

체외 배아의 “헌법적 지위”*

현재 활발하게 진행 중인 논쟁에 대한 의견개진

Der “verfassungsrechtliche Status” des Embryos in vitro

Anmerkungen zu einer aktuellen Debatte

Jörn Ipsen**

번역 : 고 봉 진***

Ko, Bong-Jin

목 차

- I. 배아보호법의 개념
- II. 인간존엄의 불가침성 (기본법 제1조 제1항)
- III. 체외 배아의 생명권?
- IV. 결 론

국문초록

2001년 10월 19일자 Juristische Zeitung(989면-1040면)에 실린 독일 오스나브릭(Osna brück)대학교 법과대학 Jörn Ipsen 교수의 「Der “verfassungsrechtliche Status” des Embryos in vitro」 번역본입니다.

주제어 : 체외 배아, 인간존엄, 기본권, 보호의무, 연구의 자유

논문접수일 : 2009.12.30

심사완료일 : 2010.1.29

게재확정일 : 2010.2.1

* 번역에 큰 도움을 주신 윤재왕 박사님께 감사드립니다.

** 독일 오스나브릭대학교 법과대학 교수

*** 제주대학교 법학전문대학원 전임강사

이 논문에서는 독자적인 기본권주체라는 의미로의 배아의 “헌법적 지위”는 맞지 않다는 증거가 시도된다. 헌법재판소의 판결에서는 오히려 배아를 위한 입법자의 보호의무만이 도출되는데, 이러한 보호의무가 실행될 경우에는 연구의 자유라는 기본권(기본법 제5조 제3항) 역시 적절하게 고려되어야 한다.

막스 플랑크 연구소 소장인 후버트 마클(*Hubert Markl*)은 매우 주목받는 한 연설에서 장차 생물학자는 헌법을 다루는 법률가와 동행해야만 실험실에 갈 용기를 낼 것이며, “실험실은 아니더라도 적어도 일반인들과 접하는 것은 그러할 것이다”라고 언급했다.¹⁾ 헌법학자에게 “생명과학”을 논평하면서 동행하는 것과 그 연구 활동에 헌법상 한계를 지우는 것은 매력적으로 보일지 모른다. 저명한 생물학자이자 중요 연구기관의 대표자가 한 말이 매우 흡족하다 할지라도, 법학은 이러한 과제에 대해 현재 시점에서 더 한층 과도한 요구를 받게 될 것이다. 최근의²⁾ 많은 논문과 현재 활발하게 진행 중인 토론³⁾에의 많은 입장표명에도 불구하고, 확실하거나 모든 사람이 합의한 법학의 인식이란 있을 수 없다. 이에 대해 헌법학이 부족하다고 불평할 이유는 없다. 왜냐하면 헌법학은 최근의 자연과학이나 기술의 발전에 따라 법적 대답을 필요로 하는⁴⁾ 질문만

- 1) H. Markl, Freiheit, Verantwortung, Menschenwürde: Warum Lebenswissenschaften mehr sind als Biologie, Ansprache anläßl. der 52. Ordentlichen Hauptversammlung der Max-Planck-Gesellschaft zur Förderung der Wissenschaften e.V. vom 22. 6. 2001, S. 3.
- 2) 수많은 문헌 중에서 특히 다음 문헌과 비교하라. W. Brohm, Forum: Humaniotechnik, Eigentum und Menschenwürde, JuS 1998, 197; B. Classen, Verfassungsrechtliche Rahmenbedingungen der Forschung mit Embryonen, WissR 1989, 235; U. Fink, Der Schutz des menschlichen Lebens im Grundgesetz - zugleich ein Beitrag zum Verhältnis des Lebensrechts zur Menschenwürdegarantie, Jura 2000, 210; G. Frankenberg, Die Würde des Klons und die Krise des Rechts, KJ 2002, 325; R. Giesen, Internationale Maßstäbe für die Zulässigkeit medizinischer Heil- und Forschungseingriffe, MedR 1995, 353; H.-L. Günther, Strafrechtliche Verbote der Embryonenforschung?, MedR 1990, 161; N. Hoerster, Das angebliche Menschenrecht des Embryos auf Leben, JR 1995, 51; H. Hofmann, Biotechnik, Gentherapie, Genmanipulation - Wissenschaft im rechtsfreien Raum?, JZ 1986, 253; A. Laufs, Fortpflanzungsmedizin und Menschenwürde, NJW 2000, 2716; B. Losch, Lebensschutz am Lebensbeginn: Verfassungsrechtliche Probleme des Embryonenschutzes, NJW 1992, 2926; S. Schneider, Auf dem Weg zur gezielten Selektion - Strafrechtliche Aspekte der Präimplantationsdiagnostik, MedR 2000, 360; W. Graf Vitzthum, Gentechnologie und Menschenwürde, MedR 1985, 249; A. Weiß, Das Lebensrecht des Embryos - Ein Menschenrecht, JR 1992, 182.
- 3) 특히 다음 문헌과 비교하라. J. Rau, Wird alles gut? - Für einen Fortschritt nach menschlichem Maß, Berliner Rede 2001; C. Starck, Der moralische Status des Embryos, NZZ v. 14./15. 4. 2001; W. Höfling, Zygote - Mensch - Person, FAZ v. 10. 7. 2001; W. Frühwald, Billige Konfessionspolemik, SZ v. 2. 8. 2001, S. 13.

을 (상당한 시간의 여유를 두고) 받아들일 수 있기 때문이다. 체외 배아의 "헌법상 지위"에 대해 물어본다면, 이에 대한 대답은 완성된 것이나 즉각 나올 수 있는 것이 아니고, 기껏해야 다양한 헌법상의 시발점에서 도출되어지는 **생성의 상태로 파악될** 것이다. 기본법 해석자는 이 경우 (헌) **법과 윤리**를 구별하는 어려움을 의식해야 한다. 여기서처럼 윤리의 한계영역에 있는 법적 문제를 다룰 때에는, **법과 윤리의 명령이 본질적으로 다르다**는 것을 방법론적 전제로서 항상 의식해야 한다.⁵⁾

1. 배아보호법의 개념

배아보호법 제8조 제1항에 따르면, 이 법이 정의하는 "배아"는 세포핵융합 이후 수정되어 분화능력이 있는 인간난자를 말하며, 필요한 조건이 충족될 경우 인간개체로 발전할 수 있는 배아로부터 채취된 만능세포를 포함한다. "체외" 배아는 인공수정(체외수정) 과정을 거친 정자세포와 난자세포의 융합이다. 이러한 종류의 배아 생산과 사용은 1990년 12월 13일에 제정된 배아보호법⁶⁾에 의해 광범위하게 제한된다.

배아보호법 제1조 제1항 제2호에 따르면, 난자를 채취한 여자에게 임신 이외의 목적으로 인공수정을 시행한 자는 3년 이하의 징역 또는 벌금에 처해진다. 인간 정자를 인간 난자에 인위적으로 주입한 자나, 난자를 채취한 여자에게 임신을 하게 할 목적 없이 인간 정자를 인간 난자에 인위적으로 주입한 자도 마찬가지로 처벌받는다(배아보호법 제1조 제2항). 이 외에도 인간 배아의 부당한 사용(제2조), 성별선택(제3조), 동의 없는 수정, 동의 없는 배아이식과 사망 후의 인공수정(제4조), 인간생식세포의 인위적 변경(제5조), 복제(제6조), 키메라생성과 잡종생성(제7조)은 금지되고, 형벌에 처해진다.

거의 빠짐없는 형벌구성요건과 형법 제218조와 일치하는 형벌위협 상한선은 체외 배아의 "헌법상 지위"에 대한 물음을 거의 쓸모없어 보이게 하는데, 적어도 첫눈에 보기에는 체외 배아가 포괄적인 **단행법의 보호를 향유하기** 때문이다.⁷⁾ 이와는 반대로

4) J. Ipsen/D. Murswiek/B. Schlink, Die Bewältigung der wissenschaftlichen und technischen Entwicklungen durch das Verwaltungsrecht, VVDStRL 48(1990), 177, 207, 235.

