인공수정된 배아의 과학연구 사용과 배아생성자의 자기결정권¹⁾

1. 사건개요

청구인(Adelina Parrillo)은 1954년에 태어난 이탈리아 여성이다. 2002년 청구인과 그의 동거인은 로마에 있는 유럽병원 생식의학센터(Centre de médecine reproductive du European Hospital, 이하 센터)에 인공수정(procréation médicalement assistée : PMA)을 요청했고 시험관수정(Fécondation in vitro : FIV)을 통하여 획득한 5개의 배아(embryon)들을 저온저장(cryoconservé) 중이었다.

그런데 청구인의 동거인은 2003년 11월 12일에 사망하였고 8년 뒤인 2011년, 청구인은 (임신을 포기하면서) 시험관수정을 통해 얻은 배아를 과학연구 목적을 위해 기증하여 어려운 질병 치료법 발견에 공헌할 수 있기를 원했다. 그러나 2004년 2월 19일 인간배아에 대한 실험을 금지하는 법(loi n°40/2004 du 19 février 2004 interdit les expériences sur les embryons humains, 이하 2004년 법)²⁾³⁾ 제13조⁴⁾에서 과학연구목적에 위한 인간배아실험을 금지하

1) CEDH, AFFAIRE PARRILLO c. ITALIE(requête n°46470/11), 2015년 8월 27일 결정

2) [2004년 법]

제1조(합목적성)

불임 혹은 생식불능의 문제를 해결하기 위하여 동법에서 정한 조건 및 방법에 따라 인공수정이 허용된다.

제5조(접근조건)

(...) 가입연령이고 생존하는 이성의 결혼 혹은 동거하는 성인커플은 인공수정기술을 이용할 수 있다.

제14조(배아연구적용의 제한)

1. 1978년 5월 22일 법(모성 및 낙태에 관한 사회보호)과 상관없이 배아의 냉동보존 및 폐기는 금지된다.
2. 배아생산기술은 독자적이고 동시에 이루어지는 이식달성에 엄격하게 필요 이상의 배아를 생성할 수 없고 그 숫자는 어떠한 경우에도 3을 초과할 수 없다.
3. 배아의 자궁으로의 이식이 중대한 불가항력을 이유로 불가능하고 수정시기가 예측할 수 없는 여성 건강 상태가 입증되면 최대 허용 가능한 이식날짜까지 배아의 냉동보존을 허가할 수 있다.

3) 이외 중요한 내용은 다음과 같다. 생식보조기술을 사용할 양방 당사자의 의사는 서면을 통해, 관련 기관의 담당 의사와 공동으로 표명되어야 한다(제6조 제3항). 생식보조의료를 적용하여 태어난 자는 생식보조기술의 사용 의사를 표명한 커플의 적출자나 인지된 자녀의 지위를 갖는다(제8조). 비배우자간에 생식보조의료 기술을 사용할 때에는 행위에서 결정적인 의사를 추론할 수 있는 배우자나 동거자가 친생부인의 소(訴) 및 친생자임을 승인하는 소(訴)를 제기하지 못하고(제9조 제1항) 생식세포의 기증자와 태어난 자의 법적 관계가 성립되지 않으며 그와 관련된 권리와 의무가 없다(제9조 제3항). 대리모 행위는 금지된다(제12조 제6항). 인간 배아에 대한 어떠한 실험도 금지되며 인간 배아의 임상적, 실험적 연구는 대안적 방법이 없을 때에만 그리고 배아의 발달과 건강 보호를 위한 치료적, 진단적 목적이 추구되는 조건하에서만 허용된다(제13조 제1항, 제2항). 연구와 실험을 목적으로 하는 인간 배아의 생성, 그리고 본법에 명시된 목적과 다른 목적으로 인간 배아를 생

고 이를 위반하는 경우 2년 내지 6년의 금고(peine d'emprisonnement)에 처하도록 규정하고 있어서 결국 청구인의 요청은 받아들여지지 못했다. 청구인은 문제의 배아들은 동법이 시행되기 전에 획득하여 합법적이고, 배아 생성 후 자궁으로의 즉각적인 착상(implantation immédiate)을 실시하지 않고 저장하고만 있었다고 주장하며 유럽인권협약 제1추가의정서 제1조(재산의 보호)⁵⁾에 위배되고 유럽인권협약 제8조(사생활 및 가족생활을 존중받을 권리)⁶⁾에서 보호하는 사생활 존중권을 침해받았다고 주장하였다.

청구인은 2011년 7월 26일 유럽인권재판소에 동 사건을 청구하였고 2014년 1월 28일 소재판부는 동 사건을 대재판부에 회부하였으며 같은 해 6월 18일 공개변론이 열렸다. 대재판부는 재판관 16 : 1의 의견으로 유럽인권협약 제8조에 위반되지 않고 만장일치로 유럽인권협약 제1추가의정서 제1조에 반하지 않는다고 결정하였다.

2. 실시내용

(1) 유럽인권협약 제8조 위반에 대한 판단

성하는 것과 배아와 생식세포의 선별과 조작이 금지된다(제13조 제3항). 세계헌법재판동향 2015년 제5호, 헌법재판소 헌법재판연구원, 77면 이하 참조.

