

생명윤리의 법정책

양 천 수*

I. 서론

1. 생명과 생명윤리

생명은 아주 소중한 가치이자 이익이다. 따라서 생명을 대상으로 하는 생명권은 인권 중에서도 매우 중요한 지위를 차지한다. 예를 들어 자연권과 사회계약에 관해 중요한 이론적 기여를 한 로크(John Locke)는 자유 및 재산과 더불어 생명을 자연권의 대상으로 보았다.¹⁾

이처럼 생명은 인간에게 매우 중요한 규범적 가치이기에 윤리에서도 이는 중요하게 취급되었다. 무엇보다도 현대 과학기술의 비약적인 발전으로 생명에 대한 인간의 관여가 늘어나면서 생명을 다루는 윤리, 즉 생명윤리가 윤리학과 규범학의 독자적인 영역으로 분리 및 발전한다. 그뿐만 아니라 이를 정면에서 규율하는 법인 「생명윤리 및 안전에 관한 법률」(이하 ‘생명윤리법’으로 약칭한다)이 제정 및 시행된다. 생명윤리법은 “인간과 인체유래물 등을 연구하거나, 배아나 유전자 등을 취급할 때 인간의 존엄과 가치를 침해하거나 인체에 위해(危害)를 끼치는 것을 방지함으로써 생명윤리 및 안전을 확보하고 국민의 건강과 삶의 질 향상에 이바지함을 목적”으로 한다(제1조). 여기서 알 수 있듯이 생명윤리법은 생명윤리 및 안전을 확보하는 데 중요한 기여를 한다. 따라서 생명윤리에 대한 법정책에서 핵심적인 역할을 하는 것은 생명윤리법이라 말할 수 있다. 이러한 맥락에서 생명윤리에 관해 어떤 법정

* 영남대학교 법학전문대학원 교수·법학박사.

1) 로크의 자연권이론에 관해서는 양천수, “민법과 인권의 내적 연관성: 법철학의 관점에서”, 「인권이론과 실천」 제9호, 영남대학교 법학연구소, 2011. 6., 109-124면 참고.

책을 펼친 것인가의 문제는 생명윤리법을 어떻게 개정하고 시행할 것인가의 문제와 연결된다.

2. 생명윤리의 사이버네틱스

이처럼 생명윤리법을 어떻게 개정할 것인가의 문제는 생명윤리에 관한 법정책의 발전 방향을 어떻게 설정할 것인지와 관련을 맺는다. 더 나아가 이는 생명윤리의 규제 방향을 어떻게 정립할 것인지의 문제, 달리 말해 생명윤리의 사이버네틱스(cybernetics)와 관련을 맺는다.²⁾ 따라서 생명윤리법의 발전 방향에 관해서는, 사이버네틱스의 문제 영역에 따라, 다음 문제를 검토할 필요가 있다. 먼저 규율 대상이 되는 생명윤리란 무엇인지, 어떤 특성을 가지는지 살펴보아야 한다. 다음으로 생명윤리에 대한 규율 목적을 어떻게 설정해야 하는지를 검토해야 한다. 이는 생명윤리에 대한 규율 수단이 되는 생명윤리법의 규범적 위상을 어떻게 자리매김해야 하는지와 연결된다. 나아가 규율 주체가 되는 조직, 특히 국가생명윤리위원회의 위상과 기능을 어떻게 정립해야 하는지의 문제를 논의해야 한다.

II. 생명윤리의 의의

1. 윤리인가 도덕인가?

윤리이론에서 논의되는 ‘도덕/윤리’ 구별을 활용해 생명윤리가 도덕인지 아니면 윤리인지 검토한다. 결론부터 말하면 생명윤리는 두 가지 성격을 모두 가진다고 말할 수 있다.

2) 사이버네틱스에 관해서는 문장수, “사이버네틱스의 인식론과 메타-과학적 지위”, 「철학논총」 제94권 제4호, 새한철학회, 2018. 10., 217-243면 참고.

(1) 하버마스의 도덕/윤리 구별론

도덕과 윤리를 명확하게 구별하는 경우로는 독일의 사회철학자 하버마스(Jürgen Habermas)의 시도를 언급할 수 있다. 하버마스는 1991년에 출간한 연구 저서 「대화윤리의 해명」에 수록된 논문 “실천이성의 실용적, 윤리적 그리고 도덕적 사용에 관해”에서 본격적으로 이 문제를 다룬다.³⁾ 여기서 하버마스는 실천이성에 관한 세 가지 전통, 즉 아리스토텔레스의 윤리학과 칸트의 도덕이론 그리고 공리주의의 전통을 언급하면서, 이 세 가지 전통에서 각각 실천이성의 윤리적 사용, 도덕적 사용, 실용적 사용을 이끌어낸다. 이때 하버마스는 어떻게 윤리와 도덕을 구별하는가? 하버마스에 따르면 윤리는 ‘선’(Gut)에 관한 문제, 다시 말해 ‘좋은 삶이란 무엇인가?’, ‘나는 어떤 인격체가 되어야 하는가?’, ‘나는 어떤 사람이 되고 싶어야 하는가?’, ‘우리 공동체에 좋은 가치란 무엇인가?’라는 물음에 관한 문제인 데 반해, 도덕은 ‘올바름’(Richtigkeit)에 관한 문제, 다시 말해 ‘나는 다른 사람에 대한 관계에서 무엇을 해야 하는가?’라는 물음에 관한 문제이다. 이때 양자 사이에서 보이는 가장 특징적인 차이점을 꼽으라면 두 가지를 꼽을 수 있다. 첫째, 윤리는 한 개인이나 공동체를 전제로 한 것인 데 반해, 도덕은 개인과 개인의 ‘관계’, 즉 ‘상호주관적인 관계’를 전제로 한다는 점이다. 둘째, 윤리는 ‘상대적’인 것인 데 반해, 도덕은 ‘보편적’인 것을 추구한다는 점이다. 이러한 지적은 칸트의 도덕철학에서 핵심을 이루는 정언명령 그리고 이러한 칸트의 도덕이론을 이어받은 롤즈(John Rawls)의 정의이론과 이에 대비되는 공동체주의적 정의이론을 통해 어느 정도 증명할 수 있다.⁴⁾

