한국의료윤리교육학회지 제11권 제2호(통권 제20호): 119-138, 2008년 12월
Korean J Med Ethics Educ 11(2) : 119-138, Dec 2008
ISSN 1229-0904
ⓒ한국의료윤리교육학회

불법 행동이나 잠재적 불법 행동에 대한 연구에서 기밀 유지에 대한 법적 · 윤리적 고려*

최은경**, 김도균***, 김옥주**

Ⅰ. 서 론

피험자의 사생활 보호와 기밀 유지는 연구 수행에 있어 오래된 덕목으로 여겨져 왔다. 기밀 유지는 연구 윤리 원칙 중 하나인 인간 존중의 원칙(respect for person)[1]으로부터 도출되는 항목이면서 피험자의 연구 참여를 위해 연구자가 꼭 지켜야 할 약속과 신뢰성의 상징으로 여겨져 왔다. 특히 근래 피험자 정보와 환자 정보를 이용한 연구가 급증하면서 기밀 정보 보호에 대한 주의는 더욱 강조되는 추세이다.

그러나 몇몇 연구의 경우 연구자가 피험자에게 기밀 유지를 보증하는 것이 한계에 부딪친다. 의도치 않은 사고로 기밀이 누출되는 경우를 제외하고 기밀 유지 보증이 어려운 경우는 주로 피험자가 형사 처벌 대상이 될 수 있는 연구 – 불법 행위 혹은 불법 약물 이용에 관한 연구 – 이며 넓게는 이들 피험자와 접촉을 많이 할 수 있는 범죄학 및 민속지학, 인류학 등이 포함될 수 있다. 국가마다 차이가 있지만 이들 기록을 소지하는 것만으로도 처벌 대상이 되는 경우부터 기록 공개를 거부했을 때 처벌 대상이 되는 경우까지 다양하다.[2] 형사 처벌 대상이 되는 불법 행동에 관한 연구 외에도 연구 기록이 법원에 의해서 민사재판상 증거자료 제출을 명령받고 공개하지 않을 때 타인에게 직접적 위협을 줄 수 있는 경우 등에서는 법적, 윤리적으로 연구 기록을 공개하라는 압력이 가해질 수 있다. 그러나 몇몇 나라를 제외하고는 이들 경우

* 위 연구는 교육과학기술부 21세기프론티어연구개발사업인 세포응용연구사업단의 연구비 지원[과제코드(SC-001)]에 의해 수행되었습니다.
교신저자: 김옥주. 서울대학교 의과대학 의사학교실. 02-740-8061. okim9646@snu.ac.kr
** 서울대학교 의과대학 의사학교실
*** 서울대학교 법과대학

1) 인간 존중의 원칙은 1979년 제정된 벨몬트리포트에서 중요하게 천명된 연구 윤리 원칙이다. 벨몬트리포트에서 제시한 연구 윤리 원칙으로는 인간 존중의 원칙(respect for persons), 선행의 원칙(beneficence), 정의의 원칙(justice)이 있다. 사생활 및 기밀 유지는 이 중 '인간 존중의 원칙'이 제시하는 자기 결정권(self-determination)과 밀접한 관련이 있다. 우리 헌법상 "모든 국민은 인간으로서의 존엄과 가치를 가지며, 행복을 추구할 권리를 가진다. 국가는 개인의 불가침의 기본적 인권을 확인하고 보장할 의무를 진다."는 헌법 제10조와 "모든 국민은 사생활의 비밀과 자유를 침해받지 아니한다."는 헌법 제17조는 '인간 존중의 원칙'을 명백하게 선언하고 있다. 이에 대해서는 정종섭. 헌법학원론. 박영사, 2007 : 315면 이하 참고.

2) 뒤에 자세한 사례를 들겠지만, 영국의 경우 불법 행동 관련 기록을 소지, 신고하지 않는 것만으로 형사법상 범죄에 해당된 바 있다. 그 외 다수의 국가(영국, 미국, 호주) 등에서 법원이 요구하는 자료를 공개하지 않을 때에는 법정모독죄로 기소될 수 있다.

에 대한 법적, 윤리적, 제도적 대응 방안이 대체로 부재하며 연구자와 피험자가 기소 및 법정 소환의 위험에 놓일 가능성이 많다.

본 논문에서는 먼저 불법 행동 연구의 사례와 이들이 제기하는 법적 · 윤리적 딜레마와 이에 대한 접근법을 논하고, 미국 등 외국에서 이 문제를 어떻게 인식하고 해결하고자 하는지 살펴보고자 한다. 또한 의료 전문직의 기밀 유지로부터 연구자의 기밀 유지의 윤리적 함의를 도출하여 국내에서 불법 약물 등 법적 기소 가능성이 있거나 안전을 보장받지 못하는 행위를 소재로 한 연구에서 어떻게 연구의 기밀 유지를 보장할 것인가에 대해 제안하고자 한다.

II. 국내 불법 행동 연구의 가상 사례

불법 행동을 포함하는 연구는 피험자에 대한 기밀이 보장되지 않으면 피험자를 형사기소를 당하게 하거나 민사소송의 위험에 노출 시킬 수 있을 뿐 아니라 피험자에 대한 정보를 갖고 있는 연구자를 위험에 빠뜨릴 수도 있다. 불법 행동 연구는 (1) 연구자가 불법 행동을 직접 관찰했을 경우, (2) 연구자가 피험자로부터 과거의 불법 행동에 대한 정보를 모으는 경우, (3) 연구의 설계와 내용이 불법 행동을 통해서 이루어지는 경우로 나눌 수 있는데, 세 번 째의 경우가 해결하기 쉽지 않은 윤리적, 법적 문제를 야기한다. 구체적인 사례를 통해 이에서 발생할 수 있는 문제를 살펴보기로 하자. 아래 두 사례는 우리나라에서 가능한 가상 사례로써 함께 검토해야 할 법적, 윤리적 문제를 제기한다.

〈사례 1〉 성매매 관련자의 성매매 행태와 성매매 여성의 성병 유병율 연구

「성매매알선 등 행위의 처벌에 관한 법률(법률 7404호)」이 2004년 발효됨에 따라 전일제 업소형 성매매가 줄고 비업소형 성매매가 증가함에 따라 비업소형 성매매에 대한 행동연구 및 성매매 관련자의 성병 유병율에 관한 연구가 계획되었다. 동법의 실행으로 전통적인 성매매집결지의 퇴조는 뚜렷하게 보인 반면, 인터넷을 통한 성매매가 급속히 성장하고 있다고 한다. 역학자 및 사회학자와 성매매 업계와 오랫동안 일했던 비정부단체가 함께 주도하는 이 연구는 인터넷에서 애인대행사이트, 화상채팅사이트, 밤문화 커뮤니티, 포털 내 성매매 알선 카페, 유흥업소 구인구직 사이트에 들어가 성매매를 알선하는 사람들을 접촉해서 이들을 면접 조사하여 인터넷 성매매 및 알선이 이루어지는 방식에 대한 질적 연구를 수행한다. 비정부단체는 여러 가지 활동 경로로 성매매를 알선하는 사람들과 연결이 있기 때문에 이들의 협조를 받기가 쉬우리라 예상되었다. 본 연구자들은 성매매 알선업자들을 통해 성매매 여성을 소개받아 인터뷰, 설문 및 매독, 임질, AIDS 등 성병 유병율 검사를 위한 소변 및 혈액 채취를 하도록 계획되었다. 동의서는 구두로 받으며 피험자의 신원은 기록되지 않고, 그 외 모든 연구자료 또한 익명으로 처리될 계획이다.

문제 1-1. 성매매 알선은 3년 이하의 징역 또는 3천만원 이하의 벌금형에 처해지는 위법 행위인데, 성매매 업자를 대상으로 연구를 하는 것에는 어떠한 법적 문제가 존재하는가?

문제 1-2. 연구윤리심의위원회 위원으로서 이 연구에 내재한 위험 – 피험자에 미칠 위험과 연구자에 미칠 위험 – 을 어떻게 평가할 것인가? 이 위험을 줄이기 위해서 어떠한 노력을 할 수 있겠는가?

문제 1-3. AIDS검사의 경우 만일 법정에서 판사의 결정으로 연구자에게 피험자 정보를 제출하도록 요구하는 경우, 연구자는 어떠한 입장을 취할 수 있는가? 법

www.kci.go.kr

정의 판결에 따르는 경우 피험자에게 가해지는 위해와 연구자 및 연구자 집단에 생기는 문제는 무엇인가? 또한 불복하는 경우 연구자에게 가해질 위험은 어떤 것인가?

〈사례 2〉 마약 중독자의 뇌 기능 연구

마약이 뇌기능에 미치는 영향을 살피기 위해 필로폰(메스암페타민, 일명 히로뽕) 중독자와 정상 대조군의 뇌 기능의 차이를 규명하는 것을 목표로 뇌과학자가 연구를 계획하였다. 연구 대상은 일년 이상 메스암페타민(일명 필로폰 또는 히로뽕)을 사용하거나 중독이 1년 이상인 성인 50명으로, 지난 1년간 주사로 100회 이상 사용하거나 총량이 30g인 사람 또는 2주에 한 번 사용한 사람을 대상으로 하였다. 정상 대조군은 30명으로 약물 중독과 정신과적 질환이 없는 건강한 성인을 대상으로 하였다. 설문 연구, 뇌영상 및 뇌기능 측정, 혈액 및 뇨검사 등으로 이루어진 관찰 연구로 연구자를 1주, 4주, 6개월 간격으로 3번 방문하게 되어 있다. 동의는 문서를 남기지 않고 구두동의로 할 예정이며 연구데이터는 코드화한 채로 연구자가 관리할 예정이다. 연구자는 피험자의 마약 중독을 직접치료를 하지 않으나 피험자들에게 마약 중독을 치료하는 사람을 소개하여 치료를 적극 권장할 예정이었다. 피험자 모집은 마약 중독자들의 개인이 개인을 연결하여 소개하는 방식으로 이루어졌고, 피험자 모집과정에 대한 상세한 기술은 기밀 보장을 위해 연구계획서에 기술되지 않았다.

문제 2-1. 메스암페타민 사용자는 형사 처벌 대상인데, 이 집단을 피험자로 하는 연구는 어떠한 법적, 사회적, 윤리적인 문제가 존재하는가?

문제 2-2. 연구 기록을 코드화하여 개인을 알아볼 수 없게 기록한다고 할지라도 피험자가 3번 방문하기 때문에 연구자는 기록을 유지하기 위해 개인의 식별자 자료와 코드 연관 기록을 보관하고 있어야 한다. 따라서 피험자의 신원은 완전히 익명화되지 않는다. 경찰, 또는 검찰이 연구자에게 피험자 정보를 달라고 요구할 경우 연구자는 어떠한 입장을 취할 수 있는가? 또한 연구기관은 어떠한 입장을 취할 수 있는가?

