

기본적 인권으로서 생명권

이 부 하*

I. 서 론

1. 인권과 기본권

인권의 역사는 절대군주국가에 대한 대항이념으로 등장하였다. 그러나 지금에서 인권의 이념의 생성과 발전에 대한 이해는 현실역사적인 헌법형성의 요소와 그 이념적 기초를 효과적으로 이해하기 위한 계기가 될 뿐만 아니라, 현대 헌법상 기본권이 지니는 가치사조와 정신적 취지를 위한 단서가 된다.¹⁾

인권과 기본권을 동의어로 이해하는 견해가 있으나, 인권과 기본권은 여러 가지로 구별될 수 있다. 인권은 시간적인 면에서 영구불변의 효력을 지니나, 기본권의 효력은 시간적으로나 장소적으로 제한되어 있다. 기본권은 보편적인 효력을 갖는 인권에 이념적 기반을 두지만, 기본권은 헌법에 규정된 국민의 권리라고 정의할 수 있다. 예를 들면 범죄피해자구조청구권(헌법 제30조)이나 공무담임권(헌법 제25조) 등은 인권과 같이 보편적인 효력을 갖지 않지만, 헌법상 보장된 기본권이다. 이처럼 형식적 의미의 기본권이 인권과 개념범위가 반드시 일치하지 않는다. 또한 기본권의 효력근거는 실정헌법이고 인권의 효력근거는 학설에 따라 다르지만 사회적 실효성이나 자연법 또는 사회적 도덕규범에서 찾을 수 있다. 따라서 기본권과 인권은 동일한 개념인 것처럼 혼동되고 있으나, 그 적용영역과 효력근거에 차이가 있고 구별되어야 한다.

2. 생명권의 접근 및 생명의 개념

우리 헌법은 명시적으로 생명권을 규정하고 있지 않다. 그러나 생명권을 우리 헌법상 기본권

* 영남대 법대 교수

1) K. Stern, Idee der Menschenrechte und Positivität der Grundrechte, in: J. Isensee/P. Kirchhof (Hrsg.), HdbStR V, 2000, § 108 Rn. 2.

으로 인정하는 데는 별다른 이의가 없다. 이는 기본권의 핵심이자 본질적인 부분으로서 당연한 것으로 여기는 듯하다. 그에 반해 안락사, 낙태, 자살, 인간복제, 사형 등 개별적인 부분에서는 인정여부에 관하여 견해의 차이가 있고 입장표명이 명확하지 않다. 이러한 구체적인 부분에 대한 이론적 뒷받침이 되어야 인권에 대한 헌법적·철학적 사고가 정립되리라 본다.

생명권의 대상인 생명이라 함은 ‘생명력 있는 존재’(Lebendigsein)를 일컫는 것으로서 ‘아직 생존하지 않는 것’과 ‘죽은 것’에 반대되는 인간의 육체적 존재형태를 말한다.²⁾ 여기서 생명력 존재여부를 자연현상적 측면에서 판단할 것인지 혹은 법적현상의 측면에서 판단할 것인지의 문제가 제기되는데, 생명의 개념을 하나의 순수한 생리학적·자연적 개념으로 보는 견해³⁾와 자연현상이나 사물에 대한 자연과학적·의학적인 인식은 법학적 결정의 기초가 될 수는 있어도 자연과학적·의학적인 인식 그 자체가 그대로 법적 개념이 될 수 없음을 들어 헌법에 의하여 보호되는 인간의 생명은 자연현상으로서가 아닌 법적 개념으로 파악해야 할 것이라는 견해⁴⁾가 있다.

생각건대, 인간의 생명은 하나의 생리적 현상인 것으로 자연과학적 측면에서의 인식을 도외시하고 생명력 존재여부를 판단한다는 것은 불가능하며, 동시에 인간의 생명은 사회적 현상이기에 법학적 측면에서 생명력 존재여부를 결정하지 않으면 안 된다. 따라서 생명권의 대상이 되는 생명의 개념은 생물학적·생리학적인 인식을 기초로 법적 견지에서 판단하여야 할 것이다.

