

# 생명기술공학의 법과 윤리

1. 낙태문제
2. 정치적 주장과 법률적 진술
3. 합리적 고민
4. 낙태와 문명 사회



## ● 신동일 교수

고려대학교에서 법학박사 학위 취득 후, 독일 괴팅겐 대학교에서 박사 후 연구과정을 이수하였다. 한국형사정책연구원 연구실장, 기독교생명윤리 협회 이사, 낙태반대연합 법률자문위원을 역임하였고, 현재 국립한경대학교 법학과 교수이다.



## 1. 낙태 문제

낙태는 한 사회의 단면을 볼 수 있는 사건이 되고 있다. 오래전에는 태아는 사람이 아닌 것으로 여겨졌다. 하긴 그 당시에는 일부 살아 있는 사람도 인간 취급을 못 받기는 마찬가지였다. 아마도 모든 사람이 평등하게 귀하다는 관념은 우리가 고등종교라고 부르는 믿음 때문에 비롯된 것 같다. 현대사회는 종교에 대해 특별히 존중하지 않는 것처럼 보이지만, 사실 종교가 이루어 놓은 많은 좋은 것들 중에 인간의 존엄성이나, 생명의 고귀함, 타인에 대한 배려, 용서 등은 현대사회의 성숙함을 빼놓을 수 없다. 문명이라는 단어는 이와 같은 덕목이 존재할 때만 붙일 수 있다. 경제적 규모와는 별로 관련이 없다.

**어머니 뱃속의 태아가 존중받아야 하는 생명으로 인식된 계기**는 문명화 때문은 아니다. 태아가 인간과 같은 생명 주체로 인지된 것은 아이러니하게 과학의 발전, 즉 의학적인 관심 덕분이다. 1803년 영국의 의학협회와 1821년 미국 코네티컷주 산부인과학회는 태동이 있는 때부터 태아는 인간과 유사한 존재로 평가해야 한다는 의학적 보고를 한다. 이로부터 낙태를 금지시키는 법률안들이 제출되고, 그 효과는 비슷한 수준의 문명을 가진 국가들에서 현실화된다. 낙태는 생각보다 많이 늦게 의학적 사실을 근거로 금지되었다.

그러나 낙태죄가 생기면서 태아와 임신에 대한 인류의 무지함이 사라진 것은 아니다. 여전히 임신은 여성들만이 떠맡아야 할 의무였고, 근대에 이르기까지 법적 권한을 인정받지 못한 여성들의 지위와 함께 어정쩡한 문제로 이해되었다. **우생학**이란 사이비 과학이 성행하던 19세기 말에는 소위 사회적으로 부적응하는 생명에 대한 폄하가 노골적으로 등장한다. 인종주의나 혈통에 따른 우열 등은 모두 우생적 관념에서 비롯된다. 생물적 근거에서 비롯된 우열 구분은 후에는 사회적 부적응자에 대한 열등감을 만들었다. 20세기 초반 대부분 국가들은 이와 같은 잘못된 사고방식에 사로잡혀 있었다. 미국의 인디언과 중국인에 대한 차별과 학살, 남미에서 자행된 유대인 학살 등은 역사적으로 잘 알려져 있지 않았다. 소위 정상적인 법률도 이러한 우생적 관념에 따라 변동하였다. 예를 들면 **영아살해나 자살, 낙태, 존엄사와 같은 논의와 법률들은 모두 우생관념을 공유한다.**



**영아살해**는 태어난 지 얼마 안 된 상태에서 출산의 공포와 당황스러움 속에 영아를 살해한 경우 산부의 책임을 경감하는 법률이다. 그 근거는 이론적으로는 심적 갈등을 들고 있지만, 현실적으로는 인구 도시집중화에 따른 열악한 상태에서의 노동자들의 출산을 막아보려는 노력이 배경이 된다. **오죽하면 영국의 작가 조나단 스위프트는 아침마다 발견되는 태임즈강의 죽은 영아들을 버리지 말고 한끼 식량으로 대체하자는 풍자를 걸리버 여행기 서문에 적었을까.** 현재 이 법률을 유지하는 법체계는 많지 않다. 영아살해에 대한 책임 감경은 소위 적절하지 않은 사정에서 태어나 불안한 삶을 살아야 할 생명을 제거하는 것에 대한 은밀한 허용을 암시하는 시대적 풍조가 우리나라 있다.