5) 이에 대해서는 특히 H. L. Hart, The Concept of Law, 1961, S. 181 ff.; K. F. Röhl, Allgemeine Rechtslehre, 1994, S. 313 ff와 비교하라.

6) BGBl. I S. 2746.

7) 이에 대한 비판으로는 K. Braun, Kapitulation des Rechts vor der Innovationsdynamik, KJ 2000, 332; M. Frommel, Taugt das Embryonenschutzgesetz als ethisches Minimum gegen Versuche der Menschengüchtung?, KJ 2000, 341.

배아보호법의 광범위한 형벌구성요건은 독일 기본법 제5조 제3항 제1문(연구의 자유)과의 조화가능성에 대한 질문을 던지는데, 이 문제는 똑같은 이목을 끌지는 못했었다.⁸⁾ 따라서 체외 배아의 “헌법상 지위”에 대한 물음은 실제적 관심처럼 이론적 관심 또한 높다. 왜냐하면 이 물음에 대한 대답이 입법자의 헌법상 의무에 대한 계속되는 물음에 대한 선결사항이기 때문이다.

II. 인간존엄의 불가침성 (기본법 제1조 제1항)

일반적으로는⁹⁾ 유전공학에 대한 논문에서, 구체적으로는¹⁰⁾ 체외수정에 대한 논문에서 인간존엄의 불가침성은 헌법적 척도로서 원용되었다. 인간존엄개념의 적극적인 개념내용은 기본법 제1조 제1항 제1문에서 우리 문명의 근본적 물음에 대한 대답을 얻을 수 있으리라는 기대를 명백하게 키웠다. 헌법학자는 이러한 기대를 불가피하게 실망시켜야 한다. 왜냐하면 인간존엄에 대한 상세한 학문적 노력¹¹⁾에도 불구하고, 기본법 제1조 제1항은 도그마틱으로 당장 다룰 수 있는 것과는 거리가 멀기 때문이다. 이미 인간존엄을 헌법에 어떻게 자리매김할 것인가(기본권 내지 기본원칙)에 대해 의견이 분분하다. 그럼에도 이에 대해 명백히 해 두는 것은 인간존엄에 근거한다고 통상 이야기 되는 “헌법적 지위”에 대한 토론에 절대적으로 필요한 전제조건이다.

1. 인간존엄 - 기본권인가 기본원칙인가

귄터 뒤리히(*Günter Dürig*)의 뛰어난 논문¹²⁾에서 시작하여, 최근까지도 계속해서¹³⁾ 인간존엄의 기본권성에 대한 의심이 제기되었다. 주목할 만한 수많은 논거들을 이 자리

8) H. Hofmann, JZ 1986, 253 ff; R. Keller, Das Recht und die medizinische Forschung, MedR 1991, 11; A. Laufs, NJW 2000, 2716.

9) W. Graf Vitzthum, MedR 1995, 249.

10) A. Laufs, NJW 2000, 2716.

11) 수없이 많은 문헌 중에서 특히 다음 문헌과 비교하라. C. Enders, Die Menschenwürde in der Verfassungsordnung, 1997; T. Geddert-Steinacher, Menschenwürde als Verfassungsbegriff, 1990; H. Hofmann, Die versprochene Menschenwürde, AöR 18 (1993), 353; C. Starck, Menschenwürde als Verfassungsgarantie im modernen Staat, JZ 1981, 457; W. Graf Vitzthum, Die Menschenwürde als Verfassungsbegriff, JZ 1985, 201.

12) G. Dürig, Der Grundrechtssatz von der Menschenwürde, AöR 81 (1956), 117.

13) H. Dreier, in: H. Dreier (Hrsg.), Grundgesetz, Bd. I, 1996, Art. 1 I Rdnr. 72.

에서 다시 반복할 수는 없다.¹⁴⁾ 물론 이 논쟁의 서로 다른 입장은 여기서 다루어야 할 문제에 결정적인 의미를 지닌다. 인간존엄이 헌법원칙이라면, 이는 모든 국가권력이 이에 구속됨(기본법 제20조 제3항)을 뜻하고, 따라서 이 원칙이 침해되었는지에 대한 심사는 헌법재판소가 이에 대해 정해진 절차(추상적 규범심사와 구체적 규범심사)에서 담당한다. 반면에 기본권성이 부정된다면, 이는 그 침해가 헌법소원으로 비난될 수 있는 주관적 권리가 인간존엄에서는 문제되지 않음을 의미한다.¹⁵⁾ 이러한 결론을 많이들 따랐지만, 다른(그때그때마다 해당되는) 기본권을 원용함으로써 피할 수 있다고 한다.¹⁶⁾

인간존엄의 원칙성을 옹호하는 여전히 많은 추종자들은 이미 헌법텍스트가 주관적 권리와 이를 통해 기본권을 받아들인다는 것에 대해 반론을 제기한다. 기본법 제1조 제1항 제2문에 따라 인간존엄을 “존중하고 보호하는 것”이 모든 국가권력의 의무라면, 방어청구권(국가권력을 통한 인간존엄 침해에 대해)과 급부청구권(제3자를 통해 인간존엄이 침해되는 것을 보호해 달라는)이 근거지워진다는 것¹⁷⁾이 여기에(기본법 제1조 제1항 제2문에는-역자 첨가) 기본법텍스트에는 드문 언어상의 명확함을 가지고 표현된다. 인간존엄이 침해된 경우 한결같이 다른 기본권이 침해되었다 할지라도, 기본법 제1조 제1항은 나머지 기본권을 초과하는 내용을 간직하고 있다.

헌법재판소는 이제껏 판결에서 인간존엄의 기본권성에 대한 물음을 심도 깊게 다룰 계기를 가지지 못했다. 그럼에도 판결실무는 기본법 제1조 제1항의 기본권성이 항상 전제되어 있다고 보았다. 헌법재판소가 몇몇 헌법소원절차에서 인용한 인간존엄 침해는 비난받았다.¹⁸⁾ 이러한 사정은 다른 곳에서의 모호한 언급보다 더 신빙성이 있는데¹⁹⁾, 여기서 다른 곳이라 함은 문헌상의 논쟁을 말한다.

결국 다음의 고려가 결정적임에 틀림없는데, 이는 자주 원용되는 “핵심적 구성원칙²⁰⁾”, “헌법국가의 아르키메데스 점²¹⁾” 또는 “헌법의 최고 법가치²²⁾”에 비추어 헌법

14) C. Starck의 요약과 비교하라. C. Starck, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG, Bd. 1, 4. Aufl. 1999, Art. 1 Abs. 1 Rdnr. 24 ff.

15) C. Starck(주14), Art. 1 Abs. 1 Rdnr. 27.

16) T. Geddert-Steinacher(주1), S. 169 f.

17) J. Ipsen, Staatsrecht II(Grundrechte), 4. Aufl. 2001, Rdnr. 219 ff.

18) BVerfGE 49, 286 = JZ 1979, 65 (양성애자); 50, 256 (묘지강제와 납골강제); 72, 105 = JZ 1986, 846. Laubenthal (무기자유형); § 57 a StGB.

19) BVerfGE 61, 126 (137): “기본권조항에 있는 기본권 뿐만 아니라, 기본법 제1조 제1항에 보장된 기본권도 그러한 (척도를) 만들 수 있다 - 기본법 제1조 제1항이 ‘기본권조항에 있는’ 기본권이 아니라는 점은 국가권력이 이러한 기본법의 최고의 구성원칙에 구속됨을 배제하지 않는다.”

20) BVerfGE 6, 32 (36); 45, 187 (227).