문제 2-3. 만일 법정에서 판사의 결정으로 연구자에게 피험자 정보를 제출하도록 요구하는 경우, 연구자는 어떠한 입장을 취할 수 있는가? 법정의 판결에 따르는 경우 피험자에게 가해지는 위해와 연구자 및 연구자 집단에 생기는 문제는 무엇인가? 또한 불복하는 경우 연구자에게 가해질 위험은 어떤 것인가?

연구의 목적과 설계가 불법 행동을 하는 사람들을 연구 대상으로 포함하는 경우, 피험자의 기밀 유지가 보장되지 않으면 연구 수행이 불가능하다. 피험자는 연구자가 기밀 유지를 할 것이라는 신뢰 하에 불법 행동과 관련된 정보를 연구를 위해 제공하기 때문이다. 연구 계획을 심사하는 연구윤리위원회(IRB)는 피험자의 기밀 유지에 대한 구체적인 장치를 마련하도록 연구자에게 요구하고 이를 확인할 필요가 있다. 기밀 유지를 위해 동의서를 포함한 모든 연구 자료의 익명화는 필수적인 조건이다. 위법 행동, 낙인이 될 만한 행동이 포함된 연구의 경우 서면으로 된, 피험자와 연결되는 기록들은 전부 기밀 유지에 위협이 될 수 있다. 이 경우 서면으로 된 동의서 자체가 피험자에게 위험이 될 수 있기 때문에 연구윤리위원회(IRB)는 연구 참여에 자발적 동의를 받도록 하되 서면으로 된 동의서의 문서화 과정을 면제할 수 있다. 통상적으로 서면 동의서 면제는 1) 동의서만이 피험자와 연결된 서류이고, 2) 연구가 최소한의 위험만을 포함하며, 3) 기밀 유출이 주요 위험일 경우(즉, 연구 맥락 외에서는 보통 동의서가 필요치 않은 경우)에 가능하다. 위의 사례 1과 2의 경우 문서화된 동의서를 받는 것을 IRB가 사전에 면제할 수 있다.

www.kci.go.kr

불법 행위를 포함하는 연구의 경우, 기밀 보장이 유지되지 않을 때 법적, 사회적 문제가 발생한다. 사례 1의 경우, 성매매자 또는 성매매업자, 사례 2의 마약 중독자의 경우 모두 신원이 노출되었을 경우 피험자는 형사 기소될 위험이 있다. 또한 관찰 연구이기 때문에 연구자가 불법 행위를 보고도 적극적인 중재를 하지 않을 경우 사회적인 비판을 받을 소지도 있다. 문제가 심각해지는 경우는 경찰이나 검찰이 연구자에게 피험자의 사적 정보를 요구하거나, 법원의 결정으로 연구자에게 피험자의 사적 정보와 연구 기록의 공개를 요구할 때이다. 연구자가 법원의 결정에 따르면 피험자에게 피해가 갈 것이며, 연구자가 피험자와의 기밀 유지 약속을 지키고 연구 윤리의 원칙을 준수하기 위해 이에 불복할 경우 연구자에게 피해가 돌아갈 수 있다. 이에 대해서 국내법상 가능한 답은 다음과 같다. 법정에서 판사의 결정으로 연구자에게 피험자 정보를 제출하도록 요구하는 경우는 통상 그 정보가 민 · 형사상 재판의 중요한 증거가 된다고 판단되는 때이다. 만일 연구자가 이에 불복한다면 국내법상 미국에서와 같은 '법정모독죄'는 없으므로 형사소추의 대상은 되지 않을 것이지만, 수사기관은 법원의 영장을 받아 그 정보를 압수 수색할 수 있다. 연구자가 해당 정보를 파기하였다면 형법 제155조의 증거인멸죄로 소추될 것이다.

Ⅲ. 불법 행동 연구에서 기밀 유지가 위협받은 외국 사례

국내에서는 사람을 대상으로 하는 연구윤리가 확립된 역사도 짧고, 불법 행동을 하는 피험자에 대한 연구도 활발하지 않기 때문에 이에 대한 충분한 논의가 없었다. 캐나다, 호주에서는 연구의 기밀 유지에 관한 법률적 보호의 필요성을 제기하는 사례가 발생하여 학계에서의 활발한 논의를 촉발시켰다. 미국에서는 30여년 전부터 피험자의 기밀 유지가 연구자의 법정 소환으로 위협받는 사례가 여러 차례 있었다. 우리보다 먼저 경험한 외국 사례를 살펴보면 윤리적, 법적, 사회적 문제가 어떠한 것이 있으며, 이에 대해 어떠한 준비를 해야할 지 교훈을 얻을 수 있다. 그 중에서도 법정의 명령에 불응하여 피험자가 제공한 정보에 대한 기밀 유지를 위해 연구자가 159일 동안 감옥에 감금당했던 워싱턴 주립대학의 릭 스케어스(Rik Scarce) 사례를 주목할 필요가 있다.

〈사례 3〉 워싱턴 주립대학의 사회학과 대학원생의 수감 사례[3)]

사회학과 대학원생인 릭 스케어스는 위싱턴 주립대학 사회학과에서 박사과정을 시작하기 직전 「전투적 생태주의자: 급진적 환경운동에 대한 이해」라는 책을 출간하였다. 이 책에서 저자는 그린피스 등의 환경단체와 함께 전투적 지하 세포조직으로 구성된 동물해방전선(Animal Liberation Front, ALF)에 관한 내용을 실었다. 인간을 위해 사용되는 모든 종류의 동물의 사용을 부정하는 동물해방전선 사람들과 인터뷰하는 과정에서 연구자는 이들의 철학과 전술에 대해 알게 되고 이를 책에 소개하였다. 박사과정에서 사회학의 방법론을 배운 저자 릭은 급진적 환경운동에 대해 보다 학술적인 접근과 분석으로 박사학위 논문을 준비하고 있었다.

1991년 8월 위싱턴 주립대학의 연방기금으로 수행되는 동물 실험실에 동물해방전선이 침입하여 동물들을 놓아주고 컴퓨터와 파일들을 부식 용액을 부어 파괴하는 일이 벌어졌다. 이러한 파괴는 연방기금 연구에 손상을 입힌 심각한 범죄로 여겨져 대학경찰과 연방수사국(FBI)

3) 이 사례에 대한 사실적 기술과 분석, 개인적인 체험에 대한 기술은 Scarce R. (No) Trial (But) Tribulation: When Courts and Ethnography Conflict. Journal of Contemporary Ethnography 1994 ; 23(2) : 123-49 참조.

www.kci.go.kr

이 나서서 수사에 착수했다. 실험실 파괴의 용의자로 주목한 사람이 릭 스케어스의 연구 대상자 중 하나로 릭의 집에서 머물렀다는 사실을 알고 있는 연방수사국은 릭에게 연구 자료를 공개할 것을 요구했다. 정부 측에서는 릭의 자료가 범죄 수사에 중요한 자료라는 사실에 주목하여 릭에게 연구에서 수집한 정보를 요구했으나, 릭은 피험자와 약속한 기밀 유지를 지키고 연구 윤리의 원칙을 지키기 위해 질문에 답을 하지 않았다. 연방법(Title Code 28, United States Code, 1826)에 의하면 대답을 하지 않는 불성실한 증인은 최대 18개월까지 수감될 수 있는데, 릭은 재판에 회부되어 법정모독죄(contempt of court)로 159일 동안 수감되었다. 릭이 변호사를 대동하여 피험자의 기밀 유지에 대한 근거로 주장한 미국사회학회 연구윤리지침 등 연구 윤리의 준수는 판사에 의해 받아들여지지 않았다. 연구 기관인 워싱턴대학은 릭을 옹호하지 않았으나 릭은 대학 사회와 미국 사회학 학계의 광범위한 지지와 성원을 받았다.

문제 3-1. 피험자의 신원을 공개하라는 정부와 법정의 요구에 맞서 릭은 어떠한 경우에도 밝히지 않을 것임을 명시하였다. "피험자가 인근 핵시설물을 폭파할 것이다"라는 정보를 알게 되어도 피험자가 누구인지 밝히지 않겠다는 입장을 천명하였다. 이와 같이 피험자를 절대적으로 보호하는 입장은 항상 윤리적으로 정당화될 수 있다고 보는가? 이러한 입장이 '연구의 자유' 에 대해 가지는 함의는 무엇인가?

문제 3-2. 본인의 연구가 IRB심의를 받아야 하는지에 대해 지도를 받지 못한 릭은 박사논문 연구계획서를 위싱턴대학 IRB에서 승인받지 않았다. 대학은 이를 이유로 릭을 징계할 수 있으며, IRB 승인을 받지 않은 연구이므로 대학에서 릭에게 변호사를 지원하지 않을 것이라고 발표하였다. 릭의 연구가 IRB 승인을 미리 받았으면 릭이 법정이나 학교에서 부딪치게 된 상황은 지금과 달라졌으리라 생각하는가?

문제 3-3. 릭은 감옥에서 풀려난 다음에도 자신의 피험자들이 함께 참여한 재판정과 같은 공개석상에서 여러 번 경찰관들이 접근하여 피험자 정보를 제공하라는 말을 들었다. 물론 릭은 피험자에 대한 정보제공을 거절했으나 이로 인해 그에게 불법 행동에 대해 정보를 제공하던 피험자들은 릭에게 정보를 제공하는 것이 안전하지 않다는 인식을 하게 되었고 이는 릭의 연구에 장애로 작용하였다. 어떠한 장치가 연구자-피험자의 신뢰를 손상하는 이러한 문제를 예방할 수 있을까?

〈사례 4〉 호주 멜버른의 환각제 사용자 연구에서 경찰의 피험자 정보의 요구[4)]

멜버른대학의 약물 중독 연구자가 호주 빅토리아 주정부의 약물중독재활연구기금을 받아서 12개월 동안 멜버른의 환각제 사용 패턴에 대한 질적 연구를 계획하였다. 연구 목적은 환각제가 어떠한 사회 환경에서 사용되며, 그 사용에 미치는 요인을 알고 환각제 이용을 둘러싼 사회적 환경에 대한 이해를 증진시켜 해를 줄이는 방안을 개발하기 위한 것이었다. 100명의 환각제 사용자들을 동료 소개방식으로 모집하여 동의 하에 반구조화된 면담(semi-structured interview)을 수행하고 면담은 테이프에 기록하며 복사될 예정이었다. 환각제 남용의 중심 개념과 관련된 연구를 위해 자가 기입식 설문지를 사용하되 참여자를 익명화함으로써 연구의 위험을 최소화하고자 하였다. 연구 참여자 모집에서 목표가 된 그룹은 게이

4) 이 사례에 대한 소개와 이의 윤리적, 법률적 분석, 또한 호주의 연구의 기밀 보장 관련 법체계 및 향후 방향에 관한 제언에 대해서는 Fitzgerald J & Hamilton M. The consequences of knowing: ethical and legal liabilities in illicit drug research. Soc Sci & Med 1996 ; 43(11) : 1591-1600 참조.

www.kci.go.kr

남성 나이트클럽, 이성애 나이트클럽, 그런지 뮤직클럽, 재즈클럽, 학생, 약물남용과 정신질환 이중으로 진단된 사람들이었다. 민감한 정보가 수집되기 때문에 연구자와 참여자 사이의 신뢰가 가장 중요했으며, 인터뷰는 연구 참여자의 집에서 수행하고 연구노트 기록과 면접 후 정보 제공은 보다 정규 방법을 사용하였다. 대학의 연구윤리위원회에서는 이 연구를 검토한 결과 불법 행위에 대한 관찰연구이므로 연구자와 피험자의 '법적 위험' 이 유일한 위험으로, 모든 자료를 익명화할 것을 요구했다. 익명화한 자료를 다루는 이 연구는 '최소한의 위험 연구(minimal risk study)' 로 분류되었다.

