

낙태죄헌법소원백서

발간사

김도형 민주사회를 위한 변호사모임 회장

1953년 제정 형법에 들어 있던 낙태의 죄(제269조, 제270조)는 66년 동안 한국 여성의 재생산적 결정을 범죄로 다루었습니다. 낙태죄는 1960년대 이후 국가주도적 인구제한 정책과 복합적으로 작용하여 개인과 가족의 선택과 고민을 국가가 통제할 수 있는 문제로 취급해 왔습니다. 마침내 헌법재판소는 2019년 4월 11일 형법 제269조 제1항과 제270조 제1항은 우리 헌법과 기본권 체계에 어긋난다고 위헌 선언을 하는 헌법불합치 결정을 내렸습니다. 아직도 우리 사회에는 성평등과 관련한 많은 숙제가 남아 있지만, 이날만은 모두가 기뻐한 뜻깊은 순간이었습니다.

“임신·출산·육아는 여성의 삶에 근본적이고 결정적인 영향을 미칠 수 있는 중요한 문제이므로, 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”이라는 헌법재판소의 판단은 여성의 재생산 결정뿐만 아니라 삶에 있어서 평등한 선택과 가능성을 보장해야 하는 순간마다 기억되어야 할 문구일 것입니다.

이 역사적인 순간은 수십 년간 수없이 많은 분의 목소리냄을 통하여 만들어진 것입니다. 여성들은 다양한 방식으로 자신의 목소리를 담았고, 여성인권단체, 시민사회단체, 법률가들은 꾸준히 문제를 제기했습니다. 역사는 기억하고 목소리 내는 사람들에 의해 비로소 변화할 수 있었습니다.

2017년부터 낙태죄 위헌 소송을 진행한 우리 모임도 역사적이고 집단적인 기록에 더하고자 백서 발간을 준비하게 되었습니다. 이 백서는 수년의 헌법소원 진행 기간 동안 제출된 대리인단의 주장과 서면, 많은 기관, 단체들의 탄원서 등을 포함한 법적 공방과 사회적 대화, 참여한 대리인단의 소회 및 낙태죄 위헌 결정 이후의 후속 과정과 현황까지의 기록을 담고 있습니다. 2003년 발간 ‘호주제 폐지를 위한 소송백서’에 이어 또 한 번 역사적 기록을 널리 알릴 수 있게 되어 우리 모임의 영광으로 생각합니다. 앞으로 이 백서가 성평등한 사회를 위한 소중한 연구자료로 사용되기를 바랍니다.

아울러 역사적인 승리를 넘어 백서 발간이라는 마지막 변론을 마친 여성인권위원회, 위헌소송 대리인단, 백서 발간팀에게 축하와 감사의 인사를 드립니다.

끝으로 이 백서가 부당함에 저항하는 불굴의 의지와 진보에 대한 희망을 되새기는 기록으로 많은 사람들에게 닿아서 사회정의 실현을 위한 또 하나의 밑거름이 될 수 있기를 희망합니다.

축하의 글

이상희 민주사회를 위한 변호사 모임 공익인권변론센터 센터장

5.18 광주민중항쟁을 표현한 홍성담 화백의 대형 걸개그림 ‘오월의 문, 윤상원의 눈’의 왼쪽 아래에는 흰 종이 앞에 무릎을 꿇고 붓을 들어 광주민중항쟁의 현장을 그리고 있는 화가의 모습이 보입니다. 역사의 현장을 그림으로 남기고자 하는 화가의 모습에서, 낙태죄의 폐지를 위해 길거리에서, 법정에서, 그리고 일상에서 묵묵히 그 자리를 지키며 투쟁해 온 많은 사람들의 모습이 떠올랐습니다. 이 백서는 낙태죄 위헌소송의 법정 투쟁을 모두 담았다는 점에서 여성인권의 서사를 기록한 한편의 ‘대형 걸개그림’이라고 할 수 있겠습니다.

공익인권변론센터는 이 역사적인 낙태죄 위헌소송을 변론사건으로 지정하고 낙태죄 위헌소송 대리인단의 활동을 지원하였습니다. 대리인단은 치열하게 공부하고 현장으로 달려가 당사자들의 목소리를 직접 들으며 낙태죄가 어떻게 여성의 삶을 억압해 왔는지를 살아 있는 글로 기록하고 구두변론을 통해 당사자들의 목소리를 대변하고 재판부를 설득했습니다. 대리인단뿐만 아니라 민변의 여성인권위원회 소속 변호사들도 법정 밖에서 토론회와 언론 기고로 낙태죄 폐지를 줄기차게 주장하며 변론활동을 지원했습니다.

결국 헌법재판소는 2019년 4월 11일, ‘임신한 여성이 임신을 유지 또는 종결할 것인지 여부를 결정하는 것은 인생관·사회관을 바탕으로 자신이 처한 신체적·심리적·사회적·경제적 상황에 대한 깊은 고민을 한 결과를 반영하는 전인적(全人的) 결정’이라고 보고 ‘광범위한 사회적·경제적 사유로 인하여 낙태갈등 상황을 겪고 있는 경우까지도 예외 없이 전면적·일률적으로 임신한 여성에게 임신의 유지 및 출산을 강제하고 낙태죄로 처벌하는 것은 여성의 자기결정권을 침해하는 위헌적인 규정’이라고 결정(헌법불합치결정)하였습니다.

공익인권변론센터는 설립 5주년을 맞아 10대 주요 공익변론사건을 선정하여 시민 200명을 상대로 가장 기억에 남는 사건에 대한 설문조사를 진행했습니다. 그 가운데에서 ‘여성의 자기결정권과 인간의 존엄성을 침해하는 낙태죄의 헌법불합치 결정’이 74.5%의 압도적으로 높은 지지를 받았습니다. 낙태죄 위헌결정이 사회적 소수자와 약자의 인권보호에 기여하고, 사회적으로 많은 관심을 불러일으켜 우리 사회의 인권을 증진하는 중요한 단초를 제공했다고 본 것이 그 이유였습니다.

낙태죄 폐지를 위한 시민들의 지난한 투쟁과 끈끈한 연대, 그리고 법정소송은 인권의 시계를 성큼 앞으로 나아가게 한 모범답안이 되었습니다. 아무쪼록 많은 분들이 낙태죄 위헌소송의 역사를 돌아보고 우리 사회의 인권의 지평을 한층 넓혀가는 데 이 백서가 작은 디딤돌이 되기를 바랍니다.

서문

박수진 민주사회를 위한 변호사 모임 여성인권위원회 위원장

낙태죄가 66년 만에 사라졌다. 헌법재판소는 2019년 4월 11일 형법상 낙태죄 규정에 대해 7:2로 헌법불합치 결정을 내렸다. 2012년 합헌 결정 7년 만에 두 번째 헌법소원에서 중대한 역사적 진전이 이뤄진 것이다. 이번 결정은 단순위헌 의견 재판관 3명, 헌법불합치 의견 재판관 4명의 의견으로 압도적인 위헌의견이 제시되었다. 헌법재판소가 정한 입법시한인 2020. 12. 31.까지 조항의 효력은 유지되었지만, 국회가 그 기한을 넘기면서 본 백서를 발간하는 지금 한국에서 임부의 자기낙태를 금지하는 형법상의 규정은 더 이상 존재하지 않는다.

이번 위헌판결은 형법상 낙태죄 규정이 여성의 자기결정권을 과도하게 침해한다는 사실을 확인했다. 가장 주목할 점은 2012년 헌재결정에서 유지되었던 ‘태아의 생명권 대 여성의 자기결정권’이라는 이분화된 대립구도를 넘어섰다는 것이다. 헌법재판소는 “임신한 여성과 태아 사이의 특별한 관계로 인하여 그 대립관계는 단순하지 않다. (중략) 특별히 예외적인 사정이 없는 한, 임신한 여성의 안위가 곧 태아의 안위이며, 이들의 이해관계는 그 방향을 달리하지 않고 일치한다”고 선언했다. 태아의 생명권을 공익으로, 여성의 자기결정권을 사익으로 두고 임신중절을 두 권리의 충돌로 판단하는 것이 잘못되었다는 점을 명확히 지적한 것이다. 임부와 태아가 ‘대립’이 아닌 ‘상호’ 존재라는 점은 대리인단이 변론 초기부터 가장 많은 노력을 기울인 논증인데, 헌법재판소도 받아들여 이번 결정에 반영하였다.

2017년 2월 헌법소원심판 청구가 이뤄지고 결말이 나기까지 2년 2개월이 걸렸다. 그리 길지 않은 시간이나 집중적인 심리가 이뤄지고 치열한 논쟁이 전개됐다. 소송과 직접 관련이 없는 다양한 개인 및 단체가 헌법재판소에 제출한 낙태죄 폐지관련 탄원서와 의견서만 백권이 넘는다. 개진된 의견의 내용도 법률적인 논쟁의 틀을 갖고 있지만 생명윤리, 철학, 의학, 신학 등 실로 다양한 분야의 담론과 맥이 닿아 있다. 이번 위헌결정이 우리사회에 던지는 담론적 중요성과 제도적·정책적 파급효과를 동시에 실감할 수 있는 대목이다.

이번 위헌결정이 내려지기까지는 많은 분들의 숨은 노고가 있었다. 산부인과 의사인 청구인은 기존의 변호인이 있음에도 헌법소원에서 우리 대리인단의 추가 합류 제안을 흔쾌히 받아주었다. 소송이라는 힘든 상황에서도 본인과 무관한 형법 제269조 임부의 자기낙태기죄 변론을 우리 대리인단에게 허락해준 청구인의 결단과 용기가 없었다면, 이번 헌법소원에서 여성인권 차원에서의 접근과 위헌논증이 집중적으로 이뤄지긴 어려웠을 것이다. 한국여성단체연합, 한국여성민우회, 모두를위한낙태죄폐지공동행동, 한국여성의전화를 비롯한 많은 시민사회단체들이 소송을 준비하는 시점부터 하나로 뭉쳐 폭넓은 낙태죄 폐지운동을 벌였다. 그간 한국의 낙태죄 폐지 논의는 법조계나 정치권보다는 시민사회의 운동에 의존해온 측면이 크며, 이번 헌법소원 과정에서도 이들의 운동이 현실과 법 간의 괴리로 인한 여성의 고통을 법원에 전달하는 데 있어 대단히 중요한 역할을 하였다. 공개변

경과와 소회

김수정 낙태죄 위헌소송 대리인단 단장, 민주사회를 위한 변호사 모임 여성인권위원회 변호사

론의 참고인진술을 맡아주신 산부인과 전문의 고경심 선생님은 수십 년 간 의료현장에서의 경험을 바탕으로 낙태죄 존치로 인한 여성인권침해와 건강권 위협 현실을 재판정에서 생생히 증언해주셨다. 양현아 교수님을 비롯한 많은 연구자분들이 칼럼과 연구, 논문 등으로 여성의 임신중절 권리에 관한 논리를 풍부히 해주지 않았다면, 이번 헌법소원에서 건강권, 평등권, 여성의모성보호를 받을 권리, 재생산권 등 다양한 기본권을 기반으로 한 위헌논증을 정치하게 버리기 어려웠을 것이다. 이처럼 법정 안팎에서 제2, 제3의 대리인이 되어 큰 노고를 마다하지 않으신 많은 분들이 계셨기에 이번 결정이 가능하였으리라 생각한다.

그리고 우리 대리인단도 낙태죄 폐지를 향한 수많은 여성들의 열망에 미력하나마 힘을 보탤다. 9명의 변호사들은 개인 일정을 후순위로 두고 헌법소원 준비에 최선을 다했다. 단언컨대 우리 대리인단은 최고의 팀이었다. 김수정 변호사님은 대리인단 단장으로서 변론의 큰 방향을 잡아주고 후배변호사들 각자가 최대치의 능력을 집중력 있게 발휘할 수 있게 포용력 있는 리더십으로 팀을 이끌어주셨다. 특히 공개변론의 최후변론은 여성의 절박한 현실을 절제된 법논리로 표현한 최고의 변론이라는 세간의 평가를 받았다. 차혜령 변호사님이 공개변론 모두변론과 질의응답에서 보여주신 예리한 설명과 막힘없는 답변은 후배 변호사들로 하여금 실로 감탄을 자아냈다. 이소아 변호사님은 당시 광주에서 진행 중이던 당해 형사사건을 챙겨주시는 등 대리인단의 당해사건에 대한 선이해와 소통에 있어 큰 역할을 해주셨다. 이한본 변호사님은 여러 방송 프로그램에 토론자로 나서는 한편 시민단체들과의 토론회 등에서 입법전략을 세우는 일까지 도맡는 수고를 마다하지 않으셨다. 류민희 변호사님은 탁월한 네트워크력으로 변호인단이 여성·시민단체들과 원활하게 협력할 수 있도록 하였을 뿐만 아니라, 해외 입법동향 리서치, 국제기구와의 연대 등도 훌륭하게 맡아주셨다. 천지선 변호사님은 방대한 국내외 연구 조사를 토대로 대리인단에게 다양한 기본권 논증을 제안해주셨고, 최현정 변호사님은 특유의 치밀함과 성실함으로 참고인 섭외부터 절차진행까지 일일이 챙기며 재판이 잘 진행될 수 있도록 해주셨다. 유원정 변호사님은 공무원 신분임에도 조사와 연구, 변론요지서 집필까지 변호사 몇 사람의 일을 맡는 열정을 보여주셨다. 총 178면에 이르는 변론요지서를 준비하면서 모두가 자신의 몫 이상을 책임졌고, 그것이 공유되고 모아지는 과정에서 변호사와 결과물 모두가 성장하는 경험을 하였다. 오직 여성인권의 진전을 위하여 큰 노고와 헌신을 마다하지 않은 변호사님들에게 너무나 감사한 마음이다.

마지막으로 이 백서의 발간을 위하여 노력을 마다하지 않은 많은 분들께 감사인사를 드린다. 발간 실무 작업을 맡아 헌신해주신 백서준비TF의 김영주, 류민희, 조영신, 천지선, 최현정 변호사님 그리고 여성인권위원회 장길완 간사님께 진심으로 감사의 마음을 전한다. 더 이상 낙태죄는 존재하지 않지만, 여성의 임신·출산·양육에서의 온전한 권리보장을 위해서는 성·재생산 건강 및 권리보장을 위한 보다 포괄적인 기본법 마련과 보건의료 관련 법률 정비가 필요한 상황이다. 부디 이 백서가 그 초석이 되길 바란다.

2018년 5월 24일 우리 낙태죄 위헌소송 대리인단(이하 ‘우리’, 혹은 ‘대리인단’이라고 칭함)은 헌법재판소에서 낙태죄의 위헌성에 대하여 공개변론을 하였다. 일년 가까운 긴 시간동안 수많은 논문과 해외 판결례들을 읽고 공부하였고, 무엇보다도 낙태죄가 현실에서 얼마나 큰 위력으로 여성들을 위협하고 있는지 들여다보고 분노하며 이를 헌법재판소에서 설득력 있게 구현하기 위해 노력했다. 공개변론 당일 우리는 미리 헌법재판소 인근 ‘공감’ 사무실에 모여 예상되는 질문과 답변을 점검하고 우리에게 주어진 시간을 오직 재생산을 둘러싼 여성들의 서사로 꽉 채우리라 다짐했다. 긴장 가득한 시간이었지만 우리는 꼭 위헌을 받아 낼 수 있다는 자신감으로 충만했다. 법정 밖에서 싸우고 있는 수많은 여성들이 우리의 든든한 뒷배였으므로.

우리는 법정에서 태아의 생명권 보호는 허상이고 국가가 실은 태아의 생명이나 임부의 건강을 위해서가 아니라 인구조절을 위해 낙태를 조절해왔으며 오직 여성의 사정, 여성의 결정에 의한 낙태만을 금지해 온 위헌, 예상치 못한 임신이 불가피하다는 것을 알면서도 출산을 강요하고, 임신과 출산 이후의 모든 책임은 여성이 감당하도록 해온 위헌에 대해 이야기했다. 임신과 출산으로 인하여 교육기회를 박탈당하고, 노동 시장에서 해고 등의 차별과 배제를 경험하는 것은 특별한 경험이 아니라 여성의 보편적 일상이라는 점, 여성에게 과도한 양육책임이 전가되고, 출산한 미혼모는 자녀를 입양 보내거나, 온갖 차별을 감내하며 자녀를 양육해야하는 현실, 불가피하게 낙태를 한 경우에는 여성만이 형사처벌의 위협을 감수하고, 불법의료에 노출되어 의료사고로 사망하기도 하고, 후유증에 시달려야 했던 현실에 대해 이야기했다. 여성의 기본권 침해에 대한 치밀한 헌법적 논리 전개는 기본이었지만, 최고의 변론은 역시 여성의 현실 그 자체였다.

2019년 4월 11일 마침내 헌법재판소는 응답하였다. 낙태죄 조항에 대하여 헌법불합치 결정을 한 것이다. 이로써 대한민국 여성들은 66년 만에 자신들의 삶을 옥죄던 잔혹하고 굴욕적인 족쇄 하나를 벗어던졌다. 헌법재판소는 태아의 생명과 임신한 여성의 기본권을 대결구도로만 보던 시각을 넘어서서 “임신한 여성이 자신의 임신을 유지 또는 종결한 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.”라고 선언하였다. 여성들이 그토록 오랜 세월 쟁취하기 위해 싸워왔던 바로 그 슬로건이었다.

여성의 출산력을 통제하여 여성을 지배하려던 시대, 굴욕의 시대는 끝났다. 우리는 낙태죄를 퇴장시키는 역사의 한복판에서 변호사로서 역할을 할 수 있었음에 깊이 감사한다. 감히 최선을 다한 최고의 변론이었다고 말하고 싶다.

차례

우리에게는 새로운 시대를 열어갈 숙제가 아직 남아 있다. 헌법재판소는 헌법불합치 결정을 하면서, 낙태죄의 존치는 근본적으로 태아의 생명도 여성의 인권도 보호하지 못한다고 하면서도 근원적 폐지에 대한 모호함을 남긴 채 2020년 말까지 새로운 법안을 마련할 것을 주문하였다. 그 결과 이리저리한 말이 난무하는 어려운 숙제가 되었다. 여전히 태아의 생명권만을 내세우며 여성들이 무분별한 낙태를 할 것이라는 확인되지 않은 의심과 불안으로 형사처벌로서 여성의 임신과 출산을 통제하려는 시도가 계속되었고, 결국 입법 시한인 2020년을 넘겼다. 감히 말하건대, 더 이상 그 무엇으로도 역사와 시대의 흐름은 거스를 수 없다. 이미 세계의 낙태법은 형법이 아닌 여성의 선택과 권리에 기반한 법률, 정책 프로그램으로 규율되고 있다. 여성이 스스로 임신과 출산을 결정할 권리는 이미 국가가 허용하는 것을 넘어서서 국가에게 이행을 청구할 수 있는 '권리'로서 인정되고 있다. 따라서 낙태죄 폐지 이후의 새로운 입법은 낙태에 대한 비범죄화를 당연한 전제로 여성의 재생산권이 적극적으로 보장될 수 있는 사회보장제도의 도입까지로 나아가는 미래지향적인 것이 되어야 할 것이다.

66년 만에 끊어버린 족쇄의 부활은 역사의 후퇴로 용납될 수 없다. 여성들이 투쟁했던 이유, 목표는 단순히 낙태죄 폐지가 아니었다. 낙태죄 폐지라는 당연한 전제 위에 당당히 권리로서 요구하고 보장받을 '재생산권리'에 대한 새로운 패러다임의 구축이었다.

대리인단이 뒤늦게라도 변론 기록을 모아 백서를 만든 이유는 우리가 해야 할 마지막 변론이라고 생각했기 때문이다. 치열했던 싸움을 기록하고 공유하는 것은 항상 우리가 앞으로 나아가는데 큰 참고가 되고 힘이 되었다. 이제 정말로 우리 대리인단의 변론은 끝났다.

끝으로, 66년간 낙태죄 폐지를 위해 포기하지 않고 싸워온 여성들, 그리고 연대해온 모든 분들께 다시 한번 감사와 축하의 인사를 전한다. 만세!!!

발간사	김도형	3
축하의 글	이상희	5
서문	박수진	7
경과와 소회	김수정	9

I. 2014년 헌법소원 준비 기록

2014년 헌법소원 준비 경과	천지선	17
2014년 헌법소원 준비 당해사건 판결문	의정부지방법원	19

II. 2017년 헌법소원 변론 기록

헌소 기록 목록	헌법재판소	33	
2017.03.10	답변서	광주지방검찰청 검사	41
2017.06.20	헌법소원심판청구사건에 대한 의견 회신	법무부장관	45
2017.10.25	변론기일지정신청서	청구인 대리인 법무법인 지향 외 6	47
2018.02.22	변론예정통지 및 참고인 추천 요청	헌법재판소	51
2018.03.02	참고인 추천서	청구인 대리인 법무법인 지향	53
2018.03.08	참고인 추천	법무부장관	59
2018.03.09	참고인지정결정서 송부	헌법재판소	61
2018.03.30	변론요지서	청구인 대리인 법무법인 지향	65
2018.03.30	의견서	여성가족부장관	249
2018.04.03	변론요지서	이해관계인 대리인 정부법무공단	257
2018.04.04	참고인 의견서	참고인 고경심	295
2018.04.09	참고인 의견서	참고인 정현미	347
2018.05.24.	모두 변론 PPT	차혜령	381

2018.05.24.	최후 변론	김수정	389
2018.08.01	변론조서	헌법재판소	391
2018.08.01	참고인 진술조서(고경심)	헌법재판소	433
2018.08.01	참고인 진술조서(정현미)	헌법재판소	449
2018.05.30	참고자료	청구인 대리인 법무법인 지향	461
2018.07.03	참고자료	청구인 대리인 법무법인 지향 외 5	465
2019.03.08	의견서	청구인 대리인 법무법인 지향 외 6	467
2019.03.19	의견서	국가인권위원회	511
2019.04.11	선고조서	헌법재판소	533
2019.04.11.	결정문	헌법재판소	535

III. 제3자 의견서			
1. 위헌의견서			
2018.04.05	의견서	녹색당	603
2018.04.09	의견서	인도주의실천의사협의회	613
2018.04.11	의견서	사단법인 한국성폭력상담소	641
2018.05.18	의견서	사단법인 장애여성공감	693
2018.05.21	의견서	민주사회를 위한 변호사모임/ 여성인권 위원회	697
2018.05.23	의견서	휴먼라이츠워치	719
2018.05.24	의견서	기독교청년의료인회 운영위원회	757
2018.07.25	의견서	참여연대	761
2018.07.27	의견서	사단법인 한국여성민우회	777

2018.08.16	의견서	양현아 교수 외 428	787
2018.08.21.	탄원서 등	이한분 외 208	791
2019.01.31.	의견서	한국여성단체연합	795
2019.03.08.	의견서	한국여성민우회 외 2	801
2019.03.27	의견서	유엔 여성차별 실무그룹	845
2019.04.03.	탄원서	GDC	853
2019.04.05.	탄원서	인도주의실천의사협의회	857
2. 합헌의견서			
2018.04.23	의견서	사단법인 낙태반대운동연합	861
2018.05.21	탄원서	천주교 서울대교구 생명윤리자문위원회	865

IV. 헌법불합치 결정 후 실효까지의 경과			
	한겨레 기고글	차혜령	887
2020. 12. 31.	낙태죄 실효까지의 경과	류민희	891
2020. 10. 07.	정부 형법 개정안	법무부	895
2020. 10. 07.	정부 모자보건법 개정안	보건복지부	901
2020. 10. ~ 11.	형법 개정안에 대한 여성위 의견서	민변 여성위	917
2020. 10. ~ 11.	모자보건법 개정안에 대한 여성위 의견서	민변 여성위	935
2020. 10.	세어 성 재생산 권리 보장 기본법안	성적권리와 재생산정의를 위한 센터 세어	951

V. 대리인단 기고글 목록	
2018. 5. 24. 공개변론 ~ 2020. 12. 31.까지 기고한 글 목록	1003

I

2014년 헌법소원 준비 기록

2014년 헌법소원 준비 경과

2014년 낙태죄 위헌법률심판제청신청 경과

의정부지방법원 2013노1827 사건 경위

- 2013. 9. 낙태죄로 기소된 여성 변호인단 꾸러짐
- 낙태죄로 기소된 여성의 항소심이었음. 공동피고인은 의사(업무상촉탁낙태)와 남성 파트너(낙태방조)였음.
- 차혜령, 천지선, 신윤경, 이미연 변호사 등 민변 여성인권위 변호사들로 꾸러졌고 김정혜 박사님도 합류함.
- 2013. 10. 17. 항소이유서 제출
- 2014. 5. 16. 첫 공판기일 진행
- 2014. 7. 4. 두 번째 공판기일 진행
- 2014. 8. 13. 세 번째 공판기일 진행
- 2014. 8. 14. 위헌심판제청신청(의정부지방법원 2014초기1042 사건)
- 2014. 9. 17. 선고

의정부지방법원 2014. 9. 17. 선고 2013노1827 판결 요지

- 자기낙태죄는 입법목적이 정당하고, 목적 달성을 위한 효과적이고도 적절한 방법이며, 태아를 성장 단계에 따라 구분하여 보호의 정도를 달리하는 것은 정당화될 수 없고 가벼운 제재를 하게 된다면 낙태가 만연하게 되어 입법목적 달성을 수 없게 될 것이므로 피해의 최소성 원칙에 위배되지 않고 법익의 균형성도 충족되므로 헌법에 위배되지 않음.
- 낙태죄로 기소된 여성이 사실혼 배우자였던 피고인 남성 파트너로부터 잦은 폭력을 당하였다거나 그로 인하여 임신을 지속할 수 없을 정도로 심각한 정신장애에 시달렸음을 인정하기 부족하고, 인공임신중절수술이 부득이하다고 인정되는 경우에 해당하지 않아 모자보건법에 따라 위법성이 조각되지 않음.
- 정당행위에도 해당되지 않음.
- 따라서 낙태죄로 기소된 여성 유죄
- 낙태방조로 기소된 남성 파트너 무죄
- 의사는 양형부당 인정
- 위헌법률심판제청신청 기각

* 당사자 여성이 원하지 않아서 이후 헌법소원은 진행하지 않음



의 정 부 지 방 법 원

제 3 형 사 부

판 결

등본입니다.

2014. 9. 22.

법원사무관 이 재



사 건 2013노1827 가. 낙태
 나. 업무상촉탁낙태
 다. 낙태방조
 2014초기1042 위헌심판제청

피 고 인 1.가. [Redacted]
 주거 [Redacted]
 등록기준지 [Redacted]
 2.나. [Redacted]
 주거 [Redacted]
 등록기준지 [Redacted]
 3.다. [Redacted]
 주거 [Redacted]
 등록기준지 [Redacted]

항 소 인 피고인 [Redacted] 및 검사(피고인 [Redacted] 에 대하여)
 검 사 안대회(기소), 김호준(공판)





변 호 인 법무법인 이일 담당변호사 신윤경(피고인 을 위하여)
 변호사 차혜령, 천지선(피고인 을 위하여)
 법무법인 해승 담당변호사 김원중, 장동규(피고인 을 위하여)
 법무법인 도담 담당변호사 우경선, 이기연(피고인 를 위하여)

원 심 판 결 의정부지방법원 2013. 8. 9. 선고 2013고단708 판결

판 결 선 고 2014. 9. 17.

주 문

원심판결 중 피고인 에 대한 부분을 파기한다.
 피고인 에 대한 형의 선고를 유예한다.
 피고인 및 검사의 피고인 에 대한 항소를 모두 기각한다.
 이 사건 위헌법률심판제청신청을 기각한다.

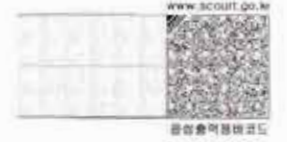
이 유

1. 항소이유의 요지

가. 피고인

1) 사실오인 및 법리오해

① 형법 제269조 제1항은 이미 사문화된 규정으로서 태아의 생명 보호라는 입법 목적을 달성하기 위한 적절한 수단이라고 보기 어렵고, 낙태를 형사처벌하는 것보다 위 입법 목적을 달성하기 위한 더 효과적이고 완화된 방법이 존재하므로, 위 형법 제269조 제1항은 헌법 제10조에서 도출되는 임부의 자기결정권을 침해하는 위헌적인 규



정이다.

② 모자보건법 제14조 제1항 제5호의 '임신의 지속이 보건의학적 이유로 모체의 건강을 심각하게 해치고 있거나 해칠 우려가 있는 경우'에는 모체의 육체적·정신적 건강상태를 현저하게 해하는 경우를 포함한다고 보아야 할 것인데, 피고인은 사실혼 관계에 있던 피고인 의 잦은 폭행과 경제적 무능력으로 인해 임신의 지속이 정신적 건강이 심각하게 침해되거나 침해될 우려가 있는 상태에 있었고, 낙태에 관하여 사실혼 배우자인 피고인 의 유효한 동의도 있었으므로, 피고인의 이 사건 범행은 모자보건법 제14조 제1항 제5호에 해당하여 위법성이 조각된다.

③ 설령 피고인의 이 사건 범행이 모자보건법 제14조 제1항 제5호에 의하여 위법성이 조각되는 행위에 해당하지 않는다고 하더라도, 피고인 의 폭행과 경제적 무능력으로 인해 피고인은 임신을 지속하기 어려울 정도로 정신적·심리적 고통을 당하고 있었고, 낙태에 관하여 피고인 의 동의도 있었으므로, 피고인의 이 사건 범행은 형법 제20조의 정당행위에 해당하여 위법성이 조각된다.

④ 그럼에도 불구하고 원심은 이 사건 공소사실을 유죄로 인정하였으니, 원심판결에는 사실을 오인하여 판결에 영향을 미친 위법이 있다.

2) 양형부당

원심이 피고인에 대하여 선고한 형(벌금 2,000,000원)은 너무 무거워서 부당하다.

나. 피고인

원심이 선고한 형(징역 6월 집행유예 1년, 자격정지 1년)은 너무 무거워서 부당하다.

다. 검사(피고인 에 대하여)





① 피고인 는 이 사건 각서를 작성하였으나 피고인 에게 낙태에 대해서는 동의할 수 없다고 하였고 피고인 으로부터도 낙태는 하지 않겠다는 답변을 들었다고 주장하나 피고인 으로부터 낙태에 관한 내용이 기재된 이 사건 각서를 돌려받지는 않은 점, 피고인은 이 사건 각서를 작성한 다음날 아침 피고인 이 낙태를 위하여 신혼집을 나갔음에도 2012. 7. 23.이 되어서야 낙태에 대한 동의를 철회한다는 내용증명을 보냈고, 피고인 이 낙태를 하였는지 여부에 관하여 확인하지 않은 점 등에 의하면 피고인 가 낙태에 관한 동의를 철회하였다고 볼 수 없는 점, ② 피고인 이 병원에서 낙태수술을 받으면서 사실혼 배우자인 피고인

의 전화번호가 아닌 자신의 아버지 전화번호를 알려준 것은, 피고인 이 피고인 의 폭행을 피하여 급히 신혼집을 나오게 된 상황에서 낙태에 대한 동의를 재차 얻기 위하여 병원에 피고인 의 전화번호를 알려줄 것을 기대하기 어려워 보이기 때문인 점, ③ 피고인 는 피고인 이 피고인 의 아버지를 상대로 결혼준비과정에서 빌려간 돈을 갚으라는 소송을 당하자 피고인 의 낙태를 빌미로 채무를 변제하지 않기 위하여 피고인 을 낙태죄로 고소한 점 등에 비추어 보면, 피고인 는 이 사건 각서를 통하여 피고인 의 낙태에 대하여 유효하게 동의하였고, 피고인 의 위와 같은 행위는 낙태방조에 해당함에도 불구하고 원심은 이 사건 공소사실을 무죄로 판단하였으니, 원심판결에는 사실을 오인하여 판결에 영향을 미친 위법이 있다.

2. 판단

가. 사실오인 주장

1) 피고인



가) 형법 제269조 제1항의 위헌인지 여부

임부의 자기낙태죄를 처벌하는 형법 제269조 제1항은, 태아의 생명을 보호하기 위한 것으로서 그 입법목적이 정당하고, 낙태를 방지하기 위하여 임부의 낙태를 형사 처벌하는 것은 위 목적을 달성하기 위한 효과적이고도 적절한 방법이며, 태아도 그 성장 상태를 막론하고 생명권의 주체로서 보호받아야 하는 존재이므로 태아를 성장 단계에 따라 구분하여 보호의 정도를 달리하는 것은 정당화될 수 없는 점, 만일 낙태를 처벌하지 않거나 형벌보다 가벼운 제재를 가하게 된다면 현재보다도 훨씬 더 낙태가 만연하게 되어 위 처벌 조항의 입법목적은 달성할 수 없게 될 것인 점 등을 고려해 보면, 피해의 최소성 원칙에 위배되지 않고, 위 조항으로 말미암아 임부의 자기결정권 등이 제한되는 것은 사실이나, 그 제한의 정도가 위 조항을 통하여 달성하려는 태아의 생명권 보호라는 공익에 비하여 결코 중하다고 볼 수 없으므로 법익의 균형성도 충족되므로 헌법에 위배되지 아니한다(헌법재판소 2012. 8. 23. 선고 2010헌바402 결정 참조).

따라서 피고인 의 위 주장은 이유 없다.

나) 모자보건법 제14조 제1항 제5호에 해당하여 위법성이 조각되는지 여부

인공임신중절수술이 허용되는 경우의 하나인 모자보건법 제14조 제1항 제5호 소정의 '임신의 지속이 보건의학적 이유로 모체의 건강을 심히 해하고 있거나 해할 우려가 있는 경우'라 함은 임신의 지속이 모체의 생명과 건강에 심각한 위험을 초래하게 되어 모체의 생명과 건강만이라도 구하기 위하여 인공임신중절수술이 부득이하다고 인정되는 경우를 말한다(대법원 2005. 4. 15. 선고 2003도2780 판결 참조).

그런데 당심증인 의 법정진술만으로는 피고인 이 사실혼 배우자였던 피





고인 로부터 잦은 폭력을 당하였다거나 그로 인하여 임신을 지속할 수 없을 정도로 심각한 정신장애에 시달렸음을 인정하기 부족하고, 달리 이를 인정할 증거가 없는바, 피고인 이 이 사건 낙태 시술을 받을 당시 폭행 기타 사유로 인한 정신적 스트레스로 인하여 임신의 지속이 피고인 의 생명과 건강에 심각한 위험을 초래하게 되어 피고인 의 생명과 건강만이라도 구하기 위하여 인공임신중절수술이 부득이하다고 인정되는 경우에 해당한다고 볼 수도 없다.

따라서 피고인 의 위 주장도 이유 없다.

다) 형법 제20조의 정당행위에 해당하여 위법성이 조각되는지 여부

앞서 본 바와 같이 이 사건 낙태 시술이 피고인 이 임신 당시 피고인 로부터 잦은 폭행을 당하였다거나 임신의 지속이 피고인 의 생명과 건강에 심각한 위험을 초래한다고 볼 수 없는 상황에서 이루어진 이상, 이 사건 낙태 시술이 사회상규에 위배되지 아니하는 행위라고 볼 수도 없다.

따라서 피고인 의 위 주장은 이유 없다.

2) 검사

이 사건 증거들을 기록에 비추어 면밀히 검토해 보면, 원심이 그 판시와 같이 검사가 제출한 증거들만으로는 피고인 의 낙태 동기가 낙태시까지 그대로 유지되었다는 점을 인정하기 부족하고, 달리 이를 인정할 증거가 없으며, 오히려 ① 각서 작성 직후의 피고인의 언행과 이 보인 행동, ② 피고인 가 내용증명을 보내게 된 경위, ③ 피고인 와 이 주고받은 카카오톡 메시지의 내용, ④ 안은경은 피고인 가 아닌 자신의 아버지를 내세워 낙태 동의를 득한 것으로 보이는 점, ⑤ 피고인 가 낙태사실을 알게 된 직후 이 사건 고소에 이른 것으로 보이는



점 등에 비추어 보면 피고인 가 낙태 이전에 위 동의를 철회하였을 가능성을 배제하기 어렵다고 생각된다고 보아 무죄라고 판단한 조치는 정당한 것으로 수긍이 되고, 원심판결에 검사가 지적한 바와 같이 사실을 오인하여 판결에 영향을 미친 위법이 있다고 보이지 않는다.

따라서 검사의 위 주장은 이유 없다.

나. 양형부당

1) 피고인

피고인은 초범인 점, 또한 피고인은 자기낙태죄의 처벌규정의 보호법익과 상충되는 또다른 법익인 헌법상 자기결정권의 주체로서 이 사건 낙태 당시 피고인이 처한 상황 등에 비추어 볼 때 피고인이 이 사건 낙태에 이르게 된 경위에 어느 정도 참작할 만한 사정이 있다고 보이는 점 등의 사정은 인정된다.

그러나 이 사건 낙태 당시 피고인은 임신 20주 정도였는데, 그 시기의 태아는 이미 뼈대와 근육이 갖추어져 있고 호흡도 규칙적으로 하게 되며, 몸을 활발하게 움직이거나 몸의 방향을 바꾸는 등 한 생명으로서의 삶을 시작하고 있다고 볼 수 있으므로 충분한 보호의 대상이 되어야 할 것임에도 이를 침해하는 낙태행위는 절대로 가볍게 볼 수 없는 점, 피고인이 이 사건 낙태 당시 태아의 생명권 등에 대한 진지한 고려 내지 태아와 자신이 처한 상황 간의 진중한 비교형량이 있었다고 보이지 않는 점, 그 밖에 이 사건 변론에 나타난 피고인의 연령, 성행, 지능과 환경, 이 사건 범행의 동기와 경위, 수단과 결과, 범행 후의 정황, 가족관계 등 이 사건 양형의 조건이 되는 여러 사정을 종합해 보면, 원심이 피고인에게 선고한 형은 적정하고 너무 무거워서 부당하다고 인정되지 아니하므로, 피고인의 위 주장은 이유 없다.



2) 피고인

피고인은 이종범죄로 2회 벌금형, 1회 집행유예의 처벌을 받은 전력이 있는 점, 산부인과 전문의로서의 본분을 외면하고 임부의 촉탁을 받고 임신 20주에 이른 태아에 대하여 낙태 시술을 한 점, 이 사건 낙태 시술을 하면서 사실혼 배우자인 피고인

의 동의 여부를 제대로 확인하지 않은 점 등의 사정은 인정된다.

그러나 피고인은 당심에 이르러 이 사건 범행을 자백하고 자신의 잘못을 반성하고 있는 점, 동종범죄로 처벌받은 전력이 없는 점, 여성의 낙태에 대한 자기결정권 또한 결코 가볍게 볼 수는 없는 점, 피고인의 이 사건 범행이 1회에 불과하고, 업무상촉탁낙태죄로 처벌되는 것을 피하기 위하여 진단서를 허위로 작성하는 등의 다른 범죄행위로까지는 나아가지 아니한 점, 임부의 건강에 추가적인 위해가 발생하지 않은 점, 그 밖에 피고인의 연령, 성행, 환경, 이 사건 범행의 동기, 수단과 결과, 범행 후의 정황, 공범들 사이의 양형균형 등 이 사건 기록에 나타난 모든 양형조건을 참작하면, 원심이 선고한 형은 너무 무거워서 부당하다고 인정된다.

3. 결론

따라서 피고인 [redacted] 의 항소 및 검사의 피고인 [redacted] 에 대한 항소는 모두 이유 없으므로 형사소송법 제364조 제4항에 의하여 기각하고, 피고인 [redacted] 의 항소는 이유 있으므로 형사소송법 제364조 제6항에 의하여 원심판결 중 피고인 [redacted] 에 대한 부분을 파기하고 변론을 거쳐 다시 다음과 같이 판결한다.

범죄사실 및 증거의 요지

이 법원이 인정하는 범죄사실 및 증거의 요지는, 원심판결 증거의 요지란에 '1. 피고인 [redacted] 의 당심 법정진술'을 추가하는 외에는 원심판결의 각 해당란에 기재된 바와



같으므로 형사소송법 제369조에 의하여 그대로 인용한다.

법령의 적용

1. 범죄사실에 대한 해당법조

형법 제270조 제1항, 제4항

1. 선고유예할 형

징역 6월 및 자격정지 1년

1. 선고유예

형법 제59조 제1항(앞서 본 파기사유 중 유리한 정상 참작)

위헌법률심판제청신청에 관한 판단

1. 신청취지

형법 제269조 제1항 및 모자보건법 제14조 제1항 본문의 위헌 여부에 대한 심판을 제청한다.

2. 신청대상 법률조항

이 사건 위헌법률심판제청신청의 대상이 되는 형법 제269조 제1항 및 모자보건법 제14조 제1항의 규정은 다음과 같다.

[형법]

제269조(낙태)

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

[모자보건법]

제14조(인공임신중절수술의 허용한계)

- ① 의사는 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에만 본인과 배우자(사실상의 혼인관계



에 있는 사람을 포함한다. 이하 같다)의 동의를 받아 인공임신중절수술을 할 수 있다.

1. 본인이나 배우자가 대통령령으로 정하는 우생학적 또는 유전학적 정신장애나 신체질환이 있는 경우
2. 본인이나 배우자가 대통령령으로 정하는 전염성 질환이 있는 경우
3. 강간 또는 준강간에 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 경우

3. 신청의 요지

가. 형법 제269조 제1항의 낙태죄를 처벌하는 규정은 헌법 제10조에서 보장하는 인격권 및 행복추구권, 헌법 제10조 또는 제12조에서 도출되는 신체의 완전성에 관한 권리, 헌법 제36조 제1항에 의하여 보장되는 혼인과 가족생활의 권리, 헌법 제36조 제2항 및 제3항에서 보장하는 모성을 보호받을 권리 및 보건권, 헌법 제11조의 평등권을 심대하게 침해하여 현저한 법익의 불균형을 초래하므로 위헌이다.

나. 모자보건법 제14조 제1항은 배우자의 동의가 있는 경우에 인공임신중절수술을 할 수 있게 되어 있는바, 동조항에서 규정하고 있는 '배우자'의 의미가 불명확하여 죄형법정주의의 명확성의 원칙에 위반되고, 평등권(헌법 제11조), 임부의 건강권 및 생명권(헌법 제10조, 제17조)을 과도하게 침해하여 위헌이다.

4. 판단

가. 재판의 전제성

피고인 에 대한 공소사실은 형법 제269조 제1항을 적용한 것인데, 위 형법 규정 및 모자보건법 제14조 제1항이 헌법에 위반되는지 여부에 따라 피고인이 저지른



범죄의 성립 유무 및 위법성조각 여부가 달라져 이 사건 판결의 주문이 달라지므로, 재판의 전제성이 인정된다.

나. 위헌 여부에 대한 판단

살피건대, 임부의 자기낙태죄를 처벌하는 형법 제269조 제1항은, 태아의 생명을 보호하기 위한 것으로서 그 입법목적이 정당하고, 그 입법목적 달성을 위한 효과적이고도 적절한 방법이며, 피해의 최소성 원칙이나 법익의 균형성도 충족하고 있음은 앞서 본 바와 같다.

다만 낙태를 허용해야 할 필요가 절실한 경우마저도 낙태를 금지하고 형사처벌하는 것은 부당하다고 보이는바, 이에 입법자는 일정한 우생학적 또는 유전학적 정신장애나 신체질환이 있는 경우와 같은 예외적인 경우에는 임신 24주 이내의 낙태를 허용하여(모자보건법 제14조, 모자보건법 시행령 제15조) 임부의 생명·건강의 보호를 위해 필요한 경우나 범죄행위로 인한 임신의 지속이 오히려 법질서에 반하는 경우와 같이 불가피한 사정이 있는 경우에는 태아의 생명권을 제한할 수 있도록 하고 있다(헌법재판소 2012. 8. 23. 선고 2010헌바402 결정 참조).

위와 같이 예외적으로 인공임신중절수술을 허용하는 경우에도 모자보건법 제14조 제1항은 임부 본인 외에 배우자의 동의를 연계 하고 있는바, 동 조항은 그 내용 자체로 수범자에게 충분한 예측가능성이 있고, 이를 해석·집행하는 기관에 의한 자의적인 법해석이나 적용의 여지가 합리적으로 배제되어 있는 규정이라고 보이며, 동 조항의 '배우자'의 개념이 그 적용 단계에서 지나치게 다의적으로 해석될 우려도 없다고 보므로 모자보건법 제14조 제1항이 헌법이 요구하는 명확성의 요구에 배치된다고 할 수 없다. 또한 임부가 포태하고 있는 태아는 임부의 소유물이 아닐 뿐만 아니라 임부와 배

헌소 기록 목록

	일자	문건명	제출자
1	2017.02.08	헌법소원심판청구서	청구인 대리인 강남석
2	2017.02.21	헌법소원심판회부통지	
3	2017.02.21	헌법소원심판회부통지	
4	2017.02.22	심판회부결정	
5	2017.03.10	헌법소원 심판청구에 따른 답변서 송부	광주지방검찰청검사장
6	2017.03.10	답변서	광주지방검찰청 검사
7	2017.03.13	수사기록반환	
8	2017.06.20	헌법소원심판청구사건에 대한 의견 회신	법무부장관
9	2017.07.31	참고자료 부분송부	
10	2017.07.31	참고자료	청구인 대리인 강남석
11	2017.08.17	소송위임장	청구인 대리인 차혜령 외 3
12	2017.09.08	소송위임장	청구인 대리인 법무법인 지향 외 2
13	2017.10.25	변론기일지정신청서	청구인 대리인 법무법인 지향 외 6
14	2017.11.02	사임계	청구인 대리인 유원정
15	2018.01.05	소송위임장	청구인 대리인 김광재
16	2018.01.11	헌법소원심판회부통지	
17	2018.02.22	변론예정통지	
18	2018.02.22	변론예정통지 및 참고인 추천 요청	
19	2018.02.28	소송위임장	청구인 대리인 법무법인 덕수
20	2018.03.02	참고인 추천서	청구인 대리인 법무법인 지향
21	2018.03.06	변론예정기일 변경통지	
22	2018.03.07	법무부장관 소송위임장 및 담당변호사 지정서	이해관계인 대리인 정부법무공단
23	2018.03.08	참고인 추천	법무부장관

	일자	문건명	제출자
24	2018.03.09	참고인의견요청	
25	2018.03.09	참고인 지정 결정	
26	2018.03.12	참고인 추천	법무부장관
27	2018.03.12	참고인지정결정서 송부	
28	2018.03.20	변론요지서	청구인 대리인 김광재
29	2018.03.21	변론요지서 부분 송부	
30	2018.03.22	탄원서	한국천주교주교회의
31	2018.03.22	변론요지서 제출기한 연기 신청서	청구인 대리인 법무법인 지향
32	2018.03.30	헌법소원심판청구 사건(2017헌바127)에 대한 여성가족부 의견서 제출	여성가족부장관
33	2018.03.30	변론요지서	청구인 대리인 법무법인 지향
34	2018.04.02	변론요지서 부분 송부	
35	2018.04.02	변론요지서 부분 송부	
36	2018.04.02	변론요지서 부분 송부	
37	2018.04.03	담당변호사추가지정서	이해관계인 대리인 정부법무공단
38	2018.04.03	변론요지서	이해관계인 대리인 정부법무공단
39	2018.04.03	변론요지서	이해관계인 대리인 정부법무공단
40	2018.04.03	변론요지서	이해관계인 대리인 정부법무공단
41	2018.04.03	변론요지서	이해관계인 대리인 정부법무공단
42	2018.04.03	변론요지서	이해관계인 대리인 정부법무공단
43	2018.04.04	참고인 의견서 부분 송부	
44	2018.04.04	참고인 의견서	참고인 고경심
45	2018.04.05	의견서	녹색당
46	2018.04.06	변론예정기일 변경통지	
47	2018.04.09	참고인 의견서	참고인 정현미
48	2018.04.09	의견서	인도주의실천의사협의회
49	2018.04.10	참고인 의견서 부분송부	
50	2018.04.10	부분송부	
51	2018.04.11	의견서	사단법인 한국성폭력상담소

	일자	문건명	제출자
52	2018.04.23	의견서	사단법인 낙태반대운동연합
53	2018.04.27	보충서면	이해관계인 대리인 정부법무공단
54	2018.04.30	탄원서 부분송부	
55	2018.04.30	의견서 부분송부	
56	2018.05.01	탄원의견서 부분송부	
57	2018.05.01	탄원서	천주교 서울대교구 법률자문단
58	2018.05.08	탄원서	구OO 외 95
59	2018.05.11	탄원서	한국 가톨릭 여성단체협의회
60	2018.05.11	탄원서	운동중앙추진본부 범종단
61	2018.05.11	탄원서	한국천주교 평신도사도직단체협의회
62	2018.05.14	변론기일 출석요구	
63	2018.05.14	변론기일통지	
64	2018.05.16	변론요지서 부분송부	
65	2018.05.16	변론요지서 부분송부	
66	2018.05.18	의견서	사회변혁노동자당
67	2018.05.18	의견서	사단법인 장애여성공감
68	2018.05.21	대리인 선임서 제출	법무부장관
69	2018.05.21	의견서	김OO 외 1
70	2018.05.21	의견서	사회진보연대
71	2018.05.21	의견서	민주사회를 위한 변호사모임/ 여성인권 위원회
72	2018.05.21	탄원서	김OO 외 22
73	2018.05.21	탄원서	천주교 서울대교구 생명윤리자문위원회
74	2018.05.23	탄원서 등	비웨이브
75	2018.05.23	성명서	보건의료인 김OO 외 524
76	2018.05.23	의견서	휴먼라이츠워치
77	2018.05.24	탄원서	프라이프 의사회
78	2018.05.24	의견서	기독교청년의료인회 운영위원회
79	2018.05.28	의견서	수원여성회

	일자	문건명	제출자
80	2018.05.28	의견서	박OO
81	2018.05.29	보충서면 철회서	이해관계인 대리인 정부법무공단
82	2018.05.30	참고자료	청구인 대리인 법무법인 지향
83	2018.05.31	참고자료 부분송부	
84	2018.06.03	추가변론요지서	청구인 대리인 김광재
85	2018.06.04	변론요지서 부분송부	
86	2018.06.04	의견서	성산생명윤리연구소 소장 권오용
87	2018.06.11	의견서	낙태반대전국연합
88	2018.06.11	의견서	사)안산여성노동자회
89	2018.06.11	의견서	사)함께크는여성
90	2018.06.15	의견서 등	낙태반대전국연합
91	2018.06.19	탄원서 등	마산영광침례교회 박OO 외 841
92	2018.06.20	탄원서 등	박OO 외 4104
93	2018.06.20	탄원서	박OO 외 1
94	2018.06.20	의견서	사단법인 서울동부여성 민우회
95	2018.06.20	탄원서 등	박OO 외 2645
96	2018.06.21	탄원서 등	하OO 외 1042
97	2018.06.22	탄원서 등	유OO 외 2013
98	2018.06.22	의견서 등	인천여성민우회 외 288
99	2018.06.25	탄원서 등	이OO 외 1468
100	2018.06.26	탄원서 등	길위에소리교회 외 1156
101	2018.06.27	탄원서 등	일신교회
102	2018.06.28	탄원서	고OO 외 19
103	2018.06.29	탄원서 등	통영현대교회 외 145
104	2018.07.02	서명서	김OO 외 171
105	2018.07.03	참고자료	청구인 대리인 법무법인 지향 외 5
106	2018.07.04	참고자료 부분송부	
107	2018.07.04	탄원서	류OO 외 10

	일자	문건명	제출자
108	2018.07.05	탄원서	지OO
109	2018.07.06	탄원서 등	정OO 외 28
110	2018.07.09	탄원서 등	청OO 외 31
111	2018.07.10	탄원서	최OO 외 10
112	2018.07.11	탄원서 등	김OO 외 1427
113	2018.07.12	탄원서 등	만덕교회 류OO 외 258
114	2018.07.13	탄원서 등	박OO 외 704
115	2018.07.16	탄원서 등	양OO 외 104
116	2018.07.17	탄원서 등	조OO 외 28
117	2018.07.17	성명서 등	낙태반대전국연합
118	2018.07.17	탄원서 등	경기여성단체연합 외 152
119	2018.07.18	탄원서 등	고OO 외 129
120	2018.07.19	탄원서 등	은혜교회 안OO 외 404
121	2018.07.25	의견서	참여연대
122	2018.07.25	탄원서	김OO 외 9
123	2018.07.26	탄원서	김OO 외 10
124	2018.07.27	의견서	사단법인 한국여성민우회
125	2018.07.30	탄원서	사단법인 한국교회언론회
126	2018.08.01	참고인 진술조서	
127	2018.08.01	변론 조서	
128	2018.08.01	참고인 진술조서	
129	2018.08.03	탄원서 등	이OO 외 144
130	2018.08.07	탄원서 등	김OO 외 399
131	2018.08.08	탄원서 등	제OO 외 261
132	2018.08.09	탄원서	주OO 외 42
133	2018.08.14	탄원서	김OO 외 715
134	2018.08.16	의견서	양현아 교수 외 428
135	2018.08.16	탄원서 등	이OO 외 1420

	일자	문건명	제출자
136	2018.08.17	탄원서 등	황OO 외 312
137	2018.08.21	탄원서 등	이한본 외 358
138	2018.08.24	탄원서	청구인 최OO
139	2018.08.27	탄원서 등	이OO 외 589
140	2018.08.30	의견서	김OO 외 23
141	2018.09.03	서명서	미가다락방교회
142	2018.09.04	탄원서 등	최OO 외 162
143	2018.09.07	탄원서 등	이OO 외 13
144	2018.10.01	탄원서	이OO
145	2018.10.10	탄원서 등	박OO 외 24
146	2018.10.11	탄원서	이OO 외 32
147	2018.10.15	탄원서	박OO 외 2
148	2018.10.15	탄원서 등	안OO 외 69
148	2018.10.16	탄원서 등	김OO 외 280
150	2018.10.17	담당변호사추가지정서	이해관계인 대리인 정부법무공단
151	2018.10.17	담당변호사지정철회서	이해관계인 대리인 정부법무공단
152	2018.10.17	탄원서 등	김OO 외 1167
153	2018.10.29	탄원서 등	이OO 외 19
154	2018.11.02	탄원서 등	서OO 외 83
155	2018.11.06	서명서	박OO 외 197
156	2018.11.14	의견서 등	한국 남자 수도회·사도생활관 장상협의회
157	2018.11.21	탄원서	김OO
158	2018.11.28	위헌판결촉구서명	모두를 위한 낙태죄 폐지 공동행동
159	2018.12.10	탄원서	유OO 외 39
160	2019.01.09	탄원서	윤OO
161	2019.01.11	탄원서	윤OO
162	2019.01.16	소송위임장	청구인 대리인 유OO
163	2019.01.31	의견서	한국여성단체연합

	일자	문건명	제출자
164	2019.02.18	탄원서 및 서명서	낙태죄폐지반대 국민연합
165	2019.03.05	의견서	사단법인 한국교회언론회
166	2019.03.07	서명서	신OO 외 19
167	2019.03.07	서명서	이OO 외 235
168	2019.03.08	의견서 부분 송부	
169	2019.03.08	의견서	청구인 대리인 법무법인 지향 외 6
170	2019.03.08	의견서	한국여성민우회 외 2
171	2019.03.08	서명서 등	낙태죄폐지반대국민연합
172	2019.03.11	탄원서	장OO 외 39
173	2019.03.15	헌법재판소 2017헌바127 위헌법률 심판에 대한 의견제출	국가인권위원회위원장
174	2019.03.16	탄원서 등	프로라이프대학생회
175	2019.03.18	탄원서 등	생명대행진코리아 조직위원회 외 36
176	2019.03.19	의견서	국가인권위원회
177	2019.03.20	서명서 등	낙태죄폐지반대국민연합
178	2019.03.21	탄원서	낙태죄폐지반대국민연합
179	2019.03.22	탄원서	헤세드결혼문화선교회 외 1
180	2019.03.26	탄원서	지OO
181	2019.03.26	탄원서	치O
182	2019.03.26	탄원서 등	조OO 외 669
183	2019.03.27	의견서	유엔 여성차별 실무그룹
184	2019.03.29	의견서	성산생명윤리연구소 외 2
185	2019.03.29	탄원서	박OO 외 5
186	2019.04.02	탄원서 등	생명대행진코리아 조직위원회 외 54
187	2019.04.02	서명서 등	낙태 합법화 반대 전국교수
188	2019.04.03	서명서 등	낙태죄폐지 반대 국민연합
189	2019.04.03	탄원서	GDC
190	2019.04.03	탄원서	탄원인 최OO
191	2019.04.04	탄원서 등	여성을 위한 자유인권네트 외 28,427

	일자	문건명	제출자
192	2019.04.04	서명서 등	낙태죄폐지반대국민연합
193	2019.04.04	탄원서 등	밝은미래대한민국시민연대 외 1
194	2019.04.05	서명서	낙태죄폐지반대국민연합
195	2019.04.05	탄원서	인도주의실천의사협의회 외 1
196	2019.04.07	의견서	박OO
197	2019.04.08	소송위임장	청구인 대리인 유원정
198	2019.04.08	선고기일통지	
199	2019.04.08	탄원서 등	생명대행진코리아조직 위원회 외 36
200	2019.04.10	서명서	THE SWEETEST
201	2019.04.11	선고조서	
202	2019.04.11	탄원서	박OO
203	2019.04.19	결정	
204	2019.04.23	종국결정서 송부	

답 변 서



사 건 : 2017헌바127호 형법 제269조 제1항 등 위헌소원

청 구 인 : 대리인 : 변호사 강남석)

피청구인 : 광주지방검찰청 검사

위 사건에 관하여 피청구인은 다음과 같이 의견을 개진합니다.

- 다 음 -

1. 헌법소원심판 청구 취지에 대한 답변

청구인의 청구를 기각하여 주시기 바랍니다.



2. 청구 이유에 대한 답변

가. 청구인의 주장

청구인은 주위적으로 낙태죄를 규정한 형법 제269조 제1항과 업무상 승낙낙태죄를 규정한 제270조 제1항은 헌법상의 행복추구권(헌법 제10조), 평등원칙(헌법 제11조), 직업선택의 자유(헌법 제15조)를 침해하여 헌법에

우 편 제 출

위반되고, 예비적으로 위 형법 조항은 낙태의 객체를 임신 3개월 이내의 배아까지 포함되는 것으로 해석하는 것은 헌법 제10조, 제11조, 제15조에 위반된다고 주장하고 있습니다.

나. 청구인의 위헌소원 청구 경과

청구인은 2016. 8. 17. 광주지방법원에 업무상승낙낙태죄 등으로 불구속기소되어 광주지방법원 형사4단독 2016고단3266호로 1심 재판이 계속되던 중, 2016. 12. 14. 위헌법률심판제청신청(광주지방법원 2016초기1322)을 하였으나 위 법원에서 2017. 1. 25. 기각 결정되자 본건 헌법소원심판청구에 이르렀습니다.

다. 답변

(가) 헌법소원의 적법성

청구인은 법률이 헌법에 위반되는지 여부가 재판의 전제가 되어 당해 형사사건을 담당하는 광주지방법원 형사4단독에 위헌법률심판제청신청을 하였으나 위와 같이 기각결정을 통보받은 후 이 사건 헌법소원에 이른 것으로 헌법재판소법 제68조 제2항을 충족한다 하겠습니까.

(나) 심판대상 조문의 위헌성 여부

낙태와 관련하여 청구인에게 적용되는 조항은 업무상승낙낙태를 규정한 형법 제270조 제1항이라 하겠습니까. 위 심판대상 조문의 위헌성 여부에 대해 살펴보면, 광주지방법원 2016초기1322 위헌심판제청사건 결정에서 판시한 바와 같이, 헌법재판소는 이미 형법 제270조 제 1항과 그 전제가 되는 형법 제269조 제1항이 헌법에 위반되지 아니한다고 판단(헌법재판소 2012. 8. 23. 선고 2010헌바402 결정)한 바 있습니다.

이에 대해 청구인은 2010헌바402 결정 중 '자기낙태죄 조항은 임신초기의 낙태까지 전면적, 일률적으로 금지하고 처벌하고 있다는 점에서 임부의 자기결정권을 침해하여 헌법에 위반된다'는 위헌의견을 근거로 형법상 낙태죄, 업무상승낙낙태죄에 대해 사회적인 재논의와 공감을 통해 종전의 합헌결정이 위헌결정으로 바뀔 가능성을 배제하지 못하고, 형법상 낙태죄의 객체인 태아를 통설인 '착상시설'에 따라 일률적으로 판단할 수 없고 의학상 개념과 실무적인 임상을 보태어 판단해야 할 문제라고 주장하면서 낙태의 객체인 태아를 임신 3개월 이내의 배아까지 포함하여 해석하는 것은 헌법에 위반된다고 주장하고 있으나, 청구인의 이러한 주장만으로는 위 2010헌바402 합헌결정을 뒤집고 형법 제270조 제1항이 헌법에 위반된다고 보기 어렵고 달리 심판대상 조문이 헌법에 위반된다고 볼 만한 사정 변경이 생겼다고 보기도 어렵다고 하겠습니까.

라. 소결론

이상 살펴본 바와 같이 심판대상 조문이 임부의 자기결정권, 의사에 대한 평등원칙과 직업의 자유를 침해한다는 이 사건 청구는 이유 없다고 할 것입니다.


3. 결 론

이 사건 청구를 기각함이 상당합니다.

2017. 3. 6.

광주지방검찰청 검사

윤재영 (인)

 헌법재판소 헌법재판소 전자기록에 등재된 문서입니다.

법 무 부

수신자 헌법재판소사무처장
(경유)

제목 헌법소원심판청구사건에 대한 의견 회신

헌법재판소 심판사무-2789(2017. 2. 22.)호 헌법소원심판회부통지(2017헌바127
형법 제269조 제1항 등 위헌소원)와 관련하여, 심판대상조항은 헌법에 위반되지 아니한
다는 헌법재판소의 선례 존재하며(2010헌바402), 그밖에 이를 변경할 만한 사정이 존재
하지 않아 본 건은 헌법에 위반되지 아니한다는 의견입니다(별도 의견서는 제출하지 않
겠습니다). 끝.



법 무 부 장 관

검찰주사	고동재	검사	김은미	과장	이상욱	전결 06/20
시행	국가송무과-6335	(2017. 06. 20.)	접수	2290	(2017. 06. 21.)	
우	13809	경기 과천시 관문로 47 (중앙동)	법무부	/ http://www.moj.go.kr		
전화	02-2110-3523	전송	02-2110-0328	/ kodj2015@moj.go.kr		/ 비공개(4)

변론기일지정신청서

사 건 2017헌바127

청 구 인

위 사건에 관하여 청구인의 대리인은 다음과 같이 변론기일지정을 신청합니다.

다 음

1. 변론기일 지정의 필요성

이 청구는 낙태¹⁾를 한 여성과 의료인을 형사적 처벌의 대상으로 삼는 것이 그들의 기본권을 침해하는 것이 아닌지, 더 나아가 대한민국 국민의 절반을 차지하고 있는 여성이 낙태할 권리를 인정받을 수 있는지를 묻는 사건입니다. 이 사건은 다양한 법적 쟁점과 사회적 함의를 가지고 있고, 헌법재판소에서 4:4의 비등한 결론(2010헌바402)이 낱 정도로 다른 법률 해석이 가능한 사건입니다. 또한 2012년과는 달리, 보조생식기술(시험관 시술 등)이 점차 보편화되어 배아, 태아의 권리에 대한 재정립이 필요한 상황에 처해있습니다. 이러한 상황에서 이 사건을 변론 없이 심리할 경우, 우리 사회에서 낙태 문제가 가지는 중대성과 상응하지 않는 불충분한 심리가 될 수 있습니다. 이 사건은 신속성을 요구한다기보다는 자세한 증거조사와 심리를 요구하므로 사건의 중대성에 상응할 수 있도록 변론기일을 통한 증거조사와 절차 진행을 요청 드립니다.

1) 낙인 효과를 남기는 ‘낙태’ 보다는 ‘임신중절’이 보다 적합한 어휘이나, 형법상 표기에 따라 이하 ‘낙태’라 표기합니다.

2. 변론기일 진행 내용

가. 입증 방법

- 1) 참고인 전문가 의견 진술(여성학, 법학, 의학)
- 2) 기타 방법

나. 입증 취지

- 1) 낙태죄 처벌 시 침해되는 기본권
- 2) 비교법·국제법적 근거
- 3) 낙태에 대한 법인식, 법현실, 법정책
- 4) 낙태, 초기배아, 보조생식기술에 대한 과학적·의학적 사실
- 5) 낙태죄의 효과 - 합법적 낙태의 현실, 낙태죄가 실제로 작용하는 방식 등

2017. 10. 25.

청구인의 대리인

법무법인 지향

담당변호사 김 수 정

변호사 차 혜 령

변호사 이 소 아

변호사 류 민 희

변호사 천 지 선

변호사 유 원 정

변호사 최 현 정

헌법재판소 귀중

헌법



헌 법 재 판 소

수신자 수신자 참조
(경유)

제목 변론예정통지 및 참고인 추천 요청

사 건	2017헌바127 형법 제269조 제1항 등 위헌소원
청 구 인	대리인 변호사 강남석 외 7

위 사건에 관하여 변론[2018. 4. 16.(월) 14:00, 대심판정]을 하고자 하오니 변론요지서를 2018. 3. 22.(목)까지 제출하여 주시기 바랍니다. 아울러 법률상 쟁점에 대한 전문적인 견해를 진술할 참고인 의견을 듣고자 하오니, 진술할 참고인을 추천하여 2018. 3. 2.(금)까지 제출하여 주시기 바랍니다. 끝.





재판장 재판관 이진성^{이진성}

수신자 청구인 대리인 변호사 강남석 외 7, 이해관계인 법무부장관

법원사무관 이종건 재판관 조용호 재판장 재판관 이진성 02/22

협조자

시행 심판사무-2722 (2018. 02. 23.) 접수
우 110-250 서울특별시 종로구 북촌로 15 (재동 83) / http://www.ccourt.go.kr
전화 02)708-3468 전송 02)708-3596 / @ccourt.go.kr / 비공개(4,6)

참고인 추천서

사 건 2017헌바127 위헌소원
청구인 [redacted]

위 사건에 관한 변론에서 청구인 입장에서 참고인 진술을 해줄 전문가로 다음 사람을 참고인으로 추천합니다.

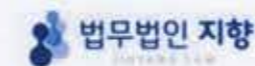
다 음

고경심
산부인과 전문의, 인도주의실천의사협의회 이사
주 소 : 전라북도 정읍시 [redacted]
연락처 : 010- [redacted]
별 첨 : 추천 참고인 프로필

2018. 3. 2.

청구인의 대리인
법무법인 지향
담당변호사 김수정


헌법재판소 귀중



[06735] 서울 서초구 남부순환로 2583, 8층 (서초동, 서희타워)
Tel. 02 3476 6002(대) Fax. 02 3476 6607

참고인 프로필

○ 고경심 산부인과전문의, 인도주의실천의사협의회 이사

	<input type="checkbox"/> 년생
	<input type="checkbox"/> 서울대학교 의과대학 의예과 및 의학과 학사 (1976. 3. - 1982. 2.)
	<input type="checkbox"/> 서울대학교병원 산부인과 전공의 수련 및 전문의 자격 (1982. 3. - 1986. 2.)
	<input type="checkbox"/> 서울대학교 의과대학원 예방의학과 석사학위 취득 (1984. 3. - 1986. 2.)
	<input type="checkbox"/> 경기도 시흥시 신천연합의원 산부인과 과장 (1986.4.-1989.)
	<input type="checkbox"/> 독일 뒤셀도르프의대 산업의학(Arbeitsmedizin) 연구 원 및 박사학위 취득 (1991. 3. - 1993. 5.)
	<input type="checkbox"/> 서울대학교 임상의학연구원 연구원 (1994. 3. - 1995. 2.)
	<input type="checkbox"/> 충청남도 천안시 단국대학교병원 산부인과 교수 (1995. 3. - 2001. 2)
	<input type="checkbox"/> 경기도 고양시 일산동구 장항동 <메이산부인과> 원장 (2001. 4. - 2016. 10. 30.)
	<input type="checkbox"/> 경기도 파주시 미래여성병원 산부인과 과장

	(2017. 5. 6. - 2017. 12. 31.)
	<input type="checkbox"/> 인도주의실천의사협의회 이사 (현)
	한국성폭력상담소 자문위원
	고양파주여성민우회 성폭력상담소 자문위원
	건강과대안 회원
	대한산부인과 의사회 회원

○ 저서

- 아기의 탄생. 라르스 함베르예르 저. 고경심 옮김, 지식의숲, 서울, 2006.
 - 의료문제의 윤리적 성찰. R. Munson 저, 박석건, 정유석 외 옮김. (공동번역. 제2부 제1장 임신중절 : 고경심 옮김) 단국대학교출판부, 서울, 2001.
 - 의료와사회, 국제산부인과학회 위원회 보고서. 비의료적 이유에 의한 인공 임신중절의 윤리적 가이드라인과 권고. (고경심 옮김), 사회와의료, 서울, 2018.
- 외 다수.

○ 논문

- (의학박사학위논문)Kombinierte Belastung durch Hand-Arm-Schwingungen, Grifftemperatur und Laerm - Auswirkungen auf Greifkraefte und Hauttemperaturen(지도교수 Prof.Dr.med.Dr.Phil. Gerd Jansen, Heinrich-Heine-Universitaet Duesseldorf)
- Koh, K S. Arbeitsunfaelle und Berufskrankheiten in Suedkorea.

Zentralblatt fuer Arbeitsmedezin, Abeitsschutz, Prophylaxe und Ergonomie, Dr. Curt Haefner Verlag, Heidelberg. 1993, 43:114-119.

- 독일의 산업보건관리. 산업보건 1994, 77권, 2-6.
- 독일의 직업성 암 통계. 산업보건 1994, 79권, 2-6.
- 신생아 출생체중 결정요인 분석. 대한주산의학회 1997, 8권2호, 128-137.
- 환경과 주산의학. 대한주산의학회 1999, 10권 2호, 137-147.
- 임신성 당뇨병 선별검사 실태에 대한 설문조사. 한국모자보건학회 1999, 3권 1호, 105-116.
- 임신성 당뇨병의 진단에 관한 쟁점들. 대한주산의학회 2000, 114권 4호, 421-429.
- 산전 환경적 노출과 임신결과. 대한직업환경의학회 2000, 12권 2호, 258-268.

○ 공동논문

- 고경심, 문신용, 윤덕로.
서울지역 고등학교 여학생의 초경 및 월경양상에 관한 조사연구, 대한산부인과학회 1986, 29:2396.
- 고경심, 황상익.
독일 산업보건제도의 변천 : 19세기 산업화초기부터 바이마르공화국까지. 의사학 1996, 9권 2호, 129-145.
- 이창익, 고경심.
이원기 조기진통의 위험인자에 관한 환자-대조군 연구. 대한산부인과학회

1997, 40권 8호. 1619-1629.

- 고경심, 박충학.
임산부의 신체비만지수 및 체중증가 양상과 조산과의 관계. 대한산부인과학회 1997, 40권 10호, 2168-2177.
- 전경자 윤석준, 고경심.
보건소의 미숙아 및 선천성 이상아 추구관리사업평가. 한국모자보건학회 2001, 5권 2호, 199-214.
- 김지용, 정진주, 고경심, 조정진.
작업조건이 출산결과에 미치는 영향 : 전향적 코호트 연구. 대한예방의학회 2002, 35권 3호. 197-204.
- 윤석준, 안형식, 하미나 고경심, 전경자, 이희영.
충남 아산시 저체중 출생아의 산전 환경위험요인. 대한예방의학회 2004, 37권 1호, 11-16. 외 다수.



법 무 부



수신자 헌법재판소사무처장
(경유)
제목 참고인 추천

- 헌법재판소 심판사무-2722(2018. 2. 23.)호, 변론예정통지 및 참고인 추천요청 관련입니다.
- 헌법재판소에서 2018. 4. 16.(월) 14:00에 진행할 예정인 2017헌바127 형법 제269조 제1항 등 위헌소원 사건의 공개변론에 대하여 다음과 같이 참고인을 추천합니다.

- 다 음 -

- 참고인 인적사항
 - 성명 : 정현미(현 이화여자대학교 법학전문대학원 교수, 법학박사)
 - 주소 : 서울특별시 서대문구 이화여대길 52 이화여자대학교 법과대학 법학전문대학원 410호 법학전문대학원 정현미 교수연구실(우편번호 : 03760)
 - 연락처 : (전화) 02-3277-3555, (e-mail) hyonmi@ewha.ac.kr

붙임 : 참고인 약력 1부. 끝

법 무 부 장 관 

검찰주사 **고동재** 과장 전결 03/08 **송길대**
 시행 국가송무과-2694 (2018. 03. 08.) 접수 790 (2018. 03. 08.)
 우 13809 경기 과천시 관문로 47 (중앙동) 법무부 / http://www.moj.go.kr
 전화 02-2110-3523 전송 02-2110-0328 / kodj2015@moj.go.kr / 비공개(4)



헌 법 재 판 소 결 정

사 건 2017헌바127 형법 제269조 제1항 등 위헌소원
 청구인 대리인 변호사 강남석 외 8
 결정일 2018. 3. 9.

이 사건에 관하여 아래 사람들을 참고인으로 지정한다.

1. 인도주의실천의사협의회 이사, 산부인과 전문의 고경심
2. 이화여자대학교 법학전문대학원 교수 정현미

재판장 재판관 이진성 이 진 성

재판관 김이수 김 이 수

재판관 김창중 김 창 중

재판관 안창호 안 창 호





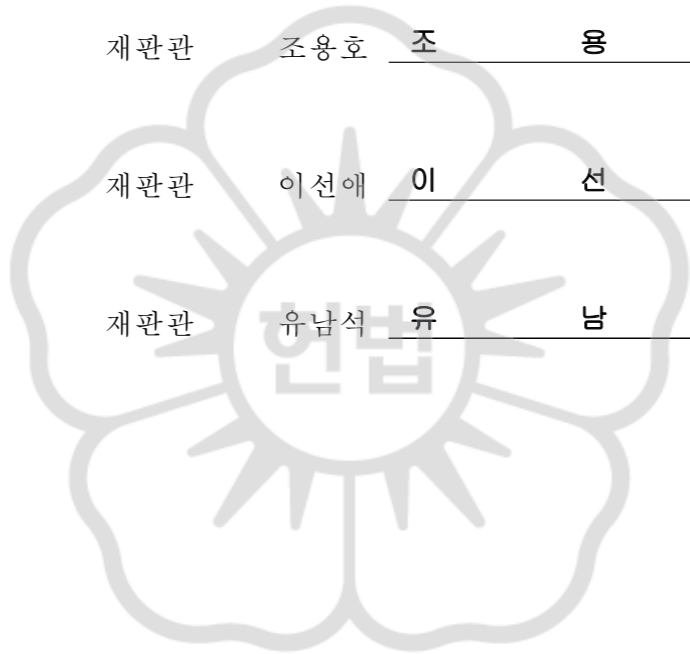
재판관 강일원 강 일 원

재판관 서기석 서 기 석

재판관 조용호 조 용 호

재판관 이선애 이 선 애

재판관 유남석 유 남 석



등본입니다.

2018. 3. 12.

헌 법 재 판 소

법원사무관 이종건



- 헌법재판소법 제36조(종국결정)에 따른 재판관의 서명날인은 같은 법 제77조(전자서명 등)의 행정전자서명 방식으로 이루어진 것입니다.
- 아래 바코드는 헌법재판정보시스템에 의한 재판문서 정본 등의 위·변조를 방지하기 위한 것입니다. 문서의 위·변조 여부를 확인하시고자 하는 경우 헌법재판소 민원실에 문의하여 주시기 바랍니다.

변 론 요 지 서

사 건 2017헌바127 형법 제269조 제1항 등 위헌소원
청구인



2018. 3. .

청구인의 대리인

법무법인 지향

담당변호사 김수정 외 5

헌법재판소 귀중

낙태죄 위헌소원 대리인단

우)06735 서울 서초구 남부순환로 2583
서희타워 8층 법무법인 지향
전 화 : (02) 3476-6002, FAX : (02) 3473-66

[차 례]

I. 변론의 범위와 변론의 요지 1

1. 변론의 범위 1

2. 변론의 요지 2

II. 여성의 임신, 임신중단의 경험 5

1. 여성의 경험과 현실을 기초로 한 위헌심사의 필요성 5

2. 임신 6

가. 생물학적·의학적 변동 6

나. 노동의 변동 8

다. 교육 9

라. 소결 9

3. 임신 이후의 출산과 양육 9

가. 임신-출산-양육의 특수한 견련성 10

나. 가족 10

다. 노동 10

라. 양육 12

마. 사회보장(미혼모의 경우) 13

바. 소결 14

4. 임신의 중단 14

가. 정보의 제한성 14

나. 원하지 않는 임신의 발생은 불가피함 15

(1) 100% 완벽한 피임방법의 부존재 15

(2) 피임실천의 차등 17

다. 여성 다수의 경험 18

라. 임신중단의 상황에 있는 여성들 19

(1) 미성년/10대 청소년 20

(2) 미혼여성 21

(3) 장애가 있는 여성 22

(4) 성폭력 피해 여성 23

(5) 성매매여성 25

5. 소결 25

III. 형법 제269조 제1항의 위헌성: 헌법상 기본권 규정 위반 26

1. 형법 제269조 제1항으로 인하여 제한되는 기본권 26

2. 여성의 자기결정권(헌법 제10조) 침해 27

가. 자기결정권의 의의와 헌법적 근거 27

나. 자기낙태죄로 침해되는 자기결정권 28

(1) 여성의 자기생명결정권 침해 28

(2) 성적 자기결정권 침해 29

(3) 자녀 출산의 여부와 시기, 자녀의 수와 터울 등을 결정할 권리 침해 30

(4) 경제활동의 자유와 교육받을 자유의 침해 39

(5) 미국 연방대법원의 판례-프라이버시권의 제한 42

(6) 종합적인 고려에 의한 임신중단 결정 44

다. 소결 46

3. 여성의 건강권(헌법 제36조 제3항, 제34조 제1항, 제10조, 제35조 제1항), 신체의 완전성에 관한 권리(헌법 제10조, 제12조, 제37조 제1항) 침해 46

가. 헌법적 근거 및 의의 46

나. 여성(임부)의 건강권 침해 49

(1) 자기낙태죄와 모성사망률 50

(2) 자기낙태죄와 침해되는 임부의 건강권 52

(3) 국제인권조약기구의 견해 54

(4) 해외 판결 54

(5) 소결 61

다. 신체의 완전성에 대한 침해 62

(1) 자기낙태죄와 신체의 완전성에 대한 침해 62

(2) 해외 판결 63

(3) 소결	65
라. 소결	65
4. 여성의 모성보호를 받을 권리(헌법 제36조 제2항) 침해	66
5. 평등권(헌법 제11조) 침해	67
가. 관련 헌법규정	67
나. 평등권 심사 기준	67
다. 자기낙태죄 조항은 성별에 따른 차별 조항임	68
(1) 낙태 규율과 성역할 고정관념화	68
(2) 자기낙태죄의 성별 편향적 효과와 여성 차별	76
라. 결론	86
IV. 형법 제269조 제1항의 위헌성: 헌법상 기본권 제한의 한계 규정 위반	86
1. 태아의 법적 지위	86
가. 낙태죄 객체로서의 태아	87
나. 태아 : 생명권의 주체 아님	87
(1) 생명권 : '인간'의 기본권	87
(2) 법체계상 태아의 지위 : '사람'이 아닌 존재	89
(3) 학계 : '태아의 생명은 비교형량 가능한 법익'	91
(4) 의학적·사회적 사실 : 태아의 모체 의존성, 체외수정과 선택적 유산	92
(5) 헌법재판소 결정의 부당성: 합리적 근거 없이 태아를 헌법상 생명권의 주체로 상정	97
(6) 소결	101
다. 여성의 기본권을 중심으로 임신중단의 허용여부를 결정하더라도 태아의 생명보호 의무에 위반되지 아니함	102
2. 과잉금지원칙(헌법 제37조 제2항) 위반	104
가. 입법목적의 정당성	104
(1) 의의	104
(2) 형법 제269조 제1항의 입법목적	105
(3) 태아의 생명 보호의무의 의미	106
(4) 태아의 생명 보호 vs 태아의 '생명권' 보호	108
(5) 소결	109

나. 수단의 적절성	110
(1) 의의	110
(2) 자기낙태죄가 규율하는 현실 1: 임부(여성)의 경우	111
(3) 자기낙태죄가 규율하는 현실 2: 법집행기관(경찰)의 경우	113
(4) 자기낙태죄가 규율하는 현실 3: 법해석·적용기관(법원)의 경우	115
(5) 자기낙태죄가 규율하는 현실 4: 난임치료시 발생하는 낙태의 처벌 배제	116
(6) 자기낙태죄 규정으로 인한 임부의 생명, 신체 침해	117
(7) 자기낙태죄의 빗나간 규범효과	117
(8) 소결	118
다. 피해의 최소성	119
(1) 의의	119
(2) 자기낙태죄의 전면 금지 형식(일률적인 형사처벌)	120
(3) 모자보건법 제14조의 해석상 문제점으로 인한 전면 금지의 효과	120
(4) 외국 입법례	126
(5) 소결	130
라. 법익의 균형성	131
(1) 의의	131
(2) 임신·출산에 관한 여성의 기본권의 헌법적 의미와 중요성	132
(3) 보호되는 공익 - 태아의 생명 및 임부의 건강과 신체	133
(4) 침해되는 사익 - 여성의 자기결정권, 건강권, 신체의 완전성에 관한 권리, 모성을 보호받을 권리, 평등권	134
(5) 예비적 검토: 태아의 생명권 주체성을 인정하는 경우	135
(6) 소결	139
마. 소결	139
V. 자기낙태죄 비범죄화시 우려에 대하여	139
1. '낙태한 여성을 처벌하지 않으면 낙태가 만연하게 될 것'이라는 주장은 실증적 자료에 배치됩니다.	140
가. 법적 규제와 무관한 낙태율 ① : 국가별 비교	140
나. 법적 규제와 무관한 낙태율 ② : 통시적 비교	143

다. 법적 규제와 무관한 낙태율 ③ : 낙태 금지 국가 여성들의 해외 원정 낙태145
 라. 낙태 허용 범위를 확대하는 국제적 흐름146
 2. '생명 경시 풍조가 확산될 수 있다'는 주장에 대하여147
 가. 숙고를 거친 낙태 결정147
 나. 자녀를 출산하기 위한 낙태 : 보조생식술과 선택적 유산149
 다. 낙태 허용(비범죄화) 필요성에 대한 인식 증대150

VI. 국제인권규범과 비교법적 검토151

1. 당해 조항의 국제인권규범 위반 여부151
 가. 국제인권규범의 의미152
 나. 국제인권규범상 확립된 권리로서의 '낙태의 비범죄화'152
 다. 이 사건 심판대상 조항에 대한 국제인권기구의 입장153
 라. 국제인권규범에서 보는 낙태 관련 권리 중 재생산권155
 마. 인구 관련 기구에서의 정치적 약속159
 바. 국제보건기구에서 보는 여성의 재생산건강과 낙태의 비범죄화160
 사. 소결160

2. 낙태의 범죄화를 지지하지 않는 비교 판례161
 가. 서론163
 나. 프라이버시권에서 도출되는 임신중단의 권리162
 다. 평등권에서 도출되는 임신중단의 권리163
 라. 태아가 가지는 잠재적 생명의 이익이 여성의 권리보다 우월하지 않다고 본 판례165
 마. 여성의 생명권과 안전권을 보호하는 판례169
 바. 재생산권과 건강권에서 도출되는 임신중단의 권리170

3. 소결170

VII. 결론171

I. 변론의 범위와 요지

1. 변론의 범위

청구인은, 형법상 업무상 촉탁낙태죄와 다른 범죄의 경합범으로 공소가 제기되었
 고(당해 사건 광주지방법원 2016고단3266 의료법위반 등 사건), 당해 사건 계속
 중 청구인에게 적용된 법률규정인 형법 제270조 제1항(업무상 촉탁낙태죄) 및 위
 규정과 대항범 관계에 있는 제269조 제1항(자기낙태죄)을 심판의 대상으로 삼아
 이 사건 헌법소원심판청구를 하였습니다.

형법 제270조 제1항의 업무상 촉탁낙태죄와 형법 제269조 제1항의 자기낙태죄는
 전체적인 구성요건의 내용상 2인 이상의 참여자가 낙태라는 동일한 목표를 향하
 여 서로 다른 방향에서 구성요건의 실현에 관여한다는 점에서 강학상 대항범에
 해당합니다. 그리고 이 사건은 낙태하는 임부를 도와주는 의사의 낙태를 처벌하는
 것이 위헌이지 여부가 문제되는 사안이므로, 임부의 낙태를 처벌하는 것이 위헌이
 라고 판단되는 경우에는 동일한 목표를 실현하기 위하여 임부의 동의를 받아 낙
 태시술을 한 의사를 형사처벌하는 업무상 촉탁낙태죄 조항도 당연히 위헌이 되는
 관계에 있습니다(헌법재판소 2012. 8. 23. 선고 2010헌바402 결정 참조. 헌법재판소
 는 이 결정에서 형법 제269조의 제1항이 헌법에 위반되지 않는다고 판단하였습니
 다. 이하에서 '2012년 합헌결정' 또는 '2010헌바402 결정'이라고 합니다). 따
 라서 이하에서는 형법 제269조 제1항 자기낙태죄 규정의 위헌성을 중심으로 변론

하고자 합니다.

2. 변론의 요지

가. 이진성 헌법재판소 소장은 소장 후보자 시절인, 2017. 11. 22. 국회인사청문회에 출석하여 '결국 태아의 생명권에서 가장 큰 관심을 가지는 사람은 바로 임신한 여성'이라며 '그런 임신한 여성이 어쩔 수 없는 사정으로 낙태를 선택할 수도 있는데 그런 것을 태아의 생명과 충돌하는 가치로만 볼 것이 아니다', '전에 미국 연방대법원에서 했듯이 일정한 기간 이내에는 낙태를 허용하는 방향도 가능하다고 생각한다'는 입장을 밝힌바 있습니다. 이진성 헌법재판소 소장도 위 발언에서 밝힌 바와 같이 낙태의 허용여부는 태아의 생명권과 여성의 선택권이 충돌하는 되는 구조로 판단해서는 안됩니다. 이러한 논쟁의 구도는 필연적으로 여성에게 모든 경우 출산을 강요하게 되기 때문입니다.

헌법재판소(2010헌바402결정의 법정외견)와 현행법은 태아의 생명권을 헌법상 기본권으로 격상시키고도, 한편으로는 모자보건법이 유전적 질환있는 경우 등 태아를 감별하여 임신 중절하는 것은 '낙태를 허용해야할 필요가 절실한 경우'라며 합헌이라는 모순적 태도(절대적 생명권을 차별적으로 보호하는 모순)를 취하고 있습니다. 이는 아직 인간이 아니고 인간의 몸의 일부로서 존재하는 존재인 태아를 무리하게 인간과 동일한 기본권의 주체로 격상 시켜놓은 결과로 발생한 필연적인 모순이며, 임신 중단에 대해 임부의 자기결기결정권, 평등권, 건강권 등 임부의 기본권 보호를 중심으로 접근하지 않기 때문에 나타나는 모순입니다.

헌법재판소는 위 결정의 법정외견에서 낙태죄가 폐지되는 경우 인명경시풍조의 확산을 우려하였습니다. 이는 임신을 중단하는 여성이 생명을 경시하는 결정을 한다는 편견이 바탕에 있는 우려로서, 임신 중단을 결정하는 여성이 자신의 몸, 일, 가족, 파트너와의 관계, 출산으로 변화될 자신의 운명, 태어날 아이가 놓일 환경, 경제적 조건 등 다양한 요소와 가치들을 종합적으로 고려하여 임신 지속이나 중단을 결정한다는 사실을 간과한 것입니다. 위 헌법재판소 결정의 보충외견은 '낙태를 하는 여성은 대부분 출산과 낙태 사이에서 심각한 갈등을 겪지만, 낙태를 하지 않으면 태아와 임부 모두 더 불행해질 것이 예견되기 때문에 낙태를 감행합니다'(헌법재판소 2012. 8. 23. 선고 2010헌바402 재판관 이동흡의 반대외견에 대한 보충외견)라고 실시하여 법정외견의 잘못을 잘 지적하였습니다.

나. 낙태죄가 위헌이라고 주장한다고 해서 태아의 생명이 소중하지 않다고 주장하는 것이 아닙니다. 태아의 생명은 소중하고 국가는 태아의 생명을 보호할 의무가 있다고 하더라도, 국가의 태아에 대한 생명보호의무가 여성에 대한 출산을 강요하는 자기낙태죄의 존치로 달성되는 것이 아니라고 주장하는 것입니다. 자기낙태죄를 존치하여 임신을 중단한 여성을 형사 처벌하는 것으로서 국가가 태아의 생명 보호 의무를 이행하고자 한다면 이는 오히려 태아의 생명보호 의무를 방기하는 것입니다. 여성이 임신과 출산을 선택하기 위해서는, 임신과 출산으로 인하여 어려움을 겪는다거나 과도한 희생이 수반되지 않는다는 확신, 임신과 출산으로 차별당하지 않는다는 확신, 태어난 아기가 좋은 환경에서 양육될 수 있다는 확신을 가질 수 있는 사회·경제적 환경이 조성되어야 하며, 그런 환경에서는 대다수의 임

신한 여성들이 자발적으로 출산을 선택하게 될 것입니다. 이는 낙태죄를 유지하였지만 오히려 낙태율이 높은 국가도 있고, 낙태가 비범죄화 되었지만 여성이 출산과 양육에서 희생하지 아니하도록 사회경제적 여건이 조성되어 있는 경우 낙태율이 감소한다는 사실로도 확인됩니다.

다. 자기낙태죄의 존재는 낙태를 줄여 태아의 생명을 보호하고자 하는 목적을 달성하기는커녕, 여성에게 원치 않는 임신의 유지와 출산을 강요하여 출산과 양육으로 인한 극심한 차별과 모든 희생을 감당하게 하고 있고, 처벌되는 주체는 거의 대부분 (심지어 오로지) 여성이며 상대 남성은 극히 예외적인 경우 외에는 처벌되지 않으며, 여성을 불법적인 낙태 시술 환경에 방치하여 양질의 의료접근을 막고, 심지어 생명까지 잃게 만드는 결과를 초래하고 있으며, 아이를 출산한 경우에도 영아 유기, 영아살해의 범죄에 노출되는 결과를 초래하고, 출산한 자녀를 입양보내는 등의 '재앙과도 같은 미래'¹⁾를 감당할 것을 강요하고 있습니다.

라. 의학적으로 100% 안전한 피임실천이 불가능한 상황에서 원치 않는 임신은 불가피합니다. 여성은 출산뿐만 아니라, 양육하기 적절한 환경인지 여부 등 다양한 여건을 고려하여 출산 시기를 결정할 권리가 있고, 불법적인 낙태시술이 아닌 양질의 의료서비스를 제공받고 자신의 건강과 신체·정신의 완전성을 보호받을 권리가 있습니다.

그런데 자기낙태죄는 임부의 모든 낙태를 일률적으로 처벌하여, 형벌로써 임신 중

1) Roe V. Wade, 410 U.S. 113 (1973)

단을 금지하고 임신 상태의 지속과 출산을 강제함으로써 임부에게 임신, 출산, 출산 이후의 삶에 이르기까지 특별한 희생을 강요하여 자기결정권을 침해하고, 건강권, 신체의 완전성에 관한 권리, 모성보호를 받을 권리를 침해할 뿐만 아니라, 여성이라는 성별에서 비롯되는 임신과 출산이라는 생물학적 특성을 이유로 남성에 비해 여성을 차별 취급함으로써 평등권도 침해한다고 볼 것입니다.

마. 이하에서는 자기낙태죄 조항이 위헌적인 조항임을 논증하고, 각국의 예와 국제 인권법 규정 등을 소개하면서, 성차별을 철폐하고 성평등을 지향하는 국가로 나아가기 위해서는 낙태죄의 비범죄화는 필연적이라는 점에 대해 설명하도록 하겠습니다.

II. 여성의 임신, 임신중단의 경험

1. 여성의 경험과 현실을 기초로 한 위헌심사의 필요성

이 사건 심판대상 조항인 자기낙태죄의 주체는 문언상으로는 '부녀'라고 되어 있으나 구성요건 해석상 '부녀'는 '임신한 여성'이 됩니다. 이 항에서는 자기낙태죄의 위헌 변론에 앞서 여성의 임신과 임신중단(낙태)의 경험에 대해서 먼저 살펴보고자 합니다. 임신과 낙태는 기본적으로 여성의 몸에서 일어나는 일이며, 임신은 그 자체로 종결되는 것이 아니라 생물학적으로는 출산과, 사회적으로는 양육과 직결되는 '사건'입니다. 이 사건 심리에 있어서는 무엇보다 여성이 경험하는 임신과 임신 이후의 상황, 출산과 양육에 관한 한국사회의 현실을 정확히 이해하고, 이러

한 여성의 경험과 여성이 겪게 되는 현실을 기초로 자기낙태죄의 위헌성에 대한
규범적 판단이 이루어지기를 바랍니다.

우리는 임신과 출산에 대해서 잘 알고 있는 것처럼 여깁니다. 사람은 누구나 어머
니의 임신 과정을 거쳐 출생하고, 여성과 남성을 불문하고 가족이나 사회적 관계
를 맺은 사람들 속에서 임신과 출산을 경험한 사람을 비교적 쉽게 접할 수 있기
때문입니다. 하지만 실제로 여성에게 임신과 출산이 어떤 경험이고 어떤 의미를
지니는지, 여성의 삶에 구체적으로 어떤 영향을 주는지, 그리고 출산과 높은 확률
로 건넌 양육이 여성의 출산 이후의 삶에는 어떤 영향을 미치는지 우리 사회는
잘 알지 못합니다. 또한 여성이 자신의 경험에 대해 말하려 할 때에도 그동안 우
리 사회는 여성의 목소리를 진지하게 경청하지 못하였습니다.

특히 임신을 지속하지 않고 임신을 중단하게 되는 경우, 자기낙태죄로 형사처벌되
므로 그 누구도 낙태의 경험에 대해서는 쉽게 말하지 못합니다. 심지어 임신에 동
일하게 기여한 남성 파트너에게조차 말하지 못하는 경우도 많습니다. 사적인 관계
에서는 물론이고 공개적으로는 더더욱 발언하지 못하며, 낙태의 실태조사 자체가
곧 범죄 조사를 의미하므로 정부가 낙태 경험에 대해 공식적인 실태조사를 하기
도 어렵습니다. 정부의 정책 수립을 위한 실태조사는 기껏 인공임신중절수술의 규
모를 추정 조사하거나 예방대책 또는 인식조사 정도에 머무르게 됩니다.

2. 임신

가. 생물학적·의학적 변동

임부의 신체는 40주의 임신 기간 중 큰 변화를 겪습니다.²⁾ 임신 전에 10ml였던
자궁내강은 만삭 시 내용물의 평균 용적이 약 5L까지 증가하며, 자궁 무게도 임
신 전 70g에서 1100g까지 증가합니다. 자궁이 커지면서 횡격막, 위장관 등 장기의
위치도 변화하고, 무게중심이 뒤로 이동하면서 척추가 앞으로 휘는 증상이 나타
납니다(척추앞굽음증). 전체 임신기간 중 평균 12.5kg 정도의 체중이 증가하는데,³⁾
그 중 9kg은 태아, 태반, 양수, 자궁의 증대, 모체 혈액량의 증가, 유방의 발육 등
에 따른 것입니다.

임부의 태반은 탯줄로 태아와 연결되고 임부는 태반을 통해 태아에게 영양분을
전달합니다. 태아에게는 폐의 기능이 없기 때문에 임부는 태반을 통해 태아에게
산소를 공급하고 이산화탄소를 내보냅니다. 임부는 산소 뿐만 아니라 태아의 생존
과 성장에 필요한 영양소도 자신의 혈액을 통해 공급하기 때문에 모체의 혈액량
은 임신 32~34주를 지나면서 임신 전에 비해 평균 40~45%까지 증가합니다. 태아,
태반, 자궁, 유방의 성장과 발달, 모체의 혈액량 증가는 전적으로 임부가 섭취하
는 단백질에 따르게 됩니다(태아의 모체의존성에 관하여는 V.1. '태아의 법적 지
위'에서 다시 상술합니다).

한편, 현대의학이 발전한 현재에도 출산은 여전히 위험을 수반하는 행위입니다.

한국의 모성사망률⁴⁾은 2010년 기준 16명으로, 이는 2010년 10만 번의 정상 출산

2) 이하의 내용은 대한산부인과학회, 『산부인과학 지침과 개요』(4판), 2015, 159~172쪽 참조

3) 대한산부인과학회, 앞의 책, 182쪽.

4) 모성사망률(Maternal mortality ratio): 해당 연도의 10만 번의 출산 당 임신부 사망 건수. 세계보건기

중 16명의 임신부가 사망했음을 말합니다.

나. 노동의 변동

헌법 제36조 제3항은 국가가 모성의 보호를 위하여 노력하여야 한다고 규정하고, 「근로기준법」과 「남녀고용평등과 일·가정 양립 지원에 관한 법률」 등 노동법상의 모성보호 규정은 모성을 보호하고 임신한 여성을 배려하기 위한 규정으로 설명하지만, 이는 역으로 임신한 여성이 수행하는 노동의 변동을 전제로 한 규정이기도 합니다. 예컨대, 사용자는 임신 중의 여성근로자에게 시간외근로를 하게 해서는 안되고, 임신 후 12주 이내 또는 36주 이후의 여성근로자가 1일 2시간의 근로시간 단축을 신청하면 이를 허용하여야 하는데(근로기준법 제74조 제5항, 제7항), 이는 여성이 건강하게 임신을 유지하기 위하여는 임신 전과 동일한 형태의 노동을 하는 것이 적절하지 않고 근로시간과 근로형태의 변동이 필요함을 나타내는 것이기도 합니다.

모성보호를 표방하는 법률과는 별개로, 임신은 2018년 현재까지도 여전히 여성노동자가 직장 내에서 해고 등의 불이익을 당하게 되는 대표적인 고용차별사유가 되고 있습니다. 민간기관인 한국여성노동자회에 따르면 임신·출산을 이유로 불이익이나 해고를 이유로 한 상담 사례는 2012년 84건에서 2013년 108건, 2015년 137

구(WHO)에 따르면 임신부 사망이란 임신 기간과 임신 장소에 상관없이, 임신 중이거나 임신 종료 후 42일 이내의 여성이 우연한 혹은 부수적(incidental)인 원인이 아닌, 임신과 관련된 혹은 임신이나 임신 관리 때문에 악화된 요인으로 인한 여성 사망을 말합니다. 사망 원인으로 보기에 그 원인이 불충분한 경우라면 임신부의 사망은 그 원인과 상관없이, 임신 중이거나 임신 종료 후 42일 이내인 여성의 사망으로 정의됩니다. World Health Organization, Trends in Maternal mortality, 1990 to 2010: Estimates developed by WHO, UNICEF, UNFPA and the World Bank

건으로 계속 증가하고 있으며⁵⁾, 이러한 차별은 비정규직 여성근로자에게 더 심각하게 나타나는 실정입니다⁶⁾.

다. 교육

노동시장에서 임신으로 인한 차별과 배제를 겪는 것과 마찬가지로, 임신한 여성은 교육의 기회에서도 제한을 받습니다. 이는 특히 중등교육 과정에 있는 10대 임신 청소년의 경우 두드러집니다. 임신한 10대 여성은 보수적인 학교 현장에서 자퇴를 종용받거나 학업을 중단해야 하는 상황에 직면합니다.⁷⁾ 10대 청소년 미혼모 연구에서 조사 대상자의 69.9%가 임신·출산으로 학업을 중단한 경험이 있는 것으로 나타났고, 이들 중 본인 스스로가 임신 사실이 알려지는 것이 두려워 학업을 포기한 경우도 있지만, 다른 학생들이나 학교의 학습 분위기를 저해한다는 명목으로 자퇴를 강요당한 경우도 적지 않습니다.⁸⁾

라. 소결

이와 같이 여성에게 임신은 자신의 신체상으로도, 자신이 처한 법적·사회적 조건상으로도 중차대한 변동을 가져오는 경험입니다.

5) 여성신문, 「“임신해서 죄송합니다”... ‘사표’ 품고 일하는 엄마들」 2017. 6. 11. <http://www.womennews.co.kr/news/view.asp?num=114752> 2018. 3. 27. 최종방문
6) 일다, 「임신’은 ‘해고’- 여성노동자회, 비정규직 모성보호 실태보고」, 2003. 11. 30. http://www.ildaro.com/sub_read.html?uid=966 2018. 3. 27. 최종방문
7) 김혜영, 「십대 청소년 미혼모의 출산 및 양육경험: 주체와 타자의 경계에서」, 『한국여성학』 제26권 제4호, 한국여성학회, 2010., 105쪽.
8) 김혜영, 앞의 글, 125쪽.

3. 임신 이후의 출산과 양육

가. 임신-출산-양육의 특수한 관련성

여성과 남성의 성관계가 모두 임신으로 이어지는 것은 아니지만, 임신이 정상적으로 유지된 경우 출산으로 이어지므로 임신과 출산은 불가분의 관계이며, 출산한 여성은 특별히 예외적인 경우를 제외하고는 남성배우자나 파트너, 가족과 그 책임을 분담할 수 있는지에 관한 가능성을 떠나서 자녀 양육의 책임을 부담하므로(현실적으로는 대부분 주된 양육자의 책임을 부담합니다), 임신·출산과 양육은 사회적으로 견련되어 있습니다. 여성에게 임신은 40주의 임신으로 종결되는 것이 아니라 출산 이후의 삶을 불가역적으로 변동시키는 경험이자 사건입니다. 따라서 여성에게 임신의 의미를 임신기간에 한정하여만 파악하는 것은 임신에 대한 편협한 이해가 될 가능성이 높습니다.

나. 가족

출산은 무엇보다 여성의 가족관계의 변동을 가져옵니다. 특히 다자녀를 양육하는 기혼여성에게는 자녀의 터울을 조절할 필요가 있습니다.

다. 노동

출산과 이로 인한 육아는 여성의 근로형태의 변화도 가져옵니다. 많은 여성들이

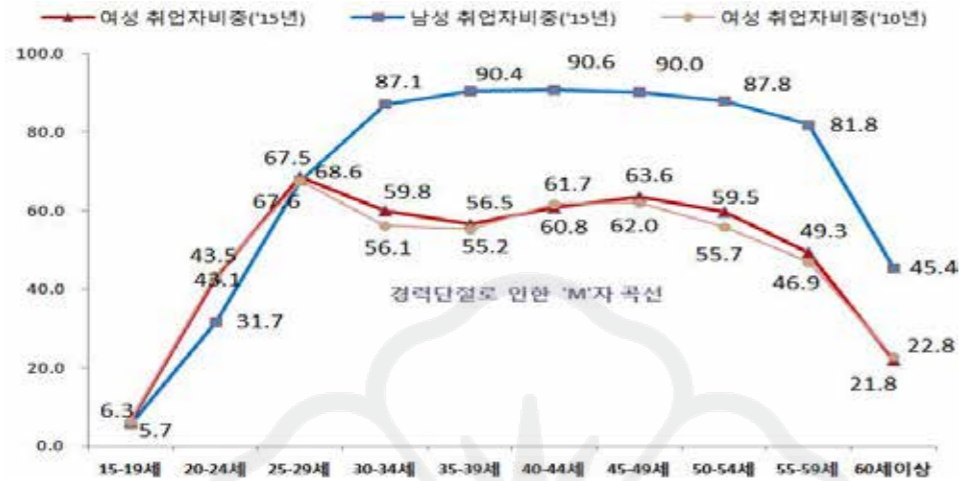
임신, 출산, 육아를 이유로 근로를 멈춥니다. “M자형 곡선”으로 대표되는 여성의 경력단절은 사회문제가 되고 있습니다. 경력단절여성은 2017년 기준 1,812,000명으로 추정하고 있으며, 30~39세 비취업여성 중 경력단절 여성 비율은 72.1%, 15~29세의 경력단절 여성 비율은 61.5%, 40~49세의 경력단절 여성 비율은 43.9%로 나타나고 있습니다.⁹⁾

계속 근로를 하는 여성에게도 출산과 육아는 변화를 가져옵니다. 남녀고용평등과 일·가정 양립 지원에 관한 법률은 제19조에서 육아휴직을, 제19조의2에서 육아기 근로시간 단축을, 제19조의5에서 연장근로의 제한 등 육아지원을 위한 그 밖의 조치들을 규정하고 있습니다. 이 규정들의 활용률이나 실효성과는 별개로, 이 규정들은 출산한 여성의 육아기 근로형태의 중대한 변동을 예정하고 있습니다. 법률규정의 문언은 성중립적으로 기술되어 있지만, 육아휴직자 중 남성의 비율은 2011년 2.4%, 2012년 2.8%, 2013년 3.3%, 2014년 4.5%, 2015년 5.6%, 2016년 8.5%로 집계되고,¹⁰⁾ 최근 7년간 육아휴직 사용자 중 여성 비율은 감소 추세이기는 하나 91.5%에서 97.6%까지 육박합니다. 즉, 육아휴직 사용자의 절대다수가 여성이라는 점은 출산과 육아가 특히 여성의 근로형태에 중대한 변동 원인이 됨을 추단하게 합니다. 이처럼 출산과 육아는 여성의 근로 계속 여부와 근로형태 변화에 직접적이고도 중대한 영향을 미칩니다.

9) 통계청 지역별고용조사, http://www.index.go.kr/potal/main/EachDtlPageDetail.do?idx_cd=3038
10) 고용노동부(고용노동부 DB자료), http://www.index.go.kr/potal/main/EachDtlPageDetail.do?idx_cd=1504

<표 1> 남성과 여성의 연령별 취업자 비중

(단위: %)



*2010년 인구주택총조사 10% 표본자료, 2015년 인구주택총조사 20% 표본자료

라. 양육

다음의 사례에는 한 여성이 출산 후 겪는 양육 과정에서의 경험이 집약적으로 나타나 있습니다. 출산 이후 신체와 건강의 변화, 자녀 양육을 위한 돌봄노동의 특수성, 양육/돌봄노동의 가치 불인정, 양육하는 여성에 대한 사회적 차별과 혐오('맘충'), 양육 비용, 직장에서의 임금노동과 자녀 양육을 위한 돌봄노동의 양립 문제 등 끊임없이 문제에 맞닥뜨리게 됩니다.

[사례 1] 2015년 4월 19일. 나는 출산을 위한 제왕절개수술을 받았습니다. 결혼 전부터 일을 하고 있던 저는 결혼과 동시에 임신을 하고 출산을 하면서 직장인인 동시에 가정주부이자 아이 양육자의 역할이 주어졌습니다. 누구나 쉽게 다하는 임신과 출산인 것처럼, 결혼과 출산이 의무인 것처럼 사회 속에서 세뇌되어 왔습니다. 이후의 상황에 대해서는 구체적으로 알려주지 않았고 도움을 줄 수 있는

사람도 제도도 너무나 빈약했습니다. 임신하는 동안 하혈, 임신성 당뇨, 아이 태동의 문제로 임신 내내 힘든 날을 보내고 양수가 터져 제왕절개수술까지 해야 했습니다. 문제는 그 이후였습니다. 밤에도 아기에게 2시간마다 수유를 하려면 산모가 밤에 수면이 지속되는 시간은 길어야 한 시간 정도입니다. 떨어질 대로 떨어진 체력과 지속되는 수면부족은 산후우울증으로 이어질 수밖에 없었습니다. 아이를 먹이고 씻기고 재우고 놀아주고 집안 청소는 빨래에 하루 종일 반복되는 일을 하는 동안 저의 끼니는 서서 잠깐 때우거나 패스트푸드로 대신 해야 했습니다. 이 모든 일이 사회에서는 당연하게 엄마의 의무라고 소리높이며 맘충이라는 단어로 손가락질을 합니다. 그러나 저에겐 더 큰 걱정이 있습니다. 턱없이 모자란 양육비에 자아실현이든 뭐든 상관없이 당장 돈을 벌이가 필요한 저는 휴직이 끝나고 직장으로 복귀해야 합니다. 직장에 복귀했을 때 아이가 아플 때 누가 돌보아 줄지, 야근이 생기는 날, 출퇴근시간이 안 맞을 경우는 어떻게 해야 할지 끊임없이 육아에 대한 고민이 직장 복귀 준비보다 앞서있습니다. 그런 여성을 직장에서 반길 리도 없습니다. 육아로 인해 돌아갈 직장이 없는 여성도 다수이며 전업주부의 입장이라고 호락호락 하지도 않습니다. 가정유지를 위한 생활비를 쓸 때에도 무전취직하는 사람이 사치하는 것처럼 집안일을 하고서도 가정에서나 사회에나 가사노동의 가치를 인정받지 못하는 것이 현실입니다.¹¹⁾

마. 사회보장(미혼모의 경우)

여성가족부의 '미혼모의 양육 및 자립 실태조사 연구(2010)'에 따르면¹²⁾, 미혼모의 월평균 급여는 105.3333만 원이고 미혼부로부터 지원을 받는 미혼모 가정은 4.7%에 불과합니다. 미혼모들은 자녀 양육시 가장 어려운 점으로 '양육비, 교육비 등의 비용부담(63.1%)'을 들었는데, 2016년 7월 발표한 한부모가족정책안내서에 의하면 정부는 '어린이집, 유치원, 종일제 아이 돌봄서비스를 이용하지 않은 0~5세 아동

11) 한국여성민우회 2017. 9. 28 '모두를 위한 낙태죄폐지 공동행동' 발족 퍼포먼스 후기 발언 8, http://www.womenlink.or.kr/minwoo_actions/19447 2018. 3. 30. 최종방문
12) 김혜영 외 7, 미혼모의 양육 및 자립 실태조사 연구, 여성가족부, 2010., 47쪽, 66쪽, 93쪽 참조.

의 경우'에 한해서만 월 10만 원 내지 20만 원의 가정양육수당을 지급하고 있습니다. 연간 70만 원이 지급되는 병원비 포함 양육용품 비용은 중위소득 52% 이하의 수급자라는 조건을 충족해야만 합니다. 그리고 최근 2018년 1월에 발표한 한부모 가족사업안내에 의하면, 만 14세 미만 자녀가 있는 미혼모에게는 월 13만 원의 아동양육비를 지급하되, 중위소득 52% 이하라는 조건을 충족해야만 합니다¹³⁾.

마. 소결

임신에 이은 출산 역시 여성의 사적, 공적 생활에서의 중차대한 변동을 가져오며, 특히 경제 영역에서는 경력단절을 나타내는 M자형 곡선을 비롯하여 임신과 출산이 여성의 노동과 임금격차 등에 강력한 효과를 미치고 있습니다. 이처럼 여성이 임신을 지속한 후 겪는 출산과 양육은 여성의 전 생애를 통하여 진학, 취업, 결혼 등 그 어떤 사건보다 삶의 근본적인 변동을 겪게 하는 요인이라 할 수 있습니다.

4. 임신의 중단

가. 정보의 제한성

현실의 낙태에서 무슨 일이 일어나고 있는지에 관한 정보는 제한적입니다. 낙태는 범죄이기 때문에 임신 지속과 중단의 기로에 있는 여성이 자신이 처한 환경과 조건이 어떠한지, 그러한 환경과 조건은 여성의 결정에 어떻게 영향을 미치는지, 원

13) 여성가족부, 『2018년 한부모가족 지원사업 안내』, 2018., 13쪽.

하지 않는 출산이 자신의 출산 이후의 삶에 어떤 충격이나 변화를 줄 것인지 상세히 말하지 못하고 있습니다. 이렇게 임신중단의 경험에 대한 정보는 제한적인 상황이지만, 일부 연구조사 결과, 출판되거나 최근에 공개된 발언이나 보고를 중심으로 단편적이거나 여성의 현실을 살펴보고자 합니다.

나. 원하지 않는 임신의 발생은 불가피함

(1) 100% 완벽한 피임방법의 부존재

원하지 않는 임신은 성적 자유나 성적 방종, 또는 일부 시각에 의하면 '성적 문란'의 결과가 아니라, 일상적 성관계의 결과로 나타날 수 있는 불가피한 현상입니다. 혼인 여부를 막론하고 인간의 성관계가 언제나 출산만을 목적으로 하지는 않으며, 상용되는 피임법 중 어느 것도 실패율이 0%인 방법은 존재하지 않는다는 점에서, 원치 않는 임신은 발생할 수밖에 없습니다. 피임실패율이 비교적 낮은 불임수술은 단산(斷産)을 결정한 경우가 아니라면 선택할 수 없는 방법이며 자궁내 장치는 출산 경험이 있는 기혼여성에게 주로 권장되는 방법이지만 기혼여성의 이용률도 높지 않습니다.

<표 2> 혼인여부별 여성 피임방법

(단위: %)

피임방법	기혼여성	피임방법	미혼여성(중복응답)
경구피임약	2.3	경구피임약	26.0
자궁내장치	10.5	자궁내장치	2.0
콘돔	23.7	콘돔	89.0
난관수술	5.7	질외사정	68.0
정관수술	16.7	월경주기조절법	48.0
기타	17.9	응급피임약	17.0
		살정제	2.0
		기타	10.0

* 15-44세 기혼여성 4,546명, 17-25세 피임유경험 미혼여성 119명 대상
 * 김승권 외(2012), 2012년 전국 출산력 및 가족보건·복지실태조사, 한국보건사회연구원, 323쪽
 * 이임순 외(2006), 한국 미혼여성들을 대상으로 한 성의식 실태 조사, Obstetrics & Gynecology Science 제49권 제1호, 6쪽.

기혼과 미혼여성에게 가장 널리 사용되는 피임법인 콘돔은(표 1 참조) 일반적 사용에서 13.9%의 실패율을 보이며, 정확한 사용법을 지켰을 때에도 3.0%는 실패에 이르게 됩니다(표 2 참조). 즉 원하지 않는 임신은 성적 방종의 결과가 아니라 일상적 성관계의 결과로서 나타나는 불가피한 현상이라 할 것입니다. 이러한 이유에서 기혼과 미혼을 불문하고, 한국의 낙태는 원하지 않는 임신에 대한 불가피한 수단, 즉 ‘최종적 피임 수단’으로 기능해 왔다는 점을 부인할 수 없습니다.

<표 3> 피임법에 따른 첫 1년 간 피임실패율

(단위: %)

피임방법		최저실패율	일반실패율
호르몬 피임제	복합경구피임제	0.1	7.6
	프로게스틴단일 경구피임제	0.5	3.0
	피임패치	0.1	0.15
자궁내장치	구리 자궁내장치	0.6	0.8
	레보논게스트렐 분비 자궁내시스템	0.1	0.1
	남성용 콘돔	3.0	13.9
질외사정		4.0	23.6
월경주기조절법		9.0	20.5
불임수술	난관불임수술	0.05	0.05
	정관불임수술	0.1	0.15

* 국가건강정보포털(<http://health.mw.go.kr>)

(2) 피임실천의 차등

원하지 않는 임신을 예방하기 위해서는 완벽한 피임 실천이 이루어져야 합니다. 현대사회에서 성에 대한 개방적인 풍조가 확산되고 혼전 성관계가 증가하고 있으나 피임 실천은 성별에 따라 다른 양상을 보입니다. 성관계의 결과로 임신할 수 있는 여성은 성관계시 남성보다 임신 가능성을 더 두려워하지만 피임의 실천에서 남성과 여성은 동등하지 않습니다.

성관계에서 남성이 적극적이고 지배적인 역할을 담당한다고 생각하고 ‘정숙한 여성’과 ‘문란한 여성’이라는 성의 이중규범을 내면화할수록 여성은 상대 남성에게 피임을 적극적으로 요구하지 못하는 경향이 있고,¹⁴⁾ 미혼 남녀가 가장 많이 사용

하는 피임법인 콘돔의 사용에서 전반적 협상 과정이 남성주도적으로 나타나고 있다¹⁵⁾는 연구결과가 보여주는 것처럼, 가부장적 성역할 고정관념은 피임에 장애요인이 되는 것으로 알려져 있습니다.

[사례 2] 사실 남자친구와는 2년 동안 늘 피임을 안했기에 편안한 마음으로 성관계를 한적이 없었습니다. 남자친구는 콘돔이 없어도 피임이 가능하다고 말했습니다. 어처구니가 없는 질외사정법이었지요. 낙태를 하고 어지럽고 불편한 몸으로 난 버스를 타고 혼자 집에 갔습니다. 남자친구는 괜찮냐는 걱정은 하지 않았습니다. 그저 해결해야할 문제를 해치워버린 듯 아무렇지도 않게 또 성관계를 요구했을 뿐이죠. 임신공포도 낙태에 대한 죄책감도 모두 나만의 것이었습니다.¹⁶⁾

다. 여성 다수의 경험

모든 임신은 출산, 낙태(인공유산), 자연유산으로 귀결되는데, 그 중 임부의 '의지'와 '선택'이 개입된 경험은 출산과 낙태라고 할 수 있습니다. 한국여성정책연구원의 2013년 연구조사에 따르면, 출산 혹은 낙태 경험이 있는 여성 316명 중에서의 낙태 경험을 살펴보면, 낙태 경험률은 48.1%(170명)로, 임신에 대하여 낙태를 경험하고 실행한 응답자가 출산·낙태 경험자의 거의 절반에 가까운 것으로 나타납니다. 또한 출산 경험 있는 여성의 절반 이상(51.0%)이 낙태를 경험한 것으로 조사되었습니다.¹⁷⁾

14) 황신우, 『미혼남녀의 피임행위 구조모형』, 서울대학교 대학원 간호학박사 학위논문, 2013., 16-17쪽.
15) 정윤지, 「미혼 남녀의 콘돔사용에 관한 의사결정 과정에서 나타나는 가부장성」, 『젠더와 사회』 제7권 제1호, 한양대학교 여성연구소, 2008., 212쪽.
16) 한국여성민우회, 앞의 글, 자유발언.
17) 박선영 외 6, 「여성가족 관련 법제의 실효성 제고를 위한 연구(I) : 낙태 규제와 여성의 대표성 관련 심층 분석 및 여성가족 관련 입법 과제」, 한국여성정책연구원, 2013., 35-36쪽.

그런데 이와 같이 다수 여성의 보편적인 경험이라고까지 부를 수 있는 낙태에 대하여 '한국의 낙태 수는 여성들의 자유나 선택의 징표가 아니라 여성들의 성적·사회적 취약함의 징표'라고 보는 견해도 있습니다¹⁸⁾. 아래의 진술은 원하지 않는 임신을 했을 때 자녀를 양육할 수 없는 상태에서 하는 낙태는 선택의 문제가 아니라 주장합니다.

“선택이란 ‘자유’가 있을 때 주어지는 것이다. 가끔씩 연례행사로 신문에 한국이 ‘낙태천국’이라고 보도가 될 때가 있다. 그때마다 언론은 여성들이 성적으로 문란하다는 식으로 몰고 갔지만, 정말은 ‘한국이 아이를 낳을 수 있는 나라인가’를 질문해야 한다. 원치 않는 임신을 했을 때 과연 여성들이 선택할 수 있는 옵션이 있는지. 아이를 낳아 키울 수 있는 상황이 아니라면, 낙태는 선택이 아니라 강제적인 것이라고 봐야 한다.”¹⁹⁾

라. 임신중단의 상황에 있는 여성들

이하에서는 임신중단의 상황에 있는 여성들 중 특히 취약한 상태에 있는 미성년/10대 청소년, 미혼여성, 장애여성, 성폭력 피해여성, 성매매여성의 공개된 사례를 중심으로 살펴봅니다.

18) 헌법재판소 2010헌바402 사건의 참고인 양현아 교수는 그 이유를 다음과 같이 설명합니다. “한국의 형법에서 낙태는 범죄이고, 도덕적 사회적으로 금지되고 있음에도 한국 여성에게 낙태 경험이 편만하다는 것은, 아이를 낳을 수 없는 불가피한 상황임에도 임신을 하는 경우가 매우 많음을 알 수 있다. 요컨대, 한국의 높은 낙태율은 무엇보다 ‘원치 않는 임신’이 매우 많다는 점에 주원인이 있다는 점에서 여성들의 몸과 삶의 자기 통제의 정도보다 여성들의 성적 통제권의 부족을 반영하는 정도가 더 우세하다고 해석한다.”
19) 일다 2010. 2. 9.자 「경험으로 이야기하는 낙태」
http://www.ildaro.com/sub_read.html?uid=5178§ion=sc1§ion2=의료/과학

(1) 미성년/10대 청소년

임신과 낙태를 이유로 자퇴를 강요당한 사례

[사례 3] 2017년 3월 29일 나는 임신과 낙태를 이유로 학교에서 쫓겨났습니다. …… 부모님에게 맞았어요. 임신했다는 이유로. 아빠는 내 얼굴을 쳐다볼 수조차 없다며 나를 딸로 생각할 수 없다고 했죠. 그래도 며칠 뒤에 엄마가 병원에 데려가주고 돈도 내줘서 낙태수술을 하기는 했어요. (중략) 며칠 뒤, 학교에 소문이 퍼졌더라고요. 담임이 불러내서 자퇴서를 쓰라고 하더라고요. 싫다고 했어요. 임신한 게 죄냐고, 낙태했다고 학교 다닐 권리도 없냐고 따졌어요. 그랬더니 학생이 임신한 건 죄래요. 제가 다른 학생들에게 안 좋은 영향을 줄 거라며 자퇴를 하래요. 자퇴 안 하면 제가 임신하고 낙태했던 걸 다른 선생님들에게도 알리고 낙태는 불법이니까 법적으로도 책임을 지게 할 거래요. 남자친구에게까지 피해 가지 않게 하려면 조용히 자퇴하래요. 어찌겠어요. 자퇴서 쓰고 나오는 길, 나는 죄 지은 거 없다는 생각이 자꾸 들었어요. 임신은 보통 축하받는 일이잖아요. 근데 학생이 임신하면 죄인인가요? 낳아 키울 여건이 안 되면 낙태할 수밖에 없는 거잖아요. 낙태가 죄인가? 나는 죄인이 아니에요.²⁰⁾

정확하지 못한 성교육으로 인하여 임신한 고등학생 사례

[사례 4] 그때는 정말 제 몸이 제 몸이 아닌 것 같았습니다. 준비하던 대학교, 꿈, 부모님, 학교생활 같은 것들이 떠올랐고 왜 지금, 왜 사정도 안 했는데 하는 생각이 들었습니다. 도저히 고등학생 임신부라는 손가락질과 부모님한테 손 벌려야 한다는 불효, 대학이나 취업 같이 하고 싶었던 일들을 못하게 된다는 걸 감수할 용기가 나지 않았던 저는 낙태를 결심하게 됐습니다.²¹⁾

[미성년자 고액 임신중절수술]

[사례 5] 거기서는 그니까 병원에서 부르는 게 값인 거예요. 그리고 다 문의했을 때 단 한 군데도 자기네는 수술을 하지 않는다는 병원이 없었어요. 제가 거의 정말 열군데 갔거든요. 열 군데 모두 다 수술을 해 준다고…. (중략) 의사도 병원에

20) 한국여성민우회, 앞의 글, 발인 3.
21) 한국여성민우회, 앞의 글, 발인 7.

서도 불법이고, 나도 불법이라 다 같이 하는 건데 의사는 불법이니까 돈을 더 내야 된다 그러고, 같이 불법을 저지르면서 되게 모순이 많아요. 어차피 할 건데……. 저는 병원에 들어갔을 때 가격하고 미성년자니까 부모님 안 모시고 와서 백만 원대의 수술비를 요구를 하고, 근데 그 피해자가 저만 있는 게 아닐 거예요.²²⁾

(2) 미혼여성

미혼여성의 임신에 대한 사회적 낙인

[사례 6] 혼전에 임신을 해서 아기를 낳는다는 게 얼마나 큰 낙인일 거라는 거는 정말 공포스러운 정도로 느껴졌기 때문에 아예 낳을 생각을 하지 않았던 것 같아요. 일단은 경제적인 능력이 제일 컸던 것 같아요. … (중략) … 내가 부양할 수 있는 상황이라면 다른 선택을 했을 수도 있을 것 같아요. (사례18, 41쪽)²³⁾

미혼부의 책임

[사례 7] 000씨는 자신을 “낙태당하지 않고 태어난 비혼모의 딸”이라고 소개했다. “어렸을 때부터 어머니가 술을 드시고 오면 ‘너를 낙태했어야 했다’, ‘너를 왜 낳았는지 모르겠다, 후회한다’는 말을 수없이 들어왔다”고 말했다. 그녀는 “낙태당하지 않고 태어난 아이는 ‘사생아’가 됩니다. 낙태하지 않고 애 낳으면 ‘미혼모’가 됩니다. 왜 책임지지 않는 남자를 지칭하는 말은 없습니까? 저는 사생아고 엄마는 미혼모입니다. 그런데 왜 생물학적 아버지를 지칭하는 단어는 없을까요?”라며 성차별적인 우리의 현실을 꼬집었다.²⁴⁾

위의 사례들은 혼인관계 내의 출산만이 환영받는 미혼모의 현실을 짐작할 수 있습니다. 미혼여성의 경우 낙태사유로 ‘미혼모가 되고 싶지 않아서’가 93.7%에 이

22) 한국여성민우회, 『있잖아… 나, 낙태했어』, 다룬, 2013.
23) 한국여성민우회, 앞의 책, 41쪽: 김동식/ 김영택/ 이수연, 『피임과 낙태 정책에 대한 쟁점과 과제: 여성의 재생산권과 건강권을 중심으로』, 한국여성정책연구원, 2014., 190쪽.
24) 일다, 2016. 10. 15. 「내 자궁은 나의 것」 낙태죄 폐지운동 집회 - 한국판 여성들의 ‘김은시위’ 번진다」 http://www.ildaro.com/sub_read.html?uid=7627§ion=sc1§ion2=정치/정책

룹니다.²⁵⁾ 한편, 한국여성정책연구원이 낙태사유를 가정하여 낙태 의향이 있는지 조사한 결과에 따르면, 미혼(청소년 포함) 여성의 임신에 대해서는 60 - 70%의 비율로 낙태 의향이 있다고 응답하였습니다.²⁶⁾

<표 4> 낙태 의향

구분	성별	사례수 (명)	낙태 한다	낙태 안한다	모름/ 무응답
미혼(청소년)인데 임신한 경우	여성	(1,007)	73.2	26.7	0.1
	남성	(201)	60.7	39.3	-

(3) 장애가 있는 여성

아래의 인용문은 낙태가 원칙적으로는 금지되어 있음에도, 장애가 있는 여성은 장애가 있다는 이유만으로 낙태할 것이 당연시되거나 임신과 출산의 결정권이 보장되지 않은 채 모성권(장애인차별금지 및 권리구제에 관한 법률 제28조 제1항 ‘누구든지 장애인의 임신, 출산, 양육 등 모·부성권에 있어 장애를 이유로 제한·배제·분리·거부하여서는 아니 된다’)이 침해되고 있는 모순적인 현실을 보여줍니다.

