

헌법재판소의 낙태죄 헌법불합치 판결과
윤리학적 쟁점들

2019년 11월

철학과 1726

목 차

I. 들어가며

II. 규범 윤리학의 세 가지 이론

1. 공리주의- 행복과 고통의 계산법.....(2)
2. 의무론- 인간은 이성적 존재이다.....(3)
3. 덕 윤리- 덕스러운 행동과 덕스러운 사람.....(4)

III. 헌법불합치 결정의 의미와 윤리학적 분석

1. 합헌 측의 주장과 윤리학적 접근.....(5)
2. 위헌 측의 주장과 윤리학적 접근.....(7)
3. 헌법불합치 측의 주장과 윤리학적 접근.....(10)

IV. 판결에서 도출할 수 있는 철학적 논의들

1. 태아도 생명권의 주체인가.....(12)
2. 여성의 자기결정권과 태아의 생명권의 관계.....(13)

V. 나가며

참고문헌(18)

I. 들어가며

2019년의 대한민국은 경제적으로 성장한 것은 물론이고, 세계적으로도 영향력 있는 나라가 되었다. 실질적인 민주화를 이루어 냈고, 법치주의 역시 놀라울 정도로 성숙해졌다. 헌법재판소는 이 과정에서 헌법이 국민의 삶 속에서 숨 쉴 수 있도록 새로운 시대에, 새롭게 제기된 헌법적 쟁점들을 검토하고 더 나은 대한민국이 되도록 길잡이 역할을 해왔다. 1988년 창립 이래 국회 선진화 법, 양심적 병역거부, 호주제 폐지, 학원 심야교습 금지 등 그동안 대한민국의 정치, 사회, 가정, 교육 등 다양한 분야에서 많은 변화를 이끌어왔다. 2년 전에는 대한민국의 역사에 길이 남을 대통령 탄핵소추안을 인용 결정했다.

이번 2019년 역시 사회의 큰 획을 긋는 판결이 있었다. 바로 낙태를 한 여성을 처벌하는 형법 제269조 제1항, 형법 제270조 제1항 중 ‘의사’에 관한 부분에 대해 헌법불합치 결정을 한 것이다. 이는 사실상 형법상 낙태죄 조항을 위헌으로 인정한 것으로 볼 수 있다. 물론 임신 12주 이내의 경우로 한정함으로써 국가가 생명을 보호해야 할 의무를 다하되, 다만 생명의 발달단계에 따른 보호의 정도나 수준을 달리하였다. 이는 헌법불합치 결정과 그 취지가 크게 다르지는 않은 것이다. 즉 헌법재판소는 이번 결정에서 ‘임부인 여성의 안위가 곧 태아의 안위’이므로 이 둘을 분리하여 대립하는 구도로 보는 것이 아니라 ‘조화’를 이뤄야 한다는 입장으로 자기낙태죄는 헌법에 어긋난다고 판단한 것이다.¹⁾ 이는 여성 인권의 신장을 향해 한 발 더 앞으로 나아갈 결정으로 볼 수 있다. 헌법재판소는 2012년에 낙태죄를 합헌 결정하였는데 태아의 생명권과 임신한 여성의 권리가 서로 충돌한다고 이해했기 때문이다. 그러나 법 현실에 대한 검토를 통해 임신, 출산, 육아는 여성의 삶에 일차적이고 결정적인 영향을 줄 수 있는 중대한 사안이라는 점을 받아들임으로써 태아의 생명권에 치우쳤던 그간의 판단을 수정한 것이며, 그 때에 비해 여성의 인권이 신장된 사회적 변화를 적극적으로 반영한 결과인 것이다.²⁾

이번 낙태죄 판결에서 주목할 만 한 점은 만장일치가 아닌, 헌법재판관 9명의 의견이 헌법불합치, 위헌, 합헌으로 나뉘었다는 것이다. 각 입장의 결정 요지를 살펴보면 다양한 윤리학적 이론이 녹아들어있음을 발견할 수 있다. 사실 윤리학은 우리가 어떻게 살아야 하는지, 어떤 삶이 올바른 삶인지 그 방향성을 제시하는 역할을 하고 있다. 윤리 이론들은 도덕적 결단의 지침으로, 또 행위나 정책, 법의 평가를 위한 기준으로 사용될 수 있는 원칙들을 분석하고 정당화한다. 헌법재판소는 위에서도 언급했듯이 모든 국민이 행복하게 살 수 있고, 우리 사회가 정의로우며 더 나은 방향으로 나아갈 수 있도록 헌법에 합치하지 않는 법률들을 검토하는 역할을 한다. 따라서 이 과정에서 윤리학적 탐구가 요구되는 것은 당연하다. 모든 법의 기초에는 윤리 및 도덕이 있어야 하며, 윤리가 법의 타당성을 판단해야 한다. 법은 윤리와 합치될 수 있는 방향으로 제정되고 또 개정되어야 하는 것이다.

따라서 본 논문에서는 이러한 법과 윤리의 관계 주목해서 헌법재판소의 판결을 해석해보고자 한다. 먼저 대표적인 규범 윤리학의 입장인 공리주의와 의무론, 그리고 덕 윤리에 대해 간략하게 설명을 할 것이다. 이후 낙태죄에 대한 헌법불합치, 위헌, 합헌 세 입장을 윤리학적 이론으로 분석해보고, 각 입장의 공통점 및 차이점 그리고 의의를 살펴볼 것이다. 마지막으로

1) 이준복(2019), 「낙태죄를 둘러싼 기본권 침해 가능성에 관한 헌법적 논의: 2019년 헌법불합치결정에 대한 분석과 입법적 제언」, 『한국의료법학회지』, Vol.27, 127쪽.

2) 김정혜(2019), 「낙태죄 폐지를 말하는 이유: 임신중단권 보장의 법적 쟁점과 방향」, 『페미니즘 연구』, Vol.19, 6쪽.

세 입장이 나뉜 지점에서 도출한 쟁점들에 대한 기본적이고 일반적인 논의들에 대해 살펴보고 필자의 입장 및 생각을 밝힐 것이다. 그동안 응용 규범 윤리학의 차원인 낙태 문제와 관련해서 활발한 논의가 이루어졌고 다양한 논문과 연구가 진행되었지만 규범 윤리를 직접적으로 적용하여 낙태 문제에 접근한 시도는 많지 않았다. 따라서 본 논문에서 규범 윤리 이론을 직접 적용하여 위의 쟁점들에 접근해 보고자 한다.

II. 규범 윤리학의 세 가지 이론

철학은 크게 인식론, 윤리학, 형이상학, 논리학으로 나누어볼 수 있다. 그 중 윤리학은 일반적으로 인간의 행위와 관련해서 여러 문제들과 규범을 연구하는 학문으로 크게 세 가지의 연구 분야로 세분화할 수 있다. 첫째는 '규범 윤리학'으로 고대부터 논의 되어온 전통적인 윤리학이다. 어떤 행위의 옳고 그름을 판단하는 보편적 도덕 법칙 및 원리를 수립하고 이를 규명하는 것을 목적으로 한다. 두 번째, '메타 윤리학'은 규범 윤리학에서 사용하는 도덕에 관한 언어, 형식 및 개념들을 명료화하고자 하는 이론이다. 도덕적 언어의 의미를 논리적으로 분석하고 추론 규칙들을 탐구한다. 마지막으로 세 번째, '응용 규범 윤리학'은 오늘날 새롭게 발생하는 많은 문제들에 대해 실제로 적용할 수 있는 실천적 윤리 이론을 제공하는 것을 목표로 한다. 낙태나 사형, 안락사, 동물 실험, 인공 배아 등과 같은 논란의 여지가 있는 도덕적 문제들을 다룬다. 필자는 종래 응용 규범 윤리학의 차원에서 다루어졌던 낙태의 문제를 규범 윤리학과 연관시켜 살펴보고자 한다.

1. 공리주의- 행복과 고통의 계산법

공리주의는 영국의 철학자이자 법학자였던 벤담(Jeremy Bentham)과 밀(John Stuart Mill)에 의해 제창된, 19세기에 가장 큰 영향력을 행사했던 윤리 이론이다. 벤담은 공리주의의 두 가지 중요한 특징인 '결과주의의 원리'와 '공리의 원리'를 제시했다.³⁾ 결과주의의 원리란 행위의 옳고 그름은 행위에 의해 발생하는 결과의 좋고 나쁨에 의해 결정된다는 것이다. 이 원칙은 특정한 행위 자체보다는 행위의 결과에 주목한다. 그러므로 행위 그 자체만을 두고 옳고 그름을 판단할 수 없다. 공리의 원리는 쾌락주의적 원리라고도 부르는데 쾌락을 유일한 선으로 보고 고통을 유일한 악으로 본다. 벤담은 쾌락 계산법을 통해 쾌락과 고통의 측정 방법을 창시했다. 가능한 행위 각각의 쾌락과 고통의 양을 계산해서 그 점수를 비교한다면 우리는 어떤 행위를 할지 결정할 수 있게 되는 것이다. 그는 오직 쾌락의 극대화과 고통의 최소화라는 단 하나의 원칙만 고려해서 쾌락의 양에만 집중했기 때문에 사람들에게 비판을 받기도 했다.

따라서 밀은 공리주의 아이디어를 발전시켜 쾌락의 질을 구분하였다. 쾌락에는 두 가지 유형이 있는데 육체적 쾌락과 같은 저급 쾌락과 정신적 쾌락과 같은 고급 쾌락이 그것이다. 저급 쾌락은 더 크고 강렬한 만족을 주지만 과도하게 추구하다보면 오히려 고통을 야기한다. 고급 쾌락은 장기적이고 지속적이며 점진적이다. 그래서 밀은 고급쾌락이 저급쾌락보다 더 우월하고 훌륭하며 질적으로 좋은 것이라고 말한다. 왜냐하면 두 종류의 쾌락을 모두 다

3) 루이스 포스만 외(2010), 『윤리학: 옳고 그름의 발견』, 박찬구 외 역, 도서출판 울력, 203쪽.

경험해본 유능한 심판자는 비록 고급의 쾌락이 일정 정도의 고통을 야기하더라도 고급 쾌락을 선택할 것이기 때문이다.

