

# 출산 전 생명에 대한 생명윤리적 고찰

최 경 석\*

- I. 머리말
- II. 생명윤리적 문제들의 다양성과 '생명윤리'의 다의성
- III. 출산 전 생명의 도덕적 지위에 대한 입장들과 판례의 입장
- IV. 생명윤리정책으로서의 생명윤리적 문제들
- V. 맺음말

## I. 머리말

출산 전 생명에 대한 생명윤리적 문제는 생명윤리의 역사와 함께 시작되었다고 할 만큼 오랜 역사를 지닌 낙태 논쟁을 포함하여, 최근 보조생식술 및 유전학의 발달로 야기되는 문제에 이르기까지 복잡하고 다양한 이슈들로 구성되어 있다. 이들 이슈들이 복잡하고 다양하다고 평가하는 이유는 단순히 초기 생명의 도덕적 지위에 대한 윤리적 문제에만 국한되지 않고, 생식자유권의 범위와 한계에 대한 논의와도 얽혀 있는 양상을 띠고 있기 때문이다. 나아가 윤리적 문제에 대한 침예한 입장 대립을 보이는 종교적 신념과 인생관 및 철학적 세계관의 충돌도 포함하고 있기 때문이다. 뿐만 아니라 이러한 관점의 대립은 단순한 인간 지식의 한계에 근거한 것이 아니라는 점에서 갈등 해소의 실마리를 찾기가 더 어렵다. 이러한 대립은 근본적으로는 좋은 삶과 윤리적 옳음에 대한 근본적인 입장 대립으로서 쉽게 해결하기 어려운 윤리학의 근본적인 이론적 관점 대립도 포함하

\* 논문접수: 2009. 4. 25. \* 심사개시: 2009. 5. 10. \* 게재확정: 2009. 6. 10.

\* 이화여자대학교 법학전문대학원 교수, 철학박사

고 있다.

이런 점 때문에 출산 전 생명의 생명윤리적 문제에 대한 논의는 문제해결을 제시하기보다 상이한 또는 대립하는 입장에 대한 서술을 나열하기가 일수이며, 문제해결을 제시하기는커녕 문제해결의 어려움만을 토로하거나 기존 문제들에 문제를 더 보태는 식으로 진행되기 쉽다. 사실상 생명윤리의 문제들을 다룸에 있어 이러 식의 논의 양상은 단지 출산 전 생명의 생명윤리적 문제에만 국한되지 않고, 학으로서의 생명윤리가 다루는 거의 모든 문제에서 발견된다. 대학에서 생명윤리 관련 교과목을 통해 생명윤리의 여러 현안 이슈들에 대한 해답을 얻고자 수강한 학생들은 해답보다는 더 많은 골치 아픈 문제를 안고 갈 가능성이 높다. 아마도 이들은 학으로서의 생명윤리에 대한 도전 의식을 갖게 되거나, 아니면 실망감에 싸여 학으로서의 생명윤리의 운명에 대해 비관할 수도 있다.

혹자는 이와 같은 현상에 대해 학으로서의 생명윤리가 아직은 짧은 역사를 지니고 있기 때문이라고 대응할 수 있다. 분명, 학으로서의 생명윤리는 짧은 역사를 지니고 있다. 아직 중요한 원리나 개념에 대한 공유가 학자들 사이에 굳건히 정립되어 있지 않고, 중요한 이론이라고 불릴 만한 체계적인 접근방법이나 시각 또한 정립되어 있지 않다. 굳이 존재한다면 보수주의와 자유주의자 정도의 구분이거나 전통적인 윤리학 이론에 근거한 구분 정도이다.<sup>1)</sup> 그러나 필자는 이와 같은 해명에 만족하지 못한다. 오히려 상기한 논의 양상에 대한 정확한 진단은 학으로서의 생명윤리가 추구하는 목표가 명확하게 정립되지 않았기 때문이고, 그렇기 때문에 생명윤리가 해결하고자 씨름하는 문제들의 성격 또한 대단히 다양했기 때문이라고 생각된다.

필자는 본 논문을 통해 우선 출산 전 생명의 생명윤리적 문제를 몇 가지 그룹으로 구분해 보고, 이들 문제들이 학으로서의 생명윤리가 지닌 다양

---

1) 자연법 이론에 정초한 가톨릭교회의 생명윤리는 여러 생명윤리의 문제들에 대해 이론적 일관성을 지니고 있는 하나의 확고한 이론 체계를 구성하고 있다고 평가할 수 있다.

한 목표와 어떻게 관계하는지 설명할 것이다. 나아가 필자는 ‘윤리적 의견 대립에 대한 해결책 제시로서의 생명윤리’가 씨름해야 하는 생명윤리적 문제가 무엇인지 규정한 후, 이 문제들에 대한 필자의 해결책을 제시하고자 한다.

## II. 생명윤리적 문제들의 다양성과 ‘생명윤리’의 다의성

출산 전 생명의 생명윤리적 문제들에는 이젠 진부하다고 여겨질 낙태 문제를 포함한다. 낙태가 허용될 수 있는지, 허용되는 사유로서 무엇이正当한 것인지, 임신과정 중 언제까지 허용될 수 있는지 등이 대표적이다. 낙태를 시행하는 의사의 입장에서는 환자의 낙태 요구를 수용해야 하는지, 어떻게 그 사유의 정당성을 확인해야 하는지 등도 문제이다. 또한 산전 진단 기술의 발달로 장애 가능성 또는 심각한 질병 가능성을 근거로 낙태하는 것은 윤리적으로 허용될 수 있는지도 뜨거운 논쟁거리이다. 유전자 검사의 확산은 착상 전 진단과 산전 진단은 어떤 경우에 허용할 수 있는지, 어떤 항목들이 어떤 기준에 의해 허용될 수 있는지, 유전자치료가 부재한 상황에서도 이러한 진단은 허용할 수 있는지, 착상 전 진단이나 산전 진단은 낙태를 조장하는 것인지 등과 같은 문제를 야기하였다. 나아가 유전자 치료에 대한 연구는 배아나 태아를 대상으로 하는 치료는 언제 허용될 수 있는지의 문제를 야기하였고,<sup>2)</sup> 이 기술은 또한 맞춤형 아이의 출산 문제를 야기하였다.

또한 보조생식술의 발달은 생식세포의 기증을 통한 자녀 출산에 대한 윤리적 논란, 비혼모의 자녀 출산, 게이나 레즈비언 커플의 자녀 출산, 대

---

2) <생명윤리 및 안전에 관한 법률>은 제36조제2항에서 “정자·난자·배아 또는 태아에 대하여 유전자치료를 하여서는 아니 된다.”라고 규정하고 있다. 그러나 이러한 금지의 근거가 무엇인지에 대해서는 좀 더 진지한 논의가 필요하다.

리모 문제, 생식세포 기증 및 대리모출산에 따른 부와 모의 결정 문제 등을 야기하였다. 이러한 문제들은 엄밀히 말해 출산 전 생명과 관련된 생명윤리의 문제라고 볼 수는 없고 생식과 관련된 생명윤리적 문제라고 칭하는 것이 올바른 분류일 것이다. 그러나 보조생식술의 발달은 배아줄기세포연구를 촉발하였고, 이는 출산 전 생명의 생명윤리적 문제 중 주요한 이슈가 되었다.

상기한 문제들은 좀 더 이론적으로는 초기 생명의 도덕적 지위는 무엇인지, 초기 생명의 도덕적 지위에 대한 유의미한 구분이 과연 가능한지와 같은 문제와 연결된다. 수정란은 인간 생명으로서의 지위를 지니는지 아니면 사람으로서의 지위를 지니는지, 사람으로서의 지위가 부여되는 시점은 수정 순간부터인지, 착상 후부터인지, 뇌 또는 쾌와 고통을 감지하는 능력이 형성된 후부터인지, 심장이나 폐가 형성된 후부터인지, 좀 더 세부적으로는 이런 장기가 형성되는 초기인지 형성이 완료된 시기인지, 또한 체외생존가능성이 확립된 후부터인지, 진통이 시작된 후부터인지 등이 초기 생명의 도덕적 지위에 대한 논란의 핵심에 있다. 도덕적 지위에 대한 유의미한 구분이 생물학적인 지식에 의해 정초될 수 있는지도조차도 의문시된다. 또한 출산 전 생명은 법률적으로 어떤 지위에 있는지, 민법과 형법은 각기 언제부터 사람으로서의 지위를 인정하는지, 헌법이 보장하는 기본권을 출산 전 생명도 지니고 있는지도 이슈이다. 나아가, 인간 생명과 사람으로의 지위가 구별된다면, 인간 생명과 사람으로서의 도덕적 지위는 다르지만, 생명권을 지니고 있다는 점에서는 모두 동등하게 취급해야 하는지, 생명권은 과연 절대적인 권리인지 등도 유관한 문제들이라 하겠다. 나아가 낙태도 생식자율권의 범위에 속하는지, 재생산권은 소극적 권리인지, 적극적 권리인지, 아니면 둘 다인지도 중요한 문제들이다. 위와 같은 이슈들은 주로 철학적 접근을 사용하는 생명윤리학자들이나 법학적 접근을 사용하는 생명윤리학자들의 주요 논제들이다.

