배아 생명에 대한 법적 이해와 법정책의 방향

김 일 수 *

Ⅰ. 생명윤리에 대한 오해

언제부터인가 사람들은 생명에 대한 이해에서 두 진영이 극단적으로 대립되는 것으로 오해하고 있다. 단순하게 표현하면 생명공학과 생명윤리이다. 즉 생명윤리와 생명공학이 상호간 반목과 대립되는 것처럼 말해지고 있다. 그러나 생명윤리는 생명공학과 충돌하지 않는다. 오히려 생명윤리는 생명공학에 전제되어 있다. 현실적으로 모든 생명공학이 윤리적으로 문제되는 것은 아니다. 특히 윤리적으로 의심스러운 부분은 대부분 인간의 생명과 직접 관련되거나 심각하게 타인의 정보가 노출되거나 아니면 후세대의 유전적 가치 결정을 처음부터 방해하는 영역이다. 전문적으로는 배아실험과 유전자 정보 보호, 그리고 유전자 조작술과 같은 영역이 윤리적으로 의심받고 있는 부분이다.

생명공학에서 윤리적인 의심과 반대를 경험하는 분야가 현실적으로 윤리적 비난에도 불구하고 필요한 내용인지는 아직 확인되지 못했다. 과학자들이 주장하는 이점이란 인간 생명의 장기화, 난치병의 극복, 생명에 대한 조직적인 관리, 식량난의 완전해결 등이다. 많은 공상과학 소설과 영화들이 표현하려고 하는 미래의 세계가 생명공학자들의 손에서 창조되고 있다. 그러나 그들이 생각하는 미래가 성공할 것인지를 제쳐두고라도 그 과정은 승인할 수 없는 요소를 가지고 있다. 예를 들어 생명을 위해서 생명을 희생시키는 것은 두 가지 난점을 가지고 있다. 첫째는 희생당하는 생명의 도구화

* 고려대학교 법과대학 교수, 법학박사

이며, 둘째는 그 희생을 정당화할 수 없는 법질서와의 충돌이다. 인간을 수단화하는 것은 그의 인간의 존엄성에 대한 심각한 훼손이다. 우리 법체계와 인식은 생명에 대한 절대적인 보호를 원칙으로 삼고 있다. 이는 헌법의 요청이며 다른 모든 법질서의 당연한 사명이기도 하다. 그러므로 생명에 대한 침해는 극히 최소한에 그쳐야 한다. 다음으로 인간은 사회적인 연대에서 살아가고 있다. 이러한 연대성은 물질적이고 객관적인 조건에 의해서 결정되는 것이 아니다. 오히려 가치적이고 주관적인 측면에서 형성된다. 그렇다면 타인의 생명을 희생시켜서 새로 얻은 생명의 가치는 그렇지 않은 생명과 비교 된다. 그러므로 부정될 수 있는 생명과 부정되어서는 안 되는 생명으로 구분되고, 그 결정을 위해서 생명 자체가 교량 되게 된다. 즉 우월한 인간생명과 열등한 인간생명이 발생한다. 이러한 현상은 결국 생명에 대한 진지함을 잃게 되어 사회 전체의 연대성을 해체시킬 수도 있는 것이다.

생명공학의 성과는 화려하다. 생물학과 의학에서 이루고 있는 성과는 인간과 다른 모든 생명체의 정체성에 대해 전혀 다른 이해를 요구하고 있다. 100여년전 멘델이 유전법칙이라는 새로운 주장을 했을 때만해도 인간이 DNA 단위로 구분되어 물질화될 수 있다고 아무도 생각하지 못했다. 70년대에 단백질 구조를 밝혀내면서 가속된 생명공학의 역사는 1997년 체세포 복제를 통해 새로운 생명을 만들어 내면서 정점에 달했다[1].

생명공학은 초기에 식량문제를 해결하고자 시도되었다. 기근을 해결하려는 선한 의도가 생물학자들에게 요구되었다. 그 결과 절대적인 빈곤을 완화시키는 많은 성과가 있었다. 가뭄에 강한 종자의 개발과 영양을 강화시킨 작물들이 생명공학의 빛나는 역사를 만들었다. 유전공학의 기본적인 성과는 대부분 이러한 종자개량과 성질전환을 위한 식물학에서 비롯되었다. 이 방법이 동물에게도 직접 응용된 것은 매우 최근의 일이다. 결국 생명공학은 대상의 개량을 의도하는 기술이다. 그러나 인간은 재배되는 존재가 아니다.

지금까지 생명공학의 역사에서 자신들의 한계를 성찰하는 기회는 많지 않았다. 생명공학은 새로운 연구대상을 가지게 되었고 그 대상은 단순한

1) 생명복제와 생명공학 기술에 대한 정보는 Wilmut/Campbell/Tudge, The Second Creation. Dolly and the Age of Biological Control, 2000.

생명 물질이 아닌 규범적 인간이다. 갈등은 여기서 발생한다.

Ⅱ. 연구의 자유와 그 한계

생명공학은 헌법적인 보호를 받는다. 우리 헌법은 학문과 예술의 자유를 보호함으로써 기초적인 연구의 자유도 보장하고 있다. 헌법상 연구의 자유는 제22조에서 학문과 예술의 자유를 기본권에 명시하고 있다. 생명공학을 위한 학문과 연구는 당연히 헌법 제22조에서 보장된다. 그렇다면 모든 연구와 모든 실험이 헌법 제22조에 의해서 보장될 수 있는가? 학문연구를 위한 주관적인 결정, 즉 연구대상이나 연구주제의 결정과 같은 주관적 인식은 절대적으로 보호될 수 있다. 또한 그 결과의 발표 역시 원칙적으로 제한 없이 허용된다. 그러나 연구를 위한 다른 기본권을 침해하는 경우는 문제가 다르다. 생명공학을 위한 인체 실험이나 타인의 유전정보를 동의 없이 적출하여 연구하는 것을 헌법적으로 허용할 수는 없기 때문이다. 그렇다면 연구의 자유란 '주관적 공권'으로서의 양심의 자유 일부분만을 보호하는 기본권이다. 연구의 자유는 객관적 질서의 부분도 가지고 있다. 이 객관적 질서란 연구의 결과가 갖는 영향력이 사회에 미치는 상호작용을 말한다. 사회적으로 객관화되는 영역은 절대적 보호영역이 아닌 상대적 보호영역이다. 학문과 예술의 활동은 종국적으로 연구자의 노력으로 인하여 '사회 전체의 지적-물리적 수준을 향상시키는 분과'이다.[2] 그러므로 학문과 예술은 처음부터 사회적인 가치와 맞물려 있다.

사회적 가치는 여러 가지 의미를 포함한다. 헌법상의 모든 기본권은 전부 열거할 수 없다. 그 이유는 가치의 상대적인 성격과 규정불가능성 때문이다. 헌법은 종국적으로 사회적으로 변화하는 가치를 포괄하는 윤리의 목록이다. 사회적 가치란 비판적으로 작용하던 긍정적으로 작용하던 사회에서 통용되는 윤리와 도덕을 포함하고 있다. '반가치'라는 의미는 대부분 법

2) 허영, 한국헌법론, 390.

적으로 통제된다. 연구의 자유가 갖는 사회가치적 전제는 생명윤리를 이미 포함하는 것이다. 연구의 대상과 연구의 결과는 객관적 사회질서와의 조화 속에서만 가치를 인정받는다. 더욱이 우리가 의심하는 일부 생명공학기술은 우리가 존중하는 사회질서와 법질서에 조화될 수 없는 것이다. 예컨대 오늘날 일부 과학자들이 지속적으로 주장하는 배아에 대한 직접 실험이나 유전자 조작을 통한 우생학적 시도 등은 모두 사회 반가치적 행위로 이해된다. 어떤 측면에서는 연구의 대상설정이 잘못되었고 다른 측면에서는 연구의 절차가 승인될 수 없는 결과를 가져오기 때문이다.

Ⅲ. 생명에 대한 다양한 논점들

인간 생명에 대한 논의는 포괄적으로 진행된다. 뇌사문제가 대두할 때부터 인간 생명에 대한 상대화는 시작되었다. 법적으로 타협한 결과는 뇌사를 심장사와 구분하여 일정한 기준을 두고 허용하자는 것이었다. 뇌사 논의는 승낙의 주체가 분명한 경우 크게 기존의 법질서와 충돌하지 않았다. 그러나 새롭게 등장한 배아의 생명, 즉 초기 생명 보호의 논쟁은 전혀 다른 차원을 형성한다. 가장 중심적인 쟁점은 인간의 구분적인 취급을 사회적으로 승인할 것인가이다.

요컨대 생명에 대한 이해는 인간 존재의 구분을 인정하는 견해와 구분 없는 생명존중을 원칙으로 하는 견해로 나뉜다. 인간을 구분할 수 있는 기준은 여러 가지 다양한 관점에서 제안되었다. 초기 생명에 대한 구분기준은 수정 이후부터 인간으로 인정하는 관점과 단계를 구분하여 인정하는 관점, 그리고 출생 후의 인간만을 인정하는 관점으로 구분된다.

1. 구분의 기준인 지적능력

인간 생명에 대한 논의에서 흥미로운 주장은 인간은 인식능력의 여부에

의해서 선별될 수 있다는 논증이다[3]. 이러한 사고는 매우 도전적으로 제기되었다. 이를 따르는 학자들은 인간 생명의 시점을 인지능력이 갖추어지는 출생 이후의 시점, 어떤 극단적인 경우는 생후 3개월이라고 이해하고 있다. 이 견해들은 예외 없이 비종교적인 세속화된 국가의 체계[4] 또는 합리적-이성적 성찰[5]을 근거로 하고 있다. 이들은 종교적인, 특히 기독교와 이슬람의 영향에서는 인간 생명이 신으로부터 부여받은 것이고 신은 그들의 모든 것을 지배하므로 생명에 대해서는 절대적인 존재적 특권을 부여한다는 사실이 현재의 세속화된 사회-정치 체제에 바탕이 되고 있다고 한다. 이런 사고는 현재의 사회체제에는 더 이상 맞지 못한다[6]. 또한 현행법의 해석으로도 태아나 인지능력 없는 사람들은 정상적인 사람들에 의해서 부양받는 존재일 뿐이며 독립적인 인격체로 파악할 수 없다. 바로 이와 같은 생각이 헌법에서의 인간의 존엄성에 부합되는 인간과 그렇지 못한 인간을 구분해야 하는 근거로 작용 한다[7].

그러나 이러한 기준은 뿌리부터 잘못되었다. 이들은 이성 능력을 기준으로 인간에 대한 취급을 구분하고 있다. 인간 이성을 중시하는 사조는 계몽주의의 오래된 전통이다[8]. 계몽주의에서 인간의 이성 능력을 존중한 것 이유는 위에서 보듯 인간을 이성 능력으로 구분하여 차별하기 위한 것이 아니었다. 그를 위하여 모두가 갖고 있는 공통적인 속성이 필요했다. 그 이유는 당시 만연된 혈연과 계급에 의한 차별을 반대하고 평등을 이루어내기

3) Peter Singer, Practical Ethics, 2.ed. 1993.
4) Hoerster, Abtreibung im säkularen Staat, 1995.
5) Fukuyama, Our Posthuman Future. Consequences of the Biotechnology Revolution, 2001, 88 이하.
6) 구체적으로는 Hoerster, 위의 책, 14 이하; ders., Abtreibungsverbot -Religiöse Voraussetzungen und rechtspolitische Konsequenzen, JuS 1991, 190-194; 자신의 사상적인 전제에 대한 설명은 같은 저자의 Moralbegründung ohne Metaphysik, Erkenntnis 1983, 225-238; Rechtsethik ohne Metaphysik, JZ 1983, 265-272 참조.
7) 헌법적인 주장은 Merkel, Embryoneschutz, Grundgesetz und Ethik, DRiZ 2002, 184 이하; Heun, Embryoneforschung und Verfassung - Lebensrecht und Menschenwürde des Embryos, JZ 2002, 517 이하.
8) 그 대표자는 물론 Kant, Metaphysik der Sitten, Weichedel(Hrsg.) Kant Werke. Schriften zur Ethik und Religionsphilosophie Bd.7., 53 이하.

위해서였다. 그래서 주장된 것이 평등한 모든 사람들이 갖추고 있는 유일한 공통점, 즉 이성 능력(homo cogniscenti)이었다. 그러나 현재 생명의 가치를 등급화하고 있는 주장들은 평등취급을 위한 이성을 차별적 대우를 위한 기준으로 왜곡하고 있는 것이다[9]. 더욱이 세속화된 국가에서는 종교적인 믿음이 결정의 기준이 되어서는 안 된다고 하지만 이들은 현대 사회의 법질서가 종교의 도움 없이도 절대적인 생명존중 원칙을 그대로 유지하고 있다는 평범한 사실을 망각하고 있다. 그러므로 인지능력 또는 이성능력을 인간 등급화의 기준으로 하는 이러한 관점은 받아들일 수 없다.

2. 의사소통적 합의가능성

또 하나 중요하게 거론되는 관점은 인간의 생명에 대한 시기를 절차적으로 확정할 수 있다는 주장이다[10]. 현재 진행되는 생명에 대한 거의 대부분의 이해들은 이 견해에 많이 동조하고 있는 듯 하다. 영국이 14일 미만의 체외 수정된 냉동 배아를 실험할 수 있게 결정한 근거는 사실 '14일 미만'이 갖는 생물학적인 의미가 아니다. 수정이 개시된 후 착상전 배아는 14일이 지나면 원시선(primitive streak)이 발생한다. 이 단계는 우리가 일반적으로 신경조직이 발생한 시점으로 인정하는 단계이다. 그러므로 엄밀히 따지자면 14일 미만의 배아에 대한 실험 허용은 인식능력을 기준으로 한 위의 견해와 다르지 않다. 두 가지 모두 결국은 인간 생명의 등급화를 인정하고 있다. 다만 이 주장은 먼저의 관점이 이성능력의 여부로 구분한다면, 이 견해는 인지능력을 기준으로 구분할 뿐이다. 또 한 가지 중요한 차이점은 이 관점이 절충적인 타협안으로 제안된 사실이다.

많은 사람들이 이 견해에 적당히 편승하는 이유는 인간을 인식능력으로

9) 유사한 비판은 Hilgendorf, Übernehmensinteresse und Recht auf Leben - eine Kritik des "Ratioismus", ARSP 1997, 95 이하.

10) 절차에 대한 믿음은 Luhmann, Legitimation durch Verfahren, 1969(인용은 1983년 판)의 주요 논거이다. 다른 주장으로는 Habermas, Theorie des kommunikativen Handelns 1 과 2, 1997. 국내 논의로는 이상돈, 법이론, 법인식의 사회적 지평과 근대성, 1996.

구분하자는 도전적인 견해와 다르게 이 견해가 갖는 상징적인 절차적 정당화이다[11]. 여기서 문제는 합의대상으로서의 타인의 생명이다. 근대 국가는 인간의 자기결정권을 가장 중요한 사회구성원리로 인정한다. 현재 의료법상 중요하게 거론되는 '의사의 설명의무'(informed consent)는 전단적인 치료행위에 대한 시민의 권리회복이다. 환자가 자신의 생명과 신체에 대한 완전성을 포기하는 근거는 결국 본인의 결정이다. 뇌사를 사회적으로 인정할 수 있던 근거 역시 진지한 숙고에 의한 자기 의사표시를 존중하는 근대법의 원칙 덕분이다. 최근 네덜란드와 벨기에가 합법화시킨 적극적 안락사의 문제도 자기결정권에 대한 존중원칙에 따른 해결이며, 그에 대한 생명권 포기에 대한 법적 타협이다[12].

문제는 의사능력이 없는, 아니 좀 더 진지하게 말하면 인지능력 없는 사람에 대한 제3자의 생명 훼손 결정이 법적으로 유효한가이다. 장기이식에 관한 법률이 논의될 때 심각하게 거론되었던 것은 의식불명자의 장기적출을 부모나 다른 가족의 대리 동의 여부이다[13]. 우리 법은 이를 허용하고 있지만(장기등이식에관한법률 제18조 제2항 2호), 여기서 중대한 모순이 발생한다. 근대 법학은 개인의 의사결정을 존중하고 있다. 그러나 동의하지 않았거나 의사가 불분명한 경우 타인의 결정에 의하여 권리를 박탈하는 데에는 한계가 있다. 특히 포기되는 부분이 생명권이라면 문제는 더욱 신중해야 한다. 동의할 수 없는 의식불명자의 생명권 박탈은 소극적으로 판단해야 한다. 권리 포기에 대한 의사소통적인 절차가 완벽하게 성취되었어도 정당성이 당연히 확보되지는 못하기 때문이다. 초기 생명 박탈에 대한 타인의 합의가능성 문제 역시 같다[14]. 본질적으로 인간 권리의 모든 것이 합의대상이라고 볼 수는 없다[15].

---

11) 영국 의회의 7년에 걸친 설득은 2000년 말에 최초로 영국의회가 14일 미만의 배아 실험을 허용하게 만든 근거이다.

12) Godijin, Euthanasie in den Niederlanden - eine kritische Betrachtung. Berliner Medizinische Schrften, 1997, 19. 새로운 법률은 2000년 11얼 28일 제정되어 2년간의 유예기간을 거쳐 2002년 4월 1일 발효되었다.

13) 박은정, 생명공학시대의 법과 윤리, 2000, 241 이하.

14) 자세히는 Kim(이석배 역), 착상이전단계에서 배아생명보호, 형사법연구 제16호 특집호, 2001, 17 이하.

3. 생명의 절대성과 비타협성

인간 생명의 절대성을 인정하기 위해서는 인간 생명의 시작을 수정시부터 인정해야 한다. 이는 법원칙이자 정책의 기본방향이다. 종교적인 배경을 가졌건 아니면 다른 근거에서건 이 견해는 현재 합의가능하다는 입장과 거의 동수로 거론되고 있다[16]. 생명공학자들의 입장에서 수정시설은 모든 배아 연구를 중단하게 만들 수 있는 심각한 제한이다. 배아가 인간으로 선언되면 극단적인 예외를 인정하더라도 배아 줄기세포의 이용과 배아에 대한 유전적 조작행위는 원칙적으로 인체실험으로 파악할 수 있으며, 인간 생명과 신체적 완전성에 대한 침해행위가 된다. 그에 대한 주의의무는 생명신체에 관한 법적 고려 정도로 높아진다. 예를 들면 독일의 배아보호법(ESchG)은 초기 생명체에 대한 보호를 법규범화하고 있다. 이에 대한 조작이나 연구목적의 배아 생산 등은 엄격히 금지된다. 이와 같은 법정책의 배경은 초기 생명을 인간으로 인정하는 인식이 있기 때문이다. 인간으로 인정되는 생명의 절대 보호는 당연한 요구이다.

독일 헌법 제1조 제1항의 인간 존엄성 규정은 가장 선명하게 생명 절대성 원칙에 대한 근거를 제시해준다. 대부분 독일의 생명윤리 논쟁이 헌법과 관련하여 등장하는 것도 이러한 이유에서이다. 명문의 인간 생명존중 규정을 갖지 못한 우리의 경우도 사정은 같다[17]. 이러한 생각은 생명의 절대성 또는 합의 불가능성에서 나온다. 생명 절대성의 원칙이 반드시 수정시설을 따라야 가능한지는 다른 문제이다. 생명윤리의 논쟁에서 절대적 생명보호를 주장하면서 14일 미만의 배아에 대한 비인간적 취급 가능성을 인정하는 견해도 발견되기 때문이다. 그러나 무엇보다 중요한 것은 원칙을 어떻게 정하는가이다. 생명윤리의 문제에서 자기결정권과 개인의 인식 등

---

15) Anderheiden, Leben im Grundgesetz, 2. Deutsch-Japanischen Verfassungsrechtssymposium, 2000, 377.

16) 이미 독일 연방헌법재판소는 수정시설을 따르고 있다. BVerfG 38, 1(42). 설명은 Taupitz, ZRP 2002, 111 이하.

17) 우리 헌법 제9조는 "모든 국민은 인간으로서 존엄과 가치를 가지며, 행복을 추구할 권리를 가진다."라고 규정하고 있다. 이 규정에서 생명권의 존중을 추론할 수 있다.

이 다른 법 관계에서와 달리 우선적으로 고려될 수 없는 이유는 인간 생명권이 기본 순위에서 최상위의 우선순위를 가졌다는 점이다. 또한 타인의 생명훼손에 대한 대리 결정은 용납될 수 없다. 결국 초기 생명을 포함한 모든 생명에 대한 최우선적 존중은 인간의 존엄성이라는 가치규범이 다른 규범에 앞서서 맨 먼저 고려되어야 한다는 원리에 따른 결과이다. 그에 따른 결론으로 생명윤리는 절대적 생명존중 원칙과 생명권에 대한 타협불가능성을 동시에 포함하고 있다[18].

Ⅳ. 법정책의 방향

1. 배아 보호

배아를 위한 법 정책은 원칙적으로 생명조작의 금지를 기본으로 하고 있다. 배아는 태아와 다른 지위를 갖는다. 태아는 모체에 의하여 일차적인 보호를 받지만 체외 수정된 착상전 배아는 완전히 아무런 보호 없이 방치되어 있다. 배아는 위에서 설명한 것과 같이 '인간'(Mensch)이다[19]. 비록 완전한 인간은 아니지만 배아는 수정의 목적대로 동일하게 인간으로 인정될 수 있다. 인간의 지위를 부여받으면서 다른 사람과 동일하게 법적인 보호를 받아야 한다. 원칙적으로 인정되는 배아의 인간성(Menschheit)은 인격성과는 다르다. 그러므로 배아는 인격적 주체로 존중되는 것이 아니라 인간존재로서 존중되는 것이다. 여기서는 타인에 의한 존중과 배려가 우선적으로 고려된다.

그렇기 때문에 배아 생명권을 보호하기 위한 특별한 법적 조치가 요구되는 것이다. 현재 추진되는 생명윤리와 안전에 관한 법률은 체외 수정된 배아에 대한 실험을 인정하고 있다. 또한 이 법률안들은 잉여 배아에 대한

18) 같은 지적은 Jonas(이진우 역), 생명의 원리. 철학적 생물학을 위한 접근, 2001, 특히 279 이하.
19) 김일수, 위의 논문, 42.

실험을 허용하면서 그 승낙 주체를 배아 수정을 위하여 정자와 난자를 제공한 자로 규정하고 있다[20]. 인간 개체 복제는 금지하고 배아 실험은 허용하는 소위 영미식의 선별적 보호 정책은 배아 생명을 사회적 공리에 따라 희생시키는 담론을 정당화하고 있다. 최근 독일의 의회를 통과한 '줄기세포법'(정식 명칭은 Gesetz zur Sicherstellung des Embryonenschutzes im Zusammenhang mit Einfuhr und Verwendung menschlicher embryonaler Stammzellen-StZG)도 외국에서 배양된 줄기세포의 수입과 독일 내 연구 이용을 제한적으로 허용한다. 다만 독일의 경우 '줄기세포법' 제1조에서 인간의 존엄성과 생명권의 존중과 보호 원칙을 재선언하고 있다. 즉 이 입법방식은 같은 결과를 가져오지만 배아의 보호에 대하여 다른 가능성을 열어 놓고 있다. 만일 다른 주장들처럼 배아 자체의 인간성을 배제하거나, 기간을 정하여 그 기간이 되지 못한 배아를 구분하는 관점에 따르면 배아는 실험용 배아와 임신용 배아로 구분된다. 이러한 구분에 따라 결국 실험용으로 분류된 배아에 대한 생명은 국가와 사회의 생명보호 영역에서 배제되는 결론에 이른다.

그러나 배아를 원칙적으로 인간으로 선언하고 그 예외적인 허용을 법률로 규정하는 방식은 헌법상의 생명절대성 원칙과 국가의 적극적인 배려의 원칙에 반하지 않는다. 예를 들어 '착상전유전자진단술'(PGD)을 통하여 유전적 질병이 의심되는 배아 또는 수정에는 성공하였지만 자연적인 이유로 성정을 멈춘 폐기직전의 배아 등을 과학적 실험에 허용하는 것은 극단적인 예외로 허용할 수 있는 대상으로 보인다.[21] 이처럼 원칙을 세우는 작업은 윤리적 비난이 덜한 요소를 적극적으로 찾게 만드는 효과를 가져온

---

20) 2000년도 보건복지부에서 제안된 법률안과 2001년 국가생명윤리위원회의 기본골격, 그리고 참여연대의 생명윤리기본법 청원안에 있는 배아 실험에 대한 규정들은 거의 예외 없이 일정한 절차에 따라 배아를 실험대상으로 허용하고 있다. 2002년 9월 24일 보건복지부가 발표한 법률안의 내용은 체세포 복제만을 금지하고 잉여 배아의 실험을 제한적으로 인정하는 법률 조문을 가지고 있다.

21) 같은 지적으로는 Rosenau, Das Verbot des Klonens menschlichen Lebens: Reproduktives und therapeutisches Klonen, in: Symposium über Recht und Ethik im Zeitalter der Gentechnik, 2002, 20. 마찬가지로 배아 줄기세포를 사태의 조혈모세포에서 추출하는 방식도 윤리적으로 덜 의심스러운 방식이다.

다. 법정책적으로도 배아를 인간으로 인정해야 실험에서 발생될 수 있는 다양한 갈등을 현행 법질서 내에서 해결할 수 있는 길을 열어놓게 된다. 형사법적인 금지대상에서 제외되더라도 민법적인 손해배상이나 행정법적인 제재의 가능성은 여전히 남아있기 때문이다.

2. 유전자 치료를 통한 적극적 우생학

유전자 치료의 허용여부는 초기 생명의 보호와는 다른 차원에 있으면서도 밀접히 관련된다. 다윈의 조카인 갈톤(F.Galton)이 처음 쓰기 시작한 우생학(Eugenics)이란 용어는 1900년대 초기에는 새로운 생명기술로서 추앙받던 기술이었다. 심지어 미국에서는 새로운 인종의 개량을 위하여 모든 정책의 기본이 되기도 하였다[22]. 이러한 우생학은 더 좋은 아이큐, 성장능력, 질병에의 저항력 등을 높이기 위하여 실제로 시도되었다. 제2차 세계대전에서 나치스가 행한 생체실험의 비극적인 보고가 알려지면서 우생학은 은밀한 부분으로 숨게 되었다. 당시 북유럽에서 우생학적 근거로 거세된 사람도 많은 수를 헤아린다. 왜 이러한 우생학적 유행이 지금에 와서는 불법적인 것으로 되었는지는 자세히 연구되어 있지 않다. 다만 나치스의 전쟁범죄, 또는 일본 관동군의 전쟁범죄에 생체실험과 인종 학살이 주요 테마가 되면서 우생학은 인간의 존엄성과 평등적 인권에 반한다는 생각이 지배적으로 인식되었다.

한동안 사라졌던 우생학이 다시 등장하기 시작한 것은 생명공학 기술이 유전자 치료술을 부분적으로 성공시키면서이다[23]. 체세포 복제기술을 응용한 '세포유전자 치료술'(the somatic therapy)과 배아줄기세포를 이용한 치료술(the embryonic stem cell therapy) 두 가지가 알려져 있다. 이중 유전적 변형을 지속적으로 가져오는 것은 배아줄기세포를 이용한 치료술, 즉

22) 자세히는 Fukuyama, 위의 책, 184 이하; 비판적으로는 Rifkin(전영택/전병기 역), 바이오테크 시대, 1998, 215 이하.

23) 유전자 치료술의 형사법적 문제점에 대해서는 신동일, 생명윤리의 형법적 보호. 특히 배아간세포치료술을 중심으로, 형사법연구 제15호(2001), 125 이하.

'배아줄기세포 치료술'이다[24]. 복제 기술은 개체 발생을 목적으로 하는 복제와 치료적 복제술로 구분될 수 있다. 이중에 유전자 치료술은 줄기세포에 가공함으로써 유전적 질병의 요인을 제거하는 기술이다. 그 결과 동일한 질병이 후세대에는 나타나지 않게 만든다[25]. 그러므로 유전자 치료술은 적극적 우생학과 밀접하게 결부되어 있다.

우생학을 인정한다는 것은 어떤 측면에서 유전적 질환의 요인을 가진 수정란과 배아에게 일괄적인 사형선고를 내리는 것과 동일하다. 이를 위해 시도되는 방법은 착상전진단술과 산전진단술이다. 법적으로는 우생학과 관련되어 시도되는 착상전진단술과 산전진단술을 허용할 수 있는가를 검토해봐야 한다. 심각한 유전적 질병을 소지한 환자들에게 후대에게 고통을 상속시키라고 요구할 수는 없다. 이들에게는 유전적 소인을 제거하는 방법 이외에는 희망이 없다. 유전질병을 발생할 요인을 가지지 않은 건강한 수정란을 착상시켜 주는 방법이 소극적인 유전자 치료술인 착상전진단술이다. 이 기술은 장래에 발생될 유전적 질병이나 기형아 출산을 획기적으로 줄여줄 것이다. 그러나 유전적 질병요인이 있다고 인간 생명을 함부로 희생시킬 수 없다. 의심스러운 생명에 대한 배제는 법질서와 충돌한다. 이 갈등 상황을 해결하기 위해서는 합리적인 법정책적 배려가 필요하다.

기본적으로 우생학적인 시도는 법을 통하여 금지되어야 한다. 또한 무분별한 착상전진단술을 도입하여 수정란의 생명권을 침해하는 행위는 금지되어야 한다. 그 이유는 우생학은 잠재적 생명을 절멸시키는 생명침해행위이며, 그 기준 역시 의심스러운 것이다. 지능이 낮다거나 신체적인 불편함이 있다는 것이 생명박탈의 근거가 될 수는 없다. 모든 생명은 삶의 기회를 누릴 권리가 있기 때문이다. 기형아와 장애아에 대한 사회적 책임을 회피하기 위한 이러한 시도는 우리 법의 생명존중 원칙에도 어긋날 뿐 아니라 윤리에도 반한다. 착상전진단술은 예외적으로 부모 또는 임신을 원하는 자가 의료기준에 일치하는 유전병이 있는 경우에만 제한적으로 시도되어야 한다. 그러기 위해서는 우리나라의 현행 불임시술에 관한 법률이나

24) 박은정, 위의 책, 251 이하.
25) 기술적인 설명은 Wilmut/Campbell/Tudge, 위의 책, 45 이하.

인공수정에 관한 법제도는 이를 위해 전면적으로 재정비되어야 한다. 마찬가지로 현행 모자보건법 역시 시대에 맞게 개정되어야 할 것이다.

착상전진단술이나 산전진단술, 그리고 유전자 치료술을 이용한 우생학적 시도는 생명침해라는 측면에서 뿐만 아니라 종국적으로는 인간이 인간을 선별하여 '물화'할 수 있으며, 종족간의 끊임없는 우열성 다툼으로 인하여 불필요한 민족갈등 만들어낸다는 사실을 불행한 과거를 통하여 우리는 기억하고 있다. 생명공학의 전제가 되는 생명윤리가 이를 우려 깊은 시각으로 바라보는 것도 이와 같은 이유에서이다.

3. 유전정보의 자기결정권의 한계

생명공학에 대한 문제 중에 심각한 문제를 야기하는 것 중 다른 한가지는 유전정보의 자기결정권 인정여부이다. 대부분의 개인의 권리는 스스로의 결정에 의해서 포기할 수 있다. 그 법적인 근거는 권리에 대한 주체의 포기권이다. 그러나 유전자 정보의 문제는 일신전속적인 권리가 아니다. 그리고 한 개인의 정보 공개가 같은 유전자를 소유한 많은 사람들의 정보 공개를 초래한다는 사실을 염두에 두어야 한다.

생명공학 회사 중 일부는 이미 인간 유전자 정보를 분석하는 작업을 시행하고 있다[26]. 이 작업이 성공하면 인간 유전자는 개별 단위로 부호화되어 어떤 유전자가 어떤 기능을 하며, 해당 유전자를 소지한 사람은 어떤 신체상의 변화를 겪는지에 대해서 알 수 있게 된다. 물론 아직 완전한 것은 아니지만 조만간 인간 유전체에 대한 완전한 지도를 만들 수 있다고 많은 기업들이 장담하고 있다. 인간 유전 정보의 가능성은 무한하다. 매년 실시해야 하는 건강검진도 평생 한번 정도만 받으면 충분할 수도 있다. 그리고 자신이 가진 유전적 소질을 미리 알아서 그에 맞는 의약품을 조제받아 평생 질병 없이 살아갈 가능성도 있다. 그러나 문제는 이 유전정보의 제공과 공개가 가져올 엄청난 파장이다. 가장 쉽게 예견되는 불이익은 보

26) Celera Genomics 사의 2000년 초반 발표된 인간 유전체 지도 일부는 그 시작이다.

험회사에서 이 정보를 소지하는 경우이다. 대부분의 생명보험회사는 유전병 소질을 가진 보험가입자를 거부하거나 높은 보험료를 청구할 것이다. 또한 취업을 위한 유전자 검사를 통하여 일정한 유전소질을 가진 자의 취업을 제한할 수도 있다. 국가적으로 범죄적 유전자를 가진 사람을 미리 골라내서 특별관리하자는 주장도 등장할 수 있다[27]. 롬브로조 이후 사라진 생래적 범죄학이 새로운 '유전자 결정론'(Genetischer Determinismus)에 의해 다시 제안되고 있다.

이처럼 이해할 때 유전 정보는 다른 권리와 달리 한 개인에게 의존되는 권리가 아니다. 그러므로 그의 독자적인 결정으로 공개여부를 결정할 수 없다. 한 가계의 구성원이 공개한 유전정보는 그 가계 전체에 미칠 수 있기도 하다. 또한 배아 실험이나 유전자 검사에서 얻어지는 유전 정보의 취급에 대해 특별한 규정이 있어야 한다. 특히 배아 실험을 제한적으로 허용하는 경우 실험에서 발견되는 유전정보의 처분권한을 동시에 인정해서는 안 된다. 이와 관련하여 범죄수사에서 응용되는 범죄자의 DNA 분석과 획득된 정보의 관리와 통제에 관한 구체적 입법도 따라야 할 것이다. 원칙적으로는 형사소송법상 해당 사건의 수사목적 이외의 DNA 분석과 그 분석결과에 대한 공개적 사용은 금지해야 한다.

Ⅴ. 배아보호를 위한 형사정책

1. 생명윤리의 원칙확보

법과 도덕의 구분논의[28]가 한창일 때 도덕과 법의 분리는 많은 지지를

27) 유전정보의 관리와 가치에 대한 보고는 영국의 House of Lords Select Committee on Science and Technology, Report on Human Genetic Databases: Challenges and Opportunities, HL57, 2000; 범죄와의 관련성에 대해서는 Kimmelman, The Promise and Perils of Criminal DNA Data Banking, Nature Biotechnology, 18, 2000, 695 이하.

28) 간략한 설명은 Kelsen(심헌섭 역), 켈젠법이론선집, 1990, 180 이하.

받았다. 법은 도덕과 구분된다는 법철학적 논의가 실제로 법과 도덕 간의 성향 차이를 말한 것인지 아니면 방법의 차이를 다룬 것인지는 심각하게 논의되지 못했다. 소박한 수준에서 법과 도덕은 다르다는 주장[29]이 제기되었다. 법과 도덕은 분명히 다른 성향을 같는다. 그러나 사회 전체에서 기능하는 원리는 동일한 차원을 갖는다. 윤리는 결국 사회규범이며 사회규범의 명문화가 바로 법인 것이다.

생명윤리는 원칙적으로는 자율성 원리를 존중한다. 자율성은 근대법의 기초이기 때문이다. 그러나 이 자율성은 제한없는 무규범적 자울성이 아니다. 자율성 원칙은 어떤 규칙과 원칙을 존중하는 '원칙에 부합하는 자율성'(Autonomie)을 지지한다[30]. 그렇기 때문에 이미 자신의 행위에 대한 윤리적 검토 의무를 전제한다. 제한없는 자율성은 생명윤리 문제에서 심각한 혼란을 발생시킬 수 있다. 다음으로는 '개인을 초월하는 공존의 원칙'(Solidarität)이 함께 존중되어야 한다. 이미 윤리는 기본적으로 어떤 능동적인 권리와 밀접하게 연결되는 의무이다[31]. 개인은 이미 사회적 존재이며 그 존재가치는 사회와 상호적으로 영향 받는다. 사회에서 개인은 '도덕적 존재'(entia moralia)이다. 마지막으로 생명윤리는 소극적 판단과 수동적 성찰의 의무를 기본원칙으로 삼아야 한다[32]. 타인의 생명에 대한 배려와 존중은 자신의 권리와 자유를 타인을 위해 양보하는 소극적 태도를 전제하기 때문이다. 그러므로 생명윤리에서는 제한 없는 자율성에 대한 부정적 시각과 과도한 건강권의 주장[33]은 무제한적으로 허용되지 못한다.

---

29) H.L.A.Hart, The Concept of Law, 1988, 181 이하.

30) Kant, Kritik der praktischen Vernunft, Weischedel(Hrsg.), Kant Werke Bd.6, 1983, 144: "Die Autonomie des Willens ist das alleinige Prinzip aller moralischen Gesetze und der ihnen gemäßen Pflichten."

31) 박은정, 위의 책, 103 이하에서는 Beauchamp의 견해를 따라 자율성의 원리, 악행금지의 원리, 선행의 원리, 정의의 원리를 설명하고 있다.

32) Simone Weil, The Need for Roots: A Prelude to a Declaration of Duties toward Mankind (1949), trans. A.F.Wills, 1952, 3.

33) Fishkin, The Limits of Obligation, 1982.

2. 적극적 개입의 근거

생명윤리는 사회적으로 강제되어야 하는 특성을 갖는다. 법적 강제는 단계에 따라서 최종적으로는 형법이라는 수단을 택할 수밖에 없다(보충성). 형법이 전면에 나서서 모든 것을 진두지휘할 수는 없으나 최종적인 규범침해의 확인과 그 위하에 대해서 형법은 요구되는 사회적 몫을 실현해야 한다. 형사법은 단순한 정책이 아니라 규범관계를 통하여 스스로에게 명령되고 요청되는 이념을 따른다[34]. 또한 형법은 체계 내에서 기능을 발휘해야 한다. 생명윤리에 대한 기준제시와 스스로의 한계설정은 형법의 본질이다. 다만 형법의 개입에는 일정한 조건이 있다. 생명윤리 자체가 형법적 개입을 근거지우는 요소로 작용할 수는 없다. 이러한 근거는 매우 모호하고 애매한 개입을 가능하게 하기 때문이다. 생명윤리를 근거로 형법이 개입되는 것이 아니라 생명윤리를 기준으로 판단되는 사회 구성원들의 규범인식이 형법적 개입의 근거여야 한다. 또한 생명윤리를 보호하기 위하여 형법이 동원되는 것이 아니라 형법의 결과로 생명윤리가 준수되어야 한다.

형법적 개입의 근거가 일부에서 주장하듯이 생명공학에 대한 윤리적 불쾌감이나 도덕적 실망감, 또는 순수한 종교적 신념에서 직접 비롯되는 것은 아니다[35]. 이러한 생각이나 감정들은 일반인들의 일상적 관념에 자리잡을 수는 있지만 형사법적 개입의 근거로 거론될 수 없다. 형법은 형성된 법익관계에 반응하는 법이다. 그리고 매우 객관적이고 합리적인 방법론을 가지고 있다. 형법이 생명공학에 대해서 경계하는 가장 실질적인 대상은 생명공학이 초래할 수 있는 인간 생명에 대한 불확실한 위험성이다. 특히 배아 생명권과 관련하여 발생될 수 있는 잠재적 위험성은 신중하게 고려된다. 형법에는 이미 위험접근행위에 대한 금지명령과 예방적 주의의무를 강화시키는 방법론이 완성되어 있다. 그렇기 때문에 생명공학에 대한 형사

34) 형법의 새로운 관계기능성에 대한 분석은 Il-Su Kim, Der Gesetzlichkeitsgrundsatz im Lichte der Rechtslehre, FS Roxin, 2001, 119 이하.

35) 종교단체와 환경단체가 생명공학에 가장 열심히 반대를 하는 집단이긴 하다. 그러나 이들의 신념은 그 자체로서 존중되어야 한다. 종교를 이유로 반대하는 것이나 종교계의 주장이라는 이유로 다른 평가를 내리는 것 모두가 비합리적이기 때문이다.

법적 개입은 구체적으로 보면 사회의 위험성 관리라는 측면이다. 물론 그 배경을 이루는 것이 생명윤리 원칙들이란 평가는 가능하다.

Ⅵ. 결 론

형법에 새롭게 논의되고 있는 초기 생명 보호의 문제는 결국 인간의 존엄성에 대한 시대적 재확인 문제이다. 인간의 존엄성은 과거 정치적-사회적 착취와 억압에 반대하기 위하여 제안되었다. 인간의 존엄성 물음은 오늘날 순수 생물적 존재로 전락하고 있는 인간의 정체성에 대해서 다시 질문하고 있다. 생물학과 의학이 발달함에 따라 인류가 처한 환경은 많이 개선될 수 있다. 질병으로부터의 해방과 건강한 삶의 보장은 모든 인류가 원하고 있다. 그러나 살아있는 사람들만을 위하여 태어나야할 사람들의 희생을 강요할 수는 없다.

배아 생명의 희생을 조건으로 하는 생명기술은 생명윤리에서 반대될 뿐 아니라 법질서에도 반한다. 그 결과가 아무리 아름답다고 하더라도 도덕성을 잃은 과학기술은 범죄와 다를 바 없다. 배아 생명은 현재 한국 사회에서는 아무런 보호를 받지 못하고 있다. 최근 진행되는 입법에 대한 지체현상은 생명에 대한 의도적인 경시 느낌마저 받게 만든다. 소위 입법의 흠결을 이용한 반사적 이익을, 그것도 타인의 생명을 훼손하면서 얻을 수 있는 경제적-비경제적 이익을 사회가 용납해서는 안 될 것이다.

생명공학은 생명윤리로부터 자유로운 영역이 아니다. 생명공학은 윤리를 전제해야 하며 그렇기 때문에 사회에 존재할 가치를 인정받는다. 생명윤리는 자제의 원칙이며, 수동적 자율성을 기초로 한다. 객관적 사회질서를 고려한 윤리적 성찰이 생명공학에서 발생되어야 한다. 그를 이루기 위해서 생명공학은 윤리적인 문제를 스스로 발견하고 그의 해결을 위하여 노력해야 한다. 비윤리적인 실험을 장래의 가능성을 근거로 주장하기 보다는 안전한 다른 방법을 모색해야 한다. 생명공학 자체가 사회적인 위험요

인으로 나타나는 것은 미리 회피해야 할 것이다.

생명공학의 주요 테마가 되고 있는 초기 생명의 형법적 보호 문제는 그렇기 때문에 점차 형법을 포함한 다른 법학 분과에 매우 진지한 의문을 제기할 것이다. 배아와 태아의 구분에서 비롯되는 '인간의 구분화'(Ausdifferenzierung des Menschseins)는 인간으로부터 태아를, 그리고 다시 배아를 멀리 떨어진 존재로 보이게 만든다. 그를 위해서 자연과학적인 이해를 일반인들에게 강요한다. 인간은 자연적 과정에 의해서 규정되지 못한다. 인간은 규범적 존재이며 그의 가치는 사회적으로 발견되는 것이다. 태아와 배아를 구분하는 것은 각각의 단계에서 최대한의 인간으로서의 배려를 시행하기 위한 목적을 지녀야 한다. 배아와 태아의 구분이, 또는 인간과 배아의 구분이 존중과 배려의 박탈이나 배제를 위해 시행된다면 처음부터 잘못된 것이다.

배아 생명권을 존중하는 배려는 결코 생명공학의 미래를 막는 행위가 아닌 생명공학의 인간성을 회복해주는 시도이다. 그로 인하여 사회에서 인간이 갖는 의미와 그 정체성에 대한 확인을 시도해주는 것이기도 하다. 그를 위해서 가져야 하는 법의 입장은 단호하지만 현명해야 한다.

Verständnis für das Lebenrecht der Embryonen und die richtige Rechtspolitik darüber.

Prof. Dr. Il-Su Kim *

Die Entschlüsselung der molekularen Grundlagen der Vererbung eröffnen die Möglichkeiten der Intervention in die Lebensentwicklung. Kartierung und Sequenzierung des Genoms schaffen die Einsicht in das Genom der verschiedenen Arten der Lebewesen, sondern auch in das jedes Individuums. Dieser Einsicht hat sich durch neuen Technologie die menschenwürde-gefährliche Experiment geboten. Jede Technologie für Mensch setzen ursprünglich seine Ethik voraus. Recht auf Leben und Würde des Menschseins haben „jeder“ in aller Stadien. Von dem Grundgesetz werden „jeder“ diese Lebensinteresse geschützt.

Die wissenschaftliche Nutzung von Embryonalen Stammzellen für Forschung und Therapie wird weltweit heftig debattiert. Das wird deutlich, wenn man sich die Stellungnahmen der Gesetze über den Status der Embryonen ansieht. Viele Wissenschaftlicher werden in engen Grenzen bei überzähligen, sogennaten „verwaisten“ Embryonen die Verwendung zur Stammzellforschung zulassen. Vom 28. Juni 2002 hat Bundestag des Deutschlands es gesetzlich durch StGZ(Gesetz zur Sicherstellung des Embryonenschutzes in Zusammenhang mit Einfuhr und Verwendung menschlicher emnbryonaler Stammzellen) erlauben wie U.K.

* Professor an Korea Universität

Es bleibt aber ein wichtiges Problem zu klären, ob die Embryonen ein Mensch oder nur eine entwickelte Zelle sind. In der Verfassungsebene können die Embryonen in vitro als Mensch von der h.M. gesehen werden. Der Embryo ist „nicht zum Menschen“, „sondern als Mensch“ vorherein vorhanden. Wir wissen aus der Rechtslehre, dass die Person in unserer Zeit nicht mehr existent sein muss, um Würdeschutz zu geniessen. Bei der Gewinnung der embryonalen Stammzellen wird der Embryo unweigerlich zerstört und getötet. Damit richtet sich die rechtliche Behandlung nach dem Status, der dem Embryo zukommt. Die h.M. in der Welt bejaht den Würdestatus der Embryonen und operiert dabei mit dem sog. “PIK-Argument”: Der Embryo sei potentiell(P), identisch(I) und kontinuierlich(K) ein Mensch! Bereits mit der Verschmelzung von Ei- und Samenzelle sei der Menschstatus begründet.

Die Ansicht der h.M., menschliches Leben beginne mit der Verschmelzung von Beidezelle, läßt sich weiteren Schutzbereich als andere Meinung wie Abstufungsargument skizzieren. Der Embryo wird genauso wie Menschen geschützt werden Ein Beispiel von markl an bietet sich, dass der Embryo nur ab Nidation Mensch sei. Diese Abstufungen sind grundlos. Wie kann man diese Stufungen unterscheiden? Und die andere schreckliche Meinung, menschliches Leben beginne später erst mit der Geburt, ist widerverfassungsrechtlich und widerethisch. Dass der Embryo als Mensch vertreten muss, ist das Prinzip der unserer Rechtsidee und zeitgenössischer Rechtspolitik.

인간 배아 연구의 윤리
- 인간 줄기세포 연구를 중심으로

황 상 익 *

Ⅰ. 서 론

현재 첨단생명과학 분야 중에서도 관심의 초점이 되고 있는 줄기세포(stem cell) 연구의 성과는, 원리적으로, 현대의학의 수준을 획기적으로 높일 것이며 수많은 난치병의 퇴치에 중요한 도구가 될 것으로 기대되고 있다.

주지하다시피 1998년 11월 미국의 두 연구팀에 의해 인간 줄기세포 연구에 획기적인 전기가 마련되었다. 첨단생명공학 기업인 Geron사로부터 연구비를 지원받은 미국 위스콘신대학 영장류 연구센터의 제임스 톰슨 팀과[1] 존스홉킨스대학 산부인과의 존 기어하트 팀이[2] 각각 세계 최초로 인간의 줄기세포 배양에 성공한 것이다. 톰슨은 불임클리닉에서 제공받은 잔여수정란으로부터, 기어하트는 임신 4주에서 6주 사이에 유산된 태아의 생식선 세포로부터 줄기세포를 추출하여 인공적으로 배양하는 데 성공하였다.[3] 이때부터 인간 줄기세포 연구는 관련 학자들 뿐만 아니라 온 세계의 주목을

* 서울대학교 의과대학 醫史學교실 교수

1) Thomson JA, Itskovitz-Eldor J, Shapiro SS, Waknitz MA, Swiergiel JJ, Marshall VS and Jones JM(1998). Embryonic stem cell lines derived from human blastocysts. Science 1998 ; 282(5391) : 1145-1147.

2) Shamblott MJ, Axelman J, Wang S, Bugg EM, Littlefield JW, Donovan PJ, Blumenthal PD, Huggins GR and Gearhart JD(1998). Derivation of pluripotent stem cells from cultured human primordial germ cells. Proc. Natl. Acad. Sci. 1998 ; 95(23) : 13726-13731.

3) Eliot Marshall(2000). "The Business of Stem Cells," Science 287: 1419-1421.

끌게 되었다. *Science*는 줄기세포를 이용해 인체의 장기와 조직을 만들어 내기 위한 연구를 1999년도 과학계의 최대 업적으로 선정하였으며,[4] 수많은 생명공학 벤처기업들이 잇달아 줄기세포 연구에 뛰어 들었다. 일부에서는 인간 줄기세포를 페니실린 이후 최대의 의학적 발견으로 찬양하고 있다.[5] 그러나 우리는 지금까지 수많은 의학적 · 과학적 발견과 '기적의 물질(Cinderella molecule)'들이 한동안 커다란 화제를 불러일으키다 어느 순간 맥없이 수그러들었던 역사적 경험들을 차분히 상기할 필요가 있다.

필자는 줄기세포의 가능성을 폄하하려는 의도는 조금도 없다. 그러나 실용화가 정말 가능할지, 또 실용화에 이르기까지 얼마만큼의 기간이 걸릴지 누구도 정확히 예측할 수 없는 현재, 그 '원리적'인 가능성을 가지고 잠재적 수혜자인 환자와 가족들에게 당장 기적적인 일이 도래하는 듯한 환상(합리적 기대가 아닌)을 불러일으키는 언행은 연구자의 윤리 면에서뿐만 아니라, 인간적 도리의 측면에서도 제어되어야 한다. 그것은 불행히도 기대가 환상으로 귀결되는 경우 의학계 · 과학계가 떠안아야 할 엄청난 부담을 생각할 때도 역시 그러하다. 그리고 그러한 제어는 법적 조치나 외부의 간섭이 아니라 연구자 사회 내부의 합리적 도덕적 역량에 의해 이루어지는 것이 가장 바람직하다. 의학과 과학은 선동이 아니라 합리성에 기반할 때만 그 의미와 가치를 살릴 수 있는 것이다. 하지만 현실에서 보듯이 이러한 자율적 제어가 충분히 작동하지 않을 위험이 있을 때에는 법적 개입 또한 불가결한 것으로 생각한다.

그런 한편, 줄기세포 연구에 대한 국가적 · 사회적 지원이 시급히 요청된다. 그것은 줄기세포 연구가 갖는 경제적 · 산업적 가치도 완전히 도외시할 수 없지만, 그보다 훨씬 더 중요한 줄기세포 연구 성과의 '의학적 유용성' 때문이다. 그리고 반드시 염두에 둘 것은 줄기세포 연구를 지원할 때의 방향은 다른 분야의 연구를 위축시키거나 퇴출하는 제로섬 방식이 아니라 '플러스섬 방식'이어야 할 것이다. 두뇌한국21(BK21)이 나름의 긍정

4) "배아세포에서 장기발육, 올 과학계 최대업적 선정." 동아일보 1999년 12월 17일자.
5) Gregg Easterbrook(1999). "Cloning and a change in the meaning of life : stem-cell research", Current 413 : 19-25.

적 측면에도 불구하고 제(諸) 학문의 건전한 발전을 저해한다는 점에서 학계의 큰 반발을 사고 있는 우리 현실이 좋은 타산지석이 될 것이다.

Ⅱ. 문제의 소지

궁극적으로 인간 줄기세포 연구는 윤리적·법적 논란의 소지가 (거의) 없는 인간성체줄기세포(human adult stem cell)를 대상으로 하는 것이 바람직하다는 주장에 반대할 사람은 없을 것이다. 의학적 조치를 비롯하여 인체에 대한 어떠한 개입도 반대하는 사람들을 제외하고는.

문제는 그 윤리적 장점 이외에, 인간성체줄기세포 연구가 의학적·과학적으로도 인간 배아 줄기세포(human embryonal stem cell) 연구보다 우월성을 갖는가 하는 데에 놓여 있다 할 것이다. 만약 인간성체줄기세포 연구가 의학적·과학적으로도 인간 배아 줄기세포 연구보다 우월함이 인정된다면, 인간 배아 줄기세포 연구는 입지가 대폭 축소될 것이다. 그러나 적어도 지금 현재로는 인간성체줄기세포 연구가 인간 배아 줄기세포 연구보다 학문적·기술적으로 우월하다는 확고한 증거를 제시하기는 어렵다고 생각한다.

미국 부시 대통령의 요청으로 NIH가 2001년 6월에 발표한 보고서는[6] 배아 줄기세포와 성체줄기세포를 다음과 같이 비교하고 있다. "배아 줄기세포는 명백하게 전능성(pluripotency)을 보이는 한편, 성체줄기세포는 전능성이 불확실하다. 배아 줄기세포는 분화되지 않은 상태에서 거의 무한대로 분열 가능하지만, 성체줄기세포는 제한되어 있다." 보고서는 이어서 "줄기세포생물학이라는 분야가 신생과학이라는 점을 감안하면 줄기세포 연구와 응용의 미래를 예측하기는 불가능하다. 구체적으로는 배아, 태아조직, 성체세포로부터 추출된 줄기세포들 가운데 어느 것이, 또 어떤 조절방법이 기초연구와 임상목적에 가장 적합할지 예측하는 것은 불가능하다"면서 "따라서 양쪽의 연구를 동시에 추구할 필요가 있다"고 결론짓고 있다. NIH의 기술적 판단

6) Stem Cells: Scientific Progress and Future Research Directions, June 2001.

에 대해서도 논란의 여지가 없지 않겠지만, 설사 그 판단을 받아들인다 하더라도 배아 줄기세포와 성체줄기세포 연구 중 어떤 쪽을 위주로 할지, 또 배아 줄기세포 연구를 (어느 선까지) 허용할지는 사람에 따라 사회에 따라 달라지기 마련이다. 그것은 '가치'가 개입하는 영역일 수밖에 없기 때문이다.

미국의 경우, 보고서가 발간된 지 2달 가량 지난 8월 9일 다음과 같은 정부의 결정이 내려졌다. "연방정부의 연구비는 현존하는 60여개의 줄기세포주(stem cell lines)에 대한 연구에만 지급된다. 새로 배아를 파괴하여 줄기세포를 추출하거나 그렇게 추출된 줄기세포를 이용하는 연구, 연구목적으로 인간 배아를 창출하는 연구, 인간 배아를 복제하는 연구에 대해서는 연방정부의 연구비를 지급하지 않는다." 이렇듯 미국 정부의 결정은 그보다 꼭 한달 전에 확정된 우리나라의 생명윤리자문위원회 방침(<생명윤리기본법>(가칭)의 골격)에 비해 "새로 배아를 파괴하여 줄기세포를 추출하거나 그렇게 추출된 줄기세포를 이용하는 연구"에 대해 연구비를 지급하지 않는 등 더욱 엄격한 태도를 취하고 있다.

그러면 여기에서 우선 현재 가장 큰 쟁점이 되고 있는 인간 배아 줄기세포 연구와 인간 성체줄기세포 연구의 기술적 측면에 대해 검토해 보도록 하자.

Ⅲ. 배아 줄기세포 연구와 성체 줄기세포 연구의 가능성과 문제점

1. 배아 줄기세포 연구[7]

생명과학 분야 과학자들은 배아 줄기세포를 이용한 연구를 통하여 각종 난치병 치료법 개발과 유용물질을 대량생산하는 특수목적 동물 생산이 가

7) 이 부분은 임정묵. 배아간세포의 연구와 활용. 생명윤리자문위원회. 생명윤리자문위원회 활동보고서(2001). 568-571을 요약, 정리한 것이다.

능할 것으로 예상하고 있다. 이러한 배아 줄기세포 연구는 난자, 수정란 및 배아조직을 대상으로 한 생식세포공학 및 분자·세포생물학의 첨단기술을 기반으로 진행되고 있다. 사회 일각에서는 배아 줄기세포를 포함한 각종 생식세포공학 연구가 인류사회를 지탱해 온 규범과 윤리관을 교란할 위험요소로 인식하고 있으며, 최근 발표된 몇 가지의 연구 시도는 이러한 우려를 증폭시키고 있다. 이러한 현실에서 배아 줄기세포 연구를 비롯하여 생식세포공학 연구의 동향을 파악하고 기술적 가능성 및 한계성을 명확하게 인식하는 것이 필요하다.

가. 생식세포공학에 이용되고 있는 기술

생식세포공학은 특수목적 동물 생산 및 첨단생명공학기술 확립을 위하여 정자, 난자, 수정란 및 초기발생 배아조직을 대상으로 연구하는 분야이다. 이러한 생식세포공학에 이용되는 주요 기술로는 난자와 수정란의 체외배양, 생식세포 미세조작, 형질전환 및 복제동물 생산, 생식세포 장기(長期) 동결보존, 배아 줄기세포/전능성세포 이용 등이 있다.

1) 난자와 수정란의 체외배양 기술

일반적으로 난자는 난소 안에서 일정한 단계까지 발육한 뒤 배란과정을 거쳐 난관으로 방출된다. 이때의 난자를 성숙란이라고 하며 성행위를 통하여 자궁 안으로 사정된 정자와 수정함으로써 일련의 발생과정이 시작된다. 생식세포공학 기술은 이러한 생명탄생 현상을 인위적으로 체외에서 이루어지도록 하는 방법이다. 체외로 끄집어낸 난자의 발생(성숙) 능력 유지는 형질전환 및 복제 동물의 효율적 생산뿐만 아니라 정상적 발생에 필수적 요소이다. 지금까지 20여년에 걸쳐 난자의 체외 발생 능력 유지를 위한 다양한 방법이 개발되었으며, 현재까지 개발된 배양방법을 이용할 경우 체외에서 성숙한 난자도 체내에서 성숙한 난자와 똑같은 발생능력을 가진다는 것이 확실하게 증명되었다.

수정란 배양기술은 이식 전 수정란의 발생능력 검증, 발생 정상성 검사, 복제/재조합 수정란의 발생 능력 검토, 그리고 발생학적 현상 및 관련 기전 규명에 필수적 요소이다. 지금까지 상당한 기술적 진보가 이루어져 체외에서 배양한 수정란을 이식하였을 때 대부분 정상적인 태아가 탄생하고 있다. 최근에는 여러 가지 특수목적을 위하여 관류배양법, 수정란 단독배양법, 연속배양법, 합성배지이용 배양법 및 발생억제물질 제거 배양법 등이 개발되어 현실적으로 이용되고 있다.

2) 생식세포 미세조작 기술

생식세포 미세조작 기술은 형질전환 및 복제 동물 생산의 필수적 요소이다. 핵을 제거한 난자에 할구나 체세포핵을 이식함으로써 새로운 유전정보를 가진 수정란(재조합난자 또는 재조합수정란이라고 한다)을 생산하거나 불임치료에 널리 이용되는 정자의 난자내 미세주입법(intracytoplasmic sperm injection) 등이 생식세포 미세조작 기술에 속한다. 복제나 형질전환 동물 탄생에 필요한 재조합난자 생산을 위한 미세조작 기술은 크게 난자의 핵제거기술, 외래핵 주입기술, 세포융합기술 및 생산된 재조합난자 활성화기술 등으로 나뉜다. 1990년대부터 시작된 이 분야 연구를 통하여 현재 상당한 기술 축적이 이루어졌으며, 복제양 돌리를 포함한 복제동물 생산도 이 기술을 근간으로 한 것이다.

3) 복제동물 생산 기법

복제동물 생산 기법은 다음과 같이 크게 세 부분으로 나뉜다. ① 핵 이식을 목적으로 하는 체세포의 채취 및 세포배양을 통한 이식 준비과정, 그리고 외래 핵이 이식될 난자(수핵란)의 생산과정, ② 미세조작 기술을 이용한 핵이식 및 재조합난자 생산과정, 그리고 재조합난자의 체외발생배양과정, ③ 발생된 재조합난자의 이식 및 임신 유지 그리고 분만과 생후검사 과정 등이다. 복제동물 생산은 다양한 분야의 지식과 기술이 요구되며, 세

계 각국에서 이 기법을 이용한 복제동물 생산 연구가 활발히 진행되고 있다. 우리나라에서는 1999년 복제소 '영롱이'와 '진이'가 이러한 기법으로 출생하였다.

4) 생식세포 장기(長期) 동결보존 기술

생식세포 연구기술을 실제 임상과 산업분야에 활용하기 위해서는 생식세포를 체내로부터 대량 채취할 필요가 있으며 이를 위한 인간 및 동물의 적절한 처치가 필요하다. 그러나 이에는 현실적으로 어려움이 많으며, 인간의 경우 대상환자의 신체적 부담과 비용, 동물의 경우 비용과 관리의 어려움 등이 따른다. 이를 극복하기 위하여 적정 시기에 가능한 한 많은 수의 생식세포를 얻은 후 동결보존 기법으로 장기적으로 보존하면서 필요할 때에 이용하는 방법이 1970년대에 처음 개발되었으며, 현재 동물의 경우 전체 수정란이식 시술의 절반 정도가 동결수정란을 이용한 것이다. 우리나라에서도 이에 관한 연구가 진행되어 왔으며 몇몇 대학과 연구소에서는 이미 난자 및 수정란 은행이 설립되어 있다.

나. 배아 줄기세포 연구 동향

1) 배아 줄기세포

배아 줄기세포는 전능성 및 다능성을 보유한 세포로서 특정한 환경에서 신체를 구성하고 있는 다양한 세포 및 조직으로 발생(분화)할 수 있는 능력을 가지고 있다. 배아 줄기세포는 착상전 수정란에서 분리된 미분화 세포로서 체외배양에 의하여 항구적인 이용이 가능하다. 따라서 배아 줄기세포의 분화를 조절할 수 있는 방법이 밝혀진다면 난치병 환자의 치료에 필요한 정상 세포를 거의 무한정 생산할 수 있으며 필요한 장기도 대량 생산할 수 있다는 것이 이 분야 연구자들의 희망 섞인 전망이다.

2) 배아 줄기세포주(embryonal stem cell line) 분리 및 생산

배아 줄기세포를 체외에서 배양할 때 일정한 세포집단을 형성하는데 이것을 배아 줄기세포주라고 한다. 배아 줄기세포주 생산은 생식세포공학기술을 이용하여 생산된 수정란을 체외배양하여 장래 태아로 발생할 부위(내부세포괴, inner cell mass)를 분리함으로써 시작된다. 이후 각종 세포성장 관련인자 및 다른 종류의 생체세포를 함께 배양하여 배아 줄기세포가 일정한 세포집단을 형성할 수 있도록 유도한다. 현재 인간을 포함한 각종 동물에서 배아 줄기세포주 생산이 가능하게 되었다. 그러나 배아 줄기세포주 생산을 위한 내부세포괴 배양은 일반세포에 비하여 매우 복잡한 기전으로 조절되고 있으며, 아직까지 이에 대하여 정확히 밝혀져 있지 않다. 이러한 문제가 해결될 때까지는 많은 시간과 노력이 소요될 것으로 생각된다.

다. 배아 줄기세포 연구의 전망

학자들은 생식세포공학과 이를 근간으로 한 배아 줄기세포 연구가 다양한 분야의 생명공학기술을 발전시킬 것으로 전망하고 기대한다. 경제동물의 효율적 품종 개량, 특정(유용)물질 대량생산, 생체반응기 생산 등이 효율적으로 이루어질 수 있을 것이다. 또한 세포이식을 통한 세포치료법 및 동종 및 이종간 장기이식기술 개발이 이루어질 것이며, 의학 연구에 필수적인 특정질병모델동물 생산도 효율적으로 이루어질 것으로 전망한다. 그리고 동물의 난자 및 수정란 배양을 통한 각종 생명활성물질의 안정성 검사, 복제기법을 이용한 멸종위기동물의 보호 및 생식 유지, 불임증 치료를 위한 첨단 보조생식술 개발 및 생명발생과 관련되는 각종 지식 축적이 가능하리라고 기대하고 있다.

1) 배아 줄기세포를 이용한 생명공학기술 개발

배아 줄기세포는 전능성 또는 다능성을 가진 세포로 세포주기 및 성장

촉진 관련인자가 특이하다. 이러한 특성을 가진 배아 줄기세포를 유전자재조합이나 유전자적중 기술에 활용할 때 일반 세포에 비하여 훨씬 용이하게 이 과정을 수행할 수 있다는 보고가 있다. 따라서 형질전환동물 생산에 배아 줄기세포를 이용하였을 때 생산 효율성을 대폭 증진할 수 있으며, 이런 점에 착안한 연구가 많이 진행되고 있다. 아직까지 배아 줄기세포를 이용한 형질전환동물 생산 연구는 초기단계이지만 생체반응기 생산 및 특정 질환 모델동물 생산분야 등에서 배아 줄기세포를 이용한 연구가 활발히 추진되고 있다.

2) 배아 줄기세포의 의학적 이용

배아 줄기세포를 임상적으로 이용하였을 경우 다양한 첨단치료기술을 개발할 수 있다. 우선 배아 줄기세포를 분화시켜 정상적인 특정세포를 생산한 후 불치병 환자에게 이식하는 세포치료술이 가능하게 될 것이다. 그러나 이러한 세포를 이식하였을 때 일어나는 면역반응을 억제하기 위하여 자신의 체세포에서 유래한 배아 줄기세포를 이용하는 자가세포이식술이 형질전환기법을 이용한 동물 배아 줄기세포 이용보다는 더 현실적이라는 것이 관련 학자들의 주장이다. 또한 동물 배아 줄기세포의 유전형질을 전환하여 인체면역반응을 유도하지 않도록 한 뒤 이로부터 유래한 태자(胎子)를 탄생시켜 장기공여에 이용하는 이종간 장기이식법도 기술적으로 개발 가능한 방법이다. 이러한 배아 줄기세포 관련 연구는 활발히 진행되고 있어서, 현재의 기술적인 어려움에도 불구하고 21세기 중・후반 경에는 일련의 성과를 거둘 수 있을 것으로 기대하고 있다.

라. 배아 줄기세포 연구의 기술적 문제점

최근의 놀라운 발전에도 불구하고 생식세포공학기술은 아직까지 해결해야 할 많은 문제점을 가지고 있다. 특히 형질전환 및 복제 동물 생산은 이식 전의 세포유전자 재조합 및 난자조작기술, 그리고 이식 후 임신관리 및

정상 분만에 몇가지 해결되어야 할 과제를 안고 있다. 특히 배아 줄기세포의 경우 체외배양시 세포 사멸이 일어나기 때문에 이를 해결하여야 하며, 그밖에 분화조절 및 세포분열촉진 방법의 확립도 해결해야 할 과제이다.

2. 성체 줄기세포 연구[8)]

가. 성체 줄기세포 연구의 가능성

줄기세포는 미성숙, 미분화 단계에 있는 원시세포로 분화되지 않고 미성숙 상태로 계속하여 증식할 수 있는 자가갱신(self-renewal) 능력을 보이며 개체의 발달 시기, 세포가 위치하는 해부학적 조직 부위 및 변화된 세포 환경 등에 반응하여 성숙한 특정세포로 분화할 수 있는 다능성(multipotency)을 보이는 세포를 총칭한다.

난자와 정자의 수정이 일어난 뒤에는 개체 발생이 가능한 모든 종류의 세포와 장기로 분화할 수 있는 'totipotent 줄기세포', 그리고 낭포배(blastocyst)의 내부세포군(inner cell mass)에는 내배엽, 중배엽 및 외배엽층 유래의 각종 특이세포 및 조직으로 분화할 수 있는 'pluripotent 줄기세포'가 존재한다. 내배엽, 중배엽 및 외배엽층이 분화되는 장배형성(gastrulation)이 시작되면서부터는 배아 줄기세포는 점차 모든 종류의 세포로 분화할 수 있는 능력은 점차 제한되고, 줄기세포가 포함되어 있는 조직 및 기관에 특이적인 세포로만 분화할 수 있는 'multipotent 줄기세포' 형태로 각 조직 및 기관에 존재하게 되어, 태아기, 신생아기 및 성체기의 각 조직 및 장기의 성장과 발달, 조직의 항상성 유지 및 조직 손상시 재생을 유도하는 기능에 관여하는 것으로 생각되고 있다.

일반적으로 포유동물 이상의 고등동물에 있어서 생명체 발달과정에 관여하는 줄기세포를 배아 줄기세포, 성숙된 조직에 존재하는 줄기세포를 성체줄기세포라고 구분한다. 그리고 세포의 생물학적 특성을 기준으로 보면

8) 이 부분은 박국인. 성체간세포의 연구와 활용. 생명윤리자문위원회. 생명윤리자문위원회 활동보고서(2001). 558-560을 요약, 정리한 것이다.

개체의 여러 기관형성이 일어나는 배아기 이후, 태아기부터 성체기까지의 각종 장기에는 각 장기 및 조직 특이적인 성숙한 세포로만 분화하는 'multipotent 줄기세포'가 존재하므로 내배엽, 중배엽 및 외배엽성의 여러 종류의 세포로 분화할 수 있는 배아 줄기세포와 대비되는 개념의 성체줄기세포는 성체뿐만 아니라 태아의 각종 장기에도 존재한다.

그런데 여기에서 강조할 점은 이러한 줄기세포의 기존 개념과 정의가 최근의 연구들에 의하여 크게 바뀌고 있다는 사실이다. 태아와 성체의 각종 장기에 존재하면서 각 장기와 조직에 고유한 세포로만 분화한다고 생각되었던 다능성 줄기세포를 그것들이 애초 존재하고 있는 조직 바깥의 다른 장기와 조직에 놓아둘 경우, 새로운 환경에 반응하여 새로운 거주지에 특이적인 세포로 분화함이 관찰되었다. 예컨대 중배엽성 유래의 간엽 줄기세포(mesenchymal stem cell)는 다른 중배엽성 유래 조직인 연골, 뼈 및 지방세포로도 분화함이 관찰되었고, 중배엽성 유래의 조혈모세포(blood stem cell)는 근육세포로, 근육모세포(myoblast)는 조혈세포로 분화함이 관찰되었다.

더욱이 내배엽, 중배엽 및 외배엽성 유래 조직이라는 한계를 가로질러 외배엽성의 신경줄기세포는 중배엽성의 조혈세포 및 근육세포로, 중배엽성의 조혈모세포는 외배엽성의 신경세포 및 내배엽성의 간세포(liver cell)로 분화됨도 확인되어 줄기세포의 가소성(plasticity)이 밝혀졌다. 더 획기적인 사실은 외배엽성의 성체신경줄기세포를 병아리나 생쥐의 낭포배에 주입하여 숙주와 공여세포가 키메라를 형성하게 된 경우, 마치 배아 줄기세포처럼 내배엽, 중배엽 및 외배엽성 유래의 각종 세포와 조직으로 분화함이 보고되었다.

이 공여세포가 숙주세포에 통합되어 기능적으로도 제대로 활동하는지는 아직 확인되지 않았다. 그러나 적어도 발달생물학적 관점에서는 이러한 현상이 성체세포일지라도 충분한 발달학적 가소성을 보유하고 있다고 해석할 수 있다. 또한 단순히 특별한 세포배양 기술에 따라 세포를 탈분화(脫分化)시킬 수 있음을 의미할 수도 있다. 따라서 지금으로는 어떠한 종류의 조직 및 기관 특이세포로만 분화하는 다능성 성체 및 태아 줄기세포도 특별한 세포 발달 환경에 놓일 경우 'totipotent' 또는 'pluripotent'한 배아 줄기세포로 바뀔 수 있는지는 더 연구하여야 할 과제이다.

이렇듯 줄기세포의 정의와 개념이 크게 바뀜에 따라 실제 이러한 줄기세포를 이용하여 임상적으로 세포 치료를 시도하는 경우에 있어서도 기존의 관념은 크게 바뀔 수 있다. 성체의 각 장기에서 추출한 자가(自家) 성체줄기세포는 어떤 경우 배아 줄기세포와 유사한 분화능력을 보이므로, 이 세포를 세포 치료에 사용할 경우 배아 줄기세포 사용시 필연적으로 동반되는 윤리적, 도덕적 및 법적인 문제와 논란을 해결할 수 있고, 자가 세포를 사용함에 따라 세포 이식에 따른 면역 거부 현상도 극복할 수 있는 것이다.

그리고 배아 줄기세포는 발달 초기 단계의 분화능력을 가지고 있어서 대개 내배엽, 중배엽 및 외배엽성 조직이 혼재되어 있는 세포들로 분화되며 단독의 특이세포만으로의 분화 유도는 아직 쉽지 않고 생체내 이식시 기형종(畸形腫)이 발생할 수 있다는 위험을 안고 있다. 그에 반해 성체줄기세포를 낭포배가 아닌 성체 조직에 이식하여 성체의 세포 환경에 노출하였을 경우는 대개 성체줄기세포가 유래된 기관에 특이적인 세포로만 분화되므로 조직에 적합하지 않은 세포 또는 조직으로의 분화(예를 들면 신경계 속의 근육세포, 심장 속의 신경관 발생)를 막을 수 있는 장점이 있다.

나. 성체줄기세포 연구의 문제점과 한계성

성체줄기세포는 앞에서 언급한 장점과 가능성을 가지고 있지만 그 임상적 활용에는 아직 적지 않은 문제점이 있다. 즉 모든 조직에서 성체줄기세포의 존재가 아직 확인되지 않았고, 세포의 수가 많지 않고 분리하기 쉽지 않으며, 나이가 들수록 조직에 존재하는 성체줄기세포의 숫자, 분화능력 및 증식능력이 감소하는 것 등이 여전히 문제인 것이다. 실제 급성 장기부전증을 보이는 환자에서 성체줄기세포를 이용한 세포 치료를 시도하려면 각 장기에 존재하는 성체줄기세포의 분리, 증식, 분화 능력의 특성 확인, 환자 개인마다 줄기세포의 분리 배양에 따른 시간적 및 금전적 한계, 세포의 특성이 미리 확인되지 않은 상태이므로 생체 이식에 따른 세포의 재생적 기능의 표준화가 되지 않는 등의 문제가 있다.

또한 유전적 또는 대사성 질환이 있는 환자의 경우 환자 자신의 자가

성체줄기세포는 질병에 대한 세포 치료에 사용할 수 없는 단점이 있다. 성체줄기세포의 이러한 한계점을 극복하는 방안으로 세포 이식에 사용할 수 있는 'universal donor cell', 즉 안정적인 성체줄기세포주(adult stem cell lines)를 확립하는 방법이 있다. 이것은 이미 생체 내외에서 분화 특성, 생체내 이식시 안정성 및 재생적 기능이 확인되고 표준화된 다양한 세포주를 냉동 보관하고 있다가 필요에 따라 세포를 녹여서 빠른 시간 내에 대량 증식케 하여 환자의 급성 질환의 치료에도 사용할 수 있는 방법이다. 그런데 이것은 환자 자신의 자가 세포가 아니므로 면역 불일치에 따른 거부 현상을 극복하여야 하며, 처음 세포주 확립시 성체가 아닌 태아 및 배아 세포(생물학적으로 세포의 증식 및 분화 능력이 보다 뛰어나다고 여겨지고 있다)를 사용할 경우 역시 윤리적인 문제가 동반될 수 있고, 세포주 확립시 불멸화를 시킬 경우 종양 발생 위험성을 완전히 배제하지 못하는 단점이 있다.

다. 성체줄기세포 연구의 전망

지금까지는 주로 설치류의 성체줄기세포를 이용한 연구가 활발하였는데, 최근 들어 설치류 줄기세포의 특성과 유사한 능력을 보이는 인간의 배아 줄기세포, 각 조직 및 장기에 특이적인 인간 태아 및 성체줄기세포가 실험실에서 배양 가능하고, 그 세포의 특성에 관한 연구가 진행됨에 따라 앞으로 임상적으로 활용할 가능성이 점차 높아질 것으로 기대되고 있다.

Ⅳ. 인간 줄기세포 연구의 사회적·윤리적 쟁점

인간 줄기세포, 특히 인간 배아 줄기세포 연구와 활용을 둘러싼 사회적·윤리적 쟁점을 대체로 다음의 몇가지로 요약할 수 있을 것이다.

1. 인간 배아의 지위에 관한 논쟁

인간 배아 및 그 줄기세포 연구를 둘러싸고 가장 논란이 되는 부분은 인간 배아의 지위에 관한 것이며 이는 매우 중요한 의미를 가지고 있다. 이것은 인간 배아 연구와 활용 범위 및 규제와 처벌에도 중대한 영향을 미치기 때문이다. 인간 배아의 지위에 대한 논쟁은 해묵은 것이지만, 특히 인간 배아 줄기세포 연구가 중요한 이슈로 떠오르면서 더욱 치열해졌다. 인간 배아의 지위에 대해서는 양극단의 주장과 그 사이에 다양한 견해가 존재한다. 인간 배아의 지위는 이미 태어나 살고 있는 인간과 동등하다는 주장이 한 극단이다. 다른 극단은 인간 배아가 아무런 도덕적 지위를 갖지 않으며, 따라서 '소유주'가 자신의 의사에 따라 사용, 처분할 수 있는 물질에 불과하다는 입장이다.

이를 다시 정리하면, 인간 배아의 지위에 대해서는 대체로 다음의 세 가지 견해가 있다.

첫째, 수정한 때부터 도덕적으로 완전한 지위를 갖는다. 이는 인간 배아를 인간으로서 모든 요소를 갖춘 존재, 다시 말하면 잠재력을 가진 인간으로 인식하는 관점이다. 인간 배아를 이런 관점에서 보면 출산 목적 외의 인간 배아연구는 원천적으로 금지된다.

둘째, 세포덩어리로서 부모의 소유물이며 도덕적인 주의를 기울일 필요가 없다. 이 견해에 따르면 인간 배아에 대한 연구는 무제한 허용될 수 있다.

셋째, 배아는 잠재적 인간존재로서 특수한 지위를 가진다. 이 견해에 따르면, 인간 배아는 성장하면서 점차 도덕적 지위를 얻게 되며 따라서 특히 초기 단계의 배아의 경우 그것에 대한 연구로부터 얻는 잠재적 이익을 배아에 대한 존중과 비교하여 평가할 수 있으며, 비교우위에 의해 인간 배아는 연구의 대상이 될 수도 있다는 것이다.

독일의 수정란 보호법에서 규정하는 배아의 지위와 영국 법에서 규정하는 지위는 다르다. 독일은 첫 번째 견해를 좇고 있는 반면, 영국은 세 번째 입장에 서 있다. 이에 따라 독일에서는 인간 배아 연구를 전면적으로 금하지만 영국은 배아연구에 대해 제한적인 허용을 하고 있는 것이다.

2. ‘수정후 14일’ 논쟁

만약 인간 배아(줄기세포) 연구를 허용한다고 하면 어떤 시점을 기준으로 하여 연구를 허용할 것인가 하는 문제가 대두된다. ‘수정후 14일’ 개념은 수정란 형성 이후 어느 시점까지 배아 연구를 허용할 것인지에 대한 논의와 관련하여 등장하였다.

‘14일’은 인간 배아에서 원시선이 출현하는 날짜에서 유래한다. 원시선(primitive streak)은 배아가 분화하기 위해 배아의 머리와 꼬리뿐만 아니라 좌우 방향을 나타내는 척추가 형성되는 것을 의미한다. 인간 배아 연구를 주장하는 생명과학자들은 수정후 14일 이전에는 인간 배아를 인간개체로 볼 수 없기 때문에 대체로 그 기간까지의 배아 연구를 허용할 것을 주장한다. 엄격한 절차 아래 인간 배아 연구를 허용한 영국의 법에서 허용하는 시한이다.

그러나 원시선이 나타나는 시점을 일률적으로 14일로 규정하는 경우에는 문제가 뒤따른다. 원시선은 꼭 14일이 아니라 개체에 따라 그 전후에 나타날 수 있기 때문이다. 원시선이 14일 이전에 나타나는 경우는 인위적으로 인간 배아를 죽이는 것이 된다.

그보다 더 본질적으로 원시선이 과연 인간생명과 생명 아님을 구분하는 경계가 될 수 있는가에 대한 회의적 견해도 있다.

3. 잔여 배아의 관리에 대한 쟁점

잔여 배아는 불임치료 목적의 체외수정을 하고 남은 동결보관배아로서 일정기간이 지나지 않아 폐기 대상이 되지 않은 비폐기 잔여 배아와 일정기간이 지나 폐기대상이 되는 폐기 잔여 배아로 나뉜다. 인간 배아를 온전한 생명체로 보고 인간으로서의 도덕적 지위를 인정하는 입장에서는 일정기간이 지나 폐기한다는 것 자체가 문제시될 수 있다.

잔여 배아에 대한 쟁점으로 폐기 잔여 배아에 대한 관리문제와 비폐기 잔여 배아에 대한 보호문제가 있다.

4. 배아 줄기세포 연구의 대안으로서 성체줄기세포에 대한 논쟁

인간의 존엄성과 가치를 훼손하지 않으면서 과학기술을 발전시킬 수 있다면 가장 바람직할 것이다. 사회적인 비용을 최소화하면서 과학기술을 촉진하는 것이기 때문이다. 이러한 방안으로 부상한 것이 성체줄기세포에 대한 연구이다. 그러나 이 점에 대해서는 윤리적인 측면에 앞서, 앞에서 살펴보았듯이 기술적인 측면의 의견 대립이 뚜렷하다.

인간성체줄기세포 연구와 인간 배아 줄기세포 연구의 학문적・기술적 우월성 문제에 관한 논의는 앞으로 연구자들을 중심으로 계속 더욱 활발히 벌어져야 할 것이다. 그리고 그러한 과학적 우월성과 윤리적 장단점을 함께 견주는 논의는 보다 광범위한 사회구성원들의 참여 하에 진행되어야 할 것으로 생각한다.

Ⅴ. 인간 배아 활용에 대한 기준

인간 줄기세포 연구에 관련된 가장 핵심적인 쟁점은 앞에서 살펴보았듯이 인간 줄기세포의 한 가지 공급원인 인간 배아를 둘러싼 윤리적 논쟁이다. 줄기세포를 추출하는 과정에서 배아는 필연적으로 파괴될 수밖에 없는데, 배아를 인간생명체로 본다면 그 파괴는 곧 살인행위가 된다. 반면에 배아를 단순한 세포덩어리로 보는 입장에서는 인간의 다른 세포조직을 이용한 것과 마찬가지로 허용 가능한 연구가 된다.

인간 배아의 지위에 대한 의학적・윤리적・신학적 논란은 당장은 물론 이거니와 앞으로도 종식될 가능성이 별로 없어 보인다. 그것은 진위(眞僞, true-false)의 문제라기보다는 신념에 관련된 문제라고 판단되기 때문이다.

따라서 인간 배아 줄기세포 연구는 원천적으로 사회적 부담을 가질 수밖에 없으며, 경우에 따라서는 커다란 사회적 갈등을 일으킬 소지를 지닌다. 그렇다고 인간 배아 줄기세포를 대상으로 하는 연구를 완전히 포기하

는 것은 그 의학적 유용성이 용납하기 쉽지 않다. 그러므로 성체줄기세포 연구가 확고한 위치를 확립할 때까지는 사회적 부담과 갈등을 최소화하는 방식으로 인간 배아 줄기세포 연구를 병행할 수밖에 없다는 것이 우리나라 생명윤리자문위원회(2000년 11월-2001년 11월)의 판단이었다. 생명과학자 및 의학자와 인문사회학자 및 관련 사회단체와 종교단체 대표자가 동수(각기 10명)로 구성되어 1년 동안 활동한 생명윤리자문위원회는 인간 배아 연구와 관련하여 아래와 같은 합의에 도달하였다.

인간 배아의 연구와 활용에 관하여[9)]

1) ① 불임치료 목적으로 체외수정 방법을 통해 얻어진 인간 배아는 보호되어야 한다.

② 폐기될 동결보관 배아를 이용하는 연구는 한시적으로 허용한다. 연구의 허용 기한에 대하여는 시행령에 규정한다. 이용 가능한 배아에 대하여는 시행령에 규정한다. 연구목적으로 배아를 사용하는 경우 난자 및 정자 제공자의 동의를 받아야 한다. 동의 절차와 요건 등에 관한 사항은 시행령에 규정한다.

③ 유산된 태아 조직을 이용하는 줄기(幹)세포 연구는 한시적으로 허용하며, 이 경우 부모의 동의를 받아야 한다. 단, 불법적으로 인공임신중절된 태아 조직의 이용은 금지한다. 연구의 허용 기한에 대하여는 시행령에 규정한다. 동의 절차와 요건 등에 관한 사항은 시행령에 규정한다.

④ 위의 사항들을 위배한 경우, 해당 기관 및 그 책임자와 행위자는 형사·행정상으로 처벌한다.

2) 체세포핵이식 방법으로 인간 배아를 창출하는 행위와 불임치료 이외의 목적으로 난자를 채취하거나 인간 배아를 창출하는 행위는 금지한다. 또한 그러한 방법으로 창출된 인간 배아 및 그 줄기세포에 대한 연구도 금지한다. 위의 사항들을 위배한 경우, 해당 기관 및 그 책임자와 행위자

9) <생명윤리기본법>(가칭)의 골격(생명윤리자문위원회, 2001년 7월 10일).

는 형사 · 행정상으로 처벌한다.

3) 국가는 배아 줄기세포 연구를 가능한 한 성체줄기세포 연구로 유도하는 방향으로 지원한다.

4) 위의 사항들을 체계적으로 관장하기 위하여 국가생명윤리위원회 안에 인간 배아특별위원회(이하 특별위원회)를 두며, 그 기능은 다음과 같다.

- 인간 배아를 다루는 의료기관의 기관심사위원회(IRB) 또는 그에 준하는 기구를 통해 인간 배아 연구의 진행과 실태를 정기적으로 감독한다.
- 인간 배아를 다루는 의료기관의 기관심사위원회(IRB) 또는 그에 준하는 기구를 통해 동결인간 배아의 실태와 연구자 및 보조자의 자격 등을 정기적으로 점검하고 감독한다.
- 인간 배아 연구자와 보조자 등에 대한 윤리교육을 시행한다.
- 인간 배아의 폐기 여부를 결정한다.

5) 국가는 일정 기간이 경과하거나 의료기관 등이 불법, 무연고, 폐업 등의 이유로 보관할 수 없는 배아를 보존하고 관리하는 배아보관센터를 운영한다. 배아보관센터의 책임자는 보관된 배아의 실태와 상황을 정기적으로 특별위원회에 보고하여야 하며, 특별위원회의 결정에 의해 생명존중의 인식을 가지고 인간 배아를 폐기한다.

