

인간배아복제와 人間의 尊嚴

최 두 훈*

I. 들어가며	2. 생명의 시기
II. 인간배아복제의 의의	3. 배아의 도덕적 지위
1. 총 설	IV. 배아의 특수한 헌법적 지위
2. 인간복제의 유형	1. 서 설
3. 인간복제연구의 기대 효과	2. 태아의 법적지위와의 비교
4. 줄기세포 획득방법과 연구의 윤리적·기술적 장애	3. 특수한 헌법적 지위의 부여
III. 배아와 인간존엄	V. 맺음말
1. 현행법체계 하에서의 배아의 법적 지위	

I. 들어가며

복제인간에 관한 의학적인 관점에의 본격적인 토론은 2000년 8월 16일 영국의 전문가들이 “幹細胞 연구 : 책임 있는 의학발전”이란 제목 아래 이에 관한 발표를 한 후 시작되었는데, 영국정부로부터 지원을 받은 이 연구팀은 치료목적을 위해 배아를 복제해서 인간배아를 생성하는 것을 허용할 것은 제안하였다. 다시 말해서 체외수정에서 남은 배아 뿐 아니라 순수하게 복제 목적으로 배아 생성을 허용할 것을 주장하였던 것이다. 이 경우 알츠하이머병, 파킨슨씨병(다발성경직증), 뇌성마비, 당뇨병, 여러 골질환 등과 같은 난치병 연구와 장기이식 연구에도 크게 도움이 될 것으로 전망된다는 것이다.

인간복제기술의 발달은 다른 한편으로 엄청난 반향을 불러왔다. 특히 인간복제에 관한 윤리문제는 종교계를 중심으로 확산되었는데, 인간복제

*중앙대 강사

로 벌어질 복잡한 문제를 감안하지 않은 채 의학적으로 가능하다고 해서 인간이 신의 영역인 생명의 창조를 시도하는 것은 잘못이라는 것이 바로 그 주장이다. 그러나 이에 대한 반론도 설득력 있게 전개되었다. 즉, 국가는 과학기술의 육성과 윤리·안전성을 확보하려는 노력을 동시에 추구해야 하며, 불확실한 미래의 위험성에 대비해 개발 자체를 제한한다면 그 국가의 미래는 없는 것이나 마찬가지라는 것이다.

인간복제는 인간을 더욱 풍요롭게 하고 질병으로부터 자유롭게 하는 생명공학 기술의 정점이 될 것인가, 아니면 인류를 대재앙으로 이끄는 판도라의 상자가 될 것인가. 사실 이러한 논쟁은 인간이란 무엇이고 생명이란 무엇인가라라는 근원적인 물음과 같은 철학적·윤리적인 영역에서 출발한다. 인간이란 어떤 존재이고 생명의 본질은 무엇인가를 일의적으로 정의하는 문제는 어쩌면 인류가 사유를 시작함과 동시에 걸머지게 된 영원히 풀리지 않는 숙제인지도 모른다. 다만 최근의 생명공학의 발달과 뇌사와 장기이식에 대한 논의에서 보듯이 인간의 의미는 과거의 해석과 상당한 편차를 보이고 있는 것은 부정할 수 없는 사실이다.

그러나 어떠한 의미로 접근하여도 변하지 않는 것은 인간에게 필요한 최소한의 생물학적 조건, 즉 생존에 대한 배려와 보호에 대한 필요성이다. 법에서 인간의 생명에 대한 최종적 판단을 내릴 수는 없다. 오히려 심각하게 다루어야 할 것은 인간 생명보호의 시작과 포기 시점일 것이다. 인간복제는 이러한 질문을 다시금 우리에게 던지고 있다.

II. 인간배아복제의 의의

1. 총 설

인간복제와 관련된 논의들은 상당부분 인간복제 자체에 대한 오해에서 비롯된다.

법은 시점에 있어서 통용되는 사실에 기반을 두어야 하고, 사실을 기반으로 하지 않은 규범은 공허하며 그 실효성을 담보할 수 없게 되는 결과를 초래한다. 이와 같은 문제점은 최근 급속히 비등하고 있는 인간복제와

관련된 논의들에서 여지없이 드러나고 있다. 따라서 이러한 사실관계를 명확히 함이 논의의 출발점이 될 것은 물론이다, 이하에서는 인간복제와 관련하여 지금까지 개발되고 발견된 기술과 사실들을 정리해보고자 한다.

생명체 복제는 동·식물복제와 인간복제로 나눌 수 있고 인간복제는 다시 인간개체복제와 인간배아복제로 구분할 수 있다. 인간배아복제에는 수정란 분할에 의한 방법과 체세포 핵이식술에 의한 방법이 있다. 보통 개체복제는 '생식용복제' 배아복제는 '치료용복제' 라고 불리우기도 한다.¹⁾

복제방법에는 수정란분할과 체세포핵이식의 2가지 방법이 있다.

수정란분할법은 수정란이 4~8개의 세포로 분열한 상태에서 각각의 할구(세포)들을 여러 물리학적·화학적·생물학적인 수단을 사용하여 분리해 내는 기술이다. 이렇게 갈라진 세포들은 다시 완전한 개체로 분화할 수 있는 능력이 있으므로 각각을 자궁에 착상시킨다면 인공적인 일란성 다태아(쌍둥이)들이 나오게 된다.

이하에서는 인간복제의 유형과 각각의 구체적 사실을 살펴보기로 한다.

2. 인간복제의 유형

(1) 인간개체복제

전통적인 복제는 동일한 모체에서 태어나 동일한 유전정보를 갖는 자손이라는 뜻인데, 본래는 유성생식이 아닌 무성생식으로 된 자손의 집합을 말한다.²⁾ 과학자들은 오래전부터 불가사리와 그 밖의 무척추동물처럼 다른 동물도 무성생식을 할 수 없을까 연구해 오다가 1938년 독일의 과학자 한스 스페만이 처음으로 복제의 개념을 제시한 이래 많은 과학자들이 복제기술에 도전하기 시작하였다. 이러한 복제기술을 인간에 적용하면, 의도적으로 복제하고자 하는 일정한 인간을 선택하여 원형인간과 유전적으로 동일한 인간을 복제할 수 있게 된다.

포유류는 무성생식이 불가능하다는 것이 종래의 입장이었으나, 포유류

1) 이같은 용어의 구분을 인간복제를 반대하는 입장에서는 하지 않고 있다. 치료용복제와 개체복제를 구분하지 않으며 인간복제라는 용어만을 사용한다.

2) 현원복, 생명복제기술 어디까지 왔나, 과학과 기술, 1997. 6. 44면.

에 있어서도 유전학적으로 동일한 개체를 만드는 이상적인 방법은 체세포의 핵을 난자에 이식하는 것으로 무성생식이 가능하다고 이해하게 되었다. 바로 이 방법에 의한 것이 영국의 로슬린 연구소의 복제양 돌리의 탄생이다. 이러한 기술을 인간에게 적용할 경우에 인간개체복제를 할 수 있고, 하나의 모델로부터 무수한 복제인간의 탄생도 불가능하지만은 않을 것이다.

(2) 인간배아복제

1) 배아의 의미

일반적인 의미에 있어서 배아는 착상 후 발달단계에 있는 인간을 지칭하는 용어로 사용된다. 정자와 난자가 결합하여 수정되면 23쌍의 염색체를 지닌 단세포 수정란, 즉 접합체(zygote)가 되며, 수정 후 하루 정도 지나면 접합체는 세포분열을 시작한다. 접합체는 몇 번에 걸쳐 2세포, 4세포, 8세포 등으로 분열을 계속한다. 이 과정을 거치면 수정란은 상실배(morula)와 배반포(blastocyst)의 단계에 도달하고 계속해서 세포분열을 한다. 수정 후 14일이 경과하면 배반포의 한쪽 끝에 원시선(primitive streak)라고 불리는 것이 형성되고 이 시점부터 각 세포들이 구체적인 신체기관으로 성장하여 8주까지 장기가 완성되고 8주 이후부터 장기들이 양적으로 성장하여 성체가 된다.³⁾ 각각의 단계를 놓고 어디부터 어디까지를 배아로 볼 것인가는 상당히 다르다.

a) 수정 후 8주까지로 보는 입장

의학에서는 수정후 2주말부터 7주 내지 8주말까지의 존재를 지칭하는 용어로 사용되고 있다.⁴⁾ 앞에서 설명한 발생기과정의 특징에 따라 장기가 형성되는 8주를 기준으로 그 이전을 배아(embryo), 그 후를 태아(fetus)로 나누는 입장도 있다.⁵⁾ 이같은 입장의 특징은 배아를 장기가 완성되는 8주를 기준으로 하여 장기가 완성된 이후를 태아로 보고 장기가 발생중

3) National Bioethics Advisory Commission, Cloning Human Beings, Rockville, Maryland, 1997, pp. 13-16.

4) Dolland Illustrated Medical Dictionary, 28th ed., 1994.

5) 보건사회연구원, 생명과학보건안전윤리법안, 제2조 제5호.

인 단계를 배아로 본다는데 있다.

b) 특별히 기간을 정하지 않는 입장

영국의 인간수정과 발생에 관한 법은 제1조에 배아와 관련된 용어의 정의를 규정하고 있는 바, 동 법률이 배아라는 용어를 정의함에 있어 “수정이 완성된 살아 있는 인간의 胚를 의미”하며, “수정 중에 있는 난자를 포함”한다고 규정하고 있다.⁶⁾

영국의 경우는 수정된 존재를 배아로 본다지만 규정하고 특별히 기간을 정해놓지 않은 대신, 인간수정과 발생에 관한 법은 체외에서의 배의 조작에만 적용된다고 규정하고 있다는 점이 특징이다.

c) 수정 후 14일로 보는 입장

독일의 배아보호법은 “수정하여 발육능력이 있는 인간의 난자로서 세포핵융합의 시점부터를 말하며, 胚에서 체취된 분화전능성을 가진 세포로서 기타 필요한 전제조건이 있으면 분열하여 개체로 발달할 수 있는 각각의 것을 말한다”고 제8조에 규정하고 있다.”

과학적으로 밝혀진 바에 의하면 수정 후 14일이 지나면 분화전능성이 사라진다고 한다. 독일의 배아보호법은 기간을 확정하고 있지는 않지만 분화전능성을 갖는 존재를 배아라고 보고 있다는 점에서 사실상 기간을 정해 놓은 것과 다름없고 그 기간은 수정 후 14일이라고 할 수 있을 것이다.

최근 생명공학과 관련된 법적·윤리적 논의에서는 배아를 자궁 외에 존재하는 것으로서 수정 후 2주 내지 3주까지의 존재로 보고 있다. 이같이 구분하는 이유는 14일이 지나면 분화전능성이 사라진다는 사실에 착안한 것이다.⁸⁾ 배아복제를 시도하려는 이유는 분화전능성을 지닌 줄기세포를 획득하려는 데 있다고 할 것이다. 줄기세포 연구는 인간의 질병을 예방·치료하는데 크게 유용할 것으로 보고 있다. 이런 의미에서 본다면 배아를 수정 후 14일까지의 존재로 보는 것이 가장 합당할 것이다. 따

6) 법무부, 외국의 유전공학 관련법제, 1998, 182면.

7) 위의 책, 99면.

8) 수정 후 14일이 되면 수정란은 분열하여 8세포기 단계에 이르게 되는데, 8개의 세포는 각각 하나의 완전한 개체로 성장할 수 있는 능력을 가지고 있어서 이를 전능세포(totipotent cells)라고 부른다. 8세포기 이후부터는 기관발생이 완료되는 8주까지 각 세포는 어느 정도 성격이 특정되어 분화전능성을 상실하지만 각 세포의 능력이 특정기관의 발생으로 고정되는 것은 아니며, 이 단계의 세포를 다능세포(pluripotent cells)라고 한다.

라서 앞으로 본 논문에서는 최근 생명공학과 관련된 논의들에서 사용되는 용법에 따라 수정 후 14일까지의 존재를 배아로 보기로 한다.

