에 대해 똑같은 혐의사실로 기소된 경우에 먼저는 조사과정상 처벌, 그리고 후에는 형선고로 반복된 처벌을⁶⁰¹⁾ 허

용한다는 점에서 1789년 인권선언 제2조, 제8조, 제9조, 제16조와 헌법 제66조, 일사부재리(*principe non bis in idem*), 인간존엄성보장의 헌법적 원칙, 인체의 불훼손원칙에 반한다고 주장하였다. 이 주장은 결정문 설시 23에 적시되어 있고 최고사법법원의 제청결정서⁶⁰²)에도 담겨져 있다.

(3) 위헌제청과 판단

최고사법법원은 이 조문에 대해서도 청구사유가 제청요건에 부합한다고 하여 제청을 하였다. 이 조문에 대하여 프랑스 헌법재판소는 위헌주장을 배척하고 아래 설시 24와 설시 25에 나타나 있는 대로 그 합헌성을 인정하였다.

설시 24 : 헌법 제34조는 법률은 범죄(*crimes et délits*)

601) 이는 제706-55조에 열거된 범죄 중 하나를 저질렀다는 중대하거나 그럴 가능성을 보여주는 징후가 있는 사람의 경우 그 수사과정에서 채취를 거부하면 처벌되고 그 뒤 그가 유죄선고가 확정된 뒤에 채취에 거부하면 또 처벌될 수 있다는 것을 의미한다. 이러한 취지로 프랑스 헌법재판소의 사이트에 탑재된 분석(*commentaire*)인 *Commentaire de la décision n° 2010-25 QPC du 16 septembre 2010, Les Cahiers du Conseil constitutionnel, n° 30, 2010, <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/les-decisions/acces-par-date/decisions-depuis-1959/2010/2010-25-qpc/communique-de-presse.94303.html>, 11면 참조.*

602)

<http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/les-decisions/acces-par-date/decisions-depuis-1959/2010/2010-25-qpc/communique-de-presse.94303.html>, 4-5면 참조.

의 확정 및 그 형벌에 관한 규칙을 정한다고 규정하고 있는 점, 헌법 제61-1조는 헌법재판소에 의회와 같은 성격의 판단과 결정의 일반적인 권한을 부여하지 않고 헌법재판소에 단지 그의 심사에 회부된 법률규정이 헌법에 의해 보장되는 권리 및 자유에 부합되는지에 대해 선언할 권한만을 부여한 점을 고려하건대,

설시 25 : 생체적 채취에 대한 거부에 대해 원칙적으로 최대 징역 1년과 15000유로의 벌금형을, 범죄가 선고된 사람에 대해서는 징역 2년과 30000유로의 벌금형으로 처벌함으로써 입법자는 명백히 불비례적인 형벌을 정하지는 않았다는 점, 각기 다른 시간과 상황에서 거부가 반복되면 일사부재리원칙을 침해함이 없기 각각(반복된 거부 각각)에 대한 기소와 처벌을 가져오게 할 수 있다는 점, 끝으로 제706-56조 § II에 규정된 범죄(délit)는 생체적 채취를 허용하는 제706-55조에 규정된 범죄행위에 포함되어 있지 않다는 점, 따라서 제706-56조 § II 규정은 청구인이 주장하는 어떠한 권리나 자유를 침해하고 있지 않은 점을 고려하건대

바. 결정

위와 같은 판단이유로 프랑스 헌법재판소는 2010년 3월

10일 법률 이전의 형사소송법 제706-54조는 위에서 본 설시 18, 19에 적시된 조건하에 헌법에 합치되고 형사소송법 제 706-55조와 2010년 3월 10일 법률 이전의 형사소송법 제 706-56조는 헌법에 합치된다는 주문의 결정을 하였다.

사. 분석

이 사안에서 청구인은 헌법 제66조가 그 보장을 사법기관에 부여한 개인적 자유, 인간존엄성보장의 헌법적 원칙, 인체의 불가침원칙, 사생활의 보호, 1789년 인권선언 제9조에서 나오는 무죄추정원칙, 1789년 인권선언 제8조에서 나오는 형벌의 필요성원칙, 불사부재리원칙 등의 위배를 주장하였다. 프랑스 헌법재판소는 심판대상규정들은 DNA의 특성을 심사하는 것을 금지하고 있고 단지 DNA정보로 그들의 신원을 확인하도록 하는 규정이라는 점, 국가 DNA데이터베이스에 의존하는 것은 DNA정보가 진실규명에 유용하게 기여하는 범죄수사과정 범위 내에서 가능하다는 점, 그리고 보장제도들[사법적 통제하의 데이터베이스, 삭제절차, 국가정보자유위원회(CNIL)의 통제, 이해관계인의 접근권(삭제신청권을 의미함 - 필자 주)이 인정되는 것 등]이 있는 것을 합헌의 근거로 들었다.⁶⁰³⁾

603)

<http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/franc>

프랑스 헌법재판소는 심판대상규정인 형사소송법 제 706-54조가 유보(조건)하에 합헌이라⁶⁰⁴)고 보았는데 먼저 채취대상 범죄가 동법 제706-55조에 한정된다는 조건을 분명히 하였다. 또한 DNA정보 보관의 기간이 그 범죄의 성격, 중대성 등에 비추어 비례적으로 한정된다는 조건하에 합헌이라고 보았다. 그 보관기간이 과도하게 길면 테크레(법규명령)을 심사하는 법원에 의해 통제될 것이라는 조건이다.⁶⁰⁵)

범죄자의 DNA정보관리에 있어서는 사법적 통제가 이루어지느냐가 중요한 문제이다. 위 사안에서도 사법경찰관이 ‘직권으로’ DNA정보의 채취를 가능하도록 규정한 것이 사법기관의 개인적 자유보호 규정을 위배한다는 청구인의 주장이 있어 논란되었다. 이 쟁점에 대해 프랑스 헌법재판소는 “사법경찰관리가 파일의 대조 또는 보관의 목적으로 직권으로 생물학적 채취를 결정할 수 있다고 하더라도 반드시 사법적 조사나 예심(instruction judiciaire)의 범위 내에서 이루어지는 그러한 행위는 형사소송법의 규정에 합치되게 그의 활동을 지휘하는 검사 또는 예심판사의 통제 하에 있다는 점을

[ais/les-decisions/acces-par-date/decisions-depuis-1959/2010/2010-25-qpc/communique-de-presse.94303.html](https://www.conseil-constitutionnel.fr/ais/les-decisions/acces-par-date/decisions-depuis-1959/2010/2010-25-qpc/communique-de-presse.94303.html) 참조.

604) 이러한 조건부결정을 두고 헌법재판소가 형사소송법 제706-54조의 공백을 메우게 된 것이라고 지적하는 견해의 이 결정에 대한 평석으로, J.-B. Perrier, Empreintes génétiques : constitutionnalité du prélèvement et de l'inscription dans le fichier, Revue française de droit constitutionnel, n°85, 2011, p.122 참조.

605) 이러한 지적으로, 앞의 Commentaire de la décision n°2010-25 QPC du 16 septembre 2010, p.13 참조.

고려하건대” 헌법 제66조가 위배되지 않는다고 보았다. 프랑스 형사소송법 제41조 제2항은 검사(le procureur de la République)는 그의 관할에서 사법경찰의 관리를 지휘한다고 규정하고 있다. 위에서 거론된 형사소송법 제706-54조 제1항도 국가DNA데이터베이스가 사법관의 통제 하에서 DNA정보를 모은다고 규정하고 있다. 프랑스에서는 사법기관 안에 판사와 검사가 모두 포함된다. 프랑스 헌법재판소는 또한 제706-54조 제2항이 제706-55조에 열거된 범죄 중 하나를 저질렀다는 중대하거나 그럴 가능성을 보여주는 징후가 있는 사람의 DNA정보도 보관할 수 있도록 하면서 그 삭제신청권을 규정하고 있는데 이 신청이 받아들여지지 않을 때 판사에게 소를 청구할 수 있도록 한 것도 헌법 제66조에 반하지 않는 것을 보여준다고 판단하였다.⁶⁰⁶⁾

위의 프랑스 헌법재판소의 판단 부분에서 보았듯이 위 결정에서 무죄추정의 원칙, 형벌비례의 원칙, 사생활보호와 공공질서보장 간의 조절(conciliation) 등에 대한 중요한 설시가 있었는데 이러한 설시는 위 결정 이전의 선례들에서도 나타나는 법리들을 이어받고 있는 것을 볼 수 있다.⁶⁰⁷⁾ 위 결정이 그 중요쟁점이 많아서 형사영역에서 적용될 수 있는 헌법적 원칙들의 대부분을 다시 보고, 구체화하며 재확인하는

606) 위와 같은 지적으로, 위의 Commentaire de la décision n°2010-25 QPC du 16 septembre 2010, p.4-5 참조.

607) 이러한 판례 태도에 대해서는, 위의 Commentaire de la décision n°2010-25 QPC du 16 septembre 2010 참조.

기회였다고 평가하는 견해도 있다.⁶⁰⁸⁾

4. 제대혈 관련 우선적 위헌심사결정(QPC 2012-249)⁶⁰⁹⁾

가. 결정의 의의

프랑스에서는 2011년 제2차 생명윤리법(7월 7일 법률) 제정 전까지는 제대혈 및 태반줄기세포의 채취에 대해 외과수술 후의 잉여물로 취급하여 처리해 왔기 때문에 이러한 법제 하에서는 인체의 잔류물들은 인간의 존엄성의 존중 범위의 범위에 포함되지 않는 것으로 보았다. 그러나 2011년 7월 7일 생명윤리에 관한 법률이 제정되면서, 제대혈 및 태반줄기세포의 채취가 엄격한 조건 하에서만 가능하게 되었다.

이러한 제2차 생명윤리법에 따라 제대혈 세포 및 태반줄기세포 채취제도에 관한 공중보건법전 제 L.1241-1조 제4항(조문 내용은 뒤의 심판대상 규정 부분 참조)이 개인의 자유, 건강의 보호 및 평등의 원칙에 위반되는지 여부에 대해

608) 이러한 견해로, J.-B. Perrier, 앞의 평석, p.123 참조.

609) Décision n° 2012-249 QPC du 16 mai 2012, Société Cryo-Save France [Prélèvement de cellules du sang de cordon ou placentaire ou de cellules du cordon ou du placenta], <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/les-decisions/acces-par-date/decisions-depuis-1959/2012/2012-249-qpc/decision-n-2012-249-qpc-du-16-mai-2012.105822.html> 참조.

헌법재판소는 합헌이라고 판시하였다. 특히 헌법재판소는 동 결정에서 의회의 역할과 헌법재판소의 역할에 대해서도 재 확인을 하였는데, 헌법재판소는 입법자인 의회와 동일한 판단과 결정 권한을 가지지 않기 때문에 자신은 입법자의 판단을 존중하고 세포채취에 관한 입법자의 재량을 대신할 권한을 가지지 못한다고 판시하고 있다.

나. 사건의 경위와 심판대상 규정

(1) 제청과정

2012년 3월 20일 제대혈 세포(Cellules du sang de cordon) 및 태반 줄기세포(Cellules du placenta)의 채취제도에 대해서 규정하고 있는 공중보건법전 제L.1241-1조 제4항 마지막 문장⁶¹⁰⁾에 대하여 CRYO SAVE France社(Société CRYO SAVE France)가 위헌심판제청을 신청한 사건에 대해서 제청요건을 갖추었다고 판단하여 최고행정법원이 위헌 법률심판을 헌법재판소에 제청⁶¹¹⁾하였다.

610) 공중보건법전 제 L.1241-1조는 생존하고 있는 자의 인체 유래물, 세포, 조직의 적출이 동의를 얻을 수 있는 조건들을 정의하고 있으며 특히 공중보건 법 제 L.1241-1조는 2011년 생명윤리법 제18조 II의 1°에 의해 개정되었다.

611)

<http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/les-decisions/acces-par-date/decisions-depuis-1959/2012/20>

(2) 심판대상 규정

공중보건법전 제 L.1241-1조 제4항: “제대혈 조혈모세포 (Cellules hématopoïétiques du sang de cordon) 및 태반세포의 채취는 과학적인 치료의 목적으로 익명 및 무료기증을 목적으로 그리고 이러한 이용의 목적에 대한 정보를 받은 후에, 임신기간 동안 산모가 세포의 이용 및 채취에 관해 서면으로 승낙한 경우에만 행해질 수 있다. 이러한 승낙은 채취가 행해지지 않는 한 어떠한 형식 없이 언제든지 취소할 수 있다. 예외적으로, 세포주의 기증은 확인된 치료상의 필요 및 채취시에 정식으로 정당화된 경우에 태어난 자녀 혹은 태어난 자의 형제 또는 자매에게 행해질 수 있다.” (즉 익명성의 원칙의 예외가 되는 경우이다)

다. 공중보건법전 제 L.1241-1조 제4항의 마지막 문장의 위헌여부

(1) 개인의 자유(Liberté personnelle de la mère)

1958년 프랑스 헌법에서 개인의 자유에 대해 유일하게 언급한 조항은 “어느 누구도 자의적으로 체포되지 않으며 사

12-249-qpc/decision-de-renvoi.105824.html 참조.

법기관은 개인의 자유를 수호하고 법률로 정해진 조건하에 이 원칙⁶¹²⁾이 준수됨을 보장한다”고 규정한 헌법 제66조이다.

그러나 헌법재판소는 개인의 자유에 관한 헌법적 가치를 확인하기 위해서 동 규정만을 인용하지 않고 1946년 헌법전문 및 1789년 인권선언에서 근거를 찾고 있다. 즉, 범죄행위의 예방을 위한 조사를 목적으로 차량검색을 허가하는 법률에 관한 1977년 1월 12일 결정에서 헌법재판소는 “개인의 자유는 1946년 헌법전문에 의해 선언되고, 공화국법률에 의해 확인된 기본적 원칙”이라고 판시하였고,⁶¹³⁾ 1994년 생명윤리에 대한 법률에 관한 결정에서도 개인의 자유를 이끌어내릴 때, 1789년 인권선언의 제1조, 제2조 및 제4조를 원용하기도 하였다.⁶¹⁴⁾

본 사안에서 청구인은 일반적으로 공중보건법전 제 L.1241-1조 제4항은 세포의 채취를 원칙적으로 금지하므로 가족 구성원 간에 향후 이용할 목적으로 하는 태반 및 제대혈 세포주 보존의 가능성을 빼앗아 가는 것이며, 채취되고 보존되는 세포주들이 기증자의 신체적인 완전을 해하지 않음에도 불구하고 장래 가족내부 구성원들 간의 이용을 하지

612) 즉 “누구도 자의적으로 체포되어서는 아니된다는” 원칙을 말함.