줄기세포 연구 목적으로 인간 배아를 생성하는 것은 금지하는 반면, 불임치료 목적으로 인공수정 방법으로 창출된 인간 배아 가운데 실제 인공수정에 사용하고 남은, 폐기될 잔여동결배아(residual frozen embryo)를 줄기세포 연구의 소재로 허용한 생명윤리자문위원회의 결정은 윤리적 갈등을 (상대적으로) 줄이면서 의학적 유용성을 살리기 위한 절충적 입장의 산물이다. 이러한 절충적 입장은 인간 배아 연구를 철저하게 금지해야 한다는 진영과 절차적 규제장치는 마련하되 인간 배아 연구를 전면적으로 허용해야 한다는 진영 양쪽으로부터 비판을 받고 있다. 특히 금지 진영은 윤리적 일관성이 결여되었다고 공박하는바,[10] 그들의 주장대로 인간 배아 연구가 '악행'(maleficence)이라면 그 악행을 가능한 한 줄이면서 악행에

동반되는 선행(beneficence, 의학적 유용성)을 살리는 편이 현실적으로 더 합당하리라는 것이 절충적 입장의 변론이다.

Ⅵ. 결 론

체세포핵치환(nuclear transfer)을 이용한 배아복제(embryonal cloning)는 줄기세포 연구에서 면역거부반응과 관련된 문제를 해결하고 줄기세포의 분화 기전을 이해하는 데 크게 도움이 될 수 있는 등 과학적·의학적으로 유용한 측면이 많다.

줄기세포를 이용하여 필요한 세포조직을 얻었다 하더라도 거부반응을 해결하지 못한다면 세포이식치료술은 난관에 봉착할 것이다. 거부반응을 해결하는 방법은 '줄기세포 은행'과 더불어, 체세포복제기술을 이용해 환자 자신의 체세포로부터 배아를 창출하고 이로부터 줄기세포를 추출하는 것이다. 인간 배아복제를 허용하자는 사람들은 줄기세포 연구 자체를 위해서도 배아복제 방법이 필요하다고 주장한다. 즉 줄기세포의 분화 기전을 이해하는 열쇠는 배아복제 과정 즉 성체세포로부터 추출한 핵을 공여난자에 이식했을 때 발생하는 리프로그래밍 과정에 있다는 것이다.

그러나 인간 배아복제는 일반적인 인간 배아 연구 이상으로 윤리적 논란을 낳고 있다. 이러한 상황에서 인간 배아복제를 이용한 줄기세포 연구를 허용하는 것은 큰 사회적 갈등을 야기할 가능성이 있다. 그러한 연구를 허용할지를 결정할 시기는 지금보다는 다른 생물체의 배아복제를 이용한 것 등 다른 방법들을 이용한 줄기세포 연구가 많이 진척되어 실용화가 머지 않았을 때, 특히 거부반응 문제 해결이 최대의 관건이 되었을 때라고

10) 예를 들어 임종식은 곧 폐기될 운명에 처해 있다는 사실이 잉여[잔여]냉동배아를 사용하는 연구를 정당화시키지 못한다, 인공수정이 비윤리적이라고 하더라도 그를 허용하고 있다는 사실이 냉동배아 사용을 정당화시키지 못한다, 정자와 난자 제공자의 원치 않는 부모가 되지 않을 권리가 냉동배아의 생명권에 앞서지 않는다 등의 논리로 비판하고 있다. (임종식. 인간 배아 연구의 윤리 -잉여 냉동배아 사용을 중심으로-. 한국과학철학회. 생명과학 관련 연구윤리 확립방안에 관한 연구. 2001년)

생각한다.

이 원고를 마무리할 무렵 보건복지부는 생명윤리및안전에관한법률제정(안)을 입법예고하였다. "생명과학기술의 발전이 인간의 존엄과 가치를 침해하거나 인체에 위해를 주는 것을 방지하고, 질병의 예방·치료 및 건강증진에 기여할 수 있도록 생명과학기술의 적용과정에 대한 투명성과 신뢰성 확보를 위한 제도적 장치를 마련하려는 것"을 제정 이유로 한 이 법률안의 주요골자는 "가. 생명윤리 관련 쟁점사안에 대한 대통령의 자문에 응하기 위하여 국가생명윤리자문위원회를 두고, 인간 배아 이용의 허용범위 등 윤리적·사회적으로 심각한 영향을 미칠 수 있는 연구와 시술의 허용여부와 범위에 관한 사항을 심의하도록 함(안 제5조). 나. 배아연구기관·유전자은행·유전자치료 임상연구 실시기관 등에 기관생명윤리위원회를 두고 연구계획서의 윤리적·과학적 타당성을 검토하고 각종 동의서 확보여부를 감독하는 등 자율적 관리를 하도록 함(안 제7조). 다. 인간개체를 복제할 목적으로 체세포핵이식에 의해 배아를 만들거나 이를 자궁에 착상, 임신진행, 출산시키는 행위를 금지하며, 인간개체복제를 목적으로 한 행위에 참여하거나 유인, 알선행위도 금지함(안 제10조). 라. 국가생명윤리자문위원회의 심의를 거쳐 그 허용여부가 결정되기 전까지는 체세포 핵이식 연구를 금지하도록 함(안 제11조). 마. 이 법에 의하지 아니하고는 임신 이외의 목적으로 인간 배아를 만들 수 없고, 정자와 난자를 선별하여 수정시키거나 사망한 자·미성년자의 정자와 난자를 이용하여 배아를 생산할 수 없도록 하며, 매매의 목적으로 정자 또는 난자를 제공하는 행위를 금지함(안 제12조). 바. 배아생산의료기관은 보건복지부장관이 정하는 바에 의하여 인공수태시술기관으로 지정받도록 하고, 배아연구기관은 보건복지부장관이 정하는 바에 의하여 보건복지부에 등록하도록 함(안 제13조 및 제15조). 사. 동의권자의 서면동의가 있고 보존기간이 경과된 냉동잔여 배아의 경우 불임치료법 및 질병치료를 위한 배아 줄기세포 연구 등의 목적으로 이용할 수 있도록 함(안 제14조). 아. 배아생산의료기관의 장은 배아연구계획서의 승인을 받은 배아연구기관의 장에게 연구 및 시술에 필요한 난자

또는 배아를 무상으로 제공하되, 난자 또는 배아의 보관 및 제공에 필요한 경비를 요구할 수 있도록 함(안 제17조)" 등으로 되어 있어 보건복지부(안)과 별도로 진행된 생명윤리자문위원회의 결론과 거의 유사한 내용을 담고 있다. 이는 명백히 인간 배아(줄기세포) 연구에 대해 사회적 합의가 이루어졌음을 뜻하는 것이다.

또한 보건복지부(안)과 생명윤리자문위원회의 결론은 주요 외국의 관련 입법 사례(표 1)에 비추어서도 편향성이 없는 것이다. 지난 몇 해 동안 사회적 관심 아래 거의 모든 관계자들이 참여하여 치열한 논쟁을 벌여온 인간 배아(줄기세포) 연구와 활용 문제에 대해 이제는 법제화를 통해 사회적 결론을 내려야 할 것이다.

<표 1> 주요 외국의 관련 입법 사례[11)]

국가	법 률 명	금지 및 허용 범위
독일	<수정란보호법>(1990년 12월 13일)	· 타인, 태아, 死者와 동일한 유전정보를 갖는 인체 수정란 생성 금지 · 키메라 생성 금지, 사망후 인공수정, 인체생식세포의 인위적인 변경 등 금지 · 인간 배아를 파괴하는 모든 형태 연구 금지. 출산 외의 어떤 목적으로 난자를 수정 못함.
영국	<인간 수정 및 발생법>(1990년 11월)	· 수정란의 조작, 사용 및 핵치환 금지 · 동물과 인간 상호간의 생식체 수정 금지 · 원시선 발생 이후의 배아를 체외 보관, 이용 금지 · 불임치료 등 연구, 의료목적의 경우는 14일 이내의 수정란에 대한 조작 · 사용 가능(HFTA의 허가 필요) · 초기단계 배아를 줄기세포 연구 목적으로 사용 가능. 수정후 14일까지의 배아에 대한 치료목적의 복제 연구 허용. <인간 수정 및 발생법> 개정(2001년 1월 22일)
프랑스	<인체의 존중에 관한 법률>(1994년 7월)	· 인간 선별을 목적으로 하는 우생학적 처치 금지 · 상업적 또는 연구목적으로 인간 배아의 생성 · 취득 · 사용 금지 · 연구 목적으로 생체 외에서 인간 배아를 만드는 행위 금지 · 인간 배아 복제금지
일본	<인간에 관한 복제기술 등의 규제에 관한 법률>	특정배아(인간 배아분할배아, 인간 배아핵이식배아, 인간복제배아, 인간집합배아 등)의 취급에 대한 지침을 정하고 지침에 따라야 할 것을 정함. 배아복제 금지. 내각의 생명윤리위원회는 폐기될 배아를 이용한 배아 줄기세포 연구를 선별적으로 허용.
미국	<인간복제금지법> 하원 통과(2001년 7월 31일) - 상원에 넘겨짐 NBAC 보고서(1999년 9월) 부시 대통령, 배아 줄기세포 연구에 연방자금 지원을 엄격히 제한(2001년 8월 9일) 엔사인 상원의원 등이 <책임있는 줄기세포연구법> 상정(2001년 8월 3일)	· 체세포핵이식에 의한 모든 형태의 인간복제 금지 · 인간복제배아 및 그 산물의 유입 또는 반출 금지 · 동물복제를 위한 체세포핵이식기술 허용 · 지원은 죽은 태아의 조직과 잔여 배아 이용에 한정 · 순전히 연구용으로 창출되는 배아 줄기세포를 추출하거나 사용하는 연구에 연방자금 지원 금지 · 배아와 죽은 태아 조직의 매매 금지 · 배아 줄기세포주 60개 라인에만 연방자금 지원 허용 · 인공수정 후 폐기될 잔여냉동배아 이용에 대해서는 부모의 동의를 얻어야 함 · 성체줄기세포 연구 등에 2억 5천만달러 지원키로 함 · 대통령 직속으로 줄기세포연구평가회의 설치

11) 생명윤리자문위원회(2001). 생명윤리자문위원회 활동보고서.

참고문헌 및 자료

김부년(1999). 생명공학기술의 안전·윤리 문제에 대한 법적 대응. 생명복제기술합의회의(1999. 9.10-13). 전문가패널발표문모음.

김용정(1999). 생명의 출발점은? 생명복제기술합의회의(1999. 9.10-13). 전문가패널발표문모음.

김일수(2001). 인간복제의 윤리적·법적 문제. 기독교 생명복제 포럼(2001. 10).

대한산부인과학회 인공수태시술 의료기관 심사소위원회(1999). 한국 보조생식술의 현황: 1996년. 대한산부인과학회지. 1999. 제42권 제2호. 231-253.

로버트 쿡-디간(1997) 지음, 황연숙 옮김. 인간게놈 프로젝트(서울: 사이언스 북, 1997).

매트 리들리(1999) 지음, 하영미·전성수·이동희 옮김. 게놈(서울: 김영사, 1999).

박상은(2001). 인간 배아복제, 과연 윤리적인가? 기독교 생명복제 포럼(2001. 10).

박세필(1999). 체세포를 이용한 생명체 복제기술의 의학적·의료적 효능 : 배아복제와 배아간(幹)세포. 생명복제기술합의회의(1999. 9.10-13). 전문가패널발표문모음.

생명윤리자문위원회(2001). 생명윤리자문위원회 활동보고서.

서정선(1999). 인간복제. 생명복제기술합의회의(1999.8.7) 발표문모음.

신현호(1999). 인간복제에 대한 법적 대응 : 외국의 규제동향 -생명공학육성법 개정안 검토를 중심으로-. 생명복제기술합의회의(1999.8.7) 발표문모음.

이상원(2001). 전배아도 인간이다. 기독교 생명윤리 포럼(2001.3.29).

임혜준(2000). 배아 복제 및 간세포 기술의 특허 현황과 전망. 특허청. 배아복제 및 간세포 연구의 최근 동향과 전망. 생명공학세미나자료집(2000.11.8).

정규원(2000). 체세포 핵 치환기술에 의한 인간 배아 복제에 대한 윤리적・법적 고찰. 생명공학세미나자료집(2000.11.8).

진교훈(1999). 생명복제에 대한 윤리적・사회적 고찰. 생명복제기술합의회의(1999. 9.10-13). 전문가패널발표문모음.

참여연대(2000). 생명과학 인권・윤리법(안) 제정에 관한 의견 청원(2000.10.18).

황우석(2000). 생명체 복제기술의 현황 및 산업적 이용 방안. 생명공학세미나자료집(2000.11.8).

221회 국회 과학기술정보통신위원회 회의록(2001.6.27)

Annas G.(1998). "Scientific Discoveries and Cloning: Challenges for Public Policy," in G. E. Pence (ed.), Flesh of my Flesh: the Ethics of Cloning Humans, Lanham, Md; Rowman & Littlefield, pp. 77-83.

Beauchamp T. L. and L. Walters(1999). Contemporary Issues in Bioethics, 5th ed., Belmont, CA: Wadsworth Publishing Company.

Dawkins, R.(1998). "What's Wrong with Cloning?", in M. C. Nussbaum and C. R. Sunstein (ed.), Clones and Clones: Facts and Fantasies about Human Cloning, New York: Norton, pp. 54-66.

Doguchi H, Yasue H and Tsunoda Y(1998). “Eight calves cloned from somatic cells of a single adult”. Science 1998 ; 282(5396) : 2095-2098.

Eliot Marshall(2000). "The Business of Stem Cells," Science 287: 1419-1421.

Gregg Easterbrook(1999). "Cloning and a change in the meaning of life: stem-cell research," Current 413 : 19-25.

Human Cloning Prohibition Act of 2001 Report(July 27, 2001). Committed to the Committee of the Whole House on the State of the Union.

IBC(2001). The Use of Embryonic Stem Cell in Therapeutic Research :

Report of The IBC on the Ethical Aspects of Embryonic Stem Cell Research(Paris, 6 April 2001).

Kass, L. R. and J. Q. Wilson(1998). The Ethics of Human Cloning, Washington DC: AEI Press.

Klug MG, Soonpaa MH, Koh GY and Field LJ(1996). “Genetically selected cardiomyocytes from differentiating embryonic stem cells form stable intracardiac grafts”. J. Clin. Invest. 1996 ; 98(1) : 216-224.

Krause, Diane S. et al., Multiorgan(2001). “Multi-Lineage Engraftment by a Single Bone Marrow-Derived Stemcell”, Cell 2001 ; 105 : 368-377.

NIH(2001). Ethical Issues in Human Stem Cell Research(Volume I, II).

NIH(2001). Stem Cells: Scientific Progress and Future Research.

National Bioethics Advisory Commission, USA(1997). "Executive Summary," in Cloning Human Beings, Rockville, Md, pp. 1-5, "The Science and Application of Cloning," pp. 13-37, "Ethical Considerations," pp. 61-83.

Reubinoff BE, Pera MF, Fong C-Y, Trounson A and Bongso A(2000). “Embryonic stem cell lines from human blastocysts: somatic differentiation in vitro”. Nature Biotechnology 2000 ; 18 : 399-404.

Roberts, M. A.(1998). Child versus Childmaker: Future Persons and Present Duties in Ethics and the Law, Lanhan: Rowman & Littlefield.

Rodney L. Rietze, Helen Valcanis S, Gordon F. Brooker, Tim Thomas, Anne K. Voss & Perry F. Bartlett(2001). “Purification of a pluripotent neural stem cell from the adult mouse brain”, Nature 2001 ; 412 : 736-739.

Shamblott MJ, Axelman J, Wang S, Bugg EM, Littlefield JW, Donovan

PJ, Blumenthal PD, Huggins GR and Gearhart JD(1998). “Derivation of pluripotent stem cells from cultured human primordial germ cells”. Proc. Natl. Acad. Sci. 1998 ; 95(23) : 13726-13731.

Stice SL, Robl JM, Ponce de Leon FA, Jerry J, Golueke PG, Cibelli JB and Kane JJ(1998). “Cloning: New breakthroughs leading to commercial opportunities”. Theriogenology 1998 ; 49 : 129-138.

Thomson JA, Itskovitz-Eldor J, Shapiro SS, Waknitz MA, Swiergiel JJ, Marshall VS and Jones JM(1998). “Embryonic stem cell lines derived from human blastocysts”. Science 1998 ; 282(5391) : 1145-1147.

Wakayama T, Perry AC, Zuccotti M, Johnson KR and Yanagimachi R(1998). “Full-term development of mice from enucleated oocytes injected with cumulus cell nuclei”. Nature 1998 ; 394 : 369-374.

Wells DN, Misica PM, Tervit HR and Vivanco WH(1998). “Adult somatic cell nuclear transfer is used to preserve the last surviving cow of the Enderby Island cattle breed”. Reprod. Fertil. Dev. 1998 ; 10(4) : 369-378.

Wilmut I, Schnieke A, McWhir J, Kind AJ and Cambell KH(1997). “Viable offspring derived from fetal and adult mammalian cells”. Nature 1997 ; 385 : 810-813.

Wilmut, I., A. E. Schnieke, J. McWhir, A. J. Kind and K. H. S. Campbell(1997). "Viable Offspring Derived from Fetal and Adult Mammalian Cells," Nature 385: 810-813.

Wilson, J. Q.(1998). "The Paradox of Cloning," in L. R. Kass and J. Q. Wilson, The Ethics of Human Cloning, Washington DC: AEI Press, pp. 61-74.

Winston, R.(1997). "The Promise of Cloning for Human Medicine," British Medical Journal 314: 913-914.

Ethical Aspects of the Research on the Human Embryo
- Especially on the Human Stem Cell Research -

Hwang, Sang-Ik *

The product of the human stem cell research is expected to treat and prevent the many intractable diseases. Two main sources of the human stem cell research are human embryonic stem cells and adult stem cells. Research on the adult stem cells is ethically desirable, but I think that research on the embryonic stem cells using residual human frozen embryos would be permitted until the adult stem cell research proves to settle down to the scientifically firm position.

* Professor of Seoul National University, M.D., Ph.D.

인간 배아 보호를 위한 법정책에 관한 고찰

이 인 영 *

Ⅰ. 서 론

체외수정의 기술의 발달로 임신에 사용되지 않는 많은 배아(embryo)들이 생겨났고 냉동 기술의 발달로 그 배아들을 그 상태대로 동결보관하고 있다. 체외수정의 성공 또는 새로운 기술개발로 인하여 배아연구로부터 얻을 수 있는 의학적 유용성이 상당수 제시됨에 따라 잉여배아(spare embryo)에 대해 많은 생명과학자들이 관심을 보여 왔다. 하지만 배아를 다루는 연구과정에서 필연적으로 배아가 손상, 파괴되고 폐기될 수 밖에 없다는 사실로 인해서 오랫동안 윤리적인 논쟁들이 제기되어 왔다.[1] 다시 말해 배아는 아무런 손상을 받지 않으면 하나의 생명체로 성장하는 존재이고, 따라서 하나의 인간개체라고 본다면 살아있는 인간과 동일한 생명권을 지닌다고 보아야 하며, 그렇기 때문에 신생아 혹은 성인을 죽이는 것이 허용될 수 없는 것처럼 배아를 가지고 연구하고 폐기하는 것 역시 허용될 수 없다는 점을 지적하는 의견이 상당수 있기 때문이었다.

인간배아연구는 기본적으로 인간배아의 이용을 전제로 하고 있으며, 주로 배아의 내부세포군(inner cell mass)분리－특정부위 세포배양-환자에게 세포이식의 단계를 통해 질병 치료의 전망을 가지고 있는 줄기세포를 이용하기 위해서 연구가 이루어지기 때문에, 최근의 배아에 관한 윤리적 논

* 한림대학교 사회과학대학 법학부

1) Suzanne Holland, Karen Lebacqz, Laurie Zoloth, The Human Embryonic Stem Cell Debate: Science, Ethics, and Public Policy, The MIT Press, 2001.

쟁은 배아줄기세포연구가 인간고통을 감소하고 건강을 증진할 수 있는지 여부에서부터 시작하여 특히 연구과정에서의 배아의 파괴와 폐기가 필연적으로 동반될 수밖에 없다는 사실과 관련해서 배아가 연구목적으로 이용 후 폐기될 수 있는 대상으로 취급해도 되는가, 즉 배아의 생명권 보장의 한계가 어디까지 존재하는지에 대해 집중되어 있다.[2)]

본 연구는 형법상의 보호대상으로서의 인간배아의 개념정의와 도덕적 지위에 대해서 살펴보고, 인간배아를 이용하거나 연구 · 실험하는 경우에 파생될 수 있는 법률적인 쟁점사항들을 지적하고자 한다. 인간배아의 보호를 위한 법정책에 관한 방향성을 모색하고 외국의 인간배아보호와 관련된 관리시스템에 관한 규정들을 살펴보면서, 배아보호를 위해 필요한 최소한의 범위 내에서 금지되어야 할 처벌유형과 그에 관한 외국의 입법례를 검토하고자 한다.

Ⅱ. 법익보호대상으로서의 인간배아의 의의

1. 인간배아의 정의

가. 발생학상의 배아의 정의

인간배아는 난자가 정자에 의하여 수정되면 23쌍의 인간염색체 수를 지닌 단세포 수정란(접합체;zygote)으로부터 시작된다. 접합체는 세포분열을 계속하며 상실배(morula)단계와 6-7일 후 100-200개의 세포로 이뤄진 배반포(blastocyst)단계가 된다. 그 후 14일 시점에 이르면 배반포의 한쪽 끝에 세포더미인 원시선(primitive streak)이 형성되며 이 시점부터 각 세포들이 구체적인 신체기관으로 성장한다. 원시선이 생기는 14일까지의 존재

2) 임종식, 인간배아 실험과 수정후 14일론에 대한 윤리적 검토, 참여연대 인간배아복제 14일론 집중토론회 자료집, 2000. 6. 29, 8면.

를 접합체, 상실배, 배반포로 분류하며, 2주부터 모든 장기가 형성되는 8주까지의 존재는 배아(embryo)로, 8주 이후 장기들이 단순히 양적인 성장을 하는 때의 존재는 태아(fetus)로 분류한다.[3)]

배아의 발달은 크게 두 가지 과정을 수반하는데 세포분열에 의해 세포의 수가 늘어나는 증식(proliferation)과, 배아를 이루는 세포들이 간, 심장 등과 같이 여러 형태의 조직으로 변화하는 분화(differentiation)가 있다. 정자와 난자가 수정된 후 일정시기까지 세포들이 분화되지 않은 상태이기 때문에 각각의 세포는 아직 전능성(totipotency) 즉, 개체를 이루는 모든 형태의 조직으로 분화할 수 있는 능력이 있다.[4)] 배아로부터 전능성을 가진 세포를 얻어 분화를 억제하면서 시험관 내 배양을 계속하면 이 세포들은 전능성은 유지하되 영구히 증식하는 세포로 변하게 되는데 이를 배아줄기세포(embryonic stem cell)라고 한다. 1981년 Evans와 Kaufman, 그리고 Martin에 의해 쥐의 배아줄기세포가 보고된 이래, 다수의 동물에서 유사한 세포주가 연구되었으며 최근에는 인간의 배아줄기세포가 보고된 바 있다. 줄기세포들은 영구적으로 시험관내 배양이 가능할 뿐 아니라 배양조건을 바꾸어주면 분화를 재개하여 혈구, 근육, 신경세포 등 신체를 구성하고 있는 다양한 세포로 발달하게 된다.[5)]

비생식적 복제 또는 치료적 복제(therapeutic cloning)[6)]는 인간의 질병

---

3) National Bioethics Advisory Commission, “Human Stem cell research and Potential for Clinical Application", Ethical issues in Human Stem Cell Research(volume 1), 1999 September, p.10.

4) 심호섭, 배아간세포의 진보, 줄기세포치료의 전망(2000년 대학원 의학과 공통세미나), 아주대학교 대학원 의학과, 자료집, 10면.

5) 배아줄기세포(stem cell)는 인체를 구성하는 210여개의 장기로 발달할 수 있는 인체의 모든 세포라인의 전구체(precursor)이며 조직 재생의 재원(source)이 되는 성질을 가지고 있는 세포이다.

6) 영국의 Human Genetics Advisory Commission(HGAC)와 Human Fertilisation Embryology Authority (HFEA)(1998)의 보고서에 의하면 영국의 인간유전학자문위원회(HGAC)와 인공수정 및 발생에 관한 관할관청(HFEA)에서 정의한 생식적 복제와 치료적 복제의 개념구분이 임의적(arbitrary)이므로, therapeutic cloning 대신에 Therapeutic Use of cell Nucleus Replacement라는 명칭을 사용해야 한다고 주장한다. 왜냐하면 치료복제의 경우에는 핵이 제거된 기증자의 난자에 의도된 난자의 핵물질을 치환하는 방식을 취하기 때문에 일반적인 복제와 같은 개체탄생과 같은 현상이

치료와 연구 및 장기, 세포공급을 위한 목적으로 행해지는 복제방법을 말하며, 의학적 적용을 위하여 줄기세포주(stem cell line)가 발달된 곳에서 가능하다. 즉, 치료적 복제는 한사람에게서 기증된 핵을 난자의 모세포에 치환하여 그 배아를 성장시키는 배아복제(embryo cloning)의 방법을 수반하여 배아의 줄기세포(stem cell)를 추출 · 배양하는 방법을 사용함으로써 장기 및 세포이식에 있어서 가장 큰 문제인 대체장기의 부족과 면역거부반응의 문제점을 극복할 수 있는 연구로서 기대되지만, 아직 인간을 대상으로 한 임상실험에 성공한 사례는 없다.[7]

나. 외국의 입법상의 배아의 정의

발생학상의 배아의 개념이 수정이후 접합체에서부터 8주까지의 존재를 의미하는 데 반해, 규범적으로 배아보호에 관한 규정을 가지고 있는 외국의 입법례에서는 배아(embryo)라 함은 원시선이 출현하기 이전의 14일 미만의 존재로서 자궁에 착상되지 않은 상태로 존재하는 초기배아에 국한하여 지칭한다.[8] 원시선이 출현하기 전까지의 존재로서 초기배아(pre-embryo)를 구분하여 분류하는 이유는 초기배아의 생물학적인 특성 때문인데, 원시선이 출현하기 이전까지의 초기배아의 모든 세포들은 각기 개체로 성장할 수 있는 잠재력을 지니고 있어 예를 들어 8세포기의 모든 세포는 8명의 인간개체로 성장할 수 있는 가능성을 가지고 있지만, 원시선이 출현되는 시점에서부터는 하나의 개체, 하나의 인간으로 성장한다는 생

나타나지 않기 때문이다. John Duddington, "The Legal and Ethics Aspects of Human Cloning- Part one : legal Aspects-", Law & Justice, 1999. Vol. 140, pp.28-29.

7) Thomas B. Okarma, Human Embryonic Stem Cells: A Primer on the Technology and Its Medical Applications, 「The Human Embryonic Stem Cell Debate: Science, Ethics, and Public Policy」, the MIT Press, pp.3-10.

8) 우리나라의 형법해석에서도 태아는 수정된 시점이 아니라 자궁에 착상된 시점부터라고 보기 때문에 수정 이후 늦어도 13일까지의 시점의 존재를 배아라고 할 수 있다. 박상기, 형법각론, 박영사, 2002, 87면; 자궁에 착상되기 이전의 수정란은 낙태죄의 객체가 될 수 없고, 배아복제와 관련하여 문제된다. 오영근, 형법각론, 대명출판사, 2002, 118면.

물학적 특성을 뚜렷하게 지니고 있기 때문이다.[9]

독일의 배아보호법(Embryonenschutzgesetz)의 규정에 의하면 배아는 발육능력이 있는 인간의 수정란으로서 세포핵융합의 시점부터를 말한다(제8조제1항). 즉, 배아는 우선 수정하여 발육능력이 있는 인간의 난자로서 세포핵융합의 시점부터를 말하며, 배아에서 채취된 분화전능성을 가진 세포로서 기타 필요한 전제조건이 있으면 분열하여 개체로서 발달할 수 있는 각각의 것을 말한다. 영국의 인공수정 및 발생에 관한 법률(Human Fertilisation and Embryology Act) 제1조에 의하면 (a) 배아는 수정이 완성된 살아있는 인간의 배아를 의미하며 (b) 배아라 함은 수정 중에 있는 난자를 포함한다. 또 수정은 두 개의 세포접합자가 나타날 때까지 완성되지 않은 것으로 본다. 제3조의 (3) (a)규정에서는 원시선이 출현하기 이후에 배아를 관리하거나 사용하는 것은 허가에 의해서도 할 수 없다고 규정하고 있으며, 위의 3(a)에서 원시선(primitive streak)은 배아가 보관되는 기간으로 계산하지 아니하고 생식체가 혼합된 날로부터 14일이 경과하기 전에 배아에 나타나는 것이라고 (4)항에서 다시 개념정의하고 있다. 일본의 인간에 관한 복제기술 등의 규제에 관한 법률에서의 배아의 정의는 하나의 세포(생식 세포를 제외한다) 또는 세포군이며, 그 자체로 인간 또는 동물의 태내에 있어서 발생 과정을 거친 것으로서, 하나의 개체로 성장할 가능성이 있는 것 중에, 태반 형성 개시 전의 것을 말한다.(제2조 제1호)[10] 이 법안은 배아와 구분되는 개념으로 태아에 관한 정의를 행하고 있는데, 태아란 인간 또는 동물의 태내에 있는 세포군으로 그 자체로 인간 또는 동물의 태내에 있어서 발생 과정을 거친 것으로서, 하나의 개체로 성장할 가능성이 있는 것 중에, 태반 형성 개시후의 것을 말하고, 태반 그 외의

9) 원시선(primitive streak)은 배아가 분화하기 위해 배아의 머리와 꼬리뿐 아니라 좌우 방향을 나타내는 척추가 형성되는 것을 의미한다. 발생학적으로 원시선이 생기는 시기는 13-14일미만으로 이 전의 초기 배아는 몇 명의 인간개체로 성장할지 결정되지 않은 상태로서 세포간의 상호작용이 이루어지지 않으며, 원시선이 출현된 이후에 비로소 인체의 근본이 되는 척추 및 신체기관이 형성된다.

10) 일본의 인간배아줄기세포의 수립 및 사용에 관한 지침에 의하면 인간배아라 함은 사람의 배아(사람으로서의 유전정보를 소유한 배아를 포함)를 말한다고 규정하고 있다(제1조 2항).

그 부속물을 포함하는 것으로 한다.(제2조 제7호)

2. 인간배아의 도덕적 지위에 관한 논의

인간배아의 지위에 관한 논쟁 중에는 도덕적으로 성인 인간존재와 동등하다는 견해와 이와는 대립적으로 인간배아가 특별한 도덕적 지위를 갖지 않으며, 그 소유자인 어버이의 뜻에 따라 언제나 과학적 실험에나 사용될 수 있는 유용한 물건에 지나지 않는다는 견해와 이 양 극단 사이의 어느 중간 입장을 취하는 견해로 구분할 수 있다. 이를 자세히 언급하면 다음과 같다.

첫째, 완전한 인간(Full Personhood)으로서의 지위를 주장하는 입장으로서 배아는 수정 시점부터의 생명체를 인간으로 봐야 한다는 「수정론(受精論)」으로서 인간배아는 그 창출 순간부터 완전한 인간의 지위가 부여된다고 한다.[11] 가톨릭의 공식적인 입장이며[12], 성인인간과 동일하게 취급되어야 할 정도로 인위적으로 이에 대한 손상, 폐기를 허용할 수 없다고 한다.[13]

---

11) 인간은 수정된 순간(접합체)부터 하나의 완전한 인간 개체로서 존재해왔다. 수정란→전배아→배아→태아→아기→현재의 나에 이르기까지 인간은 유전적 동일성(연속성)을 유지한다. 그렇기 때문에 지금 생존해있는 사람을 연구 및 치료 목적으로 죽이는 것이 허용될 수 없다면 같은 목적으로 배아, 배아를 죽이는 것 역시 허용될 수 없다는 입장이다. National Bioethics Advisory Commission, "Ethical issues in Human Stem Cell Research", Ethical issues in Human Stem Cell Research(Vol.1), 1999, p.56.

12) 교황 바울 2세는 1995년에 발표한 교서 「생명의 복음」에서 "난자가 수정된 순간부터 생명은 시작되었고, 그것은 아버지나 어머니의 것도 아닌 자신의 생명력을 지닌 한 새로운 인간의 생명이다. 따라서 인간은 수태의 순간부터 한 개체로서 존중되고 정중히 다루어져야 한다(The human being is to be respected and treated as a person from the moment of conception)"라고 선언한 바 있다. Pope John II, The Grospel of Life, 1995. p.109.

13) 프랑스의 경우 인체존중에 관한 1994. 7. 29. 법률 제94-653호의 제1장 제2조에 의하면 민법 제16조에 다음 문언을 삽입하고 있는데, "이 법률은 인간의 우월성을 보장하고 그 존엄에 대한 모든 침해를 금지하며, 아울러 그 생명의 시작부터 존중할 것을 보장한다"고 규정하고 있다. 우리나라의 경우에도 2001년 5월 18일에 발표된 천주교 · 기독교의 인간복제에 대한 공동선언문의 내용을 살펴보면 수정과 동시에 인간의 생명이 시작되며, 14일 이전의 배아 역시 인간생명체이기에 인간복제실험 및 인간배

둘째, 공여자의 재산권의 대상 (Property of Progenitors)이라는 입장으로, 인간배아는 단순히 세포의 덩어리(bunch of cells)로서 어떠한 도덕적 주의를 기울일 필요가 없다는 입장이다. 그러므로 배아는 부모의 소유물로서 그들의 동의여하에 따라 과학적 실험도 충분히 가능하다고 본다.

셋째, 인간배아는 '잠재적 인간존재'(a potential human being)로서의 특수한 지위 즉, 점진적 도덕적 지위(Gradual Moral Status)를 지닌다고 본다. 이는 14일 이후에야 배아는 원시선이 생기면서 인체의 근본이 되는 척추가 형성되며 각종 신체기관이 형성되기 시작하므로 14일 이전까지 수정란은 인간으로 볼 수 없다는 입장이다. 따라서 인간배아는 세포분열의 단계에서부터 그 성장잠재성으로부터 도덕적 지위(moral status)를 얻게 되며[14], 초기 단계의 배아의 경우 그것에 대한 연구로부터 얻는 잠재적 이익을 배아에 대한 존중과 비교하여 평가할 수 있다고 한다. 이는 영국의 the Warnock Report(1984)에서의 접근방법이며[15], 오늘날 대다수의 국가에서 인간배아가 성장해감에 따라 점진적으로 도덕적 지위를 획득한다는 주장에 바탕을 둔 법정책을 수립하고 있다.[16]

아실험은 인간을 수단화하는 반인륜적 행위라고 선언하고 있다.

14) 잠재성이라는 개념은 인간배아를 존중해야 한다는 도덕적 근거가 되기에는 논거가 부족하다고 하면서 첫 번째로 이미 변화가 진행된 것과 진행 중인 것을 구별해야 한다는 지적을 하면서 죽음으로 진행 중이라고 하여 죽은 것으로 취급되지는 않는다고 한다. 그리고 한 인격체로서의 잠재성(potential of an individual)과 한 인격체가 되는 잠재성(potential to become an individual)이 되는 것을 구별해야 한다는 지적을 하면서 그렇지 않으면 인간배아는 인간의 생식세포인 정자와 난자와 명확하게 구별이 되지 않는다고 주장한다. John Harris, Clones, Genes and Immortality, Oxford University Press, 1998, pp.49-51.

15) The Report of the Committee of Inquiry into Human Fertilization and Embryology(HMSO, London, July 1984)-the Warnock Report, s.11.22, p.66.

16) 김환석, 인간배아연구의 윤리적 쟁점과 국제적인 규제동향, 생명공학연구의 윤리성확보를 위한 기획연구(생명윤리자문위원회 활동보고서), 한국과학기획평가원(생명윤리자문위원회), 2001.10, 478면.

Ⅲ. 인간배아의 이용에 관한 법률적 쟁점사항

1. 인간배아를 이용한 연구의 내재적 한계

연구의 자유는 학문의 자유의 본체인 진리탐구의 자유를 의미한다. 이러한 학문연구에 있어서는 그 어떠한 단체나 세력으로부터 침해받지 아니하고 객관적인 진실을 연구자의 주관에 따라서 탐구할 수 있는 자유이다.[17] 그러므로 많은 수의 생명과학연구자들은 질병치료의 목적으로 하는 배아복제의 연구, 줄기세포연구를 금지하는 입법은 생명과학자의 연구의 자유라는 기본권을 침해한다는 주장을 제시하고 있다. 배아줄기세포연구의 성과가 단순히 사회의 지적 수준을 향상시키는 정도에 머무르는 것이 아니라 구체적으로 현대의학이 난치병으로 보고 있는 당뇨, 자가면역질환, 치매, 파킨슨병 등의 치료에 충분한 가능성을 열어놓고 있으며[18], 줄기세포를 이용하여 심장, 간, 신장, 피부 등의 여러 조직과 장기를 체외에서 제작하여 현재 뇌사자에게만 의존하고 있는 장기이식의 수혜를 많은 환자에게 늘릴 수 있는 의학적 유용성을 실현시킬 수 있다는 점에서 이에 관한 연구의 자유가 규제없이 보호되어야 할 근거가 있다고 설명한다.

한편 헌법 제37조 제2항은 "국민의 모든 자유와 권리는 국가안전보장 · 사회질서 또는 공공복리를 위하여 필요한 경우에 한하여 법률로써 제한할 수 있다"고 규정하고 있어 연구의 자유가 법률에 의한 제한의 대상이 되지만, 그 제한의 정도에 대해서는 다른 기본권과의 접근방법에서의 차이점

17) 성낙인, 헌법학, 법문사, 2001, 367면; 그러나 헌법상의 연구의 자유는 학자의 개인적인 진리추구의 욕구를 충족시켜주기 위한 주관적인 기능만을 가지고 있는 것이 아니라 나아가 사회전체의 지적인 수준을 향상시켜 주는 사회적 기능도 수행하고 있다. 허영, 한국헌법론, 박영사, 1997, 390면.

18) 미국의 NIH의 연구진인 Michell E. Horwiz 박사와 Harry L. Malech 박사에 의해 2001년 3월 23일 새로운 골수이식방법을 이용하여 면역적으로 일치하는 줄기세포를 유전적으로 면역이상환자인 만성육종질환자에게 성공적으로 이식한 것을 포함하여 2001년 7월 27일 줄기세포로 태아의 뇌결함을 교정할 수 있다는 연구결과 및 2001. 7월 31일에는 배아줄기세포로 인슐린을 생산하였고, 2001년 8월 1일에는 배아줄기세포로 심장세포배양에 성공하였다는 연구결과가 있다.

이 있다. 즉, 학문의 자유는 그 본질과 기능의 측면을 고려할 때 외부적 간섭과 통제는 연구의 자유의 본질적인 내용을 다치게 할 위험성이 크기 때문에 먼저 그에 대한 제한은 학문내의 자체 통제력에 맡겨두는 것이 가장 바람직하기 때문이다.[19] 따라서 학문의 자유에 대한 외부적인 제한은 학문의 자유가 자체 내의 통제력을 상실하고 공공의 안녕질서에 중대한 위해를 끼칠 명백하고 현존하는 위험이 있는 경우에 한해서 예외적으로만 허용된다고 보는 것이 일반적이다.[20] 즉, 연구자의 배아복제 및 배아줄기세포에 관한 연구나 실험에 대한 외부적 간섭과 법적 규제는 일반인에게 끼칠 위해의 가능성이 명백하다고 판명된 경우에만 한해서 적용될수 있다. 그러나 줄기세포를 추출하는 과정에서 배아의 손상과 파괴는 피할수 없다는 점에서 의학적 유용성이 충분하다는 가능성만으로 연구의 자유가 전적으로 자유로울 수는 없는 것이다. 연구자의 자기책임이라는 자율적 영역 내에서 연구과정에 필연적으로 수반되는 배아보호에 반하는 법익침해의 결과가 명백하고 현존하는 위험으로 구체화되는 형상을 가질 때에는 연구의 자유는 법률의 형식으로 제한할 수 있다.[21]

---

19) 학문의 자유 중에서 본질적인 부분이 연구의 자유이며, 연구의 자유는 진리탐구의 과제 · 방법 · 기간 · 장소 등을 임의로 정해서 시행할 수 있는 자유라는 점을 들어 연구자의 연구대상의 선택이나 연구방법에 대해서는 국가권력이나 그 밖의 사회세력이 간섭하거나 방해할 수 없다고 본다. 대법원 판례에 의하면 “학문의 연구가 기존의 사상이나 가치에 대하여 의문을 제기하고 비판을 가함으로써 이를 개선하거나 새로운 것을 창조하려는 노력이므로 이 연구자료가 사회에서 현재 받아들여지고 있는 기존의 사상 및 가치체계와 상반되거나 저촉된다고 하여도 용인되어야 할 것이다”라고 판시하고 있다. 대법원 1982. 5. 25 선고, 82도716판결.

20) 미국의 경우 연구의 목적이나 주제의 선택의 제한은 표현의 자유에 있어서 내용에 관한 규제에 해당하며, 이 내용을 규제하는 입법이 장래 제정된다고 하여도 그 합헌성은 극히 엄격한 명백하고도 현존하는 위험테스트에 의해서 심사되어야 한다고 한다.

21) 독일의 경우도 Hessen 주 내의 대학연구소의 연구자의 보고의무사례[1]에서 연방헌법재판소는 먼저 학문의 자유라고 하는 것은 과학적 지식의 획득과 소개의 과정에서 어떠한 국가적 개입을 배제하는 권리라고 판시한 후 그렇지만 학문의 자유라고 하는 것도 무한정한 것은 아니고 연구자가 시도하고 있는 행위가 시민의 생명·건강·재산을 고려하지 않는 것은 허용되지 않는다고 판시하였다. 즉, 학문의 자유에 대한 제약은 헌법자체의 다른 조항들 예를 들면 생명권의 보장 등에서 도출되는 것이며, 학문의 자유와 다른 헌법상 보장되는 법익과의 충돌은 가치체계의 통일을 고려하여 헌법해석에 의해 해결되지 않으면 안되며, 이 경우 학문의 자유가 당연히 우위를 가지는 것은 아니라고 판시하였다. 정연철, “유전공학에 대한 헌법학적 연구”, 「동의법정」 제11집

2. 환자의 권익보호와의 법익 충돌의 문제

배아줄기세포연구를 규제하고자 하는 주장의 배경에는 연구대상이 단지 인간배아라는 사실만 지나치게 강조되었고, 이 연구가 난치병치료 및 국민건강을 향상시키는데 매우 중요한 기반기술이라는 사실을 간과한 측면이 있으며 이로 인해 특히 불치병에 시달리는 수많은 인류의 고통해결 즉, 환자의 권익 및 생명에 관련되어 있음을 이해하지 못한다고 지적하고 있다. 배아 보호와 환자의 생명보호라는 법익이 충돌되는 상황이라는 지적이다. 헌법 제36조 제3항의 보건권과 건강권에 관한 규정은 국가가 건강하고 위생적인 생활환경을 조성함으로써 모든 국민이 가정과 사회에서 질병의 노예가 되지 않고 행복을 추구할 수 있도록 적극적인 보건정책을 펴나갈 적극적 의무를 수반하는 규정이라고 해석하고 있다. 즉, 국가의 적극적 건강보호의무는 예를 들어 전염병예방법에서의 환자격리조치, 오염지역소독 및 모자보건법상의 영유아의 건강관리에 대한 필요한 조치의무, 임산부의 안전분만과 건강을 위한 협조의무 등에서 찾아볼 수 있으며, 난치병환자들에 대한 건강배려책무라는 관점에서 배아연구의 자유 및 그 산출물을 통한 질병치료의 가능성을 국가가 정책적으로 확보해야 할 필요가 있다는 주장이다.

법익과 법익이 충돌하는 이 분야에서 법익형량을 위한 변수는 다양하다. 향후 거둘 수 있는 배아줄기세포연구의 성과가 아직은 가설로 남아있으며, 구체적인 임상결과를 가지고 있는 것은 아니라는 사실이 법익형량의 중요한 변수로 작용할 수도 있으며, 불확실성을 수반하는 생명과학의 발전은 기대만으로 과대평가하거나 드러난 실증자료가 없다고 과소평가할 수는 없다는 예로서 과거 위험한 첨단의학기술로 평가되던 단계에서 이제는 보편적 의학기술로 평가받고 있는 체외수정에 의한 시험관아기의 출생사례를 들고 나온다면 불확실성이 오히려 긍정적인 변수가 작용할 수 있다. 그렇기 때문에 양자의 법익이 충돌될 때 국가가 무엇을 우선순위로 보호하여야 할 것인지는 가치결정의 단계로서 장기간의 공론화과정의 수순을

(1995. 2), 20-21면.

거쳐야 하며, 종국에는 무엇에 우선순위를 두느냐에 따라 오늘날 어떤 가치와 이익을 얻을 수 있는지에 대한 논의보다 결과적으로 어떤 가치를 잃을 수 있으며, 그것이 잃어버렸을 때 그 파급효과 및 다시 회복할 수 있는 성격의 가치인지여부를 중심으로 충돌하는 법익사이의 갈등해결을 시도하여야 할 것으로 본다.

3. 법익형량의 주요변수로서의 생명권보호과 배아보호

앞에서 연구의 자유와 환자의 생명·권익보호에 대한 논의 중에서 결론적으로 도출되는 것은 그 대상으로서의 배아의 법적 지위에 대한 규범적 가치평가이다. 특히 배아줄기세포연구의 경우 연구자가 배아의 소유권자인 당사자에게 동의를 얻었다면 형법체계 내에서 그에 대한 침해를 허용할 수 있는가?라는 물음은 배아의 생명권을 당사자의 동의에 의해 처분가능한 법익으로 평가하거나 양도가 가능한 인체의 산출물로 평가하여 인간개체 또는 태아와 달리 취급할 수 있는지에 대한 물음과 동일선상에 있다. 즉 배아의 이용과 연구의 규제에 대한 법정책은 결국 법익형량의 주요변수로 생명권의 규범적 보호범위 내에 배아를 포함시키느냐 여부에 따라 상당한 차이를 가질 수 있다.

우선 인간생존의 가장 기초가 되는 생명에 관한 권리[22]를 부인하면서 인간의 존엄성을 논할 수 없고, 생명권이 인정되지 않는 경우에는 신체의 자유를 비롯한 기타의 기본권 보장은 실질적으로 무의미하기 때문에 헌법질서 내에서 생명권은 명문 규정의 유무에 관계없이 헌법상의 기본권으로 인정하고 있다.[23] 그런데 인간의 생명의 시작을 어떠한 시점에서 볼 것이냐에

22) 생명권은 인간이 태어나면서 사망에 이르기까지 누리는 인간의 기본적인 권리이다. 이와 같은 점에서 생명권은 다른 여타의 권리에 우선하는 기본권이라고 할 수 있다. 독일 기본법제2조 제2항은 "누구든지 생명과 신체를 훼손당하지 아니할 권리를 가진다"라고 하여 생명권을 명시적으로 규정하고 있다. 우리나라 현행 헌법에는 명시적 규정은 없지만 생명권은 신체의 완전성 및 신체활동의 임의성을 보장하는 신체의 자유의 당연한 전제일 뿐 아니라, 인간의 존엄성을 그 가치적 핵으로 하는 우리나라 기본질서의 논리적 기초라고 본다.

23) 생명권을 헌법상의 권리로 인정하는 가장 큰 의의는 인간생명은 어떠한 경우에도 국

대해서는 두 가지 견해가 대립되고 있다. 수정시설에 의하면 생명의 시기는 수정될 때부터 이미 시작되었다는 입장이며, 생식세포가 수정하는 순간에 이미 유전적 프로그램이 존재할 뿐만 아니라 이후의 발육에 필요한 모든 것을 포함하고 있다고 한다. 이에 반해 착상시설은 수정란을 신체에서 분리된 체외조직의 하나로 이해하는 입장이며, 수정란이 자궁에 착상하지 못할 경우 생존할 수 없고, 착상에 의하여 비로소 생물학적 개별화가 시작되고, 착상에 이르기까지 높은 자연적 사망률에 비추어 본다면 착상한 시점을 기준으로 생명의 보호가 시작된다고 한다.[24] 대법원은 "잉태된 때"로부터 생명이 시작된다고 보고 있으며, 이때의 잉태된 때란 자궁착상시를 말한다.[25] 이와 같이 우리나라의 형법의 해석에 의하면 수정 후 착상 이전의 약 13일간의 초기 배아를 보호하는 규정을 찾아볼 수는 없다.[26] 독일 연방헌법재판소는 생명의 기원을 수태 후 14일이 지난 태아부터이며, 수태후 14일이 지난 태아부터 사망시까지 인간은 생명권을 가지며, 이러한 생명에는 법적으로 등가성이 인정된다고 한다.[27] 최근 독일의 생명윤리학자 사스(Hans-Martin Saas)는 뇌사에 대비해서 뇌의 활동이 시작되는 시점을 생명의 시작이라고 주장하여, 뇌사를 생명의 종료로 받아들인다면 뇌의 활동이 시작되는 시점을 생명이 시작되는 시점으로 보아야 한다고 주장한다.[28]

인간 생명의 시작의 논의는 법익형량의 중요한 변수이지만 사실론적 차원에서 측정할 수 있는 성질의 것이 아니기 때문에 법과 윤리의 영역에서

가목적의 단순한 수단일 수 없다는 점을 분명히 밝히는데 있다. 즉, 생명권이 보호되는 헌법질서 내에서는 이른바 '보호가치 없는 생명', '생존가치가 없는 생명'이라는 개념이 국가정책결정을 유도하는 동기로 작용할 수는 없다. 허영, 앞의 책, 334-335면.

24) 이재상, 형법각론, 박영사, 1999, 86면.

25) 대법원 1985.6.11 선고, 84도1958 판결.

26) 우리나라의 경우에도 낙태죄의 행위객체인 태아를 언제부터로 볼 것인가에 대해서는 수정된 때가 아니라 수정란이 초기 배아단계를 지나 자궁점막에 착상한 때라고 보는 것이 통설적인 입장이다. 따라서 예외적인 경우이긴 하지만 수정 후 13일이 지났더라도 착상되기 전의 초기배아는 낙태죄의 행위객체인 태아가 될 수 없고, 수정 후 13일 전이라도 일단 착상된 배아는 낙태죄의 행위객체인 태아가 된다.

27) 독일연방헌법재판소의 견해에 따르면 헌법상의 생명보호는 양친 전능세포의 염색체가 결합하는 시점 즉 수정에서부터 시작한다고 한다. BVerfGE 39, 1(37).

28) 피터 싱어, "인간의 생명은 언제 시작되는가", 「생명의료윤리」, 동녘, 1999, 89면.

의 규범적 가치결정의 문제로 다시 되돌아간다. 우선 인간배아가 인간의 잠재성을 갖고 있음을 부인할 수는 없지만, 이를 이유로 초기배아의 생명을 완전히 인간과 동등한 존재로서 지위를 부여할 수는 없다. 그렇기 때문에 기본적으로 초기 배아 특히 여분의 정해진 보존기간을 넘긴 없어지게 될 배아의 경우에도 결코 희생되어서는 안될 그 무엇이라고 평가할 수는 없다. 즉, 사회적·윤리적으로 정당화된 목적을 위하여 제한된 범위에 국한해서 배아연구를 허용하자는 접근방법이다.[29] 최근 과학기술부의 생명윤리자문위원회에서 작성한 생명윤리기본법의 기본골격과 보건복지부가 제시한 생명과학보건안전윤리법안에서 배아줄기세포연구를 허용한 것도 이에 근거한 것으로 볼 수 있다.[30]

그러나 비록 착상이전의 초기배아 잉여배아를 이용할 수 있다고 하더라도 전적으로 연구자의 임의적으로 처분가능한 연구 내지 실험의 대상이 될 수는 없다. 왜냐하면 만약 잠재적 생명권인 수정란에 대한 존중과 보호가 무시된다면 무분별한 인위적인 수정란 조작으로 인한 인간의 존엄성침해를 피할 수 없게 되며, 또한 수정란을 통한 유전자 조작 또는 복제실험을 아무런 규제없이 방치할 경우 인간의 존엄과 가치가 실제적인 위험에 노출되어 인류의 존립이 위태롭게 될 수 있다는 우려 때문이다. 잠재적인 생명에 대한 가치와 이념이 제대로 보호받거나 존중되지 않는 사회에서는 살아있는 인간 역시 제대로 보호받지 못한다는 위기감이 이러한 우려를 더욱 더 부채질하고 있는 것이다. 인간의 존엄과 가치의 개념을 자연적인 인간의 문제가 아닌 구체적으로 사회에서 실존하는 인류라는 인간 種으로서의 보편적 인간의 문제로 접근한다면 배아에 대한 보호가치가 충분히 유도될 수 있다고 본다. 생명보호를 위한 형법적 조치가 최후수단성이라는

29) 합리적인 접근방법은 인간생명에 대한 전적인 개입(everything works)도 전적인 비개입(nothing works)도 아닌 선별적인 개입(something works)의 사고논리이다. 김일수, 이석배, 착상이전단계에서 배아생명보호, 형사법연구, 제16호 특집호(2001 겨울), 35면.

30) 생명윤리자문위원회에서 제안한 생명윤리기본법안의 기본골격에는 불임치료 목적으로 체외수정 방법을 통해 얻어진 인간배아는 보호되어야 한다고 규정하고 있으며, 폐기될 동결보관 배아를 이용하는 연구는 한시적으로 허용한다고 밝히고 있다. 생명공학연구의 윤리성확보를 위한 기획연구(생명윤리자문위원회 활동보고서), 한국과학기획평가원(생명윤리자문위원회), 2001.10, 2면.

법치국가적 한계를 넘어서는 안되지만 이와 관련해서 생명권의 보장이 역시 너무 과소한 형법적 조치에 의해서 침해될 수 있음을 간과해서는 안된다.[31] 그러므로 배아에 대한 연구 및 실험을 허용한다고 하더라도 적어도 원시선이 출현된 시점 즉, 14일 이전의 배아로서 냉동보관된 잉여배아의 경우에만 가능하고, 배아의 생산 및 관리, 연구에의 전용과정이 투명하게 드러나 있어야 하고 승인된 허용연구범위 내에서 자체 윤리위원회의 심사과정을 거쳐야 한다는 엄격한 통제 속의 허용논리는 잠재적 생명권의 주체로서의 배아에 존중과 함께 더 나아가 인간의 존엄과 가치존중에 대한 본질적인 물음을 고려한 정책적 제안으로 볼 수 있다.

Ⅳ. 인간배아보호를 위한 법정책의 수립

1. 인간배아보호를 위한 규제방안

인간배아를 보호하기 위한 법정책의 방안으로는 다양한 방법들이 단일 또는 중복적으로 선택될 수 있다. 가장 경미한 규제방법으로 연구자에 대한 자율적 규제방식은 연구자의 자율성을 충분히 보장하면서 연구자 이외에는 잘 알 수 없는 전문영역에 대한 잘못된 법적 규제를 피할 수 있는 방식으로서의 장점을 가지고 있다. 그러나 자율적 규제는 그 침해되는 행위의 성격과 관련해서 그리고 사회가치체계의 관리가능한 범위 내에서만이 제한적으로 적용될 수 있을 뿐이라는 논의가 있으며, 배아복제를 통해 인간개체복제의 결과를 가져오는 경우에는 그 실효성을 담보하기는 어렵다. 그렇기 때문에 법적 규제의 필요성은 항상 제기되고 있으며, 혹시 발생할 수 있는 연구의 부작용을 최소화하고 연구자로 하여금 자신의 연구활동이 적법한 것이라는 법적 확신을 주기 때문에 일부 생명과학자들 중에는 법적 규제방식을 선호하기도 한다.

---

31) 김일수, 이석배, 앞의 논문, 20면.

그런데 법적 규제의 방안 중에는 행정법적 수단에 의한 규제를 들 수 있으며, 가장 현실적이고 적절한 법적 수단이 될 수 있다는 지적이 있다.[32] 배아보호를 위해 형사제재가 필요하다고 주장하는 견해에서도 행정적 규제가 관리체계의 전제조건으로서 중요한 의미가 있음을 인정하고 있다. 배아줄기세포연구로부터 발생할 수 있는 위험성과 부작용을 예방하고 방지하는 데에 기본 목적이 있다면 연구의 절차와 결과에 대한 규제, 그리고 실험실의 안전 등에 대한 사전 신고와 검사, 보고의무 이행 등을 통하여 그와 같은 목적을 상당부분 달성할 수 있으며, 연구기금의 지원·조달을 금지하거나[33] 연구실의 허가취소, 폐쇄 등을 통하여 규제가 가능하다고 볼 수 있기 때문이다. 그러나 배아줄기세포의 무분별한 남용과 부정이용 등의 연구가 실제 행해진 이후의 결과는 배아의 손상·폐기, 더 나아가 복제인간의 탄생과 같은 되돌릴 수 없을 정도의 부작용을 안고 있다는 점에서 사후규제적인 행정처분만으로 이를 금지하기에는 어느 정도 한계가 있다.

그 다음으로 고려할 수 있는 규제방안은 형법적 수단에 의한 규제이다. 형법적 규제는 항상 일정한 금지행위의 유형과 처벌규정을 수반하기 때문에 위에서 언급한 자율적 규제, 행정법적 규제수단으로 그 규제효과를 볼 수 없고, 법익이 침해의 위험에 노출되어 있고, 그 법익이 보호할 만한 가치가 있을 때 최소한의 범위에 그쳐야 한다. 생명과학기술사회에서의 금지되는 범죄유형은 환경범죄나 경제범죄에서 발생하는 추상적인 위험성에 대한 통제라는 기준과 동일하게 적용되는 것으로[34] 그 정당화의 근거로서

---

32) 정규원 교수는 배아줄기세포의 연구에서 연구자의 자율에 맡기거나 행정법적 수단에 의하여 연구의 방식과 연구시설 등을 규율하는 것은 인간의 존엄과 가치 및 학문의 자유라는 헌법상의 두 원칙을 모두 충족할 수 있는 방식으로 생각된다고 주장하였다. 정규원, 체세포핵치환에 의한 인간배아복제에 대한 법적 고찰, 인간배아복제, 14일론 집중토론회 자료집, 참여연대 시민과학센터, 2000. 6. 29, 31면.

33) 미국의 경우 민간부문과 공공부문으로 이원화되어 있다. 민간부문의 경우 몇몇 주에서 배아연구를 규제하는 법이 있을 뿐 사실상 자유로운 연구가 가능하다. 그러나 공공부문의 경우 인간배아를 파기, 유기하거나 고의적으로 위해를 가하는 연구에 대해 연방정부의 자금을 지원할 수 없다는 업무지침을 가지고 있었다. National Bioethics Advisory Commission, “Ethical issues in Human Stem Cell Research", Ethical issues in Human Stem Cell Research(Vol 1), 1999, pp. 33-35.

34) 생명과학사회에서의 새로운 대응방식은 예방적 형법관으로 장래에 나타날 수 있는 위

인류라는 인간종으로서의 보편적 인간의 존엄성을 침해하는 행위를 규제하는 동시에 인류의 공존의 근원인 생명존중에 대한 가치를 위반하는 행위를 규제하는 유형에 국한하여 접근해야 할 것이다.[35]

2. 인간배아보호를 위한 전제조건으로서 관리시스템 구축의 법정책

법제화를 통해 모색할 수 있는 유형으로 외국의 입법례에서 찾아볼 수 있는 관리시스템의 주요 내용은 크게 기관심사위원회에 의한 심사, 행정부의 관리지침에 의한 규제, 큰 틀의 합의점으로 생명윤리위원회에 의한 규제 등을 들 수 있다.

가. 윤리위원회, 기관심사위원회의 연구심사에 의한 규제

세계주요 국가들의 생명안전윤리위원회는 사람을 대상으로 하는 생명과학 또는 생명공학 연구에 있어 그 연구대상들을 보호하려는 목적에서 만들어지기 시작하였다. 이러한 연구 대상들을 보호하기 위한 노력들은 1946년 Nuremberg 군사재판의 Nuremberg Code에서 처음 시작되었으며, 이는 그 이후 1964년 헬싱키 선언(Declaration of Helsinki)의 기초를 형성하였다. 이 선언의 주요 내용은 연구대상 개인에 대한 이익이 사회와 과학의 이익보다 항상 우선해야 한다는 내용을 담고 있다.[36] 인간을 대상으로 하

험인자들을 예방하는 방법과 가능하게 예측되는 위험행위를 사전에 금지하는 것으로 해석하는 추상적 위험범의 확대해석, 그리고 객관적 귀속의 이완을 통한 새로운 인과관계의 확장 등이었다. 신동일, 인간복제의 금지필요성과 제한적 허용연구, 한국형사정책연구원, 2001, 69면.

35) 인간복제에 대한 논의과정에서 인간의 개념에서 복제되고 복제하는 개인의 존엄성 뿐만 아니라 인류라는 인간 種으로서의 보편적 인간의 존엄성을 생각해야 한다. 한 개인이 복제됨으로써 단순히 그의 존엄성이 훼손되는 데 그치는 것이 아니라, 인간종의 정체성과 존속자체에 영향을 미칠 수도 있으며, 동종의 인간들이 인류의 존엄성 자체가 훼손되고 있음을 느낄 수도 있다고 한다. 이러한 논리의 접근은 인간배아의 손상 · 폐기하는 행위는 동일하게 인간 종의 정체성과 존속자체를 훼손하는 행위로 개념지울 수 있다. 윤용택, 인간존엄성의 측면에서 본 인간복제기술의 문제-체세포핵치환기술을 이용한 인간복제를 중심으로, 「대동철학」, 대동철학회 논문집 제4집, 1999.6, 13면.

는 연구에 대한 윤리적 관심은 각 나라의 연구심사과정에 있어 윤리위원회의 도입을 촉진시고, 그 결과 대부분의 국가에서 특색있는 윤리위원회를 구성하도록 하였다.

1) 미국의 기관심사위원회(Institutional Review Board)

미국의 경우 1930년대 테스터지 매독연구를 비롯한 인간을 대상으로 하는 연구실험들이 1970년대 초 미 의회에서 폭로되면서 이에 대한 경각심을 불러 일으켰고 이에 따라 1974년 인간을 대상으로 하는 연방지원연구를 시행하는 기관은 각각 기관심사위원회(Institutional Review Board)를 설립하도록 하는 국가연구법(National Research Act)이 도입되었다. 이러한 기관내 모든 연구 프로토콜의 윤리적 요소를 검토하고 심사하도록 요구되었다. 따라서 연방정책이 적용되는 부서와 관청의 지원을 받는, 인간을 대상으로 하는 연구에 참여하고 있는 연구기관은 연구를 심사하고 인가하기 위한 IRB를 설립해야 한다.[37]

미국의 경우 인간연구대상의 보호를 위하여 어느 정도 공통된 IRB에 대한 연방정책(Federal Police)을 제시하고 있고, 보건부(Department of Health and Human Service)도 이와 동일한 정책을 채택하고 있다.[38]

2) 영국의 연구윤리위원회와 허가위원회

영국의 연구윤리위원회(Research Ethics Committee; REC)는 보건부

36) 헬싱키선언은 세계의과학단체협의회(Council for International Organization of Medical Science; CIOMS)에 의해서도 채택되어 국제적으로 연구행위에 있어 높은 윤리적 기준이 장려되는데 영향을 주었다.

37) Code of Federal Regulation, 21, Food and Drugs, Part 56, revised at 1 April, 1992.

38) 연방정책은 기관에 의해 공통적으로 수행되는 연구활동에 대한 충분한 심사를 촉진하기 위해 IRB에는 다양한 배경을 가진 5명 이상의 위원을 포함해야 한다고 명시하고 있다. 자세한 내용은 생명과학관련 국민보건안전·윤리확보를 위한 정책개발 및 인프라 구축방안연구, 한국보건사회연구원(http://ohrp.osophs.dhhs.gov/irbasur.htm) 정책보고서, 2001-09, 377-383면.

(NIH)내에 설치되어 있으며, 각 지역마다 운영되고 있다. 연구윤리위원회는 신청된 연구심사를 일정한 윤리기준에 따라 검토하여 자문을 행하는 기구이다. 배아줄기세포연구에 대한 연구프로토콜은 해당 지역의 연구윤리위원회의 검토를 마쳐야 하며, 또한 인간수정 및 발생에 관한 관할관청인 HFEA의 허가위원회회(licence committee)도 거쳐야 한다.[39] 인간수정 및 발생에 관한 법률규정(Human Fertilization and Embryology Act)에 의하면 시험관에서 배아를 생산하는 행위, 배아를 보관 또는 이용하는 행위를 허가하기 위해서는 HFEA에 의해서 그 연구가 불임치료의 발전에 기여하거나 유전질환의 원인이나 유산의 원인을 규명함에 유익하거나 또는 보다 효과적인 피임방법 또는 착상 전 배아의 유전자 또는 염색체 이상을 발견하는데 보다 효과적인 방법을 찾기 위한 목적 등에 필요하거나 부합해야 한다고 규정하고 있다.[40]

3) 일본의 윤리심사위원회

일본의 "사람의 ES(배아줄기)세포의 수립에 관한 지침"에서 배아줄기세포의 수립기관에는 반드시 윤리심사위원회를 설치하도록 하고 있다. 윤리심사위원회에서는 배아줄기세포의 수립계획에 대해서 본 지침에 입각하여 그 과학적 타당성 및 윤리적 타당성에 대해서 종합적인 심사를 행하여 그 適否, 유의사항, 개선사항 등에 대해서 수립기관의 장에게 의견을 제출함과 동시에 해당심사 과정의 기록을 작성하고 이것을 보관하도록 한다. 그리고 수립의 진행상황 및 결과에 대해서 보고를 받고 필요에 응해서 조사를 행하여 그 유의사항, 개선사항 등에 대해서 수립기관의 장에게 의견을 제출하도록 하고 있다.

---

39) The Fifth Code of Practice of HFEA.

40) 새로운 배아연구규정(New embryo research regulations)이 2001년 1월 31일부터 효력을 가졌는데, 그 내용은 배아발달에 대한 지식을 증진시키는 연구, 중증질환에 대한 지식을 증진시키는 연구, 중증질환의 치료법을 개발하는 지식을 증진시키기 위한 연구에는 인간배아를 이용할 수 있도록 하고 있다.

나. 행정부의 관리지침에 의한 규제

1) 미국의 NIH의 관리지침

1980년대 초 레이건 행정부의 결정 이후 미국에서는 연방정부의 자금이 인간배아 연구에 지원되지 않았다. 하지만 배아줄기세포는 인간개체가 될 수 있는 배아와 구별된다는 근거에서, 연방정부가 줄기세포연구 지원을 허용하도록 한 국립보건원(NIH) 지침이 2000년 8월 25일에 완성되어 발효되었다.[41] 이 지침은 인간배아를 창출하거나 파괴하는 연구에는 연방정부의 자금을 지원하지 않는다는 기존의 원칙을 유지하면서, 의학적으로 유용성이 막대한 배아줄기세포 연구에는 연방자금을 지원하려는 고육책이라고 볼 수 있다.[42] 주목해야 할 점은 이 때 사용할 수 있는 줄기세포의 출처는, 연구목적으로 창출되었거나 배아복제(SCNT)를 이용하여 만들어진 배아는 금지하고 오직 불임치료용으로 보관중인 잉여배아 그리고 사망한 태아의 조직만 허용하였다는 점이다. 2001년 8월 9일 부시정부의 결정에 의하면 배아공여자의 자발적인 동의가 있고, 생식을 목적으로 생산된 잉여배아를 연구대상으로 하여 공여자에게 어떠한 경제적 이익도 주지 않는 배아로부터 추출된 현존하는 60여개의 줄기세포주에 대해서만 연방자금을 지원한다고 규정하고 있다. 한편 인간배아취급기관의 시설기준 등에 대해서는 각 주마다 배아연구의 필요한 시설에 대한 가이드라인을 제시하고 있으며, 그 구체적인 관리요건은 각 주마다 차이가 있다.[43]

---

41) 이 지침에서도 1)인간배아에서 줄기세포를 추출하는 연구, 2)줄기세포를 활용하여 인간배아를 창출하도록 하는 연구, 3)불임치료가 아니라 연구목적으로 창출된 인간배아에서 추출된 줄기세포를 활용하는 연구, 4)배아복제(SCNT)를 이용하여 줄기세포를 추출하는 연구, 5)배아복제(SCNT)를 이용하여 추출된 줄기세포를 활용하는 연구, 6)인간의 줄기세포를 동물의 배아와 결합하는 연구, 7)인간의 생식용 복제를 목적으로 줄기세포를 배아복제(SCNT)와 결합시켜 사용하는 연구의 경우에는 연방자금의 지원을 금지하고 있다.

42) 연방자금의 지원을 받는 과학자들은 배아줄기세포를 직접 만들 수는 없고 민간자금 지원으로 만들어진 줄기세포를 넘겨 받아야만 연구를 할 수 있다는 것이다. 하지만 이것은 반대자들에 의해 도덕적으로 의미없는 책임 모면일 뿐이라고 비난을 받고 있다.

43) 예를 들어 뉴욕주의 경우 체외수정연구실과 일반연구실의 격리는 일반적인 권장사항이

2) 영국의 HEFA 지침

영국의 인간 수정 및 배아학 관청(The Human Fertilisation and Embryology Authority, 이하 HFEA)의 주된 업무는 체외에서의 인간 배아를 창출하거나 보관 · 이용하는 연구, 그리고 인간의 난자와 정자의 저장 및 공여에 대하여 '허가'하고, '규제'하는 것이다.[44] 즉 체외수정 및 배아이식(in vitro fertilization and embryo transfer; 이하 IVF), 제3자 인공수정(Donor insemination; 이하 DI), 난자 및 정자, 또는 배아의 저장을 다루는 영국 내 모든 의료기관을 규제하고[45], 진료 및 전문 의료 기준(medical & professional standards)을 제시하며, 이를 정기적으로 관찰, 감시하는 기관이다. 또 HFEA는 각 치료에 대한 자료를 관리하며, 일반 대중들을 위하여 정보를 제공하고, 윤리적으로 문제가 될 수 있는 인간 배아를 이용한 실험을 허가하고 감시한다. 그리고 허가사항을 시행할 수 있도록 시행령(Code of Practice)[46]을 마련하고 있다.

다. 국가윤리위원회에 의한 규제

생명과학의 첨단기술연구에서 그 윤리성과 안전성의 문제를 확보하는

며, 체외수정연구실이 수술실과 연결되어 있으나 수술실보다 높은 등급의 환경관리를 요구한다. 뉴욕주 보건국(http://www.health.state.ny.us/nysdoh/phforum/nycrr10.htm)이 관리하는 기준에 관한 자세한 내용은 인터넷 홈페이지에서 찾을 수 있다.

44) HFEA의 업무 중에는 1) 각 병원이 허가사항을 잘 수행할 수 있도록 지침서(guideline)와 법령(code of practice)을 만들고, 2) 난자 및 정자, 배아 등의 공여자(donors)의 등록과 이러한 치료로 인하여 태어난 어린이들에 대한 정보를 공식적으로 등록하여 보관하고, 3) 환자와 공여자 및 의료기관에게 정보와 조언을 하며, 4) the Secretary of State등 관련된 정부 부처와 관련된 사항에 대하여 협조 및 조언을 제공하는 것 등이 있다.

45) 영국에 있는 체외수정 및 배아이식이나 제3자 공여 인공수정을 시행하거나, 난자나 정자, 또는 배아의 저장 또는 이들을 이용한 실험을 하는 모든 의료기관 및 실험실은 영국의 법에 의하여 HFEA의 허가를 받아야 한다. 허가를 받은 의료기관은 매년 정기적으로 시행하고 있는 시술이나 실험이 허가 기준을 준수하고 있는지에 대하여 감사를 받아야 한다. http://www.hfea.gov.uk

46) HFEA Code of Practice 5th Edition(2000.4).

것은 항상 여러 사회집단간의 타협의 영역에 놓여져 있다. 왜냐하면 여러 사회 집단간의 의견차이가 첨예하고 대립이 선명하기 때문에 첨단기술연구의 허용범위를 정하는 문제는 처음부터 끝까지 다양한 집단 예를 들어 생명과학연구자나 의학자, 종교계, 법조계, 윤리학계, 시민단체 등과 같은 집단 간의 갈등과 이해대립을 조정하고 큰 틀의 합의를 도출해주는 법률상의 기구가 필요하다. 이러한 민주적 의사소통의 구조를 가져다주는 기구가 국가생명윤리위원회이고, 대부분의 국가에서 자문기구 또는 심의기구로서 윤리위원회를 두어 배아보호 및 배아줄기세포연구의 윤리성과 안전성의 문제를 다루고 있다.

1) 미국의 국가생명윤리자문위원회

미국 대통령직속의 국가생명윤리위원회(Nationnal Bio-ethics Advisory Commmittee; NBAC)는 자문기구로서 인간을 대상으로 하는 연구에서 파생되는 생명윤리관련 정책, 지침, 법안 등의 적절성여부와 임상 등을 포함한 연구의 적용범위에 관한 것을 주요 자문내용으로 하고 있다. 국가생명윤리위원회는 개별 연구프로젝트에 대한 검토 또는 허가업무는 담당하지 않으며, 다만 연구의 윤리적·법적 쟁점사항에 대한 광범위한 원칙들을 제시하고 있다.[47] 클린턴 대통령의 행정명령으로 설치된 국가생명윤리자문위원회(National Bioethics Advisory Commission)는 1995년 10월 인간복제와 배아이용에 관한 권고사항을 제시하였다.[48] 먼저 국가생명윤리자문위원회는 체세포 핵치환복제술을 사용하여 개체를 탄생시키려는 시도는 연구목적이든, 임상목적이든, 공공부문이나 사적 부문이나 어느 누구에게

47) 위원회 내에는 인간개체에 관한 분과위원회(Human Subject Subcommittee; HSSC)와 인간유전체에 관한 분과위원회(Human Genetic Subcommittee; HGSC)의 두개 분과위원회가 설치되어 있다. 인간개체에 관한 분과위원회(HSSC)는 연방예산을 이용하여 수행되는 인간을 대상으로 한 생명과학 연구 및 의사결정장애를 가지고 있는 사람을 상대로 한 연구에 대한 감독기능을 담당하며, 이를 위해 관련 기관에 대한 조사를 시행하기도 한다. 인간유전체에 관한 분과위원회(Human Genetics Subcommittee)는 주로 보관되어 사용되는 인체 조직을 대상으로 하는 연구의 감독 기능을 담당하고 있다.

48) National Bioethics Advisory Commission,(USA), Cloning Human being, 1997

도 윤리적으로 허용될 수 없다고 결론을 내린다. 인간배아의 이용에 관해서는 특히 배아줄기세포연구의 경우 인간개체로 성장할 가능성이 없고 당뇨병환자를 위한 새로운 치료법을 낳고 이식용 판막을 만들기 위한 연구이므로 심각한 도덕적 문제를 야기하지 않음을 밝히고 있다.[49] 잉여배아에 대해서 연구 및 실험을 허용하도록 권고하면서, 위원장인 Sapiro는 인간배아에 대한 도덕적 의무와 인간의 건강과 복지에 대한 도덕적 의무 사이에서 균형을 취한 것이라고 그 취지를 설명하였다.[50]

2) 영국의 인간유전체위원회

영국의 인간유전체위원회(Human Genetics Commision)는 인간유전체에 대한 새로운 첨단기술개발 등이 야기하는 사회적 · 윤리적 쟁점에 대해 정부기구인 보건부와 국가기술관리기구에 정책적 자문을 제공하고 있다. 영국의 인간 수정 및 발생법률의 개정작업도 위 자문위원회와 HFEA의 공동보고서가 바탕이 되어 법제화되고 있다. 배아복제에 관한 규정도[51] 1998년의 HFEA 및 HGAC(인간유전학자문위원회)의 공동보고서에 이어,

---

49) 미국의 국가생명윤리위원회는 종간교잡행위와 배아줄기세포에 관한 기본입장을 1998년 11월 20일 클린턴 대통령에 보낸 서한에서 밝혔다. 먼저 인간의 핵과 동물난자의 융합이 여자의 자궁에 이식되어도 개체가 탄생될 수 있는가에 대하여 현재로서는 확답을 할만한 충분한 증거가 없지만 그것이 가능하다면 잡종세포로부터 개체탄생을 시키는 시도는 허용되어서는 안된다. 그러한 융합이 인간의 배아로 될 수 있는 가의 논점에 대하여 이러한 배아로 발전할 가능성이 있는지 여부에 대한 과학적인 충분한 증거가 없지만 만일 이것이 가능하다면 이는 중대한 윤리적 문제가 야기되는 것이다. 그러므로 이러한 잡종세포와 인간배아줄기세포와는 구분되어야 하며, 전자의 경우에는 금지되어야 하지만 후자의 경우는 배아로부터 채취되지만 아이로 성장할 가능성이 없는 것이고 유익한 세포를 만들기 위하여 인간의 배아 줄기세포를 이용하는 것은 그러한 도덕적 문제를 야기하는 것은 아니라고 입장을 밝혔다. 1999년 5월 7일 국가생명윤리자문위원회는 인간 배아 줄기세포연구는 그 잠재적 이익 때문에 금지될 수 없으며, 다만 이를 윤리적으로 감독할 독립감독기구를 설치하자고 주장하였다.

50) National Bioethics Advisory Commission, “Ethical issues in Human Stem Cell Research", Ethical issues in Human Stem Cell Research(Vol 1), 1999.

51) House of Commons Research paper: Stem Cell Research and Regulations under the Human fertilization and Embryology Act 1990(Revised edition), 13th December 2000. pp.28 ~ 29.

정부의 수석의료관인 Donaldson이 전문가그룹에 위탁하여 작성한 최근 보고서(2000년 8월 16일 발표)가 바탕이 되어 만들어졌다.[52]

3) 프랑스의 보건과 생명윤리에 관한 국가자문위원회(NCEC)

프랑스의 보건과 생명윤리에 관한 국가자문위원회(National Consultative Ethics Committee for Health and Life Science)는 생물학, 의학, 보건 분야의 발전에 따라 제기되는 윤리적 쟁점사항들에 대한 의견을 제시하고 자문을 하기 위해서 1994년 7월에 수립되었다.

4) 일본의 생명윤리위원회

일본의 생명윤리위원회(The Bioethics Committee)는 생명윤리 분야에 대한 정책을 만들기 위해 87년 10월 과학기술위원회(The Council for

52) Donaldson Report에서는 배아복제를 포함한 줄기세포 연구가 철저하게 인간 수정 및 발생에 관한 법률의 규정범위 내에서 신중히 추진될 것을 원칙으로 천명하면서, 아래와 같은 9가지 사항의 건의를 결론으로 담고 있다. 1)인간 질병과 그 세포기초 치료법에 대한 이해를 증진시키기 위해 배아(시험관수정 혹은 세포핵치환에 의해 창출된)를 사용하는 연구는 1990년에 제정된 <인간 수정 및 발생학 법>의 통제에 따라 허용되어야 한다. 2)세포핵치환에 의해 창출된 배아를 사용하는 연구를 인가함에 있어 HFEA는 해당 연구의 목표를 성취할 다른 수단이 더 이상 존재하지 않음을 스스로 확인해야만 한다. 3)연구용 배아를 창출하는 데 사용되는 난자 또는 정자를 기증한 개인들에게는, 장차 만들어질 배아가 줄기세포를 추출하기 위한 연구프로젝트에 사용될 수 있다는 사실을 설명해야 하고 이에 따른 구체적인 동의(consent)가 구해져야 한다. 4) 미토콘드리아 질병(*난자에 생기는 유전적 질병)에 대한 이해 증진과 그 치료법 개발을 위해 인간 난자에 세포핵이식 기법을 사용하는 연구 역시 <인간 수정 및 발생에 관한 법률>의 통제에 따라 허용되어야 한다. 5)배아줄기세포를 포함하는 연구의 진척은 적정한 기구의 감독을 통해, 그 연구가 과연 기대한 이익을 가져다주는지 그리고 어떤 우려사항이 발생하는지 여부가 지속적으로 확인되어야 한다. 6) 인간 성인세포(체세포)를 다른 동물종의 살아있는 난자와 결합하는 것은 허용되어서는 아니 된다. 7)세포핵치환에 의해 창출된 배아를 여성의 자궁에 이식하는 것(이른바 '생식용 복제')은 형사 범죄로 간주되어야 한다. 8)배아줄기세포를 치료에 사용하는 것을 허용하는 법률이 필요한가에 대해서는 앞으로 지속적인 검토를 받아야 한다. 9)정부 산하의 연구심의회들(Research Councils)은 줄기세포 연구사업을 추진하도록 하며 연구용 줄기세포의 수집센터 설립의 타당성을 검토할 것을 촉구한다.

Science and Technology) 산하에 설치되었다.[53] 과학기술위원회는 총리에 대한 자문기구로서 총리가 요청하는 사안 및 자체적으로 검토한 사안에 대해 총리에게 자문을 하며, 총리는 이 위원회의 자문 내용을 신중하게 고려하고 자문 내용을 바탕으로 법안을 입안할 법적 의무를 지닌다. 생명윤리위원회는 16명의 학계와 업계 위원으로 구성되어 있으며, 산하에 복제기술위원회, 인간배아연구위원회, 인간유전체연구위원회의 3개 분과위원회를 두고 있다.[54]

Ⅴ. 인간배아보호를 위한 처벌규정의 입법례

인간배아보호를 위한 처벌규정을 두고 있는 외국의 입법례의 주요 내용을 살펴보면 크게 배아의 매매금지의 원칙, 배아의 부정이용의 금지, 배아복제연구의 금지, 동의하의 연구의 원칙 등을 들 수 있다.

1. 배아의 매매금지

가. 배아의 무상성의 원칙

배아의 단계에는 특히 전배아의 단계(preembryostage)에서의 법적 지위는 그것이 체외수정을 통해서 생산된 것인 경우 적어도 자궁내 착상이 가능한 기간 동안에 착상시키거나 아니면 냉동시켜야 생명의 잠재력을 지닐 수 있게 된다. 그렇기 때문에 일반적으로 이식이 가능한 장기와 비슷하게 취급된다고 한다.[55] 장기 등 이식에 관한 법률과 같이 금전이나 재산상의

53) http://www.monbu.go.jp/singi/gaksin/ 참조.

54) 복제기술위원회는 복제에 관한 과학적 가능성 및 법적 규제방안에 대해 2년간의 검토를 진행하였고, 1999년 9월 최종 보고서를 발간하였다. 인간배아연구위원회는 인간배아를 이용한 연구의 성과가 의학적 목적으로 사용될 수 있음을 천명하고, 다만 이러한 이용이 윤리적 측면에서 엄격한 규제를 받아야 한다는 원칙을 담은 최종 보고서를 2000년 3월에 발간하였다. http://www.sta.go.jp/ 참조.

이익 기타 반대급부를 주고받거나 주고받을 것을 약속하는 행위를 금지한다는 것이다.[56] 이론상으로 공여자의 자기결정권을 철저히 하면 장기의 제공은 그것이 무상이든 유상이든 당사자간의 합의만 있으면 그것으로 충분하다고 본다. 그러나 만약 장기의 제공을 무제한으로 시장원리에만 맡기게 된다면 여러 가지 폐해가 예상될 수 있다. 즉, 부유한 자는 장기를 제공받을 수 있지만 가난한 자는 그렇지 못하다는 불공평이 발생하거나 생명에의 위기에 처한 환자의 절박한 상황을 이용하여 경제적 이득을 취하는 일이 있을 수 있기 때문이다.[57]

배아도 장기와 같이 시장거래에 의한 양도를 금지하는 등의 제한이 내재되어 있어 전적으로 완전한 소유권을 인정하지 못한다. 이혼한 부부가 냉동수정란의 처분권을 둘러싸고 다툰 소송에서 1992년 미국의 테네시법원은 배아는 사람으로 인정하지 않았으며, 또한 재산권의 대상으로도 인정하지 않았다. 즉 태어나지 않은 존재는 법에 의해 완전한 의미의 사람으로 인정된 적이 없다고 하면서 한편 부모에게 냉동수정란에 대한 재산적 청구권을 인정하지 않았다. 다만 냉동수정란을 파괴한 의료진에 대해서 부모의 정신적 피해에 대한 배상을 인정하고 있다.[58] 이러한 결과는 배아를 사람으로서의 완전한 지위를 인정할 수는 없지만 생명체의 잠재성을 가지고 있으므로 신체의 다른 기관보다는 더 강한 보호를 받아야 한다는 논리에서 도출된 것이다.

나. 외국의 관련규정

프랑스의 인체의 존중에 관한 법률(1994. 7. 29)에 의하면 어떠한 형태로든 대가를 받고 인간의 배아를 취득하는 행위는 7년의 금고 또는 70만

---

55) 박은정,「생명공학시대의 법과 윤리」, 이화여자대학교 출판부, 2001, 426면.
56) 장기 등 이식에 관한 법률 제6조는 합법적으로 행하는 장기이식을 보호하고 이식의료에 대한 국민의 신뢰를 확보하기 위한 규정으로 장기매매를 금지하고 그 위반행위에 대하여 벌칙을 규정하고 있다.
57) 주호노, 「축조해설 장기등 이식에 관한 법률」, 육법사, 2000, 70면.
58) Davis v. Davis, 842 S.W. 2d 588(Tenn. 1992).

프랑의 벌금에 처하며, 어떠한 형태이든 대가를 받고 인간의 배아를 취득하는 것을 용이하도록 하기 위하여 주선하는 행위 또는 인간의 배아를 유상으로 제3자에게 주는 행위도 동일하게 처벌한다고 규정하고 있다(법 제9조 형법 제5부에 제1편 보건의료에 관한 죄를 삽입한다). 또한 산업 또는 상업의 목적으로 생체 외에서 인간의 배아를 만드는 행위는 7년의 금고 및 70만 프랑의 벌금에 처한다.[59]

독일의 배아보호법(Embryonenschutzgesetz)은 체외에서 조작하거나 자궁내에 착상을 완료되기 전에 여성으로부터 채취된 인간의 배아를 양도하거나 배아의 유지이외의 목적을 위하여 획득하거나 이용한 자는 3년 이하의 징역형 또는 벌금에 처한다(제2조). 영국의 인간의 수정과 발생에 관한 법률에 의하면 의료행위, 보관, 연구를 위한 허가의 일반조건 중에서 명령에 승인됨이 없이 생식체나 배아의 공급에 관하여 금전이나 기타 이익을 수수하지 않을 것을 명시하고 있다(제12조). 일본의 경우 인간배아줄기세포의 수립 및 사용에 관한 지침에 의하면 배아줄기세포의 수립용으로 제공되는 인간배아는 필요한 경비를 제외하고는 무상으로 제공되어야 한다고 규정하고 있다(제4조).