2) 배아복제의 유형

a) 배아분할법

수정란 세포의 제1분할 단계에서 효소 또는 그리스 메스 등을 사용하여 둘 또는 그 이상의 개별세포로 분할시키는 것으로서 이러한 기술에 의하여 유전적으로 동일한 배아가 만들어질 수 있다. 또 이때 각각 분리된 배아는 모체에 착상시키면 유전적으로 동일한 태아로 발전할 수도 있다.⁹⁾ 종종 동물 사육에 있어서 동일한 유전자를 가진 다생의 출산을 하고 있는 바, 이것은 생식의학기술에 기반을 둔 것으로 완전한 개체로 자랄 수 있는 배아의 분할을 통하여 다생의 생산을 하게 되는 것이라고 할 수 있다.¹⁰⁾ 이러한 기술은 유전공학 기술에 의한 것은 아니고 세포는 초기단계에 있어서는 어느 특정 조직으로 결정되어 있지 않고 모든 분할된 세포에서 완전한 유기체의 형성이 가능하다는 분화전능성에 기반을 두고 있다.¹¹⁾ 그러나 세포의 분화와 함께 노화가 동시에 진행됨에 따라 이 기술은 8분할 내지 16분할 세포단계에서만 가능하고, 전체적으로 각 수정란 마다 한번 밖에 시행할 수 없다고 한다. 그러므로 동일한 다태아를 무수하게 만든다는 것은 불가능하다고 할 수 있다. 이러한 배아분할에 의한 다생의 출산은 축산 등의 분양서는 현재도 광범위하게 시행되고 있으며 인간에게도 적용 가능한 기술이라고 할 수 있다.

b) 체세포핵이식법

배아복제에 있어서도 개체복제와 마찬가지로 체세포핵이식을 통한 방법이 적용될 수 있다. 성체세포의 핵을 수정되지 않은 난자에 이식하는 방식을 통해 핵 제공자와 거의 동일한¹²⁾ 유전자를 지닌 배아를 복

9) 신현호, 인간유전공학에 관한 형법적 연구, 고려대학교 석사학위논문, 1998, 8면.

10) Broks/Pohlmann/Senft, Das neue Gentechnikgesetz, 1991, S. 1.

11) 한건우, 생명공학의 발달과 현대법의 과제, 연세법학연구, 제7집 2권, 2000, 12, 9면.

12) 제에 제공되는 난자 자체도 미토콘드리아 등 소량의 유전형질이 남아있기 때문에 성체 세포제공자의 어머니의 난자를 복제에 이용하지 않는 한 100% 동일한 유전형질을 가진 복제배아를 만들어 낼 수는 없다. 정광수, 인간개체복제반론에 대한 비판적 검토, 과학문화연구센터 2001 연구논문집, 2001, 4면 참조.

제할 수 있다. 방법상으로는 개체복제와 동일하지만 복제 목적에 있어서 개체복제는 인간개체로 발달시켜 하나의 인간을 얻으려는 목적이고 배아복제는 연구용으로만 한정한다는 점에서 차이가 있다고 할 것이다.

(3) 인간수정란에 대한 유전자 조작

유전자란 어떤 유기체의 특성을 결정하는 인자로서, 유전자는 생식세포를 통하여 대대로 전하여져서 특정유기체의 특성을 계속적으로 유지하는 것이다. 생물의 성질을 정하고 생명활동에 필요한 정보가 들어있는 유전자 DNA를 자르기도 하고 잇기도 해가며 생물의 성질을 의도한 대로 변화시키는 것이 유전자재조합이다. 유전공학기술의 붐을 일으킨 것이 바로 이러한 유전자조작, 즉 유전자재조합을 가리키는 것으로서 이러한 유전공학은 1970년 초 DNA의 나선구조가 밝혀지면서 본격적으로 연구되고 미래산업으로서 각광을 받고 있는 분야이다.

이러한 유전자재조합 기술을 인간에게 적용하면, 인간의 배발생세포의 유전정보를 인공적으로 변형시킴으로써, 부정적인 유전인자를 제거하거나 긍정적인 유전인자를 배양하여 완전한 혹은 초능력을 지닌 인간을 만드는 등 필요한 정보만을 설계한 그대로 꾸며 넣을 수 있는 선택의 자유를 가지게 된다. 특히 유전자분석을 통하여 인간 수정란의 유전적 특성 및 유전적 결함을 밝혀내고, 유전적으로 결함이 없거나 육체적·정신적으로 최고의 능력을 가지는 인간을 맞추어 낼 수 있다는 것이다. 바로 이러한 인간 수정란에 대한 유전자 조작을 통하여 미래사회에서는 새로운 계급이 발생할 수 있다고 예견되는데, 유전공학적 세례를 받은 모든 면에서 완벽한 인간군과 유전공학적 세례를 받지 못한 열등한 인간군으로 계급이 분화될 수 있다는 것이다. 또한 이 기술을 사용하면, 유전적 결함이 있는 사람의 체세포에 정상적인 유전자를 이식하여 질병을 치료하는 유전자치료를 위한 기술을 할 수 있다. 유전자치료는 유전적 질환을 가지고 있는 환자를 대상으로 한다는 점에서 인간의 배발생세포에 대한 유전자조작과는 차이가 있다고 할 것이다.

(4) 키메라와 하이브리드

키메라와 하이브리드는 세포융합방법을 이용하는 기술로서, 키메라는

세포융합방법을 이용하여 수정란의 조기분할단계에서 두개의 수정란 세포를 서로 점착시키거나 또는 한쪽의 난세포의 부분을 다른 쪽으로 주입함으로써 양쪽의 특성을 모두 지닌 세포 또는 개체를 유도해내는 방법이다.¹³⁾

그리고 하이브리드는 두개의 상이한 종류의 난세포 및 정세포를 융합하여 얻어낸 개체이다. 자연 상태에서는 원칙적으로 하이브리드가 불가능하지만, 말과 당나귀의 교배잡종인 노새나 사자와 호랑의 교배를 통해 얻는 라이거의 경우와 같이 근접한 종 사이에서 일부 가능 할 수도 있으나, 실험실에서는 異種의 정자에 대한 항체를 형성하는 卵殼을 제거하는 작업을 하게 되면 아주 동떨어진 종족간의 교배도 가능하게 된다고 한다. 이러한 키메라와 하이브리드 기술을 인간에게 적용하면 인간과 동물이 혼합된 잡종인간을 탄생시킬 수 있게 된다.¹⁴⁾

3. 인간복제연구의 기대 효과

(1) 총 설

인간복제 연구를 통해서 얻을 수 있는 이득은 단순한 과학적 호기심 충족을 넘어선다. 과학자들이 인간복제연구를 하려고 하는 진지한 이유는 대부분의 경우 줄기세포의 획득과 연구에 집중되어 있다. 앞에서 살펴본 바와 같이 인간복제는 크게 개체복제와 배아복제의 경우로 대별되고 기타 유전자조작이나 하이브리드의 생성은 우선적으로 다루어지는 논쟁의 핵심에서는 다소 비켜선 상태이다.

개체복제는 생식복제를 의미하고 배아복제는 치료용복제를 의미한다고 앞에서 설명한 바와 같다. 이 글에서는 인간복제 중에 배아복제를 중심으로 다루고자 하므로 이하에서는 배아복제연구에서 얻고 하는 것이 무엇

13) 전경운, 인간복제의 위험성과 인간복제방지법, 사회과학논총(제17집), 명지대학교, 2001, 186면.

14) 뿐만아니라 넓은 의미로서의 하이브리드로는 사람의 유전정보를 일부 보유한 돼지를 생산한다던지 또는 사람의 장기를 지닌 돼지를 생산하는 방식이라고 할 수 있다. 이 경우 사람의 유전자를 보유한 돼지나 장기를 보유한 돼지는 인간질병치료나 대체장기 생산에 매우 유용할 수 있다.

이고 그 유용성이 무엇인지 또 그에 대한 비판은 어떤 것이 있는지 자세히 살펴보기로 한다.

(2) 줄기세포의 의의

인간배아일 경우 4일 내지 5일 후에는 세포 안에 내부세포덩어리가 형성된다. 이 세포덩어리는 나중에 심장·근육·신경 등 인체의 모든 조직으로 성장할 잠재력을 갖는 곳이다. 이 배아 안의 내부세포덩어리를 미세 조작으로 떼어내 실험실에서 키운 것이 줄기세포이다.

배아줄기세포는 수적으로 무한히 증식이 가능하고, 분화되기 전의 초기 배아와 동일한 성질을 가지고 있기 때문에 특정조건을 주면 신체의 특정한 조직이나 기관의 세포로 자랄 수 있는 특징이 있다.¹⁵⁾ 수정후 14일까지의 수정란을 일컫는 배아가 인간복제연구에서 중요한 위치를 차지하고 있는 것은 앞에서 설명한 바와 같이 어느 특정조직으로 분화가 결정되지 않은 상태 즉, 분화전능성을 지니고 있기 때문이다. 이것은 줄기세포 때문에 가능한 것인데 줄기(幹)세포는 신체 내에 있는 모든 조직을 만들어 내는 기본적인 구성요소로 뼈, 뇌, 근육, 피부 등 모든 신체기관으로 전환할 수 있는 만능세포이다.

다시 말해서 배아줄기세포는 개체를 이루는 모든 형태의 신체조직으로 분화할 수 있는 가능성을 가진 배아세포다. 체세포복제를 통해서 만든 수정란을 자궁에 이식하지 않고 시험관에서 배양하여 태아로 자라지 못하게 분화를 억제한 상태를 말한다. 즉 뇌·심장·근육 간 등 태아의 여러 장기로 발전하기 바로 전 단계에서 분화를 일시적으로 멈추게 한 것이다. 이를 시험관에서 배양을 계속하면 분화하지 않은 상태에서 수를 무한히 늘리는 증식이 가능하다. 또한 배양조건을 바꾸어주면 분화를 시작하여 혈구·근육·긴경조직으로 발달되는 전능성을 발휘한다. 따라서 이를 이용해 각종 암·알츠하이머·심장병 등 불치병환자에게 필요한 세포와 조직을 배아줄기세포로 만들어 이식하면 치료가 가능하게 되는 것이다.

그러나 모든 줄기세포가 분화전능성을 갖는 것은 아니다. 줄기세포에는

15) 권혁찬, 줄기세포 연구의 현황과 그 한계, 녹색평론 통권 70호, 2003, 151-153면.

수정란이 첫 분열을 시작할 때 형성되는 만능줄기세포와 이 세포들이 계속 분열해 만들어진 胞胚 내막에 있는 배아줄기세포 그리고 성숙한 조직과 기관 속에 들어있는 다기능줄기세포 다시 말해서 성체줄기세포가 있다. 배아줄기세포까지는 거의 완벽한 분화전능성을 보유하지만 성체줄기세포는 만능줄기세포나 배아줄기세포와 같은 정도로 분화전능성을 갖지는 않은 것으로 보고 있다.

따라서 많은 윤리적·법적인 논란에도 불구하고 배아복제를 하려는 이유는 복제기술을 통하여 얻어지는 줄기세포 연구를 통하여 인간의 여러 난치병과 불치병을 연구하고 예방·치료방법을 개발할 수 있으며, 장기 이식 등에도 이용할 수 있을 것으로 기대되기 때문이다. 이하에서 구체적으로 어떤 유용성이 있는지 살펴보기로 한다.

(3) 배아 연구의 발전방향

1) 난치병 치료방안 연구

앞에서 살펴본 바와 같이 인간배아 연구의 핵심은 배아에서 줄기세포를 얻는 데에 있다. 배아에서 추출한 줄기세포를 배양하면 심장병·당뇨병·파킨스씨병·치매 등 수많은 난치병 환자들이 원하는 각종의 조직이나 장기를 얻을 수 있는 것이다.¹⁶⁾ 따라서 줄기세포는 이를 실험실에서 조작 배양함으로써 인간의 세포와 조직을 만들어 낼 수 있는 꿈의 세포로 불리운다.

줄기세포들은 생물의학 연구에 많은 기회를 제공하고 있다. 동물이나 인간의 거의 모든 세포들은 피부 또는 심장과 같은 기관에서 하나의 기능을 수행하고 있는데, 분화되지 않은 줄기세포는 살아있는 기관과 신체 조직을 구성하는데 결정적인 역할을 수행할 수 있다. 따라서 배아줄기세포를 각종 장기나 조직으로 분화시키는 인체 신호체계를 밝혀내면 질병이 발생한 조직과 기관을 재생시키거나 대체할 수 있는 새로운 세포를 만들어낼 수 있을 것으로 보고 있다. 즉, 줄기세포가 원하는 유형의 세포로 분화되도록 조정되고 조작되어 이식에 사용된다면 특수한 질병을 가

16) Human Cloning and Human Dignity, The Report of the President's Council on Bioethic, 2003, pp. 146-147.

지고 있는 많은 환자에 대하여 효과적인 치료법이 될 수 있다.