자살은 근세 초까지도 종교적인 이유에서 금지되었을 뿐 아니라, 실제로 자살 자체를 처벌하는 법제도가 존재했다. 자살이 종교적 계율을 어긴 것과 자살 자체의 처벌을 구분하는 관념은 중근세의 법률제도를 보면 성립하기 어려웠다. 지금에 와서는 자살한 사람을 어떻게 처벌하지? 하고 의아스럽겠지만, 자살은 종교가 출생과 혼인, 각종 기념, 그리고 장례까지 관정하던 시대에는 자살자에게 종교적 제식과 절차를 허용하지 않음으로써 제재가 가능했다. 특히 종교적 파문은 당시 사람들에게는 사회적 추방을 의미하는 중대한 사건이었다. 종교적 위상이 달라지기 시작하면서 근대 국

가는 자기 시민들을 재산적 가치로 파악했다. 세금을 낼 수 있는 경제적 자원이었기 때문이다. 이 경우 살인이나 자살은 모두 경제적 이익의 감소로 이어진다. 영국의 검시관(Coroner)은 매우 높은 직위의 관리였으며, 그의 임무는 자연사에서 자살과 살해를 구분하는 일이다. 자연사와 달리 자살이나 살해가 발생했다면 죽은 자의 세금을 살인자 또는 자살을 방관한 자에게 대납시켜야 했다. 자살이 사회 부적응자의 선택이라는 관념이 성행하면서 무익한 생명을 보호할 필요가 없다는 생각도 등장했다. 자살에 대한 근대 국가의 처벌이 약화되기 시작한 것은 인간 생명에 대한 소위 가치교량적 관점, 즉 우생적 이해와 관련될 수밖에 없었다.

존엄사 논의는 우생 관념을 가장 잘 말해주는 지점이다. 생명에 대한 가치판단을 순수한 경제-사회적 관점에서 **"무익한 삶"**이라는 새로운 이해를 만들었다. 여기서 존엄이란 말은 죽음을 맞이하는 사람에게 속한 것이 아니라 죽음으로 이익을 얻는 사람들에게만 타당해진다. 즉, 가치 없는 삶을 포기하는 순간 그에게는 존엄하다는 평가가 내려지기 때문이다. 근대 초의 존엄사와 자살은 유사한 이해관계에서 비롯된다. 그 극단적인 끝에 나치스와 일본군의 유대인 학살과 동아시아인 학살이 놓여 있다.

## 2. 정치적 주장과 법률적 진술

근대 형법에서 낙태죄는 **태아의 생명보호와 임부의 건강권**을 지키기 위한 의미로 파악된다. 두 가지 개념은 언제나 상호 조화되는 것은 아니다. 임부의 건강권과 태아의 생명권이 충돌하는 경우도 상당히 빈번하기 때문이다. 법제도에는 이러한 충돌을 해소할 수 있는 다양한 해석 기법이 존재한다. 가장 대표적으로는 긴급피난이라는 장치이다. **긴급피난이란 자기 또는 타인의 현저한 위험을 회피하기 위하여 부득이하게 타인의 법익을 침해했을 때 민형사상의 책임을 지지 않게 하는 법리이다.** 형법은 제22조에, 민법은 제761조에 유사하게 규정하고 있다. 긴급피난을 처벌하지 않고 민법적인 손해배상 책임도 면제시키는 이유는 서로 충돌하는 이익을 비교 평가한 결과이다. 우리 법에는 분명하게 규정하지 않았지만 높은 가치의 이익을 위하여 낮은 가치 이익을 희생시키는 경우 적용된다. 또는 동등한 이익인 경우도 마찬가지이다.