2. 인간배아복제행위(치료적 복제행위)의 금지

가. 인간배아복제의 허용하는 입법례

영국은 세계최초의 시험관아기 및 복제양 돌리를 탄생시킨 국가인 만큼 최근의 법개정에서 완화된 입장을 취하고 있다.[60] 개정안은 2000년 8월에 발표된 Donaldson Report의 권고사항을 바탕으로 만들어졌고, 기존의 불

59) 프랑스 인체의 구성요소 및 산출물의 제공과 이용, 생식에 대한 의학적 개조 및 출생전 진단에 관한 법률(1994. 7. 29)에도 인체의 구성요소의 적출 및 인체의 산출물의 채취에 관계한 사람에 대하여 어떠한 형태로든 어떠한 대가도 지불되어서는 아니 된다. 필요한 경우에는 국무원의 심의를 거쳐 명령으로 정한 방법에 의해 지출한 경비를 상환할 수 있다(법 제2조).

60) http://dailynews.yahoo.com/h/ap/20010123/지/britain_cloning_3.html 참조.

임치료에만 허용되고 있는 인간배아연구의 허용범위를 연구목적의 배아생산 및 배아복제연구까지 확대시킴으로써 영국은 인간배아복제를 법률규정에 의해 허용하는 세계최초의 국가가 되었다.[61] 핵치환 복제기술에 의해 창출된 배아를 여성의 자궁에 이식하는 것은 형사 범죄로 간주되어야 한다고 하여 생식적 복제는 처벌대상임을 분명히 하고 있다. 그에 반해 14일 이전의 배아를 만성질환에 걸리거나 손상된 조직 또는 장기의 치료, 미토콘드리아질병의 치료에 대한 연구 즉, 배아줄기세포의 연구를 위해서 사용할 수 있다고 하여 배아연구의 범위를 확대 · 적용하고 있다.[62]

나. 배아복제를 금지하는 입법례

프랑스의 인체존중에 관한 법률에서는 기본적으로 누구도 사람의 종의 완전성을 침해할 수 없다고 하여 사람의 선별화를 목적으로 하는 모든 우생학적 처치를 금지한다는 원칙규정을 두고 있다(민법 제16조의 4 삽입규정). 그리고 제9조에는 형법 제5부에 4절로 구성된 생명의학윤리에 관한 죄를 삽입한다는 규정을 두고 있다. 그 내용을 살펴보면 인간선별의 조직화를 목적으로 하는 우생학적 처치를 하는 행위는 20년 이하의 징역에 처하며(형법 제151조의1), 어떠한 형태로든 대가를 받고 인간의 배아를 취득한 행위는 7년 이하의 금고 또는 70만프랑 이하의 벌금에 처한다(형법 제511조의 15)는 규정을 두고 있다. 또한 검사, 연구 또는 실험의 목적으로 사람의 배아를 체외에서 조작하는 행위를 금지하며, 인간배아를 체외에서 조작하는 행위는 금지한다는 규정(공중보건법 제L 152조의 8)을 둠으로써

---

61) 세포핵치환 복제기술에 의해 창출된 배아를 사용하는 연구를 허가함에 있어 HEFA는 해당연구의 목표를 성취할 아무런 수단이 없다는 것을 스스로 확인하여야 하며, 난자에 생기는 유전적 질병인 미토콘드리아 질병에 대한 이해증진 및 그 치료법개발을 위한 인간난자에 핵치환 복제기술을 사용하는 연구는 이 법의 통제에 따라 허가되어야 한다고 건의하고 있다. House of Commons Research Paper: Stem Cell Research and Regulations under the Human fertilization and Embryology Act 1990(Revised edition), 13th December 2000. pp.28-29.

62) Stem Cell Research and Regulations under the Human fertilization and Embryology Act 1990(Revised edition), p.30.

생식적 복제의 과정 중에서 핵치환 복제기술에 의한 배아생산-복제배아의 착상-개체탄생의 첫 번째 단계를 원천적으로 금지하고 있다고 해석할 수 있다. 또한 연구 또는 실험의 목적으로 생체 이외에서 인간배아를 만드는 행위를 7년 이하의 금고 및 벌금형에 처함으로써(형법 제511조의 18) 그 규정의 해석상으로 치료적 복제의 형태로 복제배아를 생산하는 것도 포함하여 금지하고 있다.

독일의 배아보호법의 규정 중 인간개체복제금지규정은 제6조에 두고 있으며, 다른 배아, 태아, 살아있는 자 또는 사망한 자와 동일한 유전정보를 자기고 있는 배아를 발생시키는 인공적 조작을 하는 자는 5년 이하의 자유형 또는 벌금을 부과하며, 그 배아를 여성에게 이식하는 자도 동일하게 처벌한다는 규정을 두고 있다. 배아의 남용적 이용에 관한 금지규정을 두고 있는데, 임신이외의 목적으로 배아를 체외에서 배양시킬 수 없도록 하고 있기 때문에(제2조) 배아줄기세포연구는 물론 핵치환 복제기술의 이용하여 복제배아를 생산하는 치료적 복제의 경우도 마찬가지로 금지하고 있다고 해석할 수 있다. 또한 체외에서 조작하거나 자궁내에서 착상이 완료되기 전에 여성으로부터 채취된 인간의 배아를 양도하거나 배아의 유지 이외의 목적을 위하여 획득하거나 이용한 자도 처벌규정을 두고 있다(제2조).

3. 부정이용행위의 금지

가. 공여자의 동의의 원칙

많은 국가에서는 완전한 소유권을 인정하고 있지는 않지만 배아를 만들기 위해 생식세포를 공여한 자에게 기증, 보관, 이식, 폐기 등의 광범위한 처분권을 인정하고 있다. 처분권의 행사에는 충분한 설명에 근거한 동의가 전제가 된다. '충분한 설명에 근거한 동의'(informed consent)는 환자나 연구대상자가 치료 또는 연구의 내용을 실질적으로 이해하고 또한 타인에 의한 강요없이 환자 스스로 의사나 연구자에게 무엇을 하도록 위임한 경우를 의미하며, 기본전제가 충분한 정보에 근거한 자발적 동의라는 성격을

가지고 있다.[63] 한마디로 말해 이는 환자나 연구대상자의 자율적 선택을 의미한다. 배아줄기세포연구의 경우에도 마찬가지로 배아공여자의 동의가 있어야 한다. 연구대상이 배아이기 때문에, 연구에 사용하기 위해서는 정자공여자와 난자공여자의 동의를 얻어 공여 받아야 하며, 동의는 연구 및 실험 그리고 그 이후 폐기에 이르기 까지 모든 과정에서 빠짐없이 존재하여야 한다.

인간 배아의 공여자의 동의를 얻기 위해서는 연구 · 실험과 관련된 충분한 정보를 전제로 한 동의가 있어야 한다. 즉, 배아의 생산, 보관, 연구전용에 대한 구체적인 내용, 배아연구기관으로의 양도, 양도후의 연구내용, 연구후의 폐기사항에 대해 충분한 정보가 제공되어야 하고 이에 숙지하여 공여자가 동의해야만 유효한 승낙이 된다고 할 수 있다.[64] 인간배아연구의 경우 공여자의 배아가 연구대상으로서의 요건을 구비하였는지 여부에 대한 설명이 있어야 하고, 연구의 성격, 목적에 대해서 알려주어야 하며, 특히 질문의 기회가 있다는 것을 알려주어야 하며, 언제라도 결정을 철회할 수 있다는 것을 알려주어야 한다.[65]

나. 부정이용행위금지규정

영국의 인간의 수정과 발생에 관한 법률의 부칙3에 생식세포와 배아의

---

63) Sheila McLean, Consent and the Law: Review of the current provisions in the Human Fertilisation and Embryology Act 1990, 1997. 9, pp.4-13.

64) 장기 등을 적출하고자 하는 의사는 장기 등 기증자가 살아있는 자인 경우에는 본인과 그 가족에게 다음의 사항을 충분히 설명하여야 하며, 기증자에게 필요한 설명을 하지 아니한 의사에 대하여는 300만원 이하의 과태료에 처한다(법 제48조 제1항 2호). 과태료처분 이외에도 의사가 필요한 설명을 하지 아니하였거나, 불충분한 설명을 하고 장기를 적출한 경우에는 기증자의 동의가 유효한 것이 아니기 때문에 형법상의 상해죄, 강요죄의 형사책임을 물을 수 있다.

65) 보건복지부 공청회에서 발표된 시안에 의하면 인간배아연구에 이용되는 배아는 그 공여자에게 해당목적에 의 이용에 대한 서면동의가 있어야 하며, 배아생산의료기관은 배아공여자에게 배아연구의 목적과 방법, 배아의 취급내용 및 폐기여부 등에 대해서 충분히 설명하여야 한다고 제안하고 있다. 한국보건사회연구원, 생명윤리 및 안전에 관한 법률 제정을 위한 공청회자료집, 2002. 7. 15, 57-60면.

사용에 대한 동의에 관한 자세한 규정을 두고 있다. 동의하기 전에 적절한 상담의 기회가 주어져야 하며, 관련된 적절한 정보가 제공되어야 한다고 명시하여 충분한 설명에 근거한 동의의 원칙에 입각한다는 것을 알 수 있다.[66] 공여자의 동의는 서면으로 하여야 하고 유효한 동의는 이 부칙의 절차에 따라서 한 동의를 의미하며 이 경우 취소되지 아니한다. 프랑스의 인체의 구성요소 및 산출물의 제공과 이용, 생식에 대한 의학적 개조 및 출생 전 진단에 관한 법률(1994. 7. 29 제정)에 의하면 인체의 구성요소의 적출 및 인체의 산출물의 적출은 공여자의 사전승낙이 없이는 이를 할 수 없으며, 이 승낙은 언제든지 취소할 수 있다(제2조). 독일의 배아보호법은 본인의 동의를 얻지 아니한 수정, 본인의 동의를 얻지 아니한 배아의 이식에 대해서 처벌규정을 두고 있다. 즉, 수정된 난자의 공여자 및 수정에 이용된 정자공여자의 동의를 얻지 아니하고 난자를 인공적으로 수정한 자, 본인의 동의를 얻지 아니하고 난자를 인공적으로 수정한 자는 3년 이하의 자유형 또는 벌금에 처한다(제4조).

Ⅵ. 결 론

배아의 생명권을 인정할 수 있느냐에 대한 물음에 대해서 생각할 때 인간 배아를 이용하는 연구가 인간의 존엄성을 훼손하는지 또는 오히려 보

66) 부칙 6. [체외수정과 그 후의 배아의 이용] (1) 사람의 생식세포는 위의 2항(1)에 언급된 하나의 또는 그 이상의 목적으로 하는 생식세포의 사용과 그로 인하여 조작될 배아에 관하여 그 사람의 유효한 동의가 없는 한 체외에서 배아의 조작을 일으키는데 사용되어서는 아니 된다. (2) 체외에서 조작된 배아는 위의 2항의 (1)에서 언급된 하나 또는 그 이상의 목적으로 배아를 이용하기 위하여 배아를 조작하는데 사용된 생식세포의 제공자들의 유효한 동의가 없는 한 어떤 목적으로도 제공될 수 없다. (3) 체외에서 조작된 배아는 배아의 이용을 위하여 배아를 조작하는 데 사용되는 생식세포의 제공자들의 유효한 동의가 없는 한 어떠한 목적으로 사용될 수 없으며, 배아는 그들의 동의에 따라 이용되어야 한다. Sheila McLean, Consent and the Law: Review of the current provisions in the Human Fertilisation and Embryology Act 1990, pp.31-40.

전하는지에 대해서 한마디로 대답할 수는 없다. 그에 대한 대답은 배아연구 그 자체와 관련되어 있기 보다는 그 연구를 통해서 얻고자 하는 동기, 목적, 의도 등과 관련이 있다. 인간의 존엄은 바로 인간은 자기 책임능력 있는 인격이라는 의미이며, 인간을 객체로 취급해서는 아니 된다는 명제로서 설명하고 있다. 그러므로 인간의 존엄은 인간이 자체 목적이 아니라 타인의 목적을 달성하기 위한 수단으로 될 때 침해된다고 본다. 잠재적 인간으로서의 도덕적 지위를 가지고 있는 배아를 취급하는 과정에서 단지 도구화내지 수단화의 성격만을 인정하였다면 이는 인류라는 인간의 종으로서의 존엄과 가치에 대한 심각한 도전이 아닐 수 없다. 초기 배아의 생명을 완전히 재산권의 처분대상으로서의 성격을 인정할 수 없을 뿐 아니라, 또한 초기 배아 특히 정해진 보존기간을 넘겨 폐기가 예정되어 있는 배아를 결코 손상되어서는 안 될 완전한 인격체라고도 평가할 수는 없다. 따라서 배아를 이용하는 연구의 허용범위와 관련하여 법정책의 접근방법은 전적인 비 개입 내지 전적인 개입의 방안보다는 선별적 개입의 방안을 취하는 것이 합리적이라고 본다. 잉여 배아 중에서 보존기간이 5년이 경과한 냉동동결 배아의 경우에는 이를 이용한 연구·실험을 허용하는 상당수의 외국의 입법례가 취하는 방법이 바로 선별적 개입의 형태로 볼 수 있다.

한편 우리나라의 형법의 해석에 의하면 수정 후 착상 이전의 약 13일간의 초기 배아를 보호하는 규정을 찾아볼 수는 없다. 생명보호를 위한 형법적 조치가 최후수단성이라는 법치국가적 한계를 넘어서서는 안 되지만 이와 관련해서 생명권의 보장이 역시 너무 과소한 형법적 조치에 의해서 침해될 수 있음을 간과해서는 안 된다는 점에서 형법에서의 생명권의 보호범위를 배아의 단계에서도 포함되어야 한다고 본다. 잠재적 생명권인 수정란에 대한 존중과 보호가 무시된다면 생명에 대한 가치와 이념이 제대로 존중되지 않는 사회에서 살아가는 인간 역시 제대로 보호받지 못하며, 인류라는 인간 種으로서의 보편적 인간에 대한 존중 역시 무시되고 있는 결과를 초래한다. 따라서 배아의 생명보호의 법 정책으로 제시되고 있는 기관심사위원회에 의한 심사, 행정부의 관리지침에 의한 규제, 생명윤리위원회에 의한 규제 등의 관리시스템의 구축과 배아의 매매금지, 부정이용행위

금지, 배아복제행위금지에 관한 처벌규정이 가장 시급하게 입법화되어야 할 것이다.

Study on the Legal Policies for the Protection of Human Embryo

Lee, In-Young*

The new millennium has brought with extraordinary advances in biomedical sciences. Among several outstanding advancement is successful derivation of the human embryonic stem cell, a self-renewing cell line that gives rise to all celles and tissues of the body. The potential for these cells is to allow permanent repair of failing organs by injecting healthy functional cells developed from them, an approach called regenerative medicine. Human embryonic stem cells should promote regenerative medicine in the near future not only because they can be produced in large quantities in the laboratory under standard conditions.

In spite of this importance human embryonic stem cell research has proved to be one of the most controversial developments of the last decades. Controversy arises for many reasons. The research touches deep questions about the nature of human life, limits of interventions into human cells. The derivation of stem cells from living embryos that are destroyed in the process from fetuses that have been aborted touched off a firestorm of controversy because it tapped into the contentious debate in this country around abortion. For many people of faith, an embryo is fully a human being and therefore may not be killed. The major argument for doing embryo research is that it promises to reduce human suffering and promote well-being. The major argument against using embryos for research is that they have the moral status of persons and thus should not be destroyed, no matter how great the human

* Professor of Hallym University, Ph. D. in Law

benefit. Conclusively, Embryo has the same moral status as persons. For the protection of the embryo, we should establish guidelines and standards for stem cell research and ensure that safeguard are applied consistently by scientific investigators.

As a result of this study, the basic principle of legal policies is that both of the management system and punishment system require that the researcher and administrator do clear and legal procedure and are responsible for regulating the development of human embryo stem cell research not to violate the dignity of human and not to infringe the safety of human body. For the protection of human dignity a 14-day use restriction of embryos and only the spare embryo should be researching with medical applications. In the case of the embryo utilization, the grant of the right to an informed consent should be very necessary.

배아 생명 보호를 위한 형법적 개입의 시기

신 동 일 *

Ⅰ. 생명보호의 상대화

형법에서 의미하는 '인간'의 의미는 매우 다의적이다. 특히 생명의 보호와 관련하여서는 더욱 복잡한 의미로 해석된다. 최근의 생명공학의 발달과 뇌사와 장기이식에 대한 논의에서 보듯이 인간의 의미는 과거의 해석과 상당한 편차를 보이고 있다. 그러나 어떠한 의미로 접근하여도 변하지 않는 것은 인간에게 필요한 최소한의 생물학적 조건, 즉 생존에 대한 배려와 보호에 대한 필요성이다. 최근세기에 들어서면서 형법은 지속적으로 인간의 시작과 끝에 대한 심각한 논의를 계속하였다.[1] 제일 먼저 이 문제가 발생한 영역은 인간 생명의 끝나는 시점에 대한 형법적 확인이었다. 장기이식의 문제는 형법적으로 인간의 생명이 언제 끝나는가를 결정하는 문제가 아니었다. 형법은 인간의 생명에 대한 최종적 판단을 내리는 학문이 아니다. 오히려 형법에서는 매우 심각하게 인간 생명보호의 포기 시점을 결정해야 했다. 토론 과정에서 확인할 수 있었던 사실은 형법적으로 생명보호의 해체를 명령하는 것은 입법이나 법률의 해석으로 인정될 수 없다는 것뿐 이었다.

최근 제정된 장기등이식에관한법률은 인간 생명보호의 제한적 정지조건을 입법화시킴으로써 뇌사 허용여부에 대한 논의를 일단락 지었다. 그러나 문제는 다시 새롭게 반복되고 있다. 법률에 의해서 합의를 도출한 내용은

* 한국형사정책연구원 전문연구원, 법학박사

1) Oduncu/Eisenmenger, Euthanasie-Sterbehilfe-Sterbebegleitung. Eine kritische Bestandaufnahme im internationalen Vergleich, MedR 2002, 327 이하.

뇌사를 제한적으로 인정하여 장기이식을 가능하게 만들었다는 점이다. 그러나 이로 말미암아 법의 사회구성기능과 규범의 실천적 의미는 복잡하게 변모하였다. 전통적으로 인간의 생명은 합의 대상이 아니었다. 절대적인 생명권의 존중이 근대 이후의 법학의 성찰적 자기 고백이었다. 모든 규범은 인간의 생물학적 생명권에 대해서 의심없는 지지를 보내고 있었다. 사형제도의 폐지논의에서 보여준 인간 생명의 절대적 존중사고는 생명권을 핵심적인 권리로 격상시켰다. 인권의 기본 전제로서의 생명권 존중은 모든 법체계의 존재론적 원칙으로 간주되었다.

그러나 장기등이식에관한법률은 사형제도와 마찬가지로 인간 생명에 대한 선별적, 또는 사회공리적 보호를 인정하고 있다. 생명보호의 상대화를 가져온 뇌사에 관한 논쟁은 이제 인간의 시작에 대한 보호를 상대화시키는 데에 응용되고 있다.

Ⅱ. 법정책을 위한 논의들

1. 배 경

사람의 시기에 관한 물음은 형법상 생명법익에 관한 침해를 확인하기 위하여 시작된다. 살인죄의 객체를 확정하기 위하여 생명있는 사람의 개념이 필요해진다. 이를 위해 출산 전의 태아와 출산 후의 사람을 구분하고자 하였다. 형법상으로 태아와 특별히 영아를 구분하기는 하지만 영아는 생명보호의 대상을 구체화하기 위한 구분이 아니라 산모의 출산 직후 심리적 상태를 고려하기 위한 구분이므로[2] 이와는 별개이다. 태아와 출산후 사람을 독립적으로 구분하는 이유는 생명보호를 위한 형사법적 개입의 시기와 근거를 정하기 위한 것으로 생각된다. 예를 들면 형법상 낙태의 죄와 생명

2) 영아살해죄에 대해서는 김일수, 형법각론, 31; 배종대, 형법각론, 78; 이재상, 형법각론, 2/39; 오영근, 형법각론, 41 이하.

신체에 관한 죄의 보호법익과 보호정도는 달리 파악된다.

사람의 시기 확정에 대한 논의가 다시 시작된 것은 생명공학 기술의 발달로 인하여 인간의 발생과 전개과정이 논의의 대상이 되었기 때문이다. 이러한 구분으로 인하여 생명의 시작과 종료점이 불분명해지고 대신 그 잠재적 위험성은 확대되었다. 체외수정이나 인공수정 기술이 발달되고 산전진단술이나 착상전진단술의 기법이 활용되면서 인간의 생명은 수정 이후부터 지속적으로 간섭받게 되었다.[3] 예전에는 자연임신에 의해서 발생되면 출산이 끝나기까지는 모체에 의해서 대부분 최선의 방법으로 보호받았다. 그렇기 때문에 형법에서는 사람과 태아를 구분하여 출산전의 태아를 특별 취급하였다. 형법상 낙태의 죄에서 볼 수 있는 보호체계는 이와 같은 전제를 충실하게 따르고 있다. 임신과 출산 시기를 인위적으로 조작할 수 있게 되면서 낙태의 문제와 생명보호의 개입 시기 문제는 새로운 국면을 맞이하게 된다. 60년대 낙태자유화 운동과 함께 잠재적 인간에 대한 차별화는 점차 증가하기 시작하였다. 모자보건법이 제정되면서 제한적 낙태의 합법화가 진행되었고, 점차 낙태는 자유화, 선택의 문제로 되어가고 있는 추세이다.

이와 함께 생명공학기술의 발달은 수정과 초기분화단계에 개입하여 형사법적 보호의 시점을 모호하게 만들고 있다. 수정단계와 초기분화단계에 개입하는 기술들은 낙태의 죄나 형법상 생명과 신체에 관한 죄의 보호영역에서 명료하게 파악할 수 없다. 수정란을 폐기시키거나 잉여 냉동 배아를 직접 실험하는 행위는 윤리적 비난 외에는 형법적으로, 또는 현재 수준에서는 어떤 법률로도 규제할 수 없다. 예를 들면 어떤 연구단체에서 인간의 수정란을 가지고 동물의 세포핵과 치환하여 인간과 동물의 중간단계를 만들어 원하는 산모의 자궁에 착상하여 길러낸다고 해도 법적으로 문제삼을 가능성은 희박하다. 또한 인간 유전자를 변형시켜 검증되지 않은 상태에서 이 배아를 자궁에 착상시키는 행위 역시 윤리적으로 비난받을 수는 없지만 법적으로는 통제할 수 없다.

이러한 문제를 해결하기 위한 입법적 절차는 이미 기대하기 어렵게 되

3) 종합적인 분석은 신동일, 인간복제의 금지필요성과 제한적 허용에 관한 연구, 2001, 한국형사정책연구원.

었다. 거의 4년을 끌고 있는 생명윤리 관련 입법안들은 자동 폐기되거나 성안될 가능성이 불분명해 보인다.[4] 입법적 해결을 하지 않는 상태에서 형법을 동원하여 생명보호 프로그램을 현실화하는 것은 매우 위험한 시도일 수 있다. 그러나 매우 '시급하고도 절박한 위험'에 대한 형법적 대책이 부재하는 것도 문제이다. 이 딜레마를 극복하기 위하여 조심스럽게 거론할 수 있는 해결 방법은 두 가지이다. 첫째는 우리 법체계 내에서 형법상의 인간의 존재에 대한 새로운 해석을 시도한다. 즉 수정란에 대한 법적인 지위를 인간 또는 잠재적 인간으로 해석할 수 있는 가능성 또는 그 불가능성을 타진해보는 것이다. 둘째는 형사정책적 측면에서 배아 생명에 대한 형법적 보호의 필요성을 입증한다. 형사정책적 필요성에 대한 주장이 설득력이 있으려면 개입의 필요성과 정당성이 확보되어야 한다. 또한 형사정책의 기본적인 방향의 정당성도 존재해야 할 것이다.

2. 인간 생명 시작에 대한 이론

1) 헌법상의 생명권

헌법적으로 배아나 수정란을 어떻게 이해하느냐는 가장 중요한 근거이다. 만일 헌법상의 인간 생명권의 시작을 수정란 이후부터라고 해석한다면 그 이후의 수정란과 배아에 대한 모든 조작행위는 생명권에 대한 제한으로 파악할 수 있다.[5] 법이론적으로 인간 생명의 절대적 존중은 헌법의 기본이념이다.[6] 대부분의 국가들이 배아와 수정란에 대한 엄격한 보호를 하는 근거는 헌법상의 절대적 생명존중 이념에 근거한다. 그러나 이와 같은 절대적 인간 생명존중 사상은 매우 추상적이고 어떤 측면에서는 단순히 선언적 의미만을 갖는다. 왜냐하면 인간이라고 추정할 수 있는 모든 생명존재가 존엄

4) 신동일, 위의 글, 131 이하.
5) 대략적으로는 H.-L Schreiber, Der Schutz des Lebens and seinen Beginn durch Recht, 2002년 9월 10일 한국형사정책연구원 초청강연회 발표문, 21 이하.
6) 허영, 한국헌법론, 334;문홍주, 한국헌법, 216; 김철수, 헌법학개론, 325 이하; 권영성, 헌법학원론, 419 이하. 우리 헌법상의 근거 조문은 제9조이다.

성을 갖는다는 선언은 법논리적으로 너무 많은 예외를 인정할 수밖에 없기 때문이다. 가장 중요한 예외로서 전쟁과 사형제도의 긍정이 그렇고, 낙태나 의료상의 문제로 인한 인공임신중절수술 허용, 뇌사의 입법적 허용과 같은 문제에서 보여준 타협의 근거가 아직은 불분명한 채로 남아 있다.

특히 수정란과 배아를 위한 법적 조치를 논의하는 과정에서는 공리주의적인 관점들이 여전히 설득력을 가지게 된다. 배아나 수정란에 대한 생명침해의 가능성에 대해서 불치병 환자들에 대한 신약 개발과 치료법 확보를 위한 배아 실험 허용과 냉동 수정란의 이용을 정당화하는 것은 소박한 공리주의에서 제안되는 견해이다. 특히 이 견해의 문제점은 심각한 헌법적 성찰 없이 수정란과 배아를 인간과 구분되는 객체로 폄하시키고 있다는 점이다. 현재 생명윤리법안을 위한 입법적 논의에서 수정란과 배아가 처음부터 인간으로 전제되어 있는 경우는 드물다.[7] 오히려 '인간과 유사한 존재' 또는 '인간의 전단계'로 파악하는 경향이 강한 것같다. 그러나 인간 생명의 시작은 수정 직후부터 인정해야 한다.[8] 헌법이 갖는 기본권의 우선순위에서 생명권은 가장 높은 위치에 존재한다. 그리고 수정란과 배아는 인간으로 발생되기 위한 목적에서 수정된다. 그렇기 때문에 수정(Konzeption)은 수정란과 배아가 인간이 되기 위한 첫단계이다. 설령 목적없는 수정행위가 존재하더라도 예외를 인정할 수 없다. 수정행위가 종료하면서 수정란과 배아는 이미 인간으로 취급되어야 한다. 그러므로 모든 법적 보호프로그램에서는 수정란과 배아의 헌법적 지위가 실질적으로는 독립적으로 출산하여 존재하는 사람과 동일하다는 것이 원칙적으로 전제되어야 할 것이다.

---

7) 2002년 6월 28일 통과된 독일의 "인간배아 줄기세포 수입과 이용과 관련한 배아의 안전성을 위한 법률"(Gesetz zur Sicherstellung des Embryonenschutzes im Zusammenhang mit Einfuhr und Verwendung menschlicher embryonaler Stammzellen-StZG)의 취지는 그전에 '배아보호법'(ESchG)가 금지하던 절대적 배아실험을 제한적으로 허용하기 위한 것이다. 이 법률에서는 제1조에 배아의 수입과 실험목적의 사용은 원칙적으로 금지되나 제한적으로 허용한다는 취지를 밝히고 있다.

8) 독일의 헌법재판소는 이 문제를 가장 명쾌하게 해결하고 있다. BVerfGE 39, 1; 88, 203; 자세히는 김일수(이석배 역), 착상이전단계에서 배아생명보호, 형사법연구 제16호 특집호(2001), 22; Bauer, Der Mensch als Produkt der Gene und die Unantastbarkeit seiner Würde, DRiZ Mai 2002, 163 이하.

2) 인간 생명시작에 대한 설명

현재 인간의 시점에 대한 이해에서 크게 구분할 수 있는 관점들은 대부분 세 가지로 설명할 수 있다. 첫째는 인간을 자기의식이 갖추어진 존재로 파악하는 관점이다.[9] 인식능력기준설(Bewußtseinstheorie)이라고 할 수 있는 이 견해는 사회적으로 생존할 수 있고, 자신의 의미를 스스로 이해할 수 있는 시점이 되어야 인간으로 인정할 수 있다는 견해이다. 이 관점은 결론적으로는 출생후 일정기간이 지나서 스스로 인식할 수 있는 능력이 확인되어야 인간의 시작이라고 하여 대략 출생 이후 1-3개월이 지나야 독립된 인간으로 인정한다. 다소 충격적인 이 견해가 인식능력이 없는 인간을 부정하거나 능력을 갖추기 전의 생명체를 도구화하는 것을 승인하는 것은 아니다. 다만 이 견해는 가장 세속적인 관점에서 법이론과 법논리가 가져야 하는 객관적-이론적 태도를 논의하고 있을 뿐이다. 이 관점에 따르면 필연적으로 태아와 배아는 사회 구성원들의 합의에 의해서 취급이 결정될 단순한 객체로 전락한다.

둘째는 위의 견해와 반대로 평가되는 수정시설(Verschmelzungstheorie)이다.[10] 이 견해는 인간의 시점을 정자와 난자가 결합되는 시점으로 파악하는 견해이다. 결론은 물론 수정된 배아와 수정란을 처음부터 인간으로서 이해한다. 이후의 인위적인 개입은 생명권에 대한 침해 또는 조작으로 파악할 수 있게 된다. 독일 연방헌법재판소와 독일의 다수 견해가 수정시설을 따르고 있다. 수정시설을 철저히 따를 때 배아 이용과 수정란의 이용 및 취급은 극단적으로 제한된다. 이 견해가 종교적이고 윤리적인 이념을 따르고 있다는 해석은 분명하지 못하다. 오히려 이 견해는 인간의 시점을 수정시로 소급하여 인간의 생명보호를 위한 적극적인 법이론을 실현하고

9) 극히 제한적으로 주장되는 이 관점은 Peter Singer, Practical Ethics, 1993; N. Hoerster, Abtreibung in säkularen Staat. Argumente gegen § 218, 1995.

10) BVerfG 39, 1; Geddert-Steinacher, Menschenwürdeals Verfassungsbegriff, 1990, 62 이하; H. Höffling, Verfassungsrechtliche Aspekte der Verfügung über menschliche Embryone┬ und "humanbiologisches Material", Gutachten, Mai 2001, 40 이하.

있는 헌법의• 취지에 부합하며, 생명 보호를 중요한 법정책을 추구하고 있는 현실 법질서와 일치한다고 평가 된다.

세 번째 관점은 절충설이라고 할 수 있는 단계적 접근설(Abstufungstheorie)이다.[11] 이 견해의 요점은 일단 수정시부터 인간의 생명을 보호하는 수정시점이 지나친 법정책적 보호의 확장이라고 판단하고, 인간의 인식능력을 중심으로 하는 인식능력기준설은 너무 생명에 대한 경시현상을 승인할 수 있다는 점을 지적한다. 이 견해는 수정란이 자궁에 착상되는 시점이 일반적으로는 인간 생명의 실질적인 시작이라고 파악한다. 이 시점을 지나면 완전한 인간으로 인정해도 무관하며, 생명 보호의 중단 없는 정책을 활성화할 수 있는 시점이라고 설명한다. 자궁 착상 이전에는 많은 자발적-인위적 생명훼손의 기회가 많다. 그러므로 착상을 생명보호의 법이론-법정책적 시점으로 인정하는 것이 타당하다는 견해이다. 그러므로 단계적 접근설은 위의 견해들에 대한 절충 또는 타협이라고 볼 수 있다.

3) 생명보호의 목적성

위에서 설명한 세 가지 견해 중 어떤 견해가 가장 타당한지는 결국 법정책의 목적을 고려해서 결정되어야 한다. 즉 어떤 견해가 인간의 생명보호에서 '보호'라는 목적을 우선적으로 고려하고 있느냐를 평가해봐야 한다. 형법상의 생명은 보호대상이지 다른 이익과 비교되는 객관적 교량대상은 아니다. 그러므로 반드시 생명 보호와 배려가 주된 관점으로 되어야 한다.[12] 만일 수정란과 배아가 처음 우리가 이 논의를 시작한 것처럼 아무런 보호 없는 상태에 처하게 된 것이 사실이고, 형사정책적 고려의 출발점이라면, 이 목적에 충족될 수 있는 관점은 수정시설 뿐이다. 다른 두 견해는 처음부터 출생 후의 인간과 출생전의 인간에 대한 논리적인 분류를 하

11) Schreiber, 위의 글, 29 이하.

12) 대판 1985.6.11, 84도1958: "…인간의 생명은 잉태된 때부터 시작되는 것이고 회임된 태아는 새로운 존재와 인격의 근원으로서 존엄과 가치를 지니므로 그 자신이 이를 인식하고 있던지 또 스스로 방어할 수 있는지에 관계없이 침해되지 않도록 보호되어야 한다…."

고 있을 뿐이다. 특히 두 견해 모두 인간의 생명을 다른 이익과의 평가와 비교대상으로 삼는 모순을 가지고 있다. 더욱이 우리가 인간 생명보호의 시점을 다시 평가하려는 이유는 수정란과 배아의 자연과학적인 발전단계의 의미를 파악하기 위해서가 아니라 수정란과 배아의 법적 보호의 필요성 때문이다. 그러므로 다른 두 가지 견해는 법이론과 법정책적 고려의 필요성을 충족시키지 못한다. 특히 첫 번째 견해인 인식능력기준설은 수정란과 배아의 생명을 보호하기 위한 견해가 아니라 생명공학과 의공학적 필요에서 수정란과 배아를 인간이 아닌 것으로 파악하게 만드는 왜곡된 이론으로 보인다. 왜냐하면 이 관점은 현재 법체계의 규범과도 논리적으로 일치하지 못하기 때문이다. 두 번째 견해도 역시 착상시설을 취함으로써 수정란과 배아의 보호에 조금 더 충실한 것처럼 보이지만 왜 착상 이전과 착상 이후를 생명보호의 구분점으로 하고 있는지에 대한 설명이 불충분하다.[13] 또한 이 견해 역시 종국적으로는 인식능력기준설과 효과가 같아진다. 이들이 간과하는 사실은 수정란과 배아는 출생이라는 과정으로만 독립적인 인간과 구분된다는 사실이다.

4) 동일성의 추정근거

수정란과 배아가 출생후의 인간과 동일한 존재가치를 갖는다는 주장의 근거는 세가지 논증들에 의해서 주장된다. 첫째 동일성 논증, 둘째 잠재성 논증, 셋째 연속성 논증이다.[14] 이미 생물학적으로 확인된 사실은 인간의 개체발생과 분화과정은 자연적 연속성상에 절대적으로 의존된다는 점이다. 인간 생명에 관한 조작은 일시적 단계개입 이외에는 불가능하다. '인간 복제'라는 기술적 단어의 실질적 의미는 수정 과정에서 단지 핵만을 교체하여 정상적인 자궁에 주입시키는 단순 작업을 의미한다. 그 이외의 모든 과

13) 형법상의 대립에 대한 설명은 Keller, Beginn und Stufungen des strafrechtlichen Lebensschutzes, Günther/Keller(Hrsg.), Fortpflanzungsmedizin und Humangenetik-Strafrechtliche Schranken?, 2.Aufl., 1991, 130 이하.

14) 소위 'PIK-Argumentation'이라고 부른다.

정은 자연적 절차에 의존된다. 그렇기 때문에 인간의 생성과 분화, 발전은 99.99%가 자연적 과정에 따른다는 것이다.

동일성 논증은 결국 수정 이후의 모든 과정이 자연적으로 진행되어 출생하는 인간과 수정란은 존재적으로 동일하다는 전제를 인정 한다.[15] 이러한 수정란과 출생자와의 동일성은 또 다른 논증, 연속성 논증에 의해서 보강된다. 인간은 수정 이후 세포 분할을 통하여 전배아-배아-태아의 단계로 전개되며 결국 모체와 분리되어 독립한다. 각각의 단계는 각기 다른 존재가 아닌 '연속적인 존재'로서 발전한다. 이와 조금 다르게 잠재성 논증은 배아나 수정란이 갖는 잠재성에 대한 주장이다. 인간의 발생과 발전은 생물학적인 자연적 연속과정에서 이루어진다. 인위적인 개입과 조작은 일정 단계에 단순히 순간적으로 개입하는 것이고 다른 모든 절차는 자연적 발생과정에 일임된다. 그렇기 때문에 수정란과 배아는 자연적 과정의 첫단계가 이루어지면 인간으로서의 잠재성을 완전히 갖추게 된다. 잠재성과 연속성, 그리고 동일성이 인정되는 한 국가는 수정란과 배아에 대한 인간으로서의 법적인 보호와 배려를 정책목표로 삼아야 한다. 수정란이나 배아는 (잠재적)인간으로서 충분한 존엄성과 보호의 적성을 갖추고 있다고 생각한다. 그러므로 인간 생명권 보호와 배려에 관한 법적 제도는 수정란과 배아에까지 미쳐야 한다.[16]

3. 평 가

현행 형법은 수정란과 배아를 인간 또는 사람과 동등한 보호대상으로 파악하고 있지 않은 것은 분명하다. 그러나 반드시 우리 형법의 태도가 인간의 생명보호시점을 구분하여 파악하는 것은 아니라고 생각한다. 그러므

15) 논증에 관한 자세한 설명으로는 Heun, Embryoneforschung und Verfassung - Lebensrecht und Menschenwürde des Embryos, JZ 2002, 517 이하.

16) Spaemann, Verantwortung für die Ungeborenen, Schriftenreihe der Juristen-Vereinigung Lebensrecht e.V. zu Köln, Nr.5, 13 이하; Starck, Die künstliche Befruchtung beim Menschen - Zulässigkeit und zivilrechtliche Folgen, München. 1986.

로 형법 해석에서 착상전의 체외 수정란과 배아를 인간으로 간주할 수 있는 가능성이 아주 없는 것은 아니다. 다만 현실적으로 수정란이나 배아를 완전한 인간으로서 해석하는 것은 불가능하다.

이러한 사실이 현재의 사회적 인식과 체제가 더 이상 무조건적인 생명보다는 가치있는 생존을 우선적으로 고려한다는 주장[17]을 정당화시키는 것은 아니다. 이 주장에서는 세속적인 법과 사회제도는 결국 출생한 인간을 위하여 고안되었으며, 태아나 그 외의 출생을 준비중인 생명은 특별히 고려된 인정할 수 있는 생명권을 부여받을 뿐이라고 한다.[18] 그렇기 때문에 '인간으로서'(als Mensch) 취급하는 것은 부당하고 '인간으로 될 수 있는'(zum Menschen) 생명으로 취급하는 것이 타당하다는 주장이다. 이러한 주장의 가장 핵심적인 주제는 이미 낙태자유화의 운동에서 많이 거론되었다. 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'(reproductive coercion)를 요구하는 것과 같다.[19] 가장 이성적으로 설명되는 낙태자유화 사상의 기본적인 논증은 임신부의 사회-생물적 환경과 출산할 태아의 생명권을 비교교량하여 일정한 조건에서 산모의 사회-생물적 환경에 선택적 우위를 인정한 것으로 파악할 수 있다.

그러나 낙태자유화의 이념을 수정란과 배아 생명권 존중포기의 결론까지 무작정 연장할 수는 없다. 여기서 낙태자유화의 문제를 자세히 거론하지 않겠다. 그러나 낙태에서 문제되는 태아의 생명권과 생명공학에서 문제되는 수정란과 배아의 생명권은 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.

---

17) Hoerster, 위의 책, 32 이하.

18) Hoerster, 위의 책13; 보다 자세히는 Die unbegründete Unverfügbarkeit ungeborenen menschlichen Lebens, JZ 1991, 503 이하.

19) O'neill, Autonomy and Trust in Biotechnology, 2001, 54.

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. 수정란과 배아의 생명보호가 낙태문제와 다른 것은 바로 이러한 근거이다.

결국 수정란과 배아의 생명에 대한 논의는 낙태자유화의 논쟁과 다르게 진행되어야 한다. 수정란과 배아 생명은 인간 생명보호와 동일하게 또는 그에 준하여 법적으로 보호해야 하는 대상이다. 이 내용은 헌법상의 생명보호 원칙과 법질서의 본질에서 비롯된다.

Ⅲ. 형법 해석

1. 수정란과 배아의 지위

우리 형법상 통설은 진통설을 따른다.[20] 태아가 독립적인 권리주체로서의 사람이 되는 시기에 대해서는 구체적인 규정은 없고 판례에 의해서 형성된 진통설이 통설적인 지위를 차지하고 있다. 판례의 해석에 따라서 출산의 진통이 개시된 이후부터 사람으로 인정한다. 이는 민법의 독립호흡설과 다른 구조를 보여주고 있다. 민법상 태아는 출산, 즉 모체에서 이탈되어 스스로 호흡을 할 수 있는 정도까지 되어야 독립된 인격주체로서 인정된다.

진통설의 구체적인 의미를 분석해본다면, 현행 형법상의 사람은 자연분만으로 인하여 분만이 개시된 태아를 사람으로 인정하는 것으로 파악할 수 있다. 그 이전의 단계는 태아로 구분되고 태아에 대해서는 형법 제269조 이하의 낙태의 죄에서 규율하고 있다. 낙태행위의 대상이 되는 것은

20) 이 견해의 근원은 BGHSt 32, 195; Schönke/Schroeder/Eser, Strafgesetzbuch, Kommentar, 26 Aufl., Rn. 13 vor §§ 211 이하. 국내문헌으로는 김일수, 형법각론, 24; 이재상, 형법각론, 2/9; 오영근, 형법각론, 16.

'태아'라고 파악하는 것이 타당하다. 그러나 이 때의 '태아'가 산부인과학에서 의미하는 태아(fetus)와 같은 것인지는 확실치 않다. 왜냐하면 산부인과학에서 일반적으로 정의하는 '태아'란 수정후 모체의 자궁에 착상한 후 7~8주가 지나야 성립되기 때문이다. 만일 형법상의 '태아' 역시 이처럼 해석한다면, 현행법상 낙태의 죄에 포함되는 '태아'란 수정후 7~8주가 지나서 정상적으로 모체내에서 성숙하여 자연분만의 진통이 개시되기 이전인 "태아"만을 의미한다.[21]

현재 생명공학에서 문제되는 '배아'(embryo)는 '태아'의 개념과 다르기 때문에 형법상 낙태의 죄의 대상이 될 수 없다는 결론이 나올 수 있다. 자연과학적인 인간의 발생단계에 따르면 '배아'는 '태아'가 아니다. 그렇다면 형법상 보호를 받을 수 있는 단계는 수정후 7~8주가 지나야 가능하다. 그 전에는 보호받을 수 없으며, 특히 최근 생명공학에서 발생하는 체외수정에 의한 모체밖에 있는 수정란이나 전배아는 형법의 낙태죄의 규정과 관련될 가능성이 더욱 희박해진다. 그러므로 개념적으로만 본다면 착상전의 수정란이나 전배아는 형법의 보호대상에서 배제될 수 있다.[22]

2. 형법해석

형법은 다른 법률에 비해서 높은 정도의 명확성을 요구받는다. 죄형법정원칙에 따라 법문의 해석은 '가능한 어의의 한계'를 넘어설 수 없다. 만일 이를 초과하면 유추해석금지 원칙을 위반하는 것이며, 그 결과 지나친 확대해석이 될 수 있다. 형법이 이와 같은 도그마틱적인 해석의 한계를 스스로 준수하는 것은 형법 본래의 속성에서 비롯된다. 이러한 해석의 엄격성은 형법의 겸억성을 지키기 위하여 기능하는 소위 도그마틱의 본질에서

21) Langman, Medizinische Embryologie, 7.Aufl., 1985, 40 이하.

22) Günther, Strafrechtlicher Schutz des menschlichen Embryos über § 218 ff. StGB hinaus? - Eine Exemplifizierung kriminalpolitischer Grundsätze der Verhaltenskriminalisierung in neuen Grenzbereichen von Recht und Medizin, Günther/Keller(Hrsg.), Fortpflanzungsmedizin und Humangenetik, 2.Aufl., 1991, 139.

나온다. 해석방법 중 '목적론적 해석'(teleologische Auslegung)은 다른 해석방법과 약간 다른 의미로 접근된다. 목적론적 해석은 입법자의 의도를 최우선적으로 고려하여 해석할 수 있는 여지를 가지고 있다. 이처럼 목적론적으로 해석을 고려한다면, 유추해석의 금지가 '문언의 가능한 의미'를 전혀 벗어날 수 없는 해석이라고 하기는 곤란하다. 특히 '문언의 의미'란 고정되어 있는 것이 아니라 탄력적으로 구성될 수 있는 개념의 폭을 가지고 있기 때문이다.[23]

1) 규범구조

목적론적 해석을 통하여 출산 후의 인간과 출산 전의 인간을 형법적으로 동일하게 적용할 수 있는 사고를 구체화할 수 있는가? 이를 확인하기 위해서는 먼저 규범과 법률의 관계를 구체적으로 생각해봐야 한다. 형법은 규범에 관한 이해를 반영하는 법이다.[24] 태아에 대한 규범명령은 '태아 생명을 위험스럽게 하지 마라'이다. 낙태죄의 규범은 '사람을 살해하지 마라'라고 하는 살인죄의 규범과 대상이 다르다. 살인죄의 사람은 이미 정신적으로나 육체적으로 독립하여 생존하는 인간을 말한다. 그렇기 때문에 살인죄의 객체인 사람에서 고려되는 것은 객체의 성향이나 능력이 아니다. 오히려 문제는 살인행위 대상과의 관계이다. 특정 인간의 생명을 침해하지 말라는 구체적인 규범이 형성된다. 전쟁에서 사람을 살해하는 것과 자기의 직계존속을 살해하는 것이 구분되는 이유는 바로 법률의 전제가 되는 구체적 규범이 다르기 때문이며, 그 구체화는 개인간의 관계성 속에서 형성된다.[25]

즉 일반적으로 형법규범은 사회적으로 맺고 있는 관계성을 고려하여 형성된다. 특히 여기서 문제되는 것은 상호간의 권리영역의 조화의 불균형이다. 그러나 이와 달리 실질적 관계성보다는 약자에 대한 배려를 우선적으

23) 이상돈, 법이론. 법인식의 사회적 지평과 근대성, 1997, 147 이하.
24) Binding, Die Normen und ihre Übertretung Ⅰ, 2.Aufl., 1921, 50 이하; 신동일, Binding의 규범이론, 1997, 55 이하.
25) 신동일, 위의 글, 28 이하.

로 고려하는 규범들이 있다. 예컨대 형법 제271조의 유기의 죄나 제269조 낙태죄의 경우를 들 수 있다. 유기의 죄는 요부조자의 원조행위를 중단한 부조의무자를 비난하는 것이다. 이 때의 규범은 부조자와 요부조자의 관계를 중심으로 형성되는 것이긴 하지만 권리영역의 조화보다는 처음부터 약자로 인정되는 요부조자에 대한 부조자의 의무를 중심으로 형성된다. 여기서의 규범의 내용은 의무와 같다. 이미 부진정부작위범에서 논의되는 보증인 의무와 지위처럼 유기의 죄나 낙태의 죄에서는 대등한 사회적 관계가 아니라 열등한 사회적 관계에 대한 존중의무를 기준으로 규범이 형성되고 있다. 낙태죄의 경우도 결국 태아와 사회적 개인이 대등한 위치에서의 규범관계를 고려하는 것이 아니라 일방적으로 열등한 지위를 갖는 태아에 대해서 사회가 어떤 의무를 지느냐를 고려해야하는 규정이다.

이 경우 진지하게 고려되어야 하는 것은 규범관계가 아니라 규범의무이다. 즉 '너는 그 경우 그 행위를 하지 말았어야 했다'가 아니라 '너는 그 경우 네 의무를 다 해야 했다'가 문제된다. 결국 형법 제271조 이하의 요부조자와 제269조 이하의 태아에 대한 형법적 보호조치는 의무부담자에게 생명존중의 의무를 부여하는 규정으로 이해해야 한다.

2) 보호의 필요성

규범의무를 감안한다면 수정란과 배아는 보호 대상자이며 보호 의무는 열등한 지위에서 당연히 추론된다. 모든 인간의 생명을 보호한다는 측면에서 수정란과 배아는 당연히 형법의 보호프로그램에 포함되어야 한다. 그리고 수정란과 배아에 대한 어떤 훼손이나 피해는 형법상 규범관계 파괴와 마찬가지로 보호법익에 대한 비난받을 공격으로 이해되어야 한다. 특히 보호의무와 관련지어서 생각한다면 형법상의 다른 법익과 비교하여 높은 정도의 보호가 마련되어야 한다.

특히 수정란과 배아가 보호되어야 하는 필요성은 반드시 윤리적인 동기에서가 아니다. 다른 생명법익에 관한 규정들과 비교하여서도 수정란과 배아는 반드시 보호되어야 하는 존재이다. 독일 헌법재판소에서 배아를 '인

간으로 발전하는 존재'(zum Menschen)가 아닌 '인간인 존재'(als Mensch)로 이해한 것[26]은 수정란과 배아에 대한 정당한 인식이다. 반대의 견해[27]에서 주장하듯이 출생 후의 인간과 수정란이나 배아의 존재가 관련성이 없다고 해도 수정란이나 배아의 생명권을 주정할 근거는 되지 못한다. 또한 수정란과 배아에 대한 형법적 보호 필요성은 수정란과 배아의 생명존엄성 자체에서도 비롯되지만 수정란과 배아에 대한 다른 개인들의 관계성에서도 필요하다.[28]

태아와 달리 모체에 의해서 일차적으로 보호를 받을 수 없다는 점 때문에 수정란과 배아에 대한 침해행위는 단순히 침해하는 자와의 관계성에서만 거론된다. 그렇기 때문에 수정란과 배아에 대한 침해행위가 의학적 연구나 불치병 치료, 또는 잉여 냉동 배아에 대한 사회적 이익을 위한 활용이라고 주장하면 그 비난성을 발견하기 힘들어진다. 그러나 수정란과 배아에 대한 보호 필요성은 위에서도 거론하였듯이 존재하는 보호의무의 위반이라고 봐야 한다. 그러므로 침해 행위자의 불순한 의도와 관련없이 행위는 처음부터 의무위반행위로 인정된다. 그 생명존중의무는 어떤 사람에게 특정되는 것이 아니라 수정란과 배아와 관계하는 우리 모두의 의무이기도 하다. 바로 이러한 점 때문에 이와 같은 논의에서는 수정란과 배아의 보호가 일반화되어 단지 윤리적인 문제로 비추어지기도 하는 것이다.

그러나 태아와 구분되는 배아나 수정란은 그 높은 보호필요성에도 불구하고 현행 형법의 해석으로는 인간으로 파악할 수 없다. 체외 수정된 수정란이나 냉동 잉여 배아를 형법 제250조 이하의 살인의 죄나 형법 제269조 이하의 규율을 받는 낙태죄의 보호대상이라고 해석하지 못한다.[29] 현행

---

26) Glauben, Bioethik - was kann und was darf die Wissenschaft? Ein Überblick, DRiZ 2002, 158. 이 표현은 독일연방헌법재판소의 판결(BVerfG 88, 203(251))에서 비롯되었다 : "…im Prozeß des Wachsens und Sich-Entfaltens sich nicht erst *zum Menschen*, sondern *als Mensch* entwickelt."(강조는 필자)

27) Heun, 위의 글, 520; Merkel, Ebryonenschutz, Grundgesetz und Ethik, DRiZ 2002, 184 이하.

28) Wachsmuth/Schreiber, Deutsche Gesellschaft für Chirurgie, Mitteilungen, 1986, 154 이하.

29) 신동일, 위의 글, 65;Keller, 위의 글, 130.

형법의 적용을 받는 사람의 개념은 통설의 견해처럼 진통이 개시된 이후에 문의하는 것이 해석상 타당해 보인다. 결국 수정란과 배아의 생명권은 보호의 필요성은 높지만 보호의 가능성은 낮은 형사정책적 흠결 상황에 처해있다.[30]

Ⅳ. 입법적 해결

1. 입법의 지체

수정란과 배아를 현행 형법 해석으로 인간으로 포괄하여 보호할 수 없다면 새로운 입법을 통하여 보호할 수밖에 없다.[31] 다만 이 입법의 진행과정은 매우 더디고 어렵게 지체되고 있다. 입법의 필요성에 대해서 거부감을 갖는 사람은 없다. 거의 4년 이상을 끌고 있는 입법지체 현상은 이에 대한 어려움을 단적으로 보여주고 있다. 원인이 무엇인지를 분명히 파악할 수는 없다. 그러나 분명한 것은 수정란과 배아의 생명권을 훼손하여 실험하려는 목적이 매우 전망있는(?) 산업적 이해와 맞닿아 있다는 사실이다.[32] 이들이 언제나 주장하는 것은 배아 실험이 가져올 장래의 희망이다. 난치병 또는 불치병을 해결할 수 있는 방법을 찾을 수 있다는 설명은 언제나 이를 달성하던 하지 않던 간에 장래의 경제적 이익을 배경으로 하고 있다. 유전자 실험은 성공의 가능성이 매우 희박하거나 수많은 수정란이나 배아의 생명을 희생해야만 달성될 수 있는 방법이다. 그렇기 때문에 이미 다른 대부분의 국가들과 국제적인 협약들은 수정란과 배아를 이용하는 실험과 기술에 대하여 형사법이나 민사법적인 금지를 입법화시키고 있다.[33]

---

30) 같은 지적은 Günther, 위의 글, 146.

31) 전체적인 설명은 강희원, 배아복제와 인간존엄의 정치학, 법제연구 제20호(2001), 8 이하; 신동일, 위의 글, 113 이하; 박은정, 생명공학시대의 법과 윤리, 2000, 이화여대 출판부, 17 이하.

32) Benda-Kommission, In-vitro-Fertilisation, Genomanlyse und Gentherapie. Bericht, 25 이하.

입법을 통한 해결은 매우 빠른 효과를 볼 수 있는 방법이다. 그러나 우리의 경우처럼 입법 지체 현상이 계속된다면 아무런 대책을 세우지 않고 방기시키는 것과 마찬가지이다. 우리 생명윤리법률들이 공전되는 이유는 각각의 이해관계가 첨예하게 대립되어서이다.

2. 필요성

1) 형법의 편면적 성격

수정란과 배아의 생명권을 무단으로 자작하고 훼손하는 행위들은 형법적인 비난성을 갖추고 있다. 현실적으로는 법률의 부재로 인하여 소추되지 못할 뿐이다. 이러한 입법적 흠결을 형법의 '편면적 성격'(fragmentarischer Charakter)이라고 한다.[34] 형사입법 지체현상은 법치국가이념에 의해서 그동안 설득되었다. 새로운 상황에 대한 형사입법의 지연이 형벌권 행사를 제한적으로 실현시켜야 한다는 원리와 일치하였기 때문이다.

다만 형법의 편면적 성격은 입법상의 흠결의 지속을 정당화시키지는 않는다. 편면적 성격이란 당시 형법해석을 통하여 무리하게 사안을 포섭시킬 수 없다는 겸억성의 표현일 뿐이지, 언제나 흠결을 가지고 있어야 한다는 의사표현이 아니기 때문이다. 보호법익에 대한 명백한 훼손이 야기되고 그 보호가 절박한 상황에도 편면적 성격을 근거로 입법을 지체해서는 안 된다. 엄밀히 말해서 형사정책적 필요성이 존재하는 경우에도 입법이 의도적으로 지체되고 있다면, 입법자의 직무유기와 같다. 또한 이처럼 지속적으로 입법을 회피하여 수정란과 배아의 생명권 침해를 방임한다면, 종국적으로는 입법지체를 통한 살인방조와 다르지 않다.

---

33) 이인영, 줄기 세포연구의 법률적 쟁점사항 및 외국의 입법동향, 참여연대시민과학센터 2001; 인간 배아 보호를 위한 법정책에 관한 고찰, 형사정책연구 제51호(2002) 53 이하.

34) Binding, 위의 책, 338.

2) 위험사회에 대한 미신?

1980년대부터 거론되어 오는 위험사회이론[35]은 법치국가 형법관에 대한 강력한 위험요소로 지적되기도 하였다. 간략하게 설명하자면 잠재적인 위험요인에 대한 관리와 통제를 위하여 가장 선호되는 방법이 형법이며, 이러한 형사법의 기능적 활용은 법치국가적 형법이론에는 맞지 않는다는 지적이다. 위험형법이라는 표제가 등장하기 전에 수많은 비판을 받았던 기능주의 형법관 또는 효과지향적 형법관의 새로운 자기 정당화가 위험사회이론으로 힘을 얻었다는 인상이 짙어졌던 것이 사실이다.

위험(Risiko)이라는 표현이 갖는 폭넓은 의미도 문제되었다. 구체적인 위험성에 대한 지적 없이 단지 위험하다는 징후가 법적 통제의 필요성을 바로 지시한다는 설명은 '민족의 이름으로' 또는 '신의 명령으로'처럼 근거 없는 형벌을 너무 쉽게 허용할 수 있다는 비판은 타당하다. 결국 국가의 관리능력을 비대하게 해주고 시민들의 자유를 심각하게 제한할 것이라는 설명이다. 위험원에 대한 관리를 행정법적인 영역에 부담시켜서 과다한 자유제한 위험성을 방지해야 한다는 주장도 있다.

먼저 우리가 구체적으로 판단해야 하는 사항은 위험사회 이론 본질은 아니다. 특히 기능주의적인 형벌이론과 위험사회이론과의 관련성에 대해서 나는 부정적이다. 위험사회이론은 그 주장자 자신의 소개처럼 국가의 관리시스템을 강화시키는 이론이 아니라 반대로 비국가적 관리영역(NGO나 시민활동)을 확장하여 관리체계의 실패에서 비롯되는 거대 위험을 경계하자는 이론이기 때문이다.[36] 기능주의 형벌이론은 이와 반대로 국가관리체계의 확대를 도모하여 예방적 형법사상을 실현시키려는 관점이다. 물론 기능주의 형벌이론도 법치국가적 제한 내라는 작용범위를 가지고 있다. 이와 같은 사항을 무시한다면 위험사회이론은 곧바로 기능주의 형벌이론과 동일한 내용을 가진 것으로 오해될 수 있다.

결국 이 차이점은 형법에 대한 보호법익을 어떻게 구성하는가에 대한

35) Beck, Risikogesellschaft. Auf dem Weg in eine andere Moderne. 1988.
36) Beck, 위의 책, 172 이하.

정당성의 근거에 대한 시각 차이에서 비롯된다. 형법의 보호법익원칙은 소극적으로는 형벌권 행사의 구체적 정당화 요소로 작용하지만 적극적으로는 형벌의 처벌을 요구하기도 한다. 즉 보호법익의 침해가 발생해야 처벌할 수 있다는 원칙은 보호법익의 침해가 확인되면 형벌로 그 보호를 강제해야한다는 것과 동전의 양면일 뿐이다.

3) 보호법익의 발견과 구성

많은 수의 공청회와 토론회를 통하여 지적된 것처럼 수정란과 배아의 생명보호를 위한 법적 조치는 매우 필요한 조치이다. 몇가지 제안된 법률안과 외국의 관련 법률들은 거의 예외없이 형법적 금지와 제재를 제안하고 있다. 그러나 그 보호법익에 대해서는 아직 확실한 합의를 보지 못하고 있다. 특히 문제되는 영역은 개체발생을 목적으로 하는 인간복제의 금지, 폐기결정된 잉여 배아의 실험허용 여부, 개체의 유전적 형질변화를 야기시키는 유전자 치료술의 허용여부, 유전자 정보의 처분권한의 기속과 같은 사항들이다.

수정란과 배아의 생명보호를 보호법익으로 구성할 수 있는지, 아니면 그 보호법익을 인정할 수 있는지의 결정은 정책적으로 차이가 발생한다. 왜냐하면 위에서도 설명하였듯이 수정란과 배아 생명에 대하여 타인이 결정할 수 있는가의 문제로 귀결되기 때문이다. 일부에서 주장하는 단계적 접근설이 유일한 대안이 되지 못하는 점이 바로 이 점 때문이다. 타인의 생명은 합의대상이 아니라는 입장에 서면[37] 당연한 보호법익을 형법이 인정하는 것으로 이해해야 할 것이고, 보호가치에 대한 사회적 합의가 가능하다는 입장에 서면 형법이 새로운 보호법익을 구성하는 것으로 판단[38]해야 하기 때문이다. 여기서 발생되는 결론은 달라진다.

생명에 대한 합의가능성을 인정한다면 수정시설과 단계적 접근설, 인식능력기준설이 모두 인간의 시작을 위한 설명으로 허용될 수 있다. 그러므로

37) 김일수, 배아 보호의 법적 이해와 법정책의 방향, 형사정책연구 제51호(2002), 5 이하.
38) 구성적 법익개념에 대한 연구로는 김나경, 생명공학의 현실구조와 법익의 사회적 구성. 형법에서 생명개념의 문제, 2001, 89 이하.

14일 미만의 수정란에 대한 침해허용이나 극단적으로 인식능력 없는 사람에 대한 보호철회를 합의에 의해서 만들어낼 수 있게 된다. 그러나 합의가 능하지 않다는 입장에 서면, 수정란과 배아의 생명은 수정시부터 인간으로 인정받는다. 이 경우 마치 사형제도와 마찬가지로 수정란과 배아의 생명은 진지하게 논의될 수 있다. 요컨대 후자가 생명보호에 대한 원칙을 선언하여 폭넓은 보호를 법적으로 승인하는 이론이라면 전자는 그에 미치지 못한다.

3. 한 계

결국 입법을 통한 해결방식에도 두 가지 방식이 대립될 수 있다. 먼저 생명에 대한 합의의 긍정과 부정에 따라서 '원칙과 예외 관계'가 정해진다. 그에 따라서 원칙에 대한 준수와 예외에 대한 타협이 시작된다. 생명에 대해서도 동일하게 타협할 수 있다는 주장은 타협의 대상을 인간의 생명에까지 확장하는 생각이다. 물론 이와 같은 관점들이 인간 생명의 무가치함을 주장하지는 않는다. 그러나 이처럼 파악하면 간과되는 것이 개별 사안에 대한 가치판단의 무오류 가능성을 맹종하는 것과 같다. 법정책과 법이 해는 일정한 원리와 원칙에 대해서 의심 없이 따를 것을 요구하기도 한다. 예를 들면 자유, 양심, 사생활, 언론, 표현과 같은 내용은 가장 우선적으로 고려되어야 하는 권리이다. 그중 가장 상위의 권리는 생존, 즉 생명권이다. 인간에게 제공될 모든 기본권의 기초가 되는 것은 생명권이다.

모든 것을 합의대상으로 삼을 수 있다는 생각은 매우 위험한 발상이다. 그러므로 수정란과 배아의 생명권은 처음부터 제3자의 합의대상이 될 수 없다. 새롭게 제안될 법률에서는 수정란과 배아는 '인간으로서'(als Mensch) 취급해야 한다는 원칙이 표명되어야 한다. 이러한 원칙이 분명히 밝혀진 이후에 폐사한 수정란이나 심각한 유전질환이 발견된 착상대기 배아에 대한 제한적 임상실험 등이 극히 예외적으로 이루어질 수 있는 대책이 마련되어야 한다. 마찬가지로 최근 마련된 장기등이식에관한법률도 원칙적으로 심장사를 선택하고 예외적으로 뇌사를 인정한 것은 바로 이와 같은 법이념을 존중하였기 때문이다.[39] 이러한 원칙은 우리 법질서의 기본적

이념이며, 그 이념은 다른 모든 국가들의 법질서에서도 동일하게 인정된다.

V. 결 론

초기 생명보호를 위한 배려는 형사법 뿐 아니라 민법과 다른 법률에서도 우선적으로 고려되어야 하는 사항이다. 이는 우리 법체계와 규범의 당연한 명령이며, 사회적 인식이기도 하다. 생명권의 보장이 가장 기본적인 윤리이며 헌법에서 요구되는 절대규범이라는 점에는 의심의 여지가 없다. 그러나 현행 형법의 해석을 통해서는 초기 생명에 대한 보호를 이루어낼 수 없다고 생각한다. 물론 민법이나 다른 법률의 해석에서도 완전히 불가능하다는 것은 아니다. 예를 들어서 2000년 제안된 보건복지부의 생명윤리 및안전에관한법률(가칭)에서 규정하려던 생명특허에 대한 제한은 이미 현행 특허법 제34조의 해석으로도 가능한 것이었다. 또한 명문의 규정이 없음에도 불구하고 우리 헌법은 생명권에 대한 철저한 보장을 명시하고 있다. 인공수정에 대한 구체적 법률이 없음에도 불구하고 민사법적인 책임이 완전히 배제되는 것은 아니다.

문제는 형법적으로 어떤 행위를 제한하기 위한 절차와 과정이 전무하다는 사실이다. 이미 국제적인 생명윤리의 기준은 확보되었다.[40] 인간을 실험대상으로 하는 일체의 행위는 이미 인권에 반하는 행위로 선언되었다. 이 선언의 의미는 초기 생명, 즉 수정란이나 전배아는 이미 인간이라는 의미를 포함한다. 그 보호를 위하여 법제도와 입법을 마련해야 하는 것은 의무이지 선택이 아니다. 그러므로 수정란과 배아를 인간으로 규정하고 시작하는 것이 구분을 통하여 배제시키는 것보다 타당한 생각이다.

---

39) 구체적으로는 오영근, 뇌사와 장기이식에 관한 형법적 문제, 형사정책연구 4권(1993), 91 이하.

40) Lilie, Das Verbot des Klonens menschlichen Lebens, reproduktives und therapeutisches Klonen. Die internationale Lösung der UNO, Deutsch-Japanisches Symposium 2002.

정당방위에서 '부당한' 침해의 의의

박 강 우*

Ⅰ. 머리말

형법 제21조에 의하여 정당방위가 성립하기 위해서는 현재의 부당한 침해가 있을 것이 요구된다. 여기서 '부당한' 침해의 의의에 대해서는 상당수의 형법교과서가 대체로 '위법한'이라는 의미로 해석하고 있고 이러한 침해의 위법성은 법질서 전체를 기준으로 판단해야 하며 형법의 불법에만 국한되는 것은 아니라고 한다.[1] 이렇게 부당한 침해를 위법한 침해로 해석하는 경우 여기서 요구되는 위법한 침해는 형법적으로 위법한 침해만을 의미하는가, 아니면 기타 민법이나 공법상으로 위법한 침해도 포함하는가라는 문제가 발생한다. 다수의 학설은 정당방위에서 공격행위의 위법개념이 법질서전체를 포괄하는 통일적 위법개념이며 반드시 형법상의 위법개념에 한하지 않는다고 한다.[2] 그러나, 이러한 통일적 위법개념은 어떻게 확보될 수 있으며 법역간의 불일치에서 형법상의 위법성은 과연 법질서 전체에서 최종적 위법판단의 위치를 고수할 수 있는가가 의문이다. 특히 문제는 형법상의 위법과 다른 법역의 위법이 일치하지 않는 경우에 발생한다. 형법상으로는 위법하지만, 민법상으로는 위법하지 않은 공격 또는

* 충북대 법대 교수, 법학박사

1) 김일수, 형법총론(제8판), 283-284면; 배종대, 형법총론(제6판), 58/8-9; 신동운, 형법총론, 255면; 이재상, 형법총론(제4판), 17/14; 임웅, 형법총론, 1999, 195면.

2) 김일수, 위의 책, 284면; 배종대, 위의 책, 58/9; 신동운, 위의 책, 255면; 이재상, 위의 책, 218/14; 임웅, 위의 책, 195면.

형법상으로는 위법하지 않지만 민법상으로는 위법한 공격에 대하여 정당방위를 허용할 것인가가 문제된다. 전자의 경우 정당방위가 허용된다는 점에 대해서는 별다른 의문의 여지가 없지만, 후자의 경우에 과연 정당방위가 허용될 것인가는 아직 분명히 밝혀지지 않은 문제라고 할 수 있다.

또한 우리 학계에서는 정당방위, 긴급피난 또는 정당행위에 대한 정당방위는 허용될 수 없다는 견해[3]가 일반적으로 승인되고 있으나 이러한 정당한 행위들이 형법상의 위법성조각사유에 해당하는 행위를 의미하는지 민법이나 기타 법역의 위법성조각사유에 해당하는 행위도 포함하는지가 분명하지 않다. 여기서 다수의 견해는 정당방위, 긴급피난은 정당한 행위로서 부당한 침해에 해당되지 않기 때문에 이에 대한 정당방위가 불가능하다는 것을 주장하는 것으로 보인다. 그러나, 이러한 도그마는 금방 그 모순이 드러나고 만다. 위에서 보았듯이 형법이외의 부당한 침해에 대해서도 정당방위가 가능하다면 형법적으로는 위법하지 않지만, 민법상으로는 위법한 침해일 경우, 예컨대 과실에 의한 재물손괴에 대해서는 정당방위가 허용되어야 하는 것은 아닌가? 이러한 물음들에 대해 우리 형법학계는 별다른 논의가 없는 것으로 보인다. 우리의 형사입법자가 위법한 공격이 아닌 부당한 공격을 정당방위의 대상으로 결정한 것은 단순히 일본형법의 영향아래에서 이루어진 것이 아닌가, 아니면 형법적으로 위법하지는 않지만 형법 이외의 법역에서 위법한 행위에 대해서도 정당방위를 허용하려는 입법적 결단인가를 확인할 길은 없다.

이하에서는 정당방위의 방위대상인 공격행위의 부당성의 의의를 정당방위규정의 원조가 되는 독일과 일본의 논의를 중심으로 살펴보고 우리 형법 제21조의 '부당성' 개념에 대한 비판적 고찰을 시도하여 보기로 한다.

3) 이재상, 앞의 책, 17/14.

Ⅱ. 독일형법상 정당방위의 성립요건으로서 위법한 침해

1. 독일형법상 정방방위의 성립요건으로 통일적 위법성

독일형법 제32조는 정당방위를 다음과 같이 규정하고 있다. (1) 정당방위에 의해 요구되는 행위를 행하는 자는 위법하게 행위하는 것이 아니다. (2) 정당방위란 현재의 위법한 공격에 대하여 자기 또는 타인을 지키기 위해 필요한 방위행위를 말한다. 이러한 독일형법 제32조에서는 우리 형법의 '부당한'이란 문언과 달리 제1항과 제2항에서 공히 '위법한'이란 문언을 사용하고 있고 제1항과 제2항의 위법의 개념은 서로 동일하다.

이렇게 독일형법 제32조는 위법한 공격에 대해서 정당방위를 인정한다. 그리고, 종래 독일의 다수설은 법질서에 객관적으로 위반하는 공격을 '위법한 공격'이라고 해석하였다.[4] 여기서 이러한 위법을 단순한 객관적 위법, 즉 고의나 과실에 기하지 않은 행위와 책임무능력자의 공격에 대해서도 인정할 것인가가 문제되었다. 인과적 행위론에 기초한 고전적 범죄체계에서는 고의나 과실이 책임요소로서 고의나 과실, 행위반가치적 요소가 없이 결과반가치만으로 위법이 인정되는데 문제가 없었으나, 고의나 과실을 핵심적 구성요건요소로 위치지운 목적적 범죄체계가 주장된 이후, 결과반가치에만 초점을 맞추는 객관적 위법성개념을 의문시하고 행위반가치론에 기하여 고의와 과실에 의한 위법행위일 것을 요한다는 견해[5]가 유력하게

---

4) 예쉑은 "법질서에 객관적으로 모순된 공격"을 위법하다고 하였고(Jescheck, Lehrbuch des Strafrechts, 4. Aufl., 1988, S. 306), 메츠거와 블라이는 법의 객관적 평가규범에 위반한 공격을 위법하다고 하였고(Mezger, Strafrecht, 3. Aufl., 1949, S. 233; Blei, Strafrecht, A. T., 18. Aufl., 1983, S. 143), 마우라흐는 법질서에 의해 객관적·부정적으로 평가되는 공격을 위법하다고 하면서, 이러한 위법한 공격은 반드시 형법상 구성요건에 해당하는 행위일 필요는 없으며, 부가벌적 사용절도나 과실에 의한 재물손괴 역시 위법한 공격이 될 수 있다고 한다(Maurach/Zipf, Strafrecht, AT, Teil 1, 7. Aufl., §26 Ⅱ 12).

5) H. J. Hirsch, Die Notwehrvoraussetzung der Rechtswidrigkeit des Angriffs, in : FS für E. Dreher, S. 218 ff; R. Felber, Die Rechtswidrigkeit des Angriffs in den Notwehrbestimmungen, 1977, S. 135 ff.; C. Roxin, Die "sozialethischen

주장되고 있다. 마이어도 초기에는 책임없는 자의 공격에 대해서 정당방위를 인정했지만,[6] 후기에는 정방방위의 공격은 유책하고 고의에 기하지 않으면 안된다고 서술하고 있다.[7] 이렇게 정당방위의 대상으로 고의적인 또는 주관적 주의의무에 위반되는 -유책한- 공격을 요구할 경우 어린이나 정신병자에 의한 공격에 대해서는 정당방위가 허용되지 않게 된다.[8] 그러나 이러한 견해는 위법성과 책임을 엄격히 구분하는 독일형법의 태도와 일치하지 않으며 유독 정당방위의 '위법한 공격'의 해석에 있어서만 위법이란 개념을 목적론적 콘텍스트에 따라 일반적 위법성개념과 다르게 해석하는 것은 허용될 수 없다는 점에서 지지할 수 없는 견해라고 할 것이다.

이에 대하여 정당방위의 성립요건인 공격의 위법성은 일반 범죄론의 위법성의 개념과 일치한다는 록신의 견해[9]는 독일형법 제32조 1항과 2항의 위법성개념을 통일적으로 이해하는 자구에 충실한 해석이다. 즉 공격행위는 결과반가치를 야기하는 것만으로는 부족하고 행위가치를 증명해야 한다는 것이다. 그렇지만 이러한 록신의 견해는 위법성개념을 형법상 통일적으로 이해하는데 그치고 전법역에서 획일적인 위법성개념이나 '위법성이 통일성'의 사상은 주장하고 있지 않다. 즉 록신은 민법상으로는 금지된 사력행사가(독일민법 제858조) 형법상으로는 어떤 범죄구성요건에도 충족하지 않듯이 목적론적 견지에서 민법상 법적 효과와 형법상 법적 효과가 서로 다른 것이 적절한 경우가 존재함을 인정한다.[10] 그는 또한 민법과 공법의 법역에서 허용되는 것을 형법상 위법하다고 할 수 없다는 의미에서 '법질서의 통일성'을 인정하지만, 반대로 다른 법역에서 위법하다고 하여 바로 형법적으로도 위법하다는 의미의 통일성을 인정하지 않는다.[11] 전자

Einschränkungen" des Notwehrrechts, ZStW Bd. 83, S. 287; ders., Starfrecht, AT., Bd. I, 1992, IV §15; Lenckner, Sch/Sch, StGB, 23. Aufl., §32 Rn. 19.

6) H. Mayer, Strafrecht, A. T., 1953, S. 204.

7) H. Mayer, Strafrecht, A. T., 1967, S. 98.

8) Bertel. ZStW 84(1972), 11, Fn. 41.

9) Roxin, Strafrecht, AT I, 1992, IV §15[S. 413].

10) Roxin, a. a. O., §13, 60; §14, 30-36.

11) A. a. O., §14, 30-33.

를 소극적 통일성, 후자를 적극적 통일성이라고 칭할 수 있을 것이다.

그러나 이러한 록신의 견해는 형법상 위법하지 않은 공격에 대한 정당방위를 인정하지 않는 결과를 낳고 이에 대해서는 정당방위의 성립범위를 부당하게 좁히는 것은 아닌가하는 의문이 제기될 수 있다. 여기서 독일의 통설은 법적으로 승인되는 모든 이익을 지키기 위한 정당방위가 가능하다고 본다.[12]

정당방위에서 공격행위의 위법성에 관한 이러한 서로 다른 사고는 공격의 위법성의 이해에 대해서도 직접적 영향력을 갖는다. 예컨대 바우만은 "공격이 위법한가 아닌가의 판단에서는 전체 법질서에 초점을 두어야 할 것이다. 공격은 전법질서에 비추어 평가되어야 하고 결코 제정법과 형법전에만 의거하여 평가되어서는 안 된다"[13]고 말한다. 발두스도 "공격의 위법성은 형법으로부터만 도출되는 것이 아니라 법질서 전체로부터 도출된다. 따라서 공격은 구성요건에 해당할 필요가 없고 유책할 필요도 없다"[14]고 한다. 독일제국법원의 몇몇 판례도 형법이외의 법역에서 위법성으로부터 공격의 위법성이 도출되는 것을 승인하였다. 예컨대 제국법원형사부 1914년 3월 20일 판결은 실제의 사안의 해결로서는 피해자의 행위를 위법한 공격으로 인정하지 않고 피고인의 정당방위의 주장을 배척하였지만,[15] 가

12) H. Welzel, Das Deutsche Strafrecht, 11. Aufl., S. 84; Maurach/Zipf, Strafrecht, A. T., 5. Aufl., 1977, S. 376; Bockelmann/Volk, Strafrecht, A. T., 4. Aufl., 1987, S. 89.

13) J. Baumann, Strafrecht, A. T., 7. Aufl., 1975, S. 309.

14) Baldus, StGB, LK, 9. Aufl,, 1974, §53 Rn. 7.

15) 이 사건의 개요 및 재판경과는 다음과 같다. 피고인 X녀는 기사 L남과 약혼하고 각오한 뒤 육체관계를 맺기에 이르렀지만 제3자로부터 L남이 가사를 돕는 W양과 연인관계라는 사실을 전해 듣고 L남으로부터 파혼을 당하지 않을까 염려하였다. 여기서 X녀는 W양에게 배달된 편지를 입수하여 그 부도덕한 내용을 L남에게 들이밀음으로써 L남의 마음을 W양으로부터 자신에게로 돌리려고 마음먹었다. 이 목적을 실행하기 위해 X녀는 W양의 양해 없이 Z우편국에서 W양에게 배달되려는 W양의 우편물이 Z우편국에 체류 중인 듯이 신청용지에 기입하고 W의 이름으로 서명한 후 그것을 우체국에 제출하였다. 그래서 X녀는 이 신청에 기하여 Z우편국에 체류 중인 수통의 편지를 입수하였다. 이상과 같은 피고인의 X녀의 행위는 문서위조죄에 해당하는 것으로 기소되어 이에 대하여 피고인은 정당방위의 항변을 행하였지만 제1심 재판부는 그 주장을 인정하지 않았던 피고인의 상소하기

설적 논증으로서 피해자가 예컨대 기망 기타 허용되지 않는 수단을 사용하여 피고인의 약혼자의 자유의지에 영향을 미침으로써 약혼자로 하여금 피고인을 배신케 한 경우에는 약혼의 존속에 대한 위법한 공격의 존재를 인정할 것이라고 판시하였다.[16] 법원에서 형법상 위법이 없어도 권리에 대한 침해가 '위법한 공격'에 해당하는 것으로 판시한 기타 사례로서는 주차장의 공용의 권한에 대한 침해에 대한 것,[17] 점유에 대한 침해에 관한 것,[18] 초상권의 침해에 관한 것[19] 등이 있다.

이상과 같이 독일의 다수설과 판례는 형법상 위법한 공격이 없어도 정당방위가 가능한 '위법한 공격'에 해당한다고 해석해야 할 경우가 존재하

에 이르른 것이다. 위 사안에 대하여 제국법원은 다음과 같이 판시하였다. 피고인에 의한 문서위조행위를 형법 제53조의 정당방위행위에 해당되지 않는다고 판시한 원판결은 정당하다. W양이 피고인의 약혼자와 연인관계에 빠진 것은 피고인의 약혼이라는 법익에 대한 '위법한 공격'을 아직 의미하지 않는다. 왜냐하면 민법 제1297조에 의하면 약혼으로부터 혼인의 성립을 재판상 청구하는 소를 제기할 수 없고 결혼약속의 이행은 약혼자의 자유의지에 맡겨진다. 따라서 그 자유의지가 인정되는 한 W양이 피고인의 약혼자의 애정을 획득하여도 피고인에게 속한 권리에 대한 침해는 존재하지 않고 또 민법 제1298조의 청구권을 제외하면 이러한 관계에 기하여 피고인이 그 상태의 존속에 권리를 갖는다고 생각된다. 상태에 대한 침해도 존재하지 않는다. 만약 W양이 예컨대 기망 혹은 기타 허용되지 않는 수단을 사용하여 피고인의 약혼자의 자유의지에 영향을 줌으로써 약혼자로 하여금 피고인을 배신케 한다면 약혼의 존속에 대한 위법한 공격이 인정되지만 본건에서 이러한 사실이 인정되지 않으며 피고인 자신으로부터 주장된 것도 아니다. 이상에 의해 W양에 의하여 피고인에 대한 위법한 공격은 존재하지 않고 이에 따라 정당방위의 가능성도 존재하지 않는다.

16) RGSt 48, 215.

17) NJW 1963, 824. 바이에른주 고등법원의 1963년 1월 22일 판결은 자동차운전자가 공공의 노상에서 아직 도착하지 않은 남편을 위해 주차장소를 차지하였던 여성보행자에 의해 빈 주차장소에의 진입을 방해한 경우에는 그 자동차운전자에게는 정당방위의 권리가 있다고 판시하였다. 다만 본사건의 결론은 "비켜, 안 비키면 깔아 버릴거야"라고 협박하면서 차체를 들이민 피고인의 행위를 방위의 정도를 초과한 것으로서 정당방위의 성립을 부정하고 강요미수에 문의하였다(과실치상죄의 성립은 부정).

18) RGSt 60, 273.

19) 함부르크주 고등법원 1972년 4월 14일 판결(NJW 1972, 1290), 칼스루에주 고등법원 1981년 10월 1일 판결(NStZ 1982, 123).

고, 이러한 의미에서 정당방위에서 공격의 위법성은 형법이외의 법역에서 위법성도 고려하면서 전체 법질서에 비추어 확정하지 않으면 안될 것이라고 해석한다. 결국 정당방위에서 공격의 위법성을 형법상 위법성에 한정하여 파악하는 사고는 편협한 것으로서 정당방위의 성립방위를 부당하게 제한하는 결과를 가져올 우려가 있다는 사고가 독일에서도 지배적임을 알 수 있다. 다만 공격의 위법성을 전체 법질서에 비추어 확정한다고 하여도 위법성의 유무에 대해 부분법영역간에 모순이 존재하는 경우에 이것을 어떻게 조정하여 '공격의 위법성'의 유무를 확정해야 할 것인가 다시 문제된다. 다음에는 공격의 위법성의 문제를 실질적으로 어떠한 관점에서 어떠한 기준에 의해 판단할 것인가에 대해서 고찰하기로 한다.

2. 위법성의 판단기준

종래 독일의 다수설은 법에 객관적으로 위반되는 공격을 '위법한 공격'이라고 해석하여 왔다. 여기에서 어떠한 공격을 법에 객관적으로 위반되는 것이라고 볼 것인가가 문제된다. 공격의 위법성에 대해 종래 통설, 판례는 피공격자가 수인할(dulden,, ergeben) 필요가 없는 공격이 위법하다는 견해에 입각하고 있다. 예컨대 빈딩은 피공격자가 법상 수인할 필요가 없는 공격만이 위법하다고 한다.[20]

이러한 수인공식에 대해서는 적지 않은 비판이 있다. 예컨대 마우라흐는 공격의 위법성을 피공격자의 견지에서 고찰하는 통설이 통일적이고 객관적으로 평가해야할 위법성개념을 분열시켜 주관화시킨다고 비판하고, 공격자의 견지에서 판단하되 공격자가 특별한 권리의무에 기하여 행하는 모든 행위를 위법하지 않은 행위로 해석해야 한다고 주장하였다.[21] 그러나 '위법한'이라는 문언이 '공격'을 수식하고 있다고 하여도 문제는 정당방위의 성립여부이기 때문에 공격자의 견지에서 공격의 위법성을 결정하는 것은 타당하지 않다고 생각된다. 또한 통설이 말하는 피공격자의 수인의무의 유무

20) K. Binding, Handbuch des Strafrechts, Bd. I, 1885, S. 740.
21) Marach, a. a. O., 4. Aufl., S. 310.

는 객관적으로 논하여 결정되는 것이기 때문에 위법성개념을 주관화시킨다는 비판도 타당한 것은 아니다. 슈펜델은 공격자에게는 적법하지만 피공격자는 수인할 수 없는 공격에 대해서도 정당방위를 인정해야 한다고 하면서 마우라흐의 견해에 대하여 만약 수인공식에 근거하여 제한하지 않으면 행위자의 공격권을 확대하여 피공격자의 정당방위권을 부당히 제약할 우려가 있다고 비판한다.[22] 이에 대하여 펠버는 수인공식이 내용없는 무내용의 공식이 아닌가라는 비판을 하고 있다[23]. 그러나 이를 대신하는 합리적이고 구체적이며 실질적인 기준을 제시하지 못하는 점은 펠버 자신도 마찬가지이다. 따라서 약간의 불명확함은 있지만 수인공식을 기본적으로 유지한 위에서 개별적 경우에 대한 합리적 판단을 도모하고 사례를 축적 · 유형화함으로써 명확한 내용을 부여하는 방법을 취하는 것이 타당할 것이다.

공격자 혹은 피공격자의 견지에서 공격행위의 위법성을 일원적으로 파악하려는 양설을 이원적으로 파악함으로써 절충하려는 견해도 주창된다. 예컨대 발두스는 "공격의 위법성은 피공격자가 수인할 의무가 있는가 없는가에 따라서 예외없이 결정되는 것은 아니다. 어떤 영역에서는 공격자가 자기의 행위를 할 권한을 가지고 있는가 아닌가가 결정적이다"[24]고 말한다. 그러나 후자의 예외적 경우가 존재가 반드시 수인공식의 폐기를 요구할 정도의 것은 아니라고 할 것이다. 피공격자의 견지로부터 공격의 위법성을 결정하고 공격자의 행위권한의 유무의 판단은 수인요부의 판단의 한 자료로서 해소하여 종합적으로 수인의 요부를 판단하는 것이 정당방위권을 부당히 제약하지 않기 위해서도 필요하다. 다만 이 경우 피공격자가 공격을 수인할 필요가 없고 위법하다고 인정하기 위해서는 이 공격이 개별법역(예컨대 민법상 위법하다든가, 노동법상 위법하든가, 형사소송법상 위법하든가)에서 위법할 것이 요구된다고 할 것이다.

