

KOREAN WOMEN'S
DEVELOPMENT
INSTITUTE

낙태죄 헌법불합치 결정의 의미와 합헌적 법제정비 방향*

신옥주 전북대학교 법학전문대학원 교수**

1. 서론

‘낙태’¹⁾에 관한 우리나라의 법체계는 원칙적 ‘낙태’ 금지와 예외적 ‘낙태’ 정당화를 두 개의 법에서 이원화하여 규정하고 있다. 형법에서는 ‘자기낙태’(형법 제269조 제1항)와 산모의 촉탁 또는 동의를 받아 전문가가 실행하는 ‘낙태’(형법 제270조 제1항) 모두를 범죄로 규정하고 처벌한다. 그리고 모자보건법 제14조에서 우생학적 사유, 전염성 질병의 사유, 강간으로 인한 임신 등 범죄적 사유, 친족간 임신 등 윤리적 사유, 임신부 건강상 사유 등 임신중절을 정당화하는 사유를 규정하고 이를 처벌하지 않도록 하고 있다. 그러나 헌법재판소가 실시하고 있듯이 형법상 ‘낙태죄’는 임신부의 낙태갈등 상황에서 실효

적으로 태아의 생명보호를 하지 못하며, 2006년부터 2013년까지 여성이 낙태 범죄로 기소된 경우는 연간 10건 이하에 불과하여 사실상 사문화되었다고 평가되어 왔다. 또한 모자보건법이 정한 일정한 예외에 해당하지 않으면 모든 낙태가 전면적·일률적으로 범죄행위로 규율되고 있어 여성의 자기결정권을 침해하는 한편, 낙태에 관한 상담이나 교육이 불가능하고, 낙태에 대한 정확한 정보가 충분히 제공될 수 없고, 낙태수술과정에서 의료 사고나 후유증 등이 발생해도 법적 구제를 받기가 어려우며, 비싼 수술비를 감당하여야 하므로 미성년자나 저소득층 여성들이 적절한 시기에 수술을 받기가 쉽지 않다. 뿐만 아니라 낙태죄 조항은 헤어진 상대 남성의 복수나 괴롭힘의 수단, 가사·민사 분쟁의 압박수단 등

* 2019-2 미혼모포럼, 위기임신출산지원제도의 필요성, 2019.4.25. 발표논문을 수정·보완한 것임.

** 주요 연구분야는 헌법, 여성법. 최근 발표한 주요 논문은 “실질적 성평등 실현 관점에서 여성의 정치적 대표성 제고를 위한 적극적 조치에 대한 연구”(서울법학 제26권 제2호), “생명의료영역에서 여성인권존중의 필요성”(법학논집 제22권 제2호), “‘미혼모’의 인권제고를 위한 법제개선방안 비교법적 연구”(법학논집 제21권 제2호) 등.

1) 형법상 낙태와 모자보건법상 임신중절이 구분이 되는 개념이지만 이 논문에서는 양자를 같은 의미로 사용하며, 현행 법률상 낙태로 규정하고 있는 경우와 헌법재판소의 결정에서 사용하고 있는 경우는 낙태라고 표현하고 그 외의 경우는 임신중절로 표현한다.

으로 악용되기도 한다.

헌법재판소는 2019.4.11. 결정에서 형법상 ‘자기낙태죄’와 ‘의사낙태죄’ 조항에서 ‘낙태’가 원칙적으로 금지되고 처벌됨에 따라 임신한 여성이 임신유지로 인한 신체적·심리적 부담, 출산과정에 수반되는 신체적 고통·위험을 감내하도록 강제당할 뿐 아니라 이에 더하여 다양하고 광범위한 사회적·경제적 고통까지도 겪을 것을 강제당하는 결과에 이르게 되어 과잉금지원칙에 반하여 여성의 자기결정권을 침해한다고 보았다. 동재판소는 낙태죄가 위헌으로 선고되는 경우 발생될 수 있는 용인하기 어려운 법적 공백을 피하기 위하여 헌법불합치결정을 하면서 입법자가 2020. 12. 31.까지 법률을 개정하도록 하였다. 이로써 조만간 형법에서 ‘낙태죄’를 규정하지 66년 만에 임신과 출산, 그리고 임신중단을 둘러싼 법제의 정비가 이루어지게 되었다. 입법자는 헌법재판소가 실시한 한계 내에서 입법자가 입법재량을 갖고 여성의 자기결정권 보호, 임신한 여성의 신체적·사회적 보호를 포함하고, 원치 않는 임신을 예방하고 임신중절을 감소시킬 수 있는 사회적·제도적 여건을 마련하는 등 사전적·사후적 조치를 종합적으로 마련해야 한다.

이하에서는 헌법재판소의 낙태죄 헌법불합치결정의 내용과 의의를 살펴보고, 여성의 재생산권 보장의 관점에서 형법상 ‘낙태죄’ 조항의 위헌성을 제거하기 위한 법제 정비방안을 제시하여 보고자 한다.

2. 임신중단에 대한 여성의 권리관점에서 본 낙태죄에 대한 헌법불합치 결정의 내용과 의의

가. 임신중절을 둘러싼 여성의 권리에 대한 이해

1) 프라이버시권으로서 임신중절에 대한 이해와 비판

미국연방대법원은 1973년 로우사건²⁾에서 임산부의 임신중절을 할 권리가 수정헌법 제14조 적법절차조항에서 도출되는 사적인 프라이버시권(the right to private privacy)의 내용에 포함된다고 보고 임신부의 건강 또는 생명이 위험한 경우를 제외하고는 임신중절을 금지한 텍사스 주법은 위헌이라 결정하였다. 임신중절에 대한 프라이버시권은 1992년 케이시판결³⁾에서는 개인의 자율적 권리(the right to personal autonomy)에 기초하고 있다고 하면서 로우사건에서의 사적인 프라이버시권과는 달리 한 인간이 인생에서 내릴 수 있는 은밀하고 사적인 선택들, 즉 개인의 존엄과 자율이 중심이 되는 선택이 수정헌법 제14조에 의해 보호되는 자유의 핵심이라고 하고 있는 점에서 좀 더 발전하고 있는 것으로 생각된다.⁴⁾

그러나 로우판결에서부터 사용되고 있는 임신중절에 대한 개인의 기본적 프라이버시권의 개념은 개념의 수동적 폐쇄성으로 인하여 1980년대부터 지속적인 비판을 받고 있다. 매킨논(Catharine MacKinnon)은 프라이버시권은 남성이데올로기의 산물로 본다. 남성이 지배하는 성차별적 사회에서는

2) Roe v. Wade 410 U.S. 113 (1973)

3) Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania v. Casey 505 U.S. 833(1992).

4) 여성의 낙태권리에 대한 이러한 변화가 개인의 분명한 출산자율권을 지향하고 있다고 볼 수 있고 낙태법리에 대한 긍정적인 전망을 가능케 해준다는 입장으로는 황필홍, 로우 케이스 사십년 평가와 전망: 여성의 재생산권 확장의 도정에서, 194쪽.

여성이 성행위의 선택에서 진실로 자유로울 수가 없음에도 성활동을 프라이버시속에 가둠으로써 남성은 여성을 성적으로 더욱 강제하게 되고 그에 따라 여성이 남성중심의 사고에 길들여지게 되어 프라이버시권에 따른 임신중절의 권리는 여성을 진정으로 해방시키지 못한다고 비판하는 것이다. 한편 Ginsberg 대법관은 여성의 임신중절의 권리를 평등조항에서 도출하지 않고 프라이버시권에 의존한 점을 비판하고 있다. 즉, 여성은 임신으로 인해 특별한 부담을 지기 때문에 애매모호한 프라이버시권에 기초해서 안되며, 모든 사람은 법률에 의해 동등한 보호를 받을 자격이 있다는 명백한 헌법적 원리에 기초하여 임신중절의 권리를 보호받아야 한다는 것이다.⁵⁾

위의 비판에서 보듯이 여성의 기본적 권리로서의 임신중절에 대한 권리를 확보하기 위하여서는 임신중단의 논제를 사적영역에 한정시키지 말고 공적 영역으로 가져와서 한 사회구조 속에서 여성과 임신, 그리고 임신중단을 이해해야 하며, 여성의 성과 재생산을 위한 자율적 결정을 위하여 국가의 관여가 필요한데 프라이버시권으로는 이러한 논리를 구성

하기에 한계가 있다. 또한 프라이버시권의 추상성으로 인하여 여성의 임신중단에 대한 권리가 권리로서 확실하게 보장되기가 어렵다는 점⁶⁾도 큰 한계로 지적될 수 있다.