낙태의 경우 임부와 태아의 생명이 비교대상인 경우 어떤 이익을 선택해도 법으로 비난할 수 없다. 그런데 건강과 생명은 일반적으로 생명을 우선적으로 고려해야 한다. 그렇기 때문에 임부의 건강을 위하여 태아의 생명을 희생시키는 것은 법으로 설명하기 어려워진다. 우리나라는 **모자보건법**을 두어 제14조에 다양한 인공임신 중절수술(낙태)을 허용하고 있다. 사실 형법학을 전공하는 입장에서 본다면 이 법률이 적용되는 임신중단이 모두 정당하다고 말하기 어렵다. 법률은 있지만, 그 법률의 타당성은 의심스럽기 때문이다. 간략하게 말해서 모자보건법 제14조의 규정은 일반적 법제도로서의 처벌면제(위법성조각사유)로 판단하기에 부족함이 있다. 아마도 제14조 제1항 제5호에 있는 임부의 건강이 심각하게 위협한 경우 임신중단을 할 수 있다 정도만 법이론적으로 타당할 듯 싶다.

낙태죄와 모자보건법의 원칙-예외 관계가 지나치게 정치적으로 남용되고 있다는 우려가 있다. **어느 시기부터 태아와 모성을 보호하는 법질서가 태아의 생명보호를 폐지하여 여성의 권리를 향상시키자는 정치구호에 우리 사회가 혼란스러워지고 있음을 볼 수 있다.** 필자는 여성주의 운동에 대부분 찬성한다. 그렇지만 근대 법체계에서 극단적인 상황이 아니라면 기존의 법질서가 가진 의미와 목적을 존중하는 것이 필요하다. 특히 요즘처럼 낙태 자유화나 낙태죄 폐지 운동이 거센 시기에는 더욱 그렇다. 여성들의 현실이 각박하고 임신과 출산으로 인한 부담이 오로지 여성에게만 집중되어 있는 실태를 부정하기는 어렵다. 그렇지만 한 젠더의 구조적 불행을 태아의 생명으로 회복시킬 수 있는지는 의문이다.

만일 낙태죄가 폐지되었다고 하자. 그렇다면 여성주의자들의 주장처럼 남성과 여성이 평등한 사회가 곧바로 실현될까? 낙태죄만 폐지하면 남성 노동자와 동등한 임금과 대우가 마술처럼 확보될 수 있을까? 또는 낙태죄가 폐지되어 요구된 것처럼 언제나 당당하게 임신중단을 하면 여성의 독립적 지위는 보장되는가? 이러한 가능성에 대해서 누구도 확신하기는 어렵지만, 필자가 걱정스러운 것은 이러한 논의가 결코 생산적이지 않다는 사실이다.

근대사회는 고등교육을 통해 시민 모두가 일정한 이해에 도달하는 체계로 발전했다. 조금 어려운 설명을 해 보자. 근대 학문과 토론 방식은 중세적 방식과는 달랐을 것이다. 우리는 경험을 해 보지 않았지만 모든 논쟁의 시작과 끝은 정해져 있었다. 종교로 시작하여 종교로 끝난다. 종교적 교리에 벗어난 주장이나 결론은 의미 없으며, 어떤 경우 그 생각만으로도 처벌당한다. 우리 역사에도 당시 지배적 유학사상을 벗어났다는 이유에서 소위 사문난적이라는 오명으로 고난을 겪은 일이 있었다. 이런 역사는 이제 끝이 났다고 믿는다.

그러면 모든 토론은 0에서부터 시작되어 제한 없이 확장될 수 있는가? 그렇지 않다. 비록 종교나 지배적 사상처럼 엄격한 틀은 없지만, 소위 보이지 않는 합리성이라는 구조가 전제되고 있다. 현재 대부분의 교육을 받은 사람들의 기본 이해는 각 영역별로 가능한 주장과 불가능한 주장을 구분하는 특정한 기술이 발달되어 있다. 이와 같은 각 영역간의 논의 방식은 모두 같지 않다. 예를 들어 수학자들의 논의는 법학이나 문학가의 논의보다는 훨씬 엄격하고 정밀할 것으로 예상된다. 또한 같은 영역에서도 논쟁 장소나 시간에 따라 그 엄격함이 달라진다. 민사소송의 증거는 형사소송에서의 증거와 단어는 같지만 큰 차이를 가지고 있다. 심지어 그 입증방식과 효력방식의 차이는 하늘과 땅처럼 극단적이다.