그러나 좀 더 근본적으로는, 이미 역사적으로 우리가 목격해왔듯이, 초

기 생명에 대한 다양한 대립적 입장에 직면하여 어떤 정책적 결정을 해야 하는지, 과연 다양한 견해들은 사회적 합의에 도달할 수 있는 것인지, 그래서 한 사회가 준수해야 하는 법률이나 정책을 마련하는 데 기여할 수 있는지, 어떤 방법의 합의가 존재하는지, 과연 이것은 현실적으로 가능하거나 한 것인지에 대한 이슈들도 존재한다.

상기한 다양한 이슈들은 ‘생명윤리’가 어떤 목표를 지니고 있는지 또는 어떤 역할을 수행하는지에 따라 다양한 의미의 ‘생명윤리’의 주제가 된다. 우선, 생명윤리는 ‘전문직 윤리로서의 생명윤리’의 차원을 지니고 있다. 이 경우, 생명윤리는 전문직 수행에 있어 요구되는 윤리 규범들의 체계를 의미한다. 이런 의미의 생명윤리는 ‘학문적 활동으로서의 생명윤리’라기보다 ‘가치 및 규범을 전달하고 내면화하는 교육으로서의 생명윤리’란 의미를 지닌다. 그러나 이러한 교육이 학으로서의 생명윤리 담론과 무관한 것은 결코 아니다. 규범이나 가치의 체계는 항상 명확한 것은 아니며, 직무 수행의 현장에서 마주치게 되는 문제들 중에는 학문적 논란의 대상이 되는 하드 케이스가 존재하기 마련이다.

학으로서의 생명윤리는 그 접근 방법에 따라 기존 학문의 방법론과 연구 주제를 반영한다. 따라서 이런 의미의 생명윤리는 엄밀히 말해 ‘생명윤리학’으로 불리는 것이 옳다. 생명윤리학은 의·생명과학의 발전에 따른 윤리적 문제들에 대한 윤리학적 탐구 또는 철학적 탐구로 이해된다. 의·생명과학이 제기한 윤리적 이슈들과 관련하여 어떤 행위가 윤리적으로 옳은지 그른지를 판단하는 것은 철학적 생명윤리학의 전통적 영역이다. 위에서 이론적 이슈들이라고 언급한 것들의 대부분은 철학적 생명윤리학의 전통적 주제들이다.

그러나 생명윤리는 실천적 학문으로서 현실적 문제에 대한 실천적 답변을 제시해야 하는 목표 또한 지닌다. 또한 흔히 학제적 연구로 이해되는 생명윤리는 철학적 접근만을 의미하지 않는다. 이것은 생명윤리가 제기하는 문제가 단순히 윤리적 문제만이 아니라 이와 연관된 사회적 문제, 제도

적 문제, 법적 문제 또한 야기하기 때문이다. 이 경우, ‘생명윤리’는 다양한 학문적 접근 방법에 의해 연구된다. 흔히 ELSI (Ethical Legal and Social Implication) 연구로 이해되는 생명윤리학은 바로 이와 같은 다학문적 연구를 의미한다. 다학문적 연구는 기술학으로서의 생명윤리학과 규범학으로서의 생명윤리학, 메타학으로서의 생명윤리학의 구분을 가능하게 한다. 윤리적 문제에 대한 의식조사와 같은 경험적 연구도 있고, 새로운 가이드라인을 개발하는 실천적 연구도 있다. 새로운 정책이나 법률의 개발은 법학적 접근 방법을 따르는 생명윤리학의 주요한 영역이다.

그러나 진정한 의미의 학제적 연구로서의 생명윤리학은 이러한 접근 방법들이 서로 조응하는 지점에 있다. 앞서 나열한 이슈들 중 마지막 그룹으로 소개된 이슈들은 학제적 소통을 필요로 하는 문제들이다. 이들은 단순히 윤리적인 문제만도 아니고 단순히 법적인 문제만도 아니다. 일반적으로 생명윤리학이 학으로서 씨름해야 하는 문제들은 바로 이와 같은 학제적 문제들이다. 이러한 문제들은 의·생명과학이 제시하는 윤리적·사회적 문제에 대한 공동체의 그룹 추론으로서의 생명윤리를 의미한다. 생명윤리의 문제에 대한 정책적 문제를 해결하고자 하는 생명윤리학은 바로 이와 같은 문제들을 다루고자 한다.<sup>3)</sup>

본 논문이 출산 전 생명의 생명윤리적 문제로서 다루고자 하는 것은 바로 생명윤리정책으로서의 생명윤리학의 문제이다. 단순히 윤리학적 차원에서 진행되었던 출산 전 생명의 생명윤리적 문제는 주로 초기 생명의 도덕적 지위에 대한 담론으로 제한되었다. 필자는 이러한 논의가 사회적으로 유의미한 결론에 도달할 수 있을지에 대해 회의적이다. 그 이유는 윤리적 탐구의 대부분은 일반적으로 어떤 사회적 결론에 도달하는 것을 목표로 하지 않기 때문이다. 윤리의 문제가 개인적 문제는 결코 아님에도 불구하고

---

3) 생명윤리정책이 하나의 학제적 연구 분야로서 지닌 의미에 대해서는 Kyungsuk Choi, "Bioethics Policy' As a New Interdisciplinary Study," Journal of Biomedical Law & Ethics, Ewha Institute for Biomedical Law & Ethics, Vol.1, No.1, 2007, 제1~20면 참조.

하고, 윤리적 논쟁들에 대해 윤리학이 제시하여 온 많은 해답들은 어느 한 관점에서의 해답인 것들이 대부분이었다. 물론 이런 식의 접근 방법이 무의미하다고 평가할 수는 없다. 왜냐하면 이러한 논의들은 생명윤리정책으로서의 생명윤리학의 연구 대상이 되기 때문이다. 하지만 이러한 윤리학적 생명윤리학이 제기하는 해답들은 실천학으로서의 생명윤리학이 도달하고자 하는 목표와는 너무도 거리가 있다.

필자는 출산 전 생명의 도덕적 지위에 대해 대답하는 윤리적 견해를 직면하여, 우리 사회는 어떤 해법을 찾을 수 있는지 답변하는 것을 목표로 삼는다. 이러한 목표는 우선 아주 간략하게 출산 전 생명에 대한 윤리적 담론의 지형을 간략하게 서술하는 것으로부터 시작해야 할 것이다.

### III. 출산 전 생명의 도덕적 지위에 대한 입장들과 판례의 입장

앞서 출산 전 생명의 생명윤리적 문제들로서 아주 간단하게 나열하며 소개한 다양한 이슈들은 대개는 출산 전 생명의 도덕적 지위에 대해 어떤 입장을 취하고 있는지에 따라 서로 다른 해결책을 제시할 가능성이 있다. 그러나 출산 전 생명의 도덕적 지위에 대해 같은 입장을 취하고 있다고 해서, 관련된 실천적인 문제들에 대해서도 반드시 하나의 목소리를 낼 것이라고 단정할 수는 없다. 예를 들어, 수정 순간부터 사람으로서의 권리를 지닌다는 입장을 취한다 하더라도 반드시 착상 전 유전자 검사나 맞춤형 아이에 대해 같은 입장을 취할 것이란 보장은 없다. 하지만 출산 전 생명의 도덕적 지위가 상기한 문제들을 다루는 데 있어 대단히 중요한 영향력을 행사하는 핵심적 문제임은 의심의 여지가 없다.