연구에 대한 계획이 발표된 다음 비밀 경찰이 연구 담당자에게 접근하여 정보의 교환을 요구하였다. 즉, 비밀경찰이 경찰의 감시를 넘어 약물 남용자를 연구자에게 소개해주는 대신, 연구자가 모은 자료를 비밀경찰에게 넘기라는 제안이었다. 이 제안을 받고 연구자는 학교당국에 보고했으며, 학교당국은 이 연구의 법적인 문제를 검토하였다. 이 연구는 법원에 증거 제출을 거부할 경우 생기는 문제로 법정모독죄(contempt of court)로 소추될 수 있으며, 불법 행위인 환각제 사용을 보고도 경찰에 신고하지 않기 때문에 교사죄(law of aiding and abetting)에 걸릴 수도 있었다.[5] 이 연구는 적절한 법적 조력 기구가 생길 때까지 연구 수행을 잠시 중단(memorandum)하는 등 우여곡절을 겪은 후에 재개되었다. 재개된 이후 대학연구윤리위원회는 이 연구를 고위험 연구(high risk study)로 분류하였다.

문제 4-1. 환각제 사용이라는 불법인 행동을 관찰만 하는 연구를 수행하는 것이 윤리적이라고 생각하는가? 이 연구가 불법 행위를 방조하고 더 나아가 고무하는 행위에 해당된다고 생각하는가? 만일 이 연구가 윤리적으로 정당화될 수 있다면 그 근거는 무엇인가?

문제 4-2. 호주에서는 연방정부에서 지원하는 연구는 역학연구의 기밀보장법(Epidemiological studies (Confidentiality) Act, 1981)에 의해 기밀 보장이 보호되나 위의 연구처럼 주 정부에 의한 연구는 이에 해당되지 않는다. 연구비 출처에 따라 불법 행동 연구의 법적 기밀 보장이 달라지는 것이 합리적이라고 생각하는가? 어떤 기준으로, 누가, 연구의 기밀 보장의 법적 보호를 판단해야 한다고 생각하는가?

문제 4-3. 이 연구에 법적 문제가 발생할 수 있음을 연구자들이 대학 당국에 보고하자 정밀한 법적인 검토를 위해 6개월 동안 연구가 정지되었다. 이 연구는 사회적 필요에 의해 주정부에서 연구비를 지원하고 연구윤리위원회에서 승인하는 절차를 거쳤음에도 불구하고 중단되었는데, 이를 예방할 수 있는 어떠한 대안이 가능한가?

〈사례 5〉 캐나다의 AIDS 환자의 자살조력과 안락사에 관한 연구[6]

1994년 캐나다 사이몬프레이져대학(Simon Fraser University)에서 AIDS 환자의 자살을 돕거나 안락사시킨 사람을 소재로 러셀 오그던(Russel Ogden)의 범죄학 석사학위논문이 제출되었다. 당시 연구 계획은 연구윤리위원회의 승인을 받은 것이었다. 당시 캐나다에서 안락사는 사회적으로 상당한 주목을 받았으며 이 논문 또한 매스컴의 주목을 받았다. 한 여인의 갑작스런 죽음을 수사

5) 국내법의 경우는 이러한 연구 행위가 마약을 구매하고 판매, 흡입하는 정도로까지 나아가지 않았다면 범죄가 되지는 않으며, 신고를 하지 않은 행위 자체는 범죄가 되지 않는다(「마약류관리에관한법률」 제3조, 58조-61조 참조). 그러나 동법 제40조 제1항에서 규정하고 있는 마약류중독자 치료기관을 정당한 이유없이 이탈한 자를 연구자가 은닉하는 행위를 하게 되면 동법 제63조 제1항 7호에 따라서 처벌된다.

6) Lowman J & Palys TS. Ethics and institutional conflict of interest: The research confidentiality controversy at Simon Fraser University. Sociological Practice: A Journal of Clinical and Applied Sociology 2000 ; 2(4) : 245-64.

www.kci.go.kr

하던 벤쿠버 검시관은 러셀의 논문에 사용된 연구 기록이 증거가 될 것으로 판단하여 그의 연구 기록을 증거로 소환하였다. 러셀은 캐나다에서 처음으로 연구 기록을 제출하지 않았기 때문에 법정 모독죄를 적용받을 수 있는 연구자가 되었으나, 사이몬프레이져대학은 이를 변호하기를 거부하였고 연구윤리위원회의 누구도 법정에서 연구자를 변호하고자 하지 않았다. 사이몬프레이져대학은 위의 연구자가 '안락사'와 관련된 연구로 법적인 문제에 휘말릴 경우, 대학의 이미지 실추와 변호사 비용 등 경제적 손실을 우려했던 것이다.

러셀 오그던은 검시관에게 자신의 연구에 대한 개괄적인 정보를 줄 수는 있지만 피험자의 신원이 노출되는 정보에 대해서는 기밀 보장이 된다는 점을 일반법을 근거로 들어 논증했으며, 검시관은 이를 받아들였다. 이후 사이몬프레이져대학에서는 '제한된 기밀 유지(Limited Confidentiality) 동의서'를 도입하여 다수의 범죄학, 사회학, 심리학, 인류학자들로부터 논쟁을 불러일으키고 항의의 대상이 되었다. 불법 행위 연구에 모집되는 사람들이 법적, 사회적으로 취약 그룹인 경우가 많은데, 이 '제한된 기밀 유지 동의서'는 제한된 기밀 보장에서 오는 위험을 취약한 피험자에게 넘겨서 문제가 생겼을 경우 그대로 이들이 위험을 감수하도록 하는 구조이다.

문제 5-1. 기관의 연구윤리위원회에서 승인한 연구이며 학위논문임에도 불구하고 대학이나 연구윤리위원회가 러셀을 변호하거나 지지하지 않은 이유는 무엇인가? 연구 윤리와 연구의 자유라는 가치와 충돌하는 기관의 이해충돌(conflict of interest)은 어떠한 것이 있는가?

문제 5-2. 피험자에게 법적으로 문제가 될 경우에는 기밀 보장을 할 수 없음을 미리 밝히는 '제한된 기밀 유지(Limited Confidentiality) 동의서'의 윤리적 문제점은 무엇인가? 이러한 연구 기관의 방침이 연구자에게 가져올 위험성과 해당 분야의 연구에 미칠 영향은 어떠할 것인가?

Ⅳ. 불법 행동 연구의 윤리성에 대한 고려

연구는 공중의 이익과 긴밀한 연관을 가지며 일반 대중의 이해와 피험자의 권리에 대한 고려를 동시에 필요로 한다. 하지만 몇몇 특수한 연구 주제의 경우 연구의 수행과 기밀 유지 자체가 사법 체계와 공공 이익과 직접 부딪치는 딜레마를 낳는다. 이들 연구의 경우 사법적 위해를 초래한다는 비난과 부딪친다. 범죄나 약물 사용과 같은 불법 행위를 대상으로 하는 행동 연구, 성폭력이나 아동 학대 등 민감한 도덕적 사안과 결부되어 있는 연구 등이 대표적이며 보다 복잡 미묘한 문제가 초점이 되나 일부 HIV/AIDS 연구 또한 포함될 수 있다. 각각 연구 범주마다 내포하고 있는 갈등과 문제들이 조금씩 다르고, 그 속성을 동일하게 판단할 수는 없다. 이를테면 불법 약물 남용자를 대상으로 하는 연구는 연구 자체가 불법 행위를 방조한다는 비난을 야기하며 연구 기록이 직접적 사법 판단의 대상이 될 가능성이 있다. 한편 연구 기록을 공개하지 않을 시에는 타인에게 직접적 위해를 초래한다는 비난을 받게 된다. 이들 연구의 경우 연구 기록이 민 · 형사 재판에서 소환 대상이 되고, 연구 기록 공개에 대한 압박을 받을 가능성이 높다.

원칙적으로는 모든 연구 참여 주체들이 사법 체계에 속해 있으며, 사법적 판단의 대상이 된다. 특정 민사소송 재판에서 연구자나 연구 기록이 증거제출 요구의 대상이 될 수 있다. 이를테면 연구 결과가 명예훼손소송 대상이 되는 경우 연구 기록은 쉽게 소환 대상이 된다. 그러나 현실적으로 불법 행동을 대상으로 하는 연구는 사법적 소환의 대상이 될 가능성이 높으며 특별히 법적 주의를 요한다. 이들 연구가 사법적으로 소환된다면 이후 사법

www.kci.go.kr

체계가 대변하는 공공의 이익과 갈등을 빚을 수 있다. 그동안 이들 연구는 윤리적 딜레마의 일례로, 연구 윤리에 있어 특수한 주제로 생각되어 왔고 일반적인 연구 윤리 주제로는 여겨지지 않았다. 그러나 이들 연구의 딜레마를 해결하기 위해서는 특별한 법적 판단과 정당화가 필요하며, 사법 체계가 대변하는 공공의 이익과 연구의 목적이 협상되어야 한다. 특정 연구가 사법적 판단의 위험을 피하고 기존 사법 체계로부터 예외가 가능하기 위해서는 특별한 위법성 조각 사유가 필요하고, 연구와 사법 체계 사이의 협상을 통해서만이 해당 조건이 성립될 수 있다.

이들 연구에 있어서 연구 기록 공개와 피험자 기밀 유지만이 주요 갈등인 것은 아니다. 불법 행위를 대상으로 하는 연구의 경우 수감자를 대상으로 하게 되면 수감된 피험자의 권리와 존엄성에 대한 고려 또한 중요한 문제가 된다. 군대와 같은 특정 집단에서의 연구는 연구 수행 자체가 군대 규율 체계에 위배를 초래할 수 있다. 성폭력이나 아동폭력 같은 경우 피험자의 권리와 피해자 보호가 직접 갈등을 빚을 수 있다. 불법 약물 중독자를 대상으로 하는 연구의 경우 피험자에게 보상을 지급했을 때 연구자뿐만 아니라 피험자에게 비난의 화살이 돌아가는 경우도 볼 수 있다. 사법적 판단 가능성이 높은 연구일수록 피험자와 피험자가 놓인 조건이 위험한 경우가 많고 피험자의 관계자, 더 나아가 연구자까지 위험에 노출될 소지가 높다. 이들 연구 모두 심할 경우 사법적 판단의 대상이 될 수 있다. 그러나 본 논문에서는 불법 행동 연구와 관련된 딜레마를 모두 다루기보다는 불법 행동 연구에서 사법 권력에 의해 연구 기록 공개가 요청될 경우, 즉 연구자의 기밀 유지 준수 의무에 위협에 가해지는 경우를 중심으로 논의하고자 한다.

