

헌정제도연구사업

Issue Paper 2018-01-02

I. 기본권의 쟁점과 전망

생명권

정 문 식



한국법제연구원
KOREA LEGISLATION RESEARCH INSTITUTE



생명권

정 문 식 (한양대학교 교수)

KOREA
LEGISLATION
RESEARCH
INSTITUTE

ISSUE PAPER 2018-01-02

생명권

I. 서론	07
1. 생명권 관련 문제의 항상성과 문제해결의 한계 및 논의 필요성	07
2. 논의 전개 범위와 방향 및 한계	07
II. 헌법상 생명권의 내용	09
1. 헌법상 기본권성이 인정되는 (생)물적 요건으로서 생명	09
2. 생명권의 시간적 범위로서 인간생명의 시작과 종료	09
3. 생명권의 헌법상 근거	13
4. 생명권의 내용	14
5. 생명권의 성격	15
6. 생명권의 제한	15
7. 생명권 제한에 대한 헌법적 정당성과 심사기준	16
8. 생명권과 기본권 보호의무	17
III. 배아줄기세포연구와 생명권	20
1. 배아줄기세포연구의 의미	20
2. 규범적 해결책으로서 “생명윤리 및 안전에 관한 법률”	23
3. 원리로서 인간존엄과 구체적 기본권으로서 생명권	25
4. 배아줄기세포연구를 통한 생명권 제한과 정당성	27
5. 배아에 대한 국가의 생명보호의무	28
6. 배아줄기세포연구 시 고려해야 할 그 밖에 헌법상 가치들	28
IV. 착상 전 유전자진단과 생명권	31
1. 착상 전 유전자진단의 의미	31
2. 착상 전 유전자진단에 대한 입법적 대응	32
3. 착상 전 유전자진단의 생명권 제한 문제	33
4. 착상 전 유전자진단 시 배아에 대한 국가의 생명보호의무	34
5. 착상 전 유전자진단에서 고려해야 할 그 밖에 헌법적 가치	35
V. 인간복제와 생명권	37
1. 인간복제의 의미	37
2. 생명윤리법상 인간복제 관련 법적 상황	38
3. 인간복제가 인간존엄을 침해한다는 주장의 근거	39
4. 인간복제의 생명권 침해문제	40
VI. 생명보호와 윤리위원회 제도	41
1. 생명과학기술 발전과 윤리위원회의 의미	41
2. 윤리위원회의 기능	42
3. 생명윤리법상 생명윤리위원회	42
VII. 생명의 종료와 관련된 문제들	44
1. 사형제도	44
2. 죽을 권리와 연명의료중단	45
VIII. 헌법개정논의와 생명권	48
1. 헌법개정의 의미	48
2. 2018년 4월 현재 헌법개정안	50
3. 헌법개정안에 대한 평가	50

I. 서론

1. 생명권 관련 문제의 항상성과 문제해결의 한계 및 논의 필요성

가. 과학기술발전과 생명권의 갈등

- 1960년대 원자력발전소와 원자력연구, 1970년대 인공수정의 실현과 피임, 1980년대 유전자기술의 발전과 유전자정보의 조작, 1990년대 안락사와 죽을 권리, 2000년대 (인간)복제기술, 배아줄기세포 연구, 착상 전 유전자진단 등 생명공학과 관련된 생명윤리문제 등 생명권은 근대 헌법의 중요한 핵심 가치일 뿐만 아니라 20세기 이후 과학기술발전 단계에서도 지속적으로 중요한 가치문제로 다루어짐.
- 현실적으로 과학기술발전에 따른 철학적·윤리적 판단기준이 제대로 제시되지 못하고, 사회적 논란만 가중됨.

나. 법적 문제 해결방향과 기준으로서 헌법상 기본권인 생명권 확립 필요성

- 21세기에도 중요한 논제로 제시될 생명과학기술 분야에서 생명의 위협과 침해에 대한 구체적 문제 해결을 위하여, 법적인 측면에서 특히 헌법적으로 생명을 어떻게 평가하고 다룰 것인지 기본적 이해가 필요함.

2. 논의 전개 범위와 방향 및 한계

가. 생명권에 대한 헌법이론적 내용을 전개

- 기존의 헌법재판소와 대법원 판례 및 학계에서 논의된 내용들을 바탕으로, 생명권에 대한 내용을 정리함.

- 생명과학기술 대상으로서 배아의 생명권과 인간존엄 및 이에 대한 국가의 기본권 보호의무, 환자의 생명권 내지 건강권, 죽을 권리, 자기결정권 등.
- 생명권과 갈등을 일으켜서 생명권 논의에서 고려해야 하는 형량의 대상으로서 헌법적 이익인 연구자의 학문의 자유와 부모의 권리로서 자기결정권 등.

나. 생명과학기술 내지 현재 구체적으로 문제가 되는 사안들을 중심으로 논의

- 생명과학기술로서 배아줄기세포연구, 착상 전 유전자진단, 인간복제, 생명의 종료와 관련된 전통적 생명권 문제로서 사형제도, 최근 문제가 되는 연명의료중단 등.
- 윤리적 문제해결기구 및 절차로서 생명윤리위원회.

II. 헌법상 생명권의 내용

1. 헌법상 기본권성이 인정되는 (생)물적 요건으로서 생명

가. 헌법적으로 의미있는 생명

- 헌법 제10조: 모든 국민은 인간으로서 존엄과 가치를 가지며, 행복을 추구할 권리를 가진다. 국가는 개인이 가지는 불가침의 인권을 확인하고 이를 보장할 의무를 진다.
- 헌법 제10조 제1문은 “모든 국민”에게 기본권 주체성을 인정하는데, 국가이전의 인간의 권리로서 의미를 가지는 기본권에 대해서는 국민이 아닌 사람(외국인)에게도 기본권의 주체가 될 수 있다고 보기 때문에,¹⁾ 이 때 국민은 살아있는 사람(lebende Menschen)을 원칙으로 함.
- 헌법상 기본권의 주체가 되기 위해선 (살아있는)인간생명이 전제되므로, 헌법적으로 의미있는 생명의 개념은 단순히 ‘움직이고 활동하며 살아있는 그 무엇’이 아니라, “헌법상 기본권주체로서 인정될 수 있는 인간생명”임.

2. 생명권의 시간적 범위로서 인간생명의 시작과 종료

가. 생명의 시작과 견해들

- 생명은 그 자체로서 확실하게 분리하거나 구분할 수 있는 단계가 아니라 연속적인 발달과정의 총합체이기 때문에 시기를 결정하기 어려움.
- (헌)법학에서 생명 시점을 정하는 문제는 단순히 자연과학적 사실만으로 결정할 수 있는 것이 아니며, 법규범 적용에 가치규범적 판단을 배제할 수 없다는 한계가 있고, 이 때문에 (헌)법적 가치를 부여하는 생명의 시점에 대한 견해가 나뉨.

1) 현재 2001.11.29. 99헌마494, 13-2, 714(723-724); 2007.8.30. 2004헌마670, 19-2, 297(305) 등.

- 정자와 난자의 수정(Befruchtung, Verschmelzung): 생명을 생물학적 관점에서 인간신체의 존재 형식으로 본다면, 인공수정기술의 발달이나 배아의 유전적 개별성 확립 등 과학적 사실을 고려하여 수정란부터 인간 생명으로 볼 수 있음.
- 수정란의 자궁에 착상: 홀로 생존·유지될 수 없는 수정란이 자궁에 착상하게 되면 비로소 모체와 상호작용을 하며 모체로부터 생명유지를 위한 모든 필요를 공급받게 되므로, 모체와의 결합을 통해 수정란이 모와 상호관계성 내지 인간생명체로 발전가능성을 갖게 되어 자궁 착상 시부터 수정란을 인간 생명으로 볼 수 있음.
- 소위 원시선(Primitivstreifen) 출현(수정 후 14일): 원시선이 나타나면 배아는 더 이상 쌍둥이로서 분할가능성이 없고 독자적이고 유일한 개체성(Individualität)을 인정할 수 있어서, 원시선의 발생시점부터 '개별적인' 인간생명을 인정할 수 있음.
- 출생: 일반적인 민·형사상 법적 권리의 인정과 관련하여 출생한 때를 세속에서 완전한 인간으로서의 존재를 인정하는 인간생명의 시점으로 볼 수 있음.
- 생명시점에 대한 논란은, 과학기술의 발전에 따라 전통적인 이해로는 새롭게 제시되는 윤리적 문제를 해결할 수 없어서 생명의 시작점을 각각의 상황에 따른 필요-배아의 자궁착상 시를 생명 시작점으로 보면 시험관아기의 생명문제를 조금 더 유연하게 해결할 수 있고, 원시선 출현을 생명으로 보는 경우 유일성이라는 특징을 기초로 '개인'의 기본권을 인정할 수 있음-에 의해 정당성의 근거로 제시하고자 시도하기 때문에 발생함.

나. 생명의 종료

- 죽음이라는 생명의 종료 시점에 대해서도 연속적인 과정을 어떻게 평가할 것인지 견해가 나뉨.
- 맥박중지설: 맥박이 더 이상 돌이킬 수 없는 상태에서 정지된 때를 죽음(사망)으로 봄.
- 호흡중지설: 호흡이 돌이킬 수 없는 상태로 정지된 때를 죽음으로 봄.

- 뇌사설: 뇌기능이 더 이상 돌이킬 수 없는 소실상태가 된 때를 죽음으로 봄.
- 한국 형법학계 일부, 현재 독일의 다수 견해, 대한의학협회는 대뇌, 소뇌, 뇌간 등 뇌의 모든 기능이 불가역적으로 소실된 때를 생명의 종료시점으로 보는데, 뇌의 전체기능이 중단되어 회복할 수 없는 상태에 이르러 사람이 감각과 사고 내지 결정능력 등을 완전히 상실한 것을 죽음으로 이해할 수 있음.
- 장기적출의 경우 맥박중지설을 취하면 뇌사자는 아직 살아있는 생명이기에 살인죄의 구성요건에 해당하지만, 뇌사설을 취하면 살인죄에 해당하지 않는다는 점에서 양자는 차이가 있음.
- 생명보호의 입장을 견지한다면 맥박중지설이 합리적이지만, 장기이식술이나 인공심폐장치의 개발 등 의료기술이 발달하고, 위급한 환자들의 생명을 연장시킬 수 있다는 정책적 필요 때문에 뇌사설을 주장하는 것으로 보임.

다. 일반 법률에서 생명의 시작과 종료

- 민법 제3조: 사람은 생존한 동안 권리와 의무의 주체가 된다.
- “생존한 동안”이라는 것은 ‘출생’과 더불어 시작하여 ‘사망’에 이르는 기간을 의미하고, 민법상 권리의 의무 주체가 될 수 있는 사람은 출생부터 사망까지인데, 출생은 일반적으로 태아가 모체 밖으로 완전히 나온 순간, 곧 출생의 종료를 기준으로 하고(소위 전부노출설), 맥박중지설에 따라 호흡과 심장 박동이 영구적으로 멈추는 때를 사람이 생명을 잃고 ‘법적인’ 의미를 상실하는 사망으로 봄.
- 형법 제250조: 사람을 살해한 자는 사형, 무기 또는 5년 이상의 징역에 처한다.
- 살인죄의 객체로서 사람은 ‘살아있는 사람’만을 의미하고, 형법학계 일반적인 진통설(또는 분만개시설)은 태아가 모체의 태반에서 이탈하는 분만과정의 개시단계부터 살아있는 사람으로 보는데,²⁾ 사람의 생명 보호를 위하여 시기를 앞당길 필요가 있기 때문이며, 맥박중지설에 따라 맥박이 다시 박동할 가능성이 없는 불가역적 정지 상태에 도달한 시점을 사망시점으로 봄.