출산 전 생명의 도덕적 지위에 대해서는 다음과 같은 입장들이 대립하고 있다.<sup>4)</sup> 우선, 수정논증이다. 이 입장은 수정 순간부터 초기 생명은 도

덕적 지위를 지닌다는 입장이다. 연속성 논증과 잠재성 논증은 이 입장을 지지하는 주요한 논증이다. 그러나 배아의 분화가능성은 연속성 논증에, 현실태와 잠재태의 차이는 잠재성 논증에 대한 문제점을 지적한다.<sup>5)</sup> 이 입장은 가톨릭교회가 견지하고 있는 입장이며, 수정 순간부터 사람으로서의 지위를 지닌다고 주장하는 가장 보수적인 입장이다.

상기 수정논증의 문제점을 극복하고 수정 순간부터 초기 생명은 인간생명체로서의 지위를 지닌다는 입장이 유전적 동일성 논증이다.<sup>6)</sup> 이 입장은 사람으로서의 지위를 초기 생명에 부여하지는 않는다. 그러나 초기 생명은 수정 순간부터 인간 종으로서의 생명체라는 정체성을 확립하게 된다. 따라서 생명체에게 부여되는 생명권은 이때부터 인정되어야 한다고 본다. 이 입장은 잠재성에 근거한 논증을 필요로 하지 않는다. 또한 분화가능성으로 인해 개체적 정체성이 설사 수정 이후의 과정에서 정립된다하더라도 인간생명체로서의 정체성은 수정과 함께 정립된다고 주장한다.<sup>7)</sup>

개체적 동일성 논증은 흔히 14일 논증으로 알려진 입장이다. 이 입장은 권리의 주체가 되는 개체로서의 정체성이 원시선이 등장하는 수정 후 14일, 대략 착상이 완료되는 시점에 확립된다는 입장이다. 흔히 줄기세포연

4) 이하 제시된 몇 가지 입장들에 대한 설명은 최경석, “인간배아의 도덕적 지위와 잠재성 개념”, 『철학』, 86집, 한국철학회, 2006, 제99~123면의 내용을 근간으로 하였음을 밝혀 둔다.

5) “a가 잠재적인 b라면 a는 b가 아니다”라는 입장은 H. T. Engelhardt, Ingmar Persson, 그리고 Roy W. Perrett 등이 취하고 있다. H. T. Engelhardt, “The Context of Health Care: Persons, Possessions, and States,” in *Contemporary Issues in Bioethics*, 3rd edition, eds., T. Beauchamp and L. Walters, Wadsworth, 1989, 제171면, Ingmar Persson, “Two Claims about Potential Human Beings,” *Bioethics*, Vol. 17, No. 5-6, 2003, 제506면, Roy W. Perrett, “Taking Life and the Argument from Potentiality,” *Midwest Studies in Philosophy*, Vol. 24, 2000, 제190면 참조.

6) 이 유전적 동일성 논증은 필자가 주장하고 있는 입장이다. 최경석, 전제논문, 제117~121면 참조. 그러나 필자는 이 입장이 사회적 차원의 그룹 추론의 결론이라고 주장하지는 않는다.

7) Christian Munthe은 분화가능성이 배아가 도덕적 지위를 지니고 있지 않음을 보이는 것은 아니라고 주장한다. Christian Munthe, “Divisibility and the Moral Status of Embryos,” *Bioethics*, Vol. 15, No. 5-6, 2001, 제387~388면.

구자들은 이 입장에 호소하며<sup>8)</sup> 원시선 형성 이전의 배아연구에 대한 윤리적 정당성을 얻고 있다. 그러나 이 입장이 낙태 문제에 적용되었을 경우, 상당히 보수적인 입장 중 하나가 됨은 유념할 필요가 있다.

쾌고감수능력 논증은 초기 생명이 왜나 고통을 감지하는 능력을 지닌 존재자(sentient being)가 된 이후 도덕적 지위를 지닌다고 주장한다. 피터 싱어(Peter Singer)가 이 입장을 주장하고 있으며<sup>9)</sup>, 그는 동물에 대한 존중을 이 입장에 근거하여 주장한다. 이 입장의 핵심적인 생각은 도덕적 해악이 가해졌는지 여부는 적어도 해를 입는 주체가 왜나 고통을 감지할 수 있을 때 가능하다는 점에 있다.<sup>10)</sup> 뇌 형성시기를 기점으로 도덕적 지위를 부여하는 입장은 쾌고감수능력 논증과 맥을 같이 한다. 왜나 고통의 감지는 뇌 형성과 직접적으로 연관을 맺고 있기 때문이다. 심장의 형성을 기준으로 삼는 입장도 있다. 이 입장은 죽음의 기준과 삶의 시작에 대한 기준을 일관된 입장에서 조망해 보려는 입장으로 이해할 수 있다.

마이클 샌들(Michael Sandle)은 배아를 사물과 사람 사이의 중간적 존재자로 이해한다. 그리고 이런 존재자에 대한 사용과 존중은 양립가능하다고 주장한다. 아울러 그는 배아가 사람과 도덕적 지위가 동등하지 않다는 주장을 펼치고 있다.<sup>11)</sup>

필자는 상기한 출생 전 생명의 도덕적 지위에 대한 상이한 입장들이 모두 각기 나름대로의 정당화 근거를 지닌 경쟁적 입장이라고 판단한다. 도

8) ISSCR(International Society for Stem Cell Research), Guidelines for the Conduct of Human Embryonic Stem Cell Research, 10.2c. 생명윤리정책연구센터 역음, 『각국의 줄기세포연구 가이드라인』, 생명윤리정책연구센터, 2008, 제13면.

9) Peter Singer, 구영모 외 옮김, 『이 시대에 윤리적으로 살아가기: 현대 사회와 실천윤리』, 철학과 현실사, 2008, 제163~177면, 제224면. 이 책은 Peter Singer가 "Living Ethically in the Twenty-First Century"라는 제목으로 2007년 제10회 다산기념철학강좌에서 발표한 논문들을 번역한 책이다.

10) Colin McGinn, Moral Literacy, or How to Do the Right Thing, General Duckworth & Co. Ltd., 1992, 제37면 참조.

11) Michael Sandel, "The Ethics of Stem Cell Research, Human Cloning, and Genetic Engineering," 『제9회 다산기념철학강좌 자료집』, 2005, 제5~7면.

덕적 지위에 대한 상이한 도덕적 관점을 피력하고 있는 각 입장은 이성적 불일치(reasonable disagreement)<sup>12)</sup>의 예이다.

그러나 출산 전 생명의 도덕적 지위에 대한 상이한 입장은 이 도덕적 지위를 사람의 도덕적 지위와 비교하여 어떻게 이해할 것이냐에 따라 현실적으로 다음과 같은 중요한 함축을 지닌다.

첫째, 수정논증, 개체적 동일성 논증, 쾌고감수능력 논증에서의 입장을 바탕으로 해당 시점 이후의 생명에 대해서는 사람과 동등한 도덕적 지위를 지닌다는 주장으로 이해할 수 있다.<sup>13)</sup> 이와 같이 이해하는 경우, 현행 법률이 취하고 있는 입장은 상당히 수정되어야 할 것이다. 왜냐하면 우리 민법은 태아가 살아서 모체로부터 완전히 분리된 때를 사람의 시기(始期)로 보고 있으며,<sup>14)</sup> 우리 형법은 “규칙적인 진통을 동반하면서 태아가 태반으로부터 이탈하기 시작한 때”를 사람의 시기(始期)로 보고 있기 때문이다.<sup>15)</sup> 아울러 현재 모자보건법상의 낙태에 대한 예외 조항은 임신 24주까지로 제한하는 것으로 개정이 예고되어 있다. 따라서 상이한 입장 중 하나를 받아들일 경우, 모자보건법은 살인을 합법화하는 법률이 되어 개정이 필수적이다. 또한 현행 형법의 낙태죄도 살인죄보다 형량이 가벼우므로, 형평성을 기해야 하는 함축을 지닌다. 배아줄기세포연구와 관련해서는 수정논증이 채택될 경우, 이 연구는 전면적으로 금지되어야 한다.

