

## 형법, 모자보건법 개정안에 대한 생명윤리적 검토

천주교 서울대교구 생명위원회 사무국장 박정우 신부

### 들어가는 말

2019년 4월11일 헌법재판소(이하 '헌재')는 형법상의 '자기낙태죄'와 '의사낙태죄'에 대해 '헌법불합치' 판결을 내렸다. 이 헌재 결정에 따라 2020년 12월31일까지 여성의 자기결정권 보장과 '사회경제적사유에 의한 낙태 허용'을 골자로 하는 새로운 입법의 요구되었고 지난 10월7일 정부가 마련한 형법 및 모자보건법 개정안이 제출되었다.

필자는 가톨릭교회의 성직자로서 가톨릭교회의 전통과 교리에 따라서 인간의 생명은 수정된 순간부터 시작되고, 낙태는 그 시기를 불문하고 무고한 인간생명을 고의로 죽이는 행위이므로 사회가 용인해서는 안 되는 부도덕한 죄이며, 형법의 처벌조항은 태아를 보호할 최소한의 장치로서, 또 최소한의 윤리적인 원칙을 선언하는 의미에서도 반드시 들어있어야 한다고 생각한다. 인간 생명은 그 자체로 다른 어떠한 것과 비교할 수 없는 존엄성과 가치를 지니고 있으며 그 생명을 보호받을 권리는 다른 모든 권리행사의 기본적인 조건이 된다. 따라서 필자는 2019년 헌법재판소가 형법의 자기낙태죄 등에 대한 '헌법불합치' 판결을 내리면서 '여성의 자기결정권'이 태아의 생명권과 동등한 가치라고 제시하며 두 권리의 조화를 위해 낙태를 허용해야 한다고 판시한 것에 결코 동의할 수 없다. 더구나 임신 22주 내외까지 낙태를 허용하라는 헌법재판소의 제안은 두 권리의 조화가 아니라 태아의 생명권보다 여성의 자기결정권을 일방적으로 우위에 둔 모순된 결정이었다.

최근 발표된 정부의 개정안 역시 헌법재판소의 제안을 충실히 따라서 만들었기 때문에 마찬가지로 문제점을 지니고 있다. 정부안이 일부 여성단체들이 주장하는 '낙태의 완전허용' 주장을 수용하지 않고 형법에 상징적으로나마 처벌규정을 그대로 둔 것을 다행이라고 해야 할지 모르겠지만, 임신14주까지 낙태 전면 허용, 임신 15-24주까지는 '사회경제적 사유' 등이 있을 때 상담과 24시간 숙려기간을 거친 후 낙태 허용 방침은 현재 실질적으로 이루어지는 낙태의 95.3%가 임신 12주 이내에 이루어진다는 것을 생각하면(한국보건사회연구원, 2018년 인공임신중절 실태조사) 실제로는 모든 낙태를 허용한 것이므로, 최고의 가치인 인간 생명보호의 책임이 있는 정부의 역할을 포기한 것이라고 할 수 있다.

이 발표에서는 2019년 헌법재판소 판결문을 중심으로 헌재의 판결과 이에 따른 최근 정부의 낙태법관련 개정안을 생명윤리의 관점에서 비판하려고 한다. 또한 헌재의 판결문 중 <합헌의견>을 낸 조용호 재판관과 이용호 재판관은 <헌법불합치의견>과 <단순위헌의견>의 주장에 대해 매우 합리적인 반박 논증을 제시하고 있으므로 이를 중점적으로 제시하려고 한다. 또한 전통적으로 낙태를 반대해 온 가톨릭교회의 주요 문헌인 <인공유산 반대 선언문(1975)>과 <생명의 복음(1995)>에 근거하여 낙태는 "어떠한 상황도, 어떠한 목적도, 어떠한 법도, 그 무엇도 본질적으로 불법적인 행위"로서 용인될 수 없다는 것을 주장하려고 한다.(62항)

결론에서는 정부의 개정안이 어떤 방향으로 확정되어야 할지 필자의 생각을 간단히 언급하고자 한다. 헌법재판소의 판결로 낙태를 허용하는 법이 제정될 수밖에 없는 상황이지만 무분별한 낙태로 인해 태아의 생명이 파괴되고 여성 또한 낙태의 후유증으로 고통 받는 일이 최소화되도록 하는 지혜를 모아야 할 것이다.

## 1. 헌법재판소의 판결문에 나타난 ‘태아의 생명권’과 ‘여성의 자기결정권’의 대립

이번 형법과 모자보건법 개정안은 2019년 4월11일 현재의 헌법불합치 판결 취지와 제안, 윤리적 쟁점의 핵심을 거의 그대로 반영한 것이라고 볼 수 있다. 현재 판결에서 쟁점의 핵심은 ‘태아의 생명권’과 ‘여성의 자기결정권’의 대립에서 무엇을 우선적인 가치로 보아야 하는가의 문제였다. 현재의 판결문은 이 두 가지 권리를 모두 국가가 보호해야 할 헌법적인 가치이지만 현행법들은 여성의 자기결정권이 과도하게 침해한다고 주장하며 입법부에서 낙태를 허용하는 기준을 만들라고 주문했다.

현재의 2019년 판결은 우선 인간의 생명권과 태아의 생명의 가치에 대하여 다음과 같이 설명한다.

“인간의 생명은 고귀하고, 이 세상에서 무엇과도 바꿀 수 없는 존엄한 인간 존재의 근원이며, 생명권은 비록 헌법에 명문의 규정이 없다 하더라도 인간의 생존본능과 존재목적에 바탕을 둔 선형적이고 자연법적인 권리로서 헌법에 규정된 모든 기본권의 전제로서 기능하는 기본권 중의 기본권(헌재 1996. 11. 28. 95헌바1 참조)이라는 점은 논란의 여지없이 자명하다.