결론적으로 정당방위의 성립요건으로서 공격의 위법성은 최종적으로는

22) Spendel, a. a. O., §32 Rn. 56f.
23) R. Felber, Die Rechtswidrigkeit des Angriffs in der Notwehrbestimmungen, 1979, S. 40f.
24) Baldus, StGB, LK, Rn. §53 8.

어디까지나 전법질서의 견지에서 종합적으로 판단해야 할 필요가 있다. 사인 혹은 공권력에 의한 사인에 대한 공격, 예컨대 헌법상의 기본적 인권을 부당히 침해하는 공격, 형법상 위법한 공격, 민법상 위법한 공격, 형사소송법상 위법한 공격, 노동법상 위법한 공격, 행정법상 위법한 공격 등은 통상 독일형법 제32조에서 말하는 '위법한' 공격에 해당하지만 이에 비하여 행정법상 단지 하자있는 행위는 바로 형법 제32조에서 말하는 위법한 공격에 해당하는 것은 아니다. 결국 정당방위를 허용해야할 유형의 위법인가 아닌가를 고려하고 피공격자의 수인의 요부를 객관적으로 판단함으로써 공격의 '위법성'의 유무를 확정해야 한다는 것이 독일 다수견해의 입장이라 할 수 있다.

Ⅲ. 일본형법 제36조 1항의 '침해의 부정'의 의의

일본에서도 다수의 학설은 정당방위의 성립요건으로 부정한 침해를 위법한 침해를 의미한다고 해석하고[25] 객관적으로 위법하면 족하다고 한다. 이리하여 부정을 위법과 동일하게 해석하는 한 독일에서와 동일한 문제상황이 일본형법 제36조의 '부정한 침해'의 의의를 둘러싸고 발생한다. 우선 침해가 여하한 의미에서 위법하다는 것인가가 문제된다. 이에 대해서는 형법상 보호되지 않는 법익의 침해에 대해서도 정당방위가 가능하다든가,[26] 형법상 위법은 필요 없는 것이고,[27] 구성요건에 해당할 필요가 없다[28]고 설명하는 것으로 그치는 경우가 많다. 기본적으로 타당하지만, 이것만으로는 어떠한 의미에서 위법하다는 것인지가 분명하지가 않다. 이 문제에 관하여 예컨대 曾根 교수는 부정하다는 것은 법 일반에서 위법하다

25) 藤木英雄, 刑法總論講義, 昭和50年, 162면; 板倉宏, 刑法總論, 平成 6年, 204면; 中山研一, 口述刑法總論(第3版), 平成6年, 137면.
26) 莊子邦雄, 刑法總論, 新版, 221면, 222면 참조.
27) 曾根威彦, 刑法總論, 新版, 平成5年, 106면.
28) 內田文昭, 改正刑法I(總論), 昭和61年, 194면.

는 의미이고 반드시 범죄일 필요는 없으며, 예컨대 민사상 불법행위에 대해서도 정당방위가 가능하다고 한다.[29] 또한 大塚교수도 부정이란 구성요건에 해당한다는 의미에서 위법하다는 것이 아니라 일반적 관점에서 위법성을 의미한다고 주장하고,[30] 西原교수는 일반법학적 의미에서 위법성이라고 하고[31] 中山교수는 일반적 적법・위법이라는 구별을 전제로 해야 할 것이라고 한다.[32]

한편, 일본형법 제36조에서 정당방위의 성립요건으로 '부정한 침해'를 요구하기 때문에 '부정'을 '위법'과는 다른 의미로 파악하여 '실질적 위법성 조각사유'의 하나의 기준을 기본으로 정당당위에 적합한가 아닌가라는 실질적 관점에서 결정해야 한다는 前田교수의 입장도 있다.[33] 그러나 이러한 견해는 합리적 결론을 도출하려는 목적에서 "정당방위에 적합한가 아닌가라는 실질적 관점"으로부터 라는 결론을 선취하는 직관적 기준을 제시한 것에 불과하다. 침해의 부정성에 대하여 판단할 수 있는 구체적 기준을 제시하지 못하고 있는 것이다. 물론 부정이라는 문언이 갖는 언어의 한계도 존재할 것이다. 따라서 부정이라는 개념을 보다 명확히 한정하여 파악하기 위해서는 공서양속위반이라든가 사회윤리위반과 같은 광범하고 관념적인 용어로 도피하기 보다는 실정적인 '위법'이라는 개념과 결부지워 논하는 것이 더 적절하다. 독일과 같이 어떠한 법역에서 위법하다는 것을 '부정'의 개념을 충족하기 위한 필요조건으로 하고 피침해자가 그 침해를 수인할 의무가 있는가 아닌가를 객관적으로 판단하는 것이 타당하다는 견해도 있다.[34]

---

29) 曾根, 앞의 책, 106면.
30) 大塚仁, 刑法概說(總論), 改訂版, 昭和61年, 332면.
31) 西原春夫, 刑法總論, 昭和52年, 205면.
32) 中山, 앞의 책, 137면.
33) 前田雅英, 刑法總論講義(제2판), 平成6년, 288면.
34) 岡本勝, 正當防衛における「不正の」侵害の意義, 法學 第59卷 第5號, (1995), 東北大學, 30면 참조.

Ⅳ. 우리나라에서 '부당한' 침해의 해석(학설과 판례)

1. 부당을 위법으로 해석하는 경우의 문제

우리나라에서 '부당한' 침해의 해석은 어떠한가. 머리말에서도 개략적으로 살펴보았지만, 우리 학설은 '부당한' 침해를 대체로 '위법한' 침해로 해석하는데 동의하는 것으로 보인다. 나아가 이러한 정당방위에서 공격의 위법성은 형법상의 위법개념 뿐만 아니라 법질서전체에 반하는 일반적 위법개념을 의미한다고 한다.[35] 정당방위에 의하여 보호되는 법익은 형법에 국한되지 않고 민법상의 법익(점유 또는 일반적 인격권)도 포함된다고 하는 견해[36]도 이를 전제로 하는 것으로 보인다. 예컨대 임대차기간이 만료되었다 하더라도 임차인이 가옥을 명도하지 않고 있는 중에 임대인 강제로 침입하는 경우에는 정당방위가 가능하다는 것이다. 이러한 견해들은 정당방위에서 부당한 침해는 반드시 형법상의 구성요건에 해당하여 위법할 필요는 없고 법질서전체의 입장에서 위법한 침해로 인정될 수 있으면 족하다는 것으로 해석될 수 있다. 이러한 위법성개념은 대부분의 형법 학자에 의하여 오늘날 일반적으로 승인되고 있지만, 이렇게 위법성이 개념을 법질서전체로 확장할 경우 형법에 특수한 위법성을 어떻게 정립할 수 있는가라는 문제가 발생한다.

이러한 혼란을 피하기 위해 독일에서는 오래전부터 민법 및 형법에서 위법성개념의 통일성의 문제가 논하여져 왔고 위법성의 통일성을 추구하려는 경향이 뿌리 깊다. 예컨대 니퍼다이는 정·부당이라는 개념은 보편타당한 개념이고 법역(민법, 형법, 행정법 등)에 따라 다른 내용을 가질 수 없으며, 적법한가 위법한가라는 법질서의 가치판단은 법전체에 타당하고 다만 법적 효과만이 법역에 따라 달리 확정되는 것에 지나지 않는다고 주장하였다.[37] 또한 벨첼은 위법성과 불법을 구별함으로써 위법성의 통일성

35) 이재상, 앞의 책, 17/14; 임웅, 앞의 책, 195면.
36) 배종대, 앞의 책, 58/2.
37) Ennecerrus/Nipperdey, Lehrbuch des Bürgerlcihen Rechts, Bd. I, A. T., 2.

을 유지하려고 하였다. 벨첼은 “구성요건실현과 법의 요구 사이의 순연한 부조화로서 위법성이 전법역에서 동일물인 한편, 서로 다른 법역에서는 이종의 요건사실(금지실체)이 존재한다. 예컨대 사력에 의한 점유침해는 민법상으로는 금지되지만(독일민법 제858조), 형법상은 적법하다. 고의에 의하지 않은 재물손괴도 마찬가지이다. 그럼에도 불구하고 금지된 사력과 고의에 의하지 않은 재물손괴는 정당방위에서는 불법한 침해에 해당한다. 또 범죄의 미수는 예컨대 방해예방의 소에서는 민법상으로도 불법하다. 이렇게 위법성과 불법을 나누어 고찰하는 경우 전자는 순전히 관계개념이고 통일적인 것이지만, 후자는 실체적인 것, 즉 위법한 행위자체이고 여기에는 형법에 특수한 불법, 민법에 특수한 불법, 행정법에 특수한 불법 등이 존재한다”[38]고 주장한다. 이러한 독일의 해석론은 형법적 위법성의 특수성을 유지하는데 기여하는 것으로 보이지만, 정당방위를 과연 이렇게 형법적으로 적법하지만 다른 법역에서 불법적인 행위에 대해서 허용할 필요가 있는가는 의문이다. 민법적으로 불법한 금지된 사력과 과실에 의한 재물손괴의 경우 형법적으로 불가벌적 행위이고 형법적 불법성도 인정할 수 없다. 록신이 주장한 바와 같이 소극적 의미의 통일적 위법성, 즉 다른 법역에서 위법하지 않은 행위를 형법에서 위법하다고 할 수 없다는 주장은 타당하지만, 다른 법역에서 위법하다고 하여 반드시 형법적으로도 위법성을 인정하여야 한다는 적극적 의미의 통일적 위법성의 개념은 타당하다고 할 수 없다. 이러한 의미에서 부당한 침해를 위법한 침해로 해석하는 다수설의 견해는 소극적 의미의 통일적 위법성을 의미하는 것으로 보아야 한다.

이에 대해서 오영근 교수는 ‘부당’의 언어상 의미는 위법보다 넓은 개념이고 부당을 위법으로 축소 해석하는 것은 피고인(방위자)에게 유리한 규정을 축소 해석하는 것으로서 허용되지 않는 해석이라고 비판한다.[39] 예를 들어 행정법에서 위법한 행정행위와 부당한 행정행위를 구별하는데 부당을 위법이라고 한다면 위법한 행정행위에 대해서는 정당방위가 허용되

Halbbd., S. 1278.

38) H. Welzel, Stafrecht, AT., 11. Aufl., 1969, §10 II, 3.

39) 오영근, 형법총론, 2002, 19/13.

지만 부당한 행정행위에 대해서는 정당방위가 허용되지 않는 결과를 가져온다는 것이다. 하지만 이 견해도 반드시 타당하다고 할 수 없는 바, 부당한 행정행위라고 하여 정당방위가 부정되는 것이 아니라 형법적으로 위법한가 여부를 별도로 심사하여 형법적 위법성이 긍정될 경우 정당방위를 허용할 수 있는 것이다.

2. 위법한 침해의 행위반가치 및 결과반가치

한편, 침해행위의 위법성을 형법상의 위법행위에 한정할 것인가에 대해서 뿐만 아니라 침해행위의 위법성을 1)결과불법을 초래하는 침해행위를 모두 위법하다고 보는 견해와 2)결과불법 뿐만 아니라 행위불법이 인정되어야 위법한 견해라고 보는 견해가 대립되어 있다.[40] 우리의 다수설이 부당을 위법이라 해석하고, 객관적으로 법질서를 침해하는 모든 행위는 위법하고 고의, 과실 없는 단순한 결과불법도 위법에 포함된다고 하여 사실상 위법을 부당이라는 의미로 사용하고 있는 것도 전자에 속한다고 할 수 있다. 그러나 후자의 견해에 의하면 위법성조각사유가 인정되는 행위를 한 자에 대하여는 행위불법성이 없으므로 정당방위가 허용되지 않는다. 예컨대, 김일수 교수는 위법한 공격에 형법상의 위법행위뿐만 아니라 법질서전체에 반하는 일반적인 위법행위도 포함된다고 하면서도, 공격행위가 위법한 것이 되려면 결과반가치와 행위반가치를 갖추어야 하며, 결과반가치만 있는 공격 또는 행위반가치만 있는 공격은 위법한 공격이라 할 수 없다[41]고 후자의 견해를 지지하는 것으로 보인다. 박상기 교수도 결과불법을 지향하는 모든 침해행위를 위법하다고 보는 견해는 정당방위와 긴급피난의 구별을 불분명하게 하고, 나아가서 현저히 불균형한 방해행위를 정당화시켜 줄 위험이 있다[42]고 하여 후자의 견해를 지지하는 것으로 보인다. 따라서 후자의 견해에 따르면 고의나 과실이 없이 단순히 결과반가치만 인

40) 박상기, 형법총론, 제5판, 2002, 169면
41) 김일수, 앞의 책, 284면.
42) 박상기, 위의 책, 170면 참조.

정되는 객관적 위법에 대해서는 정당방위가 불가능하다는 결론이 도출된다. 하지만, 이 같은 결과는 결국 정당방위의 성립범위를 부당하게 좁히는 것은 아닌가하는 비판이 제기될 수 있다.[43]

생각건대 우리 형법이 정당방위의 전제조건으로 공격의 부당성을 요구한 것은 형법상의 위법한 침해가 아니라고 하여도 예컨대 강제집행을 당하는 공무원이 집행당하는 사람이 공격해 올 가능성을 인식하면서도 강제집행을 하자 상대방이 공격해온 경우 정당방위를 허용할 여지를 주기 위한 입법자의 결단이 아닐까 한다.[44] 만약 행위반가치와 결과반가치를 모두 구비한 공격에 대해서만 정당방위를 허용하는 것은 형법상의 불법행위에 대해서만 정당방위를 허용하는 것이 되고 이는 법질서 전체의 입장에서 공격의 위법성을 판단하기 위하여 위법보다는 부당이라는 용어를 선택한 우리 형법의 태도와 조화될 수 없는 견해라고 생각한다. 다만, 정당방위의 허용여부를 결정함에 있어 부당한 모든 공격에 대하여 정당방위를 허용할 것이 아니라 독일과 같이 피공격자가 수인할 의무가 있는 공격에 대해서는 정당방위를 부정하는 해석방법이 타당하다고 생각한다.

이러한 해석방법이 반드시 행위반가치나 결과반가치나 인정되지 않는 다른 법역의 불법행위에 대해서도 판례의 태도와도 조화될 수 있을 것으로 사료된다. 예컨대, “타인이 보는 자리에서 자식으로서 인륜상 용납할 수없는 폭언과 함께 폭행을 가하려는 피해자를 1회 구타한 행위는 피고인의 신체에 대한 법익뿐만 아니라 아버지로서의 신분에 대한, 법익에 대한 현재의 부당한 침해를 방위하기 위한 행위로서 정황에 비추어 상당한 이유가 있어 정당방위에 해당한다”(대판 1974. 5. 15, 73 도 2401)고 하여 아버지로서의 신분에 대한 침해도 정당방위의 보호대상으로 인정한 판례, 갑회사가 을이 점유하던 공사현장에 실력을 행사하여 들어와 현수막 및 간판을 설치하고 담장에 글씨를 쓴 행위는 을의 시공 및 공사현장의 점유

43) 이에 대해서 임웅 교수는 위법은 형법상 불법을 의미하는 것이 아니기 때문에 전체 법질서에 비추어 실질적 · 객관적으로 위법하면 되므로 고의 이외에 과실에 의한 침해에 대해서도 정당방위가 가능하다고 한다. 임웅, 앞의 책, 195면 참조.

44) 오영근, 위의 책, 19/26.

를 방해하는 것으로서 을의 법익에 대한 현재의 부당한 침해라고 인정한 판례(대판 87도3674), 국유토지가 공개입찰에 의하여 매매되고 그 인도집행이 완료되었다 하더라도 그 토지의 종전경작자인 피고인이 파종한 보리가 30센티미터 이상 성장하였다면 그 보리는 피고인의 소유로서 그가 수확할 권한이 있다 할 것이어서 토지매수자가 토지를 경작하기 위하여 소를 이용하여 쟁기질을 하고 성장한 보리를 갈아 게는 행위는 피고인의 재산에 대한 현재의 부당한 침해라고 한 판례(대판 76도3460) 등이 있다.

이밖에 형법 제21조 정당방위의 상당성에 대한 위헌소원심판사건에서 헌법재판소가 "정당방위가 발생하게 되는 현재의 부당한 침해 상황은 어떤 특정범죄에만 국한되어 있는 것이 아니라 법익 침해가 이루어지는 거의 모든 범죄에서 발생 가능하므로 이에 대한 정당방위 상황을 미리 예상하여 일일이 법문에서 규정하는 것은 거의 불가능에 가깝다"[45]고 판시하고 있는 것도 이러한 해석을 뒷받침하는 것으로 볼 수 있다.

결론적으로, 이상과 같은 판례들에서 '부당한 침해'에 대한 해석에 대한 태도를 추론하여 보면, 헌재와 대법원의 태도는 부당한 침해를 형법상의 위법한 행위에 국한시키지 않으려는 입장에 있음을 알 수 있다. 여기서 다음으로 형법상으로는 위법하지 않지만 다른 법역에서 위법성이 긍정될 수 있는 행위들에 정당방위의 성부문제를 살펴보자.

Ⅴ. 적법한 행위에 대한 정당방위의 성부

형법이나 기타 법역에서 적법한 행위는 부당한 침해가 아니기 때문에 적법한 행위에 대해서는 정당방위가 인정되지 않는다는 것이 일반적으로 인정되고 있다.[46] 그러나 이렇게 정당한 행위, 예컨대 정당방위와 긴급피난에 대하여 정당방위를 인정하지 않는다는 명제는 부정확하고 많은 경우

45) 헌재 2001.6.28, 99헌바31.
46) 이재상, 앞의 책, 17/14; 임웅, 앞의 책, 195면.

모순을 내포하는 명제라고 할 수 있다.

우선 '적법한 행위'라고 할 경우 어떠한 의미에서 적법한가가 분명히 밝혀져야 한다. 만약 형법상 적법한 정당방위와 긴급피난을 의미한다면, 민법상으로는 적법한 긴급피난에 대해서는 정당방위는 인정되지 않는가? 이 견해는 결국 형법상 위법한 행위에 대해서만 정당방위를 인정해야 한다는 명제를 전제로 하고 있다. 그러나 이것은 모순임이 금방 드러난다. 즉 형법상 보호되지 않는 법익도 방위할 수 있는 권리에 포함되고 정당방위에서 침해의 위법성은 형법상의 위법성이 아니어도 좋다거나 침해의 위법성은 일반적인 위법의 의미라고 하면서 형법상 불가벌적 사용절도나 과실의 재물손괴 등 민법상 불법행위에 대해서도 정당방위가 가능하다고 하면서 다른 법역에서는 위법하지만 형법상 적법한 정당방위와 긴급피난에 대해서는 정당방위를 부정하는 것은 논리 일관된 태도라고 볼 수 없다.

이와 관련하여 독일의 학설가운데에서도 정당방위와 긴급피난과 같은 적법한 행위에 대한 정당방위는 인정되지 않는다는 견해[47]가 있다. 독일에서는 정당방위에 관한 형법과 민법의 규정 사이에 본질적 차이가 존재하지 않고 정당방위의 성부를 형법과 민법사이에서 통일적으로 확정할 수 있다고 한다면 (다만 형법과 민법의 성격 · 임무의 차이를 고려하지 않아도 좋은가의 문제는 남는다), 정당방위에 대한 정당방위는 인정하지 않는다는 명제는 일응 수긍할 수 있다. 그러나 긴급피난에 대해서는 독일에서도 형법과 민법 사이에 결정적인 차이가 법문상 존재한다. 따라서 메츠거와 예쉑이 정당방위에 대한 정당방위는 할 수 없지만 긴급피난에 대한 방위에서는 민법상의 긴급피난을 염두에 두고 정당방위의 성부를 논하는 것에 주목해야 한다. 즉 메츠거는 민법상 긴급피난으로서 행위하는 자는 위법하게 행위하는 것이 아니라고 하고,[48] 예쉑은 민법상 긴급피난에 대한 방위는 위법하다고 한다.[49]

이러한 해석론을 우리 형법에 차용한다면 우리 형법의 '부당한 침해'에

47) Baumann/Weber, Strafrecht, A. T., 9. Aufl., 1985, S. 296.
48) Mezger, a. a. O., S. 232.
49) Jescheck, a. a. O., S. 306.

대해서도 동일한 해석이 가능할 것이다. 형법 제22조에 의하여 형법상 적법한 긴급피난도 민법상 적법하다고 인정되지 않는 한 그 피난행위는 형법 제21조의 부당한 침해에 해당한다고 볼 수 있는 것이다. 즉, 민법 제761조 1항의 정당방위는 정당방위자의 면책과 불법행위자의 손해배상책임을 인정하지만 이것은 실질적으로 정당방위자의 완전한 위법성조각을 의미하는 것이 아니라 손해배상책임을 불법행위자에 대하여 소급하여 청구하는 것을 인정하는 것에 지나지 않는다고 해석할 수 있다. 일본의 해석론은 이러한 전가형 정당방위의 경우 피해자(전가형 정당방위의 상대방)가 전가형 정당방위에 의한 침해를 감수해야 할 합리적 이유가 통상 존재하지 않는 경우 정당방위에서 요구하는 '부정한 침해'에 해당하고 이에 대한 정당방위도 인정해야 할 것이라고 한다.[50]

결론적으로 말하면, 어떤 법에 의하여 위법하다는 것은 부당한 침해의 충분조건은 아니다. 방위행위의 상대방이 공격자가 아닌 제3자에 대하여 이루어지는 전가형 정당방위의 경우 그 침해되는 상대방의 법익의 가치가 보전되는 법익의 가치와 비교하여 현저히 경미한 경우에는 전가형 방위행위의 상대방에게는 그 침해를 수인해야할 의무가 있다고 할 수 있고 이 경우 정당방위의 성립요건인 '부당한 침해'에 해당하지는 않는다. 즉 수인공식에 의하여 '부당한 침해'를 다시 한정하여 해석해야 할 것이다.

이러한 해석은 다른 적법행위에 대한 정당방위에 대해서도 가능할 것이다. 즉 형법상 적법행위가 다른 법역에서는 적법하지 않고 위법한 침해에 해당할 경우 이에 대해서도 정당방위가 가능하다. 형법상 적법한 정당방위의 대부분은 다른 법역에서도 적법하지만 예외적으로 위법성이 조각되는 정당방위가 있어도 민법의 관점에서 위법한 경우도 논리적으로 있을 수 있고 이 경우 정당방위는 '부당한 침해'에 해당되고 이에 대한 정당방위는 허용되어야 할 것이다. 뿐만 아니라 민법상 적법한 행위라고 하여도 피침해자가 그 침해를 수인해야할 합리적 이유가 존재하지 않는 경우에는 그 침해는 부당한 침해에 해당된다고 할 것이다. 즉 형법상의 행위불법과 결

50) 岡本勝, 正當防衛における「不正の」侵害の意義, 法學 第59卷 第5號(1995), 東北大學, 30면.

과불법을 구비한 범죄행위가 아니어도 피해자가 그 침해를 수인해야할 합리적 이유가 존재하지 않는 침해에 대해서는 정당방위가 가능하다고 할 것이다.

Die Bedeutung des 'ungerechtigen' Angriffs im Notwehr

Park, Kang-Woo*

Das koreanische Strafrecht verlangt ungerechtigen Angriff für die Zulässigkeit der Notwehr im §22 kStGB. Aber koreanische Strafrechtslehrer und Rechtsprechung interpretieren ungerechtigen Angriff als rechtswidrigen Angriff. Rechtwidrig ist jeder Angriff, der objektiv die Rechtsordnung verletzt. Umstritten ist aber Ob diese rechtswidrige Angriff bestimmt sich allein nach Strafrecht oder auch nach anderer Rechtsgebiet(Bürgerliches Recht, Öffentliches Recht). Die herrschende Meinung vertreten dass die Rechtswidrigkeit des Angriffs muß bestimmen nicht allein von Strafrecht auch von anderer Rechtsgebiet. Also notwehrfähig ist jede rechtlich anerkannte Interesse. Unerheblich ist, ob es als Rechtsgut mit strafrechtlichem Schutz ist oder nicht. Darauf, ob der Angriff eine tatbestandsmäßige Handlung i. S. des StGB ist, kommt nicht an. Angriff ist infolgedessen auch der straflose Gebrauchsdiebstahl oder die derkennbar bevorstehende fahrlässige Sachbeschädigung.

Auch umstritten ist ob für die Rechtwidrigiet genügt der bevorstehende Eintritt des Erfolgunrechts oder auch Verhaltenunrecht realisiert. Die erfolg-orientierte Meining spricht daß ein vorsätzliches oder gar schuldhaftes Handeln des Angreifers ist nicht erforderlich. Die Verteidigung ist somit auch zulässig gegenüber dem Angriff von Trunkenen, Geisteskranken, Kindern, im Irrtum befangenen und

* Professor an der Chungbuk National Univ., Dr. jur.

fharlässig handelnden Personen. Nicht rechtswidrig ist der Angriff, der seinerseits durch Rechtsnormen als zulässiger Eingriff erlaubt ist.

기능적 결손가정 청소년의 비행행동 예방을 위한 중재요인에 관한 연구

조 미 숙 *

Ⅰ. 문제제기

비행과 범죄는 분명히 구분하여 이해해야 함에도 불구하고 혼돈되어 왔다. 더욱이 청소년의 비행과 범죄를 구분하지 않고 받아들임으로써 비행과 범죄에의 합당한 대처 전략을 세우지 못하고 있다.

특히, 청소년 비행은 한 가지 요인으로 일어나지 않기 때문에 사회학자들이 주장하는 사회문화적 구조와 심리학 또는 정신분석학자들이 주장하는 퍼스낼리티의 내적 구조의 어느 한 면에 치우쳐서 분석하기 어렵다. 부트(Burt)의 보고에 의하면, 비행은 비행자가 처한 배경, 그리고 육체적·정신적 요인에 의해서 일어나며, 특히 비행자가 처한 배경인 가정은 매우 중요한 요인으로 보고 되고 있다. 가정은 생산기능, 문화전달을 위한 교육기능(사회화 기능), 심리적·신체적 보호와 휴식기능·오락기능을 가지고 있다. 그러나 가정의 기능에 결함 내지 장애가 존재하는 경우, 가정이 갖는 본래의 기능을 기대할 수 없을 뿐만 아니라 청소년의 인격형성에 심각한 영향을 미치고 나아가서는 비행행동으로 나타날 수도 있다.

경험적인 연구결과에 의하면, 비행청소년의 57%가 결손가정의 배경을 가지고 있다고 보고하고 있다(김기두, 1967). 외국의 경우도 결손가정이 중요한 비행의 요인이라고 보고 되고 있으며(Glueck, 1957. Monahan, 1957.

* 삼육대학교 사회복지학과 교수

Sutherland, 1977), 우리 사회에서 일어나는 폭력과 비행들이 가족변인과 깊은 관계를 가지고 있다(문하영, 1991. 김지은 1998.)고 보고 되고 있다. 특히, 심각한 부모갈등상황에 노출된 청소년의 경우 그들 자신이 목격한 구체적인 갈등과 학대의 경험이 "자주 싸운다" 또는 "학교생활에의 어려움" 등의 문제로 발전되며, 또래 친구들에 대한 폭력으로 구체화될 가능성이 높다 (Wolfe & Jaffe, 1991; Markward, 1997).

최근 들어 우리 사회에는 부부불화 및 갈등 그리고 부모간의 폭력이 청소년에게 미치는 영향력이 강조되고 있으며 그 관심이 증가되고 있는데 이는 높은 이혼율과 관계가 있다. 한국인의 이혼율은 1974년 5.5%, 1984년 10.2%, 1990년 11.7%에서 1996년 18.0%, 2002년에는 33.1%로 급증하는 추세에 있다.(법원 행정처, 2002) 이와 더불어 부부불화나 갈등상황에서 자주 재연되는 가정폭력 또한 심각한 실정이다. 한 예로, 우리나라의 경우 심각한 가정폭력에 노출된 청소년은 18.6%로 이 수치를 전국 가정 수에 환산하여 추정하면 약 250만 가구에서 청소년들이 가정폭력에 노출되어 있는 것으로 나타났다(조미숙, 1999, 2002).

이러한 통계적 수치는 우리 사회에서 가정의 문제가 성인에게만 국한된 문제가 아니라 가족성원 전체 특히, 함께 사는 청소년에게 심각한 영향을 끼치는데, 이렇게 심각한 수준의 가족갈등 문제에 노출된 청소년들은 다양한 비행행동을 나타낸다고 보고하고 있다(Wolfe & Jaffe, 1991). Smetana 등(1984)도 "청소년들은 기능적으로 위압적이고 부정적인 가족분위기로 인해서 사회에 대한 왜곡 및 부정적인 신념을 학습 할 수도 있다"고 지적하고 있다. Emery(1982)도 부모의 별거 또는 이혼보다도 청소년이 목격한 가족내 부모의 갈등 수준이 훨씬 더 청소년의 비행행동과 관련 있다고 보고하고 있다. 따라서 이에 대한 실증적이고 체계적인 연구의 필요성이 제기되며, 무엇보다 심각한 수준의 부모간의 불화나 갈등 · 폭력과 같은 위기환경에서 생활하는 청소년들의 심리 · 사회적인 적응 유연성에 영향을 미치는 요인을 밝혀내는 일은 이들에 대한 개입과 예방대책을 세운다는 점에서 매우 중요하다고 본다.

그러므로 본 연구에서는 한국에서의 기존연구의 한계를 극복하기 위하

여 기능적 결손가정이 청소년에게 미치는 비행행동의 영향력과 함께 이들 청소년이 성별에 따라 비행행동에 어떠한 차이가 있는지 알아보고, 이들의 적응과 부적응을 중재하는 요인이 무엇인지 실증적인 자료를 제시하여 이들 요인을 중심으로 한 지역사회 개입 및 예방에 관한 대책을 모색해 보고자 한다.

Ⅱ. 이론적 배경

청소년들에 대한 관심과 애정은 옛날이나 지금이나 큰 변함이 없고, 전반적 생활수준의 향상으로 삶은 더욱 풍요로워지고 있으며, 학교교육도 더 많이 시키고 있다. 이러한 조건들의 결과로 인하여 청소년들의 비행은 줄어야 함에도 불구하고 꼭 그렇지만은 않은 것이 사실이다. 즉, 청소년비행이 양적으로 줄지 않는 경향이 있을 뿐만 아니라 질적으로도 점점 대담하고 거칠어지는 경향이 있다.

이러한 청소년비행에 대하여 복합적인 측면을 가지는 사회적 현상임을 생각하지 않거나, 알고도 그 본질을 외면하는 잘못된 설명방식을 지적하는 오류를 범할 수도 있다.

한 가지 분명한 사실은 청소년 비행을 단순히 범죄 발생의 주체인 청소년 당사자들에게만 책임을 돌려 일방적으로 처리, 처방하려는 방식으로는 쉽게 해결될 문제가 아니라는 것이다. (이윤호, 1992 : 132) 따라서 본 장에서는 청소년 비행행동에 대하여 청소년 개인적인 차원을 넘어선 가정과 사회·문화적인 폭넓은 시각에서 이해하고, 또한 해결방법을 모색하기 위하여 기능적 결손가정에 있는 청소년의 중재요인에 대하여 알아보고자 한다.

1. 청소년 비행행동의 개념

코헨(Cohen)은 청소년비행의 정의를 “미국의 각 주에서 미성년자로서

지켜야 할 수칙의 위반행위, 부모에 대한 불복종, 상습적인 학교결석, 가출, 음주 그리고 성행위 등"이라고 정의하였다. 미국 사법부의 정의에 의하면, 청소년비행은 소년재판소의 연령에 해당되는 아동이나 청소년에 의하여 주법(州法)이나 시법령(市法令)을 위반하는 행동과 지역사회의 복지를 위협하거나 타인의 권리를 방해하는 반사회적 행위라고 정의하고 있다. 그러나 Cavan(1981)의 경우, 청소년 비행을 무단결석, 억제할 수 없는 행동 및 가출 등을 행할 때도 포함시켜 광의의 개념으로 정의하고 있으며, 뒤르껭(Durkheim)도 청소년비행을 "사회에 신체적 · 정신적 · 물질적 피해를 준 경우는 물론 사회의 본질적인 안정과 믿음에 피해를 주었을 때를 말한다"고 하였다.

우리나라의 경우 소년법 제4조에 의하면, 청소년비행이란 12세 이상 20세 미만의 청소년에 의한 범죄행위, 촉법(觸法)행위 및 우범(虞犯)상태를 말하며 이러한 행위를 하거나 상태에 놓인 청소년을 각각 범죄소년, 촉법소년, 우범소년으로 분류하고 있다.

그리고 넓은 의미에서 비행의 개념에 포함시킬 수 있는 음주, 흡연, 싸움, 흉기소지, 부녀희롱, 기타 자기 또는 타인의 덕성을 해치는 행위 등을 하는 청소년을 불량행위소년으로 규정하고 있다. 이와 같이 우리나라에서는 형법을 위반한 행위뿐만 아니라 미래에 형법을 위반할 가능성이 있는 행위들도 포괄해서 청소년비행으로 본다. 범죄소년과 촉법소년은 주로 행위중심의 개념이며, 우범소년은 비행자 중심의 개념인 반면, 불량행위소년은 행위중심이기는 하나 비교적 가벼운 문제행동 · 비행행동 중심의 개념으로 볼 수 있다. 한편, Achenbach와 Edelbrock(1991)은 청소년기의 문제행동을 내재화문제 (internalizing problems)와 외현화 문제(externalizing problems), 그리고 사회적 능력(social competence)으로 나누어 제시하고 있다. 이 중 외현화 문제에는 비행행동, 공격행동처럼 타인에게 해를 끼치거나 싸움을 하는 등의 외현화되고 과소 통제된 행동(under-controlled behavior)으로 정의하고 있다.

이렇게 청소년비행에 관한 여러 입장들을 종합해 볼 때, 본 논문에서 다루고자하는 청소년 비행행동은 형벌법령위반 이전의 예방 · 개입차원의

입장에서 접근을 시도하는 것이므로 “불량행위 소년”에게서 나타나는 문제행동과 비행행동에 초점을 맞추어 다루고자 한다.

따라서 비행행동이란 나쁜 친구들과 어울려 다닌다, 거짓말을 하거나 남들을 속인다, 가출한다, 싸움이나 말다툼을 자주한다, 남에게 잔인한 짓을 하거나 괴롭히고 못살게 군다, 등과 같이 “외현화되고 과소통제된 행동”으로 정의하여 사용하고자 한다.

2. 기능적 결손가정과 청소년 비행행동

결손가정의 형태는 “구조적 결손가정”과 “기능적 결손가정”으로 대별할 수 있는데 전자는 양친 또는 그 어느 하나의 편친이 없는 가정을 말하는 것으로 그 원인으로는 사별, 이혼, 별거, 유기, 도망, 수형 및 장기부재로 인한 결혼관계가 분열된 가정을 말한다. 후자는 양친이 다같이 있더라도 양친의 불화, 갈등, 폭력, 방임 및 가정의 부도덕 등으로 인하여 가정의 본질적인 기능인 생활의 상호보장과 심리적, 신체적으로 자녀의 양육이 결손되어 있는 가정을 말한다.

한편 청소년비행의 원인론은 크게 행위자 측면과 행위자가 처한 상황이라는 두 가지 측면에서 접근할 수 있다.

전자는 개인의 생물학적, 유전적 특질인 생물학적 원인론과 퍼스낼리티의 구조로 가치관이나 의견 등 심인성(心因性) 요인을 강조하는 심리학적 원인론이다. 연구들마다 약간의 차이를 보이고는 있으나 일반적으로 정서·행동상의 문제를 가진 청소년 비율이 정상 아동의 6-20%에 달한다(Anderson, William, McGee, & Silva, 1987 ; Offord et al., 1987)고 보고되고 있다. 국내의 연구에서도 일반청소년의 약 10% 정도가 정서·행동상의 문제를 가지고 있다고 추정하고 있다(이혜련, 오경자, 홍강의, 하은혜, 1991; 홍강의, 송혜양, 김중술, 홍경자, 박성수, 1988).

그러나 후자는 청소년의 문제행동의 유병률과 더불어 이에 영향을 미치는 여러 관련 변인으로 불리한 사회적, 가족적, 개인적 환경을 들고 있다. 따라서 높은 위기환경 속에서 생활하고 있는 청소년은 낮은 위기환경이나

정상적인 환경의 청소년보다 행동상의 일탈을 보일 가능성이 많은 집단이라 본다. 즉 가정환경, 부모 · 형제들이나 교우관계 그리고 그가 처한 사회적, 경제적 및 문화적 환경 등으로 이 이론은 비행을 저지르는 사람은 누구든지 간에 같은 조건의 환경이 주어지면 동일한 행동을 할 것으로 보는 관점이다. 현대사회에서 가족의 기능이 약해져가고 있다고 하지만 청소년에게 있어 가족이 주는 정서적 유대감은 그 누구도 대신해 줄 수 없으며 가정의 기능에 결함 내지 장애가 존재하는 경우, 가정이 갖는 본래의 기능을 기대할 수 없을 뿐만 아니라 청소년의 인격형성에 심각한 영향을 미치고 나아가서는 비행행동으로 나타날 수도 있다는 측면에서 가족의 구조적인 결손보다 오히려 가족의 기능적인 결손을 중요하게 다루어야 할 것이다. 따라서 본 연구에서 계속 언급되는 결손가정의 형태는 청소년에 의해 목격되는 부모의 불화 · 갈등 · 폭력이 상존하는 "기능적 결손가정"에 초점을 맞추어 다루었음을 밝혀둔다.

3. 기존 연구의 논의와 한계

지금까지의 많은 선행연구에서는 기능적 결손가정이 일반적으로 청소년에게 비행행동의 결과를 나타낸다고 논의되어 왔다(Moore, 1975; Hershorn & Rosenbaum, 1985; Rosenbaum & O'Leary, 1981 b; McCloskey, Figuerdo & Koss, 1995). 즉, 문제가정 청소년들은 폭력의 세대전이, 비효과적인 양육모델, 여러 가지 위험요소와 부족한 심리 · 사회적 자원 등으로 인하여 비행행동, 공격행동과 같은 문제행동을 보인다는 논의가 있어 왔다. 그러나 이러한 논의는 다음과 같은 한계점을 갖는다.

기능적 결손가정 청소년들과 일반가정 청소년들의 산물을 단선적으로만 비교해서는 결손가정 청소년 사이에서의 개인차를 파악할 수 없다는 점이다. 즉 동일한 위기환경 상황에서도 어떤 청소년들은 보다 적응적인 경험을 할 수 있으며 이를 극복하기 위한 자원을 보다 많이 가질 수 있다는 점을 간과할 수 있다. 따라서 결손가정 상황에서도 잘 적응하는 청소년들의 특성을 파악할 수 없으며, 이들이 어떻게 위기환경의 영향을 극복하며

어떤 요인이 상대적으로 중요한 의미를 지니는 지도 알 수 없다.

최근에 기존의 논의에 반박하는 연구들이 등장하고 있음에 주목해야 한다(O'Keefe, 1998). 최근의 연구에 따르면 원 가족에서의 결손가정과 나중에 비행행동을 나타내는 것 간에 어떠한 관계도 없거나 단지 경미한 영향이 있다고 보고한 연구들이 나오고 있다(DeMaris, 1987; Foo & Margolin, 1995; Gwartney-Gibbs, et al., 1987). 즉, 위기환경의 부정적인 영향력과 더불어 Garmegy(1983)와 Rutter(1985)등은 부정적인 결과가 예측되는 위기환경에도 불구하고 정상적인 발달을 보이는 청소년에게 더 관심을 갖고, 이러한 발달을 유도하는 요인을 강조하기 시작하였는데 이를 "중재요인"이라 한다. Garmegy(1985)는 청소년의 긍정적인 자아존중감이나 사회적 특성, 가족 응집력, 유용한 외부적 지지체계가 불리한 환경 속에서도 청소년의 발달을 긍정적인 방향으로 개선해주는 중재요인으로 작용한다고 하였다. 다시 말해 청소년이 높은 위기 환경에서 성장하고 있지만 긍정적인 가족 특성이나 청소년의 긍정적 성격 등과 같은 중재변인인 보호요인이 양호하게 작용하기 때문에 결손가정 내에서도 정상적인 발달을 유지할 수 있다는 면에서 그 특성이 강조되고 있다.

중재요인을 고려한 연구의 예로 Grych와 Fincham(1990)은 부부불화 및 갈등과 청소년의 문제행동의 관계를 인지적 맥락모델(cognitive-context model)로 설명하고 있다. 즉, 부부갈등은 갈등에 대한 청소년의 인지적 이해와 평가라는 매개과정을 통해 청소년의 대처방식에 영향을 주고, 대처방식의 결과는 청소년의 적응에 영향을 준다는 것이다. Fincham과 Osborne(1993)도 부부불화와 청소년의 문제행동과는 전반적으로 상관관계를 보이고 있으나 그 관련 정도는 미비하며, 이 둘 간의 관계를 보다 명확히 하기 위해서는 중재요인의 효과를 파악하는 것이 우선이라고 하였다.

따라서 기능적 결손가정의 청소년이라는 이유로 비행행동집단으로 몰고 가는 논리는 그 한계점이 있다고 사료된다. 기능적 결손가정이 청소년에게 미치는 영향은 보다 폭넓게 이해되어져야 하며, 이러한 위기환경에 노출된 청소년들이 가질 수 있는 문제의 결과들에 대해서도 보다 다양한 견해를 가져야 한다(Rosenbaum & O'Leary, 1981 b). 아직까지는 기능적 결손가

정 청소년의 비행행동을 중재하는 요인이 부분적으로 검증되고 추측되고 있을 뿐 명확한 요인은 밝혀지지 않고 있다. 특히 본 연구의 초점이 되고 있는 기능적 결손가정 청소년의 적응에 대한 중재요인은 외국에서도 최근에 연구되기 시작한 부분이다. 따라서 기능적 결손가정 청소년의 비행행동에 대한 사회사업적인 개입 및 예방에 대한 대책을 논의하기 위해서는 이들 청소년의 적응과 부적응에 영향을 주는 요인에 대하여 보다 체계적으로 신중히 파악될 필요가 있다.

4. 중재요인에 관한 선행 연구

결손가정 청소년의 적응유연성을 조사한 연구들은 청소년의 적응에 영향을 미치는 몇가지 중재요인들을 밝혀냈는데 그 요인들을 요약하면 다음과 같다.(O′Keefe, 1998).긍정적인 자아존중감, 나머지 한쪽 부모와의 긍정적인 관계(Garmezy, 1985; Rutter, 1987 b; Werner and Smith, 1982; Wymon etal, 1991), 낮은 사회 · 경제적인 지위, 대가족, 혹독한 부모의 양육태도, 심각한 결혼갈등, 성별과 같은 요인들이 포함된다.(Garmezy. et al, 1984; Rutter & Quinton, 1977; Sameroff et al, 1987). 몇몇 연구에서는 몇가지 위험요인(예; 낮은 사회 · 경제적인 지위, 혹독한 부모의 양육태도, 심각한 결혼갈등)의 존재가 누적효과(cumulative effect)를 나타내고 있다고 보고하고 있다. (Garmezy, 1987; Rutter, 1987 a). 이런 변수들에 대해 좀 더 자세히 정리해 보면 다음과 같다.

첫째로, “성별”요인이다. 즉, 결손가정 청소년의 성별에 따라 비행행동을 표출하는데 있어서 차이가 있는 것으로 나타났다. 일반적으로 여러 연구들은 결혼 갈등과 부모불화가 여아보다도 남아에게 있어서 훨씬 더 문제행동에 영향을 미친다고 보고하고 있다.(Wallerstein & Kelly, 1980; Ulbrich &Huber,1981). 결손가정에서 자란 남아의 경우, 여러 가지 외적인 행동문제를 나타내며, 보다 낮은 사회적응을 하고 있는 것으로 설명된 반면에, 여아의 경우 여러 가지 내적인 문제를 보이지만 남아보다는 훨씬 적게 문제행동을 보이는 것으로 보고 되고 있다.(Hughes & Barad, 1983; Poter &

O'leary, 1980; Rosenbaum & O'Leary, 1981 a; Wolfe, et al. 1985). 반면에 몇몇 연구에서는 남·녀 간에 어떠한 차이도 발견하지 못했다고 보고하고 있다(Hershorn & Rosenbaum, 1985; Jouriles et al. 1987).

이러한 성별차이를 설명해주는 이론으로 사회학습이론을 들 수 있는데, 사회학습이론에 따르면, 아동 및 청소년들은 그들이 관찰했거나 보상을 받아 본 적이 있는 행동을 모방함으로써 배운다고 한다(Bandura, 1977). 모방의 변화는 친숙한 성역할을 수행하는 "같은 성(same-sex)"모델일 때 훨씬 크다고 밝히고 있다. 즉, 여아와 남아는 특정한 성의 행동(sex-specific behaviors)으로 사회화되기 때문에 위기환경 상황에 노출되는 경우 여아와 남아 간에 다르게 영향을 미친다고 주장하고 있다(O'Keefe, 1998).

둘째로, "부모의 양육태도"요인이다. 이론적인 예측에 따르면, 결손가정에 노출된 청소년이 받는 영향은 부분적으로 부모와의 관련변인에 의해서 매개된다고 가정하고 있다. Fauber와 Long(1992)은 부적절한 양육태도, 즉, 부모의 거부적인 태도와 비일관적인 양육태도, 무관심이 청소년의 비행행동을 예측하는 변인이라고 보고하고 있다(Fauber, Forehand, Thomas, & Wierson, 1990; Kerig, et al, 1993). 예를 들어 부부갈등이나 불화로 인해 우울한 어머니의 자녀들은 정신분열 증상을 가진 부모의 자녀처럼 문제행동의 커다란 위험을 가지고 있다(Beardslee, Bemporad, Keller & Kleman, 1983; Coher, Callant, et al, 1983; Emery, Weintraub & Neale, 1982). 즉 부부불화로 인한 부정적인 감정과 심리적 스트레스가 부적절한 양육태도를 유발하여 청소년에게 부정적인 영향을 준다는 것이다.

세 번째로, "가족간의 갈등"요인이다. Davies와 그의 동료들(1994)은 일반적으로 부부갈등이 분노나 공격성과 같이 표면적으로 나타날 때, 특히 청소년 자녀 앞에서 이루어질 때, 자녀양육에 관한 불일치가 포함될 때, 그리고 갈등이 만성적이고 해결되지 않은 채 남아있을 때 청소년들이 더욱 심한 비행행동을 보인다고 보고하고 있다(Davies & Cemmings, 1994, Fincham & Osbome, 1993).

넷째로, "자아존중감"요인이다. Cicchetti와 그의 동료들(1993) 그리고 Neighbors와 그의 동료들(1993)등도 부모 간에 불화 및 갈등에 노출된 청

소년들 중 적응유연적인 집단과 부적응 집단간에 잠재적으로 결정적인 차이점은 “자아존중감(self-esteem)"이라고 보고하면서, 한 영역(예; 학업수행)에서 높은 자아존중감을 가진 청소년들은 그들 스스로 위기환경에 보다 유연하게 ”피하고(escape)" 자신의 세계에 초점을 맞추고 이루어 가는 경향이 있다고 지적하고 있다.

Ⅲ. 연구분석모형

중재요인에 관한 선행 연구들은 기능적 결손가정에 있는 청소년이라 하더라도 위기 요인 혹은 보호요인에 따라 적응상태가 달라지고 있음을 지적하고 있다. 따라서 본 절에서는 선행연구를 근거로 기능적 결손가정 청소년의 비행행동에 영향을 미치는 중재요인으로써 개인적 요인, 가정적 요인, 사회・환경적 요인의 세 가지 차원으로 나누어 본 연구의 분석모형을 제시하고자 한다. 이렇게 세 가지 차원으로 나누어 살펴본 이유는 다음과 같다.

첫째, 기능적 결손가정에 있는 청소년의 비행행동은 그 특성상 다차원적이고 다변인적인 특성을 가지고 있기 때문에 이들 청소년에게 직・간접적으로 영향을 미치는 요인은 대단히 많다. 즉 이들 청소년의 비행행동 관련 변인의 어느 한 측면만을 명확히 밝힌다는 것은 쉬운 일이 아니다. 둘째, 기능적 결손가정 청소년이 처한 현재의 위치에서 가능한 한 통합적인 관점을 가지고 접근해야 하며, 이를 토대로 비행행동에 대한 예방・개입을 모색해야 하기 때문이다. 그러므로 기능적 결손가정에 있는 청소년의 비행행동에 영향을 미치는 중재요인을 세 가지 차원으로 나누어 보면 다음과 같다.

첫째, 개인적 요인 ; 성별, 자아존중감, 대인관계 기술

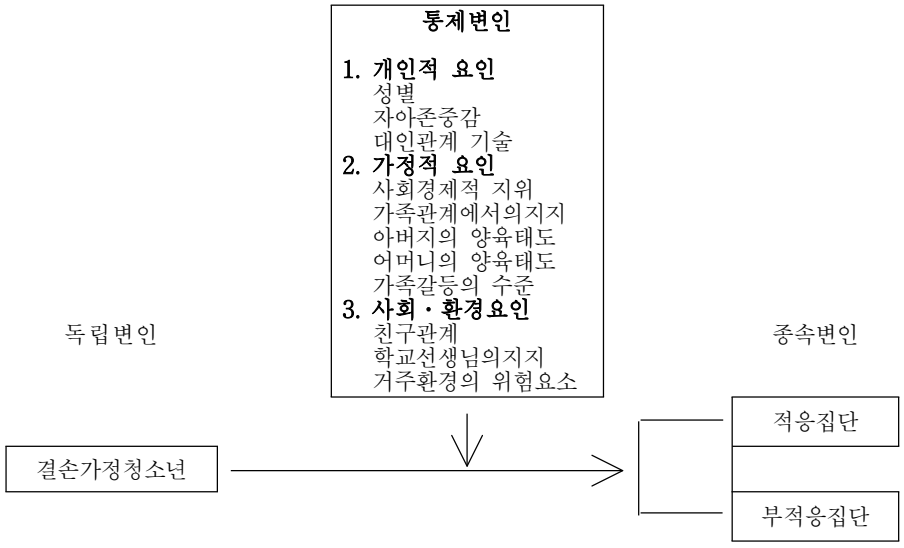
둘째, 가정적 요인 ; 부모의 사회・경제적인 지위, 가족관계 에서의지지, 부모의 양육태도, 가족갈등의 수준

셋째, 사회・환경적 요인 ; 사회적 관계에서의지지, 거주환경의 위험요소 등이다.

특히 위의 변수중 “가족관계에서의 지지”, “사회적 관계에서의 지지”, “대인관계기술”, “거주환경의 위험요소” 요인은 결손가정에 있는 청소년의 적응에 대한 기존연구에서 고려되지 않았으며, 아직 검증되지 않은 변수로서 본 연구에서 처음으로 그 영향력을 검증해 보고자 한다.

따라서 기능적 결손가정 청소년이 나타내는 비행행동을 독립변인으로 하고 개인적, 가정적, 사회·환경적 요인의 각 하위요인을 중재변인으로 하며, 이들 청소년의 적응집단과 부적응집단을 종속변인으로 하는 본 연구의 분석모형을 〈그림 1〉 과 같이 설정하고자 한다.

〈그림 1〉 연구분석모형



Ⅳ. 조사방법

본 연구조사의 표본은 기능적 결손가정 사례를 보다 많이 확보하기 위하여 서울시에서 중·하위 계층이 가장 많이 밀집되어 있는 N구를 대상으로 선정하였다. 그 이유는 경제적 빈곤으로 말미암아 위기환경이 증가하게

되고, 실제로 소득이 낮은 가정일수록 높은 위기 비율을 보이고 있다(Hashima & Amato, 1994)는 선행연구를 근거로 N구 지역을 대상으로 선정하였다. 또한 본 연구에서는 중학교 1~3학년 학생을 대상으로 각 학년별로 3~4학급씩 임의로 선정하여 총 32학급을 조사하였으며, 이에 따른 전체 표집대상자 수는 각 학년별로 1학년 469명, 2학년 496명, 3학년 370명으로 총 1,335명의 중학생을 대상으로 조사되었다. 그리고 기능적 "결손가정" 선정을 위해 Straus의 갈등관리행동척도(Conflict Tactics Scale)를 본 연구의 목적에 맞게 재구성하여 사용하였으며, 이중 대체로 응답이 불성실한 자료를 제외한 총 1,161부가 기능적 결손가정 및 일반가정 선정을 위한 최종자료에 사용되었다. 이들 자료중 본 연구자가 선정한 기능적 결손가정에 대한 판별기준[1]을 근거로 결손가정 청소년 216명과 무작위로 일반가정 청소년 97명등 총 313사례가 최종통계분석에 이용되었다. 조사기간은 1998년 8월부터 9월까지 두 달간에 걸쳐 실시되었다.

또한, 본 연구에서 사용된 자료는 SAS/PC를 이용하여 통계 처리하였으며, 다음과 같은 분석방법을 사용하였다.

첫째, 기능적 결손가정과 일반가정의 청소년 간에 배경변수에서 차이가 있는지를 알아보고자 chi-square 검증과 t-test를 하였다.

둘째, 기능적 결손가정과 일반가정 청소년 간에 비행행동에 차이가 있는지를 알아보기 위하여 t-test를 하였다.

셋째, 기능적 결손가정에 있는 남아와 여아 간 비행행동에 있어서 차이가 있는지를 알아보고자 t-test를 하였다.

넷째, 기능적 결손가정에 있는 청소년들 사이에 심각한 비행행동을 보이는 집단과 그렇지 않은 집단을 구분하는 요인을 살펴보기 위하여 로지스틱 회귀분석(logistic regression)을 수행하였다.

다섯째, 기능적 결손가정 내에서도 심각한 비행행동을 보이는 집단과 그렇지 않은 집단을 구분하는 남아와 여아간의 중재변인의 차이가 있는지

1) 본 연구자가 선정한 결손가정은 Straus의 갈등행동척도(CTS)에 의하여 "청소년에 의해 목격되는 부모의 폭력 · 불화 · 갈등이 한달에 1~2회 이상" 있는 가정으로 가족의 기능이 심각하게 결손된 사례를 선정하였음을 밝혀둔다.

를 알아보기 위하여 남아와 여아로 구분하여 로지스틱 회귀분석을 수행하였다. 로지스틱 회귀분석은 종속변수가 이항변수일 때 유용하게 사용될 수 있는 분석방법인데 본 논문에서 로지스틱 회귀분석을 하는 이유는 다음과 같은 근거에서 비롯된다.

첫째, 본 연구의 목적이 기능적 결손가정 내에서도 일반가정의 청소년 못지않게 적응능력이 높은 청소년을 발견하고 그들의 특성을 이해하는데 있기 때문에 종속변수는 적응집단과 부적응집단으로 구분하였다. 〈표 1〉 과 같이 높은 적응능력을 보이고 있는 표본을 선정하기 위해 적응능력이 높은 순으로 상위 25%를 뽑고 이와 반대로 하위 25%를 선정하여 적응집단과 부적응집단으로 분류하였으며[2] 이에 대해 로지스틱 회귀분석을 수행하였다.

로지스틱 회귀분석의 경우, 판별분석을 사용하는 것과 마찬가지로 두 집단의 표본에 대해 각 표본이 속하는 집단을 구분하거나, 집단을 구분하는 식에서 어느 변수가 중요한지를 찾아내는데 사용하므로(김충련, 1996) 기능적 결손가정 청소년 중 적응집단과 부적응 집단간에 중재변인의 특성을 찾아내려는 본 연구의 목적에 적합하기 때문이다.

둘째, 로지스틱 회귀분석의 방법론적 유용성에 기인한다. 로지스틱 회귀분석은 독립변수와 종속변수가 선형적 관계에 있어야 한다는 가정이 필요

---

2) 적응집단과 부적응집단 수준을 구분짓는 과정은 최근 적응 유연성 연구에서 자주 활용되고 있는 방법이다. 다소 임의적이기는 하지만 Hernandez(1993)나 Luthar(1991), Waxman(1997)등의 선행연구에서도 적응집단과 부적응집단의 표본을 추출하기 위해 이와 유사한 방법을 사용하고 있다. Waxman(1997)은 상위 25%와 하위 25% 집단을 기준으로 적응집단과 부적응집단을 구분했고 Luthar(1991)은 평균 ±1×표준편차에 해당하는 점수를 기준으로 했다. 또한, 오경자와 이혜련(1997)은 YBCL(Youth Behavior Check List)에서 내재화된 문제와 외현화된 문제를 70T점을 기준으로 임상범위로 판단하는 것이 타당하다고 제시하고 있다. 즉, 70T점을 기준으로 그 아래에 해당하는 점수들은 정상범위에 해당하는 것으로 볼 수 있고 70T점 이상의 점수들은 각 척도들에 대해 임상적으로 유의한 수준으로 해석할 수 있다고 보고하고 있다. 본 논문에서 기준점으로 제시한 기능적 결손가정 청소년의 적응집단과 부적응집단이 단순히 이들 청소년 중에서의 상대적인 적응과 부적응을 의미하는 것이 아니라는 것을 입증하기 위해 오경자 외(1997)가 전국 표준화작업에서 그 타당성을 입증한 척도 규준 표에서 얻은 점수를 가지고 비교해 본 결과 본 연구에서 설정한 적응집단과 부적응집단이 그 기준에 비교해서 적응과 부적응에 해당된다는 사실을 확인했다. 결국 본 연구에서 기준점으로 제시한 기능적 결손가정 청소년의 상・하위 25%가 보다 강화된 기준점임이 증명되었다.

없다. 기존에 이와 유사한 선행연구(Hernandez, 1993)들에서는 판별분석(discriminant analysis)을 주로 사용하고 있지만 이러한 방법은 다변량 정규성과 집단간 동분산성의 가정을 충족시킬 경우에만 유효한 분석방법인데 반해, 로지스틱 회귀분석은 그러한 기본 가정들이 요구되지 않고 설사 그 가정들이 모두 충족된 조건하에서도 판별분석의 결과와 크게 차이가 나지 않는다고 보고 되고 있기 때문이다(이인재 외, 1997).

〈표 Ⅰ〉 기능적 결손가정 청소년의 적응 · 부적응 집단 기준점 비교

변 수	집 단	N	M	SD
비행행동	일반가정 청소년의 평균점수	97	3.70	1.11
	기능적 결손가정 청소년 적 응 (상위25%)	69	3.63	0.57
	기능적 결손가정 청소년 부적응(하위25%)	73	9.11	2.45

Ⅴ. 결과분석

1. 연구 대상자의 일반적 특성

본 연구의 분석에 포함된 기능적 결손가정 및 일반가정 청소년의 특성을 살펴보면 〈표 2〉 와 같다.

연구대상자의 일반적 특성을 자세히 살펴보면, 성별은 기능적 결손가정의 경우, 남학생이 49.5%, 여학생이 50.5%로 나타났으며, 일반가정의 경우 남학생이 50.5%, 여학생이 49.5%로 나타났다. 학년은 두 집단 모두 중학생으로, 평균연령은 기능적 결손가정이 14.3세, 일반가정이 14.4세로 두 집단 모두 비슷한 것으로 나타났다.

아버지의 학력은 기능적 결손가정의 경우 대졸 29.7%, 고졸 49.5%, 중졸 이하 20.8%였으며 일반가정의 경우 대졸 36.6%, 고졸 58.0%, 중졸 이하 5.4%로 두 집단간에 매우 유의미한 차이(P=0.006)를 나타냈다.

〈표 2〉 연구대상자(n=313)의 인구통계학적 특성

변 인	범 주	결손가정 N(%)	일반가정 N(%)	t 또는 X^2값(P값)
청소년의 성별	남아 여아	107(49.5) 109(50.5)	49(50.5) 48(49.5)	0.026(0.873)
청소년의 연령	평균	14.3	14.4	0.45(0.65)
아버지의 학력	대졸 고졸 중졸 이하	60(29.7) 100(49.5) 42.2(20.8)	34(36.6) 54(58.0) 5(5.4)	12.422(0.006)**
경제상태	상류층 중류층 하류층	32(14.8) 106(49.1) 78(36.1)	10(10.3) 63(65.0) 24(24.7)	6.792(0.034)**
가족형태	핵가족 대가족	203(94.0) 13(6.0)	88(90.7) 9.(9.3)	1.089(0.297)
아버지의 종교	불교 기독교 천주교 기타종교 없음	59(27.6) 41(19.2) 20(9.3) 4(1.9) 90(42.0)	24(25.0) 20(20.8) 10(10.4) 0(0) 42(43.8)	2.176(0.704)
어머니의 종교	불교 기독교 천주교 기타종교 없음	63(29.7) 62(29.3) 22(10.4) 5(2.4) 60(28.2)	23(24.0) 31(32.3) 13(13.5) 2(2.1) 27(28.1)	1.593(0.810)

* P < .05 ** P < .01

2. 기능적 결손가정과 일반가정 청소년들의 비행행동 비교

기능적 결손가정 청소년과 일반가정 청소년 간에 비행행동에서 차이가 있는지를 알아보고자 〈표 3〉 과 같이 T-Test를 하였다.

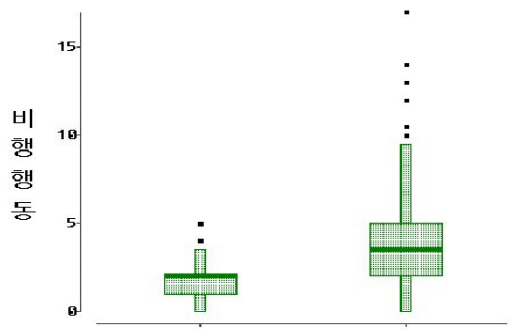
〈표 3〉 기능적 결손가정과 일반가정 청소년의 비행행동 비교

척 도	집 단	N	M	SD	t값(p값)
비행행동	결손가정 청소년	216	6.14	2.72	-11.23(0.0001)***
	일반가정 청소년	97	3.70	1.11	

* P<.05 ** P<.01 *** P<.001

그 결과 비행행동(P=0.0001)에 있어서 유의미한 차이를 나타냈다. 이는 위기환경에 노출된 청소년들은 공격적, 파괴적 행동, 폭행, 가출 등의 다양한 문제행동을 나타낸다고 보고한 Fantuzzo & Lindquist(1989), Rosenberg & Rossman(1990), Wolfe & Jaffe(1991), Markward(1997)등의 연구결과와 일치하는 결과라고 할 수 있다. 표본의 분산현상을 복스・돗(box-and-dot plot)[3]으로 나타내면 〈그림2〉와 같다. 〈그림 2〉에서 알 수 있듯이 기능적 결손가정의 청소년은 일반가정의 청소년에 비하여 비행행동면에서 훨씬 높은 점수대에 분포되어 있음을 확인 할 수 있다.

〈그림 2〉 복스・돗 그림 비교



3. 기능적 결손가정에 있는 남아와 여아 간 비행행동 비교

기능적 결손가정에 있는 남아와 여아 간 비행행동에 있어서 차이가 있는지를 알아보고자 〈표 4〉와 같이 t-test를 하였다. 그 결과 〈표 4〉와 같이 비행행동(P=.19)이 나타나 비행행동의 수준은 남아와 여아 간에 차이

3) 분산현상이나 산포도를 측정하는데 사용되는 개념과 유사한 내용으로 탐색적 자료 분석 방법에 복스・돗 (box-and-dot) 그림이 있다. 복스・돗 그림은 "줄기와 잎모양 분포"가 대부분 소규모자료를 분석하는데 활용될 뿐만 아니라, 대단위 규모의 자료를 분석하는데도 적절히 사용될 수 있는 이점이 있다(이흥탁, 1995).

는 없는 것으로 나타났다.

〈표 4〉 기능적 결손가정의 남아와 여아간 비행행동 비교

변 수	성 별	N	M	SD	t-값(p값)
비행행동	남	107	6.38	2.91	1.29(0.19)
	여	109	5090	2.50	

* P<.05 ** P<.01

이러한 연구결과는 위기환경에 노출되는 청소년의 경우 남아와 여아간에 다르게 영향을 미친다고 주장한 O'Keefe(1998)의 선행연구결과와 부분적으로 반대되는 결과로써 요즈음 우리 사회에 남·녀간의 성별의 구분없이 비행행동이 표출되는 양상을 반영하는 것으로 추론되며, 현실적으로 여학생의 비행 및 학교폭력이 남학생의 비행 및 학교폭력과 비슷한 수준을 보인다는 사실을 입증하는 결과라고 사료된다.

4. 기능적 결손가정 청소년의 적응 관련변인 검증

비행행동에 대한 기능적 결손가정 청소년의 적응집단과 부적응 집단간 로지스틱 회귀분석을 수행한 결과가 〈표 5〉에 나타나 있다. 〈표 5〉에서 알 수 있듯이 로지스틱 회귀분석 모델의 유의도는 P=0.02로 유의하게 나왔으며 적응집단과 부적응 집단이 정확히 분류된 정도도 72.0%로 나타났다.

기능적 결손가정 청소년이 적응집단과 부적응 집단으로 구분되는데 유의미한 영향력을 보이는 변인은 "성별"과 "친구관계"로 나타났다. "성별" 요인의 경우 위기가정에서 남아보다 여아가 비행행동 면에서 적응집단에 속할 가능성(odds ratio)은 104%나 증가하는 것으로 나타났다.

이들 청소년의 적응집단과 부적응집단에 대하여 다른 변수들을 통제한 로지스틱 회귀분석 내에서는 남아가 여아에 비하여 비행행동을 저지를 가능성이 높음을 시사해 주고 있다. 또한 "친구관계"가 높은 방향으로 1단위

올라갈수록 기능적 결손가정 청소년이 비행행동 면에서 적응집단에 속할 가능성(odds ratio)은 오히려 8.8% 감소하는 것으로 나타났다.

이는 청소년기의 가장 두드러진 특징 가운데 하나가 동년배 집단의 바람직하지 못한 행동에 일치하려는 동조경향성이 증가하는 것인데, 반사회적 행동을 일삼는 동년배 집단에 대한 부정적인 "동조경향성"은 약 15세경인 중학교 3학년 시기에 절정에 달한다는 Steinberg(1986)의 연구결과와 일치하는 결과라고 할 수 있다.

〈표 5〉 비행행동에 대한 기능적 결손가정 청소년의 적응관련 변인 검증(N=142)

Variable	B	S.E0	Wald	Sig	Standardized Estimate	Odds Ratio
INTERCPT	0.243	1.987	0.015	0.902		
개인적 요인						
성별	0.716	0.424	2.846	0.091*	0.198	2.047
자아존중감	0.094	0.072	1.696	0.192	0.179	1.099
대인관계기술	0.082	0.054	2.300	0.129	0.204	1.086
가정적 요인						
아버지의 학력	-0.265	0.243	1.191	0.275	-0.123	0.767
경제상태	-0.010	0.243	0.001	0.965	-0.004	0.989
가족관계에서의 지지	0.050	0.054	0.864	0.352	0.132	1.052
아버지의 양육태도	0.048	0.059	0.680	0.409	0.110	1.050
어머니의 양육태도	-0.008	0.066	0.015	0.901	-0.016	0.992
가족갈등의 수준	-0.224	0.152	20157	0.141	-0.163	0.799
사회・환경적요인						
친구관계	-0.092	0.048	3.575	0.058**	-0.251	0.912
학교선생님의 지지	-0.032	0.039	0.690	0.406	-0.107	0.968
거주환경의 위험요소	-0.236	0.154	2.352	0.125	-0.181	0.789
Concordant	72.0%					
Discordant	27.8%					
Tied	0.2%					
Goodness-of -Fit	140.7	df=129(Pr>X^2=0.2270)				
Model X^2	23.944	df=12(P=0.0207)				
Negelkerke R^2	0.2069					

Note * P<.10 ** P<.05 (S・E) = Standard error (df) = degrees of freedom(성별:남=0, 여=1)
적응 : 1 부적응 : 0

5. 기능적 결손가정에 있는 남아와 여아 적응관련변인검증 비교

비행행동에서 기능적 결손가정 청소년의 성별에 따라서 적응과 부적응에 영향을 미치는 변인을 파악하기 위하여 로지스틱 회귀분석을 수행한 결과가 〈표 6〉과 〈표 7〉에 나타나 있으며, 기능적 결손가정 청소년의 성별에 따른 적응집단과 부적응집단간 분포를 한눈에 볼 수 있도록 YBCL 림 일로 나타낸 결과가 〈그림 3〉, 〈그림 4〉에 나타나 있다.

〈표 6〉 비행행동에 대한 적응 관련변인 검증 (남아)

Variable	B	S.E	Wald	Sig	Standardized Estimate	Odds Ratio
INTERCPT	6.930	4.433	2.443	0.118		
개인적 요인						
자아존중감	0.174	0.154	1.280	0.257	0.343	1.190
대인관계기술	0.115	0.124	0.849	0.356	0.300	1.122
가정적 요인						
아버지의 학력	-0.336	0.552	0.369	0.543	-0.144	0.715
경제상태	-0.078	0.459	0.029	0.864	-0.039	0.925
가족관계에서의 지지	0.120	0.183	0.429	0.512	0.282	1.128
아버지의 양육태도	0.146	0.178	0.676	0.410	0.320	1.158
어머니의 양육태도	-0.388	0.207	3.502	0.061*	-0.698	0.678
가족갈등의 수준	-0.232	0.161	2.084	0.148	-0.311	0.793
사회·환경적요인						
친구관계	-0.276	0.134	4.253	0.039**	-0.833	0.758
학교선생님의 지지	0.183	0.103	3.123	0.077*	0.562	1.201
거주환경의 위험요소	-0.821	0.414	3.929	0.047**	-0.537	0.490
Concordant	82.2%					
Discordant	17.8%					
Tied	0.0%					0
Goodness-of -Fit	49.7736	df=37(Pr>X^2=0.0782)				
Model X^2	17.674	df=11(P=0.0895)				
Negelkerke R^2	0.4038					

Note *p<.10 **p<.05 (S·E) = Standard error (df) = degrees of freedom

적응 : 1 부적응 : 0

남아의 경우 〈표 6〉 에서 알 수 있듯이 로지스틱 회귀분석 모델의 유의도는 p<.10 수준에서 유의하게 나왔으며(p=0.08) 적응집단과 부적응집단이 정확히 분류된 정도도 82.2%로 높게 나타났다.

또한, 다른 요인들의 영향력을 통제한 상태에서 기능적 결손가정의 청소년중 남아의 적응집단과 부적응집단으로 구분되는데 유의미한 영향력을 보이는 변인은 모두 4개의 변인으로 "어머니의 양육태도", "친구관계", "학교선생님의 지지", "거주환경의 위험요소"로 나타났다.

〈표 6〉 에서 알 수 있듯이 어머니가 자녀에게 보인 지나친 관심은 사춘기에 진입하는 청소년에게 오히려 부정적인 영향을 주는 것으로 추론되는데, 청소년이 부모불화 · 부모폭력 및 갈등 상황에서 어머니를 동정하거나 어머니의 어려움을 이해하기 보다는 오히려 반항하는 결과로 이끌 수 있음을 예측하게 해준다.

특히, 기능적 결손가정 남아의 비행행동에 있어서 어떤 다른 요인보다도 사회 · 환경적 요인은 매우 중요한 것으로 나타났는데, 즉 친구관계가 높은 방향으로 1단위 올라갈 때마다 기능적 결손가정에 있는 청소년이 적응집단에 속할 가능성(odds ratio)은 오히려 24.2% 감소하는 것으로 나타났으며, 이는 Steinberg(1986)의 연구결과를 반증해 주는 결과라고 할 수 있다. 즉, 기능적 결손가정에 노출되어 있는 청소년이 바람직한 행동과 바람직하지 못한 행동을 양자택일 해야하는 상황에서, 많은 이 연령의 청소년들은 동년배집단에 일치하는 쪽으로 갈등을 해결한다는 사실을 반증해 주는 결과라고 할 수 있다(장휘숙, 1995).

또한 "거주환경의 위험요소"가 1단위 올라갈 때마다 기능적 결손가정에 있는 남아가 적응집단에 속할 가능성(odds ratio)은 51%나 감소하는 것으로 나타났는데, 이는 Osofsky와 그의 동료들(1993) 그리고 Richters와 그의 동료들(1993)이 수행한 연구결과와 일치하는 결과로 열악한 거주지역 환경이 아동의 정서적 기능과 행동기능에 해로운 영향을 준다는 보고와 일치하고 있다. 또한 이러한 결과는 기능적 결손가정 청소년이 열악한 거주환경에 노출될 경우, 비행행동을 모델링할 기회가 훨씬 많아지며 지역사회폭력이나 학교폭력에 연루될 가능성이 높아질 수 있다는 O'Keefe(1998)

의 연구결과와 비슷한 결과라고 할 수 있다. 따라서 지역사회 환경이 열악하여 다양한 유해환경이 밀집되어 있을 경우, 이러한 지역에 거주하는 아동, 청소년들은 발달과업을 성취하기에 어려움을 겪는다(Dryfoos, 1990; McLoyd, 1990)는 점에서 지역사회에 대한 사회사업개입의 중요성을 시사해주고 있다.

그러나 "학교선생님의 지지"가 높은 방향으로 1단위 올라갈수록 기능적 결손가정에 있는 청소년이 적응 집단에 속할 가능성(odds ratio)은 20.1% 증가하는 것으로 나타났다. 이는 앞에서 언급했던 것과 마찬가지로 "사회적 관계에서의 지지" 변인의 완충가설을 입증하는 결과로 기능적 결손가정 청소년의 비행행동에 있어서 학교선생님의 태도가 매우 중요하다는 것을 시사해 주고 있다.

또한 여아의 경우 〈표 7〉 에서 알 수 있듯이 로지스틱 회귀분석 모델은 매우 유의하게 나왔으며(p=0.0143) 적응집단과 부적응집단이 정확히 분류된 정도도 87.7%로 높게 나타났다. 기능적 결손가정 여아가 적응집단과 부적응집단으로 구분되는데 유의미한 영향력을 보이는 요인은 모두 6개 변인으로 "자아존중감", "가족관계에서의 지지", "가족갈등의 수준", "친구관계", "학교선생님의 지지", "거주환경의 위험요소"로 나타났다.

즉, "자아존중감"이 높은 방향으로 1단위 올라갈 때마다 기능적 결손가정에 있는 여아가 비행행동영역에서 적응 집단에 속한 가능성(odds ratio)은 35.4% 증가하는 것으로 나타났으며, "가족관계에서의 지지"가 높은 방향으로 1단위 올라갈때마다 기능적 결손가정 여아가 적응집단에 속할 가능성(odds ratio)은 61.6% 증가하는 것으로 나타났다. 또한 "학교 선생님의 지지"가 높은 방향으로 1단위 올라갈수록 기능적 결손가정 여아가 적응집단에 속할 가능성(odds ratio)은 21% 증가하는 것으로 나타났다. 그러나 "가족갈등의 수준"이 높아질수록 기능적 결손가정 여아가 비행행동 영역에서 적응집단에 속할 가능성(odds ratio)은 85.5%나 감소하는 것으로 나타나 기능적 결손가정에 있는 여아가 남아에 비하여 가족갈등의 영향에 훨씬 더 예민하게 반응할 수 있음을 시사해주는 결과라고 할 수 있다.

〈표 7〉 비행행동에 대한 적응 관련변인 검증 (여아)

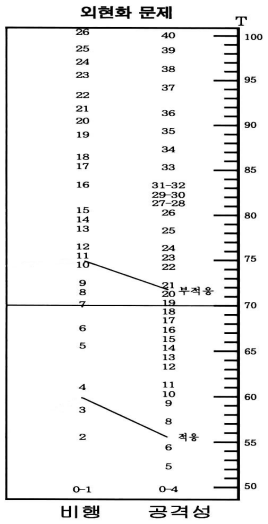
Variable	B	S.E	Wald	Sig	Standardized Estimate	Odds Ratio
INTERCPT	-2.902	4.584	0.400	0.526		
개인적 요인						
자아존중감	0.302	0.178	2.868	0.090*	0.560	1.354
대인관계기술	0.273	0.172	2.511	0.113	0.544	1.314
가정적 요인						
아버지의 학력	-0.678	0.610	1.236	0.266	-0.314	0.507
경제상태	0.648	0.655	0.980	0.322	0.267	1.913
가족관계에서의 지지	0.480	0.217	4.866	0.027**	1.270	1.616
아버지의 양육태도	-0.052	0.120	0.192	0.661	-0.122	0.949
어머니의 양육태도	-0.222	0.193	1.326	0.249	-0.482	0.800
가족갈등의 수준	-0.623	0.332	3.519	0.060*	-0.619	0.145
사회・환경적요인						
친구관계	-0.285	0.133	4.563	0.032**	-0.737	0.752
학교선생님의 지지	0.229	0.118	3.762	0.052*	0.742	1.210
거주환경의 위험요소	-0.755	0.363	4.319	0.037**	-0.683	0.470
Concordant	87.7%					
Discordant	12.2%					
Tied	0.2%					
Goodness-of -Fit	39.1049	df=61(Pr>X^2=0.5551)				
Model X^2	23.640	df=11(P=0.0143)				
Negelkerke R^2	0.5095					

Note *p<.10 **p<.05 (S.E) = Standard error (df) = degrees of freedom
적응 : 1 부적응 : 0

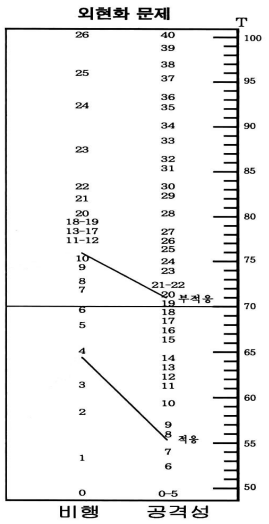
그리고 “친구관계”가 높은 방향으로 1단위 올라갈 때마다 기능적 결손가정에 있는 여아가 비행행동 영역에서 적응집단에 속할 가능성(odds ratio)은 오히려 24.8% 감소하는 것으로 나타나 남아와 마찬가지로 Steinberg(1986)의 연구결과를 반증해주고 있다. 또한 “거주환경의 위험요소”가 높은 방향으로 1단위 올라갈 때마다 기능적 결손가정에 있는 여아가 적응집단에 속할 가능성(odds ratio)은 53% 감소하는 것으로 나타나 남아와 마찬가지로 사회・환경 적인 요인은 기능적 결손가정 여아의 비행

행동에 커다란 영향을 주는 것으로 나타났다.

〈그림 3〉 기능적 결손가정 남아의 적응 〈그림 4〉 기능적 결손가정 여아의 적응



부적응 집단간 비행행동 비교



부적응 집단간 비행행동 비교

이상의 결과를 YBCL(Youth Behavior Check List)프로파일을 사용하여 나타내면 〈그림 3〉, 〈그림 4〉와 같다. 〈그림 3〉, 〈그림 4〉의 프로파일에서도 알 수 있듯이 기능적 결손가정 청소년의 적응집단(상위25%)과 부적응집단(하위25%)모두 임상판별기준인 70T점을 기준으로 확연히 차이가 나고 있음을 알 수 있다.

Ⅵ. 함의 및 결론

이상의 연구결과를 통해서 논의 할 수 있는 이론적, 실천적, 정책적 함의를 살펴보고자 한다.

1. 이론적 함의

첫째, 지역사회 내에서 기능적 결손가정에 있는 청소년이 처한 문제행동의 심각성에 대하여 통합적인 관점을 가지고 접근했다는 점이다. 즉, 이들 청소년에 대한 연구에서 보호 관찰소나 소년원과 같이 임상장면에서 연구가 진행되어 왔으나 본 연구에서는 우리의 지역사회 내에서 함께 생활하고 있는 청소년을 대상으로 개인적, 가정적, 사회·환경 적인 통합적 관점을 가지고 접근함으로써 기능적 결손가정 청소년의 비행행동에 대한 지역사회 중심의 개입 가능성을 제시했다.

둘째, 현재 외국에서 한창 논의가 되고 있는 기능적 결손가정에 있는 남아와 여아 간에 비행행동 양상의 특징을 우리나라에서 검증해본 결과 유사한 결과도 있지만, 반론의 여지가 있음을 제기했다는 점이다. 즉, 본 연구 결과 비행행동(P=.19)영역에서 기능적 결손가정에 있는 남아와 여아 간에 유의미한 차이가 없이 모두 높은 부적응을 보이는 것으로 나타났다.

따라서 외국에서 진행되어온 이론과 우리나라의 실제 현상 간에 다소 차이가 있으며, 이는 기능적 결손가정 청소년을 위한 사회사업적인 프로그램 개입시 남아는 물론 여아에게도 심도있는 개입을 해야 한다는 새로운 시사성을 제공해 주었다.

셋째, 심각한 기능적 결손가정 청소년 중에서도 일반가정 청소년과 비교해서 적응능력이 뛰어난 청소년을 발견함으로써 이들 청소년에 대한 선입견을 제고 시켰다는 점이다. 본 연구결과, 전체 기능적 결손가정 청소년 중에서도 약 25%정도가 일반가정 청소년의 평균점수와 비교해서도 높은 적응능력을 가지고 있었음을 실제로 확인함으로써 이들 청소년은 대부분 많은 위험에 처해 있기 때문에 비행행동을 보일 것이라는 기존의 인식이 잘못되었음을 입증할 수 있었다. 본 논문의 이러한 결과는 기능적 결손가정에 놓여 있는 청소년의 긍정적인 발달을 유지시켜 주는 중재요인에 대한 연구 및 프로그램개발의 중요성을 시사하고 있다. 이는 기능적 결손가정 청소년을 문제청소년으로 등치시켜 이해해서는 안 되며, 이러한 편견이 기능적 결손가정의 청소년을 도와주는 데에도 전혀 도움이 안 된다는 사

실을 인식해야 한다.

넷째, 본 연구를 통해 기능적 결손가정 청소년의 적응집단과 부적응집단이 어떤 요인에 의해서 구분되는지 그 중재요인을 발견했다는 점이다.

2. 실천적 함의

본 연구결과가 사회사업 실천 현장에 시사하는 함의는 다음과 같다.

본 연구에서 기능적 결손가정 청소년의 적응집단과 부적응집단간에 영향을 주는 다양한 중재요인의 발견을 통해서 프로그램개발이 가능하다고 본다. 본 연구결과에서 중요한 영향력이 있는 요인을 정리하면 다음과 같다. ① 개인적 요인으로 자아존중감, 대인관계기술 ② 가정적 요인으로 가족관계에서의 지지, 어머니의 양육태도, 가족갈등의 수준 ③ 사회·환경적 요인으로 친구관계, 학교선생님의지지, 거주환경의 위험요소 등으로 나타났다. 이러한 각각의 중재요인의 개념을 응용하여 기능적 결손가정 청소년을 위한 사회사업적인 예방프로그램을 개발하거나 기존의 프로그램을 이러한 개념들과 효과적으로 접목시키는 노력들이 필요하다.

한 예로 보호관찰제도의 역사가 깊고 비 구금제도가 발달한 나라에서는 전문가로서 사회복지사가 개입하고 있다. 사실 교정사회복지에서 보호관찰은 꽃이라 할 수 있을 정도로 어느 부분보다 사회복지와 밀접한 관계를 맺고 있다. 이러한 보호관찰의 효과적인 운영을 위하여 교정사회복지사는 비행청소년 및 청소년의 비행행동에 관한 충분한 파악이 있어야 한다. 나아가 지역사회 내에서 보호관찰을 받는 비행청소년의 원활한 적응 및 또 다른 비행의 방지를 위하여 지역사회차원에서 예방 및 교육, 훈련의 관점에서 이상의 중재요인을 응용한 교정 복지프로그램이 개발되어야 할 것이다.

3. 정책적 함의

즉, 환경 속의 인간이라는 사회사업의 기본 명제에서도 잘못된 환경에 개인을 그대로 적응시키는 것 보다 궁극적인 변화를 위한 환경에의 개입

이 우선되어야 함을 강조할 필요가 있다. 본 연구의 결과가 제공하는 정책적 함의는 크게 두 가지 정도로 대별할 수 있다.

첫째, 사후 대책뿐만 아니라 기능적 결손가정 청소년의 비행행동을 사전에 방지하기 위한 정부의 예방정책의 필요성이 제기된다. 기존의 우리나라 청소년이나 청소년 보호 정책 등에서는 사후 대책 적인 접근이 주류를 이루어 왔다. 특히, 기능적 결손가정의 문제를 접근하는데 있어서 위기환경이 청소년에게 미치는 영향이 즉각적으로 드러나지 않기 때문에, 지금까지 부모에 대한 직접개입이 보다 필요하다고 논의 되어왔다. 그러나 위기가정 청소년의 경우, 사후 개입도 물론 중요하지만 장기적으로는 사전교육 및 예방의 측면에서 개입하는 것이 무엇보다 중요하다고 본다.

따라서 지역사회 복지관 등을 통한 기능적 결손가정의 폐해와 사실을 적극 홍보해야 할 것이다. 이러한 개입 시 지역사회 자원과의 연계와 협조가 절대적으로 필요한데, 그 대표적인 기관들로는 경찰, 보호관찰소, 종교단체, 학교, 병원, 여성단체나 지역방송국 등이다. 사회사업가들이 이러한 단체들의 인적, 물적 자원들을 연계하고 효과적으로 조직하여 기능적 결손가정에 대한 왜곡된 태도와 행동을 변화시킬 수 있도록 정책적인 배려가 뒤따라야 할 것이다. 또한 정부 및 지방자치 단체에서는 본 연구자가 실천적 함의에서 제시한 다양한 프로그램 개발이 확대실시 될 수 있도록 적극적인 지원이 이루어져야 할 것이다.

참고문헌

(국내문헌)

김기두(1967). 한국청소년범죄연구, 박영사. p 101

김지은(1998). 청소년 재비행에 영향을 미치는 요인, 서울대 석사학위논문.

김충련(1996). SAS라는 통계상자; 통계분석 및 시장조사 기법을 중심으로, 서울, 데이터리서치, p 401.

문하영(1991). 청소년 비행정도와 부모자녀간의 의사소통, 가족의 응집 및 적응과의 관계, 서울대 석사학위논문

오경자, 이혜련, 홍강의, 하은혜(1997). K-CBCL 청소년, 청소년 행동 평가척도, 중앙적성연구소 p 3~14.

이명숙, 김영미(1993). 가족구조와 부부불화가 청소년 자녀의 부적응에 미치는 영향, 한국발달심리학회.

이선경(1997). 아동의 적응에 영향을 미치는 위기요인과 보호요인의 이론적과정모델, 숙명여자대학교 아동복지학과 박사학위논문.

이윤호(1992). “비행소년의 교정교화” 사회문제론, 한국청소년연구원.

이인재, 이선우, 류진석(1997). 사회복지 통계 분석. 서울 : 나남출판.

이혜련, 오경자, 홍강의, 하은혜(1999). 문항분석을 통한 한국판 CBCL의 임상유용도 검증, 소아·청소년 정신의학, 2(1), P 138~149.