[사례 8] 2009년 7월 31일 나는 첫 출산을 했습니다. 제왕절개 수술날짜를 잡고 그날밤 양수가 터져서 5시간 진통해서 첫 출산을 한날입니다. 저는 첫째를 임신하고 병원을 찾았을 때 그것도 대학병원이란 곳을 갔을 때 간호사가 절 보더니 너무도 당연하게 첫마디가 “아기 지우실거죠?”였습니다. 정말 당황스러웠습니다. 물론 내가 판단했을 때 낙태를 해야 하는 상황이었다면 낙태를 선택할 수도 있다고 생각하지만 “장애가 있다는 이유로, 여성이라는 이유로” 국가가 마음대로 정해진 룰처럼 “낙태해야 할 몸, 낙태해선 안될 몸”으로 규정지어 놓고선

25) 김해중 외 12, 「인공임신중절 실태조사 및 종합대책 수립」, 보건복지부, 2005.
26) 김동식/ 김영택/ 이수연, 앞의 책, 204쪽.

여성에게는 “아이를 낳을 권리도, 낙태 할 권리도” 보장되지 않은 이상한 나라에 우리는 살고 있는 거 같습니다.²⁷⁾

[사례 9] 이러한 국가의 관점에서 저는 운이 좋게 태어난 생명입니다. 그리고 나와 같은 장애를 가진 태아를 낳으면 안 되는 몸으로 규정된 장애여성입니다. 제가 성인의 나이가 되기 전까지 의사는 이렇게 말했습니다. “너의 장애가 유전될 수 있으니 아이를 낳지 말라”고, 그러나, 의료기술이 빠르게 발전하면서 불과 몇 년 전과는 또 다르게 “너는 이제 장애가 없는 아이를 낳을 수 있으니 안심하고 노력해야 된다.”는 말을 듣습니다. 장애여성이라는 이유로 타인에 의해 제 몸이 판단되고 강요되는 일은 너무나도 빈번하게 일어납니다.²⁸⁾

[사례 10] 저는 장애여성인권운동단체 장애여성공감에서 활동하고 있는 000입니다. (중략) 장애여성은 모자보건법 제 14조 속 ‘우생학적 또는 유전학적 사유’로만 존재하지 않습니다. 사랑의 리퀘스트와 같은 프로그램에 등장할 법한 따뜻한 관심이 필요한 이웃도 아닙니다. 장애여성은 출산과 양육의 주체로써 자신의 삶을 구성하고 있으며 자녀가 자신과 같은 유형의 장애 혹은 질환을 물려받을 것을 알고 있음에도 아이를 낳을 것을 결정하기도, 때로는 알고 있기에 낳지 않는 것을 선택하기도 하는 자기 삶의 결정권자입니다. 장애여성은 ‘장애여성’이라는 집단의 단일한 특성만으로 규정될 수 없으며, 저마다 본인의 삶을 살고 있는 개인이자 시민입니다. (중략) 만 12세 여성청소년을 대상으로 자궁경부암 무료 예방 접종을 시행할 만큼 인구증가와 재생산을 위해 엄청난 노력과 자원을 투입하는 나라가 왜 산부인과의 편의시설 증진을 위한 노력은 전혀 실천하지 않는지 묻고 싶습니다. 장애가 없는 12세의 여성청소년은 임신과 출산이 가능한 잠재적 어머니로 상상할 수 있지만, 여전히 장애여성은 재생산과 거리가 먼 존재인 것입니까?²⁹⁾

[사례 11] 수십 년 전, 국가는 인구를 관리하고 통제할 필요성이 있다고 산아제한이라는 이름으로 피임과 낙태수술을 강요했고, 시설에 거주하는 장애여

27) 한국여성민우회, 앞의 글, 발언 9.
28) 한국여성민우회, 앞의 글, 발언 10.
29) 2017. 12. 1.자 발언 <https://www.facebook.com/womenwithdisability/posts/860920817420903>

성들은 강제적으로 불임수술을 받기도 했습니다. 역사적으로 필요에 따라 더 많은 사람을 낳을 것을, 또 어떤 때에는 혹은 어떤 사람은 낳지 않을 것을 얘기해 왔습니다. 그리고 여성에겐 어머니의 역할을 강요하며, 출산과 양육을 통해 국가를 위해 일할, 정상규범에 속하는 사람들을 길러내라고 합니다. 하지만 누군가에겐 아이를 낳아서 길러야 하는 의무를, 누군가에겐 아이를 낳지 않았으면 하는 바람을 심어주는 것을 이제는 정말 멈추어야 합니다.

(4) 성폭력 피해 여성

성폭력 피해를 입고 임신한 여성의 경우, 낙태가 허용됨에도 불구하고 다음 사례와 같이 신속하고도 적절한 시기에게 의료기관에 접근하지 못한 사례가 빈번합니다.

[사례 12] 2012. 12. 18. 나는 성폭력에 의한 임신으로 중절수술을 받았습니다. 소개팅으로 만난 사람에게 모텔로 끌려가 성폭력을 당했습니다. 부모님에게 피해 사실을 알리고 싶지 않아 신고하지 않았습니다. 생리가 나오지 않아 산부인과에 갔더니 임신 4주라고 했습니다. 망설이지 않고 인공임신중단수술을 받기로 결정했습니다. 그런데 병원에서는 ‘낙태죄’라는 법이 있어, 수술을 해줄 수 없다고 했습니다. 성폭력으로 인한 임신은 모자보건법상 인공임신중절수술 허용사유지만, 먼저 내가 성폭력 피해자라는 사실을 입증해야 한다고 했습니다. 성폭력상담소에서 발급받은 상담사실확인서를 제출했지만, 병원에서는 가해자를 고소하고 고소사실확인서를 받아와야 한다며 수술을 해주지 않았습니다. 어떤 병원에서는 아무런 기록도 남기지 않는 조건으로 불법 수술을 해주겠다고 터무니없는 수술비용을 요구하기도 했습니다. 하지만 돈도 없었고, 나에게는 안전하고 합법적인 인공임신중단수술을 받을 권리가 있음에도 불구하고 거액을 주면서 불법 수술을 받아야 하는 현실이 너무 억울했습니다. 어렵게 마음먹고 가해자를 고소했습니다. 그런데 경찰은 ‘가해자 측은 합의한 성관계라고 주장하고 있다’, ‘인공유산하기 위해서 거짓으로 고소한 것 아니냐’며 고소사실확인서를 빨리 발급해주지 않았습니

다. 하루하루 시간이 지날수록 마음이 조급해지고 너무 불안했습니다. 결국 경찰이 기소 의견을 송치하고 나서야 인공임신중단수술을 받을 수 있었습니다. 그때는 이미 임신주수가 14주를 지나 있었고 수술의 위험성이나 비용도 임신 초기에 비해 훨씬 커져 있었습니다. 수술을 받기 직전에는 “성폭력 피해가 아님이 밝혀질 경우 책임을 지겠다.”는 내용의 서약서를 작성해야만 했습니다. 이것은 무슨 의미인지, 가해자가 무죄 판결을 받으면 내가 낙태죄로 처벌받을 수도 있다는 의미인지 따져 묻고 싶었지만, 당장 내 몸이 인질로 잡혀 있는 것 같아서 어쩔 수 없이 서명할 수밖에 없었습니다.³⁰⁾

(5) 성매매여성

[사례 13] 저는 성판매여성입니다. 누구인지 모르겠는 성구매자의 아이를 임신했습니다. 출산과 육아를 원치 않았지만, 수술 비용이 없었습니다. 성매매는 성폭력이 아니기 때문에 임신중절 수술비 지원이 불가능하다는 것입니다. 진퇴양난의 상황에서 불안함과 하루하루 바뀌는 저의 신체 상태를 감당해야 하는 것은 오로지 저 자신이었습니다. 성판매여성들은 성구매자에 의한 원치 않는 임신도 합니다. 콘돔을 하지 않으려는 남성들과 ‘협상’하거나, 요구를 거절하기란 매우 어렵기 때문입니다.³¹⁾

5. 소결

우리는 흔히 임신한 여성, 출산한 여성에게 ‘축하한다’는 말을 건넵니다. 임신 당사자가 아닌 우리는 공동체의 새로운 구성원이 될 생명의 탄생을 기다리고 축하합니다. 그러나 임신이라는 사건에서 제3자가 아니라 임신하고 출산하는 바로 그

30) 한국여성민우회, 앞의 글, 발인 6.

31) 허핑턴포스트 2017. 9. 28.자, 「여성들이 ‘임신 중단’을 선택한 자신의 경험을 이야기하다」
http://www.huffingtonpost.kr/2017/09/28/story_n_18124122.html?utm_id=naver

주체가 되는 여성에게는 기쁨과 행복만이 전부가 아닙니다. 임신 중의 태아, 출산 후의 자녀로 인해 겪는 기쁨과 행복은 없다고 부정하는 것이 아니라, 축복받는 임신과 출산조차도 책임과 고통, 그리고 희생을 ‘반드시’ 수반한다는 사실을 말씀드리고자 하는 것입니다. 임신한 여성이 처한 상황에 따라서는 임신이 기쁨이나 행복이라기보다 혼란과 충격만이 있는 경우도 있습니다. 사회적 취약계층의 여성일수록 임신, 출산, 양육으로 인한 고통과 희생이 더욱 커지게 됨은 주지의 사실입니다. 앞에서 살펴본 바와 같이 임신은 출산 후 자녀의 양육이라는 문제까지 ‘반드시’ 고려해야 하는 사건입니다. 임신, 출산, 양육 과정의 책임과 희생, 자녀 양육의 문제를 숙고한 후의 임신 중단이 자기낙태죄라는 범죄로 형사처벌되는 것이 헌법적으로 허용될 수 있는지에 관해서 이하의 위헌성 변론에서 살피고자 합니다.

III. 형법 제269조 제1항의 위헌성: 헌법상 기본권 규정 위반

1. 형법 제269조 제1항으로 인하여 제한되는 기본권

형법 제269조 제1항 자기낙태죄 규정으로 인하여 제한되는 기본권은 여성의 자기결정권(헌법 제10조), 건강권(헌법 제36조 제3항, 제34조 제1항, 제10조, 제35조 제1항), 신체의 자유(헌법 제12조 제1항 전문), 신체의 완전성에 관한 권리(헌법 제10조, 제12조, 제37조 제1항), 모성을 보호받을 권리(헌법 제36조 제2항), 평등권(헌법 제11조)으로 볼 수 있습니다. 이하에서는 위 기본권별로 그 내용과 침해 여부를 상세히 살펴보겠습니다.

2. 여성의 자기결정권(헌법 제10조) 침해

가. 자기결정권의 의의와 헌법적 근거

자기결정권은 국가권력으로부터의 간섭 없이 개인 스스로 자신의 운명과 인생을 결정하고 그에 따라 행동할 수 있는 권리로서, 인격적 가치의 존중 및 고유한 개성 발현을 목적으로 하는 기본권입니다.³²⁾ 개인이 개인적 사안에 대하여 스스로 결정하고 그에 근거하여 행동할 수 있는 자유를 가져야 개성 및 풍부한 인격의 발현을 기대할 수 있기 때문에 자기결정권은 헌법에서 보장하는 인간의 존엄과 가치 및 인간다운 행복한 삶의 기본적인 전제가 됩니다. 즉, 자기결정권은 헌법에 열거되지 아니한 기본권으로서 헌법 제10조 인간의 존엄과 가치 및 행복추구권에서 도출되는 보충적 기본권의 하나이고, 헌법재판소 역시 “헌법 제10조는 ... 개인의 인격권과 행복추구권을 보장하고 있다. 개인의 인격권·행복추구권에는 개인의 자기운명결정권이 전제되는 것이고, 이 자기운명결정권에는 성행위 여부 및 그 상대방을 결정할 수 있는 성적(性的) 자기결정권이 포함되어 있다.”³³⁾라고 하여 헌법 제10조에서 자기결정권의 근거를 찾고 있습니다.

이러한 자기결정권의 내용에는 생명·신체에 대한 자기결정권³⁴⁾을 비롯하여, 생활 방식에 대한 자기결정권³⁵⁾, 성적 자기결정권³⁶⁾, 사적인 영역에 대한 자기결정권

32) 김채윤, 『임산출산에 관한 여성의 자기결정권』, 숙명여자대학교 박사학위논문, 2017., 46쪽.

33) 헌법재판소 1990. 9. 10. 선고 89헌마82 전원재판부 결정.

34) 이는 주로 장기이식이나 존엄사와 같은 생명·신체의 처분에 관한 자기결정권을 의미합니다. 헌법재판소는 “죽음에 임박한 상태에서 인간으로서의 존엄과 가치를 지키기 위하여 연명치료의 거부 또는 중단을 결정할 수 있다.”(헌법재판소 2009. 11. 26. 선고 2008헌마385 결정)라고 하여 ‘연명치료 중단에 관한 자기결정권’을 헌법상 기본권인 자기결정권의 한 내용으로 인정하고 있습니다.

35) 이는 흡연·음주·외양·복장 기타 기호 등을 자유로이 결정할 수 있는 권리를 의미합니다. 헌법재

등이 포함된다고 볼 수 있습니다.

나. 자기낙태죄로 침해되는 자기결정권

(1) 여성의 자기운명결정권 침해

형법 제269조 제1항의 자기낙태죄는 낙태를 전면금지하여 낙태한 임부를 일률적으로 형사처벌하도록 하고 있는데, 이는 임부로 하여금 임신상태를 중단할 자유를 제한하여 임신상태를 유지하도록 강제하고 출산을 강제하는 것이며, 출산 이후 여성의 삶에서 특별한 희생을 강요하는 결과를 초래하고 있습니다.

개인의 인격권과 행복추구권에는 개인의 자기운명결정권이 전제되어 있는 것이고, 자기운명결정권에는 임신과 출산에 관한 결정, 즉 임신과 출산의 과정에 내재하는 특별한 희생을 강요당하지 않을 자유가 포함되어 있으며³⁷⁾, 여기서 특별한 희생이란 임신과 출산 자체에서 비롯되는 희생과 더불어, 출산 이후의 삶에서의 희생을 포함하고 있다할 것입니다.

자기낙태죄는 여성의 성적 자기결정권을 비롯하여 임신·출산을 할 것인지 여부

판소는 미결수용자가 수사 또는 재판받을 권리를 받기 위하여 시설 밖으로 나오는 경우에도 제조사용 의류를 입게 하는 것은 무죄추정의 원칙에 반하고, 인간으로서의 존엄과 가치에서 유래하는 인격권과 행복추구권, 공정한 재판을 받을 권리를 침해하는 것이라고 판시한 바가 있습니다(헌법재판소 1999. 5. 27. 선고 97헌마137, 98헌마5(병합) 전원재판부 결정).

36) 헌법재판소는 자기결정권의 내용에 간통죄 사건(헌법재판소 1990. 9. 10. 선고 89헌마82 전원재판부 결정)에서는 성행위여부 및 그 상대방을 결정할 수 있는 성적 자기결정권, 동성동본금혼 사건에서는 혼인의 자유와 혼인에 있어서 상대방을 결정할 수 있는 자유가 포함되어 있다고 판시하였습니다(헌법재판소 1997. 7. 16. 선고 95헌가6내지13 전원재판부 결정).

37) 헌법재판소 2012. 8. 23. 선고 2010헌마402 결정.

와 그 시기, 자녀의 수와 터울, 양육을 함께할 상대방, 양육에 소모되는 재원을 부담할지 여부를 결정할 자유를 제한하고, 더 나아가 임신·출산은 가정 내에서는 여성에게 양육의 부담을 지우고 근로와 교육의 기회를 박탈합니다. 이러한 점을 볼 때, 자기낙태죄는 여성에게 임신·출산, 출산 이후의 삶에서 특별한 희생을 강요하여 여성의 전 생애주기에 있어서의 자유로운 인격발현권과 운명통제권, 즉 여성의 자기운명결정권 자체를 제한하고 있습니다. 이하에서는 자기낙태죄로 인해 제한되는 여성의 자기결정권에 대하여 자세히 살펴보겠습니다.

(2) 성적 자기결정권의 침해

현대사회에서 남녀는 모두 성의 자유를 가지고, 헌법재판소도 “헌법 제10조에서 보장하는 인격권 및 행복추구권, 헌법 제17조에서 보장하는 사생활의 비밀과 자유는 타인의 간섭을 받지 아니하고 누구나 자기운명을 스스로 결정할 수 있는 권리를 전제로 하는 것이다. 이러한 권리내용 중 성적자기결정권이 포함된다.”³⁸⁾고 하여 성적 자기결정권이 헌법상의 권리임을 인정하고 있습니다. 성적자기결정권은 “각인 스스로 선택한 인생관 등을 바탕으로 사회공동체 안에서 각자가 독자적으로 성적 관을 확립하고, 이에 따라 사생활의 영역에서 자기 스스로 내린 성적 결정에 따라 자기책임 하에 상대방을 선택하고 성관계를 가질 권리를 의미”³⁹⁾합니다.

여성의 성관계에는 남성의 성관계와 달리 임신의 가능성을 가지고 있으나, 위 II

38) 헌법재판소 2002. 10. 31. 선고 99헌바40, 2002헌바50(병합) 전원재판부 결정.

39) 헌법재판소 2002. 10. 31. 선고 99헌바40, 2002헌바50(병합) 전원재판부 결정.

의 4항 나 (1)에서 살펴본바와 같이 현재 어떠한 피임법도 의학적으로 완벽하지 않습니다. 성관계가 항상 임신에 대한 희망을 의미하지는 않기 때문에 여성의 성관계는 언제나 원하지 않는 임신의 가능성이 존재하게 됩니다. 여성의 자유로운 성관계가 처벌대상이 되지는 않으므로 사회적으로 일견 여성의 성의 자유가 보장되는 것처럼 보이지만, 원치 않는 임신의 가능성이 존재하는 피임실천 현실에서 여성의 자기 낙태를 금지하고 형사 처벌하는 이상 여성의 성적자기결정권은 침해될 수밖에 없습니다. 자기낙태죄의 존재는 원치 않는 임신가능성으로 인하여 여성에게 성관계에 대한 공포와 불안을 주게 되고 결국 남성 파트너와 자유롭고 평등한 지위에서 성관계를 할 성적 자기결정권을 침해하게 되기 때문입니다.

(3) 자녀 출산의 여부와 시기, 자녀의 수와 터울 등을 결정할 권리 침해

(가) 임신중절의 사유

여성들이 임신중절을 결정하는 사유에 대한 2005년 고려대학교와 보건복지부의 실태조사를 보면, 기혼여성의 경우 ‘더 이상 자녀를 원하지 않아서(70.7%)’, ‘터울 조절을 위해서(6.2%)’, ‘원하는 태아의 성별이 아니어서 (1.2%)’와 같은 가족계획을 사유로 하는 비율(78.1%)이 압도적으로 높았고, 미혼여성의 경우 미성년자 혹은 혼인상의 문제(93.7%)와 같은 사회경제적 이유가 절대적인 비율을 차지했습니다.⁴⁰⁾

40) 김해중 외, 「인공임신중절 실태조사 및 종합대책수립」, 보건복지부, 2005., 57쪽.

<표 5> 결혼상태에 따른 인공임신중절시술 이유(다중응답)

	시술 이유	기혼여성	미혼여성
건강문제	부모의 건강문제	2.9%	0.2%
	태아의 건강문제	3.7%	0.5%
	임신 중 약물복용	12.6%	5.4%
강간		0%	0.4%
가족계획	더 이상 자녀를 원치 않아서	70.7%	2.9%
	터울조절을 위해서	6.2%	0%
	원하는 태아의 성별이 아니어서	1.2%	0.1%
사회경제적 이유 등	경제적 어려움	17.5%	3.4%
	미성년자 혹은 혼인상의 문제	2.0%	93.7%
	기타	4.2%	2.3%

즉, 기혼여성의 경우 자녀불원(‘자녀 불원’ 사유에도 양육의 경제적 여건 등 여러 사회경제적 요소들이 내재해 있을 것입니다), 미혼여성의 경우 혼인여부라는 사회경제적 이유가 임신중절 사유의 대다수를 차지하고 있다는 것인데, 이러한 경향은 2010년 연세대학교와 보건복지부의 전국 실태조사에서도 나타납니다. <표 6>에서는 ‘원치 않는 임신(46.8%)’, ‘태아의 건강문제(23.4%)’, ‘경제상태상 양육이 힘들어서(23.1%)’, ‘미혼이어서(20.6%)’ 순으로 다수를 차지하고 있습니다 (2010년 기준).⁴¹⁾

41) 손명세 외, 「전국 인공임신중절 변동 실태조사」, 보건복지부, 2011., 55쪽.

<표 6> 연도별 인공임신중절 사유(중복응답)

(단위 : %)

구분	2008년	2009년	2010년
원치 않는 임신이어서	56.8	46.5	46.8
태아의 건강문제 (임신 중 약물복용 포함)	15.7	21.1	23.4
경제상대상 양육이 힘들어서 (고용불안정, 소득이 적어서)	19.3	11.5	23.1
미혼이어서	29.7	26.7	20.6
가족계획 (자녀를 원치 않아서, 터울조절, 원하지 않는 성별)	8.4	14.8	17.3
사회활동 지장	9.5	8.2	8.9
신체적인 질병	7.1	6.0	2.3
10대여서	1.7	0.0	1.6

* 기타 응답으로는 학교 졸업을 위해(2010년 1.1%), 기타(2008년 1.2%)

또 형사정책연구원의 2011년 연구에 의하면, 낙태 여부를 고민한 적이 있는 응답자에게 낙태를 해야겠다고 생각하는 이유를 5순위까지 응답하도록 한 후 중복 집계한 결과에서, ‘이미 자녀가 있었기 때문에(51.6%)’가 가장 많았고, 다음으로는 ‘아이를 키울만한 경제 형편이 못되는 것 같아서(41.2%)’가 큰 비율을 차지했으며, 그 다음은 ‘건강이 나빠질 것 같아서(31.9%)’, ‘아이의 터울을 조절하기 위해서(23.7%)’ 순으로 가장 큰 비중을 차지했습니다.⁴²⁾

위와 같이 대다수의 여성들이 자녀불원, 가족계획, 경제적 여건 등을 이유로 임신중절을 선택하고 있는 현실과 임신이 출산 및 양육과 불가분의 관계에 있고 현재 100% 완벽한 피임법은 존재하지 않는다는 점을 결합해 볼 때, 자기낙태죄 조항은

42) 박형민, 「낙태의 실태와 대책에 관한 연구」, 한국형사정책연구원, 2011., 176-177쪽.

여성들이 출산을 할지 여부와 그 시기, 자녀의 수와 터울, 양육에 소모되는 재원을 부담할지 결정할 자유와 양육을 함께 할 상대방을 결정할 자유를 침해하고 있음이 분명합니다.

(나) 경제사정을 이유로 한 임신중절

여성이 자녀를 양육할 경제적 여건이 되지 않음을 이유로 임신중절을 하는 경우는 위 보건복지부 실태조사(<표 5>, <표 6> 참조)에서 약 20%의 비중을 차지하고 있습니다. 한국여성민우회가 엮은 낙태 경험 사례집에는 이미 두 아이가 있고 두 아이의 양육비를 벌어야 하는 여성이 아이의 “분유 값도 델 수 없”어 낙태한 사례가 실려 있습니다.⁴³⁾

환자의 생명권과 자기결정권이 문제된 연명치료 중단에 대한 판결에서도 경제적 면은 중요한 고려요소 중 하나로, 대법원은 “이미 지출한 또는 앞으로 지출하게 될 비용, 가족들의 경제적 지출을 포함한 생활상의 희생 등 환자측의 사정”도 치료중단의 참작사유가 된다고 판시한 바가 있습니다(대법원 2009. 5. 21. 선고 2009다17417 전원합의체 판결). 대법원은 이미 태어난 생명의 생명권을 제한하는 연명치료 중단을 결정함에 있어 중요한 근거로 경제적 요소를 고려하였음에도 자기낙태죄 조항은 여성이 임신, 출산, 양육에 대해 경제적 요소를 고려하여 태어나지 않은 태아에 대한 낙태를 결정하는 경우에도 예외 없이 이를 처벌하고 있습니다. 독일 연방대법원은 원치 않는 출생에 대하여 부모에게 경제적 부담이 현실

43) 한국여성민우회, 『있잖아 나 낙태했어』, 다룬, 2013., 37쪽.

적으로 발생한다고 하여 의사의 상담과실이나 실패한 임신중절에 대해 손해배상 책임을 인정하는 등 부모의 태아의 출산 선택에서 부모의 경제적 부담을 적극적으로 고려하고 있습니다.⁴⁴⁾

따라서 여성이 임신, 출산, 양육에 있어서 경제적 요건을 고려하여 낙태를 결정한 경우까지 일률적으로 모두 처벌하고 있는 자기낙태죄 조항은 여성의 자기결정권을 침해한다 할 것입니다.

(다) 양육을 함께할 남성 파트너의 존재와 적합성 문제

양육을 함께할 남성 파트너의 존재와 적합성도 여성의 임신중절 결정에 큰 영향을 미치게 됩니다. 기혼여성은 이미 배우자와의 관계가 파탄에 이른 경우, 미혼여성 역시 남성 파트너와 이별한 경우, 남성 파트너가 폭력과 낭비벽이 있어 관계를 끝내야 하는 경우 등 남성 파트너가 부재하거나 양육을 함께 할 상대방으로서 적합하지 않을 때 여성은 임신중절 이외의 선택지를 고려하기 어려운 처지에 놓이게 됩니다. 실제로 폭력과 낭비벽이 있는 상대방 남성이 아이의 친부임을 빌미로 자신에게 접근할 것이 두려워 낙태한 사례를 종종 찾아볼 수 있으며⁴⁵⁾, 한국여성민우회가 엮은 낙태 경험 사례집에서 여성들은 다양한 이유로 자신들에게 낙태 외 그 어떤 선택지도 주어지지 않았음을 항변합니다.

44) 독일 연방대법원은 ‘자녀의 양육비를 손해로 인정하는 것은, 자녀 그 자체를 손해로 보는 것이 아니라, 계획에 어긋난 출산으로 인하여 발생한 부모의 양육비 부담을 손해로 보는 것’이라고 하였습니다. BGHZ 76, 249 = JZ 1980, 406.; BGHZ 76, 259 = JZ 1980, 409.; 신현호, 「낙태죄에 관한 제문제」, 『저스티스』 통권 제121호, 2010., 389-390쪽.에서 재인용

45) 한국여성민우회, 앞의 책, 11쪽.

[사례 14]“신랑이랑 바로 병원 가서 아기 심장 소리 듣고, 이제 낳자고 했는데, 이 남자가 임신하기 전에도 매일 술, 친구 너무 좋아하고… 술 먹으러 가면 새벽 [서너 시]에 들어오고…(중략)… 그리고 주점도 너무 좋아하는 거예요. 여자 있는 주점이에요. 자기는 뭐 여자 끼고 안 논다고 하는데…지가 사업 때문에 접대하는 것도 아니고 월급 120만 원, 130만 원 꼴랑 받아 와가지고 애들하고 가서 주점 가서 60만 원, 80만 원 자기가 굶어 오고…(중략)…한 번 낙태해 놓고도 임신했다고 좋아하는 하는데 태교 이런 거 하나도 안 하고 집안일도 하나도 안 도와주고 집 안일은 여자가 하는 거라고 생각하는 거예요. 나는 또 일하고 있었으니까, 회사 일하고 와서 또 집안일하고…(중략)…제 동생이 사고로 죽었어요…(중략)…그래서 난리가 났었거든요… 사고로 떠났는데 장례식장에 남편이 안 오는 거예요, 첫날. 우리 엄마 아빠 내 동생 딱 네 명 가족인데 안 오는 거예요. 다음 날 술이 완전히 취해서 온 거예요…(중략)…그 다음 주에 가서 수술했어요. 이 사람하고 못 살겠다. 그리고 나서 이혼하자, 별거하자 하고 친정집으로 왔어요.”⁴⁶⁾

그런데 자기낙태죄는 이처럼 양육을 함께할 남성파트너의 부적합성으로 인한 여성의 임신중절 결정까지도 일률적으로 처벌하는 등 여성의 자기결정권을 침해하고 있습니다.

(라) 미혼여성의 임신·출산 문제

미혼여성의 임신·출산은 여성의 혼전성관계를 금기시하는 사회 분위기 속에서 성관계 사실을 만천하에 공개하는 것이 되어 ‘여자가 자기 몸 간수를 제대로 안 했다’는 비난에 시달리게 만듭니다. 우리 사회는 미혼모와 ‘아버지 없는 자식’에 대한 편견과 차별적 시선이 만연하여 감히 결혼 밖의 모성을 꿈꾸지 못하게

46) 위의 책, 50쪽.

하고, 미혼모에 대한 지원대책도 거의 전무하다시피 하기에 남성 파트너와의 결혼이 예정되어 있지 않으면 미혼여성이 출산을 선택하기란 거의 불가능합니다. <표 5> '결혼상태에 따른 인공임신중절 시술이유'에서 보는 바와 같이 미혼여성 93.7%가 '미성년자 혹은 혼인상의 문제'로 임신중절을 선택했다는 사실과 이하의 낙태 사례 진술들은 미혼여성이 처한 이러한 현실을 적나라하게 드러냅니다.

[사례 15] “그 여자의 혼인 상태라[든]가 뭐라도 상관없이 어떤 방식으로 임신해서 낳은 아이는 정말 누구라도 소중하다는 인식이 있으면 누가 그렇게 하겠냐는 거죠”, “막말로 처녀가 애를 낳든 할머니를 애를 낳든 누가 애를 낳든 그 아이는 너무 소중한 존재라고 생각하[느]냐는 말이죠. 바로 재 결혼 했어 안했어? 이런 색안경 쓰고 말이나 하잖아요. 그리고 애 낳으면 누가 키워 줘? 나도 임신했을 때 ‘네가 낳기만 해라’ 이런 사람은 우리 집엔 아무도 없었고, 우리 사회 분위기에 누가 낳으려고 하겠어요. 최근에도 뭐 여자 재수생이 영아 버리는 일 있었잖아요. 오죽하면 버리겠어요.”⁴⁷⁾

[사례 16] “우리 사회는 너무 성에 대한 인식이 보수적이고 막 변태적이다 보니까 다 하고 있는데 안 하고 있는 척, 이려고 있다 보니까 그러니까 임신했다라고 하면 그동안 섹스한 거야? 얼마나 섹스를 했길래? 뭐 이런 식이 되잖아요.”⁴⁸⁾

[사례 17] [딸이 원치 않은 임신을 했다면?] 그건 어려운 문제다. 왜냐하면 딸의 인생을 보면 유산을 시키는 게 맞고, 한 생명의 입장에서 보면 태어나야 되는 게 맞는데 어려운 문제다. 왜냐하면 우리나라뿐만 아니라 애를 낳고 어디 결혼을 할 수 있나, 완전히 인생 사는데 그냥 그때부터 십자가를 지는 거지. [미혼임을 가정했을 때요?] 세상적인 관점에서는 당연히 유산을 시킬 것이다. 어떤 부모나. 물론 딸이 유산을 함으로서 받게 되는 상처들이 있겠지만 만약 낳으면 그거 곱하기 백배인데.⁴⁹⁾

47) 위의 책, 116쪽.
48) 위의 책, 143쪽.
49) 양현아, 「낙태죄 헌법소원과 여성의 '목소리'」, 『법학논총』 제30집 제1호, 한양대학교 법학연

그럼에도 자기낙태죄는 이처럼 미혼여성이 미혼의 임신·출산에 따른 사회적 차별을 고려하여 임신중절을 결정하는 경우까지 일률적으로 처벌하는 등 여성의 자기결정권을 침해하고 있습니다.

(마) 미성년자의 임신·출산

미성년자의 성관계는 성인 여성의 혼전성관계보다 더욱 금기시되는 탓에 임신한 10대 여성은 임신한 성인 미혼여성보다도 더 큰 사회적 편견과 차별을 마주하게 됩니다. 10대 청소년 미혼모들의 경우, 성경험이 있는 미성년자라는 꼬리표와 함께 제도적인 혼인관계를 통과하지 않은 채 임신과 출산을 감행한 여성이라는 이중적 배제를 경험하게 되는 것입니다.⁵⁰⁾ 임신한 10대 여성은 종종 보수적인 학교 현장에서 자퇴를 종용받거나 학업의 중단까지 감내해야 하는 상황에 직면합니다.⁵¹⁾ 설사 자퇴를 종용받지 않더라도 임신·출산과 양육의 부담으로 인해 장차 교육과 경제활동, 사회 진출의 기회가 제한되고, 학력의 저하와 낮은 직업적 성취, 복지의존성, 결혼의 어려움 등으로 이어질 것이 뻔한 상황에서 출산을 선택하기가 쉽지 않음은 쉬이 짐작할 수 있습니다.⁵²⁾

구소, 2013., 25-26쪽.
50) 김혜영, 「십대 청소년 미혼모의 출산 및 양육경험: 주체와 타자의 경계에서」, 『한국여성학』 제26권 제4호, 한국여성학회, 2010., 103쪽.
51) 김혜영, 위의 글, 105쪽.
52) “피임교육조차 받은 적이 없는 10대의 청소년들에게 일탈의 결과이나 할 수 없이 아이를 낳아야 한다고 할 수 있느냐, 준비가 되어 있지 않은 미혼의 여성에게 아이를 낳으라고 할 수 있느냐, 그 경우 남자들은 나몰라하고 돌아서는데 여성이 고스란히 떠안아서 아이를 낳아야 한다고 할 수 있느냐, 기혼자에게도 양육의 여유조차 없는 절망적인 상황에서 생각하지도 않은 아이를 낳아야 한다고 할 수 있느냐는 물음에 마주치게 되면 누구든지 1년 이하의 징역에 처하는 법률규정을 지켜야 한다고 생각하지 않는다.” 이인영, 「출산정책과 낙태규제법의 이념과 현실」, 『페미니즘연구』, 제10권 제1호, 한국여

그럼에도 자기낙태죄는 이처럼 미성년 여성이 미성년의 임신·출산에 따른 사회적 차별을 고려하여 임신중절을 결정하는 경우까지 일률적으로 처벌하는 등 여성의 자기결정권을 침해하고 있습니다.

(바) 남성 파트너의 경제적 책임 부담

남성 파트너가 양육에 대한 경제적 책임을 함께 부담하지 않거나, 부담할 수 없다면 출산을 선택하기가 더욱 어려워집니다. 그러나 미성년 자녀를 키우는 한부모에게 국가가 양육비를 우선 지급하고 상대방에게 구상권을 행사하는 ‘양육비 대지급법안’(2009. 6. 26. 발의), ‘미혼 자녀의 양육비 지급에 관한 법률안’(2010. 8. 13. 발의)은 아직 국회에 계류 중이고, 여타의 출산 및 양육에 대한 제도적 지원도 충분히 마련되어 있지 않습니다.

최근 박경미 의원은 여성가족부 산하 건강가정진흥원으로부터 ‘양육비 이행 모니터링 내역’을 제공받아 이를 토대로 홀로 자녀를 양육하는 한부모가 아이를 키우지 않는 상대방으로부터 지급 받아야 하는 양육비 지급 이행률이 저조하다는 자료를 공개했습니다. 박경미 의원의 공개자료에 의하면 2015년 양육비이행관리원(관리원) 개원 이후 올해 9월까지 이행의무 확정건수는 총 5,987건이나 이 중 실제로 이행된 것은 40.4%인 2,397건으로 절반에도 미치지 못합니다.

<표 7> 양육비 이행 내역

성연구소, 2010., 73-74쪽.

※ 양육비 이행 모니터링 내역 (단위 : 건, 백만원)

구분	이행의무 확정건수 (모니터링 대상건수)	양육비 불이행건수	양육비 실이행건수	양육비 실이행금액
총계	5,937	3,540	2,397	21,509
2015년	1,885	1,371	514	2,526
2016년	3,046	2,002	1,044	8,596
2017년 9월	1,006	167	839	10,387

*한국건강가정진흥원의 양육비이행관리원 제출자료 재구성

그럼에도 자기낙태죄는 이처럼 여성이 남성파트너의 임신, 출산, 양육에 대한 경제적 부담 참여의 여부에 따라 임신중절을 결정하는 경우까지 일률적으로 처벌하는 등 여성의 자기결정권을 침해하고 있습니다.

(사) 소결

위와 같이 여성은 사회, 경제적 고려, 미성년·미혼이라는 고려, 남성 파트너의 배우자 적합성 등 여러 가지 사정을 고려하여 자녀 출산의 여부와 시기, 자녀의 수와 터울 등을 결정할 권리가 있음에도, 자기낙태죄는 낙태한 모든 여성을 일률적으로 처벌함으로써 여성의 자기결정권을 침해하고 여성에게 임신·출산으로 인한 사회경제적 희생을 강요하고 있다 할 것입니다.

(4) 경제활동의 자유와 교육받을 자유의 침해

여성들은 임신·출산을 겪게 되면서 경제활동과 교육받을 기회가 제한됩니다. 여성은 출산을 한 이후에도 가정 내에서 육아와 가사노동의 이중부담을 지게 되고, 육아로 인한 물리적 시간의 부족으로 인해 경제활동을 중단하기도 합니다. 심지어

여성들은 출산이 예상된다는 이유만으로도 기업의 채용심사에서 탈락하여 근로의 기회가 제한되는 것이 현실입니다.⁵³⁾

실제로 연령별 취업자 비중을 보면 남성은 노동시장 진입 후 꾸준히 높은 취업률을 유지하나, 여성은 노동시장 진입 후 출산·육아와 맞물려 취업자 비중이 줄어드는 경력단절 현상이 나타납니다.(표1참조)⁵⁴⁾

기혼여성의 연령대별 경력단절 사유를 보면 2015년 조사에서 20대는 임신·출산(42.9%)의 비중이 높고, 30대는 임신·출산(45.1%)과 자녀양육(9.3%)의 비중이 높으며, 50대와 60대 이상은 결혼(69.1%, 68.9%)과 가족돌봄(5.0%, 9.0%)이 높습니다.⁵⁵⁾ 이는 과거 여성들의 사회진출이 활발하지 않던 시기에는 결혼 직후 경제활동을 중단하는 것이 보편적이었으나, 여성의 사회진출이 활발해진 이후에는 임신·출산과 양육이 여성의 경제활동을 제한하는 가장 큰 현실적인 사유로 작용하고 있음을 의미합니다.

특히 10대 미혼모의 경우, 임신·출산을 통해 학업이나 사회활동을 중단하는 경우가 많습니다(II. 4의 라항(1) 참조). 10대 여성의 임신·출산은 쉽게 교육기회의 박탈로 이어집니다.

[사례 18] “아 저는 학교를 짚릴 생각을 못하고 당연히 다니는 줄 알았거든요.

53) 중앙일보, 2017. 9. 27.자., 「여자는 출산, 육아휴직 때문에 안돼」…합격권 여성 7명 골라 탈락시킨 공기업 사장
54) 통계청 보도자료, 2017. 11. 20.자., 「생애주기별 주요 특성 분석 - 출산, 아동보육, 청년층, 경력단절-」, 14쪽.
55) 위의 보도자료, 16쪽.

그냥 그냥 이케... 양해만 구하구서... 그런데 짚리게 될 줄 모르고 저는 알린 거죠 처음에. ... (담임선생님이) 저한테 지금 방법이 없대요, 니가 자퇴를 하거나 아니면 전학을 가가지구 거기서 몰래 다니는 수밖에 없다고.. 임신 사실을 숨기구서, 막 그러시면서 막 계속 화를 내시고 그러시는 거예요... 그러구 막 그냥, 학교 그래서 그 때 알았어요. 그만뒀야 된다는 거를... 그 때 알았어요. ... 개 임신한 애 안짚르고 뭐하냐고 막 그러셨대요, 교장선생님이...⁵⁶⁾

성인 여성의 경우에도 자녀를 낳아 ‘엄마’의 역할을 수행하는 대학원생들, 즉 육아와 학업을 병행하는 성인 여성들 역시 주양육의 책임이 여성에게 부과되기 때문에 공부하기에 불리한 조건이 형성되면서 교육의 기회가 제한됩니다. 육아와 학업을 병행하는 여성들은 학업에 있어서의 낮은 자기효능감, 우울감과 자격지심을 경험하며, ‘육아에 전념하지 않는다’는 이유로 쏟아지는 모성 비난에 자책감을 느끼기까지 합니다.⁵⁷⁾ 결국 많은 여성들이 주변인들의 이해부족, 제도적 지원의 부족으로 인해 학업과 출산 중 하나를 포기하게 됩니다.

[사례 19] “엄마로서...[지금같이 엄마학생들 정책 없는 것도 우리를] 그냥 강제로 쉬라는 것 밖에 안 되잖아요...[일단 올 수 있게만 해주면] 휴학을 할 수밖에 없는 사정이란 것은 그렇게 많지는 않아요. 사실 자기 선택의 문제기는 한데 대부분의 경우 그런데. 뭐 강요당하는 거잖아요. 애를 낳았으면 24개월 36개월까지는 엄마가 끼고 살아야한다 이런 건 누가 만든, 그런 건 아닌 것 같아요 그 래놓고 24개월 쉬고 뭐 법적[휴가] 그런 거 3개월 다 쉬고 그러면 안 그런 엄마 되는 거고 [자기 커리어나 학업에] 근성 없는 엄마 되는 거고.”⁵⁸⁾

[사례 20] “임신하고 [출산하고] 그럴 땐 학교에 올 수 없는 거죠. 공간이나 여러

56) 김혜영, 앞의 글, 125쪽.
57) 서정원, 「엄마대학원생의 학업-육아 양립 경험에 관한 현상학적 연구」, 『여성연구』, 제89권 제2호, 한국여성정책연구원, 2015., 73-74쪽.
58) 위의 글, 109쪽.

가지 제약 때문에. 심지어 집에 애기를 봐주시는 분이 있어서 나는 한 학기동안 계속 이거를... 지금 놓으면 다음 학기에 복학을 못할 것 같아서 한 과목을 들어서 명맥관계를 유지하고 싶은데, 그게 휴학을 해버리면 네트워크가 떨어지고 교수님이랑 다른 팀원들과 멀어지면 결국 복원하기가 힘든 문제인데... 수업을 하나 들었 2-3일에 한번씩 얼굴 보면서 네트워크라는 게 중요한 건데 그거 자체를 포기시켜 버리는 거잖아요.”⁵⁹⁾

[사례 21] “현실적 여건이 안 되는데 해가지고 그 아이라든지, 나 자체가 그 아이에 대해서 교육을 충분한 좋은 조건을 해줄만한 조건이 안 된다면 낙태가 더 낫다고 생각을 했다. 그러니까 내가 박사과정도 다닐 수 없고, 학위도 받을 수 없고, 강의도 할 수 없고, 책임도 무책임한 사람이 되고[중략]. 그럼 내가 평생 그 나중에 태어날 아이를 위해서도 만약에 내가 아이를 출산을 하고 그 아이를 교육시키고 사회적 지위를 내가 이때까지 34년 이상을, 그 당시 첫 출산이 32년 될 때까지 해온 그 많은 고생과 노력이 출산으로 인해서 모든 것이 망가지는 그런 한국적인 제도, 그 제도라는 것을 내가 다 뼈저리게 느끼면서 그 때까지 왔기 때문에, 그런 제도적인 한계를 알기 때문에 낙태를 할 수 밖에 없었다.”⁶⁰⁾

결국, 자기낙태죄는 여성에게 임신·출산을 강제하여 경제활동과 교육과정에 있어서의 커다란 장애물을 만들고, 자유롭게 경제활동에 참가할 자유와 적절한 시기에 학업을 계속할 자유를 제한한다 할 것입니다.

(5) 미국 연방대법원의 판례-프라이버시권의 제한

미연방 대법원의 Roe v. Wade 판결⁶¹⁾은 미국 수정헌법 14조에 의해 보장되는 기본권인 프라이버시권이 결혼, 출산, 피임, 가족관계, 자녀 양육과 교육을 포함하

59) 위의 논문, 109쪽.
60) 양현아, 앞의 논문, 19쪽.
61) Roe V. Wade, 410 U.S. 113, 153 (1973)

고, “여성이 자신의 임신을 종결시킬 것인지를 결정할 권리를 포함할 만큼 넓은 개념”이라고 하여 임신중단권을 프라이버시권에 포함시켜 헌법상의 권리임을 인정하였습니다.

위 판결의 다수의견은 원치 않는 자녀의 출산에 따른 손해(the detriment)를 다음과 같이 적시하고 있습니다. “주(州)가 여성의 선택권을 부인함으로써 그녀에게 강요하게 될 손해는 명백하다. ... 어머니됨 혹은 또 하나의 자녀의 추가는 여성에게 재앙과도 같은 미래에 대한 강요가 될 수 있다... 육아로 인해 여성의 정신적, 신체적 건강이 훼손될 수 있다. ... 원치 않는 아이로 인해 관련된 자들이 고통받을 수 있고, 심리적으로나 다른 이유로 더 이상 자녀를 돌볼 능력이 없는 가족에게 아이 출산은 문제가 있다. ... 또 미혼모라는 영속적인 오명이 여성을 따라다닐 것이다.”

이후 미연방대법원은 Planned Parenthood V. Casey 판결⁶²⁾에서 여전히 프라이버시권에 임신중단권이 포함된다고 보고, 임신·출산, 가족관계, 양육 등에 관한 결정이 가장 내밀하고 사적인 결정임을 인정하면서 “여성의 역할에 관한 주(州)의 견해, 우리 역사와 문화 속에서 지배적인 견해를 주(州)가 주장하기에는 여성의 고통이 너무나 내밀하고 사적인 것이기 때문에 주(州)는 임신한 여성의 낙태결정을 존중할 의무가 있다.”라고 판시하였습니다.

미연방대법원은 이처럼 임신한 여성이 임신의 종결여부를 결정하는 권리(임신중

62) Planned Parenthood v. Casey, 505 U.S. 833, 852 (1992)

단권)를 프라이버시권으로 인정하였습니다. 임신·출산에 관한 결정은 지극히 사적인 영역에 속한다고 볼 수 있으므로, 우리 헌법에서도 제17조에 규정된 사생활의 비밀과 자유에 대한 권리에서 도출된다고 볼 수 있어, 모든 임신중단을 처벌하는 자기낙태죄는 여성의 사생활의 비밀과 자유에 대한 권리를 침해합니다⁶³⁾.

또한 미연방대법원이 인정한 프라이버시권으로서의 임신중단권은 앞서 살펴본바와 같이 헌법 10조에서 도출되는 임신, 출산여부의 자기 결정권과 다르지 않습니다. 출산의 강요는 여성에게 재앙과도 같은 미래에 대한 강요이고, 여성이 이러한 출산의 강요로부터 벗어나 스스로 임신, 출산여부에 대해 결정할 권리가 바로 헌법 제10조에서 도출되는 여성의 임신, 출산에 대한 자기결정권을 의미하기 때문입니다.

(6) 종합적인 고려에 의한 임신중단 결정

여성은 자신의 몸, 일, 가족, 파트너와의 관계, 출산으로 변화될 자신의 운명, 태어날 아이가 놓일 환경, 경제적 조건 등 다양한 요소와 가치들을 종합적으로 고려하여 임신 지속이나 중단을 결정합니다. 낙태를 하는 여성은 대부분 출산과 낙태 사이에서 심각한 갈등을 겪지만, 낙태를 하지 않으면 태아와 임부 모두 더 불행해질 것이 예견되기 때문에 낙태를 감행합니다(헌법재판소 2012. 8. 23. 선고 2010헌

63) 우리 헌법재판소는 모자보건법 제14조의 위헌확인을 구하는 헌법소원심판청구를 각하하면서 모자보건법 제14조가 의사, 임신한 여성과 그 배우자 및 일정한 경우의 친권자, 후견인, 부양의무자를 형식적인 규율대상으로 하고 있고, 실질적으로는 태아의 생명권과 부모의 프라이버시권을 규율하는 것이라고 판시한 바가 있습니다(헌법재판소 2008. 3. 18. 선고 2008헌마218 결정).

바402 재판관 이동흡의 반대의견에 대한 보충의견).

여성의 입장에서 임신중절은 자신이 처한 복합적인 상황적 요인들을 고려했을 때 임신·출산을 감당할 수 없기 때문에 취하는 결정으로, 이런 여성의 결정에 대해 생명을 경시하고 자신만을 위하는 이기적인 선택으로 비난하는 것은 여성이 겪는 경험의 사회적 맥락을 무시하는 것입니다.

생명은 단지 잉태되고 태어난다고 해서 생명으로서 존재하는 것이 아니라 지속적이고 적절한 보살핌을 받아야만 비로소 독립된 개체로서 존재할 수 있습니다.⁶⁴⁾ 여성의 임신 중단 선택은 이처럼 사회적인 맥락 속에 향후 자신의 운명에 대한 고려, 태어날 아이에 대한 적절한 보살핌이 가능하지 여부 등에 대한 종합적인 고려 속에서 이루어지는 것입니다.⁶⁵⁾

[사례 22] “사람들이 뭐 쉽게 애 낳으라고 하는데 화가 나요. 지들이 키워줄 것도 아니면서. 육아는 강아지 키우는 거하고 달라요. 한 인간이 인간을 키우는 거잖아요. 아이는 정말 끊임없이 요구를 하거든요. 먹고 입혀 주고 이것만 하는 게 아니라 감정적으로 계속 보살핌이 필요해요. 근데 그러면 이 엄마는 자기 것은 완전히 접고 가야 되는 거예요. 정말 자기를 죽이고 가야 되는 순간들이 너무 너무 많다는 거지요. (중략) [육아는] 내 경험에 의하면 고통스러운 부분도 굉장히 많다는 거예요. 그런데 그걸 가지고서 쉽게 낳으라고 하는 건 별 고민이 없는 사람들이라는 생각이 들어요.”⁶⁶⁾

64) 양현아, 「낙태에 관한 다초점 정책의 요청: 생명권 대(對) 자기결정권의 대립을 넘어」, 『한국여성학』 제26권 제4호, 한국여성학회, 2010., 72쪽.

65) Robin West, “The Supreme Court 1989 Term, Foreword: Taking Freedom Seriously”, Harvard Law Review 43, 1990., 83쪽.

66) 한국여성민우회, 앞의 책, 110-111쪽.

그런데 자기낙태죄는 여성이 임신중단을 선택하는 맥락, 상황과 조건에 대한 고려 없이 임신을 중단한 여성을 일률적으로 처벌함으로써 여성의 자기 결정권을 침해하고 있다 할 것입니다.

다. 소결

앞서 살펴본 바와 같이 자기낙태죄는 임신을 중단한 모든 여성을 일률적으로 처벌함으로써, 여성이 임신·출산을 할 것인지 여부와 그 시기, 양육을 함께할 상대방, 양육에 소모되는 재원을 부담할지 여부를 결정할 자유를 제한하고, 출산과 양육으로 인한 경제활동, 교육기회 등 각종 사회적, 경제적 기회의 제한을 강제하여 임신·출산과 출산 이후의 삶에서 여성에게 특별한 희생을 강요하고 있습니다. 결국 자기낙태죄는 여성이 인생을 주체적으로 결정하고 설계하지 못하게 함으로써 여성의 자기운명결정권을 침해하고 있다 할 것입니다.

**3. 여성의 건강권(헌법 제36조 제3항, 제34조 제1항, 제10조, 제35조 제1항), 신체
의 완전성에 관한 권리(헌법 제10조, 제12조, 제37조 제1항) 침해**

가. 헌법적 근거 및 의의

헌법재판소는 “헌법에 열거되지 아니한 기본권을 새롭게 인정하려면, 그 필요성이 특별히 인정되고, 그 권리내용(보호영역)이 비교적 명확하여 구체적 기본권으로서의 실체 즉, 권리내용을 규범 상대방에게 요구할 힘이 있고 그 실현이 방해되

는 경우 재판에 의하여 그 실현을 보장받을 수 있는 구체적 권리로서의 실질에 부합하여야 할 것”이라고 보았습니다(헌법재판소 2009. 5. 28. 선고 2007헌마369 결정).

헌법재판소는 2005. 5. 26. 선고 2003헌바86 전원재판부 결정에서 “매우 중대한 헌법적 법익인 국민의 생명권과 건강권을 보호하고”라고 하여 건강권을 헌법상 권리로서 언급하였고, 건강권은 헌법 제36조 제3항 보건권 조항과 헌법 제34조 제1항 인간다운 생활을 할 권리를 직접적인 근거 조항으로 하고, 헌법 제10조 인간의 존엄과 가치 및 생명권과 헌법 제35조 제1항 건강한 환경에서 생활할 권리 등을 간접적인 근거 조항으로 합니다.⁶⁷⁾

헌법 제36조 제3항은 “모든 국민은 보건에 관하여 국가의 보호를 받는다.”라고 규정하고 있습니다. ‘보건’이라 함은 국민이 자신의 건강을 유지하며 생활하는 것으로서 헌법 제36조 제3항은 국민의 건강에 대한 국가의 보호의무를 정하고 있는 동시에 일정한 범위에서 건강권을 보장하고 있으며, 헌법재판소도 “보건에 관한 권리”를 인정하고 있습니다.⁶⁸⁾ 헌법재판소는 보건권을 “헌법 제36조 제3항이 규정하고 있는 국민의 보건에 관한 권리는 국민이 자신의 건강을 유지하는 데 필요한 국가적 급부와 배려를 요구할 수 있는 권리를 말하는 것으로서, 국가는 국민의 건강을 소극적으로 침해하여서는 아니 될 의무를 부담하는 것에서 한걸음 더 나아가 적극적으로 국민의 보건을 위한 정책을 수립하고 시행하여야 할 의무를 부담한다는 것을 의미한다(헌법재판소 1995. 4. 20. 선고 91헌바11 결정, 헌법재판

67) 김주경, 『건강권의 헌법학적 내용과 그 실현』, 『법학연구』 제23권 제4호, 연세대학교 법학연구원, 2013. 12., 93쪽.
68) 정중섭, 『헌법학원론』, 박영사, 2008., 689쪽.

소 2009. 11. 26. 선고 2007헌마734결정 참조).”라고 판시하였습니다.

건강에 대한 침해상태가 장기적으로 계속된다면 최소한의 생활조차 유지할 수 없으므로 헌법 제34조 제1항의 보호범위를 최소화하여 그 범위가 최저생활보장이자 하더라도 건강권은 헌법 제34조 제1항이 정하는 인간다운 생활을 할 권리를 직접적인 근거로 하여 인정될 수 있는 기본권입니다.⁶⁹⁾ 건강하지 않은 상태는 때로 생명을 중단시키므로 건강권은 생명권의 기초가 되고 건강은 인간의 존엄과 가치를 보장하기 위한 가장 필요하고도 기본적인 전제조건에 해당합니다.⁷⁰⁾ 헌법재판소도 생명권과 건강권을 하나의 사건에서 동시에 고려함으로써 위 양자의 권리를 서로 밀접한 기본권으로 보고 있습니다(헌법재판소 2005. 5. 26. 선고 2003헌바86 전원 재판부 결정).⁷¹⁾ 헌법 제35조 제1항의 ‘건강한 환경’은 의료와 같은 사회적 환경도 포함하는 것으로 보는 것이 타당하고, 열악한 환경은 건강에 유해한 조건이라는 의미에서 건강권의 간접적 근거조항이라 할 수 있습니다.⁷²⁾

건강권은 자유권적 기본권을 누리기 위한 전제가 되는 기본권으로 그 필요성이 특별히 인정됩니다. ‘건강’이란 ‘질병이 없는 상태’라는 좁은 의미가 아니라 신체적·정신적 건강을 모두 포함하는 포괄적인 개념이기 때문에 건강을 해치거나 위협하는 행위는 물론이고 정신적 학대까지도 포함합니다.⁷³⁾ 그 권리내용 역시 국민의 신체와 정신의 건강으로 비교적 명확하게 구체적 기본권으로서의 실체를 가지고 있습니다.

69) 김주경, 앞의 글, 92쪽.
70) 김주경, 위의 글, 90쪽.
71) 김주경, 위의 글, 90쪽~91쪽.
72) 김주경, 위의 글, 91쪽.
73) 한수용, 『헌법학』, 법문사, 2018., 624쪽.

신체의 완전성(integrity, 통합성)에 관한 권리(신체를 훼손당하지 않을 권리, 인신을 훼손당하지 않을 권리)는 헌법 제10조 행복추구권 또는 제12조 신체의 자유, 제37조 제1항에서 도출되며 신체의 완전함과 정신의 온전함의 유지하고 이에 대하여 침해받지 않을 자유를 의미합니다.⁷⁴⁾ 헌법재판소는 신체의 완전성에 관한 권리에 대해 직접 언급하지는 않았으나, 헌법 제12조 신체의 자유를 “신체의 안정성이 외부로부터의 물리적인 힘이나 정신적인 위협으로부터 침해당하지 아니할 자유와 신체활동을 임의적이고 자율적으로 할 수 있는 자유를 말하는 것(헌법재판소 1992. 12. 24. 선고 92헌가8 결정)”라고 판시하여서, 신체의 자유에 신체의 완전함이 포함되어 있다고 보고 있습니다.⁷⁵⁾⁷⁶⁾

신체의 완전성에 관한 권리는 자유권적 기본권을 누리기 위한 전제가 되는 기본권으로서 그 필요성이 특별히 인정되며, 그 권리의 내용도 모든 신체와 정신의 온전함으로 구체적 기본권으로서의 실체를 가지고 있습니다. 태형, 화형과 같은 신체형, 강제접종, 혈중알콜농도를 검사하기 위한 혈액채취 등이 신체의 완전성을 침해하는 행위에 해당합니다. 또한 신체를 적극적으로 훼손하는 행위만이 아니라 신체의 훼손을 중단하려는 시도를 방해하는 행위로도 침해될 수 있습니다.

나. 여성(임부)의 건강권 침해

74) 정종섭, 앞의 책, 423쪽~426쪽.
75) 정종섭, 앞의 책, 425쪽. 저자는 이어 헌법재판소의 위 결정에서 “신체의 완전함에는 정신의 온전함까지 포함되어 있다고 보는 듯한 부분이 발견된다”고 기술하고 있다.
76) 국가인권위원회는 15진정0707500결정에서 과도한 일차려로 인해 “신체를 훼손당하지 않을 권리” 등을 침해하였다고 판단하였습니다.

(1) 자기낙태죄와 모성사망률

법으로 임신 중절을 규제하였을 때 실제로 큰 영향을 받는 것은 임신 중절의 수가 아니라 모성 사망률입니다.⁷⁷⁾ 국제보건기구(World Health Organization)는 “반대로, 안전한 낙태에 대한 접근을 용이하게 하는 법률과 정책은 낙태율을 높이지 않는다. 주요 효과는 이전의 은밀한, 그리고 안전하지 않은 절차가 합법적이고 안전한 방향으로 전환되는 것이다. 축적된 자료에 따르면 낙태에 대한 제한을 없애면 안전하지 않은 낙태로 인한 모성 사망률이 감소하며, 따라서 모성 사망률 전반이 감소한다.”라고 밝히고 있습니다.⁷⁸⁾ 낙태죄 처벌은 가장 안전한 수술 중의 하나인 낙태 시술을 암암리에 무자격자에 의해 행해지는 위험한 수술로 탈바꿈시키기 때문입니다. 낙태를 법적으로 엄격하게 금하고 있는 나라에서 원치 않는 임신을 한 여성들은 높은 모성 사망률, 불임 등 영구적인 신체장애, 터무니없이 비싼 수술비, 정상적인 회복이 불가능할지도 모른다는 두려움, 사회적인 배척, 질병으로 인한 수입의 감소 등의 위협을 감수하고 불법적 시술을 받게 됩니다.⁷⁹⁾

미국에서 낙태의 합법화에 따른 여성 건강수준의 상승을 나타내주는 사례로 낙태의 결과 사망하는 여성의 비율이 1970년 백만 명 당 40명가량이었다가 1976년 8명으로 떨어진 예가 있습니다. 이에 따르면 합법적 낙태는 출산이나 페니실린 주

77) Adreej Kulczycki, The Abortion Debate in the World Area, 1999: 김해중 외, 『인공임신중절 실태조사 및 종합대책 수립』, 보건복지부, 2005., 204쪽에서 재인용.

78) World Health Organization, Safe Abortion: Technical & Policy guidance for Health Systems, 2015. 6., 2쪽. “Conversely, laws and policies that facilitate access to safe abortion do not increase the rate or number of abortions. The principle effect is to shift previously clandestine, unsafe procedures to legal and safe ones. The accumulated evidence shows that the removal of restrictions on abortion results in a reduction of maternal mortality from unsafe abortion and, thus, a reduction in the overall level of maternal mortality.”

79) 김해중 외 12, 앞의 책, 204-205쪽.

사보다 사망할 확률이 낮습니다.⁸⁰⁾ 루마니아는 합법적인 낙태와 모성사망률 사이의 관계를 보여주는 가장 대표적인 사례입니다. 루마니아는 1989년 차우세스쿠 실각이후 낙태가 합법화되었고 모성사망률이 절반 이하로, 낙태로 인한 모성사망률은 1/4이하로 감소하였습니다.⁸¹⁾ 이처럼 합법적인 낙태는 안전한 낙태를 가능하게 하고, 안전한 낙태는 모성사망을 줄입니다.

2012년, 고3 학생이 대입 수능능력시험을 마친 뒤 낙태 수술을 받다가 사망하는 사건이 있었습니다. 수능이 끝나자 임신 23주차가 되어 위험성이 높은 상태였지만 여성질환 검진, 피부미용, 비만치료 등을 전문으로 하는 개인병원에서 무려 650만 원을 지불하고 수술을 받다가 사망에 이른 것입니다.⁸²⁾ 임신과 출산을 스스로 감당하기 어려운 미성년 여성에게조차 낙태는 불법이기 때문에, 임신 초기에 타인과 고민을 나눌 수도, 낙태에 대한 정보를 얻을 수도 없었습니다. 또한 수술이 가능한 병원이 많지 않아서 고액의 수술비를 요구하는 소규모 개인병원이라도 별다른 선택의 여지가 없었을 것임을 미루어 짐작할 수 있습니다.

불가피하게 낙태를 선택할 수밖에 없다면 가능한 한 수술 방법이 비교적 간단하고 낙태로 인한 합병증이나 모성사망률이 현저히 낮은 임신 초기에 낙태할 수 있도록 하고, 전문성을 갖춘 병원에서 수술과 의료적 관리를 받도록 하는 것이 국민 보건에 부합할 것입니다.

80) 오승이, 「법여성학 상의 낙태권 이론」, 『공익과 인권』 제4권 제2호, 서울대학교 공익인권법센터, 2007., 74쪽.

81) Patricia stephenson 외, “Public Health Policy Forum, Commentary: The Public Health Consequences of Restricted Induced Abortion-Lessons from Romania”, Amrican Journal of Public Health, Vol. 82, No. 10, 1992. 10., 1328쪽~1332쪽.

82) 동아일보, 2012. 11. 14.자.

(2) 자기낙태죄와 침해되는 임부의 건강권

자기낙태죄는 낙태를 원칙적으로 금지함으로써 상대적으로 덜 위험한 시기에 안전한 수술이 가능한 의료기관에서 낙태할 수 있는 가능성을 크게 떨어뜨립니다.

실제로 모자보건법 상 합법적 인공임신중절 사유에 해당하는 경우조차, 임부는 자기낙태죄 때문에 낙태 관련 정보를 수집하고, 낙태 수술이 가능한 병원을 찾고, 사유를 입증하고, 수술 비용을 마련하는 데 과도한 시간을 소모해야 합니다. 성폭력에 의한 임신을 하였지만 신속하고 안전한 임신중절수술을 받을 수 없었던 성폭력 피해 여성의 사례가 대표적이라 할 수 있습니다('II. 여성의 임신, 임신중단의 경험' 참조).

한 성폭력 피해자는 2005년 검사의 임신중절 지휘 거부로 인한 출산 등 담당수사관들의 직무상 불법행위로 인하여 정신적 고통을 받았으며 대한민국을 상대로 손해배상청구소송을 제기하였으나 패소하였습니다.⁸³⁾ 패소 원인 중 하나는 수사가 종결되지 않은 상황에서 강간에 의한 임신여부를 확인해 줄 수 없다는 것이었습니다.⁸⁴⁾ 이 판결에 따르면 성폭력 피해자가 합법적으로 임신중절이 가능한 것만 적어도 수사 종결 이후이며 그 기간은 임신 10개월 이후까지 늘어날 수 있습니다.

성폭력으로 인한 임신 피해 여성의 요구는 임신중절 시술에 집중되어 있고⁸⁵⁾ 지

83) 서울중앙지방법원 2005. 4. 20 선고 2005가소7629 판결, 서울고등법원 2005. 10. 21 선고 2005나13003 판결, 대법원 2006. 4. 13. 선고 2005다71451 판결.

84) 이미경 외, 『성폭력 피해로 인한 인공임신중절수술 지원실태 및 개선방안 연구』, 여성가족부 여성·아동폭력피해중앙지원단, 2012. 12., 2쪽.

85) 이미경 외, 위의 책, 105쪽~106쪽.

원 시 가장 필요한 사항에 대한 설문 결과, 성폭력 피해로 인한 임신중절 제한기준 완화(30.4%)가 1위로 꼽혔습니다.⁸⁶⁾ 이와 같은 사실들은 자기낙태죄가 성폭력으로 인한 낙태마저 수술 시기를 완전히 놓치게 하거나 합병증이 적은 안전한 수술시기를 놓치게 함을 보여줍니다.⁸⁷⁾

자기낙태죄는 모자보건법상 예외적으로 합법적인 낙태를 받을 수 있는 경우조차 안전한 낙태를 받을 가능성을 낮춥니다. 낙태는 원칙적으로 불법이기 때문에 의과대학의 산부인과 커리큘럼, 임상실습, 수련과정에서 제외되어 있습니다.⁸⁸⁾ 주어진 교육과정을 훌륭히 이수한 산부인과 전문의라도 원칙적으로 낙태에 대한 전문성을 가질 수는 없습니다. 또한 의사들은 성폭력 피해로 임신을 한 여성이 임신중절을 원하는 경우 법정 진술 및 피소에 대한 부담을 지게 됩니다.⁸⁹⁾

원치 않는 임신과 낙태는 임부에게 정신적으로도 부정적 영향을 끼칩니다. 낙태 경험자의 18.9%가 죄책감, 우울감, 불안감, 두려움, 자살충동 등과 같은 심리정서적 경험을 하였음에도 불구하고, 이들의 90%는 치료를 받지 못하고 있습니다.⁹⁰⁾ 수술 후 사후관리에는 정신적 고통을 경감시킬 수 있는 조치가 수반되어야 하지만, 낙태를 원칙적으로 금지하는 자기낙태죄로 인해 그 필요성은 공론화될 수 없고, 필요한 조치가 제공될 수 없습니다. 그 결과 불가피하게 낙태를 선택한 여성

86) 이미경 외, 위의 책, 30쪽.

87) 임신중절수술의 합병증 발생증가는 임신기간에 의해 결정됩니다. 김만성, 『의학적 관점에서 모자보건법 다시보기』, 『성폭력으로 인한 임신 피해자 어떻게 지원할 것인가?』, 국회 성평등정책연구포럼, 2013. 7. 5., 113쪽, 116쪽.

88) 윤정원, 「우리는 언제 어떤 상황이면 건강을 추구할 권리가 있다」, 『성과재생산포럼 자료집』, 2016., 31쪽.

89) 이미경 외, 위의 책, 62쪽~65쪽.

90) 김동식, 김영택, 이수연, 『피임과 낙태 정책에 대한 쟁점과 과제: 여성의 재생산권과 건강권을 중심으로』, 한국여성정책연구원, 2014., 210쪽.

들은 음성적으로 유통되는 불확실한 정보에만 의존하며 신체적, 정신적 후유증에 노출되고 있습니다.

덴마크, 독일, 루마니아, 영국, 프랑스 등 국가보건체계(NHS, National Health System)가 구축되어 있는 나라들은 공공병원에서 무료 또는 아주 적은 비용으로 낙태를 받을 수 있도록 하고 있습니다. 핀란드는 시술 비용이 무료이고, 미국의 19개주는 건강보험 혜택을 받고 있습니다.⁹¹⁾

이처럼 여성의 임신중절에 대한 형사처벌은, 불법 시술 등에 여성을 노출시켜 임신한 여성의 건강을 침해하고, 심지어 생명까지 잃게 하는 결과를 초래하고 있습니다. 100% 피임이 불가능한 현실에서 원치 않는 임신은 필연적이고 여성이 사회경제적 여건, 미혼, 미성년 임신, 출산이후 양육환경, 남성파트너의 출산에 대한 미동의, 양육적합성 등 여러 상황을 고려하여 원치 않는 임신과 출산을 중단하고자 하는 선택 또한 필연적입니다. 이러한 상황에서 여성의 임신중절을 형사처벌하는 자기낙태죄는 임신한 여성을 불법 낙태 시술 등에 노출시켜 여성의 건강을 침해하는 결과를 초래하고 있는바, 국가의 국민의 건강에 대한 헌법적 보호의무를 위반하는 것이라 할 것입니다.

(3) 국제인권조약기구의 견해

국제인권조약기구에서 낙태의 문제를 건강권으로 접근하는 사례는 쉽게 찾을 수

91) 이상 국가별 낙태 비용 지원 관련 내용은 윤정원, 위의 글, 28쪽.

있습니다. 국제인권조약기구는 다음과 같이 자기낙태죄를 여성의 건강서비스 접근권에 대한 방해로 보고 대한민국의 인권조약 이행에 관한 정기 심사시 낙태에서 여성의 형사처벌을 삭제하라는 권고를 수차례 하였습니다.

(가) 2017년 유엔 경제·사회·문화적 권리위원회 최종견해

유엔 경제·사회·문화적 권리위원회(The Committee on Economic, Social and Cultural Rights, 이하 ‘사회권위원회’라고 합니다) 최종견해(E/C.12/KOR/CO/4)를 밝히며 “낙태죄 비범죄화”를 통한 “여성의 성 및 재생산 건강의 권리 보장”에 대하여 언급하였습니다.

성 및 재생산 건강의 권리

59. 위원회는 당사국에서의 낙태의 범죄화를 우려한다 (제12조).

60. 위원회는 당사국이 낙태를 겪은 여성을 비범죄화하여 여성의 성 및 재생산 건강과 존엄성 보호의 권리를 보장하고 성 및 재생산 건강 서비스가 모든 사람에게 제공되고 접근 가능하도록 보장해야 한다고 촉구한다. 위원회는 당사국에게 성 및 재생산 건강에 관한 일반 논평 제22호(2016)를 제시한다.⁹²⁾

사회권위원회 일반논평 제22호. 제12조: 성적 및 재생산 건강과 권리

34. 당사국은 개인 및 집단에 대한 차별을 철폐하고 이들의 동등한 성적 및 재생산 건강권 보장할 직접적인 의무가 있다. 이것은 국가가 하는 법이나 정책을 폐지하거나 개혁하는 것을 필요로 한다. 낙태의 범죄화 또는 제한적인 낙태관련 법 등 폭넓은 범위의 법, 정책, 관행들이 성적 및 재생산 건강권의 완전한 향유와 관련 있는 자율성 및 평등권과 반차별권을 저해한다. 당사국들은 또한 특정 집단들이 마주할 수 있는 모든 방해물을 제거하는 등 모든 사람 및 집단이 완

92) E/C.12/KOR/CO/4

전한 범위의 성적 및 재생산 건강 정보, 재화, 서비스에 대해 동등한 접근을 갖도록 보장해야 한다.

40. 존중할 의무는 국가가 직간접적으로 개인의 성적 및 재생산 건강권 행사에 간섭하는 것을 지양할 것을 요구한다. 국가는 건강정보에 대한 비밀보장은 유지하는 동시에 성적 및 재생산 의료서비스 및 정보를 범죄화하는 법 등 어떤 사람이라도 성적 및 재생산 건강에 접근하는 것을 제한하거나 부정하지 않아야 한다. 국가는 반드시 성적 및 재생산 건강권의 행사를 방해하는 법을 개혁해야 한다. 예시에는 낙태, HIV 비공개·노출·전파, 성인간 합의를 통한 성행위, 트랜스젠더 정체성 또는 표현을 범죄화하는 법 등이 포함된다.

C. 핵심 의무사항

49. 당사국들은 최소한 필수적인 수준의 성적 및 재생산 건강권을 보장해야 할 핵심적인 의무가 있다. 이 점에 있어서 당사국들은 현대의 인권기구 및 사법권의 지침, 그리고 특히 WHO와 UNFPA와 같은 UN 기구들이 설립한 가장 최근의 국제 가이드라인 및 프로토콜을 따라야 한다. 이 핵심의무사항들은 최소한 다음의 내용을 포함해야 한다:

- (a) 성적 및 재생산 의료시설, 서비스, 재화 및 정보에 대한 개인이나 특정집단의 접근을 범죄화하거나, 방해하거나, 저해하는 법, 정책, 관습들을 폐지하거나 철폐할 것;
- (b) 차별금지사유로 구분되는 참여적이고 투명한 절차를 통해 고안된, 이러한 절차로부터 주기적인 검토 및 감독을 받는, 충분한 예산이 배정된, 성적 및 재생산 건강에 대한 국가적 전략이나 행동계획을 채택 및 실시할 것;
- (c) 특히 여성 및 불리하고 소외된 집단을 위해 구매가능한, 허용가능한, 양질의 성적 및 재생산 의료서비스, 재화, 시설로의 보편적이고 동등한 접근을 보장할 것;
- (d) 개인의 성적 및 재생산 관련 요구 및 행동양식에 대한 사생활 및 비밀보장, 그리고 (강압, 차별, 폭력에 대한 두려움 없이) 자유롭고, 정보에 근거한, 책임있는 의사결정을 보장하면서, 여성성기절단, 아동 및 강제결혼, 부부간간

등 가정·성폭력과 같은 해로운 관습과 젠더기반폭력에 대한 법적 금지를 제정 및 집행할 것;

- (e) 안전하지 않은 낙태 예방을 위한 조치를 취하고 필요로 하는 사람들에게 낙태 후 의료서비스 및 상담을 제공할 것;
- (f) 모든 사람 및 집단이 차별적이지 않고, 편견이 없고, 근거 있는, 아동 및 청소년들의 발달하는 인권능력 (capacities)을 고려한 성적 및 재생산 건강에 대한 종합적인 교육 및 정보로 접근할 수 있을 보장할 것;
- (g) WHO 필수약품목록 (WHO Essential Medicines List) 에 따른 약물을 포함하여 성적 및 재생산 건강에 필수적인 의약품, 설비, 기술 제공하고;
- (h) 성적 및 재생산 건강권의 침해와 관련하여 효과적이고 투명한 행정적 및 법적 구제조치 및 보상을 보장할 것

(나) 2011년 유엔 여성차별철폐위원회 최종견해

유엔 여성차별철폐위원회(The Committee on the Elimination of All Forms of Discrimination Against Women)는 2011년 최종견해(CEDAW/C/KOR/CO/7)에서도 “건강” 부분에서 자기낙태죄로 인한 안전하지 않은 낙태의 위험에 대하여 언급 하였습니다.

34. ... 또한, 위원회는 「모자보건법」 제14조와 제15조에 따라 강간이나 근친상간과 같은 특정한 상황에서 낙태가 허용되고 있지만, 당사국의 형법 제269조와 제270조의 조항에 따라 낙태가 처벌 가능한 범죄라는 사실에 대하여 우려를 표한다.

35. ... 위원회는 또한 낙태를 한 여성들에게 부과되는 처벌 조항들을 삭제할 목적으로 당사국이 낙태와 관련된 법, 특히 형법을 검토할 것을 고려하고, 위원회 일반 권고 24호(1999)에 따라 안전하지 않은 낙태로부터 발생할 수 있는 합병증 관리를 위해 그들에게 양질의 서비스를 제공할 것을 촉구한다.

(다) 2018년 유엔 여성차별철폐위원회 최종견해

유엔 여성차별철폐위원회는 2018년 최종견해(CEDAW/C/KOR/CO/8)에서도 “건강” 부분에서 자기낙태죄로 인한 안전하지 않은 낙태의 위험에 대하여 언급하였습니다.

42. 위원회는 「모자보건법」 상 낙태, 근친 상간과 같은 특정한 상황에서 낙태가 법적으로 허용되고 있으나, 「형법」 상 낙태가 여전히 처벌 가능한 범죄라는 사실에 우려를 표한다. 또한 위원회는 (전하는 바에 따르면) 보건복지부가 2016년 9월 의료 종사자들의 형사 처벌과 의료 자격 정지 등의 내용을 담아, 낙태를 「모자보건법」을 위반한 부도덕한 의료 행위로 간주한 것에 우려한다. 그러나 위원회는 차후에 이러한 정책이 철회되었음을 환영한다. 이와 관련하여, 위원회는 현재 헌법재판소에서 낙태법의 합헌성에 관한 심의를 진행 중이라는 당사국의 정보에 주목하고 있다.

43. 위원회는 이전의 권고 (CEDAW / C / KOR / CO / 7, 35항) 를 반복하며, 안전하지 않은 낙태가 모성 사망과 질병의 주요 원인이라는 관점에서, 당사국이 강간, 근친, 생명의 위협 그리고/또는 임신부의 건강, 또는 심각한 태아 손상의 경우 진행되는 낙태를 합법화할 것을 촉구한다. 그리고 다른 모든 경우에도 낙태를 비범죄화하고, 낙태를 한 여성에 대한 처벌 조항을 삭제할 것을 촉구한다. 또한 특히, 안전하지 않은 낙태로 인해 합병증을 겪을 경우 등을 포함하여, 낙태를 한 여성에게 양질의 수술 후 돌봄 체계에 대한 접근권을 제공할 것을 촉구한다.⁹³⁾⁹⁴⁾

93) 43. The Committee reiterates its previous recommendation (CEDAW/C/KOR/CO/7, para. 35) and, in view of the fact that unsafe abortion is a leading cause of maternal mortality and morbidity, calls on the State party to legalize abortion in cases of rape, incest, threats to the life and/or health of the pregnant woman, or severe foetal impairment, and to decriminalize it in all other cases, remove punitive measures for women who undergo abortion, and provide women with access to quality post-abortion care, especially in cases of complications resulting from unsafe abortions.

(라) 유엔 인구개발국제회의 행동강령 등

국제연합(UN) 인구 개발 국제회의(ICPD (International Conference on Population and Development))는 행동강령 제2장 원칙에서 다음과 같이 “가족계획과 성적인 건강을 포괄하는 재생산 건강관리가 포함된 건강관리 서비스에 대한 보편적인 접근 보장”에 대해 언급하였습니다.

원칙 8

모든 사람은 획득 가능한 최고수준의 육체와 정신적 건강을 누릴 권리가 있다. 남녀 평등의 기반위에서, 가족계획과 성적인 건강을 포괄하는 재생산 건강관리가 포함된 건강관리 서비스에 대한 보편적인 접근을 보장하기 위하여, 국가는 모든 적절한 수단을 강구해야 한다. 재생산 건강관리 프로그램은 어떠한 형태의 강요도 없이 최대한의 서비스를 제공해야 한다. 모든 커플과 개인들은 자유롭게 책임 있게 그들의 자녀의 수와 터울을 결정할 권리를 가지며 이를 위한 정보, 교육, 수단을 획득할 권리를 가진다.

Principle 8⁹⁵⁾

Everyone has the right to the enjoyment of the highest attainable standard of physical and mental health. States should take all appropriate measures to ensure, on a basis of equality of men and women, universal access to health-care services, including those related to reproductive health care, which includes family planning and sexual health. Reproductive health-care

94) [http://tbinternet.ohchr.org/Treaties/CEDAW/Shared Documents/KOR/CEDAW_C_KOR_CO_8_28441_E.docx](http://tbinternet.ohchr.org/Treaties/CEDAW/SharedDocuments/KOR/CEDAW_C_KOR_CO_8_28441_E.docx)

95) International Conference on Population and Development, Programme of Action, 1994. https://www.unfpa.org/sites/default/files/pub-pdf/programme_of_action_Web%20ENGLISH.pdf

programmes should provide the widest range of services without any form of coercion. All couples and individuals have the basic right to decide freely and responsibly the number and spacing of their children and to have the information, education and means to do so.

이외에도 인구 개발 국제회의(ICPD)는 1994년 카이로에서 열린 ICPD 회의에서 안전하지 않은 낙태를 주요 공중 보건 문제로 인식하였습니다.⁹⁶⁾

(마) 세계보건기구 가이드라인

세계보건기구(WHO)는 “낙태와 관련된 법과 정책은 여성의 건강과 인권을 보호해야 한다: 안전한 임신중절을 시기적절하게 받는 것을 방해하는 절차적인 제도적인 장벽들은 철폐되어야 한다”라고 밝히고 있습니다.⁹⁷⁾

(4) 해외 판결

캐나다 대법원은 1988년 R. 대 Morgentaler 판결에서 치료적 낙태위원회의 허가를 받지 않은 낙태를 불허하고 있는 형법 제251조가 신체의 안전(security of the person)을 규정한 캐나다인권법 제7조에 위배되는 등의 이유로 위헌이며 낙태 시

96) International Conference on Population and Development, Programme of Action, 1994, para. 8.25. All Governments and relevant intergovernmental and non-governmental organizations are urged to strengthen their commitment to women's health, to deal with the health impact of unsafe abortion as a major public health concern and to reduce the recourse to abortion through expanded and improved family-planning services.

97) World Health Organization, 앞의 책, 1쪽. 「Key messages: Laws and policies on abortion should protect women's health and their human rights. Regulatory, policy and programmatic barriers that hinder access to and timely provision of safe abortion care should be removed.」

술을 한 의사는 무죄라고 판결하였습니다.⁹⁸⁾ Beetz 대법관(Estey 대법관 동조의견)은 “인권법 제7조의 ‘신체의 안전’은 형사적 제재에 대한 두려움 없이 생명이나 건강에 위협이 있는 상황에서 의료적 조치를 받을 권리를 포함한다. 의회의 법률이 생명이나 건강이 위협에 처한 임신한 여성에게 형사적 제재를 받고 효과적이고 시의적절하게 치료를 받을 것인가와 형사적 제재를 받지 않는 대신 부적절한 치료를 받거나 치료를 전혀 받지 않을 것인가 중 하나를 택하도록 강요한다면 신체적 안전에 대한 권리를 침해하는 것이다. 이 사건의 요구절차조항들은 여성의 건강에 추가적인 위험을 초래함으로써 신체의 안전에 대한 권리를 박탈하고 있다.”, Wilson 대법관은 “형법 제251조는 임신한 여성의 낙태에 대한 접근권을 제한함으로써 근본적 정의의 원칙에 부합하지 않는 방식으로 인권법 제7조 상의 생명과 자유, 신체의 안전에 대한 그의 권리를 침해하였다.”라고 지적하였습니다.

(5) 소결

결국 국가는 헌법재판소가 밝힌 대로 “국민의 보건을 위한 정책을 수립하고 시행하여야 할 의무를 부담”함에도 불구하고 오히려 국민인 여성이 안전하게 임신 중절을 받을 기회를 배제하는 자기낙태죄를 존속하고 있으므로 국민인 여성의 보건권을 침해합니다. 자기낙태죄는 임신중절을 범죄화함으로써 심지어 합법적으로 임신중절을 할 수 있는 임부까지도 상대적으로 안전한 임신 초기에 숙련된 의료진으로부터 안전한 임신중절 수술을 받을 기회를 박탈하므로 임부의 건강권을

98) 이하 R. v. Morgentaler, [1988] 1 SCR 30 판결 내용은 양현아 편, 『낙태죄에서 재생산권으로』, 도서출판 사람생각, 2005., 341-348쪽.

침해합니다.

다. 신체의 완전성의 침해

(1) 자기낙태죄와 신체의 완전성에 대한 침해

낙태를 원칙적으로 금지하고 처벌하는 자기낙태죄는 결국 국가가 임부에게 원치 않는 임신 지속과 출산을 강제함을 의미합니다. 계획에 의한 것이라 하더라도 임신은 그 자체로 임부의 신체와 정신에 특별한 부담이 됩니다. 하물며 원치 않는 임신을 지속하도록 강제하는 것은 임신이라는 신체의 완전성 침해 행위에 대한 방어행위를 국가가 금지하는 것으로서 신체의 완전성에 대한 침해의 가장 극단적 형태 중 하나라 할 것입니다.

의학적으로 정상인 임신이라 할지라도 여성의 모든 신체기관이 변화를 겪고, 태반이라는 새로운 신체기관을 형성하며, 혈압과 정상수치보다 400배에 이르는 호르몬상의 극적인 변화를 경험합니다. 심지어 임신 중에 일어난 신체의 변화의 일부는 평생 지속되기도 합니다. 태아는 단순히 무고하고 수동적인 부산물이 아니라 임신 여성의 건강과 생활에 엄청난 영향을 끼치는 존재입니다.⁹⁹⁾ 이러한 상황에서 여성은 사회경제적 고려, 건강에 대한 고려 등 여러 정황을 고려하여 임신유지 여부를 결정하는데, 임신중단을 결정하고 실행에 옮기는 경우 자기낙태죄로 형사처벌 받게 됩니다.

99) Eileen L. McDonagh, "My Body, My Consent: Securing the Constitutional Right to Abortion Funding", 62 Alb. L. Rev. 1999, 1072쪽~1076쪽, 오승이, 앞의 글, 63쪽에서 재인용.

그런데, 부모라 할지라도 (심지어 이미 태어난)자식에 대한 장기기증이나 불난 집으로부터의 구출을 강요받지는 않습니다. 도덕적 윤리적 부담만이 오직 유일합니다. 오직 자기낙태죄에서만 태어나서 살아 있는 아이의 부모에게도 요구하지 않는 종류의 과도한 신체적, 정신적 부담을 임신한 여성에게 지우며 형사처벌을 하고 있는 것입니다. ¹⁰⁰⁾

임신 지속 강제로 인하여 신체의 완전성이 침해되는 문제는 기만에 의한 임신이나 강제임신 등의 사례에서 더 잘 드러납니다.¹⁰¹⁾ 현행 모자보건법은 강간, 준강간으로 인한 임신을 자기낙태죄의 위법성조각사유로 두고 있습니다. 그러나 여성의 의사에 반한 침해적 임신은 성폭력 범죄에 의해서만 발생하는 것은 아닙니다. 상대 남성이 피임이 번거롭다는 이유로 또는 여성의 의사에 반하여 임신시킬 목적으로 '정관수술을 하였다', '피임하고 있다'고 속이는 경우 여성은 의도하지 않은 임신의 위험에 노출됩니다. 성관계 도중에 남성이 피임도구 사용을 거부하는 경우에도 여성의 의도와 상관없이 임신의 위험은 증가하게 됩니다. 이와 같은 경우 성관계의 강제성이나 폭력성 여부와는 별개로 임신은 임부의 신체에 대한 직접적인 훼손이 됩니다. 자기낙태죄 조항은 원치 않는 임신으로 발생하는 신체의 훼손을 중단하고자 하는 시도를 방해하는 것이며 의도하지 않았던 임신으로 인한 정신적 고통을 지속하도록 강제하는 것입니다.

100) barbara A. Babcock et al., Sex Discrimination and the Law, 2nd ed., Brown and Company, 1996, 오승이, 앞의 글, 65쪽에서 재인용.

101) 미국 캘리포니아 법원이 계부에 의한 13세 아동 의제강간 후 22주 임신을 중상해로 본 사례가 있습니다[People v. Cross, 45 Cal. 4th 58, (2008)].

(2) 해외 판결

미연방대법원은 Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania 대 Casey 판결에서 낙태법은 가족의 영역 뿐 아니라 여성의 신체적 통합성(integrity)이라는 근본적 이익 자체를 건드리는 법이기에 이중으로 엄격하게 심사해야 한다고 실시하였습니다.¹⁰²⁾

캐나다 대법원의 R. 대 Morgentaler 판결에서도 Dickson 대법원장(Lamer 대법관 동조의견)은 “형법 제251조는 신체의 안전(security of the person)을 침해한다. 신체의 통합성에 대한 국가의 개입과 국가에 의해 부과된 심각한 정신적 스트레스는 최소한 형법의 맥락에서 신체의 안전에 대한 침해를 구성한다.”, “형법 제 251조는 그 자체로 육체적인 면과 정신적인 면에서 여성의 신체적 통합성을 해친다. 여성에게 자신의 고유한 우선사항과 희망과 전혀 무관한 일정한 기준에 합당하지 않는 한, 형사적 제재의 위협을 가해 태아의 임신을 끝까지 지속하도록 강요하는 것은 여성의 신체에 대한 심대한 간섭이다. 더욱이 제251조의 의무적 절차조항에 의해 치료적 낙태시술이 지연되는 것은 그 자체로 신체의 안전에 대한 권리에 있어 순수한 신체적인 면에 대한 침해이다. 증거를 통해 볼 때, 이러한 지연은 신체적 건강뿐 아니라 정신적 통합성에 분명한 손상의 위험을 초래한다.”, Wilson 대법관은 “형법 제251조는 임신한 여성의 낙태에 대한 접근권을 제한함으로써 근본적 정의의 원칙에 부합하지 않는 방식으로 인권법 제7조 상의 생명과 자유, 신체의 안전에 대한 그의 권리를 침해하였다.”, “제251조는 임신한 여성

102) 오승이, 앞의 글, 62쪽.

으로부터 인권법 제7조상의 ‘신체의 안전에 대한 권리’ 역시 박탈하였다. 신체의 안전에 대한 권리는 개인의 육체적, 정신적 통합성을 보호한다. 제251조는 여성에게 심대한 정신적 스트레스와 불필요한 육체적 위험에 처하게 하는 것 이상의 문제를 가지고 있다. 이 조항은 여성의 재생산에 있어서의 능력을 여성 자신의 통제가 아닌 국가의 통제에 복종하도록 만들었다는 것이다. 이것은 여성의 신체에 대한 직접적인 침해이다.”라고 지적하였습니다.¹⁰³⁾

(3) 소결

결국 원치 않는 임신의 유지와 출산을 강제하고 낙태를 처벌하는 자기낙태죄 조항은 임부의 생물학적 건강과 정신적 건강을 모두 훼손함으로써 임부의 신체의 완전성에 관한 권리를 침해합니다.

라. 소결

이와 같이 자기낙태죄는 임신중절을 원칙적으로 금지하고 지나치게 엄격한 요건을 갖춘 때에 한하여서만 위법성을 조각하는 규제 방식으로 인하여, 임신중절을 선택할 수밖에 없는 임부의 정신적, 신체적 건강을 침해합니다. 미성년, 강간 피해 등의 이유로 낙태를 할 수밖에 없는 임부는 낙태 범죄화로 인한 안전하지 않은 낙태에 직면하고 이로 인해 심한 경우 사망에까지 이르게 됩니다. 자기낙태죄의 존치로 국가는 자기낙태죄를 수단으로 하여 임부의 신체의 완전성에 관한 권

103) R. v. Morgentaler, [1988] 1 SCR 30 양현아 편, 앞의 책, 341쪽~348쪽.

리를 침해합니다. 임부는 국가로부터 임신의 계속과 출산을 강요당함으로써 신체와 정신의 온전성을 훼손당합니다. 이처럼 자기낙태죄는 임부의 건강권 및 신체의 완전성에 관한 권리를 침해합니다.

4. 여성의 모성보호를 받을 권리(헌법 제36조 제2항) 침해

헌법 제36조 제2항은 “국가는 모성의 보호를 위하여 노력하여야 한다.”라고 하여 모성을 보호받을 권리를 규정하고 있습니다. 헌법 제36조 제2항의 모성보호는 임신과 출산으로 인하여 여성에게 발생한 특별한 부담을 국가가 제거해야 한다는 것을 의미합니다.¹⁰⁴⁾¹⁰⁵⁾ 뿐만 아니라 헌법 제36조 제2항은 모가 될 것인지에 관한 여성의 자기결정권을 국가의 침해에 대해 방어하는 자유권적 성격도 가집니다.¹⁰⁶⁾ 모든 여성은 헌법 제10조의 행복추구권 및 제17조의 사생활형성의 자유를 근거로 ‘모가 되는 권리’를 가지고 있습니다. 헌법은 모성의 보호를 통하여 이러한 모의 자기결정권을 다시 한 번 강조하면서, 모성에 대한 국가의 침해를 금지하고 있습니다.¹⁰⁷⁾ 모가 되는 권리는 여성이 모가 될 시기를 결정하고 선택할 수 있는 내용을 포함하는 권리(모의 자기 결정권)로서 원치 않은 임신, 출산을 강제받지 않을 권리를 포함하고 있습니다.

그런데, 자기낙태죄는 국가가 여성의 임신 계속과 출산을 강제한다는 점에서 헌

104) 한수웅, 앞의 책, 1079쪽.

105) 모성보호(Maternity Protection)란 여성의 생리·임신·출산·육아 등의 모성기능에 관한 보호를 말하며, 단지 임신부뿐만 아니라 미래의 임신부인 미혼여성에게까지 포괄적으로 적용되는 개념으로 해석되기도 합니다. 장지연 외, 『여성근로자 모성보호의 현황과 정책방안』, 2004.

106) 한수웅, 앞의 책, 1079쪽.

107) 한수웅, 위의 책, 1080쪽.

법 제36조 제2항을 침해합니다. 또한 위 건강권 침해 부분에서 살펴보았듯이, 자기낙태죄로 인해 수많은 여성들이 상대적으로 안전한 임신초기에 낙태를 하지 못하고 수술 시기를 지연하게 되어 낙태로 인한 사망, 합병증 등의 위험성이 더욱 높아지고 있으며, 충분한 의료시설이 갖추어지지 않은 곳에서의 수술을 감수하게 되고, 적절한 사후관리를 받지 못하고 있습니다. 현재의 자기낙태죄는, 낙태를 할 수 밖에 없는 임부의 생명과 건강에 위해가 생길 우려를 더욱 증가시킨다는 점에서 국가가 임부의 부담을 제거하기는커녕 오히려 증가시키는 결과를 낳게 됩니다. 결국 자기낙태죄는 임부의 모성을 보호받을 권리를 제한하고 있습니다.

5. 평등권(헌법 제11조) 침해

가. 관련 헌법규정

헌법 제11조 제1항은 “모든 국민은 법 앞에 평등하다. 누구든지 성별·종교 또는 사회적 신분에 의하여 정치적·경제적·사회적·문화적 생활의 모든 영역에 있어서 차별을 받지 아니한다”고 정합니다. 또한 헌법 제34조 제3항에서는 “국가는 여자의 복지와 권익의 향상을 위하여 노력하여야 한다”, 제36조 제1항에서는 “혼인과 가족생활은 개인의 존엄과 양성의 평등을 기초로 성립되고 유지되어야 하며, 국가는 이를 보장한다”고 규정하고 있습니다.

나. 평등권 심사 기준

평등위반 여부를 심사함에 있어 엄격한 심사척도에 의할 것인지, 완화된 심사척도에 의할 것인지는 입법자에게 인정되는 입법형성권의 정도에 따라 달라지게 될 것이나, 헌법에서 특별히 평등을 요구하고 있을 경우와 차별적 취급으로 인하여 관련 기본권에 중대한 제한을 초래하게 된다면 입법형성권은 축소되어 보다 엄격한 심사척도가 적용되어야 합니다.¹⁰⁸⁾ 그런데 자기낙태죄 규정은 엄격한 심사척도를 적용하여야 하는 위 두 경우에 모두 해당합니다. 헌법 제11조 제1항은 ‘성별’을 차별의 근거로 삼아서는 아니 되는 기준으로 정하고 있는데 자기낙태죄 조항은 바로 성별을 이유로 남성과 여성을 달리 취급하는 제도이기 때문입니다. 또한 자기낙태죄 조항은 헌법상 보장되는 여성의 임신 및 출산에 관한 자기결정권, 평등권, 건강권, 모성을 보호받을 권리 등 기본권의 행사에 중대한 제약을 초래하기 때문입니다. 이때 엄격한 심사를 한다는 것은 자의금지원칙에 따른 심사, 즉 합리적 이유의 유무를 심사하는 것에 그치지 아니하고 비례성원칙에 따른 심사, 즉 차별취급의 목적과 수단 간에 엄격한 비례관계가 성립하는지를 기준으로 한 심사를 행함을 의미합니다.

다. 자기낙태죄 조항은 성별에 따른 차별 조항임

(1) 낙태 규율과 성역할 고정관념화

(가) 성역할에 관한 고정관념에 기초한 차별금지원칙

108) 헌법재판소 1999. 12. 23. 98헌마363 결정.

헌법 제36조 제1항은 혼인과 가족생활에서 양성평등대우를 명하고 있으므로 남녀의 성을 근거로 하여 차별하는 것은 원칙적으로 금지되고, 성질상 남성 또는 여성에게만 특유하게 나타나는 문제의 해결을 위하여 필요한 예외적 경우에 한하여 성차별적 규율이 정당화됩니다. 과거 전통적으로 남녀의 생활관계가 일정한 형태로 형성되어 왔다는 사실이나 관념에 기인하는 차별, 즉 성역할에 관한 고정관념에 기초한 차별은 허용되지 않습니다¹⁰⁹⁾. 또한 특정 법률이 성별에 의한 차별이어서 위헌인지 여부를 심사함에 있어서는 그 심사기준이 여성과 남성의 역할 및 능력에 관한 고정관념으로부터 자유로운 상태에서 적용되었는지를 살펴보아야 할 것입니다.

(나) 자기낙태죄 규정에 반영된 성역할 고정관념

1) 여성이라는 지위에 관한 규제로서의 낙태제한

가) 낙태 제한은 근본적으로 여성의 역할에 관한 고정관념을 반영하고 있습니다.¹¹⁰⁾ 모성은 사회적으로 학습되는 젠더역할에 영향을 받게 되는 것이어서 태어나는 순간부터 모든 여성이 가지는 특징이거나 임신·출산에 수반되는 당연한 것이 아님에도, 일종의 모성을 여성의 본성으로 신화화하면서 세대의 재생, 인구조절 등 국가정책적인 필요와 결합하여 사회적으로 여성에게 임신과 출산을 의무화해왔습니다¹¹¹⁾. 모든 여성은 모성을 가지거나 추구하며 모성의 일을 수행할거라고

109) 헌법재판소 2005. 2. 3. 2001헌가9 결정.

110) Reva Siegel, "Abortion as a Sex Equality Right: Its Basis in Feminist Theory", in Martha Fineman & Isabel Karpin eds., Mothers in Law: Feminist Theory and the Legal Regulation in Motherhood(Columbia University Press, New York, 1995), 65쪽.

111) 김채윤, "임신 출산에 관한 자기결정권", 숙명여자대학교 박사학위논문, 2017, 76쪽.

기대되고, 임신과 출산이 여성에게 자연스럽게 적합하다고 여겨집니다. 그 결과 남성 또는 국가에 의하여 여성들의 임신·출산과 관련된 결정이 통제되고 여성은 당연히 출산을 하고 어머니가 되어야 한다는 문화적 편견까지 수용하게 됩니다.

나) 이에 관해 미국에서 1973년 여성에게 프라이버시권으로서 임신중단 권리를 인정한 Roe v. Wade¹¹²⁾ 판결(이하 ‘Roe 판결’이라 합니다)을 쓴 대법관 블랙먼(Harry A. Blackmun)은 이후 낙태에 대한 제한이 사생활은 물론 평등의 헌법적 보장도 훼손한다고 주장하면서, “낙태 제한이 그 영향력과 충격에 있어서 성별 편향적”이라고 강조하였습니다. 또 대법관 블랙먼은 “국가가 낙태를 제한할 때, 그것은 그러한 노동을 수행하는 것이 여성의 ‘자연스러운’ 의무라고 가정하기 때문에 여성에게 그들의 노동을 보상하지 않은 채 모성의 역할을 부과한다”며, 낙태 제한 규정에 전제된 성역할에 관한 고정관념을 아래와 같이 지적하였습니다.¹¹³⁾

“주정부는 여성의 서비스에 대해 보상하지 않습니다. 대신, 그들은 이 의무를 당연한 것으로 생각합니다. 이러한 가정(여성이 단순히 "자연적인" 지위와 모성의 사건을 받아들일 수밖에 없다)은 평등보호 조항의 보호를 촉발시킨 여성의 역할에 대한 개념에 의존하는 것처럼 보입니다.”
“The State does not compensate women for their services ; instead, it assumes that they owe this duty as a matter of course. This assumption - that women can simply be forced to accept the "natural" status and incidents of motherhood - appears to rest upon a conception of women's role that has triggered the protection of the Equal Protection Clause.”

112) Roe V. Wade, 410 U.S. 113 (1973)

113) Reva B. Siegel, “Abortion as a Sex Equality Right: Its Basis in Feminist Theory”, 67쪽

다) 당초 국가의 낙태 규제의 목적이 ‘태아의 생명보호’에 있다고 보기도 어렵습니다. 낙태죄의 입법목적인 ‘태아의 생명 보호’는 절대적 가치가 아니라 국가 인구정책 기조 등에 따라 가변적으로 적용되어 왔기 때문입니다. 우선 자기낙태죄 및 모자보건법의 입법배경을 살펴보면, 형법상 낙태죄가 입법화되는 과정에서 중요한 논거가 되었던 측면은 성풍속의 유지였으며¹¹⁴⁾ 이에 반해 태아의 생명권이 라는 문제는 인구정책적 관점이나 성풍속의 유지에 비하여 그다지 크게 언급되지 않았습니¹¹⁵⁾다. 모자보건법의 제정 역시 국가의 출산정책 및 인구조절정책에 따른 필요성 때문이었습니다. 모자보건법은 모자보건정책의 기본법¹¹⁶⁾ 이라고 할 수 있지만, 모자보건법이 제정되던 1973년 당시 동법의 실질적인 주요 기능은 가족계획 사업을 추진하기 위한 것이었습니다¹¹⁷⁾. 실제로 한국보건사회연구원의 1991년 자료에 따르면, 1963년 모자보건과를 신설할 당시 예산은 가족계획계가 3억 1천만 원인 반면 모자보건 예산은 100만원에 불과하였습니다.¹¹⁸⁾ 또한 여러 차례 개정을 거치면서 기존의 불임수술명령제도, 수태조절 등의 규정을 삭제하고, 임신 및 출산 신고제도, 임신부의 산전후 건강 관리, 미숙아 등의 치료 지원, 난임 극복 지원, 산후조리업 관리 등 새로운 내용들을 규정하기 시작한 것 또한 1980-90년대 출산 장려라는 변화된 환경에 따른 국가의 정책적 필요에 의한 것이었습니다.

114) 김은실, 「낙태에 관한 사회적 논의와 여성의 삶」, 『형사정책연구』, 제2권 제2호, 1991년 여름, 387쪽
115) 입법화 과정에서 있었던 논의, 입법배경 등에 관한 내용은 모두 신동운 교수의 “형법개정과 관련하여 본 낙태죄 연구”(형사정책연구 제2권 제2호)에서 인용하고 참고하였습니다.
116) 제1조(목적) 모성 및 영유아의 생명과 건강을 보호하고 건전한 자녀의 출산과 양육을 도모함으로써 국민보건 향상에 이바지함을 목적으로 한다.
117) 차혜령, “모자보건법 제14조의 해석과 개정방향”, 모자보건법 제14조의 해석과 개정방향 심포지엄, 한국여성변호사회 생명가족윤리특별위원회(2017. 4. 24.), 6쪽
118) 장민선, “건강한 임신, 출산 지원을 위한 모자보건법 개정방향 연구”, 한국법제연구원(2015. 7. 30.), 19쪽 참조.

<표 8> 모자보건법 제·개정 주요 내용

구분	1973년 제정법	1986년 전부개정	1999년 일부개정	2005년 일부개정	2009년 일부개정	2012년 일부개정
			등록제, 의료지원			
피임시술 또는 불임수술	수태조절 불임수술 명령제	불임수술 명령제 피임시술	불임수술 명령제 폐기 피임약제 보급 등	피임약제 보급 등	피임약제 보급 등	인공임신 중절 촉박 사업근거 마련 + 피임약제 보급 등
난임 지원	규정없음	규정없음	규정없음	규정없음	불임부부 지원	난임극복 지원
인공임신 중절 허용한계	5가지 (우생학적, 유전학적, 정신장애/신체질환, 전염병, 장간/준장간, 법률상 관련 친족간, 보체건강)	과동	과동	과동	과동	과동

그러다가 최근 들어서는 출산을 저하가 심각한 사회적 문제로까지 대두되자, 임신 중절 이슈가 공론장에서 다뤄지기 시작하고 낙태를 막아서 출산율을 올린다는 실용적·정책적 접근으로 처벌강화 등 여러 국가사업들이 추진되고 있습니다. 이처럼 한국에서 자기낙태죄 규정과 모자보건법상의 재생산 관련 규정들은 성풍속 유지, 사회적 변화에 따른 인구조절, 저출산 대책 등의 일환으로 제·개정되어 왔습니다. 게다가 현재 출산장려정책의 일환으로 국가가 대대적으로 지원하는 체외수정시술 과정에서는 배아의 선별 및 폐기가 별다른 규제 없이 이뤄지는 등 생명을 둘러싼 기존 규범은 선택적·선별적으로 작동하고 있습니다.

사실이 이러함에도 국가는 명목상 ‘태아의 생명보호’의 절대적 필요성을 들어서 자기낙태죄로 여성을 처벌하면서 여성에게 임신 중단의 권리를 허용하지 아니

하고 여성의 임신, 출산을 통제하고 있는 바, 이는 결국 국가가 자기낙태죄 규정을 통하여 태아의 생명에 대한 대책점에 여성을 돕으로써 국가의 인구관리 목적 등에 따라 여성을 언제나 통제 가능한 위치에 머물도록 만들고 있다는 점에서, 여성의 지위에 관한 규제이며 평등권을 침해하는 것입니다.

2) 임신 및 출산으로 인한 여성의 부담과 침해가 당연하거나 경미하다는 고정관념

자기낙태죄 규정은 여성의 역할에 관한 고정관념을 전제하고 있습니다. 이러한 점은 신체침해에 관한 다른 법적 규율 상황과 비교할 때 확인되는데, 우리나라 법률 어디에도 개인에게 자신의 신체침해나 상해를 감수하고라도 다른 개인에 대한 생명보호 의무를 부과하는 규정은 존재하지 않습니다. 이는 생명보호가 필요한 상대가 이미 태어나서 살아있는 아이라도 마찬가지입니다. 부모라고 할지라도 장기기증이나 불난 집으로부터의 구출 등을 법적 의무를 삼거나 강요하지 않고 있는 것입니다. 반면, 자기낙태죄는 ‘태아의 생명보호’를 위하여 여성에게 명백하고 현저한 부담이자 신체적 침해인 원치 않는 임신 및 출산을 강제하고 있습니다. 유독 여성에게만 태어나지 않은 생명에 관한 보호를 위하여 신체침해와 부담을 감수할 의무를 지우고 있는 것입니다. 출산과정 및 이후에 여성의 신체와 삶에 부과되는 모성의 일, 양육자로서의 노동 및 사회·경제적 제약 등은 저출산 문제의 주된 원인으로 분석될 정도로 지속적이며 구체적이고 막대합니다. 그럼에도 낙태 규율에 있어서 임신 및 출산으로 인한 여성의 부담과 침해가 당연하거나 경미하다고 전제하는 위와 같은 법적 취급의 배경에는, 결국 임신과 출산이 여성에게 적합하며 무해하다는 모성신화에 기반 한 성역할에 관한 편견이 존재한다고 봐야 할 것입

니다.

3) 임신에 관한 여성의 선택을 불완전시하거나 신뢰하지 못하는 법적 태도

자기낙태죄가 여성의 성역할에 대한 고정관념으로부터 자유롭지 않다는 점은 모자보건법 상의 낙태의 예외적 허용사유 규정에서도 확인할 수 있습니다. 「모자보건법」은 제14조 제1항에서 허용사유에 의한 인공임신중절수술에 대하여 사실혼 관계를 포함한 배우자(이하 ‘배우자’라고 합니다)의 동의를 요건으로 하고 있습니다. 기혼여성에 대한 배우자의 동의권이란, 기혼여성의 임신중단에 대하여 그 상대 남성 배우자가 실질적·상징적 통제를 허용하는 동시에 배우자 간의 의사불일치가 발생하는 경우 남성 배우자의 의사를 여성의 의사보다 더 우선권을 줌으로서 상대적으로 여성의 지위를 남성 하위에 놓게 됩니다.¹¹⁹⁾ 이러한 배우자 동의 규정은 남성의 권리와 책임을 넘어서 여성의 선택을 신뢰하지 못하는 관념과 시각을 전제하고 있다는 점에서 성차별적입니다. 임신 및 출산의 주체인 여성은 임신중단을 선택하기까지 과거와 현재 그리고 장래의 다양한 요소들을 고려하며, 그 경험과 직접적인 선택을 통하여 임신중단의 선택에 대한 결과와 그 영향에 대한 예측을 가장 정확하게 할 수 있는 위치에 있음에도 불구하고, 그러한 여성의 선택에 대하여 이를 불완전시하거나 신뢰하지 못하는 법의 태도가 이성적인 남성으로 가정되는 법적 배우자의 동의를 요건으로 설정하고 있는 것입니다¹²⁰⁾.

(다) 자기낙태죄 규정으로 인한 성역할 고정관념의 강화

119) 김중세, “낙태와 헌법상의 근본가치”, 젠더와 문화 제3권 제2호(2010. 12.), 86쪽
120) 김재윤, 앞의 논문, 177쪽

자기낙태죄 규정은 여성에 관한 기존의 성역할 고정관념을 더욱 강화시키는 데에 기여합니다. 임신한 여성에게 임신중단의 권리를 허용하지 않는 것은 결과적으로 여성의 역할을 임신, 출산에 고착시키기 때문입니다. 낙태 제한은 여성들에게 어머니 또는 아내라는 지위를 부여하고 모성기의 일을 하도록 강요합니다.¹²¹⁾ 이러한 측면에서 낙태 규제는 비단 여성의 신체에 대한 규제가 아니라 여성의 역할에 대한 규제이기도 합니다.¹²²⁾ 낙태 규제가 우리 사회에서 고정화된 성역할 관념을 강화시킨다는 문제에 관하여 한국보다 낙태에 관한 성평등 논의가 긴 미국에서 많은 학자들은 “낙태 제한이 여성에 대한 지위에 근거한 판단을 반영하고 여성에게 지위에 기반한 상해를 가하는 형태 또는 계급 법안”이라고 강조합니다.¹²³⁾(they do emphasize that abortion restrictions are a form or class legislation that reflects status-based judgments about women and inflicts status-based injuries on women). 법적으로 임신 및 출산이 여성에게 부담이 아니라 신체적 차이에 기인한 자연스러운 역할로 다루어짐으로써, 낙태를 선택하는 여성은 더 많은 윤리적 · 도덕적 비난을 감수하여야 하며, 이는 결국 여성으로 하여금 자신이 남성보다 열등한 지위에 놓이게 되는 주된 원인인 성별고정적인 역할에 머무르고 또다시 모성의 일을 수행하도록 만듭니다.

(라) 소결

121) Siegel, Reva B, “Reasoning From the Body: A Historical Perspective on Abortion Regulation and Question of Equal Protection,” Stanford Law Review 44, 1992, 373쪽.
122) Reva B. Siegel, “Abortion as a Sex Equality Right: Its Basis in Feminist Theory”, 63쪽
123) Reva B. Siegel, “Abortion as a Sex Equality Right: Its Basis in Feminist Theory”, 64쪽

이상과 같이, 자기낙태죄 규정은 그 입법목적, 내용 등에 비추어 여성에 대한 모성신화 등 여성의 역할 및 지위에 관한 고정관념을 전제로 한 것이고, 그러한 성차별적 법적 관념과 태도는 기존의 여성 역할에 대한 고정관념을 더욱 강화하는데 기여하게 된다 할 것입니다.

(2) 자기낙태죄의 성별 편향적 효과와 여성 차별

(가) 법률의 평등권 위반과 결과적 불평등

여성만이 임신을 겪는 것이 비록 여성과 남성 간 신체적 차이에서 비롯된 불가피한 '부담'이라고 하더라도, 임신과 관련하여 특정의 차별적인 법률이나 정책은 그 신체적 부담의 무게를 경감시킬 수도 가중시킬 수 있으므로¹²⁴⁾, 특정 법이 성별에 의한 차별로서 위헌인지 여부를 심사함에 있어서는 성별에 따라 차별적인 효과를 발휘하는지, 즉 차별적 법률이나 정책이 성별을 이유로 하여 여성이 열등한 지위에 놓이는 것에 기여하는지 여부를 살펴보아야 합니다.¹²⁵⁾

(나) 여성차별철폐협약에서의 차별 금지

유엔총회가 1979년 채택한 「여성에 대한 모든 형태의 차별 철폐에 관한

124) Sylvia Law, "Rethinking Sex and the Constitution", University of Pennsylvania Law Review 132, no. 5, 1984, 1016쪽.

125) Catharine Mackinnon, Sexual Harassment of Working Women, New Haven : Yale University Press, 1979, 117쪽.

협약」(이하 '여성차별철폐협약'이라 합니다)은 국제사회가 인정하고 모든 부문의 여성에게 해당되는 여성 인권에 대한 원칙을 법적인 구속력을 갖는 형태로 제시한 것입니다. 한국 정부는 2006년 9월 29일 국회 본회의 의결을 거쳐 동년 10월 18일 여성차별철폐협약 선택의정서(Optional Protocol to the Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women)에 가입하였으며, 동 선택의정서는 가입후 3개월 후인 2007년 1월 18일 한국에 발효되었습니다.

여성차별철폐협약은 여성에 대한 모든 형태의 차별을 금지하는 것을 기본적인 법적 규범으로 삼고 있습니다. 모든 분야에서 여성이 남성과 동등한 권리를 누리고 여성의 인권이 온전하게 실현되는 국제사회를 실현하기 위한 구체적인 목표와 조치를 명시하고 있는 것입니다. 또한 여성차별철폐협약은 여성과 남성 모두가 평등한 권리와 책임, 성 역할에 대한 고정관념과 편견을 극복하고 자세의 변화를 가져올 교육의 필요성을 명확히 제기하고 있으며, 또 다른 중요한 특징은 법률적 평등뿐 아니라 실질적 평등이라는 목표를 명확하게 인식하고 그러한 목표를 성취하기 위해 잠정적 특별조치를 취해야 한다는 점을 규정하고 있다는 점입니다. 이때 '여성에 대한 차별'이라 함은 "정치적, 경제적, 사회적, 문화적, 시민적 또는 기타 분야에 있어서 결혼 여부에 관계없이 남녀 동등의 기초 위에서 인권과 기본적 자유를 인식, 향유 또는 행사하는 것을 저해하거나 무효화하는 효과 또는 목적을 가지는 성에 근거한 모든 구별, 배제 또는 제한"(제1조)을 의미합니다. 의도적으로 또는 비의도적으로 여성에게 불이익을 주는 행위, 사회 전체가 가정과 공적 영역에서 여성의 권리를 인정하는 것을

방해하는 행위, 여성이 기본적인 인권과 자유를 누리지 못하도록 막는 행위 등이 포함됩니다. 구체적인 조항들을 살펴보면 아래와 같습니다.

우선, 당사국의 의무와 여성차별철폐를 위해 당사국에 필요한 정책을 명시하면서 남성과 여성의 평등원칙을 이행하기 위하여 기존 법률, 민법, 형법, 노동법의 개정을 통해 법체제적인 차별을 철폐할 것을 요구하고 있습니다.

제 2 조

당사국은 여성에 대한 모든 형태의 차별을 규탄하고 여성에 대한 차별을 철폐하기 위한 정책을 모든 적절한 수단을 통해 지체 없이 추진하기로 합의하며 이러한 목적으로 다음을 약속한다.

- (a) 남녀평등의 원칙이 헌법 또는 기타 적절한 입법에 아직 규정되지 않았다면 이를 구현하며 법 또는 기타 적절한 수단을 통해 동 원칙의 실제적 실현을 확보할 것
- (b) 여성에 대한 모든 차별을 금지하는 적절한 입법 및 기타 조치를 채택하고 필요한 경우 제재를 포함시킬 것
- (c) 남성과 동등한 기초 위에서 여성의 권리에 대한 법적 보호를 확립하며 권한 있는 국내 법정과 기타 공공기관을 통하여 여성을 여하한 차별행위로부터 효과적으로 보호하도록 할 것
- (d) 여성에 대한 여하한 차별행위 또는 관행에 따르는 것을 삼가며 공공 당국과 기관이 동 의무와 부합되게 행동하도록 할 것
- (e) 여하한 개인, 조직 또는 기업에 의한 여성 차별도 철폐되도록 모든 적절한 조치를 취할 것
- (f) 여성에 대한 차별을 구성하는 현행 법률, 규칙, 관습 및 관행을 수정 또는 폐지하도록 입법을 포함한 모든 적절한 조치를 취할 것
- (g) 여성에 대한 차별을 구성하는 모든 국내형사법 규정을 폐지할 것

협약 당사국은 공적 영역과 사적 영역에서 여성에 대한 차별을 철폐하기 위한 조치를 취해야 합니다. 이것은 여성 개인이 공공기관과의 관계에 있어 수직적인 평등만을 성취하는 것만을 의미하지는 않으며, 수평적 평등, 즉 가족 내에서의 평등관계를 이룩하기 위해 노력해야 합니다. 이를 위해 제2항 (f)호에서는 당사국이 법 개정뿐만 아니라 차별적 관습과 관행의 철폐를 위해 노력할 것을 주문하고 있습니다.

또한 여성차별철폐협약은 여성의 법적인 평등을 보장하는 것 이외에 성 역할에 대한 고정관념을 존속시키는 사회적, 문화적, 전통적 행동양식과 사고방식을 제거하고 여성의 권리 실현을 촉진하는 제도적 틀을 사회전반에 걸쳐 구현할 것을 주문하고 있습니다.

제 5 조

당사국은 다음을 위하여 모든 적절한 조치를 취해야 한다:

- (a) 일방의 성이 열등 또는 우수하다는 관념 또는 남성과 여성의 고정적 역할에 근거한 편견, 관습 및 기타 모든 관행을 없앨 목적으로, 남성과 여성의 사회적 및 문화적 행동양식을 수정할 것
- (b) 사회적 기능의 하나로써의 모성에 대한 적절한 이해와 자녀의 양육과 발전에 있어서 남녀의 공동책임에 대한 인식이 가정교육에 포함되도록 확보하되, 모든 경우에 있어서 자녀의 이익이 최우선적으로 고려되도록 할 것

진정한 평등을 구현하기 위해서는 비단 법적인 평등뿐만 아니라 또 다른 차원의 사회·문화적 변화가 필요함을 인식하고 그것을 요구하고 있는 것입니다.

(다) 자기낙태죄의 성별에 따른 차등적인 효과

1) 자기낙태죄 규정으로 인하여 임신한 여성이 임신을 중지하거나 어머니가 되지 않기 위한 유일한 길은 범죄행위인 낙태를 실행하고 범죄자가 될 위험을 감수하는 방법밖에 없습니다. 자기낙태죄 규정으로 인하여 처벌되는 주체는 아주 예외적인 경우¹²⁶⁾를 제외하고는 오로지 여성이며 상대 남성은 처벌되지 않고, 오히려 헤어진 애인, 남편 등의 복수의 수단, 괴롭힘의 수단 또는 남편이 사망한 이후 낙태한 부인인 여성의 상속권을 부인¹²⁷⁾하기 위한 수단으로 악용되고 있습니다. 실제로 최근 자기낙태죄 규정이 이혼시 상대방에 대한 공격 수단이나¹²⁸⁾, 불법 시술을 원하는 여성에 대한 범죄유인책¹²⁹⁾, 테이트 폭력의 한 수단¹³⁰⁾으로 사용되고 있어서, 사법절차 안에서 여성들이 남성에 비하여 취약하고 종속적인 지위에 놓이도록 하는 원인이 되고 있습니다.

2) 또한 임부가 놓인 사회적 관계망 속에서 임신과 출산이 가지는 의미와 영향에 비추어, 원치 않는 임신과 출산으로 여성에게 부과되는 것은 비단 신체나 자기결정권 등 기본권의 1회적인 침해가 아니며, 자기낙태죄 규정으로 여성이 경험하게 되는 근본적인 현실은 단지 신체적인 것이 아니라 사회적 것입니다. 여성은 전 일생에 걸쳐 양육 책임, 사회적·경제적 지위의 열등화, 모성 및 어머니 역할의 강요 등 불이익이나 부담을 감수하게 됩니다. 특히 미혼모에 대한 사회적 편견이

126) 자기낙태한 임부의 방조범으로 남자가 처벌되는 경우가 아주 드물게 있긴 하지만, 극히 드문 경우이며, 오히려 자기낙태죄는 상대남이 여성을 공격하고 처벌하는 수단으로 악용되고 있습니다.
127) 대법원 1992. 5. 22. 선고 92다2127 판결
128) 교제 중 혼인신고 후 양자 동의하에 임신중단 수술을 받았으나, 이혼 과정에서 이를 낙태죄로 고발한 사건. 수원지방법원 안산지원 2013. 9. 13. 선고 2012드단11854 판결.
129) 임신 후 임신중단 시술을 원하는 여성을 인터넷으로 유인하여 시술이라는 빌미로 모텔에서 성추행을 한 사건. 서울고등법원 2013. 7. 5. 선고 2013노1503 판결
130) 서울신문, “여성만 처벌하는 낙태죄... 악용하는 남친들 급증”, 2013.11.8.자., <http://www.seoul.co.kr/news/newsView.php?id=20131108500031>, 최종검색일 : 2018.2.21.

심하거나 남녀 간 극심한 임금격차 등 여성의 경제적 불평등이 심한 사회일수록 자기낙태죄의 성 불평등한 효과는 더욱 큽니다. 이처럼 자기낙태죄 조항은 임신한 여성에게 자녀를 출산할지 여부에 대한 결정권한을 허용하지 아니함으로써 여성에게 임신 및 출산 능력이라는 신체적 특성에 기인한 부담을 더 가중시킵니다.

(라) 원치 않는 임신 및 출산으로 인한 여성의 사회·경제적 차별

1) 낙태가 금지되고 여성이 자신의 재생산에 관한 통제력이 제한받는 상황은 실제 여성이 사회·경제적으로 열등한 지위에 놓이도록 하는데 기여합니다. 여성은 스스로 출산 시기를 선택할 수 없게 되며, 이는 여성에게 남성은 겪지 아니하는 교육, 경제, 공적생활에서의 심각한 부담과 불평등을 초래합니다¹³¹⁾. 낙태가 형사범죄화된 사회에서 여성의 사회적 지위는 임신·출산 기능으로 인하여 가정 내로 한정되면서 사회·경제적 지위 역시 남성에게 의존적일 수밖에 없게 됩니다. 이처럼 여성에게 임신을 중단할 권리를 허용하지 않는 것은 여성이 자신의 삶의 경로를 결정함에 있어서 남성과 달리 평등한 기회와 자율성을 가지지 못하게 하며, 여성이 남성보다 낮은 사회적 지위가 강화되는 결과를 야기합니다.

2) 또한 이러한 자기낙태죄의 성차별적인 효과는 제정 당시에 비하여 현재 더 커졌습니다. 헌법재판소의 헌법해석은 헌법이 내포하고 있는 특정한 가치를 탐색, 확인하고 이를 규범적으로 관철하는 작업이므로, 구체적 규범통제의 심사기준은 원칙적으로 헌법재판을 할 당시에 규범적 효력을 가지는 헌법입니다¹³²⁾. 한편 임

131) Neil S. Siegel & Reva B. Siegel, “Equality Arguments for abortion Rights” UCLA L. Rev. Discourse 60, 2012, 160쪽.
132) 헌법재판소 2013. 3. 21. 2010헌마70 결정.