3) J. Habermas, “Vom pragmatischen, ethischen und moralischen Gebrauch der praktischen Vernunft”, in: ders., *Erläuterungen zur Diskursethik*, Frankfurt/M., 1991, 100면 아래.

4) 하버마스의 보편화원칙 또는 보편화가능성 원칙은 칸트의 정언명령을 대화이론의 관점에서 재구성한 것이다.

(2) 도덕과 윤리의 구별 가능성

하버마스가 수행한 것처럼 과연 도덕과 윤리를 내용적으로 구별할 수 있을까? 자유주의와 공동체주의 논쟁이 보여주는 것처럼 이 문제를 판단하는 것은 쉽지 않다. 왜냐하면 ‘ 좋음’(the good)에 ‘ 옳음’(the right)의 우선성을 강조하는 자유주의는 도덕과 윤리를 개념적·내용적으로 구별하지만, 옳음에 대한 좋음의 우선성을 강조하는 공동체주의는 도덕과 윤리를 개념적·내용적으로 구별하지 않기 때문이다.⁵⁾ 그러므로 자유주의와 공동체주의 가운데 어느 면을 선택하는가에 따라 도덕과 윤리가 구별될 수도 있고 그렇지 않을 수도 있다. 특히 우리나라처럼 여전히 공동체주의적 경향이 강한 나라에서는 현실적으로 도덕과 윤리를 구별하는 것은 더욱 어렵다. 예를 들어 우리나라에서는 여전히 각자가 추구하는 삶의 방식이 다르다는 이유만으로 비난을 받는 경우를 볼 수 있기 때문이다. 서로 다르다는 것이 바로 윤리적으로 나쁘다는 판단으로 이어진다. 다른 한편 도덕과 윤리를 구별할 수 있는가 하는 문제는 도덕과 윤리가 실제로 구별되고 있는가, 라는 경험적인 관점에서 접근할 것인가 아니면 도덕과 윤리를 구별해야 하는가, 라는 당위적인 관점에서 접근할 것인가에 따라 그 결론이 달라질 수 있다. 이를테면 만약 우리가 서구사회처럼 개인적·자유주의적 사회를 지향한다면 당위적인 측면에서 도덕과 윤리를 구별해야 한다. 하지만 만약 우리가 우리 사회의 현재 상황에 만족한다면 경험적인 측면에서 양자를 굳이 구별해야 할 필요가 없을지도 모른다.

이 문제는 더욱 본격적인 논의를 필요로 하지만 이 자리에서 필자의 생각만을 간략하게 제시하면, 필자는 도덕과 윤리를 개념적·내용적으로 구별하는 것이 타당하다고 생각한다.⁶⁾ 다른 사람의 이익이나 권리를 해치지 않는

5) 이에 관한 상세한 분석은 양천수, “자유주의적 공동체주의의 가능성: 마이클 샌델의 정치철학을 중심으로 하여”, 『법철학연구』 제17권 제2호, 한국법철학회, 2014. 8., 205-242면 참고.

6) 이에 관한 분석으로는 양천수, “윤리적 문제에 대한 법적 규제 of 한계: 자기결정권과 사회적

한 각자는 개성적으로 자신의 가치관을 추구할 자유가 도덕적·윤리적으로 존재한다고 말할 수 있다. 이렇게 하는 것이 전체 사회가 점점 더 전문화·세분화되는 오늘날의 상황에 더욱 적합하다. 다만 한계영역에 들어가면 도덕과 윤리를 분명하게 구별하기 어려운 영역 역시 존재한다. 가령 부부관계처럼 서로 다른 가치관이나 개성을 지닌 주체들이 함께 공동생활을 영위하는 경우에는 그 밀접한 생활 관계로 인해 서로 간에 발생하는 가치관의 차이 자체가 곧바로 상대방의 이익과 관련된 문제가 될 수 있다. 이러한 상황에서는 도덕과 윤리가 내용적으로 혼용된다.

(3) 생명윤리의 도덕적·윤리적 성격

도덕/윤리 구별이론에 따르면 생명윤리는 어떤 성격을 가질까? 우선 생명윤리는 인간의 권리 가운데 가장 중요한 권리의 하나인 생명권과 관련을 맺는다는 점에서 도덕이라는 성격을 지닌다. 생명윤리는 인간과 인간 사이에서 발생하는 생명에 관한 이슈와 관련을 맺기 때문이다. 생명 또는 생명권에 관한 분쟁이 발생하였을 때 생명윤리는 이를 해결하는 데 필요한 규범적 척도가 된다.

