

# 출생 전 생명에 대한 헌법적 고찰

## - 태아 및 배아의 생명권과 그 제한을 중심으로 -

김 은 애\*

- I. 들어가며
- II. 헌법상 '인간의 존엄과 가치' 및 '생명권'의 법적 의의와 그 제한
  - 1. 헌법상 '인간의 존엄과 가치' 및 '생명권'의 법적 의의
  - 2. '인간의 존엄과 가치'의 제한
  - 3. '생명권'의 제한
- III. 출생 전 생명에 대한 '생명권'의 인정 여부와 제한 가능성
  - 1. 어느 시기부터 '인간으로서의 생명임을' 인정할 것인가에 대한 견해들
  - 2. 태아에 대한 '생명권'의 제한 가능성
  - 3. 배아에 대한 '생명권'의 제한 가능성
- IV. 마치며

### I. 들어가며

출생 전 생명에 대한 기존의 헌법적 논의는 '태아는 인간으로서의 존엄성과 가치를 가진 존재 내지 생명권을 가진 존재로서 법적으로 보호되어야 하는가?'라는 질문을 바탕으로 주로 태아<sup>1)</sup>의 법적 지위 판단이나 임신 중단<sup>2)</sup>의 허용 여부 및 조건 등에 관한 부분을 중심으로 이루어졌다. 그러

\* 논문접수: 2009. 5. 1. \* 심사개시: 2009. 5. 10. \* 게재확정: 2009. 6. 10.

\* 이화여자대학교 생명의료법연구소 선임연구원(보건복지가족부 지정 생명윤리정책연구센터 법령분석연구팀장), 법학박사

1) 이 글에서는 임신 주수에 관계없이 여성의 자궁 내에 임신된 상태로 존재하는 생명체를 총칭하는 용어로 '태아'를 사용하도록 하겠다.

나 최근 보조생식술<sup>3)</sup>을 비롯한 생명의료과학기술의 급속한 발전과 이용의 확대에 의해 정자에 이어 난자는 물론 배아까지도 인체 밖에서 다루는 일 — 생식세포 및 배아를 냉동 상태로 보관하였다가 추후 원하는 시기에 해동하여 이용한다거나,<sup>4)</sup> 이들을 대상으로 유전자검사를 실시하여 선별적으로 이용한다거나, 임신이나 연구 목적으로 기증·수증하는 일<sup>5)6)</sup> 등 — 이 가능하게 됨에 따라, 이제는 배아<sup>7)</sup> 및 생식세포<sup>8)</sup>와 관련하여 ‘언제부

- 2) 이 글에서는 태아 사망에 중점을 두고 있는 형법상 표현인 ‘낙태’나 인공적 시술에 중점을 두고 있는 모자보건법상 표현인 ‘인공임신중절’을 대신하여, 임신이 유지되지 않도록 하는 행위가 결정되고 시행되는 것을 의미하는 보다 포괄적인 표현으로서 ‘임신 중단’이라는 용어를 사용하도록 하겠다.
- 3) 이 글에서는 체내·외인공수정시술 뿐만 아니라 이러한 방식을 통한 임신과 관계되는 제반 기술 — 예를 들면 난자채취시술, 착상전 유전자진단, 선택적 태아감수술 등 — 까지 포함하는 용어로서 ‘보조생식술’이라는 용어를 사용하도록 하겠다.
- 4) 대한산부인과학회 자료에 의하면 보조생식술에 있어 냉동보존배아이식이 이루어진 경우가 2001년에는 1,646건(11.2%)이었으나, 2005년에는 3,343건(15.8%), 2006년에는 4,868건(14.85%)으로 그 총 수는 물론 비율도 증가하였다.
- 5) 대한산부인과학회 자료에 의하면, 체외인공수정시술에서 타인의 난자가 이용된 경우는 2001년에 231건(1.6%), 2003년에 331건(1.9%), 2005년에 213건(1.01%), 2006년에 236건(0.72%)이었고, 타인의 정자가 이용된 경우는 2005년에 207건(0.98%), 2006년에 235건(0.72%)이었으며, 체내인공수정시술에서 타인의 정자가 이용된 경우는 2005년에 551건(1.92%), 2006년에 563건(1.80%)이었다.
- 6) 2009년 4월 29일 국가생명윤리심의위원회는 차병원이 신청한 인간체세포핵이식복제 배아줄기세포연구에 대해 생명윤리계와 보건복지가족부의 추천을 받아 기관생명윤리심의위원회(IRB)에 생명윤리 전문가를 보강한다는 등의 조건과, 동물실험을 병행하여 인간 난자 사용량을 최소화라는 등의 권고사항을 전제로 조건부 승인 결정을 하였다. 이로써 지난 2006년 동일한 형태의 연구가 중단된 이후 약 3년 만에 연구가 재개될 수 있게 되었다.
- 7) 인간 배아에 대한 발생학상의 정의와 규범적 정의는 다르다. 발생학적으로 정의되는 배아는 수정 후 대략 50~60일을 전후로 하여 인간으로서의 거의 모든 기관이 갖추어지기 이전 시점까지의 존재를 말하고, 규범적으로 정의되는 배아는 난자와 정자의 결합으로 생성된 수정란 약 14일에 거쳐 분화하여 원시선이 발생하기 이전의 존재로서 체내가 아닌 체외에 존재하는 것을 말한다. 그러나 「생명윤리 및 안전에 관한 법률」 제2조 제2호에서는 배아를 수정란 및 수정된 때부터 발생학적으로 모든 기관이 형성되는 시기까지의 분열된 세포군을 말하는 것으로 규정하고 있어 앞서 언급한 배아의 규범적 정의와 차이가 있다. 하지만 이미 착상되어 발생 중이거나 자궁 내로 주입되어 착상이 시도된 배아의 경우 체외에 존재하는 배아와 구별되어 태아와의 관계에서 논의되어야 할 필요성이 있으므로 태아의 범주에 포함시켜 논하도록 하고, 이 글에서는 난자와 정자의 결합으로 생성된 수정란이 분화하여 발생하고 있는 것으로서 체내가 아닌 체외에 존재하는 것만을 가리키는 용어로 ‘배아’를 사용하도록 하겠다.
- 8) 이 글에서는 유전정보를 다음 세대로 전달하는 세포로서 여성에게서 유래되는 성숙 난자와 남성에게서 유래되는 성숙 정자를 비롯하여 미성숙한 상태의 것까지를 생식

터 인간 생명으로서의 존재인가?', '배아 및 생식세포는 인간 생명으로서의 존엄성과 가치를 가진 존재 내지 생명권을 가진 존재로서 법적으로 보호되어야 하는가?'라는 보다 확대된 새로운 질문에 대한 답을 깊이 고민할 수밖에 없게 되었다.<sup>9)</sup> 이는 인간으로의 탄생 가능성을 상당 정도로 확보하고 있는 존재로서의 특수성을 가지는 태아와 함께, 배아는 자궁에 착상됨을 전제로 할 때 태아로의 발생 가능성을 잠재하고 있어 특별한 가치를 지닌 존재이고, 생식세포는 배아 생성에 필수불가결한 존재로서 그 원천이 되는 인간의 유전정보를 포함하고 있어 특별한 가치를 지닌 존재로서의 지위를 인정받을 수 있기 때문이다. 그리고 이러한 점에도 불구하고 이들이 임신이나 연구 목적으로 객체화 내지 대상화된다는 점, 그리고 그 이용과정상에서나 결과적으로 파괴되거나 폐기될 가능성을 필연적으로 동반하고 있다는 점에서 윤리적 논란이 계속되고 있기 때문이며, 바로 법적 잣대를 통해 이러한 논란을 일정 정도 정리하거나 해소하여야 할 필요성이 현실적으로 불가피하게 대두되었기 때문이다.<sup>10)</sup>

출생 전 생명을 둘러싸고 있는 이러한 논란은 헌법적 측면에서 볼 때 '인간'과 '생명'을 어떻게 정의하거나 해석할 것인가라는 근원적인 문제라고 할 수 있다. 그리고 이는 헌법 제10조에 규정되어 있는 '인간으로서의 존엄과 가치' 및 이와 제37조 제1항 등에 근거하는 '생명권'에 대한 인정 태아를 비롯하여 배아와 생식세포에게까지 미치는지의 여부와 그 제한 가능성에 대한 판단 문제로 귀결된다. 그러므로 이하에서는 우선 헌법이 보장하는 인간으로서의 존엄과 가치 및 생명권의 법적 의의와 그 제한에 대해 살펴보고, 태아와 배아를 중심으로 하여 출생 전 생명에 대한 생명권의 인정 여부가 어떠한 기준을 근거로 어떻게 판단되어야 하는지와 이에 대

계세포로서 총칭하는 용어로 '생식세포'를 사용하도록 하겠다.

9) 김선택, "출생 전 인간생명의 헌법적 보호", 『헌법논총』, 제16집, 헌법재판소, 2005, 제147면 참조.

10) 김천수, "인간복제기술의 발전과 법적 문제점", 『한림법학 FORM』, 제10권, 한림대학교 법학연구소, 2001, 제7면 이하 참조.

한 제한은 구체적으로 어떠한 이유에서 가능한지를 분석해보도록 하겠다. 그리고 생명의료과학기술의 발전과 이용이 불가피하게 생명의 문제와 얽힐 수밖에 없는 현실적인 여건 속에서, 앞으로 출생 전 생명의 특별한 가치를 인정하고 존중할 수 있도록 하기 위해 앞으로 어떠한 법적 조치가 마련되어야만 하는지에 대해 판단해보도록 하겠다.

## II. 헌법상 ‘인간의 존엄과 가치’ 및 ‘생명권’의 법적 의의와 그 제한

### 1. 헌법상 ‘인간의 존엄과 가치’ 및 ‘생명권’의 법적 의의

먼저, 인간의 존엄과 가치의 헌법적 근거인 헌법 제10조는 ‘모든 국민은 인간으로서의 존엄과 가치를 가지며, 행복을 추구할 권리를 가진다. 국가는 개인이 가지는 불가침의 기본적 인권을 확인하고 이를 보장할 의무를 진다’라고 규정하고 있다. 여기에서 말하는 ‘모든 국민’이란 기본적으로 ‘자연인’, 즉 ‘인간’을 뜻한다는 것과, 죽은 자에 대하여 살아있는 자와 동일하게 주체성을 인정하기 어렵다는 것에 대해서는 이견이 없다.<sup>11)</sup> 그러므로 ‘인간’ 중에서도 ‘살아있는 인간’만이 인간으로서의 존엄과 가치를 온전하게 보장받을 수 있다. 그리고 인간의 존엄과 가치 보장의 내용 및 효력은 인간의 본질로 간주되는 인격<sup>12)</sup>에 대해 소극적으로는 침해받지 않을

11) 성낙인, 『헌법학』, 법문사, 2006, 제318면 참조.

12) 인간의 존엄과 가치의 개념은 매우 추상적이기 때문에 그 본질이 무엇인지에 대해서 명확히 규정한다는 것은 사실상 어려운 일이지만, 법학자들은 인간이 인간으로서의 존엄과 가치를 보장받아야 하는 이유로서 그 존엄과 가치의 본질이 인격을 의미하고 있기 때문이라는 데에 대부분 의견을 같이하고 있다. 예를 들면 권영성은 ‘인격 내지 자기책임능력이 있는 인격주체성’을, 허영은 ‘인격의 내용을 이루는 윤리적 가치’를, 김철수는 ‘인간을 인간으로 만드는 인격 그 자체와 그에 대한 평가’를, 성낙인은 ‘자주적 인격체로서의 인간에 대한 평가’를, 한태연은 인간의 본질로 간주되는 인격의 내용과 인간에 대한 절대적 평가를 인간의 존엄과 가치의 헌법적 의미로 해석하고 있다. 헌법재판소도 판례를 통해 헌법 제10조는 모든 기본권 보장의 종국적 목적(기본

권리와 적극적으로는 보호받을 권리를 보장함을 의미한다. 이는 곧 모든 인간을 기본적으로 평등한 법적 지위를 가진 존재로 대우하고, 인간의 정체성, 동일성, 고유성을 존중하여 자기 자신으로서 인정하며, 인간을 수단으로서가 아니라 목적으로 취급하여 그 자율성과 주체성의 추구를 가능하게 하는 것 등을 뜻한다.<sup>13)</sup> 또한 헌법 제10조는 인간의 존엄과 가치가 침해되어서는 안 되는 기본적 인권이라는 점과 이의 확인 및 보장 의무가 국가에게 부여됨을 명확히 규정하고 있으므로, 인간의 존엄과 가치 보장은 헌법의 근본규범으로서 모든 국가권력을 구속하여 이의 실현을 근거로 하는 국가권력의 행사만이 인정될 수 있도록 한다거나, 모든 법 영역에서 인간의 존엄과 가치가 최우선적으로 고려될 수 있도록 할 뿐만 아니라 이에 대한 침해의 발생 시 국가에 대해 해결을 요구할 수 있고, 사인 상호간에도 이의 침해를 불법행위로 규정할 수 있는 객관적 법규범으로서의 효력을 발휘할 수 있다.