모든 인간은 헌법상 생명권의 주체가 되며, 형성 중의 생명인 태아에게도 생명에 대한 권리가 인정되어야 한다. 태아가 비록 그 생명의 유지를 위하여 모(母)에게 의존해야 하지만, 그 자체로 모(母)와 별개의 생명체이고, 특별한 사정이 없는 한, 인간으로 성장할 가능성이 크기 때문이다. 따라서 태아도 헌법상 생명권의 주체가 되며, 국가는 헌법 제10조 제2문에 따라 태아의 생명을 보호할 의무가 있다(헌재 2008. 7. 31. 2004헌바81; 헌재 2008. 7. 31. 2004헌마1010등; 헌재 2010. 5. 27. 2005헌마346; 헌재 2012. 8. 23. 2010헌바402 참조).“

< 재판관 유남석, 재판관 서기석, 재판관 이선애, 재판관 이영진의 헌법불합치 의견 (1)(나)1)가>

이처럼 현재는 인간 생명이 그 무엇과도 바꿀 수 없는 기본권 중의 기본권이라고 전제하고, 태아 역시 헌법상 생명권의 주체이고 국가에서 그 생명을 보호할 의무가 있다고 밝히고 있다. 그럼에도 불구하고 현재는 결론에서 과거 현재의 판결을 뒤집고 여성의 자기결정권 행사를 이유로 태아의 생명보호를 포기하라는 모순된 판결을 내렸다.

같은 결정문에서 현재는 ‘자기결정권’이 인간의 존엄성에서 나온 개인의 일반적 인격권의 발현과 자신의 삶의 방식을 자율적으로 형성해 나갈 수 있는 헌법적 가치이며, 자신의 신체에서 이루어지고 여성의 삶에 중대한 영향을 끼치는 임신, 출산 여부를 결정할 권리가 여기에 포함된다고 규정했다.

“헌법 제10조 제1문은 “모든 국민은 인간으로서의 존엄과 가치를 가지며, 행복을 추구할 권리를 가진다.”라고 규정하고 있는데, 이 조항이 보호하는 인간의 존엄성으로부터 개인의 일반적 인격권이 보장된다...일반적 인격권은 인간의 존엄성과 밀접한 연관관계를 보이는 자유로운 인격발현의 기본조건을 포괄적으로 보호하는데, 개인의 자기결정권은 일반적 인격권에서 파생된다.... 자기결정권은 인간의 존엄성을 실현하기 위한 수단으로서 인간이 자신의 생활영역에서 인격의 발현과 삶의 방식에 관한 근본적인 결정을 자율적으로 내릴 수 있는 권리다. 자기결정권의 근거이자 동시에 목적인 인간의 존엄성은 국가에 인간의 존엄성을 존중하고 보호해야 할 의무를 부과한다. 인간은 그 자체로서 궁극적 목적이자 최고의 가치로서 대우받아야 하며, 어떠한 경우에도 인간이 다른 가치나 목적, 법익을 위한 수단으로 취급되어서는 안 된다.... 따라서 자기결정권에는 여성이 그의 존엄한 인격권을 바탕으로 하여 자율적으로 자신의 생활영역을 형성해 나갈 수 있는 권리가 포함되고, 여기에는 임신한 여성이 자신의 신체를 임신상태

로 유지하여 출산할 것인지 여부에 대하여 결정할 수 있는 권리가 포함되어 있다(헌재 2012. 8. 23. 2010헌바402 참조). <헌법불합치의견 (1)(가)>

그러나 자기결정권이 스스로 자기 삶을 자유롭게 결정하는 인격의 발현으로서 중요한 권리라고 해도 더 근원적으로 타인의 생명권을 침해할 정도의 권리가 될 수 없다. 그럼에도 이 판결은 여성이 자신의 신체에 대해 결정할 권리에 대해서만 언급할 뿐, “그 자체로 모(母)와 별개의 생명체”인 태아의 생명권이 침해받는다라는 사실은 말하지 않고 있다.

결론적으로 헌재는 태아의 생명권과 여성의 자기결정권이 둘 다 중요한 권리이지만 “낙태 갈등의 상황에서” 임신한 여성과 태아의 특수한 관계는 “양자택일 방식으로 선택된 어느 하나의 법익을 위해 다른 법익을 희생할 것이 아니라, ‘실제적 조화의 원칙’에 따라 양 기본권의 실현을 최적화할 수 있는 해법을 모색하고 마련할 것을 국가에 요청하고 있다”고 판시하였다. <헌법불합치의견(3)(나)4)라>.

그러나 이어지는 “결정 요지”에서 헌재는 현행법이 과도하게 여성의 자기결정권을 제한하고 있으므로, 태아가 모체를 떠난 상태에서 독자적으로 생존할 수 있는 시점인 임신 22주 내외에 도달하기 전까지 여성이 자기결정권을 행사할 수 있는 충분한 시간을 주는 방향에서 입법부의 재량으로 결정가능기간, 상담 여부, 숙려기간 여부 등을 정하라고 판시하였다. 앞서 말한 “태아도 헌법상 생명권의 주체가 되며, 국가는 헌법 제10조 제2문에 따라 태아의 생명을 보호할 의무가 있다.”라는 선언은 도대체 어디로 사라졌을까??

