
저자 (Authors)	Sheelagh McGuinness, 윤일구
출처 (Source)	법학논총 30(3) , 2010.12, 389-400 (12 pages)
발행처 (Publisher)	전남대학교 법학연구소 Institute for legal studies Chonnam National University
URL	http://www.dbpia.co.kr/Article/NODE01605451
APA Style	Sheelagh McGuinness, 윤일구 (2010). 영국에서의 낙태죄의 역사. 법학논총, 30(3), 389-400.
이용정보 (Accessed)	연세대학교 165.***.14.104 2018/10/22 15:58 (KST)

저작권 안내

DBpia에서 제공되는 모든 저작물의 저작권은 원저작자에게 있으며, 누리미디어는 각 저작물의 내용을 보증하거나 책임을 지지 않습니다. 그리고 DBpia에서 제공되는 저작물은 DBpia와 구독계약을 체결한 기관소속 이용자 혹은 해당 저작물의 개별 구매자가 비영리적으로만 이용할 수 있습니다. 그러므로 이에 위반하여 DBpia에서 제공되는 저작물을 복제, 전송 등의 방법으로 무단 이용하는 경우 관련 법령에 따라 민, 형사상의 책임을 질 수 있습니다.

Copyright Information

Copyright of all literary works provided by DBpia belongs to the copyright holder(s) and Nurimedia does not guarantee contents of the literary work or assume responsibility for the same. In addition, the literary works provided by DBpia may only be used by the users affiliated to the institutions which executed a subscription agreement with DBpia or the individual purchasers of the literary work(s) for non-commercial purposes. Therefore, any person who illegally uses the literary works provided by DBpia by means of reproduction or transmission shall assume civil and criminal responsibility according to applicable laws and regulations.

영국에서의 낙태죄의 역사*

Sheelagh McGuinness**

윤 일 구역***

目 次

I. 들어가며	IV. '치료상 낙태'의 등장
II. 태아와 관련된 법	V. 결 론
III. 영국에서 낙태법의 역사	

I. 들어가며

본 논문에서 필자는 영국의 현행 낙태규정에 대해 개관할 것인데, 논의의 대부분은 주로 England, Wales와 관련된다. 낙태규정에 대한 어떤 연구라도 시대에 따라 낙태의 본질과 적법성에 관한 모순된 수많은 설명들이 있기 때문에 어려움이 있다. Victoria Greenwood와 Jock Young에 따르면 우리가 낙태와 관련하여 확신할 수 있는 한 가지 사실은 바로 그것은 항상 존재해왔다는 것이다:

“낙태는 항상 존재해왔다. 역사를 통하여 여성들은 낙태를 하기 위해 다양한 물질, 사물 그리고 기구들을 사용하였다. 에스키모들은 분리된 바다코끼리의 갈비뼈를 사용하였다. 10세기 페르시아 여성들은 날카로운 서양 호박의 뿌리를 사용하였다. 약초의 조제물과 화학 용액은 영국에서 낙태에 관한 ‘老妻의 이야기’를 만들어냈다. 이러한 방법과 다른 수단들은 수 천년동안 폭넓게(성공적으로) 사용되었다. 여성들은 납, 퀴닌(화학물질), 지방산 알칼리 금속염, 박하류의 식물 그리고 그들의 복부에 대한 직접적이고 물리적인 가해에 그들을 노출시켰다. 대다수의 이러한 방법은 심각한 위험을 수반하였다. 일부 물질은 치명적이었다. 다른 것들은 심각하게 여성이나 아이들(만약 낙태가 실패한다면)의 건강에 해를 미쳤다. 낙태라는 것은 임신 그 자체만

* 본 논문은 대한민국의 국립전남대학교 법학전문대학원에서 2010년 5월 4일 발표된 것이다. 필자를 전남대학교와 동 법학연구소에 초청해준 방호삼 교수에게 감사를 표한다. 또한 특별히 방문기간 동안 호의를 베풀어 준 신창선 전남대학교 법학전문대학원장님과 송오식 법학연구소장님께 감사의 말씀을 전하고 싶다.

** 영국 킬대학교 직업윤리센터 전임연구원.

*** 전남대학교 법학연구소 전임연구원, 전남대학교 법과대학 강사.

큼이나 오랫동안 계속되었다.”