나아가 생명윤리는 윤리의 성격도 지닌다. 오래전부터 생명은 공동체의 문화적 특성을 반영하는 가치이자 미덕이었기 때문이다. 예를 들어 기독교나 유대교 전통에서는 생명을 생명 주체가 소유할 수 있는 게 아니라 잠시 위탁된 것이라는 사고방식을 보여준다. 생명에 대한 처분권한은 절대자인 신만이 보유할 수 있다는 것이다.⁷⁾ 이러한 사고방식은 세속화가 진행된 오늘날에도 종교인들에게 상당 부분 남아 있다. 이뿐만 아니라 여전히 종교에 많은 영향을 받는 공동체에서도 종교적 명령에 의존하여 생명에 대한 가치를 판단한다.

윤리의 긴장관계”, 「인권이론과 실천」 제14호, 영남대학교 법학연구소, 2013. 12., 119-130면 참고.

7) 이를 보여주는 예로는 마이클 샌델, 강명신 (옮김), 「생명의 윤리를 말하다」, 동녘, 2010 참고.

이렇게 볼 때 생명윤리는 도덕과 윤리라는 성격, 즉 옳음(the right)과 좋음(the good)이라는 두 성격을 모두 보유한다. 그 때문에 생명윤리에 관한 문제를 해결하는 것, 더 나아가 구체적인 상황에서 생명윤리 자체가 무엇인지를 밝히는 것은 어려울 수밖에 없다. 생명윤리의 윤리적 성격으로 인해 종종 세계관의 투쟁이 생명윤리에 관한 문제에서 발생하기 때문이다.

2. 생명윤리의 복잡성

생명윤리는 복잡하다. 이때 복잡하다는 것은 생명윤리가 다양한 맥락과 관련을 맺는다는 것을 뜻한다. 생명윤리는 생활세계, 의료, 과학기술, 법, 경제, 정치와 관련을 맺는다. 우선 생명윤리는 생명을 다루기에 생활세계(Lebenswelt)에서 역사적으로 전승된 도덕이나 윤리와 관련을 맺는다. 생활세계를 살아가는 사람들이 생명에 관해 어떤 언어와 문화를 가지고 어떤 방식의 소통을 하는가에 따라 생명윤리의 규범적 내용이 달라진다.

그러나 전통적인 윤리나 도덕과는 달리 생명윤리는 생활세계적 맥락을 넘어선다. 생명윤리는 의료, 과학기술의 발전과도 긴밀하게 관련되기 때문이다.⁸⁾ 의료기술 및 생명과학이 발전하면서 새로운 생명 문제가 출현한다. 뇌사, 연명치료 중단, 장기이식, 유전자 치료, 재생의료 등의 문제를 언급할 수 있다.⁹⁾ 이는 이전부터 존재했던 문제라기보다는 의료 및 과학기술에 의해 새롭게 구성된 문제라 할 수 있다. 따라서 생명윤리는 이들 영역 또는 이들 영역에 종사하는 전문가의 관점에서 자유로울 수 없다. 가령 해당 문제를 의사가 어떻게 이해하는지, 생명과학자가 어떤 가치판단을 하는지에 영향을 받

8) 이 점에서 생명윤리를 과학기술윤리로 파악하는 경우로는 김현철, “우리나라 과학기술윤리 법의 현황과 과제”, 「4차산업혁명 법과 정책」 제4호, 4차산업혁명융합법학회, 2021, 겨울, 222면 아래 참고.

9) 이 가운데 연명치료 중단에 관해서는 양천수, “연명치료중단을 통한 생명의 처분 가능성: 일본의 논의를 예로 하여”, 「인권법평론」 제24호, 전남대학교 공익인권법센터, 2020. 2., 133-165면 참고.

게 된다.

경제와 정치의 맥락도 무시할 수 없다. 생명윤리와 관련된 연구는 새로운 경제적 성장동력으로 취급되는 경우가 많기 때문이다. 배아복제 연구나 유전자 치료, 첨단재생의료에 대한 시장의 관심을 예로 들 수 있다. 이로 인해 경제 논리가 생명윤리 문제를 압도하는 문제가 발생할 수 있다. 생명윤리는 생명 문제를 다루기에 정치적 논란 대상이 될 우려도 있다. 낙태에 관한 논의가 잘 예증한다. 정치적 논란의 대상이 되는 것은 생명윤리에 대한 대중의 관심을 불러일으키는 데 도움이 되기도 하지만, 생명윤리에 관한 논의를 ‘적/동지 이분법’이라는 정치 투쟁의 관점에서 다룰 위험도 있다는 점에서 경계할 필요가 있다.¹⁰⁾

3. 세계화와 지역화의 긴장

오늘날 인권 영역에서 흔히 발견되는 현상이자 생명윤리에 관해서도 관찰되는 현상으로 세계화와 지역화의 긴장을 들 수 있다. 사실 생명윤리는 국제규범이 선도하였다. 서구를 중심으로 하여 형성된 생명윤리 국제규범이 영향을 미쳐 우리나라에서도 생명윤리에 관한 논의가 본격화된 것이다. 세계화가 생명윤리 발전에 기여한 것이다. 그러나 다문화적 인권의 가능성에 관한 논의가 보여주듯이 세계화의 흐름에 따라서만 생명윤리를 형성하고 제도화하는 것은 문제가 없지 않다.¹¹⁾ 생명윤리는 해당 공동체가 가진 문화적 특성도 반영하기 때문이다. 이 점에서 세계화와 지역화의 긴장과 해소라는 문제가 생명윤리에서도 발견된다.

