

태아의 헌법상 지위

The constitutional status of fetus

고 봉 진*
Ko, Bong-Jin

목 차

- I. 서언(序言)
- II. 헌법재판소 결정 내용
- III. 생명권의 근거와 시작점
- IV. 인간존엄 개념 사용의 문제점
- V. 결언(結言)

국문초록

헌재 2012. 8. 23. 2000헌바402 결정 다수의견과 소수의견은 태아의 생명 보호의 근거와 생명 보호의 정도에 대해 명확한 견해 대립을 보인다. 이러한 견해 대립을 기초로 다수의견은 자기낙태죄 조항이 임신 초기의 낙태나 사회적·경제적 사유에 의한 낙태를 허용하고 있지 않는 것은 임부의 자기결정권에 대한 과도한 제한이 아니며, 형법 제269조 제1항 자기낙태죄 조항은 헌법에 위반되지 않는다고 판시하였다. 반면에 소수의견은 자기낙태죄 조항이 임신기간 여하에 상관없이 임부의 낙태를 전면적, 일률적으로 금지하는 것이 ‘침해의 최소성’ 원칙에 위배된다고 판시하였다.

이 논문에서 필자는 헌재 2012. 8. 23. 2000헌바402 결정 다수의견과 소수의

논문접수일 : 2016. 01. 29.

심사완료일 : 2016. 02. 29.

게재확정일 : 2016. 02. 29.

* 법학박사·제주대학교 법학전문대학원 부교수

건의 대립을 기초로, 태아의 생명 보호의 근거와 생명 보호의 정도를 전면적으로 살펴보고, 필자의 견해를 제시하였다. 필자는 감각능력이 배아에게 생명권을 부여할 수 있는 중요한 성질이라고 생각되며, 뇌사와 관련하여 뇌의 발생으로 생명권이 시작된다고 생각한다.

이 논문에서 필자는 태아의 생명 보호의 근거에 대한 여러 견해를 다루었지만, 이에 대한 합의는 불가능하다. 이는 심각한 가치 대립의 성격을 띠고 있기 때문이다. 이러한 합의 불가능한 가치 대립은 '인간존엄' 개념을 도입함으로써 더 심화되는데, 다행히 헌재 2012. 8. 23. 2000헌바402 결정에는 '인간존엄' 개념이 도입되지 않았다.

모자보건법에 규정된 낙태의 정당화사유가 헌법에 위배되는지 여부, 기한모델과 정당화사유 모델 중 어느 모델이 타당한지를 다룬 헌법재판소 결정은 아직 나오지 않았다. 하지만 자기낙태죄의 위헌성 여부를 심사한 헌재 2012. 8. 23. 2000헌바402 결정에서 '태아의 생명권'에 대해 헌법재판소 다수의견과 소수의견이 서로 대립되는 논증을 함으로써 헌법재판소 재판관의 입장을 알 수 있게 되었다. 이는 초기배아의 헌법상 지위를 다룬 헌재 2010. 5. 27. 2005헌마346 결정과 더불어 한국 생명윤리법에 매우 중요한 위치를 차지하는 결정임에 틀림없다. 양 결정을 토대로 배아와 태아의 헌법상 지위에 대한 논의가 더 심화될 것으로 예상된다.

주제어 : 태아, 생명권, 인간존엄, 헌법상 지위, 생명윤리

Ⅰ. 서언(序言)

낙태를 다룬 최고재판소 결정은 그 존재만으로도 큰 무게가 있다.¹⁾ 독일은 1975년과 1993년 2차에 걸쳐 연방헌법재판소의 결정(BVerfGE 39, 1; BVerfGe

1) 미국 연방대법원에는 두 가지 종류의 사건, 즉 낙태사건과 그 외의 모든 사건이 있다고 할 정도로 낙태의 정당화사유에 대한 문제는 매우 중요하게 다루어졌다. Jeffrey Toobin(강건우 역), 「더 나인(THE NINE)」, 라이프맵, 2010, 70면.

88, 203)이 있었다. 미국은 1973년 연방대법원에서 Roe v. Wade 결정을 내렸다.²⁾ 우리나라는 그간 낙태의 위헌성 판단에 대한 직접적인 결정이 없다가, 2012년 8월 23일에 태아의 헌법상 지위에 대한 헌법재판소 결정(2012. 8. 23. 2000헌바402)이 내려졌다.

헌재 2012. 8. 23. 2000헌바402 결정에 비교해 볼 만한 결정은 헌재 2010. 5. 27. 2005헌마346 결정이다. 헌법재판소는 2010년 5월 27일 결정(헌재 2010. 5. 27. 2005헌마346 결정)에서 수정 후 14일이 경과하여 원시선이 나타나기 전의 수정란상태, 즉 일반적인 임신의 경우라면 수정란이 모체에 착상하여 원시선이 나타나는 그 시점의 배아 상태에 이르지 않은 배아를 ‘초기 배아’로 정의하고, “초기 배아의 헌법상 지위”를 다루었다.³⁾

그에 비해 헌재 2012. 8. 23. 2000헌바402 결정은 형법 제269조 제1항 자기낙태죄의 객체인 “태아의 헌법상 지위”를 다루고 있다. 자기낙태죄의 대상이 되는 태아에는 임신 24주 이후의 태아 뿐만 아니라 임신 중기(임신 13주-24주), 임신 초기(임신 1주-12주)의 태아도 포함한다. 헌재 2012. 8. 23. 2000헌바402 결정은 형법 제269조 제1항 자기낙태죄 조항이 임신기간 여하에 상관없이 임부의 낙태를 전면적, 일률적으로 금지한 것이 ‘피해의 최소성’ 여부에 반

2) 독일 헌법재판소 제1차 낙태판결, 제2차 판결과 미국 연방대법원 Roe v. Wade 결정에 대해서는 고봉진, “생명윤리에서 인간존엄 “개념”의 총체성”, 『법철학연구』, 제11권 제1호, 한국법철학회, 2008, 86면 이하; 고봉진, “국가의 보호의무와 낙태규범”, 『법철학연구』, 제15권 제1호, 한국법철학회, 2012, 166면 이하.

3) ‘체외배아의 헌법상 지위’에 대해서는 고봉진, “초기배아의 헌법상 지위”, 『헌법학연구』, 제17권 제2호, 한국헌법학회, 2011, 325면 이하; Jörn Ipsen(고봉진 역), “체외배아의 헌법적 지위”, 『법과정책』, 제16집 제1호, 제주대학교 법과정책연구소, 2011, 305면 이하. 헌재 2010. 5. 27. 2005헌마346 결정은 생물학적으로 정자와 난자가 수정한 때로부터 인간의 생명이 시작되지만, 기본권 주체성이 언제부터 인정되는지는 생물학적 차원과 규범적인 차원을 함께 고려해서 정해야 한다고 판시하였다. 헌재 2010. 5. 27. 2005헌마346 결정은 아직 모체에 착상되거나 원시선이 나타나지 않은 이상 현재의 자연과학적 인식 수준에서 독립된 인간과 배아 간의 개체적 연속성을 확정하기 어렵다는 점, 배아의 경우 현재의 과학기술 수준에서 모태 속에서 수용될 때 비로소 독립적인 인간으로의 성장가능성을 기대할 수 있다는 점, 수정 후 착상 전의 배아가 인간으로 인식된다거나 그와 같이 취급되어야 할 필요성이 있다는 사회적 승인이 존재한다고 보기 어렵다는 점을 들어 초기배아의 기본권 주체성을 부정하였다. 하지만 헌재 2010. 5. 27. 2005헌마346 결정은 초기배아의 생명권과 국가의 기본권 보호의무를 부정하였으나, 인간의 존엄과 가치가 갖는 헌법상 가치질서의 성격을 고려하여 인간으로 발전할 초기배아의 잠재성을 이유로 국가의 보호의무를 인정하고 있다.

