

인간배아복제의 법적 문제

鄭圭原*

I. 들어가며	2. 인간 배아 복제의 법적 문제들
II. 인간 배아 연구의 필요성	IV. 인간 배아 복제에 대한 법적 규율
III. 인간 배아의 법적 지위 및 인간 배아 복제의 법적 문제들	1. 인간 배아 복제에 대한 입법례
1. 인간 배아의 법적 지위	2. 인간 배아 복제에 대한 입법 방향
	V. 결 론

I. 들어가며

최근 급속하게 발전하고 있는 생명공학은 의학, 생물학, 유전학 분야뿐만 아니라 윤리학과 법학 등 인문과학과 사회과학 분야에도 많은 시사점을 던져주고 있다. 이와 같은 최근의 생명공학 분야에 대한 논의 중 빼놓을 수 없는 분야 중 하나가 복제기술에 관한 논의인바, 특히 인간 복제에 대한 논의는 인간이 무엇인가, 인간 생명의 시작은 언제부터인가, 불치의 환자를 치료할 목적으로 복제기술을 사용하는 것이 허용될 수 있는가 등 매우 근원적인 질문들에 대한 대답을 요구하고 있기 때문에 법적으로도 많은 논의를 필요로 하는 분야이다.

그럼에도 불구하고 현행 법체계는 복제기술은 물론 생명공학 자체에 대해서도 별다른 규율장치를 가지고 있지 아니하다. 우리나라의 경우 넓은 의미의 생명공학에 대한 규율을 하는 법률로는 1983년 제정된 <생명공학육성법> 정도가 고작이다. 하지만 그 명칭에서도 알 수 있듯이 <생명공학육성법>은 생명공학으로 인하여 발생할 수 있는 여러 가지 법적·사회적 문제점들을 검토하고 이에 대한 적절한 대응 방안을 모색하기 위한

* 한양대학교 법과대학 교수

법률이라기보다는 “생명공학연구의 기반을 조성하여 생명공학을 보다 효율적으로 육성·발전시키고 그 개발기술의 산업화를 촉진하여 국민경제의 건전한 발전에 기여함을 목적으로”(동법 제1조) 하는 법률이다. 이러한 규정에서도 알 수 있듯이 그 동안 우리나라에서의 생명공학에 대한 논의는 주로 생명공학의 효율성과 그로 인하여 얻을 수 있는 이익의 측면에 초점이 맞추어져 있었다. 하지만 생명공학은, 여타의 전문적 기술의 경우와 마찬가지로, 장점과 단점을 모두 가지고 있는 학문 분야이다. 따라서 지나치게 단점을 부각시켜 생명공학의 연구와 발전을 막는 것도 문제이지만 장점만을 과대하게 평가하여 그로 인하여 발생할 수 있는 여러 문제점들에 대하여 외면하는 것도 문제인 것이다.

현행법 체계가 생명공학에 대한 적절한 규율 모델을 가지고 있지 아니한 것은 어쩌면 당연한 일이다. 법학은 본래 그 성질상 분쟁이 발생하는 경우에 그 분쟁의 해결을 위한 방안으로 발전하여 왔다. 이와 같은 전통적인 법학의 기능을 고려할 때 발전 도상에 있고 앞으로 어떠한 기술과 사회상황이 발생할 것인지에 대하여 거의 예측하기 불가능한 생명공학의 경우에 모든 것을 미리 예상하고 법적 장치를 마련한다는 것은 사실상 기대하기 어렵다고 할 수 있다. 또한 인간 배아 연구를 비롯한 대부분의 생명공학으로부터 야기되는 법적 문제들은 비단 우리나라만의 문제가 아니라 전세계적으로 대응하여야 할 문제이기 때문에 국내법을 만드는 데에 있어서도 다른 나라들의 상황을 고려하여야만 한다는 어려움이 있다.

하지만 보조생식술의 발달로부터 논의가 시작된 인간 배아 복제에 대한 법적 대응의 문제는 복제생물들의 탄생 이후로는 더 이상 방치할 수만은 없는 문제가 되었다. 따라서 현재의 상황에서 가장 합리적이고 사회적으로 받아들일 수 있다고 생각되는 법적 장치를 마련하기 위한 노력이 필요하다고 할 것이다.

II. 인간 배아 연구의 필요성

통상적으로 유전자 복제는 동·식물의 유전자 복제와 인간 유전자 복

제로 구분될 수 있으며, 인간 유전자 복제는 다시 인간 개체 복제와 인간 배아 복제로 구분할 수 있다. 또한 인간 배아 복제는 수정란분할에 의한 배아 복제와 핵치환술에 의한 배아 복제로 구분된다. 본 논문이 대상으로 다루고자 하는 인간 배아 복제는 복제기술을 통하여 완전한 인간개체를 창출해 내는 인간 개체 복제가 아니라 발생학적으로 초기 배아의 일정 시기까지의 복제만을 고려하는 인간 배아 복제이며 특히 그 중에서도 체세포 핵치환술에 의한 배아 복제가 주 논의 대상이 될 것이다.¹⁾

여러 가지 윤리적·법적·사회적 논란이 있음에도 불구하고 인간 배아 복제에 대한 연구를 하고자 하는 데에는 몇 가지 이유가 있다. 인간 배아 복제를 시행하고자 하는 가장 큰 이유는 결국 인간의 생명을 연장하고 질병을 예방·치료하고자 하는 것에 있다고 할 것이다. 즉 복제기술을 통하여 얻어지는 배아로부터 특정 장기 내지 조직으로 발달할 수 있는 줄기세포²⁾를 획득하여 이 줄기세포를 이용하여 인간의 난치·불치의 병을 치료할 수 있으며 배아의 발생에 대한 연구를 통하여 상당수의 질병을 예방하고 손쉽게 진단할 수 있으리라는 기대에서 인간 배아 복제에 대한 연구를 수행하고 있다.³⁾ 이러한 배아 복제의 필요성에 대하여 줄기세포를

1) 인간 배아라는 용어는 여러 가지 의미로 사용되고 있다. 일상적인 의미에서의 인간 배아는 착상 후 발달 단계에 있는 인간을 지칭하는 용어로 사용되고 있다. 하지만 의학에서는 수정 후 2주말부터 7주 내지 8주말까지의 존재를 지칭하는 용어로 사용되고 있다 (Dolland's Illustrated Medical Dictionary, 28th ed., 1994.). 한편 배아의 개념을 수정 후부터 수정 후 8주까지로 이해하는 입장도 있으며(보건사회연구원, 생명과학보건안전윤리법안 제2조 제5호), 특별히 기간을 정하지 아니하고 "수정하여 발육능력이 있는 인간 난자로서 세포핵융합의 시점부터 시작하여 배에서 채취된 분화전능성을 가진 세포로서 기타 필요한 전제조건이 있으면 분열하여 개체로 발달할 수 있는 각각의 것"(독일배아보호법 제8조)이라고 정의하거나, 수정 중에 있는 난자를 포함하여 수정이 완성된 살아있는 인간의 배를 지칭(영국 인간수정과 발생에 관한 법(Human Fertilisation and Embryology Act 1990, 제1조)하는 용어로 사용되기도 한다. 하지만 최근 생명공학의 법적·윤리적 문제와 관련하여 사용되는 배아라는 용어는 자궁 외에 존재하는 것으로서 수정에서부터 2주 내지 3주까지의 존재를 의미한다. 본 논문에서는 최근의 생명공학에 대한 논의에서 사용되는 용법에 따라 14일 이전의 수정란을 배아의 의미로 사용하기로 한다. 다만 본 논문에서는 핵치환술에 의한 배아 창출의 경우도 일단 수정의 개념에 포함시키기로 한다.

2) 줄기세포(stem cell)라 함은 자가갱신능력(self-renewal)과 다능성(multipotency)을 보유하고 있는 미성숙·미분화 단계의 세포를 일컫는 용어이며 줄기세포는 조작하기에 따라서는 모든 장기와 조직으로 분화할 수 있는 세포이다.

3) 하지만 현재의 기술 단계가 그와 같은 수준에 있는 것은 아니다.

얻고자 하는 것이 목적이라면 성체줄기세포⁴⁾를 이용하는 방법이 있다는 반론이 제기되고 있다.⁵⁾ 성체줄기세포를 이용할 경우에는 배아줄기세포를 사용함으로써 인하여 발생할 수 있는 윤리적·법적 문제들에 대한 논란을 피할 수 있는 장점이 있으며, 만일 환자 자신의 성체줄기세포를 이용할 수 있다면 세포나 장기의 이식에 따른 면역거부반응을 회피할 수 있으며, 배아줄기세포의 경우와는 달리 기관 특이적 세포로 분화시킬 수 있으므로 사용하고자 하는 조직에 적합하지 않은 세포 혹은 조직으로의 분화를 막을 수 있는 장점이 있다고 한다.⁶⁾ 하지만 모든 조직에서 성체줄기세포가 확인되고 있지는 않다는 점, 성체줄기세포가 존재한다고 하여도 그 수가 많지 아니하고 분리해 내기가 쉽지 않다는 점, 나이가 들수록 조직에 존재하는 성체줄기세포의 숫자, 분화능력 및 증식능력이 감소하는 것으로 생각되어진다는 점, 유전적·대사성 질환이 있는 환자의 경우에는 환자 자신의 성체줄기세포를 설령 획득한다고 하여도 질병치료를 목적으로 사용할 수 없다는 점등이 성체줄기세포를 실제 질병의 예방과 치료를 위한 목적으로 사용하기에는 적합하지 않은 요인으로 지적되고 있다.⁷⁾

이상에서 간략하게 살펴 본바와 같이 아직 인간 성체줄기세포의 활용은 우리가 줄기세포에 대한 연구로부터 얻고자 하는 목적을 획득하기에는 충분하지 못한 상태인바 이와 같은 문제점들 이외에도 인간 배아에 대한 연구의 필요성은 대개 다음과 같은 이유에서 주장되어지고 있다.

첫째, 동물 모델을 이용한 연구에는 한계가 있다는 점이다. 발생학적인 발달과정에 있어서 대부분의 현상들은 진화과정 내에 보존되어 있으며, 척추동물끼리는 배아의 발생학적 발달과정이 매우 유사하다는 점도 알려

4) 성체줄기세포(adult stem cell)이란 성숙된 조직에 존재하는 줄기세포를 지칭하는 용어이다.