10) 적/동지 이분법에 관해서는 칼 슈미트, 김항 (옮김), 「정치신학: 주권론에 관한 네 개의 장」, 그린비, 2010 참고.

11) 이에 관해서는 양천수, “다문화적 인권의 가능성: 기초법학의 관점에서”, 「법과 정책연구」 제11집 제2호, 한국법정책학회, 2011. 6., 369-393면 참고.

4. 형성 중인 전문가 윤리

생명윤리는 전문가 윤리의 일종이다. 물론 이미 언급한 것처럼 생명윤리는 생명 문제를 다루기에 일반 시민들이 살아가는 생활세계와도 밀접한 관련을 맺는다. 그렇지만 두 가지 이유에서 생명윤리는 전문가 윤리에 더 가깝다고 말할 수 있다. 첫째, 생명윤리는 의료기술이나 생명과학처럼 전문가 영역과 긴밀하게 연결된다는 점이다. 생명윤리 문제를 정확하게 파악하려면 이와 관련되는 의료기술이나 생명과학에 대한 전문 지식을 갖추어야 한다. 이 점에서 생명윤리를 적절하게 다루기 위해서는 고도의 전문성이 요청된다. 둘째, 생명윤리를 규율하는 생명윤리법이 전문법에 속한다는 점이다.¹²⁾ 생명윤리법은 생명윤리를 중심으로 하여 헌법, 민법, 형법 등과 같은 다양한 법영역을 결합한다. 이뿐만 아니라 생명윤리법은 윤리학, 의학, 생명공학 등과 같은 다른 학문 영역도 포섭한다. 이 점에서 생명윤리법은 환경법이나 도산법, 데이터법처럼 전문법으로 자리매김한다. 이러한 전문법인 생명윤리법이 규율하는 윤리가 생명윤리이기에 역사적으로 전승된 일반 시민들의 윤리와는 차별화된다.

생명윤리는 전문가 윤리이기는 하지만 다음과 같은 점에서 법조윤리나 의료윤리와도 구별된다. 법조윤리나 의료윤리가 오랜 역사를 거치면서, 즉 시간성을 경험하면서 그 외연과 내용이 상당히 정형화되었다면 생명윤리는 오늘날 계속해서 생성 중인 윤리라는 점이다.¹³⁾ 이로 인해 법조윤리나 의료윤리에서는 윤리의 실질적 내용이 주로 문제가 된다면 생명윤리에서는 윤리를 형성하는 절차가 주로 문제가 된다. ‘절차를 통한 정당화’(Legitimation

12) 전문법에 관해서는 양천수, “私法 영역에서 등장하는 전문법화 경향: 도산법을 예로 본 법사회학적 고찰”, 「법과 사회」 제33호, 법과사회이론학회, 2007. 12., 111-135면 참고.

13) 법조윤리가 법학전문대학원의 독자적인 실무과목이자 변호사시험에 응시하는 데 필요한 시험과목이라는 점이 이를 보여준다. 이렇게 보면 전문가 윤리는 두 가지 유형으로 구별할 수 있다. 이미 확고한 외연과 내용을 갖춘 전문가 윤리와 계속해서 형성 중인 전문가 윤리가 그것이다.

durch Verfahren)라는 명제가 적용될 수 있는 영역이 바로 생명윤리인 것이다.¹⁴⁾ 그 점에서 생명윤리에서는 ‘절차를 통한 생명윤리적 정당화’가 중요하고 이러한 맥락에서 생명윤리에 관한 절차를 어떻게 만들고 실행할 것인지가 중요한 과제가 된다.

5. 생명윤리와 법의 관계

생명윤리에 관해 마지막으로 생명윤리와 법의 관계를 살펴본다. 생명윤리법은 생명윤리를 규율하는 법이다. 흥미로운 점은 국가가 제정한 실정법인 생명윤리법이 윤리를 규율 대상으로 삼는다는 것이다. 이는 과연 법이 윤리나 도덕을 통제할 수 있는지의 문제와 연결된다. 전통적으로 도덕/윤리와 법의 관계에 관해서는 법이 개념적으로 도덕이나 윤리의 내용을 포함해야 하는지가 문제되었다. 달리 말해 역사적으로 이미 확립된 도덕이나 윤리의 내용을 실정법이 포함하는지 또는 포함해야 하는지가 논의되었다.¹⁵⁾ 반면 생명윤리와 법의 관계에서는 실정법이 생명윤리를 형성하는 데 기여할 수 있는지, 달리 말해 실정법이 생명윤리 ‘형성을 조종’할 수 있는지가 문제된다.

그러나 이러한 문제가 새로운 것은 아니다. 이미 형법학에서는 적극적 일반예방이론이라는 이름 아래 형벌로 형벌 준수에 대한 도덕을 형성할 수 있는지가 논의되기 때문이다. 이는 헤겔의 형벌이론에서도 찾아볼 수 있다.¹⁶⁾

한편 생명윤리법이 생명윤리가 형성되는 데 이바지할 수 있는가의 문제는 다음과 같은 점에서도 흥미롭다. 한때 연명의료 중단이나 안락사 문제는 법으로 판단하기 어렵다는 이유에서 ‘법으로부터 자유로운 영역’이라는 주장이

14) ‘절차를 통한 정당화’에 관해서는 니콜라스 루만, 윤재왕 (옮김), 「절차를 통한 정당화」, 새물결, 2022 참고.

