



제382회국회(정기회)

‘낙태죄’ 개정 관련 공청회

□ 일 시: 2020년 12월 8일(화) 10:00

□ 장 소: 국회 법제사법위원회 회의장 (본관 406호)

국회 법제사법위원회

목 차

□ 공청회 개요	1
----------------	---

□ 진술 요지

○ 정현미(이화여자대학교 법학전문대학원장)	3
○ 이흥락(법무법인 로고스 변호사)	21
○ 이필량(대한산부인과학회 이사장)	45
○ 연취현(연취현 법률사무소 변호사)	53
○ 김정혜(한국여성정책연구원 부연구위원)	71
○ 음선필(홍익대학교 법대 헌법학 교수)	79
○ 김혜령(이화여자대학교 호크마교양대학 교수)	97
○ 최안나(산부인과 낙태법특별위원회 간사)	109

□ 관련 법률안

○ 「형법 일부개정법률안」(2020. 10. 12. 권인숙의원 대표발의)	121
○ 「형법 일부개정법률안」(2020. 11. 5. 이은주의원 대표발의)	127
○ 「형법 일부개정법률안」(2020. 11. 13. 조해진의원 대표발의)	133
○ 「형법 일부개정법률안」(2020. 11. 25. 정부)	141
○ 「형법 일부개정법률안」(2020. 11. 27. 박주민의원 대표발의)	145
○ 「형법 일부개정법률안」(2020. 12. 2. 서정숙의원 대표발의)	151

※ 서정숙의원안은 공청회계획서 의결(12. 2.) 후 회부됨

□ 공청회 개요

1. 목 적

- 헌법재판소는 형법 상 낙태죄에 대해 헌법불합치 결정을 하고, 2020. 12. 31.까지 개정시한을 정함. (2019. 4. 11.)
- 낙태죄 개정 또는 폐지를 내용으로 하는 형법개정안들이 발의됨에 따라 낙태죄에 대한 전문가의 의견을 듣고, 이를 위원회 심사에 활용하기 위함.

2. 안 건: 『낙태죄 개정 관련 공청회』

3. 일 시: 2020년 12월 8일(화) 10:00

4. 장 소: 국회 법제사법위원회 회의장 (본관 406호실)

5. 진술인

- 정 현 미(이화여자대학교 법학전문대학원장)
- 이 흥 락(법무법인 로고스 변호사)
- 이 필 량(대한산부인과학회 이사장)
- 연 취 현(연취현 법률사무소 변호사)
- 김 정 혜(한국여성정책연구원 부연구위원)
- 음 선 필(홍익대학교 법대 헌법학 교수)
- 김 혜 령(이화여자대학교 호크마교양대학(기독교윤리전공) 교수)
- 최 안 나(낙태법특별위원회 간사)

6. 진행순서

- 위원장 인사 및 진술인 소개
- 진술인 발표(8인)
- 질의 및 답변



진 술 서

정 현 미

[이화여자대학교 법학전문대학원장]

정현미 이화여대 법학전문대학원 원장

□ 학 력

- 이화여자대학교 법과대학 법학과 졸업
- 이화여자대학교 일반대학원 법학과(석사) 졸업
- 독일 프라이부르크 대학 법학과 박사 졸업

□ 경 력

- (현) 법무부 교정정책자문단 위원
- (현) 법무부 대체복무제정책자문위원회 위원
- (현) 대검찰청 검찰수사심의위원회 위원
- (현) 서울서부지방검찰청 자유형집행정지심의회 심의위원
- (현) 교육부 교원소청심사위원회 비상임위원
- (현) 한국의료분쟁조정중재원 비상임조정위원
- 대법원 제5기 양형위원회 위원
- 법무부 자문위원회 형사법개정특별분과위원회 위원
- 법제처 알기쉬운법령개정 자문위원
- 한국형사정책학회 회장
- 법조윤리협의회 위원
- 대법원 법조윤리위원회 위원

‘낙태죄’ 개정 관련 공청회

진술인 : 정현미(이화여대 법학전문대학원장)

I. 들어가며

낙태개정을 둘러싼 가치관의 첨예한 대립과 논쟁은 사회 전영역의 관심을 받는 것은 어느 나라나 마찬가지인데, 우리의 경우 논쟁을 입법으로 마무리해야 할 중요한 결정의 시기를 앞두고 있다. 주지하다시피 헌법재판소는 2019. 4. 11. 임신한 여성의 자기낙태를 처벌하는 형법 제269조 제1항과, 의사가 임신한 여성의 촉탁 또는 승낙을 받아 낙태하게 한 경우를 처벌하는 형법 제270조 제1항 중 ‘의사’에 관한 부분에 대해 임신한 여성의 자기결정권 침해한다는 이유로 헌법불합치 결정을 하면서, 2020. 12. 31.을 시한으로 입법자가 개정할 때까지 계속 적용하도록 하였기 때문이다¹⁾.

헌법불합치 결정은 위헌적 상태를 정해진 시일 내에 제거해야 할 입법자의 입법개선 의무를 수반하게 되기 때문에²⁾, 이제 입법자인 국회는 실체법적인 측면에서 이 사건 불합치결정의 취지를 정확하게 파악하고 결정취지에 상응한 후속입법을 마련하여야 한다.

낙태죄 관련 쟁점에 대하여 오랜 기간 동안 우리 사회 각 계의 다양한 입법 개선 요구가 있었고, 2019. 4. 11. 헌재결정 이후 1년 반이 넘는 시간동안 논의한 것을 토대로 헌법정신에 맞는 낙태관련법으로 탄생할 것을 기대한다. 낙태죄 관련 규정을 개정하여 법과 현실의 괴리를 제거하는 법으로 만든다면 장기적으로 볼 때 여성의 자기결정권을 보장하면서도 전체적인 낙태건수를 줄여 태아의 생명을 보호하는 사회로 발전할 수 있을 것이다. 아래에서는 낙태죄 관련 쟁점별로 현행 법과 주요 해외입법례³⁾를 살펴보고, 정부안을 중심으로 헌재 결정 취지에 부합하는지 여부를 검토하였다.

1) 헌재 2019. 4. 11. 2017헌바127 형법 제269조 제1항 등 위헌소원 사건.

2) 제2개정판 헌법재판실무제요, 헌법재판소, 2015, 206쪽.

3) <https://abortion-policies.srhr.org> 참조.

II. 낙태 관련 개선입법의 방향

입법자는 헌법재판소가 낙태죄에 대해 헌법불합치로 결정한 취지를 준수하면서 개선입법을 해야 하는바, 현재결정에서 나타난 대체적인 방향과 핵심적 내용은 다음과 같이 요약된다.

1. 자기낙태죄 조항은 임신한 여성의 자기결정권을 제한한다 : “자기낙태죄 조항은 모자보건법이 정한 예외를 제외하고는 낙태를 전면적·일률적으로 금지하고, 이를 위반할 경우 형벌을 부과함으로써 임신의 유지·출산을 강제하고 있으므로, 임신한 여성의 자기결정권을 제한한다.”

2. 그러나 자기낙태죄 조항은 태아의 생명을 보호하기 위한 정당하고 적합한 수단이다 : “자기낙태죄 조항은 태아의 생명을 보호하기 위한 것으로서, 정당한 입법 목적을 달성하기 위한 적합한 수단이다.”

3. 임신을 유지 또는 종결할 것인지를 결정하는 것은 임신한 여성의 전인적 결정이다 : “임신한 여성이 임신을 유지 또는 종결할 것인지 여부를 결정하는 것은 스스로 선택한 인생관·사회관을 바탕으로 자신이 처한 신체적·심리적·사회적·경제적 상황에 대한 깊은 고민을 한 결과를 반영하는 전인적(全人的) 결정이다.”

4. ‘결정가능기간’ 이라고 할 수 있는 22주까지는 낙태 허용요건을 둘 수 있다. “현 시점에서 최선의 의료기술과 의료 인력이 뒷받침될 경우 태아는 임신 22주 내외부터 독자적인 생존이 가능하다고 한다. 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 시기, 즉 ‘결정가능기간’까지의 낙태에 대해서는 국가가 생명보호의 수단 및 정도를 달리 정할 수 있다고 봄이 타당하다.”

5. 모자보건법은 사회적 경제적 허용사유를 전혀 반영하지 않은 결과 태아의 생명보호에 일방적 우위가 부여되어 법익균형성의 원칙과 과잉금지원칙을 위반하여 여성의 자기결정권을 침해한다 : “현재 허용요건을 두고 있는 모자보건법상의 정당화사유에는 다양하고 광범위한 사회적·경제적 사유에 의한 낙태갈등 상황을 전혀 포섭하지 못하고 있다.” “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 있다.” 따라서 “태아의 생명 보호라는 공익에 대하여만 일방적이고 절대적인 우위를 부여함으로써 법익균형성의 원칙도 위반하였으므로, 과잉금지원칙을 위반하여 임신한 여성의 자기결정권을 침해한다.”

6. 입법자는 결정가능기간, 사회적·경제적 사유를 구체적으로 어떻게 조합할 것인지, 사회적·경제적 사유에 대한 확인을 요구할 것인지, 상담요건 및 숙려기간과 같은 절차적 요건을 추가할 것인지 등에 관하여 헌법재판소가 실시한 한계 내에서 입법재량을 가진다 : “자기낙태죄 조항과 의사낙태죄 조항에 대하여 각각 단순위헌결정을 할 경우, 임신 기간 전체에 걸쳐 행해진 모든 낙태를 처벌할 수 없게 됨으로써 용인하기 어려운 법적 공백이 생기게 된다. 더욱이 입법자는 결정가능기간을 어떻게 정하고 결정가능기간의 종기를 언제까지로 할 것인지, 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 여부 등에 관하여 앞서 헌법재판소가 실시한 한계 내에서 입법재량을 가진다.”

이번 헌재결정으로 낙태죄가 당연히 폐지되는 것은 아니다. 낙태규제정책의 양극단의 입장에 있는 임부의 생명보호를 위한 경우 이외에는 낙태를 허용할 수 없다는 낙태반대론자나 낙태죄규정을 없애자는 낙태죄폐지론의 입장에는 헌재결정 취지가 맞지 않으나, 헌법재판소는 현행 낙태규정의 위헌적인 부분을 짚으면서도 임부의 자기결정과 태아의 생명보호의 조화로운 입법방향을 다소 구체적으로 제시한 노력을 보이고 있다.

형법의 낙태죄 조항은 단순한 금지규정인데 이것은 낙태규제의 예외를 말하고 있지 않고, 허용요건을 둔 모자보건법은 임신여부에 대한 임부의 자기결정권은 보

장하지 않고 있으므로 임부의 자기결정권 침해가 위헌적임을 명시하고 임신단계에 따라 임부의 자기결정권을 보장한 입법으로 개선하라는 요지이다. 그러한 핵심 제시하고 그 이내에서 임신 유지적 입법방향에 더하여 태아의 ‘독자적’ 생존가능 시점을 ‘임신 22주’ 내외로 와 출산 여부에 관한 자기결정권을 행사하기에 충분한 시간이 보장되는 시기를 ‘결정가능기간’ 이라고 명명한 뒤 결정가능기간의 설정, 임신한 여성의 요청만으로 인공임신중절이 가능한 시기, 사회·경제적 사유, 상담요건, 숙려기간 등의 절차적 요건 추가 여부 등을 기술하면서 입법자의 입법재량 영역으로 남겨두었다.

헌법재판소의 이번 낙태죄 헌법불합치 결정은 낙태죄가 일정 기한 내에 사회적, 경제적 사유로 인한 낙태에 예외를 두지 않고 일률적으로 처벌하는 것이 위헌이라고 한 것만으로도 허용범위를 넓히려는 사회적 요구가 반영된 것이며, 입법방향이 명백해진 것이다. 다만 허용사유와 기한의 절충 방식, 상담 및 숙려기간 등을 포함한 절차 규정 도입 등이 법 개정의 주요 쟁점으로 이 되고 있다.

Ⅲ. 낙태 처벌 및 규정 법률

1. 낙태입법의 형식

낙태 관련 현행 법체계는 여성의 자기낙태와 의사의 업무상동의낙태 등에 대한 처벌을 규정한 「형법」과 예외적 인공임신중절 허용범위를 규정한 「모자보건법」으로 이원화되어 있다.

주요 해외 입법례는 대체로 허용요건을 충족하지 못한 낙태 시술자와 여성을 모두 처벌하는데, 그 중에서도 처벌규정과 허용요건을 모두 형법에 규정한 입법례(독일, 오스트리아, 스위스 등), 처벌규정은 형법에, 허용요건은 특별법에 규정한 입법례(일본, 영국 등), 처벌규정과 허용사유를 모두 특별법에 규정한 입법례(이탈리아 등)가 있다. 그 외 낙태 허용요건을 제한하되 위반시 낙태 시술자만 처벌하고 여성은 처벌하지 않는 입법례(프랑스, 덴마크 등)도 몇몇 국가가 있으나, 모든 낙태죄를 두지 않는 입법례는 중국, 캐나다 등 극소수 국가에 불과하다.

헌법재판소는 낙태죄 조항은 태아의 생명을 보호하기 위한 것으로서 입법목적에 정당하고, 낙태를 방지하기 위하여 임신한 여성의 낙태를 형사처벌하는 것은

입법목적을 달성하는 데 적합한 수단이라고 보았다. 또한 낙태죄 조항의 위헌성은 사회적·경제적 사유로 인한 낙태를 예외 없이 전면적·일률적으로 처벌하는데 있는 것이고 태아의 생명을 보호하기 위하여 낙태를 금지하고 형사 처벌하는 것 자체가 모든 경우에 헌법에 위반된다고 볼 수는 없다고 판단하였다. 특히 4인의 헌법불합치 의견은, 단순위헌결정을 할 경우 임신기간 전체에 걸쳐 행해진 모든 낙태를 처벌할 수 없게 됨으로써 용인하기 어려운 법적 공백이 발생하므로 입법시한 전까지 낙태죄 조항을 계속 적용하도록 판단하였다.

검토 의견으로는, 법과 현실의 괴리를 제거하고 여성의 자기결정권과 태아의 생명 보호의 실제적 조화를 이루기 위하여 형법상 낙태죄를 유지하되 허용범위를 현행보다 확대하는 것이 헌법재판소 결정 취지에 부합한다고 본다. 또한 현행과 같이 모자보건법에 허용요건을 별도로 규정하는 것보다 정부안과 같이 형법에 금지규정과 허용요건을 함께 규정함으로써 일반 국민들이 규제 범위를 명확히 알 수 있도록 할 필요가 있다고 본다.

2. 낙태규정의 허용방식 및 허용기간

현행 모자보건법은 일정한 사유가 있을 경우 임신 24주 이내에 인공임신중절을 허용하고 있다. 즉 우리 현행 낙태 허용방식은 적응사유 방식을 취하고 있는데, 그대로 적응사유 방식을 취할 것인가 기한방식으로 개편할 것인가는 입법자의 의사에 달려 있다.

주요 해외 입법례는 일정한 기한 내에 낙태를 허용하는 유형인 ‘**기한 방식**’을 취하는 입법례(독일, 오스트리아, 프랑스, 미국 등)⁴⁾, 일정한 사유가 있을 때에만 일정 기한 내에 낙태를 허용하는 유형인 ‘**적응사유 방식**’을 취하는 입법례(일본, 영국, 핀란드 등)⁵⁾, 앞의 두 방식을 병행하는 유형인 ‘**혼합 방식**’을 취하는 입법례(덴마크, 노르웨이, 러시아 등)⁶⁾ 등이 있다.

4) 독일 낙태규정 : Strafgesetzbuch § 218a Straflosigkeit des Schwangerschaftsabbruchs

오스트리아 낙태규정 : § 97 StGB Straflosigkeit des Schwangerschaftsabbruchs

프랑스 낙태규정 : Code de la santé publique Article L2212-1

미국 낙태규정 : Roe v. Wade, 410 U.S. 113(1973) 판례, Pennsylvania Statutes Title 18 Pa.C.S.A. Crimes and Offenses § 3211. Abortion on unborn child of 24 or more weeks gestational age 등

5) 일본 낙태규정 : 母体保護法(医師の認定による人工妊娠中絶)第十四条

영국 낙태규정 : Abortion Act 1967 Section1 Medical termination of pregnancy (1)

6) 덴마크 보건법 § 92-§ 100, § 269. 노르웨이 낙태법 § 2-§ 5, § 13. 러시아 시민의 건강보호에 관한

기한방식 혹은 혼합방식을 취하는 입법례에서 낙태 허용 기한으로는 임신 12주(프랑스, 덴마크, 노르웨이, 스위스, 그리스), 임신 14주(독일, 룩셈부르크, 스페인), 임신 22주~24주(미국 다수 州) 등으로 다양하게 규정하고 있다.

헌법재판소 결정 중 4인의 헌법불합치 의견은, ① 세계보건기구(WHO)와 산부인과 학계는 임신 22주 내외부터 태아가 모체를 떠나 독자적으로 생존할 수 있다는 입장인데, ② 태아가 모체를 떠난 상태에서 독자적인 생존을 할 수 있는 경우에는 그렇지 않은 경우와 비교할 때 훨씬 인간에 근접한 상태에 도달하였다고 볼 수 있고, ③ 임신 22주 내외에 도달하기 전이면서 동시에 임신 유지와 출산 여부에 관한 자기결정권을 행사하기에 충분한 시간이 보장되는 시기(이하 ‘결정가능기간’)까지의 낙태에 대해서는 국가가 생명보호의 수단 및 정도를 달리 정할 수 있다고 하면서, ④ 입법자는 결정가능기간을 어떻게 정하고 결정가능기간의 종기를 언제까지로 할 것인지, 결정가능기간 중 일정한 시기까지는 사회적·경제적 사유에 대한 확인을 요구하지 않을 것인지 여부 등에 관하여 헌법재판소가 실시한 한계 내에서 입법재량을 가진다고 판단하였다. 한편, 3인의 단순위헌 의견은 헌법불합치 의견 중 ①~③ 부분에 대하여 같은 입장을 보이면서, 이에 더하여 태아가 덜 발달하고, 안전한 낙태 수술이 가능하며, 여성이 낙태 여부를 숙고하여 결정하기에 필요한 기간인 임신 제1삼분기(대략 마지막 생리기간의 첫날부터 14주 무렵까지)에는 임신한 여성이 낙태 여부를 스스로 결정할 수 있도록 하여야 한다고 판단하였다.

낙태규정의 허용방식은 헌법재판소가 실시한 한계 내에서 입법정책적으로 결정할 문제이다. 현재결정에 의한 핵심적 과제 중 하나가 여성의 자기결정권을 존중하여 사회적·경제적 사유로 인한 임신중단(낙태)을 허용하는 것인데 이는 우선적응사유 방식으로 가능하다는 것을 시사한다. 일반적인 기한방식은 임신초기 일정한 기한 내에 임부의 요청에 의해 낙태를 허용하므로 사회적·경제적 사유를 허용하는 기간을 별도로 두지 않는다. 적응사유 방식에서 사회적·경제적 사유까지 확대하는 경우에도 일정기간 내에 허용므로 사실상 기한방식과 차이가 없으므로 많은 입법례가 기한방식으로 변경되는 경향을 보인다. 그런데 임신초기 낙태를 허용하는 기한방식을 취하면서도(임부요청에 의한 낙태허용), 그 이후에도 사회

기본법 § 56, § 123.

적·경제적 사유가 있는 경우 낙태를 허용하는 경우가 있는데, 기한방식에 사회적·경제적 사유를 다시 부가하여 허용범위를 더욱 확대하는 방식이다(혼합방식).

정부안은 임신 14주까지는 기한 방식을, 임신 24주까지는 사회적·경제적 사유를 다시 부가한 혼합방식을 취하고 있다. 24주 이내의 사회적·경제적 사유는 사유의 확인과 허용절차가 필요한 점에서 임신초기의 임부요청만으로 낙태를 허용하는 것과 구별된다. 헌법재판소는 결정 취지에 부합한다면 어떤 방식이든 입법자의 재량이라고 하므로 방식 자체는 문제되지 않을 것이다.

그런데 임신초기인 14주까지 임부요청에 의한 모든 낙태가 허용될 수 있음에도 또 다시 기한을 연장하여 사회적·경제적 사유를 인정할 필요가 있는가에 대해서는 허용확대를 지나치게 넓은 것이 아닌가라는 논쟁이 있을 수 있다. 정부안에서 14주 이후의 사회적·경제적 사유를 추가한 것은 14주 이후에도 있을 수 있는 임부의 일반적인 사정을 고려하여 허용하고자 하는 취지로 보인다. 헌법재판소가 결정가능기간의 기준을 ‘임신 22주 내외’로 기술하고 있어 결정가능기간의 종기를 임신 22주를 조금 넘긴 임신 24주로 정하더라도 입법재량의 범위를 벗어났다고 보기 어렵고, 현행 모자보건법 시행령이 인공임신중절 허용기한을 임신 24주로 규정하고 있는 점도 고려할 필요가 있기 때문이라고 한다.

검토 의견으로는, 정부안이 낙태허용을 가능한 한 합리적인 범위까지 넓힘으로써 임부에게 자기결정권을 더 보장하겠다는 취지로 보이지만, 기한방식을 취하면서까지 더 확대할 이유가 없으며, ‘임신 22주’로 규정함이 적절하다고 판단된다. 혼합주의를 취한 입법례를 보면, 러시아가 22주로 되어 있으며, 노르웨이는 사실상 18주로 한정하고 있으며, 덴마크는 독자적 생존가능한 기한으로 할뿐 24주까지 명시한 입법례는 찾아보기 어렵다.⁷⁾

7) 그밖에 적응방식을 취하면서 사회적·경제적 사유를 인정하는 입법례의 경우, 허용기한은 일본 21주, 이탈리아 90일, 핀란드 12주, 네덜란드 12주 등이다.

3. 낙태규정의 허용사유

1) 14주 이내에 허용되는 낙태

정부안은 “제269조제1항·제2항 또는 제270조제1항의 행위가 임신 14주 이내에 의사에 의하여 의학적으로 인정된 방법으로 이루어진 때에는 처벌하지 아니한다”는 허용요건을 신설하였다. 임신 초기에 어떤 사유도 요구함이 없이 낙태를 전면허용하는 방안을 채택한 것이다. 이는 ‘결정가능기간’ 내에 임부의 자기결정권을 보장하라는 헌법재판소 결정의 취지에 부합할 뿐만 아니라, 단순위헌의견인, ‘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 의견에도 상응하는 것이다.

2) 24주 이내에 허용되는 낙태

현행 모자보건법 제14조는 인공임신중절수술의 허용사유로 ① 본인이나 배우자가 대통령령으로 정하는 우생학적(優生學的) 또는 유전학적 정신장애나 신체질환이 있는 경우, ② 본인이나 배우자가 대통령령으로 정하는 전염성 질환이 있는 경우, ③ 강간 또는 준강간(準強姦)에 의하여 임신된 경우, ④ 법률상 혼인할 수 없는 혈족 또는 인척 간에 임신된 경우, ⑤ 임신의 지속이 보건의학적 이유로 모체의 건강을 심각하게 해치고 있거나 해칠 우려가 있는 경우를 규정하고 있다.

주요 해외 입법례는 임신의 지속이 임신한 여성의 생명이나 건강을 위협하게 하는 경우에 대해서는 거의 모든 입법례가 낙태를 허용하고 있으며, 개별적으로 성범죄로 임신한 경우(독일 등)⁸⁾, 근친관계로 임신한 경우(핀란드 등)⁹⁾, 태아 사유(영국 등)¹⁰⁾를 별도로 다루기도 한다.

8) 독일 낙태규정의 범죄학적 사유 : 형법 제218조a ② 임산부의 승낙을 받아서 의사가 시술한 임신중절은 임산부의 현재와 장래 생활관계를 고려하여 의사의 진단결과, 임산부의 생명에 대한 위험 또는 신체적·정신적 건강상태의 중한 훼손의 위험을 방어하기에 적절하고 다른 기대될 수 있는 방법으로 그 위험을 방어할 수 없는 경우에는 위법하지 아니하다. ③ 의사의 진단결과 임산부에 대해 제176조 내지 제179조에 따른 위법행위가 범하여 졌고 그로 인하여 임신한 것으로 인정할 만한 유력한 근거가 있고 착상 이후 12주 이상 경과하지 않은 경우로서 임산부의 동의하에 의사에 의해 시술된 임신중절에 있어서는 제2항의 조건은 적용된다.

9) 핀란드 낙태규정의 윤리적 사유 : 낙태법 제1조 다음 각 호의 경우에는 임부의 요청에 따라 낙태할 수 있다. 3. 형법상 범죄가 되는 강간이나 근친성교에 의해 임신한 경우

10) 영국 낙태규정의 태아 관련 사유 : 낙태법 제1조 의학적 임신중절 (1) 이 조를 조건으로 하여 공인된 의사가 임신중절수술을 하였으며 공인된 의사 2명이 선의로써 다음 중 어느 하나의 의견을 제시한다면, 당사자는 낙태 관련 법률에 따른 범죄의 유죄에 해당하지 아니한다. (d) 신생아를 출산할 경우, 신생아가 중증장애에 해당하는 신체적 또는 정신적 기형 증세로 고통받을 잠재적 위험이 있는

정부안은 모자보건법의 낙태허용사유를 형법으로 편입시키면서 우생학적 사유는 폐지하고 현행법에서 인정하는 범죄학적 사유, 윤리적 사유, 의학적 사유로 인한 낙태를 허용하면서 사회적경제적 사유까지 추가하고 있다. 이들 사유의 허용기한은 모두 24주로 공통적이다. 배우자 동의요건은 삭제되었는바, 배우자동의는 낙태에서 부수적인 고려사항으로 허용요건에서 삭제하는 것이 바람직하다. 개별적인 허용사유를 검토하면 다음과 같다.

1) 우생학적, 유전적 사유 삭제

모자보건법상 우생학적, 유전적 사유에 대해서는 장애아에 대한 생명 경시 비판이 지속적으로 제기되어 온 부분이다. 헌법재판소 결정에서 명시한 부분은 아니지만, 인간 종의 개량이라는 목적이 반영되어 반인권적이라는 점과 유전되지 않거나 임신 중인 상황에서도 치료가 가능한 질환이 있다는 점 등을 이유로 비판¹¹⁾을 받아왔던 우생학적·유전학적 사유를 삭제한 것은 적절 하다. 해외입법례도 우생학적 사유를 삭제하는 추세이다(독일, 일본 등).

2) 성범죄, 근친관계로 인한 임신사유 존치

현행법은 강간 또는 준강간에 한정되어 있어서 그외에 업무상위력에 의한 간음 등 기타 성폭력범죄에 의한 임신도 윤리적 적응사유에 포함시킬 필요가 있다는 비판이 있어왔다. 성폭력처벌법상 ‘성폭력범죄’로 확대하자는 의견도 있으나, 다른 성범죄를 규정한 다수의 특별법들이 있어서 모든 성범죄를 열거하기란 불가능하므로 “강간 또는 준강간(準強姦) 등 범죄행위로 임신된 경우”로 규정한 정부안은 합리적인 방안이라고 생각한다.

근친관계로 인한 임신은 사회적 경제적 사유에 포섭될 수도 있지만, 기존의 모자보건법의 사유를 존치하였다.

3) 사회적·경제적 사유 신설

위에서도 언급했지만, 정부안은 기한방식을 취하면서도, 24주 이내의 사회적·경제적 사유를 인정하고 있는 것이 특징이다.

헌법재판소는, ① 모자보건법에서 정한 낙태의 위법성 조각사유들은 대부분 형

경우.

11) 보건복지위원회 전문위원 이지민, 모자보건법 일부개정법률안(이정미의원 대표발의, 의안번호 제 19802호) 검토보고, 2019, 13쪽.

법 제22조의 긴급피난이나 제20조의 정당행위로서 위법성 조각이 가능하거나, 임신의 유지와 출산에 대한 기대가능성이 없음을 이유로 책임조각이 가능하다고 보는 시각까지 있을 정도로 매우 제한적이고 한정적인 사유들로, 위 사유들에는 ‘임신 유지 및 출산을 힘들게 하는 다양하고 광범위한 사회적·경제적 사유에 의한 낙태갈등 상황’이 전혀 포섭되지 않고 있어, ② 낙태죄 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 입법목적을 달성하기 위하여 필요한 최소한의 정도를 넘어 임신한 여성의 자기결정권을 제한한다고 판단하였다.

현재 결정에서 예시된 사회적·경제적 사유
· 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 · 부부가 모두 소득활동을 해야 하는 상황이라서 어느 일방이 양육을 위하여 휴직하기 어려운 경우 · 상대 남성과 교제를 지속할 생각이 없거나 결혼 계획이 없는 경우 · 상대 남성이 출산을 반대하고 낙태를 종용하거나 명시적으로 육아에 대한 책임을 거부하는 경우 · 다른 여성과 혼인 중인 상대 남성과의 사이에 아이를 임신한 경우 · 혼인이 사실상 파탄에 이른 상태에서 상대 남성과의 사이에 아이를 임신한 경우 · 아이를 임신한 후 상대 남성과 헤어진 경우 · 결혼하지 않은 미성년자가 원치 않은 임신을 한 경우 등

검토 의견으로는, 헌법재판소에서 낙태 허용 필요 사유로 명시한 ‘사회적·경제적 사유’를 규정하면서, 그 사유가 워낙 방대하여 일일이 명시하기 곤란하고,¹²⁾ 입증 또한 곤란한 점을 고려하여 뒤에서 설명할 상담 및 숙려기간을 거친

12) 러시아 낙태규정의 사회경제적 사유 : 시민의 건강 보호에 관한 기본법 제56조 인공임신중절 “4. 사회적인 이유에 의한 낙태는 임신 22주까지 수행될 수 있고, 의료적 지시가 있는 경우에는 임신 기간과 관계없이 가능하다”고 하여 사유를 특별히 열거하지 않는다. 반면 열거한 경우를 보면, 덴마크의 경우 보건법 제94조제1항 5호와 6호에서 “5. 어린 나이 또는 미성숙으로 임부가 정상적으로 아이를 양육할 수 없는 경우. 6. 임신, 출산 또는 양육이 임부에게 피할 수 없는 심각한 부담이 될 것으로 예상되고, 임부 또는 가정의 유지 또는 가정의 양육을 위해 낙태가 필요하다고 사료되는 경우. 이 결정은 임부의 나이, 노동량, 개인적 환경 및 가정, 경제 그리고 건강적 요인을 고려하여야 한다.”고 규정하고 있으며, 노르웨이 낙태법 제2조에서 “(3) b) 임신과 출산, 육아가 여성을 힘

경우 추정 조항을 규정한 정부안은 헌법재판소의 결정 취지에 부합한다고 본다.

현행 형법	형법개정안(정부안)
〈신설〉	제270조의2(낙태의 허용요건) ① 제269조제1항·제2항 또는 제270조제1항의 행위가 임신 14주 이내에 의사에 의하여 의학적으로 인정된 방법으로 이루어진 때에는 처벌하지 아니한다.
현행 모자보건법	
제14조(인공임신중절수술의 허용한계) ① 의사는 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에만 본인과 배우자(사실상의 혼인관계에 있는 사람을 포함한다. 이하 같다)의 동의를 받아 인공임신중절수술을 할 수 있다.	제270조의2(낙태의 허용요건) ② 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우로서 제269조제1항·제2항 또는 제270조제1항의 행위가 임신 24주 이내에 의사에 의하여 의학적으로 인정된 방법으로 이루어진 때에는 처벌하지 아니한다.
1. 본인이나 배우자가 대통령령으로 정하는 우생학적(우생학적) 또는 유전학적 정신장애나 신체질환이 있는 경우	〈삭제〉
2. 본인이나 배우자가 대통령령으로 정하는 전염성 질환이 있는 경우	〈삭제〉
3. 강간 또는 준강간(준강간)에 의하여 임신된 경우	1. 강간 또는 준강간(準強姦) 등 범죄행위로 임신된 경우
4. 법률상 혼인할 수 없는 혈족 또는 인척간에 임신된 경우	2. 법률상 혼인할 수 없는 혈족 또는 인척 사이에 임신된 경우
〈신설〉	3. 다음 각 목의 요건에 모두 해당하는 경우 가. 임신의 지속이 사회적 또는 경제적 이유로 임신한 여성을 심각한 곤경에 처하게 하거나 처하게 할 우려가 있을 것 나. 임신한 여성이 「모자보건법」에 따른 임신의 유지·종결에 대한 상담을 받고, 그 때부터 24시간이 지났을 것
5. 임신의 지속이 보건의학적 이유로 모체의 건강을 심각하게 해치고 있거나 해칠 우려가 있는 경우	4. 임신의 지속이 보건의학적 이유로 임신한 여성의 건강을 심각하게 해치고 있거나 해칠 우려가 있는 경우
모자보건법 시행령	모자보건법 시행령
제15조(인공임신중절수술의 허용한계) ① 법 제14조에 따른 인공임신중절수술은 임신 24주일 이내인 사람만 할 수 있다.	〈삭제〉

든 삶의 상황에 처하게 할 수 있는 경우”를 참고할 수 있다.

5) 임부의 건강 사유 존치

“임신의 지속이 보건의학적 이유로 임신한 여성의 건강을 심각하게 해치고 있거나 해칠 우려가 있는 경우” 라고 하여 현행 모자보건법의 사유를 존치한 것이다. 허용기간은 24주이지만, 임부의 생명 또는 건강의 위해로 인한 낙태는 일반적 위법성조각사유인 긴급피난에 의해서 허용될 수 있으므로 기한을 달리하지 않은 것으로 볼 수 있다.

4. 낙태 절차요건

현행 모자보건법은 ‘인공임신중절수술’의 절차적 허용한계로 ‘의사’가 ‘본인과 배우자의 동의’를 받아 할 수 있다고 규정하고 있다.

주요 해외 입법례는 대체로 시술자를 ‘의사’로 한정하면서, ‘사회적 상담’을 요건으로 하는 입법례(독일 등)¹³⁾, ‘의료적 상담’을 요건으로 하는 입법례(미국 다수 州 등)¹⁴⁾, 상담 후 숙려기간을 의무화하는 입법례(독일 - 3일, 미국 다수 州 - 18시간 내지 72시간)¹⁵⁾, ‘약물’에 의한 낙태를 허용하는 입법례(프랑스 등)¹⁶⁾ 등이 있다.