2) 대법원 1982.10.12. 81도2621.

- 장기 등 이식에 관한 법률 제4조 제5호: “살아있는 사람”이란 사람 중에서 뇌사자를 제외한 사람을 말하고, “뇌사자”란 이 법에 따른 뇌사판정기준 및 뇌사판정절차에 따라 뇌 전체의 기능이 되살아날 수 없는 상태로 정지되었다고 판정된 사람을 말한다.
- 장기 등 이식에 관한 법률 제21조 제1항: 뇌사자가 이 법에 따른 장기등의 적출로 사망한 경우에는 뇌사의 원인이 된 질병 또는 행위로 인하여 사망한 것으로 본다.
- 장기이식법은 “살아있는 사람”과 “뇌사자”를 구분하여 살아있는 사람 중에서 뇌사자는 배제하고, 뇌사자가 장기적출 시 사망한 경우에 뇌사의 원인이 된 질병이나 상황을 사망원인으로 간주함.
- 생명윤리 및 안전에 관한 법률 제2조 제3호: “배아”란 인간의 수정란 및 수정된 때부터 발생학적으로 모든 기관이 형성되기 전까지의 분열된 세포군을 말한다.
- 생명윤리법은 “배아”를 인간 수정란 및 수정된 때부터 모든 기관이 형성되는 시기까지의 “세포군”으로 규정하여, 인간배아를 인간생명으로 본 것인지 아니면 단순히 (생)물적인 세포로 본 것인지 불확실하지만, 생명윤리법의 목적이 생명윤리를 확보하여 인간존엄과 가치를 보장하는 것이라면, 배아나 배아를 이루는 세포군을 합목적적 해석 방식에 따라 “인간생명”이라 할 수 있음.

라. 헌법재판소 판례

- 헌법재판소는 모든 인간이 기본권의 주체가 될 수 있기 때문에 “형성 중인 생명”으로서 태아도 기본권의 주체가 된다고 보았지만,³⁾ 자궁에 착상하여 원시선이 나타나기 전까지의 소위 초기배아에 대해서는 아직 사회적 승인이 없고, 현재 과학적 인식수준에 근거하면 기본권 주체로 인정되지 않는다고 결정함.⁴⁾
- 헌법재판소가 기본권 주체로서 인간에 대한 판단기준을 ‘과학적 인식수준’과 ‘사회적 승인’으로 제시하고 있지만, 과학적 수준은 발전 속도가 빠르다는 점에서, 사회적 승인의 존재여부는 확인하기 어렵다는 점에서 불안정한 기준으로 평가할 수 있음.

3) 헌재 2008.7.31. 2004헌바81, 20-2상, 91(101).

4) 헌재 2010.5.27. 2005헌마346, 22-1하, 275(292).

마. 헌법적으로 의미 있는 생명 시작점 결정을 위한 합리적인 기준

- 생명 시점 결정을 위한 합리적 기준은 자연과학적 근거가 충분해야 하며, 현실적·구체적 필요를 모두 아우를 뿐만 아니라, 생명윤리문제를 일관되게 해결할 수 있어야 함.
- 주관적 결론: 정자와 난자의 수정 시 이후는 배아의 생물학적 정도의 차이만 있을 뿐, 수정란이 모체의 자궁에 착상하여 인간 개체로 발전해가는 과정을 진행한다는 점에서 동일하며, 수정 시부터 인간생명체에 대하여 기본권 주체성을 인정하면, 그 이후에 인간생명체에 가해지는 여러 가지 위험과 제약으로부터 생명을 보호하기 위한 국가개입의 정당성이 강화될 수 있고, 생명윤리와 관련된 결정을 민주적 정당성을 갖는 의회 입법자들에게 맡길 수 있어 과학기술의 발전이나 사회가치관의 변화에도 유연하게 대처할 수 있을 것임.

3. 생명권의 헌법상 근거

가. 헌법상 명시적 근거의 부재

- 헌법상 생명권이라는 명시적 언급이나 조항이 없어 견해가 나뉨.
- 헌법 제12조 제1항: 모든 국민은 신체의 자유를 가진다.
- 신체의 개념에 근거하여 생명권을 주장할 수 있지만, 신체의 자유가 보장하는 내용은 주로 형사소송 내지 행정법상 적법절차의 보장과 신체불가침임.
- 제37조 제1항: 국민의 자유와 권리는 헌법에 열거되지 아니한 이유로 경시되지 아니한다.
- 열거되지 않은 기본권으로 생명권을 주장할 수 있지만, 헌법의 체계적 해석과 (미국헌법의) 비교법적 현실을 볼 때 제37조 제1항은 열거되지 않은 기본권의 원천(Quelle)이기보다 기본권 제한의 전제로 보아야 함.

- 헌법 제30조: 타인의 범죄행위로 인하여 생명·신체에 대한 피해를 받은 국민은 법률이 정하는 바에 의하여 국가로부터 구조를 받을 수 있다.
- “생명·신체”에 대한 피해를 받은 개인에게 국가에 대한 구조청구권을 인정하고 있어서 이를 생명권의 간접적인 근거라고 볼 수 있음.

나. 헌법재판소의 판례

- 헌법 제10조는 우리 헌법의 근본원리라고 할 수 있는 ‘인간으로서 존엄과 가치 보장’을 천명하고 있으며, ‘인간’으로서 존엄과 가치는 살아있는 인간의 생명을 전제로 성립될 수 있는 것이므로, 인간 존엄을 인정한다는 것 자체가 생명권을 전제한 것으로서 이해될 수 있기에, 인간의 생명을 인간존엄의 물리적 또는 생물학적 기초라고 본다면 헌법 제10조 인간존엄 규정을 생명권의 근거조항이라고 할 수 있음.⁵⁾

4. 생명권의 내용

가. 생명보호

- 생명권은 살 권리(right to live: das Recht zu leben)를 의미하므로, 모든 종류의 기본권을 행사하는데 전제가 되는 신체적·생물학적 생존을 보장하며, 생명의 시작부터 종료 시까지 이를 유지할 권리를 의미하므로, 모든 외부적 영향력으로부터 자신의 생명을 보호하고 유지하기 위한 활동을 보장함.

나. 생명의 위험으로부터 보호

- 생명은 생물학적 신체영역의 외적인 불가침성(äußere Integrität)을 보호하고 내적인 신체기능을 침해당하지 않는다는 의미에서 건강을 의미하며, 인간의 신체적·생물학적 존재여부가 문제되면 생명권으로 보고, 그 밖에 모든 신체적 제한은 신체불가침으로 볼 수 있음.

5) 헌재 1996.11.28. 95헌바1, 8-2, 537(545).

5. 생명권의 성격

가. 주관적 방어권으로서 생명권

- 생명권은 생명을 직·간접적으로 침해할 수 있는 모든 공권력 행사로부터 방어를 포괄적으로 보장함.
- 생명권은 생명을 보장한다는 데 초점이 맞추어져 있기 때문에, 생명파기를 지향하는 자살할 권리를 생명권의 내용으로 보기는 어렵고, 다만 자살을 생명종료시점에 대한 결정이라는 측면에서, 헌법 제10조의 행복추구 또는 자기결정권의 내용으로 볼 수 있음.

나. 객관적 가치질서로서 생명권

- 생명권의 객관적 가치질서 성격으로부터 국가에게 기본권인 생명권을 보호할 의무가 부여되며, 이는 헌법 제10조 제2문에 근거함.
- 국가의 생명권 보호의무는 특히 제3자(私人)에 의한 생명권 침해로부터 개인을 보호-예컨대 모가 낙태를 할 때 태아의 생명보호, 개인의 환경개발이나 원자력이용 등으로 인한 환경침해로부터 생명보호, 마약 등 중독물질의 거래로부터 생명보호, 최저생계보장 내지 전염병 예방접종요청 같은 급부 청구권의 인정-하는데 의미를 가짐.

6. 생명권의 제한

가. 국가의 작위로 인한 생명권 제한

- 국가의 공권력행사로 말미암아 직접 야기된 모든 인간생명의 종료 내지 파기-인질구출을 위하여 납치범들에게 총격을 가하든지(소위 finaler Todes- oder Rettungsschuss: 구명저격), 군인·소방·경찰공무원 등이 재난예방의 위험상황에 투입된 경우-는 생명권에 대한 제한임.
- 생명권의 제한의 특수성: 생명권에 대한 제한은 생명의 종료 내지 파기를 의미하므로, 생명권 제한의 철회는 생명회복에 도움을 줄 수 없고, 따라서 직접적인 생명침해가 발생하지 않아도 생명에 대한

심각한 위협(Gefährdung)이 있다면, 효과적인 생명보호를 위하여 생명권 제한을 인정할 수 있음.

나. 국가의 부작위로 인한 생명권 제한

- 국가가 생명보호의무를 이행하지 못하면 생명권 제한이라고 할 수 있음.
- 기본권 주체 스스로 자신의 생명위험을 야기한 경우(소위 Selbstgefährdung 또는 Schutz des Menschen vor sich selbst: 자초위해 또는 자기로부터 보호)는 기본권 주체의 일반적 행동의 자유나 행복추구권의 행사로 볼 수 있으나, 안전조치와 관련해서는 국가의 노력이 필요함.
- 생명연장에 반하는 국가의 부작위로서 소극적 안락사(passive Sterbehilfe)는 헌법상 인정될 수 있지만, 국가가 직·간접적으로 생명단축을 위하여 개입하는 적극적 안락사(aktive Sterbehilfe)는 헌법상 인정되기 어려움.

7. 생명권 제한에 대한 헌법적 정당성과 심사기준

가. 생명권 제한 형식의 정당성: 의회유보원칙

- 생명권 제한은 입법자가 스스로 결정해야 할 본질적인 규범영역이므로, 생명권 제한 시 법률유보 원칙은 의회유보원칙(Parlamentsvorbehalt)으로 이해되며, 생명권 제한은 입법자가 법률에 '직접' 규율하고 하위규범에 위임하기 어려움.

나. 생명권 제한 내용의 정당성

- 생명권 제한의 경우 기본권 주체의 동의가 있으면-예컨대 군인·경찰·소방공무원의 경우 동의가 전제된 공무수행은-정당화될 수 있으나, 이 때 동의는 자발적인 것이며(freiwillig), 충분한 설명이 제공되고 자율적으로(autonom) 이루어져야 함.
- 기본권 주체의 묵시적 동의는 예외적인 경우에만 인정됨.

- 비례원칙: 헌법 제37조 제2항에 따라 생명권도 “국가안전보장·질서유지 또는 공공복리를 위하여 필요한 경우에 한하여” 제한될 수 있는데, 이 때 생명권 제한이 “필요한 경우”인지 여부는 과잉금지원칙과 과소보호금지원칙을 적용하여 판단함.

다. 생명권의 본질적 내용

- 생명은 핵심부와 주변부로 구분할 수 없는 단일한 것이므로, 생명권의 본질적 내용을 구체적·개별적 사건별로 이해한다면 모든 생명권 제한은 본질적 내용의 침해로서 정당화 될 여지가 없음.
- 생명권에 대한 제한 시 과잉금지원칙에 위배되면 생명권의 본질적 내용이 침해된 것으로 이해하는 것이 합리적임.⁶⁾
- 생명권은 헌법상 아주 중요한 가치 내지 최고의 가치(ein Höchstwert)이나 유일한 최고의 가치라고 보기는 어려움.
- 헌법은 생명보호를 상당히 중요시 하지만 절대적인 생명보호를 요구한다고 볼 수 없어서, 다른 중요한 헌법적 가치 내지 이익들과 형량할 가능성이 있고, 다만 생명권의 상대성은 다른 기본권들이 가지는 상대성보다 크지 않기 때문에 엄격한 형량이 요구됨.