5) 생명윤리자문위원회가 제안한 <생명윤리기본법(가칭)의 기본 골격안>에 의하면 체세포 핵이식 방법으로 인간 배아를 창출하는 행위를 금지하고 있으며, 국가에게 배아줄기세포 연구를 가능한 한 성체줄기세포 연구로 유도하도록 권고하고 있다.

6) 이에 대한 좀 더 자세한 내용은 박국인, "성체간세포의 연구와 활용", 생명윤리자문위원회 제10차 회의 발제문, 2001. 4. 10을 참조하기 바란다.

7) 박국인, 전제 발제문.

져 있다. 이러한 사실들은 동물 실험만으로도 인간에게 상당히 유용한 지식들을 얻을 수 있다는 사실을 시사해주고 있다. 하지만 여전히 동물에 대한 실험만으로는 해결할 수 없는 중요한 문제점들이 남아있다. 예를 들어 풍진(rubella) 예방접종에 대한 원숭이실험 결과에서는 예방접종제재가 태반을 넘어가지 않는 것으로 나타났지만, 이후의 연구에 의하면 풍진 예방접종이 인간에게는 안전하지 않다는 사실이 밝혀졌다.⁸⁾ 이러한 예에서 잘 알 수 있듯이 실험동물과 인간의 사소한 차이가 엄청난 결과를 야기할 수도 있는 것이다. 따라서 과학적 견지에서 볼 때 인간 배아에 대한 연구는 필수적이라고 주장되고 있는 것이다.

두 번째, 최근 생식의학과 유전학, 발생학 등의 획기적인 발달로 인하여 자연적인 방법으로는 자녀를 낳을 수 없는 소위 불임부부들에 대한 치료법들이 많이 개발되고 있는바, 그러한 치료법 중 대표적인 것이 소위 보조생식술이다. 이와 같은 보조생식술은 20년 이상 연구가 이루어져 왔으며 또한 최근에는 그 성공률도 상당히 높아지고 있지만 아직도 상당한 비용이 소요되는 치료법이다.⁹⁾ 또한 보조생식술의 성공률을 높이기 위해서는 다수의 난자를 채취할 필요가 있는데, 다수의 난자를 채취하기 위하여 사용되는 배란촉진제가 부녀의 건강을 해칠 수 있으며 경우에 따라서는 암을 유발한다는 보고도 있다.¹⁰⁾ 인간 배아에 대한 연구를 시행할 경우 현재 시행되고 있는 보조생식술의 부작용 내지 치명적인 악결과를 예방하고 성공률을 높일 수 있는 방안을 고안할 수 있으며 현재 사용되는 방법과는 완전히 다른 새로운 보조생식술을 개발할 수도 있을 것으로 기대되고 있다.

셋째, 인간 배아에 대한 연구를 시행할 경우 배아의 착상에 대한 연구

8) A. Vaheiri et al., "Isolation of Attenuated Rubella-Vaccine Virus from Human Products of Conception and Uterine Cervix", *New England Journal of Medicine* vol. 286 no. 20, 1972, pp. 1071-1074.

9) P. J. Neumann/S. D. Gharib/M. C. Weinstein, "The Cost of a Successful Delivery with in vitro Fertilization", *New England Journal of Medicine* vol. 331 no. 4, 1994, pp. 239-243.

10) M. A. Rossing et al., "Ovarian Tumors in a Cohort of Infertile Women", *New England Journal of Medicine* vol. 31 no. 12, 1994, pp. 771-776.

가 가능하다고 주장되고 있다. 상당수의 불임이 수정란이 자궁에 착상하지 못함으로써 발생하는바, 배아 연구를 통하여 수정란의 자궁 착상 기전이 규명될 경우 상당수의 불임에 있어서 임신률을 높일 수 있을 것으로 기대되고 있다.¹¹⁾

네 번째, 인간 배아에 대한 연구를 통하여 배아의 정상적인 발달 혹은 비정상적인 발달과 연관된 여러 가지 지식과 정보들을 얻을 수 있다. 출생 후 몇 달 혹은 몇 년 내에 발현되는 대부분의 장애들이나 유전적 질환들은 배아 발생 초기에 이미 진행되고 있다고 여겨지고 있다. 따라서 인간 배아에 대한 연구를 함으로써 발달 단계에서의 이상 발달들에 대한 지식을 얻을 수 있고 이를 통하여 여러 가지 질환들을 예방할 수 있을 것으로 기대되고 있다.

다섯 번째, 인간 배아에 대한 연구는 최근 새로이 개발되고 있는 여러 가지 산전 유전진단(preimplantation genetic diagnosis: PGD) 기술 개발에 도움을 줄 수 있을 것으로 여겨지고 있다.¹²⁾ 현재는 산전 유전진단이 융모막검사(chorionic villus sampling: CVS)나 양수검사(amniocentesis)보다 비용이 많이 들지만, 산전 유전진단을 함으로써 융모막검사나 양수검사로는 피할 수 없는 임신 말기의 인공 임신중절의 상당 부분을 줄일 수 있을 것이다.

여섯째, 인간 배아에 대한 연구를 함으로써 인간 세포 분화과정의 복잡한 과정을 이해하는데 커다란 도움이 될 수 있을 것이다. 이와 같은 세포의 분화과정을 이해함으로써 새로운 조직이식기술을 발전시킬 수 있을

11) 하지만 이와 같은 주장은 적어도 자궁에 착상시키지 않는 배아 연구의 경우에는 연구의 정당성의 근거로 제시되기는 어렵다고 생각된다.

12) 산전 유전진단을 허용할 것인가에 대해서는 많은 윤리적·법적 논란이 있다. 모든 배아에 대하여 산전 유전진단을 허용하게 되면 특별한 질환이나 이상이 없음에도 불구하고 부모가 원치 않는다는 이유로 배아를 자궁에 착상시키지 않거나 임신중절을 시킬 가능성도 있다. 따라서 산전 유전진단을 전면적으로 허용하는 것은 많은 부작용을 야기할 가능성이 있다. 하지만 가계로 유전되는 것이 확실히 인정되고 있으며 예방이 가능한 유전질환의 경우에는 산전 유전진단의 필요성이 존재하고 있으며 또한 현재 실제로 행하여지고 있다. 산전 유전진단에 의한 인공임신중절 문제에 대한 좀 더 자세한 논의는 정규원, "유전정보 보호에 관한 법적 고찰", 2001년 한림대학교 법학연구소 춘계세미나 발표문, 2001. 5. 47-48면; Hans Lilie/이민식역, "착상전 유전자 진단과 배아연구", 형사정책연구소식 통권 제63호, 2001. 15-25면을 참조하기 바란다.

것이며, 세포의 노화방지에 대한 연구가 활발히 진행될 수 있을 것이다. 또한 Wilmut 등이 사용한 기술을 이용하여 배아 단계에서 유전자 치료를 함으로써 인공 임신중절을 줄일 수 있으리라는 보고도 있다.¹³⁾ 즉 세포의 노화에 대한 연구와 유전학적 지식의 임상적 응용을 위해서는 인간 배아에 대한 연구가 여전히 핵심적인 연구방법이라고 인정되고 있다.

이상과 같은 이유에서 인간 배아에 대한 연구는 의학적·기초과학적 차원에서 그 필요성이 인정될 수 있다고 생각된다. 물론 최근에는 성체줄기세포에 대한 연구를 통하여 인간 배아 연구에서 얻어질 수 있는 성과물을 얻을 수 있다는 주장도 제기되고 있지만, 아직 성체줄기세포에 대한 연구는 배아 연구를 대체할 수 있을 만큼 충분히 성공적이지 못한 것으로 판단되어지고 있으며 미래에도 성체줄기세포에 대한 연구가 배아 연구를 대체할 수 있을 지에 대해서는 여전히 의문이 제기되고 있다.

Ⅲ. 인간 배아의 법적 지위 및 인간 배아 복제의 법적 문제들

1. 인간 배아의 법적 지위

인간 배아의 법적 지위에 관한 논의의 핵심은 배아를 인간으로 볼 수 있는가 하는 점이다. 배아를 인간으로 파악할 수 있다면 헌법 제10조가 규정하고 있는 인간의 존엄과 가치 등 여러 가지 헌법상의 기본권의 주체가 될 수 있음에 반하여, 배아가 인간으로 파악될 수 없다면 인간의 존엄과 가치 등 기본권의 주체가 될 수 없음은 물론 특별한 제한 없이 행위자의 의도에 따라 사용하는 것이 허용될 수도 있기 때문이다.

현재 인간 배아의 법적 지위에 대해서는 세 가지 정도의 견해가 주장되고 있다. 첫 번째 견해는 초기 배아의 경우에도 태어나서 생존하고 있는 인간과 동일하게 파악하여 생명권이 인정되며 기타 모든 점에서 태어

13) 이에 대한 좀 더 자세한 내용은 G. Kolata, *Clone : The Road to Dolly and the Path Ahead*, New York, 1998을 참조하기 바란다.

난 인간과 동일하게 취급되어야 한다는 주장이다.¹⁴⁾ 배아의 법적 지위를 이와 같이 파악하게 될 경우에는 배아를 대상으로 하는 일체의 연구가 금지되어야 하는 결론에 이르게 될 것이다. 즉 수정 이후의 배아는 모두 착상을 할 수 있는 기회를 가지는 것이고, 배아의 폐기·연구 및 실험·냉동보존 등은 엄격히 금지되어야 할 것이다. 배아의 법적 지위에 관한 두 번째 견해는 인간 배아를 인간 개체로부터 분리된 신체 조직의 일부와 마찬가지로 물건의 일종으로 파악하고자 하는 입장이다.¹⁵⁾ 이러한 견해에 의하면 정당한 처분권자의 동의가 존재하는 한 배아의 폐기·연구 및 실험·냉동보존·양도 등이 무제한적으로 허용될 수 있다는 결론에 이르게 될 것이다. 인간 배아의 법적 지위에 대한 세 번째 견해는 배아를 태어나서 생존하고 있는 인간과 동일하게 취급할 수는 없지만, 완전한 인간 개체로 발전할 잠재적 가능성을 지닌 존재로 파악하여 그 한도 내에서 존중되어야 한다는 입장이다.¹⁶⁾ 인간 배아의 법적 지위를 이와 같이 파악하는 입장에 의하면 제한적 한도 내에서는 배아의 폐기·연구 및 실험·냉동보존·양도 등이 허용될 여지가 있을 것이다.