다음으로, 우리나라 헌법에는 생명권 보장에 대한 별도의 근거 규정이 없다. 그러나 앞서 살펴본 바와 같이 헌법 제10조가 살아있는 인간에 대한 존엄과 가치의 보장을 명시하고 있다는 점, 그리고 헌법 제37조 제1항에 ‘국민의 자유와 권리는 헌법에 열거되지 아니한 이유로 경시되지 아니한다’라고 규정되어 있다는 점을 감안할 때, 비록 생명권의 보장이 헌법상 명시되어 있지는 않지만 이는 인간의 존엄과 가치 보장을 위해 불가결한 조건으로서 이러한 규정에 근거하여 포괄적으로 보장되는 권리에 해당한다는 데에 법학자들은 의견을 같이하고 있다.<sup>14)</sup> 이러한 생명권을 향유하는 주체로서의 인정은 그 본질에 비추어 ‘인간’ 중에서도 ‘살아있는 인간’

---

이념)이라고 할 수 있는 인간의 본질이며 고유한 가치인 개인의 인격권을 보장하고 있는 것으로 판단하였다(헌법재판소 1990년 9월 10일 선고 89헌마82 판결).

13) 김선택, 전계논문, 제158~159면; 계획열, 『헌법학』, 박영사, 2004, 제198~200면 등 참조.

14) 이 밖에 생명은 인간의 신체의 안전과 자유의 본원적 기초이므로 생명권은 신체의 자유권을 규정한 헌법 제12조에 근거해서도 인정되는 권리라는 견해도 있다.

에게만 가능한 것으로 볼 수 있다. 이러한 생명권은 ‘생명을 온전히 유지하며 살 권리’라고 정의될 수 있다. 그러므로 생명권의 내용인 보호법익은 말 그대로 인간 존재를 증명할 수 있는 가장 중요한 개념이라고 할 수 있는 ‘생명’<sup>15)</sup>이다. 헌법재판소와 대법원은 판례를 통해 생명은 한번 잃으면 영원히 회복할 수 없으므로 세상 무엇보다도 바꿀 수 없는 고귀하고도 절대적이며 엄숙한 것이므로, 비록 헌법에 명문 규정이 없다고 하더라도 인간의 생존본능과 존재목적에 바탕을 두 선형적이고 자연법적인 권리로서 헌법에 규정된 모든 권리의 전제로서 기능하는 기본권 중의 기본권이자 인간 존재의 근원임을 밝히면서 생명권의 최상위 기본권성을 인정하고 있다.<sup>16)</sup> 이러한 생명권은 생명이 국가나 사인에 의한 침해로부터 보호받을 수 있는 권리이자 국가를 대상으로 생명의 보호를 요구할 수 있는 권리라고 할 수 있다. 따라서 생명권의 효력 역시 모든 국가권력을 구속하여 이의 행사에 미치고,<sup>17)</sup> 사인 상호간에도 발휘되는 것이다.

## 2. ‘인간의 존엄과 가치’의 제한

자유와 권리 제한의 헌법적 근거인 헌법 제37조 제2항은 ‘국민의 모든 자유와 권리는 국가안전보장·질서유지 또는 공공복리를 위하여 필요한 경우에 한하여 법률로써 제한할 수 있으며, 제한하는 경우에도 자유와 권리의 본질적인 내용을 침해할 수 없다.’라고 규정하고 있다. 이는 비록 자유와 권리라고 할지라도 국가 공동체의 존속이나 유지 등을 위해 반드시 요구되는 경우에 있어서는 명확한 근거인 법률에 따라 그 본질적인 내용이

15) 김철수, 『헌법학개론』, 박영사, 2006, 제408면.

16) 헌법재판소 1996년 11월 28일 선고 95헌바1; 대법원 1967년 9월 19일 선고, 67도 988 등 참조.

17) 헌법재판소는 사람의 신체와 생명은 인간의 존엄·가치의 근본이므로 사람의 생명이나 신체에 위해를 발생케 할 우려가 있는 의료행위에 대한 규제는 바로 인간의 존엄과 가치를 보장해야 하는 국가의 헌법적 의무라고도 할 수 있다고 판단하였다. 헌법재판소 1996년 10월 31일 선고, 94헌가7 참조.

침해되지 않는 한도 내에서 제한될 수 있다는 것이다. 그러므로 이 규정에서 말하는 자유와 권리에 해당하는 것이라면 ‘비례성’을 갖추는 경우 ‘법익 형량’을 통해 법률에 근거하여 제한이 이루어질 수 있다는 해석이 가능하다.<sup>18)</sup> 그렇다면 문제는 ‘인간의 존엄과 가치’가 제한 가능한지 여부이다.

일단 헌법의 근본규범이라고 할 수 있는 인간의 존엄과 가치 보장은 헌법 규정에 근거하고 있으면서 앞서 언급한 내용 및 효력을 함의하고 있는 바, 이에 대한 제한은 원칙적으로 불가능하며 절대적으로 보호해야 한다는 데에 이론(異論)이 없다. 그러나 인간의 존엄과 가치에 대한 헌법 규정이 단순히 객관적인 헌법 원리를 선언한 것에 불과하다고 보는 입장<sup>19)</sup>이 있는 반면, 인간의 존엄과 가치가 인정되기 위해서는 이에 대한 침해를 방어함과 동시에 보호를 요구할 수 있는 권리가 인정되어야 한다는 이유로 이러한 헌법 규정이 객관적인 헌법 원리의 선언과 함께 인격권이라는 개인의 권리에 대한 보장을 가능하게 하는 근거로도 작용한다고 보는 입장도 있다.<sup>20)</sup> 헌법재판소는 판례를 통해 후자의 입장을 지지한 바 있다.<sup>21)</sup> 이 중 후자의 입장에 의하면, 인간의 존엄과 가치는 헌법 최고의 보호법익이

18) 충돌하는 권리들을 조정하여 통합적 질서를 마련하는 방안으로는 권리의 보장을 통해 보호받는 법익 간의 형량을 통하는 방법, 권리들이 가치에 있어 서열을 가진다고 전제하고 상위의 권리 보장을 우선시하는 방법, 상충하는 권리들 모두를 각각 최대한 실현시킬 수 있도록 실질적 조화를 추구하는 방법 등이 제시되고 있다. 이에 대한 소개는 김명재, “배아연구의 법적 규제의 헌법적 문제”, 『공법연구』 제34집 제3호, 한국공법학회, 2006, 제208면; 계획열, 전게서, 2004, 제124~128면 등 참조.

19) 이러한 입장에서는 헌법에 열거되지 않은 기본권의 창설 및 보장을 위한 근거조항인 헌법 제37조 제1항이 인간의 존엄과 가치를 보장하기 위한 수단적 조항이라고 보며, 구체적 권리 규정을 담당하는 헌법 제37조 제1항이 헌법 제10조와 상호보완적인 관계에 있다고 주장한다. 권영성, 『헌법학원론』, 법문사, 2005, 제375면; 허영, 『한국헌법론』, 박영사, 2005, 제322~323면 등 참조.

20) 김철수, 전게서, 404~406면; 김선택, 전게논문, 제156~157면 등 참조.

21) 헌법재판소는 인간의 존엄과 가치를 규정하고 있는 헌법 제10조는 모든 기본권의 원천이자 근거인 바를 규정하고 있다고 보고, 이 규정의 존재론적 의미는 바로 인간의 존엄과 가치가 침해될 수 없음이라는 것을 분명히 하는 객관적 법원리를 제시하는 데에 있다고 하였다. 다만 인간의 존엄과 가치에 전제된 기본권으로서 생명권 외에 이로부터 예외적으로 도출될 수 있는 기본권의 존재 가능성을 언급하면서 포괄적 기본권으로서 인격권이 도출된다고 보았다. 헌법재판소 1996년 4월 25일 선고 92헌바47, 헌법재판소 1990년 9월 10일 선고, 89헌마82 등 참조.

므로 이의 침해는 인간의 존재 자체를 부정할 만큼 심각할 수 있을 뿐만 아니라 인간의 존엄과 가치가 권리로써 판단될 때 과연 그 내용이 무엇인지를 명확히 정의하는 것이 불가능함에도 불구하고, 인간의 존엄과 가치가 여타의 권리와 마찬가지로 비례성에 근거하여 상대적으로 그 보장 여부가 결정될 수 있는 권리로 취급될 수 있다는 문제점이 있다.

하지만 인간의 존엄과 가치의 본질적 부분이 아니라 인격성에 해당하는 실질적인 부분들에 대해서는 기본권으로서의 성질, 즉 인격권성이 인정되어 일정 조건 하에서 이에 대한 제한이 이루어질 수도 있어야 한다거나, 또는 인간의 존엄과 가치의 외연을 형성하면서 이를 구현하는 데에 기여하는 개별적인 기본권의 경우에도 본질적인 부분에 대해 침해하지 않는 한도 내에서 제한이 가능하여야 한다.<sup>22)</sup> 왜냐하면 인간의 존엄 및 가치의 핵심 내용에 해당하는 인간의 ‘인격성’을 침해하는 행위는 법적으로 금지되어야 하는데, 이의 절대적 보호를 강조할수록 그 보호의 범주는 여타의 법익과 형량의 여지가 없을 정도로 명백하게 우월한 법익의 한도 내로 최소화될 수 있어 구체적인 개인에게 반드시 유리한 것만은 아니므로 조화가 필요하기 때문이다.<sup>23)</sup> 그러므로 인간의 존엄과 가치 보장의 당위성이 인정됨을 근거로 소극적으로는 이에 대한 침해를 막으면서 적극적으로는 보장을 도모하기 위해서는 이에서 비롯되는 구체적 권리로써의 측면은 현실적으로 여타의 법익과 형량이 가능할 여지 내지 보호의 정도를 차별화할 여지가 있어야한다고 판단된다.<sup>24)</sup>

22) 한상운, “현행 헌법상 생명존중에 관한 연구: 배아복제, 낙태, 사형, 안락사의 문제를 중심으로”, 『성균관법학』, 제18권 제1호, 성균관대학교 비교법연구소, 2006, 제123~124면 참조.

23) 김선택, 전제논문, 제160면 각주 17번 참조.