신한 여성이 원치 않는 출산을 하게 될 경우, 오랜 시간 주된 양육자로서 모성과 어머니 역할을 수행하여야 하며 이는 해당 여성에게 사적영역은 물론이고 공적영역에서의 진입과 사회·경제적 활동에도 크고 지속적인 부담 및 제약을 초래함을 노정하고 있습니다. 그런데 주지하다시피 현행 자기낙태죄가 제정된 1953년 이후 한국사회에서 지난 70여 년간 여성의 사회진출 및 경제활동비율은 현저히 증가하였으므로, 그만큼 자기낙태죄 규정으로 인한 원치 않는 임신 및 출산이 여성의 삶에 실질적으로 미치는 성차별적 효과도 커졌다고 보아야 할 것입니다. 예를 들어, 원치 않는 출산이 여성의 삶에 미치는 영향은 과거 1950-60년대 가정 내 양육자로서의 지위에 머물러 있던 여성과 현재 2018년도를 사는 여성에게 있어 동일하지 않으며, 그러한 불이익한 효과는 한국사회 전체적으로 증가한 여성의 사회진출 및 경제활동 참여 등을 고려할 때 후자가 더욱 크다고 봄이 상당합니다. 과거 대다수 여성이 가정 내 한정된 성역할만을 담당하던 시절에 여성에게는 사회·경제적인 활동이 애초부터 선택지가 아니거나 부차적인 선택지이기에 원치 않는 출산으로 인한 침해나 제한이 상대적으로 적다고 볼 수 있는 반면, 이제는 여성도 사회 전 분야에 진출하여 남성과 동등하게 경쟁할 수 있는 상황이므로 원치 않는 출산이 가져오는 삶의 부담과 제한은 보다 실질적이고 그 성차별적 효과도 더욱 선명해진 것입니다.

(마) 미국의 참고 판결들

1) 위와 같은 견지에서 미국의 연방대법원도 대표적으로 아래 두 판결의 법정의견 또는 반대의견을 통해서 낙태를 금지하는 법률이 국가의 권력을 여성에게 전

통적인 성역할을 부과하는데 사용하기 때문에 헌법에 반한다고 확인한 바 있습니다.

2) 우선 펜실베이니아주의 임신중결법상 요구되는 배우자의 동의는 임신한 여성에게 부과하는 부당한 부담(undue burden)이 된다고 하여 위헌 판결한 미국 연방대법원의 ‘Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania v. Casey’ 판결¹³³⁾ (이하 ‘Casey 판결’이라 합니다)입니다. 위 Casey 판결의 법정의견은 여성의 역할에 대한 규제가 여성을 위한 자율성과 평등성을 침해한다며 아래와 같이 성적 평등의 관념에 근거하여 임신중단권리를 보호해야 한다고 판시한 바 있습니다.

Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania v. Casey, 505 U.S. 833, 852 (1991)

“낙태는 행위이지만, 그렇다고 해서 모든 경우의 낙태 행위에 대해 국가가 그것의 금지 여부를 결정할 수 있는 권한을 갖게 된다는 말은 아니다. 이는 여기에 걸쳐 있는 문제가 인간 조건의 면으로 볼 때, 또한 따라서 법의 측면으로 볼 때, 매우 특별하고 고유한 의미에서의 여성의 자유이기 때문이다. 중절하지 않고 임신을 계속 유지하는 여성은 오롯이 그 여성 혼자서 저야만 하는 불안, 신체적 제약, 고통을 겪는다. 인류가 생겨난 이래 이런 희생을 여성이 기쁨과 자부심으로 견뎌왔고, 그 기쁨과 자부심이 사회에서 인정 받아왔으며, 또 이런 희생이 아이에게 사랑의 유대를 준다는 점만으로는, 국가가 여성에게 그 희생을 견디라고 강요할 수 있다는 근거가 되지 못한다. [임신 및 출산과 관련해] 해당 여성이 겪는 고통은 너무나 내밀하고 사적인 것이어서, 국가의 개입을 정당화할 추가적인 사유가 있지 않는 한, 여성의 역할에 대해 국가가 상정하고 있는 비전만을 근거로 삼아 그 여성에게 그런 고통을 감수하도록 강요할 수는 없다. 그 비전이 우리 사회의 역사와 문화에서 얼마나 지배적인 것으로 자리잡았든간에 말이다. 대체적으로 각 여성의 삶을 결정짓는 것은 자신의 도덕률과 사회적 관계 속에서 자신이 처한 위치에 대한 그 여성 스스로의 판단이어야 한다.

(Though abortion is conduct, it does not follow that the State is entitled to proscribe it in

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

all instances. That is because the liberty of the woman is at stake in a sense unique to the human condition and so unique to the law. The mother who carries a child to full term is subject to anxieties, to physical constraints, to pain that only she must bear. That these sacrifices have from the beginning of the human race been endured by woman with a pride that ennobles her in the eyes of others and gives to the infant a bond of love cannot alone be grounds for the State to insist she make the sacrifice. Her suffering is too intimate and personal for the State to insist, without more, upon its own vision of the woman's role, however dominant that vision has been in the course of our history and our culture. The destiny of the woman must be shaped to a large extent on her own conception of her spiritual imperatives and her place in society.)

여성의 역할에 대한 국가의 법적 태도나 견해가 설령 역사적·문화적으로 지배적인 것이라고 할지라도, 그것으로 인한 여성의 고통이 너무나 내밀하고 사적인 것이기에 임신한 여성의 임신종결결정을 존중하고 스스로 삶을 결정하도록 해야 한다는 것입니다.

3) 두 번째 판결은, 미국 연방의회가 임신 2기인 12주 - 24주 사이에 행하여지는 임신종결방법을 규제하기 위하여 통과시킨 ‘부분출산임신종결금지법(Partial-Birth Abortion Ban Act of 2003)’을 합법이라고 선언한 ‘Gonzales v. Carhart’¹³⁴⁾(이하 ‘Gonzales’ 판결이라 합니다)입니다. 위 Gonzales 판결에서 반대의 견을 밝힌 킨즈버그 대법관은 “여성이 그들의 잠재성을 실현할 수 있는 능력은 임신종결 및 재생산여부에 관련된 삶의 방향을 결정할 능력을 의미하므로, 임신종결에 대한 제한을 승인하는 것은 삶의 자율결정권과 평등한 시민적 지위를 향유할 여성의 권리에 대한 제한이 될 수밖에 없다”¹³⁵⁾고 강조한 바 있습니다.

134) Gonzales v. Carhart, 550 U.S. 124 (2007).

135) Gonzales v. Carhart, 550 U.S. 124, 171-173 (2007).

(바) 소결

이상과 같이, 자기낙태죄 규정은 원치 않는 임신 및 출산에 대한 부담을 전적으로 여성에게만 부과하며, 이러한 성별 편향적 효과는 여성이 사회·경제적으로 남성보다 열악한 지위에 머물게 되는 주요 원인이 됩니다. 어머니로서의 여성의 의무에 대한 법적 규제와 판단은 이미 계급과 인종 등으로 나누어진 사회에서 이뤄지기 때문에, 이 사회에서 여성이 직면하는 모든 형태의 편견에 종속되어 있습니다.¹³⁶⁾ 여성을 가정 내 아내 또는 어머니라는 성별화된 지위에 머물도록 하는데 기여하며, 사회·경제적으로 불평등한 효과를 가져 옵니다. 즉 낙태가 허용되지 않음으로써 발생하는 위와 같은 여성의 평등권 침해는, 여성의 신체나 출산능력 등 자연적인 차이에 기인한 것이 아니라 여성에게 원치 않는 출산을 강요하는 사회의 제도적 실천에 의한 것입니다.¹³⁷⁾ 따라서 자기낙태죄 규정은 여성에게만 특유하게 나타나는 문제의 해결을 위하여 필요한 예외적 경우에 해당하는 성차별적 규율로서 정당화될 수 없으며, 여성과 남성 간 성역할에 관한 고정관념에 기초한 차별에 해당한다 할 것입니다.

라. 결론

이상 살펴본 바와 같이, 자기낙태죄 규정으로 인해 원치 않는 임신과 출산이 여성에 삶에 미치는 성 불평등한 영향을 고려할 때, 여성의 평등권을 바탕으로 하는

136) Reva B. Siegel, “Reasoning from the Body: A Historical Perspective on Abortion Regulation and Questions of Equal Protection”, 335쪽.

137) Reva B. Siegel, “Abortion as a Sex Equality Right: Its Basis in Feminist Theory”, 65쪽

임신중단권리는 인정되어야 합니다. 임신을 중단할 권리가 여성의 기본권으로 인정될 때, 여성은 남성과의 관계에서 개별적 사회적 주체로서 자율성과 동등한 지위를 회복할 수 있습니다. 하지만 자기낙태죄 규정은 기존 성 불평등한 구조와 상황을 그대로 수용하고 유지·강화하고 있으며, 임신·출산을 여성의 특성으로 이해하기보다 이에 근거한 차별을 합리화하고 여성의 지위를 성 편향적인 역할에 고정시키고 이를 강화시키는 결과를 초래하고 있습니다.¹³⁸⁾ 따라서 자기낙태죄 규정은 남성과 달리 여성을 불이익하게 차별취급하며 그 차별취급에는 비례성이 인정되지 아니하는 바, 여성의 평등권을 침해하여 위헌이라 할 것입니다.

IV. 형법 제269조 제1항의 위헌성: 헌법상 기본권 제한의 한계 규정 위반

형법 제269조 제1항에 대하여 2012년 합헌결정의 법정의견은 태아를 헌법상 생명권의 주체로 상정한 뒤, 자기낙태죄 조항이 여성의 자기결정권을 침해하여 위헌인지 여부를 심사하였습니다. 그러나 후술하는 바와 같이 현행법 체계와 의학적·사회적 현실에 비추어 볼 때 태아는 헌법상 생명권의 주체가 될 수 없습니다. 태아의 법적 지위와 태아의 생명을 규범적으로 어떻게 이해할 것인지는 이 사건 심판대상 조항의 위헌 여부를 판단하기 위한 전제이자 핵심 쟁점 중 하나입니다. 따라서 이하에서는 태아의 법적 지위를 먼저 검토한 후, 자기낙태죄 조항이 헌법상 기본권 제한의 한계 규정인 헌법 제37조 제2항의 과잉금지원칙을 위배하여 여성의 자기결정권, 건강권 등의 기본권을 침해하는 규정임을 살펴보겠습니다.

138) 이선순, 「재생산권으로서의 낙태에 대한 범여성학적 고찰」, 『여성학연구』 제16권 제1호, 부산대학교 여성연구소, 2006, 2쪽.

1. 태아의 법적 지위

가. 낙태죄 객체로서의 태아

형법 제269조 제1항은 “부녀가 약물 기타 방법으로 낙태한 때에는 1년 이하의 징역 또는 200만 원 이하의 벌금에 처한다.”고 정합니다. 이때 ‘낙태’란 태아를 자연분만기에 앞서서 인위적으로 모체 밖으로 배출하거나 모체 안에서 살해하는 행위이고, 그 결과 태아가 사망하였는지 여부는 죄의 성립에 영향이 없습니다.¹³⁹⁾ 한편, 모자보건법 제2조 제7호에 따르면 ‘인공임신중절’은 “태아가 모체 밖에서는 생명을 유지할 수 없는 시기에 태아와 그 부속을 인공적으로 모체 밖으로 배출시키는 수술”을 말합니다.

형법과 모자보건법은 ‘태아’를 정의하고 있지 않은데, 헌법재판소는 수정란이 수정 후 14일 경 자궁에 착상하면, 그 이후부터 태아가 낙태죄의 객체가 된다고 보았습니다.¹⁴⁰⁾ 즉, 수정 후 자궁에 착상한 배아¹⁴¹⁾부터 자연 분만 전까지 모체안의 태아가 낙태죄의 객체가 됩니다.

나. 태아 : 생명권의 주체 아님

(1) 생명권 : ‘인간’의 기본권

139) 대법원 2005. 4. 15. 선고 2003도2780 판결

140) 헌법재판소 2012. 8. 23.자 2010헌바402 결정

141) 배아란 인간의 수정란 및 수정된 때부터 발생학적으로 모든 기관이 형성되기 전까지의 분열된 세포군을 말합니다(「생명윤리 및 안전에 관한 법률」 제2조 제3호).

헌법은 명문으로 생명권을 규정하고 있지 않으나, 헌법재판소는 “인간의 생명은 고귀하고, 이 세상에서 무엇과도 바꿀 수 없는 존엄한 인간 존재의 근원이다. 이러한 생명에 대한 권리, 즉 생명권은 비록 헌법에 명문의 규정이 없다 하더라도 인간의 생존본능과 존재목적에 바탕을 둔 선험적이고 자연법적인 권리로서 헌법에 규정된 모든 기본권의 전제로서 기능하는 기본권 중의 기본권이다.”라고 하여, 인간의 생명권을 헌법상 기본권이라고 보았습니다.¹⁴²⁾

여기서 헌법상 기본권인 생명권의 주체는 ‘인간’ 즉 ‘사람’이고, 법체계상 ‘태아’는 ‘사람’에 포함되지 않습니다. 낙태에 관한 논의에서 가장 큰 오류는, 인간이 헌법상 생명권의 주체라는 전제가 합리적인 논거 없이 곧바로 ‘태아는 생명권의 주체’라는 전제로 이어지면서 발생합니다.

(2) 법체계상 태아의 지위 : ‘사람’이 아닌 존재

법체계와 법원의 해석에 따르면, ‘태아’는 ‘사람’에 포함되지 않습니다.

① 법은 ‘사람’과 ‘태아’를 구별합니다. 형법은 “사람을 살해한 자는 사형, 무기 또는 5년 이상의 징역에 처하고(제250조 제1항), 분만 중 또는 분만 직후의 “영아”를 살해한 때에는 10년 이하의 징역에 처하며(제251조), 낙태한 여성은 1년 이하의 징역 또는 200만원의 벌금에 처한다고 규정하여(제269조 제1항),

142) 헌법재판소 1996. 11. 28.자 95헌마1 결정

‘사람’과 ‘영아’, ‘태아’를 각각 구별하고 있습니다. 민법은 “사람이 생존한 동안 권리와 의무의 주체가 된다고 규정하며(제3조), 다만 “태아”는 손해배상의 청구권(제762조) 및 상속순위에 관하여는 이미 출생한 것으로 본다고 하여(제1000조 제3항), ‘사람’과 ‘태아’를 구별합니다.

② 법률이 명확하게 사람과 태아를 구별하기 때문에, 법원 역시 법률을 해석할 때 ‘사람’과 ‘태아’를 구별하고, 양자 사이의 권리를 달리 인정합니다.

형법상 살인죄의 객체가 되는 ‘사람’의 해석에 있어서 대법원은, “사람의 생명과 신체의 안전을 보호법익으로 하고 있는 형법의 해석으로는 규칙적인 진통을 동반하면서 분만이 개시된 때(소위 진통설 또는 분만 개시설)가 사람의 시기라고 봄이 타당하다”고 판단합니다.¹⁴³⁾ 따라서 분만의 개시라고 할 수 있는 규칙적인 진통이 시작되기 전에 의료인의 과실로 태아가 사망하였더라도, “태아는 아직 업무상과실치사죄의 객체인 ‘사람’이 되었다고 볼 수 없다”는 이유로 업무상과실치사죄의 성립을 부정합니다.¹⁴⁴⁾

민법상 권리의무의 주체가 되는 ‘사람’의 해석에 있어서는 소위 ‘전부노출설’을 따르면서, 법이 특별한 규정을 두는 경우를 제외하고 ‘태아’의 권리를 인정하지 않습니다. 서울고등법원은, “태아의 법적 보호를 위하여 불법행위에 기한 손해배상청구(민법 제762조), 재산상속(민법 제1000조 제3항) 등과 같이 개별적으로 특별규정을 두어 이미 출생한 것으로 보는 경우를 제외하고는, 우리 민법의

143) 대법원 1982. 10. 12. 선고 81도2621 판결, 대법원 1998. 10. 9. 선고 98도949 판결 참조.
144) 대법원 2007. 6. 29. 선고 2005도3832 판결

해석상 사람의 출생시기는 태아가 모체로부터 전부 노출된 때를 기준으로 삼는 것이 타당하다.”라고 판단하였습니다.¹⁴⁵⁾ 그리고 이 기준에 따라, 분만 중 사망한 태아의 손해배상청구권이 성립하지 않는다고 보았습니다. 대법원은 민법의 위 특별 규정에 따른 태아의 권리도, 태아가 살아서 출생하여야 비로소 보장되는 제한적인 권리에 그친다고 판단하여 왔습니다.¹⁴⁶⁾

헌법재판소도 기본권의 주체는 통상 출생 후의 인간이라고 판단한 바 있습니다. 헌법재판소는 ‘초기배아’가 기본권의 주체가 아니라고 하면서, “헌법재판소법 제68조 제1항은 공권력의 행사 또는 불행사로 인하여 기본권을 침해받은 자가 헌법소원의 심판을 청구할 수 있다고 규정하고 있으므로, 기본권의 주체가 될 수 있는 자만이 헌법소원을 청구할 수 있고, 이때 기본권의 주체가 될 수 있는 ‘자’라 함은 통상 출생 후의 인간을 가리키는 것이다.”¹⁴⁷⁾라고 하여, ‘인간’과 출생 전의 존재를 구별하였습니다. 다만 헌법재판소는 위 결정에서, “출생 전 형성 중의 생명에 대해서는 일정한 예외적인 경우 기본권 주체성이 긍정될 수 있다.”고 하면서, 그 경우라고 하더라도, “어느 시점부터 기본권 주체성이 인정되는지, 또 어떤 기본권에 대해 기본권 주체성이 인정되는지는 생명의 근원에 대한 생물학적 인식을 비롯한 자연과학·기술 발전의 성과와 그에 터 잡은 헌법의 해석으로부터 도출되는 규범적 요청을 고려하여 판단하여야 할 것이다.”라고 보았습니다. 즉, ‘인간’이 아닌 ‘출생 전 형성 중의 생명’의 기본권 주체성을 인정한다고

145) 서울고등법원 2007. 3. 15. 선고 2006나56833 판결

146) 대법원 1976. 9. 14. 선고 76다1365판결은 “태아가 특정한 권리에 있어서 이미 태어난 것으로 본다는 것은 살아서 출생한 때에 출생시기가 문제의 사건의 시기까지 소급하여 그 때에 태아가 출생한 것과 같이 법률상 보아 준다고 해석하여야 상당하므로 그가 모체와 같이 사망하여 출생의 기회를 못 가진 이상 배상청구권을 논할 여지 없다.”고 보았습니다.

147) 헌법재판소 2010. 5. 27자 2005헌마346 결정

하더라도 이는 어디까지나 ① 원칙이 아니라 예외이며, ② 발달 과정 전체에 대하여 아니라 일정한 시점부터 인정할 수도 있고, ③ 모든 기본권이 아니라 일정한 기본권에 한정하여 기본권의 주체가 될 여지가 있으며, ④ 이는 과학기술 발전의 성과를 고려하되 궁극적으로는 규범적 요청에 따라 결정할 문제라는 것입니다. 이 역시 ‘출생 전 형성 중의 생명’은 ‘인간’과 동일하지 않다는 전제 하에, ‘인간’과는 달리 기본권 주체성을 매우 제한적으로 보는 태도입니다.

③ 법은 ‘사람’과 ‘태아’를 구별할 뿐만 아니라, ‘사람’과 달리 ‘태아’의 경우에는 일정한 사유가 있다면 그 생명을 박탈할 수 있다고 명문으로 규정합니다. 주지하듯이, 모자보건법 제14조 제1항은 낙태죄에 대한 위법성 조각 사유를 규정합니다. 본인이나 배우자가 일정한 우생학적 또는 유전학적 정신장애나 신체 질환이 있는 경우(제1호), 본인이나 배우자가 일정한 전염성 질환이 있는 경우(제2호), 강간 또는 준강간에 의하여 임신한 경우(제3호), 법률상 혼인할 수 없는 혈족 또는 인척 간에 임신한 경우(제4호), 임신의 지속이 보건의학적 이유로 모체의 건강을 심각하게 해치고 있거나 해칠 우려가 있는 경우(제5호)에는 인공임신중절수술이 가능합니다. ‘태아’ 자신이 초래하지 않은 원인에 대하여 태아의 생명을 박탈할 수 있도록 정한 것입니다. 이를 보아도, 우리 법률은 태아를 생명권의 주체로 보지 않는다는 사실을 알 수 있습니다.

(3) 학계 : ‘태아의 생명은 비교형량 가능한 법익’

학계에서도 ‘태아’의 법적 지위를 ‘사람’과 동일하다고 보지 않으며, “태아

의 생명은 사람의 생명과 달리 '비교형량 할 수 있는 법익'에 속한다.”¹⁴⁸⁾고 보는 입장이 지배적입니다. “현행법상 ‘태아’는 ‘사람’이 아니며-수정란이 자궁에 착상하기 이전인 ‘배아’가 ‘사람’이 아님은 물론이다-, 태아는 ‘독립된 인격체’가 아니라 전적으로 임부에게 의존하여 유지되는 생명”이라고 하거나,¹⁴⁹⁾ “태아의 생명은 인간의 생명과 동일 수준에서 볼 수 없음을 물론일 뿐만 아니라, ... 이 자유와 책임의 양면을 합리적으로 조정함에는 태아의 발전단계에 따라 그 합법성의 한계를 달리하여야 할 것이다.”¹⁵⁰⁾라는 것이 학자들의 태도입니다.

(4) 의학적·사회적 사실 : 태아의 모체 의존성, 체외수정과 선택적 유산

태아가 출생 전까지 그 생존과 성장을 전적으로 모체에 의존한다는 사실, 최근 난임 치료를 위해 널리 이용되는 보조생식술의 발달과 그 과정에서 이루어지는 선택적 유산의 현실을 살펴봐도 태아를 생명권의 주체라 하기는 어렵습니다.

가) 태아의 모체 의존성

태아는 출생 전까지 그 생존과 성장을 전적으로 모체에 의존하는 불완전한 존재입니다. 수정란은 자궁에 착상하면서 모체의 혈관과 연결되며, 이때 태반이 생겨 납니다. 태아는 탯줄을 통해 태반과 연결되고, 태반을 통하여 모체로부터 영양분

을 전달 받아 성장합니다. 태아에게는 폐의 기능이 없기 때문에 태반을 통하여 모체로부터 산소를 공급받고, 이산화탄소를 내보내야 합니다. 약 20~25%의 임부는 임신 20주 이전에 질출혈을 경험하고, 이 중 약 절반이 자연유산됩니다.¹⁵¹⁾ 태아의 염색체 이상인 경우도 있고, 모체의 감염, 만성 소모성 질환, 내분비 이상, 자궁 근종 등 자궁의 해부학적 이상 등이 그 원인으로 파악되고 있습니다.

태아의 생존과 성장에 필요한 영양의 섭취는 전적으로 임부의 영양 섭취에 의존합니다. 임부는 임신 첫 삼분기까지 매일 400μg의 엽산을 섭취해야 하는데, 엽산이 부족하면 태아의 신경관 결손의 원인이 됩니다. 태아에게 필요한 산소와 영양소는 전적으로 모체의 혈액을 통해 공급되기 때문에 모체의 혈액량은 임신 32~34주를 지나면서 임신 전에 비해 평균 40~45%까지 증가합니다. 이때 혈장증가가 적혈구 증가보다 많아 빈혈이 생기므로 철분을 따로 섭취하여야 하며, 한국영양학회에서는 임신 16주 이후부터 하루 24 mg의 철 섭취를 권장합니다.¹⁵²⁾ 태아, 태반, 자궁, 유방의 성장과 발달, 모체의 혈액량 증가는 모체의 단백질 섭취에 의존하므로 임신 후반기 5개월 동안에는 1000g의 단백질을 섭취하여야 합니다.

이러한 태아-모체의 관계 때문에, 임신한 여성들은 임신 기간 내내 음식물과 약물 섭취를 주의하여야 합니다.¹⁵³⁾ 술은 태아 알코올 증후군과 연관되며, 이는 태아의 내부 기관과 신경계가 형성될 때 기형을 유발한다고 알려져 있습니다. 여드름치료제나 비타민제도 태아에게 위험할 수 있으므로 복약 지도를 받아야 하며, 엑스선

148) 박찬길, 「낙태죄의 합리화 정책에 관한 연구」, 『법학논총』, 제27권 제1호, 2010, 210쪽.; 이재상, 『형법각론(9판)』, 박영사, 2013, 93쪽
149) 조국, “낙태 비범죄화론”, 서울대학교 법학, 제54권 제3호, 2013, 703쪽
150) 유기천, 진정신판 형법학(각론강의 상), 1982, 75-76쪽 ;조국, 앞의 글, 703쪽에서 재인용

151) 이하 이 문단의 내용은 대한산부인과학회, 『산부인과학 지침과 개요(4판)』, 2015, 43~44쪽
152) 대한산부인과학회, 앞의 책, 159~172쪽, 182쪽 참조
153) 이하 이 문단의 내용은, 보스틴여성건강서공동체, 토문몸살림터 위어울김, 『우리 몸 우리 자신』, 또하나의문화, 2005, 433쪽

검사 등과 같은 방사선 검사도 가급적 피해야 합니다. 흡연은 태반 기형, 유산, 조산, 저체중아 출산, 영아 돌연사 증후군과 관련이 있다고 합니다. 이 때문에 임신 계획을 세운 여성들은 임신 전부터 담배, 술, 커피 등의 섭취를 제한하는 경우도 많습니다. 이러한 사실은 현실에서 임신한 여성을 끊임없이 훈육하는 근거로 활용되지만, 정작 자기낙태죄와 관련한 논의에서는 모두 삭제되는 것입니다.

이상과 같은 의학·사회적 사실들에 비추어볼 때, 태아는 모체에 의존하는 존재이며, 따라서 독립적인 생명권의 주체라고 할 수 없습니다.

나) 체외수정과 선택적 유산

보조생식기술(Assisted Reproductive Technologies)의 발달과 활용은 ‘태아는 생명권의 주체’라는 주장이 얼마나 현실과 동떨어진 주장인지를 드러냅니다.

난임 진단 인구가 증가함에 따라,¹⁵⁴⁾ 보조생식기술로써 체외수정기술을 널리 활용합니다. 체외수정은 ‘시험관 아기’ 기술로 알려져 있는데, 난자와 정자를 시험관에서 수정시켜 2~6일간 배양한 후 그 배아를 이식관을 이용해 자궁 속에 넣어주는 기술입니다. 한국에서 전체 출생아의 1% 이상이 체외수정에 의한 임신이며, 유럽 몇몇 국가에서는 전체 출생아의 5% 이상이 체외수정에 의해 탄생할 만큼 체

154) "난임(難妊)"이란 "부부가 피임을 하지 아니한 상태에서 부부간 정상적인 성생활을 하고 있음에도 불구하고 1년이 지나도 임신이 되지 아니하는 상태"를 말합니다(모자보건법 제2조 제11호). 난임 진단자의 수는 2005년에서 2011년까지 연 평균 7.7% 증가하였고, 난임진단자의 수는 매년 19만 명 수준으로 나타납니다(황나미, 「정부 난임부부 시술비 지원사업 현황과 성과」, 『보건복지 Issue & Focus』, 2013 : 김선혜, 「보조생식기술시대에 낙태논쟁」, 『성과재생산포럼 자료집』, 2016, 36쪽에서 재인용).

외수정은 보편적 난임 치료 방법입니다.¹⁵⁵⁾

그런데 체외수정의 성공률은 25~30% 정도이므로 성공률을 높이기 위해서 여러 개의 배아를 이식합니다.¹⁵⁶⁾ 배아를 1개 이식한 경우의 임신율은 27.0%, 2개의 경우 40.1%, 3개의 경우는 36.4%, 4개의 경우는 34.3%, 5개를 이식한 경우는 34.6%, 6개 이상인 경우가 42.3%로 보고되어(2014년 기준),¹⁵⁷⁾ 배아를 여러 개 이식할 때 임신 가능성이 높아지기 때문입니다. 2014년 체외수정시술 1회에 이식한 배아 수를 보면, 1개를 이식한 경우는 6,297건으로 17.4%만을 차지합니다. 그리고 2개를 이식한 경우가 18,470건(51.0%), 3개를 이식한 건수가 9,368건(25.9%), 4개를 이식한 건수가 1,812건(5.0%), 5개를 이식한 건수는 217건, 6개 이상을 이식한 건수는 26건으로 나타났습니다(미응답에 해당하는 4,776건은 제외한 수치임).¹⁵⁸⁾

여러 개의 배아를 이식하면 2개 이상의 배아가 착상하기도 하며(다태아 임신), 이때 1개의 배아만 남기고 나머지 배아를 낙태하는 선택적 유산(Selective abortion)이 이루어집니다. 선택적 유산 중 선택적 감수술(selective reduction)은 보통 임신 10~13주 사이에 시행되며, 염화칼륨 등의 물질을 태낭 내에 직접 주입하거나 초음파를 이용한 태낭흡입술을 사용합니다.¹⁵⁹⁾ 자연 임신의 경우 다태아 출생 비율은 2%이지만, 체외수정의 경우 다태아 임신은 전세계에서 30% 정도로 보고됩니다.¹⁶⁰⁾ 체외수정 기술의 발달·활용은 선택적 유산 과정을 포함할 가능성이 매우 높습니다.

155) 대한산부인과학회, 앞의 책, 503쪽
156) 김선혜, 앞의 글, 37쪽
157) 황나미/채수미/장인순, 『2014년도 난임부부지원사업 결과 분석 및 평가』, 보건복지부, 2015, 44쪽.
158) 황나미/채수미/장인순, 앞의 글, 39쪽
159) 이수윤 외 7, 「쌍태임신에서 임신 제2삼분기에 시행된 맞춤형 선택적 유산에 관한 연구」, 『Korean Journal of Obstetrics and Gynecology』, 50(12), 2007, 1661쪽
160) 김선혜, 앞의 글, 37쪽

이러한 선택적 유산도 형법 제269조 제1항, 제270조 제1항의 구성요건에 해당합니다. 앞서 보았듯이 착상 후의 배아는 낙태의 객체인 ‘태아’이고, 선택적 감수술은 하나 이상의 태아를 ‘자연분만기에 앞서서 인위적으로 모체 밖으로 배출하거나 모체 안에서 살해하는 행위’이며, 위법성이 조각되지 않을 가능성이 크기 때문입니다. 가장 근접한 위법성 조각 사유는 모자보건법 제14조 제1항 제5호 “임신의 지속이 보건의학적 이유로 모체의 건강을 심각하게 해치고 있거나 해칠 우려가 있는 경우”인데, 대법원은 이를 “임신의 지속이 모체의 생명과 건강에 심각한 위협을 초래하게 되어 모체의 생명과 건강만이라도 구하기 위하여 인공임신중절수술이 부득이하다고 인정되는 경우를 말한다”고 하여 매우 좁게 해석합니다.¹⁶¹⁾ 다태아 임신이 그렇지 않은 경우보다 산모에 대한 위협 및 저체중아와 조산아 출생으로 이어질 가능성이 있지만, 모체의 생명과 건강만이라도 구하기 위하여 인공임신중절수술이 부득이한 경우라고까지 말하기는 어렵습니다. 다소 극단적인 사례이기는 하나, 미국의 나디아 술먼이라는 여성은 1차 체외수정을 통해 6쌍둥이를, 2차 체외수정을 통해 8쌍둥이를 출산하여 화제가 되기도 하였습니다.¹⁶²⁾

선택적 유산은 낙태죄의 구성요건에 해당하지만, 법적으로나 사회적으로 이를 태아의 생명을 침해하는 행위로 인식하거나 낙태죄로 처벌하여야 하는 행위라고 판단하지는 않습니다. 오히려 산모의 건강과 아이의 양육 환경을 고려한 합리적인 결정으로 인식되며, 다른 낙태 경험과 달리 도덕적 낙인으로부터 자유로운 상태에

161) 대법원 2005. 4. 15. 선고 2003도2780 판결
162) 미국 캘리포니아주의 나디아 술먼이라는 여성은 첫 번째 체외수정을 통하여 6쌍둥이를 낳았고, 두 번째 체외수정시술을 받아 8쌍둥이를 출산하였습니다. 술먼이 싱글맘이고, 직장이 없어 정부 보조금으로 생활하고 있다는 사실이 알려지면서 논란이 되었습니다. (김선혜, 앞의 글, 39쪽)

서 블로그 등을 통해 그 경험이 공유됩니다.¹⁶³⁾ 한 번의 체외수정시술로 동시에 착상한 여러 개의 태아 중에서 일부를 유산시키는 행위와, 출산 시기를 조절하기 위하여 하나의 태아를 유산시키는 행위 사이에는 본질적인 차이가 없습니다. 전자의 경우에도 선택받지 못한 태아는 낙태된다는 점에서 태아의 생명 침해라는 본질은 동일하기 때문입니다. 그럼에도 불구하고 전자와 달리 유독 후자만을 형법상 ‘낙태’라고 인식하고 처벌해야 한다고 주장하는 것은 모순적인 태도입니다. 태아가 생명권의 주체라고 주장하는 사람들은 이러한 현실을 전혀 고려하지 않는 것으로 보입니다.

(5) 헌법재판소 결정의 부당성: 합리적 근거 없이 태아를 헌법상 생명권의 주체로 상정

그동안 헌법재판소는 3건의 결정에서 태아가 생명권의 주체라고 판시하였습니다.¹⁶⁴⁾ 그 중 2건은 아무런 이유도 제시하지 않았고, 1건은 이유를 제시하는 하였으나 후술하는 바와 같이 합리적인 근거라고 볼 수 없습니다.

헌법재판소는 민법 제3조가 국가의 태아 생명권 보호 의무를 위반한 입법으로서 위헌인지 여부가 문제된 사안에서, 모든 인간은 헌법상 생명권의 주체가 된다는 전제를 실시한 후 아무런 근거를 제시하지 않고 곧바로 “형성 중의 생명인 태아

163) 김선혜, 앞의 글, 38쪽
164) 헌법재판소는 이하에서 설명할 3건의 결정 외에 3건의 결정문에서도 ‘태아의 생명권’이라는 표현을 사용했지만, 태아가 생명권의 주체인가에 대한 판단을 하지는 않았습니다. 위 3건의 결정은 헌법재판소 2008. 7. 31.자 2004헌마1010 결정[의료법 제19조의2 제2항 위헌확인](태아 성별 고지 사건), 2010. 2. 25.자 2008헌가23 결정[형법 제41조 등 위헌제정](사형제 사건), 2008. 3. 18.자 2008헌마218 결정[모자보건법 제14조 위헌확인]이었습니다.

에게도 생명에 대한 권리가 인정되어야 한다.”고 선언했습니다(헌법재판소 2008. 7. 31.자 2004헌바81 결정).¹⁶⁵⁾ 그 후 배아의 기본권 주체성이 쟁점이 된 사안에서도, 헌법재판소는 아무런 근거를 제시하지 않고 위 2004헌바81 결정의 판시를 그대로 인용하였습니다(헌법재판소 2010. 5. 27.자 2005헌마346 결정).

이유를 제시한 유일한 결정은 낙태죄의 위헌 여부를 판단하였던 2010헌바402결정입니다. 위 결정의 법정의견은 인간의 생명권이 헌법상 권리임을 확인한 뒤, 다음과 같은 논리로 태아를 생명권의 주체라고 보았습니다.

“모든 인간은 헌법상 생명권의 주체가 되고, 인간으로서 형성되어 가는 단계의 생명인 태아에게도 생명에 대한 권리가 인정되어야 한다. 태아가 비록 그 생명의 유지를 위하여 모에게 의존해야 하지만, 그 자체로 모와 별개의 생명체이고 특별한 사정이 없는 한 인간으로 성장할 가능성이 크기 때문이다. 태아도 헌법상 생명권의 주체이고, 따라서 그 성장 상태가 보호 여부의 기준이 되어서는 안될 것이다. 헌법이 태아의 생명을 보호하는 것은 그것이 인간으로 될 예정인 생명체라는 이유 때문이지, 그것이 독립하여 생존할 능력이 있다거나 사고능력, 자아인식 등 정신적 능력이 있는 생명체라는 이유 때문이 아니다. 그러므로 태아가 독자적 생존능력을 갖추었는지 여부를 그에 대한 낙태 허용의 판단 기준으로 삼을 수는 없다. ...(중략)... 수정이 되었다고 하여 수정란이 정상적으로 자궁에 착상할 가능성

165) “인간의 생명은 고귀하고, 이 세상에서 무엇과도 바꿀 수 없는 존엄한 인간 존재의 근원이다. 이러한 생명에 대한 권리, 즉 생명권은 비록 헌법에 명문의 규정이 없다 하더라도 인간의 생존본능과 존재목적에 바탕을 둔 선형적이고 자연법적인 권리로서 헌법에 규정된 모든 기본권의 전제로서 기능하는 기본권 중의 기본권이다. 모든 인간은 헌법상 생명권의 주체가 되며, 형성 중의 생명인 태아에게도 생명에 대한 권리가 인정되어야 한다. 따라서 태아도 헌법상 생명권의 주체가 되며, 국가는 헌법 제10조에 따라 태아의 생명을 보호할 의무가 있다.” (헌법재판소 2008. 7. 31.자 2004헌바81 결정)

이 아주 높은 것은 아니며, 그 단계에서는 임신 여부를 확인하기도 어려우므로, 자궁에 착상하기 이전 단계의 수정란을 그 이후의 태아와 동일하게 취급하지 아니하는 것은 그 나름의 합리성이 인정될 수 있다. 또한 진통시부터는 태아가 산모로부터 독립하여 생존이 가능하므로 그 때를 기준으로 사람으로 취급하는 것도 합리적이라고 할 것이다.”

그러나 위 법정의견은 아래에서 보는 바와 같이 ① 태아가 독립하여 생존할 능력이 없음을 인정하면서도 태아가 “그 자체로 모와 별개의 생명체”라고 하여 자가 당착에 빠져 있고, ② 착상 후의 수정란이라 하더라도 여러 가지 조건이 갖추어져야만 비로소 인간으로 성장할 수 있다는 의학적·사회적 사실들을 전혀 고려하지 않은 판시입니다.

가) 태아의 모체 의존성 : ‘모와 별개의 생명체’ 아님

앞서 보았듯이, 태아는 모와 별개의 생명체가 아니라 출생할 때까지 전적으로 모체에 의존하여 생존하고 성장하는 불완전한 존재입니다. 출생 후의 태아는 모체와 별개의 생명체이자 인격체이지만, 이는 어디까지는 ‘출생’을 전제한 것입니다. 출생 전까지의 태아는 그 생명 유지와 성장의 가능성을 오롯이 모체에 의존한다는 점에서, 출생 후의 존재와는 전혀 다른 지위에 있습니다. 태아와 인간은 생물학적으로도 전혀 다른 존재임에도, 위 2010헌바402결정은 양자를 등치시킴으로써 오류에 빠진 것입니다.

나) 착상 후 출생까지 태아의 성장에 개입하는 특별한 사정

앞서 보았듯이 보조생식기술의 발달과 확산은, '착상이 되었다면 인간으로 성장할 것'이라는 주장이 더 이상 유지되기 어려운 현실을 드러냅니다. 출산을 계획하는 부부라 하더라도 체외수정기술을 받아 여러 개의 배아가 착상되었다면 산모와 태아의 건강, 이후의 양육 환경을 고려하여 적절한 개수의 태아를 선택적으로 유산시키기 때문입니다.

보조생식기술의 발달을 고려하지 않더라도, 착상 후의 수정란이 특별한 사정이 없는 한 인간으로 성장하는 것도 아닙니다. 2008년부터 2010년까지 국민건강보험공단의 건강보험 진료비 지급자료 분석 결과에 따르면, 건강보험 가입자 중 자연유산과 분만을 주상병으로 진료 받은 산모(분만진료인원) 1,000명 대비 자연유산진료인원은 2008년 35.3명, 2010년 35.8명으로 나타나며, 자연유산의 80% 이상이 임신 12주 이내에 발생합니다.¹⁶⁶⁾ 자연유산은 태아의 염색체 또는 유전자의 이상, 모체의 감염 등으로 인하여 임신 20주 이내에 임신이 종결되는 것을 의미합니다. 자연 상태에서 1,000명의 태아 중 35~36명 가량이 착상 후에 '사망'하는 것입니다.

이 때문에 많은 여성들은 건강한 아이를 분만할 수 있도록 임신의 전 기간 동안 산전관리를 받습니다.¹⁶⁷⁾ 일반적으로 임신 28주까지는 4주마다, 36주까지는 2주마다, 그리고 그 이후에는 매주 정기적인 산전관리를 합니다. 방문할 때마다 임신

166) 보건복지부 2011. 4. 29.자 보도자료, '최근 3년 자연유산 진료인원 분석 결과' http://www.mohw.go.kr/react/al/sal0301vw.jsp?PAR_MENU_ID=04&MENU_ID=0403&SEARCHKEY=&SEARCHVALUE=&page=1&CONT_SEQ=251501 2018. 3. 25. 검색
167) 이하 이 문단의 내용은 대한산부인과학회, 앞의 책, 177~180쪽

주수를 확인하고, 혈압, 체중, 자궁바닥높이, 태아심장박동수를 측정하며, 초음파 검사를 할 경우에는 태아 크기, 양수양, 태아의 자세, 그리고 태동 등을 평가합니다. 이 외에도 두통, 시야흐림, 복통, 오심, 구토, 출혈, 질에서의 액체 유출, 배뇨 곤란, 간접흡연 노출, 스트레스 수준, 우울증 및 신체적, 감정적 상태 등에 대해 문진을 받습니다. 출산을 고려하는 여성들은 임신 초기부터 자신의 건강을 끊임없이 돌보고 살피면서 태아를 키워내는데, 위 법정의견은 이러한 현실을 간과하였습니다.

(6) 소결

위와 같이 법률이 '사람'과 '태아'를 구별하고, 출생 후 사람과 달리 태아에 대해서는 생명 박탈에 대한 규정을 두고 있으며, 법원도 양자를 달리 취급하고 있다는 사실과 학계에서도 같은 취지의 해석이 지배적이라는 사실을 고려할 때 우리 법체계상 태아는 '인간'이라고 할 수 없습니다. 의학적·사회적으로도 태아가 모와 별개의 생명체로 보아 모와 동일한 수준의 생명으로 불만한 사정이 없습니다.

또한 태아의 기본권 주체성을 인정하여만 국가의 태아의 생명보호의무가 도출되는 것도 아니므로, 태어나지 않은 태아의 생명을 인간의 생명과 동등하게 취급하면서 무리하게 헌법상 기본권으로 격상할 이유도 없습니다. 독일 연방헌법재판소도 태아는 기본권의 주체가 아니라고 하면서도 국가의 보호의무를 의하여 그 존엄과 생명이 보호된다고 판시하였습니다.

종합하면, 태아는 ‘인간’이 아니며, 인간과 달리 기본권의 주체가 될 수 없고, 헌법상 기본권인 생명권의 주체라고도 할 수 없습니다. 따라서 자기낙태죄의 위헌 여부 심사에서 태아의 생명권과 여성의 기본권이 동등한 인간의 기본권으로 충돌하는 것을 전제로 하여 심사하여서는 아니될 것입니다.

다. 여성의 기본권을 중심으로 임신중단의 허용여부를 결정하더라도 태아의 생명 보호 의무에 위반되지 아니함

태아는 그 자체로 완전한 생명이 아니라 ‘형성 중인 생명’, 즉 생명으로 형성되어 가는 존재로서 출생 전까지 모체에 의존하는 불완전한 존재이므로, 태아에 대한 국가의 보호 의무를 인정하더라도 그 보호의 범위와 내용은 ‘인간’의 경우보다 제한되며, 규범적으로 결정됩니다. 그 규범적 판단 과정에서는 태아를 몸에 품고 있는 여성의 경험과 의사를 중요하게 고려하여야 합니다.

현행법은 국가의 생명에 대한 보호 의무를 생명의 발전 과정에 따라 달리 규정하고, 일반적으로 출생 전 형성 중인 생명에 대하여는 인간보다 제한적으로 보호하고 있습니다. 현행 형법은 착상 전 수정란에 대하여 어떠한 보호도 행하고 있지 않으며, 태아에 대하여는 낙태죄로 보호하는 것 외에 과실낙태죄 혹은 상해죄나 살인죄의 객체로서 보호하지 않습니다. 헌법재판소는 “생명의 연속적 발전과정에 대해 동일한 생명이라는 이유만으로 언제나 동일한 법적 효과를 부여하여야 하는 것은 아니다. 동일한 생명이라 할지라도 법질서가 생명의 발전과정을 일정한 단계

들로 구분하고 그 각 단계에 상이한 법적 효과를 부여하는 것이 불가능하지 않다.”고 하면서 민법 제3조가 ‘살아서 출생한 태아’와는 달리 ‘살아서 출생하지 못한 태아’에 대해서는 손해배상청구권을 부정하고 있으나 이는 법적안정성의 요청이라는 법치국가이념에 의한 것으로서 헌법적으로 정당화된다고 판단한 바 있습니다(헌법재판소 2008. 7. 31.자 2004헌바81 결정).

현행법이 모든 태아를 보호하는 것도 아니며, 오히려 태아의 질을 감별하여 보호하는 차별적인 태도를 보이고 있습니다. 모자보건법 제14조 제1항은 본인이나 배우자가 대통령령으로 정하는 우생학적 또는 유전학적 정신장애나 신체질환이 있는 경우(제1호), 본인이나 배우자가 대통령령으로 정하는 전염성 질환이 있는 경우(제2호), 강간 또는 준강간에 의하여 임신된 경우(제3호), 법률상 혼인할 수 없는 혈족 또는 인척 간에 임신된 경우(제4호), 임신의 지속이 보건의학적 이유로 모체의 건강을 심각하게 해치고 있거나 해칠 우려가 있는 경우(제5호)에는 인공임신중절이 가능하다고 규정합니다. 심지어 제1호와 제2호는 태아 생명 박탈의 구체적 사유를 법률이 아니라 대통령령에서 정하도록 위임하고 있습니다. 모자보건법 시행령이 2009. 7. 7. 개정되기 전까지, 위 정신장애와 신체질환에는 “현저한 범죄 경향이 있는 유전성 정신장애”를 비롯하여 유전성 정신분열증, 유전성 조울증, 유전성 간질증 등이 포함되었습니다. 의학적으로도 근거가 없을 뿐만 아니라, 장애인에게 차별적인 사회의 편견을 고스란히 반영한 조항으로 태아의 생명권보호와도 모순된 조항입니다. 헌법재판소도 2010헌바402결정의 법정의견에서 ‘헌법이 태아의 생명을 보호하는 이유는 그것이 인간으로 될 예정인 생명체이기 때문이므로 그 성장 상태와 관계없이 생명권의 주체로서 보호받아야 한다’고 판시하는

동시에 모자보건법상 태아의 생명 박탈 사유에 대해서 '낙태를 허용해야 할 필요가 절실한 경우'라고 인정하는 등 자기모순적 판단을 하였습니다.

이처럼 현행법과 헌법재판소가 태아의 생명권을 헌법상 기본권으로 격상시키면서도 사실상 태아를 감별하여 낙태를 허용하고 있는 모순적 태도를 보이고 있는 것은 임신 중단에 대해 임부의 자기결기결정권, 평등권, 건강권 등 임부의 기본권 보호를 중심으로 접근하지 않기 때문입니다. 임부는 사회 경제적 사유, 파트너의 적합성 등 모든 가능성을 고려하여 임신과 출산을 결정합니다. 어떤 임부는 극심한 장애를 가진 태아를 임신한 경우에도 모든 것을 감수하고 출산을 선택하기도 하며, 미혼모로서 임신과 출산을 감당하기 어려운 경우 등 임신 중단을 선택하기도 합니다. 임부가 감내할 수 있는 임신과 출산을 임부 스스로 결정할 수 있도록 하는 것이야말로, 임부의 기본권 보장은 물론 태아의 생명보호에도 일관성 있는 태도라 할 것입니다.

2. 과잉금지원칙(헌법 제37조 제2항) 위반

가. 입법목적의 정당성

(1) 의의

입법목적의 정당성은 입법자가 추구하는 목적이 헌법적으로 허용되는지, 또는 헌법적으로 정당한지 여부의 문제입니다. 이 사건 심판대상 조항인 형법 제269조 제

1항은 여성이 '약물 기타 방법으로 하는 낙태' 행위를 범죄로 규정하고 '1년 이하의 징역 또는 200만 원 이하의 벌금'의 형벌을 부과하고 있는바, 국가가 여성의 낙태에 대하여 형벌을 부과하는 입법을 통하여 달성하고자 하는 목적이 무엇인지 형법 제269조 제1항의 보호법익을 검토함으로써 확인한 후, 입법목적 중 '태아의 생명 보호'의 구체적 의미를 살펴보겠습니다.

(2) 형법 제269조 제1항의 입법목적

형법 제269조 제1항 자기낙태죄의 보호법익이 무엇인지에 관하여는 견해가 나누어지나 1차적으로는 태아의 생명, 2차적으로 임부의 생명과 신체를 보호법익으로 보는 견해가 형법 해석상으로는 타당합니다¹⁶⁸⁾. 이와 같은 형법학계의 보호법익 논의는 법률에 의하여 '객관적'으로 인식될 수 있는 이 사건 심판대상 조항의 입법목적이라고 할 수 있습니다.

한편, 1953년 형법 제정 당시 자기낙태죄 조항의 초안에 대하여 낙태죄 처벌규정(제27장)을 전부 삭제하자는 수정안이 발의되었으나 부결된 바 있고¹⁶⁹⁾ 1972년 형법 개정안 논의시 낙태죄 폐지 의견이 있었으나 존치론이 우세하여¹⁷⁰⁾ 현재까지 제정 형법의 자기낙태죄는 유지되고 있습니다. 국회에서 낙태죄 폐지론이 제기된 두 차례에 걸쳐 존치론이 다수였는데, 주목할 것은 존치론의 논거로 태아의 생명 보호 외에도, 인구증가정책의 유지되어야 하고 낙태를 허용할 경우 풍기문란의 우

168) 박재윤(대표집필), 「형법 각칙(4)」, 『주석 형법』 제4판, 2006., 34-35쪽.

169) 이인영, 『생명의 시작과 죽음: 윤리논쟁과 법현실』, 삼우사, 2009., 306쪽; 신현호, 「낙태죄에 관한 제문제」, 『저스티스』 통권 제121호, 2010., 374-375쪽.

170) 한국형사정책연구원, 「낙태죄 및 간통죄에 관한 연구」, 1991., 49쪽; 신현호, 앞의 글, 375쪽.

려가 있다는 점이 제시되거나(1953년), 낙태를 허용할 경우 성도덕이 문란하게 될 우려가 제기되었다는 점입니다(1972년). 이에 의하면, 입법자가 자기낙태죄 규정을 통하여 달성하고자 한 ‘주관적’ 목적 중에는 이른바 ‘성도덕’의 유지도 포함되어 있었다는 것을 알 수 있습니다. 그러나 법으로 도덕을 강제할 수 없으므로 성도덕의 유지는 정당한 입법목적이라고 보기 어렵습니다. 따라서 이하에서는 이 사건 심판대상 조항이 달성하려는 목적을 태아의 생명, 임부의 생명과 신체임을 전제로 과잉금지 원칙 위배 여부를 살펴보겠습니다.

(3) 태아의 생명 보호의무의 의미

(가) 태아 생명보호의 실질적 의미

국가의 태아 생명 보호의무는 좁게는 태아가 임부의 신체 내에서 건강을 유지하고 출생할 수 있도록 보호하는 것으로 보지만, 국가가 실질적으로 태아의 생명을 보호하기 위해서는 더 나아가 원하지 않는 임신을 예방하고(사전적 보호), 임신·출산·양육이 가능한 환경을 조성하여 태아를 실질적으로 보호하는 것까지(사후적 보호) 넓게 해석하여야 합니다.

(나) 태아 생명의 사전적 보호: 원하지 않는 임신의 예방

인간과 달리, 태아에 대한 보호는 근본적으로 원하지 않는 태아의 발생(임신)을 줄임으로써 가능합니다. 2010년 전국 인공임신중절 변동 실태조사에 따르면,¹⁷¹⁾ 인

공임신중절 사유 중 가장 많은 사유는 “원치 않는 임신”으로, 전체의 32.5%에 달했습니다. ‘가족계획(자녀를 원치 않아서, 터울조절, 원하지 않는 성별)’도 12.0%로 나타났는데, 이는 자녀를 원하지 않았거나 터울을 조절하고 싶었으나 피임을 하지 않았거나 피임에 실패하였기 때문에 임신하게 되었다는 사실을 드러냅니다. 이러한 결과를 볼 때 원하지 않는 임신, 계획하지 않은 임신을 방지하는 것이야말로 효과적인 낙태 예방 대책이며, 그 대안은 성교육과 피임법의 보편적 상용 등이라고 할 수 있습니다.

앞서 보았던 체외수정의 경우에도, 선택적 유산을 줄이기 위해 정부가 마련한 대책은 선택적 유산 행위를 낙태로 처벌하는 것이 아니라, 1회 당 이식할 수 있는 최대 배아수를 3개로 줄여서 다태아 임신의 가능성 자체를 줄이는 것이었습니다.¹⁷²⁾

(다) 태아 생명의 사후적 보호: 임신·출산·양육을 위한 사회적 환경 조성

또한 2010헌바402결정의 반대의견도 적절히 지적하였듯이, 태아에 대한 국가의 보호 의무에는 출산을 방해하는 요소를 제거하는 것뿐만 아니라, 여성이 임신 중 또는 출산 후 겪게 되는 어려움을 도와주는 것까지 포함됩니다. 태아의 생명을 보호한다는 언명은 임부의 신체적·사회적 보호를 포함할 때에야 비로소 실질적인 의미를 가질 수 있기 때문입니다. 2010년 전국 인공임신중절 변동 실태조사에 따르면,¹⁷³⁾ 고용불안정이나 저소득과 같은 경제상태의 어려움으로 인하여 낙태를 했다

171) 손명세 외 9, 앞의 글, 56쪽
172) 보건복지부 「인공수정 및 체외수정 시술 의학적 기준 가이드라인」. 2008년에는 최대 5개로 제한하였으나, 2015년에는 최대 3개(35세 미만의 경우 1~2개, 35세 이상의 경우 2~3개)로 제한하였습니다.

는 응답이 16.0%, '미혼이어서'가 14.3%, '사회활동의 지장'이 6.2%로 나타났는데, 이는 모두 임부의 열악한 사회적·경제적 지위에 따른 사유들입니다. 따라서 이러한 부분이 개선될 때 태아에 대한 실질적 보호가 이루어질 수 있습니다.

정리하면, 태아가 형성 중의 생명이어서 국가가 태아를 보호할 의무가 있다고 하더라도, 그 의무의 내용은 태아의 출생을 보장하는 것에 한정되지는 않습니다. 원하지 않은 태아의 발생(원하지 않는 임신)을 방지하는 것부터 출산과 양육이 가능한 환경을 조성하여 실질적으로 생명을 보호하는 것까지 넓게 포함한다고 보아야 할 것입니다.

(4) 태아의 생명 보호 vs 태아의 '생명권' 보호

(가) 국가의 생명보호의무로부터 도출되는 태아의 생명 보호

자기낙태죄 조항이 달성하고자 하는 공익 중 하나가 태아의 생명 보호라고 볼 때, 태아의 생명은 헌법상 보호법익으로서 국가에 태아의 생명을 보호할 의무를 인정함으로써 보호할 수 있다고 보는 것이 타당합니다. 기본권이나 법익을 보호할 필요성이 기본권의 주체성을 인정하는 문제와 논리필연적인 관계에 있다고 볼 수는 없기 때문에, 태아의 기본권 주체성을 인정하지 않더라도 국가에 일반적인 생명보호의무가 있다는 점에서 태아의 생명보호의무를 도출할 수 있습니다. 독일의 연방헌법재판소도 이와 같은 입장에서 '태아는 기본권의 주체가 아니라 국가의 보호의

173) 손명세 외 9, 앞의 글, 56쪽

무에 의하여 그 존엄과 생명에 있어서 보호된다'고 판시한 바 있습니다.¹⁷⁴⁾

(나) '태아의 생명권 보호'와 구별할 실익

일반적으로 태아의 기본권 주체성 인정 여부를 판단할 실익은 태아의 헌법소원심판청구의 가능성이라고 보고 있습니다.¹⁷⁵⁾ 이와 더불어 과잉금지 원칙 위배 심사 시 법익의 균형성 판단에서도 구분의 실익이 있습니다. 태아를 생명권의 주체로 판단한 2012년 합헌결정의 부당성에 대해서는 앞에서 상세히 살펴보았으나, 만약 태아를 생명권이라는 기본권의 주체로 볼 경우, 생명권은 헌법상 최상위 기본권이므로('기본권 중의 기본권'), 법익형량 단계에서 태아의 생명권 보호라는 공익과 비교형량의 대상인 사익이 타인의 기본권일 경우, 생명권은 다른 기본권보다 우위에 있음을 전제로 판단하게 됩니다. 반면, 국가의 의무로서 '태아의 생명 보호'라는 공익으로 이해할 경우, 국가의 생명 보호의무는 일정한 경우 일정한 조건하에서 성립한다고 해석할 수 있으므로, 구체적인 사안에서 법익의 균형성을 판단할 때 다른 결론이 나올 수 있습니다.

(5) 소결

이 사건 심판대상 조항이 달성하려는 목적은 태아의 생명, 임부의 생명과 신체로서 그 입법목적이 정당합니다.

174) 한수용, 앞의 책, 391쪽.
175) 한수용, 앞의 책, 390쪽.

나. 수단의 적절성

(1) 의의

입법자가 선택한 수단은 목적을 달성하고 촉진시키기에 적합해야 합니다. 수단이 목적 실현에 기여하는지 여부의 문제를 판단하는 수단의 적절성 심사는 피해의 최소성 심사와 더불어 헌법해석자의 현실 판단 또는 경험적 판단에 근거하게 됩니다. 수단이 목적의 실현에 기여하는지(피해의 최소성 판단의 경우 가장 기본권을 적게 제한하는 수단인지) 여부를 심사하기 위해서는 미래의 현실 발전에 대한 예측판단, 입법적 수단과 규율효과 사이의 인과관계, 규율되는 현실에 대한 사회학적·경제학적 이해 등 경험적 판단이 필요하며, 이를 위해서 규율대상인 사회현실을 타당하게 인식하고 합리적으로 이해하여야 할 것입니다¹⁷⁶⁾.

이와 같은 관점에서 이 사건 심판대상 조항인 형법 제269조 제1항의 자기낙태죄 규정이 입법목적 달성을 위한 적절한 수단인지 검토하기 위해서는, ‘자기낙태죄 규정이 태아의 생명을 보호하는 결과를 가져오는가’, ‘자기낙태죄 규정이 낙태를 방지하는가’, ‘낙태가 이루어진 경우 낙태죄로 형사처벌되고 있는가’, ‘자기낙태죄 처벌로 임부의 생명과 신체를 보호할 수 있는가’라는 여러 측면에서 자기낙태죄가 규율하고 있는 사회 현실을 정확하게 인식하는 것이 우선적으로 필요합니다.

이하에서는 자기낙태죄가 규율하고 있는 한국사회의 현실을, 자기낙태죄의 수범자

176) 한수웅, 앞의 책, 487쪽.

(여성), 법집행기관(검찰), 법해석·적용기관(법원), 현대의학기술 영역에서의 규율 배제 등으로 나누어 살펴보겠습니다.

(2) 자기낙태죄가 규율하는 현실 1: 임부(여성)의 경우

(가) 임신중단의 결정

여성이 임신한 경우, 출산할 것인가 아니면 임신중단(낙태)할 것인가의 결정은 자기낙태죄 조항의 존재와 그로 인한 형사처벌 가능성이 아니라, 더 중요하고 결정적으로 영향을 미치는 다른 조건과 변수들이 있다고 이해됩니다.

합리적인 임부가 있다고 가정할 때, 임부는 먼저 임신을 지속하게 될 경우 태아의 건강과 본인의 책임, 출산 후 자신이 아이의 양육을 담당하면서 부담해야 할 사회적·경제적·신체적·정서적 책임을 고려할 것입니다. 또한 태어날 아이의 성장과정과 미래의 삶을 고려할 것입니다. 예컨대 임부가 미성년자이거나 혼인 외 임신을 한 경우, 임부는 본인 뿐만 아니라 아이도 사회적인 냉대와 정서적인 고통, 경제적 어려움에 처할 것으로 예측할 수 있습니다. 두 사람의 삶의 무게와 낙태죄 처벌 사이에서 임부가 차라리 낙태죄 처벌을 감수하게 되는 것은 자연스럽게 합리적인 일입니다. 임부는 태아의 생명이 소중하지 않아서나, 낙태죄 처벌이 두렵지 않아서 낙태를 하는 것이 아니라 아이와 자신의 삶을 감당할 수 없는 피치 못할 상황 때문에 자신의 신체와 생명의 위협도 감수하며 낙태를 하게 됩니다. 결국 앞에서 본 것과 같이[II.4. 임신의 중단, III.2.나.(3)(가)임신중절의 사유 이하 참조],

다양한 임신중단의 상황에서 형법상 자기낙태죄 처벌의 가능성은 임부(여성)의 고려대상이나 조건에 포함되어 있지 않음을 알 수 있습니다.

(나) 낙태 추정 건수

전항과 같은 여성의 임신중단 여부의 결정 과정의 결과는 인공임신중절수술 규모의 추정 건수로 확인할 수 있습니다. 2005년 추정 건수는 350,590건(아래 표 1), 177) 2010년 추정 건수는 168,738건으로 보고됩니다¹⁷⁸⁾.

<표 9> 인공임신중절의 규모(2005)

구분	기혼여성	미혼여성	계
조사기간(2개월) 동안의 총 건수	3,292(58%)	2,387(42%)	5,679(100%)
연간 추정건수	203,230	147,360	350,590
가임기 여성 1000명당 시술건수	17.8	12.9	21.9
인공임신중절 경험률	36.6%	4.0%	
기혼대비 미혼비율	1	0.73	

* 김해중 외 12, 「인공임신중절 실태조사 및 종합대책 수립」, 보건복지부, 2005.

<표 10> 인공임신중절의 규모(2010)

구분	기혼여성	미혼여성	계
연간 추정건수	96,286	72,452	168,738
가임기 여성 1000명당 시술건수	17.1	14.16	15.8
기혼대비 미혼비율	1	0.75	

* 손명세 외 9, 「전국 인공임신중절 변동 실태조사」, 보건복지부, 2011.

177) 김해중 외 12, 「인공임신중절 실태조사 및 종합대책수립」, 보건복지부, 2005.

178) 손명세 외 9, 「전국 인공임신중절 변동 실태조사」, 보건복지부, 2011.

낙태의 불법성 때문에 개인 및 기관 응답자에 대한 결과가 과소 집계되었을 가능성이 높다는 점을 감안하더라도 위와 같은 추정 건수는 상당히 높은 수치입니다. 대검찰청이 작성한 범죄통계에 의하면 2016년 전국의 폭행죄 단일범죄 발생 건수는 170,277건, 절도의 죄(절도, 불법사용, 침입절도 포함) 발생 건수는 203,573건인 것과 비교하면, 인공임신중절수술의 규모를 가늠해 볼 수 있습니다. 2010년 이후에는 인공임신중절수술 규모를 추정한 연구조사가 없는 가운데, 최근에는 연간 최대 50만 건으로 추정된다는 주장까지 제기되고 있습니다.¹⁷⁹⁾

(3) 자기낙태죄가 규율하는 현실 2: 법집행기관(검찰)의 경우

<표 11 > 여성 낙태 범죄 처리 건수와 처분결과 (1993 - 2013)

연도	총계	기소				불기소					
		소계	구속	불구속	구약식	소계	기소 유예	기소 중지 180)	혐의 없음	죄가 안됨	공소권 없음
1993	11	2		1	1	9	2	3	3	1	
1994	19					19	8	3	6	2	
1995	26					26	15	3	4	3	1
1996	20	4		2	2	16	8	1	6		1
1997	21					21	11	2	8		
1998	33	3			3	30	9		17	4	
1999	39	8		2	6	31	14	2	11	4	
2000	39	9			9	30	18	1	11		
2001	42	5		2	3	37	24	1	8	3	1

179) 연합뉴스, 2017. 11. 28.자, 「"낙태 연간 최대 50만건 추정"...9년간 거의 동일」 <http://www.yonhapnews.co.kr/bulletin/2017/11/27/0200000000AKR20171127160600017.HTML> 2018. 3. 27. 최종방문.

연도	총계	기소				불기소					
		소계	구속	불구속	구약식	소계	기소유예	기소중지(180)	혐의없음	죄가안됨	공소권없음
2002	22	4		2	2	18	9	1	7	1	
2003	21	3			3	18	9	7	2		
2004	29	3		1	2	26	4	8	8	5	1
2005	21	1			1	20	8		5	4	3
2006	21	4		1	3	17	14		3		
2007	13	2		2		11	3	2	5		1
2008	24	4		2	2	20	11		6	2	1
2009	27	4			4	23	14	2	7		
2010	46	4		1	3	42	18	6	15	1	2
2011	32	6		2	4	26	8	4	12		2
2012	41	8		5	3	33	14	1	18		
2013	39	10		4	6	29	9	3	15	2	

* 1993~2005 : 국가통계포털, “여성범죄자 처분결과(범법벌, 처분결과별)[(년) 1993-최근 (범죄자 수)”
 * 2006~2013 : 대검찰청 범죄 분석 - 여성 범죄 분석 (2007~2014)

위의 대검찰청 통계에 의하면, 모자보건법이 극히 제한적인 사유에 의한 낙태만을 허용하고 있음에도 불구하고 실제로는 낙태가 광범위하게 이루어지고 있으며, 그 처벌은 거의 이루어지지 않음을 알 수 있습니다.¹⁸¹⁾ 1993년부터 2012년까지 20년 연속하여 낙태죄로 기소된 여성은 매년 한 자리 수에 그치고 있으며, 2010년의 경우 우리나라 낙태 발생 건수는 약 17만 건으로 추정되는데[표 10 인공임신중절의

180) 대검찰청은 2004년 이후로 기소중지를 불기소와 구분하여 범죄통계표를 작성하고 있으나, 2013년 이전 통계와 비교하기 위하여 2004년 이후의 기소중지 건수를 불기소 사건 수로 분류하여 정리하였습니다.

181) 2012년 합헌결정은 ‘형법상 자기낙태죄 규정이 사문화’된 사정을 범익의 균형성 요건 판단에서 고려하고 있습니다. 위 2012년 합헌결정의 반대이견은 ‘형법상 자기낙태죄 규정이 사문화되어서 위 규정으로 달성하려는 태아의 생명 보호라는 공익은 더 이상 달성될 것으로 보기 어려운 반면, 자기낙태죄 조항으로 제한되는 사익인 임부의 자기결정권은 가볍게 볼 수 없어 범익의 균형성 요건을 갖추지 못한다’고 판시합니다.

규모(2010) 참조],¹⁸²⁾ 같은 해 여성의 낙태 범죄가 검찰에 의해 처리된 건수는 46건에 불과하고, 그 중 4건만 기소되어 낙태 추정건수 대비 기소율은 약 0.0023%입니다(표 11 여성 낙태 범죄 처리 건수와 처분결과 참조).

(4) 자기낙태죄가 규율하는 현실 3: 법해석·적용기관(법원)의 경우

<표 12> 낙태죄 1심 선고 결과 (2006~2016년)

년도	계	처리결과				
		유기징역	집행유예	재산형	선고유예	기타
2006	7		1	1	5	
2007	7		4		3	
2008	3		2		1	
2009	5		1		4	
2010	11	1	4	4		2
2011	16	2	2	4	8	
2012	9	1	2	6		
2013	16		1	2	11	무죄1, 형면제1
2014	8		3	1	4	
2015	14		8	2	4	
2016	25	2	13	2	7	1

*대법원 『사법연감』 (2006-2016)

한편, 낙태의 공소를 제기받은 법원의 선고 결과는 선고유예나 벌금형 비율이 다소 높은 것으로 나타납니다(대법원의 사법연감은 성별 분리가 되어 있지 않아 전항의 대검찰청 통계와 달리 남성 범죄자도 포함된 통계입니다). 최근 하급심 판결에서는 업무상촉탁낙태죄와 다른 범죄의 경합범으로 기소된 의사에게 벌금형의 선고유예 판결을 하면서 ‘여성의 낙태에 대한 자기결정권을 가볍게 볼 수 없는 점’, ‘임부들이 낙태에 이르게 된 동기 및 경위에 참작할 만한 사정이 있는 점’ 등을 판결이유로 실시하기도 하였습니다(대전지방법원 2017. 7. 13. 선고 2017노524

182) 손명세 외 9, 2011., 48쪽.

판결 참조).

이와 같은 검찰과 법원의 낙태 사건 처리에 관하여 “임신으로 인하여 빚어지는 여성의 제반 갈등상황에 대해 일정 정도의 사회적 양해가 존재하는 상황에서 낙태행위를 하는 모든 이들을 처벌하는 것이 가능하지도 바람직하지도 않다는 인식이 검찰 및 법원에서 암묵적으로 공감을 얻고 있는 것”을 그 원인으로 추측하기도 합니다¹⁸³⁾.

(5) 자기낙태죄가 규율하는 현실 4: 난임치료시 발생하는 낙태의 처벌 배제

1953년 형법 제정 당시의 입법자가 예측하지 못한 현실은 무엇보다 놀라운 현대 의학의 발전에서 발견할 수 있습니다. 난임 인구가 혼인한 부부의 10%를 상회하고 있는 현재¹⁸⁴⁾, 체외수정(In Vitro Fertilization)을 비롯한 난임 치료는 비약적으로 발전하였고, 이 과정에서 낙태죄 처벌에서 완전하게 배제되는 영역이 발생하였습니다. 전술한 바와 같이[IV.1.나.(4)나] ‘체외수정과 선택적 유산’ 참조], 난임시술 과정에서 발생하는 선택 유산(Selective abortion) 또는 선택적 감수술(Selective reduction)은 낙태죄의 구성요건에 부합하여 범죄가 성립함에도 불구하고 이에 대해서는 낙태죄의 처벌이 전혀 이루어지지 아니하고 있습니다. 이 역시 입법자가 낙태죄가 규율할 현실 판단, 장래의 예측판단에 실패한 현실의 영역이라고 할 수 있습니다.

183) 오승이, 「낙태죄 규정의 위헌 여부: 새로운 논의의 시작 - 헌법재판소 2012. 8. 23. 선고 2010헌바402, 2010헌사1123 결정을 중심으로」, 2012년 젠더법연구회 학술대회 발표문(미간행)
184) 조선일보, 2014. 12. 23.자. 「메디컬 리포트: 난임 인구 무려 20만명... 부부 일곱 쌍 중 한 쌍」
http://news.chosun.com/site/data/html_dir/2014/12/22/2014122202686.html

(6) 자기낙태죄 규정으로 인한 임부의 생명, 신체 침해

형법 제269조 제1항은 태아의 생명 뿐만 아니라 임부의 생명과 신체도 보호법익으로 삼고 있지만, ‘III.3. 여성의 건강권, 신체의 완전성에 관한 권리 침해’, ‘III.4. 여성의 모성보호를 받을 권리의 침해’ 항에서 상세히 살펴본 바와 같이 임부의 생명과 신체를 보호하는 수단으로 작용하기 보다는 오히려 임부의 생명과 신체를 해하는 원인으로 작용하고 있습니다. 따라서 자기낙태죄 규정은 임부의 생명과 신체 보호라는 공익 목적 달성을 위한 적절한 수단이라고 할 수 없습니다.

(7) 자기낙태죄의 빛나간 규범효과

자기낙태죄 규정은 태아의 생명을 보호하는 데 기여하는 것이 아니라, 오히려 임부(여성)의 남성 파트너나 그의 가족이 임부(여성)를 협박하는 수단으로 사용되고 있다는 점도 수단의 적절성 판단시 고려되어야 할 것입니다. 자기낙태죄 규율의 효과가 원래 낙태죄가 보호하고자 하는 법익과는 무관한 영역에서 작용하고 있는 것입니다.

낙태죄 처벌조항은 가사·민사 분쟁의 압박수단으로 악용되는데, 배우자가 이혼소송을 하면서 재산분할이나 위자료청구에 대한 방어수단으로써 처가 자신의 동의를 받지 않고 낙태를 하였다고 주장하며 낙태죄에 대하여 고소를 하는 사례들이 발생하고 있습니다. 낙태죄 고소는 태아의 생명 보호를 위해서보다는, 혼인관계의

파탄과 그 책임, 다툼과 명예훼손, 협박과 돈 거래, 부당한 남녀관계의 비상식적 지속 등을 위해서 더 빈번하게 활용되고 있습니다¹⁸⁵⁾.

(8) 소결

현실을 규율하고자 하는 입법자의 조치는 현재와 미래를 포괄하고 그 규율의 대상 역시 미래에도 존속하므로 입법은 어디까지나 미래 현실에 대한 예측 판단의 결과물일 수밖에 없습니다. 그런데 자기낙태죄 규정이 태아의 생명 보호에 기여할 수 있는 적절한 수단인지에 관한 1953년 형법 제정 당시 입법자의 현실 판단은, 제정시로부터 65년이 지난 현재, 헌법재판소의 현실 판단으로 대체될 시점에 이르른 것으로 보입니다.

앞에서 살펴본 여러 사정, 즉 여성에게 자기낙태죄 처벌규정은 임신중단의 결정에 영향을 미치지 못하고, 그 결과 연간 17만 건 내지 30만 건의 인공임신중절수술이 행해지는 것으로 추정되며, 이에 대해 법집행기관인 검찰은 연간 10건 이하의 낙태만을 기소할 뿐이고, 현대의학기술의 발전으로 인하여 난임치료시 자기낙태죄 처벌이 완전히 배제되는 영역이 존재하는 점 등을 종합적으로 고려하면, 형법 제269조 제1항의 자기낙태죄 조항은 현재로서는 더 이상 태아의 생명을 보호하기 위한 적절한 수단이 된다 할 수 없습니다. 자기낙태죄를 처벌함으로써 태아의 생명을 보호한다는 것은 이제 상징적인 선언에 그칠 뿐, 더 이상 태아의 생명 보호

185) 정슬아, 「배우자 동의」 항목의 실제: 남성에 의한 협박 상담 사례, 『낙태죄 법 개정을 위한 연속포럼 1』 자료집, 2013.; 신진화, 「지정토론편: 낙태에 대한 죄의식이 실제 더 자주 등장하는 곳」, 『저스티스』 통권 제121호, 2010., 428-429쪽.

라는 입법목적 달성에 적합한 수단으로서 작동하지 않는다고 보아야 할 것입니다. 또한 임부의 생명, 신체 보호라는 공익 달성 수단으로서 적절한지에 관하여도, 자기낙태죄 규정이 임부의 생명과 신체를 보호하는 것이 아니라 오히려 임부의 생명과 신체를 해하는 원인이 되는 점에서 이 사건 심판대상 조항은 수단의 적절성 원칙에 위반된다 할 것입니다.

다. 피해의 최소성

(1) 의의

피해의 최소성 원칙은 입법목적 달성에 특같이 효과적인 수단 중에서 가장 기본권을 적게 침해하는 수단을 사용해야 한다는 원칙을 뜻합니다. 최소침해성의 판단은 입법목적 실현을 위하여 동등하게 적합하거나 효과적인 다른 수단이 존재하는지 여부, 국가가 선택한 수단이 기본권을 최소한으로 제한하는 수단인지 여부의 단계로 나누어 볼 수 있습니다.

형법 제269조 제1항의 자기낙태죄는 태아 생명 보호라는 목적을 달성하기 위한 적절한 수단이 될 수 없으며, 임부의 생명과 신체 보호라는 목적을 달성하기 위한 적절한 수단이 될 수도 없으므로 수단의 적절성 원칙에 위반됨은 전항에서 상술한 바와 같습니다. 따라서 자기낙태죄의 목적을 실현하기 위해 동등하게 효과적인 수단을 찾아 비교할 여지가 없으므로 피해의 최소성 원칙에도 위반된다 할 것입니다.

이하에서는 전항과 달리 자기낙태죄 조항이 입법목적 달성을 위한 수단으로서 적절하다고 가정하더라도, 다음과 같은 이유에서 피해의 최소성 원칙에 부합하지 못함을 살펴보겠습니다.

(2) 자기낙태죄의 전면 금지 형식(일률적인 형사처벌)

이 사건 심판대상 조항인 자기낙태죄 조항은 ‘부녀(여성)가 약물 기타 방법으로 하는 낙태’ 행위에 대해서 예외를 두지 않고 전면 금지하고, 모든 낙태행위를 형사처벌하는 형식으로 규정되어 있습니다. 따라서 여성의 기본권을 덜 제한할 수 있도록 형사처벌 규정의 예외를 두지 않고 모든 낙태를 일률적으로 처벌한다는 점에서 이 사건 법률조항은 피해의 최소성 원칙을 충족하지 못한다고 보아야 합니다.

(3) 모자보건법 제14조의 해석상 문제점으로 인한 전면 금지의 효과

(가) 자기낙태죄 조항과 모자보건법의 관계

형법은 자기낙태죄 규정을 통하여 낙태를 전면 금지하면서 한편으로 모자보건법에서 낙태죄의 위법성조각사유의 성격을 가지는 인공임신중절수술의 허용사유를 규정하고 있습니다. 즉, 모자보건법(법률 제13597호, 2015. 12. 22. 법률 제13597호로 개정된 것) 제14조¹⁸⁶⁾는 의사가 일정한 사유가 있는 경우 임부 본인과 배우자

(사실상의 혼인관계에 있는 사람 포함)의 동의를 얻어 인공임신중절수술을 할 수 있도록 규정하고, 제28조는 “이 법의 규정에 의한 인공임신중절수술을 받은 자와 수술을 행한 자는 형법 제269조 제1항(자기낙태죄), 제2항(동의낙태) 및 동법 제270조 제1항(업무상 촉탁낙태)의 규정에 불구하고 처벌하지 아니한다.”고 규정합니다.

위와 같이 모자보건법 제14조의 허용사유 규정이 형법상 자기낙태죄의 적용을 배제하므로 우리 법은 낙태에 대하여 형법과 모자보건법의 이원적 규율 체계이며, 이 때문에 모자보건법을 고려할 경우 자기낙태죄 조항이 실질적으로는 부분적 금지 형식이라고 보는 견해도 있을 수 있습니다. 그러나 위 견해는 모자보건법 제14조의 다음과 같은 해석상 문제점 때문에 낙태에 대해서는 여전히 전면 금지하는 것과 동일하거나 유사한 상황이라고 보아야 하기 때문에 부당합니다.

(나) 모자보건법 제14조의 해석상 문제점

1) 적용범위의 불일치

186) 모자보건법 제14조(인공임신중절수술의 허용한계) ① 의사는 다음 각 호의 어느 하나에 해당되는 경우에만 본인과 배우자(사실상의 혼인관계에 있는 사람을 포함한다. 이하 같다)의 동의를 받아 인공임신중절수술을 할 수 있다.

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 경우

첫째, 모자보건법에서의 ‘인공임신중절수술’은 ‘태아가 모체 밖에서는 생명을 유지할 수 없는 시기에 태아와 그 부속물을 인공적으로 모체 밖에서 배출시키는 수술’을 뜻하고(모자보건법 제2조 제7호), 낙태죄의 적용이 배제되기 위해서는 인공임신중절수술의 주체가 ‘의사’여야 하는 반면(모자보건법 제14조 제1항), 자기낙태죄의 ‘낙태’는 ‘태아를 자연의 분만기에 앞서서 인공적으로 모체 밖으로 배출하는 행위 및 태아를 모체 내에서 살해하는 행위’를 뜻하고(통설)¹⁸⁷⁾, 낙태의 방법에 있어서도 인공임신중절수술 뿐만 아니라 ‘약물 기타의 방법’으로 제한이 없으므로, 모자보건법의 허용사유가 적용되는 범위는 형법상 자기낙태죄의 적용 범위보다 훨씬 좁습니다. 예컨대 강간으로 임신하였으나 WHO 가이드라인이 권고하고 안전성이 확립된 약물적 임신중절을 행하였거나(인공임신중절수술 방식이 아닌 경우), 조산사가 낙태시술을 한 경우(인공임신중절수술의 주체가 의사가 아닌 경우)에는 모자보건법 제14조 제1항 제3호의 허용사유에 해당함에도 불구하고 모자보건법 제14조 제1항의 요건을 모두 충족하지 않으므로 낙태죄가 성립하게 됩니다.

2) 모자보건법 제14조의 위헌성 또는 해석상 문제점

구체적으로 모자보건법 제14조의 해석상 주요한 문제점을 정리하면 다음과 같습니다.

(i) 모자보건법 제14조 제1항 제3호 허용사유

187) 박재윤(대표집필), 「형법 각칙(4)」, 『주석 형법』 제4판, 2006.

모자보건법 제14조 제1항 각호의 허용사유 중 윤리적 적응사유로서 성폭력으로 인한 임신의 경우 낙태 허용에 대한 사회적 합의 수준이 높다고 볼 수 있습니다¹⁸⁸⁾. 그럼에도 불구하고 규정의 해석과 적용상의 문제 때문에 현실에서는 성폭력피해자가 실제로 피해자로서의 권리를 거의 보장받지 못하고 있는 실정입니다. 이에 두 가지 문제가 있습니다. (i)첫째, 현행 규정으로는 성폭력범죄로 인한 임신을 모두 포섭하지 못합니다. 이 규정의 입법취지는 성폭력범죄로 임신한 경우를 낙태의 윤리적 적응사유로 제시한 것이지만, 제3호는 ‘강간 또는 준강간’에 의하여 임신한 경우만 규정하고 있기 때문에 성폭력범죄 중 ‘강간 또는 준강간’ 외의 범죄로 임신하게 된 경우(예컨대, 업무상 위력 간음) 이 규정에 의한 허용사유에 해당하지 않게 됩니다. (ii)둘째, ‘……에 의하여’의 판단기준, 즉 임신이 ‘강간 또는 준강간’을 원인으로 한 것인지에 대한 판단기준이 규정되어 있지 않습니다. 임신의 원인이 ‘강간 또는 준강간’인지 여부에 대한 판단기준과 절차를 규정하지 않고 ‘강간 또는 준강간에 의하여 임신된 경우’라고만 규정하여서는 누가, 어떤 기준으로, 어떤 절차를 거쳐야 하는지 불분명한 것입니다. 이 때문에 현실에서는 의사가 성폭력피해자의 상담사실확인서만으로 인공임신중절수술을 하다가도 수술의 사 고발 운동 등 사회환경의 변화에 따라 고소장이나 형사판결을 요구하는 등 더 엄격한 판단근거를 요구하기도 합니다¹⁸⁹⁾. 이러한 점에서 모자보건법 제14조 제1항 제3호는 죄형법정주의의 명확성 원칙에 위배되어 위헌인 규정이라고 볼 수 있습니다.

188) 박선영 외 6, 「여성가족 관련 법제의 실효성 제고를 위한 연구(1) : 낙태 규제와 여성의 대표성 관련 심층 분석 및 여성가족 관련 입법 과제」, 한국여성정책연구원, 2013.

189) 자세한 내용은, 이미경 외, 『성폭력 피해로 인한 인공임신중절수술 지원실태 및 개선방안 연구』, 여성가족부 여성·아동폭력피해중앙지원단, 2012. 참조

(ii) '배우자의 동의' 요건의 위헌성

모자보건법 제14조 제1항 각호의 허용사유가 존재하고, 임부 본인의 동의가 있음에도 추가적으로 '법률상 또는 사실상 배우자'의 동의를 요구하는 부분은 죄형법정주의의 명확성 원칙에 위배되고, 성별 및 혼인 여부에 따른 차별적 취급으로 평등권을 침해하며, 여성의 임신중단에 대한 형사처벌 여부를 타인인 '배우자'가 좌우할 수 있도록 하여 여성(임부)의 자기결정권을 침해하는 규정입니다. 이 요건은 낙태가 처벌되기 시작한 2세기경 고대 로마법에서 낙태죄를 '남자의 자녀에 대한 기대를 파괴하는 행위'로 이해한 것과 같은 맥락의 규정으로, 배우자의 의사가 임부의 형사처벌을 좌우하게 만들고 실제로 낙태죄 고발이 혼인이나 관계 파탄시 배우자를 협박하기 위한 수단으로 악용되는 결과를 낳았습니다.

모자보건법 제14조 제1항은 '배우자'의 동의가 있는 경우 인공임신중절을 허용하고 있으나, 배우자와 태아의 생부가 다를 경우, '배우자'가 법률혼·사실혼의 남성 배우자를 의미하는지, 태아의 생부를 의미하는지 명확하지 않습니다. 문언상으로 '배우자'는 법률상 개념이므로 임부의 혼인 상대방을 의미한다고 볼 수 있지만, 모자보건법 제14조 제1항 제1, 2, 3호와의 관계에서 해석해 볼 때 그 의미는 분명하지 않습니다.

(i) 법률혼·사실혼의 남성 배우자를 의미한다고 볼 경우, 배우자와 생부가 다를 경우에도 이 규정의 '배우자'를 문리에 충실하게 법률혼·사실혼의 배우자로 해석한

다면, 이 규정 제1, 2호를 설명할 수 없는 문제가 생깁니다. 즉 태아의 생모와 생부에게 우생학적 또는 유전학적 정신장애나 신체질환 또는 전염성 질환이 없음에도 임부의 배우자에게 위와 같은 사유가 있으면 인공임신중절이 허용된다는 불합리한 결론이 되기 때문입니다. (ii) 모자보건법 제1항 제1, 2호의 우생학적 적용사유가 인공임신중절 허용요건이라는 점에서는, '배우자'는 태아의 생부를 의미한다고 해석하는 것이 합리적일 수도 있습니다. 그러나 위 조항의 '배우자'를 태아의 생부로 해석할 경우, 제3호의 경우 강간범의 동의를 얻어야 강간 피해자가 임신을 중단할 수 있다는 결론이 나옵니다.

결국 이 규정의 '배우자'를 문언 그대로 '배우자'로 해석하든, 목적론적 해석에 따라 태아의 '생부'로 해석하든 불합리한 결과가 발생하고, 이 규정의 '배우자'가 누구를 의미하는지 불명확하여 죄형법정주의의 명확성의 원칙에 위반된다 할 것입니다.

또한 이 규정은 위법성조각사유를 임부(피고인)에게 불리하게 좁힌다는 문제점도 있습니다. 혼인관계가 사실상 파탄에 이른 경우에도 배우자의 동의에 대한 예외를 두고 있지 않기 때문에, 혼인관계가 사실상 파탄에 이른 경우에도 혼인파탄 상태에 있는 상대방이 임부의 임신 지속 여부를 결정하는 권한, 나아가 임부의 행위가 범죄인지 여부를 결정하는 권한을 갖게 됩니다. 이는 또한 여성(임부)이 임신과 출산에 대한 자기결정권의 행사의 결과가 형사처벌되는지 여부를 당해 권리의 주체가 아닌 타인의 동의 여부에 좌우되게 하는 것이므로 여성(임부)의 자기결정권도 침해합니다.

참고로, 미국 연방대법원은 임신 12주 이내의 낙태에 배우자의 동의를 요구하는 주법이 위헌이라고 판시하였고¹⁹⁰⁾, 응급한 경우를 제외하고는 의사에게 기혼여성의 배우자 동의 없이 낙태시술을 할 수 없도록 한 규정과 이와 관련된 기록과 보관 규정은 위헌이라고 판시한 바 있습니다¹⁹¹⁾.

(4) 외국 입법례

전세계적으로 낙태에 대한 법적 규제에 관하여는 그 방식이 같은 국가를 찾아보기 어렵습니다. 바꾸어 말하면 각 국가는 그 국가가 처한 사회적 조건에 맞추어 다양한 방식으로 여성의 자기결정권, 건강권 등의 기본권 제한을 최소화하는 입법을 추구하고 있습니다.

외국의 낙태 규제 입법례¹⁹²⁾를 보면, 낙태를 전면 허용하는 국가¹⁹³⁾가 있고 전면 금지하는 국가¹⁹⁴⁾도 있지만 대부분은 부분적으로 허용합니다. 특히 임신 12주~18주에는 사유를 불문하고 낙태를 허용하는 국가가 많습니다. 상담 절차를 두거나 시술기관의 자격 요건을 규정하는 방식으로 낙태 시술 절차를 규제하는 국가도 있는데, 이때 여성의 건강을 주요하게 고려합니다. 태아를 고려하여 기간이나 사유를 제한하는 경우에도 여성의 건강권과 자기결정권이 침해되지 않도록

190) Planned Parenthood of Gen. Mo. v. Danford (1976)
191) Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania v. Casey (1992)
192) 이하의 내용은 따로 출처를 표기하지 않는 한, 박선영 외 6, 「여성가족 관련 법제의 실효성 제고를 위한 연구(I) : 낙태 규제와 여성의 대표성 관련 심층 분석 및 여성가족 관련 입법 과제」, 한국여성정책연구원, 2013, 59~81쪽
193) 중국, 쿠바, 푸에르토리코, 가이아나 등
194) 엘살바도르, 니카라과, 칠레, 필리핀, 소말리아, 바티칸 등

그 기준을 정하고 있습니다.

① 네덜란드는 1984년 낙태를 비범죄화하여, 기간에 따른 규제 없이 임부의 요청에 따른 낙태를 전면적으로 허용합니다. 의료진의 상담을 받고 5일의 숙려기간이 지나면 낙태시술을 받을 수 있습니다. 다만, 안전한 낙태를 위하여 임신 13주 이후에는 승인된 기관만 시술하도록 제한합니다. 낙태시술 후 의료진은 여성에게 원치 않는 임신 예방에 대한 정보를 제공하여야 합니다. 낙태가 비범죄화된 1984년 이후부터 정부 지원의 국민건강보험체계에서 무료로 낙태시술이 가능합니다. 낙태를 폭넓게 허용하며 비용까지 지원하고 있는데, 네덜란드의 낙태율¹⁹⁵⁾은 9.7(2010년)로 매우 낮습니다.¹⁹⁶⁾ 이는 다양하고 강력한 피임 보급 정책과 교육 때문에 가능하였습니다.¹⁹⁷⁾ 네덜란드에서는 1971년부터 피임약, 자궁 내 피임기구 등이 무료로 제공되었고, 1973년부터 피임을 위한 불임시술이 국민건강보험에 포함되었습니다. 청소년과 대중을 대상으로 한 교육과 미디어 캠페인이 진행되었는데, 가톨릭이나 기독교 학교에서도 성애와 피임에 대한 교육을 실시하고 있습니다. 이는 원치 않는 임신의 현격한 감소로 이어졌고, 그 결과가 낮은 낙태율로 나타나는 것입니다.

② 영국은 1967년 낙태법(Abortion Act 1967)에 따라 낙태를 비범죄화하였고, 1990년 인간수정배아법(Human Fertilisation and Embryology Act 1990)을 통해 낙태 허용 사유를 확대하였습니다. 임신의 지속이 임신을 중단하였을 경우보다 임

195) 15~44세 여성 1,000명 당 낙태율
196) United Nations, World Abortion Policies 2013
197) 이하 네덜란드의 피임 보급 정책의 내용은 정진주, 「유럽 각국의 낙태 접근과 여성건강」, 『페미니즘연구』, 제10권 1호, 2010, 141~143쪽 참조.

부 또는 임부의 다른 자녀의 신체적·정신적 건강에 미치는 위험이 더 큰 경우에는 24주 이내에 낙태시술이 가능합니다. 24주 이후라 하더라도, 임신의 지속이 산모의 생명을 위협에 처하게 하거나, 임신중단이 산모의 신체적·정신적 건강에 영구적으로 심각하게 미칠 수 있는 해를 예방할 수 있는 경우, 태어날 아이가 신체적·정신적 장애로 고통 받을 위험이 상당한 경우에는 의사 2명의 확인을 받아 낙태할 수 있습니다. 낙태시술을 위하여 배우자의 동의가 필요하지 않습니다.

③ 미국에서 낙태 비범죄화는 1973년 Roe v. Wade 판결에 의하여 이루어졌습니다. 임신 기간에 따른 규제는 없으며, 다만 의료인이 D&X(intact dilation and extraction) 방식을 사용하여 낙태 시술을 한 경우에만 해당 의료인을 처벌하고 있습니다(Partial-Birth Abortion Ban Act).¹⁹⁸⁾ 또한 연방대법원은 각 주가 낙태를 규제하기 위하여 도입한 여러 가지 절차적 요건을 위헌이라고 판단하여 왔습니다.¹⁹⁹⁾ 기혼여성 낙태 시 남편의 동의를 요구하고 비혼 미성년 여성 낙태 시 부모의 동의를 요구하는 것,²⁰⁰⁾ 낙태를 하려는 여성에게 낙태가 초래할 수 있는 부정적 효과에 대한 정보를 제공하고 서면동의를 요구하는 것,²⁰¹⁾ 제2단계 3개월 이후 낙태를 병원에서만 하도록 요구하는 것,²⁰²⁾ 낙태 관련 상세한 기록을 보고하도록 의무화한 것²⁰³⁾ 등을 위헌이라고 판단한 바 있습니다.

198) 이미정/김영택/김동식, 『낙태행위의 사회경제적 사유 분석과 관련 정책 개선방안』, 2010, 40쪽, 39~40쪽
199) 조국, 「낙태 비범죄화론」, 『서울대학교 법학』, 제54권 제3호, 2013, 707~708쪽
200) Planned Parenthood of Central Missouri v. Danforth, 482 U.S. 52 (1976) : 조국, 앞의 글, 707~708쪽에서 재인용
201) City of Akron v. Akron Center for Reproductive Health, 462 U.S. 416, 443-444 (1983) : 조국, 앞의 글, 707~708쪽에서 재인용
202) City of Akron v. Akron Center for Reproductive Health, 462 U.S. 416, (1983) : 조국, 앞의 글, 707~708쪽에서 재인용
203) Thornburgh v. American College of Obstetricians & Gynecologists, 476 U.S. 747 (1986) : 조국, 앞의 글, 707~708쪽에서 재인용

④ 독일의 경우, 1995년 개정된 형법 제218조a에 따라 낙태가 일부 허용됩니다. 여성이 최소 수술 3일 전 상담을 한 후 의사로부터 낙태 시술을 받으면 임신 14주(착상 12주)까지 사유 불문하고 임신중절이 가능합니다(구성요건 해당성 없음). 그 이후라 하더라도 임부의 생명이 위험하거나 신체적·정신적 건강이 중대한 위험에 처하는 경우에는 임신부의 승낙을 얻어 의사가 낙태 시술을 할 수 있습니다(위법성 조각). 형법 제219조에 따라, 여성은 임신갈등법에 따라 승인된 임신갈등상담소에서 상담을 받아야 합니다.²⁰⁴⁾ 임신갈등법은 상담의 목적이 출산 전 태아의 삶을 보호하는데 주 목적을 두고 있다고 하면서도, 그 상담은 열린 결론으로 진행해야 한다는 원칙을 명시하고 있습니다(임신갈등법 제5조).

⑤ 스웨덴은 1975년 시행된 낙태법에 따라 사유를 불문하고 임부의 요청이 있으면 임신 18주까지 낙태를 허용합니다. 18주 이후에는 보건복지청의 법률구조위원회가 각 사례별로 낙태 승인 여부를 결정하는데, 임부의 의학적 상태, 태아의 독자적 생존 가능성과 함께 사회복지담당자가 제출한 여성의 현 상태에 대한 보고서 등을 고려합니다. 임부는 낙태 전후에 상담을 받아야 합니다.

⑥ 스페인은 임신 14주 이내에는 사유를 불문하고 상담 절차를 거쳐 낙태할 수

204) 이는 1993년 연방헌법재판소의 취지에 따른 것입니다. 당시 연방헌법재판소는 ‘인간의 가치는 태아에 대하여도 인정되므로 법질서는 태아의 생명권을 보장해 주어야 하고, 낙태의 원칙적인 금지와 아이의 원칙적 출산의무는 헌법이 요구하는 보호의 불가결한 요소가 된다.’고 하면서도, ‘입법자가 태아를 보호함에 있어서 임신초기에 갈등상태에 있는 임부와 상담하여 적용방식에 의한 낙태의 처벌을 포기하는 것을 금지하는 것은 아니며, 이 경우에도 상담은 태아를 보호하기 위한 적극적인 요건이어야 하고 국가는 상담절차를 행함에 있어서 전적인 책임을 져야 한다.’고 판시하였습니다(이재상, 『형법각론(9판)』, 박영사, 2013, 91쪽).

있으며, 프랑스, 벨기에, 노르웨이는 임신 12주 이내에 임부의 요청만 있으면 낙태 시술이 가능합니다. 핀란드는 임신 12주 이내에 사회적·의학·경제적 사유가 있는 경우, 산모의 정신적 건강에 위협을 초래하는 경우, 강간 등의 성범죄에 의한 임신, 태아 기형의 위험이 있는 경우 인공임신중절이 가능합니다.

위와 같이 외국의 경우 초기 일정 기간의 낙태는 사유를 불문하고 허용하는 경우가 많으며, 그 이후라 하더라도 사회·경제적 사유나 정신적 건강을 이유로 한 낙태까지 허용하고 있습니다.

(6) 소결

형법 제269조 제1항의 자기낙태죄 규정은 임신한 여성의 모든 낙태를 전면적으로 금지하고 일률적으로 형사처벌한다는 점에서 예외를 두지 않는 규정형식으로서 피해의 최소성 원칙에 위반됩니다. 가사 모자보건법 제14조의 허용한계 조항을 이 사건 심판대상 조항의 예외 규정으로 본다 가정하더라도, 예외의 범위가 지나치게 협소할 뿐만 아니라 예외가 인정되기 위한 요건이 위헌적이라는 문제점 때문에 낙태의 전면금지 효과를 완화시키지 못하고 있으므로 피해의 최소성 원칙에 위반된다 할 것입니다.

또한 해외 각국이 입법례를 통해 알 수 있듯이 임부(여성)의 기본권을 덜 제한하면서 태아의 생명과 임부의 생명·신체를 보호하려는 공익 목적을 달성하기 위한 매우 다양한 입법 수단이 실제로 존재함에도 불구하고 이 사건 심판대상조항은

낙태를 전면적으로 금지하고 있다는 점에서도 피해의 최소성 원칙에 부합하지 못합니다.

이와 같은 취지에서 2012년 합헌결정의 반대의견 역시 ‘임신기간 여하에 따라 임부의 자기결정권을 고려할 수 있는 가능성 및 필요성이 있다 할 것인데도, 이 사건 자기낙태죄 조항은 임부의 기본권을 덜 제한하는 다른 수단을 모색하지 아니한 채 임신기간 여하에 상관없이 임부의 낙태를 전면적, 일률적으로 금지하고 있다’고 판시하며 피해의 최소성 원칙 위반을 인정한 바 있습니다.

라. 법익의 균형성

(1) 의의

법익의 균형성 원칙은 입법에 의하여 보호하려는 공익과 침해되는 사익을 비교衡量하였을 때 보호되는 공익이 더 커야 함을 뜻합니다. 즉, 적합하고 필요한 수단이 초래하는 기본권 제한의 정도는 추구하는 목적(공익)의 중요성이나 비중과 적정한 비례관계에 놓여야 합니다. 또한 기본권 제한의 효과가 중대할수록 이를 정당화하는 법익으로서 입법목적의 비중이 커야 합니다.

형법 제269조 제1항의 자기낙태죄 조항은 달성하고자 하는 공익인 태아의 생명 보호(더불어 임부의 생명과 신체)에 비하여 여성의 자기결정권, 건강권, 신체의 완전성에 관한 권리, 임부의 인격권 및 행복추구권, 신체의 완전성에 관한 권리, 혼

인과 가족생활의 권리, 모성을 보호받을 권리, 평등권을 과도하게 제한하므로 법의 균형성 원칙에도 위반됩니다.

(2) 임신·출산에 관한 여성의 기본권의 헌법적 의미와 중요성

(가) 임신과 출산, 임신중단에 관한 여성의 기본권은 임신과 출산이 여성의 생애사 전반에 미치는 강력한 영향에도 불구하고 그 헌법적 의미와 중요성이 정확하게 평가되지 못하여 왔습니다. 이 사건에서는 여성이 임신과 출산을 계기로 하는 경험과 그 맥락, 임신·출산한 여성이 처하게 되는 현실의 구체적인 의미와 그 현실이 여성의 삶에 끼치는 영향을 면밀히 살피고 이를 바탕으로 임신·출산에 관한 여성의 기본권의 헌법적 의미와 중요성을 판단할 필요가 있습니다.

(나) 앞에서 살펴본 바와 같이, 여성의 인격권 및 행복추구권에서 도출되는 자기결정권, 신체의 완전성에 관한 권리, 평등권 등은 기본권 체계상 우위에 있는 기본권입니다. 헌법 제10조에서 규정하고 있는 인간의 존엄과 가치 및 행복을 추구할 권리는 헌법상 모든 기본권 보장의 궁극적 목적이자 기본이념이며(헌법재판소 2000헌마327 결정), 우리 헌법상 최고의 가치를 이루고 있는 기본권입니다(헌법재판소 2008헌마385 결정). 헌법 제12조에서 규정하고 있는 신체의 자유는 모든 기본권 보장의 전제가 되는 것으로서 그 침해 여부가 헌법 제37조 제2항에 따라 엄격하게 심사되어야 할 기본권입니다(헌법재판소 2001헌마163, 2000헌마327 결정). 헌법 제10조에서 인간의 존엄을, 헌법 제11조에서 평등권을 규정하고 있음에도 불구하고 우리 헌법은 제36조 제1항에 ‘혼인과 가족생활에서의 개인의 존엄과 양성

의 평등’을 별도로 규정하여 가족생활에서의 양성 평등을 특히 강조하고 있습니다. 이와 같이 이 사건 심판대상 조항인 자기낙태죄로 인하여 침해되는 권리 또한 국가가 그 보호를 특별히 강조하고 있는 주요한 기본권인바, 그 침해 여부를 엄격하게 심사하여야 할 것입니다.

(3) 보호되는 공익 - 태아의 생명 및 임부의 건강과 신체

자기낙태죄 규정으로 보호하고자 하는 공익은 태아의 생명과 부차적으로 임부의 생명과 신체입니다(목적의 정당성). 그런데 앞의 ~ ‘수단의 적절성’에서 살펴본 바와 같이 자기낙태죄 조항이 태아의 생명 보호를 위한 적합한 수단이 될 수 없으므로, 태아의 생명 보호라는 공익도 달성할 수 없음은 당연한 귀결입니다. 설령 수단의 적절성을 인정한다 하더라도 그 효과는 극히 미미한 수준으로 평가하여야 합니다.

한편 자기낙태죄 조항은 태아의 생명 보호와 더불어 임부의 생명과 신체를 2차적 보호법익으로 하고 있는데, 자기낙태죄 조항으로 인하여 임부의 건강이 오히려 침해되고(건강권 침해), 모성을 보호받을 권리도 역시 침해되는 결과가 발생함에 관해서도 앞에서 상술한 바와 같습니다. 그렇다면 이 사건 심판대상 조항으로 보호되는 공익은 거의 인정할 수 없다고 보아야 할 것입니다.

(4) 침해되는 사익 - 여성의 자기결정권, 건강권, 신체의 완전성에 관한 권리, 모성을 보호받을 권리, 평등권

자기낙태죄 조항으로 인하여 여성의 자기결정권, 안전한 임신중단권(건강권), 신체의 완전성에 관한 권리, 모성을 보호받을 권리, 평등권이 과도하게 제한되는 점에 관하여는 앞의 I. 1항 내지 4항에서 상술한 바와 같은바, 제한되는 기본권의 범위와 그 제한으로 인한 여성의 법익 침해는 자기낙태죄 조항으로 달성하려는 공익에 비하면 심대하여 법익 균형성을 상실하였다고 볼 수 있을 것입니다.

2012년 합헌결정의 법정의견은 자기결정권에 관하여, 자기낙태죄 조항이 임부의 자기결정권을 침해하지 않는다고 판단한 바 있으나, 임부의 자기결정권에 임신과 출산과정에 내재하는 특별한 희생을 강요당하지 않을 자유가 포함된다고 볼 때, 위 법정의견은 '특별한 희생'이 구체적으로 무엇인지에 대하여 여성이 각각도로 처하게 되는 현실을 면밀하게 심리하지 아니하고²⁰⁵⁾ 만연히 자기결정권을 침해하지 않는다고 판단한 잘못이 있습니다. 특별한 희생이란 임신과 출산 자체에서 비롯되는 희생과 더불어, 출산으로 인하여 급격히 변화하는 출산 이후의 삶에서의 희생을 포함한다고 보아야 할 것인데, 앞에서 상술한 바와 같이[III. '여성의 임신, 임신중단의 경험', III.2. '여성의 자기결정권(헌법 제10조) 침해' 참조], 여성이 임신을 지속하기로 결정할 경우 생물학적으로 필연적인 출산과 사회적으로 견련된 양육의 과정에서 '특별한 희생'을 감내하며 분담하게 되는 책임은 임신에 관련한 남성 파트너와 결코 동등하지 않고 사회적으로는 '강요'라고 부를 만한 수준입니다.

205) 오승이, 「낙태죄 규정의 위헌 여부: 새로운 논의의 시작 - 헌법재판소 2012. 8. 23. 선고 2010헌바402, 2010헌사1123 결정을 중심으로」, 2012년 젠더법연구회 학술대회 발표문(미간행)

요컨대 자기낙태죄는 형벌로써 임신 중단을 금지하고 임신 상태의 지속과 출산을 강제함으로써 임부에게 임신, 출산, 출산 이후의 삶에 이르기까지 특별한 희생을 강요하여 자기결정권을 침해하고, 안전한 임신중단(건강권), 신체의 완전성에 관한 권리를 침해할 뿐만 아니라, 여성이라는 성별에서 비롯되는 임신과 출산이라는 생물학적 특성을 이유로 남성에 비해 여성을 차별취급함으로써 평등권도 침해한다고 볼 것입니다.

(5) 예비적 검토: 태아의 생명권 주체성을 인정하는 경우

태아에게 기본권 주체성을 인정할 수 없으므로 이 사건 자기낙태죄 처벌로 보호하고자 하는 공익이 '태아의 생명권'이 아니라 국가의 태아 생명 보호의무에서 비롯된 태아의 생명 보호라는 점에 대해서는 앞에서 상술한 바와 같습니다.

가사 이와 달리 이 사건 심판대상 조항이 보호하고자 하는 공익이 기본권 주체로서의 태아의 '생명권'이라 본다고 가정하더라도, 태아의 생명권과 여성의 기본권인 자기결정권·건강권·신체의 완전성에 관한 권리·모성을 보호받을 권리·평등권을 비교 형량함에 있어서는, 태아의 생명권이 인간의 생명권과 다르다는 특수성과 이 사건 법익 형량 구조의 특수성이 동시에 고려되어야만 할 것입니다.

(가) 태아 '생명권'의 특수성

첫째, 태아 생명권의 특수성은 태아가 출생한 인간과는 다르다는 자명한 사실에서

비롯됩니다. 태아는 생명의 발달단계에 따라 임신기간 동안 점진적으로 성장하는 존재이며 출생한 인간과는 구분되는 존재입니다. 이는 '인간으로서 성장할 가능성이 있는 생명체인 태아'와 '완전한 인격체로서 스스로의 삶을 영위하고 있는 임부'의 차이이며(2012년 헌법재판소 결정, 이동흡 재판관의 반대의견에 대한 보충의견), 태아는 완전한 인격체로서 스스로 삶을 영위하는 임부(여성)와는 차이가 있습니다.

둘째, 태아는 공간적으로는 법익 형량 대상인 임부(여성)의 신체 내부에 있는 존재이고, 법익 형량 대상인 임부(여성) 즉 태아의 모체와 결합되어서만 존재할 수 있으며, 태아의 생존은 전적으로 법익 형량 대상인 임부(여성)에게 달려 있습니다. 이러한 특성에 대하여 양현아 교수는 '둘이지만 한 존재'라고 표현한 바 있습니다²⁰⁶⁾. '태아는 독립된 인격체가 아니라 전적으로 임부에게 의존하여 유지되는 생명(이영란)'²⁰⁷⁾, '여성의 몸 안에서 그리고 여성의 몸을 통해 인간공동체와 관계를 맺기 때문에 도덕적으로 중요한 존재(박은정)'²⁰⁸⁾라는 표현도 같은 맥락이며, 이 때문에 태아의 생명은 사람의 생명과 달리 비교형량할 수 있는 법익에 속한다고 봅니다²⁰⁹⁾.

(나) 법익 균형성 판단 구조의 차이

태아의 생명권과 임부의 기본권을 비교형량하는 기존의 논리는 태아가 출생 전

206) 양현아, 「낙태에 대한 다초점 정책의 요청: 생명권 대 자기결정권의 대립을 넘어」, 『한국여성학』 제26권 제4호, 2010., 72쪽.
207) 이영란 343; 조국 703.
208) 박은정 516; 조국 703
209) 박찬길 210; 조국 703

생명이어서 누구도 태아의 법익을 대변할 수 없으므로 특별한 헌법적 보호가 필요하다는 전제에서 출발합니다. 그러나 이는 실제로 임부가 임신 중단의 결정을 하는 데 있어서 사고하는 방식과 그 과정에 대해 정확히 인식하지 못한 채(앞의 I. 임신과 임신 중단 경험, I. 자기결정권 참조), 임신 중단이 임부가 임신이 자신의 삶에 미칠 영향 뿐만 아니라 태아의 생명, 그리고 생명의 실질적 의미인 생존(태아가 출생한 이후 삶의 질)까지 고려하고 행해지는 결정임을 간과한 것입니다.

통상의 법익 균형성 심사가 출생 이후 독립된 인격체로서의 사람과 사람 사이의 법익 충돌, 그리고 서로 배타적이고 독자적으로 존재하는 복수의 개인 사이의 법익 충돌을 형량하므로 '일대일의 대척점 구조'로 볼 수 있는 것과 달리, 자기낙태죄 규정이 보호하고자 하는 공익으로서 태아의 생명권과 사익으로서 임부(여성)의 기본권의 비례관계 심사는 태아의 생명권 대 '태아의 생명을 1차적으로 숙고한 인간(즉, 태아와 불가분이며 태아 생존에 가장 중요한 조건과 환경을 제공하는 태아의 모)'의 기본권의 형량 구조인 것입니다. 따라서 태아의 생명권과 여성의 기본권의 형량 구조는 통상의 법익 형량 구조와는 근본적으로 다르며, 기존의 헌법재판에서 심사해 온 협의의 비례성 심사와는 다른 여러 조건들을 고려해야 할 것입니다²¹⁰⁾.

210) 태아의 생명권이 모의 이익과 충돌하는 것처럼 구성되는 것에 대해 비판하고, 태아는 언제나 이미 관계적이고 상호의존적이므로 임부의 자기낙태의 갈등상황은 태아와 임부 간의 반대방향의 갈등이 아니라 양육책임과 태아 보호간의 갈등, 즉 책임간의 갈등으로 보는 것이 정확하다는 견해에 관하여는, 양현아, 「낙태에 관한 다초점 정책의 요청: 생명권 대(對) 자기결정권의 대립을 넘어」, 『한국여성학』 제26권 제4호, 한국여성학회, 2010., 72쪽 참조.

(다) 적용

임부(여성)은 자신의 기본권, 특히 자기결정권을 행사하는 과정에서는 이 사건 심판대상조항으로 달성하고자 하는 공익인 태아의 법익을 이미 고려하게 됩니다. 그 고려와 숙고의 대상에는 태아가 태아로서 존재할 때의 상태 뿐만 아니라(태아의 생명과 건강) 태아가 장래에 출생 이후의 인간으로서의 성장과정이 어떠한 것인지, 넓은 의미의 생명의 질까지 포함하는 것입니다. 국가의 생명 보호의무 이행에 앞서, 그리고 국가의 법익 균형성 판단에 앞서, 여성의 임신 중단 결정에는 이러한 태아의 생명에 대한 진지한 고려가 이미 내포되어 있습니다.

따라서 헌법재판에서의 과잉금지 원칙 위배 여부 심사, 특히 협의의 비례원칙인 법익 균형성 심사에서는, 기본권 주체가 '자신과 분리불가분하며 자신의 존재 일부인 생명'에 대해서 그 이익을 형량한 이후에 2차적으로 국가가 형량한다는 특수성이 반영되어야 합니다. 또한 태아의 모인 임부의 법익 형량을 존중할 수 없는 중대하고도 특별한 사정이 없는 한 그 형량으로 인한 결정을 존중하여야 할 것입니다. (우리 법체계는 형법의 영역에서 타인의 법익 침해를 사후적으로 정당화하는 법익 형량의 과정을 거쳐 긴급피난이나 정당방위를 인정하고 범죄의 성립을 조각합니다) 국가가 개입하여야 할 요건과 상황에 대해서 여러 가지 수단이 존재함에도 불구하고 기본권 주체의 법익 형량을 전적으로 부정하고 형사처벌하는 것은 적정 비례 관계를 현저히 일탈한다고 볼 수 있습니다.

(6) 소결

형법 제269조 제1항 자기낙태죄 조항은 법익의 균형성 원칙에 위반됩니다.

마. 소결

형법 제269조 제1항 자기낙태죄 조항은 입법목적의 정당성은 인정되나 수단의 적절성 원칙, 침해의 최소성 원칙, 법익의 균형성 원칙에 위반되므로 헌법 제37조 제2항이 기본권 제한의 한계로 정한 과잉금지 원칙에 위배됩니다. 따라서 이 사건 심판대상 조항은 여성의 자기결정권, 건강권(안전한 임신중단권), 신체의 완전성에 관한 권리, 모성을 보호받을 권리, 평등권을 침해하는 것으로서 헌법에 위반됩니다.

V. 자기낙태죄 비범죄화시 우려에 대하여

헌법재판소 2010헌바402결정 법정외건은 낙태를 형사 처벌하는 것이 침해 최소성 원칙에 위배되지 않는다고 하면서, “만일 낙태를 처벌하지 않거나 형벌보다 가벼운 제재를 가하게 된다면 현재보다도 훨씬 더 낙태가 만연하게 되어 자기낙태죄 조항의 입법목적을 달성할 수 없게 될 것”이라고 보았습니다. 또한 모자보건법에 사회적·경제적 사유로 인한 낙태를 허용하도록 규정한다면, 낙태가 공공연하게 이루어져 “인간생명에 대한 경시풍조가 확산될 우려”가 있다고 보았습니다. 그러나 이는 실증적 자료에 배치되거나 현실을 반영하지 않은 판시입니다.

1. '낙태한 여성을 처벌하지 않으면 낙태가 만연하게 될 것'이라는 주장은 실증적 자료에 배치됩니다.

가. 법적 규제와 무관한 낙태율 ① : 국가별 비교

국가별 낙태 허용 사유 및 낙태율을 살펴보면, 낙태 허용 범위가 넓다고 하여 낙태율이 높거나 그 반대가 성립하지 않음을 알 수 있습니다(아래 표 참조). 우선 우리나라의 경우 정확한 측정치는 없으나, 2005년의 낙태율(15~44세 여성 1,000명당 낙태율)은 29.8²¹¹⁾ 2010년의 낙태율은 15.8²¹²⁾로 추정됩니다. 뉴질랜드의 경우, 우리나라와 유사하게 사회·경제적 사유에 의한 낙태와 임부의 요청에 의한 낙태는 금지되는데, 낙태율은 18.0입니다. 이는 사회·경제적 사유, 임부의 요청에 의한 낙태를 허용하는 다른 국가들 대부분보다도 높은 수치입니다. 사회·경제적 사유를 포함하며 임부의 요청만으로 낙태가 가능한 국가들을 살펴보면, 오스트리아의 낙태율은 1.4(2000년 기준)로 매우 낮고, 독일 6.1, 스위스 7.1, 네덜란드 9.7로 역시 낮은 수치를 보이고 있습니다(2010년 기준). 이런 통계를 보면, 낙태 허용 사유가 넓다고 하여 낙태가 더 만연해진다고 할 수 없습니다.

표 19 OECD 회원국의 낙태 허용 사유 및 낙태율·출산율·모성사망률

국가	임부의	임부의	임부의	강간 또는	태아 장애	사회·경제	임부의	낙태율*	출산율	모성 사망
----	-----	-----	-----	-------	-------	-------	-----	------	-----	-------

211) 김해중 외 12, 앞의 글, 48쪽
212) 손명세 외 9, 앞의 글, 45쪽

	생명	신체적 건강	정신적 건강	근친상간		적사유	요청		(2010-2015)	률* (2010)
칠레	-	-	-	-	-	-	-	0.5 (2005)	1.8	25
아일랜드	○	-	-	-	-	-	-	4.5 (2010)	2.1	6
폴란드	○	○	○	○	○	-	-	0.1 (2010)	1.4	5
스페인	○	○	○	○	○	○	○	11.7 (2010)	1.5	6
이스라엘	○	○	○	○	○	-	-	12.5 (2010)	2.9	7
뉴질랜드	○	○	○	○	○	-	-	18.2 (2010)	2.1	15
한국	○	○	○	○	○	-	-	..	1.4	16
일본	○	○	-	○	-	○	-	9.2 (2009)	1.4	5
영국	○	○	○	-	○	○	-	14.2 (2010)	1.9	12
핀란드	○	○	○	○	○	○	-	10.4 (2010)	1.9	5
아이슬란드	○	○	○	○	○	○	-	14.5 (2010)	2.1	5
룩셈부르크	○	○	○	○	○	○	-	..	1.7	20
멕시코	○	○	○	○	○	○	○	<0.05 (2010)	2.2	50
호주	○	○	○	○	○	○	○	14.2 (2010)	1.9	7
오스트리아	○	○	○	○	○	○	○	1.4 (2000)	1.3	4
스위스	○	○	○	○	○	○	○	7.1 (2010)	1.5	8
그리스	○	○	○	○	○	○	○	7.2 (2007)	1.5	3
독일	○	○	○	○	○	○	○	6.1 (2010)	1.5	7
벨기에	○	○	○	○	○	○	○	9.2	1.8	8

								(2009)		
포르투갈	○	○	○	○	○	○	○	9.0 (2010)	1.3	8
네덜란드	○	○	○	○	○	○	○	9.7 (2010)	1.8	6
이탈리아	○	○	○	○	○	○	○	10.0 (2010)	1.5	4
슬로바키아	○	○	○	○	○	○	○	13.9 (2010)	1.4	6
체코	○	○	○	○	○	○	○	10.7 (2010)	1.5	5
슬로베니아	○	○	○	○	○	○	○	11.5 (2009)	1.5	12
캐나다	○	○	○	○	○	○	○	13.7 (2009)	1.7	12
덴마크	○	○	○	○	○	○	○	15.2 (2010)	1.9	12
터키	○	○	○	○	○	○	○	15.1 (2008)	2.0	20
노르웨이	○	○	○	○	○	○	○	16.2 (2010)	1.9	7
프랑스	○	○	○	○	○	○	○	17.4 (2009)	2.0	8
미국	○	○	○	○	○	○	○	19.6 (2008)	2.1	21
스웨덴	○	○	○	○	○	○	○	20.8 (2010)	1.9	4
헝가리	○	○	○	○	○	○	○	19.4 (2010)	1.4	21
에스토니아	○	○	○	○	○	○	○	25.5 (2010)	1.7	2

* World Abortion Policies 2013, 2013, United Nations, Department of Economic and Social Affairs.

*낙태율: 15~44세 여성, 1,000명 당 낙태율

*모성사망률: 100,000번의 정상 출산(live births) 당 모성사망률

또한, 법적 규제와 낙태율 및 출산율도 상관관계가 없습니다. 위 표에서 알 수 있듯이, 터키는 임부의 생명 또는 신체적·정신적 건강의 위협, 태아 장애,

사회·경제적 사유, 임부의 요청에 의한 낙태를 모두 허용하고 낙태율도 15.1로 높은 편이지만, 출산율도 2.0로 다른 국가보다 높습니다. 낙태율이 18.2으로 터키보다 더 높은 뉴질랜드도 출산율은 2.1로 큰 차이가 없습니다.

나. 법적 규제와 무관한 낙태율 ② : 동시적 비교

한 국가 안에서 동시적으로 낙태 규제와 낙태율의 변화를 살펴봐도 법적 규제와 낙태율은 무관함을 알 수 있습니다.

루마니아에서는 차우체스쿠 집권 기간 동안 출산율을 높이기 위하여 피임과 낙태를 금지하고 처벌하면서, 위반자에 대하여 최고 사형까지 처하기도 하였습니다. 그러나 이러한 엄격한 법 집행에도 불구하고 루마니아의 낙태율은 유럽 국가 중 상위 수준에 머물렀고, 불법 시술로 인한 모성 사망률만 증가시켰을 뿐이었습니다.²¹³⁾

미국의 경우, 1973년 낙태 건수는 76만여 건이었는데 1973년 Roe v. Wade 판결로 낙태가 합법화된 이후 낙태 건수는 증가하여 1990년 143만여 건으로 최고에 달하였습니다. 그러나 이후 꾸준히 감소하여 2005년에는 82만여 건으로 나타난 바 있습니다.²¹⁴⁾

네덜란드의 경우, 1971년 낙태율은 6.1이었다가 1984년 낙태가 비범죄화된 후 오

213) 김해중 외 12, 앞의 글, 193쪽

214) 이미정/김영택/김동식, 앞의 글, 40쪽

히려 낙태율이 줄어들어 1980년대 후반과 1990년대에는 5.0~6.0까지 내려갔습니
다. 그러나 1990년대 후반부터 조금씩 증가하여 2010년에는 9.7까지 올라갔는데,
이는 낙태 규제의 문제가 아니라 이민자 대상의 예방정책이 효과적으로 실행되지
못하면서 부분적으로 나타난 결과로 분석됩니다.²¹⁵⁾

기혼 여성들에 국한된 통계이기는 하지만 우리나라의 경우에도 낙태 규제 여부와
낙태율 사이에는 상관관계가 나타나지 않았습니. 낙태가 전면적으로 금지되던
1970년 기혼 여성의 낙태율은 71.5였다가, 1973년 낙태 허용 사유를 규정한 모자
보건법이 통과된 후 1975년 낙태율은 112.8로 증가하였습니다. 그런데 1981년
113.3까지 증가했던 낙태율은 1984년 89.1로, 1990년 63.6로 감소하였습니다.²¹⁶⁾ 위
낙태율의 감소는 낙태 규제가 아니라 피임 실천율에 의존하는 것으로 분석됩니
다.²¹⁷⁾ 기혼 여성들의 피임 실천율은 1971년 25%, 1976년 44.2%, 1979년 54.5%,
1982년 57.7%, 1988년 77.1%, 1991년 79.4%로 점차 증가하였기 때문입니.

다. 법적 규제와 무관한 낙태율 ③ : 낙태 금지 국가 여성들의 해외 원정 낙태

법적으로 낙태를 규제하지 않으면 낙태가 더 만연할 것이라는 주장은, 낙태를 금
지하는 국가의 여성들이 해외에 출국하여 낙태 수술을 감행하는 현실을 외면하고
있습니다. 형사 처벌 여부와 무관하게, 여성들은 삶의 여러 가지 조건을 고려하여
불가피하게 낙태를 결정하는 것입니다.

215) 정진주, 앞의 글, 139쪽
216) 홍문식 외, 「인공 임신중절의 변동추이」, 한국보건사회연구원, 1992, 조영미, 「여성의 재생산권
에서 본 낙태와 모자보건 정책」, 양현아 편, 『낙태죄에서 재생산권으로』, 2005, 49면에서 재인용.
217) 조영미, 「여성의 재생산권에서 본 낙태와 모자보건 정책」, 양현아 편, 『낙태죄에서 재생산권으
로』, 사람생각, 2005, 51쪽

아일랜드는 여성의 생명이 위협한 상황(자살할 위험을 포함하여)일 때에만 낙태가
허용되어 실질적으로 낙태를 전면금지하는 나라입니다. 아일랜드에서는 매년
70~80건의 낙태가 합법적으로 수행되고, 낙태율도 4.5(2010년)로 나타나 낙태 규제
가 성공적으로 이루어지는 것처럼 보이지만, 연간 2,000명의 여성이 해외로 떠나
낙태수술을 받고 있습니다(일부에서는 6,000명이라고 보고하기도 합니다).²¹⁸⁾

프랑스의 경우, 1975년 베일법(the Veil Law)이 통과되면서 10주 이내의 낙태가
비범죄화되고, 2001년 법의 개정으로 그 기간이 12주로 확대되었습니다. 프랑스
정부는, 낙태 허용기간이 10주 이내였던 베일법 시행 기간 동안 매년 약 5,000명
의 프랑스 여성이 낙태를 하기 위하여 이웃나라로 여행하였다고 보고하였습니
다.²¹⁹⁾

독일도 마찬가지였습니다. 통일 전 서독은 낙태에 대한 최종 결정을 의사가 하도
록 규제하였는데, 이 때문에 독일 여성들은 낙태가 쉬운 네덜란드로 여행하여 낙
태수술을 받았습니다.²²⁰⁾

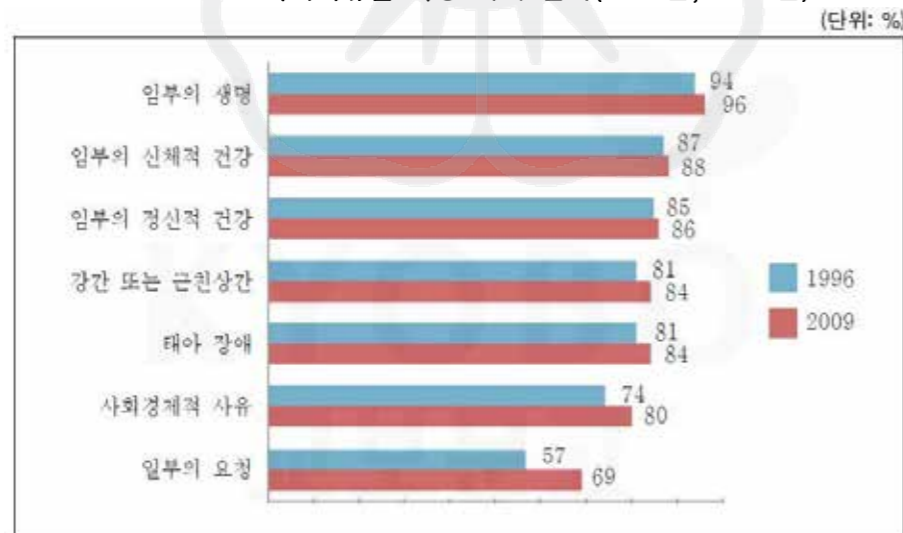
우리나라의 경우에도, 2010년 프로라이프 의사회가 산부인과 의사들을 고발하면서
일시적으로 낙태 시술이 어려워졌던 기간에, 일부 여성들이 중국에서 낙태수술을
받는 현실이 보도되기도 하였습니다.²²¹⁾

218) 정진주, 앞의 글, 128쪽.
219) 이미정/김영택/김동식, 앞의 글, 37쪽
220) 이미정/김영택/김동식, 앞의 글, 35쪽
221) 경향신문, 2010. 3. 3.자. 「중국으로 '낙태 원정」

라. 낙태 허용 범위를 확대하는 국제적 흐름²²²⁾

낙태 허용 범위를 확대하는 국가들이 늘어나고 있는데, 이를 보아도 낙태한 여성을 처벌하지 않는다고 하여 낙태가 만연하게 된다고 할 수 없습니다. 아래 그림은 UN이 발간한 「세계의 낙태 정책에 관한 보고서」에 따라 1996년과 2009년의 낙태 사유별 허용 국가의 변화를 비교한 것입니다. UN에서 선진국(More Developed Region)으로 분류하는 국가의 낙태 정책 변화를 살펴보면, 모든 사유에서 낙태 허용국의 비율이 상승하였음을 알 수 있습니다. 위 기간 중 허용국의 증가가 두드러진 낙태 허용 사유는 사회·경제적 사유와 임부의 요청입니다. 사회·경제적 사유는 허용국이 74%에서 80%로 증가하였고, 임부의 요청에 의한 낙태는 57%에서 69%로 증가하였습니다.