2) 임신중절에 대한 여성의 자기결정권

헌법 제10조 인간의 존엄과 가치와 행복추구권에서 자기결정권이 도출된다. 헌법재판소는 우리 국민이 헌법상 인간상에 부합하여 자기결정권을 지닌 창의적이고 성숙한 개체로서 자신이 스스로 선택한 인생관·사회관을 바탕으로 사회공동체 안에서 각자의 생활을 자신의 책임 하에 스스로 결정하고 형성하는 민주적 시민이라고 보고 있다.⁷⁾ 자기결정권의 내용으로 자기운명에 대한 자기결정권⁸⁾, 개인정보 자기결정권⁹⁾, 그리고 성적 자기결정권¹⁰⁾, 그리고 임신여성의 자기결정권¹¹⁾ 등을 들 수 있다. 임신여성의 자기결정권의 내용으로는 피임권, 임신할 권리, 임신중단권을 들 수 있다.¹²⁾

헌법재판소는 2012년 낙태죄 합헌결정에서 여성이 그의 존엄한 인격권을 바탕으로 하여 자율적으로

5) 황필홍, 로우 케이스 사립년 평가와 전망: 여성의 재생산권 확장의 도정에서, 195쪽.

6) 한 보도에 따르면, 2019년 5월 14일 '산모의 건강(생명)에 위험이 있을 경우만을 제외하고 근친상간이나 강간으로 인한 임신도 임신중단이 불가능'한, 사실상 임신중단 금지법안이 미국 앨라배마주 의회를 통과했고 Kay Ivey 주지사가 서명을 완료했다. 이 법안에 의하면 임신중단 시술을 한 의사는 최대 99년형 혹은 무기징역형까지 처벌받을 수 있다. <http://www.ildaro.com/8473>;

7) 헌재 1998.5.28. 96헌가5 기부금품모집금지법 제3조 등 위헌제정

8) 헌재 2009.11.26. 2008헌마385. 연명치료에 대한 중단은 헌법 제10조에 근거를 둔 자기운명 자기결정권의 한 내용. 헌법재판소는 2012. 8. 23. 2010헌바402. 형법 제270조 제1항 위헌소원에서 헌법 제10조에서 개인의 인격권과 행복추구권을 보장하고 있고 개인의 인격권·행복추구권에는 개인의 자기운명결정권이 전제되는 것이라고 보고 있다.

9) 통상 개인정보자기결정권의 헌법적 근거로 헌법 제10조, 제17조, 제37조 제1항 등을 든다. 헌법재판소는 주민등록증과 관련된 판결에서 헌법 제37조 제1항에서 도출되는 독자적 기본권으로도 파악한 바 있다. 개인정보자기결정권의 헌법상 근거로는 헌법 제17조의 사생활의 비밀과 자유, 헌법 제10조 제1문의 인간의 존엄과 가치 및 행복추구권에 근거를 둔 일반적 인격권 또는 위 조문들과 동시에 우리 헌법의 자유민주적 기본질서 규정 또는 국민주권원리와 민주주의원리 등을 고려할 수 있으나, 개인정보자기결정권으로 보호하려는 내용을 위 각 기본권 및 헌법원리를 중 일부에 완전히 포섭시키는 것은 불가능하다고 할 것이므로, 그 헌법적 근거를 굳이 어느 한 두개에 국한시키는 것은 바람직하지 않은 것으로 보이고, 오히려 개인정보자기결정권을 이들을 이념적 기초로 하는 독자적 기본권으로서 헌법에 명시되지 아니한 기본권이라고 보아야 할 것이다. 2005. 5. 26. 99헌마513, 2004헌마190(병합), 주민등록법 제17조의8 등 위헌확인 등.

10) 헌재 2002. 10. 31. 99헌바40 등. 형법 제304조 위헌소원. 헌법 제10조에서 보장하는 인격권 및 행복추구권, 헌법 제17조에서 보장하는 사생활의 비밀과 자유는 타인의 간섭을 받지 아니하고 누구나 자기운명을 스스로 결정할 수 있는 권리를 전제로 하는 것이다. 이러한 권리내용 중에 성적자기결정권이 포함되는 것은 물론이다.

11) 2019.4.11. 2017헌바127 형법 제269조 제1항 위헌소원

12) 이에 관한 자세한 내용은 김재윤, 김용화, 영남법학 제45호(2017.12), 107쪽 이하 참조.

자신의 생활영역을 형성해 나갈 수 있는 권리가 포함되고, 여기에는 임신한 여성이 자신의 신체를 임신상태로 유지하여 출산할 것인지 여부에 대하여 결정할 수 있는 권리가 포함되어 있다고 판시¹³⁾한 바 있다. 2019년 낙태죄판결에서도 동 재판소는 여성의 임신중단에 대한 권리를 자기결정권에서 도출하고 있다. 즉, 형법 낙태죄 조항이 모자보건법이 정한 일정한 예외를 제외하고는 태아의 발달단계 혹은 독자적 생존능력과 무관하게 임신기간 전체를 통틀어 모든 낙태를 전면적·일률적으로 금지하고, 이를 위반할 경우 형벌을 부과하도록 정함으로써, 형법적 제재 및 이에 따른 형벌의 위하력으로 임신한 여성에게 임신의 유지·출산을 강제하고 있으므로, 임신한 여성의 자기결정권을 제한하고 있다고 하면서 이러한 제한이 과잉금지원칙에 반하여 기본권의 침해로서 위헌적이라고 판단하고 있다.¹⁴⁾

여성의 자기결정권은 다양한 문화적·지역적 차이로 인해 국가마다 강조점이 상이함에도 불구하고 공통적으로 폭력, 차별, 여성의 신체와 성, 그리고 임신통제에 대한 저항에서 주장되었으며, 그동안 희생

자로서의 여성을 보는 관점에서 인권주체로서의 여성으로 그 지위를 전환시켰다. 여성의 주체성과 정보와 동의에 기반한 자율성, 그리고 다양한 선택사항에 대한 자율적 결정은 임신과 피임, 임신중절과 출산, 입양과 양육으로 나타나고, 국가는 이러한 일련의 임신과 출산과정에서의 여성의 자기결정권을 보장해야 한다. 또한 출산 아동의 권리를 보호하기 위하여 적극적으로 다양한 급부, 양육환경 조성, 차별금지 등 영역에 개입해야 한다. 따라서 임신중절에 대한 여성의 권리는 헌법 제10조에서 도출하는 것이 바람직하다고 생각한다.

임신중절을 여성의 자기결정권으로 보는 경우 근대 시민헌법의 자기결정권이 모든 종류의 타인결정에서 자유롭게 ‘개인 스스로 결정하고 그 결정에 대하여 책임을 진다’는 개인주의적 인간상에 기초한다는 점에서 여성과 사회, 여성과 태어날 생명과의 관계와 배려를 중심으로 이해될 필요가 있는 임신중단의 자기결정권과 모순이 될 수 있다는 문제를 해결할 필요가 있다.¹⁵⁾ 개인주의적 자기결정권을 여성의 임신중단에 대한 자기결정권과 동일하게 볼 수는

13) 현재 2012. 8. 23. 2010헌바402 형법 제270조 제1항 위헌소원. 자기운명결정권에는 임신과 출산에 관한 결정, 즉 임신과 출산의 과정에 내재하는 특별한 희생을 강요당하지 않을 자유가 포함되어 형법상 자기낙태죄의 규정은 헌법 제10조에서 도출되는 임부의 자기결정권, 즉 낙태의 자유를 제한하고 있다고 파악하고 있다.

14) 2019.4.11. 2017헌바127 형법 제269조 제1항 위헌소원 “임신한 여성의 자기결정권에 기한 임신중절 여부 결정의 특성, 생명의 발달단계와 자기결정권의 행사를 고려한 법적 보호 수단 및 정도, 임신한 여성과 태아의 특별한 관계를 고려할 때의 생명보호수단, 자기낙태죄 조항의 실효성, 형법적 제재 및 이에 따른 형벌의 위하의 한계와 문제점, 사회적·경제적 사유로 인한 낙태갈등 상황의 중대성을 종합해 볼 때, 자기낙태죄 조항이 모자보건법에서 정한 사유에 해당하지 않는다면 결정가능기간 중에 다양하고 광범위한 사회적·경제적 사유로 인하여 낙태갈등 상황을 겪고 있는 경우까지도 예외 없이 전면적·일률적으로 임신한 여성에게 임신의 유지 및 출산을 강제하고, 이를 위반하여 낙태한 경우 형사처벌하고 있는 것은 그 입법목적에 달성하기 위하여 필요한 최소한의 정도를 넘어 임신한 여성의 자기결정권을 제한하는 것이므로, 입법목적의 달성을 위한 최소한의 불가피한 수단이라고 볼 수 없다. 자기낙태죄 조항이 달성하고자 하는 태아의 생명 보호라는 공익은 중요한 공익이나, 결정가능기간 중 다양하고 광범위한 사회적·경제적 사유를 이유로 낙태갈등 상황을 겪고 있는 경우까지도 낙태를 금지하고 형사처벌하는 것이 태아의 생명 보호라는 공익에 기여하는 실효성 내지 정도가 그다지 크다고 볼 수 없다. 반면 자기낙태죄 조항에 따른 형사처벌로 인하여 임신한 여성의 자기결정권이 제한되는 결정권이 제한되는 정도는 매우 크다. 결국, 입법자는 자기낙태죄 조항을 형성함에 있어 태아의 생명 보호와 임신한 여성의 자기결정권의 실제적 조화와 균형을 이루려는 노력을 충분히 하지 아니하여 태아의 생명 보호라는 공익에 대하여만 일방적이고 절대적인 우위를 부여함으로써 공익과 사익간의 적정한 균형관계를 달성하지 못하였다.”