13) 독일 형법 제218조a (임신중절의 처벌면제) ① 제218조의 구성요건은 다음 각호의 요건이 모두 충족되는 경우에는 실현되지 아니한다.

1. 임산부가 임신중절을 촉탁하고 제219조 제2항 제2문에 의한 확인서를 통해 최소한 수술 3일 이전에 상담을 거친 사실을 의사에게 입증한 경우

④ 임신중절이 제219조에서 규정한 상담을 거친 후 의사에 의해 시행되고 수정 후 22주가 경과되지 아니한 경우 임산부는 제218조에 의해 처벌되지 아니한다. 법원은 임산부가 수술 당시 특별한 곤경에 빠져있었던 경우에는 제218조에 의한 형을 면제할 수 있다.

제219조 (긴급 및 갈등 상황에 처한 임산부에 대한 상담) ① 상담은 태아의 생명보호에 기여한다. 상담은 임신의 지속을 위하여 부녀를 격려하고 자녀와 함께하는 삶의 전망을 일깨워 주기 위한 노력을 이끌어야만 한다. 상담은 책임 있고 양심에 따른 결정을 하도록 부녀를 조력해야 한다. 이 경우 태아가 임신의 각 단계에서 부녀에 대하여 생명에 대한 독자적인 권리를 가지는 것과 출산을 통해 임부의 수인을 기대할 수 있는 피해의 한도를 초과하는 중대하고 비통상적인 고통이 야기되는 경우에 단지 예외적인 상황에서 법질서에 의해 임신중절이 고려될 수 있다는 것을 부녀에게 인식시켜야 한다. 상담은 조언과 원조를 통해 임신과 관련하여 존재하는 갈등상황을 제거하고 긴급상황을 시정하는데 기여하여야 한다. 자세한 사항은 임신갈등법에서 규율한다.

② 상담은 임신갈등법에 따라 승인된 임신갈등상담소가 하여야 한다. 상담소는 상담종료 후 임산부에게 최종 상담일자과 임산부의 성명이 기재된 확인서를 임신갈등법에 따라서 발급하여야 한다. 임신중절을 시술한 의사는 상담원이 될 수 없다.

14) <https://guttmacher.org>에 따르면 pennsylvania, virginia, florida, michigan 등 미국 약 30개 주가 의료적 상담 요건 규정.

15) 독일은 각주 13번 참조, 미국은 <https://guttmacher.org>에 따르면 indiana가 18시간, wisconsin 등 17개 주가 24시간, alabama 등 2개 주가 48시간, north carolina 등 6개 주가 72시간 이상의 숙려기간 규정.

16) 프랑스 공공보건법 제2212-2조 의사만 자발적임신중절을 할 수 있다. 약물에 의한 자발적임신중절의 경우 조산부도 할 수 있다. 공공 또는 사립 보건기관에서만 국사원령에서 정한 조건에 따라 의

헌법재판소 결정 중 4인의 헌법불합치 의견은, ① 낙태갈등시 전문가로부터 정신적 지지와 충분한 정보를 제공받으면서 충분히 숙고한 후 임신 유지 여부에 대한 결정을 할 수 있도록 할 경우 태아 생명 보호에 실질적인 도움이 되고, ② 입법자는 태아의 생명 보호와 임신한 여성의 자기결정권의 실현을 최적화할 수 있는 해법 마련을 위해 상담요건이나 숙려기간 등 절차적 요건 추가 여부 등에 대하여 헌법재판소가 실시한 한계 내에서 입법재량을 가진다고 판단하였다.

검토 의견으로는, 정부안이 낙태 허용범위를 대폭 확대하고 배우자 동의 요건을 삭제함으로써 법과 현실의 괴리를 좁히면서도, 사회적·경제적 사유에 의한 낙태에 한하여 상담 및 최소한의 숙려기간을 거치도록 함으로써 현재 결정의 취지에 따라 국가의 생명 보호 의무와 임신한 여성의 자기결정권 보장이 조화를 이루는 방향으로 한층 접근하였다고 생각한다. 또한 여성의 건강 보호 측면에서 안전한 낙태가 이루어질 수 있도록 ‘의사에 의하여 의학적으로 인정된 방법으로’ 요건을 설정한 것도 타당하다고 생각한다.

IV. 결론

각국의 입법동향을 보면 지난 40-50년간 낙태법의 변화는 다른 어떤 법영역보다 컸다고 할 수 있다. 낙태개정을 둘러싼 가치관의 첨예한 대립과 논쟁은 입법기관을 포함한 사회 전영역의 관심을 받았고, 제·개정으로 이어졌다. 그런데 우리의 낙태규정들은 제정된 지 60-70년이라는 오랜 시간이 지나는 동안에도 거의 그대로 유지되고 있다는 것 자체가 시대적 변화의 요청에 부응하지 못한 것이라고 할 수 있으며, 여성의 자기결정권과 태아의 생명보호가 조화를 이룰 수 있도록 변모시킬 필요가 있다.

낙태규제법은 매우 엄격한 정도에서부터 매우 완화된 정도에 이르기까지 폭넓은 스펙트럼 중 어느 한 점에 위치하게 될 것인데, 어떠한 형태의 낙태규제법이든 그것이 낙태를 감소시키는 데 효율적인가는 엄격성과는 별개의 문제가 된다. 낙태의 경우 형법의 강제가 주된 감소요인이 될 수 없기 때문에 장기적으로 볼 때 형법의 강제적 성격 대신에 낙태감소에 영향을 미칠 수 있는 요인들을 관련

사, 조산사, 가족계획센터, 가족교육센터, 건강센터가 보건기관과 합의한 협약에 따라 자발적임신중절을 할 수 있다.

법·제도 개선에 포함시킬 필요가 있다. 낙태는 금지라는 식의 억압적 성격을 강화할 것이 아니라, 생명보호를 위한 양심에의 호소를 강화하고 임신한 여성을 심리적·사회적으로 지원하는 네트워크를 확대한다면 더 큰 낙태감소의 효과가 기대될 수 있을 것이다.

지금 헌재가 정한 입법시한이 한 달도 채 남지 않은 상황에서 단기간 내 사회적 합의를 이루기 쉽지 않은 점과, 헌재의 결정주문 뿐만 아니라 결정이유에도 기속력이 미치는가에 관하여 견해가 나뉘고 있는 점¹⁷⁾¹⁸⁾을 고려할 때, 입법개선 의무를 충실히 이행하였는지 여부에 대한 추가적인 논란과 입법공백을 방지하기 위해서는 먼저 헌재 결정이 있었던 부분을 중심으로 그 결정 취지에 반하지 않는 범위 내에서 형법을 개정하고, 그 이후에 시행 경과를 살펴보며 관련 법·제도 개선을 보완해나가는 방안이 타당하다고 본다.

17) 재2개정판 헌법재판실무제요, 헌법재판소, 2015, 102쪽.

18) 헌재 결정의 중요이유에도 기속력을 부여하려는 견해는 ① 중요이유에 기속력을 인정하면 헌법해석의 통일성과 법적용의 일관성을 확보할 수 있고, ② 위헌으로 결정된 행위가 반복될 때에 중요이유의 기속력은 그에 대한 통제수단으로 고려될 수 있는 점 등을 근거로 언급한다(허완중(2012), 헌법재판소결정의 기속력, 헌법판례연구, 13, 356-357쪽).



진 술 서

이 흥 락

[법무법인 로고스 변호사]

이흥락 법무법인 로고스 변호사 프로필

□ 학 력

- 서울대학교 법과대학 법학과(법학사)
- 동 대학원 석사(헌법학), 박사(형사법)

□ 경 력

- 전 서울중앙지검 부장검사, 인천지검 1차장검사
- 전 법무부 검찰국 검사(형사법제), 헌법재판소 헌법연구관
- 현 한국형사소송법학회, 비교형사법학회 상임이사
- 현 이화여대 법학전문대학원 겸임교수
- 현 법무법인 로고스 변호사

형법 일부개정법률안(정부) 검토

변호사 이흥락

1. 개정안의 취지

현행 형법상 낙태¹⁹⁾죄 규정은 자기낙태죄(형법 제269조 제1항, 임신한 여성의 자기낙태를 처벌), 동의낙태죄(형법 제269조 제2항, 임신한 여성의 촉탁 또는 승낙을 받아 낙태하게 하는 경우) 및 업무상동의낙태죄(형법 제270조 제1항, 의사 등이 임신한 여성의 촉탁이나 승낙을 받아 낙태하게 하는 것) 등을 처벌하고 있으며,

모자보건법 제14조와 동 시행령 제15조는 일정한 경우 낙태를 허용하는 사유를 규정하고 있는바(낙태죄의 위법성조각), 우생학적 사유(임부나 배우자의 정신장애나 신체질환, 전염성 질환이 있는 경우), 윤리적 사유(성폭력에 의한 임신과 근친간 임신), 의학적 사유(모체의 건강을 해칠 우려가 있는 경우)가 있는 경우 임신 24주 이내에 한하여 인공임신중절 수술을 허용하고 있다.

이에 대하여 헌법재판소가 이들 규정(자기낙태죄, 동의낙태죄, 업무상동의낙태죄)이 모자보건법에서 정한 예외 사유에 해당하지 않는다면 임신한 여성에게 다양하고 광범위한 사회적·경제적 사유로 인하여 낙태갈등 상황을 겪고 있는 경우까지도 예외 없이 임신의 유지 및 출산을 강제하고, 이를 위반한 경우 형사 처벌한

19) 낙태라 함은 태아를 자연분만 시기에 앞서서 인위적으로 모체 밖으로 배출하거나 모체 안에서 살해하는 행위를 말하며, 낙태죄는 이와 같은 낙태를 내용으로 하는 범죄로서, 낙태 결과 태아가 사망하였는지 여부는 낙태죄의 성립에 영향이 없다(대법원 2005. 4. 15. 선고 2003도2780 판결 참조). 낙태는 태아가 생존 가능한 시점에서의 인공적인 태아배출행위도 포함한다는 점에서 모자보건법이 규정하고 있는 인공임신중절수술보다는 넓은 개념이다(헌법재판소 2019. 4. 11 자 2017헌바127 결정).

다는 점에서, 임신한 여성의 자기결정권을 침해하여 헌법에 합치되지 아니한다는 결정을 선고함에 따라(헌법재판소 2019. 4. 11. 선고 2017헌바127 형법 제269조 제1항 등 위헌소원, 이하 ‘이 사건 헌재결정’ 이라고 한다.), 기존 모자보건법에 규정되어 있던 낙태 허용요건을 형법에 규정하되(개정안 제270조의2) 그중 우생학적 사유로 인한 경우를 제외하는 대신 ‘임신의 지속이 사회적 또는 경제적 이유로 임부를 심각한 곤경에 처하게 하거나 처하게 할 우려가 있는 경우’를 추가하여(개정안 제270조의2 제2항 제3호) 규정함으로써 위헌적 상태를 제거하고, 더 나아가 임신 14주 이내에는 위와같은 사유가 없더라도 낙태를 처벌하지 않도록 규정(개정안 제270조의2 제1항) 하는 것이 이번 형법개정안의 요지이다.

2. 생명의 존귀성

한 생명이 천하보다 귀하다는 것은 인간 존엄성을 긍정하는 인류 문명사회의 결론이며, 헌법상 기본권 보장의 가장 기초되는 명제이다. 인간의 모든 삶의 조건과 어려움, 곤궁 등은 이 숭엄한 가치에 비해서는 모두 상대적일 뿐임은 애써 강변하지 않더라도 당연한 것으로 인정된다.

태아는 생명권, 신체의 완전성, 인간의 존엄과 가치와 같은 헌법상 기본권의 주체로 인정되며, 생명권은 최대한 보장되어야 한다. 통설도 태아는 수정시로부터 인간 생명으로서 헌법적 보호의 대상이 되어야 한다고 보고 있으며(김선택, 헌법재판소 헌법논총 16집, 2005), 우리 대법원도 “인간의 생명은 잉태된 때부터 시작되는 것이고, 회임된 태아는 새로운 존재와 인격의 근원으로서 존엄과 가치를 지니므로 그 자신이 이를 인식하고 있든지 또 스스로를 방어할 수 있는지에 관계 없이 침해되지 않도록 보호되어야 한다 함이 헌법 아래에서 국민 일반이 지니는

건전한 도의적 감정과 합치되는 바” 라고 판시하고 있다.(대법원 1985. 6. 11 선고 84도1958 판결)

우리 헌법재판소도 “인간의 생명은 고귀하고, 이 세상에서 무엇과도 바꿀 수 없는 존엄한 인간 존재의 근원이며, 생명권은 비록 헌법에 명문의 규정이 없다 하더라도 인간의 생존 본능과 존재 목적에 바탕을 둔 선형적이고 자연법적인 권리로서 헌법에 규정된 모든 기본권의 전제로서 기능하는 기본권 중의 기본권(헌재 1996. 11. 28. 95헌바1 참조)이라는 점은 논란의 여지없이 자명하며,

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 때문에 형성 중의 생명인 태아에게도 생명에 대한 권리가 인정되고 헌법상 생명권의 주체가 되며, 국가는 헌법에 따라 태아의 생명을 보호할 의무가 있다” 고 판시하고 있다(헌재 2008. 7. 31. 2004헌바81; 헌재 2008. 7. 31. 2004헌마1010 등; 헌재 2010. 5. 27. 2005헌마346; 헌재 2010헌바402; 헌재 2017헌바127).

3. 태아의 생명권은 임신한 여성의 자기 결정권의 내용이 될 수 없음

이 사건 헌재 결정은 임신한 여성의 자기 결정권 보호를 위하여 태아의 생명권을 양보하고 있으나, 위와같이 생명권의 절대 우위성 내지 중요성은 임신한 여성의 자기 결정권과 비교할 경우에도 인정되어야 한다. 즉, 생명 보호는 최대한이며, 절대적일 수 밖에 없다. 이러한 점에서 독일 연방재판소도 태아의 생명권은 임부의 자기결정권보다 우선하며²⁰⁾ , 임부의 생명이나 건강이 위태로운 경우에만 낙태행

20) 독일 형법 제218c조 규정의 위헌성이 독일 연방헌법재판소에 청구되어, 1975년 2월 25일 재판소는 다음과 같은 내용의 결정을 내렸다. 1) 모체로부터 독립된 태아는 헌법의 보호를 받는 독립적 법익을 가진다. 2) 국가는 임부의 태아에 대한 침해도 방지해야 한다. 3) 태아의 생명권은

위를 예외적으로 허용할 수 있다고 판시한 바가 있다(1975년 2월 25일)²¹⁾

태아의 생명권과 여성의 자기결정권은 근본적으로 비교대상이 될 수 없고, 낙태는 자유로운 선택의 문제가 아니라, 윤리에 어긋나는 생명침해 행위이다. 법질서는 자신의 신체의 자유를 지키기 위해 다른 생명을 희생할 것을 요구하지도 않고 허용하지도 않는다. 임신한 여성의 자기결정권의 행사는 타인의 자유 또는 권리를 침해하지 아니하는 범위 내에서 가능하다는 일반적인 한계가 있다. 따라서 임신한 여성에게 생명의 내재적 가치를 소멸시킬 권리, 즉 태아를 적극적으로 죽일 권리가 자기 결정권의 내용으로 인정될 수는 없다.

태아의 생명권과 임신한 여성의 자기결정권이라는 두 기본권이 충돌되는 상황에서, 어느 정도로 태아를 보호할 것인가에 관한 구체적인 결단은 입법자의 과제이나, 임신한 여성에게 자기결정권을 주기 위해 태아의 생명권을 희생하는 것은 임신한 여성과 태아에 대해 동등한 배려를 보여주지 못하는 것이 된다.

결국, 임신한 여성의 자기결정권을 이유로 생명권을 후퇴시키기 위해서는 그를 능가하는 법익 보호가 필요한 경우에 한정해야 하며, 위 독일 연방재판소가 실시하고 있는 바와 같이 임부의 생명이 위태로운 경우가 그 예가 될 것이다.

4. 개정안의 문제점 검토

임부의 자기결정권보다 우선한다. 4) 입법자는 낙태를 규제해야 하며, 실질적 태아보호를 위한 방안을 마련한다. 5) 임부의 생명이나 건강이 위태로운 경우에만 낙태행위를 예외적으로 허용할 수 있다.

21) 이러한 점에서, 헌법불합치를 결정한 헌법재판소의 다수 의견이 취하는 “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 적절한 균형관계를 달성하지 못하였다.” 라는 견해는 기존의 대법원이나 헌법재판소의 판시 및 일반 국민의 법감정에 부합하는 여부가 다소 의문이다.

가. 사회 경제적 이유로 인한 낙태 허용

1) 법익 균형성의 상실

개정안은 ‘임신의 지속이 사회적 또는 경제적 이유로 임신한 여성을 심각한 곤경에 처하게 하거나 처하게 할 우려가 있는 경우’를 낙태 허용 사유로 규정하고 있다.(안 제270조의2 제2항 제3호)

이 사건 헌재 결정의 다수의견은 자기낙태죄 조항이 ‘사회적·경제적 사유’로 인한 낙태를 허용하지 아니하여 임신한 여성의 자기결정권을 지나치게 제한한다고 하면서, 구체적으로는 ‘①학업이나 직장생활 등 사회활동에 지장이 있을 것에 대한 우려, ②소득이 충분하지 않거나 불안정한 경우, ③자녀가 이미 있어서 더 이상의 자녀를 감당할 여력이 되지 않는 경우, ④부부가 모두 소득활동을 해야 하는 상황 있어서 어느 일방이 양육을 위하여 휴직하기 어려운 경우, ⑤상대 남성과 교제를 지속할 생각이 없거나 결혼 계획이 없는 경우, ⑥상대 남성이 출산을 반대하고 낙태를 종용하거나 명시적으로 육아에 대한 책임을 거부하는 경우, ⑦다른 여성과 혼인 중인 상대 남성과의 사이에 아이를 임신한 경우, ⑧혼인이 사실상 파탄에 이른 상태에서 배우자의 아이를 임신했음을 알게 된 경우, ⑨아이를 임신한 후 상대 남성과 헤어진 경우, ⑩결혼하지 않은 미성년자가 원치 않은 임신을 한 경우 등’ 10개를 ‘사회적·경제적 사유’로 들고 있다.

그런데, 위 사유들은 너무나 광범위하고 포괄적이어서 과연 생명권과 비교 형량할 때 생명권을 후퇴시킬 명분이 될 수 있는지 의문이다. 사회활동에 지장이 있다

거나 소득이 충분하지 못한 경우, 또는 아이가 추가되면 감당할 여력이 없다거나 임신후 상대와 헤어지거나 결혼 계획이 없어진 경우, 혼인 파탄되었다는 등과 같은 정도의 사유로 중대하고 존엄한 인간 생명의 박탈을 허용하는 것이 과연 우리 사회가 용인하는 합치된 의사인지가 의심스럽다. 위 10개의 사유는 ‘여성의 경력 단절, 자녀 양육 곤란, 재산권, 학업이나 직장생활 등 사회활동 지장, 경제적 부담, 혼전 임신·혼외 임신, 이혼·별거·절교 등’인데, 이러한 여성의 사회 경제적인 생활상의 편익을 위하여 천부의 생명권을 박탈할 수 있다는 것은 천하보다 귀한 인간의 생명권을 너무나 경시한 것이며, 사회 경제적 이유를(그로 인한 임부의 곤경을) 태아 즉 인간의 생명권을 박탈하는 조건으로 보기에 법익 균형성을 현저히 일탈한 것이다²²⁾. 임부의 자기 결정권이 보호되어야 함을 긍정하더라도 태아의 생명권은 위에서 본 바와 같이 임부의 자기 결정권보다 우선한다고 보아야 할 것이다.

2) 편의에 의한 생명 박탈은 생명 경시에 다름이 아님

나아가, ‘사회적·경제적 사유’는 그 개념과 범위가 매우 모호하고 그 사유의 충족 여부를 객관적으로 확인하기도 어렵다. 사회적·경제적 사유에 따른 낙태의 허용은 임신한 여성의 편의에 따라 낙태를 허용하는 것으로, 현실적으로 낙태의 전면 허용과 동일한 결과를 초래하여 일반적인 생명경시 풍조를 유발할 우려가 있다.

자기낙태죄 조항으로 인하여 임신한 여성의 자기결정권이 어느 정도 제한되는 것은 사실이나, 그 제한의 정도가 자기낙태죄 조항을 통하여 달성하려는 태아의 생명권 보호라는 중대한 공익에 비하여 결코 크다고 볼 수 없다고 할 것이다. 결국 사회적·경제적 사유에 의한 낙태의 허용은 결국 여성의 ‘편의’에 따른 생명 박

22) 이 사건 현재 결정과 각도를 달리하여 태아의 생명권이라는 측면에서 본다는 이러한 임부의 사회 경제적인 상황 때문에 생명을 파괴하는 것이야말로 거꾸로 법익 균형을 일탈한 것이라고 보아야 할 것이다.

탈권을 인정하는 것과 마찬가지이다.(헌재 소수의견)

낙태를 허용하지 아니함으로써 여성이 겪게 되는 곤경은 그 바탕이 되는 사회 구조적인 문제들, 즉 미혼모에 대한 지원 부족 및 부정적인 인식, 열악한 보육 여건, 직장 및 가정에서의 성차별적·가부장적 문화 등을 해결하는 것이 보다 근본적인 방안이다. 임신은 여성 혼자만의 문제가 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.(헌재 소수의견)

사회적 경제적 곤궁 등으로 태아를 제대로 양육할 수 없다는 등의 사유로 생명권을 박탈함은 기본권 주체의 동의가 있더라도 금지되어야 하는바, 태아의 경우 그 동의조차 불가능한 상태이므로 그 생명은 절대적으로 보호되어야 한다. 따라서, 사회적 경제적 이유는 태아의 생명권 박탈의 근거가 될 수 없다.

3) 법률 명확성 위배

“사회적 또는 경제적 이유로” 임신한 여성을 “심각한 곤경”에 처하게 하거나 처하게 할 우려가 있는 경우는 그 내용이 구체적이지 못하고 모호하고 광범위하여 법률의 명확성 원칙에 반한다. ‘사회적 또는 경제적 이유’는 생활의 전 영

역을 포괄할 수 있어 외연이 분명하지 못하며, 이 사건 헌재 결정이 들고 있는 예시들을 보더라도 여성이 생활상 불편한 경우를 모두 포함시킬 수 있고, ‘심각한’이라는 것은 어느 정도를 말하는 것인지, 무엇이 심각한 것인지가 내용이 불명하며, ‘곤경’(국어 사전적으로 ‘어려운 형편이나 처지’를 의미)은 추상적 표현으로 정신적, 정서적 내용도 포함될 수 있어 대단히 불명확한 개념에 해당하여, 처벌 관련 위법성 조각 사유에 해당하는 여부가 특정되지 못하는바, 헌법상 법치국가적 요청인 예측 가능성이 담보되지 못하는 위헌성을 지닌다.

4) 사회 경제적 이유 추정 규정의 비합리성, 재판권 침해 소지

형법 개정안 제270조의2 제3항은 “임신한 여성이 모자보건법에서 정한 상담절차에 따라 ~ ‘충분한’ 정보를 제공받고 ‘숙고’ 끝에 (낙태) 결정에 이른 경우 제2항 제3호의 사유가 있는 것으로 추정한다.”라고 규정하는바, 동조 제2항 제3호의 사유인 “3. 임신의 지속이 사회적 또는 경제적 이유로 임신한 여성을 심각한 곤경에 처하게 하거나 처하게 할 우려가 있음”을 인정하겠다는 것이다. 즉 ‘충분한’ 정보를 제공받아 상담하고 ‘숙고 끝에’ 결정만 하면 처벌하지 않겠다는 취지이다.

그런데, 상담받아 숙고 끝에 결정하면 ‘사회 경제적으로 심각한 곤경’에 처해 있다는 내용이 어떻게 담보되는 것인지 이해하기 어렵고, 논리적으로 대가 될 수 없는 것을 비합리적으로 연결한 것으로 전제와 결과가 연관성을 지니는 것인지 의문이다. 절차를 지키면 내용은 묻지마라는 결론인데, 이는 법관에게 사회 경제적으로 여성이 심각한 곤경에 처한 여부 판단을 하지 말 것을 강요하는 것으로, 이는 사법권의 침해의 위헌성으로 연결될 수도 있을 것이다.

또, 처벌 면제 사유에 해당하는 여부가 이와같은 불확정 개념인 ‘충분한 숙

고’ 여부에 좌우된다는 것이 형사 기본법인 형법에 규정되어 있다는 것은 법률명확성 원칙의 중대한 위반이 아닐 수 없을 것입니다.

5) 민법 규정과도 불일치

민법은 상속, 친자인지 및 손해배상 등의 경우 태아를 출생한 것으로 간주한다(제858조, 제1000조 제3항 등). 그런데, 낙태는 이러한 출생간주 규정과 모순되며, 형사법이 민법의 취지에 반하는 결과를 초래하는 불합리가 있다.

나. 윤리적 사유로 인한 낙태 허용

1) 근친간 임신의 경우

개정안은 ‘법률상 혼인할 수 없는 혈족 또는 인척 간에 임신된 경우’를 낙태 허용 사유로 하고 있다(안 제270조의2 제2항 제2호).

그러나, 근친 간 임신이 과연 생명권 박탈의 근거가 될 수 있을지는 근본적인 검토를 요하며, 더구나 직계존비속간의 임신과 같이 가정 질서의 혼란을 야기하는 것도 아닌 범위의 친인척의 경우까지 확장하여 태아의 생명을 박탈함은 재고를 요한다고 할 것이다²³⁾. 우리나라 역사상 신라시대 이래 왕가나 귀족 가문, 현대에도 일본과 같은 경우 가까운 친족간 혼인 허용되는 예만 보더라도 혼인 가능 친인척

23) 미국은 2019년 현재 50개 주 중 11개 주에서 새로운 낙태금지법안이 통과되었는데, 그 경향은 낙태 가능 기간을 단축하고, 낙태 허용 사유를 의학적 응급상황(medical emergency, 산모의 사망이나 주요 신체 기능의 비가역적이며 중대한 손상을 막기 위해 낙태가 필요한 경우)이나 의학적으로 가망이 없는 경우 (medically futile, 태아의 중대하고 치료 불가능한 선천적 이상 또는 염색체 이상으로 출산 후 생존할 수 없는 경우)와 같은 불가피한 경우에 한정하고, 근친상간까지 포함할 것인지는 일률적이지 않다고 한다.

범위는 시대와 사회 상황에 따라 가변적이며, 이를 사회 상황에 따라 변할 수 없는 천부 인권인 생명권 박탈의 근거로 삼기에는 부적절하다고 할 것이다.

이러한 점에서 보면, 개정안은 너무나 광범위한 친인척을 낙태 허용 사유로 규정하여 이를 근거로 생명권 침해를 허용하고 있어 기본권 침해의 비례 원칙을 위반하고 있다고 할 것이다. 즉, 우리 법상 법률상 혼인할 수 없는 혈족 또는 인척은 ‘8촌 이내의 혈족(친양자의 입양 전의 혈족을 포함한다), 6촌 이내의 혈족의 배우자, 배우자의 6촌 이내의 혈족, 배우자의 4촌 이내의 혈족의 배우자인 인척이거나 이러한 인척이었던 자, 6촌 이내의 양부모계(養父母系)의 혈족이었던 자와 4촌 이내의 양부모계의 인척이었던 자’가 모두 포함되게 되어(민법 제809조) 속칭 사돈의 6촌까지, 또 과거 그러한 관계에 있었던 자들까지 모두 포함되게 규정하고 있어 이들간 임신의 경우 모두 낙태 허용의 대상이 되게 된다. 이는 너무나 광범위한 것으로, 생명권의 준엄함에 비추어볼 때 과연 타당한 입법인지 의심되지 않을 수 없다.

2) 성폭력에 의한 임신의 경우

개정안은 ‘강간 또는 준강간 등 범죄행위로 인해 임신된 경우’를 낙태 허용 사유로 하고 있다(안 제270조의2 제2항 제1호)

그러나, 강간 또는 준강간 등의 ‘등’이 어디까지 포함할 것인지 불명확하며, 이는 ‘등’을 제외하고 있는 현행 모자보건법과 비교해 보더라도 명확성이 후퇴된 것으로 보인다. 또, 임신 사유인 ‘범죄행위’로 인정되기 위한 요건도 불명확하다. 법문언상으로 본다면 무죄추정의 원칙상 판결로 확정되기 전에는 ‘범죄행

위’에 해당하는 여부가 법률상 미정이므로 판결 확정을 기다릴 수 밖에 없게 되는데, 짧게는 수개월, 길게는 수년이 걸리는 형사재판이 끝나야 낙태 가능 여부가 확정된다는 것은 비현실적이다.

참고로, 독일 형법의 경우 이와같은 불명확성을 제거하기 위하여 해당 범죄행위의 조항을 특정하고, 범죄행위 성립 여부에 대해 달리 규정하고 있다. 즉, ‘임부에 대해 제176조(아동 강간 내지 성적 남용) 내지 제177조(성적 남용)에 따른 위법행위가 범하여졌고, 그로 인하여 임신한 것으로 인정할 만한 유력한 근거가 있는 경우’로 특정하고 있다.²⁴⁾ 그럼에도 불구하고 독일 헌법상의 명확성 규정 위반으로 해석될 여지가 충분하므로 다시 위헌법률심판이 청구될 여지가 있다는 비판을 받고 있음을 되새겨볼 필요가 있을 것이다.

다. 낙태 허용 기간(임신 24주)의 과도함 및 단기 숙려기간 재고 필요

1) 임신 24주까지 낙태 허용은 과도하며, 현재 결정 취지에도 반함

개정안은 낙태 허용 사유가 있는 경우 임신 24주 이내까지 낙태를 허용하고

24) 독일 형법 제218조a 【낙태의 처벌면제】 Straflosigkeit des Schwangerschaftsabbruchs

(1) 제218조의 구성요건은 다음 각 호의 요건이 모두 충족되는 경우에는 실현되지 아니한다.

1. 임부가 낙태를 촉탁하고 제219조 제2항 제2문(상담)에 의한 확인서를 통해 최소한 수술 3일 이전에 상담을 거친 사실을 의사에게 입증한 경우

2. 낙태가 의사에 의하여 수술된 경우

3. 착상 이후 12주 이상 경과하지 않은 경우

(2) 임부의 승낙을 받아서 의사가 수술한 낙태는 임부의 현재와 장래 생활관계를 고려하여 의사의 진단결과 임부의 생명에 대한 위험 또는 신체적 정신적 건강상태의 중한 훼손의 위험을 방어하기에 적절하고 다른 기대될 수 있는 방법으로 그 위험을 방어할 수 없는 경우에는 위법하지 아니하다. (긴급인공임신중절 수술)

(3) 의사의 진단결과 임부에 대해 제176조(아동 강간 내지 성적 남용) 내지 제177조(성적 남용)에 따른 위법 행위가 범하여졌고, 그로 인하여 임신한 것으로 인정할 만한 유력한 근거가 있으며, 착상 이후 12주 이상 경과하지 않은 경우로서 임부의 동의하에 의사에 의해 수술된 낙태에 있어서는 제2항의 조건을 적용한다.

(4) 낙태가 의사와의 상담(제219조) 후에 수술되고 착상 이후 12주 이상이 경과되지 아니한 경우에는 임부는 제218조에 의해 처벌되지 아니한다. 법원은 임부가 수술당시 특별한 곤경에 빠져 있었던 경우에는 제218조에 의한 처벌을 면제할 수 있다.

있다(안 제270조의2 제2항 본문). 낙태가능 기간은 태아의 생명권과 산모의 건강권 등 기본권에 중대한 영향은 미치는 기본권 제한 사유가 될 수 있으므로 신중한 결정을 필요로 하는데, 개정안은 현행 모자보건법 시행령 제15조 제1항이 규정한 임신 24주를 답습한 것으로 보이는바²⁵⁾, 이것이 타당한 여부에 대하여는 검토를 요한다.

우선 이 사건 현재 결정의 경우에도 태아가 독자적으로 생존할 수 있는 시점을 국제적 기준에 따라(WHO) 임신 22주로 보고²⁶⁾ 그때까지 낙태결정 가능기간으로 보되 그때까지의 낙태에 대해서 국가가 생명보호의 수단 및 정도를 달리 정할 수 있다고 실시하고 있으므로, 그 기간을 넘는 것은 현재 결정의 한계를 넘은 것으로 보이므로,²⁷⁾ 재고를 요한다.

참고로, 외국의 경우 독일은 이를 임신 12주로 보며(독일 형법 제218조a 제1항, 제3항), 미국의 경우 조지아 주는 임신 20주로 보고 있고, 스웨덴은 임신 22주 이후에는 태아의 체외생존이 가능하다는 점에 근거해 어떤 사유로도 인공임신중절(낙태)이 허용되지 않는다고 규정한다. 일본 형법도 마찬가지이다.²⁸⁾

25) 물론 미국의 경우 낙태 허용의 시발점이 된 1973년 연방대법원의 Roe v. Wade 판결에서도 태아의 독자생존 가능기가 임신 24주라 보고 이를 기준으로 낙태를 허용하였으나, 그이후 이것이 현대 의학적 사실과 맞지 않는다는 전제하에서 태아 심박동 감지시(임신 6주)나 임신 18주 경과 후 낙태를 금지하는 새로운 법안들이 통과되거나 발의되고 있다고 한다.(자세한 내용은 후술)

26) 산부인과 학계도 현 시점에서 최선의 의료 기술과 의료 인력이 뒷받침될 경우 태아는 임신 22주 내외부터 독자적인 생존이 가능하다고 보고 있다고 한다(이 사건 현재 결정 소수의견)

27) “태아는 임신 22주 내외부터 독자적인 생존이 가능하다고 한다. ~ 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 시기(이하 착상 시부터 이 시기까지를 ‘결정가능기간’이라 한다)까지의 낙태에 대해서는 국가가 생명보호의 수단 및 정도를 달리 정할 수 있다고 봄이 타당하다. ~ 더욱이 입법자는 결정가능기간을 어떻게 정하고 결정가능기간의 종기를 언제까지로 할 것인지, 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 여부 등에 관하여 앞서 헌법재판소가 실시한 한계 내에서 입법재량을 가진다.” 라고 헌법재판소는 실시하고 있다.(2019. 4. 11. 선고 2017헌바127)

28) 전주혜, 주석 형법-형법각칙(4), 2006. 2.(제3판), 41면 참조

그렇다면, 우리의 경우에도 현행 법령과 같은 임신 24주를 고집하기보다 어느 정도의 기간이 적절한 것인지를 의학적, 산부인과적 견지에서 검토하고, 외국의 사례도 참고하여 헌법재판소 결정과 부합하고 국민 일반의 건전한 상식에도 맞게 규정할 필요가 있다고 할 것이다.