벤담과 밀은 유용성의 원칙에 따라 최대 다수에게 최대의 행복을 주는 것이 옳은 행위라고 보았다. 공리주의에서는 모든 사람들은 동등하게 고려되기 때문에 한 개인, 특정 집단의 행복만을 추구하는 것은 정당하지 않다. 또한 공리주의는 유연성을 갖고 있다는 것이 장점인데, 어떠한 사안에 대해 선형적으로 결정을 내리는 것이 아니라 각 사안에 대해 주도면밀하게 장점과 단점을 계산할 수 있기 때문이다. 따라서 경험적으로 발견되는 정보에 따라서 결론이 얼마든지 달라질 수 있는 것이다. 공리주의는 ‘목적론적 윤리론’ 이라고도 불리는데, 행위의 옳음을 최대 다수의 최대 행복을 도모할 수 있는가의 여부에 따라 평가하기 때문이다.

2. 의무론-인간은 이성적 존재이다

공리주의에서 행위의 옳고 그름은 그 결과에 달려 있었다. 이와 정면으로 반대되는 윤리학에 대한 의무론적 접근은 칸트(Immanuel Kant)에 의해 창시되었다. 칸트는 행위의 결과는 도덕과는 무관한 것이라고 주장하였다. 칸트에 따르면 도덕적으로 옳은 행위는 의무감에 따라서 행해지는 행위여야 한다. 어떤 경향이나 개인적인 욕구 때문에 행위를 하는 것이 아닌, 행위로부터 결과를 기대해서가 아닌, 단지 그 행위를 해야 하기 때문에 행위를 할 때 도덕적인 행위가 될 수 있는 것이다. 즉 내가 스스로 이해하고 생각하고 결정을 내려서 하는 행위가 도덕적인 행위이다. 왜냐하면 우리가 어떤 행위에 대해 가치평가를 내릴 때, 그 행위자가 행위에 대해 책임질만한 것이어야 하기 때문이다. 경향성이나 욕구는 외부로부터 주어지는 것이기 때문에, 도덕적 가치가 나올 수 있는 유일한 원천은 어떤 행위가 올바른 행위라는 것을 인식하고, 오직 그 이유에서만 행위를 하는 것이어야 한다. 따라서 도덕적 행위에서 도덕적 가치가 나오는 원천은 행위의 결과가 아닌 그 동기인 것이다.

칸트에 따르면 이 세상에서 아무런 제한 없이, 무조건적이고 절대적으로 좋은 것은 ‘선의지’다. 선의지란 도덕법칙이 무엇인지 알았을 때, 그 도덕법칙을 무조건적으로 따르는 것이다. 즉 단순히 그것이 옳바르다는 이유만으로 옳바른 것을 선택하는 의지다.⁴⁾ 칸트에 따르면 의무에 대한 모든 언급은 명법 혹은 명령의 언어로 번역될 수 있다. 도덕적 의무들 자체는 명령의 힘을 가지는 것이다.⁵⁾ 그래서 그는 명령의 형태를 ‘가언명령’과 ‘정언명령’으로 나눔으로써 이를 명료화한다. 가언명령은 조건이 있는 명령으로 도덕법칙이 될 수 없지만 정언 명령은 특수한 욕망이나 조건에 상관없이 성립하는 것이기에 도덕법칙이 될 수 있다. 그래서 칸트는 우리에게 “그것이 동시에 보편적 법칙이 되기를 네가 의욕 할 수 있는 그러한 준칙에 따라서만 행위 하라”는 명령을 한다. 즉 나의 준칙이 보편적인 원칙이 되는 것을 나 자신이 의욕 할 수 있도록 행동해야 하는 것이다. 내가 어떤 행동을 하려고 할 때, 하려고 하는 것을 일단 준칙으로 만들어보고 그 준칙이 보편원칙이 될 수 있을지 생각해 보는 것이다. 칸트에 따르면 정언 명령은 단 하나만 있다. 그러나 그는 이것의 세 가지 정식을 제시한다. ‘자연 법칙의 원리’, ‘목적의 원리’, ‘자율성의 원리’가 그것이다. 그 중 목적의 원리는 “당신 자신의 인격이나 다른 사람의 인격에 있어서 인간성을 언제나 동시에 목적으로 대우하고 결코 단순한 수단으로만 대우하지 않도록 행위 하라.” 인데 이는 이후 인권 개념에 큰 영향을 끼쳤다. 칸트에 따르면 모든 이성적 존재는 그 자체로 존엄성과 심오한 가치를 가진다. 이성적 존재들은 ‘자율적인 자

4) 이영환(2015), 「아리스토텔레스 행복관에 대한 몇 가지 오해에 대한 해명: 아리스토텔레스와 칸트 윤리학의 온당한 비교를 위하여」, 『인간·환경·미래』, Vol.14, 82쪽.

5) 위의 책, 247쪽.

기 입법 의지'를 가지며, 이는 모든 이성적 존재들은 자신의 행동의 결과를 예측할 수 있고 스스로 준칙을 만들 수 있으며 이에 따라서 행동할 수 있다는 뜻이다. 따라서 이성이 모든 사람에게 본래적 가치와 존엄성을 부여하는 것이다.⁶⁾ 그리고 그것은 인간이 단순히 수단으로 이용되거나 착취되어서는 안 된다는 것을 의미하며 자율적인 이성적 존재로서 인간에게는 자신의 신체에 대한 권리가 부여되어 있다.⁷⁾

3. 덕 윤리- 덕스러운 행동과 덕스러운 사람

공리주의와 의무론은 20세기 초중반까지 지배적인 이론이었다. 공리주의에 따르면 우리의 행위의 결과가 쾌락을 주는지, 고통을 주는지가 도덕성에서 주요한 관건이 되었다. 이 때 덕은 평가를 내리는 데에 어떠한 역할도 하지 않는다. 한편 칸트의 의무론에 따르면 도덕성의 핵심은 의무다. 이때도 마찬가지로 덕의 유무가 도덕 법칙을 따르는 것에 영향을 끼치지 않는다. 그러나 20세기 중반부터 아리스토텔레스의 덕 윤리학이 새롭게 주목받기 시작했다. 근대 윤리학의 질문은 무엇을 해야 하는가. 어떤 행위를 해야 하는가. 어떤 행위가 도덕적 가치를 가지는 가였다. 반면 아리스토텔레스는 '어떤 종류의 사람이 되어야 하는가'를 묻는다. 행위자에 초점을 두고 단지 행위 하는 것보다는 어떤 사람이 되는 것을 강조한다.

덕 윤리는 우리가 선하고 올바르게 행위 하는 사람이 되기 위해선 옳은 것을 행하는 것뿐만이 아닌, 적절한 성향이나 동기를 가지는 것이 중요하다고 말한다. 덕은 습관적 행위의 결과로 생기는 성품의 훌륭함이자 훈련된 행동 성향이다.⁸⁾ 덕은 인간으로서의 도리를 행하려는 올바른 마음이자 인격이다. 즉 덕이란 개인이 도덕적 행위를 습관적으로 해서 자연스럽게 도덕적 행위를 하는 것이다. 정의로운 행위를 일회적으로 한다고 해서 정의로운 사람이 되는 것이 아니다. 반대로 어찌다가 부정의한 일을 한다고 해서 부정의한 사람이 되는 것도 아니다. 한 번의 독립적인 일로 결정되는 것이 아니라 여러 번, 반복되는 과정을 통해 정의로운 행동을 하면서 나의 영혼의 상태가 정의로운 상태가 되는 것이다. 그리고 더 나아가 성인으로서의 덕이 되려면 반성적인 자기인식도 있어야 한다. 결국 덕이라고 하는 것은 개인이 구체적 실천을 통해 자기 몸에 익혀 언제든지 자연스럽게 행동으로 나타내는 것이다. 따라서 덕은 개인이 생활 속에서 항상 실천해야 하는 것이다.

덕은 사람들이 행복을 얻는 데 있어 필수적인 일종의 도덕적이고도 정치적인 특성이다. 도덕적 덕은 지적인 덕과 다르게 그것을 배우기 위해선 그렇게 실천하고 살아야만 한다. 따라서 덕 윤리학에 따르면 윤리적 평가는 행위를 평가하는 것이 아닌, 행위자를 평가하는 것이다. 그 행위자의 행위 하나 하나를 판단한다는 것이 아니라 행위가 가진 지식이나 감정, 가치관 등 행위자의 삶의 방식 전체를 총체적으로 판단하는 것이다. 아리스토텔레스는 도덕적으로 우월한 사람은 순간적인 모든 유혹을 가까스로 통제하는 신경증을 가진 사람이 아니라 자연스러운 성인, 즉 습관으로부터 그리고 좋은 성품의 내면적 원천으로부터 선을 행하는 것이라고 말한다. 덕스러운 행동은 쾌락을 동반하게 되고 덕스러운 사람은 더 훌륭하고 더 행복한 삶을 사는 것이다.

6) R. Munson(2001), 『의료 문제의 윤리적 성찰』, 박석건 외 역, 단국대학교출판부, 35쪽.

7) 루이스 포스만, 앞의 책, 261쪽.

8) 루이스 포스만, 앞의 책, 285쪽.

II. 헌법불합치 결정의 의미와 윤리학적 분석

지금까지 이론 규범 윤리학의 대표적인 세 가지 이론을 알아보았다. 이번에는 이 이론들을 바탕으로 헌법재판소의 판결을 살펴해보도록 하겠다.

“청구인은 산부인과 면허를 취득한 사람으로서 2013. 11. 1. 경부터 2015. 7. 3. 경까지 총 69회에 걸쳐 부녀의 촉탁 또는 승낙을 받아 낙태하게 되었다는 사실로 기소되었다. 청구인은 1심 재판 중, 형법 제 269조 제 1항, 제 270조 1항이 헌법에 위배된다고 주장하면서 위헌법률심판제정신청을 하였으나 그 신청이 기각되었다. 이에 청구인은 위 조항들에 대하여 헌법소원심판을 청구하였다.”⁹⁾

위 사건에서 심판 대상이 되는 조항은 형법 제 269조와 제 270조¹⁰⁾ 및 관련 조항으로써 모자보건법 제 14조와 제 28조다.¹¹⁾ 청구인은 자기낙태죄 조항은 여성의 자기결정권을 제한하고 임신 초기에 안전한 임신중절수술을 받지 못함으로써 여성의 건강권을 해친다고 주장했다. 또한 원치 않는 임신의 유지 및 출산을 강제하여 신체의 완전성에 관한 권리를 구속하고 그 부담을 여성에게만 부과하기 때문에 평등권에 침해된다고 주장했다. 의사낙태죄 조항 역시 마찬가지다. 헌법재판관 9명의 입장은 위헌, 합헌, 헌법불합치로 나뉘었는데 입장이 갈리게 된 지점을 크게 총 3가지로 분석해보았다. 쟁점 1은 ‘태아도 생명권의 주체인가’, 쟁점 2는 ‘태아의 생명권과 여성의 자기결정권은 어떤 관계에 있는가’, 쟁점 3은 ‘심판대상조항이 침해를 최소화하고 법익의 균형성을 가지는가’로 설정하고 접근해 보겠다.