이런 헌재의 판결에 충실히 따르는 정부의 개정안은 태아의 생명권을 실질적으로 보호할 수 없고, 형법상 낙태죄는 존치하지만 실질적으로 임신 24주까지 거의 모든 낙태를 허용하고 있다. 생명권은 절대적인 것인데 태아의 성장과정에서 일정 기간 동안 외부의 침해로부터 그 생명에 대해 아무런 보호를 하지 않겠다는 것은 결국 한 인간의 생명권 전체를 존중하지 않는 것이고 자기결정권을 우선적으로 내세우며 타인의 생명권을 침해하는 행위를 방치 내지 조장한다고 밖에 볼 수 없다.

## 2. 초기 인간 생명(임신 14주 이하 태아)의 생명권 침해에 대한 비판

### 1) 헌재와 정부 개정안의 모순

정부의 개정안은 임신 14주까지는 아무런 제한 없이 낙태를 허용하도록 했다. 헌재 판결문 중 <단순위헌의견>은 구체적으로 “태아가 덜 발달하고, 안전한 낙태 수술이 가능하며, 여성이 낙태 여부를 숙고하여 결정하기에 필요한 기간인 임신 제1삼분기에는 임신한 여성의 자기결정권을 최대한 존중하여 그가 자신의 존엄성과 자율성에 터 잡아 형성한 인생관·사회관을 바탕으로 자신이 처한 상황에 대하여 숙고한 뒤 낙태 여부를 스스로 결정할 수 있도록 하여야 한다.”고 주장한다. 또 이 의견은 임신 제1삼분기는 “대략 마지막 생리기간의 첫날부터 14주 무렵까지”라고 설명하며 “어떠한 사유를 요구함이 없이 임신한 여성이 자신의 숙고와 판단 아래 낙태할 수 있도록 하여야 한다.”라고 주장했다.

여기에는 임신14주까지의 태아의 생명권은 덜 발달하고 안전한 낙태가 가능하다는 이유로 무시되고 있다. 초기 단계의 인간 생명의 보호 의무가 아기의 어머니의 자기결정권 행사보다 더 열등하고 가치가 작다는 것인가? 여성의 자기결정권이 인간 존엄성에서 나오는 인격의 발현으로서 중요한 가치라면 인간 존엄성을 지닌 태아도 한 인간으로서 그 인격권과 생존권을

존중받아야 한다. 우리 중 어느 누구도 과거에 태아가 아니었던 사람은 없다. 우리가 과거에 태아로서의 생존권을 보호받지 못했다면 지금 여기 존엄한 인간, 자기결정권을 지닌 자율적 주체로서 존재할 수 없다. 과연 모체와 구분되는 고유한 유전자와 개별적인 특성을 지닌 태아의 생명이 그 모체인 여성의 가치관, 도덕관에 따른 결정, 즉 임부의 출산 수용의사 여부에 따라 그 태아의 생사가 좌우된다는 것이 과연 합당하고 용납될 수 있는 일인가? 태아는 이미 태어난 사람에 비해 상대적이고 종속적인 가치를 지닌 존재일까? 태아의 생명권은 다수결(헌법재판소 판결, 국회 본회의 결정)에 의해서 보호받거나 보호 받을 수 없는 우연적(偶然的)이고 열등한 존재란 말인가? 그렇다면 태아가 보편타당하게 온전한 생명권을 존중받을 수 있는 시점은 언제부터인가? 낙태전면폐지론자들과 같이 탄생 이후라고 주장한다면 태어난 아기와 배속의 아기가 본질적으로 어떻게 다르다는 건가?

과거 2012년의 헌법재판소는 4명의 재판관에 의한 합헌결정에서 “인간으로 형성되어 가는 단계인 태아는 모체와는 별개의 생명체이고, 생명권의 주체”임을 분명히 밝혔고, “낙태를 형별로 처벌하는 것은, 낙태가 사회적으로 만연하게 되는 것을 방지하기 위하여 반드시 필요하며 피해의 최소성에 반하지 않는다고 판단하였다.”(유지홍, 「헌법재판소 결정에 나타난 배아의 법적지위에 관한 고찰」, 『인격주의 생명윤리』, 2020년 10권 2호, 87-88쪽) 당시 이와 반대 의견을 낸 4명의 재판관은 임신초기(12주 이내)에 낙태를 전면적, 일률적으로 금지하고 처벌하는 것은 임신부의 자기결정권을 과도하게 침해한다고 주장하였지만 당시 현재는 태아의 생명권을 보호하기 위해 낙태를 금지해야 한다고 결정했었다. 그런데 겨우 7년이 지난 2019년에 이 반대의견이 다수 의견이 되어 현재의 판결을 뒤집은 것이다. 앞으로 언젠가 헌법재판관이 바뀌면 그들의 가치관에 따라 또 다시 뒤집힐 지도 모를 일이다. 생명권에 대한 판단이 이렇게 사람에 따라 바뀌어도 되는 건가?

그런데 2019년 현재 판결 중 자기낙태법이 합헌이라고 소수 의견을 낸 두 재판관의 판결은 전혀 다른 관점을 지니고 있고, 다수의 <헌법불합치> 판결보다 훨씬 일관성 있고 분명한 윤리적 관점을 드러내고 있다. 이 <합헌의견>은 여성의 자기결정권의 한계와 태아 생명 보호의 필요성에 대해서 다음과 같이 밝히고 있다.

“우리 헌법상 낙태할 권리는 어디에도 언급되어 있지 않고, 헌법제정권력인 국민이 그와 같은 권리를 부여할 의도를 가지고 있지도 않다. 태아의 생명권과 여성의 자기결정권은 근본적으로 비교대상이 될 수 없다. 낙태는 자유로운 선택의 문제가 아니라, 윤리에 어긋나는 생명침해행위이다. 법질서는 자신의 신체의 자유를 지키기 위해 다른 생명을 희생할 것을 요구하지도 않고 허용하지도 않는다. 임신한 여성의 자기결정권의 행사는 타인의 자유 또는 권리를 침해하지 아니하는 범위 내에서 가능하다는 일반적인 한계가 있다. 따라서 태아가 모체의 일부라고 하더라도 임신한 여성에게 생명의 내재적 가치를 소멸시킬 권리, 즉 태아를 적극적으로 죽일 권리가 자기결정권의 내용으로 인정될 수는 없다.”