15) 이 문제에 관해서는 Robert Alexy, 이준일 (옮김), 「법의 개념과 효력」, 고려대학교출판부, 2007 참고.

16) 양천수, “헤겔 법철학과 형법학: 형벌이론을 예로 하여”, 「법철학연구」 제24권 제1호, 법철학연구, 2021. 4., 117-148면 참고.

제시되기도 하였기 때문이다.¹⁷⁾ 독일의 법철학자 카우프만(Arthur Kaufmann)이 대표적으로 이 같은 논증을 전개하였다. 이에 따르면 생명윤리가 논란이 되는 영역처럼 판단하기 쉽지 않고 많은 경우 한계상황과 관련을 맺는 영역에는 법이 개입해서는 안 된다. 이와 달리 생명윤리법은 법이 생명윤리 형성에 개입할 수 있다고 본다. 이러한 태도는 다음과 같은 점에서 설득력이 있다.

첫째, 도로교통이 잘 예증하듯이, 일종의 행정형법으로 도입된 도로교통법은 도로교통을 규제하게 되면서 도로교통에 관한 도덕을 형성하는 데 일정 부분 이바지한다. 이를테면 우측통행 규칙이나 신호준수 규칙 등은 도로교통법이라는 실정법상 의무이지만 상당수의 운전자에게는 내면화된 도덕으로 작동하기도 한다. 가령 운전자들은 법적 통제 때문에 횡단보도 신호를 준수하기보다는 도덕적 의무로 이를 준수하기도 한다.

둘째, 생명윤리법은 절차주의 혹은 대화윤리(Diskursethik)의 측면에서 생명윤리에 접근한다.¹⁸⁾ 법이 직접 생명윤리의 실질적 내용을 결정하기보다는 생명윤리의 관련자들이 합리적 대화와 토론으로 생명윤리의 구체적인 내용을 스스로 결정하도록 도와줄 뿐이다. 예를 들어 생명윤리법은 생명윤리를 판단하는 데 필요한 절차를 법으로 제도화하는 데 관여한다. 독일의 법사회학자 토이브너(Gunther Teubner)가 강조한 ‘간접적 조종’을 생명윤리법이 실행하고 있는 것이다.¹⁹⁾

17) ‘법으로부터 자유로운 영역’에 관해서는 K. Engisch, “Der rechtsfreie Raum”, in: *ZStaaW* 108, 1952, 385면 아래; Arth. Kaufmann, “Rechtsfreier Raum und eigenverantwortliche Entscheidung”, in: *Festschrift für Maurach*, 1972, 327면 아래 참고.

18) 대화윤리에 관해서는 J. Habermas, *Erläuterungen zur Diskursethik*, Frankfurt/M., 1991 참고.

19) ‘간접적 조종’에 관해서는 G. Teubner, *Recht als autopoietisches System*, Frankfurt/M., 1989 참고.

Ⅲ. 생명윤리에 대한 생명윤리법의 관여 방향

1. 생명윤리법과 문화

현행 생명윤리법은 절차주의적 규제라는 패러다임을 기본 바탕으로 하여 생명윤리에 관한 이슈를 규율한다. 이를 잘 보여주는 예로 IRB(Institutional Review Board) 제도를 들 수 있다. 생명윤리법은 특정한 요건을 충족하는 기관이 IRB를 설치할 것을 법으로 규율하지만, 구체적으로 이를 어떻게 제도화하고 실행할 것인지는 각 기관에 맡긴다. 그러나 IRB 심사를 받아야 하는 연구자의 관점에서는 이러한 규제 역시 지나친 간섭으로 보일 수 있다. 이러한 이유에서 생명윤리와 관련된 연구를 수행하는 연구자 진영에서는 완전한 자율규제를 요청하는 경우가 다수 보인다. 이러한 맥락에서 현행 IRB 규제를 효율적으로 더욱 간소화해야 한다고 요구하기도 한다.

이 문제는 법과 문화의 관계로 거슬러 올라간다.²⁰⁾ 법이 사회의 문화에 어떤 태도를 유지해야 하는가의 문제이다. 이는 법이 윤리에 어떤 관계를 맺어야 하는지의 문제와 유사하다. 사실 문화 개념이 가진 포괄성을 고려하면 법과 윤리의 관계 문제는 법과 문화의 관계 문제 가운데 일부로 볼 수 있다. 청탁금지법 제정 과정에서 불거진 것처럼 국가가 제정한 실정법이 문화에 개입하는 게 바람직한지, 문화는 법이 개입하기보다는 자율적으로 (올바른 방향으로) 형성되도록 하는 게 더 나은지 논란이 된다. 법에 의한 생활세계의 식민지화를 우려하는 시각에서는 법이 문화에 개입하는 것보다 문화가 사회 구성원들에 의해 자율적으로 형성되거나 개선되도록 하는 방향이 더 바람직할 것이다. 19세기 독일 민법전 제정 과정을 둘러싸고 티보와 논쟁을 펼친 사비니의 태도가 이를 잘 보여준다.²¹⁾

20) 이에 관해서는 양천수, “법과 문화: 유기천 교수의 형법철학을 예로 하여”, 「법과 사회」 제 60호, 법과사회이론학회, 2019. 4., 231-269면 참고.

21) 이를 분석하는 양천수, 「삼단논법과 법학방법」, 박영사, 2021, 제3장 참고.