2) 숙려기간(24시간) 재고 필요

개정안은 임신의 지속이 사회적 또는 경제적 이유로 임신한 여성을 심각한 곤경에 처하게 하거나 처하게 할 우려가 있는 경우 낙태를 허용하되 여성이 모자보건법에서 정한 상담을 받은 때로부터 24시간 경과를 요건으로 규정하고 있다(안 제270조의2 제2항 단서). 위에서 본 바와 같이 사회적 또는 경제적 사유를 이유로 한 낙태는 허용되지 않아야 하나, 허용한다고 할 경우 24시간 숙려 기간은 숙려의 취지나 외국 입법례 등에 비추어 볼 때 지나치게 짧은 기간이다. 독일 및 미국 미주리주법은 3일, 네델란드는 5일, 이탈리아는 7일의 숙려기간을 부여하고 있음을 참고할 필요도 있을 것이다.

우리나라의 경우 약 10년 전의 통계이지만, 3일에서 1주일 이내로 숙려 기간을 가진 비율이 38%로 가장 높고, 3일 이내가 28.3%, 1~2주 이내가 19.6%, 2주~1개월 미만이 7.8%, 1개월 이상은 6.4%로 가장 낮았다. 즉, 70% 이상이 3일 이상 숙려 기간을 가진 것으로 나타났다.²⁹⁾

29) “인공임신중절 수술을 받기 전에 시술과 관련하여 고민한 비율은 75.3%였으며, 그중 3일에서 1주일 이내로 숙려 기간을 가진 비율이 38.0%로 가장 높았다. 3일 이내가 28.3%, 1~2주 이내가 19.6%, 2주~1개월 미만이 7.8%, 1개월 이상은 6.4%로 가장 낮았으며, 이를 종합하면 약 85%가 의료기관과 상담 후 고민기간이 2주 이내인 것으로 나타났다.” 보건복지부(연세대학교), 전국 인공임신중절 변동 실태조사(2011. 10.), 57~60면(헌법재판소결정해설집 149면에서 재인용)

이러한 현실과 생명의 존귀함을 충분히 숙려한 후 낙태 여부를 결정해야 함은 인간 생명의 박탈을 결정함에 당연한 요건인 점을 감안한다면, 24시간 숙려기간은 터무니없이 짧고 비현실이므로, 적정하고 합리적인 기간을 다시 설정할 필요가 있다.

라. 임신 14주 이내 특별한 사유없는 낙태 허용규정은 재고 필요

1) 개정안의 내용

개정안은 임신 14주 이내에는 일정한 낙태허용 사유나 상담 등 절차 요건없이 임신한 여성 본인의 의사에 따라 낙태를 결정할 수 있도록 하였다(법무부 설명자료 2면). 즉, 자기낙태(형법 제269조 제1항), 동의낙태(형법 제269조 제2항) 및 업무상 동의낙태(형법 제270조 제1항)의 경우 의사에 의하여, 의학적 방법으로 이루어지는 낙태는 처벌 대상이 아니게 규정하고 있다.

이 사건 헌법재판소의 결정은 모자보건법상의 낙태 허용 사유가 없는 경우 임신 기간 전체를 통틀어 모든 낙태를 전면적·일률적으로 금지하고, 이를 위반할 경우 형벌을 부과함으로써 임신의 유지·출산을 강제하는 것은 임신한 여성의 자기결정권을 제한하므로, 입법자는 임신 22주까지인 ‘결정가능기간’ 이내에 낙태가 가능한 기간을 어떻게 정하고, 그 기간 중 일정한 시기까지는 사회적·경제적 사유에 대한 확인을 요구하지 않을 것인지 여부까지를 포함하여 결정가능기간과 사회적·경제적 사유를 구체적으로 어떻게 조합할 것인지, 상담 요건이나 숙려 기간 등과 같은 일정한 절차적 요건을 추가할 것인지 여부 등에 관하여 규정할 것을 요청하고 있다.

2) 낙태 허용 기준으로서의 임신 14주의 타당성

가) 필요 최소 침해성 준수 필요

그런데, 태아의 천부적 기본권인 생명권을 인정한다면 생명권 박탈을 정당화할 수 있는 불가피한 사유가 없는 한 태아에 대한 낙태는 허용되어서는 아니됨은 헌법적으로나, 법리적으로 당연한 귀결이다. 그럼에도 불구하고, 이 사건 헌재 결정은 기간의 제한없는 일괄적인 낙태 불허 및 위반시 처벌은 임신 여성의 자기 결정권을 과도히 제한하는 것으로 판단하고 있는바, 그 합리적 근거는 다소 의문이다.

특단의 사유없이 생명을 박탈하는 것은 필요 최소한도에서 허용되어야 할 것이다. 이는 기본권 침해의 최소 침해성의 원칙에 비추어 보나, 인간 존재를 근거지우는 기본인 생명권의 기타 기본권(임신한 여성의 자기결정권 등)에 대한 우위성에 비추어 보더라도 당연하다.

헌법재판소는 이 기간을 여하히 설정할 것인지는 입법자의 재량 사항으로 보고 있는바, 다른 국가의 사례를 참고하여 생명권이 가장 침해되지 않도록 기준이 설정되어야 할 것이다.

나) 미국, 독일의 경우

미국은 한때 위 1973년 연방대법원의 Roe v. Wade 판결이 임신 24주를 기준으로 낙태를 허용했으나, 최근 들어 반성적 고려에서 다수 미국의 주법이 이를 수

정하는 법안을 제출하여 통과되고 있는 실정이다.

즉, 2019년 현재 50개 주 중 11개 주에서 새로운 낙태금지법안을 통과하였으며, 그중 알라바마 주는 수정時로부터 낙태를 불허하고(낙태 불법화), 조지아, 켄터키 등 5개 주법(안)은 임신 6주 이내 낙태만 허용하는데, 낙태 허용 사유도 의학 적 응급상황(medical emergency, 산모의 사망이나 주요 신체 기능의 비가역적이며 중대한 손상을 막기 위해 낙태가 필요한 경우)이나 태아의 기형 등으로 생존 가망이 없는 경우(medically futile) 등과 같은 불가피한 경우에 한정하고 있다. 2019년 이전의 낙태관련법이 Roe standard(Roe v. Wade 판결)를 따라 24주가 태아의 독자 생존가능 시기로 보고 그 이전은 낙태를 허용했으나, 이는 현대 의학적 사실과 맞지 않는다는 전제하에서 낙태 불법화, 태아 심박동 감지시부터 낙태 금지, 임신 18주 경과 후 낙태 금지 등의 법안이 발의되고 있는 경향에 있음은 위에서 본 바와 같다.

2019년 5월 현재 미국에는 4개의 주(알라바마, 미시시피, 오하이오, 조지아)가 심장박동시 이후 낙태를 불허하는 Fatal Heartbeat Law 를 인정하고 있으며, 다른 많은 주들이 이 법의 입법을 시도하고 있다. 이 법의 주요 내용은 태아의 심장박동이 감지된 후(통상 임신 6주)에는 예외사유가 있는 경우를 제외하고는 태아의 임신 중절(낙태)이 불가능하다는 것이다. 태아의 심장박동이 감지되었음에도 불구하고 낙태가 가능한 예외 사유는 (1) 임신부의 건강에 심각하고 되돌릴 수 없는 신체적 손상의 위험이 있는 경우³⁰⁾ (2) 의학적으로 임신이 무산될 가능성이 있는 경우 (3) 근친상간, 강간 등으로 임신이 이루어진 경우 등이다. 조지아 주의 규정

30) 미주리 주의 경우 “의료 응급 상황”이란 의사의 선의의 임상적 판단에 근거하여 임신부의 병세를 악화시키는 경우 임신을 즉시 중단하여 그녀의 사망을 막아야하는 상태를 의미한다. 의사가 환자와 상의하고 지시자 및 규제자와 위험 요소를 논의하지 않는 한, 최소 72시간 전에 그 어떤 사람도 낙태를 수행하거나 유도할 수 없다.

도 이와 비슷하다.

한편, 독일의 경우에는 임신 12주 이내의 경우 일정한 절차를 거쳐 낙태를 허용하고 있다(독일 형법 제218조a 제1항)

다) 임신 14주는 재고를 요함

개정안이 특별한 사유가 없이도 낙태를 허용 기간을 임신 14주 이내로 규정한 이유는 자세히 밝히고 있지 아니하나, 법안 설명자료는 헌법재판소 결정 취지를 충분히 반영하였다고 하면서 이 사건 현재 결정의 소수 의견인 단순위헌 의견(3인)이 ‘임신 제1삼분기(마지막 생리기간의 첫날부터 14주)에는 임신한 여성이 스스로 낙태 여부를 결정할 수 있어야 한다’는 설시 내용을 거시하고 있는 점에 비추어, 이 의견을 바탕으로 개정안을 성안한 것으로 보인다.

그런데, 임신 14주는 외국의 입법례나 의학상의 기준에 의할 때 그 근거가 매우 모호하며, 그 적정성 여부는 재검토를 요한다.

태아의 심장 박동이 감지(임신 6주)된 후에는 거의 모든 태아(95%~98%)가 만기까지 성장하여 출산에 이른다. 태아의 심장 박동은 태어나지 않은 인간이 출생에도달할 수 있음을 보여주는 주요한 의학적 지표이다. 임신 14주가 아니라 이러한 점을 충분히 고려하여 임신 14주가 아니라, 생명의 징표가 확연하고, 인간으로 성장할 가능성이 충분한 시점으로 앞당겨 이 후에는 낙태를 허용하지 아니하도록 적극 검토할 필요가 있다. 더구나, 70퍼센트가 넘는 대부분의 낙태(임신중절 수술)가 임신 7~8주 이내에 이루어지고 있는 현실을 감안한다면³¹⁾, 임신 14주의 근거는

31) 보건복지부 조사에 의하면, 인공임신중절 시 임신주수는 2개월 미만이 73.6%로 가장 높았고,

박약하다고 볼 것이다.

마. 생명권 보호를 위한 부수적인 장치 보완 필요

1) 임부에게 태아 심박동 청취 기회를 부여

미국 오하이오 주법은 의사는 낙태 시술 또는 유도 전 태아 심박동 존재 여부를 확인해야 하며, 임부에게 태아 심박동을 듣거나 볼 수 있는 기회를 반드시 제공하여야 한다고 규정하고 있다.³²⁾ 미주리 주법도 낙태를 시행할 의사는 응급상황이 아닌 한 낙태 시행 최소 72시간 전에 태아의 활동 초음파를 볼 수 있는 기회를 임부에게 제공해야 하고, 낙태를 선택하지 않을 경우 생계 유지를 위한 정보와 물품이 제공될 것이라는 대안을 구두 고지하고 이를 기록해 두어야 한다고 규정하고 있다.

이와같이 임신한 여성에게 태아의 심박동을 청취하거나 볼 기회를 부여하여 낙태 결정을 다시한번 재고하는 등 신중한 결정을 하게 함이 상당하다.

2) 일정 기한내 의사의 낙태시술 보고 의무 규정

미국 미주리 주법은 45일 내에 의사는 낙태 시술을 복지부에 보고할 의무가 있다

2개월 이상 3개월 미만인 20.4%로서, 전체 시술의 94%가 3개월(12주) 이내에 이루어지는 것으로 나타났다.(헌법재판소 결정 해설집 2019년, 148면)

32) 한편, 켄터키 주법도 초음파 영상과 심장박동 소리가 임산부에게 제공될 것을 규정하면서 다만, 이 조항의 어떤 것도 임산부가 초음파 영상에서 눈을 떼 수 없도록 하거나 심장박동의 소리를 줄이거나 꺼달라는 요청을 막으라는 뜻으로 해석되어서는 안 된다고 규정한다. 이와같이 임산부가 초음파 영상을 보기를 거절하거나 심장 박동 소리를 듣기를 거절할 경우, 의사, 적격 기술자, 임산부 모두 처벌을 받지 않는다.

고 규정하며, 미국 대부분의 주들은 낙태를 하는 임신부와 수술하는 자의 낙태 보고 의무를 규정하고 있다.

이와같은 보고를 통하여 낙태 시술이 음성적, 불법적으로 행하여지지 아니하도록 하고, 이를 국가가 적절한 방법으로 관리하면서 임신 여성이나 태아의 생명을 보호하는 방안을 꾸준히 강구할 필요가 있다고 할 것이다.

3) 미성년자 낙태수술에 관한 부모 동의서 고지 의무화

미국 알라바마 주법처럼 미성년자에게 임신중절 수술을 시도하기 전 낙태수술에 관한 부모의 동의서 제출을 의무화하여, 낙태가 신중하게 이루어지도록 할 필요가 있다. 생각이나 경험이 미숙한 미성년자에게 부모의 조력을 받게 함으로써 낙태에 관한 적절한 결정을 하도록 할 필요가 있기 때문이다.

5. 결론 - 개정안 보완 필요

참고로, 바른인권여성연합이 2020. 10. 6. 실시한 여론 조사(19세 이상 여성 1,214명을 대상)에 의하면, 여성의 33.8%는 강간, 근친상간, 산모의 생명 위협 등 특별한 경우를 제외한 모든 낙태에 반대하며, 20.3%는 태아의 심장 박동이 감지되는 시점인 임신 6주 이전까지만, 18.7%는 임신 초반부인 10주까지만 낙태를 허용해야 한다고 응답했다. 또, 89.2%는 낙태를 고려하는 상황에서 낙태수술로 발생할 수 있는 합병증과 후유증에 대해 충분한 정보를 들을 수 있는 상담과 숙려 기간이 필요하다고 응답했으며, 88.7%는 낙태죄를 저지른 여성만 처벌하는 현행 형법을 개정해 남성에게도 친부로서 법적·경제적 책임을 물어야 하며, 82.1%는 출산과

양육이 어려운 임신부를 위해 비밀출산제를 도입해 정부가 출산과 양육, 입양을 돕는 법을 제정해야 한다고 대답했다.(출처 : 펜앤드마이크 <http://www.pennmike.com>)

헌법재판소의 결정 취지에 따른 법개정이 필요하다고 하더라도 위와같은 국민의 여론을 충분히 반영하여 모든 국민이 공감할 수 있고, 임신한 여성의 자기 결정권 및 그보다 무거운 태아의 생명권이 조화를 이룰 수 있는, 생명을 중시하는 법개정이 이루어져야 할 것이다.



진 술 서

이 필 량

[대한산부인과학회 이사장]

이필량 대한산부인과학회 이사장

□ 학 력

- 서울대학교 의과대학 의학과 졸업(의학사, 1983)
- 서울대학교 대학원 의학과 졸업(의학박사, 1993)

□ 경 력

- (전)서울대학교병원 산부인과 전공의/전임의
- (전)충북대학교 의과대학 산부인과 전임강사-조교수
- (현)울산대학교 의과대학 산부인과 조교수-교수
- (전)울산대학교 의과대학 산부인과학교실 주임교수
- (전)서울아산병원 산부인과 과장
- (전)대한모체태아의학회 회장
- (현)대한산부인과학회 이사장
- (현)건강한여성재단 이사장

낙태법 개정안에 대한 산부인과 의료계의 의견

대한산부인과학회 이사장 이 필 량

1. 서론

2019년 4월 헌법재판소의 결정은 임신한 여성의 낙태에 대한 자기결정권과 태아의 생명권의 범위가 서로 상충하는 것을 어떻게 조정해야 하는가 하는 숙제를 우리에게 안겨 주었다. 산부인과 의사는 누구나 임신부와 태아 모두 생명과 건강을 최대한 보장할 수 있는 진료를 위해 노력해야 한다고 생각한다. 이는 헌법재판소의 결정과 맥락을 같이 하는 것이다. 전세계적으로도 거의 대부분의 국가가 태아의 생명권을 일정 부분 보장하는 범위 내에서 낙태를 허용하고 있다.

산부인과 의사들은 살릴 수 있는 태아는 살려야 한다는 것이 기본 입장이다. 이를 전제로 한다면, 낙태를 고려할 때 우선 중요한 것은 태아가 출생 후 생존 가능한 임신 주수의 한계를 확인하는 것이 된다. 다음으로 고려할 점은, 여성이 자녀를 갖기를 원하여 임신하였으나 의학적으로 근거가 없는 이유로 인해 무분별하게 낙태를 결정하는 것을 어떻게 최대한 회피할 수 있는가 하는 것이다.

이에 대해 이미 제시된 법률 개정안들에 대해 대한산부인과학회를 포함한 국내 산부인과 4개 단체가 모여 종합한 의견을 제시하고자 한다.

2. 낙태죄의 전면 폐지를 주장하는 법안에 대한 산부인과 의료계의 의견

낙태죄 전면 폐지를 주장하는 법안은 권인숙 의원 대표발의 법안(2020.10.12.), 이은주 의원 대표발의 법안(2020.11.5.), 그리고 박주민 의원 대표발의 법안(2020.11.27.)이 있다.

이 들 법안들의 제안 취지를 요약하면, 임신 유지 또는 종결 여부를 결정하는 것은 임신한 여성의 전인적 결정으로 타인이 개입해서는 안되고, 현재 형법이 임신과 출산을 강제하는 효과가 실효성이 없어서 음성적인 낙태가 많이 이루어지고 있으며, 여성에게 사회, 경제적 사유에 의한 낙태를 보장해 줄 필요가 있으며, 임신 주수 또는 낙태 허용 사유들을 여성이 혼자 판단하기 어려워 낙태 시기를 놓치지 않도록 보장해야 하며, 불법, 음성적 낙태로 인해 안전하지 못한 낙태를 조장하는 것을 피해야 하며, 낙태죄를 주로 여성이 부담하였다는 것은 불합리하며, 또한 임신 중단은 범죄의 영역에서 다루어지면 안 된다는 것이다.

그런데 여기에는 태아의 생명권에 대해서는 전혀 언급이 되어 있지 않다. 산부인과 의료계는 스스로의 직업 윤리를 놓고 볼 때 낙태죄를 전면 폐지하는 것은 태아의 생명권이 심하게 훼손될 수 있으므로 반대한다. 어떻게 태아의 생명과 건강을 책임지겠다고 하는 의사가 오로지 여성의 자기 결정권에 의존해서 태아의 생명을 포기하려는 생각에 동의할 수 있겠는가? 낙태법 전면 폐지는 태아의 생명권도 존중해야 한다는 헌법재판소의 결정 취지와도 맞지 않는다.

3. 제한 없이 낙태할 수 있는 최대 허용 임신 주수에 대한 의견

1) 조해진 의원이 대표 발의한 안에 대한 의견

2018년 보건사회연구원 통계에 의하면, 우리나라 여성의 임신중절 시기는 평균 6.4주였다. 임신 주수를 6주 이내로 제한하는 경우에는 다수의 여성이 초기 임신을 신체적으로 인지하지 못해 낙태할 시기를 놓칠 수 있다. 또한 이 시기에는 자궁 내에 임신이 되었는지 등을 판별하기 어려운 경우도 있다. 이 경우에는 1-2주 정도 더 기다렸다가 다시 진단하기도 하는데, 이 때가 되면 임신 주수가 아무 조건 없이 낙태할 수 있는 시기를 넘는 경우도 있고, 그냥 자연유산되는 경우도 있어서 낙태를 할 필요가 없는 경우도 발생한다.

2) 정부안에 대한 의견

정부안은 임신 14주 이내로 제한하였는데, 이 경우에는 임신 10주 이후부터 14주 사이의 임신이 문제가 될 수 있다.

첫째로, 임신 10주가 되면 태아의 장기와 골격이 많이 형성되기 시작한다. 보통 임신 초기에는 자궁소파술 또는 약물을 이용한 임신중절을 하는데, 임신 9주가 넘어가면 약물을 이용한 임신중절 방법은 실패율이 증가하기 때문에 자궁소파술을 주로 시행하게 된다. 이 경우 임신 초기에 비해 다량의 출혈, 자궁 파열, 복강 내 장기의 손상, 감염 등과 같은 단기 합병증의 위험이 급격히 증가한다. 또한 태아의 뼈 등에 의해 자궁이

손상을 받기 쉽고 시술 시간이 길어져 자궁 내 감염, 유착 등이 생길 수 있는데, 이러한 합병증은 시술 당시에는 당장 눈에 띄지 않다가 다음 임신을 준비하는 과정에서 난임의 원인으로 나타날 수 있고, 또 임신을 하였더라도 유산 또는 조산의 원인으로 이어질 수 있다.

둘째로, 임신 11주가 되면 태아에 대한 유전학적 검사가 가능해 지는데, 이 때 태아에게 문제가 발견되는 경우에 무분별한 낙태가 이루어질 수 있다. 예를 들면 임신 11주에 초음파검사로 태아의 목 뒤 투명대 두께를 측정하는데, 여기서 이상 소견이 보이면 태아염색체 이상 또는 심장기형과 같은 태아기형 등의 빈도가 증가한다. 이 때에는 반드시 확실한 진단을 위한 유전학적 검사가 추가로 필요한데, 이 과정을 생략한 채 태아에게 이상이 있을까 하는 불안한 마음 때문에 낙태를 할 수도 있다. 요즈음은 많이 줄었지만 염색체검사를 통해 원하는 성별의 아이만 낳으려는 욕심 때문에 낙태를 요구할 수도 있다. 여성이 임신을 원했음에도 불구하고 태아가 이상이 있을 수 있다는 말만 듣고 성급하게 낙태를 결정할 수 있다는 것이다.

임신 12주, 또는 14주가 여성의 자기결정권에 의한 낙태 가능 임신 주수 상한선으로 정해진 외국의 법들을 종종 보게 된다. 그러나 이런 법들은 이미 수십년 전에 제정된 것으로 당시에는 임신 초기에 태아에 대한 유전학적 산전 진단이 제대로 개발되지 않았던 시기여서 현재와 같이 의학 수준이 발달한 시대에 적용하는 것은 부적절하다고 판단된다.

2018년 보건사회연구원 통계에 의하면, 우리나라 여성이 인공임신중절을 하는 시기는 거의 90% 정도에서 임신 10주 이내라고 한다. 그러므로 임신 10주를 상한선으로 정해도 대부분의 여성이 아무런 사유 없이도 낙태할 수 있는 자기결정권을 가질 수 있음을 보여준다.

3) 산부인과 의료계의 의견

이상의 의학적 검토를 근거로 산부인과 의사들은 임신한 여성이 아무런 제한 없이 낙태할 수 있는 최대 허용 임신 주수를 임신 10주(70일) 이내로 제한할 것을 제안한다.

4. 사회, 경제적 사유로 인한 낙태 허용 최대 임신 주수에 대한 의견

1) 조해진 의원이 대표 발의한 안

이 안은, 사회, 경제적 사유가 있는 경우에는 임신 10주 이내에서 낙태가 가능하며, 의학적 사유, 또는 강간, 준강간에 의한 사유인 경우에는 임신 20주 이내의 임신인 경우에는 상담과 숙려 기간을 거친 후에 낙태할 수 있다고 하였다.

먼저, 사회, 경제적 사유가 있는 경우와 의학적 사유, 또는 강간, 준강간에 의한 사유를 분리하여 다른 기준으로 보는 것이 타당한 것인지 의료적인 기준으로는 판단하기 어렵다. 두 가지 경우가 다 여성에게는 상당한 심리적, 육체적 압박을 주는 조건들로 판단된다. 그 사회가 가지고 있는 윤리적 기준, 관습 등이 고려되어야 할 것으로 보인다.

의학적 사유, 또는 강간, 준강간에 의한 사유인 경우에는 임신 20주 이내로 낙태 허용 기준을 삼은 것은 태아의 생명권을 많이 존중한다는 측면에서 바람직하다. 다만 임신 20주부터 임신 22주미만은 아직까지 현대 의학으로 태아가 출생한 경우에 생존 가능성이 매우 낮은 것이 사실이다.

2) 정부안

이 안은, 임신한 여성이 사회, 경제적 사유, 또는 의학적 사유로 인해 임신 중절을 원하는 경우에는 상담 후 24시간의 숙려 기간을 거친 후 임신 24주 이내에 낙태를 할 수 있다고 하였다.

현재 선진국에서는 임신 24주에 태어난 신생아에 대해서는 아기를 살리기 위해 적극적인 노력을 할 것을 권장하고 있고, 국내에서도 모든 신생아과 전문의들은 이 진료지침을 따르고 있다. 국내의 통계에 의하면 이 때 태어난 신생아의 생존율은 70-80%에 달하고 있다. 이 진료지침에서는 또한 임신 23주에 태어난 신생아에 대해서도 심폐소생술을 고려할 것을 요구하고 있다. 향후 의학이 더욱 발전하게 되면 임신 20주만 되어도 태어났을 때 건강한 삶을 누릴 수 있는 경우가 많아질 것이다.

윤리적으로 더욱 감당하기 어려운 점은 22주 이후에 낙태한 경우에 출산한 아기가 살아서 태어나는 경우가 흔히 있다는 점이다. 산모, 가족과 의료진 모두에게 큰 고통이 아닐 수 없다. 살아서 태어난 아기를 죽게 하면 살인죄에 해당한다. 이를 피하고자 아기를 뱃속에서 죽게 하여 낙태하는 것은 산모에게도 위험하고 의사로서 하기 어려운 일이다.

3) 산부인과 의료계의 의견

현재 임신 23, 24주에 태어나는 신생아는 충분히 살 수 있는 능력을 갖춘 경우가 많으므로, 사회 경제적 사유로 인해 일정 숙려기간을 거쳐 행하는 낙태는 태아 생명권 보장 기회를 좀 더 넓힐 수 있도록 임신 22주 미만으로 제한할 것을 제안한다.



임신21주5일 출생체중 490g (2013년)



임신22주 출생체중 530g
(2011년)



진 술 서

연 취 현

[연취현 법률사무소 변호사]

연취현 법률사무소 변호사

□ 학 력

- 서강대학교 법학과 졸업
- 사법시험 제47회 합격
- 사법연수원 제37기 수료

□ 경 력

- 변호사 연취현 법률사무소 운영
- (전) 경기도 재직 (공정경제과 內 공정거래지원센터)
- (현) 행동하는 프로라이프 법률정책위원

태아의 생명권을 고려한 형법 개정을 요청드립니다.

연취현 변호사

I. 들어가며

저는 오늘 이 자리에 엄마의 태중에서 그냥 사라져 갈 수도 있는 아기들의 대리인으로 낙태행위로 인한 최대피해자인 태아의 목소리가 이 법안 논의에 필수적으로 반영되도록 하기 위해 이 자리에 섰습니다. 이 법의 최대 관련자 중 하나인 태아의 목소리가 최대한 담아내는 법이 되었으면 하는 바램을 먼저 말씀드립니다.

II. 낙태죄의 존폐에 관하여

1. 형법상 낙태죄의 의미

주지하시다시피 형법은 무조건적인 처벌을 위한 것이라기 보다는 형벌이라는 수단을 통하여 침해받기 쉬운 어떤 법익을 보호하고, 이것을 통해서 사회질서를 유지하는 것, 즉 법익보호와 사회윤리적 행위가치의 보호를 보호하고 이를 통하여 사회에서의 공동질서를 유지하도록 하는 것이 주된 기능입니다.

이러한 관점에서 낙태죄에 대해서 살펴보면, 낙태죄에서 보호하고자 하는 법익은 바로 ‘태아의 생명권’³³⁾입니다. 이것은 우리 형법상 낙태죄가 살인죄, 상해죄 다음에 위치하고 있다는 점³⁴⁾에서도 명백히 드러납니다. 바꿔말하면 형법에서 낙태죄를 폐지하자는 주장

33) 김일수, 「낙태죄 개정에 대한 소견;태아의 생명권과 임신부의 자기결정권 사이에서」, <긴급진단, 낙태죄 개정, 제대로 가고 있는가 공개토론회>, 2020. 11. 27.

34) 형법 [법률 제17511호, 2020. 10. 20., 일부개정] 중 [개인적 법익에 관한 죄]로 분류되는 제24장 이하는 제24장 살인의 죄(제250조~제256조), 제25장 상해와 폭행의 죄(제257조~제265조), 제26장 과실치상의 죄(제266조~제268조), 제26장 낙태의 죄(제269조~제270조)의 순으로 규정되어 있음.

은 단순히 죄명이나 규정을 없애자는 것이 아니고 ‘태아의 생명권’이라는 법익이 침해되더라도 처벌을 통해서 보호해야 할 필요가 이제는 없다는 것에 대한 사회적 동의를 전제로 법률규정에서 제외시키자는 것을 의미합니다. 그러려면 태아의 생명권이 보호가치가 없다고 인정되거나 아니면 다른 제도를 통하여 충분히 보호되고 있는 두가지 경우 중 어느 하나에 해당해야 한다는 것이 당연한 이치입니다.

태아의 생명권이 우리 법체계 하에서 보장되어야 하는 법익이라는 점은 이미 헌법재판소에서도 인정하였고 태아의 생명보호와 임신한 여성의 자기결정권의 실제적 조화와 균형을 이루려는 노력을 주문하고 있습니다.³⁵⁾ 형법의 보충성이라는 차원에서 낙태죄의 폐지를 논의하려면 먼저 형법 이외의 다른 수단에 의하여 태아의 생명권이라는 법익이 보호되는 것을 전제로 하여야 할 것인데, 현실은 그렇지 못하고, 오히려 이러한 현실이 낙태죄 폐지의 논거가 되고 있는 것이 안타까울 따름입니다. 태아의 입장에서 본다면 낙태죄는 생명권 보호를 위한 최후의 보루입니다. 간통죄가 폐지된 후 간통자체의 건수가 기하급수적으로 늘어났는지는 알 수 없습니다만 분명한 것은 배우자의 간통으로 고통받는 상대방이 보호받을 수 있는 최후의 수단인 형벌 기능이 사라짐으로서 간통 배우자의 상대방이 느끼는 어려움은 더욱 커졌다는 것입니다. 그나마 간통은 살아있으니 다른 민사 절차 등을 통해서라도 피해를 호소해볼 수 있지만, 낙태는 어떨까요? 말 못하는 아가들은 이제 죽고 있습니다. 오히려 우리 민법은 태아를 상속순위에 관하여 이미 출생한 것으로 보는 규정을 명확히 정하고 있다³⁶⁾는 점을 지적하고 싶습니다.

2. 세계적 추세

낙태죄가 폐지되었거나 일부 기간 동안 낙태가 허용되는 국가들이 있기는 합니다. 그래서 전세계 통계와 자료들을 살펴보았더니 예상과는 달리 아직 전세계 국가의 2/3은 낙태가 금지됩니다. 오히려 대부분의 나라들은 낙태를 금지하고 일정한 사유와 시기에 따라 예외적으로 허용하고 있고³⁷⁾, 낙태를 완전히 허용한 나라는 오히려 세계적으로 극소수에 불과하고 20주 ~24주 이내의 모든 낙태를 허용하는 국가도 영국, 호주 등 전세계 국가 중 8% 정도에 불과합니다.³⁸⁾ 미국의 경우도 73년 낙태 일부 합법화 판례 이후에도 낙태 합

35) 헌법재판소 2019. 4. 11. 선고 2017 헌바 127 결정문 24쪽

36) 민법 제1000조(상속의 순위) ③태아는 상속순위에 관하여는 이미 출생한 것으로 본다

37) 세계보건기구(WHOhrp) <https://abortion-policies.srhr.org>

법화가 옳은 것인지에 대한 논의가 지금까지도 계속되고 있고, 독일의 경우는 두 번이나 낙태 합법화 입법이 되었는데, 헌법재판소에서 오히려 이것이 태아의 생명권에 대한 중대한 침해이므로 위헌이라는 결정을 내려서 일정 기간, 일정한 사유에 의한 낙태만 허용되는 쪽으로 법이 개정되어 유지되고 있습니다³⁹⁾. 이런 마당에 굳이 우리나라가 연말 짧은 시간안에 법을 개정해내야하는 상황에서 헌법재판소 결정취지를 넘어서 낙태죄 폐지의 극 소수 국가 중에 속할 이유가 무엇입니까?

최근 아동학대에 관한 뉴스를 많이 접하게 됩니다. 점점 잔혹해져가는 아동학대에 대해서 처벌을 강화하자는 목소리도 많이 나오고 있는데, 반면 낙태는 폐지하자고 합니다. 태어난 아이와 뱃속에 있는 아이가 무엇이 다른 건가요? 우리 형법은 자살을 교사하거나 방조하는 행위를 처벌하고 있습니다⁴⁰⁾. 자기가 자기 생명을 끊기로 결정했는데도 이를 돕는 자는 처벌하는 것이죠. 우리 뱃속에 있는 다른 생명을 끊기로 결정하고 이것을 실행하는 것이 무조건 비범죄화 되는 것이 정의인지 생각해보아야 할 것입니다.

Ⅲ. 낙태죄의 요건에 대하여

1. 시기에 대하여

올해 10월 실시된 바른인권여성연합 여론조사중 「생명의 시작이 언제부터라고 생각하나」라는 질문에 대하여 “수정된 순간부터” 39.4%, “심장 박동이 들리는 6주부터” 29%, “22주부터” 9.4%, “출산 후부터” 12.5%로 6주 이내로 생명의 시작을 인식하는 여론이 68%에 달합니다⁴¹⁾.

또한 보건사회연구원의 인공임신중절 실태조사(2018년)⁴²⁾ 결과, 우리나라 여성들의 임

38) 전윤정, 「낙태죄 개정의 쟁점과 과제」, 『이슈와 분석』, 제1764호, 국회입법조사처, 2020.

39) 김일수, 「낙태죄 개정에 대한 소견;태아의 생명권과 임신부의 자기결정권 사이에서」, <긴급진단, 낙태죄 개정, 제대로 가고 있는가 공개토론회>, 2020. 11. 27.

40) 제252조(촉탁, 승낙에 의한 살인 등) ①사람의 촉탁 또는 승낙을 받아 그를 살해한 자는 1년 이상 10년 이하의 징역에 처한다.