4) [2004년 법 제13조(인간배아실험)]

1. 인간배아에 대한 모든 실험은 금지한다.
 2. 인간 배아에 대한 어떠한 실험도 금지되며 인간 배아의 임상적, 실험적 연구는 대안적 방법이 없을 때에만 그리고 배아의 발달과 건강 보호를 위한 치료적, 진단적 목적이 추구되는 조건하에서만 허용된다.
(...)
 4. 제1항에서 규정한 금지 위반에 해당하면 2년 내지 6년의 금고와 50,000 유로 내지 150,000 유로의 벌금에 처한다.
 5. 동조에서 규정한 범죄를 저지르는 모든 건강전문가(professionnel de la santé)들은 1년 내지 3년의 직업정지를 당한다.
- 5) 제1조(재산의 보호) 모든 자연인 또는 법인은 자신의 재산을 평화적으로 향유할 권리를 가진다. 어느 누구도 공익을 위하여나 법률 및 국제법의 일반원칙에 의하여 규정된 조건에 따르는 경우를 제외하고는 **자신의 재산을 박탈당하지 아니한다**. 단 위의 규정은 국가가 일반의 이익에 따라 재산의 사용을 규제한다거나, 세금이나 기타의 부담금 또는 벌금을 확보하기 위하여 필요하다고 보는 법률을 시행할 권리를 결코 해하지 아니한다.
- 6) 제8조(사생활 및 가족생활을 존중받을 권리)
1. 모든 사람은 그의 사생활, 가족생활, 주거 및 통신을 존중받을 권리를 가진다.
 2. 법률에 규정되고, 국가안보, 공공의 안전 또는 국가의 경제적 복리, 질서유지와 범죄의 방지, 보건 및 도덕의 보호, 또는 다른 사람의 권리 및 자유를 보호하기 위하여 민주사회에서 필요한 경우 이외에는, 이 권리의 행사에 대하여는 어떠한 공공당국의 개입도 있어서는 아니된다.

[유럽인권협약 제8조 적용과 청구인의 청구이유 수리적격 판단]

동 사안을 통해서 재판소는 최초로 유럽인권협약 제8조가 보장하는 사생활 존중권(droit au respect de la vie privée)에 청구인이 주장한 제외수정된 배아를 과학연구목적을 위해 처분하는 권리를 포함하는지 여부를 판단한다.

이탈리아 정부는 잉여배아를 과학연구를 위해 기증하는 것은 ‘사생활 존중권’의 개념에 포함되지 않고 청구인이 냉동 보관된 배아를 이용하여 부모가 되기를 원하였지만 2004년 법률의 적용을 이유로 거절되었다면 유럽인권협약 제8조는 동 사건에서 오직 간접적인 방법으로(de manière indirecte), ‘가족생활’이라는 면에서만 적용될 수 있을 뿐이라고 주장했다. 한편 청구인의 사생활에 대한 개입은 법률에서 규정된 것이고 배아의 생명의 가능성을 보호하기 위한 정당한 목적이 있는 것이라고 반박했다. 그러나 청구인은 실제로 소송의 목적은 유럽인권협약 제8조상의 ‘가족생활’의 보호를 목적으로 하는 것이 아니라 배아의 운명을 결정하는 자신의 ‘사생활’에 대한 권리를 제한받았다는 것이라고 항변했다.

청구인의 주장처럼 재판소는 판례에 따라 유럽인권협약 제8조의 의미 내에서 ‘사생활’의 개념이 자기결정권(droit à l'autodétermination)을 포함하는 광의의 개념이라고 판단한다. 이러한 개념은 부모가 될지 혹은 되지 않을지의 결정을 존중하는 권리까지 포함한다.⁷⁾ 재판소는 인공수정을 통하여 얻은 배아의 운명을 결정하는 특별한 문제는 당사자들의 선택의 자유와 관련된 것으로 보아왔다. 국내법적 관점에서 재판소는 이탈리아 정부가 강조한 것처럼 이탈리아 헌법재판소가 내린 인공수정 전면금지에 대한 위헌결정(2014년 6월 10일 결정 제162호)에서 ‘사생활 및 가족생활 영역에 관한 자기결정의 자유’라고 고려하였음을 주목한다.⁸⁾ 이탈리아 법제도는 인공수정을 배아의 운

7) 영국에서 제외수정 기술은 난자와 정자를 제공하는 남녀가 똑같이 동의해야 시술할 수 있으며, 어느 한쪽이라도 동의하지 않으면 수정된 배아라도 반드시 파괴하도록 규정하고 있다. 불임상태인 나탈리 에반스라는 여성은 2001년 난소암 치료에 앞서 자신의 파트너 하워드 존스틴과 제외수정을 했다. 그러나 이 커플은 결별했고 남자는 냉동 배아 사용 동의를 철회시켰다. 에반스는 자신의 난자이니 그의 마음대로 쓰겠다고 주장한 반면, 파트너였던 존스틴은 자신의 정자가 들어갔으며 자신이 동의를 철회했으므로 사용할 수 없다고 반박했고 영국법원은 존스틴의 손을 들어주었다. 유럽인권재판소 역시 정자를 제공한 남성의 동의 없이 아기를 갖기 위해 냉동 배아를 사용할 권리가 없다고 판결했고 존스틴의 정자 사용 동의 철회 결정이 유럽인권협약에 명시된 가족생활 존중권을 위반하지 않았다고 판결했다. Evans c. Royaume-Uni, n°6339/05, 10 avril 2007.