613) Décision n°76-75 DC du 12 janvier 1977, *JO*, 13 janvier 1976, p.344, Recueil, p.33.

614) Louis Favoreu et al., *Droit constitutionnel*, 13^e édition, Dalloz, 2010, p.907.

못한다고 주장하였다. 그리고 이것은 입법자가 개인의 자유를 과도하게 침해할 수 있는 것이라고 주장했다. 왜냐하면 아이의 출산에 대해서 치료적 필요가 있는 경우에만 채취가 가능하므로 장차 생겨날지 모르는 일들을 위해서 세포주를 보존할 가능성을 갖지 못하는 것이므로 결국 개인의 자유에 반한다고 주장하였다.⁶¹⁵⁾ 이에 관해서 헌법재판소는 개인의 자유는 1789년 인권선언 제1조, 제2조 및 제4조에서 추론하는 헌법적 원칙이나, 동 원칙은 다른 헌법적 가치들과 양립하여야 하므로 입법자는 제한을 가져 올 수 있다⁶¹⁶⁾고 보았다.

한편 청구인은 심판대상 조문의 마지막 문장이 임신한 여성이 채취를 원한다 하더라도 제대혈 및 태반줄기세포 채취의 가능성을 제한하고 있다고 이의를 제기했다. 그러나 정부는 심판조문이 임신여성에 대한 채취의 가능성을 제한하고 있는 것을 부정하지는 않지만 이러한 제한들은 더 많은 사람들의 건강의 보호를 보장하는 필요성 및 치료의 접근성에 관한 동등성에 의해서 증명되었다고 보았다. 그리고 이러한 제한이 부재한 경우에, 제대혈 및 태반혈의 채취에 관한 가족의 이용의 위험은 다수를 상대로 하는 익명채취에 장애가 될 것이고 따라서 세포주 이식이 필요한 사람들에게서 이러

615) Commentaire de la décision n°2012-249 QPC du 16 mai 2012, p.5.

616) Décision n°2010-71 QPC du 26 novembre 2010, Mlle Danielle S. (Hospitalisation sans consentement), cons. 32.

한 가능성을 제한하게 되는 것이라고 했다. 또한 정부 보고서에서 입법자가 몇몇 경우의 가족내부에서 제대혈 및 태반혈의 이용을 위한 채취의 예외적인 가능성을 예견하고 있기 때문에 개인의 자유를 해하지 않고 추구하는 공중보건의 목적에 비례한다고 보았다.

한편 동 사건에서는 청구회사는 임신여성이 서면으로 동의를 한다면 이러한 채취를 제한할 수 없다고 주장하였다. 그러나 채취를 위해서는 해당 임신여성의 서면동이가 요구되지만, 이러한 동의가 어떠한 목적으로 언제든지 채취를 할 수 있는 권리까지 인정하는 것은 아니고 세포주의 이용에 관한 선택자유를 보장하는 헌법적인 자유가 존재한다고 볼 수 없으므로(설시 7번 참고) QPC 청구인이 주장하는 개인의 자유와 양립할 수 없다고 헌법재판소는 판시하고 있다. 따라서 제대혈 및 태반 줄기세포의 채취에 대한 가능성을 제한하는 것은 개인의 자유인 헌법적 권리를 침해하지 않는다고 헌법재판소는 밝히고 있다. 헌법재판소는 과학기술의 발전과 그에 따른 사회적 반항에 있어서 자신의 역할과 의회의 그것 사이에는 차이가 존재한다고 인정하고 있으며, 헌법재판소는 입법자가 판단한 바를 존중하고 세포채취에 관한 입법자의 재량을 대신할 수도 없다고 보았다.

(2) 건강의 보호(La protection de la santé de la mère et de l'enfant)

청구회사는 가족 구성원간의 이식을 용이하게 하기 위한 제대혈 줄기세포 혹은 태반 줄기세포를 이용할 수 있는 가능성을 감소시키고 있으므로 1946년 헌법 전문 제11조에서 말하고 있는 '건강의 보호 원칙'을 등한시 하는 것이라고 주장하였다.⁶¹⁷⁾ 헌법재판소는 동 원칙을 헌법적 요청(Exigence constitutionnelle)으로서 인정하고 있다.⁶¹⁸⁾ 그럼에도 불구하고 헌법재판소는 현재까지 청구회사의 주장처럼 입법자가 이러한 헌법적 요청을 존중하지 않았다고 결코 보지 않았다. 특이한 점은 제대혈 혹은 태반혈로부터 자가이식 혹은 동종 이식의 치료적인 효력에 대한 논의의 존재이다. 청구회사는 가족 구성원으로부터 기인하는 세포주 이식은 우세한 치료적 효과를 가져온다고 주장하였으나 정부보고서에 따르면 의회토론에서 제기된 논거들을 제시하면서 다른 이식에 비

617) 헌법재판소는 입법자가 '건강의 보호'를 고려하여 제한을 가져오는 경우를 인정한다. 예를 들어, 담배에 유리한 선전 및 광고의 금지에 관한 조항들의 제한의 근거는 "공중보건의 보호에 관한 헌법적 원칙 내에서" 찾으며 입법자가 영업의 자유 및 소유권의 몇몇 실행방법을 침해하는 것이 허용되기도 하였다. Décision n°90-283 DC du 8 janvier 1991, Loi relative à la lutte contre le tabagisme et l'alcoolisme, cons. 11.

618) Décision n°2004-504 DC du 12 août 2004, Loi relative à l'assurance maladie, cons.4, JO,17 août 2004, p.14657, Recueil, p.153.

하여 치료적 이점이 밝혀지지 않는 한 문제점을 나타내고 있다고 하였다.

청구인은 2008년 7월 "Nature Reviews Cancer"에 게재된 연구논문을 인용하면서, 가족 구성원 간에 양립할 수 있는 줄기세포 비율은 25%이고 그렇지 않은 경우에는 0.0025%, 가족 구성원 내에서 한번 일치하는 세포가 발견되면 5년간 생존률이 86%임에 반해 다른 경우는 46%임을 들면서, 가족 구성원에서 기인하는 세포의 이식은 우수한 치료적 효과를 가져온다고 하였고 정부는 국립의학 아카데미(Académie nationale de médecine), 생명의학청 및 프랑스 세포요법 및 골수이식 회사(Société française de greffe de moelle et de thérapie cellulaire)의 분석을 인용하였다.⁶¹⁹⁾

제3자의 기증에 의한 체외수정으로 태어난 아이가 그의 자연적인 부모 및 유전적 동일성을 알아내는 것의 금지가 아동의 건강에 관한 권리를 침해하는 것이라고 주장된 사안에 대해서 헌법재판소는 "입법자에 의해서 작성된 조항들을 기술적 및 의식의 견지에서 문제삼는 것은 헌법재판소에 속하지 않는다"(...) 기증자의 신원 및 유전적 동일성을 알아내는 것을 금지하는 것은 1946년 헌법전문에 의해서 보장받는 건강의 보호의 영역으로 고려하여서는 안 될 것이다"⁶²⁰⁾라고

619) Commentaire de la décision n°2012-249 QPC du 16 mai 2012, p.10.

620) Décision n°94-343/344 DC du 27 juillet 1994, Loi relative au respect du corps humain et loi relative au don et à l'utilisation

판시하였다. 마찬가지로 동 사안에 대해서도 "치료적 필요성이 증명되지 않는 가족 내에 특히 장애의 잠재적인 이용을 위한 보존을 목적으로 하는 제대혈 및 태반혈 세포채취의 불가능은 1946년 헌법전문에 의해서 보장받는 건강의 보호의 원칙에 침해된다고 간주할 수 없다"라고 판단하였다.

(3) 평등의 원칙(Principe d'égalité)⁶²¹⁾

des éléments et produits du corps humain, à l'assistance médicale à la procréation et au diagnostic prénatal, cons. 10 et 11, *JO*, 29 juillet 1994, p.11024, Recueil, p.100.

621) 평등의 원칙은 1789년 인권선언 제1조, 제6조 및 제13조, 1946년 헌법전문, 1958년 헌법 제1, 3, 11, 12, 13조 및 제16조와 제18조 그리고 1958년 헌법전문에서 이끌어 낼 수 있다. 특히 헌법재판소는 1789년 인권선언 제6조 "법은 일반 의사의 표명이다. 모든 시민은 스스로 또는 대 표자를 통하여 그 작성에 협력할 수 있는 권리를 가진다. 법은 보호를 부여하는 경우에도 처벌을 가하는 경우에도 모든 사람에게 동일한 것이어야 한다. 모든 시민은 법 앞에 평등하므로 그 능력에 따라서, 그리고 덕성과 재능에 의한 차별 이외에는 평등하게 공적인 위계, 지위, 직무 등에 취임할 수 있다", 제13조 "공공 무력의 유지를 위해, 그리고 행정의 제 비용을 위해 일반적인 조세는 불가결하다. 이는 모든 시민에게 그들의 능력에 따라 평등하게 배분되어야 한다", 1958년 헌법 제1조 "프랑스는 비종교적·민주적·사회적·불가분적(indivisible) 공화국이다. 프랑스는 출신·인종·종교에 따른 차별 없이 모든 시민이 법률 앞에서 평등함을 보장한다. 프랑스는 모든 신념을 존중한다" 및 제3조 "(...) 모든 선거는 항상 보통·평등·비밀 선거로 시행된다"에서 주로 많이 인용한다. 그리고 남녀 사이의 급여의 평등에 관한 법률에 대한 2006년 3월 16일 결정(Décision n°2006-533 DC du 16 mars 2006, *JO*, 24 mars 2006, p.4446, Recueil, p.39)에서는 1789년 인권선언 제1조 "인간은 권리에 있어서 자유롭고 평등하게 태어나 생존한다. 사회적 차별은 공동 이익을 근거로 해서만 있을 수 있다"에서 평등권을 이끌어내기도 하였다.

한편 청구회사는 세포주의 채취는 출생 당시의 아이에게서만 이루어질 수 있기 때문에 채취에 관한 치료적 합목적성 안에서 같은 형제·자매들 사이에 취급의 차이가 있다고 보았다. 즉 건강하게 태어난 자녀와 건강하지 못한 상태로 태어나는 아이 및 그의 손아래 형제·자매만이 가질 수 있는 제대혈 줄기세포 및 태반 줄기세포의 이식의 혜택의 가능성으로 인해서 태어난 아이들 사이의 평등을 박탈하는 결과라고 주장했다. 이 점에 관해서 헌법재판소는 입법자가 제대혈 줄기세포 및 태반 줄기세포의 채취는 치료의 합목적성에 한해서 이루어져야 한다고 뚜렷하게 명시하였고, 질병의 출현 및 생년월일에 따라 같은 형제·자매에게 다른 방법의 치료를 요구하는 것이 아니라고 보았으며 이러한 치료의 차이가 명백한 평등의 차이라고 보지 않았다. 위와 같은 판단으로 헌법재판소는 결국 심판대상조항인 헌법에 합치된다고 판단하였다.

제 5 절 생명과학기술에 관련된 기타 사항

I. 인체 유래물의 기증과 이용(Don et utilisation des produits et éléments du corps humain)

공중보건법전 제 L. 1211-1조에서 L. 1211-9조까지 인체 유래물의 기증과 이용에 관한 기본적인 원칙을 규정하고 있다. 동 원칙은 2004년 법률 제7조에 규정된 내용을 공중보건법전에 편입한 것인데, 인체 유래물의 양도는 오직 "의학적 및 과학적 합목적성을 추구하거나 적용규정에 따른 사법적 절차의 테두리 내에서"만 이루어져야 한다고 분명히 하고 있다.⁶²²⁾

공중보건법전상 인체유래물의 이용 및 양도는 다음의 세 가지 주요 원칙들을 만족시켜야 한다. 우선 기증자의 동의 (Consentement du donneur)가 있어야 하고, 다음으로 유래물의 채취가 무상이어야 하며(Gratuité du prélèvement) 세 번째로 기증자와 수요자의 익명성(Anonymat du donneur et du receveur)에 관한 요구를 충족해야 한다.⁶²³⁾ 위의 세 가지의 원칙의 준수를 보장하기 위하여, 인체유래물의 이용 및 양도와 관련된 광고는 금지되나 사후 인체유래물의 기증에 관한 정보를 담은 광고는 예외로 인정된다.⁶²⁴⁾

622)공중보건법전 제L. 1211-1조.

623) Depadt-Sebag, Le don des gamètes ou d'embryon dans les procréations médicalement assistées : d'un anonymat imposé à une transparence autorisée : D. 2004, chron. p.891.

624)공중보건법전 제L. 1211-3조.

II. 인간배아 줄기세포 연구(Recherches sur les cellules souches embryonnaires humaines)

인간의 생명권은 인간이 향유하는 자연권이면서 동시에 필수불가결한 권리로서는 1789년 인권선언 제2조와 1946년 헌법 전문 제11조에서 확인할 수 있다. 특히 어린이(l'enfant)의 건강을 보장할 의무를 가진 국가는 출생 전부터 이러한 인간존재의 권리를 보호할 의무를 지는가 하는 점은 태아라고 부르는 이전 단계인 배아에 대해서도 인정할 수 있는가 하는 점이 논의되고 있다. 이는 어떤 단계에서부터 인간이 생명권의 주체가 될 수 있는가 하는 점과 관련된다. 인간배아는 탄생에서부터 생물학자들에게 인간 유전자에 대한 용이한 접근이라는 관심을 대표하지만 법적인 관점에서는 인간의 출현에 있어 가장 미약한 보호로 나타날 수 있다. 인간배아는 인간의 시작인가 아니면 세포 덩어리인가 하는 점에 대한 의문은 정확하고 분명한 답을 찾기가 어렵겠지만 프랑스 민사법원이나 형사법원은 인간 배아에 대한 완전한 인격성을 긍정하고 있지는 않다고 보인다. 하지만 이에 비해 프랑스 헌법재판관들은 인간의 존엄성을 인정하고 있으나 그 조건에 따라 차이를 보여준다.

배아와 배아줄기세포에 관한 연구는 2004년 법률 개정 때와 마찬가지로 가장 민감한 문제였다. 1994년 최초의 생명윤리법은 배아연구에 대한 절대적인 금지 원칙을 확립하였고

이후 2004년 법에서 5년의 기간 동안 "중요한 치료발전 (Progrès thérapeutiques majeurs)"의 조건하에서 배아연구를 할 수 있는 예외를 허용하였으며, 이러한 연구는 2006년 2월 6일 법규명령(데크레)⁶²⁵)를 통해 규정되었다. 생명의학청은 프랑스 과학관련 팀에 의해 제안된 연구 프로토콜을 조사하고 허가하며 인간 배아줄기세포의 수입 및 수출도 허가한다. 상기 기간 동안 생명의학청은 58개의 연구프로토콜을 승인했다.

