

형법을 통한 생명의 보호

박 무 원 *

- I. 생명의 보호와 생명의 질의 윤리
- II. 생명의 시기 단계에서의 생명 보호
 - 1. 유전공학의 발달로 인한 생명윤리와 형법
 - 2. 낙태와 태아의 생명 보호
- III. 생명의 종기 단계에서의 생명 보호
 - 1. 사람의 종기와 죽음의 판정
 - 2. 안락사·존엄사·의사조력자살
 - 3. 자살
- IV. 생명의 중간 단계에서의 생명 보호
 - 1. 인체실험
 - 2. 장기이식
- V. 결 어

I. 생명의 보호와 생명의 질의 윤리

현대의 생명과학(life sciences)이나 보건의료(health care) 분야에서 일어나는 윤리문제로 이해되는 생명윤리(bioethics)는 의료윤리(medical ethics)와 구별된다. 생명윤리는 의료 또는 의사와 환자의 관계에서 문제되는 의료윤리뿐만 아니라 널리 유전자공학, 체외수정, 인구통제, 생물의학적·행동과학적 실험, 동물실험 등의 문제를 포함하고 있다. 이 분야에서는 오늘날 과학의 발전으로 생겨난 전혀 새로운 문제가 제기되고 있다. 특히 인간의 생명의 발생과 죽음의 인공적 조작이 전통적 윤리학의 원칙에 의해

* 논문접수: 2010. 4. 20. * 심사개시: 2010. 5. 10. * 게재확정: 2010. 6. 10.

* 한경대학교 법학과 강사.

서는 해결될 수 없는 문제로 제시된다. 생명윤리의 문제는 다음과 같은 특징을 지닌다. ① 총합적·학제적인 형태로 신학자, 윤리학자, 의학자, 생물학자, 법학자, 경제학자 등 전문가들이 참여·논의하고 사회적 합의를 이끌어내려고 노력해야 할 문제이다. ② 생명윤리를 개인적인 윤리문제를 넘어서는 인류의 생존과 직결되는 사회적 윤리문제로 이해해야 한다. ③ 새로운 과학기술에 윤리적 평가를 내릴 뿐만 아니라 생명과학의 영향으로 윤리 자체가 재검토되어야 한다.

생명이라고 하는 경우 좁게는 사람의 생명을 의미하지만, 넓게는 동물적 생명과 식물적 생명을 포함하는 의미이다. 동식물의 생명도 그 나름대로의 가치가 있는 존재이기 때문에 정당한 이유 없이 훼손하는 것은 윤리적 견지에서 비난받을 뿐만 아니라 법적으로 금지되는 경우도 많다. 사람의 생명에 대해서는 '생명의 존엄'(sanctity of life) 또는 '생명의 존중'(respect for life)이 늘 함께 하고, 또한 준수되어야 한다.

종교적으로 인간 생명은 신에 의해서 창조된 것이므로 그 완전한 지배자는 신이고, 인간은 이 생명을 위탁받은 귀중한 사물(賜物)로서 올바르게 사용하면서 생활해야 한다. 따라서 자신의 생명이든 타인의 생명이든 자의적으로 처분하는 것은 절대로 허용되지 않는다. 종교적 사고에서 독립하여 인간존엄사상에서도 생명 존중을 근거 지을 수 있다. 인간존엄사상은 모든 인간은 평등한 사람으로서 특별한 가치를 가지고 있기 때문에 존중돼야 한다는 것이다. 인간의 생명은 인간이 윤리적 인격의 주체로서 자유로운 발전을 지향하며, 스스로 그의 존엄과 가치를 실현할 수 있는 기본적 바탕이 된다.¹⁾ 따라서 사람의 생명은 최대한 존중·보호되어야 한다. 법의 목적은 사람의 생명을 다른 어떤 목적을 위한 단순한 수단으로 삼지 말고 목적 그 자체로서 존중·보호하는 데서 출발한다. 각자의 생명은 그 자체로서 고유한 가치이기 때문에 상하귀천이 없고, 타인의 생명과 비교대상이 될 수 없

1) 김일수, 『한국형법 III』, 개정판, 1997, 제42면.

다.²⁾ 또한 생성 중의 생명(태아)이나 생존의 가망이 없는 생명(빈사의 환자), 생존가치 없는 생명, 보호가치 없는 생명의 박탈이 법적으로 허용되거나 사회정책적으로 통용되어서는 안 된다.³⁾ 이것이 생명존중의 사상이고 전통적으로 인정되어 온 윤리이다.

이에 대해서 ‘생명의 질’(quality of life)의 윤리라는 새로운 사고도 있다. 이것에는 두 가지 의미가 있다. 그 하나는 ‘생활의 질’의 의미로, 공해 등에 의한 환경 파괴로부터 국민의 건강을 지켜 생활수준을 향상시키자는 것이다. 이것은 전혀 문제되지 않는다. 다른 하나는 ‘생명 가치의 질’의 의미로, 생명 그 자체의 가치를 구별하는 윤리이다. 피터 싱어는 ≪생명윤리 백과사전≫(1978) 중에서 모든 인간의 생명이 동등하게 존중돼야 하는 것은 아니고 ‘자각적 또는 이성적 존재’(a self-conscious or rational being)로서의 ‘인격’이 있기 때문에 가치가 있다면서 태아, 신생아나 중대한 두뇌 장애를 가지고 있는 자는 침팬지나 돌고래와 같은 동물에도 미치지 못할 뿐만 아니라 돼지에게도 뒤떨어진다는 아주 부당하고 위험한 견해를 제시한다.⁴⁾ 미국의 개신교 윤리학자인 플레처도 인간성의 최저기준을 이성적 기능에 두고 지능지수(IQ) 40 미만의 사람은 인격체로 보기에 의심스럽고, 20 미만은 인격체가 아니라고 주장한다.⁵⁾ 이 윤리에서는 낙태나 안락사는 물론이고 중장애를 가진 신생아를 죽게 하는 것(조기안락사) 등의 윤리적 허용도 당연시된다.

생명의 질의 윤리는 새로운 윤리로서 논의되지만 과거에도 이러한 사고가 있었다. 고대 그리스에서는 태아는 모체의 일부로 여겨졌다. 고대 로마 법이나 게르만법에서도 노예는 사람도 아니어서 죽여도 재물손괴가 될 뿐

2) 김일수, 전계서, 제42면.

3) 김일수, 전계서, 제42면.

4) P. Singer, *Value of Life*, in: W. T. Reich (ed.), *Encyclopedia of Bioethics*, vol. 2, 1978, 제 822~829면.

5) Joseph Fletcher, *Medicine and the Nature of Man. The Teaching of Medical Ethics*, edited by R. M. Veatch. A Hasting Center Publication, N. Y. 1973, 제47~58면.

이었다. 중세에는 낙태가 금지되었지만 이른바 ‘monstrum’(괴물, 기형아 포함)은 사람으로 보지 않았다. monstrum을 제외한 태어나 빈사의 환자를 포함한 모든 사람의 생명이 보호된 것은 1532년의 카롤리나 형법전 이래의 일이라고 에저는 말한다.⁶⁾ 가까이는 나치시대의 독일에서 많은 수의 유대인이나 중증의 정신병자들이 ‘살 가치가 없는 생명’(lebensunwertes Leben)으로서 말살된 것은 널리 알려진 사실이다.

생명의 질의 윤리는 과거의 잘못된 사상의 재현이다. 생명의 질의 윤리의 부당성은 정신과 육체의 통일체로서의 인격의 존재구조를 이해하지 않는 것이다. 심리학이나 뇌신경과학의 의미에서 의식 또는 지능은 정신 그 자체가 아니라 정신의 작용에 불과하다. 따라서 의식·지능을 정신·인격 그 자체와 동일시하고 그 상실·저하에 대하여 바로 생명가치를 부정하는 것은 너무나도 경솔한 인간 이해이다. 따라서 태어나 신생아, 중대한 정신병자는 현실적 인격이 없다는 사고는 결코 허용될 없다.

생명의 존중은 인간의 존엄에서 나오지만 인간존엄의 침해 여부는 도덕적 정당성의 문제와 관련된다. 가령 정당방위나 자위전쟁 상황에서 사람을 살해해도 인간의 존엄을 침해했다고 할 수 없고, 의롭지 못하게 사람을 살해한 경우에만 인간의 존엄을 해친 것이 된다. 또한 타인을 구조하기 위해서 자신의 생명을 희생하는 것은 생명을 희생함으로써 자신의 인간의 존엄을 보다 잘 실현한 것이라고 할 수 있다.

인간존엄이라는 근본적 가치관에 비추어 생명 존중의 문제를 생각해야 비로소 생명윤리의 문제도 올바른 해답을 찾아낼 수 있다. 여기서 생명존중에 대한 일반적 고찰로서 미리 다음과 같은 내용을 정리할 수 있다.

① 생명 존중은 최대한의 존중이지 절대적인 것은 아니다. 진선미의 이상을 위해서 생명을 바치는 사람도 있듯이 인간은 생물학적 생명보다도 더 높은 차원의 가치를 인정하기 때문이다. 생명보다 더 존귀한 것이 있기 때

6) Albin Eser, *Zwischen "Heiligkeit" und "Qualität" des Lebens, Stimmen der Zeit*, 1982 Dezember Heft 12, 제812면 이하.

문에 죽을 수밖에 없는 유한존재인 인간으로서도 진정한 삶의 보람을 찾을 수 있게 된다. 이 관점에서 가령 자살과 자기희생에 대한 평가의 차이 또는 여호와증인의 수혈거부 시에 의사는 환자의 생명과 자기결정권 중 무엇을 우선해야 할지 등의 문제에 대한 해답을 얻을 수 있다.

② 사람의 생명은 동등하게 존귀하기 때문에 지능, 건강, 연령, 신분 등 어떤 조건에 의해서도 그 가치가 차별될 수 없다. 현대의 공리주의적 풍조를 고려하면 이 점은 특히 강조되어야 한다. 생명의 질을 강조하는 윤리는 나치의 '살 가치 없는 생명'과 통할 수 있음을 경계해야 한다.