그러나 ‘시장의 실패’라는 주장은 문화에도 적용할 수 있을 것이다. 시장의 실패처럼 우리는 ‘문화의 실패’도 언급할 수 있다. 청탁금지법 제정이 상징적으로 보여주듯이 사회의 문화를 자율적으로 개선하는 것은 생각보다 어렵다. 의도하지 않은 다수의 힘으로 문화는 바람직하지 않은 방향으로 개악되는 경우가 더 많다. 그로 인해 때로는 국가가 제정한 실정법이 개입하거나 국가적 관여가 투입되어 더 바람직한 문화를 만들어내기도 한다. 학술지 평가나 발간과 관련된 문화 혹은 연구수행 관련 문화 등을 예로 들 수 있다. 대학이 강제하는 평가체제로 인해 교수들의 교수 활동이 개선되는 사례도 언급할 수 있다.

2. 창발적 위험과 가외성의 측면에서 본 생명윤리법의 규제

이렇게 보면 생명윤리를 형성하는 과정이나 생명윤리 연구에 관한 문화를 개선하는 과정에 생명윤리법이 개입할 필요가 있다. 이는 다음과 같은 근거에서도 필요하다. 창발적 위험과 가외성이 그것이다.

생명윤리가 가진 복잡성으로 인해 생명윤리가 문제되는 영역은 예기치 못한 위험, 즉 창발적 위험을 산출할 수 있다.²²⁾ 창발적 위험은 자율규제로 대응하기 어렵다. 더불어 때로는 번잡해 보이는 규제가 가진 가외성이 수행하는 기능도 감안할 필요가 있다. 규제는 비효율적이고 낭비로 보일 수도 있지만 실현될지 모르는 위험을 예방하는 데 필요하다. 이렇게 보면 자율성과 효율성의 측면에서만 생명윤리 및 연구에 대응하는 것은 한계가 있다.

3. IRB의 개선 방향

물론 그렇다고 해서 현행 IRB에 문제가 없는 것은 아니다. IRB가 기계

22) 창발적 위험에 관해서는 박도현, “인공지능과 해악: 창발적 해악론을 중심으로”, 박사학위논문, 서울대학교 대학원, 2021 참고.

적·형식적으로 진행되는 면도 없지 않다. 따라서 생명윤리법의 본래 취지, 즉 절차주의적 규제라는 취지를 살리면서도 IRB를 실제 연구 현실에 맞게 개선할 필요가 있다. 이러한 방안으로 상세한 IRB 자기점검표를 만들어 운영하는 방안을 생각할 수 있다. 현재 논의되는 인공지능 윤리 자기점검표처럼 IRB에 관해서도 연구자가 손쉽게 활용할 수 있는 자기점검표를 만드는 것이다. 다만 모든 영역을 자기점검으로 대체하면 이는 자율규제와 다를 바 없을 것이다. 따라서 기술적·형식적 부분은 자기점검표로 대체하는 대신 논란이 될 만한 실질적 부분은 IRB에서 직접 심의하는 절충적 방안도 고려할 수 있을 것이다.

IV. 생명윤리법의 발전 방향

1. 생명윤리법의 패러다임 변화

생명윤리법이 앞으로 어떤 방향으로 발전해야 하는지를 살펴보려면 지금까지 생명윤리법이 어떻게 변화해 왔는지 검토해야 한다. 거칠게 요약해서 말하면 생명윤리법은 다음과 같은 변화 과정을 거쳐 발전해 왔다. ‘허가법에서 안전법으로 변화’가 그것이다.

생명윤리법은 처음에는 ‘기본법’이라는 범명을 가지고 있었지만 기본법의 기능을 수행했다고 말하기는 어렵다. 오히려 민감한 생명윤리 연구에 대한 허가를 담당하는 허가법으로 기능을 수행했다고 평가할 수 있다. 달리 말하면 생명윤리 연구를 수행하는 학문체계에 대한 통제법으로 자리매김하였다.

이후 생명윤리법은 전면개정을 거치면서 패러다임 변화를 맞는다. 생명윤리법에 안전이라는 규범적 목표가 추가되었다.²³⁾ 이를 통해 생명윤리법은

23) 현행 생명윤리법 제1조에 따르면 생명윤리법은 “인간과 인체유래물 등을 연구하거나, 배아나 유전자 등을 취급할 때 인간의 존엄과 가치를 침해하거나 인체에 위해(危害)를 끼치는

생명윤리안전법으로 제정립되었다. 생명윤리 연구와 관련을 맺는 당사자의 권리를 보호하고 안전을 보장하는 것이 생명윤리법의 규율 대상에 포섭된 것이다. 이를 통해 생명윤리법의 관할 영역이 확장되었다.

그러나 생명윤리안전법이라는 법명이 시사하듯이 생명윤리법은 생명윤리에 관한 정책을 적극적으로 형성하는 생명윤리정책법으로 나아가지는 않았다. 권리 보호나 안전보장을 위해 필요한 범위에서 생명윤리 영역에 개입하는 소극적 성격이 강하였다.