8. 생명권과 기본권 보호의무

가. 기본권 보호의무(grundrechtliche Schutzpflichten)의 의미

- 개념: 기본권 보호의무란 기본권 침해로부터 개인을 보호하고, 그에 대한 적절한 조치를 강구하여 개인의 기본권 침해를 면하도록 국가에게 일정한 과제로 부과되는 의무.⁷⁾

6) 헌재 2010.2.25. 2008헌가23, 22-1상, 36(57-58).

7) 기본권 보호의무를 ‘자유권적 방어권’ 법익에 대한 제3자의 위법적 제약(요건)과 기본권 법익의 안전성에 대한 국가의 보호의무(효과)로 좁게 이해하든지, 사회권까지도 포함하는 것으로 넓게 이해하든지, 생명권은 자유권으로서 어떤 견해에 의하더라도 기본권 보호의무의 대상에 포함되므로, 견해의 구분이 문제되지 않음.

- 헌법상 근거: 헌법재판소는 헌법 제10조 제2문에서 근거를 구함.⁸⁾
- 구체적인 기본권 보호의무의 존재 근거: 헌법과 법률에 국가가 개인의 기본권을 보호하도록 명시적으로 규율하거나, 최소한 헌법과 법률의 해석을 통해서 국가의 보호의무를 도출할 수 있어야 함.

나. 기본권 보호의무의 내용

- 구체적 기본권마다 개별적 내용: 헌법 제10조 제2문은 개인이 가지는 불가침의 기본적 인권, 헌법이 보장하는 자유와 권리를 국가가 보호한다는 일반적인 원칙의 근거를 제시하고, 구체적인 보호내용은 보호의무를 부과하고 있는 헌법과 법률의 내용과 해석에 따라, 각각의 개별 기본권의 내용에 따라 달리 정해짐.
- 이행주체에 따라 국회·정부·법원의 보호의무로 구별.

다. 기본권 보호의무의 한계

- 입법자가 구체적인 법률제정을 통해 기본권 보호의무를 이행할 때 타인의 기본권을 제한하는 경우가 발생하므로 타인의 기본권 제한에 따른 일정한 헌법상 한계를 가짐.
- 행정권이 기본권 보호의무에 따라 보호조치를 취할 때 구체적인 법률에 근거하는 법률유보원칙을 지켜야 함.
- 법관의 보호의무도 구체적인 법률규정으로부터 벗어날 수 없고, 민사문제의 경우 사적자치의 본질은 침해할 수 없음.

8) 현재 1997.1.116. 90헌마110등, 9-1, 90(119~120). 구체적인 헌법적 의무가 인정되지는 않았지만 사회권과 관련된 기본권 보호의무를 인정한 것은 저상버스도입의무에 관한 결정(현재 2002.12.18. 2002헌마52, 14-2, 904(909-910)) 참조 가능.

라. 기본권 보호의무의 헌법상 심사기준

- 기본권 보호의무의 구체적 실현은 민주적 정당성이나 권력분립 측면에서 1차적으로 입법자에게 우선권(Prärogativ)이 있고, 입법자가 보호조치를 취할 때 일정한 재량(Ermessen)이 인정됨.
- 헌법재판소는 권력분립의 관점에서 기본권 보호의무 위반여부를 판단하는 심사기준으로 “과소보호금지원칙”을 적용함.⁹⁾
- 과소보호금지원칙에 따르면 “국가가 국민의 법익을 보호하기 위하여 전혀 아무런 보호조치를 취하지 않았든지, 아니면 취한 조치가 법익을 보호하기에 명백하게 전적으로 부적합하거나 불충분한 경우에 한하여” 보호의무 위반을 인정함.

마. 국가의 생명보호 부작위에 대한 평가기준으로서 기본권 보호의무

- 헌법과 법률에 의하여 국가가 기본권 주체에 대한 구체적인 생명권 보호의무가 있음에도 불구하고, 국가가 기본권 주체의 생명보호를 위한 아무런 조치를 취하지 않았거나, 국가가 보호조치를 취하였지만 보호조치가 생명보호의 가능성이 전혀 없거나 생명보호에 무의미한 경우 생명권 보호의무 위반이 인정됨.

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

III. 배아줄기세포연구와 생명권

1. 배아줄기세포연구의 의미

가. 줄기세포의 개념과 특성

- 정자와 난자의 결합체인 수정란에서 시작하여 여러 번의 세포분열을 거쳐 태아가 되어가는 생성과정에서, 구체적인 장기 등을 형성하기 전 상태의 세포를 줄기세포(stem cell, Stammzelle)라 함.
- 줄기세포는 아직 분화방향이 정해지지 않았기 때문에, 이론상으로는 일정한 프로그래밍에 의해 모든 신체기관으로 전환할 수 있는 능력을 가진 ‘미분화’세포로서 소위 재생(selfrenewal)능력이 있으며, 일정한 요건 하에서 인간 신체의 다른 조직이나 기관, 근육, 뼈, 뇌, 피부 등으로 전환할 수 있는 능력을 가진 것으로 알려짐.

나. 줄기세포의 종류

- 배아줄기세포: 배아줄기세포(embryonic stem cell: embryonale Stammzelle)는 수정란 발생 초기에 생기는 줄기세포로서, 분화할 수 있는 가능성에 따라 만능세포(또는 완전분화 세포: totipotent cell: totipotente Zelle)와 전분화능 세포(또는 복수분화 세포: pluripotent cell: pluripotente Zelle)로 구분함.
- 성체줄기세포: 어른이 되더라도 몸 안에 남아서 존재하는 줄기세포(adult stem cell: adulte Stammzelle)로서 신체 각 조직의 내부에 소량으로 존재하며, 분화가능성이 줄어들어 몇 가지 종류의 세포로만 분화할 수 있기 때문에 다분화능(또는 다중분화: multipotent) 줄기세포라고 함.

다. 줄기세포의 획득방식

- 임신을 위한 목적으로 인공수정하여 생성했던 배아들이 개별적인 이유 때문에-임신이 성공하여 더 이상 필요 없거나, 부모의 사고나 意思變更 등으로 버려질 때-착상할 수 있는 부모를 잃게 된 경우, 이런 잔여배아·잉여배아(überzählige Embryonen)를 분화시켜 배아줄기세포를 얻어냄.
- 적법하게 혹은 사고로 낙태된 태아, 예컨대 약 5주 내지 9주 사이의 배아단계를 일정한 배양조건에서 줄기세포로 분화시켜 얻어냄.
- 특정인의 체세포 핵을 추출하고 난자기증자의 난자 핵을 제거한 후에, 체세포의 핵과 핵이 제거된 난자를 결합시켜(핵치환) 일정한 전기 충격 등으로 수정란을 만들고, 수정란을 생화학적 방법으로 분화시켜 배반포기까지 이르게 한 후 줄기세포들을 추출함.
- 제대혈이나 연골·뼈·근육·신경 등에서 다양한 줄기세포를 채취할 수 있음.

라. 줄기세포의 응용분야

- 배아 발생과정과 성장과정에서 인간세포의 분화와 성장, 인간 신체기관이나 조직의 분화에 관련된 복잡한 절차나 메커니즘을 이해하는 기본연구로 기여함.¹⁰⁾
- 세포나 조직의 재생의학(regenerative medicine: regenerative Medizin) 분야에서 치료, 심장, 신장, 간 등 신체기관의 생성, 일정한 유전자들을 사전에 통제할 수 있어 유전자치료나 항암치료가 가능할 것으로 기대함.
- 새로운 의약품이나 화학물질이 미치는 영향을 시험할 때, 실험의약품이 인간의 세포에 미치는 영향을 광범하게 조사하여 신약개발에 상당한 시간과 노력을 절감할 수 있음.

10) 배아줄기세포 추출이나 획득을 위해서는 인간배아를 파괴해야하는 윤리적 문제 때문에 배아줄기세포연구에 대한 대안으로 성체줄기세포연구가 주장되지만, 아무리 성체줄기세포연구가 심도있게 이루어지더라도, 이를 통해 획득한 지식을 배아줄기세포에도 적용할 수 있는지 여부가 불확실하며, 성체줄기세포연구를 통한 확인한 성체줄기세포의 능력도 배아줄기세포연구를 통한 비교 없이는 확인할 수 없기 때문에 기본적으로 배아줄기세포연구가 필요하다. Deutsche Forschungsgemeinschaft(DFG), Empfehlungen der Deutschen Forschungsgemeinschaft zur Forschungs mit menschlichen Stammzellen 3. Mai 2001, WissR 2001, 287면 이하.

- 미용·성형: 신체의 어떤 부분에 상처가 발생하거나 흠이 생길 경우 치료가 아닌 성형목적으로 활용할 수 있는 것으로도 기대함.

마. 줄기세포의 무용성과 위험성 및 한계

- 줄기세포 획득뿐만 아니라 줄기세포의 분화를 작동시킬 수 있는 메커니즘도-예컨대 골수에서 채취한 성체줄기세포를 손상된 조직에 이식했는데 줄기세포가 분화하지 않거나 효력을 나타내지 않는 경우- 해결해야 함.
- 줄기세포가 반드시 원하는 효과만을 나타내는 것이 아니라 특수한 암세포들을 만들어낼 수도 있다는 위험성을 확인함.
- 성체줄기세포는 대부분 무엇으로 분화할 지 이미 정해져 있기 때문에 다양한 병을 치료하지 못하며, 체내에 존재하는 양도 매우 적고, 순수한 줄기세포를 추출하기가 어렵다는 한계가 있음.
- 수정된 배아나 냉동 배아에서 얻은 배아줄기세포는 환자에게 이식 시 면역거부반응을 일으킬 수 있다는 단점이 있어, 체세포복제 배아에서 얻은 줄기세포가 더 바람직한 것으로 여겨지고 있지만, 이는 배아를 파괴시켜야 한다는 윤리적 논란이 있음.¹¹⁾

바. 줄기세포연구에 대한 윤리적 문제제기

- 줄기세포를 얻으려면 먼저 인간배아를 파괴하는 과정을 거치는데, 적게는 6개 많게는 2000개의 배아도 필요할 수 있어 윤리적으로 논란이 됨.
- 배아줄기세포 추출을 위한 체세포복제 배아는 곧 인간복제로 이어질 가능성이 있고, 복제인간이 태어나도 치명적 결함을 가지거나 높은 사망률 위험성도 있음.

11) 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. 박세필 등, 줄기세포 생명공학의 위대한 도전, 동아사이언스, 2005, 123면.

2. 규범적 해결책으로서 “생명윤리 및 안전에 관한 법률”

가. 제정과정

- 1983년 제정된 “생명공학육성법”은 생명공학 발전을 위한 법률로서 생명윤리와 관련된 안전 내지 남용문제를 다루는데 한계가 있음.
- 2000년 배아줄기세포연구의 발전 및 배아복제 및 배아연구의 허용여부와 활용범위 등에 대한 규범적 요구에 따라, 과학기술부가 구성한 생명윤리자문위원회는 ‘생명윤리기본법’을 마련하여 여론을 수렴, 생명과학계와 산업계의 의견을 반영하여 독자적으로 ‘인간복제 금지 및 줄기세포 연구 등에 관한 법률안’을 제안함.
- 보건복지부도 독자적으로 ‘생명과학보건 안전 윤리법안’을 제출함.
- 2002년 보건복지부가 주관하되 과학기술부와 협의하여 단일 법률을 추진하고, 학계의 의견을 수렴하여 제출한 “생명윤리 및 안전에 관한 법률(이하 생명윤리법)”이 2003년 12월 국회 통과, 2004년 1월 29일 법률 제7150호로 공포, 2005년 1월 1일부터 시행됨.