이홍탁(1995). 사회조사 방법론 ; 사회조사와 자료분석 기법, 법문사.

조미숙(1999). “아내구타가정 아동의 심리·사회적 적응 관련변인 탐색을 통한 사회사업적접근에 관한 연구”, 서울여자대학교 박사학위논문.

조미숙(2002). “지역사회 중심의 가정폭력 예방전략”, 2002 한국지역사회복지학회 춘계학술대회 자료집, 한국지역사회복지학회.

홍강의, 송혜양, 김중술, 홍경자, 박성수(1998). 아동행동목록(CBCL)에 의한 국민학생의 행동문제 조사, 신경정신의학, 2(2), P 346~360

(외국문헌)

Achenbach, T. M., Edelbrock C.,(1991). Manual for the Child Behavior CheckList 4-18 and 1991 profile. Burlington : University of Vermont.

Anderson, J., Williams, S., McGee, R., & Silva, P.(1987). DSM-Ⅲ disorders in preadolescent children : Prevalence in a large sample from the general population. Archives of General psychiatry, 44, 69～77.

Bandura, A., (1977). Social learning Theory. General Learning Press, New York.

Beardslee, W. R., Bemporad, J., Keller, M. B., & Klerman, G.L.,(1983). Children of parents With major affective disorder : A review. American Journal of psychiatry, 140, 825-832.

Cicchetti, D., Rogosch, F. A., Lyhch, M., & Hort , K. D.(1993). Resilience in maltreated Childen. Processes leading to adaptive Outcome. Development and psychopathology, 5, 629-647.

Cohen, A. K. C.,(1995). Delinquent Boys, The Free Press, N.Y., pp 24～25.

Cohen, L., Burt, C., & Bjouck, J.(1987). Life stress and adjustment : Effects of life events experienced by young adolescents and their parents. Development Psychology, 23 : 583～592.

Cohler, B. J., Gallant, D. H., Grunebaum, H. U., & Kaufman,C.,(1983). Social adjustment amomg schizophrenic, depressed, and well mothers and their school-aged Children. In H. L. Morrison(ED.), Children of depressed parent : Risk, identification, and intervention (65-97). New York : Grune & Stratton.

Davies, P. T., & Cummings, E. M.,(1994). Marital conflict and

adjustment : An emotional security hypothesis. Psychological Bulletin, 116, 387-411.

DeMaris, A.,(1987). The effect of a spouse abuse model in accounting for courtship violence. J. Fam. Issues 8 : 291-305

Dryfoos, J. G.,(1990). Adolescents at Risk-prevalence and prevention New York : Oxford university press.

Emery, R., Weintraub, S., & Neale, J. M.,(1982) Effects of marital discord on the school behavior of children of schizophrenic, effectively disordered, and normal parents, Journal of Abnomal Child Psychology, 10, 215-228

Emery. R. & O'Leary. K. D.,(1982) Children's perceptions of marital discord and behavior problems of boys and girls Journal of Abnomal Child psychology 10 : 11～24.

Fantuzzo, J. W., & Lindquist, C. U.,(1989). The Effects of Observing Conjugal Violence on Children : A review and analysis of research methodolgy, Journal of Family Violence, 4, 77-94.

Fauber, R. L, Forehand, R, Thomas, A. M., & Wierson, M.,(1990). A Mediational model of the impact of marital conflict on adolescent adjustment in intact and divorced families : The role of disrupted parenting. Child Development, 61, 1112-1123.

Fincham, F. D. & Osborn, L. N.,(1993). Marital conflict and children : Retrospect and prospect. Clinical Psychology Review, 13, 75-88.

Foo, L., and Margolin, G.,(1995). A multivariate investigation of dating violence. J. Fam. Viol. 10 : 351-375

Garmezy, N.,(1983). Stressors of childhood. In N. Garmezy & M. Rutter(Eds.), stress, coping, and development in children (43-84). New York : McGraw-Hill.

Garmezy, N., Masten, A. S., and Tellegen, A.,(1984). The syudy of stress and competence in children : A building block for developmental psychopathology, Child Devel. 55 : 97-111.

Garmezy, N.,(1985). Stress-resistant children : The search for protective factors. In stevenson, J. D.(ed.), Recent Research in Developmental psychopathology, Pergamon Press, Oxford, 213-233.

Garmezy, N.,(1987). Stress, competence, and development : Continuities in the study of schizophrenic adults, children vuluerable to psychopathology, and the search for stress-resistant children. Amerrican Journal of Orthosychiatry, 57, 157-174.

Glueck, S. & Glueck. E.,(1957). Unravelling Juvenile Delinquency, Harvard Univ. Press, p 122.

Grych, J, H., & Fincham, F. D.,(1990). Marital Conflict and childrens adjustment : A cognitive-contextual framework. Psychological Bulletin, 108, 267-290.

Gwartney-Gibbs, P. A., Stockard, J., and Brohmer, S.,(1987) Learning courtship violence : The influence of parents, peers, and personal experiences. Fam. Relat. 36 : 276-282.

Hashima, P. Y. & Amato, P. R.,(1994). Poverty, Social support and parental Behavior. Child Development, 65, 394-403.

Hernandez, L, P.,(1993). The role of protective factors in the shool resilience of Mexican high school students. Doctoral dissertation. Stanford university.

Hershorn, M, & Rosenbaum, A.,(1985). Children of marital violence : A closer look at the unintended victims, American Journal of Orthopsychiatry, April, 55. 260-266.

Hughes, H. M., & Barad, S. J.(1983) Psychological functioning of

children in a battered Women's shelter : preliminary investigation. American Journal of Orthopsychiatry, 53, 525 ~ 531.

Jouriles, E. N., barling, J., & O'Leary, K. D.,(1987). Predicting child behavior problems in marital violent families. Journal of Abnormal Child Psychology. 15, 165-173.

Kerig, P. K., Cowan, P. A., & Cowan, C. P.,(1993). Marital quality and gender differences in parent-child interaction. Developmental Psychology, 29, 931-939.

Luthar, S. S.,(1991). Vulnerability & resilience : A study of high-risk adolescents, Child Development, 62, 600-612.

Markward, M. J.,(1997). The impact of Domestic Violence on Children. Family in Society : The Journal of Contemporary Human Services. 66～70.

McCloskey, L. A., Figuerdo, A. J., & Koss, M. P.,(1995). The effects of systemic family Violence on children's mental health. Child Development, 66, 1239-1261.

McLoyd, V. C.,(1990). The impact of economic hardship on black families and children : Psychological distress, Parenting and Socioe motional development. child Development, 61, 311-346.

Monahan, T. P.,(1957). Family Status and the Delinquent Child : A Reappraisal and Some New Family Social Forces, 35. No. 1, Jan, pp 250～258

Moore, J. G.,(1975). Yo-yo Children : Victims of marital Violence. Child Welfare, 54, 557-566.

Neighbors, b., Forehand, R., & Mcviar, D.(1993) Resilient adolescents and interparental Conflict. American Journal of Orthopsychiatry, 3, 462-471.

O'Keefe, M.,(1998). Factors Mediating the Link Between Witnessing

Interparental Violence and Dating Violence. Journal of Family Violence, Vol. 13, No. 1, 39-57

Osofsky, J. D., Wewers, S., Hann, D. M., and Fick, A. C.,(1993). Chronic Community Violence : What is happening to our children, Psychiatry 56 : 36-45.

Porter, B., & O'Leary, D.,(1980). Marital discord and childhood behavior problems. Journal of Abnomal Child Psychology, 8, 287-295.

Richters, J. E., and Martinez, P.,(1993). The NIMH Community Violence project : 1. Children as Victims and Witnesses to Vioence. Psychiatry 56 : 7-21.

Rosenbaum, A., & O'Leary, K. D.,(1981 a). Marital Violence : characteristics of abusive couples. Journal of Consulting and Clinical Psychology, 49, 63-71.

Rosenbaum, A., & O'Leary, K. D.,(1981 b) Children : The Unintended Victims of Marital Violence, American Journal of Orthopsychiatry, 51(4), 692-699.

Rosenberg, M. S., & Rossman, B. R.,(1990). The child Witness to marital Violence. In R. T. Ammerican & M. Hersen (Eds.), Treatment of family Violence : A Sourcebook(pp 183-210). New York : John Wiley.

R.S. Cavan & T.N. Ferdinavd(1981). Juvenile Delinquency, 4th ed., Harper & Row, N・Y.,p6

Rutter, M.,(1987 a). Psychosocial resilience and protective mechanisms. American Journal of Orthopsychiatry, 57, 316-331.

Rutter, M.,(1987 b). Resilience in the face of adversity : Protective factors and resistance to Psychiatric disorder. Brot. J. Psychiatry 147 : 598-611.

Rutter, M., and Quinton, D.,(1977). Psychiatric disorder : Ecological Factors and concepts of causation. In McGurk, H. (ed.), Ecological Factors human Development, North-Holland, Amsterdam.

Sameroff, A. J., Seifer, R., Barocas, R., Zax, M., and Greenspan, S.,(1987). Intelligence of quotient 4-year-old children Social.

Smetana, J., Kelly, M., & Twentyman, C. (1984) Abused, neglected, and non-maltreated Children's judgements of moral and Social transgressions. Child Development, 55, 277-287.

Steinberg, L. R., Catalano, D., & Dooley, D.,(1986). Economic antecedents of child abuse and neglect. Child Development, 52, 975-985.

Sutherland, E. H. & D. R. Cressey.,(1977). "Learning to be Deviant." in E. Rubington & M. S. Weinberg(eds.), The Study of Social Problems. Oxford Univ. Press. N.Y., p 172.

Ulbrich, P., Huber, J.,(1981). Observing parental violence.

Wallerstein, J. S., & Kelly, J. B.,(1980). Surviving the break-up : How Children Cope With Divorce. New York: Basic Books

Waxman, H, C., Huang, S. L., & Padron, Y. N.,(1997). Motivation and learning environment differences between resilient and nonresilient Latino middle school students. Hispanic journal of behavioral science, 19(2), 137-155.

Werner, E., & Smith, R.,(1982). Vulnerable but Invincible : A longitudinal study of resilient children and youth. New York : McGraw Hill.

Wolfe, D. A., Jaffe, P., Wilson, S. K., & Zak, L.,(1985). Children of Battered Women : The Relation of Child Behavior to Family Violence and Maternal Stress. Journal of Counseling and Clinical Psychology, Vol 53, N.5, 657-665.

Wolfe, D. A., & Jaffe, P.,(1991). Child abuse and family violence as determinants of child psychopathology. Canadian Journal of Behavioral Science, 23, 282-299.

Wymon, P. A., Cowen, E. L., Work, W. C., and Parker, G. R.,(1991). Developmental and family milieu correlates of resilience in urban children who have experienced major life-stress. Am. J. comm. Psychol. 19 : 405-426.

A Study on the Variable Related to Prevention of Juvenile Delinquency in Family of Functional Deficiency

Cho, Mi-Sook *

In case of the function of family has deficiency and troubles, we not only don't expect the essential function that family have, but also it has a bad effect upon character formation of juvenile and might be appeared as delinquent behaviors further.

But, domestic problems are not the problems only limited to adults but, they have serious influence on all family members especially juveniles who live together.

It is indicated that juveniles might learn distortion about society and negative conviction due to the functionally coercive and negative family atmosphere.

Thus, necessity of demonstrative and systematic study are raised, and above all, clearing up the cause which have influence on the flexibility of psycho-social adaptation of juveniles who are living in the critical atmosphere such as troubles and violences is very essential in the point of building the measures of intervention and prevention.

Thus, in this study I will find out that the influence of functional deficient family on juveniles and depending on the distinction of sex, how different the delinquent behaviors are, and try to find a solution of community intervention and prevention by presenting practical data about what the causes intervening between their adjustment and maladjustment are.

* Assistant Professor, Sahmyook University

犯罪의 國際化와 刑法의 役割

김 성 규 *

Ⅰ. 犯罪의 國際化 현상과 이른바 國際犯罪의 개념

1. 범죄의 국제화 현상

犯罪의 國際化라는 표현은 일반적으로 국경을 초월하여 행하여지는 범죄의 증가현상을 의미하고 있다. 즉, 교통수단의 비약적인 발달로 인하여 국가간의 인적 교류가 대량화할 뿐만 아니라, 자유시장의 논리에 따른 이른바 무국경경제의 구조 속에서 상품과 자본 그리고 정보와 지식 등의 국가간 이동이 개방화 내지는 자율화되어감에 따라, 예컨대 외국인의 국내범죄 혹은 내국인이 외국에서 범한 범죄, 그 밖에 다양한 형태로 외국인 또는 외국이 관련하는 범죄가 격증하고 있는 현실을 범죄의 국제화로 일컫고 있다.[1)]

범죄의 국제화는 오늘날 정치·경제·사회·문화 등의 모든 분야에서 나타나고 있는 국제화 내지는 세계화 현상의 부정적 측면 가운데 하나라고 할 수 있다. 따라서 범죄의 국제화 현상은 다양한 원인을 가지고서 설명될 수 있지만, 그 본질적 동인으로서는 무엇보다도 과학기술의 발달을 들 수 있다. 국경을 초월하여 행하여지는 범죄의 현상, 즉 다양한 형태로 외국인 또는 외국이 관련하는 범죄의 현상을 범죄의 국제화로서 표현하자면, 그 전형적

* 성균관대학교 법과대학 법학과 강사

1) 이에 관하여서는 김주덕, 국제형법, 개정3판, 서울 1999, 8면 이하; 이영란,「한국의 국제범죄의 실태와 대책 - 국제공조 필요성의 관점에서 -」, 형사정책 제12권 제2호, 262면 참조.

인 예로서 해외도피사범의 경우를 생각해 볼 수 있을 것이다. 그런데 이미 메소포타미아 시대의 법률이나 조약 등에서도 범죄인의 引渡를 규정하고 있었던 것처럼[2], 범죄자의 국외도피의 문제는 영토국가를 기본단위로 하는, 따라서 일정한 국경을 가지는 정치사회의 출현과 함께 이미 시작되었다고 할 수 있고, 과학기술의 발달에 수반하여 비로소 나타난 것은 아니다. 그럼에도 불구하고 오늘날 논의의 대상이 되고 있는 범죄의 국제화 현상의 주요한 예로서 국외도주범죄자의 문제를 지적하는 경우에는 무엇보다 그 양적 증가가 현저하다는 점이 부각되고 있다. 예컨대, 도망범죄인의 국제수배와 관련하여 國際刑事警察機構 (International Criminal Police Organization/ Interpol) 를 통하여 교환되는 정보의 수는 90년대 초 이래 해마다 백만여 건을 상회하고 있다[3]. 우리나라의 경우 1996년의 해외도피사범의 수는 모두 226명으로 밝혀졌는데, 이 가운데 특히 경제범죄에 관련하는 범죄자의 수가 90%에 해당하였으며, 이들은 범행 당시 이미 해외도주를 계획하였던 것으로 알려졌다[4]. 피의자들이 도주하는 국가도 점점 더 다양화 내지 광역화되어가고 있다[5]. 이러한 사정들은 본질적으로 교통수단의 발달에 따른 신속한 국가간 왕래의 사회적 여건을 반영하고 있다고 하겠다[6].

---

2) William F. McDonald, *The Globalization of Criminology: The New Frontier is the Frontier*, in: Transnational Organized Crime 1/1995, p.15 참조.

3) Heiner Busch, *Technische Modernisierung bei Interpol*, in: Bürgerrechte & Polizei 1/1996, S.39.

4) 조선일보 1996년 6월 10일자 37면.

5) 김주덕, 앞의 책, 265-266면 참조.

6) 범죄의 국제화와 관련하는 다양한 현상들이 형사소추의 정상적인 진행을 저해하고 있는 것을 고려하여 1997년의 개정 형사소송법은 우선 外國逃走被疑者에 대한 公訴時效의 停止를 규정하고 있다 (형사소송법 제253조 제3항). 동 규정은 국내에서의 범행 후 형사소추를 면탈할 목적으로 해외로 도피하는 범죄자의 증가를 반영하고 있는데, 범죄자가 해외에 도피하고 있는 경우에는 당해 외국에서의 수사 활동과 이와 관련하여 그 외국의 관할관청에 대한 刑事司法共助의 요청 등이 예상되는데, 이는 일반적으로 경찰의 수사 활동에 있어서의 불합리한 시간낭비를 초래하는 반면, 범죄자에 대하여서는 자신에게 유리하게 시간을 벌 수 있는 여건을 마련하여 주는 것이다. 개정 형사소송법은 그 밖에도 傳聞法則의 例外를 인정하는 사유로서 證人의 外國居住를 추가하고 있다 (형사소송법 제314조, 제316조 제2항). 이로써 외국에 거주하는 증인, 감정인 또는 공동피고인 등에 대한 조서 또는 진술서 등에 대한 證據能力을 인정할 수 있는 근거가 마련되었다. 이에 대한 법이론적 문제점에 관하여서는 김주덕, 앞의 책, 161면 참조.

교통수단의 발달에 수반하는 범죄의 국제화 현상은 일정한「상품」의 소비와 공급이 국제교역의 구조를 취하고 있는 경우에 있어서 특히 현저하다고 할 수 있다[7]. 예컨대, 마약거래, 무기밀매, 인신매매 등 이미 오래 전부터 국제적으로 행하여져오고 있는 이들 범죄는 더욱더 심각화하고 있는 실정이다[8]. 과학기술의 발달은 특히 자본거래의 전산화를 통한 경제·산업·기업 등의 국제화 내지 세계화를 초래하였다. 자본의 국내 이동과 국가간 이동 사이의 차이가 사실상 없어져가는 오늘날에 있어서, 불법한 자본의 흐름은 필연적으로 범죄의 국제화를 수반하게 된다. 예컨대, 해외공무원에 대한 뇌물공여, 이른바 돈세탁 등과 같이 과학기술의 발달에 기인하는 범죄의 국제화 현상은 범죄자의 현실적인 국가간 이동의 차원을 넘어서 이른바「범죄현상의 무국경화」를 顯出하고 있다. 즉, 범죄자의 국가간 이동이 없이 범죄현상 자체가 국제적 관련성을 가지게 된다. 무엇보다 인터넷에 의한 정보통신망이 세계를 연결하고 있는 오늘날, 정보의 전달 등에 의하여 구성되는 범죄는 그야말로 시공을 초월하는, 따라서 국경을 초월하여 행하여지는 것이다.

2. 이른바「國際犯罪」의 개념

범죄의 국제화 현상과 관련하여「國際犯罪」라고 하는 표현이 자주 쓰이고 있는데, 그 개념에 대하여서는 다양한 정의가 내려지고 있다[9]. 예컨대, 이미 서술한 바와 같이, ① 외국인의 국내범죄, ② 내국인이 외국에서 범한 범죄 및 ③ 외국인 또는 외국이 관련하는 범죄를 포괄하여 국제범죄의 개념을 파악하는 경우가 있다[10]. 이러한 개념정의는 범죄요소의 국가

---

7) Hans-Jörg Albrecht, *Transnationale Kriminalität als Folge des Umbruchs und kriminalpolitische Konsequenzen*, in: Klaus Sessar / Martin Holler (Hrsg.), Sozialer Umbruch und Kriminalität, Pfaffenweiler 1997, S.231f. 참조.

8) 이영란, 앞의 논문, 266면 이하 참조.

9) 김주덕, 앞의 책, 16면 이하; 이영란, 앞의 논문, 264-265면 참조.

10) 이러한 定義는 일본의 경찰실무에서 주로 사용되어 오고 있다. 예컨대 大野恒太郎,, 「犯罪の國際化とその法律問題」, ジュリスト 1983, No.781, 155面 이하.

간 이동 내지는 상호의존성을 주요한 내용으로 하고 있는데, 이를 보다 구체적으로 설명하면 ① 사람, 즉 범죄자 (이미 범죄를 행하고 국경을 넘어 도주하거나 장차 범죄를 행하기 위하여 국제적으로 활동하는 경우) 혹은 피해자 (예컨대, 국제인신매매의 경우) 의 국가간 이동, ② 범죄에 사용되는 물건의 국가간 이동 (예를 들면, 테러범죄를 위하여 화기, 총기, 총포류 등을 항공기에 적재하는 경우나 마약 등을 선박에 적재하는 경우, 혹은 이른바 돈세탁의 경우) 및 나아가서는 ③ 컴퓨터를 이용한 범죄에서처럼 범죄의 의사 내지는 의욕의 사정범위가 국경을 초월하는 경우 등이다[11]. 이러한 기술적 개념정의가 예상하는 刑事司法的 課題는 무엇보다 國際搜査共助 및 國際刑事司法共助의 강화 및 개선이라고 할 수 있다. 따라서 형식적으로는 국제범죄의 개념을, 형사소추를 위하여 외국의 협력을 필요로 하는 범죄의 제 유형, 예컨대 犯罪人引渡 내지는 國際搜查共助 및 國際刑事司法共助의 대상이 되는 범죄로 정의할 수 있을 것이다.

범죄의 국제화 현상과 관련하여 국제범죄의 개념을 정의하는 경우에 있어서 일정한 조직체(organization)에 의한 범죄에 주목하는 경우도 있다[12]. 위에서 본 바와 같이 국제범죄의 개념을 기술적으로 혹은 형식적으로 정의하는 경우에 있어서는 犯罪의 國際性을 주로 行爲의 측면에 관련시키고 있는 반면, 일정한 조직체에 의한 범죄를 국제범죄의 개념요소로서 이해하는 경우는 다분히 行爲者關聯的인 定義라고 할 수 있다. 조직체에 의한 범죄에는 크게 보아 두 종류가 있다. 하나는 (정상적인) 기업체 내지는 회사에 의한 범죄이고, 다른 하나는 비합법적인 형태의 조직, 즉 불법행위를 통한 수익을 창출하는 조직에 의한 범죄이다. 국제범죄를 일정한 조직체에 의한 범죄로서 정의하는 경우에 있어서는, 오늘날의 보편적인 기업형태라고 할 수 있는 多國籍企業의 탈법행위, 국제적인 연계를 이루고 있는 범죄조직들의 활동이 범죄의 국제화 현상의 핵심을 이루고 있다는 점에 착안하

11) André Bossard, Transnational Crime and Criminal Law, Chicago 1990, p.5.
12) Albert J. Reiss, Jr., Crime and Justice in a Changing World, in: International Annals of Criminology 1/2 1993, p.35-36; 또한 Hans-Jörg Albrecht, a. a. O., S.233f. 참조.

고 있다. 즉, 범죄의 국제화 현상에 있어서 특히 문제로 되는 것은 범죄가 단순히 국제적 관련성을 가지는 경우라기보다는 국가간의 상이한 사회구조 혹은 법적 규제의 차이를 이용 내지 악용하는 경우라고 할 수 있는데, 이러한 행위태양은 국제적인 규모로 이루어지는 기업범죄 및 조직범죄에 있어서 현저하게 나타나고 있다. 이러한 관점에서 범죄의 국제화 현상을 부각시키는 국제범죄의 개념은 주로 組織犯罪의 문제와 관련하여 사용하는 경우가 많은데, 특히 경제범죄의 영역에 있어서는 조직범죄와 기업범죄가 교착하고 있다고 할 수 있다. 이처럼 범죄의 국제화 현상을 보다 실질적으로 파악하여 (국제적으로 활동하는) 다양한 조직체에 의한 범죄를 국제범죄로서 정의하는 경우에 있어서는 국가간의 상이한 법제 - 혹은 (범죄지에 있어서의) 법제의 흠결 - 와 형사사법권능의 우열을 악용하고 있다는 점에서 각국이 취하고 있는 이질적인 규제형식을 조율하고 형사실무의 국가간 불균형을 해소하는 것이 刑事政策的 課題로서 이해될 수 있다.

이상에서 살펴본 바와 같이, 현대사회를 특징짓는 현상으로서의 기술혁신과 이에 수반하는 경제의 국제화를 배경으로 하는 범죄의 국제화 현상을 국제범죄라고 하는 개념을 통하여 유형화하는 경우에 있어서는, 犯罪가 국경을 초월하여 廣域化되고 나아가서는 犯罪者의 國籍도 多樣化되어 가고 있다는「事實的 側面」에 착안하고 있다는 점에서, 종래 형법의 장소적 적용범위에 관한 하나의 원칙으로서 다루어온 世界主義의 대상으로서의 國際犯罪와는 개념상 구별된다. 즉, 세계주의의 적용대상으로서 논의되는 국제범죄에 있어서는 범죄의 특수한 規範的 性格, 즉 당해 범죄가 국제문명사회에 공통하는 기본적 이익을 심하게 해하고 국제사회의 평화와 안전에 관련한다는 점이 부각되어 있다[13]. 그래서 국제적으로도 형법상의 세계주의의 적용대상이 되는 범죄로서의 국제범죄, 즉 “international criminality”와 구별하여 근자에는 “transnational criminality”라는 용어가 범죄 및 범죄자의 국제화 현상을 나타내는 표현으로서 주로 사용되고 있지만[14], 兩者가

13) Hans-Heinrich Jescheck / Thomas Weigend, Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil, 5. Auflage, Berlin 1996, S.170.

14) 종래 일반화되어 있는 표현으로서의 국제범죄 (international crime) 에 대하여

반드시 엄격하게 구분되어 사용되고 있지는 않다[15]. 언급한 바와 같이 前者가 범죄의 規範的 性格에 주목하는 것에 반하여 後者는 그것의 事實的 側面을 다루고 있다는 점에서 서로 배타적인 관계에 있는 것은 아니다. 즉, 양자가 상호 교차하는 영역에서의 범죄유형들도 생각해볼 수 있다.

요컨대, 범죄의 국제화 현상과 관련하는 국제범죄 (transnational crime)란, 국가형벌권의 실현을 위하여 절차법상으로 그리고 나아가서는 형사실체법의 차원에서 외국 및 국가간의 협력을 필요로 하는 범죄로서 넓게 정의될 수 있을 것이다. 따라서 국제범죄라고 하는 개념은 그 자체로서는 전혀 새로운 것이 아니지만, 조직범죄 등 현대사회의 다양한 범죄현상의 국제화와 더불어 인식되어온 國家刑罰權의 無力化를 염두에 두어[16], 종래 국가를 기본단위로 하여 행하여져온, 따라서 원칙적으로는 국경에 의한 제약을 받는 刑事立法 및 刑法의 適用을 국경을 초월하여 국제적 차원에서 조직화 내지 체계화하기 위한 연결점으로서의 기능을 수행하고 있다. 즉, 범죄자의 超國家的 機動性, 국가간의 相異한 立法 및 法執行의 실정을 악용하는 조직범죄의 팽창, 그리고 일정한 범죄행위 내지는 그 결과에 있어서의 국가간의 相互依存關係 (예컨대, 특히 환경범죄의 경우) 등 범죄 및 범죄자에게 있어서는 사실상 이미 존재하지 않는 國境이 종래 國家高權의 핵심적 부분으로서 이해되어온 형법의 적용과 형사소추기관의 활동에 있

"transnational crime"에 해당하는 용어로서는「國越犯罪」(森下 忠, 刑事政策各論, 新版, 東京 1996年, 116面;; 香川達夫,「國際犯罪と刑法」, 現代刑事法 2001年 9月號, 4面) 혹은「越境犯罪」(山口 厚,「越境犯罪」, 現代刑事法 2001年 9月號, 24面 이하)라는 표현이 있다. 김주덕, 앞의 책, 4면 및 13면에서도「國越化(transnationalization)」내지는「國越的(transnaional)」이라는 표현을 사용하고 있으며, 나아가서 특히 테러범죄와 관련하여서는 국제 테러리즘 (international terrorism) 과 구별하여「超國家的」테러리즘 (transnational terrorism) 이라는 표현도 쓰고 있다 (同, 330면).

15) M. Cherif Bassiouni, *Policy Considerations on Inter-State Cooperation in Criminal Matters*, in: Albin Eser / Otto Lagodny (Eds.), Principles and Procedures for a New Transnational Criminal Law, Freiburg/Brsg. 1992, pp.807-808; 森下 忠, 刑事政策各論, 新版, 東京 1996, 116面; 등 참조.

16) Regina Michalke, *Grenzüberschreitende Probleme des Umwelt- und Wirtschaftsstrafrechts in der Verfolgungspraxis der Strafjustiz*, in: Klaus Lüderssen (Hrsg.), Aufgeklärte Kriminalpolitik oder Kampf gegen das Böse? - Band Ⅲ/ Makrodelinquenz, Baden-Baden 1998, S.31 참조.

어서는 여전히 존재하고 있기 때문에 각국은 범죄 및 범죄자의 국제화에 대하여 종종 비생산적으로 혹은 단편적으로 대응할 수밖에 없었다는 인식을 바탕으로 하여 刑法 및 刑事司法의 國家間 互換性 내지는 이 분야에 있어서의 긴밀한 國際協力의 필요성이 강조되고 있다.

Ⅱ. 國際協力의 刑法的 受容에 관한 이론적 기초

1. 국제형사협력의 실체법적 측면과 절차법적 측면

국제범죄에 대한 주요한 대책으로서 제시되는 刑法 및 刑事司法에 관한 國際協力의 내용은 크게 실체법적 측면과 절차법적 측면으로 나누어볼 수 있다.

우선 實體法 분야에 있어서는 국가간의 協約 등을 통한 刑罰規定의 國際的 調律이 문제로 된다. 범죄의 국제화 현상에 대한 형법적 대응은 주로 기존의 다양한 國際(協力)機構들을 중심으로 모색되고 발전되어 왔는데, 그 노력의 결과로서 이미 다양한 범죄유형에 관한 國際規範과 多國間協約이 존재하고 있다. 이러한 국제규범과 다국간협약의 量産은 당해 국가들 사이의 여러 단계에 걸친 협상을 필요로 하고, 보통은 외교적 활동 및 상당한 준비작업을 필요로 하는 국제회의의 개최를 통하여 이루어지는 것이어서, 이를 위한 인적 및 물적 자원 그리고 제도적 장치와 상설의 토의 및 협상의 장을 마련하고 있는 국제기구의 역할이 현실적으로 중요하다. 종래에도 각국은 현안의 범죄문제 해결을 위한 형사입법과 관련하여 종종 주요한 국제(학술)회의 등의 의결 및 권고사항을 참고하여 왔지만, 오늘날에는 더 나아가서 각국의 입법에 대하여 이들 국가가 속해 있는 여러 국제기구들이 상당한 주도권을 가지고 그 의결에 각국이 직접 또는 간접으로 구속되는 경우가 형사법 분야에 있어서의 국제협력의 형식을 이루고 있다. 이러한 國際規範의 量産, 나아가서는 이른바「超國家刑法（supranational

criminal law)[17]」의 생성과 발전은 오늘날 특히 유럽연합을 구성하는 국가들 사이에서 활발히 진행되고 있다.

다음으로 節次法的 側面에 있어서는 무엇보다 刑事司法共助의 확대와 改善이 주요한 과제로 되어 있다. 국제형사사법공조란 형벌권의 실현, 즉 형사소추를 위하여 국가간 나아가서는 국가와 일정한 초국가적 기관 사이에 행하여지는 援助라고 할 수 있는데, 이러한 援助行爲는 형사소송절차의 모든 단계에서 이루어질 수 있다. 따라서 국제형사사법공조의 형태는 다양하게 나타날 수 있다[18]. 즉, 협의의 형사사법공조와 함께 예컨대 형사절차의 移管, 또한 범죄의 수사와 관련하여서는 犯罪人引渡 및 국제수사공조, 그리고 刑의 執行과 관련하여서는 외국형사판결의 집행 및 受刑者의 移送 등이 모두 넓은 의미에 있어서의 형사사법공조의 내용을 이루고 있다.

2. 형법의 장소적 적용범위에 관한 규정의 이해

국제협력의 형사법적 수용과 관련하여 刑法上의 場所的 適用範圍에 관한 규정들의 해석 및 적용에 있어서도 國益保護의 목적 외에 國際的 連帶性을 고려할 것이 요구된다. 형법의 효력범위 내지는 적용범위에 관한 법률은, 예컨대 외국에 있는 자국민의 보호, 중요한 국익의 보호, 나아가서는

---

17) 이른바「超國家刑法 (supranational criminal law)」이란, 말 그대로 개개의 주권국가 및 그 조직적 단위를 초월하여 존재하는 형법을 말한다. 각국의 국내법과는 별도로, 국제사회의 법질서 혹은 세계평화의 토대를 위협하는 행위를 내용으로 하는 국제적 내지는 범세계적 차원의 형벌법규의 정착과 아울러, 그와 같은 형벌법규를 실제로 시행하고 적용하는 국제적 나아가서는 세계적 차원의 형사소추기관의 창설이 이른바 초국가형법을 구성하는 요소라고 할 수 있다. 국제적으로 혹은 세계적으로 승인되고 있는 법규범의 운용은 오늘날 무엇보다도 국제연합에 의하여 행하여지고 있다. 특히 1998년의 이른바「로마규정」에 근거하는 國際刑事法院의 설립이 이른바 초국가형법의 대표적인 예가 될 수 있을 것이다. 또한 지역적 차원에서도, 즉 일정한 국가공동체를 중심으로 하여서도 초국가형법의 윤곽이 나타나고 있다. 이러한 국가공동체들은 법률의 시행과 운용의 권한을 특정한 (초국가적) 기관에 부여하고 있는데, 이른바「유럽공동체법」내지는「유럽연합법」의 체계 속에서 이른바 초국가형법의 예를 찾아볼 수 있다.

18) 김주덕, 앞의 책, 42면 이하; 또한 Hans-Heinrich Jescheck, *Neue Formen der internationalen Rechtshilfe in Strafsachen*, in: Eberhard Barth (Mitarb.), Festschrift für Richard M. Honig zum 80. Geburtstag, Göttingen 1970, S.69ff.

국제적으로 인정되고 있는 법익의 보호 등을 위하여 범죄의 전부 또는 일부가 외국에서 발생한 경우에도 자국의 형벌권을 행사하고 나아가서 자국의 형법을 적용하는 것을 가능하게 하는 까닭에 이론적으로는 형법이 국제적인 차원에서도 그 효력을 가지는 것으로서 이해될 수 있지만, 실제에 있어서는 다수의 국가가 동일한 범죄에 대하여 재판관할권의 행사를 주장하거나, 사실상의 관할권을 가지는 국가가 당해 범죄에 대한 형사소추를 등한시 내지 포기하는 등의 경우와 같이 외국과의 일정한 관련을 가지는 범죄에 대한 형벌권의 행사가 그 어느 국가에 의하여서도 이루어지지 않는 예들이 존재한다[19]. 그래서 범죄의 국제화 현상과 관련하여서는 각국의 재판관할권에 대한 일정한 제한 및 조화가 요청되고, 이에 따라 다양한 국제협약들은 특히 犯罪人引渡와의 유기적인 관련하에서 일정한 범죄행위에 대한 형사소추 및 형벌의 부과를 각국이 행사할 수 있는 權限이라기보다는 이행하여야 할 義務의 관점에서 파악하고 있다.

Ⅲ. 刑罰規範의 國際的 互換性 및 刑法의 國際化

1. 국제적 차원에서의 인식대상으로서의 형법

법제도나 문화적 의식 등은 경제나 기업 등의 분야와 비교하여 국제시장에서의 교환이라든가 외국과의 경쟁이 뚜렷하게 나타나지 않는 이른바 非交易分野에 속한다[20]. 따라서 「일반 시민이 언제, 왜 그리고 어디에서

19) Paolo Bernasconi, *Grenzüberschreitende Wirtschaftskriminalität. Erfahrungen aus der Bekämpfung und Fragen der Prävention als Herausforderung an Staat und Wirtschaft*, in: Schweizerische Juristen-Zeitung 1987, S.77; Albein Eser, *Wege und Hürden transnationaler Strafrechtspflege in Europa*, in: Bundeskriminalamt (Hrsg.), Verbrechensbekämpfung in europäischer Dimension, Arbeitstagung des Bundeskriminalamtes Wiesbaden vom 26. bis 28 November 1991, Wiesbaden 1992, S.22f.; Mark Pieth, *Internaitonale Harmonisierung von Strafrecht als Antwort auf transnationale Wirtschaftskriminalität*, in: Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft 1997, S.746ff.

법 내지는 국가에 의존하고 혹은 그것을 외면하는가를 결정짓는 法的 價値와 觀點의 網[21]」으로서의 이른바 법문화는 국제화 내지는 세계화 시대에 있어서도 여전히 국가들 사이의 상당한 차이를 나타내고 있다. 법의 여러 영역들 가운데에서도 특히 형법은 개개의 지역 내지 국가의 문화적 여건과 사회규범을 강하게 반영하는 것이어서 刑罰規範과 刑罰制度의 多樣性 그리고 그 變遷可能性 또한 각 지역 내지는 국가의 문화적 내용과 발전과정에 종속하는 경향이 여타의 법 분야, 예컨대 경제법 혹은 노동법 등의 분야에 비하여 강하다고 할 수 있다. 그래서 형법의 근간을 이루는 가치체계는 흔히 그것이 속하는 개개 국가의 문화적 내지는 사회적 배경을 통하여 인식될 수 있고, 각국의 형법발전을 분석하고 이해하고자 하는 경우에도 한 국가의 사회적 여건과 배경이 그 밖의 다른 국가들의 그것과 어떻게 구별되는지의 문제가 중요한 의미를 가진다.

그런데 이러한 관점이 결코 刑法의 國際的 互換性을 배제하고 있는 것은 아니다. 한편으로 형법은 윤리적 그리고 사회경제적 기본가치와 관련하여 많은 국가들 사이에 공통하는 先決領域을 보여준다는 것은 주지의 사실이다[22]. 다른 한편으로 각국의 형법은 현재 진행되고 있는 세계화 현상들을 직접적으로 혹은 간접적으로 반영하고 있다. 법, 따라서 형법 또한 일반적인 사회발전의 한 부분을 이루는 한에 있어서, 다양한 사회문제, 따라서 국제화 내지는 세계화와 관련하는 사회현상들에 대하여서도 規制와 豫防의 목적을 가지고 規範的으로 대응하기 때문이다. 이러한 사실과 관련하는 것으로서, 오늘날의 활발한 민간교류, 특히 학문 분야에 있어서의 신속하고 광범위한 정보전달 내지는 의사소통을 가능하게 하는 과학기술의 발달을 언급할 필요가 있을 것이다. 즉, 오늘날 우리는 손쉽게 외국의 문화와 제도, 아울러 외국의 형법과 그 발전에 대한 정보를 얻을 수 있는데, 이러한 정보

---

20) 박세일,「국제화·세계화의 의미와 개혁의 기본방향」, 법과 사회 1994년 하반기 (통권 제10호), 7면 이하 참조.

21) Lawrence Friedmann, *Legal Culture and Social Development*, in: Law and Society Review 4/1969, p.34.

22) Heike Jung / Hans-Jürgen Schroth, *Das Strafrecht als Gegenstand der Rechtsangleichung in Europa*, in: Goltdammer's Archiv für Strafrecht 1983, S.255ff. 참조.

습득과 함께 특정한 형벌법규의 妥當性 내지는 正當性에 대한 문제제기와 논의의 국제적 교류도 이루어지게 된다[23]. 형법분야에 있어서 이러한 국제적 관점은, 예컨대 다국적기업이 주체로 되는 범죄, 국제적 자본거래에 부수하는 범죄, 국경을 넘는 인적 그리고 물적 수송에 관련하는 범죄 등과 같이 범죄 자체가 국제적인 규모로 행하여지는 경우뿐만 아니라, 다양한 범죄행위의 國際的 廣域性, 즉 동시대에 국가간에 널리 공통하는 사회적 구조, 소비성향, 정보수준 및 기술적 여건 등에 근거하여 일정한 범죄유형들이 국가마다 유사하게 질적 및 양적 발전을 나타내는 경우에도 문제로 된다.

우리나라의 경우에도 예컨대, 국가간의 건전한 자본거래와 써비스거래의 자유화를 도모하는 국제기구로서의 經濟協力開發機構(OECD)에의 가입 이후, 1998년의 同 機構의 協約, 즉「國際商去來에 있어서 外國公務員에 대한 賂物提供行爲의 防止를 위한 協約」의 이행을 위한 법률의 제정은, 한편으로는 범죄방지를 위한 각국의 개별 규제 및 법제의 내용을 국제적 차원에서 조율하려는 노력이 국내법에 반영되어 형사정책상의 국제준칙이 국내법 속으로 이식되어가는 하나의 例를 보여주는 것일 뿐만 아니라, 다른 한편으로는 국제적 차원에서의 규범생성과 관련한 국제기구의 역할비중을 보여주는 例이기도 하다. 요컨대, 사회 각 분야에 있어서의 국제화 및 세계화 현상, 특히 범죄의 국제화 현상은, 비록 각국의 정치적 그리고 경제적, 나아가서는 (법)문화적 제반요건에 따라 국가마다 다소의 차이를 보이기는 하지만, 法規範, 따라서 刑罰法規의 國際化 現狀을 수반하고 있다.

그런데 범죄의 國際的 類似性 내지는 범죄의 국제화 현상과 관련하여 일정한 범죄유형에 대한 법적 대응이 국가들 사이에 공통의 테마로 되는 경우에도 각국의 형법이 그것에 대하여 반드시 동일한 내용의 규범적 해결방식을 취하고 있지는 않다. 오늘날 각국의 형사입법은, 예컨대 국제적으로 공통하는 금융거래의 전산화에 기하여 국가마다 유사한 형태를 보일 뿐만 아니라 자본거래의 국제화 내지 자유화에 기하여 흔히 국제적인 규

23) Winfried Hassemer, *Vielfalt und Wandel. Offene Horizonte eines interkulturellen Strafrechts*, in: Otfried Höffe, Gibt es ein interkulturelles Strafrecht? Frankfurt/M 1999, S.397.

모로 행하여지는 이른바 돈세탁의 범죄화, 혹은 이와 관련하는 기존의 범죄구성요건의 확대 내지는 형벌의 강화를 꾀하고 있지만, 구체적인 규범의 형성에 있어서는 국가마다 다소의 차이를 나타내고 있다. 즉, 일부 국가들의 경우 돈세탁에 관한 범죄구성요건이 그 행위대상을 금전뿐만 아니라 물건 및 권리까지도 포함하고 있는 것에 대하여, 일부의 국가들은 그 대상범위를 비교적 좁게 규정하고 있다. 또 각국의 법에 따르면 돈세탁행위의 수사와 관련하는 國際刑事司法共助의 범위가 약물범죄에 한정되는 경우가 있는가 하면, 그 외의 다양한 범죄형태에까지 이르는 경우도 있다. 그 밖에도 돈세탁행위의 처벌을 위한 형사절차규정의 형식에 관하여서도 각국은 상당한 차이를 보이고 있다[24].

요컨대, 일정한 범죄형태가 여러 국가에 공통으로 문제되어 있거나 혹은 국제적인 규모로 행하여지는 경우가 일반적이어서 당해 범죄형태에 대한 형법적 대응이 국제적인 추세로 되어 있는 때에도, 각국은 고유한 사회적 여건과 문화적 관련 나아가서는 당해 문제에 대한 상이한 정책적 해석 등에 기인하여 규범의 내용과 형식에 관하여 크고 작은 차이를 보일 수 있다. 그래서 법 영역, 특히 형법 분야에 있어서의 국제화 내지는 세계화가 반드시 규범의 국제적 획일화 내지는 통일화를 의미하는 것은 아니고, 오히려 국가간의 다양성과 상호모순을 초래하기도 한다[25].

2. 형법의 국제화를 위한 방법론으로서의 比較(刑)法硏究

다양한 형태의 국제범죄에 효과적으로 대응하기 위하여서는 사회규율수

---

24) Bruce Zagaris, *The Emergence of an International Anti-Money Laundering Regime: Implications for Counselling Businesses*, in: Richard D. Atkins (Ed.), The Alleged Transnational Criminal: The Second Biennial International Criminal Law Seminar, The Hague 1995, p.124.

25) Klaus F. Röhl unter Mitarbeit von Stefan Magen, *Die Rolle des Rechts im Prozeß der Globalisierung*, in: Zeitschrift für Rechtssoziologie 1996, S.2ff.; Johannes Feest, *Globalisierung und Rechtskulturen am Beispiel des Strafrechts und der Strafjustiz*, in: Rüdiger Voigt (Hrsg.), Globalisierung des Rechts, Baden-Baden 1999/2000, S.351ff. 등 참조.

단으로서의 형법이 개개 국가의 영역 내에서 뿐만 아니라 국경을 초월하여 국가간에 있어서도 마찬가지로 그 실제적 효력을 발휘할 수 있어야 한다는 것이 일반적으로 주장되고 있다[26]. 이와 관련하여 각국의 刑事立法은 국가간의 多者間協約 등을 통하여 規範의 國際的 調和 내지는 統一을 꾀하기도 하지만, 이러한 조화 내지 통일의 가능성은 기본적으로 사회분석, 범죄학 및 형사정책 분야의 국제적 조망 내지는 국가간 비교에 관한 연구 등을 통하여 발견될 수 있다[27]. 특히 형사정책에 있어서의 국가간 비교는 일정한 범죄현상과 관련한 각국의 다양한 대응방식들에 대한 관찰을 통하여 그 범죄현상에 대한 효과적인 규제방법을 찾아내고자 하는데, 이 경우 하나의 사회학적 인식수단으로서의 比較法硏究는, 특정한 문제사안에 관한 外國의 法制에 대한 이해와 수용을 통하여 자국법의 개선을 꾀하고자 하는 국내지향적인 사고를 넘어서, 규범의 국가간 불균형과 격차를 감소시키고 국제적 호환과 조화에 기여하는 국제지향적인 성격을 아울러 지니고 있다[28]. 즉 比較法硏究는 한 사회가 직면하고 있는 法現實과 이에 대한 規範的 接近方法에 관한 다양한 사고와 개선안을 가능하게 하는 인식과정의 폭을 넓혀준다. 범죄에 대한 합리적 대책을 마련하기 위하여서는 범죄의 態樣 및 원인 나아가서 범죄자에 대한 체계적이고도 조직적인 연구가 필요한데, 이러한 방법론은 동시에 기존의 대응방식에 대한 분석과 검토를 요구하게 된다. 이 경우 立法者는 여러 외국, 특히 비교의 대상이 되는 문제사안에 대한 이해의 방식이 일치하는 사회의 법률상황에 대하여 주의를 기울이고 흥미를 가지게 되는 것이 일반적이다. 요컨대, 범죄의 국제화와 관련하여 比較犯罪學 내지는 比較刑事法學의 성과는 종종 기존의

---

26) Wolfgang Adlerstein, *Globalisierung und Recht*, in; Recht und Politik 1997, S.95ff.; Regina Michalke, a. a. O., S.29ff. 등 참조.

27) William F. McDonald, *The Globalization of Crimonology: The New Frontier is the Frontier*, in: Transnational Organized Crime 1/1995, p.5-6 참조.

28) Clive M. Schmitthoff, *Die künftigen Aufgaben der Rechtsvegleichung*, in: Juristenzeitung 1978, S.497f.; Albin Eser, *Methoden und Grenzen der Strafrechtsvergleichung*, in: Hans-Jörg Albrecht u. a. (Hrsg.), Internationale Perspektiven in Kriminologie und Strafrecht, Festschrift für Günther Kaiser zum 70. Geburtstag, Berlin 1998, S.1506ff. 등 참조.

외국입법에 대한 이해뿐만 아니라 그 受容에까지 이르게 된다.

우리나라의 경우에도 다양한 범죄문제의 해결에 대한 國內的 需要를 감안하는 刑法 및 刑事訴訟法의 적지 않은 규정들이 國際的 互換性 내지는 國際化의 要求라는 측면에서 인식될 수 있다. 바꾸어 말하면, 국제적으로 유사하게 혹은 국제적인 규모로 행하여지는 다양한 범죄형태에 여러 외국과 마찬가지로 우리나라 또한 직면하고 있으며, 나아가서는 그러한 범죄형태에 대한 규범적 대응에 있어서도 우리나라가 여러 외국의 경우와 유사한 해결방식을 취하고 있다는 것을 알 수 있다. 우리나라는 1995년의 刑法改正을 통하여 새로운 형태의 범죄유형, 예컨대 특히 전자기록위작·변작죄 (형법 제227조의 2, 제232조의 2), 컴퓨터 등 업무방해죄 (형법 제314조 제2항), 컴퓨터 등 사용사기죄 (형법 제347조의 2) 및 전자기록 등 특수매체기록의 손괴 (형법 제366조) 등에 대한 구성요건을 형법전상에 마련하였는데, 이는 기본적으로 당해 행위유형에 대한 국내적 심각성 내지는 국내적으로 존재하는 형벌욕구를 반영하는 것이다. 즉 형법전상의 범죄구성요건들은 일차적으로는 그것이 속하는 사회내의 현실적인 욕구와 국민감정을 반영하는 것이다. 그런데 국내적 수요에 기인하는 형법상의 개정은 동시에 당해 범죄유형에 대하여 국제적으로 선호되는 형사정책적 대응방식 그리고 그 법적 규제에 대한 여러 외국의 경험을 고려하게 된다. 그래서 장기간에 걸친 우리나라의 형법개정작업에서도 다양한 外國의 立法方式과 規範內容을 國內에서의 活用可能性이라는 측면에서 비판적으로 검토하고 개개의 문제사안에 대한 타당하고도 효과적인 형벌규범들을 외국의 법모델에서 찾는 노력이 있었다.

3. 刑罰法規의 國際的 互換性을 위한 國內法的 前提

刑事立法上의 國際的 交流를 통하여 국가간에 刑罰法規의 調和 내지는 一致가 이루어지는 경우에도 刑法의 現實的 適用範圍에는 일정한 한계가 있기 때문에 개개의 형벌규범이 다양한 형식으로 국경을 초월하는 범죄현상에 대하여 그 효력을 발휘하기 위하여서는 일정한 法的 媒介體를 필요

로 한다. 즉, 각국은 刑法의 場所的 適用範圍에 관한 규정을 통하여, 외국 내지는 외국의 형벌권과 관련을 맺는 범죄현상이 어떠한 경우에 자국의 형법적 적용대상이 되는지를 규율하고 있다. 형사관할권은 원칙적으로 개개 국가의 領域에 국한되며 국가가 수행하는 질서유지의 과제 또한 각국의 領域 내에 한정된다는 인식 속에서, 오늘날 대부분의 국가들은 기본적으로 형벌법규의 적용을 자국의 영토주권의 범위 내에서 인정하고 있다. 그래서 한편으로는 범죄행위의 발생지를 근거로 하여 형사관할권의 존재여부를 결정하는 屬地主義가 일반적으로 형법의 장소적 적용범위에 관한 규정의 근본을 이루고 있지만, 다른 한편으로 그 어느 국가도 이 원칙에 대한 예외를 부정하고 있지는 않다. 즉 각국은 屬地主義 외에도 屬人主義, 保護主義 혹은 世界主義를 근거로 하여 구체적 범죄사실에 대한 형사소추와 司法的 判斷의 권한을 가지며, 그 한에 있어서 국내의 형법은 동시에 국제적 차원에서 의미를 가지게 된다. 요컨대, 흔히 국제적인 규모로 행하여지는 어떤 범죄유형이 국내의 형사입법을 통하여 구성요건화되는 경우에도, 이러한 범죄구성요건은 당해 국가의 형사적 관할권의 설정과 형사소추의 실현을 통하여 비로소 범죄의 국제화에 대한 효과적인 도구로 활용될 수 있다.

그런데 형법의 장소적 적용범위에 관한 규정을 통한 형사재판권 내지는 형벌권의 실현은 새로운 범죄유형에 대한 국내적 형사입법을 자주 요구하고 있다는 점 또한 타당하다. 왜냐하면 형사적 관할권이 정해지면 일정한 외국적 요소를 가지는 범죄도 그렇지 않은 여타의 범죄와 마찬가지로 그 법률적 평가는 개개 국가의 법에 의존하게 되는데, 이 경우 당해 범죄의 소추와 그 범죄자의 처벌은 문제로 되는 범죄사실에 대한 형법상의 구성요건이 형사관할권을 가지는 국가에 바로 존재하는 경우라야 가능하기 때문이다. 요컨대, 형사입법에 있어서 여러 외국의 경험을 면밀히 고려하고 형벌규범의 국제적 조화 내지 일치의 관점에서 기존의 타당한 규범을 수용하는 작업은 국경의 장벽을 넘는 형사소추, 따라서 국제화하는 범죄형태의 형법적 규제에 질적으로 보다 낳은 여건을 제공하여 줄 수 있다.

Ⅳ. 犯罪의 豫防과 犯罪者의 處罰에 관한 國際的 이니셔티브와 國內的 受容

1. 형사입법에 있어서의 국제적 이니셔티브

형사사법에 대한 일반적인 이해는 무엇보다도「國家」에 대한 전통적인 관념으로부터 출발한다. 즉, 국가는 일정한 영토를 범위로 하여 그리고 이와 관련하는 일정한 사람을 대상으로 하여 법률을 제정하며 나아가서 이러한 법률의 준수를 도모하고 그 침해에 대한 제재를 행한다. 형법분야에 있어서 이러한 관념은 규율의 대상이 되는 범죄행위의 관련 사실들이 주로 한 국가의 영역 내에 밀집하고 있다는 것을 은연중에 전제로 하고 있다. 그런데 범죄 및 범죄자의 국제화 경향을 형상화하는 개념으로서의 이른바 국제범죄가 제시하는 문제점은 바로 刑事立法 및 刑法實務가 한 국가의 領土主權의 법적 기초를 표현하고 있다는 데에 있다. 예컨대 마약거래 혹은 인신매매의 저지에 대한 사회적 합의가 존재하는 경우에 정책적으로 이에 관한 법률을 제정하고 나아가서 범인을 검거하고 범죄를 처리하는 데에 필요한 자원을 제공하는 등의 해결방안이 국내적 차원에서 마련될 수 있을 것이다. 이러한 규범적 장치와 물적·인적 자원의 제공이 있는 경우에도 형법을 통한 국제범죄의 제어에는 일정한 한계가 인식된다. 즉, 범죄 내지는 범죄의 관련요소들이 개개 국가의 국경을 초월하여 다국적으로 혹은 국제적인 규모로 연계되는 현상이 증가하고 빈번해짐에 따라, 종래 영토주권을 기초로 하여 국가의 관할권을 정형화하는 사고와 그 실제적 적용은 치밀한 계획 하에 조직적으로 행하여지는 국제범죄의 형법적 해결에 비효율적 내지는 비경제적인 결과를 가져오게 된다. 왜냐하면, 범죄의 국제화 현상을 포함하여 오늘날의 이른바 국경 없는 경제 내지는 생존조건의 지구촌화 현상에 수반하는 문제들은 더 이상 전통적인 형태의 영토국가를 전제로 하는 통제관할하에 놓여 있지 않기 때문이다. 예컨대, 대기오염 등의 환경문제는 이미 한 국가의 경계를 넘어 세계적 조건 내지는 지

구적 조건에 의하여 크게 영향을 받는 것이어서, 국내의 환경기준에 상응하여 환경사범에 대한 책임을 강화하고 이에 관한 법제를 정비하는 경우에도 그것이 자국내의 환경문제를 해결하여 주지는 못하다. 또한, 한 국가 내에서의 일정한 행태에 대한 법적 금지, 이를테면 자금세정행위의 금지 혹은 유해폐기물의 엄격한 규제 등은, 이러한 법적 규제를 제도화하고 있지 않는 혹은 그 법적 규제가 보다 덜 엄격한 국가에서 여전히 그러한 행위가 계속되는 것을 배제할 수는 없다[29]. 요컨대, 국제화 내지는 세계화 추세에 따른 국제범죄의 증가에 대하여서는 일정한 기준 및 규범의 국제화를 통한 규제기능의 효율화가 그 대안으로서 제시되고 있다. 특정 범죄에 대한 국제적 차원에서의 규제를 위하여서는 결국 국가간에 단편화 혹은 분산화되어 있는 관련 법률과 그 규제내용을 통합하는 노력이 요청되고, 이러한 노력을 뒷받침하는 다양한 국제기구의 역할이 증대되어가고 있다.

일반적으로 刑法實務의 國際化는, 형사에 관한 국제기준 및 국제규범이 각국의 형사정책에, 특히 국제범죄의 문제와 관련한 형법 분야의 발전에 얼마만큼 반영되고 수용되어 있는지에 대한 척도의 표현이다. 한 나라의 刑事司法 내지는 刑事政策을 효과적인 범죄의 예방 및 범죄자의 처우를 위한 국제협력의 차원에서 더 이상은 國家高權의 핵심적 부분으로서가 아니라 국가간의 相互依存的 領域으로서 이해하는 경우, 刑法 및 刑事司法의 國際化는 주로 국제법상의 조약 및 협약의 체결과 그 이행을 위한 국내법의 마련에 관한 문제로 귀착한다. 범죄의 국제화와 관련하여 국가간의 공통의 규범과 기준을 마련하려는 국제적 노력을 수용하는 국내법의 발전에 대한 예로서 우리나라의 경우에도 근자에 마련된 두개의 법률, 즉 1995년의 「마약류불법거래방지에관한특례법」과 1998년의「국제상거래에있어서외국공무원에대한뇌물방지법」이 있다.

---

29) Paul Kennedy, In Vorbereitung auf das 21. Jahrhundert, Frankfurt/M 1997, S.171 참조.

2. 마약류불법거래방지에관한특례법[30]

불법마약거래는 복잡다양한 마약문제의 한 부분을 이루는 것이기는 하지만, 국내적으로 또한 국제적으로 마약문제에 대한 단호한 대응을 근거지우는 중요한 테마들은 흔히 불법마약거래에 관련하고 있다. 마약밀매와 관련하여서는 무엇보다 組織犯罪의 문제가 국제적으로 하나의 중요한 테마로 되어 있을 뿐만 아니라, 나아가서는 마약거래를 둘러싼 폭력범죄의 심각성 또한 종종 지적되어 왔다. 주지하는 바와 같이 마약거래는 여타의 지속적 영업과 마찬가지로 일정한 조직체계를 필요로 하며, 이러한 조직들 가운데에는 마약거래 이외에도 무기밀매, 인신매매 등의 불법적 영업을 병행하는 경우가 흔히 발견되어 왔다. 이러한 관점에서 각국의 입법은 마약거래에 대한 可罰性의 범위를 확대하고 刑罰威嚇를 강화하려는 경향에 있다[31]. 이러한 추세에 관련하는 것으로서는 또한, 조직범죄의 수사와 처리에 있어서의 관할기관에 대한 광범위한 권한 부여 및 마약거래를 통한 不法利益의 축재와 재투자를 통제하기 위한 법제의 개선 등을 들 수 있다.

약물범죄의 예방 및 척결과 관련하여 UN은 그동안 세 개의 協約[32]을 제안한 바 있는데, 이 가운데에 1988년의 이른바「비엔나협약[33]」은 현재 140여개 국가에 의하여 조인되어 그 효력을 발하고 있다. 모두 34개의 조항으로 구성되어 있는 동 협약은 마약의 제조 및 판매와 관련하는 범죄구성요건을 규정하는 외에, 수사 및 형사소추를 위한 犯罪人引渡 및 司法共助에 관한 규정을 두고 있다. 동 협약은 1961년 과 1971년의 UN협약과 비교하여, 특정 마약류의 제조와 판매뿐만 아니라 소비와 관련하여서도, 즉 불법마약을 복용하기 위하여 그것을 취득하거나 소지하는 행위에 대하여서도 제제의 규정을 두고 있는 외에, 무엇보다도, 마약거래로부터 얻은 불

30) 법률 제5011호 (2000년 1월 12일 일부개정).
31) Günther Kaiser, Kriminologie: Ein Lehrbuch, 3. Auflage, Heidelberg 1996, S.625f.
32) 1961년의 Single Convention on Narcotic Drugs, 1971년의 Convention on Psychotropic Substances 및 1988년의 Convention against Illicit Traffic in Narcotic Drugs and Psychotropic Substances.
33) UN-Doc. E/CONF.82/13.

법수익을 은닉하고 세정하는 행위, 이른바 돈세탁을 범죄화하고, 나아가서 그러한 불법수익에 대한 몰수의 규정을 두고 있다는 점에 특색이 있다.

마약범죄의 예방과 척결을 위한 국제적 협력, 특히 이와 관련한 UN의 1988년의 협약의 이행을 위하여 제정된「마약류불법거래방지에관한특례법」은 종래 우리나라의 형사법 분야에서 찾아볼 수 없었던 몇 가지 새로운 제도들을 채용하고 있는데, 실체법상으로 중요한 것은, 마약거래로부터 얻은 부정한 이익의 처분에 관한 규정, 즉 불법수익의 은닉 및 위장 등의 행위를 처벌하는 규정이다 (동 특례법 제7조). 이에 따르면, 범죄구성요건으로서의 이른바 돈세탁은 불법수익의 출처와 사용을 은닉하고 나아가서는 그 수익이 합법적으로 유래한 것으로 위장하기 위한 일련의 행위를 의미한다 (동 특례법 제8조). 그 밖에도 동 특례법은 마약거래에 의한 불법수익에 대하여 몰수의 규정을 두고 있는데 (동 특례법 제13조 이하), 이에 따라 불법마약거래를 통하여 얻은 수익, 이로부터 유래한 재산 및 이와 관련된, 특히 돈세탁행위를 통하여 변형 내지는 증식된 은행예금 등의 무형의 재산 등이 모두 몰수의 대상이 되어, 형법 제48조에서 규정하고 있는 몰수의 대상범위를 확장하고 있다.

3. 국제상거래에있어서외국공무원에대한뇌물방지법[34)]

국제상품교역의 증대와 이른바 국경 없는 경제를 이루는 자본 및 서비스 거래의 개방화 내지 자유화는 국가간의 相異한 制度와 法律에 기인하는 불합리성을 종종 인식시켜 주었다. 즉, 국가에 따라서는 현대의 국제상거래의 요청에 부합하는 특정한 규범을 결여하는 경우가 있고, 국제교역과 관련한 분쟁이 있는 경우에 각국의 법원은 국제적으로 통일된 기준과 규범에 의하기 보다는 그들에게 익숙한 국내법을 통하여 문제를 해결하려는 경향이 있어 法的 安定性과 豫見可能性을 결하는 경우도 있다. 그래서 국제거래에 있어서는 일종의 국가없는 사회, 즉 適用法의 선택에 있어서의 恣意性과

34) 법률 제5588호.

法執行에 있어서의 偏頗性이 산재하는, 법으로부터 자유로운 영역이 형성되곤 한다. 국제적 규모로 이루어지는 다양한 형태의 경제범죄들은 이러한 상황을 이용하여 자국의 규제로부터 탈피하거나 외국을 거점으로 하여 범행을 지속적으로 행하는 경우가 적지 않다. 국제거래와 관련하는 범죄행위들에 대한 규제의 실효성 확보를 위하여서는 국제적 기준과 규범을 통하여 각국법의 불합리한 차이와 대립을 극소화하고 재판관할권의 합리적 분배를 꾀할 것이 요구되는데, 이러한 노력은 종종 국가간의 경제 및 무역의 건전한 발전을 목적으로 하는 국제기구들에 의하여 행하여져 왔다.

국내적으로 뿐만 아니라 국제적 차원에서, 특히 국제상거래에 있어서 지속적으로 발견되는 부정부패의 관행에 대한 국제기구들의 대응은 해외투자에 관한 다자간규범을 제정하여 우선적으로 회원국간에 적용하려는 것인데, 국제연합[35]을 비롯하여, 국제상공회의소(ICC)[36], 유럽연합(EU)[37] 및 경제협력개발기구(OECD)[38] 등이 이미 이러한 관점에서 포괄적인 模範規約을 제시하여 왔다. 우리나라의 경우 1997년의 OECD의 협약, 즉「국제상거래에 있어서의 외국공무원에 대한 뇌물공여의 방지에 관한 협약」에 가입하여, 1988년 同名의 이행법률이 제정된 바 있다. OECD의 협약은 한편으로는 국제상거래와 관련한 대규모의 부정부패에 대한 과거의 경험을 반영하면서[39], 다른 한편으로는 공무원과 고위정부관리에 대한 賂物供與가 전형적인 行爲態樣을 이루는 國際組織犯罪에 대한 대응의 의지를 담고 있다[40]. 해외에서 이루어지는 賂物供與行爲 내지는 외국공무원에 대한 贈賂行爲에 대한 규제와 관련하여 각국은 우선 자국 형법의 장소적 적용범위에 관한 규정에 따르는 제약에 직면하게 된다. 이러한 형법상의 제약은, 타국의 國益에 관련하는 事實關係 내지는 外國의 國家的 法益, 나아가서는

35) United Nations Code of Conduct on Transnational Corporations of 1974.
36) Code of Conduct: Extortion and Bribery in Business Transactions of 1975.
37) Convention on the Protection of the Financial Interests of the European Communities of 1995 (in connection with the First Protocol of 1996).
38) Convention on Combating Bribery of Foreign Public Officials in International Business Transactions of 1997.
39) Mark Pieth, a. a. O., S.766ff. 참조.
40) UN-Doc. A/CONF.169/16 참조.

外國의 職務行爲에 대한 信賴는 자국 형법의 保護範圍 밖에 존재하는 것이라는 이해와 병행하고 있다[41]. 우리 형법의 장소적 적용범위에 관하여서도, 대한민국의 법질서는, 재판관할권의 존재여부와 무관하게, 일정한 외국의 법익에 대한 침해에 대하여서는 처벌을 요망하지 아니하는 것으로 이해될 수 있다. 그래서 예컨대, 국제상거래와 관련하여 한국 기업이 외국 공무원에 대하여 뇌물을 제공한 경우에 우리나라의 법원은 이에 대한 형사관할권을 결하는 경우도 있겠지만, 형법 제129조 이하의 賂物罪에 있어서의 公務員이라 함은「법령에 의하여 국가 또는 공공단체의 사무에 종사하는 사람」을 말하고, 이 경우 受賂罪의 主體로서의 공무원은 대한민국의 공무원을 의미하게 되어 外國公務員에 대한 賂物供與의 처벌이 불가능하게 된다. 이에 대한 立法的 解決로서 우리나라의 상기의 OECD협약에의 가입과 그 履行法律의 제정은 해외에 지점을 두거나 국제시장에서 활동하는 우리나라의 기업들로 하여금 도급의 획득이나 제품판로의 확대 등을 위하여 외국공무원 또는 제3자에 대하여 뇌물을 제공하거나 약속하는 부정부패의 관행에 대처하고 있다 (동 이행법률 제3조). 그 밖에 동 이행법률은 뇌물로 제공한 금품에 대한 沒收의 규정을 두고 있다 (동 이행법률 제5조).

경제의 국제화와 관련하여 부정부패척결의 과제가 국내형법의 소관영역을 넘어서는 이상, 이 분야에 있어서의 국제협력, 즉 부정부패에 대한 법적 대응에 있어서의 국제적 차원의 규범형성이 필요한 것은 사실이지만, 우리나라의 경우 종래 부정부패의 사례가 법정에서의 심판을 받는 경우는 비교적 드물다는 法現實을 아울러 상기할 필요가 있을 것이다. 즉, 부정부패의 경우 暗數로 존재하는 사례가 특히 많다는 점, 게다가 세간에 알려진 부정부패의 사례가 사법적 심판의 대상으로 되는 경우에도「부정한」이익의 제공으로서의 뇌물과「정당한」지출 내지는 커미션으로서의 관행화된 기업활동의 구별은 종종 대단히 어려운 문제라는 점 등에 기인하여 부정부패에 대한 법적 규제의 실효성에 대하여서는 이미 국내적 차원에서도 의

41) Winfried Platzgummer / Wolfgang Branstetter, D*ie Strafbarkeit der Bestechung von Ausländern nach österreichischem Recht*, in: Kurt Schmoller (Hrsg.), Festschrift für Otto Triffterer zum 65. Geburtstag, Wien u. a. 1996, S.366 참조.

문이 제기되고 있으며[42]. 이러한 상황은 해외에서 이루어지는 뇌물거래와 관련하여서도 다를 바가 없을 것이다. 나아가서, OECD의 협약을 통한 국내입법이 현실적으로 우리나라의 기업 내지는 그 구성원의 法態度 내지는 法意識에 대하여 얼마만큼의 영향을 미칠 수 있을 것인지에 대한 의문 또한 배제할 수는 없다. 즉, 동 협약에 서명하지 않고 또한 국제시장에서의 부패행위를 대체로 묵인하는 국가의 기업들이 우리나라의 기업들과 예컨대 동일한 기술거래 혹은 라이센스계약에서 경쟁하고 있는 경우에, 국내 기업들의 해외경제활동과 관련한 부패의 관행은 앞으로도 계속될 것이다[43]. 요컨대, 부정부패에 대한 국제적 차원에서의 대응은 많은 국가들에게 있어서는 國內的 課題로서의 經濟發展, 경우에 따라서는 현안의 경제적 이점을 위하여 외국공무원에 대한 뇌물의 제공을 사실상 관용하는 經濟優先主義的인 論理 및 政策과 對立하고 있다는 점을 무시할 수는 없을 것이다.

4. 국제조직범죄에 대한 대책과 이에 관한 UN의 협약

이른바 국제범죄의 개념정의에서도 이미 언급한 바와 같이, 범죄의 국제화 현상과 관련하여서는 국제적으로 활동하는 다양한 범죄조직의 팽창 및 조직범죄의 주요한 특성으로서의 국제적 기동성 내지는 광역성이 핵심적인 문제점으로서 지적되고 있다. 국경을 초월하는 범죄가 조직적 혹은 계속적으로 행하여지는 경우에는, 종래와 같이 개개의 사건의 발생을 전제로 하여 그 때마다 관련 국가들이 협력하는 것만으로는 충분하지 않다. 예컨대 마약밀매의 경우, 불법으로 마약이 반입되고 있는 몇몇 국가들이 이를 엄격히 관리하고 규제한다고 하더라도 마약류를 생산하는 국가에 있어서 그 규제가 철저하지 못한 때에는 여전히 마약밀매의 억지가 불가능하게 된다. 요컨대, 범죄의 대책을 더 이상 각국의 內政事項으로서만 이해할 수는 없는 것이다. 따라서 일정한 범죄에 관하여서 실체법과 절차법의 양

42) 오영근, 공무원범죄와 양형, 형사정책연구 1994년 겨울호, 120면 참조.
43) 김종범, OECD 뇌물방지협정에 따른 국내입법현황과 시사점, 서울 1997, 68면 이하 참조.

면에서 국제적으로 통일된 대응을 하려는 노력이 있어왔다. 그러한 노력은 多國間條約의 형태를 취하는 경우도 있지만 - 앞에서 살펴본 바와 같이 약물범죄의 예방 및 척결을 위한 UN의 협약들이 그 예가 될 수 있다 - 법적 효력을 가지지 않는 政府間의 合意라고 하는 형태를 취하는 경우도 있는데, 그 어느 경우에 있어서나 각국의 형사사법제도에 끼치는 영향이 점점 더 커지고 있다.

범죄의 대책과 관련한 국제적인 통일에는 다음과 같은 몇 가지의 국면을 생각해볼 수 있다[44]. 우선, 특정한 행위를 각국의 國內法을 통하여 犯罪化하고 그것에 대하여 적정한 형벌을 과하는 것이다. 이 경우에 당해 행위의 犯罪性에 관하여 국제적인 보편성이 인정되고 또 그것이 국제사회에 초래하는 해악이 현저하다고 보는 때에는, 당해 형벌규정의 적용에 있어서 범죄의 주체 및 범죄지의 여하를 불문하고 그 대상으로 하는 世界主義가 채용될 수 있을 것이다. 다음으로, 어떤 행위를 범죄화한다고 하더라도 형사절차상의 제약에 기인하여 국가에 따라서는 그것을 효과적으로 단속할 수 없게 되는 경우에는 당해 범죄에 대한 대책으로서 충분하지 못하게 된다. 따라서 각국은 절차법상으로도 그것을 위한 일정한 수사방법 등을 도입하는 것이 요청된다. 마지막으로, 이상과 같이 일정한 행위의 처벌에 관하여 실체법상으로 그리고 절차법상으로 國際的 平準化가 행하여진다고 하더라도, 실제에 있어서는 국가에 따라서 당해 범죄의 소추 내지는 처벌에 소극적인 경우도 있으며, 특히 형벌권행사에 관한 國家高權의 장벽에 부딪혀 범죄방지의 대책이 유명무실해지는 경우에는 범죄에 대한 국제적인 대책의 의미가 상실된다. 따라서 각국은 당해 범죄를 犯罪人引渡에 관한 법제에 관하여 引渡對象犯罪로 하는 것과 동시에, 각국에 대하여, 피의자가 自國의 영역 내에 있는 경우에는 그를 自國에서 처벌하거나 그렇지 않은 경우에는 처벌의 권한을 가지는 他國에 引渡할 의무를 지게 하는 것을 생각해 볼 수 있다.

이와 같은 대응은 최근 마약밀매를 비롯하여 무기밀매, 인신매매, 돈세

44) 川出敏裕,「犯罪の國際化と刑事法」, 現代の法 6 - 現代社會と刑事法, 東京 1998年, 16面 이하 참조.

탁 등과 관련하는 국제조직범죄에 대하여서도 취하여지고 있다. 국제적인 범죄조직에 의하여 세계적인 규모로 행하여지고 있는 다양한 형태의 불법행위에 대한 효과적인 대처를 위하여 UN은 이미 1975년에 개최된 제5차 「犯罪豫防 및 犯罪者處遇에 관한 國際會議 (United Nations Congress on the Prevention of Crime and the Treatment of Offenders)」 이래로 5년마다 개최되는 이 회에서 범죄의 국제화 추세에 대한 각국의 공동대처를 계속해서 강조하여 왔다. 특히 1994년에 개최된 「國際組織犯罪에 관한 世界閣僚會議 (World Ministerial Conference on Organized Transnational Crime)」 에서는 조직범죄방지를 위한 포괄적인 국제협약의 마련에 관한 논의가 구체화되고, 이를 위한 전문가위원회의 수년간에 걸친 작업을 통하여 마침내 2000년에 「國際組織犯罪에 對한 UN協約 (United Nations Convention against Transnational Organized Crime)[45]」 이 탄생되기에 이르렀다. 동 협약은 무엇보다도 범죄조직에의 가입 (제3조의 (a)), 돈세탁 (제6조), 부정부패 (제8조) 및 사법작용의 저해 (제23조) 등과 같은 범죄행위를 구성요건화하는 한편, 범죄조직이 관여하는 국제범죄에 대한 제재를 규정하고 있다 (제3조의 (b)). 이 경우 동 협약의 적용이 있는 범죄행위의 범위는 상한이 4년 이상인 경우 혹은 그 보다 무거운 형벌이 가하여지는 경우에 한정된다 (제2조의 (b)). 그런데 여기에서 말하는 국제범죄란 당해 행위가 둘 이상의 국가에서 행하여지는 경우, 당해 행위가 하나의 국가에서 행하여지더라도 그 준비, 계획 및 조정 등이 또 다른 국가에서 수행되는 경우, 당해 행위가 하나의 국가에서 행하여지더라도 둘 이상의 국가에서 활동하는 범죄조직에 의하여 행하지는 경우 및 당해 행위가 하나의 국가에서 행하여지더라도 그 결과가 다른 국가에서도 미치고 있는 경우라고 동 협약은 규정하고 있다 (제3조 제2항). 그 밖에도 동 협약은 犯罪收益의 沒收와 追徵에 관한 규정과 함께 (제12조) 犯罪人引渡와 刑事司法共助에 관한 규정들도 두고 있다 (제16조 이하).

조직범죄의 대책에 관한 이러한 국제적 요청을 계기로 각국에서는 동

45) UN-Doc. A/55/383 Annex Ⅰ. 동 협약에는 현재 우리나라를 포함한 120여개 국가가 서명하고 있다.

협약의 이행을 위한 국내법의 제정이 진행되고 있다. 예컨대 일본의 경우, 1997년에 組織犯罪對策法案으로 총칭되는 일련의 법안이 작성되어 국회에 제출된 바 있다. 이 법안은 특히 돈세탁의 처벌, 犯罪收益의 일반적인 沒收, 沒收 및 追徵을 위한 재산의 보전, 외국에서 행하여진 沒收 및 追徵에 관한 판결의 집행 등 종래 약물범죄에 한하여 인정되어 오던 제도들을 조직적으로 행하여지는 경우가 많은 범죄 일반에 대하여 적용하는 것은 주요한 내용으로 하고 있다[46]. 이러한 국제적 추세 하에서 우리나라의 경우에도 그에 대한 대응이 필연적인 것으로 생각된다.

5. 범죄의 국제화 현상에 대한 유럽연합 국가들의 대응

범죄의 국제화 현상에 대한 대책, 즉 국제적인 범죄대책은 현재 다양한 분야에서 행하여지고 있으며, 앞으로도 그 영역은 점점 더 확대되어갈 것으로 보인다. 또한 내용적으로도, 형사입법 및 형사사법에 관한 國家主權主義의 전통으로부터 國際協力主義에로의 이행이 범죄의 국제화 현상에 대한 대책의 기본적인 추세로 되어 있다. 요컨대 범죄의 국제화 현상에 대한 대책은, 각국이 그 주체로 되어 국제적으로 평준화된 형사사법제도 하에서 행하여지고 타국으로부터의 요청이 있는 경우에 그것에 협력하는 형식보다는, 바야흐로 국제사회가 그 주체가 되어 이를 구성하는 각국이 말하자면 그 일원으로서 실제의 활동을 행한다고 하는 형식으로 전개될 것으로 생각된다. 따라서 현재 犯罪人引渡나 國際刑事司法共助 등에 있어서 요건으로 되어 있는 相互主義 혹은 自國民不引渡의 원칙 등과 같이 형사사법에 있어서의 이른바 國家性의 원칙은 오히려 불필요한 것으로 이해되며, 또 형사소추나 재판 및 그 집행도 국제적인 승인되고 있는 刑事準則, 예컨대 대상자의 인권보호 및 사회복귀를 위한 처우의 관점을 고려하여 그것에 가장 적합한 국가에서 행하여지는 것이 바람직한 것으로 생각된다.

국제적인 범죄대책의 이러한 관념이 현실화되고 또한 구체화되기 위하

46) 川出敏裕, 앞의 논문, 20面 참조.

여서는 국가주권이라고 하는 이념적인 문제도 해결되어야 하겠지만, 나라마다의 형사사법제도 및 그 운용이 어느 정도 동질화되어야 하는 한편, 외국의 형사사법제도에 대한 상호간의 신뢰가 확립될 필요가 있다. 유럽의 여러 국가들 사이에서 일찍부터 다양한 형태로 형사사법협력이 진행되고 있는 것도 바로 이러한 사정이 배경으로 되어 있다. 그런데 사회 각 분야의 통합이 이루어지고 있는 유럽에 있어서도 형사사법제도는 주권의 행사와 직결되어 있어 그 통일이 어려운 분야이며, 유럽연합(EU) 자체의 통일화된 형법 및 형사소송법의 제정에 이르기까지에는 아직도 긴 시간이 필요할 것으로 보인다. 다만 현재로서 주목할만한 것은, 유럽연합의 가맹국의 국내법으로서 예컨대, EU로부터의 보조금에 관한 사기의 처벌규정과 같이, 국가를 초월하여 EU 자체의 이익보호를 목적으로 하는 형벌규정이 마련되어 있는 등[47], 이른바「유럽형법」이라고 하는 개념이 사용되는 단계에까지 이르고 있다[48]. 물론 이러한 구상을 세계적인 차원에서 진행시키는 것은 용이하지 않겠지만, 일정한 국제범죄에 관하여 상설의 형사법원(International Criminal Court)을 창설하고, 이를 통하여 국제적으로 승인되고 있는 초국가적 범죄들, 예컨대 집단학살(종족말살), 人道에 대한 죄, 전쟁범죄 등을 처벌하고자 하는 것은 범죄에 대한 세계형법적인 대응의 구상이라고 할 수 있다. 그런데 國際刑事法院의 관할이 미치는 범죄들은 현재로서는 직접적으로 범죄의 국제화 현상에 관련하는 것이 아니라, 오히려 그러한 범죄행위에 의하여 침해되는 法益의 世界性에 일차적으로 관련하고 있다. 다만 아래에서 서술하는 바와 같이 (Ⅴ), 종래 세계주의의 적용대상으로서의 국제범죄의 개념은 그 범위가 점차 확대되어가는 경향이 있고, 또한 범죄의 국제화 현상에 관련하는 국제범죄의 유형들, 예컨대 마약범죄, 인신매매 및 나아가서는 인터넷을 통한 범죄 등도 多國間協約을 통

47) 이에 관하여서는 Ulrich Sieber, *Subventionsbetrug und Steuerhinterziehung zum Nachteil der Europäischen Gemeinschaft*, in: Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht 1996, S.357ff.

48) Thomas Weigend, *Strafrecht durch internationale Vereinbarungen. Verlust an nationaler Strafrechtskultur?* in: Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft 1993, S.774ff. 참조.

하여 그 법익의 세계적 보편성이 인정되어가는 추세에 있다는 점을 고려한다면, 상설의 國際刑事法院의 설립과 그 운영의 구상은 범죄의 국제화 현상에 대한 국제사회의 대책에 대하여서도 중요한 실마리를 제공하는 것이라고 볼 수 있다.

Ⅴ. 맺음말

종래 형법상으로 논의되어온 이른바「國際犯罪」의 개념은 오늘날 특히 문제로 되고 있는 범죄의 국제화 현상과 그 관점과 내용에 있어서 반드시 일치하는 것은 아니지만, 兩者 사이에는 적지 않은 關聯性이 인식될 수 있다. 형법상의 개념으로서의 국제범죄에서 문제로 되는 것은 일정한 범죄행위를 통하여 침해되는 法益의 特殊性, 즉, 국제사회에 공통하는 기본적 이익, 예컨대 平和와 國際的 安全 등, 이른바「人類共同의 (重大한) 法益」이라고 한다. 이러한 범죄의 소추와 처벌에 관하여서는 國內的 利益의 保護라고 하는 차원을 넘어서 國際社會의 連帶性이 강조되는 바, 이에 근거하는 형사분야에 있어서의 國際協力의 다양한 형식과 態樣의 總體가 이른바「國際刑(事)法」의 체계를 이루고 있다[49].

刑事實體法, 즉 刑法과 관련하여서는 특히 國際法上의 義務 내지는 國際協約의 履行을 통한 특정 범죄에 대한 처벌을 위한 국내형법의 투입 내지 적용이 國際刑法의 주된 내용이 되는데, 이는 무엇보다도 오늘날의 국제사회의 구조와 문명사회의 질서를 바탕으로 하여 일정한 범죄문제의 국제적인 취급을 공식화하는 형법상의 世界主義를 통하여 구체화된다[50]. 예컨대 Bassiouni는 1815년부터 1984년까지의 기간동안 제정된 312개의 국제협약들을 상세히 분석하여, 당시 世界主義의 適用對象이 되는 國際犯罪

49) Freda Adler / Gerhard O. W. Mueller / William S. Laufer, Criminology 2nd ed., New York etc. 1995, p.364.

50) Peter *Michael Müller, Suggested Role and Tools of the Defence before an International Criminal Tribunal*, in: Richard D. Atkins (Ed.), op. cit., pp.54-55.

가 모두 22개에 이르고 있다는 결과를 얻어냈는데, 예컨대 전쟁범죄, 고문, 마약범죄, 인신매매, 화폐위조, 음란출판물의 판매와 유포, 민간항공기에 대한 공격, 해적행위, 해양오염 등이 이러한 범죄에 속한다고 한다[51].

요컨대, 형법상의 국제범죄에 있어서는 국가간의 협약을 통하여 인정된 규정 내지 규범의 효력이 문제로 된다. 그런데 지난 수세기에 걸쳐 국제형법에 대한 관심이 지속적으로 증가된 데에는 국가간의 관계, 나아가서는 민간부문, 특히 기업분야에 있어서의 국제교류가 점점 더 밀접해지고 빈번해졌다는 현실적인 이유를 간과할 수 없다. 사회 각 분야에서 가속화된 국제화 내지 세계화, 예컨대 국경을 넘는 人的 移動의 급증 등은 이에 상응하여 法의 國際化 및 이 분야에 있어서의 國際的 接觸과 協力을 요구하여 왔다[52]. 이러한 상황 하에서 국제범죄의 槪念的 內包를 이루는「國際的 安全」에 대한 定義의 폭이 점점 더 넓어지고, 이와 함께 국제범죄의 態樣과 外延도 시대에 따른 국제정치적 분위기와 문제제기의 영향을 받는 정도가 커져왔다. 그래서 넓은 의미에 있어서의 國際犯罪의 槪念은 국제화 및 세계화 현상에 수반하는 혹은 그러한 현상 때문에 심화되는 安保의 문제에 대한 인식과 관련을 맺는다. 즉, 국제범죄에 대한 본래적 의미의 (狹義의) 槪念定義에 대신하여, 국가간의 이익을 해하는, 국가간의 일치하는 법제와 실무를 통하여서만 형사소추가 이루어질 수 있는 범죄가 국제범죄로서 이해되며[53], 이러한 廣義의 國際犯罪는 종국적으로는 당해 국가들 사이의 법률적 조율 내지는 조약의 대상이 된다고 한다[54].

형법상의 국제범죄의 개념을 광의로 이해하는 경우에는 국제범죄의 일

---

51) M. Cherif Bassiouni, *Characteristics of International Criminal Law Conventions*, in: Bassiouni (Ed.), International Criminal Law - Vol. I/ Crimes, Dobbs Ferry etc. 1986, pp.1-13.

52) Erich Buchholz, *Internationales Strafrecht: Charakter und Grundlagen*, in: Martina Weyrauch (Bearb.), Die internationalen Verbrechen und das innerstaatliche Strafrecht: Probleme des internationalen Strafrechts und Strafprozeßrechts, Internationales wissenschaftliches Seminar vom 20. bis 24. 6. 1988 in Wustrau, Potsdam-Babelsberg 1989, S.16.

53) Nobert Lembeck, *Internationale Verbrechen und andere Straftaten internationalen Charakters*, in: Martina Weyrauch (Bearb.), a. a. O., S.37.

54) Nobert Lembeck, a. a. O., S.47f.