<표 14> 낙태사유별 허용 국가 변화(1996년, 2009년)



222) 이하의 내용은 박선영 외 6, 2013, 62~63쪽

2. '생명 경시 풍조가 확산될 수 있다'는 주장에 대하여

가. 숙고를 거친 낙태 결정

낙태한 여성을 처벌하지 않으면 인간 생명 경시 풍조가 확산될 우려가 있다는 주장은, 여성이 낙태를 결정하는 과정과 그 이유를 도외시한 기우에 불과합니다. 여성은 태어날 아이를 자신이 잘 양육할 수 있을지 숙고한 끝에 낙태를 결정하며, 이는 생명 경시와 정반대되는 태도입니다.

조사 결과²²³⁾를 보면, 여성은 자신의 삶과 태어날 아이의 양육 환경, 사회·경제적 여건을 모두 고려하여 낙태를 결정한다는 사실을 알 수 있습니다. 낙태 여부를 고민한 적이 있는 응답자에게 그 이유를 24가지 선택지 중에서 중복 응답하도록 한 결과, 가장 많은 응답은 '이미 자녀가 있었기 때문에'이며 51.6%로 나타났습니다. 뒤이어 '아이를 키울 만한 경제 형편이 못 되는 것 같아서' 41.2%, '건강이 나빠질 것 같아서' 31.9%, '아이의 터울을 조절하기 위해서' 23.7%, '맞벌이하기 때문에 아이 낳아도 길러줄 사람이 없어서' 18.3%, '일이나 공부에 방해가 될 것 같아서'가 14.0%의 순으로 나타났습니다.

낙태 여부를 고민하게 하는 사유는 단시간에 바뀌기 어려운 사회·경제적 여건과 깊어 맞물려 있으므로, 실제 낙태 경험으로 이어지는 경우가 많습니다. 낙태 여부의 고민 이유별로 응답자의 90% 이상이 실제 낙태 경험으로 이어진 사유를 살펴

223) 박형민, 「낙태의 실태와 대책에 관한 연구」, 한국형사정책연구원, 2011, 175~177면, : 박선영 외 6, 앞의 글, 37~38쪽에서 재인용.

보면, '일이나 공부에 방해가 될 것 같아서' 낙태를 해야겠다고 생각하였던 응답자의 94.9%, '건강이 나빠질 것 같아서'를 선택한 응답자의 92.1%, '이미 자녀가 있었기 때문에'라고 답한 응답자의 91.0%, '혼전임신했다는 게 알려지면 사회적으로 떳떳하지 못할 것 같아서'라고 한 응답자의 90.0%가 낙태를 한 것으로 나타났습니다.

질적 조사 결과를 보면, 여성이 아이의 양육 여건까지 고민하여 낙태를 결정한다는 사실이 더 생생하게 드러납니다. 혼인 여부에 따라 양육에 대한 사회적 지원이 달라지는 현실, 임신의 지속과 출산이 여성의 일과 경력, 생계에 위협이 되는 사회·경제적 여건에서, 여성은 태어날 아이를 책임 있게 양육하기 어렵다고 판단될 때 낙태를 결정합니다. 아래 사례의 여성들은 낙태 경험이 있지만, 자녀를 출산하여 양육하는 어머니들이기도 합니다.

[사례23] 나는 기혼이지만 미혼의 경우에는 혼인 문제가 걸려있고, 생계의 문제가 걸려 있을 텐데 미혼의 낙태를 사회적으로 매도하기만 하지 실질적인 부분들이 하나도 확보가 되어 있지 않잖아요. 인프라도 없고 미혼모에 대한 의식의 변화도 없이 낳으라고 하면 어떻게 할 건데. 그것은 한 개인한테 너무 잔인한 일이에요. 뭐 본인이 원해서 임신했다면 그건 상관없지만 원치 않은 임신을 했을 때에는 안 되지. (40대 기혼 여성, 현재 자녀 있음)²²⁴⁾

[사례 24] 현실적 여건이 안 되는데 해가지고 그 아이라든지, 나 자체가 그 아이에 대해서 교육을 충분한 좋은 조건을 해줄만한 조건이 안 된다면 낙태가 더 낫다고 생각을 했다. 그러니까 내가 박사과정도 다닐 수 없고, 학위도 받을 수

224) 백영경, 「성적 시민권의 부재와 사회적 고통 : 한국의 낙태 논쟁에서 여성 경험의 재현과 전문성의 정치 문제」, 『아시아여성연구』, 제52권 2호, 2013, 59쪽

없고, 강의도 할 수 없고, 책임도 무책임한 사람이 되고 [중략]. 그럼 내가 평생 그 나중에 태어날 아이를 위해서도 만약에 내가 아이를 출산을 하고 그 아이를 교육시키고 사회적 지위를 내가 이때까지 34년 이상을, 그 당시 첫 출산이 32년이 될 때까지 해온 그 많은 고생과 노력이 출산으로 인해서 모든 것이 망가지는 그런 한국적인 제도, 그 제도라는 것은 내가 다 뼈저리게 느끼면서 그 때까지 왔기 때문에, 그런 제도적인 한계를 알기 때문에 낙태를 할 수 밖에 없었다. (50대 기혼 여성, 현재 자녀 있음)²²⁵⁾

위와 같은 조사 결과를 볼 때, 낙태를 비범죄화하면 생명 경시 풍조가 확산될 수 있다는 주장은 그 근거가 희박합니다.

나. 자녀를 출산하기 위한 낙태 : 보조생식술과 선택적 유산

낙태한 여성을 처벌하지 않으면 인간 생명 경시 풍조가 확산될 우려가 있다는 주장은, 현대 사회에서 많은 사람들이 자녀를 출산하기 위한 목적으로 낙태를 하는 현실을 간과한 주장입니다. 앞서 보았듯이 난임 진단 인구가 증가함에 따라 체외 수정기술을 널리 활용하고, 이때 다태아 임신으로 인한 선택적 유산이 이루어지는 경우가 많습니다. 이러한 행위를 생명 경시라고 치부하는 사람은 없습니다. 자녀의 수와 터울, 출산 시기, 출산 여부를 결정하고 이루어지는 다른 낙태 행위라 하여 위 선택적 유산 행위와 달리 볼 이유도 없습니다.

다. 낙태 허용(비범죄화) 필요성에 대한 인식 증대

225) 양현아, 「낙태죄 헌법소원과 여성의 목소리」, 『법학논총』, 제30권 1호, 2013, 26쪽

사회적으로도 낙태 허용(비범죄화) 필요성에 대한 인식이 높게 나타나는데, 이를 생명 경시라고 보기는 어렵습니다.

앞서 여성의 낙태 결정에서 살펴본 것과 유사하게, 대다수의 국민들은 추상적인 당위가 아니라 출산한 아이의 양육 현실까지 고려할 때 낙태는 허용되어야 한다고 생각하고 있습니다. 한국갤럽이 2016. 10. 전국 성인 여성과 남성 1,018명을 대상으로 한 여론조사 결과를 보면, 필요한 경우 낙태를 허용해야 한다는 의견이 74%로 나타났으며, 가장 많이 들고 있는 이유는 '원하지 않는 임신일 때'(31%)였고, 뒤이어 '강간, 성폭행 등 범죄로 임신한 경우'(18%), '미성년, 미혼 등 감당할 수 없는 경우'(17%), '개인이 결정할 문제/본인 선택'(9%), '아이 건강, 기형아 출산 문제'(8%), '낳아서 책임 못 지거나 버리는 것보다 낫다'(5%)의 순으로 나타났습니다.²²⁶⁾

낙태 반대만이 생명윤리에 부합하는 것이 아니라는 관련 분야 연구자의 발표도 있었습니다. 생명윤리학·의료윤리학·윤리학·신학 등 관련 연구자 115명은 2017. 12. 14. '낙태 반대만이 생명윤리에 부합하는 것은 아니다. 생명윤리 관련 연구자로서 낙태죄의 폐지에 찬성한다'는 제하의 성명을 발표했습니다.²²⁷⁾ 이들은 "낙태 반대가 전체 생명윤리학계의 입장을 반영하는 것처럼 비치는 점에 대해 우려"를 표하면서, "낙태와 관련된 사회적 논의가 성숙해지고, 제도적 개선으로 이어져 수 많은 여성이 차별의 공포 및 죄의식에서 벗어나길 희망한다"고 밝혔습니다.²²⁸⁾

226) 한국 갤럽 홈페이지, 데일리 오피니언 제232호(2016년 10월 3주) - 낙태 관련 인식 <http://www.gallup.co.kr/gallupdb/reportContent.asp?seqNo=784> 2018. 3. 25. 검색
227) 연합뉴스, 2017. 12. 14.자, 「의료윤리·법·철학 등 연구자 115명 "낙태죄 폐지해야"」
228) 연합뉴스, 위 기사.

VI. 국제인권규범과 비교 판례

1. 자기낙태죄 규정의 국제인권규범 위반 여부

가. 국제인권규범의 의미

국제인권규범은 단지 선언적 의미에 그치지 않고 대한민국에 국내적 효력을 가집니다. 헌법 제6조 제1항은 "헌법에 의하여 체결·공포된 조약과 일반적으로 승인된 국제법규는 국내법과 같은 효력을 가진다."고 하고 있습니다.

또한 국제인권규범은 이러한 법률적 효력 뿐만 아니라, 우리 헌법의 기본권 해석 지침으로 기능하기도 합니다. 국제인권규범의 기본권 목록은 각 국가의 헌법의 기본권에서 유래하며 서로 해석을 공유하는 상호 작용을 합니다. 한 국가의 헌법상 기본권 해석이 국제인권규범의 해석과 지속적으로 배치되는 것은 규범적으로 정당화되기 어렵습니다.

따라서 대한민국이 비준하고 가입한 유엔의 인권 관련 규범²²⁹⁾의 법리는 이 사건

229) 모든 형태의 인종차별 철폐에 관한 국제협약(1979년 1월 4일 발효, 조약 제667호), 여성에 대한 모든 형태의 차별철폐에 관한 협약(1985년 1월 26일 발효, 조약 제855호), 경제적, 사회적 및 문화적 권리에 관한 국제규약 (1990년 7월 10일 발효, 조약 제1006호), 시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약 (1990년 7월 10일 발효, 조약 제1007호), 아동의 권리에 관한 협약(1991년 12월 20일 발효, 조약 제1072호), 고문 및 그 밖의 잔혹한, 비인도적인 또는 굴욕적인 대우나 처벌의 방지에 관한 협약(1995년 2월 8일 발효, 조약 제1272호), 장애인의 권리에 관한 협약(2009년 1월 10일 발효, 조약 제1928호)

심판대상 조항의 위헌성을 판단하는 데 매우 중요한 잣대가 됩니다.

나. 국제인권규범상 확립된 권리로서 '낙태의 비범죄화'

유엔 인권규범의 최고 권위기관인 국제인권조약기구(International Human rights Treaty Bodies)를 포함한 국제인권기구들은 어떠한 때에 낙태를 비범죄화할 필요가 있는지에 대한 명확한 지침을 제공하고, 특히 낙태에 대한 접근성은 인권의 문제라는 점을 강조합니다. 인권 기준에 따라 이러한 서비스에 대한 접근성을 보장하는 것은 여성에 대한 차별 철폐의 국가 의무의 일부이며, 여성의 건강권 및 사생활의 권리 등을 보장하는 책무라고 보고 있습니다.

국제인권기구들은 낙태를 범죄화하는 법을 차별적인 것으로 규정하고 여성의 건강 서비스 접근성에 대한 방해라고 보았습니다. 인권 기구들은 낙태 수술을 받은 여성에 대한 모든 차별 조항을 국가가 철폐할 것을 권고하기도 합니다. 인권 기구들은 또한 국가가 특정한 경우에는 낙태를 허용할 것을 요구했습니다.²³⁰⁾ 조약기구 법리는 여성의 생명이나 건강에 위협이 될 때, 또는 임신이 강간이나 근친상간의 결과일 때 낙태에 대한 접근을 부정하는 것은 건강에 대한 권리²³¹⁾, 사생활의 권리²³²⁾, 또 어떠한 경우에는 잔인하고 비인간적이며 굴욕적인 처우로부터 벗어날 권리²³³⁾의 침해라고 보고 있습니다.

230) Committee on the Elimination of Discrimination Against Women, Concluding Observations on Peru, CEDAW/C/PER/CO/7-8 (2014), para 36; Statement on sexual and reproductive health and rights: Beyond 2014 ICPD Review (2014).

231) Committee on the Elimination of Discrimination Against Women, L.C. v. Peru, CEDAW/C/50/D/22/2009, para. 8.15.

232) Human Rights Committee, K.L. v. Peru, CCPR/C/85/D/1153/2003, para. 6.4; V.D.A. v. Argentina, CCPR/C/101/D/1608/2007, para. 9.3.

다. 이 사건 심판대상 조항에 대한 국제인권기구의 입장

조약에 의해 설립된 조약기구 즉, 국제전문가들의 위원회는 조약상의 의무를 해석하는 최고 권위기관입니다. 유엔의 여러 조약기구는 대한민국 정부 보고서의 심사 에 대한 최종견해를 통하여 이 사건 심판대상 조항의 규약 위반 여부를 검토한 바 있습니다.

유엔 사회권위원회와 여성차별철폐위원회는 한국의 형법에서 여성의 임신중단을 범죄화하고 있는 현재의 상황이 아래와 같이 조약 상의 의무에 위반된다고 보았습니다. 이 최종견해는 사회권위원회에서 2017년, 여성차별철폐위원회에서 2011년, 2018년 반복적으로 제시되고 있습니다. 위원회들은 이러한 침해 상태의 지속을 규약의 심각한 위반으로 보고 있으며 이번 사건에 대한 한국 헌법재판소의 판단을 주목하고 있습니다.

유엔 사회권규약위원회 최종견해 (E/C.12/KOR/CO/4)

성 및 재생산 건강의 권리

59. 위원회는 당사국에서의 낙태의 범죄화를 우려한다 (제12조).

60. 위원회는 당사국이 낙태를 겪은 여성을 비범죄화하여 여성의 성 및 재생산 건강과 존엄성 보호의 권리를 보장하고 성 및 재생산 건강 서비스가 모든 사람에게 제공되고 접근 가능하도록 보장해야 한다고 촉구한다. 위원회는 당사국에게 성 및 재생산 건강에 관한 일반 논평 제22호(2016)를 제시한다.

233) K.L. v. Peru, para. 6.3; V.D.A. v. Argentina, para. 9.2.

유엔 여성차별철폐협약위원회 최종견해 (CEDAW/C/KOR/CO/7)

건강

34. ... 또한, 위원회는 「모자보건법」 제14조와 제15조에 따라 강간이나 근친상간과 같은 특정한 상황에서 낙태가 허용되고 있지만, 당사국의 형법 제269조와 제270조의 조항에 따라 낙태가 처벌 가능한 범죄라는 사실에 대하여 우려를 표한다.

35. ... 위원회는 또한 낙태를 한 여성들에게 부과되는 처벌 조항들을 삭제할 목적으로 당사국이 낙태와 관련된 법, 특히 형법을 검토할 것을 고려하고, 위원회 일반 권고 24호(1999)에 따라 안전하지 않은 낙태로부터 발생할 수 있는 합병증 관리를 위해 그들에게 양질의 서비스를 제공할 것을 촉구한다.

건강

42. 위원회는 「모자보건법」 상 낙태, 근친 상간과 같은 특정한 상황에서 낙태가 법적으로 허용되고 있으나, 「형법」 상 낙태가 여전히 처벌 가능한 범죄라는 사실에 우려를 표한다. 또한 위원회는 (전하는 바에 따르면) 보건복지부가 2016년 9월 의료 종사자들의 형사 처벌과 의료 자격 정지 등의 내용을 담아, 낙태를 「모자보건법」을 위반한 부도덕한 의료 행위로 간주한 것에 우려한다. 그러나 위원회는 차후에 이러한 정책이 철회되었음을 환영한다. 이와 관련하여, 위원회는 **현재 헌법재판소에서 낙태법의 합헌성에 관한 심의를 진행 중이라는 당사국의 정보에 주목하고 있다.**

43. 위원회는 이전의 권고 (CEDAW/C/KOR/CO/7, 35항) 를 반복하며, 안전하지 않은 낙태가 모성 사망과 질병의 주요 원인이라는 관점에서, 당사국이 강간, 근친, 생명의 위협 그리고/또는 임신부의 건강, 또는 심각한 태아 손상의 경우 진행되는 낙태를 합법화할 것을 촉구한다. 그리고 다른 모든 경우에도 낙태를 비범죄화하고, 낙태를 한 여성에 대한 처벌 조항을 삭제할 것을 촉구한다. 또한 특히, 안전하지 않은 낙태로 인해 합병증을 겪을 경우 등을 포함하여, 낙태를 한 여성에게 양질의 수술 후 돌봄 체계에 대한 접근권을 제공할 것을 촉구한다.

라. 국제인권규범에서 보는 낙태 관련 권리 중 재생산권

인권은 상호의존적이고 상호연관적이기 때문에 인권 침해는 필연적으로 다른 권리의 침해로도 이어집니다. 따라서 앞서 본 바와 같이 합법적 임신중단에 대한 접근성을 보장하는 것은 여성에 대한 차별 철폐를 위한 국가 의무의 일부이며, 여성의 건강권 및 사생활의 권리 등을 보장하는 일이고, 그 중 특히 여성의 건강권에 기반한 재생산권리로서 국가가 허용하는 것을 넘어 국가에 이행을 청구할 수 있는 '권리'가 됩니다.

1999년 여성차별철폐위원회는 일반논평 24호 '여성과 건강'을 통하여 제12조 건강권이 무엇을 의미하는지 설명합니다.

11. 보건의료 서비스에 여성 특유의 질병을 예방, 탐지 및 치료하는 서비스가 부족한 경우 여성에 대한 차별을 근절하기 위한 조치가 부적절했던 것으로 간주된다. 당사국이 여성을 위한 특정 재생산 건강 서비스의 수행을 합법적으로 제공하는 것을 거부하는 것은 차별적이다. 예를 들어 보건 서비스 제공자가 양심적 종교적 거부에 근거하여 그러한 서비스를 수행하기를 거절한다면 여성에게 대체 보건 제공자를 추천하도록 조치를 취해야 한다.

14. 권리를 존중할 의무는 당사국들이 건강 목표를 추구하는 여성의 행동을 방해하는 것을 삼가도록 요구한다. 당사국은 공공 및 민간 의료 제공자가 건강 관리에 대한 접근권을 갖는 여성의 권리를 존중하는 임무를 어떻게 이행하는지에 대해 보고해야 한다. 예를 들어, 당사국은 여성이 결혼하지 않았거나 여성인 이유 때문에 여성이 남편, 파트너, 부모 또는 보건 당국의 허가를 받지 않았다는 이유로 보건의료 서비스나 그 서비스를 제공하는 진료소에 대한 여성의 접근을 제한해서는 안 된다. 적절한 보건의료에 대한 여성의 접근에 대한 장벽에는 **여성이 필요로 하는 의료 절차를 범죄로 규정하는 법률을 포함한다.**

2016년 사회권위원회는 일반논평 22호 '성적 재생산적 건강과 권리'를 통하여 건

강권에서 도출되는 성적 재생산적 건강과 권리에 대해 설명합니다.

사회권규약 일반논평 제22호. 12조: 성적 및 재생산적 건강과 권리

34. 당사국은 개인 및 집단에 대한 차별을 철폐하고 이들의 동등한 성적 및 재생산 건강권 보장할 직접적인 의무가 있다. 이것은 국가가 하는 법이나 정책을 폐지하거나 개혁하는 것을 필요로 한다. 낙태의 범죄화 또는 제한적인 낙태관련법 등 폭넓은 범위의 법, 정책, 관행들이 성적 및 재생산 건강권의 완전한 향유와 관련 있는 자율성 및 평등권과 반차별권을 저해한다. 당사국들은 또한 특정 집단들이 마주할 수 있는 모든 방해물을 제거하는 등 모든 사람 및 집단이 완전한 범위의 성적 및 재생산 건강 정보, 재화, 서비스에 대해 동등한 접근을 갖도록 보장해야 한다.

40. 존중할 의무는 국가가 직간접적으로 개인의 성적 및 재생산 건강권 행사에 간섭하는 것을 지양할 것을 요구한다. 국가는 건강정보에 대한 비밀보장은 유지하는 동시에 성적 및 재생산 의료서비스 및 정보를 범죄화하는 법 등 어떤 사람이라도 성적 및 재생산 건강에 접근하는 것을 제한하거나 부정하지 않아야 한다. 국가는 반드시 성적 및 재생산 건강권의 행사를 방해하는 법을 개혁해야 한다. 예시에는 낙태, HIV 비공개·노출·전파, 성인간 합의를 통한 성행위, 트랜스젠더 정체성 또는 표현을 범죄화하는 법 등이 포함된다.

C. 핵심 의무사항

49. 당사국들은 최소한 필수적인 수준의 성적 및 재생산 건강권을 보장해야 할 핵심적인 의무가 있다. 이 점에 있어서 당사국들은 현대의 인권기구 및 사법권의 지침²³⁴⁾ 그리고 특히 WHO와 UNFPA와 같은 UN 기구들이 설립한 가장 최근의 국제 가이드라인 및 프로토콜을 따라야 한다.²³⁵⁾ 이 핵심의무사항들은 최소한 다음의 내용을 포함해야 한다:

성적 및 재생산 의료시설, 서비스, 재화 및 정보에 대한 개인이나 특정집단의 접근을 범죄화하거나, 방해하거나, 저해하는 법, 정책, 관습들을 폐지하거나 철폐할 것;

차별금지사유로 구분되는 참여적이고 투명한 절차를 통해 고안된, 이러한 절차로부터 주기적인 검토 및 감독을 받는, 충분한 예산이 배정된, 성적 및 재생산 건강에 대한 국가적 전략이나 행동계획을 채택 및 실시할 것;
특히 여성 및 불리하고 소외된 집단을 위해 구매가능한, 허용가능한, 양질의 성적 및 재생산 의료서비스, 재화, 시설로의 보편적이고 동등한 접근을 보장할 것;
개인의 성적 및 재생산 관련 요구 및 행동양식에 대한 사생활 및 비밀보장, 그리고 (강압, 차별, 폭력에 대한 두려움 없이) 자유롭고, 정보에 근거한, 책임있는 의사결정을 보장하면서, 여성성기절단, 아동 및 강제결혼, 부부강간 등 가정·성폭력과 같은 해로운 관습과 젠더기반폭력에 대한 법적 금지를 제정 및 집행할 것;
안전하지 않은 낙태 예방을 위한 조치를 취하고 필요로 하는 사람들에게 낙태 후 의료서비스 및 상담을 제공할 것;
모든 사람 및 집단이 차별적이지 않고, 편견이 없고, 근거 있는, 아동 및 청소년들의 발달하는 인권능력 (capacities)을 고려한 성적 및 재생산 건강에 대한 종합적인 교육 및 정보로 접근할 수 있을 보장할 것;
WHO 필수약물목록 (WHO Essential Medicines List)²³⁶⁾에 따른 약물을 포함하여 성적 및 재생산 건강에 필수적인 의약품, 설비, 기술 제공하고;
성적 및 재생산 건강권의 침해와 관련하여 효과적이고 투명한 행정적 및 법적 구제 조치 및 보상을 보장할 것;

위와 같은 재생산의 권리 개념은 1968년 테헤란 국제인권회의(The International Conference on Human Rights on Teheran in 1968)를 계기로 하여 처음으로 주목되기 시작하였습니다. 이 회의 최종 결의서 제16조는 “부모는 자유롭고 책임 있게 그들의 자녀의 수와 터울을 결정할 기본적인 인권을 가진다.”고 명시하고 있습

234) For example, ICPD beyond 2014; CEDAW’s decisions on Communication No. 17/2008, Alyne da Silva Pimentel Teixeira (deceased) v. Brazil and Communication No. 22/2009, L. C. v. Peru; General Comments and Recommendations of CRC and CEDAW.

235) See e.g. Interagency Field Manual for Reproductive Health in Humanitarian Settings (2010): http://www.who.int/reproductivehealth/publications/emergencies/field_manual_rh_humanitarian_settings.pdf, and Improving Reproductive Health: Guidelines Introduced by WHO-UNFPA Strategic Partnership Programme: <http://www.unfpa.org/rh/guidelines.htm>.

236) WHO Model List of Essential Medicines, s. 18.3.

니다.

1994년 카이로 국제인구회의(International Conference on Population and Development)의 ICPD 행동계획(Program of Action)은 재생산권이 국내법, 국제인권협약 및 기타 합의문서에서 이미 인정된 특정한 인권을 포함하고 있음을 최초로 확인하면서 “재생산권은 부부 및 개인이 자녀들의 수와 이에 관한 시간적 공간적인 환경을 자유롭고 책임감 있게 결정하고 이를 위한 정보와 수단을 이용할 수 있는 기본적 권리 그리고 그들에게 최고 수준의 성적 재생산적 건강 상태에 이를 수 있는 권리가 인정되는지의 여부에 좌우된다. 또한 이 권리는 관련 인권 협약 에서 표현된 바와 같이 차별, 강압, 폭력으로부터 자유로운 재생산에 관한 결정을 내릴 권리를 포함한다.”라고 보았습니다. ICPD는 이러한 재생산권이 재생산적 · 성적 건강, 육체적 통합성 및 개인의 안전을 보장하고 있음을 역설하였습니다. ICPD는 재생산적 건강을 ‘재생산 체계와 그 기능 및 과정과 관련한 모든 사안들에 있어서 질병의 부재를 비롯한 완전한 육체적 · 정신적 · 사회적 안녕의 상태로 정의하였습니다.

1995년 중국 베이징에서 개최된 제4차 세계여성회의(the Forth World Conference for Women)는 여성의 재생산적 건강은 만족스럽고 안전한 성생활, 재생산 능력 그리고 그 시기와 방법을 결정할 자유를 포함하는 것이라고 정의하였습니다. 따라서 재생산권의 핵심에는 재생산적 건강권, 재생산적 선택권 및 재생산적 자유권이 개인의 삶을 운영하는 데 있어서 핵심적인 것이며, 이것은 여성에 대하여 기본적인 인권을 보장함에 의해서만 달성될 수 있다는 신념이 있음을 알 수 있습니다.

이렇게 재생산 권리에 관한 범주는 크게 다섯 가지로 나뉘 볼 수 있습니다: (1) 생명과 생존, 안전, 섹슈얼리티; (2) 재생산에서의 자기 결정과 자유로운 모성 선택; (3) 건강 그리고 과학적 진보의 혜택; (4) 차이에 대한 반차별 그리고 적절한 존중; (5) 정보와 교육, 의사결정의 차원으로서, 즉 임신중단의 안전한 접근은 건강권 뿐만 아니라 자유권, 평등권 범주까지 포함하는 포괄적인 재생산권 하에서 인정되는 중요한 권리입니다.

마. 인구 관련 기구에서의 정치적 약속

또한 합법적인 낙태는 안전하고 접근 가능해야 한다는 것은 상술한 1994년 카이로에서 열린 ICPD 회의에서 국가들의 정치적 약속에 의하여 지지된 입장입니다. 국가들은 안전하지 않은 낙태를 주요 공중 보건 문제로 인식하고, 확대되고 개선된 가족 계획 서비스를 통해 낙태의 필요성을 줄이겠다는 공약을 약속하고 동시에 법에 위배되는 상황에서라도 낙태는 안전해야 한다고 인지하였습니다.²³⁷⁾ 1995년 제4차 여성회의에서 합의된 베이징 행동 강령은 또한 이를 확인했습니다.²³⁸⁾ 1999년 ICPD에 대한 유엔 총회 평가에서도 “법에 위배되지 않는 상황에서, 보건 체계는 의료 서비스 제공자를 훈련시키고 장비를 갖추도록 해야 하며 낙태가 안전하고 접근 가능하다는 것을 보장하기위한 다른 조치를 취해야한다고. 그리고 여성의 건강을 지키기 위한 추가적인 조치가 취해져야한다.”²³⁹⁾고 보았습니다.

237) International Conference on Population and Development, Programme of Action (1994), para. 8.25.

238) Fourth World Conference on Women, Platform for Action (1995), para. 106(k).

239) General Assembly Resolution S-21/2, Key actions for the further implementation of the Programme of Action of the International Conference on Population and Development, A/RES/S-21/2 (1999), para. 63(iii).

바. 국제보건기구에서 보는 여성의 재생산건강과 낙태의 비범죄화

세계보건기구(World Health Organization)는 <안전한 낙태: 보건체계를 위한 기술적 정책적 지침>에서 “안전하지 않은 낙태는 모성 사망률과 이환율의 네 가지 주요 원인 중 하나”라고 하며 여성의 건강 증진 및 보호를 위해 제한적인 법률 등을 제거하는 것이 필수적이라고 보았습니다. 세계보건기구는 제한적인 법률 (restrictive laws), 서비스의 낮은 접근성, 고비용, 낙인, 건강보건 제공자들의 도덕적 신념에 의한 진료거부, 불필요한 요건(강제적 대기기간, 강제적 상담, 잘못된 정보의 제공, 제3자 동의, 의료적으로 불필요한 검사)이 여성이 안전한 임신중단에 접근하지 못하는 주요 장벽이라고 보았습니다.

사. 소결

대한민국은 헌법 제6조에 따라 여러 국제인권규약에 가입하였는바 국제사회의 책임감 있는 구성원으로서 그에 따른 책임과 의무를 다할 필요가 있습니다. 따라서 대한민국은 이 사건 심판대상 조항이 국제규약에 위배된다는 각 위원회의 견해를 무겁게 받아들이고 국제사회의 권고에 진지하게 응답해야 할 것입니다. 나아가 그러한 권고와 견해의 근거가 되는 각 국제규약의 조항들이 대한민국 헌법과 실질적으로 동일한 내용을 규정하고 있는 점에 비추어 볼 때 이 사건 심리에 있어서도 위 권고 및 견해의 내용이 충분히 검토되어야 할 것입니다.

2. 낙태의 범죄화를 지지하지 않는 비교 판례

가. 서론

기본권은 단순히 국내적, 고유적, 문화적인 문제가 아닙니다. 낙태에 관한 외국의 비교법례는 국내법의 해석과 적용에 있어서 세계적 흐름에 대한 중요한 징후이자 판단자료로 사용됩니다. 특히, 다른 나라의 법제와 판례와 분리된 상태의 ‘순수한 국내법’인 낙태죄는 어느 나라에도 존재하지 않습니다. 법률적으로는 범죄화의 기원과 연혁의 측면, 의료적으로는 세계보건기구의 기술적 가이드 등 이제는 세계적으로 보편적인 산과 의료 기술을 볼 때 더욱 그렇습니다.

현재 세계의 낙태법은 종교적 죄를 형법상의 범죄로 규율하던 중세 이후의 유산을 극복하고, 형법이 아닌 여성의 선택과 권리에 기반한 법률, 정책, 프로그램을 통해 규율됩니다. 즉 현재의 낙태법은 형법으로 여성에게 모성을 ‘강제’하는 것이 아니라, 권리 보장법으로 여성의 자기결정권을 존중하는 동시에 모성을 ‘선택’하고 있으며 이는 태아의 잠재적 생명 보호와 배치되지 않는다고 봅니다.

20세기 중반까지만 하여도 낙태법은 국가마다 큰 차이가 있었습니다. 그 이후 1967년부터 1977년 사이 최소한 42개 국가에서 낙태법이 완화되었고 1970년대부터 낙태에 관한 헌법소송 판례들이 등장하였으며 여성의 사생활의 권리, 자기결정권에서 출발하여 점차 ‘평등권’과 ‘재생산 건강권’에 대해 이야기하게 되었습니다. 이제는 더 이상 태아의 “생명”의 “권리”를 여성의 권리와 양립할 수 없거나 우월

하다고 보지 않으며 오히려 여성의 결정을 지지하는 것이 궁극적으로 태아의 보호라는 이익에 부합한다는 것이 최근 판례들의 취지입니다. 이에 대해서는 이하 상술하겠습니다.

나. 프라이버시권에서 도출되는 임신중단의 권리

1970년대에는 첫 세대의 낙태법 판례들이 등장합니다. 그 중에서도 미국 연방대법원은 1973년 로 대 웨이드 사건(Roe v. Wade)에서 7대2의 결정으로, 여성이 가지는 헌법상의 프라이버시 권리가 “임신을 중지시킬 것인지 여부에 대한 결정을 포함하기에 충분할만큼 광범위하다”고 보았습니다.

재판부는 프라이버시권의 선례로서 혼인(이인종간 혼인 금지 버지니아법이 위헌이라고 본 1967년 러빙 대 버지니아), 출산(중범죄를 반복해서 저지르는 범죄자에게 강제불임수술하도록 하는 오클라호마법이 위헌이라고 본 1942년 스키너 대 오클라호마), 피임(결혼관계가 아닌 사람에게 피임기구를 배포하는 것을 금한 매사추세츠법을 위헌이라고 본 1972년 아이젠스타트 대 배어드 사건 중 화이트 판사의 동조의견), 가족관계, 자녀양육 및 교육 등 유관 권리를 들었습니다. 재판부는 처음 3개월은 임신한 여성이 독자적 판단에 의하여 의사와 상의하여 전적으로 낙태 여부를 결정할 수 있고 그 다음부터는 제한 가능하다고 보았으며, 다음 3개월은 모의 건강을 보호하기 위한 주의 필요불가피한 이익 인정했으며 마지막 3개월은 태아의 잠재적 생명(potential life)에 대한 주의 필요불가피한 이익을 인정했습니다. 재판부는 태아는 수정헌법 제14조의 사람은 아니며 생명이 언제 시작되는지

는 법원이 답할 필요가 없다고 보았습니다.

유럽인권재판소도 2007년 티샹츠 대 폴란드 사건 등에서 낙태의 맥락과 관련된 결정에 대하여 협약 제8조에 기반하여 임부의 사생활의 권리를 인정합니다.

다. 평등권에서 도출되는 임신중단의 권리

여성의 재생산 자유를 거부하는 것은 불평등, 신체통합성에 대한 침해일 뿐만 아니라 시민권을 제한합니다.

낙태법이 처음 헌법심사를 받던 1970년대에는 미국 연방대법원 등 일반적인 성차별의 많이 심화되지 않았었습니다. 하지만 현재는 다릅니다. 상술한 국제인권규범과 각국 판례의 중심에 여성에 대한 차별과 평등권 논의가 있습니다.

1999년 미국 뉴멕시코주 최고법원 판례에서는 “뉴 멕시코의 평등권 수정안은 의학적으로 필요한 낙태에 대한 주정부의 자금 지원을 금지하는 [인적 서비스] 부서의 규칙이 메디 케이드 자격이 있는 여성에 대한 평등을 법으로 금지하는지 여부를 결정하기 위해 사법적 조사를 요구한다. 우리는 이 규칙이 남성과 여성 모두에게 동일한 ‘의학적 필요성’을 적용하지 않는 프로그램을 이는 뉴 멕시코 주 평등권 수정안을 위반하였다고 본다”라고 보며 “미국 연방법에 따르면, 태어나지 않은 태아의 잠재적인 생명에 대한 국가적 이해는 결코 어머니의 생명과 건강에 대한 이해보다 중요하지 않다. ([u]nder federal law, the state’s interest in the

potential life of the unborn is never compelling enough to outweigh the interest in the life and health of the mother.)”고 보았습니다.

연방대법원은 1992년 가족계획협회 대 케이시(Planned Parenthood V. Casey) 판결²⁴⁰⁾에서 “여성의 역할에 관한 주(州)의 견해, 우리 역사와 문화 속에서 지배적인 견해를 주(州)가 주장하기에는 여성의 고통이 너무나 내밀하고 사적인 것이기 때문에 주(州)는 임신한 여성의 낙태결정을 존중할 의무가 있다.”라고 판시하였습니다.

남성은 의료서비스에 대한 법적 금지와 처벌을 겪지 않는데, 여성은 그러한 위험을 감수해야 합니다. 낙태에 관련된 각종 제한은 그 자체로 차별로서 여성을 가족, 커뮤니티, 사회, 법적 시스템에서 종속적인 존재로 만들 수밖에 없습니다. 국가가 여성으로 하여금 자신의 의지에 반하여 아이를 낳게 하는 ‘징집’은 여성을 2등 시민으로 만듭니다. 낙태의 범죄화는 “국가가 낙태에 대해서 여성에 대한 특정한 가치판단을 표시하는 것이 아닌가” “국가가 낙태 이외에도 잠재적 생명인 태아와 관련해서 균질한 보호를 하는가, 예를 들면 출산할 여성에 대해 출산전 의료보장과 고용 보호 등을 충분히 하는가. 아니면 국가는 잠재적 생명을 보호하는 것에 대해 선택적인가. 그렇다면 낙태 제한은 성별, 돌봄, 모성을 둘러싼 선택에 대한 전통적 성적 역할 고정관념을 반영한 것이 아닌가?”를 고민하는 견해들이 늘어났습니다. 낙태 제한에 따른 성별적(gendered) 효과의 의미는, 여성은 모성에 대한 시기를 자신이 선택할 수 없으므로 교육, 경제, 공적 생활에 대한 심각한 불

240) Planned Parenthood v. Casey, 505 U.S. 833, 852 (1992)

평등을 겪는다는 것입니다. 이렇게 많은 판례의 판시에 여성의 삶의 선택에서의 불평등 문제가 등장합니다.

라. 태아가 가지는 잠재적 생명의 이익이 여성의 권리보다 우월하지 않다고 본 판례

대부분의 헌법, 인권규범은 명시적 권리 혹은 열거되지 않은 권리로 생명권을 듭니다. 하지만 그렇다고 하여 곧바로 태아에게 인격(personhood)을 인정하여 태아에게 “생명권(right to life)”이 있다고 보지는 않습니다. 각 국가에서 이렇게 보는 이유는, 생명권은 많은 국가에서 헌법상 절대적 권리이기 때문에 태아의 “생명권”을 인정하는 것은 여성의 기본권을 압도하는(override) 법적 결과를 낳기 쉽기 때문입니다.

헌법 뿐만 아니라 법률에서도 사람의 생명은 착상에서부터 시작된다고 보는 경우는 거의 없습니다. 대부분의 국가에서 출생 이후에야 권리를 부여하며, 제한적으로 특정한 권리에 대해서 ‘정지조건’으로 태아에게 인정합니다.

많은 법률학자들은 이전 시대의 일부 판례에서 태아의 인격성(prenatal personhood) 논의를 잘못 도입한 것이 추상적인 차원의 논쟁과 좁은 의미의 법리 해석을 넘어 일상에서 여성의 재생산에 관한 결정에 대한 사회적 논의에도 크게 악영향을 끼쳤다고 비판했습니다 실제로 이 사회적 논의는 생명에 대한 존중보다는 여성의 자기결정권을 부정하는 용도로 종종 오용되기도 하였습니다. 따라서 이 점에 관한 비교판례들을 보다 정확히 이해할 필요가 있습니다.

유럽인권위원회(유럽인권재판소의 전신)의 1980년 파톤 대 영국 사건(Paton v. United Kingdom)²⁴¹⁾에서는 임신한 자신의 부인이 임신 중단을 선택하는 것이 유럽인권협약 제2조 생명권을 위반한다는 남편의 주장이 제기되었으나, 인권위원회는 제2조²⁴²⁾와 다른 조항에서 “모든 사람(everyone)”에 태아가 포함되지 않는다고 보았습니다. 1992년 알에이치 대 노르웨이 사건(R.H. v. Norway)²⁴³⁾에서도 동일한 주장을 기각했습니다. 한편 이러한 주장이 주로 임부의 배우자 혹은 파트너로부터 제기되는 것도 시사점이 있습니다.

유럽인권재판소는 2002년 보소 대 이탈리아 사건(Boso v. Italy)²⁴⁴⁾에서도 이탈리아의 낙태허용법이 협약 제2조를 위반하지 않는다고 보았습니다. 2004년 보 대 프랑스 사건(Vo v. France)에서는 의사의 과실로 유산을 겪은 여성이 협약 제2조에 근거하여 형법상 과실치사를 주장하였으나, 법원은 다시 “태어나지 않은 아이는 협약 제2조에서 직접적으로 보호하는 ‘사람’으로 볼 수 없다, 만일 태아가 (이른바) “생명”의 “권리”를 가진다고 해도 그것은 암묵적으로 모의 권리와 이익에 의해 제한될 수 밖에 없다”라고 하며 이 주장을 기각했습니다. 유럽인권재판소는

241) Paton v. U.K., App. No. 8317/78, Eur. Com H.R., 13 May 1980, 3 Eur. H.R. Rep. 408 (1981)
242) 제2조(생명권)
1. 모든 사람의 생명권은 법에 의하여 보호된다. 어느 누구도 법에 규정된 형벌이 부과되는 범죄의 유죄확정에 따른 법원의 판결을 집행하는 경우를 제외하고는 고의로 생명을 박탈당하지 아니한다.
2. 생명의 박탈이 다음의 상황에서 절대적으로 필요한 힘의 행사의 결과인 때에는, 이 조에 위반하여 부과된 것으로 간주되지 아니한다.
a. 위법한 폭력으로부터 사람을 보호하기 위하여.
b. 합법적으로 체포를 하거나 또는 합법적으로 구금된 자의 도주를 방지하기 위하여.
c. 폭동 또는 반란을 진압하기 위하여 합법적으로 취하여지는 행동.
243) R. H. v. Norway, decision on admissibility, App. No. 17004/90, 73 Eur. Comm'n H.R. Dec. & Rep. 155 (19 May 1992).
244) Boso v. Italy, App. No. 50490/99, Eur. Ct. H.R., (5 September 2002).

“생명의 시작에 대한 과학적인 그리고 법적인 유럽적 컨센서스는 존재하지 않는다”고 하며 이 주장을 반복적으로 기각합니다.

국가 단위의 판례도 마찬가지입니다. 제1분기의 요청에 의한 낙태를 허용한 오스트리아 형법에 대하여 오스트리아 헌법재판소의 1974년 합헌 판례도 생명권 주장을 기각합니다. 프랑스 국사원의 1975년 판례²⁴⁵⁾에서도 태아는 프랑스 헌법상 권리가 보장되는 ‘아이’가 아니라고 보았습니다. 프랑스 국사원의 1991년 판례는 프랑스 낙태법에 대하여 유럽인권협약 제2조 생명권, 자유권규약 제6조 생명권 침해하지 않는다고 보았습니다. 동일한 취지의 네덜란드 법원 1990년 판례²⁴⁶⁾도 존재합니다. 1998년 남아공 판례²⁴⁷⁾에서도 남아공 헌법 제11장의 “모든 이는 생명권을 가진다” 중 “모든 이(everyone)”는 “모든 사람(every person)”을 의미하고, 이는 살아 태어난 이후에야 부여되는 것. “여기서 문제는 배아가 인간이냐가 아니라, 그것이 당신과 나와 동일한 법적 보호를 받아야 하는 것이냐이다. the question is not whether the conceptus is human but whether it should be given the same legal protection as you and me.”

한편 독일의 판례는 1970년대부터 국제적으로 예외에 해당했습니다. 1975년 독일 헌법재판소는 “태아는 사람과 동일시할 수는 없지만, 그 자체로 독립적 법적 가치가 있기 때문에 몇 가지 제한적인 헌법적 보호를 받는다”고 판시하였습니다. 특히 독일 판례가 태아의 생명에 대한 보호를 이야기하며 마치 여성의 권리와 양립할

245) Décision n° 74-54 du 15 janvier 1975, Loi relative à l'interruption volontaire de la grossesse
246) Juristenvereinigung Pro Vita v. De Staat der Nederlanden, summarized in Annual Review of Population Law, 1991, Vol. 19, No. 5, 179-80 (1991)
247) Christian Lawyers Association of South Africa v. The Minister of Health, 1998 (11) BCLR 1434 (T).

수 없고 대립하는 가치로 실시한 것이 가장 문제가 되었습니다. 독일의 판례는 같은 시기인 1970년대의 다른 국가(미국, 프랑스, 오스트리아 등)에 비해 반대쪽 극단에 있었고, 비교법적으로 많은 비판을 받았습니다. 하지만 자세히 들여다본다면 이러한 외관을 넘는 맥락이 존재합니다..

독일은 통일 이후 구동독의 낙태법을 많이 받아들이며 서독 시기보다 넓은 범위의 합법화를 이뤄냅니다. 1993년에는 1975년의 판시를 유지하는 입장이었으나 또한 임부의 다양한 권리를 인정하였습니다. 임부는 독일 기본법 제2조 제1항 개인적 발달의 권리, 제2조 제2항 신체 통합성과 생명의 권리, 제1조의 존엄성을 포함합니다. 현재 독일 낙태법의 광범위한 유연성과 실제 적용례를 볼 때, 독일 헌법재판소가 보는 태아의 권리/이익은 임부의 권리에 종속적이라고 볼 수 있습니다.

이상에서 본 바와 같이, 많은 국가에서 기본권으로서 태아의 “생명”의 “권리”를 인정했다면, 한국보다 유연한 수많은 국가의 낙태법은 헌법적으로 유지될 수 없었을 것입니다. 한편 이러한 취지를 인정하는 외관을 가지는 판례도 실제로 여성들의 권리를 폭넓게 인정하며 임부의 권리의 우월성을 인정합니다.

마. 여성의 생명권과 안전권을 보호하는 판례

오히려 생명권의 개념은 점차 소극적 특성을 넘어 생명권 보호에 대한 국가의 적극적 의무를 부여하고 있고, 안전한 모성도 보호하는 적극적 의무로 진화하고 있습니다. 유럽인권위원회는 출산 중 사망한 여성 사건에 대해서도, 국가는 의도적

인 사망 뿐만 아니라 의도 없는 사망에 대해서도 보호할 의무가 있다고 보았습니다. 유엔 자유권위원회도 생명권에 대한 일반논평 6호에서 “생명권은 제한적인 차원 뿐만 아니라 이 보호를 위해서 국가가 적극적 조치를 취해야 한다고 이해되어야 한다”고 볼 수 있습니다..

남아프리카 공화국 헌법²⁴⁸⁾처럼 직접적으로 명시하는 국가도 있으며, 판례를 통하여 인정하는 국가도 있습니다. 합법적 낙태에 대한 의료기관의 승인이 8주나 걸린 사건에서 캐나다 대법원은 “합법적 낙태에 대한 제한된 접근권은 안전권을 침해한다”고 보았습니다.²⁴⁹⁾

자유와 안전의 소극적 권리는 절차에 대한 국가의 제한과 침해로부터의 자유를 의미하고, 적극적 권리는 안전한 서비스에 대한 합리적인 접근을 제공하는 것까지 나아갑니다.

바. 재생산권과 건강권에서 도출되는 임신중단의 권리

앞서 본 바와 같이 국제인권규범은 사회권으로서의 건강권, 보다 포괄적인 권리로서의 재생산권에서 임신중단의 권리를 인정합니다.

한편 최근 유럽의 판례에서는 낙태를 국가가 허용하는 것을 넘어, 재생산권과 건

248) 남아프리카공화국 헌법 제12조 제2항 “모든 사람은 신체적, 정신적 통합성에 대한 권리가 있으며, 여기에는 다음 권리가 포함됨
(a) 재생산에 관한 결정을 내리는 것;
(b) 자신의 신체를 보호하고 통제하는 것
249) R. v. Morgentaler, [1988] 1 SCR 30

강권 등에 기반하여 국가에 요구할 수 있는 차원의 문제를 좀 더 다룹니다.²⁵⁰⁾ 즉, 이미 법적 권리로서 존재하는 임신중단의 권리가 절차나 의료서비스로서 실질적으로 접근 가능하고, 좋은 질을 가지고 있으며, 부담 가능한 비용이며 국가가 제공해야 하는 서비스인지의 문제가 되었습니다.

3. 소결

국제적으로 낙태법을 형법으로 규율하는 시대는 끝난 지 오래 되었습니다. 국제사회에서 ‘임신중단’이 단지 국가가 허용하는 행위가 아니라 국가에게 요구해야 하는 ‘권리’로 인정받는 동안, 한국은 2018년에 이르기까지 아직도 형법상 낙태죄를 규정하는 국가로 남아있으며, 한국의 여성은 범죄화의 낙인에 시달리고 기본권적으로 국가에 요구하여야 하는 기초적인 재생산 서비스조차 제공받지 못하는 심각한 침해를 겪어야 했습니다.

지속적으로 이 사건 심판대상 조항에 대해 국제인권규범 위반성을 경고하고 한국 여성의 권리 침해를 우려하는 국제인권기구들, 여성의 건강에 대해 우려하는 국제보건기구들, 임신중단의 권리에 대하여 다양한 기본권에서 도출하는 압도적인 비교 판례들을 비추어볼 때, 이 사건 심판대상 조항의 합헌성은 유지되기 어렵습니다.

VII. 결론

250) Erdman, J. N. (2014). The procedural turn: abortion at the European Court of Human Rights. Abortion Laws in Transnational Perspective: Cases and Controversies, 141.

위와 같은 점들을 종합하여 이 사건 심판청구를 인용하여 주시기 바랍니다.

2018. 3. .

청구인의 대리인

법무법인 지향

담당변호사 김 수 정

법무법인 덕수

담당변호사 박 수 진

변호사 류 민 희

변호사 차 혜 령

변호사 천 지 선

변호사 최 현 정

헌법재판소 귀중

참 고 문 헌

[국내 문헌]

김동식/ 김영택/ 이수연, 『피임과 낙태 정책에 대한 쟁점과 과제: 여성의 재생산권과 건강권을 중심으로』, 한국여성정책연구원, 2014.

김만성, 「의학적 관점에서 모자보건법 다시보기」, 『성폭력으로 인한 임신 피해자 어떻게 지원할 것인가?』, 국회 성평등정책연구포럼, 2013.

김은실, 「낙태에 관한 사회적 논의와 여성의 삶」, 『형사정책연구』, 제2권 제2호, 1991.

김중세, 「낙태와 헌법상의 근본가치」, 『젠더와 문화』, 제3권 제2호, 2010.

김주경, 「건강권의 헌법학적 내용과 그 실현」, 『법학연구』, 제23권 제4호, 연세대학교 법학연구원, 2013.

김해중 외 12, 「인공임신중절 실태조사 및 종합대책 수립」, 보건복지부, 2005.

김채운, 『임신출산에 관한 여성의 자기결정권』, 박사학위논문, 숙명여자대학교, 2017.

김혜영, 「십대 청소년 미혼모의 출산 및 양육경험: 주체와 타자의 경계에서」, 『한국여성학』 제26권 제4호, 한국여성학회, 2010.

대한산부인과학회, 『산부인과학 지침과 개요』 (4판), 군자출판사, 2015.

박선영 외 6, 「여성가족 관련 법제의 실효성 제고를 위한 연구(I): 낙태 규제와 여성의 대표성 관련 심층 분석 및 여성가족 관련 입법 과제」, 한국여성정책연구원, 2013.

박재운(대표집필), 「형법 각칙(4)」, 『주석 형법』 제4판, 2006.

박찬걸, 「낙태죄의 합리화 정책에 관한 연구」, 『법학논총』, 제27권 제1호, 2010.

박형민, 「낙태의 실태와 대책에 관한 연구」, 한국형사정책연구원, 2011.

백영경, 「성적 시민권의 부재와 사회적 고통: 한국의 낙태 논쟁에서 여성 경험의 재현과 전문성의 정치 문제」, 『아시아여성연구』, 제52권 2호, 2013.

보스턴여성건강서공동체, 『또문몸살림터 엮어 옮김』, 『우리 몸 우리 자신』, 또하나의문화, 2005.

서정원, 「엄마대학원생의 학업-육아 양립 경험에 관한 현상학적 연구」, 『여성연구』, 제89권 제2호, 한국여성정책연구원, 2015.

성과재생산포럼, 『성과재생산포럼 자료집』, 2016.

손명세 외 9, 「전국 인공임신중절 변동 실태조사」, 보건복지부, 2011.

신동운, 「형법개정과 관련하여 본 낙태죄 연구」, 『형사정책연구』 제2권 제2호, 1991.

신진화, 「지정토론문: 낙태에 대한 죄의식이 실제 더 자주 등장하는 곳」, 『저스티스』 통권 제121호, 2010.

신현호, 「낙태죄에 관한 제문제」, 『저스티스』 통권 제121호, 2010.

양현아, 「낙태에 대한 다초점 정책의 요청: 생명권 대 자기결정권의 대립을 넘어」, 『한국여성학』 제26권 제4호, 2010.

양현아, 「낙태죄 헌법소원과 여성의 목소리」, 『법학논총』, 제30권 1호, 2013.

양현아 편, 『낙태죄에서 재생산권으로』, 도서출판 사람생각, 2005.

오승이, 「법여성학 상의 낙태권 이론」, 『공익과 인권』 제4권 제2호, 2007.

오승이, 「낙태죄 규정의 위헌 여부: 새로운 논의의 시작 - 헌법재판소 2012. 8. 23. 선고 2010헌바402, 2010헌사1123 결정을 중심으로」, 2012년 젠더법연구회 학술대회 발표문(미간행)

이미경 외 7, 『성폭력 피해로 인한 인공임신중절수술 지원실태 및 개선방안 연구』, 여성가족부 여성·아동폭력피해중앙지원단, 2012.

이미경/ 김영택/ 김동식, 「낙태행위의 사회경제적 사유 분석과 관련 정책 개선방안」, 한국여성정책연구원, 2010.

이선순, 「재생산권으로서의 낙태에 대한 법여성학적 고찰」, 『여성학연구』 제16권 제1호, 2006.

이수윤 외 7, 「쌍태임신에서 임신 제2삼분기에 시행된 맞춤형 선택적 유산에 관한 연구」, 『Korean Journal of Obstetrics and Gynecology』, 50(12), 2007.

이인영, 「출산정책과 낙태규제법의 이념과 현실」, 『페미니즘연구』, 제10권 제1호, 2010.

이재상, 『형법각론』 (9판), 박영사, 2013.

장민선, 「건강한 임신, 출산 지원을 위한 모자보건법 개정방향 연구」, 한국법제연구원, 2015.

정슬아, 「배우자 동의' 항목의 실제: 남성에 의한 협박 상담 사례」, 『낙태죄 법 개정을 위한 연속포럼 1』 자료집, 2013.

정영훈 외, 『사회보장에 대한 헌법상 권리의 침해 여부에 관한 심사기준』, 헌법재판소 헌법재판연구원, 2015.

정윤지, 「비혼 남녀의 콘돔사용에 관한 의사결정 과정에서 나타나는 가부장성」, 『젠더와 사회』 제7권 제1호, 2008.

정진주, 「유럽 각국의 낙태 접근과 여성건강」, 『페미니즘연구』, 제10권 1호, 2010.

정중섭, 『헌법학원론』, 박영사, 2008.

조국, 「낙태 비범죄화론」, 『서울대학교 법학』 제54권 제3호, 2013.

한국여성민우회, 『있잖아 나 낙태했어』, 다룬, 2013.

한국여성민우회, 「모두를 위한 낙태죄폐지 공동행동' 발족 퍼포먼스 후기」, 2017.
http://www.womenlink.or.kr/minwoo_actions/19447 2018. 3. 27. 최종방문

황나미/ 채수미/ 장인순, 「2014년도 난임부부지원사업 결과 분석 및 평가」, 보건복지부, 2015.

황신우, 『미혼남녀의 피임행위 구조모형』, 박사학위논문, 서울대학교, 2013.

[국외 문헌]

Beyond 2014 ICPD Review, *Statement on sexual and reproductive health and rights*, 2014.

Catharine Mackinnon, *Sexual Harassment of Working Women*, New Haven : Yale University Press, 1979.

Fourth World Conference on Women, *Platform for Action*, 1995.

International Conference on Population and Development, *Programme of Action*, 1994.

Joanna N. Erdman., "The procedural turn: abortion at the European Court of Human Rights." *Abortion Laws in Transnational Perspective: Cases and Controversies*, 2014.

Neil S. Siegel & Reva B. Siegel, "Equality Arguments for abortion Rights", *UCLA L. Rev. Discourse* 60, 2012.

Patricia stephenson et al, "Public Health Policy Forum, Commentary: The Public Health Consequences of Restricted Induced Abortion—Lessons from Romania", *American Journal of Public Health*, Vol. 82, No. 10, 1992.

Reva Siegel, "Abortion as a Sex Equality Right: Its Basis in Feminist Theory", in Martha Fineman & Isabel Karpin eds., *Mothers in Law: Feminist Theory and the Legal Regulation in Motherhood*(Columbia University Press, New York, 1995).

Reva Siegel, "Reasoning From the Body: A Historical Perspective on Abortion Regulation and Question of Equal Protection.", *Stanford Law Review* 44, 1992.

Robin West, "The Supreme Court 1989 Term, Foreword: Taking Freedom Seriously", *Harvard*

Law Review 43, 1990.

Sylvia Law, "Rethinking Sex and the Constitution", *University of Pennsylvania Law Review* 132, no. 5, 1984.

United Nations, *World Abortion Policies 2013*

World Health Organization, *Safe Abortion: Technical & Policy guidance for Health Systems*, 2015.

World Health Organization, *Trends in Maternal mortality, 1990 to 2010: Estimates developed by WHO, UNICEF, UNFPA and the World Bank*

[언론보도]

경향신문, 2010. 3. 3.자 「중국으로 '낙태 원정」

서울신문, 2013. 11. 8.자 「여성만 처벌하는 낙태죄... 악용하는 남친들 급증」

여성신문, 2017. 6. 11.자 「"임신해서 죄송합니다"... '사표' 품고 일하는 엄마들」

연합뉴스, 2017. 11. 28.자 「"낙태 연간 최대 50만건 추정"...9년간 거의 동일」

연합뉴스, 2017. 12. 14.자 「의료윤리·법·철학 등 연구자 115명 "낙태죄 폐지해야"」

오마이뉴스, 2017. 12. 14.자 「의료윤리·법·철학 등 연구자 115명 "낙태죄 폐지해야"」

일다, 2003. 11. 30.자 「'임신'은 '해고'- 여성노동자회, 비정규직 모성보호 실태보고」

일다, 2016. 10. 15. 「내 자궁은 나의 것」 낙태죄 폐지운동 점화 - 한국판 여성들의 '검은시위'번진다」 http://www.ildaro.com/sub_read.html?uid=7627§ion=sc1§ion2=정치/정책

중앙일보, 2017. 9. 27.자., 「여자는 출산, 육아휴직 때문에 안돼' ...합격권 여성 7명 골라 탈락시킨 공기업 사장」

허핑턴포스트, 2017. 9. 28.자 「여성들이 '임신 중단'을 선택한 자신의 경험을 이야기하다」

[통계 등]

대검찰청 『범죄 분석』 여성 범죄 분석 (2007~2014)

대법원 『사법연감』 (2006~2016)

보건복지부 2011. 4. 29.자 보도자료, 「최근 3년 자연유산 진료인원 분석 결과」

통계청 보도자료, 2017. 11. 20.자, 「생애주기별 주요 특성 분석 - 출산, 아동보육, 청년층, 경력단절-」

통계청 지역별고용조사 http://www.index.go.kr/potal/main/EachDtlPageDetail.do?idx_cd=3038 2018. 3. 28. 최종방문

한국 갤럽 홈페이지, 데일리 오피니언 제232호(2016년 10월 3주) - 낙태 관련 인식 <http://www.gallup.co.kr/gallupdb/reportContent.asp?seqNo=784> 2018. 3. 25. 최종방문

[국내외 판결, 결정]

- 헌법재판소 1990. 9. 10. 선고 89헌마82 결정.
- 헌법재판소 1996. 11. 28.자 95헌바1 결정
- 헌법재판소 1997. 7. 16. 선고 95헌가6내지13 결정
- 헌법재판소 1999. 5. 27. 선고 97헌마137, 98헌마5(병합) 결정
- 헌법재판소 1999. 12. 23. 98헌마363 결정
- 헌법재판소 2002. 10. 31. 선고 99헌바40, 2002헌바50(병합) 결정
- 헌법재판소 2005. 2. 3. 2001헌가9 결정
- 헌법재판소 2008. 3. 18.자 2008헌마218 결정
- 헌법재판소 2008. 7. 31.자 2004헌바81 결정
- 헌법재판소 2008. 7. 31.자 2004헌마1010 결정
- 헌법재판소 2009. 11. 26.자 2008헌마385 결정
- 헌법재판소 2010. 2. 25.자 2008헌가23 결정
- 헌법재판소 2010. 5. 27.자 2005헌마346 결정
- 헌법재판소 2012. 8. 23.자 2010헌바402 결정
- 헌법재판소 2013. 3. 21. 2010헌바70 결정.

- 대법원 1976. 9. 14. 선고 76다1365판결
- 대법원 1982. 10. 12. 선고 81도2621 판결
- 대법원 1998. 10. 9. 선고 98도949 판결
- 대법원 2005. 4. 15. 선고 2003도2780 판결
- 대법원 2007. 6. 29. 선고 2005도3832 판결
- 대법원 2017. 2. 15. 선고 2014다230535 판결

- 서울고등법원 2007. 3. 15. 선고 2006나56833 판결
- 서울고등법원 2013. 7. 5. 선고 2013노1503 판결
- 수원지방법원 안산지원 2013. 9. 13. 선고 2012드단11854 판결

- Committee on the Elimination of Discrimination Against Women, Concluding Observations on the Republic of Korea, CEDAW/C/KO/CO/7 (2011)
- Committee on the Elimination of Discrimination Against Women, Concluding Observations on the Republic of Korea, CEDAW/C/KO/CO/8 (2018)
- Committee on the Elimination of Discrimination Against Women, Concluding Observations on Peru, CEDAW/C/PER/CO/7-8 (2014)
- Committee on Economic, Social and Cultural Rights, *Concluding observations on the fourth periodic report of the Republic of Korea*, E/C.12/KOR/CO/4 (2017)
- Committee on the Elimination of Discrimination Against Women, *L.C. v. Peru*, CEDAW/C/50/D/22/2009
- Human Rights Committee, *K.L. v. Peru*, CCPR/C/85/D/1153/2003,
- Human Rights Committee, *V.D.A. v. Argentina*, CCPR/C/101/D/1608/2007
- Boso v. Italy*, App. No. 50490/99, Eur. Ct. H.R. 846 (2002)
- BVerfGE 39,1
- BVerfG, 2 BvF 2/90 , 2 BvF 4/92 , 2 BvF 5/92
- Christian Lawyers Association of South Africa v. The Minister of Health*, 1998 (11) BCLR 1434 (T).
- Décision n° 74-54 du 15 janvier 1975, Loi relative à l'interruption volontaire de la grossesse (1975)
- Gonzales v. Carhart*, 550 U.S. 124 (2007).
- Juristenvereniging Pro Vita v. De Staat der Nederlanden*, summarized in Annual Review of Population Law, 1991, Vol. 19, No. 5, 179-80 (1991)
- New Mexico Right to Choose/NARAL v. Johnson*, No. 23239
- Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania v. Casey*, 505 U.S. 833 (1992)
- R. v. Morgentaler*, [1988] 1 SCR 30

R.H. v. Norway, Decision on Admissibility, App. No. 17004/90,73 European Commission on Human Rights Et Rep. 155 (19 May 1992)
Roe V. Wade, 410 U.S. 113, 153 (1973)
Paton v. United Kingdom, App. No. 8416/78, 3 Eur. H.R. Rep. 408 (1980)



여성가족부

여 성 가 족 부



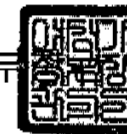
수신자 헌법재판소사무처장
(경유)

제목 헌법소원심판청구 사건(2017헌바127)에 대한 여성가족부 의견서 제출

1. 관련 : 헌법재판소 심판사무-526(2018.01.11.)호
2. 헌법소원심판청구 사건(2017헌바127)에 대한 우리부 의견서를 제출합니다.

붙임. 여성가족부 의견서 1부. 끝.

여성가족부



서기관 최혜민 여성정책과장 전월 03/30
 협조자 법무관 인경숙 여성정책과장 조민경
 시행 여성정책과-1035 (2018. 03. 30.) 접수 1084 (2018. 04. 02.)



의견서

○ 사 건 : 2017헌바127 형법 제269조제1항, 제270조 제1항 위헌소원
 - 낙태죄의 위헌 여부

○ 청구인 :
 대리인 변호사 강남석

여성가족부



1. 들어가며

○ 형법 제269조제1항, 제270조제1항은 각각 부녀의 낙태죄, 의사 등의 낙태 및 부동의낙태죄를 규정함으로써 낙태를 원칙적으로 금지하고 낙태 시 형사 처벌을 하도록 하고 있습니다. 이와 관련하여 여성가족부는 여성의 자기 결정권, 재생산권, 건강권의 관점에서 동 조항의 위헌성을 검토한 의견을 말씀드리고자 합니다.

2. 여성의 기본권(자기결정권, 재생산권, 건강권)

○ 먼저 임신과 출산 과정에서 여성이 갖는 자기결정권과 재생산권의 경우 대한민국 헌법 및 관련 법률에 명시적 규정은 없지만 헌법재판소 결정과 헌법 제6조 제1항에 따라 연성법(soft law)의 성격을 가지는 국제규약에서 해당 권리를 도출할 수 있습니다.

- 먼저 헌법재판소는 2012. 8. 23. 선고 2010헌바 402 결정(이하 2012년 결정)에서 헌법 제10조의 "개인의 인격권·행복추구권에는 개인의 자기운명결정권이 전제되는 것이고, 이 자기운명결정권에는 임신과 출산에 관한 결정, 즉 임신과 출산의 과정에 내재하는 특별한 희생을 강요당하지 않을 자유가 포함"된다고 하여 임신과 출산 과정에서의 여성의 자기결정권을 인정하바 있습니다.

- 또한 대한민국이 비준(1984.12.27.)한 유엔여성차별철폐협약(Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination Against Women : CEDAW) 제16조는 "자녀의 수 및 출산간격을 자유롭게 책임감 있게 결정할 동일한 권리와 이 권리를 행사할 수 있게 하는 정보, 교육 및 계수단의 혜택을 받을 동일한 권리"를 남녀평등의 기초 위에 보장하도록 하는 등 여성의 재생산권에 관한 규정을 두고 있습니다.

○ 여성의 건강권은 헌법 제36조제3항의 "모든 국민은 보건에 관하여 국가의 보호를 받는다."를 통해 도출할 수 있으며, 헌법재판소 또한 헌재 1995. 4. 20. 선고 91헌바 11 결정에서 "헌법 제36조 제3항이 규정하고 있는 국민의 보건에 관한 권리는 국민이 자신의 건강을 유지하는 데 필요한 국가적 급부와 배려를 요구할 수 있는 권리를 말하는 것으로서, 국가는 국민의 건강을 소극적으로 침해하여서는 아니 될 의무를 부담하는 것에서 한걸음 더 나아가 적극적으로 국민의 보건을 위한 정책을 수립하고 시행하여야 할 의무를 부담한다는 것을 의미한다."고 하여 헌법 제36조제3항이 건강권을 적극적으로 보장하는 규정임을 언급하바 있습니다.



○ 따라서 헌법과 국제규약에 따라 여성의 자기결정권과 재생산권, 건강권은 기본권으로서 보장되어야 합니다. 그런데 형법 제269조제1항 및 제270조제1항이 규정하는 낙태죄는 태아의 생명을 보호한다는 명목으로 여성의 이러한 기본권을 제약하고 있으므로, 낙태죄가 태아의 생명 보호라는 목적을 달성하기에 적절한 수단인지, 법익의 균형을 넘어 여성의 기본권을 과도하게 침해하고 있지 않은지 검토할 필요가 있습니다.

3. 방법의 적정성

○ 현행 낙태죄는 사실상 사문화된 조항으로서, 낙태건수를 줄이고 태아의 생명을 보호한다는 입법목적 달성을 위한 방법으로서 기능을 하지 못하고 있습니다. 보건복지부에 따르면 연간 약 17만 건의 인공임신중절이 이루어지는 것으로 추정되나¹⁾ 실제 기소되는 건수는 연간 10여 건에 불과²⁾ 합니다. 또한 2007년 10월부터 2016년 10월까지의 소셜 빅데이터를 시계열로 분석한 결과 전체적인 낙태의 증가 또는 감소 추세를 확인하지 못했다는 최근의 연구결과도 있습니다.³⁾

○ 한편 낙태죄가 사실상 사문화되었음에도 불구하고 낙태죄의 처벌 대상이 “부녀” 및 “낙태하게 한” 자에게 한정되고 임신중절 과정에서 배우자 동의가 필수이기 때문에, 등 조항이 남성에 의한 협박 또는 보복 수단으로 악용되고 있습니다. ‘한국여성민우회’에 따르면 2013년 진행한 낙태 상담 12건 중 10건이 남성의 고소 협박과 관련된 내용이며 대부분 결혼 약속을 한 커플이 헤어지는 과정에서 이러한 상황이 발생한다고 합니다⁴⁾. 배우자 동의 낙태를 한 후에 불화가 생겨 의사를 고발하겠다고 위협하거나 가정폭력 때문에 이혼하려는 과정에서 아내와 의사를 낙태죄로 고발하는 등의 사례도 있었습니다⁵⁾. 이는 낙태죄가 상대 남성에 의해 여성에게 압박을 가하는 수단으로 악용되고 있음을 보여줍니다.

○ 따라서 낙태죄는 의도했던 입법목적 달성에 기여하기보다 악용되고 오작동하고 있어 적절한 수단이라고 볼 수 없습니다.

1) 보건복지부, 2012. 9. 23. ‘인공임신중절 실태조사’ 결과발표 공청회 개최 보도자료
2) 대검찰청, 2014 범죄분석(2013년 범죄통계 기준)에 따르면 낙태 범죄발생건수 59건 중 기소 건수는 15건임
3) 박명배 등, ‘소셜 빅데이터를 이용한 낙태의 경향성과 정책적 예방전략’, 한국보건행정학회지, v.27. no.3, 2017sus, pp.241-246
4) 정술아, “낙태, 협박의 도구가 되다”, [민우회], 2013 겨울
5) 정술아, “낙태, 협박의 도구가 되다”, [민우회], 2013 겨울



4. 침해의 최소성

○ 낙태죄가 목적 달성에 적절한 수단이라고 하더라도 여성의 기본권을 최소한으로 제한하여야 합니다. 그런데 현행 낙태죄는 태아의 생명보호라는 생명윤리를 위하여 낙태를 형사처벌하고 있어 ‘형법의 과잉도덕화’가 아닌가 하는 의문이 있습니다. 국가의 일반적인 생명보호 의무를 다하면서 여성의 안전한 임신중절이 가능하도록 하는 것은 예외 없이 여성을 처벌하는 방법 외에도 의료법상의 규제 등을 통해서도 가능할 것이기 때문입니다.

○ 형법에 낙태에 대해 예외 사유를 두지 않는 전면적 금지 방식으로 규정하고 있는 것도 침해의 최소성 원칙에 벗어난 것입니다. 모자보건법 제14조 및 동법 시행령 제15조에 의해 낙태죄 예외 사유가 규정되어 있기는 하지만, 임신의 지속이 모체의 건강을 심각하게 해치고 있거나 해칠 우려가 있는 경우에도 배우자의 동의 및 임신 24주 이내라는 주수 제한을 두는 등 여성의 기본권을 과도하게 침해하고 있어 형법상 낙태죄의 위헌성을 해소하지 못합니다.

- 모자보건법상 배우자 동의조항에 의해 동법 제14조 각호의 임신중절 사유에 해당하고 임부가 자신의 임신 상태를 중단할 의사가 있어도 배우자의 동의가 없으면 비합법적인 낙태죄가 됩니다. 이는 남성에게 임부의 배우자라는 이유만으로 임신중절의 합법성 여부를 결정할 최종적인 권한을 주는 성차별적인 조항이며, 가족 구성원을 가장의 소유물로 보는 가부장적 사고에 기인합니다. 특히 임부의 건강이 심각하게 침해되거나 침해될 우려가 있는 경우까지 배우자 동의를 받도록 하고 있어, 임부의 건강권도 침해하고 있습니다.

- 아울러 임신 24주가 지나면 어떠한 예외 사유도 허용하지 않는 것은 불가피한 상황에 놓인 여성이 불법 임신중절 수술을 감수하도록 함으로써 여성의 건강권을 심각하게 침해할 우려가 있습니다.

○ 또한 형법 제270조제1항은 임신중절을 의사 등 의료인이 시술할 경우 비 의료인이 시술한 경우보다 엄하게 처벌하도록 하고 있는데, 이 조항은 여성이 의사에 의한 안전한 임신중절 수술을 받는 것을 어렵게 함으로써 여성의 건강권을 침해할 수 있습니다.





- 실제로 2010년 2월 프로라이프 의사회가 낙태시술 병원을 고발하는 사태가 발생했을 당시, 시술비용이 400만원까지 치솟았으며 여성이 임신 사실을 안 뒤에 병원에 가거나 상담 받을 만한 곳을 찾는 데 어려움을 겪었다는 언론 보도가 있었습니다.⁷⁾
- 또한 수술 과정에서 병원 측의 의료과실이 발생하더라도 불법으로 임신중절 수술을 받았기 때문에 보상을 청구하지 못하고 병원 측이 원하는 대로 해줄 수밖에 없는 상황이 발생하기도 합니다. '한국여성민우회'에 따르면 "의료 과실로 태아의 일부가 자궁에 남아있어 재수술을 해야" 하는 상황이 있음에도 "병원에서 이전 수술과 같은 금액의 재수술 비용을 고스란히 다 청구"했으며, 다른 병원에 갈 경우 재차 불법 낙태 사실을 말해야 했기 때문에 결국 현금으로 비용을 지불할 수밖에 없었던 사례⁸⁾도 있다고 합니다.
- 대한민국의 형법과는 달리 OECD 회원국 등 선진국의 입법례(붙임 참조)를 보면 임신중절을 더 폭넓게 허용하고 임부의 안전한 임신중절을 위한 절차를 마련하는 등 여성의 자기결정권, 재생산권과 건강권을 최소한으로 제한하는 수단을 택하고 있으며, 이를 통해 보다 안전하게 임신중절이 이루어지고 있습니다. 이는 낙태법 및 관련 정책은 반드시 여성의 건강과 인권을 보호해야 하고 안전한 임신중절에 대한 접근과 제공에 있어 방해가 되는 규정적·정책적·사업적인 장벽은 제거해야 한다는 세계보건기구(WHO)의 지침⁹⁾에 부합하는 것이기도 합니다.
- WHO와 미국 연구단체인 구트마커 연구소(Guttmacher Institute)가 2017년 9월 의학전문지 '랜셋'(Lancet)에 발표한 연구결과는 실제로 임신중절에 대해 덜 규제적인 법은 훈련받은 사람에 의해 임신중절 시술이 가능한 환경과 안전한 시술에 대한 접근성이 제고되는 것을 촉진시킬 수 있다는 것을 보여줍니다. 이 연구결과에 따르면, 임신중절을 아예 금지하거나 임신부의 생명이 위태로울 때만 허용하는 나라에선 4건의 임신중절 중 1건만이 안전한 방법으로 이루어졌고, 임신중절이 좀 더 폭넓게 허용된 국가에서는 10건 중 9건이 안전하게 시행되었다고 합니다. 또한 안전한 임신중절률이 가장 높은 지역인 북유럽과 북아메리카는 임신중절이 가장 낮게 나타나는 지역이기도 하다고 합니다. 이 연구는 이러한 분석을 바탕으로 안전한 임신중절과 임신중절을 보다 적게 제한하는 법 사이에는 긍정적인 상관관계가 있다고 언급하고 있습니다.¹⁰⁾

7) KBS, 위계파일 4321 : '낙태, 해법을 말한다'(2010.5.2. 방송', 정현미, '형법에서의 여성인권 개선방안 연구', 2010, pp.121-123 재인용
 8) 김진선, 대한변호사협회 2017 인권보고대회 세션 1 낙태죄 처벌 여부 토론문, 2017



- '랜셋'(Lancet)의 연구결과가 보여주듯이 임신중절을 보다 폭넓게 허용하는 지역 중 북유럽, 북아메리카 등의 지역에서는 임신중절 시술이 더 안전하게 이루어질 뿐만 아니라 임신중절 건수도 오히려 낮게 나타나고 있습니다. 이는 형사처벌 등 임신중절에 대한 엄격한 규제가 임신중절 감소로 이어지는 것은 아니라는 것을 보여주는 실례입니다. 따라서 대한민국의 임신중절 관련 조항도 태아의 생명보호를 목적으로 여성의 자기결정권, 재생산권과 건강권을 과도하게 침해하는 것이 아니라, 국가의 일반적 생명보호 의무와 여성의 기본권을 조화적으로 보장하는 방향으로 나아갈 필요가 있습니다.
5. 나가며
- 목적을 달성하기 위한 수단으로서 적정성을 갖추지 못하면서 여성의 자기결정권, 재생산권, 건강권을 중대하게 침해하는 현행 낙태죄 조항은 재검토되어야 합니다. 특히, 유엔여성차별철폐협약 이행 여부를 심의하는 유엔여성차별철폐위원회가 대한민국 제7차 이행보고서에 대한 최종견해¹¹⁾에 이어 제8차 이행보고서에 대한 최종견해(18.3.9.)에서도 "강간, 근친상간, 임신부의 생명 및/혹은 건강에 위협, 심각한 태아 손상의 경우에는 낙태를 합법화하고, 모든 여타의 경우에도 낙태를 비범죄화하며 낙태를 한 여성에 대한 처벌 조치를 없애"도록 "요청(call on)"¹²⁾했다는 사실도 중요하게 감안할 필요가 있습니다. 헌법재판소에서 본 건 위헌소원사건을 심리함에 있어서 위와 같은 의견을 참작하여 적절한 결정을 내려주시기 바랍니다.

10) 'Global, regional, and subregional classification of abortions by safety, 2010-14: estimates from a Bayesian hierarchical model', The Lancet 2017; 390: 2372-81

11) "It also urges the State party to consider reviewing legislation relating to abortion, in particular the Criminal Code, with a view to removing the punitive provisions imposed on women who undergo an abortion, and to provide them with access to quality services for the management of complications arising from unsafe abortion, in accordance with the Committee's general recommendation No. 24 (1999).", Committee on the Elimination of Discrimination against Women, 'Concluding observations of the Committee on the Elimination of Discrimination against Women, Republic of Korea(CEDAW/C/KOR/CO/7), para 35, 1 August 2011

12) "The Committee reiterates its previous recommendation (CEDAW/C/KOR/CO/7, para. 35) and, in view of the fact that unsafe abortion is a leading cause of maternal mortality and morbidity, calls on the State party to legalize abortion in cases of rape, incest, threats to the life and/or health of the pregnant woman, or severe foetal impairment, and to decriminalize it in all other cases, remove punitive measures for women who undergo abortion, and provide women with access to quality post-abortion care, especially in cases of complications resulting from unsafe abortions.", Committee on the Elimination of Discrimination against Women, 'Concluding observations on the eighth periodic report of the Republic of Korea(CEDAW/C/KOR/CO/8), para



붙임 해외 입법례

2017헌바127

- (OECD 회원국 현황) 대부분 인공임신중단의 절차·허용범위 등을 형법, 낙태법 등에 규정하고 있으며, 임신중절을 폭넓게 허용함
 - 본인요청에 의해 인공임신중절이 가능하거나 사회 경제적 사유까지 허용하는 국가가 29개국이며, 사회 경제적 사유로 인한 임신중절을 금지하는 국가는 한국을 포함한 6개국에 불과함

본인요청에 의한 인공임신중절 가능(25개국)	상당 의무(7개국)	네덜란드(제한X), 독일(12주), 벨기에(12주), 슬로바키아(12주), 이탈리아(12주), 라트비아(12주), 프랑스(12주)
	비의무(18개국)	그리스(12주), 노르웨이(12주), 덴마크(12주), 멕시코(12주), 미국(12주), 스웨덴(18주), 스위스(10주), 스페인(14주), 슬로베니아(10주), 에스토니아(12주), 오스트리아(12주), 체코(12주), 캐나다, 터키(10주), 포르투갈(12주), 헝가리(12주), 호주(20주), 룩셈부르크(12주) * 단, 멕시코, 미국, 호주는 주(州)별로 차이 있음
금지 원칙이나 예외적 허용(10개국)	사회 경제적 사유 허용(4개국)	아이슬란드, 영국, 일본, 핀란드
	사회 경제적 사유 불가(6개국)	뉴질랜드, 아일랜드, 이스라엘, 칠레, 폴란드, 한국

※ 출처 : 피임과 낙태 정책에 대한 쟁점과 과제, 김동식 외, 한국여성정책연구원(2014) ; The World's Abortion Laws 2018(<http://worldabortionlaws.com/map/>) 등 참고

- (주요 아시아 국가 현황)
 - (중국) 12주 이내 본인요청에 따른 시술 허용, 그 이후는 사회적·경제적 사유 포함하여 폭넓게 허용
 - (일본) 전문가 2인의 승인 및 배우자 동의 필요, 22주 이내 사회적·경제적 사유에 따른 시술 허용
 - (대만) 24주 이내까지 포괄적으로 허용

변론요지서

2018. 4. 3.

법무부장관의 대리인

정부법무공단

540E-073B22E472-D50F1

사 건 : 2017헌바127 형법 제269조 제1항 등 위헌소원

청 구 인 :

위 사건에 관하여 법무부장관의 대리인 정부법무공단은 변론
요지서를 제출합니다.

2018. 4. 3.

헌 법 재 판 소 귀 중

목 차

- 1. 이 사건 심판청구의 경위 1
- 2. 청구취지 및 심판대상 1
 - 가. 청구취지 1
 - 나. 심판대상 조항 2
- 3. 낙태죄 체계 및 관련 입법례 3
 - 가. 현행법상 낙태죄의 체계 3
 - 나. 주요국가의 입법례 및 관련 판례 4
 - (1) 독일의 경우 4
 - (2) 미국의 경우 8
 - (3) 일본의 경우 10
- 4. 자기낙태죄 조항의 합헌성 11
 - 가. 태아의 생명권과 임부의 자기결정권의 충돌 11
 - 나. 목적의 정당성 및 수단의 적정성 12
 - 다. 피해의 최소성 14
 - (1) 낙태에 대한 형사처벌의 불가피성 14
 - (2) 위법성 조각사유의 존재 16
 - 라. 법익의 균형성 17
 - (1) 태아의 생명권의 중대성 17
 - (2) 낙태 처벌규정의 규범력 존속 18
 - (3) 낙태의 예외적 허용범위의 적정성 20
 - (4) 임신 초기 낙태에 대한 형사처벌의 합헌성 23
 - (5) 사회적·경제적 사유의 추가 주장의 문제점 25
 - (6) 소결 26
- 5. 업무상동의낙태죄 조항의 합헌성 27
 - 가. 문제점 27
 - 나. 직업수행의 자유 침해여부 27
 - 다. 평등원칙 위배 여부 30
- 6. 보론 : 종전 결정을 변경해야 할 사정변경이 존재하는지 31
- 7. 결론 32

1. 심판청구의 경위

청구인은 산부인과 전문의 자격을 취득한 의사로서, 2013. 11. 1. 경부터 2015. 7. 3. 경까지 69회에 걸쳐 부녀의 촉탁 또는 승낙을 받아 낙태하게 하였다는 혐의로 기소되었습니다.

청구인은 위 사건이 계류 중인 광주지방법원(2016고단3266호)에 이 사건 법률조항에 대한 위헌법률심판제청신청을 하였으나, 위 법원은 위 신청을 기각하였고, 위 결정문은 2017. 2. 7. 청구인에게 송달되었습니다. 이에 청구인은 2017. 2. 8. 헌법재판소법 제68조 제2항에 따른 헌법소원 심판청구를 제기하였습니다.

2. 청구취지 및 심판대상

가. 청구취지

1. 주위적 청구취지

“형법 제269조 제1항, 같은 법 제270조 제1항은 헌법 제10조, 같은 법 제11조, 같은 법 제15조에 위반한다.” 라는 결정을 구합니다.

2. 예비적 청구취지

“형법 제269조, 같은 법 제270조의 낙태 객체를 임신 3개월 이내의 배아까지 포함하여 해석하는 것은 헌법 제10조, 같은 법 제11조, 같은 법 제15조에 위반한다.” 라는 결정을 구합니다.

(1) 자기낙태죄 조항(형법 제269조 제1항) 관련

청구인은 낙태한 임부를 일률적으로 처벌하는 자기낙태죄 조항(형법 제269조 제1항)이 헌법 제10조에서 도출되는 임부의 자기결정권을 과도하게 침해하여 위헌이라고 주장합니다. 예비적으로 낙태 행위에 대한 형사처벌 자체가 합헌이라 할지라도, 자기낙태죄 조항의 ‘낙태’에 ‘임신 초기인 임신 12주 이내의 태아를 낙태’하는 경우까지 포함하는 것으로 해석하는 한 임부의 자기결정권을 과도하게 침해하여 위헌이라고 주장합니다.

(2) 업무상동의낙태죄 조항(형법 제270조 제1항) 관련

청구인은 업무상동의낙태죄의 경우 동의낙태죄와 달리 징역형만 규정하고 벌금형을 별도로 규정하지 않아 헌법 제11조의 평등원칙에 반하여 과잉처벌에 해당한다고 주장합니다.

그리고 청구인은 업무상동의낙태죄 조항은 위헌인 자기낙태죄 조항에 근거하여 의사를 가중처벌하고 있으므로 의사의 직업수행의 자유를 과잉 침해하고 있다고 주장하고, 이 경우에도 예비적으로 ‘임신 초기인 임신 12주 이내의 태아를 낙태’하는 경우까지 포함하는 것으로 해석하는 한 직업수행의 자유를 과잉 침해하여 위헌이라고 주장합니다.

나. 심판대상 조항

「형법」



정부법무공단
Korean Government Legal Service

137-832 서울 서초구 서초중앙로 178(서초동 1695-4) 서초현충빌딩
Tel 02-2182-0000 Fax 02-2182-0007 www.kgls.or.kr

- 1 -

540E-073B22E472-D50F1

4 / 38



정부법무공단
Korean Government Legal Service

137-832 서울 서초구 서초중앙로 178(서초동 1695-4) 서초현충빌딩
Tel 02-2182-0000 Fax 02-2182-0007 www.kgls.or.kr

- 2 -

540E-073B22E472-D50F1

5 / 38

제269조(낙태) ① 부녀가 약물 기타 방법으로 낙태한 때에는 1년 이하의 징역 또는 200만원 이하의 벌금에 처한다.

제270조(의사 등의 낙태, 부동의낙태) ① 의사, 한의사, 조산사, 약제사 또는 약종상이 부녀의 촉탁 또는 승낙을 받아 낙태하게 한 때에는 2년 이하의 징역에 처한다.

3. 낙태죄 체계 및 관련 입법례

가. 현행법상 낙태죄의 체계

낙태와 관련하여 우리 법체계는 낙태죄를 규정한 형법과 위법성 조각사유를 규정한 모자보건법으로 이원화되어 있습니다.

형법은 제27장 낙태의 죄에서 자기낙태죄(제269조 제1항), 동의원낙태죄(제269조 제2항), 업무상동의낙태죄(제270조 제1항), 부동의낙태죄(제270조 제2항), 낙태치사상죄(제269조 제3항, 제270조 제3항)를 처벌하는 규정을 두어 낙태를 원칙적으로 형사처벌의 대상으로 삼고 있습니다.

다만, 모자보건법상 의학적·우생학적·윤리적 적응사유 등 5가지 정당화사유가 있는 경우에 한해서 임신한 날로부터 24주 이내에만 형법상 낙태죄의 적용을 배제함으로써 낙태를 일부 허용하고 있습니다.

[모자보건법상 임신중절 허용사유]

조항	구체적 내용(허용 사유)
제14조 제1항 제1호	• 본인이나 배우자가 대통령령으로 정하는 우생학적 또는 유전학적 정신장애나 신체질환이 있는 경우
제14조 제1항 제2호	• 본인이나 배우자가 대통령령으로 정하는 전염성 질환이 있는 경우
제14조 제1항 제3호	• 강간 또는 준강간에 의하여 임신된 경우
제14조 제1항 제4호	• 법률상 혼인할 수 없는 혈족 또는 인척 간에 임신된 경우
제14조 제1항 제5호	• 임신의 지속이 보건의학적 이유로 모체의 건강을 심각하게 해치고 있거나 해칠 우려가 있는 경우

나. 주요국가의 입법례 및 관련 판례¹⁾

(1) 독일의 경우

(가) 낙태 관련 규정

독일의 경우 형법 제218조에서 원칙적으로 낙태를 처벌하는 규정을 두고, 제218조a 등으로 낙태죄의 처벌을 면제할 수 있는 경우를 규정하고 있습니다.

제218조(낙태) ① 낙태한 자는 3년 이하의 자유형 또는 벌금형에 처한다. 자궁 내 수정란의 착상완료 전에 이를 저지한 행위는 이 법에서 의미하는 낙태로 보지 아니한다.
 ② 특히 중한 경우에 6월 이상 5년 이하의 자유형에 처한다. 특히 중한 경우란 특별한 사정이 없는 한 행위자가 다음 각호의 1에 해당하는 경우를 말한다.
 1. 임신부의 의사에 반하여 행위하는 자
 2. 중과실로 임신부에 대하여 사망 또는 중한 건강훼손의 위험을 야기한 자

1) '영국·미국·독일·프랑스의 낙태 규제 입법과 판례에 대한 비교법적 고찰', 이희훈, 건국대학교 법학연구소, 일감법학 27권, 2014. 2.; '독일과 한국에서의 낙태의 규범적 평가에 관한 비교법적 고찰', 김학태, 한국외국어대학교 EU연구소, EU연구 제26호, 2010. 301면 내지 325면; '전국 인공임신중절 변동 실태조사', 보건복지부·연세대학교, 2011. 10. 제210면 이하

- ③ 임신부가 낙태한 경우에는 1년 이하의 자유형 또는 벌금형에 처한다.
- ④ 미수범은 처벌한다. 임신부는 미수로 인해 처벌되지 아니한다.

제218조a(낙태의 처벌면제) ① 제218조의 구성요건은 다음 각호의 요건이 모두 충족되는 경우에는 실현되지 아니한다.

1. 임신부가 낙태를 촉탁하고 제219조 제2항 제2문에 의한 확인서를 통해 최소한 수술 3일 이전에 상담을 거친 사실을 의사에게 입증한 경우
 2. 낙태가 의사에 의하여 시술된 경우
 3. 착상 이후 12주 이상 경과하지 않은 경우
- ② 임신부의 승낙을 받아서 의사가 시술한 낙태는 임신부의 현재와 장래 생활관계를 고려하여 의사의 진단결과, 임신부의 생명에 대한 위험 또는 신체적·정신적 건강상태의 중한 훼손의 위험을 방어하기에 적절하고 다른 기대될 수 있는 방법으로 그 위험을 방어할 수 없는 경우에는 위법하지 아니한다.
- ③ 의사의 진단결과 임신부에 대해 제176조 내지 제179조에 따른 위법 행위가 범하여졌고 그로 인하여 임신한 것으로 인정할 만한 유력한 근거가 있고 착상 이후 12주 이상 경과하지 않은 경우로서 임신부의 동의하에 의사에 의해 시술된 낙태에 있어서는 제2항의 조건은 적용된다.
- ④ 낙태가 의사와의 상담(제219조) 후에 시술되고 착상 이후 12주 이상이 경과되지 아니한 경우에는 임신부는 제218조에 의해 처벌되지 아니한다. 법원은 임신부가 수술당시 특별한 곤경에 빠져있었던 경우에는 제218조에 의한 처벌을 면제할 수 있다.

제219조(긴급 및 갈등상황에 처한 임신부에 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 피래의 한도를 초과하는 중대하고 비정상적인 고통이 야기되는 경우에 단지 예외적인 상황에서 법질서에 의해 낙태가 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 임신부에게 최종 상담일자과 임신부의 성명이 기재된 확인서를 임신갈등법에 따라서 발급하여야 한다. 낙태를 시술한 의사는 상담원이 될 수 없다.

(나) 관련 판례

독일의 경우 태아의 생명권과 여성의 자기결정권을 규범조화적으로 해석하여 인간존엄의 원리를 기초로 낙태 문제에 대한 해결책을 제시하여 왔습니다.

1974. 6. 공포된 제5차 독일형법개정안은 ① 수태 후 12주까지는 임신부 스스로가 자발적인 결정으로 의사와 상담한 후 의사에 의해 이루어지는 낙태는 처벌하지 않고(동법 제218조a), ② 이 기간을 경과한 이후에도 모체의 건강 등 의학 적 사유인 경우에는 낙태를 처벌하지 아니하고, 태아에게 우생학적인 사유가 있는 경우 22주까지의 기한 내 낙태는 처벌하지 않으며(동법 제218조b), ③ 다만 이러한 경우 임신중절을 희망하는 모든 임신부에게 의사 또는 상담소에서 조언을 받을 의무를 부과(동법 제218조c)하는 방식으로 낙태에 대해 종전보다 완화된 태도로 전환하였습니다.

독일 연방의회의원 193명은 위 규정이 태아에 대한 독일 기본법상 인간의 존엄 보호 규정과 생명권 보호 규정을 침해한다는 사유로 독일 연방헌법재판소에 위헌 법률심판을 제기하였는데, 이에 독일연방헌법재판소는 1975. 2. 25. “국가의 생명권 보호 규정에 의해 보호되는 인간의 생명권 범위 안에는 아직 출생 전의 인간의 존재(태아)도 포함되며 태아에 대한 헌법상의 보호는 어느 특정한 기간만을 대상으로 할 수 없는 것이고 전체 임신기간을 망라하여야 한다” 고 하며 “임부에게는 인격의 자유로운 발현권으로부터 낙태 여부를 결정할 수 있는 자기결정권이 헌법상 보장되나 독일 기본법상 임부의 낙태에 대한 자기결정권 보다는 태아의 생명권이 더 중요하므로 임신 계속에 대한 기대가능성이 없는 경우²⁾와 같은 때

2) 독일 연방헌법재판소는 이를 당시 형법개정법률 제218조b에서 정한 “임부의 생명에 대한 위험 또는 그 건강상태에 대한 중대한 침해의 위험을 방지하기 위하여 낙태가 필요하다는 것이 중

를 제외하고 낙태죄의 가벌성을 완전히 폐지한 형법 제218조a는 태아의 독일 기본법상 인간의 존엄성 보호 규정과 생명권 보호 규정을 침해하는 위헌적인 규정"이라는 취지로 판시³⁾한 바 있습니다.

이후 독일 통일과정에서 제정된 「임부 및 가족부조법(Schwangerem und Familienhilfegesetz)」이 상담을 거친 임신 12주 이내의 낙태는 불법이 아니라고 규정하자 바이에른 주 정부 및 독일연방의회의원 249명에 의해 제기된 위헌법률심판청구에서 다시 한번 독일 연방헌법재판소는 "아직 태어나지 않은 생명을 보호해야 할 국가의 의무를 입법자가 해태하여 위 규정은 독일 기본법상의 인간존엄 보호 규정과 생명권 보호 규정을 침해하는 위헌적 규정이고 다만 임부가 임신을 지속할 수 없는 불가피한 경우에는 임부의 낙태를 허용토록 하고 국가는 태아의 생명을 보호하기 위해 필요한 모든 조치를 취해야 하며 임부가 가급적 낙태를 선택하기 보다는 출산을 선택할 수 있는 방향으로 상담소에서의 상담이 이루어질 수 있도록 대책을 세워야 한다"고 판시⁴⁾하며 위헌결정을 한 바 있습니다.

이러한 두 차례의 연방헌법재판소의 관례에 따라 제차 수정을 거친 현행 낙태 관련 독일의 형법규정은 i) 착상 이후 12주 이내 생명보호를 위한 임신지속에 중점을 둔 상담(형법 제219조 및 임신갈등법)을 거쳐 의사에 의해 시술되거나(기한사유 모델과 상담사유 모델의 결합), ii) 임신부의 생명에 대한 위험 또는 신체적·정신적 건강 상태의 중한 훼손의 위험을 방어하기 위한 경우(의학적 사

명되는 경우" 등을 예로 들고 있습니다.

3) BVerfGE 39, 1.

4) BVerfGE 88, 203.



정부법무공단
Korean Government Legal Service

137-882 서울 서초구 서초중앙로 178(서초동 1685-4) 서초한샘빌딩
Tel 02-2182-0000 Fax 02-2182-0007 www.kgls.or.kr

- 7 -

유), iii) 강간 등 범죄행위로 임신한 것으로 인정할 만한 유력한 근거가 있고 착상 이후 12주 이상 경과하지 않은 경우(범죄학적 사유) 등에 제한적으로 낙태를 허용하도록 규율하고 있습니다.

(2) 미국의 경우

(가) 낙태 관련 규정

미국의 경우 각 주법으로 낙태행위를 규율하는 입법체계를 가지고 있는 바, 세부적인 내용은 아래와 같습니다.

미국의 50개 주 중 39개 주에서는 태아가 독자적인 생존능력이 생겼다고 판단할 수 있는 시점 이후에는 원칙적으로 낙태를 할 수 없으나, 예외적으로 모체의 생명이나 신체상의 위험성이 있는 경우 낙태가 가능하도록 규정하되, 의사자격증이 있는 전문의만 낙태시술을 할 수 있도록 규정하고 있습니다. 50개 주 중 19개 주에서는 태아가 독자적인 생존능력이 생겼다고 판단할 수 있는 시점 이후부터는 담당 의사 이외에 다른 의사가 반드시 낙태를 하기 위한 진료에 참여하도록 규정하고 있습니다.

그리고 낙태시술 이전 상담 절차와 관련하여 미국의 50개 주 중 19개 주에서는 낙태하려는 임부에게 의사의 상담절차를 의무적으로 거치도록 규정하고 있고, 그 중 6개 주에서는 낙태와 유방암 간의 관련성에 대한 정보를 임부에게 알려 주도록 규정하고 있으며, 위 19개 주 중 11개 주에서는 낙태시술 과정에서 태아가 정신적인 고통을 느낄 수 있다는 정보를 임부에게 알려주도록 규정하고 있고, 위



정부법무공단
Korean Government Legal Service

137-882 서울 서초구 서초중앙로 178(서초동 1685-4) 서초한샘빌딩
Tel 02-2182-0000 Fax 02-2182-0007 www.kgls.or.kr

- 8 -

19개 주 중 6개 주에서는 낙태 시술과 여성의 정신건강과의 상관성에 대한 정보를 임부에게 알려주도록 규정하고 있으며, 위 19개 주 중 10개 주에서는 초음파에 대한 정보(태아의 심장 소리나 태아의 모습 등)을 임부에게 알려주도록 규정하고 있습니다.

24개 주에서는 의사의 상담과 임부의 낙태 시술 사이에 일정한 숙려기간(보통 24시간 정도)을 주도록 규정하고 있고, 위 24개 주 중 8개 주에서는 낙태 상담을 받은 의사와 낙태시술을 행하는 의사를 반드시 분리하여 각각 다른 의사가 행하도록 규정하고 있습니다. 이 외에도 16개 주는 낙태시술의 방식에 대한 제한으로서 이른바 '부분출산 낙태(Partial-Birth Abortion)'⁵⁾ 시술을 법으로 금지하는 등 각 주마다 매우 다양하게 낙태를 규율하고 있습니다.

(나) 관련 판례

낙태죄 관련하여 가장 많이 논의되는 미국 판례는 1973년 미 연방대법원의 Roe v. Wade 판결입니다. 이 판결은 낙태에 대한 임부의 결정권은 헌법상 프라이버시권에 속하며 이를 제한하는 주법은 필요불가결(compelling)한 이익이 있는 경우에만 정당하다고 판시하며, 임신을 3개월 단위로 구분하여 첫 3개월 기간 중에는 어떠한 낙태에 대한 규제도 헌법상 용인될 수 없고 태아가 독자적 체외생존 능력을 가지는 시점부터 태아의 생명권과 비교형량하여 낙태를 제한할 수 있다고 판시하여 여성의 낙태권을 보장한 최초의 판결입니다.

5) 태아의 머리 전체나 몸통 일부분이 모체의 자궁 밖으로 나온 상태에서 태아를 사망하게 하는 시술방법을 뜻합니다.



이후 연방대법원은 1992년 Planned Parenthood v. Casey 판결을 통해 Roe v. Wade 판결에서 확인한 여성의 낙태에 관한 프라이버시권을 재확인하였으며, 낙태에 대한 권리의 시점인 태아의 '생존능력' 요건은 유지하였으나 이를 일률적으로 판단하였던 이른바 3개월 기간 구분법은 폐기하였고, Roe v. Wade 판결에서 낙태 제한을 가능케하는 주법의 요건이었던 '필요불가결(compelling)한 이익' 요건을 '부당한 부담(undue burden)' 요건으로 완화하여 주가 좀 더 쉽게 낙태를 규제할 수 있는 길을 열어 놓았습니다.

(3) 일본의 경우

일본의 경우 우리 법제와 유사하게 원칙적으로 형법에서 낙태를 처벌하도록 규정하면서, 모체보호법이라는 특별법을 통해 일정한 경우 낙태를 허용할 수 있는 사유를 규정하는 입법례를 취하고 있습니다.

일본형법

제212조(낙태) 임신 중의 여자가 약물을 사용하거나 그 밖의 방법에 의하여 낙태한 때에는 1년 이하의 징역에 처한다.

제213조(동의낙태 및 등 치사상) 여자의 촉탁을 받거나 그 승낙을 얻고 낙태하게 한 자는 2년 이하의 징역에 처한다. 이로 인하여 여자를 사망 또는 상해에 이르게 한 자는 3월 이상 5년 이하의 징역에 처한다.

제214조(업무상낙태 및 등 치사상) 의사, 조산사, 약사 또는 의약품판매업자가 여자의 촉탁을 받거나 그 승낙을 얻고 낙태하게 한 때에는 3월 이상 5년 이하의 징역에 처한다. 이로 인하여 여자를 사망 또는 상해에 이르게 한 때에는 6월 이상 7년 이하의 징역에 처한다.

제215조(부동의 낙태) ① 여자의 촉탁을 받지 아니하거나 그 승낙을 얻지 아니하고 낙태하게 한 자는 6월 이상 7년 이하의 징역에 처한다.

② 전항의 죄의 미수는 벌한다.



제216조(부동의 낙태치사상) 전조의 죄를 범하여 여자를 사망 또는 상해에 이르게 한 자는 상해의 죄와 비교하여 중한 형으로 처단한다.

모체보호법

제14조 (의사의 인정에 의한 인공임신중절) ① 도도부현(都道府県)의 지역을 단위로 설립된 공익사단법인인 의사회가 지정하는 의사 (이하 「지정의사」라고 한다.)는 다음 각 호의 하나에 해당하는 자에 대해, 본인 및 배우자의 동의를 얻어 인공임신중절을 시행할 수 있다.

1. 임신을 지속하거나 분만함으로써 신체적 또는 경제적 이유에 의해 모체의 건강을 명백히 해칠 우려가 있는 자
 2. 폭행이나 협박에 의해서 또는 저항이나 거절을 할 수 없는 틈을 타서 간음을 당해 임신한 자
- ② 전 항의 동의는, 배우자를 알 수 없거나 동의를 표시할 수 없을 때, 또는 임신 후에 배우자가 사망했을 때에는 본인의 동의만으로도 충분하다.

4. 자기낙태죄 조항의 합헌성

가. 태아의 생명권과 임부의 자기결정권 간의 충돌

모든 인간은 헌법상 생명권의 주체가 되므로 인간으로서 형성되어 가는 단계의 생명인 태아 역시 생명권의 주체가 된다는 점은 귀 재판소의 확립된 판례입니다. 한편, 헌법 제10조에 의해 보장되는 개인의 행복추구권에는 개인의 자기운명결정권이 전제되고, 이 자기운명결정권에는 임신과 출산에 관한 결정, 즉 임신과 출산의 과정에 내재하는 특별한 희생을 강요당하지 않을 자유가 포함되어 있으므로 임부의 낙태를 원칙적으로 금지하고 형사처벌하는 자기낙태죄 조항은 임부의 자기결정권, 즉 낙태의 자유를 제한하게 됩니다(헌법재판소 2008. 7. 31. 선고

2004헌바81 결정, 2012. 8. 23. 선고 2010헌바402 결정 등 참조).

즉, 자기낙태죄 조항으로 인해 태아의 생명권과 임부의 자기결정권이 충돌하게 되는 상황이 발생합니다.

헌법 제37조 제2항은 국민의 모든 자유와 권리는 국가안전보장·질서유지 또는 공공복리를 위하여 필요한 경우에 한하여 법률로써 제한할 수 있도록 규정하고 있으므로, 비록 생명이 이념적으로 절대적 가치를 지닌 것이라 하더라도 생명에 대한 법적 평가는 예외적으로 허용될 수 있다는 것이 헌법재판소의 일관된 태도입니다(헌법재판소 2010. 2. 25. 선고 2008헌가23 결정 참조). 따라서 자기낙태죄 조항의 합헌성 문제는 태아의 생명권을 우선시하여 과잉금지원칙에 반하여 임부의 자기결정권이 과도하게 침해되는지 여부의 문제로 귀결된다고 할 것입니다.

헌법 제37조 제2항 전단의 과잉금지원칙이란 기본권의 제한적 법률유보의 한계를 의미하는바, 기본권을 제한하는 법률은 ① 목적의 정당성, ② 수단의 적정성, ③ 피해의 최소성, ④ 법익의 균형성을 충족해야 합니다. 이하에서 자기낙태죄 조항이 과잉금지원칙에 반하는지 여부에 대해 살펴보도록 하겠습니다.

나. 목적의 정당성 및 수단의 적정성

헌법 제10조 후문은 “국가는 개인이 가지는 불가침의 기본적 인권을 확인하고 이를 보장할 의무를 가진다.”라고 규정하고 있으므로 국가는 태아의 생명권을 보호할 의무가 있습니다. 자기낙태죄 조항은 태아 생명권에 대한 국가의 원칙적인 보호의무를 입법을 통해 구체화한 것입니다.

헌법재판소는 “모든 인간은 헌법상 생명권의 주체가 되며, 형성 중의 생명인 태아에게도 생명에 대한 권리가 인정되어야 한다. 따라서 태아도 헌법상 생명권의 주체가 되며, 국가는 헌법 제10조에 따라 태아의 생명을 보호할 의무가 있다.”(헌재 2008. 7. 31. 2004헌바81 결정)고 판시하여 태아 생명에 대한 국가의 보호의무를 인정하고 있습니다.

따라서 자기낙태죄 조항은 태아의 생명권을 보호하기 위한 규정으로 그 입법목적의 정당성은 당연히 인정되고, 낙태를 방지하기 위하여 임부의 낙태를 형사처벌하는 것은 위 목적을 달성하기 위한 효과적이고도 적절한 방법이라 할 것이므로 수단의 적정성도 충족된다고 사료됩니다.

자기낙태죄 조항은 입법목적 달성을 위한 적정한 수단일 뿐 아니라 더 나아가 국가가 낙태를 형사처벌하게 않는다면 오히려 국가의 태아 생명권에 대한 과소보호에 해당할 수 있습니다.

독일 연방헌법재판소는 태아 생명권과 관련된 과소보호금지 원칙과 관련하여 1975년, “국가의 생명권 보호의무 규정에 포함되는 인간의 생명의 범위에는 태아도 포함되며 임부에게도 인격의 자유로운 발현권에서 도출되는 낙태 결정권이 보장되거나 임부의 낙태에 대한 자기결정권보다는 태아 생명권의 보호가 더 중요하다. 따라서 낙태는 임부의 임신 계속이 기대될 수 없는 경우에만 인정되고 태아의 생명권은 임신 전 기간 동안 원칙적으로 보호되므로, 형법 제218조a 규정은 독일 기본법상 인간의 존엄성 보호 규정과 생명권 보호 규정을 침해하는 것으로 위헌적인 규정이다”라는 취지로 판결하였고⁶⁾, 재차 같은 취지로 1993년, 국가는 임

부의 임신계속에 대한 기대가능성을 기준으로 형벌의 개입을 통해 국가의 생명보호의무가 과소보호되지 않을 것을 요청하여야 하나 임신 12주 이내의 낙태에 대하여 상담소에서의 상담만을 요건으로 아무런 적용사유규정을 두지 않고 낙태를 처벌하지 않는 것은 인간의 존엄 보호와 생명보호를 다하지 않은 것으로 위헌이라고 판결한 바 있습니다.⁷⁾

독일연방헌법재판소의 두 차례 판시는 우리에게 시사하는 바가 크다고 생각합니다. 국가는 태아의 생명권에 대해 기본권 보호의무를 부담하고, 태아의 생명권이 충분히 보장될 수 있도록 과소보호하여서는 아니 됩니다. 생명권이라는 기본권의 선험적 중요성에 비추어 볼 때, 낙태죄를 형사처벌하지 않게 되면 국가가 과소보호금지원칙에 위반하여 태아의 생명권을 부당하게 침해한다고 봄이 타당합니다.

다. 피해의 최소화

(1) 낙태에 대한 형사처벌의 불가피성

성교육·피임 교육, 낙태상담 등의 실시, 임부에 대한 사회복지 차원에서의 부조와 국가적 지원, 낙태에 대한 과태료 부과 등 간접적인 수단에 의해서도 태아의 생명보호라는 목적을 달성할 수 있으므로 낙태에 대한 형사처벌은 임부의 자기결정권을 과도하게 제한하는 것이라는 주장이 있습니다.

하지만 전국 인공임신중절 변동 실태조사의 통계자료에서⁸⁾ 확인할 수 있듯이

6) BVerfGE 39, 1. 이희훈, 전계논문(참고자료5) 724면에서 재인용

7) BVerfGE 88, 203, 이희훈, 전계논문(참고자료5) 725면에서 재인용

8) 전국 인공임신중절 변동 실태조사(참고자료4 48p 참조), 2010년 연간 낙태건수 약 20만건



정부법무공단
Korean Government Legal Service

137-882 서울 서초구 서초중앙로 178(서초동 1685-4) 서초한샘빌딩
Tel 02-2182-0000 Fax 02-2182-0007 www.kgls.or.kr



정부법무공단
Korean Government Legal Service

137-882 서울 서초구 서초중앙로 178(서초동 1685-4) 서초한샘빌딩
Tel 02-2182-0000 Fax 02-2182-0007 www.kgls.or.kr

낙태를 형사처벌하고 있음에도 여전히 불법적인 낙태가 성행하고 있고, 그에 대한 처벌은 낙태죄의 특성⁹⁾으로 인해 충분히 이루어지지 않고 있으므로 낙태를 형사 처벌하지 않는다면 낙태의 급격한 증가는 피하기 어려울 것이 확실할 뿐만 아니라 무분별한 낙태로 인해 태아 사체가 인육캡슐¹⁰⁾등 반인륜적 용도로 사용될 가능성이 배제할 수 없습니다. 실제로 최근 미국에서는 낙태한 태아의 장기를 적출해 거래하는 동영상이 폭로되어 큰 파문이 일기도 하였습니다.¹¹⁾

한편, 낙태에 대한 형사처벌의 대안으로 거론되는 ‘낙태에 대한 과태료 부과’는 재력이 있는 임부의 경우 과태료를 납부하고 낙태를 강행하려 할 수 있기 때문에 태아의 생명보호라는 입법목적 달성에 부족할 뿐만 아니라 자칫 개별 임부의 재력에 따라 낙태의 허용 범위가 결정되는 불합리한 상황이 발생할 수 있습니다. 그리고 ‘성교육·피임 교육’은 원하지 않는 임신을 미연에 방지하는 수단일 수 있을지언정 이미 임신한 태아의 생명을 낙태로부터 보호할 수 있는 수단이 될 수는 없습니다. 또한, ‘낙태상담 등의 실시, 임부에 대한 사회복지 차원에서의 부조와 국가적 지원’은 간접적인 수단에 불과하여 불법적인 낙태가 성행하는 작금의 상황에서 태아의 생명을 보호하기에는 부족합니다.

위와 같은 사정에 비추어 볼 때, 임부의 자기결정권이 일부 제한된다 할지라도 태아의 생명보호를 위해서는 낙태에 대한 형사처벌은 불가피하다고 판단됩니다.

9) 낙태의 밀행성, 피해자 없는 범죄 등 낙태죄의 특성으로 인해 낙태 적발이 쉽지 않은 구조입니다(구체적 내용은 본 번론요지서 20면 참조)

10) 2017. 10. 3. 한겨레 신문 기사(참고자료6 참조)

11) 2015. 7. 16. MK뉴스 신문 기사(참고자료7 참조)



정부법무공단
Korean Government Legal Service

137-882 서울 서초구 서초중앙로 178(서초동 1685-4) 서초현생빌딩
Tel 02-2182-0000 Fax 02-2182-0007 www.kgls.or.kr

따라서 입법자가 태아의 생명보호를 위해 형사처벌 외의 수단을 채택하지 않았다 할지라도 그 자체로 임부의 자기결정권을 과도하게 침해한다고 볼 수는 없습니다.

(2) 위법성 조각사유의 존재

모자보건법은 모성(母性) 및 영유아(嬰乳兒)의 생명과 건강을 보호하고 건전한 자녀의 출산과 양육을 도모함으로써 국민보건 향상에 이바지함을 목적으로 하는 법률로서, 동법 제14조¹²⁾는 인공임신중절수술의 허용한계를 규정하고 있는바, 이는 형법상 낙태죄의 위법성 조각사유로 기능하고 있습니다.

입법자는 태아의 생명보호를 위해 낙태를 원칙적으로 금지하되, 임부의 생명·건강의 보호를 위해 필요한 경우나 범죄행위로 인한 임신의 지속이 오히려 법질서에 반하는 경우 등과 같이 불가피한 사정이 있는 경우에는 의사에 의한 낙태를 일부 허용함으로써 임부의 자기결정권의 본질적 내용이 침해되지 않도록 하고 있습니다. 또한, 모자보건법 상의 인공임신중절수술이 예외적으로 허용되는 요건을

12) 제14조(인공임신중절수술의 허용한계) ① 의사는 다음 각 호의 어느 하나에 해당되는 경우에만 본인과 배우자(사실상의 혼인관계에 있는 사람을 포함한다. 이하 같다)의 동의를 받아 인공임신중절수술을 할 수 있다.

1. 본인이나 배우자가 대통령령으로 정하는 우생학적(優生學的) 또는 유전학적 정신장애나 신체 질환이 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 경우

② 제1항의 경우에 배우자의 사망·실종·행방불명, 그 밖에 부득이한 사유로 동의를 받을 수 없으면 본인의 동의만으로 그 수술을 할 수 있다.

③ 제1항의 경우 본인이나 배우자가 심신장애로 의사표시를 할 수 없을 때에는 그 친권자나 후견인의 동의로, 친권자나 후견인이 없을 때에는 부양의무자의 동의로 각각 그 동의를 감응할 수 있다.



정부법무공단
Korean Government Legal Service

137-882 서울 서초구 서초중앙로 178(서초동 1685-4) 서초현생빌딩
Tel 02-2182-0000 Fax 02-2182-0007 www.kgls.or.kr

충족하지 못한다 할지라도 임부는 임신으로 인하여 생명에 현저한 위협을 초래할 우려가 있는 경우 형법상 일반 위법성 조각사유인 긴급피난에 의하여 낙태죄에 대한 위법성이 조각될 수 있습니다(대법원 1976. 7. 13. 선고 75도1205 판결).

따라서 자기낙태죄 조항과 모자보건법 및 형법의 위법성 조각사유를 종합적으로 고려해보면, 자기낙태죄 조항은 피해의 최소성 원칙에 위배되지 않는다고 봄이 타당합니다.

이와 관련, 임신 초기(임신 12주 내)의 낙태까지 전면적, 일률적으로 금지하고 처벌하는 것은 피해의 최소성 원칙에 반하여 임부의 자기결정권을 과잉 침해한다는 주장과 현행 모자보건법 상의 위법성 조각사유가 협소하므로 사회·경제적 사유로 인한 낙태를 허용하는 등 위법성 조각사유를 확대하지 않는 한 역시 임부의 자기결정권을 과잉 침해한다는 주장이 제기되고 있습니다. 위 주장들의 타당성에 대해서는 법익의 균형성 항목에서 검토하도록 하겠습니다.

라. 법익의 균형성

(1) 태아 생명권의 중대성

인간의 생명은 고귀하고, 이 세상에서 무엇과도 바꿀 수 없는 존엄한 인간 존재의 근원이라 할 것입니다. 즉, 생명권은 인간의 생존본능과 존재목적에 바탕을 둔 선형적이고 자연법적인 권리로서 헌법에 규정된 모든 기본권의 전제로서 기능하는 기본권 중의 기본권입니다(헌재 1996. 11. 28. 95헌바1 결정).

생명권은 인간으로서 형성되어 가는 단계의 생명인 태아에게도 당연히 인정되

어야 합니다. 태아가 비록 그 생명의 유지를 위하여 모에게 의존해야 하지만, 그 자체로 모와 별개의 생명체이고 특별한 사정이 없는 한 인간으로 성장할 가능성이 크기 때문입니다(헌재 2008. 7. 31. 2004헌바81 결정).

태아의 생명권을 보호하는 기본적 취지는 인류 보편의 법감정(法感情)에서 비롯된 것입니다. 생명에 대한 경외심, 생명윤리라고도 표현할 수 있겠습니다. 또한, 생명권의 경우 다른 기본권과 달리 일부 제한을 상정할 수 없어 생명권에 대한 제한은 곧 생명권의 완전한 박탈을 의미하므로 더욱 세심하게 보호되어야 합니다. 이는 스스로 자신을 보호할 수 없고, 자신의 의사도 표현할 수 없는 지극히 연약한 존재인 태아의 경우 더욱 그러합니다.

따라서 자기낙태죄 조항으로 추구하려는 태아의 생명보호는 매우 중대한 공익이라 할 것입니다.

(2) 낙태 처벌규정의 규범력 존속

청구인은 낙태가 만연히 이루어지고 있는 현실에 비해 처벌 자체가 거의 이루어지지 못하고 있으므로 낙태 처벌규정은 거의 사문화되었고, 그 결과 낙태 처벌규정으로 달성하려는 태아의 생명보호라는 공익은 더 이상 낙태 처벌규정을 통하여 달성될 수 없으므로 낙태 처벌규정 존속을 통해 얻는 공익이 크지 않다고 주장하고 있습니다.

하지만 위 주장은 표면화된 통계¹³⁾만으로 낙태죄의 특성을 무시한 채 낙태 처

13) 대검찰청, 최근 10년간 낙태죄 및 업무상 촉탁낙태죄 접수 및 처리 현황(참고자료 8), 각 사법연감 2002, 2003, 2004, 2005, 2006, 2007, 2008, 2009, 2010, 2011, 2012, 2013, 2014.



벌규정의 존속으로 인한 위하력 여부를 선불리 추단한 것입니다. 실제 일어나고 있는 범죄행위에 비해 수사건수가 월등히 적다는 사유만으로 해당 처벌규정이 사문화되었다고는 단정할 수는 없습니다. 왜냐하면 이와 같은 현상은 해당 범죄행위가 은밀히 이루어져 이에 대한 수사가 그 범죄에 참여한 자(공범, 방조범 등)의 신고에 의존할 수밖에 없거나 피해자가 적극적으로 피해진술을 할 수 없는 범죄(뇌물죄, 도박죄, 살인죄 등)에서 빈번하게 발생하는 상황이기 때문입니다.

낙태죄의 경우 임부뿐만 아니라 낙태 시술을 하는 의사 등도 함께 처벌되므로 관련자들은 낙태행위를 최대한 은밀하게 행하게 되고, 관련 증거도 철저히 은폐하기 때문에 그 밀행성의 정도가 통상의 다른 범죄에 비해 현저합니다. 또한, 낙태죄의 피해자인 태아는 그 자체로 피해사실을 진술할 수 없기 때문에 살인죄와 마찬가지로 피해자는 있으나 수사과정에서 피해사실을 진술할 수 있는 피해자가 존재하지 않으므로 수사 난이도가 매우 높을 수밖에 없습니다.

낙태죄의 수사 건수가 추정 낙태 시술 건수에 비해 현저히 적은 이유는 낙태죄의 특수성에 기인한 현상일 뿐, 낙태죄 자체가 사문화되어 범죄처벌할 가치를 상실하였기 때문이 아닙니다.

보건복지부와 연세대학교가 2011. 10. 발간한 '전국 인공임신중절 변동 실태조사'에 따르면 우리나라 인공임신중절건수는 2005년 342,433건에서 2010년 168,738건으로 인공임신중절률이 29.8%에서 15.8%까지 지속적으로 감소하고 있습니다.¹⁴⁾

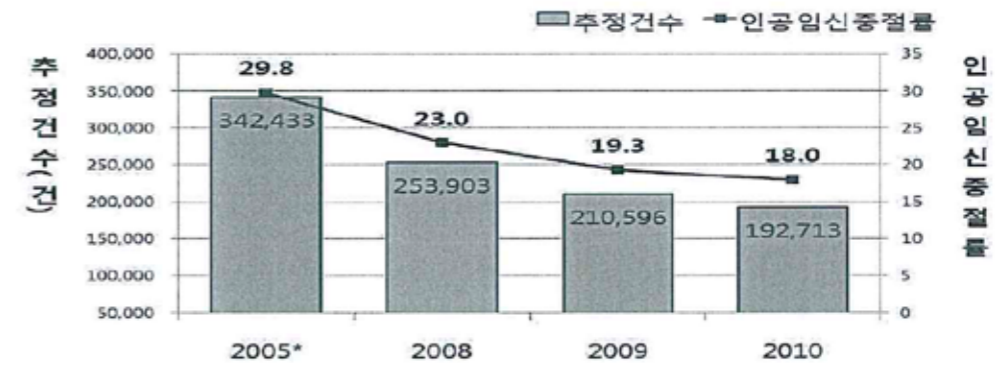
2015, 2016 중 형사편 (참고자료 3의1 내지 15) 각 참조

14) 전국 인공임신중절 변동 실태조사(참고자료4 48p 참조)



정부법무공단
Korean Government Legal Service

137-882 서울 서초구 서초중앙로 178(서초동 1685-4) 서초한샘빌딩
Tel 02-2182-0000 Fax 02-2182-0007 www.kgls.or.kr



이러한 인공임신중절 추정건수 및 중절률의 하락추세는 낙태를 형사처벌하는 것과 결코 무관하지 않습니다. 낙태죄 형사처벌 정책을 선불리 폐지할 경우 그 최소한의 위하적 효과의 상실과 더불어 낙태가 더욱 증가하게 될 것임은 자명합니다.

따라서 낙태 처벌규정이 사문화되었음을 전제로 낙태 처벌규정으로 인해 달성되는 공익을 과소평가하는 청구인의 주장은 부당합니다.

(3) 낙태의 예외적 허용범위의 적정성

청구인은 현행법상의 낙태 처벌 예외사유가 지나치게 협소하여 임부의 자기결정권을 과잉침해하고 있기 때문에 그 자체로 위헌이라고 주장하고 있습니다. 하지만 '낙태를 어느 범위에서 예외적으로 허용할 것인가'는 임부의 자기결정권에 치중하여 편향적으로 판단할 수 있는 문제가 아닙니다.

낙태를 어느 범위에서 예외적으로 허용할 것인가는 국민의 법 감정 변화, 여권 신장 등 사회적 여건 변화, 의료기술의 발달 등 시대상황에 따라 얼마든지 변동될



정부법무공단
Korean Government Legal Service

137-882 서울 서초구 서초중앙로 178(서초동 1685-4) 서초한샘빌딩
Tel 02-2182-0000 Fax 02-2182-0007 www.kgls.or.kr

수 있는 문제입니다. 예컨대 의료기술의 발달로 현재보다 더욱 이른 시기에 태아의 독자적 생존능력이 인정될 경우 임신 초기 태아의 생명보호의 필요성이 더욱 증대될 것이고, 미혼모 등 원하지 않는 임신을 한 임부에 대한 사회적 인식이 개선되고, 이에 대한 국가적 지원이 충분히 이루어지게 된다면 낙태 형사처벌로 인한 임부의 자기결정권의 제한 정도는 축소될 것입니다. 또한, 의료기술의 발달로 종전에 치료가 불가능했던 전염병 및 유전병의 경우에도 완치가 가능해진다면 오히려 현행 모자보건법의 의학적, 우생학적 처벌 예외사유를 폐지해야 한다는 주장이 부각될 수 있을 것입니다.