③ 생명은 유한하므로 생명유지의 노력에는 일정한 한도가 있다. 모든 수단을 다해서 인공적 생명유지를 모색할 도덕적 의무는 없다. 불가피하게 사망의 과정을 밟고 있는 생명과 아직 구조가능성이 있는 생명에 대해 동일한 의료를 행할 필요는 없다. 말기암환자의 심박동정지 위험에 대해 인공 심폐기로 연명을 피하는 처치는 환자가 인간존엄에 걸 맞는 자연스러운 죽음을 방해할 뿐인 인공적 조작으로서 적절한 의료라고 할 수 없다. '존엄사'도 이 의미에서는 올바른 핵심이 포함되어 있다. 다만 회복의 가능성이 전혀 없는 환자에게서 인공적 생명유지장치를 제거해서 죽게 하는 것이 정당한지의 문제가 남아 있다. 이에 대해 퀴란 사건(Caren Quinlan Case, 1976)이나 시아보 사건(Terry Schiavo Case, 2005), 김 할머니 사건(大判 2009.5.21, 2009다17417) 등을 통해 많은 논의가 있어 왔음에도 불구하고 오늘날에도 만족스러운 해결에 이르지 못하였다.

아래에서는 형법과 생명윤리의 여러 문제, 사람의 생명의 시기, 중기, 중기에 관련된 인공적 조작의 문제를 다루고 그것을 형법과 도덕이라는 관점에서 고찰하겠지만 의학과 윤리학과 법학의 사고방법의 차이를 염두에 두어야 한다. 의학은 인간의 생물학적 생명의 발생·성장·사멸과정에 대한 과학적 지식을 기초로 해서 순전히 생물학적 생명의 유지와 건강 증진을 목표로 함에 대해서, 윤리학은 인간의 인격성의 관점에서 생명과 건강에 대해서도 도덕적 정당성을 추구하고 최종적인 결정은 각자의 양심에 맡기려고

한다. 이에 대해서 법학은 사회생활의 유지·발전이라는 견지에서 사회와 개인 및 개인 상호 간의 이해 충돌을 조화적으로 해결하기 위한 명확한 기준의 설정을 목표로 한다. 특히 형법에서는 법의 보호와 인권 보장 및 사회 윤리적 규율 기능의 조화적 실현이 임무로 여겨진다. 그리고 형법의 정당성 및 실효성의 요구와 이것을 실현하는 보충성원칙이 생명윤리와 관련된 문제의 법적 규율에서도 고려되어야 한다.

II. 생명의 시기 단계에서의 생명 보호

1. 유전공학의 발달로 인한 생명윤리와 형법

유전자조작기술을 통해 한 생물의 유전자를 다른 생물의 그것에 접합시켜 새로운 생명체를 만들어내는 유전공학은 의약, 환경공학, 에너지자원, 식량자원 분야에서 각광을 받고 있다. 유전공학은 DNA 재조합실험을 통해 유전자 수선은 물론 새로운 형태의 생명 창조로까지 나아가게 되었다. 이것은 인간생명과 관련해서는 ① 인공수정의 문제, ② 시험관아기의 문제, ③ 배아복제의 문제, ④ 인간복제의 문제, ⑤ 성의 인위적 선택의 문제 등을 야기했다.

인공수정은 남편의 정액을 이용하는 AIH는 문제가 되지 않지만 타인의 정액을 이용하는 AID에 대해서는 남편의 동의가 없는 경우에는 간통죄 처벌규정이 있는 나라에서는 그 성부가 문제되고, 남편의 동의가 있는 경우에도 친생자로 출생신고를 한다면 공정증서원본등불실기재죄(형법 제157조)에 해당할 수도 있다. 민법적으로는 AID에 동의한 남편이 나중에 AID에 의해서 출생한 아이와 부자관계를 부인하는 경우의 취급, 정자제공자와의 부자관계 존부 등이 어려운 문제로 남아 있다.⁷⁾

7) 미국에서는 1973년의 통일친자법(Uniform Parentage Act 1973)이라는 입법모델에서는 부성 부인(父性否認)을 인정하지 않고 제공자는 자연적 父로 보지 않도록 하였으며, 1975년의 캘

체외수정에서 생긴 수정란이나 배아의 법적 지위 문제를 어떻게 다루어야 하는가? 여기서는 수정란의 존재를 쉽게 인식할 수 있고 그 취급에 대한 규제도 가능하다. 의사가 남아 있는 여분의 수정란이나 배아를 버리는 것은 인간적 생명의 훼손으로써 낙태와 본질적으로 다르다 할 수 없다. 그러나 현행 형법의 규정은 오로지 모체 밖으로의 태아의 배출 또는 모체 내에서의 태아의 살해를 예상하고 제정·적용되어 왔으므로 입법자가 전혀 예상하지 못했던 체외수정란·배아의 훼손이라는 새로운 상황에 대해서 낙태죄의 규정을 적용하는 것은 죄형법정원칙에 반하여 허용될 수 없다. 시험관 내의 수정란이나 배아는 형법적으로는 인간도 태아도 아니지만, 맹아적 생명이므로 특별법에 의해 보호되어야 한다. 체외수정란도 역시 난자와 정자가 결합하여 생긴 생명체이고 사람이 될 바탕을 이미 지닌다는 점에서 태어난 사람에 대한 보호와 존엄성을 어느 정도 범위에서 부분적으로 향유한다.⁸⁾ 따라서 처음부터 수정란을 순수하게 연구 목적에서 소비 가능한 물질로 생산하는 것은 금지되어야 한다. 왜냐하면 인간존엄의 핵을 이루는 사람 생명의 자기목적성이 처음부터 부정되기 때문이다.⁹⁾ 다만 적법한 임신을 위해 만들어진 체외수정란 중에 잉여수정란이나 착상에 실패한 수정란의 경우에는 연구 목적의 사용을 허용하는 것은 윤리적으로나 법적으로도 현명하다고 생각한다.¹⁰⁾

배아복제는 불치병 치료를 위한 줄기세포 획득수단으로 행해지며, 이를 허용해야 한다는 여론도 강하다. 하지만 줄기세포를 얻기 위해 배아복제를 허용하면 수정된 인간생명체를 훼손하는 결과를 용인하게 된다. 이것은 숭고한 다른 목적을 위해 목적 그 자체로 실존하는 인간 생명을 수단으로 삼

리포니아 주를 시작으로 상당히 많은 주의 법이 이 모법법과 같은 취지의 입법을 하고 있다.

8) C. Roxin/조훈 역, “형법에 있어서의 생명보호”, 『형사법연구』, 제16호, 2001, 제3면.

9) C. Roxin/조훈 역, 상계논문, 제3면.

10) 폐기된 수정란은 그 자체 더 이상 구제될 수 없어 어떠한 긍정적 가치도 만들지 못하지만 연구를 위해 희생된 수정란은 중한 질병에 대한 치료에 기여할 수 있기 때문이다 (C. Roxin/조훈 역, 상계논문, 제5면).

는 일이 되어 윤리적으로 용인되기 어렵다.¹¹⁾ 복제방법에 의해 인간복제가 가능하게 될 때 비정상적인 사람들을 생산할 가능성이 높을 뿐만 아니라 대량복제가 자연적인 인구증가비율을 위협하게 할 수 있다. 인간이 정상적인 혼인생활관계에서 출생되지 않고 ‘제작’되었다면 인간이 물질화·상품화 수준으로 비하될지 모를 심각한 문제가 생긴다.¹²⁾

성의 인위적 선택 기술은 인간의 남성 선호와 같은 본능적 감정은 충족시킬 수 있게 되었지만, 이로 인해 성의 자연적 비례를 깨뜨려 사회문제를 유발시킬 수 있고 성적 차별을 출생에서부터 심화시킬 뿐만 아니라 낙태 조장의 원인이 될 수도 있다.¹³⁾ 성의 인위적 선택과 관련하여 우리나라 의료법 제20조, 제88조의2에서 태아의 성감별행위 등을 금지하고 그 위반에 대한 처벌규정을 두고 있다.

유전공학에 의한 인간의 출산과 생명에 대한 인위적인 개입은 탐욕과 이기심에 사로잡힌 인간이 스스로 윤리적인 책임의식만 가지고 통제할 수 있을 것인가에 대한 심각한 의문을 불러일으켰다.¹⁴⁾ 유전자조작과 같은 과학기술의 무책임한 이용은 핵무기의 사용과 마찬가지로 인간의 파멸과 억압을 초래하게 된다. 과학자의 도덕적 책임의 자각이 오늘날 보다 절실히 요청되는 이유이다.

체외수정과 관련하여 스웨덴의 체외수정법(1988. 6. 14), 독일의 수정란 보호법(1991. 1. 1), 프랑스의 공중위생법률(1994. 1. 19) 등이 있고, 우리나라에도 이와 같은 처벌법규를 도입하자는 주장이 제기되고 있다.¹⁵⁾

11) 김일수, “생명·윤리·법” - 총신대 신학대학원 기독교윤리 세미나(2002.11) 발표문 원고 중에서 (*이 발표문은 세미나 주최자인 위 신학대학원 총학생회의 자료 유실로 입수가 불가능하였음).

12) 김일수, 주 11)의 원고 중에서.

13) 김일수, 주 11)의 원고 중에서.

14) 김일수, 주 11)의 원고 중에서.

15) 현행 의료법은 인공수정에 대한 의료인의 위법행위를 단순히 의료인의 품위 손상행위(제66조 제1항 1호)로서 규율하고, 의료인면허의 1년 이하의 자격정지로 행정적 규제를 하고 있다. 인공수정으로 인해 야기되는 위험발생 또는 위법한 행위에 대한 규정을 명백히 할 뿐만 아니라 그 처벌도 실효성을 확보할 형태로 규정되어야 할 필요가 있다.