“생명의 침해는 회복 불가능하고, 생명에 대한 부분적 제약을 상정할 수 없기 때문에 태아의 생명을 박탈하는 것을 금지하지 않고 태아의 생명을 보호하는 것은 불가능하다. 따라서 인간의 존엄을 실현하기 위한 국가의 과제를 이행하기 위하여 국가는 태아의 생명을 박탈하는 낙태를 금지할 수 있는 것이다.

인간존엄성을 실현해야 할 국가의 의무와 과제에 따라, 국가의 생명보호의무는 단지 태아에 대한 국가의 직접적인 침해만을 금지하는 것이 아니라, 태아가 제3자에 의하여 인간존엄성의 근원인 생명을 위협받을 때 이를 보호하는 것까지 포함한다(헌재 2011. 8. 30. 2006헌마788 참조). 낙태는 생명에 대한 고의적인 파괴행위이므로, 국가의 생명보호의무는 임신한 여성의 태아에 대한 침해에 대해서도 적용되어야 한다. 태아와 임신한 여성이 매우 특별한 유대관계를 갖는다는 점은 분명하나, 태아가 모체와는 별개

의 독립된 생명인 이상 태아의 모가 태아의 생명을 해치는 자기낙태 행위의 경우에는 다른 경우와 마찬가지로 태아의 생명을 보호할 필요성이 있기 때문이다. 법질서는 태아에게 그 존재 자체만으로 생명권을 보장하는 것이지, 태아의 모의 수용을 통해 비로소 생명권 보장의 근거를 갖는 것이 아니다.”

<재판관 조용호, 재판관 이종석의 합헌의견, 6.(1)(가).>

이 소수 의견이 우리 사회가 과거부터 오랜 세월 지켜왔던 올바른 가치관이 아니던가? 이런 가치관이 불과 몇 년 만에 소수 의견이 되고 태아의 생명권의 침해를 인정하도록 강요받는 우리 사회는 앞으로 어떤 방향으로 나가게 될지 우려된다. 오랜 세월동안 “자연법적인 권리”, “근원적인 권리”로 여겨졌던 인간생명은 어느 시기부터인가 강자의 논리에 의해 상대화되고 주변화 되기 시작했다. 과거 태아의 생명을 보호하는 형법의 낙태 처벌 조항이 헌법적 가치에 맞다고 판결해 왔던 헌재가 이제는 여성의 자기결정권을 태아의 생명권 보다 우선적인 가치로 인정하겠다는 아무런 조건 없이 초기 생명의 낙태를 허용하는 판결을 내렸다. 태아를 비롯하여 어떤 단계의 인간생명은 신성한 불가침성을 지닌다고 믿어왔던 사람들에게는 한국 사회의 생명윤리와 가치관의 퇴행을 확인하는 현실을 맞게 된 것이다. 우리는 당연하고 명백한 진실로 여겨졌던 태아의 인간으로서의 존엄성과 그 권리가 더 이상 인정되지 않는 시대, 결국은 소수의 주관적이고 임의적인 판단에 따라 생명권이 상대화 되는 포스트모더니즘 시대를 실감하고 있다.

이미 태어난 인간과, 태어나지는 않았지만 이미 인간의 초기 생명체로서 자라는 태아의 생명보호에 차이를 두어야 하는 윤리적으로 분명한 근거는 없다. 굳이 이유를 찾자면 태아는 너무 작고 약해서 자신을 방어할 목소리를 낼 수 없다는 점이다. 임신 12주 혹은 14주의 초기단계의 인간 생명은 단지 눈에 보이지 않는 작고 미약한 존재이기 때문에 아무 제약 없이 낙태를 허용해도 좋다고 여기는 것일까?

여성의 자기결정권도 위의 소수 의견이 밝힌 것처럼 타인의 권리나 자유를 침해하지 않는 한계 내에서 가능한 것이다. 임신이 이루어지기 전 성적 행위에서 자기결정권을 행사하여 원하지 않은 임신과 낙태를 예방하는 것이 책임 있는 행동이다. 이미 본인의 결정으로 성관계 후 임신이 이루어졌다면(강간은 예외지만), 자신과는 구별되는 고유한 특성을 지니고 존재하기 시작한 (자신의 자녀인) 그 생명을 수용하고 보호하는 결정만이 헌법상 인간존엄성에 근거를 둔 자율성을 행하고 인격을 실현하는 참된 ‘자기결정권’의 행사라고 부를 수 있을 것이다. 낙태의 실상은 결국 임부가 자신의 편의를 위해서 약자인 태아를 희생시키는 일인 것이다. 그런 의미에서 헌재가 생명이 시작된 배아, 태아를 법적으로 “독립된 생명권의 주체”이며 “선형적이고 자연법적으로 주어진 기본권 중의 기본권”이라고 선언하면서도 전적인 생명 보호를 하지 않고 14주, 24주, 출생 등으로 시점마다 차별을 두고 그 생명권을 무효화시키는 결정을 내린 것은 매우 불합리하고 비윤리적이다.