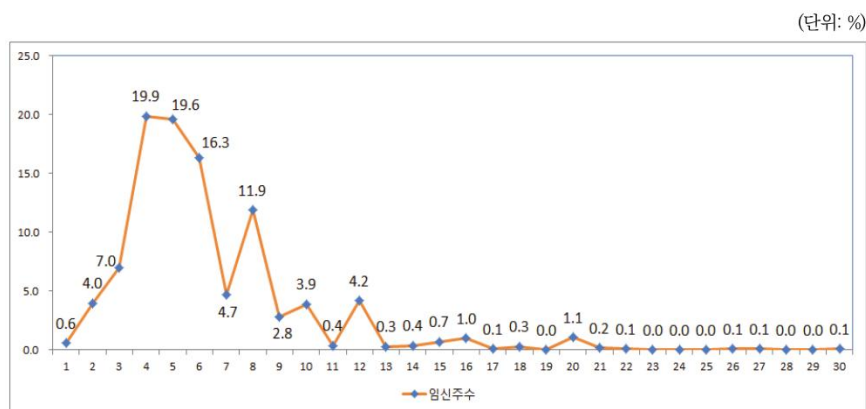
②사람을 교사 또는 방조하여 자살하게 한 자도 전항의 형과 같다.

41) 바른인권여성연합, 「낙태에 관한 여성인식조사(19세이상 1,214명 대상, 2020. 10, ‘여론조사기관 공정’ 수행)」

42) 한국보건사회연구원, 「인공임신중절실태조사(2018년) 주요결과발표 - 만 15~44세 여성 1만명 대상

신중절 시기는 평균 6.4주이며, 6주 이하 67.4%, 8주 이하 84%, 10주 이하 90.7%, 12주 이하 95.3%로 대부분 임신 초기에 낙태하는 것을 알 수 있습니다. 이는 외국과 달리 산부인과 전문의에 대한 접근성이 좋은 우리나라 의료 환경이 뒷받침된 결과로서, 현재도 이번 판결문에서 낙태로 인한 모성 사망의 상대적 위험도는 임신 8주 이후 각각 2주마다 두 배로 증가한다고 하며 이른바 ‘안전한 낙태’를 위해서는 임신 제1삼분기에 잘 훈련된 전문 의료인의 도움을 받아 낙태가 시행되고 낙태 전후로 적절한 의료서비스와 돌봄이 제공되는 것이 중요하다고 하였습니다⁴³⁾.

<보건사회연구원의 인공임신중절 실태조사(2018년)에서 임신 중절 시기>⁴⁴⁾



태아는 5주 3일이면 심장박동이 시작되며, 임신 초기에는 성장발달이 일정하기 때문에 산모가 정확한 임신일자를 모르더라도 태아크기 등으로 주수를 판별하는 것이 거의 정확하다는 것이 산부인과 선생님들 다수의 의견입니다. 10주가 지나가면 아기는 신경계가 형성되고 꿈을 꾸니다. 10주가 지나면 아기는 생각을 하고 고통을 느낀다는 뜻입니다. 또한 통상 10주를 기준으로 낙태기술 방법이 흡입술에서 절단 후 추출하는 방법으로 바뀌게 됩니다⁴⁵⁾.

위와같은 점을 고려한다면 최대한 단기간 이내에, 아무리 길게 잡아도 10주 이내에 낙태가 가능하도록 하는 것이 태아의 생명으로서의 대한 존엄을 해하지 않는 낙태 허용범

온라인조사(조사기간 2018.9.~10.)」

43) 헌법재판소 2019. 4. 11. 선고 2017 헌바 127 결정문 29쪽

44) 한국보건사회연구원, 「인공임신중절실태조사(2018년) 주요결과발표 - 만 15~44세 여성 1만명 대상 온라인조사(조사기간 2018.9.~10.)」

45) 홍순철, 「낙태죄 관련 정부 개정안의 의학적 문제점」, <엄마와 태아가 모두 행복할 수는 없을까? 공개세미나>, 2020. 10. 21.

위가 되지 않을까합니다.

미국의 예를 보면 2013년 2개 주, 2018~2020년 9개 주, 총 11개 주에서 태아 심장박동법 통과한 사례가 있습니다. 연방대법원에 의해 제한이 되기는 하였으나 심장박동을 기준으로 생명으로 보아 존중하려는 입법움직임을 알 수 있습니다.

한편 24주까지 일정 사유와 조건에 기한 낙태를 허용하고 있는 정부안의 경우 산부인과 교과서에 20주 이후를 분만으로 표시하고 있고, 주산기 사망률을 평가하는 시점이 20주라는 점, 23주, 24주 태아의 생존율이 각각 38.9%, 54.5%에 달한다는 점⁴⁶⁾, 세계적으로도 20주를 넘어서 낙태를 허용하고 있는 예가 극소수 국가에 불과하다는 점, 헌법재판소가 독자생존가능 시점을 전후로 예외적 낙태를 허용할 수 있다는 취지로 판시하였다는 점을 모두 고려할 때, 지나치게 장기이며, 태아의 생명으로서의 존엄을 파괴하는 입법안으로 절대 동의할 수 없습니다.

2. 사유에 대하여

현재는 결정가능기간과 사회적·경제적 사유를 어떻게 조합할지에 대하여 입법재량을 인정하였습니다. 2018년 보건복지부 보건사회연구원의 실태조사⁴⁷⁾ 결과에 따르면 낙태의 대부분은 사회·경제적 사유로 인한 것임을 알 수 있는데, 제출된 법안들은 사실상 이 조합을 포기하고 있습니다. 정부안은 상담을 통해 사회적·경제적 사유를 법률상 추정하고 있는데, 모자보건법상 상담이 형식적 절차로 규정되어 있는 것을 고려하면 사실상 의미가 없습니다.

<보건사회연구원의 인공임신중절 실태조사(2018년)에서 임신 중절 사유>

헌법재판소가 예시로 들고있는 임신유지갈등상황이 매우 폭넓기 때문에 이 사회적·경제적 요인 중 일부만을 들어 낙태 허용사유로 규정하는 것은 실질적으로 불가능합니다. 그렇다면 결국 임신유지갈등상황, 즉 낙태를 고민하는 사유와 그 절박성에 대하여는 상담

46) 홍순철, 「태아가 엄마에게 : 살려주셔서 감사합니다」, <긴급진단, 낙태죄 개정, 제대로 가고 있는가 공개토론회>, 2020. 11. 27.

47) 한국보건사회연구원, 「인공임신중절실태조사(2018년) 주요결과발표 - 만 15~44세 여성 1만명 대상 온라인조사(조사기간 2018.9.~10.)」

을 통하여 걸려져야 할 것이고, 상담이 형식적인 절차에 머물러서는 안된다고 할 것입니다. 이에 대하여는 다음 항목에서 논하도록 하겠습니다.

한편 기존 모자보건법상 규정되었던 낙태허용사유 중 강간, 준강간이나 결혼할 수 없는 친인척 관계에 의한 임신인 경우도 실상은 사회적 이유에 의한 낙태인데, 만일 정부안과 같이 낙태허용주수를 동일하게 정한다고 하면 이를 별도의 사유로 나누어 정하기 보다는 사회적 사유에 포함시키는 것이 타당하지 않은가 하는 의견 말씀드립니다.

특별히 낙태죄가 그대로 존속하는 경우에 대한 우려점 중에서도 강간에 의한 낙태가 제한되는 것을 우려하는 목소리가 많이 있습니다만, 위 실태조사에서 나타나듯 실제 강간, 준강간에 의한 낙태는 전체 중 0.9%에 불과합니다. 또한 현재 형사절차상 성범죄 피해자 보호절차가 계속 보완되고 있어, 범죄 피해 직후 피해를 신고하는 경우 성폭력피해자 종합지원센터인 해바라기센터에 신성폭력 피해자에 대한 신속한 증거채취 및 응급의료지원 (365일 24시간 가능), 산부인과, 신경정신과, 응급의학과 등 서울대병원 내 모든

〈표 6-9〉 임신중단 경험자의 임신중단 이유 (복수응답)

(단위: %, 명)

구 분		나의 건강 상태에 문제가 있어서	태아의 건강 문제 때문에	학업, 직장 등 사회 활동에 지장이 있을 것 같아서	자녀 계획 때문에	경제 상황상 양육이 힘들어서	파트너가 아이를 원하지 않아서	파트너와 관계가 불안정 해서	나 또는 파트너의 부모가 인공임신 중절낙태를 하고 있어서	강간 또는 준강간에 의해 임신해서	기타	계
당시 연령	24세 이하	5.4	5.9	52.9	11.9	36.7	11.7	27.5	10.3	2.0	3.7	223
	25~29세	4.5	11.2	33.9	28.3	35.3	11.0	20.2	7.1	0.5	6.1	227
	30~34세	12.5	19.3	19.5	45.6	24.8	12.2	11.6	4.2	0.0	5.6	172
	35세 이상	18.8	10.0	18.1	49.7	33.0	12.4	5.4	2.2	0.8	5.5	134
당시 혼인 상태	미혼	4.6	6.2	49.9	12.5	31.5	12.5	29.5	9.1	1.8	5.4	355
	기혼 (법혼·별거·이혼·사별)	13.1	16.3	14.6	51.8	33.9	10.1	5.8	3.3	0.0	6.2	303
	기혼 (사실혼·동거)	13.1	14.0	31.7	35.3	35.0	13.8	12.3	7.0	0.0	1.0	98
계		9.1	11.3	33.4	31.2	32.9	11.7	17.8	6.5	0.9	5.1	756

주: 1) 복수의 임신중단 경험 시 가장 최근의 경험 시점 기준임.

2) 승수적용으로 합이 일치하지 않을 수 있음.

진료 지원, 성폭력 피해자에 대한 성병 등 추적 검사 실시, 센터를 통한 성폭력과 관련된 치료 비용은 여성가족부에서 무상지원이 이루어지고 있는 바⁴⁸⁾, 피해여성들에게 피해구제제도를 안내하고 조속히 지원을 받도록 하는 것이 궁극적인 해결책이지 성폭력 피해를 낙태 합법화를 통해 해결하고자 하는 것은 여성 자신을 위해서도 현명한 방법이 아니며,

48) 서울해바라기센터 홈페이지 참조(<http://www.help0365.or.kr>)

예외를 위한 원칙의 포기입니다.

3. 절차에 대하여

1) 상담절차

앞서 말씀드린 바와 같이 정부안은 임신유지갈등상황에 있어서 사회적·경제적 사유에 의한 낙태에 대해서만 상담절차를 두고 있습니다. 그러나, 강간 등 사유의 경우에는 실질적으로 사회적 사유에 해당한다는 점 및 임신의 유지 여부를 결정하기 위한 정보의 수집 필요성은 동일하다는 점, 임신부의 숙고를 유도한다는 측면을 고려한다면 모든 임신부가 무료로 상담절차를 이용할 수 있도록 제도를 운용할 필요성이 있습니다.

한편 상담 절차와 관련하여 모자보건법상에는 ‘상담이 있었다는 사실의 확인’만 있다면 이를 근거로 낙태가 가능하도록 정해져 있는 점은 문제입니다. 사회적·경제적 사유의 광범위성, 그 용어의 불명확성에 비추어 본다면 상담절차를 통한 임신유지 갈등상황의 심각성에 대한 판단이 이루어져야 할 것이고, 최소한의 경우 예를 들면 반복되는 낙태 등에 대해서만이라도 걸러질 수 있는 실질적인 기준과 작용이 모자보건법상 정해져야 할 것입니다. 가장 안전한 절차로는 각 병원에 설치된 뇌사판정위원회와 같은 기관이 설치되어 임신부가 주장하는 임신유지곤란의 사유가 외부의 조력 등이 있더라도 절대 해소될 수 없는 것인지에 대해 판단되어야 할 것이라고 생각하나, 아쉽게도 현재 발의된 법안 등에는 이런 내용은 없는 것 같습니다. 소관 상임위인 보건복지위원회에서 논의되기는 하겠으나 법사위에서도 이런 절차적 필요성에 대하여도 살펴봐 주시기를 부탁드립니다.

낙태가 법적으로 허용됨으로 인해 사회적·경제적 사유를 이유로 허용된 낙태 기간 내에 낙태 여부를 고민하는 임신부가 늘어날 것으로 전망됩니다. 이러한 변화된 환경에서 모자보건법의 상담절차 규정을 신설하여 임신과 출산에 대해 임신부들의 걱정과 고민을 해소하고, 낙태 여부를 고민하고 있는 임신부에게 출산을 장려하는 방향으로 상담을 하도록 상담기관을 설치하는 것이 진정한 여성의 알권리 보호, 자기결정권의 보호가 될 것입니다. 또한 태아의 상태나 발육에 대한 정보를 제공하고 국가의 임신·출산·육아 지원 정책을 통해 사회적·경제적 어려움에 대한 해소가 가능한지를 숙고할 수 있도록 하는

등 모자보건법이 불필요한 낙태를 줄이고 임신부와 태아의 건강을 지키는 법이어야 한다는 것입니다. 하지만, 현재 정부 법률안은, “낙태 시술 절차와 지원 근거를 마련”하는 법안이 되고 말았다는 것은 큰 문제입니다.

2) 숙려기간

한편 낙태죄를 존치시키는 법안들은 사회적·경제적 사유로 낙태하려는 경우 숙려기간을 두고 한번 더 고민하여 시술여부를 결정하도록 하고 있습니다. 다만, 정부안은 그 기

[그림 6-2] 임신중단 주요 사유별 임신중단 관련 의료기관(의사, 간호사 등 의료인) 상담 이후 임신중단 결정까지 소요 기간



주: 1) 상기 그림은 각 사유별로 '2주일 이상 ~ 1개월 미만', '1개월 이상'의 응답비율이 미제시된 것으로 합계가 100.0%가 되지 않음.
2) 복수의 임신중단 경험 시 가장 최근의 경험 시점 기준임.

간을 24시간으로 정하였고, 조해진 의원 발의안에는 7일로 정해져 있습니다.

2011년 보건복지부 조사 결과에 따르면, 실제 낙태를 경험한 여성들이 상담 후 가진 숙려기간은 3일 이내 28.3%, 3일~1주일 이내 38%, 1~2주 이내 19.6%, 2주~1개월 미만 7.8%, 1개월 이상 6.4%이라고 합니다. 정부에서는 낙태여부 결정은 가능하면 빠른 시간 내에 이루어지는 것이 좋다는 취지에서 숙려기간을 짧게 잡은 것으로 보입니다.

<보건사회연구원의 인공임신중절 실태조사(2018년)에서 상담 후 임신중단시까지의 소요기간⁴⁹⁾>

그러나 낙태가 여성의 건강과 태아의 생명에 대한 중대한 결정인 점을 고려하면, 진정한 여성의 보호를 위해서는 건강권을 침해하지 않는 범위내에서 낙태여부를 결정하되 가능한 한 오랫동안 숙고하여 결정을 내릴 수 있도록 하는 것이 진정한 여성의 자기 결정을 보호하는 것이 아닐까 생각해봅니다. 이 기간을 통하여 상담기관에서 제공받은 임신유지 갈등상황을 해소하기 위하여 마련된 지원제도 등에 대하여 충분히 살펴 낙태시행 여부를 결정하는 시간이 필요하다고 봅니다

참고로 미국의 경우에는 24시간의 숙려기간을 두고 있는 주가 많기는 하지만, 독일의 경우 최소 임신 중절 수술 3일전에 의사와 상담해야 하는 내용을 정하고 있고, 네덜란드의 경우 5일, 이탈리아의 경우 7일의 숙려기간이 주어지고 있는 점이 비교대상이 될 수 있을 것이다⁵⁰⁾.

4. 대상에 대하여

낙태죄와 관련하여 늘 논의의 시점에는 여성이 모든 책임을 부담하는 것은 부당하다는 주장이 함께 해 왔습니다. 2018년 인공임신중절실태조사(한국보건사회연구원)⁵¹⁾에서도 66.2%의 응답자들이 낙태법이 개정되어야 하는 이유로 여성만 처벌받는 것이 부당하기 때문이라고 답했습니다. 2020년 10월 바른인권여성연합 설문조사⁵²⁾에서도 낙태에 대한 남성 책임을 물어야 한다는 응답이 88.7%였습니다.

낙태에 관여한 남성의 처벌이 당연히 면제되는 것이 아님은 법적으로 당연한 것임에도 여성에 대한 처벌이 제대로 이루어지지 않는 현실에서 남성에 대한 처벌은 거의 이루어지지 않고 있는 현실이 더욱 여성에게 심리적 무게를 더하고 있습니다. 게다가 낙태죄가 개정되어 일부 기간 여성에 대한 처벌이 면하여 지는 경우, 오히려 남성이나 가족에 의한

49) 한국보건사회연구원, 「인공임신중절실태조사(2018년) 주요결과발표 - 만 15~44세 여성 1만명 대상 온라인조사(조사기간 2018.9.~10.)」

50) 이석배, 「헌법재판소 헌법불합치 결정 이후, 가별적 “낙태”에 대한 법적인 기준」, 18면

51) 한국보건사회연구원, 「인공임신중절실태조사(2018년) 주요결과발표 - 만 15~44세 여성 1만명 대상 온라인조사(조사기간 2018.9.~10.)」

52) 바른인권여성연합, 「낙태에 관한 여성인식조사(19세이상 1,214명 대상, 2020. 10, ‘여론조사기관 공정’ 수행)」

비자발적 낙태가 늘어날 가능성이 있습니다. “처벌도 안되는데 낙태해라”라는 요구가 마치 당연하게 여겨질 수 있다는 점은 우려사항입니다. 이에, 여성의 낙태가 허용되는 경우라도 여성의 의사를 강요하는 관여자에 대하여 처벌을 명시하는 규정은 필요한 것으로 보입니다. 특히 형법상 강요죄가 있기는 하나, 그 구성요건이 폭행이나 협박에 의한 경우만을 정하고 있어 그 이외의 사유에 의한 낙태의 경우 여성을 보호하기 위한 입법이 필요한 상황이라는 점이 고려되어야 할 것입니다.

IV. 낙태죄의 처벌에 대하여

낙태죄가 유지되더라도 처벌의 중점은 여성 본인보다는 가담자에 중점을 두어야 할 것입니다. 즉, 허용되지 않는 낙태에 가담한 의사 등 의료인, 낙태를 유도하고 비자발적 낙태를 강요한 남성 또는 제3자에 대한 처벌을 강화함으로써 최대한 여성의 낙태가 법에 정한 허용범위 이내에 자발적으로 의료기관에 의해 안전하게 이루어지도록 유도함으로써 태아의 안전과 여성의 건강을 지키는 것이 낙태죄 유지의 이유가 되어야 할 것입니다.

많은 여성들이 낙태죄가 유지되면 임신여부를 몰랐던 여성이 처벌받게 되는 것에 대하여 우려의 말씀을 해주십니다. 그러나 최근 35주까지 임신여부를 몰랐던 여성이 사산을 하고, 사산아를 유기하였다가 기소된 사안에서 유기의 고의가 부인되어 무죄가 선고된 사건이 기사화된 예에서 보듯, 정말 모르는 경우라면 하지만 이것은 이 사건과 같이 검찰과 법원을 통해서, 정당방위, 긴급피난, 고의성 판단 등의 여러 법리와 사법부의 재량을 통해서 해결되어야 할 예외적인 상황인 것이지, 모든 예외적인 사유를 고려하여 법원직을 정할 수는 없을 것입니다. 다만, 낙태를 위해서 임신한 여성은 없다는 점과 모체는 출산과 같은 정도의 출혈이 동반된다는 낙태과정을 통하여 심리적·신체적으로 불안정한 상태라는 점은 법적 절차를 통하여 고려되어야 할 것입니다.

V. 절차와 관련한 문제점(모자보건법)

이번 공청회는 형법 개정법률안에 대하여 논의하는 자리입니다만, 구체적 절차인 모자

보건법에 정부법률안과 관련하여 보완이 필요한 중요부분을 적시합니다.

1. 약물 낙태 시술에 대한 절차 미비의 문제

개정안은 인공 임신 중절에 대한 정의를 규정하며 약물 낙태를 허용하는 내용이 추가되었는데, 문제는 법안에 약물 낙태에 대한 세부 규정이 전혀 없습니다. 약물 낙태가 생각만큼 단순하고 손쉬운 것이 아니라는 점에 대해 충분히 알리지도 않은 채 법안에 삽입해, 약물에 의한 낙태가 위험하지 않다는 인식을 국민들에게 심어주게 된다는 점에서 매우 위험합니다. 특히 낙태 약물이 허용되려면 국내 임상과 약사법에 따른 절차 등을 진행하기 위한 시간이 반드시 필요합니다. 그럼에도 불구하고 이에 대한 고민 없이 바로 약물에 의한 낙태가 가능하다는 인식을 사회 전반에 확산시키는 것은 인공 임신 중절 약물의 남용을 유발하는 원인이 된다는 점에서 재고되어야 할 것입니다.

2. 미성년자 시술에 있어서 동의 거부 시 문제

개정안 제14조의 2(인공 임신 중절에 관한 의사의 설명 의무 등)에 의하면 만 16세 이상의 미성년자가 법정 대리인의 동의 받기를 거부하는 등 불가피한 경우에는 상담사실 확인서만으로 시술할 수 있다고 규정하고 있습니다. 형법상 만 14세 이하는 책임 능력이 없는 것으로 규정하고 있는데 최근 미성년자의 범죄가 점차 늘어나고, 범죄의 양상도 계획적인 강력 범죄가 범해지고 있어 형사 미성년자를 축소하자는 논의가 생기고 있습니다. 그런데 이번 법에서는 반대로 16세 미만자의 경우 낙태죄를 피할 수 있도록 하고 있는 것입니다⁵³⁾. 이 기준에 대해서 정부는 형법상 미성년자 의제강간과 관련하여 16세 이상에 대한 성적 자기결정권을 인정하고 있다는 점을 근거로 들고 있으나, 성적인 동의를 기초로 피해자 지위를 인정하지 않는 것과 낙태에 있어서 출산의 자기결정권을 인정할 수 있는지 여부가 동일시될 수는 없다는 점을 간과하고 있습니다(이 법은 올해 시행되었고 이전에는 만 13세를 기준으로 미성년자 의제강간이 인정되었다는 관점에서 본다면 정말 어색합니다.). 부모님의 동의를 받기 원하지 않는 만 16세 이상의 미성년자는(임신을 부모님께 알리고 싶은 미성년 아이들이 있을까요?) 상담기관에서 상담을 받으면 낙태가 가

53) 형법 제305조(미성년자에 대한 간음, 추행) ① 13세 미만의 사람에 대하여 간음 또는 추행을 한 자는 제297조, 제297조의2, 제298조, 제301조 또는 제301조의2의 예에 의한다.

② 13세 이상 16세 미만의 사람에 대하여 간음 또는 추행을 한 19세 이상의 자는 제297조, 제297조의2, 제298조, 제301조 또는 제301조의2의 예에 의한다.

능한데, 청소년 보호라는 미명 하에 국가가 청소년들에게 “낙태를 너는 혼자서 해결할 수 있어!!”라며 “부모님께 너의 어려움을 알리지 않아도 된다”고 하는 것은 청소년의 성보호에 반하는 것은 아닌지 의문입니다. 물론 부모의 보호를 받기 어려운 자녀들이 있을 수 있습니다. 이러한 청소년이나 미성년자들을 진정으로 보호하는 길은 형식적인 합법화 절차 대신 아이들을 보호해 줄 기관과 방법을 더욱 고민하여야 함에도 애석하게도 이번 법률안에서는 이러한 고심의 흔적을 전혀 찾아볼 수가 없다는 것이 문제입니다.

3. 수술 거부 의사에 대한 정보 제공 의무 부과 문제

법안에서는 의사들이 수술을 거부할 수 있도록 정하고 있습니다만, 정부안은 낙태 수술을 거부하는 의사들에게 직접 수술을 하지는 않아도 낙태를 원하는 여성들에게 상담기관을 소개해 줄 의무를 부과하고 있습니다. 임신 중절에 관한 정보를 국민에게 알릴 의무는 국가의 의무인데 이를 일선 의사에게 전가하는 것으로 부당합니다. 이것은 오히려 임신 중절을 반대하는 의사의 양심과 신념에 대한 침해가 우려됩니다. 정보를 투명하게 하여 낙태 수술을 할 수 있는 의사의 신청을 미리 받아 수술 병원을 지정해두고, 해당 병원에 방문하는 경우에는 임신 유지를 위한 것인지 아니면 낙태를 위한 것인지를 검진 목적란에 기재하게 한다면 검진 과정에서 생길 수 있는 위험(실제로 임신 여부를 확인하기 위해 병원을 방문했던 산모가 간호사의 과실로 낙태 시술을 받게 되는 사례가 있었습니다)과 불편을 피할 수 있을 것입니다.

VI. 피해자 보호의 요청

사회의 발달에 따라 범죄자의 인권에 대한 보호 필요성이 대두되고, 이에 대한 보호가 이루어질수록 범죄로 인한 피해자의 인권이 소외되기 쉽습니다. 이러한 이유로 최근 성범죄와 아동범죄를 중심으로 피해자 변호가 활발하게 이루어지고 있습니다. 마찬가지로 여성의 인권이 신장됨에 따라 재생산권에 대한 주체로서의 여성, 낙태여부를 결정할 수 있는 자유에 대한 논의가 활발할수록 여성의 자기 결정으로 희생될 수 밖에 없는 생명의사를 표현할 수도, 이 사태를 피할 수도 없는 선택받지 못한 태아의 인권은 철저히 소외되고 무참하게 생명을 박탈당하게 됩니다. 인간의 생명은 우연히 생성되는 것이 아니

며, 낙태하기 위해 임신하는 여성이 없는 것처럼 임신부의 짐이 되기 원하는 태아가 없다는 짐이 고려되어야 합니다.

낙태죄가 일부 합법화된 국가들에서는 이후에도 계속하여 주수를 제한하는 낙태는 자기결정권에 대한 침해라고 주장하며, 출산전까지의 낙태를 원하며, 낙태를 피임의 한 종류로 즐기고 있습니다. 그러나 한 편에서는 난임으로 인해 많은 비용과 수고를 들여서라도 한 생명을 잉태하기 위해 노력하고, 또 치료가능성이 낮은 질병을 가진 경우 또는 장애아로 출산된 아기를 포기하지 않고 이들의 생명을 지키며 고가의 병원비를 감당하면서 수고와 노력을 기꺼이 감당하며 눈물을 흐리는 많은 부모들이 있습니다. 부디 이 모든 상황에 대한 균형적인 시각으로 법이 개정되어지기를 부탁드립니다.

낙태죄의 목적은 궁극적으로 행위의 처벌이 아니라 태아의 생명권의 보호이며, 이번 개정을 통해서 또한 고려해야할 요소가 있다면 산모의 건강권의 반영입니다. 이를 위해서는 궁극적으로 국가가 태아의 생명보호를 위한 기반을 마련하여야 할 1차적 의무를 다하도록 구조화할 필요가 있습니다. 이에 비밀출산법과 국가의 양육비, 교육비 등의 경제적인 지원, 다자녀 가족들에게 국가가 지원하는 특혜, 직장여성을 위한 직장 어린이집 확충, 출산·육아 휴직 등이 필요합니다. 출산은 하여도 양육하기 어려운 아기들은 언제나 있습니다. 생명윤리는 낙태를 막는 데서 끝나는 것이 아니라, 양육하기 어려운 아기들을 잘 키우는 것까지 생각해야 할 것입니다. 입양, 위탁 등 함께 아이들을 키울 수 있는 환경과 제도를 만들 책임이 국가에 있습니다. 낙태죄에 대한 논의와 더불어 행복한 출산, 행복한 육아가 가능한 법과 제도를 만들어 주시는 국회가 되어 주시기를 부탁드립니다.



진 술 서

김 정 혜

[한국여성정책연구원 부연구위원]

김정혜 한국여성정책연구원 부연구위원

□ 학 력

- 고려대학교 법과대학 법학과 및 동 대학원(석사) 졸업
- 서울대학교 대학원 법학과 박사 졸업

□ 경 력

- 공익인권법재단 공감 (전)객원연구원
- 고려대학교 법학전문대학원 (전)연구교수
- 한국성폭력상담소 자문위원
- 장애여성공감 장애여성성폭력상담소 운영위원
- 성적권리와 재생산정의를 위한 센터 셰어 연구위원

처벌에서 온전한 의료행위로

김정혜

우리는 형법 제정 이후 쪽 낙태를 범죄로 규정한 나라에서 살아왔습니다. 한번도 낙태가 죄가 아니었던 적이 없기 때문에, 낙태를 처벌하지 않는 것이 있을 수 없는 일로 여겨질 수 있습니다. 하지만 생각해 보면 우리는, 낙태를 처벌한 역사를 갖고 있지도 않습니다. 낙태가 법률상 ‘죄’이더라도, ‘낙태한 여성에게는 그럴 만한 이유가 있고, 낙태한 여성을 처벌하는 것이 온당치 않다.’ 대부분의 국민들은 이미 이렇게 생각하고 있었습니다. 헌법재판소가 결정문에 그와 같이 쓰기 전에도 말입니다. 실제로 처벌하지 않는다는 점은, 우리사회에서 그동안 낙태죄 폐지 논의가 활발하지 않던 이유이기도 했습니다. 국민들이 낙태에 반대하기 때문에 불법인 상태가 괜찮다고 보았던 것이 아닙니다. 2010년, 프로라이프 의사회가 낙태 시술 병원을 고소하면서 접근성을 떨어뜨리기 전까지, 우리 사회에서 낙태는 사실상 의료서비스였습니다. 하지만 병원 고소 이후부터 접근성에 어려움이 생기기 시작했고, 불법인 상태에 대한 문제 제기가 시작된 것입니다.

낙태죄에 대해 정부와 입법부가 침묵하는 사이에 국제사회는 꾸준히 인권을 향한 변화의 길을 걸어왔습니다. 임신중단을 처벌할지 말지의 문제가, 인구정책이나 경제발전의 논리, 종교적인 논리에 좌우되던 시기는 1994년 카이로 국제인구개발회의를 마지막으로 끝이 났습니다. 출산율이나 종교적 의미의 생명권을 들어 임신중단을 통제해야 한다는 주장은, 국제사회에서는 20세기에 이미 종료된 논리라는 뜻입니다. 오늘 이 자리에서 명확히 해야 할 것은, 형법의 낙태죄가, 임신을 중단한 여성을 형사처벌할 것인가 말 것인가의 문제라는 것입니다. ‘우리 모두 낙태를 하자’고 장려하는 문제가 아니라, 임신을 중단한 여성을 처벌해야 마땅한가 하는 것입니다.

유엔에는 대표적인 인권규범 2가지가 있습니다. 자유권규약과 사회권규약입니다. 우리 정부는 두 규약에 모두 가입했고, 1990년에 국내에 발효되었습니다. 그리고 두 규약 모두, 임신중단을 형사처벌해서는 안 된다고 말합니다.

2019년 유엔 자유권규약위원회는 모든 당사국에 대한 일반권고에서 이렇게 말합니다.

- 임신을 중단한 여성과 의료서비스 제공자를 형사처벌해서는 안 된다. 형사처벌은 여성에게 ‘안전하지 못한 인공임신중절’을 강요하기 때문에 폐지해야 한다.
- 여성이 안전하고 합법적인 임신중단에 효과적으로 접근할 수 있도록, 장벽을 제거하고, 새로운 장벽을 도입해서는 안 된다.(의료인의 거부 또한 제거해야 할 장벽에 포함됩니다.)

이 일반권고는 자유권규약 중에서도 생명권의 해석에 대한 지침을 제시하는 부분입니다. 국제인권규범에서 생명권 논의는, 태어나지 않은 존재의 생명이 아니라 이미 살고 있는 사람들의 생명을 말합니다.

사회권규약도 같은 입장입니다. 유엔 사회권규약위원회는 2017년에 우리 정부에게 직접 권고했습니다.

- 대한민국이 임신중단을 형사처벌 하는 데 우려를 표명한다.
- 임신을 중단한 여성에 대한 처벌을 폐지하여 여성의 성적, 재생산적 건강권을 보장하고 존엄성을 보호하라.

인권국가로서 대한민국은 국제사회의 요청에 답할 의무가 있습니다.

그뿐만이 아닙니다. 유엔 여성차별철폐위원회에서도 2018년 제8차 대한민국 정부보고서 심의 결과, 우리 정부에 다음을 권고했습니다.

- 임신중단을 비범죄화 하여 임신을 중단한 여성에 대한 처벌 조치를 폐지하라.
- 안전하지 못한 인공임신중절로 인한 합병증 등을 포함하여, 임신을 중단한 여성이 임신중단 후 양질의 사후관리체계에 접근할 수 있도록 하라.

이 권고는 처음이 아닙니다. 2011년 제7차 심의에서도 똑같은 내용의 권고를 받았지만 우리 정부는 이행하지 않았습니다. 협약 이행의 의무가 있는 당사국으로서, 권고를 두 번이나 무시할 수는 없습니다.

국제인권규범들이 말하는 낙태죄 폐지에는 조건이 붙지 않습니다. 공통적으로 ‘어떠한 경우에도’ 여성을 처벌하지 말라고 요청합니다. 낙태죄를 두어 여성을 위협하고 사전 상담을 강제해서 임신을 중단하고자하는 여성을 멈추게 하면, 그 다음에는 행복하게 임신을 유지하고 출산하는 미래가 이어지는 것이 아닙니다. 임신의 중단을 금지하는 것은 임신상태를 강제하는 것이고 출산과 양육을 강요하는 것입니다. 유엔 여성차별철폐위원회는 이것을 ‘여성에 대한 폭력’이라고 부릅니다. 단지 비유적인 표현이 아닙니다. 2017년 일반권고 35호에서, 강제낙태, 강제임신, 임신유지 강제와 더불어, 낙태의 범죄화를 ‘여성에 대한 폭력’이라고 규정했습니다.

다른 국가에서도 임신중단의 기간이나 사유, 상담 같은 제한을 두는 사례가 많습니다. 하지만 그런 법률들은 수십 년 전에 만들어진 것이 대부분입니다. 미국에서, 임신주수를 세 단계로 나누어 일부만 합법화하는 모델인 Roe v. Wade 판결이 선고된 지는 무려 50년이나 지났습니다. 그 이후 국제인권규범들은 낙태죄 폐지를 명확히 요구하고 있습니다. 제한적인 법을 갖고 있더라도 의료현장에서는 매우 완화되어 적용됩니다. 우리가 그래왔던 것과 마찬가지로입니다. 이제는 여러 국가들이 처벌을 폐지하거나 허용범위를 넓히는 법 개정을, 바로 지금 진행하고 있습니다.