그러면 생명은 언제부터 시작되고 종료되는가? 사람의 생명의 시기에 관하여는 형법에서는 진통시, 민법에서는 전부노출시가 지배적 입장이다. 그러면 헌법에서 보장되는 생명권의 대상이 되는 생명의 시기는 언제로 보아야 하는가? 국가의 존립목적 및 헌법의 목적이 국민의 기본권을 최대한 보장하는데 있고, 인간의 생명권은 가장 본질적인 권리 중의 하나라고 볼 때, 헌법상 생명에 대한 광범위하고 포괄적인 보호를 하지 않으면 안 된다. 학설은 대체로 태아의 생명권을 인정하고 있다. 그러면 생명의 종기는 언제로 보아야 하는가? 사람의 종기는 사망과 더불어 종료되나 그 사망시기에 관하여 심장박동중지설과 호흡중지설 및 뇌사설이 주장되고 있다.

생명권이라 함은 인간의 생명에 대한 포괄적인 권리를 말한다. 우리 헌법상 명문규정의 유무에도 불구하고 생명권은 인간의 본질적인 권리로서 인정된다. 생존기능을 보유하는 한 모든 인간의 생명은 동일한 가치를 지닌다. 따라서 생명권은 인간의 본질적인 권리가기에 다른 어떤 법익과도 비교형량도 인정되지 않는다.⁵⁾

생명권은 인간으로서 향유하는 권리이다. 그러므로 자연인인 내국민은 물론 외국인도 그 주체로서 향유할 수 있는 것이다. 그러나 법인은 성질상 생명권의 존재가 될 수 없다.⁶⁾ 태아에

2) Maunz/Dürig/Herzog/Scholz, Grundgesetz Kommentar, 5. Aufl., Art. 2, Abs. II, Rdnr. 9.

3) 김철수, 헌법학개론, 354면; 권영성, 독일헌법론, 187면.

4) 허영, “생명권에 대한 헌법적 고찰”, 한태연박사회갑기념논문집, 139면; 구병삭, 헌법학 I, 436면.

5) BVerGE 39, 1 ff.

6) v. Mangoldt/Klein, Das Bonner Grundgesetz, Kommentar, 2. Aufl., Bd.1, S. 186.

관하여는 학설이 나뉘고 있으나 다수설은 이를 긍정하고 있다.

II. 생명권의 연혁과 헌법상 근거

1. 생명권의 연혁과 입법례

근대 자연법론자중의 한 사람인 J. Locke는 인간은 자연상태에서 생명 · 자유 · 재산의 권리를 갖는다고 하였고, 그 영향을 받은 미국의 Virginia 권리장전은 제1조에서 “모든 사람은 …… 태어날 때부터 일정한 권리를 가진다. 그러한 권리란 …… 생명과 자유를 향유하는 권리이다”라고 규정하고 있다. 미국독립선언도 “모든 사람은 …… 조물주에 의하여 일정한 불가양의 천부의 권리를 부여받았으며 그 중에는 생명 · 자유 및 행복을 추구할 권리가 포함되어 있다”고 선언하고 있다.

그러나 독일에서는 제2차 대전이전에는 헌법에 명시적으로 생명권에 관한 규정을 두고 있지 않다. 이는 인간의 생명에 대한 권리는 자연적이고 당연한 것으로서 실정 헌법에 규정할 필요가 없다고 보았던 것이다.⁷⁾ 제2차 대전 이후에 1949년 서독기본법은 제2조 제2항에서 “누구든지 생명과 신체불가침에 관한 권리를 갖는다”고 규정하고 있다. 이는 과거 역사적인 생명권 침해에 대한 경험적 반성에 기인한 것이다. 즉 나찌(Nazi)의 ‘생존할 가치없는 생명의 말살’이라는 슬로건 아래 유대인의 대량학살을 자행함으로써 인간의 존엄과 가치를 말살한 것에 대한 반성에서였다.