분명하게 그러한 법적상태에 대해 다른 시대와 장소에 있어서 많은 의견 차이가 있다. 위의 인용은 어떻게 낙태가 오랜 역사동안 사회적인 사실로서 실제 존재해 왔는가를 보여주고 있다. 법은 여전히 의견이 분분한 이러한 문제를 다루는데 어려움을 겪어왔다. 이러한 문제는 비록 많은 유형의 낙태에 대하여 유죄 판결이 내려졌을지 모르나 법의 字句와 그것의 적용 간에는 큰 차이가 있었다는 사실에 의해 더욱 혼란스러워진다. Albin Eser와 Hans-Georg Koch는 다음과 같이 기술한다:

“이러한 주제에 대한 어떤 사람의 확신이 무엇이든, 법의 역사와 비교법은 원하지 않는 임신이 먼 옛날부터 한 가지 또는 여러 가지 수단에 의해 세계 도처에서 中絶되었다는 것은 의심의 여지가 없다. 비록 자살이 인류의 역사를 통하여 흔한 것이라고 할지라도, 본질적인 진실을 간과하지 않는 것이 중요하다: 즉 출생이후의 생명은 항상 효과적으로 빈틈없는 보호벽에 의해 보장되었고 가장 가혹한 형법상 형벌에 의해 보호된 반면, 출생전의 생명을 박탈하는 것은 동일한 금지의 대상이 아니었고 가혹하게 처벌되지도 않았다. (중략) 전술한 태도에 있어서의 차이의 특징은 낙태의 빈도와 낙태로 인한 기소의 빈도 사이의 불일치가 살인죄나 고의 살해보다 더욱 극적인 것으로 나타난다.

우리는 낙태에 관한 규정과 관련되었거나 관련된 어려움과 논쟁들을 이해함으로써(또는 적어도 인식함으로써) 태아의 범주에 속한 다른 구성원들을 보호할 때 법이 부딪히는 난해함의 완전한 그림을 그릴 수 있다. 물론 낙태에 관한 규정이 오로지 태아에게만 관련되었다는 것을 암시하는 것은 결코 아니다. 공공보건상의 근거와 의학상의 전문성은 적어도 중요한 역할을 맡아왔다. 그러나 이러한 후자의 영역은 태아의 지위에 대한 일치보다 더 큰 합일점에 있는 것 같다.

본 논문은 다음과 같이 구성되어 있다. 우선 필자는 법이 낙태를 규율할 때 부딪히는 주된 어려움 중의 하나인 생명이 법의 보호를 획득하는 때는 언제인가에 대해 약술할 것이다. 그런 다음 영국에 있어서 낙태법의 역사를 개관할 것이다. 그리고 Aleck Bourne의 사건에 대한 논의를 할 것인데, 이 사건은 영국의 낙태죄의 역사에 있어서 가장 중요한 것들 중의 하나이다. 이 사건을 분석할 때, 필자는 영국에서 낙태의 허용에 관한 의학적인 정당성의 역할을 설명할 것이다. 이것은 오늘날 영국에서의 엄연한 사실인 것이다.

II. 태아와 관련된 법

이 장은 도덕상 지위의 기능과 법률상 지위의 기능 간의 차이를 검토할 것이다. 비록 도덕상의 논의와 채용된 법적인 지위 간에 일종의 상관관계가 있다고 할지라도, 법에서 말하는 人(自然人)은 법이 그것의 주체로 정의한 실재(實在)이고 도덕적인 관점에서의 人과는 다르다. 이와 같은 진술은 우리가 어떻게 도덕상의 지위와 법률상의 지위의 차이를 이해할 것인가에 대한 출발점이기 보다는 도착점이다. 그 구별이 어느 쪽을 유지하는 가는 법이 지지하는 법의 특별한 이유에 달려있다. 이러한 질문에 대하여 법실증주의자들과 자연법론자들 간의 오랫동안 지속되어 온 논쟁이 있고 그러한 논쟁을 정당화시키는 것은 본 논문의 영역을 넘어서는 것이다. 이 장에서 필자는 우리가 어떻게 법과 도덕의 차이점을 이해하는가에 관한 특징에 관해 지지하는 그 논쟁의 양상을 간략하게 다루기로 한다 - 이것은 법률상 지위와 도덕상의 지위의 구별이다. *Byrn v New York City Health & Hospitals Corporation*라는 미국의 사례는 재판관이 임신된 24주 이전의 태아가 법적인 사람으로 간주될 수 있는지의 여부를 결정해야 했던 *New York*의 사건이다. 이 사건에서 원고는 드물고 예외적인 사건들의 경우를 제외하고 낙태에 대한 금지가 유지되기를 원했다. 그러므로 이 사건은 법적인 사람인가라는 질문에 따라 결정되었다. 다수의 입장을 요약하여, *Breitel J*는 다음과 같이 말했다:

“무엇이 人인가라는 것은, 물론 헌법을 포함한 법에 있어서, 단순히 법이 법인격을 통해 人의 권리와 특권을 부여하는 것을 의미한다(예컨대 켈젠, 법과 국가의 일반이론, 93~109면; 페이튼, 법학(3판), 349~356면, 특히 자연인과 출생하지 않은 자녀에 대한 353~354면; 프리드만, 법이론(5판), 521~523면, 그레이, 법의 본질과 법원(2판), 2장). 소송과정은 실로 순환하였는데, 왜냐면 그것은 명확했기 때문이다. 법이 법인격을 부여해야 하는지의 여부는 대부분의 경우에서 그것이 “법률적으로” 부여되어 왔다는 것처럼 헌법의 방침에 거듭 복종하는 입법에 의존하는 정책적인 문제이다. 이러한 입법적인 소송은 현명하거나 어리석을 수 있으며, 심지어 법의 영역을 넘어서 원칙에 대해 불법적이고 침해가 될 수 있는데, 그러한 소송은 법적인 문제를 변경하거나 결정된 방법을 변경하지 못한다. 이 점은 법인격이 부여되어야 하는지의 여부는 정책적인 결정이고 생물학적이거나 “선천적인”대응은 아니다.

이와 같은 결정은 많은 비판을 받았으며, 필자는 여기서 이 사건과 관련하여 *Burke*와 *Scileppi JJ*에 의해 제시된 반대하는 두 판단을 검토하기로 한다. 그들은 다수에 의

해 채택된 접근방법을 다음과 같이 비판했다:

“人에 관한 법에 있어서 학설의 불일치는 광범위하게 人에 대한 일관성있는 이론을 가져오지 못한다. (중략) 어떤 일관된 이론의 부재는 법인격에 관한 법원의 결정이 인격 소송에 대한 이론이 무엇이든 관계없이 법관들의 선출과 함께 그들이 원하는 결론으로 강하게 몰아간 결과라는 추측을 일으킨다. 한 논평가로서 보건데, “人은 …결론이지 질문이 아니다.”

도덕상 지위의 기능이 무엇인가라는 것은 법의 기능이 무엇인가라는 질문과는 다르다. Warren에 따르면 도덕상의 지위는 두 가지 방향으로 기능할 수 있다고 시사한다. 그것은 도덕적인 최소한도 즉 도덕상의 지위는 우리가 서로에게 어떻게 행동할 것인가에 대한 최소 기준을 설정할 수 있음을 암시할 것이다. 또한 그것은 우리가 서로에게 어떻게 행동할 것인가에 대한 기준에 있어서 이상, 즉 도덕적인 목표를 암시할 수 있다. 법률상의 지위는 어떤 존재에게 일정한 법적 보호를 보장하고 그것은 정확하게 도덕상의 지위와 관계를 가질 수 없을지 모른다. 어떤 존재가 갖는 법률상의 지위는 우리가 이러한 존재와의 관계에서 준수해야 하는 최소한의 법적기준을 정한다. 태아와 같은 실체가 도덕상의 지위를 갖는지의 여부에 관해 합리적인 의견차이가 있을 때, 신분의 문제로서 법률상의 지위가 부여될 수 있다. Warnock의 보고서 서문에서 Warnock은 법이 어떻게 작용할 수 있는가에 대한 유사한 구별을 다음과 같이 지적한다:

“도덕적인 결론에 도달할 때, 의견이 일부분 그리고 실제로 아주 중대한 부분을 갖는다는 것을 인정하는 것은 필수적인 것이다. 만약 이것을 인정했다면, 도덕의 문제에 있어서 의견일치라는 것은 항상 불가능하다는 것에 대해 조금 덜 당황하게 될 것이다. 우리는 사람들의 생각이 다르다는 것을 알고 있다.

그러므로 도덕상의 대립은 피할 수 없을 것이다. 만약 도덕원리가 실제로 손해와 이익을 평가하는 질문이라면, 더욱 의견일치의 가능성이 있다; 그리고 만약 그것이 특정한 원리에 따르는 경우라면, 우리는 그 원리가 규정된 것을 발견해야하고 일치된 결정에 다가갈 수 있다. 현실의 삶에서 도덕은 그것보다 훨씬 복잡하고 다양하다. 오히려 하나의 “올바른”관점은 존재하지 않는다.”

“비록 언제 생명 또는 사람이 시작되는가에 관한 질문은 간단한 답변이 가능한 사실의 문제처럼 보일지 몰라도, 우리는 실제 그러한 질문에 대한 답변이 사실적이고

도덕적인 판단의 복잡한 혼합물임을 알 수 있다. 직접적으로 이러한 질문들에 답을 하는 대신에 우리는 곧바로 인간의 배아를 어떻게 다루는 것이 옳은 것인가라는 질문에 접근했다.”