24) 정문식은 인간 존엄의 보호영역을 확장해나가면 당연히 다른 기본권과의 갈등관계가 초래되어 제한을 받을 수밖에 없으므로 인간 존엄 역시 제한되어야 하되, 제한에 있어 인간 존엄의 중요성이나 특수성을 고려하여 엄격한 심사가 이루어져야 할 것이라고 주장하면서, 인간 존엄의 제한에 관한 독일의 견해를 다음과 같이 소개하였다. 첫째는 인간 존엄에 대한 가치 형량 가능성이 인간 생명체가 출생 쪽으로 진행될수록 낮아지고, 반대로 사망에 가까워질수록 증가하도록 하는 식으로 그 형량 가능성을 인정하여 인간 존엄의 절대적인 성격은 출생시부터 사망시까지만 인정되도록 하되



이러한 인간의 존엄 및 가치가 출생 전 생명과 관련하여 가장 논란이 되는 부분은 어느 순간까지의 출생 전 생명에 대해 인간으로서의 존엄성과 가치를 인정받을 수 있는 주체로서의 ‘인간’임을 혹은 ‘인간에 준하는 존재’임을 인정할 것인가라고 할 수 있다. 왜냐하면 헌법 제10조는 ‘모든 국민’을 주체로 규정하고 있고, 헌법재판소는 인간의 존엄과 가치에 대해 존엄한 인격권을 바탕으로 하여 자율적으로 자신의 생활영역을 형성해나갈 권리라고 판단한 바 있는 상황에서,<sup>25)</sup> 그렇다면 ‘누가’ ‘인격권’을 바탕으로 자신의 생활영역을 형성해나갈 권리를 갖느냐가 구체적으로 결정될 필요가 있기 때문이다. 다시 말해 이는 출생 전 생명에서부터 출생 후 생명에 이르기까지 생명은 연속적인 발달 내지 성장 과정이므로 특정 시점을 경계로 각기 다른 존재인양 나누기란 사실상 불가능함에도 불구하고, 법이 규정하고 있는 바에 따라 인간을 자유와 권리의 주체로 인정하기 위해 기본적으로 ‘누가 자유와 권리의 주체인 인간인가?’를 임의적으로 결정하지 않을 수 없음을 반영하는 문제이다.

지금까지 우리나라 법은 태아와 관련하여 출생의 기점에 대한 판단 기준 — 대표적으로 우리나라 민사법의 경우는 태아의 전부가 모체 자궁 외로 노출되는 시기를 기점으로, 우리나라 형사법의 경우는 출생 신호라고 할 수 있는 진통이 시작되는 시기를 기점으로 — 을 바탕으로 인간으로서의 지위를 인정하거나 출생한 인간에 준하는 지위를 인정하는 방식을 택하여왔다. 그러나 이제는 배아 및 생식세포까지도 생명을 연결고리로 하여 태아와의 연속선상에 있다는 점 때문에 헌법에서 말하는 ‘인간’에 대한 정의 내지 ‘인간에 해당되는 존재’에 대한 분석을 위한 논의 범주에 적극적으로

---

그 외에는 기간과 접근 정도에 따라 형량이 가능하도록 하자는 견해, 둘째는 인간 존엄의 보호 정도를 차별화하여 인간의 발전 상태에 따라 단계마다 인간 존엄의 보호 정도를 달리 보도록 하자는 견해, 셋째는 인간 존엄과 인간 존엄이 충돌되는 경우 일방의 존엄이 제한될 수 있도록 하자는 견해이다. 정문식, “독일에서의 인간의 존엄과 생명권의 관계: 배아줄기세포연구에 있어서 배아의 인간존엄과 생명권 관계를 예로”, 『공법학연구』, 제7권 제2호, 비교공법학회, 2006, 제287-289면 참조.

25) 헌법재판소 1997년 3월 27일 선고, 95헌가14 참조.

으로 포함될 필요성이 제기되고 있다. 따라서 이러한 점을 고려할 때 과연 출생 전 생명이 ‘인간의 존엄과 가치’의 보장이 미치는 주체에 해당하는지가 그 제한의 논의와 관련하여 더욱 중요한 문제라고 할 수 있다.

### 3. ‘생명권’의 제한

인간의 존엄과 가치가 살아있는 인간에게 보장되는 것이므로 인간의 생명을 기반으로 할 수밖에 없고, 생명권의 침해는 인간의 존엄과 가치의 필수적 기초를 침해하는 것이기 때문에 생명권이 인간의 존엄과 가치와 필연적으로 결합될 수밖에 없다고 보는 입장이 있다. 이러한 입장에서는 인간의 존엄과 가치가 절대적으로 보장되어야 함과 마찬가지로 생명권 역시 절대적으로 침해될 수 없는 것이라고 해석하면서 이 모두에 대한 제한이 원칙적으로 불가능하며 절대적으로 보호해야 한다고 주장한다. 이 주장은 무엇으로도 대체될 수 없는 생명의 특성상 본질적인 부분과 본질적이지 않은 부분은 나누어질 수 없어 생명권에 대한 제한은 곧 생명의 박탈을 의미하는 것이 되기 때문에 헌법 제37조 제2항에서 자유와 권리를 제한하는 경우에도 그의 본질적인 내용을 침해할 수 없다는 부분에 위배되어 부정될 수밖에 없다는 논리에 기반하고 있다.

반면, 생명권은 헌법 규정에 명시되어 있지 않으며 이는 인간의 존엄과 가치로부터 비롯되는 구체적 권리로서의 성격을 가지므로 여타 기본권과 마찬가지로 이러한 규정에 근거하여 제한될 수 있다고 보는 입장도 있다. 우리나라 헌법재판소는 현재 인간의 존엄과 가치와 생명의 소중함에 대해 인정하고 있고 생명권에 대한 제한이 곧 생명권의 박탈을 의미하게 됨을 인지하고 있음에도 불구하고, 생명권의 경우 비례의 원칙에 따라서 최소한 동등한 가치가 있는 다른 생명 또는 그에 못지않은 공공의 이익을 보호하기 위한 불가피성이 충족되는 예외적인 경우에 헌법 제37조 제2항에 의해 일반적 법률유보의 대상이 되는 한, 그것이 비록 생명을 빼앗는 행위라

고 하더라도 헌법 제37조 제2항 단서에 위반되는 것으로 볼 수는 없다는 입장을 견지하고 있다.<sup>26)</sup> 이는 생명에 대한 법적 평가가 원칙적으로는 인정되지 않아야 함에도 불구하고 현실적으로는 그러할 수밖에 없거나 법적 평가를 인정하지 않기가 어려운 경우들이 존재한다는 사실을 반영하고 있는 것이다.<sup>27)</sup> 이러한 입장에서는 생명권의 인정이 인간의 존엄과 가치 인정에 있어 중요한 전제이기는 하지만 반대로 인간의 존엄과 가치의 인정 자체가 곧 생명권의 인정은 아니라는 점과,<sup>28)</sup> 인간임이 인정되면 바로 인간으로서의 존엄과 가치가 보장된다고 볼 수는 있지만 인간으로 발생할 가능성을 가진 생명체를 모두 인간이라고 보기에는 무리가 있음을 근거로 인간의 존엄과 가치에 대한 논의와 생명권에 대한 논의는 분리되어야 할 뿐만 아니라, 생명권에 대한 논의는 생명이 존재하는 상황이나 생성되는

- 
- 26) 헌법재판소는 판결을 통해 모든 인간의 생명은 자연적 존재로서 동등한 가치를 갖는다고 할 것이나 그 동등한 가치가 서로 충돌하게 되거나 생명의 침해에 못지않은 중대한 공익을 침해하는 등의 경우에는 국민의 생명·재산 등을 보호할 책임이 있는 국가는 어떠한 생명 또는 법익이 보호되어야 할 것인지 그 기준을 제시할 수 있다고 보았다. 헌법재판소 1996년 11월 28일 선고 95헌마1 참조. 이에 더 나아가 성낙인은 기본권의 본질적 내용침해금지의 원칙도 그 사회를 유지하는 데에 긴절한 경우에는 한발 물러나야 하는 원칙이므로, 생명의 박탈은 생명권을 형해화하기 때문에 원칙적으로 위헌이지만, 그것이 사회 또는 국가의 유지에 필수적인 경우에는 위헌이라 할 수 없다고 견해를 밝혔다. 성낙인, 전거서, 제359면 참조.
- 27) 황성기는 이렇듯 상반되는 원칙적 논리와 현실적 논리 두 가지를 어떻게 조화시키거나 갈 것인가가 현재 우리의 과제임을 지적하였다. 이인영 외, 『생명과학기술사회에서의 인권패러다임의 변화와 생명인권보호를 위한 법적책』, 삼우사, 2004, 제55면 참조.
- 28) 최근 서울고등법원은 자기결정권에 의한 연명치료 중단에 관한 판단에 있어, 인간은 생물학적인 의미의 생명 그 자체만은 아니며, 인간의 생명 역시 인간으로서의 존엄성이라는 인간 존재의 근원적인 가치에 부합하는 방식으로 보호되어야 하고, 환자에게 의학적으로 무용한 처치를 계속 받도록 하거나 의사로 하여금 그러한 치료를 계속하도록 강제하는 경우 환자의 인간으로서의 존엄성이 훼손될 수 있다는 점, 그리고 인간으로서의 존엄과 가치에는 자신의 삶을 스스로 결정할 수 있는 인격적 자율성이 당연한 전제이자 본질로서 포함되어 있으므로 생명의 회생 가능성이 없는 상태에서 연명되고 있는 경우라면 헌법이 보장하는 자기결정권에 근거하여 구체적인 사정에 따라 연명치료의 중단을 요구할 수 있고, 그 경우 연명치료를 행하는 의사는 환자의 자기결정권에 근거한 치료중단 요구에 응할 의무가 있다고 보아야 한다고 판단한 바 있다. 서울고등법원 2009년 2월 10일 선고, 2008나116869판결 참조. 그러므로 이는 앞서 경우 이외에 예외적으로 생명의 종기로 향해가는 불가역적 상황에 있는 생명에 대해서는 자기결정권을 근거로 생명권을 제한할 수 있다는 식으로 생명에 대한 법적 평가가 이루어진 것으로 볼 수 있다.

방식, 생명의 발달 단계 등에 따라 달리 검토되어야 한다고 판단한다.<sup>29)</sup> 특히 여기에서 말하는 인간의 범주에 포함된다고 보기에는 모호한 점이 있으나 생명체의 범주에 포함된다고 보기에는 충분한 배아나 생식세포와 같은 출생 전 생명에 대해, 이들이 생명을 가진 존재임을 부정할 수는 없으나 이들에게는 존엄한 인격권을 바탕으로 하여 자율적으로 자신의 생활 영역을 형성해나감에 있어 기본이 되는 결정능력은 물론 주체적일 수 있는 기본적 조건인 자아의식도 결여되어 있으므로, 존재하는 출생 전 생명 모두에 인간으로서 존엄과 가치가 인정된다고 하기가 곤란하다는 점은 부정하기 어렵다는 점 등이 근거가 되고 있다. 또한 생명의 침해가 곧 인간의 존엄과 가치의 침해를 의미한다면, 실제로 다른 법익과의 비교형량을 통해 생명권이 제한되는 현재의 법 제도는 모두 헌법적으로 불가능한 것이 되어버려 문제가 될 수 있다는 측면에서도 인간의 존엄과 가치가 생명권과 별개로 논의되어야 할 필요성이 있다. 그러므로 인간의 존엄과 가치가 생명권과 밀접한 연관성을 가짐에도 불구하고 이들의 보장에 관한 논의는 각각 분리될 필요가 있으며, 특히 출생 전 생명의 경우 인간의 존엄과 가치에 대한 논의의 대상에서 분리되어 생명권에 대한 논의의 대상으로 이동하는 것이 불가피하다.<sup>30)</sup>

그렇다면 이제 출생 전 생명의 생명권과 관련하여 가장 논란이 되는 부분은 어느 순간부터 생명을 가진 존재임을 인정할 것인가, 즉 생명의 보호가 시작되어야 하는 시점을 어떻게 정하는가 하는 부분이다. 물론 생명의 보호에 대해 법적으로 기준을 마련하여 제한을 둔다는 것이 헌법에 의해서 보장되는 생명권 자체를 고려할 때 인정될 수 없는 것이라는 입장도 존재할 수 있지만, 법적 기준의 제시와 이를 근거로 한 제한의 필요성이 매우 현실적임을 부정할 수 없다는 실정도 고려되지 않을 수 없는 부분이다.

29) 김선택, 전계논문, 제164면, 제178~180면; 계획열, 전계서, 제198~200면 참조.

30) 민병로, “인간의 존엄과 미출생 생명의 헌법상 지위”, 『공법연구』, 제35집 제3호, 한국공법학회, 2007, 제69면 참조.

따라서 생명의 시작 시점에 대한 여러 견해의 검토, 그리고 출생 전 생명을 생명권의 주체로 인정할 수 있는가의 문제와 출생 전 생명에게 만약 생명권이 인정된다면 그것이 출생 후 인간의 생명권과 동일한 수준의 것으로 인정될 수 있는가의 문제에 대한 판단이 요구된다.