2. 생명권의 헌법상 근거

생명권의 근거에 관하여 독일기본법은 제2조 2항에 명문으로 규정하고, 기본법 제102조에는 사형을 폐지한다고 규정하고 있다. 우리 헌법은 명문의 규정은 없으나 생명권 헌법상 보장된다는 점에는 견해가 일치하나, 그 근거로는 제10조의 인간의 존엄과 가치에서 구하는 견해(김철수), 제10조의 행복추구권(문홍주), 제10조의 인간의 존엄과 가치, 제34조 1항의 인간다운 생활을 할 권리, 제37조 1항의 열거되지 아니한 자유와 권리(허영), 제10조의 인간의 존엄과 가치, 제12조의 신체의 자유, 제37조 1항의 열거되지 아니한 자유와 권리(권영성) 등으로 대립되고 있다.

7) Maunz/Dürig/Herzog/Scholz, Grundgesetz Kommentar, 5. Aufl., Art. 2, Abs. II, Rdnr. 8.

생각건대 헌법 제10조의 “인간의 존엄과 가치”에서 그 근거를 구하는 것이 타당하리라 본다. 헌법재판소도 생명권의 헌법적 근거를 “인간의 존엄”에서 찾고 있다.⁸⁾

III. 생명권의 법적 성격과 주체

1. 생명권의 법적 성격

생명권은 국가에 의한 살인을 방지하기 위함과 강제적인 실험을 방지하기 위함인데, 점차 생명권으로부터 국가의 생명보호의무를 도출하고 있다. 국가의 생명보호의무에 대해서는 입법자의 광범위한 입법형성권이 인정되지만, 이에 대한 기준으로 ‘과소금지’(Untermaßverbot)의 원칙⁹⁾이 적용된다.

2. 생명권의 주체

생명권의 주체는 자연인이다. 국민과 외국인 및 무국적자도 포함된다. 법인은 주체가 될 수 없다. 독일 헌법재판소판례에 의하면, 생명의 시작은 수태 후 14일이 지난 태아로 보고 있다.

IV. 생명권의 내용

1. 방어권으로서의 생명권

생명권은 우선 국가가 적극적으로 개인의 생명을 침해하는 경우에 그 배제를 요구할 수 있는 방어권을 그 내용으로 하고 있다. 따라서 개인의 생명을 박탈하는 것은 물론이고 생명의 단축을 초래하는 모든 국가행위는 부인되며, 그 결과 적극적인 안락사나 인간생명의 감축을 내용으로 하는 사형제도는 위헌의 소지가 있다.

2. 대국가적인 생명보호청구권

8) 현재 1996. 11. 28, 95헌바1.

9) ‘과소금지’(Untermaßverbot)의 원칙이란 국가가 기본권보호의무를 이행하는데 취하는 모든 조치는 원칙적으로 기본권보장에 필요한 최저수준을 넘어야 한다는 것이다.

(1) 국가의 부작위에 의한 생명침해로부터의 보호청구권

생명의 위험에 처해있는 개인이나 집단을 고의적으로 방치함으로써 살해하는 경우처럼 인간의 생명은 국가의 부작위에 의해서도 침해될 수 있다. 이러한 경우란 화재, 전염병유행 등 생명침해의 위험이 있는 일정한 경우이고 국가는 국민의 생명보호조치를 다할 적극적인 작위의무를 진다.

(2) 제3자에 의한 생명침해로부터의 보호청구권

헌법상 생명권이 제3자에 의한 생명침해로부터의 보호청구권을 포함하는가에 대해서는 기본권의 제3자적 효력을 갖는다는 것이 다수의 입장이다.¹⁰⁾ 생명권은 제3자의 생명침해로부터 국가적 보호를 요구할 수 있는 적극적인 보호청구권을 당연히 내포하고 있다고 본다.¹¹⁾

(3) 국가의 적극적인 생명조성의무

헌법상 생명권이 국가에 대하여 사회적·경제적 여건을 마련하여 생존을 할 수 있도록 요구할 수 있는 생존권적인 내용을 가진다고 할 수 있는가의 문제가 제기된다. 나아가 국가는 개인의 생명조성 내지 축진의 적극적인 법적 의무, 예컨대 생명에 절대적으로 필요한 물질적 보장이나 인공적인 생명연장의 의무를 법적으로 부담하는가의 문제도 논의되고 있다.