나. 내용

- 기본 구조: 9장 55개 조문과 부칙(2018년 2월 현재 70개 조문)
- 제1장(총칙): 법률의 목적, 정의 등 일반 규정
- 제2장: 대통령 소속의 국가생명윤리심의위원회와 기관생명윤리심의위원회
- 제3장: 인간복제 등의 금지, 배아의 생성 등 인공수정배아, 체세포복제배아(2018년 2월 현재 인간 대상연구 및 연구대상자 보호로 개정)
- 제4장: 유전자검사(2018년 2월 현재 배아 등의 생성과 연구로 개정)

- 제5장: 유전정보 등의 보호 및 이용(2018년 2월 현재 인체유래물연구 및 인체유래물은행으로 개정)
- 제6장: 유전자치료(2018년 2월 현재 유전자치료 및 검사 등으로 개정)
- 제7장(감독), 제8장(보칙), 제9장(벌칙) 등.
- 생명과학에 관한 생명윤리문제를 포괄적으로 규율하는 생명윤리기본법을 만들 것인지 아니면 주요 이슈별로 개별 법률을 제정할 것인지는 여전히 문제됨.

다. 개정

- 2008년: 사람과 동물 간의 체세포 핵이식을 명시적으로 금지하고, 난자제공자에 대한 보호와 건강 관리, 줄기세포주의 관리 및 이용, 유전정보 등의 관리에 대한 내용 등 보완.
- 2012년: 인간 및 인체유래물에 관한 연구에 대해서도 생명윤리법상 기준을 적용하기 위하여 인간대상연구를 하려는 경우에는 기관생명윤리위원회의 심의를 받도록 요구, 연구대상자로부터 서면동의를 받도록 하여 연구대상자에 대한 안전을 도모, 유전자은행도 인체유래물은행으로 변경하여 인체유래물을 채취할 때 서면동의를 받도록 요구, 단성생식배아연구도¹²⁾ 체세포복제배아연구와 동일한 수준으로 규제, 배아생성의료기관에서의 배아보존기간에 대한 예외를 인정함.
- 2015년에는 유전자치료에 관한 연구범위, 유전자검사의 범위 등을 제한하고, 2017년에는 유전자검사기관의 폐업문제를 규정함.

라. 생명윤리법상 배아줄기세포연구

- 임신 외 목적의 배아생성을 원칙적으로 금지하며(제23조 제1항), 불임치료 피임기술의 개발, 그 밖에 희귀·난치병 치료를 위한 잔여배아를 이용한 배아연구를 원칙적으로 허용하고(제29조 내지 제32조), 배아줄기세포주(제33조 내지 제35조)에 관한 규정을 통해 배아줄기세포 연구를 규율함.

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

- 배아줄기세포연구를 위해서는 보건복지부령이 정하는 시설과 인력 등을 갖추고 보건복지부장관에게 배아연구기관으로 등록해야 함(제22조 내지 제28조).
- 배아연구 및 배아줄기세포연구를 하고자 하는 자는 연구계획서를 보건복지부장관에게 제출하여 승인을 얻어야 함(제30조, 제35조).
- 배아줄기세포연구는 질병의 진단·예방 또는 치료, 줄기세포의 특성 및 분화, 그 밖에 국가위원회의 심의를 거쳐 대통령령으로 정하는 연구가 가능함(제35조).

3. 원리로서 인간존엄과 구체적 기본권으로서 생명권

가. 배아의 도덕적 지위와 관련된 헌법문제로서 인간존엄과 생명권

- 배아의 도덕적 내지 존재론적 지위를 인간생명체 내지 인격체로서 파악하여 헌법적인 인간존엄과 생명권을 인정할 것인지, 배아의 인간존엄과 생명권을 인정하면서도 배아를 파기하여(생명권) 사용할 수 있는지(인간존엄), 배아줄기세포 추출을 위하여 적극적인 배아 생성을 인정할 것인지(인간존엄) 등이 문제됨.

나. 인간존엄 개념과 기능의 문제점

- 인간존엄이 무엇인지 명확하게 확정하기 어려운데, 독일에서는 인간존엄을 신(God)이나 자연으로부터 물려받은 고유한 가치(가치설), 자신의 능력과 노력에 따라 성취한 업적이나 획득한 결과(능력설), 공동체 내에서 사람들 간 사회적 존중의 요구(Achtungsanspruch)를 적극적으로 평가한 것(관계설) 등으로 이해함.
- 인간존엄을 일반적으로 정의하는 것은 어렵고, 구체적인 상황과 관련해서만 위반여부를 판단할 수 있음.
- 객관적인 인간존엄 위반기준도 사안을 다루는 사람의 주관적 가치관으로 대체되는 경우-특히 배아줄기세포연구처럼 새로운 과학기술문제가 제기될 때-사람마다 도출하는 결론이 달라짐.

- 인간존엄 개념이 불명확함에도 불구하고, 인간존엄을 헌법 최고의 가치라는 이유로 그 어떤 다른 법적인 가치와도 형량할 수 없다거나 불가침적인 절대적인 것으로 평가하여, 구체적인 사안과 관련하여 특정행위에 대한 규제나 제한을 할 때, 객관적인 증거나 개별적인 논증 없이 단순히 인간존엄에 위반된다는 이유만으로 다른 충돌하는 가치들을 무시하게 됨.

다. 배아줄기세포연구에 있어서 구체적인 인간존엄 침해

- 헌법재판소는 인간존엄을 “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 서술함.¹³⁾
- 배아에게 기본권 주체성을 인정한다면, 연구목적으로 인간배아를 생성하여 줄기세포를 추출하는 것은 인간(배아)을 연구를 위한 도구 내지 수단으로만 다룬 것이기 때문에 인간존엄에 위배된다고 볼 가능성 있음.

라. 배아줄기세포연구가 인간존엄 침해라는 주장의 한계

- 배아의 기본권주체성을 인정하지 않으면, 배아줄기세포연구가 인간존엄에 위반된다는 주장은 무의미함.
- 잔여배아는 결국 파기되어야 하는데, 단순히 파기되는 대신 연구를 위해 사용된다면 인간존엄 침해주장은 설득력이 약함.
- 환자가 자신의 생명 내지 치료 등을 위하여 배아를 제공한 것을 단순히 배아의 도구화로 비난하는데 한계가 있음.
- 연구자나 의사 등 私인이 배아줄기세포연구를 위하여 배아를 사용했다면 이는 기본권의 충돌 내지 기본권의 대사인적 효력 측면에서 해결해야 하며, 이 때 이미 생존하는 환자의 인간존엄 내지 연구자나 의사의 인간존엄도 고려해야 함.

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

마. 원리적인 인간존엄보다 구체적 기본권인 생명권으로 평가

- 인간존엄은 다른 구체적인 기본권이 작동할 수 없는 최후에 보충적으로 적용하고, 구체적인 사안에 대한 종합적인 평가를 통해 결과적으로만 인정하는 것이 바람직함.
- 배아줄기세포연구에서 배아의 이용(생명의 파기)이 인간존엄과 생명권의 제한이라면 생명권과 인간존엄의 경합으로 볼 수 있으며, 경합 상황에서는 개별적·구체적 기본권으로서 생명권을 우선 적용하는 것이 타당함.
- 배아줄기세포연구와 관련된 헌법적 문제는 1차적으로 생명권으로 다룰 수 있고, 생명권으로 다룰 수 없거나 해결할 수 없는 예외적인 경우에만 인간존엄을 적용하는 것이 바람직함.

4. 배아줄기세포연구를 통한 생명권 제한과 정당성

가. 배아줄기세포연구에서 배아의 생명권 제한 상황

- 배아줄기세포의 생성·추출에 ‘인간’배아가 파기되기 때문에 생명권 제한임.

나. 배아줄기세포연구의 위헌적인 생명권 침해 여부 판단기준

- 배아 생성 관련: 임신과 출산 목적으로 생성되었으나 중도에 인간으로 출생할 가능성이 사라진 잔여 배아를 줄기세포연구에 이용하는 경우에는 생명권 제한이 정당화 될 수 있으나, 연구목적 자체를 위한 배아 생성은 정당화되기 어려움.
- 배아줄기세포연구의 목적: 불치병 등을 치료하거나(환자의 생명권 내지 건강권) 생명과학 분야의 기본 연구로서 의미를 갖는 연구 등이 배아줄기세포연구 시 발생하는 생명권 제한을 정당화 할 수 있고, 이에 관한 구체적 범위는 민주적 정당성을 가지는 입법자가 정할 수 있음.

5. 배아에 대한 국가의 생명보호의무

가. 국가의 기본권 보호의무의 존재 여부

- 헌법상 근거: 헌법 제10조, 제12조 제1항, 제37조 제1항 등에서 생명권의 헌법상 근거를 인정하고, 인간배아에게 생명권의 주체성을 인정하며, 생명윤리법 제1조 등을 근거로 배아의 생명보호를 위한 국가의 보호의무를 인정 가능.
- 생명권 침해의 위험: 배아줄기세포연구를 위하여 국가나 연구자에 의해 인간배아가 파괴될 수 있어 생명권 침해 위험이 있음.

나. 국가의 생명권 보호의무 이행 여부

- 생명권 보호의무로서 보호조치: 국가는 배아의 생명이 무분별하게 침해되는 것을 방지하기 위한 보호 조치로서 생명윤리법을 제정했음.
- 배아의 생명권 보호를 위한 생명윤리법의 적합성: 원칙적으로 체세포복제에 의한 배아복제(제20조 제1항), 임신 외 배아생성을 금지하고 배아생성을 일정한 경우 제한하며(제23조), 배아를 통한 줄기 세포 추출이나 연구에 대해서 국가의 승인과 통제를 받도록 함으로써(제25조 내지 제35조) 자유로운 배아생성이나 생명권에 대한 경시나 무분별한 침해를 야기할 수 있는 배아이용은 통제함.
- 생명윤리법상 규정은 배아의 생명보호에 명백하게 부적합하거나 전혀 무의미한 보호조치라고 할 수 없으므로 과소보호원칙에 위반되지 않음.

6. 배아줄기세포연구 시 고려해야 할 그 밖에 헌법상 가치들

가. 부모와 배아생성자의 자기결정권

- 부부가 자녀를 낳아 가족을 구성하고자 하는 것은 개인의 행복추구권(헌법 제10조), 가족형성의 자유(헌법 제36조 제1항)에서 말미암는 자기결정권 내용으로서, 자연적인 방법에 의한 임신의 불가능

또는 건강상의 이유로 불임인 부부에게는 인공수정을 통한 배아생성의 자유가 인정될 수 있음.

- 배아생성자는 모의 건강, 자녀의 숫자, 그 밖에 자녀의 터울 등을 조정할 이유로 배아의 보존과 파기를 결정할 수 있는 자유가 인정됨.
- 잔여배아를 연구목적에 위해 제공(기증)할 수 있는 배아생성자의 자기결정권도 인정될 수 있으며, 이 때 윤리적 논란과 오해를 피하기 위하여 연구목적에 위한 배아의 제공은 무상으로 이루어져야 함.
- 생명윤리법 제25조 제1항, 제2항에 의해 배아의 보존기간이 제한되고 배아가 폐기되기 때문에 배아의 부모로서 배아의 관리 또는 처분에 대한 배아생성자의 결정권은 제한됨.
- 임신을 통한 출산이라는 배아의 본래 사용목적에만 배아가 사용되고 그 밖의 사유에 의한 배아의 남용 방지 입법목적은 정당하고, 이를 위한 수단으로서 5년의 보존기간도 적합하며, 장기간 보존하더라도 크게 문제가 되지 않도록 하는 기술의 발달이 전제되지 않고서는 5년 이상 장기간 보존이 더 침해가 적은 수단이라고 단정하기 어렵고, 가능한 배아가 임신과 출산의 목적으로만 사용되도록 보호하려는 공익과 배아에 대하여 자기결정권을 행사하려는 부모의 사익을 5년 정도로 제한하는 것은 적절한 균형성이 인정됨.¹⁴⁾

나. 배아줄기세포연구자의 학문의 자유

- 배아줄기세포연구는 수정란의 분화과정에서 아직 분화방향이 정해지지 않은 세포들의 메커니즘에 관한 발생학적인 지식획득에 목적이 있고(학문의 목적성), 학자들은 줄기세포가 생물의 발생과정에서 어떤 요소를 가지고 어떤 절차 가운데 어떤 역할을 하는지 체계적인 연구방법을 가지고 연구하므로(방법의 체계성), 배아줄기세포연구는 기본연구로서 뿐만 아니라 응용연구로서도 헌법이 기본권으로 보장하는 학문의 개념에 포함됨.