2) 장기이식 기회 확대

심장이나 신장 또는 간장 등의 손상 내지 각각의 기관이 제 기능을 발휘하지 못함으로 인해 인공자기에 의존하거나 타인의 장기를 이식해야만 하는 환자들에게 줄기세포를 통한 장기복제와 이식의 길이 열린다면 이것은 한마디로 천상의 복음과도 같은 것이다.¹⁷⁾

3) 생명공학 기초연구에 기여

줄기세포의 연구는 질병치료 외에 기초연구의 적용에 있어 중요한 분야이다. 줄기세포는 개별세포의 성장과 분화를 연구하는 기회를 제공한다. 이러한 성장과 분화의 과정을 인식하는 것은 출생에 의한 선천적인 결함, 유전적인 비정상성, 그리고 다른 질병의 상태에 관한 원인을 찾아내는 데 중요한 단서를 제공한다.¹⁸⁾

4) 동물 모델을 이용한 연구의 한계 극복

발생학적인 발달과정에 있어서 같은 척추동물끼리는 배아의 발생학적 발달과정이 매우 유사하다는 점은 이미 알려져 있다. 이러한 사실들은 동물의 실험만으로도 인간에게 상당한 정도로 유용한 지식들을 제공해 줄 수 있다는 점을 시사해주고 있는 것이다. 그러나 여전히 동물들에 관한 실험만으로는 해결할 수 없는 중요한 문제점들이 남아 있다. 예를 들어 풍진예방접종에 대한 원숭이 실험결과는 비교적 안전하다고 판명되었으나 그 결과가 곧바로 인간에게 적용될 수는 없음이 밝혀진 바 있다.¹⁹⁾

4. 줄기세포 획득방법과 연구의 윤리적·기술적 장애

(1) 배아복제를 통한 방법

줄기세포를 획득하는 방법에는 여러 가지가 있다. 첫째는 앞에서 설명한 바와 같이 체세포 복제방법으로 얻은 인간배아 복제의 과정을 거쳐서 만드는 것이다. 체세포에서 채취한 핵(DNA)을 핵(DNA)이 제거된 난자

17) *ibid*, p. 149.

18) *ibid*, p. 146.

19) 정규원, 인간배아복제의 법적 문제, 의료법학 제2권 2호, 80면.

에 주입하여 만든 배아에서 줄기세포를 얻는 방법이다. 현재의 의학기술로 배아복제를 통해 줄기세포를 만들 수 있는 확률은 10% 내지 20% 수준이다. 따라서 보기에 따라서는 생명체로 볼 수 있는 배아의 희생이 현재로서는 필연적으로 수반된다고 할 수도 있다.

(2) 불임치료를 위하여 인공수정된 배아를 이용하는 방법

불임치료를 위해 만들었던 수정란 중에서 냉동보관한 수정란을 이용하는 방법이다. 보통 인공수정을 통하여 8개의 수정란을 생성시키는데 이것은 그중 가장 건강한 수정란을 선별하여 모체에 착상시키기 위한 것이다. 착상성공률이 그다지 높지 않기 때문에 생성된 수정란 8개 중에 건강한 수정란 4개를 선별하여 착상을 시도하게 된다. 이때 선별되지 못한 잉여 배아가 4개가 생기는데 보통 이 배아는 일정기간동안 냉동보관 하다가 폐기처분하도록 되어 있다. 이 때 남은 수정란을 다시 해동시키면 실험실에서 다시 배아로 키울 수 있고 이를 통해 줄기세포를 만드는 것이 가능하다.

그러나 이 방법은 줄기세포 자체를 순수 의학적으로 연구할 수 있는 길을 열어 줄 수 있지만, 막상 현실에 있어서 치료용으로 사용하기에는 여러 가지 난점이 있다. 즉 타인의 줄기세포를 이용하기 때문에 줄기세포에서 얻어진 장기를 환자에게 이식할 경우에 나타나는 거부반응을 해결해야 한다는 숙제가 남는 것이다. 결국 이 방법은 치료용 배아 복제는 아니고 순수 학문적 연구에 있어서만 의미가 있는 방법이라고 할 수 있다.

(3) 성체세포에서 줄기세포를 얻는 방법

골수와 탯줄·혈액 등 이미 분화와 성장이 끝난 성체세포를 이용하는 방법이다. 성체세포에서 줄기세포를 추출하고 이 줄기세포를 배양하여 뼈·혈액·근육 등의 세포를 만들 수 있다. 이 방법은 배아복제 과정이 없이 이루어지므로 성체줄기세포로 불리는 다기능 줄기세포는 만능줄기세포나 배아줄기세포에 비해 윤리적 논쟁은 피할 수 있고, 환자 자신의 성체세포에서 줄기 세포를 추출하여 사용한다면 세포나 장기 이식에 따

르는 면역거부반응을 회피 할 수 있으며, 배아줄기세포와는 달리 기관 특이적 세포로 분화시킬 수 있으므로 사용하고자 하는 조직에 적합하지 않은 세포 혹은 조직으로의 분화를 방지할 수 있다는 장점이 있다.²⁰⁾ 이 때문에 인간복제에 극명하게 반대의사를 표명한 가톨릭 교황청도 이러한 연구방식에는 지지의사를 표명한 바 있다.

그러나 성체세포를 이용한 줄기세포는 배아에서 얻은 배아줄기세포와는 달라 이미 특정한 성질의 세포로 성장과 분화가 완료된 세포이므로 이것으로부터 인체의 모든 세포를 만들어 낼 수 없고 제한된 범위 안에서만 조직세포를 얻을 수 있다는 한계가 있다.

또 이러한 방식을 통하여 모든 조직마다 줄기세포를 추출할 수는 없다는 지적을 피할 수 없다. 따라서 줄기세포가 없는 조직이나 장기는 그 조직을 따로 얻기 위해서 성체줄기세포를 이용할 수 없다는 결론이 된다.

성체줄기세포가 존재한다고 하여도 그 수가 많지 않고 또한 현재 기술 수준으로는 성체줄기세포의 추출이 어렵고 많은 연구가 이뤄지지 않은 상태다.

나이가 들수록 조직에 존재하는 성체줄기세포의 숫자, 분화능력 및 증식능력이 감소되는 것으로 보이고 있다는 점과 유전적·대사성 질환을 앓고 있는 환자의 경우는 환자 자신의 줄기세포를 획득한다고 하여도 이미 유전적으로 결함이 있는 환자 자신의 줄기세포를 질병치료의 목적으로 사용할 수 없다는 점 등이 성체 줄기세포를 질병의 예방과 치료 목적으로 사용하기에는 상당히 부적합한 요인이라는 점이 지적되고 있다.²¹⁾

따라서 과학자들은 성체줄기세포 연구가 갖는 장점에도 불구하고 성체 줄기세포의 연구만으로는 미흡하다는 점을 지적하고 있다. 성체줄기세포는 조직의 다양한 유형의 세포로 발전하는데 배아줄기세포와 같이 자유로운 응용이 불가능하고 신체 내에 있어서 그 세포의 위치가 안전하고 쉬운 접근을 어렵게 하기 때문이다. 과학자들은 성체줄기세포 및 배아줄기세포가 모두다 연구의 대상이 되어야 한다고 주장한다.

20) 이에 대하여 자세한 것은 박국인, 성체간세포의 연구와 활용, 생명윤리자문위원회 제10차회의 발제문, 2001. 4. 10. 참조.

21) 정규원, 인간배아복제의 법적문제, 79면.

(4) 유산된 태아에서 획득하는 방법

유산이나 낙태 시에 모체에서 분리되는 태아로부터 줄기세포를 추출할 수 있으나 이에 대하여도 윤리적인 비난이 가해지고 있고, 이 경우에 있어서도 배아줄기세포가 아닌 성체줄기세포를 획득하는 것이므로 이러한 방식은 성체줄기세포방식과 같은 단점을 지니고 있다고 볼 수 있다.

(5) 줄기세포 획득의 윤리적·기술적 장애

줄기세포연구와 관련된 가장 심각한 문제는 배아 줄기세포를 획득하려면 한 명의 인간이 될 수도 있는 배아를 파괴해야 한다는 점이다. 미국의 경우 이미 배아를 파괴해 줄기세포를 추출, 배양해놓은 60여 가지 배아 줄기 細胞株의 연구에 대해서만 연방기금을 지원키로 한 것도 배아를 생명체로 보는 측의 반발을 줄이기 위한 것으로 보인다. 세포주는 보통 10번 이상 분열하면 분열이 정지되는 일반 세포와 달리 무한정으로 분열하면서 살수 있는 세포를 말한다. 특히 특정 장기나 조직으로 전화될 수 있는 배아줄기세포주와 암과 같은 질병세포의 세포주 등은 그 자체가 특허 대상이 될 뿐 아니라 고가에 거래돼 귀중한 생물자원으로 분류된다.

의학발전에 있어서 줄기세포가 차지하는 무한한 가능성과 유용성에 대하여 누구도 반론을 제기하지는 않는다 하지만 줄기세포 획득에 필연적으로 수반되는 배아의 파괴가 윤리적으로 많은 비난에 직면하고 있다.

또 줄기세포가 인간의 의학적 문제에 적용될 수 있기 전에, 기초적인 세포생물학의 실질적인 발전과 임상기술의 발전이 요구된다. 기술적 장애에는 원하는 세포유형(심장세포나 신경세포 등)으로 줄기세포가 분화하는 것을 통제하는 능력의 발전이 포함된다. 줄기세포배양에 의한 치료법을 발전시키는 것이 얼마나 어려운지, 그리고 최상의 치료를 위해서는 얼마나 다양한 줄기세포의 자원이 필요한지에 관해서는 현재까지 정확히 알려지지 않았다. 요컨대 줄기세포생물학은 아직 유년기에 있으며 오직 더 많은 연구만이 그 해답을 제공해 줄 것이다.

Ⅲ. 배아와 인간존엄

1. 현행법체계 하에서의 배아의 법적 지위

배아의 '인간존엄'과 '생명권'은 헌법적인 측면에서 중요한 의미를 지니고 있다. 즉, 유전공학이나 생명공학과 관련되어 발생하는 헌법적 문제점 중에서 선결적으로 해결되어야 하면서도, 가장 근원적인 문제는 두 가지인 바, 하나는 인간의 생명은 언제 시작되는가 하는 문제이고 다른 하나는 인간의 존엄을 보장하는 범위를 어디까지로 하여야 할 것인가 하는 문제이다.²²⁾ 인간의 존엄이란 말 자체가 상당히 추상적이고 철학적인 개념인 바, 법적인 개념으로서의 인간의 존엄은 어떻게 정의할 것인가, 그 한계는 어디까지인가 등에 관한 논쟁은 지금도 격렬하게 벌어지고 있다. 이러한 인간존엄은 배아복제와 연구에 있어서 그 연구가 과연 법적으로 허용될 수 있는지를 가늠하는 여러 기준 중 첫줄에 서 있다. 다시 말해서 배아는 인간존엄의 주체가 될 수 있는가, 있다면 이때 말하는 인간의 존엄이란 어떤 성격의 것인가, 이러한 의문과 그에 대한 해답은 배아복제와 연구를 법적으로 허용할 것인가를 놓고 벌어지는 논쟁의 출발점이라고 할 수 있다.

배아연구를 합헌적이라고 보려면 배아의 인간존엄성을 부인²³⁾해야 할 것이고, 배아의 인간존엄성을 부인할 때 배아에 대한 일체의 검사·실험 등을 진행 할 수 있다고 할 것이다. 또 필연적으로 배아연구는 배아의 생명침해를 전제로 하기 때문에, 배아의 법적지위를 어떻게 보느냐에 따라 견해가 나뉘어 질 수 있겠지만 경우에 따라서 배아연구는 법률로써 근거를 마련하여 그 한계 안에서 배아생명의 침해 내지 제한을 할 수 있다는 결론에 이를 수도 있다.

반대로 배아복제는 위헌이라는 입장에서는 배아에 대한 인간존엄을 인정하면 결론은 간단히 도출 될 수 있다. 배아는 일반성인과 같이 인간존엄을 가진 엄연한 존재로서 이에 대한 모든 침해는 그것이 연구이건 생

22) 노기호·정문식, 독일에서의 인간배아의 인간존엄에 관한 논의, 사회과학연구, 한국사회과학회, 2003, 2, 69면.

23) J. Ispen, Der verfassungsrechtliche Status des Embryos in vitro, JZ, 2001, 989 ff.

명침해건 위헌이기 때문에, 어떤 형태의 어떤 종류의 연구라도 배아의 인간존엄을 침해할 소지가 있다면 금지하는 것은 마땅하다.

보기에 따라서 이러한 논의의 전개방향은 매우 단순하다. 배아의 인간존엄을 인정하고 모든 종류의 배아에 대한 연구를 금지 할 것인가, 아니면 배아의 인간존엄에 의문을 제기함과 동시에 일정한 조건 하에서 가능한 모든 종류의 연구와 기술을 개발할 것인가, 양자 중 하나를 결정하는 것이 배아를 둘러싼 법적 논쟁의 출발점이 될 수 있을 것이다.

(1) 현행법상 인간 존엄의 주체

1) 출생한 자

우리 헌법 제10조가 “모든 국민은……”이라는 표현을 하고 있기는 하나 인간존엄권은 국민 뿐 아니라 외국인 및 무국적자까지도 그 주체가 될 수 있다고 보아야 할 것이다. 다만 여기서의 인간은 자연인만을 그 주체로 하며, 법인은 제외해야 할 것임을 물론이다.