하는지 여부에 대한 판단을 하였다.

II. 헌법재판소 결정 내용

헌법재판소 2012. 8. 23. 2000헌바402 결정은 임부로부터 “임신 6주된 태아”를 낙태시켜 달라는 촉탁을 받고 낙태시술을 시행한 조산사가 형법 제270조 제1항 위반으로 기소되어 재판을 받던 중, 형법 제270조 제1항에 대한 위헌법률심판형 헌법소원을 제기한 것이 계기가 되었다. 낙태된 태아가 임신 6주된 태아라는 점에 문제의 핵심이 있다.

업무상 동의낙태죄와 자기낙태죄는 2인 이상의 관여자가 낙태라는 동일한 목표를 향하여 서로 다른 방향에서 구성요건의 실현에 관여한다는 점에서 대항범에 해당한다.⁴⁾ 헌법재판소는 ‘업무상 동의낙태죄’를 규정한 형법 제270조(‘조산사’에 관한 부분)의 위헌성을 다루면서, 대항범 관계에 있는 형법 제269조 제1항(‘자기 낙태죄’ 조항)의 위헌성을 판단하였다.⁵⁾

헌법재판소는 형법 제269조 제1항 ‘자기낙태죄’의 위헌성을 다루면서, “태아의 헌법상 지위”에 대해 상술하였다. 다수의견과 소수의견은 ‘태아의 헌법상 지위’에 대해 상반된 의견을 제시하면서, 임부의 자기결정권을 덜 제한하는 다른 수단이 있는지 여부를 판단하는 ‘피해의 최소화성’ 심사에서 서로 다른 판단을 내렸다. 다수의견과 소수의견의 핵심이 되는 내용을 살펴보면 다음과 같다.

4) “이 사건 법률조항과 자기낙태죄는 대항범이고, 이 사건은 낙태하는 임부를 도와주는 조산사의 낙태를 처벌하는 것이 위헌인지 여부가 문제되는 사안이므로, 자기낙태를 처벌하는 것이 위헌이라고 판단되는 경우에는 동일한 목표를 실현하기 위해 임부의 동의를 받아 낙태시술을 한 조산사를 형사처벌하는 이 사건 법률조항도 당연히 위헌이 되는 관계에 있다고 봄이 상당하다.”

5) 헌법재판소는 부녀가 약물 기타 방법으로 낙태한 때에는 1년 이하의 징역 또는 200만원 이하의 벌금에 처하도록 규정한 형법 제269조 제1항(‘자기낙태죄’ 조항)이 위헌이라고 판단되면, 조산사 등이 부녀의 촉탁 또는 승낙을 받아 낙태하게 한 때에 2년 이하의 징역에 처하도록 규정한 형법 제270조 제1항 중 ‘조산사’에 관한 부분도 위헌이 되는 관계에 있다고 보았다.

1. 다수의견

다수의견은 태아의 성장 상태와 관계없이 태아는 생명권의 주체로서 마땅히 보호를 받아야 한다고 주장한다. 다수의견에 따르면 독자적 생존능력이나 사고능력, 자아인식 등 정신적 능력은 생명 보호의 근거가 아니다. 또한 신경생리학적 구조나 기능, 고통을 느낄 수 있는 감각 등도 생명 보호의 근거가 되지 않는다. “헌법이 태아의 생명을 보호하는 것은 그것이 인간으로 될 예정인 생명체라는 이유 때문이지, 그것이 독립하여 생존할 능력이 있다거나 사고능력, 자아인식 등 정신적 능력이 있는 생명체라는 이유 때문이 아니다. 그러므로 태아가 독자적 생존능력을 갖추었는지 여부를 그에 대한 낙태 허용의 판단 기준으로 삼을 수는 없다. 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.”⁶⁾

다수의견은 태아의 동등한 생명권 보호를 주장하면서, 그 시작점과 끝을 수정란이 착상시와 진통시로 설정하였다. “수정란이 자궁에 착상하는 것은 수정 후 14일 경에 이루어지고, 그 이후부터 태아는 낙태죄의 객체로 되는데, 수정이 되었다고 하여 수정란이 정상적으로 자궁에 착상할 가능성이 아주 높은 것이 아니며, 그 단계에서는 임신 여부를 확인하기도 어려우므로, 자궁에 착상하기 이전 단계의 수정란을 그 이후의 태아와 동일하게 취급하지 아니하는 것은 그 나름의 합리성이 인정될 수 있다. 또한 진통시부터는 태아가 산모로부터 독립하여 생존이 가능하므로 그 때를 기준으로 사람으로 취급하는 것도 합리적이라고 할 것이다.”

다수의견은 태아의 동등한 생명권 보호를 근거로, 생명 보호의 정도를 구분하는 것은 타당하지 않다고 본다. “태아도 그 성장 상태를 막론하고 생명권의 주체로서 보호받아야 하는 존재라는 점에서 수정란이 자궁에 착상한 이후부

6) 다수의견에는 다음 문장도 있다. “특히 의학의 비약적 발전으로 태아가 모태를 떠난 상태에서의 생존 가능성이 점점 높아지고 있는 현실과 그 성장 속도 역시 태아에 따라 다른 현실을 감안하면, 임신 후 몇 주가 경과하였는지 또는 생물학적 분화 단계를 기준으로 보호의 정도를 달리할 것은 아니다.”

터 출산하기 이전까지의 태아를 성장 단계에 따라 구분하여 보호의 정도를 달리하는 것은 정당화될 수 없다.”

2. 소수의견

소수의견은 미국 Roe v. Wade 판결이 취한 ‘3분기 체계(trimester system)’을 취하고 있다. 즉 소수의견은 임신 24주 이후, 임신 중기(임신 13주-24주), 임신 초기(임신 1주-12주)로 임신 기간을 3등분한다.

소수의견은 Roe v. Wade 판결이 채택한 ‘체외생존가능성(viability)’가 유사한 용어로 ‘독자적 생존능력’을 언급하면서, 임신 24주 이후에나 태아의 독자적 생존능력이 인정된다고 보았다. “생물학의 발전과 의학적 치료술의 발전에 따라 태아가 독자적으로 생존능력을 갖게 되는 시기는 가변적일 수 있으나, 현대 의학의 수준에서는 태아가 임신 24주에 이르기까지는 폐포가 될 종말낭(terminal scac)이 아직 형성되지 않아 자궁배출 이후에 호흡에 이를 가능성이 전무하여 자존적 생존가능성이 전혀 없다고 보고 있으므로, 태아의 독자적 생존능력은 임신 24주 이후에 인정된다고 봄이 상당하다.”