생존권을 생명권의 사회적·경제적 외연으로 보아, 국민은 생존의 최저한도의 보호를 요구할 수 있는 생존권을 가진다는 견해가 주장되고 있다.¹²⁾ 그러나 우리 헌법이 규정하고 있는 생존권의 법적 성격이 추상적인 권리라고 보는 것이 타당하기에 그 결과 개개인은 헌법규정을 근거로 소구할 수 없다는 것이 논리적으로 타당하다. 생명권이 생존권적인 성격이 있는지도 의심스러우며, 설사 생존권적인 성격이 있더라도 구체적인 법적 권리성을 인정하기 어렵다.

V. 생명권의 제한과 한계

10) 김철수, 헌법학개론, 237-247면; 권영성, 헌법학원론, 283-289면.

11) 허영, “생명권에 대한 헌법적 고찰”, 143-144면.

12) Maunz/Dürig/Herzog/Scholz, Grundgesetz Kommentar, 5. Aufl., Art. 2, Abs. II, Rdnr. 26; F. Klein, GG, Art. 2, 20a.

1. 생명권제한의 일반원리

우리 헌법 제37조 2항은 법률에 의한 생명권의 제한 내지 침해를 인정하고 있으나, 생명권의 침해는 언제나 완전한 침해, 즉 생명의 박탈을 의미하는 바, 인간의 절대적이고 최고의 가치인 생명권이 입법자의 법률에 의하여 침해될 수 있는가가 문제된다.

생각건대 우리 헌법상 생명권은 인간의 본질적인 가치를 구성하고 있고, 법률에 의한 기본권의 제한의 경우에도 본질적인 내용의 침해를 금지하고 있으므로 법률에 의하더라도 침해할 수 없다고 하지 않으면 안 된다. 그러나 예외적으로 정당방위, 긴급피난, 전쟁수행 등 인간의 생명과 생명의 비교를 행하지 않으면 안 되는 경우가 발생하므로 여러 생명의 충돌 시 법률은 어느 생명을 보호할 것인가의 기준을 제시한다는 의미로 해석해야 한다.

그래서 헌법재판소는 “비록 생명권이 이념적으로 절대적 가치를 지닌 것이라 하더라도 생명에 대한 법적 평가가 예외적으로 허용될 수 있다고 할 것이므로, 생명권 역시 헌법 제37조 제2항에 의한 일반적 법률유보의 대상이 될 수밖에 없다고 할 것이다”라고 판시하였다.¹³⁾ 그러나 비례성원칙 이외에 과소보호금지원칙을 준수하였는지를 심사하는 것이 바람직하다고 본다.

2. 생명권과 사형제도

독일은 헌법상 명문으로 사형을 금지하여(제102조) 생명권을 보장하고 있다. 이에 반해 미국은 종래부터 사형제도가 인정되어 왔으나 1972년 *Furman v. Georgia* 사건¹⁴⁾에서 최초로 사형제도가 위헌이라고 판시하였다. 또한 1976년 *Gregg v. Georgia* 사건¹⁵⁾을 위시한 일련의 판결¹⁶⁾에서 번복되어 사형제도를 부활시켰다. 그러나 1977년 *Coker v. Georgia* 사건¹⁷⁾에서 사형은 모살범에게만 부과되어야 한다고 판시하면서 균형을 지나치게 상실한 사형은 위헌이라고 판시하였다. 또한 일본은 일본국헌법 제13조에서 생명권을 규정하는 한편, 일본국헌법 제31조¹⁸⁾에서 법률에 의한 생명침해를 인정하고 있다. 따라서 사형제도는 합헌이라고 한다. 우리 헌법은 제10조에서 생명권을 보장하고 있다고 할 것이나, 법률에 의한 생명권의 제한여부와 관련되는 사형제도가 인정될 것인가에 관하여 문제된다. 우리 대법원판례는 합헌으로 보고 있으

13) 헌재 1996. 11. 28, 95헌바1.

14) *Furman v. Georgia*, 408 U.S. 238(1972).

15) *Gregg v. Georgia*, 428 U.S. 153 (1976).

16) *Proffitt v. North Carolina*, 428 U.S. 242 (1976); *Jurek v. Texas*, 428 U.S. 262 (1976).

