□ 특집논문 □ http://dx.doi.org/10.16936/theoph..37.202011.15

여성의 자기결정권과 태아의 생명권 사이의 상호보완적 관계 연구*

최진일
가톨릭대학교 생명대학원, 강사

들어가는 말
1. 태아의 생명에 대한 견해의 모호성
   1.1 인간 생명체이자 인격체
   1.2 상대적 가치로서 생명
   1.3 태아를 위해 태어나지 않는 것이 배려(wrongful life)
   1.4 태아와 임부는 일체 관계?
   1.5 태아의 생명권에 대한 모순된 태도
2. 임부의 자기결정권
   2.1 자기결정과 자기결정권
   2.2 낙태에 대한 임부의 자기결정권
   2.3 낙태보다 앞선 성적 자기결정권에 대한 책임
3. 태아의 생명권과 임부의 자기결정권의 상호보완적 관계
   3.1 생명존중에 대한 근본적인 가치의 회복-여성과 임부를 위한 최선의 선택
   3.2 태아와 임부의 의존적 관계에 대한 오해
   3.3 임부의 자기결정권과 태아의 생명권 사이의 상호보완적 관계
나가는 말

* 본 논문은 서강대학교 생명문화연구소·신학연구소 공동주최, 국제학술대회 “생명을 이야기하다: 낙태죄 헌법불합치 결정과 대안적 성찰”(2020.9.17-18)에서 발표된 내용을 수정·보완한 것이다. 논평과 질문을 해주신 분들께 깊은 감사를 드린다.

들어가는 말

2012년 8월 헌법재판소는 형법이 규정하고 있는 낙태죄의 위헌 여부에 대해 해당 규정이 임부(妊婦)의 자기결정권을 침해하는 것이 아니라고 하였다(헌법재판소 2012.8.23. 선고 2010헌바402결정). 그로부터 약 7년 후에 헌법재판소는 '낙태죄 헌법불합치결정'을 내렸다(헌재 2019. 4. 11. 2017헌바127). 여기서 태아의 생명권과 그 보호에 대한 국가의 의무를 분명히 밝힌다.[1] 그런데 임부와 태아의 이익이 상호 충돌하는 것이 아니라고 하면서도, 임부의 권리에 태아의 생명권이 종속될 수 있고, 태아의 성장단계에 따라 국가의 생명보호 정도도 달리 정할 수 있다고 봄으로써 결정의 논지를 분명하게 이해하는 데 어려움을 주고 있다.

무엇보다, '낙태죄 헌법불합치결정'은 생명 가치를 상대화시켜서 보는 관점을 표출함으로써 인간 존엄성에 대한 사유에 위기를 조장한다. 또한, 독립체로서의 생명체와 상호의존적인 생명체의 특성을 분리하여 이해함으로써 생명권에 대한 정의 자체에 오류를 불러오고 있다. 더불어 남성을 배제한 채 여성만이 임신에 있어서 책임 주체인 것처럼 오도한다. 이로 인해 성과 사랑 그리고 생명 간에 존재하는 내적 연관성을 완전히 부정하며, 그것들의 가치와 자아실현의 관계에 대한 이해에 있어서도 편협한 사고를 드러낸다. 더욱이 낙태를 여성의 전인적인 자기결정 행위로 파악함으로써 전인적인 자기결정의 의미 또한 모호하게 만들고 만다. 이는 마치 비도덕적 행위마저도 정당화시키는 결정인 것처럼 판단하도록 유인하는 도덕적 위험성을 내포하고 있다. 더 나아가, '낙태죄 헌법불합치결정'에서 언급하는 사회적, 경제적 사유라는 "그 개념과 범위가 매우 모호하고 그 사유의 충족

---

1) '낙태죄 헌법불합치결정'은 '태아의 생명권과 국가의 생명보호의무'를 다음과 같이 판시한다.
"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 선험적이고 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)." 국가법령정보센터, 헌재결정례정보,「형법 제269조 제1항 등 위헌소원[2017헌바127, 2019. 4. 11., 헌법불합치, 전원재판부]」(이하 '낙태죄 헌법불합치결정'), 9, http://www.law.go.kr/detcInfoP.do?mode=1&detcSeq=150780(접속일: 2020.3.21).

여부를 객관적으로 확인하기 어렵다."[2] 한편 낙태죄 개정 이후에 시급히 요청되는 태아의 생명존중과 보호를 위한 방식에 대한 고민을 찾아 볼 수 없다. '낙태죄 헌법불합치결정' 이후 발의된 법안에서 태아가 보호받을 수 있는 제도적 장치를 만들겠다는 언급을 발견하기 힘든 것이다.[3] 낙태의 법적 허용은 임부의 안전을 우선순위로 삼아 안전한 낙태를 위한 의료 접근권을 임부에게 인정하는 방향으로 제도를 개선해 갈 과제를 암시해 주지만, 태아의 입장에서 보자면 이제 죽임당하는 것 외에는 다른 방도가 없다는 가공할 환경의 성립을 말해주는 것이라고 할 수 있다.[4]

낙태 옹호론자들 중에는 '낙태'보다는 '임신중단'이라는 용어를 선용하는 이들이 있다. 이들은 "임신한 여성이 임신 유지를 원하지 않을 때 임신 상태를 중단할 권리"를 갖는다는 의미에서 임신중단권을 언급한다.[5] 그래서 임부의 자기결정권의 차원에서가 아니라 재생산권의 차원에서 낙태죄의 전면적인 폐지까지 주장하기에 이른다.[6] 이런 시각에서 볼 때 '낙태죄 헌법불합치결정'은 당연히 미흡한 것이 된다. '낙태죄 헌법불합치결정'의 주요 요지는 낙태 옹호론자들의 주장과 상응하는 점이 많다. 이 결정은 태아의 성장단계에 따라 임부의 자기결정권이 제한된다고 하면서도, '임신 제1 삼분기(first trimester, 대략 마지막 생리 기간의 첫날부터 14주, 임신 12주 무렵까지)'에서는 이유를 불문하고 온전히 임부의 재량에 낙태 결정을 내맡기기를 제안한다. 이를 감안할 때 "낙태가 만연하는 이유는 생명존중 사상의 부족이 아니라, 재생산 활동을 하여온 여성에 대한 존중 사상이 부족하기 때문"[7]이라는 견해를 적극적으로 수용한 것이라 판단할 수 있다. 그러나 이런 시각은 생명존중과 여성존중을 분리하여 이해하고 있다는 점에서 인간학적, 윤리적 문

---

2) '낙태죄 헌법불합치결정', 결정요지-재판관 조용호, 재판관 이종석의 합헌의견(이하 합헌의견), 3.

3) 유성현, 「낙태죄 헌법불합치 결정의 의미와 교회의 과제」, 『신학과철학』, 35(2019, 가을), 143.

4) 즉 임부의 현재와 미래를 위해 낙태는 정당화되고 또한 임부의 안전을 위해 의료서비스를 받을 권리까지 보장하지만, 태아는 낙태 시술로 그 이상의 현재도 미래도 없으며, 의료시술로 인해 잔인하게 생명을 빼앗기는 것 외에 그 어떠한 보호도 받을 수 없게 된다.

5) 김정혜, 「낙태죄 폐지를 말하는 이유」, 『페미니즘연구』, 19(2019, 봄), 8. 이 입장에서, '낙태죄 헌법불합치결정'은 태아의 생명이 임신한 여성에게 전적으로 의존적이고 태아와 임신한 여성의 이해관계가 방향을 달리하지 않음을 시인하고, 법 현실에 대한 검토를 통하여 임신, 출산, 육아가 '여성의 삶에 근본적이고 결정적인 영향을' 줄 수 있는 중대한 사안이라는 점을 인정하면서 태아의 생명권에 치우쳤던 그간의 판단을 수정했다고 평가한다. Ibid., 5-6.

6) Ibid., 9; 박다해, 「여성계 원로 100인 "낙태죄 전면 폐지"」, 『한겨레신문』(2020.9.27), https://news.v.daum.net/v/20200927212606408?f=p(접속일: 2020.9.28).

7) 양정아, 「여성 낙태권의 필요성과 그 함의」, 『한국여성학』, 21(2005, 4), 33.

제점을 지니고 있다고 할 수 있다. 인간의 자유와 여성의 자기결정권이 유한하고 제한적이라는 사실을 간과하고 있다는 점도 지적할 수 있겠다. 낙태가 만연하는 이유는 생명존중 사상의 부족과 더불어 여성 특히 임부에 대한 존중 사상 또한 결핍된 데에서 발견할 수 있는 것이다. 오히려 진정성이 의심스러운 자료와 이론에 기초하여 태아의 생명을 상대적인 가치로 평가하는 데에서 임부에 대한 존중 사상에 대한 폐해가 초래되었다는 점에 주목할 필요가 있다. 생명존중 사상이 충분했다면 낙태죄의 사문화 주장이 득세할 수 없었을 것으로 볼 수 있기 때문이다.[8] 마치 태아의 생명존중은 충분하지만 여성존중은 부족하다는 논리를 앞세워 낙태죄를 제한 또는 폐지함으로써 여성(임부)존중을 도모하려고 할 때, 그 의도와 목적은 결국 좌절되고 말 것이다.

본고는 이런 문제의식에서 출발하여 먼저 태아의 생명에 대한 다양한 견해들이 내포하고 있는 모호성에 대해 살펴볼 것이다. 그리고 낙태에 있어서 임부가 갖는 자기결정권과 이 권리의 한계에 대해 비판적으로 검토할 것이다. 이를 기초로 삼아 태아의 생명권과 임부의 자기결정권과의 상호보완적 관계를 밝힘으로써 본 연구를 마감할 것이다.[9] 이를 위해 본 연구에서는 여성의 자기결정권 전반에 대해 논의하기보다는 임부의 낙태에 관한 자기결정권에 대한 주제에 집중할 것이다. 이런 의미에서 임부의 자기결정권에서 낙태에 관한 것은 임부의 낙태권으로 표기하고, 보다 포괄적인 의미에서는 임부의 자기결정권으로 표기할 것이다.

1. 태아의 생명에 대한 견해의 모호성

---

8) 이러한 현실에서 태아의 생명권이 과연 여성의 자기결정권보다 더 존중된 적이 있는지 의문을 가질 수밖에 없다. 참조: 박은호, 「"여성의 자기결정권과 태아의 생명권 사이의 상호보완성 연구"에 대한 논평」, 국제학술대회 『생명을 이야기하다: 낙태죄 헌법 불합치 결정과 대안적 성찰』 자료집, 2020. 9. 17-18, (서울: 생명문화연구소·신학연구소, 2020), 206.

