

착상전 유전자진단의 가벌성에 대한 비교법적 고찰*

— 독일 배아보호법 제3조a를 중심으로 —

김재윤**

차 례

- I. 들어가는 말
- II. 착상전 유전자진단의 의의
 - 1. 착상전 유전자진단의 개념
 - 2. 착상전 유전자진단의 발달과정
- III. 독일 배아보호법상 착상전 유전자진단의 규율
 - 1. 착상전 유전자진단의 규정에 관한 법률 (PräimpG)의 제정 배경
 - 2. 독일 배아보호법 제3조a의 주요 내용
 - 3. 독일 배아보호법 제3조a의 문제점
- IV. 비교법적 검토 및 시사점
 - 1. 우리나라 생명윤리법상 착상전 유전자진단 규정과 비교
 - 2. 형법적 관점에서의 시사점
- V. 맺는 말

* 이 논문은 2012년도 전남대학교 여성연구소의 지원을 받았음.

** 전남대학교 법학전문대학원 부교수.

접수일자 : 2012. 4. 27 / 심사일자 : 2012. 6. 18 / 게재확정일자 : 2012. 6. 22

“부유층은 피할 수 있는 유전적 결함이 가난한 사람들에게 상대적으로 많이 발견될 것이고, 그로 인해 ‘저소득층’의 질병이 될 것이다. 이러한 경우에 이들을 치료하거나 살 수 있는 환경을 만들어주려는 관심이 감소할 우려가 있다.”

- 필립 키처(Phillp Kitcher) -

I. 들어가는 말

[사례 1]

환자 A의 경우 첫 임신 당시 정상분만을 통해 여아를 출산하였으나, 23개월 만에 수포성 포피박리증으로 사망하였으며, 그 후 네 번의 임신 경험이 있었으나 출산 후 사망하거나 양수천자와 융모막 융모생검을 통해 돌연변이가 발견되어 인공유산 하였고 착상전 유전자진단에 의한 임신을 위해서 ○○산부인과에 내원하였다. 착상전 유전자진단 결과 이들 부부의 질환원인은 17번 염색체에 위치하고 있는 integrin $\beta 4$ 유전자(ITGB4)에서의 돌연변이로 밝혀졌으며 부부가 각각 서로 다른 위치에 1개씩의 돌연변이를 가지고 있는 것으로 확인되었다. 여성의 경우 ITGB4 exon 7에서 nucleotide C가 삽입(c.601InsC)되어 frameshift가 발생하며 결국 premature termination되는 돌연변이였으며, 남성의 경우 같은 유전자의 exon 11에서 nucleotide A가 C(c.1274A>C)로 치환되어 glutamine이 proline으로 바뀌는 돌연변이(p.Q425P)를 가지고 있는 것으로 확인되었다. 이들 부부 각각 ITGB4에 돌연변이를 가지고 있었기 때문에 ITGB4 exon 7과 11에 대해 duplex nested PCR 방법으로 증폭시킨 후 direct sequencing 방법으로 진단을 하여 유전질환을 가지 배아는 폐기하고 건강한 배아만을 자궁에 이식하였다. 그 결과 이들 부부는 임신에 성공하여 건강한 아이를 출산하였다.¹⁾

1) 이형승/김민지/강인수, “단일 유전자 질환에 대한 착상전 유전진단”, 「대한의학유전학회지」 제6권 제2호, 2009, 139쪽의 단일 유전자 질환에 대한 착상전 유전진단의 임상학적 적용 사례를 다소 변형시킨 것임.

[사례 2]

독일 베를린 소재 산부인과 의사인 피고인은 2005년 어느 부부로부터 체외수정에 따른 유전자 검사를 요청받고 자궁 외에서 인공수정을 시도 하였다. 부인은 이미 염색체 이상으로 중증장애를 가진 딸을 가지고 있었다. 피고인은 부부의 요청에 따라 생성된 3개의 배아를 자궁에 이식하기 전 착상전 유전자진단을 통해 심각한 유전적 결함 여부를 검사하였다. 며칠 후 의사는 배아에서 생존할 수 있는 기관으로 발전할 수 없는 세포를 가진 하나의 배아를 제외하고 건강한 배아만을 자궁에 이식하였다. 그 결과 부인은 임신을 하였고 건강한 딸을 출산하였다. 하지만 유전적 손상을 가진 배아는 피고인에 의해 죽게 되었고, 피고인은 배아보호법 위반으로 기소되었다.

[사례 1, 2]는 한국과 독일이라는 장소적 차이는 있지만 부모가 유전적 결함이나 중대한 질병의 유전이 확실한 경우에 아이를 갖고 싶은 소망, 무엇보다 건강한 아이, 즉 유전적 결함이 없는 정상아를 갖고 싶은 소망을 분명하게 보여 준다. 이러한 부모의 소망은 1990년대 이후 급속한 발전을 거듭하고 있는 ‘착상전 유전자진단’(Preimplantation Genetic Diagnosis: PGD/Präimplantationsdiagnostik: PID)을 통해 더 이상 부질없는 꿈에 그치지 않고 실현가능한 현실이 되고 있다. 이렇듯 착상전 유전자진단은 체외수정을 통해 생성된 배아를 자궁에 착상시키기 전에 유전 질환의 유무나 염색체 이상을 진단하여 건강한 아이의 임신을 가능케 함으로써 난치성 유전질환을 갖고 있는 부부에게 커다란 축복이 되고 있다.

그러나 착상전 유전자진단은 생명의 시초가 되는 잔여배아의 폐기에 따른 잠재적 인간 생명의 침해가능성의 문제를 넘어 부모가 원하는 특정 유전 형질을 가진 배아만을 선택해서 착상시키는 소위 ‘맞춤아기’(designer baby)²⁾의 탄생 내지 영화 ‘가타카’(Gattaca, 1997)에서 등장하

2) 그 대표적인 예가 2000년 8월 미국에서 처음으로 출생한 ‘아담’이라는 맞춤아기이다. ‘아담’은 미국 미네소타대학에서 판코니 빈혈이라는 유전질환을 앓고 있는 여섯 살짜리 누나에게 골수를 이식하기 위해 어머니가 자신의 난자 12개를 시험관에서 수정시킨 다음 여기서 얻은 10개의 배아 가운데 유전자 검사에서 목적에 맞는 하나를 골라 착상시킨 후 태어났다(김장한, “착상전 유전자 진단 및 산전 진단에 대한 법적 윤리

는 유전적으로 완벽한 ‘슈퍼 아기’(super baby)만이 세상에 태어날 수 있는 문제를 가져오고 있다. 이러한 맞춤형 내지 슈퍼 아기의 탄생은 착상전 유전자진단의 허용 여부와 그 안전성에 관한 기술적 문제를 넘어 인간이 신을 희롱하여(playing God), 심지어 신의 대리인을 자처하여 생명의 탄생 과정에 개입·통제·조작하여 인간을 인위적으로 창조하는 것이 타당한가라는 근본적 의문을 던지게 함으로써 윤리적, 종교적, 정치적, 법적으로 첨예한 논쟁을 불러일으키고 있다.³⁾

이러한 논쟁의 한 가운데서 생명을 최고의 법익으로 하고 출생 이전의 생명인 태아의 생명도 보호하는 형법이 배아의 훼손과 폐기를 담보로 하는 착상전 유전자진단에 어느 정도까지 개입할 수 있는지가 문제된다.⁴⁾ 이와 관련하여 [사례 1]과 같이 우리나라는 이미 ‘생명윤리 및 안전에 관한 법률’(이하 ‘생명윤리법’이라고 한다) 제25조 제2항을 통해 착상전 유전자진단을 원칙적으로 금지하고 예외적으로 허용하는 것과 달리 독일 배아보호법은 인간배아연구에 대해 초기단계부터 형법적 보호를 강하게 규정하는 방식을 채택하여 착상전 유전자진단을 금지해 오고 있었다.⁵⁾ 그러나 [사례 2]의 사안에 있어 독일연방대법원이 피고인의 가벌성을 부인하는 판결⁶⁾을 내림으로써 독일은 2011년 7월 7일 독일 배아보호법 제3조a의 신설과 제9조의 개정을 내용으로 하는 ‘착상전 유전자진단의 규정에 관한 법률’(Gesetz zur Regelung der Präimplantationsdiagnostik: Präimp G)⁷⁾을 제정하여 착상전 유전자진단을 원칙적으로 금지하고 예외적으로

적 고찰”, 대한산부회지 제49권 제12호, 2006, 2502쪽).

3) 이러한 논쟁에 대한 전반적인 소개로는 신동일, 착상전진단술에 대한 생명형법적 고찰, 한국형사정책연구원, 2006, 23-37쪽 참조.

4) 착상전 유전자진단의 허용여부의 문제는 형법뿐만 아니라 헌법의 영역에서 배아의 생명권 내지 인간존엄권의 문제, 배아와 부모의 기본권의 충돌의 문제, 의사의 직업선택의 자유와 학문의 자유에 대한 제한의 문제, 그리고 국가의 생명과 존엄권에 대한 보호의무의 문제 등을 중요한 논제로 다룬다. 이에 대한 상세한 분석으로는 방승주, “착상전 진단의 헌법적 문제”, 헌법학연구 제16권 제4호, 2010, 67쪽 이하 참조.

5) 독일 이외의 착상전 유전자진단에 관한 입법례의 소개로는 선종수, “착상전 유전자진단의 형법적 과제”, 「동아법학」 제48호, 2010, 341~342쪽; 황만성, “착상전 유전자진단의 활용과 형사책임”, 「법학연구」 제28집, 2007, 278~282쪽 참조.

6) BGH, Urt. v. 6. 7. 2010 - 5 StR 386/09 - MedR 2010, 844 = NJW 2010, 2672 ff.

7) BT-Dr. 17/5451.

허용하는 중대한 변화를 보이고 있다.

따라서 이 글에서는 논의 전제로서 착상전 유전자진단의 개념과 발달 과정을 간략히 언급하고(II), 착상전 유전자진단을 허용하는 방향으로 개정된 최근 독일 배아보호법 제3조a의 구체적 내용과 문제점을 분석하고자 한다(III). 그리고 이를 토대로 착상전 유전자진단에 대한 양 국가의 규율내용을 비교법적 차원에서 비교하고 형법적 관점에서의 시사점을 찾아냄으로써(IV) 착상전 유전자진단을 포함한 생명윤리의 영역에 형법의 개입은 최소화되어야 함을 결론으로 도출하고자 한다(V).