14) 헌재 2010.5.27, 2005헌마346, 22-2하, 275(296-297).

- 배아연구기관의 등록제와 배아줄기세포연구와 관련된 연구계획서에 대한 주무장관의 승인으로 배아 줄기세포연구가 제한됨.
- 배아를 취급할 때 “인간의 존엄과 가치를 침해하거나 인체에 위해를 끼치는 것을 방지함으로써 생명 윤리 및 안전을 확보하고 국민의 건강과 삶의 질 향상에 이바지”하기 위한 생명윤리법의 입법목적은 정당하고, 연구기관의 등록과 연구계획서의 승인 요구는 생명윤리와 인간존엄과 가치를 보호하는데 기여할 수 있는 적합한 수단이며, 등록제나 승인제보다 신고제로 운영할 경우 학문의 제한 정도는 약할 수 있지만 입법 목적을 등록제·승인제의 경우와 동일한 정도로 이룰 수 있는지는 불명확하므로 배아연구기관의 등록제와 배아줄기세포연구의 승인제가 침해의 최소성을 위반했다고 보기 어려우며, 연구기관의 등록제와 연구계획의 승인의무를 통해 제한받는 연구자의 사익은 생명윤리법이 이루려는 공익에 비해 상대적으로 크다고 말할 수 없어 법익의 균형성에도 위반되지 않음.

다. 환자의 생명권·건강권 내지 행복추구권

- 질병을 치료하거나 장기이식문제를 해결하려는 환자의 건강권은 국가에 대한 적극적 청구권으로서 신체의 건강권이며, 환자의 생명권도 생명유지를 위한 적극적 청구권으로서 생명권임.
- 배아줄기세포연구의 규제는 환자의 건강권·생명권 내지 행복추구권을 제한하는 것으로 볼 수 있음.
- 배아줄기세포를 이용한 치료가 실용화되지 않은 상태에서는 환자의 생명권·건강권을 배아의 생명권에 대응하는 직접적인 형량대상으로 내세우는 것이 -연구와 효과 간 직접적 관련성의 부족 때문에- 어렵지만, 이후 배아줄기세포연구의 발달로 난치병 등의 치료가 실제로 가능한 단계에 이르면 환자의 생명권·건강권은 배아의 생명권에 대응하는 직접적인 형량대상으로 인정될 수 있음.

IV. 착상 전 유전자진단과 생명권

1. 착상 전 유전자진단의 의미

가. 착상 전 유전자진단의 개념

- 착상 전 유전자진단(preimplantation genetic diagnosis: Präimplantationsdiagnostik)이란 임신 목적으로 수정된 배아(수정란)를 자궁에 착상시키기 전에 유전적 질병이나 염색체 이상 등에 관한 검사·진단하는 것을 의미함.
- 착상 전 유전자진단은 배아의 유전질병 유무를 파악하여, 이상이 있는 경우 자궁에 착상을 포기함으로써 일종의 우생학적 선택이라는 윤리적·법적 논란을 일으킴.
- 출생 전 유전자진단(prenatal diagnosis: Pränatale Diagnostik)은 태아진단의 일종으로, 초음파, 양수검사 또는 기형아검사 등을 통하여 태아의 건강상태·기형여부를 검진하는 것이며, 자궁에 착상 후에 이루어지고, 검사결과에 따라 낙태문제가 발생할 수 있지만, 착상 전 진단은 낙태와 관련성이 적다는 점에서 양자는 구별됨.

나. 착상 전 유전자진단 방법

- 행태학적 감정: 유전적 또는 기타의 결함을 시각적으로만 확인하는 방법으로, 중합연쇄반응(polymerase chain reaction)이나 형광제자리부합법(fluorescence in situ hybridization) 등이 있음.
- 극체진단법: 난자나 수정란의 극체(polar body: Polkörper)를 채취하여 유전자검사를 함.
- 할구추출방법: 배아로부터 할구를 추출하여 유전자검사를 함.

다. 착상 전 유전자진단의 활용가능성과 문제

- 착상 전 유전자진단은 심각한 유전적 질환을 가진 자녀의 출생에 대한 위험을 회피하기 위하여 출생 전 진단이나 임신중절을 대체할 수 있는 기술로 개발되어, 임신 중 유전적 결함이 발견된 후에 발생하는 낙태 논란을 방지하고, 산모의 건강권을 지킬 수 있다는 점에서 긍정적인 평가 가능.
- 인격체로 존중해야 할 배아를 모의 자궁에 착상하기 전에 폐기한다는 윤리적 문제, 우생학적 선별이라는 논란을 야기하고, 유전적 열성인자를 보유한 사람들에 대한 사회적 압력이 발생할 수 있음.

2. 착상 전 유전자진단에 대한 입법적 대응

가. 생명윤리법상 착상 전 유전자진단

- 유전자검사를 실시하려는 유전자검사기관은 시설 등에 관한 내용에 대하여 보건복지부령이 정하는 바에 따라 보건복지부장관에게 신고해야 함(제49조).
- 유전자검사기관은 과학적 증거가 불확실하여 검사대상자를 오도할 우려가 있는 신체외관이나 성격에 관한 유전자검사 또는 대통령령으로 정하는 일정한 유전자검사를 할 수 없으나(제50조 제1항), 근이영양증이나 대통령령으로 정한 유전질환을 진단하기 위한 목적으로는 배아의 유전자검사를 할 수 있으며(제2항), 그 밖에 유전자검사가 인정될 수 있는 가능성을 열어둠(제3항).

나. 배아보호취지의 감소문제

- 배아생성 의료기관은 보건복지부의 승인을 받는 반면 유전자검사기관은 신고사항으로 규정되어 있어 배아의 생명권 보장 취지에 반한다는 평가도 있으나, 입법자가 배아의 생성단계에서 보호를 중대하게 고려한 것으로 평가 가능함.

다. 착상 전 유전자검사에 대한 일반적 허용기준의 흠결

- 유전자검사가 필요한 - 예컨대 가족 중에 유전질환이 있는 경우 등, 구체적으로 유전자검사가 필요한 - 상황에 대한 일반적 기준이 없어, 가족 중에 유전질환이 없음에도 배아의 유전자검사가 허용될 가능성, 유전자진단의 오·남용 위험이 있음.

3. 착상 전 유전자진단의 생명권 제한 문제

가. 착상 전 유전자진단 시 기본권의 제한

- 유전자진단 이후 유전적 결함 때문에 배아가 폐기되면 생명권 침해 야기함.
- 유전자진단이 배아를 파기하기 위한 근거로서 유전적 결함을 찾아내기 위한 것이라면, 인간을 수단이나 도구로 활용한 것이 되어 인간존엄 위반 가능성도 있음.
- 유전자진단 과정에서 배아에게 일정한 훼손이 발생한다면, 신체불가침 제한도 주장가능.

나. 착상 전 유전자진단 시 생명권 제한의 간접성

- 생명윤리법은 착상 전 유전자진단에 대해서만 규율할 뿐, 배아의 착상에 대한 결정은 규율하지 않아서, 배아의 생명권을 직접 제한하는 것이 아님.
- 기본권 제한이 “구체적이고 실질적인 이해관계”를 가지는 경우 기본권 제한을 인정할 수 있으므로,¹⁵⁾ 착상 전 유전자진단이 배아의 폐기에 구체적이고 실질적인 계기를 제공한 것을 인정한다면 생명권 제한의 직접성도 인정 가능함.¹⁶⁾

15) 헌재 2008.12.26, 2008헌마419, 20-2하, 960(974).

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

다. 생명권 제한의 정당성

- 유전질환을 발견하고도 배아를 착상시키도록 강제하고, 당사자가 평생 유전질환으로 고통 받는다면 건강권(헌법 제35조 제1항), 보건권(제36조 제3항), 고통으로부터의 자유(제10조) 등과 충돌할 수 있음.
- 유전질환자의 치료 경비를 국가가 부담하면 논란의 여지가 축소될 수 있으나, 환자의 의료비용 부담을 그 부모나 본인에게 전가시키면서 착상을 강제하는 것은 ‘착상되지 않은’ 배아의 생명권을 이유로 다른 기본권을 고려하지 않은 것임.
- 배아의 유전질환에도 불구하고 부모 스스로 배아를 착상시킨다면 문제가 없지만, 유전질환이 확인된 배아를 부모에게 강제로 착상시키는 것은 부모의 결정권에 중대한 제한임.

라. 적법한 임신중절 사유와 체계적 정당성

- 부모가 “유전학적 정신장애나 신체질환이 있는 경우” 동의를 얻어 인공임신중절수술(낙태)을 할 수 있으므로(모자보건법 제14조 제1항 제1호), 유전질환이 확실한 배아를 착상시키지 않는 것은 임신 중 태아를 낙태시키는 경우보다도 생명권 제한의 정도가 약하여 침해의 최소성이 인정되고, 자궁에 착상시켜 임신시키고 낙태를 허용하는 방법보다 모의 건강권을 더욱 강하게 보장하여, 모자보건법과 체계적 정당성에서 문제되지 않음.

4. 착상 전 유전자진단 시 배아에 대한 국가의 생명보호의무

가. 국가의 생명보호의무의 존재

- 배아에게 생명권 주체성을 인정하고, 헌법 제10조 및 생명윤리법 제1조에 근거하여 국가에게 배아의 생명권 보호의무를 인정할 수 있음.

나. 국가의 보호조치로서 생명윤리법

- 배아에 대한 유전자검사 제한은(제50조 및 시행령) 배아의 생명보호에 전혀 무익하거나 아무런 효과가 없다고 단언하기 어려워 과소보호금지원칙에 위반되지 않고, 배아의 생명보호를 위한 최소한의 보호 조치라고 평가할 수 있음.

5. 착상 전 유전자진단에서 고려해야 할 그 밖에 헌법적 가치

가. 부모의 자기결정권 실현수단으로서 착상 전 유전자진단

- 착상 전 유전자진단은 질병이 없는 건강한 아이를 출산하려는 부모의 자기결정권 내용임(헌법 제10조, 제36조 제1항).
- 배아 착상 시 정확한 유전질환 확인은 부모의 알 권리임(헌법 제10조).
- 배아에 대한 유전자검사 제한은 부모의 자기결정권과 알 권리 제한임.
- 일정하게 열거된 유전질환에 대해서만 착상 전 유전자진단을 인정하는 것은, 무분별한 유전자검사로 인한 혼란과 배아의 폐기, 유전자검사의 남용 등을 방지하기 위한 것으로서 정당하며, 이를 통해 배아가 무분별하게 폐기되는 것을 어느 정도 방지할 가능성이 있으므로 적합하고, 배아의 생명을 보호하면서도 가능한 부모의 알 권리를 어느 정도 보장하려고 노력한 것으로 침해의 최소성도 인정되며, 현재까지 생명과학기술 발전에 따른 상황에 비추어 중대한 유전질환에 대해서는 유전자진단이 보장되기 때문에 법익의 균형성도 갖추었음.