반적 법익을 구성하는 국제안전에 대한 관념상의 명확성이 결여되기는 하지만, 구체적인 사안에 있어서 형법상의 國際犯罪의 개념이 종종 犯罪의 國際化와 관련하는 다양한 범죄형태를 포섭할 수 있게 된다. 兩者는 공통적으로 형법분야에 있어서의 多者間協約의 형식을 취하는 국제협력, 즉 일정한 犯罪構成要件에 관한 국가간의 새로운 條約의 체결 혹은 각국의 國內法의 改正 및 補充을 통한 기존 협약의 현실화를 근거지우는 機能的 槪念으로서 파악될 수 있다. 물론 형법상의 국제범죄에 대한 전통적인 例들이 여전히 존재하기는 하지만, 사회적, 경제적 및 문화적 생활토대의 시대적 변화 속에서 새로운 형태의 국제범죄가 생성되기도 하고, 또 반대로 기존의 국제범죄가 현실적 의미를 상실하기도 한다. 예컨대 음란출판물의 판매와 유포 등은 특히 1923년 제네바에서 체결된 국제협약을 통하여 적어도 동 협약에 조인한 각국간에는 국제범죄로서 인식될 수 있는데, 독일의 경우 1973년의 제4차 형법개정을 통한 이른바 性刑法의 진보, 즉 이 분야의 일정한 범죄에 대한 自由主義的 立場에서 동 협약의 국내적 효력을 해제하였다[55]. 한편, 범죄의 국제화 현상과 관련하는 다양한 형태의 범죄가 국제법상의 특정한 협약의 대상으로 되는 경우도 드물지 않은데, 예컨대 이미 언급한「國際組織犯罪에 대한 UN의 協約」을 통하여 종래 범죄의 국제화 현상과 관련하여 자주 문제로 되어왔던 몇 가지 예들, 즉 국제적으로 활동하는 범죄조직에 의한 또는 국제적인 규모로 이루어지는 돈세탁, 부정부패 등이「國際犯罪化」되어가고 있음을 알 수 있다.

요컨대, 범죄의 국제화 현상은 이와 관련한 국제협약을 매개체로 하여 점차적으로 형법상의 국제범죄의 양적 확대를 초래하고 이와 함께 이른바 국제형법의 중요성을 증대시키고 있다. 형법분야에 있어서의 다양한 국제협약들은 특히 각국의 刑事裁判權의 설정과 관련하여 범죄자의 국적 및 행위지의 여하를 불문하고 자국의 영역 내에 있는 범죄자의 처벌을 가능

55) Bundesgesetzblatt Ⅱ, 1974, S.912. 다만 독일에서도 1993년의 제27차 개정법률을 통하여 당시 새롭게 문제된 아동 외설물에 대한 형법적 대응으로서 독일 형법 제184조의 수정, 즉 외설물의 유포에 대한 刑罰의 强化 및 이와 관련한 沒收規定의 도입이 이루어졌지만 (Bundesgesetzblatt Ⅰ, 1993, S.1346), 동 개정은 국제협약과의 직접적인 관련성을 가지는 것은 아니다.

하게 하는 조항을 두는 것이 일반적인데, 이러한 규정은 국제법상의 犯罪人引渡와 쌍을 이루어 Grotius의「引渡 아니면 處罰하라 (aut dedere aut punire)」는 국제형법상의 전통적인 요구를 수용하는 것이다. 즉, 국외범의 처벌을 위한 형벌권의 확장과 관련하여 국내법상의 世界主義 혹은 代理處罰主義의 규정이 중요한 문제영역으로 되어 있다.

Internationalization of Crime and the Roles of Criminal Law

Kim, Seong-Gyu *

Crimes are viewed as *transnational* when they are committed beyond national borders, usually a result of criminal activities involving international transport and the globalization of financial and economic markets. The problem lies in that the recognition and the investigation of these crimes involve more than one country, whereas criminal law and its application are in essence confined to a national territory. In dealing with transnational crimes, variations in criminal codes and cultural differences in criminal justice practices are often regarded as obstacles to international cooperation. In the face of the escalating dimensions of transnational criminality, international cooperation in criminal matters embraces a large number of activities at various levels, such as in investigating, in applying international agreements, especially regarding extradition and legal assistance in criminal matters, and in harmonizing the specific provisions of criminal law and criminal procedure law with respect to avoiding a prosecutorial impasse at the international level. In this sense, nation states take initiatives to include some forms of transnational criminality in so called international crimes and try to put the national criminal justice systems in a framework suited to international law enforcement. Regarding the legal policy on the dynamics of transnational criminality, it concerns international regimes cooperating to standardize national strategies of criminal policies. The conditions as well as the necessity of a intensive cooperation between the nation states arise particularly from the actions of

international organizations; these play a crucial part in the establishment of international standards and norms in crime prevention and criminal justice. Of late, the Korean government has come to recognize that transnational crime is an important challenge for the international community. This has been evident in the recent concerns about combating illicit traffic in drugs and related offenses such as money laundering and, in particular, business corruption at the international level. In the area of substantive legislation, efforts against transnational crime would be strengthened by the introduction of reforms, e.g. focused on prohibition of laundering of criminal proceeds and sanctions, such as the confiscation of illicit proceeds. With regard to extraterritorial jurisdiction, international conventions provide that there are certain offenses for which any nation obtaining personal jurisdiction over an accused have subject matter jurisdiction over the criminal conduct perpetrated and may prosecute him. In evaluating the adequacy of national criminal law to deal with the various forms of transnational crime, the notion of the universality is growing in importance and acceptance internationally.

인터넷상의 청소년 유해 콘텐츠 대책

木岡保雅 *
鄭 浣(역)**

Ⅰ. 서 언

1969년 미국에서 탄생된 인터넷은 1995년경부터 일본에도 급속히 보급되어 현재 일본의 사회 전반에 걸쳐 중요한 활동기반이 되고 있다.

종래 인터넷의 이용에는 주로 PC가 단말기로 사용되어 왔지만, 1999년 2월 NTT 도코모가 i모드 서비스를 개시한 이후, 휴대전화(PHS 포함. 이하 동일.)에서도 간단히 인터넷 접속이 가능해졌다. 아울러 휴대전화의 청소년층 보급에 따라, 청소년에 의한 인터넷 사용기회가 현저히 증가하게 되었다.

그런데 인터넷상에는 위법·유해한 콘텐츠가 수없이 많이 존재하고 있고, 성이나 폭력을 비롯한 극단적인 콘텐츠조차 청소년들이 쉽게 접근할 수 있는 것이 현 상황이다. 또한 소위 만남주선사이트[1]를 이용한 아동매춘사범의 예

[역자주] 이 글은 일본 경찰학논집 제55권 제6호(2002년 6월호) 96 - 120쪽에 실린 것으로, 인터넷상의 수많은 콘텐츠 중 청소년에게 유해한 콘텐츠에 대하여 경찰실무자의 청소년보호 관점에서 그 법적 규제 대책을 살펴본 글이다. 특히 휴대전화에 의한 인터넷 접속의 실태와 대책 및 청소년성매매의 주요수단이 되고 있는 만남주선사이트의 실태와 대책을 함께 다룬 글로서, 우리에게 유용한 자료가 될 것으로 판단되어 이에 번역하여 제공한다.

* 일본 경찰청 소년과 소년보호대책실장
** 한국형사정책연구원 연구위원, 법학박사

1) 만남주선사이트는 면식이 없는 자끼리 서로 만날 것을 목적으로 전자게시판, 채팅, 메일링리스트 등의 시스템을 사용하여, 메일을 타인에게 보내거나, 전자게시판에 올린 메시지를 열람케 하는 것 등을 인터넷상에서 행하고 있는 사이트라고 할 수 있다. 만남주선사이트의 만남의 목적은 메일친구사귀기, 컴퓨터친구 사귀기, 동일한 취미를 갖는 자나 동일한 처지에 놓인 자가 모여 의견교환이나 상담 등을 목적으로 하는 것, 연애나 결혼을 목적으로 하는 것, 상대와의 성적 관계를 가질 것을 목적으로 하는 것 등 매우 다종다양하다. 따라서 만남주선사이트는 목적에 따라서는 다종다양한 사람들과 만날 수 있는 유익한 툴로 생각할 수 있지만, 이들 만남주선사이트 중, 이성간의 만남의 장을 제공하는 것 중에는 아동매춘 등의 수단으로 이용되고 있는 것이 포함되어 있다. 이 때문에, 널리 다종다양한 만남의 목적을 위하여 인터넷상에 만남의 장을 제공하는 사이트를 광의의 만남주선사이트, 이성간의 만남의 장을 제공하는 사이트를 협의의 만남주선사이트

에서 볼 수 있는 바와 같이 청소년들이 인터넷을 이용한 범죄 피해를 당하는 일이 빈번하다.

이러한 상황을 배경으로 연구자, 사업자, 관계단체대표자 및 경찰청 소년과장 등이 참가하여 "인터넷상의 청소년 유해 콘텐츠 대책연구회"(이하 '연구회'라 한다)를 설치하고, 유해 콘텐츠의 실태와 대책에 대하여 조사연구를 행한 후, 그 결과를 정리한 보고서[2]를 공표하였다.[3]

본고에서는 연구회가 행한 실태조사 및 제언을 근거로, 인터넷상의 청소년 유해 콘텐츠 대책에 대하여 살펴보고자 한다. 그리고 본고 중 의견이 다른 부분에 대하여는 필자의 개인적 견해임을 밝혀 둔다.

Ⅱ. 유해 콘텐츠 현황

2001년에 도도부현 경찰에 신고된 하이테크범죄 등에 관한 상담접수건수는 1만7,277건이었는데, 이는 1999년에 비하여 2.8배, 2000년에 비하여 55.2% 증가한 수치이다.[4] 이 가운데, 위법·유해정보(음란화상, 위법약물판매 등)에 관한 상담은 3,282건으로, 전체의 19.0%를 차지함과 동시에, 전년대비 +386건(+13.3%)으로, 인터넷상에 위법·유해정보를 내용으로 하는 사이트가 상당히 많이 존재함을 추측케 하고 있다.

청소년에게 유해한 콘텐츠의 범위에 대하여는 후술하겠지만, 그 대표적인 것으로 생각되는 포르노화상제공사이트(이하 '포르노사이트'라고 한다)와 만남주선사이트에 대하여는, 계속적으로 경찰청 등에서 조사가 행해지고 있는바, 그 결과를 볼 때 인터넷상의 유해 콘텐츠는 더 이상 간과할 수 없는 상황에 도달해 있다고 생각된다.

1. 포르노사이트의 상황

1997년 12월 경찰청이 행한 조사에 따르면, 특정 서치엔진에서 검색 가능한 유료 포르노화상 제공사이트의 수는 632개인데, 그 중 음란화상 이외의 포르노화상만을 제공하고 있는 것은 351개, 화상처리마스크에 의하여 복원 가능한 수정을 실시한 화상을 제공하고 있는 것은 200개, 음란화상을 제공하고 있는 것은 81개였다. 또한 피사체로 된 여성의 연령층에 대하여는 초등학생 이하로 보이는 것이 46개, 중고생으로 보이는 것이 213개, 성인으로 보이는 것이 373

로 나누어 생각할 수 있는데, 문제가 있다고 생각되는 협의의 만남주선사이트에 대하여 문제점을 분석하고 대책을 검토하는 것이 적당할 것이다. 본고에서 특별한 설명 없이 '만남주선사이트'로 표현하고 있는 경우, 이는 협의의 만남주선사이트를 의미하는 것이다.

2) "인터넷상의 청소년 유해 콘텐츠 대책연구보고서" 및 "청소년과 인터넷에 관한 조사보고서"

3) (재)사회안전연구재단(http://www.syaanken.or.jp), 경찰청(http://www.npa.go.jp) 등 홈페이지 참조.

4) 2002년 2월 7일 경찰청 생활안전국 생활안전기획과 (http://www.npa.go.jp/hightech) 홈페이지 참조.

개였다. 그 결과로부터의 추계에서는 당시의 인터넷상 국내에서 개설되어 있는 유료 포르노사이트의 수는 약 3,000개이고, 음란화상 이외의 화상만을 제공하고 있는 것이 약 1,700개, 화상처리마스크에 의하여 복원 가능한 수정을 실시한 화상을 제공하고 있는 것이 약 1,000개, 음란한 화상을 그대로 제공하고 있는 것이 약 400개이며, 또한 피사체로 된 여성의 연령층에 대하여는 초등학생 이하로 보이는 것이 약 200개, 중고생으로 보이는 것이 약 1,000개, 성인으로 보이는 것이 약, 1,800개 등의 상황이었다.[5)]

또한 사회안전연구재단이 정리한 "인터넷포르노등 실태조사보고서"(1999년 3월)에 의하면, 1998년 10월에 행한 조사에서는 인터넷상 가장 이용자가 많은 서치엔진으로 검색할 수 있는 사이트 중, 1,420개의 사이트에서 포르노화상을 열람하는 것이 가능하고, 그 중 355개 사이트가 풍속영업 등의 규제 및 업무의 적정화 등에 관한 법률에 규정된 영상송신형 성풍속 특수영업에 해당하는 것이었다. 그리고 포르노사이트 중 31.3%의 사이트에서, 또 영상송신형 성풍속 특수영업에 해당하는 사이트 중 50.8%의 사이트에서 음란한 영상이 제공되고 있고, 이 밖에도 마스크 등 영상처리가 가해져 있지만 이를 간단히 제거할 수 있는 화상이나, 청소년을 피사체로 하고 있는 화상이 존재하는 것으로 보고 되었다.

2. 만남 주선 사이트의 상황

경찰청은 2001년 6월과 9월, 만남주선사이트의 실태에 대한 조사를 행하였다. 그 결과에 따르면, PC용 검색엔진을 이용하여 행한 첫 번째 조사(2001년 6월 2일)에서는 당해 검색엔진으로 이용할 수 있는 것이 545개 사이트, 두 번째 조사(2001년 9월 10일)에서는 884개 사이트가 존재하는 것으로 추정되었다. 두 번째 조사에서는 PC로 이용할 수 있는 것뿐 아니라, 휴대전화의 i모드용 검색엔진을 이용한 조사도 행하였는데, i모드로 이용할 수 있는 만남주선사이트는 2,569개가 존재한다고 추정되었다. 인터넷상에 똑같이 존재하는 것인데도, i모드용 검색엔진을 이용한 조사의 추정수쪽이 PC용 검색엔진을 이용한 것보다 많은 사이트수로 추정되는 것은 PC에 의한 이용을 인정하지 않는 휴대전화'전용' 만남주선사이트가 많이 있기 때문이라고 생각된다.

또, 만남주선사이트의 형태에 대하여 살펴보면, PC로 이용할 수 있는 것은 게시판형식이 76%, 채팅형식이 58%로, 이 두 가지 형태가 대부분을 차지하고 있으며, 휴대전화로 이용할 수 있는 것은 게시판형식이 96%로 거의 대부분을 차지하고 있다(9월 조사). 또한 무료로 이용할 수 있는 사이트가 많이 있고(9월조사의 PC에 의한 이용이 74%), 유료사이트라도 여성은 무료인 사이트가 대

5) 後藤啓二, "컴퓨터 네트워크에서의 포르노문제(상)' 쥬리스트 No.1144 참조.

부분이며, 광고를 수반하는 것이 대부분이라는 사실(9월조사의 PC 및 휴대전화에 의한 이용 100%) 등이 판명되었다.

Ⅲ. 위법 · 유해 콘텐츠의 분류

1. '청소년에게 유해한 콘텐츠'의 개념

인터넷상에는 다종다양한 콘텐츠가 존재하지만, 이들 중 청소년에게 유해한 콘텐츠에 대하여 대책을 강구함에 있어서는 어떠한 것이 청소년에게 유해한 콘텐츠인가를 파악해야 할 것이다.

먼저, 위법 콘텐츠에 대하여는 청소년에게 위법하다는 관점에서의 판단이 아니라, 당해 콘텐츠가 일반법에 비추어 위법인가 아닌가를 판단함으로써 범위가 확정된다. 그 예로는 음란화상의 공연진열, 아동포르노화상의 공연진열 등을 들 수 있다.

또한 음란화상, 총기, 약물, 독극물 등의 금제품 및 규제품의 매매에 관한 정보 등 범죄행위나 위법행위로 이어지는 정보에 대하여는 그 자체가 곧바로 위법하지는 않더라도 위법행위 등과 밀접히 결부되어 있는 점에서 위법한 콘텐츠와 동일하게 취급할 필요가 있으며, 이는 청소년뿐 아니라 성인에 대하여도 유해한 콘텐츠라고 생각된다. 이 밖에, 특정한 인종, 종교 등에 대한 차별표현 등과 같이 위법행위에 직접 결부되지는 않지만 유해한 것으로 생각해야 하는 것이 있다.

나아가, 이 밖의 콘텐츠에 있어서도, 성인에 대해서는 별도로 판단해야 한다고 하더라도 적어도 청소년에 대하여는 유해한 것들을 생각할 수 있다. 이것들은 일반적으로는 위법 콘텐츠에 해당하지 않지만, 포르노화상이나 잔학한 화상 등 청소년의 건전육성을 저해할 우려가 있는 점에서 그대로 청소년에게 보여 주는 것이 적당하지 않은 콘텐츠라고 생각할 수 있는데, 그 내용에 대한 수신자의 견해, 수신자의 연령 및 지역성 등에 따라 유해한 것으로 판단하는 기준이 달라지고, 또 유해한 것으로 판단한 경우에도 그 대응은 각각의 수신자에 따라 달라짐과 동시에, 나아가 인터넷상의 콘텐츠를 객관적으로 평가하는 기관도 존재하지 않으므로, 어떠한 콘텐츠가 청소년에게 유해한 것인가 하는 기준을 일반적으로 제시하는 것은 어렵다고 생각된다.

일본에서 인터넷상의 청소년 유해 콘텐츠란 무엇인가를 생각할 경우, 청소년의 건전육성 도모를 목적으로 현실세계의 도서 등을 대상으로 한 청소년보호육성조례 등이 참고가 될 것이다. 예컨대, 토쿄 청소년의 건전한 육성에 관한 조례 제8조 제1항 제1호는 "그 내용이, 청소년에 대하여, 현저히 성적 감정을 자극하거나, 또는 심하게 잔학성을 조장하고, … 청소년의 건전한 성장을 저해할 우려가 있다고 인정되는 것"이라고 규정하고 있다.[6)]

그러나 인터넷상에는 이러한 유해도서 등과 동일한 콘텐츠 외에도, 비방중상이나 만남주선 사이트 등이 존재하고 청소년도 이에 쉽게 접근할 수 있으므로, 이를 포함하여 어떠한 것이 청소년에게 유해한가 하는 개념의 정리와 대책이 필요하다. 나아가 현실세계에서는 유해도서 등으로 지정된 것에 대하여 청소년에의 판매제한 등 제공에 대하여 규제가 행해지지만, 인터넷상의 청소년에의 제공규제는 사실상의 정보제공금지 규제로 된다는 고려가 필요하다.

이러한 상황에서, 예컨대 이미 이용되고 있는 제3자 등급지정에 의한 필터링 시스템의 하나인 세이프티 온라인(인터넷협회가 무상제공)과 같이, 제3자의 독자적 기준과 독자적 판단에 의한 등급지정 또는 필터링을 행하고, 인터넷 이용자는 그 기준을 받아들이는 한도에서 그 기준에 의한 필터링을 가능하게 하지만, 최종적으로 필터링을 할 것인가 말 것인가를 포함하여 어떠한 콘텐츠를 차단할 것인가(즉, 유해하다고 간주할 것인가)는 어디까지나 수신자측이 설정(판단)하는 시스템이 청소년에게 유해한 콘텐츠의 판단과 대응에 적절할 것으로 생각한다.

그러나 수신자측이 기준 인정에 대한 최종판단을 한다고 하더라도 제3자에 의한 기준 설정은 객관적으로도 타당한 것일 필요가 있으며, 일본에서 청소년에게 유해한 정보의 기준 설정, 기준의 타당성을 검토할 필요가 있다.

2. '유해 콘텐츠'의 분류

청소년에게 유해한 콘텐츠로는 다음과 같은 것들을 생각할 수 있다.

1) 일반적으로 유해하다고 생각되는 것

포르노, 폭력, 잔학, 자살, 이지메, 비방중상 등을 내용으로 하는 것을 들 수 있는데, 그 파악 정도는 내용, 수신자의 연령 등 속성 및 지역성 등에 따라 달라진다.

2) 이용방법에 따라 유해한 것

"만남주선사이트"에 이용되고 있는 게시판, 채팅 등은 본래의 기능은 유해하다고 말할 수 없지만 그 이용에 따라 아동매춘의 피해가 발생하는 등 이용방법에 따라 유해할 수 있는 것이다.

---

6) 東京都 청소년의 건전한 육성에 관한 조례 "제8조(불건전한 도서류 등의 지정) 지사는 다음 각호에 열거하는 것을 청소년의 건전한 육성을 저해하는 것으로 지정할 수 있다. 1. 판매 또는 반포되거나, 열람 혹은 관람에 제공되고 있는 도서류 또는 영화 등의 내용이 청소년에 대하여 현저히 성적 감정을 자극하거나 심하게 잔학성을 조장하거나 혹은 현저히 자살이나 범죄를 유발하여, 청소년의 건전한 성장을 저해할 우려가 있다고 인정되는 것. 2. 판매되거나 또는 반포되고 있는 완구류로, 그 구조 또는 기능이 청소년의 건전한 성장을 저해할 우려가 있다고 인정되는 것". 그러나 제15조는 지사가 제8조의 지정을 할 때는 東京都 청소년건전육성심의회의 의견을 들어야 한다고 규정하고 있다.

3) 중립적 입장에서 콘텐츠를 제공하지만, 수신자의 속성, 파악방법에 따라 유해한 것

성, 약물, 위험물 등에 대한 정보제공이라도 수신자의 파악방법이나 이용방법에 따라 유해한 것이 될 수 있다.

Ⅳ. 휴대전화의 발달과 청소년의 이용상황

1. 휴대전화의 발달과 현재의 상황

전기통신사업자협회의 데이터에 의하면, 2001년 12월말 현재 휴대전화계약자수는 6,710만 1천명으로, 전년 동기에 비하여 약 910만명 증가하였다. 이 중, IP 접속서비스의 계약자수는 4,849만 5천명으로, 약 72%가 휴대전화에 의한 인터넷 접속이 가능하다.[7]

2. 휴대전화에 의한 인터넷접속

휴대전화를 이용한 인터넷접속이 가능해져 이제는 휴대전화로 전자메일, 웹접속 등 PC와 동일한 인터넷서비스를 이용할 수 있는 바, 어느 통신사업자의 추계에 의하면 휴대전화의 이용형태는 음성이용 3할, 메일이용 4할, 웹 열람 3할로, 특히 웹 열람이 증가하고 있는 상황이다. 또한 NTT 도코모의 i모드용 일반 사이트수를 보면, 검색엔진 'OH! NEW i 사이트'에의 등록개수는 2001년 10월말 현재 5만219개의 사이트이다.

노무라(野村) 종합연구소의 '정보통신 이용자동향 조사'(2001년 9월 상순 조사)에 의하면, 휴대전화와 PHS의 개인 이용률은 10대 남성이 70.5%(전년대비 10.0포인트 감소), 10대 여성이 87.7%(전년대비 9.6포인트 증가)이고, 휴대전화의 이용방법은 휴대전화로만 거는 자 및 휴대전화로 거는 경우가 많은 자의 비율이 10대 남성 50.9%, 10대 여성 42.2%였다. 또 인터넷 이용수단도 휴대전화로 인터넷을 이용하는 사람은 10대 남성이 72.7%, 10대여성이 65.6%였다. 이는 다른 연배(20-50대)에 비하여 가장 높은 비율이다.[8]

Ⅴ. 청소년과 인터넷 등에 관한 조사

휴대전화 및 인터넷의 이용실태, 인터넷에 대한 의식 등에 대하여 중학교・고등학교의 학생 및 그 보호자에 대한 실태조사가 연구회에 의하여 실시되어 결과가 공표되었다.[9]

---

7) (사)전기통신사업자협회(http://www.tca.or.jp) '휴대전화/IP접속서비스/PHS/무선호출계약수' 참조.

8) '정보통신이용에 관한 제10회 실태조사' 노무라종합연구소(http://www.nri.co.jp/report) (2001년 11월 21일) 참조.

9) 야마가타현, 도쿄도, 오사카부 및 시마네현 내의 공립중학교 및 공립고등학교 각 1교의 2학년 학생과 그 보호자를 대상으로 무기명 앙케트 조사를 실시하여, 학생 539명 및 보호자 465명으로부

그 결과에 따르면, 중학생을 포함한 학생의 다수가 인터넷 이용경험을 가짐과 아울러, 실제로 많은 학생이 이용하고 있으며, 한편 학생이 가정에서 인터넷을 이용할 때의 보호자의 대응상황에 대하여는 절반 가까운 보호자가 아무런 조치도 취하지 않고 자유로이 사용케 하고 있는 것으로 판명되었다. 또한, 청소년의 인터넷 이용시 청소년 유해 콘텐츠를 차단할 수 있는 필터링 시스템의 존재를 알고 있는 보호자는 4분의 1에 그침과 동시에, 실제로 필터링 시스템을 이용하고 있는 가정은 2%에 불과하여, 가정에서 유해콘텐츠에 대한 인식이 낮고, 그에 대한 대응이 매우 불충분한 상황임이 판명되었다.

1. 학생조사결과 개요

1) 휴대전화・PHS

휴대전화・PHS의 소지상황에 대하여는 중학생의 23.0%, 고교생의 83.1%가 각각 소지하고 있고, 이들 휴대전화・PHS의 89.4%가 인터넷 접속기능을 가지고 있다.

휴대전화・PHS의 명의(계약자)는 자신 명의인 자가 32.4%, 부모 명의인 자가 62.3%이고, 매월 사용료에 대하여는 전액 자신이 지불하는 자가 14.1%, 전액 부모가 지불하는 자가 61.3%였고, 지불액은 4-5천엔이 38.4%, 6-8천엔이 21.5%였으며, 1만 1천엔 이상인 자도 9.1%로 나타났다.

2) 인터넷 이용경험

인터넷의 이용경험에 대하여는 몇 번이라도 이용한 적이 있는 자를 포함한 이용경험은 중학생이 84.3%, 고교생이 93.5%가 이용한 적이 있다고 답하였다. 또한 거의 매일 이용하고 있는 자와 자주 이용하고 있는 자 중에는 15.5%가 매일 이용하고 있는 것으로 나타났다.

3) 포르노화상 열람

인터넷을 이용하여 포르노화상을 본 적이 있는 자는 고등학교 남학생이 37.1%였고, 다른 사람은 10% 미만이었다. 또한 본 적이 있는 자와 본 적은 없지만 볼 수 있음을 알고 있는 자 중에서, 볼 수 있음을 안 계기에 대하여는 친구로부터 배운 자가 43.6%로 가장 많았고, 인터넷이용을 하던 중에 우연히 볼 수 있었던 자는 15.9%였다. 또한 본 적이 있는 자 중에서, 본 경험을 다른 자에게 말한 적이 있는 자는 63.9%였고, 말한 상대(복수회답)는 친구가 93.5%, 부모가 10.9%였다.

4) 잔학한 화상

인터넷을 이용하여 잔학한 화상을 본

터 회답을 받았다.

적이 있는 자는 고등학교 남학생이 11.3%였다. 또, 본 적이 있는 자와 본 적은 없지만 볼 수 있음을 알고 있는 자 중에서, 볼 수 있음을 안 계기에 대하여는 친구로부터 배운 자가 38.7%로 가장 많았고, 인터넷이용을 하던 중에 우연히 볼 수 있었던 자는 13.7%였다.

5) 물건의 거래

인터넷을 이용하여 물건의 거래를 한 적이 있는 자는 고등학교 남학생이 11.3%였고, 다른 사람은 5% 미만이었다. 물건의 거래를 한 적이 있는 자 중에서, 물건의 거래방법(복수회답)은 인터넷 쇼핑이 60.7%, 옥션이 35.7%, 게시판이 17.9%로 나타났다.

6) 만남주선사이트

만남주선사이트를 이용한 적이 있는 자는 중학교 남학생이 2.0%, 고등학교 여학생이 22.0%, 고등학교 남학생이 18.4%, 중학교 여학생이 7.1%로 나타났다. 만남주선사이트를 이용한 적이 있는 자 중에서, 만남주선사이트 이용의 목적(복수회답)은 흥미본위가 52.2%, 이성친구를 만든다가 46.3%였고, 사귀게 된 사람 수는 4-5명이 26.9%로 가장 많지만, 10명 이상도 17.9%였다. 또 만남주선사이트에서 알게 된 사람과 실제로 만난 적이 있는 자는 고등학교 여학생이 43.2%, 고등학교 남학생이 27.8%였다.

2. 보호자 조사결과 개요

1) 어린이의 인터넷사용에 대한 보호자의 대응

자택에 인터넷 접속 PC가 있는 가정 중에서, 어린이가 인터넷을 사용할 때의 보호자의 대응상황에 대하여는 약 45%의 보호자가 아무런 조치도 취하지 않고 자유로이 사용케 하는 것으로 나타났다.

2) 포르노화상, 잔학한 화상의 어린이 열람

어린이가 인터넷을 이용하여 포르노화상을 보는 일을 용인하는 보호자는 6.5%였고, 잔학한 화상을 보는 것을 용인하는 보호자는 2.8%였다.

3) 필터링 시스템

인터넷상의 유해콘텐츠 이용을 제한하는 필터링 시스템을 알고 있는 보호자는 24.1%였고, 자택에 인터넷 접속 PC가 있는 가정 중에서, 필터링 시스템을 사용하고 있는 보호자는 2.2%였다.

4) 만남주선사이트

어린이가 만남주선사이트를 이용하는

것에 대하여는 84.7%의 보호자가 어린이는 이용해서는 안 된다고 답하였다.

Ⅵ. 유해콘텐츠 대책

1. 유해콘텐츠 수신하기까지의 대책

1) 콘텐츠의 유통과 관계있는 자의 대응

유해정보가 청소년의 건전육성에 영향을 준다는 사실에 대하여는 이제까지 성인비디오 등에 관한 조사연구가 행해져 그 영향이 보고된 바 있으며,[10] 인터넷상의 유해콘텐츠도 마찬가지로 영향을 주는 것으로 생각되므로, 청소년이 인터넷을 안심하고 안전하게 이용할 수 있는 환경을 정리할 필요가 있다. 청소년에 의한 인터넷 이용은 일반화되어 있으나, 청소년 측의 대응은 충분치 못한 현 상황 하에서는 인터넷상의 콘텐츠유통과 관계있는 자, 특히 정보의 발신자와 ISP 등의 조치에 좌우되는 바가 크다고 생각되므로, 이들에 의한 유해콘텐츠에 대한 충분한 인식과 대응이 강력히 요구된다.

많은 ISP는 텔레콤서비스협회가 공표한 가이드라인[11]과 동일한 가이드라인 또는 규약을 가지고, 이에 맞게 청소년 보호의 대처, 유해 콘텐츠에 대한 자주적 조치를 강구하고 있지만, 모든 ISP가 이러한 가이드라인 또는 규약을 가지고, 보호의 대처, 자주적 조치를 확실히 실시하도록 할 필요가 있다고 생각한다.

또 유해 콘텐츠에 대하여 신속한 자주적 조치를 강구하기 위하여 ISP와 콘텐츠제공자는 일반시민과 유해콘텐츠 대책에 대처하고 있는 민간기관 등으로부터의 통보에 관하여 접수창구의 설치와 통보의 확인 등 적절한 대응을 취할 필요가 있다.

2) 민간기관・단체 등에 의한 대응

현재 민간기관・단체 등에서도 유해콘텐츠에 대한 자주적 대처가 행해지고 있지만, 인터넷상의 팽대한 수의 콘텐츠에 대응하여, 유해한 것들에 대한 적절한 대책이 강구되기 위해서는 이들 민간기관・단체 등에 의한 활동이 앞으로 더욱 활발해짐과 동시에 확대되는 일이 중요하다고 생각한다.

예를 들면, 가디언엔젤스는 특정 비영리법인으로서 활동하고 있지만, 1995년 6월 '사이버 엔젤스'(현재 20명)를 결성하여 자원봉사자에 의한 사이버패트롤 실시와 인터넷에 관한 일반시민으로부

10) 일본 총무청 청소년대책본부 '청소년과 포르노코믹을 중심으로 하는 사회환경에 관한 조사연구'(1993년 3월), '청소년과 어덜트비디오 등의 영상미디어에 관한 조사연구'(1994년 3월), '청소년과 텔레비전, 게임 등에 관계되는 폭력성에 관한 조사연구'(1999년 9월) 등 참조.

11) '인터넷 접속서비스 등에 관계되는 사업자 등의 대응에 관한 가이드라인' 사단법인 텔레콤서비스협회(1998년 2월) http://www.telesa.or.jp 참조.

터의 통보를 받아 그것들을 취합하여 경찰에 연락하고 있는데, 2000년도의 정보취합건수는 226건이었다. 또, 인터넷협회가 중심이 되어, 인터넷이용자의 상담과 통보에 관한 접수창구간의 열악한 상황개선을 목표로 '인터넷 핫라인 연락협의회'가 설립되어, 경찰을 비롯한 기관・단체・NGO 등의 상담・통보창구의 소개 등을 도모하고 있다.[12]

나아가 영국의 IWF(Internet Watch Foundation: 인터넷감시재단)에서는 인터넷상의 위법콘텐츠, 특히 아동포르노에 대하여 시민으로부터 통보를 접수하고, 이 통보를 분석・평가 후, NCIS(National Criminal Intelligence Service: 영국범죄첩보기관)나 경찰에 연락하거나, 또는 ISP에 삭제를 의뢰하거나 하는 핫라인 활동 등이 행해지고 있다.[13] 미국, 독일을 비롯한 다른 국가에도 동일한 핫라인이 설치되어 있으며, 그 활동은 유해콘텐츠 대책의 중요한 일익을 담당하고 있다.[14]

인터넷상의 수많은 유해콘텐츠에 적절히 대응하기 위해서는 경찰의 단속, ISP의 자주적 조치에서 더 나아가, 민간기관 등에 의한 핫라인활동을 비롯한 정보의 취합・통보가 불가결하다고 생각한다. 핫라인활동에 관하여 일본에서는 현재 창구의 소개・연대 등의 활동에 그치고 있으므로, 앞으로 영국 등의 경우를 참고하여, 분석・평가・통보 등을 행하는 기관의 설립・운용에 대하여 검토할 필요가 있다고 생각한다.

3) 도도부현경찰

도도부현 경찰은 하이테크범죄대책실을 설치하고 하이테크범죄의 단속과 동시에 하이테크범죄 등에 관한 상담을 행하고 있다. 또 일부 현을 제외하고 ISP 등과의 연락협의회를 설치하여 하이테크범죄 정세에 관한 정보교환을 실시하는 등 연대 강화를 도모하고 있다.

위법콘텐츠에 대한 경찰의 단속이 중요한 억지효과를 갖는다고 생각되므로, 도도부현 경찰에서는 사이버패트롤을 더욱 강화하고, 위법한 콘텐츠나 이에 준하는 것을 발견한 때에는 ISP 등에의 통보와 사건화 등의 대응이 필요하다.

2. 필터링 시스템

1) 필터링 시스템의 필요성

유해 콘텐츠에 대하여는 먼저 그 발신자에게 책임이 있다고 생각되지만, 발신자에게만 유해콘텐츠에의 대응을

12) 2000년 12월 발족. 47개의 기업・단체가 참가한 외에, 경찰로부터도 경찰청 외 28개 도부현 경찰이 참가하였다. http://www.ia.japan.org/hotline 참조.

13) 1996년 9월에 ISP 등으로부터 자금각출을 받아 설립되어, 12월부터 핫라인을 설치하였고, 동 핫라인은 세계최초의 것 중 하나이다.

14) 1999년 11월 핫라인 간의 연락기관으로서 INHOPE가 설치되어, 현재 14개국의 16핫라인이 참가하고 있다. http://www.inhope.org 참조.

요구하여 청소년 보호를 도모하는 것은 곤란하다. 유해콘텐츠라 하더라도, 장소적 요인(지역과 국가), 수신자의 속성적 요인(연령과 환경 등) 등에 따라 상대적인 것이며, 또한 위법한 것을 제외하고는 법적으로 그 송신이 금지되지 않는다. 이러한 상황에서는 수신자 측이 정보를 수신할지 말지를 선택할 수 있는 기능, 즉 필터링 시스템의 이용이 중요한 대응이라고 생각된다. 특히 성인에게는 유해하지 않지만 청소년에게는 유해한 것에 대응할 경우, 이 기능은 청소년 수신자에 대하여 한층 효과를 발휘할 것이다.

2) 필터링의 효과적 실시와 보급방책

필터링의 효과적 실시와 구체적 보급을 위해서는 콘텐츠작성자, ISP 등의 정보중개자 및 수신자 등 각각의 입장에서 가능한 대책을 강구할 필요가 있다.

① 콘텐츠작성자

필터링 시스템이 유효하게 이용되기 위해서는 인터넷상에 유통되고 있는 팽대한 정보에 대하여 필터링 시스템이 대응할 수 있어야 한다. 이를 위해, 콘텐츠작성자가 먼저 자신의 콘텐츠에 대하여 필터링 시스템에서 적절한 취급이 행해지도록 라벨링을 할 필요가 있다. 또, 이러한 콘텐츠 작성자에 의한 라벨링을 촉진하기 위해서는 콘텐츠작성 툴에 미리 라벨링 기능을 편입하는 것이 효과적이라고 생각된다.

② 브라우저 소프트웨어 제작자

필터링을 효과적으로 실시하기 위해서는 필터링 시스템이 사용하기 쉬운 것이어야 하므로 브라우저에의 편입이 효과적이라고 생각한다. 그러나 인터넷 익스플로러(IE) 6.0에서도 ICRA[15]에는 완전하게 대응하고 있지 못하며, 넷스케이프 커뮤니케이터 6.1에서는 종래 편입되어 있던 필터링 설정기능인 NetWatch 자체가 삭제되어 있는 상황이다.

또, 필터링을 행하기 위하여는 브라우저에서 재차 설정해야 할 사항이 많으므로, 브라우저 제작자는 일반 수신자의 필터링 사용을 염두에 두고 개발에 임할 필요가 있다고 생각한다.

③ ISP

필터링시스템이 사용하기 쉬운 것이 되기 위해서는 ISP에 의한 필터링 서비스의 제공이 더욱 필요하다. 또한 서비스가 제공되고 있음이 제대로 알려지지

15) ICRA(Internet Content Rating Association)는 RSAC(Recreational Software Advisory Council)의 활동을 이어받아 미국의 인터넷기업과 영국의 IWF 등의 참가에 의하여 1999년 2월에 설립된 비영리단체로, 레이팅 필터링 방식을 개발하였다. ICRA의 레이팅 필터링 방식에서는 라벨링(콘텐츠의 내용에 대하여 수치평가가 아니라 기술 표현에 의하고 있기 때문에 레이팅이 아니라 라벨링이라고 한다), 레이팅 필터링 및 YES/NO 리스트 등의 병용이라는 3층 케잌 모델구조로 되어 있다.

않는 경우도 있으므로 ISP는 이러한 서비스를 제공하고 있음을 이용자에게 알리기 위한 계약시의 계발 및 이용시의 지원 실시 등이 필요하다.

ISP에 의한 필터링 서비스로서는 예컨대 도코모 AOL에서는 12세 이하 및 13-18세를 대상으로 한 '키즈' 및 '틴즈'를, 니프티에서는 '콘텐츠필터링서비스'를 각각 무료로 제공하고 있다.

도코모 AOL에서는 하나의 계약으로 최대 7개까지의 스크린네임(AOL 내에서 개인이 갖는 어카운트(이름)를 말함)을 갖는 것이 가능하다. 스크린네임은 계약자 자신이 갖는 하나의 마스터 스크린네임과, 그 후 무료로 취득할 수 있는 6개의 섭 스크린 네임이 있다. 마스터 스크린 네임을 갖는 자는 개개의 섭 스크린네임에 대하여 억세스 콘트롤이 가능하여, 예컨대 보호자가 마스터 스크린 네임을 보유하고, 어린이가 섭 스크린네임을 사용하도록 하면, 청소년에 대하여 키즈 및 틴즈의 서비스를 효과적으로 이용할 수 있다.

또한 니프티의 "콘텐츠 필터링 서비스"는 니프티 내에 설치되어 있는 블로킹 서버를 경유하여 인터넷에 억세스함으로써, 특정 사이트에의 억세스를 제한하는 것으로, 니프티의 이용자는 브라우저의 간단한 설정에 의하여 이용할 수 있다.

앞으로도, 이들 서비스의 더한층의 제공과, 이러한 서비스의 존재를 널리 알려나갈 필요가 있다.

④ 검색사이트 개설자

검색엔진 등의 검색사이트에서, '야후 키즈', '키즈 goo' 등과 같이 어린이를 대상으로 한 기능을 둔 것이 있고, 앞으로 이러한 서비스의 증가가 기대된다.

예컨대 '야후 키즈'는 초중등학생을 대상으로 야후가 제공하는 서비스인데, 홈페이지의 링크된 곳까지 감시하고 점검하여 안전한 것들만을 제공한다.

⑤ 보호자

전술한 청소년과 인터넷 등에 관한 조사결과에 나타나 있는 바와 같이, 학생의 가정에서의 인터넷이용에 대하여는, 절반 가까운 보호자가 아무런 조치도 취하지 않고 자유로이 사용케 하고 있는 상황이고, 나아가 필터링 시스템의 존재를 알고 있는 보호자 및 실제로 필터링 시스템을 이용하고 있는 가정이 극히 적은 상황인 등, 가정에서 유해콘텐츠의 인식이 매우 낮으며, 대응이 극히 불충분한 상황이다.

이 때문에 보호자에 대하여 인터넷상의 위법 · 유해 콘텐츠의 현상을 인식하게 함과 동시에, 그 대책으로서 필터링 시스템이 유효하다는 점 및 그 가정에의 보급 필요성을 이해하게 함으로써, 가정의 PC에의 필터링 도입이나 ISP에 의한 필터링 서비스의 보급을 진행해 나갈 필요가 있다.

⑥ PC 등 공급자

가정에서의 필터링 이용을 촉진하기 위해서는 초기설정에서 필터링 시스템이 탑재된 가정사용자를 위한 PC의 판매가 유효하다고 생각되며, 나아가 판매 시에도 구입자의 요청에 의하여 판매자에 의한 필터링 기능설정 서비스가 제공되는 방법도 유효할 것이다.

3. 휴대전화상의 유해콘텐츠대책

1) 만남주선사이트

최근 만남주선사이트를 매개로 알게 된 자 사이에 범죄가 행해지는 일이 빈번해져 2000년 중에는 104건이었던 것이, 2001년 중에는 888건으로 증가되었다. 그리고 이 중에서 휴대전화를 사용한 것은 2000년 중 59건(56.7%)에서, 2001년에 714건(80.4%)으로 급증하였다. 피해자는 미성년자가 80.0%, 여성이 92.3%를 차지하고 있는 상황이다.

이중에서, 아동매춘·아동포르노금지법 위반에 대하여는 만남주선사이트를 매개로 알게 된 자 사이의 사건검거가 2000년 중에 41건이었던 것이, 2001년에 387건으로 현저히 증가함과 동시에, 동 사건에서 차지하는 비율도 2000년 3.5%에서 2001년 24.8%로 증가하였다. 특히, 아동매춘사건은 2000년 40건(4.1%)에서 2001년 379건(26.9%)으로 증가되어 수적인 면에서도 문제가 커진 상황이다.

또, 휴대전화상으로 만남주선사이트를 광고하는 전자메일과 관련하여, 휴대전화는 수신한 전자메일의 통신료가 수신자 측에 부과되는 일도 있어, 수신자는 수신하고 싶지 않은 전자메일을 강제적으로 수신케 될 뿐 아니라 그 통신료까지 지불하게 되는 등의 문제점에 더하여, 중학생·고등학생을 포함하여 휴대전화 소지자에게 무차별로 만남주선사이트의 광고메일이 그대로 전달되어 버리는 점에서, 만남주선사이트의 청소년 이용을 조장하는 요인으로 작용하는 문제가 발생하고 있다.

<표> 만남주선사이트에 관계된 사건의 검거건수

구 분	2001	2000	증감
살 인	6	1	5
강 도	10	2	8
강 간	44	8	36
약취유인	3	1	2
강제추행	10	3	7
공 갈	34	4	30
협 박	16	2	14
폭 행	3	1	2
절 도	23	-	23
사 기	26	1	25
아동매춘·포르노금지법 위반	387	41	346
청소년보호육성조례위반	221	20	201
기 타	105	20	85
합 계	888	104	784
(합계중) 휴대전화이용	714	59	655

중·고등학생의 만남주선사이트 이용의 다수가 휴대전화에 의한 접속인 점에서 만남주선사이트를 이용한 범죄피해방지에 대하여 휴대전화를 갖게 한 보호자에 의한 적절한 지도를 촉구하는 등 보호자의 책임에 의한 대응을 먼저

강구할 필요가 있다고 생각한다.

그러나 일단 휴대전화를 갖게 한 후에는 그 사용상황을 파악하여 지도해 나가는 일은 휴대전화의 특징상 매우 어려워, 휴대전화를 갖고 있는 청소년에 대하여 보호자의 충분한 지도 실시는 현실적으로 기대하기가 곤란하다.

또, 휴대전화 자체에 대하여도 후술하는 바와 같이 청소년을 유해콘텐츠로부터 지키는 서비스가 현 단계에서는 제공되지 않고 있어, 휴대전화상의 접속에 의하여, 만남주선사이트를 이용한 범죄로부터 청소년을 지키는 일은 어려워지고 있다.

이 때문에, 적어도 청소년을 포함한 이용자에 대한 홍보계발 강화와 만남주선사이트 개설자에 의한 자주적 대책이 필요하다. 나아가, 만남주선사이트를 이용한 범죄, 그 중에서도 아동매춘 청소년에의 피해상황을 감안하면, 만남주선사이트 모두를 없애버리거나, 만남주선사이트중 이성의 일시적 성적 관계구축을 도모하는 것(아래, 가, 나의 '만남주선사이트'에 대하여도 동일하다)에 대하여, 제도적 규제조치를 검토할 필요가 있다고 생각한다.

① 18세 미만의 자의 이용제한

만남주선사이트의 문제는 청소년의 이용에 대하여 아무런 제한 없이 운영되고 있다는 점에 있으므로, 만남주선사이트 개설자에게 만남주선사이트에 18세 미만의 자의 이용을 제한케 할 것을 요구할 필요가 있다.

또한 이를 위하여 대면에 의한 본인확인수단에 기초하는 회원에게만 만남주선사이트를 이용케 하고, 비대면에 의한 이용자정보의 제공을 구하는 경우에는 확실하게 연령정보의 제공을 요구함으로써 18세 미만의 자의 이용을 제한하고, 나아가 18세 이상의 자의 면허증 등 연령확인수단 등을 18세 미만의 자가 이용하지 못하도록 하는 등 18세 미만의 자가 이용하지 못하도록 적절한 방책을 강구할 필요가 있다고 생각한다.

나아가, 18세 이상의 이용자로부터 당해 이용자의 식별번호 등의 사용승락을 받아 18세 미만의 자가 이용할 우려도 있으므로, 식별번호 등의 이용자 이외의 자의 사용을 제한할 필요가 있다고 생각한다.

이 밖에, 이용자가 18세 미만인 사실이 이용을 개시한 후에 판명되는 경우도 있을 것이므로, 만남주선사이트 개설자는 당해 만남주선사이트에서 이용자가 18세 미만의 자임을 알게 된 때에는 당해 이용자에 관계되는 교제의 신청 등에 대하여 열람방지 조치 등을 강구할 필요가 있을 것이다.

② 광고규제

- 만남주선사이트의 연소자 이용제한 표시

만남주선사이트 자체에 대하여도 이용개시화면 등 만남주선사이트의 입구

에, 당해 사이트가 만남주선사이트라는 취지의 표시와, 당해 만남주선사이트에 대하여는 18세 미만의 자의 이용이 적당하지 않음을 표시하도록 구하는 것을 생각할 수 있다.

- 전자메일 광고의 규제

만남주선사이트에 관계되는 광고가 전자메일에 의하여 무차별적으로 행해져 청소년에게도 송신되고 있으므로, 다음과 같은 방법으로 전자메일에 의한 만남주선사이트 광고를 규제할 필요가 있다고 생각한다.

즉, 첫째, 전자메일의 표제 등에 당해 전자메일이 만남주선사이트의 광고임을 밝히지 않고 송신하는 것과 둘째, 광고에 관계되는 만남주선사이트는 18세 미만의 자가 이용할 수 없음을 밝히지 않고 송신하는 것을 규제해야 할 것이다.

또한 만남주선사이트 개설자가 전자메일의 의한 광고를 다른 자에게 위탁한 경우에는 위탁을 받은 자에 대하여도 동일한 전자메일의 의한 만남주선사이트의 광고를 규제하는 것도 검토할 필요가 있다.

2) 휴대전화의 시스템상의 대응

현재, 휴대전화에 의한 인터넷 접속에 관하여, 필터링 시스템의 이용 등 억세스 콘트롤은 전혀 취해지지 않고 있지만, 원리적으로는 PC로부터의 접속과 동일한 수법을 생각할 수 있다.

휴대전화로부터의 인터넷 접속은 휴대전화상의 패킷통신망과 인터넷 간의 게이트웨이를 매개로 접속이 실현되고 있는데, 이 게이트웨이에서 필터링을 실시하는 것이 유해콘텐츠에의 억세스 콘트롤의 하나로 생각된다.

또한 휴대전화사업자는 휴대전화 패킷통신망에 대하여 ISP에 의한 네트워크 접속의 개방을 더욱 진행하고 있고, 구체적으로 휴대전화사업자의 게이트웨이를 경유하지 않는 직접접속이 검토되고 있다. 그렇게 되면 휴대전화회사의 게이트웨이에 필터링 서비스가 제공되지 않는 경우에도 필터링 서비스를 제공하는 게이트웨이를 실현하는 것이 가능해진다.

나아가, 현재의 휴대전화 브라우저에서도 필터링의 대응기능이 없기 때문에 휴대전화에서의 필터링이 실현될 수 없는 상황이다. 휴대전화에 대하여도 브라우저의 설정에 의하여 필터링이 가능한 시스템의 개발이 필요하다고 생각된다.

4. 계몽활동

유해콘텐츠대책으로서는 필터링 시스템을 비롯하여 기술적 방법에 의한 대응이 가능하지만, 이와 아울러 청소년을 포함한 인터넷이용자, 정보제공자를 포함한 인터넷에 관계되는 자의 유해콘텐츠에 대한 이해와 대응이 중요하며, 이를 위하여 다음과 같은 계몽이 필요하다.

1) 청소년에 대한 계몽

① 학교에서의 지도

학교에서는 인터넷접속이 진행되어 정보교육이 충실해지고 있지만, 인터넷에 관계되는 지도를 행할 경우 인터넷의 유효성과 동일하게 음지 부분을 다룰 필요가 있다.

문부과학성에서는 이제까지에도 그 위탁사업에 있어서 학교현장의 교사를 위하여 '인터넷활용가이드북', '정보모델지도사례집' 등의 자료를 작성하고 있는데, 이것들의 더 한층의 활용과 학교에서의 적절한 지도를 도모할 필요가 있다.[16]

② 학교 이외의 곳에서의 지도

학교교육의 장에 그치지 않고, 널리 가정교육, 사회교육의 각 분에서 인터넷에의 적절한 대응에 대하여 교육할 필요가 있다. 이 경우, 현재 행해지고 있는 교통안전교육의 수법이 참고가 될 것이다. 교통안전에 대하여는 가정, 학교, 사회가 일체가 되어, 연령에 따라 단계적으로 교통안전, 교통매너에 대하여 교육을 행하고 있고, 이를 위해 필요한 교재, 자료도 정비되어 있다.

휴대전화의 어린이 사용에 대하여는 보호자의 눈이 미치기 어려워 방치되기 쉽지만, 그 이용 상황 파악과 지도는 보호자의 책임이고, 그 때문에도 보호자에 대한 홍보계발이 필요하다. 이를 위해 휴대전화의 판매자에 있어서도 청소년 이용 휴대전화의 계약 시에 보호자 등에 대하여 주의사항을 설명할 필요가 있다.

2) 일반 이용자에 대한 계몽

일반 인터넷이용자의 경우도 청소년 유해 콘텐츠를 청소년이 자유로이 열람하지 못하도록 하고, 청소년이 자유로이 열람할 수 있는 게시판 등에 투고하지 않는 등의 배려가 필요하다.

계몽방법으로서는 예컨대 ISP와 계약할 때 ISP로부터 인터넷을 이용하기 위한 룰 등을 설명하고, PC 등 판매 시에 계몽자료를 교부하는 것 등이 생각된다.

전자네트워크협의회(인터넷협회로 이행)는 '인터넷을 이용하는 분을 위한 룰과 매너 집' 등을 작성하여 이를 인터넷상에서 공개하고 홍보계몽에 노력하고 있다.[17] 또한 텔레콤서비스협회는 '인터넷 자기방위 매뉴얼'을 작성하여, 마찬가지로 인터넷상에 공개하고 있다.[18]

앞으로도 이러한 홍보계몽에 의하여

16) '인터넷활용가이드북'(1999년 3월), '정보모랄 지도사례집' (2000년 3월) 재단법인 컴퓨터교육개발센터 참조.

17) '일반판 인터넷을 이용하는 분을 위한 룰과 매너집', '어린이판 인터넷을 이용하는 어린이를 위한 룰과 매너집', '교사 · 보호자판 인터넷을 이용하는 어린ㄴ이를 위한 룰과 매너집' (1999년 3월) 재단법인 인터넷협회 http://www.ia.japan.org 참조.

18) 사단법인 텔레콤서비스협회 http://www.telesa.or.jp '인터넷 자기방위 매뉴얼'(1999년 4월) 참조.

일반 이용자에 의한 청소년에의 더 한층의 배려가 필요할 것이다.

Ⅶ. 마무리

인터넷상의 청소년 유해 콘텐츠에 대하여는 ISP 등 민간기업, 행정기관, 민간기관, 학교관계자, 보호자, 지역인사 등 폭넓은 분야에서의 각각의 적극적 조치가 필요하며, 아울러 각 분야가 보조를 맞추어 일체된 조치가 필요하다.

더구나, 이 분야는 기술적 진보를 배경으로 문제 상황이 점차 변화하고 있으므로 시기를 놓치지 않도록 적절히 대책을 강구해 나갈 필요가 있다.

또한 문제해결을 위해서는 인터넷상의 유해콘텐츠 대책을 강구하는 일뿐 아니라, 청소년의 건전육성을 위한 대책, 나아가 사회의 안심・안전 확보를 위한 폭넓은 대책이 필요할 것으로 생각된다.

Der Schutz des Lebens an seinem Beginn durch Recht

Professor Dr. Dr. h.c. Hans-Ludwig Schreiber*

Ⅰ.

Durch die neuen Entwicklungen in der Medizin, insbesondere in der Gentechnologie stellen sich neue schwierige Fragen des Lebensschutzes, sowohl am Beginn als auch am Ende des Lebens. Der strafrechtliche Schutz des Lebens wird uns in den nächsten Jahren vor schwierige Fragen stellen. Es wird darum gehen, ob und inwieweit die neuen Techniken bei der Reproduktion angewandt werden dürfen und wann der Schutz von Leben beginnt. International wird es hier Vereinbarungen geben müssen. Das betrifft vor allem den Bereich der Fortpflanzungsmedizin, sowie den Schutz von Embryonen bei ihrer Verwendung für Forschung und Therapie bis hin zur Fortpflanzung durch Klonen. In der Bundesrepublik Deutschland ist die Lage noch unklar.

Ⅱ.

Beginnen wir mit der künstlichen Insemination sowie der In-vitro-Fertilisation und dem Embryotransfer. Grundsätzlich ist in Ermangelung eines Verbotes die künstliche Insemination zulässig. Freilich ist nach § 4 I Nr. 3 Embryonenschutzgesetz (ESchG) die Befruchtung einer Eizelle mit dem Samen eines Mannes nach dessen Tod verboten. Verboten ist weiter die Ersatzmutterschaft, die künstliche Befruchtung einer Frau, die ihr Kind nach der Geburt Dritten auf Dauer zu überlassen bereit ist.

Unterschieden wird bei der künstlichen Insemination die homologe von der heterologen. Während man früher als homologe Insemination lediglich die Befruchtung mit dem Sperma des Ehemannes ansah, gilt heute als homologe Insemination, auch die innerhalb einer nicht ehelichen Lebensgemeinschaft.

Von heterologer Insemination spricht man, wenn das Sperma eines Fremden,

* Professor Dr. Dr. h. c. Hans-Ludwig Schreiber, Göttingen-Universität.

jedenfalls nicht eng mit der Frau Verbundenen verwendet wird. Das Strafrecht verbietet sie nicht. Noch der Entwurf zum Strafgesetzbuch aus dem Jahre 1960 wollte sie freilich unter Strafe stellen.

Ungelöst sind bei der heterologen Insemination einige Fragen. Nach der Rechtsprechung kann, wenn das Kind in einer Ehe geboren wird, durch den Ehemann und später auch durch das Kind selbst nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs die Ehelichkeit angefochten werden, auch wenn der Ehemann sich mit der Insemination früher einverstanden erklärt hatte. Nach allgemeiner Überzeugung widerspricht die heterologe Insemination nicht dem Grundprinzip der Menschenwürde.

Das Bundesverfassungsgericht hat in einer Entscheidung ausgeführt, dass das allgemeine Persönlichkeitsrecht auch das Recht auf Kenntnis der eigenen Abstammung umfaßte. Das ist zwar streitig, man wird aber davon ausgehen müssen, dass in Deutschland die anonyme heterologe Insemination nicht zugelassen werden wird. Jedermann soll ein Recht auf Kenntnis seiner natürlichen Eltern haben. Freilich ist das nicht unstreitig.

Dem Arzt droht die Gefahr, dass ein im Wege der heterologen Insimination gezeugtes Kind ihn auf Bekanntgabe des Namens seines biologischen Vaters in Anspruch nimmt. Kann er dem nicht nachkommen, so ist auch ein Schadenersatzanspruch und ein Anspruch auf entgangene Erb- und Unterhaltsansprüche des Kindes denkbar. Daher ist derzeit immer die Festhaltung der Identität des Samenspenders erforderlich. Gegenüber diesem besteht die Pflicht, über die Möglichkeiten einer späteren finanziellen Inanspruchnahme durch das Kind zu informieren und dieses zu dokumentieren.

Ⅲ.

Ist so die Samenspende grundsätzlich erlaubt, verbietet das geltende Recht die Vermittlung der künstlichen Insemination bei einer Ersatzmutter. § 13a des Adoptionsvermittlungsgesetzes definiert als Ersatzmutter eine Frau, die aufgrund einer Vereinbarung sich einer künstlichen oder natürlichen Befruchtung unterzieht, oder sich einen nicht von ihr stammenden Embryo übertragen lässt und das Kind nach der Geburt Dritten zur Annahme als Kind oder zur sonstigen Aufnahme auf Dauer zu überlassen verspricht. Unser Gesetz verbietet bei Strafe die Ersatzmuttervermittlung und auch die Werbung dafür. Die künstliche Insemination bei einer Ersatzmutter ist nach § 1 I Nr. 7 des Emlbryonenschutzgesetzes verboten.

Die Ersatz- oder Leihmutterschaft wirft viele komplizierte statusrechtliche Probleme auf zwischen dem Kind, der genetischen und der sozialen Mutter

sowie dem genetischen und sozialen Vater. Überwiegend wird angenommen, dass der Vertrag zwischen den sogenannten Bestelleltern und der Ersatzmutter sittenwidrig und nichtig sei. Eine Zustimmung der Mutter zur späteren Adoption ist nicht verbindlich. Hier wird das künftige deutsche Recht wohl bei Verboten bleiben.

Teilweise wird verlangt, die Eizellspende zuzulassen (sogenannte Oo-Zyten-Donation). Auch die Befürworter verlangen hier die Vornahme nur in ausgewählten Zentren nach intensiver Beratung und Prüfung. Es ist zu erwarten, dass diese Wünsche keine Anerkennung finden werden.

Ⅳ.

Die In-vitro-Fertilisation (IVF) mit Embryotransfer (ET) und die sogenannte intrazytoplasmatische Injektion von Spermien (ICSI) gelten, obwohl es bei uns keine ausdrückliche gesetzliche Regelung gibt, grundsätzlich als zulässige etablierte medizinische Behandlungsmethoden. Freilich wird über sie im Zusammenhang mit der sogenannten Präimplantationsdiagnostik wieder lebhaft gestritten. Mit dieser Technik sei der Weg in viele Probleme eröffnet worden, deren man jetzt kaum noch Herr werden könne. Das deutsche Embryonenschutzgesetz zieht enge Grenzen. Auch hier wird die homologe IVF von der heterologen unterschieden. Die Bundesärztekammer hat in ihren “Richtlinien zur Durchführung der assistierten Reproduktion” im wesentlichen die Regeln des Embryonenschutzgesetzes in Berufsrecht umgesetzt und enge Verfahrensgrenzen gezogen (Deutsches Ärzteblatt 1998, S A 525).

Das Embryonenschutzgesetz stellt die mißbräuchliche Anwendung von Fortpflanzungstechniken, die Geschlechtswahl, die Veränderung menschlicher Keimbahnzellen sowie das Klonen und die Chimären- und Hybridbildung unter Strafe.

Künstliche Befruchtung und Embryotransfer sowie die Konservierung menschlicher Embryonen werden unter Arztvorbehalt gestellt. Verboten ist innerhalb eines Zyklus die Befruchtung von mehr als drei Eizellen. Die Befruchtung muss auf die Zellen beschränkt werden, die einer Frau innerhalb eines Zyklus übertragen werden sollen (§ 1 I Nr. 3 ff. ESchG). Problematisch erscheint hier vor allem die höchstzulässige Zahl von drei Eizellen pro Zyklus für den Embryonentransfer. Die gespaltene Vaterschaft wird mit der heterologen Insemination, anders als die gespaltene Mutterschaft, nicht verboten. Ob das unter dem Gesichtspunkt der Gleichberechtigung von Mann und Frau haltbar ist, erscheint zweifelhaft.

Die Richtlinien der Bundesärztekammer zur Durchführung der assistierten

Reproduktion stellen eine Reihe von verfahrensrechtlichen Voraussetzungen auf, so sind z.B. Vorhaben bei der Ärztekammer anzuzeigen, berufsrechtliche Voraussetzungen müssen nachgewiesen werden. Wesentlich ist, dass eine kompetente Beratung über die möglichen psychischen und physischen Belastungen einer Unfruchtbarkeitsbehandlung vorgenommen wird. In der Aufnahme des Verbotes im Embryonenschutzgesetz wird festgelegt, dass nur die Eizellen der Frau befruchtet werden, bei der die Schwangerschaft herbeigeführt werden soll.

Sehr problematisch erscheint, dass grundsätzlich nur Samen des Ehepartners Verwendung finden sollen, also die IVF nur im homologen System erfolgen darf (Richtlinien 3.2.3.). Nur nach vorheriger Beratung durch eine bei der Ärztekammer eingerichtete Kommission darf die Methode der IVF bei nicht verheirateten Paaren in stabiler Partnerschaft angewendet werden. Nicht zulässig soll die Anwendung der Methoden bei Alleinstehenden und in gleichgeschlechtlichen Beziehungen lebenden Frauen sein. Darin liegt eine Beschränkung, die wahrscheinlich verfassungsrechtlicher Nachprüfung nicht standhalten wird.

Die Richtlinien der Bundesärztekammer sind kein Gesetz. Es überwiegt aber die Auffassung, dass sie Regeln für die erforderliche ärztliche Sorgfalt wiedergeben. Damit wäre ein Verstoß gegen sie ein Behandlungsfehler.

Grundsätzlich ist auch die Kryokonservierung von Keimzellen nicht verboten. Vielfach wird Samen eingefroren und dient so der Möglichkeit der künstlichen Insemination. Freilich werden nach der Rechtsprechung der Sozialgerichte die Kosten für die Spermakonservierung nicht von der Sozialversicherung getragen. In der Praxis findet eine Kryokonservierung von Embryonen im Vorkernstadium in größerem Umfange statt. Dies ist jedenfalls bisher nicht verboten, wird aber inzwischen bestritten. Die Richtlinien der Ärztekammer beschränken die Kryokonservierung auf das Stadium der Vorkerne. Die Konservierung von Embryonen soll nur in den vom Embryonenschutzgesetz geregelten Ausnahmefällen zulässig sein (vgl. § 9 Nr. 3 ESchG), wenn die im Behandlungszyklus vorgesehene Übertragung nicht mehr möglich ist. Die weitere Kultivierung von Eizellen im Vorkernstadium soll nur zum Zwecke des Transfers und nur mit der Einwilligung beider Eltern vorgenommen werden.

V.

Während die Pränataldiagnostik inzwischen allgemein wohl als unbegrenzt zulässig angesehen wird, obwohl bei ihr die Vornahme eines Schwanger-schaftsabbruchs naheliegen kann, ist die sogenannte Präimplantationsdiagnostik

(PID oder PGD) lebhaft umstritten. Mit der IVF wird die Möglichkeit eröffnet, einen Embryo vor einem Transfer zur Implantation einer genetischen Diagnostik zu unterziehen. In einer Reihe von europäischen Ländern gilt die PGD als zulässig und wird praktiziert. In der Bundesrepublik liegt eine deutliche rechtliche Grenze zunächst in § 8 I Embryonenschutzgesetz. Danach darf im Stadium der sogenannten Totipotenz, also etwa bis zum Acht-Zell-Stadium, ein Eingriff in den Embryo nicht vorgenommen, eine totipotente Zelle nicht zur Diagnostik verwendet werden, da dies nicht zu einem der Erhaltung der Zelle dienenden Zweck erfolgt (§ 2 I ESchG). Die totipotente Zelle ist ebenso wie der gesamte Embryo geschützt.

Ob im pluripotenten Stadium eine Präimplantationsdiagnostik zulässig ist, ist lebhaft umstritten. Einige nehmen an, dass es sich dabei um einen Verstoß gegen § 1 I Nr. 2 ESchG handele. Diese Bestimmung stellt die Befruchtung einer Eizelle zu einem anderen Zweck, als der Herbeiführung einer Schwangerschaft unter Strafe. Hier bei der Präimplantationsdiagnostik erfolge, so wird ausgeführt, die Befruchtung nicht, um eine Schwangerschaft herbeizuführen, sondern um eine Selektionsmöglichkeit zu eröffnen und die befruchtete Eizelle zu prüfen. Man spricht von einer bedingten Zeugung unter dem Vorbehalt der Tötung bei Qualitätsmängeln. Andere meinen dagegen, m.E. mit Recht, dass die Fertilisation jedenfalls zur Herbeiführung einer Schwangerschaft erfolge, um die es doch bei dem ganzen Vorgang gehe. Ziel der Befruchtung sei nicht die Ablehnung eines geschädigten Embryos, sondern eine gewünschte Schwangerschaft. Die Verwerfung eines Embryos, der genetisch geschädigt ist, sei lediglich eine mögliche unerwünschte Nebenfolge, im Verhältnis zur beabsichtigten Schwangerschaft ein Fehlschlag. Eine Absicht kann nicht deshalb verneint werden, weil ein weiterer Teilakt von einer Bedingung abhängig gemacht wird. Ein Zwischenzweck, nämlich die genetische Prüfung, schließt den Zweck der Herbeiführung einer Schwangerschaft nicht aus. Eine andere Auslegung würde dem strafrechtlichen Analogieverbot widersprechen.

Die Verwerfung des Embryos bei Feststellung genetischer Schäden ist auch nicht nach § 2 Embryonenschutzgesetz verboten. In der Verwerfung liegt keine Verwendung zu einem nicht seiner Erhaltung dienenden Zweck im Sinne von § 2 Embryonenschutzgesetz. Der nicht transferierte oder liegenbleibende Embryo wird nicht “verwendet”, wenn er eben nicht verwendet wird. Eine Täterschaft der Verwendung durch Unterlassen der Verwendung kann es nicht geben. Auch die Entnahme einer nicht mehr totipotenten Zelle zum Zweck der genetischen Untersuchung ist keine mißbräuchliche Verwendung. Der Arzt ist auch nicht verpflichtet, einen als genetisch defekt diagnostizierten Embryo zu

transferieren.

Die Bundesärztekammer hat einen Diskussionsentwurf für eine Richtlinie zur Präimplantationsdiagnostik vorgelegt. In ihm wird die Entnahme von Zellen nach dem Acht-Zell-Stadium, also nach Abschluss des totipotenten Stadiums zugelassen. Die Indikation soll nur bei befürchteten schweren genetischen Schädigungen zulässig sein und in einem Verfahren vor einer Kommission festgestellt werden. Die Enquete-Kommission des Deutschen Bundestages hat in ihrem Abschlussbericht ein völliges Verbot der Präimplantationsdiagnostik empfohlen. Die dafür angeführten verfassungsrechtlichen Argumente gehen jedoch fehl.

Ein Verstoß gegen Art. 2 Abs. 2 Grundgesetz bzw. Art. 1 Grundgesetz (Recht auf Leben und Schutz der Menschenwürde) liegt nicht vor, wenn ein Embryo zu Zwecken der Herbeiführung einer Schwangerschaft geprüft wird. Freilich muss das Verfahren gesetzlich zugelassen werden, da Grundrechte berührt werden. Eine herabsetzende, herabwürdigende Behandlung im Sinne einer Verletzung der Menschenwürde ist aber nicht gegeben. Die dagegen gerichteten Argumente vermögen nicht zu überzeugen. Es wäre unzumutbar, von der Mutter zunächst die Implantation des schwer geschädigten Embryos zu verlangen, um ihr dann eine straflose Entfernung durch Abbruch zu erlauben. Sicher besteht bei der Schwangerschaft ein möglicher Konflikt zwischen Mutter und Embryo, der den Schwangerschaftsabbruch bei einer Notlage im Sinne der sozial-medizinischen Indikation rechtfertigt, bis zur zwölften Woche freilich bereits ohne eine solche Indikation straflos sein lässt, wenn eine Beratung erfolgt ist. Mit Recht wird darauf hingewiesen, dass die Präimplantationsdiagnostik eine Antizipation der möglichen Notlage auf das In-Vitro-Stadium darstellt. Das würde es rechtfertigen, bei schwerer genetischer Schädigung, die in der Regel bei der Schwangerschaft eine Notlage der Mutter begründet, vorweg auch bei einer Präimplantationsdiagnostik eine solche Situation anzunehmen.

Diese Position hat auch ein Gesetzentwurf der FDP-Fraktion im Bundestag vertreten. Bei einer Anhörung im Rechts- und Gesundheitsausschuss des Bundestages habe ich die Auffassung vertreten, die Präimplantationsdiagnostik solle im Sinne einer beschränkten Indikation bei zu erwartenden schweren genetischen Schäden zugelassen werden. Um eine freie Selektion des sog. Designer-Babys soll es dabei gar nicht gehen. Der Bundestag hat den FDP-Entwurf nicht weiter behandelt, er ist durch das Ende der Legislaturperiode verfallen. Wie verlautet, beabsichtigt die Bundesregierung in der nächsten Legislaturperiode eine Regelung im Sinne einer beschränkten Zulassung der PID bei Indikation einer schweren genetischen Schädigung.

VI.

Lebhaft umstritten ist die Haftung für eine fehlgeschlagene Sterilisation, ebenso wie die Haftung für einen fehlerhaften Schwangerschaftsabbruch, nach dem ein lebendes, schwer geschädigtes Kind zur Welt gekommen ist.

Die Sterilisation wird heute nicht mehr wie früher als eine Körperverletzung angesehen. Seit vielen Jahren beschäftigt indes die Haftung für die Kosten eines nach Sterilisation geborenen, nicht gewollten Kindes die Gerichte immer wieder. Der Arzt haftet persönlich nach der neueren Rechtsprechung für die Kosten des Unterhalts des Kindes nach einer fehlerhaften Sterilisation und einer verspäteten Feststellung einer Schwangerschaft. Wohl mit Recht weist die Rechtsprechung darauf hin, dass damit nicht das Kind als Schaden angesehen und in einer der Menschenwürde widersprechenden Weise instrumentalisiert würde. Ein Schadenersatz tritt auch nur dann ein, wenn die Sterilisation dazu dienen sollte, eine solche zusätzliche Kostenbelastung durch den Unterhalt eines Kindes zu vermeiden. Davon wird man in der Regel ausgehen müssen.

Ebenso umstritten ist die Haftung für die Geburt eines geschädigten Kindes. Hier sind Schadenersatzansprüche von Eltern und von Kindern selbst geltend gemacht worden, wenn ein Kind behindert zur Welt gekommen war, dessen Behinderung durch pränatale Diagnostik hätte erkannt werden können und deren Geburt nach Beratung der Eltern durch einen Schwangerschaftsabbruch hätte vermieden werden können. Nach einer aus den Vereinigten Staaten übernommenen Unterscheidung spricht man von Ansprüchen der Eltern als Ansprüche aus “Wrongful birth”. Ansprüche des Kindes wurden als solche aus “Wrongful life” bezeichnet.

Das Bundesverfassungsgericht (2. Senat) hat im zweiten Abtreibungsurteil wie folgt formuliert: “Eine rechtliche Qualifikation des Daseins eines Kindes als Schadenquelle kommt von Verfassung wegen (Art. 1 I GG) nicht in Betracht.” Deshalb verbiete es sich, die Unterhaltspflicht für ein Kind als Schaden zu begreifen. Zur Begründung hat das Verfassungsgericht dann ausgeführt, die rechtliche Qualifikation des Daseins eines Kindes als Schadenquelle sei von Verfassung wegen ausgeschlossen. Die Verpflichtung aller staatlichen Gewalt, jeden Menschen in seinem Dasein um seiner selbst Willen zu achten verbiete es, die Unterhaltspflicht für ein Kind als Schaden zu begreifen (Bundesverfassungsgericht NJW 1993, S. 1764).

Die Rechtsprechung der Zivilgerichte zur Haftung für ärztliche Behandlungsfehler oder für fehlgeschlagene Schwangerschaftsabbrüche sei im Blick darauf der Überprüfung bedürftig. Hiervon unberührt bleibe eine

Schadenersatzpflicht des Arztes gegenüber dem Kind wegen Schädigung, die diesem bei einem nicht kunstgerecht ausgeführten, mißlungenen Schwangerschaftsabbruch zugefügt worden sei.

Gehen wir dem Streit, der um diese Thesen entstanden ist, nicht näher nach. Offensichtlich handelte es sich um ein obiter dictum, d.h. um eine bei Gelegenheit des Urteils geänderte Meinung des Verfassungsgerichts, die das Urteil nicht trägt.

Der erste Senat des Verfassungsgerichts hat widersprochen und eine Bindungswirkung verneint (NJW 1998, S. 519), dagegen wieder der 2. Senat (NJW 1998, S. 523). Der Bundesgerichtshof ist dem 2. Senat nicht gefolgt und hält an seiner Rechtsprechung zum möglichen Unterhaltsschaden durch ein Kind fest (BGHZ 124, 128). Bei unrichtiger genetischer Beratung und bei fehlgeschlagener Sterilisation sowie bei unterbliebenem oder nicht erfolgreichem Schwangerschaftsabbruch soweit eine Indikation vorlag, können die Eltern für den Kindesunterhalt Ersatz verlangen. Ein Schadenersatzanspruch scheidet dagegen nach der Rechtsprechung aus, wenn die Bewahrung vor Unterhaltsansprüchen eines Kindes nicht vom Schutzumfang des Behandlungsvertrages umfaßt würde, etwa wenn eine Schwangerschaft bei einer aus anderem Anlass vorgenommenen Operation unentdeckt blieb (BGH NJW 2000, 1784).

Die streitige und in der Bundesrepublik lebhaft diskutierte Frage ist: Kann die Existenz eines gesunden aber auch die eines behinderten Kindes wirklich ein Schaden sein? Etwa, wenn ein Schwangerschaftsabbruch, der ja nach dem Urteil des Bundesverfassungsgerichts bei einer Indikation rechtmäßig bleibt, fehlschlägt. Ist dann ein Anspruch auf Ersatz des Unterhalts gegeben? Soll der Arzt dafür haften, dass ein Kind geboren wird, wenn auch mit Schäden, statt dass das Kind “erfolgreich” im Mutterleib getötet worden wäre? Auch das Bundesverfassungsgericht geht davon aus, dass die Verträge zwischen Arzt, Krankenhaus und der Mutter über den Abbruch wirksam sind. Es findet ein Leistungsaustausch zwischen dem Arzt und der Frau statt in einem Verhältnis, das nicht sittenwidrig oder rechtswidrig ist. Es handelt sich um einen zweiseitigen wirksamen Vertrag mit Pflichten und Rechten. Prinzipiell ist davon auszugehen, dass eine Schlechterfüllung eines Vertrages grundsätzlich auch vertragsrechtliche und zivilrechtliche Sanktionen auslösen muss.

Aber verbietet es sich nicht, das Dasein eines Kindes als Schadenquelle zu qualifizieren? Steht dem das Menschenwürdeprinzip des Art. 1 Grundgesetz entgegen? Die Verpflichtung aller staatlichen Gewalt, jeden Menschen in seinem Dasein um seiner selbst Willen zu achten, verbiete es, so der 2. Senat des Bundesverfassungsgerichts, die Unterhaltspflicht für ein Kind als Schaden zu begreifen. Die Rechtsprechung der Zivilgerichte zur Haftung für ärztliche

Behandlungsfehler in der Fortpflanzungsmedizin oder für fehlgeschlagene Schwangerschaftsabbrüche scheint dem zu widersprechen.

Die Zivilgerichte sind im Ergebnis bis heute mit Recht bei ihrer Rechtsprechung geblieben. Der Bundesgerichtshof (BGH 124, 128) mit Zustimmung des ersten Senats des BVerfG (NJW 1998, 519) beruft sich auf Grundprinzipien des Schadenersatzrechts. Nicht das Kind werde als Schaden begriffen, sondern der Unterhalt, der für das Kind gezahlt werden müsse. Der Schadenbegriff als solcher ist wertfrei und enthält kein Unwerturteil über das Kind. Es werden nicht Existenz und Nichtexistenz des Kindes in herab-würdigender Weise miteinander verglichen. Vielmehr erfolgt lediglich nach schadenersatzrechtlichen Gesichtspunkten eine Beurteilung der wirtschaftlichen Seite eines sehr komplexen Lebenssachverhaltes, der in diesem Punkt durch die Vertragsbeziehung der Eltern zum behandelnden Arzt geprägt sei. Warum solle dieser, wenn er seine vertraglichen Pflichten schlecht erfülle, nicht dafür haften müssen? Auch wenn die Unterhaltspflicht für ein Kind begrifflich dessen Existenz voraussetzt, handelt es sich lediglich um einen für sich wertfreien naturwissenschaftlichen Kausalzusammenhang, der eine untrennbare Einheit zwischen Unterhaltsanspruch eines Kindes und seiner Menschenwürde nicht zu begründen vermag (so der Bundesgerichtshof in seinem Urteil NJW 1995, S. 2407).

VII.

Wenden wir uns nun den Fragen zu, die in Deutschland seit etwa zwei Jahren in lebhaftem wissenschaftlichen und politischen Streit stehen, den Fragen der Verwendung von Embryonen für Forschung und Therapie. Hier bieten sich weite Felder für die Medizin bei bisher unbehandelbaren Leiden. Das Thema des Organersatzes wird die Medizin im nächsten Jahrzehnt vorrangig beschäftigen. Sollen Embryonen bzw. embryonale Stammzellen, die über Zerstörung von Embryonen gewonnen werden, dafür Verwendung finden dürfen?

Bleiben wir zunächst auf der sogenannten “einfachrechtlichen” Ebene und lassen wir die verfassungsrechtlichen und ethischen Aspekte, auf die es letztendlich ankommen wird, noch im Hintergrund.

Zuerst: Das deutsche Embryonenschutzgesetz vom 13.12.1990 hat weitr eichende Verbote geschaffen.

Das Gesetz bestimmt – freilich nicht mit Verfassungsrang – in seinem § 8 den Embryo als Schutzobjekt. Als solcher gilt “so das Gesetz – “bereits die befruchtete entwicklungsfähige menschliche Eizelle vom Zeitpunkt der

Kernverschmelzung an", ferner "sogar jede einem Embryo entnommene totipotente Zelle, die - so die gesetzliche Erklärung - "sich bei Vorliegen der dafür erforderlichen weiteren Voraussetzungen zu teilen und zu einem Individuum zu entwickeln vermag".

In § 6 wird das Klonen verboten, das dahin definiert wird, dass es verboten ist, künstlich zu bewirken, dass ein Embryo mit der gleichen Erbinformation, wie ein anderer Embryo oder Mensch entsteht. Nicht erlaubt ist daher das sogenannte reproduktive Klonen, aber auch das therapeutische, wenn es zur Gewinnung von Gewebe erfolgt.

Nach § 1 Abs. 1 Nr. 1 ist eine künstliche Befruchtung zu einem anderen Zweck, als eine Schwangerschaft der Frau herbeizuführen, verboten. Damit ist auch die Erzeugung von Embryonen zu Zwecken der Entnahme auch von nicht mehr totipotenten Stammzellen zur Forschung oder therapeutischen Verwendung unerlaubt.

§ 2 Abs. 1 bedroht denjenigen mit Strafe, der einen extracorporal erzeugten menschlichen Embryo zu einem nicht seiner Erhaltung dienenden Zweck abgibt, erwirbt oder verwendet. Damit ist eine andere Verwendung vorhandener, etwa überzähliger Embryonen, als zur Herbeiführung einer Schwangerschaft verboten, etwa zur Therapie.

Das meiste, was Stammzellenforschung heute will oder möchte, ist danach nicht erlaubt

Ⅷ.

[Umstritten ist, ob das ESchG auch die Präimplantationsdiagnostik verbiete.

Ob die Befruchtung mehrerer Eizellen in der Absicht, sie vor ihrer Implantation auf gentechnische Schäden zu prüfen, Handlungen enthält, die einem anderen Zweck dient, als eine Schwangerschaft im Sinne von § 1 Nr. 2 herbeizuführen, ist umstritten. [Eine Auffassung, etwa vertreten von der früheren Gesundheitsministerin Fischer, meint, hier erfolge die Befruchtung nicht, um eine Schwangerschaft herbeizuführen, sondern um eine Selektionsmöglichkeit zu eröffnen und die befruchtete Eizelle zu prüfen. Man spricht von einer bedingten Zeugung unter dem "Vorbehalt der Tötung bei Qualitätsmängeln".]

Andere meinen dagegen, meines Erachtens mit Recht, dass die Fertilisation zur Herbeiführung einer Schwangerschaft erfolgt, um die es bei dem Ganzen doch gehe. [Ziel der Befruchtung sei nicht die Ablehnung eines geschädigten Embryos, sondern die gewünschte Schwangerschaft. Die Verwerfung eines Embryos der genetisch geschädigt ist, ist vielmehr eine mögliche,

unerwünschte Nebenfolge im Verhältnis zur Absicht einer Schwangerschaft ein Fehlschlag. Ich halte diese Ansicht für richtig. Eine Absicht kann nicht deshalb verneint werden, weil ein Teilakt von einer weiteren Bedingung abhängig gemacht wird. Ein Zwischenzweck, die genetische Prüfung, schließt den Zweck nicht aus. Eine andere Auslegung des Gesetzes würde eine verbotene ausdehnende Analogie darstellen.]

Auch gegen § 2 Embryonenschutzgesetz verstößt die Präimplantationsdiagno stik nicht. Der nicht transferierte Embryo wird meines Erachtens nicht "verwendet", wenn er gerade nicht verwendet wird.

[Jedenfalls nach dem Embryonenschutzgesetz erlaubt oder nicht verboten erscheint zunächst die Einfuhr pluripotenter Stammzellen, da mit den Stammzellinien kein Embryo erworben bzw. verbraucht wird. Der Embryo ist bereits im Ausland zerstört und verwendet worden. Freilich kommt nach deutschem Recht hier eine Strafbarkeit wegen Anstiftung und Beihilfe gem. § 9 Abs. 2 StGB in Betracht, wenn die Entnahme aus der Blastozyste im Zusammenhang mit einer Bestellung aus Deutschland erfolgt, was der Sache nach meist der Fall sein wird.

[Überhaupt erscheint es zweifelhaft, ob nicht nach internationalem Privatrecht die Verwendung von aus Embryonen stammenden Stammzellen nicht eine mittelbare Verwendung von Embryonen darstellt. Bedenklich – wir kommen darauf zurück – erscheint nach deutschem Recht auf verbotene Weise gewonnene Stammzellen hier zu verwenden, man fühlt sich an das amerikanische Beweisverbot "The fruit of the poyisonous tree" erinnert: Die Frucht des verbotenen Baumes soll hier verwendet werden, weil das Gewinnen von Stammzellen aus Embryonen im Ausland erlaubt ist.

Ich weiß nicht, ob die deutsche Forschung das darf, nach dem Satz: Du glückliches Deutschland hast die Moral, die anderen machen die Arbeit.]

IX.

Mit dem Embryonenschutzgesetz sind wir aber noch im Vorfeld der eigentlichen Probleme. Das Embryonenschutzgesetz ist änderbar, es muss, da veraltet, sowieso geändert werden, um die 1990 noch nicht bekannten Techniken des Klonens und der Zellverwendung zu erfassen.

Die Diskussion dreht sich daher mit Recht auch nicht im Kern um die Bestimmungen des Embryonenschutzgesetzes, sondern um die verfassung srechtlichen und ethischen Grundlagen, ob eine Verwendung vom Embryonen für Zwecke von Forschung und Therapie überhaupt zulässig erscheint. Vorrangiges Verfassungsrecht und darin zum Ausdruck kommende ethische

Grundsätze sind dabei im Spiel.

Der Sache nach geht es um die Verwendung von Embryonen nach Verschmelzung von Ei- und Samenzelle.

Werden damit "junge Menschen für fremde Zwecke geopfert" (so ähnlich Kardinal Meisner), werden hier Menschen verdinglicht, oder geht es um zulässige Eingriffe in Vorstadien der Menschenentwicklung?

Die Debatte hat in den letzten Wochen und Monaten an Schärfe zugenommen. Es gehe - so wird gesagt - um das grundsätzliche Problem der ethischen Grenzen der Naturwissenschaften, um das Bild des Menschen in dieser Gesellschaft.

Der Bundespräsident erinnert an die grundlegenden ethischen Werte und spricht sich gegen die Embryonenforschung aus. Sein Vorgänger Roman Herzog widerspricht ihm.

Drei Präsidenten der Deutschen Forschungsgemeinschaft geraten aneinander. Der derzeitige Präsident Winnacker will mit der Stellungnahme der Deutschen Forschungsgemeinschaft in sehr engen Grenzen bei sogenannten überzähligen, "verwaisten", das heißt etwa aus Präimplantationsdiagnostikverfahren vorhandenen Embryonen ihre Verwendung zulassen. Ebenso will er den Import im Ausland gewonnener Stammzellen erlaubt sehen.

Sein Vorgänger Frühwald tritt ihm entgegen und sieht eine Auseinander setzung zwischen einerseits einem christlichen, zumindest kantianischen und einem scientistischen - sozialdarwinistischen Menschenbild andererseits.