2. 낙태와 태아의 생명 보호

고대 그리스에서는 태아는 모체의 일부로 간주되어 낙태는 도덕적으로나 법적으로도 문제되지 않았다. 로마법에서도 태아를 ‘모체의 일부’로 보는 표현을 찾아볼 수 있지만(오늘날 진보적 여성주의의 “나의 배는 나의 처분에 속한다!”와 유사하다), 발트슈타인의 연구에 따르면 오히려 로마법에서는 태아는 신분법이나 재산법을 포함한 넓은 범영역에서 제한적이지만 권리를 인정받았고, 일반적으로도 “태아는 그의 이익이 문제될 때는 항상 출생한 자로 간주된다”는 법언에 기초하여 현대법과 마찬가지로 취급을 받았으며, 낙태도 초기에는 무거운 부도덕임에도 처벌하지 않았으나 나중에는 처벌을 하게 되었다고 한다.¹⁶⁾ 아리스토텔레스의 시대에서 중세 스콜라 학자의 시대에 이르기까지 태아는 처음에는 식물로 취급되고, 다음에는 동물로, 그 후에는 人靈에 의해서 마침내 인간으로 취급되었다. 그래서 중세에 이르면 태아는 어떤 단계에서도 사람으로 취급되므로 낙태는 허용되지 않는다는 견해가 지배적이었다.

태아는 이미 출생한 영아와 본질적으로 동일한 인간이고 출산은 인간의 발전과정의 한 단계, 즉 태내환경에서 사회적 환경으로의 이행일 뿐이다. 이 의학적인 사실을 전제로 인정해야 비로소 법과 도덕은 태아의 보호에 대해서 올바른 규율을 찾아낼 수 있다.

태아가 인격적 존재로서의 사람이라고 한다면 태아에게도 또한 인간으로서의 존엄이 인정되지 않을 수 없다. 인간으로서의 존엄을 인정하게 되면 윤리학적 견지에서 낙태는 악이고, 그것이 허용되는 유일한 예외는 낙태가 모체의 생명을 구하는 유일한 수단이고 낙태를 하지 않으면 임부와 태아 모두 사망하게 될 경우에만 고려될 수 있다.

이에 대해서 법적 견지에서 보면 인간의 존엄은 인권의 근거이지만 그것

16) W. Waldstein, *Das Menschenrecht zum Leben. Beiträge zu Fragen des Schutzes menschlichen Lebens*, Berlin 1982, 제20면 이하.

만으로 아직 태아의 인권을 기초 짓기에 충분하지 않고 실정법에 의해서 인정될 필요가 있다. 우리나라에서는 태아의 인권, 특히 생명권을 인정하는 취지의 법률상 규정은 존재하지 않는다. 그러나 민법에서는 불법행위에 기한 손해배상이나 상속에 관하여 태아는 이미 출생한 자로 간주되고(제762조, 제1000조 제3항), 형법에서는 태아의 생명을 직접의 보호법익으로 하는 낙태죄 규정(제269조-제270조)이 있다. 헌법에는 명문 규정은 없지만 태아에게도 인간으로서의 존엄이 인정되는 이상 태아의 인권, 특히 생명권은 우리 헌법 아래서도 인간의 존엄(제10조) 및 모성 보호(제36조 제1항) 규정에 의해 인정된다고 할 수 있다.¹⁷⁾

그렇다면 태아는 언제부터 시작되는가? 이것은 곧 인간적 생명 또는 인격적 존재가 언제부터 시작되는가의 문제이다. 다시 말해 형법상 낙태죄에 의한 태아의 생명보호를 어느 범위까지로 할 것인가의 문제이다. 윤리학적 입장에서 다수의 윤리학자는 태아는 수정의 시점부터 인간적 생명으로서 존중되어야 할 뿐만 아니라 동시에 이미 하나의 인격적 존재로서 인간으로서의 존엄을 가지는 것으로 생각하고 있다.¹⁸⁾ 그러나 형법적으로는 수정시 설보다 오히려 착상시설에 입각하여 태아의 시기를 설명하는 견해가 타당하다. 착상의 종료까지 배아의 분할이 있을 수 있고 수정란의 착상에까지 이르는 비율이 그다지 높지 않기 때문에 그와 같은 불확실한 생명을 낙태죄에 의한 법적 보호의 대상으로 하는 것은 곤란하다. 또한 수정시설을 취한다면 오늘날 각국에서 사용되고 있는 착상을 방해하는 작용을 가지는 경구 피임약 등의 피임방법이 불법화되는 불합리가 생긴다는 정책적 고려도 착상시설에 무게가 실린다. 물론 수정란의 인격적 존재성 여부는 분명하지

17) 1959년 11월 20일에 UN 총회에서 결의된 <아동의 권리에 관한 선언>에서는 前文에 아동은 태어나기 전과 후도 포함한다고 한 다음, 제2조에서 아동이 건전하게 발육할 수 있도록 하기 위해서 법률 기타의 수단에 의해서 특별한 보호가 주어져야 한다고 규정하고 있다.

18) 재르베크는 “인간은 생물학적으로 보면 인간으로 되어가는 것은 아니고 모든 단계에서 인간일 수밖에 없다”고 주장한다(K. Särbeck, *Beginn und Ende des Lebens als Rechtsbegriff*, 1974, 제77면).

않더라도 새로운 인간적 생명으로서 존중하는 것이 도덕적으로 요청된다. 그러나 통상적인 임신의 경우를 생각해 보면 수정란이 착상에 이르기까지는 사실상 그 존재를 알 수 없고, 또한 수정란의 훼손을 증명하는 것도 사실상 불가능하다. 따라서 이 단계에서 유효한 규율을 하는 것은 불가능하다. 형법상 낙태죄의 규정은 태아의 생명 보호를 목적으로 하지만 규율의 유효성 면에서 태아의 시기를 수정시가 아닌 착상종료 시로 보는 입법례나 해석이 타당하다.

낙태죄에 의한 태아 생명의 보호 정도와 범위에 대하여 진보적 경향은 “내 배는 나의 처분에 속한다.”라는 구호를 내세운다. 이 입장은 태아의 보호를 원칙적으로는 인정하지만, 임부의 자기결정권이 태아의 생명보다 언제나 우선되어야 한다는 주장이다. 즉 태아를 정상적으로 출산할 것인가, 중절할 것인가는 여성의 자연법적 권리라는 것이다. 그러나 여성의 자기결정권이 자연법적 권리라면, 태아생명의 불가침성도 자연법적 권리라는 사실을 이 입장은 간과하고 있다. 또한 여성의 이익과 태아의 생명법의 사이에는 가치교량이 필요하다는 점도 간과하고 있다.¹⁹⁾

이에 대해 보수적 경향은 “낙태는 살인이다!”라는 구호를 내세운다. 이 입장은 주로 기독교 윤리신학에서 주장된다. 즉 수태 순간부터 태아의 생명도 사람의 생명과 같이 보호되어야 한다고 한다. 또한 윤리신학은 살해가 정당화될 수 있는 경우로는 정당방위·전쟁·사형집행 세 가지뿐이기 때문에 산모의 건강이나 생명 보호를 위해 의료적으로 낙태를 시킨 경우는 위법성이 조각되지 않고 단지 면책될 뿐이라고 한다.²⁰⁾

이렇듯 수정란이 임부 체내에 착상된 이후 자라나는 과정에서의 생명 보호는 여러 문화권에서 오래 전부터 매우 다양하게 다루어졌으며, 오늘날 개별 국가 내에서도 상이한 가치관 및 세계관이 충돌하는 문제이다.²¹⁾ 그

19) 김일수, 전계서, 제108면.

20) 김일수, 전계서, 제108면.

21) C. Roxin/조훈 역, 전계논문, 제5면.

러나 모체 내에서 자라나는 태아를 사람과 같이 다루어 살인죄로 보호하거나 출생 시까지 낙태를 완전히 방지하는 극단적 해결방식은 현대사회의 법적 확신과 실정법적 규율과는 거리가 멀다. 오늘날 낙태에 대한 형법상의 규율은 일정한 사유가 발생했을 때 일정한 기간 안에 시행하는 낙태는 위법하지 않은 것으로 취급하는 것이 일반적인 경향이기 때문이다.²²⁾

태어난 생명이 법체계상 가장 높은 가치로 인정된다면 자라나고 있는 생명의 보호도 인정되어야 한다. 그러나 자라나는 생명을 살고 있는 생명과 완전히 동등하게 취급할 수는 없다. 여기서 태아의 생명보호를 모체의 생명·신체와 일정한 범위 내에서 이익교량의 대상으로 삼고 상황에 따라 문제를 해결하려고 한다. 대부분의 입법례는 기간해결방식과 적응해결방식 사이에서 이러한 이익충돌을 조절하려고 한다.

기간해결방식이란 일정한 기간 안에 행하는 낙태는 특별한 적응사유 없이 임부의 희망에 따라 허용되고, 그 이후에는 의학적 사유에 의해서만 낙태가 허용되는 방식이다. 임신은 수정란이 자궁에 착상한 때 시작되며, 수정 후 늦어도 14일이면 착상이 가능하다. 따라서 어느 기간 안에서 낙태를 허용할 것인지 문제된다. 3개월 이내의 낙태(초기 낙태)를 허용하는 입법례도 있다(오스트리아 형법). 그러나 기간해결방식은 낙태를 쉽게 하는 방식이긴 하나 그 자유의 제한은 항상 헌법적 검토의 대상이 된다. 또한 이 기간 경과 후에도 낙태를 허용해야 할 사례가 있으므로 기간해결방식을 쓰는 경우에도 적응해결방식을 혼용해야 할 필요가 있다.

적응해결방식이란 낙태를 원칙적으로 금지·처벌하되 의학적·우생학적 사유, 형사정책적·윤리적 사유 등 일정한 적응사유가 있으면 예외적으로 허용하는 방식이다. 이 방식은 낙태의 전면금지가 아니라 제한된 범위 내에서 자유화를 지향하는 입법태도에 속한다. 오늘날 스칸디나비아 여러 나라들이나 독일에서 이러한 해결방식을 채택하고 있고, 우리나라의 모자보

22) 김일수, 전계서, 109면.