### III. 출생 전 생명에 대한 ‘생명권’의 인정 여부와 제한 가능성

#### 1. 어느 시기부터 ‘인간으로서의 생명임’ 인정할 것인가에 대한 견해들

출생 전 생명으로서 태아와 관련해서는 주로 임신중단 문제와의 관계에 있어 태아에게 인간의 존엄과 가치 및 생명권을 인정할 수 있는지, 인정할 수 있다면 태아의 생명권을 인간의 생명권과 동일하게 파악할 수 있는지, 특히 생명권이 임신중단의 허용으로 인해 제한될 수 있는지가 논란의 핵심이다. 이는 태아가 이러한 권리를 갖는 인간인지에 대한 명시적인 규정을 헌법에서 찾을 수 없기 때문이다. 이렇듯 태아에 대해서 문제가 되고 있는 만큼 배아나 생식세포에 대해서는 이러한 권리의 인정 여부와 제한 가능성에 대해 더욱 논란이 일고 있다.

일단 인간임을 알 수 있는 핵심적인 징표가 인간으로서의 특성, 즉 인간성, 동일성, 주체성, 자율성 등이라고 할 때, 이를 충분히 만족시킬 수 있는 인간의 범주에 속하는 자는 엄격히 말해 출생 후 인간뿐이므로 인간으로서의 존엄성과 가치 역시 출생 후 인간에게만 인정될 수 있는 것일 수 있다. 그래서 그 동안 법학 분야에서 인간의 존엄과 가치 그리고 생명권 보장의 보호 법익을 향유하는 주체에 대해 논의함에 있어 살아있는 인간, 특히 출생 이후 존재로서의 인간을 중심으로 하였다. 때문에 출생의 시점을 언제로 볼 것이냐가 주로 문제되었고, 이에 따라 인간으로 간주될 수 있는 기준이 되는 시점 판단에 대한 입장이 전부노출설(민사법), 일부노출

설, 독립호흡설, 진통설(형사법) 등으로 나누어져 있다.<sup>31)</sup> 이는 태아와 출생 후 인간이 존재하는 상황이 다르다는 이유로<sup>32)</sup> — 모체와 연결되어 독립적이지 않은 태아와, 독립된 인간 개체로서 사회 구성원으로서의 기능과 역할을 담당하는 출생 후 인간이라는 차이 — 태아가 실제로 향유할 수 있는 법익이 출생 후 인간과 비교할 때 매우 제한된다는 사실이 반영된 것이지 결과적으로도 제한될 수밖에 없도록 만드는 것이기도 하다. 그러나 인간 생명의 발생 과정 내지 발달 단계를 살펴보면 앞서 언급한 인간의 개체적 동일성은 태아시기에서부터 연속적으로 드러나는 바이기 때문에 태아가 단지 개별적이라거나 독립적인 외관을 갖추지 못했음을 이유로 출생 후 인간에게만 인간으로서의 존엄과 가치를 인정하는 것이 적절하지 않은 측면이 있다. 이에 태아에게도 출생 후 인간에 준하여 인간으로서의 존엄과 가치가 인정되어야 한다는 주장이 제기되는 것이다. 현재 태아에 대해서는 헌법적으로 생명권이 인정된다고 하는 데에 이견이 없다. 앞서 언급한 바와 같이 형법에서 낙태를 금지하는 규정을 두고 있는 것은 실질적으로 태아의 생명권 주체성을 인정하고 있는 것이라고 볼 수 있다.

그렇다면 이제 문제가 되는 것은 태아가 인간으로서의 존엄과 가치를 지닌 존재로서 생명권을 존중받을 수 있다고 할 때, 그 생명권의 존중을 출생 후 인간만큼의 수준으로 하여야 하는 것인지, 태아의 존재가 결정적으로 착상에 의해 결과되는 것이라고 볼 때 수정 이후 착상 이전의 존재인 배아 — 특히 체외에 존재하는 배아 — 에 대해서는 태아와의 관계에 있어

31) 다만 태아에 대해 민사법 영역에서는 상속 등의 문제와 관련하여 이미 출생한 것으로 간주하는 방식으로 출생 후 인간에 준하는 지위를 인정한다거나, 형사법 영역에서는 태아의 생명을 침해하는 행위를 낙태죄라는 범죄로 규정함으로써 출생 전 생명인 태아가 보호될 수 있도록 하는 조치를 추가하고 있다.

32) 김천수는 출생 후 인간과 태아가 인간생명체로서의 본질을 공유하고 있으며 단지 모체에 내포되어 있는지 아니면 그로부터 분리되어 있는지의 현상적인 차이밖에 없다는 점이 인정된다면 출생 후 인간과 태아를 법적으로 차별할 수 있는 가능성 내지 당위성은 본질적 동일성을 능가하는 현상적 차이의 심각성과 이로 인한 차별의 불가피성을 기초로 해야 할 것이라고 주장하였다. 김천수, “태아의 법적 지위”, 『비교사법』, 제10권 제2호, 한국비교사법학회, 2003, 제21~22면 참조.

어떻게 보아야 하는지, 그리고 그 배아에 대해서는 인간의 존엄과 가치 및 생명권의 인정 여부가 어떻게 다루어져야 하는지 이다. 이러한 의문점들을 정리하면, 결국 어느 시점에 있는 존재에서부터 인간으로서의 존엄과 가치 그리고 생명권을 인정할 것인가가 논의되어야 함을 알 수 있다. 이에 대한 의견은 현재 여러 갈래로 나누어져 있다.<sup>33)</sup>

먼저 수정시설(일명 ‘동일성론’)은 인간의 발생이 수정으로부터 시작되는 것이고, 그로부터 출생 후 인간으로 존재하기까지는 유전적으로 동일할 수밖에 없다는 점, 그리고 인간성, 주체성, 자율성 등은 태아와 출생 후 인간 사이에 크게 다를 바 없으므로 수정 시까지 소급하여 인정될 수 있다는 점, 수정과 동시에 이미 예정된 발달 내지 성장 프로그램이 작동하기 시작하므로 이후 진행되는 일련의 과정들은 미리 설정된 프로그램을 실현하는 것뿐이라는 점 등을 이유로 수정란 단계에 있는 존재에서부터 출생 직전의 태아, 그리고 출생 후 인간까지 인간으로서 존엄과 가치가 동일하게 인정되어야 한다고 보는 입장이다.<sup>34)</sup> 이는 곧 생명이 시작되는 시점과 인간으로 인정될 수 있는 시점을 동일하게 보고, 수정란 이후의 존재에 대해 생명권과 인간으로서의 존엄과 가치가 결합되어 인정되어야 한다고 주장하는 것이다.<sup>35)</sup> 이러한 견해는 인간으로서 생명이 보호되는 시점을 확

33) 최경석, 『인간 생명의 시작은 어디인가: 배아줄기세포 연구와 생명윤리』, 프로네시스, 2006 참조.

34) 정문식, 전계논문, 제281~282면 참조.

35) 독일 연방헌법재판소는 1975년 제1차 낙태판결에서 인간의 생명은 존재하는 순간부터 그 잠재능력을 근거로 인간으로서의 존엄이 부여되고, 그 생명의 주체가 존엄을 의식하고 있는지의 여부나 존엄을 지킬 능력을 갖고 있는지 아닌지가 인간으로서의 존엄 부여에 중요한 기준이 아니라고 판단하였다. 독일의 다수설은 독일 연방헌법재판소가 명확히 하지 않은 생명의 보호시기에 대해 난자와 정자의 결합 시점인 수정 완료시부터는 생명의 연속성, 인격을 갖는 잠재적 가능성 하에 질적인 구분을 할 수 없다는 이유로 수정 시부터 인간의 존엄과 가치 및 생명권에 대해 출생 전 생명이 주체일 수밖에 없다고 보았다. 그러나 최근 이러한 견해는 생명이 인간 존엄의 필요 조건일지라도 충분조건은 아니므로 인간 존엄이 생명보호와 동일하지 않을 뿐만 아니라 인간 존엄의 침해가 인간 생명의 침해와 동일하지 않아 인간 존엄과 생명권은 분리되어 논의되어야 한다는 이유에서 비판받고 있다. 민병로, 전계논문, 제67~69면에서 재인용.

장시킴으로써 그 무엇보다 가치 있는 인간의 생명이 폭넓게 보호될 수 있도록 한다는 점에 의의가 있다.<sup>36)</sup> 하지만 이러한 주장에 의하면 생명의료 과학기술의 발전을 위한 연구의 일환인 배아를 이용한 연구는 전면적으로 금지될 수밖에 없고, 배아를 파괴하거나 폐기하는 행위나 임신중단은 생명권을 박탈하는 행위임과 동시에 인간의 존엄과 가치를 침해하는 행위로서 맹목적인 비난을 받을 수밖에 없다는 문제점이 있다. 현실적으로 배아를 이용한 연구, 체외인공수정기술을 통한 임신, 임신중단이 불가피하다는 점, 그리고 이와 관련하여 법이 예외적으로나마 허용적인 입장을 취하고 있다는 점 등을 감안하면 이러한 주장을 전폭적으로 지지하기에는 무리가 있을 수밖에 없다.

다음으로 수정 후 14일을 전후하여 더 이상 복수의 개체로 분화할 가능성이 없다는 사실<sup>37)</sup>이 확고해진 이후부터 생명권을 가지는 인간으로서 존엄과 가치를 인정받아야 한다는 입장이 있다.(일명 ‘14일론’)<sup>38)</sup> 이는 이 시기까지는 배아가 일란성 쌍둥이 이상으로 분리되어 성장할 수 있어 결과적으로 두 명 이상의 인간이 태어날 수 있으므로 앞서 수정시설에서 주장하는 동일성 판단에 있어 모순이 발생한다는 점, 이 시기까지는 척추 등 신체기관이 발생하지 않고 세포들이 부분으로서의 기능을 수행하지 못하

36) 물론 수정란에 대해 생명권을 인정하게 되면 이의 발생 근원이 되는 생식세포에 대해서도 생명권을 인정하지 않을 수 없어 결국 생명권의 주체범위가 지나치게 확대될 우려도 있다. 홍성방, “자연의 권리주체성”, 『한림법학 FORUM』, 제4권, 한림대학교 법학연구소, 1994, 제7~28면 참조.

37) 수정 후 대략 12~14일에 원시선이 나타나게 되고, 이 시점 이후에는 더 이상 복수의 개체로 분화할 가능성이 없게 된다.

38) 이러한 점은 1984년에 영국 위독위원회가 14일 미만의 배아연구를 법적으로 허용할 것을 권고할 당시 허용 근거로 제시된 바 있다. 최근 독일의 학설과 이에 근거한 국내 학설은 자기동일성을 개체성 확보의 기준으로 삼아 수정 후 14일 정도를 기준으로 착상을 하고 원시선이 나타난 배아가 한 인간 개체로 태어날 가능성을 보여주는 것이라고 보아 이 시기를 생명권이 인정되는 시기라고 보고 있다. 그러나 이러한 견해는 근대 헌법학이 전제하고 있는 인격성으로부터 자기의식을 배제하고 단순히 개체성으로 전환시키고 있다는 점 등에 근거하여 비판되고 있는 측면이 있다. 조홍석, “생명복제와 인간의 존엄”, 『공법연구』, 제30집 제1호, 한국공법학회, 2001, 제28면; 김형성, “생명공학의 헌법적 가능성과 한계”, 『공법연구』, 제32집 제1호, 한국공법학회, 2003, 제286~287면; 김선택, 전계논문, 제165면 등 참조.