다시 낙태로 와서 낙태죄의 폐지 문제는 기본적으로 법학적인 논의방식에서 먼저 검토될 수 있다. 만일 낙태죄가 폐지된다면 그와 유사한 타인의 이익을 침해하는 범죄들에 대한 조정이 함께 검토될 수 있다. 합리적 결정은 하나의 사건에서만 적용되는 것이 아니라 다른 유사한 사건에서도 지속적으로 적용되어야 하기 때문이다. 예컨대 2015년 우리나라 헌법재판소는 간통죄를 위헌이라고 결정했다. 그로 인하여 성인 간의 성적 자기결정권의 기준이 새로 생겼다. 혼인여부와 관련 없이 성인 간의 성적인 자율성은 존중한다. 그동안 간통죄가 금지하던 혼인의 순수성 내지 배우자에 대한 신뢰 등은 각자의 윤리적 판단일 뿐 형벌로 강제할 사항이 아니라는 점이 헌법재판소 결정의 요지이다. 이 결정은 많은 지지를 받았다. 그런데 필자가 궁금한 것은 이 결정 이후 곧바로 심각한 성매매금지의 위헌성 사건은 왜 같은 법원에서 간통죄와 반대로 결정되었을까이다.

혼인은 법률상의 요건을 충족하여 신고로 완성된다. 그로 인해 다양한 법률효과가 생긴다. 그런데 성매매는 법률행위도 아니다. 우리 법원은 지속적으로 성매매 자체의 계약성이나 법효과를 제

한적으로 해석한다. 배우자의 간통행위의 계약 위반적 행위는 시민의 자율적 선택에 맡긴다는 것이 우리 헌법의 정신이라면, 왜 강요 없는 성인간의 비계약적 행위는 법으로 금지하고 처벌하는지 논리적으로 설명되지 않는다. 적어도 법학이 정상과 학이라면 이처럼 이현령비현령식의 설명은 곤란하다.

낙태죄의 폐지는 이러한 비정상적인 논의 환경에 처해져 있지 않은가? 여성주의자들의 권리주장은 다른 방식을 선택해도 충분할 것으로 보인다. 강한 노동보호와 경력유지에 대한 보장이나, 이에 대한 사회적 지원 등을 요구하는 것으로 할 수 있을 것 같다. 그렇게 하여 효과도 그다지 없을 듯한 낙태죄 폐지에 에너지를 덜 소비하는 게 어떨까 한다. 현실적이고 구체적인 문제 상황에 집중하는 게 낫다고 생각한다. 간혹 토론장에서 불쑥 물어보는 **“당신의 중학생 딸이 임신한 경우도 낳으라고 하시겠습니까?”**와 같은 질문은 낙태폐지를 위한 유효한 논증이 아니다. 이런 경우가 없는 것은 아니지만 이 경우 중학생 임부가 학업을 계속하고 안전하게 출산을 하여도 결코 그의 인생에서 손해를 보지 않도록 해줄 수 있는 방법을 찾아보는 것이 오히려 낫지 않을까?

요컨대 낙태죄의 폐지 문제는 법률적인 검토가 먼저 있어야 한다. 이 검토 없이 단지 정치적 구호로 낙태죄 폐지를 외치는 것은 공허하고, 어떤 면에서 무책임하다. 이렇게 되물을 수 있다. **“당신의 중학생 딸이 처벌받지 않고 낙태만 하면 그 다음엔 모든 문제가 해결됩니까?”**

### 3. 합리적 고민

21세기 우리가 고민해봐야 하는 지점은 현재의 법제도이다. 우리 사회가 가진 가치와 문화를 잘 보여주는 것은 여러 가지가 있겠지만 그 중 법도 포함된다. 우리 법은 생명에 대해 엄격하고 철저한 보호를 명령한다. 다만, 법을 연구하는 학자로서 아쉬운 것은 우리 법은 다른 국가와 비교하면 무엇을 해야 할지는 분명한 반면, 어떻게 해야 할지가 확실히 보이지 않는다는 점이다.

우선 모두가 알듯이 형법은 낙태행위를 금지한다. 그러면서 모자보건법 제14조 제1항은 다양한 예외사유를 정해서 형사처벌이 되지 않도록 한다. 그런데 딱 여기까지이다. 우리 법은 낙태에 대한 예외적 허용을 어떻게 실천할 것인지를 법률로 규정하지 못한다. 예를 들어 낙태행위 금지와 처벌, 예외만 정하고 있다. 그 예외란 임부가 가진 의학적인 문제점과 윤리적 사항(근친상간 등), 또는 임신의 불법성(강간 등에 의한 임신) 등이다. 법률에서는 단지 형사처벌을 하지 않겠다는 표현뿐이다.