## 2) 가톨릭교회의 낙태 반대론

가톨릭교회는 전통적으로 인간생명은 수정된 순간부터 시작되며 모든 성장과정에서 똑같이 존엄한 인격체로서 존중받아야 한다고 주장해왔다. 1974년 11월 18일 교황청 신앙교리성은 당시 여러 국가에서 발생했던 낙태 합법화 논쟁과 관련하여 낙태를 반대하는 가톨릭교회의 입장을 분명히 선언하는 「인공 유산 반대 선언문」을 발표하였다. 이 문헌은 성경과 교부들의 가르침을 비롯하여 일관되게 낙태를 반대해 온 역사를 일별한 후 종교적 이유 뿐 아니라 인간

의 이성과 과학으로도 생명권은 임신되는 첫 순간부터 요구되는 것임을 분명히 하였다.

“난자는 수정되는 순간부터, 아버지의 것도 어머니의 것도 아닌, 한 새로운 사람의 생명인 것이다. 만일 그것이 사람의 생명이 아니라면 결코 그것이 사람이 되지는 않을 것이다.” (12항)

“..이 생명체가 자라나서 충분히 결정된 독자적인 특성을 지닌 한 사람이 될 프로그램이, 임신(수정) 되는 첫 순간부터 수립되어 있다는 사실을 유전학은 증명해 주었다...크게 발전된 현대 과학은 인공 유산 지지자들을 본질적으로 지지하지 않는다고 적어도 말할 수 있다. 또한 언제부터 인간인가, 또는 인공 유산의 합법성 여부 등에 대한 결정적 판단은 생물학의 문제가 아니라, 철학적 윤리적 문제이다. 설령 태아가 인간인가 아닌가에 관해서 아직 의문이 남아 있다 하더라도, 감히 살인을 무릅쓴다는 것은 윤리적 관점에서 볼 때 확실히 객관적으로 중죄다. ‘인간이 될 사람은 이미 인간이다.’”(13항)

이 문헌은 또한 여성의 낙태 이유, 즉 임신을 유지했을 때 올 수 있는 심각한 문제들이 우려되는 경우라 할지라도, “그 이유들 중 어느 것도 타인의 생명-비록 방금 시작된 생명이라 할지라도-을 처분할 권리를 객관적으로 줄 수 없다는 것을 선언”한다. 그리고 설령 아기의 불행한 미래를 예상한다 해도 부모이든 누구든 그 아기를 대리할 수는 없다고 말한다. 아기가 태어나면 불행할까봐 낙태한다는 주장은 지극한 오만이고 월권이다. 즉,

“그 아기가 발생단계에 있다고 할지라도 부모의 권위로 그 아기의 생사를 좌우할 수 없다...그 아기를 대신해서 죽음을 선택할 수 없는 것이다. 생명은 너무나 근본적인 가치이기 때문에 극히 중대한 위험이 있을 때에도 그 가치를 보존한다.”(14항)

1995년 발표한 회칙 「생명의 복음」에서 요한 바오로 2세 교황도 낙태를 단죄해 온 교회 역사를 재확인하며 낙태에 대해 더욱 구체적으로 윤리적 단죄를 내린다.

“인간 생명은 탄생에 앞서 있는 초기 단계를 포함하여 실존의 모든 순간순간마다 신성 불가침한 것입니다. 모든 인간은 어머니의 태중에 있을 때부터 하느님께 속한 것입니다.....그리스도교 전승은 초창기부터 현대에 이르기까지, 분명하고도 일치된 목소리로 낙태를 특별히 중대한 도덕적인 불법 행위로 규정하고 있습니다.....그리스 교회 저술가들 중에서 아테나고라스는 그리스도교 신자들이 낙태 의술의 도움을 받은 여자들을 살인자로 여긴다고 기록하고 있습니다. 어린 아기들은 아직 어머니의 태중에 있을 때부터 ‘이미 하느님의 섭리의 보호를 받고 있기 때문’이라는 것입니다.”(61항)

“교회의 법 규범은 초세기부터 낙태죄를 저지른 사람들에게 형벌을 부과하여 왔습니다....따라서 그리스도교에서 베드로와 그 후계자들에게 부여하신 권한으로, 주교들과 일치하여, 저는 직접적인 낙태, 곧 목적이나 수단으로 의도된 낙태는 무고한 인간 존재를 죽이는 것이므로 언제나 심각한 윤리적 무질서를 구성한다는 것을 선언하는 바입니다...어떠한 상황도, 어떠한 목적도, 어떠한 법도, 그 무엇도 본질적으로 불법적인 행위를 합법적인 행위로 만들 수 없습니다. 왜냐하면 그것은 모든 사람의 마음 속에 새겨져 있고, 이성 자체로 알 수 있으며, 교회가 선포한 하느님의 법에 위배되는 것이기 때문입니다.”(62항)

이처럼 요한 바오로 2세는 국법에서 낙태를 허용하는 법을 만든다고 해도 인간의 양심 속에 새겨진 법, 자연법에 근거하여 낙태 행위는 사실상 불법이며, 심각한 윤리적 무질서이므로 이성과 양심에 따라 살아가는 사람들은 무고한 인간을 죽이는 낙태를 허용하는 국법에 따르지 말도록 촉구한다. 그는 인간이 만든 법이 자연법과 대립된다면 그것은 참된 법이 아니라 법의 타락이며 구속력을 상실하며, 낙태와 안락사처럼 인간 존재를 직접적으로 살해하는 것을 합법화하는 모든 법들은 모든 인간이 지닌 고유한 생명불가침권에 완전히 위배된다고 강조한

다.(72항 참조)

### 3. ‘임신 24주’까지 ‘사회경제적 사유’ 낙태 허용의 문제점

#### 1) 주수 구분의 문제점

형법과 모자보건법 정부 개정안은 15주-24주의 태아의 경우 상담과 24시간의 숙려기간을 거치면 ‘사회경제적 사유’를 충족시킨 것으로 간주하고 낙태를 허용한다고 하였다. 우선 이미 임신 14주 이하의 낙태의 비도덕성을 언급한 내용과 마찬가지로 이유로 15주-24주의 태아를 낙태하는 것도 산모의 생명이 위험한 경우를 제외하고 무고한 인간생명이 지닌 불가침의 생명권을 침해하는 중대한 범죄로 간주해야 한다.