소송을 통해 관철될 가능성이 매우 높다는 점이다. 인간존엄이 (유전공학논쟁에서 현재 팽창하는 수사학의 경우처럼) 항상 고백적으로 원용될 경우에, 인간존엄에 기본권의 성질이 결여되기 때문에 아무도 인간존엄을 원용할 수 없다는 것은 명백한 개념적 모순이 될 것이다.²³⁾

따라서 이하의 고려에서는 인간존엄의 기본권으로서의 성질과 주관적, 공적 권리로서의 성질을 전제하겠다. 이는 또한 체외 배아의 “헌법적 지위”를 고려하는 것이 불가능하지 않음을 의미한다. (게오르그 엘리네크(*Georg Jellinek*)에 의해 시작된) 지위개념은 항상 주관적 권리설정의 의미에서 사용되었다.²⁴⁾ 인간존엄이 단지 기본원칙이라면, 이는 체외 배아에 대해 보호효력을 발휘할 수는 있지만, 법적 “지위”에 대해서는 말할 수 없다.

2. 기본권주체와 권리능력

기본권에 부여되는 주관적, 공적 권리의 성질은 기본권보유자, 기본권수범자, 기본권내용 세 부분으로 이루어진 구조를 띤다.²⁵⁾ 기본권에 귀속되는 다른 “차원”이나 “기능”에도 불구하고, 기본법의 역사적 발전은 주관적, 공적 권리로서 기본권을 인정함과 소송을 통한 기본권의 관철가능성에 있다.²⁶⁾ 따라서 “기본권주체”는 권리주체에게 권리를 귀속하는 것을 의미하며, 권리주체에게 단지 반사이익의 혜택을 부여하는 것이 아니다. 기본권주체에 (또는 유사어인 “권리소유”나 “권한”에) 대해서는 권리와 권리주체가 연결되는 경우에만 말할 수 있다.

이하 논의의 결론을 먼저 말하면 다음과 같다: 배아는 (체외 배아도) 주관적 권리설정의 의미에서 기본법 제1조 제1항이 말하는 인간존엄의 보유자가 아니며, 따라서 “헌법적 지위”의 소유자도 아니다. 첫 눈에 보기에 지배적 견해²⁷⁾와 다른 입장²⁸⁾으로 보

21) W. Höfling, in: M. Sachs (Hrsg.), Grundgesetz, 2. Aufl. 1999, Art. 1 Rdnr. 43.

22) G. Haverkate, Verfassungslehre, 1992, S. 142.

23) 비슷한 견해로는 W. Höfling (주 21), Art. 1 Rdnr. 4 f.

24) R. Alexy, Theorie der Grundrechte, 1985, S. 229 ff.

25) J. Ipsen (주17), Rdnr. 45 ff.

26) H. Bauer, Geschichtliche Grundlagen der Lehre vom subjektiven Recht, 1986, S. 117 ff.; R. Alexy (주 24), S. 159 ff.; K. F. Röhl (주 5), S. 358 ff.

27) W. Höfling (주 21), Art. 1 Rdnr. 51; H.-D. Jarass/B. Pieroh, Grundgesetz, 5. Aufl. 2000, Art. 1 Rdnr. 5; P. Kunig, in: I. v. Münch/P. Kunig (hrsg.), Grundgesetz, Bd. 1, 5. Aufl. 2000, Art. 1 Rdnr. 14; T. Geddert-Steinacher (주 11), S. 62 ff.

이지만, 이러한 입장이 현행 헌법상황의 불가피한 결론임이 밝혀진다. 이에 대한 전제는 물론 헌법재판소도 여러 번 사용했던 온갖 존엄수사학에서 벗어나는 것이다.²⁹⁾

일반적으로 권리능력은 출생의 완료로부터 시작한다(독일민법 제1조). 권리능력의 시작은 기본권능력("기본권주체") 역시 출생의 완료에서야 비로소 시작될 수 있다는 것을 꼭 뜻하지 않는다. 오히려 기본법은 기본권능력을 더 앞당길 수 있고, 출생과 다른 생성상태에 연결했었을 수도 있다. 대부분의 기본권이 출생되어 있음을 구성요건에서 전제하기 때문에, 출생 전에 시작되는 기본권능력에 대해서는 단지 몇몇 기본권이 고려된다는 점은, 출생되어 있음에 대해서는 경우에 따라서 "기본권행사능력" 개념으로 다뤄야 함을 말한다.³⁰⁾ 반면에 체내 배아처럼 체외 배아가 인간존엄 기본권의 보유자일 수 있는지의 문제는(권리주체의 의미에서), 임신중절에 대한 형벌규정과 이의 기본법과의 조화가가능성을 통해, 간접적이지만 명확하게 대답된다.

태어나지 않은 생명 보호를 위한 헌법재판소의 10년이 넘는 투쟁은 이 때 주장된(서로 다른) 윤리적 입장과 마찬가지로 여기서 매우 인정받는다. 현재의 법상황이 간략하게 다음과 같이 요약될 때, 수많은 가치있는 논거들³¹⁾이 하찮은 것으로 간주되어서도 안 된다.

- 착상 후 12주 내의 배아는 상담의무라는 형태로만 보호된다(형법 제218 a조 제1항).
- 의학적, 사회적 적응사유의 경우는 전혀 보호되지 않는다(형법 제218조 제2항).
- 범죄학적 적응사유일 때에도 특정한 기한이 지난 후에 비로소 보호된다(형법 제218조 제3, 제4항).

헌법재판소는 1993년 5월 28일 판결에서 태어나지 않은 생명에 대해 기본법 제1조 제1항에 따른 국가의 보호의무를 인정했고, 인간존엄도 부여된다고 강조했다.³²⁾ 헌법재판소는 임신중절을 원칙적으로 불법으로 간주했고, 따라서 법적으로 금지해야 한다는 결론을 내렸다.³³⁾ 뿐만 아니라 국가는 "과소금지(Untermaßverbot)"에 얽매어 있는

28) H. Dreier (주 13), Art. 1 Rdnr. 47 ff; H. Dreier, Menschenwürdegarantie und Schwangerschaftsabbruch, in: DÖV 1995, 1037; H. Hofmann, AöR 118 (1993), 376; J. Ipsen (주 17), Rdnr. 213. 회의적인 시각으로는 R. Zippelius, in: Bonner Kommentar, Art. 1 Abs. 1 u. 2 Rdnr. 51.

29) BVerfGE 39, 1 (41): 88, 203 (251).

30) 이 개념에 대한 비판적인 견해로는 J. Ipsen (주 17), Rdnr. 69.

31) 최근에 나온 C. Starck, Verfassungsrechtliche Probleme der deutschen Abtreibungsgesetzgebung, in: Festschrift H. Schiedermaier, 2001, S. 377과 비교하라. 또한 헌법재판소 판결 이전에 나온 B. Schünemann, Quo vadis § 218 StGB, ZRP 1991, S. 379와 비교하라.

32) BVerfGE 88, 203 (251 f): BVerfGE 39, 1 (41).

33) BVerfGE 88, 203 (255): BVerfGE 39, 1 (44).

데, 이는 인간생명을 위한 형법투입을 포기하는 것을 허용하지 않는다.³⁴⁾ 물론 다음 내용이 입법자에게 금지되어서는 안 된다.