므로 신체기관이 발생한 인간 그리고 세포들이 부분으로서의 기능을 수행하는 인간과 이 시기까지의 배아를 동일한 존재로 보기 어렵다는 점, 따라서 이 시기까지의 배아는 단지 세포덩어리에 불과하다고 볼 수 있다는 점 등을 근거로 주장되는 바이다. 이는 곧 생명이 시작되는 시점은 수정이라고 할 수 있을지라도 인간으로서의 생명권을 가지고 존엄과 가치를 인정받을 수 있는 시기는 수정 후 14일 이후임을 주장하는 것이다. 수정시절과 달리 이러한 주장에 의하면 수정 후 14일 이전까지의 시기에 있는 배아는 생명력을 가진 중요한 존재이기는 하지만 태어나 인간에 준하는 존재는 아니라고 판단되므로 이를 대상화하여 연구를 한다거나 보조생식술을 시행하는 것, 그리고 그 과정에서 파괴 내지 폐기가 발생하는 경우 등은 어느 정도 양해가 가능하다거나 비난을 피할 수 있는 일일 수 있다. 하지만 수정 이후 세포분열이 질서정연하게 이루어진다는 사실이 세포들 사이에 상호작용이 일어나고 있음을 시사한다고 보면 이 시기의 배아를 세포덩어리에 불과하다고 볼 수 없고,<sup>39)</sup> 이러한 주장에 의하면 수정 후 14일 이전의 시기에 존재하는 배아에 대한 적극적인 보호가 어려울 수 있다는 근본적인 문제가 발생할 우려가 있다.

이러한 주장 외에서 대략 임신 3주째에 심장이 뛰기 시작하고, 대략 임신 6주째에 인간의 신체 형태를 갖추게 되며, 대략 40-50일을 전후로 하여 뇌파 검사가 가능하고,<sup>40)</sup> 대략 56일 정도를 전후하여 모든 기관이 갖추어진다는 점 등을 각각 기준으로 하여 인간으로서의 존엄과 가치 그리고 생명권이 인정되어야 한다고 주장하는 입장들도 있다. 그러나 이들 역시 각 주장의 옳음을 뒷받침할 만한 결정적인 이론적 근거를 충분히 제시

39) 임종식, “배아를 인간으로 볼 것인가?: 14일론을 중심으로”, 『법철학연구』, 제3권 제2호, 한국법철학회, 2000, 제198~200면 참조.

40) 심장의 정지로 사망임을 판단하는 입장에서는 심장 박동이 감지되는 순간을 기점으로, 외형적으로 인간임을 인지될 수 있는지의 여부를 중심으로 판단하는 입장에서는 어느 정도 뇌파가 갖추어지는 순간을 기점으로, 뇌파의 종료로 사망임을 판단하는 입장에서는 뇌파가 감지되는 순간을 기점으로 그 이후 시기의 존재부터가 인간으로서의 생명으로 받아들여지고 있는 것이다.

하고 있지는 못할 뿐만 아니라 반론이 제기되고 있는 부분들이 존재하는 상황이다. 하지만 현실적으로는 인간으로서 존엄과 가치를 인정받을 수 있는 생명으로서의 시작 시점과 이에 대한 판단이 요구되고 있다. 그렇다면 결국 이에 대한 판단은 이러한 현실적인 필요성에 기반하여 법적인 가치들에 대한 비교형량을 통해 이루어지는 것이 불가피하다.<sup>41)</sup> 그리고 결국 법은 인간이 되어가는 존재보다 이미 인간인 존재를 위해 고안된 것이라고 할 수 있는 바, 이에 있어 인간이 현실적 필요에 따라 어떠한 법적 가치를 부여하는가에 따라 법이 결정될 수밖에 없는 것 또한 어쩔 수 없는 선택인 것이다. 다만 과거와 달리 이제는 출생 전 생명인 배아가 체외에서 존재한다거나 임신을 위한 보조생식술이나 연구의 대상으로 다루어질 수 있는 상황이라는 점, 그리고 이들이 생명력을 가지고 있는 존재이면서 인간 존재의 근원 내지 시작과 직접적인 영향관계에 있다는 점이 지금까지 보다는 적극적으로 고려되어 그 특별한 가치가 인정될 수 있도록 하는 것이 중요하다고 판단된다. 이에 절충적 입장에 대한 이해가 필요하다.

절충설을 주장하는 입장에서는 앞서 언급한 바와 같이 인간의 존엄 및 가치가 생명권과 밀접한 관계를 가지는 것이기는 하지만, 인간의 존엄 및 가치의 침해가 생명권의 침해와 동일하지 않으므로 양자가 동일한 범주의 문제로 해석될 수는 없고, 헌법에 근거하여 생명권에 대한 제한이 가능하므로 기본적으로 생명의 발달단계에 따라 단계적으로 생명을 보호하는 것이 헌법상 해석 가능한 일이라고 본다.<sup>42)</sup> 또한 수정란으로부터 태아와 출생 후 생명에 이르는 존재까지의 생명의 연속성이 부정되기는 어렵지만, 이러한 점을 강조하면 생식세포까지도 인과적으로 생명의 연속성을 인정하지 않을 수 없다는 문제점이 발생한다는 점, 수정란의 경우 착상 전이므로 반드시 인간으로 출생하는 것을 담보하고 있는 존재가 아니라는 점, 특

41) 이인영, “인간배아보호를 위한 법정책의 고찰”, 『형사정책연구』, 제13권 제3호, 한국형사정책연구원, 2002, 제64면 참조.

42) 민병로, 전계논문, 제69면 참조.

히 체외에 존재하는 수정란이나 배아의 경우는 태아와의 직접적 연속성을 아직은 기대하기 어려우므로 인격적 의미의 생명이라기보다는 생물학적 의미의 생명이라는 점 등도 절충설의 정당화 근거가 되고 있다. 하지만 이러한 절충적 입장은 생명의료과학기술의 발전으로 인해 생식세포에서 배아에 이르는 존재가 체외에서 이용, 보관, 폐기되는 일이 발생하고 있으며, 이러한 일들이 인류에 영향을 미칠 수 있는 가능성이 충분하기 때문에 비록 인간의 존엄과 가치 내지 생명권의 주체성을 인정할 수 없을지라도 국가에 의해 인간 생명의 원천이자 기원으로서 내지는 생성 중인 인간 생명으로서 보호의 대상이 되어야 한다고 함께 주장한다.<sup>43)</sup>

체외에 존재하는 생식세포와 배아가 인간 생명의 생성과 관련하여 특별한 가치를 가지는 의미 있는 존재라는 이유로 여타 동물이나 물건보다는 충분히 그 생명력에 대한 적극적인 보호가 이루어져야 하는 대상이라는 점과, 현실적으로 이들을 대상으로 하여 이루어지는 보조생식술과 연구를 전면적으로 제한하기 곤란하다는 점을 감안할 때, 현재로서는 사회적 합의를 바탕으로 하는 타협주의 방식에 적합한 절충적 견해를 선택하는 것은 불가피하다.<sup>44)</sup> 그리고 생명의료과학기술의 발전 및 이용으로 인해 발생하는 여러 가지 논란들에 대처하기 위해 법적인 측면에서는 법을 통해서는 물론 이에 근거한 각종 제도의 운영과 자율적인 규제를 수단으로 삼을 수밖에 없고, 이는 근본적으로 이러한 수단들의 마련 및 운영을 위한 기준에 대한 판단을 요구할 수밖에 없다는 점을 감안할 때, 결국 법에서 말하는 권리의 보호 범위와 정도, 그리고 방법이나 절차 등은 합의에 의해

43) 최두훈, “생명권의 헌법상 제한원리”, 『법학논문집』, 제30집 제1호, 중앙대학교 법학연구소, 2006, 제264면 참조.

44) 박은정은 생명과학기술의 발전으로 인해 발생하는 사회적 위협에 대처와 관련하여 법이 가지는 한계점이 있기는 하지만, 그럼에도 불구하고 법적 역할이 중요하다는 것을 강조하면서 특히 행정적 대응, 입법적 대응, 사법적 대응, 헌법적 대응 등을 조화롭게 추진하는 것이 중요하다고 보았다. 박은정, 『생명공학시대의 법과 윤리』, 이화여자대학교 출판부, 2001, 제193~205면; 박은정, “생명공학기술과 인권”, 『과학기술과 인권』, 당대, 유네스코한국위원회, 2001, 제37면 이하 등 참조.

정해질 수밖에 없을 것으로 생각된다. 그러므로 이러한 절충적 견해에 따라 배아와 생식세포를 그것이 가진 잠재성을 이유로 출생 후 인간이나 태아보다는 약간 낮으면서도 단순한 세포나 동물, 물건보다는 높은 가치를 인정받는 특수한 지위에 위치시키면, 인간의 존엄과 가치 및 생명권의 완전한 보장 요구로 인한 부담감을 해소하고 제한적인 기준 하에서라도 그 이용, 보관, 폐기의 가능성을 인정해줌으로써 현실적 문제점들의 해결을 도모함과 동시에 동일한 기준을 근거로 특별한 보호 가치가 인정되도록 할 수 있다는 점에서 의의를 찾을 수 있다.<sup>45)</sup>

## 2. 태아에 대한 ‘생명권’의 제한 가능성

이미 태아를 대상으로 하는 임신중단에 대한 논의는 상당수 있어왔다. 우리나라에서는 형법에서 낙태를 금지하고 있으나, 모자보건법에서 예외적으로 허용되고 있으므로 임신중단에 대해서는 주로 어느 범주에 대해서까지 임신중단을 인정할 수 있는가의 문제가 결국 태아의 생명권에 대한 논의와 직결되어왔다.

먼저 태아의 헌법적 생명권을 보호하기 위해서라면 태아의 사망을 의도하는 임신중단은 생명을 박탈하는 행위로서 원칙적으로 금지되어야만 한다는 입장이 있다. 이러한 입장에서는 기본적으로 태아의 생명권을 출생 후 인간의 생명권과 다를 바 없는 것으로 이해하므로 그 어떠한 사유에서의 임신중단도 허용이 불가능하다고 판단될 수밖에 없다. 그러나 이러한 입장은 이미 대체적으로 임신중단을 허용하여야 하는 경우 - 예를 들어 임신의 지속이 의학적으로 볼 때 임신한 여성의 생명에 심각한 위협을 가져오는 경우, 강간에 의해 임신이 발생한 경우 등 - 로 사회적 합의가 이루어져 있는 현실 상황을 전혀 반영하지 못한다는 문제점이 있다.

45) 같은 의견으로는 최두훈, 전계논문, 제264~266면; 이인영, 전계논문, 제64면; 김형성, 전계논문, 제237~238면; 김선택, 전계논문, 제165면 등 참조.

그러나 앞서 살펴 본 바와 같이 생명권은 다른 권리와 비교 형량이 가능한 권리 중 하나이므로, 임신중단의 문제에 있어서도 태아의 생명권에 비견될만한 권리와 비교 형량 될 만한 권리가 인정된다면 이의 허용이 정당화될 수 있다. 이에 해당하는 대표적인 경우가 임신의 지속이 의학적으로 볼 때 임신한 여성의 생명에 심각한 위험을 가져오는 경우, 즉 태아의 생명권과 임신한 여성의 생명권이 충돌하는 경우이다. 비록 태아의 생명권과 출생 후 인간의 생명권이 동일하지만, 이러한 경우에 있어서는 동일한 생명 가치가 상충하면서 일방의 생명 보호를 위해서는 불가피하게 다른 일방의 생명이 침해될 수밖에 없어, 아직 태어나지 않은 존재 내지 인간으로 발달하고 있는 존재인 태아의 생명권보다 이미 출생하여 삶을 영위하고 있는 임신 여성의 생명권이 상대적으로 중요하다는 판단 하에 전자의 생명권을 제한하게 되는 것이다. 실제로 모자보건법은 임신의 지속이 보건의학적 이유로 모체의 건강을 심히 해하고 있거나 해할 우려가 있는 경우를 인공임신중절수술의 허용한계 중 하나로 들고 있다.<sup>46)</sup> 이밖에 문제가 되는 것은 바로 임신중단의 예외적 허용사유를 우생학적, 윤리적, 사회적 사유로까지 인정할 수 있는지의 여부이다. 모자보건법은 앞서 언급한 의학적 사유 이외에 우생학적 사유와 윤리적 사유로의 인공임신중절수술을 허용하고 있다. 예를 들면 본인 또는 배우자가 대통령령이 정하는 우생학적 또는 유전학적 정신장애나 신체질환이 있는 경우, 본인 또는 배우자가 대통령령이 정하는 전염성 질환이 있는 경우, 강간 또는 준강간에 의하여 임신된 경우, 법률상 혼인할 수 없는 혈족 또는 인척간에 임신된 경우에 한해서는 예외적으로 인공임신중절수술을 허용하고 있다.<sup>47)</sup> 그런데 태아의 생명권과 출생 후 인간의 생명권을 동일한 것으로 인정하는 입장을 전제로 하면 앞서 언급한 이들의 생명권간의 충돌이 발생하는 의학적 사유 이외에 이러한 사유로의 임신중단을 허용하는 것은 논리적으로

46) 모자보건법 제14조 제1항 제5호.