건법도 이러한 적응해결방식을 채택하고 있다.

오늘날 낙태에 대한 형법적 규율의 일반적인 경향은 적응해결방식을 주로 하면서 일정한 기간상의 제한을 가미하는 방식이라고 할 수 있다. 하지만 1960년대 이후 몇몇 예외를 제외하고는 낙태의 자유화가 급속하게 진행되는 경향이다. 일본이 1958년 우생보호법을 제정해 낙태를 실질적으로 자유화한 이래 미국도 1968년 이후 주에 따라 자유화 내지 규제완화 쪽으로 기울었고, 1970년대 전반에는 유럽 여러 나라와 인도, 싱가포르 등의 동남아 국가들도 낙태의 규제완화 또는 자유화를 받아들였다. 이러한 경향에 따라 적응사유도 의학적·우생학적 사유나 형사정책적·윤리적 사유 외에 사회적·경제적 사유가 추가되는 등 완화의 폭이 넓어지고 있다. 이러한 추세는 현대사회를 윤리적 기준이 없는 시대로 전락시킬 위험이 있어 다시금 생명 존중과 생명 경외에 관한 각성의 소리가 일어나고 있는 실정이다.²³⁾

이제 형법은 심대한 도덕적·윤리적·인간학적 근본문제를 자유화라는 미명 아래 외면해서는 안 될 단계에 이르렀다²⁴⁾. 모체 내에서 자라나는 생명도 인간의 존엄과 가치의 존중 요구에 비추어 당연히 형법적으로 보호해야 할 법익이다. 따라서 낙태죄를 전면 삭제하거나 법적인 장치를 통해 그 규범적 효력을 전면 무력화시키거나 낙태죄의 소추나 제재를 아예 포기해 버림으로써 규범의 실효성을 약화시키는 법정책은 수정을 요한다. 아울러 예외적으로 낙태가 법적으로 허용되는 경우에도 낙태를 통한 문제의 해결보다 사회보장입법에 의한 사회정책적 해결에 우선순위를 두어야 한다.²⁵⁾ 산모의 생명이나 건강에 중대한 위험이 있을 경우에 한하여 낙태를 허용하도록 법정책이 요청된다.

23) 김일수, 전계서, 제110면.

24) 김일수, 전계서, 제113면.

25) 김일수, 주 11)의 원고 중에서.

III. 생명의 종기 단계에서의 생명 보호

1. 사람의 종기와 죽음의 판정

사람의 종기, 즉 사망시기에 관하여는 ① 호흡이 영구적으로 그친 단계라고 하는 호흡중지설, ② 심장의 고동이 영구적으로 정지한 단계라고 하는 맥박중지설(심장사설), ③ 생활현상이 전부 단절된 단계라고 하는 생활현상중지설, ④ 모든 뇌기능의 불가역적인 소멸 상태라고 하는 뇌사설, ⑤ 호흡과 심장의 종지 또는 뇌사라고 하는 택일설 등이 제시되고 있다. 이 중에서 맥박중지설이 이제껏 통설의 위치를 점해 왔다. 심장사는 물론 생물학적, 의학적 기준에 따라 심장의 고동이 영구적으로 정지한 단계에서 사망의 시기를 판단한다. 그러나 특별한 의학적 전문지식이 없더라도 호흡정지에 이어 맥박조차 정지해 버리면 생명현상은 종지된 것이라 판단해 온 국민의 지배적인 법의식에 비추어 대부분의 형법학자들도 맥박중지설을 따르고 있다.

1967년 12월 남아프리카공화국의 버나드(Christian Barnard) 박사가 뇌사환자의 심장으로 심장이식수술을 성공시킨 이래 맥박중지보다 앞선 시점에서 사망의 시기를 판정해야 할 필요성이 인정되고, 의학기술의 발달로 일단 정지된 심장도 마사지, 전기쇼크 또는 인공심폐기의 작동으로 다시 움직이게 할 수 있을 뿐만 아니라 사고 등으로 뇌의 기능이 정지된 사람의 호흡과 맥박도 일정 기간 계속 연장할 수 있는 가능성이 확보됨에 따라 심장사를 사망시기의 기준으로 삼는 데 근본적인 회의가 일어나게 되었고 이에 대한 대안으로 제시된 것이 바로 뇌사설이다.

뇌사설의 논거로 ① 뇌 기능이 완전히 소멸된 때 사람의 생명 보호를 위한 전제도 의미 없게 되고, ② 호흡과 심장은 정지된 후 회복되거나 인공장치로 유지될 수 있지만, 뇌 기능의 완전정지 후에는 더 이상 회복 불가능하며, ③ 뇌사에서 심장 정지에 이르는 기간에 드는 많은 치료비를 감당하기

어려운 환자보호자 입장도 고려해야 하고, ④ 뇌사를 인정하면 뇌사 상태에서 장기이식수술이 가능하여 어차피 죽은 사람의 장기로 치료 가능한 다른 환자의 생명을 구할 수 있다는 점 등이 제시된다.

이에 대해 기존의 임상적·사회적 의미에서 사망시기로 간주되어 온 맥박 중지설의 입장에서는 인간 생명의 신성함을 중시하여 죽음에 관해 순전히 의학적 판단만을 내용으로 하는 뇌사설에 반론을 제기한다. 즉 ① 아직 뇌사 판정을 확신할 수 있는 방법과 기준이 명료하지 못한 실정임에도 이를 인정하면 생명에 대한 처분을 허용하는 결과가 되고, ② 인간의 오만과 이기심이 작용하여 뇌사를 경솔히 인정하거나 뇌사를 조작할 위험이 있고, ③ 의학적으로 뇌사 상태라 하더라도 심폐기능이 유지되는 한 죽은 자로 취급하는 것은 상식과 사리에 반한다고 한다.

뇌사 개념은 인공생명장치 작동 정지나 이식을 위한 장기 적출의 시기 문제—그 반대의미로 인간의 생명에 대한 법적 보호 중지 문제—의 규범적 의미와 연결되어 있다.²⁶⁾ 죽음 개념의 규범적 의미와 그 배후에 존재하는 이익충돌상황이 무시되어서는 안 된다. 뇌는 생명활동의 중추이기 때문에 그 죽음으로써 사람 전체의 죽음으로 보는 것에도 충분한 이유가 있다. 그러나 뇌간을 포함한 뇌 전체의 죽음을 측정하는 기준이 충분히 확립되었다고 할 수 없으며, 사람의 사망을 뇌라는 하나의 장기에 국한하는 것은 ‘죽음의 부분화’로서 타당하다 할 수 없다.

뇌사에 대한 입장은 나라에 따라 다양하다. 미국과 같이 뇌사가 새로운 죽음의 정의로서 법적으로 확립된 나라들도 있지만 우리나라는 아직 거기에까지 이르지 않고 있다. 아직 뇌사에 대해 의학적으로 인정하는 단계에 머무르고 있다. 형법학자 사이에서도 뇌사설을 취하는 학자는 소수일 뿐이다. 생사의 개념을 정하는 문제는 궁극적으로 자연과학적 지식인 생물학이나 의학의 문제가 아니라 국민의 지배적 법의식에 바탕을 둔 법학의 문제에

26) Geilen, *Legislative Erwägungen zum Todeszeitproblem*, in: Eser (Hrsg.), *Suizid und Euthanasie als human- und sozialwissenschaftliches Problem*, Stuttgart 1976, 제301면 이하.

속한다. 국민의 지배적 법의식이 현재 뇌사를 수용할 정도로 변화되었다고 단정할 수 없다. 국민의 지배적 법의식과 어긋나는 사망 시기의 결정은 비록 그것이 생물학적, 의학적, 공리적으로 옳다 하더라도 채용될 수 없다. 뇌사설은 죽음의 국부화를 인정하지만 이것을 법적인 죽음의 정의로 삼기 위해서는 국민적인 합의가 필요하다. 왜냐하면 그것은 기존의 관습법의 변경과 동시에 새로운 법적 기준의 도입이기 때문이다. 뇌사 상태의 환자에게도 인격주체의 독립된 고유가치인 생명은 인정돼야 하며 처분 불가능한 절대적 가치로 존중돼야 한다. 인간의 생명은 뇌사 상태에서 단 한 시간, 단 일초일지라도 목적 그 자체로서 존중되어야지 다른 사람을 위한 수단으로 타력에 의해 처분될 수는 없다. 형법에서 생명과 사망의 개념 파악도 생명권의 최대보장, 사망의 최소·최후·불가피적 인정이라는 이념에 합치돼야 한다. 따라서 사망시기에 대한 뇌사설은 아직은 시기상조이고, 따라서 맥박중지설이 타당하다.

2. 안락사·존엄사·의사조력자살

안락사는 죽음의 고통에 시달리는 불치 또는 빈사 상태의 환자에게 그 고통을 제거 또는 완화하는 방법으로 그 생명을 단축시키는 조치이다. 생명 단축을 가져오지 않는 진정안락사는 형법적으로 문제되지 않는다. 그러나 생명 단축의 결과 발생을 예상하면서도 고통을 완화시킬 목적으로 처치를 했던 결과 예상된 부작용으로 자연적 사기를 앞당기는 간접적 안락사, 생명 연장을 위한 더 이상의 조치를 하지 않음으로써 예상보다 빨리 죽음에 이르는 소극적 안락사, 사경의 고통을 제거하는 방법으로 아예 목숨을 끊어 버리는 적극적 안락사, 생존능력은 있으나 무가치하다고 판단되는 생명을 안락사적 방법으로 박멸하는 도태적 안락사는 문제이다.²⁷⁾

27) 살 가치 없는 생명의 훼손을 의미하는 도태적 안락사는 나치시대에 불치의 환자, 정신박약자, 일하지 않는 유대인 등을 '살 가치 없는 생명'으로 간주하여 히틀러의 비밀명령으로 '자비로운 죽음'의 미명 아래 살해했다는 사실에서 안락사와 관련해서 언급되

의사의 간접적 안락사는 비록 업무로 인한 행위는 아니라도 사회상규에 위배되지 아니하는 행위로서 정당화된다.²⁸⁾ 소극적 안락사의 경우에 환자가 죽음의 연기를 원하였음에도 불구하고 의사가 생명 연장을 위한 가능한 조치를 취하지 않았을 때는 부작용에 의한 살인죄의 죄책을 면할 수 없다. 도태적 안락사는 인간의 생명권과 존엄성 존중 요구에 명백히 반하여 형법적으로 허용될 수 없다.