정작 필요한 것은 **임공임신중절 수술을 하기 위한 조건과 비용문제, 그리고 사후 처리에 대한 연계적 사항들이다.** 위에서 언급한 중학생의 임신을 생각해보면 더 쉽겠다. 중학교 다니는 학생이 임신을 했다. 그러면 일단 학교에서는 학칙에 따라 퇴학 내지 휴학 처리가 될 수 있다. 이러면 그 학생의 미래는 일단 암울해진다. 설령 본인이 원하는 임신이고, 정확한 이성적 판단에 따라 출산을 결정했다고 해도 우리 사회 현실은 그 어린 학생이 학교를 계속 다니면서 본인의 꿈을 계속 꿀 수 있는 여건이 미비하다. 이럴 때 가장 필요한 것은 임신한 학생을 실질적으로 도울 수 있는 법적 제도와 장치이다.

상상을 해 본다. **만일 중학교를 다니는 어린 학생이 임신을 했을 때** 주변 기관의 도움으로 학생이 적절한 시설에 들어가서 다양한 방식의 사회심리적 상담과 교육, 그리고 임신과 출산에 따른 본인의 신체적 변화와 부담 등에 대해 정보를 받고,

출산 후 본인 결정에 따라 지속적 육아를 할 경우 주거와 노동, 지속적 교육 지원책이 명확하게 정해진다면? 적어도 무책임하게 “당신 딸이라면”과 같은 비이성적인 질문에서 벗어나서 합리적인 판단을 해볼 수 있을 것으로 보인다. 이러한 상상은 지속적으로 확대될 수 있다. 이미 다자녀인데 또 임신한 경우, 가정형편을 이유로 임신과 출산이 여의치 않은 경우, 임신한 아이가 장애를 가진 것으로 예상되는 경우 등으로.

모두가 쉽지 않은 결정이고 사회적 비용도 만만치 않을 수 있다. 그런데 필자 생각에 OECD 회원국 중 경제규모가 10위권을 유지하는 사회에서 이 정도의 비용을 지불하지 않는 경우가 별로 없다. 우리보다 못한 사회에서도 가능한 제도이기 때문이다.

**독일**의 예를 들어보면 독일은 지금도 낙태행위를 처벌한다. 그러나 형법에 그 허용사유를 명시하고 있다. 우리에게 관심이 많은 처벌 예외 규정은 아무래도 12주 미만의 임신의 경우 상담을 통해 낙태를 할 수 있도록 한 경우일 것이다. 이 예외 규정은 1975년 형법개정에서 도입되었다. 이 규정에 대한 독일 연방헌법재판소의 결정은 태아의 생명권을 충분히 고려하지 않았기 때문에 위헌이라는 판단을 내린다. 새로운 입법은 상담을 조건으로 12주 미만의 임신중단을 허용하였다. 두 번째 개정은 1989년 통독이 되고 동서독 통합법률을 구성하면서 동독 식의 소위 기간적응(기간만 지키면 사유와 관계없이 낙태허용)을 법률로 규정한다. **이 법률 역시 독일 연방헌법재판소에서 사유를 정하지 않은 낙태허용은 헌법에 반한다는 판단을 한다.** 결국 두 번의 개정과 두 번의 위헌판결로 현재와 같은 원칙-예외가 정해진다.

**독일의 경우를 간단히 설명하면, 낙태는 원칙적으로 금지하고 예외적으로 12주 미만의 사유를 충족하면 상담을 통해 임신중단이 가능해진다.** 그에 대한 구체적인 사항을 규정한 법률이 1992

년 “임신갈등을 회피하고 조절하기 위한 법률” (Gesetz zur Vermeidung und Bewältigung von Schwangerschaftskonflikten (Schwangerschaftskonfliktgesetz - SchKG), 약칭 임신갈등법이다. 이 법률의 주요 내용은 첫째 법률에서 정한 상담소의 설치, 상담 내용, 지원 프로그램의 구체적 내용, 특별한 경우의 상담사항(장애인 임신이나 장애가 예상되는 태아, 미성년임신 등), 임부의 요청에 따른 익명출산과 입양, 익명출산시 법적인 처리, 장래 출산한 아동의 출생증명 열람권 등이다.