15) 여성의 몸에 대한 자기결정권에 대한 이해와 그로 인하여 발생하는 북반구와 남반구 여성주의자들의 갈등에 대하여서는 Christa Wichterich, Sexuelle und reproduktive Rechte, Hrsg. von der Heinrich-Böll-Stiftung, Schriften des Gunda-Werner-Instituts, Band 11, 2015 참조.

없다. 여성의 임신중단결정은 아직 존재하지 않는 불확실한 사안들에 대한 부담과 책임, 선택 후 홀로 그 결과를 담당하게 되는 어려움을 고려한 임신여성 과 태아, 그리고 사회의 복합적 관계 속에서의 자율성으로 이해될 필요가 있다.¹⁶⁾ 이렇게 본다면 임신 여성의 자기결정권은 고전적 개인주의적 관점에서 주체적 개인으로서의 여성의 결정이란 측면과 이러한 결정은 사회관계적 맥락에서 이해되고 수용될 필요가 있다는 점에서 개인주의적 자기결정권과 모순되는 것이 아니라 조화되는 것으로 파악될 수 있다.

3) 여성의 재생산권으로서의 임신중절

1994년 카이로에서 개최된 ‘국제인구개발회의(ICPD)’에서 채택된 카이로 강령에서는 처음으로 재생산권을 다음과 같이 정의하고 있다: “재생산권은 모든 부부 및 개인이 자녀의 수와 이에 관한 시간적·공간적 환경을 자유롭게 책임감 있게 결정하고 이를 위한 정보와 수단을 이용할 수 있는 기본적 권리, 그리고 그들에게 최고 수준의 성적·재생산적 건강 상태에 이를 수 있는 권리가 인정되는지 여부에 의해 좌우된다. 또한 이 권리는 관련 인권협약에서 표현된 바와 같이 차별, 강압, 폭력으로부터 자유로운 재생산에 관한 결정을 내릴 권리를 포함한다.”¹⁷⁾ 여성차별철폐조약 제16조e에서는 ‘아이의 수 및 출산의 간격을 자유롭게 또 책임을 가지고 결정할 남녀의 동일한 권리’라고 정의하고 있다.

재생산권은 다섯 개의 범주로 구분되어 다음과

같은 세부적 내용을 가진다.¹⁸⁾ ① 생명과 생존, 안전의 권리: 섹슈얼리티와 관련된 권리, 개인의 자유와 안전의 권리, 섹슈얼리티와 관련된 권리, 고문 및 그 밖의 잔혹한 비인간적인 또는 굴욕적인 대우나 처벌로부터 자유로운 권리 ② 재생산에서의 자기결정권: 아이의 수와 터울을 결정할 권리, 사생활과 가족의 권리, 자유로운 모성선택과 관련된 권리, 결혼하고 가족을 꾸릴 권리, 모성보호 일반 및 고용기간 동안 모성보호의 권리 ③ 건강 및 과학적 진보의 혜택과 관련한 권리: 가장 높은 기준의 건강을 향유할 권리, 건강 및 과학적 진보의 혜택과 관련한 권리, 재생산 건강과 관련하여 갖가지 이유로 차별받지 않고 존중받을 권리 ④ 차이로 차별받지 않고 적절한 존중을 받을 권리: 재생산과 관련하여 갖가지 이유로 차별받지 않고 존중받을 권리 ⑤ 정보와 교육, 의사결정에 관련된 권리: 재생산 건강과 관련된 적절한 정보를 받고 다른 사람들에게 알릴 권리, 교육을 받을 권리

카이로 합의 후 발전해온 성과 재생산권리는 개인과 집단의 임신에 대한 자기결정권과 사생활보호를 포함하는 다양한 자유권적 성격뿐만 아니라 개인, 모든 부부, 성소수자, 인종 등에 대한 차별을 금지하고 평등한 성과 재생산권을 보장하는 평등권, 교육, 건강, 혼인 등의 영역에서 사회적 기본권의 성격도 가지고 있는 복합적 권리로서 매우 광범하고¹⁹⁾ 나라마다 수용하는 정도도 상이하다. 재생산권은 초국적 기업들의 바이오산업, 재생산(임신)산

16) 신옥주, 낙태죄의 위헌성에 관한 고찰, 생명, 윤리와 정책(제2권 제1호), 2018.4, 28-29; 신옥주, 생명의료영역에서 여성인권존중의 필요성, 이화여자대학교 법학논집 제22권 제2호 통권 60호(2017.12.), 26쪽 참조.

17) 류민희, 재생산권의 개념과 국제적 기준, 여성연합 재생산권 확보를 위한 법제도 개선 방향 모색 토론회, 2쪽; 이를 성건강, 성권리, 재생산건강, 재생산권리로 나누어 설명하기도 한다. 한국여성정책연구원, 2018 연구보고서 30, 여성의 성·재생산 건강 및 권리보장을 위한 정책방향과 과제, 2018, 12-13쪽.

18) 하정옥, 재생산권 개념의 역사화·정치화를 위한 시론, 2013.

업, 그리고 재생산여성노동자(대리모, 난자제공, 재생산기술사용 결정 등)와 깊은 관련을 갖는다. 재생산 개념에서 중요한 자주적인 개인의 자율적 선택은 그러한 결정을 내리는 사람들간에 존재하는 불평등한 사회적 관계를 감추는 역할을 한다. 예컨대 인도에 있는 ‘재생산병원’에서는 여성 스스로가 주체적으로 정보를 받고 결정하였다는 점이 강조되지만 대리모와 의사들간의 지식과 가난의 불균형이 매우 심해서 선택의 자유는 매우 추상적이다. 이에 따라 자유로운 선택이 단지 환상인지, 혹은 현대자본주의 사회에서 자기결정이 얼마나 우상화되어 있는지에 대한 문제제기가 끊이지 않는다.²⁰⁾

우리나라에서는 성과 재생산권의 개념, 그 주체와 범위를 어디까지로 해야 할지에 대한 논의가 부족하다. 따라서 개인의 혼인상태, 연령, 계급 등과 상관없이 성관계, 피임, 임신, 출산, 임신 종결을 비롯한 재생산활동에 대한 자유권적 권리이자, 보건에 대한 권리, 출산 이후 건전한 양육을 위한 사회적 국가적 책임까지를 포괄하는 사회권적 권리²¹⁾로 보는 것이 좀 더 현실적이라고 생각한다. 이와 같이

재생산권을 이해하는 경우 재생산권은 자기결정권의 내용인 여성이 성관계에 있어서 스스로 통제하고 자율적으로 결정할 수 있는 자유로운 성적 권리를 확보하는 것을 포함하며, 원치 않은 임신으로부터 자유로운 권리와 출산의 규모와 터울을 결정할 수 있는 권리를 그 내용으로 하는 한편, 사회적 권리의 성격으로 여성의 건강관리에 대한 권리로서 임신, 출산과 관련하여 여성의 신체적, 정신적 건강과 안전을 위한 지원을 요구할 수 있는 권리를 그 내용으로 한다고 볼 수 있는 것이다.

나. 현재 2017헌바127 결정의 주요내용과 의의

1) 현재 2010헌바402 낙태죄²²⁾ 합헌결정의 문제점

헌법재판소는 2012. 8. 23. 2010헌바402 형법 제270조 제1항 위헌소원결정에서 형법 제269조 낙태죄에 대하여 판단하면서 태아 자체로 모와 별개의 생명체이고 특별한 사정이 없는 한 인간으로 성장할 가능성이 크므로 태아에게도 생명권이 인정되어야 하며, 낙태를 처벌하지 않거나 형벌보다 가벼운 제

19) 이러한 점은 재생산권의 내용에서도 잘 드러나지만 헌법재판소 결정 후 나온 주장에서도 잘 나타난다: “재생산권을 가장 적극적으로 해석하면, 재생산에 대한 모든 영역과 측면에서 보장되어야 하는 개인적·집단적·사회적 권리라 할 수 있다. 좁게 봐도 피임, 임신, 임신 중단, 출산, 양육과 보육에 대한 보편적 권리를 모두 포함하지만, 우리가 생각하는 재생산권은 그 이상이다. 성(젠더)을 가리지 않으며 (남성이나 성소수자도 누려야 할 권리), 개인의 권리인 동시에 집단적 권리가기도 하다. 반드시 임신과 낙태, 건강과 보건의료만 해당하는 것도 아니다. 재생산에는 예외 없이 불평등과 차별이 따르고 경제와 문화가 깊이 개입하니, 권리 또한 그곳까지 확장되어야 한다. 특히 사회경제적 불평등에 따른 심각한 차별과 불평등을 잊지 말 일이다. 우리는 권리의 내용뿐 아니라, 권리인지 아닌지, 어떤 권리인지, 누가 권리를 보장받고 누가 책임을 지는지, 논의하고 결정하는 과정과 그 구조에 대한 권리까지 재생산권에 포함되어야 한다고 생각한다. 권리의 내용을 구성하는 과정과 방법도 민주적이고 평등하며 공정해야 한다는 뜻이다.” 낙태의 ‘의료화’는 반대한다! 프레시안 2019년 04월 19일 http://www.pressian.com/news/article/?no=236715&utm_source=naver&utm_medium=search

20) Christa Wichterich, Sexuelle und reproduktive Rechte, Hrsg. von der Heinrich-Böll-Stiftung, Schriften des Gunda-Werner-Instituts, Band 11, 2015, S. 23. 우리나라에서도 황우석 사태와 관련하여 생명윤리영역에서의 여성의 자기결정권의 문제가 두드러지게 나타나게 되었다. 자세한 것은 신옥주, 생명의료영역에서 여성인권존중의 필요성, 이화여자대학교 법학논집 제22권 제2호 통권 60호 (2017. 12) 참조.