현행법 체계에 의할 때 배아의 법적 지위는 세 번째 견해에 의하여 파악하는 것이 타당할 것으로 생각된다.¹⁷⁾ 현행 헌법 제10조는 인간의 존엄과 가치에 대한 규정을 두는 등 인간 자체를 보호하기 위한 여러 규정들

14) 이와 유사한 견해로는 김천수, "인간복제기술의 발전과 법적 허용한계", : 한일법학회(편), 의료기술의 발달에 따른 의료법의 대응, 세창출판사, 1999, 173-175면, 또한 카톨릭 교회의 입장도 이러한 견해와 동일하다(Albert Gore, Hearing before the Subcommittee on Investigations and Oversight of the Session, 1984, p. 350.).

15) J. A. Robertson, "Embryo, Family and Procreative Liberty", South California Law Review 59, 1986, July, pp. 939-972.

16) 김재봉, "인공생식·배아의 발생과 형사규제의 범위", 법학연구 제11권 제1호, 충남대학교 법학연구소, 2000, 172면; 정규원, "체세포핵치환술에 의한 인간 배아 복제에 대한 법적 고찰", 생명윤리 제1권 제1호, 2000, 36면; Walters, "Ethical Issues in Human in vitro Fertilization and Embryo Transfer", in : Genetics and the Law II, 1985, p. 215.

17) 배아의 법적 지위에 대한 논의를 함에 있어서는 그 전제로 배아를 사실학적 관점, 즉 의학적 혹은 발생학적 관점에서 파악할 때 배아가 어떠한 지위를 가지는가에 대한 논의가 선행되어야 할 것이다. 이에 대한 좀 더 자세한 논의로는 정규원, "인간 배아 연구의 법적 문제", in : 전남대학교 법률행정연구소 주최 세미나, 생명과학과 법, 2001, 7., 46면을 참조하기 바란다.

을 두고 있지만 인간의 시기(始期)에 대해서는 아무런 규정도 두고 있지 않다. 또한 형법은 제250조 이하에서 살인죄 등 인간의 생명을 보호하기 위한 규정을 두고 있는바, 대부분의 학설들은 살인죄에 관한 규정들이 보호하는 인간의 범위는 진통 시부터라고 해석하고 있다.¹⁸⁾ 대법원도 형법 제250조 이하의 규정들이 보호하고 있는 사람의 시기에 대하여 진통설의 입장에 서있다.¹⁹⁾²⁰⁾ 또한 형법 제169조 이하는 낙태에 관한 죄들을 규정하고 있는바, 이 규정들은 태아의 생명과 부녀의 생명·신체를 보호법적으로 한다고 해석되고 있다.²¹⁾ 그리고 낙태죄에 있어서의 보호 범위는 자궁에 착상한 이후부터 진통이 시작되기 전까지라고 보는 것이 일반적인 견해이다.²²⁾ 한편 모자보건법은 제14조에서 일정한 적응증에 해당하는 경우에는 낙태를 허용하고 있는바, 이상과 같은 규정들을 살펴 볼 때 자궁에 착상된 이후의 수정란은 현행법 체계에 의하여 보호받고 있지만 수정 후 자궁착상 전까지의 수정란은 적어도 현행법상으로는 명시적 보호규정이 없는 것으로 생각된다. 따라서 수정 후 착상 전 배아가 법적으로 인간으로 보호받는가 아닌가는 해석에 맡겨져 있다고 할 수 있을 것이다.

대법원²³⁾은 인간의 생명이 “잉태된 때”로부터 시작된다고 보고 있으며,

18) 강구진, 형법각론 강의 I, 박영사, 1983, 20면; 김일수, 형법각론(제3판), 박영사, 1999, 23면; 박상기, 형법각론(전정판), 박영사, 1999, 22면; 배종대, 형법각론(제3판), 홍문사, 1999, 49면; 백형구, 형법각론, 청림출판사, 1999, 17면; 유기천, 형법학(각론강의 상), 일조각, 1982, 27면; 이정원, 형법각론, 법지사, 1999, 31면; 이재상, 형법각론(제4판), 박영사, 2000, 14면; 정성근, 형법각론(전정판), 법지사, 1996, 49면; 정영석, 형법각론(제5정판), 법문사, 1983, 216면; 진계호, 신고 형법각론, 대왕사, 1985, 34면; 황산덕, 형법각론(5전정판), 방문사, 1983, 158면.

19) 대판 1982. 10. 12. 81도2621은 “사람의 생명과 신체를 보호법적으로 하고 있는 형법의 해석으로는 사람의 시기는 규칙적인 진통을 동반하면서 태아가 태반으로부터 이탈하기 시작한 때, 다시 말하면 분만이 개시된 때(소위 진통설 또는 분만개시설)라고 봄이 타당하”다고 판시하고 있다.

20) 한편 민법에서는 분만이 완성되어 태아가 모체로부터 완전히 분리된 때인 전부노출설이 사람의 시기에 관한 통설이다.

21) 김일수, 전계서, 45면; 이재상, 전계서, 83면; 이형국, 형법각론연구 I, 법문사, 148면.

22) 이재상, 전계서, 91면.

23) 대판 1985. 6. 11. 84도1958.

“회임된 태아는 새로운 존재와 인격의 근원으로서 존엄과 가치를 지”닌다고 판시하고 있는바, 잉태라 함은 자궁에 착상 시를 의미하는 것으로 해석된다고 보여진다.²⁴⁾ 따라서 아직 착상이 이루어지지 않은 배아는 탄생하여 생존하고 있는 인간과 법적으로 동일하게 파악될 수는 없는 것으로 생각된다. 하지만 이와 같은 해석은 현재 진행되고 있는 생명공학기술의 발달에 따라 약간의 수정을 필요로 하는 것으로 생각된다. 착상 여부로 인간 생명의 시작 여부를 판단하려는 입장은 인위적인 조작을 거치지 않은 수정란이 자연적으로 자궁에 착상되는 경우를 예정한 견해이다. 그러나 지금 논의되고 있는 인간 배아 연구에서의 배아란 자연적으로 수정된 수정란이 아니라 체외에서 수정한 수정란이거나 체세포 핵치환술에 의한 복제를 통하여 얻어진 수정란²⁵⁾이다. 따라서 처음부터 자궁에 착상하지 않을 의도로 창출된 수정란의 경우에는 자궁 착상 시를 기준으로 인간의 시기 여부를 파악하는 것은 적절치 못한 것으로 생각된다. 의학적으로 볼 때 자궁에 착상되었는가 여부가 인간 생명의 시작 여부의 판단에서 중요한 것은 상당수의 수정란이 자궁에 착상되지 못한 채 저절로 폐기되기 때문이다. 또한 모체로부터의 영양공급이 수정란의 발달에 결정적이기 때문에 자궁에 착상하지 못한 수정란은 독립적으로 발달할 수 없는 것도 자궁 착상 여부가 인간 생명의 시작 여부의 판단에 중요한 척도로 기능하는 이유일 것이다. 자궁 착상 목적이 아닌 수정란²⁶⁾이 어느 시점부터 인간 생명인가를 판단함에 있어서도 이와 같은 점들이 고려되어야 할 것으로 생각된다.

결론적으로 인간 배아의 법적 지위를 논함에 있어서는 의학적 사실에 기반한 가치판단이 필수적이라고 생각된다. 의학적으로 볼 때 자궁 착상

24) 미연방대법원도 이와 같은 입장을 견지하고 있다. 예를 들어 미연방대법원은 “the life of each human beings begins at conception”이라고 하여 인간의 시기가 수정(fertilization)이 아닌 착상(conception)이 된 때임을 분명히 하고 있다(Webster v. Reproductive Health Service Inc.[July 3, 1989] 2 All E. R. 987.).

25) 체세포 핵치환술에 의하여 창출된 배아를 엄밀한 의미에서의 수정란이라고 볼 수 있을지는 의문이 있지만 여기서는 그냥 수정란이라고 통칭하기로 한다.

26) 자궁 착상 목적이 아닌 수정란의 창출 행위를 허용할 수 있다면.

이전과 이후는 수정란의 발달 여부에 결정적 영향을 미치는 것이므로 자궁 착상 여부는 인간 배아의 법적 지위를 결정하는 데에 하나의 고려 사항이 될 수 있을 것이다. 또한 현행법에 의할 때 완전한 인간 혹은 태아로 보호받기 시작하는 시기는 적어도 자궁 착상 이후라고 보여지므로 자궁 착상 이전의 배아는 완전한 인간과 동일한 법적 보호를 받는다고 볼 수는 없을 것으로 생각된다.²⁷⁾ 이렇게 볼 때 인간 배아는 법적으로는 완전한 인간이 아니라 “인간으로 발전할 잠재력을 보유한 존재”라고 정의될 수 있을 것이다. 따라서 여러 정황을 고려한 이익 형량에 의한 인간 배아의 폐기, 연구 및 실험, 냉동보존, 양도 등이 허용되는 상황이 있을 수 있다고 생각된다.

2. 인간 배아 복제의 법적 문제들

인간 배아 복제기술은 법적으로 많은 문제점들을 야기하고 있는바, 현행법 체계에서 인간 배아 복제기술이 야기할 수 있는 문제점들로는 대개 다음과 같은 것들이 열거될 수 있을 것이다.

먼저 인간 배아 복제기술이 헌법 제10조의 인간의 존엄과 가치 조항에 반하는 것인가의 문제가 있다. 헌법 제10조는 “모든 국민은 인간으로서의 존엄과 가치를 가지며”라고 규정하여 개인의 인격권을 보장하고 있으며,²⁸⁾ 인간 그 자체를 목적으로 보호하고자 하는 정신을 밝히고 있다.²⁹⁾ 또한 인간의 존엄과 가치 규정은 다른 헌법 규정들을 기속하는 최고의 헌법 원리로 이해되고 있다.³⁰⁾ 만일 헌법 제10조가 보호하는 인간에 인간 배아도 포함된다면 인간 배아 복제기술의 시행은 인간의 존엄과 가치에 반하는 행위가 될 가능성이 있다. 하지만 헌법을 비롯한 현행법은 인간의

27) 하지만 자궁의 착상 여부만이 중요한 것이 아니라 배아의 인간 개체로의 발달 여부도 중요한 기준이 되어야 할 것이다.

28) 헌재결 1990. 9. 10, 89헌마82.

29) 신현호, “유전자조작행위에 대한 법학적 고찰”, 인권과 정의 1997/2, 38면.

30) 헌재결 1992. 10. 1, 91헌마31.