9) 한편 낙태에 대한 논의는 대부분 찬성과 반대의 입장으로 나뉜다. 절충주의적 관점처럼 보이는 논의조차도 결과적으로는 찬성 혹은 반대의 입장을 취한다. 왜냐하면 태아의 생명을 죽이는 것을 허용해야지만 여성의 자기결정권이 실현된다는 입장은 그 어떤 이유를 부가하더라도 태아 생명의 박탈을 전제하지 않을 수 없기 때문이다. 본 연구에서는 찬반의 입장이 보수와 진보의 대립이라고 전제하지는 않는다. 낙태 문제와 생명윤리의 쟁점들을 보수와 진보의 프레임으로 대립시키는 논의는 그 자체로 이미 정치적 지향점을 가진 이데올로기에 묶인다. 또한 「모자보건법」 제14조(인공임신중절수술의 허용한계) "3. 강간 또는 준강간(準强姦)에 의하여 임신된 경우" 등, 성폭력에 의한 임신의 낙태는 본 연구의 논의에서 제외한다. 이 조항은 1973년 「모자보건법」이 제정된 당시부터 있었지만, 낙태죄 폐지를 주장하는 자들은 마치 이 조항이 없는 것처럼 낙태 정당화의 주요 논제로 줄곧 사용하고 있다. 이러한 행위는 낙태죄를 폐지하기 위한 특정 이해 집단의 정치적 이데올로기의 한 전략으로 보인다.

1.1 인간 생명체이자 인격체

태아는 인격체인가? 낙태를 찬성하면서도 태아를 인격체로 인정하는 주장은 의외로 많이 발견된다.[10] 가장 대표적인 것으로는 1971년 발표된 주디스 톰슨(Judith J. Thomson)의 논문 “A Defense of Abortion”을 꼽을 수 있다.[11] 그녀의 주장은 잘 알려진 대로 여성의 신체에 대한 자기결정권에 기초하여 태아를 무단 침입자로 간주하여 여성의 몸에서 퇴출할 권리가 바로 여성 자신에게 있다는 논거를 통해 낙태를 정당화한다. 여성이 허락하지 않은 상태에서 태아는 비록 인격체로서 생명권을 가지고 있다고 하더라도 여성의 강한 자발적 동의가 있지 않은 한 여성의 몸에서 생존할 권리가 없다는 것이다.[12] 특히 성폭력에 의한 임신의 경우에 태아는 비록 생명의 권리를 가지고 있지만, 타인의 신체를 사용할 권리를 요구할 수 없음으로 낙태는 정당하다고 주장한다.[13] 한편 여성의 동의 범위가 성폭력에 의한 임신으로만 제한되지는 않는다. 여성이 원하지 않은 모든 임신은 비록 그녀가 성행위에 적극적인 주체로서 동의하고 참여하였다 할지라도 그로 인한 임신은 태아를 철저하게 무단 침입자인 타인으로 간주한다. 마치 태아의 생성에 여성은 아무런 책임이 없고 오히려 무단 침입한 태아에게 책임을 전가한다.

태아를 인격체로 인정한다는 의미는 태아가 철저한 타자라는 입장을 성립시키기 위한 전제조건 그 이상의 의미를 가지지 못한다. 여성과 태아는 결코 어머니와 자식의 관계가 아니다. 왜냐하면 톰슨이 사용하는 사례들에서 태아는 인격체로서 온전한 권리를 가진 타자의 지위에 지정된다. 그런 다음 그 타자가 여성의 신체 자기결정권을 훼손할 수 없듯이, 태아도 그럴 수 없다는 논조를 펼친다. 그리고 태아는 마치 사회에서 범죄자 취급을 받듯이 무단 침입자이며, 여성의 생명을 위협하는 존재로 묘사된다. 이제 성폭력에 의한 타인의 퇴출만이 아니라 ‘나의 생명’을 위협하는 존재이기 때문에, 여성은 태아를 죽일

---

10) 한편 Don Marquis는 그의 논문(“Why abortion is immoral”, *The Journal of Philosophy*, 86(1989, 4), 183-192)에서, 태아의 인간학적 지위에 대한 찬반을 통한 낙태 논의의 한계를 지적하면서 태아 존재의 미래 가치가 낙태를 허용할 수 없는 근본 이유(그 생명권의 근거)라고 주장한다. 그러나 이 논거를 치명적인 질병이나 말기 암 환자들에게 적용할 경우, 이들의 미래 가치가 이들에게 안락사를 행할 수 있는 근거로 제시될 수 있다. 이 관점은 ‘생명의 미래 가치’를 환산할 수 있다고 전제한다. 이는 생명윤리적으로 매우 조심스럽게 검토되어야 할 쟁점이다.

11) J. J. Thomson, “A Defense of Abortion”, *Philosophy and Public Affairs*, 1(1971, Autumn), 47-66.

12) 장동익,「낙태 논쟁에서 신체의 자기 결정권과 “강한 자발성” -톰슨의 논변을 중심으로」,『인문과학』, 73(2019, 7), 336.

13) Ibid., 337.

수 있으며, 그것이 정의의 실현이라는 주장으로 발전한다.[14] 그리고 그 적용 범위를 자발적인 성행위까지 확대한다. 즉 자발적인 성행위에 있어서도 여성이 임신의 가능성을 인지하고 있더라도 임신을 원하는 경우에만 태아는 여성의 신체에 머무를 수 있다는 것이다.[15]

한편 이 주장을 정당화하기 위해서는 절대적인 전제조건이 필요하다. 그것은 태아가 반드시 부당한 침해자, 혹은 생명을 위협하는 자여야 한다. 그래서 그 존재를 자신의 신체로부터 분리하는 것은 태아의 생명을 빼앗아서는 안 되는 의무와 관련되지 않는다. 즉 "태아는, 인격체이다. 그런 인격체를 살해한 것은 온당하지 못할 것이다. 그러나 낙태는 태아를 살해하는 것이 아니다. 낙태는 부당하게 여성의 신체를 이용하고 있는 태아를 자신의 신체에서 내보내는 행위일 뿐이다. 낙태는 태아를 살해하는 것이 아니라, 부당한 침해를 교정하기 위해 태아를 신체의 밖으로 옮기는 활동이다."[16]

1.2 상대적 가치로서 생명

우리나라 「모자보건법」 제14-15조에 의하면, 우생학적, 의학적, 강간과 준강간, 근친 간 임신 등 특정 조건 하에서 「형법」 제269-270조의 낙태죄의 위법성이 조각된다. '낙태죄 헌법불합치결정'에 따르면, "태아도 헌법상 생명권의 주체가 되며, 국가는 헌법 제10조 제2문에 따라 태아의 생명을 보호할 의무가 있다."[17] 그러나 태아의 생명권은 상대적으로만 법의 보호를 받는다. 이와 같은 이중적인 태도는 실질적으로 낙태죄를 사문화하는데 주요한 역할을 한다.[18] 이는 법적인 문제만이 아니다. 1960년 이후 실시한 저출산 장려

---

14) 이 논조에 의하면, "여성이 자신의 신체를 태아가 사용하는 것을 거부하는 경우에 태아의 침입은 부당한 것이며, 이런 부정의를 교정하기 위한 낙태는 여성 스스로가 행하든, 제3자에게 요청하여 이루어지든 정당한 것으로 인정되어야만 한다. 낙태는 태아의 부당한 침해를 교정하기 위한 것이기 때문이다. 따라서 낙태는 여성 스스로에 의해서든 제3자에 의해서든 가능하다." Ibid., 343.

15) 데이비드 부닌은 자발적 성행위에 따른 임신의 책임감으로 낙태를 거부한다는 주장을 다음과 같은 논거로 반박한다. 즉 암묵적으로 임신의 가능성을 승인했다고 하더라도 임신과 그 승인 사이에 직접적인 관계가 없음으로 낙태를 할 수 있으며(암묵적 버전), 부주의로 인한 임신의 경우도 임신 자체는 부정할 수 없지만, 그 사실로부터 태아의 생존을 도울 책임을 물을 수 없다(부주의 버전). 더 자세한 내용은 다음 참조: David Boonin-Vail, "A defense of 'A Defense of Abortion': On the responsibility objection to Thomson's argument", *Ethics*, 107(1997, 1), 286-313.

16) 장동익, 「낙태 논쟁에서 신체의 자기 결정권과 "강한 자발성"」, 357.

17) 각주 1) 참조.

18) 김종세, 「낙태와 헌법상의 근본가치: 여성의 자기결정권과 태아의 생명권」, 『젠더와 문화』, 3(2010,

정책은 낙태 허용에 친화적이었다. 즉 "한국사회에서 낙태현상에는 가족계획정책이라는 국가 생명정치가 배후에 있다."는 것이다.[19]

이번 '낙태죄 헌법불합치결정'에서 태아의 생명권은 부정되지 않지만, 현재 의학기술 수준에서 모체의 밖에서 독립적으로 생존할 수 있는 22주 이전까지는 온전한 생명권을 보장하지 않을 수 있다고 밝힌다. 이는 태아 생명에 대한 국가의 보호 의무의 기준을 의학적 기술 수준에 따라 정함으로써, 생명의 존엄과 그 가치를 상대화하고 있다. 그러나 "생명의 존엄성은 그 자체로 존중되고 보호되는 것이지 과학의 발전 정도에 의존하는 것은 아니다."[20]

한편 태아의 생명을 보호해야 한다고 믿는 이들에게서도 이와 같은 이중적인 태도를 발견할 수 있다. 2014년 한국가톨릭사목연구소는 "생명과 가정"에 관해 신자와 비신자 각 1,000명(각 남: 429, 여성: 571명; 15~49세: 644명, 50세 이상: 356명)에게 설문 조사를 한국갤럽에 의뢰하여 실시하였다. 이 설문 조사 결과 보고서에 따르면, 신자 중 86.7%, 비신자 중 83.2%가 '낙태는 반생명적'이라고 답했다. 반면 신자 중 73.6%, 비신자 중 87.2%는 태아에게 이상 징후가 있을 때 '낳지 않겠다'고 답했다.[21] 이 설문에서 사회적·경제적 사유로 인한 낙태에 대해서는 조사하지 않았다. 2020년 현재 이 설문조사를 다시 실행한다면 낙태에 대한 태도가 달라질 수 있지만, 그렇다고 크게 바뀌었다고 볼 수도 없을 것이다.

1.3 태아를 위해 태어나지 않는 것이 배려(wrongful life)

이 입장은 사회적·경제적 관점에서 태아의 생명권보다는 낙태를 선택하는 상황에 우선순위를 둔다. 이에 따르면, 출산을 원하지 않거나 출산 연기, 혼전 임신, 임부 건강 등의 사유만으로도 낙태는 정당화된다.[22] 그래서 여성이 원하지 않은 임신의 경우조차도, 태아의 생명권은 국가의 절대적 보호 의무의 적용을 받지 않는다고 주장한다. 그런데도 낙태

---

12), 84.