법률은 매우 구체적인데, 상담윤리를 정한 규정(제5조)에서는 태아의 생명권을 존중하여서 모든 상담이 진행되도록 하고, 이 상담내용은 익명처리하여 주정부가 관리 감독한다. 또한 실질적 지원을 위하여 법률전문가, 사회심리학자, 교육심리학자, 의료인, 장애아 양육 경험인 등을 상담에 포함시킬 수 있다.(제6조) 상담소는 모든 사람이 이용할 수 있는 장소에 두며, 비용은 모두 무료이다. 또한 임부에 대한 실질적 지원도 구체적이다. 임신 전 성교육과 같은 사항도 포함하며, 임신 전후의 상담도 가능하다.

만일 임부가 상담에도 불구하고 임신중단을 결정하는 경우 주정부는 그에 맞는 시설을 이용토록 한다. 임신중단을 위한 시설에 근무하는 어떤 누구도 그 수술에 의무적으로 참여할 필요는 없다. 모든 임신중단에 대한 사항은 연방통계청과 주정부에 보고되며, (제15조 이하) 모든 지원에 대한 구체적인 사항이 규정된다.(제19조) 이에 따르면 사회보장에 따른 지원대상자와 노동지원대상자 등 다른 법률에서 중복된 지원은 이 법률에 따른 지원으로 대체되며, 그 지원 대상이 아닌 경우는 임부의 요청에 따라 이 법률이 제공하는 주거, 교육, 양육, 산후조리까지 지원될 수 있다. 모든 임신중단 지원 사항은 형법적 금지요건에 해당되지 않는다는 증명서가 첨부되어야 한다. 지원은 구체적이고 즉각적일 것이 규정되어 있다.

보다 구체적인 사항은 **익명출산(제25조 이하)**이다. 익명출산이란 임부가 자신의 임신, 임신중단, 출산 등의 사항에서 신분을 노출하고 싶지 않을 때를 위한 제도이다. 이 제도에 따르면 임부의 정보는 철저히 비밀로 유지된다. 상담뿐 아니라, 출산의 경우도 본명이 아니라 다른 이름으로 출생신고 등을 마칠 수 있다. 또한 본인의 이후 교육이나 노동기회에서도 익명을 사용할 수 있으며, 그 이름으로 생활하는 데 충분한 법적 여건을 제공한다. 이 법률은 임부만이 아니라 출생한 아동의 권리 역시 보호하고 있다. 출생 후 본인의 신분이 새로 정해지고, 입양 등의 조치에 불편함이 없도록 한다. 또한 만16세가 되면 본인의 생물적 모와 부의 존재를 확인할 수 있는 본명 출생증명서를 열람할 수 있다. 이를 익명출산한 어머니가 부담스럽게 생각하는 경우 1차적인 거부권을 행사할 수 있다. **최종 결정은 법원이 한다.**

**법원의 절차 역시 결정 전에는 어머니의 신분이 노출되지 않도록 하고,(제31조와 제32조) 사건관할과 심사내용을 법으로 지정하고 있다. 이와 별도로 상담에 대한 이의가 있을 경우 판단할 법원도 지정한다.**

필자는 개인적으로 인공 임신중절의 확대를 바라지 않는다. 윤리적인 이유가 아니라 우리 법률이 태아의 생명에 위협적인 판단을 조심하도록 하기 때문이다. 그런데 최근 법적인 검토보다 일회적인 정치나 사회적 주장만 증가하고 있다고 보인다. 이런 현상은 어쩌면 현대사회에서 가장 경계해야 할지 모른다. 비약해서 말하면 문명의 실패로 이어질 수 있기 때문이다.

## 4. 낙태와 문명사회

간혹 법철학 수업 중에 학생들에게 이런 질문을 받는다. 수업에서 법철학적 관점을 설명하려면 반드시 근대 철학자들인 **칸트나 헤겔, 니체** 등을 강의해야 한다. 그들은 모두 독일인이다. 현대 문명사회는 독일 철학자들의 이성적 주장에 많은 영향을 받고 있다.