문제는 적극적 안락사의 경우이다. 극히 제한된 조건(환자의 사기 압박과 극심한 고통, 환자의 진지한 동의, 고통을 덜어 주기 위한 목적과 의학적으로 온당한 시술 등) 하에서 이를 업무로 인한 행위로 보는 견해, 피해자의 승낙으로 보는 견해, 사회상규에 위배되지 않는 행위로 보는 견해 등이 있다. 그러나 생명법익의 불가처분성, 불가교량성 및 최대한 생명 보호의 원칙에서 출발하는 한 적극적 안락사는 어떠한 상황에서도 위법성이 조각될 수 없다.²⁹⁾

존엄사(death with dignity)란 단지 생명유지장치에 의해 인공적으로 연명할 뿐 다시 소생할 가망 없는 지속적 식물인간 상태(혼수상태)의 환자나 뇌사 상태의 환자가 품위 있게 죽을 수 있도록 연명장치를 제거하여 생명을 단축시키는 행위를 말한다. 존엄사는 환자의 고통이 그다지 문제되지 않으며 환자 자신이 의식불명으로 인하여 현실적인 자기결정권을 행사할 수 없다는 점에서 소극적 안락사와 구별된다.

존엄사는 세계적으로 크게 주목받았던 퀸란 사건 이래 치료가능성이나 소생가능성이 없어 죽음에 직면한 환자가 품위 있는 죽음을 맞이할 수 있게

지만 본래적 안락사와는 전혀 별개의 살인행위일 뿐이다.

28) 간접안락사의 불가벌에 대해서는 '이중결과의 원칙'(the principle of double effect)이 주장된다. 즉 하나의 행위로부터 좋은 결과와 나쁜 결과가 적어도 같은 정도로 직접(즉 나쁜 결과를 매개하지 않고) 발생하는 경우, 충분한 이유가 있다면 좋은 결과를 지향한 이중결과의 행위는 허용된다는 것이다. 간접안락사에서는 주목적이 죽음의 고통 완화라는 치료목적이고 그것에 치사의 위험이 따르더라도 고통 완화의 필요성과의 사이에 상당한 균형이 확보되는 한 허용된다.

29) 김일수, 주 11)의 원고 중에서.

하고 가족과 의사의 치료의무를 해방시켜 준다는 의미에서 위법성이 조각된다는 견해가 주장되고 있다. 뇌사를 법적으로 인정하는 국가에서 뇌사자는 사체로 취급되므로 뇌사 이후의 의료행위는 법률상의 진료로 되지 않는다. 그러나 뇌사를 법적으로 인정하지 않는 국가에서는 식물 상태나 뇌사 상태에 있는 자는 모두 생존한 인간으로 간주하기 때문에 뇌사환자에 대한 생명유지치료의 거부는 원칙적으로 의사의 부작용에 의한 살인으로 되며, 생명유지치료의 증지는 작위에 의한 살인죄의 구성요건에 해당된다. 다만 이러한 의사의 연명조치의 거부·중단행위에 대한 위법성은 식물인간이나 뇌사자가 의식불명상태이므로 존엄사 문제로 귀착된다. 한편 식물인간이나 뇌사자의 사전동의가 있는 경우에는 그들의 자기결정권을 존중하여 존엄사를 인정함이 타당할 것이다.

존엄사의 형법적 취급에 대해서는 ① 생명유지장치의 제거행위를 부작용으로 보아 의사에게 식물인간에 대한 생명연장의무가 없기 때문에 그 행위는 구성요건해당성이 없다는 견해(Roxin, Geilen), ② 그 행위를 작위로 보아 적극적인 살인행위로 간주하는 견해(Bockelmann), ③ 살해금지규범의 보호 목적을 고려하여 식물인간의 생명은 살해금지규범의 보호 목적 밖에 있으므로 생명연장장치의 제거가 허용된다는 견해(Sax, M llering), ④ 헌법상의 프라이버시권을 근거로 환자의 자기결정권을 존중함으로써 생명연장장치의 제거를 인정하는 견해(Cantor, Ducat) 등이 있다.³⁰⁾

뇌사에 이르지 아니한 식물인간에 대한 생명연장장치 제거행위는 살해금지규범을 정면으로 위반한 것으로서 살인행위에 해당한다. 그러나 이 식물상태의 환자가 뇌사상태에 이르렀을 때에는 생명연장장치 제거행위가 사회상규에 위배되지 않는 행위로서 정당화될 수 있다. 뇌사설이 공인되지 않은 사정 아래서 뇌사상태의 환자도 살인죄의 객체임엔 틀림없다. 그러나 의사가 일정한 요건 하에서 뇌사환자의 가족과 상의하여 연명장치를 차단

30) 배준석, 「안락사·존엄사에 관한 일고찰」, 석사학위논문, 고려대, 1989, 제45면 이하.

하는 것은 환자의 진정한 의사에 합치하는 양심적 대리판단에 해당할 수 있다. 환자 자신으로부터 추정되는 존엄한 죽음에의 의사가 존중됨과 아울러 생명가치도 존중된다고 보기 때문이다.

의사조력자살(Physician Assisted Suicide)에는 임박한 죽음의 고통에 시달리는 불치·난치의 환자가 고통스러운 싸움을 포기하고 품위 있게 죽기를 바랄 경우에 치명적인 의약품을 제공함으로써 환자 스스로 고통 없는 방법으로 사망에 이르게 하는 자살원조행위도 있다. 이러한 형태의 방조사는 환자 스스로 자살에 이를 수 있도록 방조한다는 점에서 안락사나 존엄사와는 그 동기와 방법에서 구별된다. 즉 의사조력자살에서 의사는 환자에게 다량의 수면제나 진통제를 제공하거나 치명적인 약의 정보를 줄 뿐 죽음을 야기하는 직접적인 행위는 환자 스스로 실행하고 의사는 개입하지 않는다. 그러나 의사방조자살은 비록 윤리적인 동기 면에서 수긍할 점이 있을지라도 최대한 생명보호의 원칙에서 볼 때 인간 생명의 존엄성을 명백히 침해하는 처사이다. 따라서 적극적 안락사와 마찬가지로 의사방조자살도 어떠한 상황에서도 위법성이 조각되지 않는다.³¹⁾

안락사에 대하여 윤리학에서 고찰되는 문제는 동시에 법의 문제이기도 하고 그 규범적 평가의 내용에 있어서도 본질적인 차이는 존재하지 않는다. 이 점에 법과 도덕은 밀접하게 결합하고 있다. 다만 법은 사회생활의 기본적인 질서 유지를 목적으로 하는 것이므로 실효성이나 남용 방지라는 법 특유의 관점이 중시된다. 법의 임무는 사회생활에서 일어나는 이해 갈등을 해결하여 여러 이익의 조화적 실현을 가능케 하는 명확한 기준을 부여하는 것이다. 안락사에 대해서도 생명 존중이라는 최대의 공적 이익과 고통의 제거 및 인간다운 죽음을 맞이 위한 환자 자신의 자기결정권과의 조화를 실현하는 행위기준을 제시할 것이 요청되고 있다.

이러한 관점에서 보면 역시 직접적 안락사는 법적으로 살인, 촉탁승낙살

31) 김일수, 전계서, 63면.

인, 자살교사방조 등의 구성요건에 해당되어 허용될 수 없다. 직접적 안락사를 원칙적으로 허용되는 행위로 이해하는 것은 타인의 생명의 불가침이라는 법질서의 기본원칙을 흔드는 것으로 특히 생명 보호자로서의 의사의 직업윤리와도 모순되는 것이다.

3. 자살

고대 그리스에서는 영예로운 동기에 의한 자살은 칭송되었다. 고대 로마에서도 자살이 널리 인정되었으나 로마법에서는 예외적으로 병사와 노예의 자살을 처벌하였다. 게르만법에서는 초기에 형벌 집행을 모면하기 위한 죄수의 자살에 대해 치욕적인 상징형으로 다스렸고, 후기에는 자살을 마귀와 결부시켜 자살자의 시체를 불태우거나 늪 속에 빠뜨려 버림으로써 대응하였다. 중세에 접어들어 기독교의 영향을 받으면서 자살은 살인죄의 일종으로 다루어지기 시작하였다. 1532년의 카롤리나형법전은 자살에 대한 형(재산몰수)을 명문으로 규정했고, 17~18세기경에는 자살기수는 불명예스러운 매장에 의해,³²⁾ 그 미수는 재정형(Arbit rstrafe)으로 처벌하였다. 이렇게 역사적으로 보면 자살 그 자체를 범죄로 한 시대도 있었다. 그러나 18세기 중엽부터 계몽주의의 영향으로 자살에 대한 처벌금지운동이 일어났다. 19세기에 들어서자 유럽대륙에서 자살은 더 이상 형사처벌의 대상이 아니었다. 이와는 대조적으로 영미법계에서는 자살미수를 최근까지도 처벌하는 입장이었으나³³⁾ 1961년 영국의 자살법(Suicide Act 1961) 제정으로 비범죄화되었다.

자살을 처벌하는 경우에도 그것은 원래 살인죄로서가 아니라 사회에 대한 특별한 의무 침해로 간주되었다. 18세기의 자연법 및 실정형법에서도 자살자는 창조주와 국가와 자기 자신에 대한 의무를 저버리는 것이기 때문

32) Theresia형법전(1768)에서는 정식의 매장을 금지했다.