호주는 2002년 수도준주에서 낙태죄를 폐지한 이후로, 빅토리아주, 퀸즐랜드주, 테즈메니아주, 뉴사우스웨일즈주 등등 잇달아 처벌 조항을 전면 폐지하는 개정을 계속하고 있습니다. 프랑스는 14주 기준을 두고 있지만, 법 개정이 진행중입니다. 여성의 심리적 고통과 사회적 고통으로 인한 임신중단을 기간 제한 없이 허용하는 법안이 하원에서 통과됐습니다. 뉴질랜드도 올해 형법에서 임신을 중단한 여성에 대한 처벌 조항을 전면 삭제했습니다. 법 개정 과정에서 뉴질랜드 법률위원회가 보건 관련 전문가들과 단체에 자문을 구했는데, 보건 전문가들이 임신중단에 어떠한 제한도 두지 않는 모델을 거의 만장일치로 지지했다고 기록되어 있습니다. 그래야 임신중단이 여성과 의료인 사이의 의료서비스 문제가 될 수 있고, 안전성을 향상시킬 수 있기 때문입니다.

캐나다는 1988년에 이미 낙태죄가 전면 폐기되었습니다. 서울올림픽이 있던 그 해입니다. 대법원에서 낙태죄가 여성의 생명, 자유, 안전에 대한 권리를 침해한다는 이유로 위헌을 선고했습니다.

이후 지금까지 30년이 넘도록 낙태죄를 부활시키려는 어떠한 시도도 실패했습니다. 의회에서 낙태죄가 다시 생기는 것을 용납하지 않았기 때문입니다. 임신주수, 임신중단 사유, 상담, 대기기간, 어떠한 제한도 없습니다. 낙태죄가 없는 30년을 보낸 결과, 이제 캐나다인들은 처벌조항이 없어도 ‘낙태 남용’ 같은 일은 일어나지 않는다는 것을 알게 되었습니다. 낙태를 하고 싶어서 임신하는 사람은 없기 때문입니다. 임신중단 건수는 오히려 감소하고 있습니다. 주수 제한이 없어도 대부분은 초기에 시술합니다. 20주 이후는 1% 미만이고 그나마도 거의 24주 이내에 이루어집니다. 소수의 후기 임신중단은 대개 사회경제적으로 취약한 여성들이거나 보건의학적 필요에 따른 것이기 때문에, 오히려 안전한 수술이 가능할 수 있도록 적절한 의료서비스를 연계하고, 재정적 지원을 합니다. 후기 임신중단은 ‘금지해야 하는 영역’이 아니라, ‘지원이 필요한 영역’으로서 다루어집니다.

임신주수는 형사처벌의 기준으로 삼기에는 명확성이 너무 떨어집니다. 임신주수는 오로지 추정되는 숫자이며, 의료서비스에서 의미를 가질 수 있을 뿐입니다. 그럼에도 불구하고 처벌의 기준이 되면, 의사는 방어적으로 판단하게 됩니다. 자신이 처벌받을 수도 있기 때문입니다. 여기에 의사의 거부권, 상담의무, 강제 대기기간 등이 결합되면, 실제 시술가능 기간은 법률상의 임신주수 기준보다 훨씬 줄어들게 됩니다. 24주 이내의 임신중단을 허용하는 네덜란드에서도 실제로 시술가능한 기간은 그보다 훨씬 짧은 것으로 알려져 있고, 비범죄화 이전의 캐나다에서도 첫 진료에서 시술까지 평균 8주나 소요되었다고 보고되었습니다. 뉴질랜드의 입법에서는 임신주수를 잘게 쪼개어 제한을 두는 방식이 여성들에게 정해진 기간 내에 결정을 내리라고 압박을 주어 충분한 판단을 어렵게 한다는 점도 고려되었습니다.

여러 국가의 상담과 상담 후 의무 대기 기간 조항은 폐지 수순을 밟고 있습니다. 프랑스도 구법에서는 시술 전 상담 의무를 두고, 상담 후 무려 7일간 대기하도록 했었습니다. 하지만 상담 의무를 먼저 폐지했고, 2016년에는 강제 대기 기간도 폐지했습니다. 상담은 여성을 돕는다는 목적에서 시작된 것이었지만 실제로는 여성에게 부담을 주고, 시술이 불필요하게 지연되어서 결국은 건강권을 침해한다는 이유에서였습니다. 미국 일리노이즈주도 2019년에 강제 대기 기간을 폐지하면서 태아가 독립적인 권리를 갖지 않는다고 명시했습니다. 버지니아주에서는 올해, 상담 의무, 강제 대기기간(24시간), 의무적 초음파 등등의 제한을 모두 삭제했습니다. 실제로 적용해보니, 필요한 정보 제공보다는 임신중단의 위험성을 강조하고 출산을 유도하는 편향된 상담이 이루어져서 비판이 끊이지 않았기 때문입니다. 상담과 정보 제공이, 여성의 건강 보장을 위해 제공되는 사회적, 의료적 서비스가 아니라, 시술 전에 거쳐야 하는 의무로 설계되면, 단지 처벌을 면제받기 위한 요식적 절차로 축소되게 됩니다.

지난 10월 정부안이 입법예고된 후, 아직도 낙태죄 폐지가 안 되었느냐며 놀라는 목소리들이 들려왔습니다. 국민들이 보기에는, 헌법재판소가 폐지한 낙태죄를 정부가 되살려낸 형국입니다. 법무부 양성평등위원회, 국가인권위원회가 낙태의 비범죄화를 요구했습니다. 국회 국민동의청원에는 10만 명이 서명했습니다. 경남, 경북, 전북, 광주, 대구, 부산, 강원, 제주(경남지역 73개 단체, 경북공동행동 42개 단체, 전북지역 31개 단체, 대구지역 26개 단체, 부산지역 4개 단체, 제주공동행동 등), 대학생, 노동자, 천주교, 기독교 신자, 의사, 약사, 간호사 단체, 법률가 단체(대한변호사협회, 한국여성변호사회, 민주사회를위한변호사모임), 연구자 학회들. 입법예고 이후, 낙태죄 폐지 운동을 지속적으로 해왔던 집단뿐만 아니라 전국의 다양한 집단들이 성명을 발표하고 임신중단의 완전

한 비범죄화, 낙태죄 전면폐지를 촉구해왔습니다. 더 이상 누구의 목소리가 더 필요합니까. 국민청원안을 포함해서 형법 개정안 총 6건 중 4건이 ‘제27장 낙태의 죄’를 전면 폐지하는 안입니다. 낙태죄 논의에서 과대표되어 있는 보수적 종교집단을 제외하고는, 낙태죄를 폐지하고 재생산권을 보장하라는 것이 국민들의 목소리입니다. 국회는 특히 당사자인 청년 여성들의 목소리에 귀를 기울여야 합니다.

최근 SNS에는 임신중단을 했던 여성들의 경험이 공유되었습니다. 한 여성은, 의사가 ‘수술해줄 테니 내 앞에서 무릎 꿇고 사죄하라’고 했다는 경험을 말했습니다. 이것은 폭력적인 한 의사의 횡포만은 아닙니다. 임신중단이 범죄인 나라, 임신을 중단하려는 여성이 범죄자로 불리는 나라에서 여성이 처한 위치를 보여주는 상징적인 사건입니다. 낙태죄는 그 나라 여성들의 인권의 척도입니다. 낙태죄가 있는 나라에서 임신할 수 있는 몸으로 살아간다는 것은, 언제든 내 몸의 통제권을 박탈당할 수 있다는 의미입니다. 언제든 나의 삶을 부정당할 수 있다는 의미입니다. 그래서 낙태죄가 있는 나라에서 임신할 수 있는 몸으로 살아간다는 것은, 온전한 시민으로서의 성원권을 인정받지 못하는 일입니다.

낙태죄를 두는 것이 낙태를 줄이는 데 아무 효과가 없다는 점은 국내외에서 이미 입증된 사실입니다. 효과가 없을 뿐만 아니라 부정적인 영향을 끼칩니다. 규제가 강력할 때 오히려 안전하지 못한 인공임신중절의 비율이 늘고, 모성사망률이 높아지는 결과가 나타납니다. 당연한 일입니다. 임신중단이 원칙적으로 범죄로 분류되는 한, 인공임신중절은 의사에게 필수적인 지식이 될 수 없습니다. 의로지식의 공유는 억제되고 관련 의료기술은 경시되고, 의사 역시 낙인과 처벌을 우려하게 됩니다. 그 결과 합법적 인공임신중절의 안전성조차 확보하기 어려워집니다. 임신중단이 범죄가 되면, 국가의 지원도, 의사의 진료도 소극적이고 최소화될 수밖에 없습니다. 그렇기 때문에 세계의 보건의료단체들은 처벌을 거부하는 입장입니다. 세계산부인과학회(FIGO)는 ‘안전한 인공임신중절’ 서비스에 대한 접근이 “여성 인권 보장을 위해 협상 불가능한 기본적 도구”라고 선언했고, 미국의 산부인과학회(ACOG)조차 임신중단을 이유로 한 기소에 반대하는 입장을 냈습니다.

다시 한 번 확인하건대, 낙태죄는, 낙태를 ‘장려’할 것인가의 문제가 아니라, 임신을 중단했다는 이유로 여성을 처벌할 것인지 말 것인지를 결정하는 문제입니다. 낙태를 줄이고 안전한 인공임신중절의 비율을 높이려면 별다른 효과도 없는 처벌이 아니라, 다른 정책을 고민해야 합니다. 현대적 피임법을 더 널리 보급하고 접근성을 향상시키고, 의료 지식을 강화하고, 성관계에서의 평등을 확보하고, 아이를 키울 만한 사회경제적 환경을 만들어야 합니다. 그간 낙태죄로 처벌된 사례들은 오히려 폭력적인 관계에서 이별 이후 상대 남성이 여성을 신고한 경우가 많습니다. 낙태죄가 여성에 대한 폭력 수단의 하나로 악용되어온 것입니다. 유엔 여성차별철폐위원회는 낙태죄가 여성에 대한 차별이기 때문에 폐지해야 한다고 말합니다. 낙태죄를 두는 것은 여성을 2등 시민의 지위에 묶어두고 여성의 삶과 건강을 위협하는 데 기여할 뿐입니다. 임신중단은 온전한 의료행위가 되어야 합니다. 그 다음에야 우리는 모두의 생명과 건강을 논할 수 있고, 여성은 비로소 이 나라의 시민이 될 수 있습니다.



진 술 서

음 선 필

[홍익대학교 법학과 헌법학 교수]

음선틸 홍익대 법대 교수

□ 학 력

- 서울대학교 법과대학 사법학과 및 동 대학원(석사) 졸업
- 서울대학교 대학원 법학과 박사 졸업

□ 경 력

- 전, 한국입법학회 회장
- 전, 한국헌법학회 부회장
- 전, 한국공법학회 부회장
- 한국제도·경제학회 부회장
- 한국입법학회 고문
- 법제처 법제자문관
- 국회 입법지원위원
- 홍익대 법대 교수

낙태죄 조항의 헌법불합치 결정의 취지와 과제

음 선 필

(홍익대 법대)

I. 들어가며

2019.4.11. 헌법재판소는 낙태죄 조항에 대하여 헌법불합치결정을 내렸다(2017헌바127). 재판관 4(헌법불합치):3(단순위헌):2(합헌)의 의견으로, 임신한 여성의 자기낙태를 처벌하는 형법 제269조 제1항(이하 “자기낙태죄 조항”), 의사가 임신한 여성의 촉탁 또는 승낙을 받아 낙태하게 한 경우를 처벌하는 형법 제270조 제1항 중 ‘의사’에 관한 부분은 모두 헌법에 합치되지 아니한다고 판단하였다. 이는 약 7년 전의 합헌결정⁵⁴⁾을 변경한 것이다. 당시 현재는 재판관 4(합헌):4(위헌)의 의견으로, 자기낙태죄 조항이 임신한 여성의 자기결정권을 침해하지 않고, 조산사 등이 부녀의 촉탁 또는 승낙을 받아 낙태하게 한 경우를 처벌하는 형법 제270조 제1항 중 ‘조산사’에 관한 부분이 책임과 형벌 간의 비례원칙이나 평등원칙에 위배되지 않는다고 결정하였다.

현재가 낙태죄 조항에 대해 헌법불합치결정을 내림으로써 국회는 2020.12.31.까지 낙태에 관한 법률인 형법과 모자보건법을 개정해야 하는 입법과제를 안게 되었다. 2020.12.1. 현재 국회에는 형법 및 모자보건법에 대하여 정부가 제출한 개정안 외에 권인숙, 이은주, 조해진, 박주민, 서정숙 의원이 각각 대표발의한 개정안이 제출되어 있다. 그런데 여러 개정안의 논거로 현재의 헌법불합치결정이 원용됨에 따라 이에 대한 면밀한 분석이 필요하다.

II. 낙태죄 조항 헌법불합치 결정에 대한 평가

1. 결정 주요 내용

현재 헌법불합치결정의 주요 내용은 재판관 4인의 헌법불합치 의견과 재판관 3인의 단순위헌 의견이다. 먼저 재판관 4인의 헌법불합치 의견을 정리하면 다음과 같다.

(1) 헌법불합치 의견(재판관 4인)

자기낙태죄 조항은 모자보건법이 정한 일정한 예외를 제외하고는 임신기간 전체를 통틀어 모든 낙태를 전면적·일률적으로 금지하고, 이를 위반할 경우 형벌을 부과하도록 정함으로써 임신한 여성에게 임신의 유지·출산을 강제하고 있으므로, 임신한 여성의 자기결정권을 제한하고 있다. 자기낙태죄 조항은 태아의 생명을 보호하기 위한 것으로서 그 입법목적이 정당하고, 이를 달성하는 데

54) 현재 2012.8.23. 2010헌바402.

적합한 수단이다.

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) 결정이다.

현 시점에서 최선의 의료기술과 의료 인력이 뒷받침될 경우, 태아는 마지막 생리기간의 첫날부터 기산하여 22주(이하 “임신 22주”라 한다) 내외부터 독자적인 생존이 가능하다고 한다. 한편 자기 결정권이 보장되려면 임신한 여성이 임신 유지와 출산 여부에 관하여 전인적 결정을 하고 그 결정을 실행함에 있어서 충분한 시간이 확보되어야 한다. 이러한 점들을 고려하면, 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 시기(이하 착상 시부터 이 시기까지를 “결정가능기간”이라 한다)까지의 낙태에 대해서는 국가가 생명보호의 수단 및 정도를 달리 정할 수 있다고 봄이 타당하다.

모자보건법상의 정당화사유는 다섯 가지(본인·배우자의 일정한 우생학적·유전학적 정신장애나 신체질환, 이와 동일한 전염성 질환, 강간·준강간에 의한 임신, 혼인할 수 없는 관계에 의한 임신, 임신지속이 보건의학적으로 모체 건강을 심각하게 해치는 경우)가 인정되고 있으나, 여기에는 다양하고 광범위한 사회적·경제적 사유에 의한 낙태갈등 상황이 전혀 포섭되지 않는다. 예컨대, 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, 부부가 모두 소득활동을 해야 하는 상황이어서 어느 일방이 양육을 위하여 휴직하기 어려운 경우, 상대 남성과 교제를 지속할 생각이 없거나 결혼 계획이 없는 경우, 상대 남성이 출산을 반대하고 낙태를 종용하거나 명시적으로 육아에 대한 책임을 거부하는 경우, 다른 여성과 혼인 중인 상대 남성과의 사이에 아이를 임신한 경우, 혼인이 사실상 파탄에 이른 상태에서 배우자의 아이를 임신했음을 알게 된 경우, 아이를 임신한 후 상대 남성과 헤어진 경우, 결혼하지 않은 미성년자가 원치 않은 임신을 한 경우 등이 이에 해당할 수 있다.

이처럼 자기낙태죄 조항은 모자보건법에서 정한 사유에 해당하지 않는다면 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 있다.

따라서 자기낙태죄 조항은 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 규정이다.

(2) 단순위헌 의견(재판관 3인)

재판관 3인의 단순위헌 의견은 자기낙태죄 조항이 임신한 여성의 자기결정권을 침해한다는 점에 대하여 헌법불합치이견과 견해를 같이하면서도, 이에 더 나아가 이른바 ‘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 한다고 주장한다.

재판관 3인은, 임신의 유지 또는 종결에 관한 전인격적인 결정으로서 자기결정권의 행사가 원칙적으로 임신기간 전체에 걸쳐 보장되어야 한다고 본다. 그 이유를 다음과 같이 설명한다.

“임신한 여성에게 임신기간 전체에 걸쳐 낙태를 원칙적으로 금지하면서 다만 낙태가 허용

될 수 있는 예외적 사유를 법률로써 규정하는 방식은, 그 요건을 충족하는 임신한 여성에게 ‘낙태가 불가피한 사람’의 지위를 부여하여 낙태에 대한 법률상 책임을 면제하는 것에 불과할 뿐이고, 임신한 여성에게 자기결정권을 부여하지도 보장하지도 않는다. 임신한 여성은 임신기간 전체에 걸쳐 그 임신의 유지 여부에 관하여 스스로 본인의 자유로운 의사에 따라 선택하고 결정할 수 있는 지위를 단 한 번도 가지지 못하고, 따라서 임신한 여성의 자기결정권이라는 기본권을 단 한 번도 보장받지 못한다. 이는 임신한 여성의 자기결정권을 보장한다고 하면서도 사실상 그의 자기결정권을 부정 내지 박탈하는 것이다.”⁵⁵⁾

그러면서 여성의 자기결정권은 ① 태아의 성장 정도에 따라 달리 보호되는 태아의 생명, 그리고 ② 여성의 생명 및 신체의 안전 두 가지의 이유로 제한될 수 있다고 한다. 이들은 특히 ‘안전한 낙태(safe abortion)’를 강조하면서, 임신 제1삼분기를 경과한 이후의 낙태로 말미암아 임신한 여성의 생명이나 건강에 위해(危害)가 생길 우려가 크게 증가함에 주목하였다.

단순위헌 의견에 따르면, “태아가 덜 발달하고, 안전한 낙태 수술이 가능하며, 여성이 낙태 여부를 숙고하여 결정하기에 필요한 기간인 임신 제1삼분기에는 임신한 여성의 자기결정권을 최대한 존중하여 그가 자신의 존엄성과 자율성에 더 잡아 형성한 인생관·사회관을 바탕으로 자신이 처한 상황에 대하여 숙고한 뒤 낙태 여부를 스스로 결정할 수 있도록 하여야 한다. 이때 임신한 여성이 스스로 낙태의 의미, 과정, 결과 및 그 위험에 관한 정보를 충분히 수집할 수 있도록 하거나 이에 관한 상담을 받을 수 있는 기회를 제공하는 등의 방법으로써 임신한 여성의 자기결정권을 덜 제한하면서도, 그와 동등 또는 그 이상의 공익을 달성할 수 있다.”⁵⁶⁾ 그래서 자기낙태죄 조항이 “임신 제1삼분기에 이루어지는 안전한 낙태에 대하여조차 일률적·전면적으로 금지함으로써, 과잉금지 원칙을 위반하여 임신한 여성의 자기결정권을 침해한다.”⁵⁷⁾ 라고 판단하였다.

2. 현재 헌법불합치결정의 문제점

낙태죄 조항에 대하여 헌법불합치결정을 내리게 된 것은 헌법불합치 의견 4인에 단순위헌 의견 3인을 합친 결과이다. 따라서 이 헌법불합치결정에 대한 비판은 헌법불합치 의견과 단순위헌 의견에 대하여 때로는 선별적으로, 때로는 합쳐서 이뤄지게 될 것이다.

(1) 생명권의 주체인 태아의 성장단계에 따라 법적 보호가 달라지는가?

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.⁵⁸⁾

그럼에도 불구하고, 낙태죄 조항이 헌법불합치 또는 위헌이라고 판단한 현재 법정의견은, 국가가 생명을 보호하는 입법적 조치를 취함에 있어 인간생명의 발달단계에 따라 그 보호정도나 보호수

55) 헌법재판소 판례집 31-1, 430쪽.

56) 판례집 31-1, 434-435쪽.

57) 판례집 31-1, 435쪽.

58) 이러한 입장은 헌법불합치 의견도 동일하게 밝히고 있다. 헌재 2008. 7. 31. 2004헌바81; 헌재 2008. 7. 31. 2004헌마1010등; 헌재 2010. 5. 27. 2005헌마346; 헌재 2012. 8. 23. 2010헌바402 참조.

단을 달리하는 것이 불가능하지 않다고 본다. 즉, 태아의 성장단계에 따라 법적 보호정도나 수단이 달라져도 무방하다는 것을 판단의 전제로 든 것이다. 이러한 전제에 따라, 단순위헌 의견은 ‘안전한 낙태’를 어떻게 확보하느냐에 논의의 초점을 맞추었다.

특히 헌법불합치 의견에 따르면, “동일한 생명이라 할지라도 법질서가 생명의 발전과정을 일정한 단계들로 구분하고 그 각 단계에 상이한 법적 효과를 부여하는 것이 불가능하지 않다. 예컨대 형법은 태아를 통상 낙태죄의 객체로 취급하지만, 진통 시로부터 태아는 사람으로 취급되어 살인죄의 객체로 됨으로써 생명의 단계에 따라 생명침해행위에 대한 처벌의 정도가 달라진다. 나아가 태아는 수정란이 자궁에 착상한 때로부터 낙태죄의 객체로 되는데 착상은 통상 수정 후 7일경에 이루어지므로, 그 이전의 생명에 대해서는 형법상 어떠한 보호도 행하고 있지 않다.”⁵⁹⁾ 따라서 국가가 생명을 보호하는 입법적 조치를 취함에 있어 인간 생명의 발달단계에 상응하여 그 보호 정도나 보호 수단을 달리하는 것은 불가능하지 않다고 주장한다. 과연, 이러한 전제가 타당한가?

결론부터 말하면, 위 헌법불합치 의견의 주장은 타당하지 않다고 본다. 위 주장은 형법이 낙태죄의 객체로서 태아와 살인죄의 객체로서 태아를 달리 보호한다는 논거로 낙태죄와 살인죄의 처벌 수준이 다르다는 점을 들고 있다. 하지만, 양자의 처벌 수준이 다른 것은 사실이나, 양자 역시 낙태(태아살해)와 살인을 동일하게 가벌적(可罰的)인 범죄행위로 취급하고 있음을 알아야 한다. 한편 수정 후 착상 이전의 상태에 대하여는 형법이 어떠한 보호도 하고 있지 않다고 하나, 이는 이러한 행위에 대한 형사처벌이 사실상 어렵다는 현실적인 이유 때문이지, 이러한 상태의 생명체를 보호할 필요성이 없어서는 아니라고 본다. 만약 수정 후 착상 이전의 생명체를 제거하는 행위를 실제적으로 파악하고 이에 상응한 적절한 처벌수단을 강구할 필요가 있다면 언제든지 형법적 규제의 대상이 될 수 있다고 본다.

요컨대, 착상 이후의 발달과정에 있는 생명체에 대하여 현실적으로 보호의 수단이나 정도를 달리할 수는 있으나, 그렇다고 해서 이러한 점을 들어 생명체의 보호를 아예 인정하지 않는 것의 규범적 근거로 내세울 수는 없다고 본다.

한편, 낙태죄 조항의 위헌 여부의 판단이, 근본적으로는, 태아를 어떠한 존재로 볼 것인가에 따라 달라짐을 인정하여야 한다. 그러한 점에서, 이는 법적 논리 이상의 가치관 대결을 바탕으로 한다.⁶⁰⁾ 태아에 대한 인식은 생물학적 판단을 뛰어넘는, 도덕 및 신앙의 영역에 속한 가치관의 문제이기도 하다. 생명을 존중하는 도덕과 신앙의 입장에서 보면, 태아는 인간으로서 형성되어 가는 단계의 생명으로서 인간의 내재적 가치를 지니고 있다. 태아와 출생한 사람은 생명의 연속적인 발달과정 아래 놓여 있다고 볼 수 있으므로, 인간의 존엄성의 정도나 생명 보호의 필요성과 관련하여 태아와 출생한 사람 사이에 근본적인 차이가 있다고 보기 어렵다. “헌법이 태아의 생명을 보호하는 것은 태아가 인간으로 될 예정인 생명체로서 그 자체로 존엄한 존재이기 때문이지, 그것이 독립하여 생존할 능력이 있거나 사고능력, 자아인식 등 정신적 능력이 있기 때문은 아니다. 인간이면 누구나 동등하게 생명 보호의 주체가 되는 것과 마찬가지로, 태아도 성장 상태와 관계없이 생명권의 주체로서 마땅히 보호를 받아야 한다.”⁶¹⁾ 출생 전의 ‘생성 중인 생명’을 헌법상 생명권의 보호대상에서 제외하는 것이 허용된다면, ‘꺼져가는 등불 같은 생명’도 조만간 생명권의 보호대상에서 제외되기에 이를 것이다.

59) 판례집 31-1, 421쪽.

60) 그러므로 낙태에 관한 논쟁은 끝없는 평행선을 달릴 수 밖에 없다. 그리고 낙태를 둘러싼 입법논쟁은 자연스럽게 정치적 의제가 됨으로써, 낙태 문제는 향후 선거에서 중요한 쟁점이 될 것이다.

61) 판례집 31-1, 446쪽. 합헌의견을 낸 2인 재판관(조용호, 이종석)의 입장이다.

(2) 자기결정권이 생명권보다 우위에 있는가?

통상적으로 낙태에 관한 논쟁은 ‘생명 존중(pro-life)’과 여성의 ‘선택권 존중 (pro-choice)’의 대결로 보아 상충되는 권리의 대립으로 인식하곤 한다. 그래서 낙태 문제를 보통 태아의 생명권과 여성의 자기결정권 중 어느 것을 우선할 것인가의 기본권 충돌 문제로 파악하기도 한다.

이번 결정에서 헌법불합치 의견의 4인 재판관은 “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.”⁶²⁾, 또한 단순위헌 의견의 3인 재판관은 “임신 제1삼분기의 낙태마저도 전면적·일률적으로 금지하고 있는 자기낙태죄 조항으로 인하여 제한받는 사익이 자기낙태죄 조항이 달성하는 공익보다 결코 가볍다고 볼 수 없다.”⁶³⁾ 라고 판단하였다. 그리고 임신한 여성의 자기결정권 존중을 주장하면서, 이에 인공임신중절(낙태)이 당연히 포함되며 원칙적으로 임신기간 전체에 걸쳐 보장되어야 함을 강조하였다. 이처럼 현재는 낙태죄 조항의 위헌성 판단을 태아의 생명권과 임신한 여성의 자기결정권의 충돌 문제로 다루었다.

여기서 자기결정권의 의미와 헌법적 근거를 살펴볼 필요가 있다. 일반적으로, 자기결정권은 「개인이 자유의지에 의하여 자유롭게 자기의 운명을 결정할 수 있는 권리」로 이해되고 있다. 그런데 자기결정권에 포섭되는 사항이 광범위한 까닭에, 그 내용은 대단히 포괄적으로 이해되고 있다. 헌법의 기본권 체계에서, 자기결정권이란 헌법에 명시된 권리로 포섭되지 아니한 생활영역을 보호하기 위하여 사용되는 (도구)개념이라 할 수 있다.⁶⁴⁾ 그러므로 자기결정권 또는 인격의 자유로운 발현 가능성은 자유권의 또 다른 이름에 지나지 않는다.⁶⁵⁾ 그런 점에서, 여성의 임신 유지 여부에 대한 자기결정권이란 사실상 ‘낙태의 자유’를 달리 부르는 용어라 할 수 있다.

위와 같은 기본권 체계상 지위 때문에 자기결정권의 헌법적 근거는 다양하게 제시되고 있다. 예컨대 일반적 행동자유권과 일반적 인격권을 포함하는 ‘일반적 자유권’으로서의 행복추구권⁶⁶⁾, 협의의 인간의 존엄과 가치·행복추구권을 규정한 헌법 제10조⁶⁷⁾, 또는 헌법 제10조 및 제37조 제1항⁶⁸⁾ 등이 제시되고 있다.

그런데 낙태행위의 처벌을 둘러싼 기본권 충돌 문제를 보다 상세히 검토할 필요가 있다. 낙태죄 처벌은 태아의 생명권과 임신한 여성의 기본권의 충돌을 야기하는데, 이에 ① 태아의 생명권과 여성의 생명권이 충돌하는 경우와 ② 태아의 생명권과 여성의 자기결정권이 충돌하는 경우로 나

62) 판례집 31-1, 425-426쪽.

63) 이는 단순위헌 의견의 일부이다. 판례집 31-1, 435쪽.

64) 학계와 판례에서 인정되고 있는 자기결정권의 내용으로는 생명·신체의 처분에 대한 자기결정권, 성적 자기결정권, 생활 스타일의 자기결정권, 개인정보에 대한 자기결정권, 소비자의 상품결정에 대한 자기결정권 등이 있다.

65) 한수웅, 헌법학, 법문사, 2015, 603쪽.

66) 예컨대, 한수웅, 604쪽.

67) 예컨대, 김철수, 헌법학개론, 박영사, 2007, 495쪽. 현재도 헌법 제10조의 인격권·행복추구권을 자기결정권의 헌법적 근거로 내세우고 있다. 자기결정권이 일반적 인격권에서 파생된다고 본 것으로는 현재 2015. 2. 26. 2009헌바17등; 현재 2012. 8. 23. 2010헌바402; 현재 2015. 11. 26. 2012헌마940. 한편, 자기결정권의 근거로 행복추구권을 제시한 것으로는 현재 2009. 10. 29. 2008헌바146등.

68) 예컨대, 정종섭, 헌법학원론, 박영사, 2015, 418쪽.

눌 수 있다.⁶⁹⁾ 따라서 낙태행위의 처벌을 둘러싸고 기본권 충돌을 논의할 때, 이 두 가지 경우를 구별해서 검토하여야 한다.

전자의 경우, 부득이하게 산모의 생명과 건강을 보호하는 것을 우선할 수 밖에 없다. 반면 후자의 경우, 구체적인 사유에 따라 여성의 자기결정권을 어느 정도 보호할 것인가를 각각 판단하여야 할 것이다. 예컨대 법체계에 의하여 받아들일 수 없는 임신의 경우(예컨대, 강간에 의한 임신의 경우)에는 낙태에 관한 여성의 자기결정권을 넓게 인정할 수 밖에 없으나, 여성의 사회적·경제적 사유에 의한 낙태를 요구하는 자기결정권은 반드시 그렇지는 않다고 본다. 그런데 태아의 생명권과 여성의 자기결정권이 충돌하는 상황은 주로 사회적·경제적 사유에 의한 낙태의 경우이다. 바로 이 지점에서 오늘날 뜨거운 논쟁이 벌어지고 있다.

낙태와 관련하여 여성의 자기결정권과 태아의 생명권이 충돌될 경우, 양자의 실제적 조화가 바람직하다고 하여 이를 추구할 것을 요구하는데, 이것이 과연 현실적으로 가능한가?

임신한 여성에게 자기결정권이 보장된다는 것은 임신한 여성이 임신기간 전체에 걸쳐 자신의 몸을 임신상태로 유지하여 출산할 것인지 여부에 대하여 원칙적으로 그 스스로 결정할 수 있다는 것을 의미한다.⁷⁰⁾ 이러한 자기결정권의 핵심은 임신 유지 여부 결정이다. 그런데 이러한 자기결정권의 인정은 바로 낙태의 자유를 의미하며, 동시에 태아 생명권의 부정을 의미한다. 따라서 양자가 충돌하는 구체적인 상황에서 양자를 조화롭게 실현하는 것은 불가능하다. 단지 어느 것을 우선할 것인가의 문제만이 남게 된다.⁷¹⁾

낙태와 관련하여 여성의 자기결정권과 태아의 생명권 중 어느 것이 우위에 있는가는 관점에 따라 다른 판단이 가능할 것이다. 그러나 현행 헌법체제에서 인간의 존엄과 가치가 모든 기본권 보장의 이념적 전제라는 점에서, 생명권이 인간의 존엄과 가치 중에서 가장 본질적이고 핵심적인 가치를 담고 있다는 점에서, 그리하여 생명권이 모든 기본권 중의 기본권이라는 점에서, 생명권이 자기결정권보다 우위에 있음은 분명하다. 따라서 원칙적으로 생명권을 우위에 두고서 낙태행위를 규범적으로 검토하여야 할 것이다.

(3) 낙태허용 근거인 ‘사회적·경제적 사유’는 명확한가?

낙태를 예외적으로 허용한다고 하더라도 그 사유를 어떻게 정하느냐가 결정적으로 중요하다. 이는 낙태의 허용범위를 의미한다. 현행 형법은 원칙적으로 낙태를 금지하면서 불가피한 경우에만 ‘모자보건법’을 통하여 낙태를 허용하고 있다. 모자보건법은, 다섯 가지의 정당화 사유가 있는 경우, 의사와 임신한 여성을 처벌하지 않도록 함으로써 자기낙태죄 조항이 여성의 인간의 존엄과 가치, 생명권 등을 중대하게 침해하지 않도록 배려하고 있다.

그런데 현재의 다수의견이 제시한 ‘사회적·경제적 사유’는 그 개념과 범위가 매우 모호하고 그 사유의 충족 여부를 객관적으로 확인하기도 어렵다. 예컨대 사회생활에 지장이 있을 경우에 그 사회생활의 범위는? 소득이 충분하지 않은 경우에 그 기준은? 혼인이 사실상 파탄에 이른 상태에서 배우자의 아이를 임신한 경우에 사실상 파탄에 이른 정도는? 상대 남성과 교제를 지속할 생각이 없는 경우에 이를 입증할 방법은?, 결혼하지 않은 미성년자가 원치 않은 임신을 한 경우에 그 입

69) 한수웅, 610쪽.

70) 판례집 31-1, 429쪽.

71) 그래서 단순위헌 의견은 임신한 여성의 자기결정권이 임신기간 전체에 걸쳐 보장되어야 하며, 예외적으로 제한이 가능할 뿐이라고 주장한다. 그러한 제한은 두 가지의 사유로서, 생명의 연속적 발달 과정에 의한 제한과 여성의 생명 및 신체의 안전을 위한 제한을 제시하고 있다. 판례집 31-1, 430-431쪽.