8) “커플이 부모가 되는 것과 자식이 포함된 가족을 구성하는 결정은 자결의 기본적이고 일반적인 자유의 표시이

명에 관한 당사자 선택의 자유에 무게를 두고 있다. 재판소는 체외수정을 통하여 얻은 배아가 (청구인의) 유전적 유산(patrimoine génétique)을 포함하고 청구인의 생물학적 정체성(identité biologique)을 구성하는 일부를 나타내고 있으므로 청구인이 배아의 운명을 결정하는 것은 사생활의 내면적 측면(aspect intime)과 관계가 있고 (배아생성자의) 자기결정권(droit à l'autodétermination)에 속한다고 판단한다. 그러므로 이 경우 사생활 존중권이라는 측면에서 유럽인권협약 제8조가 적용된다.

[법률에서 규정한 개입(ingérence)의 존재]

재판소는 당사자의 주장처럼 2004년 법 제13조에서 규정하는 금지, 즉 이식을 목적으로 하지 않는 체외수정을 통해 얻은 배아를 과학연구에 기증하지 못하도록 한 것은 청구인의 사생활 존중권에 대한 개입(ingérence)이라고 판단한다. 청구인이 인공수정을 할 당시에는 이러한 기술에 기반을 두어 생겨난 배아에 대한 규정은 존재하지 않았었다. 따라서 2004년 법이 시행될 때까지 청구인이 과학연구를 위해 배아를 기증하는 것은 금지되지 않았다.

[추구하는 목적의 정당성(légitimité du but poursuivi)]

심리 중에 이탈리아 정부는 2004년 법은 '배아 생명의 잠재력(potentialité de vie dont l'embryon)'을 보호하기 위한 것이라고 주장했다. 유럽인권협약 제8조 제2항9)에 열거된 사생활 존중권에 대한 예외사항들은 총망라된 것이고 이러한 예외의 정의는 제한적이다. 유럽인권협약에 합치하기 위해서 이러

고 헌법재판소의 판례법에 따라 이 자유는 개인적이고 가족적인 영역에 대한 자유로서 헌법 제2조, 제3조, 제31조와 관련이 있다. 마찬가지로 완전 불임 커플의 자식을 가지는 결정도 인간의 가장 사적인 불가침의 영역과 관련이 있어서, 다른 헌법적 가치를 침해하지 않는 한, 억제할 수 없다. 비배우자간 생식보조기술을 행하는 선택도 이 영역과 관련이 있기 때문에 마찬가지로 이 기술을 이용해 자식을 가지는 결정도 억제할 수 없다. 또한 완전 불임 커플이 비배우자간 생식보조기술을 이용해 동반자와 함께 자녀가 있는 가족을 구성하는 것이 불가능하다는 것은 커플의 정신적인 건강에 부정적인 영향을 미친다. 생식보조의료에 대한 법률 제1조 제1항에 따른 '인간의 불임으로 인한 생식적 문제의 해결을 용이하게 하기 위한'이라는 생식보조의료의 목적을 고려하면 비배우자간 생식보조기술의 금지는 불합리하다." Arrêt de la Cour constitutionnelle n°162 du 10 juin 2014, 세계헌법재판동향 2015년 제5호, 헌법재판소 헌법재판연구원, 79면 이하 참조.

9) [유럽인권협약 제8조 제2항]

법률에 규정되고, 국가안보, 공공의 안전 또는 국가의 경제적 복리, 질서유지와 범죄의 방지, 보건 및 도덕의 보호, 또는 다른 사람의 권리 및 자유를 보호하기 위하여 민주사회에서 필요한 경우 이외에는, 이 권리의 행사에 대하여는 어떠한 공공당국의 개입도 있어서는 아니 된다.

한 권리에 대한 제한은 특히 예외조항에서 열거하는 사유 중 하나와 관련될 수 있어야 한다. 그럼에도 불구하고 유럽인권협약 제8조에 대한 서면의견과 공개변론에서 이탈리아 정부는 유럽인권협약 제8조 제2항의 예외사항들에 대해 언급하지 않았다. 이탈리아 정부의 주장처럼 배아 생명의 가능성(potentialité de vie)을 보호하기 위한 목적은 유럽인권협약 제8조 제2항에서 규정하는 '도덕과 타인의 권리와 자유의 보호(protection de la morale et des droits et libertés d'autrui)'와 연결될 수 있지만 이것이 '타인'에 인간배아가 포함된다는 재판소의 판단(평가)을 의미하는 것은 아니다.

[민주사회 내에서 금지의 필요성]

재판소는 '민주사회 내에서(dans une société démocratique)' 과학연구를 위한 배아기증 금지의 '필요성(nécessité)'을 판단하기 위해서 원용된 주장이 유럽인권협약 제8조 제2항의 목적에 충분한지 검토한다.