도덕상의 지위에 관한 문제를 둘러싼 불확실성을 감안할 때, 법은 단순히 도덕상 지위의 연속체 위에 외견상 임의의 점을 그리게 될지 모른다. 법은 임의의 점에 이러한 선을 그리는데, 다른 것들은 평등하지 않고 심사숙고될 필요가 없기 때문이다. 어떤 것이 법적인 보호를 받게 되는 시기와 그것이 도덕적 지위를 갖게 되는 시기 간에 차이가 존재한다. 어떤 것은 반드시 다른 것의 파생물로서 이해되어서는 안 된다. 어떤 존재의 도덕상의 지위에 대한 의견 불일치가 있는 다음 법적인 보호를 부여할 때 법은 기정의 이러한 의견 불일치에 대해 행동하는 사람들이 수용할 수 있는 방법이 무엇인지에 대해 진술하고 있다. Finnis는 법적인 지위에 대한 이러한 접근방법을 신랄하게 비판한다. Brynd의 판결에서 그는 다음과 같이 말한다:

“우리가 이러한 사건들에서 보는 것은 사법상 추론의 중대한 실패와 법의 가장 본질적인 점과 의미에 있어서 지적이고 도덕적인 책임의 중대한 실패이다. 법률상의 사고가 가장 완전하고 조심스럽게 활용되어야 할 이곳에서, 우리는 갑작스런 칙령을 발견한다.”

그러나 Finnis가 따르고 있는 人에 대한 근거는 결코 논쟁의 여지가 없거나 폭넓게 수용되는 것이 아니다. 그는 ‘선천적인’ 능력에 따른 人에 대한 설명을 지지한다. 태아는 생각하는 ‘선천적인’ 능력, 자기 인식 등을 갖는데; 비록 그들이 장래에 속하게 될 그러한 능력을 아직 사용할 수 없다고 할지라도, 잠재력에 대한 이와 같은 세련된 상태는 법의 보호가 부여되어야 하는 토대를 마련한다. 그는 한걸음 나아가서 일반적으로 이러한 능력을 갖는 종(種)의 구성원은 도덕상의 지위를 갖기에 충분하다고 말한다. 그는 이 논문에서 지지되는 법률상의 지위에 대한 실용주의 방법은 법으로 하여금 권한 내에서 그것들에 의해 악용되는 것을 인정하는 것이라고 주장한다 - 그는 노예와의 유사성을 사용한다. 그러나 노예의 도덕상의 지위에 대해서는 합리적인 의견 대립이 있을 수 없다. 그 사람은 완전한 도덕상의 지위를 갖는 사람의 사고범주에 포함되는 개체일 것이다. 그러한 유사성은 두 경우가 다르기 때문에 맞지 않다. 완전한 도덕상의 지위를 갖는 실체가 생존한 것이 되는 순간이 무엇인가에 관한 많은 의견 대립이 있다. 어떤 이는 도덕상의 지위가 어느 정도의 문제가 될 수 있거나 분명히 될 수

없는 적당한 때에 취득되는 어떠한 것이 될 수 있다는 논의를 한다. Jane English는 다음과 같이 이러한 쟁점을 정리한다:

“이러한 이유들 때문에 나는 사람에 대한 우리의 관념이 낙태문제의 해결에 관한 부담을 견딜 만큼 충분하게 예민하거나 확고한 것이 아님을 믿는다. 그러한 문제를 해결하기 위해 그것을 사용하는 것은 모르는 것을 더 어려운 말로 설명하는 것임이 분명해질 것이다.”

태아는 법적으로나 도덕적으로나 불확실한 지위를 갖는다. Brazier는 England와 Wales에서 태아에게 부여되는 보호를 다음과 같이 기술한다:

“현재 법은 세 가지의 주된 관점에서 지위를 갖는 것으로서 태아를 인식하는데, 그것은 1976년의 Congenital Disabilities (Civil Liability) Act에 의한 상속의 목적을 위해서 그리고 낙태와 영아 살해에 관한 입법에서이다. 이와 같은 세 가지의 실례 중 어떤 것도 출생 전의 태아에게 시행 가능한 권리를 부여하지 않고 태아들에게 “사람”의 완전한 지위를 허용하지도 않는다.”

그러나 비록 이와 같은 실재가 완전한 도덕적, 법적 지위를 갖지 않는다고 할지라도 우리는 다른 배경에서 어떻게 그것에 대한 다른 의무와 책임을 가질 수 있을 것인지 알 수 있다. 이제 필자는 낙태에 관한 규정이 어떤 재판에서 직면하는 주요한 어려움 중의 하나를 약속할 것이며, 필자는 영국에서 발전되어 온 낙태죄에 초점을 맞출 것이다.