33) 자살기수의 경우 예전에는 자살자의 유해를 말뚝에 꽂아서 길옆에 매장하는 일도 행해졌다. 후대에는 자살자의 유산이 몰수되었지만 이 몰수형은 1870년에 폐지되었다.

에 혐오와 비난의 대상이 되는 행위로 간주되었다.

자살의 비범죄화로 오늘날 개인의 자유는 더욱 존중되고 공동체의 이익은 후퇴하였지만, 이러한 자살의 비범죄화가 자살의 자유화와 자신의 생명을 처분할 수 있는 법익으로까지 승인하는 것은 아니다.³⁴⁾ 따라서 생명은 개인법익이기 때문에 그 보유자가 스스로 생명을 처분할 자유, 즉 ‘죽을 권리’가 있다는 견해는 타당하다 할 수 없다. 그러한 자유나 권리는 법질서가 ‘생명의 존중’이라는 가치관을 기반으로 하고 있음을 인정한다면 인정할 수 없기 때문이다. 자살적법설은 자살을 부도덕으로 하는 사회도덕과 법질서와의 충돌을 가져오게 된다. 또한 이 견해에서는 자살의 교사·방조를 처벌하고 자살자의 구조를 명령하는 법규범을 설명하기가 곤란하다. 자기 자신에 대한 생명의 보호가 형법의 목적은 아니지만 개개인은 법공동체에 대해 자기 자신의 생명에 대해서도 생명 보호의 의무를 지고 있다는 점을 부인할 수 없다.³⁵⁾ 즉 개별 인격체의 보호가 그 자신의 의사에 전혀 합치되지 않는 경우에조차 법은 이들의 보호라는 문제에 직면한다. 이 경우 법은 개인들이 자기 자신에 대해, 특히 자기의 생명·신체에 대해서는 완전한 처분권능을 갖지 않으며 스스로에 대해 일정한 행위, 수인 또는 부작위의 의무가 있다는 데에서 출발한다.³⁶⁾ 이것이 전통적인 자기 자신에 대한 의무—후견주의적으로 동기화된 의무—의 관념이며, 이 관념은 현대법에서도 몇몇 예외적인 사례에서는 명백히 법적 강제로써 관철된다.³⁷⁾ 자살을 통해 법공동체로부터 스스로 절연하는 것은 자의적인 연대성의 파괴이다. 그것은 마치 수행자가 자살을 통해 탈욕을 시도하는 것과 마찬가지로 허용될 수 없는 일이다.³⁸⁾ 바로 그런 까닭에 유럽인권선언 제2조는 법익향유자가 자신의 생

34) 김일수, 주 11)의 원고 중에서.

35) 김일수, 주 11)의 원고 중에서.

36) Seelmann/임미원 역, “법과 도덕”, 한양대 법학연구소 주최 강연문, 2006, 제7면.

37) Seelmann/임미원 역, 전개문, 제8면. 쥘만은 여기서 국가가 개인적 복지를 개개인의 의사에 반해서도 관철시킬 수 있다는 규범적 후견주의의 관점은 전통적인 법-도덕의 구별에 기초해 볼 때 커다란 문제가 된다고 비판한다.

38) 김일수, 주 11)의 원고 중에서.

명권을 포기할지라도 국가는 생명을 기본권으로 보호해 주어야 할 의무가 있다고 규정하고 있다.

생명 보호가 갖는 이러한 객관적 질서로서의 의미가 비록 자살을 범죄시 하지 않으면서도 자살관여만을 금지하려는 입법태도의 배경이다. 자살 그 자체를 범죄화하지 않으면서도 자살을 교사·방조하는 행위에 대해서는 독립된 범죄로 처벌하는 입법례가 있는가 하면, 자살과 자살관여죄 모두를 범죄시하지 않는 입법례(독일, 프랑스 등)도 있다.³⁹⁾

우리 형법은 다수 입법례에 따라 자살관여죄를 처벌한다. 다만 개인의 생명을 본인의 의사에 반하여 침해하는 살인죄와는 별개의 독립범죄인 점에서, 살인죄와는 별도로 피해자 본인의 의사에 반하지 않는 생명법익의 침해행위인 촉탁·승낙살인과 같은 조문에 같은 형으로 규정한다.

자살행위 그 자체가 적어도 위법 판단을 받지 않는다면 자살교사·방조도 같이 생각해서 형법적 규제 밖에 두는 것도 가능하지만, 타인의 생명에 간섭하여 타인의 죽음에 원인을 제공하는 것은 자살 그 자체와는 별개의 행위로 금지 대상으로서 규제하는 것은 가능하고, 필요하다고 할 수 있다. 영국의 1961년 자살법도 자살관여(abetting suicide)는 범죄로 다루고 있고 다른 많은 나라에서도 그와 같이 규율하고 있다.

자살자를 구조하는 것이 허용되느냐의 문제에 대해서는 일반적으로 허용된다고 할 수 있다. 생명의 존중은 자살자의 생명에 대해서도 타당할 뿐만 아니라 자살자가 진정으로 자유로운 의지에 의해서 자살하려는 것인가, 병적 증상 또는 진의에 기초하지 않고 죽으려는 것인가는 외부에서 분명하게 판단할 수 없기 때문이기도 하다. 독일의 판례에 의하면 자살은 형법 제 323의c조의 '사고'에 해당하므로 제3자는 구조의무를 부담하는 것으로 판단되고,⁴⁰⁾ 또한 자살의 의사는 반윤리적이어서 법적으로 중요하지 않다고

39) 독일에서는 자살자의 자유의지가 박탈된 것으로 보이는 경우에 인정되는 살인의 간접정범이라는 무거운 범죄와 불가벌의 자살관여와의 구별이라는 어려운 문제가 생기게 된다 (W. Bottke, *Suizid und Strafrecht*, Berlin 1982 참조).

40) BGHSt 6, 147면 이하; 13, 162면 이하.

한다.⁴¹⁾

IV. 생명의 중간 단계에서의 생명 보호

1. 인체실험

새로운 의학지식의 탐구와 의약품의 개발은 인간에 대한 실험적인 검사 없이는 불가능하다. 이것을 통해 진단적·치료적·예방적 방법과 질병의 병원학과 질병발생론의 이해를 증진시킬 수 있다. 종국적으로 인간을 괴롭히는 질병을 퇴치하고 이미 고통에 시달리는 환자들의 건강을 회복하며 인간의 건강한 삶의 증진에 기여하게 될 것임은 의문의 여지가 없다. 이렇게 새롭고 보다 유효한 의약품이나 치료법을 개발하는 것은 인류의 복지에 커다란 공헌이 되지만 이것을 위해서 미지의 위험을 동반하는 인체실험을 시도할 필요가 있다. 여기서 장애의 환자의 생명이나 건강의 유지·개선을 위해 현재의 피험자(被驗者)의 건강을 위험에 노출시켜도 좋은가, 실험이 추구하는 성과와 위험성 사이에 어느 정도의 균형이 확보되어야만 하는가의 어려운 문제가 생긴다. 결국 이것은 질병 퇴치, 건강 증진과 같은 인간의 복지적 이익과 인간의 인격적 존엄 및 가치 사이에서 인간에게 일어나는 갈등을 어떻게 해결할 수 있을 것인가의 문제이다. 더욱이 오늘날 특히 강조되는 피험자의 자기결정권의 보호—승낙과 설명의 문제—가 있다. 환자 자신의 이익을 위한 적정한 치료행위에서도 환자의 유효한 승낙을 얻기 위해서는 치료행위의 본질, 부작용의 위험성, 병명 등에 대해서 사전에 충분한 설명을 해야 한다. 환자 본인의 치료에서조차 이러할진대 하물며 인체실험에서는 얼마나 유의한 연구인지에 대한 충분한 설명 없이 행하였다면 인권 침해로서 위법하다.

41) 특히 BGHSt 6, 147면 이하.

따라서 피험자의 기본적 인권을 보호하면서 유효한 인체실험을 행할 수 있는 법적 규제를 실현할 필요가 있다. 이 문제는 의학자의 양심에 맡기면 될 것이라는 단순한 윤리적 문제가 아닌 법적 규제를 필요로 한다. 따라서 피험자의 보호를 위해서 모든 연구자를 구속하는 명확한 기준을 확립할 필요가 있음과 동시에 그 기준을 지키게 하기 위해서 어떤 제도적 보장이 필요하다.

또한 새로운 의술·의약의 개발에는 위의 문제 외에 그 연구 목적 자체가 도덕과 법의 이념에 비추어 어디까지 인정될 수 있는가의 문제도 제기된다. 가령 뇌이식, 생식선이식, 체외수정, 인공수정, 정신외과 등의 새로운 생물 의학적 연구에 대해서 그것들이 인간의 존엄을 침해할 수 있는 조작을 포함하는지 여부를 진지하게 검토해야 한다.

제2차세계대전 종료 후 뉘른베르크 국제전범재판(1946~47)에서 나치에 부역하여 안락사를 감행한 일단의 의사들에 대한 재판이 있었다. 그 후 전문의료인들의 참여 속에 인체실험에 관련한 뉘른베르크 규약이 만들어져 의료인의 윤리적 책임을 확인하는 계기가 되었다. 그 후 1964년에도 세계 의학협회는 생물의학연구와 관련한 윤리적 지침인 헬싱키 선언을 채택했고, 1975년 일본 동경대회에서 부분적인 수정이 있었다. 의약품 검사규정에 관해서는 각국에 유사한 내용의 지침들이 있다.