1. 인간배아의 법적 지위와 의의

프랑스에서 배아의 지위에 관한 문제는 낙태를 처벌대상에서 제외시키는 1975년 법에서 이미 제기되었었고, 몇몇 형태의 불임을 치유하기 위해 여성의 몸 밖에서 배아를 수태하는 것이 가능하게 된 1970년대 말에 다시 한 번 뜨거운 주제가 되었다.⁶²⁶) 이후 1984년부터는 수정관에서 착상된 배

625) Décret n°2006-121 du 6 février 2006 relatif à la recherche sur l'embryon et sur les cellules embryonnaires et modifiant le code de la santé publique(dispositions réglementaires), JO, 7 février 2006, p.1974.

626) 1975년 1월 17일에 제정된 사안(임신중절에 관한 법률)에 대해서, 헌법재판소는 "법률에 의해 정해진 어떠한 예외조항도, 공화국의 법률에 의해 인정된 기본원칙들에 반하지 않고, 1946년 10월 27일 헌법전문에서 열거하고 있는 원칙(국가는 아동의 건강을 보호한다) 및 헌법적 가치가 있는 다른 어떤 조항 역시 등한시하지 않는다."고 판단하였다.(Cons. const., 15 janv. 1975, n°74-54 DC : D. 1975, jurispr. p.529, note L. Hamon)

아를 냉동으로 보존하기에 이르렀다. 이러한 가능성들은 인공수정의 목표가 더 이상 되지 않는 배아들을 어떻게 처리할 것인가에 대하여 이를 파기할 것인지 아니면 다른 부부들에게 줄 것인가 등과 같은 미완성된 생명의 운명을 결정해야 하는 필요성에 직면하게 되는 문제점을 나타내었으며, 지금까지 탐구되지 않은 연구의 길을 열었던 배아줄기세포의 발견과 함께 새로운 뜨거운 쟁점이 되었다.

인간배아에 대한 연구는 환자에게 세포이식을 통한 질병 치료의 기대를 가지고 이루어지지만, 기본적으로 인간배아의 이용을 전제하고 있으며, 과연 줄기세포 연구가 인간의 고통을 감소하고 건강을 증진할 수 있는지 여부는 물론 그 연구 과정에서 필연적으로 인간 배아의 파괴와 폐기가 수반되기 때문에 인간배아의 지위와 그 보호가 문제된다. 이것은 오늘날 단지 배아의 파기 및 파괴 혹은 생명의 지속이냐의 의견을 표명하는 것뿐만 아니라 어떠한 방법으로 연구의 자료로서 사용될 수 있는지에 관한 것이기도 하다.

현재 프랑스에서 인간 배아와 관련하여 이루어지고 있는 윤리학적 논의의 대부분은 배아는 정확히 무엇인가의 물음과 관련되어 있다. 프랑스 민법 제16조에 의하면 “법률은 인간의 우월함을 보장하고 그 존엄에 대한 모든 침해를 금지하며, 아울러 그 생명의 시작부터 존중할 것을 보장한다”라고 규정하고 있다. 만약 배아가 인적 존재이며 인간이라면 배아를 사용하는 연구는 제한된다. 반면에 배아가 아직 인간

이 아니며 단지 인간 세포의 집합체에 불과하다면, 배아 취급에 대한 제한은 더욱 더 완화되어야 한다. 프랑스 민법은 권리의 객체인 물건과 권리의 주체인 사람 두 가지의 범주만을 인정하는데, 그렇다면 과연 배아는 어느 범주에 들 것인가에 관하여 검토해 본다면 우선 법적 지위를 인정하기 위해서는 “살아서 생존한(vivante et viable)”⁶²⁷⁾ 상태로 태어나야 할 것이다. 이와 관련해 2002년 6월 파기원(Cour de cassation, 민·형사 사건의 최고법원)은 “살인죄는 사람을 살해한 자에게 해당하고 태아의 경우 이러한 살인죄의 요건이 아니고 사람이 아니기 때문에 태아를 죽인 사람에게 살인죄를 적용할 수 없다”라고 판시하였다.

2. 인간배아에 대한 존엄성보호

기술한 바와 같이 낙태에 관한 1975년 1월 31일 법률은 배아에 대하여 인간으로 처음으로 규정하고 있다. 그리고 생명윤리법도 이러한 체계를 그대로 인정하고 있다. 프랑스 민법(Code civil) 제16조에서는 “법률은 인간(사람)의 최고 가치성을 보장하고 인간의 존엄성에 대한 어떠한 침해도 금지하고, 생명이 시작과 더불어 인간에 대한 존중을 보장한다 (La loi assure la primauté de la personne, interdit toute

627) C. civ., art. 311. - en matière de successions et de libéralités, C. civ., art. 725 et 906.

atteinte à la dignité de celle-ci et garantit le respect de l'être humain dès le commencement de sa vie)"고 규정하는데, 이는 1994년 생명윤리법의 규정을 그대로 답습하고 있다. 법문에서 앞의 인간(사람, la personne)의 권리가 최고가치성과 존엄성이라는 2중적 원칙의 대상이라면, 뒤의 인간(l'être humain)은 존중의 대상으로서 인간이라는 점에서 구별된다.⁶²⁸⁾ 인간배아는 1975년 법률의 규정을 계승한 1994년 법률의 인간(l'être humain)에 해당한다고 할 수 있으며, 존중의 대상이라고 볼 수 있다. 앞서서도 언급하였지만 시험관속의 배아도 자궁속의 배아와 같은 지위를 누릴 수 있는가에 대해 상기한 인공임신중절 법제의 적용을 받지 않는 것이 헌법적 가치인 인간존중 원칙에 대한 위반이 아니라는 것이 1994년 생명윤리법 결정을 내린 헌법재판관들의 견해인데, 다시 말해 시험관 배아는 인간(l'être humain)'이 아니라는 견해를 지지하고 있다.

3. 인간배아연구의 예외적 허용

인간배아 개발 초기단계에서 유래하는 배아줄기세포 연구는 새로운 치료적 접근방법의 관점에서 이러한 세포들을 특징짓는 생물학적 메커니즘을 이해할 수 있게 한다. 인간배아

628) X.Bioy, *op.cit.*, p.215-216.

의 연구는 관찰(Observation)을 넘어선 모든 과학적 실험(Manipulation scientifique)을 말하며, 연구에 사용되는 배아는 인공수정의 목적이 더 이상 되지 않는 것에 한정한다. 우리와 마찬가지로 원칙적으로 프랑스에서도 인간복제 연구를 허용하지는 않지만 명시적으로 일체의 배아연구를 금지한다고 보기는 어렵다. 2011년 법률은 엄격한 조건하에서 예외적 인간배아 연구를 허용하고 있는데, 다음과 같은 요건을 모두 갖추어야 한다.⁶²⁹⁾

첫째, 과학적 연구의 목적의 타당성(적합성)을 갖추어야 한다.

둘째, 중요한 의학적 발전을 허용하는 것이 가능하여야 한다.

셋째, 인간배아, 배아줄기세포나 배아줄기세포주에 의존하지 않는 연구를 통해서만 기대하는 결과를 도출하는 것이 불가능하다는 것이 명시적으로 성립되어야 한다.

넷째, 연구의 목적과 규약(Protocole)의 조건은 배아줄기세포 및 배아의 연구에 관한 윤리원칙을 준수하여야 한다.

상기의 요건을 갖추고 연구를 허가받은 연구자들은 인공수정에서 사용된 여분의 배아줄기세포를 가지고 연구할 수 있으며, 이러한 연구는 생명의학청이 산하 지도위원회(Conseil d'orientation)의 자문을 들은 뒤에 허가하며, 각 연

629) 공중보건법전 L. 2151-5조(2011년 법률 제41조)

구 단계에서 윤리적 규정 및 적법성을 보장하는 생명의학청에 의해 아주 엄격하게 관리되어지며, 허가발급시 제시된 조건을 준수하지 않은 경우, 생명의학청은 발급한 허가를 철회하거나 정지할 수 있다.

4. 인공수정(Assistance Médicale à la Procréation : AMP)

2012년, 프랑스에서는 1982년 2월 24일 최초의 시험관 아기인 아명딘(Amandine)이 태어난지 30년이 되는 해이다. 그 동안에 인공수정은 보편화되었고 약 20000여명의 아기들이 바로 이러한 인공수정을 통해 태어났다. 2010년 하원의회 보고서에 의하면 프랑스에서 이성애자 커플들 중에서 15%에서 20%는 임신의 어려움을 이유로 의사와 상담한 적이 있고 6%는 불임이었다.⁶³⁰⁾

프랑스에서 인공수정은 사회보장(Sécurité sociale)에 의해서 43세까지의 여성에게 지원되고 정자의 제공은 무상이며 익명성이 보장된다. 이러한 정자제공 비용의 무료 및 익명성은 사심이 없고 이타주의적인 제공의 성격을 보장하고 수혜 커플이 기증자에게 하는 어떠한 비용지불을 하지 않는 것을 통해 커플의 사생활을 보호해주는 것을 목표로 한다. 오직

630) <http://www.assemblee-nationale.fr/13/pdf/rap-info/i2235-t1.pdf>

불임커플만이 인공수정의 혜택을 받을 수 있으며 혼인한 커플들과 균형을 맞추기 위해서 '시민연대계약(PACS)'⁶³¹⁾를 맺은 커플 사이에도 인공수정의 길은 열려있다.

프랑스에서는 다음 두 가지 사유가 있는 경우에 인공수정이 허용되고 있다. 첫째, 의학적인 진단에 의해 병리학적인 불임(Infertilité pathologique médicalement diagnostiquée)인 경우와 둘째, 자녀 또는 부부의 구성원 중 한명에게 심각한 질병을 전염시킬 위험이 있는 경우(Risque de transmettre une maladie d'une particulière gravité à l'enfant ou à l'un des membres du couple)에 해당해야 한다. 이전에는 아이에게 심각한 질병을 전염시킬 위험이 있는 경우로 규정하였으나, 2004년 법률을 통해서 부부 혹은 커플 중 한 사람에게도 심각한 질병이 일방에게 전달되는 것을 막기 위해서도 인공수정을 행할 수 있게 되었다.⁶³²⁾⁶³³⁾ 인공수정은 생존하고 있는 남자 및 출산연령의 생존여성으로 구성된 커플이어야 하고, 수정 혹은 (시험관에서 수정된) 태아의 자궁 이식에 대해 사전에 동의하여야 한다.⁶³⁴⁾

631) 사회복지와 세금·자녀교육 등에서는 결혼과 동일한 혜택과 보호를 받지만 당사자끼리 합의하면 신고만으로 자유롭게 갈라설 수 있는 제도를 말한다.

632) 공중보건법전 제L2141조의 2 제2항, 2004년 생명윤리법 제24조 I 제1호).

633) 예를 들어, 인체면역결핍바이러스(Virus de l'Immuno-déficience Humaine : VIH), B형 및 C형 간염(hépatite B et C)과 같은 질병이 이에 해당한다.

634) 정자의 제공에 의해 태어난 아기들의 대략 7%정도는 인공수정에

한편 2011년 개정된 생명윤리법은 사실혼에 요구되는 적어도 2년을 함께 살아왔던 사실을 증명하여야 하는 요구를 삭제하였고⁶³⁵⁾, 난모세포의 유리화⁶³⁶⁾(냉동결정체의 형성을 감소하면서 난모세포의 보존을 향상시키는 것을 돕는 과정)를 허용하였다.⁶³⁷⁾

제 6 절 시사점

생명윤리에 관한 문제는 윤리학, 정치학, 법학, 철학, 의학 등을 광범위하게 포괄하는 분야이고 의학 및 과학기술의 발전에 따라 근원적인 생명에 대한 보호의 필요성과 방법 및 범위가 정의되어야 한다. 프랑스의 경우 1994년 생명윤리에 관한 법의 제정을 시작으로 해서 지금까지 여러 차례에 걸친 개정이 있어왔고, 이러한 개정의 움직임의 한가운데에

의한 것이다(정자제공에 의한 1122명, 난모세포의 제공에 의한 106명)

<http://www.rue89.com/2011/02/07/lois-de-bioethique-la-france-c-hoisit-la-famille-ricore-180715>

635) 2011년 생명윤리법 제33조 2°.

636) 냉동난모세포(Ovocytes congelés)에 의한 최초 아기의 탄생은 Pr Frydman에 의해 발표되었다. Frydman박사는 이 주제에 관한 프랑스 법이 발전되기를 바라였다. 생식세포의 기증을 위하여 정자 기증자의 익명성원칙을 유지하였다. 한 가지 변화한 것은 임신한 적이 없는 여성도 난자를 기증할 수 있게 된 것이다. 난모세포의 유리화 기술은 이미 세계에서 수백 명의 어린이들이 태어나도록 만들었다.

637) 2011년 법 제31 및 33조.

는 헌법적 가치의 수호가 그 주된 목적이었다. 살펴본 헌법 재판소의 결정에서도 알 수 있듯이 인간의 존엄성, 개인의 자유, 건강의 보호 및 평등의 원칙들은 헌법재판소의 범규범인 1789년 인권선언, 1946년 헌법전문 및 1958년 헌법에서 보장하고 확인하고 있는 권리, 원칙들이다.

인간의 존엄은 헌법의 최고이념이며 모든 인권의 출발점이기 때문에 생명과학에 관한 연구의 자유를 보장하되 헌법에서 보장하고 있는 인간이 가지는 자유에 조화될 수 있는 방향으로 프랑스 생명윤리에 관한 법은 발전하였고 지금도 발전중이다.

헌법재판소가 1975년 인공임신중절 결정에서 생명윤리법상의 인간배아에 대해서 이를 민법상 권리주체인 자연인으로 볼 수는 없지만 권리의 향유자로서의 인적 존재(Être humain)로 인정한 것은 결국 배아의 기본권 주체성을 인정한 것으로 볼 수 있다. 이러한 이유로 배아에 관한 연구는 원칙적으로 금지하되 예외적으로 법률에서 정한 경우에만 허용하여 배아의 생명과 건강에 대한 보호의 필요성을 강조한다고 볼 수 있다. 특히 배아에 관한 연구는 관련된 기관에서 엄격한 요건 하에 이루어지도록 요구되어지고 있으며, 인간의 생명에 준하여 보호되어야 한다는 주장도 제기되고 있기 때문에 배아에 관한 연구의 제한은 배아에 대해서 인간의 존엄이나 생명권을 인정한다는 것을 의미하는 것이라고 볼 수 있다. 그러나 만일 배아에 대해서 인간의 존엄이나 생

명권을 인정할 경우에는 생명과학의 활동영역이 위축될 수 밖에 없으며, 불임의 해결 및 이식을 통한 질병의 치유 등과 관련된 연구가 활발해지지 못하게 될 수도 있다는 점은 다른 한편으로 간과해서는 안 될 문제이기도 할 것이다.