1. 합헌 측의 주장과 윤리학적 접근

재판관 조용호, 재판관 이종석은 자기낙태죄 조항과 의사 낙태죄 조항 모두 헌법에 위반되지 않는다고 보았다. 쟁점 1의 경우, 합헌 측은 태아도 생명권의 주체라는 입장이다.

“인간은 단지 인간이기 때문에 존엄하며 인간의 생명은 고귀하고 고유한 가치를 가진다. 이는 선형적이고 자연법적 권리로서 헌법에 규정된 모든 기본권의 전제로서 기능하는 기본권 중의 기본권이다. 인간의 존엄을 인정하는 데는 인격체 속에 내재하는 잠재적 능력으로 충분하다”¹²⁾

9) 헌법재판소 2019. 4. 11 선고 2017헌바 127 전원재판부 결정문 410

10) 형법(1995. 12. 29 법률 제 5057호로 개정된 것)

제 269조(낙태) ① 부녀가 약물 기타 방법으로 낙태한 때에는 1년 이하의 징역 또는 200만원 이하의 벌금에 처한다.

제 270조(의사 등의 낙태, 부동의낙태) ①의사, 한의사, 조산사, 약제사 또는 약종상이 부녀의 촉탁 또는 승낙을 받아 낙태하게 한 때에는 2년 이하의 징역에 처한다.

11) 모자보건법(2009. 1. 7 법률 제 9333호로 개정된 것)

제 14조(인공임신중절수술의 허용한계) ①의사는 다음 각 호의 어느 하나에 해당되는 경우에만 본인의 배우자(사실상의 혼인관계에 있는 사람을 포함한다. 이하 같다.)의 동의를 받아 인공임신중절수술을 할 수 있다. 1. 본인이나 배우자가 대통령령으로 정하는 우생학적 또는 유전학적 정신장애나 신체질환이 있는 경우 2. 본인이나 배우자가 대통령령으로 정하는 전염성 질환이 있는 경우 3. 강간 또는 준강간에 의하여 임신이 된 경우 4. 법률상 혼인할 수 없는 혈족 또는 인척간에 임신이 된 경우 5. 임신의 지속이 보건의학적 이유로 모체의 건강을 심각하게 해치고 있거나 해칠 우려가 있는 경우

제 28조(「형법」의 적용 배제) 이 법에 따른 인공임신중절수술을 받은 자와 수술을 한 자는 「형법」 제 269조 제 1항·제 2항 및 제 270조 제 1항에도 불구하고 처벌하지 아니한다.

이러한 입장은 칸트의 의무론과 연결시켜 볼 수 있다. 칸트에 따르면 인간은 절대적인 가치를 지닌 인격체이기 때문에 다른 어떤 목적을 위한 수단이 아니라, '그 자체가 목적'이며 이에 합당한 존엄한 대우를 받아야 하는 존재이고, 인간이 절대적 가치를 지닐 수 있는 이유는 이성적 존재이기 때문이라고 보았다. 이러한 칸트의 이론을 합헌의 논리에 적용시켜 이야기해볼 수 있다. 그러나 태아는 아직 이성적 사고 능력이 없기에 이성적 존재가 아니고, 따라서 존엄하지 않기 때문에 칸트의 이론이 적용될 수 없다고 반론할 수 있다. 이에 대해 합헌의 입장은 태아는 동물과는 다르게 이성적 존재가 될 수 있는 '잠재성'을 가졌다고 본다. 따라서 칸트의 이론이 적용될 수 있고, 태아의 생명은 고귀한 가치를 가진다고 말할 수 있는 것이다. 합헌 측은 임신 중의 특정한 기간 동안에는 여성의 자기결정권이 우세하고, 그 이후는 태아의 생명권이 우세하다고 보는 것은 문제가 있다는 입장이다. 태아는 앞으로 인간이 될 생명체로서 그것이 사고능력이나 자아인식 등의 이성적 능력이 있기 때문이 아닌 단지 그 자체로 존엄하고 절대적인 존재이기 때문에 보호를 받아야 하는 것이다. 따라서 합헌은 태아는 수정란이 자궁에 착상된 이후부터 출생까지 내재적 인간의 가치를 지닌 생성의 과정에 있는 생명으로서 존엄한 존재라고 보았다.

이러한 주장에 도덕법칙의 보편화 가능성을 적용시켜 보겠다. 도덕법칙은 우리의 이성이 스스로에게 부여한 준칙으로서 나 뿐만이 아닌, 누구에게나 보편적으로 적용될 수 있는 법칙이다. 도덕법칙의 내용은 "너 자신의 인격과 다른 모든 사람의 인격에 있어서 인간성을 언제나 동시에 목적으로 간주하여야 하며, 결코 단순한 수단으로 간주해서는 안 된다" 이다. 도덕 법칙은 이성이 있는 존재 그 자체에 대한 절대적인 존중을 명하며 다른 모든 인격체 역시 상대적인 가치로 평가될 수 없는 것이다.¹²⁾ 이렇게 모든 인격체가 목적을 위한 수단으로서 사용될 수 없기 때문에 임신한 여성은 태아를 수단으로서 죽이려고 하는 것이 아니라 잠재적 인격체로서의 태아를 오로지 목적 그 자체로 대해야 하는 것이다. 즉 합헌의 입장에 따르면 태아는 명백하게 생명권의 주체이고 국가는 인간의 존엄을 실현해야 할 과제를 가지고 있기 때문에 태아의 생명을 침해하는 낙태를 금지할 수 있다.

쟁점 2에 대해서는 애초에 태아의 생명권과 여성의 자기결정권은 근본적으로 비교대상이 될 수 없다는 입장으로, 낙태는 여성의 선택의 문제가 아니라 윤리에 어긋나는 생명을 침해하는 행위라고 본다. 따라서 "태아가 모체의 일부라고 하더라도 임신한 여성에게 생명의 내재적 가치를 소멸시킬 권리, 즉 태아를 적극적으로 죽일 권리가 자기 결정권의 내용으로 인정될 수 없는 것이다."¹³⁾ 그러나 선례 및 헌법 재판관 다수의 의견에 따라 자기낙태죄 조항이 임신한 여성의 자기결정권을 제한한다고 전제하고 판단한다고 하였다. 즉 이들은 두 권리는 비교대상이 되지 못하지만 일단 비교대상이 될 수 있다고 간주하고 쟁점들을 검토하겠다는 것이다. 따라서 여성의 자기결정권과 태아의 생명권이라는 두 기본권이 충돌되는 상황에서 더 중요한 것은 태아의 생명권 보호라고 보았다. 즉 합헌 측의 입장에서 보면 태아는 자기 스스로를 지킬 수 있는 상태가 아니고 생성의 과정 중인 생명으로서 외부의 공격에 취약한 약자다. 또한 생명을 침해하는 것은 다시는 회복이 불가능하기 때문에 여성의 신체의 자유를 위해 태아의 생명권을 희생하는 것은 여성에게 배려가 더 쏠려있는 것으로써 태아와 여성에 동등한 배려가

12) 헌법재판소 2019. 4. 11 선고 2017헌바 127 전원재판부 결정문 439

13) 공병해(2014), 「기획특집: 생명/이미지/정치 : 생명 윤리와 생명 정치 사이에서 -낙태를 중심으로」, 『인문학 연구』, Vol. 47, 6쪽.

14) 헌법재판소 2019. 4. 11 선고 2017헌바 127 전원재판부 결정문 440

아닌 것이다.

마지막으로 쟁점 3에 대해서 합헌 측은 자기낙태죄조항이 침해의 최소성 및 법익의 균형성에 위배되지 않는다고 본다. 예외적인 상황을 제외하고는 낙태를 전면 금지하고 이를 위반할 경우 형사적으로 처벌 하는 것은 태아의 생명 보호를 위해 입법자가 채택할 수 있는 가장 확실하면서도 효과적인 방법이라는 것이다. 자기낙태죄 조항이 형벌로써 낙태를 명백히 규제하고 있지만 여전히 낙태가 광범위하게 이루어지고 있다는 현실을 생각하면, 만약 낙태를 처벌하지 않거나 현재의 형벌보다 더 가벼운 제재로 바꿀 경우, 현재보다 낙태율이 증가하게 될 것이라고 말한다. 또한 여성의 사회, 경제적 사유를 고려하여 낙태의 허용여부를 판단하는 것은 임신한 여성의 '편의'에 따라 낙태를 허용하자는 것이고 이는 생명경시풍조가 이뤄질 수 있다고 우려한다.

여기에서는 공리주의적인 사고를 볼 수 있다. 수정주의적 공리주의는 '선례 효과'를 말하는데, 사람들은 선례에 따라 행동하기 때문에 여성의 개인적인 사회, 경제적 사유를 고려해서 낙태를 허용하게 된다면 앞으로 모든 여성들은 이 선례에 따라서 자신들도 삶에 불편한 요소가 생기면 언제든지 낙태를 하게 되고, 이는 결국 생명경시풍조로 이어진다는 것이다. 공리주의적으로 법익을 계산을 해보아도 여성의 자기결정권을 존중함으로써 오는 행복보다 태아의 생명권을 보호하지 못함으로써 오는 해악이 훨씬 크기 때문에 낙태의 허용은 법익의 균형성에도 맞지 않는다고 해석할 수 있다. 또한 무조건적으로 여성의 자기결정권을 제한하는 것이 아니라 '모자보건법'을 통해 불가피한 경우에는 낙태를 허용하고 있기 때문에 침해의 최소성에도 어긋나지 않는다고 보아 현재의 자기 낙태죄 조항은 합헌으로 결론을 내린다.

2. 위헌 측의 주장과 윤리학적 접근

재판관 이석태, 재판관 이은애, 재판관 김기영은 자기 낙태죄 조항과 의사 낙태죄 조항에 대해 단순 위헌 결정을 하였다. 쟁점 1에 대해서 이들은 명확한 입장을 내리지 않는다.