인체실험은 과학적 지식의 획득을 위해서 이뤄지는 사람에 대한 간섭이다. 그것은 그 자체가 사람의 신체를 상하게 하면 상해죄, 유형력의 행사에 그치면 폭행죄, 자유의 박탈이라면 체포감금죄나 강요죄 등에 해당하는 행위이다. 무엇보다도 실험은 불확실한 사항에 대해서 인위적으로 일정한 조건을 설정하여 이것을 행하고, 그 결과로부터 지식을 얻으려는 것이기 때문에 그 성질상 피험자에게 상해 또는 극단적인 경우에는 사망의 결과를 가져올 위험성도 포함하고 있다. 그와 같은 침해 및 위험을 무릅쓰는 행위는 어떠한 이유와 조건 아래서 허용되는지 문제 된다. 먼저 자기 자신에 대한 실험은 윤리학상의 문제는 제쳐두고라도 법적으로는 자살이나 자상이 범죄

가 되지 않는 이상 법적으로 중요성이 없는 행위이다. 인체실험의 정당화 근거는 ‘피해자의 승낙’의 법리이다. 인체실험에서는 실험대상자 자신의 자발적 동의가 기본적 전제이다. 그러나 피험자의 승낙으로 곧 모든 것이 정당화되는 것은 아니고 추구하는 실험 목적의 가치, 침해의 정도, 수반되는 위험 등의 이해를 형량한 다음 사회적으로 상당한 범위 내에 있는 경우에 비로소 정당화될 수 있다. 이것이 자발적 동의의 범위와 한계 문제이다. 그러나 한계상황에 처해 있는 사람들에게 항상 진지하고 자발적인 의미에서의 동의를 기대할 수 있을지는 의문이다. 특히 실험대상자가 되는 사람들은 뉘른베르크 재판에서도 확인된 것처럼 의사결정의 자유가 없는 어린이, 정신질환자, 경제적·신체적 곤궁 상태에 처한 자들이 주로 문제되기 때문이다.

따라서 의료윤리와 연구자의 개인적인 책임의식의 강조만으로 인간의 존엄과 가치가 존중되고 인간실험이 충분하고 적절한 한계 내에 통제되거나 회피될 수 있다고 보기 어려운 실정이다. 여기에 일정한 법적 기준과 엄격한 통제규정들의 필요를 강조하는 견해들이 있는가 하면, 법적 규제보다는 자율적인 직업윤리에 의존해야 한다는 주장도 있다.

헬싱키선언은 윤리적 규범이지만 법적인 효과가 없는 것은 아니다. 의료에 있어서는 의사의 직업윤리가 넓게 법적 의무의 성질을 띠고 있기 때문이다. 의료사고의 재판에서는 의사의 직업윤리상의 기준을 고려해서 의사의 법적 책임을 판단함이 보통이다. 이 의미에서 의료에서는 법과 도덕이 아주 밀접하게 결합되어 있다고 할 수 있다. 형법 제20조의 ‘업무로 인한 행위’는 이러한 직업윤리상의 기준에 합치하는 행위를 법적으로도 정당화하는 것으로 해석할 수 있다. 그러나 피험자의 인권이 침해된 후에 재판 단계에서 비로소 사후적으로 구제되는 것으로는 피험자의 보호에 충분하다고 할 수 없다. 따라서 기준 그 자체를 법으로 규정하고 그 위반에 대해서 벌칙을 마련하는 것이 하나의 과제가 된다. 더욱이 이러한 기준을 지키게 하기 위한 제도적 보장으로서 사전심사제도를 마련하는 것도 필요하다.

2. 장기 이식

장기 이식은 살아 있는 조직이나 장기를 한 개체의 생체에서 절단하여 다른 개체에 이식하는 것을 말한다. 의학적으로 조직은 같은 종류의 세포 집합체(피부, 각막, 혈액 등)를 말하는데, 조직의 이식은 오래 전부터 실용화되고 있다. 장기는 다른 조직이 집합해서 일정한 형태의 기능을 수행하는 것이고, 이러한 장기의 이식으로서는 신장이식이 1954년에 보스턴에서 메릴(J. P. Merrill) 의사에 의해 최초로 행해졌다. 심장이식은 1967년 12월 3일 남아공 버나드에 의해 최초로 행해졌지만 수용자인 환자는 17일 후인 20일에 사망하였다.

장기 이식은 사람의 종교에 관하여 전통적인 맥박중지설에 대해 뇌사설이 내세우는 실용적 근거 중의 하나이다. 그러나 사자의 장기 이식에서도 유족의 애도 감정과 이식수술을 기다리는 환자의 생명이라는 법익 사이의 충돌을 피하기 어렵다. 더군다나 뇌사 판정을 완전히 신뢰할 수 없는 상황에서 제공자로부터 심장이 적출되어 심장이식을 필요로 할 정도의 말기적 상태가 아닌 환자에게 이식되었으나 거부반응으로 인하여 짧은 시간 내에 사망하는 경우에는 심각한 문제를 야기한다. 수용자인 환자는 심장이식수술을 받지 않았다면 상당히 장기간 생존할 수 있었다고 추정되는 반면, 제공자는 아직 살아 있을 동안에 심장을 적출당한 것인지 여부가 문제되기 때문이다. 이러한 사례는 법과 도덕의 관계에서 또 하나의 어려운 문제를 야기한다. 이식수술 당시에는 '선행'이라는 사회적인 승인 속에서 이식이 행해졌지만 최악의 결과로 인해 '악행'이라는 사회적 평가를 받게 되기 때문이다. 이것은 선악의 기준은 사회적 승인만으로 획득될 수 없다는 것을 의미한다.

그 밖에도 수요가 급증하는 장기공급문제를 해결하기 위해서는 사회적 연대감에 기초한 기증자들의 기증만으로는 불충분하다. 따라서 장기수요를 해결하기 위해 입법적 조치를 취한 나라들도 있다. 입법적 조치에 관해서

는 세 가지 유형이 검토되고 있다.⁴²⁾

사자와 그 유족들의 입장에 가장 가까이 서 있는 해결 방안은 이른바 승낙모델이다. 즉 사자가 생전에 장기 기증을 승낙했고, 사자의 유족들도 동의했고 시술의사에게 사자의 승낙과 모순되는 다른 의사가 알려지지 않은 상태에서만 장기이식이 가능하다는 유형이다.⁴³⁾

이에 비해 이른바 거부모델은 시술을 기다리는 환자와 시술의사에게 가장 유리하게 작용할 수 있는 유형이다. 사자가 16세 이후 사후에 장기를 기증하겠다는 의사를 밝혔거나 시술의사에게 장기적출을 거부한다는 사자의 생전의 의사가 알려지지 않았고, 적출개시 시 의사가 사자의 신분증을 확인하고, 그 신분증에서도 적출거부의 의사가 명시되지 않았음을 확인한 경우에 한해 장기적출이 가능하다는 해결방안이다.⁴⁴⁾

그 중간유형으로 정보모델이 있다. 사자가 생전에 동의했거나 가까운 유족들이 동의하고, 의사에게도 그와 모순되는 사자의 의사가 알려지지 않았거나 또는 의사에게 사자의 거부 의사가 알려지지 않은 상태에서 적출개시 시 의사가 뇌사자의 신분증을 확인하고, 그 신분증에서도 반대의사를 확인할 수 없었고, 가까운 유족들까지도 적출사실의 정보를 듣고도 이에 반대하지 않았을 때에 한해 적출이 허용된다는 해결 방안이다.⁴⁵⁾

인간은 인격적·사회적·정신적 존재로서 사후까지도 법적으로 그 존엄한

42) C. Roxin/조훈 역, 전개논문, 제14~15면; 김일수, 주 11)의 원고 중에서.

43) 미국, 캐나다, 호주, 뉴질랜드, 영국, 일본 등의 장기이식 관련법의 태도이다.

44) 프랑스, 벨기에, 오스트리아, 폴란드, 덴마크, 스웨덴 등의 장기이식 관련법이 채택하고 있다.

45) 독일 장기이식법의 태도이다. 우리나라의 장기등이식에관한법률의 태도는 이 정보모델에 가깝다. 즉 같은 법 제18조 (장기 등의 적출요건) ② 뇌사자와 사망한 자의 장기 등은 다음 각호의 1에 해당하는 경우에 한하여 이를 적출할 수 있다. 다만, 정신질환자 및 정신지체인의 장기 등의 경우에는 제1호의 경우에 한하여 이를 적출할 수 있다.

1. 본인이 뇌사 또는 사망 전에 장기 등의 적출에 동의한 경우. 다만, 그 가족 또는 유족이 장기 등의 적출을 명시적으로 거부하는 경우를 제외한다.
2. 본인이 뇌사 또는 사망 전에 장기 등의 적출에 동의 또는 반대하였다는 사실이 확인되지 아니한 경우로서 그 가족 또는 유족이 장기 등의 적출에 동의한 경우. 다만, 본인이 16세미만의 미성년자인 경우에는 그 부모가 장기 등의 적출에 동의한 경우에 한한다.

인격과 명예를 보호받는 유일한 존재이다. 때문에 사자의 장기를 단지 유용성에 기초한 처분대상물로 생각할 수는 없다.⁴⁶⁾ 또한 그 사회의 지배적인 생사관에 의해 사자의 장기적출 가능성의 폭이 달라질 수밖에 없다. 특히 뇌사자의 장기이식문제에 관해서 우리나라와 같이 의학의 발달과 사회의식 사이에 간격이 넓은 사회에서는 법이 현재의 지배적인 법의식에 기초한 일정한 행위규칙이 무엇인가에 관한 검토와 지침 마련에 적극적으로 관심을 기울이는 것이 합당하다.

우리나라는 장기 등 이식을 규제하는 포괄적 법률로서 ‘장기등이식에 관한법률’을 가지고 있다. 장기이식과 관련된 형법적 문제는 장기수용자(기증자) 측과 제공자 측으로 나누어 검토하는 것이 적절하다.

장기수용자 측에서 발생하는 문제는 장기이식수술이 본래의 치료행위로서 의학적 적응이 인정될지 또는 새로운 치료적 실험으로서 허용될지의 문제이다. 의학적 적응은 수술이 추구하는 목적, 즉 치료효과와 침해의 중대성 및 부작용의 위험 등의 이익형량에 기초해서 각 사례마다 판단해야 한다. 따라서 환자의 승낙이나 설명에 대해서 보다 신중한 취급이 필요하다.