19) 공병혜, 「생명 윤리와 생명 정치 사이에서-낙태를 중심으로」, 『인문학연구』, 47(2014, 2), 24.

20) 우재명, 「죽음의 위기에 처한 태아와 레비나스의 타자성(他者性) 윤리: 의식의 전환을 위한 시도」, 『신학전망』, 167(2009, 12), 184.

21) 주교회의 한국가톨릭사목연구소 편찬, 『생명과 가정: 2014년 생명과 가정에 관한 설문 조사 결과 보고서』, (서울: 한국천주교중앙협이회, 2015), 92-93, 127-128.

22) 김종세, 「낙태와 헌법상의 근본가치」, 77-106; 양현아, 앞의 글, 5-39.

로 인해 임부가 겪을 도덕적 책임에 대해서는 부정하지 않는다.[23] 따라서 이 관점은 도덕과 법은 철저히 분리되어 있다는 전제를 가지는 것으로 보인다.

아울러 모성적인 측면에서, "임신 여성은 낙태에 임하여 과거, 현재, 미래의 다양한 요소들을 고려하는데, 누구보다도 그녀는 자녀의 출산 후 여건을 가장 잘 예측할 수 있는 사람이다. 그 예측에서 여성은 자신과 태아 사이를 교류하면서, '어머니 사유(maternal thinking)'를 구사하게 된다. 법은 여성들의 이러한 낙태 결정에 첫째의 우선권과 신뢰가 주어져야 한다."는 것이다.[24] 이런 시각은 보살핌의 윤리를 강조하는 여성학자들에게서도 발견된다. 이들은 태아와 여성의 모성적 관계에서 낙태가 모성적 돌봄의 사유라고 강조한다.[25] 그러나 이들의 관점은 철저히 임부의 입장에 의존하기 때문에 태아의 생명에 대한 가치평가를 지극히 상대화하고, '모성'과 '돌봄'의 의미를 왜곡한다. 그들의 주장대로라면 자식을 죽이는 것(영아 살해, 안락사 등)이 모성적 돌봄이라는 차원에서 정당화될 수 있으며, 자식이 부모를 죽이는 것 또한 돌봄이라는 명목으로 정당화될 수 있을 것이다. 모성은 태아가 살아있을 때 사용할 수 있는 말이지, 태아의 살인에 적용할 수 있는 말이 아니다.

1.4 태아와 임부는 일체 관계?

태아의 생명권과 여성의 자기결정권을 대립의 관계로 보는 서구적인 관점에 대해 한계를 지적하면서 패러다임의 전환을 주장하는 이들에게 우리는 태아와 여성 모두를 위한 대안을 기대한다.[26] 그러나 이 패러다임의 전환은 태아의 생명권과 여성의 자기결정권의 대립적 관계를 극복할 수 있는 대안이라고 보기는 어렵다. 패러다임의 전환이란 한 사고의 틀에서 다른 사고의 틀로 전환하는 것을 의미하므로, 패러다임의 전환 자체가 중요한 것이 아니라 어떤 패러다임의 전환인지가 관건이다. 패러다임의 전환을 주장하는 이들의 패러다임은 먼저, 양자의 기본권 충돌을 막기 위해 임부와 태아를 일체 관계로 설정한 다음 태아를 임부의 일부에 둔다. 이 구도에서 임부의 자기결정권을 우선순위에 두고, 낙태를 임산부의 일부를 없애는 행위를 치르는 것으로 인식해야 한다고 주장한다.[27] 따라서

---

23) Ibid., 100.
24) 양현아, 「여성 낙태권의 필요성과 그 함의」, 30.
25) 공병혜, 「생명 윤리와 생명 정치 사이에서」, 21-22.
26) 양현아, 「여성 낙태권의 필요성과 그 함의」, 10-11.

여기서 말하는 패러다임은 태아의 생명권 자체를 부정하는 인식의 확산을 요구하는 것이라 할 수 있다.

하지만 "어떤 일정한 집단의 이익을 규범적 질서의 표준으로 삼는 입장은 도덕의 기본 조건을 갈등으로 몰아넣는다."[28] 패러다임의 전환을 주장하는 이들은 태아의 생명권을 유린하기 때문에 근본적인 갈등상황을 초래한다. 그래서 이런 패러다임을 통해 임신과 출산에 관한 여성 중심의 재생산정책을 주장하는 태도에는 비록 여성의 사회적, 경제적 상황의 현실을 강조할지라도[29] 그 기저에는 남성 중심에서 여성 중심으로 성별만 바뀔 뿐, 약자에 대한 강자의 억압구도를 답습한다.

1.5 태아의 생명권에 대한 모순된 태도

2019년 6월 19일 더불어민주당 인권위원회가 개최한 「낙태죄 헌법불합치 결정의 의미와 입법과제」에 대한 논의에서 "낙태죄 헌법소원청구인 대리인 단장" 김수정은 이 결정을 위한 변론의 방향이 "태아의 생명권과 여성의 권리의 이분법적 대결구도는 넘어서야 한다"고 주장하면서 태아의 생명보호 의무와 임부의 자기결정권이 배치되지 않음을 설득했다고 밝혔다.[30] 그녀는 또한 '낙태죄 헌법불합치결정'은 "논증 과정 없이 태아의 생명권을 헌법상의 권리로 인정하여 생명권과의 대결 구도의 잔존 가능성"을 남겼다고 지적한다.[31] 따라서 낙태죄 헌법소원청구인 대리인단의 논거는 태아의 생명권을 인정하는 한 임부의 자기결정권과의 대결 구도는 여전할 것임을 암시하고 있으며, 이는 태아의 생명권과 임부의 자기결정권이 배치되지 않는다는 변론과는 모순되는 지점이다.

---

27) 참조: 김종세, 「낙태와 헌법상의 근본가치」, 88.
28) 구인회, 「여성주의 생명윤리 방법론에 대한 비판적 검토」, 『Catholic Theology and Thought』, 54(2005, 12), 202.
29) 공병혜, 「생명 윤리와 생명 정치 사이에서」, 25.
30) 김수정, 「헌재 결정의 의미와 해석」, 『낙태죄 헌법불합치 결정의 의미와 입법과제』, (서울: 더불어민주당 인권위원회, 2019), 4.
31) Ibid., 15.

2. 임부의 자기결정권

헌법재판소는 자기결정권을 “이성적이고 책임감 있는 사람의 자기 운명에 대한 결정·선택을 존중하되 그에 대한 책임은 스스로 부담하는 것을 전제로 한다”(헌재 2009. 10. 29. 2008헌바146등)고 정의하며, 자기책임의 원리를 자기결정권의 한계로 설명하고 있다.[32]. 이는 ‘낙태죄 헌법불합치결정’에서도 재인용된다. 자기결정권은 무한정 자기 자신이 원하는 대로 할 수 있는 권리가 아니라는 것이다.

2.1 자기결정과 자기결정권

김현철에 따르면, 자기결정은 엄격한 의미에서 자기 자신에 대한 사안(생명, 자유, 재산 등)을 결정하는 것이다. 즉 “자기결정은 ‘스스로 결정한다’는 어떤 형태나 행위 자체를 의미하는 것으로 현상적인 사실 혹은 심리학적 사실을 의미한다”.[33] 그러나 자기결정 그 자체가 권리를 의미하지는 않는다. 그로티우스(H. Grotius)에 의하면, “권리(IUS)는 무엇인가를 정당하게(iuste) 보유하거나 행하는 도덕적 성질(qualitas moralis)이며 도덕적 권능(facultas moralis)으로서 인간이 본질적으로 보유하는 것이다.”[34] 이는 자연적 권리(natural rights)를 의미하는 듯하다. 이러한 의미에서 권리가 규범적 정당화의 한 형식이라면, 이는 실증적인 차원이 아니라 자연법적 차원에서 그 정당성을 찾고 있다고 할 수 있다. 한편 권리의 내용은 실제로 정당화될 수 있는지 규범적 심사가 행해져야 한다. 즉 권리의 내용은 다른 형식으로 먼저 정당화되어야 권리의 형식 안으로 들어 올 수 있다. 그런 다음 권리의 내용은 그 실현을 위해 사회적 압력을 행사할 수 있게 된다.[35]

반면 자기결정은 이와 같은 권리의 형식과 내용 그리고 그 실현을 위한 사회적 압력을 갖지 않는다. 다시 말해서 자기결정은 타자와의 관계가 반드시 전제되어 있지 않지만, 자기결정권은 반드시 타자와의 관계를 전제한다. 따라서 자기결정권은 권리의 주체-자신, 권리의 내용, 그리고 권리의 상대방, 이렇게 3 구조를 갖는다.[36]

---

32) 양주희·엄주희,「낙태와 관련한 자기결정권의 행사와 그 한계에 대한 재조명」,『성균관법학』, 30(2018, 12), 76.

33) 김현철,「자기결정권에 대한 법철학적 고찰」,『이화여자대학교 법학논집』, 19(2015, 6), 361.

34) 재인용: Ibid.; 원출처: Hugo Grotius, *De Jure Belli Ac Pacis Libri Tres*, Vol. Ⅰ, tr., F. W. Kelsey, (Oxford: Clarendon Press, 1925), 35.

35) 김현철,「자기결정권에 대한 법철학적 고찰」, 361-362.

2.2 낙태에 대한 임부의 자기결정권

낙태에 대한 임부의 자기결정권이 인정된다는 것은 임부(주체)의 낙태 즉 태아 살해가 정당하다는 전제(권리 내용)를 가지는 것이며, 그 권리의 실현을 위해 사회적 압력의 행사가 가능하다는 것을 의미한다. "이때 사회적 압력은 법적 권리로 승인된 경우라면 공권력의 지원을 받을 수 있을 것이다."[37] 임부의 자기결정권 하에서 낙태가 허용된다는 것은 곧바로 안전하게 낙태를 받을 수 있는 의료 제도적 지원의 책무를 공적으로 요구할 수 있는 권리를 함의한다.