“태어나지 않은 생명 보호를 위해, 임신 초기단계에 임신으로 인해 갈등하는 임신부와의 상담에 중점을 두는 구상으로 바뀌는 것인데, 이는 임신부가 아기를 때지 않도록 하기 위함이다. 이는 상담의 필수적인 개방성과 효력에 비추어, 적용사유에 따른 형벌 위협과 제3자를 통한 적용사유 구성요건의 확정을 포기한다.”³⁵⁾

결정 당시 제2재판부가 처했던 한계상황을 인식함에도 불구하고, 생성중인 생명을 가능한 한 보호하려는 시도를 높이 평가할지라도³⁶⁾, 현행 (헌법재판소가 합헌으로 본) 법상태에 따르면 임신 첫 12주 내의 배아는 임신부의 처분에 맡겨져 있다는 결과를 피할 수 없다. 의사의 진단에 따른 요건이 존재하는 한, 의학적, 사회적 적용사유의 경우에도 마찬가지이다.³⁷⁾

시간적으로 제한되지 않은 적용사유모델의 헌법에 합치하고, 기한모델과 상담모델이 헌법에 합치한다는 점에서 배아는 인간존엄 기본권의 보유자일 수 없다는 결론이 필연적으로 도출된다. 헌법재판소가 기본법 제1조 제1항을 원용하는 것과 이로부터 도출되는 보호의무³⁸⁾는 배아에게 기본권주체성이 인정되었거나 인정될 수 있다는 것을 의미하지 않는다. 인간존엄의 내용이 어떻게 규정되든지 간에, 인간을 권리주체로 인정하는 것은 매우 중요하다.³⁹⁾ 쿤터 뒤리히⁴⁰⁾의 유명한 “객체공식”을 뒤집어 보아도 역시 이러한 결과에 도달한다: 기본법 제1조 제1항을 근거로 모든 사람은 권리주체로서 다

34) BVerfGE 88, 203 (254).

35) BVerfGE 88, 203 (264).

36) 임신중절이 “불법”임에도 기한모델과 상담모델의 범위 내에서 “처벌할 수 없다”는 제2재판부의 구상이 타당한지에 대해서는 의문이 있다. 행위의 가벌성은 사람들이 그 행위가 “허용되는지” 여부를 결정하는 중요한 척도이다. 같은 행동이 여러 범영역에서(민법, 사회법) 다르게 평가될 수 있는데, 이는 제2재판부가 보충의견으로(BVerfGE 88, 203 LS 14) 확인하였다. 합의부를 소집할 근거가 없다고 본 제1재판부의 상반되는 결정(BVerfGE 96, 375=JZ 998, 352)은 (이에 대한 제2재판부의 결정은 BVerfGE 96, 409=JZ 1998, 356) 행위의 (결여된) 가벌성이 다른 영역에서의 다른 판단을 통해 대체될 수 없다는 점을 암시한다.

37) A. Eser, in: Schönke/Schröder, StGB, 26. Aufl. 2001, § 218 a Rdnr. 36 f.; H.-J. Rudolphi, in: Systematischer Kommentar zum StGB, 6. Aufl. 2000, Bd. II, § 218 a Rdnr. 8 ff.; Tröndle/Fischer, 50. Aufl. 2001, § 218 a Rdnr. 21 ff와 비교하라.

38) BVerfGE 39, 1 (41): 88, 203 (252).

39) H. Dreier (주 13), Art. 1 I Rdnr. 44; W. Höfling (주 21), Art. 1 Rdnr. 28 ff.; C. Starck (주 14), GG, Bd. 1, Art. 1 Abs. 1 Rdnr. 26.

40) G. Dürig, AöR 81 (1956), 127: “인간존엄 그 자체는 구체적인 인간이 객체로, 단순한 수단으로, 대체할 수 있는 양적 크기로 비하될 때 침해된다.”

루어질 것을 요구할 권리가 있다. 그러나 배아를 임신부 자신의 결정에 따라 특정 기한 이내나 특정한 적응사유를 근거로 낙태하는 것이 허용된다면 (처벌되지 않기 때문에), 이것으로 (가정된) 권리주체성도 제거될 것이다. 왜냐하면 (가정된 인간존엄의) 권리주체가 더 이상 존재하지 않기 때문이다. 따라서 기본법 도그마틱으로 다만 다음과 같은 양자택일이 있을 뿐이다: 배아가 인간존엄의 보유자이고, 그의 존재가 임신부의 처분에 전적으로 맡겨져 있다면, 이는 인간존엄을 침해하는 것이다. 배아가 인간존엄의 보유자가 아니고, 배아 보호를 인간존엄보장의 객관적 효력에서 이끌어 낼 경우는, 낙태로 권리주체가 제거되는 것이 아니며, 따라서 권리주체성이 침해되는 것이 아니다. 헌법에서는 이러한 조건에서 입법자가 생성중인 생명이라는 보호법익을 충분한 보호할 수 있는지 여부에 대한 물음만이 제기된다.

재판부가 결정에서 필요 이상의 논거들을 통해 처음에 언급한 견해에 기울었다는 인상을 불러일으킬지는 몰라도, 헌법재판소는 후자의 견해를 취하기로 결정했다.⁴¹⁾ 사람을 죽이는 것과 그 사람의 존엄을 침해하는 것이 필연적으로 결합되지는 않는다.⁴²⁾ 정당방위와 긴급구조의 수많은 경우들이(침해권한이라는 공법적 형태도 또한) 이에 해당되며, 사람의 생명을 다른 사람의 처분에 종속시키는 것은 이에 해당되지 않는다. 인간존엄이 권리주체성의 인정과 권리주체의 인정을 의미한다면, 긴급피난상황에 있지 않음에도 사람을 죽이는 것은 필연적으로 해당 권리주체의 인간존엄 또한 침해한다. 그러나 이와 같다 할지라도, 헌법재판소가 기본법 제1조 제1항을 원용한 것이 배아의 기본권주체성의 의미로 의도된 것일 리는 없다.

특정된 기한 동안이나 (시간적으로 제한되지 않은) 특정된 적응사유에 따라 임신부의 의지행위 만에 의해 제거될 수 있는 "권리주체성"이라면, 이는 권리주체성의 자격이 없다. 헌법재판소의 인간존엄 원용은 (모든 윤리적인 개입에도 불구하고) 보호의무의 객관적, 법적 근거설정으로서 도그마틱적으로 합당할 뿐이며, 이는 모든 개별 사안에서 효과를 발휘해야 하며, 태어나지 않은 생명 "그 자체"의 보존에 기여하는 것은 아니다.⁴³⁾

반대쪽 입장을 (이에 따르면 배아를 보호대상 뿐만 아니라, 인간존엄의 주체로 이해하는데) 헌법재판소는 첫번째 낙태판결 뿐만 아니라 두번째 낙태판결에서도 명시적으로 주장하지 않았으며, 만약 주장했더라면 명백한 내부 모순을 감수하고서야 주장할 수 있었을 것이다.⁴⁴⁾

41) 특히 BVerfGE 88, 203, 251 ff.

42) H. Dreier (주 13), Art. 1 I Rdnr. 86; C. Starck (주 14), Art. 1 Abs. 1 Rdnr. 71.

43) BVerfGE 88, 203 (252).

이미 여기서 **체내** 배아가 권리주체성과 “헌법상 지위”를 갖고 있지 않은 것과 마찬가지로, **체외** 배아에게 그러한 지위가 부여되지 않는다는 결론이 내려진다.

3. 인간존엄 보장의 법적 내용에 대해서

인간존엄의 기본권성과 (출생한) 인간만이 인간존엄의 보유자가 될 수 있다는 인식은 **체외** 배아의 “헌법상 지위”에 대한 잠정적인 대답을 가능케 하였다: 이는 무엇보다도 헌법재판소의 판결로부터 도출되었다. 뿐만 아니라 인간존엄의 내용으로부터도 배아의 기본권주체성이 문제되지 않음을 알 수 있다.

인간존엄에 도그마틱으로의 윤곽을 부여하기 위해서 상당히 오랜 기간 동안 *퀀터 뒤 리히*의 “객체공식”이 원용된 후에⁴⁵⁾, 인간존엄은 점점 더 “사회적 존중요구”로 파악되었다.⁴⁶⁾ 그 외에도 *하소 호프만(Hasso Hofmann)*은 3가지 근본원칙으로 요약했는데, 이에 대해 문헌에서는 광범위한 일치를 보인다.