II. 착상전 유전자진단의 의의

1. 착상전 유전자진단의 개념

착상전 유전자진단이란 1990년 처음 보고된 진단방법으로 난치성 유전 질환을 갖고 있는 부부를 대상으로 착상전 배아 단계에서 단일 유전자 질환(single gene disorder)이나 염색체의 수적, 구조적 이상 유무를 진단한 후 유전 질환이 이환되지 않는 건강한 배아만을 선별하여 자궁에 이식함으로써 유전적으로 정상적인 태아의 임신을 가능케 도와주는 방법을 말한다. 이러한 진단방법은 태아의 세포를 대상으로 각각의 유전질환이나 염색체 이상을 진단하는 기존의 산전진단(prenatal diagnosis: PND)과는 다르게 착상전에 진단이 이루어지기 때문에 양수 검사로 겪어야 했던 불안과 임신중절에 따르는 육체적, 정신적 고통을 최소화할 수 있으며 생명존엄에 따르는 윤리적인 문제를 최소화할 수 있다는 장점이 있다.⁸⁾

착상전 유전자진단은 체외수정 및 배아이식(In Vitro Fertilization and Embro Transfer: IVF and ET)을 시행하여 얻어진 난자의 극체(polar body)를 생검(biopsy)하거나 배아에서 1~2개의 세포를 생검한 후⁹⁾ 질환의 원인과 그에 따른 방법에 따라 주로 염색체의 수적, 구조적 이상을 진단할

8) 이형송/김민지/강인수, 앞의 논문, 131쪽.

9) 생검 과정에 대한 상세한 설명으로는 이형송/김민지/강인수, 앞의 논문, 134-135쪽 참조.

수 있는 형광직접조합법(fluorescence in situ hybridization: FISH)이나 질환 원인 유전자의 돌연변이 등을 진단할 수 있는 중합효소 연쇄반응(polymerase chain reaction: PCR) 방법을 이용한 유전자진단을 시행하여 유전질환이 없거나 정상 또는 균형염색체(balanced chromosome)를 갖는 배아만 선별하여 자궁에 이식하여 착상시키고 유전질환을 가진 배아는 폐기 또는 냉동보관하는 과정에 따라 이루어진다.¹⁰⁾

2. 착상전 유전자진단의 발달과정

착상전 유전자진단을 적용할 수 있는 대상으로는 유전병 진단과 염색체 이상으로 크게 두 가지가 있다. 유전병에는 단일 유전자 질환이 해당하며, 이에겐 듀센 근이양증, 척추성 근위축증, 패낭성 섬유증, 테이 삭스 병, 폐낭성 섬유증, 골형성 부전증, 혈우병 등이 보고되고 있으며, 점차 착상전 유전자진단이 가능한 질환이 확대되고 있다. 염색체의 구조적 이상과 관련해서는 염색체의 상호전좌, 균형전좌 및 역위에서 대부분 습관성 유산이 초래된다고 알려져 있다. 따라서 부모의 염색체 이상 부위를 미리 알아서 착상전 유전자진단을 통해 유산을 감소시킬 수 있다고 한다.¹¹⁾

우리나라에서 착상전 유전자진단은 몇 해 전 MBC다큐멘터리 ‘사랑’을 통해 ‘120cm 엄지공주’로 알려진 ‘선천성 골형성 부전증’ 환자인 윤OO씨가 착상전 유전자진단을 통해 유전병이 없는 건강한 아들을 출산한 사례가 대표적이다.¹²⁾ 그리고 유럽 생식의학회(European Society for Human Reproduction and Embryology: ESHRE) 산하의 PGD consortium의 제9차 보고에 의하면 1997년부터 2007년까지 전세계적으로 약 20,800주기의 착상

10) J. Harper, Preimplantation Genetic Diagnosis, Second Edition, Cambridge, 2009, p.2.

11) 정현미, “배아의 생명권과 착상전 유전자진단”, 「비교형사법연구」 제5권 제2호, 2003, 267-268쪽.

12) 국내에서 최초로 착상전 유전자 검사를 시행한 것으로 알려진 관동의대 제일병원 산하 아이소망센터는 2010년 8월까지 1000명이 넘는 환자가 착상전 유전자진단을 통해 임신에 성공하는 높은 성공률을 거두고 있다고 한다(디지털타임즈, 2010년 8월 22일 기사:

http://www.dt.co.kr/contents.html?article_no=2010082302011057753006. 2012.1.9. 검색).

전 유전자진단이 시행되었고 이 중 약 3,900주기에서 정상적 임신이 이루어졌으며, 약 3,160건의 분만을 통해 약 3,840명의 건강한 아이가 태어났다고 한다.¹³⁾

Ⅲ. 독일 배아보호법상 착상전 유전자진단의 규율

1. 착상전 유전자진단의 규정에 관한 법률(PräimpG)의 제정 배경

독일에서 착상전 유전자진단은 이미 1990년대부터 미국을 중심으로 이루어져 왔고 전세계적으로 10,000명 이상의 유아가 그 혜택을 보고 있음에도 불구하고 인간으로 되어가는 생명의 선택에 대한 가치와 허용성에 대한 근본적인 문제가 끊임없이 제기¹⁴⁾되었기 때문에 오랫동안 배아보호법(Embryonenschutzgesetz: ESchG)의 여러 규정에 의해 금지되었고, 무엇보다 임신 이외의 목적으로 난자의 수정, 배아 유지 이외의 목적으로 인간 배아의 이용, 그리고 인간 배아의 복제는 금지되었다.¹⁵⁾ 그러나 독일에서도 착상전 유전자진단의 여러 장점으로 인해 그 허용에 관한 논의가 1990년대부터 실행 절차와 함께 시작되었고, 이때부터 윤리적, 종교적, 학문적, 정치적, 법적 차원에서 착상전 유전자진단에 대한 서로 다른 접근이 이루어졌다.¹⁶⁾

그런데 독일연방대법원은 2010년 7월 6일 [사례 2]의 사안과 관련하여 “심각한 유전적 손상을 제거하기 위한 목적의 착상전 유전자진단은 독일 배아보호법 제1조 제1항 제2호¹⁷⁾에 따른 가별성이 없으며, 이러한 검사의

13) 이형송/김민지/강인수, 앞의 논문, 132쪽.

14) 구체적으로 여기서는 “누가 살아야만 하는가?, 누가 죽어야만 하는가?, 누가 결정해야만 하는가?”가 문제된다. 이에 대해 상세한 설명으로는 Braum, Menschenwürde und Biomedizin, Zum philosophischen Diskurs der Bioethik, 2000, S. 39 f., 108 f.

15) ESchG §§ 1 Abs. 1 Nr. 2, 2 Abs. 1 und 6.

16) Frank/von Hardenberg, Süddeutsche Zeitung Nr. 88 v. 15. 4. 2011, S. 5.

17) 독일 배아보호법 제1조(생식기술의 부정이용) ① 다음 각 호에 해당하는 자는 3년 이하의 자유형 또는 벌금에 처한다.

수행은 독일 배아보호법 제2조 제1항18)에 따른 가별적인 인간 배아의 부당한 사용이 아니다.”¹⁹⁾는 주목할 만한 판결을 내림으로써 착상전 유전자 진단의 허용성과 한계에 관한 논의를 새롭게 전개시켰다. 이 판결은 여러 측면에서 분석되었으나,²⁰⁾ 기소된 의사의 무죄 판결이 “유전적 특성에 따른 무제한적 선별의 허용성에 대한 면허”를 의미하지는 않는다.²¹⁾ 이 판결의 주요 내용을 요약하면 다음과 같다:

독일연방대법원 형사 5부의 견해에 따르면 피고인은 배아보호법 제1조 제1항 제2호에 따른 가별성이 인정되지 않는다. 왜냐하면 의사의 행위는 자신의 환자에게 임신을 돕기 위한 의도에 따른 것이기 때문이다. 피고인은 단지 건강한 배아만으로 임신을 유도하고자 했으며, 배아의 검사에는 가별성을 야기하는 대체적인 의도가 아닌 단지 최종적으로 임신을 유도하기 위해 필요한 중간목적만이 있었다. 그리고 수행된 세포의 채취는 배아보호법 제2조 제1항의 의미에서 배아의 금지된 “사용”(Verwenden)이 아니다. 배아는 체외수정의 전체 과

-
1. 타인의 미수정의 난자를 여성에게 이식한 자
 2. 난자를 제공하는 부녀의 임신 이외의 목적으로 당해 난자를 인공수정 시킨 자
 3. 일회의 시술 주기(Zyklus) 내에 3개 이상의 배아를 부녀에게 이식한 자
 4. 난관내배우자이식법(intraubaren Gametentransfer)를 통하여 일회의 시술 주기 내에 3개 이상의 난자를 수정시킨 자
 5. 일회의 시술 주기 내에 이식할 수 있는 수를 초과하여 난자를 부녀에게 수정시킨 자
 6. 다른 부녀에게 이식하거나 배아의 유지 이외의 목적으로 이용하기 위하여 자궁에서 착상이 종료되기 전에 부녀로부터 배아를 채취한 자
 7. 스스로 자를 출생시킨 후 제3자에게 장기간 맡길 의사가 있는 자(대리모: Ersatzmutter)에게 인공수정을 하거나 인간의 배아를 이식한 자
- 18) 독일 배아보호법 제2조(인간 배아의 부당한 사용) ① 인공수정(체외수정)으로 생성되거나, 자궁에 착상되기 전에 부녀에게서 채취된 인간의 배아를 양도하거나, 배아 유지 이외의 목적으로 이를 제공, 취득 또는 사용한 자는 3년 이하의 자유형 또는 벌금에 처한다.
- ② 임신 이외의 목적으로 인간의 배아를 체외에서 계속 배양시킨 자도 제1항과 같다.
 - ③ 이 조의 미수범은 처벌한다.
- 19) BGH, Urt. v. 6. 7. 2010 - 5 StR 386/09 - MedR 2010, 844 = NJW 2010, 2672 ff.
- 20) 예컨대 Dederer, “Zur Straflosigkeit der Präimplantationsdiagnostik -Anmerkungen zu BGH, Urt. v. 6. 7. 2010 - 5 StR 386/09 -”, MedR 2010, 819 ff.; Schumann, “Anmerkung zum Urteil des BGH v. 6. 7. 2010”, MedR 2010, 848 ff.
- 21) BGH, Urt. v. 6. 7. 2010, Rn. 29 m.w.N.