17) *Coker v. Georgia*, 433 U.S. 584, 592 (1977).

18) 모든 국민은 법률이 정하는 절차에 의하지 아니하고는 그 생명 또는 자유를 박탈당하거나 또는 기타의 형벌을 받지 아니한다(일본국 헌법 제31조).

며¹⁹⁾ 헌법재판소도 “우리 헌법은 사형에 대하여 정면으로 이를 허용하거나 부정하는 명시적인 규정을 두고 있지 아니하지만, 헌법 제12조 제1항, 헌법 제110조 제4항에 의해 적어도 문언의 해석상으로는 간접적이거나 법률에 의하여 사형이 형벌로서 정해지고 또 적용될 수 있음을 인정하고 있는 것이다. 사형을 형벌의 종류로서 합헌이라고 보는 한 …… 행위자의 생명과 그 가치가 동일한 하나의 혹은 다수의 생명을 보호하기 위한 불가피한 선택이라고 밖에 볼 수 없으므로 이를 비례의 원칙에 반한다고 할 수 없어 헌법에 위반되는 것이 아니다”²⁰⁾라고 하여 합헌의 입장이다. 그러나 사형은 인간의 본질적인 가치인 생명의 침해이므로 위헌의 소지가 있다.

3. 태아의 생명권과 인공임신중절

(1) 태아와 생명권

태아가 헌법상 생명권의 주체가 될 수 있는가의 문제에 관하여 일부 견해는 사법상의 권리주체가 아님을 이유로 주체성을 부인한다. 그러나 헌법상의 생명권의 보호는 사법이나 형법에 의한 보호보다 광범하고 포괄적인 것이다. 따라서 태아의 생명도 헌법상 당연히 보호된다는 긍정설이 타당하며 지배적인 견해이다. 태아의 생명권이 보호된다고 할 때 어느 시점부터 보호된다고 볼 것인가가 문제된다.

미국의 연방대법원의 판례를 통해 확립된 태아의 생명권에 관하여 보면, 태아는 헌법상 보장된 권리와 자유의 주체인 사람(person)으로 인정되지 않는다는 것과 태아의 생명을 인정하는 시점은 태아가 모체 밖으로 나와 독자적으로 생존가능 시이다.

독일에서의 논의로는 첫째, 정자와 난자의 수정 시부터라는 견해, 둘째 수정란이 자궁에 착상된 시점이라는 견해, 셋째, 배아에서 원시선이 나타나는 시점인 수정 후 14일부터라고 견해, 넷째, 출생한 때로부터 라는 견해 등이다. 독일 연방헌법재판소는 적어도 착상에 의하여 태아가 완전한 형태로 나타나는 수정 후 14일부터 헌법상 보호대상이 된다²¹⁾고 판시하고 있다. 생명의 시기는 인간의 존엄과 밀접한 관련이 있으므로 되도록 일찍 인정하는 것이 타당하다. 수정란부터 인간의 생명으로 본다면 수정란부터 인간의 존엄을 인정할 수 있다.

19) 대판 1963. 2. 28, 62도241.

20) 헌재 1996. 11. 28, 95헌바1 (사형문제에 관하여 우리 헌법재판소는 형법 제250조 위헌소원 사건에서 “생명권 역시 헌법 제37조 제2항에 의한 일반적 법률유보의 대상이 될 수밖에 없는 것이나, 생명권에 대한 제한은 곧 생명권의 완전한 박탈을 의미한다 할 것이므로, 사형이 비례의 원칙에 따라서 최소한 동등한 가치가 있는 다른 생명 또는 그에 못지아니한 공공의 이익을 보호하기 위한 불가피성이 충족되는 예외적인 경우에만 적용되는 한, 그것이 비록 생명을 빼앗는 형벌이라 하더라도 헌법 제37조 제2항 단서에 위반되는 것으로 볼 수는 없다.”고 판시하여 합헌의 입장이다.)

21) BVerfGE 39, 1 ff.