나. 의사의 직업의 자유 내지 학문의 자유

- 유전자진단의 금지는 의사가 불임부부 등을 위하여 건강한 아이를 임신하고 출산하도록 돕는 직업의 자유, 학문의 자유로서 연구의 자유에 대한 제한도 인정할 수 있으나, 부모의 알 권리에 대한 심사에서 전개한 내용과 동일한 서술이 가능함.

다. 착상 전 유전자진단과 평등

- 착상 전 유전자진단이 유전질환을 원인으로 한 차별문제를 야기한다는 주장은 ‘유전질환’을 ‘신체 장애’의 하나로 본 것이 전제되어 있으므로 유의해야 함.
- 유전질환이 발견된 배아의 부모가 착상을 포기하고 배아의 폐기를 결정하면, ‘유전질환’을 이유로 부모가 유전질환 있는 배아를 차별하는 것임.
- 착상 전 유전자진단에 의한 차별을 인정하더라도, 유전자검사가 허용되는 유전질환을 열거하는 목적은 심각하거나 중대한 유전질환을 가지고 있는 배아에 대해서만 부모가 착상여부를 결정할 수 있도록 배려하고, 그 밖의 유전질환을 가진 배아에 대해서는 착상단계부터 생명 내지 출생을 보장하려는 것이므로 차별의 목적(내지 차이기준의 설정)은 정당하며, 심각하거나 중대한 유전질환으로 확인된 경우만 유전자검사를 허용하고, 그 밖에는 착상 전 유전자진단을 허용하지 않는 것은 심각한 유전질환과 그 밖의 유전질환 간 질적인 차이를 잘 반영한 것으로서 차별의 합리성이 인정될 수 있음.

V. 인간복제와 생명권

1. 인간복제의 의미

가. 복제의 개념

- 복제(clon; Klon)란 성교를 통하지 않은 생식·출생으로, 단일세포 또는 개체로부터 유전적으로 동일한 세포군·개체군을 무성적(無性的) 증식하는 것임.

나. 인간복제의 종류

- 치료복제(therapeutisches Klonen)란 줄기세포연구, 착상 전 유전자진단, 질병치료를 위한 연구 목적 등으로 배아줄기세포를 복제를 통해 생산하는 것.
- 출생복제(reproduktives Klonen)란 한 인간과 유전적으로 동일한 인간을 생산하는 것.

다. 인간복제의 방법

- 배아분리법(Embryonensplitting): 2~8세포기 사이의-이 때 배아세포는 각각 완전한 한 개체, 인간으로 성장할 수 있는 능력을 갖고 있어(totipotent)-미분화된 배아세포를 분리시키면 다시 하나의 배아로서 분화·발전할 수 있음.
- 핵치환법(Kerntransfermethode): 일명 돌리방법(Dolly-Verfahren)이라 하는데, 핵을 제거한 난자에 복제하고자 하는 개체의 세포핵을 주입하여 수정시켜, 배아로서 다시 세포분열을 일으키며 분화함.

라. 복제기술의 활용

- 세포증식: 특정 항체로부터 생산된 세포를 분리해 내고, 복제를 통해 많은 양을 생산해 낼 수 있도록 증식시키는 복제기술을 ‘세포복제’라 하는데, 면역체계 중 항체를 생산해 낼 수 있는 특정 세포를 무한정 분열능력이 있는 종양세포와 수정시키면, 수정된 세포는 항체의 성격과 종양세포의 분열능력을 모두 갖게 됨.
- 배아를 여성의 자궁에 착상시키기 전에 유전자진단을 목적으로 복제함.
- 치료복제를 통해-최소한 이론적으로-모든 환자들이 각자의 몸에 맞는 세포나 장기, 신체조직 등을 이식받고, 거부반응 문제와 장기부족 등의 문제를 해결하며, 난치병으로 여겨지는 알츠하이머, 파킨슨병, 당뇨병 등을 치료할 수 있음.
- 아이를 출산할 수 없는 부부에게 자녀를 출산할 수 있는 기회를 제공함.
- 특정 능력이나 혹은 특정한 성질을 가진 인간 -예컨대 골수이식이 필요한 환자- 의 복제인간을 만들어, 복제된 환자에게서 필요한 골수를 이식시킬 수 있음.

2. 생명윤리법상 인간복제 관련 법적 상황

가. 복제인간의 착상 및 출생 금지

- 제20조: ① 누구든지 체세포복제배아 및 단성생식배아를 인간 또는 동물의 자궁에 착상시켜서는 아니 되며, 착상된 상태를 유지하거나 출산하여서는 아니 된다.

나. 인간복제기술의 허용

- 체세포복제배아에 대한 연구를 허용하기 위해 체세포복제배아를 생성시키는 행위 자체는 허용하므로 (제31조), 복제인간을 만드는 기술 자체는 금지되지 않음.

3. 인간복제가 인간존엄을 침해한다는 주장의 근거

가. 창조·자연질서에 위반

- 인간창조·형성의 자연적 과정에 간섭하거나, 새로운 종을 만들어 내는 것은 신학적·형이상학적 측면에서 볼 때 창조와 자연질서에 대한 중대한 침해라고 봄.
- 반론: 인간은 동식물의 종 간 교배, 인공조림 등 자연스런 생명창조과정에 인위적인 창조(복제)를 이루었으며, 기독교적 자연법사상이나 특정 철학 사상을 전체 (헌법)국가질서에 당연한 전제나 기본 사상으로 삼는 것은 국가의 종교적·가치관적 중립성에 위반됨.

나. 인간의 도구화

- 인간복제기술을 통해 생성된 복제인간은 자기목적성(Selbstzwecklichkeit)에 반하고, 다른 목적을 위해 사용되기 때문에 도구화금지(Instrumentalisierungsverbot)-인간존엄 위반 심사기준으로서 객체공식(Objektformel)-에 위반됨.
- 반론: 인간복제 자체와 인간복제의 목적은 구별되며, 유전적인-자연적인 복제, 일란성 쌍둥이-동일성이 인간존엄에 위배되는 것은 아니므로, 인간복제가 새로운 (복제)인간의 출생과 탄생을 목적으로 할 때는 도구화금지에 위반되지 않음.
- 피복제인 의사에 반하여 인간복제를 했다면 개인에 대한 존중에 위반되지만, 피복제인의 동의가 있는 경우에는 문제없음.

다. 모를 권리(Recht auf Nichtwissen)

- 자연적 방법으로 태어난 인간은 다른 동료들에게 “새로움(Novum)”이며, 한 개인에 대해서 알지 못하는 것(Unwissenheit)이 진정한 자유의 선결조건인데, 복제인은 한 인간의 단순한 반복이며 복사판으로서, 복제인에 대한 기대, 예상, 희망, 목표, 비교, 성공과 실패, 성취와 실망 등에 관한 정보를 제공함으로써, 자신의 유전정보를 모를 권리가 침해되었다고 봄.

- 반론: 인간은 유전적 조건을 통해서만 결정되는 유전자 총체가 아니며, 유전 조건뿐만 아니라 자신의 주변 환경과 상호작용하며 발전하기 때문에, 복제인도 그 자체가 고유한 존재로 발전함.

라. 인간존엄에 위반되지 않는 인간복제의 목적

- 원칙: 다른 목적을 위한 수단으로서 인간복제는 정당화되기 어려움.
- 복제인의 출생 자체가 목적인 경우-예컨대 불임부부나 동성애자들이 자녀를 낳으려는 경우-인간 복제가 인간존엄에 위반될 가능성이 없음.
- 난치병 등 질병치료를 위한 연구만을 목적으로 한 인간배아복제는 남용의 위험을 충분히 방지하는 경우에 정당화가 가능하므로, 체세포복제배아나 단성생식배아의 생성 자체에 대한 가능성을 허용한 것은 인간존엄에 위반되지 않음.

4. 인간복제의 생명권 침해문제

가. 인간복제과정에서 생명침해의 위험

- 인간복제 과정이 실패를 가져올 수 있고, 건강하게 태어난 복제인에게 어떤 위험이 있을지 알 수 없으므로, 현재로서는 복제과정에서 발생하는 신체적·물리적 위험 때문에 인간복제는 생명침해 가능성이 있음.

나. 생명침해의 정당화 가능성

- 인간복제기술의 불완전성으로 말미암아 복제된 배아나 인간에게 생명권이나 신체의 침해가 발생할 수 있어 '현재' 인간복제를 법적으로 정당화하기 어렵지만, 동물실험에서 축적된 결과를 가지고, 인간 복제에 적용할 만한 안전한 복제 기술을 발전시킨다면 정당화 가능함.

VI. 생명보호와 윤리위원회 제도

1. 생명과학기술 발전과 윤리위원회의 의미

가. 과학기술 발전에 따른 공동체 가치관의 합의 필요성

- 기본적이고 핵심적인 문제에 있어서 가치관에 대한 근본적인 합의를 이루지 못하면 구속력 있는 결정 내지 갈등해결방안으로 작동하던 법이 기능장애를 일으킬 수 있어, 과학기술발전에 따른 공동체 가치관의 부재 시, 국가가 직접 사회적·윤리적 논의를 주도하고 동기를 부여하며 적극적으로 공동체 가치관을 형성할 수 있음.
- 윤리위원회가 여론을 충분히 반영하고, 국가가 윤리위원회의 권고를 준수한다는 것을 전제로, 과학기술발전 분야에서 입법과정(또는 법집행)에 윤리위원회 참여가 제도화되면 국가의 결정은 윤리적 정당성이 담보될 수 있음.
- 윤리위원회제도는 새로운 과학기술 발전에 따른 문제를 사회윤리적 차원에서 일정한 논의 “절차(과정)”를 통해 정당성을 담보하고 해결책을 도모하는 제도임.

나. 윤리적 논의 시 유의사항

- 윤리위원회 결정이 구속력을 가지려면 법적 근거가 필요하므로, 주요 결정을 내리는데 있어서 최후의 척도는 (헌법이나 법률 등) 법규범임.
- 중요한 사회문제 논의에 공동체의 사회적 기반에 상응하는 윤리발전내용이 제대로 반영될 때, 설득력 있고 수긍할 수 있는 해결책으로서 윤리위원회 결정 가능.
- 국가는 가치중립적이므로 특정 종교관·세계관이 논의를 주도하지 않도록 유의해야 함.

- 도덕은 선과 악, 좋은 것과 나쁜 것, 할 것과 하지 말아야 할 것에 대한 행위규범 전체인 반면, 윤리는 이성의 문제에 관한 것으로서 방법적으로 도덕적 개념들을 논의에 반영하고, 비판적으로 도덕적 주장들을 검증하여, 도덕의 유효성을 가리는 것임.

2. 윤리위원회의 기능

- 윤리위원회는 국가가 직면한 문제들에 대해 윤리적으로 타당한 결정이나 문제해결의 방향을 제시하면서 국가가 자신의 역할과 능력을 발휘하도록 지원함.
- 윤리위원회의 결정은 생명과학 관련 연구에서 연구자 개인이 기질 수 있는 책임과 부담을 완화함.
- 사회 내 각 분야 전문가들의 의견을 수렴하여 새롭게 직면한 문제에 대한 다양한 시각을 반영하고, 개별적 사안에 대한 심사를 통해 일정한 사회적 동의와 수용이 가능하도록 자문기관으로의 역할을 수행하여 사회의 윤리문제에 있어서 갈등과 충돌을 해결하고 완화함.
- 각 분야 전문가로 이루어진 윤리위원회는 일정한 심사기준을 통해 연구의 자유를 제한하고 그 질을 향상시킴으로서, 소위 과학분야의 자치 또는 학계의 자기규제(Selbstverwaltung der "Scientific Community" 또는 Selbstregulierung des Wissenschaftssystems) 역할을 담당함.