47) 모자보건법 제14조 제1항 제1호 내지 제4호.

타당할 수 없다. 그러므로 여기에서 말하는 태아의 생명권이란 ‘인간으로서의 생명권’이 아니라 ‘인간이 되어가고 있는 과정 중에 있는 생명 내지 인간으로 태어날 것을 예정하고 있는 존재로서 특별히 인정받는 생명권’이어야 한다고 판단되어야 한다. 즉, 태아의 생명권은 인정될 수 있는 것이 되, 그것이 출생 후 인간의 생명권과 완전히 동일한 것으로 인정되기는 곤란하다는 것이다.<sup>48)</sup> 이는 앞서 설명된 절충적 입장에서 생명의 발생 과정에 따라 단계적으로 생명을 보호하는 것이 헌법상 해석 가능한 일이라고 보는 것과 유사한 맥락에서 가능한 판단이다. 그렇다면 이러한 전제 하에서 태아 생명권의 제한은 어떠한 헌법적 권리들과의 비교 형량에 따른 것인가를 좀 더 구체적으로 살펴볼 필요가 있다. 이에 여기에서는 헌법적 권리로서의 사생활의 자유권 내지 프라이버시권과 평등권과 임신중단의 문제를 연관 지어 간략히 살펴보도록 하겠다.

먼저 여성의 임신중단권이 원치 않는 상황에서 어머니가 되지 않을 자유 내지 임신·출산의 희생은 강요당하지 않을 자유로서 여성의 사생활의 자유권 내지 프라이버시권에 속하는 권리이고, 이러한 맥락을 확장시키면 결국 임신중단권이 인간의 존엄과 가치 보장의 측면에서 인정되는 것이라고 보는 입장이 있다.<sup>49)</sup> 이에 따르면 임신중단의 불허는 모성의 강요에 따른 자녀의 추가를 초래하여 여성의 현재 및 미래의 삶 자체에 어려움을 줌으로써 사생활의 자유나 프라이버시를 침해하는 데에서 더 나아가 그러한 삶을 영위하여야 하는 여성의 인간으로서의 존엄과 가치에 침해를 초래하는 것으로까지 나아갈 수 있다는 판단도 가능하다는 것이다. 이렇게

48) 인간을 등급화하여 타인의 선택에 의한 생명박탈을 허용하는 것이 문제가 있기는 하지만, 사회적인 배려 없이 무조건적으로 출산을 강요하는 것은 결국 여성에게 생식을 강제하는 것일 수밖에 없다. 그러므로 일정한 조건에서 임부의 사회·생물적 환경에 따른 선택이 태아의 생명권보다 우위에 있을 수 있음을 인정할 필요성이 있다. 최두훈, 전계논문, 제248면 참조.

49) 최희경, 「미국헌법상 여성의 프라이버시권리에 관한 연구」, 이화여자대학교 법학과 박사학위논문, 2001; 김은애, 「생명의료과학기술의 발전에 따른 여성의 재생산권리에 관한 연구: 생식세포 기증 및 보조생식술에 관한 법과 제도를 중심으로」, 이화여자대학교 박사학위논문, 2008 참조.

보는 것은 여성이 정신적으로 임신중단을 원하나 신체적으로 임신중단이 불가능한 경우라면 여성은 인간으로서 보장받아야 하는 자기통합성과 자기결정권을 보장받지 못하는 상황에 놓이게 되어 결국 인격성이라는 인간의 존엄과 가치의 본질을 추구하지 못할 수밖에 없다는 시각을 전제한다.

다음으로 여성의 임신중단권이 헌법상 평등권의 문제로도 다루어 질 수 있다는 주장이 있다. 이는 여성의 임신중단이 여성억압이나 여성 개인의 자유를 제약하는 문화적으로 주입된 성역할을 영속시키는 데에 유의미한 효과, 즉 불평등효과를 발생시키지는 않는가라는 관점에서 바라보아야 한다는 것이다.<sup>50)</sup> 왜냐하면 재생산이 실제로 남성보다 여성에게 미치는 영향이 크고 대부분이어서 — 즉 임신·출산의 수행과 임신중단은 사실상 여성과만 생물학적으로 직결되어 있는 성별 고유성 내지 성적 차이성을 갖고 있어서 — 재생산에 대한 여성의 통제권은 남성과 평등한 사람으로서 살아갈 헌법적 권리가 있는 여성에게 필수적인 조건일 수밖에 없으므로, 임신중단을 불허하는 것은 곧 재생산에 대한 통제 불능 상태를 초래하여 결국 여성의 헌법상 평등권을 침해하는 것일 수밖에 없기 때문이다.<sup>51)</sup> 이러한 입장에 따르면 임신중단의 불허 내지 제한적 허용은 여성의 역할에 대한 규제문제로서 임신차별과 마찬가지로 여성의 평등권을 저해하는 것으로서, 해당 여성 개인의 문제를 넘어 여성에 대한 모성의 강요, 나아가 이로 인한 경제적 지위의 열등화 문제들과 관련하여 사회경제적 차원에서의 평등권 침해 문제로까지 다루어져야 한다는 주장도 제기될 수 있다.

이러한 입장들에 의하면 임신중단권은 여성이 가지는 헌법적 권리로 직결된다. 그러나 이러한 입장들에 대한 옹호가 태아의 생명권을 존중하지 않음을 기반으로 하는 것이 아니라는 사실은 반드시 먼저 이해될 필요가

50) 양현아, “여성 낙태권의 필요성과 그 함의”, 『한국여성학』, 제21권 제1호, 한국여성학회, 2005, 제17~20면 참조.

51) 실질적으로 남성은 임신중단권을 직접적으로 필요로 하지 않는 성적 존재인 반면 임신의 지속을 원하지 않는 여성에게 임신중단권은 매우 절실하게 요구될 수밖에 없는 권리라는 점이 헌법상 평등권에 스며들어있어야 한다.

있다. 무제한적인 임신중단권을 주장하는 것은 결국 태아의 생명권을 전면적으로 부정하는 것임을 충분히 인식하고 있기 때문이다. 다만 태아의 생명권이 여성의 임신중단에 대한 요구로 인해 제한됨을 주장하는 경우, 여성의 입장에서는 그러한 요구가 인간다운 삶의 영위를 위해 불가결하게 주장되는 것임을 밝히는 것이고, 이러한 경우 생명권과의 비교형량을 통해 여성의 입장도 받아들여질 수 있어야 함을 강조하는 것이다.<sup>52)</sup>

### 3. 배아에 대한 ‘생명권’의 제한 가능성

체의 배아와 관련되는 문제는 크게 배아 연구에 관한 부분과 보조생식술에 관한 부분으로 나누어져 있다. 이 중 배아 연구의 허용 여부는 연구의 대상이 되어 파괴되거나 훼손되는 배아의 생명권과 헌법 제22조에 의해 보장되는 연구의 자유가 상충하는 문제로 주로 논의되고 있고, 보조생식술과 관련해서는 배아를 대상으로 하는 착상전 유전자진단<sup>53)</sup> 및 이와 연관되어 있을 수밖에 없는 배아 선별이나 폐기의 문제, 배아의 냉동보관 등이 배아의 생명권과 상충하는 측면을 중심으로 논의되고 있다. 이 중 전자의 논의는 이미 어느 정도 심도 있게 이루어져 왔으나, 배아 연구 중 연

52) 이와 관련하여 반드시 태아의 생명권을 임신중단의 문제에 개입시킬 것이 아니라, 생명보호가 우리 사회의 기본적 가치질서로서 이로부터 국가의 생명보호의무를 도출할 수 있으므로, 국가의 생명보호의무와 여성의 권리(생명권과 자기결정권 등을 포함하는 광의의 권리)가 충돌하는 문제로 해석하여 이 중 어느 것을 더욱 강조할 것인가에 대한 입법정책적 문제로 설명하는 것도 논리적으로 타당할 것이라는 입장도 있다. 이인영 외, 전거서, 제60~61면 참조.

53) 이는 특정 질병을 진단하기 위해 하는 유전자검사로, 대상자가 그 질병에 이환될 위험이 높을 때 확진이나 진단 보조, 혹은 예후 예측 목적으로 시행되는 유전자진단의 일종이다. 주로 부모에게 염색체 이상이 있거나 유전질환이 있는 가계에서, 체외에서 형성된 수정란에 대해 인간의 자궁에 이식하여 착상시키기 전 단계에서 미리 염색체 이상 내지 결함이나 유전질환의 유무를 파악하여 염색체적으로 정상이고 유전질환에 이환되지 않는 건강한 배아를 자궁에 이식함으로써 건강하고 정상적인 아이를 임신·출산할 수 있도록 하기 위해 시행한다. 이에 대해서는 장영민·권복규·김현철·정성철, 『생명윤리 및 안전에 관한 법률의 유전자치료부분에 관한 운영지침 및 제도보완 방안마련』(보건복지부 정책연구과제 연구결과물), 이화여자대학교, 2006, 제72면 이하 참조.



구를 목적으로 난자를 제공받아 배아를 생성하는 과정을 거쳐 시도되는 연구에 대한 요구가 난자를 제공하는 여성을 전제하고 있어 배아 연구가 여성의 재생산권리<sup>54)</sup>와 밀접하게 관계되는 측면이 있음에도 불구하고 이러한 연결고리 속에서의 논의는 여전히 주변화 되어있다고 하여도 과언이 아니다.<sup>55)</sup> 그리고 후자의 논의에 있어서도 보조생식술의 대상이 되는 배아를 중심으로 주로 논의되었을 뿐 정작 실제로 보조생식술의 주체가 되는 여성의 입장에서 논의된 바는 충분하지 않다. 그러므로 이하에서는 이렇듯 배아에 관계되는 많은 문제들 중에 여성의 재생산권리와 직접적인 연관이 있는 문제들만을 중점적으로 다루기로 하겠다.

앞서 살펴본 바와 같이 수정 후 14일 이전의 배아로서 체외에 존재하는 배아에 대해 인간으로서의 존엄과 가치를 지닌 생명체로서의 헌법적 지위를 부여할 것인가에 대해서는 논란이 있다. 만약 배아가 수정시부터 인간으로서의 존엄과 가치를 인정받아야 하는 생명으로서의 지위를 가진다고 인정한다면, 이의 조작이나 파괴 내지 폐기를 동반하는 보조생식술의 이용은 전면적으로 금지될 수밖에 없다. 그러나 현재 체외인공수정시술을 비롯한 보조생식술은 자연적인 방법으로 임신이 불가능하거나 어려운 경우를 대신할만한 의학적인 치료방법으로서 이미 불임자들의 임신권 보장을 위해 보편적으로 이용될 수 있는 것으로 받아들여지고 있을 뿐만 아니라 다양한 이유로 여성의 재생산권리를 적극적으로 보장하는 데에 기여하고 있는 기술로서 평가되고 있다. 이제는 단순히 자연적인 방법으로 임신을 할 수 없는 여성의 불임 문제를 해결해주는 수준을 넘어, 가능한 한

54) 재생산권리란 재생산능력을 이용하여 임신이나 연구 목적으로 생식세포를 제공하는 자와 임신, 출산, 피임, 임신중단이라는 재생산활동의 주체가 되는 여성이 이에 관계되는 모든 사항에 대해 갖는 총체적인 권리임과 동시에, 재생산과 관련하여 신체적, 정신적, 사회적, 문화적 측면에서의 총체적 안녕을 향유할 권리인 재생산건강권을 포괄하는 권리이다. 여성의 재생산권리의 개념 및 의의에 대한 보다 자세한 내용은 김은애, 전계논문, 제8-19면 참조.

55) 하정옥, “한국 생명윤리 담론의 탈젠더성에 대한 비판: 난자와 배아의 탈구화를 중심으로”, 『페미니즘연구』, 제7권 제1호, 2007, 제211-238면 참조.