정 이외의 다른 어떤 목적으로도 도구화되지 않았을 뿐만 아니라 손상되지도 않았기 때문이다. 나아가 손상된 배아를 죽게 버려둔 행위는 어떠한 구성요건도 충족시키지 않는다. 피고인에게 이러한 배아에 대해 계속해서 생명을 유지시키기 위하여 환자인 부녀의 의사에 반하여 자궁에 수정시킬 어떠한 가능성도 없을 뿐만 아니라 추측되지도 않기 때문에 그러한 부작용가벌성은 탈락한다.²²⁾

독일연방대법원의 이러한 판결을 계기로 독일 의회의 국회의원은 이러한 문제에 대해 깊은 관심을 갖게 되었고 착상전 유전자진단을 규정하기 위한 여러 법률초안²³⁾이 제출되었다. 그 결과 광범위한 사회적 논의가 전개되었고 2011년 7월 7일 독일 하원(Deutschen Bundestag)은 ‘착상전 유전자진단의 규정에 관한 법률’(PräimpG)을 찬성 326표, 반대 260표로 채택하였다.²⁴⁾ 착상전 유전자진단의 규정에 관한 법률은 배아보호법 제3조a를 신설하고 몇몇 관련 조항을 개정함으로써 배아보호법상에 위치하게 되었다. 이로써 독일에서도 착상전 유전자진단은 원칙적으로 금지되고 이를 위반할 경우 형벌이 부과되지만 부모의 유전적 소인으로 인해 자녀에게 심각한 유전질환의 높은 위험성 또는 사산 내지 유산에 대한 높은 개연성이 있는 경우에 한하여 위법하지 않고 정당화될 수 있는 길이 열렸다.²⁵⁾

2. 독일 배아보호법 제3조a의 주요 내용

배아보호법 제3조a의 신설과 제9조의 개정을 통해 제정된 착상전 유전자진단의 규정에 관한 법률은 배아보호법 제3조a 제1항에 따른 착상전

22) BGH, Urt. v. 6. 7. 2010 - 5 StR 386/09 - NJW 2010, 538.

23) BT-Dr. 17/5450; BT-Dr. 17/5451; BT-Dr. 17/5452.

24) Süddeutsche Zeitung Nr. 155 v. 8. 7. 2011, S. 1, 2, 4 참조.

http://www.bundestag.de/dokumente/textarchiv/2011/35021821_kw27_angenommen_abgelehnt/index.htm.

25) Czerner, “Die Kodifizierung der Präimplantationsdiagnostik(PID) in § 3 a ESchG im Ensemble pränataldiagnostischer und schwangerschaftsbezogener Untersuchungen des Fötus”, MedR 2011, 783 f.

유전자진단의 명백한 금지와 같은 조 제2항에 따른 예외에 대한 핵심적인 규정을 포함하고 있다.

우선, 배아보호법 제3조a 제1항은 착상전 유전자진단의 개념과 관련하여 “자궁에 이식하기 전에 체외에서 실시하는 배아의 유전자적 검사”로 법적 정의를 내리고 이러한 착상전 유전자진단을 한 자에 대해 1년 이하의 자유형 또는 벌금에 처함으로써 형법의 적극적 개입을 통해 착상전 유전자진단을 원칙적으로 금지하고 있다. 이러한 착상전 유전자진단에 대한 법적 정의는 “이 법률에서 배이란 핵융합 이후 수정되어 분화 능력이 있는 사람의 난자를 말하며, 나아가 일정한 조건하에서 분열하여 개체로 발생할 수 있는 배아로부터 채취된 미분화된 모든 세포를 포함한다.”고 규정한 배아보호법 제8조의 개념규정과도 일치한다.²⁶⁾

둘째, 배아보호법 제3조a 제2항은 “난자를 제공하는 여성, 정자를 제공하는 남성 또는 양자 모두에게서 자녀에게 심각한 유전 질환의 높은 위험성이라는 유전적 소인의 사유가 있는 경우에 임신 목적으로 난자를 제공한 여성의 서면상 동의를 얻어 일반적으로 승인된 의학과 의료기술에 따라 자궁에 이식하기 전에 체외에서 배아 세포를 대상으로 이러한 질병의 위험에 대한 유전적 검사를 한 자는 위법하게 행위 한 것이 아니다. 그리고 사산 또는 유산을 야기하는 데 높은 개연성을 갖는 배아의 심각한 손상을 확정하기 위해 난자를 제공하는 여성의 서면동의를 얻어 착상전 유전자진단을 행한 자도 위법하게 행위 한 것이 아니다.”고 규정함으로써 착상전 유전자진단의 예외적 허용을 선언하고 있다. 이러한 예외개념에 따라 부모의 유전적 소인으로 인해 자녀에게 심각한 유전 질환에 대한 높은 위험성이 존재하거나(배아보호법 제3조a 제2항 제1문), 사산 또는 유산을 야기하는 데 높은 개연성을 갖는 배아의 심각한 손상(배아보호법 제3조a 제2항 제2문)이 확정될 경우²⁷⁾에 임신 목적에 국한된 자궁 이식 전 체외 검사의 수행에 대한 위법성은 탈락한다.

셋째, 배아보호법 제3조a 제3항 제1문은 착상전 유전자진단의 절차와

26) Bundesärztekammer, Memorandum zur PID, DÄBl. 2011, A-1702.

27) BT-Dr. 17/5451, S. 2, 8.

관련하여 “전항에 따른 착상전 유전자진단은 1. 배아 세포에 대한 유전적 검사를 원하는 여성에게 의료적, 심리적 그리고 사회적 결과의 설명과 상담이 사전에 이루어지고, 이 경우 설명은 동의를 얻기 전에 선행될 것, 2. 착상전 유전자진단을 위해 허가된 센터에 설치된 학제간 다양한 구성원이 상호 참여한 윤리위원회가 제2항의 전제조건을 충족을 심사하고 긍정적 평가가 제출된 이후 일 것, 3. 착상전 유전자진단의 조치를 수행하기 위해 필요한 진단적, 의료적 그리고 기술적인 가능성을 처리하는 허가된 센터 내에서 이를 위해 일정한 자격을 갖춘 의사에 의할 것의 경우에 허용된다.”고 규정하고 있다. 이에 착상전 유전자진단은 자격을 갖춘 의사에 의한 의학적, 심리적 그리고 사회적 결과에 대한 설명과 상담이 있고, 당해 여성의 서면동의를 얻어 학제간 상호 참여한 윤리위원회의 긍정적 표결이 있는 후에 허가된 착상전 유전자진단 센터에서만 수행된다.²⁸⁾ 그리고 “윤리위원회에서 거부된 사안을 포함하여 착상전 유전자진단의 범위 내에서 수행된 조치는 허가된 센터에 의해 중앙기구(Zentralstelle)에 익명화된 형태로 보고되고 문서화”되어야 하며(배아보호법 제3조a 제3항 제2문), “연방정부는 연방상원(Bundesrat)의 동의를 얻은 시행령을 통해 1. 그곳에서 종사하는 의사의 자격과 허가의 기간을 포함하여 착상전 유전자진단을 수행할 수 있는 센터의 수와 허가를 위한 전제조건, 2. 착상전 유전자진단을 위한 윤리위원회의 설치, 구성, 절차 그리고 재정, 3. 착상전 유전자진단의 범위 내에 수행된 조치에 관한 문서 업무가 의무화된 중앙기구의 설치와 조직화, 4. 중앙기구에 착상전 유전자진단의 범위 내에서 수행된 조치에 관한 보고의 요구와 문서에 대한 요구”에 대한 상세한 내용을 규정하여야 한다(배아보호법 제3조a 제3항 제3문).

넷째, 배아보호법 제3조a 제6항은 “연방정부는 매 4년마다 착상전 유전자진단의 경험에 관한 보고서를 발간한다. 보고서는 주요한 문서와 익명화된 데이터를 기초로 하여 매년 수행된 조치의 수와 학문적인 평가를 포함한다.”고 규정하고 있다. 이는 윤리적으로 논란이 된 착상전 유전자진단의 제한된 허용에 관한 논의 과정에서 찬성론자뿐만 아니라 반대론

28) BT-Dr. 17/5452, S. 3, 7.

자의 관심이 그간 독일에서 수집된 착상전 유전자진단에 관한 자료와 경험에 쏠리게 되었는데 이러한 관심을 적극적으로 반영한 것이다.

마지막으로, 배아보호법 제9조는 의사유보 사항으로 착상전 유전자진단을 신설하고(동조 제3호), 착상전 유전자진단 검사의 참여에 대한 의사의 비의무(배아보호법 제3조a 제5항) 그리고 배아보호법 제3조a 제3항 제1문에 위반하여 착상전 유전자진단을 수행한 자에게 50,000 유로 이하의 과태료를 부과하는 질서위반규정을 두고 있다(배아보호법 제3조a 제4항).²⁹⁾

3. 독일 배아보호법 제3조a의 문제점

배아보호법 제3조a의 신설을 통해 착상전 유전자진단의 허용과 한계를 둘러싼 그간의 첨예하게 대립된 논쟁에 대해 잠정적 결론에 도달하였고 입법과정에서 명확한 정치적 요구가 입안되기도 하였지만 신설된 배아보호법 제3조a는 여전히 핵심적 의문과 관련하여 부분적으로 불분명하거나 전혀 규정되지 않은 등 여러 문제점을 보이고 있다.³⁰⁾

첫째, 배아보호법 제3조a에 규정된 주요한 구성요건표지로 “심각한 유전 질환의 높은 위험성”과 “자산 또는 유산을 야기하는 데 높은 개연성을 갖는 배아의 심각한 손상의 확정”(배아보호법 제3조a 제2항)이라는 용어가 있다.³¹⁾ 여기서 이러한 개념들이 얼마만큼 명확하게 규정될 수 있는 것인지, 착상전 유전자진단의 적법성(Rechtmäßigkeit) 내지 위법성(Rechtswidrigkeit)의 해석에 관한 다툼이 규범상 이미 내포해 있는 것은 아닌지 등의 의문이 제기될 수 있다. 이와 관련하여 법률초안의 제안서에 따르면 무엇보다 “현저히 낮은 생존가능성 또는 질병의 중증성과 곤란한 치유가능성을 통해 다른 유전 질환과는 본질적으로 구분”³²⁾되는 유전 질환은 심각한 것으로 평가된다. 이러한 유전 질환에 대한 높은 개연성은

29) Czerner, 앞의 논문, S. 784.

30) 이에 대한 상세한 분석으로는 Hübner und Pühler, “Die neuen Regelungen zur Präimplantationsdiagnostik -wesentliche Fragen bleiben offen-”, MedR 2011, 789 ff.

31) 독일은 입법과정에서 특정 질병의 단편화를 방지하기 위해 적극적 목록의 예시를 포기하였다(BT-Dr. 17/5451 zu Art. 1 Nr. 1 § 3 a, S. 8).

32) BT-Dr. 17/5451, S. 10.