증방법은?

위에서 본 바와 같이, 사회적·경제적 사유의 대부분은 입증하기 어려운 것이 현실이다. 사회적·경제적 사유를 형사처벌의 면제사유로 규정할 경우, 그 입증 여부는 대단히 중요한 문제가 된다. 만약 그 입증의 수준을 엄격히 요구하는 경우에는 사실상 낙태를 허용하지 않는 것이라는 비판이 가능하고, 반면에 그 입증의 수준을 낮추는 경우에는 사실상 낙태를 전면적으로 허용하는 것이라는 비판이 또한 가능하다. 그래서 형법에 규정된 “사회적·경제적 사유”는 여하튼 명확성원칙에 위반된다는 비판에 직면하게 될 것이다.

생각건대, 사회적·경제적 사유에 따른 낙태를 허용하기로 입법을 하게 되면, 현실적인 운용은 후자와 같이 될 것으로 예상된다. 그래서 사회적·경제적 사유에 따른 낙태의 허용은 사실상 낙태의 전면 허용과 동일한 결과를 가져올 것이다.

III. 낙태죄 조항 헌법불합치 결정의 취지에 비춰본 개정안의 문제점

1. 현재 결정의 기속력과 그 범위

현재에서 내린 법률의 위헌결정은 법원을 비롯한 국가기관 및 지방자치단체에 대하여 기속력을 가지고 있다(헌재법 제47조 제1항). 여기서 위헌결정에는 단순위헌결정은 물론 헌법불합치결정도 포함된다고 보는 것이 현재와 대법원의 일치된 견해이다.⁷²⁾

현재 결정의 기속력은 장래의 어떠한 처분을 하는 경우 현재의 결정을 존중하여야 한다는 ‘결정준수의무’와 동일한 사정에서 동일한 이유에 근거한 동일 내용의 공권력 행사 또는 불행사가 금지된다는 ‘반복금지’의무를 그 내용으로 한다.

그런데 이러한 기속력이 다른 국가기관과 동일하게 국회에도 인정되는가에 관하여 견해가 대립하고 있다. ‘기속설’에 의하면, 국회는 현재의 위헌결정을 존중하여 위헌으로 판단된 법률(조항)과 동일한 내용의 입법을 하지 않아야, 달리 말하면 다른 내용으로 입법하여야 한다(동일규범 반복금지). 이에 반하여 ‘비기속설’은 입법권은 행정권이나 사법권과 달리 헌법질서에만 기속되며 헌법보다 하위에 있는 법률에는 기속되지 않기 때문에 새로운 법률의 제정으로 동일한 수준의 법률인 헌법재판소법의 기속규정의 적용은 배제된다고 본다. 비기속설이 학계의 다수설이다.

생각건대, 헌법적 판단에서 중요한 사실적·법적 관계의 근본적인 변화 및 법적 견해의 본질적 변화가 발생한 경우, 입법자는 이미 위헌으로 결정된 법률(조항)과 동일한 내용의 입법을 다시 제정할 수 있다고 본다. 그런 점에서 동일규범 반복금지의 의무는 ‘동일한 이유’에 근거하여 ‘동일한 내용’의 규범을 제정하는 경우에만 한정된다고 하겠다.⁷³⁾

여기서 현재 결정의 기속력 범위가 어디까지 미치느냐가 매우 중요하다. 현재 결정의 주문(主文)이 기속력을 가지는 것은 당연하나, 결정의 주요이유에도 기속력을 인정할 수 있느냐에 관하여는 견해가 대립하고 있다.⁷⁴⁾

72) 성낙인, 헌법학, 법문사, 2020, 792쪽. 현재 2013.9.26. 2012헌마806 참조. 현재는 더 나아가 한정합헌 결정과 한정위헌결정도 기속력을 가진다고 본다(현재 1997.12.27. 96헌마172).

73) 이와 같이 ‘동일규범 반복제정’의 필요성을 인정할 수 밖에 없으므로, 현재의 위헌결정은 입법자에 대하여는 ‘상대적 기속성’만을 가진다. 한수용, 1389쪽.

74) 헌법재판소, 헌법재판실무제요, 2015, 102쪽. 예컨대 정종섭 교수는 위헌결정의 기속력이 주문에 한하여 인정된다고 보나(정종섭, 1523쪽), 허영 교수와 성낙인 교수는 주요 논거에도 기속력이 있다고

결정의 주요이유에도 기속력을 인정하면 유사사건 및 후속사건에서 분쟁을 방지하는 효과가 있으나, 현실적으로 결정 이유의 중요 부분과 그렇지 아니한 부분의 구별이 어렵기 때문에 오히려 법적 안정성을 해칠 위험성이 있다는 문제점도 있다. 현재는 부정적인 입장을 취한 바 있다.⁷⁵⁾ 생각건대, 현재 위헌결정의 기속력이 제대로 보장되기 위해서는 결정주문뿐 아니라 결정주문에 이르게 된 이론적 바탕으로서 중요한 헌법해석에 관한 내용에도 기속력을 인정할 필요가 있다고 본다. 여기서 강조하고 싶은 것은 ‘헌법해석으로서 중요한 논거’라는 점이다. 따라서 최종적인 헌법 해석권자이자 헌법의 수호자로서 현재가 갖는 지위와 기능을 고려할 때, 결정주문을 이론적으로 뒷받침하는 ‘헌법해석으로서 중요한 논거’에만 기속력을 인정할 수 있다고 본다.

이제는, 낙태죄에 대한 현재 결정의 타당성 여부에 관계없이, 현재의 취지를 헤아려 어떻게 입법하느냐가 시급한 과제가 되고 있다. 여하튼 기속력을 가지게 된 현재의 결정 취지를 선포(善解)하면서, 이하에서는 그에 따라 현재 국회에 제출된 형법 및 모자보건법 개정안들을 쟁점별로 살펴본다.

2. 낙태죄는 전면 폐지되어야 하는가?

권인숙 의원 형법개정안(의안번호 4483, 2020.10.12. 발의)과 이은주 의원 형법개정안(의안번호 4979, 2020.11.5. 발의) 그리고 박주민 의원 형법개정안(의안번호 5847, 2020.11.27. 발의)은 공히 낙태죄를 전면 폐지하고자 한다.⁷⁶⁾ 형법 제27장 「낙태의 죄」를 아예 삭제하려는 것이다. 권인숙 의원은 그 제안이유로, “여성의 신체적 조건이나 상황이 다르고 정확한 임신주수를 인지하거나 특정하기 어려운 현실에서 임신주수 내지 허용사유별로 낙태의 허용 여부를 구분하여 처벌하는 현행법은 여성의 임신중단 현실과도 맞지 않을 뿐만 아니라 명확성의 원칙에도 어긋남. 게다가 낙태죄는 불법적·음성적 낙태시술을 낳고 여성이 양질의 안전한 임신중단 서비스가 제공되지 못하게 함으로써 그간 여성의 생명과 건강을 위협해 왔음.”을 들고 있다. 이은주 의원안은 “임신중단을 범죄로 처벌하는 것은 임신중단에 대한 사회적 편견과 낙인을 가져와 궁극적으로 임신중단을 음성화하여 여성 건강의 안정성을 담보하기 어렵게 만들고 있음. 그동안 낙태의 죄는 고스란히 여성의 몫이었음.”을 제안이유로 제시하고 있다.

이러한 낙태죄 전면 폐지안은 입법배경으로 현재의 헌법불합치결정을 내세우고 있는데, 현재의 결정이 과연 이러한 입장을 취하고 있는가?

결론부터 말하자면, 현재는 낙태죄 자체의 폐지를 요구하지 않는다. 현재는 헌법에서 부여받은 역

본다(허영, 한국헌법론, 박영사, 2015, 889쪽; 성낙인, 792쪽).

한편 독일의 경우, 심판대상에 대한 헌법적 판단과 내용적으로 직접적인 관계가 없는 부수적 의견(obiter dictum)에 대하여는 기속력이 미치지 않는다는 것이 일치된 견해이지만, 결정이유의 핵심적 내용을 이루는 헌법해석에 관한 판시에도 기속력을 인정할 것인가에 관하여는 견해가 긍정설과 부정설로 나뉘어 있다. 이에 반하여 독일 연방헌법재판소는 그의 확립된 판례에 따라 결정주문뿐 아니라 ‘헌법해석과 관련되고 결정주문의 이론적 기초를 구성하는 중요한 결정이유’(소위 핵심적 결정이유)도 기속력을 가진다고 한다(한수웅, 1386쪽).

75) “헌법재판소법 제47조에 정한 기속력을 명백히 하기 위하여는 어떠한 부분이 위헌인지 여부가 그 결정의 주문에 포함되어야 하므로, 이러한 내용을 결정의 이유에 실시하는 것만으로는 부족하고 결정의 주문에까지 등장시켜야 한다.” (헌재 1994.4.28. 92헌가3; 1992.2.25. 89헌가104 참조)

76) 권인숙 의원안 발의자 11인, 이은주 의원안 발의자 10인, 박주민 의원안 발의자 11인이 대부분 동일하다. 그래서 세 법률안은 사실상 동일한 취지의 복사본이라 할 것이다.

할에 따라 현행 ‘자기낙태죄 조항이 임신한 여성의 자기결정권을 침해하여 위헌인지 여부’를 심사하였을 뿐이지, 낙태와 낙태에 대한 처벌 자체의 위헌성을 논의하지 않았다. 현재는, 자기낙태죄 조항의 위헌성을 심사하면서, 자기낙태죄의 입법목적이 정당하고 수단의 적합성이 인정된다고 판단하고 있다.

“자기낙태죄 조항은 태아의 생명을 보호하기 위한 것으로서 그 입법목적이 정당하고, 낙태를 방지하기 위하여 임신한 여성의 낙태를 형사처벌하는 것은 이러한 입법목적을 달성하는데 적합한 수단이다.”⁷⁷⁾

그래서 현재는 현행 자기낙태죄 규정이 침해의 최소성과 법익의 균형성을 갖추지 못함을 집중 논의하였다. 단순위헌결정이 부당하다고 보아 현행 규정을 개정 전까지는 잠정적용할 필요성을 인정하면서, 헌법불합치 의견을 낸 4인의 재판관은 “자기낙태죄 조항과 의사낙태죄 조항의 위헌성은 모자보건법에서 정한 사유에 해당하지 않는다면 결정가능기간 중에 다양하고 광범위한 사회적·경제적 사유로 인하여 낙태갈등 상황을 겪고 있는 경우까지도 예외 없이 전면적·일률적으로 임신의 유지 및 출산을 강제하고, 이를 위반하여 낙태한 경우 형사처벌함으로써 임신한 여성의 자기결정권을 과도하게 침해한다는 점에 있는 것이고, 태아의 생명을 보호하기 위하여 낙태를 금지하고 형사처벌하는 것 자체가 모든 경우에 헌법에 위반된다고 볼 수는 없다.”⁷⁸⁾는 점을 다시 확인하였다. 이처럼 현재는 낙태죄 유지를 전제로 하여, “입법자는 자기낙태죄의 조항을 형성함에 있어 태아의 생명 보호와 임신한 여성의 자기결정권의 실제적 조화와 균형을 이루려는 노력을 충분히”⁷⁹⁾ 하여야 할 것을 요구하고 있다.

따라서 낙태죄 전면 폐지는 현재의 취지에 반할 뿐 아니라, 생명권을 보장하는 헌법정신에 반한다고 하겠다.⁸⁰⁾

3. 여성의 자기결정권에 따른 낙태가 14주 이내에는 당연히 허용되어야 하는가?

정부 형법개정안 제270조의2 제1항에 의하면, 낙태행위가 임신 14주 이내에 의사에 의하여 의학적으로 인정된 방법으로 이루어진 때에는 처벌하지 아니한다. 이에 따르면, 임신 14주까지는 사유를 불문하고 임신한 여성의 낙태 여부를 결정할 수 있게 된다. 현행 낙태죄 조항에서는, 모자보건법의 예외적 사유에 해당되지 않은 경우, 전혀 허용되지 않았던 낙태행위가 이제는 자유롭게 허용되는 것이다. 이러한 정부안은 현재의 단순위헌 의견을 따른 것으로 보인다. 그런데 단순위헌 의견에서 임부의 요청에 따라 낙태가 허용되는 시기로 특정한 임신 14주가 입법부가 존중해야 할, 즉 기속력을 가진 중요한 결정이유에 해당한다고 볼 수 있는가?

결론부터 말하자면, 입법부인 국회는 단순위헌 의견에 내세운 임신 14주의 시기에 구속될 필요가 없다. 왜냐하면 낙태죄에 대한 현재의 헌법불합치결정에서 단순위헌 의견이 법정의견에 포함되기는 하나, 단순위헌 의견에 포함된 임신 14주의 시기는 결정주문을 이론적 뒷받침하는 중요한 헌법 해석에 관한 사항이라고 볼 수 없기 때문이다. 여기서 임신 14주는 이른바 ‘안전한 낙태’가 가능한

77) 판례집 31-1, 419쪽.

78) 판례집 31-1, 427쪽.

79) 판례집 31-1, 426쪽.

80) 낙태죄 전면 폐지는 생명권의 부정에 해당하여 위헌이라고 보는 것이 헌법학계의 확고한 입장이다.

시기를 나타내는 시점(時點)을 의미한다. 단순위헌 의견이 강조한 점은, 태아의 발달단계를 고려하여 임신한 여성의 생명과 건강에 끼치는 위해(危害)가 상대적으로 적은 임신 초기에 낙태를 선택하는 자기결정권을 존중하자는 것이다. 이러한 단순위헌 의견의 취지를 존중한다고 하더라도, 반드시 임신 14주라는 시점에 구속될 이유는 없다고 본다. 왜냐하면 임신한 여성의 자기결정권을 행사하기에 적절한 기간은 의학적 근거와 현행 의료수준 및 상황에 따라 판단하여야 할 것이기 때문이다.⁸¹⁾ 따라서 임신 14주의 시기가 현재의 다수의견에 해당하므로 그 기속력을 인정하여야 한다는 주장은 전혀 타당하지 않다. 참고로, 4인의 헌법불합치 의견에서는 14주에 관하여 별도로 언급한 바가 전혀 없다.

이러한 정부개정안은 사실상 대다수 낙태를 사실상 허용하는 결과를 낳게 될 것이다. 왜냐하면, 보건사회연구원의 「인공임신중절 실태조사(2018년)」에 의할 때, 우리나라 여성들의 임신 중절 시기는 평균 6.4주이며, 6주 이하는 67.4%, 8주 이하는 84%, 10주 이하는 90.7%, 12주 이하는 95.3%로 대부분 임신 초기에 낙태가 이뤄지기 때문이다. 이러한 점은 14주 이내의 자유로운 낙태 허용이 이제는 오히려 태아의 생명권을 지나치게 침해하는 결과를 초래함을 보여준다. 그래서 입법자는, 생명권을 최대한 존중하는 의미에서, 통상적으로 태아를 생명체로 지각할 수 있는, 즉 태아의 심장박동이 감지될 수 있는 시점(통상 임신 6주) 이후에는 원칙적으로 낙태를 금지하는 방안을 강구할 필요가 있다고 본다.

이와 관련하여, 임신 6주 이내에 의사에 의하여 의학적으로 인정된 방법으로 이뤄진 낙태행위를 처벌하지 않기로 하는 조해진 의원안은 매우 참조할 만하다고 본다.

4. 사회적·경제적 사유에 의한 낙태가 임신 24주 이내까지 허용된다고 볼 것인가?

정부 형법개정안 제270조의2 제2항은, 임신의 지속이 사회적 또는 경제적 이유로 임신한 여성을 심각한 곤경에 처하거나 처하게 할 우려가 있는 경우 임신 24주 이내에 의사에 의하여 의학적으로 인정된 방법으로 이뤄진 낙태행위를 처벌하지 않는다.

현재는 낙태 정당화 사유에 ‘임신 유지 및 출산을 힘들게 하는 다양하고 광범위한 사회적·경제적 사유에 의한 낙태갈등 상황’이 전혀 포섭되지 않음을 문제점으로 지적하였다. 이러한 현재 결정의 취지에 따르면, 낙태를 수용할 정도의 낙태갈등 상황은 낙태 정당화 사유로 포함하여야 할 것이다. 그런데 현재가 예시한 10가지 경우를 모두 낙태 정당화사유로 삼을 것인지에 관하여는 보다 엄밀한 검토가 필요하다고 본다.

한편, 어떠한 사회적·경제적 사유를 낙태 정당화 사유로 포섭할 것인가는 별론(別論)으로 하더라도, 이러한 사유로 인한 낙태를 임신 24주까지 허용할 것인가는 의문이다. 왜냐하면 현재는 태아가 모체를 떠난 상태에서 독자적으로 생존할 수 있는 시점을 임신 22주 내외로 보기 때문이다. 현재는 그러한 근거로 세계보건기구와 산부인과 학계의 판단을 들고 있다.⁸²⁾ 이로 보건대, 정부안이 사회적·경제적 사유로 인한 낙태의 허용시점을 임신 24주 이내로 정한 것은 현재의 결정에 따른

81) 지난 제20대 국회에서 이정미 의원이 모자보건법 개정안을 발의하면서 임신 14주 이내에는 사유의 제한 없이 임신부만의 요청으로 낙태가 가능하도록 한 것에 대하여, 산부인과학회에서는 비의학적 사유의 낙태 허용은 합병증 위험이 증가하고 태아 검사 및 성감별에 의한 낙태가 가능한 임신 14주까지가 아니라, 비교적 안전하며 태아 검사가 어려운 임신 10주(70일: 초음파 검사 상 태아크기로 측정된 임신 일수) 미만으로 할 것을 제안한 바 있다.

82) 판례집 31-1, 421쪽.

것이 아님을 알 수 있다.

한편, 엄밀히 말하자면, 헌재가 제시한 ‘임신 22주 내외’라는 시점도 국회를 기속하는 것은 아니다. 국회에서 사회적·경제적 사유를 낙태 정당화 사유로 인정한다고 하더라도, 그 허용 시점을 언제로 할 것인가는 우리의 의료수준과 현실을 고려해서 다시 검토하여야 할 것이다. 사회적·경제적 사유로 인한 낙태를 허용하는 나라의 입법례를 보더라도, 그 허용시점이 10주 이하, 12주 이하, 14주 이하, 15주 이하 등으로 다양함을 알 수 있다.

혹자는 현행 모자보건법에서 낙태 정당화 사유를 인정하면서 그 낙태의 허용 시점을 임신 24주로 하고 있기 때문에 정부개정안의 임신 24주 이내라는 시점도 적절하다고 주장할 수 있다. 그러나 이러한 주장은 모자보건법의 낙태 정당화 사유가 사회적·경제적 사유와 전혀 다를 수 있음을 간과하고 있다. 그러한 점에서도 정부개정안은 타당한 근거를 갖지 못한다고 하겠다.

요컨대, 사회적·경제적 사유에 의한 낙태를 임신 24주 이내로까지 허용하는 정부개정안은 현재의 입장보다도 태아의 생명권을 더 소홀히 여기고 있다는 비판에서 자유로울 수 없다.

IV. 태아의 생명을 존중하기 위한 입법과제 및 국가과제

1. 시급한 입법과제

헌재는 헌법에서 부여받은 역할에 따라 현행 ‘자기낙태죄 조항이 임신한 여성의 자기결정권을 침해하여 위헌인지 여부’를 심사하여 헌법불합치결정을 하였다. 이제 국회는 헌법에서 부여받은 입법권을 행사하여 임신한 여성의 자기결정권을 침해하지 않은 범위 내에서 낙태죄의 세부내용을 규정하여야 할 것이다. 바야흐로 낙태 관련 입법을 위한 국회의 시간이 펼쳐지고 있다.

현행 낙태 관련 규정을 개정할 경우, 여성의 자기결정권을 최대한으로 존중하면서 안전한 낙태를 제도적으로 보장하는 것이 과연 어떠한 결과를 가져올 것인가를 다각적으로 검토하지 않으면 안 된다. 임신한 여성의 자기결정권의 강조가 과연 모두에게 더 행복하고 책임 있는 삶을 가져올 것인지를 진지하게 고민해야 한다. 자기결정권의 선부른 옹호가 오히려 모두에게 무책임한 선택을 조장할 수 있기 때문이다. 단적으로 말하면, 성적 쾌락을 최대한으로 누리면서 그 결과에 대하여는 책임지지 않는 생활방식을 초래할 수 있음을 명심하여야 한다. 또한 우리의 낙태 현실에 나타난 문제점을 최소화하는 입법이 선행(또는 병행)되지 아니한 채, 낙태죄를 먼저 폐지하는 것은 자칫 견잡을 수 없는 또 다른 문제를 가져올 수 있음을 명심하여야 한다.

그런 점에서, 낙태를 허용할 것인지 그리고 어느 시기까지 허용할 것인지를 결정하는 것은 진지하고도 충분한 사회적 논의를 통하여 다수 국민들의 의견이 도출된 후, 민주적 대의기관인 입법부에 의하여 이루어지는 것이 바람직하다. 이러한 난제를 사법부인 헌재에서 판단하는 것은 결코 바람직하지 않다. 재판관 9인의 가치관이 국민 전체의 가치관을 제대로 반영하는 것이 아니기 때문이다.⁸³⁾

국회가 입법을 통하여 헌법을 해석하는 기능을 수행하는데, 이때 헌법의 명문규정과 헌법이념 및 헌법가치에 충실하여야 한다. 헌재가 ‘헌법가치 실현의 최소한’을 위헌심사의 판단 근거로 삼는다

83) 여기서 도덕적 이슈에 대한 헌재의 판단능력에 대한 근본적인 의문이 제기된다. 이는 근본적으로 사법철학의 문제이다. 사회적 합의에 기초한 판단을 내림에 있어서 입법부보다 사법부가 적합하지 않음을 예리하게 지적한 John H. Ely의 판단은 여전히 타당하다. John H. Ely, *Democracy and Distrust*, Harvard University Press, 1980, pp.68-69.

면, 국회는 ‘헌법가치 실현의 최대한’을 입법목적으로 삼아야 한다. 또한 국회는 입법의 민주성 요청에 따라 입법사항에 관한 진지하고도 충분한 사회적 논의를 거쳐 다수 국민의 의견을 확인한 후, 이를 입법내용에 반영하여야 한다. 이 과정에서 국회는 태아의 생명을 최대한 보호하고 그 생명권 침해를 예방하기 위한 최선의 노력을 기울여야 하는 헌법상 의무에 충실하여야 한다.

당장의 입법과제는 낙태죄의 유지를 전제로 한 형법 및 모자보건법의 개정이다. 현재는 입법자에게 낙태의 형사처벌에 대한 규율을 형성함에 있어서, 결정가능기간을 어떻게 정하고 결정가능기간의 종기(終期)를 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 여부 등에 관하여 입법할 것을 요구하고 있다.⁸⁴⁾ 이에 따라 국회에게 주어진 입법상의 주요 쟁점은 낙태가 허용되는 사유, 시기(임신 주수), 절차 등이다. 이중 낙태죄와 직접 관련된 낙태허용 사유와 시기를 살펴본다.

(1) 낙태 정당화 사유로서 사회적·경제적 이유

낙태허용사유와 관련하여 현실적으로 문제가 되는 것은 사회적·경제적 사유를 어떻게 구체화하느냐이다. 정부의 형법 개정안 제270조의2 제2항 제3호는 “임신의 지속이 사회적 또는 경제적 이유로 임신한 여성을 심각한 곤경에 처하게 하거나 처하게 할 우려가 있는 경우”로 규정하고 있는바, ‘사회적 또는 경제적 이유’라는 매우 애매하고 포괄적인 표현을 사용하고 있다. 이는 현재의 결정에 나오는 “사회적·경제적 사유”를 그대로 수용한 것으로 형법 규정에 담기에는 적절하지 않다고 본다. 현재 결정의 “사회적·경제적 사유”를 형법 규정에 담으려고 한다면, 태아의 생명권 보호라는 입법취지에 부합하도록 태아의 생명권 상실을 감수할 정도로 심각하고 중대한 사회적 또는 경제적 사유이어야 할 것이다.

그런데 형법 정부개정안 제270조의2 제3항은 “임신한 여성이 모자보건법에서 정한 상담 절차에 따라 임신의 지속, 출산 및 양육에 관한 충분한 정보를 제공받고 숙고 끝에 임신을 지속할 수 없다는 자기 결정에 이른 경우에는 제2항제3호의 사유가 있는 것으로 추정한다.”라고 규정하고 있다. 이같이 정부개정안은 “사회적 또는 경제적 이유로 임신한 여성을 심각한 곤경에 처하게 하거나 처하게 할 우려가 있는 경우”라는 실체적 사실의 입증 문제를 상담 절차의 이행이라는 절차의 확인 문제로 치환시켜 버렸다. 즉 ‘실체적 사실의 존재 여부’를 ‘형식적 절차의 이행 여부’로 바꿔버린 것이다. 그 결과, 상담기관의 전문성, 상담내용의 중립성, 상담절차의 신중성 및 숙고기간의 충분성 여하에 따라 상담이 자칫 형식화 될 것이라는 우려가 대단히 크다. ‘상담사실 확인서’가 이른바 ‘낙태허용문서’가 될 수 있다고 본다.

이러한 점을 생각할 때, “임신의 지속이 임신한 여성의 사회·가정생활을 중단케 하거나 불가능하게 할 것임이 명백한 경우”라고 규정한 조해진 의원안이 훨씬 낫다고 하겠다.

(2) 낙태허용 시기

낙태의 허용 범위는 결국 태아의 생명권과 여성의 자기결정권 간의 우선순위에 따라 결정된다. 태아의 생명권을 최대한으로 존중하면서도 부득이한 낙태의 허용을 통하여 여성의 자기결정권을 보장할 것이냐, 아니면 여성의 자기결정권을 보장하면서도 낙태를 실질적으로 감소시켜 태아의 생명을 보호할 것이냐에 따라 구체적인 입법내용이 달라진다. 낙태의 허용 범위를 결정하는 구성요소는 낙

84) 판례집 31-1, 428쪽.

태의 허용 사유와 시기인데, 양자는 서로 맞물려 있다.

생명권이 자기결정권보다 우선한다는 입장에서는, ① 여성의 자기결정권이 보장되는 임신 초기의 기간은 태아의 심장박동 시점(통상 임신 6주)을 기준으로 정하려고 할 것이며, ② 태아의 생명권 상실을 감수할 정도의 사회적·경제적 사유에 따른 낙태를 허용하는 기간은 태아의 심장박동 시점에 충분한 숙고기간을 더한 시점을 기준으로 할 것이고, ③ 형법 제22조의 긴급피난이나 제20조의 정당행위로서 위법성 조각이 가능하거나, 임신의 유지와 출산에 대한 기대가능성이 없음을 이유로 책임조각이 가능한 사유에 의한 낙태가 허용되는 기간은 태아의 독자적 생존이 가능한 시점을 기준으로 하게 될 것이다.

2. 근본적인 국가과제

“국가는 태아의 생명 보호를 위한 사회적·제도적 개선을 하는 등의 적극적인 노력은 충분히 하지 못하면서 형법적 제재 및 이에 따른 형벌의 위하로써 임신한 여성에 대하여 전면적·일률적으로 낙태를 금지하고 있다.”⁸⁵⁾는 현재의 뼈아픈 지적은 사실이다.

그런 점에서 현재의 헌법불합치결정은 태아의 생명을 존중하는 국가의무를 어떻게 이행할 것인가라는 근본적인 과제를 다시금 확인시켜 주었다. 국가는 생명권을 존중하고 인간의 존엄을 실현하기 위하여 태아의 생명을 박탈하는 낙태를 금지할 수도 있지만, 한편으로는 원치 않는 임신을 예방하고 낙태를 감소시킬 수 있는 사회적·제도적 여건을 마련하는 등 사전적·사후적 조치를 종합적으로 마련하여야 하고, 태아의 안전한 출산을 위해 태아 및 임신한 여성의 보호를 구체화하여야 한다. 간단히 말해서, ‘임신이 축복이 되고, 출산이 상급(賞給)이 되는’ 사회적 여건과 분위기를 조성하여야 한다. 임신의 유지 및 출산이 여성에게 ‘사회적·경제적 장애’가 되는 것이 아니라, 오히려 ‘사회적·경제적 보상’으로 연결될 수 있도록 국가적 지원대책을 마련하여야 할 것이다. 그래서 임신의 중단이 아니라 임신의 유지 및 출산이 자기결정의 대상이 되도록 만들어야 할 것이다.

이와 관련하여 임신 유지·출산에 관한 상담·교육과, 낙태에 대한 정확한 정보가 충분히 제공되어야 한다. 낙태 수술이 부득이하게 필요한 여성은 안전하고 적절한 의료혜택을 받을 수 있어야 한다. 그리고 자기낙태죄 조항이 헤어진 상대 남성의 복수나 괴롭힘의 수단, 가사·민사 분쟁의 압박수단 등으로 악용되지 않도록 하여야 한다.

또한 미혼부(未婚父) 등 남성의 책임을 강화하는 ‘양육책임법’의 제정, 미혼모에 대한 사회적 안전망의 구축, 여성이 부담 없이 임신·출산·양육할 수 있는 비밀출산제를 포함한 모성보호방안의 강구, 임신한 부부에 대한 적극적인 지원과 육아시설의 확충 등 낙태를 선택하지 않도록 유도하는 입법과 정책수립에 힘써야 한다. 아울러 성에 관한 권리와 책임을 균형있게 가르치는 성교육이 체계적·지속적으로 이뤄져야 할 것이다.

V. 맺는 말

낙태죄 조항의 헌법불합치결정에 대하여 한편으로는 자기결정권과 생명권의 관계, 다른 한편으로는 여성의 사회적·경제적 지위, 사회의 성윤리 나아가 국가의 인구정책 등의 차원에서 상이한 평가가 가능하다. 여성의 자기결정권과 의료인의 업무(영업)의 자유를 구제하기 위한 차원에서 비롯한 낙태죄 조항의 위헌성 논의는 근본적으로 낙태의 자유 및 생명권 존중에 관한 도덕철학적·신

85) 판례집 31-1, 422쪽.

학적 인식을 바탕으로 하고 있기에, 2019년 현재의 결정은 앞으로 더욱 치열하게 끊임없이 전개될 논의의 도화선(導火線)으로 기억될 것이다.

동일한 사실에 대하여 ‘낙태’, ‘태아살해’, ‘인공임신중절’, ‘인공임신중단’, ‘임신중단’ 등의 다른 이름을 붙이는 것처럼, 우리 사회에 엄존(嚴存)하고 있는 상반된 가치관과 인식의 격차를 좁혀가면서 어떻게 보편타당한 규범을 정립하고 지켜갈 것인지는 지금 당장 국회 앞에 놓인 대단히 어렵고도 중요한 문제이다. 입법자인 국회의원의 헌법가치에 충실한 입법활동을 기대한다.

근본적으로는 신앙 및 신념의 유무와 차이에 따라 일정한 평행선이 있을 수 밖에 없으나, 이 땅에서 법규범은 일정한 타협 가운데 정립될 수 밖에 없다는 현실적인 한계 내에서 태아를 비롯한 모든 국민의 인간으로서 존엄과 가치가 더 존중되도록 노력하여야 할 것이다.



진 술 서

김 혜 령

[이화여자대학교 호크마교양대학(기독교윤리전공) 교수]

김혜령 이화여대 교수

□ 학 력

- 이화여자대학교 기독교학과 학사, 석사
- 프랑스 스트라스부르 대학교 개신교대학 신학박사(개신교 윤리 및 철학 전공)

□ 경 력

- 現 이화여자대학교 호크마교양대학 조교수 (2013~)
- 現 한국여성신학회 총무
- 前 한국기독교윤리학회 총무
- 한국 기독교대학 신학대학원협의회 소속 목사

낙태죄 전면 폐지에 대한 그리스도교 여성신학적 입장

이화여자대학교 호크마교양대학(기독교윤리 전공)

김혜령 교수

저는 오늘 ‘낙태죄’ 개정 관련 공청회에 그리스도교 윤리신학자로서는 드물게 낙태죄 전면 폐지 측의 진술인으로 참여하게 되었습니다. 저의 진술이 낙태법 존치에 앞장서 온 가톨릭교회와 개신교교회의 일반적 입장과는 다른 그리스도인들이 존재할 뿐만 아니라, 윤리신학적으로도 다른 관점과 해석이 가능하다는 사실을 입법 관계자 및 국민 여러분께 알려드리는 계기가 되기를 바랍니다.

그리스도교 윤리학은 인간의 실존에서 일어나는 모든 일들에 대한 옳고 그름의 명백한 기준을 신학적으로 논하는 학문이지만, 실제로 훨씬 많은 경우 옳고 그름의 기준이 명백하지 않아 매우 어려운 윤리적 난제 혹은 윤리적 딜레마의 상황을 다룹니다. 낙태 혹은 임신중지로 부르는 이 행위도 그에 속합니다. 그러나 윤리적 딜레마의 상황일수록 가치 판단의 장에서 이해 당사자들간의 형평성이 깨져있기 쉽습니다. 쉽게 판단하기 어렵기 때문에, 사회의 전통은 특정 부류의 사람들에게 일방적으로 희생을 강요하는 방식으로 딜레마의 상황을 모면하는 쉬운 길을 선택합니다. 이에 오늘 저는 확실한 편들기의 입장에 섰습니다.

원치 않는 임신이나 위험한 임신으로 임신중단을 고려하는 여성에게 ‘태아의 생명을 지키고 살려야 한다’는 주장은 ‘도덕적으로’ 매우 옳은 말 같이 들리지만, ‘윤리신학적으로’ 너무나 원론적이며서 복잡한 인간실존의 상황을 제대로 고려하지 못하게 되는 무책임한 말입니다. 특히 임신이 ‘본래부터’ 혹은 ‘더 이상’ 가능하지 않은 사람들이나 평생 독신으로 살기로 결심하거나 혹은 헌신한 사람들의 관점에서 낙태법 전면 폐지에 단호하게 반대하는 것은 실제로는 자신들은 지킬 수도 없고, 지킬 필요도 없는 법을 통해 수많은 가임 여성 타자들의 생명과 삶이 국가 권력에 의해 근본적으로 통제되도록 방치하는 결과를 초래합니다. 특히 그러한 통제는 자신의 몸에 대한 주체적 선택을 할 조건이 충분치 않은 빈곤 여성들, 청소년들, 장애인 여성들, 친족 성폭력 피해자 여성들, 외국인 노동자들과 같은 여성들 중에서도 가장 소외된 자들에게 훨씬 잔인하게 이루어 집니다. 이에, 인간 실존의 고통을 최초의 인류 조상의 타락에서부터 해석하는 그리스도교 윤리학의 관점에서 낙태법 전면 폐지가 어떻게 주장될 수 있으며, 나아가 이 법의 폐지야말로 여성과 태아 모두의 생명과 삶을 실제로 더 많이 살릴 뿐만 아니라, 오히려 주

체적이고 윤리적 모성을 확산시키는 일의 진정한 출발이 될 수 있음을 말하고자 합니다.