“현재 태아가 기본권의 주체로서의 ‘인간’에 해당하는가에 관하여 세계적으로도 많은 논의가 있고, 태아가 생명권이라는 기본권의 주체가 될 수 없다고 본 재판기관의 판단이나 위원회의 의견들도 있으나, 이러한 경우에도 태아의 생명이 소중하고 보호할 가치가 있음은 부정되지 않았다. 태아가 생명권에 대한 기본권 주체가 되는가에 관계없이, 태아는 그 자체로 생명으로서 점차 성장하여 인간으로 완성될 수 있는 존재이기 때문에 국가는 생명 보호라는 중대한 공익을 추구하여야 한다.”¹⁵⁾

합헌에서는 태아가 생명권의 주체인 것은 자명한 사실이었지만, 위헌의 입장에서는 태아가 생명권의 주체인지에 대해서는 논하지 않고, 일단 태아는 인간이 될 수 있는 잠재성을 지녔기에 태아의 생명을 보호해야 한다는 입장을 보인다. 따라서 태아를 명확하게 생명권의 주체라고 상정하지는 않았기 때문에 법질서가 생명의 발달과정을 일정한 단계로 구분하고, 각 단계에 맞춰 상이한 법적 효과를 부여할 수 있게 된다. 즉 국가는 생명을 보호하는 입법적 조치를 취할 때, 인간 생명의 발달 단계에 따라 보호의 정도나 보호수단을 달리 할 수 있다는 것이다.

이렇게 태아가 생명권의 주체인지, 태아가 인격체인지의 여부에 크게 관심을 갖지 않는

15) 헌법재판소 2019. 4. 11 선고 2017헌바 127 전원재판부 결정문 430

것은 덕 윤리학의 입장과 비슷하다. 물론 위헌의 입장과 덕 윤리 모두 태아가 존중의 대상이 되어야 한다는 것은 인정한다. 태아는 인간이 될 잠재성을 갖고 있고 인간의 덕은 우리와 가까운 존재를 보살피도록 요구하기 때문이다. 그러나 덕 윤리는 태아의 지위에 관한 주제는 도덕의 주제가 아니라고 본다. “유덕한 사람이 가져야 할 태아에 관한 지식은 태아의 지위에 관한 난해한 지식이 아닌 단지 태아 발생에 관한 일반적 사실에 관한 지식을 가지는 것으로 충분하다.”¹⁶⁾

한편, 합헌의 입장에서는 태아의 절대적 권리를 주장했기 때문에 모체를 떠난 상태에서 독자적으로 생존할 수 있는지의 여부는 중요하지 않았다. 그러나 위헌의 입장에서는 태아의 권리가 합헌에 비해 절대적인 것은 아니기 때문에, 모체를 떠난 상태에서도 독자적으로 생존할 수 있는지의 여부에 따라 생명권의 보호 정도를 다르게 설정한다. 세계보건기구(WHO)는 이를 임신 22주라고 하고 있고, 산부인과의 학계 내에서도 현재의 시점에서 최선의 의료를 적용한다면 임신 22주 내외부터 독자적 생존이 가능하다고 본다. 따라서 위헌의 입장에 따르면 국가는 이 시기 이후의 낙태를 원칙적으로 제한해야 하지만 임신 제 1삼분기(first trimester)¹⁷⁾에는 어떠한 사유를 요구함 없이 임신한 여성이 자신의 숙고와 판단 아래 낙태할 수 있어야 한다고 본다.

이렇게 생명권을 발달단계에 따라 다르게 보는 것은 칸트의 의무론을 적용해서 분석해볼 수 있다. 칸트에 따르면 인간은 스스로 목적을 설정하고, 그 목적을 수행할 수 있으므로 절대적 가치를 가진다고 말한다. 그러나 동물은 이성적이고 합리적인 사고를 할 수 없고, 그들 스스로 목적을 설정할 수 없다. 따라서 동물은 절대적 가치를 지니지 않고 도덕적인 고려 대상도 될 수 없다. 그래서 그 자체로 목적을 가지지 못하는 비합리적 존재는 그 어떠한 도덕적 지위나 의미 역시 갖지 못하고, 다만 간접적으로 인간에 관련해서만 도덕적으로 고려되고 의무의 대상이 될 뿐이다. 우리는 이들에 대한 간접적 의무만을 가진다.¹⁸⁾ 물론 태아가 동물과 같은 존재라는 뜻은 아니지만, 태아가 정말 생명권을 가졌는지 명확하지 않고 임신 22주 전의 태아는 독자적으로 생존할 수도 없으며 동물과 같이 이성적 사고를 할 수 없다. 따라서 동물이 절대적인 가치를 갖지 않는 것처럼 태아도 발달 시기에 따라서는 생명권의 제한이 있어도 된다고 해석해볼 수 있다.

쟁점 2에 대해서는 태아의 생명권과 여성의 자기결정권은 충분히 비교대상이 될 수 있는 것이며, 합헌의 입장과는 다르게 여성의 자기결정권의 인정 범위를 더 넓게 본다. 임신한 여성의 자기결정권이 보장된다는 것은 “자신의 존엄성과 자율성에 따라 형성한 인생관을 바탕으로 자신이 처한 상황에 대해 숙고한 뒤, 임신의 지속 여부를 스스로 결정할 수 있다는 것을 의미한다.”¹⁹⁾ 즉 임신한 여성이 임신 상태를 유지하여 출산할 것인지 말 것인지의 여부에 대해 스스로 결정할 수 있다는 것이다. 합헌에서는 낙태의 사회적, 경제적 사유를 단지 ‘임신한 여성의 편의’로만 생각했다. 그러나 위헌의 입장에서는 여성의 자기결정권의 특수성을 인정한다. 여성은 임신하면 약 10개월 간 급격한 신체적, 심리적 변화를 겪고 출산 과정에서는 극도

16) 장동익(2018) 「낙태와 윤리에서의 의무 윤리의 한계와 덕 윤리의 시사점」, 『한국도덕윤리과교육학회 학술대회 자료집』, 623쪽.

17) 임신 기간을 삼분기(trimester)로 최종 월경주기의 첫째 날부터 42주를 각각 14주씩 삼 등분하여 초기, 중기, 후기로 구분하는데 배아기(embryonic period)를 지나 태아기(fetal period)가 시작되는 첫 14주까지의 시기가 임신 초기이다. 약물 등 각종 유해 인자의 노출에 민감한 시기이다. 네이버 지식백과사전, 검색어 “임신 초기”, 접속일 2019.11.01.,

<https://terms.naver.com/entry.nhn?docId=927595&cid=51007&categoryId=51007>

18) 김학택(2018) 「동물의 도덕적 지위에 대한 칸트의 입장」, 『철학사상문화』, Vol.27, 5쪽.

19) 헌법재판소 2019. 4. 11 선고 2017헌바 127 전원재판부 결정문, 428

의 고통을 겪는다. 이런 임신과 출산의 과정에서 여성이 불안감, 신체적 제약 및 고통 등을 홀로 감내해야 한다. 이 뿐만 아니라 출산 후에는 자녀의 양육을 거의 20년의 기간 동안 담당해야 하며 이는 경제적 부담을 지우거나 사회생활이나 학업을 이어가기 어렵게 하는 등의 여러 다양한 장애를 주며 낙태를 하지 않는다면 여성의 삶이 피해를 볼 수 있다.²⁰⁾ 이렇게 임신, 출산 및 육아는 여성의 삶에 근본적이고 결정적 영향을 미치기 때문에 여성의 자기결정권을 단지 '편의'로만 생각할 수 없다는 입장이다.

이는 덕 윤리적 관점에서 분석해볼 수 있다. 덕 윤리는 가족 관계에서의 사랑 및 생명의 가치를 존중하며 부성에 및 모성애의 덕목이 중요하다. 따라서 낙태를 하여 부모가 되지 않으려는 사람들은 자신의 도덕성에 큰 결함이 있다는 것을 드러내는 것으로도 볼 수 있다. 그러나 모든 낙태 결정이 그런 것은 아니다. 우리는 언제든지 삶의 어려움에 봉착할 수 있으며 실직했거나 파산한 사람들은 자녀를 원하지 않을 수 있다. 오히려 아이를 낳으면 아이가 불행해질 수 있다는 생각 하에 내린 낙태의 결정은 부모가 자식을 위했기 때문에 비롯되었다고 이해해 볼 수 있다. 그 누구도 낙태를 기뻐하며 하지 않을 것이라는 점에서 여성의 신체에, 여성의 인생에 임신이 무리가 가는 것이라면 이들의 결정을 전적으로 이해해야 하며 이를 비난해서는 안 된다.²¹⁾

다만, 피임을 실패해서 임신이 되었는데 그 실패의 원인이 자신의 부주의한 성격이나 신중하지 못한 점에서 비롯되었으므로 낙태를 하고자 한다면 이때는 행위자의 부덕함을 탓할 수 있을 것이다. 또한 만약 여성이 몸매 관리 등 단지 자신의 편의를 위해서 낙태를 하고자 한다면 이 또한 덕스럽지 않은 것이며 도덕적으로 비난의 대상이 되어야 한다. 결국 낙태 결정에 대한 윤리적 판단은 “낙태 상황을 행위자가 초래하였는지 또는 행위자가 처해있는 외적인 사회 경제적 상황 그리고 태아 발달 정도 등의 요소에 의거하는 것”²²⁾이다.

쟁점 3에 대한 위헌의 입장은 심판대상조항들이 모두 침해의 최소성 및 법익의 균형성과 맞지 않는다고 본다. 형벌에 따른 위해가 임신한 여성의 낙태 여부에 미치는 영향은 제한적이며, 실제 처벌되는 사례도 매우 드물기 때문에 자기 낙태죄 조항이 태아의 생명보호라는 공익에 기여하는 정도가 크다고 볼 수 없다. 오히려 그동안 국가는 인구정책에 따라 심판대상 조항들의 실제 집행 여부가 좌우된 역사가 있었다.²³⁾ 또한 자기낙태죄 조항은 상대 남성 또는 주변인이 양심을 품어 복수나 괴롭힘의 수단으로 악용되기도 하였으므로 본 조항은 태아의 생명보호라는 목적을 달성하는 데 기여해왔다고 평가하기 어렵다. 더불어 위헌의 입장은 “임신한 여성의 낙태를 전면적으로 금지하되, 다만 낙태가 허용되는 예외적인 사유를 법률(모자보건법 제 14조)로써 규정하는 방식은 임신한 여성에게 ‘낙태가 불가피한 사람’의 지위를 부여하여 낙태에 대한 법률상 책임을 면제하는 것에 불과하며, 이는 여성이 자기결정권이라는 기본권이 단 한 번도 제대로 보장받지 못하는 것이고 결국 자기 결정권을 부정 내지는 박탈하는 것”²⁴⁾이라고 하였다. 임신한 여성에게 임신 기간 전체에 걸쳐 낙태를 원칙적으로 금지하는 것

20) 헌법재판소 2019. 4. 11 선고 2017헌바 127 전원재판부 결정문 429

21) 장동익(2018) 「낙태와 윤리에서의 의무 윤리의 한계와 덕 윤리의 시사점」, 『한국도덕윤리교육학회 학술대회 자료집』, 626쪽.