둘째, 유전적 동일성 논증, 개체적 동일성 논증, 쾌고감수능력 논증을 바탕으로 해당 시점 이후의 생명에 대해 인간 생명체로서의 지위를 인정하지만, 사람과 동등한 도덕적 지위를 지닌 것은 아니라는 입장을 취할 수

12) John Rawls는 이성적인(reasonable) 사람들 사이의 의견 불일치를 “이성적 불일치”라고 부른다. 국내에서는 “reasonable”을 “합당한”으로 번역하기도 하지만 필자는 “이성적”으로 번역하였다.

13) 여기서 유전적 동일성 논증을 언급하지 않은 것은 유전적 동일성 논증은 수정 순간부터 사람으로서의 도덕적 지위를 지닌다고 보는 것이 아니라 인간 생명체로서의 생명권만을 지닌다는 입장을 견지하기 때문이다.

14) 이를 전부노출설이라 한다.

15) 대법원 1982.10.12 선고, 81도 2621 판결 참조.

있다.<sup>16)</sup> 이런 해석은 이들 입장을 출산 전 생명과 사람의 도덕적 지위가 동등하지 않다고 주장한 마이클 샌들의 입장과 동일하게 만든다. 이처럼 출산 전 생명이 사람과 동등한 도덕적 지위를 지니고 있지 않다고 해석할 경우, 상기한 현행 법률이 반드시 수정될 필요는 없을 것이다. 하지만 출산 전 생명에게 부여된 생명권이 사람과 동등한 생명권이라고 볼 경우와 그렇지 않을 경우, 낙태 문제에 대한 규율을 포함하여 태아의 권리나 배아 연구에 대한 현행법에는 상당한 변화가 요구될 것이다.

과연 출산 전 생명에게 부여된 생명권이 사람에게 부여된 생명권과 동등한 것인지에 대해서는 유전적 동일성 논증, 개체적 동일성 논증, 쾌고감 능력 논증의 각 입장 안에서도 상이한 답변이 나올 수 있다. 인간 생명체인 이상 출산 전 생명과 사람은 동등한 생명권을 지닌다고 주장하는 입장도 가능하지만 이미 도덕적 지위가 다른 존재자이므로 생명권에 있어서도 사람과 동등하지 않다고 주장하는 입장도 가능할 것이기 때문이다. 후자는 우리가 동물의 생명권을 인정하기는 하지만 그렇다고 그것이 사람의 생명권과 동등하지는 않다고 말하는 것과 같은 입장이라 하겠다.

현재 우리 법은 출산 전 생명에 대해 분명한 입장을 드러내고 있지 못하다. 형법 269조, 270조에서 낙태죄를 규정하고 있다는 것으로부터 태아를 보호해야 할 생명으로 여기고 있다는 점은 분명하다. 민법 제762조에서 “태아는 손해배상의 청구권에 관하여는 이미 출생한 것으로 본다”라는 규정이 있어, 태아를 권리의 주체로 인정한다고 볼 만한 규정도 있다. 그러나 위 조항은 민법 제3조의 “사람은 생존한 동안 권리와 의무의 주체가 된다”는 규정과 함께 해석하여, 태아의 손해배상청구권은 태아가 살아서 태어난 경우에 한하여 인정하는 것이 통설이다.

한편 헌법재판소는 다음과 같이 판시함으로써 태아가 생명권의 주체가 된다는 입장을 견지하고는 있다.

16) 여기서 수정논증을 언급하지 않은 것은 수정논증은 수정 순간부터 초기 생명은 사람과 동등한 도덕적 지위를 지닌다는 입장을 견지하고 있기 때문이다.

생명권은 비록 헌법에 명문의 규정이 없다 하더라도 인간의 생존본능과 존재목적에 바탕으로 둔 선형적이고 자연법적인 권리로서 헌법에 규정된 모든 기본권의 전제로서 기능하는 기본권 중의 기본권이다. 모든 인간은 헌법상 생명권의 주체가 되며, 형성 중의 생명인 태아에게도 생명에 대한 권리가 인정되어야 한다. 따라서 태아도 헌법상 생명권의 주체가 되며, 국가는 헌법 제10조에 따라 태아의 생명을 보호할 의무가 있다.<sup>17)</sup>

상기 인용문은 마치 태아가 인간과 동등한 생명권을 지닌 것으로 이해하는 것처럼 읽힌다. 게다가 헌법 제10조를 언급한 것은 태아도 마치 인간으로 간주하는 것으로 해석될 수 있다. 그러나 위 판결은 이와 같은 입장을 전달하고자 한 것이 결코 아니다. 판결문은 다음과 같이 덧붙이고 있기 때문이다.

태아는 형성 중의 인간으로서 생명을 보유하고 있으므로 국가는 태아를 위하여 각종 보호조치들을 마련해야 할 의무가 있다. 하지만 그와 같은 국가의 기본권 보호의무로부터 태아의 출생 전에, 또한 태아가 살아서 출생할 것인가와는 무관하게, 태아를 위하여 민법상 일반적 권리능력까지도 인정하여야 한다는 헌법적 요청이 도출되지는 않는다. .... 인간이라는 생명체의 형성이 출생 이전의 그 어느 시점에서 시작됨을 인정하더라도, 법적으로 사람의 시기를 출생의 시점에서 시작되는 것으로 보는 것이 헌법적으로 금지된다고 할 수 없다. .... 생명의 연속적 발전과정에 대해 동일한 생명이라는 이유만으로 언제나 동일한 법적 효과를 부여하여야 하는 것은 아니다.<sup>18)</sup>

결국 헌법재판소의 입장은 태아의 생명권을 인정은 하지만 사람과 동일한 법적 효과를 부여하지는 않고 있다. 따라서 출산 전 생명에 대한 판례의 입장은 인간 생명체로서의 생명권은 지니고 있지만 사람과 동등한 법적 효과를 지닌 생명권을 지니지는 않은 것으로 본다.

17) 헌법재판소 2008.7.31 선고, 2004헌바81 전원재판부 판결 참조.

18) 헌법재판소 2008.7.31 선고, 2004헌바81 전원재판부 판결 참조.

그렇다면 사람과 동등하지는 않지만 생명권을 지녔다고 간주하는 인간 생명체의 시기(始期)를 법적으로는 언제부터라고 보는 것일까? 대법원 판례는 태아의 시기(始期)를 자궁에 착상한 때로 보고 있다.<sup>19)</sup> 따라서 출산 전 생명의 생명권은 착상 이후라고 해석할 여지가 있다. 그러나 생명윤리 및 안전에 관한 법률은 이러한 해석이 안전하지 못함을 알게 한다. 잔여배아의 연구를 “발생학적으로 원시선이 나타나기 전까지에 한하여” 이용할 수 있다고 규정한 것<sup>20)</sup>은 착상 전의 배아에게는 어떤 생명권을 인정하지 않은 것으로 이해할 수 있다. 하지만 이와 같은 배아연구를 잔여배아에 한정하고 체세포복제배아연구를 제외하고는 연구를 위한 배아생성을 금지한 것은 착상 전 배아를 아무런 생명권도 없는 단순한 세포로 취급한 것은 결코 아님을 의미한다.<sup>21)</sup>

결국 법률이나 판례가 출산 전 생명의 생명권을 인정하고 이 생명권을 사람과 동등하게 여기지 않았다는 것은 분명하다. 그러나 이 생명권이 언제부터 부여되는지는 불분명하다. 그러나 착상 전과 후의 배아가 모두 생명권을 지니기는 하지만, 착상 전 배아의 생명권은 착상 후 배아의 생명권과 동등하지 않다고 해석하는 것이 가능하다.

그렇다면 생명윤리정책으로서의 생명윤리학이 다루어야 할 문제는 상기한 현행 법률과 판례의 입장이 한 사회의 공동체가 견지할 만한 타당한 입장인지, 앞서 언급하였던 출산 전 생명의 도덕적 지위에 대한 견해 중 어느 하나가 공동체가 그룹의 정당한 믿음으로 수용될 수 있는지, 과연 이러한 이견 대립에 직면하여 어떤 사회적 해결책이 존재하는지에 대한 것이다.

19) 대법원 1985.6.11 선고, 84도1958 판결 참조.

20) 생명윤리 및 안전에 관한 법률 제17조.