미국 Roe v. Wade 판결은 ‘체외생존가능성(viability)’를 중심으로 태아 생명을 보호할 것을 주장한 반면에, 현재 2012. 8. 23. 2000헌바402 결정 소수의견은 초기 태아에는 ‘감각능력’이 결여되어 있다는 점을 근거로 초기 태아의 생명을 보호하는 것이 부적절함을 지적한다. 낙태가 허용되는 태아의 시기를 임신 초기(1주-12주)에 제한하는데, 그 이유는 임신 초기(1주-12주) 태아는 감각능력을 갖추고 있지 않기 때문이다. “임신 초기, 즉 임신 1주에서 12주까지의 시기는 태아가 이제 막 인간과 유사한 신체적 특징이 나타나기 시작하는 시기로서, 의학계에서는 일반적으로 이 시기의 태아는 사고나 자아인식, 정신적 능력과 같은 의식적 경험에 필요한 신경생리학적 구조나 기능들은 갖추지 못한 것으로 판단하고 있다. 즉 임신 초기의 태아는 감각을 분류하거나 감각의 발생부위 또는 그 강도 등을 식별할 수 없고, 더 나아가 여러 가지 감각을 통합하여 지각을 형성할 수도 없어 고통을 느끼지 못한다는 것이다.” 소수의견에 따르면, 임신 1주에서 12주까지의 태아는 고통을 느끼는 감각능력을

갖추고 있지 않아 임신부의 자기결정권을 더 고려해 낙태할 수 있기 때문에, 전 임신기간에 걸쳐 임신부의 낙태를 전면적으로 금지한 형법 제269조 제1항 자기낙태죄는 '침해의 최소성'에 반한다. "임신기간 여하에 따라 임부의 자기결정권을 고려할 수 있는 가능성 및 필요성이 있다 할 것인데도, 이 사건 자기낙태죄 조항은 임부의 기본권을 덜 제한하는 다른 수단을 모색하지 아니한 채 임신기간 여하에 상관없이 임부의 낙태를 전면적, 일률적으로 금지하고 있다. 따라서 자기낙태죄 조항은 침해의 최소성 원칙에 위배된다."

이처럼 소수의견은 차등한 생명(권) 보호를 근거로 생명 보호의 정도를 달리 할 수 있다는 견해이다. "생명의 연속적 발전과정에 대하여 생명이라는 공통요소만을 이유로 하여 언제나 동일한 법적 효과를 부여하여야 하는 것은 아니다. 동일한 생명이라 할지라도 법질서가 생명의 발전과정을 일정한 단계들로 구분하고 그 각 단계에 상이한 법적 효과를 부여하는 것이 불가능하지 않다."

III. 생명권의 근거와 시작점

생명 보호의 근거를 어떻게 보느냐, 생명권의 인정 근거를 무엇으로 보느냐는 형법으로 보호해야 할 생명권의 시작점을 결정한다.

1. 착상시설 - 다수의견

헌법재판소 다수의견은 수정란이 착상된 이후 시점부터 태아는 생명권의 주체가 된다고 본다. "인간의 생명은 고귀하고, 이 세상에서 무엇과도 바꿀 수 없는 존엄한 인간존재의 근원이다. 이러한 생명에 대한 권리, 즉 생명권은 비록 헌법에 명문의 규정이 없다 하더라도 인간의 생존본능과 존재목적에 바탕을 둔 선형적이고 자연법적인 권리로서 헌법에 규정된 모든 기본권의 전제로서 기능하는 기본권 중의 기본권이다(헌재 1996. 11. 28. 95헌바1). 모든 인간은 헌법상 생명권의 주체가 되고, 인간으로서 형성되어 가는 단계의 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(헌재 2008. 7. 31. 2004헌바81). 태아도 헌법상 생명권의 주체이고, 따라서 그 성장 상태가 보호 여부의 기준이 되어서는 안될 것이다.”

하지만 착상 이후 성장 상태와 관계없이 생명권의 주체가 되는지에 대한 다수 의견의 근거 제시가 미약하다. 다수의견은 유추라는 방법을 통해 이를 설명한다. “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.” 하지만 유추라는 방법은 여기서 타당하지 않다.

다수의견은 인간의 생명을 기본권 중의 기본권으로 보고, 태아가 인간으로 성장할 가능성이 크다는 이유로, 인간으로 될 예정인 생명체라는 이유로 태아의 생명권 주체성을 인정한다. 하지만 이 또한 근거 제시가 충분하다고 할 수 없다. 문헌에는 초기 태아에 이후 태어난 사람과 동일한 지위를 부여하기 위해서 4가지 논증이 도입된다: 인간종 논증, 동일성 논증, 연속성 논증, 잠재성 논증. 인간종 논증은 ‘homo sapiens’라는 생물학적 기준을 통해 초기 태아의 지위를 근거지운다. 동일성 논증은 초기 태아와 이후 태어난 인간이 동일하다는 논증을 통해 초기 태아의 지위를 밝힌다. 연속성 논증은 연속되는 과정을 구분하는 것은 자의적인 구분이 된다고 본다. 잠재성 논증은 초기 태아에 이미 생명권의 주체인 인간으로서의 잠재성이 이미 내재해 있다고 주장한다.⁷⁾

인간의 생성과정이 연속되는 과정이고, 생명의 시작과 끝을 임의로 정하는 것이 자의적이라는 것은 명백하지만, 그렇다고 해서 착상시 외에 다른 구별이

7) 잠재성 논증의 일부라고 할 수 있는 ‘프로그램 논증’도 있다. “배아의 잠재성은 프로그램이 정해진 확실한 잠재성이다. 따라서 이는 착상에 의해 실현되는 것이 아니라 수정에 의해 이미 완벽하게 정해져 있는 것이다.” Christian Starck, “Verfassungsrechtliche Grenzen der Biowissenschaft und Fortpflanzungsmedizin”, JZ 2002, 1067면. ‘프로그램 논증’에 따르면, 체외수정(in-vitro-Fertilisation)과 이를 통해 생긴 배아를 자궁에 이식하는 것 사이의 강한 연결관계를 강조한다; 난자를 추출한 여성에 이식할 목적으로만 배아는 체외에서 생산할 수 있다.

자의적이라는 것은 맞지 않다. 초기 태아와 이후 태어날 사람의 차이는 연속성을 뛰어넘는다. 따라서 적절한 구별점을 찾는 것이 자의적인 것이 아니라, 착상시 외에 적절한 구별점을 찾지 않는 것이 자의적일 것이다. 존재-당위-오류를 피하기 위해서는 권리를 가지는 존재이거나, 최소한 당위를 근거지울 수 있는 존재여야 한다. 따라서 보호해야 할 존재를 ‘중요한 특성’의 관점에서 근거지우는 것은 매우 중요하다.

2. 독자적 생존능력설 - 소수의견

미국 연방대법원은 1973년에 산모의 생명을 살리기 위한 경우를 제외한 모든 낙태는 범죄라고 규율한 텍사스주의 낙태법의 위헌여부를 다루었다(Roe v. Wade 판결). 연방대법원은 태아가 체외에서 생존가능한 시점 이전에 낙태하는 것은 임신부의 낙태할 권리에 속한다고 보았다. 연방대법원은 체외생존가능성(viability)을 기준으로 한 3분기 체계(trimester system)를 수립하였다. 연방대법원은 체외생존가능성을 태아가 “엄마의 자궁 밖에서 인공적인 도움을 받을지라도 살아갈 수 있는 가능성이 있는 시점”이라고 정의하였으며, 일반적으로 체외생존가능성은 7개월(28주)이지만 더 빠를 수도 있으며, 24주일 때도 가능하다고 보았다.⁸⁾ 연방대법원은 3분기 체계를 다음과 같이 정리하고 있다.