그러나 칸트가 적절히 지적한 바와 같이 인간은 이미 완성된 “이성적 존재”가 아니라 단지 “이성능력이 부여되어 있는 존재”로 파악한다면, 여기서 인간존엄의 근거가 되는 인격성(인격주체성)은 반드시 현실적으로 구현될 필요가 없으며 다만 “잠재적인 능력을 보유하고 있는 것만으로 충분하다고 할 것이다. 즉 인간존엄성은 “모든 구체적 인간의 잠재적 특성을 의미하는 것이기 때문에 그 결과 인간존엄성은 모든 인간에게 균등하게 인정되는 것임은 물론이거니와 누구를 막론하고 어떠한 경우에도 인간의 “생존가치”의 유무에 대한 판단을 허용할 수는 없다고 할 것이다. 따라서 미성년자 나 범죄자 및 정신병자의 경우에도 인간존엄성을 부정할 수는 없다. 또 인간의 생존가치의 유무에 대한 가치판단이 허용되지 않는다고 한다면 비록 약물이나 모체의 감염 또는 방사선이나 유전적질환을 인하여 태어난 기형아의 경우에도 그 인간존엄성을 부여해야 할 것이다. 따라서 기형아에 대하여도 인간으로서의 고유가치를 부인하거나 생존할 가치가 없는 것으로 단정할 수는 없다고 할 것이다.

2) 출생하지 않은 자와 死者

a) 태아

인간존엄의 주체를 인간 즉 자연인의 권리로 파악한다면 출생이전의 상태에 놓여있는 태아의 경우에는 인간존엄성을 부여할 수 있는가가 문제가 된다. 인간의 생명의 시기와 관련된 역사적인 독일연방헌법재판소 판례는 생명은 독립된 생물학적 인식에 의하면 수정 후 14일부터 성립한다고 보고, 출생 후에도 이 생명의 성장은 계속 한다고 보아 생명이 어느 한 순간에 완성되는 것이라는 견해를 배척하고 태아에 대한 생명의 보호는 원칙적으로 수태 시부터 시작되나 늦어도 착상에 의해 완전한 형태로 나타난다고 보아야 한다는 입장을 밝힌 바 있다.²⁴⁾

그러나 인간생명의 시점에 대한 판단은 법학이나 철학적인 입장에서 막연하게 파악될 수 있는 것이 아니라고 생각되며 여기에는 더욱 전문적인 생물학이나 의학의 결과를 토대로 할 것이 요청된다. 따라서 생명의 시기와 관련된 문제는 후술하기로 한다.

b) 死者

死者의 경우 인간존엄의 주체성 인정 여부가 문제되는 바, 긍정설은 사자²⁵⁾도 인간임에는 틀림없으므로, 비록 법인격성이 있다고 보기는 어려우나, 헌법상 기본권주체의 개념과 사법상의 권리주체의 개념이 반드시 일치하는 것은 아니고, 기본권주체성과 기본권행사능력은 별개이므로 인간존엄의 주체가 되며, 다만 성질상 보호범위가 축소되는 것은 어쩔 수 없다고 한다.²⁶⁾ 따라서 예컨대 사자의 명예가 철저히 파괴되어 그의 아이덴티티(특히 동일성)의 변질을 가져 올 경우에는 인간존엄을 침해한 것으로 보아야 한다고 한다.

이에 반하여 부정설은 영혼과 정신과 육체의 단일체가 인간이라고 파악하는 종교적 입장에서 이 세 요소가 이미 다 갖추어지고 있는 태아의 인간존엄주체성을 긍정하는 것이 논리적일 것이고, 세 가지 중에서 적어도 두 가지가 상실된 상태를 뜻하는 사자의 주체성을 긍정하는 것은 무리이며, 인간존엄을 윤리적 가치를 인정받은 인격체의 개성신장을 위한 포괄적인 행동의 자유를 보장한 것이라고 이해한다면 사자의 인간존엄주

24) BVerfGE, 39, 1(37)

25) 죽은 인간 : 사체가 아님

26) 이재명, 인간존엄의 헌법적 접근, 중앙대 박사학위논문, 211면

체성을 긍정하는 것은 현실적으로 무익한 일에 불과 하다고 한다.

한편 원칙적으로는 사자의 인간존엄의 주체성을 부정하면서도 제한적 이나마 그 주체성을 인정하려는 견해도 있다.²⁷⁾ 이 견해에 따르면 원칙적으로 생자에게만 인간의 존엄과 행복추구권이 인정되고, 사자에 대해서는 가족관계와의 관련 하에서 제한적으로 인정된다고 볼 것이라고 하면서, 사자의 인격주체성을 인정하지 않는 견해에 대해 사자의 육신만을 생각하는 것이고 사자의 인격을 무시한 이론이라고 비판하면서, 사자에게도 저작권 등이 인정되고 있는 것을 볼 때 사자에게도 명예·인격 등을 인정해야 한다는 것이다. 또 인간의 시체는 인격주체성이 결여되어 있기 때문에, 원칙적으로 인간으로서의 존엄과 가치를 인정할 수 없다고 할 것이나, 예외적으로 인정되는 경우로 인간의 시체를 산업용으로 이용하는 것은 인간 존엄에 반한다는 입장²⁸⁾도 있다.

생각건대 사자는 태아와는 달리 구체적인 인격의 실현은 물론 잠재적인 가능성도 인정받기 어렵다고 할 것이다. 사자의 인격이나 명예는 그가 생전에 누렸던 인간존엄권의 반사적 효과²⁹⁾로 보는 것이 타당하며, 사자가 인간존엄권을 현재도 누리고 있는 결과라고 할 수는 없다고 본다.

다만 사자도 한때 인간으로서 인간존엄성을 보유하고 있던 자라는 점에 비추어 비록 그 존재구조상의 불완전성이 인정된다 하더라도 신중한 취급이 요구된다고 할 것이다. 예컨대 시체해부보존법 제17조가 시체에 대한 예의를 규정하고 있다거나, 형법이 시체의 손괴행위를 처벌하는 것도 이러한 연관에서 긍정적으로 평가된다.

2. 생명의 시기

(1) 총 설

생명권이란 살 권리이자 생명은 신체의 생존형식 그 자체이다. 다시 말해서 비생명적인 것 또는 죽음에 반대되는 인간의 육체의 존재형태를 의

27) G. Dürig, Grundgesetz, Art. 1, Rn. 26.

28) 권영성, 헌법학원론, 법문사, 2004, 337면.

29) T. Geddert-Steinacher, Menschenwürde als Verfassungsbegriff, Berlin, 1990, s. 79.

미하며 이를 누릴 권리를 의미한다.³⁰⁾ 헌법에 보장되고 있는 각 종의 권리는 생명을 기초로 하여서만 그 의의가 있는 것이며, 인간의 모든 권리는 생명권과 밀접한 상호보완적·상호불가분의 관계가 있다고 할 수 있다. 근대 헌법은 생명권에 대하여 당연한 것으로 여겨 따로 규정하지 않았으나, 세계 제2차대전이 끝나고 전쟁 중에 자행된 인간의 존엄성 파괴와 더불어 인간생명의 대량학살 등의 사태를 반성하는 의미에서 특히 그러한 역사적 교훈을 뼈저리게 느낀 독일이나 일본은 이를 헌법전에 규정하게 되었다. 우리 헌법 상 생명권에 대한 규정은 따로 없으나 학설³¹⁾과 판례³²⁾는 우리 헌법상에도 당연히 생명권이 인정되는 것으로 보고 있다.

생명의 시작점을 어디로 보느냐는 학설에 따라 다소 차이가 있지만 낙태에 관한 여러 법률이나 판례를 통해 가늠해 볼 때 적어도 출생 이전부터 법은 생명의 존재를 인식하고 있으며 보호의 영역으로 삼고 있다고 할 수 있다. 그러나 정확히 어느 시점부터 생명의 시작이라고 볼 수 있는가를 결정하는 것은 그리 쉬운 문제가 아니다. 생명은 그 자체로 확실하게 분리하거나 구분할 수 있는 단계로 이루어진 것이 아니라, 자연적으로 일어나는 발달과정의 총합체이기 때문이다. 따라서 생명의 시작을 확정하는 것은 죽음을 확정하는 것 이상으로 어려운 문제라고 할 수 있다.

(2) 현행 법률상 생명의 시기

지금까지 생명의 시기와 관련된 논쟁은 주로 개별 법률차원에서 다루어졌다. 기본적으로 권리능력의 주체가 되려면 사람으로서 완전한 형태를 갖춘 자연인이어야 하고 각각 사안에 따라 그 보호범위를 확장하는 쪽으로 전개되어왔던 것이다. 사회적 인간관계에서 주로 인간시기의 문

30) Duerig, G. G. Kommentar, Art. 2 Abs. II, Rndr. 9.

31) 생명권의 헌법적 근거로서 ① 헌법 제10조 인간의 존엄과 가치에서 찾는 견해,(김철수) 제10조와 함께 신체의 자유를 규정한 제12조 1항과 열거되지 아니한 헌법상의 권리를 규정한 제37조 1항에 구하는 견해,(권영성) ③ 인간의 존엄과 신체의 자유의 전제로 보는 견해(허영) 등이 있다.

32) 우리 헌법재판소는 “인간의 생명은 고귀하고, 이 세상 무엇과도 바꿀 수 없는 존엄한 인간존재의 근원”이라고 하면서, 명문의 규정은 없지만 “모든 기본권의 전제로서 헌법에 규정된 모든 기본권 중의 기본권”이라고 보고 있다. 헌재결, 95헌바1, 헌판집, 8-2권, 527면.

제는 사람의 시기에 관한 문제로 낙태와 살인 등에 있어서 범죄행위의 형법상 보호객체의 지위와 재산상속에 있어서 상속인의 지위를 지정하는 가족법적 문제로만 논의 되었다.

민법 제3조는 “사람은 생존한 동안 권리와 의무의 주체가 된다”고 규정하고있으나 이 사람을 두고 학설은 진통설과 일부노출설, 전부노출설, 독립호흡설 등이 대립하고 있다. 그러나 민법에서는 출생의 완료, 즉 태아가 모체로부터 전부 노출된 시기를 출생으로 보는 것이 통설이다, 가족법에서는 태아에게도 상속권이 인정 될 것인지 여부를 놓고 논란이 되어 왔고 현재는 정상적으로 출산되었을 때 소급하여 상속권을 인정하는 것이 판례의 태도이다.

형법에서는 제251조에서 분만중인 영아를 살해한 경우를 낙태죄로 보지 아니하고 영아살해죄로 보고 있다. 따라서 형법에 있어서의 사람의 시기는 진통설이 통설이 된다.³³⁾

그러나 이러한 경우에 있어서 태아와 사람의 구분 및 이와 관련된 출생시기의 문제는 산모와의 관계에 있어서 법주체가 어떠한 물리적 상태에 있는가 또는 그렇지 않은가의 문제이다. 다시 말해서 언제 출생한 것으로 보아야 하느냐가 중요한 문제일 뿐이지 그러한 주체가 인간의 생물학적 속성 즉 인간으로서 생물학적 특성을 지니고 있는가 또는 없는가의 여부는 지금까지 문제되지 않았다. 그러나 인간복제 특히 배아복제와 관련하여 이를 허용할 것인가를 놓고 볼 때 생명의 시기 문제는 보다 더 미세한 차원으로 다시 재구성되고 있다.³⁴⁾

(3) 헌법 문제로서 생명의 시기

헌법 영역에서 생명의 시기와 관련된 논의는 상당히 중요한 사항임에도 불구하고 그동안 상대적으로 소홀히 다루어져 왔음이 사실이다. 생명의 시기는 언제 인간이 되느냐 하는 문제와 직결되어 있고, 인간존재로 확인이 되면 바로 인간존엄의 주체가 되기 때문에 헌법상의 기본권 주체

33) 이재상, 형법각론, 박영사, 2003, 14-15면. 김성천·김형준, 형법각론, 동현출판사, 2000, 34-37면.

34) 강희원, 배아복제와 인간존엄의 정치학, 법제연구 제20호, 2000, 11-12면.

가 된다. 그러나 헌법 조문 상 이러한 점을 직접적으로 명시하고 있지는 않고 “모든 국민은 인간으로서의 존엄과 가치”를 가진다라고만 규정되어 있기 때문에 언제부터 인간으로 볼 것인지는 분명히 밝히고 있지 않다.