시기에 대한 규정을 두고 있지 않으며, 앞서서도 살펴보았듯이 현행법체계의 해석론으로는 착상 이후의 수정란부터 완전한 인간으로서의 보호를 받는다고 보는 것이 타당할 것이다. 그러나 헌법 제10조의 인간의 존엄과 가치 조항은 구체적인 기본권을 규정한 조항이라기보다는 전체 법질서를 선도하는 규정이라고 볼 때 헌법 제10조가 포함하는 인간의 개념을 좀 넓게 파악할 필요도 있다고 생각된다.

인간 배아 복제기술에 대한 법적인 논의를 하는 경우에 거론될 수 있는 두 번째 현행법 규정은 헌법 제22조 제1항의 학문의 자유에 관한 규정일 것이다. 헌법 제22조 제1항은 “모든 국민은 학문의 — 자유를 가진다”라고 규정하고 있는바, 이 규정은 연구의 자유, 강의의 자유, 연구결과 발표의 자유, 학문 연구를 위한 집회·결사의 자유 등을 포함하는 규정으로 이해되고 있다.³¹⁾ 이와 같은 학문의 자유에 관한 규정은 주관적으로는 개인의 소극적 방어권을 의미하지만, 객관적으로는 학문활동을 자율적 생활영역으로서 보호하고, 또한 헌법이 지향하는 문화국가로서 학문을 보호하고 장려하여야 한다는 제도적 보장을 의미한다고 한다.³²⁾ 만일 인간 배아 복제기술을 통한 인간 배아에 대한 연구를 금지한다면 그와 같은 금지가 헌법이 보장하고 있는 학문의 자유를 침해하는 것이 아닌가 하는 의문이 제기될 수 있을 것이다. 하지만 학문의 자유는 무제한적인 자유가 아니고 헌법 제37조 제2항에 의하여 제한 가능한 자유라고 여겨지고 있다. 즉 국가안전보장, 사회질서 또는 공공복리를 위하여 필요한 경우에는 법률로써 학문의 자유를 제한할 수 있다고 할 것이다. 다만 그 제한은 학문의 자유의 본질적인 내용은 침해할 수 없다고 할 것이다(헌법 제37조 제2항). 따라서 그 제한의 내용이 지나쳐서 실질적으로 학문활동을 금지

31) 헌재결 1992. 11. 12. 89헌마88, 독일연방헌법재판소도 “그 내용과 형식에 비추어 진리의 탐구를 위한 진지하고 계획적인 시도로 볼 수 있는 모든 것이 학문적 활동에 해당한다”(BVerfGE 35, 79(113).)라고 하여 학문의 개념을 넓게 파악하고 있다. 한편 과학에 있어서의 연구의 자유 문제에 대한 헌법적 논의로는 김선택, “과학자와 연구의 자유”, in : 생명윤리학회·토지문화관 주관, 생명공학시대의 연구윤리, 2001. 10, 11-33면을 참조하기 바란다.

32) 권영성, 신판 헌법학원론, 법문사, 1999, 471면.

하는 경우에는 헌법 위반이 될 가능성이 있다고 할 것이다. 연구의 자유 경우에는 학문의 자유의 본질적인 내용을 구성하는바,³³⁾ 따라서 원칙적으로 연구대상의 선택·연구형태·연구방법·연구내용·연구시기·연구장소 등에 대하여 국가권력이나 그 밖의 사회적 세력이 간섭을 하거나 방해할 수 없다고 할 것이다.³⁴⁾ 또한 연구의 자유 경우에는 연구의 정당성을 연구자가 스스로 입증하여야 하는 것이 아니라, 연구를 제한하고자 하는 측이 연구의 부당성을 입증하여야 한다는 주장도 있다.³⁵⁾ 따라서 인간 배아 복제기술을 통한 연구의 경우에도 원칙적으로는 학문의 자유에 의하여 보호를 받을 여지가 있겠지만, 그와 같은 연구가 일반인에게 위해를 줄 가능성이 상당하게 존재한다는 사실을 연구를 제한하고자 하는 측에서 입증한다면 헌법 제37조 제2항에 의하여 법률에 의한 규제가 가능할 수 있다고 할 것이다.³⁶⁾

이상의 논의들을 종합할 때 인간 배아 복제기술은 인간의 존엄과 가치를 해할 우려가 있다는 점, 그리고 그에 대한 전면적 금지는 학문의 자유를 침해할 수 있다는 점이 헌법적 논의의 핵심이 될 것이다. 결국 인간 배아 연구 복제기술에 대한 법적 규율은 이러한 두 가지 헌법 규정을 모두 존중하는 방향으로 이루어져야 할 것이다.

33) 권영성, 전거서, 498면. 대법원은 “학문의 연구는 기존의 사상 및 가치에 대하여 의문을 제기하고 비판을 가함으로써 이를 개선하거나 새로운 창조를 하려는 노력이므로 이 연구자료가 사회에서 받아들여지고 있는 기존의 사상 및 가치체계와 상반되거나 저촉된다 하더라도 용인되어야 할 것이다”(대판 1982. 5. 25. 82도716.)라고 판시하여 학문의 연구가 기존의 가치체계와 배치되는 경우에도 헌법적 보호를 받음을 밝히고 있다.

34) BVerfGE 35, 112. 권영성, 전거서, 498-499면도 같은 견해이다.

35) 신현호, 전거논문, 38면.

36) 이외에도 인격의 자유로운 발현권(헌법 제10조, 제17조, 제37조 제1항), 생명과 신체의 불가침성(헌법 제10조, 제12조, 제37조 제1항), 혼인과 가족생활(헌법 제36조 제1항) 등이 인간 배아 복제와 관련하여 거론되어지지만 이러한 조항들은 인간 개체 복제의 경우라면 검토의 필요성이 있겠지만, 인간 배아 복제로 논의를 국한하는 경우에는 관련이 없는 논점들이라고 생각된다. 이에 대한 자세한 논의는 정규원, “체세포핵치환술에 의한 인간 배아 복제에 대한 법적 고찰”, 생명윤리 제1권 제1호, 2000, 23-31면을 참조하기 바란다.

IV. 인간 배아 복제에 대한 법적 규율

1. 인간 배아 복제에 대한 입법례

현재 인간 배아 연구에 대한 법적 규율에는 세계적으로 통일된 형태를 보이고 있지는 않다.³⁷⁾ 노르웨이는 수정란에 대한 모든 연구를 금지시키고 있다.³⁸⁾ 호주의 빅토리아주와 서호주(Western Australia), 오스트리아, 독일, 그리고 스위스 등은 체외수정에서 사용되었거나 연구되고 있는 배아의 생존을 향상시키는 경우를 제외하고는 인간 배아 연구를 전적으로 금지하고 있다. 프랑스의 경우에는 연구가 배아에 해를 주어서는 안 된다고 하고 있는 반면, 덴마크는 체외수정과정에서 임신을 유도할 목적으로 하는 경우의 연구만을 허용하고 있다. 스페인에서는 체외수정에서 발생하는 생존할 수 없는 잉여수정란을 이용하는 연구를 허용하고 있으며, 스웨덴은 매우 일반적인 관점에서 배아 연구를 허용하고 있다. 이탈리아와 그리스는 아직 아무런 법적 장치도 가지고 있지 않다. 영국의 <인간수정과 발생에 관한 법률>은 가장 넓게 인간 배아에 관한 연구를 허용하고 있다. 캐나다도 비슷한 내용의 입법을 가지고 있으나 최근에 보다 엄격하게 연구를 제한하는 입법을 하였다. 미국의 경우에는 인간 배아 복제를 하는 경우에는 연방의 공적 자금을 제공하지 않는 대통령 명령이 발효되었으며, 상당수의 법안들이 의회에 제출되었지만 아직 연방 차원에서의 법은 확립되어 있지 않다. 다만 인간 개체 복제에 대해서는 엄격히 금지하는 데에 의견의 일치를 보고 있으며, 캘리포니아주는 인간 개체 복제를 금지하는 법을 제정하여 시행 중에 있다.³⁹⁾

이상과 같이 인간 배아 연구에 대한 법적 규율에 있어서 많은 나라들

37) L. Nielsen, in : D. Evans(ed.), *Conceiving the Embryo: Ethics, Law and Practice in Human Embryology*, 1996, pp. 325-338.

38) Law No. 56 of 5 August, 1994 on the Medical Use of Biotechnology, Nor. Lovtidend, Section 3-1; *Int. Dig. Health Legis.* 46(1), 1995, pp. 51-54.

39) 이에 대한 보다 자세한 내용은 Abel K. "1997 California Legislative - Human Cloning", *Berkeley Technology Law Journal* 13, 1998, pp. 465-480을 참조하기 바란다.

이 서로 상이한 태도를 보이고 있지만 대략 몇 가지 점에서는 공통점을 보이고 있는 것으로 생각된다. 첫째, 거의 모든 입법례들이 배아 혹은 생식자(gamete)를 제공하는 사람의 자기결정권을 존중하도록 하고 있다. 즉 배아나 생식자를 제공하는 사람으로부터의 충분한 설명에 의한 자유로운 상태 하에서의 동의(informed consent)를 요구하고 있다.⁴⁰⁾ 그리고 거의 모든 입법례들이 생식자나 배아를 상업적 목적으로 이용하는 것을 금지하고 있다. 즉 경제적 목적으로 배아나 생식자를 매매하는 행위는 엄격히 금지하고 있다. 또한 동물과 인간의 혼합체를 복제하거나 동물의 자궁에 인간의 배아를 착상시키는 행위는 많은 국가에서 금지되고 있다. 영국이나 스웨덴과 같이 인간 배아에 대한 연구가 허용되는 나라의 경우에도 14일 이전의 인간 배아 연구만이 허용되고 있다. 그리고 영국의 경우에서 볼 수 있듯이 몇몇 국가에서는 인간 배아 연구를 할 수 있는 면허를 부여하는 국가들도 있다. 전체적으로 볼 때 인간 배아의 연구는 제한적으로 허용되고 있으며 허용되는 경우에도 엄격한 절차에 따라 행위하도록 하고 있다.