“산모의 생명을 구하기 위한 경우를 제외하고는, 임신 기간이나 당사자의 이해관계와는 무관하게 일체의 낙태를 금지하는 텍사스 주법과 같은 법령은 적정절차를 규정한 수정헌법 제14조에 위배된다.

(a) 제1분기 말 이 되기까지, 낙태결과 그 시행은 임신부의 주치의의 의학적 소견에 맡긴다.

(b) 제1분기 말 이후부터, 산모의 건강에 관한 주의 이익을 증진시키기 위하여, 산모의 건강과 관련하여 합리적인 방식으로 낙태과정을 규제할 수 있다.

(c) 체외생존가능성이 발생한 이후, 주는 인간생명의 잠재성을 우선적으로 고려하여, 이 경우 낙태를 규제할 수 있으며, 금지할 수도 있다. 그러나 산모

8) Gregory E. Pence(구영모·김장한·이재담 역), 「의료윤리 I」, 광연재, 2003, 316면.

의 생명 혹은 건강을 보하기 위해 낙태가 필요하다는 적절한 의학적 소견이 있을 경우는 예외로 한다.”⁹⁾

현재 2012. 8. 23. 2010헌바402 결정 소수의견은 미국 연방대법원 Roe vs. Wade 판결의 3분기 체계를 도입하였다. 소수의견은 임신 기간을 임신 24주 이후, 임신 중기(임신 13주-24주), 임신 초기(임신 1주 - 12주)로 나누어 각각에 대해 판단하고 있는데, 그 내용이 Roe vs. Wade 판결 내용과 매우 유사하다.

또한 Roe vs. Wade 판결의 핵심은 체외생존가능성(viability)인데, 현재 2012. 8. 23. 2010헌바402 결정 소수의견은 '독자적 생존능력'을 도입하고 있다. 소수의견이 말하는 독자적 생존능력은 체외생존가능성(viability)의 내용과 동일하다.

소수의견은 임신 24주 이후에야 태아가 독자적 생존능력을 갖는다고 보아 임신 24주 이후에는 태아의 생명도 인간의 생명과 어느 정도 동일시할 수 있어 임신부의 낙태를 원칙적으로 금지하였다(다만 임부의 생명이나 건강에 현저한 위해가 생길 우려가 있는 등 특단의 사정이 있는 경우에만 낙태를 허용하였다). 이를 Roe vs. Wade 판결 내용과 비교하면(“체외생존가능성이 발생한 이후, 주는 인간생명의 잠재성을 우선적으로 고려하여, 이 경우 낙태를 규제할 수 있으며, 금지할 수도 있다. 그러나 산모의 생명 혹은 건강을 보하기 위해 낙태가 필요하다는 적절한 의학적 소견이 있을 경우는 예외로 한다.”)

9) “A state criminal abortion statute of the current Texas type, that excepts from criminality only a lifesaving procedure on behalf of the mother, without regard to pregnancy stage and without recognition of the other interests involved, is violative of the Due Process Clause of the Fourteenth Amendment.

(a) For the stage prior to approximately the end of the first trimester, the abortion decision and its effectuation must be left to the medical judgement of the pregnant woman's attending physician.

(b) For the stage subsequent to approximately the end of the first trimester, the State, in promoting its interest in the health of the mother, may, if it chooses, regulate the abortion procedure in ways that are reasonably related to maternal health.

(c) For the stage subsequent to viability, the State in promoting its interest in the potentiality of human life may, if it chooses, regulate, and even proscribe, abortion except where it is necessary, in appropriate medical judgment, for the preservation of the life or health of the mother.”

(Gregory E. Pence(구영모·김장한·이재담 역), 「의료윤리 I」, 광연재, 316면 번역에 따름)

매우 비슷하다는 것을 확인할 수 있다.

임신 중기(임신 13주-24주)에 대해 소수의견은 태아가 독자적 생존능력을 갖추기 전이라도 임신 초기(임신 1주 - 12주)에 비하여 합병증 우려가 크고, 임부의 생명이나 건강에 위해가 생길 우려가 증가하므로, 국가는 모성의 건강을 증진하기 위하여 낙태의 절차를 규제하는 등으로 임신중기의 낙태에 관여할 수 있다고 판시하였다. 이는 “제1분기 말 이후부터, 산모의 건강에 관한 주의 이익을 증진시키기 위하여, 산모의 건강과 관련하여 합리적인 방식으로 낙태과정을 규제할 수 있다.”고 판시한 Roe vs. Wade 판결 내용과 흡사하다.

임신 초기(임신 1주-12주)에 대해 소수의견은 태아가 신경생리학적 구조나 기능들을 갖추지 않았고, 고통을 느낄 수 있는 지각을 형성하지도 않았다고 보면서, 임부의 자기결정권을 존중하여 낙태를 허용해 줄 필요성이 있다고 판시하였다. 이 또한 “제1분기 말이 되기까지, 낙태결정과 그 시행은 임신부의 주치의의 의학적 소견에 맡긴다.”고 판시한 Roe vs. Wade 판결 내용과 유사하다.

생명권을 특정 성질을 가진 존재에 보장하기 위해서는 인간의 특정 성질이 언급되어야 한다고 주장한다. 초기 태아는 생명권을 근거지우는 특정 성질을 가지고 있지 않다. 초기 태아와 태어난 인간을 비교해 보면, 양자의 동일성이 아니라 양자의 차이를 확인하게 된다.

독자적 생존능력이나 사고능력, 자아인식 등 정신적 능력을 생명 보호의 근거로 주장하는 견해에 필자는 반대하는데, 독자적 생존능력은 ‘임신 24주 이후’에나 생겨나기 때문이다. 임신 24주 이후에야 형법으로 보호하는 생명이라고 한다면 이는 너무 늦은 시점이 된다. “생물학의 발전과 의학적 치료술의 발전에 따라 태아가 독자적으로 생존능력을 갖게 되는 시기는 가변적일 수 있으나, 현대 의학의 수준에서는 태아가 임신 24주에 이르기까지는 폐포가 될 종말낭(*terminal scac*)이 아직 형성되지 않아 자궁배출 이후에 호흡에 이를 가능성이 전무하여 자존적 생존가능성이 전혀 없다고 보고 있으므로, 태아의 독자적 생존능력은 임신 24주 이후에 인정된다고 봄이 상당하다.”

임신 24주 이후에나 생겨나는 독자적 생존능력을 기준으로 태아의 생명을 보호한다면 독자적 생존능력이 없는 태아의 생명은 보호할 가치가 없게 된다.