“1. 기본법 제1조 제1항은 모든 인간의 원칙적인 법적 평등을 보장한다. 따라서 본 조항은 모든 종류의 체계화된 차별대우 또는 멸시를 금지한다.

2. 인간존엄원칙은 인간주체성의 보존을 요구하는데, 즉 특히 신체적, 정신적 동일성의 보호와 완전성의 보호를 요구한다. 이로부터 고문, 학대, 굴욕과 신체형의 금지 뿐만 아니라, 주체의 동일성 파괴 금지 또는 약물투여, 거짓말탐지기 등을 통한 주체의 동일성 해체 금지와 인간의 은밀함 보호 요구가 나온다.

3. 기본법 제1조 제1항은 모든 사람, 예컨대 수감 중인 사람을 위해서도 인간존엄에 상응하는 생존 보장을 요구한다. 이외에도 기본법 제1조는 최소한의 물질적 생존조건을 반드시 보장한다.”⁴⁷⁾

특성, 능력 또는 사회적 지위를 고려함이 없는 똑같은 존엄이라는 의미에서 최근 문헌에서 강조되는 *권리평등과 인간존엄*⁴⁸⁾의 결합은 존엄을 **배아**의 주관적 권리로서 주장하는 견해가 어떤 도그마틱적 난점에 처해있는지를 뚜렷이 보여준다. 좋은 뜻으로 의도되었다 할지라도, 다음 사실을 간과할 수는 없는데, 이는 전체 법질서가 태어난 생

44) J. Ipsen (주 17), Rdnr. 213.

45) T. Geddert-Steinacher (주 11), S. 31 ff.

46) 특히 H. Hofmann, AöR 118 (1993), 376; BVerfG 45, 187 (228): “헌법적으로 보호된 사회적 가치청구권과 존중청구권”

47) H. Hofmann, AöR 118 (1993), 363.

48) W. Höfling (주 21), Art. 1 Rdnr. 27; H.-D. Jarass/B. Pieroth (주 27), Rdnr. 4; H. Dreier (주 13), Art. 1 I Rdnr. 44.

명과 태어나지 않은 생명을 구별하고, 따라서 주관적 권리로서의 인간존엄에 대한 전제조건인 평등과 비교가능성이 애당초 존재하지 않는다는 점이다. 인간존엄에 고유한 사회적 존중요구는 ("관계개념 또는 의사소통개념으로서 존엄"⁴⁹⁾) 인간의 태어남을 전제한다. 따라서 배아에게 권리주체성과 기본권주체성이 결여되어 있다는 주장이 너무 법기술적이고 피상적이라고 여겨지는 사람에게, 주관적 권리로서 인간존엄은 태어나지 않은 생명에게 적용가능하지 않다는 점이 적어도 분명해져야 한다.

4. 인간존엄의 사전효과와 사후효과

배아의 기본권주체성 부정과 이에 따른 "헌법적 지위"의 부정은 기본법 제1조 제1항이 체외 배아의 보호를 위해서 중요하지 않다는 것을 의미하지 않는다. 첫 낙태판결에서 시작하여 헌법재판소는 이후의 판결에서 입법자의 보호의무를 기본권에서 도출했는데, 보호의무는 항상 주관적 권리에 (보호청구의 형태로) 의해야 하는 것은 아니다.⁵⁰⁾ 재판소는 태어나지 않은 생명에 대한 보호의무를 항상 강조했고, 이로부터 임신 중절의 처벌할 수 없음 또는 처벌가능성에 대한 결정기준을 이끌어냈다.⁵¹⁾ 보호의무라는 범형상을 통해 인간존엄은 사전효과 뿐만 아니라 사후효과도 발휘할 수 있다.

사람의 권리능력은 죽음으로 끝난다.⁵²⁾ 사자에게는 권리주체성과 기본권주체성이 부여되지 않는다.⁵³⁾ 그럼에도 이는 사자에게 살아있는 사람들이 존중해야 할 "존엄"이 부여되는 것을 배제하지 않으며, 사자를 법적으로 쓰레기 처리되어야 할 물건으로 규정하는 것을 배제한다. 죽음의 시점을 넘는 인간존엄의 사후효과는 입법자를 구속하는 프로그램을 전개하지는 않지만, (과소금지⁵⁴⁾의 의미에서) 최소한의 법적 보호조치에 대한 의무를 부과한다. 입법자가 인간존엄의 사후효과를 소홀히 하는 것이 인간존엄의 법적 작용에 파급효과를 미치는 것은 필연적이다. 문화적 전승에 반하여 법률에 사자 안식(Totenruhe) 보호에 대한 특별한 규정을 없다고 가설로 가정해 본다면, 이는 필연

49) H. Hofmann, AöR 118 (1993), 364.

50) 특히 BVerfGE 75, 40 (66); 84, 133 (147); 89, 276 (286); 91, 335 (339)와 비교하라; "보호의무"에 비판적인 견해로는 T. Koch, Der Grundrechtsschutz des Drittbetroffenen, 2000, S. 306 ff.

51) BVerfGE 39, 1 (42 ff); 88, 203 (251 ff).

52) 특히 K. Larenz/M. Wolf, Allgemeiner teil des Bürgerlichen Rechts, 8. Aufl. 1997, § Rdnr. 20과 비교하라.

53) J. Ipsen (주 17), Rdnr. 214.

54) 헌법재판소는 이 개념을 BVerfGE 88, 203 (254)에서 처음으로 사용하였다.

적으로 살아있는 사람의 인간존엄에 대한 존중에 파급을 가져올 것이다. 여기서 일어나는 사회심리학적 과정은 모든 문화와 문명에서 알 수 있으며, 다음과 같이 요약할 수 있다. 한 인간의 살아있는 동안의 명성 (그리고 그 자신의 인간존엄은) 죽은 사람을 매장하는 데와 그를 추모하는 데에 반영된다. 이와 마찬가지로 역이 되는 결론을 내릴 수 있다. 매장문화를 소홀히 하는 것은 추측하건대 가치붕괴의 결과이고, 또한 가치질서의 정점에 서있는 인간존엄 붕괴의 결과이다.⁵⁵⁾ 이러한 배경에서 사자안식 보호를 위한 형법규정(형법 제168조) 뿐만 아니라, 장기이식에 대한 규정⁵⁶⁾을 보아야 한다. 장기이식법 제17조 제1항에 따르면 치료에 쓰이는 것으로 정해진 장기를 거래하는 것은 금지된다. 마찬가지로 금지된 거래대상인 장기를 추출하거나, 다른 사람에게 양도하거나 양도하게 하는 것은 금지된다(장기이식법 제17조 제2항). 장기거래는 5년 이하의 징역형으로 처벌된다(장기이식법 제18조). 장기이식법에 반하는 다른 위반행위도 역시 처벌되며(장기이식법 제19조), 질서위반죄에 처해질 수도 있다(장기이식법 제20조).