유전적으로 건강한 자녀를 얻을 수 있도록 한다거나 잔여분을 냉동 상태로 보관함으로써 임신 시기를 의도대로 조절함은 물론 추가적으로 난자채취시술을 받아야 하는 경우를 감소시킴으로써 해당 여성의 건강에 대한 침해도 감소시킬 수 있도록 하는 데에까지 기여하고 있는 기술이기 때문이다. 그러므로 이러한 상황을 감안할 때, 수정시설에 입각하여 수정을 기점으로 수정 이후의 존재가 인간으로서의 존엄 및 가치를 가지는 존재이자 생명권을 인정받아야 하는 존재로 인정되고, 이로 인해 배아의 생명이 박탈당할 수 있다는 이유에서 이를 제한하는 것은 결국 여성의 재생산권리인 임신권을 부정하는 결과를 야기할 수밖에 없다.

그러나 보조생식술이 지니고 있는 이러한 가능성은 배아에 대한 선별이나 잔여배아의 냉동보관 및 해동 후 이용 과정에서 배아의 파괴나 폐기를 초래할 수밖에 없다는 사실을 동반한다. 그러므로 보조생식술의 남용으로 인한 윤리적 문제점의 증폭을 막기 위해,<sup>56)</sup> 그리고 앞서 언급한 질충설에 입각하여 착상 전 배아의 경우 특수한 중간적 가치를 갖는 존재로 받아들여져야 할 필요성에 근거하여 법적으로 이를 특정 한계 내에서 제한할 필요성이 있다. 그래야만 배아가 가지는 특수한 중간적 가치가 최소한 법에 의해 보장될 수 있을 것이며, 이들의 존재나 이들에 대한 인위적 조작이 인간의 존재와 직결되어 있다는 사실을 바탕으로 발생 가능한 여러 가지 문제점들을 예방하거나 해결할 수 있기 때문이다. 이러한 요구는 이미 생명윤리 및 안전에 관한 법률에 어느 정도 반영되어 있다.<sup>57)</sup>

착상전 유전자진단과 관련된 문제에 대해서만 좀 더 언급하자면, 보조

56) 우생학적 목적에서의 배아 선별, 지나치게 긴 기간 동안의 배아 보관 등을 예로 들 수 있다.

57) 동법에 의하면 배아 생성은 임신 목적으로만 허용되고(제13조 제1항), 배아의 보존 기간은 최대 5년까지로 제한하고 있으며, 보존기간이 도래한 배아 중 연구 목적으로 이용할 배아를 제외한 나머지는 법에 정한 방법으로 폐기하되 그에 관한 사항을 기록·보관하도록 규정하고 있다(제16조). 또한 배아를 대상으로 하는 유전자검사는 근이영양증 등 대통령령이 정하는 유전질환을 진단하기 위한 목적에서만 시행되도록 제한하고 있다(제25조 제2항).

생식술의 이용이 결과적으로 임신 성공을 목표로 한다는 점을 감안하면 단일 배아 생성이 적절한 방법이기에는 실질적으로 어렵다. 그러므로 대부분의 경우 다배아 생성이 전제되는데, 만약 생성된 배아의 가치 존중을 위해 모든 배아의 착상을 강제로 시도하도록 한다면 이는 여성의 재생산권리를 일종의 의무화하는 것으로서 적합하지 않다. 그러므로 해당 여성에게 배아가 더 이상 임신 목적 이식의 대상으로 존재할 가치가 없다고 판단되는 경우 폐기나 연구 목적으로 제공을 결정하는 것이 비난되기는 어렵다. 이러한 논리는 착상 전 유전자진단의 문제에도 거의 동일하게 적용 가능할 수 있다. 비록 착상 전 유전자진단이 그 행위 자체로 인해 배아의 파괴를 발생시킬 수 있고, 진단 결과가 좋지 않은 배아를 착상 대상에서 제외시킴으로써 그렇게 된 배아의 생명을 침해하는 것일 수 있지만, 체외인공수정시술을 이용하는 경우 기술적으로 볼 때 유전적 결함이 있는 자녀를 회피할 수 있는 기회를 가질 수 있을 뿐만 아니라 건강한 자녀를 두고자 하는 부모의 욕구가 그릇된 것이라고만 할 수 없으므로 심각한 수준의 유전질환 유무를 확인할 기회를 박탈하는 것은 지나친 규제일 수 있다. 특히 우리나라의 경우 태아에게 유전질환이 동반된 것을 확인되는 경우, 이러한 아이를 적절히 양육할만한 개인적 사회적 환경이 마련되어 있지 않다는 등의 이유로 임신중단으로 이어지는 경우가 많을 것인 바, 착상 전 유전자진단을 통해 이러한 상황의 발생을 어느 정도 예방할 수 있다는 것은 유전질환을 이유로 하는 임신중단으로 인해 여성이 신체적 정신적 위험과 고통을 감수하는 경우의 발생을 감소시키는 데에도 기여할 수 있다는 측면이 반드시 고려되어야 한다. 그러나 착상 전 유전자진단의 과도한 허용은 유전질환을 가진 자들의 생명을 상대적으로 비하할 수 있거나 특정 유전형질의 선호로 인한 우생학 문제와 직결될 수 있으므로 현재의 방식처럼 예외적으로 그 시행이 허용되어야 할 것이다.<sup>58)</sup>

58) 정현미, “배아의 생명권과 착상 전 유전자진단”, 『비교형사법연구』, 제5권 제2호, 한국비교형사법학회, 2003, 제259~277면.

다음으로 배아 연구 역시 수정시설에 입각하면 배아의 생명권을 박탈하는 행위로서 연구의 자유라는 법익과 비교 형량하기 어려운 것일 수 있다. 그러나 절충설에 입각하여 착상 전 배아를 특수한 중간적 가치를 갖는 존재로 보고, 이를 대상으로 하는 연구가 궁극적으로는 불치 내지 난치의 질병으로 고통 받는 출생 후 인간의 존엄과 가치를 구현하기 위한 수단으로서 인정되어야 하는 것으로 본다면 이 둘의 법익의 형량 역시 가능하다고 판단된다. 다만 배아가 물질에 지나지 않는 존재로서 대우되어서는 안 되는 바, 이를 대상으로 하는 연구는 제한적으로라도 허용될 필요가 있다. 그런데 배아 연구 중에는 그 방법상 차이가 있는 연구들이 있으므로 이에 따른 구분이 필요하다고 판단된다. 왜냐하면 임신 목적으로 생성되었으나 이용되지 않았거나 이용될 수 없어 체외에 존재하는 잔여 배아를 대상으로 하는 연구의 경우, 결과적으로 폐기에 이를 가능성만이 남은 배아라는 점에서 제한적으로나마 그 이용을 인정하는 것이 마땅하다고 판단되지만, 난자를 이용하여 연구 목적으로 생성되는 배아를 대상으로 하는 연구— 예를 들면 체세포복제배아연구—의 경우에는 연구 목적으로 제공되는 난자에 대한 요구를 전제하는 경우가 포함되어 있기 때문에 난자를 제공하는 여성의 재생산권리에 대한 침해가 발생할 수 있다는 측면에서 함부로 그 허용 여부가 결정되어서는 안 될 것이기 때문이다.

현재 생명윤리 및 안전에 관한 법률 제22조 제2항 및 동법 시행령 제12조의2 제1항 제2호에 의하면 체세포복제배아줄기세포연구에 사용 가능한 난자의 범주는 제한되어 있다.<sup>59)</sup> 이에 난자의 수급 자체뿐만 아니라 수급되는 난자의 질이 연구를 좌우하는 물리적인 조건일 수 있다는 이유로 연구에 이용되는 난자에 대한 현재의 법적 제한이 타당하지 않다는 주장이

59) 배아 생성을 위하여 동결 보존하는 난자로서 임신이 성공되는 등의 사유로 폐기할 예정인 난자, 미성숙인 난자나 비정상인 난자로서 배아를 생성할 계획이 없어 폐기할 예정인 난자, 체외수정시설에 사용된 난자로서 수정이 되지 아니하거나 수정을 포기하여 폐기될 예정인 난자, 불임치료를 목적으로 채취된 난자로서 적절한 수증자가 없어 폐기될 예정인 난자, 적출한 난소에서 채취한 난자.

현재까지도 제기되고 있다. 그러나 연구에 제공될 난자는 여성의 재생산 능력의 일부이므로 이를 수단화하는 것은 독 재생산능력과 일체화되어 있는 여성을 수단화하는 것일 수밖에 없는 결과를 낳는다.<sup>60)</sup> 특히 연구에 제공될 난자의 확보가 난자채취시술을 전제로 하고, 이는 과배란유도제의 사용과 자궁벽을 뚫고 난소에 바늘을 삽입하는 방식으로의 시술로 인해 발생하는 여러 가지 부작용과 후유증을 동반하므로 이에 노출되는 여성이 신체적 정신적 고통을 감수할 수밖에 없는 상황을 초래하고 있어 국제적으로도 이미 논란의 대상이 되고 있다는 점에 주목하여야 한다.<sup>61)</sup> 따라서 연구용 난자의 수급은 일반적으로 쉽지 않으며, 이로 인해 황우석 사건에 처처럼 매매의 문제가 발생할 우려가 상당한 것이 사실이다.<sup>62)</sup> 따라서 윤리계, 여성계, 종교계 그리고 일부 과학계, 의료계 등에서는 난자의 연구 이용에 따른 수많은 문제점들을 계속적으로 지적하면서 금지나 제한적 허용의 입장을 고수하고 있는 것이다. 따라서 이러한 점들을 고려할 때 채취되는 난자를 이용하여 생성하는 배아를 이용하는 연구의 자유가 여성 인

60) 임신 목적으로의 난자 기증·수증 역시 이러한 식의 문제제기가 가능하지만, 임신 목적인 경우에는 난자의 기증·수증 이외에 여타 대체 가능한 수단이 없다는 점과, 그 목적 자체가 생식세포의 존재이유인 임신으로 변함이 없다는 이유에서 연구 목적으로의 난자 기증·수증과는 달리 판단되기에 충분하다고 생각된다.

61) 일본 후생노동성 의약국안전대책과가 1994년부터 2002년까지 배란유도제를 이용한 여성을 대상으로 조사한 결과 그로 인해 321명이 부작용을 겪었고, 부작용을 겪은 여성 321명 중 5명이 배란유도제로 인한 부작용을 이유로 사망했고, 전신이 회복될 수 없는 부작용을 겪게 된 경우가 7명, 반신마비와 실어증 등의 후유증을 앓게 된 여성은 20명인 것으로 나타났음을 보고했다(여성주의 저널 일다 2007년 4월 24일 기사 '불임시술 부작용 많다: 日후생성, 사망 5명 신체마비' 참조). 2005년 6월에는 영국에서도 배란유도제를 사용하여 난소에 자극을 받은 여성의 1%는 죽음에 이를 만큼 심각한 증상을 겪게 되며, 2005년까지 영국에서 난소과자극증후군(OHSS)으로 인해서 사망에 이른 여성은 5명이라고 보도된 바 있다. 또한 2006년 7월에는 약물을 통한 난자 생산 축진이 난소과잉자극증후군을 일으킬 가능성이 크기 때문에 난자 기증자들이 잠재적인 위험에 빠질 수 있음을 경고하는 보도가 있었다(영국 BBC 방송 2005년 6월 30일 및 2006년 9월 7일 보도, 한국보건산업진흥원(2006.9). "영국, 논란이 되고 있는 난자 기증 문제", 『유럽보건의료산업동향』, 제06-9호 총권 제42호, 제20면, 4.4 참조).

62) 박선영, "생명과학기술의 발전과 인간의 존엄: 생식체계에 관한 미국 입법과 판례를 중심으로", 『미국헌법연구』, 제17권 제2호, 미국헌법학회, 2006, 제203면 참조.