장기제공자 측에서 생기는 문제로 윤리적·법적 문제는 주로 이 측면에서 볼 수 있다. 먼저, 살아 있는 제공자로부터 장기를 적출하는 것은 상해죄의 구성요건에 해당함은 분명하고, 그 정당화의 이유로서 생각될 수 있는 것은 피해자의 승낙과 법령에 의한 행위의 법리이다. 물론 심장과 같은 단일 장기를 적출하는 것은 죽음과 직결되는 것이기 때문에 그 정당화는 생각할 수 없고 신장과 같은 복수의 장기 가운데 하나를 적출하는 경우에만 그 정당화를 생각할 수 있다. 생명이나 중요한 신체적 부분은 본인이라도 자유로운 처분이 인정되지 않는 공적 법익의 성질을 가지고 있기 때문이다. 그

46) 사람의 사체는 이미 사람이 아니지만 인격자의 유해라는 성질을 가지고 있는 한 인간의 존엄의 잔존적 효과가 미치고 있다. 게르만법에서 유래하는 사체는 ‘인격의 잔존’(Rückstand der Persönlichkeit)이라는 생각은 오늘날 독일에서도 다수의 지지자를 찾을 수 있다(N. Engler, *Todesbegriff und Leichnam Element des Totenrechts*, München 1979, 제142~143면 참조).

러나 적법한 승낙의 범위는 개인의 자유를 어디까지 중시하는가와 행위가 추구하는 목적가치의 크기에 의해서 변경된다. 여기서도 가치형량이 작용하게 된다. 설령 중요한 장기라도 본인의 건강에 중대한 위험이 없고 그 제공에 의해서 타인의 생명이 구조될 수 있는 경우에는 장기 제공의 승낙은 법적으로 유효하게 인정될 것이다.

뇌사자의 장기 적출에 대해서는 장기등이식에관한법률이 뇌사설을 채택했다는 견해⁴⁷⁾도 있으나 맥박중지설을 유지하면서 뇌사자의 장기 이식을 법적으로 허용하였을 뿐이고, 뇌사를 사람의 종기(사망)로 단정한 것으로 해석할 필연성은 없다는 견해⁴⁸⁾가 타당하다. 이는 ① 이 법이 뇌사자를 사람으로 보면서도 살아 있는 자에서 제외하는 3분법적 표현을 사용하고 있으며(제3조 제4호), ② 제17조에서 “뇌사자가 이 법에 의한 장기 등의 적출로 사망한 때에는 뇌사의 원인이 된 질병 또는 행위로 인하여 사망한 것으로 본다”는 것은 뇌사의 원인이 된 질병 또는 행위로 사망한 것이 아니라 ‘장기적출행위’로 직접 사망한 것으로 표현하고 있으며, ③ 사망자와 뇌사자의 장기 무단 적출의 경우에 처벌에 차등을 두고 있으며(제43조 제3호 및 제39조 제1항 제9호), ④ 뇌사자의 연고자는 ‘가족’으로 호칭하는 반면 사망자의 연고자는 ‘유족’으로 지칭(제3조 제5호 및 제18조 제2항)하는 점 등에서 뇌사설을 채택한 것은 아니라고 해석되기 때문이다. 결국 뇌사자의 장기적출행위가 살아 있는 인간에 대한 살해행위에 해당하고 따라서 형법상의 살인죄나 동의살인죄의 구성요건에 해당하지만 장기이식을 위한 뇌사자의 장기적출에 한하여 이 법률에 의하여 그 위법성이 조각(제20조의 법령에 의한 행위)된다.

47) 김성천·김형준, 『형법각론』, 2000, 제17면; 김재봉, “치료중단과 소극적 안락사”, 『형사법연구』, 제12호, 1999, 제169면; 박상기, 『형법각론』, 제4판, 2002, 제26면.

48) 김일수·서보화, 『형법각론』, 제7판, 2007, 23면; 오영근, 『형법각론』, 2005, 20면.

V. 결 어

첨단의료기술 등 생명과학에 대한 포괄적·규범적 통제학으로서의 생명 윤리는 한편으로는 생명과학의 진보를 용인하기 위한 조건을 정비하고, 다른 한편으로는 인간의 존엄과 가치, 자연적 질서를 훼손하는 생명과학의 시도에 제동을 걸어 왔다. 적극적으로는 생명과학의 진보를 위한 윤리적 근거를 제시하고, 법적·제도적 조건의 정비를 지시하는 한편 그 장애물을 제거하는 것을 가능케 하였다. 소극적으로는 생명과학이 인간의 존엄과 가치, 자연적 질서를 훼손하는 무분별하고 무절제한 방향으로 전개되지 않도록 생명과학의 정당한 전망과 노정(路程)을 제시해 왔고, 앞으로도 그러한 역할을 수행해야 한다.

오늘날의 위험사회에서 사회생활 중 생명과 신체의 완전성이 대규모적인 위험에 노출된다. 형법은 마땅히 이 위험사회를 통제할 수 있는 실효성 있는 수단이 되어야 한다. 생명공학의 잘못된 진행은 인간을 도구화하여 인간의 존엄성을 훼손하고 자연적 질서를 파괴할 수 있다. 생명과정의 조작을 통해 삶과 죽음을 결정하려는 과학자들은 감히 조물주의 권한을 행사하려는 것이다. 이들에게 그러한 재량은 결코 허용되지 않는다. 이들의 윤리의식과 책임의식에 의해 법 이외의 차원에서 생명이 보호되리라는 기대는 오늘날의 사회현실에 비추어 거의 불가능하다.

따라서 형법을 통한 생명보호의 관점들은 현실이 요구하는 법상황에 적절하게 대처하는 기동성 있는 형법정책의 수행을 필요로 한다. 생명공학적 성과들이 기업의 세속적·상업적 이용에 희생됨으로써 새로운 치료술이나 유전자정보는 단지 돈벌이 수단으로 여겨지고, 인간은 다시 그 상업적 이용의 대상으로 전락하는 악순환에 대하여 형법은 생명윤리의 형성을 통해 이러한 반인간적 행위들을 처벌해야 한다. 생명 경시와 반생명의 죽음의 문화를 조장하는 무절제한 인체실험이나 생명공학의 과도한 상업적 이용은 통제되어야만 한다.

물론 형법은 사회통제의 최후수단으로서 평화로운 공동생활을 위해 필요한 최소한의 조건들을 보장함에 그쳐야 한다. 형법은 사회생활에서 평화적 공존이라는 기본상황을 유지하고, 이 상황이 침해받지 않도록 보호함을 임무로 하기 때문이다. 생명의 위기상황 속에서도 형법은 생명법익의 침해가 사회적인 평화공존의 기여에 이르지 않는 행위들을 통제하는 최소한의 한계 내에 머물러야 한다. 오히려 생명윤리의식을 제고하기 위한 사회계몽과 시민운동 차원의 노력들이 극대화되도록 해야 한다.⁴⁹⁾

주제어 : 생명보호, 생명윤리, 생명의 시기, 생명의 종기, 생명의 중기

49) 김일수, 주 11)의 원고 중에서.

[참 고 문 헌]

1. 국내문헌

- 김성천·김형준, 『형법각론』, 동현출판사, 2000.
김일수, 『한국형법 III』, 개정판, 박영사, 1997.
_____, “생명·윤리·법”, 충신대 신학대학원 기독교윤리 세미나, 2002.
김일수·서보학, 『형법각론』, 제7판, 박영사, 2007.
김재봉, “치료중단과 소극적 안락사”, 『형사법연구』, 제12호, 1999.
박상기, 『형법각론』, 제4판, 박영사, 2002.
배준석, 「안락사·존엄사에 관한 일고찰」, 석사학위논문, 고려대, 1989.
오영근, 『형법각론』, 대명출판사, 2005.
임미원 譯(K. Seelmann), “법과 도덕”, 한양대 법학연구소 주최 강연문, 2006.
조훈 譯(C. Roxin), “형법에 있어서의 생명보호”, 『형사법연구』, 제16호, 2001.

2. 외국문헌

- Bottke, Wilfried. Suizid und Strafrecht, Berlin 1982.
Englert, Nikolaus. Todesbegriff und Leichnam Element des Totenrechts, München 1979.
Eser, Albin. Zwischen “Heiligkeit” und “Qualität” des Lebens, Stimmen der Zeit, 1982 Dezember Heft 12.
Fletcher, Joseph. Medicine and the Nature of Man. The Teaching of Medical Ethics, edited by R. M. Veatch. A Hasting Center Publication, N. Y. 1973.
Geilen, Gerd. Legislative Erwägungen zum Todeszeitproblem, in: Eser (Hrsg.), Suizid und Euthanasie als human-und sozialwissenschaftliches Problem, Stuttgart 1976.
Särbeck, Klaus. Beginn und Ende des Lebens als Rechtsbegriff, 1974.
Singer, Peter. Value of Life, in: W. T. Reich (ed.), Encyclopedia of Bioethics, vol. 2, 1978.
Waldstein, W. Das Menschenrecht zum Leben. Beiträge zu Fragen des Schutzes menschlichen Lebens, Berlin 1982.

The Life Protection by Criminal Law

Moo-Won, Park

Lecturer, Hankyung National University, Department of Law

=ABSTRACT=

The bioethics as a comprehensive and normative control method of life sciences including the technology of advanced medical care, on the one hand, it has modified the conditions for allowing the progress of life sciences. On the other hand, it has put the brakes on attempts of life sciences violating the dignity and value of human beings, natural order. Positively, bioethics presents ethical bases, suggests organization of the legal and institutional conditions, and enables elimination of the legal and institutional obstacles, for the progress of life sciences. Negatively, it has presented justifiable prospects and road maps of life sciences, not to take indiscreet and intemperate turn of violating the dignity and value of human beings, natural order, and its such roles must be carried on.

Keyword : Protection of life, Bioethics, Beginning time of life, Ending time of life, Middle time of life