우리나라의 경우에는 아직 인간 배아 복제기술을 규율할 수 있는 법적·제도적 장치를 가지고 있지 아니하다. 하지만 최근 생명공학에 대한 관심이 높아지면서 인간 배아 연구에 대한 법적 규율의 필요성이 강조되고 있다. 1997년 11월 18일에는 대한변호사협회·의사협회가 <유전자조작 행위에 대한 법학적·의학적 고찰>이라는 주제 하에 공동세미나를 개최하였으며,⁴¹⁾ 1999년 한국생명윤리학회가 <생명복제에 관한 1999년 생명윤리 선언>을 발표하였으며, 유네스코 한국위원회는 1999년 9월 13일 주최한 <생명복제기술 합의회의>에서 동물 복제는 허용하되 인간의 경우에는 개체 복제뿐만 아니라 배아 복제도 금지되어야 한다는 합의안을 채택하

40) 1985년 독일 연방의사회의 <인간 배아의 연구에 관한 지침>(제2조)과 베다보고서(2.4.1.2)에서도 배아의 생존 조건과 생존 방법의 개선 등 명백하고 고도의 의학적 지식의 획득에 필요한 경우에는 유전적 부모의 동의를 얻어 잉여 배아에 대한 실험을 할 수 있도록 하고 있다.

41) 이에 대한 자세한 내용은 “유전자 조작행위에 대한 법학적·의학적 고찰”, 인권과 정의 1997/2, 30-70면을 참조하기 바란다.

였다. 또한 최근에는 두 개의 대표적인 법률 시안이 발표되었는데, 하나는 한국보건사회연구원이 발표한 <생명과학보건안전윤리법안>이고 다른 하나는 과학기술부 산하 생명윤리위원회에서 발표한 <생명윤리기본법(가칭)의 기본 골격안>이다. <생명과학보건안전윤리법안>은 임신 이외의 목적으로 생체 외에서 배아를 인위적으로 만드는 행위를 금지하고 있지만(동법 제13조 제1항), 이를 위반하는 행위에 대한 형사처벌을 규정하고 있지는 않다. 한편 <생명윤리기본법(가칭)의 기본 골격안>은 체세포 핵이식방법으로 인간 배아를 창출하는 행위는 금지하고 있으며, 불임치료 이외의 목적으로 체외수정 방법을 통하여 인간 배아를 창출하는 행위도 금지하고 있다. 또한 그와 같은 방법으로 창출된 인간 배아 및 그 줄기세포에 대한 연구도 금지하고 있다. 하지만 불임치료를 목적으로 체외수정 방법에 의하여 얻어진 인간 배아 중 잉여분을 이용하는 연구의 경우에는 그 배아가 폐기를 앞둔 것이고 연고가 확인되는 배아의 경우에는 난자 및 정자의 제공자로부터의 동의를 받은 경우에 한하여 한시적으로 허용하도록 하고 있다. 유산된 태아의 조직을 이용하는 배아의 연구 경우에도 난자 및 정자를 제공한 자의 동의를 받은 경우에는 한시적으로 허용하도록 하고 있다. <생명윤리기본법(가칭)의 기본 골격안>이 체세포 핵이식방법으로 인간 배아를 창출하는 행위는 금지하고 있음에 반하여 잉여 수정란을 이용하는 연구는 한시적으로 허용하는 것은 원칙적으로 인간 배아 연구의 필요성을 인정하는 것으로 생각된다.

2. 인간 배아 복제에 대한 입법 방향

이상에서 살펴보았듯이 인간 배아 복제기술에 대한 법적 규율의 필요성이 존재한다고 할 경우 어떠한 규율 방법에 의하여 어떠한 사항들을 규율하여야 할 것인가가 구체적으로 결정되어야 한다.

인간 배아 복제기술을 제한적으로 허용한다고 할 경우 일반적으로 고려될 수 있는 규율방안으로는 자율적 규제 방안, 행정법적 수단에 의한 규제 방안, 민사법적 수단에 의한 규제 방안, 형법적 수단에 의한 규제

방안 등이 있을 수 있다.⁴²⁾ 이 중 자율적 규제 경우에는 학문의 자유의 보장과 인간 배아 연구가 극히 전문적 영역에 속한다는 점을 고려할 때 가장 적절한 규제 방안이 될 수 있을 것이다. 하지만 인간 배아 복제가 미치는 사회적 영향력과 연구의 절차적 투명성 보장 등을 고려할 때 법적 개입이 필요하다고 생각된다. 법적 개입을 고려할 경우 민사법적 수단은 손해 발생 시 입증책임의 문제를 제외하고는 여타의 손해배상과 다른 점이 별로 없을 것으로 생각된다. 한편 형법적 수단의 경우에는 형사제재를 부과하기 위한 전제조건들이 충족되는 경우에 한하여 고려될 수 있을 것이다. 즉, 행위가 형사처벌이 당연하다고 인정될 정도로 법익에 대한 침해가 존재하거나 위험성이 있어야 한다는 당벌성(Strafwürdigkeit) 요건과 형법의 보충성 원칙이 충족된다면 형법적 수단이 고려될 수 있을 것이다.⁴³⁾ 하지만 인간 배아 복제기술을 규제하기가 가장 적합한 법적 수단은 행정법적 수단이라고 생각된다. 즉 국가 기관이 인간 배아 복제기술에 대한 재정적 지원에 대하여 사전 심사를 하고 연구소의 설립 허가, 연구원의 자격 심의 등의 방법을 통하여 인간 배아 복제기술에 대한 규율을 하는 것이 가장 적절한 법적 수단이 아닐까 생각한다.⁴⁴⁾ 행정법적 수단으로 우선 고려될 수 있는 것은 연구기관 내지 연구 방법과 결과 등 제반 사항들을 국가에 신고하도록 하는 의무를 부과하는 방법일 것이다.⁴⁵⁾ 또한 구체적인 연구를 시행하는 경우 그 연구에 대한 허가나 신고를 하도록 하는 방안도 고려될 수 있을 것이며, 연구기금의 조성 내지 지급행위에 대한 통제를 가하는 방안도 고려될 수 있을 것이다.

인간 배아 복제에 대한 법적 규율을 위한 법률에서는 구체적으로 다음과 같은 사항들이 고려되어야 할 것이다.

42) 이에 대한 좀 더 자세한 논의는 정규원, 전제논문, 32-36면을 참조하기 바란다.

43) 독일의 경우에는 <배아보호법(Gesetz zum Schutz von Embryonen)>에 의하여 형법적 수단에 의한 규제를 하고 있다.

44) 미국의 경우가 이와 같은 방법을 사용하고 있다. 이에 대한 자세한 내용은 Axel K. Ibid.를 참조하기 바란다.

45) 미국의 경우 유전자치료를 하는 경우에는 사전에 미연방국립보건원, 미식품의약안전청 등에 신고를 하도록 하고 있다고 한다(신현호, 전제논문, 41면.).

첫째, 인간 개체 복제행위, 동물과 인간의 혼합체를 복제하거나 동물의 자궁에 인간의 배아를 착상시키는 행위, 배아의 자궁 착상 등은 인간의 존엄성에 대한 구체적인 침해가 될 수 있으므로 엄격히 금지하여야 할 필요가 있다고 생각된다. 따라서 이와 같은 행위들은 형법적 제재 수단을 통하여 금지하여야 할 것이다.

두 번째, 일정 기간 내의 인간 배아 복제를 허용한다고 할 경우 어떠한 자가 그와 같은 행위를 할 수 있는가가 결정되어야 할 것이다. 먼저 어떠한 개인이 인간 배아를 조작할 수 있는가에 대한 기준이 설정되어야 한다. 인간 배아에 대한 조작은 인간과 관련된 존재에 대한 행위이므로 의료행위의 일부로 파악하여 특정한 자격을 가진 의료법이 규정하고 있는 의료인만이 그와 같은 행위를 할 수 있다고 할 수도 있겠으나,⁴⁶⁾ 모든 인간 배아에 대한 연구가 의료법이 규정하고 있는 의료인만이 하는 것은 아니라는 현실을 고려할 때 주체를 누구로 하여야 하는가는 논의의 대상이라고 할 것이다. 다만 특정한 자격을 가진 자에 한하여 인간 배아 복제를 행할 수 있도록 하여야 한다는 점은 분명하며, 이 경우 자격 요건으로 생명에 대한 윤리적 소양 등을 요구하는 것도 하나의 고려 사항이 될 수 있을 것이다. 또한 어떠한 연구기관이 인간 배아 복제를 시행할 수 있는가에 대한 기준도 마련되어야 할 것으로 생각되는바, 안전성을 고려하여 일정한 시설을 갖춘 기관에 한하여 연구를 할 수 있도록 하여야 할 것으로 생각되며 이에 대한 구체적인 기준을 법으로 정하여야 할 것이다. 특히 배아의 보존과 처리에 있어서의 투명성과 안전성을 확보하기 위한 법적 방안은 필수적인 사항이라고 생각된다. 그리고 일단 연구가 허용된 개인과 기관이라고 할지라도 일정한 간격을 두고 계속적으로 행정기관이나 기관내 심사기관(IRB)가 심사를 하여 연구의 계속 여부에 대한 결정을 하도록 하여야 할 것이다.⁴⁷⁾

46) 대법원은 “의료행위라 함은 질병의 예방과 치료행위뿐만 아니라 의학적 전문지식이 있는 의료인이 행하지 아니하면 사람의 생명, 신체나 공중위생에 위해를 발생시킬 우려가 있는 행위를 포함한다”(대판 1994. 5. 10. 93도2544)라고 하여 의료행위를 넓게 파악하는 경향을 보이고 있다.

47) 구체적인 정도관리(quality control)는 연구자와 연구기관의 자율성에 맡길 수밖에 없을

세 번째, 인간 배아 복제를 시행하기 위한 배아의 획득에 있어서는 배아 혹은 생식자를 제공하는 사람들의 자기결정권이 존중되어야 할 것이다. 이를 위해서는 배아 혹은 배아의 전제가 되는 세포를 제공하는 자에게 연구에 대한 충분한 설명을 하고 이에 대한 동의를 받도록 하여야 할 것이다.⁴⁸⁾ 또한 세포 혹은 배아의 제공자가 요구하는 경우에는 연구자는 언제든지 세포 혹은 배아의 폐기를 하여야 할 의무를 부담하도록 규정하여야 할 것으로 생각된다. 그리고 세포 혹은 배아의 제공자에 대한 비밀이 보호될 수 있도록 하여야 할 것이다.

네 번째, 제공된 세포 혹은 배아를 경제적 이익을 목적으로 사용하는 것을 엄격히 금지하여야 할 것이다. 인간 배아의 복제 등 인간 배아에 대한 조작행위가 허용되는 이유는 궁극적으로는 인간의 불치 혹은 난치의 질병을 치료하기 위한 목적이고 그러한 목적을 달성하기 위하여 연구를 하는 한도 내에서 허용된다고 보아야 하므로 이러한 목적에 위배하여 연구자 개인 혹은 연구기관의 경제적 이익을 추구하기 위한 목적으로 인간의 세포 혹은 배아를 사용하는 것은 엄격히 금지되어야 할 것이다.