첫째, 낙태법 (전면) 폐지에 반대하는 전통적 입장은 임신중지를 태아의 생명권을 빼앗는 여성의 이기적인 자기결정권이라고 비난합니다. 인간의 도덕에서 성인이 소인을, 강자가 약자를 우선적으로 보호하고 배려하는 일은 당연히 지켜야 할 중요한 가치입니다. 그러나 그러한 가치를 지키지 못했거나 포기했다고 해서 임부를 이기적이라고 비난하는 일이 당연한 것인가는 윤리학적으로 분리하여 따져보아야 할 문제입니다. 이기성을 윤리학적으로 논하기 위해서는 논리상 그 행위 발생의 원인과 책임의 한도를 먼저 따져야 합니다. 임신은 여성과 남성의 양자간 성관계에 의해 발생하는 사태입니다. 그러나 이제까지 우리 사회는 임신을 피하기 위한 노력과 책임을 여성에게 전적으로 부담시켜 왔었습니다. 하지만 여성이 모든 노력과 책임을 다해 임신을 방지하려고 해도, 임신을 완전히 통제하여 막기란 영구적 불임술을 제외하고는 거의 불가능합니다. 임신을 원치 않는 기간에 일어나는 매회의 성관계 마다 남성 파트너의 적극적인 협조 없이 원치 않는 임신을 완벽하게 방지하기가 쉽지 않습니다. 한국사회에서 현재 음성적으로 일어나고 있는 낙태술의 과반수 이상이 친숙하고 안정적인 관계(연인간, 부부간의 성관계)에서 발생하고 있음을 고려한다면, 성적 만족도나 편의성을 높이기 위해 피임에 부주의하거나 안일하게 대처하는 남성 파트너의 태도야말로 ‘원치 않는 임신’ 발생의 최소 50%에서 최대 100% 원인 제공자임을 분명하게 지적해야 합니다. 그렇기에 원치 않는 임신의 중단을 실행하는 이에게 ‘이기적’이라고 비난하는 것이 최소한 논리적으로 말이 되려면, 그 임신을 유발한 성관계 양자 모두의 ‘이기성’이 어떻게 작용하였는지 공평하게 따져야 합니다.

그러나 사실 책임의 분배를 완벽하게 따지는 일이 대부분의 경우 현실적으로 거의 불가능합니다. 임신 책임을 제대로 따지기 위해서는 성적 관계를 맺는 각각의 남녀 관계의 특수성뿐만 아니라, 임신을 유발한 ‘바로 그’ 해당 성관계의 특수성을 따져야 하는데 그야말로 천 가지, 만 가지의 특수한 상황이 존재합니다. 즉, 모든 임신과 관련하여 임신의 원인과 책임을 따져서 임신중단의 이기성을 판단하기가 매우 어렵습니다. 그러므로 임신중지를 태아의 생명권을 빼앗고자 하는 여성들의 이기적인 자기결정권으로 비난하는 전통적 입장은 여성주의가 오랫동안 지적해왔듯이 여성의 생명 감수성과 이타성을 깨우치게 하고자 하는 인류의 순수한

동기에서 비롯된 것이 아닙니다. 오히려 임신의 원인과 임신중단의 상황에 남성 파트너의 마땅한 책임을 교묘하게 은폐하려 했던 불순한 의도와 직결되어 있습니다. 이러한 점을 고려한다면, 여성에게만 이기적이라는 도덕적 비난을 퍼붓거나, 나아가 그래서 형법상의 처벌을 받아야 하는 죄라고 규정해 온 기존의 관례는 여성의 존재론적 위치를 언제나 남성보다 못한 제 2등 시민으로 묶어 놓는 가부장적 사회의 무수히 많은 관습과 제도, 법과 탄탄히 얹혀 인간으로서의 여성의 생명과 삶에 대한 권리를 전방위적으로 차별하는 결정적인 악습이자 악법이 됩니다.

그리스도교 신학자로서 고백해야 할 것은 가부장적 그리스도교 신학과 교권이 이러한 악습과 악법의 탄생과 유지에 상당한 역할을 해왔다는 사실입니다. 가부장적 경향에서 단 한치도 벗어나지 못한 전통 신학은 아담과 하와가 선악과와 관련하여 하나님의 명령을 어긴 첫범죄에서 그 책임의 상당 부분을 여성 하와에게 과도하거나 심지어 전적으로 돌려 타하는 비겁한 면모를 매우 오랫동안 보여 왔습니다. 현재 가톨릭과 개신교계에서 일어나고 있는 낙태법 폐지 반대운동은 태아의 생명을 살리기 위한 신앙의 행위이기 보다 여성의 존재를 남성의 성적 유혹자로서 폄하하고 여성의 존재 목적을 출산과 양육의 기능으로만 단순하게 해석해 온 그리스도교의 오랜 전통을 반복하는 것에 불과합니다. 만약 정말로 우리 그리스도인들에게 태아의 생명을 살리는 일이 그 어떤 일보다도 중요한 창조주의 명령이라고 생각했다면, 입양 문화를 혁신적으로 개선하거나 미혼모·비혼부 가정을 교회 내에 적극적으로 환대·지지하고, 나아가 아이를 키우기 어려운 사회적 여건을 획기적으로 바꿔나갈 수 있는 정책을 정부가 만들어 내도록 적극적으로 요구하는 일에 전폭적으로 힘을 모아야 했습니다.

이렇게 다양할 수 있는 대안적 활동을 진지하게 펼쳐 보려는 태도 없이, 낙태법 폐지 반대운동에 간단히 서명하는 일이 태아를 살릴 수 있을 것이라고 생각하는 것은 결국 서명서를 모아 정치 권력의 헤게모니를 잡으려는 한국 그리스도교의 보수적 교권 세력에 동조하는 것이 됩니다. 이는 원치 않는 임신으로 고통받는 수많은 여성들의 상황을 냉정하게 외면하여 불법적이고 위험한 음성적 낙태술로 내모는 잔인한 일일 뿐만 아니라, 한국 그리스도교 자체의 불의한 정치 권력화의 역사를 더욱 더 확장하는 결과를 초래할 것입니다.

둘째, “임신의 책임이 실제로 50% 이상 남성 파트너에게 있다고 해도, 태아가 한 생명으로서 존재하는 곳은 결국 엄마의 자궁이니 출산하는 의무가 모태에 절

대적으로 존재한다.”는 주장에 대해서도 그리스도교 윤리신학적 반론이 가능합니다. 그리스도교의 경전은 시간의 첫 시작에 하나님(하느님)이 모든 생명을 직접 창조하였으며 그렇기에 생명에 대한 주권이 절대적으로 하나님에게 있음을 고백합니다. 그러나 하나님은 아담과 하와를 제외하고 어느 인간도 여성의 몸을 빌리지 않고는 이 세상에 태어나지 않도록 하였습니다. 그런데 이러한 사실에서 그리스도교 교회는 - 가톨릭이건 개신교이건 간에 - 너무나 오랫동안 하나님의 생명 창조 사역에 여성의 몸이 수동적으로 도구적인 역할만 하면 충분한 것으로 가르쳐 왔습니다. 심지어 출산과 양육을 담당하는 ‘육체적 기능’이야 말로 - ‘이성적 능력’이 탁월한 남성과 구분되어 - 여성이 세상에 존재하는 본질적인 이유라는 가르치는 고대 희랍의 이교도적 이원론을 무분별하게 수용했습니다.

그러나 가부장적 성서 해석과 교회의 교리를 다시금 성찰하는 여성신학적 관점에서 보았을 때, 여성은 하나님의 창조 사역의 도구가 아니라 그의 창조 사역에 참여할 것을 초대받은 상호적 주체입니다. 이러한 상호적 주체의 원형을 보여주는 대표적인 여성이 바로 예수의 어머니 마리아입니다. 성서 누가복음 1장에 보면 천사 가브리엘이 아직 미혼의 여성 마리아에게 나타나 예수의 탄생을 예언합니다. 이 장면은 그리스도교 전통에서 창조주의 생명 창조의 의지를 절대로 거부할 수 없는 여성의 운명을 보여주는 것으로 해석되어 왔습니다. 그러나 이 부분을 여성신학적으로 다시 읽어 보면, 마리아는 예수의 잉태에 대한 예언을 어떠한 고뇌도 없이 숙명적으로 받아들이지 않는 것을 발견할 수 있습니다. 어린 나이에도 불구하고, 마리아는 천사 가브리엘에게 남자를 알지 못하는 자신이 어떻게 임신을 하는지 적극적으로 질문하고, ‘수동적 복종’하는 것이 아니라 ‘주체적 참여’(전통적으로 말해 ‘자발적 복종’)로 예수의 잉태를 받아들입니다. 특히 그 유명한 ‘마리아 찬가’는 처녀 마리아가 미혼모에 대한 세상의 편견에도 불구하고 ‘한 아이의 어머니 됨’에 대한 의미를 스스로 부여하고, 나아가 출산에 대한 자발적 의지를 스스로 확고히 북돋습니다. 그의 이러한 태도는 임신과 출산의 과정이 단순히 모태에서 일어나는 생물학적 본능을 어쩔 수없이 따라야 순응의 과정이 아니라, 임부가 적극적으로 태아의 존재를 인정하고 환대하는 주체적 태도로 가능한 것임을 보여줍니다.

그런데 낙태죄 전면 폐지를 주장하고자 하는 관점에서 볼 때, 이러한 마리아의 태도는 역설적으로 ‘어머니 되기’에 있어 자기 몸 속에 잉태된 생명을 인정하고 환대하는 일, 나아가 그의 삶에 대한 책임을 지기로 마음 먹는 일에 있어 모태의

자발적이고 자율적인 의지가 얼마나 중요한지를 보여주는 결정적 모습입니다. 다시 말해, 반대로 이러한 의지가 (각자의 다양한 이유로 인해) 자발적으로 생기지 않는 여성에게 ‘어머니가 되는 일’이 얼마나 고통스럽고 두려운 일인지 역으로 이해할 수 있게 합니다. 이는 현재 페미니즘 학자들과 여성계에서 주장하는 여성의 ‘재생산권’과 연관되어, 창조주는 생명을 선물로 주지만, 여성은 그 생명을 선물로 받는 일에 자발적으로 참여할 수도 있으며, 동시에 거부할 수도 있는 실존적 자유를 지닌 존재임을 암시합니다. 비록 이러한 실존적 자유가 법적으로 대한민국 여성에게 여전히 보장되어 있지는 않지만, 이미 거의 대부분의 현대 여성들이 자기 존재의 정체성을 이러한 자유 위에서 성립하였습니다. 나아가 양성평등의 제도와 문화가 확립된 세계의 많은 국가들에서 이러한 자유는 완전히 실행 중에 있습니다. 헌법재판소에서도 이미 낙태법과 헌법과 불일치를 선언하였는데, 정부와 여당은 낙태법이 통제하는 여성들의 고통스러운 호소는 외면하고 있습니다. 법의 개선을 핑계삼고 있지만, 여전히 여성에게 낙태는 윤리적이고 형법적인 죄임을 확인시키는 법적 조치들을 새롭게 ‘창조’해 내는 법안을 발의함으로써 원치 않는 임신의 고통과 공포에 전혀 공감하지 못하는 보수 정치세력과 야합하려고 합니다.

교회의 위대한 스승인 사도 바울은 참된 신앙이란 절대적인 신의 권위에 대한 굴욕적이거나 수동적인 복종이 아니라, 신앙의 자유에 근거한 ‘자발적 순종’에서 생긴다고 가르쳤습니다. 여성의 재생산권을 주장하는 일은 임신과 출산을 거부하겠다는 불의한 주장이 아닙니다. 신학적으로 해석할 때, 이러한 주장은 임신과 출산에 관한 창조주의 뜻에 여성이 거부할 방법이 없어 어쩔 수 없이 수동적으로 복종하는 것이 아니라, 거부할 수 있음에도 자발적으로 임신과 출산을 선택할 수 있는 기회를 확대할 수 있는 실존적 자유의 토대를 만들어 달라는 요구입니다. 실제로 낙태죄 전면 폐지를 실시한 서양의 국가들에서는 임신중절을 한 여성에 대한 범죄자 취급과 처벌에 쓸 사회적 비용을 안전한 의료행위로서의 임신중절술과 적극적 피임교육, 나아가 출산과 양육에 대한 보편적 지원을 늘리는 데에 돌림으로써 오히려 건강한 모성을 확대하는 실용적 결과를 보여준 사례들이 존재합니다. 이에, 기독교인으로서 우리는 낙태죄를 전면적으로 폐지하는 법안의 통과를 통해 오히려 보다 많은 여성들이 예수의 어머니 마리아처럼 사회적 편견과 어려움에도 불구하고 ‘어머니 되기’를 ‘어쩔 수 없어서’가 아니라 ‘정말로 원해서’ 가능한 것이 될 수 있도록 사회적 여건과 문화를 만드는 일에 앞장서는 일에 집중해야 할 것입니다.

물론 낙태죄 전면 폐지에 동의하는 그리스도인들에게도 고민은 있습니다. 먼저, 낙태죄 전면 폐지를 통해 여성이 자기 자궁에 생긴 태아를 세상에 신생아로 낳아 놓아, 철학이 말하는 ‘세계-내 - 존재’로 만들 것이냐 아니냐 하는 문제의 결정권을 최종적으로 소유할 수 있게 된다고 해도, 그리스도교 신학적으로 볼 때 그 생명이 하나님에게서 주어진 선물임을 부인할 수는 없습니다. 그래서 저는 이 점에 있어서 그리스도교 신앙을 가지지 않은 타종교 혹은 세속적 여성주의자들과는 출발선이 다를 수 밖에 없습니다. 마리아가 예수 잉태의 예언을 부인하고 거부할 기회가 있었음에도 결국 그것을 자발적으로 수용하는 ‘결론’에 이른 것처럼, 저는 생명을 선물로 주시는 창조주의 뜻을 따르는 그리스도인이 되기로 한 사람들이라면 결국 여러 어려움에도 불구하고 그 선물을 소중하고 감사하게 받는 결정에 이르는 것이 그리스도교 윤리에 더 합당하다고 생각합니다. 그러나 이러한 입장 역시 ‘아기를 낳아 기를 수 있는’ 형편이 되는 중산층 기혼 여성이자 엘리트 성인 여성으로서의 존재론적 한계에서 나온 선부를 판단일 수 있음을 겸허히 인정합니다. 갈릴리 예수의 용서와 화해의 사역은 언제나 하나님의 뜻을 온전히 자발적으로 따를 형편이 되지 못해 ‘죄인’이라 낙인찍혔던 사회적 약자들과 소외계층들에게 향해 있었습니다. 이제 그리스도교회도 모든 생명이 소중함을 강력하게 강조해야 마땅하지만, 자기 뱃속에 있는 생명과 자신의 삶에 사이에서 선택의 우선순위를 따질 수 밖에 없을 만큼 비참한 실존에 처한 ‘비가시적’ 여성들의 상황을 인정하고 그들의 선택을 위로하고 감싸야 하는 선교를 펼쳐야 하는 사명을 펼쳐야 할 것입니다.

그러나 지금 저는 교회가 아니라, 국회에 있습니다. 성 아우구스티누스의 용어를 빌리자면, ‘신의 도성’이 아니라 ‘인간의 도성’에 있습니다. 쉽게 말해, 우리가 여기 모여 논하는 ‘낙태죄’에 대한 찬반 진술은 종교 윤리적으로 무엇이 옳고 그른지를 따지는 것이 아니라, 그리스도교의 신앙 고백을 전혀 받아들이지 않는 다수의 시민들을 규제하는 형법적 죄의 유무를 따지기 위해 모였습니다. 그리스도인들은 그리스도교의 윤리가 인간의 도성에도 보다 널리 퍼져 ‘하나님의 나라’가 임재하는 데에 참여해야 할 의무가 있습니다. 그러나 그리스도의 윤리를 복음으로 선포하고 전도하는 일과 그리스도교의 윤리를 법제화하는 일은 전적으로 다른 일입니다. 법은 법적 공동체의 구성원들에게는 누구나 예외없이 따라야 하는 강제력을 동반합니다. 문제는 윤리적 행위는 곧 윤리 행위자의 자유의 영역에서 일어나는 자발적

결단에서 비롯되기에, 법으로 강제하는 순간 그 행위는 더 이상 윤리적이지 않게 됩니다. 서양의 그리스도인들이 그리스도교의 윤리를 아프리카와 아메리카 식민지의 원주민들이 반드시 따라야 하는 법이 되도록 했을 때, 그 법은 결국 제국주의 폭력의 도구가 되었음을 우리는 기억해야만 합니다.

저는 아담과 하와의 타락으로 인해 인간 전체의 실존이 악에 물들었다고 고백하는 그리스도교 신학자로서 우리가 사는 현실의 세계에서 100% 순결한 윤리적 무결점의 상태에 어느 누구도 이를 수 없다는 인간 실존의 한계를 고백합니다. 특히 모든 이들이 의무적으로 따라야 하는 형법적 제도에 있어서는 100% 순결한 윤리성이 기준이 될 수 없음을 분명히 하고자 합니다. 아무리 피임에 신경을 써도 결국 임신하게 되는 여성들이 우리가 사는 세상에 무수히 많이 존재한다는 사실, 아니 아무리 국가가 성교육을 체계화 하고 피임에 대한 비용을 지원한다고 해도 국가복지와 교육의 사각지대에 놓인 빈곤 여성과 장애인 여성, 청소년 등이 불평등한 성적 관계에 노출되는 일을 100% 막을 수 없다는 사실, 나아가 어느 누구도 타자의 죽음을 대신할 수 없듯이 어느 누구도 ‘타자 여성’의 출산을 대신할 수 없다는 사실, 심지어 대신 양육해 줄 수는 있어도 양육을 시작할 수 있도록 세상에 내어 놓는 출산을 대신해 줄 수는 없다는 사실, 그런데 이런 와중에 임신을 중지할 안전한 의학적 기술이 이미 인간의 손에 주어졌다는 사실, 바로 이 사실들이 동시에 만들어 내는 인간 실존의 딜레마 앞에, 국가가 전통적인 가부장적 신앙의 틀을 벗어나지 못하는 보수적 그리스도교인들의 표를 계산하며 낙태죄 존치라는 구시대적 결론으로 책임을 회피하지 않기를 강력히 요구합니다.

윤리학적으로 말해서, 사회적 약자와 소외 계층은 늘 우선적으로 보호받고 확대 받아야 할 권리가 있습니다. 그러나 정치는 윤리가 아닙니다. 정치는 윤리를 고려하되, 이해 당사자들간의 형평성을 ‘정의’의 관점에서 우선 고려하고 그 이후에 어떻게 공동체가 소외된 이들에 대한 권리를 현재보다 확대할 수 있는지 그 묘안을 정책적으로 고안하고 공동체 구성원을 설득하는 임무를 수행해야 합니다. 특히 윤리가 ‘사랑’의 영역인 반면 정치는 ‘권리’의 영역이기에, 정치가 잣대로 사용해야 할 우선적 ‘정의’는 먼저 태어난 인간(임신한 여성)의 생명권과 인간으로서의 삶을 영위할 존엄성을 어떻게 보호할 것인가에 어쩔 수 없이 가 있어야 합니다. 낙태죄 일부 존치로 가닥 잡힌 현재의 정부의 입법안은 시끄러운 정국에서 그 고통의 책임을 이전과 같이 여성에게만 차별적으로 부담하여 온 전통을 유지하겠다는 매우

‘보수적인’ 판단입니다. 이 법안이 통과 된다면, 대한민국은 이미 국민인 사람이 아니라, 앞으로 국민이 될 사람을 선택하는 것이 됩니다. 우리는 그렇게 할 수 있지만, 정치는 그렇게 하면 안 됩니다. 이미 국민인 사람을 먼저 선택하여 앞으로 국민이 될 사람까지 보호할 수 있는 방안을 찾는 것이 정치의 정도입니다. 그렇지 않다면, 정치는 우리 사회에 뿌리 깊은 여성에 대한 차별을 해결하기 보다 오히려 은밀하게 재생산하는 주체가 될 것입니다.

이 자리에 균형있게 초청받지 못한 수많은 의학, 페미니즘, 사회 정책 전문가들이 이미 낙태법 폐지가 오히려 이 불법적 임신중절술로 인해 생명과 건강을 잃는 무수히 많은 여성들의 생명을 살릴 수 있으며, 임신중절은 의료 행위로 인정함으로써 원치 않은 임신의 중지 시기를 현실적으로 보다 혁신적으로 빨리 앞당겨서 불법적 임신중절술이 태아에게 초래하는 잔인함을 최대한 줄이는 차악이자 최선이 될 수 있음을 보여주었습니다. 나아가 임신중지에 대한 형법적 정죄 없는 공론화야 말로, 역설적으로 임신중지에 대한 장려의 문화가 아니라, 임신과 양육의 무게를 진지하게 고민하게 하는 제대로 된 성평등의 성교육 기회를 제대로 갖추도록 하는 실질적인 변화를 초래할 것이라고 말합니다.

마지막으로 낙태죄 존치에 대해 의심이 없는 그리스도인들에게 호소합니다. 조금도 죄에 물들지 않고 순결하게 하나님 앞에 서기 위해 낙태죄 폐지에 반대하는 일은 사실 가장 쉬운 길입니다. 저와 함께 낙태죄 전면 폐지를 지지하는 많은 그리스도인들은 이 쉬운 길을 놔두고, 일부러 불편하고 죄스러운 길을 선택하였습니다. 그러나 다행히도, 신약 성서에 나타난 예수 그리스도의 복음은 정결한 자가 아니라, 죄인들에게 임하였습니다. 이와 같은 우리 그리스도인들의 어렵고 고통스러운 결정을 마지막으로 말씀드리기 위해 브라질 빈민 여성들과 평생을 함께 해 온 해방신학자이자 여성신학자이며, 가톨릭 교회의 수녀인 이본 게바라의 말을 빌어 진술을 마치고자 합니다.

“내가 그리스도인으로서 낙태의 비범죄화와 합법화를 옹호하는 이유는 예수 복음과 교회의 전통적인 가르침들을 부인하기 위함이 아니다. 그것은 차라리 그러한 가르침들을 인간 역사의 모순 상황 안에 받아들이기 위함이고, 생명에 대항하는 폭력을 줄이는 데 도움이 되고자 함이다.”⁸⁶⁾

86)David Molineaux, “Rome moves to silence Brazil’s Gebara”, National Catholic Reporter, 1995. 5. 16., <https://www.questia.com/magazine/1G1-16997297/rome-moves-to-silence-brazil-s-gebara>, 검색일 2020. 12. 07.



진 술 서

최 안 나

[산부인과 낙태법특별위원회 간사]

최 안 나

산부인과 낙태법특별위원회 간사

□ 학 력

- 고려대학교 의과대학 의학과 졸업
- 고려대학교 대학원 의학과 졸업 (의학 박사)

□ 경 력

- (전) 대한산부인과 의사회 홍보이사
- (전) 서울시 의사회 공보이사
- (전) 한국여자의사회 상임이사
- (전) 진정으로 산부인과를 걱정하는 의사들 모임 대변인
- (현) 대한산부인과 학회 낙태법특별위원회 간사
- (현) 국립중앙의료원 산부인과 난임센터장
- (현) 중앙난임·우울증상담센터장

낙태 줄이는 낙태법이 필요하다.

산부인과 낙태법특별위원회 간사 최안나

헌법재판소의 낙태죄 헌법불합치 선고로 낙태법 개정을 앞두고 있지만 낙태가 좋은 것이니 우리 국민들이 더 많이 하게 하자고 주장하는 사람은 없을 것이다. 그렇다면 이번 선고로 12월 31일까지 개정해야 하는 낙태법에는 국가가 어떤 지원을 해서 국민들이 낙태의 위험을 피하게 할지에 대한 대책이 담겨야 한다. 이에 대한산부인과학회와 대한모태아의학회, 대한산부인과 의사회와 (직선제)대한산부인과 의사회에서는 ‘낙태법특별위원회’를 공동으로 구성하여 우리 사회의 낙태법 개정 논의를 돕고자 낙태와 관련한 의료적 문제에 대해 산부인과의 입장을 정리하여 발표한 바 있다.⁸⁷⁾⁸⁸⁾⁸⁹⁾

법이 개정되면 시행되는 곳은 의료 현장이다. 낙태법은 실질적으로 낙태를 줄이고 여성들이 안전한 의료 시스템 안에서 낙태 할 수 있도록 개정해서 우리의 낙태 현실 개선에 기여해야 한다. 이를 위해 이른바 ‘안전한 낙태’를 담당하는 산부인과의 의견을 반영하여 법이 개정되어야 한다.

우선 의사의 낙태 진료 선택권은 반드시 법적으로 보장되어야 한다. 산부인과 의사들은 여성의 건강과 태아의 생명을 지키는 것이 소임이다. 따라서 비의학적 사유의 낙태를 거부하는 의사들에게 이를 이유로 불이익이 가해져서는 안 되며 낙태 절차와 관련한 어떠한 의무도 부과해서는 안 된다. 또한 산부인과 의사들은 불가피한 낙태의 안전한 시술도 담당해야 한다. 법이 정한 허용 범위 안에서 합법적인 낙태를 하는 의사를 비난해서는 안 된다.

형법 개정에 대한 산부인과의 의견은 다음과 같다.

1. 자기낙태죄 처벌 조항 삭제

제269조(낙태) 1항 삭제

- ① 부녀가 약물 기타 방법으로 낙태한 때에는 1년 이하의 징역 또는 200만원 이하의 벌금에 처한다.

87) 낙태법 개정 관련 의료적 이슈와 산부인과의 입장. 한국모자보건학회지 2020;24(1):9-17

88) 낙태법 개정에 대한 산부인과의 입장. 산부인과 단체 합동 보도자료 2020.10.8.

89) 낙태 관련 법 개정은 여성의 안전성을 우선해야 한다. 산부인과 단체 합동 보도자료 2020.10.19.

낙태법의 목적은 태아의 생명을 보호하기 위함이지 낙태를 한 여성을 처벌하기 위한 것이 아님을 고려하여 형법 제269조 제1항(자기낙태죄) 폐지를 권고한다.

산부인과 의사들은 낙태 문제에 있어 여성은 가해자가 아니라 피해자로 본다. 어느 여성도 낙태하기 위해 임신하지 않으며, 비 의학적 사유의 낙태를 해서 더 건강해 지는 여성은 없기 때문이다. 사회적 경제적 압박에 의해 어쩔 수 없이 출산을 포기하는 여성들의 안타까운 현실을 매일 만나고 있는 산부인과 의사들은 우리 여성들이 국가로부터 충분한 지원을 받아 낙태 안 해도 되기를 바라며 불가피한 경우는 안전한 의료 시스템 안에서 시술받기를 바란다. 따라서 낙태 현실의 피해자인 여성을 처벌하지 말고 낙태 안 해도 되는 지원 체계를 조속히 만들기 바란다.

2. 무자격자에 의한 낙태죄 처벌 강화

제269조(낙태) 2항 3항 삭제 <제 270조 1항 ‘무자격자에 의한 낙태죄’에 병합>

② 부녀의 촉탁 또는 승낙을 받아 낙태하게 한자도 제1항의 형과 같다.

③ 제2항의 죄를 범하여 부녀를 상해에 이르게 한 때에는 3년 이하의 징역에 처한다. 사망에 이르게 한 때에는 7년 이하의 징역에 처한다

여성의 안전을 위하여 낙태는 숙련된 의사에 의해서만 허용하고 의사 이외의 무자격자에 의한 낙태는 전면 금지해야 한다. 특히 일반인에 의한 낙태 조력은 여성의 안전에 크게 위협이 되는데 현재도 불법 낙태약이 온라인 등에서 유통되고 있으며 불완전 유산 등 문제가 속출하고 있음에도 제대로 단속되지 않고 있다. 따라서 일반인이 부녀의 촉탁 또는 승낙을 받아 낙태하게 한 경우 제270조 1항으로 병합하여 현행 269조 2항, 3항보다 무겁게 처벌해야 한다.

3. 부동의 낙태죄와 부동의 낙태 치사상죄 처벌 강화

제 269조 4항 (부동의 낙태죄), 5항 (부동의 낙태 치사상죄)

④ 누구든지 임신한 여성의 의사에 반하여 낙태를 하게한 자는 5년 이하의 징역에 처한다.

⑤ 제 4항의 죄를 범하여 임부를 상하게 한 때에는 7년 이하의 징역에 처한다. 사망에 이르게 한 때에는 3년 이상의 징역에 처한다.

현행 제 269조 1항의 자기낙태죄 조항을 삭제하여 여성의 낙태를 비범죄화 하면 여성의

임신을 반대하는 주변인 등 타인이 임신한 여성에게 낙태를 강요하여 임신 및 출산에 대한 여성의 결정권과 건강권 및 태아의 생명권을 중대하게 침해할 위험이 커진다. ‘부동의 낙태’에 대한 처벌은 현행 270조 2항에 ‘부녀의 촉탁 또는 승낙 없이 낙태하게 한 자는 3년 이하의 징역’으로 되어 있는데 여성과 태아에 대한 중대 범죄로 처벌을 강화할 필요가 있다. 이에 강요죄 (형법 324조)에 준하는 ‘5년 이하의 징역’에 처함으로써 여성의 자유로운 의사에 의한 임신 유지 및 출산에 대한 결정권과 태아의 생명권을 보호해야 한다.

또한 현행 270조 3항 낙태 치사상죄에서 상해는 5년 이하의 징역, 사망은 10년 이하의 징역으로 동의 낙태와 부동의 낙태의 치사상죄 처벌 형량이 같다. 부동의 낙태를 하여 임부를 상하게 하는 ‘부동의 낙태 치사상죄’에 대해서는 동의 낙태죄 보다 여성의 결정권과 건강권 및 태아의 생명권을 침해하는 정도가 중대하므로 처벌 형량을 가중하여 형법상 폭행 치사상죄 (형법 제262조, 상해 시 7년 이하의 징역, 사망 시 3년 이상의 유기징역)와 균형 있게 정비하는 것이 타당하다.

4. 시술자를 의사로 한정하고 무자격자에 의한 낙태 처벌 강화

제270조의 1 (무자격자에 의한 낙태)

- ① 의사 외에 누구든지 부녀의 촉탁 또는 승낙을 받아 낙태하게 한 때에는 2년 이하의 징역에 처한다.
- ② 제1항의 죄를 범하여 임부를 상해에 이르게 한 때에는 5년 이하의 징역에 처한다. 사망에 이르게 한 때에는 10년 이하의 징역에 처한다.
- ③ 전2항의 경우에는 7년 이하의 자격정지를 병과한다.

헌법재판소는 2019년 4월 임신한 여성의 자기낙태를 처벌하는 형법 제269조 제1항, 의사가 임신한 여성의 촉탁 또는 승낙을 받아 낙태하게 한 경우를 처벌하는 형법 제270조 제1항 중 ‘의사’에 관한 부분은 모두 헌법에 합치되지 아니한다고 선고하였다.

따라서 낙태 시술자는 의사로 한정하고 의사가 아닌 무자격자에 의한 낙태와 이로 인한 임부의 치사상죄는 형법에 존치해야 한다. 이에 270조 1항을 ‘무자격자에 의한 낙태’죄로 규정하고 269조 2항, 3항의 일반인에 의한 낙태 조력도 270조 1에 포함하여 처벌을 강화하는 것이 헌법재판소 판결에 부합하며 여성의 안전을 위해서 타당하다.

5. 안전한 낙태를 위한 허용 요건 명시

제270조의2(낙태의 허용 요건) ① 낙태 행위가 임신 10주 미만에 의사에 의하여 의학적으로 인정된 방법으로 이루어진 때에는 처벌하지 아니한다.

② 낙태 행위가 임신 10주 이후부터 22주 미만에 의사에 의하여 의학적으로 인정된 방법으로 이루어지고 모자보건법이 정한 상당 절차와 숙려기간을 경과한 경우는 처벌하지 아니한다.

③ 전 항 ①②의 임신 기간의 결정은 의사에 의한 초음파 검사 상 태아 크기로 측정한 임신 일수를 기준으로 한다.

헌법재판소의 결정에 따라 여성의 자기 결정권과 태아의 생명권에 대한 조화로운 보호를 위하여 형법 상 낙태의 허용 요건 규정이 필요하며, 허용 주수에 대한 기준은 여성의 건강 상 안전을 우선하여 정해야 한다. 이를 위해 인공임신중절을 담당하는 산부인과 의료계의 의견이 반드시 반영되어야 한다.

임신 기간의 결정은 ‘초음파 검사 상 태아 크기로 측정한 임신 일수’를 기준으로 하는 의학적 판단에 따라야 형법상 명확성의 원칙에 부합한다.

또한 비 의학적 사유의 낙태 허용은 여성의 건강 상 위해가 적은 임신 10주와 현대 의학으로 태아가 모체 밖에서 생존이 가능한 임신 22주를 기준으로 해야 한다. 허용 주수 제한에 대한 사유는 다음과 같다.

① 여성의 안전과 무분별한 낙태 예방을 위해 사유의 제한 없는 낙태 허용 시기는 임신 10주 (70일) 미만으로 해야 한다.

태아는 임신 10주까지 대부분의 장기와 뼈가 형성되고 낙태는 태아가 성장할수록 과다출혈과 자궁 손상 등 합병증 발생 위험이 증가한다. 따라서 사유의 제한 없는 낙태는 임신 10주 미만에 해야 안전하다. 또한 임신 10주부터는 태아 DNA 선별검사 등 각종 태아 검사가 가능해 우생학적 사유로 아이가 낙태될 위험이 있다. 날로 발전하는 태아 검사가 무분별한 낙태로 이어지지 않으려면 임신 10주 이후의 낙태는 불가피한 사유에 의한 것으로 제한해야 한다.