22) 장동익(2018) 「낙태와 윤리에서의 의무 윤리의 한계와 덕 윤리의 시사점」, 『한국도덕윤리교육학회 학술대회 자료집』, 629쪽.

23) 박정희 정권 때 ‘산아제한’ ‘가족계획’이라는 구책 사업 하에 인공임신중절을 제한적으로 허용하는 모자보건법이 제정되었다. 반면 이명박 정부는 ‘제 1차 저출산 대응 전략회의’를 열어 저출산 대책의 일환으로 낙태 줄이기 캠페인을 채택했다. 이석배(2019) 「낙태죄 헌법재판소 헌법불합치 결정의 취지와 법률 개정 방향」, 『의료법학』, 623쪽, Vol.20:2, 4쪽과 최규진(2010) 「낙태 윤리 논쟁과 낙태권 운동」, 『마르크스21』, Vol.6, 69쪽 참고.

은 사실상 임신한 여성의 자기결정권을 부정하는 것이므로 자기낙태죄 조항은 침해의 최소성과 법익의 균형성을 지키지 못한 것이다.

3. 헌법불합치 측의 주장과 윤리학적 접근

이번 사건의 최종 판결은 헌법불합치 결정²⁴⁾이 내려졌다. 재판관 유남석, 재판관 서기석, 재판관 이선애, 재판관 이영진은 자기낙태죄 조항과 의사낙태죄 조항에 대해 단순 위헌 결정을 내릴 경우 발생할 사회적 혼란과 법적 공백²⁶⁾을 방지하기 위해 헌법 불합치를 선고하였는데, 이들의 의견은 쟁점 1을 제외하고는 단순 위헌과 크게 다르지 않다. 쟁점 1에 대해서 이들은 합헌 의견과 마찬가지로 태아도 생명권의 주체라고 본다. 모든 인간은 헌법상 생명권의 주체가 되며, 형성 중의 생명인 태아에게도 생명에 대한 권리가 인정된다. “태아가 비록 생명유지를 위해 모(母)에게 의존해야 하지만, 그 자체로 모(母)와 별개의 생명체이고 인간으로 성장할 가능성이 크기 때문이다. 따라서 태아도 헌법상 생명권의 주체가 된다.”²⁷⁾ 그럼에도 불구하고 합헌 의견과는 다르게 태아의 생명 발전 과정에 따라 상이한 법적 효과를 부여할 수 있다고 본다. 형법에 따르면 생명의 발전 단계에 따라 생명 침해 행위에 대한 처벌의 정도가 달라지며²⁸⁾ 태아는 수정란이 자궁에 착상한 때로부터 낙태죄의 객체가 되는데, 착상은 통상 수정 후 7일 경에 이뤄지므로 그 이전의 생명에 대해선 형법상 어떠한 보호도 하지 않는다. 이와 같이 전체적 과정에 대해 법질서가 언제나 동일한 법적인 보호 및 법적 효과를 부여하고 있지 않으므로 국가는 인간생명의 발달단계에 따라 그 보호수단을 달리 할 수 있는 것이다. 따라서 단순 위헌의 입장과 마찬가지로 임신 22주 내외에 도달하기 전이라면 낙태에 대해서 국가가 생명보호의 수단 및 정도를 달리 정할 수 있다고 본다.

쟁점 2에서는 단순 위헌과 마찬가지로 여성의 자기결정권의 인정 범위를 넓혔다. 임신한 여성과 태아의 관계를 단순히 ‘가해자 대 피해자’로 보는 것은 옳지 않으며 이러한 구도로 보게 된다면 관념적인 형량에 의해 하나를 택하는 방식으로 선택된 어느 한 쪽의 법익을 위해 다른 쪽의 법익이 희생되어야 한다. 따라서 이들은 기존의 관점과는 다르게, 실제적 조화의 원칙에 따라 두 기본권의 실현을 최적화할 수 있는 방법을 모색하여야 한다고 본다. 우리 사회에서

24) 헌법재판소 2019. 4. 11 선고 2017헌바 127 전원재판부 결정문 429

25) 법 규정의 위헌성이 드러났지만 위헌결정을 내릴 경우 그날부터 해당 규정의 효력이 상실됨에 따라 생기는 법적 혼란을 막기 위해, 관련법이 개정될 때까지 한시적으로 법적 효력을 인정해 주는 헌법재판소(헌재)의 변형결정 중 하나다. 즉, 법조문을 그대로 남겨 둔 채 입법기관이 새로 법을 개정하거나 폐지할 때까지 효력을 중지시키거나 시한을 정해 법 규정을 잠정적으로 존속시키는 것이다. 이는 전면 위헌결정을 내려 그 즉시 법적 효력을 정지시킬 경우 초래될 수 있는 사회적 혼란을 막기 위해서, 일정한 유예기간을 두자는 취지로 내려진다. 헌법불합치 결정이 내려지면 국회와 행정부는 헌재가 제시한 기간에 해당 법률을 개정해야 한다. 만약 헌재의 제시 기한까지 법률 개정이 이뤄지지 않으면, 해당 법률의 효력은 사라진다. 네이버 지식백과, 검색어 “헌법불합치”, 접속일 2019.11.3., <https://terms.naver.com/entry.nhn?docId=929587&cid=43667&categoryId=43667>

26) 단순 위헌의 입장에서는 형벌이라는 제재는 그 종류를 막론하고 불이익의 정도가 그 어떤 경우보다 크므로 해당 법률의 효력을 상실시킴으로써 야기할 법적 공백이 크다고 하더라도 위헌인 법률로 인한 피해를 규율 대상자에게 부담시키는 것보다는 국가가 감수하도록 하는 것이 헌법적 이념에 부합한다고 본다. 또한 심판 대상 조항들이 제 기능을 하고 있지 못했기 때문에 이들 조항이 폐기된다고 해서 극심한 법적 혼란이나 사회적 비용이 야기되지 않을 것이라고 본다.

27) 헌법재판소 2019. 4. 11 선고 2017헌바 127 전원재판부 결정문 417

28) 형법에서는 태아를 통상 낙태죄로 취급하지만, 진통 시로부터 태아는 사람으로 취급되어 살인죄의 객체로 된다.

여성들은 여전히 임신 및 출산으로 인해 사회적, 경제적 생활에서 남성에 비해 많은 불이익을 겪고 있으며 육아에서도 남성에 비해 더 큰 부담을 지는 경우가 많아서 여성들이 육아와 일을 병행하는 데 어려움을 겪고 있다.²⁹⁾ 이러한 어려움은 여성의 퇴직에까지 이어져 사회적, 경제적 삶의 단절까지 초래할 수 있다.³⁰⁾ 따라서 “임신한 여성이 자신의 임신을 유지 또는 종결할 것인지의 여부를 결정하는 것은 인생관, 사회관을 바탕으로 자신이 처한 신체적, 심리적, 사회적, 경제적 상황에 대한 깊은 고민을 한 결과를 반영하는 전인적(全人的) 결정이다.”³¹⁾ 즉, 여성의 자기결정권과 태아의 생명권은 양립될 수 있는 것이며 태아의 발달 시기에 따라 여성의 자기결정권을 행사할 수 있다고 보는 것이 합당하다는 것이다.

쟁점 3에서는 단순 위헌의 입장과 마찬가지로 심판대상 조항들은 입법의 목적을 달성하기 위해 필요한 최소한의 정도를 넘어서서 여성의 자기결정권을 제한하기 때문에 침해의 최소성도 갖추지 못했고, 여성의 결정권에 비해 태아의 생명 보호라는 공익에 대해 일방적이고 절대적인 우위를 부여함으로써 법익의 균형성도 위반하였다고 본다. 2006년부터 2013년까지 여성이 낙태로 기소된 경우는 연간 10건 이하에 불과한 점과 관련 조항이 낙태율의 의미 있는 감소에 영향을 미쳤다고 볼 만한 근거는 찾기 어렵다는 점에서 자기 낙태죄 조항은 사실상 사문화된 조항으로 인식할 수 있다. 또한 자기 낙태죄 조항이 모든 낙태를 일괄적으로 범죄행위로 규정하고 있는 이상 국가가 마음만 먹으면 언제든지 모든 낙태에 대한 단속을 강화하여 처벌할 수 있다는 점³²⁾을 고려하면 자기낙태죄 조항이 태아의 생명보호를 위한다는 본래의 목적과는 동떨어져 있다. 따라서 태아의 생명보호는 물론 중요한 공익이기는 하나 낙태를 금지하고 형사적으로 처벌하는 것이 그 공익에 기여하는 실효성이 크다고 볼 수 없다는 것이다. 반면 심판대상 조항으로 인해 여성들은 임신 유지로 인한 신체적, 심리적 부담 및 출산에 따른 신체적 고통을 인내하도록 강제 당하고 이로 임신, 출산, 육아의 과정에서 발생하는 많은 고통을 겪어야 한다. 이는 공리주의적의 이론으로 해석해볼 수 있는데, 태아의 생명보호라는 이익 및 행복보다 여성이 겪는 고통과 국가가 이를 악용할 가능성을 계산해보았을 때, 자기 낙태죄 조항은 과잉금지 원칙을 위반하는 위헌적인 규정임을 알 수 있다.

헌법재판소는 저번 2012년 결정에서는 “태아 자체로 모와 별개의 생명체이고 특별한 사정이 없는 한 인간으로 성장할 가능성이 크므로 태아에게도 생명권이 인정되어야 하며 낙태를 처벌하지 않거나 형벌보다 가벼운 제재를 가한다면 현재보다 훨씬 더 낙태가 만연하게 될 것이고, 성교육과 피임법의 보편적 상용, 임부에 대한 지원 등은 불법적인 낙태를 방지할 효과적인 수단이 되기에는 부족하다”³³⁾고 판시하면서 낙태죄 처벌로 인한 여성의 자기결정권이 합헌이라고 보았다. 그러나 이번 판결에서는 태아의 생명권을 절대적인 것으로 보지 않고 생명 발달 정도에 따라 제한가능하다고 보았는데, 이는 생명권과 여성의 자기결정권의 조화로운 보장을 위한 출발점이라고 볼 수 있다. 헌법재판소는 여성의 자기결정권을 전인적(全人的)결정으로 인정한 것이며, 이를 위해 자기결정권을 행사하기에 충분한 시간이 보장되는 시기까지 국가가 태아의 생명보호의 정도 및 수단을 달리할 수 있다고 본다. 이번 결정은 여성의 인권을 향상시킨 결정으로서, 최근 들어 여성 인권이 강화된 사회적 변화를 적극적으로 반영한 결과

29) 헌법재판소 2019. 4. 11 선고 2017헌바 127 전원재판부 결정문 419

30) 통계청에 따르면, 2018년 기준으로 기혼여성 취업자 중 결혼, 임신, 출산, 육아, 자녀교육, 가족 돌봄 등의 이유로 직장을 그만 둔 경험이 있는 ‘경력단절 경험자’의 비율은 15-29세의 경우 2.9%, 30-39세의 경우 26.5%, 40-49세의 경우 46.7%, 50-54세의 경우 23.9%에 이른다고 한다.