위에서 언급했듯이 자기결정권의 주체는 자기 자신이며 자기결정권의 내용은 자기 자신의 사안에 대한 결정이며, 그 내용의 실현(권리 행사)을 위해 상대방에게 책무를 요구한다. 그러나 낙태에 관한 여성의 자기결정권의 경우, 이 세 가지가 명확히 구분되지는 않는다. 예를 들어 미성년자가 부모나 주변의 강압에 못 이겨 낙태를 결정할 경우 명목상 자기결정으로 보일지라도 실질적으로 미성년자의 행동은 부모나 주변 사람들의 결정이었다고 평가할 수 있다. 이 세 구조가 자기결정권 안에서 명확하다면 여성은 주체적으로 태아의 살인을 권리로써 행사하기 위해 제도적인 지원과 법적 정당화를 요구하는 것이다. 혹은 임부(주체)는 "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, 상대 남성과 교제를 지속할 생각이 없거나 결혼 계획이 없는 경우, 혼인이 사실상 파탄에 이른 상태에서 배우자의 아이를 임신했음을 알게 된 경우, 결혼하지 않은 미성년자가 원치 않은 임신을 한 경우"[38] 등 사회적·경제적 사유로 임신을 유지하지 않기로 즉 낙태를 결정하고 그 결정을 권리로써 행사하기 위해 낙태 시술에 대한 제도적인 지원과 법적 정당화를 요구하는 것이다.

2.2.1 자기결정권의 주체

자기결정권의 주체에 대한 논거는 인간 존재에 대한 관점과 밀접히 연결되어 있다. 특히 현재 낙태 논의에서 자기결정권의 주체에 대한 인식은 로크의 자기소유

---

36) Ibid., 362.
37) Ibid.
38) '낙태죄 헌법불합치결정', 결정요지, 1-2.

(self-ownership) 담론의 영향을 깊이 받았다.[39] 대표적으로 위에서 살펴보았듯이 톰슨의 주장은 자신의 신체는 오로지 자신의 결정에 의해서만 처분할 수 있다는 자유주의의 기본 원칙에 의거해서 태아가 여성의 신체에 대한 자기결정권을 침해한다고 간주하여 낙태를 정당화한다.[40] 그리고 이 견해는 국내의 많은 주장에도 자주 등장한다. 그러나 이 견해는 자기결정권의 주체인 자신이 홀로 실존하는 존재가 아니라는 점에서 그 한계를 고려하지 않고 있다.

2.2.2 자기결정권의 행사와 한계

자기결정권을 가지고 있다고 해서 모두가 그 권리를 적절히 행사할 수 있는 것은 아니다. 자기결정권의 전제가 되는 것은 주체가 그 권리를 적절하게 사용할 수 있을 만큼 이성적 능력이 충분히 성숙해야 한다. 더불어 자기결정권의 행사는 타인에게 미칠 영향을 반드시 고려해야 한다.[41] 권리의 행사는 사회적 압력을 동반하기 때문에 그 상대방에게 영향을 미칠 수밖에 없다. 그래서 "권리의 행사는 본질적으로 상대방에 어떤 영향을 미치는가라는 점을 고려할 것을 근본적으로 제한조건으로 가질 수밖에 없다."[42] 여기서 상대방은 태아를 가리킬 수도 있으며, 제도와 법적 정당화가 사회에 미치는 악영향으로 생명에 대한 경시 풍조의 대상이 되는 우리 모두를 가리킬 수도 있다. 또한, 낙태 시술을 해야 하는 의료인들이 여기에 해당할 수도 있다. 그러므로 자기결정권은 권리주체와 상대방과의 상호교섭의 관계로 이해될 수 있는 것이다.

낙태의 논의에서 태아는 이성적 능력이 성숙하지도 자기결정권을 행사할 능력도 없기 때문에 태아를 '권리가 침해받는 주체'로 인정하기 어렵다고 반론할 수 있다. 이 논거는 태아뿐 아니라 이성적 능력이 성숙하지 않거나 퇴보하여 자기결정권을 행사할 수 없는 사람들에게도 적용할 수 있다. 그래서 그들도 권리의 주체로서 인정할 수 없다는 전제가 될 수 있는 것이다. 여기서 타인의 범주는 이성적 능력에 따라 규정할 수 없다. 태아를 포함한 인간 모두가 그 범주에 속하며, 이럴 때야 비로소 상호간의 자기결정권의 존중과 보호가 이루어질 수 있다. 또한 자기결정권의 행사를 위한 권리주체와 상대방과의 상호교

39) 김현철, 「자기결정권에 대한 법철학적 고찰」, 365.
40) 장동익, 「낙태 논쟁에서 신체의 자기 결정권과 "강한 자발성"」, 333.
41) 김현철, 「자기결정권에 대한 법철학적 고찰」, 367.
42) Ibid., 364.

섭의 관계에서 타인의 생명에 대한 침해는 가장 근본적인 기본권의 침해로서, 이는 자기결정권의 행사에서 제일순위로 제한되어야 한다. 따라서 "임부가 자기결정권을 행사할 때 태아의 생명과 직결되는 지점이 자기결정권의 내재적 한계가 될 것이고, 이러한 범위에서 주장할 수 있는 자기결정권은 멈추게 된다."[43]

2.2.3 관계적 존재로서의 자기결정권 승인의 문제

근대적 사유에서 개인은 철저히 독립된 개체로 인간의 상호의존적인 본성은 무시된다. 로크의 '자기소유' 담론에서도 자기결정권을 본래적인 권리(자연권)로 이해하면서 동시에 "자기결정을 한 개인의 고독한 실존적 행위로 이해하는 측면도 가지고 있는 것이다."[44] 그러나 자기결정을 하는 개인은 타인과 함께 살아가고 있으며, 나아가 일정한 공동체에 속한 시민이기도 하다. 김현철은 자기결정권에 대한 시민공동체의 승인은 자기결정권에 대한 부분적 제한이라는 결과를 가져오지만 자기결정권의 본질을 계속해서 보존해야 하므로 시민공동체의 승인은 '공동체'차원에서만 이루어져서는 안 되고 다시 개인적 차원의 도덕적 숙고와 성찰에 기반해야 한다고 주장한다. 개인적 차원의 성찰 또한 "자기결정권의 행사가 오로지 '자기'에만 근거한 '이기주의'가 아니라 항상 '타인'을 고려하는 성찰적인 책임에 근거하여야 한다는 규범적 요구와 만나게 된다. 이것이 자기결정권 행사가 가지는 본질적인 한계에 해당할 것이다."[45]

그러므로 자기결정권의 행사는 공동체 안에서 이루어진다는 점에서 우리는 그 권리의 행사가 공동체에 미치는 영향을 고려하지 않을 수 없다. 특히 자기 자식의 생명을 위협하는 낙태를 하나의 권리로서 행사하려는 자기결정권은 공권력의 지원을 받아 그 책무를 요구한다는 점에서 인간학적·윤리적 문제를 초래한다. 인간 생명의 기본적인 가치에 관한 문제에서 선과 악을 구별하는 데 점점 더 어려움을 겪게 될 것이기 때문이다.[46] 그리고 인간 생명의 가치에 대한 위협이 낙태의 합법화를 전제로 사회공동체 전반에 파고들 생

---

43) 양주희·엄주희에 의하면, 생명의 단계에 따라 그 가치를 차등화한다고 하더라도 (그 때문에 보호 범위와 비난 가능성, 그 가벌성의 정도가 다른 것뿐이지) 개인 기본권의 내재적 한계가 될 수 있고, 그 한계 지점부터는 개인이 국가를 상대로 기본권을 주장할 수는 없다. 양주희·엄주희, 「낙태와 관련한 자기결정권의 행사와 그 한계에 대한 재조명」, 75.

44) 김현철, 「자기결정권에 대한 법철학적 고찰」, 367.

45) Ibid., 368.

46) 요한 바오로 2세, 회칙 『생명의 복음』(*Evangelium Vitae*), 4항, 한국천주교중앙협의회, 1995.

명경시풍조의 확산 또한 심각하게 우려되기 때문이다.

2.3 낙태보다 앞선 성적 자기결정권에 대한 책임

우리나라「헌법」 제10조에 따르면, “개인의 인격권·행복추구권에는 개인의 자기운명결정권이 전제되는 것이고, 이 자기운명결정권에는 성행위여부 및 그 상대방을 결정할 수 있는 성적자기결정권이 또한 포함되어 있다.” 좀 더 구체적으로 “성적 자기결정권은 각인 스스로 선택한 인생관을 바탕으로 사회공동체 안에서 각자가 독자적으로 성적 관(觀)을 확립하고, 이에 따라 사생활의 영역에서 자기 스스로 내린 성적 결정에 따라 자기책임 하에 상대방을 선택하고 성관계를 가질 권리를 의미하는 것이다.”[47] 이런 의미에서 성적 자기결정권은 위에서 살펴본 자기결정권과 마찬가지로 성숙한 이성적 판단능력과 그 행위에 대한 책임을 동반하지 않을 경우 오용되거나 남용될 수 있다.

성은 단순한 재미나 쾌락에서 그 가치를 찾을 수 없다. 성은 깊은 관계를 조성하는 역할 덕분에 인간 성장(flourishing)에 대한 많은 방어를 가능케 하는 개념의 중심에 있다. 이것에 비추어 볼 때, 사람들이 인간 성장에 매우 중요한 무언가를 추구하기 위해 다른 사람들에게 해를 끼칠 위험을 감수할 권리가 있다고 가정하는 것이 타당하다고 생각할 수 있을까? 만일 그 대답이 ‘있다’라고 한다면 이는 오히려 더 큰 문제를 발생시킨다. 왜냐하면 도덕적, 법적으로 ‘X를 행하는 것이 큰 선이다’라는 것으로부터 ‘X 행위로 인해 그 행위 주체에게 의존하는 사람이 발생하였음에도 그(혹은 그녀)를 죽일 권리로의 이행’은 무슨 근거가 있는지 명확하지 않기 때문이다. 특히나 X행위가 인간 성장에 크게 기여한다면, 그 행위 결과인 생명권을 가진 그 의존하는 사람을 죽이는 것은 오히려 행위주체의 인간 성장을 위협할 것이다.[48]

한편 X행위가 태아를 존재하게 했을지라도 태아가 모체에 의존해야만 생존할 수 있다는 사실에서 모체가 그 태아에게 생존할 수 있도록 도움을 줄 책임은 없다고 주장하는

---

47) 헌법재판소 2002.10.31.99헌바40등 결정, http://search.ccourt.go.kr/ths/pr/ths_pr0101_P1.do?seq=0&cname=&eventNum=6325&eventNo=99%ED%97%8C%EB%B0%9440&pubFlag=0&cId=010200&selectFont=(접속일: 2020.11.4); 참조: 소은영,「헌법상 성적 자기결정권의 의미에 관한 재검토」,『이화젠더법학』, 11(2019, 12), 41-65.

48) C’Zar Bernstein and Paul Manta, “Moral Responsibility and the Wrongness of Abortion”, *Journal of Medicine and Philosophy*, 44(2019, 3), 247.