1. 불법 행동에 대한 연구에 대한 접근들

불법 행동에 대한 연구가 전부 사법적 판단의 대상이 되는 것은 아니나, 불법 행동 연구자의 상당수는 소환과 기소의 가능성을 염두에 두게 된다. 이 문제에 대해 연구자들은 사법적 판단 여지의 가능성을 인정하면서도 대체로 불법 행동의 위법성에 대해 책임이 없다고 여기거나, 과거의 범죄에 관한 정보를 수집하는 것은 별로 문제가 되지 않는다고 정당화 한다. 이에 대해서는 찬반양론이 첨예하게 대립하고 있다. 야브론스키가 주장하듯이 연구자는 다른 시민처럼 사법 당국에 피험자의 불법 행위를 보고할 의무가 있다는 입장도 존재한다.[7] 불법 행동의 원인을 고찰하고 이를 근절하는 것이 연구의 목적이라 하더라도 불법 행위 보고에 있어 예외가 생기면 방조가 가능해지고 다시 불법 행위를 성행하게 만드는 결과를 가져올 수 있다는 것이다. 반면 폴스키는 불법 행위의 정보를 사법 당국에 공개하지 말아야 한다고 주장한다.[8] 폴스키의 논지에 따르면 연구자들은 불법 행동 현장에서 '불법 행동 방조자' 와 같은 '범죄인' 이 아니며, 오로지 연구의 목적을 달성하기 위하여 그러한 연구를 수행하고 있다. 그러한 점에서 불법 행동 연구자들의 순수한 연구 행위는 법률적 심판의 대상이 되어서는 안 된다고 주장한다. 다수의 민속지학자들은 폴스키의 논지를 받아들여 불법 행동 현장에 직접 들어가는 것이야말로 그들의 문화와 양태에 대해 풍부하게 이해할 수 있는 방법이라고 주장하며 기밀 유지의 훼손은 피험자의 이해에 결코 도움이 되지 않을 것이라고 본다. 실제로 몇몇 사례에서 연구자들은 경찰 조사 요구에 불응하면서 연구의 기밀을 지킬 권리를 주장하기도 한다.[9]

물론 이러한 주장이 법 내부에 충분히 반영되어 있거

7) Yablonsky L. On Crime, Violence, LSD and Legal Immunity for Social Scientists. American Sociologist 1968 ; 3 : 148-9.
8) Polsky N. Hustlers, Beats, and Others. Aldine, 2006.
9) Armstrong G. Football Hooligans: Knowing the Score. Berg Publishers, 1998; Jacobs BA. Dealing Crack: The Social World of Streetcorner Selling: Northeastern University Press, 1999; Turner AG. What Subjects of Survey Research Believe about Confidentiality. The Ethics of Social Research 1982.

www.kci.go.kr

나 하나의 윤리 강령으로 존재하는 것은 아니며 연구자 스스로 생각하는 역할 규정에 가깝다. 마치 경찰이 범죄 조직에 임무 상 직접 침투하여 범행을 조사하는 것처럼 불법 행동을 이해하고 조사하기 위해 꼭 필요한 역할과 의무가 연구자에게 있다는 것이다. 연구자들은 이 역할과 의무가 연구의 목적과 유용성으로 정당화될 수 있으며 당장의 형사 처벌과는 관련이 없다고 주장한다. 이러한 관점에 따르면 연구자가 연구 수행 과정에서 실제 위법 행위에 대하여 알게 되었으면서도 당국에 신고하지 않고 연구를 계속 수행하는 것은 암묵적으로 허용되는 예외-규칙이 된다. 실제로 상당수의 연구자들이 법적으로 증언할 직접 의무를 지니지 않는다고 보는 시각이 많기 때문에 암묵적 허용은 어느 정도 유지될 수 있었다. 그러나 이러한 암묵적 허용이 연구자는 물론이요, 피험자의 입장에서도 도움이 되었다고 볼 수 있을지는 회의적이다. 피험자의 입장에서 볼 때 자신의 기밀 기록을 어떠한 법적, 공적 지위를 갖지 못하고 연구자에 대한 신뢰만을 의지한 채 연구자의 수중에 맡기는 것이기 때문이다. 연구자의 입장에서도 이러한 논지는 저널리스트들이 범죄 현장에 침투하여 기사를 작성하는 것과 비슷한 수준의 정당성밖에 지니지 못한다.

피험자의 입장에서는 동의 과정에서 연구가 법원 명령 등으로 인해 기밀 유출 가능성이 있고 충분한 기밀 유지를 보장할 수 없다는 점을 고지 받지 못한 것은 사전 고지 원칙에 위배되는 것이다. 그러나 한편 피험자가 본인의 정보가 유출될 가능성을 사전에 고지 받게 되면 연구자와 피험자 간의 신뢰가 깨지면서 피험자는 위험한 정보를 제공하지 않게 되고 연구를 통해 유용한 결과를 얻지 못하게 된다. 연구 윤리 원칙 중 중요한 하나인 '선행의 원칙(beneficience)' 에 입각해 볼 때 이러한 위험을 사전 고지만 하는 것은 피험자만 위험에 따른 부담을 지게 된다는 비판을 받을 수 있다.[10] 연구자의 입장에서는 연구자 자신이 불법 행위와 상관이 없고 단지 정보를 수집했을 뿐이라고 주장하면서 면책 받는 것이 가능하나, 피험자로서는 연구 과정을 통해 도리어 본인을 위험에 노출시키는 것이 된다. 연구 기록의 법정 소환 가능성은 불법 행동 연구의 실행 가능성과 윤리성에 대한 심각한 도전이 된다. 이러한 위험 때문에 다수의 불법 행동 연구의 종사자들은 연구에 대한 법적, 윤리적 정당성에 기초한 법적 장치를 요구한다.

2. 연구 기록의 법정 소환 가능성에 관한 각국의 태도

행동 연구가 활발하게 수행되는 국가들 중 미국을 제외하고는 법적 소환 가능성이 있는 연구 기록의 소환을 방지하는 뚜렷한 장치를 갖춘 경우는 없다. 대부분 국가에서는 미국을 제외하고는 연구 기록이라고 해서 특별한 '법적 예외' 를 두지 않는다. 그러나 현실적으로 각국의 법적 대응은 연구 결과나 신문 기사 등의 출판이 대변하는 표현의 자유와 사법적 책임 사이에서 결정된다. 영국은 표현의 자유보다는 사법적 책임 쪽에 더 무게를 두는 국가 중 하나이다. 영국은 경찰력 행사에 있어 전향적인 태도를 취해 왔고 불법 행동 연구 기록을 포함하여 범죄의 정보를 신고하지 않을 경우 법적 처벌 대상으로 간주하여 왔다. 1967년 제정된 형사법 섹션 5는 오래된 범죄를 제외한 범죄에 대한 정보를 숨기고 경찰에게 공개하지 않는 것은 범죄로 규정하고 있다.[11] 1984년에 제정

10) 선행의 원칙(beneficience)에 입각해 볼 때, 행동 연구 참여는 피험자에게 직접적 이득은 되지 못하나 참여 결과 피험자를 사법적 위험에 놓이게 만들 수 있다. 즉, 위험-이익을 분석해 보았을 때 심각한 불균형이 존재한다.

11) Criminal Law Act 1967 (c.58) s.5. 참고로 한국의 법질서하에서는 연구 수행 과정에서 알게 된 범죄에 대한 정보를 경찰에 공개하지 않는 행위(은닉행위)가 증거인멸죄(「형법」제155조)의 구성요건에 해당된다면 처벌 대상이 된다. 가령 연구자가 증거 자료를 인멸, 은닉, 위조, 변조한다면 증거인멸죄에 해당되지만, 연구자가 증거 자료를 단순히 제출 거부하는 행위만으로는 증거인멸죄를 구성하는 은닉 행위에 해당되지는 않을 것이다. 또한 연구기록이 범죄 행위와 관련성이 있다고 판단되면 압수수색의 대상(「형사소송법」제106, 109조 참조)이 된다.

www.kci.go.kr

된「경찰과 범죄 증거에 관한 법률(Police and Criminal Evidence Act)」, 일명 PACE는 특정 물건이 조사와 충분히 관련 있다고 믿어지면 압수 수색을 허용하고 있으며, 경찰은 연구 기록을 포함한 개인 기록과 저널리스트 자료를 압수할 수 있다.[12] 더 나아가 1981년에 제정된「법정모독법(Contempt of Court Act 1981)」은 법정이 국가 안보나 정의 구현, 범죄 예방 차원에서 공개가 필요하다고 판단하는 정보를 법정에서 공개하지 않을 시 처벌 대상으로 간주하고 있다.[13] 최근 2000년 제정된 유럽인권협약이 영국에도 적용되어 현재 법정에서는 사생활 보호권과 의사표현의 자유에 근거하여 보다 전향적인 판결이 나오고 있다.[14] 1996년 유럽 법정은 법정모독죄에 의거하여 기자에게 정보원을 밝히도록 요구한 사건에서 영국이 표현의 자유를 침해함으로써 유럽인권협약 제10조를 위배하였다고 판결한 바 있다.

그러나 유럽인권협약에서도 개인의 사생활 보호 권리 조항(Article 8)에 " …… 국가 안전 보장, 공중의 안전, 국가 경제의 향상, 무질서와 범죄 방지, 건강과 도덕의 보호를 위한" 목적하에 예외를 적용해도 된다고 명시하고 있어 불법 행동 연구 또한 협약 예외로 적용될 가능성이 있다. 아직 연구자가 이 조항에 근거하여 기소당한 사례는 없으나 영국 내에서는 민감한 연구가 미국에서처럼 안전한 방법으로 수행된다고 말하기는 어렵다. 그렇기 때문에 다수의 영국 내 행동 연구를 다루는 학회, 일례로 영국사회학회에서는 "피험자의 기밀을 최우선으로 보호하되", "연구 데이터가 법적 면책을 받지 않으며 연구 기록이 법정에 소환될 가능성이 있다는 점을 연구 참여자에게 사전 고지 할 것"을 윤리 강령으로 채택하고 있다.[15] 연구자는 피험자에게 직접적 책임을 지고 있기 때문에 피험자에게 사전에 위험을 회피하는 기회를 주어야 한다는 것이다. 연구에 대한 법적 보장이 없는 상황에서 이 같은 접근은 최선이겠으나 피험자에게 연구 수행을 통해 이중으로 위험을 부과하는 것이며 연구자도 연구 기록의 소환 가능성 일체를 고려하는 부담을 가질 수밖에 없다.