배아 관리 및 연구에 관한 논의는 과학기술이 진보하면 할수록 중요한 논제가 될 것이고 인간의 생명권과 태아의 생명권 모두가 헌법적 가치에 조화롭게 적용될 수 있도록 관련된 모든 영역의 전문가들에게 주어지는 중요한 과제가 될 것이다.

제 6 장 결론

제 1 절 공통적 논의 - 줄기세포 연구 등

한국의 경우 생명윤리법상의 규정은 배아줄기세포연구와 관련해서 국가는 배아에 대한 기본권 보호의무를 충족한 것으로 평가할 수 있다. 다만 주무장관으로부터 연구계획의 승인을 받아야 하기 때문에 학문의 자유에 대한 제한이 발생한다.

학문의 자유에 대한 제한이라는 점에는 좀 더 완화되어야 할 것으로 예상할 수 있지만 기본권 제한의 형식적이라는 측면에서 심사기준을 가능한 한 법률에 조금 더 구체적으로 규정해야 위헌성을 줄일 수 있을 것이다.

미국의 경우 2009년 3월 9일 오바마 대통령에 의해 부시 대통령의 선언이 폐지되어 인간배아줄기세포연구에 대한 연방자금 지원이 개시되게 되었다. 이는, 인간배아줄기세포연구를 통한 환자치료를 하나의 산업으로 인식하고, 줄기세포 시장을 향후 의료산업의 금광으로 간주하여 미국의 주도권 획득을 위한 연방 차원에서의 첫 걸음이라 하겠다. 행정부뿐만 아니라 연방 의회에서도 조만간 인간배아줄기세포연구를 허용하는 입법을 할 것으로 예상된다. 왜냐하면, 인간배아줄기세포연구의 허용을 위하여 여태까지 의회는 많은

노력을 기울여 왔으며, 생명과학의 특성상 상업화를 위한 선점의 지위를 누리기 위하여 많은 자금지원을 인간배아줄기세포연구에 하고 있는 각 주의 실정에 비추어 보아도 연방차원에서 입법으로 이에 대한 지원을 하리라 여겨지기 때문이다. 이처럼, 인간배아줄기세포연구에 대한 연방의 자금지원을 위한 정책과 입법으로 인해, 연방 정부는 인간배아줄기세포연구자들로 하여금 연방 정부 차원의 규제수준을 준수하도록 요구하여 연구통제를 합법적·합목적적으로 할 수 있을 것이다. 이러한 미국의 경향은 우리나라에서의 인간배아줄기세포연구에서도 참조가 된다.

독일에서 배아의 연구에 대해서는 줄기세포법이 규율을 하고 배아의 보호를 위한 배아보호법을 통하여 각각 규율하고 있다. 이 점에서 우리나라의 경우 생명윤리법에서 배아의 연구와 보호를 같이 하고 있는 것과 차이가 있다. 독일의 배아보호법을 보면 우리나라의 생명윤리법은 규정을 하고 있지 않는 의사유보제도 및 이를 위반한 경우에 처벌하는 것에 관하여 매우 상세한 규정을 두고 있음이 우리에게도 중요한 시사점을 던지고 있다. 이는 배아의 존엄성과 배아의 생성, 시술 등과 관련되어 있는 남성과 여성의 생명의 안전과도 깊은 관련이 있는 사항이다. 따라서 우리의 생명윤리법에서도 이러한 의사유보규정을 두는 것이 바람직하다고 본다.

독일의 줄기세포법은 그 기본적인 원칙으로 배아의 생성

을 독일 내에서 금지하고 예외적으로 매우 엄격한 연구목적
을 위해서만 수입과 그 사용이 허용되며, 그 연구계획서에
대하여 독립성을 지닌 중앙윤리위원회의 심사를 받게 하고
있는 점이 특히 주목할 만한 점이다. 우리의 생명윤리법은
원칙적으로 배아생성과 광범위한 연구의 허용, 획득된 인체
유래물의 저장을 위한 은행의 설립 등을 골자로 하고 있다.
이는 우리나라와 독일의 입법자들이 서로 간에 다른 관점에
서서 형성의 여지 내에서 입법을 하고, 그에 따라 법의 시행
도 다를 수 밖에 없음을 보여주고 있다. 그렇다고 하더라도
우리의 생명윤리법상 배아와 인체유래물에 관한 내용 중 특
히 유전정보의 보호와 동의부분은 독일법의 예에 따라 좀
더 엄격하고 구체적으로 규정이 될 필요가 있다고 생각된다.

프랑스에서도 배아와 배아줄기세포에 관한 연구는 생명과
학 분야에 있어서 가장 민감한 주제였다. 1994년 최초의 생
명윤리법은 배아연구에 대한 절대적인 금지 원칙을 확립하
였고 이후 2004년 법에서 5년의 기간 동안 "중요한 치료발
진(Progrès thérapeutiques majeurs)"의 조건하에서 배아연
구를 할 수 있는 예외를 허용하였다.

이후에도 우리와 마찬가지로 원칙적으로 프랑스에서도 인간
복제 연구를 허용하지는 않지만 2011년의 공중보건법은 엄
격한 조건하에서 예외적 인간배아 연구를 허용하고 있는데,
다음과 같은 요건, 즉 첫째, 과학적 연구의 목적의 타당성(적
합성)을 갖추어야 하고, 둘째, 중요한 의학적 발전을 허용하

는 것이 가능하여야 하며, 셋째, 인간배아, 배아줄기세포나 배아줄기세포주 연구에 의존하여야 기대하는 결과가 도출될 수 있다는 것이 명시적으로 인정되어야 하고, 넷째, 연구의 목적과 규약의 조건은 배아줄기세포 및 배아의 연구에 관한 윤리원칙을 준수하여야 한다는 요건을 갖추어야 예외적으로 연구가 가능하도록 하고 있다. 위와 같은 요건을 구비한 연구자들은 윤리적 규정 및 적법성을 보장하는 생명과학청에 의한 허가를 받아야 연구가 가능하며 각 연구 단계에서 생명과학청에 의해 아주 엄격하게 관리되어지며, 허가시 제시된 위와 같은 조건을 준수하지 않은 경우에는 허가가 철회 또는 정지될 수 있다. 이처럼 엄격한 요건 하에 예외적으로 배아줄기세포연구가 인정된다는 점이 우리나라에 있어서도 관련 입법의 개선 내지 합헌성 심사에서 참조가 된다고 할 것이다.

제 2 절 결론적 평가

이상 연구자들의 보고와 분석, 견해를 토대로 살펴보면, 전 세계적으로 생명과학분야는 발전을 거듭하고 있고 동시에 인간의 존엄성 등과 관련된 헌법적 문제 역시 큰 문제로 제기되고 있다. 한국, 미국, 독일 및 프랑스 국가는 원칙적으

로 배아연구를 금지하고 있지만 예외적인 경우를 법률로써 규정함으로써 진보하는 과학의 기술과 헌법적 문제(사생활의 보호, 배아 세포주 제공자의 자기결정권, 생명권, 평등의 문제 등)를 해결하기 위해 노력하고 있음을 보여준다. 이는 인간의 존엄성이란 헌법이 보호해야 할 궁극적 가치의 보장을 위하면서도 오히려 배아연구를 통한 기본권의 보장을 도모하려는 노력이라고 평가할 수 있을 것이다. 그리고 각 국은 생명윤리와 관련된 위원회를 두어 생명윤리관련 법안 및 관련 사안들에 대한 논의를 맡고 있다. 각 국의 생명과학기술에 관련된 사항들을 살펴보면 다음과 같다.

[한국에서 논의] 한국에서 생명과학기술과 헌법문제로서는 배아줄기세포연구, 착상전 유전자진단, 유전자은행, 인간복제 등의 문제가 주된 논의의 대상이 되고, 그 밖에 생명윤리위원회 문제도 보충적으로 다루어졌다. 특히 의미가 있는 것은 이와 관련된 헌법재판소의 결정과 위헌심사기준을 살펴보았다는 점이다. 배아줄기세포연구에 있어서는 줄기세포를 추출해 내는 배아의 헌법적 지위를 어떻게 볼 것인가가 기본전제로서 중요하다. 생각건대 배아에 대해서는 인간존엄과 생명권이 제한받을 수 있는 중요한 헌법적 가치로 논의되지만, 일반적인 원리인 인간존엄보다 구체적인 권리로서 생명권을 중심으로 다루는 것이 합리적이라는 것이 연구자의 견해이다. 다만 인간배아에게 헌법상 생명권의 주체로서 기본권주

체성을 인정하고 인간존엄을 인정할 것인지에 대해서는 논란이 있으나, 생명권과 인간존엄을 인정할 수 있다고 본다.

생명윤리법상 배아줄기세포연구와 관련해서 국가는 배아에 대한 기본권 보호의무를 충족한 것으로 평가할 수 있다. 다만 주무장관으로부터 연구계획의 승인을 받아야 하기 때문에 학문의 자유에 대한 제한이 발생한다. 연구자에 대한 학문의 자유제한은 내용면에 있어서는 합헌적이라고 평가할 수 있지만 기본권 제한의 형식적 측면에서 심사기준을 법률에 조금 더 구체적으로 규정해야 위헌성을 감소시킬 수 있다. 배아줄기세포연구와 관련된 부모의 자기결정권에 대한 생명윤리법상 보장은 미흡한 것으로 볼 수 있으나 생명윤리법 개정을 통해 해소된 것으로 평가할 수 있다고 본다.

착상전 유전자진단과 관련해서는 유전자검사 후 유전질환의 확인이나 유전적 결함을 이유로 배아가 착상되지 못하고 폐기되는 경우 생명권에 대한 침해가 문제될 수 있으나 생명윤리법상 유전자검사에 관한 일정한 제한이 있기 때문에 부모의 자기결정권 등과 비교형량을 해보았을 때 생명권의 위헌적인 침해라거나 평등원칙에 위반된다고 평가하기는 어렵다고 연구자는 생각한다.

유전자은행은 개인의 유전정보와 관련하여 개인정보 자기결정권과 사생활의 비밀을 일정 수준 보장하고 있는 것으로 평가된다고 본다. 생명윤리법은 익명화를 통해 이전보다 기본권보호를 강화하였다.

현대 생명과학기술의 발전을 사회적으로 수용하고, 사회의 여론을 생명과학기술에 반영하기 위하여 제도적 장치로서 생명윤리위원회제도를 활용할 수 있다. 생명윤리위원회제도를 인간관련 연구전반에 걸쳐 확장함으로써 인간연구에 대한 생명윤리위반이나 논란을 해결하고자 노력하고 있지만, 반대로 학문의 자유에 대한 제한가능성도 증가하였다고 본다.

인간복제는 그 자체로는 인간존엄에 위반된다고 하기 어렵지만, 인간복제 기술이 아직은 완벽하지 못하여 복제과정에서 생명에 대한 침해가 발생할 수 있어서 인정되기 어려운 상황이다. 다만 연구목적 등을 위한 치료복제는 가능하고, 나중에 복제 기술이 더욱 안정화되었을 때 출생복제의 가능성도 배제할 수 없다.

헌법재판소는 잠정적으로 배아의 생명권과 인간존엄을 부인함으로써 헌법상 지위를 태어나 출생한 사람과 동일한 것으로 판단하지 않았다. 이 때문에 배아에 관해서는 국가의 기본권 보호의무는 약화될 수 있다고 볼 수 있다. 그러나 앞으로 과학기술의 발전과 사회의 여론이 변한다면 배아의 헌법상 지위도 인정될 가능성은 열려있다. 헌법재판소는 그 밖에 과잉금지원칙에 따른 위헌심사에 있어서 학문의 자유, 부모의 자기결정권 등을 평가할 때 더욱 복잡하고 다양하게 갈등하는 법익을 형량해야 할 어려운 과제를 안고 있다고 할 것이다.

[미국에서 논의] 미국의 상황은 다음과 같다. 인간배아줄기세포연구에 관한 미연방 정부의 정책은 초창기 조건부의 인정을 하였다가 인간의 존엄성과 관련하여 그 허용여부에 관한 윤리적 문제를 중시한 2001년 9월 부시 대통령의 선언에 따라 인간배아줄기세포연구에 관한 연방자금지원이 중단되었다. 그러던 중, 과학과 정책 및 이념은 구분해야한다는 2009년 3월 9일 오바마 대통령에 의해 부시 대통령의 선언이 폐지되어 인간배아줄기세포연구에 대한 연방자금 지원이 개시되게 되었다. 이는, 인간배아줄기세포연구를 통한 환자 치료를 하나의 산업으로 인식하고, 줄기세포시장을 향후 의료산업의 금광으로 간주하여 미국의 주도권 획득을 위한 연방 차원에서의 첫 걸음이라 하겠다. 행정부뿐만 아니라 연방 의회에서도 조만간 인간배아줄기세포연구를 허용하는 입법을 할 것으로 예상된다고 본다. 왜냐하면, 인간배아줄기세포 연구의 허용을 위하여 여태까지 의회는 많은 노력을 기울여 왔으며, 생명과학의 특성상 상업화를 위한 선점의 지위를 누리기 위하여 많은 자금지원을 인간배아줄기세포연구에 하고 있는 각 주의 실정에 비추어 보아도 연방차원에서 입법으로 이에 대한 지원을 하리라 여겨지기 때문이다. 이처럼, 인간배아줄기세포연구에 대한 연방의 자금지원을 위한 정책과 입법으로 인해, 연방 정부는 인간배아줄기세포연구자들로 하여금 연방 정부 차원의 규제수준을 준수하도록 요구하여 연구통제를 합법적·합목적적으로 할 수 있을 것이다. 연구자

들은 연방 자금을 지원받음으로써 안정적인 연구 수행 및 연구의 신뢰성 확보 등 연구 환경의 획기적 향상을 기대할 수 있게 된다고 본다. 인간배아줄기세포를 포함하여 줄기세포연구는 이미 산업으로 발전하였다. 앞서 살펴본 바와 같이, 각국은 막대한 자금지원을 통하여 선점 경쟁을 치열하게 전개해 나가고 있는 실정이다. 그러나 인간배아를 이용한 연구는 생명체 파괴, 인간 경시 등의 윤리적 문제를 가지고 있기 때문에 윤리적 고려 또한 항상 염두에 두어야 할 것이다.