권으로서의 재생산권리와 비교 형량 되는 경우, 전자의 우위를 인정하는 것은 적절하지 않다고 판단된다. 최근 국가생명윤리심의위원회는 차병원이 신청한 인간체세포핵이식복제배아줄기세포연구에 대해 동물실험을 병행하여 인간 난자 사용량을 최소화할 것을 권고사항 중 하나로 하여 조건부 승인 결정을 하였다. 이를 이러한 입장에서 이해한다면, 기본적으로는 난자 자체의 생명체로서의 소중함을 배려한 것일 수 있지만 더 나아가 난자의 확보가 해당 여성에 대한 재생산권리 침해 가능성을 갖는다는 맥락을 반영하고 있는 것이 아닌가 싶다. 이에 앞으로의 배아 연구에 관한 논의에 있어서도 이러한 지점들이 함께 포함되어야만 할 것이다.

#### IV. 마치며

최근 생명의료과학기술의 발전 및 이용은 출생 전 생명의 존중 및 보호와 관련하여 전에 없는 새로운 문제들을 도출해내고 있음은 이미 관련 논란들로 인해 충분히 증명되고 있다. 이에 헌법적 측면에서 인간의 존엄과 가치 및 생명권과 관련하여 출생 전 생명이 어떠한 법적 지위를 갖는지를 살펴보는 것은 추후 이들이 관련되는 법적 조치들을 어떻게 마련해나갈 것인가를 판단함에 있어 매우 큰 의의가 있다. 현재는 앞서 살펴본 바와 같이 출생 전 생명의 법적 지위 판단에 대해 여러 의견이 제시되고 있지만 그에 한계가 있음을 인정할 수밖에 없는 상황 속에서, 법적으로는 보조생식술에 있어 배아가 생성되는 조건을 임신으로 제한한다거나 배아 연구에 있어 대상이 되는 배아의 발생 시점을 제한하는 등의 방식으로 중간적 합의상태를 이루고 있는 것으로 보인다. 이러한 법적 제한의 대부분은 생명윤리 및 안전에 관한 법률에 반영되어 있다. 그러나 생명의료과학기술의 발전 및 이용은 앞으로도 계속될 것인 바, 인간의 권리와 생명권 등에 대한 기존의 인식을 전환시켜 새로운 패러다임으로 나아갈 것을 요구할 것

이다. 그리고 이에 있어서는 인간의 존엄과 가치 및 생명권에 대한 원론적인 논의를 기반으로 사회 구성원들의 합의로부터 도출되는 구체적인 법적 기준이 중요하게 강조될 것이다. 따라서 시급한 것은 출생 전 생명의 존중을 위해 앞으로 어떠한 법적 조치들을 마련해나갈 것인가라고 할 수 있다.

먼저 출생 전 생명에 관계되는 법 규정을 정비할 필요가 있다. 본 논문에서는 주로 태아와 배아를 중심으로 다루었으나, 이들은 기본적으로 생식세포로부터 유래될 수밖에 없음은 자명하다. 특히 보조생식술의 이용이 확대되고 있는 상황에서 배아와 관련하여 발생하는 문제를 예방하거나 해결하기 위해서는 기본적으로 생식세포 및 배아 - 특히 임신이나 연구 목적으로 기증·수증되는 생식세포 및 배아 - 에 대한 관리 및 감독이 보다 적극적으로 이루어져야 할 것이다. 현재 보건복지가족부에 의해 매년 보조생식술에 대한 파악과 관련하여 생식세포 및 배아에 관한 수치적인 파악이 이루어지고 있으나, 생식세포 및 배아도 태아만큼이나 인간 생명의 문제와 밀접한 연관성을 가지고 있다는 점과 기증이 쉽게 이루어지는 것이 아니라는 사실 등을 감안할 때 현재 수준의 관리 및 감독은 적절하다고 보기 어려운 측면이 상당하다. 특히 체외에 존재하는 생식세포 및 배아는 재생산권리 보장의 적절한 수단으로 받아들여지고 있는 보조생식술의 목적으로 채취 및 생성된 것인 반면, 인체로부터 독립적으로 존재한다는 이유 때문에 침해 발생의 가능성이 높으므로 더욱 강하게 보호되는 것이 마땅하다. 그리고 이에 앞서 생식세포에 대한 법적 지위가 확실히 파악 가능하도록 하는 근거를 마련한다거나, 이를 위한 활발한 논의가 있어야 할 것이다.

그러나 실질적인 측면에서 이보다 앞서 이루어져야 하는 것은 출생 전 생명과 관련된 생명윤리 문제에 대한 인식이 확산될 수 있도록 하는 일과, 법이나 제도에 의한 강제에서 비롯되는 의지가 아닌 자율적 의지를 통해 출생 전 생명에 대한 보호가 이루어질 수 있도록 하는 일이다. 왜냐하면 생명의료과학기술의 발전 및 이용에 따라 새로이 발생하는 문제에 대해

이제는 보다 짜임새 있는 대응이 가능할 수 있어야만 하는데, 이러한 토대 없는 상태에서의 대응은 결국 적절한 대응 결과를 도출해내기 어려울 수 있기 때문이다. 새로운 패러다임을 구축해야 한다고 판단되는 바로 지금의 시점에서, 출생 전 생명에 대한 헌법적 측면에서의 근본적 논의와, 이에 있어서 실질적으로 밀접한 연관성을 가질 수밖에 없는 여성의 입장에 대한 이해와, 다양한 논의와 그를 통한 합의에서 비롯되어 형성되는 법과 제도가, 마지막으로 이에 부가되는 생명윤리 인식의 확산과 특히 전문가 집단의 생명윤리 수호를 위한 자율적인 노력이 모두 어우러져 진정 출생 전 생명의 존중과 보호가 가능할 수 있기를 기대한다.

주제어 : 출생 전 생명, 배아, 태아, 생명권, 헌법적 권리의 제한, 재생산권리



[ 참 고 문 헌 ]

1. 서적

- 계희열, 『헌법학』, 박영사, 2004.
- 권영성, 『헌법학원론』, 법문사, 2004.
- 김철수, 『헌법학개론』, 박영사, 2006.
- 박은정, 『생명공학시대의 법과 윤리』, 이화여자대학교 출판부, 2001.
- 박은정, “생명공학기술과 인권”, 『과학기술과 인권』, 당대, 유네스코한국위원회, 2001.
- 성낙인, 『헌법학』, 법문사, 2006.
- 이인영 외, 『생명과학기술사회에서의 인권패러다임의 변화와 생명인권보호를 위한 법정책』, 삼우사, 2004.
- 최경석, 『인간 생명의 시작은 어디인가: 배아줄기세포 연구와 생명윤리』, 프로네시스, 2006.
- 허영, 『한국헌법론』, 박영사, 2005.

2. 논문

- 김명재, “배아연구의 법적 규제의 헌법적 문제”, 『공법연구』, 제34집 제3호, 한국공법학회, 2006.
- 김선택, “출생 전 인간생명의 헌법적 보호”, 『헌법논총』, 제16집, 헌법재판소, 2005.
- 김은애, 「생명의료과학기술의 발전에 따른 여성의 재생산권리에 관한 연구: 생식세포 기증 및 보조생식술에 관한 법과 제도를 중심으로」, 박사학위논문, 이화여자대학교, 2008.
- 김천수, “인간복제기술의 발전과 법적 문제점”, 『한림법학 FORM』, 제10권, 한림대학교 법학연구소, 2001.
- 김천수, “태아의 법적 지위”, 『비교사법』, 제10권 제2호, 한국비교사법학회, 2003.
- 김형성, “생명공학의 헌법적 가능성과 한계”, 『공법연구』, 제32집 제1호, 한국공법학회, 2003.

- 민병로, “인간의 존엄과 미출생 생명의 헌법상 지위”, 『공법연구』, 제35집 제3호, 한국공법학회, 2007.
- 박선영, “생명과학기술의 발전과 인간의 존엄: 생식체계에 관한 미국 입법과 판례를 중심으로”, 『미국헌법연구』, 제17권 제2호, 미국헌법학회, 2006.
- 양현아, “여성 낙태권의 필요성과 그 함의”, 『한국여성학』, 제21권 제1호, 한국여성학회, 2005.
- 이인영, “인간배아보호를 위한 법정책의 고찰”, 『형사정책연구』, 제13권 제3호, 한국형사정책연구원, 2002.
- 임종식, “배아를 인간으로 볼 것인가?: 14일론을 중심으로”, 『법철학연구』, 제3권 제2호, 한국법철학회, 2000.
- 정문식, “독일에서의 인간의 존엄과 생명권의 관계: 배아줄기세포연구에 있어서 배아의 인간존엄과 생명권 관계를 예로”, 『공법학연구』, 제7권 제2호, 비교공법학회, 2006.
- 정현미, “배아의 생명권과 착상전 유전자진단”, 『비교형사법연구』, 제5권 제2호, 한국비교형사법학회, 2003.
- 조홍석, “생명복제와 인간의 존엄”, 『공법연구』, 제30집 제1호, 한국공법학회, 2001.
- 최두훈, “생명권의 헌법상 제한원리”, 『법학논문집』, 제30집 제1호, 중앙대학교 법학연구소, 2006.
- 최희경, 「미국헌법상 여성의 프라이버시권리에 관한 연구」, 박사학위논문, 이화여자대학교 법학과, 2001.
- 하정욱, “한국 생명윤리 담론의 탈젠더성에 대한 비판: 남자와 배아의 탈구화를 중심으로”, 『페미니즘연구』, 제7권 제1호, 2007.
- 한상운, “현행 헌법상 생명존중에 관한 연구: 배아복제, 낙태, 사형, 안락사의 문제를 중심으로”, 『성균관법학』, 제18권 제1호, 성균관대학교 비교법연구소, 2006.
- 홍성방, “자연의 권리주체성”, 『한림법학 FORUM』, 제4권, 한림대학교 법학연구소, 1994.

3. 기타 자료

대한산부인과학회, “한국 보조생식술 현황 조사 자료 1999-2003”, 『대한산부인과학회 조사보고서』, 대한산부인과학회.

보건복지부 보건산업육성단 생명윤리안전팀, 『2007년도 배아보관 및 제공 현황 조사 결과』, 보건복지부, 2008. 12.

보건복지부 보건산업육성단 생명윤리안전팀, 『2006년도 배아보관 및 제공 현황 조사 결과』, 보건복지부, 2007. 12.

보건복지부 보건산업육성단 생명윤리팀, 『2005년도 배아보관 및 제공 현황 조사 결과』, 보건복지부, 2006. 4.

장영민·권복규·김현철·정성철, 『생명윤리 및 안전에 관한 법률의 유전자치료 부분에 관한 운영지침 및 제도보완 방안마련』 (보건복지부 정책연구과제 연구결과물), 이화여자대학교, 2006.

## **A Constitutional Study on the Unborn Human Life : Focusing on the Right to Life of the Fetus and the Embryo**

Eun-Ae Kim

*Ph.D. in Law, Senior Researcher, Ewha Institute for Biomedical Law and Ethics(Law Research and Analysis Team, Bioethics Policy Research Center)*

### **=ABSTRACT=**

The development of the biomedical science and technology has extended an argument about a status in constitutional law of unborn human life and a protection of the potential human life to that of an embryo and a gamete beyond a fetus. This argument has been focused on whether we should provide unborn or potential human life with human dignity and the right to life that are guaranteed by the constitutional law altogether or separately. If the right to life is given to unborn or potential human life, on what grounds can we restrict this right. Those who argue for the unity of the right to life with human dignity and the inseparability of those two claims that the right to life in itself should be guaranteed absolutely. According to the constitutional law, however, any constitutional right of the human person within the protection of essential part of the right can be compared with each other and restricted with some valid reasons from the legal perspective. This measure is unavoidable in reality because one right can come into conflict with another right frequently.

Since fetus and embryo are in a process of developing into the human person, it is difficult to think that they are the same with the human person. For that reason, it is hard to consider that the right to life of fetus or embryo is the same with that of the human person. However, since a fetus has a special status as a potential human person, and an embryo also has a special value as a potential fetus upon an implantation, the right to life of fetus or embryo should be judged differently according to the stage of their development.

A study on a constitutional status and protection of a fetus and an embryo is essential because unborn or potential human life is the origin of human person. Therefore, we have to make much account of their right to life and seek the legal respect for their inherent value.

Keyword : potentiality of human life, embryo, fetus, right to life, restriction of constitutional right, reproductive right