1) 학설의 태도

a) 배아생명체설(수정란설)

정자와 난자가 만나 결합되는 순간을 생명의 시작점으로 삼는다. 정자와 난자의 수정을 통해 수정체 곧 배아가 발생하기 때문이다. 이 견해는 종교계의 견해이기도 하다. 인간의 생명을 분할 할 수 없는 자연적 발달과정상태를 전제로 한다면, 이 단계를 구분하는 것 자체는 생명에 대한 기본적인 인식을 부정하는 것과 같다고 한다. 이 입장에서는 난자와 정자의 결합 시부터 인간의 생명이 시작한다고 본다. 즉, 인간의 발생과정은 어느 단계에 있더라도 개체로서의 동일성이 유지되기 때문에 어느 단계에 있어서도 인간이라는 것이다. 이러한 견해에 따르면 수정이 되는 순간부터 인간의 생명이 시작되고 따라서 배아를 대상으로 하는 실험은 인간을 대상으로 하는 것이나 마찬가지기 때문에 인간의 존엄성을 해칠 수 있다는 결론에 이르게 된다.³⁵⁾

b) 분화전능성종결시설(착상시설)

수정된 배아가 장기 등 다른 세포로 발달될 가능성이 사라지고 하나의 개인으로 성장할 수 있는 정체성을 갖는 시점을 인간생명의 출발점으로 보는 시각이다. 인간의 수정체는 계속적인 세포분열단계에서 8세포기와 16세포기 사이에 명백한 차이점을 갖는다. 8세포기까지의 수정체는 어느 한세포라도 분리하여 다시 분열시키면 다시 완전한 하나의 개체 곧 사람으로 발전할 가능성이 있다. 그러나 16세포기에 이르면 각 세포는 각자의 고유한 기능을 갖게 되고, 이때부터 어떤 세포를 분리하더라도 분리된 세포가 하나의 독립된 개체로 발전할 가능성은 없어진다. 따라서 이때부터 배아는 분명한 개별성을 보유하게 되고 쌍둥이로 분열할 가능성조차 사라지는 완벽한 개인성이 형성되게 된다.³⁶⁾ 이 시점은 배아의 자연적 발달

35) 조홍석, 생명복제와 인간의 존엄성, 공법연구 제30집 1호, 2001, 12, 27면.

36) 난자는 자궁 내에서 종종 두개의 배아로 분리되어 일란성 쌍둥이가 되거나 매우 드물기는 하지만 2차 분열을 하여 네 쌍둥이가 되기도 한다. 이런 점 때문에 쌍둥이로 분열될 수 있는 마지막 순간까지는 개인의 정체성을 가졌다고 볼 수 없다고 한다.

과정에서는 수정후 약 14일 전후라고 한다. 14일 이전의 수정란의 각 세포들은 상호작용이 없고 전체에 대한 부분으로서의 기능을 할 수 없으므로 개체성을 가진 생명으로 보기 어려우며 단순히 세포덩어리라고 여겨진다. 이 견해는 수정후 약 14일이 지난 시점을 인간생명의 출발점으로 보면서 개체성이 확보되기 이전의 배아는 생명이 아닌 세포상태이기 때문에 체외에서 자유롭게 연구 또는 복제 하더라도 인간의 존엄성을 침해하지 않는다고 보고 있다.³⁷⁾

c) 뇌파발생설

뇌파의 종료로서 사망확정을 주장하는 입장과 맞물려서 뇌파의 발생을 생명의 시점으로 보는 입장이 있다.³⁸⁾ 이는 배아 발생 후 약 40일 정도가 소요된다.³⁹⁾ 인간이란 사고하고 정신을 가진 존재라는 점을 강조하는 입장이다.

2) 판례

인간생명의 시기와 관련하여 우리 대법원은 수정란이 자궁에 착상한 때로부터 인간의 존엄과 가치를 지닌다고 판시한 바 있다.⁴⁰⁾ 대법원은 “인간의 생명은 잉태된 때부터 시작되는 것이고 회임된 태아는 새로운 존재와 인격의 근원으로서 존엄과 가치를 지니므로 그 자신이 이를 인식하고 있던지 또 스스로를 방어할 수 있는지에 관계없이 침해되지 않도록 보호되어야 한다 함이 헌법 아래에서 국민일반이 지니는 건전한 도의적 감정과 합치되는 바이다.” 라고 하며 인간생명의 시기를 수정란이 자궁에 착상한 때로 보고 있다.

그러나 이러한 판결이 있을 당시에는 배아에 대한 생명권 인정여부가 주요한 이슈가 아니었고 과학적 지식도 그다지 깊지 않았으며, 당해 사건의 성질 상 인간생명의 시기를 수정란이 자궁에 착상 후부터라고 보아도 결과적으로 크게 달라지지 않을 것이라는 점에서 현시점에서 이 판례가 생명의 시기를 보는 법원의 현재 입장이라고 단정 짓기에는 무리가 따른다고 할 것이다.

37) 조홍석, 앞의 글, 28면.

38) 노기호·정문식, 앞의 글, 74면.

39) C. D. Classen, Die Forschung mit embryonalen Stammzellen im Spiegel der Grundrechte, DVB 1, 2002, 141 ff

40) 대법원 1985. 6. 11 선고 84도1958, 법원공보 제757호, 1025면.

3) 소결

위에서 여러 논의를 간략히 살펴보았으나 인간 생명의 시기를 결정짓는 것은 매우 난감한 문제이다. 종래에는 인간이란 무엇인가와 같은 물음은 주로 철학의 영역에서 다루어져 왔었고 법학에서는 존재하고 있는 인간을 전제로 논의를 전개하여 왔었다. 그러나 이제 자연과학전 발달로 말미암아 인간이 생명의 시작이 언제인지를 결정짓는 문제까지 법적인 영역으로 넘어오게 되었다.

독일연방헌법재판소는 “한 개인의 역사적 존재로서의 의미인 ‘생명’은 생물… 물리학 등의 자연과학을 통하여 이미 획득한 지식으로는 착상 후 14일부터 발생한다”고 결정⁴¹⁾한 바 있다. 이러한 결정은 착상 이전의 수정체에 대해서는 생명으로 인정할 수는 없지만 인간존엄은 인정할 수 있는가, 아니면 생명이 인정되지 않음으로써 인간의 존엄성도 인정할 수 없는가 라는 또 다른 질문을 던져주고 있다.⁴²⁾

생명의 시작이 언제 시작되는지에 대하여는 현대 자연과학적으로 발견된 발생학적 사실에 의거하여 결정할 수도 있을 것이다. 그러나 전적으로 과학에 의하여 인간의 생명시점이 결정되는 것에 대하여는 다소 문제가 없지 않다고 보여진다.⁴³⁾ 따라서 인간의 생명시기에 관하여는 과학기술적인 사실과 함께 배아의 도덕적 지위도 함께 검토해보아야 할 것으로 보인다. 배아가 도덕적인 존재인지 따라서 도덕적 지위를 보유하고 그 결과 인간 존엄성의 주체가 될 수 있을지 이하에서 살펴보기로 한다.

3. 배아의 도덕적 지위

일반적으로 철학적인 입장에서 보았을 때, 도덕적 지위라는 개념은 온전한 생명권을 누릴 권리를 갖는 지위로 규정된다.⁴⁴⁾ 즉, 도덕적 권리를 지닌 존재는 존엄한 존재이며 적어도 살해당하지 않을 권리를 보유한다.

41) BVerfGE, 39, 1 (37)

42) 노기호·정문식, 앞의 글, 74면.

43) 조홍석, 앞의 글, 28면.

44) 여기서의 생명권은 물론 철학적 개념이다. Sumner, *Abortion and Moral Theory*, Princeton Univ. Press(NJ), 1981, p. 31.

배아가 도덕적 지위를 갖느냐 하는 문제는 배아의 존재론적 지위에 관한 근원적인 질문에 해당한다고 할 수 있을 것이다.

배아연구나 복제를 반대하는 신학자나 생명윤리학자들은 배아를 인간 존재 그 자체로 간주한다. 사실 이러한 논쟁은 임신중절을 허용할 것인가를 둘러싼 논쟁에서 이미 출발한 것과 다름 아니다. 즉, 임신중절 논쟁에서 인간생명의 시기에 관한 논쟁이 최근 생명과학의 발달로 '수정후 14일 논쟁'이라는 구체적인 형태로 다시 나타나고 있는 것이다.

주지하다시피 임신중절과 관련한 논쟁에서 낙태반대론자들은 그 일차적 이유로 태아는 인간생명체로 대우해야한다는 점을 들고 있다. 반대로 낙태를 찬성하는 입장에서는 단지 세포덩어리에 불과하다고 주장하고 있고 반대하는 입장에서는 태아는 인간생명체라고 주장하고 있다. 임신중절반대론자들이 태아를 인간생명체라고 주장하는 이유는 잠재성 논증에 상당부분 의지하고 있다. 정확히 일치하지는 않겠지만 이 논증은 배아복제와 관련하여서도 상당히 중요한 시사점을 제시하여 주리라고 본다.⁴⁵⁾

(1) 자아동일성 이론

낙태반대론자들이 태아를 인간의 생명체로 보는 근거는 이른 바 “잠재성 논증”으로 대변된다. 마찬가지로 이러한 잠재성 논증은 배아에게도 적용될 수 있을 것이다. 따라서 잠재성 논증이 무엇인지 검토한 다음 이를 배아의 존재론적 지위에 관한 물음과 어떠한 연관성이 있는지를 살펴보기로 한다. 잠재성 논증을 정리하면 다음과 같다.

“도덕적 지위를 가진 존재는 생명권을 지닌다. 도덕적 지위를 누가 갖느냐 하는 문제는 합리성의 유무에 의하여 결정된다. 합리성을 지닌 의식적인 인간 존재는 도덕적 지위를 지닌다. 합리성을 잠재적으로 소유한 존재도 도덕적 지위를 지닌다. 태아는 합리성을 잠재적으로 소유한 존재이다. 따라서 태아는 당연히 도덕적 지위를 가지며, 또한 생명권도 지닌다.”

잠재성을 지녔다고 하여 곧바로 도덕적 지위 즉 생명권을 부여하는 것

45) 일부 학자들은 배아연구의 논의를 임신중절과 연계시키는 것을 부정하고 있다. 김상득, 복제배아의 도덕적 지위 물음 : 자아동일성 이론, 과학문화센터 2001 연구논집, 2001, 30-31면.

은 아니다. 잠재성과 가능성은 구분하여 생각해야한다. 수정된 세포가 잠재적인 인간존재라고 말하는 것은 착상과 같은 사건이 일어나고 자연유산과 같은 다른 사건이 발생하지 않으면, 그 세포가 결국 인간존재가 된다고 말하는 것과 같다.⁴⁶⁾ 물론 잠재성의 개념 속에는 가능성의 의미가 포함되어 있다. 즉 가능성은 잠재성의 필요조건일 뿐이다.⁴⁷⁾ 여기서 가능성의 개념은 논리적 의미의 가능성 개념이 아니라 물리학적 생물학적 개념의 가능성을 의미 한다. 그러나 물리학적 생물학적 가능성으로 국한해도 문제가 없는 것은 아니다. 예를 들어 옥수수 한 톨은 잠재적인 옥수수이기도 하지만 잠재적인 식량이기도 하다.

모든 존재는 이런 의미에서 서로 다른 수많은 잠재성을 지니기에 특정 잠재성을 선별하는 문제가 발생한다. 따라서 가능성의 의미로 잠재성을 받아들이면 도덕적 상식과 상당히 다른 결과에 도달할 수도 있게 된다. 즉, 도덕적 중요성에 있어서 피임은 분명히 영아살해와 다르다 그러나 단순한 생물학적 가능성의 의미로 잠재성을 받아들이면 피임행위 역시 인간이 될 가능성을 방해하는 행위이므로 도덕적 비난을 감수해야만 한다. 따라서 잠재성과 가능성을 동일시 할 수는 없으며 다만 필요조건으로 보는 것이 타당할 것이다.

이러한 문제점을 해결하기 위하여 벅클(S. Buckle)은 산출할 잠재성과 될 잠재성을 구분한다. 그에 따르면 '될 잠재성'은 발달하고 있는 실재가 소유한 힘으로써 '발달하는 잠재성'이라고 불리워지기도 한다. '될 잠재성'을 현실화하는 과정은 自我同一性을 필요로 한다. 즉, 실재가 그 잠재성을 실현하기 위해서는 바탕이 되는 토대가 필요한 데, 그것이 바로 실재의 자아동일성이라는 것이다. 잠재적인 존재와 현실적인 존재는 그 발달의 단계는 다르지만 동일한 단일 존재라는 점에서 동일성이 유지된다.

반면에 '산출할 잠재성'은 어떤 결과를 산출하는 잠재성을 의미하는 것이다. 예를 들어 '옥수수는 잠재적인 식량이다'라고 말할 때, 이 문장

46) Harris, In vitro Fertilization : the Ethical Issues, Philosophical Quarterly, 33, 1983, p. 223.

47) Singer & Dawsom, IVF Technology and the Argument for Potential, Philosophy and Public Affairs 17, 1988, p. 91.

은, 옥수수가 식량을 '산출할 가능성'을 가진다고 해석하여야 한다. '산출할 잠재성'은 물리적 가능성을 좀더 구체화 한 것에 불과하다는 점에서 자아동일성 보존을 반드시 요구하지는 않고 따라서 '될 잠재성'과 구분 된다고 할 수 있다.⁴⁸⁾

따라서 이러한 논증을 배아의 도덕적 지위와 관련하여 배아에게 적용한다면 배아가 인간으로서의 잠재성을 인정받기 위해서는 산출할 잠재성이 아닌 될 잠재성을 보유하고었느냐 하는 문제, 즉 자아동일성의 문제가 전제가 되지 않을 수 없는 것이다.