21) 양현아, “낙태에 관한 다초점 정책의 요청: 생명권 대 자기결정권의 대립을 넘어서”, 한국여성학, 26(4), 2010.12. 63-100쪽 참조.

22) 우리 법체계는 낙태죄를 규정한 형법과 위법성 조각사유를 규정한 모자보건법으로 이원화되어 있다. 형법은 제27장 낙태의 죄에서 자기 낙태죄(제269조 제1항), 동인낙태죄(제269조 제2항), 업무상동의낙태죄(제270조 제1항), 부동의낙태죄(제270조 제2항), 낙태치상죄(제269조 제3항, 제270조 제3항)를 처벌하는 규정을 두어 낙태를 전면금지하고 있다. 모자보건법에서는 우생학적 또는 유전적 신체 또는 정신적 질환·전염성 질환·강간 또는 중강간·혈족 또는 인척간 임신·보건의학적 이유 등 5가지 정당화사유가 있는 경우에 한해서 임신한 날로부터 24주 이내에만 형법상 낙태죄의 적용을 배제함으로써 낙태를 일부 허용하고 있다(모자보건법 제14조, 동법 시행령 제15조).

재를 가하게 된다면 현재보다도 훨씬 더 낙태가 만연하게 될 것이고, 성교육과 피임법의 보편적 상용, 임부에 대한 지원 등은 불법적인 낙태를 방지할 효과적인 수단이 되기에는 부족하다고 실시하면서 낙태죄처벌로 인한 여성의 자기결정권의 제한이 합헌이라고 보았다. 그러나 낙태죄가 갖는 위축효과를 통해 낙태를 줄인다고 하는 헌법재판소 다수의견의 시각은 여성을 낙태통제를 위한 수단으로 보는 반인권적, 반여성적인 것이라고 할 것이며, 이러한 시각에 기반한 합헌판결은 태아생명권과 여성의 자기결정권을 대립시킨 후 태아의 생명권을 절대적 우위에 놓고 국가가 낙태죄를 처벌함으로써 여성의 자기결정권을 침해하고 있으며, 불법적 낙태로 인해 받게 되는 여성의 심신의 고통을 외면하고, 또한 낙태죄 규정이 실질적인 태아의 생명보호를 위해 미흡하다는 문제점을 직시하지 못하고 있다. 국가가 생명권과 자기결정권의 조화 및 실질적인 태아생명보호를 위한 해결책을 마련하도록 하기 보다는 낙태죄를 존치시켜 국가의 생명보호의무를 가장 손쉽고 경제적인데, 안이한 수단을 통해 실현할 수 있도록 돕고, 여성들에게는 가장 고통을 야기하는 방법으로 낙태의 불법성을 주지시키고 훈육시키는 것이라는 비판이 가능한 것이다.²³⁾

2) 현재 2017헌바127 낙태죄 헌법불합치결정²⁴⁾

다수의견인 헌법불합치의견은 태아의 생명보호를 목적으로 하는 형법 제269조 제1항의 자기낙태죄조항이 모자보건법에서 정한 사유에 해당하지 않

는다면, 결정가능기간 중에 다양하고 광범위한 사회적·경제적 사유로 인하여 낙태갈등 상황을 겪고 있는 경우까지도 예외 없이 임신한 여성에게 임신의 유지 및 출산을 강제하고, 이를 위반한 경우 형사처벌 한다는 점에서 여성의 자기결정권을 침해하여 위헌이고, 또한 동일한 목표를 실현하기 위하여 임신한 여성의 촉탁 또는 승낙을 받아 낙태하게 한 의사를 처벌하는 의사낙태죄 조항도 같은 이유에서 위헌이라고 보았다.

다수의견은 여성의 자기결정권을 침해하는지를 비례원칙에 따라 심사하면서 태아는 생명권의 주체이므로 국가에게 태아의 생명보호의무가 있다고 인정하고 낙태를 금지하는 것은 입법목적 달성을 위한 정당한 수단이라고 보았다. 그러나 다음과 같은 이유에서 침해의 최소성과 법익의 균형성을 충족하지 못하여 위헌이라고 판단하였다. 먼저 임신·출산·육아는 여성의 삶에 근본적이고 결정적인 영향을 미칠 수 있는 중요한 문제이므로, 임신한 여성이 임신을 유지 또는 종결할 것인지를 결정하는 것은 스스로 선택한 인생관·사회관을 바탕으로 자신이 처한 신체적·심리적·사회적·경제적 상황에 대한 깊은 고민을 한 결과를 반영하는 전인적(全人的) 결정으로서 이러한 결정을 내리기 위해서는 충분한 시간이 필요하다는 것이다. 또한 헌법재판소는 국가가 생명을 보호하는 입법적 조치를 취함에 있어 인간생명의 발달단계에 따라 그 보호정도나 보호수단을 달리하는 것은 불가능하지 않다고 파악하고 있다. 즉, 태아가 모체를 떠난 상태에서 독자적으로 생존할 수

23) 신옥주, 낙태죄의 위헌성에 관한 고찰, 생명, 윤리와 정책(제2권 제1호), 2018년 4월, 31쪽.

24) 헌법재판소는 2019.4.11. 2017헌바127 형법 제269조 제1항 위헌소원에서 재판관 4(헌법불합치) : 3(단순위헌) : 2(합헌)의 의견으로, 임신한 여성의 자기낙태를 처벌하는 형법 제269조 제1항, 의사, 조산사 등이 임신한 여성의 촉탁 또는 승낙을 받아 낙태하게 한 경우를 처벌하는 형법 제270조 제1항 중 '의사'에 관한 부분은 모두 헌법에 합치되지 않는다는 헌법불합치결정을 하였다.

있는 시점인 임신 22주(마지막 생리기간 첫날이 기산점) 내외에 도달하기 전이면서 동시에 임신 유지와 출산 여부에 관한 자기결정권을 행사하기에 충분한 시간이 보장되는 시기까지의 낙태에 대해서는 국가가 생명보호의 수단 및 정도를 달리 정할 수 있다고 본 것이다. 동 재판소는 또한 임신한 여성의 신체적·사회적 보호를 포함하고 있지 않고, 낙태를 감소시킬 수 있는 사회적·제도적 여건을 마련하는 등의 종합적 대책이 없고, 낙태 갈등상황에서 형벌의 위하력이 적고, 실제로 형사처벌되는 사례가 드문 현실을 살펴보면 자기낙태에 대한 처벌만으로는 태아의 생명보호가 실효적이지 못하다고 판단하고 있다.²⁵⁾ 그리고 형법상 금지되는 낙태를 한 여성의 의료후유증 등에 대하여 법적 구제가 어렵고, 수술비가 비싼 사회적 취약계층이 적절한 수술을 받기 어려우며, 낙태가 민·형사상 악용된다는 점도 강조한다. 동 재판소는 모자보건법상 정당화사유에는 다양하고 광범위한 사회적·경제적 사유에 의한 낙태갈등 상황이 전혀 포섭되지 않고 있는데 자기낙태죄조항은 모자보건법상의 사유에 해당하지 않으면 결정가능기간 중에 다양하고 광범위한 사회적·경제적 사유를 이유로 낙태갈등 상황을 겪고 있는 경우까지도 예외 없이 전면적·일률적으로 임신의 유지 및 출산을 강제하고, 이를 위반한 경우 형사처벌하고 있어서 입법 목적을 달성하기 위하여 필요한 최소한의 정도를 넘어 임신한 여성의 자기결정권을 제한하고 있어 침해의 최소성을 갖추지 못하였고, 태아의 생명 보호라는 공익에 대하여만 일방적이고 절대적인

우위를 부여함으로써 법익균형성의 원칙도 위반하였다고 할 것이므로, 과잉금지원칙을 위반하여 임신한 여성의 자기결정권을 침해하는 위헌적인 규정이라고 판시하고 있다. 다수의견은 태아의 생명을 보호하기 위하여 낙태를 금지하고 형사처벌하는 것 자체가 모든 경우에 헌법에 위반된다고 볼 수는 없는 데 자기낙태죄조항과 의사낙태죄 조항에 대하여 단순위헌을 결정할 경우 임신 기간 전체에 걸쳐 행해진 모든 낙태를 처벌할 수 없게 됨으로써 용인하기 어려운 법적 공백이 생기게 되므로 헌법불합치 잠정적용을 명하고, 2020.12.31.까지 입법자에게 개선입법을 하도록 하였다.