유럽인권협약 제8조의 견지에서 국가가 가지는 판단재량의 범위를 확인하기 위하여 몇 개의 요소들을 고려할 필요가 있는데, 특별히 문제가 되는 사건에서 개인의 정체성 혹은 존재의 중요성 측면이 포함되어 있으면 국가가 가지는 재량은 일반적으로 제한적이다. 반대로 이익의 중요성 혹은 최선의 방법인지에 대해 유럽평의회¹⁰⁾ 회원국 내에 합의가 존재하지 않는 경우, 특히 민감한 도덕적·윤리적 문제가 제기된 사건에 대해서는 국가가 가지는 판단의 재량은 훨씬 넓다.¹¹⁾

재판소는 동 사안은 인공수정을 통해 부모가 되는 것과 관련이 없음을 확인하고 이러한 조건에서 청구인이 주장한 권리가 개인의 정체성(identité)과 존재에 있어서 특별히 중요한 측면에 기반을 두고 있지도 않아 유럽인권협약 제8조에서 보호하는 핵심적인 부분이 아니라고 본다. 따라서 재판소는 이

10) 유럽평의회(Conseil de l'Europe)는 유럽 대부분의 국가인 47개국이 회원국으로 가입되어 있으며 유럽 28개국을 회원국으로 가진 유럽연합(Union européenne)과 구별된다(유럽연합의 모든 회원국은 유럽평의회의 회원국이기도 하다).

11) 그러나 그렇다고 하여 의회의 선택이 재판소의 심사를 벗어날 수는 없다. 재판소는 입법과정에서 문제의 해결을 달성하기 위해 고려한 논거들을 면밀히 심사하고 문제가 된 해결책의 직접적인 영향을 받는 개인과 국가 사이에 공정한 균형이 성립되었는지 판단해야 한다. S.H. et autres c. Autriche, [GC], no57813/00, CEDH 2011.

탈리아가 도적적·윤리적으로 민감한 문제를 일으키는 동 사건에 대해 상당한 (재량)판단여지(ample marge d'appréciation)를 갖는다고 판단한다. 더욱이 동 사안에 대한 유럽 차원에서의 합의 및 국제 텍스트 부족은 (해당국가의) 상당한 판단재량의 필요성을 한 번 더 확인시킨다.

재판소는 이식목적이 아닌 배아의 기증이라는 민감한 문제에 대해 실제로 어떠한 유럽차원의 합의가 존재하지 않음을 지적한다.¹²⁾ 몇몇 국가들은 이러한 문제에 대해 허용하는 접근방식을 채택하고 있지만(41개국 중 17개국), 다른 국가들은 금지하고 있거나(안도라, 라트비아, 크로아티아, 몰타), 배아세포에 대한 연구를 엄격히 제한(슬로바키아, 독일, 오스트리아, 이탈리아 등)하고 있기도 하다.¹³⁾

국제적인 텍스트에 관하여, 유럽평의회와 유럽연합의 관련 문서들은 인간 배아 폐기를 제한하는 입법을 채택할 때, 특히 인간 생명의 시기(始期)(commencement de la vie humaine)의 개념에 관한 유럽 국가들의 관점이 다양한 것을 고려하여 국가가 상당한 판단재량을 가지는 것으로 확인하고 있다. 유럽차원에서 특정 제한들을 부과하는 것은 남용(excès)을 억제하는 것을 목표로 한다.¹⁴⁾ 이러한 맥락에서, 이탈리아 2004년 법 준비과정에 관한 보고서들을 기반으로, 이탈리아 정부가 입법과정에서 서로 다른 의견들과 과

12) Evans c. Royaume-Uni, n°6339/05, S.H. et autres c. Autriche, n°57813/00, et Knecht c. Roumanie n°10048/10. Voir également Fiche thématique « Droits en matière de procréation ».

13) 인간배아연구에 대해 5개의 카테고리 국가들(41개국)을 나누어 볼 수 있다.

	연구허용범위	해당국가	국가수
1	허용	벨기에, 스웨덴, 영국	3
2	시험관 수정에 근거한 여분의 배아는 특정 조건하에서만 연구허용	불가리아, 체코공화국, 에스토니아, 핀란드, 마케도니아 구 유고슬라비아공화국, 프랑스, 그리스, 헝가리, 네덜란드, 포르투갈, 세르비아, 슬로바니아, 스페인, 스위스	14
3	원칙적으로는 배아연구 금지, 아주 제한된 경우에만 허용	독일, 오스트리아, 이탈리아, 슬로바키아	4
4	명시적으로 모든 배아연구 금지	안도라, 라트비아, 크로아티아, 몰타	4
5	배아연구에 대한 규정 없음	아르메니아, 보스니아, 헤르체코비나, 그루지야, 아일랜드, 리히텐슈타인, 리투아니아, 룩셈부르크, 몰도바, 모나코, 폴란드, 루마니아, 러시아, 산마리노, 터키, 우크라이나	16

14) 유럽연합은 1997년 '생물학과 의학의 응용과 관련된 인권과 인간 존엄성 보호협약'(Convention d'Oviedo, 오비에도 협약)을 체결하였다.

학적, 윤리적 문제들을 고려한 중요한 토론이 있었음을 가리킨 사실은 중요하다.