호주도 영국처럼 연구의 법적 보호는 취약하다. 연구자가 범죄 기록을 소지하고 공개하기를 거부하는 경우 법정모독죄로 기소될 위험이 있다. 그리고 한번 연구 기록이 법정 소환 요구를 받게 되면 이를 공개할 의무가 있다. 그러나 법정모독죄를 놓고 볼 때 영국은 법정모독죄를 엄격한 법률로 적용하는 반면 호주는 예심에서 다루는 것이 보통이며 출판의 목적이 대중의 이익에 부합하는지를 고려하여 목적이 결과를 우선한다면 법정모독죄를 적용하지 않는다.[16] 또한 범죄 사실 수집, 과거 범죄 경력 인터뷰만으로 은닉죄, 교사죄 등이 성립되지 않아 영국보다 연구자가 연구 수행만으로 기소될 가능성은 낮다. 비록 연구 기록의 법정 소환 가능성이 있고 공개에 응하지 않았을 경우 법정모독죄로 기소될 가능성이 있으나 기관연구윤리위원회의 연구 승인 등으로 법적 취약성을 보완하는 길이 열려 있다.

캐나다의 삼각이사회 연구윤리가이드라인(Tri-council policy statement)은 연구 기록의 기밀 침범 가능성에 대하여 "수사 기관을 비롯한 제 3자가 연구 기록에 대한 접근을 요구할 때 연구자는 본인의 책임하에 법적으로 가능한 범위 내에서 연구 기밀을 유지하도록 노력해야 한다. 이 때 기관은 연구자를 충실히 지원해야 하고 만약 제 3자가 연구 기록을 소환하고자 한다면 연구자와 연구기관은 법정에서 본 문제를 다룰 수 있다. 이 때 연구윤

12) Police and Criminal Evidence Act 1984 (c. 60) Part II.
13) Contempt of Court Act 1981 (c. 49) s.10.
14) European Convention on Human Rights Article 8, 10.
15) British Sociological Association. Statement of Ethical Practice. 1991.
16) Walker S. Freedom of Speech and Contempt of Court: the English and Australian Approaches Compared. International and Comparative Law Quarterly 2008 ; 40(03) : 583-606.

www.kci.go.kr

리심사위원회(REB)의 기록과 동의 기록은 법정 증거로 제출될 수 있다. 그러나 법정이 기록을 제출할 것을 결정하면 연구자는 항소하는 것 외 다른 방법은 없다."라고 정리하고 있다. 그리고 동의서에 연구 기록의 소환 가능성에 기술하도록 규정하고 있다. 연구 기록 소환 가능성과 관련해서 연구자 본인에 대한 법적 자문으로부터 자금 지원까지 관련 연구 기관의 충분한 지원을 권고하면서 연구 기관의 책임을 분명히 하는 것이 캐나다 연구 윤리 가이드라인의 특징이다. 그러나 이는 연구 승인 후에는 연구윤리위원회의 책임보다 연구 기관의 책임을 분명히 한다는 의미를 가지기도 한다.[17]

그러나 근래 캐나다에서 벌어진 법적 공방에서는 이러한 연구 기관의 동반 책임이 퇴색된 것으로 보인다. 위의 <사례 5>에서 언급한 캐나다 사이몬프레이져대학(Simon Fraser University)의 AIDS 환자의 자살을 돕거나 안락사시킨 사람을 소재로 한 석사학위논문의 경우처럼, 기관이 불법 연구에서 오는 경제적, 사회적 부담을 덜고자 연구 기관의 책임을 가능한 최소화하고자 하는 경우가 발생하고 있다.

3. 법정 소환 위험을 최소화하기 위한 장치 – 미국의 기밀 인증(Certificate of Confidentiality) 제도

미국은 1970년부터 기밀 인증(Certificate of Confidentiality) 제도를 시행하여 연구 피험자에 대한 보호 장치를 제공하였다. 기밀 인증은 개인 식별 가능한 연구 기록을 법적 강제 공개로부터 보호하고 이에 따른 위해를 예방하는 목적으로 미 국립보건원에서 발행한다. 현재는 기밀 인증 제도가 모든 미국 내 연구 기관에서 수행되는 연구들, 의학 연구, 행동 연구, 임상 연구(알코올과 환각성의 약물 연구를 포함함) 등 전 분야를 망라하며 적용되나, 처음부터 인간 대상 연구 일반에 적용되었던 것은 아니다. 처음에는 「약물 남용의 예방 및 통제법(Comprehensive Drug Abuse Prevention and Control Act)」에 의거하여 불법 약물 연구에만 국한하여 기밀 인증을 발행하였고,[18] 1974년 그 범위가 알코올과 환각성의 약물 등을 포함한 정신과 연구로 확장되었다. 현재는 「공공보건서비스법(Public Health Service Act)」의 §241(d) 조항에 의거하여 인간 대상 연구 일반에 해당되면 인증을 발급받을 수 있다.[19]

미국의 기밀 인증은 식별 가능한 기록에 한해서만 발급받을 수 있으며, 만약 기록을 암호화된, 혹은 익명화된 형태로 보존할 시에는 기밀 인증 발급 대상이 되지 못한다. 기밀 인증은 오직 한 가지 연구 프로젝트와만 관련하여 발급받을 수 있으며 다기관 연구의 경우에는 개별 기관이 각각 인증 받아야 한다. 기밀 인증은 연구 개시 일자나 인증 발행 일자부터 유효하며 연구가 종결되면 효력을 상실하게 되고 기밀 인증이 피험자의 자발적 공개 의사에 반할 수는 없으며 보건성의 감사 및 평가 시 기밀 인증을 근거로 연구 기록을 공개 거부할 수는 없다. 연구자는 피험자 동의서에 기밀 인증이 발효되었음을 기재하고 피험자에게 고지해야 한다.[20]

미국의 기밀 인증 발행은 특별히 정보 성격이 불법적인지 여부에만 국한되지 않으며, 연구 정보가 이른바 민감하다고 여겨지는 경우에 발행할 수 있도록 정책이 마련되어 있다. 민감한 정보란 주로 (1) 성적 지향, 가치관, 행위와 관련된 정보, (2) 약물, 알코올, 기타 중독 물질과 관련된 정보, (3) 불법 행위와 관련된 정보, (4) 개인의 고용 상태, 재정 및 명성에 손해를 가져올만한 정보, (5)

17) http://www.ncehr-cnerh.org/english/code_2/q-a.html
18) Comprehensive Drug Abuse Prevention and Control Act. Washington DC : US Department of Justice, 1970.
19) Public Health Service Act § 241(d)
20) http://grants1.nih.gov/grants/policy/coc/background.htm

www.kci.go.kr

사회적 낙인이나 차별을 가져올 수 있는 정보, (6) 개인의 정신 건강 및 심리 상태와 관련된 정보, (7) 보관된 조직 샘플에 포함된 유전 정보 등을 말하며, 공개되었을 시 개인의 삶과 복지에 영향을 줄만한 정보들 전반을 일컫는다.[21] 기밀 인증을 통해 불법 행동 정보를 포함하여 민감한 정보의 법적 공개를 방지하는 장치를 마련함으로써 민감한 정보에 관한 연구를 증진시키고 연구의 신뢰를 증진할 수 있으며, 연구자와 연구 기관에 도움이 될 수 있을 것으로 기대되고 있다. 그러나 미국 국립보건원은 기밀 인증 제도의 한계에 관해서도 분명히 고지하도록 하고 있다. 동의서에 아래의 문구를 삽입함으로써 피험자가 본인의 기밀이 공개되는 범위를 알 수 있도록 한다는 것이다. "기밀 인증은 정부 기관의 연구 프로젝트 감사 및 평가에 대해서 공개를 거부할 수 없고 FDA의 공개 요구를 거부할 수 없다. …… 당신이나 당신 가족이 당신 관련 정보를 자발적으로 유출, 공개하는 것을 막을 수 없고 보험자나 고용인 등이 당신 관련 정보를 당신의 동의와 함께 공개할 것을 요구할 때 이를 막는 효력을 지니지 않는다."[22]

미국의 기밀 인증 제도는 연구 기록의 법정 소환 가능성을 차단함으로써 연구로 인한 법적 위험으로부터 연구자와 피험자를 분명히 보호한다는 장점을 가진다. 그러나 미국 내 많은 연구들에서 기밀이 누출될 시 피험자에게 기밀 인증 제도의 마련만으로 기밀 유출에 대한 염려가 해결되었다고 주장하기는 쉽지 않다. 카타니야 등이 수행한 설문 연구는 기밀 인증 제도가 피험자를 안심시키지 못하고 있으며 다수의 피험자들이 개인 정보가 연방 감사나 법적 보고의 대상이 될 수 있음을 불편하게 여기고 있음을 보여주고 있다.[23] 이에 대해 카타니야 등은 기밀 인증의 한계를 사전 고지하는 것이 피험자에게 지나친 혼동을 줄 소지가 있다고 결론을 내린다.

그러나 기밀 인증의 한계를 고지하지 않는 것은 피험자에게 충분한 정보를 제공하지 않음으로써 '충분한 설명에 근거한 동의'의 원칙을 위배하는 결과를 낳는다. 그렇다면 동의 과정에서 기밀 유지 한계에 대한 충분한 정보를 제공하는 것만으로 피험자를 보호할 수 있을까? 피험자의 입장에서 자신의 기밀 정보가 다른 정부 기관에 의무적으로 공개된다는 점과 법정에 공개될 가능성이 있다는 점이 얼마나 큰 차이가 있을까? 기밀 인증 제도는 법적으로 피험자와 연구자를 강력히 보호하나 다른 지침 없이 본 제도를 운용하는 것은 또 다른 갈등의 소지가 있다. 큐리는 기밀 인증을 요청할 수 있는 '민감한 정보'라는 카테고리가 지나치게 모호하고 IRB가 판단할 때 참고할만한 지침이 없다고 지적한다.[24]

V. 연구자-피험자 간 기밀 유지의 윤리성

연구자-피험자 간 기밀 유지는 절대적으로 준수해야 할 가치인가? 기밀 유지를 일반 연구자가 준수해야 할 의무로 받아들인다 하더라도 몇몇 사례는 기밀 유지 원칙이 절대적이지 않고 사례의 성격에 따라 공공의 이익 보호 등 기밀 유지 적용이 상대적일 수 있다는 점을 보여준다. 불법 행동 연구는 기밀 유지의 의무와 공공선(善)을 지켜야 할 의무 사이의 갈등이 일어날 수 있는 좋은 사례이다. 불법 행동 연구의 기밀이 사법 권력으로부터

21) http://grants1.nih.gov/grants/policy/coc/faqs.htm
22) http://grants1.nih.gov/grants/policy/coc/appl_intramural.htm
23) Catania JA, Wolf LE, Wertleib S, Lo B, Henne J. Research Participants' Perceptions of the Certificate of Confidentiality's Assurances and Limitations. Journal of Empirical Research on Human Research Ethics 2007 ; 2(4) : 53-9.
24) Currie PM. Balancing privacy protections with efficient research: institutional review boards and the use of certificates of confidentiality. IRB 2005 ; 27(5) : 7-12.

www.kci.go.kr

보호받아야 할 정당성을 지닌다거나 혹은 적정한 선에서 기밀 유지의 한계가 그어져야 한다면, 그 근거가 무엇인지 고찰할 필요가 있다.