한편으로 독일에서 거주하는 인구의 일반적인 위험과 상관관계를 맺고 있으며, 다른 한편으로 법률규정에 따른 개연성은 유전적인 소인의 전이 가능성과 조합성을 유전학적으로 평가하여 산출할 수 있다. 따라서 이러한 불명확한 구성요건의 전제조건은 여성 또는 부부의 유전자적 특징과 관련된 의학적 전문지식의 도움에 의해서만 해석이 가능하다. 또한 이들은 배아보호법 제3조a의 전제조건을 충족 여부를 검토하기 위해 구성된 착상전 유전자진단에 대한 윤리위원회를 통해 개별사례마다 평가가 이루어질 수밖에 없으며, 이러한 평가에 의해 동시에 위법성에 대한 법적인 평가가 예단될 수 있을 것이다.³³⁾

둘째, 배아보호법 제3조a에 따른 착상전 유전자진단은 “일회의 시술 주기(Zyklus) 내에 3개 이상의 배아를 부녀에게 이식한 자” 또는 “일회의 시술 주기 내에 이식할 수 있는 수를 초과하여 난자를 부녀에게 수정시킨 자”를 3년 이하의 자유형 또는 벌금에 처하는 배아보호법 제1조 제1항 제3호 및 제5호[이른바 세 개 규정(sog. Dreier-Regel)³⁴⁾]에 따른 제한을 받는다. 하지만 국제적 경험에 의하면 “착상전 유전자진단을 위해서는 평균적으로 6.9개의 배아가 필요하고 유전자진단에 따라 평균적으로 1.7개의 배아가 이식 가능한 것으로 분류된다.”³⁵⁾고 알려져 있고, 독일 윤리위원회도 “세 개 규정의 준수 하에서 착상전 유전자진단의 수행은 국내외의 전문가의 견해에 의하면 전적으로 실행 가능성이 없는 것으로 평가되고 있음”³⁶⁾을 지적했다. 이 때문에 “착상전 유전자진단에 의해 수행된 처치의 성공이라는 측면과 과다한 잔여배아의 회피라는 목적과의 사이에”³⁷⁾ 적절한 타협이 요구된다. 그렇지 않고 세 개 규정을 임의로 확대하여 해석할 경우에 일련의 처치 과정을 통해 모(Mutter)에게 지속적인 부

33) Hübner und Pühler, 앞의 논문, S. 792 f.

34) 이에 대한 상세한 설명으로는 Günther/Taupitz/Kaiser, Embryonenschutzgesetz, Juristischer Kommentar mit medizinisch-naturwissenschaftlichen Einführungen, 2008, S. 107 ff. 참조.

35) Deutscher Ethikrat, Präimplantationsdiagnostik, Stellungnahme des Deutschen Ethikrates, 2011, S. 58 m.w.N.

36) Deutscher Ethikrat, Präimplantationsdiagnostik, Stellungnahme des Deutschen Ethikrates, 2011, S. 19.

37) Deutscher Ethikrat, Präimplantationsdiagnostik, Stellungnahme des Deutschen Ethikrates, 2011, S. 53.

담이 가해질 수밖에 없다는 것이 지적되었고, 이에 따라 배아보호법 제1조 제1항 제5호의 개정예에 대한 검토가 제안되었다. 이와 관련하여 독일 연방의사협회는 배아보호법 제1조 제1항 제5호의 개정예에 대해 찬성하고 있다. 즉 처치를 담당하는 의사는 이식에 적합한 충분한 배아의 수를 가지고 착상전 유전자진단이 이루어지게 하고 과도한 배아의 수가 가능한 적게 남을 수 있도록 심사숙고하여 수정시킬 난자의 수를 확정할 수 있어야 하며, 특정한 최대 개수의 확정은 권고되지 않는다는 것이다.³⁸⁾ 그러나 독일연방대법원은 2010년 7월 6일의 판결에서 이에 대해 판시하지 않았고 배아보호법상의 개정도 이루어지지 않았다. 그 결과 배아보호법의 규범수범자로서 의사에 대한 법적 불안정성은 여전히 극복되지 않고 있다.³⁹⁾

셋째, 착상전 유전자진단은 배아보호법 제3조a 제3항 제1문 제3호에 따라 “착상전 유전자 진단이라는 조치의 수행에 필요한 진단적, 의료적 그리고 기술적 가능성을 처리”하는 허가된 착상전 유전자진단 센터에서 수행하게 된다. 이와 관련하여 한편으로 배아보호법에서 상세하게 규정하지 않는 “센터”라는 개념을 어떠한 조직으로 이해해야 하는지 또는 이해할 수 있는지에 대해 의문이 제기된다. 다만 학계에서는 본질적으로 두 가지 모델이 논의되고 있다. 즉 하나는 착상전 유전자진단을 수행하는 조직, 즉 단일모델로서 인간 유전자적 조직 모델이고, 다른 하나는 착상전 유전자진단과 체외수정 기술을 함께 수행하는 조직, 즉 재생의료적 및 인간 유전자적 조직의 통합모델이다. 첫 번째 단일모델의 경우에 하나 또는 다수의, 예컨대 흔히 볼 수 있는 불임클리닉과 같은 재생의료적 조직이 인간 유전자적 조직으로서 착상전 유전자진단 센터와 협력을 할 수 있다. 이 경우에 의료상의 이유로 인해 두 조직 사이의 밀접한 관계 형성이 반드시 필요하지는 않다. 즉 체외수정 단계에서 거주지에서 가장 인접한 곳에 위치한 불임클리닉에서 환자에 대한 처치와 간호가 이루어질 것이다. 반면에 두 번째 통합모델의 경우 하나의 재생의료적 조직이 착상전 유전

38) Bundesärztekammer, Memorandum zur PID, DÄBl. 2011, A-1706.

39) Hübner und Pühler, 앞의 논문, S. 793.

자진단 센터로서의 인간 유전자적 조직과 공간상 인접한 곳에서 직접적으로 함께 업무를 수행할 수 있다. 이때 무엇보다 두 조직의 성격 모두를 가지고 있는 이러한 센터가 어떠한 전문의료적 책임을 부담해야 하는가라는 의문이 제된다. 무엇보다 이러한 성격을 갖는 제한된 수의 센터만이 허가될 경우에 환자에 대한 재생의료적 처치는 더 이상 주거지에서 인접한 곳에서 불가능하다. 하지만 이러한 제외수정-착상전 유전자진단의 통합모델 체제는 다른 제외수정만을 전문적으로 수행하는 조직인 보통의 불임클리닉과 비교할 때 경쟁우위에 설 수 있다.⁴⁰⁾

다른 한편으로 착상전 유전자진단 센터의 설치 개수에 대한 정치적으로 의도된 제한이 실무상 얼마만큼 실현될 수 있을지 여부도 불명확하게 남아 있다. 배아보호법 제3조a 제3항 제3문에 따르면 연방정부는 시행령을 통해 “그곳에서 종사하는 의사의 자격과 허가의 기간을 포함하여 착상전 유전자진단을 수행할 수 있는 센터의 수와 허가를 위한 요건에 대한 상세한 내용”을 규율해야 한다. 센터의 수에 대한 제한은 결과적으로 시행령에서 규정해야 하는 허가 요건에 의해 간접적으로 실현될 수 있다. 하지만 독일 내에 단지 소수의 개수로 또는 각 주에 하나만으로 센터의 수를 제한하는 것은 의도된 바가 아니다. 독일 연방 전체의 차원에서 각 주마다 적어도 하나의 센터를 허가할지 여부는 현재까지 논의되고 있지 않다.⁴¹⁾

마지막으로, 배아보호법 제3조a 제3항 제1문 제2호에 따르면 착상전 유전자진단의 전제요건의 충족 여부를 심사하기 위하여 센터에 윤리위원회를 설치해야 한다. 이와 관련하여 우선 “윤리위원회”라는 개념이 적합한 선택은 아니라고 한다. 즉 의약품법(Arzneimittelgesetz: AMG) 제40조 제1항과 의료제품법(Gesetz über Medizinprodukte: MPG) 제20조 제1항에 따라 활동하는 윤리위원회와의 혼동을 회피하기 위해 “착상전 유전자진단 위원회”라는 표현이 보다 적절할 수 있다. 그리고 윤리위원회의 주요 활동 과제와 관련하여 의약품법과 의료제품법에 따라 활동 중인 기존의 윤리

40) Hübner und Pühler, 앞의 논문, S. 794.

41) Hübner und Pühler, 앞의 논문, S. 795.

위원회가 착상전 유전자진단의 규정에 관한 법률과 그에 따른 시행령에 따른 과제를 위임받을 수 없고 착상전 유전자진단과 관련된 위원회는 독자적인 과제를 가지고 있음이 분명하다. 무엇보다 윤리위원회가 소송으로 이어지는 거부권을 행사하는 경우에 윤리위원회의 법률적 위치에 관한 문제는 중요한 의미를 갖는다. 때문에 기본적으로 착상전 유전자진단 윤리위원회의 설치를 위한 권한을 주 의사협회에 위임하는 것을 고려해 볼 수 있다.

그리고 배아보호법 제3조a 제3항 제1문 제2호에 따른 윤리위원회를 센터“에” 설치해야만 하는 것도 문제이다. 윤리위원회는 독자적으로 활동하고 착상전 유전자진단 센터와는 조직상, 구조상 독립되어 있어야 한다는 것은 해당 전문영역에서 이미 분명히 인정되고 있다. 나아가 얼마나 많은 윤리위원회가 설치되어야 하는 것인지 그리고 다수의 윤리위원회가 설치되었을 경우에 거부권을 행사했을 때 또 다른 윤리위원회를 찾아가는 이른바 ‘위원회투어’(Kommissionstourismus)를 방지하기 위해 본질적 문제에 대해 어떤 방식으로 통일적인 해석이 이루어져야 하는지 등도 여전히 의문이다. 따라서 이러한 문제를 해결하기 위해 예컨대 각 주마다 하나의 주 착상전 유전자진단 윤리위원회가 설치되고 이와 더불어 상위의 연방 착상전 유전자진단 윤리위원회를 설치하는 것을 고려해 볼 수 있다. 연방 착상전 유전자진단 윤리위원회는 다툼이 있는 문제에 대해 상위의 “두 번째 심급기관”으로 역할을 하며, 연방 차원의 통일적인 해석과 평가기준을 마련하기 위해 개별 주 착상전 유전자진단 윤리위원회는 연방 차원에서 정기적으로 교체되도록 설치될 필요가 있다.⁴²⁾

42) Hübner und Pühler, 앞의 논문, S. 795.