이와 관련, 학계와 실무계에서도 모자보건법의 개정 여부 및 방향에 대해 다양한 의견이 개진되고 있습니다.¹⁵⁾ 구체적으로, ① 배우자 동의 요건의 존치 여부 논의(임부의 자기결정권 보장을 위해 배우자 동의조항을 삭제해야 한다는 의견과 임신은 부부의 공동결정으로 이루어지므로 존치해야 한다는 의견이 대립), ② 우생학적 사유의 개정 논의(태아 및 부모에게 미치는 영향을 고려하여 처벌 예외사유인 유전적 질환의 범위를 확대해야 한다는 의견과 태아의 의사가 전혀 고려되지 않으므로 오히려 유전적 질환의 범위를 축소하거나 폐지해야 한다는 의견이 대립), ③ 윤리적 사유의 개정 논의(처벌 예외사유인 성범죄와 친족 간 임신의 범위를 확대해야 한다는 의견과 현행 규정을 존치해야 한다는 의견이 대립), ④ 의

15) 박승호, “모자보건법 제14조에 대한 헌법적 검토”, 법학논총, 2014.; 신동일, “모자보건법 제14조 : 개정 필요성과 방향”, 안암 법학, 2010.; 김용효, “낙태죄의 존폐에 대한 고찰”, 한양법학, 2010; 김학대, “낙태에 관한 법이론적 담론과 법정칙적 판단에 관한 연구”, 외법논집, 2009; 이인영, “모자보건법 제14조의 재구성 및 입법방향” 한국의료법학회지 제12권 제2호 2004; 허영, “인공임신중절과 헌법”, 공법연구 제5집, 1977. 신동운, “형법개정과 관련하여 본 낙태죄 연구”, 형사정책연구 제2권 제2호, 1991.

학적 사유 개정 논의(모체의 정신적 건강을 해칠 우려가 있는 경우를 처벌 예외 사유로 추가해야 한다는 의견과 요건 자체가 포괄적이어서 남용의 우려가 있으므로 수용할 수 없다는 의견이 대립), ⑤ 사회적·경제적 사유 추가 논의(임신상태의 유지 및 출산이 임부 및 가족에게 가혹한 결과를 초래할 경우 낙태를 허용해야 한다는 의견과 사회적·경제적 사유의 기준이 모호하여 남용이 우려되므로 신중하게 검토해야 한다는 의견이 대립) 등이 진행되고 있습니다.

또한, 일반 국민들도 낙태와 관련하여 다양한 의견을 제시하고 있습니다. 최근 국민청원 게시판을 통하여 낙태죄 폐지 청원에 20만명 이상이 동참하여 정부에서 실태조사 및 사회적 여론을 수렴하여 종합 검토하겠다는 취지의 답변을 하자 천주교를 중심으로 낙태죄 폐지에 반대하는 100만 여명의 서명이 헌법재판소에 전달되기도 하였습니다.¹⁶⁾ 관련 통계 상 모자보건법상 허용사유를 확대해야 한다는 견해가 42.9%이고, 현행 체계가 적절하다는 견해 및 축소해야 한다는 견해가 약 42.5%로 첨예하게 의견이 대립하고 있음을 알 수 있습니다.¹⁷⁾

따라서 낙태를 어느 범위에서 예외적으로 허용할 것인지는 근본적으로 태아의 생명 보호와 임부의 자기결정권 간의 충돌 상황에 대해 현 시대를 살고 있는 우리 사회 전체가 사회적 공감대를 이루어 합의를 도출해야 할 문제입니다. 위와 같은 합의는 대의민주주의 하에서 필연적으로 입법자를 통해 이루어질 수밖에 없으므로 입법자에게는 낙태를 어느 범위에서 예외적으로 허용할 것인지에 대한 입법 제량 내지 형성의 자유가 인정되고, 입법자의 제량이 현저히 일탈되지 않는 한 입

16) 2018. 3. 22. 연합뉴스 신문기사(참고자료 9 참조)

17) 전국 인공임신중절 변동 실태조사(참고자료 4, 93면 참조)

법자의 의사는 존중되어야 할 것입니다.

결국, 현행 법체계의 낙태 처벌 예외사유가 너무 협소하여 입법자의 재량을 현저히 일탈하였는지 여부에 대한 검토가 필요할 것입니다. 이에 대해 청구인을 비롯한 낙태 폐지론자들은 크게 2가지 주장을 집중적으로 제기하고 있습니다. 첫째, 임신 초기의 낙태를 전면적, 일률적으로 금지하고 처벌하는 것은 임부의 자기결정권을 과잉 침해한다는 주장, 둘째, 임부의 자기결정권을 보호하기 위해 처벌 예외 사유에 사회적·경제적 적용사유를 추가해야 한다는 주장이 그것입니다. 이하에서 이에 대해 검토해 보도록 하겠습니다.

(4) 임신 초기 낙태에 대한 형사처벌의 합헌성

임신 초기(임신 12주 또는 24주 내)의 경우 ① 태아가 사고나 자아인식, 정신적 능력과 같은 의식적 경험에 필요한 신경생리학적 구조나 기능들을 갖추지 못하여 고통을 느끼지 못하는 점, ② 폐포가 될 종말낭(terminal sacs)이 형성되지 않아 자궁배출 이후에 호흡에 이를 가능성이 전무하여 이 시기까지는 독자적 생존능력이 없는 점, ③ 임신 초기의 낙태는 시술방법이 간단하여 비교적 임부에게 안전한 점 등을 근거로 이 시기의 낙태까지 전면적, 일률적으로 금지하고 처벌하는 것은 임부의 자기결정권을 과잉 침해한다는 주장이 있고, 청구인도 예비적 청구에서 같은 취지로 주장하고 있습니다.

그러나 ① 헌법이 태아의 생명을 보호하는 이유는 태아가 인간으로 될 예정인 생명체라는 이유 때문이지, 그것이 독립하여 생존할 능력이 있다거나 사고능력,

자아인식 등 정신적 능력 등이 있는 생명체라는 이유 때문이 아닌 점, ② 의학의 비약적 발전으로 태아가 모체를 떠난 상태에서의 생존 가능성이 증가하고 있는 이후에도 변동될 수 있는 점, ③ 일정 주수(週數)만을 기준으로 태아의 생명 침해를 정당화한다면, 임신 초기의 태아의 생명에 대한 사회적 인식은 급격히 하락할 수밖에 없으므로 생명경시 풍조를 더욱 확대시키는 결과를 야기할 수 있는 점, ④ 모자보건법은 24주 이내 태아의 경우 임부의 자기결정권 보호를 위해 인공임신중절수술을 일부 허용하고 있는 점, ⑤ 태아의 성장속도는 모와 태아의 건강상태에 따라 변동되고 일률적이지 않은 점, ⑥ 태아는 모와는 별개의 생명체로 임신 후 지속적으로 성장해 나가 출산과 동시에 인간으로 완성될 뿐 임신 12주 혹은 24주에 그 존재의 정체는 갑자기 바뀌는 것은 아닌 점 등에 비추어 임신 초기의 태아에 대한 낙태를 전면 허용해야 한다는 주장은 부당합니다.

이와 관련, 헌법재판소는 “태아도 그 성장 상태를 막론하고 생명권의 주체로서 보호받아야 하는 존재라는 점에서 수정란이 자궁에 착상한 이후부터 출산하기 이전까지의 태아를 성장 단계에 따라 구분하여 보호의 정도를 달리하는 것은 정당화될 수 없다.”(헌재 2012. 8. 23. 2010헌바402 결정)고 판시하였습니다.

또한, 독일 연방헌법재판소도 12주 이하의 태아에 대하여 상담만을 요건으로 낙태를 가능하게 한 제5차 독일형법개정안 제218조a나 「임부 및 가족부조법(Schwangerem und Familienhilfegesetz)」 상 관련 규정들에 대하여 “태아에 대한 헌법상의 보호는 어느 특정한 기간만을 대상으로 할 수 없는 것이고 전체 임신기간을 망라하여야 한다”고 보아 태아의 생명권에 대한 국가의 보호의무위반이라는



취지로 위헌결정한 바 있음은 전술한 바와 같습니다.

일본, 영국 등 주요국가의 경우 아래와 같이 인공임신중절 허용기간¹⁸⁾을 다양하게 규정하고 있을 뿐만 아니라 의학적, 사회·경제적 사유 등 적용사유 요건¹⁹⁾들을 추가로 규정하고 있습니다.

구분	임신중절 허용기간
일본	<ul style="list-style-type: none"> - 허용시기에 대한 명시적 규정은 없으나, 정부의 입장은 태아의 생존능력을 고려하여 22주로 이해하는 경향이 있음 - 허용사유(모체보건법 제14조) <ul style="list-style-type: none"> · 임신을 지속하거나 분만함으로써 신체적 또는 경제적 이유에 의해 모체의 건강을 현저히 해칠 우려가 있는 자 · 폭행이나 협박에 의해서 또는 저항이나 거절할 수 없는 틈을 타서 간음을 당해 임신한 자
영국	<ul style="list-style-type: none"> - 24주까지 : 사회적, 의학적, 사회·경제적 이유 - 기간제한 없는 사유 : 심각한 장애가 우려될 때, 여성의 생명에 치명적이고 영구적인 손상이 우려될 때

위와 같은 사정에 비추어 볼 때, 입법자가 임신 초기의 낙태에 대해 처벌 예외 사유로 규정하지 않았다 하여 이를 입법재량의 현저한 일탈로 볼 수 없습니다.

(5) 사회적·경제적 사유 추가 주장의 문제점

낙태의 동기 중 사회적·경제적 사유가 대부분을 차지하고 있는 것이 현실입니다. 따라서 사회적·경제적 사유로 인한 낙태를 허용한다면 사실상 대부분의 낙태

18) '전국 인공임신중절 변동 실태조사', 보건복지부·연세대학교, 2011. 10.(참고자료4) 제178면
 19) 미국의 경우 '개인의 자유 및 프라이버시'를 중시하고 행복추구권의 내포로서 자기결정의 권리라는 관점에서 해결하려는 경향이 강한 반면, 독일 등 유럽국가에서는 첨단과학기술로 인해 인간이 도구로 전락할 수 있다는 위험을 인식하고 인간의 존엄성규정을 출생 전의 태아에 어떻게 적용할 수 있는가 하는 문제를 중심으로 접근하고 있습니다(지규철, 미국과 독일의 낙태판결에 관한 비교법적 고찰, 공법학 연구 제9권 제1호, 2008. 85면 이하 참조).

를 허용하는 것과 다름없는 상황을 초래하게 됩니다.

또한, 사회적·경제적 사유로 인해 입부가 견게 되는 문제를 낙태죄의 처벌 예외 사유의 확대를 통해 해결하려는 시도는 근본적 해결방안이 될 수 없고, 오히려 더 큰 사회적 병리 현상(낙태율의 급증, 잦은 낙태 여성의 신체적, 정신적 건강 훼손, 생명경시 풍조의 확산 등)을 초래하게 될 것입니다.

즉, 이 문제는 이러한 상황이 발생하는 사회 상황의 개선을 통해 이루어져야 할 문제입니다. 사회·경제적인 이유로 낙태를 할 수 있게 법을 개정하는 것은 상황이 잘못되었으면 상황을 바꾸어 해결해야지 상황을 그대로 두고 법을 바꾸어 해결할 수 있는 것처럼 생각하는 것에 지나지 않습니다.²⁰⁾ 참고로 가임기 여성 인식을 조사한 결과, 여성들은 양육지원 확충, 한부모 가족정책 강화, 사교육비 경감, 가정친화적 직장문화 조성 등 사회·경제적인 문제를 해결해 줄 것을 제안하였습니다.²¹⁾

위와 같은 사정에 비추어 볼 때, 입법자가 사회적·경제적 사유를 처벌 예외 사유로 규정하지 않았다 하여 이를 입법재량의 현저한 일탈로 볼 수 없습니다.

(6) 소결

20) 낙태를 경험한 여성의 84%가 여건이 개선되고 사회적으로 지지를 받았으면 낙태하지 않고 아기를 낳았을 것이라고 답변하였습니다. 이와 관련하여서는 참고자료 「2010 전국 인공임신중절 변동 실태조사 및 정책개발 연구」 공청회(보건복지부 구강·가족건강과, 연세대학교 보건대학원 2011. 9. 23.자) 68면 참조.

21) 참고자료 「2010 전국 인공임신중절 변동 실태조사 및 정책개발 연구」 공청회(보건복지부 구강·가족건강과, 연세대학교 보건대학원 2011. 9. 23.자) 68면 참조.

위와 같은 사정을 종합적으로 고려해 볼 때 낙태죄 조항으로 추구하는 공익이 입부의 자기결정권이라는 사익의 제한보다 경하다고 보기 어려우므로 낙태죄 조항이 법익의 균형성에 반한다고 할 수 없습니다.

5. 업무상동의낙태죄 조항의 합헌성

가. 문제점

업무상동의낙태죄 조항은 의사 등 의료인에 의한 낙태를 원칙적으로 처벌하고 있습니다. 이는 의사 등의 의료행위 중 일부인 낙태시술을 금지하는 것인바, 직업수행의 자유 침해 여부가 문제됩니다.

나아가 업무상동의낙태죄 조항이 법정형으로 2년 이하의 징역형만을 두고 있는 것이 일반인에 의한 낙태죄 조항(형법 제269조 제2항²²⁾, 이하 '동의낙태죄 조항'이라 합니다)에 비해 과중한 형벌을 규정하여 책임과 형벌 간의 비례원칙 및 평등원칙에 반하는지 여부의 검토가 필요합니다.

나. 직업수행의 자유 침해 여부

(1) 심사기준

업무상동의낙태죄 조항은 의사의 의료행위 중 일부인 낙태시술을 금지하는 것

22) 형법 제269조(낙태)

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

② 부녀의 촉탁 또는 승낙을 받아 낙태하게 한 자도 제1항의 형과 같다.



으로 직업수행의 자유를 제한한다고 볼 수 있습니다. 직업의 자유를 제한함에 있어서도 다른 기본권과 마찬가지로 과잉금지의 원칙은 준수되어야 하지만, 직업수행의 자유는 직업선택의 자유에 비하여 상대적으로 폭넓은 법률상의 규제가 가능하므로 다소 완화된 심사기준을 적용할 수 있습니다(헌법재판소 2007. 2. 22. 선고 2003헌마428 결정, 2002. 12. 18. 선고 2000헌마764 결정 등 참조)

(2) 과잉금지원칙 위반 여부

(가) 목적의 정당성 및 수단의 적정성

업무상동의낙태죄 조항 역시 태아의 생명권을 보호하기 위한 것으로 그 입법목적의 정당하고 낙태를 방지하기 위하여 의사 등의 낙태시술을 형사 처벌하는 것은 위 목적을 달성하기 위한 효과적이고도 적절한 방법입니다.

(나) 침해의 최소성

낙태시술의 대부분은 그 기능이나 낙태에 사용하는 약품 등을 알고 있는 의사 등이 행하는 것이 현실입니다.²³⁾ 따라서 낙태시술의 대부분을 담당하고 있는 의사 등을 처벌하지 않을 경우 낙태시술이 급격히 증가하여 업무상동의낙태죄 조항의 입법목적 달성이 불가능하게 됩니다.²⁴⁾

아울러 모자보건법 제14조는 인공임신중절수술을 예외적으로 허용하고 있으

23) 한국형사정책연구원, 전계 연구, 제85면에 인용된 표 3-39.(참고자료1)에 따르면, 낙태수술의 대부분(종합병원 3.6% + 산부인과 의원 83.1% + 일반 개인병원 11.6% 총 98.3%)이 병원에서 이뤄지고 있는 점을 보면, 낙태시술의 대부분은 의사가 행하는 것으로 보입니다.

24) 본 변론요지서 19~20면



로 위 허용사유에 해당하는 업무상 낙태행위는 위법성이 조각됩니다. 가사 모자보건법에서 규율하고 있지 않은 사안이라도 구체적인 상황에 따라 정당행위(형법 제20조) 또는 긴급피난(형법 제22조)에 해당하여 처벌되지 않을 수 있습니다.²⁵⁾

따라서 업무상동의낙태죄 조항은 침해의 최소성 원칙에 반한다고 보기 어렵습니다.

(다) 법익의 균형성

업무상동의낙태죄 조항은 국가가 보호하여야 할 태아의 권리 중 가장 본질적이고 핵심적인 권리라고 할 수 있는 태아의 생명권을 주된 보호법익으로 하고 있습니다. 아울러 낙태시술은 임신시기와 무관하게 임부에게 육체적·정신적인 피해를 가져올 수 있는 점을 고려할 때, 임부의 생명과 건강 역시 이 조항의 부차적인 보호법익이라 할 것입니다.

그에 비해 이 사건 법률조항으로 인하여 청구인에게 입게 되는 기본권 제한은 직업수행의 자유로 원하지 않는 임신상태에서 벗어나기 위해 낙태를 촉탁·승낙한 임부에게 낙태시술을 할 수 없는 제약에 불과합니다.

나아가 모자보건법은 의학적, 우생학적, 윤리적 적용이 있는 경우 제한적으로 낙태를 허용하여 태아의 생명권과 임부의 자기결정권의 조화를 도모하고 있는 점 등을 종합하면 업무상 낙태죄 조항이 임부의 기본권을 과도하게 제한하는 것으로 볼 수 없습니다.

25) 대법원은 “임신의 지속이 모체의 건강을 해칠 우려가 현저할 뿐더러 기형아 내지 불구아를 출산할 가능성마저도 없지 않다는 판단 하에 부득이 취하게 된 산부인과 의사의 낙태 수술행위는 정당행위 내지 긴급피난에 해당되어 위법성이 없는 경우에 해당된다”고 판시하였습니다(대법원 1976. 7. 13. 선고 75도1205 판결 참조).

이와 같이 업무상동의낙태죄 조항을 통해 달성하려는 공익과 동 조항을 통해 청구인에게 미치는 불이익을 비교형량 해보면, 전자가 후자보다 우월한 것이 명백한바, 업무상동의낙태죄 조항은 법익의 균형성 요건 역시 충족한다 할 것입니다.

다. 평등원칙 위배 여부

형벌체계의 균형성 및 평등원칙의 내용은, 죄질과 보호법익 등이 유사한 범죄는 합리적인 범위 내에서 비슷한 법정형으로 처벌되어야 한다는 것입니다. 그러므로 법정형의 종류와 범위를 정함에 있어서 고려해야 할 사항 중 가장 중요한 것은 범죄의 보호법익과 죄질이며 따라서 보호법익이나 죄질이 서로 다른 둘 또는 그 이상의 범죄를 동일 선상에 놓고 그 중 어느 한 범죄의 법정형을 기준으로 하여 단순한 평면적인 비교로써 다른 범죄의 법정형의 과중 여부를 판정하여서는 아니 됩니다(헌재 2008. 10. 30. 선고 2006헌마447 결정 등 참조).

낙태행위는 그 특성상 대부분 의료업무종사자에 의해 이뤄지고 있는 것이 현실입니다. 아울러 태아의 생명을 보호해야 하는 업무에 종사하는 자가 태아의 생명을 박탈하는 시술을 한다는 점에서 죄질 및 비난가능성이 일반인의 그것보다 훨씬 크다고 볼 수밖에 없습니다. 더욱이 의사 등 자격을 가진 자가 단지 임부의 촉탁 또는 승낙만을 받았다 하여 낙태를 하게 하는 행위를 용인할 경우에는 이들이 생명윤리를 등한시 한 채 영리목적 등과 결합하여 반복적·전문적으로 낙태시술을 할 가능성이 높습니다.

따라서 업무상동의낙태죄 조항이 동의낙태죄 조항과 달리 벌금형을 규정하지

아니한 것은 합리적인 이유가 있는 것이므로 형벌체계상의 균형에 반하여 헌법상 평등원칙에 위배된다고 볼 수 없습니다.

한편, 이와 관련하여 업무상동의낙태죄 조항에 벌금형이 규정되지 않아 의사가 업무상동의낙태죄로 처벌을 받게 되면 의사의 자격이 상실될 우려가 있으므로 책임과 형벌 간의 비례원칙에 위반된다는 주장이 제기되고 있습니다. 하지만, 업무상 낙태죄가 징역형만을 규정하고 있기는 하나, 그 법정형의 상한이 2년 이하의 징역으로 규정되어 있어 법정형의 상한 자체가 높지 않을 뿐만 아니라, 사안에 따라 죄질·범죄의 동기·재범의 위험성 등 여러 사정을 고려하여 선고유예가 가능합니다. 실제로 업무상동의낙태죄로 기소되어 선고유예를 받는 사례가 다수 존재합니다.²⁶⁾ 이와 같은 점에 비추어 볼 때, 업무상동의낙태죄 조항이 책임에 비하여 지나치게 과중한 형벌을 부과하는 것이라 보기 어렵습니다.

6. 토론 : 종전 결정을 변경해야 할 사정변경이 존재하는지

헌법재판소는 헌법재판소 2012. 8. 23. 선고 2010헌바402 결정에서 이 사건 법률조항에 대하여 합헌 결정을 하였습니다. 따라서 위 결정이 변경되기 위해서는 선고 시점으로부터 현재까지 약 6년여의 시간 동안 이를 변경해야 할 사정변경이 존재하여야 할 것입니다(헌법재판소 2002. 4. 25. 선고 99헌바27 결정).

지난 6년여 간 우리나라의 정치·경제·사회·문화 등에 있어 적지 않은 변화가 있

²⁶⁾ 대검찰청, 최근 10년간 낙태죄 및 업무상 촉탁낙태죄 접수 및 처리 현황(참고자료 8 참조)



있던 것은 사실이나, 그 중 태아의 생명권을 종전보다 경하게 볼 수 있다거나 임부의 자기결정권이 그에 반드시 우선하여야 한다는 취지의 논의 혹은 그와 관련한 사회적 시각의 변화는 특별히 존재하지 않는 것으로 보입니다.

이 기간 동안 여권(女權)이 신장된 것은 사실이나, 그와 같이 신장된 여권(女權)이 곧 태아의 생명권보다 우선하여 보호받아야 한다거나 이를 이유로 태아의 생명권을 침해할 수 있다는 것으로 풀이될 수는 없다고 할 것입니다.

따라서 아직까지는 헌법재판소의 위 결정이 변경되기 위한 사정변경, 즉 종전과 달리 태아의 생명권을 경하게 볼 수 있다거나 임부의 자기결정권이 그에 반드시 우선하여야 한다고 보아야 할 사정이 있는지 여부에 대해서는 의문이 있다고 할 것입니다.

7. 결론

낙태가 형사처벌되어도 불법적인 낙태시술이 암암리에 성행하고 있고, 이에 대한 형사처벌은 낙태죄 특성상 충분히 이루어지지 않고 있는 것이 현실입니다. 이러한 상황에서 낙태를 합법화할 경우 발생할 수 있는 사회적 폐단(낙태율 급증, 생명경시 풍조 만연 등)은 결코 작다고 말할 수 없습니다.

이와 같은 상황 하에서 낙태를 원칙적으로 형사처벌하는 현행 법체계는 전술한 바와 같이 임부의 자기결정권을 일부 제한하는 측면이 있다 할지라도 그 정도가



과잉금지원칙에 반한다고 볼 수 없습니다. 이와 관련하여 모자보건법상 처벌 예외 규정의 범위가 지나치게 협소하여 임부의 자기결정권이 과잉침해 된다는 주장이 있으나, 처벌 예외규정의 범위는 입법자의 재량이 존중되어야 할 영역인바, 현행 법체계가 입법자의 재량을 현저히 일탈하였다고도 볼 수 없으므로 역시 위헌으로 볼 수 없습니다.

청구인은 특히, 임신 초기의 낙태까지 처벌하는 것은 임부의 자기결정권을 과잉 침해하는 것이라고 주장하나, 위와 같은 기간제한 방식의 처벌 예외 인정은 태아의 생명권을 서열화시키는 것으로 그 자체로 부당할 뿐만 아니라 의학기술의 발달 등 사회 변화에 따라 변동이 가능한 문제이기 때문에 위헌 여부를 판정할 유효한 기준이 될 수 없습니다. 이에 대해 독일 연방헌법재판소는 12주 이내의 낙태를 허용하고 처벌하지 않는 것은 (국가의) 인간의 존엄보호와 생명보호를 다하지 않은 것으로 위헌이라고 판시한 바 있습니다.

따라서 형법 제269조 제1항은 헌법 제37조 제2항 과잉금지원칙에 위배하여 임부의 자기결정권을 침해하지 않으므로 위헌으로 볼 수 없습니다.

또한, 형법 제270조 제1항의 경우에도 전술한 바와 같이 의사의 직업수행의 자유를 과잉금지원칙에 위반하여 침해한다고 볼 수 없고, 업무상동의낙태죄의 경우 자기낙태죄와 달리 벌금형을 두지 않은 합리적 이유가 있으므로 평등원칙 위배에도 해당하지 않습니다.

따라서 이 사건 헌법소원 심판청구를 기각하여 주시기 바랍니다.

참 고 자 료

- | | |
|-------------|----------------------|
| 1. 참고자료1 | 낙태의 실태와 대책에 관한 연구 |
| 1. 참고자료2 | 2017년 검찰연감 제6장 1절 1항 |
| 1. 참고자료3의1 | 2002년 사법연감 중 형사편 |
| 1. 참고자료3의2 | 2003년 사법연감 중 형사편 |
| 1. 참고자료3의3 | 2004년 사법연감 중 형사편 |
| 1. 참고자료3의4 | 2005년 사법연감 중 형사편 |
| 1. 참고자료3의5 | 2006년 사법연감 중 형사편 |
| 1. 참고자료3의6 | 2007년 사법연감 중 형사편 |
| 1. 참고자료3의7 | 2008년 사법연감 중 형사편 |
| 1. 참고자료3의8 | 2009년 사법연감 중 형사편 |
| 1. 참고자료3의9 | 2010년 사법연감 중 형사편 |
| 1. 참고자료3의10 | 2011년 사법연감 중 형사편 |
| 1. 참고자료3의11 | 2012년 사법연감 중 형사편 |
| 1. 참고자료3의12 | 2013년 사법연감 중 형사편 |
| 1. 참고자료3의13 | 2014년 사법연감 중 형사편 |
| 1. 참고자료3의14 | 2015년 사법연감 중 형사편 |
| 1. 참고자료3의15 | 2016년 사법연감 중 형사편 |
| 1. 참고자료4 | 전국 인공임신중절 변동 실태조사 |

- 1. 참고자료5 영국·미국·독일·프랑스의 낙태 규제 입법과 판례에 대한 비교법적 고찰
- 1. 참고자료6 2017. 10. 3. 한겨레 신문 기사
- 1. 참고자료7 2015. 7. 16. MK뉴스 신문 기사
- 1. 참고자료8 최근 10년간 낙태죄 및 업무상 촉탁낙태죄 접수 및 처리 현황
- 1. 참고자료9 2018. 3. 22. 연합뉴스 신문 기사

2018. 4. 3.

법무부장관 대리인 정부법무공단

담당변호사 서규영



담당변호사 김영두



담당변호사 정상수



담당변호사 부효준



헌법재판소 귀중



137-882 서울 서초구 서초중앙로 178(서초동 1685-4) 서초한성빌딩
Tel 02-2182-0000 Fax 02-2182-0007 www.kgls.or.kr

- 35 -

참고인 의견서

○ 사 건 : 2017헌바127 형법 제269조 제1항,
제270조 제1항 위헌소원
- 낙태죄의 위헌 여부



2018. 4. .

참고인: 고경심

(인도주의실천의사협의회 이사, 산부인과 전문의)

헌법재판소 귀중



목 차

- I. 서론
 - 1. 쟁점의 정리
 - 2. 건강권과 재생산 건강권
- II. 한국의 낙태 실태
 - 1. 낙태 건수의 추정치
 - 2. 낙태 사유
 - 3. 낙태죄에 대한 인식
 - 4. 성폭력 피해로 인한 낙태지원 실태
 - 5. 낙태와 관련한 '여성의 목소리'
 - 6. 낙태와 관련한 산부인과 의사의 대응
- III. 낙태관련법 국제 비교
 - 1. 서유럽 국가의 낙태법 현황
 - 2. 기타 국가의 낙태법 현황
 - 3. 국제 산부인과학회의 가이드라인
- IV. 현대 의학 및 의료기술의 관점에서 본 낙태
 - 1. 약물에 의한 낙태법
 - 2. 보조생식기술의 발달
 - 3. 낙태죄와 우생학 논란
- V. 낙태는 위험한가? - 낙태의 안전성 논란과 건강권
 - 1. 안전한 낙태와 여성건강
 - 2. 낙태죄와 여성 건강권 침해
- VI. 결론

I. 서론

1. 쟁점의 정리

○ 본 헌법소원 심판사건의 청구취지는 “형법 제269조 제1항(낙태죄), 같은 법 제270조 제1항(의사 등의 낙태죄)이 헌법 제10조 (행복추구권), 제11조 (평등권), 제15조 (직업선택의 자유)에 위반하고 있지 않은지 여부이다.

○ 본 참고인은 현행 낙태죄 조항이 여성의 신체적 건강과 정신적 건강, 재생산 건강에 해로운 효과를 초래하여(건강권 제한), 여성의 인간으로서의 존엄과 행복 추구에 반하며(행복추구권 위반), 여성에게 차별적 효과를 가져와 남녀평등에 부합하지 않는다(평등권 위반)는 의견을 주장하고자 한다.

○ 본 참고인은 여성의 동의하에 낙태를 시술하는 의료인(산부인과 의사 등)의 직업 수행의 자유를 지나치게 제한한다(직업선택의 자유 위반)는 의견을 주장하고자 한다.

○ 본 참고인은 현행 낙태죄 조항이 여성의 재생산권 중 임신중단권인 낙태권리를 부당하게 제한하고 있으며, 사회적 변화와 현대의학의 수준 및 국제 기준에 비추어볼 때 시대착오적인 형법조항임을 주장하고자 한다.

○ 이하에서는 먼저 기본권으로서의 건강권과 재생산 건강권의 개념을 정리하고 이를 낙태죄 조항의 한국적 현실에 비추어 검토해보고자 한다. 한국의 낙태를 둘러싼 현실을 살펴보고, 한국 사회에서 고통 받고 있는 여성들의 목소리를 전하고자 하며, 세계 낙태관련법을 검토 비교하고, 현대 의학의 발달과 수준에 비추어볼 때 낙태 논란에서 태아의 생명권에 대한 재검토가 필요함을 제시할 것이다. 아울러 낙태를 둘러싼 논쟁인 태아의 생명권 대 여성의 자기결정권이라는 고식적인 구도를 뛰어넘어, 낙태 및 낙태죄 조항으로 인한 여성의 건강상의 위해와 안전성을 중심으로 의학적인 견지에서 살펴보고자 한다. 그에 따라 현 낙태죄 조항이 유엔 인권조약의 건강권 권고에 반하여 기본권으로서 여성의 건강권을 침해하는 등 낙태죄 조항의 위헌성 의견을 제시하고자 한다.

2. 건강권과 재생산 건강권

임신, 출산과 관련된 권리에 대한 국제적 논의는, 1968년 테헤란 국제인권총회, 1974년 부쿠레슈티 세계인구총회, 1975년 멕시코시티 제1회 세계여성대회, 1994년 카이로 국제인구개발회의, 1995년 북경 세계여성대회를 거치면서 확대 발전되었다. 특히 카이로 국제인구개발회의와 1995년 북경 세계여성대회에서 임신, 출산과 관련된 권리는 '재생산 권리(reproductive rights)'라 명명되며 인구통제가 아닌 사회권의 의미에서 '재생산 건강(reproductive health)'을 다음과 같이 정의하였다.

재생산 건강은 육체적·정신적·사회적인 안녕의 상태로서 단지 질병이 없거나 허약하지 않음이 아닌 생식계 및 그 기능과 과정에 관련된 모든 것에서 안녕한 상태이다. 그러므로 재생산 건강은 사람들이 만족스럽고 안전한 성 생활을 할 수 있고 그들이 재생산 능력을 갖고 있고 언제 그리고 얼마나 자주 할 것인지를 결정할 자유가 있음을 의미한다. 이 마지막 조건에 함축된 것은 남성과 여성의 다음과 같은 권리이다: 그들이 선택한 가족계획의 안전하고 효과적이고 감당할 수 있고 수용할 수 있는 방법에 대해 충분히 설명을 들을 권리와 그것에 접근할 권리, 그들이 선택한 출산력 조절의 법률에 반하지 않는 다른 방법은 물론이고, 가족계획의 방법을 그들 선택에 따라 접근할 권리와 그리고 여성들이 안전하게 임신과 출산을 할 수 있도록 그리고 커플에게 건강한 신생아를 가질 최선의 기회를 보장하도록 적절한 건강관리 서비스에 접근할 권리이다.¹⁾

이 두 대회가 중요한 분기점이 된 것은, 재생산 권리와 건강 개념을 제시한 것뿐만 아니라 "성 평등과 여성의 권한 강화(gender equality and empowerment of women)"을 가장 중요한 원칙으로 내세웠다는 점이다. 지금까지 인구정책 국제회의에서 여성의 생식 능력을 인구통제의 대상으로 인식하였던 반면에, 이 대회는 어

1) 하정옥(2017). 낙태에 대한 형사처벌의 시대착오: 건강권-사회권-인권 실현의 국제적 합의를 중심으로. 의료와 사회, 8: 64-79. p. 72에서 재인용.

성의 자율성을 행사하는 권한 강화에 초점을 맞추고 성과 재생산 건강을 사회적·경제적·정치적 맥락에서 접근하였다.

2000년 유엔 인권조약 감시기구의 일반논평 및 일반권고²⁾에 따르면, '일반논평 14: 도달 가능한 최고 수준의 건강에 대한 권리(제12조)'에서 "건강은 다른 인권의 행사를 위해 필수 불가결한 기본적인 인권이다. 모든 인간은 존엄한 삶에 보탬이 되는 도달 가능한 최고 수준의 건강을 향유할 권리가 있다"고 명시하였다. 세계인권선언 제25조 1항은 "모든 사람은 식량, 의복, 주택, 의료, 필수적인 사회 역무를 포함하여 자신과 가족의 건강과 안녕에 적합한 생활수준을 누릴 권리가 있다"고 확인하고 있다. '경제적, 사회적 및 문화적 권리에 관한 국제규약'은 건강권에 대하여 국제인권법 상 가장 포괄적인 조항을 규정한다.

또 "건강권을 건강할 권리로 이해해서는 안 된다. 건강권은 자유와 권리를 모두 포함한다. 자유는 성적 자유 및 생식적 자유 등 자신의 건강 및 신체를 통제할 권리 및 고문, 합의하지 않은 치료 및 실험으로부터 자유로울 권리 등 간섭으로부터 자유로울 권리가 포함된다. 반면에, 권리는 사람들에게 도달 가능한 최고 수준의 건강을 누릴 기회의 평등을 제공하는 건강 보호 제도에 대한 권리를 포함한다"고 명시하였다.

또한 건강권을 실현하기 위한 필수적인 요소로 가용성, 접근성, 수용성, 질(quality)이 보장되어야 한다고 하였다. 가용성은 제대로 기능하는 공공 보건 및 보건으로 시설, 상품과 서비스, 그리고 프로그램이 충분한 양으로 이용 가능하여야 한다. 접근성(accessibility)은 비차별, 물리적 접근성, 경제적 접근성, 정보 접근성 등 네 가지 차원을 가진다. 수용성은 모든 보건 시설, 물품 및 서비스는 의료 윤리를 존중하여야 하며 개인, 소수자, 민족 및 공동체의 문화를 존중하는 등 문화적으로 적절하여야 하며 성(gender)과 생명주기의 필요에 민감해야 하며, 비밀유지 존중 및 관련인의 건강 상태 개선을 위해 계획되어야 한다. 질(quality) 관리는 과학적 및 의학적으로 적절하여야 하며 양질이어야 한다. 이를 위해서는 특히 숙련된 의료 관계자 등이 필요하다.

이후 1966년 시민·정치적 권리에 관한 국제규약(International Covenant on Civil

2) 국가인권위원회 국제인권팀(2006). 유엔인권조약 감시기구의 일반논평 및 일반권고. 경제적 사회적 및 문화적 권리위원회. 서울.

and Political Rights)과 함께 경제·사회·문화적 권리에 관한 국제 규약(International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights)의 정초 이후 사회권 규약이 구체화되었다. 2008년 사회권 규약의 이행을 강제할 수 있는 사회권 규약 선택의정서가 채택되었고 2016년에는 '성과 재생산 건강권(right to sexual and reproductive health)에 관한 일반 논평'³⁾을 발간하였다.

이 논평에서는 성과 재생산 건강의 가용성을 보장해야 할 필수적 의료 중 하나로 낙태 의료서비스와 낙태 후 돌봄을 분명히 명시하고 있다. 그리고 성과 재생산 건강의 접근성(accessibility)의 보장에서도, 안전한 낙태와 낙태 후 돌봄에 관한 정보에 접근할 권리를 청소년을 포함하여 모든 개인과 집단이 가진다고 제시한다. 성과 재생산 건강의 질(quality) 관리에서는, 성과 재생산 서비스의 제공에서 과학기술의 발전과 혁신을 포괄하지 못하거나 거부하는 것이 질 관리를 위태롭게 할 수 있는데 그 대표적 예로 낙태 의료서비스를 지적한다.

또 각 국가는 원치 않는 임신과 안전하지 않은 낙태를 예방하기 위해서 법과 정책적 수단을 강구해야 하는데 여기서는 규제적인 낙태 법률을 완화할 것이 명시된다. 또한 자율성과 평등권을 침해하는 대표적 예시로 낙태를 형사 처벌하는 것 또는 규제적인 낙태 법률을 들고 있다.⁴⁾

앞으로 형법 상 낙태죄 조항과 관련된 한국의 현실이 유엔 인권조약의 건강권 권고에 반하여 기본권으로서 여성의 건강권을 침해하고 있다는 점을 제시하고자 한다.

II. 한국의 낙태 실태

낙태⁵⁾는 여성 개인의 '사익'을 추구하는 행위라기보다는 피임, 성관계에서 남녀의 주도

3) Committee on Economic, Social and Cultural Rights(2016). General Comment no.22 on the right to sexual and reproductive health(article 12 of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, 4 March 2016, E/C. 12/GC/22.

4) 위의 하정옥(2017) p.75.

5) '낙태'라는 용어가 태아를 분만에 앞서 인위적으로 모체 밖으로 배출하거나 또는 태아를 모체 내에서 살해하는 행위를 내용으로 하는 범죄로 규정할 때 사용되고 있다. 세계산부인과학회를 비롯한 의학과와 국제적으로 통용되는 용어는 induced abortion이며 이는 보통 인공유산이라 번역한다. 한편 한국 모자보건법 제14조에서는 '인공임신중절'이라 지칭하고 있다. 본 의견서에서는 형법상 규정된 낙태죄에 대한 논의이므로, '낙태'라는 용어를 그대로 사용하되 필요에 따라 모자보건법에서 규정하는 '임신중절'이라는 용어를 병용하기로 한다.

권과 결정권, 몸에 대한 지식, 의료서비스 접근성 등 다양한 사회적 삶의 맥락 속에서 일어나는 과정이자 사건이다. 따라서 낙태 행위 그 자체만을 불법으로 규정하고, 낙태를 한 여성과 시술의사를 처벌하는 현행 형법은 이러한 과정들을 생각하고 눈 감은 채 도덕적, 형법적 잣대를 적용하는 것이다. 낙태문제를 보는 관점을 여성의 입장에서 봐야 한다고 본다. 여성의 몸에서 일어나는 육체적, 심리적 변화와 부담이 얼마나 큰 것인가. 건강상의 위해를 주지 않는 조건이 무엇인가, 임신유지와 출산의 결정권이 누구에게 있는가를 되물어야 한다고 본다.⁶⁾

다음에서 한국에서 형법 상 낙태죄 조항이 실제 한국 사회에서 어떻게 작동하고 영향을 끼치고 있는지 살펴보기로 한다.

1. 낙태 건수의 추정치

한국 형법 낙태죄 조항으로 낙태를 범죄시하므로 낙태에 대한 공식적인 자료나 모니터링을 할 수 없으며, 실제 낙태가 얼마나 일어나고 있는지에 대한 정확한 통계가 없으며 조사연구를 통한 추정치가 제시되고 있을 뿐이다.

김해중 외(2005)가 발표한 연구⁷⁾에서 한국의 연간 낙태는 35만 590건으로 추정하고 있다. 이 중 미혼여성의 낙태 규모는 전체 낙태의 42%이며 기혼여성은 58%로 연간 추정건수는 14만 7460건으로 보고하였다. 미혼여성의 경우 법적 배우자가 있지 않음을 감안할 때, 상당히 높은 비율로 나타난다. 이 조사는 실제 산부인과 의사들을 대상으로 하여, 형법 상 불법으로 규정된 낙태에 대해 비밀 유지 및 연구목적에 국한할 것임을 밝히고 응답을 요청하였으나, 의사들이 정확하게 응답하기보다는 그 수를 줄이거나 무응답으로 대응하였다는 비판도 제기되고 있다.

손명세 외(2011)가 보건복지부 및 연세대학교와 공동연구로 발표한 바에 따르면, 낙태건수는 168,738 건이라고 하고, 인공임신중절률은 15.8로 김해중 외(2005)의 인공임신중절률 29.8에 비하면 감소하고 있다고 보고하였다.⁸⁾ 이 자료는 2012년도 보

6) 고경심(2010). 지정토론회: 여성의 건강과 재생산권의 관점에서 본 낙태. 한국법학원 『저스티스』 통권 제121호, p.415.

7) 김해중 외 12인(2005). 인공임신중절실태조사 및 종합대책수립. 고려대학교 보건복지부.

8) 손명세 외(2011). 전국 인공임신중절 변동실태조사. 보건복지부, 연세대학교.

건복지부의 공청회 보도자료⁹⁾에 인용되어 연간 약 17만 건의 낙태수술이 발생하고 있다고 추정하였다.

그러나 산부인과학회 공청회에서 제시된 산부인과 개원의들에게서 나온 비공식적인 통계에 의하면 매일 3천 건의 낙태 시술이 행해지고 있다고 추정하고 있다. 낙태 범 죄화로 인하여 낙태를 시술하는 의사들도 전수를 정확히 보고하지 않으며 신고해야 할 의무사항도 아니어서 전수를 파악하기가 어려운 실정이다. 2007년 10월부터 2016년 10월까지의 소셜 빅데이터를 분석한 연구에 따르면 전체적인 정확한 낙태 건수의 증가 또는 감소 추세를 확인하지 못했다고 한다.¹⁰⁾

한국에서 상당히 많이 시행되고 있는 낙태의 대다수가 비밀리에 시행되어 그 전수 조차 파악하기 어렵고 제도적 차원의 모니터링 체계가 없어 적절한 보건의료적 대응이나 제도 마련도 어려운 현실임을 알 수 있다.

2. 낙태 사유

형법에서 낙태를 금지하고 있지만 모자보건법 제14조 제1항에서는 낙태를 할 수 있는 허용한계를 정하여서, 이에 해당할 경우 낙태를 할 수 있다. 모자보건법의 허용한계는 본인이나 배우자가 우생학적 또는 유전학적 정신장애나 신체질환이 있는 경우, 본인이나 배우자가 대통령령으로 정하는 전염성 질환이 있는 경우, 강간 또는 준강간(準強姦)에 의하여 임신된 경우, 법률상 혼인할 수 없는 혈족 또는 인척간에 임신된 경우에만 낙태를 할 수 있다. '사회경제적 사유', '태아 기형'이나 '여성의 요청'에 의해서 낙태를 하는 것은 허용되지 않는다.

2000년 한국보건사회연구원의 15-44세 유배우 여성을 대상으로 한 낙태 사유에 대한 조사에서, 낙태 사유가 자녀불원 35.9%, 터울 조절 20.5%, 임부의 건강상 문제 9.4%, 태아 이상 4.8%, 혼전 임신 19.5%, 가정문제 1.5%, 경제적 곤란 6.6%, 태아

9) 보건복지부(2012). 2012. 9. 23. '인공임신중절 실태조사' 결과발표 공청회 개최 보도자료.
10) 박영배 외(2017). 소셜 빅데이터를 이용한 '낙태'의 경향성과 정책적 예방전략. 한국보건행정학회지 v.27, no3, 2017sus. pp.241-246.

가 딸이므로 1.8%, 기타 9.9%라고 응답하였다. 이들 대다수가 모자보건법에서 규정한 허용한계를 벗어나는 '사회경제적 사유'임을 알 수 있다.

<표 1> 결혼상태에 따른 인공임신중절 시술이유(다중응답)

	시술 이유	기혼여성	미혼여성
건강문제	부모의 건강문제	2.9%	0.2%
	태아의 건강문제	3.7%	0.5%
	임신 중 약물복용	12.6%	5.4%
강간		0%	0.4%
가족계획	더 이상 자녀를 원치 않아서	70.7%	2.9%
	터울조절을 위해서	6.2%	0%
	원하는 태아의 성별이 아니어서	1.2%	0.1%
사회경제적 이유 등	경제적 어려움	17.5%	3.4%
	미성년자 혹은 혼인상의 문제	2.0%	93.7%
	기타	4.2%	2.3%

2005년 보건복지부의 의뢰로 시행한 김해중 외(2005)의 보고¹¹⁾에 의하면, <표 1>에서 기혼여성의 경우 더 이상 자녀를 원치 않아서 낙태하는 경우가 70.7%로 대다수를 차지하며, 미혼여성의 경우는 미성년자 혹은 혼인상의 문제가 93.7%로 대다수를 차지하는 것을 알 수 있다. 사실 모자보건법에서 규정하는 부모의 유전적 질환 등의 건강문제나 의학적 사유보다는 자녀 수 조절 및 혼인 여부에 따르는 사회경제적 사유가 더 큰 부분을 차지함을 알 수 있다.

마찬가지로 손명세 외(2011)¹²⁾ 보고에도 낙태 사유가 '원치 않는 임신'이 50.7%, '미혼이어서'가 26.4%, '임신 중 약물복용 등 태아의 건강문제'가 19.9%, '경제상 양육이 힘들(고용불안정, 소득이 적어서 등)'이 19.9%, '가족계획(터울 조절 등)'이 12.9%, '사회활동 지장'이 8.3%로, 대부분이 사회경제적 사유임을 알 수 있다.

최근 김동식 외(2018)¹³⁾ 보고에 의하면, 낙태 사유로 '경제적 준비가 되지 않아서'가 29.7%, 그 다음으로 '계속 학업과 일을 해야 해서'가 20.2%로, 모자보건법의 허용

11) 위의 김해중 외(2005).
12) 위의 손명세 외(2011).
13) 김동식, 황정임, 동세연(2018). 임신 중단(낙태)에 관한 여성의 인식과 경험조사. 서울: 한국여성정책연구원(미발표초안) p.70-71.

한계에 속하지 않은 불법적 사유가 97.1%로 대부분을 차지하고 있음을 알 수 있다. 낙태 사유가 중복응답을 포함하더라도 모자보건법의 허용한계에 속하는 경우는 2.9%만 해당된다.

이처럼 대부분의 낙태는 모자보건법의 허용한계를 넘어서는 사회경제적 사유로 행해짐을 알 수 있고, 낙태를 하는 여성과 '낙태하게 한' 의사가 범법자가 되고 있는 현실이다. 한국 사회에서 여성들이 '사회경제적' 사유로 낙태를 해야만 하는 구체적인 정황에 대한 검토와 성찰이 필요한 시점에 와있다. 여성들의 낙태 결심이 사적으로 쉽게 내려지는 것이 아니며, 가족과 배우자, 파트너 등과의 관계 속에서 조정을 거치며, 여성이 처한 사회경제적 요인들을 감안해서 고민과 어려움 속에서 이루어진다는 점을 공감할 필요가 있다.

3. 낙태죄에 대한 인식

1953년 형법의 낙태죄 조항이 있지만, 1973년 박정희 정권은 경제성장을 위한 가족계획사업 추진을 위해 모자보건법을 제정하여 인공임신중절 허용 조항을 만들었다. 그 후 인구 통제를 위하여 산아제한 목적으로 임신 초기에 '월경조절술'¹⁴⁾이라는 이름의 낙태가 정부의 지원 하에 대대적으로 시행되었다. 지역 보건소에 가면 무료로 낙태를 해주고 자궁내장치(루프)나 난관결찰술(난관을 묶어 영구 피임을 유도함)도 낙태 후 바로 무료로 시술해주곤 했다. 당시만 해도 피임의 수단으로 낙태가 광범위하게 시행되어서 당시 여성은 물론 배우자나 가족들도 낙태죄의 존재에 대해 신경을 쓰지 않았던 시절이었다. 따라서 형법의 낙태죄 조항을 인지하지도 않았으며 낙태죄 찬반 논란도 사회적인 관심사 표면에 떠오르지 않았다. 이후 산아제한을 위한 가족계획 정부사업이 종결되었지만 암암리에 낙태 시술이 행해지고 있었다.

그러다가 2010년 <프로라이프의사회>에서 낙태시술 의사를 고발하는 사건 이후, 여성계에서 낙태죄 폐지를 주장하는 목소리가 나오면서 사회적 인지도의 지평이 넓어

14) 월경조절술은 영어로 menstrual regulation이라 하는데, 임신 초기 엄연한 낙태인데, 명칭 상 단순히 월경을 나오게 조절해주는 간단한 시술처럼 오인하게 한다.

졌다고 여겨진다.

한국갤럽¹⁵⁾은 2016년에 전국 만 19세 이상 남녀 1,018 명을 대상으로 낙태수술 금지법 찬반 여부를 조사하였는데, '낙태수술을 보다 엄격하게 금지해야한다'가 21%, '필요한 경우 허용해야 한다'가 74%로 나타났다. 이는 1994년 조사에서 금지 26%, 허용 72%에 비해 허용의견이 소폭 증가하였다.

2017년 리얼미터¹⁶⁾도 전국 만 19세 이상 남녀 516 명을 대상으로 낙태죄 유지 및 폐지에 관한 의견조사를 하였는데, 응답자의 51%가 낙태죄 폐지에 찬성하였고, 36.2%가 반대하였다. 이도 2010년 조사에서 낙태죄 폐지가 33.6%, 유지가 53.1%에 비해 현저하게 낙태죄 폐지 찬성 비율이 높아졌다.

최근 김동식 외(2018) 보고에 의하면, 10명 중 7.7명은 현행 낙태죄를 폐지해야 한다고 응답하였고, 나머지 2.3명은 현행 낙태죄를 유지해야 한다고 응답하였다. 또한 도덕적 사유로 낙태죄가 유지되는 것에 대한 동의나 지지는 상대적으로 낮다고 하였다.¹⁷⁾

이렇듯 과거 국가주도의 산아제한을 위한 가족계획사업으로 낙태다 무분별하게 시행되어 낙태죄에 대한 인식이 미미했고 문제시 되지 않았다가, 근래에 사회적 논란의 주제로 떠오르게 되었다. 그러나 여론 및 사회적 분위기를 볼 때 낙태죄 폐지에 대한 공감대가 과거보다 증가하고 있음을 알 수 있다.

4. 성폭력 피해로 인한 낙태 지원실태

모자보건법 제14조 제1항 (인공임신중절의 허용한계)에서 '강간 또는 준강간에 의하여 임신된 경우' 낙태를 할 수 있도록 규정하고 있다. 그렇다면 법적으로 허용되는 강간 또는 준강간, 즉 성폭력에 의한 임신으로 낙태가 발생할 경우의 실태를 한국성폭력상담소의 보고서를 중심으로 살펴보기로 한다. 왜냐하면 낙태죄 조항의 엄연한

15) 한국갤럽(2016). 한국 갤럽 데일리 오피니언 제232호(2016년 10월 3주(18-20일)).
16) 리얼미터(2017). [tbs 현안조사] 낙태죄에 대한 국민여론.
17) 위의 김동식 외(2018).

존재는 성폭력에 의한 임신에 직면했을 때도 여성들의 태도나 대응방식에 어떤 영향을 주는지 시사하는 바가 크기 때문이다.

한국성폭력상담소에서 주관하여 2012년 <성폭력피해로 인한 인공임신중절수술 지원실태 및 개선방안 연구> 보고를 하였다.¹⁸⁾ 이 연구는 성폭력 피해로 인한 임신에 대한 상담 및 지원을 하고 있는 실태를 조사하기 위해 전국의 성폭력 관련 지원기관을 대상으로 하였다. 조사 대상이 된 전국의 240개 성폭력 피해자 지원기관에 설문지를 발송한 결과 성폭력상담소 56개, 성폭력피해자보호시설 9개, 원스톱지원센터 13개, 해바라기 여성아동센터 6개, 해바라기아동센터 5개, 1366(이주여성센터 포함) 22개 기관, 총 111개 기관에서 설문지에 응답하였다.

<표 2> 성폭력 상담건수 및 임신 관련 상담건수 (단위 : 명,%)

구분	전체 성폭력 상담 건수 A	성폭력으로 인한 임신(인공유산 포함) 관련 상담 건수 B	A/B(%)
2009년	28,406	552	1.94
2010년	34,864	757	2.17
2011년	36,359	689	1.89
2012년 6월	20,739	364	1.75
계	120,368	2,362	1.96

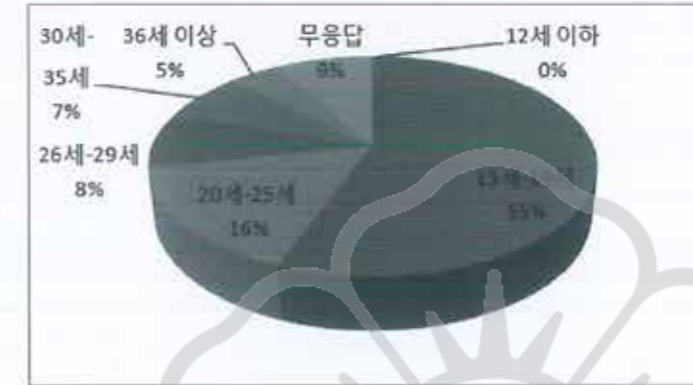
<표2>에서 보는 바와 같이, 2009년부터 2012년 6월까지의 전체 성폭력 상담건수는 총 120,368건이었으며 전체 상담건수 중 성폭력으로 인한 임신(인공유산 포함)관련 상담건수는 2,362건이었다. 전체 성폭력 상담 건수 대비 성폭력으로 인한 임신관련 상담비율은 연간 평균은 1.96% 정도로 나타났다.

여기서 전체적인 상담건수는 2011년까지 매년 증가하고 있는 것으로 나타나 2010년 이후 일반 병원에서 인공유산 시술을 받는 것이 어려워진 현실상의 문제(진오비 단체의 형사 고발 등으로 인함)가 반영된 것으로 추정할 수 있다.

성폭력 피해자들의 경우, 성폭력 피해로 인한 임신이라 하더라도 고소나 신고 등의

18) 이미경 외(2012). 성폭력피해로 인한 인공임신중절수술 지원실태 및 개선방안 연구. 전국성폭력상담소협의회·한국성폭력상담소. (연구 2012-2) 이 보고서에서는 '낙태'라는 용어의 낙인화 때문에 '인공유산'이라는 표현을 사용하였으며, 이를 그대로 원용하였다.

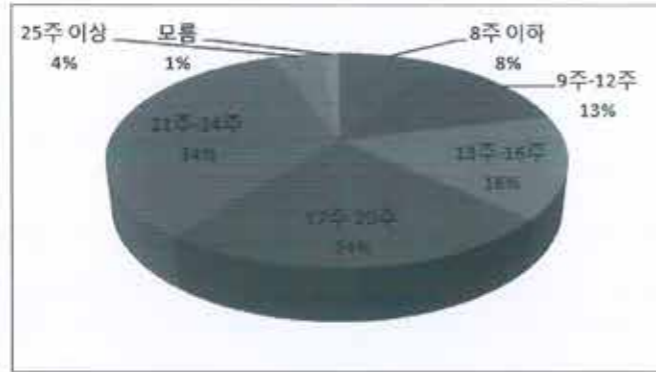
요건을 요구하는 성폭력 인공유산 지원 실무로 인해 고소를 원치 않는 경우 일반 산부인과 병원에서 개인적으로 해결하는 경우가 많다. 그러나 일반 병원에서 인공유산 시술을 거부하는 등 개인적인 대처가 어려운 경우 결국 인공유산 필요로 인해 상담 받는 사례가 늘어나게 된다.



<그림 1> 지원 요청 시 피해자 연령

<그림 1>에서 보는 바와 같이, 지원요청 당시 성폭력 피해자의 연령은 최하 12세부터 최고 39세까지로 나타났는데 가장 많은 사례를 보인 연령층은 청소년 피해자인 '13세-19세'로 총 124건의 지원요청 사례가 있었다.

청소년 피해자의 경우 성폭력으로 인한 임신피해 사실을 인지하고 나서도 어떻게 대응해야할지 잘 모르거나, 성폭력피해와 임신 사실이 부모에게 알려지는 것이 두려워 고민하다가 의료지원 시기가 지연되는 문제가 발생한다. 또한 피해학생이 부모에게 알리기를 완강히 거부할 경우 병원에서는 상담기관측에서 책임질 것을 요구하여 상담기관에서 위험을 감수하거나, 결국은 지원을 하지 못하게 되기도 한다.



<그림 2> 인공유산 지원 사례 중 가장 높은 임신주수

<그림 2>에서 보는 바와 같이, 성폭력피해자의 인공유산을 지원한 사례 중 가장 높은 임신 주수의 분포를 보면, 임신 '21주~24주'에 인공유산을 지원한 경우가 24건(34%)으로 가장 높게 나타났으며, 그 다음이 '17주~20주'에 인공유산을 지원한 경우가 17건(24%)으로 나타났다. 가장 높은 임신 주수로는 25주 이상인 경우가 [성폭력상담소]와 [해바라기여성아동센터]에서 각 2건과 1건의 사례가 있었다. 전체적으로 임신 주수가 높아짐에 따라 지원 사례도 증가하는 것으로 나타났다.

의학적으로 안전하게 인공유산을 할 수 있는 임신 12주 이내에 시행한 경우는 21%에 지나지 않으며 나머지는 부작용이나 합병증 위험이 높아지는 임신 중기에 시행함을 보여준다.

이렇게 임신 주수가 높아짐에 따라 여성에 가해지는 건강상의 위험은 점점 높아진다. 그런데 이렇게 임신 주수가 높을 때까지 임신임을 인지하지 못하거나, 산부인과에 가는 것이 부끄럽거나 힘들 수도 있고, 비용 때문에 주저하다가 시간을 끄는 경우도 많아, 결국 성폭력상담을 통한 지원을 받게 되는 사례를 보게 된다. 성폭력에 의한 낙태가 합법임에도 불구하고, 낙태죄 조항의 존재로 낙태에 대한 정보를 제공받거나 적절한 의료서비스를 받지 못하는 현실을 드러내준다 하겠다.

<표 3> 인공유산 미지원 사유

사유	
고소거부	- 고소거부 - 사건을 고소해야 지원이 가능함을 설명하자 부모가 강하게 거부 - 사건 고소하지 않고 진료 받으러 오지 않음 - 진료 받은 후 연락 없음
지원기준 미흡	- 신고 된 사건과 별개의 임신으로 00원스톱에서 개입 - 동거남, 약혼자, 애인과 성관계로 인한 지원 거부 - 사건과 관계없는 임신으로 진단받은 후 연락 없음 - 임신주수 높음 - 피해일과 임신주수 불일치 - 수술이 어려움
피해자 정보 노출 거부	- 인적사항 거절 - 보호자 알리는 것 및 수술동의서 작성 거부 - 수술시 보호자 동행할 수 없다며 지원 거부
타 기관연계	- 보호자가 원치 않아서 다른 센터로 연계함 - 미혼모시설 입소 - 타 기관에서 지원 - 의료원은 중절수술이 지원되지 않아 타 기관으로 연계 - 주거지 관할 원스톱지원센터 안내
성폭력 판단 어려움	- 성폭력피해 특정 못함 - 피해경위 모름 - 성폭력으로 판단하기에 애매한 상황 - 성폭력이 아닌 성매매로 처벌 가능하여 인공유산 수술 지원 기준에 미흡
피해자 자체 해결	- 연계를 권했지만 거부 - 가해자와 합의 후 자체적으로 처리 - 인공유산 후 내원
출산 선택	- 출산 - 피해자가 출산 원함 - 출산, 인공유산 고민중
기타	- 유전자 일치여부 확인문의 - 자연유산 - 수술지원을 의뢰(의료비 본인부담) - 학교내에서 진행

<표 3>을 보면 정당하게 지원을 받지 못하는 사유를 보여주고 있다. 성폭력으로 인한 낙태도 성폭력상담소의 상담사실확인서나 고소 또는 신고 여부에 따라 성폭력임을 입증하는 절차를 거쳐야 한다. 그런데 이러한 절차에 대한 규정조차 없어 기관마다 요구하는 사항이 다르다. 이러한 절차가 성폭력피해 사실을 드러내야 하는 용기가 필요하고 고소 또는 신고 등의 관료적이면서도 불편한 절차를 밟아야 하므로, 이러한 공식적인 지원을 회피하게 됨을 알 수 있다.

성폭력으로 인해 임신한 피해자들의 경우 2차 피해가 발생할 수 있다. 학교, 직장 등 피해자가 속한 공동체에서 임신사실로 인해 성폭력피해가 더 쉽게 노출될 위험에 처한다. 피해와 임신 사실이 노출될 경우 피해자의 행실에 대한 부정적 여론이 퍼지고 이로 인해 피해자가 학교나 직장을 떠나야 하는 등 학습권, 노동권 침해로 이어진다. 또한 피해자가 임신한 경우 수사·공판과정에서는 당해 사건과 무관한 이전 임신이나 인공유산 경험에 대한 질문으로 피해자의 신뢰도를 공격하거나, 적절한 의료지원 없이 임신한 상태에서 장시간 대질신문을 요구받는 등 일반적으로 성폭력 피해자들이 겪는 2차 피해의 가중된 형태의 어려움을 겪게 된다.

피해자가 겪는 심리적, 사회적 2차 피해는 수술지원을 요청하고 의료지원을 받는 과정에서도 반복된다. 위에서 살펴본 것처럼 임신중절을 위한 지원요청을 하고나면 의료진이나 관련 업무 담당자로부터 피해자성에 대해 의심받는 질문을 받고, 지원을 받기 위해 진짜 피해자임을 입증해야 하는 위치에 놓이면서 피해자는 주체성의 상실 및 스스로에 대한 가치 절하의 과정을 경험하는 것으로 보인다. 이와 같은 2차 피해는 수술지원 여부와 상관없이 일어날 수 있으며, 수술이후 피해자 상담이 지속되지 않는 이유와도 연동되는 것으로 보인다.

이상과 같이 성폭력상담소 보고서에서 보듯이, 모자보건법의 허용사유에 해당하는 강간 또는 준강간과 같은 성폭력으로 인한 임신의 경우도 낙태 정보 및 시술 접근성에 여러 가지 문제들이 노출되고 있음을 알 수 있다. 이는 현행 낙태죄 조항이 낙태 시술의 접근성을 차단하는 것과 무관하지 않다. 교육기관이나 정부당국도 낙태 관련 정보를 제공하지 않아 적절한 대처를 하지 못하게 하고 있으며 낙태 후 돌봄 교육이나 제도적 장치도 없는 실정이다. 또한 청소년 피해자가 대다수로 많았으며, 모자보건법에서 규정하는 24주 제한을 넘어서는 사례도 있었고, 대부분 초기가 아닌 중기 임신 때 수술을 하게 되어 여성 건강의 위험의 소지가 높고 향후 가임력에도 영향을 미칠 가능성이 높음을 알 수 있다. 이렇듯 낙태죄의 존재는 낙태 자체에 대한 공개적인 논의를 차단하므로 정보접근성, 시술 접근성 등을 차단하고 있음을 알 수 있다.

5. 낙태와 관련한 '여성의 목소리'

2009년 일부 산부인과 의사들의 모임인 <진오비>라는 단체에서 낙태근절운동 선포식을 가진 후 2010년 2월 진오비의 산부인과 의사들을 중심으로 구성된 <프로라이프 의사회>는 상습적으로 불법 낙태시술을 시행했다는 이유로 병원 세 곳과 의사 8명을 고발하였다. 또 2010년 3월 보건복지부는 '불법인공임신중절예방 종합계획'을 발표하고 낙태에 대한 규제를 강화하겠다고 하였다.

이에 대해 2010년 3월 5일 세계 여성의 날을 기념하여 여성계는 안전한 낙태를 할 수 있는 권리와 여성의 재생산권의 보장을 핵심으로 하는 '여성의 임신, 출산 및 몸에 대한 결정권 선언'을 발표하였다. 이후 여성계의 연대활동으로 <임신출산 결정권을 위한 네트워크>를 결성하여 2010년 9월 29일에 "낙태는 범죄가 아니다! 낙태 징역형 선고를 규탄한다", 2010년 10월 14일에 "낙태한 여성을 기소한 수원지검 안산지청을 강력 규탄한다" 등의 제목으로 성명서를 발표하면서, 본격적으로 낙태를 여성 개인의 책임으로 묻는 법과 사회를 향해 여성의 판단과 선택을 존중해야 한다는 '여성의 목소리'를 본격적으로 내기 시작하였다.¹⁹⁾

2016년 10월 17일 여성단체들이 연대하여 <성과 재생산 포럼>을 결성하고 "진짜 문제는 '낙태죄'다! 인공임신중절 처벌 강화하는 의료법 개정 입법예고안 철회하고, 형법상의 '낙태죄'를 폐지하라!"는 제목의 공동성명을 발표하고 다음과 같이 요구하였다.²⁰⁾

<우리의 요구>

- 인공임신중절 처벌 강화하는 의료법 시행령 개정 입법예고안을 철회하라!
- 여성의 몸을 불법화하는 '낙태죄' 폐지하라!
- 장애와 질병에 대한 차별을 조장하는 우생학적 모자보건법 조항 전면 개정하라!
- 국가는 성평등 정책과 성교육을 체계적으로 강화하고, 모든 여성들이 자신에게

19) 한국여성민우회, 『있잖아...나, 낙태했어』, 도서출판 디콘, 2013
 20) <성과 재생산포럼> 제3차 '생명권 vs. 선택권' 판 뒤집기, 2016년 10월 25일, 성과재생산포럼 자료집.

필요한 피임기술과 의료시설에 접근할 수 있도록 보장하라!

- 결혼유무, 성적지향 및 성별정체성, 장애와 질병, 경제적 차이와 상관없이 자신의 섹슈얼리티와 모성을 실천할 수 있는 실질적인 권리를 보장하고 이를 실행할 수 있는 조건을 마련하라!
- 안전하고 건강하게 임신을 중지할 수 있도록 최선의 의료적 선택지를 제공하라!

2017년 9월 30일부터 여성단체뿐만 아니라 일반인들도 청와대 국민청원 게시판 <낙태죄 폐지와 자연유산 유도약(미프진) 도입>을 위한 청원에 25만 명이 넘게 참여하였다. 또한 2017년 120여 명에 달하는 생명윤리학·철학·신학 연구자들은 “낙태 반대만이 생명윤리에 부합하는 것은 아니다”는 제목의 성명을 통해 “충분히 고통을 받고 있는 여성을 형법으로 단죄하여 얻을 수 있는 실익이 없으며, 이는 여성에게만 가혹한 불공정한 일이고, 또 낙태를 불법으로 단죄하는 것만이 유일한 바람직한 길이 아니다”라고 주장하였다.²¹⁾

여성학자들과 법학자들도 생명권 대 여성의 자기결정권이라는 구도를 넘어서야 한다고 지적하였고,²²⁾ 생명윤리적 규제는 여성의 재생산과 자율성을 제약할 가능성이 있어 여성의 경험 차원에서 문제를 봐야 한다고 지적하였다.²³⁾

백영경(2013)은, 낙태에 대한 공적 논쟁과 담론은 단정적인 도덕주의에 영향을 받고 있다고 하며, ‘사회적 고통(social suffering)’으로서의 낙태를 지적하고 있다.²⁴⁾ 사회적 고통이란 한 사회의 공론의 기초나 지배적인 가치가 변화하면서 개인들이 겪고 있는 문제를 표현할 수단을 찾기 어려워질 때 더 심화되는 경향이 있다고 지적하고 있는데, 이는 낙태와 관련된 한국 사회의 현실에도 부합한다. 현재 낙태를 둘러싼 상황은 개인으로서의 불확실성과 사회적 압력만이 크게 존재하고 불합리한 형편이다.²⁵⁾

21) 최규진(2017). 낙태죄의 역사. *의료와 사회(거울호)*. 2017(8): p.263.

22) 양현어(2010). 낙태에 관한 다초점 정책의 요청: 생명권 대 자기결정권의 대립을 넘어. *한국 여성학*. 26(4):63-100.

23) 이운상(2010). 낙태, 그녀의 어렵고 힘든 결정. *젠더리뷰* 18:32-37; 유경희(2010). 낙태논쟁-‘재생산 권리 찾기’로 답하다. *함께가는여성*. 한국여성민우회지 196; 박이은실(2012) 낙태, 피임, 그 너머러리는 진장의 이름으로 쓰는 편지. *진보평론* 53:149-162.

24) 백영경(2013). 성적 시민권의 부재와 사회적 고통 - 한국의 낙태 논쟁에서 여성 경험의 재현과 전문성의 정치문제. *아시아여성연구* 52(2). 43-71.

지금까지 형법의 낙태 범죄화와 뿌리 깊은 가부장제 문화 등에 의한 사회적 낙인에 의해 숨죽여 왔던 여성들이 낙태와 관련한 도덕적 비난을 무릅쓰고 자신의 사회적 고통을 소리 내어 발화하기 시작하였다. 이에 여성은 물론 사회 각 처에서 연대와 지지를 보내고 있으며, 여성의 재생산권과 자기결정권을 강화하는 것만이 여성의 자율권과 행복추구권, 평등권을 획득할 수 있다고 주장하고 있다.

6. 낙태와 관련한 산부인과 의사의 대응

산부인과는 산모와 태아의 건강과 질병을 다루는 전문 의료과목이다. 그리고 태아의 안녕상태는 산모의 건강과 질병, 정신적인 스트레스와 밀접한 관계가 있으며, 산부인과 의사는 산모와 태아 양쪽 생명과 안녕상태를 돌봐야 하는 직무를 수행해야 한다. 그런데 낙태는 모체에 종속된 태아의 생명을 제거하는 것이라는 사회적 통념으로 비난 받을 수 있다는 염려 때문에도 여성들의 목소리로 쉽게 호응하지 못하는 측면도 있다고 할 수 있다. 또한, 낙태와 관련하여 돈을 벌기 위한 수단(의료보험이 적용되지 않고 비밀유지를 위한 대가로 고가의 수술비를 요구하는 등)으로 낙태수술을 해주고 있다고 비난을 받기도 한다. 그래서 낙태죄를 폐지 의견을 내면 마치 돈벌이를 합리화하기 위한 것으로 오해받을까봐 소극적이었다.

그러나 대부분의 산부인과 의사를 비롯한 의료진들은 낙태를 원하는 여성 사례들을 접하면서 현행법의 문제점을 가장 피부에 와 닿게 느끼고 있는 전문가 집단이라 할 수 있다. 여성의 건강을 담당하는 의료인으로서 자신의 종교적 신앙이나 개인적 신념과 무관하게, 여성의 건강 측면에서 현행 낙태죄 조항과 모자보건법의 문제점을 심각하게 느끼고 있다. 또한 해외 산부인과 교과서나 논문을 통한 정보 교류와 국제학회 등에서 서구 국가의 의사들과 교류를 통해 낙태죄가 국제적 수준에도 뒤떨어져 있음도 인지하고 있다.

일부 산부인과 의사들이 주도하는 <프로라이프의사회>의 낙태 의사에 대한 고발이

25) 위의 백영경(2013). p.52.

있던 2010년에 산부인과 의사들 사이에서 상대방에 대한 비난과 의견충돌이 개선된 바 있다. 이에 대응하여 <대한산부인과사회(산부인과 개원의 단체임)>는 산부인과 개원의를 대상으로 설문조사를 시행하였다. 당시 설문 결과는 첫째, 97.9%에서 현행 모자보건법의 현실적 개정이 필요하다고 응답하였다. 둘째, 90.6%에서 인공임신중절의 사회경제적 허용사유가 포함되어야 한다고 응답하였다. 셋째, 94.6%에서 개정 모자보건법에는 심한 태아 기형이나 태아 질환으로 인한 허용 사유가 포함되어야 한다고 응답하였다.²⁶⁾

산부인과 의사를 대상으로 시행한 조사에서도 낙태 요인으로 '혼전 성교 및 미혼 임신의 증가' 73.9%, '경제적 상황의 악화'에 27.7%, '여성의 사회참여 증가'에 27.7%, '양육비 및 교육비 증가'에 12.9%가 응답하였다.²⁷⁾ 이러한 산부인과 의사의 응답은 기존 여성이 처한 상황을 반영한다고 할 수 있다.

그렇다면 현행 낙태 관련법을 둘러싼 일선 산부인과 의사들의 대응은 어떠한가? 낙태를 시술하는 의사들은 형법 제270조 제1항에 따라 '벌금형도 없는' 징역형에 처할 위험을 인지하고 있다. (금고 이상의 형은 의사면허의 취소 사유가 된다.) 또한 <프로라이프 의사회>에서 낙태 시술 의사를 고발하겠다는 행동이 나오자, 일선 의사들의 반응은 여러 가지로 나타났다.

성폭력상담소에서 실시한 산부인과 의사 대상 심층면접에도 다음과 같은 산부인과 의사의 발언이 나왔는데 이는 산부인과 의사가 느끼는 심정을 잘 대변해주고 있다.²⁸⁾

주변에 어떤 의사가 이것으로 고소를 당했다는 이야기를 이런저런 통로를 통해 다 알게 되고, 그러한 분위기는 의사들이 이 일을 피하게 합니다. 특히 2010년 이후 프로라이프 의사들의 활동으로 인해 더 어려워진 상황입니다...(중략)... 사실 현행법이 (인공유산 시술)의사를 전혀 보호하고 있지 않습니다. <의사-5>

26) 손영수(2010) 형법상 낙태와 모자보건법상 인공임신중절에 관한 의료법리학적 이해, 대한산부회지 53(6):469.
27) 위의 손명세 외(2011).
28) 위의 이미경 외(2012) p.63.

내가 아는 의사는 남편도 동의했다는 부인의 말만 믿고 인공유산을 해줬다가 그 남편으로부터 고소를 당해 500만원 벌금형을 받았어요. 이후부터 그 의사는 어떤 인공유산시술도 하지 않고 있습니다...(중략)... 얼마 전에는 00시에서 인공유산 수술이 잘못되어 환자의 자궁이 파열되어 대학병원으로 옮겼는데 패혈증이 오고 반신불구가 되어 그 의사는 징역 6개월에 민사적으로 7억 4천 만원을 배상해야 한다고 해요...(중략)...의사들은 이러한 의료사고로 인한 스트레스에 시달리고 있어요. <의사-3>

자신의 신앙이나 신념에 따라 낙태시술을 하지 않는 의사들은 물론, 법적 처벌을 두려워서 위축이 된 의사들은, '울면서 낙태를 호소하는' 여성 또는 가족의 일원, 또는 남성들(때로는 낙태를 해달라고 의사에게 협박하는 남성도 있다)을 돌려보낸다. 이렇게 되면 여성들은 낙태가 가능한 병원을 찾아다니는 힘든 과정을 겪어야 한다. 보통 전화로 낙태가 가능하다고 문의할 경우, 그렇다고 대답하는 병원은 거의 없으며, 실제 찾아가서 상담을 해박야 가능한지 알 수가 있다. 이렇게 여성이 시술이 가능한 병원을 찾아다니다가 임신이 계속 지속되고 적절하고 안전하게 시술할 수 있는 임신 시기를 놓치는 경우가 많다.

또 의사가 비밀유지를 전제로 시술을 한다 하더라도 배우자 또는 임신을 하게 한 파트너를 동반하여 오도록 하고 '법적 효력이 없어도' 쌍방의 시술동의서를 받는다. 왜냐하면 모자보건법 상 배우자 또는 미성년자의 경우 보호자 동의 조항이 있으며, 형사고발이 배우자에 의해 진행되는 경우가 많기 때문이다. 그래서 남자친구와 헤어져서 더 이상 연락이 되지 않아 동반하지 못하는 경우, 이혼 소송 중이거나 별거 중이어서 배우자를 동반하기 어려운 경우에는 수술을 거부하는 경우도 많다.

게다가 시술 자체가 불법이므로 의료보험 적용이 되지 않고 시술비용은 의사가 요구하는 대로 고가여서 경제적 취약 계층 여성이나 청소년들은 시술을 하지 못하고 있다. 따라서 이들은 불가피하게 출산 후 영아 유기를 하여 모체의 훼손은 물론 영아의 생명도 위태롭게 하는 사회문제를 야기하기도 한다.²⁹⁾ 또 낙태로 인한 의료과실, 합

29) <http://hankookilbo.com/v/8b7781b2c7cb4b8c8de5f379b903e362> 현행법 위반 논란이 여전한 베이비박스 버려지는 영아 수는 2011년 37 명에서 2012년 79 명, 2013년 252 명으로 급격히 늘어난 뒤 매년 200 명 이상에 달한다.

병증과 후유증, 불임에 대한 연구는 그 자체가 불법이므로 시행되고 있지 않다. 여성에게 의료과실이나 합병증이 발생하여도 비밀리에 불법으로 시행하였으므로 정당하게 고발을 하거나 문제 삼지 못하는 경우도 생긴다.

산부인과 전공의 수련병원에서도 낙태 시술 교육과 임상실습이 없어서 산부인과 전공의들이 낙태 시술법을 훈련받지 못하게 된다. 이렇게 되면 산부인과 전문의가 되어도 낙태 시술 경험과 지식이 없어, 미숙한 낙태 시술 시 의료과실을 초래할 우려가 있다.

현실과 괴리가 큰 낙태죄 조항으로 산부인과 의사들은 여성들의 요구(배우자와 가족의 요구인 경우도 많다)에도 낙태 시술을 거부하는 경우가 많다. 일부 낙태를 하는 산부인과 의사들도 비밀리에 시행하면서도 심리적 위축감을 느끼며 스트레스를 받고 있다. 또한 산부인과 의사 내부의 비난이 존재하며 사회적 시선도 굵지 않아 적절한 직업수행의 제한을 느끼고 있다. 이렇듯 직업수행의 자유가 심각히 훼손되었다면, 헌법에서 보장하는 직업 선택의 자유 또한 위반하고 있다고 유추할 수 있다. 그리고 이러한 산부인과 의사들의 이러한 혼란스러운 대응방식과 제도적 미비, 적절한 의료서비스의 접근성을 막는 형법의 낙태죄 존재가 고스란히 여성의 건강권과 재생산권의 훼손으로 이어지고 있다.

III. 낙태관련법 국제 비교

임신과 출산에 관련된 권리를 인권의 범주로 사고하게 된 가장 중요한 배경은 여성 운동이다. 오늘날 2세대 여성운동으로 일컬어지는 서구의 1960·70년대 여성운동은 몸의 문제를 전면에 내걸었고 그 핵심에는 '안전한 낙태(safe abortion)'³⁰⁾에 대한 요구

30) 안전한 낙태(safe abortion: 보통 안전한 유산이라고 일컫지만, 본 건과 관련하여 유산을 낙태라고 명명함)란, 임신을 유지하였을 나타나는 출산사망률 및 출산유병률을 유산사망률과 유산유병률과 비교하여 차이가 없거나 더 나쁘지 않은 상태를 의미하며, 나아가 다음 임신에 부작용이나 합병증 등이 발생하지 않는 경우까지 포함한다.

가 자리 잡고 있다. 요즈음 성폭력 경험을 토로하는 '미투(me too) 운동'의 효시라 할 수 있는 움직임이 이미 1973년 프랑스에서 343 명의 여성들의 '나는 낙태했다'는 공개적 선언으로 나타난 바 있다. 이러한 운동이 벌어지던 유럽과 북미에서는 낙태를 불법으로 규정한 법률 때문에 스스로 혹은 미숙한 시술자에게서 낙태를 시도하다가 많은 여성들이 건강에 치명적 위해를 입었고 사망에 이른 경우도 많았다.³¹⁾

이러한 여성운동의 영향과 유엔 등 국제 여성단체의 사회권 규약의 요청에 따라, 낙태에 대한 논의가 태아의 생명권 논란에서 여성의 몸이 중심축이 되었다. 여성의 건강과 재생산 건강에 대해서 '여성 중심적(women-centered)' 원칙을 견지하는 방향으로 서유럽을 선두로 여러 국가에서 낙태 관련 형법이 개정되는 변화를 겪게 되었다.

1. 서유럽 국가의 낙태법 현황

서유럽 국가들의 낙태관련법은 1960년대와 2010년 사이에 극적으로 개정되어 여성의 합법적 낙태 접근권의 보장수준이 확장되었다³²⁾. 서유럽 국가의 낙태법은 처음 제정당시에는 어떤 상황에서도 낙태를 범죄로 규정했던 형법에 근거하고 있었다. 그러나 지난 50년 동안 대부분의 국가에서 낙태를 금지하는 형법조항을 없애고 낙태가 가능한 특정한 사유를 명시하는 법으로 대체되었다³³⁾.

일반적으로 낙태 관련법의 내용은 기한방식, 적응방식과 상담방식으로 세 가지로 분류³⁴⁾하지만, 최근에는 이 중 한 가지 방식만을 채택하기보다는 일정한 임신 주수의

31) 위의 하정옥(2017) p.65.
32) Levels M, Sluite R, Need A. (2014) A review of abortion laws in Western-European countries. A cross-national comparison of legal developments between 1960 and 2010. Health policy, 118(1), 95-104.
33) Boland R and Katxive L. Development in laws on induced abortion: 1998-2007. International Family Planning Perspectives 2008;34(3):110-20.
34) 낙태관련법의 적용에는 기한방식, 적응방식, 상담모델방식이 있다. 기한방식은 적응사유와 상관없이 일정한 기간 안에 의사에 의해 행하여진 인공유산술을 처벌하지 않는 방식이다. 적응방식은 낙태의 허용기준을 인공유산술에 적용하는 의학적 이유, 성폭력·윤리적 이유 등을 정하여 낙태의 자유를 제한하는 입장이다. 상담모델방식은 임신부를 위한 조인과 도움을 제공할 수 있는 일정한 상담을 필요적으로 거친 뒤 임신부 자신이 최종 책임을 지는 결정 하에 인공유산술을 허용하는 방식으로서 독일의 개정 형법이 대표적인 입법례이다. 임부의 자기결정권과 태아의 생명권을 조화시킬 수 있는 대안으로 최근 부각되고 있으나, 상담의 방식·내용에 따라 상담을 요구하는 것이 사실상 무의미 하거나, 불필요하게 임부의 도덕적 죄책감을 자극할 수 있다는 비판적인 지적도 있다.

기한에 다양한 적응방식을 적용하거나 상담방식으로 보완하는 방식을 취하는 것이 대부분이다.

낙태 합법성을 적용하는 사유(적응 사유)를 일반적으로 다음과 같이 9개의 허용범주로 나눌 수 있다³⁵⁾.

1. 낙태는 어떤 상황에서도 허용되지 않는다(Never allowed).
2. 낙태는 만일 임신한 여성의 생명을 구하기 위해서라면 허용된다 (Save life).
3. 낙태는 만일 임신한 여성의 신체적 건강이 위험하다면 허용된다 (Physical health).
4. 낙태는 만일 임신한 여성의 정신적 건강이 위험하다면 허용된다 (Mental health).
5. 낙태는 만일 임신이 강간이나 근친상간에 의해 발생했다면 허용된다 (Sexual crime).
6. 낙태는 만일 태아가 장애를 갖고 있거나 생존할 수 없다면 허용된다 (Fetal impairment).
7. 낙태는 만일 임신한 여성이 사회경제적 사유로 출산할 형편이 되지 않으면 허용된다(Socio-economic reasons).
8. 낙태는 만일 임신한 여성이 임신으로 인하여 자신이 곤경에 처한다고 주장한다면 허용된다(Distress model).
9. 낙태는 사유와 무관하게 여성의 요청으로 가능하다(On request).

35) United Nations(2002). Abortion polices a global review. New York, NY: United Nations.

<표 4> 서유럽국가의 낙태 적용 사유 비교³⁶⁾

국가	허용 범주								
	2 생명 보호	3 신체적 건강	4 태아 이상	5 성범죄	6 정신 건강	7 사회 경제적 사유	8 스트레 스	9 요청에 따라	
오스트리아	○	○	○		○				12
벨기에	○	○	○				12		
덴마크	○	○	○	○	○	○			12
핀란드	○	○	24	12	12	12			
프랑스	○	○	○				12		
독일	○	○		12	○	○	12		
그리스	○	○	24	19	○	○			12
아이슬란드	○	○	○	16	16	16			
이탈리아	○	○	○	○	○	12	12		
룩셈부르크	○	○	12	12	12				
네덜란드	○		○				22		
노르웨이	○	18	18	18	18	18			12
스위스	○	○			○		12		
스웨덴	○	○							18
영국	○	○	○		○	24			
포르투갈	○	12	24	16	12				10
스페인	○	22	22		22				14
아일랜드	○								

주: ○ 임신 전 기간에 낙태가 허용됨. 그 외 숫자들은 낙태가 허용되는 최장 재태기간임.

<표 4>에서 알 수 있듯이, 낙태 허용 범주 2와 3에 속하는 여성의 생명을 보호하거나 신체적 건강을 위해서는 대부분의 국가에서 임신 기간과 상관없이 전 기간에 걸쳐서 낙태가 허용됨을 알 수 있다. 따라서 태아의 생명권 보호보다 여성의 생명과 건강권 보호가 더 우선됨을 알 수 있다.

여성 스스로 스트레스를 느끼거나(허용범주 8) 여성 스스로 요청에 따라(허용범주 9) 낙태를 할 경우에는 임신기간의 제한을 두고 있다. 가장 일반적으로 임신 제1 삼분기(임신 14주 이내)³⁷⁾까지는 여성 스스로 결정하여 낙태를 할 수 있다. 그러나 임신 14주가 지나게 되면 합법적 낙태를 위한 여러 가지 조건이 필요하다. 일반적으로 의사나 특별위원회의 승인이 반드시 필요하거나 조건에 따른 낙태가능 임신기간을 두기도 한다. 예를 들어, 그리스는 임신 12주까지는 여성의 요청으로 낙태가 가능하지

36) Levels M, Sluite R, Need A. (2014). A review of abortion laws in Western-European countries. A cross-national comparison of legal developments between 1960 and 2010. Health policy, 118(1)에서 Table 1.에서 발췌정리함.

37) 산과학에서 임신 삼분기(trimester)는 임신부터 출산까지의 40주 동안을 삼등분하여 제 1 삼분기는 최종월경일로부터 임신 14주까지, 제2 삼분기는 임신 15주부터 28주까지, 제 3 삼분기는 29주부터 출산까지 구분한다. 최종월경일로부터 임신 14주면, 실제 수정 후 12주 기간을 말한다.

만, 강간 등 성범죄에 의한 임신의 낙태는 임신 19주까지 가능하며, 태아가 기형아인 경우 임신 24주까지 가능하다.

이렇듯 서유럽 국가들은 여성의 정신적 건강 사유로 인한 낙태를 허용하고 또한 여성의 생명이나 신체적 건강과 직접 영향이 없는 사회경제적 사유로도 낙태를 허용하고 있다. 아이슬란드는 1935년에 여성이 아이를 키울 수 없는 광범위한 사회경제적 사유로 인한 낙태를 처음으로 허용한 서유럽국가였다. 그 이후 여성의 요구로 낙태가 허용된 스칸디나비아국가들로 덴마크는 1973년에, 스웨덴은 1974년에 노르웨이는 1978년에 허용하였다. 서유럽 국가들은 낙태에 대한 형사적 처벌을 폐지할 뿐만 아니라 더 나아가 낙태에 대한 안전한 서비스의 제공을 국가의 의무로 제시하고 있다. 이러한 내용을 다루는 사회권 규약은 단지 권고가 아니라 그 권리가 침해되었을 때 사법적 구제까지 진행되고 있다.³⁸⁾

이렇게 서유럽국가에서는 아일랜드만을 제외하고는 사회경제적 이유, 또는 여성 본인의 요청으로 낙태를 허용하고 있다. 그러나 각 국가의 법률제정에는 허용범주별로 임신주수를 정하고 그에 따른 조치를 취하는데 일률적인 법칙을 적용하는 것이 아니며, 태아의 생명권을 근거로 하고 있지 않다. 다만 모체 밖에서 생존할 수 있는 태아의 생존가능성(viability)을 고려하여 허용범주별로 임신 22주 또는 24주의 제한을 두기도 한다.

사회경제적 사유나 여성의 요청으로 낙태를 할 수 있는 허용 임신 주수는 12주까지가 가장 많다. 이는 태아의 생명권 또는 기본권을 수정으로부터 8주까지 배아기(embryonic period) 이전에는 인정할 수 없다는 논리가 아니다. 왜냐하면 수정으로부터 8주까지를 배아기로 보면 실제 최종월경일로부터 계산하는 통상적인 방법으로는 임신 10주가 된다. 임신 10주부터 임신 12주까지는 실제 태아기에 해당된다. 자궁 안에서 태반을 통해 모체로부터 산소와 영양을 공급받는 배아와 태아는 발달과정이 연속선상에 있기 때문에 어느 시기를 잘라서 판단하기 어렵다.

따라서 임신 12주 제한은 주수에 따라 배아와 태아를 구분하는 태아의 생명권 논리

38) 이주영(2016), 사회권 규약의 발전과 국내적 함의, 국제법학회 논총 2016, vol 61, no.2: 동권 141호, 125-157.

에 근거하기보다는, 오히려 '안전한 낙태 (safe abortion)' 개념으로 여성의 신체에 가장 합병증이나 부작용이 적은 임신주수에 따라 허용범주별로 정하고 있는 것이다. 이는 여성의 건강권과 재생산 건강권을 중심으로 반영하여 법령을 제정하고 있음을 알 수 있다.

2. 기타 국가의 낙태법 현실

국제 낙태규제폐지 운동단체 중 하나인 <Center for reproductive rights>의 발표에 따르면 세계 74개국 이 이러한 광범위한 허용기준 또는 특별한 사유 없이 낙태를 허용하고 있으며, 다음과 같이 낙태관련법의 허용범주를 4개로 분류하고 해당 국가를 발표하였다.³⁹⁾

- I. 여성의 생명 보호 목적 허용 또는 전면 금지(66 개국, 세계 인구의 약 25.5%에 해당)
일부 아프리카 국가들이나 동아시아국가의 이슬람 국가, 브라질 등 가톨릭교가 지배적인 중남미 국가
- II. 여성의 건강 보호 목적 허용(59 개국, 세계 인구의 약 13.8%에 해당)
알제리, 콜롬비아, 말레이시아, 아일랜드, 한국 등 다수
- III. 사회경제적 사유 허용(13개국, 세계 인구의 약 21.3%에 해당)
아시아 국가로는 홍콩, 인도, 일본, 타이완, 등 다수
- IV. 허용 사유 없이 가능(74 개국, 세계 인구의 약 39.5%에 해당)
미국, 캐나다, 서유럽국가들, 아시아 국가로는 북한, 중국, 몽골공화국, 네팔, 싱가포르, 베트남 등

한국은 국제적으로 경제발전을 이루고 의학적 수준과 의료서비스 보장의 수준이 높은 국가로 인정받지만, 낙태와 관련해서는 유럽이나 아시아 국가와 비교해도 매우 제

39) <http://www.worldabortionlaws.com/map>

한적인 낙태법을 고수하고 있음을 알 수 있다. 이는 한국의 여성의 성평등 지수가 국제적 수준에 비하여 뒤처져 있는 상황의 반영이라 할 수 있겠다.

3. 국제산부인과학회 위원회의 가이드라인

다음은 1998년에 국제산부인과학회가 제정한 임신중절의 윤리적 가이드라인을 정리한 것이다. 여기서도 낙태(fetal termination)이라는 표현을 쓰지 않고 'induced abortion'(인공유산)이라는 국제용어를 쓰고 있으나 여기서는 모자보건법의 용어로 '임신중절'이라고 번역하였다.⁴⁰⁾ 이 가이드라인에서도 모체의 생명과 건강 보호, 성범죄, 태아 기형의 경우는 임신중절이 정당화된다고 하고 있다.

아울러 비의료적 이유(non-medical reasons), 즉 여성의 생명과 질병 등의 의료적 사유가 아닌 사회경제적 사유일 때 임신 제1 삼분기에 적절하게 수행될 경우 만삭 분만보다 더 안전하다고 하였다. 안전하지 않은 임신중절로 인한 여성의 사망과 건강상의 위험에 대한 우려를 나타내면서, 오늘날 안전하지 않은 임신중절은 비의료적 이유로 인한 임신중절을 엄격하게 제한하는 국가에서 주로 발생하며, 의료 서비스 공급이 열악한 국가들과 여성이 자신의 출산을 결정하는 권리가 거부되는 국가들에게서 안전하지 않은 중절을 많이 이루어진다고 비판하고 있다. 또 특정 국가가 비의료적 이유에 의한 중절을 허용하는 법률을 제정하면, 임신중절 건수는 의미 있게 더 늘지 않으면서 임신중절로 인한 산모 사망률과 관련 질병 이환율은 현저하게 줄어들었다고 보고하고 있다.

또한 임신중절의 방법으로 내과적 방법과 외과적 방법을 제시하고 있는데, 여기서 내과적 방법이란 수술이나 시술을 통하지 않고 경구 약물로 중절을 하는 방법이다. 최근 세계 66개국에서 승인 후 시판되는 약물에 의한 임신중절은 안전성이 보장되며, 여성들이 낙태할 수 있는 접근성이 높아지는 기회를 제공한다.

그리고 주목할 만한 내용은, 임신중절이 자신의 신념에 반한다고 여기는 의사는 임

40) 국제산부인과학회(The International Federation of Gynecology and Obstetric)가 1998년에 채택한 윤리기준인 <FIGO Committee Report: FIGO Committee for the Ethical Aspects of Human Reproduction and Women's Health> 중 임신중절과 관련한 부분인 <Ethical guidelines of induced abortion for non-medical reasons>와 <Recommendations> 부분을 번역함.

신중절을 하지 않을 수 있으며, 그럴 경우는 중절을 하는 다른 의사에게 보낼 것을 권고하고 있다.

<국제산부인과학회(FIGO) 위원회 보고서: 비의료적 이유에 의한 임신중절의 윤리적 가이드라인과 권고>

○ 윤리적 가이드라인(Ethical Guidelines)

1. 임신중절(Induced abortion)은 착상 이후 또는 태아가 독립적으로 생존하기 전 (세계보건기구의 정의: 22 주 이상의 임신상태)에 약물 또는 수술로 임신을 중단하는 것이라 정의한다.
2. 임신중절은 포상기태, 자궁외임신 또는 양과 같이 모체의 생명 또는 건강을 보호하기 위한 의료적 이유로 시행될 때 윤리적으로 폭넓게 정당화된다. 근친상간 또는 강간의 경우, 태아가 심각한 기형일 때, 또는 모체의 생명이 중한 질환으로 위협받을 때도 정당화된다.
3. 사회적 이유로 인한 임신중절은 여성과 의료진 모두에게 윤리적 고민을 던지는 논란거리이다. 여성들은 어려운 결정에 직면하여 고민하고 자신이 처한 상황에서 가장 덜 나쁜 선택을 하게 된다. 의료인들은 생명 보호, 적절한 돌봄을 제공해야 한다는 당위, 안전하지 않은 중절은 피해야 한다는 생각 등 서로 다른 도덕적 가치 사이에서 갈등하게 된다.
4. 조사 대상 국가들에서 모든 임신의 반은 계획된 임신이 아니며 그 중 반은 임신중절이 되었다. 이러한 현실은 심각한 문제이며, 특히 의료인들에게 큰 고민거리이다.
5. 임신 제1 삼분기(임신 첫 14주까지의 기간)에 적절하게 수행되는 비의료적 이유에 의한 임신중절은 만삭 분만보다 더 안전하다.
6. 세계보건기구(WHO)에 의하면, 전세계적으로 매년 4천만 명 이상의 임신한 여성 중 거의 반이 숙련되지 않은 인력에 의해 또는 부적절한 환경에서 안전하지 않은 임신 중절을 받고 있는 것으로 추정된다.

- 7. 안전하지 않은 중절 이후의 사망률은 안전한 의료 환경에서 시행되는 중절에 비해 수배나 높다. 안전하지 않은 임신중절 이후 매년 7만5천 명의 여성들이 사망하며 훨씬 많은 수가 평생 질병과 후유증, 불임 등으로 고통 받고 있다.
- 8. 안전하지 않은 임신중절은 선사시대부터 폭넓게 시행되어 왔다. 오늘날 안전하지 않은 임신중절은 비의료적 이유로 인한 임신 중절을 엄격하게 제한하는 국가에서 주로 발생한다. 의료 서비스 공급이 열악한 국가들과 여성이 자신의 출산을 결정하는 권리가 거부되는 국가들에게서 안전하지 않은 중절을 많이 이루어진다.
- 9. 특정 국가가 비의료적 이유(역자 주, 사회 경제적 이유를 말함)에 의한 중절을 허용하는 법률을 제정하면, 임신중절 건수는 의미 있게 더 늘지 않으면서 임신중절로 인한 산모 사망률과 관련 질병 이환율은 현저하게 줄어들었다.
- 10. 과거에는 임신중절이 대부분 수술로 시행되었으나, 최근에는 경구약이 개발되어 임신 초기에 안전하게 내과적으로 중절할 수 있게 되었다.
- 11. 또 전통적인 피임법과 응급피임법 사용이 널리 보급되어서 임신을 미연에 방지할 수 있게 되었다. 특히 응급 피임약은 착상 이전 시기에 효과를 발휘하기 때문에 임신중절방법이 아니다. 그러나 이 방법도 일부 사람들은 수용하지 않고 있다.

○ 권고(Recommendations)

- 1. 정부와 관련 조직은 여성의 권리, 지위, 건강을 개선하기 위해 노력을 기울여야 하며 교육(성교육 포함), 상담, 가족계획에 대한 신뢰할 만하고 충분한 정보 및 서비스 제공, 보다 효과적인 피임수단의 개발 등을 통해 원치 않는 임신을 예방하도록 해야 한다. 임신중절이 가족계획의 한 방법이 되어서는 안 된다.
- 2. 여성은 자신이 아기를 낳을지 말지를 선택할 수 있는 권리를 가진다. 그러므로 여성은 합법적이고 안전하며 효과적이고 수용할만한 피임수단을 충분히 제공받아야 한다.
- 3. 충분히 정보를 제공받고 자발적으로 동의하는 과정이 적절하게 이루어졌다는 전제 하에, 여성이 자신의 몸에 대해 자율적으로 결정할 권리를 보장해야 한다. 또한 안전하지 않은 중절을 피할 수 있는 요건을 갖추어 안전한 임신중절이 제공되어

야 한다.

- 4. 의료인을 포함한 대부분의 사람들은 임신 중단을 피하는 것을 선호하며 여성의 상황에서 임신중단이 최선의 길이라고 판단될 수 있더라도 이를 유감으로 받아들인다. 일부 의사들은 어떤 상황이라도 중절은 허용되어서는 안 된다고 느끼기도 한다. 여성의 자율권을 존중해야 한다고 해서, 어떤 의사(또는 의료진의 일원)라도 자신의 신념에 반하여 임신중절을 충고하거나 수행해야 한다는 것은 아니다. 의료진의 권력이 임신중절 서비스 제공 여부로 차별받아서 안 된다. 그러나 그런 의사들도 임신중절을 원칙상 반대하지 않는 다른 의사 동료들에게 여성을 의뢰할 의무를 가지고 있다.
- 5. 여성을 상담하는 의무를 가진 어떤 사회나 어떤 의료조직의 일원이라도 임신중절에 대해 자신과 다른 의견을 가진 사람들에게 그들의 종교적 또는 문화적 신념을 강제할 권리를 가지고 있지 않다. 상담은 객관적인 정보 제공으로 이루어져야 한다.
- 6. 소수자들에게는 매우 조심스럽게 상담이 진행되어야 한다. 충분히 정보가 제공된 상태에서 자발적으로 동의하는 과정이 가능한 이들의 경우 그들의 요청이 존중되어야 한다. 이러한 과정이 불가능한 이들의 경우는 부모나 후견인의 충고, 경우에 따라서 법원의 결정이 시술 결정을 내리기 전에 고려되어야 한다.
- 7. 비의료적 이유로 인한 임신 중절은 비영리적인 보건의료 서비스에 의해 제공되는 것이 최선이다. 임신 중절 후 피임 상담이 항상 제공되어야 한다.
- 8. 요약하면, 위원회는 다음과 같이 권고한다. 적절한 상담 이후 여성은 임신중절을 위한 내과적 또는 외과적 방법을 이용할 권리를 가지며, 보건의료기관은 가능한 한 안전하게 서비스를 제공할 의무가 있다.

IV. 현대 의학 및 의료기술의 관점에서 본 낙태

현대 의학과 의료기술의 발달로 기존의 생명에 관한 통념을 바꾸고 그 통념을 넘어서는 새로운 여건이 마련됨에 따라 현대 의학의 수준에 맞게 재정의할 필요가 제기된

다. 더구나 낙태 논의에서 배아나 태아의 생명권을 어떻게 보아야 할 것이며 여성의 건강권과 재생산권을 지키기 위해 어떠한 점에서 고려해야 할지 새로운 관점이 요청되므로 이를 살펴보기로 한다.

1. 약물에 의한 낙태법

지금까지 낙태를 위한 시술은 의료기관에서 의사 등 의료진의 개입으로 시술되어져야 한다고 여겨지고 있었다. 형법 제270조의 업무상승낙낙태죄는 의사 등 낙태를 하게 한 자를 처벌하도록 하고 있다. 그러나 최근 마취와 수술 없이 여성 스스로 약물을 사용함으로써 낙태가 가능한 약물들이 개발되고 전 세계적으로 허가되고 사용되고 있다.

낙태에 사용되는 약물로 대표적인 것은 미페프리스톤(Mifepristone)과 미소프로스톨(Misoprostol)이다. 미페프리스톤은 'RU486', '미프진', '미페프렉스' 등의 상품명으로 알려진 약물로 임신 중 자궁을 안정시켜 착상을 유지시켜주는 프로제스테론을 억제하여 임신을 유지할 수 없게 하여 임신 산물(gestational products: 배아, 또는 태아를 포함한 태반, 양수 등을 총칭한다)을 배출시킨다. 미소프로스톨은 프로스타글란딘(prostaglandin) 유도체로서 자궁 평활근에 작용하여 자궁을 수축시키는 약리작용으로 임신 산물을 배출시킨다. 미소프로스톨은 만삭일 때 진통이 오지 않을 경우 진통을 유도하거나, 산후 출혈이 심할 때 자궁수축을 유발하여 출혈을 멎게 하는 적응증으로 한국에서 사용이 허가되었지만 미페프리스톤은 한국에서 사용이 금지되고 있다. 그 외에도 항암제인 메토트렉세이트(Methotrexate)는 포상기태나 용모상피암 같은 암의 항암제로 쓰이지만, 활발히 증식하는 태반 및 태아에 작용하여 임신 중단 효과를 나타낸다.

다음의 <표 5>는 임신 제 1 삼분기에 적용되는 임신중절 방법들을 보여 준다.

<표 5> 임신 제 1 삼분기에 사용되는 낙태 방법들⁴¹⁾

수술	진공 흡입술(Vacuum aspiration) 자궁경부확대 및 소파술(Dilatation and curettage)
약물	미소프로스톨(프로스타글란딘 유도체) - 질 삽입, 정맥주사, 경구, 설하 투여 미페프리스톤, 에포스테인(epostane) - 경구 투여 메토트렉세이트 - 근육주사 및 경구 상기 약물의 병용

미페프리스톤은 현재 전 세계 66개국에서 승인 후 판매중이다.⁴²⁾ 미페프리스톤이 낙태 성공률이 높고 안전성이 보장되면서 2005년에는 WHO 필수약품 목록에 등재되었다. 낙태 성공률은 임신 8주 이내의 경우 98-100%, 8주-9주 사이에는 96-100%, 9-10주 사이에는 93-100%에 달한다. 약물에 의한 낙태와 수술에 의한 낙태 모두 응급실 방문을 요하는 합병증 발생률은 1% 미만으로 차이가 없다고 보고되었다.⁴³⁾ 미국에서도 미페프리스톤이 도입된 이후 관련 합병증 발생률은 같은 기간 출산에 의한 모성사망률에 비하면 훨씬 안전하다고 보고되었다.⁴⁴⁾

여성들은 낙태가 가능한 병원을 알아보고 찾아가야하는 불편함, 낙태를 해야 하는 절실한 입장을 소명해야 하는 고충, 산부인과 진료를 위해 진찰대 위에 취해야 하는 자세에 대한 수치심, 고가의 수술비, 마취의 부작용에 대한 염려로 어려움을 느낀다. 그런데 그러한 과정 없이 쉽게 중절을 유도할 수 있는 편리함 때문에 약물에 의한 중절을 선호하게 된다.

한국에서 미페프리스톤 사용이 금지되었지만, 세계화, 정보화 시대에 한국 여성들은 이미 실시간으로 이에 대한 정보를 얻어 그에 따른 수요가 발생하고 있다. 실제 한국에서 최근 낙태유도약 합법화에 대해 10명 중 약 7 명이 찬성하였고 특히 미혼이면서 20대 이하에서 찬성의견이 높았다.⁴⁵⁾ 실제 낙태를 실제 경험하였거나 시도하였지

41) Cunningham FG, Leveno KJ, et al.(2014). Williams Obstetric (24th Ed.) McGraw-Hill Education. ch. 18. Abortion. p.364.
 42) 윤정원(2017). 유산유도제 미페프리스톤의 도입: 외국 사례로 본 건강권으로서의 함의, 의료와사회 제8호 p.87.
 43) Ushma D, Upadhyay et al. Incidence of emergency department visits and complications after abortion, Obstetrics & Gynecology 2015;125(1): 175-83.
 44) Cleland K, Smith N. Aligning mifepristone regulation with evidence: driving policy change using 15 years of excellent safety data. Contraception 2015;92:179-81.

만 실패한 435명의 여성 중 낙태 유도약 미페프리스톤(미프진)을 선택한 경우는 6.7%나 있었다. 그 방법을 선택한 주된 이유는 비용부담이 적어서가 10명 주 3.1명으로 가장 많았고, 임신 초기여서, 시술받기 두려워서도 각 10명 중 2명 정도 있었다.⁴⁵⁾

<파도 위의 여성들(Women on wave)⁴⁷⁾>이 한국어 서비스⁴⁸⁾를 제공하기 시작한 2015년 이후 3년간 4,000여건의 상담을 진행했고, 이중 700여명의 여성이 약을 제공받았다. 또한 불법 인터넷 거래나 브로커의 문제도 발생하고 있다. 불법 유통되는 것들 중 가짜약이나 용량을 복약지침대로 사용하지 않을 가능성, 복약 지도와 사전 상담, 유산 후 관리에 대한 안내 없이 약만 배송하는 행태, 초음파로 자궁내임신이 맞는지 확인하는 과정 없이 진행되는 경우 자궁외임신 등 위험이 도사리고 있다.⁴⁹⁾ 이 경우 향후 건강상의 위해와 향후 가임력의 훼손도 가져올 수 있다. 실제 현행법의 규제나 정부의 단속만으로 이러한 심각한 문제들을 방지할 수 없는 상황이 되고 있다.

또 약물 낙태방법은 시술에 있어 의료진이 주요 행위자가 아니고 여성 자신이 임신 중절을 선택하는 주체가 된다는 점에서 획기적인 관계의 변화를 가져올 수 있다. 여기서 의료진은 약물 중절 전후에 모니터링을 하고 위험이 있을 때 개입하는 역할을 할 뿐이다.

형법 제269조(낙태) 제 1항에서 '약물 기타 방법으로 낙태한 때에는 ~'라고 낙태죄로 규정하고 있어 약물도입은 불법이다. 그러나 실제 암암리에 사용되고 있는 낙태 약물은 현행 형법 제 269조는 물론, 형법 제270조 제1항이 규정하는 업무상승낙낙태죄의 적용이 필요 없어지거나 무력화되는 상황이 되고 있는 것이다.

45) 위의 김동식 외(2018) 요약 vii..

46) 위의 김동식 외(2018) p.79.

47) 임신 중절의 접근성을 높이고 여성의 건강권을 지키기 위해 활동하는 국제네트워크 중 하나. 주로 네덜란드를 기반으로 활동하며 아일랜드, 폴란드 등 낙태가 불법인 나라들을 찾아다니며, 여성들을 배에 태워 공해상으로 나가 미페프리스톤을 제공하여 약물유산 시행해준다. 이 외에도 세계 여성주의 및 여성 건강권 활동가들의 핫라인과 네트워크로 Safe2Choose, Women Help Women, Gynuity, Tabbot Foundation 등이 있으며 원격의료를 통한 상담과 우편으로 약물 발송을 하고 있다.

48) <https://www.womenonweb.org/ko/i-need-an-abortion>

49) 위의 윤정원(2017) p.100

2. 보조생식기술의 발달

의료과학기술의 개입은 배아나 태아를 '인간 생명으로서 권리를 인정할 수 있는 시기'를 언제로 보아야 하는가의 문제를 복잡하게 만들고 있다. 생식세포, 수정란, 배아를 직접 관찰하고 채취하고 다양한 목적으로 이를 이용하거나 여성의 몸에 직접 개입할 수 있게 되며, 태아의 생존 가능성 시기를 단축하게 되면서 의료과학기술이 생명 윤리의 판단 기준을 영향을 주게 된 것이다.

보조생식기술(ARTs: Assisted Reproductive Technologies)은 난임 부부가 아이를 낳기 위한 난임 치료기술이고 낙태는 그 반대의 방법이지만 서로 밀접하게 연결되어 있다. 여성과 남성의 난자와 정자의 결합과정부터 임신의 모든 과정, 즉 생식을 위한 기능 증진과 배아의 생성 및 성장, 출산 등에 산부인과 의사나 유전학자 등 전문가가 의료적으로 실험적으로 개입하는 것은 마찬가지이기 때문이다. 이에 대해 다음에 구체적으로 살펴보기로 한다.⁵⁰⁾

(1) 체외수정(IVF: In Vitro Fertilization)

체외수정은 보통 '시험관 아기' 시술로 불리우며, 정자와 난자를 채취하여 시험관에서 수정이 이루어지게 하고 수정란을 다시 여성의 자궁에 주입하여 착상시켜 임신을 유도하는 방법이다. 난임은 "부부가 피임을 하지 아니한 상태에서 부부간 정상적인 성생활을 하고 있음에도 불구하고 1년이 지나도 임신이 되지 아니하는 상태"로 정의된다. 한국에서 난임 진단자의 수는 2005년에서 2011년 동안 연 평균 7.7% 증가하였으며, 매년 19만 명 정도로 보고된다.

현재 한국에서 체외수정은 난임 부부의 아이를 낳기 위한 의료적 개입으로 정부의 지원사업의 대상이 되어 활발히 시술되고 있다. 저출산문제 해결을 위한 출산장려 정책으로 2006년부터 <난임부부시술비지원사업>을 시행한 이후 체외수정 시술 숫자는 급격하게 늘어났다. 정부의 지원사업 예산이 처음 2006년에 465억 원이, 2015년에는 896억 원이 집행되어 거의 두 배로 증가하였다.

50) 김선혜(2016). 보조생식기술시대의 낙태논쟁. <성과 재생산포럼> 제3차 '생명권 vs. 선택권' 판 뒤집기. 2016년 10월 25일. 성과재생산포럼 자료집

<표 6> 체외수정 및 배아생성 현황⁵¹⁾

	2005	2006	2007	2008	2009	2010	2011	2012	2013	2014
IVF	32,783	32,783	30,057	30,234	33,214	42,395	45,226	48,238	53,978	62,722
배아 생성	122,859	211,699	188,372	175,301	184,417	202,269	234,191	247,736	264,772	283,412
임신 이용	64,583	107,223	93,939	77,420	77,944	79,768	91,373	94,791	97,065	99,802

<표 6>을 보면 체외수정 시술에 의해 배아가 다수 생성되고 있는데 이 중 임신에 이용되는 배아 수는 훨씬 적다는 것을 알 수 있다. 임신 성공률을 높이기 위해 다수의 배아를 생성시키고 그 중 여러 개를 자궁에 이식하는 방식으로 시술이 이루어지기 때문이다. 보통 배아를 1 개 이식한 경우, 임신율은 27.0%이지만 다수를 이식할 경우 임신율이 40% 수준으로 더 높아진다. 따라서 성공률을 높이기 위해 2008년에 3개의 배아를 이식한 사례가 44.8%였으며, 4 개 이상인 경우가 27.6%였다.⁵²⁾ 이렇게 여러 개의 배아를 이식할 경우 다태아 출생으로 이어지는데, 일반 임신에서 다태아 출생률이 2% 정도지만, 한국에서 체외수정의 경우 다태아 출생은 40% 정도이다. 그런데 다수의 배아가 자궁에 착상하게 되면 고위험 임신으로, 조산이나 저체중아 출산의 위험과 산모의 신체적 부담이 커진다. 따라서 보건복지부는 <인공수정 및 체외수정 시술 의학적 기준 가이드라인>을 발표하여, 2008년에는 최대 5개까지 이식배아수를 허용하였다가 2015년에는 최대 3개로 개정하였다.

이런 방법으로 자궁내 이식된 배아가 착상에 성공하면 여러 개의 배아가 자궁 안에 생존하게 된다. 보통 임신 10-13주 사이에 2-3 개의 배아를 남기고 나머지는 선택유산(selective abortion)⁵³⁾ 시술을 하게 된다. 의사가 염화칼륨 등의 물질을 주사로 태낭 내에 직접 주입하거나 초음파를 이용한 태낭흡입술을 사용한다. 이 후에도 초음파 또는 양수검사로 태아 기형이 발견되는 경우 선택 낙태를 하는 경우도 있다.

51) 보건복지부, 배아보관 및 제공현황 조사결과보고서(2005-2014)

52) 보건복지부(2015), 2014년도 난임부부지원사업 결과 분석 및 평가, 한국보건사회연구원.

53) 선택유산은 selective abortion을 번역한 것으로, 선택 감수(selective reduction) 또는 다태임신 감수(multiple pregnancy reduction) 시술이라는 용어를 사용하기도 한다.

이러한 배아에 대한 선택 유산은 소위 '태아의 생명권'을 침해하는 행위로 법률적으로나 사회적으로 불법으로 규정되지 않으며 '여성의 결정권'이 '사익'을 추구한다고 간주되거나 비난받지 않는다는 점을 주목할 필요가 있다. 낙태죄의 객체인 태아가 '착상시설(자궁)'에 존재하는 경우인데도, 아이를 낳기 위한 시술이라는 이유로 낙태라고 명명되지 않고 '선택유산' 또는 '선택감수'라는 이름으로 당당하게 용인되며, 정부의 지원까지 받고 있다. 이는 기존의 '태아의 생명권'을 지키기 위한 형법의 낙태죄 규정이 얼마나 일관성이 없는지를 보여주고 있다.

(2) 배아 선별과 착상 전 유전자 진단(PGD: preimplantation genetic diagnosis)

배아선별은 생성된 배아 중 착상시킬 배아와 폐기될 배아를 선별하는 과정이다. 앞의 <표 6>에서 알 수 있듯이, 2014년 생성된 배아는 283,412 개이지만 실제 체외수정에 사용된 배아는 99,802 개이다. 즉 약 18만 개의 배아가 사용되지 않고 보관중이거나 폐기 예정중이거나 폐기되고 있다. 이 배아를 선별할 때 상급, 중급, 하급 배아로 나누어 구별, 선별한다. 등급이 좋은 배아 몇 개만이 사용되고 나머지는 이후 시술을 위해 동결보관되거나 폐기되는 것이다. 미국이나 영국 같은 여러 국가에서 폐기되어 동결보관된 배아를 기증 받아 배아입양(embryo adoption)을 알선하는 업체들도 있는데, 이는 잔여배아가 추후 마치 살아있는 아이처럼 '입양'되고 있는 것이다.

배아가 체외수정을 통하여 여성의 몸 밖에 존재하게 되므로, 배아는 폐기할 수도 있고, '입양'을 보내 인간으로 출생시킬 수 있는 자원으로 '잠재적 인간'이 되는 것이다. 또 이 때 발생한 '잔여배아' 중 일부는 연구목적으로 '연구용' 배아로 생명공학 연구의 중요한 재료로 사용되고 있다. 따라서 폐기되는 배아는 착상이 될 경우 '인간이 될 가능성'을 가진 넓은 의미의 '태아의 생명권'의 담지자라고 볼 때, 이것이 낙태 논의에서 자유로울 수는 없다.

또한 착상 전 유전자진단은 유전자검사로 배아의 유전질환 유무를 검사하는 기술이

다. 현재 한국에서 30 개 기관에서 시행하며 2014년에 545 건의 검사가 시행되었다. 현재는 139 개 유전질환의 진단 목적으로 시행이 가능하다. 수정란을 2-3일간 배양하여 4 세포기 혹은 8 세포기 단계로 배양된 배아에서 세포를 분리한 후 유전자 이상을 조사하여 정상이라고 판정된 배아만을 선별해서 자궁에 이식한다. 여기서 이상이라고 예견되는 배아는 폐기된다.

착상전 유전자 진단으로 유전 질환이 있는 배아를 선별 폐기하는 기술은, 비정상이거나 장애가 있는 사람은 태어나야 할 이유가 없다는 차별이 존재하는 것은 아닌지, 우생학적 선별과정의 인권침해에 관한 논의가 필요하다.

(3) 대리임신출산 및 불법 생식세포 거래

<대한산부인과학회 보조생식술 윤리지침(2011)>을 보면, 대리모를 통한 임신은 부부 간의 정자와 난자로부터 형성된 배아를 타인의 자궁에 이식하여 임신을 시도하는 것으로 정의된다. 의뢰인인 부부는 유전적 부모이자 법적, 사회적 부모가 되며, 대리모는 임신과 출산의 과정에만 관여한다. 이 때 임신과 출산에 개입되는 주체가 단순히 부모가 아닌 제 3자인 대리모가 있으므로 누가 '임신 중단'의 권리를 가지느냐하는 또 다른 문제가 생겨난다.

현재 한국에서 대리임신 출산거래에 대한 법적 규정은 없다. 현행 <생명윤리 및 안전에 관한 법률>에서는 생식세포공여자에 대해서 금정상의 이득을 목적으로 한 거래를 금지하는 규정은 있으나 대리모에 대한 규정은 없다. 그러나 실제로는 대리임신출산 거래가 이루어지고 있고 난임클리닉에서 대한산부인과학회 보조생식술 윤리지침에 의하여 기술을 진행하며 <대리모 동의서>도 있다. <대리모 동의서>에는 "동의권자는 배아이식이 시행된 후 착상을 고의적으로 방해하거나 임신이 확인된 후 불법적 인공 임신 중절을 하지 않을 것을 서약합니다"라는 조항이 그 예이다. 그런데 대리모가 임신 중 낙태를 할 수 없다는 조항은 있지만, 의뢰인이 낙태를 원할 경우 낙태가 가능한지 아닌지에 대한 조항은 없다.

외국의 경우 대리모와 의뢰인의 의사가 충돌하는 사례들이 있다. 초음파 검사 결과

태아의 유전질환이 발견되어 의뢰인이 낙태를 요구하였으나 대리모가 거부하는 사례도 있고 체외수정을 통해 대리모에 세쌍둥이가 임신되었을 때 의뢰인이 하나의 태아를 선택유산을 요구하였으나 대리모가 거절한 사례도 있다. 이렇듯 주로 다태아 임신 또는 태아의 장애와 질병을 이유로 대리모에게 낙태를 요구하는 경우에, 누구의 '선택권'을 존중할 것이며, 누구의 '생명권'을 존중할 것인가의 문제가 발생한다.

태어난 아이를 양육하게 될 의뢰인(유전적 모, 사회적 모)의 결정을 존중할 것인가? 아이를 10개월간 몸속에서 키운 대리모(자궁대여 모)의 결정을 존중할 것인가? 임신출산의 과정에 개입되는 여러 여성 주체의 이해관계가 다른 경우 혼란이 야기되는 문제이며 아직 이에 대한 구체적인 규정이나 논의조차 부족한 실정이다.

보조생식기술의 발달로 인해 생식세포를 여성의 몸과 분리하여 운반, 조작이 가능하게 되자, 배아를 포함한 불법 생식세포 매매의 문제점도 발생하고 있다. 온라인 모니터링을 시행한 결과 불법적인 생식세포 매매 및 알선행위에 관한 위반 내역은 2012년 총 2025 건에서 2015년 748 건으로 확인되었다.⁵⁴⁾

이상과 같이 보조생식기술의 발달로 야기되는 다양한 문제들은 기존의 '임부의 자기 결정권'과 '태아의 생명권'의 담론으로 설명할 수도 없고 이해될 수도 없다는 점을 드러낸다. '낙태죄' 형법 조항이 발달한 의학과 의료기술의 발전을 따라가지 못하고 현실과 괴리가 크다는 점을 반증하고 있다. 따라서 임신과 출산을 둘러싼 재생산의 문제가 어떤 의학적 기술적 조건하에서 이루어지는 지 재검토해야 할 시점에 와있으며, '태아의 생명권' 보호를 위함이라는 '낙태죄' 조항은 현대 의학 및 의료기술의 수준에 맞추어 관점의 전환을 필요로 한다.

3. 낙태죄와 우생학 논란

54) 문한나, 박소원, 김명희(2016). 온라인 모니터링을 통해 본 한국의 불법 생식세포 매매 실태 및 개선 방안. 한국의료윤리학회 19, no.1, 36-46.

우생학은 종의 개량을 목적으로 인간의 선발육종을 찬성하는 개념으로 인류를 유전학적으로 개량할 것을 목적으로 연구하는 학문이다. 그러나 독일 나치시대에 우생학은 인종위생(racial hygiene), 강제불임, 안락사, 집단학살의 학문적 당위성을 제공해왔던 어두운 역사를 가지고 있으며, 당시 독일 학문과 밀접한 연관을 가졌던 일본에 의해, 일본 강점기의 법률적 기초가 되었다. 그러나 인간을 유전적 차이에 따라 서열화하려는 시도는 거부되었고, 유전자 결정론에 대한 비판도 거세졌으며 현재는 유전적 차이나 능력 또는 장애 유무에 따라 분리, 격리, 차별하는 인권 경시와 윤리적 문제로 사용하지 않는 추세이다.

1953년 형법 상 낙태죄 조항의 제정의 근원을 올라가보면 한일병합 이후 일본형법에 근거하여 낙태죄 조항이 만들어졌다.⁵⁵⁾ 모자보건법은 박정희 정권 유신체제 하 비상국무회의에서 처리되었는데, 일본의 우생보호법에서 나병을 전염성 질환으로 바꾸었을 뿐 거의 동일하다. 이 일본 우생보호법은 독일 나치의 단종법(Prevention of Progeny with Hereditary Diseases Act, 1933)의 영향을 받아 1940년 만들어진 일제 국민우생법을 모체로 하고 있다. 그래도 일본의 경우 우생보호법으로 바꾸면서 낙태 허용 조건에 '경제적 이유'를 포함시킴으로 일말의 진전을 보았다. 그런데 한국의 모자보건법⁵⁶⁾은 오히려 허용사유에 전근대적인 '우생학적'이라는 표현을 집어넣었으며 2009년 전문개정 시에도 그대로 유지되었다.⁵⁷⁾

이에 대해 나영(2016)은 "이와 같이 우생학적 요건들을 허용사유로 넣음으로써 인구의 수뿐만이 아니라 인구의 질까지 관리하고자 했던 국가의 의도를 명확히 보여준다. 그리고 이러한 우생학적 선별 과정은 생식세포와 배아의 단계에서 이루어지고 있다. 결국 '낙태죄'를 존치시킴으로 이루어지고 있는 생명에 대한 효과는 '태아의 생명'

55) 위의 최규진(2017).

56) 1973년 모자보건법 시행령 제3조는 임신 28주 이내에 인공임신중절 수술을 허용할 수 있는 조건으로 '우생학적 또는 유전학적 정신장애나 신체질환'을 명시하고 있으며 여기에는 유전성 정신분열증, 유전성 조울증, 유전성 간질증, 유전성 정신박약, 유전성 운동신경 원질환, 혈우병, 그리고 '현저한 유전성 범죄경향이 있는 정신장애'가 포함되어 있다. 그리고 1986년에는 인공임신중절을 할 수 있는 '전염성 질환'의 대상으로 '풍진·수두·간염·후천성 면역결핍증 및 전염병예방법 제2조제1항의 전염병'이 명시된다. 이러한 조항들은 2009년 인공임신중절의 허용시기가 24주로 앞당겨지면서 전문개정이 될 때까지 그대로 유지되었다. 현재는 '연골무형성증, 남성성유증 및 그 밖의 유전성 질환으로서 그 질환이 태아에 미치는 위험성이 높은 질환'으로, 전염성 질환은 '풍진, 특소플라즈마 증 및 그밖에 의학적으로 태아에 미치는 위험성이 높은 전염성 질환'으로 명시되어 있다.

57) 일본의 우생보호법은 1996년의 법개정을 통해 '모체보호법'으로 변경되었으면 우생학적 사상에 근거하여 규정되었던 강제적 단종 등에 관한 조문이 삭제되었고 '우생수술'이라는 용어도 '불임수술'로 수정되었다.