21) 생명윤리 및 안전에 관한 법률 제13조, 제17조, 제22조 참조.

#### IV. 생명윤리정책으로서의 생명윤리적 문제들

우리 사회가 해결을 기다리고 있는 출산 전 생명의 생명윤리적 문제들 이란, 출산 전 생명에 대한 윤리적 또는 철학적 담론이라기보다 이와 같은 담론에서 드러난 윤리적 입장의 대립에 직면하여 어떤 현실적인 실천적 해결책을 마련할 수 있느냐이다. 이것이 바로 생명윤리정책으로서의 생명 윤리학이 고민하는 문제이며, 실천학으로서의 생명윤리학이 해결해야 할 문제이다. 이런 목표를 지닌 생명윤리학은 철학자들이 합의된 하나의 입장을 제시할 때까지 마냥 기다릴 수는 없는 문제들을 다루고 있다. 게다가 철학적 탐구의 본성상 합의된 하나의 입장이 제시될 가능성은 거의 없다.

과연 충돌하는 윤리적 입장들을 넘어서서 현실적으로 가능한 해결책을 찾는 방법은 무엇인가? 그리고 이런 해결책 모색에서 준수해야 하는 원칙은 무엇인가?

존 롤즈(John Rawls)는 다원주의 사회에서 이성적인 사람들 사이의 의견 불일치를 “이성적 불일치”라고 불렀다.<sup>22)</sup> 이와 같은 이성적 불일치는 무지나, 잘못된 추론, 이기심, 선입견이나 편견 등이 극복되었다하더라도 발생할 수 있다.<sup>23)</sup> 이러한 이성적 불일치에 직면하여 이성적인 사람들이 해야 하는 것은 자신과 다른 견해에 대해 관용의 태도를 취하는 것이다. 우리가 다른 견해가 잘못된 것임을 입증할 수 없거나 다른 견해를 지닌 사람들을 합리적으로 설득할 수 없다면, 관용을 취하는 것이 다원주의 사회에서 지녀야 할 하나의 윤리적 덕목이다.<sup>24)</sup> 롤즈는 이성적 다원주의 즉 다양한 이성적인 포괄적 믿음 체계가 존재한다는 사실과 이러한 다양성은

22) John Rawls, Political Liberalism, Columbia University Press, 1996, 제55면.

23) John Rawls, Political Liberalism, Columbia University Press, 1996, 제58면.

24) 다원주의 사회에서 직면하게 되는 이성적 불일치의 문제와 관용의 필요성에 대한 상세한 논의는 최경석, “이성적 불일치 문제에 대한 절충안 모색과 인테그리티의 문제: 실천윤리적 문제의 정책결정”, 『환경철학』, 7권, 한국환경철학회, 2008, 제251~275면 참조.

국가 권력을 억압적으로 사용함으로써만 극복될 수 있다고 했다.<sup>25)</sup> 다시 말해, 다원주의 사회에서의 이성적 불일치가 제거되고 하나의 포괄적 믿음 체계만이 존재하게 하는 방법은 오로지 억압적 방법을 통해 어느 한 믿음 체계가 다른 믿음 체계를 짓누를 때만 가능하다는 것이다.

종교의 자유를 인정하는 것은 바로 이와 같은 다양한 이성적인 포괄적 믿음 체계에 대해 관용의 태도를 취한 것이다. 사실상 종교적 신념들은 종종 대립할 수 있다. 비록 주관적으로는 자신이 따르고 있는 어느 한 종교가 가장 옳다고 생각한다하더라도 사회적으로 이 종교를 제외한 다른 종교적 신념을 따르는 것을 막거나 관련 종교적 활동을 금지하는 것은 윤리적으로 옳지 않다. 이와 같이 하나의 사회 공동체가 다수의 종교적 신념들이 공존하도록 인정하는 것은 인생관이나 세계관에 있어 개인의 신념이 항상 사회 전체의 믿음으로 수용되는 것은 아님을 보여준다.

관용은 자기와 다른 견해에 대한 존중을 의미한다. 자신의 견해와 다른 견해가 이성적 불일치인 경우, 자신의 견해가 관용의 대상이 되고 존중되어야 하는 것만큼이나 다른 견해도 존중되어야 하는 관용의 대상이 된다. 따라서 이성적 불일치의 문제를 해결하는 데 있어, 절충안 모색이나 현재 경쟁 중인 견해 외의 제3의 대안에 대한 모색은 현실적인 정책적 문제해결을 위해 긴요한 일이다.

생명윤리에 대한 다양한 윤리적 견해의 대립에서 이 윤리적 이견들이 이성적 불일치로 판단되는 한, 우리는 이들 견해들에 대해 관용의 태도를 취해야 한다. 출산 전 생명의 도덕적 지위에 대한 논쟁에 있어서도 사정은 마찬가지이다.

관용을 강조하는 입장은 로널드 드워킨(Ronald Dworkin)에게서도 다음과 같이 확인할 수 있다.

우리는 낙태분야에서도 종교적 관용을 고집해야 한다. 관용은 우리가

---

25) John Rawls, *Political Liberalism*, Columbia University Press, 1996, 제54면.

자유를 위한 모험에 대해 지불하는 비용이다. 우리는 자유와 존엄성을 원하고 바로 그 때문에 우리는 어느 한 집단이 아무리 똑똑하고 영적이더라도 또는 아무리 다수라도 본질적으로 종교적인 문제를 전체를 대신해서 결정하지 못하도록 하는 공동체에서 살기로 결단을 한 것이다. 우리가 타인들의 삶에 대해 진정한 관심을 가지고 있다는 우리는 자기 신념의 곁에 어긋나게 사는 삶은 올바른 삶이 아니라는 것, 스스로 받아들이지는 않는 어떤 가치를 강요하여 공포나 예의 때문에 억지로 받아들이도록 하는 것은 그 삶을 돕는 것이 아니라 망치는 것임을 받아들여야 한다.<sup>26)</sup>

물론 드워킨이 낙태분야에서도 종교적 관용을 강조한 것은 낙태에 대한 논란에 기본적으로 종교적 신념이 개입되어 있다고 판단한 데에 있으며, 이는 정교분리의 원칙에 입각해 있다. 그러나 필자는 이와 같은 관용이 단지 종교적 신념에만 국한되지 않는다고 생각한다. 롤즈는 종교적 신념 체계와 마찬가지로 철학적인 믿음 체계들도 세계관과 인생관을 표현하고 있다고 보았다.<sup>27)</sup>

이제 우리가 판단해야 하는 것은 출산 전 생명의 도덕적 지위에 대한 철학적 입장들이 이성적 불일치인가의 문제이다. 수정농증, 유전적 동일성 농증, 쾌고감수능력 농증, 사물과 사람의 중간적 존재자 농증 모두 그 나름의 정당성 근거를 가지고 있으며, 객관적인 근거에 의해 어느 한 견해가 잘못되었음을 보이기는 어렵다. 우리가 목격하는 것은 어느 한 입장에서 서서 다른 견해들을 반박하는 것이다. 이것은 이들 논증이 도덕적으로 존중 받을 대상의 기준에 대해 서로 다른 철학적 관점에 입각해 있음을 말하고 있는 것이다.

이들 논증이 주장하고자 하는 바를 출산 전 생명이 언제 사람과 동등한 도덕적 지위를 지니는가라는 문제로 이해할 경우, 유전적 동일성 농증과

26) 박경신·김지미 역, 『생명의 지배영역』(Ronald Dworkin, Life's Dominion), 이화여자대학교 생명의료법연구소, 2008, 제179면.

27) John Rawls, Political Liberalism, Columbia University Press, 1996, 제58면.

사물과 사람 사이의 중간적 존재자 논증은 그 자체가 사람과 동등한 도덕적 지위를 지니고 있다고 주장하고 있지 않음으로 논의에서 배제할 수 있다. 수정논증, 개체적 동일성 논증, 그리고 쾌고감수능력 논증은 현실적으로 낙태 문제와 배아연구문제에 대해 다음과 같은 견해 차이를 보여주고 있다. 아래 표에서는 해당 사항이 없다고 판단한 경우에는 “N/A”(Non-applicable)로 표시하였다.