Ⅲ. 영국에서 낙태법의 역사

역사적으로 보통법은 자궁속의 아이를 살해하는 것을 살인죄보다는 경범죄로 인식하였다. 1803년 이전 법은 오로지 이러한 경범죄를 태동이 있는 경우만 가끔 인정하였다. Ellenborough경의 ‘Malicious Shooting or Stabbing Act 1803’은 낙태에 관한 법을 명확하게 하였다. 태동기 전에 유산을 초래한 경우의 형벌은 단지 추방이었지만, 태동기 이후에 유산을 초래한 경우의 형벌은 사형이었다. The Offences Against the Person Act 1861(1861년의 사람에 대한 범죄에 관한 법)은 태동이라는 것을 포기하고 낙태행위를 중신형에 처할 수 있는 범죄행위로 규정했고 낙태를 교사하거나 방조하는 이들은 3년의 징역을 규정하였다. 이 법의 제58조는 다음과 같이 명시하고 있다:

“유산을 시도할 의도를 갖는 임신한 모든 여성이 불법적으로 어떠한 독성이나 다른 유해한 물질을 투여하거나, 그러한 의도를 갖고서 불법적으로 어떠한 기구나 다른 방법을 사용하거나, 그리고 여성의 임신여부를 묻지 않고 모든 여성의 유산을 시도할 의도를 가진 어떠한 사람이든시간에 **불법적으로** 그 여성에게 어떠한 독성이나 다른 유해한 물질을 투여하거나 방조한 사람 또는 **불법적으로** 그러한 의도를 갖고서 어떠한 기구나 다른 방법을 불법적으로 사용한 자는 중죄에 처한다.....”[강조 첨가]

굵은 글자로 강조된 단어들은 R v Bourne 사건에서 아주 중요한 부분으로 판명되었다. 이 사건은 Aleck Bourne에 의해 이루어진 14세의 소녀에 대한 낙태시술과 관련된 것으로, 그 후 법무부장관은 그를 기소하였다. 필자는 이 사건을 간략하게 다룰 것이다.

분석을 위해, 우선 간단하게 The Infant Life Preservation Act 1929를 고찰해야 한다. 1861년 법의 예외를 규정한 이 법은 임신부의 생명이 위험에 빠지는 경우를 제외하고 ‘생존하여 출생할’ 가능성을 갖는 모든 아이를 유산시키는 것을 중죄로 규정하였다. Sally Sheldon은 이 법의 목적을 다음과 같이 요약한다:

“....실제 출생과정에 있어서 태아/유아의 살해는 Offences Against the Person Act(이 법은 유산이 초래된 경우의 범죄만을 예정하고 있다)에 의해 다루어지지 않거나 살인에 대한 법(이 법은 출생에 따라 법적인 지위가 생긴 ‘사람’에 대한 불법적인 살해를 구성요건으로 한다)에 의해 다루어지지 않는 혐결을 메우기 위해 의도되었다.”

이 법은 또한 생존능력이 추정되는 시기로서 28주를 제시하였다. 비록 낙태가 강력하게 금지되는 것처럼 보일지라도 이러한 법들이 어떻게 적용되어야 하는지에 대해서는 많은 의견대립이 있다. 국가의 주요 관심대상은 ‘불법 낙태시술자’를 방지하는 것과 또한 의료 전문가들에 대한 깊은 신뢰가 있었기 때문에 낙태를 시술하는 의사들은 일정한 정도까지 기소로부터 사실상 면책을 가진 것처럼 보였다.

R v Bourne 사건에서, Bourne는 기소되었다:

“1861년의 Offences Against the Person Act 제58조에 따라, 유산할 고의를 가지고 기구를 사용한 것에 대하여.....”

이 사건은 Bourne가 고소된 것처럼 소추로부터 의료인의 일반적인 면책에 대한 예외가 아니었다. 이 사건에서 피고는 ‘불법적으로’라는 단어를 포함하지 않는 하자있는 소추라고 주장하였다. MacNaghten J는 불법적이라는 단어는 ‘기구’라는 단어의 앞