31) 헌법재판소 2019. 4. 11 선고 2017헌바 127 전원재판부 결정문 419

32) 헌법재판소 2019. 4. 11 선고 2017헌바 127 전원재판부 결정문 424

33) 헌법재판소 2012. 9. 23 2010헌바402

라는 평가가 뒤따른다.³⁴⁾

IV. 판결에서 도출할 수 있는 철학적 논의들

지금까지 자기낙태죄 조항에 대한 합헌, 위헌, 헌법불합치의 입장의 공통점 및 차이점을 살펴보고, 공리주의와 의무론, 덕 윤리의 세 윤리이론을 적용하여 이를 분석해보았다. 이번에는 본 판결에서 필자가 쟁점으로 꼽았던 태아도 생명권의 주체인지, 만약 주체라면 태아의 생명권과 여성의 자기결정권은 어떠한 관계에 있는지 대해 일반적인 논의들을 살펴볼 것이다. 더 나아가 이에 대한 필자의 의견을 덧붙이고 마지막으로 공리주의적으로 두 권리의 경중을 분석해 보겠다.

1. 태아도 생명권의 주체인가

합헌의 입장에서는 태아는 수정란이 자궁에 착상된 이후부터 기간의 구분 없이 내재적 인간의 가치를 지닌 생성 중의 생명으로서 생명권의 주체가 된다고 보았다. 이런 주장을 하는 자들을 흔히 '보수주의자'라고 부르는데, 이들의 주장은 한 마디로 정리하자면 수정란은 성인이 될 수 있는 잠재성을 갖고 있기 때문에 생명권을 가진다는 것이다. 대표적인 학자인 마퀴즈(Marquis)는 태아가 인간이 될 잠재성을 지녔기 때문에 낙태는 비도덕적이라고 말한다. 모든 인간들은 자신의 생명을 고귀하게 여기는데, 태아도 마찬가지로 앞으로 더 발달하게 되면 자신의 생명을 가치 있게 여기게 될 것이므로 태아의 생명권도 인정해주어야 한다는 것이다.³⁵⁾ 그러나 이에 대해 스탠리 뱅(Stanley Benn)은 잠재력의 원리는 논리적인 오류를 범했다고 지적한다. 즉 '어떤 대상이 성인에게 생명권을 부여한 속성을 갖게 될 것이다.'에서 이끌어낼 수 있는 결론은 '그 대상이 현재에도 생명권을 지녔다'가 아니라 '그와 같은 속성을 갖는 시점에 그 대상은 생명권을 가진다.'라고 보아야 한다는 것이다.³⁶⁾ 피터 싱어(Peter Singer) 역시 잠재적인 x에게 x와 동일한 가치가 있다거나, x가 가진 모든 권리가 있다는 규칙은 존재하지 않는다고 보았다.³⁷⁾ 이러한 잠재력 논변은 선거권 논쟁에도 적용시켜볼 수 있을 것이다. 청소년들은 모두 성인이 될 잠재성을 갖고 있지만 투표권이라는 권리를 갖지 못한다. 이들은 자신들의 교육 환경을 이끌어 갈 교육감조차도 뽑지 못한다. 잠재성 논변이 태아의 생명권에 적용된다면 청소년들의 선거권에도 적용될 수 있어야 하지 않나. 따라서 잠재력의 논변은 설득력이 없어 보인다.

이에 대해 헤어(Hare)는 특수한 종류의 잠재성 논거를 제시했다. 다른 사람들에게 대접받고 싶은 대로 행동해라. 다른 사람들이 네게 그렇게 행동하길 바라지 않는다면 너도 다른 사람에게 그렇게 행동해선 안 된다는 황금률을 자신의 윤리학에 적용한다. 따라서 자신이 태아라면 낙태 당하는 것을 원치 않을 것이므로, 자기편에서도 낙태를 하면 안 된다는 것이다.³⁸⁾ 그러나 과연 내가 태아라면 낙태 당하지 않기를 원할까? 평생 살아가야 하는 삶이 힘들

34) 최우리, 「여성의 안위가 태아의 안위」 이분법 넘어 조화 '강조', 『한겨레 신문』, 2019.4.11, http://www.hani.co.kr/arti/society/society_general/889732.html, 접속일 2019. 11. 5

35) Don Marquis(1989), 「Why abortion is immoral」, 『Journal of Philosophy』, Vol.76, No.4.

36) 임종식(2019), 『낙태논쟁, 보수주의를 낙태하다』, 성균관대학교 출판부, 151쪽.

37) Singer Peter(1993), 『Practical Ethics』, Cambridge University Press

38) Richard M.Hare(1975), 『Abortion and Golden Rule』, Philosophy & Public Affairs, 201-222쪽.

고 고통스럽다면 태어나고 싶지 않을 수도 있지 않는가. 또한 나를 원하고 아끼고 사랑해 줄 수 있는 부모가 아닌, 나를 낙태하려고 하는 부모 밑에서 과연 태어나고 싶어할까? 태아가 전부 낙태 당하는 것을 원치 않을 것이라는 논의를 일반화시킬 수는 없다고 본다.

한편, 워런(Warren)은 단순한 생물학적 존재인 인간(human)과 생명권의 가치를 지닌 존재인 인격체(person)를 구분한다. 워런은 '인지적 기준'이라는 개념을 인격성의 기준으로 제시하는데, 인격체가 된다는 것은 인지할 수 있고 사려 깊은 이해, 의사소통, 등이 있다는 것을 의미한다. 그러나 태아는 이 기준을 만족하지 못한다.³⁹⁾ 따라서 태아는 인격체로 인정할 수 없다고 주장한다. 또한 피터 싱어(Peter Singer)나 마이클 툴리(Michael Tooley)도 인격체가 되기 위해선 아픔과 고통을 느낄 수 있어야 하고 자기 의식이 있어야 하며 미래에 대해 소망할 수 있어야 한다. 그런데 태아는 그렇지 않기 때문에, 태아를 인격체로 볼 수 없다고 주장한다.⁴⁰⁾ 그러나 인격체의 기준을 자기의식으로 본다면 지적으로 장애가 있는 사람들이나 식물 인간 상태에 있는 사람들, 갓 태어난 신생아 등도 인격체가 되지 못하게 되는 것인데, 이는 우리의 일반적인 인식과는 동떨어진 것이다.

그렇다면 무엇을 인격체의 기준으로 정하는 것이 합리적일까? 만약 그 기준을 '독자적으로 존재'할 수 있는 상태인가로 보게 된다면 위의 문제가 해결될 것이다. 수정 후부터 3주에서 8주까지의 개체를 배아라고 부르는데, 이 시기는 다른 포유동물의 배아와 구별이 가지 않을 정도다. 따라서 이 시기까지 인격체로 보는 것은 적절하지 않다고 생각한다. 그리고 임신 22주 전까지의 태아는 자신의 존재 상태를 모체에게 전적으로 의존하고 있는 상태이다. 따라서 위의 기준에 따르면 자신의 존재를 완전하게 자립하여 존재할 수 없기 때문에, 권리 역시 완전하게 부여될 수 없을 것이다. 그러나 지적 장애를 가진 자들, 뇌사 상태의 환자들, 신생아 등은 비록 이성적 사고는 할 수 없지만 그 자신의 존재가 이 세상에서 독립적으로 존재할 수 있기 때문에 이들은 존엄한 인격체이며 생명권을 갖게 된다. 따라서 필자는 헌법불합치 및 단순 위헌과 마찬가지로 태아가 '독자적 생존'을 할 수 있는 22주 전후를 기준으로 태아의 생명권의 부여 여부가 결정된다고 본다. 임신 22주 이후로는 의로 인력이 뒷받침 될 경우 모체에서 떠나 독자적으로 생존이 가능하기에, 이 기간 이전에는 태아가 생명권을 완전히 갖지 못하지만, 22주 이후로는 태아도 생명권을 향유할 인격체라고 보아야 할 것이다.

2. 여성의 자기결정권과 태아의 생명권의 관계

자기 낙태죄가 합헌이라는 입장의 핵심은 인간의 생명권은 절대적인 기본권이며 국가에 의해 보호받아야 한다는 점에 있다. 그런데, 합헌의 주장대로 국가에게 생명을 절대적으로 보호해야 하는 의무가 있다면 왜 자살을 시도했다가 실패한 사람들을 처벌하는 법은 없는가. 이들은 불가침하고 존엄한 자신의 생명을 자기 스스로가 침해한 것이기에 처벌 받아야 마땅하지 않은가. 그러나 합헌의 주장대로라면 그 사정이 어찌 되었든, 생명은 절대적으로 불가침한 것이고 보호받아야 하기 때문에 자신의 생명을 뺏으려고 시도한 자살 실패자들도 처벌해야 마땅하다는 결론이 나오며 이는 우리의 직관과 어긋나는 것이다. 또한 이렇게 생명권이 불가침한 절대적인 것이라면 국가가 나서서 국민의 생명을 뺏는 사형제는 왜 아직까지 유지되고 있는 것인가? 생명권은 헌법에서 인정되는 권리이며 사형제도가 국민의 생명을 박탈하는 것은 그 본질적인 내용의 침해이다. 이에 대해 헌법재판소는 비록 생명이 이념적으로 절대적 가치를 지녔더라도 생명에 대한 법적인 평가가 예외적으로는 허용될 수 있다고 본다.⁴¹⁾ 그러나 합

39) 최규진(2010) 「낙태 윤리 논쟁과 낙태권 운동」, 『마크스21』, Vol.6, 77쪽.

40) 구인회(2005), 『생명윤리, 무엇이 쟁점인가』, 아카넷, 73쪽.