에 대한 대적점에 여성을 돕으로써 국가의 인구관리 목적에 따라 여성을 언제든지 통치 가능한 위치에 있도록 유지하는 것이며, 이를 통해 태아와 모체의 관계성을 분리시키고 생명을 선별하는 과정에서 여성의 결정권을 약화시키는 것이다"라고 비판한다.⁵⁸⁾

<장애여성공감> 황지성 연구원은 "장애를 가진 생명의 태어날 권리 누가 판단하는지?"에서 "우생학적 낙태 허용 조항은 우생학적으로 '장애'여성과 '정상' 여성(신체)을 분리해내고, '장애'여성=재생산/모성의 금지 vs. '정상'여성=재생산/모성의 의무'라는 규범적 젠더를 생성해내는 실질적이고도 상징적인 체계이다. 이에 낙태 허용 사유를 더 좁히는 것(우생학적 낙태를 금지하는 것), 혹은 반대로 특정한 범주의 생명과 삶을 배제하고 차별할 수 있는 논리로서 합법적 낙태를 요구하는 것 모두는 결코 대안이 될 수 없고 되어서도 안 된다. 국가의 인구정책과 우생학의 가치에 따라 여성들의 몸과 재생산의 자격기준을 나누고, 그 기준에 의해 행위를 허가해주는 식으로 작동하는 권력의 실체를 인식하고 이를 문제 삼아야 한다"고 비판한다.⁵⁹⁾

마찬가지로 한국의 역사 속 '낙태죄'는 출산 제고 혹은 출산 억제라는 국가의 인구정책적 목적에 따라 변천을 겪어왔다는 비판이 제기되었다. 특히 개발독재기(1960-1970년대)의 낙태죄는 우생학의 지속과 민족주의적 가부장제를 강화 유지하는 방편이 되었다. 따라서 현행 법제 하 임신할 수 있는 몸의 소유자인 여성들의 경험은 과거의 시대적 모순들이 고스란히 집약된 것으로 인식되고 청취되어야 하며, 표피의 법과 정책의 변화를 넘어 재생산을 바라보는 관점 자체의 전환이 요청된다.⁶⁰⁾

이렇듯 형법의 낙태죄 조항이 해방 후 일본형법을 기초로 만들어져서 우생학의 지속적 적용이 그대로 원용되었음을 알 수 있다. 전근대적인 '우생학'은 질병, 장애, 기형을 가지고 태어나는 생명을 선별적으로 낙태를 가능하게 하는 차별적 내용으로 국가적 개입에 대한 비판이 제기되고 있으며, 시대착오적으로 헌법에서 정하는 평등권을 위반하는 문제를 드러낸다.

58) 나영(2016). 삶이 삭제된 생명, '생명권 대 결정권' 논의의 허상을 넘어서기 위하여. <성과 재생산포럼> 제3차 '생명권 vs. 선택권' 판 뒤집기. 2016년 10월 25일. 성과재생산포럼 자료집

59) 황지성(2016). 보조생식기술시대의 낙태논쟁, <성과 재생산포럼> 제3차 '생명권 vs. 선택권' 판 뒤집기. 2016년 10월 25일. 성과재생산포럼 자료집

60) 이은진(2017). 낙태죄의 의미 구성에 대한 역사사회학적 고찰. 페미니즘연구. vol.17. no.2. 3-46.

V. 낙태는 위험한가? - 낙태의 안전성 논란과 건강권

일반적으로 낙태는 여성의 신체적 건강만이 아니라 정신 건강도 해치는 것으로 알려져 있다. 그러나 낙태 합법화가 이루어진 국가의 낙태에 의한 건강상의 위험에 대한 보고를 보면 실제 그렇지 않다. 오히려 낙태가 불법인 국가들에서 심각한 모성 사망과 여성 건강의 합병증이 더 많이 발생한다.

1. 안전한 낙태(safe abortion)와 여성 건강

(1) 안전한 낙태로 인한 여성사망률은 출산으로 인한 산모사망률보다 훨씬 적다.

안전한 낙태의 조건은 첫째, 합법적이고, 둘째 잘 훈련된 산부인과 전문의나 의사에 의해 행해지고, 셋째, 임신 초기에 시행되었을 때이다. 이 세 가지 조건을 만족할 경우 부작용이 일어날 확률이 10만 건 당 1보다 낮다고 보고되고 있다. 핀란드 보고에 따르면 거의 63일(9주)이전의 43,000 건의 낙태 중 단 1건만 시술과 관련된 사망이 있었다고 하였다. 또 임신 초기일수록 안전하고 임신 8주가 넘어가면 매 2주마다 약 2 배씩 사망의 상대위험도가 높아진다고 한다.

안전한 낙태는 임신으로 아기를 출산하는 것보다 훨씬 안전하다. 안전하고도 합법적인 낙태 시술로 임신부가 사망할 확률은 십만 분의 1이다. 반면 임신 관련하여 자연유산으로 사망할 확률은 낙태로 사망할 확률보다 2 배 높고, 임신을 지속하여 출산할 경우는 출산사망률이 낙태로 사망할 확률보다 12 배나 높다.⁶¹⁾ 임신 제1 삼분기 낙태 관련한 규모가 큰 연구결과를 보면, 경증 합병증은 1000 건 당 8건, 입원을 요하는 중증 합병증은 1000 건 당 0.7건 발생했다고 하며 이는 상당히 낮은 수준이다.⁶²⁾ 주목할 것은, 이 연구는 합법적인 낙태시술로 임신 제1 삼분기, 즉 임신 14주 이내 낙태한 여성을 대상으로 한 것이며, 미국에서 1970년 초기 대법원이 낙태를 금지하는 법률은 합헌이 아니라는 판결을 내린 이후에 진행된 것이라는 점이다. 그 이

61) Raymond E and Grimes D(2015). The comparative safety of legal induced abortion and childbirth in the United States. *Obstet Gynecology* 119(2, Part 1):215.
62) Paul M and Stein T(2011). Abortion. In Hatcher RA, Trussell J, Nelson SL et al. (eds) *Contraceptive Technology*, 20th ed, Ardent Media, New York, p.695-736.

전에는 여성들이 불법적인 낙태를 받았고, 그 중 일부는 비위생적인 조건에서 안전하지 않게 시행되었기 때문이다. 따라서 미국 전체에서 낙태가 합법적으로 시행된 이후 낙태 관련 사망률은 90% 이상 떨어졌다. 대부분 이러한 사망률의 감소는 대법원 판결이 내려진 후 3년 이내에 일어났다.

(2) 안전한 낙태는 여성의 가임력에 영향을 주지 않는다.

낙태는 대개 임신 제1 삼분기에 행해지며, 이 시기의 낙태는 장래의 가임력에 영향을 미치지 않는다. 여러 개의 잘 고안된 연구에서, 진공 흡입술에 의한 낙태는 장래의 가임력에 상관관계가 없다고 보고했다. 마찬가지로 약물에 의한 낙태로도 자궁외 임신, 조산 또는 저체중아 출산의 위험을 증가시키지 않는다고 했다.⁶³⁾

(3) 안전한 낙태는 유방암을 일으키지 않는다.

임신 초기 호르몬과 낙태가 장래의 여성 건강에 어떻게 영향을 미치는가는 수년간 연구된 주제이다. 큰 규모의 연구에서 낙태와 나중에 발생하는 유방암 사이에는 상관관계가 없다고 결론 내렸다. 덴마크에서 150만 명 여성을 대상으로 1935년에서 1978년까지 시행한 연구에서, 28만 명의 여성이 낙태를 했고 1만 명 여성이 유방암 진단을 받았는데, 이 둘 사이에서 어떤 연관성도 발견하지 못했다. 낙태 연령, 산과력(아이의 수나 임신 횟수), 낙태 이후 기간과 유방암 진단 받은 연령 사이에 어떤 위험도 증가하지 않았다고 보고하고 낙태는 유방암의 발생에 영향을 주지 않는다고 결론 내렸다.⁶⁴⁾

2003년 2월 미국 국립암센터(National Cancer Institute: NCI)는 낙태와 유방암의 관련성을 알아보기 위해 100명 이상 전문가를 모이게 하고 회의를 주관했다. 전문가들은 인구집단 연구, 임상 연구, 동물실험 연구를 포함한 기존의 연구들을 조사했는데, 낙태가 유방암 발생 위험을 높이지 않는다고 결론 내렸다.⁶⁵⁾

63) 위의 Paul and Stein(2011).
64) Melbye M, Wohlfarth J(1997) et al. Induced abortion and the risk of breast cancer. *New England Journal of Medicine*, 336(2):81-85.
65) National Cancer Institute(2003). U.S. National Institutes of Health. Summary report: early reproductive events and breast cancer workshop, March 25, 2003.

(4) 안전한 낙태는 여성의 정신건강에 악영향을 미치지 않는다.

낙태 반대자들은 낙태라는 선택을 감행하는 여성들이 심리적인 문제, 즉 우울증, 불안, 죄책감, 무감각, 차후 임신과 육아에 대한 불안감으로 고통 받는다고 주장한다. 1980년대 초에 '유산 후 스트레스 증후군' 또는 '유산 후 신드롬' 명칭으로 외상 후 스트레스 증후군과 비슷하다는 주장도 나왔다.

1987년 낙태 비합법화를 주장하는 사람들의 요구로 레이건 미국 대통령이 낙태 반대 의견을 가진 의료진에게 낙태의 건강상의 위험에 대한 과학적인 증거들을 검토 하라고 의뢰하였는데, 의료진은 놀랍게도 보고를 포기하겠다고 선언했다. 왜냐하면 현존하는 증거들을 검토해본 결과, 낙태가 신체적으로 정신적으로 해를 끼친다는 증거 들을 발견할 수 없었기 때문이었다.⁶⁶⁾

합법적이고 합병증 없는 임신 제1 삼분기 낙태의 경우 정신적으로 심각한 부정적 영향은 드물며 일상생활 스트레스에 대응하는 틀에서 이해해야 한다는 결과가 1989 년 미국심리학회 연구팀에 의해 나왔다.⁶⁷⁾ 2008년 미국심리학회에서 새로운 연구팀을 결성하여 수십 년간 발표된 최신 연구를 다시 검토했다. 여기서도 같은 결론으로 "낙 태를 했던 대부분의 여성들은 정신건강 문제를 경험하지 않았다"라고 하였다. 부연하 면, "미국 안에서 시행된 정밀한 연구에 의하면, 원치 않는 임신에 대해 낙태를 한번, 합법적으로 임신 제1 삼분기에 시행했을 때 성인 여성의 정신건강 문제는 분만한 여 성의 위험보다 높지 않다"⁶⁸⁾는 내용이다.

또한 정신과 연구팀은 원치 않는 임신을 낙태할 때와 원하는 임신인데 불가피하게 낙태할 때 여성의 느끼는 감정 차이를 보았다. 확실하게 두 상황에서 여성이 느끼는 감정은 달랐다. 낙태 이후의 지배적인 감정은 신앙이나 신념의 문제라고 보고하고 있 다. 추적 조사를 보면 낙태를 능동적으로 결정했던 여성들은 수년이 지나도 불행하게 느끼지 않는다는 것을 보여준다.⁶⁹⁾

66) Schwartz P.and Kempner M.(2015). 50 Great myths of human sexuality. Wiley Blackwell. p.164.
67) Adler NE, David HP, Major BN, et al. Psychological responses after abortion. Science, 1990;248(4951):41-44.
68) Major B, Appelbaum M, Beckman L et al., Abortion and mental health: Evaluating the evidence. American Psychologist, 2009;64(9):863.
69) 위의 Paul and Stein(2011).

반면에 10대 임신처럼 임신 사실 자체와 낙태 자체가 사회적 낙인이 되는 차별적인 사회적 조건에서는 심리적 영향을 미친다. "사회학적 관점에서 낙태한 여성을 사회적 으로 낙인찍고 그 메시지를 전달할 때, 낙태 이후 여성에게 정신적으로 악영향을 미 친다"고 보고했다. 그리고 "여성이 자신이 원하거나 의도한 방식대로 낙태를 선택할 수 있도록 격려하는 사회문화적 맥락은 여성의 자존감을 회복시켜준다"고 하였다.⁷⁰⁾

이와 반대로, 한국 여성들은 낙태는 살인이고 범죄라는 형법의 존재와 사회적 낙인 때문에 엄청난 심리적 압박을 느끼고 있다. 한국 여성들은 낙태 허용과 여성의 낙태 결정권에 대해 비교적 수용적인 인식과 태도를 가지고 있는 것으로 분석되었지만, 낙 태에 대한 사회적 낙인으로부터 자유롭지 못한 경향을 보이고 있다.⁷¹⁾

최근 김동식(2018)⁷²⁾ 보고에 의하면, 한국 여성들은 낙태 경험에 관해 대다수는 부 정적 인식을 하였는데, 슬프고 아픈 경험으로 인식하는 경우가 가장 많았다. 낙태 이 후 외상후 스트레스도 관찰되었는데, 특히 죄책감이 든다거나 그날을 잊기 위해 노력 한다고 한다. 이외 낙태 이후 본인의 낙태 사실을 누군가 알게 될까봐, 그리고 낙태 얘기만 나와도 위축되는 등 주변인에 대한 과민반응도 보인다고 하였다. 이렇듯 낙태 경험에 관한 부정적 인식이 강할수록 낙태 이후 외상후 스트레스 정도도 심하며, 낙 태로 인한 주변의식도 강하게 느끼는 것으로 나타났다. 다만, 낙태를 경험하고 난 기 간이 길수록 외상후 스트레스는 줄어든다고 하였다.

위에서 제시한 서구의 연구들은, 안전한 낙태는 여성의 건강, 장래 가임력, 유방암, 그리고 정신건강(임신 초기에 자신이 원하는 방식으로 낙태 했을 경우에)에 영향을 미 치지 않는다고 보고하고 있다. 그러나 한국에서 엄연한 낙태죄의 존재가 여성에게 가 해지는 사회적 낙인이 되어 낙태한 여성들의 건강은 물론 정신 건강 상 부정적인 영 향을 주고 있다.

70) 위의 Major and Appelbaum et al.(2009).
71) 김도경, 허윤주(2013). 낙태에 대한 여성의 인식과 태도-낙태 허용도와 여성의 낙태결정권을 중심으로. 여성학연구 제23권 제3호, 7-44.
72) 위의 김동식(2018) p.87-88.

2. 낙태죄와 건강권 침해

(1) 피임 실천과 원치 않는 임신

일반적으로 낙태를 반대하는 사람들은 다음과 같은 전제를 두고 형법 처벌의 근거로 삼고 있다. 즉, “계획된 임신과 출산은 언제나 가능하며 모든 임신은 출산으로 이어져야 하며, 원하지 않는 임신은 성적으로 문란한 여성의 책임이다”라는 전제이다. 그러나 실제 이러한 전제는 임신과 출산에 대한 잘못된 지식과 편견에 근거하고 있음을 제시하고자 한다.

보통 여성이 성적으로 문란하거나 조심하지 않아서 원치 않는 임신이 생긴다고 여기기 쉽다. 그러나 성숙한 부부가 임신을 조절하기 위해 적극적으로 피임법을 실천하더라도 100% 성공하기 어렵다. 100% 완벽한 피임법은 없다는 것을 다음의 <표 7>이 잘 보여주고 있다. 피임법 중 효과적인 방법이라고 생각하는 배란주기법, 살정제 사용, 체외사정법 등은 일반적으로 사용할 때 피임실패율이 20%가 넘는다. 그나마 콘돔을 사용하는 경우도 피임실패율이 18%라서 완벽한 피임법이라 하기 어렵다. 산부인과 의사에 의해 자궁에 삽입하는 자궁내장치가 그나마 0.2%의 피임실패율을 보이고, 피임약의 경우도 며칠 빠뜨리거나 시기를 잘못 맞추어 복용을 하는 등 복용방법이 잘못될 경우가 있어 9%의 피임실패율을 보인다.

<표 7> 1년간 피임법을 사용할 때 피임실패율(%)⁷³⁾

방법	완벽한 사용	일반적 사용
자궁내장치(루프)	0.2	0.2
피임약	0.3	9
콘돔	2	18
배란주기법	5	24
살정제	18	28
체외사정법	4	22
피임을 하지 않음	85	85

그 예로 미국 여성 3명 중 한 명은 평생동안 한번은 낙태를 한다는 보고도 있다.⁷⁴⁾

73) Cunningham FG, Leveno KJ, et al.(2014) Williams Obstetrics (24th Ed.) McGraw-Hill Education. ch. 38 Contraception p.696. Table 38-2에서 발췌정리함.
74) Guttmacher Institute(2013). Facts on Induced Abortion in the United States. http://www.guttmacher.org/pubs/fb_induced_abortion.html.

한국보건사회연구원의 <2000년 전국 출산력 및 가족보건복지실태조사>에서 15-44세 유배우 여성을 대상으로 낙태 경험을 조사하였는데, 전체 유배우 여성 중 각각 49.2%(1994년), 45.2%(1997년), 39.2%(2000년)가 낙태 경험이 있다고 하였다.⁷⁵⁾ 따라서 한국 여성들에게 낙태란 하나의 ‘최종적 피임 수단’이자 ‘보편적 경험’이었음을 알 수 있다.

손명세 외(2011)⁷⁶⁾ 조사에서도, 낙태 경험자 중 피임을 하지 않은(또는 못한) 이유로, ‘이번에 임신이 될 줄 몰라서’가 52.8%, ‘피임방법을 알고는 있었지만 사용할 생각을 하지 못해서’가 19.7%, ‘예기치 않은 관계 또는 원치 않은 관계’에 10.2%, ‘파트너가 피임을 원치 않거나 임신을 원해서’가 5.5%로 나타났다. 피임 방법 중 월경주기법, 질외사정법으로 낙태하게 된 경우가 각각 43.8%, 42.2%로 피임효과가 적은 방법을 실천하고 있음을 알 수 있다.

최근 2018년 조사에서도 피임 실천율이 매우 낮아, 성관계 시 피임을 특별히 하지 않은 경우가 10 명 중 약 7.7 명이었고 이는 혼인상태와 연령별 차이가 없었다. 피임을 하지 않은 주된 이유로 질외사정이나 월경주기법만으로 피임이 될 것이라 생각한 경우가 10 명 중 6.4 명이 응답하였다.⁷⁷⁾

이렇듯 한국 여성들(남성 포함)이 피임 실천율이 낮고 피임법에 대한 정확한 이해와 실천이 부족하며, 성관계에서 여성의 피임주도권이 미약한데다가, 피임을 열심히 실천해도 완벽한 피임법이 없다는 것은, 그만큼 원치 않는 임신에 직면하게 된다는 것이다.

(2) 원치 않는 임신과 출산

원치 않는 임신에 직면하였을 때 여성이 할 수 있는 선택지는 낙태 아니면 임신 유지와 출산이다. 그런데 임신과 출산은 결코 안전하고도 편안한 과정이 아니다.

실제 낙태를 중지하고 임신을 유지하여 출산한 여성들에게 낙태 중지 이유를 질문

75) 김승권 외(2000). 2000년 전국 출산력 및 가족보건복지 실태조사. 한국보건사회연구원.
76) 위의 손명세 외(2011).
77) 위의 김동식(2018) 요약vii.

했을 때, 낙태에 대한 두려움과 부작용이 과반 정도가 되었으며, 특히 죄책감이 10명 중 2.2 명으로 응답하였다. 낙태 중지 이후의 삶에 대한 질문에서, 과반수이상은 일/학업을 포기해야 했거나 꿈을 포기해야 했다는 응답하였고, 경제적 부담이 커졌고 스트레스와 우울감을 경험하였다고 응답하였다.⁷⁸⁾

현재 한국사회에서 여성들이 임신과 출산에 대해 어떤 생각을 하는지 살펴보자. 기혼여성 중 10% 정도는 자녀가 없어도 무관하다는 태도를 보인다. 이러한 태도는 미혼남성에게서 18%로 더 높아지고, 미혼여성에게서는 30%로 더욱 높다. 기혼여성에서 자녀를 전혀 두지 않겠다는 이유는 주로 난임이며, 1 자녀만 두겠다는 이유는 주로 자녀교육비 부담, 일-가정 양립곤란, 고연령 등이다. 특히 미혼여성은 성분업적 역할관으로 인한 자녀양육교육비 부담, 일-가정 양립곤란, 자아 성취, 육아 인프라 부족 등으로 자녀를 1명을 두거나 전혀 두지 않을 의향이 존재한다.⁷⁹⁾

특히 한국 사회에서 여성노동력의 경력 단절이 특히 첫 아이 출산으로 두드러지게 나타나서, 기혼 여성의 첫째 아이 출산전후 경력단절 경험비율은 45% 수준이다. 여성의 경력단절과 출산은 밀접한 관계가 있으며, 경력단절을 피하기 위해서도 낙태를 선택할 수밖에 없는 여성의 상황에 대한 이해가 필요하다.

'법으로 낙태를 금지한다고 해도 원치 않는 자녀라도 출산할 것인가?'라는 질문에 84.6%의 여성 응답자들은 출산을 하지 않겠다고 하였고, 15.4%의 여성응답자들은 출산을 선택하겠다고 하였다. 반면에, '낙태를 법으로 허용하면 더 쉽게 낙태를 선택한다고 생각하는가?'라는 질문에 대해 78.6%의 여성응답자들은 쉽게 선택하지 않을 것이라고 하였으며, 24.1%의 여성응답자들은 좀 더 쉬워질 것이라고 대답하였다.⁸⁰⁾

자신이 원하는 시기와 상황에 맞지 않게 임신이 되었을 때 낙태를 선택하게 되는 여성의 결정이 쉽게 내려지는 것이 아니며, 출산과 육아를 둘러싼 사회적 돌봄 자원의 부족, 성분업적 역할관과 일과 가정의 양립 곤란 등⁸¹⁾의 사회적 지지구조의 불충분함을 반영하고 있다. 따라서 여성의 낙태 결정이 단순히 '사익'을 추구하는 차원이

78) 위의 김동식(2018) p.94-95.
79) 이상식(2015), 2015년 전국 출산력 및 가족보건복지 실태조사, 한국보건사회연구원, P.4-5.
80) 양현아(2012), 낙태죄 헌법소원과 여성의 '목소리'[1], 법학논총 제30권 제1호, 5-40.
81) 위의 이상식(2015), P.6

아니며, 가족 상황과 사회경제적 상황 등 복합적인 고려 속에서 이루어지는 어려운 결정임을 이해할 필요가 있다.

(3) 낙태죄와 건강권의 침해

세계보건기구(WHO)는 전세계 매년 4천만 명 이상의 임신한 여성 중 거의 반이 숙련되지 않은 인력에 의해 또는 부적절한 환경에서 안전하지 않은 낙태를 받고 있다고 추정하고 있다.⁸²⁾ 안전하지 않은 낙태 이후의 사망률은 안전한 의료 환경에서 시행되는 중절에 비해 수배나 높다. 안전하지 않은 낙태 이후 매년 7만5천 명의 여성들이 사망하며 훨씬 많은 수가 평생 질병과 후유증, 불임 등으로 고통 받고 있다고 한다.

안전하지 않은 낙태로 인한 여성 건강의 부작용과 합병증은 다음과 같다.

- 패혈증, 출혈, 자궁 천공 - 적절히 즉시 치료하지 않으면 사망하게 된다.
- 급성 신부전증 - 2차 합병증으로 사망 원인이 될 수 있다.
- 만성 골반통, 골반염, 자궁외 임신, 조산, 자연유산
- 생식기 염증 - 이중 20-40%는 골반염과 향후 불임을 초래한다.

안전한 낙태의 전제조건은 낙태 비범죄화이다. 안전한 낙태는 여성과 모성의 건강을 보호한다. 낙태를 비범죄화함으로써 안전한 낙태방법(수술과 약물 모두)이 도입되고 의료서비스 제공자인 의료인의 교육과 훈련이 가능해진다. 따라서 낙태 비범죄화는 여성의 신체적 건강과 정신적 건강 및 모성의 보호를 위해서도 필요한 전제이다.⁸³⁾

한국의 낙태 관련 정보나 의료 서비스는 유엔 인권조약의 건강권 보장을 위한 사회권 규약에서 제시하는 가용성, 접근성, 수용성, 질 관리 측면에서 비추어 볼 때도 상당한 문제점을 드러낸다.

82) World Health Organization. The World Health Report 2005: make every mother and child count. Geneva: World Health Organization: 2005.
83) World Health Organization. The World Health Report 2005: make every mother and child count. Geneva: World Health Organization: 2005; Grimes DA, Benson J, et al. Unsafe abortion: the prevention pandemic. The Lancet 2006;386:1908-19.

(a) 가용성: 한국의 공공 보건과 보건의로 시설과 서비스는 일반적으로 충분히 공급되고 있지만, 낙태 시술을 위한 의료서비스만은 예외적으로 이용 가능하지 않다.

(b) 접근성:

○ 비차별: 모자보건법의 허용사유에 해당되더라도 '배우자 동의' 조항을 두고 남성에게는 처벌 대신 여성과 태아에 대한 결정권을 대리할 수 있도록 하고 있으므로 성차별적이다. 장애, 질병, 연령, 경제적 상황, 지역, 혼인 여부, 교육 수준, 가족상태, 국적, 이주상태, 성적 지향, 성별 정체성 등 다양한 조건에 따라 접근성 및 여성의 몸과 태아에 대한 결정권을 행사하는 데 차별이 존재한다.

○ 물리적 접근성: 보건 시설이나 서비스가 물리적으로 도달 가능한 위치에 있으나 낙태 시술을 하지 않는 병의원들이 많아 실제로 접근할 수 없다.

○ 경제적 접근성(경제적 부담가능성): 낙태 시술을 하는 병의원이라 할지라도 비밀 유지, 또는 위험 부담의 대가로 고비용을 요구한다. 따라서 경제적 취약계층이나 청소년 등은 시술을 하지 못하거나 안전하게 시술할 수 있는 시기를 놓치는 경우가 많다.

○ 정보 접근성: 낙태 논의 자체가 사회적으로 도외시 되고 낙태에 대한 주장이 생명을 존중하지 않거나 성적으로 문란하다는 사회적 낙인이 되고 있는 상태에서 의료인이나 교육기관 또는 정부로부터 정확한 정보를 제공받지 못하고 있다. 효과적이고 수용할만한 낙태 후 피임교육이나 낙태 후 돌봄에 관한 정보도 제공받지 못하고 있다.

(c) 수용성: 여성을 출산율을 높이기 위한 대상으로 보는 정부 정책이나 생명을 경시한다는 사회적 편견, 취약한 여성의 사회적 지위와 여성에 대한 차별적 대우 등 사회문화적 배경 등이 낙태를 수용하기 어렵게 하고 있다.

(d) 질 관리: 낙태를 위한 술기가 의과대학이나 전공의 수련병원에서 적절하게 교육되거나 훈련되지 않아 숙련된 의료인이 배출되지 못하고 있으며, 의학의 발전과 혁신을 받아들이지 못하거나 거부하여 질 관리를 위태롭게 하고 있다.

이와 같이 형법 상 낙태죄 조항과 관련된 한국의 현실이 유엔 인권조약의 건강권 실현을 위한 필수적인 요소들이 보장되지 않아 기본권인 건강권과 재생산권을 침해하고 있음을 알 수 있다.

VI. 결론

형법에 의한 낙태 범죄화는 생명경시 풍조를 차단하거나 낙태 근절을 가져오는 효과는 없고 오히려 안전하지 않는 낙태로 이어진다. 한국 사회에서 낙태 범죄화로 발생하고 있는 문제점들을 열거하면 다음과 같다.

첫째, 여성에게 낙태와 관련한 합병증이나 건강상의 문제가 발생할 위험이 크다. 합병증이나 의료과실이 발생하더라도 낙태 범죄화와 사회적 낙인으로 (여성과 산부인과 의사 등 의료진이) 공개하기를 꺼리기 때문에 실제 파악을 할 수 없고 사회정책의 기초정보를 확립할 수 없다. 또한 이에 대한 모니터링 및 감시가 제대로 되지 않아, 오남용을 막기 위한 적절한 규제 또한 어렵다.

둘째, 낙태에 대한 상담이나 교육이 불가능하고 낙태 관련 의료 서비스 접근은 물론 낙태 후 상담과 의료서비스가 제공되지 않아, 특히 십대 청소년 여성, 정신지체 등 장애인 여성, 경제 취약계층 여성 등 사회적 약자의 건강상의 위해 및 존엄성의 위협을 줄 우려가 크다.

셋째, 현대 의학과 의료기술의 발달로 낙태 유도 약물이 개발되고 보조생식기술로 배아 및 태아를 조작 및 선별하는 기술이 개발되고 있지만 낙태 범죄화로 개념 혼란과 시대착오적인 상황이 발생하며 된다.

넷째, 낙태 범죄화와 사회적 낙인으로 여성들은 심리적 위축을 느끼고 자신의 몸에 대한 자기결정권을 상실하게 되고 '사회적 고통'을 느끼는 당사자가 되어 여성의 인권을 심하게 훼손한다.

이상과 같이 한국의 낙태 현실을 보면 형법 상 낙태죄 조항이 성적 문란을 예방하는 기능이나 생명을 존중하는 사회풍토를 유지하는 기능을 하지 못해 실효성이 없다고 볼 수 있다. 오히려 여성의 신체적, 정신적 건강상의 위협과 사회적 고통을 가져오며, 국제적 기준에도 맞지 않는 규제이며, 발달한 현대 의학과 보조생식기술의 수준과 요구에 미치지 못하고 있다. 이러한 문제들을 모니터링하고 적절하게 대응하는 제도적 장치도 미비하다. 그에 따라 현 낙태죄 조항이 유엔 인권조약의 건강권 권고에

반하여 기본권으로서 여성의 건강권을 침해하는 등 낙태죄 조항의 위헌성 의견을 제시하고자 한다.

대한민국 헌법은 '사회국가'를 헌법의 최고원리로 확인하고 제31조부터 제36조에 걸쳐, 교육을 받을 권리, 근로의 권리, 인간다운 생활을 할 권리, 주거권, 모성보호, 보건권 등 사회권을 명문으로 보장하고 있다. 헌법상 사회적 기본권이 개인이 국가에 게 주장할 수 있는 권리이고 국가에 이행의 책임을 부담한다는 것도 헌법재판소의 결정을 통하여 확립되었다. 통상적인 정치과정에서 제대로 대변되지 않는 사회적 약자들의 사회권 침해의 피해에 대한 효과적인 구제를 위하여 헌법재판소와 국가인권위원회의 적극적인 역할을 강조한다.⁸⁴⁾

헌법재판소가 형법의 낙태죄 조항에 대한 위헌성 여부를 판단함에 있어, 그동안 사회적 낙인과 차별을 통해 숨죽이고 있던 '여성의 목소리'가 사회적 고통을 드러내고 발화하는 현상을 주목하길 바란다. 그래서 사회적 약자를 포함한 여성들이 부당한 법치리로 음지에서 생명을 잃거나 합병증으로 신음하고 흐느끼는 일이 발생하지 않기를 바란다.

특히 기존의 헌법재판소의 논의에 나타나는 낙태를 둘러싼 논점, 즉 태아의 생명권 대 여성의 선택권(자기결정권)이라는 고식적인 프레임에서 벗어나서 낙태 객체인 태아의 생명권을 태아의 발달단계에 따라 구분하는 논쟁보다는, 낙태로 인한 여성의 건강상의 위해성과 안전성을 검토하고, 여성의 건강권과 재생산 건강권을 보장하는 시각으로 낙태죄의 위헌성 여부를 검토하기를 요청한다.

84) 위의 이주영(2016).

참고인 의견서

정현미(이화여대 법학전문대학원 교수)

헌법소원심판청구(청구인 정혜원)

1. 주위적 청구취지

"형법 제269조 제1항, 같은 법 제270조 제1항은 헌법 제10조, 같은 법 제11조, 같은 법 제15조에 위반한다." 라는 결정을 구합니다.

2. 예비적 청구취지

"형법 제269조, 같은 법 제270조의 낙태 객체를 임부가 임신 3개월 이내의 배아까지 포함하여 해석하는 것은 헌법 제10조, 같은 법 제11조, 같은 법 제15조에 위반한다." 라는 결정을 구합니다.

I. 시작하며

우리 현행 형법은 낙태를 처벌한다. 낙태죄의 기본적 구성요건으로 자기낙태죄(제269조 제1항)는 임산부가 스스로 낙태함으로써 성립하는 범죄이며, 1년 이하의 징역 또는 2백만원 이하의 벌금에 처한다. 임신한 여성이 낙태를 부탁하거나 시술자가 임부의 동의를 받고 행하는 동의낙태죄(제269조 제2항)는 자기낙태죄와 필요적 공범관계에 있다. 업무상 동의낙태죄(제270조제1항)는 의사, 한의사, 조산사, 약제사 또는 약종상이 임산부의 촉탁 또는 승낙을 받아 낙태하게 함으로써 성립하는 범죄이고, 형벌은 2년 이하의 징역이다.

해당 헌법소원심판청구는 형법 제269조제1항의 자기낙태죄와 제270조제1항의 업무상동의낙태죄와 관련된다. 주위적 청구취지를 자기낙태죄의 위헌성, 업무상동의낙태죄의 위헌성을 주장한다. 그리고 예비적 청구취지에서는 낙태죄의 객체인 태아에 배아기를 포함하여 해석하는 것은 위헌이라고 한다. 이 의견서에서는 각 논점을 중심으로 기술하려고 한다.



II. 형법 자기낙태죄(제269조제1항)의 위헌성 문제

이 헌법소원심판청구에서는 2012년 헌법재판소결정(2010헌바402)에서 반대의견을 위헌청구의 주요근거로 삼고 있으며, 또 다른 근거로는 최근 벌어지고 있는 여성단체에서 낙태죄 폐지운동과 보건복지부가 불법임신중절수술에 대한 행정처분 강화를 추진하다 반발에 부딪힌 것을 사회적인 변화의 예로 들고 있다(헌법소원심판청구, 8면).

그러나 2012년 헌법재판소결정(합헌)의 반대의견은 지금도 여전히 다양한 의견 중 하나의 의견일 뿐이다. 또한 그 동안 다소 낙태의 자유를 지지하는 경향이 강해졌다고 하더라도 낙태죄에 대한 사회적 인식의 변화를 바로 위헌주장의 근거로 삼기는 어렵다. 다만 낙태죄의 위헌성 여부는 사회적으로 논란이 계속되고 있는 문제로서, 그동안의 학계의 동향이 어떠한지, 그리고 사회적 인식변화는 어떠한지 등을 다시 한번 살펴보면서 위헌성 여부를 검토하고자 한다.

1. 낙태죄에 대한 학계의 동향

1) 헌법학계

학계의 의견을 망라할 수 없지만, 주요 저서와 관련 논문들에 나타난 견해들을 살펴보고자 한다.

(1) 합헌설

형사처벌로서 낙태를 금지하는 형법 제269조 및 제270조는 합헌이라는 견해가 있다. 2012년 헌법재판소의 취지와 같으며, 당해 헌법소원심판청구취지와 상반된 입장이다. 태아의 생명은 보호되어야 하므로 낙태는 위헌이라는 견해도 낙태죄 합헌설에 속한다.

“낙태의 허용여부는 태아의 생명권과 임산부의 자기결정권이 충돌하는 문제이다. ... 낙태를 할 수 있는 임산부의 자기결정권보다 태아의 생명권이 우선하기 때문에 원칙적으로 낙태는 금지되어야 한다. 따라서 형사처벌로서 낙태를 금지하는 형법 제269조, 제270조는 합헌이다.” 정종섭, 헌법학원론, 2016, 490-491면.

“태아도 생명권의 주체로 인정하는 경우 수태와 더불어 태아의 생명은 보호되어야 한다. 따라서 인공임신중절은 원칙적으로 금지되며 위헌이다. ... 이 규정(모자보건법)은 태아의 생명권을 인정하는 현행헌법과 합치되기 어렵다. 뿐만 아니라 이처럼 낙태사유를 인정하는 그 남용을 막기 어렵다는 문제가 있다. 계획열, 헌법학, 중, 2007, 281-282면.

*2012.8.23. 2010헌바402 “자기낙태죄 조항으로 제한되는 사익인 임부의 자기결정권이 위 조항을 통하여 달성하려는 태아의 생명권 보호라는 공익에 비하여 결코 중하다고 볼

수 없다. 따라서 자기낙태죄 조항이 임신 초기의 낙태나 사회적·경제적 사유에 의한 낙태를 허용하고 있지 아니한 것이 임부의 자기결정권에 대한 과도한 제한이라고 보기 어려우므로, 자기낙태죄 조항은 헌법에 위반되지 아니한다.”

(2) 엄격한 적용규정 찬성 -합헌입장

낙태는 원칙적으로 금지되며, 매우 엄격한 적용규정에 한해서만 낙태를 인정할 수 있다고 본다. 현행 모자보건법 제14조가 낙태를 너무 넓게 허용하여 한다는 비판이나, 임부의 생명을 보호하기 위해서만 낙태를 허용해야 한다는 입장은 현재보다 더 엄격한 모자보건법에 찬성하는 경우이다.

“생명은 인간의 존재 자체이기에, 가능한 한 낙태의 자유는 좁게 인정되어야 한다. 그러나 태아의 생명 때문에 임산부가 장래의 모든 고통을 감수하는 것도 합리적이라 할 수 없으므로 엄격한 적용규정에 따라 전문가와의 필요적 상담을 거쳐 낙태를 허용하여야 한다.” 성낙인, 헌법학, 2018, 1089면.

“모자보건법은 의학적·우생학적 또는 윤리적 이유에 의한 인공임신중절을 넓게 인정하여 태아의 생명권을 소홀히 하고 있다는 비난을 면할 수 없다.” 문광상, 헌법학, 2015, 352면.

“생명이 수태로부터 시작되는 것이라면 태아도 생명권의 주체가 되는 것으로 보아야 하기 때문에 낙태는 태아의 생명권을 침해하는 행위로서 원칙적으로 금지되는 것으로 보아야 한다. 그러나 태아의 생명권과 모성의 생명권이 충돌할 경우에는 미완성의 생명(태아)보다 완성된 생명(임부) 쪽을 존중해야 할 것이다.” 권영성, 헌법학원론, 2010, 412-413면.

“낙태는 태아의 생명권을 침해하는 행위로서 원칙적으로 금지되는 것으로 보아야 한다. 그러나 태아의 생명권과 모성의 생명권이 충돌할 경우에는 미완성의 생명(태아)보다 완성된 생명(임부)쪽을 존중하여야 할 것이다.” 김백유, 헌법학 II, 기본권론, 2010, 338면.

“생명권을 제한될 수 있는 기본권으로 이해하는 한 낙태의 허용 그 자체가 위헌이 될 수는 없다. 결국 낙태의 허용여부에 관한 문제도 태아의 생명권과 산모의 생명권 또는 출산권이 충돌하는 문제로 보아 서로 충돌하는 기본권에 대한 합리적 형량의 문제로 구성하여야 한다.” 이준일, 헌법학강의, 2013, 431면.

(3) 기한방식 찬성

산모의 자기결정권과 태아의 생명권이 충돌하는 경우 일정한 기간 내에 낙태의 허용을 요한다고 하여 기한방식의 입법을 주장하기도 한다. 이 견해는 현행 낙태규정이 불충분하다고 보므로 위헌설의 입장일 수 있다.

“인공임신중절수술의 경우 국가가 한편으로는 태아의 생명권을 어느 정도로 보호해야 하고 다른 한편으로는 산모의 자기결정권을 어느 정도로 존중해야 하는지의 문제, 즉 양 법익

간의 조화를 이루는 문제가 제기된다. 낙태행위의 처벌은 기본권의 충돌을 야기한다. ... 산모의 자기결정권과 태아의 생명권이 충돌하는 경우 일정한 기간 내에서 낙태의 허용을 요청한다. 산모의 사회적 경제적 상황에서도 마찬가지로 상황이 전개된다.” 한수웅, 헌법학, 2014, 602면.

“임신중절은 태아의 생명권을 침해하는 것이지만 임신부의 생명과 충돌할 경우 이에 대한 제한은 불가피하다. 헌법재판소는 낙태를 처벌하는 형법을 정당하다고 보는 입장이나, 임신 후 12주 내의 태아에 대해서는 (절차를 엄격히 규정함과 동시에) 임신부의 자기결정권을 우위에 두는 전향적인 접근이 필요하다.” 김학성, 헌법학원론, 2015, 404-405면.

(4) 검토

지난 헌법재판소에서의 낙태죄 합헌결정이 지난 지 6년이 경과하였지만, 합헌설을 그대로 유지하는 견해들과 그와 달리 개선을 요하는 견해들로 대립의 양상은 여전하다. 현행 낙태규정이 합헌이라는 입장, 현행 낙태규정은 위헌이 아니나 모자보건법이 문제라는 견해로 나뉜다. 모자보건법에 대해서는 자체가 허용범위가 너무 넓어서 위헌 여지가 있다는 입장, 그와 반대로 모자보건법이 임신초기 일정기간 동안 낙태를 허용하는 방향으로 가야한다는 입장으로 대립된다.

2) 형법학계

형법학계에서는 태아의 생명을 낙태죄의 주된 보호법익으로 보는 입장이 변함없이 통설을 차지하고 있다.1) 임부의 생명·신체가 부차적 보호법익이라고 보는 것은 낙태로 임부에게 사상의 결과를 초래하면 가중처벌하는 결과적 가중범인 낙태치사상죄를 염두에 두는 것에 불과하다.

형법학계에서는 낙태죄는 태아의 생명을 보호하기 위한 것으로 보아 제269조 및 제270조 규정 자체가 위헌이라고 보는 견해는 찾기 어렵다. 다만 낙태의 허용범위와 관련하여 모자보건법(제14조)의 허용범위가 너무 넓어 위헌이라는 입장과 허용범위가 너무 좁다는 입장으로 전혀 반대의 시각이 존재한다. 허용범위가 좁다는 입장에서는 개선방안으로 사회적·경제적 사유를 도입해야 한다거나 기한방식을 도입해야 한다고 주장한다.

(1) 모자보건법(제14조) 위헌설

모자보건법의 낙태와 관련한 모든 규정은 헌법 제10조 인간존엄에 위반되는 위헌

1) 이재상/장영민/장동범, 형법각론, 2017, 90면; 이영란, 형법학, 각론강의, 2013, 98면; 박상기, 형법학, 2016, 456면; 오영근, 형법각론, 79면; 임용, 형법각론, 2016, 111면; 김일수/서보하, 형법각론, 2016, 35면; 김성진/김형준, 형법각론, 2014, 42면; 김성돈, 형법각론, 2016, 107면; 이상돈, 형법강론, 2017, 585면.

법률이라고 한다.2) 위헌을 말할 가치조차 없는 ‘합법적 태아살인법’으로 지탄받아 마땅하며, 낙태는 모체의 생명이 위협받는 예외상황과 강간·준강간에 의하여 임신된 경우에만 허용해야 한다고 본다. 국가가 낙태문제를 방치 내지 방조하면서 국가의 명운이 달렸다는 ‘저출산’문제가 해결되기를 기대하는 것은 연목구어라고 한다.3)

(2) 모자보건법(제14조) 지지

사회적 적응사유는 사회적·경제적 부담에 따른 낙태의 허용한계를 넓히기 때문에 이를 수용할 경우 낙태를 무제한적으로 확대 인정하는 위험성을 안고 있다고 비판한다.4) 그 논거로 사회·경제적 제반여건을 개선하여 해결할 문제이지, 사회적 적응사유로 낙태를 허용할 수 있다는 생각은 문제해결을 회피할 뿐만 아니라 해결의 방법이 될 수 없으며, 이는 결과적으로 무제한적 낙태허용의 결과만을 초래한다고 본다.5) 국가는 생명보호를 위하여 필요한 모든 조치를 취해야 할 헌법적 의무를 지고 있기 때문에 국가의 미흡한 복지정책이 사회적 정당화사유로 보상되는 일이 있어서는 안 된다고도 한다.6)

(3) 사회적·경제적 사유 도입 주장

낙태죄에서는 태아의 생명보호도 중요하지만 임신초기에는 낙태선택권에 무게를 두어야 한다고 보고, 사회적·경제적 허용사유를 도입을 주장한다.7) 우리나라에서 행해지는 대부분의 낙태는 사회적·경제적 사유에 의한 것이지만, 모자보건법은 이를 규정하고 있지 않아 현실적 문제해결에는 사실상 거의 도움을 주지 못하기 때문에 낙태허용의 완화방안이 필요하다고 본다.8)

(4) 기한방식 도입 주장

임신 3개월까지 임부의 의사에 따라 의사가 행하는 낙태는 허용하고 그 이후의 낙태는 적용규정에 따라 일정한 경우에는 처벌하지 않지만, 적어도 임신 최후 10주 동안의 낙태는 금지하는 것이 타당하다고 본다.9)

2) 배종대, 형법각론, 2015, 166면.
3) 배종대, 앞의 책(각주 2), 166면; 오영근, 형법각론, 2017, 85면. 인구감소로 인해 인구정책차원에서도 낙태를 처벌해야 할 필요성은 높아졌다고도 한다.
4) 김학태, “낙태에 관한 형법적 법철학적 고찰”, 외법논집 제3집, 1996, 400면.
5) 김학태, 위의 글(각주 3), 399-400면.
6) 배종대, 앞의 책(각주 2), 154면.
7) 이영란, 형법학, 각론강의, 2013, 104면; 이상돈, 형법강론, 2017, 593면.
8) 박찬길, “낙태의 합리화 정책에 관한 연구”, 법학논총, 제27권 제1호, 215면.
9) 이재상/장영민/장동범, 형법각론, 2017, 93면; 임용, 형법각론, 2016, 117면.

(5) 검토

과거 낙태죄 자체를 폐지하자는 의견이 있었으나¹⁰⁾ 최근에는 폐지를 주장하는 견해는 찾아볼 수 없고, 1992년 형법개정법률안을 마련하기 위한 법무부의 형법개정위원회에서도 낙태죄를 폐지할 것인가에 대한 표결에서 존치하자는 의견이 10:1로 다수를 이루었다.¹¹⁾ 형법학계에서도 헌법학계처럼 모자보건법의 허용범위에 대한 의견차이를 보인다. 모자보건법 제14조의 허용범위가 넓어서 위헌이라는 견해부터 너무 좁아서 문제라는 완전히 상반된 견해로 팽팽히 대립되고 있다.

헌법학계와 형법학계에서 낙태와 관련하여 주장하는 견해들을 개관해보았지만, 각각의 근거로 내세우는 완전히 상반된 견해들로는 양자의 차이를 좁히기 어려운 것을 알 수 있다. 이러한 대립된 견해들만으로는 낙태에 합의된 문제의 본질에 접근하기 어렵다.¹²⁾

2. 우리 낙태현실의 특이점

낙태의 위헌성 판단을 위한 기초로 우리 낙태현실의 특이점과 논의의 쟁점을 분석해 본다.

1) 낙태실태

낙태실태를 파악하기 위해서는 통계가 필요한데, 우리나라에는 제대로 된 낙태통계가 존재하지 않는다. 간간히 행해진 낙태연구를 통해 낙태현실을 어렵듯이 가늠할 수 있을 뿐이다.

1988년 한국인구보건연구원의 연구는 우리나라 15-44세 기혼여성의 52%가 낙태경험을 한 것으로 보고하고 있다.¹³⁾

1990년 한국형사정책연구원의 서울시의 15세 이상 남녀 1,200명을 대상으로 한 낙태실태조사에 의하면 조사대상 여성 655명 중 36.0%가 낙태경험이 있다고 응답하였다.¹⁴⁾

10) 태아를 생명으로 보는 데는 파장이 있고 자(子)의 출생에 대한 자유가 보다 존중되어야 하므로 형법의 낙태는 폐지되어야 한다고 함. 김기춘, 형법개정지론, 1984, 474면; 서일교, 형법각론강의, 1962, 47면.

11) 법무부, 형사법개정특별심의회 회의록 제4권, 1988, 151면.

12) "형법학자들이 이(낙태) 문제를 다루는 경우가 있으나 낙태실태를 도외시한 형식논리적 수준을 면치 못하고 있을 뿐 낙태문제의 본질에 접근한 깊은 연구는 이루어지지 않고 있다." 이영란, 위의 책(각주 7), 100면.

13) 한국인구보건연구원, 출산력 및 가족보건 실태조사, 1989, 141면.

14) 심영희/박선미/김혜선/백월순, 낙태의 실태 및 의식에 관한 연구, 한국형사정책연구원, 1991, 150-186면. 서울시 1,200명의 모집단으로 남자 545명, 여자 655명에 대한 설문조사를 1990년 7월 14일부터 7월 30일까지 진행하였다.

2011년 한국형사정책연구원의 제주도를 제외한 전국의 만 16세 이상의 여성 1,000명에 대한 연구조사에서는 임신 경험이 있는 응답자(N=727) 중 49.8%가 낙태경험을 가지고 있었다. 낙태 경험이 있는 여성 중 낙태경험이 '1번'이라는 응답이 28.2%, '2번' 14.3%, '3번' 5.6%, '4번 이상' 1.7% 등의 비율을 나타냈다.¹⁵⁾

2004년 11월부터 2005년 8월까지 전국 200개 산부인과를 대상으로는 실태조사를 하고 미혼여성 1500명과 기혼여성 2500명에 대해서는 설문조사를 한 연구보고에 의하면, 인공임신중절 시술건수는 350,590건에 이르고, 그 중 기혼여성의 낙태가 203,230건, 미혼여성의 낙태가 147,360건으로 조사되었다.¹⁶⁾ 이러한 낙태건수는 출생아수(2004년, 476,000명) 대비 약 72%에 달하는 수치이며, 15세부터 44세의 가임기 여성 1,000명당 시행되는 낙태건수인 낙태율은 29.8%로 추정되었다.

현실에서 행해지는 대부분의 낙태는 모자보건법상의 인공임신중절의 정당화 사유에 해당하지 않기에 형법상의 낙태죄로 처벌받을 수 있다. 그런데 2002년부터 2013년까지 12년간의 낙태관련 통계를 보면, 매년 낙태죄로 기소된 경우는 2건부터 20건으로 나타난다. 낙태죄로 입건된 인원은 12년간 총 544건으로 한해 평균 45건이며, 기소는 한해 평균 8.8건으로 기소건수는 입건수의 19% 정도이다. 다만 점차 입건수를 비롯하여 기소와 유죄판결이 증가하는 경향을 보이는데, 이는 2010년 낙태의사 고발 및 관심증대 등으로 사건화 되는 경우가 늘어난 것으로 추측된다.

<표 1> 낙태 관련 통계 (2002-2013)

연도 처리	2002	2003	2004	2005	2006	2007	2008	2009	2010	2011	2012	2013
입건	48	41	31	31	37	15	44	48	66	58	70	55
기소	8	8	3	2	5	2	7	9	12	13	20	15
불기소	40	33	28	29	32	13	37	39	54	45	50	40
유죄판결	10	4	4	0	7	7	3	5	11	16	9	15

*기소/불기소: 대검찰청 연도별 「범죄분석」 참조.

(범죄분석에서는 2014년부터 낙태죄만 별도로 통계를 내지 않고 있음)

*유죄판결: 법원행정처의 연도별 「사법연감」 참조.

한국은 낙태가 가장 많은 국가군에 속한다고 보고되지만,¹⁷⁾ 낙태죄로 입건되고 처

15) 박형민, 낙태의 실태와 대책에 관한 연구, 한국형사정책연구원, 2011, 70면.

16) 고려대학교/보건복지부, 보건복지부 용역과제-인공임신중절 실태조사 및 종합대책 수립, 2005, 388면.

17) 한국에서는 연간 60만건의 인공유산이 행해지고 있다고 추정되어, 유럽 및 북미주의 분만 100건당 20건 내지 40건의 인공유산 비율에 비하여 한국은 3-5배나 높은 인공유산 빈도를 보여주고 있다고

분되는 건수는 전체 낙태의 빙산의 일각에 불과하다. 많이 행해지는 불법낙태 중 너무 적은 수만 적발되었다는 것이 문제가 아니라, 우리 낙태현실에서 무엇이 문제인지조차 파악되지 않은 무대척이 문제이다.

낙태죄가 합헌인가 위헌인가라는 논쟁은 우리 현실을 모른 채 탁상공론할 문제가 아니다. 낙태에 관한 담론은 보다 더 구체적이고 실질적으로 법사회적, 법정책적인 관점에서 평가되어야 한다. 우리 낙태죄규정 체계를 검토해 보고 왜 그러한 문제점에서 벗어나지 못하고 있는지를 정리하려고 한다.

2) 우리 낙태규정의 체계와 특성

형법에서는 낙태에 대해 처벌하는 규정만을 담고 있기 때문에 태아의 생명보호만이 문제될 수밖에 없다. 낙태의 경우에도 긴급피난과 같은 일반적 정당화사유가 적용될 수 있지만, 비교법적으로 보더라도 대체로 낙태에 대한 특별한 위법성조각규정을 두고 있는데, 우리는 모자보건법이라는 특별법에서 허용요건을 규정하고 있다. 모자보건법 제14조에 의하면 낙태가 배우자의 동의하에 일정한 의학적·우생학적·윤리적 허용사유로 임신 24주 내에 의사에 의해 시술되면 허용된다. 형법의 낙태죄는 일반적인 금지규정에 지나지 않는다고 보아서 그런지 금지 자체를 문제 삼지 견해는 찾기 어렵고, 따라서 비판은 대체로 모자보건법(제14조)의 특성에 집중되고 있다.

첫째, 현행 모자보건법(제14조)은 다른 입법례와 비교하면 매우 엄격한 허용범위만 제시하고 있다. 형법에는 처벌규정을 두고 모자보건법에서 허용되는 경우를 규정하고 있는바, 허용범위는 의학적 사유, 범죄학적 및 윤리적 사유만을 인정한다. 실제 행해지는 낙태는 사회적·경제적 사유가 낙태의 대부분을 차지하고 있지만 그것은 허용범위에 들지 않는다.

둘째, 모자보건법 제14조는 허용한계만 언급할 뿐, 그것을 위반한 행위에 대한 처벌규정은 두고 있지 않다.¹⁸⁾ 모자보건법 제14조에 대한 처벌규정이 없기 때문에 모자보건법 제14조의 규정을 위반하더라도 어떠한 제재를 가할 수 없다는 해석이 가능하지만, 허용요건을 충족 못하면 위법성이 조각되지 않아 형법의 낙태죄로 처벌될 것이다. 허용사유로 행하는 낙태시술의 경우 단순한 절차위반에 대해서는 대체로 낙태죄보다는 가벼운 법정형을 두는데, 우리 모자보건법은 그것까지 생각하지 않았다.

셋째, 낙태가 허용될 수 있는 요건만 모자보건에서 규정하고 있고, 어떻게 낙태를

한다. 허준용, "인공유산의 의학적 윤리-한국에서의 인공유산 현황과 문제점", 대한산부회지, 대한산부인과학회, 제37권 제4호, 1994, 618면.
18) 1973년 비상국무회의에서 낙태를 사실상 합법화하기 위해서 모자보건법을 제정하였기 때문에, 그 입법배경으로 인해 모자보건법 제14조를 위반한 경우 이에 대한 처벌규정을 두는 것은 생각하지 못하였고 일부 학자들은 그 당시 의도적으로 처벌규정을 두지 않았다고 한다. 배종대, "낙태에 대한 형법정책", 고려법학, 제50권, 2008, 256면.

허용하고 행해야 하는지에 대한 절차규정은 존재하지 않는다. 허용사유에 해당하는지, 허용기간을 준수하는지, 그리고 누가 그것을 확인해야 하는지 등에 대한 절차규정이 없기 때문에 실제 행해지는 낙태들이 어떤 요건 하에 행해지는지, 허용되는 경우인지, 불법인지 알 수 없다. 절차를 거치면서 합법을 확인하고, 혹시라도 원하지 않는 임신으로 낙태가 다시 일어나지 않도록 예방하는 기회로 삼는데 우리는 그런 절차를 거치지 않으므로 예방효과를 거두기 어렵고 낙태실태도 파악되지 않는다.

넷째, 배우자의 동의를 허용되는 낙태의 요건으로 둔 특징이 있다. 모자보건법에서는 인공임신중절수술시 본인 이외에 배우자의 동의를 얻도록 하고, 배우자에는 사실상의 혼인관계에 있는 자도 포함된다고 규정하고 있다. 미혼여성은 배우자가 없는데 어떻게 할 것인가? 미혼여성의 경우에는 태아의 잠재적인 아버지의 동의를 구하기 어렵다는 사정을 고려하여 동의요건을 요구하지 않는지, 배우자가 없으므로 처음부터 허용되는 낙태범주에 넣지 않으려고 했는지 불분명하다. 단순히 법제정 당시 1970년대의 보수적인 사고방식으로는 미혼여성의 임신은 부도덕하여 언급조차 하지 않았는도 모른다. 배우자의 동의를 얻도록 요건화한 것은 형법에서 낙태죄의 책임은 부녀에게만 묻는 것과 상당히 대조적인 것으로 남성중심적 사고라는 비판을 면할 수 없다.¹⁹⁾ 무엇보다도 동의문제는 낙태에 대해 임부와 배우자의 의견이 일치하지 않을 때 문제가 되는데, 배우자의 의견을 우선할 수 없다고 한다면, 이를 요건으로 하는 것 자체가 모순이다.

요컨대, 낙태죄 규정에 대한 비판은 허용사유를 담고 있는 특별법인 모자보건법의 규정에 집중된다. 모자보건법은 1973년 5월 10일(1973년 2월 8일 제정)부터 시행되었는데 인공임신중절수술의 허용한계에 대한 수정은 없고, 허용기간만 시행령개정(2009년 7월 7일)을 통해 임신 28주에서 임신 24주로 단축되었다. 논의의 중심에 서 있는 엄격한 허용범위, 절차규정, 배우자 동의 부분은 45년 동안 그대로 유지되고 있다.

3) 낙태담론의 부재

이렇듯 모자보건법의 허용규범은 현실의 요구에 맞게 작동할 체계를 구성하지 않고 있다. 낙태는 각국에서 오랫동안 가장 치열한 논쟁을 거친 주제 중 하나이고 가장 많은 변화를 거친 범영역 중 하나라고 할 수 있다. 그러나 우리의 경우 낙태담론은 거의 이루어지지 않았고 형법의 낙태규정도 제정된 이후 큰 변화 없이 유지되고 있다.²⁰⁾

19) 박숙자, "여성의 낙태 선택권과 입법과제 연구", 한국여성학 제17권 제2호, 84-85면. 태아가 남성의 소유물이기 때문에 그 남성이 동의를 해준 경우에는 낙태를 할 수 있으나 그렇지 않은 경우에는 절대 허용할 수 없다는 남성중심적 사고에서 도출된 규범으로 풀이될 수밖에 없다고 한다.

낙태담론의 부계 이유는 여러 가지로 분석되겠지만, 엄격한 법속에서도 처벌하지 이중기준 속에서 여성들이 낙태의 자유를 누릴 수 있었던 데서도 찾을 수 있다. 국가의 저출산 장려정책은 원치 않는 임신에 대한 최종 대책으로서 낙태를 허용하는 정책과 친화력을 가졌고, 모자보건법은 가족계획사업을 위한 정부 정책의 일환으로 제정되었다.²¹⁾ 낙태를 유도하고 권장하는 국가시책 속에서 사법부와 법학계는 줄곧 태아 생명보호를 강조함으로써 이중기준은 고착되었다.

3. 낙태논쟁, 이분법적 구도의 한계

우리 사회에서는 그리 어렵지 않게 행할 수 있는 낙태라도 법의 테두리로 끌려들어가는 순간 입증한 생명침해 행위로 논해진다. 사회의 이중적 잣대 속에서 낙태여성 은 어찌할 바 없이 침묵하는 가운데, 법학계의 낙태논쟁은 생명옹호론과 선택옹호론이라는 사변적 대결구도로 계속되고 있다. 위에서 학계의 견해 차이를 간략히 정리하였지만, 낙태 찬반으로 대립되는 기본사상의 내용을 비교 검토하며 최근 논의의 흐름을 제시하고자 한다.

1) 생명옹호론

우리 헌법에는 생명권에 관한 명문규정이 없지만, 생명권을 우리 헌법상의 기본권으로 인정하는 것이 통설이며, 태아에 대해서도 인간으로서의 존엄이 인정되고 생명권을 갖는다고 한다.²²⁾ 낙태는 태아의 생명권을 침해하는 행위로서 원칙적으로 금지된다.

“인간의 생명은 잉태된 때부터 시작되는 것이고 회임된 태아는 새로운 존재와 인격의 근원으로서 존엄과 가치를 지니므로 그 자신이 이를 인식하고 있던지 또 스스로를 방어할 수 있는지에 관계없이 침해되지 않도록 보호되어야 한다.”(대법원 1985.6.11. 선고 84도1958 판결)

20) 낙태자유화의 흐름보다는 오히려 2000년대에 들어서 낙태반대운동의 일환으로 모자보건법 개정 청원이 몇 건 있었지만 성과는 없었다. 그리고 'Pro-life 의사회'가 2009년 10월부터 낙태시술중단을 결의하고 2010년 2월 3일 불법낙태시술을 해온 산부인과 병원 세 곳을 서울중앙지검에 고발하였다. 이에 대해 여성단체는 반발하며 “여성의 안전을 위협하는 반인권적 낙태고발조치를 즉각 중단하고 여성의 낙태권을 보장하라!”는 내용의 연대성명서를 발표하였고, 2010년 3월 5일 세계여성의 날을 기념하여 “여성의 임신, 출산 및 몸에 대한 결정권 선언”을 하였다. 당시 낙태문제는 얼마간 사회적 이슈로 떠올랐으나 오래 지속되지는 않았다.
21) 양현아, “여성 낙태권의 필요성과 그 함의”, 한국여성학 제21권 제1호, 2005, 11면.
22) 김철수, 헌법학신론, 제20집정신판, 2010, 414면; 권영성, 헌법학원론, 2010, 410면; 허영, 한국헌법론, 전정14판, 2018, 378-379면; 성낙인, 헌법학, 제17판, 2017, 1096면; 장영수, 헌법학, 제8판, 2014, 595면; 정종섭, 헌법학원론, 제10판, 2015, 477-478면; 한수용, 헌법학, 제3판, 2013, 596면.

“인간의 생명은 고귀하고, 이 세상에서 무엇과도 바꿀 수 없는 존엄한 인간 존재의 근원이며, 이러한 생명에 대한 권리는 기본권 중의 기본권이다. 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 크므로 태아에게도 생명권이 인정되어야 하며, 태아가 독자적 생존능력을 갖추었는지 여부를 그에 대한 낙태 허용의 판단 기준으로 삼을 수는 없다.”(헌재 2012. 8. 23. 2010헌바402[합헌])

생명옹호론을 취하는 경우, 엄격한 생명보호로 디자인된 현행 낙태규정에 만족하는 입장, 의학적 사유만 허용하는 것으로 더 엄격하게 개정되어야 한다는 입장,²³⁾ 혹은 낙태를 일체 허용하지 않기 위해 모자보건법 제14조 자체를 폐지해야 한다는 입장이 있다.²⁴⁾

2) 선택옹호론

낙태문제는 태아의 관점에서 보면 태아의 생명과 신체의 보호에 초점이 맞추어지지만 임부에게 그 시각을 돌리면 태아를 출산할 것인가 말 것인가를 선택할 여성의 권리, 즉 여성의 자기결정권의 문제가 된다. 낙태 여부에 대한 자기결정권의 헌법적 근거로 제10조 행복추구권이 제시된다.²⁵⁾

미국에서 임부의 자기결정권은 헌법에 보장된 기본권으로 프라이버시나 평등권으로 설명되기도 한다. 미국 연방대법원은 1973년의 Roe v. Wade 판결에서 미국 수정헌법 제14조에 의해서 보장되는 프라이버시권은 여성이 자신의 임신을 종결할 것인지 여부를 결정할 권리를 포함하는 넓은 개념이라고 하였다. “여성의 선택권을 부인한다면 강요로 입힐 피해는 명백하며, 어머니가 되거나 자녀를 추가하는 것은 여성에게 험거운 삶과 미래에의 강요가 될 수 있다. 심리적인 피해가 즉시 나타날 것이며, 육아로 인해 여성의 정신적·신체적 건강이 훼손될 수 있다”고 하였다.²⁶⁾ 그밖에 평등권으로서 낙태권은 임신과 모성 역할의 강요로부터 법 앞의 평등보호라는 공존적 권리

23) 2001년 낙태반대운동연합 “모자보건법 개정에 관한 입법 청원”은 산모의 생명·건강을 위한 보건의학적 사유 외에는 어떤 다른 적용사유도 낙태를 정당화시키기에 부적절하다는 내용을 담고 있다.
24) 2000년 12월 27일 천주교 마산교구청 주교 박청일 외 19인은 “모자보건법 개정에 관한 청원”(박관용·김덕규·이원규 의원 외 43인 소개)을 국회에 제출하였는데, 그 내용은 낙태허용한계를 규정한 모자보건법 제14조를 폐지하여 낙태를 전면적으로 금지시키자는 것이었다.
25) 헌법재판소는 개인의 행복추구권이 개인의 자기운명결정권을 전제로 하고 있다고 판시함으로써 그 근거를 헌법 제10조에 두고 있다. “헌법 제10조는 ‘모든 국민은 인간으로서 존엄과 가치를 가지며, 행복을 추구할 권리를 가진다. 국가는 개인이 가지는 불가침의 기본적 인권을 확인하고 이를 보장할 의무를 가진다.’라고 규정하여, 모든 기본권 보장의 종국적 목적(기본이념)이라 할 수 있는 인간 의 본질이며 고유한 가치인 개인의 인격권과 행복추구권을 보장하고 있다. 그리고 개인의 인격권·행복추구권에는 개인의 자기운명결정권이 전제되는 것이고, 이 자기운명결정권에는 선행위여부 및 그 상대방을 결정할 수 있는 성적 자기결정권이 또한 포함되어 있으며...”(헌재 1990. 9. 10. 89헌마82).
26) Roe v. Wade, 410 U.S. 153 (1973).

로 접근한다.

낙태옹호론자들은 미혼모문제, 해외입양문제, 양아유기치사문제, 고아문제 등과 같이 원하지 않은 임신과 출산이 사회 전체에 미치는 부정적 영향을 감안한다면 임부의 자기결정권을 존중하여 낙태행위를 일정한 절차에 따른 경우 비범죄화 해야 하며, 이로써 형법상 낙태규정의 사문화되어 있는 현실, 즉 법과 현실간의 괴리문제가 극복될 수 있을 것이며, 무분별한 낙태행위에 대한 대책은 법의 영역이 아닌 양심 내지 도덕의 영역에 맡겨야 한다고 주장한다.²⁷⁾

3) 재생산권으로서 낙태권

재생산권으로서 낙태권은 이분법적 가치론에 대한 여성주의적 해석이다.²⁸⁾ 일반적으로 재생산권리란, '커플들과 개인들의, 그들의 자녀의 수와 터울을 자유롭고 책임 있게 결정할 수 있는 기본권'으로서 인간의 재생산 활동에 관련된 포괄적 권리 체계로 정의된다.²⁹⁾

재생산권은 성적 자기결정권, 출산정책, 양육정책을 연결하는 재생산의 통합적 정책 패러다임을 구축할 근거를 제공하고 있다. 출산으로 인해 생계가 위협받는다는가 자신의 노동력이 크게 경감되는 상황에 처한 여성들은 낙태 외에 달리 선택하기 매우 어렵다. 그리고 미혼인 여성들이 출산했을 경우, 자신과 자녀에게 닥칠 고통을 예견한다는 것은 조금도 어려운 일이 아니기 때문에 우리사회에서 미혼여성들의 임신이 출산으로 이어지는 것은 불가능에 가깝다. 선택의 책임을 전적으로 개인에게 귀속시키지만, 여성은 낙태를 선택하는 것이 아니라 건디는 것이다.³⁰⁾

여성이 재생산의 영역에서 주체적인 의사결정자로서 안전하고 효과적인 공공의 재생산 서비스에 접근하기 위해서는 출산여부 및 터울, 시기 등에 관한 선택권이 주어져야 하고 그 권리의 내용에는 낙태할 수 있는 권리가 불가결하게 수반된다. 또한 재생산권은 공적인 관리체계 내에서 보호되고 존중될 것을 의미한다는 점에서 국가에 대해 낙태통제가 아니라 아이를 낳고 기를 여건을 조성해주시기를 요청할 수 있다.³¹⁾

출산 여건이 마련되지 못해서 감행하는 낙태에 대해서는 여성의 성적자기결정권, 건강권 그리고 모성권, 즉 재생산권을 보장해 주지 못하는 정책적 책임이 크다. 그럼에도 불구하고 국가와 지역사회와 가족은 그 여성에게 손해를 배상하거나 위안을 주는커녕, 낙태 결정을 여성의 온전한 선택이자 생명을 범하는 범죄로서 다룬다면, 그

27) 박찬걸, 위의 글(각주 8), 211면 참조.
28) 양현아, "낙태에 관한 다초점 정책의 요청: 생명권 대(對) 자기결정권의 대립을 넘어", 한국여성학 제26권 제4호, 2010, 66면.
29) 양현아, "여성 낙태권의 필요성과 그 함의", 한국여성학 제21권 1호, 2005, 24면.
30) 양현아, 위의 글(각주 27), 10-11면.
31) 양현아, 위의 글(각주 27), 26면.

것은 여성의 자기낙태행위에 대한 법의 오인(誤認)이자 위선(僞善)이다.³²⁾ 낙태가 만연하는 이유는 생명존중사상의 부족이 아니라, 재생산활동을 하여 온 여성에 대한 존중사상이 부족하기 때문이라고 결론짓는다.³³⁾

4) 검토

낙태 및 낙태죄에 관한 논쟁을 반대론과 선택론이라는 단순한 이론적인 틀에 집어 넣어 대결구도로 펼치는 것은 처음부터 비체계적인 논쟁이라고 할 수 있다.³⁴⁾ 생명옹호론은 낙태를 인간생명의 신성성에 대한 공격이라고 도덕적으로 단죄함으로써 타협을 불허하며, 낙태옹호론은 낙태의 합법화를 추구함으로써 법체계의 가장 정점에 놓인 가치인 생명보호의 기반을 약화시킬 위험이 있다. 재생산권으로서 낙태권은 우리 낙태 현실과 여성의 낙태 선택의 복잡한 문제들을 담아내는 장점이 있다.

생명보호를 원칙으로 출발하더라도 태아의 생명은 사람의 생명이 아니라 생성 중인 생명에 지나지 않는 것으로 사람의 생명과 같이 절대적으로 보호해야 할 법익이라고는 할 수 없다. 따라서 생명옹호론도 일정한 범위에서는 낙태의 자유를 허용하지 않을 수 없다. 아무리 엄격한 낙태법이라고 하더라도 일정한 경우에 임신중단허용을 확대해 왔고 허용하지 않을 수 없다. 생명의 보호가 '원칙적인' 것이라면 예외가 가능하다. 결국 낙태금지의 예외들은 궁극적으로는 충돌하는 이익들의 균형의 문제라고 할 수 있다.

예외적으로 일정 조건의 낙태허용의 선을 긋는 데는 여성의 재생산권이 보장되어야 한다. '생명'이란 단지 잉태되고 태어난다고 생명으로서 존재하는 것이 아니라 지속적으로 적절한 보살핌을 받아야만 비로소 독립된 개체로서 존재할 수 있기 때문이다.³⁵⁾ 결국 낙태문제의 규범적 해결을 위해서는 생명과 자기결정권 및 재생산권이라는 모든 요소를 복합적으로 고려하지 않을 수 없다.

독일헌법재판소에서도 태아생명권과 임부의 인간존엄의 존중 및 인격발현권 등을 공존의 권리로 보며 접근하였다. "아직 태어나지 않은 생명의 보호와 충돌하는 임신한 여성의 기본권의 내용은 기본법 제1조 제1항의 인간존엄의 존중, 기본법 제2조 제2항의 생명 및 신체적 완전성의 권리 그리고 기본법 제2조 제1항의 인격 발현권"임을 밝히고 있다. 인격발현권이라는 측면에서 여성이 자신의 몸에서 일어나는 일을 통제할 권리를 부인하는 것은 그들의 많은 도덕적 권리를 침해하는 것이며, 생명과 건강에 대한 그리고 스스로 만족할 만한 삶을 추구할 수 있는, 또 자신에 대해 책임질

32) 양현아, 위의 글(각주 27), 27-28면.
33) 양현아, 위의 글(각주 27), 33면.
34) 김영환, "낙태죄 논쟁의 계구성", 형사정책연구 제2권 제2호, 1991, 408면.
35) 양현아, 위의 글(각주 28), 75면.

수 있는 권리들을 침해하는 것을 의미한다.³⁶⁾

낙태와 관련된 권리들을 복합적으로 고려하여 어느 정도에서 허용범위를 타협할 것인가가 문제이다. 이는 법률가들의 시각이 아니라 우리 낙태현실의 전반적인 상황을 고려한 시각에서 판단되어야 한다.

4. 낙태문제와 사회적 변화

1) 국제사회의 낙태에 대한 입장

낙태를 개인의 문제가 아니라 사회문제로 받아들이고 접근하는 사회화 현상은 최근에 나타난 국제적 경향이다. 낙태를 원하는 임부를 사회적으로 허용하고 구제하려는 변화된 정책은 실제로 정반대의 결과인 낙태를 방지하는 결과를 가져올 수 있다는 주장이 힘을 얻고 있다.³⁷⁾

가. 여성에 대한 모든 형태의 차별철폐에 관한 협약

우리나라가 1985년 채택하여 적용하고 있는 유엔협약인 "Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women"에서는 임신중단 자체를 언급하지 않지만, 보건 분야에서 여성에 대한 차별을 철폐하기 위한 사업의 채택과 가족계획에 대한 정보, 상담 및 서비스 등에 대해서 규정하고 있다.³⁸⁾

제12조 1. 당사국은 남녀평등의 기초 위에 가족계획에 관련된 것을 포함한 보건 사업의 혜택을 확보하기 위하여 보건 분야에서의 여성에 대한 차별을 철폐하기 위한 모든 적절한 조치를 취하여야 한다.

2. 본조 제1항의 규정에도 불구하고 당사국은 여성에 대해 임신 및 수유기동안의 적절한 영양 섭취를 확보하고 임신, 해산 및 산후조리 기간과 관련하여 적절한 의무제공을 확보하여야 하며, 필요한 경우에는 무상으로 이를 제공하여야 한다.

나. 제4차 베이징 세계여성회의의 결정

1995년 제4차 베이징 세계여성회의에서 채택된 선언문에서는 '성과 임신 출산에 대한 여성들의 건강결정권' 관련 강령이 채택되었다. "모든 여성들이 그들 건강의 모든 측면, 특히 출산을 조정하는 그들의 권리에 대한 명확한 인식과 재확인"은 여성의

36) BVerfGE 88, 203(203f).

37) Eser/Koch, *Abortion and the Law, From international comparison to legal policy*, T.M.C. Asser Press, 2005, p. 230.

38) <http://www.ohchr.org/EN/ProfessionalInterest/Pages/CEDAW.aspx>

협약 채택일 1979.12.18./발효일 1981.9.3./대한민국 적용일 1985.1.26. 전문과 6부 30조로 구성되어 있다. (2018.4.3.최종방문)

힘을 증진하는데 근본적인 것이다."라고 하였다.

한 여성이 자녀를 가질 것인지, 언제 가질 것인지, 그리고 얼마나 많은 자녀를 가질 것인가는 오직 그녀 자신이 결정할 문제이다. 임신중절과 관련하여 조언을 얻을 수 있는 상담소와 안내소에 여성들이 쉽게 접근할 수 있도록 해야 한다. 임신중단은 원칙적으로 출산계획의 적절한 수단이 아니지만, 스스로 끈경에서 벗어날 길을 찾을 수 없는 여성에게는 합법적인 임신중단의 기회가 제공되어야 하며, 그것은 가능한 한 최적의 의료적인 조건에서 이루어져야 한다고 한다.

다. 유럽공동체의 낙태에 대한 입장

유럽공동체 회원국들 내에서 임신중절과 여성의 자기결정권에 대해 논의가 이루어지면서 EU의 기관들도 관여하게 되었다. 특히 유럽의회는 회원국가들로 하여금 임신중절과 관련하여 충분한 상담시설과 안내시설을 갖추도록 촉구한다는 입장을 여러 차례 표명하였다.

유럽위원회의 고문그룹의 입장표명 : 1996년에 EU의 "생명공학의 윤리적 문제" 위원회의 고문그룹은 "출생 전 진단의 윤리적 문제"라는 주제에 대한 입장을 표명하였다. 이 입장표명은 EU 국가들을 위해 다양한 분야들을 통합하려는 시도를 나타낸 것이다. 특히 다음과 같은 주제들이 거론되었다: 출생 전 진단과 유전자 상담은 국가의 모든 회원국들이 EU 접할 수 있어야 한다. 개별국가는 임신중절을 해야 하는 임신중절요건을 확정해서는 안 되며, 각 구체적인 상황에 따라 사례와 관련된 개별판단을 하여야 한다. 여성이 어떤 결정을 내리든지 그것이 차별의 근거가 되지 않아야 한다. 임신을 계속하는 경우뿐만 아니라 임신중절을 시행하는 경우에도 사회적, 재정적 및 심리적인 지원이 보장되어야 한다. 나아가 위원회의 입장은 출생전진단은 오직 의료적인 서비스이며 따라서 오직 의료적인 임신중절요건과 결부되어야 함을 분명히 하고 있다. 단지 성별선택과 같은 비의료적인 이유로 출생전진단이 행해져서는 안 된다고 한다.

EU 의회의 임신중절 합법화 : EU의 의회는 2002년 7월에 회원국들과 가입후보국들에게 임신중절을 합법화하도록 권유하는 입장을 의결하였다. 이 의결은 여성의 생식상의 건강과 권리를 보호하기 위해 합법적인 임신중절을 받을 수 있도록해야 한다고 강조하고 있다.

2009년 1월 14일 EU 의회의 기스타 카타니아(Guista Catania)의 "2004~2008년 유럽 연합에서의 인권상황" 보고서 채택 : 생식과 성적인 건강에 대한 권리가 더 강력하게 대중들의 의식 속으로 들어가야 한다고 강조함과 동시에 유럽의회는 회원국들에게 여성들이 제한받지 않고 자신들의 권리를 행사할 수 있도록 배려하도록 촉구한다. 원하지 않는 임신과 불법적이고 의학적으로 위험이 있는 임신중절을 전반적으로 방지하기 위해서는 충분한 안내

를 통해 파악할 수 있다는 것을 알려야 한다고 본다.

2) 각국의 낙태규정의 비교

세계의 어느 나라에서든 낙태문제만큼 격론을 벌이고 있는 문제가 없을 정도로 낙태는 활발히 논의되어 왔으며, 그에 따라 특히 1970년대 이후부터 2000년대에 이르러 기까지 제정 및 개정으로 낙태관련법은 많은 변화를 보였다. 1995년에서 2005년 사이만해도 17개국 이 낙태법을 자유화하는 방향으로 개정하였다.³⁹⁾

각국의 낙태 관련법은 금지의 경우, 허용조건 등 허용가능성의 폭에 따라 다르며, 허용기간을 두고 있는 경우에도 기간은 각국의 법에서 매우 다르게 나타난다.

가. 낙태 기한

일정 기한 내의 낙태를 허용하는 소위 '기한방식'의 경우에도 각국의 입법례는 다양한 조건하에 허용하고 있다. 기한을 주면서 사유나 상담과 결합하기도 한다. 대체로 낙태의 예외적 허용은 10주부터 24주까지 다양한 기한 내에 부여되며, 같은 기간 동안 혹은 한 가지 혹은 그 이상의 임신단계에서 낙태가 단지 처벌의 예외로서 혹은 특정한 사유가 있는 경우에 허용한다.

기한방식의 기본적 입장의 특징은 다음과 같이 정리 된다 : 자기결정에 대한 임부의 권리는 적어도 태어나지 않은 생명의 보호와 동일하게 보장된다. 그러므로 특정한 기간 동안의 낙태는 완전히 임부에게 맡겨져야 한다. 더 이상 정당화할 필요가 없으며, 사법적 통제에 맡길 필요가 없으며, 그것은 임부의 권리로 선언될 수 있다. 상담과 결부되는 경우에도 상담은 임부에게 기회를 주는 것을 넘어 의무로 간주되어서는 안 된다.

- (1) 가장 짧은 기한으로는 10주까지가 있다. 현행 스위스법, 프랑스의 2001년까지 법, 불가리아의 1990년까지 법이 그러하다.
- (2) 기한을 정하고 있는 경우, 많은 나라들이 임신중단의 허용한계를 12주까지로 하고 있다. 독일, 프랑스, 덴마크, 이탈리아, 룩셈부르크, 벨기에, 남아프리카의 법이 그에 해당한다.
- (3) 더 오랜 기간까지 낙태를 허용하는 나라로는 16주가 1997년까지의 포르투갈, 노르웨이의 법은 18주, 스페인법이 22주, 영국, 쿠웨이트, 타이완의 법은 24주 까지 낙태를 허용하고 있다.

39) Albania, Benin, Bhutan, Burkina Faso, Cambodia, Chad, Colombia, Ethiopia, Guinea, Mali, Nepal, Portugal, Saint Lucia, South Africa, Swaziland, Switzerland, Togo가 해당한다. 반면 3개국 El Salvador, Nicaragua, Poland는 더 엄격하게 낙태법을 개정하였다.

- (4) 몇몇 나라는 서로 다른 시점을 두고 있는데 헝가리법은 12주, 16주 및 18주, 남아프리카공화국의 현행법은 1996년 이래 12주, 20주 및 20주 이후에도 허용, 그리스법의 허용기한은 12주, 19주, 24주로 되어 있다.

나. 허용사유

일정한 사유에 해당하는 경우에만 낙태를 허용하는 소위 '적용방식'은 제3자 판단에 의해 사전적으로 확인하도록 하는 경우가 대부분이며, 사후적 사법적 제재를 취하는 경우는 예외이다. 긴급상황과 관련되는 적용방식의 기본적 입장의 특징은 다음과 같다 : 태어나지 않은 생명에 우선권을 둔다. 허용되는 낙태는 예외적인 경우이다. 상담과 결합된 입법례에서는 임부는 낙태상담을 받아야 한다. 최종결정은 임부자신의 책임이고, 대체로 사법적 통제로부터 자유롭다.

- (1) 유럽 : 아일랜드, 벨기에(1990년까지), 포르투갈, 스페인, 스위스(2002년까지), 헝가리, 핀란드, 독일(1992년 개정 전까지)
- (2) 라틴 아메리카의 대부분 국가 : 특히 아르헨티나, 브라질, 칠레(1991년까지), 코스타리카, 에콰도르, 페루, 우루과이.
- (3) 특히 엄격한 아랍/아프리카 지역 : 이집트, 이라크, 아랍 에미리트, 알제리, 요르단, 쿠웨이트, 레바논, 리비아, 모로코, 오만, 과타르, 잠비아, 세네갈, 나이지리아, 수단, 가나, 시리아, 남아공화국(1996년까지).

적용방식을 취한 아일랜드는 임신부의 생명이 위험한 상황을 제외하고 낙태를 전면 금지하여 유럽에서 가장 엄격한 낙태법을 가진 것으로 알려져 있다. 근래 아일랜드 정부는 엄격한 낙태금지로 인한 비극적인 사태들과 낙태합법화 시위와 요청에 직면하여 2018년 5월말경 낙태문제를 국민투표에 붙일 것이라고 밝혀 세계적인 관심을 집중시키고 있다. 만약 국민투표에서 유권자들이 관련 조항을 폐지하는 것으로 결정을 하면 아일랜드 정부는 임신 12주 안에 낙태하는 것을 허락하는 법안화를 진행할 것이라고 한다. 가톨릭에 깊은 뿌리를 두고 있는 아일랜드는 산모의 생명을 구하기 위한 낙태 이외에는 낙태를 금지하며, 불법 낙태는 최대 14년의 징역형을 받는다. 다만 낙태를 위한 외국여행과 낙태시술 관련 외국정보의 유통은 묵인하고 있으며, 매년 수천명이 영국이나 네덜란드 등 인근국가로 가서 낙태시술을 받거나 낙태약을 수입구매하여 해결하고 있다고 한다.

2012년 10월 수도 더블린에 거주하는 인도 출신의 한 임신부는 심한 복통을 호소하며 병원을 찾았다. 당시 의료진은 태아가 생존할 가능성이 없다고 판단했으나 낙태가 불법이라는 이유로 수술을 거부하여 결국 태아가 사망한 후에 수술했지만 임신부

는 패혈증으로 숨졌다. 그 일로 더블린에서 6000여명의 낙태 옹호자들이 낙태 합법화를 요구하며 시위를 벌이며 갈등을 겪었다.⁴⁰⁾ 2014년에도 아일랜드에서는 성폭행으로 원치 않는 임신을 하게 된 18세 소녀가 낙태를 거부당하자 단식투쟁을 시작한 후 25주째에 반강제로 제왕절개 수술을 받아 출산하게 된 사건을 계기로 아일랜드의 낙태법이 뜨거운 논쟁에 휩싸였다.⁴¹⁾ 전통적으로 엄격한 입장을 취해온 아일랜드에서는 아직 낙태반대를 하는 사람들이 많지만, 정부는 법안 통과에 초당적 지원이 있을 것으로 기대하고 있다.⁴²⁾

엄격한 낙태법으로 가지고 실제로 엄격히 법을 집행해온 대표적인 국가로 알려진 아일랜드가 기한방식의 낙태법으로 개정한다면 이는 매우 파격적인 것이며, 세계적인 낙태규제완화의 경향의 확인과 더불어 다른 나라에도 파급효과를 미칠 것이다.

다. 변화의 방향

낙태에 대한 각국의 입법례를 보면, 대체로 다음과 같은 방향으로 개정되고 발전하는 것을 볼 수 있다.

첫째, 어떤 나라도 생성하는 인간생명을 침해하는 것에 대해 완전히 금지하고 있지는 않다는 것이다. 인간의 생명은 유전적 "생명 프로그램 단위"라는 새로운 형태로 이미 난자와 정자가 수정함으로써 발달하기 시작하기 때문에 태어나지 않은 생명에 대한 진정한 보호는 발달과정에서 처벌할만하고 기소할만한 경우에만 존재한다. 가장 엄격한 낙태법을 가진 나라에서 조차도 수정란의 착상을 방해하는 것에 대해서는 관대하며, 임부의 생명을 보호하기 위해서는 낙태를 허용한다. 그런 점에서 태어나지 않은 생명에 대한 보호는 형법을 통해서 절대적일 수 없고, 상대적으로 보호된다.

둘째, 낙태정책에서 완전금지부터 완전허용까지의 스펙트럼을 놓고 보면, 양극단인 완전금지도 없듯이 완전허용도 찾기 어렵다. 어느 나라든 낙태죄 규정을 두고 있다. 중국처럼 낙태규정이 없는 경우는 매우 예외이다.⁴³⁾ 출생 시까지 낙태를 허용하고,

40) <http://www.ckorea.net/news/articleView.html?idxno=2154> (2018.4.3.취중방문)
41) <http://www.womennews.co.kr/news/view.asp?num=74846> (2018.4.3.취중방문)
42) 최근에 실시된 2개 여론조사 결과를 보면 임신 12주 이내 낙태 허용에 대해 찬성 입장을 보인 이들이 각각 51%와 56%였고, 반대는 30%에도 못 미쳤다. 나머지는 결정하지 않았다고 응답했다. <http://www.yonhapnews.co.kr/bulletin/2018/01/30/0200000000AKR20180130047900009.HTML> (2018.4.3.취중방문)
낙태권리 운동권자인 사라 모나한은 "농촌 지역에서는 여전히 이 문제에 동의하지 않는 사람들이 많다"며 "수정헌법 제8조 폐지를 위해 수도 더블린 뿐 아니라 아일랜드 전역의 작은 마을에서 싸움을 이어가겠다"고 한다. 그는 "세대 갈등은 예상보다 심각하지 않을 것"이라며 "아일랜드의 어두운 역사를 현실로 겪은 많은 노인 여성이 있고, 그들은 딸이나 손녀를 위한 더 나은 미래를 보고 싶어 한다"고 덧붙였다. http://www.newsis.com/view/?id=NISX20180309_0000247334 (2018.4.3.취중방문)
43) 중국은 1935년 중국형법에 낙태금지조항이 있었던 것을 1980년 1월 1일 시행된 형법에서 전면 삭제하였으며, 낙태를 금지하는 특별법도 존재하지 않는다. 인구정책적인 목적에 따라 낙태를 비범죄화한 매우 예외적인 경우이다. 다만 의료와 관련하여 의사업무자격을 취득하지 않은 자가 임의로 타인에게 가임피복수술, 가짜피임수술, 임신중단수술 또는 자궁 내 피임기구 적출을 행하고, 사안이 중한

기한을 두지 않은 나라의 경우도 중국처럼 완전히 규정을 두지 않은 것은 아니다. 임부의 자기결정권을 보호하기 위해, 그리고 임부의 건강을 보호하기 위해 의료적 절차를 보장하고 있다.

셋째, 두 극단의 중간에 적응방식과 기한방식이 있고, 대부분의 나라들은 이 두 방식 중 하나를 기본으로 한다.

적응방식에서 의학적 허용사유는 거의 모든 입법례에서 인정되며, 윤리적 사유까지 인정하는가, 더 나아가서 사회적·경제적 사유까지 인정하는가에 따라 엄격성의 차이를 보인다. 엄격한 경향을 가진 적응방식일수록 제3자의 심사에 근거하는 금지를 채택한다. 적응방식의 기본적 입장은, 태어나지 않은 생명도 법적 보호의 객체로서 명백히 우선권을 가지며 형법에 의한 낙태의 불승인은 합의된 결정으로 중요한 것이고, 낙태금지의 예외는 특별한 적응사유의 형식으로 보장된다는 것이다. 적응사유의 존재 여부는 임부 자신이 아닌 다른 사람에 의해 확인되며 낙태의 전제로서의 법적심사가 요구될 수 있다.

기한방식은 임신초기 일정한 기한 내에 낙태를 허용하며, 그 기간의 낙태는 임부에게 맡겨진다. 적응방식과 달리 허용사유의 확인이 없다. 다만 낙태 전 상담을 의무로 결부시킨 입법례는 상담을 통해 낙태의 허용을 확인받는 것 같이 되므로 완전한 기한방식이 아니라 적응방식과 결합된 정도의 결합방식이라고도 한다.

3) 우리의 낙태인식 및 사회적 상황 변화

가. 낙태허용도 조사

1990년 한국형사정책연구원의 심영희 외의 연구조사에서는 '태아는 생명체이므로 어떤 경우에도 낙태해서는 안 된다'라는 항목에 대해 '반대' 또는 '전적으로 반대'라고 한 응답(결국 허용해야 한다는 응답)이 59.0%였다. 그리고 '원하지 않은 임신(강간에 의한 임신 제외)을 하였더라도 낙태해서는 안 된다'라는 항목에 대해서는 73.4%가 '반대' 또는 '전적으로 반대'라고 응답하였다.⁴⁴⁾

그로부터 21년이 지난 2011년 한국형사정책연구원의 '낙태에 관한 국민의식조사'⁴⁵⁾에서는 다소 변화를 보인다. '태아는 생명체이므로 어떤 경우에도 낙태를 해서는 안 된다'는 의견에 대해서는 '찬성한다'는 응답이 33.8%, '반대한다'는 응답은 66.2%

경우 3년 이하의 유기징역, 구역 또는 관제에 처하고, 벌금을 병과하거나 또는 벌금에 처할 수 있다.
44) 심영희/박선미/김혜선/백원순, 위의 책(각주 14), 105면. 서울시 1,200명의 모집단으로 남자 545명, 여자 655명에 대한 설문조사를 1990년 7월 14일부터 7월 30일까지 진행하였다.
45) 박형민, 위의 책(각주 15), 47면. 제주도를 제외한 전국의 만 16세 이상의 여성을 모집단으로 연령 및 지역별 비례할당표집을 통해 1,000명에 대해 2011년 8월 16일부터 8월 31일까지 설문조사를 진행하였다.

로 나타났다. 원하지 않은 임신을 하였다더라도 낙태해서는 안 된다는 의견에 대해 조사한 결과 '반대한다'는 응답은 77.1%로 '찬성한다'는 응답 22.8%에 비해 상대적으로 높게 나타났다. 그리고 낙태를 할지 안할지 여성이 결정해야 한다는 의견에 대해 조사한 결과 '찬성한다'는 응답은 78.1%로 나타났다.⁴⁶⁾ 낙태를 허용하는 시기에 대한 질문에 대해서는 86.3%의 응답자들이 12주 이내의 낙태만을 허용해야 한다고 생각하였다.⁴⁷⁾

상대적으로 많은 응답자들이 낙태를 무조건 금지하기 보다는 선택 가능한 것으로 인식하고 있는 것으로 나타났으며, 특히 여성의 인생설계에 따라 스스로 결정할 수 있어야 한다고 생각이 응답자의 2/3 정도로 나타났다. 이 결과는 21년 전의 조사에 비해 낙태허용도가 높아진 것을 알 수 있다.

- 낙태를 한 경험이 있는 응답자(N=362)를 대상으로 낙태 결정시 가장 영향을 준 사람을 조사한 결과 '남편(상대방)'이라는 응답이 58.8%로 가장 높게 나타났다. 다음으로 '없음' 27.3%, '남편(상대방)의 부모' 4.7%, '부모' 4.4%, '친구 및 동료' 2.8%, '의사 및 상담원' 1.9%순으로 높게 나타났다.⁴⁸⁾
- 낙태 여부를 고민한 적이 있는 응답자(N=279)를 대상으로 낙태를 하지 말아야겠다고 생각한 가장 중요한 이유(1순위)를 조사한 결과 '낙태는 살인과 같다는 생각 때문에'라는 응답이 55.2%로 가장 높게 나타났다. 다음으로 '아이가 불쌍해서' 10.8%, '막연한 두려움 때문에' 9.7%, '생각해 보니 아이를 낳아 키우는 것이 더 낫다는 생각 때문에' 6.8%, '낙태가 나의 건강을 해칠 것이라고 생각해서' 6.1%, '남편(상대 남자)이 아이를 원했기 때문에' 5.0%, '낙태를 하면 이후에 아이를 낳지 못할까봐' 3.9%, '의사나 상담원의 조언에 따라서' 1.1%, '가족이나 친지가 낙태를 반대해서' 0.7%, '낙태가 불법이기 때문에' 0.7%순으로 높게 나타났다.⁴⁹⁾
- 낙태여부를 고민한 적이 있는 응답자(N=279)를 대상으로 낙태를 해야겠다고 생각한 1순위로 중요한 이유(N=279)를 조사한 결과 '이미 자녀가 있었기 때문에'라는 응답이 23.3%로 가장 높게 나타났다. 다음으로 '아이를 키울만한 경제형편이 못되는 것 같아서' 20.1%, '건강이 나빠질 것 같아서' 13.3%, '태아가 정상인 것 같아서' 8.2%, '알이나 공부에 방해가 될 것 같아서' 6.5%, '아이의 터울을 조절하기 위해서' 6.1%, '내가 혼전에 임신을 하였다가 사실이 알려지면 사회적으로 떳떳하지 못할 것 같아서' 3.6%, '맞벌이를 하기 때문에 아이를 낳아도 길러줄 사람이 없었기 때문에' 3.6%, '당시에 남편(혹은 당시 상대 남자)과의 의견 충돌이 잦아서 관계가 불안정했기 때문에' 3.2%등의 순으로 높게 나타났다.⁵⁰⁾

46) 박형민, 위의 책(각주 15), 52-53면.
 47) 박형민, 위의 책(각주 15), 65면.
 48) 박형민, 위의 책(각주 15), 82면.
 49) 박형민, 위의 책(각주 15), 87면.

낙태결정에 남편이 가장 많은 영향을 미치는 것을 보면 결정에 도움을 주지만, 낙태결정은 여자 혼자만의 문제가 아닌 것을 나타내며, 남편도 결정한 낙태에 대해 함께 책임져야 한다는 의미로 볼 수 있다. 위의 낙태사유에서는 임부의 건강과 태아의 상태를 이유로 하는 21.5% 정도만 의학적 사유로 볼 수 있고 -물론 임부의 생명·신체에 위험을 우려할만한지는 불분명하다-, 그 밖의 사유 74.6%는 거의 사회적·경제적 사유에 해당한다고 볼 수 있다.

낙태 회피요인을 살펴보면 낙태를 고민할 때 거의 대부분의 여성이 낙태는 태아를 죽이는 것이라는 사실이 가장 큰 도덕적 부담을 지우는 것으로 나타났으며, '아이가 불쌍해서', '막연한 두려움 때문에' 등의 응답도 같은 맥락으로 해석할 수 있을 것이다. 그 반면에 낙태 결정요인은 '이미 자녀가 있었기 때문에'라는 응답이 가장 많았으며, 다음으로는 '아이를 키울만한 경제 형편이 못되는 것 같아서'던 것을 보면, 낙태를 고민할 당시 가장 많이 고려된 사항은 도덕적인 측면이 강하지만, 이 같은 도덕적인 관념은 실제 낙태를 포기하게 만드는 것이 아니라 실제적이고 실용적인 측면이 오히려 낙태를 포기하게 하는 경향이 더 크다는 것이다. 그러므로 낙태를 감소시키기 위한 방안으로 생명윤리를 강조하는 운동이 무의미하지는 않으나, 실제로는 그것만으로 낙태를 감소시키기에는 무리가 있다고 이야기할 수 있을 것이다.⁵¹⁾

나. 최근의 낙태에 대한 사회적 관심

2017년 10월 30일 청와대에 낙태법을 폐지해달라는 국민청원이 20만건을 돌파하면서 낙태가 사회적 이슈로 되기도 하였다. 청와대에 낙태죄 폐지를 요청한 최초 청원원인은 안전하지 않은 낙태를 막기 위해서 합법적인 낙태를 할 수 있도록 지원해야 한다는 것이다.⁵²⁾ 세계적으로도 안전하지 않은 낙태는 엄격한 낙태법일수록 더 많이 나타난다고 보고되고 있다.⁵³⁾

낙태반대운동연합은 청와대의 낙태죄 폐지 청원 발표에 대해 2017년 11월 26일 "임신을 하면 낙태할 권리가 생기는 것이 아니라 아기를 보호해야 하는 책임이 생기는 것"이라며 낙태죄 폐지를 반대했다.⁵⁴⁾

50) 박형민, 위의 책(각주 15), 89면.
 51) 박형민, 위의 책(각주 15), 100면.
 52) http://biz.chosun.com/site/data/html_dir/2017/10/30/2017103001382.html#csidx56c36905c6216e3a37a40612140e949 (최종방문일 2018.4.3.)
 53) <http://www.who.int/mediacentre/news/releases/2017/unsafe-abortion-worldwide/en/> (최종방문일 2018.4.3.)
 54) http://www.newsis.com/view?id=NISX20171126_0000159027&cID=10201&pID=10200 (최종방문일 2018.4.3.)

낙태죄 폐지를 바라는 생명윤리학·철학·신학 연구자연대는 2017년 12월 14일 성명을 통해 “낙태와 관련된 사회적 논의가 보다 성숙해지고 제도적인 개선의 결실로 이어져 수많은 여성들이 처벌의 공포와 죄의식이라는 삼중의 굴레에서 해방되기를 기대한다”며 낙태죄 폐지에 찬성했다.⁵⁵⁾

미혼모를 만든 아기 아빠, 즉 미혼부에게 책임을 물려야 한다는 ‘일명 히트 앤드 런 방지법’ 청원이 청와대에 올라가자 관심을 끌었다. “여성이 낙태에 대한 거의 모든 부담을 안고 가게 되는 셈이다. 아기는 혼자 만들어지지 않는다. 이 부분에서 낙태할 경우 책임 있는 남녀 커플에게 어떻게 처벌을 나누어 내려야 하는지 확실하게 정해야 한다. 이 기회에 국민들은 낙태와 미혼모에 대한 상황을 직시해야 하고, 히트 앤드 런 방지법 같은 해결 방안이 귀를 기울여야 한다”고 한다.⁵⁶⁾

천주교 주교회의 의장인 김희중 대주교는 2018년 3월 22일 낙태죄 폐지에 반대하는 100만 9천577명의 서명이 담긴 17박스 분량의 서명지와 낙태죄 조항의 위헌 여부를 묻는 헌법소원을 기각해 달라는 탄원서를 헌법재판소 민원실에 접수하며, 전달에 앞서 “낙태는 태중의 무고한 생명을 직접적으로 죽이는 일”이며, “어떤 이유로도 정당화될 수 없으므로 낙태죄 폐지를 강력히 반대한다.”는 탄원서의 내용을 낭독하였다.⁵⁷⁾

리얼미터가 2017년 11월 2일 발표한 성인 516명을 대상으로 실시한 조사 결과에 따르면 ‘낙태죄를 폐지하는 것이 바람직하다’는 응답이 51.9%로 집계되었고, 반면 ‘유지하는 것이 바람직하다’는 비율은 36.2%, ‘잘 모름’은 11.9%로 나타났다. 이는 7년 전 2010년 2월 리얼미터가 실시한 낙태 허용 여부 조사에서 ‘허용해서는 안 된다’가 53.1%, ‘허용해야 한다’는 33.6%로 집계된 것과는 정반대의 결과가 나온 것이다.⁵⁸⁾

4) 사회적·경제적 사유로 확장하는 문제

현행 낙태규정보다 더 엄격하게 개정해야 한다는 견해는 주장은 사실 국제적인 경향에 맞지 않다. 각국에서 낙태의 논의는 현실과 생명보호원칙의 첨예한 대립 속에서 임부의 결정권을 존중하면서 낙태를 줄여나가는 정책으로 가닥을 잡았고, 그러한 낙태정책은 성공적인 것으로 평가되고 있다.

그러므로 우리는 현재의 엄격한 허용사유를 유지할 것인가 혹은 사회적·경제적 사유로 확대하여 임신초기의 낙태를 인정할 것인가의 양자의 기로에 서 있다. 사회적·경제적 사유를 취한 입법례들은 기한방식으로 또 발전해가기도 하지만, 사회적·경제적사

55) <http://www.docdocdoc.co.kr/news/articleView.html?idxno=1050323> (최종방문일 2018.4.3.)
56) <http://www.civicnews.com/news/articleView.html?idxno=14621> (최종방문일 2018.4.3.)
57) http://news.sbs.co.kr/news/endPage.do?news_id=N1004678604&plink=ORI&cooper=NAVER (최종방문일 2018.4.3.)
58) <http://www.aneusa.com/detail.php?number=1238344&thread=10r02> (최종방문일 2018.4.3.)

유를 포함한 적응방식이나 기한방식은 실질적인 허용범위는 크게 다르지 않다. 그런 점에서 여기서는 다른 입법례에서 채택하고 있는 사회적·경제적 사유들을 검토하겠다.

가. 사회적·경제적 사유의 내용

사회적·경제적 허용사유에는 임부 개인이 처해있는 상황 뿐 아니라 임부의 가정 및 그 밖의 상황이 고려의 대상이 된다. 임부의 정상적인 양육을 기대할 수 없는 상황에서까지 임신의 지속을 강요할 수 없다는 점에서 양육의 의지나 기대가 절망적인 상황을 전제로 하는 적응사유이다. 대체로 임신초기에 한해 허용을 한정한다. 각국의 입법례를 보면 다음과 같다.

첫째, 사회적 적응사유의 사례로 가장 많이 언급하는 것이 미성년자의 임신의 경우이다. 오스트리아 형법의 경우 임신한 여성이 임신 당시에 미성년자인 경우 의사가 낙태한 때에는 처벌하지 아니한다는 규정을 두고 있다(형법 제97조). 핀란드 낙태법은 임신 당시에 17세 이하인 경우에는 임부의 요청과 법률이 정한 절차에 따르면 허용된다고 규정하고 있다. 노르웨이 낙태법에서도 16세 미만의 경우 제2 임신삼분기의 시기에도 낙태가 허용된다. 덴마크 낙태법은 일정한 연령을 제한을 명시하지는 않았지만, 임신한 여성의 연령이나 미성숙으로 인하여 아이의 양육을 적절하게 할 수 없는 때에는 덴마크에 거주하는 여성은 12주가 경과한 후에도 낙태가 허용된다고 규정하고 있다.

둘째, 임신한 여성이 처한 사회적 갈등 상황에 의한 적응사유를 허용하는 입법례이다. 헝가리의 경우 낙태규제법은 1953년에 제정되었고 1956년, 1973년 그리고 1992년의 개정을 통해서 낙태의 허용범위를 넓혔다. 1992년 헝가리 의회는 새로운 낙태법을 제정하였는데, 임신한 여성이 위기상황(situation of crisis)이 있으며 12주 이내에 요청을 하고 상담절차를 거치고 처음 요청서를 제출한 후 3일간의 유예기간을 경과하였다면 낙태가 허용된다. 임신 12주를 넘지 않는 범위 내에서 임신한 여성이 중대한 위기상황에 처해있다면 위원회에서 낙태를 거부할 수 없다. 헝가리 보건부는 위기상황에 해당하는 지 여부의 기준을 제시하였는데, 이는 신체적 또는 정신적 장애를 유발하거나 사회적으로 참을 수 없는 상황을 유발하는 경우라고 정의하였다.

핀란드 낙태법은 임부와 그녀 가족의 생활조건 그리고 여타 상황과 관련하여 출산이나 육아가 여성에게 중대한 부담을 주는 경우에 낙태가 허용되며(제1조 2호), 또한 임신한 여성이 40세 이상이거나 이미 4명 이상의 자녀를 출산한 경우 낙태가 허용된다(제1조 4호). 부모의 한명이나 두 명에게 영향을 미치는 정신적 불안 또는 그에 상응하는 원인이 부모의 아이를 돌볼 능력을 심각하게 제약하는 경우(제1조 6호) 임부의 요청에 의해서 낙태가 허용된다.

셋째, 명시적으로 경제적 적응사유에 관한 규정을 두는 입법례이다. 일본 형법 제 212조는 임부가 의학적 방법이나 다른 방법에 의해 인공적으로 임신중절을 하였을 때 1년 이하의 징역에 처한다는 규정을 두고 있지만, 모성보호법은 본인이나 배우자가 나병을 앓고 있거나, 임신이나 출산이 모체의 건강에 해가 되거나 경제적으로 악화시킬 염려가 있을 때, 강간이나 강제, 저항할 수 없는 상태에서 이루어진 임신인 경우에는 낙태를 허용하고 있다. 일본의 모성보호법 제4조 제2호에 의하면 임신이나 출산이 모체의 건강에 해가 되거나 경제적으로 악화시킬 염려가 있을 때에는 본인과 배우자의 동의를 얻어 자격이 있는 의사가 낙태를 시술할 수 있다고 규정하고 있다. 이미 일본은 1948년 우성보호법을 제정한 후 1949년에 경제적인 이유로 임신중절시술을 할 수 있는 조항을 추가하여 세계에서 최초로 경제적인 적응사유를 인정하였다.

보수적 논자들은 '사회적·경제적 사유'를 낙태의 허용사유로 인정한다면 낙태수가 늘고 나아가 남녀의 성문화가 문란해질 것을 우려하고 있다. 예컨대 사회적·경제적 사유를 낙태허용사유로 확대하자는 것은 '모든 낙태를 합법화하자는 주장과 다를 바 없다'고 한다.

그런데 낙태사유를 보면, 기혼 여성들의 경우 주된 낙태 사유는 자녀태울조절 혹은 경제적 사유에 몰려 있고, 미혼 여성의 경우는 '미혼'이라는 이유에 몰려 있다. 이 경향을 뒤집어서 해석하면, 기미혼을 불문하고 자녀 출산과 양육에 대한 국가·사회적 지원을 받고, 비혼인 어머니와 자녀에 대한 사회적 낙인을 찍지 않는다면, 더 많은 출산이 가능하다는 것으로 해석할 수 있다.

- 유배우 부인만을 대상으로 한 연구이지만, 한국보건사회연구원(2001)에서 행해진 조사를 통해 낙태에 작용하는 요소들을 추론해 볼 수 있다. 전국의 15-44세 유배우부인을 대상으로 조사에서 첫 인공임신중절을 수용한 이유는, 자녀불원(35.9%), 태울 조절(20.5%), 임부의 건강상(9.4%), 태아이상(4.8%), 혼전임신(9.5%), 가정문제(1.5%), 경제적 곤란(6.6%), 태아가 딸이므로(1.8%), 기타(9.9%)로 말해진다. 여기서 '임부의 건강상'과 '태아이상'이라는 의학적 사유 15.2%를 제외하면 나머지는 모두 사회적·경제적 사유에 해당한다. 사회적·경제적 사유라도 임부 개인의 독립적 선택이라기보다 가족적 문제로 연결되는 것들이다. '태울 조절', '자녀 불원', '경제적 곤란' 및 '가정문제' 등은 유배우자로서 가정 공동의 문제가 내재해 있음을 배제할 수는 없다. 기혼여성 집단의 높은 낙태율이나 태아의 성별에 따른 낙태 발생은 출산 결정에 있어 여성이 주도적 위치에 있지 않다는 것을 보여준다.⁵⁹⁾
- 2005년 「인공임신중절 실태조사 및 종합대책 수립」조사 자료의 인공임신중절다중사유를 살펴보면 사회적·경제적 사유가 55.0%, 가족계획 46.4%, 건강문제 13.7%로 나타났다.

59) 이미정/김영택/김동식, 낙태행위의 사회적·경제적 사유 분석과 관련 정책 개선방안, 한국여성정책연구원, 2010, 10면.

- 미혼여성 낙태의 경우 사회적·경제적 사유가 99.4%를 차지한다.
- 2006년 『전국 출산력 및 가족보건·복지 실태조사』를 살펴보면, 첫 인공임신중절 사유 중 사회적·경제적 사유로 간주될 수 있는 비율이 85%를 차지하고 있는 반면에 모자보건법상 적법한 인공임신중절 사유인 '산모와 태아의 건강' 과 관련된 것은 전체 15%에 그쳤다.
- 2012년 한국형사정책연구원의 '낙태에 관한 국민인식조사'에 의하면, 낙태를 해야겠다고 생각하는 이유를 5순위까지 응답하도록 한 후 중복 집계한 것 : 5순위까지 모두를 집계한 결과에서도 '이미 자녀가 있었기 때문에' 51.6%라는 응답이 가장 많았음을 알 수 있다. 다음으로는 '아이를 키울만한 경제 형편이 못되는 것 같아서' 41.2%, '건강이 나빠질 것 같아서' 31.9%, '아이의 태울을 조절하기 위해서' 23.7%, '맞벌이하기 때문에 아이 낳아도 길러줄 사람이 없어서' 18.3%, '일이나 공부에 방해가 될 것 같아서' 14.0%, '태아가 정상이 아닌 것 같아서' 11.1%, '지난번 임신시 입덧 등으로 많은 어려움 겪었기 때문에' 11.1%, '남편(상대 남자)이 아이를 원치 않았기 때문에' 10.4%, '당시 남편(혹은 상대남자)과 의견충돌 잦아 관계 불안정했기 때문' 10.0%, '아이를 낳으면 아이의 장래가 불행해질 것 같아서' 8.2%, '선호하는 성별이 아니기 때문에' 7.9%, '혼전임신했다는 게 알려지면 사회적으로 뒤통수 맞을 것 같아' 7.2%, '당시에는 평생 아이를 낳지 않겠다는 생각 때문에' 4.3%등의 순으로 나타났다.⁶⁰⁾

낙태반대론자들은 사회적·경제적 사유로 확대한다면 여성들이 마음대로 낙태를 할 것이라고 생각하지만, 실제 행해지는 낙태는 가정의 형편상 출산이 어려운 경우가 대부분이다. '이미 자녀가 있었기 때문에', '아이를 키울만한 경제적인 형편이 못되는 것 같아서', '아이의 태울을 조절하기 위해서', '맞벌이하기 때문에 아이를 낳아도 길러줄 사람이 없어서'처럼 높은 순위의 응답은 모두 가정의 문제에 해당하는 것으로 사회적·경제적 사유에 포함되는 사유이다. 이런 사유들은 태아의 생명보다 중요하지 않으므로 임신한 여성과 그 파트너들은 양보하여 출산을 해야 한다는 것이 생명옹호론이나 현재의 우리 모자보건법의 입장이다. 생명보호의 원칙에는 누구나 동의하지만, 출산이나 낙태이냐의 문제는 개인과 가족의 구체적이고도 치열한 갈등상황에 놓인 것이며, 출생에서 양육으로 이어지는 부모로서의 의무는 인생 전체까지도 걸어야 하는 문제이므로 제3자나 국가가 강요할 수 없는 점이 있다. 이러한 이유로 낙태법은 허용완화의 흐름을 띠고 있다.

사회적·경제적 사유를 확대하는 경우, 대부분의 낙태는 이 사유에 해당하므로 혹시라도 낙태가 견잡을 수 없이 증가되지 않을까 우려할 수 있다. 그런데 낙태의 법적 규제는 출산과 별반 상관관계가 없어서, 낙태 규제가 더 많은 출산으로 이어지지 않듯이, 낙태 허용이 더 많은 낙태로 귀결하지도 않는다. 오히려 낙태규제는 철저한 피

60) 박형민, 위의 책(각주 15), 90-91면.

임과 성관계 자체에 대한 위축으로 이어진다고 한다. 이런 점에서 '사회적·경제적 사유'의 정당화 사유인정은 단지 낙태수를 늘이거나 줄이는 차원의 문제가 아니다. 그것은 낳지 않고자 하는 사람들의 의사를 존중하며 그 이유가 무엇인지 관심을 가지는 첫 걸음이다.⁶¹⁾

낙태의 합법적 수용범주로서 사회적 정당화사유를 인정하지 않는다면 규범과 현실의 격차를 줄여나갈 수 있는 여지가 없을 것이다. 왜냐하면 기혼여성의 낙태와 관련해 해서 아이의 출산 혹은 양육이 임신한 여성과 그 가정에게 미치는 영향을 고려하여 본다면 국가가 모성보호를 위한 보육시설이나 환경을 구비하지 않은 현실에서 임부에게 전적으로 임신의 지속을 강요할 수는 없다. 이러한 사회적 적용사유에 의한 합법적인 허용범주를 열어놓지 않고 낙태시술을 한 의사를 고발하고 처벌하겠다는 엄격한 규제일변도의 논리만으로는 낙태문제를 현실적으로 해결될 수 없다.⁶²⁾

낙태가 안전하고 합법적으로 시행되게 하려면 임부의 구체적인 상황을 염두에 두고 경제적, 사회적, 개인적 관점에서 전체적인 생활관계를 고려하여 책임 있는 결정을 행하게 하여야 하며, 제공하는 정보의 내용에는 임신의 지속과 모자의 상황을 수월하게 하는 출산지원 정책 및 미혼모에 대한 복지정책을 포함해야 할 것이다.⁶³⁾

임부의 주변사람들의 관여가 요구되는 경우에, 파트너나 배우자 및 부모가 기꺼이 재정적인 지원을 하거나 아이의 양육에 협조할 것을 약속해 준다면 임부의 갈등상황은 사라지게 되며 그럼으로써 낙태사유는 사라지게 된다. 그리고 임부가 주변사람들과 사회적인 접촉을 함으로써 그들로 하여금 일정한 의무감, 예컨대, 배우자로서 협조해야 할 의무 또는 부모로서의 위치를 깨닫게 하는 계기가 되며, 임신과 낙태는 여성 개인만의 문제가 아니라는 것을 느끼고 임부를 부당히 억압하는 잘못된 관념에서 벗어나게 한다. 그런데 이러한 사회적 접촉의 활성화가 필요하다.⁶⁴⁾

사회적·경제적 사유를 적용하는 경우 절차규정의 구비는 매우 필요하다. 허용되는 낙태는 절차 통하여 확인이 되므로 사후적발과 처벌이 아닌 사전예방의 정책으로 귀결되는 장점이 있기 때문이다. 각국의 낙태법규에서 점차 절차규정을 도입하는 현상은 고 최근의 낙태법 변화의 한 특징이 되고 있다. 과거엔 허용규정이 전부였다면, 이제는 허용되는 낙태를 위한 세부적인 절차규정을 두고 그 절차를 지키는 것이 중요하다고 본다. 절차규정의 예로, (1) 임신중단사유의 확인, 상담절차에 대한 규정 등 특정한 요건을 충족해야 한다는 규정, (2) 의사에 의한 시술, 병원에서의 시술 등 낙태시술 자체가 특정한 방식으로 이루어져야 한다는 규정, (3) 임신중절에 관한 서류제출,

61) 양현아, 위의 글(각주 28), 2010, 85면.
62) 이인영, "출산정책과 낙태규제법의 이념과 현실", 페미니즘연구 제10권 제1호, 2010, 78-79면.
63) 이인영, 위의 글(각주 62), 80면.
64) Eser/Koch, Abortion and the Law, From international comparison to legal policy, T.M.C. Asser Press, 2005, p. 230.

관계당국에의 보고 요구 등 임신중절 후의 특정한 절차이행에 대한 규정 등을 들 수 있다.

낙태규정에 이러한 절차규정을 두는 목적은 우선 개개의 낙태시술에 대한 통제를 위한 것이지만, 장기적으로는 사회현상으로서의 낙태정책을 수립하기 위한 것이다. 어쩌면 현재의 낙태통제보다 앞으로 낙태문제를 어떻게 하면 더 잘 다룰 수 있을까라는 점에 더 많은 관심이 쏠리고 있는 것이며, 그런 면에서 관점의 근본적인 변화가 일어났다고 할 수 있다. 예전에는 사회가 억압적인 형법을 가지고 낙태와 싸우려고 했다면, 오늘날에는 사회가 예방에 더 많은 가치를 둔다. 점차 교육과 피임을 통해 원치 않는 임신을 방지하는 것이 최선의 방법이라고 여기며, 만약 원치 않는 임신이 생긴 경우에도 도움과 상담을 통해 낙태를 하지 않는 방법을 찾으려고 한다.⁶⁵⁾

5. 결론

1) 형법 제269조의 낙태죄 규정 자체는 위헌이 아니다.

형법 제269조는 제1항에서 부녀 자신의 낙태를 1년 이하 징역 또는 200만원 이하의 벌금으로 처벌하고, 제2항에서는 부녀의 촉탁 또는 승낙을 받아 낙태하게 한 자도 제1항의 형으로 처벌한다. 즉 자기낙태와 타인낙태는 모두 처벌되는 범죄이다. 우리 형법은 낙태를 처벌하면 낙태죄 규정에는 특별한 위법성조각사유를 두고 있지 않으며, 모자보건법 제14조에서 낙태의 허용한계를 규정한다.

낙태규정의 입법체계에 비추어 보면, 형법은 낙태의 금지규정을 두고, 특별법에 허용규정을 둔 것이다. 낙태를 어느 범위에서 허용할 것인가와는 달리 낙태 자체를 금지하는 것은 거의 모든 입법체의 공통적이다. 어느 나라든 헌법과 형법에서 생명권을 가장 중요한 기본권 내지 법익으로 보호하므로 태아의 생명도 원칙적으로 보호해야 한다는 출발에서 낙태죄를 두고 있다. 결국 낙태의 자유는 예외적인 허용한계를 통해서 결정되고 있다. 따라서 낙태를 금지하는 규정을 둔 것은 위헌이 아니다.

2) 모자보건법 제14조는 매우 제한적이다.

낙태정책에서 완전금지부터 완전허용까지의 스펙트럼을 놓고 보면, 양극단인 완전금지도 없듯이 완전허용도 찾기 어렵다. 어느 나라든 낙태죄 규정을 두고 있다. 두 극단의 중간에 적용방식과 기한방식이 있고, 대부분의 나라들은 이 두 방식 중 하나를 기본으로 한다.

65) Eser/Koch, Abortion and the Law, From international comparison to legal policy, T.M.C. Asser Press, 2005, p. 229.

우리 모자보건법 제14조는 허용되는 적응사유를 열거하고 해당사유가 있을 때만 낙태를 허용하는 적응방식을 취하고 있고, 적응사유는 의학적 적응사유와 윤리적(범죄학적) 적응사유를 인정한다. 그런데 낙태의 대부분의 사유는 사회적·경제적 적응사유이므로 그것을 인정하지 않는 현행 모자보건법 제14조는 매우 엄격한 유형에 속한다.

어느 정도까지 낙태를 허용할 것인가는 입법정책의 결단에 속하는 문제이다. 현행 모자보건법보다 더 엄격한 낙태정책이 필요하다는 입장, 현행 모자보건법을 유지하자는 입장, 허용이 더 완화된 낙태정책이 필요하다는 입장으로 크게 나눌 수 있다.

현행 낙태규정이 매우 엄격함에도 보다 더 엄격하게 개정해야 한다는 견해, 즉 임부의 생명보호를 위한 낙태만 인정할 수 있다는 주장은 비현실적이고 국제적인 경향에도 맞지 않다. 그러므로 현재의 매우 엄격한 허용사유를 유지할 것인가 혹은 사회적·경제적 사유로 확대하여 임신초기의 낙태를 인정할 것인가의 양자의 기로에 서 있다. 사회적·경제적 사유를 위한 입법례들은 기한방식으로 또 발전해가기도 하지만, 사회적·경제적사유를 포함한 사유방식이나 기한방식은 실질적인 허용범위는 크게 다르지 않다.

생명보호의 원칙에는 누구나 동의하지만, 출산이나 낙태이냐의 문제는 개인과 가족의 구체적이고도 치열한 갈등상황에 놓인 것이며, 출생에서 양육으로 이어지는 부모로서의 의무는 인생 전체까지도 걸어야 하는 문제이므로 제3자나 국가가 강요할 수 없는 점이 있다. 이러한 이유로 낙태법은 허용완화의 흐름을 띠고 있다.

우리의 경우에 낙태의 원인 중 적어도 2/3 이상이 사회적·경제적 사유인데, 이를 낙태의 합법적 수용범주로서 인정하지 않는다면 규범과 현실의 격차를 줄여나갈 수 있는 여지를 찾기 어려울 것이다. 더욱이 국가가 모성보호를 위한 보육시설이나 환경을 구비하지 않은 현실, 특히 미혼모에 대한 복지정책이 너무나 열악한 현실에서 임부에게 전적으로 임신의 지속을 강요할 수는 없다. 출산과 연결되는 양육은 출산 이후부터 평생을 따라다니는 경제적·사회적·법적 부담을 수반하는데, 양육에 대한 부담을 강제한다는 것은 한 여성의 삶의 방향을 국가가 정하는 것이나 마찬가지인바, 임신한 부녀의 삶(가족계획에 관한 선택권, 자녀의 수와 터울을 선택할 권리, 직업선택권, 노동권 등)에 대한 모든 결정권을 박탈하는 면이 있고, 표면적으로나마 양육에 대한 절반의 책임을 지는 남성 파트너의 삶에 대한 자기결정권 또한 제한하는 면이 있다.

그런 점에서 모자보건법 제14조가 사회적·경제적 적응사유를 두지 않음으로써 정당화의 범위를 매우 제한한 것은 적절하지 않다. 모자보건법 제14조에서 의학적 적응사유, 윤리적(범죄학적) 적응사유를 둔 것 자체는 문제가 없으나, 허용한계를 더 확대할 것을 권고함이 타당하다.

허용확대의 방식으로는 현행의 허용한계에 사회적·경제적 적응사유를 추가하는 방식이나 임신 초기 12주내의 낙태를 허용하는 기한방식 중 하나를 취할 수 있을 것이며, 둘 중 어느 방식을 취하든 태아의 생명보호를 위한 취지에서 낙태 전 상담의무와 결부시킬 것을 권고할 수 있을 것이다.

III. 형법 업무상동의낙태죄(제270조제1항)의 위헌성 문제

1. 청구취지

청구취지는 형법 제269조 제1항의 낙태죄가 위헌이라면 제270조제1항의 업무상동의낙태죄도 위헌이며, 의사 등의 업무상동의낙태죄를 동의낙태죄(제269조제2항)보다 더 무겁게 처벌하는 것은 헌법 제11조의 평등원칙과 제15조의 직업선택의 자유에 반하므로 위헌이라는 것이다.

2. 제270조 제1항의 업무상동의낙태죄 자체는 위헌이 아니다.

우리 형법은 낙태를 원칙적으로 처벌하므로 업무상동의낙태를 처벌하는 형법 제270조 제1항은 규정 자체는 위헌이라고 할 수 없다. 이는 위에서 언급한 바, 제269조 제1항의 낙태죄 규정 자체를 위헌이라고 볼 수 없는 것과 같은 논리이다.

다만 의사 등의 낙태에 대해 일반인의 낙태보다 더 무거운 법정형을 두는 것이 부당한가는 처벌의 문제로서 별도로 검토할 필요가 있다.

3. 의사 등의 낙태에 대한 처벌

1) 업무상동의낙태죄에 대한 견해 대립

청구취지처럼 일반인의 낙태가 전문지식이 있는 의사의 의해 이뤄지는 낙태보다 위험성을 더 높게 초래할 수 있음에도 의사 등의 낙태를 더 무겁게 처벌하는 것은 부당하다는 의견이 있다.⁶⁶⁾ 그런데 형법학계의 대부분의 의견은 이에 대한 비판을 하지 않고 낙태죄에서 의사 등은 태아의 생명도 보호해야할 의무가 있는 점에서 업무자라는 책임으로 인한 가중적 구성요건이라는 정도로 설명한다.

견해가 대립되는 바, 어떤 관점에서 의사 등의 낙태의 불법성 혹은 책임을 보아야

66) 이재상/장영민/강동범, 위의 책(각주 9), 95면.

할지 검토가 필요하다.