(2) 인공임신중절(낙태)와 태아의 생명권

독일에서는 인공임신중절을 금지할 뿐만 아니라 수태 후 12주까지의 인공임신중절행위를 처벌대상에서 제외시키려는 개정형법조항에 대해 (비록 Privacy권으로 보아 합헌이라는 소수견해²²⁾도 있었지만) 다수견해는 태아의 생명권 침해를 이유로 위헌이라고 판시하였다.²³⁾

미국에서는 낙태규제에 관한 미국연방대법원의 판례로 크게 3가지를 들 수 있는데, 첫 번째는 1973년 Roe v. Wade 사건²⁴⁾에서의 3분기 분석법(trimester analysis)을 적용하여 여성의 낙태권을 인정한 판례이다. 두 번째는 1989년 Webster v. Reproductive Health Services 사건²⁵⁾에서 Roe의 3분기 분석법을 유보하고 국가의 낙태규제권을 어느 정도 인정한 판결이다. 세 번째는 1992년의 Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania v. Casey 사건²⁶⁾인데 여기서는 Roe의 핵심논지를 재확인하고 몇 가지 세부적인 논지에서 수정발전 시켰다. 이상의 미연방대법원의 판례가 확인하고 있는 것은 여성의 낙태권은 헌법상 보장된 사생활의 관한 권리의 일부라는 것이다.²⁷⁾

4. 생명권의 보호와 안락사문제

생명권과 관련하여 그 생명권을 자유로이 처분할 수 있는 권리인 “죽을 권리”, 즉 본인의 의사에 따라 안락사(Mercy killing)를 인정할 수 있는가의 문제가 제기된다. 일반적으로 인간의 생명은 어떠한 권리보다도 우선적으로 보장되어야 하는 절대적 가치를 지니는 것이기에 생명의 침해나 단축은 허용되지 않는다고 하며, 나아가 생명권의 주체라 하더라도 자기의 생명을 자유로이 처분하거나 포기할 수 있는 권리인 “죽을 권리”를 지니지 못한다고 본다.²⁸⁾

영국에서는 안락사에 관한 2번의 법제도화를 시도(1936년, 1950년)했으나, 좌절되었고, 미국에서는 1971년 Heston 사건²⁹⁾에서 “헌법상의 죽을 권리는 존재하지 않는다”고 판시하여 안락

22) BVerfGE 6, 32.

23) BVerfGE 39, 1 ff.

24) Roe v. Wade, 410 U.S. 113(1973); Doe v. Bolton, 410 U.S. 179(1973).

25) Webster v. Reproductive Health Services, 429 U.S. 490(1989).

26) Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania v. Casey, 505 U.S. 833(1992).

27) 도희근, “낙태에 관한 헌법이론적 연구 - 미국 헌법학계의 논의를 중심으로 -”, 「헌법학연구」 제3집, 1997. 10, 한국헌법학회, 536면.

28) Maunz/Dürig/Herzog/Scholz, Grundgesetz Kommentar, 5. Aufl., Art. 2, Abs. II, Rdnr. 12.; 김철수, 전게서, 345면; 허영, “생명권이 문제되는 몇 가지 경우”, 월간고시, 81. 11, 54~55면; 권영성, 헌법학원론, 법문사, 356면.

29) J. F. K. Memorial Hosp. v. Heston, 58 N. J. 576, 279 A. 2d, 670 (1971).

사를 부정하였다. 또한 1976년 New Jersey 대법원은 Karen Quinlan 사건³⁰⁾에서 “Karen의 Privacy권에는 치료거부권도 포함되며, 존엄한 죽음에 대한 Karen의 의사를 확인할 수 없는 경우에는 Karen의 가족이나 보호자가 Karen의 의사를 추정하여 최선의 결정을 할 수 있다”고 하여 Karen의 부친이 신청한 생명유지장치의 제거를 허용하였다.³¹⁾ 또한 California주는 1976년 “자연사법”을 제정하고 1977년부터 시행하면서 안락사권을 허용하고 있다. 그러나 최근의 미국 연방대법원은 치료거부권(안락사권)을 인정하고 있다.³²⁾