다섯 번째, 인간 배아 복제를 위한 연구기금의 마련이나 연구기금의 지원 등에 대한 법적 절차를 마련할 필요가 있다. 공공 자금의 마련 및 지원의 경우에는 당연히 법적 절차에 따라 행정기관의 심사와 관리를 거쳐 이루어져야 하겠지만, 사적 자금의 마련 및 지원의 경우에도 행정기관에 의한 심사와 관리는 필요하다고 생각된다. 즉, 그와 같은 자금이 실제 연구의 목적으로 사용되는 것인지, 자격을 갖춘 연구자에게 지원되고 있는 것인지, 금지되고 있는 연구에 지원되는 것은 아닌지 등의 내용에 대한

것이다. 전문적 연구의 경우 모든 것을 법률에 의하여 행정기관이 관리토록 하는 것은 효율적이지 못할 뿐만 아니라 현실적으로 가능하지도 않을 것이다. 따라서 법률은 형식적인 절차만을 규정하고 구체적이고 실질적인 내용은 연구자들의 자율적인 규율에 맡기는 것이 바람직할 것이다. 물론 이와 같은 규율이 성공하기 위해서는 연구자들의 윤리의식 및 사회적 책임의식이 신뢰할만한 수준이 되어야 할 것이다.

48) 하지만 이 경우 세포 혹은 배아를 제공하는 자가 그 세포 혹은 배아에 대한 처분권을 가지는가에 대해서는 좀 더 많은 법적 논의가 필요하다. 그러나 배아에 대한 연구를 일정한 한계 내에서 인정한다고 할 경우 현실적으로는 세포 혹은 배아의 제공자로부터의 동의를 요구하는 수밖에 없을 것으로 생각된다.

심사 및 규율이 이루어져야 할 것으로 생각된다.

여섯 번째, 인간 배아 복제 및 그에 따르는 연구로 인하여 손해가 발생한 경우에는 이러한 손해의 법적 책임을 규명하고 손해를 배상하기 위한 절차가 마련되어야 할 것이다. 인간 배아 복제 및 연구의 경우에는 구체적으로 어떠한 것이 손해인지를 결정하기 쉽지 아니하고 손해가 발생한 경우 그 법적 책임의 규명이 매우 어려우므로 이러한 문제를 해결하기 위한 특별한 법적 절차를 마련할 필요가 있다고 생각된다.

V. 결 론

인간 배아 복제기술에 대한 법적 규율 문제는 생명공학의 발달 상황을 고려할 때 시급한 과제이기는 하나 그 행위의 결과에 필연적으로 수반되는 사회적 파장과 과학자의 연구의 자유와 인간 배아 연구의 유용성 등을 고려할 때 간단하게 결론을 내릴 수 없는 여러 가지 점에서 어려움을 내포하고 있다. 하지만 인간 배아 복제를 포함한 인간 배아 연구에 대한 법적 논의는 이제 더 이상 피할 수 없는 주제임에는 분명하다고 할 것이다.

인간 배아 연구와 같은 새로운 전문 영역에 대한 법적 논의는 거의 예외 없이 윤리적 논의와 혼재되어 나타난다. 하지만 법적 논의와 윤리적 논의는 그 차원을 달리하는 것이다. 법적 논의에 있어서는 우선 규율의 대상이 기존의 법체계에 의하여 어떻게 파악되고 있는지, 또한 어느 부분이 규율되고 있고 어느 부분이 규율되지 않고 있는지에 대한 검토가 필요하다. 그리하여 새로운 입법을 하고자 하는 경우에는 기존의 법질서 체계와 모순되지 않는 입법이 되어야 할 것이다. 또한 법적 비난, 특히 형법적 비난은 벌금, 신체의 자유 구속, 생명의 박탈 등과 같은 중대한 해악을 동반한다는 점에서 사회적으로 좋은 평판을 듣지 못한다거나 언어에 의한 비난 등이 제재 수단이 되는 윤리적 비난과는 다른 것이다. 따라서 법적 논의는 어느 정도는 윤리적 논의와 구별된다고 할 것이다. 하지만 새로운 입법을 할 때에는 윤리적으로 정립된 원칙을 고려하여야 할

것이다.

인간 배아 복제기술에 대한 법적 규율과 관련하여 고려하여야 할 중요한 사항 중 하나는 법의 실효성의 문제이다. 통상 생명공학을 거대과학이라고 생각하고 핵무기 개발과 비슷하게 사고하는 경향이 있으나 이와 같은 논리가 언제나 타당한 것은 아니라고 생각된다. 핵무기 기술과 생명공학 기술, 특히 생식유전학 기술사이에는 매우 커다란 차이점이 존재한다. 첫 번째 차이는 기술의 사용에 필요한 재료에서의 차이이고 두 번째 차이는 비용의 차이이다. 핵무기 기술에서의 가장 중요한 재료는 거대한 반응탱크에 우라늄이나 플루토늄과 같은 원자재이며, 이는 국가에 의하여 혹은 전세계적으로 엄격하게 통제되고 있다. 또한 핵무기 기술에는 많은 전문 인력이 필요하다. 하지만 생식유전학의 경우에는 실험에 필요한 소수의 의료기구와 작은 공간의 실험실, 그리고 약간의 시료들과 소규모의 연구인력으로 충분하다. 또한 핵무기의 개발에는 천문학적 액수의 비용이 필요하지만 생식유전학을 연구하고 이용하는 데에는 그리 많은 비용이 소요되지 않으며 전세계 어디서나 비밀리에 운영될 수도 있다. 따라서 몇몇 나라에서 생식유전학을 금지한다고 하여도 이러한 연구를 하고 적용하는 것을 전면적으로 금지하는 것은 거의 불가능하다고 하여도 과언이 아닐 것이다.⁴⁹⁾ 게다가 작은 공간과 소수의 인력, 작은 자본만으로도 충분히 연구가 가능하기 때문에 법으로 금지하는 것이 실효성을 가질지도 의문이다. 사실 인간 개체 복제의 경우에도 이를 법으로 금지한다고 하여도 그 법이 실효성을 거둘 수 있을 것인지는 의문이라고 생각한다.⁵⁰⁾

이상과 같은 점들을 고려할 때 인간 배아 연구를 전면적으로 금지하는 것은 타당하지 않다고 생각된다. 과학자들은 시행할 수 있는 기술에 대한 포기를 쉽게 하려고 하지 않을 것이고 이에 대하여 전면적 금지를 하고자 할 경우 그와 같은 법적 규제는 실패할 수밖에 없을 것으로 생각된다.

49) 비슷한 견해로는 Lee, M. Silver/하영미·이동희역, 리메이킹 에덴, 한승, 1998, 19-20면을 참조하기 바란다.

50) 같은 견해로는 이필렬, "복제양 돌리, 인간 복제의 시작인가", 창작과 비평 제96호, 1997 여름, 235면.

결국 과학자와 법률가를 포함한 인문·사회학자들이 상대방의 전문영역에 대한 이해를 바탕으로 합의하여⁵¹⁾ 일정 기간까지의 연구를 허용하는 것이 바람직하다고 생각된다. 다만 인간 배아 연구에 대한 제한적 허용의 경우에도 그 절차적 투명성과 악결과 예방을 위한 법적 장치들이 마련되어야 할 것이고, 정자·난자 등의 제공자의 동의가 전제되어야 하며, 상업적 목적으로 사용되지 아니할 수 있는 방안이 강구되어야 할 것이다.

과학과 인문·사회과학은 양자 모두 인간의 보다 나은 삶과 복지를 위한 목적을 가지고 있다는 데에 공통점이 있다. 따라서 양자는 서로 대립과 갈등의 관계가 아니라 상호 협력의 관계를 설정하여야 할 것이다. 이러한 서로 다른 전문 분야간의 상호 협력을 위해서는 상호 이해가 전제되어야 한다. 인간 배아 연구를 둘러싼 논쟁은 과학의 유용성과 과학의 윤리성간의 논쟁으로 생각된다. 이러한 논쟁이 합리적인 결론에 도달하기 위해서는 과학자들은 과학의 유용성과 효율성만을 고집할 것이 아니라 자신의 행위로부터 야기될 수 있는 윤리적·법적·사회적 문제점들에 대하여 주의를 기울여야 하며, 인문·사회학자들은 추상적인 원칙과 관념적 추론에 의한 논리보다는 실제 현실에서 행하여지는 과학에 대한 깊은 이해와 구체적인 사안들에 대한 해결 가능한 규율방안을 탐색하여야 할 것으로 생각된다.

51) 인간유전체기능연구사업(Human Genome Project)의 일환으로 시행되고 있는 소위 ELSI(Ethical, Legal, Social Implications) 사업은 이러한 시도의 좋은 모델이 될 수 있을 것이다.

■ 지정토론문 — 申 鉉 昊*

1. 화 두

지금까지 좋은 견해를 밝혀주신 발제자들의 노고에 감사드린다.

우선 정규원교수에게는 '배아를 인간인가 아닌가 하는 단순 2분법적 논리로 나누는 것이 합리적인가?' 하는 질문과 권복규교수에게는 '「보편」 윤리적 관점이 아니라 「기독교」 윤리적 관점에서 발제한 것이 아닌가?' 하는 화두를 던지면서 지정토론을 시작하겠다.

2. 생명의 기계적 이해에 대한 반성

우리 학계는 인간을 보는 관점에 대하여 지나치게 서구 지향적 혹은 기독교사상적 관점에서 출발하고 있는 것을 부인하기 어려울 것이다. 그 근거 중 하나가 생명의 시기나 종기에 대하여 물리적이고 기계적인 개념으로 보고 있다는 점을 들 수 있다.