[독일에서 논의] 독일에서의 생명과학기술에 대한 법적 대처상황을 보면 생명윤리와 관련되어 있는 위원회들이 각 영역별로 다양하게 존재하고 영역의 특성에 따라 전문가들이 위원들로 구성되어 있으며, 각 위원회의 역할이 잘 분배되어 있음을 볼 수 있다. 독일윤리위원회는 생명연구가 인간과 사회에 미치는 결과를 예측하며 대국민 홍보작업을 정부 및 대중을 상대로 전개한다. 이를 위해서 사회의 다양한 그룹을 논의의 장으로 이끌어 내고, 다양한 영역의 전문가들이 위원으로 구성되는 것이 중요하며, 독립적 구조를 가진 위원회의 활동 보장이 중요하다. 따라서 독일윤리위원회 설치법에서 이러한 점들을 잘 보장하고 있고, 업무에서의 독립성과 자율성을 보장하는 한편, 비밀의무를 부과하고 있다. 체세포연구를 위한 중앙윤리위원회는 체세포연구 허용을 위한 전제조건 충족여부를 판단하는 유관 학문의 전문가들로 고도의 학

문적 능력을 요하며 평가를 내린다. 연방정부와 긴밀한 협동 작업이 필요한 영역이므로 위원을 연방정부에서 임명하며, 위원들은 매우 엄격한 비밀엄수의무를 진다. 유전자진단법상의 유전자진단위원회는 ‘일반적으로 인정된 학문과 기술의 수준’과 관련한 전문적 지침을 마련하는 작업을 한다. 독일의 유전자진단위원회는 독일 최고의 연구기관이라 할 수 있는 연방정부의 로버트-코흐 연구소에 설치된 점은 유전자진단의 중요성을 나타내 준다고 볼 수 있다. 그리고 위원회의 구성에서 학자들뿐만 아니라 환자, 소비자, 장애인의 이해를 인지하는 연방차원의 중요한 기구의 대표가 함께 참여한다는 점을 주목할 필요가 있다고 본다.

우리나라도 독일과 같이 법률의 제정을 통하여 국가생명윤리위원회를 독립기관으로 구성하며, 위원들의 구성도 학제간 전문가들로 구성할 필요가 있다. 그리고 각 영역별 전문위원회를 학제 간 구성하는 것이 연구의 전문성 및 독립성, 대상자의 평등권 및 정보자기결정권, 인격권 등의 기본권 보호를 위해 중요하다.

유전자정보는 한편으로는 그 중요성과 다른 한편으로는 경제적 이용, 정보의 통제, 제3자의 개입 개인의 사생활의 비밀, 개인정보의 자기결정권, 유전자정보의 오남용으로 인한 취업 등의 영역에서의 차별 등 그 오·남용시의 위험성 때문에 통합적인 유전자은행을 설립하여 유전자정보를 채집·보관·관리·활용하는 것은 큰 위험을 안고 있다. 우리

나라는 다양한 법률에서 유전자정보를 수집, 관리, 이용할 수 있도록 규정하고 있는데 특히 심대한 내용의 유전정보를 담당하게 되는 유전자은행(새법에서는 인체유래물은행)을 생명윤리법에서는 대통령령에 따라 설립할 수 있도록 하는 것은 문제가 있다고 보여진다. 만일 유전자은행의 설립이 반드시 필요하다면 이는 국민의 기본권 침해와 밀접한 관련이 있으므로 의회유보원칙에 따라 의회에서 제정한 독립된 법률의 제정이 있어야 할 것이다. 그러나 이러한 유전자정보은행은 개인의 기본권침해와 밀접히 연결되어 있으므로 기본권보장과 침해를 예방하기 위하여 매우 신중할 필요가 있으며, 법의 제정에 앞서 깊은 논의가 전제가 되고, 국민적 합의가 필요한 사항이라고 본다.

주민등록법 제24조에서는 주민등록에 수록되는 사항 중 하나로 지문을 명시하고 있다. 그리고 법령에서는 제36조 제2항의 주민등록발급절차에 따르면 별지서식 30호에 따른 지문을 찍어 발급신청서를 제출하도록 하고 있다. 별지서식 30호에서는 열손가락 지문을 찍도록 하고 있다. 여손가락 지문이 찍힌 별지서식은 경찰청에 송부되며, 경찰청은 이를 전산정보화 하여 보관, 이용하고 있다.

2010년 1월 25에 제정되어 동년 7월부터 적용되고 있는 디엔에이신원확인정보의 이용 및 보호에 관한 법률(이하 디엔에이법)은 빈발하는 살인, 강간, 방화 등 강력사건의 범죄수법이 흉포화, 지능화, 연쇄범죄화 됨에 따라 강력범죄를

저지른 사람의 디엔에이신원확인정보를 미리 확보·관리하는 디엔에이 신원확인정보 데이터베이스 제도를 도입하였다. 이를 통해 강력범죄가 발생하였을 때 등록된 디엔에이신원확인정보와의 비교를 통하여 신속히 범인을 특정·검거하고, 무고한 용의자를 수사선상에서 조기에 배제하며, 더 나아가 디엔에이신원확인정보가 등록된 사람의 재범 방지 효과를 제고하려는 것이다. 그러나 디엔에이법은 디엔에이의 채취대상, 디엔에이사무관장, 데이터베이스관리, 삭제 등 법의 전반에 걸친 규정들이 헌법에서 피의자에 대한 무죄추정의 원칙, 수형자의 인권침해뿐만 아니라, 평등권의 침해 문제와 정보의 자기결정권의 침해 등의 문제를 야기하고 있다. 이법은 독일의 형사절차령 제81조를 참조하여 헌법합치적인 방향으로의 전면 개정이 될 필요가 있다고 본다.

우리나라의 경우 생명윤리법에서 배아의 연구와 보호를 같이 하고 있는 것과 달리 독일은 배아의 연구를 위해서는 체세포법에서 규율을 하고 배아의 보호를 위한 배아보호법을 통하여 각각 규율하고 있다. 먼저 독일의 배아보호법을 보면 우리의 생명윤리법에서는 규정을 하고 있지 않는 의사유보 및 이의 위반 시 처벌에 관하여 매우 자세한 규정을 두고 있음이 주목을 끈다. 이는 배아의 존엄성과 배아의 생성, 시술 등과 관련되어 있는 남성과 여성의 생명 안전과도 깊은 관련이 있는 사항이므로 우리의 생명윤리법에서도 이러한 의사유보규정을 두는 것이 바람직하다고 본다. 또한

독일의 배아보호법에서는 허용되지 않는 생식기술의 오남용에 관하여 이에 대한 처벌과 함께 매우 자세히 규정하고 있다. 과학기술의 진전과 더불어 새로운 생식기술의 발달도 눈부시게 일어나고 있는 현실을 볼 때, 독일의 법에서와 같이 구체적으로 금지되는 행위를 열거하여 주는 입법방식도 연구될 필요가 있다고 생각한다.

독일의 체세포법은 그 기본적인 태도가 배아의 생성을 독일 내에서 금지하고 매우 엄격한 연구목적을 위해서만 수입과 그 사용이 허용이 되고 있으며, 연구계획서에 대하여 독립적인 중앙윤리위원회 심사를 받게 하고 있는 점이 특징이다. 우리의 생명윤리법은 원칙적으로 배아생성과 광범위한 연구의 허용, 획득된 인체유래물의 저장을 위한 은행의 설립 등을 골자로 하고 있다. 이는 우리의 입법자들과 독일의 입법자들이 서로 다른 관점에서 형성의 여지 내에서 법을 제정하고, 그에 따라 법의 시행이 상이할 수 밖에 없음을 나타내고 있다. 다만 우리의 생명윤리법상 배아와 인체유래물에 관한 내용 중 특히 유전정보의 보호와 동의부분은 독일법의 예에 따라 좀 더 엄격하고 구체적으로 규정이 될 필요가 있다고 생각한다.

[프랑스에서 논의] 프랑스에서 생명윤리에 관해 논의되고 있는 주요 사항들로는 유전적 특징의 조사, 장기의 교차기증, 생식세포 기증의 익명성, 배아와 배아줄기세포에 관한

연구, 인공수정, 출생 전 진단등이 있었고, 생명윤리에 관한 국가생명보건과학윤리자문위원회(Comité consultatif national d'éthique pour les sciences de la vie et de la santé : CCNE), 생명의학청(Agence de la biomédecine), 지역생명윤리센터(Espace régionaux d'éthique) 등의 기관들은 현재 프랑스 생명윤리의 방향을 설정하고 안내하는 역할을 충실히 해내고 있음을 살펴보았다.

프랑스 법률 및 헌법재판소의 결정들을 통해서 살펴 볼 수 있는 것은 프랑스 입법자는 의학적으로 미발표된 임상실험 뿐만 아니라 의학 연구 상황에서 개인의 신체 및 개인정보의 보호를 보장해주기 위한 노력을 하였음을 알 수 있다. 다음으로, 법률을 통하여 의학적 실행 및 과학적 지식의 진보에 조화롭게 맞춰나 갈 수 있는 방법들을 제시하였다. 특히 생명윤리 분야는 시대상황의 변화에 따라 우리의 윤리의식 및 법의식의 전환을 가져올 뿐만 아니라 생명기술의 발전에 적응해 나가기 위하여 추후 개정작업의 의무를 입법자 자신에게 부과하였다는 점을 들 수 있을 것이다. 특히 프랑스 헌법재판소의 생명윤리와 관련된 결정을 통하여 위험심사기준도 확인할 수 있었는데 배아연구 관련 결정에서 인간의 최고가치성(*la primauté*), 생명의 시작과 더불어 인간의 존중성, 인간의 신체에 대한 불가침(신성함), 온전성(*l'intégrité*) 및 비재산성, 그리고 인간(*l'espèce humaine*)의 온전성을 원칙으로 삼은 것이다. 이는 우리나라 헌법재판소

는 잠정적으로 배아의 생명권과 인간존엄을 부인함으로써 헌법상 지위를 태어나 출생한 사람과 동일한 것으로 판단하지 않았던 결정에 대해 시사하는 바가 크다.

한편 프랑스 헌법재판소는 보다 구체적인 현실문제에 대해 판단한 예들을 보여주어 우리에게도 좋은 참조가 된다. 예를 들어 제대혈 결정에서 제대혈 및 태반 줄기세포를 신체 유래물로 보아서 개인의 자유, 건강의 보호 및 평등의 원칙의 관점에서 실시하였다. 범죄자 확인과 발견을 위한 DNA정보파일에 대한 합헌결정에서 사생활의 보호, 인간의 존엄성, 신체의 자유 등에 관한 판단 등 적지 않은 헌법적 논의점들도 눈여겨 보아야 할 부분인데 이는 우리나라의 경우에도 극히 최근인 2010년 1월 25일 ‘디엔에이신원확인정보의 이용 및 보호에 관한 법률’이 제정·공포되어 2010년 7월 26일부터 시행되고 있으므로 위 프랑스 헌법재판소의 조건부 합헌결정에 비추어 우리나라의 위 법률이 위헌적 요소는 없는지를 사전점검하거나 위헌제청 등이 있을 때 우리에게도 좋은 참고자료가 될 것이라고 생각된다.

인권 및 인간의 존엄에 대한 인식이 각별한 프랑스 법제 및 헌법재판소 위헌심사기준에 대한 연구는 우리나라의 생명윤리 관련 영역의 발전을 위해 참고할 만하다.

[공통적 논의] 연구자들이 대체적으로 공통적으로 다룬 배아줄기세포의 연구에 대한 법적 논의에 있어서는 전반적으

로 그것의 금지를 원칙으로 하면서 연구의 필요성을 인정하여 예외적으로 이를 가능하게 하고 있는 경향을 볼 수 있다. 이러한 경향이 이 분야의 헌법재판사건에서 참조의 의미를 가질 것으로 사료된다. 다만, 그 예외적 허용에 대한 구체적 요건들이 법으로 설정되어야 하고 그 설정이 보다 명료하게 되어야 할 것이다.

참 고 문 헌

제 2 장 한국

[국내문헌]

김명재, 과학기술과 학문의 자유, 헌법학연구, 제11권 제4호 (2005.12).

김명재, 인간복제와 존엄성”, 공법연구, 제30집 제1호(2001)

김문현, 평등에 관한 헌법재판소판례의 다단계 위헌심사기준에 대한 평가, 미국헌법연구, 제17권 제2호(2006)

김민주, 줄기세포 연구의 접근방법과 윤리적 문제, 동서철학연구, 제62호(2011)

김민중, 인간배아줄기세포연구의 민사법적 의미, 저스티스, 통권 103호(2008)

김선택, 출생전 인간생명의 헌법적 보호, 헌법논총, 제16집 (2005)

김성수, 일반행정법, 제2판, 법문사, 2004.

김수갑, 인간배아복제의 허용여부에 관한 법적 쟁점과 과제, (충북대)법학연구, 제20권 1호(2009)

김수정, 한국의 줄기세포 시술에 있어서 문제점, 한국의료윤리학회지, 제14권 제3호(2011)

김장한, 생명윤리및안전에관한법률의 분석, 한국생명윤리학회지, 제5권 제1호(2004)

김주환, 일반적 평등원칙의 심사기준과 방법의 합리화 방안, 공법학연구, 제9권 제3호(2009)

김주환, 평등권 심사기준과 방법의 구조화, 헌법실무연구, 제9권,(2008)

김중호·구인회·홍석영·구영모·이경상, 생명윤리 및 안전에 관한 법률에 대한 비판적 분석, 한국의료윤리학회지, 제8권 제1호(2005)

김혁돈, 줄기세포연구와 배아보호, (경북대)법학논고, 제32집(2010)

김현철, “생명윤리 관련 법령의 입법적 과제 - 가족 문제를 포함하여”, 한국가족법학회 2007 하계학술대회 자료집, 10-32면.

김현철, “황우석 박사 연구와 생명윤리법의 개정방향”, 대한변협신문 제150호, 2006.1.9., 6면

김현철, 미국헌법상 평등보호와 엄격심사기준에 관한 연구, 연세대학교 대학원 박사학위논문, 2001.

김형성, 생명공학의 헌법적 가능성과 한계, 공법연구, 제32집 제1호(2003)

김혜경, 생명윤리 및 안전에 관한 법률상 처벌규정의 비판적 검토, 형사정책, 제19권 제2호(2007)

김혜경, 생명윤리에 관한 입법상의 문제점, (숭실대)법학논

총, 제18집(2007)

면.

류화신, 생명공학에 관한 주요 법률의 개정방안 연구, 과학
기술법연구, 제14집 제2호(2009)

박선영, 인간의 존엄과 가치, 그리고 배아, 헌법학연구, 제13
권 제1호(2007)

박수현, 각국의 국가생명윤리관련위원회 규정을 통한 우리의
국가생명윤리심의위원회 개선 방안, 안암법학, 제25권(2007)

박은정 외, 세계 각국의 줄기세포 연구정책과 규제, 세창출
판사, 2005.

박은정 외, 줄기세포연구의 윤리와 법정책, 이화여자대학교
출판부, 2004.