독일의 엥기쉬(Engisch)는 안락사를 고통을 면하게 하기위한 적극적인 행위로 생명을 단축하는 작위에 의한 ‘적극적 안락사’와 부작용에 의한 ‘소극적 안락사’로 구분하고, 전자의 적법성은 부인되어 가벌적이라고 보고 후자의 경우만이 적법하다고 보면서, 후자를 다시 생명을 단축하지 않는 ‘순수한 안락사’와 고통완화를 위한 의료조치가 생명단축을 초래하는 ‘간접적 안락사’로 구분하고 있다.³³⁾ 이러한 안락사를 허용할 것인가의 문제는 안락사가 인위적으로 인간생명의 단축을 수반하는지 여부에 따라 결정할 수밖에 없다. 그러므로 엥기쉬(Engisch)가 분류한 바에 따라 적극적 안락사는 물론이고, 간접적 안락사도 허용될 수 없고, 오직 생명의 단축을 초래하지 않는 순수한 안락사만이 인정될 수 있다고 해야 할 것이다.³⁴⁾

5. 인간복제와 생명권

배아줄기세포의 연구중 파기되는 배아는 생명체이기에 인간존엄을 침해하는 것인가라는 문제가 대두된다. 만약 그렇지 않다면 배아에게 인정되는 기본권은 생명권과 다른 영역에서 논의되어야 하는가 등이 문제된다. 배아줄기세포를 연구하는데 있어서 배아줄기세포의 추출을 위해서는 그 연구과정 중 배아의 파기가 발생한다. 이와 관련하여 헌법적 쟁점은 이러한 배아의 파기가 생명권을 침해하는지를 다루어야 하는 것이다. 이는 생명의 시기와 관련되는 데 인간의 존

30) Matter of Quinlan, 70 N.J. 10. 355 A. 2d 647(1976).

31) L. H. Tribe, The Constitutional Protection of Individual Rights, pp. 936~937.

32) 사람은 원하지 않는 의학적 치료를 받지 않을 중요한 권리를 가진다(Washington v. Harper (1990)) ; Nancy Cruzan은 식물인간의 상황에 있다. 그녀의 부모들은 인공적으로 지급되는 음식과 산소를 중단하기를 원하나 병원은 중단을 거절했다. 그러한 상황에서 주는 헌법적으로 부모가 생명유지조치를 제거하기 원하는 명백하고 설득력 있는 증거를 요구되어야 할 것이다. 권한있는 부모는 원치 않는 의학적 조치를 거절할 중요한 자유권을 가진다. 인간생명유지에 대한 주의 이익과 생사선택의 인격권 보호 이익은 명백한 고도화된 기준의 부파를 정당화시키기에 충분하다. 그러한 기준은 남용을 막고 더 정확한 사실발견을 증진시키고 결정의 중요성을 반영한다. 주는 헌법적으로 그녀의 부모를 제외한 누구에게도 그러한 사건을 판단하도록 요구되지 않는다. 가까운 친척이 대신한 판단은 수용할 필요가 없다 (Cruzan v. Director, Missouri Dept. of Health (1990)).

33) K. Engisch, Euthanasie und Vernichtung Lebensunwerten Lebens in Strafrechtlicher Beleuchtung, S. 14.

34) 김철수, 현대헌법론, 295면; 허 영, “생명권이 문제되는 몇 가지 경우”, 55-57면.

엄은 인간의 생명의 시기부터 주어진다고 할 수 있다. 여러 견해가 존재하지만, 자연적인 결합이든 인공수정의 방법이든 체세포복제의 방법이든 수정란부터는 인간의 생명으로 보아야 한다.

또한 줄기세포연구와 관련하여서 사인에 의한 기본권침해 시 국가의 기본권보호의무를 충실히 수행하였는가가 문제된다. 우리 헌법재판소도 기본권보호의무를 이행함에 있어서 국민의 생명·신체에 대한 보호의 정도가 헌법이 요구하는 최소한도의 보호수준에 미달해서는 아니 된다는 의미에서 이른바 국가의 국민에 대한 “과소보호금지”라는 헌법상의 원칙을 준수하였는지를 기준으로 심사하게 된다.³⁵⁾

35) 헌재 1997. 1. 16. 90헌마110등, 판례집 9-1, 130면.