<표 1> 사람과 동등한 도덕적 지위를 지니는지에 대한 입장인 경우

		수정 시점 이후	착상완료 또는 원시선등장 시점 이후	뇌 형성 시점 이후
수정논증	배아연구	금지	N/A	N/A
	낙태	N/A	금지	금지
개체적 동일성 논증	배아연구	허용	N/A	N/A
	낙태	N/A	금지	금지
쾌고감수능력 논증	배아연구	허용	N/A	N/A
	낙태	N/A	허용	금지

결국 수정논증이 객관적으로 옳은 입장임을 밝힐 수 없는 한, 또는 쾌고감수능력 논증이 절대적으로 잘못된 입장을 밝힐 수 없는 한, 우리 사회는 수정 시점 이후 원시선 등장 시점 이전까지의 배아연구를 허용해야 하는 입장을 취할 수밖에 없다.<sup>28)</sup> 수정논증의 주장자들 입장에서는 그것이 잘못된 견해라고 판단하더라도 관용적인 태도를 취하는 것이 이성적 불일치에 대한 다원주의 사회가 요구하는 평화로운 공존의 해법이다. 낙태의 문제에 대해서도 동일한 방식에 의해 뇌 형성 시점 이전까지는 허용하는 입장을 취하는 것이 관용의 원칙에 부합한다.

28) 어떤 행위를 금지한다는 것은 개인의 자유를 제한하는 것이기 때문에 한 사회 공동체의 정책으로 수용되기 위해서는 허용보다는 더 강한 정당화 근거나 구성원들 사이의 합의가 필요하다고 판단된다.

만약 출산 전 생명의 도덕적 지위에 대한 입장들이 주장하는 바가 출산 전 생명이 사람과 동등한 도덕적 지위를 지니는 것은 아니지만 동등한 생명권을 지니고 있음을 주장하는 것으로 이해할 경우, 수정논증은 논의에서 배제되며, 사물과 사람 사이의 중간적 존재자 논증도 동등한 생명권까지 주장하는 논증으로 이해하기는 어려워 배제시킬 수 있다. 그래서 출산 전 생명이 사람과 동등한 지위를 지닌다는 견해와 관련하여, 유전적 동일성 논증, 개체적 동일성 논증, 그리고 쾌고감수능력 논증은 현실적으로 낙태 문제와 배아연구문제에 대해 다음과 같은 견해 차이를 보이고 있다.

<표 2> 사람과 동등한 생명권을 지니는지에 대한 입장인 경우

		수정 시점 이후	착상완료 또는 원시선등장 시점 이후	뇌 형성 시점 이후
유전적 동일성 논증	배아연구	금지	N/A	N/A
	낙태	N/A	금지	금지
개체적 동일성 논증	배아연구	허용	N/A	N/A
	낙태	N/A	금지	금지
쾌고감수능력 논증	배아연구	허용	N/A	N/A
	낙태	N/A	허용	금지

결국 우리는 앞선 표와 거의 동일한 표를 얻게 되며, 관용의 원칙이 적용되었을 경우, 배아연구에 대해 허용하고 뇌 형성 시점 이전까지의 낙태에 대해서도 허용하는 것이 한 사회의 정책으로서 우리가 얻게 될 결론이다.

그러나 출산 전 생명에 대한 도덕적 입장들이 주장하고자 하는 바를 사람과 동등한 생명권을 지니는 시점에 대해서가 아니라 사람과 동등하지는 않지만 인간 생명체로서 언제 생명권을 얻는지에 대한 입장으로 이해할 경우, 유전적 동일성 논증, 개체적 동일성 논증, 그리고 쾌고감수능력 논증은 현실적으로 낙태 문제와 배아연구문제에 대해 다음과 같은 견해 차이를 보이는 것으로 이해할 수 있다.

&lt;표 3&gt; 사람과 동등하진 않지만 언제 생명권을 지니는지에 대한 입장인 경우

		수정 시점 이후	착상완료 또는 원시선등장 시점 이후	뇌 형성 시점 이후
유전적 동일성 논증	배아연구	제한적 허용	N/A	N/A
	낙태	N/A	제한적 허용	제한적 허용
개체적 동일성 논증	배아연구	전면 허용	N/A	N/A
	낙태	N/A	제한적 허용	제한적 허용
쾌고감수능력 논증	배아연구	전면 허용	N/A	N/A
	낙태	N/A	전면 허용	제한적 허용

위 표에서 필자는 출산 전 생명이 생명권을 지니기는 하지만 사람과 동등한 생명권을 지닌 것은 아니라는 입장을 다음과 같이 이해하였다. 기본적으로 출산 전 생명은 인간 생명체로서의 생명권을 지니기 때문에 우리의 도덕적 배려의 대상이 된다. 하지만 이것이 사람과 동등한 생명권은 아니기 때문에, 사람의 생명권과 충돌하는 경우는 말할 것도 없고, 사람이 지닌 행복추구권, 자기결정권과 같이 생명권보다는 덜 우선적인 가치와 충돌하는 경우에도 출산 전 생명의 생명권은 유보될 수 있다.

위와 같은 해석은 드워킨의 낙태 논쟁에 대한 이해와도 일치한다. 그는 낙태에 대한 파생적인 반대(derivative objection)와 독립적인 반대(detached objection)를 구분한다. 파생적인 반대란 “성인을 살해하는 것은 그의 살해당하지 않을 권리를 침해했기 때문에 대개 잘못된 것처럼 낙태는 살해당하지 않을 어떤 이의 권리를 침해했기 때문에 원칙적으로 잘못된 것이다”라고 주장하는 것이다. 여기서 “태아를 포함하여 모든 인간이 지녔다고 가정하는 권리와 이해관계로부터” 낙태에 대한 반대 주장이 파생되기 때문에 “파생적인 반대”라고 드워킨은 명명했다. 반면 낙태에 대한 독립적인 반대란 “낙태는 그것이 인간 생명의 어떤 단계이든 또는 형태이든, 인간 생명의 내재적 가치 즉 신성한 성질을 무시하고 모독하기 때문에 원칙적으로 잘못된 것이다”라고 주장하는 것이다. 이것은 “이 주장이 어떤

특정한 권리나 이해관계에 의존하거나 전제하지 않기 때문에” 드워킨은 “독립적인 반대”라고 명명했다.<sup>29)</sup>

드워킨은 낙태 논쟁을 파생적인 근거에 대한 논쟁으로 이해하는 것은 잘못이라고 주장한다. 낙태 반대론자(pro-life)의 입장이 파생적인 반대라면 어떤 형태의 낙태도 허용될 수 없지만 낙태 반대론자들도 예외적인 경우를 인정하기 때문이다. 또한 낙태 찬성론자(pro-choice)가 주장하는 것은 태아가 생명을 지니고 있지 않다는 것이 결코 아니기 때문이다.<sup>30)</sup> 낙태 반대론자와 찬성론자 모두 생명의 내재적 가치를 인정하고 있다고 드워킨은 이해한다. 이들은 모두, 생명의 신성성 혹은 불가침성(invulnerability)이란 가치가 훼손되어 겪게 되는 좌절을 안타깝게 여긴다. 예를 들어, 조기 사망은 생명의 신성성 혹은 불가침성을 수립하는 데 투여된 자연의 투여(natural investment)와 인간의 투여(human investment) 모두가 좌절된 것이다.<sup>31)</sup> 그러나 어떤 투여의 좌절이 더 나쁜 것인가에 대해 낙태 반대론자와 찬성론자는 의견을 달리한다고 드워킨은 주장한다.<sup>32)</sup>

따라서 드워킨에 따르면, “부모들은 심각한 결함이 있는 태아가 즉시 죽는 것과 그 태아가 자궁 속에서 계속 자라나 장애로 인해 제약된 짧은 삶을 사는 것의 둘 중에서 어느 것이 더 나쁜 생명의 좌절인지를 결정해야 한다.” 그리고 이 경우 낙태 찬성론자들은 “이 태아의 생명이 지속되는 것을 허용하는 것이 더욱 심각한 생명의 좌절이 된다”고 생각한다.<sup>33)</sup> 이러한 투여의 좌절에 대한 고려는 낙태 찬성론자에게 있어 단지 태아 자체에게만 해당하지 않고, 태아와 산모 및 그녀의 다른 가족구성원의 좌절에 대한 고려까지 확대된다고 드워킨은 생각한다. 따라서 드워킨은 낙태 찬성론자

29) Ronald Dworkin, *Life's Dominion*, Vintage Books, 1993, 제11면. 박경신·김지미 역, 『생명의 지배영역』과 다르게 번역하여 인용한 경우, 원서의 면수를 기재하였다.