2. 발전 방향

이제 생명윤리법은 새로운 변화 계기를 맞는다. 생명윤리와 생명윤리 정책을 절차적으로 형성하는 과정에 적극 관여하는 법으로 생명윤리법이 자리매김할 계기에 놓여 있다. 이를 위해 생명윤리법에서 ‘참여’라는 관점이 강조된다. 이는 자율규제나 사회국가적 타율규제와 구별되는 절차주의적 규제 이념을 생명윤리법이 정면에서 수용한다는 점을 뜻한다.²⁴⁾ 생명윤리법이 규율 대상이 되는 수범자와 분리되지 않고, 오히려 양자 사이의 반성적 소통을 통해 생명윤리법이 구체화된다는 것을 뜻한다.

생명윤리법에 대한 참여는 두 가지 측면에서 이루어질 수 있다. 첫째는 생명윤리법의 규율 대상인 생명윤리 자체를 절차적으로 형성하는 과정에 참여하는 것이다. 이때는 특히 생활세계를 살아가는 시민의 참여가 중요하다. 둘째는 생명윤리 정책을 절차적으로 형성하는 과정에 참여하는 것이다. 이 과정에서는 생명윤리 관련 전문가들의 참여가 중요하다. 이를 통해 생명윤리법은 본격적 의미의 생명윤리정책법으로 자리매김할 수 있을 것이다.

것을 방지함으로써 생명윤리 및 안전을 확보하고 국민의 건강과 삶의 질 향상에 이바지함을 목적”으로 한다.

24) 절차주의적 규제 이념에 관해서는 양천수, “제4차 산업혁명과 규제형식의 진화”, 「경제규제와 법」 제12권 제2호, 서울대학교 법학연구소, 2019. 11., 154-172면 참고.

V. 국가생명윤리심의위원회의 발전 방향

1. 생명윤리정책 기능 확장

생명윤리법을 생명윤리정책법으로 자리매김하고자 한다면 생명윤리법 제7조에 따라 설치 및 운용되는 국가생명윤리위원회의 기능도 바꿀 필요가 있다. 요컨대 생명윤리정책에 관한 기능을 강화해야 할 필요가 있다. 현행 생명윤리법 제7조 제1항은 국가생명윤리위원회의 기능을 다음과 같이 규정한다.

1. 국가의 생명윤리 및 안전에 관한 기본 정책의 수립에 관한 사항
2. 제12조제1항제3호에 따른 공용기관생명윤리위원회의 업무에 관한 사항
3. 제15조제2항에 따른 인간대상연구의 심의 면제에 관한 사항
4. 제19조제3항에 따른 기록·보관 및 정보 공개에 관한 사항
5. 제29조제1항제3호에 따른 잔여배아를 이용할 수 있는 연구에 관한 사항
6. 제31조제2항에 따른 연구의 종류·대상 및 범위에 관한 사항
7. 제35조제1항제3호에 따른 배아줄기세포주를 이용할 수 있는 연구에 관한 사항
8. 제36조제2항에 따른 인체유래물연구의 심의 면제에 관한 사항
9. 제50조제1항에 따른 유전자검사의 제한에 관한 사항
10. 그 밖에 생명윤리 및 안전에 관하여 사회적으로 심각한 영향을 미칠 수 있다고 판단하여 국가위원회의 위원장이 회의에 부치는 사항

이 가운데 제10호가 규정하는 사항에 관한 기능을 강화할 필요가 있다. 국가 차원에서 논란이 되는 생명윤리에 관한 문제를 철차적으로 해결하는 기능을 국가생명윤리위원회에 부여하는 것이다. 다만 이때 국가생명윤리위원회가 해당 문제에 내리는 결정에는 권고적 효력을 인정하는 게 적절하다.

2. 국가생명윤리위원회의 위상

현재 국가생명윤리위원회는 대통령 소속의 심의기관으로 되어 있다(제7조

제1항). 이에 관해 앞으로 국가생명윤리위원회의 위상을 어떻게 자리매김하는 게 바람직할지 문제가 될 수 있다. 일단 두 가지 선택지를 생각할 수 있다. 첫째는 현재처럼 정부내 기구로 유지하는 것이다. 둘째는 국가인권위원회처럼 정부에서 독립된 기구로 설정하는 것이다. 규범적 선명성이 강한 인권과는 달리 생명윤리는 도덕과 윤리, 의료 및 과학기술, 법 및 정치, 경제와 같은 복잡한 맥락을 고려해야 한다. 따라서 국가생명윤리위원회는 현재처럼 정부내 기구로 설치 및 운용하는 게 바람직하다. 그렇게 하는 것이 생명윤리법을 생명윤리정책법으로 정립하고자 하는 취지와도 합치한다.

정부내 기구로 유지할 때도 다시 두 가지 선택지를 생각할 수 있다. 첫째는 현재처럼 대통령 소속의 심의기관으로 유지하는 것이다. 둘째는 개인정보보호위원회처럼 중앙행정기관으로 재편하는 것이다. 국가생명윤리위원회의 권한 및 기능을 강화하기 위해서는 개인정보보호위원회처럼 중앙행정기관으로 재편하는 방안도 좋을 것이다. 다만 현재로서는 여러 여건을 고려할 때 현 상태를 유지하는 것도 나쁘지 않다고 판단된다.