경우도 있다. 즉 태아가 X행위로 존재하게 된 것에 대해서는 책임이 있을지라도, 그 존재를 의도한 것은 아닐 경우에는 그 태아의 생존에 도움을 줄 책임은 없다는 것이다. 그러나 X행위의 결과인 태아의 존재 자체가 의존을 전제로 한다. 그러므로 태아의 존재와 그의 모체의 의존성을 분리해서 태아의 존재에 대한 책임을 말할 수 없다.[49]

만일 여성만이 임신할 수 있기에 X행위에 대한 책임을 온전히 여성에게 묻는다는 것은 부당하고 그래서 이것이 성차별적 효과가 있다고 주장한다면, 이는 "실질적으로 자기낙태죄 조항으로 인해 성차별 피해가 발생하는 것이 아니라는 점에서 부당하다." 왜냐하면 "미혼이거나 미성년이거나 사회적·경제적으로 취약한 지위에 있는 여성이 임신한 경우 입는 불이익은 낙태의 자유가 없기 때문에 발생하는 것이 아니라 우리 사회에 존재하고 있는 성별에 따른 차별과 임신한 여성의 개별적 처지를 둘러싼 편견, 불충분한 모성보호 조치 등에 기인한 것"이기 때문이다.[50]

3. 태아의 생명권과 임부의 자기결정권의 상호보완적 관계

3.1 생명존중에 대한 근본적인 가치의 회복-여성과 임부를 위한 최선의 선택

낙태를 제한적으로 허용하고 있는 많은 나라에서도 낙태에 대한 찬반 논의는 끊이지 않는다. 또한 낙태죄 개정 입안과 상관없이 임부의 도덕적 책임은 사라지지 않을 것이다.[51] 일각에서는 '태아의 생명존중'의 의미를 낙태 옹호와 낙태 반대의 편협한 대립 구도에 끼워 넣어 그 의미를 상대화하거나 왜곡한다.[52] 생명존중에 대한 근본적인 가치를

---

49) 이에 대한 더 자세한 내용은 ibid., 243-262, 참조.

50) 또한 "자기낙태죄 조항은 낙태의 실행과 교사, 방조에 관련된 남성과 여성 모두를 처벌하고, 임신하지 않은 여성에게는 아무 영향을 미치지 않는다는 점에서 성별 중립적 규제이며, 어떤 차별취급이 존재하지 않는다." '낙태죄 헌법불합치결정', 합헌의견-성차별적 효과에 관하여, 28.

51) 만일 10대나 이성적 능력이 충분히 성숙하지 못한 임부들의 도덕적 책임이 줄어든다고 주장한다면 그들에게 주어진 자기결정권의 행사 능력 또한 줄어든다. 그러므로 그들의 도덕적 책임이 줄어든다면 그들의 자기결정권 또한 축소되는 것이다. C'Zar Bernstein and Paul Manta, Ibid., 258-259.

52) 즉 태아 생명의 존중과 보호에 대한 언급을 낙태반대론으로 간주하여 이를 낙태옹호론과 대립하는 구도에서 생명존중의 의미와 가치를 상대화하거나 (참조: 박숙자「여성의 낙태 선택권과 입법과제 연구」,『한국여성학』, 17(2001, 12), 77-80), 정치적 이데올로기적 관점에서 생명존중사상과 낙태찬성주장을 보수주의와 진보주의의 대립 구도에서 생명존중의 보편성을 왜곡시키기도 한다. (참조: 장동익,「낙태의 윤리에서 인격체 논변 분석과 비판적 검토」,『도덕윤리과교육연구』, 61(2018, 11), 274-275).

회복하지 못하면 여성에 대한 존중과 임부에 대한 배려도 특정 이데올로기에 휩싸이게 된다. 모든 여성이 권력 쟁취를 위한 대립 구도에서 낙태를 옹호하는 여성주의자가 아니며, 오히려 많은 여성은 자신들의 임신에 책임을 다하고 있다. 후자의 요구는 아이를 낳아 잘 기르면서 동시에 자신을 실현할 수 있는 제도적, 사회적 뒷받침일 것이지 낙태죄의 폐지가 아니다. 그러므로 우리는 임부의 자기결정권을 낙태라는 것을 통해서만 임부의 문제를 해결할 수 있다는 식의 제한적 의미로 받아들여서도 안 되며, 낙태권을 통해 정치적 목적을 달성하려는 일부 편협한 여성주의의 희생양이 되어서도 안 된다. 그들은 태아의 생명 보호에는 관심이 없으며 그들의 요구 즉 완전한 낙태의 자유화가 충족될 때까지 임부의 자기결정권이라는 미명아래 죽음의 문화를 조장하는 데 앞장 설 것이다.[53]

그들은 여성이 특히 여성의 몸이 통제받는 사회적 요건들과 가부장적 문화를 맹렬히 비판하지만, 그들 또한 태아의 생명을 잔인하게 통제하려고 한다. 말로니(Anne M. Maloney)에 의하면 오랫동안 역사적으로 '통제'를 행사하는 권력자들(남성)이 어떤 조건의 사람들이 인간으로서 존중받을 수 있는지의 기준을 정해왔는데, 여성들은 인간으로서 인정받는 그 기준에서 제외되어 왔다. 그런데 이제는 주류 여성주의자들이 그와 같은 방식으로 태아의 가치를 규정하려고 한다. 즉 이들은 태아가 인간으로서 존중받을 수 있는 기준을 임부에게 부여해야 한다고 주장한다.[54] 그러므로 이들 또한 가부장적인 이념에서 '자유'라는 명목 아래 임부의 낙태권을 주장한다는 점에서 '통제'를 행사하는 권력자의 면모를 가진다.

한편 낙태행위에 대한 자신의 죄의식을 드러내놓고 이야기하지 못하는 현실을 비판하는 자들이 있다.[55] 이들의 관점은 모호하다. 왜냐하면 이들이 죄의식을 공공연하게 드러내놓고 공동체에 무엇을 조장하고자 하는지, 의문이 들기 때문이다. 죄의식을 갖는다는 것은 그 행위가 잘못이라는 것을 안다는 것이다. 그러므로 그 행위를 하지 않도록 예방하

---

53) 이들에게 낙태의 전면적인 자유화를 위한 변명은 이미 준비되어 있다. 예를 들어 제1삼분기(임신12주)의 낙태를 허용할지라도 그 시기(예를 들어 임신 13주, 14주 등)를 넘긴 태아의 낙태를 위해 여성들이 불법 낙태를 시행할 것이라는 이유로 낙태 제한의 철회를 요구할 것이다. M. Berer, "Abortion Law and Policy Around the World: In Search of Decriminalization", *Health and Human Rights*, 19(2017, 6), 14.

54) Anne M. Maloney, "Cassandra's Fate: Why Feminists Ought to be Prolife", in *Abortion: A New Generation of Catholic Responses*, ed., Stephen J. Heaney, (Braintree, Mass.: The Pope John Center, 1992), 212-213.

55) 박숙자, 「여성의 낙태 선택권과 입법과제 연구」, 70.

는 것이 우선이지 그 행위를 용납하면서 죄의식도 해소해 줄 수 있도록 낙태를 비범죄화하자는 것은 어불성설이다. 음주운전이 잘못이면 그 행위를 예방하는 것이 우선이지 음주운전 이후 빚어진 결과에 대한 죄의식을 해소해주기 위해 음주운전을 단속하지 않고 처벌 조항을 없애자는 것이 말이 되는가? 한편 "낙태를 범죄시함으로써 여성들에게 죄책감을 심어주고" 있다는 주장은[56] 낙태를 비범죄화하면 그 죄책감과 상흔이 사라질 수 있음을 함의한다. 그러나 낙태 찬성론자들조차도 생명이라는 본능적인 도덕적· 윤리적 감수성의 죄책감을 경험한다.[57] 법적으로 죄가 아니라고 해서 도덕적으로 죄가 아닌 것이 아니기 때문이다.

우리 사회에서 생명존중에 대한 근본적인 가치를 회복하지 못한 상태에서 낙태를 자기결정권으로서 허용하는 것은 절대로 여성을 위한 길이라고 볼 수 없다. 왜냐하면, "낙태가 단지 선택의 문제라면 그러한 요구나 압박은 보다 거리낌 없이 행하여질 것이고, 그로 인한 불이익을 감내해야 하는 사람은 모두 임신한 여성"이기 때문이다.[58] 그러므로 보다 급선무는 생명의 가치에 대한 근본적인 성찰을 통해 여성 특히 임부와 태아의 생명을 존중하고 보호하려는 인식의 확산과 제도적인 대안을 마련하는 것이다.

3.2 태아와 임부의 의존적 관계에 대한 오해

'낙태죄 헌법불합치결정'은 태아의 생명권을 보호하면서도 임부의 자기결정권을 보호할 수 있는 절충안으로 기간제 낙태 즉 제1삼분기 안에는 전면적인 낙태 허용을 언급한다. 제1삼분기 안에 임신한 여성은 임신을 계속 유지하여 출산할 것인지 말 것인지를 그 기간에 결정하고 대신 그 이상의 임신 기간에는 낙태를 금지함으로써(「모자보건법」 제14조의 예외 사항은 별도) 태아의 생명권을 보장한다는 것이다. 더불어 여성을 위해 안전한 낙태를 위한 기간으로서도 제1삼분기가 적절하다고 판단하여 태아의 생명보호 정도를 달리하는 것을 정당화한다. 그러나 이 정당화의 기준은 여전히 난해하다. '낙태죄 헌법불합치결정'에서 이 판단의 근거로서 제시한 태아와 임부의 특별한 관계는 아래와 같다.

태아는 엄연히 모와는 별개의 생명체이지만, 모의 신체와 밀접하게 결합되어 특별한 유대관

56) 양현아, 「여성 낙태권의 필요성과 그 함의」, 32.
57) 배정순, 「외상 후 스트레스 장애로서의 낙태」, 『생명, 윤리와 정책』, 2(2018, 4), 89.
58) '낙태죄 헌법불합치결정', 합헌의견-성차별적 효과에 관련하여, 28.