우선 사람의 시기를 보자. 외형적인 순서에 따라 진통설→일부노출설→전부노출설→독립호흡설의 학설 -민법학계에서는 전부노출설, 형법학계에서는 진통설 -이 아무런 비판없이 제기되고 있다. 사람이 되는 것을 그렇게 단순화 할 수 있는가? 이론적으로는 부분노출→독립호흡→전부노출이 될 수도 있다. 전부노출된 경우에만 사람으로서의 권리능력을 가진다는 입장에 선다면 적지 않은 문제점이 있다. 예를 들어 분만전, 분만중 진찰상 별이상이 없던 태아가 진행정착에 빠져 저산소증에 의한 뇌손상으로 사산하거나 신생아가사증후군으로 출생한 직후 곧 사망하는 의료사고를 보자. 이 때 출산도중 사산한 경우와 태어나 몇초 혹은 몇분 후에 사망한 경우와의 사이에 차이가 있는가? 만약 몇초 내지 몇분 사이에 「사람인가」 「모체의 일부인가」로 나눈다면 의사는 고의로 태아를 사망에 이르게 할 수도 있다. 왜냐하면 판례는 독립호흡설을 취하고 있어 살아서 태어난 지 몇분 후에 사망한 경우

* 변호사

에는 일실이익을 모두 배상하여야 하지만 사산한 경우에는 산모의 신체의 일부 손상으로 보아 위자료만 배상하도록 하고 있다(서울지법 서부지원 1996. 10. 25. 선고 96가합2279판결은 분만중 제대혈 순환장애로 사산에 이른 사건에 대하여 의료과실을 인정하면서도 위자료만을 인정한 바 있다). 의사는 의료윤리적인 측면을 고려하지 않는다면 오히려 태아를 적극적으로 살릴 이유가 없고, 이는 인명경시풍조를 만연시킬 우려마저 있다. 이러한 모순은 기계적인 판단을 하기 때문이다. 왜 출생중에 사망한 자는 사람이 아닌가? 우리 관념상 사람으로 보아야 할 것이다.

또다른 예로 죽음을 보자. 뇌사설→3징후설→전개체사설 등 여러 가지 죽음에 대한 학설이 있고, 일반적으로 죽음이란 심장이 뛰지 않고, 숨을 쉬지 않는 상태에 이른 것으로 여겼던 것이 오래지 않다. 그러나 심장이식수술의 필요성에 따라 뇌사설이 사회적 죽음으로 합의되기에 이르렀다. 어쩌면 전개체사설-뇌세포는 5~10분이면 사망하나 정자나 뼈는 며칠씩도 살아있다가 완전한 죽음으로 보는 것이 과학적일 수 있다. 그런데 3징후설을 받아들인 이유는 무엇인가? 이는 관념적인 숨을 쉬지 않으면 죽는 것으로 보는 것에 합의가 있었기 때문이다. 그 관념이 새로운 사회적 현상으로 자연스럽게 뇌사설로 움직여 나가기 시작하였다. 현재 뇌사가 완전히 받아들이지 않자 장기이식을 목적으로 한 경우에만 우선 사망으로 보자는 합의가 되었다.

이처럼 같은 경우라도 때로는 죽음으로, 때로는 살아있는 것으로 인정한다. 법적으로 이를 생명의 존엄성이 침해된다고 이야기하지 않는다.

3. 인간에 대한 종교간 개념

기독교의 교리에 따르면 인간은 신으로부터 속세를 지배할 것을 신탁 받았고, 정자와 난자가 수정하여 자궁에 착상할 때 인간의 영혼이 들어온다고 하는 창조설에 바탕을 두고 있다. 창세기에는 '처음에는 하나님께서 창조하신 그 흙으로부터 고운 흙을 사용하셔서 남자의 형태를 만드시고, 그의 코에 하나님의 생기를 불어넣으시어 그로 하여금 살게 하신 것이다(imago-dei 이론, 창세기 1장 27절, 에페소서 4장 24절)'라고 기술되어 있다. 즉 영혼과 육체를 구별하는 2원설을 주장한다.

반면 불교에서는 영혼과 육체를 달리 구별하지 않는다. 불교의 생명관의 근본은 '業'사상으로 설명하고 있다. 잡아함경에는 생명의 탄생에 관하여 '일체有情(생명이 있는 것)은 모두 자기의 業으로 말미암나니 業을 동무로 삼으며, 業을 生門(태어나는 문)으로 삼으며, 業을 권속으로 삼으며, 業을 依趣로 삼아서 業이 능히 일체 유정을 상·중·하품으로 가르나니라'고 하여 業에 따라 이 세상에 태어난다고 하였다. 잡아함경에는 첫째, 불교는 생명의 기원을 밝히려 하거나 생명의 근원을 통해 생명의 가치를 찾으려고 하지 않았다. 따라서 영혼이 있다거나 없다거나 하는 문제에 대한 논의는 없다. 인간을 영혼과 육체로 분류하는 것은 잘못된 판단과 관념으로 영혼이란 별개의 존재가 있을 수 없으며, 또 의식하지 않는 육체도 인간의 실존으로 파악되지 않는다는 것이다. 둘째, 영혼과 육체를 나누어 생명을 이해하려는 것은 無知이다. 불교의 입장은 영혼이나 육신은 실제로 존재하는 것이 아니라 하나의 無明에 의한 허구일 뿐이다. 그러므로 삶 속에는 정신과 육체의 구별이 없으며 오직 無我인 것이다. 셋째, 이 無我인 생명은 業에 의해서 추진된다. 業(karma)이란 '행위' 또는 '짓'이라고 번역된다. 業이 가져오는 결과를 報(vipaka)라고 한다. 따라서 業과 報는 있어도 作者 즉 영혼과 같은 생명의 주체는 없으며 행위(業)에 의한 결과(報)는 지속된다고 한다. 이처럼 불교의 관점에서 본 인간생명은 無我이며 業報에 의한 緣起的 존재이다. 緣起란 실체가 없다는 뜻이며 모든 것, 즉 사물의 형성과정 뿐아니라 생명체의 탄생까지도 業報관계에 의해서 유지되고 있다는 뜻이다. 따라서 어떻게 태어나는지 어떻게 사망하는지를 기계적으로 분류하지 않는다. 그 윤회의 고리를 끊는 것이 중요할 뿐이다(권기중, 불교적관점에서 본 인간복제, 아산재단 서울중앙병원·울산의대 사회연구소 주최 인간복제에 관한 심포지움 자료 8쪽 이하, 1997).

유교적 관점에서는 생과 사에 대한 별다른 이야기 없이 현실세계에서 성실히 살아가는 것에 주요 관심을 둔다. 공자가 "삶도 모르는데 죽음을 어찌 알겠는가?"라고 하였고, 맹자는 "자신의 마음을 잘 보존하고, 하늘로부터 부여받은 본성을 잘 배양하는 것이 하늘을 섬기는 방법이다. 자신의 생명이 길든 짧든 조금도 의심없이 자신의 심신을 갈고 닦은 뒤에 천명을 기다리는 것이 천명을 확립하는 방법이다"라고 하였다. 인간이 어떻게 태어나느냐

하는 것보다는 '성실한 것은 하늘의 도이고, 성실하려는 것은 사람의 도이다'고 하여 至誠을 강조하였다.

현재 배아연구에 대하여 엄격히 규제하자는 국가는 유럽과 미국 등 거의 기독교국가들인 점은 시사하는 바가 크다고 아니할 수 없다. 이는 종교적 관점에서 배아연구를 바라보기 때문이다. 그 이유는 기독교의 교리상 인간은 신의 소유물인 이 세상에 대하여 선량한 관리자로서의 주의를 다하여 신중하게 관리하여야 할 의무가 있고, 자연에 대한 개입은 창조물에 결함이 있는 '타락한 창조'인 경우에만 정당화되고 또한 그것은 생명의 유지·보호 및 치유를 위해서만 가능한 일이기 때문에 그 이상의 개입은 허용되지 않기 때문이다. 왜냐하면 그 이상의 개입을 인정하게 되면 '신의 마지막 왕국'으로서의 자연을 인간이 처분할 수 있게 되기 때문이다. 그러나 그것은 인간에게 주어진 창조위임권 밖의 일이다.

기독교의 교리 중 인간에 대한 창조위임설과 더불어 창조설은 중요한 출발점이다. 인간은 확실히 신을 닮은 모습으로서 창조되었으나 인간일 뿐이다. 따라서 인간이 신과 또 같이 되고자 하는 시도는 허용되지 않는다. 즉 인간의 생명은 신의 선물이며, 신에 의하여 규정되고 있다는 한계를 인식하여야 한다는 것이다. 키메라나 하이브리드형성에 있어서와 같이 인간과 동물의 교배는 신으로부터 부여된 인간과 동물의 구별과 그 한계를 벗어나는 것이며, 인간복제와 마찬가지로 치료목적이 없기 때문에 허용되지 않는다.

불교에서는 인간복제가 신의 창조에 역행하기 때문에 문제가 된다거나 인공적 기술에 의한 것이라 해서 문제될 것은 없다. 왜냐하면 인간은 오직 어떤 業을 짓는가가 중요한 문제이기 때문이다. 이러한 불교의 관점에서는 인간복제에 대하여 개방된 태도를 취하고 있다(물론 인간을 복제한다 하여도 그 인격을 복제할 수는 없는 일이고, 기술의 남용으로 인한 위험보다는 인간의 유전적 개량에 기대하는 긍정적인 견해와 인간복제행위가 하나의 업으로 그 후대에 나타날 미래의 위험을 생각한다면 이같은 業報에 의한 인간복제가 기대하는 만큼의 행복한 결과를 가져올 수는 없을 것이라는 부정적 견해가 있다). 결론적으로 불교적의 관점은 창조론적 세계관과는 달리 인간유전공학에 대하여 절대적 금지보다는 생명친화적이고, 생명의 존엄성에 기초한 자기완성에 기여해야 할 것이라는 학문적 지향점을 설정하고 있

다.

우리나라는 샤머니즘적인 전통사상에 불교와 유교가 접목되어 민족윤리가 형성되어왔다. 전통의 윤리관에 의할 때 배아연구에 대한 논의는 달리 할 수도 있지 않을까 생각한다.

4. 배아가 인간인가에 관한 논의의 문제점

기독교적 인권관과 그 이론에 바탕을 둔 서구 법학을 계수한 우리 법학계에서는 인간을 수정시설, 착상시설, 진통설, 노출설 등 시간적인 관점에서 칼로 나누듯이 분석하는데 별다른 이견이 없다. 배아에 대한 보호논의도 14일이나 8주냐 하는 과학적으로 별다른 근거없는 소모적 논쟁에 빠져있다. 원시생명선이 12일만에 나타날 수도 있고, 16일만에 나타날 수도 있는데 14일이라는 인위적 기준이 무슨 의미가 있는가?