1. 연구자-피험자 간 기밀 유지 윤리의 기초

기밀 유지(confidentiality)는 연구자와 피험자 간의 신뢰 유지를 위한 가장 기본적 조건으로 여겨진다. 기밀 유지는 전문직 윤리에서 누차 강조되어 온 항목이며, 그 근간을 '인간에 대한 존중(respect for person)' 윤리 원칙에 두는데, 이 윤리 원칙은 주로 의료 전문직의 윤리 원칙으로부터 출발하였다. 특히 치료 영역에서 기밀 유지는 오랫동안 필수 항목으로 강조되어 왔다. 히포크라테스 선서는 "만약 상대방에 관하여 치료 과정에서나 그 외 사람들과 교제하는 과정에서 듣거나 본 것이 있고, 널리 퍼져서는 안 되는 것이라면, 나는 이에 관한 비밀을 지키고 알리는 것을 부끄러워하리라."라고 하고 있으며, 1847년 처음 의사윤리강령으로 제정된 미국 의사협회 윤리강령에서도 의사가 환자에게 준수해야 할 의무 중 하나로 기밀 유지를 언급하면서 "위험한 상황에서는 기밀성과 섬세함이 엄격히 지켜져야 한다. 의료인의 직업적 방문에서 친밀하고도 비밀스러운 개입이 허가되었을 때에는 이를 신중하고도 꼼꼼하게 수행해야 한다." 라고 말하고 있다.[25]

의료 전문직의 기밀 유지 전제를 논하면서 보크는 세 가지의 일반 전제와 한 가지의 특수 전제를 제시한 바 있다.[26] 보크가 얘기하는 기밀 유지의 일반 전제는 의료 윤리 기본 원칙인 자율성 원칙에 근거한 것으로서, 각 개인이 자기 정보에 대한 자율성을 지닌다는 것이다. 즉 각 개인은 개인 기밀을 가질 권리를 지니며, 개인 기밀을 공유할 사람을 선택할 권리 또한 가진다는 것이다. 일반 전제와 달리 특수 전제는 의사라는 전문직의 특성으로부터 기인하는데, 의사-환자 관계에서 환자의 비밀을 보장하는 것이 사회적 유용 가치가 있다는 것이다. 즉, 의사 등 전문직과의 관계에서 기밀 유지를 보장함으로써 환자는 추가 위험에 대한 부담 없이 정보를 제공할 수 있다. 특히, 의사 전문직과의 관계에서 기밀 유지의 훼손은 환자의 건강과 생명에 직결되어 더욱 치명적인 결과를 가져올 수 있다. 보크는 의사 전문직의 기밀 유지 원칙이 가지는 이 같은 특성에 대하여 인정하면서도 오히려 이 때문에 잠재적 위험이 내포되어 있다는 점 또한 인정한다. 만약, 의사 전문직의 기밀 유지가 도움을 제공하지 못하고 또 다른 개인에게 실질적인 위해를 가하거나 사회적 위험을 증가시키는 결과를 낳는다면 의사 전문직의 존재 기반을 위협하는 것이 된다. 따라서 의사 전문직의 기밀 유지 원칙을 절대적인 것으로 간주하게 되면 의사라는 직종이 가져야 할 윤리적 부담 또한 증가할 수밖에 없다.

의학 연구자의 경우에도 의료 전문직 일반과 마찬가지로 기밀 유지 준수와 의무가 요청된다. 의학 연구자의 기밀 유지는 의료 전문직의 기밀 유지보다 복잡한 윤리적 고려를 필요로 한다. 이를테면, 의사-환자 관계에서 기밀 유지는 위험에 놓여 있는 이들이 전문직에게 도움을 요청해야 할 때 두려움 없이 도움을 요청할 수 있도록 해주나 연구자-피험자 관계는 이와 같은 도움이 전제가 되지 못한다. 또한 연구자-피험자 관계에서는 연구자의 개입이 피험자 본인에게 직접적인 혜택을 가져올 수 있다는 보장이 미약하다. 오히려 연구자의 개입은 원치 않는 피험자 사생활 침해를 낳고, 피험자 정보를 이용한 연구 결과가 사회적으로 공개됨으로써 피험자가 원치 않는 상황을 초래할 가능성이 있다. 그리고 연구 결과가 피험자가 원하는 방향으로 나오지 않음으로써 자기-표현에

25) American Medical Association. Original Code of Medical Ethics. 1847.
26) Bok S. The limits of confidentiality. Hastings Cent Rep 1983 ; 13(1) : 24-31.

www.kci.go.kr

대한 피험자 자신의 통제력을 잃는 결과를 낳을 수 있다.[27] 이러한 부분들은 환자나 피험자 등 기밀 출처에 대한 윤리적 의무에 있어 의학 연구자가 지니는 무게와 의료 전문직의 무게가 다르다는 점을 시사한다.

그러나 그 동안의 의학 연구자-피험자 관계에서의 윤리 원칙은 많은 부분 의사-환자 관계의 그것에서부터 출발하고 의학 연구 중 상당수가 임상적 환경에서 이루어지고 있다는 점도 무시할 수 없다. 상당수의 의학 연구자가 의료 전문직으로서의 이중 역할을 수행하고 있는 현실에서 의학 연구자의 윤리를 의료 전문직의 그것으로부터 분리하기는 쉽지 않다. 연구 내에서도 피험자 배상 문제를 둘러싼 논쟁에서 볼 수 있듯이 1:1 계약 관계로만 바라보기에는 피험자가 연구를 통해 감수해야 할 위험이 그로 인한 혜택과 비교하여 비대칭적인 경우가 많다. 홀더 등도 의학 연구자-피험자 관계가 의사-환자 관계처럼 위탁적 요소가 많다고 주장한다.[28] 그러나 그녀는 현실에서 연구자-피험자 관계는 의사-환자의 그것만큼 위탁적 의무를 짊어지지 못하고 있음을 지적하면서 미 연방 법률이 특정 상황에 연구 기록을 다른 기관과 공유하는 것을 허용하고 있음을 예로 든다. 미국의 연방정부의 피험자보호규칙인 Common Rule(45CFR46)에서는 동의서의 요구 조건 중 하나로 "기록의 기밀이 유지되는 범위"를 들고 있으며, 홀더에 의하면 이 조항은 "관련 있는 자뿐 아니라 제 3자에게도 기밀 정보를 누설함으로써 위탁 의무를 명백히 배반하는" 부분이다. 이러한 점에서 바라볼 때 의학 연구자-피험자 관계는 위탁 의무에 있어 의사-환자 관계와는 다르다.

전통적 의사-환자의 신뢰 관계 연장선상에서, 가능한 한 피험자의 위험을 경감하고 권리를 보호하고자 하는 입장에서 연구자-피험자 관계를 바라볼 때 피험자의 기밀을 훼손하는 것은 피험자의 이익-위험이 균형을 이루지 못하고 도리어 피험자에게 이중, 삼중의 부담을 안기는 것으로 비추어질 수 있다. 피험자의 기밀 정보에 접근할 수 있는 권한과 아울러 그 정보를 제 3자와 공유할 수 있는 권한 또한 부여된다는 것은 피험자의 자기 정보에 대한 통제력이 점점 약화된다는 것을 의미한다. 그리고 자신의 정보를 제공한데 대하여 피험자가 얻는 이익이 미약한 반면 연구 결과는 피험자 본인의 의도와 어긋나는 결과가 나올 수 있다. 어떤 피험자가 본인이 속하는 특정 집단을 낙인화 하는 결과를 초래할 수 있는 연구에 참여하고, 만약 본의 아니게 연구 참여 사실까지 공개되었을 때의 경우가 좋은 사례가 될 수 있을 것이다.

그러나 의사-환자 관계의 위탁 의무에 대한 관점에서 연구자-피험자 관계가 지니는 위탁 의무의 이중성을 비판하는 것과 다르게, 연구자-피험자 관계의 위탁 의무는 의사-환자 관계의 그것과는 다른 특수한 성격을 지닌다는 견해 또한 가능하다. 다른 사례 하나를 의사-환자 관계와 연구자-피험자 관계의 위탁 의무를 분석하기 위해 가정해 보자. 예를 들어, 어떤 HIV 양성 환자가 본인의 HIV 양성 사실을 알리지 않고 약혼자와 결혼하고자 하고 주치의가 이를 알고 있다면 그 주치의는 도덕적 딜레마에 빠질 것이다. 그러나 연구자의 경우에는 사회적 논란 여지는 있으나 피험자의 HIV 양성 사실을 알고 있다 하더라도 피험자의 파트너에게 이를 알릴 의무를 지니지 않거나 적어도 의사의 경우보다 그 압력이 덜하다. 이는 HIV 환자 대상 연구에서 범위의 논란은 있으나 대상 피험자에 대한 충분한 치료적 혜택 의무가 부여되지 않는 것과 비슷한 맥락이다.[29]

27) Kelman HC. Privacy and research with human beings. J Soc Issues 1977 ; 33(3) : 169-95.
28) Holder AR. Do researchers and subjects have a fiduciary relationship? IRB 1982 ; 4(1) : 6-7.
29) Appelbaum PS, Rosenbaum A. Tarasoff and the researcher: does the duty to protect apply in the research setting? The American Psychologist 1989 ; 44(6) : 885-94. 아펠바움 등은 타라소프 사례에서 도출된 의료진의 '보호의 의무'가 연구에도 적용되는지 물으며 연구가 임상적 환경에 가까울 때에는 적용될 수 있으나 다른 환경에서는 이 의무의 필수조건을 적용하기 어렵다고 결론 내린다.

www.kci.go.kr

따라서 연구자-피험자 관계는 의사-환자 관계의 기밀 유지 원칙 전제인 전문직 윤리의 특수성을 그대로 적용하기 어려운 특성을 지닌다. 연구자-피험자 관계의 기밀 유지 원칙을 사고하기 위해서는 우선 피험자의 자율성 존중의 원칙이라는 기밀 유지의 일반 전제로부터 출발할 필요가 있다. 연구자의 경우 의사보다 기밀 정보에 대한 접근에 제한이 많으며, 기밀 정보에 대한 통제력이나 결정 권한이 낮다. 그러나 그 반면, 기밀 유지가 빚어올 결과에 대해서는 완전하지는 않지만 의사보다 상대적으로 자유롭다. 이러한 특성은 개인 정보 제공에 관해서 피험자가 지니는 권한이 상대적으로 크고 자율적임을 보여준다.