계를 맺으면서 생명의 유지와 성장을 전적으로 모에게 의존하고 있다. 임신한 여성과 태아는 서로 독립적이면서도 의존적인 매우 독특한 관계를 형성하고 있다. 임신한 여성은 자녀가 출생하면 입양 등의 특별한 사정이 없는 한 어머니로서 출생한 자녀에 대한 양육책임을 부담한다. 특별한 예외적 사정이 없는 한, 임신한 여성의 안위(安危)가 곧 태아의 안위이며, 이들의 이해관계는 그 방향을 달리하지 않고 일치한다.[59]

'낙태죄 헌법불합치결정'은 이와 같은 특성이 갈등상황에서 종종 발현한다고 본다. 그래서 임부의 사회적·경제적 상황은 임부뿐 아니라 태어날 자녀에게도 영향을 미쳐 결국 불행을 초래하리라는 판단의 근거가 되고, 이에 따라 임부는 낙태를 결심한다는 것이다. 그리고 이러한 판단을 임부의 전인적 결정으로서 존중하고 또한 권리로서 행사할 수 있도록 보장해야 한다는 것이다. 이 논거에 따르면 태아의 생애가 불행할 것인지에 대한 판단은 전적으로 임부의 관점에 달려있고, 그 관점에서 내린 결정이 태아의 생명을 앗아갈 수 있는 근거로서 정당하다고 보는 것이다. 그러나 태아가 출산 전까지 그리고 그 이후에도 임부에게 의존하여 그 생명을 유지하고 성장하지만, 태아의 삶이 임부의 삶과 동일한 것은 아니다. 또한, 태아로 인해 임부의 삶에 대한 태도와 방향이 달라질 수도 있는 것이다. 그런데도 태아와 임부의 의존적 관계를 오직 임부의 관점에서만 바라보면서 가장 폭력적인 해결 방식에 정당성을 부여하고 이를 권리로서 보장하려는 것이다.

이러한 사고와 이것을 법적으로 정당화시키려는 노력은 이미 「모자보건법」 제14조 낙태죄 조각 사유에 함의된 "태아의 생명은 보호되어야 하지만 태아의 존재가 유전 질환, 친족 간의 임신, 모체 건강 등의 사회, 경제, 의학적인 이유로 인하여 사회에 해악을 끼친다면 사회의 유용성 차원에서 제거해도 된다는 의식"에 있었고,[60] 현재 우리는 그 연장선 위에 서 있다. 법은 태아와 임부의 그 특별한 유대관계를 가지기에 두 생명과 그들 삶의 환경을 향상하는 데 더 중점을 두어야 하는 것이 아닌가? 이것에 실패한 우리 사회는 이제 생명의 가치를 사회의 유용성 차원에서 평가할 수 있듯이 개인의 유용성 차원에서도 평가해도 된다는 의식을 법적으로 정당화한다. 그리고 여성은 그 실행(소위 안전한 낙태)에 대한 책무를 공권력에 요구하면서 스스로의 선택이라는 도덕적 행위 아래 자신의 도덕적 삶을 스스로 파괴하려고 한다. 자기결정이라는 도덕적 행위가 생명의 파괴를 통해

59) '낙태죄 헌법불합치결정', 임신한 여성과 태아의 특별한 관계를 고려할 때의 생명보호수단, 12.
60) 우재명, 「죽음의 위기에 처한 태아와 레비나스의 타자성(他者性) 윤리」, 185.

달성되고, 그 과정에서 임부는 자신의 도덕적 삶 또한 파괴시킨다. 임부와 태아의 그 고유하고도 특별한 관계에 대한 잘못된 사고는 이러한 파괴적 문화를 도입시킨다. 이제 우리사회는 이 파괴적 문화에 법적 정당성을 부여해줌으로써, 결국 생명의 가치와 도덕적 행위에 대한 잘못된 인식을 확산시켜 개인적 차원에서뿐만 아니라 사회적 차원에서도 도덕적 행위에 대한 사유에 큰 위기를 가져오게 되었다.

3.3 임부의 자기결정권과 태아의 생명권 사이의 상호보완적 관계

자기낙태죄 조항은 태아의 생명을 보호하기 위한 불가피한 수단이다. 그러나 '낙태죄 헌법불합치결정' 에서 판시된 법의 해석은 낙태죄의 전면적인 금지로 인해 임신의 유지·출산을 강제하고 있음으로 임신한 여성의 자기결정권을 제한한다고 본다. 그러면서도 동시에 자기낙태죄 조항이 태아의 생명을 보호하기 위한 것으로서, 정당한 입법목적을 달성하기 위한 적합한 수단이라고 판시한다. 이 어려운 문제에 '낙태죄 헌법불합치결정' 은 태아와 임부의 특별한 유대관계에 근거하여 여성의 안위가 곧 태아의 안위와 직결된다는 논거를 제시한다. 그러면서 여성의 안위에 부정적인 영향을 미치는 사회적·경제적 상황들을 고려해 임신을 유지 혹은 종결할 것인지, 그에 대한 결정은 온전히 임부의 인생관과 사회관을 바탕으로 내리며, 이를 임부의 전인적 결정이라고 이해한다. 이는「헌법」 제10조의 행복 추구권과 더불어 헌법질서가 예정하는 인간상을 따른다. 즉 "우리 헌법질서가 예정하는 인간상은 '자신이 스스로 선택한 인생관·사회관을 바탕으로 사회공동체 안에서 각자의 생활을 자신의 책임 아래 스스로 결정하고 형성하는 성숙한 민주시민'이다."(헌재 2003.10.30. 2003헌마518).

자신의 자율에 맡겨진 각자의 인생관과 사회관은 법적 영역에서 규제할 수 없는 것이라면 이것은 도덕적 영역에서 규범으로 규제해야 한다. 그리고 그 규범 안에서 자율적인 판단과 그에 대한 책임을 지며 성숙한 인간으로서 행복을 추구해 나갈 수 있을 것이다. 자율의 의미는 임부의 자기결정에 대한 권리에 앞서 먼저 검증되고 숙고할 부분이다. 위에서 보았듯이 임부의 안위는 태아의 안위와 직접적으로 연결되어 있다. 이 직접적인 연결성이 태아 살해의 정당성을 부여하지 않는다. 임부와 태아의 이 특별한 관계에 대한 성찰은 우리에게 이 두 생명을 위한 최선의 길이 무엇인지를 먼저 숙고하도록 인도한다. 오직 태아를 제거하는 것으로 그들이 처한 상황을 해결할 수 있다고 볼 수 없다. 왜냐하면

여성에게만 허락된 이 고유하고 특별한 관계의 파괴가 여성의 안위와 행복을 증진시킨다고 할 수 없기 때문이다. 특히 사회적·경제적으로 독립되지 않은 임부뿐 아니라 여성들에게도 출산과 양육은 무거운 짐이나 고통처럼 여겨질 수 있어, 선택의 상황에 놓이면 쉽게 부담을 회피할 수 있는 길로 갈 가능성이 높다. 그러나 법적인 죄책감과 별개로 낙태로 인한 후유증은 신체뿐 아니라 심리적·정신적으로 심각한 트라우마를 남겨 여성의 건강 보호에 도움이 되지 않을 뿐 아니라,[61] 오히려 진정한 의미에서 여성의 존엄성과 여성의 주권을 훼손할 수 있다. 생명을 잉태하고 출산하는 여성은 인간 존엄성의 매우 특별하고도 고유한 위치를 차지하며, '여성'으로서의 자기결정권은 여성으로서의 그 고유한 존엄성 안에서 의의가 있는 것이다.

오늘날 많은 젊은 여성들은 단순히 엄마가 되는 것으로 자기 정체성을 개발하지 않는다. 여기에는 대학 진학, 학위 취득, 취업, 결혼 계획 등이 포함된다. 이들에게 임신은 현재와 미래의 자신에 대한 완전한 통제력을 상실한 것으로 인식된다. 그러나 성적 자기결정권이 보장된 상태에서 자신의 성행위의 결과인 임신을 전혀 예상하지 못했다고는 볼 수는 없다. 그리고 그 결과는 여성 혼자만의 책임도 아니다. 그런데도 임신을 직면한 임부는 "내 인생은 끝났다." 또는 "이 아이의 인생은 끝났다"라는 불안감에 고립될 수 있다. 이러한 관점에서 낙태의 선택은 낙태를 결정한 임부와 그녀의 결정을 지지하는 사람들 모두에게 훨씬 손쉽고 방어적인 보호조치로 인식된다.[62] 또한 낙태죄 개정을 통해 정치적, 문화적으로 낙태가 여성을 위한 것이라는 식의 사고를 확산하면 여성에게 권위를 부여하는 것이 무엇을 의미하는지에 대한 전인적인 성찰 대신에 임부를 포함한 모든 여성은 아이를 낳을지를 결정할 때 여성에게 통제권을 부여하는 것이 사랑, 가족, 일, 집단에서 여성의 존엄과 함께 이상과 실제 사이의 차이를 좁히는 데 도움이 된다고 이해할 것이다.[63] 여성들은 이렇게 형성된 문화 안에서 여성의 존엄과 자아실현의 잣대에 종속될 것이며 이런 식으로 미화된 여성의 자기결정권에 대해서 그 이상으로 나아갈 필요성을 고려하지 않을 것이다. 따라서 여성 스스로 생명을 경시하면서 여성의 존엄을 인정받

61) 양주희·엄주희, 「낙태와 관련한 자기결정권의 행사와 그 한계에 대한 재조명」, 83-84.

62) Reva B. Siegel, "Dignity and the Politics of Protection: Abortion Restrictions under Casey/Carhart", *Yale Law Journal*, 117(2008, 9), 1798, Available at SSRN: https://ssrn.com/abstract=1270888(접속일: 2020.8.28).

63) Ibid.

으려는 그 결정의 권리는 미혼모에 대한 지원 부족 및 부정적인 인식, 열악한 보육 여건, 직장 및 가정에서의 성차별적·가부장적 문화 등을 해결하는 것이 아니라 우리 세대가 불편요소를 제거하는 시류·시조에 편승하여 낙태를 합법화했듯이 훗날 우리조차 다음 세대의 불편요소로 전락해 안락사 등의 이름으로 제거 대상이 되는 문화 사조를 이끌 것이다.[64]

더욱이 일부에서는 임부의 자기결정권의 문제를 양성평등의 문제로 접근하여 남성과 여성의 생물학적 차이만이 아니라 삶 전체에 상호보완적인 남녀의 관계를 간과하여 또 다른 문제를 발생시킨다. 이 관점에서 모성과 부성은 해체할 수 있는 사회적 역할로 이해하기 때문에 아이의 삶은 중요하게 여기지 않기 때문이다. 또한 여성만을 임신과 출산의 절대적 결정자의 자리에 놓음으로써 그 결정에 따라 태아는 다시는 반복될 수 없는 유일한 인격체로서의 생명을 영원히 상실하게 된다. 남녀의 상호보완적 관계는 남녀의 사회적 역할을 규정하자는 것도 아니며 여성이 항상 남성의 조력자로서만 존재한다는 의미도 아니다. “스스로가 존재 목적이면서 동시에 다른 이를 향한 존재인 인간은 그 존재 자체가 상호성을 바탕에 두고, 그 관계 안에서 차이성과 유일성은 성장한다.”[65] 현실적으로 우리 사회에서 여성이 취업 경쟁이나 직장생활에서 차별을 경험하는 사례는 쉽게 찾아볼 수 있다. 그러나 “차별은 같은 존재가 불평등한 방식으로 대우받을 경우에 일어날 뿐만 아니라 다른 존재가 같은 방식으로 대우받을 때도 발생한다.”[66] 평등이라는 말을 남성과 여성을 엄격하게 동일한 방식으로 취급하는 것으로 이해한다면 여성은 남성들을 모방할 수 있을 뿐 여성들은 모성을 고려한 정책을 얻는 데는 실패하게 된다.