2004년 1월 19일 의회토론에서, 2004년 법률이 배아를 권리의 주체로 인정하여 인공수정 및 이식목적이 아닌 냉동보관된 배아의 과학연구를 금지시켰다는 비판도 받았었다. 한편 이탈리아에서 치료하기 어려운 질병 영역의 과학연구 발전을 증진시키기 위하여 배아의 발달과 건강 보호를 위한 조건하에서만 연구를 허용하는 동법 제13조의 폐지가 제안되기도 하였다. 이렇듯 2004년 법의 입법토의과정에서 입법자는 여기서 문제되는 상이한 이익들에 대해서 이미 고려했었음이 확인된다. 즉 입법자는 배아를 보호하기 위한 국가의 이익과 연구목적에 위해 배아를 기증할 수 있는 개인의 자기결정권에 대한 고려를 이미 하였고 청구인이 주장한 법률의 불일치(이탈리아에서 임신 초기 3개월간 의학적인 이유로 낙태할 권리가 인정되는 것과 외국에서 폐기된 배아에서 유래된 배아줄기세포를 이탈리아 연구자들이 연구에 이용할 수 있는 것)은 주장한 권리에 직접적으로 영향을 미치지 않음을 확인한다.

마지막으로 청구인의 동거인이 인공수정을 하던 때에는 청구인과 같은 목적을 가지고 있었지만 동거인이 사망한 이상 사망한 동거인이 청구인과 같이 과학연구를 위해 배아를 기증할 의도를 가지고 있었을 것이라는 어떠한 증거도 없다. 게다가 이와 같은 상황을 규율하는 이탈리아 국내법도 존재하지 않는다.

이상과 같은 이유로 재판소는 이탈리아가 판단재량을 초과했다고 보지 않고 문제가 된 금지는 ‘민주사회 내에서 필요한(nécessaire dans une société démocratique)’ 것이었다고 판단한다. 따라서 유럽인권협약 제8조에 위반되지 않는다.

(2) 유럽인권협약 제1추가의정서 제1조 위반에 대한 판단

청구인은 배아를 기증하지 못하고 배아가 사망할때까지 동결보존상태로

유지해야 하는 의무에 대해 유럽인권협약 제1추가정서 제1조(재산의 보호)를 인용하였다. 그 내용은 다음과 같다 :

모든 자연인 또는 법인은 자신의 재산을 평화적으로 향유할 권리를 가진다. 어느 누구도 공익을 위하여나 법률 및 국제법의 일반원칙에 의하여 규정된 조건에 따르는 경우를 제외하고는 자신의 재산을 박탈당하지 아니한다. 단 위의 규정은 국가가 일반의 이익에 따라 재산의 사용을 규제한다거나, 세금이나 기타의 부담금 또는 벌금을 확보하기 위하여 필요하다고 보는 법률을 시행할 권리를 결코 해하지 아니한다.

이와 반대로 이탈리아 정부는 인간배아가 사물(chose)로 고려될 수 없고 경제적 가치를 부여하는 것은 용인될 수 없으며 이탈리아 법질서 내에서 인간 존엄성(dignité humaine)에 대한 존중권을 향유하는 권리의 주체임을 강조하며 유럽인권협약 제1추가정서 제1조에 대한 위반은 없다고 주장했다.

유럽인권협약 제1추가정서 제1조에서 의미하는 ‘재산(bien)’의 개념은 유형재산의 소유에 제한되지 않는 독자적인 의미를 가지며 개별 협약국 국내법의 형식적인 분류에 구속되지 않는다. 재산을 형성하는 특정 기타 권리들과 이익들 또한 재산권(droits patrimoniaux)으로서 동 조항이 보호하는 재산에 해당된다. 각각의 경우 따져봐야 할 문제는 전체적으로 모든 상황을 고려해 보았을 때 청구인이 유럽인권협약 제1추가정서 제1조에서 보호하는 실질적인 이익의 향유자인지 고려하는 것이다. 유럽인권협약 제1추가정서 제1조는 실재하는 재산(biens actuels)에만 적용된다. 미래소득의 경우에는 이것이 이미 소득을 형성하였거나 미래에 지급될 것이 확실한 경우에만 적용된다. 그러나 특정 상황에서 재산적 가치 획득에 대한 정당한 기대(espérance légitime)는 유럽인권협약 제1추가정서 제1조의 보호를 받을 수 있다.

동 사안에 유럽인권협약 제1추가정서 제1조가 적용될 수 있는지에 대해 양 당사자들은 특히 시험관 배아의 지위에 대해 완전히 상반된 입장이다. 그러나 유럽인권협약 제1추가정서 제1조가 경제적·재정적인 보호영역을 가지고 있다는 점으로 고려했을 때, 인간 배아는 여기서 보호하는 ‘재산’으로 볼

수 없다. 따라서 동 사안에서 유럽인권협약 제1추가협정서 제1조는 적용 되지 않는다. 유럽협약 제1추가협정서 제1조는 동 사건에 적용되지 않으므로 이 부분 청구는 각하한다.