3. 생명윤리법상 생명윤리위원회

가. 국가생명윤리심의위원회

- 국가가 특정연구에 관한 학문의 내용에 개입하지 않고 국가의 재정지원에 민주적 절차를 통한 연구자의 참여를 보장하면서도, 학계의 자율성 또는 자기조정가능성을 통해 절차적으로 학문의 자유를 보장하고자 국가의 윤리위원회로서 대통령 소속 하에 "국가생명윤리심의위원회"를 설치함(제7조).
- 국가생명윤리심의위원회는 16인 이상 최대 20인으로 구성하되(제8조 제1항), 위원 중 6인은 각부장관들(교육부장관, 과학기술정보통신부장관, 법무부장관, 산업통상자원부장관, 보건복지부장관, 여성

가족부장관)이 당연직으로(제8조 제3항 제1호), 나머지 위원도 대통령이 위촉하되, 위원장과 부위원장은 호선함(제8조 제2항).

- 국가로부터 독립성을 유지하거나, 학계의 자율성이나 자기조정성을 절차적으로 보장하는 위원회제도의 본래 의미 측면에서 볼 때, 국가가 생명권의 보장과 학문의 자유에 개입하여 일정한 방향과 내용을 주도하거나 통제할 수 있는 가능성이 상대적으로 크다고 평가할 수 있음.¹⁷⁾

나. 기관생명윤리위원회

- 생명윤리 및 안전을 확보하기 위하여 일정한 연구기관 내 자체적 윤리심사기구로서 기관생명윤리위원회 설치를 요구함(제10조).
- 기관생명윤리위원회의 구성의도가 종교적·철학적·윤리적·사회적 여론을 생명과학연구에 반영하려는 것이라면, “사회적·윤리적 타당성을 평가할 수 있는 경험과 지식을 갖춘 사람 1명 이상과 그 기관에 종사하지 아니하는 사람 1명 이상”으로 기관내부에서 연구윤리문제를 해결하는데 충분한지 의문이나, 연구기관의 자율성과 독립성 측면에서 본다면 불합리한 것은 아님.

17) 본래 국가생명윤리심의위원회는 6명의 당연직 정부위원 중 생명윤리법 개정으로 법제처장이 빠졌으나 다시 법 개정으로 산업통상자원부장관이 추가되었으며, 위원장과 부위원장을 대통령이 임명하는 것에서 위원들이 호선하는 것으로 개선되었지만, 독일의 줄기세포법(StZG)상 윤리위원회에는 각부장관이 배제되어 국가로부터 독립성이 보장됨.

VII. 생명의 종료와 관련된 문제들

1. 사형제도

가. 헌법상 근거

- 직접·적극적으로 사형제를 인정하는 규정은 없으며, 제110조 제4항의 “다만, 사형을 선고한 경우에는”란 표현을 반대해석하여 사형제 가능성을 도출함.

나. 비교법적 상황

- 독일연방헌법 제102조, 유럽연합 기본권헌장 제2조 제2항 등은 명시적으로 사형제를 폐지함.
- 유럽인권협약 제2조, 국제인권 B규약 제3부 제6조 제2항 등은 사형제를 금지하지 않음.
- 미국의 형사제도는 주의 권한이므로, 사형을 인정한 주와 부정한 주가 나뉨.

다. 사형제도 찬성논거

- 사형은 전통적 형벌 내지 근원적인 응보로서 가장 효과적인 일반예방조치임.
- 사형을 예외적으로 불가피하게 인정하는 한 비례원칙, 본질적 내용보장 등에 위반되지 않음.
- 국민들의 법감정이 사형제를 인정함.
- 사회의 범죄상황을 종합적으로 고려할 때 사형제 폐지는 시기상조임.

라. 사형제도 반대논거

- 생명권은 자연법상 국가가 강제로 박탈할 수 없음.
- 생명권은 일반적 법률유보에 의한 기본권 제한 대상이 될 수 없음.
- 사형제는 오판으로 인하여 회복할 수 없는 생명박탈의 위험성이 있음.
- 사형은 일반적 예방효과가 반드시 크다고 할 수 없음.
- 전반적인 국제적 경향은 사형제 폐지임.

마. 판례에 나타난 사형제 평가

- 대법원은 사형제 자체를 위헌으로 평가하지 않음.¹⁸⁾
- 헌법재판소의 다수견해는 사형제도의 위헌여부와 형사정책적 측면에서 존폐여부를 구별하고, 사형제도의 합헌성을 인정함.¹⁹⁾

2. 죽을 권리와 연명의료중단

가. 죽을 권리 대신 생명 종료 시점을 결정할 권리

- 안락사와 관련하여 죽을 권리는 생명권의 내용으로부터 도출할 수 없음.
- 고통으로부터 자유 내지 존엄하게 살(죽을) 권리 또는 자신의 생명 종료시점을 결정할 권리 등, 예외적으로 죽을 권리를 자기결정권 측면에서 인정할 수 있음.

18) 대법원 1963.2.28. 선고 62도241; 1995.1.13. 선고 94도2662 등.

19) 헌재 2010.2.25. 2008헌가23, 22-1상, 36(55-56).

- 대법원은 “회복불가능한 사망의 단계에 이른 후에 환자가 인간으로서의 존엄과 가치 및 행복추구권에 기초하여 자기결정권을 행사하는 것으로 인정되는 경우” 특별한 다른 사정이 없으면 연명치료의 중단을 허용할 수 있는 것으로 봄.²⁰⁾
- 헌법재판소도 “죽음에 임박한 상태에서 인간으로서의 존엄과 가치를 지키기 위하여 연명치료의 거부 또는 중단”을 결정할 수 있는 자기결정권을 인정함.²¹⁾

나. 연명의료중단

- 연명의료의 중단을 환자의 소극적 생명권으로 보는 견해도 있음.
- 연명의료중단을 제도적으로 보장하기 위하여 “호스피스·완화의료 및 임종과정에 있는 환자의 연명의료결정에 관한 법률”(이하 연명의료결정법) 제정함.
- 연명의료결정법 제1조: 이 법은 호스피스·완화의료와 임종과정에 있는 환자의 연명의료와 연명의료 중단등결정 및 그 이행에 필요한 사항을 규정함으로써 환자의 최선의 이익을 보장하고 자기결정을 존중하여 인간으로서의 존엄과 가치를 보호하는 것을 목적으로 한다.
- 연명의료결정법 제3조: ① 호스피스와 연명의료 및 연명의료중단등결정에 관한 모든 행위는 환자의 인간으로서의 존엄과 가치를 침해하여서는 아니 된다. ② 모든 환자는 최선의 치료를 받으며, 자신이 앓고 있는 상병의 상태와 예후 및 향후 본인에게 시행될 의료행위에 대하여 분명히 알고 스스로 결정할 권리가 있다.
- 연명의료중단에 대한 결정은 고통으로부터의 자유, 생명의 종료 시점에 대한 자기결정권 내지 존엄한 죽음에 대한 자기결정권 등으로 볼 수 있음(헌법 제10조).

20) 대법원 2009.5.21. 선고 2009다17417.

21) 헌재 2009.11.26. 2008헌마385, 21-2하, 647(659-660).

다. 연명의료결정법의 주요 내용

- 기본원칙: 환자의 인간으로서 존엄과 가치보호 및 자기결정권 존중(제1조).
- 연명의료중단 등 결정 이행 요건의 핵심은 연명의료계획서, 사전연명의료의향서 또는 환자가족의 진술 등 환자의 의사 확인임(제17조 제1항 제1호, 제2호).
- 환자의 명시적 의사를 확인할 수 없을 때, 다른 진술이나 객관적 증거가 없으면, 환자가족의 합의와 담당의사 및 해당분야 전문의 1인의 확인 등을 환자의 의사로 봄(제17조 제1항 제3호).
- 환자의 의사를 명시적으로 확인할 수 없음에도 타인(가족, 의사)에 의하여 생명의 종료 결정되는 것은 논란이 될 수 있음.

VIII. 헌법개정논의와 생명권

1. 헌법개정의 의미

가. 개념

- 헌법의 동일성을 유지하면서 헌법이 정한 절차에 따라 헌법규정을 수정, 삭제, 첨가하여 기존 헌법 내용을 변경하는 것임.

나. 사회변화와 헌법개정의 필요성

- 기존의 헌법규정으로 변화된 사회 수요에 맞추어 국가운영이 어렵거나, 비효율적이고 부적합할 때, 국가조직에 관한 헌법규정을 개정할 필요성이 있음.
- 사회발전에 따라 새롭게 보호의 필요성이 제기되는 권리문제에 대해서 충분한 헌법적 대응이 어려울 때, 기본권 관련 조항을 개정할 필요성이 있음.

다. 헌법개정의 기능과 요건

- 기존의 헌법질서가 새로운 공동체 문제를 해결하기 어려울 때, 공동체가 직면했거나 또는 사회적 합의가 명시적으로 필요한 문제 해결에 도움이 될 수 있음.
- 헌법개정을 통해 문제를 해결하려면, 새로운 사회 문제에 대한 공동체 구성원 간 의견교환과 소통이 원활하게 이루어지는 것이 필수적 전제임.
- 안정되고 구성원 간 의사소통이 원활하게 이루어지는 사회라면, 사회적 비용 면에서 헌법개정보다 헌법의 명시적 문구에 반하지 않으면서도 유연하고 합리적으로 수용할 수 있는 “헌법해석”이 바람직함.

라. 헌법해석과 헌법개정

- 헌법해석은 추상적이고 간결한 헌법조항을 근거로 헌법적 문제의 해답을 찾아내기 위하여, 합리적이고 실현가능하게 헌법조문을 구체화하는 작업으로서, 새롭게 발생하는 사회현상과 문제들을 헌법 질서 내로 포섭하는 과정임.
- 미국 연방대법원은 수정헌법 제14조(“어떠한 주도 적법절차가 아니고서는 어떠한 사람에게서도 생명, 자유 또는 재산을 박탈할 수 없다”)에서 프라이버시권을 도출함.
- 독일연방헌법재판소는 독일연방헌법 제2조 제1항(“자신의 인격을 자유로이 발현할 권리”)에서 개인 정보 자기결정권(informationelle Selbstbestimmung)과 정보기술체계의 신뢰성과 불가침성 보장(Gewährleistung der Vertraulichkeit und Integrität informationstechnischer Systeme) 등을 도출함.
- 구성원들을 납득시킬 수 없는 헌법해석이나, 특정 집단의 주관적 가치판단 작용으로 의심되는 헌법해석은 바람직한 해결책이 될 수 없으며, 헌법조문이 나타내고 있는 어의적 의미를 벗어난 헌법해석은 한계가 있어 헌법개정이 필요함.

마. 생명권 관련 헌법개정 시 고려사항

- 헌법은 개인을 보호하기 위한, 국가의 구성과 작용에 기본이 되는 법규범의 총체로서, 한 국가의 법질서에서 전체적인 방향이나 원칙, 범위와 한계 등만을 제공하는 일종의 기준법(Rahmengesetz)으로서, 구체적인 문제해결에는 잘 개입하지 않음.
- 어떤 가치가 절대적이라는 것은 다른 가치와 조정이나 타협의 여지가 없음을 의미하여, 더 이상 다른 가치에 소통의 기회를 부여하지 않기 때문에, 생명의 가치가 뛰어나다는 것은 인정되지만, 생명 자체가 유한함에도 생명 가치는 절대적이라는 주장은-이념적으로 지향할 수 있지만 현실적 문제해결을 위해서-주의해야 함.