‘낙태죄 헌법불합치결정’ 내의 낙태죄 합헌의견을 낸 재판관 조용호와 재판관 이종석은 “입법자의 성찰과 모성보호의 필요성”을 다음과 같이 강조한다.

> 우리 헌법은 제36조 제2항에서 “국가는 모성의 보호를 위하여 노력하여야 한다.”고 규정한다. 그러나 현실에서 임신한 여성은 모성의 보호를 충분히 받지 못하고 있다. 아이의 아버지의 공평한 육아분담, 맞벌이 가정에서 아이의 양육을 도와줄 가족이나 사회시스템의 존재가 누구에

64) ‘낙태죄 헌법불합치결정’, 합헌의견-사회적·경제적 사유 등과 관련하여, 27.

65) 최진일,「교회의 가르침에서 바라본 여성의 천성과 그 소명의 위대함에 대하여」,『신학전망』, 207(2019, 12), 145.

66) 얀느 할란 맷러리,「가톨릭 페미니즘 대 평등 페미니즘」, 강한옥 편역, 2005, http://www.cbck.or.kr/Docu ments/ Samok?no=315&page=3(접속일: 2020.8.28).

게나 당연한 것이 아니고, 임신으로 차별과 편견에 시달리지 않는 것만으로도 다행으로 여기는 사람도 있을 것이다. 이러한 사회 환경이 변화하지 않는다면, 여성의 지위 향상을 위해 임신을 부정하고 태아의 생명을 박탈할 권리가 필요하다는 목소리는 줄어들지 않을 것이다.
국가는 인간의 존엄을 위협할 수 있는 현실을 입법을 통하여 개선해 나갈 의무가 있다. 낙태를 형사처벌하는 규정 이외에, 낙태를 하지 않도록 유도하는 제도를 규범화하는 입법정책도 필요하다. 임신은 여성 혼자가 아닌 남녀의 문제이므로, 국가는 미혼부(未婚父) 등 남성의 책임을 강화하는 '양육책임법'의 제정, 미혼모에 대한 사회적 안전망의 구축, 여성이 부담없이 임신·출산·양육할 수 있는 모성보호정책, 임신한 부부에 대한 적극적인 지원과 육아시설의 확충 등 낙태를 선택하지 않도록 유도하는 입법을 하여야 한다. 출산은 여성이 하지만 양육에 대한 경제적 부담은 국가와 사회, 남성이 함께 부담하도록 해야 한다. 이러한 입법과 제도 개선 등을 통하여 태아의 생명권을 실효적으로 보장함과 동시에 여성의 자기결정권도 보호할 수 있을 것이다.[67]

생명에 대한 사회적 책임은 국가뿐 아니라 우리 모두에게 있다. 모든 인간은 독립체이면서 동시에 상호의존적인 특성을 가지기 때문이다. 이는 태아와 임부의 관계에서도 드러난다. 수정부터 임부와 수많은 (분자 생물학적) 수신을 주고받으며 소통을 하고 태아는 임부에게 의존하면서 생존하지만, 독립체로서 그 소통의 주체로 참여한다. 태아가 임부에게 의존해야만 생존할 수 있다는 입장은 지극히 편향적인 시각이다. 만일 태아가 그 생명의 주체로서 임부와 상호작용하지 않는다면 태아는 결코 임부의 몸속에 있더라도 생존할 수 없다.

임부와 태아의 특별한 유대관계는 그 누구도 대신 해 줄 수 없는 여성 고유의 경험이다. "임신하자마자 여성은 새 생명을 보듬기 위한 몸의 조절로 인한 변화를 곧바로 느낀다."[68] 이 생물학적 실제는 태반을 중간에 위치 시켜 모체와 태아의 조직이 서로 융합될 수 없도록 한다. 그리고 모체와 태아라는 두 기관 사이의 생체 교환을 조정하는 체제로서 모체와 태아 모두를 위해 모체의 물질을 변형시키고 저장하고 재분배한다. "태아는 태반을 통한 관계, 즉 철저히 타자를 존중하는 관계를 통해 모체를 탈진시키거나 영양분을 얻기 위한 단순한 수단으로 전락시키지 않고 자랄 수 있다." 그러므로 임부-태아 사이의 관계는 양자의 생명 보존을 목적으로 서로의 차이를 철저하게 존중하는 특징을 갖는 것이

67) '낙태죄 헌법불합치결정', 합헌의견-입법자의 성찰과 모성보호의 필요성, 29.
68) 문은희, 「낙태죄 헌법불합치 결정: 생각 한 토막」, 『현상과 인식』, 43(2019, 6), 194-195.

다.[69]

임부와 태아의 그 특별한 유대관계는 한 생명이 다른 생명을 제거함으로써 그 행복을 추구할 수 있는 관계가 아니다. 두 생명 모두를 위한 선택이 진정한 의미의 자아실현이며, 이는 오직 자신을 내어주는 삶을 통해 달성할 수 있다. 그러므로 임부의 자기결정권과 태아의 생명권 사이에는 상호 보완적 관계가 성립한다. 모성의 자기증여는 태아의 생명을 살리고 보호하는 것뿐만 아니라 타자성에 대한 윤리적 태도를 내포하면서 인간의 자기완성의 모범을 보여주기 때문이다.[70] 이 고유하고도 특별한 관계가 두 생명을 살리고 그들의 행복을 증진할 수 있는 방안을 적극적으로 모색하게 한다. 그래서 인간 생명의 존엄성에 다른 의미를 부여하는 방식으로, 즉 어떤 조건 하의 생명인지를 따지는 것이 아닌 생명 자체를 존중하는 방식으로, 낙태가 아닌 태아와 임부 모두를 위한 공공정책을 권리로써 강력하게 요구할 수 있으며, 이를 통해 가족 가치에 대한 긍정적이고 확고한 변화 비전도 장려할 수 있다.

나가는 말

우리나라「헌법」 제10조에서 말하는 행복추구권은 자유방임주의에 기초하지 않는다. 자유는 우리의 행위에 대한 도덕적 판단의 한 기준이며 동시에 도덕적 행위의 전제조건이다. 도덕적 행위란 어떤 행위가 정당화될 수 있거나 책임을 물을 수 있는 행위를 말한다. 그 행위는 의식적인 근거에 따른 행위이며, 또한 주체적으로 이루어진 행위라는 것을 전제한다. 결국, 행복을 추구하는 이성적인 존재인 인간은 자유와 책임을 통해 그 행복을 추구하는 존재이다. 자유는 고립된 인간이 아니라 관계 안에서 행사되므로 그에 대한 책임 또한 상호 관계 안에서 책임을 지게 된다. 그래서 도덕적으로 올바른 행위에 대한 물음은 자유의 올바른 제한에 관한 물음이며 우리는 항상 여러 가능성이 다른 이들에게 끼칠 영향을 고려해야만 한다.[71] 이제 법이 '낙태죄 헌법불합치결정'을 통해 자유의 올바른 제한을 왜곡시키고 있다.

---

69) 이경아,「모성에 대한 여성주의 재사유」,『한국여성철학』, 11(2009, 6), 191.
70) 최진일,「교회의 가르침에서 바라본 여성의 천성과 그 소명의 위대함에 대하여」, 138-139.
71) 남상현,「윤리적 행위를 통한 자유의 실현」,『신학전망』, 160(2008, 3), 32-38.

우리 사회는 점점 결정의 권리는 강조하면서 결정의 내용과 그 판단 기준에 대해서는 점점 모호한 태도를 취하고 있다. 여기에 '낙태죄 헌법불합치결정'은 오히려 더 왜곡된 방향으로 자유의 가치를 이끌고 있다. 이것은 우리 공동체에서 태아 생명의 가치와 기본권을 어느 정도까지 보호하는 것으로 합의할지에 대한 헌법 질서 속에 담긴 생명의 존중, 보호의 가치와 그 도덕성을 가늠하는 기준에 크게 영향을 미치게 될 것이다. 그리고 더불어 여성뿐 아니라 우리 모두의 양심 형성에도 영향을 미치게 될 것이다. 양심의 판결은 인간 전 존재와 관계를 맺는다. 단순히 인식이나 의욕, 그리고 감각을 넘어서서 인간 실존의 깊이와 인격의 핵심을 드러내기 때문이다.[72]

'낙태죄 헌법불합치결정'으로 인하여 태아의 생명권에 대한 심각한 침해를 맞이하게 되었다.[73] 국회는 태아의 법적 보호를 위한 규정도 반드시 구체적으로 마련해야 할 것이다. 우리 사회가 낙태가 만연하는 이유는 생명존중사상이 부족하기 때문이다. 그리고 그 결과로 여성과 특히 임부에 대한 존중사상도 미흡한 것이다. 이 사실을 망각하지 않으면서 임부와 태아 모두를 살리고 결국 우리 모두를 살리기 위해, 우리는 생명의 의미와 가치에 대한 올바른 교육과 자신의 결정에 대한 도덕적 책임을 질 수 있도록 올바른 양심의 형성을 위한 교육의 필요성을 절감하면서, 그에 대한 정책적 지원 또한 시급한 문제임을 깊이 검토해야 할 것이다. 우리는 태아만을 살리는 것도 여성만을 살리는 것도 아닌 두 생명 모두를 살려야 한다. 이것이 법과 사회가 나아가야 할 방향이다.

---

72) Ibid., 43.

73) 김민우, 「출생 전 생명으로서 태아의 법적 지위-태아의 기본권 주체성 인정을 위한 법적 보호를 중심으로」, 『헌법학연구』, 25(2019, 12), 81.

참고문헌

공병혜, 「생명 윤리와 생명 정치 사이에서-낙태를 중심으로」, 『인문학연구』, 47(2014, 2), 9-34.

구인회, 「여성주의 생명윤리 방법론에 대한 비판적 검토」, 『Catholic Theology and Thought』, 54(2005, 12), 188-204.