박준석, 줄기세포 연구에 대한 헌법학적 논의의 문제점, 세
계헌법연구, 제13권 1호(2007)

방승주, 착상전 진단의 헌법적 문제, 헌법학연구, 제16권 제4
호(2010)

방승주, 배아와 인간존엄, (한양대)법학논총, 제25집 제2호
(2008)

방승주, 사법질서에 있어서 국가의 기본권보호의무, 공법학
연구, 제7권 제5호(2006)

서경, 착상 전 배아의 도덕적 지위, 대한산부회지, 제51권 제
3호(2008)

서경석, 국가의 기본권보호의무 비판, 헌법학연구, 제9권 제3

호(2003)

서계원, 인간배아복제의 문제점과 해결방안, 생명윤리, 제6권

제1호(2005)

서계원, 착상전 유전자진단에 관한 연구, (송실대)법학논총

제27집(2012)

송기춘, 국가의 기본권보호의무에 관한 연구, 서울대 박사학

위논문, 1999

송기춘, 헌법 제10조 후문의 헌법이론적 의의, 민주법학 제

17호(2000)

양천수, 인간배아복제 연구를 둘러싼 논쟁의 논증분석, (조

선대)법학논총, 제15집 제2호(2008)

오일환, 줄기세포 연구와 관련된 법적 이슈들, 서울대학교

기술과 법 센터, 과학기술과 법, 2007

이경환·김재춘·김영주, 생명윤리관련 법률문제의 체계적

이해, 저스티스 통권, 제115호(2010)

이승우, 기본권보호의무와 공권이론, 고시연구 9월호, 1993,

71-88면.

이은정, 생명복제를 둘러싼 국내의 생명윤리논쟁에 관한 연

구, 서울대 박사학위논문, 2005

이인영, 생명윤리 및 안전에 관한 법률상의 처벌규정과 규제

논거를 중심으로, 연세법학연구, 제11권 제1호(2005)

이인영, 생명윤리 및 안전에 관한 법률상의 처벌규정과 규제

논거를 중심으로, 연세법학연구, 제11권 제1호(2005)

이인영, 인간복제 및 인간배아 연구와 관련된 법정책, 동인외, 생명인권보호를 위한 법정책, 2004, 313-314면

이정념·최경석, 국내 유전자은행 관련 법률 및 운영의 문제점과 개선방안, 생명윤리정책연구, 제2권 제1호(2008)

이헌석, 생명윤리법에 관한 연구, 비교법학연구, 제4집(2004)

이화선, 결혼이주여성의 재생산권에 관한 고찰, 미국헌법연구, 제23권 제1호(2012)

장영철, 태아의 생명권장영철, 기본권의 제3자적 효력과 기본권보호의무, 공법연구 제29집 제2호(2001)

장영철, 태아의 생명권에 대한 국가의 보호의무, 공법학연구, 제10권 제1호(2009)

정규원, 생명윤리및안전에관한법률에 대한 검토, 가족법연구, 제19권 2호(2005)

정문식, 생명윤리 및 안전에 관한 법률'의 헌법적 문제, 헌법학연구, 제16권 제4호(2010)

정문식, 배아줄기세포연구시 배아의 생명권과 인간존엄, 한양법학, 제18집(2005)

정문식, 생명윤리법상 국가의 기본권 보호의무”, 공법학연구, 제8권 제3호(2007)

정문식, 형성 중인 생명에 대한 국가의 기본권 보호의무”, (전남대) 법학논총, 제28집 제2호(2008)

정문식, 독일 줄기세포법상 줄기세포연구중앙윤리위원회의 구성과 사무, 헌법학연구, 제11집 제4호(2006.2)

정문식, 독일항공안전법 제14조 제3항에 관한 독일연방헌법 재판소 판결에 대한 분석과 평가, 전남대 법학논총 제26집 (2006)

정문식, 배아의 인간존엄과 생명권, 제6회 한양법학회 학술대회 발표집, 2006

정문식, 배아줄기세포연구시 배아의 생명권과 인간존엄, 한양법학, 제18집(2005)

정문식, 생명윤리법상 배아줄기세포연구 제한에 대한 헌법적 평가, 한양법학, 제21집(2007)

정문식, 안전에 관한 기본권의 헌법상 근거와 위헌심사 기준, 법과정책연구, 제7집 제1호(2007)

정문식, 유럽법상 기본자유와 기본권의 관계, 유럽헌법연구 창간호(2007)

정문식, 학문의 자유와 입법정책, 법과 정책연구, 제6집 제2호(2006)

정문식, 헌법 제37조 제2항 ‘필요한 경우에 한하여’의 의미, 한양법학, 제20권 제3집(2009)

정상기, 과학기술과 법, 글누리, 2006.

정상기, 생명과학기술과 기본권, 연세법학연구, 제11권 제1호 (2005)

정태호, 기본권호보의무, 인권과 정의, 8월호(1997)

차선자, 장애 여성의 재생산권에 대한 고찰, (전남대)법학논총, 제27집 제2호(2007)

최민영, 배아연구와 인간존엄, 안암법학, 제32권(2010)

표명환, 국가의 기본권보호의무와 행정법상의 개인적 공권이론, 헌법학연구, 제10권 제1호(2004)

표명환, 기본권보호의무의 이론적 기초, 헌법학연구, 제8권 제1호(2002)

표명환, 입법자의 기본권보호의무와 헌법적 통제, 헌법학연구, 제11권 제2호(2005)

표시열, 정보화시대와 학문의 자유, 교육법학연구, 제7호(1995)

한수웅, 평등권의 구조와 심사기준, 헌법논총 제9집(1998)

한수웅, 형성적 법률유보를 가지는 기본권에서 과잉금지원칙의 적용여부, 헌법실무연구 제9권(2008)

홍석영, 생명윤리및안전에관한법률'에 대한 비판적 검토, 생명윤리, 제5권 제1호(2004)

황만성, 착상전 유전자진단의 활용과 형사책임, (한국법학회) 법학연구, 제28집(2007)

[외국문헌]

Albers, Marion, *Die Institutionalisierung von Ethik-Kommission: Zur Renaissance der Ethik im Recht*, KritV 2003, S.419ff.

Albers, Marion, *Gleichheit und Verhältnismäßigkeit*, JuS 2008, S.945ff.

Alexy, Robert, *Theorie der Grundrechte*, 1994.

Anderheiden, Michael, *Leben im Grundgesetz*, KritV 2001, S.353ff.

Beckmann, Jan P., *Ethik nach Vorgabe des Gesetzes? – Überlegungen zur Aufgabe der Ethik gem. §§5 und 6 Stammzellgesetz (StZG)*, in Knut Amelung u.a.(Hrsg.), Festschrift für Hans-Ludwig Schreiber zum 70 Geburtstag, C.F.Müller: Heidelberg, 2003, S.593ff.

Birnbacher, Dieter, „Hochrangigkeit„ im Stammzellgesetz – *Ein Kommentar aus ethischer Sicht*, JWE 2003, 353면

Blanke, Thomas, *Notizen zur Gentechnologiedebatte vor der Verabschiedung des Stammzellgesetz*, KJ 2002, S.346ff.

Böckenförde, Ernst-Wolfgang, *Demokratie als Verfassungsprinzip*, in: Josef Isensee/ Paul Kirchhof(Hrsg.), *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, Bd.2, C.F.Müller: Heidelberg, 2004, §24,

Böckenförde-Wunderlich, Barbara, *Präimplantationsdiagnostik als Rechtsproblem*, Mohr Siebeck: Tübingen, 2002

Brewe, Manuela, *Embryonenschutz und Stammzellgesetz*,

Springer, 2006

Brüning, Christoph, *Gleichheitsrechtliche Verhältnismäßigkeit*, JZ 2001, S.669ff.

Bryde, Brun-Otto/ Kleindiek, Ralf, *Der allgemeine Gleichheitssatz*, Jura 1999, S.36ff.

Calliess, Christian, *Die grundrechtliche Schutzpflicht im mehrpoligen Verfassungsrechtsverhältnis*, JZ 2006, S.321ff.

Calliess, Christian, *Die Leistungsfähigkeit des Untermaßverbots als Kontrollmaßstab grundrechtlicher Schutzpflichten*, in: Grote u.a.(Hrsg), *Die Ordnung der Freiheit*, Festschrift für Christian Starck, 2007, S.201ff.

Calliess, Christian, *Schutzpflichten*, in: Merten/Papier, HdGR, Bd.II, 2007, §44.

Canaris, Claus-Wilhelm, *Grundrechte und Privatrecht*, 1999.

Cathenhusen, Wolf-Michael. *Das Stammzellgesetz: Entsethung und Bedeutung*, JWE 2003, S.275ff.

Classen, Claus Dieter, *Freiheit und Gleichheit im öffentlichen und im privaten Recht - Unterschiede zwischen europäischem und deutschem Grundrechtsschutz*, EuR 2008, S.627ff.

Cremer, Wolfram, *Freiheitsgrundrechte*, 2003.

Dederer, Hans-Georg, *Menchenwürde des Embryos im vitro*, AöR 2002, S.1ff.

Dederer, Hans-Georg, *Menschenwürde des Embryos im vitro? Der Kristallisationspunkt der Bioethik-Debatte am Beispiel des therapeutischen Klonens*, AöR 2002, S.1ff.

Dederer, Hans-Georg, *Vefassungskonkretisierung im Verfassungsneuland: das Stammzellgesetz*, JZ 2003, S.986ff.

Denker, Hans-Werner, *Totipotenz oder Pluripotenz?* DÄBl 2003, S.2728ff.

Denker, Hans-Werner/Denker, Ulrike, *Aufklärung notwendig*, DÄBl 2005, S.A892ff.

Deutsche Forschungsgemeinschaft (DFG), *Empfehlungen der Deutschen Forschungsgemeinschaft zur Forschung mit menschlichen Stammzellen 3. Mai 2001*, WissR 2001, S.287ff.

Di Fabio, Udo, *Grundrechte als Wertordnung*, JZ 2004, S.1ff.

Diekert, Thomas, *Naturwissenschaft und Forschungsfreiheit*, Duncker & Humblot, 1991.

Dietlein, Johannes, *Das Untermaßverbot*, ZG 1995, S.131ff.

Dietlein, Johannes, *Die Lehre von den grundrechtlichen Schutzpflichten*, 2.Aufl., 2005

Döhmen, Georg/ Reis, Hans Edgar, *Stammzellen*, Forschung im Überblick, DÄBl 2005, S.2680ff.

Dreier, Horst, *Lebensschutz und Menschenwürde in der bioethischen Diskussion*, in ders./ Huber, Wolfgang(Hrsg.),

Bioethik und Menschenwürde, Lit, 2002, S.9ff.

Dürig, Günter, *Der Grundrechtssatz von der Menschenwürde – Entwurf eines praktikablen Wertsystems der Grundrecht aus Art. 1 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 19 Abs. 2 des Grundgesetzes*, AöR 1956, S.117ff.

Düwell, Markus, *Der moralische Status von Embryonen*, in: ders./ K. Steigleder (Hrsg.), *Bioethik*, Suhrkamp: Frankfurt a.M., 2003

Ekardt, Felix, *Die Multipolarität der Freiheit*, JZ 2007, S.137ff.

Enders, Christopf, *Würde- und Lebensschutz im Konfliktfeld von Biotechnologie und Fortpflanzungsmedizin*, Jura 2003, S.666ff.

Engelhardt, Monika/ Deschler, Barbare/ Müller, Claudia/ Lübbert, Michael, *Plastizität adulter Stammzellen: Wunschtraum oder Realität?*, DÄBl. 2003, S.A3236ff.

Englisch, Joachim, *Zur Bedeutung des gemeinschaftsrechtlichen Gleichheitssatzes im Recht der Gemeinschaftsbeihilfen*, EuR 2009, S.488ff.

Enquete-Kommission Recht und Ethik der modernen Medizin, *Stammzellforschung und die Debatte des Deutschen Bundestages zum Import von menschlichen embryonalen Stammzellen*, Deutscher Bundestag Referat

Öffentlichkeit: Berlin, 2002

Ganten, Detlev, *Selbstkontrolle und Vertrauen in die Wissenschaft*, in: Giovanni Maio/ Hanjörg Just(Hrsg.), *Die Forschung an embryonalen Stammzellen in ethischer und rechtlicher Perspektive*, Nomos: Baden-Baden, 2003

Gramm, Christof, *Ethikkommissionen: Sicherung oder Begrenzung der Wissenschaftsfreiheit*, WissR 1999

Häberle, Peter, *Die Menschenwürde als Grundlage der staatlichen Gemeinschaft*, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), HStR., Bd.II, 3.Aufl., 2004, §22.

Habermas, Jürgen, *Die Zukunft der menschlichen Natur*, Suhrkamp, 2001

Hailbronner, Kay, *Die Freiheit der Forschung und Lehre als Funktionsgrundrecht*, Heitmann, 1979.

Hain, Karl-Eberhard, *Der Gesetzgeber in der Klemme zwischen Übermaß- und Untermaßverbot?*, DVBl 1993, S.982ff.

Haßmann, Holger, *Embryonenschutz im Spannungsfeld internationaler Menschenrechte, staatlicher Grundrechte und nationaler Regelungsmodelle zur Embryonenforschung*, Springer: Berlin, 2003,

Heinemann, Thomas/ Kersten, Jens, *Stammzellforschung*, Verlag Karl Alber, 2007.

Herdegen, Matthias, *Die Menschenwürde im Fluss des bioethischen Diskurses*, JZ 2001, S.773ff.

Hermes, Georg, *Das Grundrecht auf Schutz von Leben und Gesundheit*, C.F.Müller, 1987.

Heun, Werner, *Embryonenforschung und Verfassungs-Lebensrecht und Menschenwürde des Embryos*, JZ 2002, S.517ff.

Heun, Werner, *Equal Protection im amerikanischen Verfassungsrecht*, EuGRZ 2002, S.319ff.

Heun, Werner, *Freiheit und Gleichheit*, in: Merten/Papier, HdbGR Bd.II, 2006, §34, S.437ff.

Hilgendorf, Eric, *Die missbrauchte Menschenwürde – Problem des Menschenwürdetopos am Beispiel der bioethischen Diskussion*, JRE 1999, S.137ff.

Hofmann, Hasso, *Biotechnik, Gentherapie, Genmanipulation – Wissenschaft im rechtsfreien Raum?*, JZ 1986, S.253ff.

Honecker, Martin, *Was heißt „ethisch vertretbar“?*, JWE 2003

Hossmann, Konstantin-Alexander, *Naturwissenschaftlich-medizinische Bemerkungen zu den Aspekten der Hocharrangigkeit und der Alternativlosigkeit bei der Forschung mit embryonalen Stammzellen*, JWE 2003, S.295ff.

Huerkamp, Florian, *Die grundfreiheitlichen Beschränkungsverbote und die Beschaffungstätigkeit des Staates*, EuR 2009, S.563ff.