어쩌면 본질을 보지 못하는 논의로 비칠 수 있다. 대개 14일을 기준으로 허용해달라 안된다는 주장은 삶과 죽음을 분자생물학적으로 뜯어보는 것이 아닌가 한다. 학설이 배아도 인간이라는 견해, 물건이라는 견해, 인간개체로 발전할 잠재적 존재라는 견해 등 여러 가지가 있으나, 과연 이렇게 나눌 수 있는지 의문이다.

배아를 보호하자는 근본적인 논거가 '인간의 존엄과 가치'의 확보에 있다면, 아직 심장이 살아 숨쉬는 뇌사자의 장기이식은 어떻게 설명할 것이며, 산모의 건강만을 이유로 태아의 생명을 끊는 낙태는 또 어떻게 설명할 것인가? 작은 세포덩어리로 살아있는 환자의 생명을 구할 수 있다면 배아의 생명과 환자의 생명은 서로 비교형량할 수 없는, 절대적 존재들이라고 주장하는 것이 얼마나 설득력이 있을까? 공자는 '사람이 도를 일으키는 것이지, 도가 사람을 일으키는 것이 아니다'고 하여 인본주의적 입장을 강조한 바 있다.

배아는 인간도 아니고, 세포덩어리도 아니다. 또한 배아는 생명일 수 있고, 세포덩어리일 수도 있다. 이는 우리가 인간의 존엄과 가치보호라는 목적에 따라 달라져야 한다. 배아가 자궁착상용이라면 당연히 인간으로서의 존엄과 가치가 보호되어야 할 것이다. 그러나 배아가 죽어 가는 환자의 치

료용 약으로 사용될 때는 세포덩어리로 보아야 한다. 이는 형사적으로도 긴급피난이론을 적용할 수도 있다. 마치 낙태를 일정한 한도에서 허용하는 근거처럼.....

인간복제기술이라는 전혀 생각하지 못한 환경의 등장은 새로운 윤리관을 만들어야 한다. 예를 들어 들어보자. 혹독한 기후로 고생하던 에스키모인은 손자가 태어나면 할머니가 손자의 탓줄을 끊어주고, 며칠후 자신은 자식의 설매를 타고 눈밭에 버려지고, 곧 백곰의 먹이가 되는 것이 삶의 한 모습이 었다. 지금 생각하면 이는 살인이다. 그러나 종의 영속을 유지하기 위한 수단으로 서로 받아들였다. 아메리칸 인디언은 형이 죽으면 동생이 형수를 취하는 형사취수제도가 있었다. 가족윤리로 말이 되지 않는다고 할 지 모르나 전쟁이나 기근으로 노동능력을 가진 가장이 죽을 경우 일종의 사회보장제도의 하나로 동생이 형수를 취하여 먹여 살리는 것이 그 곳 윤리였다. 대가족제도를 유지하던 우리나라도 급격한 산업화의 물결로 가옥구조가 아파트로 바뀌었고, 부부 맞벌이가 일반화되면서 핵가족으로 변할 수밖에 없게 되었다. 부모는 당연히 큰아들이 모시는 것이 윤리였지만 지금은 큰아들이 모시지 않는다고 사회적 비난을 하지는 못하게 되었다.

이런 예가 인간의 존엄과 가치라는 고도의 윤리에 비추어 적절하지 못할지는 모르나 새로운 현상에는 새로운 해석이 있어야 한다. 그 해석이 독단적이거나 편협하여서도 아니 되지만, 일방적으로 특정의 해석이 강요되어서도 아니 된다.

5. 우생학적 인간개량을 어떻게 할 것인가?

문제는 배아연구허용이 인간개체복제로 이어질 것이 두렵다. 또한 소극적 우생학을 빙자하여 적극적 우생학이 허용됨으로써 인간개량, 새로운 종의 생물출현으로 나아갈 때 현존 인류는 멸종될 개연성이 높다. 소극적 우생학은 다른 표현으로 적극적 우생학과 전혀 다르지 않기 때문이다. 이를 어떻게 막을 것인가에 있다. 솔직히 막을 방법이 우리 인류에게는 없다. 개체복제로 태어난 인간을 어떻게 할 것인가? 인위적으로 죽일 수야 없지 않은가? 우리가 가지고 있는 사회규범이란 자연법칙과는 달리 위반을 전제로 하여

만들어진 것이고, 위반해 온 것이 인간의 경험칙이다. 사형도 시켜보았고, 격리도 시켜보았으나 절대적으로 막을 수는 없다.

그렇다면 결국 구성원 상호자율감시를 통한 규제가 가장 기본적으로 이루어져야 하고, 활성화되어야 한다. 공개적으로 허가, 승인, 통제 등을 하여야 하는 것이 차선의 방법이다.

반대론자들은 인간배아도 하나의 개체로 성장할 모든 유전정보를 가지고 있는 '생명체'이기 때문에 인간의 존엄과 가치가 보호되어야 하며, 이를 마음대로 이용하여 연구하는 것은 인간생체실험과 동일하다고 비난한다. 수정란이든 배아든 잠재적 인간이라는 동일성 입론(the identity thesis)에 근거하고 있음에도, 과학기술부 생명윤리자문위원회는 '잉여배아'에 대한 연구를 허용하였다. 잉여배아는 '잠재적 인간'이 아닌가? 시체를 보자. 우리 법률상 또는 윤리상 시체도 인간의 존엄과 가치를 지니는 것으로 보고, 해부용으로 기증되었다고 하여도 해부실습이 끝나면 화장을 하거나 납골당에 안치해 준다. 하물며 살아있는 생명체이고, 인간으로 성장할 수 있는 잉여배아가 단순히 폐기될 것이므로 연구해도 된다는 것은 일관성이 없다. 잉여배아도 '장사를 치뤄 준다'는 개념으로 정중히 폐기되어야 한다.

그럼에도 그러한 결정을 내린 것은 현실을 무시할 수 없다는 현실론 때문이다. 종교적 금지론자들에 따르면 생명은 타협의 대상이 아니다. 이러한 모순은 생명을 지나치게 물리적 혹은 분자생물학적으로 바라보기 때문에 생기는 문제이다. 잉여배아든 체세포복제든 특정종교적 시각이나 과거의 윤리적 관점에서 볼 때 이러한 모순에서 벗어날 수 없다.

인간의 존엄과 가치는 배아는 물론이고, 때로는 난·정자, 또는 그 이전의 난모·정모세포단계에서도 보호되어야 할 경우가 있다. 그러나 앞서 살폈듯이 아직 심장이 뛰고 숨을 쉬고 있는 뇌사자의 심장을 적출하여 이식하기도 한다. 이때 뇌사자에게 인간의 존엄과 가치가 없어서가 아니다. 죽어 가는 생명을 살릴 수 있는 것이 뇌사자나 환자나 모두에게 인간의 존엄과 가치가 보호될 수 있다는 이념 때문에 허용되는 것이다. 안락사 역시 마찬가지다. 심폐소생술을 하거나 보다 적극적인 치료를 한다면 얼마 더 살 수 있는 경우에도 치료를 중단하고 존엄하게 죽을 수 있게 한다. 그 환자는 인간의 존엄과 가치가 없어서 치료를 중단하는 것이 아니다. 종교적 정언명

령에 따르면 '마지막 숨을 쉴 수 있을 때까지 숨을 쉬어야 한다.'고 할지 모르나, 인간의 존엄과 가치를 보호하자는 이념에 비추어 오히려 그러한 명령은 비인간적이다. 강간임신에 대하여 임부의 정조권과 태아의 생명권이 충돌하고, 객관적인 법익을 평가하면 후자가 더 커다란 법익이지만 낙태는 허용된다.

이처럼 그 자체만으로 법익에 대한 절대적 가치평가를 하여서는 아니 된다. 배아를 「자궁착상용 배아」와 「치료용 배아」로 나누어 각각의 보호법익을 논해야 한다고 생각한다. 모든 인간배아가 하나의 독립된 개체로 성장할 완전한 유전정보를 가지고 있으므로 동일하게 보호받아야만 한다는 논리는 치료용 배아연구가 전혀 되어있지 않았을 때의 논거이다. 과거의 인공수정란은 냉동보관하였다가 불임부에게 착상시키고, 남는 것은 폐기시키는 정도에 불과하였다. 그 시절에는 수정란도 잠재적 인간이므로 생명으로서의 존엄과 가치를 지녔고, 당연히 보호하여 왔다. 그러나 수정란이 치료용으로 연구되는 전혀 예상치 못한 사회현상이 발생하였다면 이에 따른 새로운 생명관의 등장도 필요하다. 아무리 사회가 변화하여도 절대적으로 유지해야 할 가치관-인간의 존엄과 가치-이 있으나, 이를 침해하지 않는 범위 내에서 새로운 해석이 필요하다. 배아세포를 이용하여 난치성 환자들의 생명을 구할 수 있음에도 도그마에 빠져 그 연구를 금지하는 것은 환자의 인권이 직접 침해되는 것이다. 이러한 관점에서 볼 때 자궁착상을 목적으로 할 경우에는 배아 뿐 아니라 인간의 난·정자까지도 인간의 존엄과 가치를 인정하여야 한다. 그러나 치료목적으로 만들어진 배아는 生藥의 재료 혹은 새로운 치료기술의 하나로서 보아야만 하지 않을 까 한다. 치료목적용 배아는 자궁착상을 전제하지 않기 때문에 잠재적 인간이라고 보는 것은 생명에 대한 지나친 확장이다.

6. 막을 수 없다면

인류의 역사에서 연구의 자유, 지적호기심을 막은 적이 없다. “반대론에도 불구하고 전체주의 세계에서 사는 것이 아니라면 누군가, 어디에선가 인간을 새롭고 더욱 낮게 만드는 작업을 할 것”이라고 한 스티븐 호킹의 말

은 이를 잘 대변 해준다. 금지하면 지하로 숨어드는 부작용을 우리는 경험 하였다.

치료용 배아개념을 전제로 사회공동체의 절차적 통제를 받게 하는 것이 더 실효성이 있을 것이다. 엘빈 토플러의 견해대로 인간복제술은 인류에게 장밋빛 미래도 아니고, 회색 빛 미래도 아니다. 그 기술은 백색투명하다. 다만 우리가 어떻게 쓰느냐에 따라 달라질 뿐이다. 입법에 의한 규제는 가능 하면 사회적 합의가 이루어질 때까지 늦추고, 만약 법률을 제정한다고 하여도 일본과 같이 인간개체복제에 대한 원칙적 금지선언과 아울러 절차적 통제방식을 우선 택하는 것이 바람직하다고 본다.