14주 이하나 15주 이상을 구분하는 것은 의학적으로 후기 낙태가 산모에게 더 위험하다는 것 말고는, 시기와 상관없이 그 자체로 존엄한 태아의 생명을 파괴하는 것은 마찬가지이고, 생명의 발달과정도 연속적이기 때문에 어느 시점까지 보호하고 말고를 정하는 것도 존엄한 인간생명을 파괴하는 데는 근본적인 차이가 없다. 2019년 헌재 판결에서 소수 합헌의견을 낸 두 재판관은 다음과 같은 의견을 냈다.

생명의 발달과정은 일련의 연속적인 과정으로서 특정 시점을 전후로 하여 명확하게 발달단계가 구분되는 것이 아니므로, 가령 임신 12주를 기준으로 낙태의 금지 및 처벌 여부를 달리한다고 할 때 임신 12주의 태아와 임신 13주의 태아 사이에 생명의 보호 정도를 달리해야 할 정도의 근본적인 차이가 있다고 볼 수 있는지도 의문이다.

태아의 생명권을 보호하고자 하는 공익의 중요성은 태아의 성장 상태에 따라 달라진다고 볼 수 없으며, 임신 중의 특정한 기간 동안에는 임신한 여성의 인격권이나 자기결정권이 우선하고 그 이후에는 태아의 생명권이 우선한다고 할 수도 없다. 앞서 보았듯이 헌법이 태아의 생명을 보호하는 것은 태아가 인간으로 될 예정인 생명체로서 그 자체로 존엄한 존재이기 때문이지, 그것이 독립하여 생존할 능력이 있거나 사고능력, 자아인식 등 정신적 능력이 있기 때문은 아니다. 인간이면 누구나 신체적 조건이나 발달 상태 등과 관계없이 동등하게 생명 보호의 주체가 되는 것과 마찬가지로, 태아도 성장 상태와 관계없이 생명권의 주체로서 마땅히 보호를 받아야 한다.

<합헌의견.(2)(다)>

#### 2) 태아의 ‘독자적 생존 능력’ 개념의 윤리적 문제점

2019년 헌재의 판결은 “모체를 떠난 상태에서 독자적으로 생존할 수 있는” 시기로 WHO와 산부인과 학회의 입장을 근거로 ‘22주 내외’를 제안하면서, 이정도 기간이 여성의 자기결정권의 보장할 수 있는, 즉 “임신한 여성이 임신 유지와 출산 여부에 관하여 전인적 결정을 하고 그 결정을 실행함에 있어서 충분한 시간이 확보”하기에 필요한 시간이라고 제안하였고, 정부안도 이를 근거로 24주 이후의 낙태를 금지한 것으로 보인다. 그런데 ‘독자적 생존능력’이라는 헌재의 낙태허용 기준은 과연 합리적이며 윤리적인가?

형법상 낙태처벌 조항이 있는 것이 합헌이라고 판시했던 2012년 헌재는 생명보호의 기준으로 흔히 제시되는 ‘태아의 독자적 생존능력’에 대해서 부정적인 의견을 내었다. 즉 “태아의 생명보호는 인간으로 될 예정인 생명체라는 이유 때문이지 정신적 능력이 있기 때문이 아니므로, ‘독자적 생존능력’이 낙태허용의 기준이 될 수 없”고, 인간생명이라는 사실 자체만으로 보호 받아야 한다는 것이다. 이와 관련된 또 다른 윤리적 평가와 논증은 2019년 헌재 판결 중 소수 합헌의견을 냈던 두 사람의 입장에도 잘 나타나 있다. 의학의 발달로 모체를 떠난 상태

에서의 태아의 생존가능성이 점점 더 높아지고 있고, 생명권 보호는 생명의 단계에 따라 차등을 둘 근거가 없으므로, 현행법의 자기낙태죄 조항이 태아의 발달 정도와 무관하게 임신의 전 기간에 걸쳐 태아의 생명권을 여성의 자기결정권에 우선해서 보호하고 있는 것은 당연하다는 입장이다.

특히 의학의 비약적 발전으로 태아가 모태를 떠난 상태에서의 생존 가능성이 점점 높아지고 있고 태아의 성장 속도 역시 태아별로 다른 현실을 감안한다면, 태아의 성장단계에 따라 혹은 태아가 독자적 생존능력을 갖추었는지 여부에 따라 혹은 ‘안전한 낙태’가 가능한 시기에 따라 생명 보호의 정도를 달리하는 것은 정당화될 수 없다....

독자적 생존능력을 갖추었는지 여부를 기준으로 할 경우 식물인간 등 병원의 중환자실에 누워있는 사람들에 대하여도 같은 논리가 적용될 우려가 없지 않다. 다수의견이 말하는 생명의 단계에 따른 형법상의 상이한 법적 효과는, 형법상의 범죄유형과 그 보호법익에 따른 형법 고유의 문제이지, 헌법상 태아의 생명권 보호와 관련하여 이를 원용할 것은 아니다... 자기낙태죄 조항이 태아의 성장단계나 독자적 생존능력, 안전한 낙태가 가능한지 여부에 따라 낙태의 금지 및 처벌 여부에 차등을 두지 않은 것에는 합당한 이유가 있는 것이다.<합헌의견(2)(다)>

인간의 존엄성은 ‘독자적 생존 능력’ 혹은 그 사람의 다른 지적, 사회적, 육체적 능력에 근거를 둔 것이 아니라 인간 그 자체로 존중 받아야 하는 가치이다. 세상에 태어난 아기들도 역시 누군가의 도움을 받지 않고 독자적으로 생존할 수 없다. 위에서 예를 든 것처럼 독자적 생존능력의 여부를 따지는 논리는 식물인간 등 기계나 타인에게 의존하는 사람, 장애인 등 사회적 약자의 인격과 생명권은 마음대로 침해할 수 있다는 강자의 논리로 연결 될 우려가 있다.