(2) 배아의 인간 자아동일성

개체발생학에 따르면 정자와 난자가 만나 수정란이 형성되고, 이 수정란이 자궁에 착상되어 만 9개월 동안 발달한 후 출산되어 한 인간으로 태어난다. 이때 정자와 난자는 태어난 인간과 자아동일성이 있다고 볼 수는 없다. 마치 수소와 산소가 결합하여 된 물과 수소 또는 산소가 동일하다고 여길 수는 없는 이유와 마찬가지로이다. 따라서 인간존재란 물리적 대상의 시간적·공간적 인과 연쇄라는 차원에서 보면, 인간존재의 출발의 일차적 후보는 수정란이라고 잠정적으로 말할 수 있다.

그러나 아직 배아와 실제적인 도덕적 존재인 인간 사이에 자아동일성이 성립되는지 여부는 입증되었다고 볼 수는 없다. 앞에서 살펴보았듯이 배아와 인간과의 자아동일성이 입증되지 않으면 배아가 잠재적인 인간 존재라는 명제가 지극히 불안정하게 되며 배아의 잠재성에 근거하여 부여된 인간으로서의 존엄과 가치라는 지위는 치명적인 오류에 직면하게 된다.

생명체의 경우 두 실제 사이에 자아동일성이 성립되려면 적어도 두 가지 연속성이 요구된다. 하나는 유전적 연속성이고, 다른 하나는 수직적 연속성이다.⁴⁹⁾ 그러면 인간개체의 발생의 경우 유전적 연속성과 수직적 연속성은 언제 확립되는가? 이에 관하여는 두가지 입장이 팽팽히 맞서고 있다. 하나는 수정순간에 두 연속성이 시작된다는 수정란설이고, 다른 하

48) 김상득, 앞의 글 32면.

49) Kuse & Singer, *Individuals, Humans and Persons : The Issue of Moral Status, Embryo Experimentation*, p. 66.

나는 착상 순간에 시작된다는 착상시설이다.

수정란설의 대강의 내용은 다음과 같다.

- ① 유전적 논증 : 인간의 유전자는 수정순간에 형성된다
- ② 연속/불연속 논증 : 개체 발생은 수정이후 점진적으로 하나의 연속성을 그리지만 수정은 발달에 있어서 철저한 불연속성을 그린다.
- ③ 개별성 논증 : 수정을 출발점으로 하여 개별적인 한 인간존재가 시작된다.

체외수정 배아는 ①과 ②를 충족시킨다. 그래서 착상시설 옹호론자들은 ①과 ②는 인정하면서도 ③을 부인하는 논리를 전개한다.

③이 성립되려면 1난자+1정자=1수정란=1배아=1태아=1아기의 등식이 성립되어야 한다. 그러나 생물학적 발견에 따르면 한 수정란이 두 아기로 발달하기도 하고 한 아기의 형성에 두 수정란이 관여되기도 한다. 전자는 일란성 쌍둥이의 경우이고 후자는 삼쌍둥이와 같은 異조직 공생체인 일명 키메라의 경우이다. 일란성 쌍생아는 하나의 수정란이 분열을 하여 두개의 수정란이 된 다음 각각 자궁에 착상하여 각기 발달한 경우이고, 키메라는 독립적인 수정의 결과로 발생한 둘 이상의 수정란이 융합하여 단일의 태중 생명체를 발달시키는 경우이다.

배아가 일란성 쌍둥이로 분화되었을 때 쌍둥이 중 어느 개체가 원래의 배아와 자아동일성을 유지하는가 하는 문제에 봉착하게 된다. 따라서 착상시설은 다음과 같이 정리될 수 있다.

- ① 하나의 실재가 두 실재와 동일할 수 없다.
- ② 따라서 배아는 두 쌍둥이와 동시에 자아동일성을 유지 할 수 없다.
- ③ 쌍둥이는 가정 상 그 속성이 동일하고, 어느 하나가 시간상 다른 하나에 선행 할 수 없다.
- ④ 따라서 배아는 두 쌍둥이 중 어느 하나와 자아동일성을 유지 할 수 없다.
- ⑤ 결국 배아와 일란성 쌍둥이 사이에는 자아동일성이 전혀 성립되지 않는다.

이처럼 자아동일성론은 한 인간개체로부터 두 인간의 개체가 발생할 수없다는 논리에 그 토대를 두고 있다. 이 논리에 따르면 쌍둥이가 될 가

능성이 사라지기 전에는 배아가 미래에 존재하게 될 특정의 한 인간존재와 한정적으로 동일하다고 주장할 수 없게 된다. 이러한 의미에서 학자들은 유전적 개별성과 발달하는 개별성을 구분하면서 발달하는 개별성은 원시선이 출발하는 시점에 형성된다고 주장하고 있다. 즉 배아는 유전적 개별자이나 존재론적 개별자라고 보기는 어렵다는 것이다.⁵⁰⁾

쌍둥이가 발생하는 것은 배아의 생물학적 특성에 기인한다. 즉 착상과 더불어 원시선이 출현하는 14일 이전 배아는 분화전능성을 지닌다. 만능분화가능성이란 태어나 태반 혹은 다른 신체기관으로도 분화할 가능성을 지닌다는 뜻이다. 만능분화가능성을 가진 배아는 현재로서는 그 실체가 무엇인지 무규정상태이다. 이 분화전능성이 있는 한 배아는 인간개체로서 산출될 잠재성은 있지만 반드시 될 잠재성을 가진다고 보기는 어렵다. 자아동일성 이론에 의하면 다음과 같은 중간 결론에 도달한다. 배아와 인간개체 사이에는 자아동일성이 확립되지 않기 때문에 배아에게 적어도 인간과 동일한 지위를 부여할 수는 없다.

(3) 소 결

일반적으로 인간의 존엄은 인간 유전자를 지니고 있으며 따라서 인간으로 태어날 잠재성이 있는 모든 존재자에 대해 부여되어야만 한다는 점이 널리 퍼져있는 듯 하다. 이런 의미에서 독일연방재판소는 다음과 같이 천명하고 있다.

“인간의 생명이 있는 그곳에 인간의 존엄이 귀속된다. 그 담당자가 이러한 존엄성을 인식했는지, 또한 이 존엄성 자체를 보존할 줄 아는지의 여부는 중요하지 않다. 인간존재에 애초부터 내재되어 있는 잠재적 능력은 인간의 존엄을 근거 짓기에 충분하다.”⁵¹⁾

인간이 될 이러한 능력의 잠재적 담당자로서는 배아와 태아뿐만이 아니라, 인간의 줄기세포도 이에 포함시킬 수 있다고 주장하는 것이다.⁵²⁾ 그

50) 김상득, 앞의 글, 35면.

51) BVerfGE 39, 1 (41).

52) BVerfGE 39, 1 (37) ; C. Starck, in : H. von Mangoldt/F. Klein/C. Starck, Das Bonner Grundgesetz, Kommentar, Bd. 1, 3. Aufl, München 1985, Art. 1 Rz 14.

러나 위에서 살펴보았듯이 그럼에도 불구하고 자아동일성 이론에 입각하여 봤을 때 이러한 생물학적인 착안점은 심각한 의심에 직면하게 된다. 즉 인간의 존엄을 인간의 유전자의 존재여부에 기준을 삼을 수는 없다.

유전공학과 복제의술의 급진적인 발전으로 인해 어떤 임의적인 신체세포로부터도 인간 개체를 복제할 수 있는 지점에 거의 이르게 되었다. 그러나 그렇다고 해서 임의적인 아무 신체세포(가령 모근)에다 인간의 존엄을 인정한다는 것은 명백히 잘못된 것이다.⁵³⁾ 따라서 인간유전자의 보유 여부가 인간의 존엄을 인정하는 유용한 기준이 되기에는 지나치게 넓은 것이다.

어쨌든 인위적 조작이 개입되지 않는 대부분의 경우 인간 개체의 개별성은 수정으로서 시작되며, 이때부터 연속적인 발달 과정은 시작된다고 할 수 있다. 이 인간 개체는 아직 완전히 발달된 것은 아니지만, 앞으로의 발달을 예정하고 있으며, 기본적으로 뇌파의 형성이나 출산 같은 예정된 과정과 절차의 실현만 남겨두고 있을 뿐이다. 따라서 배아세포는 “개인적이고, 고유의 유전적 특성을 보유한 존재”로서 그것이 비록 아직 완전한 인간은 아니더라도 인간으로 발달해 가는 과정⁵⁴⁾에 있다고 볼 수 있을 것이다. 그러나 배아에 대한 이러한 개념 규정은 여전히 우리에게 질문을 던지고 있다. 부분적인 인간(Partial Human)으로서 완전한 인간으로 발달해가는 과정에 있는 배아와 완전한 인간과 동등한 도덕적 지위를 가지고 있다고 봐야 하는가 아니면 부분적으로만 인정해야 할 것인가.

“인간의 존엄”은 하나의 법적개념이다. 법질서는 법적 권리를 귀속하는데 있어 자율적이긴 하지만, 그러나 이를 자의적으로 수행하는 것이 아니라 법공동체의 윤리적 확신과 결부되어 있어야 한다. 특히 민주적으로 형성되는 법질서는 적어도 대략적으로라도 법공동체의 도덕적 관념에 따르고 있다. 인간의 존엄을 인정하는 결단 또한 이러한 도덕적 합의에 따라야 한다.

인간의 개별세포나 수정되지 않은 난세포에 인간의 존엄을 인정하는

53) W. Brohm, Forum : Humanbiotechnik, Eigentum und Menschenwürde, in : JuS 1998, S. 197 - 205 (204 f).

54) Human Cloning and Human Dignity, 2003, pp. 173-174.

것은 주장될 수 없다.⁵⁵⁾ 따라서 태아, 배아, 인간 개별 세포들처럼 정상적으로 태어난 자연인으로부터 발생학적으로 멀어지면 멀어질수록, 그 인간존엄을 인정하는 것은 사회의 도덕적 관념으로부터도 멀어지게 된다.

어떤 존재에 인간의 존엄이 귀속되는지 여부에 대한 결론은 개개인의 견해에 앞서 미리 규정된 것이 아니라, 오히려 우리의 결단에 달려있다. 이러한 한계문제에서 법질서는 민주적으로 정당화된 한계점을 마련해야 한다.

IV. 배아의 특수한 헌법적 지위

1. 서설

배아를 인간 생명의 시작으로 본다면 배아에 있어서는 보호받아야 하는 인간존엄은 곧바로 생명권을 의미하게 된다. 일단 존재하게 된 인간생명은 보호받아야 하고 그 자체로서 인간의 존엄성이 부여되는 것이다. 생명권이나 인간의 존엄은 국가 혹은 사회 권력으로부터 인간을 보호하는 가장 기본적인 권리라는 관점에서 양자 모두 가장 우선되는 권리들이다. 그렇다면 배아는 인간존엄과 생명권 양자모두에 대해 기본권 능력을 갖는 것으로 볼 수 있는가. 이에 대하여는 조금 더 살펴볼 여지가 있다.

주지하다시피 태아는 기본권주체로서의 지위를 인정받고 있다. 인간존엄은 태아에게 이미 인정되는 것이며, 출생이후 성장함에 따라 조건부로 부여되는 것이 아님은 분명하다. 낙태에 관한 독일연방헌법재판소의 다음과 같은 결정문은 이와 관련된 논의를 전개함에 있어서 시사 하는 바 적지 않다고 할 것이다.

“생명권은 모체에 착상됨으로써 형성되는 것이 아니라, 태아의 존재가 이미 형성되었기 때문에 존재하는 것이며, 이 생명권은 기본적인 양도할 수 없는 권리로서, 이로부터 인간의 존엄이 도출된다.”⁵⁶⁾ 이러한 독일

55) P. Koller, Personen, Rechte und Entscheidungen über Leben und Tod, in : E. Bernat (Hrsg.), Ethik und Recht an der Grenze zwischen Leben und Tod, Graz 1993, S. 71 - 95 (72 ff.).

56) BVerfGE 88, 203 (251f)

연방헌법재판소의 해석⁵⁷⁾은 앞에서 본 바와 같이 논리적으로 배아에까지 곧바로 연결 할 수는 없다. 따라서 배아에 있어서도 생명권과 인간존엄의 주체로서 헌법상의 지위를 갖는다고 볼 수 있을 것인지는 보다 세밀하게 살펴볼 필요가 있다.

2. 태아의 법적지위와의 비교

인공임신중절행위가 처벌의 대상이 되는 이유는 인간생명의 최고가치성, 태아의 생명권 그리고 다른 행태의 보호가 불가능하다는 데서 나오는 윤리적 결과이다. 그러나 한편으로는 모체의 인간존엄성과 자기결정권을 내세워 낙태의 자유를 주장하는 견해가 있다. 여기에 따르면 임신은 여성의 사생활에 속하는 일로써 헌법상 인간의 존엄과 가치와 사생활에 대한 자유권의 보호 밑에 있다고 한다. 따라서 임신상황의 계속을 여성에게 강요하는 것은 이러한 권리에 대한 침해가 된다고 한다.