IV. 비교법적 검토 및 시사점

1. 우리나라 생명윤리법상 착상전 유전자진단 규정과 비교

(1) 생명윤리법상 착상전 유전자진단 규정의 내용

우리나라에서 착상전 유전자진단에 관한 규율은 생명윤리법에서 찾을 수 있다. 생명윤리법은 유전자검사에 대해 “개인의 식별, 특정한 질병 또는 소인의 검사 등의 목적으로 혈액·모발·타액 등의 검사대상물로부터 염색체·유전자 등을 분석하는 행위를 말한다.”(생명윤리법 제2조 제6호)고 정의하고 있으므로 착상전 유전자진단은 이러한 유전자검사의 하위개념으로 이해할 수 있다. 이러한 유전자검사 개념정의를 바탕으로 생명윤리법 제25조(유전자검사의 제한) 제2항은 “유전자검사기관은 근이영양증 그 밖에 대통령령이 정하는 유전질환을 진단하기 위한 목적외에는 배아 또는 태아를 대상으로 유전자검사를 하여서는 아니된다.”고 함으로써 착상전 유전자진단과 산전진단을 같은 조항에서 규정하고 있다. 이때 생명윤리법 제25조 제2항에서 말하는 “대통령령이 정하는 유전질환”은 동시행령 [별표 1의2]에 따라 수적 이상 염색체이상질환 등을 포함하여 62종의 유전 질환으로 규정하고, 동시행령 [별표 1의2] 제63호에 따른 “그 밖에 질환의 예후 등이 제1호부터 제62호까지의 질환과 같은 수준의 유전 질환으로서 보건복지부장관이 지정·고시한 유전질환”으로는 91종이 검사 대상으로 고시되어 있다.⁴³⁾ 그리고 제25조의 규정을 위반하여 착상전 유전자진단을 행하는 경우에 동법 제52조 제3호에 따라 “2년 이하의 징역 또는 3천만원 이하의 벌금”에 처해진다.

(2) 독일 배아보호법 제3조a와의 비교

우리나라 생명윤리법상 착상전 유전자진단에 관한 규율 내용을 앞서 언급한 독일 배아보호법 제3조a와 비교하면 다음과 같은 공통점과 차이점을 발견할 수 있다.

43) 2011년 11월 14일 보건복지부고시 제2011-140호.

우선, 우리나라와 독일은 동일하게 착상전 유전자진단을 원칙적으로 금지하고 예외적으로 허용하는 한편 이러한 금지규범의 위반에 대해 형벌을 부과함으로써 배아보호를 위해 형법의 적극적 개입을 선언하고 있다. 다만 그 허용대상으로서의 유전 질환의 범위에 대해 독일이 부모의 유전적 소인으로 인해 자녀에게 심각한 유전 질환에 대한 높은 위험성이 존재하거나(배아보호법 제3조a 제2항 제1문), 사산 또는 유산을 야기하는데 높은 개연성을 갖는 배아의 심각한 손상이 확정될 경우(배아보호법 제3조a 제2항 제2문)로 다소 모호한 개념으로 규정하고 있으나, 우리나라는 생명윤리법 시행령과 보건복지부고시를 통해 유전 질환의 목록을 예시적으로 나열하고 있다. 그리고 법정형에 있어서도 독일이 1년 이하의 자유형과 벌금인 반면 우리나라는 2년 이하의 징역 또는 3천만원 이하의 벌금으로 차이를 보이고 있다. 이와 관련하여 독일에서 “심각한 유전 질환의 높은 개연성”과 “사산 또는 유산을 야기하는 데 높은 개연성”이라는 구성요건표지가 불명확하다는 비판이 있으나 이러한 비판은 우리나라와 같이 하위 법령에서 유전 질환의 목록을 보다 구체적으로 규정함으로써 충분히 해소될 수 있으리라 본다. 또한 법정형에 있어서도 차이가 있으나 이는 두 국가의 형법상 법정형의 전체적 체계를 고려해서 판단해할 문제로 단순히 우리나라의 법정형이 높다고 하여 문제가 된다고 볼 수 없다.

둘째, 착상전 유전자진단은 독일의 경우 허가된 착상전 유전자진단 센터에서(배아보호법 제3조a 제3항 제1문 제3호), 우리나라는 보건복지부장관에게 신고한 유전자검사기관에서 수행(생명윤리법 제24조 제1항)하게 함으로써 일정한 시설과 인력을 갖춘 곳으로 한정시키고 있다. 이와 관련하여 독일의 착상전 유전자진단 센터의 조직모델에 대해 착상전 유전자진단만을 수행하는 단일모델과 착상전 유전자진단과 체외수정을 함께 수행하는 통합모델이 논의되고 있는데, 우리나라는 배아생성의료기관(생명윤리법 제14조 제1항)⁴⁴⁾과 유전자검사기관(생명윤리법 제24조 제1항)⁴⁵⁾을

44) 생명윤리 및 안전에 관한 법률 제14조(배아생성의료기관) ① 인공수태시술을 위하여 정자 또는 난자를 채취·보관하거나 이를 수정시켜 배아를 생성하고자 하는 의료기관은 보건복지부장관으로부터 배아생성의료기관으로 지정받아야 한다.

별도로 구분하여 규정하고 있다. 그런데 이러한 생명윤리법에 따르면 배아생성의료기관에서 생성된 배아를 유전자검사기관에 보내서 착상전 유전자진단을 하는 것이 가능한데, 실질적으로 착상전 유전자진단은 배아생성 후 3일 이내에 시행하여야 하고, 그 검사 결과를 바탕으로 유전적으로 건강한 배아를 선택하여 자궁에 착상하는데 소요되는 시간을 고려하면 통상적으로 24시간의 여유밖에 없으므로 배아생성의료기관 이외에서 착상전 유전자진단을 하는 것은 실질적으로 불가능하다고 한다.⁴⁶⁾ 따라서 이러한 현실적인 시간문제를 해결하기 위하여 배아생성의료기관 내에 착상전 유전자진단이 가능한 유전자검사기관을 법에 규정한 바에 따라 보건복지부에 신고하도록 한 후 동일한 기관 내에서 자체적으로 착상전 유전자진단이 이루어지도록 하는 통합모델로의 운영이 바람직하다고 본다.

셋째, 우리나라와 독일은 윤리위원회를 통하여 착상전 유전자진단의 허용요건의 충족 여부를 심의하도록 하고 있다. 이와 관련하여 독일은 착상전 유전자진단 센터 내에 의약품법(AMG)과 의료제품법(MPG)에 따라 설치된 윤리위원회와 구분되는 별도의 윤리위원회를 설치하여 착상전 유전자진단의 대상이 되는 심각한 유전 질환의 높은 개연성 등에 해당하는지 여부를 포함한 전반적인 사항을 심의한다. 반면에 우리나라는 생명윤리법 제25조 제1항의 규정에 따라 금지되는 유전자검사의 종류에 관한 사항은 국가생명윤리위원회에서 심의하며(생명윤리법 제6조 제4호), 생명윤리법 제24조 제1항에 따라 보건복지부장관에게 신고한 유전자검사기관에는 별도의 기관생명윤리위원회를 설치하여 이곳에서 생명과학기술 연구계획서의 윤리적·과학적 타당성 등을 심의하도록 하고 있다(생명윤리법 제9조 제1항 제4호, 제2항).⁴⁷⁾ 즉 우리나라의 유전자검사기관 윤리위원회가 독

45) 생명윤리 및 안전에 관한 법률 24조(유전자검사기관 등) ① 유전자검사를 하고자 하는 자 또는 직접 검사대상물을 채취하여 유전자에 관한 연구를 하고자 하는 자는 유전자검사시설 또는 연구시설의 소재지, 기관장, 유전자검사 또는 연구항목 등의 사항에 대하여 보건복지부령이 정하는 바에 따라 보건복지부장관에게 신고하여야 한다. 다만, 국가기관이 유전자검사 또는 유전자에 관한 연구를 하는 경우에는 그러하지 아니하다.

46) 김장한, 앞의 논문, 2503쪽.

47) 생명윤리 및 안전에 관한 법률 제9조(기관생명윤리심의위원회의 설치 및 기능) ① 다음 각 호의 기관은 생명과학기술에 있어서의 생명윤리 및 안전을 확보하기 위하여 해당 기관에 기관생명윤리심의위원회(이하 “기관위원회”라 한다)를 두어야 한다.

일의 착상전 유전자진단 센터 내의 윤리위원회와 비교 될 수 있으나, 독일의 착상전 유전자진단 센터 내의 윤리위원회가 보다 포괄적인 심의 권한을 가지고 있다. 나아가 양 국가 모두 이러한 착상전 유전자진단 윤리위원회에서 거부권을 행사할 경우에 나타날 수 있는 ‘위원회투어’의 문제와 본질적인 사항에 대한 통일적 해석의 문제가 있으나, 우리나라의 경우에 이러한 문제는 “그 밖에 윤리적·사회적으로 심각한 영향을 미칠 수 있는 생명과학기술의 연구·개발 또는 이용에 관하여 심의위원회의 위원장이 부의하는 사항”(생명윤리법 제6조 제1항 제6호)에 해당하다고 보아 국가생명윤리위원회에서 심의하는 방식으로 해결할 수 있다고 본다.

마지막으로, 우리나라와 독일 모두 착상전 유전자진단을 위해 다소간의 차이가 있으나 설명과 상담, 서면동의(생명윤리법 제5조, 제26조/배아보호법 제3조a 제3항 제1문), 기록의 관리 및 열람(생명윤리법 제29조/배아보호법 제3조a 제3항 제2문), 착상전 유전자진단의 경험 보고서 등의 발간(생명보호법 제4조 제1항48)/배아보호법 제3조a 제6항) 등을 요구한다는 공통점을 보이고 있다.