단순위헌의견은 자기낙태죄조항과 의사낙태죄조항이 여성의 자기결정권을 침해한다는 점에 대해서는 헌법불합치의견과 견해를 같이한다. 다만, ‘임신 제1삼분기(first trimester, 대략 마지막 생리기간의 첫날부터 14주 무렵까지)’에는 어떠한 사유를 요구함이 없이 임신한 여성이 자신의 숙고와 판단 아래 낙태할 수 있도록 하여야 한다는 점, 자기낙태죄 조항 및 의사낙태죄 조항에 대하여 단순위헌결정을 하여도 극심한 사회적 혼란이나 법적 공백이 발생하지 않으므로 단순위헌결정을 해야 한다는 견해를 피력하였다.

3) 2017헌바127 결정의 의의

헌법재판소의 헌법불합치 결정을 통하여 여성의 낙태에 대한 권리가 헌법 제10조에서 도출되는 자기결정권이며, 임신중절과 관련하여 태아의 생명권

25) 현재 낙태죄는 사문화되었다는 평가를 많이 받는다. 낙태건수가 많고, 기소율이 지극히 낮으며 기소 후 처벌율도 낮다(대검찰청, 검찰연감, 2016 참조). 신현호, 낙태죄에 관한 제문제, 저스티스, 12, 2010, 374쪽. 현행 형법과 모자보건법이 상호작용을 하면서 일반인들의 시각에서는 낙태가 정상적이라는 허구의 믿음도 생겼다는 시각도 있다. 신동일, 모자보건법 제14조: 개정 필요성과 방향, 안암법학, 32권 0호, 2010년 5월, 144쪽.

과 여성의 자기결정권을 단순 대립시키고 양자를 비교형량하여 우월한 기본권을 도출하는 것은 기본권 보호측면에서 결코 바람직하지 않다는 점이 확인되었다. 임신과 출산으로 인한 부담과 희생을 감내할 수 있는 사람은 임신한 여성이다. 임신부는 출산과 관련하여 자신의 건강, 사회·경제적 여건뿐만 아니라 태아의 건강과 장래를 함께 고려할 수밖에 없으므로 임신부의 임신중절에 대한 결정은 곧 태아의 이익도 함께 고려한 결정임을 인정할 필요가 있다. 헌법재판소가 임신한 여성의 임신유지 또는 중절에 대한 결정을 여성이 스스로 선택한 인생관·사회관을 바탕으로 자신이 처한 신체적·심리적·사회적·경제적 상황에 대한 깊은 고민을 한 결과를 반영하는 전인적(全人的) 결정으로 파악한 점도 매우 중요한 시각의 변화를 볼 수 있는 부분이다.

종전결정(2012. 8. 23. 2010헌바402합헌결정)에서는 낙태를 태아의 생명권과 여성의 자기결정권의 충돌문제로 파악하고 생명권에 절대적 우위를 두고 낙태를 원칙적으로 전면 금지하고 처벌하는 조항을 합헌이라고 판단한 것과는 달리, 2019년 낙태죄 헌법불합치 결정은 헌법재판소가 태아의 생명권과 여성의 자기결정권의 조화를 위한 해결방안을 찾으려고 한 점에 의의를 둘 수 있다. 즉, 헌법재판소는 태아의 생명권과 이를 위한 국가의 생명보호의무가 있음을 인정하면서도 생명보호를 위한 입법적 조치를 인간생명의 발달단계에 따라 그 보호정도나 보호수단을 달리하는 것은 불가능하지 않고 태아가 모체를 떠난 상태에서 독자적으로 생존할 수 있는 시점인 임신 22주 내외에 도달하기 전이면서 동시에 임신 유지와 출산 여부에 관한 자기결정권을 행사하기에 충분한 시간이 보장되는 시기까지의 낙태에 대해서는 국가가 생명보호의 수단 및 정도를 달리 정할

수 있다고 판시하고 있는 것이다.

헌법재판소는 입법자들에게 입법개선에 대하여 촉구하면서 합헌적 개선이 될 수 있기 위한 ‘헌법재판소가 실시한 한계내’에서의 입법개선이라고 하는 세밀한 장치를 같이 설정하고 있다. 헌법재판소의 헌법불합치결정이 입법기관을 기속하지만 입법자들은 위헌적인 자기낙태죄와 의사낙태죄 조항들을 어떻게 합헌적으로 개정할 지에 대하여서는 광범위한 재량을 갖는 것이어서 매우 단순한 방법으로 모자보건법 제14조에 정당화사유를 새로 추가함으로써 위헌성을 제거할 수도 있을 것이다. 그러나 이러한 입법개선은 여성의 자기결정권보장과 태아의 생명보호를 위한 종합적 법·제도 마련이라는 헌법재판소의 실시내용에 부합하지 못하기 때문에 헌법재판소는 실시한 한계 내에서의 입법개선을 주문하고 있는 것이다. 또한 개선입법의 내용도 향후 낙태결정가능기간을 어떻게 정하고 결정가능기간의 종기를 언제까지로 할 것인지, 태아의 생명 보호와 임신한 여성의 자기결정권의 실현을 최적화할 수 있는 해법을 마련하기 위해 결정가능기간 중 일정한 시기까지는 사회적·경제적 사유에 대한 확인을 요구하지 않을 것인지 여부까지를 포함하여 결정가능기간과 사회적·경제적 사유를 구체적으로 어떻게 조합할 것인지, 상담요건이나 숙려기간 등과 같은 일정한 절차적 요건을 추가할 것인지 등이라고 구체적으로 언급하고 있어 입법자들은 이러한 요청에 부합하는 입법개선을 할 것으로 예상된다.

3. 여성의 재생산권 보장을 위한 법·제도 정비의 방향

가. 실질적·전체적 관점에서 임신중절 자기결정권의 실현을 위한 법령정비 방안

1) 영아살해죄와 영아유기죄 규정의 폐지

낙태죄 규정들의 개정과 더불어서 유기적 관점에서 다른 형법규정들과 모자보건법의 제·개정도 검토하여 개정할 필요성이 있다. 먼저 형법 영아살해죄와 영아유기죄 규정의 폐지가 필요하다. 형법 제251조는 ① 직계존속이 치욕을 은폐하기 위하여나 ② 양육할 수 없음을 예상하거나 ③ 특히 참작할 만한 동기로 인하여 분만 중 또는 분만직후의 영아를 살해한 때에는 10년 이하의 징역에 처하게 된다. 부양의무가 있는 직계존속이 사회·경제적 동기, 특히 참작할 만한 동기로 분만 중이나 직후에 사람을 살해하는 경우, 이를 참작하여 일반살인죄에 비해 감경하고 있는 것이다.²⁶⁾ 영아유기의 경우도 형법 제272조에서 직계존속이 치욕을 은폐하기 위하여나 양육할 수 없음을 예상하거나 특히 참작할 만한 동기로 인하여 영아를 유기한 때에는 2년 이하의 징역 또는 300만원 이하의 벌금에 처한다고 규정함으로써 역시 일반유기에 비하여 감경하고 있다. 이 또한 사회·경제적 동기인 ‘직계존속이 치욕을 은폐하기 위하여나 양육할 수 없음을 예상하는 경우’ 뿐만 아니라 ‘특히 참작할 만한 사유’로 자기의 돌봄 하에 있는 직계존속을 유기하는 경우 감경을 하고 있는

것이다.

독일의 경우에도 구 형법 제217조에서 “혼인의 아동을 분만중 또는 분만 직후에 살해한 또는 3년 이상 15년 이하의 자유형에 처한다”는 규정을 두고 있었다. 이는 사회적 배제, 직업의 상실, 전신효과 등 사회적 압력을 근거로 하여 불법행위가 경감된다는 데에서 기인하였다. 혼인 중의 영아에 대한 살해에 대해서는 동 규정이 적용되지 않았다. 그러나 동 규정은 사회의 변화와 더불어 혼인의 자에 대한 인정과 이들의 동등지위가 인정이 되고 더 이상 시대에 맞지 않는 것으로 평가되어 1998년 삭제되었다.²⁷⁾ 현행 형법에서는 영아살해나 유기에 대하여 특별한 감경사유를 두지 않고 영아살해는 제211조의 일반살인죄로 평가될 수 있으며, 영아유기의 경우도 형법 제221조부터 213조에서 일반유기에 따라 처벌받게 된다.