### 3) ‘사회경제적 사유’를 근거로 한 낙태 허용의 문제점

그렇다면 이제 15주-24주 사이 어느 정도 성장한 중기의 태아를 임부에게 ‘사회경제적 사유’가 있을 때 낙태를 허용한다는 것은 어떤 의미일까? 2019년 현재는 현행 형법 중 여성이 출산을 선택하기 어려운 “사회경제적 사유”를 다음과 같이 예시했다.

“학업이나 직장생활 등 사회활동에 지장이 있을 것에 대한 우려, 소득이 충분하지 않거나 불안정한 경우, 자녀가 이미 있어서 더 이상의 자녀를 감당할 여력이 되지 않는 경우, 부부가 모두 소득활동을 해야 하는 상황여서 어느 일방이 양육을 위하여 휴직하기 어려운 경우, 상대 남성과 교제를 지속할 생각이 없거나 결혼 계획이 없는 경우, 상대 남성이 출산을 반대하고 낙태를 종용하거나 명시적으로 육아에 대한 책임을 거부하는 경우, 다른 여성과 혼인 중인 상대 남성과의 사이에 아이를 임신한 경우, 혼인이 사실상 파탄에 이른 상태에서 배우자의 아이를 임신했음을 알게 된 경우, 아이를 임신한 후 상대 남성과 헤어진 경우, 결혼하지 않은 미성년자가 원치 않은 임신을 한 경우 등...”<헌법불합치의견 (1)(나)4사)>

이 예시들을 보면 현재 모자보건법이 허용하는 강간, 근친상간, 부모의 감염병, 우생학적 사유 이외에 이루어지고 있는 불법 낙태의 사유 대부분이 포함된다. 결국 정부의 개정안은 출산을 원하지 않는 여성들은 “사회경제적 사유”라는 이름으로 어떤 이유로든 낙태를 요구할 수 있다는 것을 알 수 있다. 2019년 현재는 현행법의 위헌성은 “결정가능기간 중에 다양하고 광범위한 사회적·경제적 사유로 인하여 낙태갈등 상황을 겪고 있는 경우까지도 예외 없이 전면적·일률적으로 임신의 유지 및 출산을 강제하고, 이를 위반하여 낙태한 경우 형사처벌함으로써 임신한 여성의 자기결정권을 과도하게 침해한다는 점에 있는 것”이라고 판시하며 “일

정한 시기까지는 사회적·경제적 사유에 대한 확인을 요구하지 않을 것인지 여부까지를 포함” 하여 입법부가 재량을 갖고 구체적인 사안들을 정하라고 요구했다. <헌법불합치의견, 다.(3)> 이는 단지 여성의 편의에 따라 모든 낙태를 허용하자는 것이며, 태아의 생명권은 전혀 고려되고 있지 않다. 더구나 “돈이 없어서...” “직장 때문에...” “더 이상 낳기 싫어서...”라는 주관적인 부담감, 혹은 양육을 위한 불편과 희생을 감내하기 싫다는 자기중심적 사고에도 태아의 생명의 희생을 허용할 만큼 생명의 가치를 평가절하하고 있다.

이에 대한 현재 판결의 소수 <합헌의견>의 비판은 새겨들을 만하다.

그러나 사회적·경제적 사유의 개념과 범위가 매우 모호하고 그 사유의 충족 여부를 객관적으로 확인하기도 어렵다. 사회적·경제적 사유에 따른 낙태의 허용은 결국 임신한 여성의 편의에 따라 낙태를 허용하자는 것인데, 이를 허용할 경우 현실적으로 낙태의 전면 허용과 동일한 결과를 초래한다. 자신의 삶에 불편한 요소가 생기면 언제든지 이를 제거할 수 있다는 사고에 따라 낙태를 허용한다면 나중에는 낙태를 줄여야 한다는 명분조차 생기지 않을 뿐만 아니라, 나아가서는 일반적인 생명경시 풍조를 유발할 우려가 있다. 사회적·경제적 사유에 의한 낙태의 허용은 결국 ‘편의’에 따른 생명박탈권을 창설하는 것이다. 헌법 전문(前文)은 “자유와 권리에 따르는 책임과 의무를 완수하게 하여”라고 선언하고 있다. 성관계라는 원인을 선택한 이상 그 결과인 임신·출산에 대하여 책임을 져야 하는 것이 위와 같은 헌법 정신에도 맞는다. 임신한 여성은 ‘임신상태’라는 표지를 제거하여 행복을 찾을 것이 아니라 태아를 살려서 행복을 찾아야 한다...우리 세대가 상대적인 불편요소를 제거하는 시류·사조(思潮)에 편승하여 낙태를 합법화한다면 훗날 우리조차 다음 세대의 불편요소로 전락해 안락사, 고려장 등의 이름으로 제거대상이 될 수도 있다.<합헌의견, 가.(3)(라)>

위의 지적처럼 태아가 여성의 삶에 불편을 끼친다는 이유로 제거하겠다는, 사회경제적 사유에 의한 낙태의 허용은 안락사, 고려장 등 불편을 주는 노인이나 말기환자들도 같은 논리로 제거할 수 있다는 사고와 이어질 수 있고, 결국 무책임한 생명경시풍조를 유발할 수 있다. 출산과 육아가 공동체를 유지하고 공동선과 개인의 완성에 기여하는 중요한 가치라면 육아를 어렵게 만드는 사회경제적 문제들을 먼저 해결하려고 노력해야지, 죄 없는 소중한 생명을 없애버리는 방향으로 해결책을 찾는 것은 옳지 않다. 아래는 이어지는 소수 합법의견을 낸 재판관들의 제언이다.