30) 박경신·김지미 역, 전게서, 제34~75면.

31) Ronald Dworkin, *Life's Dominion*, 제91면.

32) 박경신·김지미 역, 전게서, 제100면.

33) 박경신·김지미 역, 전게서, 제98면.

들은 생명의 가치에 대한 인간의 기여가 폐기되는 것에 대해 우려하고 있고 생명의 폐기가 단순한 상실보다는 좌절의 정도로 측정될 경우 인간의 투여가 거의 이루어지지 않은 초기 태아의 생명이 종식되는 것보다 10대 미혼모의 삶이 훼손되는 것이 폐기의 정도가 더욱 심하다고 믿는다고 설명한다.<sup>34)</sup>

그런데 낙태 논쟁에 대한 드워킨의 분석에서 비록 그가 생명의 내재적 가치를 언급하고는 있지만, 이 가치는 절대적 가치가 아니다. 또한 필자가 보기에 드워킨은 생명의 가치에 단지 살아 있음의 가치만이 아니라 살아 감의 가치 즉 삶의 가치까지도 포함시키고 있다. 따라서 앞선 필자의 논의와 비교할 때, 드워킨은 필자가 출산 전 생명의 도덕적 지위에 대한 논증들을 사람의 생명권과 동등하지는 않지만 언제 출산 전 생명이 생명권을 지니는지에 대한 논의로 이해했던 방식이 낙태 논쟁을 제대로 이해하는 것이라고 할 것이다. 또한 드워킨의 방식으로 출산 전 생명의 생명권을 설명하자면, 이 생명권은 사람의 생명권과 동등하지 않기에, 사람의 생명권과 충돌하는 경우만이 아니라 사람의 생명이란 가치를 좌절시키는 경우에도 이 생명권은 유보될 수 있다.

따라서 위 표에서 “제한적 허용”이라고 표현한 것은 바로 드워킨의 논의 맥락 하에서는 자연의 투여와 인간의 투여가 얼마나 더 중요하고 이 좌절이 얼마나 더 큰 생명의 좌절을 초래하는지의 판단에 따라 허용 여부가 결정되는 것을 의미한다.

파생적 근거에 대한 낙태 논쟁이 잘못된 것이라는 드워킨의 지적을 우리가 받아들인다면, 필자가 제시하였던 첫 번째 표, 즉 출산 전 생명의 도덕적 지위에 대한 논증을 출산 전 생명이 언제 사람과 동등한 지위를 지니는지에 입장으로 이해했을 때의 표는 낙태 논쟁을 이해하는 데 도움이 되지 않는다고 평가해야 한다. 그러나 설사 드워킨의 이런 입장을 받아들인

---

34) 박경신·김지미 역, 전계서, 제109면.

다하더라도 두 번째 표, 즉 출산 전 생명이 사람이라고 부르는 것이 아니라 적어도 사람과 동등한 생명권을 지닌다고 보아야 한다는 입장으로 이해한 표는 첫 번째 표와 실질적으로 별 차이가 없음에 주목할 필요가 있다. 이와 같은 두 번째 표가 논의될 수밖에 없는 것은 사실상 드워킨에게서도 내재되어 있었다. 왜냐하면 드워킨은 생명의 신성한 가치 혹은 불가침의 가치를 언급하면서도 이것이 절대적이지 않다는 입장을 취하고 있기 때문이다. 드워킨의 이러한 입장은 쉽게 이해되기는 어렵다고 판단된다. 드워킨은 생명이 신성하다는 생각으로부터 적어도 인간 생명체가 지닌 생명의 가치는 사람과 동등하다는 사고방식에 대해서도 좀 더 진지하게 고려했을 필요가 있었다.

따라서 이제 남은 문제는 인간 생명체라면 생명을 동등하게 고려하여야 한다는 입장과 인간 생명체라도 생명이 동등하게 고려될 수 없다는 입장 중 어느 것이 더 옳은지 판단하는 것이다. 그러나 필자는 이 문제 역시 이성적 불일치의 한 예라고 생각한다. 따라서 두 견해 모두, 존중될 필요가 있는 관용의 대상이다. 따라서 두 번째 표와 세 번째 표를 함께 고려했을 때, 서로 다른 의견을 존중하며 한 사회 공동체가 그룹 추론의 결론으로 삼는 것이 타당한 것은 배아연구에 대한 제한적 허용과 낙태에 대한 제한적 허용이다.

혹자는 허용이 그룹 추론의 결론이 되어야 한다고 주장할 수 있다. 왜냐하면 제한적 허용 역시 허용을 주장하는 사람들에게는 실질적으로는 해당 사안에 대한 금지로 이해될 것이기 때문이다. 그러나 우리는 금지 즉 전면 금지, 허용 즉 전면 허용, 그리고 제한적 허용 사이의 관계에 종합적으로 생각할 필요가 있다. 우선, 금지 즉 전면 금지는 앞선 주에서 언급하였듯이, 개인의 자유를 제한하는 것이기에 정책으로 수립되는 데 있어 강한 정당화 근거를 요구하거나 더 많은 구성원들의 합의가 필요하다. 그런데 전면 금지와 전면허용이 대립하고 제한적 허용 역시 갈등을 벌이는 상황에서는 양극단의 주장을 절충하고 있는 제한적 허용 즉 제한적 금지란 입장

이 정책으로 수용될 가능성이 높다.

이런 점에서 각국의 현행법이 낙태에 대한 기간해결방식이나 정당화사유방식 등을 채택하며 제한적 허용의 입장을 취하는 것은 당연한 귀결이라 하겠다. 배아연구에 있어서도 연구 목적의 배아를 생성하지 못하도록 하거나 엄격한 심사를 통해 연구를 허용하고자 하는 것도 정책 수립의 관점에서는 당연한 귀결이라 하겠다.

물론 제한적 허용에 있어 어떤 낙태의 형태를 어떤 배아 연구의 형태를 허용하고 금지할 것인지 정하는 것은 또 다른 정교한 논의를 필요로 한다. 왜냐하면 이와 같은 세부 사항들에 대한 정책 수립은 또 다시 세부 문제들에 대한 입장 대립을 검토하고 그 중 어떤 것들이 이성적 불일치인지를 판단한 후, 이들 입장들이 충돌을 넘어서서 어떤 하나의 견해를 정책으로 받아들일 것인지 검토해야 하는 문제이기 때문이다. 이러한 세부 논의는 다음의 연구 과제로 삼고자 한다. 필자가 본 논문에서는 다루고자 했던 것은 “출산 전 생명의 도덕적 지위”와 같은 생명윤리의 문제에 대한 이성적 불일치에 직면하여, 한 사회의 정책수립에 대해 연구하는 생명윤리정책으로서의 생명윤리학이 어떤 관점에서 그리고 어떤 방식으로 해법을 모색해 나갈 수 있는지를 제시하는 것이었다.

## V. 맺음말

이상의 논의를 통해 우리는 생명윤리정책으로서의 생명윤리학이 출산 전 생명의 생명윤리적 문제에 대해 어떤 목적을 가지고 어떤 접근 방법 및 원칙에 따라, 한 공동체의 그룹 믿음을 결정하는지 살펴보았다. 그리고 롤즈에 따라 다원주의 사회에서 이성적 다원주의라는 사실에 대한 인정과 관용의 필요성이 왜 중요한지 지적하였다. 많은 생명윤리적 문제들은 이성적 불일치로 판단되는 상이한 윤리적 입장과 이들 입장의 근저에 놓여

있는 세계관, 인생관 및 윤리관의 대립과 충돌을 보여주었다. 이러한 문제들은 많은 경우 현실적 해결책 모색을 기다리는 한 공동체의 정책적 문제들이다. 따라서 순수한 윤리학적 또는 철학적 접근 방법에 의해 산출되는 결론을 마냥 기다릴 수만은 없고, 한 공동체의 믿음을 산출하는 생명윤리 정책으로서의 생명윤리학의 역할이 절실히 요구된다. 필자는 이성적 불일치의 해결방안으로서 절충안 모색과 제3의 대안 모색이 중요함을 강조하였다. 이러한 해결책은 사실상 윤리적 문제에 대한 윤리적 해답은 아니며, 윤리적 문제에 대한 정치적 해결이라고 평가할 수 있다. 아무리 개인 신념과 충돌하는 믿음이 그룹의 믿음으로 결정되더라도 그 믿음이 객관적으로 잘못된 믿음임을 입증할 수 없는 한, 다원주의 사회 속에서의 자유주의 이념에 따르고자 한다면 우리는 이 믿음을 관용해야 한다.