[결론]

1. 만장일치로 이탈리아 정부가 제기한 청구인의 국내구제절차 비종료 주장은 기각한다.
2. 다수결로 이탈리아 정부가 제기한 청구인의 6개월 청구기간 비준수 주장은 기각한다.
3. 다수결로 이탈리아 정부가 제기한 청구인의 피해자 자격 없음 주장은 기각한다.
4. 다수결로 유럽인권협약 제8조에 대한 청구는 적법하다.
5. 만장일치로 유럽인권협약 제1추가협정서 제1조에 대한 청구는 부적법하다.
6. 재판관 16대 1의 의견으로 유럽인권협약 제8조에 위반되지 않는다.

[일부 반대의견]¹⁵⁾

동 사안에서 청구인은 인공수정을 통해 얻은 배아를 과학연구를 위해 기증하지 못하게 하는 이탈리아 법이 사생활 존중권에 반한다고 주장하였고 재판소는 배아를 보존하고 처분할 가능성은 청구인 사생활의 내면과 자기결정권에 속하는 것이므로 유럽인권협약 제8조가 동 사안에서 적용되지만 동 조 제2항의 '타인의 권리와 자유의 보호'가 '민주사회 내에서 필요한' 것이라며 그에 대한 위반은 아니라고 판단하였다. 우리도 유럽인권협약 제8조에 위반되지 않는다고 투표하였지만 이러한 결론을 이끌어 내는 이유는 다수의견과 실질적으로 다르다.

15) 재판관 CASADEVALL, ZIEMELE, POWER-FORDE, DE GAETANO, YUDKIVSKA.

인간의 삶의 잠재력(가능성), 인간 삶의 시작, 인간 배아 혹은 태아 생명 등과 같은 근본적인 문제가 제기되는 민감한 다수의 사건들이 있어 왔다. 재판소는 인간의 사생활 측면을 구성하는 출산과 관련된 문제 - 특히, 부모가 될지 그렇지 않을지 - 에 대해 판단해 왔음에도 불구하고 유럽인권협약에서 보호하는 삶의 시작 순간이 언제인지에 대해서는 표명하지 않았다. 즉 인간 배아의 지위에 관해 밝히는 것을 경계하였다. 동 판결에서 재판소가 인정한 바와 같이 청구인은 배아를 처분할 권리, 달리 표현하자면 제외수정을 통해 생겨난 배아의 운명을 결정할 권리(décider du sort)를 주장하고 있다. 재판소는 처음으로 배아의 '운명을 결정할 권리' 혹은 배아를 '처분할 권리'가 사생활 존중권에 속한다고 판단하였다. 이러한 결정은 유럽인권재판소 판례의 중요한 전환점(tournant décisif)이자 인간 배아의 지위에 관한 중대한, 그러나 우리로서는 받아들일 수 없는 결정이다.

다수의견이 배아의 운명에 관한 선택이 청구인의 사생활 범위 내에 있다고 판단한 이유는 제외수정을 통해 생겨난 배아와 제외수정을 하는 사람 사이에 존재하는 관계를 고려한 것이다. 다수의견에 따르면 이러한 관계는 배아가 청구인의 유전물질을 포함하고 청구인의 일부 생물학적 정체성을 나타내기 때문이라는 것이다. 배아가 청구인의 정체성을 '구성하는 부분(partie constitutive)'이라고 판단한 부분은 상당한 의미가 있다. 그러나 다수의견과 달리 우리는 배아가 청구인의 생물학적 정체성 또는 기타 특징을 구성하는 단순한 부분으로 간주될 수 없다고 생각한다. 배아가 부모의 유전적 유산을 상속한다 하더라도 배아는 발전 초기 단계에서 부터 완전히 분리되거나 구별된 존재인 것이다. 만일 배아가 다른 사람의 정체성을 구성하는 부분일 뿐이라면 배아의 보호에 관한 수많은 협약, 국제 의정서, 권고 및 보고서들이 왜 있는 것인가? 이러한 사실들은 인간 공동체 내에서 배아는 단순한 사물(chose)이 아니라는 사실에 대한 광범위한 합의의 존재를 반영하는 것이다. 유럽평의회 의원총회가 밝힌 바와 같이 배아는 모든 상황에서 인간 존엄성에 대한 존중의 혜택을 받는 완전체이다.

동 사건에 재판소가 채택한 접근법은 인간배아에 대한 실증주의적이고 환원적인 방법이다. 배아에게 다른 사람의 유전적 물질과 생물학적 정체성을 '구성하는 부분'이라는 자격을 줌으로써 재판소는 배아의 운명과 이용이 다른 사람의 사생활 존중권에 포함될 수 있다고 판단하였다. 인간배아의 DNA는 모든 다른 인간들처럼 생물학적인 부모로부터 필연적으로 유래한다. 단순히 유전적 물질을 공유하였다는 이유만으로 배아의 운명을 (유전적 물질을 제공한) 다른 사람의 자기결정권으로 두는 것은 위험하고 임의적이다.