3. 인격체(Person) 또는 생존이익설

싱어(Peter Singer)는 감각능력이 없는 존재, 감각능력이 있는 존재와 인격체(Person)를 구별한다. 감각능력이 없는 존재와 감각능력이 있는 존재의 구별기준은 '감각능력'이다. 싱어는 이익들에 대한 평등한 고려를 요구하는 '이익 평등고려의 원칙(the principle of equal consideration of interests)'을 제시한다.¹⁰⁾ "고통을 받거나 기쁨을 얻는 능력은 이익 일반을 가지기 위한 전제이며, 우리가 어떻게든 의미 있게 이익을 이야기하기 전에 충족되어야만 하는 조건이다."¹¹⁾ 벤담은 한 존재가 평등한 고려를 받을 권리를 갖게 하는 결정적 특징은 고통을 겪는 능력이라고 지적한다.¹²⁾ 벤담과 같이 싱어에 따르면 감각능력이 있는 존재에는 감각능력이 있는 인간존재뿐만 아니라, 인간존재 외의 감각능력이 있는 존재 또한 포함된다. 이에 따라 동물은 인간이 고려해야만 하는 이익을 가진다.¹³⁾

더 중요한 기준은 감각능력이 있는 존재와 인격체(Person), 즉 非인격체(Nicht-Person)와 인격체(Person)를 구별하는 기준이다. 인격체(Person)는 합리적이고 자의의식적인 존재라는 점에서 非인격체(Nicht-Person)와 구별된다. "자의의식적인 존재는 자신이 과거와 미래를 가지는 개별적 존재임을 알고 있다. [...] 이러한 방식으로 자신을 알고 있는 존재는 자신의 미래에 대한 욕망을 가질 수 있을 것이다."¹⁴⁾ 인격체(Person)가 아닌 감각능력이 있는 존재는 '미래에 대한 희망'을 갖지 않는다. 이 기준에 따르면 인격체(Person)가 아닌

10) Peter Singer(황경식, 김성동 역), 「실천윤리학」, 연암서가, 2013, 53면.

11) Peter Singer(황경식, 김성동 역), 「실천윤리학」, 연암서가, 2013, 102면; "Die Fähigkeit, zu leiden und sich zu freuen, ist eine Grundvoraussetzung dafür, überhaupt Interessen haben zu können, eine Bedingung, die erfüllt sein muss." Peter Singer, *Praktische Ethik*, Reclam, 1994, S. 85.

12) Peter Singer(황경식, 김성동 역), 「실천윤리학」, 연암서가, 2013, 102면.

13) Peter Singer, *Praktische Ethik*, Reclam, 1994, S. 85 f.

14) Peter Singer(황경식, 김성동 역), 「실천윤리학」, 연암서가, 2013, 146면. "Ein selbstbewusstes Wesen ist sich seiner selbst als einer distinkten Entität bewusst, mit einer Vergangenheit und Zukunft. Ein Wesen, das in dieser Weise seiner selbst bewusst ist, ist fähig, Wünsche hinsichtlich seiner eigenen Zukunft zu haben." Peter Singer, *Praktische Ethik*, Reclam, 1994, S. 123.

인간존재가 있고, 인간존재가 아닌 인격체(Person)도 있다. 싱어에 따르면 태아는 인격체(Person)가 아닌 인간존재에 속한다. 싱어는 인간생명의 신성성이론이 효력을 상실한 이후로, 인간존재 개념과 인간생명 개념을 분리해야 한다고 주장한다.¹⁵⁾

하지만 회르스트(Norbert Hoerster)는 인격체(Person) 개념이 그리 도움되지 않는다고 말한다. 왜냐하면 배아를 이미 인격체(Person)로 간주하는 시도가 있기 때문이다. 회르스트에 따르면 인격체(Person) 개념은 헌법에서 역할을 수행하지 못할 뿐만 아니라, 윤리적인 기준으로도 적합하지 않다. 인격체(Person) 개념은 매우 불명확하며, 이를 다루는 저자의 견해에 따라 아주 다른 (경험적, 형이상학적 또는 종교적인) 특징을 갖는다.¹⁶⁾

인격체(Person) 개념 대신에 회르스트는 (이익에 지향된 자신의 논증방식을 따라) '생존이익(Überlebensinteresse)'을 보호해야 할 인간생명의 기준으로 삼는다. 생존이익은 특별한 의식(Bewusstsein)을 전제로 한다. 생존이익은 자의식(Ichbewusstsein)과 미래와 연관된 소망과 연결된다.¹⁷⁾ 생존이익을 추론할 수 있는 관찰가능한 어떤 행동이 보여야 한다. 단순히 논리적으로 생존이익을 생각하는 것은 충분하지 않다.¹⁸⁾ 그의 견해에 따르면 자신의 신체에 가해지는 침해를 막는 방어반응을 수행하는 생존본능은 생존이익이 아니다. 회르스트는 생존이익은 빨라야 생후 4개월이 된 후에야 생긴다고 주장한다.¹⁹⁾

15) Peter Singer, *Praktische Ethik*, Reclam, 1994, S. 118.

16) Norbert Hoerster, *Ethik des Embryonenschutzes*, Reclam, 2002, S. 108; 비르바허(Dieter Birnbacher) 또한 인격체(Person) 개념의 모호성과 부적절함을 지적한다. Dieter Birnbacher, "Das Dilemma des Personenbegriffes", in: Strasser/Starz(Hg.), *Personsein aus bioethischer Sicht*, ARSP Beiheft 73, 1997, S. 9. 회페(Otfried Höffe)는 로크의 인격체(Person) 개념을 생명윤리의 새로운 문제에 적용하는 것을 비판하는데, 이는 로크에게 인격체(Person) 개념은 형법개념이기 때문이다. Otfried Höffe, *Medizin ohne Ethik?*, 2002, S. 75 f.

17) Norbert Hoerster, *Neugeborene und das Recht auf Leben*, Reclam, 1995, S. 14 ff; ders., *Ethik des Embryonenschutzes*, Reclam, 2002, S. 88.

18) Norbert Hoerster, *Ethik des Embryonenschutzes*, Reclam, 2002, S. 89.

19) Norbert Hoerster, *Neugeborene und das Recht auf Leben*, Reclam, 1995, S. 22; Bong-Jin Ko, *Menschenwürde und Biostrafrecht bei der embryonalen Stammzellenforschung*, Peterlang, 2008, S. 27 ff 참조.

4. 감각능력과 뇌발생시절

필자에게는 감각능력(Empfindungsfähigkeit)이 태아에게 생명권을 부여할 수 있는 중요한 성질로 보인다. 이런 의미에서 필자의 주장은 일종의 인간종주의(Speziesmus)이다. 왜냐하면 감각능력을 지닌 다른 존재는 생명권을 통해 보호되지 않기 때문이다. 감각능력은 이의를 근거지우는데 충분한 전제는 아니지만, 필요한 전제이다.²⁰⁾ 감각능력을 통해 존재-당위-오류를 피할 수 있다. 언제 배아가 감각능력을 가지는지는 자연과학에서의 연구가 필요하다.

필자는 생명권의 마지막 시점을 뇌사로 보는 것과 대비해서 뇌의 발생으로 생명권이 시작된다고 생각한다. 호프만(Hasso Hoffmann)은 인간생명이 뇌사로 끝나고 보았다.²¹⁾ 자스(Hans-Martin Sass) 또한 뇌기능으로 보호해야 할 생명의 문제를 다루었다.²²⁾

생명권은 뇌의 생성을 통해 생긴다. 체외배아와 초기 태아는 인간존엄과 생명권을 가지지 않으며, 인간생명의 가치만을 가진다. 인간사체와의 비교를 통해 체외배아와 초기 태아의 지위를 더 구체화할 수 있다. 인간사체가 썩는데 시간이 필요하듯이, 인간도 생기는데 시간이 필요하다. 사체는 인간존엄과 생명권이 없다. 하지만 사체는 더 이상 생명이 없다. 여기에 체외배아나 초기 태아로 인간존엄이 확장하는 원인이 있다.