〈참고문헌〉

- 양천수, 「삼단논법과 법학방법」, 박영사, 2021.
- 니클라스 루만, 윤재왕 (옮김), 「절차를 통한 정당화」, 새물결, 2022.
- 마이클 샌델, 강명신 (옮김), 「생명의 윤리를 말하다」, 동녘, 2010.
- 칼 슈미트, 김항 (옮김), 「정치신학: 주권론에 관한 네 개의 장」, 그린비, 2010.
- Robert Alexy, 이준일 (옮김), 「법의 개념과 효력」, 고려대학교출판부, 2007.
- 김현철, “우리나라 과학기술윤리법의 현황과 과제”, 「4차산업혁명 법과 정책」 제4호, 4차산업혁명융합법학회, 2021.
- 문장수, “사이버네틱스의 인식론과 메타-과학적 지위”, 「철학논총」 제94권 제4호, 새한철학회, 2018.
- 박도현, “인공지능과 해악: 창발적 해악론을 중심으로”, 박사학위논문, 서울대학교 대학원, 2021.
- 양천수, “私法 영역에서 등장하는 전문법화 경향: 도산법을 예로 본 법사회학적 고찰”, 「법과 사회」 제33호, 법과사회이론학회, 2007.
- _____, “다문화적 인권의 가능성: 기초법학의 관점에서”, 「법과 정책연구」 제11집 제2호, 한국법정정책학회, 2011.
- _____, “민법과 인권의 내적 연관성: 법철학의 관점에서”, 「인권이론과 실천」 제9호, 영남대학교 법학연구소, 2011.
- _____, “윤리적 문제에 대한 법적 규제의 한계: 자기결정권과 사회적 윤리의 긴장관계”, 「인권이론과 실천」 제14호, 영남대학교 법학연구소, 2013.
- _____, “자유주의적 공동체주의의 가능성: 마이클 샌델의 정치철학을 중심으로 하여”, 「법철학연구」 제17권 제2호, 한국법철학회, 2014.
- _____, “법과 문화: 유기천 교수의 형법철학을 예로 하여”, 「법과 사회」 제60호, 법과사회이론학회, 2019.
- _____, “제4차 산업혁명과 규제형식의 진화”, 「경제규제와 법」 제12권 제2호, 서울대학교 법학연구소, 2019.
- _____, “연명의료중단을 통한 생명의 처분 가능성: 일본의 논의를 예로 하여”,

「인권법평론」 제24호, 전남대학교 공익인권법센터, 2020.

_____, “해결 법철학과 형법학: 형벌이론을 예로 하여”, 「법철학연구」 제24권 제1호, 법철학연구, 2021.

K. Engisch, “Der rechtsfreie Raum”, in: *ZStaaW* 108, 1952.

J. Habermas, “Vom pragmatischen, ethischen und moralischen Gebrauch der praktischen Vernunft”, in: ders., *Erläuterungen zur Diskursethik*, Frankfurt/M., 1991.

Arth. Kaufmann, “Rechtsfreier Raum und eigenverantwortliche Entscheidung”, in: *Festschrift für Maurach*, 1972.

G. Teubner, *Recht als autopoietisches System*, Frankfurt/M., 1989.

【국문초록】

생명윤리의 법정책

양 천 수*

생명은 아주 소중한 가치이자 이익이다. 따라서 생명을 대상으로 하는 생명권은 인권 중에서도 매우 중요한 지위를 차지한다. 이처럼 생명은 인간에게 매우 중요한 규범적 가치이기에 윤리에서도 이는 중요하게 취급되었다. 무엇보다도 현대 과학기술의 비약적인 발전으로 생명에 대한 인간의 관여가 늘어나면서 생명을 다루는 윤리, 즉 생명윤리가 윤리학과 규범학의 독자적인 영역으로 분리 및 발전한다. 그뿐만 아니라 이를 정면에서 규율하는 법인 「생명윤리 및 안전에 관한 법률」(‘생명윤리법’)이 제정 및 시행된다. 생명윤리법은 생명윤리 및 안전을 확보하는 데 중요한 기여를 한다. 따라서 생명윤리에 대한 법정책에서 핵심적인 역할을 하는 것은 생명윤리법이라 말할 수 있다. 이러한 맥락에서 생명윤리에 관해 어떤 법정책을 펼친 것인가의 문제는 생명윤리법을 어떻게 개정하고 시행할 것인가의 문제와 연결된다. 이 글은 생명윤리에 관한 합리적인 법정책을 추진하기 위해서는 생명윤리법을 어떻게 개정하는 것이 바람직한지 논의한다.

주제어: 생명윤리, 생명윤리법, 생명윤리정책, 도덕, 윤리, 절차주의, 하버마스

* 영남대학교 법학전문대학원 교수 · 법학박사.

【ABSTRACT】

A Legal Policy of Bioethics

Chun-Soo Yang*

Life is a very precious value and profit. Therefore, the right to life occupies a very important position among human rights. As such, life is a very important normative value for humans, so it is also treated as important in ethics. Above all, as human involvement in life increases with the rapid development of modern science and technology, ethics dealing with life, that is, bioethics, is separated and developed as an independent area of ethics and normative science. In addition, the 「Bioethics and Safety Act」 ('Bioethics Act'), which regulates the problems on bioethics in South Korea, is enacted and enforced. The Bioethics Act makes an important contribution to ensuring bioethics and safety. Therefore, it can be said that the Bioethics Act plays a key role in the legal policy of bioethics. In this context, the question of what kind of legal policy should be implemented regarding bioethics is connected to the question of how to revise and enforce the Bioethics Act. This article discusses how it is desirable to amend the Bioethics Act in order to promote a reasonable legal policy of bioethics.

Keywords : bioethics, Bioethics Act, bioethics policy, moral, ethic, proceduralism, Habermas

* Professor at Yeungnam University Law School · Dr. jur.