다수의견은 (배아기증) 금지의 비례성을 판단하기 위해서 '타인의 권리와 자유'의 보호라는 목적에 관련될 수 있다고 하였지만 '타인'이라는 단어에 인간 배아가 포함되는지에 대한 질문에 대해서는 어떠한 판단도 하지 않았다. 우리로서는 지금까지 이루어져 온 유럽인권재판소 판례에 따라, 이 사건에서는 임신가능성의 문제가 발생하지 않기 때문에 사생활 측면의 자기결정권이라는 청구인의 권리가 단순히 문제되지 않는다고 판단하는 것이 더 좋았다고 생각한다. 배아 기증은 고귀한 감정(noble sentiment)을 불러일으킨다고 청구인은 주장하나 유럽인권협약은 특정 감정을 증진할 목적이 있는 것이 아니라 인간의 기본권들을 보호하는 것에 절대적인 소명이 있다. 과학연구를 위해 '배아를 처분할 권리'라는 청구인이 주장한 권리는 유럽인권협약 제8조의 적용범위에 포함되지 않는다. 따라서 우리는 유럽인권협약 제35조 제3항과 제4항¹⁶⁾의 의미에 따라 심리 부적격을 선언했어야 한다고 판단한다.

[일부 반대의견]¹⁷⁾

내 생각에는 청구인이 청구기간을 초과하였기 때문에 동 사건을 각하했어야 한다고 생각한다. 유럽인권협약 제35조 제1항에 따라 재판소는 최종 결정이 내려진 날로부터 6개월 이내의 사건만을 다룰 수 있다. 그러나 출발점은

16) [유럽인권협약 제35조(심리적격의 기준)]

(...)

3. 제34조에 의한 개별적 제소로서 협약 또는 의정서의 규정과 양립할 수 없는 경우, 근거가 없는 것이 명백한 경우, 또는 제소권의 남용이라고 판단되는 경우 재판소는 심리 부적격을 선언하여야 한다.

4. 재판소는 이 조에 따라 심리적격이 없다고 판단되는 어떠한 제소도 각하하여야 한다. 이는 소송의 어떠한 단계에서도 가능하다.

17) NICOLAOU 재판관.

항상 명확하지 않다. 협약상 권리에 대한 침해가 계속되고 있는 상황에서는 기간이 특히 언제 시작하는지 정의하는 것은 어렵다. 우리의 판례는 이와 같은 경우에 어떻게 처리하는 것인지에 대한 지침을 제공하고 있다.

Varnava et autres c. Turquie¹⁸⁾ 사건에서 재판소는 일반적으로 계속되는 상황에서는 청구기간이 적용되지 않는다고 선언했다. 그러나 판례에서 설명한 것처럼 계속된 위협에서 기간은 단순히 매일 재시작하는 것을 의미할 뿐 기한이 적용되지 않는 것은 아니다. 계속되는 상황이 멈췄을 때, 기한은 흐르기 시작한다. 어려움은 그 상황이 멈춘 시점을 특정하는 것이다. Varnava 사건에서 강조한 것처럼 사건의 쟁점이 시간이 지남에 따라 변화하므로 계속되는 모든 상황이 동일하지도 않다. 그러므로 사건의 중요성 혹은 적절한 해결 가능성을 판단하고 특정한 상황에서 어떻게 시작점을 설정하는 것이 적당할지 결정하기 위해서는 어떻게 상황이 변화하였는지를 조사해볼 필요가 있다. 재판소는 이러한 문제에 대해 일반적이고 실제적인 관점을 채택해 왔다.

동 사건에 대한 다수의견은 동 사건이 2004년 2월 19일 법률(2004년 3월 10일 시행)에 의해 발생하여 무기한 계속되는 상황이라고 보았다. 그러나 나는 청구인이 구제책을 찾지 않은 채 무한정 기다릴 권리는 없다고 본다.

청구인과 그의 동거인은 2002년 체외수정을 통해 5개의 배아를 생성하였고 미래의 (자궁내) 이식을 위하여 냉동보관 중이었으나 2003년 말 그의 동거인이 전쟁 리포트 촬영 중 이라크에서 사망하였다. 따라서 (냉동중이던 배아의 자궁이식은) 명확하지 않은 날짜로 연기되었고, 이후 청구인은 배아를 이식하지 않기로 결정했다. 그리고 과학연구를 위해 청구인의 배아를 제공할 것을 구두로 여러 번 요청했다. 요청의 횟수와 이러한 요청을 표명한 기간은 정확하지 않다. 우리는 2004년 법 시행 전에 어떠한 목적으로든 배아를 제공하는 데에 장애가 없었기 때문에 청구인의 요청이 새로운 법의 시행 후에 발생한 것으로 가정할 수 있다. 게다가 어느 누구도 청구인이 왜 유럽인권재

18)[GC], n^{os}16064/90, 16065/90, 16066/90, 16068/90, 16069/90, 16070/90, 16071/90, 16072/90 et 16073/90, §§ 159 et 161, CEDH 2009.

판소에 좀 더 먼저 사건을 청구하지 않았는지 설명하지 않았다. 다시 말하자면 7년을 기다리는 대신에 법률 시행 직후에 유럽인권재판소에 제소하지 않았는가이다.