‘감각능력’에 대한 내용은 헌법재판소의 소수의견에서도 확인된다(하지만 소수의견은 감각능력이 아니라 ‘독자적 생존능력’으로 생명권을 인정한다). “임신 초기, 즉 임신 1주에서 12주까지의 시기는 태아가 이제 막 인간과 유사한 신체적 특징이 나타나기 시작하는 시기로서, 의학계에서는 일반적으로 이 시

20) Hinkmann, “Der Tausch von Interessen ein universalistischer Begründungsversuch”, in: Göller (Hg.), *Philosophie der Menschenrechte: Methodologie, Geschichte, kultureller Kontext*, 1999, S. 94.

21) Hasso Hofmann, “Die Pflicht des Staates zum Schutz des menschlichen Lebens”, in: *FS für Krause*, 1990, S. 119.

22) Hans-Martin Sass, “Extrakorporale Fertilisation und Embryotransfer”, in: Flöhl(Hg.), *Genforschung Fluch oder Segen?*, 1985, S. 46.

기의 태아는 사고나 자아인식, 정신적 능력과 같은 의식적 경험에 필요한 신경생리학적 구조나 기능들은 갖추지 못한 것으로 판단하고 있다. 즉 임신 초기의 태아는 감각을 분류하거나 감각의 발생부위 또는 그 강도 등을 식별할 수 없고, 더 나아가 여러 가지 감각을 통합하여 지각을 형성할 수도 없어 고통을 느끼지 못한다는 것이다.” 임신 1주에서 12주까지의 태아는 감각능력을 갖추지 않았기 때문에 태아의 생명권을 인정할 수가 없으며, 임신부의 자기결정권이 태아의 생명 보호보다 이익형량에서 앞서게 된다.

드라이어(Horst Dreier)는 태어난 사람과 태어나지 않은 태아의 생명을 동일하게 보호하는 것을 비판적으로 살피고, 태어나지 않은 생명을 차등적, 점차적으로 보호할 것을 주장한다.²³⁾ 그는 태어난 사람의 생명권과 태어나기 전인 생명을 보호하는 것 사이의 근본적인 차이를 확인하기 위해, 독일 민법(제1조, 제1923조 제2항), 독일 형법(살인죄 규정, 낙태죄 규정), 독일 헌법재판소 제1차, 제2차 낙태판결을 든다.²⁴⁾ 동시에 그는 태어난 사람의 생명권과 태어나기 전인 생명의 보호 사이의 근본적인 차이를 인식하고 인정하는 것이 태어나기 전 단계의 생명을 무방비 상태로 내버려둠을 의미하는 것이 아님을 명백히 한다. 그 대신에 그는 태어나기 전인 생명의 보호를 현행 법질서에서 4단계로 구별됨을 주장한다. 즉 착상 전 단계, 착상시부터 임신 12주까지, 임신 13주부터 임신 22주까지, 임신 23주부터 태어날 때까지. 정자와 난자가 수정한 후 자라나는 생명은 자궁에 착상하기 전까지 형법 제218조 제1항에 의해 형법적으로 보호되지 않는다.²⁵⁾ 착상한 이후 임신 12주까지의 단계에는 상담의무를 동반한 기한모델이 적용된다.

IV. 인간존엄 개념 사용의 문제점

헌재 2012. 8. 23. 2000헌바402 결정에는 필자가 보기에 한 가지 큰 장점이

23) Horst Dreier, “Stufungen des vorgeburtlichen Lebensschutzes”, *ZRP* 2002, S. 377.

24) Horst Dreier, “Stufungen des vorgeburtlichen Lebensschutzes”, *ZRP* 2002, S. 378 f.

25) Horst Dreier, “Stufungen des vorgeburtlichen Lebensschutzes”, *ZRP* 2002, S. 379.

있는데, 이는 태아 생명 보호의 근거로 '인간존엄 개념'을 끌어들이지 않는다는 점이다. '인간존엄 개념'을 논증에 끌어들이게 되면 논증은 간단하게 끝나지만 모순점들이 발생한다. 태아의 생명을 절대적 인간존엄으로 구성하게 되면 태아의 생명은 임신부의 자기결정권에 절대적으로 앞서게 되어 낙태는 금지된다. 하지만 이 경우에는 허용되는 낙태와 절대적 인간존엄 사이에 모순이 발생한다. 드라이어(Horst Dreier)는 낙태와 태어나지 않은 생명의 절대적 인간존엄 사이의 모순을 발견한다. 그는 낙태에 대한 헌법상의 논의를 인간존엄을 통해서가 아니라, 생명권을 통해 수행함을 통해 모순 없는 해결책을 찾아야 한다고 주장한다.²⁶⁾ 낙태논의의 출발점은 인간존엄 '개념'이 아닌 생명권 '개념'이 되어야 하며, 이를 통해 낙태논의에서의 모순을 피할 수 있게 된다. 생명윤리의 여러 문제에서 인간존엄 '개념'은 확장되어 적용되고 있으며, 이때 인간존엄 '개념'은 절대적 효력을 갖는다는 점에서 합리적 논증대화를 막고 있다.²⁷⁾

인간존엄 개념의 확대는 태아의 생명뿐만 아니라 체외배아의 생명에까지 확대된다. 스페만(Robert Spaemann)은 배아와 태아가 인간존엄의 주체임을 주장한다. 그의 견해에 따르면 단 한가지의 기준만이 중요하다: 생물학적으로 인류가족에 소속됨. 그는 수정란이 완전한 DNA 프로그램을 갖추고 있음을 중요하게 생각한다. 이로부터 그는 수정된 이후부터 성숙한 인간의 모습으로 성장하는 존재를 누군가(jemand)로 다루어야 한다는 결론을 도출해낸다. 다른 이의 필요에 의해 소모되는 무엇(etwas)으로 다루어서는 안 된다.²⁸⁾ 무엇(etwas)이 누군가(jemand)가 되는 시점은 존재하지 않는다. 인격체(Person) 논증에 따르면 어떤 기준을 충족한 사람만이 인격체(Person)가 된다. 스페만은 인격체(Person) 논증의 발생이유를 비판한다. 그는 배아에 인격체(Person) 지위를 박탈하고, 배아를 치료목적으로 파괴하는 의학기술을 비판한다.²⁹⁾ 인

26) Horst Dreier, "Menschenwürdegarantie und Schwangerschaftsabbruch", *DÖV* 1995, S. 1040.

27) 고봉진, "상호승인의 결과로서 인간존엄", 「법철학연구」, 제10권 제2호, 한국법철학회, 2007, 204면 이하; 고봉진, "생명윤리에서 인간존엄 '개념'의 총체성", 「법철학연구」, 제11권 제1호, 한국법철학회, 2008, 91면 이하.

28) Robert Spaemann, "Gezeugt, nicht gemacht", in: Geyer(Hg.), *Biopolitik*, suhrkamp, 2001, S. 49.