Huster, Stefan, *Gleichheit und Verhältnismäßigkeit*, JZ 1994, S.541ff.

Ipsen, Jörn, *Der verfassungsrechtliche Status des Embryos in vitro*, JZ 2001, S.989ff.

Isensee, Josef, *Das Grundrecht auf Sicherheit*, Walter de Gruyter, 1983.

Jeong, Mun-Sik, *Verfassungs- und europarechtliche Probleme im Stammzellgesetz*, 2005.

Jouanjan, Olivier, *Zur Geschichte und Aktualität des Gleichheitssatzes in Frankreich*, EuGRZ 2002, S.314ff.

Keller, Rolf/ Günther, Hans-Ludwig/ Kaiser, Peter(Hrsg.), *Embryonenschutzgesetz*, Kommentar, Kohlhammer, 1992

Kersten, Jens, *Das Klonen von Menschen*, Mohr Siebeck, 2004,

Kingreen, Thorsten, *Gleichheitsgrundrechte und soziale Rechte*, in: Ehlers, EuGR, 2.Aufl., 2005, §18, S.479ff.

Kischel, Uwe, *Die Kontrolle der Verhältnismäßigkeit durch den Europäischen Gerichtshof*, EuR 2000, S.380ff.

Kischel, Uwe, *Systembindung des Gesetzgebers und Gleichheitsstz*, AöR 1999, S.174ff.

Kischel, Uwe, *Zur Dogmatik des Gleichheitssatzes in der Europäischen Union*, EuGRZ 1997, S.1ff.

Kleindiek, Ralf, *Wissenschaft und Freiheit in der Risikogesellschaft*, Duncker & Humblot, 1998.

Kloepfer, Michael, *Umweltrecht*, 3.Aufl. C.H.Beck, 2004.

Kloepfer, Michael, *Humangentechnik als Verfassungsfrage*, JZ 2002, S.417ff.

Kloepfer, Michael, *Leben und Würde des Menschen*, in: Peter Badura/Horst Dreier (Hrsg.), *Festschrift 50 Jahre Bundesverfassungsgericht*, Bd. 2, Mohr Siebeck, 2001, S.77ff.

Klopfer, Karsten, *Verfassungsrechtliche Probleme der Forschung an humanen pluripotenten embryonalen Stammzellen und ihre Würdigung im Stammzellgesetz*, Duncker & Humblot, 2006,

Kokott, Juliane, *Gleichheitssatz und Diskriminierungsverbote in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts*, in: Badura/Dreier, *FS 50 Jahre BVerfG*, 2.Bd, 2001, S.127ff.

König, Doris/ Peters, Anne, *Das Diskriminierungsverbot*, in: Grote/Marauhn, *EMRK/GG*, Kap.21, S.1114ff.

Lerche, Peter, *Verfassungsrechtliche Aspekte der Gentechnologie*, in Lukes(Hrsg.), *Rechtsfragen der Gentechnologie*, 1986, S.88ff.

Lorenz, Dieter, *Wissenschaft darf nicht alles!*, in

Badura/Scholz (Hrsg.), FS für Peter Lerche, C.H.Beck, 1993, S.267ff.

Losch, Bernhard/Radau, Christine, *Forschungsverantwortung als Verfahrensaufgabe*, NVwZ 2003, S.390ff.

Merten, Detlef, *Grundrechtliche Schutzpflichten und Untermaßverbot*, in: Stern/Grupp, Gedächtnisschrift für Joachim Burmeister, 2005, S.227ff.

Michael, Lothar, *Die drei Argumentationsstrukturen des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit - Zur Dogmatik des Über- und Untermaßverbotes und der Gleichheitssätze*, JuS 2001, S.148ff.

Michel, Heiner, *Kein Vorrang für Gleichheit*, ARSP 2009, S.384ff.

Nationaler Ethikrat, *Zum Import menschlicher embryonalen Stammzellen*, Stellungnahme, Saladruck: Berlin, 2002,

Nettesheim, Martin, *Die Garantie der Menschenwürde zwischen metaphysischer Überhöhung und bloßem Abwägungstopos*, AöR 2005, S.71ff.

Oduncu, Fuat S., *Moralischer Status von Embryonen*, in: M. Düwell/ K. Steigleder (Hrsg.), Bioethik, Suhrkamp: Frankfurt a.M., 2003, S.213ff.

Osterloh, Lerke, *Der verfassungsrechtliche Gleichheitssatz - Entwicklungslinien der Rechtsprechung des*

Bundesverfassungsgerichts, EuGRZ 2002, S.309ff.

Pagenkopf, Martin, *Stellungnahme zum „Stammzellgesetz“*, A-Drs. 14-574b

Papier, Hans-Jürgen, *Drittwirkung der Grundrechte*, in: Merten/ders., HdGR, Bd.II, 2007, §55

Paul, Annkatrin, *Möglichkeiten und Grenzen der Forschung an embryonalen Stammzellen und des therapeutischen Klonen*, Dr. Kovač: Hamburg, 2004

Pera, Martin M., *Overview of the Current Status of Research on Human Pluripotent Stem Cells*, Bundesgesundheitsblatt 2002, S.123ff.

Pieroth, Bodo/ Schlink, Bernhard, *Grundrechte*, 21.Aufl., C.F.Müller, 2005.

Poscher, Ralf, *Grundrechte als Abwehrrechte*, Mohr Siebeck, 2003.

Pöschl, Magdalena, *Probleme des Gleichheitssatzes aus österreichischer Sicht*, in: Merten/Papier, Grundsatzfragen der Grundrechtsdogmatik, 2007, S.101ff.

Rippe, Klaus Peter, *Ethikkommissionen als Expertengremien?*, in: ders.(Hrsg.), *Angewandte Ethik in der pluralistischen Gesellschaft*, Universitätsverlag: Freiburg, 1999, S.359ff.

Ronellenfitsch, Michael, *Der Mensch als gentechnisch*

veränderter Organismus, in: K.-P. Dolde(Hrsg.), *Umwelt im Wandel: Bilanz und Perspektiven aus Anlass des 25-jährigen Bestehens der Gesellschaft für Umweltrecht(GfU)*, Erich Schmidt: Berlin, 2001, S.701ff.

Rosenau, Hennig, *Der Streit um das Klonen und das deutsche Stammzellgesetz*, in H.-L. Schreiber/ ders./ Shinichi Ishizuka/ Sangyun Kim(Hrsg), *Recht und Ethik im Zeitalter der Gentechnik: deutsche und japanische Beiträge zu Biorecht und Bioethik*, Vandenhoeck & Ruprecht: Göttingen, 2004, S.135ff.

Ruffert, Matthias, *Grund und Grenzen der Wissenschaftsfreiheit*, VVDStDL 65(2006), S.146ff.

Schilling, Theodor, *Die staatliche Pflicht zum Schutz von Grundrechten und Menschenwürde*, KritV 1999, S.452ff.

Schlink, Bernhard, *Aktuelle Fragen des pränatalen Lebensschutzes*, de Gruyter: Berlin, 2002,

Schlink, Bernhard, *Die Überforderte Menschenwürde*, Der Spiegel 51/2003, S.50ff.

Schlink, Bernhard, *Ist Würde wägbare?* HFR 2003, Beitrag 8 (www.humboldt-forum-recht.de/8-2003)

Schmidt-Aßmann, Eberhard, *Grundrechtspositionen und Legitimationsfragen im öffentlichen Gesundheitswesen*, Walter de Gruyter, 2001

Schmitt-Glaeser, Walter, *Die Freiheit der Forschung*, WissR, 1974.

Schulte, Martin, *Grund und Grenzen der Wissenschaftsfreiheit*, VVDStRL 65(2006), S.110ff.

Schwabe, Jürgen, *Über Grundpflichtmythen, Abstraktionitis und Überproduktion in der Grundrechtsdogmatik*, JZ 2007, S.135ff.

Schwarz, Kyrill-A., *Strafrechtliche Grenzen der Stammzellenforschung?* MedR 2003, S.158ff.

Schwarz, Kyrill-A., *Grundfälle zu Art. 3 GG*, JuS 2009, S.315ff.; S.417ff.

Seelmann, Kurt, *Paternalismus und Solidarität bei der Forschung am Menschen*, in: Knut Amelung u.a. (Hrsg.), Festschrift für Hans-Ludwig Schreiber zum 70 Geburtstag, C.F.Müller: Heidelberg, 2003

Smend, Rudolf, *Das Recht der freien Meinungsäußerung*, in: ders., Staatsrechtliche Abhandlungen und anderen Aufsätze, 3.Aufl., 1994, S.89ff.

Sobota, Katharina, *Die Ethik-Kommission - Ein Institut des Verwaltungsrechts?*, AöR 1996, S.229ff.

Sommermann, Karl-Peter, *Ethisierung des öffentlichen Diskurses und Verstaatlichung der Ethik*, ARSP 2003, S.75ff.

Spranger, *Tade Matthias, Recht und Bioethik*, Mohr Siebeck, 2010

Steiner, Udo, *Der Schutz des Lebens durch das Grundgesetz*, Walter de Gruyter, 1992.

Surbek, Daniel V./Holzgreve, Wolfgang, *Stammzellen aus Nabelschnurblut und embryonalen Stammzellen: Aktuelle Entwicklungen - zukünftige Perspektiven*, in Hirokazu Kawaguchi/ Kurt Seemann (Hrsg.), *Rechtliche und ethische Fragen der Transplantationstechnologie* in, ARSP 2003, Beiheft S.169ff.

Szczekalla, Peter, *Die sogenannten grundrechtlichen Schutzpflichten in deutschen und europäischen Recht*, 2002

Taupitz, Jochen, *Alternativlosigkeit als Voraussetzung der Forschung mit embryonalen Stammzellen*, JWE 2003, S.335ff.

Taupitz, Jochen, *Die Aufgaben der Zentralen Ethik-Kommission für Stammzellforschung*, in: Knut Amelung u.a.(Hrsg.), *Festschrift für Hans-Ludwig Schreiber zum 70 Geburtstag*, C.F.Müller: Heidelberg, 2003, S.903ff.

Taupitz, Jochen, *Ethikkommissionen in der Politik: Bleibt die Ethik auf der Strecke?*, JZ 2003, S.815ff.

Toellner, Richard/ Deutsch, Erwin(Hrsg.), *Die*

Ethik-Kommissionen in der Medizin: Problemgeschichte, Aufgabenstellung, Arbeitsweise, Rechtsstellung und Organisationsformen medizinischer Ethik-Kommissionen, Fischer: Stuttgart, 1990

Trute, Hans-Heinrich, *Die Forschung zwischen grundrechtliche Freiheit und staatlicher Institutionalisierung*, Mohr, 1994.

Waechter, Kay, *Forschungsfreiheit und Fortschrittsvertrauen*, Der Staat, 1991. S.19ff.

Wahl, Rainer, *Forschungs- und Anwendungskontrolle technischen Fortschritts als Staatsaufgabe?* UTR 14(1991), S.7ff.

Wenger, David R., *Die objektive Verwertung der Grundrechte*, AöR 2005, S.618ff.

참 고 문 헌

제 3 장 미국

[국내문헌]

문종욱, 생명, 과학기술, 헌법적 가치, 헌법학연구 제15권 제4호 (2009)

박수현, 각국의 국가생명윤리관련위원회 규정을 통한 우리의 국가생명윤리심의위원회 개선 방안, 안암법학(통권 제25호(상권))(안암법학회, 2007. 11).

박재욱, 미국의 인간복제금지법안, 법제, 제530호(2002).

이인영, 생명윤리 및 안전에 관한 법률」상의 처벌규정과 규제논거를 중심으로, 연세법학연구, 제11권 제1호(2005)

정규원, 미국에서의 줄기세포연구에 대한 법적 대응 - 세계 각국의 줄기세포 연구정책과 규제, 세창출판사, 2005.

최진영, 미 배아줄기세포 정책의 변화와 시사점, SERI 경제 포커스, 제234호(2009. 3. 17).

[외국문헌]

Coby S. Nixon, *Human Cloning and the Commerce Power: In*

Light of United States v. Lopez, Congress Can-But Should Not-Regulate Human Cloning, 37 Ga. L. Rev. 296(2002)

Janet L. Dolgin/Lois L. Shepherd, *Bioethics and the Law*(New York: Aspen, 2005).

Jill Wechsler, *Political Science: Genomics, Cloning, and Stem-cell Research Promise New Therapies but also Raise Ethical, Social, and Regulatory Questions*, Pharmaceutical Executive, 2001. 5.

Kimberly M. Jackson, Comment, *Well, Hello Dolly! The Advent of Cloning Legislation and Its Constitutional Implications*, 52 Smu L. Rev. 289(1999).

Heidi Forster & Emily Ramsey, *Legal Responses to the Potential Cloning of Human Beings*, 32 Val. U. L. Rev. 433, 436(1998).

Lori B. Andrews, *State Regulation of Embryos Stem Cell Research*, in *Ethical Issues in Human Stem Cell Research* Vol. II Commissioned Papers A-4(NBAC, Jan. 2000)

Ethics Committee of the American Society for Reproductive Medicine, *Donating Spare Embryos for Embryonic Stem Cell Research*, *Fertility and Sterility* 78(2002).

Ethics Committee of the American Society for Reproductive Medicine, *Informed Consent and the Use of Gametes an Embryos*, *Fertility and Sterility* 68(2002).

Irene Stith-Coleman, *Human Embryo Research*, CRS Report for Congress 95-910(updated December 1, 1998).

Kenton Abel, *1997 California Legislative Service 688(West) Human Cloning*, 13 Berkeley Tech. L.J. 465, 470(1998).

National Bioethics Advisory Commission, *Cloning Human Beings*, June 1997, Recommendation II.

National Bioethics Advisory Committee, *Ethical Issues in Human Stem Cell Research*(Rockville, MA. 1999).

National Institutes of Health, Ad Hoc Group of Consultants to the Advisory Committee to the Director, *Report of the Human Embryo Research Panel*(September 1994).

Nat'l Bioethics Advisory Comm'n, *Cloning Human Beings: Report and Recommendations of the National Bioethics Advisory Commission*.

Robert Baker ed, *The American Medical Ethics Revolution: How the AMA's Code of Ethics has Transformed Physicians' Relationships to Patients, Professionals, and Society*(Johns Hopkins University Press, 1999).

Ronald Green, *Benefiting from Evil: An Incipient Moral Problem in Stem Cell Research*, 16 Bioethics(2002).

Sheryl Gay Stolberg, *Total Ban on Cloning Research Appears Dead*, N.Y. Times, 2002. 6. 14,

Sherry M. Knowles, Stephanie D. Adams, *Who Owns My*

DNA?: The National and International Intellectual Property Laws on Human Embryonic Tissue and Cloning, 32 *Cumb. L. Rev.* 483(2001/2002)

Tom Abate, *House Votes to Ban Cloning of Humans*, *San Fran Chron A1*(2001. 8. 1).