어떤 이유로든 신생아를 양육하지 않겠다는 산모에게 출생을 강요하는 것은 문제이다. 출산을 강요한 후 치욕은폐 등을 위한 유기나 살해를 감경하는 것도 매우 큰 모순이라고 할 것이다. 현행 형법상 낙태죄의 경우 태아의 절대적 생명보호를 위하여 착상이 된 이후에는 시기를 구분하지 않고 동일하게 처벌하고 있음에 비해 살아서 태어난 영아에게는 사회·경제적 동기인 ‘직계존속의 치욕을 은폐하기 위하여’ 살해하는 경우, 그리고 유기하는 경우에도 감경하고 있는 것은 규정의 타당성과 법체계의 정당성을 상실하였다고 볼 수 있다. 따라서 낙태죄 규정의 개정과 더불어 삭제될 필요가 있다고 생각한다.²⁸⁾

26) 영아살해죄 발생건수를 보면 1990년 7건이었다가 1992년 20건으로 급증하였다. 그 후 1999년 18건, 2000년 17건, 2002년 10건으로 감소한 상태로 발생하다 2010년 18건으로 증가하고, 2012년에는 16건이 발생하였다. 22년 동안 20건 이상 발생한 해는 1992년 한 해뿐이고, 10건에서 18건이 12년, 3건에서 9건 발생한 해가 9년이다. 신옥주, 낙태죄의 위헌성 고찰, 35쪽.

27) 신옥주, 낙태죄의 위헌성 고찰, 생명, 윤리와 정책(제2권 제1호): 2018년 4월, 36쪽.

28) 전보경, 영아살해죄의 규정과 해석에 관한 비판적 고찰, 법학논총, 제37권 제3호, 2013.09. 181쪽; 동조항의 폐지 또는 해석론에 대해서는

2) 현행 낙태 관련한 법체계의 정비 방안

첫째, 법체계의 이원화를 유지하는 방안이다. 현행 우리가 가지고 있는 형법에 임신중절금지과 일정한 기간 동안 여성의 자기결정권을 보장하는 규정을 두고, 모자보건법상 임신중절의 정당화 규정을 개정하여 정당화 사유를 통해 여성의 자기결정권을 보장하는 방안이 있다. 그러나 이 방안은 임신중절을 여성의 인권인 자기결정권의 행사로서가 아니라 원칙적으로 처벌의 대상으로 보고 ‘궁박한 사유에 따른 최후수단으로서 낙태’의 경우 처벌을 하지 않는다는 것으로서 임신중절에 대한 여성의 기본권보장이라는 관점에서 보면 바람직하지 않다고 생각한다.

또는 프랑스나 네덜란드와 같은 이원적 규정방안이 있다. 프랑스는 형법에 임신부의 동의 없는 임신중절의 구성요건규정만 있고 임신중절과 관련된 다른 사항은 건강법(Code de la santé publique, Art. L2211-1 ff)에서 규정한다. 민변에서 이와 유사하게 형법에서는 부동의 낙태죄만 규정하고 의료법²⁹⁾에 관한 규정을 두는 안을 제시한 바 있다.³⁰⁾ 네덜란드와 같이 형법상 임신중절금지규정은 그대로 두고 임신중단법(1984년 제정)을 제정하여 임신 24주까지 임신중단을 보장하는 방법도 있다. 그러나 이러한 법제는 여성의 자기결정권을 좀 더 강화하여 보장하는 방안으로 평가 될 수 있지만 사회구조, 사회보장의 정도, 시민들의 인식 등을 종합적으로 고려하여 볼 때 아직은 적합한 방법이라고 보기에는 무리가 있다고 생각된다.

둘째, 독일의 입법례에 따른 일원화된 법체계의 정비를 고려할 수 있다. 임신중절과 관련된 내용은 모두 형법에서 규정하는데, 임신중절을 범죄, 비범죄, 임신중 제4조 제1항절 정당화, 불처벌의 4가지 경우로 구분한다. 각 임신중단 유형에 따라 임신중단 가능기간도 상이하게 규정하고 있다. ① 제218조에서 임신중절을 범죄로 규정하고 처벌한다. ② 제218a 제1항에서 상담 이후 3일의 숙려기간이 지난 다음 임신 여성의 요청에 따른 12주 이내의 임신중절을 규정하고 있는데 이에 따른 임신중절은 임신중절죄의 범죄구성을 갖추지 못하여 범죄자체가 되지 않는 것으로 이해된다. ③ 정당화사유에 따른 임신중단이 있다. 먼저 제218a 제2항에서 의학적 사유로서 산모의 생명, 신체, 정신적 건강에 위험이 존재하는 경우에 임신중절을 할 수 있는 것으로서 기한의 제한이 없다. 제3항에서는 범죄에 따른 정당화규정으로 강간이나 이와 유사한 성범죄의 결과 임신이 되었다는 추측이 근거가 있는 경우 임신중절이 최초 12주 내에 허용된다. ④ 임신부의 요청에 따른 12주 이내의 임신중절에 대한 예외로서, 임신부가 임신갈등상담을 하였음을 증명하면 의학적 정당화 사유 없이 임신 12~22주 사이의 임신중절이 가능하다. 이 경우 임신중절을 한 임신부에 대하여는 불처벌한다. 그러나 의사는 처벌될 수 있는데, 임신부가 임신중절을 할 때 특별한 궁박상태에 있었다는 점이 확정되면 처벌을 면할 수 있다. 또한 형법 제219조에 근거하여 제정된 임신갈등법에서 임신한 여성이 위

성낙현. 영아살해죄의 해석론과 입법론. 법조. Vol. 646. 2010.7. 5쪽 이하; 이영란, 형법에서의 여성의 인권, 아시아여성연구 41, 2002.12, 109-114쪽 참조.

29) 의료법 제20조 제3항에 의료인은 임신 32주 이후에 약물 기타 방법으로 인공임신수술을 하여서는 아니된다는 내용 추가.

30) 자, 이제 재생산권이다!, 재생산권 확보를 위한 법제도 개선방향 모색 토론회, 2018.11.22. 한국여성단체연합 주최 토론회 자료집, 12쪽. 여성민우회는 동 토론회에서 임신중단 불처벌을 주장하고 있다. 구체적인 법률안은 제시하지 않았으나 형법에서 낙태죄를 완전히 삭제하는 견해라고 생각된다.

기에 처한 경우 임신, 임신중절, 출산, 신뢰출산과 관련된 전문적, 종합적 상담을 하도록 시스템을 구축하고 있다.

이 입법례에 따라 우리의 관련 법제를 정비할 경우 현행 모자보건법 제14조 임신중절 정당화 사유는 모두 형법 제269조로 이전하고, 형법 제269조를 임신중단과 관련하여 범죄로서 처벌되는 행위, 범죄가 되지 아니하는 행위, 정당화 사유가 있어 처벌이 되지 아니하는 행위, ‘궁박’으로 인해 처벌되지 아니하는 행위로 구분하여 규정할 필요가 있다. 모자보건법은 태아, 아동, 여성의 건강, 재생산 등과 관련된 규정들을 내용으로 하는 기본적 법률로서 전면적 정비를 할 필요가 있다.

3) 자기결정권의 보장을 위한 임신중절의 시기와 중기에 대한 방안

첫째, 임신초기, 중기, 말기로 구분된 임신의 기간(수정 후 12주씩)에 따라 초기 임신 12주까지의 임신중절에 대하여 자유로운 임신부의 자기결정권(또는 사생활보호)을 보장하는 방법을 채택할 수 있다. 미국과 오스트리아에서 채택하고 있는 방식이다. 태아의 생명보호를 위한 조치로서 의사상담과 숙려기간을 거치도록 하고 있다. 인도주의실천의사협의회는 임신중단의료서비스 적용제안을 보면 임신 초기(12주 이내)에는 산모요청에 따른 시술, 중기(12~24주)에는 태아와 산모측의 의료적 사유, 사회경제적 사유, 후기(24주 이후)에는 산모의 생명과 건강을 위한 사유로 구분하여 각 기간에 따라 정당화 사유 혹은 시술요건을 설정하고 있다.³¹⁾ 그러나 이 방

식은 여성의 자기결정권의 보장범위가 임신초기에 한정되어 너무협소하므로 바람직하지 않다고 생각한다.

둘째, 기한 방식 대신 프랑스와 같이 임신 12주 내에 어떠한 사유 없이 자유로운 임신중단권을 보건법에서 보장할 수 있다. 그러나 프랑스법제는 태아의 생명보호를 위한 최소한의 장치를 마련하고 있지 않아 우리헌법상 국가의 생명보호원칙에 맞지 않다고 생각된다. 네덜란드처럼 형법에서 낙태를 죄로 규정하지만 낙태법에서 여성의 자기결정권을 최대한 보장하여 궁박의 사유로 임신 22주(수정 후 24주)내까지 임신중절을 보장하는 방식도 고려될 수 있다. 네덜란드의 입법례는 다른 규정들 없이 태아의 독자적 생존가능시기를 기준으로 여성의 자기결정권을 최대한 보장하고 있고, 다른 한편으로는 형법상 낙태죄규정을 통해 태아의 생명에 대한 국가의 보호의무가 인정되고 있어 우리나라에서도 고려할 수 있는 입법례라고 생각한다. 그러나 법제화에 있어서 현실적 난관이 예상되어 법제화되기에는 어려울 것으로 생각한다.