학생들의 도전적 질문은 이런 것이다. **“훌륭한 철학자들이 많은 독일 사회는 어떻게 나치스를 선택했나?”** 이 질문은 사실 매우 훌륭한 것이어서, 20세기 초반 전쟁에서 살아남은 독일 철학자들 사이에서도 집중적으로 다루어졌다. 방대한 논의를 여기서 모두 거론할 수는 없지만 내가 이해하는 학자들의 결론은 **“반이성적 동기의 이성적 절차화의 위험성”**이다. 우리는 나치스의 등장이 정상적인 당시 독일 정치구조에서 어떻게 가능했는지 궁금해한다. 일반적인 역사적 평가에 따르면 **히틀러**는 독일의 정상적 정치체계에서 정권을 획득한 게 아니다. 1920년 하급 부사관 출신 히틀러는 유명한 뮌헨 호프브로이하우스 연설에서 당시 독일의 곤궁함을 극복할 수 있는 극우주의적 강령을 발표하면서 급부상한다. 그가 타도하고자 했던 세력은 바로 현대 법학에서 가장 이상적인 민주적 법치주의 체계로 평가하는 바이마르 공화국이었다.

1929년 대공황으로 전 세계 경제는 몰락한다. 독일은 수많은 실업자와 제1차 세계대전의 극단적 채무 속에서 더 어려운 상황을 맞이한다. 또한 독일 동쪽지역이 빠르게 공산화되면서 독일인들의 공산화 두려움도 강해졌다. 30% 정도의 지지만 유지하던 그의 민족사회정당(NSDAP)은 1934년 정계개편으로 히틀러에게 총통직을 부여하여 가장 막강한 정치적 권한을 부여받는다. 그로부터 모든 비극은 시작되었다. 그는 자신의 정치적 이념을 포장하기 위해 니체와 헤겔, 바그너를 이용했고, 독일 학자들은 그의 정치적 이념을 또한 철학적으로 포장해주었다. 요컨대 **그의 정**

치적 성공은 결코 이성적인 선택이 아니었다. 그렇게 독일은 **“광기의 시대”**로 들어선 것이다.

우리는 이성이 비이성적 동기에 따라 형성될 수 있다는 사실을 경험을 통해 알고 있다. 그래서 반이성적 동기가 이성적인 절차를 통해 굳어질 때 얼마나 위험한지도 알고 있다. 쉬운 사례는 뇌물을 통해 국가 공직체계가 오염되고, 은밀한 거래를 통해 법원이 움직이며, 정치적 목적으로 경찰력이 동원되는 경험을 그동안 겪었다. 필자가 학생들의 질문에 궁색하게 하는 답변은 “이성적 판단이 가능해질 수 있는 여건을 보장해주지 않는 법제도는 위험하다.”

다시 낙태의 문제로 돌아가서 낙태죄의 폐지 여부는 법학의 제한적 공간과 시간에서 다루어져야 이성적 결론을 얻을 수 있다. 그 후 다른 영역, 예를 들어 사회복지나, 헌법적 타당성, 의학적 지원, 여성주의적 갈등 등이 각자의 이성적 방법론과 체계에서 토론되어 각자 결론으로 제시되어야 한다. 그런 후에 우리는 개별적인 결론들을 낙태라는 현상에 적용하여 새로운 정책을 제안할 수 있다. 그렇지 못하면 언제나 비이성적 동기가 이성적 절차 내에서 뿌리를 내리게 되는 악순환이 지속될 수 있다. 오랜 의정활동을 하신 전 국회의원 한 분이 이런 말씀을 하신 기억이 있다. 법을 만드는 과정에 개인적 욕망이 개입하게 되면 아무리 아름다운 법률도 후에는 골칫거리로 전락한다. 게다가 법의 윤리란 어려운 게 아니라 그저 **‘명확해 보이는 것도 시간을 두고 천천히 생각하는 것’**만 해도 지켜질 수 있다. 현장에서 검거된 범죄자에게도 헌법으로 무죄추정권을 인정하는 오래된 법원리는 괜히 생겨난 게 아니다. 지금은 낙태죄 폐지 논쟁에서 잠시 걸음을 멈추고 우리를 돌아봐야 할 시기이다.