국가법령정보센터, 헌재결정례정보, 「형법 제269조 제1항 등 위헌소원[2017헌바127, 2019. 4. 11., 헌법불합치, 전원재판부]」, http://www.law.go.kr/detcInfoP.do? mode=1&detcSeq=150780(접속일: 2020.3.21).

김민우, 「출생 전 생명으로서 태아의 법적 지위-태아의 기본권 주체성 인정을 위한 법적 보호를 중심으로」, 『헌법학연구』, 25(2019, 12), 79-105.

김수정, 「헌재 결정의 의미와 해석」, 『낙태죄 헌법불합치 결정의 의미와 입법과제』, 서울: 더불어민주당 인권위원회, 2019, 2-15.

김정혜, 「낙태죄 폐지를 말하는 이유」, 『페미니즘연구』, 19(2019, 봄), 3-49.

김종세, 「낙태와 헌법상의 근본가치: 여성의 자기결정권과 태아의 생명권」, 『젠더와 문화』, 3(2010, 12), 77-106.

김현철, 「자기결정권에 대한 법철학적 고찰」, 『이화여자대학교 법학논집』, 19(2015, 6), 357-372.

남상현, 「윤리적 행위를 통한 자유의 실현」, 『신학전망』, 160(2008, 3), 25-43.

맷러리, 얀느 할란(Matlary, Janne Haaland), 「가톨릭 페미니즘 대 평등 페미니즘」, 강한옥 편역, 2005, http://www.cbck.or.kr/Documents/Samok?no=315&page=3(접속일: 2020.8.28).

문은희, 「낙태죄 헌법불합치 결정: 생각 한 토막」, 『현상과 인식』, 43(2019, 6), 191-198.

박숙자, 「여성의 낙태 선택권과 입법과제 연구」, 『한국여성학』, 17(2001, 12), 69-98.

박은호, 「"여성의 자기결정권과 태아의 생명권 사이의 상호보완성 연구"에 대한 논평」,국제학술대회 『생명을 이야기하다: 낙태죄 헌법 불합치 결정과 대안적 성찰』 자료집, 2020. 9. 17-18, 서울: 생명문화연구소·신학연구소, 2020, 205-206.

배정순, 「외상 후 스트레스 장애로서의 낙태」, 『생명, 윤리와 정책』, 2(2018, 4), 75-102.

소은영, 「헌법상 성적 자기결정권의 의미에 관한 재검토」, 『이화젠더법학』, 11(2019, 12), 41-65.

양정아, 「여성 낙태권의 필요성과 그 함의」, 『한국여성학』, 21(2005, 4), 5-39.

양주희·엄주희, 「낙태와 관련한 자기결정권의 행사와 그 한계에 대한 재조명」, 『성균관법학』, 30(2018, 12), 65-92.

요한 바오로 2세(John Paul Ⅱ), 회칙 『생명의 복음』(*Evangelium Vitae*), 서울: 한국천주교중앙협의회, 1995.

우재명, 「죽음의 위기에 처한 태아와 레비나스의 타자성(他者性) 윤리: 의식의 전환을 위한 시도」, 『신학전망』, 167(2009, 12), 174-198.

유성현, 「낙태죄 헌법불합치 결정의 의미와 교회의 과제」, 『신학과철학』, 35(2019, 가을), 135-170.

이경아, 「모성에 대한 여성주의 재사유」, 『한국여성철학』, 11(2009, 6), 173-197.

장동익, 「낙태의 윤리에서 인격체 논변 분석과 비판적 검토」, 『도덕윤리과교육연구』, 61(2018, 11), 271-292.

_____, 「낙태 논쟁에서 신체의 자기 결정권과 "강한 자발성" -탐슨의 논변을 중심으로」, 『인문과학』, 73(2019, 7), 331-360.

주교회의 한국가톨릭사목연구소 편찬, 『생명과 가정: 2014년 생명과 가정에 관한 설문 조사 결과 보고서』, 서울: 한국천주교중앙협이회, 2015.

최진일, 「교회의 가르침에서 바라본 여성의 천성과 그 소명의 위대함에 대하여」, 『신학전망』, 207(2019, 12), 119-154.

Berer, M., "Abortion Law and Policy Around the World: In Search of Decriminalization", *Health and Human Rights*, 19(2017, 6), 13-27.

Bernstein, C'Zar and Manta, P., "Moral Responsibility and the Wrongness of Abortion", *Journal of Medicine and Philosophy*, 44(2019, 3), 243-262.

Boonin-Vail, D., "A defense of 'A Defense of Abortion': On the responsibility objection to Thomson's argument", *Ethics*, 107(1997, 1), 286-313.

Maloney, A. M., "Cassandra's Fate: Why Feminists Ought to be Prolife", in *Abortion: A New Generation of Catholic Responses*, ed., Stephen J. Heaney, Braintree, Mass.: The Pope John Center, 1992, 209-217.

Marquis, D., "Why abortion is immoral", *The Journal of Philosoph*y, 86(1989, 4), 183-202.

Siegel, R. B., "Dignity and the Politics of Protection: Abortion Restrictions under Casey/Carhart", *Yale Law Journal*, 117(2008, 9), 1694-1800, Available at SSRN: https://ssrn.com/abstract=1270888(접속일: 2020.8.28).

Thomson, J. J., "A Defense of Abortion", *Philosophy and Public Affairs*, 1(1971, Autumn), 47-66.

초 록

여성의 자기결정권과 태아의 생명권 사이의 상호보완적 관계 연구

최진일

2019년 4월 11일 헌법재판소는 '낙태죄 헌법불합치결정' 을 내렸다. 여기서 태아의 생명권과 그 보호에 대한 국가의 의무를 분명히 밝힌다. 그런데 임부와 태아의 이익이 상호 충돌하는 것이 아니라고 하면서도, 임부의 권리에 태아의 생명권이 종속될 수 있고, 태아의 성장단계에 따라 국가의 생명보호 정도도 달리 정할 수 있다고 봄으로써 결정의 논지를 분명하게 이해하는 데 어려움을 주고 있다. 또한 생명존중과 여성존중을 분리하여 이해하고 있다는 점에서 인간학적, 윤리적 문제점을 지니고 있다고 할 수 있다. 인간의 자유와 여성의 자기결정권이 유한하고 제한적이라는 사실을 간과하고 있다는 점도 지적할 수 있겠다. 이런 문제의식에서 출발하여 본 연구는 먼저 태아의 생명에 대한 다양한 견해들이 내포하고 있는 모호성에 대해 살펴본다. 그리고 낙태에 있어서 임부가 갖는 자기결정권과 이 권리의 한계에 대해 비판적으로 검토한다. 이를 기초로 삼아 태아의 생명권과 임부의 자기결정권과의 상호보완적 관계를 밝힌다. 낙태 논의에서 우리는 생명존중에 대한 근본적인 가치를 회복하지 못하면 여성에 대한 존중과 임부에 대한 배려도 담보하기 어렵다는 사실과 행복을 추구하는 이성적인 존재인 인간은 자유와 책임을 통해 그 행복을 추구하는 존재라는 점을 간과해서는 안 된다. 자유는 고립된 인간이 아니라 관계 안에서 행사되므로 그에 대한 책임 또한 상호 관계 안에서 책임을 지게 된다. 그래서 도덕적으로 올바른 행위에 대한 물음은 자유의 올바른 제한에 관한 물음이며 항상 여러 가능성이 다른 이들에게 끼칠 영향을 고려해야만 한다. 임부-태아 사이의 관계는 양자의 생명보존을 목적으로 서로의 차이를 철저하게 존중하는 특징을 갖는다. 임부와 태아의 그 특별한 유대관계는 한 생명이 다른 생명을 제거함으로써 그 행복을 추구할 수 있는 관계가 아니다. 두 생명 모두를 위한 선택이 진정한 의미의 자아실현이며, 이는 오직 자신을 내

어주는 삶을 통해 달성할 수 있다. 그러므로 임부의 자기결정권과 태아의 생명권 사이의 상호 보완적 관계는 두 생명을 살리고 그들의 행복을 증진시킬 수 방안을 적극적으로 모색하게 한다. 우리는 태아만을 살리는 것도 여성만을 살리는 것도 아닌 두 생명 모두를 살려야 한다. 이것이 법과 사회가 나아가야 할 방향이다.

주제어: 헌법불합치결정, 태아의 생명권, 여성의 자기결정권, 자기결정권의 한계, 모-태아의 상호보완적 관계

Abstract

A Study on the Complementary Relationship between Women's Right to Self-determination and Right to Life of the Fetus

Choi, Jinil

On April 11, 2019, the Constitutional Court issued "The Constitutional Nonconformity Decision". It clarifies the right to life of the fetus and the state's obligation to protect him/her. However, it is difficult to clearly understand the point of the decision by saying that the interests of the pregnant woman and the fetus do not conflict but that the right to life of the fetus can be subordinate to the right of the pregnant woman, and that the degree of national life protection can be set differently depending on the growth stage of the fetus. In addition, it has a separate understanding of respect for life and respect for women, which is why it has anthropological and ethical problems. It can also be pointed out that it overlooks the fact that human freedom and women's right to self-determination are finite and limited. Starting with the awareness of these problems, this study first examines the ambiguity underlying various views on the anthropological status of the fetus. And critically review the pregnant women's right to self-determination and the limitations of this right to abortion. Based on this, it shows the complementary relationship between the fetus' right to life and the pregnant's right to self-determination. In the discussion of abortion, we must acknowledge that it is difficult to guarantee respect for women and consideration for pregnant women unless the fundamental value of respect for life is restored. In addition, it should not be overlooked that human beings, who are rational beings who pursue happiness, are beings who pursue that happiness through freedom

and responsibility. Since liberty is exercised not in isolated humans, but in relationships, responsibility for them also comes to bear in mutual relationships. Thus, the question of morally correct behavior is the question of the right limit of freedom. The maternal-fetal relationship is characterized by thorough respect for the difference between the two for the purpose of preserving their lives. That particular bond between the pregnant woman and her fetus is not a relationship in which one life can pursue that happiness by removing another. The choice for both lives is a true self-actualization, which can only be achieved through self-giving love. Therefore, the complementary relationship between the right to self-determination of the pregnant woman and the right to life of the fetus makes it possible to actively seek ways to save two lives and improve their happiness. We must save both lives, not just the fetus or the woman(the mother). This is the direction in which the law and society should go.

Key Words: Constitutional Nonconformity, Right to Life of the Fetus, Women's Right to Self-determination, Limitations of Right to Self-determination, Maternal-fetal Complementary Relationship

논문 투고일	2020년 9월 30일
논문 수정일	2020년 11월 4일
논문게재 확정일	2020년 10월 27일