29) Robert Spaemann, "Wer jemand ist, ist es immer", in: Geyer(Hg.), *Biopolitik*, suhrkamp,

격체 논증은 큰 논증부담을 안는데, 이는 유럽뿐만 아니라, 인류윤리에 해당하는 전통에 반하기 때문이다.³⁰⁾ 그는 자기의식이나 자기존중과 같은 특성이 인격체 여부의 기준이 될 수 없음을 2가지 예를 통해 증명하려고 한다. 첫 번째 예는 ‘배고픔’과 ‘배고픔을 의식하는 것’이다. 배고픔은 이를 의식함을 통해 시작되는 것이 아니고, 처음에는 의식되지 않지만 나중에는 의식되는 그런 배고픔이다. 두 번째 예는 ‘나’와 ‘나의 의식’이다. 인칭대명사인 ‘나’는 ‘나의 의식’과 연결되지 않고, 나중어야 ‘나’를 말할 수 있는 살아있는 인간과 연결되어 있다. 스스로 ‘나’를 말할 수 있기 전에 다른 사람이 ‘너’라고 말할 수 있다.³¹⁾

‘생물학적으로 인류가족에 소속됨’이라는 기준은 초기 태아와 태어난 인간 사이의 공통점이지만, 이 기준은 ‘인간존엄’ 지위를 초기 태아에 인정해야 하는가에 대한 물음에 대한 답은 될 수 없다. 메르켈(Reinhard Merkel)은 인간종 논증을 ‘자연주의적 오류(naturalistischen Fehlschluss)’의 대표적인 예라고 비판한다.³²⁾ ‘자연주의적 오류’는 단순한 사실, 존재에서 당위, 규범을 이끌어내는 형식논리적으로 불가능한 시도를 말한다.³³⁾ 단순한 생물학적 특성에서 인간이 형량불가능한 존엄을 가진다는 결론을 도출해낼 수 없다. 메르켈은 DNA의 분자구조에서 어떻게 생명권을 근거지울 수 있는지 의문을 제기한다. 그는 특정 성질을 가진 존재에 생명권을 보장하기 위해서는 인간의 특정 성질이 언급되어야 한다고 주장한다.³⁴⁾ 그의 견해에 따르면 체외 배아나 초기 태아는 그 상태에서 생명권을 근거지우는 특정 성질을 가지고 있지 않다.³⁵⁾

케트너(Mattias Kettner)는 ‘자기존중’ 기준으로 인간존엄 지위를 근거지우

2001, S. 80.

30) Robert Spaemann, “Gezeugt, nicht gemacht”, in: Geyer(Hg.), *Biopolitik*, suhrkamp, 2001, S. 48.

31) Robert Spaemann, “Gezeugt, nicht gemacht”, in: Geyer(Hg.), *Biopolitik*, suhrkamp, 2001, S. 48 f.

32) Reinhard Merkel, *Forschungsobjekt Embryo*, dtv, 2002, S. 131.

33) Ulfrid Neumann, “Die Tyrannei der Würde”, ARSP 1998, S. 158; ders., “Strafrechtlicher Schutz der Menschenwürde zu Beginn und am Ende des Lebens”, in: Cornelius Prittowitz/Manoledakis(Hg.), *Strafrecht und Menschenwürde*, 1998, S. 52.

34) Reinhard Merkel, *Forschungsobjekt Embryo*, dtv, 2002, S. 137.

35) Reinhard Merkel, *Forschungsobjekt Embryo*, dtv, 2002, S. 137 ff.

려고 시도한다. 그는 인간존엄 지위의 정당화근거와 귀속근거를 구별한다. 인간존엄 지위의 정당화근거는 '자기존중'인 반면에, 인간존엄 지위의 귀속근거는 도덕적 존재에 속하는 성질이다. 케트너에 따르면 귀속근거인 호모 사피엔스는 인간존엄 지위가 왜 특정 존재에게 부여되는지에 대한 이유를 경험적으로 설명하는 반면에, 정당화근거인 '자기 존중'은 인간존엄의 규범적 내용을 준다.³⁶⁾

하지만 인간존엄에서 '자기존중' 개념이 단지 규범적으로 사용되고 있다는 점을 간과해서는 안 된다. '인간의 자기존중'에 대해 말하려 하면, 최소한 감각능력(Empfindungsfähigkeit)을 전제로 해야 한다. 그렇지 않으면 자기존중의 범위는 너무나 넓혀져서, 단지 형이상학으로만 설명이 가능하다. 이상적인 방법으로 인간존엄을 근거지울 수 있다. 필자에게 이러한 이상을 지향하는 대답은 설득력이 떨어진다. 체외배아나 초기 태아와 관련한 케트너의 견해 또한 자기존중을 형이상학적 방법으로 근거지우는 위험을 내포하고 있다: "모든 인간이 실제로 이러한 자기존중을 보이지 않더라도, 자기존중은 인간에 전형적이다. 왜냐하면 이는 우리 인간이 자기존중을 보여야 하는 것은 당연하기 때문이다."³⁷⁾ 그의 견해에 따르면 자기존중은 인간존엄 지위의 정당화근거이고, 인간존엄은 인권의 정당화근거이다.³⁸⁾ 이런 맥락에서 '인권' 개념에 근거를 두며, 배아의 생명권을 도덕과 연관된 인권개념으로 인정하려고 노력한다. 이를 통해 배아의 잠재성 가치는 생명권 이익의 차원으로 바뀐다. 하지만 '자기존중'과 같이 여기서도 체외배아의 생명권을 이상적인 논증방식으로 근거지울 수 있을 뿐이다.

케트너(Mattias Kettner)의 견해와 같이 브라운(Kathrin Braun)도 인간존엄의 절대적 효력을 도덕능력(Moralvermögen)으로 근거짓고, 이를 통해 인권의 객관적 효력을 구체화한다.³⁹⁾ 인간존엄의 효력근거를 도덕능력으로 근거짓는

36) Mattias Kettner, "Über die Grenzen der Menschenwürde", in: ders.(Hg.), *Biomedizin und Menschenwürde*, 2004, S. 310 ff.

37) Mattias Kettner, "Über die Grenzen der Menschenwürde", in: ders.(Hg.), *Biomedizin und Menschenwürde*, 2004, S. 314.

38) Mattias Kettner, "Über die Grenzen der Menschenwürde", in: ders.(Hg.), *Biomedizin und Menschenwürde*, 2004, S. 295.

것은 타당할지 모르지만, 인간존엄의 대상을 체외배아와 초기 태아로 확대하는 것은 타당하지 않다. 따라서 브라운은 체외배아나 초기 태아의 생명권을 객관적 권리로 형성해야 했다. 하지만 권리를 가질 수 있는 권리는 정확히 보면 체외배아나 초기 태아의 잠재성이다. 인간존엄은 초기 태아에도 미치며, 이는 초기 태아의 생명권으로 연결된다. 하지만 초기 태아는 도덕능력이나 이성을 가진 상태가 아니다. 물론 초기 태아는 도덕능력과 이성을 가지는 존재로 발전할 잠재성을 지닌다. 하지만 초기 태아의 잠재성을 인간존엄이나 생명권을 통해 보호해서는 안 된다. 그럼에도 인간존엄의 효력을 체외배아나 초기 태아에 확대하는 견해는 여전히 많은 문헌에서 주장된다.⁴⁰⁾

V. 결론(結言)

헌재 2012. 8. 23. 2000헌바402 결정 다수의견과 소수의견의 견해를 표로 나타내면 다음과 같다.