이와 같은 결론은 윤리적 옳음이 객관적으로 존재한다고 생각하는 사람들에게는 대단히 불만족스러운 것이다. 하지만 윤리적 옳음이 객관적으로 존재하느냐는 문제에 대한 해답 역시 철학사에서는 이성적 불일치를 보여왔다. 가치 실재론과 반실재론의 논쟁이 바로 그것이다. 물론 가치 반실재론이라 하여 윤리적 상대주의를 반드시 함축하는 것은 아니다. 톰 비참(Tom L. Beauchamp)과 제임스 칠드리스(James F. Childress)가 주장한 바와 같이, 선형적이지는 않지만 개별도덕들 사이에 서로 중첩적인 일치를 보이는 보편적인 공통도덕(common morality)이 존재한다.<sup>35)</sup> 이성적 불일치는 아직 이러한 공통도덕의 범주 속에 포섭되지 않은 윤리적 쟁점들이다.

우리는 이성적 불일치에 대한 해결책 모색과 관련하여, “도덕적 허용가능성”(moral permissibility)의 의미를 다시 한 번 생각해 볼 필요가 있다. 이성적 불일치를 보이는 대부분의 생명윤리적 문제는 어떤 행위가 옳은가 또는 그른가의 문제라기보다 그 행위가 윤리적으로 허용가능한가의 문제

35) Beauchamp, Tom L. & James F. Childress, Principles of Biomedical Ethics(6th edition), Oxford University, 2009, 제2~4면.

임을 명심할 필요가 있다. 옳고 그름의 윤리적 가치는 결코 이분법적이지 않다. 윤리적 옳음은 주로 우리가 해야 하는 행위에 대한 문제이고, 윤리적 그름은 우리가 하지 않아야 하는 행위에 대한 문제이다. 그러나 윤리적으로 허용가능한가의 문제는 우리 모두가 윤리적으로 옳다고 판단하는가의 문제가 아니다. 이 문제는 누군가에게는 윤리적으로 옳지 않다고 판단되지만 누군가에게는 윤리적으로 그르지는 않다고 판단되는 문제에 대한 것이다. 따라서 도덕적 허용가능성은 관용을 포함하고 있다. 다시 말해 도덕적 허용가능성은 사람들의 개인적 신념에 따라서는 받아들일 수 없는 행위임에도 불구하고 우리 사회가 허용할 수밖에 없는 관용의 범위 안에 들어오는 행위들에 붙여지는 속성이라 하겠다.

낙태가 제한적으로 허용된다는 것은 다시 말해 낙태가 윤리적으로 허용되는 경우가 있다는 것은 낙태가 윤리적으로 옳다는 것을 의미하는 것이 아니다. 그것은 바람직한 것은 아니지만 제한적으로 허용될 수밖에 없는 윤리적 정당화 사유를 우리 사회가 관용으로 인정할 수밖에 없다는 것을 의미한다.

주제어 : 출산 전 생명, 이성적 불일치, 관용, 도덕적 허용가능성, 생명윤리정책

[ 참 고 문 헌 ]

1. 국내문헌

- 생명윤리정책연구센터, 『각국의 줄기세포연구 가이드라인』, 생명윤리정책연구센터, 2008.
- 최경석, “이성적 불일치 문제에 대한 절충안 모색과 인테그리티의 문제: 실천 윤리적 문제의 정책결정”, 『환경철학』, 7권, 한국환경철학회, 2008.
- 최경석, “인간배아의 도덕적 지위와 잠재성 개념”, 『철학』, 86집, 한국철학회, 2006.
- 구영모 외 譯, 『이 시대에 윤리적으로 살아가기: 현대 사회와 실천윤리』 (Singer, Peter 著, 『Living Ethically in the Twenty-First Century』), 철학과 현실사, 2008.
- 박경신·김지미 譯, 『생명의 지배영역』 (Dworkin, Ronald 著, 『Life's Dominion』), 이화여자대학교 생명의료법연구소, 2008.

2. 외국문헌

- Beauchamp, Tom. L. & James F. Childress. Principles of Biomedical Ethics (6th edition), Oxford University Press, New York. 2009.
- Choi, Kyungsuk. “‘Bioethics Policy’ As a New Interdisciplinary Study”, Journal of Biomedical Law & Ethics, Ewha Institute for Biomedical Law & Ethics, Vol.1, No.1, 2007.
- Dworkin, Ronald. Life's Dominion, Vintage Books, 1993.
- Engelhardt, H.T. “The Context of Health Care: Persons, Possessions, and States,” in Contemporary Issues in Bioethics, 3rd edition, eds., T. Beauchamp and L. Walters, Wadsworth, 1989.
- George, Robert P. “Human Cloning and Embryo Research: The 2003 John J. Conley Lecture On Medical Ethics,” Theoretical Medicine, Vol.25, No.1, 2004.
- Gomez-Lobo, Alfonso. “Does Respect for Embryos Entail Respect for Gametes,” Theoretical Medicine, Vol.25, No.3, 2004.

- McGinn, Colin. *Moral Literacy, or How to Do the Right Thing*, General Duckworth & Co. Ltd., 1992.
- Munthe, Christian. "Divisibility and the Moral Status of Embryos," *Bioethics*, Vol.15, No.5-6, 2001.
- Perrett, Roy W. "Taking Life and the Argument from Potentiality," *Midwest Studies in Philosophy*, Vol.24, 2000.
- Persson, Ingmar. "Tow Claims about Potential Human Beings," *Bioethics*, Vol.17, No.5-6, 2003.
- Rawls, John. *Political Liberalism*, Columbia University Press, 1996.
- Sandel, Michael. "The Ethics of Stem Cell Research, Human Cloning, and Genetic Engineering", 『제9회 다산기념철학강좌 자료집』, 2005.

### 3. 기타 자료

- 대법원, 1982.10.12 선고, 81도2621 판결.
- 대법원, 1985.6.11 선고, 84도1958 판결.
- 헌법재판소, 2008.7.31 선고. 2004헌마81 전원재판부 판결.
- 『생명윤리 및 안전에 관한 법률』(일부개정 2008. 6. 5. 법률 제9100호).
- ISSCR(International Society for Stem Cell Research), *Guidelines for the Conduct of Human Embryonic Stem Cell Research*, 10.2c.

## Bioethical Deliberation of a Human Life before Birth

Choi, yung suk

*Law School, Ewha Womans University*

### =ABSTRACT=

“Bioethics” may have various meanings depending on its roles. It may mean professional ethics for scientists and physicians, etc. It may also mean an academic discipline using interdisciplinary approach as well as a philosophical or a legal approach. “Bioethics” as an interdisciplinary study should often deal with public policy on bioethical issues. I call this role bioethics as a study of bioethics policy, which has to be developed as a new discipline. From this perspective, I deal with bioethical issues relevant to a human life before birth. There are various and often conflicting arguments about the moral status of a human life before birth such as the fertilization argument, the argument of genetic identity, so-called the “14 days” argument focusing on the formation of primitive streak, the argument of sentient being, and Michael Sandle’s argument of an embryo as a being between a thing and a person. I argue that each of them is reasonable. Thus we are faced with reasonable disagreement on the views over whether a human life before birth has the same right to life as that of a person or whether right to life may be considered to be a matter of degree. If we acknowledge reasonable disagreement, as John Rawls pointed out, we should tolerate the views from ours in a plural society. Therefore, we cannot help making a policy that allows abortion and embryonic research with some limitations. When we say a certain act is morally permissible, “moral permissibility” does not mean that the act is morally right for all. Rather it means that the act cannot help being morally allowed for some persons although the others do not believe its moral rightness because they cannot right now rationally persuade others to accept their view.

Keyword : A human life before birth, reasonable disagreement, toleration, moral permissibility, bioethics policy