- 생명권의 절대적 가치를 인정하지 않아도, 공동체 구성원 간 기본적인 의사합치를 통해 문제를 해결할 수 있으며, 민주적 정당성을 가진 의회의 기능을 신뢰하고, 헌법에서 명시적으로 결정하기보다 국회에 우선적으로 문제해결의 주도권을 부여하여 입법을 통해 개별적인 문제를 해결하도록 하는 것이 바람직하며, 보충적·최후적으로 사법적 또는 헌법해석을 통해 판단하는 것이 합리적임.

2. 2018년 4월 현재 헌법개정안

가. 국회 개헌특위 개헌안

- 국회 개헌특위의 개헌안 제11조: ① 모든 사람은 생명권을 가진다. ② 사형은 폐지된다.

나. 대통령 개헌안

- 개헌안 제12조: 모든 사람은 생명권을 가지며, 신체와 정신을 훼손당하지 않을 권리를 가진다.

3. 헌법개정안에 대한 평가

- 기존에 헌법재판소 판례와 학설에서 인정된 내용을 헌법전에 명시했음.
- 국회 개헌특위 개헌안은 사형제도를 명시적으로 폐지했다는 점에서 대통령 개헌안과 차이가 있음.
- 국회 개헌특위안이든 대통령안이든 헌법개정을 통해서 실질적으로 어떤 내용을 생명권보호 내용으로 더 강화할 수 있을지는 의문임.
- 사형제도 폐지를 헌법전에 명문화하면, 법률에 규정된 사형제를 모두 개정해야 하는 후속작업이 필수적으로 요구됨.

참고문헌

- 김명재, 과학기술과 학문의 자유, 헌법학연구 제11권 제4호, 2005, 155-181면.
- 김명재, 인간복제와 존엄성, 공법연구 제30집 제1호, 2001, 73-97면.
- 김민주, 줄기세포 연구의 접근방법과 윤리적 문제, 동서철학연구 제62호, 2011, 229-247면.
- 김민중, 인간배아줄기세포연구의 민사법적 의미, 저스티스 통권 103호, 2008, 5-27면.
- 김선택, 출생전 인간생명의 헌법적 보호, 헌법논총 제16집, 헌법재판소, 2005, 145-180쪽.
- 김수갑, 인간배아복제의 허용여부에 관한 법적 쟁점과 과제, (충북대)법학연구, 제20권 1호, 2009, 2-33면.
- 김수정, 한국의 줄기세포 시술에 있어서 문제점, 한국의료윤리학회지 제14권 제3호, 2011, 304-319면.
- 김장한, 생명윤리및안전에관한법률의 분석, 한국생명윤리학회지 제5권 제1호, 2004, 1-11면.
- 김중호·구인화·홍석영·구영모·이경상, 생명윤리 및 안전에 관한 법률에 대한 비판적 분석, 한국 의료윤리학회지 제8권 제1호, 2005, 21-33면.
- 김하열, 생을 마감할 권리에 관한 헌법적 고찰, 저스티스 제152호, 2016, 5-62면.
- 김학태, 죽음의 의미와 결정에 관한 법윤리적 고찰, 외법논집 제41권 제1호, 2017, 411-440면.
- 김혁돈, 줄기세포연구와 배아보호, (경북대)법학논고 제32집, 2010, 329-356면.
- 김현철, 생명윤리 관련 법령의 입법적 과제 - 가족 문제를 포함하여, 한국가족법학회 2007 하계 학술대회 자료집, 10-32면.
- 김현철, 황우석 박사 연구와 생명윤리법의 개정방향, 대한변협신문 제150호, 2006.1.9., 6면.
- 김형성, 생명공학의 헌법적 가능성과 한계, 공법연구 제32집 제1호, 2003, 263-291면.

김혜경, 생명윤리 및 안전에 관한 법률상 처벌규정의 비판적 검토, 형사정책 제19권 제2호, 2007, 393-416면.

김혜경, 생명윤리에 관한 입법상의 문제점, (숭실대)법학논총 제18집, 2007, 145-166면.

류화신, 생명공학에 관한 주요 법률의 개정방안 연구, 과학기술법연구 제14집 제2호, 2009, 313-345면.

박미숙/강태경/김현철, 일명 '웰다잉법'(존엄사법)의 시행에 따른 형사정책적 과제, 한국형사정책연구원, 2016.

박선영, 인간의 존엄과 가치, 그리고 배아, 헌법학연구 제13권 제1호, 2007, 373-409면.

박수현, 각국의 국가생명윤리관련위원회 규정을 통한 우리의 국가생명윤리심의위원회 개선 방안, 안암법학 제25권, 2007, 203-233면.

박은정 외, 세계 각국의 줄기세포 연구정책과 규제, 세창출판사, 2005.

박은정 외, 줄기세포연구의 윤리와 법정책, 이화여자대학교출판부, 2004.

박준석, 줄기세포 연구에 대한 헌법학적 논의의 문제점, 세계헌법연구 제13권 1호, 2007, 169-192면.

박형욱, 환자연명의료결정법의 제정과 과제, 저스티스 제158-3호, 2017, 670-701면.

방승주, 착상전 진단의 헌법적 문제, 헌법학연구 제16권 제4호, 2010.

방승주, 배아와 인간존엄, (한양대)법학논총 제25집 제2호, 2008, 1-37면.

방승주, 사법질서에 있어서 국가의 기본권보호의무, 공법학연구 제7권 제5호, 2006, 47-83면.

서 경, 착상 전 배아의 도덕적 지위, 대한산부회지 제51권 제3호, 2008, 286-289면.

서경석, 국가의 기본권보호의무 비판, 헌법학연구 제9권 제3호, 2003, 393-424면.

서계원, 인간배아복제의 문제점과 해결방안, 생명윤리 제6권 제1호, 2005, 137-160면.

서계원, 착상전 유전자진단에 관한 연구, (송실대)법학논총 제27집, 2012, 4-5면.

송기춘, 헌법 제10조 후문의 헌법이론적 의의, 민주법학 제17호, 2000, 202-226면.

양천수, 인간배아복제 연구를 둘러싼 논쟁의 논증분석, (조선대)법학논총 제15집 제2호, 2008, 361-388면.

이경환·김재춘·김영주, 생명윤리관련 법률문제의 체계적 이해, 저스티스 통권 제115호, 2010, 152-182면.

이석배, 소위 「연명의료결정법」의 주요 내용과 현실적용에서 쟁점과 과제, (국민대)법학논총 제29권 제3호, 2017, 311-340면.

이승우, 기본권보호의무와 공권이론, 고시연구 9월호, 1993, 71-88면.

이영규, 사전의료의향서, (한양대)법학논총 제34집 제4호, 2017, 293-318면.

이은정, 생명복제를 둘러싼 국내의 생명윤리논쟁에 관한 연구, 서울대 박사학위논문, 2005.

이인영, 생명윤리 및 안전에 관한 법률상의 처벌규정과 규제논거를 중심으로, 연세법학연구 제11권 제1호, 2005, 107-159면.

이인영, 인간복제 및 인간배아 연구와 관련된 법정책, 동인 외, 생명인권보호를 위한 법정책, 2004, 313-314면.

이재석, “호스피스·완화의료 및 임종과정에 있는 환자의 연명의료결정에 관한 법률”에 대한 비판적 고찰, (한국법학회)법학연구 제16권 제4호, 2016, 219-245면.

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

이헌석, 생명윤리법에 관한 연구, 비교법학연구 제4집, 2004, 147-166면.

- 이화선, 결혼이주여성의 재생산권에 관한 고찰, 미국헌법연구 제23권 제1호, 2012, 205-234면.
- 장영철, 기본권의 제3자적 효력과 기본권보호의무, 공법연구 제29집 제2호, 2001, 155-170면.
- 장영철, 태아의 생명권에 대한 국가의 보호의무, 공법학연구 제10권 제1호, 2009, 221-243면.
- 장한철, 연명의료결정법의 문제점에 대한 고찰, 동북아법연구 제10권 제2호, 2016, 371-399면.
- 정규원, 생명윤리및안전에관한법률에 대한 검토, 가족법연구 제19권 2호, 2005, 7-33면.
- 정문식, 독일 줄기세포법상 줄기세포연구중앙윤리위원회의 구성과 사무, 헌법학연구 제11집 제4호, 407-442면.
- 정문식, 독일항공안전법 제14조 제3항에 관한 독일연방헌법재판소 판결에 대한 분석과 평가, 전남대 법학논총 제26집, 2006, 71-101면.
- 정문식, 배아줄기세포연구시 배아의 생명권과 인간존엄, 한양법학 제18집, 2005, 92-124면.
- 정문식, '생명윤리 및 안전에 관한 법률'의 헌법적 문제, 헌법학연구 제16권 제4호, 2010, 33-66면.
- 정문식, 생명윤리법상 국가의 기본권 보호의무, 공법학연구 제8권 제3호, 2007, 167-191면.
- 정문식, 생명윤리법상 배아줄기세포연구 제한에 대한 헌법적 평가, 한양법학 제21집, 2007, 739-773면.
- 정문식, 안전에 관한 기본권의 헌법상 근거와 위헌심사 기준, 법과정책연구 제7집 제1호, 2007, 217-239면.
- 정문식, 학문의 자유와 입법정책, 법과 정책연구 제6집 제2호, 2006, 569-597면.
- 정문식, 헌법 제37조 제2항 '필요한 경우에 한하여'의 의미, 한양법학 제20권 제3집, 2009, 13-43면.
- 정문식, 형성 중인 생명에 대한 국가의 기본권 보호의무, (전남대) 법학논총 제28집 제2호, 2008, 385-404면.

정상기, 「과학기술과 법」, 글누리, 2006.

정상기, 생명과학기술과 기본권, 연세법학연구 제11권 제1호, 2005, 67-106면.

정태호, 기본권보호의무, 인권과 정의 8월호, 1997, 83-109면.

차선자, 장애 여성의 재생산권에 대한 고찰, (전남대)법학논총, 제27집 제2호, 2007, 189-213면.

최민영, 배아연구와 인간존엄, 안암법학 제32권 2010, 173-200면.

표명환, 국가의 기본권보호의무와 행정법상의 개인적 공권이론, 헌법학연구 제10권 제1호, 2004, 277-310면.

표명환, 기본권보호의무의 이론적 기초, 헌법학연구 제8권 제1호, 2002, 132-160면.

표명환, 입법자의 기본권보호의무와 헌법적 통제, 헌법학연구 제11권 제2호, 2005, 211-241면.

허완중, 사형제도의 위헌성, (전남대)법학논총 제38권 제1호, 2018, 109-164면.

홍석영, 생명윤리및안전에관한법률에 대한 비판적 검토, 생명윤리 제5권 제1호, 2004, 13-23면.

황만성, 착상전 유전자진단의 활용과 형사책임, (한국법학회)법학연구 제28집, 2007, 267-293면.

생명권

발 행 일 2018년 6월 29일

발 행 인 이익현

발 행 처 한국법제연구원

세종특별자치시 국책연구원로 15(반곡동, 한국법제연구원)

T. 044)861-0300

등록번호 1981. 8. 11. 제2014-000009호

<http://www.klri.re.kr>

1. 본원의 승인없이 轉載 또는 譯載를 禁함.
2. 이 책자의 내용은 본원의 공식적인 견해가 아님.

I. 기본권의 쟁점과 전망



공공누리 공공저작물 자유이용허락



한국법제연구원
KOREA LEGISLATION RESEARCH INSTITUTE

(30147) 세종특별자치시 국책연구원로 15(반곡동, 한국법제연구원)
Tel. 044-861-0300 www.klri.re.kr