장기이식법은 기본법 제1조 제1항의 사후효과에 대해서 뿐만 아니라, 기본권과 기본권의 보호대상은 구별되어야 한다는 기본권 도그마틱에 대해서도 명백한 예를 제공한다.⁵⁷⁾ 장기보호법 제6조 제1항에 따라 존중되어야 하는 “장기기증자의 존엄”과 시체가 매장될 때의 “존엄에 상응하는 상태”(장기보호법 제6조 제2항)는 똑같이 기본법 제1조 제1항의 사후효과이다. 짧은 공식으로 표현하면 다음과 같다. “존엄”이 “보유자”의 주관적 권리에 상응하지 않더라도 “존엄”은 존중될 수 있다.⁵⁸⁾

구조적으로 사후효과와 비교할 수 있는 방법으로 입법자는 인간존엄의 사전효과를 근거로 *체외* 배아의 보호를 위한 법률 규정을 공포해야 할 의무가 있을 수 있다. 배아를 임의로 생산하고, 죽이고, 제3자가 임의대로 처리할 수 있다면(민법 제903조), 사자의 존엄이 법률로 보호되지 않을 경우, 사자와 관련해서 추측할 수 있는 것과 비슷한 인간존엄에의 파급효과를 각오해야 할 것이다. 따라서 기본법 제1조 제1항 제2문에서 *체외* 배아를 위해서도 입법자의 보호의무를 근거지울 수 있다. 왜냐하면 *체외* 배아 스스로는 권리주체성을 가지고 있지 않고, 따라서 인간존엄 기본권의 보유자가 아니기

55) 이에 대해서는 R. Gröschner, Menschenwürde und Sepulkralkultur in der grundgesetzlichen Ordnung, 1995.

56) Gesetz über die Spende, Entnahme und Übertragung von Organen (Transplantationsgesetz - TPG) v. 5. 11. 1997 (BGBl. I S. 2631).

57) 이에 대해서는 J. Ipsen (주 17), Rdnr. 60 ff; J. Ipsen, Gesetzliche Einwirkungen auf grundrechtlich geschützte Rechtsgüter, JZ 1997, 473.

58) J. Ipsen (주 17), Rdnr. 214; 주석문헌에서 “보유자”가 기본권주체성으로 이해되는지는 언제나 명확한 것은 아니다.

때문이다.⁵⁹⁾

5. 과다금지과 과소금지 사이의 입법자의 보호의무

인간존엄에서 도출되는 보호의무는 우선, 입법자가 활동해야 한다는 것을 의미하지만, 보호조치가 개별 경우에 어떻게 마련되어야 한다는 것을 의미하지는 않는다. 물론 헌법재판소는 어떤 종류의 보호조치가 행해진 것으로 만족해서는 안 된다. 보호조치의 범위는 오히려

“한편으로는 보호되어야 하는 법익(여기서는 태어나지 않은 인간생명)의 의미와 보호 필요성을 고려하고, 다른 한편으로는 그것과 충돌하는 법익을 고려하여 정해진다.”⁶⁰⁾ 부가적으로 입법자의 헌법에의 구속은 평가일관성의 형태로 존재하는데, 이를 근거로 **체의 배아에게 체내 배아보다 더 강한 보호를 보장하는 것은 배제될 것이다.** 인간존엄의 권리주체는 오직 (태어난) 인간이기 때문에, 배아 보호는 진행되는 성장(이와 함께 인간형태를 점점 더 띠게 됨)과 함께 강도를 증가해야 한다.⁶¹⁾ 헌법에서 요구되는 보호정도는 임신 기한에 상관없다는⁶²⁾ 헌법재판소의 견해는 기한모델과 상담모델⁶³⁾이 헌법에 합치된다고 이후에 확정됨으로써 상대화되었다. 하지만 (체의 배아의 경우는) 임신이 존재하지 않으므로 여하간 해당되지 않는다.

체내 배아의 축소된 형법적 보호가 **체의 배아의 강화된 보호에 의해 상쇄되어야** 한다는 주장들이 있는 것을 비추어 볼 때, 평가일관성의 요구는 (이는 결국 기본권 제3조 제1항에 연원하는데⁶⁴⁾) 더욱 더 강력하게 주장할 필요가 있다. 이러한 평가의 불일치는 헌법에 비추어 지속될 수 없는데, 이는 특히 제3자의 기본권(특히 연구의 자유(기본법 제5조 제3항))도 관련되기 때문이다.

59) H. Dreier (주 13), Art. 1 I Rdnr. 57.

60) BVerfGE 88, 203 (254).

61) BVerfGE 88, 203 (254). 불가별인 상담 후 낙태를 위한 12주 기한(형법 제218 a조 제1항)과 범죄학적 적응사유에 따른 22주 기한(형법 제218 a조 제4항)이 이에 해당된다. 의학적, 사회적 적응사유(형법 제218 a조 제2항)는 무기한이다.

62) BVerfGE 88, 203 (254).

63) BVerfGE 88, 203 (264).

64) W. Heun, in: H. Dreier (Hrsg.), GG, Bd. I, 1996, Art. 3 Rdnr. 64.

III. 체외 배아의 생명권?

인간존엄은 그 내용에 따르면 배아의 주관적 권리로서 고려되지 않으며, 이러한 이유로 권리주체성도 배제되는데, 인간존엄과 달리 “생명권”(기본법 제2조 제2항 제1문)의 주체성은 생각할 수 있고, 여러 번 주장되었다.⁶⁵⁾ 헌법재판소는 (오해를 사는 표현이 많이 있음에도 불구하고) 배아의 권리주체성을 받아들이지 않았고, 만약 받아들였다면 판결의 명백한 내부 모순을 감수하고서야 이를 받아들일 수 있었을 것이다.⁶⁶⁾ 인간존엄의 기본권주체성과 마찬가지로, “생명권”에 관련된 기본권주체성 또한 헌법재판소가 합헌으로 본 기한모델과 상담모델을 허용하지 않을 것이다.

어느 시점에서 기본법 제2조 제2항 제1문에서의 “생명”이 시작되는가 하는 문제는 여기에서는 열린 채로 두어야 한다. 무엇보다도 정자와 난자의 결합이 결정적 시점으로 간주되나⁶⁷⁾, 형법은 수정된 난자가 자궁에 착상했을 때부터(수정란의 자궁 내 착상) 생성중인 생명을 보호한다.⁶⁸⁾ 법개념인 “생명”을 결정하는 자연과학적 기준은 없다. 왜냐하면 이 개념은 불특정하게 사용되기 때문이다.⁶⁹⁾

생식세포융합을 생명의 시작으로 보는 문헌에서의 “지배적 견해”는 생물학적 발전의 연속성을 근거로 하며⁷⁰⁾, 착상 이후에야 생성중인 생명을 형법으로 보호하는 것에 원칙적으로 반대한다.⁷¹⁾ 체외 배아와 관련하여 생물학적 연속성 논거는 맞지 않다. 왜냐하면 이식이 인간 태아로의 발전을 위한 전제조건이기 때문이다. 따라서 지배적 견해가 생식세포융합을 생명의 시작으로 주장하는 것과 똑같은 자연과학적 명백함을 가지고, 체외수정의 경우 배아의 착상으로 생명이 시작된다고 주장할 수 있다. 서로 다른 해결책에도 불구하고 우리가 특정 시점을 결정해야 하는 데서 해방되는데, 이는 (태어

65) D. Murswiek, in: M. Sachs (Hrsg.) GG, 2. Aufl. 1999, Art. 2 Rdnr. 145; H. Schulze-Fielitz, in: H. Dreier (Hrsg.), GG, Bd. I, 1996, Art. 2 II Rdnr. 24.

66) J. Ipsen (주 17), Rdnr. 233.

67) D. Murswiek (주 65), Art. 2 Rdnr. 145; H. Schulze-Fielitz (주 65), Art. 2 II Rdnr. 16; C. Starck (주 14), Art. 2 Abs. 2 Rdnr. 176; K. Stern, Staatsrecht III/1, 1988, S. 1057 f.; W. Graf Vitzthum, JZ 1985, 208.

68) 형법 제218조 제1항 제2문: “수정란의 자궁 내 착상 완료 이전에 이를 저지한 행위는 이 법에서 의미하는 낙태로 보지 아니한다.”

69) H. Markl (주 1), S. 7.과 비교하라. 그는 정자와 난자 또한 “살아있지만”, 생식세포융합을 통해서 인간이 최종적으로 결정되는 것은 결코 아니라고 생각한다.

70) H. Schulze-Fielitz (주 65), Art. 2 II Rdnr. 16.