물론 법률이 유럽인권협약상 권리의 제한을 계속적으로 초래하는 상황도 있을 수 있다. 이러한 상황들은 법률이 개인의 행위와 삶에 결정적이고 근본적인 영향을 미치며 일상생활에 실질적이고 직접적으로 연결되는 경우들이다. 그러나 이 사건이 그러한 경우에 해당한다고 보기는 어렵다. 청구인은 이미 배아를 이용하여 가족을 이루는 것을 포기하였고 단지 과학연구를 위해 배아를 기증할 것을 희망하고 있을 뿐이다. 이것은 선례가 요구했던 직접적인 영향이 아니다. 즉, 이 사건 법률은 청구인의 사생활에 직접적인 영향을 미치지 못하며 이러한 사건의 성격을 고려했을 때 이 사건 청구는 청구기간이 도과되어 부적법하다.

[반대의견]¹⁹⁾

다수의견은 청구인이 배아의 운명에 대해서 의식적이고 신중하게 선택을 행사할 수 있는 능력이 사생활의 내적 측면과 자기결정권(droit à l'autodétermination)에 관련이 있다고 결론 내렸다. 나 또한 여기에 전적으로 동의하지만 여기서 더 나아가 단순히 관련이 있을 뿐만 아니라 그 권리의 핵심을 행사하는 것이라고 생각한다. 청구인의 자기결정권은 개인의 자주성과 선택의 자유를 반영하는 것이다. 여기서 청구인의 선택은 그의 배아들을 시간이 지남에 따라 생존가능성(viabilité)을 포기하는 것이 아니라 오히려 생명을 구할 목적으로 과학증진을 위해 배아들을 제공하는 것이었다. 이 경우 문제가 된 권리의 성격은 청구인의 선택의 자유이다. 동 사안은 부모 또는 태아의 잠재적인 권리에 관련된 사건이 아니다. 문제가 된 청구인의 권리는 청구인의 유전적 특징(empreinte génétique)에 관해서 자유롭고 자율적인 개

19) SAJÓ 재판관.

인으로서 행동하는 것이다.

입법이 개입하면 기존의 배아에 관련되어 이미 존재한 권리의 행사는 어떻게 될 것인가? 배아는 잠재적으로 인간이 될 수 있는가? 그러나 배아에서 인간으로의 진화는 기증자의 동의 없이는 발현되지 않기 때문에 단순한 가능성으로 남는다. 이탈리아 2004년 법은 배아를 사용하려는 청구인에게 부모가 될 것인지를 결정하는 권리에 반하도록 강요했고 이식되지 않은 배아들을 무기한 냉동보관이라는 선택만 남겨놓았을 뿐이다.

아무런 이용 없이 배아들을 남겨두는 것보다는 오히려 과학연구를 위해 그녀의 배아들을 기증하려는 청구인의 이익은 깊이 개인적이고 도덕적인 결정이다. 이러한 선택은 사망한 동거인에 대한 유덕(遺德)을 기리고 잠재적으로 생명을 구할 수 있는 귀중한 의학연구를 뒷받침하는 것에 근거한다. 재판정에서 의견을 진술한 전문가와 다른 많은 국제적인 의료 및 과학 자료에 따르면 배아줄기세포 연구는 현재 척수손상, 파킨슨병 혹은 현재 치료되거나 치료하기 어려운 다른 질병을 위해 이용되고 있다. 이러한 배아줄기세포 연구를 허용하는 국가들은 배아가 윤리적인 방법으로 사용되도록 (배아이용) 동의에 있어서 정교한 형태를 발전시켰다. 유사한 연구는 더 나은 인간발달을 이해하고 전 세계적으로 불치병으로 고통 받는 사람들을 치료하기 위한 새로운 방법을 발견하기 위하여 인공수정과정에서 생성된 만능세포를 이용하고 있다. 체외수정과정에서 생성된 세포는 독특하고 가치 있는 생물학적 물질의 일부를 구성하고 청구인은 무기한적으로 동결상태에 놓여 배아의 생존가능성을 잃게 하는 것보다는 오히려 이러한 연구를 위해 이용되기를 원했다.

잠재적인 생명의 가능성을 보호하려는 정부의 주장이 청구인 자신의 유전적 물질을 과학연구를 위해 공헌하려는 이익보다 더 크다고 말할 수 없다. 본 사건은 비례성에 관한 분석이 부족하고 과학적 발견에서 파생된 의료혜택을 향유할 제3자들의 중요한 이익을 고려하지 않았다. 단순히 잉여배아를 과학연구에 사용할 수 있는지 여부의 문제에 대한 유럽적 합의가 존재하지

않는다고 말하면서 재판소는 선례가 구축한 규범들을 벗어났다. 물론 이러한 문제에 대해서 국가의 판단재량이 존재하지만 정부가 적절하다고 판단한 법률이 모든 방법을 통하여 개입할 수 있음을 가리키는 것은 아니다. 정부의 조치는 항상 청구인의 권리에 대한 개입과 비례해야 하고 이러한 개입이 비례하기 위해서 정부는 정당한 이유를 제공해야 한다. 법률은 삶의 가능성 보호라는 이름으로 과학적 연구로서 실제 인간의 고통을 예방하는 이익을 등한시하고 있다. 나는 이탈리아 법이 낙태를 허용함에도 불구하고 삶의 잠재력이라는 우세한 중요성에 집착하는지 이해가 되지 않는다. 이러한 태도와 설명은 불일치할 뿐만 아니라 불합리하고 조치의 비례성을 충분히 정당화하지 못하는 것이다.