셋째, 독일방식³²⁾에 따라 임신중절사유에 따라 좀 더 자세하게 임신중절시기를 정하는 방법을 통하여 임신중절에 대한 여성의 자기결정권을 보장하는 방법이 고려될 수 있다. 먼저 낙태를 원칙적으로 불법으로 규정한 후, 임신 12주까지는 임신부의 의사에 따라 자유롭게 비범죄의 임신중절을 할 수 있다. 그리고 정당화 사유로서 의학적 사유로 인한 임신중절은 기한제한이 없고, 강간 등 범죄적 사유로 인한 임신 12주 이내의 임신중절을 할 수 있는 규정을

31) 자, 이제 재생산권이다, 재생산권 확보를 위한 법제도 개선방향 모색 토론회, 2018.11.22. 한국여성단체연합 주최 토론회 자료집, 35-37쪽.

32) 1994년 형법상 낙태죄를 현재의 모습으로 개정할 때 여성주의자들은 이러한 낙태죄 규정을 “fauler, aber lebbarer Kompromiss(썩어 악취가나지만 살릴만한 가치는 있는 타협)”라고 표현하였다.

두는 것이다. 그리고 의학적 사유 없이 임신 후 12주~22주(최후 생리 14~24주 사이) 사이의 ‘궁박’을 사유로 하는 임신중단에 대하여 임신부를 처벌하지 않는 규정을 둘 수 있다. 독일의 경우 기본법상 자기결정권에서 여성의 임신중절에 대한 권리를 도출하고 태아생명에 대한 국가보호의무를 인정하고 있는 가운데, 양자를 조화시키기 위한 타협의 산물로서 현행 형법상 낙태죄 규정을 갖게 되었다. 헌법상 여성의 자기결정권, 태아의 생명권과 국가의 생명보호의무를 인정하는 논리와 논거가 매우 유사하기 때문에 독일의 입법례를 참조하여 법제개선을 하는 것도 하나의 현실적 방안이 될 수 있다고 생각한다.

4) 자기결정권의 실질화를 위한 상담제공의 방법에 관한 방안

자기결정권은 임신부가 어떠한 외부 압력 없이 자율적으로 결정할 수 있어야 하므로 정보의 접근이 쉬워야 하고 가능한 한 많은 정보가 제공되어야 한다. 여성의 임신중절에 대한 자기결정권을 보장하는 나라에서 임신중절전 상담은 필수적이다.

프랑스, 오스트리아, 네덜란드 등에서는 임신중절을 실시하지 않는 의사가 임신중절방법, 후유증 등에 대하여 상담을 진행한다. 독일의 경우 형법의 위임을 받아 제정된 임신갈등법에 따라 임신갈등상담소에서 체계적·조직적·전문적으로 매우 광범위한 상담을 하는데, 임신, 출산 및 신뢰출산(제한적 익명출산), 제한적 익명출산 시 향후 법원절차동반, 임신과 출산에 관련된 모든 급부, 서비스 등이 포함된다. 우리나라에서 임신갈등여성을 위하여 제한적 익명출산제도를 포함하는 상담시스템을 정비할 필요가

있다고 생각되며 이 경우 관련 내용은 모자보건법에서 정할 수 있을 것으로 본다.

5) 임신중절 정당화사유에 대한 방안

첫째, 대부분의 나라에서 인정하고 있지만 태아의 우생학적 질병을 임신중절 정당화사유로 존치시킬 것인지에 대한 검토가 필요하다. 독일의 경우 1995년 형법을 개정하면서 정당화사유로 산모의 의학적 사유와 범죄적 사유만 남기고 우생학적 사유를 삭제하였다. 그러나 임신 12주부터 22주까지의 임신중절도 산모의 생명, 신체, 정신상의 의학적 사유없이 상담을 전제로 허용되고 임신부는 불처벌된다. 의사는 임신부의 ‘곤궁’함으로 인한 임신중절수술임을 밝히면 처벌을 면하게 되는데, ‘곤궁’함의 대부분이 태아의 장애로 인한 것이다. 또한 유전자진단법³³⁾ 제15조에서는 출산전 태아나 배아에 대한 유전자 진단을 규정하고 있다. 출생전 유전적 검사 결과에 따라 상담소에서 상담을 한 후 임신중절을 할 수 있다. 종합하여 보면 독일의 형법에서는 정당화사유로 태아의 우생학적 질병을 배제하였지만 임신중절 불처벌규정과 유전자진단법상의 결과에 따른 임신중절을 가능케 하고 있어 태아의 우생학적 사유에 인한 임신중절이 현실에서는 가능하다. 그러나 태아의 우생학적인 사유는 장애를 가진 생명과 장애를 갖지 않는 생명에 대한 차별로서 이는 결국 유엔 장애인차별철폐협약에서 금지하는 장애인 차별이 되는 것이어서 이를 직접적인 임신중절의 정당화사유로 삼는 것은 문제가 있다고 생각한다. 모자보건법 제14조 1. 태아의 우생학적 사유로 인한 임신중절은 삭제하고 5. 모의 생명, 신체, 정신적 건

33) Gesetz über genetische Untersuchungen bei Menschen (Gendiagnostikgesetz – GenDG) GenDG Ausfertigungsdatum: 31.07.2009, in Kraft tritt am 2010.2.10. Vollzitat: “Gendiagnostikgesetz vom 31. Juli 2009 (BGBl. I S. 2529, 3672)”

강의 침해 및 침해우려의 경우를 정당화사유로 개정하여 모를 중심으로 임신중절여부가 결정될 수 있도록 개정하는 것도 하나의 방안이라고 생각한다. 그리고 이러한 사유가 존재하지 않는 경우 임신부의 ‘궁박’을 사유로 한 임신중절이 처벌되지 않도록 규정하여 장애가 있는 태아를 가진 임신부가 자기결정권을 행사할 수 있도록 보장하여 줄 필요가 있다.

모자보건법상 임신중절 정당화사유에 사회·경제적 사유를 삽입할 것인지에 대하여서도 심도 있는 논의가 필요하다. 현재 많이 논의가 되고 있는 낙태 정당화사유에 사회·경제적 사유를 추가³⁴⁾하는 방안에는 신중할 필요가 있다고 생각한다. 사회적 사유의 구체적 예로는 미혼임신, 아동복지법상 아동임신, 기혼여성의 경우 피임실패, 혼외 임신, 이혼 후 전 남편의 임신, 임신 후 사별, 자녀가 이미 많은 경우의 임신 등 다양하다. 경제적 사유는 경제적 궁박을 이유로 하는 낙태를 의미한다. 그러나 국가가 사회·경제적 사유로 인한 임신중단을 고려하지 않도록 사회적 편견·차별철폐, 다양한 가족문화의 수용을 위한 사회적 환경 조성, 사회보장의 강화를 통한 취약계층의 임신·출산 후 인간다운 생활 보장 등의 의무가 있는데 이러한 여건의 조성 없이 사회·경

제적 사유로 인한 임신중단을 허용하는 것은 국가의 사회국가원칙에 따른 책임을 다하지 않고 임신중단을 정당화함으로써 그 의무를 회피해 버리는 결과를 야기하는 것이다.³⁵⁾ 사회·경제적 정당화사유를 추가하는 대신 임신 12주부터 22주(수정 후 24주)내에서 의학적 정당화사유 없이도 여성의 자기결정권에 따른 임신중단에 대하여 불처벌하고, 임신중절수술을 시행한 의사는 임신부가 궁박에 있었음을 입증하여 처벌을 받지 않도록 하는 규정을 두는 것도 하나의 방안이라고 생각된다.

6) 모자보건법의 개정

모자보건법은 제정배경, 절차, 내용 등 모든 면에서 한계가 크다. 모자보건법³⁶⁾을 박정희 정부에서 제정한 배경은 경제성장을 위한 가족계획사업 추진에 있었다. 낙태죄와 낙태허용에 있어서 일본법제의 강한 영향을 찾아 볼 수 있는데 일제시기 일본 본토의 낙태죄를 그대로 도입³⁷⁾했고 그 낙태죄를 해방 이후에도 존치시켰던 것이며, 낙태 허용의 배경도 바로 일제의 ‘부국강병’을 앞세운 국가주의 논리였다. 모자보건법의 제정 절차도 비정상적인 것으로서 민선국회에 의한 입법이 아니라 비민선, 비상입법기

34) 임웅, 낙태의 비범죄화에 관한 연구, 성균관법학 제 17권 제2호, 성균관대학교 비교법연구소, 2005, 386, 389쪽.