71) 이에 대해서는 C. Starck (주 14), Art. 2 Abs. 2 Rdnr. 176.

나지 않은) 생명의 시작은 권리주체성과 연결되지 않는다는 점에 기인한다. 따라서 이 점은 (민법 제1조와 비교가능한데) 정확히 확정되어야 한다. 이에 반해 입법자가 형성의 여지가 있는 헌법적 보호의무 만을 수행할 경우에는, 보호를 시작하는 시점 또한 법률적으로 정할 수 있게 된다.⁷²⁾

헌법재판소 판결에 따르면 체내 배아에게도 기본권주체성이 인정되지 않는다. 왜냐하면 그렇지 않다면 의학적, 사회적 적응사유가 적용되는 대부분의 경우인 후기낙태 뿐만 아니라 기한모델, 상담모델도 헌법적으로 정당화될 수 없기 때문이다. 기한모델과 상담모델은 임신 첫 12주 내의 배아를 임신부의 처분에 맡기는데, 이는 권리주체성이 (이를 전제하는 한) 일방의 결정을 근거로 제거될 수 있다는 결과를 수반한다. 현행법에 따라 배아병리학적 적응사유를 포함하는 의학적, 사회적 적응사유의 경우에도 마찬가지이다.⁷³⁾ 형법 제218 a조 제2항에 따라 더 이상 (단지) 임신부의 생명과 건강보호만이 아니고, "임산부의 현재 생활관련성과 미래 생활관련성"도 고려되어야 하기 때문에⁷⁴⁾, 이러한 적응사유는 임신이 기대불가능성 때문에 중절될 수 있다는 점을 초래하게 한다. 이 경우에도 전제된 권리주체성은 말할 수 없는데, 배아는 배아일 뿐이기 때문에 권리주체성이 제거될 수 있기 때문이다.

특별한 헌법적 논거로서 다음의 논거가 결정적인데, 이는 배아의 기본권주체성을 전제하는 한, 처음 12주 동안과 의학적, 사회적 적응사유 기간 동안에 임신중절의 "허가"를 근거로 입법자를 통한 보호를 포괄적으로 거부하는 것은 기본법 제19조 제2항에 반한다는 점이다. 기본권은 주관적 권리로써 (방어청구권과 급부청구권) 더 이상 기능을 가지지 않을 것이다. 왜냐하면 권리주체와 그의 권리주체성은 모든 시점에서 제거될 수 있을 것이기 때문이다. 기본권의 "본질내용"이 어떻게 규정되든지 간에⁷⁵⁾, 법질서가 권리주체성의 제거를 허용하는 경우에는, 주관적 권리의 결과로서 "침해방어청구권⁷⁶⁾"은 더 이상 이야기될 수 없다.

72) 그렇지 않으면 형법 제218조 제1항 제2문은 위헌이 될 것이다.

73) 특히 A. Eser (주 37), § 218 a Rdnr. 37f.; H.-J. Rudolphi (주 37), § 218 a Rdnr. 8 a; Tröndle/Fischer (주 37), § 218 a Rdnr. 39와 비교하라.

74) 이에 대해서는 A. Eser (주 37), § 218 a Rdnr. 39.

75) 이에 대해서는 J. Ipsen (주 17), Rdnr. 198 ff.

76) BVerfGE 61, 82 (113): "법질서가 기본권의 보호를 위해 마련한 침해방어청구권이 실제법에 없거나, 침해방어청구권이거나 이를 보장하기 위한 기본권이 실제법에 존재한다고 하더라도 ... 절차법에서 침해방어청구권이 효과를 발휘하도록 보장되지 않으면, 기본권의 본질적 내용은 ... 침해될 수 있다."

IV. 결 론

지금까지의 고찰에 따르면, 입법자가 고려해야 하고 경우에 따라서는 침해할 수도 있는 권리주체성을 전제로 한 권리지위의 의미에서의 “헌법적 지위”가 **체외 배아**에게 부여되지 않는다. 물론 기본법 제1조 제1항과 제2조 제2항 제2문에 근거한 보호의무는 입법자의 의무이다. 보호의무는 한편으로는 인간존엄의 사전효과에서 나오는데, 이는 (태어난) 인간으로의 발전단계도 보호할 것을 요구한다. 이외에도 보호의무는 지배적 견해와 같이 기본법 제2조 제2항 제1문의 기본권의 의미에서 “생명”이 생식세포 융합으로 시작된다고 보는 한, 기본법 제2조 제2항 제1문을 근거로 할 수 있다. 이로부터 **체외 배아**는 입법자가 보호할 책임을 지는 헌법의 보호대상이라는 점이 나온다. 하지만 입법자의 행위(기본법 제3조에 있는) 평가일관성의 원칙을 고려해야 하는데, 이는 정당화근거 없이 비교가능한 사태를 불평등하게 다루는 것을 배제한다.

상세히 살펴보면 헌법은 현대 재생의학과 유전학연구에 제기된 문제에 대한 대담으로 사용하기에는 (인정받을 수 있을 만큼: 불충분한) 자료이다. 따라서 이 문제에 대해 헌법의 위엄을 가진 답을 얻기 위해서, 헌법과 헌법을 해석하는 헌법학에 매우 특별한 성격의 질문목록을 제시한다면, 헌법과 헌법학은 과중한 요구를 받을 것이다. 헌법적 연역논리에 의해서보다도 훨씬 더 현재 논의는 **윤리적 입장들**에서 의해 정해지는데, 이 입장들은 헌법적 구속력을 요구하고, 공권력으로 관철시키는 것을 목표로 삼는다.⁷⁷⁾ 혼란스럽게 엮힌 것을 풀고, 개인 고백의 차원을 넘어서서 논의의 구체화에 기여하는 과제가 학문에 주어진다. 왜냐하면 다음 사정이 간과되면 안 되기 때문인데, 이는 법적 금지가 헌법적으로 요구되어서 만들어질 경우, 특히 좋은 의도로 공포되는 법적 금지가 독일에서 너무 자주 중심을 이루고 있다는 점이다.

이하에서는 헌법에 근거할 수 있는 규범라인을 하나씩 계속 끌어내고, 입법자가 이 예민한 영역을 규정할 때 놓이게 되는 한계를 해석하는 시도를 할 것이다.

1. 착상전 진단술

착상전 진단술로 **체외 배아**는 유전병이 예상되는 유전질환이 있는지 여부를 조사받

77) H. Markl (주 1), S. 6: “자비없는 도덕과 이에 따르는 법적 강제의 정신은 공동체의 이익에 대한 봉사로서 관련 당사자 개개인에게 미친다. 이러한 엄격한 윤리는 임신중절이 임신부의 인격권에 의해 보장되는 결정이라는 똑같이 엄격한 견해와 드물지 않게 연결된다.”

는다. 연방의사협회는 이에 대해 지침안을 내놓았다.⁷⁸⁾ 착상전 진단술은 독일 연방의 회 윤리위원회인 '법과 의료윤리'의 자문대상이고, 그 자체로 의견이 분분했다.