-
1. 제14조제1항에 따라 보건복지부장관으로부터 지정받은 배아생성의료기관
 2. 제18조에 따라 보건복지부장관에게 등록한 배아연구기관
 3. 제23조에 따라 보건복지부장관에게 등록한 체세포복제배아연구기관
 4. 제24조제1항에 따라 보건복지부장관에게 신고한 유전자검사기관
 5. 제32조제1항 본문에 따라 보건복지부장관의 허가를 받은 유전자은행
 6. 제37조제1항에 따라 보건복지부장관에게 신고한 유전자치료기관
 7. 그 밖에 윤리적·사회적으로 심각한 영향을 미칠 수 있는 생명과학기술을 연구·개발 또는 이용하는 기관으로서 보건복지부령으로 정하는 기관
 - ② 기관위원회는 제1항 각호의 기관에서 행하여지는 생명과학기술의 연구·개발 또는 이용에 관하여 다음 각호의 사항을 심의한다.
 1. 생명과학기술 연구계획서의 윤리적·과학적 타당성
 2. 환자 또는 정자·난자·검사대상물의 제공자로부터 적법한 절차에 따라 동의를 받았는지의 여부
 3. 환자, 정자·난자·검사대상물의 제공자 또는 유전정보의 주체에 대한 안전대책 및 정자·난자·검사대상물을 타인에게 제공하는 경우에 성명·주민등록번호 등 개인을 식별할 수 있는 정보(이하 “개인정보”라 한다)에 대한 보호대책
 4. 그 밖에 제1항 각호의 기관에서 행하여지는 생명과학기술의 연구·개발 또는 이용에 관한 사항
 - 48) 생명윤리 및 안전에 관한 법률 제4조 제1항은 “국가 또는 지방자치단체는 생명과학기술의 개발·이용과정에서 일어날 수 있는 생명윤리 및 안전에 관한 문제에 효율적으로 대처할 수 있도록 필요한 시책을 마련하여야 한다.”고 규정하고 있는데, 이러한 국가 책무 중에 착상전 유전자진단에 관한 경험보고서의 발간 등이 포함될 수 있다고 본다.

2. 형법적 관점에서의 시사점

(1) 착상전 유전자진단의 허용요건과 관련된 ‘임신 이외의 목적’의 해석

우리나라와 독일은 착상전 유전자진단에 대해 원칙적 금지, 예외적 허용이라는 구조를 취하면서 착상전 유전자진단이 정당화되기 위해서는 ‘임신 이외의 목적’이 아닌 ‘임신 목적’을 위한 것이라는 주관적 구성요건을 요구하고 있다. 즉 착상전 유전자진단을 위해서는 그 전단계로서 체외수정에 따른 배아생성이 필요한데, 우리나라 생명윤리법 제13조 제1항은 “누구든지 임신외의 목적으로 배아를 생성하여서는 아니된다.”고 규정하고 있고, 독일 배아보호법 제1조 제1항 제2호는 “난자를 제공하는 부녀의 임신 이외의 목적으로 당해 난자를 인공수정 시킨 자”라고 규정하여 ‘임신 이외의 목적’이라는 주관적 구성요건의 해석이 착상전 유전자진단의 가별성의 인정 여부와 관련하여 중요한 문제로 등장한다.⁴⁹⁾

이와 관련하여 착상전 유전자진단을 전제로 배아를 생성함에 있어 여성의 임신을 유일한 목적으로 하여 1단계 체외수정, 2단계 착상전 유전자진단, 3단계 자궁 이식 여부의 최종결정이라는 일련의 과정 속에서 누적적인 고의요소로서 매 단계마다 반드시 임신 목적이 요구되는 것인가, 아니면 여성의 임신 목적이 어쨌든 존재하기만 하면 이를 통해 예컨대 잔여배아의 폐기와 같은 다른 목적, 즉 임신 이외의 목적이 동시에 존재한다고 할지라도 가별성이 탈락하는 것인가라는 주관적 구성요건표지를 확정함에 있어 어려움에 처한다.⁵⁰⁾ 만일 전자와 같은 입장에 따르면 [사례 1, 2]에서 보듯이 의사는 임신 목적으로 착상전 유전자진단을 시행하고 임신을 성공시켜 소망한 결과인 건강한 아이를 탄생시켰음에도 불구하고 잔여배아의 폐기행위는 임신 이외의 목적에 의한 것으로, 즉 행위자는 착상

49) 이들 규정을 위반한 경우 우리나라는 생명윤리법 제51조 제1항에 따라 3년 이하의 징역으로, 독일은 배아보호법 제1조 제1항에 따라 3년 이하의 자유형 또는 벌금으로 처벌된다.

50) 이에 대한 상세한 분석으로는 김나경, “‘주관적 구성요건표지’를 매개로 하는 생명공학의 규율원리 모색 -착상 전 유전자 진단(PGD)의 문제를 중심으로-”, 「형사법연구」 제19권 제3호, 2007, 777쪽 이하 참조.

전 유전자진단의 과정에서 잔여배아 폐기의 가능성을 인식하면서 이를 용인 또는 감수하고 행위를 하였기 때문에 잔여배아 폐기의 고의가 인정⁵¹⁾되어 가벌성을 인정할 수 있다는 뜻하지 않는 결과에 직면할 수 있다.

생각전대 ‘임신 목적’이라는 주관적 구성요건표지는 착상전 유전자진단의 전체적인 과정의 맥락에서 임신이라는 최종적인 목표를 향한 하나의 통일적인 절차에 대한 인식과 의욕으로 이해하여 ‘임신 목적’과 ‘임신 이외의 목적’은 서로 상충적 관계에 있는 것으로 파악하는 것이 타당하다고 본다.⁵²⁾ 이에 따르면 착상전 유전자진단의 과정에서 발생하는 잔여배아의 폐기는 임신 목적이라는 최종적인 목표를 향하여 나가는 과정 속에서 행위자가 원하지 않았던 불가피한 부수적 결과에 지나지 않으므로 잔여배아 폐기의 독자적인 불법성을 인정할 수 없다. 독일연방대법원도 [사례 2]의 사안에 있어 같은 취지로 피고인이 비록 잔여배아를 죽게 하였지만 피고인의 행위는 자신의 환자에게 임신을 돕기 위한 의도에 따라 단지 건강한 배아만으로 임신을 유도하고자 했기 때문에 배아보호법 제1조 제1항 제2호에 따른 가벌성이 인정되지 않는다고 판시한 바 있다.⁵³⁾

(2) 잔여배아 폐기의 문제

착상전 유전자진단은 체외수정 기술을 통해 생성된 배아 중에서 유전적 결함이 없는 배아는 살아남고 그렇지 못한 배아는 폐기되는, 즉 누군가는 살아남고 누군가는 죽어야만 하는 근본적인 윤리적 문제에 직면한다. 더욱이 착상이전의 배아에 대해 생명권을 부여하고 인간의 존엄성을 인정함으로써 형법상의 절대적 생명보호원칙을 적용할 경우 잔여배아의 폐기, 즉 생명의 말살을 불가피하게 수반하는 착상전 유전자진단은 언제

51) 김나경, 앞의 논문, 789쪽.

52) 같은 취지로 김나경, 앞의 논문, 794-795쪽; 이석배, “착상전유전자진단과 산전유전자진단에 대한 형법적 제재의 정당성”, 「한양법학」 제23권 제1집, 2012, 51-53쪽; Schneider, “Auf dem Weg zur gezielten Selektion -Strechliche Aspekte der Präimplantationsdiagnostik”, MedR 2000, S. 362; Ratzel/Heinemann, “Zulässigkeit der Präimplantationsdiagnostik nach Abschnitt D, IV Nr. 14 Satz 2(Muster-)Berufsordnung -Änderungsbedarf?”, MedR 1997, S. 542.

53) BGH, Urt. v. 6. 7. 2010 - 5 StR 386/09 - NJW 2010, 538.

나 허용될 수 없다는 견해가 도출될 수 있다.⁵⁴⁾ 이러한 견해에 따르면 체외수정된 배아의 인간적 생명은 소모적 재료가 아니기 때문에 윤리적 이유없이 인간존엄의 불가침성과 인간생명의 처분불가능성의 기본원칙을 전적으로 포기할 수 없다고 한다.⁵⁵⁾

그러나 이러한 견해는 현행 형법 체계 아래에서는 타당하지 않다고 본다. 배아보호에 대한 형법상 법익은 배아의 생명권에 있음에 틀림없다.⁵⁶⁾ 하지만 배아가 출생을 통해 하나의 인간이 될 잠재성, 인간생명의 발전과정이 지니는 연속성, 배아와 인간 간의 유전적 동일성, 배아와 인간 모두 호모 사피엔스라는 생물학적 동종성 등으로 인해 인간과 동일하게 생명권이 부여되었다고 하더라도 그 보호의 정도에 있어서까지 동일성이 요구될 수 없다.⁵⁷⁾ 즉 ‘되어가는 인간으로서 배아’(Embryonen als ein werdender Mensch)에게 생명권이 인정된다고 하더라도 인간과 동일한 정도로 절대적으로 보호받아야 하며, 결코 희생될 수 없다는 의미는 아니다. 형법상 살인죄, 영아살해죄, 낙태죄가 인간생명의 발달단계에 따라 법적 보호수준을 달리하고 있는 것은 생명권은 인간의 존엄과 가치와 달리 인간생명의 발달단계에 따라 그 보호를 단계적으로 달리할 가능성을 형법적 차원에서 이미 인정하고 있기 때문이다.⁵⁸⁾ 이는 통상적인 배아, 잔

54) Schroth/김성돈(역), “법의학의 현대의 법이론 및 법철학의 신경향 -의료윤리학, 생명윤리학 그리고 법”, 「법철학연구」 제9권 제1호, 2006, 272쪽.

55) 김일수/이석배, “착상이전단계에서 배아생명보호”, 「형사법연구」 제16호, 2001, 34쪽.

56) 최근 헌법재판소는 배아의 생명권을 언제부터 인정하여 기본권의 주체 내지 국가의 보호의무를 부과할 수 있는가의 문제와 관련하여 “초기배아는 수정이 된 배아라는 점에서 형성 중인 생명의 첫걸음을 떼었다고 볼 여지가 있기는 하나 아직 모체에 착상되거나 원시선이 나타나지 않은 이상 현재의 자연과학적 인식 수준에서 독립된 인간과 배아 간의 개체적 연속성을 확정하기 어렵다고 봄이 일반적이라는 점, 배아의 경우 현재의 과학기술 수준에서 모태 속에서 수용될 때 비로소 독립적인 인간으로의 성장가능성을 기대할 수 있다는 점, 수정 후 착상 전의 배아가 인간으로 인식된다거나 그와 같이 취급하여야 할 필요성이 있다는 사회적 승인이 존재한다고 보기 어려운 점 등”을 논거로 하여 수정 후 원시선이 생기기 전 초기배아에 한하여 인간존엄과 생명권의 기본권 주체성을 부정하여 ‘수정시설’이 아닌 ‘수정후14일설’의 입장을 취하고 있다(헌법재판소 2010.5.27. 선고 2005헌마346 결정).

57) 김나경, 앞의 논문, 794쪽.

58) 인간생명의 단계적 보호에 대해서는 이석배, “생명윤리에 대한 형법적 보호의 범위와 한계”, 「동아법학」 제42호, 2008, 153-155쪽; Hilgendorf/이상돈·홍승희(역), 형법의 세계화와 전문화, 박영사, 2010, 202-204쪽 참조.