President's Council on Bioethics, *Reproduction and Responsibility-The Regulation of New Biotechnologies*, A Report of President's Council on Bioethics(March 2004)

Pluripotent Stem Cell Therapy Enhancement Act of 2007

Executive Order 12975(October 3, 1995)

Executive Order 13537(November 28, 2001)

Executive Order 13237.

Human Cloning Prohibition Act of 2003(Introduced in Senate).

Public Health Service Act; 42 U.S.C. 289.

제 4 장 독일

[국내문헌]

서계원, 인간배아복제의 문제점과 해결방안, 생명윤리, 제5권 제1호(2005).

이종영/권형돈, 생명공학육성, 윤리규제 및 유전자변형생물체의 안전성 확보에 관한 비교법제 연구, 한국법제연구원, 2006.

임지봉, ‘디엔에이신원확인 정보의 이용 및 보호에 관한 법률안’의 위헌성과 기타 문제점과 그 대안, 서강법학, 제11권 제2호(2009).

신옥주, 생명윤리법의 분법 필요성에 대한 고찰, 헌법학연구, 제17권 제2호(2011).

유네스코, 2003년 인간유전자데이터에 관한 국제선언, 생명윤리 홈페이지 자료실.

황적준, 유전자자료은행, 검찰, 제111호(2002)

이헌석, 생명윤리법에 관한 연구, 과학기술법연구, 제14집 제2호(2009)

[외국문헌]

Deutscher Ethikrat, *Humanbiobanken für die Forschung*, 2010.

Kubiak, *Gendiagnostik bei Abschluss von Privatversicherungen*, 2008.

Lindner, *Grundrechtsfragen prädiktiver Gendiagnostik*, MedR 2007, 286 ff.

Nationaler Ethikrat, *Prädiktive Gesundheitsinformationen bei Einstellungsuntersuchungen. Möglichkeiten und Grenzen der Nutzung des Wissen über Erkrankungsrisiken*, Stellungnahme, vom 16(2005)

Thorsten Wiethage, Peter Rozynek, Thomas Bruning, *Genetische Untersuchungen im Arbeitsleben*, BGFA-Info 02/09.

[인터넷 자료]

<http://de.wikipedia.org/wiki/Gendiagnostikgesetz>.

<http://de.wikipedia.org/wiki/Totipotenz>

http://www.bgfa.ruhr-uni-bochum.de/pdf/bgfa-info0209_Gendiagnostikgesetz.pdf.

<http://www.bundesrat.de/DE/gremien-konf/fachministerkonf/imk/Sitzungen/10-05-28/anlage12,templateId=raw,property=publicationFile.pdf/anlage12.pdf>

http://www.bverfg.de/entscheidungen/rs20070213_1bvr042105.html

<http://www.gesetze-im-internet.de/eschg/BJNR027460990.html>

<http://www.humboldt-forum-recht.de/deutsch/11-2010/beitrag.html>

http://www.rki.de/DE/Content/Institut/institut_node.html

제 5 장 프랑스

[국내문헌]

정재황, 신 헌법입문, 제2판, 박영사, 2012.

이인영, 체외수정에 관한 입법론적 고찰, 가족법연구, 제19권 2호(2006년)

이현수, 프랑스 생명윤리법상 "생명 및 건강과학을 위한 국가윤리자문위원회(CCNE)"의 법적 지위, 일감법학, 제16호 (2009년)

전학선, 프랑스 헌법재판소 임신중절 결정-2001년 6월 27일 결정을 중심으로-, 헌법학연구, 한국헌법학회, 2012. 9.

정재황, 프랑스법에서의 개인정보의 보호에 관한 연구, 공법연구, 제34집 제4호, 제1권, 2006.

정재황, 프랑스법에서의 개인정보의 보호에 관한 연구, 공법연구, 제34집 제4호, 제1권, 2006.

정재황, 프랑스에서의 헌법재판제도에 관한 헌법개정, 성균관법학, 제20권 제3호(2008)

정재황, 프랑스의 사후적 위헌법률심사제에 대한 연구, 성균관법학, 제22권 제3호(2010)

한국법제연구원, 2006 프랑스 법령용어 해설집, 법령용어정비사업팀, 2006년 10월.

홍기원, 프랑스 생명윤리법체계에 관한 연구(I) 생명윤리에 관한 법률(2004.8.6 법률 제2004-800호), 생명윤리정책연구, 제2권 제2호(2008)

[외국문헌]

Lois et décrets(법률 및 데크레)

- 건강(보건) 연구에 사용되는 기명정보(Données nominatives)의 특별한 대우를 마련하기 위해 1978년 1월 6일 정보, 파일 및 자유에 관한 법(Loi n°78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés)을 개정한 1994년 7월 1일 법(Loi n°94-548 du 1er juillet 1994).
- 인간신체의 존중에 관한 법(Loi n°94-653 du 29 juillet 1994 relative au respect du corps humain).
- 출산 전 검사와 인공수정과정에 있어 인간 신체 구성요소의 사용과 기증에 관한 법(Loi n°94-654 du 29 juillet 1994 relative au don et à l'utilisation des éléments et produits du corps humain, à l'assistance médicale à la procréation et au diagnostic prénatal).
- 2004년 8월 6일 생명윤리에 관한 법(Loi n°2004-800 du 6 août 2004 relative à la bioéthique).

· 2011년 7월 7일 생명윤리에 관한 법(Loi n°2011-814 du 7 juillet 2011 relative à la bioéthique).

· 공중보건법(Code de la santé publique)

Ouverages généraux(단행본)

Bertrand Mathieu, *La bioéthique, Connaissance du droit*, Dalloz, 2009.

Jean-René Binet, *Le nouveau droit de la bioéthique : commentaire et analyse de la loi n° 2004-800 du 6 août 2004 relative à la bioéthique*, Litec , Paris, mars 2005.

Claire Crignon-de Oliveira et Marie Gaille-Nikodimov, *A qui appartient le corps humain ? : Médecine, politique et droit, Médecine & Sciences Humaines / Les Belles Lettres*, 9 février 2004.

Emmanuelle Dhonte-Isnard, Olivier Moréteau et Jacqueline Rubellin-Devichi, *L'embryon humain in vitro et le droit*, L'Harmattan, 2 juin 2004.

Gilbert Hottois, *Qu'est-ce que la bioéthique?*, VRIN, novembre 2011.

Stéphanie Hennette-Vauchez, *Bioéthique, biodroit, biopolitique : Réflexions à l'occasion du vote de la loi du 4 août 2004*, L.G.D.J., Coll. Droit & Société, 2006.

Regards sur l'actualité, *Lois de bioéthique : réexamen, enjeux et débats, regards sur l'actualité*, Coll., n°365, La documentation française, décembre 2009.

Louis Favoreu et al., *Droit constitutionnel*, 13^e édition, Dalloz, 2010.

L. Favoreu · L. Philip avec autres, *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, 16^e édition, Dalloz, 2011.

Stéphanie Henneke-Vauchez, *Le droit de la bioéthique*, La Découverte, Coll. Repères, n°541, 2009.

Valérie Sebag et Gérard Teboul, *Droit et bioéthique*, Larcier, 8 février 2007.

Xavier Bioy, *Droits fondamentaux et libertés publiques*, Montchrestien, 2011.

Rapports(보고서)

Alain Claeys et Jean-Sébastien Vialatte, *Rapport sur la recherche sur les cellules souches au nom de l'Office parlementaire d'évaluation des choix scientifiques et technologiques*, 8 juillet 2010.

GIRAUD Francis , *Rapport de n°128 du Sénat sur le projet de loi*, adopté par l'assemblée nationale, relatif à la bioéthique, 2002-2003.

Rapport sur le projet de loi relatif à la bioéthique,
Assemblée nationale, XIII^e législature, n°3111, 26 janvier
2011.

Jean Leonetti, Rapport d'information sur la révision des
lois de bioéthique, Assemblée nationale, XIII^e législature,
n°2235, 20 janvier 2010.

Articles et chroniques(논문 및 시평)

Aline Cheynet de Beaupré, La révision de la loi relative à
la bioéthique, *Recueil Dalloz*, 2011, p.2218.

BYK Christian, "La loi relative au respect du corps
humain", *J.C.P.*, 1994, I, 3788.

BRUCE Éva, Chronique annuelle de jurisprudence,
Annuaire international de justice constitutionnelle, 2004
(20), pp.656 ; 673-677.

BRUGUIERE Jean-Michel, Quand le Conseil
constitutionnel (re)découvre la propriété intellectuelle. La
propriété intellectuelle objectif ou limite d'intérêt général
?, *Propriétés intellectuelles*, 2005 (15), pp.225-231.

CASSIA Paul, Le juge administratif, la primauté du droit
de l'Union européenne et la Constitution française, *RFDA*,
2005 (3), pp.465-472.

DELMAS-MARTY Mireille, "Le crime contre l'humanité, les droits de l'homme et l'irréductible humain", *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, 1994, p.477.

Depadt-Sebag, Le don des gamètes ou d'embryon dans les procréations médicalement assistées : d'un anonymat imposé à une transparence autorisée, *Dalloz*, 2004, p.591.

DUPRAT Jean-Pierre A la recherche d'une protection constitutionnelle du corps humain : la décision 94-343/344 DC du 27 juillet 1994, *Les petites affiches*, 14 décembre 1994 (149) p.34.

DESWARTES Marie-Pauline, Le droit à la vie dans la décision du Conseil constitutionnel du 29 juillet 1994, *Journal international de bioéthique*, 1996, p.10.

EDELMAN Bernard, Le Conseil constitutionnel et l'embryon, *Dalloz*, 1995, p.205.

FAVOREU Louis, *Revue française de droit constitutionnel*, 1994, p.799.

FAVOREU Louis, PHILIP Loïc Bioéthique, Les grandes décisions du Conseil constitutionnel, *Dalloz*, 2009, pp.641-657.

GALLOUX Jean-Christophe, L'article 17 de la loi bioéthique relatif à la question de la brevetabilité du corps humain n'est pas contraire à la Constitution, *La Semaine*

juridique (J.C.P.), 2004 (44-45), pp. 1979-1982.

GIUDICELLI-DELAGÉ Geneviève, Droit à la protection de la santé et droit pénal en France, *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, 1996, p.13.

Jean baptiste, Perrier, Empreintes génétiques : constitutionnalité du prélèvement et de l'inscription dans le fichier, *Revue française de droit constitutionnel*, n°85, 2011, pp.117-123.

LEBECH Anne Mette Maria, Constitution de la dignité humaine, *Revue générale de droit médical*, 2002 (8), pp.55-67.

LE BOS-LE POURHIET Anne-Marie, Le Conseil constitutionnel et l'éthique biomédicale, Mélanges Dupuis, *LGDJ*, 1997, pp.213-225.

LUCHAIRE Jean-François, "Le Conseil constitutionnel et l'assistance médicale à la procréation", *RDP*, 1994, p.1647.

MATHIEU Bertrand, "Bioéthique : un juge constitutionnel réservé face aux défis de la science", *RFDA*, 1994, p.1019.

MATHIEU Bertrand, L'insuffisance des normes constitutionnelles face aux développements des sciences biomédicales, *Dalloz*, 1995, p.237.

MATHIEU Bertrand, Le Conseil constitutionnel et l'embryon, *Les petites affiches*, 26 avril 1995 (50), p.6.

MATHIEU Bertrand, Chronique de jurisprudence constitutionnelle n° 35 (1ère partie), *Les petites affiches*, 12 décembre 2005 (246), pp.5-10.

SCHOETTL Jean-Éric, La brevetabilité des gènes, le droit communautaire et la Constitution, *Les petites affiches*, 17 août 2004 (164), pp.3-11.

SZYMCZAK David, "Brevetabilité" des gènes humains : le Conseil constitutionnel confirme son refus d'apprécier la constitutionnalité de dispositions législatives transposant une directive communautaire, *Semaine juridique. Administrations et collectivités territoriales*, 2004 (52), pp.1676-1678.

THOUVENIN Dominique, Les lois n°94-548 du 1er juillet 1994, n°94-653 et n°94-654 du 29 juillet 1994 ou comment construire un droit de la bioéthique, *Actualités législatives*, Dalloz, 1995, p.149.

Xavier. Bioy, Droits fondamentaux et libertés publiques, Montchrestien, 2011.

Jurisprudence(판례)

Conseil constitutionnel(헌법재판소)

Décision n°74-54 DC du 15 janvier 1975, *JO*, 16 janvier 1975, p.671, Recueil, p. 19.

Décision n°76-75 DC du 12 janvier 1977, *JO*, 13 janvier 1976, p.344, Recueil, p.33.

Décision n°90-283 DC du 8 janvier 1991, Loi relative à la lutte contre le tabagisme et l'alcoolisme, *JO*, 10 janvier 1991, p.524, Recueil, p.11.

Décision n°94-343/344 DC du 27 juillet 1994, *JO*, 29 juillet 1994, p.11024, Recueil, p.100.

Décision n°2001-446 DC du 27 juin 2001, *JO*, 7 juillet 2001, p.10828, Recueil, p. 74.

Décision n°2004-498 DC du 29 juillet 2004, *JO*, 7 août 2004, p.14077, Recueil, p.122.

Décision n°2004-504 DC du 12 août 2004, Loi relative à l'assurance maladie, *JO*, 17 août 2004.

Décision n°2006-533 DC du 16 mars 2006, *JO*, 24 mars 2006, p.4446, Recueil, p.39

Décision n°2010-71 QPC du 26 novembre 2010, Mlle Danielle S. (Hospitalisation sans consentement), *JO*, 27 novembre 2010, p.21119, Recueil, p. 343

Décision n°2012-248 QPC du 16 mai 2012, *JO*, 17 mai 2012, p.9154.

Décision n°2004-249 QPC du 16 mai 2012, *JO*, 17 mai

2012, p.9155.

Conseil d'Etat(최고 행정법원)

CE, ass., 25 nov. 1984, n° 60106, Roujansky et a. : Rec.
CE 1984, p.383.

Cours de cassation(파기원)

C. civ., art. 311. - en matière de successions et de
libéralités, C. civ., art. 725 et 906.

Cass. 1re civ., 9 janv. 1996, n°94-15998

Sites Internet et les bases de données en ligne(인터넷
자료)

www.conseil-constitutionnel.fr

<http://www.legifrance.com> (프랑스 법령 및 판례 검색)

[http://www.rue89.com/2011/02/07/lois-de-bioethique-la-fran
ce-choisit-la-famille-ricore-180715](http://www.rue89.com/2011/02/07/lois-de-bioethique-la-france-choisit-la-famille-ricore-180715)