그러나 연구자-피험자 관계가 어느 정도 자율적 의사결정이 이루어지는 관계라 할지라도 비대칭적 요소를 지니고 있으며, 피험자의 위험-이익이 쉽게 불균형을 이룰 수 있다는 점을 고려해야 한다. 특히 기밀 정보를 취급하고 만약 이것이 누출되었을 시 피험자에게 큰 사회적 위해가 돌아오게 되는 경우 피험자가 부담하는 위험은 더욱 심각해진다. 분명히 피험자는 자율적 의사에 의해 연구에 참여함으로써 개인 정보에 관한 자기 결정 권한을 가지나 연구의 위험으로부터 보호받을 권리도 지닌다. 피험자의 보호받을 권리가 의사-환자 관계에서 환자의 보호받을 권리만큼 긴급하게 요청되는 것은 아니라 하더라도 연구 자체가 피험자에게 악행이 되어서는 안 되기 때문이다. 기밀이 누출될 시 오는 위험이 분명히 있을 때 그 위험 수준을 낮추는 것이 기밀 유지에 있어 매우 중요한 부분이다.

2. 사법 체계 내 연구 기밀 유지의 근거 및 딜레마 해결

의료 기록은 치료적 목적으로 수집된 것으로 절대적 기밀 유지 의무가 유지되어야 하는 것으로 보이나, 의료 기록에도 법적으로 보고의 의무가 부과되기도 한다. 미국의 경우 의사 전문직에 대하여 전통적으로 증언 면책(testimonial privilege)을 부여하였으나 1974년 Tarasoff v. Board of Regents 판례[30] 등에서 보듯이 '기록 공개 의무'가 필요한 경우를 판시하고 있는 추세이다. 이러한 추세는 의사 전문직의 기밀 유지 원칙이 가지는 한계를 보여주는 것이기도 하다. 1990년 미국의학협회는 지금까지의 관례를 벗고 "환자는 기밀 유지 권리를 지닌다. 의료진은 환자의 동의 없이 기밀 정보를 누설해서는 안 된다. 단, 법률에 의거해서나 환자의 동의에 의해서나 개인의 복지나 공공 이익을 보호할 필요에 의해서는 그렇지 아니하다."라는 내부 보고서를 채택함으로써 "법률이 허용하는 범위 내에서 환자 기밀을 유지해야 한다."는 기존 윤리강령 입장에서 한발 물러난 바 있다.[31] 이러한 경향은 법적인 테두리보다 더 나아가 개인의 기밀 정보를 누설하도록 만든다는 비판을 받으나 기밀 유지 원칙이 다른 윤리 원칙과 타협할 필요성에 대해 인정한 것으로 볼 수 있다.

보통 연구 기록은 의료 기록보다 기밀 유지의 특수성에 대해 인정되는 정도가 크지 않다. 불법 행동 연구뿐 아니라 사법 권력에 의해 연구자-피험자 관계에서 기밀 유지가 위협당하는 경우는 많다. 특히 연구 필요성에 대

30) Tarasoff v. Board of Regents. In: Supreme Court of California. 1974. 정신과 의사가 환자의 살인 의도를 알면서도 이를 경고하지 않은 사례. 법정에서는 제 3자의 명백한 피해가 예측될 시에 정신과 의사에게 보고의 의무가 있다고 결론 내렸다.

31) American Medical Association. Council on Ethical and Judicial Affairs. Fundamental elements of the patient-physician relationship. JAMA 1990 ; 264(24) : 3133.

www.kci.go.kr

한 공적 합의와 정당화가 없을 시에 연구자의 기밀 유지는 사법 권력에 의해 쉽게 위협당할 수 있다. 다수의 미국 판례(1980 Forsham v Harris 사례,[32] 1984 Brajuha 사례,[33] 1984 DES 사례,[34] 1993 Scarce 사례[35]) 들은 연구 기록을 법정에 소환하거나 공개하려고 했던 시도들을 보여 준다. 의사-환자 관계에서 환자의 기밀 정보는 환자의 동의 없이는 법정에서 공개될 수 없다는 암묵적 동의가 있으나, 연구자-피험자 관계의 연구 기록은 치료적 요소가 들어 있지 않으면 그런 법적 보호가 부재하며 쉽게 사법적 판단 대상이 된다. 이는 연구자-피험자 관계에서의 신뢰 요소와 사회적 파장을 의사-환자 관계의 그것보다 가볍게 간주하는 것일 수 있다.

그러나 피험자의 관점에서 볼 때 이는 이익을 기대하기 어려운 연구 환경에서 도리어 정보 공개를 감내하는 부담을 안는 것에 다름없다. 사법 체계로부터 보호를 받아야 하는 대상은 환자보다는 오히려 쉽게 권리를 침해당할 수 있는 피험자 쪽이 더 절실한 것이다. 피험자의 이러한 특수성 때문에 「연구참여자보호법(research participant shield law)」 입안이 제안되었다.[36] 최근 불법행위와 연관되어 있는 피험자의 기밀성 보호와 관련해서 어려움을 겪은 캐나다의 학자들이 연구 참여자의 기밀 보장에 관한 법률이 있어야만 실질적인 피험자 보호가 가능하다는 제안을 한 것이다.

우리나라에서는 피험자-연구자 사이의 기밀 유지는 보장되지 않은 반면, 환자-의사 관계에서 비밀 유지는 보호된다. 우리나라의 형사소송법 제149조는 의사가 증인으로 소환되었을 경우 환자의 기밀에 관한 사항과 관련해서 증언을 거부할 수 있다고 규정하고 있다. 진료 중 알게 되어 "그 업무상 위탁을 받은 관계로 알게 된 사실로서 타인의 비밀에 관한 것"에 대해 의사는 증언을 거부할 수 있다. 이때에도 "환자 본인의 승낙이 있거나 중대한 공익상 필요할 때에는 예외"라는 예외 규정을 두고 있다.[37] 이러한 법률 환경에서는 치료적 관계에 있지 않은 연구자의 경우 법정에 소환되어 연구를 통해 수집된 내용에 관한 증언을 요구받을 경우 법적으로 보호를 할 장치는 마련되어 있지 않다.

따라서 불법 행동 연구를 둘러싼 법적 보호의 공백과 책임의 불명확성을 해결하기 위한 접근법이 필요하다. 한 가지 가능한 방법은 보다 법적 책임 소지를 명확하게 하고 연구에 대한 법적 보호 기반을 마련하는 것이다. 앞서 소개한 미국의 기밀 인증 제도는 미리 연구자/피험자의 법적 소환 가능성을 차단함으로써 보호 장치를 마련해 준다는 장점이 있다. 이 방법은 또한 앞서 열거한 불법 행동 연구의 법적 딜레마를 일거에 해결할 수 있는 방

32) Forsham v. Harris, 445 US 169 (1980). 미국 Freedom of Information Act(FOIA)에 의거하여 연방 정부의 지원을 받고 FDA의 심사를 받은 연구 기록을 정부 기관 기록으로 간주, 정부 기관이 접근할 수 있는지 여부를 판결함. 당시 연구 기록은 의료 기록과 당뇨에 관한 경구투약 기록 등이 주 내용이었다.

33) Brajuha M & Hallowell L. Legal Intrusion and the Politics of Fieldwork: The Impact of the Brajuha Case. Journal of Contemporary Ethnography 1986 ; 14(4) : 454. 레스토랑에 잠입하여 동료 고용자를 연구하던 연구자가 레스토랑에 방화가 났을 때 연구 노트를 제공하길 거부한 사례.

34) Andrews v. Eli Lilly & Co. 97 FRD 494. DC Ill. 1983 ar 499. Proctor & Gamble 회사의 탐폰으로 toxic shock syndrome이 발생하고 CDC가 이를 역학조사하자 회사가 CDC 연구 기록의 정확성을 확인하기 위해 연구 기록 소환을 요구한 사례.

35) Scarce R. 앞의 글. 1994 : 123-49. 사회학과 대학원생이 법정에서 급진적 동물 보호 운동 활동에 관한 연구 정보를 제공하기를 거부하고 159일간 수감된 사례. 도입부에 기술된 〈사례 3〉 참조.

36) Palys T & Lowman J. Protecting research confidentiality: Toward a research participant shield law. Canadian Journal of Law and Society 2000 ; 21(3) : 163-185; Lowman J & Palys TS. Ethics and institutional conflict of interest: The research confidentiality controversy at Simon Fraser University. Sociological Practice: A Journal of Clinical and Applied Sociology 2000 ; 2(4) : 245-64.

37) 우리 형사소송법 제112조는 "변호사, 변리사, 공증인, 공인회계사, 세무사, 대서업자, 의사, 한의사, 치과의사, 약사, 약종상, 조산사, 간호사, 종교의 직에 있는 자 또는 이러한 직에 있던 자가 그 업무상 위탁을 받아 소지 또는 보관하는 물건으로서 타인의 비밀에 관한 것은 압수를 거부할 수 있다. 단, 그 타인의 승낙이 있거나 중대한 공익상 필요가 있는 때에는 예외로 한다."면서 의사의 기밀 유지 의무를 엄격하게 보호하고 있다.

www.kci.go.kr

향이기도 하다. 기밀 인증 제도는 사법 체계 내 연구의 정당성을 확보하고 피험자를 법적 위험으로부터 면제시킬 수 있다.

그러나 미국의 기밀 인증 제도가 현행 법 체계 내 연구자 기밀 유지의 절대적 예외를 보증한다고 보는 것은 일면적 판단이다. 예를 들어, 제 3자의 명백한 위해가 예측될 시 기밀을 절대적으로 유지하는 것은 또 다른 도덕적 비난의 대상이 되기 때문이다.[38] 호그우드는 아동 학대 사례의 경우 연구자가 사례 보고 의무에 반해 기밀 인증 제도를 근거로 기밀을 그대로 유지하는 것은 도덕적으로 용납되기 어렵다고 주장한다.[39] 아동 학대 등 연구자 및 의료진의 보고의 의무를 요하는 사례는 기밀 유지의 원칙이 공공의 이익 추구라는 윤리 이슈보다 절대적 원칙이 될 수 있는 것인지 문제를 제기한다. UCLA (University of California, Los Angeles)는 연구자 가이드라인에서 이 문제를 언급하면서 "비록 기밀 인증 제도가 아동/노인 학대를 공개할 의무로부터 연구자를 보호하고 있으나 범죄의 피해자를 보호하는 등의 주요 윤리 이슈에 관해서는 언급하고 있지 않는다."라고 언급하며 기밀 인증 제도가 사례 보고 의무에서 예외가 될 수 없음을 명시하고 있다.[40] 즉, 적어도 기밀 인증 제도가 연구자를 윤리적 의무로부터 면제시키지는 못한다는 것이다.