에 포함돼야 한다고 동의하고 결정하였다. Bourne는 수정된 기소에 무죄를 주장했다. 이 사건을 요약해보면, MacNaghten J는 이 법의 자구(字句)에 따라 배심원들에게 낙태는 오로지 '불법적으로' 시도되었을 때 범죄가 됨을 인식시켰다. 그에 따르면, 함축적으로 이 법의 자구는 낙태가 합법화되는 사례들이 있다는 것과 이 사건은 그들이 그와 같은 사례인지의 여부를 결정하였다는 것을 인식시켰다. 또한 그에 따르면, Bourne은 고도로 숙련된 의료 전문가이고 통상의 '해로운' 낙태시술자가 아니라는 사실을 크게 부각시켰다. Lancet은 Bourne의 소송을 '의사의 최고의 전통방식에 일치한 이해관계를 초월한 행동의 사례'로 평가하였다. 이 판례는 임신부의 정신건강을 보호하는 합법적인 낙태 가능성에 대한 선례를 남기게 되었다. 또한 의학적으로 정당한 근거로 될 수 있는 '합법적' 낙태의 입장을 각인시켰다. 이러한 낙태를 위해 필요한 기준은 불분명하고, 의사가 '선의'로 필요한 조치를 했다면 이것이 무엇을 의미하든지간에 낙태가 가능하다는 것을 보여준다. 이 법은 1967년 낙태법으로 개정될 때까지 유지되었다. 이것은 '의료인'은 기소되지 않는다는 것을 의미하지는 않는다. Sheldon은 몇 가지 유명한 사례를 열거한다. 그러나 이러한 기소는 이미 발생한 낙태사례의 아주 작은 부분에 불과하다.

1929년 법처럼, 1967년 낙태법은 1861년 낙태법보다 더 많은 예외를 규정하였고 일정한 상황 하에서 의료 전문가에 의해 이루어진 낙태죄에 대한 항변을 규정하고 있다. 낙태법은 1990년 Human Fertilisation and Embryology(인간 수정 및 배아에 관한 법)에 의해 개정되었다. 1990년 낙태법에 의해 개정된 것으로는 1967년 낙태법 제1조에 포함된 낙태의 네 가지 근거가 있다. 그 근거들은 다음과 같다:

- a) 임신은 24주를 초과하지 않아야 하고, 임신의 지속이 낙태를 하는 경우보다 산모 및 산모의 다른 모든 자녀의 신체적 또는 정신적 건강을 손상시키는 더욱 큰 위험을 포함해야 한다.
- b) 낙태는 산모의 신체적 또는 정신적 건강의 영구적인 손상을 방지하기 위해 필요하다.
- c) 임신의 지속이 낙태의 경우보다 더욱 산모의 생명에 위험을 수반해야 한다.
- d) 출생할 자녀에게 심각한 악영향을 미치는 신체적 또는 정신적 장애로 고통 받을 수 있는 중요한 위험이 있어야 한다.

1990년 낙태법은 24주의 한계를 제시했다. 상술한 것처럼 1929년 낙태법에서 규정한 28주 전은 산모의 생명을 구하는 예외를 제외한 낙태를 위한의 추정적인 한계 기

간을 의미했다.

Ⅳ. ‘치료상 낙태’의 등장

Bourne 사건 이후 낙태의 허용에 관한 많은 혼란이 있었다. 일부 임상의는 그 사건을 자유로운 분위기에서 낙태가 이루어질 수 있는 것으로 해석하였고, 일부 임상의는 상당히 제한하는 주장을 했다. 이것은 낙태의 일관성 없는 유효성을 이끌었고 이러한 일관성 없음은 사회·경제적인 환경에 의해 더욱 악화되었다. 1967년 낙태법은 그 법의 개선 및 정화요구의 결과로써 탄생된 것이다. 그의 사건이 새로운 입법을 정당화하는데 사용되었다는 것에 더욱 놀란 Bourne이 1967년 낙태법에 반대하기 위해 설립된 단체인 ‘미출산아의 보호를 위한 사회(SPUC)’의 창설멤버가 되었다는 사실은 주목할 만하다. 생식의 영역에서의 많은 법률과 유사하게 이 낙태법은 경쟁하고 종종 완전한 반대편에 있는 단체와의 타협과 투쟁의 산물이다. Bourne의 태도는 낙태법이 England와 Wales에서 어떻게 발전되어 왔는지에 관하여 흥미로운 면을 보여준다. 1929년의 Infant Life Preservation과 Bourne의 사건의 결과로 낙태는 오로지 ‘치료상의’ 근거로서만 정당화 되었다. 1967년 낙태법의 제정과 함께 의료분야에서 낙태에 의한 침해는 더욱 확고하게 진행되었다. 의료적 정당성은 과거뿐만 아니라 현재에서도 낙태의 허용에서 필수적인 것이다.