Seinem Vorgänger Markl, jetzt Präsident der Max-Planck-Gesellschaft, wirft er vor, ein solches Menschenbild zu propagieren. Mit Recht sprächen Schriftsteller von "Trübsal am Rande der posthumanen Wüsten", vom "Putsch im Labor". Frühwald appelliert an die Forschungsgemeinschaft, der Stimme ihrer Philosophen und Ethiker mehr Gewicht zu geben, als dem "Formalismus ihrer Juristen und dem Experimentalismus ihrer Biochemiker". Die Menschenwürde sei vorgegebenes Konstitutivum des Staates. Frühwald tritt dafür ein, dass der Mensch vom Zeitpunkt der Verschmelzung von Ei und Samenzelle an Mensch sei und damit Lebensrecht und Würde habe, die ihm Kulturminister Nida-Rümelin abgesprochen hatte.

Nach Markl spielt sich im Streit um die Stammzellforschung eine weltanschauliche Auseinandersetzung über Natur und Wesen des Menschen und daraus folgend seine Rechte und Pflichten ab, die von profunder Bedeutung für das Selbstverständnis des Menschen und die Grundlagen seines gemeinschaftlichen Lebens sei. Letzten Endes gehe es darum: "Was ist der Mensch?". Kritisch führt Markl an, er fühle sich als "frecher Hecht im dicht an dicht besetzten Karpfenteich moralischer Hochgesinnung". Er tritt für einen

späteren Zeitpunkt der Menschwerdung, die Nidation, die Einnistung des befruchteten Eis im Uterus ein.

X.

Rechtlich ist das Problem an Art. 2 Abs. 2 Satz 1 und Art. 1 des Grundgesetzes festzumachen. In Art. 2 Abs. 2 heißt es: “Jeder hat das Recht auf Leben und körperliche Unversehrtheit”. Und Art. 1 statuiert: “Die Würde des Menschen ist unantastbar”.

Was ist unter “Jeder” und “Mensch” zu verstehen? Wie sind diese Sätze auszulegen? Das ist die rechtlich entscheidende Perspektive. In diese hermeneutische Frage gehen auch die ethischen Probleme ein, die in erheblichen Unterschieden in der Bundesrepublik Deutschland erörtert werden. Filter und Maßstab der ethischen Grundlagen muss und kann – wie die DFG es in ihrem Votum meines Erachtens richtig darstellt – die verfassungsrechtliche Basis sein. Die Verfassung wird damit praktisch zur Determinante des ethischen Konsenses.

XI.

Was also ist der rechtliche und moralische Status des Embryos?

[Der Verfassungsgeber selbst hat die Sache nicht ausdrücklich entschieden. Die Aufnahme des ungeborenen Lebens in Art. 1 und 2 Grundgesetz hat im Parlamentarischen Rat beim Entstehen des Grundgesetzes keine Mehrheit gefunden. Das besagt freilich nichts gegen die mögliche Einbeziehung von Embryonen in den Lebens- und Würdeschutz des Grundgesetzes.]

Die dazu vertretenen Positionen sind je nach den ethischen Ausgangs positionen diametral verschieden.

Die eine Ansicht, von utilitaristischen, empiristisch beeinflussten Positionen bestimmt, will einem Menschen erst dann einen Rechtsstatus, subjektive Rechte und damit auch Menschenwürde und Lebensrecht zugestehen, wenn er Selbstbewusstsein, eigene Interessen und Selbstverfügung aktuell subjektiv besitzt, also keinesfalls vor der Geburt, eigentlich mindestens einen Monat nach dieser Geburt; aus pragmatischen Gründen wird dann aber auf den Zeitpunkt der Geburt abgestellt. Peter Singer etwa vertritt diese Auffassung, ihm folgt Norbert Hoerster. Merkel und er treten in der aktuellen Stammenzellen diskussion für diese Position ein und nennen als Grundlage eines Würdeanspruches und eines Lebensrechtes die empirisch festgestellte prinzipielle Fähigkeit zu Freiheit und Selbstartikulation. Diese fehle aber vollständig dem Embryo. Beurteile man ihn – was richtig sei – nach seinem

aktuellen Status quo, so sei es nicht möglich, ein genuin eigenes, subjektives Recht auf Leben und Würde zu begründen.

Die Gegenposition erkennt dem Embryo mit der Kernverschmelzung von Ei und Samenzelle den vollen Status des Menschen zu, gibt ihm Menschenwürde und Recht auf Leben. Der Embryo gehört, so Spaemann, zur Menschheitsfa milie, er entwickele sich, so das Bundesverfassungsgericht, als Mensch nicht erst zum Menschen.

Die gegenwärtigen Stellungnahmen der Kirchen sowie in der Tradition kantianischer und transzendalphilosophischer sowie neuthomistischer Orientier ung stehender Philosophen und Ethiker schließen sich dem an. Freilich mit teilweise erheblichen Abweichungen hinsichtlich des Zeitpunktes in der Embryonalentwicklung, von dem an ein unbedingter Schutz des Embryos zu gewähren ist und hinsichtlich möglicher Zäsuren im Maß des Schutzes während dieser Entwicklung.

Die Argumente sind unterschiedlich. Ganz offen naturrechtlich argumentiert etwa Starck im Grundgesetzkommentar von Mangold/Klein/Starck: Die natürliche Finalität der befruchteten Eizelle sei eine Vorgegebenheit des Rechts, die sich einer beliebigen Bewertung entziehe. Andere Grenzziehungen für den Beginn des Würdeschutzes [nach Nidation, Beginn der Hirnentwicklung, Lebensfähigkeit, Geburt etc.] bedeuteten Selektion. Diese Selektion würde jeweils von Starken über die Schwachen erfolgen. Für die Bestimmung, wem der Menschenwürdeschutz zustehe, könne nur die weitestmögliche Definition des Menschen erlaubt sein.

Andere Begründungen differenzieren mehr und suchen dem Einwand des unzulässigen naturalistischen Fehlschlusses vom Sein auf ein Sollen zu entgehen. Warum sollte, so wendet etwa Merkel ein, ein Stück Biologie, wie die Entstehung einer neuen DNS im Genom der befruchteten Eizelle, fundamentale Rechte für ein Subjekt begründen können?

Nun kann sicher nicht ohne Rücksicht auf natürliche, biologische Tatsachen darüber entschieden werden, wann der Mensch beginnt. Hier ist mit der erst 1875 beschriebenen Verschmelzung von Samenzelle und Eizelle und der Bildung eines neuen doppelten Chromosomensatzes als Träger der Erbanlagen (1883) das erste entscheidende Ereignis bei der Entstehung des neuen menschlichen Individuums.

Die Kernverschmelzung begründe, so argumentieren die Befürworter des Menschenrechtsstatus, bereits Potentialität zur künftigen personalen Entwicklung eine eigene Individualität und Identität sowie eine in sich durchgängige ungebrochene Kontinuität (jargonmäßig, sogenanntes “PIK-Argument” genannt).

Gegen diese Argumente gibt es vielfältige Einwände. Ich kann sie hier nicht

im einzelnen referieren, einer der gewichtigsten scheint mir zu sein, dass Potentialität und Kontinuität sich nur entfalten können, wenn andere notwendige Rahmenbedingungen hinzutreten, die Zäsuren im Schutz des Menschen bedeuten könnten, wie etwa Nidation, spätere Festlegung der Körperachsen, die Individuation in der Nidation, bis zu der noch eine Mehrlingsbildung möglich ist und die normale Entwicklung des Neuralrohrs mit dem Beginn des Hirnlebens, das dem Hirntod gegenübergestellt und mit dem Beginn des Menschseins etwa nach Ansicht von Sass und anderen gleichgesetzt werden soll.

Richard Schröder weist darauf hin, dass nur eine dreißig prozentige Wahrscheinlichkeit bestehe, dass eine befruchtete Eizelle zu Schwangerschaft und Geburt führe. Diese Wahrscheinlichkeit der Geburt erhöhe sich schlagartig mit der Nidation. Markl argumentiert, wenn sich nur ein Bruchteil natürlich befruchteter Eier einniste und der übrige Teil durch Frühabort abgehe, diene das von Natur aus dazu, nur entwicklungsfähige Keime zur Entwicklung kommen zu lassen. Daher will er in Übereinstimmung mit einer Reihe von anderen Autoren die eigentliche Entscheidung zur Menschwerdung erst mit der Einnistung des Keimes im Uterus und nicht schon mit der Befruchtung sehen, also etwa wie in England und der dortigen Regelung angenommen, nach einem Zeitraum von 14 Tagen seit der Befruchtung.

Fraglich ist dann freilich, welcher Zeitraum bei in vitro-befruchteten und dort bleibenden, nicht implantierten Embryonen festgelegt werden soll. Sollen diese Embryonen nie in den Status des geschützten Menschen übergehen, oder auch nach 14 Tagen?

Wechselseitig wirft man sich Biologismus und Naturalismus vor. Frühwald hält ihn Markl vor, Markl vice versa den Verfechtern der Kernverschmelz ungsthese, wenn er schreibt, die alleinige Fixierung des Beginns des Menschen auf den Besitz eines Satzes menschlicher Gene degradiere diese Menschen zum reinen Biowesen und nehme ihm seine kulturbedingte Entscheidungsfreiheit, die sich nicht nur blind hoffend und leidend dem Naturgeschehen ausliefen müsse.

Wann der Mensch beginnt, lässt sich nicht aus rein biologischen Fakten allein unwiderleglich ableiten. Es geht auch um Deutung und Bewertung dieser biologischen Fakten.

Das Menschsein erst nach der Geburt anfangen zu lassen – da gibt es weitere Schwierigkeiten, weil das Neugeborene durchaus noch kein Selbstbewusstsein und keine Interessen artikulieren kann – wie es Merkel und andere wollen, halte ich für verfehlt. Die Qualität Mensch kann nicht von seinem Bewusstsein, seinen Interessen und seiner Selbständigkeit abhängen.

Eine rein naturwissenschaftliche Deutung und die Definition, dass bis zur

Geburt nur ein ungeordneter Zellhaufen da sei, ist nicht möglich. Normative Elemente gehen in die Entscheidung mit ein. Wir sollten davon ausgehen, dass die Qualität “Mensch” nach nicht nur subjekiven Kriterien entschieden werden muss und dass sie jedenfalls dem Embryo bereits zukommt.

Ob die Kernverschmelzung schon der richtige Zeitpunkt des vollen Schutzes sein soll, oder ob auf die Nidation abzustellen ist, darüber kann man mit guten Gründen streiten. Aber halten wir fest, dass der Embryo mit Recht überwiegend nicht als disposible Sache angesehen wird. Er ist im Sinn von Art. 2 II GG “Jeder” und auch “Mensch” im Sinn von Art. 1 GG. Eine andere Auslegung erscheint falsch. Aber es sollten Stufen des Schutzes möglich sein, wie es soeben Herdegen wieder entwickelt hat. Das im Embryo mit der Kernverschmelzung fertige genetische Programm ist noch kein entwickelter Mensch. Die Nidation bedeutet jedenfalls eine weitere wesentliche Voraussetz ung der Entfaltung der Potentialität und könnte eine Stufe darstellen.

Die Menschenwürde eines Embryo würde durch die Therapieforschung nicht verletzt, es handelt sich nicht um eine menschenverachtende, herabwürdigende Behandlung, auch nicht im Sinne der recht verstandenen Objekttheorie in Anlehnung an Kant, wenn man den Embryo, wie es die Natur selbst in 70 % der Fälle tut - man verzeihe mir dieses naturalistische Argument - nicht zur Implantation verwendet.

Praktisch heißt das, es sollte möglich sein, etwa aus der PID vorhandene Embryonen, die nicht implantiert werden können, zu therapeutischer Forschung zu verwenden. Zweifelhaft erscheint mir dagegen, ob die Produktion von Embryonen speziell für die Forschung zulässig sein sollte. Hier wird die “Menschheit” in Gestalt der Embryonen bloß für fremdnützige Zwecke hergestellt.

Rechtlich zweifelhaft ist der Vorschlag der DFG, den Import im Ausland aus Embryonen durch deren Zerstörung gewonnener Stammzellen zu erlauben, wenn dasselbe Verfahren in Deutschland nicht erlaubt ist. Das ist allzu kompromißhaft, wird aber wahrscheinlich gerade deshalb akzeptiert werden.

Bedacht und nicht mit der DFG so einfach abgelehnt werden sollte das offenbar medizinisch interessante therapeutische Cloning. Ziel ist hier nicht die Produktion neuer Menschen oder totipotenter Zellverbände. Es geht vielmehr um die Gewinnung von Geweben bzw. von Organen für identische Menschen. Problematisch erscheint der Durchgang durch das Embryonalstadium. Die Medizin müsste in der Lage sein und genetische Mittel verwenden, einen solchen Durchgang zu verhindern und damit eine Entwicklung zum vollständigen Embryo aufzuhalten.

XII.

Im Kern der Diskussionen geht es um Status und Schutz des menschlichen Embryos. Wenn die Würde des Menschen unantastbar ist, ist der Embryo Mensch? Im Grundgesetz heißt es in Art. 2 II: “Jeder hat das Recht auf Leben und körperliche Unversehrtheit”. Ist der Embryo ein "Jeder"? In diese rechtliche Frage gehen auch die ethischen Thesen ein, die mit erheblichen Differenzen heute erörtert werden. Filter und Maßstab ethischer Thesen muß das Verfassungsrecht sein. Die Verfassung wird damit praktisch auch zur Determinante der allgemeinen Ethik, ebenso wie in die Verfassungsauslegung die ethischen Argumente eingehen.

Der Verfassungsgeber selbst hat die Sache nicht ausdrücklich entschieden. Die Aufnahme des ungeborenen Lebens in Art. 1 und 2 Grundgesetz hat im Parlamentarischen Rat beim Entstehen des Grundgesetzes keine Mehrheit gefunden. Das besagt freilich nichts gegen die heute anstehende Auslegung des Lebens- und Würdeschutzes im Grundgesetz. Wie wird das Wort "Mensch" in Art. 1 Grundgesetz ausgelegt?

Die eine Position, sie wird besonders deutlich von Merkel vertreten, aber auch von Hoerster unter Berufung auf Peter Singer. Er will einem Menschen erst dann einen Rechtsstatus und subjektive Rechte und damit auch Menschenwürde und Lebensrecht zugestehen, wenn er Selbstbewußtsein, eigene Interessen und Selbstverfügung aktuell subjektiv besitzen kann, also keinesfalls vor der Geburt, eigentlich auch noch nicht mit der Geburt. Aus pragmatischen Gründen wird aber dann auf den Zeitpunkt der Geburt abgestellt. Wer bestimmte Interessen nicht haben kann, habe auch kein Recht auf die Berücksichtigung solcher Interessen. Fähigkeit zu Ich-Bewußtsein und Zukunftsinteressen ist für das Leben konstitutiv.

Als Grundlage eines Würdeschutzes und eines Lebensrechtes, die nur zunächst einmal zusammen gesehen werden sollen, wird die empirisch feststellbare prinzipielle Fähigkeit zu Freiheit und Selbstartikulation genannt. Dies aber fehle vollständig dem Embryo. Beurteile man ihn nach seinem aktuellen Status quo, sei es nicht möglich, ein eigenes subjektives Recht auf Leben und Würde zu begründen. Es gelte zwar das rechtliche und ethische Prinzip "neminem laede", aber der Embryo sei noch kein "Jemand", den man verletzen könne.

Erkenne man ihm Rechte zu, weil er der menschlichen Gattung angehört, so sei das ein naturalistischer Fehlschluß.

Die Gegenposition spricht dem Embryo von der Kernverschmelzung von Ei und Samenzelle an den Status des Menschen zu, gibt ihm Menschenwürde und

Recht auf Leben. Der Embryo entwickele sich, so hat das Bundesverfass ungsgericht formuliert, als Mensch, nicht erst zum Menschen. In seinen beiden Abtreibungsentscheidungen hat das Gericht das sich im Mutterleib entwickelnde Leben als selbständiges Rechtsgut unter dem Schutz von Art. 2 II und Art. 1 Grundgesetz gesehen.

Es hat also die rechtliche Kernfrage nach dem "Jeder" und der "Menschqualität" des Embryos im Mutterleib grundsätzlich bejaht. Freilich hatte es nur die Frage der Schutzpflichten des Staates von der Nidation an, also der Einnistung des befruchteten Eis in der Mutter ausdrücklich zu entscheiden. Deutlich sagt das Gericht, daß ein Lebensrecht nicht erst durch die Annahme der Mutter begründet werde. Menschenwürde komme schon dem ungeborenen Leben zu, nicht erst dem menschlichen Leben nach der Geburt oder gar bei ausgebildeter Personalität. Es zitiert § 10 I 1 des Preußischen Allgemeinen Landesrechts von 1794: Die allgemeinen Rechte der Menschheit gebühren auch den ungeborenen Kindern schon von der Zeit ihrer Empfängnis an.

Die Stellungnahmen anderer, insbesondere der in der Tradition kantianischer, transzendentalphilosophischer Orientierung stehenden Ethiker gehen ebenfalls vom Menschenwürdeschutz vom Zeitpunkt der Kernverschmelzung an aus. Freilich mit teilweise erheblichen Abweichungen hinsichtlich des Zeitpunktes der Embryonalentwicklung von dem an ein unbedingter Schutz des Embryos zu gewähren ist und hinsichtlich möglicher Zäsuren im Maße des Schutzes während dieser Entwicklung.

Die verschiedenen ethischen Positionen kehren in der Interpretation der Menschenwürde wieder. Das zeigt die bleibende Abhängigkeit des Rechts von ethischen Positionen und Vorverständnissen.

Ganz eindeutig argumentiert Starck übereinstimmend mit vielen Verfassung srechtlern im Grundgesetzkommentar von Mangoldt/Klein/Starck, die natürliche Finalität der befruchteten Eizelle sei eine Vorgegebenheit des Rechts, die sich einer beliebigen Bewertung entziehe. Andere Grenzziehungen für den Beginn eines Würdeschutzes, wie Nidation, Beginn der Hirnentwicklung, Lebensfähigk eit, Geburt etc. bedeuteten Selektion. Diese Selektion würde jeweils von den Starken gegenüber den Schwachen erfolgen.

Das gleiche Argument wird auch in den Auseinandersetzungen in der Präimplantationsdiagnostik verwendet. Dabei geht es um die Frage, ob in-vitro-fertilisierte Eier nach genetischem Test von einer Implantation in die Mutter dann ausgenommen werden dürfen, wenn sie genetisch schwer geschädigt sind. Das will ein Gesetzentwurf der FDP-Fraktion und auch ein Vorschlag im Diskussionsentwurf der Bundesärztekammer. Die in der Petrischale liegenden Embryonen bedürften - so wird dagegen argumentiert -

der Unterstützung und der Hilfe durch das Recht: Der noch nicht im Mutterleib nidierte Embryo sei in besonderer Weise gefährdet: Daher bedürfe er auch vorrangig des Schutzes.

Insbesondere Merkel hat als angeblich naturalistischen Fehlschluß kritisiert, mit der Verschmelzung von Samen und Eizelle und der Bildung eines neuen doppelten Chromosomensatzes als Träger der Erbanlagen entstehe schutzwürdiges menschliches Leben. Wie sollte ein Stück Biologie, wie die Entstehung einer neuen DNS im Genom der befruchteten Eizelle fundamentale Rechte für ein Subjekt begründen können?

Die Kernverschmelzung begründe, so argumentieren andererseits die Befürworter des Menschenrechtsstatus, bereits eine Potentialität für die künftige Personentwicklung, eine eigene Individualität und Identität sowie eine in sich durchgängige ungebrochene Kontinuität.

Gegen dieses Argument gibt es vielfältige Einwände. Einer der wichtigsten scheint mir zu sein, daß Potentialität und Kontinuität sich nur entfalten können, wenn andere notwendige Rahmenbedingungen hinzutreten, die Zäsuren im Schutz des Menschen sein könnten, wie etwa die Festlegung der Körperachsen, die Individuation in der Nidation bis zu der noch eine Mehrlingsbildung möglich ist. Genannt werden weiter die Entwicklung des Neuralrohrs mit dem Beginn des Hirns, das dem Hirntod gegenübergestellt wird.

Hubert Markl kritisiert die Kernverschmelzungsthese, wenn er schreibt, die alleinige Fixierung des Beginns des Menschen auf den Besitz eines Satzes menschlicher Gene degradiere diesen Menschen zum reinen Biowesen und nehme ihm seine kulturbedingte Entscheidungsfreiheit, sich nicht nur blind hoffend und leidend dem Naturgeschehen ausliefern zu müssen.

Auf der anderen Seite wird auf die volle Potentialität einer menschlichen Zygote hingewiesen, in der sich die gesamte Entwicklung des Menschen versammle. Wie solle es demgegenüber auf subjektive Kriterien wie Interessen und Wahrnehmung dieser Interessen ankommen? Sicher läßt sich nicht aus rein biologischen Fakten allein ableiten, wann der Mensch beginnt. Es geht stets auch um die normative Bewertung dieser biologischen Fakten. Aber es geht auch nicht ohne den Blick auf diese Fakten.

Man muß Merkel fragen, an welcher Stelle er denn seinen naturalistischen Fehlschluß mache und den Menschen beginnen lassen wolle. Er bezog sich jetzt auf etwa den 30. Tag nach der Empfängnis, den Beginn des Neuralrohrs als des Organs, in dem später das Gehirn gebildet werde, von dem aus Interessen ausgingen. Aber ist nicht das Gehirn potentiell bereits in der Zygote enthalten?

Das Menschsein erst mit der Geburt anfangen zu lassen – da gibt es im

übrigen weitere Schwierigkeiten, weil das Neugeborene durchaus noch kein Selbstbewußtsein und keine Interessen artikulieren kann. Die Position Merkels und anderer halte ich auf der Basis unseres geltenden Rechts für nicht vertretbar. Die Qualität Mensch kann nicht von seinem Bewußtsein, seinen Interessen, seiner subjektiven Wahrnehmungsfähigkeit abhängen. Ich meine, daß auch ein utilitaristischer Ansatz nicht dazu führen muß. Über die Qualität Mensch kann nicht nur nach seinem subjektiven Vermögen entschieden werden. Bei allen möglichen Zäsuren in einem Kontinuum der Entwicklung kann die Qualität Mensch jedenfalls dem Embryo nicht abgesprochen werden. "Embryonen haben noch keine Würde" ist daher eine unbedachte These gewesen.

Mit Recht wird der Embryo überwiegend nicht als bloße Sache angesehen. Er ist nach Art. 2 II Grundgesetz bereits "Jeder" und auch "Mensch" im Sinne des Menschenwürdegrundsatzes.

Ist damit bereits über die Fragen der Embryonenforschung, der Präimplanta tionsdiagnostik und des therapeutischen Klonens entschieden? Ich meine nein. Es sollten vielmehr Stufen des Schutzes möglich sein, wie es inzwischen in der neuen Diskussion entwickelt wird. Das im Embryo mit der Kernverschmelz ung fertige genetische Programm ist sicher noch kein entwickelter Mensch. Die Nidation bedeutet jedenfalls eine weitere wesentliche Voraussetzung der Entfaltung der Potentialität und könnte eine Schutzstufe darstellen. Der Schutz von Leben und körperlicher Unversehrtheit ist in Art. 2 unter den Vorbehalt eines Gesetzes gestellt. Er wäre also einschränkbar durch Gesetz.

Würde das nicht aber eine Verletzung der Menschenwürde bedeuten? Die Menschenwürde enthält keinen Gesetzesvorbehalt. Sie ist also uneinschränkbar gewährleistet. Erneut stellt sich danach die Frage, ob der Embryo wirklich vom Menschenwürdeschutz schon erfaßt wird. Was soll den unbestimmten Rechtsbegriff der Menschenwürde ausmachen?

Das Bundesverfassungsgericht hat es bisher abgelehnt, positiv zu sagen, wie weit der Menschenwürdeschutz reiche und was ihn ausmache. Es ist im Ansatz dem Vorschlag gefolgt, den Inhalt des Menschenwürdebegriffes eher negativ vom Verletzungsvorgang her zu bestimmen.

Den Ausgangspunkt bildet, daß die Menschenwürde betroffen ist, wenn der konkrete Mensch zum Objekt, zu einem bloßen Mittel, zur vertretbaren Größe herabgewürdigt wird. Es geht um die Degradierung des Menschen zum Ding, das total erfaßt, liquidiert, ersetzt, eingesetzt und ausgesetzt wird.

Das Bundesverfassungsgericht ist aber bei dieser von Günter Dürig zuerst entwickelten Objektformel, die deutlich im Anklang an Kant gebildet ist, nicht stehengeblieben, sondern es hat geschrieben, allgemeine Formeln, wie die, der

Mensch dürfe nicht zum bloßen Objekt der Staatsgewalt herabgewürdigt werden, könnten lediglich die Richtung andeuten, in der Fälle der Verletzung der Menschenwürde gefunden werden können. Der Mensch ist nicht selten Objekt nicht nur der Verhältnisse in der gesellschaftlichen Entwicklung, sondern auch des Rechts, insofern er ohne Rücksicht auf seine Interessen sich fügen muß, etwa bei seiner Inhaftierung wegen Gefährlichkeit aufgrund einer Maßregel. Eine Verletzung der Menschenwürde könne darin allein nicht gefunden werden. Hinzukommen müsse, daß er einer Behandlung ausgesetzt wird, die seine Subjektqualität prinzipiell infrage stellt oder daß in der Behandlung im konkreten Fall eine willkürliche Mißachtung des Menschen liegt. Die Behandlung des Menschen durch die öffentliche Hand, die das Gesetz vollzieht, muß also, wenn sie die Menschenwürde berühren soll, Ausdruck der Verachtung des Wertes, der dem Menschen kraft seines Personseins zukommt, also in diesem Sinne eine verächtliche Handlung, sein.

Von dieser Fassung des Menschenwürdegrundsatzes aus ist nicht etwa jede Tötung eine Würdeverletzung. Lebensschutz kann nicht mit Menschenwürde schutz gleichzusetzen sein. Beide stehen nebeneinander. Das Recht kennt Verletzungen des Lebens, die aufgrund eines Gesetzes gerechtfertigt sind, wie etwa eine Tötung in Notwehr oder durch einen sogenannten Rettungsschuß der Polizei. Um menschenwürdewidrig zu sein, müßte diesen Handlungen das vom Verfassungsgericht genannte Spezifische der Verletzung der Würde immanent sein, die Herabwürdigung zum Objekt in menschenverachtender Erniedrigung. Nicht jede Tötung eines Menschen berührt die Menschenwürdegarantie, sondern erst dann, wenn besondere Begleitumstände damit verknüpft sind.

Ist aber der Verbrauch von Embryonen zur Forschung nicht typisch im Sinne der Objektformel eine Verwendung für fremde Zwecke? Der Vorrang ökonomischer Zwecke allein würde gegen das Prinzip der Würde verstoßen.

Nicht nur die Rechtsordnung der Bundesrepublik, sondern die meisten anderen Rechtsordnungen erkennen an, daß ungeborenes Leben zugunsten anderer Rechtsgüter zurücktreten kann. Der Schwangerschaftsabbruch ist in den ersten drei Monaten nach der Nidation lediglich nach einer obligatorischen Beratung aufgrund Entschlusses der Mutter straffrei, in den Monaten danach aufgrund einer Indikation dann, wenn der Mutter die Schwangerschaft nicht weiter zuzumuten ist. Das zeigt, daß sowohl der Lebensschutz als auch die Menschenwürdegarantie nicht absolut sind, sondern Unterschiede und Abstufungen kennen.

In der Präimplantationsdiagnostik kann danach ein Verfahren vorgesehen werden, mit dem der in-vitro-fertilisierte Embryo nach einer Prüfung auf eine schwere genetische Schädigung der Mutter nicht implantiert und nicht

verwendet wird. Darin liegt zwar eine gegen das Leben des Embryos gerichtete Unterlassung, aber keine Verletzung seiner Menschenwürde.

Denn es geht um ein Verfahren, Leben entstehen zu lassen unter Vermeidung schwerer genetischer Schädigung. Sicher ist die Konfliktsituation zwischen Embryo und Mutter im Falle der Schwangerschaft eine andere, als wenn es um die Nichtverwendung eines in der Petrischale liegenden Embryos geht. Es ist aber verfehlt, wenn die Position vertreten wird, Präimplantation sdiagnostik und Schwangerschaftsabbruch seien unvergleichbar und hätten nichts miteinander zu tun. Die Präimplantationsdiagnostik kann ein auf einen früheren Zeitpunkt verlegtes, das Leben eines Embryos beendendes Unternehmen sein, das von der Konfliktsituation her durchaus vergleichbar ist. Denn im Präimplantationsverfahren steht die Mutter vor der Alternative, ein voraussichtlich schwer genetisch geschädigtes Kind anzunehmen, auszutragen und mit ihm zu leben. Soll man sie tatsächlich zwingen, sich den Embryo implantieren zu lassen um ihn dann anschließend nach Pränataldiagnostik bei Feststellung einer genetischen Schädigung im Wege des Schwangerschaftsab bruches herausnehmen zu lassen?

Ich meine, dass Präimplantationsdiagnostik in den Grenzen genetischer Indikation zugelassen werden müßte, will man nicht den Vorwurf der Widersprüchlichkeit und der Heuchelei auf sich ziehen, wenn man in so weitem Umfang, wie es unser gegenwärtiges Recht tut, den Abbruch der Schwangerschaft erlaubt. Sonst trifft der Satz von Erwin Deutsch zu, der zugespitzt ausgeführt hat, der Embryo werde in der Bundesrepublik Deutschland solange absolut geschützt, bis er abgetrieben werden kann.

초기생명의 법적 보호

(Der Schutz des Lebens an seinem Beginn durch Recht)

Professor Dr. Dr. h.c. Hans-Ludwig Schreiber*
김 혜 정(역)**
신 동 일(역)***

Ⅰ.

의학, 특히 유전자공학의 새로운 발전으로 생명의 출생뿐만 아니라 죽음에 있어서 생명보호라는 새롭고 어려운 문제가 발생하였다. 생명에 대한 형법적 보호는 우리에게 앞으로 어려운 문제로 다가설 것이다. 그 문제는 새로운 기술이 재생(Reproduktion)에 있어 적용될 수 있는지 여부와 어디까지 적용될 수 있는지 그리고 생명보호가 언제 시작되는지에 대한 것들이다. 여기에 대해 국제적으로 합의가 이루어져야만 한다. 무엇보다도 생식의학의 범주와 더 나아가 연구와 치료를 위해 사용되는 배아로부터 클로닝(Klonen)을 통해 생식을 위한 배아의 보호에까지 합의가 이루어져야 한다. 그러나 독일에서는 이러한 합의가 아직까지 분명하지 않다.

Ⅱ.

먼저 인공수정, 체외수정 그리고 배아이식(Embryotransfer)에 대하여 언급하도록 하겠다. 불충분한 금지(규정)로 인해 원칙적으로 인공수정은 허락된다. 물론 배아보호법 제4조 제1항 3호에 따라 사망 후의 남자의 정액과 난자세포의 수정은 금지된다. 더 나아가 출생 후에 자신의 아이를 제3자에게 주기로 한 부녀에 대한 인공적 수정인 대리모도 금지된다.

인공수정(künstliche Insemination)에서 동질적(homologe) 수정[1]과 이질적

* 이 글은 2002년 9월 10일(화) 한국형사정책연구원에서 독일의 Hans-Ludwig Schreiber 교수와 Hans Lilie 교수를 초청하여 강연한 자료를 번역·정리한 것이다.

* 독일 괴팅겐 대학 교수, 법학 및 의학박사
** 한국형사정책연구원 부연구위원, 법학박사
*** 한국형사정책연구원 전문연구원, 법학박사

1) 여기에서 동질적인 수정이라 함은 법률적으로 혹은 사실적으로 부부관계에 있는 남자의 정자에

(heterologen) 수정[2]은 구별된다. 예전에는 동질적 수정으로 단지 남편의 정액으로 수정하는 것만을 염두에 두었던 반면, 오늘날에는 동질적 수정으로 부부사이가 아닌 생활공동체(즉 동거관계)안에서도 적용하다.

이질적 수정이라고 하면, 어떤 경우에도 부녀와 가까운 사이가 아닌 타인(제3자)의 정액이 사용되는 경우이다. 형법으로 이질적 수정은 금지되지 않는다. 1960년 형법개정안에서는 물론 처벌되었다.

이질적 수정에 있어 해결되지 않는 몇 가지 문제가 있다. 독일연방대법원 판례에 의하면, 아이가 부부사이에서 태어난 경우, 설사 남편 스스로가 예전에 인공수정에 동의의 의사표시를 했다고 하더라도, 남편을 통해 그리고 나중에는 아이 자신을 통해 적출성에 대한 취소청구가 가능하다. 일반적인 신념에 따르면, 이질적 수정은 인간존엄의 기본원칙에 모순된다.

독일연방헌법재판소는 일반적인 인격권(Persönlicheitsrecht)이 자신의 출생에 대한 인지권(Recht auf Kenntnis der eigenen Abstammung)을 포함한다고 결정을 내린바 있다. 그것은 상당히 논란이 되고 있는데, 이는 독일에서는 익명의 이질적 수정이 허용되지 않는다는 것에서 시작되어져야만 할 것이다. 모든 사람은 자신의 친부모를 알 권리를 가져야만 한다. 물론 그것에 대해 논란이 없는 것은 아니다.

의사에게는 이질적 수정으로 태어난 아이가 의사에게 자신의 생물학적 아버지의 이름을 알려달라는 요구를 할 수 있는 위험이 도사리고 있다. 만약 의사가 그것에 따를 수 없다면, 손해배상청구와 아이의 상실한 상속청구권과 양육비청구권의 청구가 생각될 수 있다. 따라서 항상 정액기증자(Samenspender)의 신원확인이 요구된다. 이런 것에 대하여 후에 아이를 통한 재정적인 권리주장 가능성에 대해 정보를 주고 이것을 기록할 의무가 발생한다.

Ⅲ.

정액제공이 원칙적으로 허락되어도, 현행법은 대리모에 대한 인공수정의 중개를 금지한다. 입양중개법 제13a조는 대리모에 대해 정의하기를, 합의에 근거하여 인공수정 혹은 자연수정을 받기로 하거나, 타인의 배아를 이식시켜서 출생 후에 제3자가 아이를 데려갈 수 있도록 허용하는 것을 약속한 부녀라고 하고 있다. 우리의 법은 형법에서 대리모중개와 그것을 위한 광고를 금지하고 있다. 대리모에 대한 인공수정은 배아보호법(Embryonenschutzgesetz) 제1조 제1항 7호에 따라 금지된다.

대리모(Ersatzmutterschaft) 혹은 난

의한 수정을 의미한다(역자주).

2) 여기에서 이질적 수정이라 함은 제3자의 정자에 의한 수정을 의미한다(역자주).

자를 제공하는 것(Leihmutterschaft)은 아이와 유전적 엄마 그리고 사회적 엄마 사이에 더 나아가 유전적 아빠 그리고 사회적 아빠 사이에 많은 복잡한 신분법적 문제를 야기한다. 중요한 것을 소위 대리모를 부탁한 사람과 대리모 사이의 계약은 비윤리적이고 무효라는 것이다. 후에 입양을 하겠다는 엄마의 동의는 구속력이 있는 것이 아니다. 이에 앞으로도 독일 법에서는 금지한 채로 유지될 것이다.

부분적으로는 난자제공을 허용하는 것이 요구된다. 이러한 것을 지지하는 자들은 여기에는 구체적인(intensiv) 상담과 검사 후에 단지 선별된 시설에서만 실행 할 것을 요구한다. 이러한 희망은 인정을 받지 못할 것으로 기대될 수 있다.

Ⅳ.

비록 우리에게 명시적인 법적 규정이 존재하지는 않지만, 체외수정, 배아이식(Embryotransfer, ET) 그리고 소위 정액의 intrazytoplasmatische 주입 등은 원칙적으로 허가된 의료적 치료방법으로써 인정된다. 물론 소위 착상전진단과 결합하여 그것에 대하여 다시 활발히 논의된다. 이러한 기술과 함께 지금 사람들이 거의 뜻대로 할 수 없는 많은 문제로 가는 길이 열린 셈이다. 독일 배아보호법은 엄격하게 제한하고 있다. 또한 여기에서도 동질적 체외수정과 이질적 체외수정은 구별된다. 연방의사협회는 실질적으로 “보조적인 재생을 위한 원칙에서” 배아보호법의 규정이 직업권(Berufsrecht)안으로 옮겨졌고 엄격한 절차제한을 가지고 있다(Deutsches Ärzteblatt 1998, S A 525).

배아보호법에서 생식기술의 잘못된 사용, 성별선택, 생식선세포 더 나아가 클로닝과 교잡생식과 잡종생식은 처벌하고 있다.

인공수정(künstliche Befruchtung)과 배아이식(Embryotransfer) 더 나아가 인간배아의 보존은 의사에게 유보된 상태이다. 생리주기에 안에 3개 이상의 난자에 의한 수정은 금지되어 있다. 수정은 부녀의 생리주기 안에 전달되는 세포에 제한되어야 한다(배아보호법 제1조 제1항 3호 이하). 여기에서 문제는 무엇보다도 배아이식을 위해 매 생리주기마다 허가하는 3개의 난자라는 많은 수에 있는 것으로 보인다. 이질적 수정에서 모성(Mutterschaft)의 다양성과는 달리, 부성(gespaltene Vaterschaft)의 다양성은 금지되지 않는다. 그것이 남자와 여자의 평등권의 관점에서 타당한 것인지 여부는 의문스럽다.

보조적인 재생을 위한 연방의사협회의 원칙은 절차법적인 전제조건에 편성되어 있고, 따라서 예를 들면 의사협회의 의도가 나타날 수 있고, 직업권적인 전제조건은 입증되어져야만 한다. 불임시술에서 나타날 수 있는 육체적이고 정신적인 부담에 대한 전문적인 조언이

행해지는 것이 중요한 것이다. 배아보호법 에 따르면 임신목적의 부녀의 난자만을 수정시켜야 한다.

원칙적으로 부부 일방의 정액만이 사용되어야 한다는 것, 또한 체외수정은 단지 동질적인 체제에서만 허락된다는 것은 더욱 문제시되는 것으로 보인다(기준선 3.2.3.). 단지 의사협의에 소속된 위원회를 통한 사전의 권고에 따라 체외수정의 방법은 혼인은 하지 않았지만 동거관계에서는 적용이 허락된다. 그 방법의 적용은 독신의 경우와 동성의 경우에는 허락되지 않아야 한다. 아마도 헌법적 검증이 따른다는 제한이 존재한다.

연방의사협회의 원칙은 법률은 아니다. 그러나 그 원칙은 의사의 필요한 주의(Sorgfalt)를 위한 규정을 나타낸다고 이해될 수 있다. 따라서 원칙에 대한 위반은 치료실수가 될 것이다.

원칙적으로 생식세포의 냉동보존은 금지되지 않는다. 오히려 정액은 냉동시켜 두었다가 인공수정을 가능하게 한다. 물론 사회법원(Sozialgericht)의 판례에 따르면 정액보존을 위한 비용은 사회보험으로 처리되지 않는다. 실무에서 수정전단계(Vorkernstadium)에서 배아의 냉동보존은 넓은 범주에서 발생한다. 이것은 지금까지 모든 경우에서 금지되지 않았으나, 그사이에 많은 논란이 있었다. 의사협회의 원칙은 냉동보존은 수정전단계에 제한한다. 처치되는 생리주기 안에 예정된 이식이 더 이상 가능하지 않은 경우, 배아보존은 단지 배아보호법에 의해 규정된 예외사례에서만 허용된다(배아보호법 제9조 제3호). 수정 전 단계에서 계속되는 난자의 재배는 단지 이식의 목적을 위해서 부부의 동의하에 처리되어야만 한다.

Ⅴ.

비록 산전진단에서 임신중절의 목적이 있었다고 하더라도, 그 사이에 산전진단(Pränataldiagnostik)은 일반적으로 제한 없이 허용되는 것으로 보여진 반면, 소위 착상전진단(PID 혹은 PGD)은 활발한 논쟁이 있어왔다. 체외수정기술은 배아를 이식하기 전에 필요한 유전검사를 할 수 있게 하였다. 다른 유럽국가들에서는 착상전진단이 가능하고 또 실시되고 있다. 독일에서는 명백한 법적 제한이 가장 먼저 배아보호법 제8조 제1항에 존재한다. 따라서 소위 전능세포(Totipotenz)단계, 즉 8세포 단계까지에서는 배아에 대한 조작(Eingriff)이 수용되어서는 안되고, 또 진단목적을 위하여 전능세포(totipotente Zelle)도 사용되어서는 안 된다. 왜냐하면 이것은 세포의 보존이라는 목적에 맞지 않는 것이기 때문이다(배아보호법 제2조 제1항). 전능세포는 전체 배아와 같이 보호되어야 한다.

다능세포단계에서 착상전진단을 허락할 것인지 여부는 상당히 논란의 여지가 많다. 몇몇 사람은 그것을 배아보호

법 제1조 제1항 2호를 위반하는 것으로 받아들인다. 이러한 결정으로 임신 이외의 다른 목적을 위한 난자의 수정은 처벌된다. 여기에 착상전진단에서 발생하고, 임신을 위한 것이 아니라 선택가능성을 열기 위하여 또는 수정된 난자를 검사하기 위한 수정이 실시된다. 질적인 결함의 경우 죽음을 유보하는 조건부 생식이 언급된다. 반대로 다른 사람들은, 당연히 나의 생각으로도, 수정(Fertilisation)은 임신을 야기하기 위해 따른다는 견해이다. 수정의 목표는 손상된 배아의 제거가 아니라 희망하는 임신이다. 유전적으로 손상된 배아의 제거는, 임신을 의도하는 과정에서 나타난 실패로, 희망하지는 않았지만 단지 가능한 부작용(Nebenfolge)이다. 또 다른 부분행위는 조건에 종속되기 때문에 의도는 부정될 수 없다. 중간목적(Zwischenzweck), 즉 유전검사는 임신의 목적을 배제하지 않는다. 다른 해석은 형법적 유추금지에 모순될 수 있다.

유전적 손상이 확정된 경우에 있어 배아의 제거는 배아보호법 제2조에 따라 금지되지 않는다. 거부에는 배아보호법 제2조의 의미에서 배아의 보존에 기여하지 않는 목적을 위해 사용하지 않는 것도 있다. 이식되지 않거나 혹은 그 상태로 있는 배아는 배아가 현재 사용되지 않은 경우 "사용되지" 않은 것이다. 사용의 부작위를 통한 사용의 정범은 존재하지 않는다. 유전적 검사의 목적을 위해 더 이상 전능세포가 아닌 것의 제거는 (배아의) 남용이 아니다. 의사는 유전적으로 손상된 것으로 진단된 배아를 이식할 의무는 없다.

연방의사협회(Bundesärztekammer)는 착상전배아를 위한 원칙을 위한 토의초안을 제시했다. 초안 안에서는 8세포단계 후의 세포의 제거가 전능세포단계의 종료 후에 허락된다. 임신중절요건은 단지 중한 유전적 손상이 의심되는 경우에만 허용되고, 그것은 위원회에서 결정되어야 한다. 독일연방의회의 윤리위원회(Enquete-Kommission)는 결과보고에서 착장전진단을 완전히 금지하는 것을 제안했다. 그것을 위해 실시했던 헌법적 논의는 실패했다.

독일기본법 제2조 제2항 및 제1조(생명권과 인간존엄에 대한 보호)에 대한 위반은 배아를 임신의 목적을 위해 검사하는 경우에는 발생하지 않는다. 물론 그 과정이 법적으로 허락된 것이어야 하는데, 왜냐하면 기본권이 관계되기 때문이다. 인간존엄을 손상시키는 의미의 경멸적이거나 경시적인 처치는 허락되지 않는다. 반대논의는 납득될 수 없다. 母가 임신중절로 처벌되지 않는 중절을 허락하기 위해 母로부터 먼저 중하게 손상된 배아의 착상을 요구하는 것은 기대할 수 없을 것이다. 임신상태에서 母와 배아 사이에 사회-의료적 임신중절요소의 의미에서 긴급피난으로 임신중절을 정당화하는 충돌 가능성이 확실히 존재하면, 물론 (의사의) 권고가 있었던 경우 12주까지는 그러한

임신중절요소 없이도, 처벌받지 않는다. 당연히 착상전진단이 수정관단계에 대한 가능한 긴급피난에 대한 예견으로 표현되는 것으로 언급된다. 일반적으로 임신에 있어서 母에 대한 긴급피난의 근거가 되는 중한 유전적 손상에 있어서, 또 착상전진단에 앞서서 그러한 상황을 수용하는 것은 정당화될 수 있다.

이러한 입장은 연방의회(Bundestag)에서 FDP(자유민주당)위원회의 법안을 지지하였다. 본인도 연방의회의 법률위원회와 건강위원회에서의 청문회에서 착상전진단은 제한된 Indikation의 의미에서 기대되는 중한 유전적 손상에 있어서 허락될 수 있어야만 하는 것으로 파악하는 것을 지지했다. 소위 우생학적으로 조작된 아이(Designer-Babys)의 자유선택의 문제가 되어서는 안 된다. 연방의회는 자유민주당초안을 더 이상 다루지 않았고 의회임기의 종료와 함께 폐기되었다. 소문에 의하면, 연방정부는 차기 의회임기 중에 중한 유전적 손상에 의한 임신중절요소에 있어 제한적으로 착상전진단(PID)을 허용하는 의미에서의 규정을 계획하고 있다고 한다.

Ⅵ.

불법적인 임신중절에 대한 책임과 같이 중하게 손상된 아이가 태어난 후에 잘못된 불임수술(Sterilisation)에 대한 책임에 대해서도 상당히 논란의 여지가 있다.

불임수술은 오늘날 예전처럼 더 이상 신체에 대한 침해로 보지 않는다. 오랜 동안 법원은 불임수술(Sterilisation) 후에 태어난 원치 않은 아이의 비용에 대한 책임문제를 다루고 있다. 새로운 판례에 따라면 의사는 개인적으로 잘못된 불임수술 후에 그리고 지체된 임신 진단 후에 태어난 아이의 양육비용에 대한 책임이 있다. 당연히 판례는 아이가 손해로 보여져서도 안되고 인간존엄에 모순되는 방법으로 도구화되어서도 안된다고 언급하고 있다. 손해배상은 단지 불임수술이 아이의 양육이라는 그러한 추가비용부담을 회피할 수 있는 것일 때 발생한다.

장애아의 출생에 대한 책임문제도 또한 논란의 여지가 있다. 여기에 부모와 아이의 손해배상청구는 아이의 장애가 pränatale 진단을 통해 알 수 있었던 장애로 나타나고 부모에게 권고하여 임신중절을 통해 그 출생을 피할 수 있었던 경우에 물론 인정된다. 미국식 구별에 따라 부모의 청구는 “Wrongful birth”에 대한 청구로써 이야기되고, 아이의 청구는 “Wrongful life”에 대한 청구로 이야기된다.

연방헌법재판소(제2부)는 두 번째 임신중절판결에서 다음과 같이 판시하고 있다: “손해의 근원으로써 아이의 존재에 대한 법적 자격은 헌법(제1조 제1항)상 고려하는 것이 아니다.” 따라서 아이에 대한 양육의무를 손해로 개념짓는 것은 금지된다. 그 근거로써 헌법

재판소는 손해의 근원인 아이의 존재에 대한 법적 자격은 헌법상 배제했다는 것을 들고 있다. 모든 사람을 존중해야 하는 모든 국가권력의 의무는 아이에 대한 양육의무를 손해로 개념 짓는 것을 금지한다(Bundesverfassungsgericht NJW 1993, S. 1764).

의사의 처치잘못 혹은 실패한 임신중절에 대한 책임을 위한 민사법원의 판례는 조사를 필요로 한다. 여기에 기술부족으로 실패한 임신중절로 인해 야기된 손상으로 인한 아이에 대한 의사의 손해배상의무는 언급되지 않고 있다.

이러한 주제에서 발생하는 논쟁에 대하여 간단히 언급해보자. 이는 명백히 obiter dictum문제, 즉 판결상황이 바뀌는 헌법재판소의 견해의 문제이다.

헌법재판소 제1부는 (판례를) 번복하면서 구속효과를 부인하였고(NJW 1988, S. 519), 제2부는 재차 반대하였다(NJW 1988, S. 523). 독일연방재판소는 헌법재판소 제2부의 견해를 따르지 않고, 그 판례에 있어 아이를 통한 부양손해가 가능한 것으로 결정했다(BGHZ 124, 128). 올바르지 못한 유전적 조언, 실패한 불임수술 더 나아가 임신중절요건이 존재하는데도 실패한 임신중절 등에 있어 부모는 아이의 부양을 위한 보상을 청구할 수 있다. 판례에 따라 손해배상청구는 아이의 양육청구에 대한 유지가 치료계약의 보호범주에 포함되지 않는 경우, 혹시 다른 원인으로 실시된 수술에서 임신이 발견되지 않은 경우에는 배제된다(BGH NJW 2000, 1784). 논란이 많고 독일에서 활발히 논의되는 문제는: 건강한 아이의 존재 혹은 장애아이의 존재가 정말 손해가 될 수 있을까? 혹시 연방헌법재판소의 판결에서 임신중절요건이 적법하게 존재하는데 임신중절이 실패한 경우. 양육보상청구가 주어지는가? 태어난 아이가 엄마의 배속에서 “성공적으로” 죽지 않고, 손상을 받은 경우, 의사가 그에 대해 책임을 가져야 하는가? 연방헌법재판소는 의사, 병원 그리고 엄마 사이의 계약이 (임신)중절에 대하여 효력이 있는 것에서 출발한다. 비윤리적이거나 혹은 불법적인 것이 아닌 관계에서는 의사와 부녀 사이의 성취교환이 존재한다. 의무와 권리가 있는 양면의 효과를 가진 계약의 문제이다. 원칙적으로 계약의 잘못된 이행은 근본적으로 계약법적이고 민법적인 제재를 해결해야만 하는 것에 근거할 수 있다.

그러나 아이의 존재를 손해의 근원으로 결정해야 하는가? 기본법 제1조의 인간존엄원칙에 반하는 것은 아닌가? 독일 연방헌법재판소는 모든 사람을 존중하는 국가권력의 의무는 아이에 대한 부양의무를 손해로 개념짓는 것을 금지해야 한다고 결정했다. 생식의학 혹은 실패한 임신중절에서 의사의 치료잘못에 대한 책임을 위한 민사법원의 판례는 그것에 모순되는 것으로 보인다.

민사법원은 결과적으로 오늘날까지 당연히 그들의 판례태도를 유지하고 있

다. 독일연방헌법재판소의 제1부의 결정(NJW 1988, 519)과 함께 독일연방대법원(BGH 124, 128)은 손해배상권의 기본원칙을 근거로 한다. 아이를 손해로 개념 짓는 것이 아니고, 아이를 위해 지불되어야만 하는 부양을 손해로 개념 짓는다. 그러한 것으로써 손해개념은 가치에 얽매이지 않고 아이에 대한 무가치판단을 포함하는 것은 아니다. 그것은 경시적인 방법으로 아이의 존재와 부존재가 서로 비교되는 것이 아니다. 오히려 단순히 손해배상권적 관점에서, 부모의 계약관계를 통해 치료하는 의사에게 각인되는 매우 복잡한 생명사실관계의 경제적 측면에 대한 판단에 따르는 것이다. 왜 의사가 자신의 계약적 의무를 제대로 이행하지 못한 경우 그것에 대하여 책임을 지지 않아야만 하는 것인가? 설사 아이에 대한 부양의무가 개념적으로 아이의 존재를 전제하더라도, 단순히 그 자체로는 가치에 얽매이지 않은, 아이에 대한 부양청구와 아이의 인간존엄 사이에 분리할 수 없는 일치성을 근거로 할 수 없는 자연과학적인 인과관계의 문제이다(독일연방재판소의 판결태도, NJW 1995, S. 2407).

Ⅶ.

다음에서는 대략 2년 전부터 독일에서 학문적 내지는 정치적인 논쟁에 처해 있는 문제, 즉 연구와 치료를 위한 배아의 사용에 대한 문제에 대해 언급해보자. 지금까지 치료할 수 없는 병에 대한 의학의 넓은 영역과 관련된다. 장기대체(Organersatz)라는 주제는 앞으로 우선적으로 의학에서 다루어질 것이다. 배아, 특히 배아의 파괴를 통해 획득되는 배아의 줄기세포가 그것(장기대체)을 위해 사용되는 것이 허락되어져야 하는 것인가?

다음에서 소위 “단일법적인” 단계에서 언급하고 헌법적이고 윤리적인 관점을 마지막으로 다루어 본다.

먼저: 1990년 12월 13일의 독일 배아보호법은 광범위한 금지조항을 가지고 있다.

법률은 - 물론 헌법적 차원은 아니지만 - 제8조에 보호객체로써 배아를 규정하고 있다. 따라서 그 자체 - 법률은 - “이미 수정되어서 발전가능성이 있는 인간의 난자(Eizelle)에 핵융합(Kernverschmelzung)” 적용되고, 더 나아가 - 배아를 포함하는 모든 전능세포, - 법률적 설명으로 - “그것을 위해 필요한 전제조건의 존재에서 분할하고 하나의 개인으로 성장가능한” 전능세포에도 적용된다.

제6조에는 클로닝(Klonen)를 금지하고 있다. 그것은 다음과 같이 정의되는데, 다른 배아나 혹은 사람이 생성되는 것과 같은 비슷한 유전정보를 가진 배아를 인공적으로 야기하는 것이 금지된다. 따라서 소위 생식적 클로닝 그러나 또한 조직을 얻고자하는 경우의 치료적 인공배양세포도 허용되지 않는다.

제1조 제1항 1호에 따르면 인공수정(künstliche Befruchtung)은 임신과 다른 목적을 위해서는 금지된다. 따라서 배아의 생산은 더 이상 전능세포적 줄기세포가 아닌 것의 제거의 목적을 위해 연구 혹은 치료적 사용을 위한 것은 금지된다.

제2조 제1항은 체외(extracorporal)에서 생산된 인간배아를 배아보존을 위한 목적이 아닌 것을 위해 제공하거나 취득하거나 사용하는 자를 처벌한다. 그와 함께 존재하는 불필요한 배아의 다른 사용은 임신을 위해 혹은 치료를 위해 금지된다.

오늘날 줄기세포연구를 원하는 대부분의 것은 따라서 금지된다.

Ⅷ.

배아보호법이 착상전진단을 금지하는가에 대하여 논쟁의 여지가 많다.

의도적으로 난자의 착상 전에 유전적 손상을 검사한 많은 난자의 수정이 배아보호법 제1조 2호의 의미의 임신을 야기하는 다른 목적을 위한 행위를 포함하는지 여부는 논쟁의 여지가 많다. [전 보건부장관 Fischer에 의해 지지받은 견해는 임신을 야기하기 위해 수정을 하는 것이 아니고 선택가능성을 열기 위해 그리고 수정된 난자를 검사하기 위한 수정이 따른다는 것이었다. "자격결함에 대한 죽음의 유보" 하에 조건부 생산에 대하여 언급한다.]

다른 사람들은 반대로, 당연히 본인의 견해에 따르면, 수정은 임신의 야기를 위해 따른다고 하는 견해이다. [수정의 목표는 손상된 배아의 제거가 아니고 희망하는 임신이다. 유전적으로 손상된 배아의 제거(Verwerfung)는, 임신을 의도하는 과정에서 나타난 실패인, 원하지는 않았지만 가능한 부작용이다. 본인은 이러한 견해가 옳다고 본다. 이러한 의도는 부분행위가 다른 조건에 종속되지 않기 때문에 부정될 수 없다. 유전검사라는 중간목적은 임신이라는 최종 목적을 배제하지 않는다. 법률에 대한 다른 해석은 금지된 넓은 유추를 나타낼 수 있다.]

또한 착상전진단은 배아보호법 제2조를 위반하는 것이 아니다. 이식되지 않은 배아는, 본인의 견해로는, 배아가 현재 사용되지 않은 경우, "사용되지"않은 것이다.

아무튼 먼저 다능세포적 줄기세포의 수입(Einfuhr)은 배아보호법에 따라 허락되거나 혹은 금지되지 않는 것으로 보인다. 왜냐하면 줄기세포로는 배아가 획득되지 않고 특히 사용되지 않기 때문이다. 배아는 이미 외국에서 파괴되어 사용된 것이다. 물론 독일법에 따르면 여기에 독일에서의 주문과 관련하여 배반포로부터 적출이 일어난 경우, 독일 형법 제9조 제2항에 대한 교사와 방조로 처벌이 가능한 것으로 고려된다.

[국제사법에 따르지 않고 배아에서 나온 줄기세포의 사용이 배아의 간접사

용이 아닌 것으로 표현되는지 여부는 전적으로 의문스러운 것으로 보인다. 독일법에 따라 금지된 방법으로 획득된 줄기세포를 여기에 사용하는 것은 의심스럽게 보인다. 미국식 증거금지 "독수과실(The fruit of the poisonous tree)"이라고 느낀다: 금지된 나무의 열매가 여기에 사용되어야만 하는데, 왜냐하면 외국의 있는 배아에서 나온 줄기세포의 획득은 허락되기 때문이다.

독일에서의 연구가 다음과 같은 문장에서와 같은 것을 허락하는지 여부는 본인도 잘 모르겠다: 운이 좋은 독일에는 도덕이 살아있고, 다른 나라들은 일을 만든다(Du glückliches Deutschland hast die Moral, die anderen machen die Arbeit).

Ⅸ.

배아보호법은 우리에게 또 다른 문제와 마주치게 한다. 배아보호법은 개정되어야 한다. 이미 이 법률은 너무 낡아서, 이 법률이 제정될 1990년엔 클론기술과 세포이용 기술이 발견되지도 못하였었다.

어떤 면으로는 타당하게도 논의는 배아보호법 규정에 집중되어 있지 않고, 배아를 연구와 치료목적으로 사용하는 것을 허용할 것인지에 대한 헌법과 윤리적 근거에 치우쳐 있다. 헌법과 그에 의해 추론되는 윤리적 원칙들은 이러한 논의에 중심을 이룬다.

이와 같은 원칙들에 따라 난자와 정자세포의 수정이이 이루어진 이후의 배아이용이 다루어진다.

"어린 사람을 타인의 목적에 희생"(이러한 표현은 Meisner 대주교)시키고, 인간을 물적인 대상으로 삼으며, 또는 인간이 되는 과정의 초기단계를 조작하는 것을 허용해야 하는가?

지난 몇 달간 논쟁이 매우 격렬하였다. 주로 자연과학의 윤리적 한계에 대한 원칙문제와 우리 사회의 인간상에 대한 문제가 토론되었다.

연방대통령은 기본적인 윤리적 가치를 강조하여 배아실험에 대한 반대를 표명하였다. 반면에 그의 전임자인 Roman Herzog 전대통령은 이 견해에 반대하였다.

DFG의 세 명의 회장은 각자의 주장이 서로 달랐다. 당시 회장이던 Winnacker는 DFG의 기준을 두어 매우 제한적으로 소위 잉여, "폐기되는", 즉 착상전진단술에서 사용된 배아를 사용하여 연구하는 것을 허용할 수 있다고 말한다. 마찬가지로 그는 외국에서 생성된 줄기세포의 수입을 허용할 수 있다고 주장하였다.

그의 전임자인 Frühwald는 그에 반대하여 한편으로는 기독교적이고, 대략 칸트의 견해에 따르는 인간상과 다른 한편으로는 과학주의적이며 사회다윈주의적 인간상을 조화시키는 새로운 인간상을 만드려고 하였다.

현재 Max-Planck연구소의 회장이며,

Frühwald의 전임자인 Markl은 위와 같은 인간상을 비판하였다. 그는 “Trübsal am Rande der posthumanen Wüsten”(후기인간 처리장에서의 비극), “Putsch im Labor”(노동의 반란)과 같은 소설을 적절하게 예로 들었다. Frühwald는 연구발표회에서 형식주의를 신봉하는 법학자들과 실험주의를 찬성하는 생물학자 보다는 철학자들과 윤리학자들의 주장을 더 비중 있게 인정하였다. 인간존엄은 국가의 존립근거이다. Frühwald는 인간은 난자와 정자세포가 결합되는 시점부터 인간이며 생명권과 존엄성을 갖는다고 믿었다. 이러한 그의 견해는 문화부 장관인 Nida-Rümelin이 반박한 바 있다.

Markl에 따르면 줄기세포 논쟁에서는 인간의 천성과 본질에 대한 세계관의 의견대립이 발생하고 그에 따라 인간의 자기이해와 사회적 생명의 근거에 심대한 중요성을 갖는 의무와 권리가 결정된다고 한다. 결국 “무엇이 인간인가?”의 문제에 귀결된다. Markl은 비판적으로 “도덕적으로 숭고한 수많은 사람들 사이에 끼어 있는 뻔뻔스런 건달”(frecher Hecht im dicht and dicht besetzten Karpenteich moralischer Hochgesinnung)과 같은 느낌을 받는다고 말한다. 그는 인간이 되는 조금 이후의 시기인 착상, 즉 수정란이 자궁에 안착하게 되는 시점을 인간이 되는 시기라는 견해에 동조하고 있다.

X.

법적으로 이 문제는 헌법 제2조 2항의 1문과 2문의 해석에 의해 결정된다. 제2조 2항은 다음과 같다. “모든 사람”은 생명권과 신체적 완전성을 향유한다. 그리고 제1조는 “인간의 존엄성은 불가침이다.”

그렇다면 “모든 사람”과 “인간”은 어떻게 이해해야 하는가? 어떻게 이 조문을 해석해야 하는가? 이는 법적으로 결정될 문제이다. 이와 같은 해석문제는 독일에서 다양하게 설명되는 윤리적 물음이 된다. 윤리 원칙의 필터와 기준은 - 내 생각엔 DFG처럼 투표로서 결정해야 한다고 믿는데 - 헌법적인 기초를 가져야 하며 또한 가질 수 있다. 헌법은 윤리적 합의를 현실적으로 결정한 문서이기 때문이다.

XI.

그렇다면 배아의 법적 윤리적 지위는 무엇인가?

[헌법입법자 자신은 이를 명확히 표현하지 않았다. 헌법 제1조와 제2조를 통해 출산전의 생명을 인정하는 것은 의회에서 헌법을 제정할 당시 다수의 지지를 받지 못하였다. 이 사실이 배아에 대한 헌법상의 생명보호와 존엄성보호에 대한 가능성을 배제시키는 것은 물론 아니다]

주장되는 견해들은 윤리적인 입장들

에 따라서 세가지 정도로 구분된다.

첫째 견해는 공리주의적이고 경험적인 입장에서 인간에게 법적 지위, 주관적 권리, 그리고 인간의 존엄과 생명권을 부여하는 관점이다. 이 견해는 인간이 자기 인식과 자신에 대한 이해 그리고 자립능력이 실제로 갖추어져 있어야 인정된다. 그렇기 때문에 출생전에는 인정될 수 없고 적어도 출생후 한달은 지나야 인정될 수 있다. 실제적인 근거에서는 출생과 동시에 발생한다고 볼 수 있다. Peter Singer는 이 견해의 대표자이며, Nobert Hoerster가 그 뒤를 잇는다. Merkel과 Hoerster는 줄기세포 논쟁시에 이러한 견해를 옹호한 바 있으며 존엄성요청과 생명권의 근거로서 자유와 자기주장을 위한 경험적으로 확정할 수 있는 원칙적 능력이 필요함을 주장하였다. 그러나 이 견해는 배아에 대한 보호조치를 완전히 무시한다. 중요하긴 하지만 우리가 현실적인 전제만 고려하여, 이 견해를 따른다면, 고유하고 주관적인 생명권과 존엄성을 기초짓는 것에 실패할 것이다.

반대의 견해는 배아에게 난자와 정자가 결합하는 순간부터 인간의 지위를 인정하고 있다. 마찬가지로 그는 인간의 존엄성과 생명권을 갖는다. 배아는 Spaemann이 주장하듯이 인간가족에 포함된다. 배아는 연방헌법재판소가 확인한 바와 같이 인간으로서 생성하는 것이지 인간으로 가는 존재가 아니다.

현재 교회의 입장은 전통적인 칸트와 관념철학자, 신토마스주의에 치우친 철학자들이나 윤리학자들의 견해와 같다. 물론 부분적으로는 배아생성 단계를 고려하여 배아를 조건없이 보호할 것이냐, 각각의 단계를 세분하여 보호의 정도에 차이를 인정할 것이냐의 미세한 차이를 보이기도 한다.

논증들은 다양하다. 가장 자연주의적인 논증을 Starck는 Mangold/Klein/Starck 공저의 헌법주석서에서 설명하고 있다. 수정된 난자의 자연적인 목적성은 그에게서 임시적인 가치를 박탈할 수도 있을 법보다 선재하는 것이다. 존엄성보호 시작을 위한 또 다른 한계설정은[착상, 뇌의 발달, 생존능력, 출생 등] 선택을 의미한다. 이 선택은 때에 따라 강자가 약자를 배제하는 것으로 나타날 수도 있다. 인간존엄의 보호를 부여하는 규정을 위해서는 인간의 가장 광범위한 개념의 폭이 허용될 수 있다.

다른 근거들은 매우 세부적이고 존재에서 당위를 끌어낸다는 자연주의적 결론에 대한 반론을 모색하고 있다. Merkel이 반대하고 있듯이, 왜 생물학이 수정된 난자의 유전자에서 새로운 DNS를 생성하는 원리처럼 (법에서도) 똑같이 주체에게 당연히 기본적인 권리를 인정할 수 있는가?

자연적, 생물학적인 사실을 감안하지 않아도 분명히 언제 인간이 시작되는지에 대해서는 결정될 수 있었다. 1875년에 비로소 세간에 알려진 난자와 정자의 결합과 두 개체의 염색체가 융합되

어 유전체를 형성한다는 사실(1883)이 새로운 인간존재의 시작에 결정적이라는 점이다.

세포핵융합은 인권옹호자들이 주장하듯이 이미 장래에 인간으로 발전하기 위한 잠재성이 고유한 인간성과 결코 불연속이 발생하지 못할 연속성과 같은 동일성을 근거지우고 있다(소위 PIK 논증으로도 불린다.)

이 견해에 대해 많은 비판이 있었다. 나는 이 반론들에 대해 상세히 거론하지 않겠다. 가장 중요한 반대는 잠재성과 연속성은 다른 필수 조건이 개입되어야 스스로 이루어질 수 있다는 설명이다. 인간의 보호를 위하여 중요하게 여겨지는 단계를 구분하자면, 육체의 근간을 이루어주는 착상단계, 여전히 쌍둥이로 분열될 수 있는 가능성을 지닌 착상 이후의 개별체로의 독립단계, 그리고 뇌사와 대비되는 뇌의 활동이 시작되는 신경조직의 정상적인 발육단계, Sass나 다른 사람들의 관점에 따라 인간의 시작과 동일하게 여겨질 그 외의 단계들이다.

Richard Schröder는 수정란이 정상적인 임신이 되고 출산할 확률이 30%정도밖에는 안 된다는 사실을 입증하였다. 이 출생의 개연성은 착상이 되고 나면 매우 급격히 올라간다. Markl은 자연적으로 수정된 난자의 특정부분만이 착상되며 나머지 부분은 조기유산으로 인하여 소멸된다면, 본성상 단지 발전될 가능성 있는 배(Keim)만이 인간으로 발전될 수 있다고 할 수 있다고 한다. 그는 다른 삶들과 일치하여 인간이 시작되는 시점은 배(胚)가 자궁에 착상되는 순간이며 수정 자체는 아니라고 파악한다. 또한 영국에서는 법률로서 수정 이후의 14일을 그 시점으로 정하고 있다.

문제되는 것은 체외에서 수정되고 여전히 체외에 머물고 있는 배아의 경우 이 시점을 어떻게 잡을 수 있는가이다. 이러한 배아들은 인간으로서의 보호대상이 될 수 없는 것인가 아니면 이 경우도 여전히 14일 이후에는 인간으로서의 보호대상이 되는가?

우리는 빈번하게 생물주의와 자연주의를 번갈아가면서 비판하고 있다. Frühwald는 Markl을 비판하지만 Markl은 반대로 수정설의 반대자를 비판한다. 특히 그가 다음과 같이 서술하였다는 점에서 그렇다. 인간의 시작시점을 인간의 유전자가 자리 잡는 것에서 확정시키는 관점은 인간을 단순히 생물적 존재로만 평가절하 하는 것이며 인간으로부터 문화적인 결정의 자유를 박탈하는 것이다. 인간은 이제 이러한 문화적 결정의 자유를 희망하고 노력하는 것을 포기하고 단순한 자연적 과정에 내맡겨야 한다.

언제 인간이 되는가를 단지 생물학적인 판단에서 추론하는 것은 안 된다. 문제되는 것은 이 생물학적 요소의 의미와 가치이다.

Markl과 다른 사람들은 인간존재는

출생과 함께 시작한다 -이 견해는 많은 어려움이 있다. 왜냐하면 신생아는 철저히 아무런 자기인식을 가지고 있지 못하며 어떤 이해관계도 주장할 수 없기 때문이다 -고 주장하고 싶을 것이다. 그러나 나는 이 견해에 반대한다. 인간의 자격은 그의 의식, 그의 이해관계 그리고 그의 독립성과는 관계되지 않는다.

출생전까지 단지 완숙되지 못한 세포덩어리로 파악하려는 순수한 자연과학적 의미와 정의는 불가능하다. 규범적인 요소가 이에 함께 포함되어야 한다. 우리는 "인간"의 자격이 선별적인 기준에서 결정되지 않고 어떤 경우에도 배아에 이미 주어져 있는 것이라는 사실에서 출발해야 한다.

수정이 완전한 보호를 위한 시점인지 아니면 착상부터 보호가 개시되어야 하는지에 대하여 우리는 충분한 근거를 가지고 논의할 수 있다. 그러나 우리가 염두에 두어야 하는 것은 배아는 처분가능한 물건으로 간주할 수 없다는 점이다. 배아는 헌법 제2조 2항의 "모든 사람"과 헌법 제1조의 "인간"에 포함된다. 다른 해석은 전부 잘못된 것이다. 그러나 Herdegen이 발전시켰듯이 보호의 단계화는 가능하다. 배아가 수정으로 인하여 유전적으로 완성되는 과정은 인간으로의 과정일 뿐이다. 착상은 어떤 경우에도 잠재성 실현의 본질적인 전제이며 하나의 단계로 표현될 수 있다.

배아의 인간의 존엄성은 치료연구에 의해서 손상받지 않는다. 이 행위는 인간을 경멸하는, 존엄을 박탈하는 취급으로 다루어질 수 없다. 또한 칸트를 원용하여 객체설(Objekttheorie)을 정당하게 이해하여도 그렇지 않다. 특히 우리가 주로 70%의 공정을 자연이 처리한다고 하는 이 배아를 임신을 위하여 이용하지 않는다면 말이다(사람들이 이러한 자연주의적 논증을 용서한다는 조건으로).

현실적으로 이는 가능할 수 있다. PID를 통하여 임신이 불가능 한 것으로 걸러진 배아들은 치료를 위한 연구에 활용될 수 있다고 생각한다. 내가 확신이 안 서는 것은 배아를 연구목적으로 생산하는 것을 허용해야하는가이다. 여기서 배아 안에 깃든 "인간성"은 순전히 타인을 위한 목적으로 생성된 것이다.

법적으로 이 절차가 특히 독일에서 허용되지 않는다면 DFG가 외국에서 수입된 배아에서 줄기세포를 추출하는 것을 허용하자는 주장은 문제가 된다. 전적으로 이 문제는 합의사항이긴 하지만 승인될 수 있는 가능성은 높다.

분명한 의학적 고려로서 치료적 복제를 DFG가 단순히 거부하지 못하고 있다는 사실을 생각해보자. 이 치료적 복제의 목적은 새로운 인간을 생성시키거나 전능세포군을 만들어 내는 것이 아니다. 오히려 동일한 인간을 위하여 신체의 일부 내지 장기를 얻어내기 위한 것이다. 문제는 과정이 배아단계로 전

개되는 것이다. 의학은 유전적 수단을 이용하여 그와 같은 과정까지 이르게 하지 않을 수 있고 완전한 배아로 발전하지 못하게 만들 수도 있을 것이다.

XII.

토론의 핵심에는 인간 배아의 지위와 보호문제가 항상 거론된다. 인간의 존엄성이 불가침이라면 배아는 인간인가? 헌법에서는 제2조 2항에서 “모든 사람은 생명권과 신체의 완전성을 향유한다.”라고 규정되어 있다. 배아가 “모든 사람”인가? 이와 같은 법적인 물음은 오늘날 매우 다양하게 설명되는 윤리적인 질문으로 변한다. 다시 한번 말해서 윤리적인 문제의 필터와 기준은 헌법이어야 한다. 헌법은 현실적으로 모든 일반 윤리의 결정체이며 헌법을 해석할 때는 윤리적인 논증들이 포함된다.

헌법입법자 자신은 이를 명확히 표현하지 않았다. 헌법 제1조와 제2조를 통해 출산 전의 생명을 인정하는 것은 의회에서 헌법을 제정할 당시 다수의 지지를 받지 못하였다. 이 사실이 배아에 대한 헌법상의 생명보호와 존엄성보호에 대한 가능성을 배제시키는 것은 물론 아니다. 그럼 헌법 제1조의 “인간”을 어떻게 해석해야 하는가?

특히 현재 Markl이 주장하고 있는 견해는 Hoerster와 Peter Singer가 주장한 견해와 같다. 그는 인간은 그가 자기의식을 갖고 고유한 이해관계에 처하며 스스로 결정할 수 있는 현실적인 능력을 갖추어야 법적 지위와 주관적 권리, 그리고 인간의 존엄성과 생명권을 가질 수 있다고 한다. 그러므로 출생 전에는 결코 이를 인정할 수 없으며 설령 출생과 동시에 인정될 수 없다고 한다. 실용적인 근거에서 출생과 동시에 인정하고 있을 뿐이다. 일정한 이해관계를 가질 수 없는 자는 그 이익을 고려할 권리도 갖지 못한다. 자기 인식과 미래의 이익향유 능력은 생명을 위한 구성요소이다.

우선 함께 파악하기 위한 존엄성보호와 생명권의 근거로서 경험적으로는 원칙적인 자유와 자기주장의 능력이 거론된다. 배아는 이런 능력이 전혀 없다. 그의 실제적인 상황을 고려한다면 생명권과 존엄성을 인정할 수 없다. 비록 법적-윤리적 원칙인 “타인을 해치지 마라”(neminem laede)가 타당하기는 하지만 배아는 인간이 해를 가하는 “그 누구”에 해당될 수 없다고 한다.

우리가 배아를 인간의 종에 포함된다고 하여 권리를 인정한다면, 자연주의적인 잘못된 결론에 이르게 되는 것이 된다고 한다.

반대 입장은 난자와 정자가 결합하는 순간부터 인간의 지위를 인정하고 있다. 마찬가지로 그는 이 때부터 인간의 존엄성과 생명권을 갖는다. 배아는 연방헌법재판소가 확인한 바와 같이 인간으로서 생성하는 것이지 인간으로 가는 존재가 아니다. 연방헌법재판소는 낙태

에 관한 판결에서 자궁에서 자라나는 생명은 독자적인 법익을 가지며 헌법 제2조 2항과 제1조에 의해 보호된다고 결정하였다.

그러므로 법적인 핵심문제인 배아의 "모든 사람"포함여부와 배아의 "인간자격"은 자궁 내에서는 원칙적으로 인정된다. 물론 국가의 보호의무 문제가 착상부터 시작되는지 또한 수정란이 모체에 주입되면서부터인지는 명백히 결정되어야 한다. 법원은 분명하게 생명권은 모체에서 받아들임으로써 근거 지워질 수 없다고 밝히고 있다. 인간의 존엄은 출생전의 생명에게도 인정되어야 한다. 출생이나 양육되었다는 것이 인간 생명과 인격성의 전제가 될 수는 없다. 1974년 프로이센 일반 란트법 제10조 제1항 1문은 다음과 같이 규정하고 있었다: 인간의 보편적 권리는 출생전의 아동에게 이미 수태부터 인정된다.

다른 사람의 입장, 특히 칸트와 관념철학자에게 기울어진 윤리학자들의 인간의 존엄성 보호는 수정시부터 인정된다. 물론 부분적으로 배아의 진행단계를 고려하여 절대적인 보호를 보장하자는 관점과 이 발전 단계에서는 보호의 정도에 일정한 차이를 인정하자고 하기도 한다.

다양한 윤리적 입장들은 인간의 존엄성 해석에서 다시 되풀이 된다. 이것은 법이 윤리적인 입장들과 선 이해에 여전히 관련된다는 것을 말해준다.

매우 명백하게 Starck는 많은 헌법학자들과 마찬가지로 Mangold/Klein/Starck 공저의 헌법주석서에서 수정란의 자연적인 목적성은 그에게서 임시적인 가치를 박탈할 수도 있을 법보다 선재한다고 설명한다. 존엄성보호 시작을 위한 또 다른 한계설정은 예컨대 착상, 뇌의 발달, 생존능력, 출생 등의 선에서 일정한 선택을 의미한다. 이 선택은 때에 따라 강자에 의해서 약자에게 가해질 수도 있는 것이다.

동일한 논증이 착상전진단술의 논의에서도 지속되었다. 여기서는 체외수정된 난자가 유전적으로 심각한 손상을 입어서 유전검사 후에 모체이식을 하지 말 것으로 결정할 수 있는지가 문제되었다. 이는 FDP의 법률안과 독일의사협회의 토론제안문에서 제안될 것이다. 시험관에서 죽음을 기다리는 배아에게는 - 그에 반대하는 논증이 되겠지만 - 법을 통한 지지와 도움이 필요하다. 자궁에 착상되지 않은 배아는 특별한 방식으로 위기에 빠질 수 있다. 그러므로 그는 보호의 제1순위에 올라야 한다고 한다.

특별히 Markl은 정자와 난자가 결합되면서 그리고 새로운 이중 염색체구조가 형성되면서 유전체의 소지자가 되어 보호대상인 인간생명이 된다는 자연주의적인 결론에 대해서 비판하였다. 어떻게 생물학이, 어떻게 수정된 난자의 유전자에 새로운 DNS가 발생한 것이 주체에게 기본적인 권리를 인정하는 근거로 되는가?

세포핵융합은 배아에게 인권을 부여하려는 자들이 주장하듯이 이미 장래에 인간으로 발전하기 위한 잠재성과 고유한 개별적 인간성, 그리고 결코 불연속이 발생하지 못할 연속성과 같은 동일성을 근거지우고 있다.

이 견해에 대해 많은 비판이 있었다. 내가 보기에 가장 중요한 반대는 잠재성과 연속성은 다른 필수적인 조건이 전제되어야 이루어질 수 있다는 점이다. 인간 보호를 위하여 중요하게 여겨지는 단계적 진행을 구분하자면, 육체의 근간을 이루어주는 착상단계, 여전히 쌍둥이로 분열될 수 있는 가능성을 지닌 착상 이후의 개별체로의 독립단계이다. 그리고 뇌사와 대비되는 뇌의 활동이 시작되는 신경조직의 정상적인 발육단계로 다시 구분될 수 있다.

Hubert Markl은 인간의 시작점을 인간 유전자의 결합으로 하는 것은 인간을 단순히 생물존재로 폄하시키는 것이고 그에게서 문화적인 결정의 자유를 박탈시켜서 더 이상 희망과 노력을 할 필요없이 자연적 과정에만 의존하는 것이라고 수정설을 비판하였다.

다른 측면에서 인간 접합자의 완전한 잠재성이 나타난다. 이 잠재성에서인간의 전체적인 발전이 집약된다. 그에 반하여 어떻게 이해와 이해관계의 인지같은 주관적인 부분에 의해서 주도될 수 있는가? 분명히 순수 생물학적인 요소에서만 언제 인간이 시작되는지 추론될 수는 없다. 여전히 생물학적인 요소에 규범적인 가치가 문제된다. 그러나 이러한 요소들을 전혀 고려하지 않을 수는 없다.

우리는 Markl에게 물을 수 있다. 무엇 대신에 그가 자신의 자연주의적인 그릇된 결론을 시도한 것이며 인간을 그렇게 시작하는 것으로 규정하려 했는지. 그는 후에 이해관계를 설정할 수 있는 뇌로 발전하는 기관으로서의 신경중추가 발육되는 시기인 수정 이후 30일이 지나는 시점을 택하고 있다. 그러나 뇌는 잠재적으로 이미 접합자에 포함되어 있지 않은가?

인간존재는 출생으로 비로소 시작할 수 있다 - 여기서는 더 어려움이 생긴다. 그 이유는 신생아는 아무런 자기인식도 없으며 전혀 이해관계를 구분할 수도 없기 때문이다. Markl과 다른 사람들의 주장은 우리 실정법 구조를 토대로 생각하면 따르기 힘들다. 인간의 자격은 인식이나 이해, 주관적 인지능력과 무관하다. 내 생각엔 공리주의적인 거점이 이런 결론으로 이끌어가는 것 같다. 인간의 자격은 주관적 능력에 의해서만 결정될 것이 아니다. 발전의 연속성에 대한 가능한 구분점은 인간의 자격을 어떤 경우에도 배아에서 부정시키지 않는 것이다. “배아는 어떤 존엄한 존재도 아니다”라는 주장은 인정할 수 없다.

당연히 배아는 물건이 아니다. 배아는 헌법 제2조 1항에서 이미 “모든 사람” 또는 인간존엄성원칙의 의미에서

“인간”인 것이다.

이것으로 이미 배아연구와 착상전진단술, 그리고 치료적 복제에 관한 문제가 해결되었는가? 나는 그렇게 생각하지 않는다. 오히려 그동안의 새로운 토론에서 발전되어 온 보호의 단계를 현실화해야 한다. 수정이 이루어진 배아에 이미 유전적인 소질을 갖추고 있다고 이미 인간이라는 것은 아니다. 착상은 잠재성의 전개에 대한 본질적인 전제이므로 보호단계로 인정할 수 있다. 생명보호와 신체의 완전성은 헌법 제2조에 의해서 보장된다. 그러나 여전히 법률로 제한될 수 있는 것이다.

이 제한이 인간존엄성의 침해로 보이지 않을 수는 있는가? 인간존엄은 법률유보의 대상이 아니다. 인간의 존엄성은 제한없이 인정되어야 한다. 다음과 같은 물음이 제기된다. 배아는 실제로 인간의 존엄성에 의해 파악될 수 있는가? 인간존엄성은 어떤 법개념을 가지고 있는가?

연방헌법재판소는 이제껏 인간존엄성의 범위가 무엇이고 어떻게 실현해야 하는가에 대해 적극적으로 밝히는 것을 거부해왔다. 그 대신에 인간의 존엄성 개념을 침해사례를 들어 소극적으로 규정하는 것만을 해왔다.

이에 대한 설명은 구체적인 인간이 대상이 되고, 순수하게 수단으로 사용되며 심각한 정도로 그 존엄성을 박탈당하는 경우 인간의 존엄성과 관련된다고 하고 있다. 인간이 물화되어 훼손되는 것이 문제되고 있다. 이렇게 물화됨으로써 인간은 전체적으로 평가되고, 현금가치로 파악되며, 배상액으로 계상되고, 금전적 가치가 증가 또는 감소되는 존재로 전락한다.

연방헌법재판소는 Günter Dürig가 칸트의 이론을 따라 전개한 도구성 공식에 머물지 않고 보편적인 공식으로 만들었다. 인간이 국가권력의 단순한 도구로 존엄성을 박탈당하지 말아야 한다는 이 공식은 인간존엄성이 훼손될 수 있는 경우에서만 어떤 지시로 의미있게 된다. 인간은 사회발전 관계의 대상일뿐 아니라 법적인 대상이다. 그런 한에서 그는 자신의 이해관계와 별개로 보안처분을 근거로 위험성 때문에 구금될 수 있는 경우도 있다. 인간 존엄의 침해는 이 경우에 발견되지 않는다. 게다가 주체의 자격이 원칙적으로 문제되면 이런 조치(인간의 존엄성 보호)에서 제외될 수도 있고 구체적인 경우에서 인간의 자의적인 부당한 처우가 부여되기도 한다. 법률이 정하는 인간에 대한 공적인 취급은 그 조치가 인간의 존엄에 부합한다면 그 가치에 대한 그의 인격존재로 인하여 인간에게 가해질 무가치 판단을, 또한 존엄성을 훼손시키는 행위로 나타나야 한다.

인간존엄성에 대한 원칙에 대한 이와 같은 해석에 따르면 모든 죽음이 존엄성 파괴일 수는 없다. 생명보호는 인간존엄성 보호와 동등하게 여겨질 수 없다. 두 가지는 상호적이다. 법은 법에

근거하는 정당한 생명의 침해를 인정한다. 예를 들면 정당방위에 의한 살해나 경찰의 피치 못할 총격에 의한 살해를 의미한다. 인간존엄에 반하려면 이 행위들이 헌법에서 거론하는 인간을 경멸하며 천대하는 수단화처럼 존엄성 침해의 상세한 부분을 함의해야 한다. 인간에 대한 모든 살해행위가 인간존엄성 보장과 관련되는 것이 아니라 특별한 부수적인 조건이 관련되어야 하는 것이다.

배아를 연구에 이용하는 것은 수단화 공식의 의미에서 타인의 목적으로 사용하는 것일까? 경제적인 목적만을 우선적으로 고려하는 것이 존엄성 원칙에 반드시 충돌하는 것일까?

독일의 법질서뿐만 아니라 대부분의 다른 국가들의 국가에서는 출생전의 생명을 다른 법익으로 파악하고 있다. 낙태는 착상 후 초기 3개월까지는 산모가 법에서 정해진 상담을 시행한 후에 결정하였다면 형사법으로 문제 삼지 않는다. 그 기간이 넘어서서도 산모에게 임신을 계속할 수 없는 적응사유가 발생한 경우 마찬가지이다. 생명권과 인간존엄성 보장은 절대적인 것이 아니라 구분적이고 단계별로 인정된다.

착상 전 진단술에서는 체외수정된 배아에게 유전자 검사를 실행하여 중대한 유전적 질병이 발견되는 경우 산모에게 이식하지 못하며 이를 사용할 수 없게 할 수 있다. 여기서 비록 배아의 생명을 중단시키더라도 인간존엄의 침해라고 볼 수 없다.

왜냐하면 생명을 만드는 과정에서 심각한 유전적 질환을 회피하려고 하였기 때문이다. 만일 폐기될 운명에 처해진 배아를 산모에게 착상시키지 않는다면, 분명히 배아와 산모의 갈등상황은 임신의 경우에서 다른 문제이다. 그러나 만일 착상전진단술과 임신중절이 서로 동일할 수 없고 서로 아무런 상관관계가 없다면 위와 같은 결론은 잘못된 것이다. 착상전진단술은 갈등상황에서 철저히 동일하게 여겨질 수 있는 초기 시점에 잘못된, 배아의 생명을 끝내야 하는 시도일 수 있다. 왜냐하면 착상전진단술은 산모에게 예견 가능한 유전적 질병으로 손상된 아기를 가질 것인지, 포기할 것인지, 그리고 그와 함께 살아갈 것인지를 선택하게 할 수 있다. 실제로 우리는 산전진단술에 의해서 유전적 손상이 있음이 판명되어 중절해야 할 배아를 지속적으로 산모가 출산해야 한다고 강요할 수 있는가?