[임신 10주 (70일)]

② 임신 10주 이후의 낙태는 태아의 성장에 따라 합병증 위험이 증가하므로 모자보건법에 상담 절차와 숙려기간을 정하여 여성의 신중한 결정을 도와야 하며, 임신 유지가 어려운 불가피한 사유가 있더라도 태아의 생존 가능성을 고려하여 임신 22주 미만으로 제한해야 한다.

헌법재판소는 결정문에서 태아가 독자적으로 생존할 수 있는 임신 22주에 도달하기 전에 ‘결정가능기간’을 정하도록 하였다. 만약 태아가 생존가능성이 있는 임신 22주 이후의 낙태도 허용하게 되면 이는 헌법재판소의 결정을 넘어서는 개정으로 위헌 소지가 있다.

1973년 모자보건법 제정 당시의 의학으로는 임신 28주 이내의 출생아가 생존하기 어려워 인공임신중절의 허용주수가 임신 28주일 이내였으나 이후 미숙아 치료 의학의 발전으로 임신 24주 이후의 출생아 생존율이 높아지면서 2009년에 허용 주수를 임신 24주일 이내로 낮추어 개정된 바 있다. 그로부터 10여 년 간 비약적인 의학 발전을 하여 국내에서도 임신 22주에 태어난 이른둥이들의 생존 보고가 이어지고 있다. 따라서 낙태의 허용 주수는 임신 22주 미만으로 하여 살 수 있는 아기들이 낙태되지 않도록 해야 하며 정부는 임신 갈등 상황에 있는 여성들에게 필요한 지원을 전폭적으로 하여 출산과 양육을 적극 도와야 할 것이다.

또한 임신 22주 이상에서 임부의 생명에 대한 위험 또는 건강 상태의 중한 위험이 의학

적으로 판단되어 임신을 중단하는 경우는 낙태가 아니라 의학적 사유의 조산이며 신생아에게 소생술 등 의학적 처치를 하므로 낙태죄와 관련한 형법 대상에 해당하지 않는다.

맺는 말

그동안 우리의 낙태 현실은 무엇이 문제였는가?

1953년에 만들어진 형법 상 낙태죄가 여성들을 처벌해서 문제였나? 1973년에 제정된 모자보건법상 인공임신중절 허용 범위가 좁아서 여성들이 원치 않는 아기를 많이 낳게 되어 문제였나? 둘 다 아니다. 법과 상관없이 우리 국민들은 그동안 주로 산부인과 의사에 의해 낙태를 원할 때 해왔다. 낙태를 금지한 게 문제가 아니라 법적, 제도적 체계 안에서 낙태가 이뤄지지 않고 임신 갈등 상황에 처한 위기의 여성들과 불법 낙태를 하는 의사들의 문제로 방치해온 게 문제다.

이제 낙태법을 개정하여 국가가 낙태 문제 개선에 나서야 할 때 다. 낙태 할 수밖에 없는 사회경제적 사유란 결국 우리 사회가 여성들에게 낙태하도록 사회적, 경제적 압박을 하고 있는 거다. 이는 국가가 의지를 가지고 제도적인 지원을 하지 않으면 해결될 수 없다.

오랜 시간 낙태 실태가 개선되기를 기다려온 산부인과는 낙태를 줄이는 법 개정이 조속히 되기를 바란다. 낙태를 합법화한 국가들도 낙태법을 폐지한 게 아니라 사회적 합의 과정을 거쳐 정한 범위와 절차 안에서 허용하고 있다. 낙태법을 폐지하자거나 태아가 생존 가능성이 있는 시기의 낙태도 허용하자는 주장은 낙태의 실상을 잘 알고 있는 의사들로서는 도저히 받아들일 수 없다. 이는 의사들에게 살인을 요구하는 것이다.

산부인과는 낙태한 여성이 처벌받는 것을 원치 않는다. 그러나 모든 아기들이 건강하게 태어나기를 바라며, 여성들이 낙태 안 해도 되는 세상이 빨리 오기를 바란다. -끝-



관련 법률안

- 「형법 일부개정법률안」
(2020. 10. 12. 권인숙의원 대표발의)
- 「형법 일부개정법률안」
(2020. 11. 5. 이은주의원 대표발의)
- 「형법 일부개정법률안」
(2020. 11. 13. 조해진의원 대표발의)
- 「형법 일부개정법률안」
(2020. 11. 25. 정부)
- 「형법 일부개정법률안」
(2020. 11. 27. 박주민의원 대표발의)
- 「형법 일부개정법률안」
(2020. 12. 2. 서정숙의원 대표발의)

형법 일부개정법률안

(권인숙의원 대표발의)

의안 번호	4483
----------	------

발의연월일 : 2020. 10. 12.

발 의 자 : 권인숙·류호정·심상정

양이원영·용혜인·유정주

윤미향·이수진(비)·이은주

장혜영·정춘숙 의원

(11인)

제안이유 및 주요내용

2019년 4월 11일 헌법재판소는 낙태죄 처벌 조항에 대한 헌법불합치 결정을 통해 형법 상 제재가 여성에게 임신을 유지하고 출산을 강제하는 효과가 제한적임을 인정하고, 형법상 자기낙태죄 조항의 실효성을 의문시하면서 사회·경제적 사유로 인한 낙태갈등상황의 중대성을 종합하여 볼 때 낙태죄가 임신한 여성의 자기결정권을 침해하는 위헌적 규정이라고 판결하였음.

여성의 신체적 조건이나 상황이 다르고 정확한 임신주수를 인지하거나 특정하기 어려운 현실에서 임신주수 내지 허용사유별로 낙태의 허용 여부를 구분하여 처벌하는 현행법은 여성의 임신중단 현실과도 맞지 않을 뿐만 아니라 명확성의 원칙에도 어긋남. 게다가 낙태죄는 불법적·음성적 낙태시술을 낳고 여성이 양질의 안전한 임신중단 서비스가 제공되지 못하게 함으로써 그간 여성의 생명과 건강을 위협해

왔음.

따라서 낙태행위 처벌이 아닌 원치 않는 임신·출산으로부터 안전하게 임신중단할 여성의 권리를 보장하고 낙태죄 폐지를 전제로 적절한 피임서비스 보장을 통해 인공임신중단서비스를 최소화하고, 불가피하게 발생하는 임신중단에 대해 정부는 모든 여성에게 안전한 임신중단 서비스의 접근을 보장하여 여성의 건강과 인권을 보호하기 위한 방향으로 범정책이 전환될 필요가 있음.

이에 낙태죄를 폐지하고, 여성의 임신중단에 대한 자기결정권 보장을 위하여 「형법」 제27장 낙태의 죄를 삭제함(안 제269조·제270조).

참고사항

이 법률안은 권인숙의원이 대표발의한 「모자보건법 일부개정법률안」(의안번호 제4484호)의 의결을 전제로 하는 것이므로 같은 법률안이 의결되지 아니하거나 수정의결되는 경우에는 이에 맞추어 조정되어야 할 것임.

법률 제 호

형법 일부개정법률안

형법 일부를 다음과 같이 개정한다.

제2편 제27장(제269조 및 제270조)을 삭제한다.

부 칙

이 법은 공포한 날부터 시행한다.

신·구조문대비표

현 행	개 정 안
第27章 落胎의 罪	<삭 제>
第269條(落胎) ① 婦女가 藥物 其他 方法으로 落胎한 때에는 1年 以下の 懲役 또는 200萬원 以下の 罰金에 處한다. ② 婦女的 囑託 또는 承諾을 받아 落胎하게 한 者도 第1項의 刑과 같다. ③ 第2項의 罪를 犯하여 婦女를 傷害에 이르게 한 때에는 3年 以下の 懲役に 處한다. 死亡에 이르게 한 때에는 7年 以下の 懲役に 處한다.	<삭 제>
第270條(醫師等の 落胎, 不同意落胎) ① 醫師, 韓醫師, 助産師, 藥劑師 또는 藥種商이 婦女的 囑託 또는 承諾을 받아 落胎하게 한 때에는 2年 以下の 懲役に 處한다. ② 婦女的 囑託 또는 承諾없이 落胎하게 한 者는 3年 以下の 懲役に 處한다	<삭 제>

③ 第1項 또는 第2項의 罪를 犯하여 婦女를 傷害에 이르게 한 때에는 5年 以下の 懲役に 處한다. 死亡에 이르게 한 때에 는 10年 以下の 懲役に 處한다. ④ 前3項의 境遇에는 7年 以下 의 資格停止를 併科한다	
---	--

형법 일부개정법률안 (이은주의원 대표발의)

의안 번호	4979
----------	------

발의연월일 : 2020. 11. 5.

발 의 자 : 이은주 · 강은미 · 류호정
장혜영 · 이수진(비) · 권인숙
용혜인 · 심상정 · 배진교
강민정 의원(10인)

제안이유 및 주요내용

2019년 4월 헌법재판소는 「형법」상 자기낙태죄 및 의사낙태죄에 대해 헌법 불합치 결정을 한 바 있음. 현재는 임신한 여성의 자기결정권을 제한하는 정도가 최소 침해성을 위반한다고 판시하고(2017헌바127), 2020년 12월 31일을 시한으로 국회의 법 개정 시까지만 이 법이 적용될 수 있도록 하였음.

안전하지 않은 임신중단을 원하는 여성은 없음. 임신중단을 범죄로 처벌하는 것은 임신중단에 대한 사회적 편견과 낙인을 가져와 궁극적으로 임신중단을 음성화하여 여성 건강의 안전성을 담보하기 어렵게 만들고 있음. 그동안 낙태의 죄는 고스란히 여성의 몫이었음.

이에 임신중단 여성과 의료인에 대한 처벌을 폐지하여 임신중단이 범죄의 영역에서 다루어지지 않도록 하고, 원치 않는 임신 방지를 위한 피임과 성적권리에 관한 교육 및 정보제공을 강화하고, 불가피하게

발생하는 임신중단에 대해서는 안전한 임신중단 서비스를 보장하여 모든 사람이 인간의 존엄을 바탕으로 임신·출산등과 양육의 전 과정에서 권리를 보장받고, 체계적이고 효과적인 지원을 받을 수 있도록 하고자 함.

이에 「형법」 제27장 낙태의 죄를 삭제함(안 제269조·제270조).

참고사항

이 법률안은 이은주의원이 대표발의한 「모자보건법 일부개정법률안」(의안번호 제4983호)의 의결을 전제로 하는 것이므로 같은 법률안이 의결되지 아니하거나 수정의결 되는 경우에는 이에 맞추어 조정되어야 할 것임.

법률 제 호

형법 일부개정법률안

형법 일부를 다음과 같이 개정한다.

제10조의 제목 “(심신장애인)”을 “(장애인)”으로 하고 같은 조 제1항부터 제3항까지 중 “심신장애”를 각각 “장애”로 한다.

제2편 제27장(제269조 및 제270조)을 삭제한다.

부 칙

이 법은 공포 한 날부터 시행한다.

신 · 구조문대비표

현 행	개 정 안
제10조(심신장애인) ① 심신장애 로 인하여 사물을 변별할 능력 이 없거나 의사를 결정할 능력 이 없는 자의 행위는 벌하지 아니한다.	제10조(장애인) ① 장애----- ----- ----- -----.
② 심신장애로 인하여 전항의 능 력이 미약한 자의 행위는 형을 감경할 수 있다.	② 장애----- ----- -----.
③ 위험의 발생을 예견하고 자의 로 심신장애를 야기한 자의 행 위에는 전2항의 규정을 적용하 지 아니한다.	③ ----- ---장애----- ----- -----.
第27章 落胎의 罪	<삭 제>
第269條(落胎) ① 婦女가 藥物 其 他 方法으로 落胎한 때에는 1 年 以下の 懲役 또는 200萬圓 以下の 罰金에 處한다.	<삭 제>
② 婦女의 囑託 또는 承諾을 받아 落胎하게 한 者도 第1項 의 刑과 같다.	
③ 第2項의 罪를 犯하여 婦女 를 傷害에 이르게 한 때에는 3 年 以下の 懲役に 處한다. 死亡	

에 이르게 한 때에는 7年 以下
의 懲役に 處한다.

第270條(醫師等의 落胎, 不同意落

胎) ① 醫師, 韓醫師, 助産師,
藥劑師 또는 藥種商이 婦女의
囑託 또는 承諾을 받아 落胎하
게 한 때에는 2年 以下の 懲役
에 處한다.

② 婦女의 囑託 또는 承諾없이
落胎하게 한 者는 3年 以下の
懲役に 處한다

③ 第1項 또는 第2項의 罪를
犯하여 婦女를 傷害에 이르게
한 때에는 5年 以下の 懲役に
處한다. 死亡에 이르게 한 때에
는 10年 以下の 懲役に 處한다.

④ 前3項의 境遇에는 7年 以下
의 資格停止를 併科한다

<삭 제>

형법 일부개정법률안 (조해진의원 대표발의)

의안 번호	5295
----------	------

발의연월일 : 2020. 11. 13.

발 의 자 : 조해진 · 신원식 · 이태규
김영식 · 이달곤 · 김기현
이채익 · 박수영 · 강기윤
성일종 · 김미애 · 서정숙
전봉민 · 정점식 · 윤한홍
박성민 의원(16인)

제안이유

헌법재판소는 2019. 4. 11. 「형법」 제270조제1항 위헌확인결정에서, 태아의 생명을 보호하기 위한 해당 조항의 입법목적의 정당성을 인정하면서도, 임신기간 전체를 통틀어 모든 낙태를 전면적·일률적으로 금지하는 것은 임신한 여성의 자기결정권을 제한하므로 헌법에 합치되지 않지만, 단순 위헌결정을 할 경우 임신 기간 전체에 걸쳐 행해진 모든 낙태를 처벌할 수 없게 되는 법적으로 용인되기 어려운 법적 공백이 생기므로 2020. 12. 31.까지 개선입법을 해야 할 의무가 있다고 결정하였음.

이에 따라 낙태죄 조항의 입법목적인 태아의 생명권과 여성의 자기결정권 및 여성의 건강권을 모두 고려한 조화로운 방안으로써 낙태의 전면적인 금지가 아닌, 태아의 심박동이 존재하는 시점을 기준으로 하

여 생명권을 최대한 보호하도록 하되 헌법재판소 결정의 취지를 최대한 반영하여 사회적 또는 경제적 사유 등으로 인하여 불가피한 낙태의 경우에도 일부 위법성을 조각하도록 함.

다만, 위 기간은 낙태로 인하여 여성의 건강이 침해되지 아니하는 것으로 의학적으로 인정되는 기준인 임신 10주를 한도로 하며, 예외적으로 임신의 지속이 태아와 여성의 생명 또는 건강에 중대한 위험이 되는 경우 임신 20주의 범위 내에서 인공임신중절시술을 인정함. 한편, 법으로 허용되는 인공임신중절시술은 모자보건법에 따라 인공임신중절 시술기관으로 지정된 의료기관 내에서 의사에 의해서만 이루어지도록 함으로써 인공임신중절을 원하는 여성의 건강 및 자기결정권과 의사의 양심의 자유를 최대한 조화롭게 보호할 수 있도록 함.

주요내용

가. 누구든지 부녀로 하여금 낙태를 하게한 때에는 낙태와 같은 형에 처함(안 제269조제4항 신설).

나. 헌법재판소의 결정취지를 감안하여 심박동이 감지되기 이전인 임신 6주 미만의 태아에 대한 낙태는 처벌하지 아니하고, 헌법재판소의 결정에서 나타난 여성의 자기 결정권과 태아의 생명권에 대한 조화로운 보호를 위하여 의사의 낙태에 대하여 기간별로 다른 위법성 조각사유를 규정함(안 제270조의2 신설).

참고사항

이 법률안은 조해진의원이 발의한 「모자보건법 일부개정법률안」(의안번호 제5311호)의 의결을 전제로 하는 것이므로 같은 법률안이 의결되지 아니하거나 수정의결되는 경우에는 이에 맞추어 조정되어야 할 것임.

형법 일부개정법률안

형법 일부를 다음과 같이 개정한다.

제269조에 제4항을 다음과 같이 신설한다.

- ④ 누구든지 부녀로 하여금 제1항 또는 제2항의 죄를 범하게 한 때에는 제1항과 같은 형에 처한다.

제270조의2를 다음과 같이 신설한다.

제270조의2(낙태의 허용한계) ① 제269조제1항, 제2항 또는 제270조제1항의 행위가 임신 6주 이내에 의사에 의하여 의학적으로 인정된 방법으로 이루어진 때에는 처벌하지 아니한다.

- ② 제269조제1항, 제2항 또는 제270조제1항의 행위가 임신 10주 이내에 의사에 의하여 의학적으로 인정된 방법에 따라 이루어지고 다음 각 호의 어느 하나에 해당되는 경우에는 처벌하지 아니한다. 다만, 제2호에 해당하는 경우에는 임신한 여성이 「모자보건법」에서 정한 상담을 받고, 7일 이상이 경과하여야 한다.

1. 법률상 혼인할 수 없는 혈족 또는 인척간에 임신된 경우
2. 임신의 지속이 임신한 여성의 사회·가정생활을 중단케 하거나 불가능하게 할 경우임이 명백한 경우

- ③ 제269조제1항, 제2항 또는 제270조제1항의 행위가 임신의 지속이

의학적 이유로 임신한 여성의 건강 또는 강간·준강간으로 인하여 임신된 경우 또는 생명을 심각하게 해치는 것임이 명백한 사유로 임신 20주 이내에 의사에 의하여 의학적으로 인정된 방법으로 이루어진 때에는 처벌하지 아니한다.

부 칙

이 법은 2021년 1월 1일부터 시행한다.

신 · 구조문대비표

[illegible]

1. 법률상 혼인할 수 없는 혈족

또는 인척 간에 임신된 경우

2. 임신의 지속이 임신한 여성

의 사회·가정생활을 중단케

하거나 불가능하게 할 경우임

이 명백한 경우

③ 제269조제1항, 제2항 또는

제270조제1항의 행위가 임신의

지속이 의학적 이유로 임신한

여성의 건강 또는 강간·준강

간으로 인하여 임신된 경우 또

는 생명을 심각하게 해치는 것

임이 명백한 사유로 임신 20주

이내에 의사에 의하여 의학적

으로 인정된 방법으로 이루어

진 때에는 처벌하지 아니한다.

형법 일부개정법률안

의안 번호	5733
----------	------

제출연월일 : 2020. 11. 25.

제 출 자 : 정 부

제안이유 및 주요내용

임신한 여성의 자기낙태를 처벌하는 제269조제1항 및 의사 등이 임신한 여성의 촉탁 또는 승낙을 받아 낙태하게 한 경우를 처벌하는 제270조제1항 중 의사에 관한 부분에 대하여 헌법재판소가 헌법불합치결정(헌법재판소 2019. 4. 11. 선고, 2017헌바127)을 함에 따라, 헌법재판소의 결정 취지를 반영하여 의사에 의하여 의학적으로 인정된 방법으로 임신 14주 이내에 이루어진 낙태행위를 처벌 대상에서 제외하고, 임신의 지속이 사회적 또는 경제적 이유로 임신한 여성을 심각한 곤경에 처하게 하거나 처하게 할 우려가 있는 경우로서 「모자보건법」에 따른 임신의 유지·종결 등에 대한 상담을 받고 24시간이 지난 후에 의사에 의하여 의학적으로 인정된 방법으로 임신 24주 이내에 이루어진 낙태행위 등을 처벌 대상에서 제외하려는 것임.

참고사항

이 법률안은 이미 제출되어 있는 「모자보건법 일부개정법률안」(의안번호 제5459호)의 의결을 전제로 하므로, 같은 법률안이 의결되지 아니하거나 수정의결되는 경우에는 이에 맞추어 조정되어야 할 것임.

형법 일부개정법률안

형법 일부를 다음과 같이 개정한다.

第2編第27章에 제270조의2를 다음과 같이 신설한다.

제270조의2(낙태의 허용요건) ① 제269조제1항·제2항 또는 제270조제1항의 행위가 임신 14주 이내에 의사에 의하여 의학적으로 인정된 방법으로 이루어진 때에는 처벌하지 아니한다.

② 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우로서 제269조제1항·제2항 또는 제270조제1항의 행위가 임신 24주 이내에 의사에 의하여 의학적으로 인정된 방법으로 이루어진 때에는 처벌하지 아니한다.

1. 강간 또는 준강간(準強姦) 등 범죄행위로 임신된 경우

2. 법률상 혼인할 수 없는 혈족 또는 인척 사이에 임신된 경우

3. 다음 각 목의 요건에 모두 해당하는 경우

가. 임신의 지속이 사회적 또는 경제적 이유로 임신한 여성을 심각한 곤경에 처하게 하거나 처하게 할 우려가 있을 것

나. 임신한 여성이 「모자보건법」에 따른 임신의 유지·종결에 대한 상담을 받고, 그 때부터 24시간이 지났을 것

4. 임신의 지속이 보건의학적 이유로 임신한 여성의 건강을 심각하게 해치고 있거나 해칠 우려가 있는 경우

③ 임신한 여성이 「모자보건법」에 따른 임신의 유지·종결에 대한 상담을 통하여 임신의 지속, 출산 및 양육에 관한 충분한 정보를 얻고 숙고(熟考)한 끝에 임신을 지속할 수 없다는 자기 결정에 이른 경우에는 제2항제3호가목에 해당하는 것으로 추정한다.

부 칙

이 법은 공포한 날부터 시행한다.

신 · 구조문대비표

현 행	개 정 안
<u><신 설></u>	<u>제270조의2(낙태의 허용요건) ①</u> <u>제269조제1항·제2항 또는 제</u> <u>270조제1항의 행위가 임신 14</u> <u>주 이내에 의사에 의하여 의학</u> <u>적으로 인정된 방법으로 이루</u> <u>어진 때에는 처벌하지 아니한</u> <u>다.</u> <u>② 다음 각 호의 어느 하나에</u> <u>해당하는 경우로서 제269조제1</u> <u>항·제2항 또는 제270조제1항</u> <u>의 행위가 임신 24주 이내에</u> <u>의사에 의하여 의학적으로 인</u> <u>정된 방법으로 이루어진 때에</u> <u>는 처벌하지 아니한다.</u> <u>1. 강간 또는 준강간(準強姦)</u> <u>등 범죄행위로 임신된 경우</u> <u>2. 법률상 혼인할 수 없는 혈</u> <u>족 또는 인척 사이에 임신된</u> <u>경우</u> <u>3. 다음 각 목의 요건에 모두</u> <u>해당하는 경우</u> <u>가. 임신의 지속이 사회적</u> <u>또는 경제적 이유로 임신</u>

한 여성을 심각한 곤경에
처하게 하거나 처하게 할
우려가 있을 것

나. 임신한 여성이 「모자보
건법」에 따른 임신의 유
지·종결에 대한 상담을
받고, 그 때부터 24시간이
지났을 것

4. 임신의 지속이 보건의학적
이유로 임신한 여성의 건강
을 심각하게 해치고 있거나
해칠 우려가 있는 경우

③ 임신한 여성이 「모자보건
법」에 따른 임신의 유지·종
결에 대한 상담을 통하여 임신
의 지속, 출산 및 양육에 관한
충분한 정보를 얻고 숙고(熟
考)한 끝에 임신을 지속할 수
없다는 자기 결정에 이른 경우
에는 제2항제3호가목에 해당하
는 것으로 추정한다.

형법 일부개정법률안 (박주민의원 대표발의)

의안 번호	5847
----------	------

발의연월일 : 2020. 11. 27.

발 의 자 : 박주민 · 권인숙 · 김홍걸
배진교 · 심상정 · 양이원영
유정주 · 윤미향 · 이수진^(비)
이은주 · 장혜영 의원
(11인)

제안이유

헌법재판소는 2019. 4. 11. 임신 중지에 대한 여성의 자기결정권을 보장하라며, 「형법」 제269조 제1항과 동법 제270조 제1항에 대해 헌법불합치 결정을 내리고, 2020. 12. 31.까지 입법 개선을 명하였음(헌재 2019. 4. 11. 결정 2017헌바127).

헌법재판소는 “임신한 여성이 임신을 유지 또는 종결할 것인지 여부를 결정하는 것은 스스로 선택한 인생관·사회관을 바탕으로 자신이 처한 신체적·심리적·사회적·경제적 상황에 대한 깊은 고민을 한 결과를 반영하는 전인적(全人的) 결정”이라고 판시한 내용을 토대로 임신 중지행위의 전면적 비범죄화 및 낙태죄에 대해 자신의 몸으로 임신·낙태를 하는 여성의 자기결정권을 고려할 필요가 있음. 더욱이 확일적으로 일정 임신 주수를 기준삼아 형벌을 면제하거나 부과하는 것은 형사처벌 기준의 명확성에 어긋나 타당하지 않음.

따라서 임신한 여성이 임신의 유지 또는 종결에 관해 내린 전인적 결정을 존중해야 한다는 헌법재판소의 결정 취지 및 여성이 재생산권의 주체임을 고려하여, 「형법」 제27장 ‘낙태의 죄’의 제269조(낙태), 제270조(의사 등의 낙태, 부동의낙태)를 삭제하고자 함.

주요내용

제27장 ‘낙태의 죄’ 전 조항을 삭제함(제269조 및 제270조 삭제).

법률 제 호

형법 일부개정법률안

형법 일부를 다음과 같이 개정한다.

제11조를 다음과 같이 한다.

제11조(청각 및 언어 장애인) 청각 및 언어 장애인의 행위는 형을 감경한다.

제2편 제27장(제269조 및 제270조)을 삭제한다.

부 칙

이 법은 공포한 날부터 시행한다.

신·구조문대비표

현행	개정안
<u>第11條(聾啞者) 聾啞者의 行爲는 刑을 減輕한다.</u> <u>第27章 落胎의 罪</u> <u>第269條(落胎) ①婦女가 藥物 其他 方法으로 落胎한 때에는 1年 以下の 懲役 또는 200萬圓 以下の 罰金에 處한다.</u> <u>②婦女의 囑託 또는 承諾을 받아 落胎하게 한 者도 第1項의 刑과 같다.</u> <u>③第2項의 罪를 犯하여 婦女를 傷害에 이르게 한 때에는 3年 以下の 懲役に 處한다. 死亡에 이르게 한 때에는 7年 以下の 懲役に 處한다.</u> <u>第270條(醫師 等の 落胎, 不同意 落胎) ①醫師, 韓醫師, 助産師, 藥劑師 또는 藥種商이 婦女의 囑託 또는 承諾을 받아 落胎하게 한 때에는 2年 以下の 懲役에 處한다.</u> <u>②婦女의 囑託 또는 承諾없이</u>	<u>제11조(청각 및 언어 장애인) 청각 및 언어 장애인의 행위는 형을 감경한다.</u> <u><삭 제></u> <u><삭 제></u> <u><삭 제></u>

落胎하게 한 者는 3年 以下の
懲役に 處한다

③第1項 또는 第2項의 罪를 犯
하여 婦女를 傷害에 이르게 한
때에는 5年 以下の 懲役に 處
한다. 死亡에 이르게 한때에는
10年 以下の 懲役に 處한다.

④前 3項의 境遇에는 7年 以下
의 資格停止를 併科한다.

형법 일부개정법률안 (서정숙의원 대표발의)

의안 번호	6017
----------	------

발의연월일 : 2020. 12. 1.

발 의 자 : 서정숙 · 신원식 · 권명호
이종성 · 최형두 · 윤영석
장대식 · 김상훈 · 서일준
이종배 · 김미애 의원
(11인)

제안이유

2019년 4월 11일 헌법재판소는 자기 낙태죄와 의사 등 낙태죄에 대하여 헌법불합치 결정을 내리고, 관련 규정에 대하여 2020년 12월 31일까지 개정해야 한다고 판시한 바 있음.

이에 따라 낙태죄의 존치 여부와 세부적인 개정방향에 대해 지난 1년 넘는 기간 동안 사회적 합의를 제대로 이뤄내지 못한 상태에서, 최근 정부가 형법과 모자보건법 일부개정안을 발표하였으나, 낙태죄 폐지를 주장하는 측과 반대하는 측 모두의 비판을 받고 있는 상황임

이에 헌법재판소의 결정에서 명시적으로 요구한 태아의 생명권 보호와 여성의 자기결정권이 조화를 이룰 수 있는 범위를 정하여 낙태죄의 위법성 조각사유로 규정하고, 의사 등의 자 이외의 자에 의하여 이루어 질 수 있는 간접적 낙태행위에 대한 처벌이 가능하도록 규정을 정비하며, 낙태 시술에 관한 광고·알선행위를 금지함으로써 낙태

가 일부 합법화됨에 따라 발생할 수 있는 낙태의 산업화를 막고자 함.

주요내용

가. 의사 등 낙태죄의 주체를 누구든지로 변경하여 낙태에 있어 이 법과 모자보건법에 정한 이외에는 제3자의 개입에 의한 낙태를 배제하고 동의낙태에 관한 규정이 중복되는 것을 고려하여 이를 통합함(안 제269조 및 제270조).

나. 기존 모자보건법에 규정되어 있던 낙태 허용요건을 현실화하고, 상담을 거치도록 절차를 정비하되 임신의 지속이 임부의 생명을 위태롭게 하는 경우에는 임신기간에 제한 없이 의학적 방법에 의하여 이루어지도록 하고, 그 이외의 사유로 인한 낙태 허용기간은 낙태로 인한 여성의 건강권 침해를 막을 수 있는 최소 기간인 10주로 제한함(안 제270조의2).

다. 낙태를 권고하거나 조장할 수 있는 알선 및 광고행위를 금지함(안 제270조의3).

참고사항

이 법률안은 서정숙의원이 대표발의한 「모자보건법 일부개정법률안」(의안번호 제6020호)의 의결을 전제로 하는 것이므로 같은 법률안이 의결되지 아니하거나 수정의결 되는 경우에는 이에 맞추어 조정되

어야 할 것임.

형법 일부개정법률안

형법 일부를 다음과 같이 개정한다.

제269조제2항을 다음과 같이 하고, 같은 조 제3항을 삭제한다.

- ② 제1항의 죄를 범하여 부녀를 상해에 이르게 한 때에는 3년 이하의 징역에 처한다. 사망에 이르게 한 때에는 7년 이하의 징역에 처한다.

제270조 제목 중 “의사 등의 낙태”를 “제3자에 의한 낙태”로 하고, 같은 조 제1항의 “의사, 한의사, 조산사, 약제사 또는 약종상이”를 “누구든지”로 한다.

제27장에 제270조의2 및 제270조의3을 다음과 같이 신설한다.

제270조의2(낙태의 위법성 조각사유) ① 임신의 지속이 임부의 생명을 위태롭게 하는 경우로서 제269조제1항, 제2항 및 제270조제1항의 행위가 「모자보건법」에 따라 지정된 의료기관에서 의학적으로 인정된 방법으로 이루어진 때에는 벌하지 아니한다.

- ② 제269조제1항, 제2항 및 제270조제1항의 행위가 임신 10주 이내에 「모자보건법」에서 지정하는 의료기관을 통하여 의학적으로 인정된 방법에 따라 이루어지고 다음 각 호의 어느 하나에 해당되는 경우에는 처벌하지 아니한다. 다만, 제2호에 해당하는 경우에는 임

신한 여성이 「모자보건법」에서 정한 상담을 받고, 72시간 이상이 경과하여야 한다.

1. 강간 또는 준강간으로 인하여 임신한 경우
2. 임신한 여성이 사회적 또는 경제적 이유 등으로 인하여 임신의 지속을 원하지 않는 경우

제270조의3(낙태에 관한 알선·광고금지) 누구든지 낙태에 관한 여이를 알선하거나 광고하는 경우 징역 1년 이하 또는 200만원 이하의 벌금에 처한다.

부 칙

이 법은 2021년 1월 1일부터 시행한다.

신 · 구조문대비표

현행	개정안
제269조(낙태) ① (생략) ② <u>부녀의 촉탁 또는 승낙을 받아 낙태하게 한 자도 제1항의 형과 같다.</u> ③ <u>제2항의 죄를 범하여 부녀를 상해에 이르게 한 때에는 3년 이하의 징역에 처한다. 사망에 이르게 한 때에는 7년 이하의 징역에 처한다.</u>	제269조(낙태) ① (현행과 같음) ② <u>제1항의 죄를 범하여 부녀를 상해에 이르게 한 때에는 3년 이하의 징역에 처한다. 사망에 이르게 한 때에는 7년 이하의 징역에 처한다.</u> ③ <삭제>
제270조(<u>의사 등의 낙태, 부동산의 낙태</u>) ① <u>의사, 한의사, 조산사, 약제사 또는 약종상이 부녀의 촉탁 또는 승낙을 받아 낙태하게 한 때에는 2년 이하의 징역에 처한다.</u> ② ~ ④ (생략) <u><신설></u>	제270조(<u>제3자에 의한 낙태, 부동산의 낙태</u>) ① <u>누구든지</u> ----- ----- ----- ----- -----. ② ~ ④ (현행과 같음) 제270조의2(<u>낙태의 위법성 조각사유</u>) ① <u>임신의 지속이 임부의 생명을 위태롭게 하는 경우로서 제269조제1항, 제2항 및 제270조제1항의 행위가 「모자보건법」에 따라 지정된 의료기관에</u>

<신 설>

서 의학적으로 인정된 방법으로 이루어진 때에는 벌하지 아니한다.

② 제269조제1항, 제2항 및 제270조제1항의 행위가 임신 10주 이내에 「모자보건법」에서 지정하는 의료기관을 통하여 의학적으로 인정된 방법에 따라 이루어지고 다음 각 호의 어느 하나에 해당되는 경우에는 처벌하지 아니한다. 다만, 제2호에 해당하는 경우에는 임신한 여성이 「모자보건법」에서 정한 상담을 받고, 72시간 이상이 경과하여야 한다.

1. 강간 또는 준강간으로 인하여 임신한 경우
2. 임신한 여성이 사회적 또는 경제적 이유 등으로 인하여 임신의 지속을 원하지 않는 경우

제270조의3(낙태에 관한 알선·광고금지) 누구든지 낙태에 관하여 이를 알선하거나 광고하는 경우 징역 1년 이하 또는 200만원 이하의 벌금에 처한다.