다수의견이 내세우는 사회적·경제적 사유들은 그 자체로 원래부터 존재하던 사회적 문제들이지 낙태를 금지하고 처벌함으로 인하여 발생하는 문제는 아니다. 낙태를 허용하지 아니함으로써 여성이 위와 같은 문제들에 직면하게 되는 측면이 존재한다고 하더라도, 그러한 문제들은 그 바탕이 되는 사회 구조적인 문제들, 즉 미혼모에 대한 지원 부족 및 부정적인 인식, 열악한 보육 여건, 직장 및 가정에서의 성차별적·가부장적 문화 등을 해결하는 것이 보다 근본적인 방안이다.<합헌의견, 가.(3)(라)>

## 나가면서

형법 및 모자보건법에 대한 정부의 개정안은 현재의 판결 취지를 충실히 따랐지만 현재의 판결 논증 자체가 “이 세상에서 무엇과도 바꿀 수 없는 존엄한 인간 존재의 근원”이라며 태아의 생명권의 존엄성을 인정하면서도 태아의 생명을 파괴하는 낙태를 허용하라는 모순을 보이고 있으므로 많은 윤리적인 문제를 안고 있다. 그럼에도 불구하고 우리나라 법체계상 헌법불

합치 판정을 받은 형법의 처벌조항을 개정하고 낙태를 허용하지 않을 수 없는 상황에 놓여있는 것도 사실이다.

그러므로 우선 개정안에는 신앙과 양심의 자유의 차원에서 의사·간호사 등 의료진의 낙태 거부권 뿐 아니라 의료기관의 낙태 거부권도 인정해야 한다. 또 낙태를 할 수 있는 병원과 거부하는 병원을 등록 지정받아서 의료진과의 갈등을 사전에 예방하는 조치가 필요하다.

또 필자는 어떤 시기의 낙태도 무고한 인간생명을 죽이는 행위이므로 찬성할 수 없지만 낙태를 전면 금지하는 것이 어차피 불가능한 상황에서 새로운 개정안에는 가급적 낙태 가능 시기가 최소한으로 줄어들기를 바라고, 어떤 시기의 낙태이든 (14주 이내라도) 반드시 실질적으로 여성에게 도움을 주는 상담과정이 필수로 제공되어야 한다고 생각한다. 이러한 상담과정을 통해서 여성이 생명의 존엄함과 가치를 새롭게 인식하고 처음에 낙태를 생각하게 만들었던 사회경제적 문제들에 대해 용감하고 지혜롭게 맞설 수 있도록 돕자는 것이다. 여성들은 상담을 통해 낙태의 실상과 후유증을 제대로 이해하게 되고, 출산을 결심하기만 하면, 사회 공동체가 새 생명과 아이 엄마를 위해 물질적 심리적 사회적 도움과 지지를 충분히 제공할 수 있다는 사실을 인식하고 마음을 바꾸어 출산을 선택하기를 희망하는 것이다. 고귀한 태아의 생명의 가치와 여성의 자기결정권이 동시에 지켜질 수 있는 최선의 방법은 사회의 모든 구성원이 힘을 모아서 출산친화적인 사회적 환경을 위한 법과 제도와 가치관을 만들고, 생명의 고귀함에 대한 감각을 더욱 키우고 가정은 물론 사회의 모든 영역에서 다 함께 여성의 모성을 보호하는 일이다.

이를 위해 형법과 모자보건법 개정과 함께 우리 사회가 반드시 해야 할 일은 모든 출산을 축복하고 지지하면서 임신한 여성과 새 생명을 지원하는 입법도 동시에 시행하는 것이다. 예를 들어 미혼모가 익명으로 출산과 입양을 할 수 있도록 해주는 '비밀출산법'을 제정하는 것, 아기의 남성이 양육책임을 제대로 지지 않을 때 강제하는 '양육비 이행책임법'의 처벌 규정을 강화하고, 정부가 미리 충분한 양육비를 지원하고 차후에 비양육 부모로부터 구상권을 행사하는 규정을 만드는 것, 경제적 이유로 낙태를 고려하는 기혼자를 위하여 획기적인 양육비나 교육비 등 경제적 혜택을 지원하고, 다자녀 가족들에게 국가의 모든 서비스 영역에서 다양하게 특혜를 주고, 직장 여성을 위해 안전하고 질 높은 어린이집을 확충하고 직장에서 눈치 보지 않고 출산휴가와 육아휴가를 쓸 수 있도록 제도적인 보완을 하는 일 등을 생각해 볼 수 있다.

얼마 후 확정될 새로운 형법 안에는 낙태죄가 있고 동시에 특정 시기의 낙태도 허용하는 형법을 갖게 되겠지만, 인간 생명의 존엄성을 보편적인 가치로 세우고, 우리 사회가 상상할 수 있는 모든 출산친화적인 제도와 정책의 입법 활동을 동시에 이룬다면, 굳이 임신한 여성들이 낙태를 해야 할 이유를 찾지 못하게 될 것이고, 그 때 형법의 낙태죄 조항은 더 이상 불필요하게 되는 날을 꿈꿔 본다. 그 때야말로 진정으로 '태아의 생명권'과 '여성의 자기결정권'이 동시에 조화롭게 지켜지는 날이 될 수 있을 것이다.