또 하나의 방법은 특정 종류의 불법 행동 연구에 한하여 정부나 이에 준하는 공공 기구가 법적 책임을 면제하거나 약화시키는 방안이다. 이 방법은 기밀 인증 제도와는 달리 '개인 식별 가능한 연구 기록 일반을 법적 소환 가능성으로부터 면제' 하지는 않으며 연구의 필요성이 충분히 공적인 공감대를 얻는 한에서 법적 책임을 면제한다. 예를 들어 불법 약물 사용 행위나 HIV/AIDS를 대상으로 하는 연구와 같이 연구와 교육 등의 다변화된 전략을 통해 공중의 이해를 높일 수 있다고 여겨지는 특정 종류의 이슈에 대해서는 연구의 법적 책임을 면제하거나 가볍게 하면서 동시에 연구의 이익을 극대화할 수 있다. 과거 불법 약물 사용자 사이의 HIV/AIDS 연구는 연구를 분산된 규제(disseminated regulation)라는 형태의 또 다른 사회적 규제의 일환으로 사고하면서 기존의 사법 일변도의 접근보다 효율적이라는 공감을 얻은 바 있다. 특히 일정한 지역 사회를 중심으로 공중 보건과 삶의 질 향상의 목표를 달성하기 좋은 것으로 평가받고 있다.

현재까지 공중 보건적 목적에 한해 연구의 법적 책임을 면제한 경우로는 오스트레일리아의 「Epidemiological Studies(Confidentiality) Act 1981」이 있다. 이 법은 오스트레일리아 연방 차원에서 수행하는 역학 연구에 한해 연구자나 연구 기록이 법정에 소환되지 않도록 보장하고 있다. 오스트레일리아 연방에 의해서 수행되는 경우에 한해 불법 행동 연구의 필요성을 법 내에서 정당화 하고 있는 것이다. 이 방법은 해당 연구의 종사자나 연구 대상자를 사법 위험으로부터 보호할 수 있는 방법이며, 특정 종류의 불법 행동 연구가 가지는 공중의 이해를 극대화하면서도 제 3자의 이해와의 충돌 가능성을 감소시킬 수 있다는 장점을 가진다. 그러나 연방정부의 지원을 얻기까지 오랜 기간이 필요하고 주 정부 등 다른 정부기관이나 공공기관의 지원을 얻는 연구는 해당되지 않아 법적 책임이 면제된 연구가 극소수라 알려져 있다.[41] 연구의 법적 사회적 책임을 드높이기 위해서는 정부 등 상급 기관에서 인증된 소수의 연구만을 법적으로 용인할 필요가

38) 기밀 인증 제도가 제 3자의 위해 방지를 무력화시킴으로써 도덕적 비난의 대상이 될 수 있다는 지적은 연구자가 인지하거나 예측한 불법 행위가 인지 시점에서 시기적으로 가까울 경우에 주로 해당될 수 있다. 예를 들어 연구 대상이 법적 공소 시효가 지난 위법 행위라면 제 3자의 위해를 방지하지 못했다는 비난을 얻기는 어려울 것이며, 시기의 근거리성에 따라 비난의 정도가 달라질 수 있는 부분이다. 그러나 이 역시 사안의 경중에 따라 다를 수 있으며 명확한 경계가 있지는 않다.

39) Hoagwood K. The certificate of confidentiality at the National Institute of Mental Health: discretionary considerations in its applicability in research on child and adolescent mental disorders. Ethics & Behavior 1994 ; 4(2) : 123-31.

40) University of California. Investigator's manual on research with human subjects. Los Angeles: University of California, 1997.

41) Fitzerald J & Hamilton M. 앞의 글. 1996 : 1591-600.

www.kci.go.kr

있다. 그러나 만약 지나치게 좁은 테두리의 연구만을 면책 부여하게 된다면 연구자가 법적 책임 면제권을 부여받고 기밀을 보장할 수 있는 범위가 극히 한정되는 결과를 낳게 되며, 범위에 속하지 않는 연구와 연구 종사자들의 법적 윤리적 딜레마를 해결하기 어려워진다.

이와 같은 점들을 감안할 때 특정 종류의 불법 행동 연구에 한하여 법률을 통해 면책을 허락하고, IRB 등 개별 단위 윤리위원회에서 윤리적-법적 책임 부담을 나누어 갖는 방법을 고민해 볼 필요가 있다. IRB 등 윤리위원회는 이들 불법 행동 연구의 윤리성은 보장할 수 있으나 법적 면책권까지는 보장해 주지 못한다. 분명히 법적 면책권을 발급하는 기관은 권한을 갖는 공식적 국가기관이어야 할 것이다. 그러나 IRB 검토 결과가 정부의 법적 면책권 발급에 있어 중요한 참고 서류는 될 수 있다. 만약 정부 인증 프로그램에 의해 인증 받은 IRB가 법적 면책 사유를 정부 측에 자문하고 정부가 최종 결정 내린다면 정부는 보다 유연한 결정을 내리고 다수의 연구를 법적 공백에 노출되는 것을 막는 한 가지 방법이 될 수 있다.

그러나 무엇보다도 이러한 접근이 성공하고 피험자 기밀 유지를 위한 공적 시스템에 관한 논의가 가능하기 위해서는 연구와 이를 통제하는 사법 체계와 규칙들, 이들 시스템을 구성하는 공적 기구에 대한 공중의 신뢰(public trust) 및 이해가 우선 필요하다. 대중의 이해에 대한 고려는 연구를 정당화할 수 있는 길이며 기밀 유지가 대중의 이익에 부합한다는 점을 확인해 준다. 여기서의 대중은 연구의 직접 대상이 되는 피험자, 혹은 그 피험자가 속한 지역 사회와 집단, 넓게는 말 그대로 일반 대중까지 포함할 수 있다.

Ⅵ. 결 론

불법 약물을 포함한 불법 행동 연구에서는 연구 기록의 기밀 유지가 누출될 시에는 피험자에게 큰 위험을 가져올 수 있기 때문에 기밀의 철저한 유지를 최우선으로 하나, 경우에 따라서 영미법계에서는 법정모독죄나 증거인멸죄의 적용을 받을 소지가 있다. 한국의 법질서는 법정모독죄를 명시적으로 규정하고 있지 않으므로 법정모독죄에 해당되지는 않을 것이나 형법 제155조에서 규정하는 '증거를 은닉하는 행위'로서 증거인멸죄로 처벌받을 소지도 있다. 또한 형사소송법 제106조와 109조에 따라 연구 기록이 범죄 행위와 연관성을 갖고 있다고 판단되면 법원은 해당 기록을 제출하도록 하거나 압수수색할 수 있도록 명령할 수 있다. 미국을 제외한 대부분의 국가에서는 기밀 유지의 법적 면책 장치가 없다. 그러므로 이들 연구는 관련 피험자가 연구에 포함되거나 연구를 위해 연구자가 피험자에게 접근하는 것만으로도 피험자가 위험 부담에 노출될 가능성이 있다. 이들 연구의 경우 다른 연구처럼 피험자를 존중, 보호하는 방안들을 쉽게 시도할 수 없고 더 나아가 연구자와 연구 기관을 곤경에 빠뜨리는 사례도 종종 발생한다. 특별한 법적 면제 장치가 없는 국가의 경우 연구 기록이 법정으로 소환될 수 있는 가능성에 관하여 사전 고지하고 있으나 이는 피험자의 소환 가능성에 대한 연구자의 책임 회피로 여겨질 수 있어 윤리적 정당성을 얻기 힘들다.

기밀 유지 원칙이 언제라도 적용되어야 하는 절대적 원칙이라고는 할 수는 없으나 위험한 정보에 대한 연구자의 기밀 유지가 법적으로 엄격히 판단될 문제라고 보기도 어렵다. 연구의 윤리와 법은 연구 윤리의 딜레마에 대해 같은 결론을 도출하는 것만은 아니기 때문이다. 연구자는 법과 윤리를 모두 준수해야 하나 소수의 경우에서 윤리적 원칙을 지키다 보면 법에 반드시 맞지 않는 경우도 생긴다. 또한 피험자의 기밀 유지를 포함한 연구 윤리의 준수는 현재와 미래의 연구의 가능성과 연구의 자유를 확보해 주며 장기적으로 사회의 이익을 증진시킨다. 각 국가마다 다르긴 하나 불법 행위에 대한 정보를 소유하고 있더라도 연구의 유용성을 변호하면서 정당화할 수 있는 여지가 충분히 있다. 즉 피험자 및 그 사회의

www.kci.go.kr

연구 유용성 및 가치 인정을 통해 기밀 유지 원칙의 취약한 법적 기반을 보충할 수 있다. 정부에서 인정하는 기밀 인증을 발급받는 것 또한 법적 소환으로 연구 기록이 공개되는 것을 대비하는 방침이 될 것이다.

우리나라의 경우 법적인 안전장치가 마련되지 않은 상태에서 불법 행동을 대상으로 하는 연구가 증가하고 있다. 현재 상태에서는 무엇보다도 IRB, 연구윤리위원회, 기관의 연구위원회, 또는 연구비지원기관의 위원회 등을 통해 연구의 유용성과 가치에 대하여 판단하고 기밀 노출을 최소한으로 하는 방안을 제시하는 것이 중요하다. 이러한 시스템적 검증을 통해 연구의 윤리적, 사회적 정당성을 보장받음으로써 연구가 사법적 판단에 노출될 가능성을 최소화할 수 있다. 그러나 보다 중요하게는 외국의 사례에서처럼 연구 참여자나 연구자가 피해를 받기 전에 정부, 연구자사회, 윤리학계, 법조계, 시민들이 참가한 가운데 이에 대한 법적 보호 장치와 실질적인 대안을 마련해야 할 것이다. ME

색인어 : 기밀 유지, 불법 행동에 대한 연구, 연구 윤리, 사생활 보호

www.kci.go.kr

Korean J Med Ethics Educ 11(2) : 119-138, Dec 2008

Ethical and Legal Considerations Regarding the Confidentiality of Research on Illegal Activities

CHOI Eun Kyung*, KIM Dokyun**, KIM Ock-Joo***

Confidentiality has been regarded as one of the most important ethical principles for research on human subjects. Protecting research subjects' confidentiality derives from the principle of respect for persons. As it is essential to maintain trust between researchers and subjects, research on human subjects cannot be conducted without protecting confidentiality, although it is not always easy to do so. Research that involves recording and observing illegal activities, including illegal drug studies, demands an especially high degree of confidentiality. Breach of research confidentiality can result in criminal or civil liability for the subjects in such research. When the researchers are subpoenaed, they are forced to provide information on their subjects. Most countries have no legal framework to protect both subjects and researchers from breaches of confidentiality. This paper discusses the ethical and legal considerations regarding the confidentiality of research on illegal activities. After examining domestic and international cases in which confidentiality and court orders were in conflict, the authors examine relevant policies and legal frameworks, including the Certificate of Confidentiality issued by the U.S. National Institute of Health (NIH). The authors argue that legal assurance to protect confidentiality should be provided to research subjects and researchers, especially considering the recent increase in research on illegal activities in Korea.

Keywords : Confidentiality, Research on illegal activities, Research ethics, Protections for human subjects

* *Department of Medical History and Medical Humanities, College of Medicine Seoul National University*
** *College of Law, Seoul National University*
*** *Department of Medical History and Medical Humanities, College of Medicine Seoul National University:* ***Corresponding Author***

www.kci.go.kr