35) 신옥주, 이명박정부의 성평등정책 평가 및 제언, 민주법학 제50호(2012.11.), 34-36쪽, 배종대, 형법각론, 홍문사, 162쪽에서도 같은 취지로 서술.

36) 일본 우생보호법을 본뜬 것으로 추정되는데, 1949년 일본우생보호법에서는 다음과 같은 낙태규정을 두고 있었다. 이하 법조문은 최규진, 의료와사회(8), 2018.2, 270쪽 재인용.

제14조 광역자치단체차원에서 설립된 사단법인인 의사회가 지정한 의사는 다음 각 호의 어느 하나에 해당되는 경우, 본인과 배우자의 동의를 받아 인공임신중절 수술을 할 수 있다.

1. 본인 또는 배우자에 정신병이나 지적장애, 정신병질, 유전성 신체 질환 또는 유전성 기형이 있는 경우.

2. 본인 또는 배우자의 4친등(親等) 내의 혈족(血族) 관계에 있는 자에 유전성 정신병이나 유전성 지적장애, 유전성 정신병질, 유전성 신체질환 또는 유전성 기형이 있는 경우.

3. 본인 또는 배우자가 나병 환자인 경우.

4. 임신의 지속과 분만이 신체적 또는 경제적 이유로 인해 모체의 건강을 심각하게 해칠 우려가 있는 경우.

5. 폭행 또는 협박에 의해 저항과 거절이 불가능한 상황에서 강간당하고 임신된 경우.

37) 최규진, 낙태죄의 역사, 의료와 사회, (8), 2018.2. 271쪽. 일본은 우생보호법으로 바꾸면서 경제적 이유 추가. 1996년 모체보호법으로 변경, 우생수술이란 용어를 불임수술로 수정.

구인 비상국무회의에서 비공개적으로 입법되었다. 이 때문에 사회각계의 의견이 반영되기는커녕 시대에 맞지 않는 전근대적인 내용들로 채워졌고³⁸⁾, 국가주의적 관점에서 혼인과 출산에 대한 국가적 차원의 장려와 촉진정책들을 규정하고 있다. 여성의 자기결정권의 행사로서의 혼인, 임신, 출산이라기보다는 국가적 차원에서의 임신과 출산을 장려하고 있는 관점이 투영되어 있는 것이다. 이는 제3조의2에서 임신과 출산의 중요성을 복돋우기 위하여 10월 10일을 임신부의 날로 정한다는 임신부의 날 규정, 그리고 제12조 인공임신중절예방 등 사업규정에서 대표적으로 나타난다. 또한 장애인에 대한 부정적 시각을 제14조 ‘우생학적’ 임신중절 정당화사유 규정, 제7조 모자보건사업담당기구 규정에서 담당업무로 5. ‘심신장애아의 발생 예방’ 규정에서 볼 수 있다. 그리고 부부의 임신과 출산을 당연한 전제로 놓고 다양한 난임정책을 펼치고 있다. 모자보건법은 전면개정을 통하여 아동과 여성, 임신부의 건강, 건강한 임신, 출산과 관련하여 필요한 내용으로 구성될 필요가 있다. 전면개정의 경우 법제14조를 형법상 ‘임신중절’ 규정으로 이동하고 모자보건법은 독일의 임신중절법과 같은 내용을 삽입하여 형법상 임신중절 규정과 연동되는 상담제도를 도입하는 방안을 고려할 필요가 있다고 본다. 상담제도는 조직적·체계적·전문적으로 이루어져야 한다. 남녀 또는 임신여부와 관계없이 성, 건강과 관련하여 관심이 있는 모든 사람을 상담대상으로 하여야 하며, 임신한 여성을 위한 상담의 경우 임신, 출산에 관한 모든 정보를 여성의 임신에 관한 자기결정권의 행사를 위하여 제공하고, 어떠한 결론도 유도하지 않는 열린 상담이어야

한다. 또한 임신중절을 하지 않고 출산을 결정하는 경우를 위하여 제한적 익명출산제도, 즉 일정 기간 까지 산모의 사생활의 비밀과 자유가 보장되는 출산제도의 도입이 고려될 필요가 있다고 생각한다.

7) 위기임신여성의 지원체계 정립의 필요성³⁹⁾

우리나라는 임신갈등이라는 용어조차 생소하다. 임신중절은 다양한 연령층에서 고르게 나타나고 있다. 특히 사회적 취약계층인 ‘미혼모’, 청소년 ‘미혼모’ 등과 같이 임신과 출산에 대한 불인정과 차별 및 낙인을 겪는 경우는 임신갈등상황에 직면할 가능성이 더욱 큼에도 불구하고 이에 대한 인식과 사회적 배려는 전무한 실정이다. 이들은 원가족과의 갈등도 존재하며, 출산 시 경제적 궁핍, 사회적 차별과 낙인 등의 사유로 인하여 유기(베이비박스 포함)와 직접 양육이라는 갈등 상황에 놓이게 되는 경우가 많다. 이제는 우리나라도 임신과 출산으로 어려움에 처한 임신부를 지지하고 돕기 위하여 법과 제도, 그리고 위기 지원에 대한 지식과 기술, 관련 조직 혹은 기관 등을 구성요소로 하는 종합시스템을 구축할 필요가 있다.

4. 결론

국가는 태아의 생명을 보호하기 위하여 일정한 경우 형벌권을 행사할 수 있다. 그러나 모든 임신중절행위를 금지함으로써 국가가 태아의 생명보호를 다하는 것은 아니다.⁴⁰⁾ 태아의 생명보호는 임부의 신체적·사회적 보호를 포함할 때에야 비로소 실질

38) 최규진, 낙태죄의 역사, 의료와 사회, (8), 2018.2. 270쪽.

39) 자세한 내용은 신옥주, ‘미혼모’의 인권제고를 위한 법제개선방안 비교법적 연구, 법학논집 제21권 제2호(2016.12.), 233-272쪽 참조.

적인 의미를 가질 수 있다. 따라서 국가는 임신중절을 절대적으로 금지하기보다는 임신위기여성에게 상담을 제공하고 태아의 출생 후 산모와 영아, 아동이 차별 없이 인간다운 삶을 영위할 수 있도록 여건을 유기적으로 조성하고, 생명존중에 대한 국민인식 개선작업 등을 펼침으로써 생명보호의무를 보다 실질적으로 충족할 수 있다.

여성의 자기결정권의 보장을 위하여 형법 낙태죄의 전면적인 개정이 필요하다. 이와 더불어 영아유기죄와 영아살해죄 규정의 폐지에 대한 검토가 필요하며, 모자보건법은 그 시발점부터 내용에 이르기까지 전근대적 국가주의적 관점과 차별적 시각이 온존되어 있으므로 전면적 개정을 통하여 태아, 아동, 여성의 건강, 재생산 등과 관련된 영역에서 국민의 기본권 보장을 위한 기본법으로 변화하여야 한다.

낙태죄 개정에 있어서 각국의 입법례를 비교법적으로 고찰할 때 먼저 그 나라의 헌법상 생명권, 생명보호규정, 관련 판례, 사회적 분위기, 국민인식 등이 종합적으로 검토되어야 한다. 독일의 입법례에 따라 임신중절에 대한 처벌가능성 규정을 두고 정당화 사유없이 12주내 임신부요청에 따른 임신중절과 임신

전기간 동안 의학적 사유에 따른 임신중절은 처벌되지 않는다는 규정을 둔다. 그리고 강간 등의 사유로 인한 22주 이내의 임신중절을 정당화사유로 두고, 22주 이후 후기 임신중절의 경우 임신부는 불처벌을, 그리고 의사는 임신부의 '궁박'임을 소명하고 불처벌하는 규정을 둔다. 이와 같이 개정을 하는 경우 사회경제적 사유를 굳이 둘 필요성은 없다고 할 것이며, 사회경제적 사유로 인한 임신중절은 국가가 사회경제적 사유로 임신이 중단되지 않도록 여건을 조성할 의무를 다 하지 않고 개인에게 그 책임을 회피하는 측면이 있으므로 좀 더 신중한 자세가 요구된다고 본다. 임신과 출산에 있어서 갈등을 겪는 사람들을 위하여 상담시스템을 구축하고 임신, 출산, 입양, 양육에 대한 실질적 정보를 제공하며 결말이 열린 상담을 할 수 있도록 하는 것이 필요하다. 태아의 생명을 보호하기 위하여 학교에서 실질적인 성교육이 중요하다. 그리고 국가는 임신과 출산에 적합한 사회, 경제적 환경을 조성하고 노동영역에서 일·가정의 양립이 가능하도록 법제 개선과 임신출산으로 인한 여성의 차별을 근절할 필요가 있다.

40) 신옥주, 생명의료영역에서 여성인권존중의 필요성, 법학논집, 제22권 제2호, 2017.12. 10-11쪽.