헌의 입장에서는 태아에 대한 생명의 평가에서 예외성을 적용할 여지를 주지 않았다. 사형에 있어서는 생명에서의 법익의 차등성을 인정하면서도 태아의 생명에서는 사람에 대한 생명과 동일한 것으로 보고 동일한 수준의 보호를 요구하는 것은 헌법재판소 결정과 서로 상충되는 주장이라고 볼 수 있다.⁴²⁾ 따라서 여성의 자기결정권과 태아의 생명권을 비교조차 할 수 없다는 합헌의 입장은 받아들이기 어렵다.

한편, 생명을 소중히 한다는 목적 하에 태아의 생명권을 신성시 하여 낙태를 반대하는 시민들의 움직임도 거센데, 대표적으로 프로라이프 협회가 있다. 또한 낙태죄 헌법 불합치 판결이 났지만 산모의 생명이 위험한 상황을 제외하고는 모든 낙태를 반대한다는 의견이 29프로로 가장 많았다는 여론조사도 있다.⁴³⁾ 이렇게 여성의 자기결정권에 비해 태아의 생명권을 더 중시하는 사람들도 많으므로 낙태를 허용하자는 입장과의 간극은 쉽게 좁혀지지 않을 것이다. 특히 낙태의 문제에 있어서는 직접적인 당사자들이 아닌 사람들의 의견이 중요시되곤 한다. 종교계뿐만이 아니라 관련된 의료인들, 여성 협회 등은 각자의 이익관계에 따라 낙태에 대한 입장을 펼친다. 그러나 낙태 문제의 당사자들은 여성과 태아다. 따라서 필자는 낙태와 직접적으로 관련이 있는 여성과 태아의 관계에만 집중해볼 것이다. 낙태를 하는 것과 안하는 것 중 어느 것이 더 이들에게 행복을 가져다줄지를 단순히 도식화해서 공리주의적으로 계산해보았다.

기본적인 설정으로써 모든 임신한 여성이 낙태를 하는 상황이 아닌, 아이를 낳고 싶지 않은 여성들에 한정한다. 아이를 낳고 싶은 여성에게 낙태의 문제는 전혀 고려대상이 되지 않기 때문이다. 또한 낙태를 하고 싶은 여성의 아이이기 때문에 이 아이는 원치 않는 생명으로 간주된다. 제일 중요한 점은 데이비드 베너타(David Benatar)의 존재하지 않는 것이 존재하는 것보다 언제나 더 낫다는 주장⁴⁴⁾에 근거하여 생명권이 존재할 때와 부재할 때의 차이를

41) 헌법재판소는 헌법은 절대적 기본권을 명문으로 인정하고 있지 아니하며, 헌법 제37조 제2항에서는 국민의 모든 자유와 권리는 국가안전보장·질서유지 또는 공공복리를 위하여 필요한 경우에 한하여 법률로써 제한할 수 있도록 규정하고 있어, 비록 생명이 이념적으로 절대적 가치를 지닌 것이라 하더라도 생명에 대한 법적 평가가 예외적으로 허용될 수 있다고 할 것이므로, 생명권 역시 헌법 제37조 제2항에 의한 일반적 법률유보의 대상이 될 수밖에 없다. 나아가 생명권의 경우, 다른 일반적 기본권 제한의 구조와는 달리, 생명의 일부 박탈이라는 것을 상정할 수 없기 때문에 생명권에 대한 제한은 필연적으로 생명권의 완전한 박탈을 의미하게 되는데, 위와 같이 생명권의 제한이 정당화될 수 있는 예외적인 경우에는 생명권의 박탈이 초래된다 하더라도 곧바로 기본권의 본질적인 내용을 침해하는 것이라 볼 수는 없다. 헌재 2010. 2. 25. 2008헌가23, 판례집 22-1상, 36 [합헌, 각하]

42) 이준복(2019), 「낙태죄를 둘러싼 기본권 침해 가능성에 관한 헌법적 논의: 2019년 헌법불합치결정에 대한 분석과 입법적 제언」, 『한국의료법학회지』, Vol.27, 134쪽.

43) 성산생명윤리연구소는 여론조사기관 여론조사공정에 의뢰해 2019년 7월 1일 전국 만 19세 이상 남녀 1천1명을 대상으로 설문조사를 시행했다. 쟁점이 되고 있는 '낙태 허용 시기'를 묻는 질문에 '산모 건강이 위험한 경우를 제외하곤 모든 낙태를 반대'한다는 답변이 29%로 가장 많았다. 이는 '무조건 낙태를 허용 한다'는 17.5% 응답의 두 배에 가까운 수치다. '임신 초반부인 12주까지는 허용 한다'는 답변은 23.4%, '태아의 심장박동이 감지되는 6주 이전까지 허용 한다'는 답변은 22.7%였다.

하나은, 「낙태죄 헌법 불합치에도 낙태반대는 여전」, 『데일리굿뉴스』, 2019.7.5.,

http://goodnews1.com/news/news_view.asp?seq=88950, 접속일 2019.11.10

44) 데이비드 베너타는 반출생주의자로서 출산이 윤리적인 가에 대한 문제를 다루는데, 그는 인간이 새로운 존재를 이 세상에 존재하게 하는 것은 도덕적으로 잘못되었다고 말한다. 아이를 낳아 기르면 아이가 주는 행복감이 있다고 주장하는 사람들도 있고, 아이를 기르는 것은 괴로운 일이며 아이가 행복감을 가져다주지 않는다고 주장하는 사람들도 있다. 그러나 베너타는 이렇게 주관적인 판단에 기초하여 경험에 의거하는 대신 쾌락과 고통이 대칭적이지 않다는 분석을 이용해서 태어나지 않는 것이 항상 더 낫다고 한다. 그의 주장에 따르면 존재하게 되는 것은 항상 해악이며 우리는 아이를 갖지 않아야 한다. 그러나 존재하게 되는 것이 항상 해악이라고 해서 자살이 바람직하다는 의미는 아니다. 삶의 질은 그 존재를 중단하는 것이 이득이 될 정도로 항상 나쁜 것은 아니기 때문이다. 우리는 이미

둘 것이라는 점이다. 생명권에 최대치인 100을 부여하지만 이는 생명권이 단순히 존엄해서가 아니다. 생명권을 통해 앞으로 인생에서 행복을 느낄 수 있는 가능성을 포함하기 위해서이다. 그러나 낙태를 하는 상황에서 태아의 손해가 -100인 것은 아니다. 베너타에 따르면 존재하지 않는 경우라도 존재하지 않는다고 해서 잃을 것은 하나도 없다. 존재하지 않음으로써 얻을 쾌락이 없는 것은 나쁜 것이 아니다. 무엇인가를 잃을 누군가가 애초에 없기 때문에 0이다. 또한 베너타는 존재하지 않는다면 고통이 없기 때문에 좋은 것으로 보았지만 어느 정도의 좋음 일지는 이 세상에 존재하는 그 누구도 모르기 때문에 필자는 베너타처럼 +가 아닌, 0으로 둘 것이다.

[표1]

낙태를 하지 않았을 때			
	얻을 수 있는 항목	지수	이유
낙태를 원하는 여성	이익(행복)	0	원하지 않았던 임신과 태아
	손해(고통)	-70	임신, 출산, 장래 생활 문제로 인한 고통
22주를 넘긴 생명으로서의 태아	이익(행복)	100	태어남으로 인해 평생 행복을 느낄 가능성
	손해(고통)	-30	행복을 담보할 수 없는 불확실한 미래
총계		0	

낙태를 하지 않았을 경우 낙태를 원하는 여성에게 예상될 수 있는 이익(행복)은 자신이 원치 않는 임신과 태아라는 점에서 0으로, 태아의 경우 태어나서 행복할 수 있는 가능성 때문에 100을 설정하였다. 반대로 여성이 받아야 하는 고통은 임신으로 인한 신체적인 고통, 전인적인 결정에 의해 낙태를 결심하였지만 자기 결정권이 무시되었다는 고통, 아이의 양육을 책임져야 하는 부담감, 경제적인 어려움, 학업 및 경력 단절 등 아주 많다. 사람이 자신이 원하는 대로 삶을 설계에서 살아갈 수 없는, 어찌 보면 강제적으로 어머니의 인생을 살아가야 하는 고통은 매우 클 것이므로 -70으로 상정하였다. 태아의 경우, 자신이 원치 않는 부모의 밑에서 태어났고 제대로 보살핌 및 지원을 받지 못하게 되어 자신의 삶을 원망할 수 있고, 부모의 사랑을 받지 못하며 일탈의 가능성도 높다. 이를 종합하여 -30으로 설정하였다. 각 경우의 얻을 수 있는 이익(행복), 손해(고통)을 모두 더하면 $0+100+(-70)+(-30)$ 으로 0이다. 원치 않는 아이를 낳게 되었을 때, 여성과 태아의 행복과 고통의 총합은 0이다.

존재하게 된 이상, 우리의 존재를 끝내는 것은 우리가 사랑하는 사람들에게 엄청난 고통을 준다.

x가 존재한다	x가 존재하지 않는다.
고통의 존재(나쁨) -	고통의 부재(좋음) +
쾌락의 존재(좋음) +	쾌락의 부재(나쁘지 않음) 0

데이비드 베너타(2018), 『태어나지 않는 것이 더 낫다』, 이한 역, 서광사, 78쪽.