	생명 보호의 근거		생명 보호의 정도
다수의견	동등한 생명(권) 보호	→	구분불가설
소수의견	차등한 생명(권) 보호	→	구분설

헌재 2012. 8. 23. 2000헌바402 결정 다수의견과 소수의견은 태아의 생명 보호의 근거와 생명 보호의 정도에 대해 명확한 견해 대립을 보인다. 이러한 견해 대립을 기초로 다수의견은 자기낙태죄 조항이 임신 초기의 낙태나 사회적·경제적 사유에 의한 낙태를 허용하고 있지 않는 것은 임부의 자기결정권에 대한 과도한 제한이 아니며, 형법 제269조 제1항 자기낙태죄 조항은 헌법에

39) Kathrin Braun, "Die besten Gründe für eine kategorische Auffassung der Menschenwürde", in: Mattias Kettner(Hg.), *Biomedizin und Menschenwürde*, 2004, S. 88.

40) Bong-Jin Ko, *Menschenwürde und Biostrafrecht bei der embryonalen Stammzellenforschung*, Peterlang, 2008, S. 27 ff 참조.

위반되지 않는다고 판시하였다. 반면에 소수의견은 자기낙태죄 조항이 임신기간 여하에 상관없이 임부의 낙태를 전면적, 일률적으로 금지하는 것이 ‘침해의 최소화’ 원칙에 위배된다고 판시하였다.

이 논문에서 필자는 현재 2012. 8. 23. 2000헌바402 결정 다수의견과 소수의견의 대립을 기초로, 태아의 생명 보호의 근거와 생명 보호의 정도를 전면적으로 살펴보고, 필자의 견해를 제시하였다. 필자는 감각능력이 배아에게 생명권을 부여할 수 있는 중요한 성질이라고 생각되며, 뇌사와 관련하여 뇌의 발생으로 생명권이 시작된다고 생각한다.

이 논문에서 필자는 태아의 생명 보호의 근거에 대한 여러 견해를 다루었지만, 이에 대한 합의는 불가능하다. 이는 심각한 가치 대립의 성격을 띠고 있기 때문이다. 이러한 합의 불가능한 가치 대립은 ‘인간존엄’ 개념을 도입함으로써 더 심화되는데, 다행히 현재 2012. 8. 23. 2000헌바402 결정에는 ‘인간존엄’ 개념이 도입되지 않았다.

모자보건법에 규정된 낙태의 정당화사유가 헌법에 위배되는지 여부, 기한모델과 정당화사유 모델 중 어느 모델이 타당한지를 다룬 헌법재판소 결정은 아직 나오지 않았다. 하지만 자기낙태죄의 위헌성 여부를 심사한 현재 2012. 8. 23. 2000헌바402 결정에서 “태아의 헌법상 지위”에 대해 헌법재판소 다수의견과 소수의견이 서로 대립되는 논증을 함으로써 헌법재판소의 입장을 알 수 있게 되었다. 이는 초기배아의 헌법상 지위를 다룬 현재 2010. 5. 27. 2005헌마346 결정과 더불어 한국 생명윤리법에 매우 중요한 위치를 차지하는 결정임에 틀림없다. 양 결정을 토대로 배아와 태아의 헌법상 지위에 대한 논의가 더 심화될 것으로 예상된다.

참고문헌

Dieter Birnbacher, “Das Dilemma des Personenbegriffes”, in: Strasser/Starz (Hg.), Personsein aus bioethischer Sicht, ARSP Beiheft 73, 1997.

Kathrin Braun, “Die besten Gründe für eine kategorische Auffassung der

- Menschenwürde”, in: Kettner(Hg.), *Biomedizin und Menschenwürde*, 2004.
- Horst Dreier, “Menschenwürdegarantie und Schwangerschaftsabbruch”, *DÖV* 1995.
- Horst Dreier, “Stufungen des vorgeburtlichen Lebensschutzes”, *ZRP* 2002.
- Hinkmann, “Der Tausch von Interessen ein universalistischer Begründungsversuch”, in: Göller(Hg.), *Philosophie der Menschenrechte: Methodologie, Geschichte, kultureller Kontext*, 1999.
- Norbert Hoerster, *Ethik des Embryonenschutzes*, Reclam, 2002.
- Norbert Hoerster, *Neugeborene und das Recht auf Leben*, Reclam, 1995.
- Otfried Höffe, *Medizin ohne Ethik?*, 2002.
- Hasso Hofmann, “Die Pflicht des Staates zum Schutz des menschlichen Lebens”, in: *FS für Krause*, 1990.
- Mattias Kettner, “Über die Grenzen der Menschenwürde”, in: *ders.*(Hg.), *Biomedizin und Menschenwürde*, 2004.
- Bong-Jin Ko, *Menschenwürde und Biostrafrecht bei der embryonalen Stammzellenforschung*, Peterlang, 2008.
- Reinhard Merkel, *Forschungsobjekt Embryo*, dtv, 2002.
- Ulfrid Neumann, “Strafrechtlicher Schutz der Menschenwürde zu Beginn und am Ende des Lebens”, in: Cornelius Prittowitz/Manoledakis(Hg.), *Strafrecht und Menschenwürde*, 1998.
- Ulfrid Neumann, “Die Tyrannei der Würde”, ARSP 1998.
- Gregory E. Pence(구영모 · 김장한 · 이재담 역), 「의료윤리 I」, 광연재, 2003.
- Hans-Martin Sass, “Extrakorporale Fertilisation und Embryotransfer”, in: Flöhl(Hg.), *Genforschung Fluch oder Segen?*, 1985.
- Peter Singer, *Praktische Ethik*, Reclam, 1994.
- Peter Singer(황경식, 김성동 역), 「실천윤리학」, 연암서가, 2013.
- Robert Spaemann, “Gezeugt, nicht gemacht”, in: Geyer(Hg.), *Biopolitik*, suhrkamp, 2001.

Robert Spaemann, “Wer jemand ist, ist es immer”, in: Geyer(Hg.), *Biopolitik*, suhrkamp, 2001.

Christian Starck, “Verfassungsrechtliche Grenzen der Biowissenschaft und Fortpflanzungsmedizin”, *JZ* 2002.

[Abstract]

The constitutional status of fetus

Ko, Bong-Jin

Professor, Jeju National Univ. Lawschool

There is a clear difference between the majority opinion and the minority opinion of the constitutional court about Grounds and extent of Protection of the foetal life. The majority opinion have very pronounced views that the Right to Life is recognized after a fetus is implanted in the mother's womb. But according to the minority opinion the Right to Life is based on viability. The minority opinion is similar to that of *Roe v. Wade* by the United States Supreme Court on the issue of abortion. The minority opinion created a trimester framework to balance the fundamental right to autonomous decision: protecting the mother's health and protecting human life. In the first trimester, when it was believed that the procedure was safer than childbirth, From approximately the end of the first trimester until fetal viability, the interest in protecting the health of the mother would become compelling. At the point of viability, which the Court believed to be in the third trimester, the state's interest in potential life would become compelling, and the state could regulate abortion to protect life.

In this article I argue that the Right to Life should be based on the sensory ability. The sensory capacity generates after existence of brain. When man consider the existence of brain as the reason and start point of the right to life, the early abortion should be allowed.

The majority opinion asserted that the fetal right to life begins at conception, and should therefore be protected by the Constitution. The minority opinion recognized the fetal right to life after viability which generates in the third trimester. Compared with two opinions of the constitutional court I assert that the Right to Life is based on the sensory ability which generates after existence of brain.

Key words : fetus, right to life, human dignity, constitutional status, bioethics