그러나 치료상의 근거로 정당화되는 사례의 범위가 급속히 커지고 있다. 낙태의 치료적 측면은 임신중절의 높은 수준의 요구에 의하여 희석되었고 또한 낙태와 관련된 과정의 안정성은 발전하였다. 1967년 법을 도출했던 국회의 논쟁에서 낙태는 출생보다 더욱 위험하다는 가정이 있었다. 이러한 요소는 제1의 조건을 충족시키는 많은 사례에 실제 한계를 설정하듯이 낙태의 유형에 대한 한계로서 작용하곤 했다. 그러나 기술이 발전함에 따라 현재 임신초기 대부분의 낙태가 임신의 지속보다는 여성의 생명과 건강에 덜 위험한 정도까지 안전하게 되었다.

‘치료적’낙태가 어떻게 이해될 것인가에 관한 Bourne의 태도는 치료적 근거에 정당성을 부여하는 사례가 급격히 증가하고 있는 것처럼 놀라운 일은 아니다. 이러한 낙태의 치료적 측면은 높은 수준의 요구에 의해서 희석되었다. Greenwood와 Young은 다음과 같이 상황을 요약한다:

“1961년 까지 1년에 약 2,300건의 낙태가 NHS(영국 국민보건서비스)에서 이루어졌다. 이 숫자는 1967년에 9,700까지 증가하였다. 민간의 낙태시장 또한 팽창하였다. 이러한 분야에서 1986년 이전에는 적어도 1년에 10,000건의 시술이 이루어졌다. 법적인 모호성은 명확하게 금전 등록기의 소음을 감소시켰고 ‘신중한 법적’ 시술의 숫자는 의심할 여지없이 판사들의 본래 의도와는 멀어졌다.”

David Steel에 의해 1966년 The Medical Termination of Pregnancy Bill이 발의되어 많은 논쟁 후에 1967년 낙태법이 개정되었다. 의료상의 초점은 의사 2인의 동의를 충족할 것을 요구하는 것으로 1967년 낙태법에서 합의가 되었던 이 사항은 오늘날까지도 유지되고 있다. 이것은 England와 Wales의 낙태가 결코 미국에서와 같이 어떠한 권리에 기초한 접근이 아님을 의미한다. 영국에서의 낙태는 의료계를 통해 규정되었고, 여성은 낙태를 위한 그녀의 요구를 정당화시키는 의학적인 견해에 의지한다. 더욱이 1967년 낙태법은 단순히 의료 실무자들만의 옹호로 존재한다. 비의료인이 여성을 위하여 낙태를 시술한다면 어떠한 항변도 할 수 없다. 이러한 의사의 우월한 지위로 말미암아 낙태 서비스의 제공에서 상당히 불평등한 결과가 귀결되었다. Victoria Greenwood와 Jock Young는 1974년에 출생 100건마다 NHS의 낙태건수는 뉴캐슬에서 13건, 버밍엄에서 4건이었다고 설명했다. 그들은 다음과 같은 사실에 근거해 이러한 불일치를 설명한다. 뉴캐슬의 한 병원과장은 낙태개혁협회(ALRA)와 밀접한 관계가 있고 반면에 버밍엄에서 다른 병원과장은 태아보호협회(SPUC)와 유사한 연결고리를 가지고 있다.

낙태조항에 관한 의사의 영향력에 관하여 혼재된 견해가 있다. 예컨대 John Keown에 의하면 낙태 서비스를 독점하는 의사들의 바람 때문에 낙태법은 그것들이 있어야 할 것보다 관대할 것이라고 주장하는 반면, Sheldon은 이러한 사실은 낙태의 시도를 제한한다고 주장한다. 진실이 무엇이든 여성이 낙태를 선택할 권리를 가지면서도 동시에 이러한 선택이 용이하도록 요구할 권리가 없다는 점은 명백하다. 또한 현재의 낙태는 의사의 역할이 제한되는 ‘치료’가 아닌 다른 이유로 실행되고 있다는 사실도 명백하다. 대신에 ‘의료’와 ‘단지 기술적인 전문성을 기초로 권리로서 성립한 것을 초과하여 의사에게 부여된 권한’을 구성하는 것에 관해서는 ‘느린 움직임’이 있다.

V. 결 론

이 논문의 목적은 영국에 있어서 낙태 규정에 관한 간략한 정보를 제공하는 것이다. 본 논문은 두 가지의 주된 요소를 가지고 있다. 그 중 첫 번째는 얼마만큼 법이 태아의 생명을 보호할 것인가의 질문과 관련된다. 이는 오랜 세월동안 많은 법학자들에게 어려움을 가져다 준 질문이다. 본 논문에서 제시된 접근방법은 다음과 같은데, 법은 언제 생명이 도덕적으로 문제가 되는가와 언제 생명이 법적 보호를 취득하는가를 구별하는 것이다. 필자는 이러한 구별이 정확하게 영국에서 사법부와 입법부가 갖는 접근방법을 나타낸다고 생각한다.