여배아, 복제된 배아 모두 생명권의 주체가 되지만 배아의 생명권은 일정한 경우에 이익형량을 통해 제한될 수 있음을 의미한다. 따라서 생명윤리법 제13조 제1항의 임신외의 목적으로 한 배아생성금지, 생명윤리법 제17조의 잔여배아연구, 동법 제22조에 따른 착상전 유전자진단에 불가피하게 수반되는 잔여배아의 폐기는 그 목적의 정당성, 원칙적 금지·예외적 허용이라는 규범구조상 규율방법의 적정성과 침해의 최소성이 인정되며, 잔여배아 폐기의 경우 아직 발전되지 않은 형태로 나타나는 배아의 이익과 건강한 자녀를 얻고 이들과 함께 삶을 향유하고자 하는 여성과 부부의 삶의 이익을 형량할 때 법익의 균형성까지 갖추었다고 판단된다. 결국 잔여배아를 포함한 배아의 생명권은 형법상 절대적으로 보호되는 것이 아니라 여성과 부부의 중대한 삶의 이익과의 형량을 통해 차등적으로 보호될 뿐이다. 다만 헌법재판소가 “인간으로 발전할 잠재성을 갖고 있는 초기배아라는 원시생명체에 대하여도 헌법적 가치가 소홀히 취급되지 않도록 노력해야 할 국가의 보호의무가 있음”⁵⁹⁾을 분명히 하고 있으므로 국가는 배아의 생명권을 보호할 의무가 있으며 배아 생명의 파괴를 최소화 하도록 노력해야 한다.⁶⁰⁾

(3) 생명윤리 영역에 형법의 개입

독일은 그 동안 배아보호를 충실히 하기 위하여 착상전 유전자진단이 갖는 여러 효용성에도 불구하고 착상전 유전자금지를 전면적으로 금지하여 오다 “또 다시 위험한 임신을 감내하기를 원하지 않는 매년 약 200쌍에 달하는 부모”⁶¹⁾를 고려하여 착상전 유전자진단에 대해 배아보호법 제3조a를 통해 원칙적 금지·예외적 허용이라는 방향으로 선회하였다. 이는 착상전 유전자진단에 대한 형법적 개입에 있어 한 걸음 후퇴하였음을 의미한다. 그러나 이러한 후퇴에도 불구하고 우리나라와 독일은 착상전 유전자진단을 포함한 생명윤리 영역에 있어 형법적 규제수단을 여전히 고수하고 있다.

59) 헌법재판소 2010.5.27. 선고 2005헌마346 결정.

60) 김재윤, “생명공학과 의료기술의 발전에 따른 형사법적 쟁점과 과제”, 「법학논총」 제31집 제2호, 전남대학교, 2011, 39-40쪽.

61) BT-Dr. 17/5451, S. 7.

하지만 이러한 생명윤리 영역에 형법적 개입은 다음과 같은 이유에서 최소화할 필요가 있다고 본다. 하나는, 형법은 규범의 수범자인 시민에게 영웅적 행위를 요구해서는 안 되며 윤리적 최소한에 만족하여야 하기 때문이다. 유전적 결함이 있는 태아에 대한 의학적 사유에 의한 낙태가 허용되는 것(모자보건법 제14조, 동시행령 제15조)은 장애아를 키울 여성과 부모에 대한 정신적, 육체적 고통을 고려한 것이며, 그러한 희생을 형법적 수단으로 강제하는 것을 포기한다는 것을 의미한다. 이러한 실정법상의 태도를 부인하고 착상전 유전자진단이 배아보호를 점차 희석시킴으로써 중국에 배아보호를 붕괴시키는 단초가 될 수 있다는 우려만을 가지고 심각한 유전적 결함 여부를 착상전 단계에서 충분히 진단할 수 있음에도 불구하고 형법의 이름으로 이를 원천적으로 차단함으로써 낙태될 배아를 착상시켜야만 하거나 심지어 유전적 결함이 있는 자녀의 출생을 강제하는 것은 형법이 규범 수범자로 하여금 영웅적 행위와 윤리적 최대함을 요구하는 것으로 타당하지 않다.⁶²⁾ 다른 하나는, 형법은 사회문제, 특히 뜨거운 논쟁이 진행되는 생명윤리 영역에서 발생하는 문제해결의 만병통치약이 아니라 최후수단이라는 점을 언제나 상기할 필요가 있기 때문이다. 우리나라의 생명윤리법과 독일의 배아보호법은 배아의 생명권을 보호법익으로 파악하여 원칙적으로 임신외의 목적으로 한 배아생성을 금지하고 착상전 유전자진단에 대해서도 원칙적 금지·예외적 허용의 태도를 취하고 있으나, 앞서 언급한 바와 같이 ‘임신 목적’이라는 주관적 구성요건의 확정의 어려움과 아울러 생명윤리법 시행령 [별표 1의2]와 보건복지부고시에서 나열된 질병목록에 해당하지 아니해도 관련 연구자에 의해 이러한 질병목록에 해당하는 진단으로 손쉽게 변질될 가능성이 있으므로 원칙은 사라지고 예외만이 남을 가능성이 높다. 따라서 생명윤리법이 원칙적으로 형법에서 낙태죄를 엄격히 처벌하고자 하나 예외적으로 모자보건법에서 폭넓은 허용사유를 나열하여 태아의 생명보호는 어디론가 사라져버린 전철을 밟지 않기 위해서는 형법적 규제수단을 통한 개입은 가능한 최후수단으로 머물러야 한다.

62) 같은 취지로 Lillie/하태영·이석배(역), “배아연구의 미래와 형법의 과제”, 「동아법학」 제38호, 2006, 327쪽; 조훈, “형법에 있어서의 생명보호”, 「형사법연구」 제16호, 2001, 4쪽.

V. 맺는 말

지금까지 배아의 생명권을 충실히 보호하기 위해 착상전 유전자진단을 전면적으로 금지해오던 기존 입장을 변경하여 원칙적 금지·예외적 허용의 방향으로 개정된 최근 독일 배아보호법 제3조a의 주요 내용을 비교법적 차원에서 우리나라의 생명윤리법과 검토함으로써 형법이 착상전 유전자진단을 포함한 생명윤리의 영역에 얼마만큼 개입하여야 하는가를 살펴 보았다.

무엇보다 착상전 유전자진단 반대론자에 의해 제기되는 이른바 ‘맞춤아기’ 내지 ‘슈퍼 아기’가 세상에 태어날 수 있다는 우려와 비판은 우리나라의 생명윤리법과 독일의 배아보호법 제3조a에서 착상전 유전자진단을 원칙적으로 금지하고 엄격한 예외 조항을 둠으로써 적어도 실정법의 테두리 내에서는 탄생이 어렵다고 본다. 나아가 착상전 유전자진단의 원칙적 금지에도 불구하고 사문화된 낙태죄 규정에 의한 태아의 생명권 보호의 형해화와 같이 착상전 유전자진단을 허용하는 심각한 유전 질환의 목록이 생명공학 기술의 발달에 따라 점차 폭넓게 인정되어 배아보호를 점차 희석시키고 종국에 배아보호를 붕괴시키는 단초가 될 수 있다는 이른바 ‘댐 붕괴 논쟁’(Dambruch-Argument)⁶³⁾에 기초한 비판은 여전히 유효하다고 본다. 왜냐하면 불명확하고 미래에 놓여진 수많은 요소와 변화에도 불구하고 인간으로서 발전되어 가는 배아의 생명권 보호라는 포기할 수 없는 형법상 과제와 관련하여 위험 논쟁은 언제나 고려되어야 하기 때문이다.⁶⁴⁾ 그러나 형법이 배아의 생명권 보호라는 과제를 포기할 수 없다고 하여 착상전 유전자진단에 대해 과도하게 개입함으로써 예컨대 유전적 결함이 있는 자녀의 임신을 강요하는 것은 비인간적이고 극단적인 상황을 초래할 뿐이다. 따라서 형법과 생명윤리법상 배아보호는 이미 형법 체계가 사람의 생명권을 보호함에 있어 태아, 영아, 사람에 따라 그 보호정도를 달리하고 있으므로 배아보호에 있어서도 배아의 발전단계와

63) Duttge, “Die Präimplantationsdiagnostik zwischen Skylla und Charybdis”, GA 2002, 241, 256; Beck, Stammzellenforschung und Strafrecht, 2006, S. 22.

64) Czerner, 앞의 논문, S. 784 f.

그 침해형태에 따라 태아보다 낮은 단계에서 보호가 인정되는 것이 타당하다고 본다.

결국 형법은 생명윤리 영역에 있어 배아의 생명권을 보호하고 관련 위험성을 제거하기 위해 여러 측면에서 개입이 불가피하지만 최후수단성과 단편적 성격을 고려하여 그 개입을 가능한 자제하여야 한다. 형법의 임무는 첨예한 논쟁이 진행되는 생명윤리의 최소한을 보호하는 데 있지 생명윤리의 최대한 내지 새로운 생명윤리를 형성하는 데 있지 않음을 유의할 필요가 있다.

참 고 문 헌

1. 국내문헌

- 김나경, “‘주관적 구성요건표지’를 매개로 하는 생명공학의 규율원리 모색-
착상 전 유전자 진단(PGD)의 문제를 중심으로-”, 형사법연구 제19
권 제3호, 2007.
- 김일수/이석배, “착상이전단계에서 배아생명보호”, 형사법연구 제16호,
2001.
- 김장한, “착상전 유전자 진단 및 산전 진단에 대한 법적 윤리적 고찰”, 대
한산부회지 제49권 제12호, 2006.
- 김재윤, “생명공학과 의료기술의 발전에 따른 형사법적 쟁점과 과제”, 전
남대학교 법학논총 제31집 제2호, 2011.
- 방승주, “착상전 진단의 헌법적 문제”, 헌법학연구 제16권 제4호, 2010.
- 선종수, “착상전 유전자진단의 형법적 과제”, 동아법학 제48호, 2010.
- 신동일, 착상전진단술에 대한 생명형법적 고찰, 한국형사정책연구원, 2006.
- 이석배, “생명윤리에 대한 형법적 보호의 범위와 한계”, 동아법학 제42호,
2008.
- _____, “착상전유전자진단과 산전유전자진단에 대한 형법적 제재의 정당
성”, 한양법학 제23권 제1집, 2012.
- 이형송/김민지/강인수, “단일 유전자 질환에 대한 착상전 유전자진단”, 대한
의학유전학회지 제6권 제2호, 2009.
- 정현미, “배아의 생명권과 착상전 유전자진단”, 비교형사법연구 제5권 제2
호, 2003.
- 황만성, “착상전 유전자진단의 활용과 형사책임”, 법학연구 제28집, 2007.
- Hilgendorf/이상돈·홍승희(역), 형법의 세계화와 전문화, 박영사, 2010.
- Lilie/하태영·이석배(역), “배아연구의 미래와 형법의 과제”, 동아법학 제38호,
2006; 조훈, “형법에 있어서의 생명보호”, 형사법연구 제16호,
2001.
- Schroth/김성돈(역), “법의학의 현대의 법이론 및 법철학의 신경향 -의료윤
리학, 생명윤리학 그리고 법”, 법철학연구 제9권 제1호, 2006.