낙태를 반대하는 입장에서는 낙태는 태아의 생명권에 대한 침해이므로 이를 허용할 수 없다고 한다. 이러한 양 주장은 각각의 철학적 윤리적 바탕과 가치관이 다르기 때문에 팽팽하게 대립하고 있으나 대체적으로 다음과 같은 사유가 있을 경우에는 부분적으로 낙태를 허용할 수 있다는 데 대체적인 합의에 이른 것으로 보인다.

첫째, 임신상황의 지속이 모체의 생명을 심히 위태롭게 하는 경우에는 모체의 생명을 구하기 위한 낙태행위는 정당화 된다고 할 수 있다. 이 경우 정당화의 근거로서 태아의 생명보다 임부의 생명의 가치가 더 높기 때문이라는 견해는 받아들일 수 없다고 본다. 태아의 생명도 인간생명과 동일하게 생명권의 보호를 받으며, 인간생명의 가치는 누구나 동일하기 때문이다. 태아는 비록 완전한 인신의 주체는 아니지만 잠재적 인격의 주체이며, 태아도 사람이라는 사실을 깊이 인식할 필요가 있다고 본다.

모체의 생명과 태아의 생명이 충돌시에 임신중절이 정당화 되는 근거

57) BVerfGE 39, 1 : 88, 203 ; 김일수(이석배 역), 착상이전단계에서 배아생명보호, 형사법 연구 제16호 특집호(2001), 22 ; Bauer, Der Mensch als Produkt der Gene und die Unantastbarkeit seiner Würde, DRiZ Mai 2002, 163면 이하.

로는 ① 낙태를 허용치 않을 경우 모체와 태아의 생명은 동시에 죽게 되지만, 낙태를 허용하면 최소한 임부는 살 수 있으므로 구출할 수 있는 모체의 생명을 우선해야 할 것이라는 것과, ② 태아가 분만 시까지 겪어야 하는 위험의 요소가 모체의 그것에 비해 큰것이기에 위험의 요소가 적은 모체의 생명에게 우선권을 인정해야 할 것이라는 두 가지를 들 수 있다.

둘째, 윤리적 정당화사유로서 강간 기타 위계에 의한 간음 등 불법한 성행위나, 근친상간이나 미성년자의 간음 등 반윤리적 성행위에 의해 수태되었을 경우 낙태를 허용하는 것을 말한다. 이 경우에는 태아의 출생을 강요할 근거가 없으며 그 출생은 사회적 또는 국가적으로 불행하고 특히 부녀가 자기의사에 반하여 강제된 임부의 경우에는 그 출생을 기대할 수 없다고 하여 윤리적 적응을 인정하고 있다.

윤리적 견지에서 임신중절행위가 정당화되는 경우에는 임신부의 인간 존엄성과 태아의 생명권이 서로 충돌하게 되어 어느 쪽을 우선적으로 보호할 것이냐가 문제된다. 윤리적 적응의 경우 최소한 형법적 책임의 존재를 거부해야 할 것이라는 견해에도 충분한 이유가 있지만 적어도 헌법상 생명권의 견지에서는 이를 받아들일 수 없다고 본다. 강간에 의한 임신의 경우 임신중절을 정당화사유로 보는 독일연방헌법재판소의 태도는 태아의 생명권 보호라는 관점에서 본다면 문제점이 없다고는 할 수 없다.

그러나 법과 사회제도는 우선적으로 출생한 인간을 위하여 고안되었으며, 태어나 그 외의 출생을 준비 중인 생명은 특별히 고려된 인정할 수 있는 생명권을 부여받을 뿐이다.⁵⁸⁾ 그렇기 때문에 태아를 곧바로 '인간으로서' (als Mensch) 취급하는 것 보다는 '인간이 되어가는' (zum Menschen) 생명으로 취급하는 것이 타당하다. 인간을 구분하고 등급화하여 타인의 선택으로 생명박탈을 가능하게 한 이 견해의 문제점은 아직도 해결되지 못하였다. 그러나 다른 측면에서 보면 사회적인 배려가능성이 없는 무조건적인 출산의 강요는 결국 여성에게 '생식을 위한 강제'를 요구하는 것과 같다.⁵⁹⁾ 가장 이성적으로 설명되는 낙태자유화 사상의 기본적인 논증

58) 보다 자세히는 Die unbegründete Unverfügbarkeit ungeborenen menschlichen Lebens, JZ 1991, 503 이하. 참조

59) O'Neill, *Autonomy and Trust in Biotechnology*, 2001, p. 54.

은 임신부의 사회-생물적 환경과 출산할 태아의 생명권을 비교교량하여 일정한 조건에서 산모의 사회-생물적 환경에 선택적 우위를 인정한 것으로 파악할 수 있다.

그러나 이러한 낙태자유화의 이념을 곧바로 배아복제문제로 곧바로 연결시킬 수는 없다. 낙태에서 문제되는 태아의 생명권과 생명공학에서 문제되는 배아의 지위는 처해있는 상황이 다르다. 낙태의 대상이 되는 태아는 모체와의 관계성에서만 엄격히 교량되는 생명이다. 무조건적인 낙태의 허용을 강요하는 국가는 발견할 수 없으며, 그 낙태자유화를 주장하는 입장에서도 그와 같은 전면적인 낙태의 허용을 주장하지 않는다. 그렇다면 낙태자유화의 문제는 태아생명권에 대한 결정의 정당성 문제가 아니라 한계적 상황에 대한 결정에서 산모의 우선순위를 인정하는 문제로 파악할 수 있다. 낙태자유화 논의에서 언급된 주장들은 대부분 희생당하는 태아의 생명보다는 산모의 자기결정권의 존중을 문제 삼았다. 즉 생명보호의 철회가 아니라 생존조건의 존중이 논의의 대상이었다.

이러한 논의의 과정과 도출된 결과를 놓고 볼 때 현행 법체계는 일정한 상황 하에서는 산모(자연인)의 생존조건을 태아의 생명보호보다 우선해서 보호하고 있음을 알 수 있다.

그러나 이를 배아와 연결 시켜볼 때 적어도 독일에 있어서는 상당히 이상한 결론에 다다르게 된다. 독일연방헌법재판소가 윤리적 정당화사유에 의한 낙태를 허용한 결과 기본권향유주체로서의 태아는 이미 태어난 자 산모의 생존조건의 존중이라는 측면에서 허용하는 자기결정권보다 후순위로 밀리는 결과가 되었다. 즉 윤리적 정당화사유에 의해서 태아의 생명권도 제한 가능한 것이 되어 버린 것이다. 그러나 배아에 있어서는 어떠한 이유로도 배아의 연구와 복제를 금지하고 있는 독일 배아보호법에 의해서, 그 법적 보호가 매우 두텁다고 볼 수 있다.

이런 결과를 놓고 볼 때 단순히 도식적으로만 표시해 본다면 순서는 자연인-배아-태아의 순으로 자리매김하고 있음에 주목하지 않을 수 없다. 이미 장기나 뇌 등 조직이 발생하여 자리 잡고 있는 인간생명체인 태아가 아직 원시선조차 형성되지 않고 앞에서 서술한 바, 그 분화전능성 때문에 인간과 자아동일성이 곧바로 인정될 수 없는 배아보다 보호 순위

에 있어서 뒷줄로 밀리는 것은 일반적인 도덕관념에 비추어 볼 때 상당히 의문스러운 결과가 아닐 수 없다.

3. 특수한 헌법적 지위의 부여

(1) 문제제기

인간의 발생학적 경로를 따라 살펴보면, 수정 후 자궁에 착상할 때까지를 초기 배아 또는 전배아(pre-embryo 또는 zygote), 그때부터(대략 수정 후 14일 이후로부터) 56일까지를 배아(embryo), 다시 그때부터 출생할 때까지를 태아(fetus)라고 부른다. 그러나 법적으로 보면 자궁에 착상한 때부터 바로 태아로 보며 그 시점 이후부터 법적인 보호아래 있게 된다.

현재 허용여부가 문제되고 있는 배아연구는 바로 이러한 배아의 단계, 즉 수정 후 원시선이 생기는 대략 14일 전후까지의 존재를 대상으로 하는 것이다. 즉 자궁착상 이전의 시점까지의 단계로서 법적으로는 아무런 규정이 없는 존재에 관한 논의이다.

체내수정의 경우 자궁착상이전 단계의 생명체의 경우 수정의 여부 및 진행경과를 정확히 인지한다는 것이 거의 기대되지 않으므로 논의의 실익이 없었고 그에 대하여 법이 침묵할 수 있었던 것이다. 그런데 불임부부를 도와줄 목적으로 시작된 인공수정이 체외수정과 시험관아기를 가능케 함으로써 체외수정된 수정란, 즉 인공배아가 생겨나게 되었고, 이러한 체외수정란의 경우 그 생명체의 발생 경로를 비교적 명확하게 추적할 수 있게 되면서 논의가 시작되었다. 특히 불임치료에 사용되고 남은 잉여배아의 냉동보존의 문제와 이들의 연구목적 사용의 허용가능성을 둘러싸고 심각한 논쟁이 발생하였다. 최근에 이르러서는 생명공학의 발전으로 체세포복제까지 가능하게 되자 이제는 아예 연구목적의 배아생산에 대한 논의고 시작되었는 바, 법이 더 이상 침묵할 수 없는 상황에 몰리게 되었다.

종래의 법은 '인간'을 전제로 하여 출발하였는 바, '인간'을 스스로 규정할 수 있다고는 생각하지 않았다. 따라서 개념적 구분 이상의 의미를 부여할 수도 없었고 또 그렇게 할 실익도 없었다. 그러나 오늘날 생명공

학이 발전하게 됨에 따라 '자연의 개념으로서의 인간'을 법이 전제로 하여서는 곤란한 상황이 초래되었으며, 오히려 '무엇이 인간인가?'를 법적으로도 결단하지 않으면 안될 상황으로 내몰리게 된 것이다.

(2) 배아의 법적 지위를 보는 입장

인간배아의 지위에 대해서는 배아는 세포덩어리에 불과한 물질에 불과하다는 견해, 배아에게 인간의 지위를 인정하는 견해 및 두 입장의 절충적 태도로 크게 나눌 수 있다.⁶⁰⁾

첫 번째 견해는 배아는 단순한 세포덩어리로서 다른 체외신체조직과 다를 바 없으므로 인간성을 인정할 수 없으며 물질로서 소유자의 이용과 처분에 따르게 된다고 본다. 그밖에 배아에게 인간의 생명의 성질을 부인하는 논증으로 "자기존중의 능력"이 결하였다든가, "자신의 이익을 실현할 능력"이 없다든가, 혹은 "자유롭고 이성적인 자기결정"의 능력이 결하였다든가 하는 것을 들기도 한다. 이들 견해에 의하면 배아에 대한 결정권을 가진 자가 동의하는 한 배아실험 등 배아에 대한 어떤 행위도 제한받지 않는다.

두 번째 견해는 수정으로부터 배아의 인간성을 인정해야 한다고 한다. 개개의 정자세포나 난자세포로부터는 아직 아무 것도 발생될 수 없지만 수정의 시점부터 인간으로 발전할 완전한 프로그램을 갖추므로 생명력과 발전능력을 가진 인간의 법적·도덕적 지위가 인정된다고 본다. 수정 이후의 인위적 개입은 생명에 대한 침해로 인정되므로 착상 전 배아에 손상을 주는 행위나, 냉동, 착상전진단 등 대부분의 연구와 조사는 원칙적으로 금지된다고 할 수 있다. 이 견해는 인간의 생명보호에는 충실하나 생명공학의 가능성을 지나치게 제한하는 단점을 갖는다.

세 번째 견해는 착상 전 배아는 인간과 동일하게 존중을 받을 수 없지만 인간이 될 잠재성으로 말미암아 다른 신체조직보다는 더욱 존중되어야 한다고 본다. 인간배아는 "잠재적 인간존재"로서의 성장하면서 점진적으로 도덕적 지위를 획득한다고 본다. 수정란이 세포분열을 하여 14일이

60) 정현미, 배아의 생명권 : 착상전 진단의 생명권 침해여부와 허용범위, 비교형사법연구, 한국비교형사법학회, 통권 5권 2호, 2003, 262면 이하

된 때부터 비로소 인간 개체로 보자는 소위 '14일론'도 이러한 절충적 입장에 바탕을 두고 있다. 14일 미만까지 수정란의 각 세포들 사이에는 상호작용이 없고 14일 이후라야 원시선이 생기면서 인체의 근본이 되는 척추가 형성되며 각종 신체기관이 형성되기 시작하므로 그 전까지의 배아는 세포더미에 불과하다고 한다. 따라서 14일 이전에는 배아를 인간개체로 볼 수 없기 때문에 그 기간까지 배아연구의 허용을 주장한다.