이 논문의 두 번째 요소는 영국에서 낙태에 관한 역사의 개관을 제공하는 것이다. 어떻게 법이 현재의 상황까지 발전되었는가를 고찰함으로써 우리는 영국에서 어떻게 낙태가 이해되고 입법화되었는가에 대한 주요한 특징을 알 수 있다. 인식하게 되는 주요한 문제는 낙태의 허용에 있어서 의사들의 역할이다. 1967년의 낙태법에 따라, 낙태는 오로지 여성이 그 법의 제1조에 규정된 기준을 충족시킨다고 두 명의 의사가 합의한 경우에 허용된다. 그러므로 의사들은 낙태의 규정에 있어서 문지기의 역할을 하고 있다. 여성은 그녀가 이 법에서 규정한 기준을 충족시킨다는 사실에 대하여 선의로써 믿는 두 명의 의사를 찾을 수 없다면 낙태시술을 요구할 수 없다. 의사들의 강력한 역할은 Bourne의 사건 이후 어떻게 낙태법이 발전되어왔는지 그리고 또한 1967년의 낙태법에 연관되어 의사들이 했던 선동적인 역할의 결과에서 이해될 수 있다.

이러한 분야에서 법이 검토해야 하는 질문은 낙태에 있어 두 명의 의사에 관한 제한 요건이 필수적이거나 합리적인지의 여부이다. Emily Jackson은 낙태를 ‘가임연령의 여성에 대한 가장 보편적인 외과수술’로 설명한다. 이와 같은 낙태의 보편화를 고려할 때, 법의 기준이 충족되는지에 대해 말하는 두 명의 의사를 요구함으로써 동의과정을 각별화하는 것이 타당한 것인가? 다수의 사람들은 다음과 같은 Jackson의 주장을 좋아한다. 낙태는 환자의 동의와 그 절차가 의학적으로 징후를 보였다는 의사에 의한 합의를 간단하게 얻을 수 있는 모든 다른 의학적인 절차처럼 다루어져야 할 것이다.

이러한 분야에서 법이 지속적으로 검토해야 할 또 하나의 질문은 법적인 보호가 태아에게 제공될 것인가이다. 영국에서 낙태를 규정하는 법은 출산지원과 배아연구를 규율하는 법과 뒤엉켜왔다. 전술한 것처럼 이러한 것은 1967년의 낙태법이 1990년의 Human Fertilisation and embryology에 의해 개정되는 결과를 낳았다. 이러한 두 분야가 함께 얹혀있는 결과로서 종종 제기되는 질문은 동일한 생물학적인 실재에게 다양한

수준의 보호를 부여하는 것이 타당한 것인가이다. 예컨대 배아는 14일 이후에 실험이 될 수 있지만 낙태는 24주까지 허용된다. 필자는 이러한 종류의 질문은 법적 보호가 태아에게 부여되는 것인지에 관한 범위 내에서 전후관계의 중요성을 놓친 것이라고 생각한다. 자궁내의 배아와 시험관 내의 배아가 생물학적으로 동일하다고 하는 사실은 그들이 도덕적으로나 법률적으로 동일체로 취급받아야 한다는 것을 의미하지 않는다. 이러한 것은 우리가 배아에게 어떤 것을 해야만 하는 규범적인 가치를 발생시키는 생물학적 실재가 아니라 다른 정황에서 배아의 해석이기 때문이다. 법률적으로 시험관 내의 배아가 아닌 자궁속의 배아에게 보호를 주는 것은 상당히 합리적인 것처럼 보인다. 같은 식으로, 법은 보기에 따라서는 살아서 출생한 아이를 보호하지만 생물학적으로 동일체인 자궁속의 아이는 보호하지 않는다.

England와 Wales에서 어떻게 낙태법이 발전되어 왔는지를 회고해볼 때, 우리는 태아의 지위를 분명히 하려는 모든 바람으로부터 멀어졌음을 안다. 이러한 분야에서 보다 법이 특별한 방법에서 발전되었음은 놀랄만한 것이 아니다. 심사숙고 중인 실재가 태아처럼 호호할 때 다양한 법적 보호를 부여할 그것에 대한 해석을 분명히 하는 것은 어려운 것이다. 불법낙태를 감소시키는 것과 같은 보다 구체적인 요구는 태아에 대한 순수한 관심보다 더 중요한 역할을 해왔다.