만일 우리가 우리의 현재의 법처럼 조금 더 넓은 범위에서 낙태를 허용해야 한다면, 내 생각에는 착상전진단술은 유전적 적응의 한계에서 허용되어야 한다는 주장에 대해 사람들이 더 이상 모순적이라고 비난하거나 스스로 위선적인 것을 그만두어야 한다고 믿는다. 그렇지 않다면 탁월한 이 분야의 전문가 Erwin Deutsch가 적절히 말하듯이, 배아는 독일에서 낙태될 수 있을 정도까지만 절대적으로 보호된다고 할 수 있다.

Zur Verfahrenswirklichkeit des Arztstrafrechts

Professor Dr. Hans Lilie*

In den Jahren 1999 bis 2001 wurde an der Martin-Luther-Universität Halle-Wittenberg ein Forschungsvorhaben mit Unterstützung der Volkswagen stiftung zur Verfahrenswirklichkeit des Arztstrafrechts durchgeführt. Ziel dieses Projektes war es, rechtstatsächliche Angaben zu Strafverfahren zu erheben, die wegen des Vorwurfs eines Behandlungs- oder Aufklärungsfehlers gegen Ärztinnen und Ärzte geführt wurden. Bislang wurde in den Diskussionen stets lediglich behauptet, dass die Zahl der Strafverfahren gegen Ärzte ständig zunehme und eine Bedrohung für die ärztliche Praxis darstelle. Die Untersuchung hat eher zum Gegenteil geführt und Gründe herausgearbeitet, die eher für die Entkriminalisierung im Bereich der Körperverletzungsdelikte sprechen. Für Überlegungen hinsichtlich einer Entkriminalisierung spricht dabei die fehlende Relevanz der eigenmächtigen Heilbehandlung, das Verhältnis zum zivilrechtlichen Arzthaftungsverfahren und die tatsächliche Bedeutung des Arztstrafverfahren für den Patienten. Nach dem Scheitern eines Gesetzgeb ungsvorhabens im Zusammenhang mit dem 6. Strafrechtsreformgesetzes ist nach wie vor die Frage offen, ob eine gesetzliche Neuregelung, insbesondere der eigenmächtigen Heilbehandlung, notwendig ist.

In der gegenwärtigen Diskussion, in der eine Lösung entweder auf der Grundlage des Rechtsgutsbegriffs oder schon auf der Tatbestandsebene gesucht wird,[1] soll die hier vorgestellte empirische Untersuchung versuchen, eine neue

* Professor Dr. Hans Lilie ist Lehrstuhl für Strafrecht, Strafprozeßrecht, Rechtsvergleich ung und Medizinrecht an der Martin-Luther-Universität Halle-Wittenberg.

1) Deutsch ZaeFQ 1998, 574 ff.; ders Medizinrecht, 125; Eser ZStW 97 (1985), 43, 45; Franzki FAZ v. 9.9.1997; Freund ZStW 109 (1997), S. 455, 476; ders NStZ 1996, S. 132, 133; Lilie in Husfeldt/Raschke (Hrsg.), Thrombosen und Embolien, 1993, S. 215 ff.; der. in LK, Vorbem. zu § 223 Rdn. 6; Müller DRiZ 1998, S. 155, 159; Peter Der Arzt und sein Recht 3/98, S. 11 ff.; Peters Der strafrechtliche Arzthaftungsprozeß, 2000, S. 93 ff. Ratajczak MedR 1988, S. 80, 80; Schreiber ZaeFQ 1998, S. 568, 573; Steffen in Husfeldt/Raschke (Hrsg.), Thrombosen und Embolien, 1993, S. 203 ff., 213; Ulsenheimer NStZ 1996, S. 132, 133.

Argumentationsbasis auf der Grundlage der Verfahrenswirklichkeit zu finden.

1. Der Stein des Anstoßes

Anlass für die Untersuchung ist die hinlänglich bekannte Entscheidung des Reichsgerichts aus dem Jahre 1894 (RGSt 25, 375 ff.), in der das Reichsgericht praktisch die Basis für das heute geltende Arztstrafrecht im engeren Sinne etabliert hat.[2] Die Anwendung der Körperverletzungsdelikte auf die eigenmächtige Heilbehandlung hat zu Auseinandersetzungen geführt, die bis in die heutige Zeit reichen.[3] Die Legislative reagierte auf diese Entwicklung von

---

2) Die Datenerhebung basiert auf einer Sichtung von 1.200 Ermittlungsverfahren, die den gesamten Anfall arztstrafrechtlicher Verfahren der kooperierenden Staatsanwaltschaften aus den Jahren 1995 und 1996 umfaßte. Aus diesen Verfahren wurden 601 Verfahren identifiziert, die insgesamt gegen 751 Beschuldigte geführt wurden, und im wesentlichen drei Kriterien erfüllen: Der Vorwurf besteht in einem Aufklärungs- und/oder handlungsfehler; der Beschuldigte ist ein approbierter Arzt; das Verfahren wird unter einem 95er oder 96er Aktenzeichen geführt. Die Gesamtheit der Erhebungseinheiten (n=601 Ermittlungsverfahren) setzt sich wie folgt zusammen: Aachen 77, Bochum 62, Essen 60, Darmstadt 46, Münster 45, Hamburg* 35, Lübeck 28, Mönchengladbach 27, Halle* 24, Krefeld 22, Oldenburg 21, Osnabrück 21, Mühlhausen 17, Kiel* 16, Lüneburg* 15, Stendal 13, Coburg 12, Dessau*, 12, Frankfurt/Oder 11, Potsdam 11, Paderborn 10, Hof* 6, Ansbach 4, Stade* 4, Weiden 2. Bei den mit "*" gekennzeichneten Staatsanwaltschaften konnten keine Verfahren mit 95er Aktenzeichen ausgewertet werden, was rechnerisch berücksichtigt wurde.

3) Eberhard Schmidt sprach von einer unüberbrückbaren Kluft zum Rechtsprechungs-standpunkt (JR 1958, S. 226 f.) Zustimmend nur Arzt/Weber BT § 6 Rn. 96 ff; Baumann NJW 1958 S. 2092, 2093; Baumann GA 1962 S. 221, 222; Kohlhaas DMedW 1962 S. 2593;Kohlhaas Medizin und Recht (1969) S. 111; Sauer GerS 113 S. 79, 121; Schröder NJW 1961 S. 951, 952; Schwalm Bockmann-Festschrift S. 540. Ablehnend: Blei BT II § 14 IV S. 59; Bockelmann NJW 1961 S. 945, 947; Bockelmann JZ 1962 S. 527 Bockelmann Verh. 44. DJT II/F S. 35 ff; Bockelmann Strafrecht des Arztes (1968) S. 66 ff; Engisch ZStW 5(1939) S. 1, ff; Engisch ZStW 70 (1958) S. 592; Gallas Niederschriften 7 S. 129 f, 198; Gallas ZStW 67 (1955), S. 1, 21 f; Gössel BT 1 § 13 Rn. 53 ff; Grünwald ZStW 73 (1961) S. 1, 9; Grünwald in: Göppinger Arzt und Recht S. 136 ff; Haft BT S. 112 Nr. 4 ; Hardwig GA 1965 S. 161, 166; Hirsch ZStW 81 (1969) S. 921; Hirsch Zipf-Gedächtnisschrift S. 353 ff; Hirsch BGH-Festschrift S. 199; Arthur Kaufmann ZStW 73 (1961) S. 341, 373; Koffka Verh. 44. DJT II/F S. 8; Krauß Bockelmann Festschrift S. 557, 564; Lackner/Kühl § 223 Rn. 8; Lilie LK Vor § 223 Rn. 3; Maurach/Schroeder/Maiwald I § 8 Rn. 30 ff; Niese Eb. Schmidt-Festschrift S. 364, 367; Otto BT § 15 Rn. 11; Rudolphi JR 1975, S. 512; Schaffstein ZStW 72 (1960) S. 369, 378 f; Schmidhäuser StrafR AT 8. Kap. Rn. 121 und 122; Eb.

Anfang an mit Reformentwürfen[4], die zu Beginn im Zweijahresrhythmus vorgelegt wurden. Das Schrifttum, das sich überwiegend gegen diese Rechtsprechung gestellt hat,[5] scheint im Wandel begriffen zu sein. Jedenfalls sind zunehmend Stimmen nachzuweisen, die sich der grundsätzlichen Auffassung der Rechtsprechung, dass jeder ärztliche Heileingriff eine Körperverletzung ist, annähern.

Der Stein des Anstoßes ist seit jeher in der Frage zu finden, ob die lege artis, aber eigenmächtige, also das Selbstbestimmungsrecht des Patienten verletzende Heilbehandlung, durch die Körperverletzungsdelikte erfasst werden soll. Im Schrifttum hatte man gegen die Auffassung der Rechtsprechung immer wieder vorgetragen, dass durch den gelingenden Heileingriff der Körperzustand nicht verschlechtert werde. Vielmehr ist in diesen Fällen der Zustand des Patienten nicht nur bewahrt, sondern verbessert und für die Rechtsgutsverletzung könne man nicht den Einzelakt, sondern nur das Gesamtergebnis betrachten.[6] In den zahlreichen durch die verschiedenen

---

Schmidt Arzt im Strafrecht (1939) S. 69 ff; Eb. Schmidt in: Ponsold Lb S. 35; Eb. Schmidt JR 1958, S. 226, 227;Eb. Schmidt Gutachten 44. DJT I S. 151; Schroeder Besondere Strafvorschriften gegen Eigenmächtige und Fehlerhafte Heilbehandlung? 1998; Stratenwerth AT I § 9 Rn. 368; Tröndle/Fischer § 223 Rn. 96 b; Ulsenheimer Handbuch des Arztrechts 2. Auflage § 138 Rn. 2 ff; Ulsenheimer Arztstrafrecht in der Praxis 2. Auflage Rn. 56 ff; Ulsenheimer JR 1986, S. 250; Wessels/Hettinger BT 1 Rn. 325 ff; Welzel § 39 I 3a; Zipf Bockelmann-Festschrift S. 577, 583; ferner de lege ferenda Jescheck/Weigend §34 III 3 a; Wilts MDR 1970, S. 971.

4) § 279 E 1911; § 313 E 1919; § 235 Radbruch-E 1922; § 238 E 1925; §§ 263, 287 E 1927; §§ 419, 431 E 1936; §§ 161, 162 E 1962; § 123 AE 1970; §§ 229, 230 E 1996. Der letzte Vorstoß der Legislative zur Einführung eines Sondstrafrechts für Ärzte war der am 18. Juni 1996 vorgelegte Referentenentwurf zum 6. Gesetz zur Reform des Strafrechts, der neben der Einführung des Deliktes Eigenmächtige Heilbehandlung(§ 229 StGB-E) das der Fehlerhaften Heilbehandlung(§ 230 StGB-E) vorsah. Der Wortlaut des Entwurfs bei Lilie LK § 223 Rn. 6 Fn. 18. Näher dazu Schroeder Besondere Strafvorschriften gegen Eigenmächtige und Fehlerhafte Heilbehalung?, 1998, 11; Katzenmeier ZRP 1997, S. 156 ff., 158.

5) Cramer Lenckner-Festschrift S. 761, 776; Jakobs AT 14/6 in Fn. 9; Krey BT Rn. 219; Küpper BT § 2 Rn. 43; Mitsch Strafrechtlicher Schutz gegen medizinische Behandlung S. 22; Rengier BT II § 14 Rn. 17; Roxin AT § 13 Rn. 24; Schreiber Strafrecht der Medizin, 50 Jahre BGH-Festschrift, Band 4, 2000, S. 503, 506; vorher andeutungsweise bereits Schreiber Hirsch-Festschrift S. 713, 724; Arzt/Weber BT § 6 Rn. 99 ff; Horn SK Rn. 33.

6) Eser in Schönke/Schröder, § 223 Rdn. 30; Kaufmann ZStW 73 (1961), S. 373; Krauss Bockelmann-Festschrift, S. 563; Schmidt Gutachten in Verhandlungen des 44. Deutschen

Gesetzgebungsinitiativen vorgelegten und immer wieder erfolglos fallen gelassenen Entwürfe versuchte man den Weg hin zu einem ärztlichen Sonderdelikt zu beschreiten, das als Schutzgut die Wahrung der Selbstbestimm ung aus den Körperverletzungsdelikten heraustrennen sollte. Ein wesentlicher Aspekt war dabei immer auch das Bestreben, dem Gebot des Analogieverbots genüge zu leisten.[7] Die Rechtsprechung aber meint gleichwohl, an ihrer Auffassung festhalten zu müssen, um den Schutz des Selbstbestimmungsrechts des Patienten nicht Preis zu geben.[8]

Das wichtigste Argument, das immer wieder für einen Regelungsbedarf auf diesem Gebiet vorgetragen wird, ist die hohe Anzahl von Strafverfahren, mit denen Ärzte nach einzelnen Behandlungen belastet seien. Hier wird deshalb eine gesetzliche Regelung gewünscht, um Rechtssicherheit zu erzielen.

Diese Forderungen sind mit der Rechtswirklichkeit nicht in Einklang zu bringen.

Die eigenmächtige Heilbehandlung spielt im Gegensatz zum Zivilrecht in Strafverfahren, insbesondere im Ermittlungsverfahren, tatsächlich noch nicht mal eine untergeordnete Rolle.[9] Die im Zivilrecht beklagte "Monokultur des Aufklärungsfehlers"[10] trägt sich tatsächlich nicht in das Strafrecht hinein. Anders als im Zivilrecht kommt es nicht zur Behauptung, die Aufklärung spflicht sei verletzt, wenn der Nachweis eines Behandlungsfehlers misslingt. In nur 4% der Verfahren wird wegen eines Aufklärungsfehlers ermittelt.[11] Der

---

Juristentages 1962, Band I, S. 1-178, 150 f.; Zipf Bockelmann-Festschrift, S. 583.

7) Begründung des Referentenentwurfs, S. 29.

8) *Schreiber* BGH-Festschrift, S. 506

9) Die das zivilrechtliche Arzthaftungsrecht bestimmende Bedeutung des Aufklärungs- fehlers trägt sich tatsächlich also nicht, wie befürchtet, mit den damit verbundenen Problemen und der kaum noch überschaubaren Recsprechung der Oberlandesgerichte und des BGH in Zivilsachen zur Aufklärungspflicht in das Strafrecht hinein. Dazu ausführlich Laufs Arztstrafrecht, S. 93 Rn. 173. Der Vorwurf eines Einwilligungs- oder Aufklärungsfehlers kommt im Unterschied zum Zivilrecht nicht immer dann zum Tragen, wenn der Nachweis eines Behandlungsfehler mißlingt (Schreiber Handlungsbe darffür den Gesetzgeber, in Laufs/Dierks/Wienke/ Graf-Baumann/Hirsch (Hrsg.), Die Entwicklung der Arzthaftung, Berlin 1997,S.341-34, 342).

10) *Schreiber* BGH-Festschrif S. 507.

11) Regelmäßig wird eine Fehlbehandlung vorgeworfen. Der Vorwurf eines Diagnose- fehlers spielt eine untergeordnete, der mangelnder Aufklärung oder Einwilligung eine stark untergeordnete Rolle. Im Einzelnen: Fehlbehandlung 68%(n=510), Diagnosefehler 26%(n=197), mangelnde Einwilligung/fehlerhafte Aufklärung 4%(n=31), personelle Organisationsfehler 2% (n=13).

Aufklärungsfehler tritt dabei stets als Zusatz zum Vorwurf eines Behandl ungsfehlers auf. Dass ausschließlich ein Aufklärungsfehler vorgeworfen bzw. zur Anzeige gebracht wird, kommt in den ausgewerteten Verfahren nicht vor. Dies liegt freilich auch darin begründet, dass der Nachweis eines Aufklärungsfehlers im Strafprozess ohnehin regelmäßig zum Scheitern verurteilt ist. Während Aufklärungsfehler im Zivilrecht praktisch als Auffangtatbestand fungieren, ist die Bedeutung des Aufklärungsfehlers im Strafprozess dadurch limitiert, dass die Behauptung mangelhafter Aufklärung durch den Patienten in der Regel durch die verwendeten Aufklärungsformulare in der Dokumentation widerlegt werden kann. Vergleichbare Sachverhalte, wie beim reichsge richtlichen Urteil, dass eine Operation gegen den erklärten Willen des Patienten durchgeführt wurde, sind in dieser Form in der heutigen Praxis nicht mehr zu erwarten. Der Vorwurf einer vorsätzlichen Missachtung des Selbstbestimm ungsrechts eines Patienten ist in der hier vorliegenden Untersuchung in keinem der Verfahren erhoben oder gefunden worden. Wollte man den spezifischen Unrechtsgehalt einer *lege artis*, aber fahrlässig oder vorsätzlich eigenmächtig durchgeführten Heilbehandlung in einem ärztlichen Sonderdelikt erfassen, käme das, betrachtet man die Verfahrenswirklichkeit, möglicherweise einer Kampfan sage an ein Phantom gleich.

2. Tatsächliche Um- und Missstände

Wenn es im Strafrecht um die tatsächlichen Missstände im Arztrecht gehen kann, liegen diese eher in der Verfahrenswirklichkeit im Bereich des Behandlungsfehlers. Dabei kann nicht unberücksichtigt bleiben, dass das Strafrecht für Patienten und gegebenenfalls Hinterbliebene in der vorliegenden Untersuchung mit 419 Fällen jährlich quantitativ eine nur recht geringe Bedeutung hat.[12] Qualitativ, so ist zu vermuten, liegt die Bedeutung eines

12) Die empirisch unfundierten Schätzungen der jährlich gegen Ärzte wegen eines Aufklärungs- oder Behandlungsfehlers geführten Strafverfahren schwanken von 1.500 (Ärztliche Praxis, Nr. 21/92) bis zu 3.000 MüllerDRiZ 1998, 155 ff., 158;Ulsenheime Arztstrafrecht, Rn. 1) jährlich führter Verfahren bei 2.000 bis 10.000 Schadensersatz- und Schmerzensgeldverfahren. Die Vercherungswirtschaft geht von jährlich 30.000 Regressforderungen aus, Patientenorganisationen von 100.000 (Der Arzt und sein Recht 1999, 24 in einer wiedergegebenen Meldung). Die quantitative Bedeutung des Arztstrafrechts liegt tatsächlich im unteren Rahmen der Schätzungen. Auf ein Ermittlungsverfahren entfallen in der Bundesrepublik durchschnittlich 60.000 Ein wohner, insgesamt werden also ungefähr 1.500 Ermittlungsverfahren geführt. Dabei ist zu beachten, dass ungefähr jedes dritte Verfahren nicht aufgrund der Strafanzeige

Arztstrafverfahrens für Patienten und Hinterbliebene in der Möglichkeit einer persönlichen Auseinandersetzung mit der ärztlichen Behandlung im Falle eines unglücklichen Ausgangs bzw. in der Verarbeitung des Verlusts eines nahe stehenden Menschen. In den Akten hat sich aber auch die Motivation finden lassen, dass die Strafanzeige dazu dient, ein Zivilverfahren strategisch vorzubereiten oder zu unterstützen.

2.1. Zivilrecht

Das strafrechtliche Ermittlungsverfahren wird immer noch – so lautet die zentrale Vermutung – zu einem nicht unerheblichen Teil als "Vorspann"[13] zur zivilrechtlichen Schadensersatz- oder Schmerzensgeldklage eingesetzt: Potentielle Zivilkläger versprechen sich von dem Ermittlungsverfahren eine kostengünstige Vorbereitung ihres Zivilprozesses, weil sie den strafrechtlichen Amtsermittlungsgrundsatz für sich ausnutzen können.[14] Im Rahmen dieser Untersuchung fehlten oft Hinweise auf Zivilverfahren, aber immerhin konnte festgestellt werden, dass in 12,5 % der Fälle, die auf Grund einer Strafanzeige geführt wurden, ein Zivilprozess geplant war. Seitdem der Bundesgerichtshof 1982 entschieden hatte, dass der Patient ein Einsichtsrecht in seine Behandlungsunterlagen hat, ohne hierfür ein besonderes schutzwürdiges

---

eines Paenten bzw. eines Hinterbliebenen ausgelöst wurde, sondern von Amts wegen, in der Regel auf Grund der Feststellung eines unnatürlichen Todes im Totenschein und einer entsprechenden Mdung an die Staatsanwaltschaft. Zivil- und Strafverfahren. Danach entfällt eine Strafanzeige auf ca. 90.000 Einwohner und werden jährlich 1.000 Strafanzeigen gestellt. Wie relativ gering diese Quote ist, zeigt sich insbesondere im Verhältnis zur Anzahl der niedergelassenen Ärzte und der stationären Patientenbehandl ungen. 1995 waren alleine 115.000 niedergelassene Ärzte zu verzeichnen, die 15,8 Mio. stationäre Behandlungen ausführten(Gesundheitsbericht für Deutschland des Statistischen Bundesamts (Kurzfassung) 1998, S. 44, 52).

13) *Dierks* in Ehlers/Broglie(Hrsg.), Praxis des Arzthaftungsrechts, 1994, Rn. 90; *Lilie* in Fischer/Lilie Ärztliche Verantwortung im europäischen Rechtsvergleich, 1999, S 83.

14) Zwar zeigt das Mengenverhältnis der Zivil- und Strafverfahren, dass Zivilverfahren nicht regelmäßig durch Strverfahren vorbereitet oder unterstützt werden. In 12,5% der Fälle, die aufgrund einer Anzeige geführt wurden, wird das strafrechtliche Verfahren jedoch parallel zu einem Zivilverfahren geführt oder einem beabsichtigten Zivil verfahren vorgelagert. Da der Hinweis auf ein entsprechendes vilverfahren nicht erforderlich ist und die Staatsanwaltschaft diese Frage auch nicht ermittelt, steht zu vermuten, dass der Anteil von Verfahren zur Unterstützung oder Vorbereitung von Zivilverfahren noch höher liegt.

Interesse dazu darlegen zu müssen,[15] besteht allerdings keine objektive Notwendigkeit mehr, die Beschlagnahme der Krankenunterlagen anzustreben. Häufig glaubt man, die Beweissituation für den Zivilprozess mittels des Vehikels Strafprozess zu verbessern. Dabei kommt hinzu, dass in Unkenntnis, insbesondere des Angebots der Gutachter- und Schlichtungskommissionen, weniger mit diesen Verfahren Betraute sich zu viel von dem Umweg über die Staatsanwaltschaft erhoffen.[16] Dabei wird viel zu oft unberücksichtigt gelassen, dass das Angebot der Gutachter- und Schlichtungskommissionen zu viel schnelleren Ergebnissen führt.[17] Gerade solche Anwälte, die mit den medizinrechtlichen Fragestellungen weniger vertraut sind, scheinen den Weg über die Staatsanwaltschaft zu bevorzugen, wobei dieses Vorgehen durch das Bestreben getragen wird, kostengünstig ein Sachverständigengutachten zu beauftragen und so die zivilrechtlichen Erfolgschancen einer Klage vorab klären zu können. Dabei scheint überraschend, dass Strafanzeigen oft auf anwaltliche Initiative zurückgeführt werden können,[18] obwohl das Arztstrafverfahren auch aus der Sicht eines Mandanten eher Nachteile als Vorteile mit sich bringt.

Ein ganz wesentliches Problem für den Mandanten liegt in der Regel schon in der erheblichen Dauer der Ermittlungen bis zur Erledigung durch die Staatsanwaltschaft oder das Gericht. Verfahren, die nach § 170 Abs. 2 StPO eingestellt werden, dauern durchschnittlich 11 Monate.[19] Verurteilung (n=2) 788 Tage. Während dessen ruhen die Regulierungsverhandlungen und können nur dann mit den mit dem Zeitablauf einher gehenden Beweisführungs schwierigkeiten aufgenommen werden. Insbesondere, wenn Zeugenbefragungen

---

15) NJW 1983, 328; dazu *Lilie* Ärztliche Dokumentation und Informationsrechte des Patienten, S. 1980.

16) *Ratajczak* MedR 1988, S. 80 ff., 81.

17) *Lilie* in Husfeldt/Raschke, S. 215.

18) In Verfahren mit rechtsanwaltlicher Beteiligung besteht ein weitaus häufigerer Bezug zu parallelen oder beabsichtigten Zivilverfahren. Ermittlungsverfahren, zu denen zeitgleich ein Zivilverfahren anhängig ist(n=28), werden zu 85%(n=24) mit rechtsanwaltlicher Beteiligung geführt, und in 15%(n=4) ohne rechtsanwaltliche Beteiligung. Ermittlungsverfahren, zu denen zeitgleich ein Zivilverfahren noch geführt werden soll(n=28), werden zu 80%(n=20) mit rechtsanwaltlicher Beteiligung geführt, und in 20%(n=5) ohne rechtsanwaltliche Beteiligung. Nur ca. 36% der Patienten bzw. lassen sich in einem Arztstrafverfahren jedoch nur anwaltlich vertreten.

19) Im Einzelnen verteilen sich die durchschnittlichen Verfahrensdauern nach der Art der Erledigung wie folgt: 152 II StPO(n=7) 27 Tage, 170 II StPO(n=698) 335 Tage, 153 a Abs. 1 Nr. 2(n=36) 611 Tage, 170 II StPO (Abl. d. Eröffn. d. Hauptverh.)(n=2) 1.287 Tage, 153 a StPO nach Anklageerhebung (n=4) 362 Tage, Freispruch(n=2) 745 Tage,

geplant sind, ist der mit dem Zeitablauf einher gehende Erinnerungsverlust nicht irrelevant.[20] Der Nutzen, der sich aus einem Arztstrafverfahren für einen Arzthaftungsprozess ableiten lässt, ist also eher gering. Das OLG Köln hat dazu ausgeführt, dass "aus den im Ermittlungsverfahren gewonnenen Erkenntnissen oft deshalb wenig Nutzen gezogen werden kann, weil sich gerade im Arzthaftungsprozess die Rechts- und vor allem die Beweislage wesentlich anders darstellt, auch wenn Sachverhaltsidentität besteht, die behauptete Straftat also zugleich Anspruchsgrundlage der Klage ist".[21]

Das Institut des Strafantrags überlässt dem Verletzten zwar die Initiative zur Einleitung eines Ermittlungsverfahrens und damit auch in gewissem Umfang auch über das "ob" einer Sanktion. Auf der anderen Seite sollte nicht unterschätzt werden, dass mit dem Ermittlungsverfahren gerade für den einzelnen Arzt eine enorme, bisweilen Existenz bedrohende, Belastung einhergeht. Häufig steht diese außerhalb jeden Nutzens im Verhältnis zu den zu erwartenden Sanktionen, an denen der Patient in den meisten Fällen überhaupt nicht interessiert ist.

Die damit dem Einzelnen übertragene Verantwortung ist jedenfalls dann missbraucht, wenn das Strafantrags-Motiv des Patienten lediglich in der Vorbereitung eines zivilrechtlichen Schmerzensgeld- bzw. Schadensersatzver fahrens liegt. Dabei muss vor allem gesehen werden, dass nicht erst die strafrechtliche Sanktion eine Übelzufügung darstellt, sondern bereits das Strafverfahren Freiheits- und Persönlichkeitsrechte der Beschuldigten eingreift. Die mit einem Ermittlungsverfahren verbundene Belastung für einen Arzt ist enorm.[22] Gleiches hat auch Peters festgestellt.[23]

2.2 Motivation und Verarbeitung der Frustration

Wird ein Strafverfahren nicht zur Vorbereitung eines zivilrechtlichen Arzthaftungsverfahrens geführt, dann geht es - und das war in der Untersuch ung immer wieder festzustellen - dem Patienten bzw. den Hinterbliebenen um die persönliche Aufarbeitung der dramatischen Geschehnisse. Die Untersuchung des Behandlungsvorgangs macht deshalb gerade in diesen Fällen nur Sinn, wenn sie dazu beitragen kann, bestehende Zweifel an einer möglicherweise fehlerhaften Behandlung zu bestätigen oder zu beseitigen. Das Verfahrenser

---

20) *Ratajcza* MedR 1988, S. 80 ff., 81.
21) NJW1990, S. 778, 778.
22) *Müller* DRiZ 1988, S. 155 ff., 158; *Ulsenheimer* Arztstrafrecht in der Praxis, Rn. 2.
23) *Peters* S. 74 ff.

gebnis am Ende des Ermittlungsverfahrens, dass eben in der Regel ein hinreichender Tatverdacht nicht bestehe, ist in diesen Fällen gerade für den Anzeigeerstatter wenig hilfreich, wenn es ihm eigentlich darum geht, zivilrechtliche Ansprüche zu verfolgen. Insbesondere die Einstellungsbegründung, die Kausalität habe nicht nachgewiesen werden können, ist für die Betroffenen in diesen Fällen nur schwer nachvollziehbar und trägt nicht zur Wiederherstellung des "Rechtsfriedens" bei. Ein Grund für das geringe Sank tionsrisiko überhaupt liegt aber vor allem in den im Strafrecht geltenden Kausalitätsanforderungen.[24] Der strafrechtlichen Kausalitätsbegriffs verengt in Bezug zur Komplexität des menschlichen Organismus die nach dem Strafrecht vorzunehmende Prüfung des Sachverhalts in einer Art und Weise, die eine Beantwortung gerade der hier in Frage stehenden Probleme nicht leistet, insofern geht zumindest diese Prüfung in der Regel an den Erwartungen des Patienten vorbei, der mit einer umfassenden Beurteilung rechnet. Die condicio sine qua non-Formel führt für die Fälle, in denen ein Fehlers offen gelassen oder bejaht wird, zu einer "Nadelöhr-Situation", die regelmäßig nur offensichtlich beurteilte Sachverhalte erfüllen.[25] Während strafrechtliche Arzthaft ungsverfahren wegen der von der Rechtsprechung entwickelten Kriterien zur Kausalität und zur an Sicherheit grenzenden Wahrscheinlichkeit eingestellt werden, kommt es in den gleichen Sachverhalten zivilrechtlich beurteilt eher zu Verurteilungen.[26] Beweiserleichterungen bis hin zu einer Beweislastumkehr[27] machen die Schwierigkeiten der Kausalitätsfeststellung im Zivilrecht überwind bar. Erscheint der Kausalzusammenhang typischerweise geeignet erscheint, den eingetretenen Schaden zu verursachen, kann der Beweis im Zivilrecht prima facie geführt werden.[28]

Das strafrechtliche Verfahren wird in der Regel in solchen Fällen eingestellt. In der vorliegenden Untersuchung stützen sich nur fast 20% der Einstellung sverfügungen auf den mangelnden Nachweis der Kausalität.[29] Gleichwohl ist

---

24) *Schreiber* BGH-Festschrift, S. 503, 512 f.

25) Der BGH (NJW 1984, S. 661, 661) stellt insoweit fest: "Die Kausalverläufe bei ärztlichen Eingriffen sind, weil ein jeweils anderer Organismus betroffen ist, dessen Zustand und Reaktion nicht sicher berechenbar ist, weder vorausschauend noch rückwirkend eindeutig feststellbar. Mißerfolge und Komplikationen im Verlauf einer ärztlichen Behandlung weisen deshalb nicht stets auf ein Fehlverhalten des behandelnden Arztes hin."

26) *Schreiber* BGH-Festschrift, S. 513

27) BGH NJW 1984, S. 1403, 1404; OLG Köln VersR 1991, S. 695 f.; *Laufs* in *Laufs/Uhlenbruck*, § 109 Rdn. 1 f.

28) *Schreiber* BGH-Festschrift, S. 512.

diese Zahl beachtlich, da in diesen Fällen das Vorliegen eines Behandlung sfehlers offen gelassen oder gar bejaht wurde. Hinter diesen nach § 170 Abs. 2 StPO eingestellten Verfahren verbergen sich die wirklichen Behandlung sfehler. Freilich würdigt gerade in diesen Fällen in der Regel die Abschlus sverfügung den Sachverhalt aus der Sicht der Patienten oder Hinterbliebenen nicht befriedigend.

Das bestätigt sich auch aus der Quote der Klageerzwingungsverfahren.[30] Die Verfahrenswirklichkeit des Arztstrafrechts ist durch eine Bearbeitungsweise der Staatsanwaltschaften gekennzeichnet, die zur Ermittrafanzeige nach einem Behandlungsfehler häufig schon auf einem Kommunikationsverlust innerhalb des Behandlungsverhältnisses, so erleidet der Patient durch die zwangsläufig eher formalistisch agierende Staatsanwaltschaft erneut einen Kommunikations einbruch, der seinem eigentlichen Anliegen nicht gerecht wird. Schließlich münden die gegen Ärzte geführten Ermittlungsverfahren so gut wie nie in eine öffentliche Hauptverhandlung, sondern sie werden gerade aus der Sichtweise der Betroffenen "still" nach § 170 Abs. 2 StPO eingestellt.[31] Dies wiederum ist das Kernanliegen der beteiligten Ärzte, die auch für andere Einstellung smodalitäten lieber Geldbußen bezahlen, anstatt es im konkreten Fall zu einer öffentlichen Hauptverhandlung kommen zu lassen. So bleibt letztendlich die mit der Strafanzeige häufig angestrebte Aufarbeitung der Geschehnisse ein unerfüllbares Anliegen der betroffenen Patienten.

Angesichts der nicht unerheblichen Verfahrensdauern bis zur Erledigung wird auch deutlich, dass der Weg zur Strafjustiz für die Betroffenen in den

29) Im Einzelnen verteilen sich die Einstellungsbegründungen wie folgt: mangels nachweisbaren Behandlungsfehlers, (60,1%(n=451)); mangels nachweisbaren Aufklär ungsfehlers 4,1%(n=31); mangels Kausalität 19,6%(n=147); aufgrund querulatorischer Anzeige bzw. eines Bagatellvorwurfs 6%(n=45); aus Rechtsgründen(mangels öffentlichen Interesses, mangels besonderen öffentlichen Interesses, Verjährung) 6,5%(n=49); sonstige 3,7%(n=28).

30) Die Quote liegt bei 8% Klageerzwingungsverfahren.

31) Die Ermittlungsverfahren werden mit einer Wahrscheinlichkeit von ca. 93% nach § 170 Abs. 2 StPO eingestellt. Zu einer Einstellung gegen Auflage kam es lediglich in ca. 5% der Verfahren. Eine Anklageerhebung erfolgte in einem Prozent der Fälle, wobei ein Viertel der angeklagten Verfahren nach Anklageerhebung gegen Aufklage eingestellt wurde. Eine Verurteilung und ein Freispruch erfolgte in je 0,3% der Verfahren. Das entspricht in der Bundesrepublik jährlich ca. 1380 Einstellungen nach § 170 Abs. 2 StPO, ca. 80 Einstellungen gegen Auflage, vier Freisprüchen und vier Verurteilungen. Im Einzelnen(n=751) 152 II StPO 1%(n=7), 170 II StPO 92,9% (n=698), 153 a Abs. 1StPO 4,7%(n=36), 170 II StPO(Abl. d. Eröffn. d. Hauptverh.) 0,3% (n=2), 153 a StPO nach Anklageerhebung 0,5%(n=4), Freispruch 0,3%(n=2), Verurteilung 0,3%(n=2).

meisten Fällen im Nachhinein für ihr eigentliches Anliegen kontraproduktiv ist.

3. Entkriminalisierung

Im Zentrum rechtspolitischer Erwägungen zum Rechtsgüterschutz gerade von Patienten muss deshalb aus strafrechtlicher Praxis die Frage nach der Beherrschung der mit der ärztlichen Praxis verbundenen Risiken und die Analyse zur Fehlervermeidung stehen.[32] Wegen der komplexen Zusammenhänge, die sich aus den Verknüpfungen der medizinischen Praxis bzw. Wissenschaft, den Gesundheitsbehörden, den Ärztekammern und der Justiz ergeben, muss ein übergreifendes und konzentriertes Verhältnis zwischen diesen Bereichen installiert sein. Die Bemühungen seitens der Ärzteschaft und der Gesundheitspolitik zu einem medizinischen Qualitätsmanagement müssen, wenn das Strafrecht ein wirksamer Faktor im Qualitätsmanagement sein soll, wirkungsvoll sein. Die derzeitige Konstellation zwischen ärztlichem Handeln, Justiz und den Organisationen des Gesundheitswesens scheint durch ein wie als Fremdkörper wirkendes Arztstrafrecht gestört zu sein. Gerade für die strafrechtliche Haftung werden neue Probleme dadurch verursacht, dass die verstärkte Verabschiedung von Leitlinien mit präzisen Ablaufplänen zur Behandlung von Krankheiten und Verletzungen das Haftungsrisiko unverhältnismäßig erhöhen.[33] Diese Leitlinien legen nämlich ein neues Potential für Fälle des ärztlichen Regelverstoßes fest. Gerade angesichts der zuvor beschriebenen rechtstatsächlichen Situation kann aber der Verstoß gegen Leitlinien eine faktische Implementationsbarriere für dieses unabhängig vom Strafrecht notwendige Instrument zur Qualitätssicherung ärztlicher Praxis bedeuten.

Die ärztliche Tätigkeit muss entkriminalisiert werden und durch moderne Methoden des Risiko- und Qualitätsmanagements ersetzt werden. *Evidence based medicine*, Leitlinien, Qualitäts- und Risikomanagement, Rankings und Zertifizierung öffentlich gemachter Qualitätsstandards sollten die Maßstäbe für eine sichere und an hoher Qualität orientierten Gesundheitsversorgung sein. Um zu einer zutreffenden Analyse ärztlicher Fehler zu kommen, hilft Strafverfolgung wenig, weil die Untersuchung gezeigt hat, dass das Strafrecht nicht geeignet ist, Qualitätsmängel wirklich transparent zu machen. Die stärkere Verankerung der Qualitätsstandards in Leitlinien ist aber aus

---

32) *Laufs* NJW 1999, S. 1758, 1766.

33) *Ulsenheimer* Arztstrafrecht, 14 f.; *Berndt/Fischer* Medizinische Leitlinien, Juristische Dimension, in DÄBl. 2000, AA1942-A1944; *Brinkbäumer/Emcke/ Ludwig* Tödlicher Pfusch, in Der Spiegel, 5/2000, S. 54-60.

juristischer und rechtsstaatlicher Hinsicht unbedingt wünschenswert. Schließlich geben diese Leitlinien Patienten und Gerichten Kriterien zur Fehlerbeurteilung an die Hand. Damit wird auch der in der Untersuchung deutlich werdenden Fehlentwicklung seitens des Einflusses der Gutachter zurückgesteuert werden können. Immerhin hat die Untersuchung gezeigt, dass Gutachter in Arztstrafverfahren in der Position eines quasi vorgerichtlichen Richters überwiegend den Ausgang der Entscheidung bestimmen. Ohne Leitlinien kann sich die Staatsanwaltschaft weiterhin ausschließlich nur auf Gutachter verlassen, die dann faktisch in Personalunion die Funktion von Staatsanwalt, Verteidiger und Richter übernehmen.

Demgegenüber verkörpert die Strafnorm die ultima ratio im Instrumentarium des Gesetzgebers. Nach dem Prinzip der Verhältnismäßigkeit sollte der Gesetzgeber von diesem Mittel nur behutsam und nur zurückhaltend Gebrauch machen. Entscheidend für die Frage des Arztstrafrechts ist es demnach, ob die Gesamtheit der dem Schutz des Patienten in einer ärztlichen Behandlung dienenden Maßnahmen, seien sie bürgerlichrechtlicher, öffentlichrechtlicher oder strafrechtlicher Natur, angesichts der zu sichernden Rechtsgüter einen tatsächlichen Schutz gewährleisten können müssen. Es handelt sich in Anwendung der durch das Bundesverfassungsgericht entwickelten Grundsätze um keine “absolute” Pflicht zu strafen, “sondern um die aus der Einsicht in die Unzulänglichkeit aller anderen Mittel erwachsende “relative” Verpflichtung zur Benutzung der Strafdrohung”.[34] Der strafrechtliche Beitrag zur Prävention ärztlicher Fehler besteht allerdings in dem pauschalen strafrechtlichen Appell zur Regeleinhaltung. Der minimale Anfall arztstrafrechtlicher Rechtsprechung gibt aber keinerlei praxisrelevante konkretisierte Verhaltensregeln zur Vermeidung von Rechtsgutsverletzungen bei Patienten.[35] Bei all diesen Aspekten darf auch die stigmatisierende Wirkung einer strafrechtlichen Verfolgung für die Ärzte nicht vergessen werden. Auch scheint es nicht wünschenswert, dass ärztlichen Verhalten auf der Basis einer verschwindend geringen Anzahl von strafgerichtlich entschiedenen Fällen als Maßstab dienen.

Recht und ärztliches Verhalten stehen im medizinischen Alltag in Abhängigkeiten, die nur schwer verallgemeinerbar sind. Gerade angesichts der Diskussion um eine gesetzliche Regelung ärztlicher Aufklärungsfehler spricht vieles zumindest für eine Entkriminalisierung diesen Aspektes, weil weder individual- noch generalpräventive Interessen und eigentlich kaum die

34) Vgl. BVerfGE 39, S. 1, 45 ff.

35) Jährlich ergehen in der Bundesrepublik ca. 16 Urteile gegen Ärzte, davon jeweils die Hälfte Verurteilungen und Freisprüche.

Interessen des einzelnen Patienten außer Acht gelassen werden würden. Gerade für das Arztstrafrecht sollte intensiver die Frage aufgeworfen werden, ob strafrechtliche Sanktionieren nach Fehlleistungen zur Wiederherstellung des Rechtsfriedens und zur Stärkung des Rechtsbewusstseins dienlich sind. Die Erwartung von Patienten, die sie in Arztstrafverfahren setzen, werden – wie bereits ausgeführt – ebenso oft enttäuscht wie entsprechende Hoffnung der Hinterbliebenen. Wesentlich wirkungsvoller scheint demgegenüber nicht die Sanktion, die durch das Strafrecht droht, sondern die berufsrechtlicher Maßnahmen, die bis zum Entzugs der Approbation reichen können, weil dies den Arzt weitaus härter trifft, als die Erfüllung einer Auflage nach § 153 a StPO.[36] Im Kern ist das Patientenschutzrecht der Bundesrepublik Deutschland der Rechtsfortbildung der Zivilgerichtsbarkeit zu verdanken.[37] Das Strafrecht hat insofern keine wirkliche praxisrelevante Bedeutung entwickelt. Deshalb besteht kein wirklich nachweisbarer Bedarf weder für eine absolute noch eine relative Verpflichtung, fahrlässige Aufklärungs- oder Behandlungsfehler mit Strafe zu bedrohen, sofern ein leichtfertiges Handeln nicht zum Vorwurf gemacht werden kann.

---

36) Die Höhe der Auflage beträgt durchschnittlich 6.400,– DM.

37) *Laufs* NJW 1996, S. 2413 f., 2413.

의료 형사절차의 현실

(Zur Verfahrenswirklichkeit des Arztstrafrechts)

Professor Dr. Hans Lilie*
이 진 국(역)**

1999년부터 2001년까지 Halle-Wittenberg 대학교에서는 Volkswagen 장학재단의 지원으로 의료형법의 절차현실에 관한 연구계획이 수행되었다. 이 프로젝트의 목표는 치료과오나 설명의무 위반의 피의사실로 의사를 상대로 제기된 형사절차의 법사실적 자료를 조사하는 것이었다. 이와 관련된 논의에서는 지금까지 의사를 상대로 한 형사절차의 수가 지속적으로 증가되어 왔고, 이러한 증가된 수치는 의료실무에 대한 하나의 위협으로 나타난다는 점에 대해서만 주장되어왔다. 이러한 의사의 처벌문제와 정반대로 본 연구는 상해죄의 비범죄화에 찬성하는 근거를 부각시켰다. 본 논문에서는 비범죄화의 인정근거로서, 전단적 치료행위가 형법에서 큰 의미를 가지지 못하고, 있다형사절차와 의료민사절차와의 관계 및 환자에게 의료형사절차가 미치는 사실상의 의미가 언급될 것이다. 제6차 형법개혁법에서 전단적 치료행위에 관한 형법입법안이 의회에서 통과되지 못하게 된 후 특히 전단적 치료행위에 관한 규정신설이 필요한 것인지에 대한 문제가 여전히 남아있다.

전단적 치료행위의 비범죄화와 관련한 현재의 논의상태는 법익개념에 기초하거나 또는 이미 구성요건단계에서 상해죄의 가벌성을 부정하는 해결책을 모색하고 있는데[1], 여기에 제시된 경험적

---

* 이 글은 2002년 9월 10일(화) 한국형사정책연구원에서 독일의 Hans-Ludwig Schreiber 교수와 Hans Lilie 교수를 초청하여 강연한 자료를 번역·정리한 것이다.

* 독일 Halle-Wittenberg 대학교 법학부 형법, 형소법, 비교법 및 의료법 담당 교수, 법학박사(Dr. iur.).

** 한국형사정책연구원 전문연구원, 법학박사

1) *Deutsch* ZaeFQ 1998, 574 ff.; *ders.* Medizinrecht, 125; *Eser* ZStW 97(1985), 43, 45; *Franzki* FAZ v. 9.9.1997; *Freund* ZStW 109(1997), S. 455, 476; *ders.* NStZ 1996, S. 132, 133; *Lilie* in Husfeldt/Raschke(Hrsg.), Thrombosen und Embolien, 1993, S. 215 ff.; *ders.* in LK, Vorbem. zu §223 Rdn.6; *Müller* DRiZ 1998, S. 155, 159; *Peters* Der Arzt und sein Recht 3/98, S. 11 ff.; *Peters* Der strafrechtliche Arzthaftungsprozeß,

연구의 결과는 의료형사절차의 현실에 근거하여 비범죄화에 대한 새로운 논증의 기초를 구하는 것이다.

1. 논의의 배경

본 연구의 동기를 제공한 것은 이미 잘 알려져 있는 1894년의 제국법원의 판결(RGSt 25, 375 ff.)인데, 이 판결에서 제국법원은 실제적으로 오늘날 적용되는 좁은 의미의 의료형법의 기초를 다졌다.[2] 전단적 치료행위에 대한 상해죄의 적용은 지금까지도 논쟁을 불러일으키고 있다.[3] 이러한 논쟁의 전개에

2000, S. 93 ff.; *Ratajczak* MedR 1988, S. 80; *Schreiber* ZaeFQ 1998, S. 568, 573; *Steffen* in Husfeldt/Raschke(Hrsg.), Thrombosen und Embolien, 1993, S. 203 ff., 213; *Ulsenheimer* NStZ 1996, S. 132, 133.

2) 자료조사는 1200건의 수사절차를 정리함으로써 이루어졌다. 이 1200건의 수사절차는 1995년과 1996년에 본 연구에 협력한 검찰들이 취급하였던 의료형사절차의 전체 수를 의미한다. 이 전체수사절차 중 601건의 수사절차에서는 총 751명에 달하는 피의자의 신원이 확인되었으며, 본질적으로 다음과 같은 세 가지의 기준을 충족시켰다. 첫째, 피의사실이 설명의무위반 또는 치료과오였다는 점, 둘째 피의자는 면허 있는 의사들이었다는 점, 셋째 이들 피의자에 대한 수사절차는 95- 또는 96- 이라는 수사서류번호들 중에서 진행되었다는 점이다. 조사된 전체수(601건의 수사절차)는 다음과 같이 구성된다: Aachen검찰청 77건, Bochum검찰청 62건, Essen검찰청 60건, Darmstadt검찰청 46건, Münster 검찰청 45건, Hamburg 검찰청* 35건, Lübeck 검찰청 28건, Mönchengladbach 검찰청 27건, Halle 검찰청* 24건, Krefeld 검찰청 22건, Oldenburg 검찰청 21건, Osnabrück 검찰청 21건, Mühlhausen 검찰청 17건, Kiel 검찰청* 16건, Lüneburg 검찰청* 15건, Stendal 검찰청 13건, Coburg 검찰청 12건, Dessau 검찰청* 12건, Frankfurt/Oder 검찰청 11건, Potsdam 검찰청 11건, Paderborn 검찰청 10건, Hof 검찰청* 6건, Ansbach 검찰청 4건, Stade 검찰청* 4건, Weiden 검찰청 2건. '*' 로 표시된 검찰청들은 95-로 시작되는 수사서류번호를 대상으로 한 수사절차를 평가할 수 없었고 수치적으로만 고려되었다.

3) *Eberhard Schmidt*는 판례의 입장에 부합될 수 없는 간극이 존재한다는 점을 언급하였다(JR 1958, S. 226 f.). Schmidt의 견해에 동의하는 입장으로는 *Arzt/Weber* BT §6 Rn. 96 ff.; *Baumann* NJW 1958 S. 2092, 2093; *Baumann* GA 1962 S. 221, 222; *Kohlhass* DMedW 1962 S. 2593; *Kohlhass* Medizin und Recht (1969) S. 111; *Sauer* GerS 113 S. 79, 121; *Schröder* NJW 1961 S. 951, 952; *Schwalm* Bockelmann-Festschrift S. 540. 이와 반대된 견해로는 *Blei* BT II §14 IV S. 59; *Bockelmann* NJW 1961 S. 945, 947; *Bockelmann* JZ 1962, S. 527; *Bockelmann* Verh. 44. DJT II/F S. 35 ff; *Bockelmann* Strafrecht des Atztes(1968) S. 66 ff; *Engisch* ZStW 58(1939) S. 1, 5 ff; *Engisch* ZStW 70(1958) S. 592; *Gallas* Niederschirften 7 S. 129 f, 198; *Gallas* ZStW 67(1955) S. 1, 21 ff; *Gössel* BT 1 §13 Rn. 53 ff; *Grünwald* ZStW 73(1961) S. 1, 9; *Grünwald* in: Göppinger Arzt und Recht S. 136 ff; *Haft* BT S. 112 Nr. 4; *Hardwig* GA 1965 S. 161, 166; *Hirsch* ZStW 81(1969) S. 921; *Hirsch* Zipf-Gedächtnisschrift S. 353 ff; *Hirsch* BGH-Festschrift S. 199; *Arthur Kaufmann* ZStW 73(1961) S. 341, 373; *Koffka* Verh. 44. DJT II/F S. 8; *Krauß* Bockelmann-Festschrift S. 557, 564; *Lackner/Kühl* §223 Rn. 8; *Lilie* LK Vor §223 Rn. 3; *Maurach/Schroeder/Maiwald* I §8 Rn. 30 ff; *Niese* Eb. Schmidt-Festschrift

대하여 처음부터 입법부는 초기에 매 2년의 주기로 제출되었던 개혁법안[4]을 가지고 대응하였다. 이 판례에 반대하고 나섰던 문헌들[5]은 그 동안에 태도를 바꾸고 있는 것 같다. 어쨋든 의사의 모든 손상수반 치료행위가 상해에 해당한다는 판례의 기본적인 견해에 동조하는 목소리가 증가하고 있는 것은 사실이다.

이 논문의 논의배경은, 의학적 준칙에 따랐지만 환자의 자기결정권을 침해한 소위 전단적 치료행위가 상해죄에 해당하는지의 여부에 관하여 이전부터 있어왔던 문제제기에서 나타난다. 판례의 견해와는 반대로 문헌에서는 손상수반 치료행위가 성공함으로써 신체적 상태가 악화되지 않는다는 점이 다시금 주장되었다. 오히려 전단적 치료행위의 사례에서는 환자의 상태가 보호되었을 뿐만 아니라 개선되었으며 법익침해의 여부는 개별행위 보다는 전체적인 결과를 고려함으로써 판단되어야 한다는 점이 지적되었다.[6] 다양한 입법발의에 의하여 제출되었지만 항상 아무런 성과가

S. 364, 367; *Otto* BT §15 Rn. 11; *Rudolphi* JR 1975, S. 512; *Schaffstein* ZStW 72(1960) S. 369, 278 f; *Schmidhäuser* StrafR AT 8. Kap. Rn. 121, 122; *Eb. Schmidt* Arzt im Strafrecht (1939) S. 69 ff; *Eb. Schmidt* in: Ponsold Lb. S. 35; *Eb. Schmidt* JR 1958, S. 226, 227; *Eb. Schmidt* Gutachten 44. DJT I S. 151; *Schroeder* Besondere Strafvorschriften gegen Eigenmächtige und Fehlerhafte Heilbehandlung? 1988; *Stratehwerth* AT I §9 Rn. 368; *Tröndle/Fischer* §223 Rn. 96b; *Ulsenheimer* Handbuch des Arztrechts 2. Auflage §138 Rn. 2 ff; *Ulsenheimer* Arztstrafrecht in der Praxis 2. Auflage Rn. 56 ff; *Ulsenheimer* JR 1986 S. 250; *Wessels/Hettinger* BT 1 Rn. 325 ff; *Welzel* §39 I 3a; *Zipf* Bockelmann-Festschrift S. 577, 583; 입법론적인 해결을 주장하는 견해로는 *Jescheck/Weigend* §34 III 3a; *Wilts* MDR 1970 S. 971.

4) §279 E 1911; §313 E 1919; §235 Radbruch-E 1922; §238 E 1925; §§263, 287 E 1927; §§419, 431 E 1936; §§161, 162 E 1962; §123 AE 1970; §§229, 230 E 1996. 의사에 대한 형사특별규정을 도입하기 위한 입법부의 최근의 노력은 1996년 6월 18일에 제출되었던 제6차 형법개혁법에 관한 전문가초안이었다. 이 초안에는 형법전에 제229조를 신설하여 *전단적 치료행위*의 범죄구성요건을 도입하는 것 이외에도 제230조에 *과오치료행위(Fehlerhafte Heilbehandlung)*의 범죄구성요건을 규정하고 있었다. 전문가초안에 나타난 이들 범죄구성요건의 개별적인 문언에 대해서는 *Lilie* LK §223 Rn. 6 Fn. 18.을 참조. 또한 이에 관한 상세한 내용은 *Schroeder* Besondere Strafvorschriften gegen Eigenmächtige und Fehlerhafte Heilbehandlung?, 1998, 11; *Katzenmeier* ZRP 1997, S. 156 ff., 158을 참조.

5) *Cramer* Lenckner-Festschrift S. 761, 776; *Jakobs* AT 14/6 in Fn. 9; *Krey* BT Rn. 219; *Küpper* BT §2 Rn. 43; *Mitsch* Strafrechtlicher Schutz gegen medizinische Behandlung S. 22; *Rengier* BT II §14 Rn. 17; *Roxin* AT §13 Rn. 24; *Schreiber* Strafrecht der Medizin, 50 Jahre BGH-Festschrift, Band 4, 2000, S. 503, 506; 이전에도 이미 *Schreiber*는 이 점을 암시하고 있었다. *Schreiber* Hirsch-Festschrift S. 713, 724; *Arzt/Weber* BT §6 Rn. 99 ff; *Horn* SK Rn. 33.

6) *Eser* in Schönke/Schröder, §223 Rdn. 30; *Kaufmann* ZStW 73(1961), S. 373; *Krauss*

없었던 수많은 입법대안들은 의사의 전단적 치료행위를 하나의 특별한 범죄구성요건으로 신설하고자 의도하였으며, 보호법익도 상해죄의 그것과 분리하여 자기결정권의 보호로 이해하였다. 나아가 이러한 입법대안들에서 나타나는 하나의 본질적인 관점은 전단적 치료행위를 기존의 상해죄로 규율할 경우 형법상 금지되는 유추적용에 해당한다는 점이었다.[7] 그럼에도 불구하고 판례는 환자의 자기결정권 보호를 포기하지 않으려는 의도에서 자신의 입장을 유지해야 한다는 견해를 가지고 있다.[8]

전단적 치료행위에 관한 입법의 필요성에서 항상 주장되고 있는 가장 중요한 논증은, 개별적인 치료를 수행한 후에 의사들에게 부담으로 다가오는 형사절차의 수가 매우 많다는 점이다. 그러므로 법적 안정성을 도모하기 위해서 입법적 차원의 규정신설이 바람직하다는 요구가 있다.

그러나 이러한 요구는 법현실과 서로 조화되지 못하고 있다.

전단적 치료행위는 민법과는 반대로 형사절차, 특히 수사절차에서 사실상 적지 않은 역할을 수행하고 있다.[9] 민사소송으로 제기된 "설명의무위반의 단편성"[10]을 형법의 영역으로 끌어들이기란 사실상 불가능하다. 다시 말해서 민사소송에서는 설명의무위반만이 독자적으로 문제될 수 있지만, 이러한 설명의무위반의 독자적인 가치가 형사절차에서는 실제로 큰 의미를 가지고 있지 않다. 민법에서와는 달리, 치료과오를 증명할 수 없는 경우에는 설명의무에 위반되었다고 주장할 수 없다. 절차의 4% 정도만 설명의무 위반으로 수사되고 있다.[11] 여기서 설명의무위반은 항상 치료과오의 피의사실에 부가하여 제기되고 있다. 본 연구에서 평가된 수사절차에서 피의사

Bockelmann-Festschrift, S. 563; *Schmidt* Gutachten in Verhandlungen des 44. DJT 1962, Band I, S. 1-178, 150 f; *Zipf* Bockelmann-Festschrift, S. 583.

7) Begründung des Referentenentwurfs, S. 29.

8) *Schreiber* BGH-Festschrift, S. 506.

9) 민사 의료책임법에서 의사의 설명의무위반이 가지는 의미는 우려할 만큼 실제로 형법의 영역에 끌어들이지 못하고 있다. 설명의무와 결부된 문제점들이 존재할 뿐만 아니라 설명의무에 관한 주 최고법원 및 연방대법원 민사법정의 판례를 거의 개관하기 힘들기 때문이다. 이에 관한 상세한 내용은 *Laufs* Arztstrafrecht, S. 93 Rn. 173. 민법과는 달리 치료과오가 입증되지 못한 경우에는 승낙부존재 또는 설명부존재에 대한 비난이 불가능하다. S*chreiber* Handlungsbedarf für den Gesetzgeber, in Laufs/Dierks/Wienke/Graf- Baumann/Hirsch (Hrsg.), Die Entwicklung der Artzhaftung, Berlin 1997, S. 341-347, 342.

10) *Schreiber* BGH-Festschrift, S. 506.

11) 일반적으로 나타나는 피의사실은 치료과오(Fehlbehandlung)이다. 진단과오(Diagnosefehler)의 피의사실은 큰 의미를 가지지 못하고 있으며, 설명의무위반이나 승낙의 부존재에 관한 피의사실은 더 더욱 의미를 가지지 못하고 있다. 개별적으로 보면, 피의자의 피의사실이 치료과오인 경우는 68%(510건), 진단과오인 경우는 26%(197건), 승낙의 부존재 또는 잘못된 설명의 경우는 4%(31건), 치료팀 구성의 과오인 경우는 2%(13건)이었다.

실이 오로지 설명의무위반인 경우 또는 설명의무위반만을 이유로 고소가 제기되는 사건은 찾아볼 수 없었다. 이것은 물론 형사소송에서 설명의무위반을 증명하는 것이 통상적으로 실패할 수밖에 없다는 점을 근거지우기도 한다. 민법에서는 설명의무위반이 실무상 포괄구성요건으로 기능하는 반면, 형사소송에서 설명의무위반은 대부분의 사건에서 의사의 설명이 없었거나 불충분하였다는 환자의 주장이 진료기록에 포함되어 있는 설명양식에 의하여 반증될 수 있는 경우에 한해서만 의미를 가지게 된다. 제국법원의 판결에서는 환자의 명시적인 의사에 반하는 수술이 문제로 되었는데, 오늘날의 의료실무에서 이러한 사안이 거의 등장하지 않는다. 본 연구결과에 의하면 고의로 환자의 자기결정권을 무시했다는 내용의 피의사실은 한 건의 절차에서도 문제되지 않았으며 또한 발견되지도 않았다. 의학적 준칙에 따랐지만, 고의 또는 과실로 전단적으로 수행한 치료행위의 특수한 불법내용을 의료적 특별규정으로 신설하고자 한다면, 이것은 의료형사절차의 현실을 고찰해볼 때 아마도 허깨비와 싸우는 것과 같을 것이다.

2. 사실상의 사정과 폐해

의료법적인 사실상의 폐해가 형법에서 문제될 수 있다면, 그것은 오히려 치료과오와 관련된 소송절차의 현실에 있다. 여기서 유의할 것은, 본 연구에서 419건의 사건들을 보면 형법이 환자나 환자의 유족에 대하여 부여하는 양적인 의미가 매년 매우 근소하다는 점이다.[12] 질적인 관점에서 볼 때, 의료형사절차가 환자나 환자의 유족에게 부여하는 의미는, 치료결과가 불행한 결과

12) 매년 설명의무위반이나 치료과오를 이유로 제기된 형사절차에 대한 경험적으로 뒷받침되지 않은 대략적인 수치평가는 매년 1500건(Ärztliche Praxis, Nr. 21/92)에서 3000건(*Miller* DRiZ 1988, 155 ff; *Ulsenheimer* Arztstrafrecht, Rn. 1) 정도에 이르고 있으며, 설명의무위반이나 치료과오를 이유로 손해배상이나 위자료소송이 제기된 사건의 수는 매년 2000건에서 10000건 정도에 이른다. 인용된 보도에 의하면, 보험회사는 매년 3만 건에서 구상권을 행사하고 있으며, 환자단체들은 10만 건에서 구상권을 행사하고 있다(Der Arzt und sein Recht 1999). 의료형법의 양적 의미는 사실상 이러한 대략적인 평가수치보다 낮다. 독일에서는 평균적으로 인구 6만 명당 1건의 수사절차가 문제되고 있으며, 전체적으로 약 1500건의 수사절차가 개시되고 있다. 그런데 여기서 3건의 수사절차 중 1건은 환자나 유족의 고소에 기한 것이 아니라 직권으로 수사되었다는 점을 유의할 필요가 있다. 다시 말해서 3건의 수사절차 중 1건은 사망진단서에서 비정상적인 사망이 확인되었고 이것이 검찰에 통지됨으로써 수사가 개시되었다. 이에 따라서 약 9만 명당 1건의 고소 또는 고발을 제기되며 매년 1000건의 고소가 제기된다. 이러한 비율이 비교적 적은 것은 무엇보다도 개업한 의사의 수와 입원환자의 수와의 관계가 보여주고 있다. 1995년에는 115,000명의 의사들이 개인적으로 개업한 것으로 기록되었으며 입원치료를 받은 환자는 1580만 명이었다(Gesundheitsbericht für Deutschland des Statistischen Bundesamts (Kurzfassung) 1998, S. 44, 52).

를 초래했을 때 의료형사절차를 통하여 개인적으로 의사의 치료에 대한 분쟁을 불러일으킬 수 있으며 근친자가 사망한 경우에는 이를 형사절차를 통하여 해소할 가능성에 있다고 추측할 수 있다. 또한 연구대상 자료들을 분석한 결과 환자나 유족의 고소가 전략적으로 민사절차를 준비하거나 민사절차에서 유리한 지위를 점하기 위하여 제기되고 있다는 동기도 발견할 수 있었다.

2.1. 민 법

가장 보편적인 추측에 의하면, 형사상의 수사절차는 민사상의 손해배상소송이나 위자료소송을 위한 "예고편"[13] (Vorspann)으로서 결코 무시할 수 없는 부분을 형성한다. 수사절차를 통하여 민사소송상의 잠재적인 원고는 원래 자신이 수행해야 할 민사소송을 힘들이지 않고 준비하기를 기대한다. 형사상의 직권탐지주의를 이용할 수 있기 때문이다.[14] 본 연구를 수행하면서 종종 민사절차와 관련된 지적이 누락되었다는 점을 발견할 수 있었는데, 그럼에도 불구하고 피해자나 유족들이 고소한 전체 사건들 중 12.5%의 사건은 민사소송이 계획되어 있었다는 점을 확인할 수 있었다. 그렇지만 1982년에 연방대법원이, 환자는 자신에 대한 진료서류에 대하여 특별하게 보호할 가치가 있는 이익을 해명할 필요도 없이 열람권을 가진다고 판결한 이후부터는 수사기관이 진료서류의 압수에 매달릴 필요성도 더 이상 존재하지 않게 되었다.[15] 사람들은 종종 형사소송의 수단을 이용하여 민사소송의 입증상황을 개선시킨다고 믿고 있다. 또한 특히 감정인위원회나 조정위원회의 제안을 제대로 알지 못하고 감정수탁자나 조정위원 보다는 검찰을 통하여 해결할 것을 더 많이 기대하고 있다.[16] 게다가 감정인위원회나 조정위원회의 제안이 훨씬 더 신속한 결과에 도달한다는 점은 거의 무시되고 있는 실정이다.[17] 의료법적인 문제점에 대하여 잘 알고 있지 못하는 변호인들

---

13) *Dierks* in Ehlers/Broglie (Hrsg.), Praxis des Arzthaftungsrechts, 1994, Rn. 90; *Lilie* in Fischer/Lilie, Ärztliche Verantwortung im europäischen Rechtsvergleich, 1999, S. 83.

14) 물론 민사절차와 형사절차의 중첩관계가 보여주는 것은, 민사절차가 대부분 형사절차에 의해 준비된다거나 또는 형사절차를 통해 보다 나은 전망을 가져다주는 것은 아니다. 그러나 고소된 사건의 12.5%는 형사절차와 동시에 민사절차가 제기되었거나 의도된 민사절차로 이전되었다. 환자 또는 유족이 의사를 상대로 고소를 제기하면서 민사소송을 제기할 것이라고 지적할 필요도 없고 검찰청은 이러한 문제를 수사조차하지 않기 때문에 실제로 민사절차를 지원하거나 준비하기 위한 형사절차의 비율은 보다 많을 것으로 추측된다.

15) NJW 1983, 328; 이에 대해서는 *Lilie* Ärztliche Dokumentation und Informationsrechte des Patienten, S. 1980.

16) *Ratajczak* MedR 1988, S. 80 ff.

17) *Lilie* in Husfeldt/Raschke, S. 215.

은 검찰을 통한 해결을 선호하는 것 같다. 이렇게 사건을 검찰에 떠넘김으로써 힘들이지 않고 감정수탁자에게 감정서작성을 위탁시킬 수 있고 이로써 민사소송에서 승소할 기회를 사전에 획득하고자 한다. 그런데 여기서 놀라운 것은, 의뢰인의 관점에서 볼 때 형사절차가 이익보다는 오히려 불이익을 더 많이 가져다줌에도 불구하고 고소는 종종 변호사의 주도하에 제기되고 있다는 점이다.[18]

의뢰인에게 나타나는 가장 본질적인 문제 중의 하나는 일반적으로 수사초기부터 검사나 법원에 의하여 절차가 종료되기까지 매우 장기간이 소요되고 있다는 점이다. 독일형사소송법 제170조 제2항에 따른 불기소처분(역자주: 혐의없음, 죄않됨, 공소권없음의 불기소처분)이 결정되기까지 평균 11개월이 소요된다.[19] 이 기간동안 조정심리는 정지되고 기간경과와 함께 나타나는 입증의 곤란함이 발생할 수 있다. 특히 참고인신문이 계획되어 있는 경우에는 시간경과와 함께 나타나는 기억력 상실의 문제는 결코 무시할 수 없다.[20] 이 점에서 의료민사책임소송을 대비하기 위하여 의료형사소송으로부터 도출할 수 있는 유용한 것들은 매우 적다. 이와 관련하여 Köln주 최고법원(OLG)은 "*사안이 동일하여 문제된 범행이 동시에 민사소송에서 청구권의 근거가 되는 경우에도 민사상의 의료책임소송에서는 법적 사정과 특히 입증의 사정이 본질적으로 다르기 때문에 수사절차에서 도출된 인식들을 이용할 가능성은 많지 않다*"고 판시하였다.[21]

고소제도는 피해자에게 수사절차의 개시에 관한 주도권을 부여해주고 이로써 행위자에 대한 제재부과의 '여부'(ob)도 어느 정도 부여하고 있다. 그러나 수사절차와 함께 바로 개별 의사들에게는 심각한 부담으로 다가옴과 동시에 경우에 따라서는 이러한 부담들이 의사들의 존립마저 위협할 수 있다는

18) 형사절차와 병행되거나 의도된 민사절차와 관련해서 보면, 변호사가 참가한 형사절차의 수는 훨씬 더 잦다. 사건이 동시에 민사절차에 계속 중인 수사절차(총 24건) 중에서 85%인 24건에서 변호사가 참가하였으며, 15%인 4건은 변호사의 참가가 없었다. 사건이 동시에 민사절차로 이어지게 될 수사절차(총 28건) 중 80%인 20건에서는 변호사가 참가하였으며, 20%인 5건은 변호사가 참가하지 않았다. 그러나 환자의 약 36% 정도만 의료형사절차에서 변호사를 통해서만 대리하게 할 수 있다.

19) 평균적인 절차소요기간을 절차종료의 유형에 따라 개별적으로 나누어보면, 형사소송법 제152조 제2항에 따른 절차종료는 27일(7건), 형사소송법 제170조 제2항에 따른 절차종료는 335일(698건), 형사소송법 제153a조 제1항 2호에 따른 절차종료는 611일(36건), 형사소송법 제170조 제2항(공판절차개시의 거절)에 따른 절차종료는 1287일(2건), 공소제기 이후에 형사소송법 제153a에 따른 절차종료는 362일(4건), 무죄판결은 745일(2건), 유죄판결은 788일(2건)이 소요된다.

20) *Ratajczak* MedR 1988, S. 80 ff.

21) NJW 1990, S. 778.

점은 과소평가 되어서는 않될 것이다. 이러한 현상은 종종 환자들이 전혀 관심도 가지지 않는 제재부과의 정도에 비례하게 민사소송에 대한 유용한 것들을 제공해주지 못한다.

그러나 만약 환자가 고소하는 동기가 단지 민사상의 위자료나 손해배상절차를 준비하기 위한 것이라면, 이로 인하여 의사 개인에게 귀속되는 형사책임은 남용된 것이다. 이 경우에는 법원에 의한 형사제재의 선고가 형법이 지향해서는 안될 해악부과로 나타나는 것은 당연하지만, 이미 그 이전에 형사절차 그 자체가 피의자의 자유권과 인격권을 침해하는 것이라고 보아야 한다. 수사절차와 결부되어 나타나는 의사의 부담은 심각한 것이다.[22] Peters도 이와 동일한 견해를 밝힌 바 있다.[23]

2.2. 환자나 유족의 불만의 동기와 해소

형사절차가 민사소송을 준비하기 위한 것이 아니라면, 남아있는 문제는 - 이것은 본 경험연구에서 항상 확인할 수 있었다 - 환자나 유족들이 환자의 상해나 사망 등과 같은 극적인 사건을 개인적으로 해소하는 것이다. 그러므로 바로 이러한 사례에서 치료과정에 대한 수사기관의 조사가 의미를 가지려면 치료과오에 관한 의문을 확인하거나 해결하는데 기여할 수 있어야만 한다. 그러나 이러한 사례에서 고소인 또는 고발인이 원래 민사소송을 제기할 의도를 가지고 있었다면, 수사절차의 마지막 단계에서 일반적으로 충분한 범죄혐의(hinreichender Tatverdacht)가 존재하지 않는다는 혐의 없음의 수사결과는 고소인에게 큰 도움을 주지 못한다. 특히 이러한 사례에서 인과관계를 입증할 수 없었다는 불기소처분의 이유는 관련자들에게 납득하기 힘들게 다가올 뿐만 아니라 '법평화'의 회복에도 기여하지 못한다. 이처럼 의료형사절차에서 의사들에게 제재가 선고될 위험성이 적은 이유는 무엇보다도 형법상의 인과관계의 요청 때문이다.[24] 형법상의 인과관계개념은 인간의 생체조직의 복잡성과 관련시켜볼 때 형법에 따라 수행되는 사안의 심사를 좁히게 되고 이로 인하여 바로 여기서 제기된 문제점들에 대한 해답을 제공해 주지 못하게 된다. 그러므로 대부분의 사례에서 적어도 형법상의 인과관계의 관점에서 사안을 심사하는 것은 포괄적인 판단을 기대하는 환자의 기대를 저버리게 된다. 치료과오의 문제가 아예 제기되지 않거나 과오가 인정되는 사건에서 원인이 없었다면 결과가 발생하지 않았을 것이라는 조건설의 공식이 적용되기란 매우 힘들어서 마치 '바늘구멍과 같은 상황'(Nadelöhr-Situation)을 초래하며, 이

22) *Müller* DRiZ 1988, S. 155 ff; *Ulsenheimer* Arztstrafrecht in der Praxis, Rn. 2.
23) *Peters* S. 74 ff.
24) *Schreiber* BGH-Festschrift, S. 503, 512 f.

점에서 조건설의 공식은 명백하게 판단된 사안에만 적용된다.[25] 판례가 발전시켜온 인과성의 판단척도와 확실한 정도의 개연성이라는 판단척도로 인하여 의료형사절차는 이미 수사절차의 단계에서 불기소로 처리되지만, 이와 반대로 동일한 사안에서 민법적으로 판단해 보면 오히려 법원의 재판까지 이어진다.[26] 입증책임의 완화에서부터 거증책임의 전환[27] 등을 통하여 민법에서는 인과관계 확정의 어려움을 극복할 수 있다. 발생한 손해의 원인이 된 인과관련성이 전형적인 것으로 나타나는 경우에는 민법상의 입증책임은 표현증명(prima facie)에 의할 수도 있다.[28]

치료과오와 관련한 형사절차는 대부분 불기소처분으로 종결된다. 본 논문의 경험연구의 결과에 의하면, 불기소처분된 사건들 중 인과관계가 입증되지 아니하여 불기소된 비율은 단지 20%에 불과했다.[29] 그럼에도 불구하고 이 비율은 결코 무시할 것이 못된다. 인과관계가 입증되지 않았기 때문에 불기소된 20%의 사건들 중에는 치료과오의 문제가 아예 제기되지 않았거나 심지어 치료과오가 인정되었기 때문이다. 즉 독일형사소송법 제170조 제2항에 의한 불기소처분의 배후에는 실제로 치료과오가 숨겨져 있다. 물론 바로 이러한 사례에서 혐의 없음이라는 검사의 불기소 종결처분은 일반적으로 환자나 유족의 입장에서 볼 때 사안을 만족스럽지 못하게 평가한 것이다. 이 점은 기소강제절차의 비율을 보면 알 수 있다.[30]

의료형법의 절차현실은 사안을 수사하고 심사할 때 개별적으로 환자를 전혀 고려하지 않는 검찰의 업무처리방식에 의하여 분명하게 나타난다. 고소나 고발을 제기하고 난 이후에 환자는 검찰에 의하여 절차가 종료될 때까지 수사과정에 더 이상 참가하지 않는 것이 일반적이다. 수사절차 단계에서 사안에 대한 법적·사실적 판단을 하는 과정에서도 검찰은 모든 사건의 16%에 해당

25) 이 점에서 연방대법원(NJW 1984, S. 661)은 다음과 같이 판시하고 있다. "각각 다른 생체조직의 상태와 반응을 평가하기란 매우 어렵기 때문에 손상이 수반된 치료행위의 인과과정을 장래의 결과를 미리 예견하거나 또는 손상수반 치료행위 이전의 상태로 소급하여 분명하게 확정지우기는 힘들다. 그러므로 의사의 치료과정에서 나타난 치료실패나 합병증 등이 항상 치료하는 의사의 과오에서 발생한 것이라고 판단할 수는 없다".

26) *Schreiber* BGH-Festschrift, S. 513.

27) BGH NJW 1984, S. 1403, 1404; OLG Köln VersR 1991, S. 695 f; *Laufs* in Laufs/Uhlenbruck, §109 Rdn. 1 f.

28) *Schreiber* BGH-Festschrift, S. 512.

29) 불기처분의 이유를 개별적으로 보면 다음과 같다. 치료과오의 입증불가능 60.1%(451건), 설명의무위반의 입증불가능 4.1%(31건), 인과관계의 부존재 19.6%(147건), 불만을 호소하고자 하는 마음에서 고소했거나 피의사실이 경미한 경우 6%(45건), 공익의 부존재, 특별한 공익의 부존재, 공소시효만료 등의 법적인 이유 6.5%(49건), 기타 3.7%(28건).

30) 이 비율은 기소강제절차의 8%에 달한다.

하는 사건에만 환자나 유족을 참고인으로 활용하고 있다. 수사행위의 중점을 형성하는 것은 진료기록의 압수, 감정수탁자에 대한 감정위탁 및 - 사망한 사건의 경우에는 - 사체부검이다. 이러한 사례에서 형사소송법은 환자나 유족에게 수사서류에 대한 열람권에 관하여 아무런 규정을 두지 않고 있기 때문에 결국 변호인의 도움을 받아서 열람할 가능성만 존재할 뿐이다. 기술적으로 사로잡힌 이러한 수사행위에 환자나 유족의 기본관심사는 대립하고 있다. 치료과오 이후에 형사고소를 제기하는 이유가 종종 치료관계 내부에서 환자와 의사간의 의사소통의 상실 때문이라면, 환자는 불가피하게 정형적으로 처리하는 검찰에 의하여 다시금 자신의 원래의 관심사에 부합하지 않는 의사소통의 상실을 겪게 된다. 결국 의사를 상대로 한 수사절차는 공개된 공판절차로 이어지지 않게 되고, 관련자의 입장에서 고찰할 때 의사는 독일형사소송법 제172조 제2항에 따라서 '조용하게' 불기소되어버린다.[31] 이 점은 다시금 형사절차에 참가한 의사들의 핵심적인 관심사항이다. 즉, 구체적인 사건에서 공판절차로 가느니 차라리 다른 유형의 불기소처분(역자주: 독일 형소법 제153a조의 부담부 기소유예)에 의해서라도 벌과금을 기꺼이 납부하고자 하는 의사들은 이제는 형사소송법 제172조 제2항에 의한 혐의 없음의 불기소처분을 원한다. 결국 형사고소에 의하여 추구된 사건의 해소는 관련 환자의 관심사를 충족시킬 수 없게 된다.

형사절차가 해결되기까지 결코 무시할 수 없는 절차소요기간을 고려해 보면, 대부분의 사례에서 형사사법에 의한 방식이 관련자들의 원래의 관심사에 비생산적이라는 점이 분명해진다.

3. 비범죄화

그러므로 형사실무의 관점에서 볼 때, 환자의 법익을 보호하기 위한 법정책적 고려의 중심에 있어야 할 것은 의료실무와 결부된 위험을 어떻게 지배할 것인가의 문제와 과오를 줄이거나 제기

31) 수사절차가 형사소송법 제170조 제2항에 따라서 불기소처분으로 종결되는 비율은 약 93%에 달한다. 제153a조에 따라서 부담부 기소유예로 되는 비율은 약 5%에 달한다. 전체 사건들 중 약 1%에 대해서만 공소가 제기되었는데, 이 중에서 1/4은 법원의 부담부 절차중단에 의하여 종료되었다. 공소가 제기된 사건들 중 각각 0.3%만 유죄판결과 무죄판결이 선고되었다. 이러한 비율은 독일에서 전체적으로 매년 약 1380건이 형사소송법 제170조 제2항에 따라서 불기소로 처분되고, 약 80건이 부담부로 기소유예 되거나 부담부로 절차가 중단되며, 각각 4건의 무죄판결과 유죄판결이 선고되는 것과 같다. 개별적으로 보면, 총 751건 중에서 형사소송법 제152조 제2항에 따라서 불기소되는 비율은 1%(7건), 형사소송법 제170조 제2항에 따라서 불기소 처분되는 비율은 92.9%(698건), 형사소송법 제153a조 제1항에 따라서 부담부로 기소유예된 비율은 4.7%(36건), 형사소송법 제170조 제2항에 따라서 공판절차개시가 거부됨으로써 절차가 중단된 비율은 0.3%(2건), 공소제기 이후에 형사소송법 제153a조에 따라서 절차가 중단된 비율은 0.5%(4건), 무죄판결이 선고된 비율은 0.3%(2건), 유죄판결이 선고된 비율은 0.3%(2건)이다.

하기 위한 분석이다.[32] 의료실무 내지 의학, 보건기관, 의사회와 司法간에 상호 얽혀있는 복잡한 관련성으로 인하여 이들 영역들 간의 포괄적이고 집중적인 관계가 자리를 잡고 있어야 한다. 형법이 의료의 질을 관리하기 위한 효과 있는 요소가 되어야 한다면, 의사회와 보건정책의 입장에서 의료의 질을 관리하기 위한 노력이 최적의 효과를 발휘할 수 있어야 한다. 의사들의 행위, 사법 및 보건체계의 조직 간에 존재하는 현재의 형세는 마치 이방인과 같이 작용하는 형법에 의하여 교란되고 있는 것 같다. 질병과 피해의 치료에 관한 상세한 의료준칙으로부터 너무 멀리 동떨어져 있는 현실은 의사책임의 위험을 과도하게 높임으로써 형사책임에 대한 새로운 문제를 불러일으키고 있다.[33] 이렇게 상세하지 못하고 정형화되지 못한 의료준칙은 의료규칙 위반의 사건이 발생할 새로운 잠재력을 결정 지운다. 그러나 앞에서 언급한 바와 같이 현재의 법사실적 상황은 형법에 의하여 교란되고 있기 때문에 의료준칙에 대한 위반은 형법과는 별도로 의료실무의 질을 확보하기 위하여 필요한 도구를 실행하는데 사실상의 장애를 의미할 것이다.

의료활동은 비범죄화 되어야 하며 위험과 의료의 질을 관리하는 현대적 방법에 의하여 대체되어야 한다. 증거에 기초된 의료(Evidence based medicine), 의료준칙, 의료질의 관리, 위험관리, 공적으로 작성된 질적 표준에 대한 순위매김, 인증서 교부 등은 안전하고 보다 더 좋은 의료의 질에 중점이 설정된 보건후생의 지침이 될 것이다. 형사소추는 의사의 과오를 적절하게 분석함에 많은 도움을 주지 못한다. 본 연구에서 제시한 바와 같이, 형법은 의료질의 흠결을 실제로 투명하게 하기에는 적합하지 않기 때문이다. 그러나 의료준칙에 의료의 질적 표준을 강하게 뿌리내리게 하는 것은 법적 관점과 법치국가적 관점에서 매우 바람직하다. 결국 이러한 의료준칙은 환자나 법원에 판단과오의 기준을 제공해준다. 이로써 본 연구에서 분명하게 제시된 바와 같이, 감정수탁자의 영향으로부터 방향을 잘못 잡은 현재의 발전상태는 원위치로 되돌아 올 수 있다. 그럼에도 불구하고 본 연구는 의료형사절차에서 감정수탁자가 대부분 마치 판사의 입장에서 절차의 마지막을 결정한다는 점을 제시하였다. 의료준칙이 존재하지 않는다면, 검찰은 앞으로도 오로지 감정수탁자의 말만 믿을 것이다. 그렇다면 감정수탁자는 사실상 검사, 변호인 및 법관의 임무를 겸하여 수행하게 된다.

이에 반해 형벌규범은 입법자가 사용할 수 있는 수단들 중에서 최후의 수단

32) *Laufs* NJW 1999, S. 1758, 1766.

33) *Ulsenheimer* Arztstrafrecht, 14 f; *Berndt/Fischer* Medizinische Leitlinien, Juristische Dimension, in DÄBl, 2000, AA 1942-A1944; *Brinkbäumer/Emcke/ Ludwig* Tödlicher Pfusch, in Der Spiegel, 5/2000, S. 54-60.

(ultima ratio)을 의미한다. 상당성 원리에 따라서 입법자는 형벌수단을 매우 신중하고 조심스럽게 사용해야 할 것이다. 그러므로 의료형법의 문제에서 중요한 것은, 의사의 치료와 관련하여 환자보호에 도움을 주는 모든 유형의 처분들이, 그것이 민사법적인 성격이든 행정법적 또는 형사법적 성격이든, 보호되어야 할 법익의 관점에서 실제로 보호를 보장할 수 있는가의 여부이다. 연방헌법재판소가 전개한 상당성 원리의 적용에 의하면, 입법자는 법익을 보호하기 위하여 항상 형벌로써 처벌해야 할 절대적 의무를 부담하는 것이 아니라 *다른 모든 수단이 불충분하다고 판단될 때 형벌위협을 이용해야 한다는 상대적인 의무* 를 부담할 뿐이다.[34] 물론 형법은 규칙을 준수하라고 일괄적으로 호소함으로써 의료과오의 예방에 기여하고 있다. 그러나 의료형법에 관한 몇 건 되지 않는 미미한 판례의 수는 환자의 법익침해를 줄이거나 없애기 위한 실무 관련적인 구체적 행동규칙을 아무 것도 제공해주지 못한다.[35] 이 모든 관점들을 고려해 볼 때, 의사를 상대로 한 형사소추의 낙인효과도 망각해서는 안된다. 형사법원에서 판결된 매우 근소한 사건의 수에 기초하여 의사의 행동준칙을 정하고자 하는 것도 바람직스럽지 않은 것 같다.

의료일상생활에서 법과 의사의 행동은 종속된 관계에 있으며, 이러한 종속관계를 보편화하기란 매우 어렵다. 의사의 설명의무위반을 입법적으로 규정하자는 논의와 관련하여 적어도 설명의무위반의 관점을 비범죄화 하자는 목소리가 많다. 설명의무위반을 형법적으로 처벌하는 것은 특별예방적 이익뿐만 아니라 일반예방적 이익도 충족시킬 수 없으며 나아가 개별환자의 이익도 거의 고려되지 않기 때문이다. 의료형법에서 집중적으로 문제가 제기되어야 할 점은, 치료과오에 대하여 형법적으로 제재를 부과하는 것이 법평화의 회복과 법의식의 강화에 도움을 줄 수 있는가의 여부에 있다. 의료형사절차를 개시한 환자나 유족들의 기대는, 이미 위에서 언급한 바와 같이, 종종 실망으로 다가온다. 이에 반해 본질적으로 효과가 극대화되는 것은 형법에 의하여 위협되는 제재가 아니라 면허취소까지도 가능한 직업법적 처분일 것이다. 이러한 직업법적인 처분들은 의사들에게 독일 형사소송법 제153a조(부담부 기소유예 조항)에 따라서 부담사항을 이행하는 것 보다 더 중대하게 다가올 것이기 때문이다.[36] 독일의 환자보호법에서 본질적인 내용들은 민사재판권의 지속적인 법형성에 기초하고 있다.[37] 이 점에서 형법은 실무 관련적인 의미를 실제

34) BVerfGE 39, S. 1, 45 ff. 참조.
35) 독일에서는 매년 의사를 상대로 약 16건의 재판이 이루어지고 있는데, 이 중에서 각각 절반이 유죄판결과 무죄판결로 선고된다.
36) 제153a조에 따른 부담(Auflage)의 액수는 평균 6400마르크에 달한다.

로 발전시키지 않았다. 그러므로 경과실의 행위가 비난의 대상으로 될 수 없다면, 과실의 설명의무위반과 과실의 치료과오를 처벌할 절대적인 의무뿐만 아니라 상대적인 의무에 대한 납득할 수 있는 필요성조차 존재하지 않는다.

37) *Laufs* NJW 1996, S. 2413 f.