2. 국외문헌

- Beck, Stammzellenforschung und Strafrecht, 2006.
- Braum, Menschenwürde und Biomedizin, Zum philosophischen Diskurs der Bioethik, 2000.
- Bundesärztekammer, Memorandum zur PID, DÄBl. 2011.
- Deutscher Ethikrat, Präimplantationsdiagnostik, Stellungnahme des Deutschen Ethikrates, 2011.
- Günther/Taupitz/Kaiser, Embryonenschutzgesetz, Juristischer Kommentar mit medizinisch-naturwissenschaftlichen Einführungen, 2008.
- J. Harper, Preimplantation Genetic Diagnosis, Second Edition, Cambridge, 2009.
- Czerner, “Die Kodifizierung der Präimplantationsdiagnostik(PID) in § 3 a ESchG im Ensemble pränataldiagnostischer und schwangerschaftsbezogener Untersuchungen des Fötus”, MedR 2011, 783 ff.
- Dederer, “Zur Straflosigkeit der Präimplantationsdiagnostik -Anmerkungen zu BGH, Urte. v. 6. 7. 2010 - 5 StR 386/09 -”, MedR 2010, 819 ff.
- Duttge, “Die Präimplantationsdiagnostik zwischen Skylla und Charybdis”, GA 2002, 241 ff.
- Hübner und Pühler, “Die neuen Regelungen zur Präimplantationsdiagnostik -wesentliche Fragen bleiben offen-”, MedR 2011, 789 ff.
- Ratzel/Heinemann, “Zulässigkeit der Präimplantationsdiagnostik nach Abschnitt D, IV Nr. 14 Satz 2(Muster-)Berufsordnung -Änderungsbedarf?”, MedR 1997, 542 ff.
- Schneider, “Auf dem Weg zur gezielten Selektion -Strechliche Aspekte der Präimplantationsdiagnostik”, MedR 2000, 362 ff.
- Schumann, “Anmerkung zum Urteil des BGH v. 6. 7. 2010”, MedR 2010, 848 ff.
- BGH, Urte. v. 6. 7. 2010 - 5 StR 386/09 - MedR 2010, 844 = NJW 2010, 2672 ff.
BT-Dr. 17/5451 / BT-Dr. 17/5452.

<국문초록>

배아에 대한 착상전 유전자진단(PID)는 엄격한 요건 하에서 허용되어야 하는가? 한국과 독일에서는 이에 대해 수년간 첨예한 논의가 진행되었다. 착상전 유전자진단은 부모가 난치성 유전 질환의 소인을 갖고 있는 경우에 유전자적 결함의 전이를 회피할 목적으로 도입되었다. 착상전 유전자진단은 인간으로 되어가는 생명의 선별의 가치와 허용성에 대한 근본적 문제가 제기되기 때문에 윤리적, 종교적, 법적 그리고 형사정책적으로 많은 논란이 되고 있다. 이 때문에 이 논문에서는 무엇보다 독일의 착상전 유전자진단의 규정에 관한 법률(PräimpG)과 관련하여 착상전 유전자진단의 허용성과 한계에 대하여 검토하였다.

우리나라의 생명윤리법상 착상전 유전자진단의 규정에 따르면 착상전 유전자진단은 엄격한 요건 하에서 실질적으로 허용되고 있어 가별성이 없다. 그러나 독일에서 착상전 유전자진단은 오랫동안 독일 배아보호법의 여러 규정에 의해 금지되어 왔다. 그러나 2010년 6월 7일 독일연방대법원은 독일에서 엄격한 요건 하에서 착상전 유전자진단이 허용될 수 있다고 판시하였다. 이러한 판결을 토대로 독일 입법자는 입법적 조치를 취할 것을 요청받았다고 독일 하원은 법적, 윤리적 관점에서 오랜 논의 끝에 최종적인 결론에 도달하였다.

2011년 7월 7일 독일 하원은 여러 정당의 국회의원에 의해 발의된 법률초안에 대해 326표의 찬성으로 의결하였다. 이에 따라 독일에서 착상전 유전자진단은 원칙적으로 금지되고 이를 위반할 경우 형벌이 부과되지만 부모의 유전적 소인으로 인해 자녀에게 심각한 유전 질환의 높은 위험성 또는 사산 내지 유산에 대한 높은 개연성이 있는 경우에 한하여 위법하지 않고 정당화된다. 의사와 해당 부모에게 법적 안전성을 보장하기 위하여 독일 배아보호법은 착상전 유전자진단을 하기 위해 어떠한 요건과 처리절차를 준수해야 하는지를 규정하고 있다. 그리고 남용을 방지하기 위하여 착상전 유전자진단은 의무적인 상담과 조언을 거친 이후에 학제간 다양한 구성원이 상호 참여한 윤리위원회의 긍정적 표결이 있어야만 허

용된다. 그리고 높은 의료적 기술수준을 담보하기 위하여 착상전 유전자진단은 허가된 센터에서 수행되어야 한다.

결론적으로 우리나라와 독일에서 착상전 유전자진단은 원칙적으로 금지되고 형법적 제재가 가능하지만 엄격한 요건 하에서 위법하지 않고 정당화된다. 그러나 착상전 유전자진단의 허용이 이른바 ‘맞춤아기’ 내지 ‘슈퍼 아기’와 같이 원하는 특정 형질을 가진 배아만을 선택하기 위한 수단으로는 정당화될 수 없다. 나아가 우리나라 생명윤리법과 독일 배아보호법 제3조a에서 착상전 유전자진단의 수행을 위한 엄격한 요건이 규정되어 있어 많은 사람이 우려하는 댐붕괴를 방지할 수 있을 것이다. 그럼에도 불구하고 생명형법은 그 법치국가적 한계(예컨대 최후수단성의 원칙)로 인해 배아의 생명보호에 있어 언제나 보충적이고 보조적인 기여만을 해야 할 것이다. 왜냐하면 생명형법은 윤리의 최대함이 아니라 윤리의 최소한만을 보장해야 하기 때문이다.

주제어 : 착상전 유전자진단, 산전진단, 배아보호법, 배아의 생명보호, 생명윤리, 생명형법

**Die rechtsvergleichende Untersuchung über die Strafbarkeit der
Präimplantationsdiagnostik**
- Ein Beitrag zum neuen Art. 3a Embryonenschutzgesetz in
Deutschland -

Kim, Jae-Yoon*

Soll die Präimplantationsdiagnostik (PID) an Embryonen unter strengen Voraussetzungen zulässig sein? In Korea und Deutschland wird seit mehr als einem Jahrzehnt kontrovers darüber diskutiert. Die PID wird gezielt eingesetzt, um bei einem familiär bestehenden Risiko für eine monogene Erbkrankheit die Weitergabe des genetischen Defekts zu vermeiden. Da die PID grundlegende Fragen nach dem Wert und der Zulässigkeit der Auswahl werdenden Lebens aufwirft, ist sie ethisch, religiös, rechts- und kriminalpolitisch umstritten. Daher wird in dem vorliegenden Beitrag die Zulässigkeit und Grenzen der PID insbesondere in Bezug auf das Gesetz zur Regelung der Präimplantationsdiagnostik (PräimpG) analysiert.

Nach der Regelung der PID im Bioethikgesetz in Korea ist die PID unter strengen Voraussetzungen praktisch zulässig und nicht strafbar. Allerdings galt in Deutschland die PID lange Zeit aufgrund verschiedener Vorschriften des Embryonenschutzgesetzes (ESchG) als verboten. Am 6. 7. 2010 hat aber der BGH entschieden, dass in Deutschland unter engen Voraussetzungen die PID straffrei durchgeführt werden darf. Aufgrund dieses Urteils war der Gesetzgeber zum Handeln aufgefordert und kam nach langer Diskussion der rechtlichen und ethischen Gesichtspunkte im Bundestag schließlich zu einer Entscheidung.

Am 7. 7. 2011 stimmte der Bundestag mit 326 Stimmen einem Gesetzentwurf von Bundestagsabgeordneten verschiedener Parteien zu. Damit wird die PID in Deutschland zwar im Grundsatz verboten und strafrechtlich sanktioniert, sie erfolgt aber nicht rechtswidrig und ist damit zulässig, sofern aufgrund der genetischen Veranlagung der Eltern das hohe Risiko einer schwerwiegenden Erbkrankheit beim Kind oder eine hohe

* Professor, Law School of Chonnam National University

Wahrscheinlichkeit für eine Tot- oder Fehlgeburt vorliegt. Um Rechtssicherheit für Ärzte und die betroffenen Paare zu schaffen, ist das Embryonenschutzgesetz um eine Regelung zu ergänzen, welche die Voraussetzungen und das Verfahren einer PID festlegt. Zur Vermeidung eines Missbrauchs soll die PID nur nach verpflichtender Aufklärung und Beratung sowie dem positiven Votum einer interdisziplinär zusammengesetzten Ethikkommission zulässig sein. Zur Gewährleistung eines hohen medizinischen Standards soll die PID an lizenzierten Zentren vorgenommen werden.

Als Gesamtergebnis bleibt demnach festzuhalten: In Korea und Deutschland wird die PID nun zwar im Grundsatz verboten und strafrechtlich sanktioniert, sie ist aber nicht rechtswidrig und zulässig unter engen Voraussetzungen. Aber die Zulässigkeit der PID legitimiert keine Selektion von Embryonen zu Gunsten gewünschter Eigenschaften sog. Designerbaby bzw. Super baby. Darüber hinaus werden strikte Voraussetzungen zur Anwendung der PID im Bioethikgesetz in Korea und § 3a ESchG in Deutschland formuliert, so dass einem von manchen befürchteten Dambruch vorgebeugt wird. Trotzdem sollte das Biostrafrecht aufgrund seiner rechtstaatlichen Grenzen (wie etwa *ultima-ratio*-Grundsatz) immer nur einen ergänzenden, flankierenden Beitrag zum Lebensschutz von Embryonen leisten, weil es nicht das ethische Maximum, sondern nur das ethische Minimum absichern darf.

Key Words : Präimplantationsdiagnostik, Pränataldiagnostik,
Embryonenschutzgesetz, Lebensschutz von Embryonen,
Bioethik, Biostrafrecht