[표2]

낙태를 하였을 때			
	얻을 수 있는 항목	지수	이유
낙태를 원하는 여성	이익(행복)	70	본인의 전인적 결정
	손해(고통)	-10	태아에 대한 의식
22주를 넘긴 생명으로서의 태아	이익(행복)	0	존재하지 않는 것이 존재하는 것보다 낫다는 베네타의 이론
	손해(고통)	0	
총계		60	

낙태를 할 경우에 낙태를 원하는 여성에게 예상될 수 있는 이익(행복)은 아주 많을 것이다. 전인적 결정에 따른 일이었기 때문에 여성이 자신의 삶을 더 잘 운용할 수 있게 되며 신체적, 심리적, 정신적 부담감에서 탈출할 수 있을 것이므로 대략 70으로 설정하였다. 고통(손해)는 여성 자신이 원하여 숙고 끝에 낙태를 결정하였으나 태아에 대한 죄책감이 없지는 않을 것이므로 -10으로 설정하였다. 태아의 이익과 손해의 경우, 베네타의 이론에 따라 태어나지 않는 것이 더 낫기 때문에 0으로 설정하였다. 따라서 각 경우의 얻을 수 있는 이익(행복), 손해(고통)을 모두 더하면 60이다. 결국 낙태를 하지 않았을 경우 총계는 0이었지만, 낙태를 할 경우에는 60이 나오기 때문에 낙태를 할 때 태아와 여성에게 있어서 모두에게 이익이 최대화 된다고 볼 수 있다. 물론 필자가 정한 수치는 임의적인 것이고 주관적인 것이다. 그러나 여성이 낙태를 원했지만, 낙태를 하지 못하는 상황에서 태어날 태아의 미래는 행복한 삶을 살지, 불행한 삶을 살지 알 수 없다. 다만 여성은 앞으로 겪을 고통이 적지 않을 것이라는 점은 확실하다. 반면 여성이 낙태를 원했고 낙태를 할 수 있는 상황에서는 태아는 어차피 태어나지 않기 때문에 얻게 될 이익도 고통도 없다고 볼 수 있다. 그러나 여성은 낙태를 하였을 때 겪게 될 심리적, 심적 고통이 있겠지만 이는 여성이 전인적 결정 하에 감내할 수 있는 부분이라고 보기 때문에 여성은 낙태를 하지 않을 때보다 더 많은 행복을 얻을 수 있다는 결론을 내린다.

V. 나가며

윤리학은 철학의 분과 학문 중 인간 삶에 있어 가장 중요한 역할을 한다고 생각한다. 윤리학은 우리의 행위에 지침을 주고 그 행위에 대한 가치판단을 내려주며 더 나아가 현실세계에서 발생하는 다양하고도 복잡한 문제를 해결하는 데 도움을 준다. 윤리가 있기 때문에 우리 사회에 아노미 상태가 오지 않고 유지될 수 있는 것이며, 우리는 무엇이 옳고 어떻게 살아야 옳은 삶인지를 끊임없이 고민할 수 있는 것이다. 본 논문은 객관적인 도덕 법칙을 제시하는 규범 윤리학의 세 이론인 공리주의, 의무론, 덕 윤리에 대해 알아보았다. 이 개념을 가지고 우리나라 사회에 큰 바람을 가져온 낙태죄 헌법 불합치 판결에 대해 분석하였다. 합헌, 위헌, 헌

법불합치 입장들의 공통점 및 차이점, 그리고 각 입장의 의의도 함께 알아보았다. 만장일치로 헌법불합치가 아닌, 입장이 세 가지로 나뉘었던 이유는 태아의 생명권 여부 및 자기결정권과 생명권의 관계에서 의견 차이가 있기 때문이었다. 따라서 각 쟁점들에 대해 철학적으로 논의되고 있는 일반적인 주장들과 필자의 생각을 덧붙였으며, 마지막으로 태아의 생명권과 여성의 자기결정권의 공리주의적 비교를 수치화하여 낙태를 하는 것이 모두에게 좋다는 결론을 내렸다.

2018년 한국보건사회연구원에서 인공임신중절에 대한 실태조사를 한 결과⁴⁵⁾에 따르면 「형법」 제269조와 제270조를 개정해야 한다고 응답한 여성은 조사 완료 여성(10,000명)의 75.4%였다. 낙태 문제의 당사자인 여성들의 대다수는 자기낙태죄 조항이 수정되어야 한다고 생각하고 있으며 이러한 시류를 반영해 헌법재판소는 입법자에게 개선입법을 할 의무가 있다고 선고하였다. 그러나 자기낙태죄 조항이 헌법에 합치한다고 본 합헌의 입장은 여성의 사회경제적 사유를 단지 ‘여성들의 편의’로 치부하였으며 성관계를 자신의 의지로 선택한 이상, 그 결과로 발생하는 임신과 출산은 책임을 져야 한다고 보았다. 또한 임신한 여성들은 낙태를 함으로써 행복을 찾으려고 하지 말고 태아를 계속 품고 낳음으로써 행복을 찾아야 한다고 말한다.⁴⁶⁾ 이러한 주장은 성인지 감수성이 떨어지는 판단이라고 본다. 성인지 감수성이란 2018년 4월 대법원에서 처음 사용하였는데 사건이 발생한 맥락에서의 성차별적 문제를 이해하고 양성평등을 실현하여야 한다는 개념이다. 여성이 전인적(全人的)으로 고려한 결정을 단지 ‘편의’로만 폄하하는 것은 명백히 여성의 결정권을 인정하지 않겠다는 태도이며 여성에게만 성관계의 책임을 지우는 것은 옳지 못하다. 여성과 남성이라는 두 원인이 함께 행위 하여 임신이라는 결과가 발생하였으면, 그 결과의 책임을 양쪽 모두에게 지도록 하는 것이 맞다. 또한 인간의 행위 중 성관계라는 원인은 다양한 변수들이 개입될 수 있으며 그 결과를 완벽히 통제할 수 없는 특수한 성격을 가졌다. 피임기구에 문제가 생겼을 수도 있으며 의도하지 않았더라도 임신이 되는 경우가 많다. 위 실태조사에 따르면 피임의 비실효율이 7.3%밖에 되지 않음을 보면 알 수 있다. 따라서 여성에게만 임신의 책임을 지우는 것은 타당하지 않으며 태아를 살려서 행복을 찾으라는 말도 지나치게 현실과 떨어져 있다. 대부분 낙태의 원인이 경제적 사유인데, 국가가 그 아이를 책임지고 키우는 것이 아닌 이상, 여성에게 아이를 키움으로써 행복을 찾으라는 것은 여성의 성 역할을 더욱 고정시키는 것이며 개인에게 지나친 요구를 하고 있는 것이다. 따라서 자기낙태죄 조항을 합헌으로 본 입장이 아닌, 여성의 자기결정권을 인정하고 태아의 생명권과 조화를 이루도록 한 헌법불합치와 위헌의 입장이 여성의 인권을 존중함과 동시에 태아의 생명권도 지키고자 하는 현 시류에 맞는 판결이라고 본다.

참고문헌

45) 이번 조사는 온라인 조사방식을 활용하여 인공임신중절 실태를 파악하고, 여성의 관련 경험에 대한 이해를 위해 보건복지부의 연구용역을 위탁받아 한국보건사회연구원에서 진행됐다. 조사 대상은 만 15세 이상 44세 이하 여성 1만 명으로 이전 조사(2011년)보다 그 규모를 확대하여 조사 결과의 대표성을 확보하고 정확성을 높이고자 하였다. 인공임신중절 당시의 혼인상태는 미혼 46.9%, 법률혼 37.9%, 사실혼·동거 13.0%, 별거·이혼·사별 2.2%로 나타났다. 인공임신중절을 하게 된 주된 이유로는 ‘학업, 직장 등 사회활동에 지장이 있을 것 같아서’, ‘경제상태상 양육이 힘들어서(고용불안정, 소득이 적어서 등)’, ‘자녀계획(자녀를 원치 않아서, 터울 조절 등)’이 각각 33.4%, 32.9%, 31.2%(복수응답)로 높게 나타났다

46) 헌법재판소 2019. 4. 11 선고 2017헌바 127 전원재판부 결정문 446

- 공병혜(2014), 「기획특집: 생명/이미지/정치 : 생명 윤리와 생명 정치 사이에서 -낙태를 중심으로」, 『인문학 연구』, Vol. 47, 9-34.
- 구영모 외(2010) 『생명의료윤리』, 도서출판 동녘.
- 구인회(2005), 『생명윤리, 무엇이 쟁점인가』, 아카넷.
- 권복규, 김현철(2014), 『생명윤리와 법』, 이화여자대학교 출판문화원.
- 김윤성(2004) 「생명논의와 모호성의 윤리: 낙태문제를 중심으로」, 『종교문화비평』, Vol.5, 30-65.
- 김정혜(2019) 「낙태죄 폐지를 말하는 이유: 임신중단권 보장의 법적 쟁점과 방향」, 『페미니즘 연구』, Vol.19, 3-49.
- 김학택(2018) 「동물의 도덕적 지위에 대한 칸트의 입장」, 『철학사상문화』, Vol.27, 42-57.
- 데이비드 베너타(2018), 『태어나지 않는 것이 더 낫다』, 이한 역, 서광사.
- 루이스 포스만 외(2010), 『윤리학: 옳고 그름의 발견』, 박찬구 외 역, 도서출판 울력.
- 신옥주(2019) 「낙태죄 헌법불합치 결정 이후 합헌적 법제정비 방안에 관한 연구」, 『공법연구』, Vol.47, 175-205.
- 심상덕(2011), 『낙태와 낙태』, 도서출판 푸른솔.
- 유호종(2003) 「낙태 논의에 있어서 태아의 존재론적 위상과 도덕적 위상」, 『철학연구』, Vol.60, 175-189.
- 결정에 대한 분석과 입법적 제언」, 『한국의료법학회지』, Vol.27, 125-148.
- 이마이 미치오(1977), 『삶, 그리고 생명윤리』, 김일방 외 역, 서광사.
- 이석배(2019) 「낙태죄 헌법재판소 헌법불합치 결정의 취지와 법률 개정 방향」, 『의료법학』, Vol.20:2, 3-39.
- 이영환(2015), 「아리스토텔레스 행복관에 대한 몇 가지 오해에 대한 해명: 아리스토텔레스와 칸트 윤리학의 온당한 비교를 위하여」, 『인간·환경·미래』, Vol.14, 67-98.
- 이준복(2019), 「낙태죄를 둘러싼 기본권 침해 가능성에 관한 헌법적 논의: 2019년 헌법불합치
- 임종식(2019), 『낙태논쟁, 보수주의를 낙태하다』, 성균관대학교 출판부.
- 장동익(2018) 「낙태와 윤리에서의 의무 윤리의 한계와 덕 윤리의 시사점」, 『한국도덕윤리교 육학회 학술대회 자료집』, 607-631.
- 최규진(2010) 「낙태 윤리 논쟁과 낙태권 운동」, 『마르크스21』, Vol.6, 69-92.
- 최정임(2015) 「산전진단에 나타나는 공리주의와 우생사상에 대한 인격주의 생명윤리적 고찰」, 『인격주의 생명윤리』, Vol.5: 53-85.
- Don Marquis(1989), 「Why abortion is immoral」, 『Journal of Philosophy』, Vol.76, No.4.
- R. Munson(2001), 『의료 문제의 윤리적 성찰』, 박석건 외 역, 단국대학교출판부.
- Richard M. Hare(1975), 『Abortion and Golden Rule』, Philosophy& Public Affairs.
- Singer Peter(1993), 『Practical Ethics』, Cambridge University Press.