2) 낙태의 의료화 현상

과거에는 낙태에 대한 주된 형법적 책임은 임부가 부담하는 것으로 생각되었지만, 점차 낙태영역에서 의사의 의무와 책임이 강조되면서 의사와 임부간의 처벌의 재분배 현상이 나타나는데, 이를 낙태문제의 의료화 현상이라고 한다.⁶⁷⁾

낙태문제에서 의사의 역할이 점점 더 강조되고 있다. 우리는 현행 모자보건법에서 낙태의 허용한계만 들뿐 절차규정을 두고 있지 않지만, 대부분 나라의 낙태법규에서는 절차규정을 두어 의사가 지켜야 할 사항들과 그에 따라 처벌받을 법정형을 두고 있다. 무자격 낙태시술자들이 사라지고 있는 현실을 감안하면, 시술의 책무를 지고 있는 의사들이 바로 형사제재의 주된 대상이라는 것은 쉽게 간파된다.

의사들을 처벌하는 입법적 배경으로는, 의사들은 임부와 똑같은 실존주의적인 충돌상황에 있지 않다는 점, 전문가인 의사는 자신의 영역에서 법을 좀 더 충실히 준수할 것이 기대된다는 점이 설명된다.

3) 업무상동의낙태죄의 법정형

오늘날은 낙태가 의사에 의해 시술되지 않은 경우 형벌의 면제가 사실상 불가능하다. 현행 모자보건법 제14조에서도 의사에 의해 낙태가 시술된 경우에 한해 임부의 책임을 면하도록 하고 있으므로 의사의 역할이 중요하다. 낙태를 처벌하므로 의사의 낙태의 처벌은 제외될 수 없다. 더욱이 의사에 의한 낙태만이 허용한계에 들어가므로 의사의 허용범위 위반이나 절차규정 위반은 처벌의 대상이 된다.

현행 모자보건법의 허용범위가 좁아 매우 엄격한 낙태법체계에서는 임부의 낙태를 처벌하는 범위가 넓어지는 만큼 의사의 낙태도 대부분이 불법에 머무른다. 즉 임부의 사회적·경제적 사유를 고려하지 않음으로써 불법낙태의 범주를 확대하는 것은 현실적으로 부당하며, 임부의 사회적·경제적 사유의 불법낙태라도 의사의 시술을 받지 않을 수 없는 현실은 의사에게 너무나 큰 부담을 주는 것이 사실이다.

규범적으로 불법낙태로 규정함에도, 낙태를 하지 않을 수 없는 상황에 처한 임부에 대해 모든 의사가 낙태시술을 거부한다면 어떻게 될 것인가? 낙태의 허용한계를 넓힌다면, 허용되는 낙태를 시술하는 의사의 행위 자체가 정당하므로 업무상동의낙태죄는 문제되지 않을 것이다.

67) Eser/Koch, Abortion and the Law, From international comparison to legal policy(2005), p. 228.

4. 결론

일반인에 대한 동의낙태죄(형법 제269조 제2항)와 별도로 업무상동의낙태죄(형법 제270조 제1항) 라는 가중처벌 규정을 두는 것은 부당하지 않다. 의사가 낙태허용범위를 위반하거나 절차규정을 위반한 경우에도 적용될 수 있고, 그것은 일반인의 낙태보다 더 책임이 크다는 것으로 이해할 수 있다. 그런데 모자보건법의 낙태허용범위가 너무 엄격하여 거의 모든 의사의 낙태시술을 불법으로 만든다는 것이 근본적으로 문제이다.

낙태죄에서 의사의 책임이 더 중요해진다는 의미와 대부분의 낙태시술을 불법으로 평가하는 우리 현실에서 의사에게 단지 업무자라고 하여 책임을 가중시키는 것은 다른 의미이다. 모자보건법 제14조의 낙태의 허용한계를 넓히지 않고는 의사의 낙태처벌 문제는 해결되기 어렵다. 모자보건법 제14조의 낙태의 허용한계를 넓히는 것이 우선적이라고 판단된다.

IV. 예비적 청구취지와 관련하여

1. 예비적 청구취지

“형법 제269조, 같은 법 제270조의 낙태 객체를 임부가 임신 3개월 이내의 배아까지 포함하여 해석하는 것은 헌법 제10조, 같은 법 제11조, 같은 법 제15조에 위반한다.” 라는 결정을 구합니다.

2. 검토

임신 8주까지는 초기 배아이며 태아로 볼 수 없다는 입장에서 임신 8주까지의 배아는 낙태죄의 객체가 아니라는 것이 청구취지 이다.

낙태를 너무 엄격히 처벌하려는 우리 현행 낙태법체계에서 불법낙태의 범위를 줄일 수 있는 근거가 될 수 있지만, 착상시부터 태아로 보는 통설에 반하는 의견으로 수용하기 어렵다.

참고문헌

계희열, 헌법학(中), 박영사, 2007.
 고려대학교/보건복지부, 보건복지부 용역과제-인공임신중절 실태조사 및 종합대책 수립, 2005.
 권영성, 헌법학원론, 법문사, 2010.
 김백유, 헌법학(II), 기본권론, 도서출판 조은, 2010.
 김성돈, 형법각론, 성균관대학교출판부, 2016.
 김성천/김형준, 형법각론, 소진, 2014.
 김영환, "낙태죄 논쟁의 제구성", 형사정책연구 제2권 제2호, 1991.
 김일수/서보학, 형법각론, 박영사, 2016.
 김철수, 헌법학신론, 제20전정신판, 2010.
 김학성, 헌법학원론, 피엔씨미디어, 2015.
 김학태, "낙태에 관한 형법적 범죄학적 고찰", 외법논집 제3집, 1996.
 문광삼, 헌법학, 삼영사, 2015.
 박상기, 형법학, 박영사, 2016.
 박숙자, "여성의 낙태 선택권과 입법과제 연구", 한국여성학 제17권 제2호.
 박찬걸, "낙태의 합리화 정책에 관한 연구", 법학논총, 제27권 제1호.
 박형민, 낙태의 실태와 대책에 관한 연구, 한국형사정책연구원, 2011.
 배종대, "낙태에 대한 형법정책", 고려법학, 제50권, 2008.
 배종대, 형법각론, 홍문사, 2015.
 법무부, 형사법개정특별심의회 회의록 제4권, 1988.
 성낙인, 헌법학, 법문사, 2018.
 심영희/박선미/김혜선/백월순, 낙태의 실태 및 의식에 관한 연구, 한국형사정책연구원, 1991.
 양현아, "낙태에 관한 다초점 정책의 요청: 생명권 대(對) 자기결정권의 대립을 넘어", 한국여성학 제26권 제4호, 2010.
 양현아, "여성 낙태권의 필요성과 그 함의", 한국여성학 제21권 1호, 2005.
 양현아, "여성 낙태권의 필요성과 그 함의", 한국여성학 제21권 제1호, 2005.
 오영근, 형법각론, 박영사, 2017.
 이미정/김영택/김동식, 낙태행위의 사회적·경제적 사유 분석과 관련 정책 개선방안, 한국여성정책연구원, 2010.
 이상돈, 형법강론, 박영사, 2017.

이영란, 형법학, 각론강의, 형설출판사, 2013.
 이인영, "출산정책과 낙태규제법의 이념과 현실", 페미니즘연구 제10권 제1호, 2010.
 이재상/장영민/강동범, 형법각론, 박영사, 2017.
 이준일, 헌법학강의, 홍문사, 2013.
 임웅, 형법각론, 법문사, 2016.
 장영수, 헌법학, 제8판, 2014.
 정종섭, 헌법학원론, 박영사, 2016.
 한국인구보건연구원, 출산력 및 가족보건 실태조사, 1989.
 한수용, 헌법학, 법문사, 2014.
 허영, 한국헌법론, 전정14판, 2018.

Eser/Koch, Abortion and the Law, From international comparison to legal policy, T.M.C. Asser Press, 2005,

형법 제269조 제1항 등 위헌소원

2017헌바127

모두발언

2018. 5. 24.
낙태죄 위헌소원 대리인단

임신 중단 : 국제인권규범상 보편적 권리

- **낙태에의 접근성 보장은 인권의 문제**

여성 차별 철폐의무, 건강권, 사생활의 권리

재생산권: 재생산건강, 재생산결정

- **세계의 낙태법**

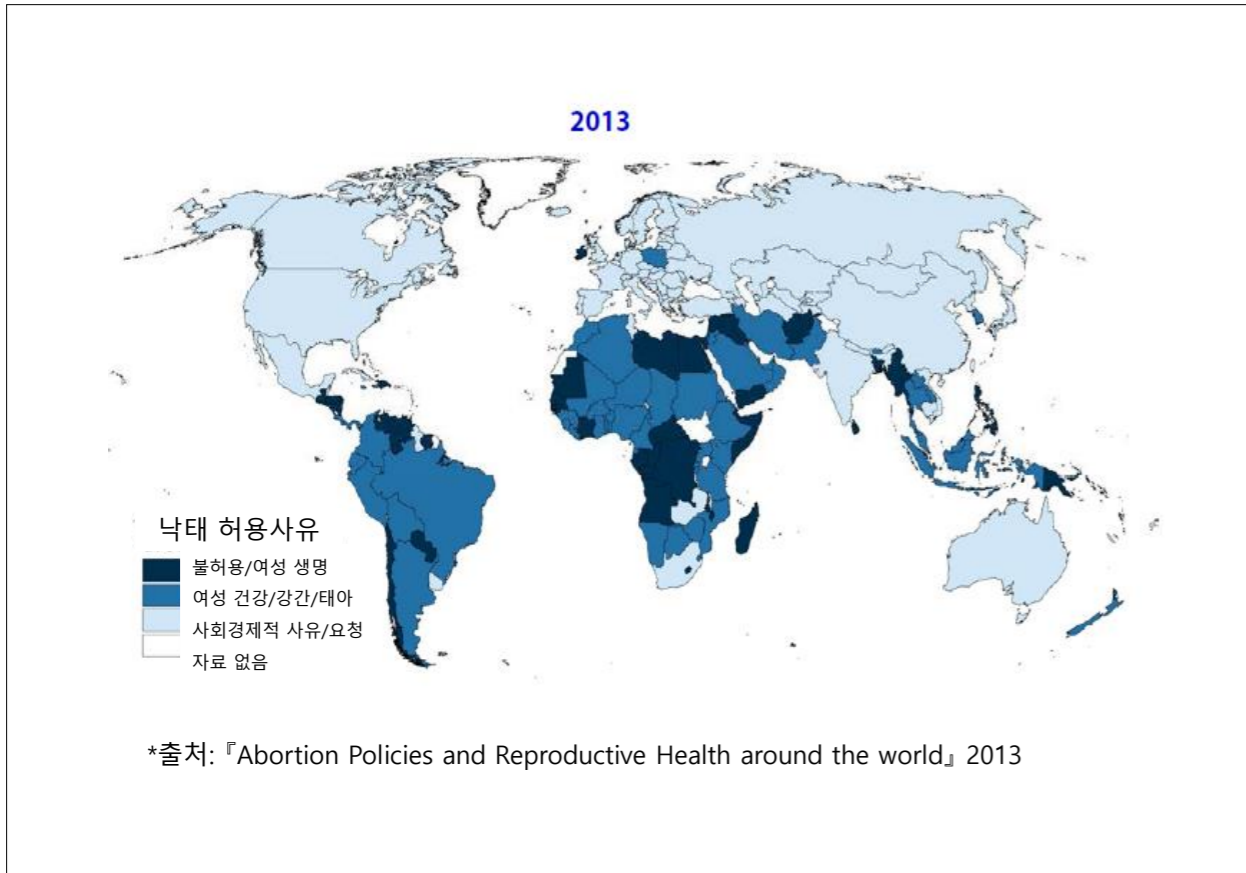
1967년 - 1977년 : 40여 개 국가에서 낙태법 완화

1970년대 이후 : 헌법 판례 등장

프라이버시권, 평등권, 재생산권, 건강권, 여성의 생명권, 안전권

태아가 가지는 잠재적 생명의 이익보다 여성의 권리를 폭넓게

인정한 판례들



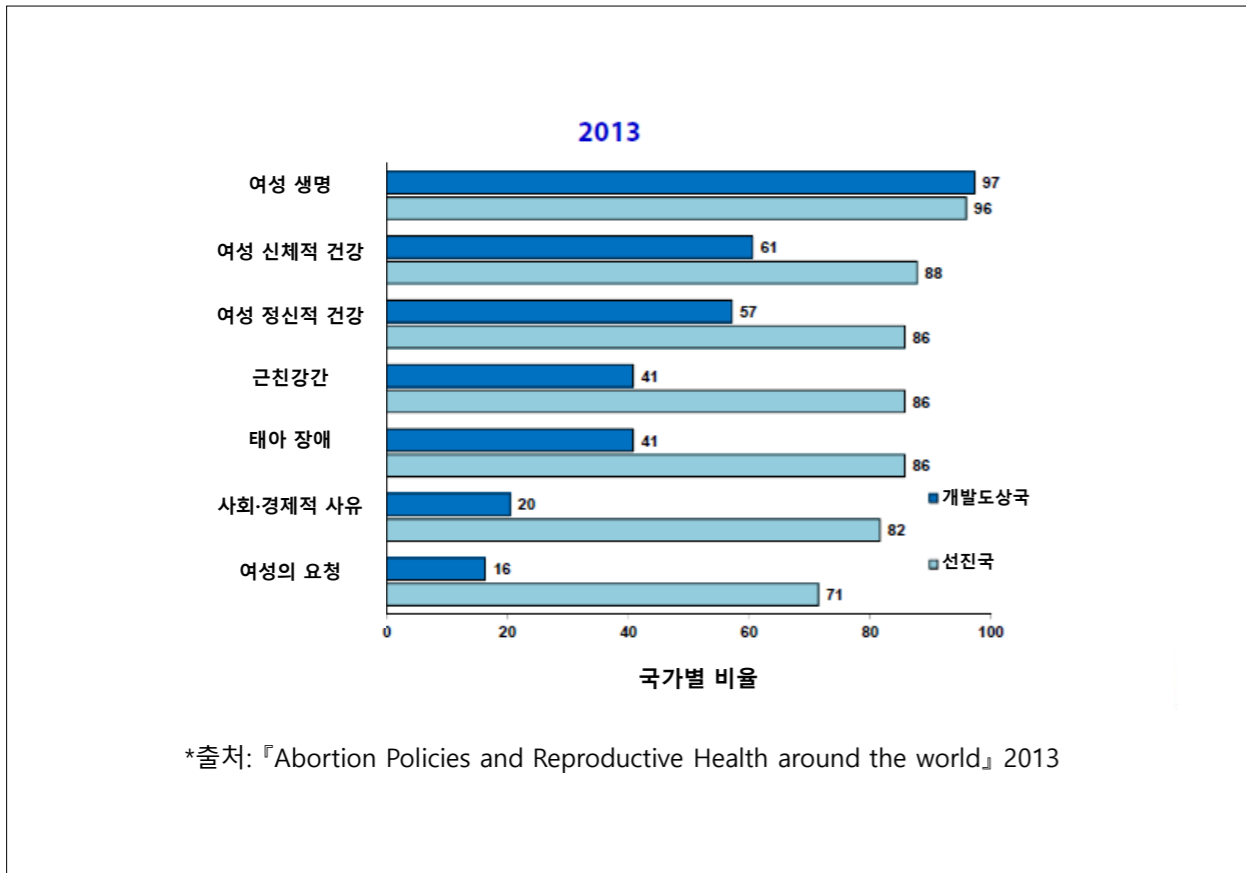
심판 대상조항 : '낙태' 전면 금지, 일률적 처벌

형법 제269조 제1항
부녀가
약물 기타 방법으로
낙태한 때
1년 이하의 징역
또는 200만원 이하의 벌금

모자보건법 제14조 제1항

- ① 의사의 인공임신중절수술
- ② 본인의 동의
- ③ 배우자의 동의
- ④ 허용사유 존재

- 우생학적, 유전학적 정신장애나 신체질환
- 전염성 질환
- 강간 또는 준강간에 의한 임신
- 법률상 혼인할 수 없는 혈족, 인척간 임신
- 임신 지속이 모체 건강 심각하게 해치거나 해칠 우려



국제인권조약기구의 한국 상대 권고

- 2011년 유엔 여성차별철폐위원회
→ “낙태를 한 여성에게 부과되는 처벌 조항을 삭제할 목적으로 낙태와 관련된 법, 특히 형법을 검토할 것”
- 2017년 유엔 경제·사회·문화적 권리위원회
→ “낙태를 비범죄화하여 여성의 성 및 재생산 건강과 존엄성 보호의 권리를 보장할 것”
- 2018년 유엔 여성차별철폐위원회
→ “다른 모든 경우에도 낙태를 비범죄화하고, 낙태를 한 여성에 대한 처벌 조항을 삭제할 것.”

자기결정권

원하지 않는 임신의 불가피함

임신 - 출산 - 양육의 특수한 견련성

임신상태 유지와 출산의 강제 → 임신과 출산 과정에 내재하는 특별한 희생, 출산 이후 삶의 특별한 희생 포함

자녀 출산 여부와 시기, 수와 터울, 양육 환경, 노동과 교육 등

다양한 요소와 가치 종합적이고 진지한 숙고

√ 여성(임부)의 삶에 미칠 영향(몸, 일, 교육, 가족, 관계 등)

√ 출생 이후 태아의 삶의 질(태어난 아이의 환경, 경제적 조건 등)

자기결정권

미국 연방대법원 **Roe v. Wade (1973)** 판결

“주(州)가 여성의 선택권을 부인함으로써 그녀에게 강요하게 될 손해는 명백하다. ... 어머니됨 혹은 또 하나의 자녀의 추가는 여성에게 **재앙과도 같은 미래에 대한 강요**가 될 수 있다.... 육아로 인해 여성의 정신적, 신체적 건강이 훼손될 수 있다. ... 더 이상 자녀를 돌볼 능력이 없는 가족에게 아이 출산은 문제가 있다. ... 또 **미혼모라는 영속적인 오명**이 여성을 따라다닐 것이다.”

Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania v. Casey (1992) 판결

“여성의 역할에 관한 주(州)의 견해, 우리 역사와 문화 속에서 지배적인 견해를 주(州)가 주장하기에는 **여성의 고통이 너무나 내밀하고 사적인 것이기 때문에 주(州)는 임신한 여성의 낙태결정을 존중할 의무가 있다.**”

건강권

- 안전한 낙태 접근 용이하게 하는 법률과 정책은
→ 낙태율을 높이지 않는다
→ 안전하지 않은 낙태로 인한 모성사망률을 감소시킨다(WHO, 2015)
 - 낙태의 원칙적 금지
→ 덜 위험한 시기에
→ 안전한 수술이 가능한 의료기관에서
→ 숙련된 의료인에 의하여
→ 적절한 비용으로
- 안전한 낙태(Safe abortion)를 할 기회 차단**

신체의 완전성에 관한 권리

원하지 않는 임신 지속과
출산의 강제는
신체의 완전성 침해에 대한
방어행위를
국가가 금지하는것

모성보호를 받을 권리

어머니가 될 것인지,
언제 될 것인지
결정할 권리 침해

*모성사망율
*안전한 낙태로
여성의 생식건강을
유지할 권리 침해

평등권

- **임신과 출산 기능이라는 신체적 차이 → 차별**
- 자기낙태죄 규정은 **성역할 고정관념 반영**
여성의 임신과 출산을 당연시, 그 부담을 경미하게 취급
모성, 양육, 교육, 사회·경제적 제약
- 자기낙태죄 규정은 **성별에 따른 차등적 효과**
1회적 침해 아닌 전 생애에 걸친 것
교육, 경제, 공적 생활에 대한 심각한 불평등
현대 사회, 성차별적 효과는 더욱 커짐

평등권

- 차별의 존재 :
임신과 출산 기능을 이유로 여성에게 형사책임 부과
임신에 함께 관여한 상대 남성과 비교하여 차별 취급
- 차별로 인하여 침해되는 기본권: 자기결정권 등
- 차별의 심사기준 : 엄격한 심사기준 적용
- 성별을 이유로 한 차별의 정당성 없음

과잉금지 원칙

- **입법목적의 정당성**
태아의 생명, 임부의 생명과 신체
- **수단의 적절성**
규율 현실: 여성/검찰/법원/난임치료시 적용배제 등
- **피해의 최소성**
일률적 형사처벌/모자보건법 해석상 문제로 전면 금지 효과
기본권 제한 최소화 외국 입법례
- **법익 균형성**

낙태한 여성을 처벌하지 않으면 낙태가 만연하게 될 것인가?

낙태율은 낙태의 허용범위와 상관관계 없음

국가	여성 생명	여성 신체 건강	여성 정신 건강	근친 강간	태아 장애	사회 경제적 사유	여성 요청	낙태율	출산율
뉴질랜드	○	○	○	○	○	-	-	18.2 (2010)	2.1
오스트리아	○	○	○	○	○	○	○	1.4 (2000)	1.3
스위스	○	○	○	○	○	○	○	7.1 (2010)	1.5
독일	○	○	○	○	○	○	○	6.1 (2010)	1.5
네덜란드	○	○	○	○	○	○	○	9.7 (2010)	1.8
터키	○	○	○	○	○	○	○	15.1 (2008)	2.0

모성

'강제'할 것인가 vs '설득'할 것인가

형법 vs 권리보장법

최후 변론

법무부는 의견서에서 자유로운 선행위의 책임 운운하면서 낙태죄 폐지에 찬성하는 여성을 선행위를 즐길 뿐, 책임을 지지 않는 존재로 폄하하였습니다.

출산이 강요되는 우리 사회의 현실은 어떻습니까. 준비된 임신의 경우에도 여성은 임신 사실 자체로 해고되는 경우가 빈번하고, 경력단절과 과로로 인한 유산의 위험 등 차별적 현실에 노출됩니다. 미혼모의 임신은 어떻습니까. 미성년자의 임신은 어떻습니까. 임신, 출산, 양육 모든 과정에서 온갖 비난과 사회적 차별을 감내해야 하고 영아 유기, 영아 살해에 노출되기도 하며, 출산한 자녀를 입양 보내야 하는 등의 재앙적 미래를 감당해야 합니다. 불가피하게 낙태를 선택하는 여성은 또 어떻습니까. 합법적인 의료서비스의 도움을 받지 못해 불법 시술을 하다 목숨을 잃기도 하고, 낙태 시술 후에도 제대로 치료를 받지 못해 각종 질환에 시달리기도 합니다. 이처럼 낙태를 해도 출산을 해도 모든 고통을 감당해야 합니다.

또 다른 주체인 남성은 어떻습니까. 무엇을 감당하고 있습니까. 여성이 출산한 경우 동등하게 아이를 양육하고 있습니까. 미혼부의 4.7%만이 양육비를 지급하고 있는 현실은 어떻습니까. 낙태로 인한 처벌을 함께 받습니까. 낙태로 상한 여성의 신체와 정신이 치유될 수 있도록 함께 하고 있습니까. 국가는 무엇을 하고 있습니까. 미혼모에 대한 차별이 없어지도록 했습니까. 미혼모 등이 아이를 양육할 수 있는 충분한 재원을 지원했습니까. 임신한 여성, 출산한 여성이 계속 공부를 하거나 노동을 할 수 있도록 충분한 사회적 여건을 조성했습니까.

한국사회에서 여성은 출산조차도 선택하지 못했습니다. 여전히 딸을 임신했다는 이유로 낙태를 강요당하고 있고, 남자 파트너가 원치 않는다거나 장애 여성이라는 이유로 낙태를 강요당하고 있습니다. 국가는 태아의 생명이나, 임부의 건강을 위해서가 아니라 인구 조절을 위해 낙태를 조절해 왔습니다. 임신의 유지든 낙태든 이를 스스로 통제하지 못하는 사회 구조 속에서 여성들은 이중 삼중으로 고통받아 왔습니다.

법무부는 의견서에서 임신과 출산은 가히 '기적'이라고 표현하였습니다. 한국사회에서 여성의 임신과 출산이 과연 생명의 탄생이라는 이유만으로 기적이라고 찬양될 수 있는 것입니까. 여성이 스스로의 결정에 따라 임신과 출산을 통제하지 못하는 한 어쩌면 그것은 기적이라기보다 천형이라고 해야 할 것입니다. 재앙적 미래를 감당해야만 선택할 수 있는 것이 임신과 출산이라면 그것을 어쩌 기적이라 부를 수 있겠습니까.

이진성 헌법재판소 소장께서도 말했다시피, 태아의 생명에 가장 큰 관심을 가지는 사람은 바로 임신한 여성입니다. 그런 임신한 여성이 어쩔 수 없는 사정으로 낙태를 선택하는 경우 이 선택을 태아의 생명과 충돌하는 가치로만 보는 대결구도를 이제는 넘어서야 합니다. 진정 태아의 생명을



헌 법 재 판 소 변 론 조 서

존중하고자 한다면, 낙태한 여성을 처벌할 것이 아니라 임신한 여성이 출산을 선택할 수 있도록 권리보장적 법과 제도를 구축해야 합니다. 불가피하게 낙태를 선택할 수밖에 없는 경우에는 양질의 의료서비스를 제공받을 수 있도록 해야 합니다.

낙태죄의 존재는 태아의 생명을 보호하고자 하는 목적을 달성하기는커녕, 여성에게 원치 않는 임신의 유지와 출산을 강요하여 극심한 차별과 희생을 감당하게 하였을 뿐입니다. 임신과 출산에서 여성이 스스로를 통제하지 못하는 한 성평등한 사회의 구현은 불가능합니다.

법무부는 위헌 판단이 아닌 입법으로 해결해야 하는 문제라고 하나 국회가 해결할 수 없다는 것은 이미 증명되었습니다. 미국 연방대법원 등 여러 나라의 최고 법원에서 낙태죄에 대한 위헌을 선언한 예가 있습니다. 현재는 더 이상 이런 위헌적 상황을 외면하여서는 안 됩니다. 지금까지 위헌을 결정한 많은 예에서 그랬듯이 정연한 헌법적 논리로 위헌을 선언하여 주시기 바랍니다.

사 건	2017헌바127 형법 제269조 제1항 등 위헌소원	기 일	2018. 5. 24. 14:00
		장 소	대 심 판 정
		공개여부	공 개
		고 지 된 다음기일	추 후 지 정

재판장	재 판 관 이 진 성	재 판 관 김 창 중
	재 판 관 김 이 수	재 판 관 강 일 원
	재 판 관 안 창 호	재 판 관 조 용 호
	재 판 관 서 기 석	재 판 관 유 남 석
	재 판 관 이 선 애	

법원사무관 이 중 건

사건과 당사자의 이름을 부름

청구인 및 대리인	변호사 강남석, 김광재, 차혜령, 천지선, 류민희, 최현정	각 출석
	법무법인 지향(담당변호사 김수정)	
	법무법인 덕수(담당변호사 박수진)	
이해관계인 및 대리인	정부법무공단(담당변호사 서규영, 정상수) 검사 최성수 사무관 류정민	각 출석

재판장

지금부터 2017헌바127 형법 제269조 제1항 등 위헌소원 사건에 대한 변론을 시작하겠습니다.

오늘의 변론에 대하여 간단히 안내 말씀을 드리겠습니다. 먼저 쌍방 대리인이 진술을

듣겠습니다. 청구인 측은 두 분께서 진술하시니 총 15분의 진술시간을 드리고, 이해관계인 측에는 10분을 드리겠습니다. 양측 변론 후에 재판부에서 청구인과 이해관계인 대리인 들께 질문을 하겠습니다.

다음으로 참고인들에게도 각각 10분의 의견진술 시간을 드립니다. 참고인 진술에 대해서는 한 분의 진술이 끝날 때마다 재판관들께서 질문을 하겠습니다.

이런 순서가 마무리되면 쌍방 대리인들이 각각 5분의 범위 내에서 마무리 변론을 하겠습니다.

그러면 쌍방 대리인의 변론을 듣도록 하겠습니다. 먼저 청구인 대리인 측은 15분 범위 내에서 심판청구서와 제출한 변론요지서를 중심으로 변론해 주시기 바랍니다.

청구인 대리인 변호사 김광재

먼저 낙태 처벌규정에 대해서는 2012년 합헌 결정이라는 선례가 있음에도 불구하고 이렇게 다시 공개변론의 장을 열어주신 헌법재판소장님과 헌법재판관님께 진심으로 감사드립니다.

헌법재판소의 대통령 탄핵결정으로 탄생한 문재인 정부는 우리 사회에 많은 변화를 가져왔습니다. 그중에서도 눈에 띄는 것은 그동안 단혀있거나 유명무실했던 청와대 홈페이지를 통한 국민청원의 활성화입니다. 물론 대의제 민주주의를 기본원리로 하고 권력분립을 명확히 규정한 우리 헌법 하에서 직접민주주의 요소로서 성격이 강한 국민청원의 활성화가 무조건 바람직한 것만은 아닐 수 있습니다. 그러나 이는 지금까지 억눌려 있으면서도 마땅히 해소할 곳을 찾지 못한 국민들의 절박한 호소라는 점에서 상당히 긍정적이라고 생각합니다.

2017년 12월 4일 기준으로 청와대 홈페이지 내 베스트 국민청원은 조두순 출소 반대, 청소년보호법 폐지, 권역의상센터 지원방안 마련, 낙태죄 폐지 순으로 추천이 많았습니다. 그리고 빅데이터 내 언급량이 가장 많은 국민청원 관련 연관어는 낙태죄였습니다. 낙태죄 폐지 청원은 청원 시작 한 달 만에 20만 명 이상의 동의를 얻어 청원 답변 2호로 채택되었으며, 2017년 11월 28일 조국 민정수석은 동영상과 보도자료 등을 통해 내년에 임신중절 실태조사를 하겠다고 밝힌 바 있습니다.

낙태 문제는 역사적으로나 세계적으로 뜨거운 법적 쟁점이었습니다. 낙태는 분명 치열한 논쟁을 불러일으키는 어렵고도 힘든 주제이기 때문에 이에 대해 논하는 것 자체도 조

심스럽습니다. 그러나 한편으로 짧은 시간에 235,372명의 국민이 청원할 만큼 절박한 상황이므로 그냥 지나칠 수만은 없는 문제이기도 합니다.

우리 사회는 그동안 낙태는 국가가 침범할 수 없는 영역이며 여성 스스로가 결정할 수 있는 권리라는 주장은 물론, 낙태처벌규정으로 인하여 그 시술이 음성화되어 낙태에 고비용이 소요되고 불법시술로 임부의 신체적·정신적 건강이나 생명이 위협받는 사태가 빈발하므로 이에 대한 대책이 시급하다는 절박하고 진지한 호소를 외면해 왔습니다. 그러나 임신과 출산, 이로부터 이어지는 양육은 임부와 그 가족 구성원 모두의 삶에 큰 영향을 미치므로 낙태 허용 여부는 임부 개인의 문제에 그치지 않고 가족 구성원, 나아가 우리 사회구성원 전체의 삶의 질과도 연관됩니다.

낙태가 허용된다고 하여 낙태 여부를 고민하는 임부 중 정신적·육체적으로 낙태를 쉽게 여기는 사람은 없을 것입니다. 낙태를 하는 임부는 대부분 출산과 낙태 사이에 심각한 갈등을 겪을 것이고, 그럼에도 불구하고 낙태를 감행하는 것은 낙태를 하지 않으면 태아와 임부가 더 불행해질 것이라고 판단하기 때문일 것입니다.

현재 전 세계적으로 낙태에 대한 법적 대응방식은 세 가지로 정리할 수 있습니다.

첫째는 아일랜드처럼 모든 낙태를 불법화하여 낙태를 실질적으로 처벌하는 방식입니다. 그러나 이 방식은 낙태가 허용되는 영국 등 이웃나라로의 소위 원정 낙태 여행을 양산하는 등 여성인권엔 치명적인 손상을 가져옵니다. 이러한 문제에 직면한 아일랜드 정부는 2018년 5월 25일, 바로 내일 낙태를 금지하는 헌법조항을 폐지할지 여부를 결정하는 국민투표를 실시한다고 합니다. 만약 낙태 허용으로 결론이 난다면 오이시디(OECD) 국가 중 우리보다 낙태에 엄격한 나라는 오직 칠레만이 남게 됩니다.

둘째는 낙태 처벌규정은 두지만 사실상 처벌하지 않는 방식으로서, 현재 우리의 대응 방식입니다. 그러나 이는 처벌규정의 사문화로 낙태를 막지도 못하면서 불법낙태로 인한 임부의 신체적·정신적 건강이나 생명까지 위협하는 문제를 초래하고 있습니다.

셋째는 미국, 영국, 프랑스, 독일, 네덜란드 등과 같이 임신 초기 낙태를 허용하여 임부의 자기결정권을 일정범위 내에서 보장하면서도 낙태 전 의무적 상담절차를 두어서 낙태율을 낮추는 방식입니다.

낙태를 허용하라는 수많은 국민들의 호소에 국민의 대표기관인 국회는 계속 침묵하고 있습니다. 이제는 헌법재판소라는 공론의 장에서 그 해결책을 찾아주셨으면 합니다. 감사합니다.

청구인 대리인 변호사 차혜령

이어서 말씀드리겠습니다.

프레젠테이션 파일을 사용해야 해서 앉아서 하도록 하겠습니다.

저는 이 사건 심판대상조항 중 형법 제269조 제1항 자기낙태죄의 위헌성을 중심으로 변론하고자 합니다. 모두발언을 시작하기 전에 재판관님들께 먼저 말씀드리고 싶은 것이 있습니다.

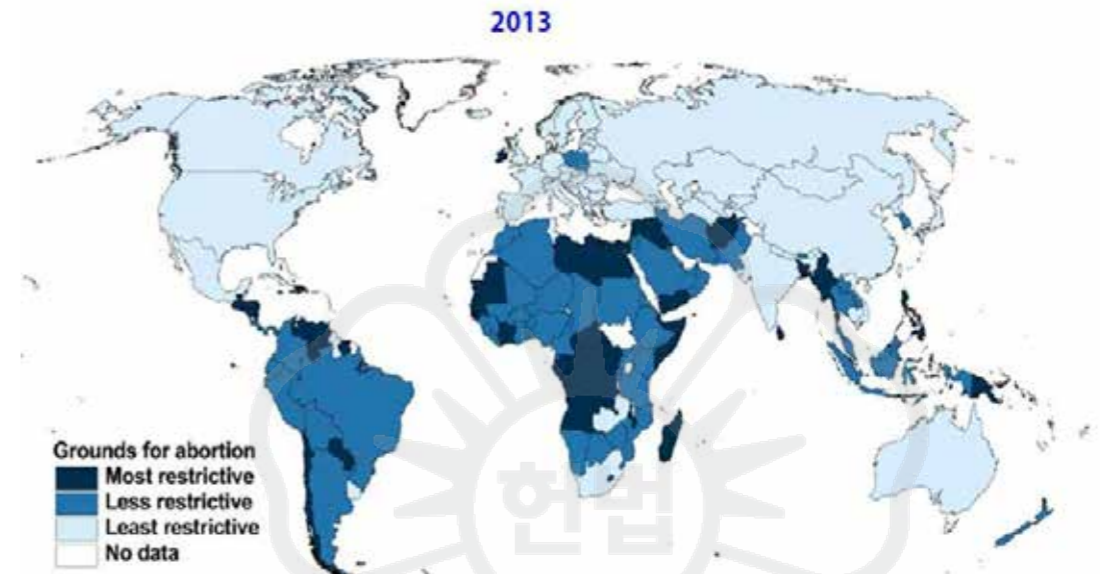
이 사건의 여러 헌법적 쟁점을 심리하시면서 그 출발점을 여성의 경험과 현실로 삼아주시기를 바랍니다. 예컨대 현재 한국사회에서 성폭력 피해를 입고 임신하게 된 여성은 임신을 중단하려면 어떤 절차를 거쳐야 하는지, 10대 청소년이 임신하게 되면 과연 학교를 계속 다닐 수 있는지, 장애를 가진 여성이 임신을 지속할 수 있는지를 보아주시기를 바랍니다. 또한 고3 학생이 임신 23주차에서 650만 원의 비용을 지불하고 인공임신중절술을 받다가 사망하는 사건이 왜 발생하는지, 미혼모가 아이를 낳고 왜 영아살해나 유기 또는 해외 입양을 선택하게 되는지, 이 문제들이 모두 임신중단의 형사처벌과 어떤 관련이 있는지를 면밀히 함께 살펴보아주시기를 바랍니다.

모든 여성은 임신을 하고 때로는 임신중단을 해야 하는 상황이 발생할 수 있습니다. 2013년 한국여성정책연구원 조사에 의하면, 출산경험이 있는 여성 중 절반 이상인 51%가 낙태를 경험한 것으로 나타납니다. 또한 낙태의 문제는 한국에서만 일어나는 것이 아니라 여성이 있는 곳이라면 전 세계 어느 나라에서나 일어나는 일입니다. 이 때문에 인간으로서의 보편적 인권을 규정한 국제인권규범에서도 낙태를 권리로 다루고 있으며 낙태의 접근성은 인권의 문제이고, 국가는 여성차별철폐의무 이행의 일환으로 여성의 건강권과 사생활의 권리를 보장해야 한다고 밝힙니다. 즉, 여성에게 임신을 중단할 권리가 보장되어야 한다고 명확히 밝힌 것입니다.

현재 세계의 낙태법은 낙태를 형법의 범죄로 규율하던 과거 유산을 바꾸어 나가는 과정에 있다고 할 수 있습니다. 1967년부터 1977년까지 40여 개 국가에서 낙태법이 완화되었고, 1970년대부터는 낙태에 관한 헌법 판례들이 등장하였으며, 프라이버시권, 평등권, 재생산권, 건강권, 여성의 안전권 등이 확인되고 있습니다. 또한 태아가 가지는 잠재적인 생명의 이익보다 여성의 권리를 폭넓게 인정하는 판례들이 등장하고 있습니다. 낙태에 관한 여성의 결정을 지지하는 것이 궁극적으로는 태아의 보호라는 이익에 부합한다는 것이

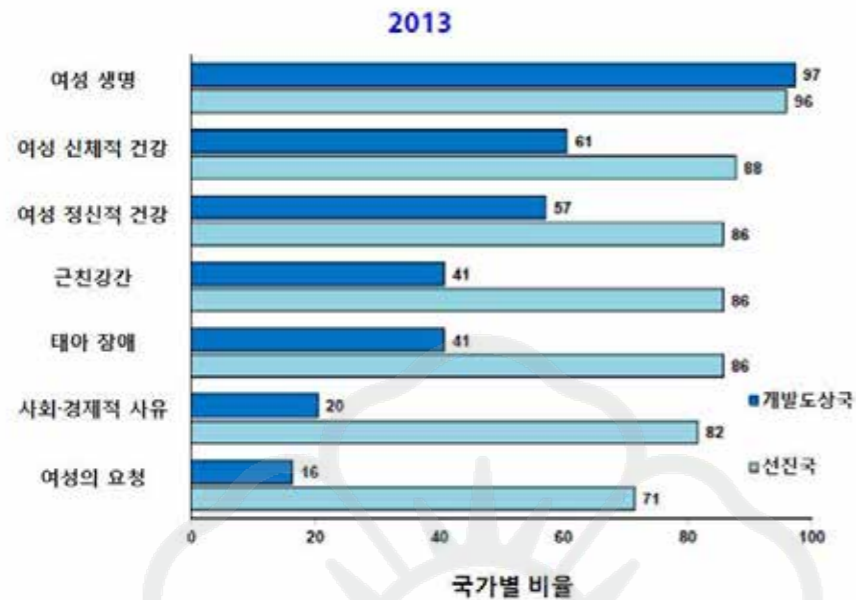
최근 판례들의 취지입니다.

이러한 세계 낙태법의 변화에 따른 현황을 지금 슬라이드의 2013년 기준 지도로 보시고 계십니다.



*출처: 『Abortion Policies and Reproductive Health around the world』 2013

아주 진한 남색으로 표시된 몇 개 국가는 낙태가 허용되지 않거나 여성의 생명을 구하기 위한 경우에만 허용되는 곳이고, 낙태 허용범위가 넓어질수록 파란색, 연하늘색으로 표시되어 있습니다. 북반구 거의 대부분의 국가와 오스트레일리아, 남아프리카공화국이 연하늘색으로 칠해져 있는데, 이들 국가들 모두 경제·사회적 이유나 임부의 요청만으로도 낙태를 허용하는 곳입니다.



*출처: 「Abortion Policies and Reproductive Health around the world」 2013

이 막대그래프는 낙태를 허용사유별로 인정하는 국가 비율 도표입니다. 파란 막대와 하늘색 막대로 나누어져 있는데, 파란색 막대는 이른바 개발도상국, 하늘색 막대는 선진 국가를 나타냅니다. 위 도표 좌측에는 낙태 허용사유로 ‘여성의 생명’부터 ‘임부(여성)의 요청’까지 열거되어 있는데, 마지막 줄에 나오는 ‘임부(여성)의 요청’에 의한 낙태 허용 국가 비율을 보시면 파란색으로 표시된 개발도상국은 16%인 반면, 선진국은 71%입니다. 그 바로 윗줄의 ‘사회·경제적 사유’로 인한 낙태 인정 비율에서도 이와 비슷한 경향이 나타나고 있습니다. 오이시디(OECD) 회원국 기준으로 보면 한국 포함 6개 나라를 제외하고는 본인의 요청이나 사회·경제적 사유로 인한 임신중단이 가능합니다. 세계적으로 이렇게 입법의 대전환이 이루어지는 동안 한국은 형법 제정시부터 현재까지 65년간 여전히 형법상 낙태죄를 처벌하는 국가로 남아있는 상황입니다.

이 사건 심판대상조항인 형법 제269조 제1항은 방법을 불문하고 낙태한 여성을 일률적으로 처벌하고 있습니다. 우리 법체계와 관련하여 모자보건법 제14조가 예외적으로 낙태 허용사유를 규정하고 있으므로 이 사건 심판대상조항이 합헌이라는 주장이 있습니다. 하

지만 낙태의 예외를 규정한 모자보건법 제14조는 위헌입니다. 우선, 모자보건법 조항은 의사의 인공임신중절 수술을 포함한 4가지 요건을 요구하고 있어서 적용범위가 매우 좁습니다. 예컨대 강간이라는 허용사유가 있더라도 조산사가 시술하는 경우, 그리고 수술이 아닌 약물을 사용하는 경우에는 여전히 낙태죄로 처벌할 수 있습니다. 또한 배우자 동의 를 요하는 부분은 여성의 자기결정권, 평등권을 침해하고, 죄형법정주의의 명확성 원칙에도 위반됩니다. 따라서 위헌인 모자보건법 규정이 형법상 자기낙태죄의 예외규정으로 기능할 수 없고, 우리 법은 여전히 실질적으로는 낙태를 전면 금지하고 있다고 보는 것이 타당합니다.

이러한 한국 상황에 대해서 국제인권조약기구는 낙태를 비범죄화하라는 권고를 반복하고 있습니다. 2011년 유엔 여성차별철폐위원회, 2017년 유엔 경제·사회·문화적 권리위원회가 그러한 요구를 한 바 있고, 불과 2달 전인 2018년 3월에도 유엔 여성차별철폐위원회는 낙태를 비범죄화하고, 낙태 처벌조항을 삭제할 것을 권고한 바 있습니다. 대한민국이 가입하고 비준한 국제인권조약의 수범자는 당사국 즉, 대한민국이므로 헌법재판소 역시 국제인권조약기구의 권고를 이행하여야 합니다.

이제 자기낙태죄 조항이 침해하는 기본권을 살펴보겠습니다. 두 가지 사실을 먼저 확인하고자 합니다.

첫째, 어떠한 피임방법을 적용하여도 원하지 않는 임신을 완벽하게 피할 수 없다는 점입니다. 사용되는 피임법 중에 가장 널리 사용되는 콘돔의 경우 일반적 사용 시 13.9%, 정확한 사용법을 지켰을 때에도 3.3%는 실패합니다. 즉, 원하지 않는 임신은 성적 방종의 결과가 아니라 일상적인 성관계의 결과로 나타나는 불가피한 현상입니다.

둘째, 임신과 출산은 생물학적으로 견련되어 있고, 출산과 양육은 사회적으로 특수한 견련성을 가지고 있다는 점입니다. 이를 고려하면, 원하지 않는 임신이 있을 경우 임신 상태를 유지하고 출산을 강제하는 것은 여성에게 임신과 출산 과정 및 출산 이후의 삶에 내재하는 특별한 희생을 강요하는 결과가 됩니다.

자녀 출산 여부와 시기, 자녀 수와 터울, 자녀를 양육할 환경, 양육의 파트너, 본인의 노동과 교육의 변화에 대한 결정은 여성의 생애사에 걸쳐 중차대한 변동을 가져올 수 있는, 말 그대로 자기 운명을 정하는 결정입니다. 이러한 중대한 결정에 있어서 여성은 다양한 요소와 가치를 고려하고 종합적으로 진지한 숙고 끝에 결정을 내리게 되는데, 이러한 숙고에는 ‘태아가 출생한 이후 어떤 삶의 질을 누리게 되는가?’ 등과 같이 태어난 아

이의 환경에 대한 고려도 포함됩니다. 참고로 미국의 연방대법원은 임신과 출산에 관한 자기결정의 의미를 다음과 같이 언급하고 있습니다. 1973년 로우 대 웨이드(Roe v. Wade) 판결은 여성의 선택권을 부인함으로써 강요하게 될 손해에 관하여, ‘어머니 됨’이 제약과도 같은 미래를 강요하는 결과가 될 수 있음을 인정합니다. 1992년 케이시(Casey) 판결에서는 여성의 고통이 너무나 내밀하고 사적인 것이기 때문에 여성의 낙태결정을 존중할 의무가 있다고 판시합니다.

헌법재판소의 지난 2012년 합헌 결정에서는 낙태죄와 관련하여 자기결정권만을 여성이 제한받는 기본권이라고 판시하였지만, 이 사건 심판대상조항 자기낙태죄 처벌은 자기결정권 이외에도 다른 기본권을 침해하고 있습니다. 앞서 말씀드린 것처럼 국제인권규범에서는 여성의 임신중단을 건강권 보장으로 접근하는 예가 많습니다. 이해관계인을 비롯하여 많은 사람들이 낙태를 허용하게 되면 낙태율이 높아진다고 잘못 알고 있습니다. 그러나 국제보건기구의 2015년 자료를 보시면 “안전한 낙태 접근을 용이하게 하는 법률과 정책이 낙태율을 높이지 않는다”고 명시합니다. 낙태 허용범위를 넓히는 것과 상관관계가 있는 것은 모성사망률입니다. 낙태 접근이 용이해지면 모성사망률이 감소하고, 반대로 낙태 처벌의 범위가 넓어져 낙태 접근이 제한될수록 모성사망률이 높아지는 것으로 보고됩니다. 낙태를 원칙적으로 금지하면 그 금지 자체로 인해서 여성은 덜 위험한 시기에 안전한 수술이 가능한 의료기관에서 숙련된 의료인에 의하여 적정한 비용으로 안전한 낙태를 할 기회를 얻지 못합니다. 즉, 여성의 건강권이 침해되는 결과를 낳게 되는 것입니다. 자기낙태죄 조항으로 원하지 않는 임신 지속과 출산을 강제하는 것은 신체의 완전성에 관한 권리 역시 침해하고, 모성보호를 받을 권리도 침해합니다. 이 때 침해되는 ‘모성보호를 받을 권리’에는 어머니가 될 것인지의 여부와 그 시기를 결정하는 자유권적 의미의 모성보호를 받을 권리뿐만 아니라 낙태의 원칙적 금지가 모성사망률을 높이고 안전한 낙태의 기회를 제한함으로써 모성에 필수적인 재생산 건강을 유지할 권리도 포함됩니다.

다음, 평등권 침해에 대해서 보시겠습니다. “여성에게만 임신과 출산의 책임 또는 낙태죄의 형사책임을 부담하게 하는 것은 부당하다. 그렇지만 낙태죄 조항은 부당해도 합헌이다”라는 주장이 있습니다. 그러나 그 부당함은 단순한 부당함 수준을 넘어 우리 헌법 제 11조의 평등권을 침해하는 수준이라고 하겠습니다. 임신과 출산이라는 기능은 생물학적으로 여성에게만 있습니다. 자기낙태죄 조항으로 인하여 이러한 신체적 차이가 성별을 이유로 한 차별 효과를 발생시킵니다.

먼저 심판대상조항은 성 역할 고정관념을 반영하고 있습니다. 원하지 않는 임신의 경우에도 임신 중단을 일률적으로 처벌하고 있는데, 이는 여성이 임신을 하면 당연히 출산을 해야 되고 당연히 어머니가 되어야 한다는 성별 편향적 고정관념을 그대로 반영하고 있습니다. 이 고정관념은 이해관계인 법무부장관의 4월 27일자 참고서면에 잘 나타나 있습니다.

다음, 심판대상조항으로 인해 여성은 모성의 시기를 자기가 선택할 수 없습니다. 그 때문에 여성은 교육, 경제, 공적 생활에 대한 심각한 불평등을 겪고 있습니다. 이러한 차별은 이례적 침해가 아니라 여성의 임신과 출산 이후 전 생애사에 걸친 차별로 나타납니다. 형법 제정시와 비교하여 현재 여성의 경제활동 비율, 사회참여 비율이 현저히 증가하였으므로 여성의 삶에 실질적으로 미치는 성차별 효과도 더욱 커졌다고 보겠습니다.

정리하자면, 자기낙태죄 조항은 임신과 출산 기능을 이유로 여성에게만 낙태로 인한 형사책임 또는 출산에 따르는 책임을 부과하므로 임신에 함께 관여한 상대 남성에 비하여 여성을 차별취급하는 규정입니다. 이러한 차별로 인해서 여성은 자기 운명과 인생을 결정할 수 있는 자기결정권, 건강권 등의 기본권을 침해받고 있습니다.

이 차별이 정당한지 여부는 엄격한 심사기준으로서의 과잉금지원칙 위반 여부와 관련하여 살펴보겠습니다. 낙태죄에는 평등권 침해 여부의 심사척도로서 엄격한 심사척도가 적용되어야 하겠지만, 다른 기본권인 자기결정권과 건강권의 제한에 대해서도 우리 헌법상 기본권 제한의 한계규정인 과잉금지원칙을 위반한 것이 아닌지 검토가 필요합니다.

먼저 입법목적의 정당성입니다. 형법학계의 보호법의 논의에 따라서 이 사건 심판대상조항의 목적은 태아의 생명, 그리고 임부의 생명과 신체를 보호하는 것으로 정당합니다. 그런데 이 목적을 달성하기 위해서 자기낙태죄 조항이 적절한 수단인가? 현재 한국사회의 현실을 보면 수단으로서의 적절성을 인정하기 어렵습니다. 우선 여성에게 자기낙태죄 처벌규정은 임신 중단의 결정에 영향을 미치지 못합니다. 그 결과 연간 17만 건 내지 30만 건의 인공임신중절 수술이 행해지는 것으로 추정되나, 검찰은 연간 10건 이하의 낙태만을 기소할 뿐입니다. 또한 현대의학기술의 발전으로 난임치료 과정에서 발생하는 선택적 감수술이나 선택적 유산은 낙태죄 구성요건에 정확히 부합함에도 불구하고 낙태죄로 처벌되지 않습니다. 여러 가지 사정을 종합하면 이 사건 심판대상조항은 현재로서는 더 이상 태아 생명을 보호하기 위한 적절한 수단이 된다고 볼 수 없고, 단지 선언으로만 남

아있다고 하였습니다.

피해의 최소성 원칙에 대해서도 충족하지 못합니다. 앞서 말씀드린 것처럼 이 사건 심판대상조항인 형법 제269조가 예외규정을 두지 않는 '전면 금지' 형식을 띄고 있고, 일부 허용사유를 규정하는 모자보건법도 배우자 동의요건으로 인한 위헌성 때문에 여전히 낙태는 실질적으로 전면 금지된다고 하였습니다. 또한, 외국 입법례와 같이 여성의 기본권 제한을 최소화할 수 있는 다양한 입법수단이 존재함에도 불구하고 여성을 일률적으로 처벌함으로써 피해의 최소성 원칙에도 반합니다.

그리고 좁은 의미의 법익균형성의 원칙에도 위반되니, 결론적으로 이 사건 심판대상조항은 기본권 제한의 한계를 위반하여 여성의 기본권을 침해하는 위헌 규정이라고 하였습니다.

마무리하기에 앞서서 자기낙태죄 비범죄화에 대한 여러 우려들 중에 한 가지만 말씀드리고 싶습니다. 대표적으로 '낙태한 여성을 처벌하지 않으면 낙태가 만연하게 되지 않을까'하는 우려입니다. 그러나 이는 막연한 추측이고, 실증적으로 아무런 근거가 없는 것입니다. 낙태율은 낙태율 허용범위와 상관관계가 없습니다.

낙태한 여성을 처벌하지 않으면 낙태가 만연하게 될 것인가?

낙태율은 낙태의 허용범위와 상관관계 없음

국가	여성 생명	여성 신체 건강	여성 정신 건강	근친 강간	태아 장애	사회 경제적 사유	여성 요청	낙태율	출산율
뉴질랜드	○	○	○	○	○	-	-	18.2 (2010)	2.1
오스트리아	○	○	○	○	○	○	○	1.4 (2000)	1.3
스위스	○	○	○	○	○	○	○	7.1 (2010)	1.5
독일	○	○	○	○	○	○	○	6.1 (2010)	1.5
네덜란드	○	○	○	○	○	○	○	9.7 (2010)	1.8
터키	○	○	○	○	○	○	○	15.1 (2008)	2.0

보시는 표는 오이시디(OECD) 회원국의 낙태 허용사유와 낙태율, 출산율을 비교한 표 중에서 몇 개 국가만을 발췌한 것입니다. 맨 위의 뉴질랜드 같은 경우에 사회·경제적 사유나 여성의 요청에 의한 낙태를 허용하지 않습니다. 그렇지만 낙태율은 18.2%입니다. 그러나 오스트리아 이하 나머지 국가들은 모든 낙태 사유를 허용하고 있음에도 불구하고 18.2%인 뉴질랜드 낙태율을 현저히 하회하는 수준을 보임을 알 수 있습니다. 이 수치만 보아도 낙태를 처벌하지 않으면 낙태가 만연하게 된다는 우려는 근거가 없는 우려라는 것을 알 수 있습니다.

마무리하겠습니다. 임신과 출산은 여성의 생애사 전반에 강력한 영향을 미칩니다. 그럼에도 그동안 임신과 출산, 그리고 임신중단에 관해서 여성이 가지는 기본권의 헌법적 의미와 중요성은 정확히 평가되지 못하였습니다. 서두에서 말씀드린 것처럼 국제적으로 낙태를 형법으로 규율하는 시대는 끝난 지 오래되었습니다. 국제사회에서 임신중단은 국가의 허용 대상이 아니라 국가에게 요구할 수 있는 권리로서 인정되고 있습니다. 따라서 한국여성이라는 이유로 낙태죄 처벌의 위협을 받을 이유가 없는 것입니다. 이 사건은 '모성을 형사처벌로 강제할 것인가? 그렇지 않으면 헌법상 기본권을 침해하지 않는 방식으로 설득할 것인가?'를 결정하는 중요한 판단이 될 것입니다.

이상으로 모두발언을 마치겠습니다.

재판장

이해관계인 대리인도 10분의 범위 내에서 변론요지서와 제출한 보충서면을 위주로 말씀해 주시기 바랍니다.

이해관계인 법무부장관 대리인 정부법무공단 담당변호사 정상수

예, 파워포인트 사용으로 자리에 앉아서 변론하겠습니다.

지금부터 이해관계인 법무부장관 측 모두진술을 시작하겠습니다.

본 구두변론에서는 우선 이 사건의 개요 및 본 사안의 논의의 핵심이 무엇인지를 말씀드리겠습니다. 그 다음으로 낙태를 처벌하는 형법규정의 위헌성 및 임신 12주 이하의 태아에 대한 보호가치를 말씀드리겠습니다. 마지막으로 낙태 시술한 의사를 가중처벌하는 형법규정의 위헌성 여부에 대해서 말씀드리며 모두진술을 마무리하고자 합니다.

이 사건은 산부인과 전문의인 청구인이 2013년 11월 1일부터 2015년 7월 3일까지 총

69회에 걸쳐 낙태 시술을 하여 재판을 받던 중 이 사건 법률조항에 대한 위헌법률심판제청신청을 하였으나, 당해법원으로부터 해당 신청을 기각당한 후 헌법재판소에 헌법소원심판을 청구한 사건입니다. 이 사건 법률조항은 보시는 바와 같습니다. 청구인은 주위적으로 이 사건 법률조항들이 임부의 자기결정권 및 직업의 자유 등을 과도하게 침해하여 위헌이라고 주장하고 있고, 예비적으로는 낙태죄의 대상에 임신 12주 이하의 태아까지 포함하는 한 위헌이라는 취지 즉, 한정위헌을 구하는 취지로 주장합니다.

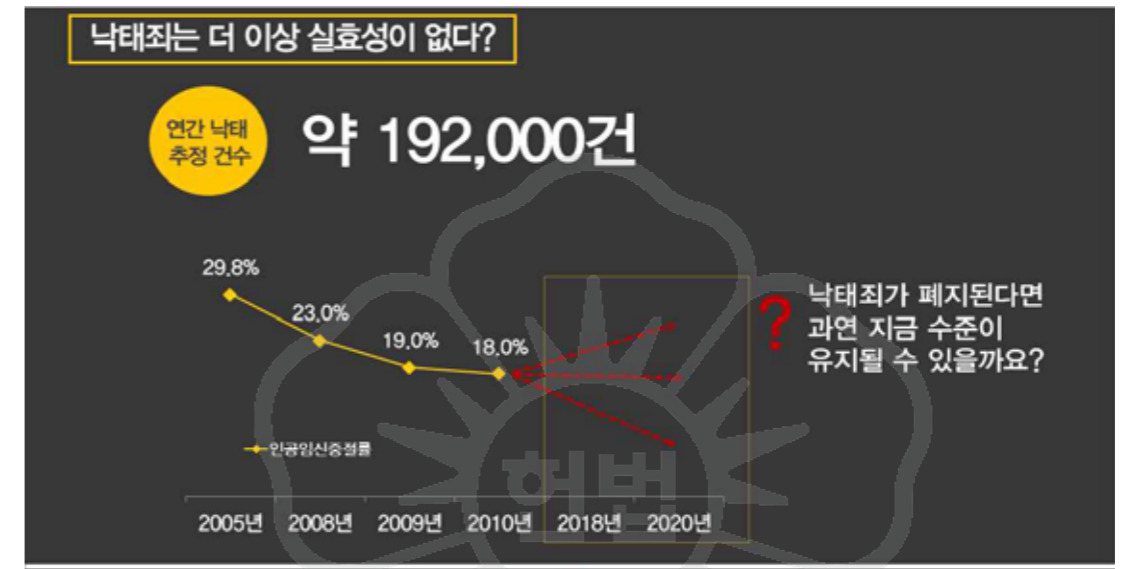
이 사건 쟁점 중 중요한 것은 두 가지입니다. 첫째는 낙태에 대한 형사처벌 혹은 이에 대한 현행법 체계로서, 원칙적 금지와 예외적 허용이라는 낙태 관련 법체계 그 자체를 위헌이라고 볼 수 있는지 여부이고, 둘째는 태아의 발달단계에 따라 보호의 정도를 달리할지 여부입니다. 이와 관련하여 태아의 생명권과 임부의 자기결정권 등 다양한 논점과 여러 시각에서 사회적 논의가 활발히 이루어지고 있습니다. 다만, 이러한 논의를 이어가기에 앞서 명확히 해야 할 점은 바로 법률의 위헌 여부가 문제 되는 이 사건에 있어서 낙태를 금지함으로써 발생하는 부정적 효과를 근거로 태아의 생명권을 보호하는 낙태죄 규정의 위헌성을 추단할 수는 없다는 것입니다.

낙태죄가 보호하고 있는 법익은 바로 태아의 생명권입니다. 헌법재판소는 지난 몇 차례 결정을 통해 태아의 생명권을 인정하였고, 특히 모든 태아가 동일한 생명권의 주체로서 보호받아야 한다는 취지로 판시한 바 있습니다. 생명권은 그 특성상 권리의 제한이 곧 완전한 박탈을 의미하게 됩니다. 따라서 생명권의 제한 논의는 신중하게 이루어져야 된다고 생각합니다.

우리 헌법은 제10조를 통해 국가의 기본권 보호의무를 천명하고 있습니다. 앞서 말씀드린 바와 같이 국가가 보호해야 할 기본권에 태아의 생명권 역시 포함된다고 보는 것은 당연하다고 할 것입니다. 그리고 낙태죄 규정은 이러한 국가의 기본권 보호의무를 입법화한 것으로 볼 수 있습니다. 따라서 낙태죄 규정이 위헌 무효로 폐지된다면 이는 태아의 생명권에 대해 아무런 보호조치도 없는 상태를 유발하므로 또 다른 위헌적 상황이 초래되고 말 것입니다.

낙태를 금지하는 법률은 다른 여러 나라의 입법례에서도 쉽게 찾아볼 수 있습니다. 물론 예외조항에 따른 낙태의 허용범위가 차이 날 수 있지만, 여기서 주목할 점은 독일을 포함한 다른 여러 나라에서도 낙태에 대해 원칙적 금지, 예외적 허용이라는 법체계를 채택하고 있다는 점입니다. 즉, 우리나라가 채택하고 있는 낙태죄에 대한 법체계가 특별하

지는 않다는 것입니다. 앞서 본 다른 나라처럼 우리나라도 낙태를 원칙적으로 처벌하나, 모자보건법에서 그 예외사유를 인정하고 있습니다. 또한 이외에도 형법규정에 따른 위법성조각사유 등을 통해 구체적 사안에 따라 낙태가 처벌되지 않는 경우도 얼마든지 존재할 수 있습니다.



일각에서는 현행 낙태죄가 더 이상 실효성이 없다는 주장을 하고 있습니다. 통계자료를 보면 2011년 기준으로 연간 낙태 추정 건수는 약 192,000건에 달하며, 2005년 30%에 육박하던 낙태율은 2010년에는 18%까지 하락하는 것을 볼 수 있습니다. 따라서 실효성에 대한 주장은 결코 타당하다고 볼 수 없으며, 낙태죄가 폐지될 경우 향후 낙태율의 추세가 과연 어느 수준으로 유지될 지는 쉽게 추단하기 어렵습니다.

지금까지 생명권의 중요성, 생명권에 대한 국가의 보호의무 등을 말씀드렸습니다. 이와 같은 점들을 종합적으로 고려해 보면, 낙태를 원칙적으로 금지하는 것 그 자체가 위헌인지는 매우 신중히 검토되어야 될 문제라고 생각합니다.

청구인은 예비적 주장을 통해 적어도 임신 12주 이하의 태아에 대해서는 낙태를 허용해야 한다고 말합니다. 그렇다면 과연 12주 이하의 태아, 나아가 태아의 발달 단계에 따라 특정 단계 미만인 태아를 기본권 보호범위에서 제외시킨다는 것이 과연 정당하다고 볼 수 있는지에 대해서 말씀드리고자 합니다.

/ 태아의 발달과정



보시다시피 임신 8주만 되어도 태아에게는 사람의 중요 장기가 형성되고, 그 외형에서도 다른 동물과 구별되는 인간만의 고유한 특징이 뚜렷하게 나타납니다. 그리고 12주가 되면 모든 감각기관이 생기고 양수를 삼키거나 뱉는 등의 활동까지 하게 되며, 16주가 되면 엄마의 목소리를 들을 수 있습니다. 그리고 최근 의학기술 발전으로 인해 24주 미만의 태아도 생존확률이 나날이 높아지고 있는 상황입니다.

한편, 이와 같은 발달단계는 교과서적인 표준이므로 태아마다 구체적 차이는 존재할 것입니다. 즉, 똑같은 12주라도 A태아와 B태아의 구체적 성장정도는 개별적으로 다를 수밖에 없다는 것입니다. 따라서 이와 같은 사안과 더불어 생명의 특징인 연속성을 고려한다면 일련의 생명 발달과정에서 위 화살표와 같이 어느 한 시점을 선택해서 보호범위에서 배제하는 것은 불가능하다고 할 것입니다.

우리 헌법재판소도 2012년의 결정에서 이와 같은 판시를 한 바 있습니다. 즉, 태아의 독자적 생존능력은 낙태 허용여부의 판단기준이 될 수 없고, 태아의 성장상태와 관계없이 모든 태아는 생명권의 주체가 된다는 것입니다. 독일 연방헌법재판소도 태아의 생명권을 우선시하는 결정의 내린 바 있고, 태아의 생명권을 보호하는 것은 국가의 의무라는 점을 지적한 바 있습니다. 특히 독일 연방헌법재판소는 태아에 대한 헌법상의 보호는 전체 임신기간을 망라하여야 한다고 하여 태아의 성장단계별 보호가 불가함을 천명한 바 있습니다.

예외적으로 낙태를 허용하는 사유에 관하여는 우리 사회 내부에서 다양한 의견들이 표출되고 있습니다. 확대가 필요하다는 의견과 확대가 필요하지 않다는 의견이 있으며, 구체적으로는 배우자의 동의요건, 우생학적 사유, 윤리적 사유, 사회·경제적 사유에 대해 여러 사회적 논의가 있습니다.

어떤 행위를 범죄로 규정하고 이에 대해서 어떠한 형벌을 과할지는 원칙적으로 입법재량의 문제일 것입니다. 특히 본 사안에서 청구인 측에서 주장하고 있는 낙태 허용사유에 대한 논의들은 모자보건법 개정 등을 통해 지금과 같은 법체계 내에서도 충분히 수용 가능합니다. 따라서 낙태에 대한 법체계 그 자체는 입법재량의 영역으로서 쉽게 위헌이라 단정할 수는 없을 것입니다. 낙태의 허용범위 문제는 미혼모에 대한 사회적 인식변화, 성교육 및 피임에 대한 인식, 의학 및 생명공학의 발달, 여권 신장 등 여러 가지 사회현실 및 관련 논의들과 결부되는 것으로서, 경우에 따라 낙태의 허용범위는 늘어날 수도 또는 줄어들 수도 있습니다. 따라서 낙태에 관한 사항은 충분한 사회적 합의를 거쳐 신중히 결정해야 될 문제라 할 것입니다.

이 사건 법률조항 중 의사의 업무상낙태죄에 대해서 말씀드리도록 하겠습니다. 히포크라테스의 선서에서 알 수 있듯이 의사 업무의 본질은 생명보호이며 그 생명에는 태아도 포함됩니다. 이와 같이 인간의 생명보호를 사명으로 하는 의사의 낙태행위는 결코 정당화 될 수 없습니다. 이러한 점을 고려할 때 의사에 대한 낙태죄조항은 헌법에 위반된다고 볼 수 없습니다.

지금까지 이 사건 법률조항의 위헌여부에 대해서 말씀드렸습니다. 무엇보다도 저희가 이 자리에서 드리고 싶은 말씀은 낙태죄에 대해서 개선이 필요하다는 문제와 그것이 헌법에 위반되어서 위헌으로 선언해야 한다는 것과는 구별되어야 된다는 것입니다. 태아는 자기 자신을 지킬 힘도 없을뿐더러 우리를 향해 어떠한 목소리도 낼 수 없는 굉장히 나약한 존재입니다. 태아는 단지 자신의 심장소리로서 자신이 살아있음을 증명할 따름입니다. 오늘 이 논의가 낙태 논의의 끝이 아닌 더욱 올바른 방향을 위한 시작으로서의 의미를 가져야 할 것입니다.

이상으로 모두진술을 마치겠습니다.

감사합니다.

재판장

지금부터 재판부에서 대리인들께 질문을 하겠습니다. 먼저 주심재판관께서 질문하고 뒤 이어 다른 재판관께서 질문하겠습니다.

재판관 조용호

양측 대리인들의 모두진술 잘 들었습니다.

낙태를 허용할 것인지 여부 또한 낙태죄가 위헌인지 여부는 헌법이나 형법상의 쟁점 외에 종교적, 철학적, 윤리적으로 많은 논의 또는 고민이 필요한 사안인 것 같습니다. 그래서 이 자리에서 양측 대리인들과 그와 같은 고민을 논의해 보자는 차원에서 몇 가지 질문을 드리겠습니다.

먼저 청구인 대리인들께 질문드리겠습니다.

이 사건에서 논의하는 임신은 대체로 성인남녀 사이의 자유로운 성관계에 따른 결과라고 볼 수 있습니다. 그리고 성관계를 하는 경우 임신의 가능성이 있다는 것은 누구나 상식적으로 알 수 있는 사항입니다. 특히 요즘은 각종 피임도구나 피임약을 손쉽게 구할 수 있고, 또 긴급한 경우에는 의사의 처방에 따라 사후피임약도 복용할 수 있습니다. 이와 같은 상황에서 태아의 생명을 보호하기 위하여 낙태를 금지하는 것이 과연 임부에게 지나치게 가혹한 것인지 의문이 제기될 수 있습니다. 이에 대해서는 어떻게 생각하십니까?

청구인 대리인 법무법인 덕수 담당변호사 박수진

여성과 남성간의 성교를 봄에 있어서 가부장제 사회 안에서의 권력관계나 맥락을 고려할 필요가 있습니다. 저희가 의견서에서도 밝혔지만 현재 100% 완벽한 피임방법은 존재하지 않고 가장 많이 사용하는 콘돔 같은 경우에는 실패율이 13.9%에 달합니다. 또한 피임을 실천하는데 있어서도 성별에 따른 차등적인 결과가 나타나고 있습니다.

그래서 가부장제 안에서의 권력관계나 맥락을 고려할 때 성인 간의 자의에 의한 성교라는 이유만으로 임부가 이후의 임신에 대한 책임을 져야한다고 단순하게 볼 수는 없습니다. 그리고 성교의 다른 주체인 한국의 평균적인 남성의 경우, '여성이 성교 이후 임신 가능성을 인식해야 한다'고 말할 수 있을 정도로 남성 본인의 책임을 다했다고 기대할 상황은 아니라는 것이 저희의 입장입니다.

청구인 대리인 변호사 강남석

추가적으로 말씀드리겠습니다.

이 사건 자체에서 보는 낙태 행위들에 대해서 이해관계인 측에서 말한 바와 같이 56건 정도가 되어 있는 사항입니다. 그 사항들을 보면 성행위 자체는 자유롭게 했습니다. 그렇지만 임신, 출산을 위한 성행위보다는 그 이외의 성행위가 있었고, 그런 임부들이 모자보건법에서는 우생학적 이유에 대해서만 예외적으로 위법성조각사유로 삼고 있습니다. 그러나 질염약이나 감기약과 같은 약을 복용했던 사례들, 담배를 피웠던 사례들, 술을 과음했던 사례들에서 의학적으로 과연 태아가 정상적으로 태어날 수 있을지, 정신적으로 육체적으로 건강할 수 있을지에 대해서 우려가 많았고, 이 사건의 청구인은 그런 우려에 대해서 의사로서는 문제가 없으리라 장담할 수 없었기 때문에 위 사례들의 환자들에게 그런 위험성을 안더라도 애를 낳을 것인지에 대해서 물어봤으나 그 환자들은 대부분 낙태를 원하여 이를 감행할 수밖에 없었습니다.

또한 경제적 사유에 의한 낙태를 보자면, 이미 자녀가 5명이나 있는데 또 임신한 경우와 같이 가난하고 애를 키울 여력이 없어 낙태하는 사례들이 많이 보여집니다. 그런 상황에서 청구인은 과연 임부들이 낙태를 하지 않을 수 있는지에 대해서는 의사로서 고민할 수밖에 없었고, 결국 낙태시술행위를 할 수 밖에 없었다는 점을 말씀드립니다.

재판관 조용호

우리 헌법 전문에는 국민들로 하여금 자유와 권리에 따르는 책임과 의무를 다하게 하도록 규정하고 있습니다. 따라서 일반적으로 사랑하는 사람들끼리 서로 원하여 한 성관계의 결과로 임신을 하게 되면 그에 대한 책임을 져야 되는 것이 원칙일 것 같은데, 그 점에 대해서는 어떻게 생각하십니까?

청구인 대리인 변호사 류민희

낙태를 형법에서 범죄화하는 것은, 이를 자유로운 의사를 가진 두 성인 간의 문제로 보는 근대의 산물이 아니라, 여성이 올바른 결정을 할 수 없다고 판단하고 여성의 삶에서의 자기결정권을 인정하지 않았던 19세기의 유산입니다. 이때에는 여성들은 공적으로 참정권도 없었고 사적으로는 혼인 이후에 재산처분권, 독자적 친권도 없는 시대였으므로 19세기에 시작되었던 낙태의 원칙적 범죄화는 오늘날 유지될 수 없는 구습이고 현대 의료기술과도 맞지 않는다고 할 것입니다. 낙태의 범죄화로 인해서 원치 않는 임신을 계속 지속하

는 것은 여성에게는 인권 침해이고 가혹한 일이라고 볼 수 있습니다.

재판관 조용호

낙태로 훼손된 태아는 생명이 될 기회를 영원히 잃게 되고 이는 돌이킬 수 없습니다. 그렇다면 입법자가 여성의 자기결정권보다 태아의 생명권에 보다 중점을 두어서 원칙적으로 낙태를 금지하고, 임부의 생명·건강의 보호를 위해 필요한 경우 등 불가피한 경우에 한해서 예외적으로 낙태를 허용한 것이 잘못되었다고 볼 수 있을까요? 그 점에 대해서는 어떻게 생각하십니까?

청구인 대리인 변호사 최현정

일단 분명히 하고 싶은 지점은 여성이 낙태를 결정하는 것이 무책임한 결정이 아니라는 점입니다. 어느 남성이 성관계를 하면서 이 성관계가 임신으로 이어질 수 있고, 내가 인지하지 못하는 자녀의 출산으로 이어질 수 있다는 점까지 염두에 두는지 묻고 싶습니다. 그러나 여성은 임신이라는 사건이 자신의 몸에서 일어나기 때문에 항상 그러한 고민을 몸에 담고 있습니다. 최근의 실태조사결과를 봐도 임신 경험이 없는 여성들도 94% 이상이 성관계를 할 때는 항상 임신의 걱정을 한다고 응답한 결과가 있습니다.

그리고 낙태 시 태아의 생명을 잃는 돌이킬 수 없는 결과에 대해서 말씀을 하셨는데, 이 부분에 대해서 좀 지적을 하고 싶습니다. 2018년도에 나온 여성들의 경험에 기반한 최근의 실태조사결과에 의하면, 조사대상 여성들 중에 500여명이 임신을 지속하기로 결정하였는데 그중에 절반이상이 임신 지속을 위하여 자신의 일과 학업과 꿈을 포기했다고 응답을 했습니다. 그러면 낙태를 포기한 여성의 인생에 나타난, 이러한 돌이킬 수 없는 결과에 대해서는 지금 누가 고민하고 있는지 묻고 싶습니다.

그리고 태아 생명에 대해서도 한 가지 명확하게 하고 싶은 내용이 있습니다.

지금 질문들은 태아가 온전한 인간과 마찬가지로의 생명권의 주체인 것으로 전제하고 있는 것 같습니다. 그리고 실제로 2012년 헌법재판소의 합헌결정에서도 태아가 생명권의 주체임을 전제로 하여 판단을 하였습니다. 그러나 사실 우리 법체계에서는 태아를 생명권의 주체라고 보기가 어렵습니다. 형법이나 민법은 물론 법원의 해석에서도 사람과 태아를 구분하고 있습니다.

청구인 대리인 변호사 김광재

추가적으로 답변 드리겠습니다.

지금 이 문제는 태아의 생명권과 임부의 자기결정권에 대한 충돌사안인데, 우리가 임부의 자기결정권을 기본권으로 인정하는 이상 기본권 충돌이 된다고 했을 때는 규범조화적 해석으로 하는 게 마땅하다고 생각합니다.

그런데 지금 현행법은 규범조화적 해석이 아니라 태아의 생명권을 인정한다는 전제하에서 태아의 생명권의 일방적인 우위를 인정하고, 임부의 자기결정권을 일방적으로 희생하는 이익형량의 방식을 취하고 있는데, 이로 인하여 임부의 자기결정권은 헌법교과서에서 나올 뿐 실제로는 결정권이 거의 없는 것처럼 되었습니다. 실제로 우리 모자보건법에 나와 있는 대표적인 낙태 허용 사유가 강간이나 준강간에 의해 임신된 경우인데, 이런 것들은 강요된 선택일 뿐입니다. 저희 청구인 측에서도 최소한 임신 12주 이내 정도에서는 태아의 생명권보다 임부의 자기결정권을 존중해 주고, 그 12주를 넘어 특히 24주 이상 되면 태아에게 독자적 생존 가능성이 있으니까 이때는 임부의 자기결정권보다 태아의 생명권을 우선하는 것과 같이 규범조화적으로 해석하는 방식을 주장하는 바입니다.

재판관 조용호

그 점에 대해서는 뒤에 다시 말씀드리겠습니다.

낙태를 합법화한다면 일부 국민의 어떤 집단양심은 무디어질 수밖에 없고, 우리 사회의 생명 경시현상은 더욱 심화될 것으로 보이는데, 그 점에 대해서는 어떻게 생각하십니까?

청구인 대리인 법무법인 지향 담당변호사 김수정

낙태를 합법화했을 때 그런 결과가 초래된다는 주장은 임신한 여성이 낙태를 결정할 때 자기의 전 생애를 걸친 신중한 고민 끝에 판단한다는 점을 고려하지 않은 주장으로 생각됩니다.

임부가 낙태를 결정할 때는 단순히 '아이를 낳기 싫다'는 차원의 문제가 아니라, 아이를 양육할 수 있을 것인지, 내가 이 아이를 낳았을 때 그 아이가 과연 정상적으로 이 사회에서 성장할 수 있을지, 그리고 나 자신의 인생은 어떻게 될 지에 대한 신중하고도 심각한 고려를 통해서, 두 사람의 삶을 고민한 끝에 '이 아이를 낳았을 때에는 두 사람의 삶에 특별한 희생이 요구될 수 밖에 없겠구나'라는 판단이 섰을 때 낙태를 합니다.

이러한 고민은 임부가 자기 몸에 있는 태아에 대한 것이기 때문에 하게 되는 것이지, 낙태죄가 있냐 없냐에 따라서 고민 여부가 달라진다고 보지는 않습니다. 앞서 모두진술에서도 말씀드렸듯이 세계 각국의 사례를 보면, 낙태가 허용되는 나라에서 오히려 낙태가 더 작은 퍼센티지로 나타나고 있습니다.

재판관 조용호

낙태사유의 대부분을 차지하는 사회·경제적 사유로는 미혼, 경제적 부담, 사회활동의 지장 등이 거론되고 있습니다. 그런데 이러한 사유들은 그 바탕이 되는 사회 구조적인 문제들, 예를 들자면 미혼모에 대한 지원 부족, 부정적인 사회적 인식, 열악한 보육 여건, 또 직장 및 가정에서의 성차별적이거나 가부장적인 문화와 같은 것을 먼저 해결하는 것이 근본적인 해결책이라고 보이는데, 이 점에 대해서는 어떻게 생각하십니까?

청구인 대리인 법무법인 지향 담당변호사 김수정

재판관님께서 말씀하신 부분에 전적으로 동의합니다. 임부가 낙태를 하는 경우에 그것을 법적으로 처벌할 것이 아니라 그런 사회적 보장 제도를 도입해서 임부가 출산을 선택할 수 있도록 설득해야 된다는 것이 바로 저희의 입장이고, 그렇게 설득하지 않고 형벌로서 출산을 강제하는 것은 임부의 자기결정권, 건강권 등 각종 권리를 침해하는 극단적인 방법이라고 주장하는 것입니다.

재판관 조용호

반복되는 질문일 수도 있습니다만, 낙태죄 폐지를 주장하는 여성들은 '내 몸은 내가 결정한다(My body, My choice)'라는 슬로건으로 시위를 하고 있습니다. 여성이 삭발이나 성형수술을 하는 것은 그의 자유일 것이고, 내 몸을 내 마음대로 할 수 있다는 주장도 옳습니다. 하지만 태아는 여성의 몸이 아닙니다. 태아는 장래 독립적인 자기결정권을 가진 존재이기 때문에 그 생명을 박탈하는 결정을 하는 것이 과연 여성의 권리라고 할 수 있을까요? 그 점에 대해서는 어떻게 생각하십니까?

청구인 대리인 법무법인 지향 담당변호사 김수정

여성이 낙태를 선택하는 과정도 살펴봐 주시기 바랍니다. 우리 헌법재판소 판례에도 나

은 것처럼 청구인 측은 우리 법제에서도 낙태 시에 태아의 발달과정에 따라 태아의 생명에 대한 보호정도나 보호방법을 달리할 수 있다고 판단을 하고 있습니다.

임부가 낙태를 선택할 때도 그런 부담을 최소화할 수 있는 상태에서 낙태를 선택하는 것이지 '태아의 생명을 침해하겠다. 내 삶이 우선이기 때문에 낙태를 선택하겠다'라는 식의 선택을 하는 것은 아닙니다. 국가에서 태아의 생명을 보호해야 된다고 하는 취지는 충분히 이해하지만, 헌법재판소의 여러 판례들을 참고하여 보면 현행 법체계에서도 태아의 발달단계에 따라 충분히 조치들을 달리할 수 있기 때문에 여성의 삶이 근본적으로 침해되는 방식의 규제는 하지 않아야 된다는 주장입니다.

재판관 조용호

통계에 따르면 전체 임신 중 사산 또는 자연유산으로 임신이 종결되는 경우는 대략 10% 내외인 것으로 보입니다. 그렇다면 자연 상태에서는 적어도 착상된 태아의 90% 가까이 사람이 태어날 수 있다는 것인데, 이처럼 태아는 특별한 사정이 없는 한 사람으로 태어날 것이 예정된 존재일 것입니다. 과연 생명권의 보호와 관련해서 임신 중인 태아와 출생한 사람이 청구인 대리인들 주장처럼 그렇게 근본적인 차이가 있는지 의문이 들 수가 있습니다.

즉, 생명의 연속적인 발달과정에서 볼 때 이 임신 중인 태아와 출생한 사람 간의 차이는 단지 시간의 차이에 불과하다고도 볼 수 있는데, 양자 간에 생명권의 보호정도를 달리 하는 것이 타당하다고 생각하십니까?

청구인 대리인 변호사 김광재

태아의 특수성을 좀 고려를 해 주셨으면 좋겠습니다. 변론요지에서 밝힌 것처럼 불완전한 생명으로서 태아의 특수성, 그러니까 태아는 생명의 연장선상에 있어 곧 사람으로 출생할 수 있는 생명입니다. 그러나 한편으로 보면 태아는 생명의 유지와 성장을 전적으로 모체에 의존하는 불완전한 생명체입니다. 그렇다보니 미국이나 영국에서도 독자적 생존능력이 있는 시기, 그러니까 모체에서 나왔을 때 태아가 생존할 수 있을 시기인 임신 24주 정도부터 보호단계를 달리하고 있습니다. 그러니까 태아가 생명의 연장선 상에 있는 것은 분명하지만 불완전한 생명으로서 태아의 특수성을 생각하면 임신 초기단계, 그러니까 독자적 생존능력이 없을 때는 엄마의 모체에 종속되어 있는 생명체로 보고, 태아가 밖

으로 배출되어서 나오거나 독자적으로 살아날 수 있는 때에는 하나의 독자적 인격체로 존중을 하는 방식입니다. 이처럼 태아의 독자적 생존 능력을 가지고 판단하는 게 태아의 생명권과 임부의 자기결정권을 적절하게 조화할 수 있는 방법이라고 생각하고 있습니다.

청구인 대리인 법무법인 덕수 담당변호사 박수진

부연해서 말씀드리자면, 현재 난임 치료를 위한 보조생식 과정에서 선택적인 유산이 낙태와 동일한 행위임에도 불구하고 합법적으로 이루어지고 있습니다. 이러한 점에 비추어 보더라도 태아를 헌법상 기본권의 주체라거나 인간과 동일한 정도 또는 보다 상위의 기본권으로 보호할 필요가 있는 주체로 인정하기는 조금 어렵고, 태아의 생명을 둘러싼 기본규범 자체는 굉장히 선별적이고 선택적으로 작동하고 있다고 보아야 할 것입니다.

재판관 조용호

특히 임신 초기의 태아와 임신 말기의 태아는 착상 후 출생 전의 태아라는 점에 있어서는 본질적인 차이가 없는데, 전자에 대해서만 낙태를 허용하는 것도 지나치게 인위적인 것은 아닐까요? 예컨대 임신 12주를 기준으로 해서 낙태 허용 여부를 달리한다면 임신 12주의 태아와 임신 13주의 태아 사이에 생명의 보호정도가 달라지게 되는데, 두 태아 사이에 생명의 보호정도를 달리해야 될 정도의 근본적인 차이가 있다고 생각하십니까?

청구인 대리인 법무법인 지향 담당변호사 김수정

그 부분에 대하여는 저희가 변호사이고 법조인이므로 근본적인 생명에 대한 질문에 답변하기 어려운 부분이 있습니다. 법적으로 어느 시점부터 생명이라고 판단할 수 있는지에 대해서 말씀드리자면, 미국의 연방대법원 판례에서는 태아가 언제부터 생명인지 여부에 대해서 법원이 답변할 의무는 없다고 판시한 바 있다는 점을 말씀드리고 싶습니다.

다만, 짧은 지식으로는 앞서 법무부에서 보여준 태아의 발달단계 사진에서는 처음부터 끝까지 태아의 크기가 거의 같은 것처럼 나타났으나, 실제로는 그렇지 않고 임신 말기가 되면 여성의 자궁이 천배가 늘어난다고 합니다. 임신 초기의 태아와 천배가 늘어난 자궁 속에 들어있는 태아의 상태는 다르다고 볼 수 있고 임신 말기로 갈수록 사람으로 될 가능성은 많다고 보여집니다.

여러 가지 그런 차이들 때문에 임부에게 훨씬 부담이 적은 시기가 임신 초기라고 생각

이 되고, 임부에게 부담이 가장 적은 시기에 낙태를 허용하는 것이 여성의 결정권에도 부합하고 태아의 생명보호에도 부합한다는 생각입니다. 낙태가 임신 말기에 행해질수록 태아의 생명도 문제지만 임부의 생명에도 커다란 부담을 주는 것이고, 낙태는 임부에게 정신적으로도 커다란 부담을 주는 것이기 때문에 모두의 부담을 줄일 수 있는 시기가 임신 초기라고 볼 수 있어 세계적으로도 그와 같이 입법을 하고 있는 것으로 알고 있습니다.

재판관 조용호

청구인 대리인들께서는 낙태가 광범위하게 이루어지고 있지만 처벌되는 사례는 극히 드물다고 하셨습니다. 그것이 사실이라면 우리나라에서는 낙태가 규범적으로는 금지되어 있지만 현실적으로는 여성들이 낙태의 자유를 상당 부분 누리고 있는 것으로도 볼 수가 있습니다. 이처럼 자기낙태죄 조항으로 인한 기본권 침해의 정도가 아주 심한 것은 아니라고 볼 수도 있을 것 같은데, 그 점에 대해서는 어떻게 생각하십니까?

청구인 대리인 변호사 류민희

저희가 형법의 규범적 권위를 모두 알고 있지 않습니까? 어떤 행위가 범죄로 규정되면, 그 적용이 사문화되어 있고 예외가 있다고 하더라도 그 행위는 범죄가 되므로 행위자에게는 대단히 큰 낙인이 되며, 이는 법의 표현적 효과라고 할 수 있습니다. 그리고 냉각효과가 정말 큰 문제인데, 범죄화된 행위에 대해서는 그 경험을 공유하고 그에 관하여 사회적 대화를 하기가 상당히 어렵습니다. 재생산 관련 여성 경험이 비가시화되고, 특히 의료교육에서도 낙태 교육이 배제되고 주변화되기 때문에 낙태를 할 때 위험한 시술의 가능성이 높아집니다. 사실 산과 의료에서 초기 낙태는 가장 흔한 의료시술일 수도 있는데, 형법에서 범죄화되면서 이 간단한 의료행위 자체에도 낙인이 찍히고 있습니다.

재판관 조용호

청구인 대리인들께서는 형법상 자기낙태죄 조항이 사실상 사문화되어서 실효성이 없다고 말씀하시는 것 같습니다. 그렇지만 통계수치로는 그동안 우리 사회에서 낙태 시술 건수가 지속적으로 감소해오고 있는 것으로 보입니다. 이것은 물론 피임의 증가나, 남아선호사상의 약화, 경제사정의 개선 등 여러 가지 요인이 복합적으로 작용한 결과라고 볼 수도 있지만 다른 한편으로는 형법에서 낙태를 금지하고 또 처벌하고 있는 점도 중요한 요

인이 되었다고 볼 수 있을 것 같은데, 그 점에 대해서는 어떻게 생각하십니까?

청구인 대리인 변호사 차혜령

낙태율을 결정하는 요인이 무엇인지에 대해서는 굉장히 다양한 접근을 할 수가 있습니다. 말씀하신 피임방법의 보급이라든지 아니면 전반적인 출산율의 저하도 사실은 낙태율의 저하하고도 연결시킬 수 있는데, 지금 명확히 드러나는 것은 낙태의 허용범위와 낙태율 사이에 직접적인 상관관계가 없다는 것이며 이는 전 세계의 낙태정책과 입법을 비교한 유엔 경제사회국 인권분과에서 최근 지속해서 제출하고 있는 보고서의 내용입니다. 그래서 낙태죄의 존재가 낙태율을 낮추고 있거나 적어도 낙태를 억제하고 있다는 가정은 확인된 바가 없는 가정으로 생각이 됩니다.

청구인 대리인 변호사 강남석

추가적으로 한 말씀 더 드리겠습니다.

그 조문 자체가 사문화되어 있지만 실질적으로 처벌되거나 형사상으로 발각되는 사례에는 적지 않은 문제점들이 발생하는 실정입니다. 예를 들어 헤어진 남녀관계에서 남자가 여자를 상대로 낙태죄로 고발한다든지, 의사와 병원장 간 싸움에서 의사가 낙태를 했다고 고발하는 경우에 수사기관으로서는 낙태죄가 명문으로 법률에 규정이 되어 있기 때문에 어쩔 수 없이 수사를 해야 되고, 낙태죄로 처벌을 해야 되는 입장입니다. 그런 점들을 보면 과연 사문화되었다 해도 이것이 좋은 방향으로 흘러가는 것보다는 이를 악용하는 사례들이 많이 노정되어 있기 때문에 법적으로 어떤 결단이 필요한 시점이라는 생각이 듭니다.

청구인 대리인 변호사 차혜령

한 가지만 더 부연해서 말씀드리자면, 재판관님께서 앞서 “낙태 추정건수가 17만 건 내지는 30만 건이 된 것으로 보면 한국여성들이 충분히 낙태의 자유를 누리고 있는 것이 아니냐.”라고 말씀하셨습니다. 그런데 청구인은 이 사건 심판대상조항으로 제한되는 기본권으로서 자기결정권뿐만이 아니라 건강권, 그리고 모성보호를 받을 권리도 제한되는 기본권으로서 제시하였고, 침해된다고 주장하고 있습니다.

임신과 태아의 성장은 총 40주까지 임신기간 중 임신주수에 따라서 시간적으로 계속

변화하기 때문에 인공임신중절 수술을 어느 시점에 받느냐가 여성의 건강에 직결되지만, 낙태의 원칙적인 금지가 한국의 기본적인 법제이기 때문에 덜 위험한 시기에, 그리고 안전한 수술이 가능한 의료기관에서 단순히 교과서나 이론적으로만 배운 것이 아니라 의료인 수련과정에서 낙태시술을 학습하여 숙련된 의료인에 의해서 인공임신중절 수술을 받을 기회가 박탈되기 때문에 그것이 건강권 침해의 결과를 낳는다고 주장하는 것입니다.

그래서 임신, 출산에 관한 자기결정권의 측면뿐만 아니라 여성의 건강권의 관점에서 본다면 낙태 건수로만 봐서 낙태 추정 건수가 높다는 이유만으로 낙태죄의 원칙적 금지조항이 규범력을 완전히 상실하였다고 보기는 어렵다고 생각합니다.

재판관 조용호

낙태죄의 폐지가 반드시 여성의 이익으로 이어질 수 있는 것도 아닐 것 같습니다. 낙태가 합법화되면 남성이 더 무책임해질 수도 있을 것 같은데, 예를 들자면 여성은 아이를 낳고 싶은데 남성이 낙태하자고 자꾸 강요할 수도 있을 것 같습니다. 이 점에 대해서는 어떻게 생각하십니까?

청구인 대리인 변호사 류민희

사실 낙태의 비범죄화가 반드시 여성과 남성의 재생산권을 보호하는 결과로 이어지는 않았습니. 일례를 들면 중국 같은 경우 이제 낙태가 자유화되었지만 그것이 사실 인구제한 정책의 차원이었고, 개인의 권리에 기반한 것은 아니었습니다. 하지만 그 개인이 재생산권에 기반해서 자유롭게 평등하게 결정을 하기 위해서 비범죄화는 최소한의 조건이라고 볼 수 있습니다.

재판관 조용호

청구취지와 관련해서 대리인들께 질문 드리겠습니다.

청구인 주장은 낙태를 처벌하는 것 자체가 위헌이라는 것입니까? 아니면 ‘낙태를 처벌하는 것 자체는 위헌이라고 할 수 없지만, 임신초기의 낙태나 사회·경제적 사유로 인한 낙태를 처벌의 예외로 규정하지 않은 것이 위헌’이라는 것입니까? 즉, 낙태의 완전한 폐지를 주장하는 것인지 아니면 낙태죄의 규제완화를 주장하시는 것인지 그 점을 밝혀주시지요.

청구인 대리인 변호사 김광재

청구취지에서 일단은 낙태죄에 대해서 위헌이라고 주장을 했는데, 지금 현실적으로 낙태죄를 전면 폐지하는 것은 과급력이라든가 여러 가지를 고려할 때 상당히 위험부담이 크다고 생각합니다. 저희들이 낙태죄 조항을 위헌이라고 주장하였지만, 12주 이내 낙태라든가 사회적·경제적 사유에 의한 낙태 정도는 허용해야 되지 않느냐는 한정위헌 취지가 저희 청구취지에서 더 설득력 있는 부분이라고 생각합니다.

재판관 조용호

청구인 대리인들께서는 주위적 청구취지하고 예비적 청구취지를 주장하셨는데, 그런 취지라면 예비적 청구취지는 주위적 청구취지의 양적 일부에 불과할 수도 있을 것 같습니다. 그 점에 대해서는 어떻게 생각하십니까?

청구인 대리인 변호사 강남석

예, 저희가 청구취지 자체를 주위적 부분과 예비적 부분으로 나눈 바 있습니다. 주위적 청구취지에 예비적 청구 부분도 포함될 여지가 있지만, 예비적 청구취지 부분에 더 중점을 두고 청구이유를 작성했습니다.

재판관 조용호

그러면 주위적 청구취지와 예비적 청구취지를 모두 그대로 유지하시겠다는 말씀이십니까?

청구인 대리인 변호사 김광재

혹시라도 헌법불합치 결정이 났을 경우에는 주위적 청구취지가 유지되는 게 바람직하고, 한정위헌결정을 해주시면 예비적 취지로 가는 것이라서 저희들은 일단 주위적 청구와 예비적 청구를 둘 다 유지하겠습니다.

재판관 조용호

알겠습니다.

청구인 대리인들이 최초로 제출한 헌법소원심판청구서에는 “형법상 낙태죄의 객체인 태아를 착상시설에 따라 판단하는 것은 타당하지 않고, 의학상 개념을 보태어 판단해 보면 낙태죄의 객체는 수정으로부터 9주가 지난 태아기를 의미한다.”고 하면서 “수정으로부터 8주까지의 배아기에 있는 태아는 기본권을 인정할 수 없다.”고 주장했습니다. 그런데 그 이후 청구인 측에서 제출한 변론요지서 등은 그 내용에 수정 후 12주 이야기가 나오는 등 위 주장과 다소 부합하지 않는데, 수정 후 8주 내지는 9주 등과 관련된 위 주장을 계속 유지하십니까?

청구인 대리인 변호사 강남석

저희가 그 부분을 청구서에서 최초에 주장했을 때에는 법적인 부분이라기보다 의학 논문자료로서 인용을 하였던 것인데, 이후 저희 대리인들이 논의해 본 결과 외국 사례에 비추어 보면 12주 정도까지도 인정되는 사례들이 보다 일반적이라 생각되었기에 기존 주장을 확장해서 12주까지로 넓혔습니다.

재판관 조용호

그럼 이 주장은 정리해 주시지요.

청구인 대리인 변호사 강남석

예, 12주로 정리하겠습니다.

재판관 조용호

다음은 이해관계인 대리인에게 몇 가지 질문드리겠습니다.

앞선 변론에서 청구인 측은 어떠한 피임도 완벽하지 않다고 주장하고 있습니다. 또 실제로 보건복지부 조사에 의하면 인공임신중절을 경험한 여성 중 임신 당시 피임을 하지 않거나 못한 비율이 전체 응답자의 62.2%, 피임을 했으나 실패한 비율이 37.8%로서 피임 실패 비율이 상당히 높게 나타나고 있습니다.

이처럼 피임의 실패 가능성이 상당한 상황에서 낙태죄 조항은 피임에 실패해서 임신된 경우에도 아이를 그대로 출산하라고 강제하는 것과 다를 바가 없는데, 이건 너무 가혹하지 않을까요?

또한 개인의 사정에 따라서는 출산과 양육이 임부에게 가혹한 경우들이 있을 것 같습니다. 예를 들자면 미성년자가 임신을 했다거나, 별거 또는 이혼소송 상태에서 법적인 남편의 아이를 임신했음을 뒤늦게 알았거나, 또 교제하던 남성과 헤어진 후에 임신한 사실을 알게 된 상황과 같은 경우인데, 이와 같은 경우에 낙태를 전혀 허용하지 않는 것은 해당 여성에게 지나치게 가혹한 처사는 아닐까요?

이러한 점에 대해서는 어떻게 생각하십니까?

이해관계인 법무부장관 대리인 정부법무공단 담당변호사 서규영

개별 사안을 놓고 볼 때에는 지나쳐 보이는 사안도 있다고 생각합니다만, 규범적으로는 어쩔 수 없는 것 아닌가 싶은 생각이 듭니다. 현재 우리 낙태에 대한 법 제도는 형법에서 원칙적으로 낙태를 금지하고 모자보건법에서 일정 사유에 한하여 이를 허용하는 것인데, 지금 재판관님께서 말씀하시는 그런 사유들은 아마 사회·경제적 사유에 해당될 것으로 보이거나 모자보건법은 현재 이를 낙태 허용사유로 규정하고 있지 않습니다.

사회·경제적 사유에 의한 낙태도 허용할 것인지의 여부는 우리 낙태제도에서 매우 근본적인 문제이고, 그에 대해서 어떤 입법적인 필요성이 있지 않은가 하는 생각은 들지만 아주 구체적 사안에서의 낙태 허용 여부에 대해서는 제가 의견을 말씀드리기 어렵습니다.

마지막으로 한 말씀 드리면, 앞서 재판관님께서 말씀하신 개별 여성들의 구체적인 사례가 그 여성의 인생 전체를 놓고 봤을 때 정말 심각한 문제라는 점에는 저도 동의합니다만, 지금 이 건 ‘낙태죄가 위헌이나’ 여부를 논하는 이 자리에서 특정 사례에 너무 깊이 들어가 논의하기는 조금 어려워 보입니다. 이상입니다.

재판관 조용호

한국여성정책연구원의 2018년 조사에 따르면 임신경험자 중에서 실제 낙태를 시도해서 경험한 경우가 40% 가까이 이른다고 합니다. 이처럼 낙태는 한국사회의 여성들에게는 상당히 일반화된 경험이라고 볼 수 있는데, 과연 국가가 그렇게 많은 여성들을 낙태죄로 형사처벌함으로써 전과자가 될 위협으로 몰아넣는 것이 근본적으로 합당한 지 의문이 있을 수 있습니다. 그 점에 대해서는 어떻게 생각하십니까?

이해관계인 법무부장관 대리인 정부법무공단 담당변호사 서규영

저 개인은 형사정책적으로 봤을 때에 그런 의문이 든다는 것을 인정합니다. 그래서 이후에 낙태죄의 현행 규정 방식인 형법에서의 원칙적 금지, 모자보건법에서의 예외적 허용이라는 체제와 관련해서 낙태의 허용사유의 범위는 입법적으로 재검토할 여지가 있다고 생각합니다.

그런데 현실적으로 낙태가 많이 이루어짐에도 불구하고 실제로 처벌되는 사례가 적다는 점만 가지고 ‘그러니 낙태죄 조항에 위헌성이 있다’고 이야기하기는 어렵습니다. 우리나라 인공 임신중절률은 2000년대 들어와서 감소하고 있는데, 지금 명확하게 확인할 수는 없습니다만 낙태죄 처벌의 위하적 효과가 인공 임신중절률의 감소에 아무 효과도 내지 못한 것은 아니고 크진 않더라도 일정 정도 효과가 있었다는 생각입니다.

재판관 조용호

임신은 남녀 간의 상호작용으로 이루어지지만 남성의 경우에는 임신과 출산의 부담이 없는 반면에, 여성은 낙태가 아니면 임신과 출산의 부담에서 벗어날 수 없습니다. 그럼에도 불구하고 자기낙태죄 조항은 남성은 처벌하지 않고 여성만 처벌하고 있는데, 이것은 어떻게 보면 여성한테 지나치게 가혹한 성차별적 효과를 가져온다고도 볼 수 있을 것 같습니다. 이 점에 대해서는 어떻게 생각하십니까?

이해관계인 법무부장관 대리인 정부법무공단 담당변호사 서규영

물론 그렇게 보이는 측면은 있다고 생각을 합니다. 그런데 본시 임신이라는 것에 주어진 조건이 그러하기 때문에 결과적으로 그렇게 나타나는 것이라고 봅니다.

적절한 비유인지 모르겠지만, 병역의무를 이야기할 때 일부 남성들이 지금 낙태죄에서 여성들이 하시는 그런 하소연이랄까, 지금 재판관님 말씀하신 그런 문제를 제기하기도 합니다. 그러나 이는 남녀의 신체조건이 달라서 법도 다르게 제정되는 것일 뿐, 그것이 정말 심각한 차별이라고 보기는 어렵다고 생각합니다.

재판관 조용호

앞서 청구인 측 대리인들한테 질문한 사항이기도 합니다만, 남성이 양육책임을 지지 않는 구조를 바꾸는 않은 채 낙태죄를 폐지하거나 낙태 허용범위를 넓히는 것은 오히려 여성의 자기결정권을 높이는 것이 아니라 더 위협으로 내몰게 될 것으로 보입니다. 그래서

구체적 대안으로써 정부 내지는 법무부 쪽에서는 미혼부의 양육책임을 법제화할 움직임 같은 것은 없습니까?

이해관계인 법무부장관 대리인 정부법무공단 담당변호사 서규영

아직 입법정책적으로 그런 것을 구체적인 추진하고 있다는 이야기는 듣지 못했습니다.

재판관 조용호

그럼 그와 관련해서 다시 하나 여쭙보겠습니다.

지난 3월에 유엔 여성차별철폐위원회에서는 한국 정부에 낙태죄 폐지 권고를 했습니다. 그러나 정부에서는 사회적 논란과 합의가 아직 안 났다는 이유로 이를 수용하지 않았습니 다. 그리고 또 다른 이해관계인 측인 여성가족부 측에서는 엇그제 '낙태죄 폐지를 찬성 한다'라고 주장하는 의견서를 제출한 것으로 알고 있습니다. 또한 이해관계인 대리인께서 보충서면에서 '현재 정부에서는 낙태의 허용범위를 어디까지 늘릴 것인지에 관해서 관계부처와 각계 전문가들이 참여한 태스크 포스를 구성하여 운영 중에 있다'고 하셨습니다.

그럼 현재 정부에서 낙태의 허용범위와 관련해서 어떠한 논의를 진행하고 있는지, 또 인공임신중절 실태조사나 낙태 관련 보완대책을 어떻게 추진하고 있는지, 그것에 대해서 아시는 바가 있습니까?

이해관계인 법무부장관 대리인 정부법무공단 담당변호사 서규영

지금 말씀하시는 대목에 대해서는 저도 재판관님께서 질문하신 그런 정도로만 알고 있어 질문하신 것에 대해서 제가 답변할 준비는 되어 있지 않습니다. 지금 질문하신 부분에 대해서는 정리하여 제출하도록 하겠습니다.

재판관 조용호

예, 혹시 법무부에서 나오신 대리인은 답변할 수 있습니까?

이해관계인 법무부장관 대리인 법무부 국가송무과 검사 최성수

추후 자료를 제출하도록 하겠습니다.

재판장

우리 헌법재판소의 낙태 및 태아와 관련된 결정에서 의견의 차이가 극명하게 드러난 부분은 태아를 생명권의 주체라고 인정을 할 것인지, 아니면 국가의 보호의무의 대상이라고 볼 것인지에 관한 것입니다.

지금 쌍방이 주장하는 기본 전제를 보면, 청구인 측은 태아가 생명권의 주체가 아니라는 입장에 있는 것 같고, 이해관계인 측은 그 반대인 것 같습니다.

그럼 청구인 측은 출산 바로 직전 단계에 이르기까지도 태아가 생명권의 주체가 될 수 없다는 입장인가요?

청구인 대리인 변호사 최현정

일단은 그렇습니다. 태아는 인간이 생명권의 주체인 것과 다른 위치에 있다는 전제에서 말씀을 드리는 것이고, 출생 후에 비로소 사람으로 보고 사람으로서의 권리를 인정하더라도 태아의 생명보호의무에 위반되는 것이 아니라는 주장을 하는 것입니다.

재판장

'태아는 모체에 의해서 생명의 근원이 공급받지 않는 한 생명을 유지할 수 없다'라는 생물학적 전제에서 그렇게 주장하시는 것인가요?

청구인 대리인 변호사 최현정

예, 그렇습니다.

생물학적인 근거뿐만 아니라 우리의 법체계가 이미 사람과 태아를 구분하고 있고, 사회적으로도 그러하다는 것입니다. 또한 법원의 해석도 그동안 그러했다는 전제 하에서 주장을 하는 것입니다.

재판장

임신한 분들은 병원에 가서 진단을 받은 후 초음파 사진을 찍곤 하는데, 요즘에는 초음파 동영상 파일을 가족들과 같이 보기도 합니다. 그 과정에서 태아의 심장박동도 볼 수가 있습니다.

즉, 규범적으로 태아를 어떻게 볼 것인지와 별개로 우리는 사실적인 측면에서 태아의 그런 모습을 볼 수 있는데, 태아가 생명권의 주체가 될 수 없다고 말할 수 있을까요?

청구인 대리인 법무법인 지향 담당변호사 김수정

저희가 말씀드리는 것은 태아의 생명이라는 것은 헌법상 기본권으로서 인간의 기본권으로서의 생명권이 없다는 것이지, 태아의 생명이 소중하지 않다거나 보호하지 말아야 될 것이라고 말씀드리는 것은 아닙니다. 방금 말씀하신 것처럼 저도 그런 과정을 거쳐서 아이를 둘 낳았습니다만, 임신 초기에 병원에 가서 초음파로 심장소리를 듣고 태아의 움직임을 봤던 여성이 낙태를 결정하기까지의 그 과정에 집중해 주시고, 그 과정을 외면하지 말아주십사 말씀드리는 것입니다.

그동안의 논의에서는 “여성이 낙태를 결정하기까지 태아의 생명을 가장 가까이에서 가장 고민해왔던 그 여성의 입장이 배제되어 있었다”라고 주장하는 것입니다. 또한 과거 2012년 헌법재판소 낙태죄 판결의 소수의견에서도 “여성이 가장 고민하는 주체다”라고 한 바가 있으며, 소장님께서도 인사청문회에서 그러한 말씀을 하신 것으로 제가 기억을 하고 있습니다.

그런 부분 때문에 여성들이야말로 자신이 처한 상황에서 낳는 것보다는 낙태를 하는 것이 태아와 본인에게 가장 현명한 선택인지 판단을 할 수 있다는 것이고, 어느 시기에 아이를 임신하고, 출산하고, 낳는 것이 아이와 여성에게 가장 좋은 것인지에 대해서 선택할 수 있는 권리를 여성에게 인정해 주어야 한다고 주장하는 것입니다.

청구인 대리인 변호사 김광재

태아의 생명권을 임신 초기부터 인정하는 나라로는 독일이 거의 유일합니다. 유럽인권재판소 등은 태아를 아예 사람으로 보지 않습니다. 그런데 독일에서는 착상 직후인 임신 초기부터 태아를 생명권의 주체로 보지만, 그런 독일마저도 12주까지의 낙태는 허용하고 있습니다. 세계적으로 임신 전 기간에 걸쳐 태아의 생명권의 주체성을 인정한 나라는 거의 유일하게 독일 뿐인데, 그 독일마저도 12주까지는 임부의 자기결정권을 허용을 하고 있다는 말씀을 드리고 싶습니다.

청구인 대리인 법무법인 지향 담당변호사 김수정

생명권의 주체로 보는 경우에도 생명의 발달과정에서 그 보호 정도나 수단을 달리 볼 수 있다는 헌법재판소의 판례도 있고, 또 발달 정도에 따라서 비교형량 할 수 있는 것이라는 게 학계의 학설이기도 합니다. 그런 부분도 좀 고려하여 주시면 감사하겠습니다.

청구인 대리인 변호사 강남석

우리가 지금 배아기와 태아기를 의학계에서 하듯 구분할 필요가 있습니다.

형법상 태아로 보는 시기는 착상설로 보지만, 의학계에서는 착상 단계를 배아기로 보고 배아기 단계에서 중요한 장기 형성이 되어야 비로소 태아가 되는 것으로 봅니다. 즉, 8주 이상이 되면 재판관님 말씀하셨듯이 심장이 보이고 심장이 뛰는 소리가 들리지만, 그 이전은 의사들도 태아가 아닌 배아기 단계로 본다는 것입니다.

헌법재판소도 초기 배아에 대해서는 기본권 주체성을 인정할 수 없다고 결정을 한 사례가 있습니다. 따라서 저는 배아기 단계와 태아기 단계를 구분해서 배아기 단계에도 헌법상 생명권과 국가보호 의무를 인정해야 되는지에 대해서는 고민할 필요가 있다고 생각합니다.

청구인 대리인 변호사 차혜령

재판소장님께서 처음에 말씀하실 때 규범적인 판단과 별개로 태아의 생명이라는 사실에 대해서 말씀을 하셨습니다. 그리고 앞서 주심재판관님께서도 여러 의학, 신학, 도덕, 윤리학적인 그런 의견들에 대해서 언급을 하셨습니다.

그러나 헌법재판소는 규범적인 판단을 하는 기관입니다. 심정적으로는 ‘낙태는 가혹하지 않은가’ 내지는 ‘어떻게 태아가 생명이라는 사실을 부인할 수 있는가’라는 생각이 들 수 있습니다. 저 또한 그렇게 생각합니다. 그렇지만 규범적으로 어떻게 판단할 것인가는 이와 별개의 문제이고, 다른 국가의 헌법재판기관이나 지역 인권재판소에서도 ‘생명과 관련된 윤리, 종교, 자연과학적인 컨센서스는 있을 수 없기 때문에 그 부분에 대해서는 판단하지 않는다’며 규범적 판단으로 나아가고 있습니다.

그리고 앞서 2012년 이 동일 심판대상조항에 대한 합헌결정에서 법정의견과 반대의견 중 법정의견은 태아를 생명권의 주체로 보고 반대의견은 태아의 생명을 국가의 보호의무의 대상으로 보았다라고 구분하셨는데, 저희는 반대의견이 타당하다고 생각합니다. 2012년 합헌결정의 법정의견의 가장 큰 모순은, 한편으로는 태아를 성장단계와 무관하게 “태

아의 생명을 보호하는 이유는 인간으로 될 예정 생명체이기 때문에 성장상태와 관계없이 생명권의 주체로서 보호받아야 한다"라고 판시하면서, 다른 한편으로는 모자보건법에서 태아의 생명을 박탈하는 사유에 대하여는 "성장단계와 무관하게 우생학적 사유가 있거나 아니면 전염성 질환이 있거나 다른 사유가 있을 경우는 그 경우에는 태아의 생명을 박탈해야 된다"며 과잉금지원칙에 위배되지 않는다고 판단한 점에 있습니다. 저희는 2012년 헌법재판소의 합헌결정의 법정의견에서 성장상태와 관계없이 태아를 생명권의 주체로 상정하면서 동시에 모자보건법상의 태아의 생명 박탈 사유가 허용된다고 본 것이 논리모순이라고 생각합니다.

그리고 태아의 생명이 이제 쟁점이 되었기 때문에 한 가지만 덧붙여 말씀드리자면, 앞서 주심재판관님께서 태아가 배태된 이후에 한 10% 정도는 자연유산된다고 말씀을 하셨고, 저희가 확인한 건강보험청구 수가산정 결과에 의해서도 한 3% 정도는 자연유산되는 것으로 나타납니다. 퍼센티지는 서로 다르지만 임신했다고 해서 당연히 출산의 결과로 이어지는 것은 아니라는 것입니다. 저희는 그 비율이 2012년 헌법재판소 합헌결정에서 말하는 특별한 사정에 해당한다고 보고 있습니다. 특별한 사정이 있어야만 태아는 탄생하고 출생하여서 인간으로서의 지위를 누리게 되는 것입니다. 그리고 2012년 헌법재판소의 합헌결정의 법정의견이 전제하고 있는 "태아는 특별한 사정이 없는 한 출생하여 인간이 된다"에서의 '특별한 사정'이란 많은 조건과 상황, 요건들이 갖추어져야지 충족될 수 있는 것이라고 생각합니다.

재판장

이해관계인은 낙태죄의 합헌을 주장하면서 낙태죄가 형벌로 처벌해야 할 범죄라는 입장입니다. 그러나 현실적으로 낙태가 적게는 10여만 건, 많게는 30여만 건이라고 추정되는데, 이를 알면서도 왜 수사와 처벌을 하지 않습니까?

이해관계인 법무부장관 대리인 정부법무공단 담당변호사 서규영

기본적으로는 수사기관으로서는 낙태 사실을 알기가 어렵습니다. 낙태를 일부러 고소·고발하는 경우가 많은 것도 아니기 때문입니다. 낙태한 사실을 악의적으로 고발하는 경우가 있다는 것을 청구인들 쪽에서 말씀하셨는데, 그런 식으로 드러나 수사기관이 알 수 있는 경우에만 수사를 하게 되므로 수사와 처벌이 적은 것입니다. 물론 "자, 그러면 어떤

특정한 산부인과를 한번 급습해 가지고 조사 한번 해 봐라"라고 생각할 수도 있겠지만, 이는 과잉수사라는 비판에 직면할 가능성이 있습니다.

재판장

그러니까 처벌하지 못하는 가장 중요한 이유는 수사기관이 낙태사실을 알기 어렵기 때문이라는 것인가요?

이해관계인 법무부장관 대리인 정부법무공단 담당변호사 서규영

현실적으로는 그렇다고 생각합니다. 그것이 쉽게 드러나는 범죄라면 지금과 같지 않을 겁니다.

추가로 제가 드렸던 말씀은 수사기관이 적극적으로 찾아나서야 되지 않느냐 하는 부분인데, 낙태죄의 성격이나 죄질을 봤을 때 그렇게까지 해야 되는 범죄는 아닌 것으로 이해하다 보니 결과적으로는 극소수만 실제로 수사되고 처벌되는 결과를 낳은 것이 아닌가 싶습니다.

재판장

수사기관도 그와 같이 생각하고 실제로 단속에 대한 의지, 수사에 대한 의지가 상당히 결여되어 있는 상황이라는 말씀이신데, 그렇다면 낙태죄를 형사범죄로서 처벌할 때에 특별예방적 효과는 있을지 몰라도 일반예방적 효과는 없음을 인정하는 것 아니겠습니까?

이해관계인 법무부장관 대리인 정부법무공단 담당변호사 서규영

예, 지금 낙태죄를 처벌하고 있으나, 이를 형사정책적으로 접근하면 재판장님 말씀하신 그런 측면도 있다고 생각합니다.

재판장

그런 상황에서 낙태죄를 굳이 형벌로 처벌할 이유는 무엇인가요?

이해관계인 법무부장관 대리인 정부법무공단 담당변호사 서규영

여전히 우리사회에서 낙태죄를 처벌하는 제도적 취지는 태아의 생명권을 보호하려는

데에 있고, 그런 측면에서 낙태죄의 처벌은 여전히 필요합니다. 그러면 앞으로 입법자가 낙태죄를 어떻게 할 것인가, 어떻게 변화시킬 것인가 하는 부분에서는 지금 재판장님께서 말씀하신 그런 요소들이 충분히 고려되어야 된다고 저는 생각하고 있습니다.

재판장

앞서 이해관계인 측 대리인도 답변 중에 낙태를 허용할 것인지, 또 허용할 범위는 어떻게 될 것인지 등과 관련하여 사회적 합의가 필요하다는 취지의 주장을 했습니다. 그런데 낙태죄가 사회에서 문제가 되어 재판소에 온 것이 벌써 10여 년 전의 일이고 이것이 사회적으로 이슈화된 것이 한두 번이 아닌데, 그동안 사회적 합의가 이루어지지도 않았고 시도도 별로 되고 있지 않은 상황입니다. 앞서 주심재판관님이 그와 관련된 질문을 하었을 때에도 대리인이 “지금 알 수가 없다”고 답변할 정도입니다. 그러면 어떤 방법으로 사회적 합의가 이루어져야 이에 관한 결론을 낼 수 있을까요?

이해관계인 법무부장관 대리인 정부법무공단 담당변호사 서규영

우선 그 점에 대해서는 저도 아쉽게 생각합니다. 물론 이 사건 법률의 주무부처는 법무부이지만, 제 생각에는 국민을 대변하는 국회에서 더 적극적으로 이 문제에 대해서 어떠한 개선입법을 할 것인지를 심각하게 논의해야 할 것 같습니다.

재판장

예, 쌍방 대리인에 대해서는 이 정도로 질문을 마치겠습니다.

(참고인 진술 별지와 같음)

재판장

이제 쌍방 대리인에게 마무리 발언할 기회를 드리겠습니다. 쌍방 대리인은 5분의 범위 내에서 마무리 변론을 하시기 바랍니다.

청구인 대리인 법무법인 지향 담당변호사 김수정

김수정 변호사입니다.

마무리 발언을 하기 전에 한 가지만 말씀드리겠습니다. 앞서 법무부 측에서도 이야기하였고 방금 정현미 교수님께서도 말씀하신 것처럼 ‘처벌조항은 합헌이고 모자보건법 조항의 허용사유를 늘리는 방식으로 해야 된다’는 주장은 낙태죄를 폐지하는 것과 결론적으로 같아질 수는 있지만, 지금과 같이 낙태가 사실상 전면적으로 허용되지 않고 금지되어 있는 상태에서는 형법조항에 대한 위헌 결정 없이 현재 상황이 개선되지 않을 것이라고 생각합니다. 이 점에 대해서 살펴봐 주시기 바랍니다.

오늘 나와서 진술하신 법무부의 의견은 기존에 법무부가 서면으로 제출했던 의견과 약간 다르다고 느껴지지만, 낙태 문제를 헌법재판소가 판단하지 말고 향후의 입법이나 사회 변동 상황에 맡겨야 한다는 본질적인 부분에서는 큰 차이가 없어 보여 법무부가 제출한 의견서를 기반으로 최후 변론을 간단히 하도록 하겠습니다.

법무부는 자유로운 성행위의 책임 운운하면서 낙태죄 폐지에 찬성하는 여성을 성행위를 즐길 뿐 책임지지 않는 존재로 묘사하고 있고, 또 일각에서는 문란한 여성이라거나 생명 경시를 하는 여성이라고 하고 있습니다.

그러나 출산이 강요되는 우리 사회 현실은 어떻습니까? 준비된 임신의 경우에도 여성은 임신했다는 사실로 해고되는 경우가 빈번하고, 경력단절, 과로로 인한 유산의 위험 등 차별적 현실에 노출됩니다. 미혼모의 임신은 어떻습니까? 미성년자의 임신은 어떻습니까? 임신, 출산, 양육 모든 과정에서 온갖 비난과 사회적 차별을 감내해야 하며, 영아유기, 영아살해에 노출되기도 하고, 출산한 자녀를 입양보내야 하는 등의 재앙적 미래를 감당해야 합니다.

불가피하게 낙태를 선택하는 여성은 또 어떻습니까? 합법적인 의료서비스의 도움을 받지 못해 불법시술을 받다 목숨을 잃기도 하고, 낙태 시술 후에도 제대로 치료를 받지 못해 각종 질환에 시달리는 등 낙태를 해도 출산을 해도 모든 고통을 감당해야 하는 현실입니다.

자유로운 성관계의 또 다른 주체인 남성은 어떻습니까? 무엇을 감당하고 있습니까? 여성이 출산한 경우 동등하게 아이를 양육하고 있습니까? 미혼부의 4.7%만이 양육비를 지급하고 있는 현실은 어떻습니까? 낙태한 경우 낙태로 인한 처벌을 함께 받습니까? 낙태로 상한 여성의 신체와 정신이 치유될 수 있도록 함께 하고 있습니까?

국가는 또 무엇을 하고 있습니까? 미혼모에 대한 차별이 없어지도록 했습니까? 미혼모 등이 아이를 양육할 수 있는 충분한 재원을 지원했습니까? 임신한 여성, 출산한 여성이 계속 공부를 하거나 노동을 할 수 있는 충분한 사회적 여건을 조성했습니까? 한국사회에서 여성은 출산조차도 선택하지 못했습니다. 여전히 딸을 임신했다는 이유로 낙태를 강요당하고 있고, 남자 파트너가 원치 않는다는 등의 이유로, 장애 여성이라는 이유로 낙태를 강요당하고 있습니다. 국가는 태아의 생명이나 임부의 건강을 위해서가 아니라 인구 조절을 위해 낙태를 조절해 왔습니다. 임신의 유지든 낙태든 여성은 스스로 이를 통제하지 못하는 사회구조 속에서 이중, 삼중으로 고통을 받아왔습니다.

법무부는 의견서에서 '임신과 출산은 가히 기적이다'라고 표현하였습니다. 이와 같은 한국사회 현실에서 여성의 임신과 출산이 과연 생명의 탄생이라는 이유만으로 기적이고 찬양될 수 있는 것입니까? 여성이 스스로의 결정에 따라 임신과 출산을 통제하지 못하는 한 어쩌면 그것은 기적이라기보다는 천형이라고 해야 할 것입니다. 재앙적 미래를 감당해야만 하는 임신과 출산이라면 그것을 어찌 기적이라고 부를 수 있겠습니까?

이진성 헌법재판소 소장님께서도 말씀하셨다시피 태아의 생명권에 가장 큰 관심을 가지는 사람은 바로 임신한 여성이며, 그 임신한 여성이 어쩔 수 없는 사정으로 낙태를 선택하는 경우 이러한 선택을 태아의 생명과 충돌하는 가치로만 보는 대결구도는 이제 넘어서야 합니다. 진정 태아의 생명을 존중하고자 한다면 낙태한 여성을 처벌하는 것이 아니라 임신한 여성이 출산을 선택할 수 있도록 권리보장적 법과 제도를 구축해야 하며, 불가피하게 낙태를 선택할 수밖에 없는 경우에는 양질의 의료서비스를 제공받을 수 있도록 해야 합니다.

낙태죄의 존재는 태아의 생명을 보호하고자 하는 목적을 달성하기는커녕 여성에게 원치 않는 임신의 유지와 출산을 강요하여 출산과 양육으로 인한 극심한 차별과 모든 희생을 감당하게 했습니다. 임신과 출산에서 여성이 스스로를 통제 못하는 한, 성평등한 사회의 구현은 불가능합니다. 입법을 기대해 온 세월이 너무 오래입니다. 미국 등 세계 여러 나라에서 헌법 판단 기관에서 위헌을 선언해서 입법을 선도했습니다. 헌법재판소는 더 이상 이런 위헌적 상황을 외면하여서는 안 됩니다.

지금까지 위헌을 결정한 많은 예에서 그랬듯이 정연한 헌법적 논리로 위헌을 선언하여 주시기를 바랍니다.

감사합니다.

청구인 대리인 변호사 강남석

앞서 청구인 측 대리인들이 임부의 자기낙태 부분에 대해 충분한 주장을 했으므로, 저는 임부의 자기낙태를 전제로 하는 의사의 업무상동의낙태 부분에 대해서 간단히 말씀을 올리하고자 합니다.

형사사법상 낙태로 인하여 처벌받은 예를 보면 임부의 낙태 부분은 그 경위에 참작할 사유가 있고, 낙태의 가벌성 문제로 불입건하거나 설사 처벌하더라도 기소유예처분이나 벌금형을 부과하는 경우가 많다고 알고 있습니다. 따라서 낙태로 인하여 더 크게 문제 되는 경우는 본건과 같은 승낙, 촉탁낙태죄의 경우라고 할 것입니다. 이해관계인 측에서는 촉탁, 승낙낙태를 경하게 처벌하는 경우 영리목적 등과 결합하여 전문적, 반복적 낙태시술이 횡행할 것이고, 또한 의사라는 태아의 생명을 보호해야 하는 업무에 종사하는 자가 태아의 생명을 박탈하는 시술을 한다는 점에서 죄질이 불량하다고 주장하고 있습니다.