생각건대 배아를 단순한 세포로 보게 되면 배아복제나 배아연구를 제한할 이유가 없고, 인간으로 보게 되면 배아복제와 배아연구의 제한이 정당한 것으로 볼 수 있다. 그러나 단순한 세포덩어리로서 물권의 대상인 물건에 불과하다고 보는 것은 배아가 잠재적이지만 인간으로 성장하기에 필요한 모든 것을 이미 내포하고 있다는 점에서 도저히 받아들일 수 없는 견해라고 할 수 있다. 그렇다면 인간으로 보아야만 하는가 앞에서 살펴 본 바, 법적으로 인간의 지위는 자궁착상 후 출생 전 인간(태아)의 단계와 출생한 인간(영아단계의 인간-그 이상의 인간)의 단계로 나뉘어 법적 보호의 강도가 각기 다르다. 배아의 경우 그 이전 단계로서 문제된다. 여기에서 확실한 것은 한가지이다. 물건이나 동물 보다는 높은 지위가 부여되어야 한다는 점이다.

태아에 대하여 인간으로서가 아니라 인간으로 되어가는 존재 내지 생성 중인 인간으로서의 지위가 인정되는 것에 비추어, 배아에 대하여도 바로 인간으로서의 지위를 인정하지 아니하고 인간으로서 성장할 잠재성만 가지는 인간이전의 존재로 인정할 수 있을 것이다. 단순한 체세포보다는 상위의 존재로, 인간보다는 하위의 존재로 그 중간적 가치성을 인정한다는 것이다. 따라서 인간존엄은 인간에게만 인정되는 것으로서 그 주체는 오로지 인간일 뿐이므로 배아는 법적인 의미에 있어서 인간존엄의 주체라고는 할 수 없다. 다만, 아직 인간은 아니지만 인간이 될 잠재성을 보유한 존재로서 보호받을 가치가 있는 특수한 지위를 지닌 것으로 보아야 할 것이다.

(3) 배아의 생명권 인정 여부

배아의 생명권을 인정할 것인가 여부에 대한 논의에 있어서 인간존엄의 필수적인 전제로서 인간의 생명을 인정하면서도, 생명의 滅絶이 반드

시 인간존엄을 침해하거나, 생명의 위협이 인간의 존엄성 침해에 대한 필수적 전제를 의미하는 것은 아니라는 주장이 있기도 하다.⁶¹⁾ 이 주장에 의하면 배아에게 있어서 인간의 존엄과 생명권 모두를 인정하고, 다만 생명권의 경우는 법적인 근거가 있다면 그 제한의 한계를 넘지 않는 범위 내에서 인간존엄과 별도의 독립적인 기준으로서 제한 될 수도 있다고 주장하고 있다.

결과적으로 비슷한 말이 될 수는 있겠지만 배아를 인간으로서 존엄과 가치를 지닌 존재로 곧 바로 인정할 수는 없고 넓은 의미로서의 인간존엄 내지 인간존중 차원에서 보호받아야 할 존재로 보고 생명권 역시 인간으로서 누리는 생명권이라고 볼 수는 없다고 해야 할 것이다.

생각건대 생명권의 경우 우선 범공동체내의 동등한 당사자로서의 지위 즉 권리주체성으로서의 존엄성이 부여된 인간만을 주체로 한다고 보게 되면, 배아의 법적지위를 단순한 체세포보다는 상위의 존재로, 인간보다는 하위의 존재로 그 중간적 가치성을 인정하는 입장에서, 잠재적 인간으로서 누리는 생명권은 배아와는 아직 관계가 없다고 해야 할 것이다.

그러나 배아는 인간은 아니지만 인간으로 성장할 가능성이 있는 존재이기 때문에, 그 생명을 여타의 생물과 동일시 할 수는 없을 것이다. 생명권의 적용범위가 태아단계에 멈추지 않고 더 이전으로 소급될 수 있다고 보게 될 경우 배아의 생명권도 인정하되 인간의 생명권보다는 약한 형태로 보호할 수 있는 것으로 볼 가능성도 있을 것이다.

다만 이 경우 생명의 가치단계화가 초래되고 극단적인 경우 '살 가치 없는 생명'이라는 독일 나치스시대의 반생명적 논리가 끼어들 우려가 있다는 문제가 있다.

또 헌법상 인간의 기본권으로서의 생명권의 주체성을 부인한다 하더라도 환경권(헌법 제35조 제1항)을 근거로 하여 인간주변의 생명현상 가운데 가장 중요한 생명보호법익으로서 인정하여 국가의 생명보호의무의 대상으로 삼을 가능성이 있다. 이 경우에는 생명보호의 단계화가 가능해진다.

61) U. Steiner, Der Schutz des Lebens durch das Grundgesetz, 1992, S. 13. 노기호/정문식, 인간복제의 헌법적 문제, 인권과 정의, 2004, 1, 99면에서 재인용, 이 글의 필자도 비슷한 주장을 하는 것으로 보인다.

그러나 이 경우에도 배아를 보호받아야 할 희귀한 동물이나 천연기념물과 비슷한 지위로 격하시킬 우려가 있다.

따라서 배아에게 헌법상 인간의 기본권으로서의 생명권의 주체성을 인정할 수는 없지만 배아는 인간과 동물의 중간에 위치하는 잠재적 인간으로서 보호받아야 하며 이러한 요청은 우리 헌법의 지도원리인 넓은 의미의 인간존엄에 대한 존중으로부터 도출 된다고 보는 것이 가장 타당한 결론일 것이다.

배아의 생명이 인간의 생명과 동일하게는 아니라 그에 준하여 어떠한 법적으로 보호할 수 있다면 생명보호의 수준을 배아의 생명을 보호하는 가치와 배아이용연구가 가져올 가치 사이의 형량을 통하여 다단계로 입법적으로 규율할 가능성은 열려 있다고 볼 것이다. 이 경우 그 구체적 판단은 입법자의 입법형성권에 맡겨져 있다고 볼 수 있다.

위의 견해들을 검토해 보면, 배아는 인간으로 발전할 잠재성을 가지고 있으므로 배아를 어떤 도덕적·법적 지위도 갖지 않는 물질에 불과하다는 입장은 타당하지 않으며, 그렇다고 해서 초기배아에게 태어난 인간과 같은 법적 지위를 인정할 수는 없다. 수정 후 14일부터 인간의 지위가 인정된다는 주장에 대해서는 과연 원시선이 인간성의 여부를 결정하는 기준이 될 수 있는가라는 의문이 여전히 남는다.

인간성을 언제부터 인정할 것이며, 인간의 생명의 시작이 언제부터인가는 사실적 측면에서만 추론할 문제는 아니라고 할 것이다. 따라서 발생학적 고찰만으로 결정할 수는 없다. 인간의 생명으로서 보호할 가치가 있는가는 결국 규범적 가치결정의 문제로 귀착되기 때문이다.⁶²⁾ 배아의 생명 보호는 생물학적 특성상 인간의 지위를 갖기 때문이 아니라 규범적으로 그때부터 보호할 필요성이 있기 때문이다.

요컨대 수정란과 배아에게 생명권이 인정되나, 그것은 태어난 인간과 동일하게 누릴 수 있는 생명권이라고 볼 수는 없기 때문에 침해 불가능한 권리라고 보기는 어렵다. 태어나지 않은 개체의 경우 생명권의 의미는 태어난 개체와의 관계에서 혹은 배아 및 태아의 발달단계에 종속된다고

62) 이인영, 인간배아보호를 위한 법정책의 고찰, 형사정책연구 2002년 가을호, 64면 이하 참조.

봐야 할 것이다.⁶³⁾

요컨대 배아는 인간이 될 수 있는 잠재성을 가진 존재로서 인간은 아니지만 동물이나 물건과 동일하게 취급할 수 없는 특수한 헌법적 지위를 갖는다고 할 수 있다. 바로 이러한 점에서 출발하여 배아복제와 연구의 허용여부가 재조명되어야 할 것이고 배아가 갖는 헌법상 특수한 지위에 비추어 다른 법익과 비교교량하여 현재 흠결되어 있는 우리 법체계 하에서의 배아의 지위를 규정하는 작업에 착수하여야 할 것이다.

V. 맺음말

서울대 황우석(黃禹錫·수의학과)·문신용(文信容·산부인과) 교수팀은 12일 “미국 미시간대 시벨리 교수팀과 공동으로 체세포를 복제한 배아를 이용, 인간배아줄기세포를 세계 최초로 만들어 제반기술과 복제된 인간배아줄기세포에 대해 국제특허를 출원했다”고 밝혔다.⁶⁴⁾

“그렇게 될 가능성”을 상정하고 만약 배아가 복제되었을 경우 법적으로 어떻게 바라보아야 할 것인가를 고민하던 법학자들에게 현실은 너무 빨리 다가온 것이다. 이제 배아복제는 현실적 사건이며 곧 일상이 될 것이다. 본 논문에서 살펴본 바와 같이 배아연구는 많은 과학적·의학적이점을 가지고 있으며, 목하 현재 진행중이다. 뒤 늦게나마 우리나라가 생명윤리법제를 제정하게 되었음은 다행한 일이 아닐 수 없다. 그러나 현재 제정된 생명윤리법제는 출발부터 다소 문제점을 안고 있다고 볼 수 있다.

우리나라는 생명윤리법이 국회를 통과하였고 일부 시행되고 있으며 2005년 그 완전한 시행을 기다리고 있는 중이다. 그러나 우려스러운 점은 법이 공포 되고 난 후 시행되기도 전에 핵심적인 부분에서 문제점이 노정되고 있다는 점이다. 보는 사람의 입장에 따라 다르겠지만 복제 찬성론자들은 이 법이 난치병 치료에 관한 한 복제를 합법적으로 가능하게 했다고 평가하고 반대론자들은 복제를 막는 법안으로 평가하고 있다. 그 와중에 핵심적인 역할을 하는 곳이 생명윤리위원회임은 두말할 나위도 없

63) 정현미 앞의 글, 263-265면.

64) 한국일보, 2004년 2월 12일자.

다. 그러나 그 구성부터 문제의 소지가 다분하다고 하겠다. 이러한 문제 점은 시급히 개선하지 않는 한 유감스럽게도 생명윤리법은 사실상 제 기능을 다하지 못할 것으로 보인다.

가장 시급하게 해결되어야 할 문제로는 생명윤리위원회위원의 구성비율조정이라고 할 것이다. 현재처럼 위원회 구성에 있어서 전문가보다는 관료와 비전문가그룹의 비중이 높다면 실질적으로 연구목적이나 방법의 심사가 제대로 이루어지지 않을 것이며, 예상컨대 복제 찬성론자와 반대론자의 제2라운드 결전장으로 전락할 위험이 클 것으로 보인다.

생명윤리법에서 생명윤리위원회를 설치하게 된 취지는 어디까지나 전문가적 입장에서 배아연구의 위험성을 미리 진단하고 예방하려는데 있는 것이지, 철학적 윤리적 논쟁이나 정치논리에 연구허용 여부가 영향을 받도록 하자는 것은 아니다. 따라서 현행의 위원회 구성보다 전문가 비율을 높이는 것이 타당할 것이다.

배아의 발생학적 지위와는 별개로 법적지위에 대한 결론은 명확하게 나지 않은 상태이다. 본 논문에서는 비록 인간과 동일하지는 않지만 잠재적인 인간으로서 특수한 지위를 갖는 것으로 보고 있다. 그런 지위에 비추어 배아복제나 연구 자체를 원천봉쇄하는 것은 바람직하지 않으며, 넓은 의미로서의 인간의 존엄에 반하지 않고 배아의 생명에 대한 침해가 남용되지 않는 범위 내에서 배아복제와 그 연구는 추진되어야 할 것이다.

그러나 배아복제와 그 연구가 갖는 위험성을 충분히 인식하고 위험을 회피할 수 있는 장치를 마련한 후 연구하도록 하는 신중함이 요구된다고 할 것이다. 앞서 서술한 바와 같이 현대과학기술은 그 연구결과가 갖는 파장과 위험도가 사뭇 중대하기 때문에 학문연구의 자유의 본질적인 부분은 침해할 수 없다는 고전적인 법리에도 불구하고 국가가 이를 통제하지 않을 수 없는 상황에 직면하게 된 점을 살펴보았다.

이제 막 배아복제와 그 연구에 대한 법적 규제방안을 마련하기 위한 합의도출의 토대를 마련하기 위한 작업이 시작된 마당에 배아복제는 이미 고고성을 올리게 되었다. 과학기술의 진보 뒤에 언제나 맥없이 끌려가는 법학이 지니는 숙명일지도 모르겠지만, 레일도 없이 달리는 기관차를 그대로 탈선하도록 내버려 둘 수는 없는 일이다.