착상전 진단술의 전반적인 문제점을 여기서 일목요연하게 설명할 수는 없다.⁷⁹⁾ 다만 위에서 전개한 기본원칙에서 착상전 진단술의 제한 내지 금지에 대한 헌법적 근거는 존재하지 않는다는 결론을 도출해낼 수 있다. 체외 배아는 보호대상일 뿐, 권리주체는 아니기 때문에, 기본권 침해를 언급할 수 없다. 착상전 진단술은 오히려 윤리적으로나 헌법적으로 인정된 목적에 기여하는데, 체외수정에 의해 심리적으로나 신체적으로(여성의 경우) 매우 부담을 느끼는 부모에게 선천적 장애 아이가 경우에 따라서는 태어날 수 있다는 염려를 없앤다.⁸⁰⁾

이에 반해 착상전 진단술을 법으로 제한하는 것이 가능한지 여부는 헌법적 문제임에 틀림없다. 왜냐하면 착상전 진단술을 법으로 제한하는 것은 기본법 제2조 제2항에 의해 보호되는, 손상된 배아의 이식을 결정하는 임신부의 자유를 동시에 제한하기 때문이다. 착상전 진단술에 대하여 특정한 윤리적인(특히 종교적으로 작용하는) 입장만을 취하는 것에 반대할 수 있는 것은 다음의 간단한 고려에서 확인되는데, 이는 출산전 진단술이 허용되고, 널리 행해질 뿐만 아니라, (형법 제218 a조에 따른 배아병리학적 적용사유의 경우) 손상된 배아의 불가별적 낙태의 법적 전제에 시간적 제약이 없다는 점이다.⁸¹⁾ 착상후 배아의 후기발전단계에는 진단이 허용되는 반면에, 의학발전에 따라 가능해진 더 이른 시기에의 진단은 허용되지 않고 심지어 형벌로 위협된다면, 이는 평가일관성의 원칙에 명확한 모순이 될 것이고, 부모의 인간존엄 또한 침해하는 것이다. 문헌과 신문방송에서의 경고 목소리에 대해서는 다음의 근본적인 반론이 제기되어야 하는데, 착상전 진단술의 경우 금지된 진단방법의 "허용"이 헌법학에서 문제되는 것이 아니고, 기본권의 척도에서 법적 제한이 정당화될 수 있는지의 문제가 거꾸로 제기된다는 점이다. 이에 대한 헌법적 근거들은 문헌과 신문방송에서 보이지 않는다.

2. 배아연구

연구와 학문은 자유이다(기본법 제5조 제3항 제1문). 기본권은 법률유보 아래 있지

78) Bundesärztekammer, Diskussionsentwurf zu einer Richtlinie zur Präimplantationsdiagnostik, Stand: 24. 2. 2000.

79) 이에 대해서는 W. Brohm, JuS 1998, 197; R. Neidert, MedR 1998, 348; R. Ratzel/N. Neinemann, MedR 2000, 360.

80) 비슷한 견해로는 H. Markl (주 1), S. 6.

81) 이에 대해서는 A. Eser (주 37), § 218 a Rdnr. 43.

않기 때문에, 연구자유의 제한은 근본적으로 허용되지 않고, 다만 기본권의 내재적 한계라는 장치에 의해서만 정당화된다.⁸²⁾ 기본법 제5조 제3항 제1문에 의한 개인자유의 보장은 모든 제한에 정당화가 필요하다. 자유의 실현 (연구의 자유 또한) 뿐만 아니라, 자유의 제한도 헌법의 척도에서 정당화를 요구한다.⁸³⁾ 기본권에 규정된 효력은 지금의 논의에서 강력한 힘을 얻는다. 왜냐하면 특정 대상이 자연과학 연구에 특별히 허용되어야 할 것 같거나, 자연과학 연구 쪽에 헌법의 척도에서 정당화가 필요할 것 같은 인상이 공공의 논의에서 때때로 일어나기 때문이다.

이는 권리주체성에 연결된 “헌법적 지위”가 부여되지 않는 인간배아에 대한 연구에도 마찬가지로이다. 역으로 배아보호법 제1조 제2항과 제2조 제2항이 기본법 제5조 제3항 제1문과 조화되는지에 대한 질문이 제기되어야 한다. 왜냐하면 이들 규정은 연구유보를 규정하고 있지 않기 때문이다.

잔여배아로부터 줄기세포의 추출 (체외수정에 더 이상 필요없게 된 배아도) 또한 헌법적 제한에 저촉되지 않는다. 배아에게 “생명”이 있다는 사실에서 권리주체성과 헌법에 의해 요구되는 형법적 보호가 나오지 않는다. 인간존엄의 사전효과도 줄기세포연구의 제한을 (기본권의 “내재적 한계”라는 의미에서) 정당화할 수 없다. 줄기세포연구가 치료목적에 기여하는 한, 줄기세포연구의 결과가 인간의 고통을 막거나 줄이는데 기여하는 한, (헌법윤리적 원칙으로도 이해되는) 인간존엄에서 이러한 연구의 명령이 헌법적으로 정당화되지, 금지가 헌법적으로 정당화되는 것은 아니다. 장기이식법과 장기이식법에서 고려된 인간존엄의 사후효과와의 유사성은 명백하다.

3. 배아생산과 “치료적 복제”

인간존엄의 사전효과는 생식 외에 다른 목적으로의 배아생산 금지 또는 제한 역시 정당화할 수 없다. 이 논의에는 다양한 근원에서 나오는 윤리적 입장들이 다투고 있다. 헌법적 판단을 시도하기 위해서는 체외 배아와 체내 배아를 명확하게 구별하는 것이 매우 중요하다. 체내 배아는 유산되거나 낙태되지 않는 한 인간으로 발전할 수 있다. 결국 무엇이 인간을 이루는가라는 불필요한 문제에 다시 착수함이 없이, 체내 배아는 그 안에 존재하는 프로그램을 근거로 잠재적 인간으로 간주될 수 있다. 체외 배아의 경우는 사정이 다르다. 왜냐하면 배아가 인간으로 발전하기 위해서는 이식이 필요하기

82) 이에 대해 기초가 되는 논문은 H. Hofmann, JZ 1986, 253 ff.

83) J. Ipsen (주 17), Rdnr. 60 ff.: 자유권은 보호되는 행동을 “허가”하는 것이 아니라, 행동의 법적 제한을 각각의 기본권의 척도를 따라 정당화할 것을 요구한다.

때문이다. 배아가 다른 용도로 생산되었기 때문에 그러한 발전이 처음부터 의도되지 않았다면, 인간존엄의 사전효과 또한 이에 맞게 줄어든다. 인간존엄의 사전효과는 (다시 장기이식법에 발맞추어) 배아가 거래상품으로 다뤄지는 것을 배제할지 모른다. 체외 배아에 대한 연구와 줄기세포치료의 발전에 대해서는 인간존엄은 이를 직접 명령한 것으로 보인다. 왜냐하면 그렇지 않으면 인간에게 고통이 주어지게 될 것인데, 이러한 고통의 감소 또는 치료는 매우 중대한 헌법의 보호법익이기 때문이다.

V. 전 망

유전공학 문제에 대해 현재 활발히 진행되는 논의는 핵심에 있는 윤리적 논의로 되 돌아가야 한다. 헌법학은 이 논의의 입장들을 기본법에서 도출하려는 유혹을 뿌리쳐야 한다. 왜냐하면 인간존엄의 불가침성도, 생명에 대한 권리도 이 복잡한 문제의 해결을 위한 충분한 규범의 연결점을 제공하지 않기 때문이다. 체외 배아의 "헌법적 지위"는 (권리주체성의 의미에서) 근거지울 수 없고, 다만 고백의 대상일 뿐이다. 이에 반해 연구의 자유가 아니라, 그 제한이 헌법적 정당화를 필요로 한다는 점이 현재의 논의에서는 너무 적게 다루어지고 있다. 이러한 관점에서 볼 때, 배아보호법을 기본법 제5조 제3항과의 조화가능성을 통해 조사해 볼 시점이 되었다.

원자력발전에 대한 토론이 잠잠해진 후, 이로서 비게 된 정치적 공간을 유전공학과 배아연구에 대한 논의가 차지했다. 특정 연구대상을 "생물학적 플로리움"으로 타부시하고 연구활동에 법적 금지를 두려는 경향은 너무나 명백하다. 기본법이 이러한 경향을 정당화하려고 노력하는 것은 물론 전망있는 강행이 아니다. 헌법은 (연구의 자유를 포함한) 자유를 위하고, 계몽을 위해서 있다. 양자는 이제껏 제대로 취급받지 못했다.