이와 같은 이해관계인 측의 의견은 의사의 승낙낙태를 엄히 처벌함에 따라 불법적인 낙태가 성행함으로써 발생하는 사회적 폐단이 더 큰 문제일 수 있다는 점을 간과하는 주장입니다. 나아가 불법적이거나 비의료적인 방법에 의한 낙태의 범정형에는 벌금형을 두면서 전문적이고, 의료적 방법에 의한 경우에는 벌금형을 두지 아니한 것은 불합리한 차별이라고 하겠습니까.

또한, 임신기간 중 어느 시기부터 태아로 볼 것인지에 대해 의학적 태아와 법률적 태아의 기준이 달리 해석되고 있는 것으로 알고 있습니다. 이에 따라 의사로서는 태아의 기준이 정확히 정립되지 아니한 상태에서 태아의 생명권과 임부의 건강권, 자기결정권 등을 함께 고려할 수밖에 없으며, 이러한 상황에서 의사에게 일방적인 선택만을 강요하도록 법이 강제할 수는 없다고 보입니다. 더욱이 이해관계인 측에서 자인하는 바와 같이 대검찰청 통계 '10년간 낙태죄 및 업무상 촉탁낙태죄 접수 처리현황'을 보면 다수의 사례에서 징역형의 선고유예를 하고 있습니다. 이해관계인 측은 그 덕에 형의 불균형 문제가 없다고 주장하나, 이는 오히려 법 자체에 형의 불균형을 발생시키는 측면이 있기 때문에 법원이 선고실무상 조정하는 것일 뿐이어서 이러한 사례군 자체가 법의 불균형을 노정한다고 볼 수 있습니다.

결국, 청구인 측 헌법소원심판청구서 및 의견서 내용과 같이 승낙낙태를 일률적으로 금지하고, 이를 일반인에 의한 낙태행위보다 엄히 처벌하는 것은 청구인의 직업선택의 자유

및 평등권 등을 침해한다고 할 것이므로 심판대상 조문에 대해 실질적인 위헌 결정을 해주시기를 간절히 바랍니다.

이상입니다.

재판장

이해관계인 대리인도 마무리 발언을 하여 주시기 바랍니다.

이해관계인 법무부장관 대리인 정부법무공단 담당변호사 서규영

우리 법체계는 형법에서는 원칙적으로 낙태를 금지하고 모자보건법에서는 예외적으로 허용하는 체계입니다. 그리고 그 형벌조항에서는 자기낙태죄 조항과 의사낙태죄 조항을 두고 있습니다. 오늘 이 논의에서 자기낙태죄와 의사낙태죄가 다 등장을 했지만 논의의 중심점은 자기낙태죄에 있고, 저도 오늘 논의의 관건이 거기에 있다고 생각합니다. 그래서 자기낙태죄 중심으로 말씀을 드리겠습니다.

자기낙태죄와 관련하여 오늘 논의에서는 모자보건법이 낙태를 허용하는 사유가 좁다는 논의와 앞으로 이를 어떻게 개선할 지의 논의가 많이 있었습니다. 특히 낙태 허용사유와 관련해서 12주를 중심으로 한 초기 낙태를 허용할 것인지, 사회·경제적 사유를 낙태죄의 허용사유로 도입할 것인지, 사회·경제적 사유를 허용사유로 도입한다면 구체적·개별적으로 어떤 사회·경제적 사유를 허용사유로 삼을 것인지 등의 문제가 있다고 생각하는데, 저는 대리인으로서 그 부분에 대해서 명확한 의견을 밝힐 수는 없습니다만 그에 대한 논의의 필요는 있다고 생각합니다. 그런데 그것은 입법 영역의 문제이고, 국회가 대처해야 할 문제입니다.

그런데 오늘 이 헌법재판소에서 논의할 것은 그런 입법적 논의가 아니고, 현행 원칙적 금지, 예외적 허용하고 있는 이 낙태죄가 우리 헌법에 위반되는지 여부입니다. 그것과 관련하여 핵심적인 논의의 대상은 결국은 태아의 생명권과 임부의 자기결정권이라고 봅니다. 임부의 자기결정권은 현재 판례나 이론상으로 '헌법의 기본권으로서 확립된 것'이라는 생각이 듭니다. 그런데 태아의 생명권은 그것이 헌법적 기본권인가 하는 부분에 대해서 많은 도전을 받고 있는 것 같습니다. 이론적으로 봤을 때 긍정하는 견해도 있지만 부정하는 견해도 있는 듯하고, 오늘 청구인들께서 말씀하시는 걸 들어보면 직접적으로 의견을 말씀하실 때는 아마 그 태아의 생명권이라는 부분을 의식적으로 배제하고 말씀하시는

듯합니다. 질의·토론 과정에서는 이를 부정하는 것이 옳다는 의견도 있었습니다.

우리 헌법재판소는 6년 전에 같은 사건에서 명백하게 태아의 생명권을 인정하였습니다. 물론 태아의 생명권을 인정한다고 해서 그것이 이미 태어난 사람의 생명권과는 위상이 다를 수 있다고 봅니다. 형법에서도 자연인의 생명권을 해치면 살인죄가 되고, 태아의 생명권을 해치면 낙태죄가 되는데, 양자의 범정형은 굉장히 다릅니다.

하지만 태아의 생명권이 임부의 자기결정권보다 쉽게 부정되어서는 안 된다고 생각하고, 6년 전 같은 사건에서 현재의 범정의견이 밝혔듯이 태아의 생명권이 임부의 자기결정권보다는 더 우위의 기본권이고, 태아의 생명권이 보호되어야 된다는 판단이 옳다고 생각합니다.

지난 낙태죄 결정 이후 6년 정도 시간이 흘렀고 사회도 많이 바뀌기는 했지만, 우리 헌법재판소의 결정이 6년 만에 바뀌어야 될 그런 의미 있는 변화가 있었다고 보진 않습니다. 이번 이 사건에서도 저는 현재에서 여전히 이 낙태죄 조항이 합헌이라는 결정을 해주시기를 바랍니다.

감사합니다.

재판장

모두 수고하셨습니다. 이 사건에 대한 변론을 모두 마치고, 선고기일은 추후에 정하여 알려드리겠습니다.

법원사무관	이종건이	종건
재판장 재판관	이진성이	진성



헌 법 재 판 소 참 고 인 진 술 조 서

사 건 2017헌바127 형법 제269조 제1항 등 위헌소원

참고인 성 명 고 경 심
직 업 산부인과 전문의, 인도주의실천의사협의회 이사

재판장

참고인 진술을 듣도록 하겠습니다.

두 분의 참고인 중 우선 청구인 측 참고인인 고경심 이사님의 의견을 먼저 듣도록 하겠습니다.

청구인은 현재 어떤 업무에 재직하십니까?

참고인 고경심

저는 산부인과 전문의로서 인도주의실천의사협의회에서 이사를 맡고 있습니다.

재판장

현재 의사로서 개업 중이십니까?

참고인 고경심

1년 전에 은퇴하였습니다.

재판장

이 사건에 관해서 10분의 범위 내에서 의견을 진술하여 주시기 바랍니다.

참고인 고경심

저는 산부인과 전문의로서 저의 의견을 개진하러 나왔습니다. 지금까지 재판과정을 지켜왔을 때 태아의 생명권과 여성의 자기결정권의 대립으로 논의가 된다는 것에 의문을 느끼고 있습니다. 왜냐하면 태아의 생명권에 대한 해석은 다양할 뿐 아니라, 그런 대립구도는 여성을 마치 태아의 생명을 없애는 가해자의 위치이면서 살인을 하는 주체로 보는 구도이기 때문입니다. 그리고 태아의 생명권은 공익이고, 여성의 자기결정권은 사익이라는 설정에 대해서도 의문을 갖고 있습니다. 오히려 저는 산부인과 전문의로서 새로운 논의구도가 필요하다고 생각합니다.

누구나 다 알고 너무나 당연한 일이지만 임신은 여성의 몸에서 일어나는 사건인데, 이것은 종종 무시되는 것 같습니다. 임신은 여성의 일생 동안 단 한번 일어나는 사건이 아니고 여러 번 일어날 수 있는 사건이고 기회입니다. 그리고 출산까지는 평균 280일, 10개월이라는 긴 기간이 필요합니다. 또한 임신 중에 겪어야 하는 여성들의 신체적 변화, 심리적 불안, 힘들, 그다음에 임신 때문에 생기는 여러 가지 질환들에 노출이 됩니다. 그래서 여성들은 임신과 출산에 매우 신중한 결정을 내립니다. 10개월 동안 신체변화와 심리적 부담, 산과 질환의 위험을 감당해야 되고, 학업 중단, 경력 중단 등의 생활 변화에 대응해야 하며, 또 출산 후 아이 양육 문제를 걱정해야 하기 때문입니다. 따라서 자신의 결혼 상태, 가족과 양육 지지구조에 대한 고려를 해서 매우 신중하게 결정을 합니다.

그리고 산부인과 의사 입장에서 태아는 모체와 분리되어 독립적으로 존재할 수 없고, 여성의 모체가 건강해야 태아의 생명과 건강이 보장된다고 판단합니다. 따라서 논의의 중심이 태아의 생명권이 아니라 여성의 몸, 여성의 건강, 여성의 재생산 건강 그것을 리프로덕티브 헬스(Reproductive Health)라고 하는데요, 그런 입장에서 새로운 논의 구도로 봐야 된다고 생각합니다.

앞서 법무부 측에서 태아는 말이 없다고 하지만 그동안 여성의 목소리도 없었습니다. 왜냐하면 낙태가 범죄화되어 살인으로 낙인찍힘으로써 여성들은 상당히 위축되어 왔고, 소외되어 왔고, 침묵해 왔기 때문입니다. 최근에는 비로소 여성이 목소리를 내고 있는데, 이는 목소리를 낼 수 없는 태아의 입장과 다르지 않다고 생각합니다. 따라서 논의의 구도는 저희 산부인과 또는 의사의 입장에서 안전한 낙태라는 논의로 논의의 중심구도가 바뀌어야 된다고 생각합니다. 특히 여성의 건강과 재생산 건강을 보장해야만 태아의 생명과 건강도 보장할 수 있고, 따라서 안전한 낙태가 필요하다는 입장입니다.

안전한 낙태는 낙태로 인한 사망률이나 유병률이 출산 시의 사망률, 유병률에 비하여 높지 않고, 더 나아가 다음 임신에도 나쁜 영향을 미치지 않는 것으로 정의할 수 있습니다. 그런데 안전한 낙태의 조건은 산부인과 교과에서도 나와 있습니다만, 합법적이고 훈련된 의료인에 의해 임신 초기에 시술이 시행되었을 때에만 가능합니다. 실제 안전한 낙태에 의한 사망률은 10만 명당 1인데, 자연유산의 경우 10만 명당 2, 출산의 경우는 10만 명당 12 정도로 보고 있습니다. 결국 출산으로 인한 사망률에 비해서 안전한 낙태로 인한 사망률이 훨씬 낮음을 알 수 있습니다.

그런데 문제는 임신 주수가 증가할수록 낙태로 인한 위험이 증가한다는 점입니다. 사망률, 합병증, 후유증, 정신건강 트라우마가 증가합니다. 이것을 전문 용어로 타임 디펜딩 리스크(Time Depending Risk)라 합니다. 태아 또는 배아의 생명권 논란보다는 여성의 몸의 건강과 안전성의 입장에서 접근을 한다면 낙태에 대한 초기 접근성 장벽을 없애는 것이 굉장히 중요합니다. 그래서 세계보건기구(WHO)에서는 낙태와 관련된 정책은 여성의 건강과 인권을 보호해야 하며, 안전한 낙태를 시기적절하게 하는 것을 방해하는 절차적 제도적 장벽을 철폐해야 한다고 권고하고 있습니다. 따라서 저는 형법의 낙태죄 조항은 안전한 낙태를 시기적절하게 하는 것을 방해하는 법적 장벽이라고 생각합니다.

여러분들이 실제 낙태가 일어나고 있는 의료 현장에서 어떤 일이 일어나고 있는지 잘 알지 못하는 게 아닌가 생각해서 그 의료 현장에서 실제 발생하는 일을 말씀드리겠습니다.

낙태를 공공연히 시술하는 산부인과는 없습니다. 그러면 낙태를 원하는 여성들은 병원을 찾아 헤매고 그 동안에 시간이 지체되어 임신 주수가 늘어납니다. 겨우 산부인과를 찾았어도 산부인과 의사 앞에서 자기가 왜 낙태를 해야 하는지 절실하게 이유를 소명해야 하고, 수치심이나 자존감 저하를 감내해야 합니다. 경우에 따라서는 남편이나 남자친구, 또는 가족들이 와서 호소하기도 하고 심지어 협박까지 하는 경우도 있었습니다. 저는 개업의를 한 15년 동안 했는데 남자친구가 협박을 해서 경찰을 부른 적도 있었습니다.

인터넷을 이용해서 낙태 약물을 불법적으로 고가에 구입해서 복용하는 사례도 종종 있습니다. 실제 낙태 약물은 상대적으로는 안정성이 입증됐지만 가짜 약이나 잘못된 방법, 잘못된 정보로 부작용이 발생할 가능성이 높아서 여성 건강에 커다란 위험을 초래할 수가 있습니다.

그렇다면 낙태를 시술을 해주는 산부인과에서는 어떤 일이 일어날까요? 비밀유지를 조

건으로 하므로 의사들은 현금거래를 하고 의무기록을 남기지 않습니다. 그러나 배우자나 남자친구의 동의가 필요하므로 그를 데려 오라고 합니다. 그러면 남자친구와 헤어졌거나, 약혼했다가 파혼했거나, 남편과 이혼 중이거나 하는 여성들은 데리고 올 수 없습니다. 그런데 왜 이렇게 하나하면 이들이 추후 형사고발을 할 경우에 대비하기 위함입니다.

낙태의 비용 또한 고가이며, 의료서비스의 비교나 선택도 불가능합니다. 우리나라에서 낙태 시 의료보험수가는 자연유산이나 임신중절 허용사유인 경우 임신 8주 이내는 8만원, 8주에서 12주는 10만원입니다. 그리고 본인 부담률이 30%이니 보험 적용이 될 경우 임부는 약 2~3만 원을 내면 낙태시술을 받을 수 있습니다. 그런데 산부인과에서 실제 보험 적용을 받지 못한 채 낙태를 하려면 임부는 최소한 50만 원 또는 그보다 더 높은 금액을 부담해야 됩니다.

그리고 낙태에는 엄연히 존재하는 성차별이 있습니다. '배우자 동의' 조항 때문에 남성은 처벌을 받거나 책임을 지지 않으면서도 낙태결정권을 행사합니다. 심지어 마음에 안 들면 형사고발하는 경우도 있습니다.

또한 문제가 되는 것은 경제적 접근성 장벽입니다. 이는 특히 사회적 약자에게 차별적인데, 청소년은 임신 사실을 부모에게 알리기조차 두려워하고, 자신의 몸에 대한 자각력이 없는 정신지체 여성이나 몇 십만 원이 될 큰 병원비를 감당할 수 없는 경제 취약계층의 여성들에게도 접근성 장벽이 됩니다. 이들이 고민하는 동안 임신 주수는 늘어나고 여성 건강상의 위험은 올라갑니다.

또 보건의료제도의 측면에서는 이러한 낙태 음성화로 인하여 산부인과에서 낙태 시술시 발생하는 합병증이나 부작용이 보고되지 않아 낙태와 관련된 제대로 된 정보의 확인이 어려워지는 문제도 발생합니다. 앞서 낙태율이 감소되었다고 말씀하셨으나, 사실 제대로 된 통계가 없으니까 그것이 정확한 정보라고 할 수는 없습니다. 그리고 낙태 관련 조사나 평가, 관리감독체계가 없어서 정부가 관리감독할 수도 없고, 의료인도 자정 노력을 할 수가 없습니다. 그래서 의료사각지대에 놓여있습니다.

그리고 보다 심각한 것은 산부인과 전공의 수련과정이나 전문의 연수과정에 낙태시술 가이드라인, 임상 매뉴얼이 없습니다. 그 결과 의사가 산부인과 전문의 자격을 취득하더라도 낙태 관련 훈련을 받은 경험이 없기 때문에 임부가 개업의에게서 낙태 시술을 받더라도 의료사고가 발생할 가능성이 높습니다. 또한 낙태가 불법화되어 있기 때문에 낙태에 대한 공론도 일어날 수 없고 낙태 방지 교육도 할 수 없을 뿐만 아니라 낙태 후 돌봄과

정, 낙태 후 교육 등의 제도적 장치도 마련할 수 없습니다.

그리고 오늘날 보조생식기술이 굉장히 발달해 있습니다. 생식세포나 수정란, 배아를 채취해서 여성의 몸 밖으로 이동하여 냉동보관도 하고, 처리를 하거나 폐기하기도 합니다. 난자를 여성의 몸 밖으로 꺼내어 시험관에서 정자와 체외수정을 시킨 후 그 배아를 - 여기서의 배아는 이미 다 포배기를 거쳐서 여러 가지 기관이 형성되기 시작한 배아를 말합니다 - 다시 자궁에 착상하는 그러한 보조생식기술을 현재 사용하고 있습니다.

그런데 대개 다수의 배아를 착상시켜야 임신율이 올라가므로 3개 정도까지 - 2015년부터는 3개 이하로 제한하도록 규정했습니다만 그 이전에는 4개, 5개를 자궁에 착상시켰습니다 - 착상시킵니다. 그렇게 되면 삼태아 이상의 임신은 위험도가 높기 때문에 선택유산을 합니다. 이는 임신 상태의 자궁을 초음파로 보면서 기구로 태아를 흡입하여 실제 심장이 뛰고 살아있는 태아를 유산시키는 그런 시술입니다.

2014년도 데이터를 봤을 때 체외수정은 6만 건, 배아생성은 28만 건을 합니다. 시험관에서 하죠. 그런데 28만 건의 배아 중 실제 임신에 이용된 것은 9만 9천 건입니다. 그러면 18만개의 배아는 보관이 되었다가 5년 후에는 폐기하도록 되어 있습니다. 그러면 이 배아는 생명이 아닌가요? 태아의 생명권을 긍정하는 주장대로라면 이 배아도 수정이 되어서 심장이 뛰고 있는데도 생명이 아닌가요? 더군다나 이것은 난임부부시술비지원사업으로 정부에서 2015년도에는 896억 원이 지원되고 있고, 2016년도부터는 난임부부의 소득과 상관없이 지원을 해서 50%를 정부가 지원하고 있습니다. 따라서 이 생식세포나 수정란, 배아에 대하여 현대의학이 굉장히 많이 개입을 하고 있는 현재 상황에서, 지금의 형사법은 상당히 시대착오적이라고 할 수가 있습니다.

그래서 과연 형법의 낙태죄 존재가 생명경시 풍조를 예방하는가? 그렇다고 낙태가 근절되어서 출산율이 증가하는가? 여성의 건강상 위험을 감소시키는가? 차별과 배제를 없애 주는가? 또 사회적 약자를 배려하는가? 그리고 현대 의학 및 의료 기술에 부합하는가? 저는 그렇지 않다고 생각합니다.

마지막으로 참고인으로서 다음과 같은 제안을 하고 싶습니다.

현재의 형법 낙태죄 조항을 폐지하고 논의의 패러다임을 바꾸어서 모체 그리고 여성의 건강과 재생산 건강을 보장하기 위한 새로운 법률로 재정비할 것을 제안합니다. 이상 참고인 진술 마치겠습니다.

재판장

수고 하셨습니다.

먼저 주심재판관께서 참고인께 질문하도록 하겠습니다.

재판관 조용호

진술 잘 들었습니다. 몇 가지 여쭙보겠습니다.

앞서 청구인 측 대리인들도 말씀하신 바 있습니다만, 임신이 된 후 의학적으로 배아기와 태아기를 어떤 기준으로, 몇 주를 기준으로 하여 나누고 있는가요?

참고인 고경심

배아기는 착상이 되어서 수정 후 8주 이내를 말합니다. 그런데 보통 우리 산모들은 최종 월경일부터 임신 주수를 따지기 때문에 보통 임신 10주라고 합니다. 그래서 통상 임신 10주까지는 배아기라 하고, 그 이후는 태아기라고 합니다. 그리고 배아기는 오가노제네시스(Organogenesis)라 하여 모든 기관이 형성되는 초기단계입니다. 그래서 배아기는 어떤 잘못된 영향이 있을 경우 태아기형을 초래하기 굉장히 쉬운 기간이라고 볼 수 있습니다. 의학적으로는 배아기와 태아기를 그런 식으로 나누고 있습니다.

그런데 최종 월경일부터 10주라는 것도 어떤 여성의 경우는 최종 월경일 기간이 32일이나 40일, 월경기간이 긴 분들은 배란이 늦게 되기 때문에 실제 임신 10주가 아니라 임신 12주인 경우도 있습니다. 저희 의사들은 언제 정확하게 수정이 되었는가는 임상적으로 알 수 없기 때문에 인위적으로 최종 월경일부터 따지지만, 초음파를 보게 되면 태아의 연령을 정확하게 측정할 수 있습니다. 그래서 초음파 연령에 의해서 임신 몇 주라는 식으로 계산을 하고 있습니다.

재판관 조용호

앞서 청구인 대리인들이 언급한 부분과 관련하여 통상 임신 12주라고 하는 것은 마지막 생리일부터 12주를 의미합니까, 아니면 수정일로부터 12주를 의미합니까?

참고인 고경심

일반적으로 임신 12주는 마지막 최종 월경일로부터 12주라고 이야기합니다.

재판관 조용호

그러한 계산법이 전 세계적으로 통용되는 계산법입니까?

참고인 고경심

예, 일반적으로 산과학에서는 그렇게 통용되고 있습니다. 발생학적으로는 수정일로부터 따지지만, 산과 임상에서는 최종 생리일부터 임신 12주라고 보통 얘기합니다.

재판관 조용호

임신 초기, 중기, 말기로 나눈다고 할 경우 각각 그 낙태기술의 방법과 그에 따른 위험성, 그것을 어떻게 볼 수 있습니까?

참고인 고경심

예, 큰 차이가 있습니다. 임신을 초기, 중기, 말기로 3등분을 하는 것을 3분기 구분법이라고 합니다. 보통 임신 14주까지를 이제 1분기로 보고 있는데, 임신 14주 또는 임신 12주를 기준으로 하는 이유는 실제 통계 데이터로 낙태 기술을 했을 때 훨씬 안전하기 때문입니다. 임신을 하게 되면 태반이 커지고, 혈액이 늘어나고, 자궁이 커지고, 태아와 태아를 포함한 양수와 여러 가지 부속 산물이 많이 커집니다. 임신 주수가 늘어날수록 낙태 시술시 임부에 대한 건강상의 위험이 점점 높아지기 때문에, 외국에서도 임신 12주를 기준으로 낙태허용여부를 정한 것은 태아의 생명권보다는 임부의 건강상 위해 여부를 중시한 결과입니다. 그리고 실제 임신 12주에서 나오는 태아의 산물과 또 12주 이후일 때에 산모에게 미치는 영향이나 여러 가지가 많이 달라지기 때문에 저희 의사들도 인위적으로 그렇게 구별을 하는 것입니다.

재판관 조용호

태아가 모체를 떠난 상태에서 독립적으로 생존할 수 있는 시기는 통상 임신 몇 주부터 인가요?

참고인 고경심

세계보건기구에서는 임신 22주로 정하고 있고요. 대개 산부인과 교과서나 미국 교과서에서는 임신 20주로 봅니다. 그 이유는 임신 20주에서 22주가 지나면 태아 생존 가능성이 높아지기 때문입니다. 그걸 저희가 피털 바이아빌리티(Fetal viability)라고 합니다. 태아가 20주가 넘어가면 몸무게가 500g 정도 되는데, 그 태아를 그냥 놔둘 때에는 살 수가 없습니다. 그 태아의 생존 가능성을 결정하는 요인은 의료기술과 훈련된 의료인입니다. 만약 임신 22주의 아기가 조산이 되었을 때 서울에 있는 대학병원에서 분만을 했을 때와 미국의 큰 병원, 가령 굉장히 유명한 병원인 메이오 클리닉(Mayo Clinic)에서 분만을 했을 때, 그리고 저 시골의 산부인과에서 분만을 했을 때에는 의료적인 처치가 달라집니다. 인큐베이터도 없고, 훈련된 의료인 신생아 전문가가 없는 경우에는 임신 22주 정도의 태아는 생존할 수 없습니다. 즉, 태아의 생존가능성은 거기에 개입하는 의료기술과 전문적인 의료인력에 종속되지만, 가장 최선의 의료기술과 의료인력이 있더라도 모체 밖에서 생존할 가능성이 있는 가장 짧은 임신 주수를 보통 20주에서 22주로 본다는 것입니다.

그런데 이러한 경우에도 그 태아의 생존 가능성이 100%는 아닙니다. 유명 병원에서는 최신 의료기술을 자랑하기 위해서 이러한 사례를 케이스 리포트로 내지만, 이런 경우에도 100% 생존하는 건 아니고 아주 드물게 생존한다는 뜻입니다.

재판관 조용호

그럼 앞으로도 의학기술이 더 발전된다면 그게 또 당겨질 가능성도 있습니까?

참고인 고경심

아직까지 그런 사례는 없습니다.

재판관 조용호

임신 12주 이내의 태아는 감각을 느끼거나, 감각의 발생 부위, 강도 등을 식별할 수 없다고 하는데, 과연 그렇습니까?

참고인 고경심

예, 그렇습니다.

물론 임신 8주부터, 적어도 배아형성기부터는 그 중추신경과 심장박동이 있으므로 중추

신경이 있으면 태아가 고통을 느끼지 않느냐는 의문을 가질 수가 있습니다. 그런데 최근 브리티시 메디컬 저널(British Medical Journal)의 2006년도 보고에 의하면 임신 24주가 되어야 말초신경에서 느끼는 감각이 뇌로 전달되고, 뇌의 피질과 시상에서 그 신호를 처리하는 과정이 완성된다고 합니다. 그리고 2005년도 자마(JAMA)라는 굉장히 유명한 의학 저널에 의하면, 실상 고통을 느끼는 것은 단순히 신호가 전달되는 것만이 아니라 불쾌한 자극에 대한 의식적인 지각 하에 생기는 감정적이고, 정신적인 경험이라고 볼 때 그것은 임신 29주 이후에 생긴다고 합니다.

그래서 태아가 과연 언제, 어떻게 느끼느냐는 의학계에서도 초미의 관심사인데, 최근에 그 의학적인 소견에 의하면 “임신 초기의 배아단계는 설령 중추신경이 발달하더라도 고통을 느끼는 단계는 아니다.”라고 보고 있습니다.

재판관 조용호

그러면 이 태아가 고통을 느끼는지 여부에 따라서 생명권 내지는 낙태 허부를 결정한다면, 가령 식물인간이 되어 고통을 느끼지 못하게 된 사람도 있을 텐데 식물인간의 생명 연장 장치를 제거하는 것은 낙태의 문제와 어떠한 차이가 있을까요?

참고인 고경심

저는 고통을 느끼는 지를 기준으로 하여 그 대상자가 존중받아야 된다고 보지 않습니다. 그러니까 재판관님의 말씀은 고통을 느끼지 않는 식물인간도 존중받아야 할 인격이라는 의미이신 것 같습니다만, 고통이 생명의 증거라거나 고통을 느끼는 지가 그를 인간으로서 존중할 지의 판단기준이 될 수 있을까요?

재판관 조용호

예, 고통을 느끼는지 여부나 임신 기간으로 생명체인지를 논의하기가 참 어려운 것 같아서 질문드렸습니다.

참고인 고경심

저는 그런 입장을 갖고 있지 않지만 일부 사람들이 그런 주장을 하기 때문에 말씀을 드렸습니다.

재판관 조용호

그리고 앞서 “낙태가 불법이기 때문에 산부인과 전공의 수련병원에서도 낙태 시술 교육이나 임상실습이 없다.”고 말씀하셨는데, 실제로 그렇습니까?

참고인 고경심

예, 실제 그렇습니다.

재판관 조용호

과거에 저희들이 듣기로는 낙태 시술을 해서 많은 재력을 형성한 산부인과 병원들도 있다고 하는데, 그렇다면 그런 병원에서는 어떻게 시술을 합니까?

참고인 고경심

저는 대학병원 교수로도 재직할 바 있는데, 대학병원에 낙태 시술을 원하는 산모들이 오면 개인병원으로 돌려보냅니다. 그러면 레지던트들은 낙태 시술의 술기(skill, clinical skill)를 배울 기회가 없지요.

개인병원 중에서 그동안 낙태에 대해서 굉장히 허용적인 사회 분위기에서 굉장히 많은 시술을 했던 병원의 의사들은 낙태시술을 잘할 수도 있겠지요. 그러나 새로 배출되는 전문 의료인력들은 그런 술기를 배울 수가 없으므로 새로 개업한 뒤 낙태 시술의 숙련도를 높이는 데에 상당한 시행착오를 겪고 있습니다.

제가 직접 알고 있는 한 사례의 경우, 22세 여성이 파혼을 하고 나서 임신 14주에 부모와 같이 낙태를 하러 왔는데 미숙한 의사에 의해서 하혈이 너무 돼서 자궁을 들어낸 케이스가 있습니다. 그러면 그 22세 여성은 파혼하고 난 후 더 이상 아기를 임신할 수 없게 된 겁니다. 제가 알고 있는 또 하나 사례에서는 시술을 하다가 자궁이 천공되어서 환자의 장이 파열이 됐습니다. 환자는 그런 줄도 모르고 계속 고통을 호소하다가 서울대학병원에 가서 장을 일부 잘라내고 다시 잇는 수술을 하였습니다.

이런 식으로 저희는 훈련되지 않은 의료인의 낙태 시술로 인한 부작용이나 합병증이나 의료사고들을 많이 봅니다. 그런데 이런 것들이 실제적으로 보호가 되지 않는데, 여기엔 양자 간에 이해관계가 있지요. 의사는 처벌을 두려워하고, 환자 본인도 낙태사실이 밝혀

지기를 꺼리기 때문에 서로 합의 하에 조용히 처리하는 경우가 굉장히 많습니다.

재판관 조용호

또 참고인 의견서에서 설명을 해주셨습니다만, 난임치료 과정에서 선택적 유산이 어떻게 이루어지는지 그걸 좀 자세하게 설명해 주실 수 있습니까?

참고인 고경심

예, 보통 난임시술클리닉이 있습니다. 그리고 정부는 난임시술클리닉에 대한 시술 요건을 굉장히 정확하게 규정하고 있고요. 그래서 우리나라의 난임부부를 지원하기 위한 지원 사업에도 굉장히 투자를 하고 있습니다.

난임시술 시 보통 여성의 난자, 과배란을 유도해서 난자가 굉장히 많이 나오게 합니다. 보통은 한 달에 한 번 난자가 하나만 배출되는데, 난임시술 시에는 약 10개 이상의 난자를 채취합니다. 과배란 유도 상태에서 여성은 굉장히 고통스럽습니다만, 임신을 하기 위해서 참는 거죠. 난자를 10개 정도 채취하면, 이를 체외수정 시킵니다. 이후 이 수정란들이 8세포기에서 포배기까지 자라면서 자궁에 이식을 합니다. 그런데 하나만 이식하면 성공률이 떨어지기 때문에 대개 2개 정도를 이식을 합니다. 과거 2015년도 이전에는 4개, 5개를 이식했습니다. 하지만 모두 성공하여 넷이나 다섯 쌍둥이가 되면 임부에게 엄청난 위험이 있기 때문에 2개나 3개의 배아를 선택유산 하는데, 나중에는 그 선택유산 문제가 너무 심해졌기 때문에 2015년도부터는 3개까지만 이식을 허용하고 있습니다.

그래서 보통 3개를 이식하게 되면 하나나 둘이 자연유산이 되어 두 쌍둥이나 아니면 하나의 태아가 자라게 됩니다. 그래서 난임시술에 의해서 쌍태아 임신율은 한 40%로 굉장히 높습니다.

이처럼 임신성공율을 높이기 위해서 여러 개를 주입하는데, 삼(3)태아나 사(4)태아가 된 경우에는 보통 임신 7~8주에 선택유산을 하는데, 기계를 넣어서 초음파 가이드 하에서 흡입하는 방식으로 합니다. 이는 분명 여성의 체내에 착상하여 생존하고 있는 상태의 태아를 흡입하는 과정입니다. 심지어 정부는 50%를 수술비 지원까지 하고 있습니다.

지금 태아의 생명권 논의와 관련하여 낙태가 불허됨에도 불구하고 난임시술에서의 선택유산은 예외적으로 허용되어야 되는지, 이런 의문이 듭니다.

재판관 조용호

난임시술에서의 배아 선별 문제와 낙태를 동일선상에서 볼 수 있다는 말씀이신가요?

참고인 고경심

태아의 생명권만을 굉장히 엄격하게 생각하여, 특히 수정란 이후의 모든 태아를 보호해야 한다고 생각하는 입장에서는 양자 중 하나만을 허용하는 것이 모순일 것이라는 이야기입니다.

재판관 조용호

알겠습니다. 이상입니다.

참고인 고경심

추가로 말씀드리겠습니다.

아까 재판관님이 질문하실 때 “사후피임약도 있는데”라는 말씀을 하셨습니다. 근데 사후피임약의 피임 성공률은 72시간 이내에 복용했을 때에 85%입니다. 그래서 저도 임상에서 콘돔도 써보고 사후피임약도 먹었는데 임신된 사례를 많이 봅니다. 15%면 상당히 많은 수가 피임 실패를 할 수가 있습니다.

그리고 이해관계인 대리인이 의사의 의무가 생명을 보호하는 것이 히포크라테스 선서에 나오는 의사의 의무라고 하셨는데, 실제 세계산부인과학회에서는 오히려 안전한 낙태를 제공하는 것이 의사의 의무라고 선언하고 있습니다.

재판장

앞서 우리나라 의과대학에서는 낙태시술법을 가르치지 않는다고 말씀하셨는데, 그러면 다른 나라에서도 낙태시술에 관한 교육이 없습니까?

참고인 고경심

다른 나라에는 당연히 있습니다. 왜냐하면 낙태 자체가 불법이 아니기 때문입니다.

클리니컬 가이드라인(clinical guideline)이라고도 부르는 임상지침에는 레지던트 1년 차에는 뭘 가르쳐야 되고 2년 차 때 뭘 가르친다는 식의 단계적인 교육과정이 정해져 있습

니다. 산과 교과서에도 이런 내용이 나와 있습니다. 그리고 임신주수별로도 낙태 시술방법이 달라집니다. 그런 것에 대한 자세한 안내들이 있습니다.

재판장

우리나라 모자보건법에도 한정적이기는 하나, 합법적으로 낙태를 할 수 있는 경우들이 존재하지 않습니까? 그러한 경우에 안전한 시술을 하기 위해서 제대로 교육이 되어야 하는 것 아닌가요?

참고인 고경심

이론적인 교육은 교과서에 있는데, 산부인과 전문의 훈련과정에서는 술기교육이 굉장히 중요합니다. 제왕절개를 아무리 이론적으로 배워도 실제 제왕절개 수술을 할 수 없지요. 레지던트 3, 4년차 시절에 여러 케이스의 제왕절개 수술을 경험하는 것이 필요합니다. 자기가 직접 해본 것과 옆에서 본 것 간에는 차이가 있지요. 더군다나 모자보건법 허용사유에 해당되는 건 2.9%밖에 안 되는데, 그 2.9%에 해당되는 아주 드문 케이스는 대학병원까지 오지도 않고 설사 오더라도 1년에 한두 케이스밖에 없기 때문에 전문의 훈련과정에서 시술을 경험할 기회가 없다는 것입니다.

재판장

앞서 태아의 독자적인 생존이 가능한 때가 세계보건기구(WHO)에서는 22주라고 하였고 교과서에는 20주로 되어 있다고 하셨는데, 이는 최신의 의학기술과 의료인력이 갖추어졌음을 전제로 하는 것이었습니다. 이 때 인큐베이터가 있는 것과 없는 것에 차이가 있습니까?

참고인 고경심

아주 큰 차이가 있습니다. 인큐베이터가 없으면 22주 정도의 태아는 생존할 수 없습니다.

재판장

“의학기술이 다 동원된다”는 의미는 인큐베이터까지 쓸 경우에 태아가 22주 정도에 나

와도 생존이 가능하다는 것이지요?

참고인 고경심

예, 물론입니다. 인큐베이터에 더하여 태아 호흡을 보조하기 위한 온갖 처치와 약물들이 필요합니다.

재판장

낙태를 하게 되는 사유에는 여러 가지가 있고, 그로 인해서 발생하는 문제들은 이미 잘 알려진 것들입니다. 그런데도 낙태에 대하여 사회적으로 합의가 이루어지지 않고 있는 원인은 무엇이라고 생각하십니까?

참고인 고경심

상대적으로 여성의 인권과 여성의 입장이 약화된 우리 사회를 반영하지 않나 하는 생각이 듭니다. 지금까지 논의된 것에서도 이것이 여성의 몸에서 일어나는 사건임에도 불구하고 여성의 의견이나 여성의 목소리는 배제가 되어 있습니다. 우리 사회에서 여성의 역량이 상당히 약화되어 있었고, 남성 중심의 또는 규범 중심의 우리 사회가 그런 것들을 죄악시하고 사회적 낙인을 찍었으며, 특히 결혼제도 바깥에서의 임신을 부정하는 점 등의 사회문화적인 요인도 작용을 한 것 같습니다.

재판장

앞서 청구인 측의 모두진술에는 “낙태죄로 처벌하는 것이 여성의 신체의 완전성을 해하게 된다”는 주장이 있었습니다. 그런데 임신은 남녀 간 관계의 결과로서 이루어지는 자연스러운 현상 아니겠습니까? 그것을 신체의 완전성을 해하는 것이라고 이해할 수 있을까요?

참고인 고경심

일단 생물학적인 남녀의 차이에 대해서는 인정할 수밖에 없겠지요. 그러나 실제 임신을 한 산모의 몸에 나타나는 변화는 상당히 큼니다. 평소 자기 신체의 모습에서 상당히 벗어나는 신체적 변화를 느낀다는 측면에서는 신체의 완전성에 변화를 초래한다는 것은 맞는

말인 것 같습니다.

우선, 자궁은 자기 크기의 1,000배 이상 늘어날 수가 있습니다. 임신을 하게 되면 자궁의 세포수가 늘어나는 게 아니라 자기 세포가 천배 이상 늘어납니다. 어떤 인체조직도 자기 세포 크기의 1,000배 이상 늘어날 수 있는 인체조직이 없지요. 그다음에 10리터 내지 20리터에 달하는 거대한 임신 산물, 즉 태아, 태반, 양수를 가지고 있어야 합니다. 그러니 신체적인 변화는 엄청 크지요. 몸이 붓고 무거워지며, 혈압도 달라집니다. 그 외에도 허리도 아파지고, 입덧도 심해지며, 정서적인 불안도 옵니다.

이처럼 임신을 하면 임신하지 않은 평소의 신체에 비하여 커다란 신체적인 변화가 나타나므로, 그런 의미에서는 신체의 완전성을 해한다는 표현이 적절하다고 생각합니다.

재판장

예, 수고하셨습니다.

헌법
법원사무관 이종건 이종건
재판장 재판관 이진성이진성



헌 법 재 판 소 참 고 인 진 술 조 서

사 건 2017헌바127 형법 제269조 제1항 등 위헌소원

참고인 성 명 정 현 미
직 업 이화여대 법학전문대학원 교수

재판장

다음은 이해관계인 법무부장관 측 참고인이신 정현미 교수님으로부터 의견을 듣도록 하겠습니다. 지금 이화여자대학교 법학전문대학원에 재직하고 계신가요?

참고인 정현미

예, 그렇습니다.

재판장

전공은 어떤 분야이십니까?

참고인 정현미

형법입니다.

재판장

이 사건에 관해서 10분의 범위 내에서 의견을 진술하여 주시기 바랍니다.

참고인 정현미

제출된 의견서를 요약해서 말씀을 드리겠습니다.

본 사건에서 청구인은 위헌청구의 주요 근거로 2012년 헌재 결정의 반대의견과 또 다른 근거로 최근 낙태죄 폐지 운동 같은 사회적 변화를 예로 들고 있습니다. 그러나 낙태죄 위헌성 여부는 사회적으로 논란이 계속되고 있는 문제로서 그동안 학계의 변화가 있는지, 그리고 사회적 인식 변화는 어떠한지를 살펴본 후, 위헌성 여부에 대해서 의견을 말씀드리겠습니다.

낙태죄에 대해서 헌법학회에서는 합헌 결정이 난지 6년이 경과한 지금도 합헌설과 그와 달리 개선을 요하는 견해들로 대립의 양상은 여전합니다. 형법학계에서는 낙태죄는 태아 생명보호를 위한 것으로 보아 낙태 규정이 위헌이라고 보는 견해는 찾기 어렵습니다. 다만, 헌법학계처럼 모자보건법의 허용범위에 대한 의견 차이가 팽팽히 대립됩니다. 이런 학계의 완전히 상반된 견해만으로는 낙태 문제의 본질에 쉽게 접근하기는 어렵다고 보입니다. 낙태 단면은 보다 더 구체적이고, 실질적으로 법사회적, 법정정책적인 관점에서 평가되어야 할 것입니다.

낙태죄의 위헌 여부는 우리 현실을 모른 채 탁상공론할 문제가 아닙니다. 우리나라는 낙태가 가장 많은 국가군에 속한다고 보고되지만, 낙태죄로 입건되고 처분되는 건수는 전체 낙태의 빙산의 일각에 불과합니다.

낙태는 각국에서 오랫동안 가장 치열한 논쟁과 함께 가장 개정이 활발했던 법영역 중의 하나였는데 우리의 경우 낙태 담론은 거의 이루어지지 않았고, 낙태 규정도 제정된 이후 큰 변화 없이 유지되고 있습니다. 낙태 담론의 부재 이유는 여러 가지로 분석되겠지만 엄격한 법 속에서도 처벌하지 않는 이중기준 속에서 낙태를 할 수 있었던 데 있었다고 보입니다. 사회의 이중적 잣대 속에서 낙태 여성은 어찌할 바 없이 오랫동안 침묵했던 가운데, 법학계의 낙태 논쟁은 생명옹호론과 선택옹호론이라는 사변적 대결구도로 계속되고 있습니다. 그런데 낙태 및 낙태죄에 관한 논쟁을 이렇게 반대론과 선택론이라는 대결구도로 펼치는 것은 어쩌면 비체계적인 논쟁이라고 할 수 있습니다. 생명옹호론도 일정한 범위에서는 낙태의 자유를 허용하지 않을 수 없습니다. 아무리 엄격한 낙태법이라고 하더라도 일정한 경우 낙태 허용을 확대해 왔고, 허용하지 않을 수 없습니다. 출산여건이 마련되지 못해서 감행하는 낙태에 대해서는 여성의 성적 자기결정권, 건강권, 그리고 모성권 즉, 재생산권을 보장해주지 못하는 정책적인 책임이 크기 때문입니다. 생명이란 단지 잉태되고 태어난다고 생명으로 존재하는 것이 아니라 지속적으로 적절한 보살핌을 받아야 비로소 독립된 개체로서 존재할 수 있기 때문입니다.

결국, 낙태 문제의 규범적인 해결을 위해서는 생명권, 자기결정권 및 재생산권이라는 모든 요소를 복합적으로 고려하지 않을 수 없습니다. 낙태와 관련된 권리들을 복합적으로 고려해서 어느 정도에서 허용범위를 타협할 것인가에 초점을 두어야 될 것입니다. 이는 법률가들의 시각만이 아니라 우리 낙태 현실의 전반적인 상황을 고려한 시각에서 판단되어야 합니다.

국제사회의 낙태 문제 해결에 대한 경향을 참고할 필요가 있을 것인데, 낙태는 개인적인 문제가 아니라 사회문제로 받아들이고 접근하는 낙태 사회화 현상을 보인다는 것입니다. 낙태를 원하는 임부를 사회적으로 허용하고, 규제하려는 변화된 정책은 실제로 정반대의 결과인 낙태를 오히려 줄이는 결과를 가져올 수 있다는 주장이 힘을 얻고, 증명되고 있습니다.

세계 각국은 1970년대 이후부터 2000년대에 이르기까지 수많은 낙태 논쟁과 정책연구의 결과, 결국 허용범위의 확대로 변화를 보여 왔습니다. 가장 엄격한 낙태법으로 알려진 아일랜드 정부조차도 엄격한 낙태금지로 인한 일련의 비극적인 사태들에 직면해서 곧 낙태 문제에 대한 국민투표로 개헌 방식의 낙태법을 추진하고 있습니다. 이는 매우 파격적일 것이고, 세계적인 낙태 규제완화의 경향을 확인할 수 있습니다. 우리의 낙태 인식을 보면 조사에서도 점차 낙태허용도가 높아지고 있고, 또 최근에 낙태에 대한 사회적인 관심도 급부상하고 있습니다.

결국 낙태 규정을 어떻게 두는 것이 합리적인가가 문제인데, 현재의 낙태 규정보다 더 엄격하게 개정해야 된다는 견해는 사실 낙태 관련 연구와 정책의 방향에 맞지 않습니다. 그러므로 우리는 현재 엄격한 낙태사유를 현재인 그대로 유지할 것인가 혹은 사회·경제적인 사유를 확대해서 임신 초기 낙태를 인정할 것인가? 양자 기로에 서 있다고 생각합니다.

그런데 사회적·경제적인 사유를 확대하는 경우에 대부분의 낙태는 이 사유에 해당하기 때문에 혹시라도 낙태가 견잡을 수 없이 증가되지 않을까 우려할 수 있습니다. 그런데 낙태의 법적인 규제는 출산과 별반 상관관계가 없어서 낙태 규제가 더 많은 출산으로 이어지지 않듯이, 낙태 허용이 더 많은 낙태로 귀결되지도 않는다는 것을 실제로 보여주고 있습니다.

우리의 현실적인 낙태 사유를 보더라도 기혼여성의 경우에는 주된 낙태 사유가 자녀 태울 조절 혹은 경제적 사유에 몰려있고, 미혼 여성의 경우에는 미혼이라는 이유에 몰

려있습니다. 이 경향은 뒤집어서 본다면 자녀 출산과 양육에 대한 국가, 사회적인 지원이 증대되고, 비혼 모자에 대한 사회적 낙인을 찍지 않는다면 더 많은 출산이 가능하다는 것으로 해석이 됩니다.

임신과 낙태는 여성 개인만의 문제가 아니라는 것을 느끼고, 임부를 부당히 억압하는 잘못된 관념에서 벗어나야 한다는 기본적인 생각의 변화로 각국의 낙태 정책은 근본적으로 수정되어 왔습니다. 예전에는 사회가 억압적인 형법을 가지고 낙태와 싸우려고 했다면, 오늘날에는 사회가 낙태를 줄이는데 즉, 예방하는데 더 많은 가치를 둡니다. 그래서 점차 교육과 피임을 통해 원치 않는 임신을 방지하는 것이 최선의 방법이라고 여기고, 만약 원치 않는 임신이 생긴 경우에도 도움과 상담을 통해 낙태를 하지 않는 방법을 찾으려고 합니다.

궁극적으로 태아 생명보호를 위해서는 낙태를 원칙적으로 금지하지만, 허용범위는 넓히지 않을 수 없다는 점에서 결론을 말씀드리겠습니다. 첫째, 형법 제269조 제1항의 낙태죄 규정 자체는 위헌이 아니다. 낙태를 어느 범위에서 허용할 것인가와는 달리 낙태 자체를 금지하는 것은 거의 모든 입법례의 공통적인 사실입니다. 헌법과 형법에서 생명권을 가장 중요한 기본권 내지 법익으로 보호하므로 태아의 생명도 원칙적으로 보호해야 된다는 출발에서 낙태를 금지하는 규정을 둔 것은 위헌이 아닙니다. 다만, 생명보호의 원칙에는 동의하지만 출산이나 낙태냐의 문제는 개인과 가족의 구체적이고도 치열한 갈등 상황에 놓인 것이고, 제삼자나 국가가 강요할 수 없습니다. 따라서 모자보건법 제14조에서 의학적 적용 사유, 윤리적 적용 사유, 범죄학적 적용 사유를 둔 것 자체는 문제가 없지만, 허용한계를 더 확대할 것을 권고함이 타당하다고 생각합니다.

둘째, 우리 형법은 낙태를 원칙적으로 처벌하므로 업무상동의낙태를 처벌하는 형법 제270조 제1항의 규정은 위헌이라고 할 수 없습니다. 이는 제269조 제1항의 규정을 위헌이라고 볼 수 없는 것과 같은 논리입니다. 다만, 의사 등의 낙태에 대해서 더 무거운 법정형을 두는 것이 부당한가 하는 것은 처벌의 문제로서 별도로 검토할 필요가 있겠습니다. 과거와 달리 점차 낙태 영역에서 의사의 의무와 책임이 강조되는 낙태 문제의 의료화 현상이 받아들여지고 있습니다. 의사들을 처벌하는 입법적인 이유는 의사들은 임부와 똑같은 실존주의적인 갈등 상황에 있지 않다는 점, 전문가인 의사는 자신의 영역에서 법을 좀 더 충실히 준수할 수 있다는 것으로 설명됩니다. 따라서 동의낙태죄와 별도로 업무상동의낙태죄라는 가중처벌 규정을 두는 것은 부당하지는 않습니다. 그런데 모자보건법의 낙태

허용범위가 너무 엄격해서 거의 모든 의사의 낙태 시술을 불법으로 만든다는 것이 근본적으로 문제입니다. 모자보건법 제14조의 낙태 허용한계를 넓히지 않고는 의사의 낙태처벌 문제는 해결되기 어렵습니다. 결국 모자보건법의 낙태 허용한계를 넓히는 것이 우선적이라고 판단됩니다.

셋째, 예비적 청구취지는 불법 낙태의 범위를 줄일 수 있는 근거가 될 수 있지만, 임신 초기의 낙태 허용범위를 넓힌다면 8주까지를 배아기로 보든, 태아기로 보든 크게 문제가 되지 않는다고 생각이 됩니다.

이상으로 참고인 의견을 마칩니다.

재판장

주심재판관께서 먼저 질문하시겠습니다.

재판관 조용호

참고인 진술 잘 들었습니다.

그런데 진술을 듣다보니 어떻게 보면 이해관계인 측 참고인이라기보다는 청구인 측 참고인 비슷한 진술처럼 들리기도 하여 조금 놀랐습니다. 하여튼 지금 참고인 견해는 낙태 자체를 원칙적으로 금지하는 자기낙태죄 조항 자체는 위헌이라고 볼 수 없지만, 모자보건법 제14조에서 규정하는 낙태의 예외적 허용범위가 지나치게 좁기 때문에 그 허용한계의 확대가 필요하다는 취지로 읽히는데, 그렇습니까?

참고인 정현미

예, 그렇습니다.

제가 연구원으로서, 또 교수로서 사실 낙태 연구를 많이 해왔습니다. 그래서 제 의견과 제 소신이 어느 정도 알려져 있기도 합니다. 그런데도 이해관계인 측 참고인으로 선정이 되어서 저도 놀랐습니다. 제 소신을 곱힐 수는 없으나, 다만 이해관계인 측에서 앞서 말씀하신 부분 중 낙태죄가 위헌은 아니지만 개선할 점은 있다는 점을 인정한 부분은 저도 같은 의견입니다.

재판관 조용호

알겠습니다.

우리 법체계가 낙태죄를 규정한 형법과 위법성조각사유를 규정한 모자보건법으로 이원화되어 있다고 볼 수 있는데, 참고인의 의견이 낙태를 처벌하는 것 자체가 위헌이 아니라 임신 초기의 낙태나 사회·경제적 사유로 인한 낙태를 처벌하는 것이 위헌이라는 것이라면 이는 모자보건법 제14조 제1항과 관련된 문제일 뿐이지 형법조항인 자기낙태조항하고는 무관하다고 볼 수도 있을 것 같습니다. 그 점에 대해서는 어떻게 생각하십니까?

참고인 정현미

이해관계인 측에서도 낙태죄 규정 자체를 폐지하는 것은 타당하지 않다고 하셨는데 저도 같은 의견이고, 어떻게 보면 청구인 측에서도 결국에는 마찬가지로의 내용으로 말씀을 해주신 것 같습니다.

그래서 저도 이 규정 자체를 폐지하는 방향은 개선방안으로서 적절하지 않다고 봅니다. 지금 낙태죄 폐지라는 슬로건이 있지만 그거는 낙태 허용 사유가 너무 좁다는 것을 강조하기 위한 하나의 의미입니다. 중국을 제외한 세계 모든 나라에서 낙태금지규정을 두고 있는 것입니다. 그러니 논의의 초점은 낙태허용범위를 어느 정도로 할 것이냐에 맞춰진다는 생각입니다. 어찌 보면 양측의 주장이 이 부분에서는 공통된 것 같다는 생각도 듭니다.

재판관 조용호

참고인께서는 의견서에서 ‘커플들과 개인들의, 그들의 자녀의 수와 터울을 자유롭고 책임있게 결정할 수 있는 기본권’을 ‘재생산권’이라고 정의하셨습니다. 그러면서 ‘재생산권’으로서 낙태권’을 언급하고 계신데, 이 재생산권의 헌법적 근거가 무엇인지, 또 임부의 자기결정권과는 어떤 차이가 있는지를 설명해 주실 수 있으니까요?

참고인 정현미

예, 오랫동안 낙태 논쟁에서는 태아의 생명보호와 임부의 자기결정권의 대립구도로 많이 생각을 해왔습니다.

자기결정권이라는 것도 임부에 한정을 해서 생각을 한다면 맞는 말이긴 합니다만, 조금 더 확대를 해 본다면 그 임신을 지속할 것인지 아니면 지금 낙태를 통해서 종료를 할 것

인가는 단지 그 순간의 임부의 어떤 자유로운 결정만이 문제가 아니라, 임부의 삶 전체라든지 또 남편 등 임부의 파트너와도 연관된 문제입니다. 단순한 여성의 문제가 아니라 어떻게 보면 가정의 문제이기도 하고요.

그래서 이 범위를 자기결정권이라는 것보다는 자녀를 가질 것인가 말 것인가, 언제 가질 것인가, 터울을 어떻게 조절할 것인가, 수는 얼마나 할 건가, 언제 결정할 것인가 하는 것은 단순한 임부 자신만의 문제가 아니라 어떻게 보면 가정과 그 파트너와 함께 해야 될 문제라고 보는 점에서 조금 더 확대된 의미에서 재생산권이라는 개념으로 말씀드렸습니다.

재판관 조용호

그 재생산권의 헌법상 근거는 어디에서 찾을 수 있으니까요?

참고인 정현미

물론 자기결정권으로, 행복추구권으로 봐야 되겠지요.

재판관 조용호

참고인께서는 모자보건법 제14조가 사회·경제적 사유를 규정하여 허용한계를 더 확대해야 된다고 하셨습니다. 낙태를 허용하는 그 사회·경제적 사유라는 것에 구체적으로 어떠한 사유들이 있으니까요? 예시를 하시자면요.

참고인 정현미

지금 조사결과를 보면 기혼여성의 경우에는 자녀 수가 많다, 경제적인 이유로 이 아이를 정말 책임있게 잘 기르기가 힘들다, 직장 때문에 기르기가 힘들다, 지금 현재는 여러 가지 개인적인 일로 육아에 집중할 수가 없다는 등의 사유가 있고, 그 외에도 여러 가지로 그 가정 형편의 모든 것들이 포함이 되기 때문에 일일이 하나씩 열거하기가 어렵습니다. 의학적인 사유나 범죄학적인 사유는 어느 정도 특정이 가능하지만 사회·경제적인 사유는 낙태를 선택할 수밖에 없는 그 밖의 모든 사유를 의미한다고 볼 수 있습니다.

그래서 외국에서도 과거에는 사회·경제적인 사유라는 것을 하나의 개념으로 설명을 하고 낙태 허용 입법화를 할 때 이를 넣었는데, 그렇게 하다보면 또 해석이 문제가 되기

때문에 점차 많은 나라에서 그냥 12주 이내의 임신 초기 낙태 허용으로 가는 것 같습니다.

재판관 조용호

지금 말씀하신대로 사회·경제적 사유라고 막연히 입법하다보면 그 해석을 통해 완전히 낙태를 허용하는 결과를 가져올 수도 있을 것 같은데, 이를 방지하기 위해서는 오히려 임신 12주를 기준으로 해서 허용여부를 결정하는 것이 타당하겠나, 그런 취지십니까?

참고인 정현미

예, 그렇습니다. 의학적인 측면과 다른 모든 측면을 고려했을 때에 낙태를 마냥 허용할 수는 없고 임신 초기의 얼마간의 기간까지 선을 긋는 그런 규범적인 결론을 내려야 되겠지요.

재판장

기본적으로 청구인의 예비적 청구취지와 의견이 상당히 비슷하신 것 같습니다.

그렇다면 낙태를 일정부분 금지할 필요성을 인정하더라도 그 위반행위를 꼭 형벌로 처벌하는 것이 바람직할까요?

참고인 정현미

금지라는 것 자체가 형벌의 부과와 연결이 되는데요. 저는 형법학자로서, 또 형사정책적인 관점에서 연구하는 사람으로서 전반적으로 법이 어떤 정책으로 가야되느냐 하는 것을 생각해 봤을 때 태아 생명보호 쪽으로 가야 된다고 봅니다.

엄격한 낙태법을 두고도 규제를 하지 않는 이런 현실에서는 낙태의 예방이 오히려 제대로 되지 않는다고 봅니다. 낙태를 합법화하면서 그 검증 절차에서 태아의 생명보호에 대한 관점을 좀 더 숙지하고 더 경고하는 것이 오히려 낙태를 줄이는 결과를 가져오지 않을까 생각합니다.

재판장

그러면 궁극적으로는 처벌이 적당하지 않다는 견해신가요?

참고인 정현미

예, 그렇지요. 임신 초기에 한정해서 허용을 해야 된다는 것이죠.

재판장

낙태를 어느 범위에서 허용할 것인지는 또 다른 문제겠지요. 말씀하신 대로 임신 초기에 낙태를 허용한다고 해도 임신 초기가 아닌 경우에는 낙태를 금지할 수도 있을 것이고 그 금지에 대해서 여러 가지 제재가 있을 수가 있는데 그 제재로서 꼭 형사처벌을 선택을 해야 하느냐 그런 문제입니다.

참고인 정현미

그것이 약간의 딜레마입니다. 예를 들어서 12주 내의 낙태를 허용한다는 법이 있다면 현실적으로 발생하는 낙태는 불법 낙태의 범주에는 거의 들지가 않을 겁니다.

앞서 언급된 것처럼 지금 현행 모자보건법으로 허용되는 낙태가 현실적으로 약 2.5% 된다고 추정한다면, 그 허용 범위를 좀 넓히는 그런 입법방식을 취할 경우 불법낙태라는 것이 거의 없어진다는 거죠. 예컨대 제가 연구를 하면서 인터뷰를 했는데 독일같은 경우에도 너무나 당당하게 “우리는 낙태문제를 거의 해결했다”라고 할 정도로 이러한 방식으로 불법낙태가 없어졌다고 합니다.

이렇게 되면 낙태는 사후처벌의 문제가 아니라 그야말로 사전예방 쪽으로 거의 가게 됩니다.

재판장

지금 이 사건은 의사의 동의낙태가 문제된 사건인데, 오늘 논의는 그보다는 일반낙태에 집중이 되어 있습니다. 의사에게는 형벌보다 행정적인 제재가 더 큰 제재일 수도 있는데, 낙태 시 의사나 동의낙태죄의 주체가 되는 사람들에게 꼭 형벌을 과해야 하는지에 대해서는 어떤 생각이십니까?

참고인 정현미

여성의 불법 낙태의 범주가 크면 당연히 그것을 시술해 주는 의사의 낙태도 불법적으

로 같이 연결이 되는 것이니까 여성의 불법 낙태의 범위를 줄이게 되면 의사의 경우에도 같이 가게 됩니다.

그래서 단지 의사를 법적으로 제재하는 것은 그 시술 절차에서 안전한 낙태를 하도록 그런 의무를 부과하는 것이지 낙태 의사만을 따로 처벌하겠다는 그런 법은 현실적으로는 성립하기 어렵습니다.

재판장

그러나 현행법은 의사를 가중처벌하고 있지 않습니까? 앞서 참고인께서 하신 진술에서는 그에 대해서 큰 문제가 없다고 하신 것 같습니다.

참고인 정현미

그것도 하나의 입법기술적인 문제라고 생각이 됩니다.

낙태 처벌이 여성의 경우에는 그야말로 해결할 수 없는 갈등 상황 속에서 낙태를 하게 되기 때문에 그에 대해서는 본인에게 선택을 강요할 수 없다는 게 기본적인 출발이 되는데, 의사의 경우에는 그런 갈등상황에 있는 것은 아니니까 의사가 지켜야 되는 절차규정을 제대로 지켰는가 하는 점을 점검하게 됩니다. 프랑스와 같은 경우에는 오히려 여자는 처벌할 필요가 없고 의사만 규제하면 된다고 극단적으로 나가고 있거든요. 그렇게 본다면 우리는 일반낙태나 의사의 낙태를 같게 처벌할 수도 있고, 또 의사의 낙태에 좀 더 의무를 부과해서 제재수위를 더 높일 수도 있는데, 그것은 선택의 문제라고 생각됩니다.

그래서 저는 의사의 업무상동의낙태를 무겁게 처벌한다는 부분이 지금 현실에서는 위헌이라고 볼 필요가 없지 않느냐는 생각을 했습니다.

재판장

의사의 동의낙태를 가중처벌하는 것은 입법자의 선택의 문제라서 위헌이라고 할 수는 없다는 주장이시죠?

참고인 정현미

예, 다른 나라에서도 차이를 두고 있습니다.

의사는 더 무겁게 처벌하고 임부는 오히려 더 적게 처벌할지 여부는 하나의 입법선택

의 문제라고 보입니다.

재판장

예, 수고하였습니다.

법원사무관 이종건 이종건

재판장 재판관 이진성이 진성



참 고 자 료 제 출

사 건 2017헌바127 형법 제269조 제1항 등 위헌소원

청 구 인

대리인 법무법인 지향

담당변호사 김수정 외 5

위 사건에 관하여 청구인의 대리인은 다음과 같이 참고자료를 제출하오니 심리에 참고하여 주시기 바랍니다.

다 음

1. 신문기사(한겨레 2018. 5. 27.자)

1부

○ 제출 취지 : 여성의 임신 중단 권리를 보장하는 것이 국제적 정책 변화 추세임을 소명하기 위함.

- 아일랜드는 인구의 88%가 가톨릭 신자로, 1983년 헌법에 '임부와 태아는 생명에 관하여 동등한 권리를 가진다'고 명시하였습니다. 임부의 생명이 위험한 경우가 아니라면 낙태는 전면 금지되어, 낙태를 한 경우 최대 14년형까지 처할 수 있었습니다. 위 헌법 조항 신설 후 약 17만 명의 여성들이 영국에서 낙태 시술을 받았습니다. 2012년, 이 금지 조항 때문에 적시에 낙태시술을 받지 못한 여성 사비타 할라파나바르가 사망하면서 위 조항의 삭제 운동이 본격화되었습니다.

그리고 지난 2018. 5. 25., 아일랜드는 위 헌법 조항의 삭제 여부에 대한 국민

투표를 실시하였고, 유권자의 64.1%가 참여하여 66.4%의 압도적인 찬성으로 삭제를 결정하였습니다. 아일랜드 정부는 조만간 새로운 법률안을 의회에 제출할 예정인데, 이에 따르면 임신 12주 이내 임신중절은 제한 없이 허용하고, 12주에서 24주 이내에는 일정한 사유가 있을 때 임신중절이 가능합니다.

이 법률안이 통과되면, OECD 35개국 중 여성의 요청 또는 사회·경제적 사유에 의한 임신중절이 가능한 국가는 모두 30개국이 됩니다(여성의 요청만으로 임신중절이 가능한 국가는 26개국).

2. 김동식/황정임/동제연(2018), 임신중단(낙태)에 관한 여성의 인식과 경험 조사, 한국여성정책연구원 1부

○ 제출 취지 : 여성들이 낙태를 결정하고 경험하는 과정에서 낙태죄로 인해 겪게 되는 어려움 및 안전·건강의 위협을 소명하기 위함.

- 그 동안 정부는 2005년과 2011년 두 차례 실태조사를 하였는데, 이는 낙태 시술 건수 추정과 사유 파악 등에 초점을 두어, 낙태죄로 인해 여성들이 경험하는 상황과 어려움을 파악하기에는 한계가 있었습니다.

참고자료로 제출하는 조사보고서는 여성들의 경험을 조사한 최근(2017년)의 자료이며, 여성들이 낙태에 관하여 가지는 인식, 낙태 결정 및 경험 과정에서 낙태죄로 인해 겪었던 어려움, 그로 인한 안전과 건강의 문제 등을 심층 조사한 자료라는 점에서 심리에 참작할 내용이 있다고 보이므로 제출합니다.

2018. 5.

청구인의 대리인

법무법인 지향

담당변호사 김수정

변호사 류민희

변호사 박수진

변호사 차혜령

변호사 천지선

변호사 최현정

헌법재판소 귀중

참 고 자 료 제 출

사 건 2017헌바127 형법 제269조 제1항 등 위헌소원

청 구 인

대리인 법무법인 지향

담당변호사 김수정 외 5

위 사건에 관하여 청구인의 대리인은 다음과 같이 참고자료를 제출하오니 심리에 참고하여 주시기 바랍니다.

다 음

헌법

1. 신문기사(여성신문 2018. 6. 15.자)

1부

○ 제출 취지 : 여성의 임신 중단 권리를 보장하는 것이 국제적 정책 변화 추세임을 소명하기 위함.

- 2018. 6. 14. 아르헨티나 하원 의회는 임신 14주까지 낙태를 허용하는 내용의 법안을 가결하였습니다. 그동안 아르헨티나에서는 원칙적으로 임신 중절한 여성을 처벌하고, 여성의 생명이나 건강이 위협할 경우, 성폭력에 의한 임신인 경우에만 예외적으로 임신 중절을 허용하였습니다. 엄격한 제재에도 불구하고 매년 50만 건의 임신 중절 시술이 이루어졌고, 위험한 불법 임신 중절 시술로 인한 산모 사망률이 30%에 달하는 등 부작용이 컸습니다. 이에 여성들이 임신 중절 합

법화를 요구하였고, 마침내 하원 의회에서 법안이 통과된 것입니다. 이러한 사정을 심리에 참작하여 주시기 바랍니다.

2018. 7. 3.

청구인의 대리인

법무법인 지향

담당변호사 김수정

변호사 류 민 희

변호사 박 수 진

변호사 차 혜 령

변호사 천 지 선

변호사 최 현 정

헌법재판소 귀중

의견서

사 건 2017헌바127 형법 제269조 제1항 등 위헌소원

청구인 [Redacted]

2019. 3. 8.

청구인의 대리인

법무법인 지향

담당변호사 김수정 외 6

헌법재판소 귀중

낙태죄 위헌소원 대리인단

우)06735 서울 서초구 남부순환로 2583
사회타워 8층 법무법인 지향
전 화 : (02) 3476-6002, FAX : (02) 3473-66

의견서

사 건 2017헌바127 형법 제269조 제1항 등 위헌소원

청구인 [redacted]

위 사건에 관하여 청구인의 대리인들은 다음과 같이 의견을 개진합니다.

다 음

1. 이 의견서를 제출하는 이유

가. 헌법 제6조 제1항은 “헌법에 의하여 체결·공포된 조약과 일반적으로 승인된 국제법규는 국내법과 같은 효력을 가진다.” 라고 규정하여, 헌법 전문의 ‘항구적인 세계평화와 인류공영에 이바지함’ 과 함께 국제법 존중주의에 기반한 우리나라의 국제평화, 국제민주주의에 대한 열의를 표상하고 있습니다.

나. 지난 변론기일 이후 우리나라가 가입한 「시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약(International Covenant on Civil and Political Rights, 이하 ‘자유권규약’ 이라 합니다)」에 근거한 조약의 이행감독기구인 유엔 자유권위원회

낙태죄 위헌소원 대리인단

우)06735 서울 서초구 남부순환로 2583
사회타워 8층 법무법인 지향
전 화 : (02) 3476-6002, FAX : (02) 3473-66

회(Human Rights Committee)에서는 2018. 10. 30. 제6조 생명의 권리에 대하여 일반논평(CCPR/G/GC/36)¹⁾을 발표하였습니다.

다. 또한 2018. 9. 28. 국제 안전한 낙태의 날을 기념하여 유엔 여성 차별 실무그룹 등 다수의 유엔 전문가들은 전 세계의 정부에 낙태를 비범죄화하고 모든 여성 또는 소녀가 임신에 대하여 자율적인 결정을 내릴 수 있는 권리를 보장하도록 진전을 강화할 것을 촉구했습니다.

라. 이 두 인권 문서의 내용은 이 사건 심판청구에 시사하는 점이 큰 바, 그 내용이 충분히 검토되어야 한다고 판단됩니다.

2. 유엔 자유권위원회 일반논평 제36호의 의미

가. 유엔 조약기구의 일반논평(General Comments)은 조문과 같은 특정 주제나 위원회의 작업 방식에 대하여 조약기구가 내놓은 유권 해석입니다. 유엔 조약기구는 일반논평을 통해 성안된 지 수십년이 된 규범을 현재적으로 갱신하며 보편적인 규범으로서의 생명력과 권위를 유지합니다.

나. 이번 일반논평 제36호는 1982년에 성안된 일반논평 제6호, 1984년에

1) 유엔 시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약 위원회, 생명권에 관한 시민적 및 정치적 권리에 관한 국제 규약 제6조에 관한 일반논평 제36호 (2018)
https://tbinternet.ohchr.org/Treaties/CCPR/Shared%20Documents/L_Global/CCPR_C_GC_36_8785_E.pdf

낙태죄 위헌소원 대리인단

우)06735 서울 서초구 남부순환로 2583
사회타워 8층 법무법인 지향
전 화 : (02) 3476-6002, FAX : (02) 3473-66

성안된 일반논평 제14호를 각 대체하며, 모든 사람에게 내포된 권리로서 그 자체로 가장 중요하지만 다른 인권의 향유를 위하여 필수적인 권리로서의 생명권을 설명합니다.

다. 이 문서에서 자유권위원회는 생명권을 침해하는 상황에 대해 설명하며, 생명권의 주체로서 태아를 전혀 언급하지 않습니다. 이는 보편적인 국제인권규약에서 인정된 적이 없는 법리이기 때문입니다. 오히려 위원회는 일반논평 중 8번째 단락을 길게 할애하며 자발적 임신 중지를 법으로 규제할 때 여성의 생명권 등 여러 기본권을 위협할 수 있는 상황이 발생할 수 있음을 아래와 같이 주지합니다.

8. 당사국들이 자발적 임신 중절을 규제하기 위한 조치를 채택할 수도 있다. 하지만 그러한 조치는 임신한 여성이나 소녀의 생명권 또는 규약 상의 다른 권리를 침해해서는 안 된다. 따라서 낙태를 하고자 하는 여성 또는 소녀의 결정능력에 대한 제한을 가하는 것이 특히 생명을 위협하거나, 제7조를 위반하는 신체적 또는 정신적 고통이나 고통을 겪게 하거나, 차별적이거나, 프라이버시권을 침해해서는 안 된다. 당사국은 임신한 여성이나 소녀의 생명과 건강이 위협하거나, 상당한 고통이거나 고통을 초래할 수 있는 경우, 특히 임신이 강간이나 근친상간의 결과이거나, 태아의 생존가능성이 낮을 때, 안전하고 합법적이며 효과적인 낙태에 대한 접근을 제공

해야 한다. 또한, 당사국은 다른 경우에도 여성과 소녀들이 안전하지 않은 낙태를 하지 않아도 되도록 의무를 다하는 방식으로 임신과 낙태를 규제하지 않을 수 있으며 그에 따라서 낙태법을 개정해야 한다. 예를 들어, 미혼 여성의 임신을 범죄화하거나 낙태를 하는 여성과 소녀를 형사 처벌하는 등의 조치를 취하지 말아야 한다. 각 당사국은, 의료제공자에 의한 양심적 거부의 결과로 인하여 야기된 장벽을 포함해서, 여성과 소녀들의 안전하고 합법적인 낙태에 대한 효과적인 접근을 부인하는 새로운 장벽을 도입해서는 안 되며, 기존의 장벽을 제거해야 한다. 당사국도 안전하지 않은 낙태와 관련된 정신적, 신체적 건강 위험으로부터 여성과 소녀들의 삶을 효과적으로 보호해야 한다. 특히 성 및 재생산 건강에 관한 양질과 증거 기반의 정보와 교육 그리고 다양한 범위의 저렴한 피임 방법에 대한 여성과 남성, 특히 소녀들과 소년들에 대한 접근성을 보장해야 하고, 낙태를 원하는 여성과 소녀들의 낙인화를 막아야 한다. 당사국은 모든 상황에서 여성과 소녀들을 위한 양질의 산전 및 낙태 후 건강 관리의 이용 가능성을 확인하고 기밀로서 보장해야 한다.

3. 2018. 9. 28. 유엔 전문가들의 성명의 의미

가. 유엔의 인권보호기구 중 특별절차(Special Procedure)는 유엔 인권이사회에 의해 설치되고 임명된 독립적 전문가들로서 세계 각국의 특정 국가 상황이나 인권 주제에 대해 독립적으로 사실 탐지 및 감시를 하는 체제입니다.

나. 이바나 라다치치 (Ivana Radačić) 법률과 현실의 여성차별 문제에 관한 실무그룹의 의장, 다이니우스 푸라스 (Dainius Puras) 모든 사람의 달성 가능한 최고 수준의 육체적 정신적 건강을 향유할 권리에 관한 특별보고관, 두브라브카 시모노비치 (Dubravka Simonovic) 여성에 대한 폭력에 대한 특별보고관, 아그네스 칼라마르드 (Agnes Callamard) 조사법적, 즉결, 자의적 처형에 대한 특별보고관은 2018. 9. 28. 국제 안전한 낙태의 날을 맞아 자발적 임신 중지의 접근을 저해하는 각 국가의 법과 관행에 대해 우려하며 아래와 같이 촉구하였습니다.

국제 안전한 낙태의 날 - 2018년 9월 28일 금요일

제네바 (2018년 9월 27일) - 국제 안전한 낙태의 날을 앞두고 국제연합 인권 전문가 그룹은 전 세계의 정부에 낙태를 비범죄화하고 모든 여성 또는 소녀가 임신에 대하여 자율적인 결정을 내릴 수 있는 권리를 보장하도록 진전을 강화할 것을 촉구합니다. 이것은 평등, 사생활, 신체 및 정신적 완전성에 대한 여성의 기본적인 권리의 핵심에 있으며 다른 권리와 자유를 향유하기 위한 전제 조건이기도 합니다.

여성이 평생 동안 직면하는 성 평등에 대한 많은 도전 중에서 여성의 성적 및 재생산 건강 영역은 가장 논란이 되고 있으며 여성이 가장 큰 반발을 마

낙태죄 위헌소원 대리인단

우)06735 서울 서초구 남부순환로 52583
사회타워 8층 법무법인 지향
전화 : (02) 3476-6002, FAX : (02) 3473-66

주하는 분야 중 하나입니다. 자기결정권의 거부와 여성과 소녀들의 구체적 인 요구를 인식하지 못하는 등 성적 및 재생산 건강 영역의 지속적인 차별은 모든 영역에서 평등성을 요구하는 여성의 권리에 심각한 영향을 끼칩니다. 그러나 저희 전문가들은 일부 국가에서 여성의 성적 권리와 재생산 권리를 되찾기 위해 취해진 중요한 조치가 다른 국가에서 반복될 수 있기를 희망합니다. 가장 최근에는 국민 투표와 입법 및 사법 활동을 통해 여성의 안전한 낙태에 대한 접근을 보장하기 위한 노력이 진행되고 있습니다.

낙태를 위한 법적 틀은 일반적으로 형법을 사용하여 여성의 의사 결정을 통제하도록 고안되었습니다. 많은 법적 틀은 일반적으로 낙태를 금지하고 여성과 소녀들이 낙태를 필요로 할 수 있는 상황의 범위를 포함하지 않는, 아주 특정한 조건에서만 낙태를 허용합니다. 더욱이 낙태에 대한 엄격한 시간적 제한은 종종 낙태가 불법이 되는 상황에 처하게 만듭니다. 이러한 법적 제한은 사실적인 제한과 합쳐지면서 종종 임신부와 소녀들의 낙태에 대한 접근을 크게 방해하고 여성들의 존엄과 안녕을 파괴합니다.

여성들은 지리적, 정보 장벽, 낮은 의료서비스 품질 및 '양심적 거부'로 인해 이 의료서비스를 부담할 수 없거나 의료서비스에 접근이 불가능하여 낙태에 접근하는 데 많은 장애가 있습니다. 양심적 거부는 낙태에 대한 여성의 접근을 부정하는 근거가 될 수 없으며, 국가는 낙태에 대한 접근성을 확보하기 위한 절차를 제도화해야 합니다.

낙태죄 위헌소원 대리인단

우)06735 서울 서초구 남부순환로 52583
사회타워 8층 법무법인 지향
전화 : (02) 3476-6002, FAX : (02) 3473-66

또한, 약리학적 약물의 사용(의료적 낙태)과 관련하여 낙태 수술의 과도한 의료화는 또 다른 관심사입니다. 여성은 WHO 가이드 라인에 따라 합병증이 있는 경우 의료 서비스 제공자에게 접근할 수 있는 한편, 더 많은 개인적인 환경에서 의료적 낙태를 사용할 수 있어야 합니다.

낙태를 낙인화하는 형법 조항 때문에 낙태 후 보건의료의 문제는 많은 침해가 발생하는 또 다른 충격적인 현실입니다. 너무 많은 여성들이 낙태를 했다는 이유로 신체적, 언어적으로 학대를 당하거나, 응급 의료를 거부당했는데, 이는 국제법과 많은 경우 국가 법률 및 정책을 위반한 것입니다. 정부는 낙태한 여성과 소녀가 인도적으로 대우되고 법을 위반한 것으로 간주되지 않도록 해야 할 의무가 있습니다.

의료 과정에서 낙태만 골라서 범죄화하는 것은 낙태를 낙인화하고 낙태한 여성을 공격의 표적으로 만들었습니다. 낙태가 비난받을 일이라는 생각은 문화적 구성물입니다. 진실은 이것은 여성과 소녀들이 필요할 때 접근할 수 있는 안전한 의료 절차여야 한다는 것입니다. 낙태 후 보건의료를 원하는 여성은 가치판단과 상관없이 이 서비스를 적시에 받을 수 있어야 하며 형사 수사 및 기소의 위협이 없어야 합니다. 안전하지 않은 낙태에 대한 우려는 공중 보건법, 의료 과실법 및 민법을 통해 해결되어야 합니다. 여성이 필요로 하는 서비스에 대한 여성의 접근을 부인하고 자신의 구체적인 재생산 보건 요구를 충족시키지 못하는 것은 본질적으로 차별적입니다. 의료 서비스 운영에서의 센터에 기반한 차별은 여성의 인권과 존엄성을 침해합니다.

각 국은 국제 인권 기준에 따라 법령에서 여성 차별 철폐와 여성 및 사춘기 소녀의 성적 권리 및 재생산 권리 증진에 대한 의지를 보여야 합니다. 그것은 1948년 세계인권선언에 잘 확립되었으며 시민적 정치적 권리에 관한 국제 규약에서도 지지하고 있습니다. 그러나 일부는 임신한 여성과 태아의 이해가 동등하게 보호되어야 한다는 위협한 수사법을 전파합니다. 그러나 국제 인권법에는 그러한 주장이 없습니다.

안전하지 않은 낙태는 임신부의 주요 사망 원인 중 하나입니다. 제한적인 낙태 법은 여성의 삶을 위협에 빠뜨리고 그들에게 어려움을 겪게 합니다. 따라서 낙태 반대자들이 종종 자신의 입장이 "프로-라이프(친-생명적)"이라는 주장은 오해의 소지가 있습니다. 법에 의해 임신 중지가 제한되거나 다른 이유로 사용할 수 없는 국가에서는 임신의 안전한 중지는 부자의 특권이 며 제한된 자원을 가진 여성은 안전하지 못한 의료 제공자 및 관행에 의지할 수밖에 없다는 것이 알려져 있습니다. 세계보건기구(WHO) 데이터는 임신 중절을 범죄화하는 것이 낙태 수술에 의존하는 여성의 수를 감소시키지 않는다는 것을 분명히 보여줍니다. 범죄화는 오히려 은밀한 의료와 안전하지 않은 절차를 모색하는 여성의 수를 늘릴 가능성이 있습니다. 여성이 원치 않는 임신을 중지시킬 권리를 가지며 정보와 모든 피임 방법에 대한 접근이 가능한 국가는 가장 낮은 낙태 비율을 보입니다.

전문가들은 국제 사회가 안전하고 합법적인 낙태에 대한 보장을 포함하여

성 평등에 나아가야 하고 후퇴를 막을 것을 촉구합니다. 저희는 가족과 사회에서 여성의 역할에 대한 유해한 고정 관념을 구현하고 여성에게 본질적으로 차별적이며 억압적인 종교 및 문화적 규범에 의해 유지되는 차별적인 문화적 유산에 저항하는 여성 인권 옹호자들에 대한 전세계의 노력을 높게 삼니다. 어떠한 법도 낙태의 필요성에 대한 여성의 의사 결정이나 접근을 통제하거나 처벌하는 수단이 되어서는 안됩니다. 진보적인 낙태 법 개혁이 시급하므로 증거에 기반하고 인권에 기반한 토론을 위한 공간을 열어야 합니다. 낙태는 비범죄화 되어야 하며, 여성들은 그 절차를 접근하기 위해 더 많은 지지와 자율성을 가져야 합니다. 대부분의 낙태법이 여성을 표적으로 하는 데 사용되고 있으며, 이는 중단되어야 합니다. 여성이 재생산 능력을 가졌다는 사실이 오히려 여성에게 불리하게 악용되어서는 안 됩니다.

끝.

4. 소결

우리나라와 헌법재판소의 국제적 위상이 높아짐에 따라 헌법재판소의 결정과 국제인권조약기구의 해석 의견은 국내외에서 비상한 관심을 받고 있습니다. 이에 따라 헌법재판에서 국제인권조약과 인권조약기구의 견해 등 국제인권기준을 심도 있게 고찰하여 반영할 필요성은 더욱 커지고 있다 할 것임

낙태죄 위헌소원 대리인단

우)06735 서울 서초구 남부순환로 92583
서희타워 8층 법무법인 지향
전 화 : (02) 3476-6002, FAX : (02) 3473-66

니다.

우리 헌법 상의 기본권은 보편적 인권규약 상의 권리와 그 해석과 불가분적으로 연결되어 있는 바, 제출하는 두 문서를 충분히 검토해주시기를 요청드립니다.

참 고 자 료

- 1. 참고자료 1의 1 유엔 자유권위원회의 제6조 생명권에 관한 제36호 일반논평
- 2. 참고자료 1의 2 유엔 자유권위원회의 제6조 생명권에 관한 제36호 일반논평 일부 번역본
- 3. 참고자료 2의 1 2018. 9. 28. 국제 안전한 낙태의 날 유엔 전문가들의 공동성명
- 4. 참고자료 2의 2 2018. 9. 28. 국제 안전한 낙태의 날 유엔 전문가들의 공동성명 전문 번역본

첨 부 서 류

- 1. 위 참고자료 각 1통

낙태죄 위헌소원 대리인단

우)06735 서울 서초구 남부순환로 92583
서희타워 8층 법무법인 지향
전 화 : (02) 3476-6002, FAX : (02) 3473-66

2019. 3. 8.

청구인의 대리인

법무법인 지향

담당변호사 김 수 정

법무법인 덕수

담당변호사 박 수 진

변호사 류 민 희

변호사 유 원 정

변호사 차 해 령

변호사 천 지 선

변호사 최 현 정

헌법재판소 귀중

낙태죄 위헌소원 대리인단

우)06735 서울 서초구 남부순환로 12583
서희타워 8층 법무법인 지향
전 화 : (02) 3476-6002, FAX : (02) 3473-66

CCPR/C/GC/36

Advance unedited version

Distr.: General
30 October 2018

Original: English

13 / 44

Human Rights Committee

General comment No. 36 (2018) on article 6 of the International Covenant on Civil and Political Rights, on the right to life*

I. General remarks

1. This general comment replaces earlier general comments No. 6 (16th session) and 14 (23rd session) adopted by the Committee in 1982 and 1984, respectively.
2. Article 6 recognizes and protects the right to life of all human beings. It is the supreme right from which no derogation is permitted even in situations of armed conflict and other public emergencies which threatens the life of the nation.[1] The right to life has crucial importance both for individuals and for society as a whole. It is most precious for its own sake as a right that inheres in every human being, but it also constitutes a fundamental right [2] whose effective protection is the prerequisite for the enjoyment of all other human rights and whose content can be informed by other human rights.
3. The right to life is a right which should not be interpreted narrowly. It concerns the entitlement of individuals to be free from acts and omissions that are intended or may be expected to cause their unnatural or premature death, as well as to enjoy a life with dignity. Article 6 guarantees this right for all human beings, without distinction of any kind, including for persons suspected or convicted of even the most serious crimes.
4. Paragraph 1 of article 6 of the Covenant provides that no one shall be arbitrarily deprived of his life and that the right shall be protected by law. It lays the foundation for the obligation of States parties to respect and to ensure the right to life, to give effect to it through legislative and other measures, and to provide effective remedies and reparation to all victims of violations of the right to life.
5. Paragraphs 2, 4, 5 and 6 of article 6 of the Covenant set out specific safeguards for ensuring that in States parties which have not yet abolished the death penalty, it must not be applied except for the most serious crimes, and then only in the most exceptional cases and under the strictest limits. [3] The prohibition on arbitrary deprivation of life contained in article 6, paragraph 1 further limits the ability of States parties to apply the death penalty. The provisions of paragraph 3 regulate specifically the relationship between Article 6 of the Covenant and the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide ('the Genocide Convention').

* Adopted by the Committee at its 124th session (8 October to 2 November 2018).

참고자료 1-1

6. Deprivation of life involves an intentional [4] or otherwise foreseeable and preventable life-terminating harm or injury, caused by an act or omission. It goes beyond injury to bodily or mental integrity or threat thereto. [5]

7. States parties must respect the right to life and have the duty to refrain from engaging in conduct resulting in arbitrary deprivation of life. States parties must also ensure the right to life and exercise due diligence to protect the lives of individuals against deprivations caused by persons or entities, whose conduct is not attributable to the State. [6] The obligation of States parties to respect and ensure the right to life extends to reasonably foreseeable threats and life-threatening situations that can result in loss of life. States parties may be in violation of article 6 even if such threats and situations do not result in loss of life. [7]

8. Although States parties may adopt measures designed to regulate voluntary terminations of pregnancy, such measures must not result in violation of the right to life of a pregnant woman or girl, or her other rights under the Covenant. Thus, restrictions on the ability of women or girls to seek abortion must not, inter alia, jeopardize their lives, subject them to physical or mental pain or suffering which violates article 7, discriminate against them or arbitrarily interfere with their privacy. States parties must provide safe, legal and effective access to abortion where the life and health of the pregnant woman or girl is at risk, or where carrying a pregnancy to term would cause the pregnant woman or girl substantial pain or suffering, most notably where the pregnancy is the result of rape or incest or is not viable. [8] In addition, States parties may not regulate pregnancy or abortion in all other cases in a manner that runs contrary to their duty to ensure that women and girls do not have to undertake unsafe abortions, and they should revise their abortion laws accordingly. [9] For example, they should not take measures such as criminalizing pregnancies by unmarried women or apply criminal sanctions against women and girls undergoing abortion [10] or against medical service providers assisting them in doing so, since taking such measures compel women and girls to resort to unsafe abortion. States parties should not introduce new barriers and should remove existing barriers [11] that deny effective access by women and girls to safe and legal abortion [12], including barriers caused as a result of the exercise of conscientious objection by individual medical providers. [13] States parties should also effectively protect the lives of women and girls against the mental and physical health risks associated with unsafe abortions. In particular, they should ensure access for women and men, and, especially, girls and boys, [14] to quality and evidence-based information and education about sexual and reproductive health [15] and to a wide range of affordable contraceptive methods, [16] and prevent the stigmatization of women and girls seeking abortion.[17] States parties should ensure the availability of, and effective access to, quality prenatal and post-abortion health care for women and girls, [18] in all circumstances, and on a confidential basis. [19]

9. While acknowledging the central importance to human dignity of personal autonomy, States should take adequate measures, without violating their other Covenant obligations, to prevent suicides, especially among individuals in particularly vulnerable situations, [20] including individuals deprived of their liberty. States parties that allow medical professionals to provide medical treatment or the medical means in order to facilitate the termination of life of afflicted adults, such as the terminally ill, who experience severe physical or mental pain and suffering and wish to die with dignity, [21] must ensure the existence of robust legal and institutional safeguards to verify that medical professionals are complying with the free, informed, explicit and, unambiguous decision of their patients, with a view to protecting patients from pressure and abuse. [22]

II. The Prohibition against Arbitrary Deprivation of Life

10. Although it inheres in every human being [23] the right to life is not absolute. The Covenant does not provide an enumeration of permissible grounds for deprivation of life, but by requiring that deprivations of life must not be arbitrary, Article 6, paragraph 1 implicitly recognizes that some deprivations of life may be non-arbitrary. For example, the use of lethal force in self-defence, under the conditions specified in paragraph 12 below would not constitute an arbitrary deprivation of life. Even those exceptional measures leading to deprivations of life which are not arbitrary per se must be applied in a manner which is not arbitrary in fact. Such exceptional measures should be established by law and accompanied by effective institutional safeguards designed to prevent arbitrary deprivations of life. Furthermore, States which have not abolished the death penalty and which are not parties to the Second Optional Protocol or other treaties providing for the abolition of the death penalty can only apply the death penalty in a non-arbitrary manner, with regard to the most serious crimes and subject to a number of strict conditions elaborated in part IV below.

11. The second sentence of paragraph 1 of Article 6 requires that the right to life be protected by law, while the third sentence requires that no one should be arbitrarily deprived of life. The two requirements partly overlap in that a deprivation of life that lacks a legal basis or is otherwise inconsistent with life-protecting laws and procedures is, as a rule, arbitrary in nature. For example, a death sentence issued following legal proceedings conducted in violation of domestic laws of criminal procedure or evidence will generally be both unlawful and arbitrary.

12. Deprivation of life is, as a rule, arbitrary if it is inconsistent with international law or domestic law. [24] A deprivation of life may, nevertheless, be authorized by domestic law and still be arbitrary. The notion of "arbitrariness" is not to be fully equated with "against the law", but must be interpreted more broadly to include elements of inappropriateness, injustice, lack of predictability, and due process of law [25] as well as elements of reasonableness, necessity, and proportionality. In order not to be qualified as arbitrary under article 6, the application of potentially lethal force by a private person acting in self-defence, or by another person coming to his or her defence, must be strictly necessary in view of the threat posed by the attacker; it must represent a method of last resort after other alternatives have been exhausted or deemed inadequate; [26] the amount of force applied cannot exceed the amount strictly needed for responding to the threat; the force applied must be carefully directed-only against the attacker; [27] and the threat responded to must involve imminent death or serious injury. [28] The use of potentially lethal force for law enforcement purposes is an extreme measure [29], which should be resorted to only when strictly necessary in order to protect life or prevent serious injury from an imminent threat. [30] It cannot be used, for example, in order to prevent the escape from custody of a suspected criminal or a convict who does not pose a serious and imminent threat to the lives or bodily integrity of others. [31] The intentional taking of life by any means is permissible only if it is strictly necessary in order to protect life from an imminent threat. [32]

13. States parties are expected to take all necessary measures intended to prevent arbitrary deprivations of life by their law enforcement officials, including soldiers charged with law enforcement missions. These measures include appropriate legislation controlling the use of lethal force by law enforcement officials, procedures designed to ensure that law enforcement actions are adequately planned in a manner consistent with the need to minimize the risk they pose to human life, [33] mandatory reporting, review, and investigation of lethal incidents [34] and other life-threatening incidents, and the supplying of forces responsible for crowd control with effective "less-lethal" means and adequate protective equipment in order to obviate their need to resort to lethal force. [35] In particular, all operations of law enforcement officials should comply with relevant

international standards, including the Code of Conduct for Law Enforcement Officials (General Assembly resolution 34/169)(1979) and the Basic Principles on the Use of Force and Firearms by Law Enforcement Officials (1990), [36] and law enforcement officials should undergo appropriate training designed to inculcate these standards [37] so as to ensure, in all circumstances, the fullest respect for the right to life. [38]

14. While preferable to more lethal weapons, States parties should ensure that "less-lethal" weapons are subject to strict independent testing and evaluate and monitor the impact on the right to life of weapons such as electro-muscular disruption devices (Tasers), [39] rubber or foam bullets, and other attenuating energy projectiles, [40] which are designed for use or are actually used by law enforcement officials, including soldiers charged with law enforcement missions. [41] The use of such weapons must be restricted to law enforcement officials who have undergone appropriate training, and must be strictly regulated in accordance with applicable international standards, including the Basic Principles on the Use of Force and Firearms by Law Enforcement Officials. [42] Furthermore, such "less-lethal" weapons can only be employed, subject to strict requirements of necessity and proportionality, in situations in which other less harmful measures have proven to be, or clearly are ineffective to address the threat. [43] States parties should not resort to "less-lethal" weapons in situations of crowd control which can be addressed through less harmful means, [44] especially situations involving the exercise of the right to peaceful assembly.

15. When private individuals or entities are empowered or authorized by a State party to employ force with potentially lethal consequences, the State party is under an obligation to ensure that such employment of force actually complies with article 6 and remains responsible for any failure to comply. [45] Among other things, a State party must rigorously limit the powers afforded to private actors, and ensure that strict and effective measures of monitoring and control, and adequate training, are in place, in order to guarantee, inter alia, that the powers granted are not misused, and do not lead to arbitrary deprivation of life. For example, a State party must take adequate measures to ensure that persons who were involved or are currently involved in serious human rights violations or abuses are excluded from private security entities empowered or authorized to employ force. [46] It must also ensure that victims of arbitrary deprivation of life by private individuals or entities empowered or authorized by the State party are granted an effective remedy. [47]

16. Article 6, paragraphs 2, 4 and 5 implicitly recognize that countries which have not abolished the death penalty and that have not ratified the Second Optional Protocol are not legally barred under the Covenant from applying the death penalty with regard to the most serious crimes subject to a number of strict conditions. Other procedures regulating activity that may result in deprivation of life, such as protocols for administering new drugs, must be established by law, accompanied by effective institutional safeguards designed to prevent arbitrary deprivation of life, and be compatible with other provisions of the Covenant.

17. The deprivation of life of individuals through acts or omissions that violate provisions of the Covenant other than article 6 is, as a rule, arbitrary in nature. This includes, for example, the use of force resulting in the death of demonstrators exercising their right of freedom of assembly; [48] and the passing of a death sentence following a trial which failed to meet the due process requirements of article 14 of the Covenant. [49]

III. The Duty to Protect Life

18. The second sentence of paragraph 1 provides that the right to life "shall be protected by law". This implies that States parties must establish a legal framework to ensure the full

enjoyment of the right to life by all individuals as may be necessary to give effect to the right to life. The duty to protect the right to life by law also includes an obligation for States parties to adopt any appropriate laws or other measures in order to protect life from all reasonably foreseeable threats, including from threats emanating from private persons and entities.

19. The duty to protect by law the right to life entails that any substantive ground for deprivation of life must be prescribed by law, and defined with sufficient precision to avoid overly broad or arbitrary interpretation or application. [50] Since deprivation of life by the authorities of the State is a matter of the utmost gravity, the law must strictly control and limit the circumstances in which a person may be deprived of his life by such authorities [51] and the States parties must ensure full compliance with all of the relevant legal provisions. The duty to protect by law the right to life also requires States parties to organize all State organs and governance structures through which public authority is exercised in a manner consistent with the need to respect and ensure the right to life, [52] including establishing by law adequate institutions and procedures for preventing deprivation of life, investigating and prosecuting potential cases of unlawful deprivation of life, meting out punishment and providing full reparation.

20. States parties must enact a protective legal framework which includes effective criminal prohibitions on all manifestations of violence or incitement to violence that are likely to result in a deprivation of life, such as intentional and negligent homicide, unnecessary or disproportionate use of firearms, [53] infanticide, [54] "honour" killings, [55] lynching, [56] violent hate crimes, [57] blood feuds, [58] ritual killings, [59], death threats, and terrorist attacks. The criminal sanctions attached to these crimes must be commensurate with their gravity, [60] while remaining compatible with all provisions of the Covenant.

21. The duty to take positive measures to protect the right to life derives from the general duty to ensure the rights recognized in the Covenant, which is articulated in article 2, paragraph 1, when read in conjunction with article 6, as well as from the specific duty to protect the right to life by law which is articulated in the second sentence of article 6. States parties are thus under a due diligence obligation to undertake reasonable positive measures, which do not impose on them disproportionate burdens, [61] in response to reasonably foreseeable threats to life originating from private persons and entities, whose conduct is not attributable to the State. [62] Hence, States parties are obliged to take adequate preventive measures in order to protect individuals against reasonably foreseen threats of being murdered or killed by criminals and organized crime or militia groups, including armed or terrorist groups. [63] States parties should also disband irregular armed groups, such as private armies and vigilante groups, that are responsible for deprivations of life [64] and reduce the proliferation of potentially lethal weapons to unauthorized individuals. [65] States parties must further take adequate measures of protection, including continuous supervision, [66] in order to prevent, investigate, punish and remedy arbitrary deprivation of life by private entities, such as private transportation companies, private hospitals [67] and private security firms. [68]

22. States parties must take appropriate measures to protect individuals against deprivation of life by other States, international organizations and foreign corporations operating within their territory [69] or in other areas subject to their jurisdiction. They must also take appropriate legislative and other measures to ensure that all activities taking place in whole or in part within their territory and in other places subject to their jurisdiction, but having a direct and reasonably foreseeable impact on the right to life of individuals outside their territory, including activities taken by corporate entities based in their territory or subject to their jurisdiction, [70] are consistent with article 6, taking due account of related

international standards of corporate responsibility, [71] and of the right of victims to obtain an effective remedy.

23. The duty to protect the right to life requires States parties to take special measures of protection towards persons in situation of vulnerability whose lives have been placed at particular risk because of specific threats [72] or pre-existing patterns of violence. These include human rights defenders, [73] officials fighting corruption and organized crime, humanitarian workers, journalists, [74] prominent public figures, witnesses to crime, [75] and victims of domestic and gender-based violence and human trafficking. They may also include children, [76] especially children in street situations, unaccompanied migrant children and children in situations of armed conflict, members of ethnic and religious minorities [77] and indigenous peoples, [78] lesbian, gay, bisexual, transgender and inter-sex (LGBTI) persons, [79] persons with albinism, [80] alleged witches, [81] displaced persons, asylum seekers, refugees [82] and stateless persons. States parties must respond urgently and effectively in order to protect individuals who find themselves under a specific threat, by adopting special measures such as the assignment of around-the-clock police protection, the issuance of protection and restraining orders against potential aggressors and, in exceptional cases, and only with the free and informed consent of the threatened individual, protective custody.

24. Persons with disabilities, including psychosocial and intellectual disabilities, are also entitled to specific measures of protection so as to ensure their effective enjoyment of the right to life on equal basis with others. [83] Such measures of protection shall include the provision of reasonable accommodation when necessary to ensure the right to life, such as ensuring access of persons with disabilities to essential facilities and services, [84] and specific measures designed to prevent unwarranted use of force by law enforcement agents against persons with disabilities. [85]

25. States parties also have a heightened duty of care to take any necessary measures [86] to protect the lives of individuals deprived of their liberty by the State, since by arresting, detaining, imprisoning or otherwise depriving individuals of their liberty, States parties assume the responsibility to care for their life [87] and bodily integrity, and they may not rely on lack of financial resources or other logistical problems to reduce this responsibility. [88] The same heightened duty of care attaches to individuals held in private incarceration facilities operating pursuant to an authorization by the State. The duty to protect the life of all detained individuals includes providing them with the necessary medical care and appropriately regular monitoring of their health, [89] shielding them from inter-prisoner violence, [90] preventing suicides and providing reasonable accommodation for persons with disabilities. [91] A heightened duty to protect the right to life also applies to individuals quartered in liberty-restricting State-run facilities, such as mental health facilities, [92] military camps, [93] refugee camps and camps for internally displaced persons, [94] juvenile institutions and orphanages.

26. The duty to protect life also implies that States parties should take appropriate measures to address the general conditions in society that may give rise to direct threats to life or prevent individuals from enjoying their right to life with dignity. These general conditions may include high levels of criminal and gun violence, [95] pervasive traffic and industrial accidents, [96] degradation of the environment, [97], deprivation of land, territories and resources of indigenous peoples, [98] the prevalence of life threatening diseases, such as AIDS, tuberculosis or malaria, [99] extensive substance abuse, widespread hunger and malnutrition and extreme poverty and homelessness. [100] The measures called for addressing adequate conditions for protecting the right to life include, where necessary, measures designed to ensure access without delay by individuals to essential goods and services such as food, [101] water, shelter, health-care, [102] electricity and sanitation, and other measures designed to promote and facilitate adequate general conditions such as the

bolstering of effective emergency health services, emergency response operations (including fire-fighters, ambulances and police forces) and social housing programs. States parties should also develop strategic plans for advancing the enjoyment of the right to life, which may comprise measures to fight the stigmatization associated with disabilities and diseases, including sexually transmitted diseases, which hamper access to medical care; [103] detailed plans to promote education to non-violence; and campaigns for raising awareness of gender-based violence [104] and harmful practices, [105] and for improving access to medical examinations and treatments designed to reduce maternal and infant mortality. [106] Furthermore, States parties should also develop, when necessary, contingency plans and disaster management plans designed to increase preparedness and address natural and man-made disasters, which may adversely affect enjoyment of the right to life, such as hurricanes, tsunamis, earthquakes, radio-active accidents and massive cyber-attacks resulting in disruption of essential services.

27. An important element of the protection afforded to the right to life by the Covenant is the obligation on the States parties, where they know or should have known of potentially unlawful deprivations of life, to investigate and, where appropriate, prosecute such incidents including allegations of excessive use of force with lethal consequences. [107] The duty to investigate also arises in circumstances in which a serious risk of deprivation of life was caused by the use of potentially lethal force, even if the risk did not materialize [108] This obligation is implicit in the obligation to protect and is reinforced by the general duty to ensure the rights recognized in the Covenant, which is articulated in article 2, paragraph 1, when read in conjunction with article 6, paragraph 1, and the duty to provide an effective remedy to victims of human rights violations [109] and their relatives, [110] which is articulated in article 2, paragraph 3 of the Covenant, when read in conjunction with article 6, paragraph 1. Investigations and prosecutions of potentially unlawful deprivations of life should be undertaken in accordance with relevant international standards, including the Minnesota Protocol on the Investigation of Potentially Unlawful Death (2016), and must be aimed at ensuring that those responsible are brought to justice, [111] at promoting accountability and preventing impunity, [112] at avoiding denial of justice [113] and at drawing necessary lessons for revising practices and policies with a view to avoiding repeated violations. [114] Investigations should explore, inter alia, the legal responsibility of superior officials with regard to violations of the right to life committed by their subordinates. [115] Given the importance of the right to life, States parties must generally refrain from addressing violations of article 6 merely through administrative or disciplinary measures, and a criminal investigation is normally required, which should lead, if enough incriminating evidence is gathered, to a criminal prosecution. [116] Immunities and amnesties provided to perpetrators of intentional killings and to their superiors, and comparable measures leading to de facto or de jure impunity, are, as a rule, incompatible with the duty to respect and ensure the right to life, and to provide victims with an effective remedy. [117]

28. Investigations into allegations of violation of article 6 [118] must always be independent, [119] impartial, [120] prompt, [121] thorough, [122] effective, [123] credible [124] and transparent, [125] and in the event that a violation is found, full reparation must be provided, including, in view of the particular circumstances of the case, adequate measures of compensation, rehabilitation and satisfaction. [126] States parties are also under an obligation to take steps to prevent the occurrence of similar violations in the future. [127] Where relevant, the investigation should include an autopsy of the victim's body, [128] whenever possible, in the presence of a representative of the victim's relatives. [129] States parties need to take, among other things, appropriate measures to establish the truth relating to the events leading to the deprivation of life, including the reasons and legal basis for targeting certain individuals and the procedures employed by State forces before, during and after the time in which the deprivation occurred, [130] and identifying bodies of

individuals who had lost their lives. [131] States parties should also disclose relevant details about the investigation to the victim's next of kin, [132] allow them to present new evidence, afford them with legal standing in the investigation, [133] and make public information about the investigative steps taken and the investigation's findings, conclusions and recommendations, [134] subject to absolutely necessary redactions justified by a compelling need to protect the public interest or the privacy and other legal rights of directly affected individuals. States parties must also take the necessary steps to protect witnesses, victims and their relatives and persons conducting the investigation from threats, attacks and any act of retaliation. An investigation into violations of the right to life should commence when appropriate ex officio. [135] States should support and cooperate in good faith with international mechanisms of investigation and prosecutions addressing possible violations of article 6. [136]

29. Loss of life occurring in custody, in unnatural circumstances, creates a presumption of arbitrary deprivation of life by State authorities, which can only be rebutted on the basis of a proper investigation which establishes the State's compliance with its obligations under article 6. [137] States parties also have a particular duty to investigate allegations of violations of article 6 whenever State authorities have used or appear to have used firearms or other potentially lethal force outside the immediate context of an armed conflict, for example, when live fire had been used against demonstrators, [138] or when civilians were found dead in circumstances fitting a pattern of alleged violations of the right to life by State authorities. [139]

30. The duty to respect and ensure the right to life requires States parties to refrain from deporting, extraditing or otherwise transferring individuals to countries in which there are substantial grounds for believing that a real risk exists that their right to life under article 6 of the Covenant would be violated. [140] Such a risk must be personal in nature [141] and cannot derive merely from the general conditions in the receiving State, except in the most extreme cases. [142] For example, as explained in paragraph 34 below, it would be contrary to article 6 to extradite an individual from a country that abolished the death penalty to a country in which he or she may face the death penalty. [143] Similarly, it would be inconsistent with article 6 to deport an individual to a country in which a fatwa had been issued against him by local religious authorities, without verifying that the fatwa is not likely to be followed; [144] or to deport an individual to an extremely violent country in which he has never lived, has no social or family contacts and cannot speak the local language. [145] In cases involving allegations of risk to the life of the removed individual emanating from the authorities of the receiving State, the situation of the removed individual and the conditions in the receiving States need to be assessed inter alia, based on the intent of the authorities of the receiving State, the pattern of conduct they have shown in similar cases, [146] and the availability of credible and effective assurances about their intentions. When the alleged risk to life emanates from non-state actors or foreign States operating in the territory of the receiving State, credible and effective assurances for protection by the authorities of the receiving State may be sought and internal flight options could be explored. When relying upon assurances from the receiving State of treatment upon removal, the removing State should put in place adequate mechanisms for ensuring compliance with the issued assurances from the moment of removal onwards. [147]

31. The obligation not to extradite, deport or otherwise transfer pursuant to article 6 of the Covenant may be broader than the scope of the principle of *non refoulement* under international refugee law, since it may also require the protection of aliens not entitled to refugee status. States parties must, however, allow all asylum seekers claiming a real risk of a violation of their right to life in the State of origin access to refugee or other individualized or group status determination procedures that could offer them protection against *refoulement*. [148]

IV. Imposition of the death penalty

32. Paragraphs 2, 4, 5 and 6 of article 6 regulate the imposition of the death penalty by those countries which have not yet abolished it.

33. Paragraph 2 of article 6 strictly limits the application of the death penalty, firstly, to States parties that have not abolished the death penalty, and secondly, to the most serious crimes. Given the anomalous nature of regulating the application of the death penalty in an instrument enshrining the right to life, the contents of paragraph 2 have to be narrowly construed. [149]

34. States parties to the Covenant that have abolished the death penalty, through amending their domestic laws, becoming parties to the Second Optional Protocol to the Covenant or adopting another international instrument obligating them to abolish the death penalty, are barred from reintroducing it. Like the Covenant, the Second Optional Protocol does not contain termination provisions and States parties cannot denounce it. Abolition of the death penalty is therefore legally irrevocable. Furthermore, States parties may not transform an offence, which upon ratification of the Covenant, or at any time thereafter, did not entail the death penalty, into a capital offence. Nor can they remove legal conditions from an existing offence with the result of permitting the imposition of the death penalty in circumstances in which it was not possible to impose it before. States parties that abolished the death penalty cannot deport, extradite or otherwise transfer persons to a country in which they are facing criminal charges that carry the death penalty, unless credible and effective assurances against the imposition of the death penalty have been obtained. [150] In the same vein, the obligation not to reintroduce the death penalty for any specific crime requires States parties not to deport, extradite or otherwise transfer an individual to a country in which he or she is expected to stand trial for a capital offence, if the same offence does not carry the death penalty in the removing State, unless credible and effective assurances against exposing the individual to the death penalty have been obtained.

35. The term "the most serious crimes" must be read restrictively [151] and appertain only to crimes of extreme gravity, [152] involving intentional killing. [153] Crimes not resulting directly and intentionally in death, [154] such as attempted murder, [155] corruption and other economic and political crimes, [156] armed robbery, [157] piracy, [158] abduction, [159] drug [160] and sexual offences, although serious in nature, can never serve as the basis, within the framework of article 6, for the imposition of the death penalty. In the same vein, a limited degree of involvement or of complicity in the commission of even the most serious crimes, such as providing the physical means for the commission of murder, cannot justify the imposition of the death penalty. States parties are under an obligation to review their criminal laws so as to ensure that the death penalty is not imposed for crimes which do not qualify as the most serious crimes. [161] They should also revoke death sentences issued for crimes not qualifying as the most serious crimes and pursue the necessary legal procedures to re-sentence those convicted for such crimes.

36. Under no circumstances can the death penalty ever be applied as a sanction against conduct whose very criminalization violates the Covenant, including adultery, homosexuality, apostasy, [162] establishing political opposition groups, [163] or offending a head of state. [164] States parties that retain the death penalty for such offences commit a violation of their obligations under article 6 read alone and in conjunction with article 2, paragraph 2 of the Covenant, as well as of other provisions of the Covenant.

37. In all cases involving the application of the death penalty, the personal circumstances of the offender and the particular circumstances of the offence, including its specific attenuating elements [165] must be considered by the sentencing court. Hence, mandatory death sentences that leave domestic courts with no discretion on whether or not to designate the offence as a crime entailing the death penalty, and on whether or not to

issue the death sentence in the particular circumstances of the offender, are arbitrary in nature. [166] The availability of a right to seek pardon or commutation on the basis of the special circumstances of the case or the accused is not an adequate substitute for the need for judicial discretion in the application of the death penalty. [167]

38. Article 6, paragraph 2 also requires States parties to ensure that any death sentence would be "in accordance with the law in force at the time of the commission of the crime". This application of the principle of legality complements and reaffirms the application of the principle of *nulla poena sine lege* found in article 15, paragraph 1 of the Covenant. As a result, the death penalty can never be imposed, if it was not provided by law for the offence at the time of its commission. Nor can the imposition of the death penalty be based on vaguely defined criminal provisions, [168] whose application to the convicted individual would depend on subjective or discretionary considerations [169] the application of which is not reasonably foreseeable. [170] On the other hand, the abolition of the death penalty should apply retroactively to individuals charged or convicted of a capital offence in accordance with the retroactive leniency (*lex mitior*) principle, which finds partial expression in the third sentence of article 15, paragraph 1, requiring States parties to grant offenders the benefit of lighter penalties adopted after the commission of the offence. The retroactive application of the abolition of the death penalty to all individuals charged or convicted of a capital crime also derives from the fact that the need for applying the death penalty cannot be justified once it had been abolished.

39. Article 6, paragraph 3 reminds all States parties who are also parties to the Genocide Convention of their obligations to prevent and punish the crime of genocide, which include the obligation to prevent and punish all deprivations of life, which constitute part of a crime of genocide. Under no circumstances can the death penalty be imposed as part of a policy of genocide against members of a national, ethnical, racial or religious group.

40. States parties that have not abolished the death penalty must respect article 7 of the Covenant, which bars certain methods of execution. Failure to respect article 7 would inevitably render the execution arbitrary in nature and thus also in violation of article 6. The Committee has already opined that stoning, [171] injection of untested lethal drugs, [172] gas chambers, [173] burning and burying alive, [174] and public executions, [175] are contrary to article 7. For similar reasons, other painful and humiliating methods of execution are also unlawful under the Covenant. Failure to provide individuals on death row with timely notification about the date of their execution constitutes, as a rule, a form of ill-treatment, which renders the subsequent execution contrary to articles 7 of the Covenant. [176] Extreme delays in the implementation of a death penalty sentence, which exceed any reasonable period of time necessary to exhaust all legal remedies, [177] may also entail the violation of article 7 of the Covenant, especially when the long time on death row exposes sentenced persons to harsh [178] or stressful conditions, including, solitary confinement, [179] and when they are particularly vulnerable due to factors such as age, health or mental state. [180]

41. Violation of the fair trial guarantees provided for in article 14 of the Covenant in proceedings resulting in the imposition of the death penalty would render the sentence arbitrary in nature, and in violation of article 6 of the Covenant. [181] Such violations might involve the use of forced confessions; [182] inability of the accused to question relevant witnesses; [183] lack of effective representation involving confidential attorney-client meetings during all stages of the criminal proceedings, [184] including during criminal interrogation, [185] preliminary hearings, [186] trial [187] and appeal [188]; failure to respect the presumption of innocence which may manifest itself in the accused being placed in a cage or handcuffed during the trial; [189] lack of an effective right of appeal; [190] lack of adequate time and facilities for the preparation of the defense, including inability to access legal documents essential for conducting the legal defense or

appeal, such as access to official prosecutorial applications to the court, [191] the court's judgment [192] or the trial transcript; lack of suitable interpretation; [193] failure to provide accessible documents and procedural accommodation for persons with disabilities; excessive and unjustified delays in the trial [194] or the appeal process; [195] and general lack of fairness of the criminal process, [196] or lack of independence or impartiality of the trial or appeal court.

42. Other serious procedural flaws, not explicitly covered by article 14 of the Covenant, may nonetheless render the imposition of the death penalty contrary to article 6. For example, a failure to promptly inform detained foreign nationals of their right to consular notification pursuant to the Vienna Convention on Consular Relations resulting in the imposition of the death penalty, [197] and failure to afford individuals about to be deported to a country in which their lives are claimed to be at real risk with the opportunity to avail themselves of available appeal procedures [198] would violate article 6, paragraph 1 of the Covenant.

43. The execution of sentenced persons whose guilt has not been established beyond reasonable doubt also constitutes an arbitrary deprivation of life. States parties must therefore take all feasible measures in order to avoid wrongful convictions in death penalty cases, [199] to review procedural barriers to reconsideration of convictions and to re-examine past convictions on the basis of new evidence, including new DNA evidence. States parties should also consider the implications for the evaluation of evidence presented in capital cases of new reliable studies, including studies suggesting the prevalence of false confessions and the unreliability of eyewitness testimony.

44. The death penalty must not be imposed in a discriminatory manner contrary to the requirements of articles 2(1) and 26 of the Covenant. Data suggesting that members of religious, racial or ethnic minorities, indigent persons or foreign nationals are disproportionately likely to face the death penalty may indicate an unequal application of the death penalty, which raises concerns under article 2(1) read in conjunction with article 6, as well as under article 26. [200]

45. According to the last sentence of article 6, paragraph 2, the death penalty can only be carried out pursuant to a judgment of a competent court. Such a court must be established by law within the judiciary, be independent of the executive and legislative branches and impartial. [201] It should be established before the commission of the offence. As a rule, civilians must not be tried for capital crimes before military tribunals [202] and military personnel can only be tried for offences carrying the death penalty before a tribunal affording all fair trial guarantees. Furthermore, the Committee does not consider courts of customary justice as judicial institutions offering sufficient fair trial guarantees that would enable them to try capital crimes. [203] The issuance of a death penalty without any trial, for example in the form of a religious edict [204] or military order which the State plans to carry out or allows to be carried out, violates both article 6 and 14 of the Covenant.

46. Any penalty of death can only be carried out pursuant to a final judgment, after an opportunity to resort to all judicial appeal procedures has been provided to the sentenced person, and after petitions to all other available non-judicial avenues have been resolved, including supervisory review by prosecutors or courts, and consideration of requests for official or private pardon. Furthermore, death sentences must not be carried out as long as international interim measures requiring a stay of execution are in place. Such interim measures are designed to allow review of the sentence before, international courts, human rights courts and commissions, and international monitoring bodies, such as the UN Treaty Bodies. Failure to implement such interim measures is incompatible with the obligation to respect in good faith the procedures established under the specific treaties governing the work of the relevant international bodies. [205]

47. States parties are required pursuant to Article 6, paragraph 4, to allow individuals sentenced to death to seek pardon or commutation, to ensure that amnesties, pardons and commutation can be granted to them in appropriate circumstances, and to ensure that sentences are not carried out before requests for pardon or commutation have been meaningfully considered and conclusively decided upon according to applicable procedures. [206] No category of sentenced persons can be a priori excluded from such measures of relief, nor should the conditions for attainment of relief be ineffective, unnecessarily burdensome, discriminatory in nature or applied in an arbitrary manner. [207] Article 6, paragraph 4 does not prescribe a particular procedure for the exercise of the right to seek pardon or commutation and States parties consequently retain discretion in spelling out the relevant procedures. [208] Still, such procedures should be specified in domestic legislation, [209] and they should not afford the families of crime victims a preponderant role in determining whether the death sentence should be carried out. [210] Furthermore, pardon or commutation procedures must offer certain essential guarantees, including certainty about the processes followed and the substantive criteria applied; a right for individuals sentenced to death to initiate pardon or commutation procedures and to make representations about their personal or other relevant circumstances; a right to be informed in advanced when the request will be considered; and a right to be informed promptly about the outcome of the procedure.[211]

48. Article 6, paragraph 5 prohibits imposing the death penalty for crimes committed by persons below the age of 18 at the time of the offence. [212] This necessarily implies that such persons can never face the death penalty for that offence, regardless of their age at the time of sentencing or at the time foreseen for carrying out the sentence. [213] If there is no reliable and conclusive proof that the person was not below the age of 18 at the time in which the crime was committed, he or she will have the right to the benefit of the doubt and the death penalty cannot be imposed. [214] Article 6, paragraph 5 also prohibits the carrying out the death penalty on pregnant women.

49. States parties must refrain from imposing the death penalty on individuals who face special barriers in defending themselves on an equal basis with others, such as persons whose serious psycho-social and intellectual disabilities impeded their effective defense, [215] and on persons that have limited moral culpability. They should also refrain from executing persons that have diminished ability to understand the reasons for their sentence, and persons whose execution would be exceptionally cruel or would lead to exceptionally harsh results for them and their families, such as persons at an advanced age [216], parents to very young or dependent children, and individuals who have suffered in the past serious human rights violations. [217]

50. Article 6, paragraph 6 reaffirms the position that States parties that are not yet totally abolitionist should be on an irrevocable path towards complete eradication of the death penalty, de facto and de jure, in the foreseeable future. The death penalty cannot be reconciled with full respect for the right to life, and abolition of the death penalty is both desirable [218] and necessary for the enhancement of human dignity and progressive development of human rights. [219] It is contrary to the object and purpose of article 6 for States parties to take steps to increase de facto the rate and extent in which they resort to the death penalty, [220] or to reduce the number of pardons and commutations they grant.

51. Although the allusion to the conditions for application of the death penalty in article 6, paragraph 2 suggests that when drafting the Covenant the States parties did not universally regard the death penalty as a cruel, inhuman or degrading punishment per se, [221] subsequent agreements by the States parties or subsequent practice establishing such agreements, may ultimately lead to the conclusion that the death penalty is contrary to article 7 of the Covenant under all circumstances. [222] The increasing number of States parties to the Second Optional Protocol, as well as by other international instruments

prohibiting the imposition or carrying out of the death penalty, and the growing number of non-abolitionist States that have nonetheless introduced a de facto moratorium on the exercise of the death penalty, suggest that considerable progress may have been made towards establishing an agreement among the States parties to consider the death penalty as a cruel, inhuman or degrading form of punishment. [223] Such a legal development is consistent with the pro-abolitionist spirit of the Covenant, which manifests itself, inter alia, in the texts of article 6, paragraph 6 and the Second Optional Protocol.

V. Relationship of article 6 with other articles of the Covenant and other legal regimes

52. The standards and guarantees of article 6 both overlap and interact with other provisions of the Covenant. Some forms of conduct simultaneously violate both article 6 and another article. For example, applying the death penalty in response to a crime not constituting a most serious crime, [224] would violate both article 6, paragraph 2 and, in light of the extreme nature of the punishment, also article 7. [225] At other times, the contents of article 6, paragraph 1, are informed by the contents of other articles. For example, application of the death penalty may amount to an arbitrary deprivation of life under article 6 by virtue of the fact that it represents a punishment for exercising freedom of expression, in violation of article 19. [226]

53. Article 6 also reinforces the obligations of States parties under the Covenant and the Optional Protocol to protect individuals against reprisals for promoting and striving to protect and realize human rights, including through cooperation or communication with the Committee. [227] States parties must take the necessary measures to respond to death threats and to provide adequate protection to human rights defenders, [228] including the creation and maintenance of a safe and enabling environment for defending human rights.

54. Torture and ill-treatment, which may seriously affect the physical and mental health of the mistreated individual could also generate the risk of deprivation of life. Furthermore, criminal convictions resulting in the death penalty, which are based on information procured by torture or cruel, inhuman or degrading treatment of interrogated persons, would violate articles 7 and 14, paragraph 3(g) of the Covenant, as well as article 6. [229]

55. Returning individuals to countries where there are substantial grounds for believing that they face a real risk to their lives violates articles 6 and 7 of the Covenant. [230] In addition, making an individual sentenced to death believe that the sentence was commuted only to inform him later that it was not, [231] and placing an individual on death row pursuant to a death sentence that is void ab initio, [232] would run contrary to both articles 6 and 7.

56. The arbitrary deprivation of life of an individual may cause his or her relatives mental suffering, which could amount to a violation of their own rights under article 7 of the Covenant. Furthermore, even when the deprivation of life is not arbitrary, failure to provide relatives with information on the circumstances of the death of an individual may violate their rights under article 7, [233] as could failure to inform them of the location of the body, [234] and, where the death penalty is applied, of the date in which the carrying out of the death penalty is anticipated. [235] Relatives of individuals deprived of their life by the State must be able to receive the remains, if they so wish. [236]

57. The right to life guaranteed by article 6 of the Covenant, including the right to protection of life under article 6, paragraph 1, may overlap with the right to security of person guaranteed by article 9, paragraph 1. Extreme forms of arbitrary detention that are themselves life-threatening, in particular enforced disappearances, violate the right to personal liberty and personal security and are incompatible with the right to life. [237]

Failure to respect the procedural guarantees found in article 9, paragraphs 3 and 4, designed *inter alia* to prevent disappearances, could also result in a violation of article 6. [238]

58. Enforced disappearance constitutes a unique and integrated series of acts and omissions representing a grave threat to life. [239] The deprivation of liberty, followed by a refusal to acknowledge that deprivation of liberty or by concealment of the fate of the disappeared person, in effect removes that person from the protection of the law and places his or her life at serious and constant risk, for which the State is accountable. [240] It thus results in a violation of the right to life as well as other rights recognized in the Covenant, in particular, article 7 (prohibition of torture or cruel, inhuman or degrading treatment or punishment), article 9 (liberty and security of persons), and article 16 (right to recognition of a person before the law). States parties must take adequate measures to prevent the enforced disappearance of individuals, and conduct an effective and speedy inquiry to establish the fate and whereabouts of persons who may have been subject to enforced disappearance. States parties should also ensure that the enforced disappearance of persons is punished with appropriate criminal sanctions and introduce prompt and effective procedures to investigate cases of disappearances thoroughly, by independent and impartial bodies [241] that operate, as a rule, within the ordinary criminal justice system. They should bring to justice the perpetrators of such acts and omissions and ensure that victims of enforced disappearance and their relatives are informed about the outcome of the investigation and are provided with full reparation. [242] Under no circumstances should families of victims of enforced disappearance be obliged to declare them dead in order to be eligible for reparation. [243] States parties should also provide families of victims of disappeared persons with means to regularize their legal status in relation to the disappeared persons after an appropriate period of time. [244]

59. A particular connection exists between article 6 and article 20, which prohibits any propaganda for war and certain forms of advocacy constituting incitement to discrimination, hostility or violence. Failure to comply with these obligations under article 20, may also constitute a failure to take the necessary measures to protect the right to life under article 6. [245]

60. Article 24, paragraph 1, of the Covenant entitles every child "to such measures of protection as are required by his status as a minor on the part of his family, society and the State." This article requires adoption of special measures designed to protect the life of every child, in addition to the general measures required by article 6 for protecting the lives of all individuals. [246] When taking special measures of protection, States parties should be guided by the best interests of the child, [247] by the need to ensure the survival and development of all children, [248] and their well-being. [249]

61. The right to life must be respected and ensured without distinction of any kind, such as race, color, sex, language, religion, political or other opinion, national or social origin, property, birth, or any other status, including caste, [250] ethnicity, membership of an indigenous group, sexual orientation or gender identity, [251] disability, [252] socio-economic status, [253] albinism [254] and age. [255] Legal protections for the right to life must apply equally to all individuals and provide them with effective guarantees against all forms of discrimination, including multiple and intersectional forms of discrimination. [256] Any deprivation of life based on discrimination in law or fact is *ipso facto* arbitrary in nature. Femicide, which constitutes an extreme form of gender-based violence that is directed against girls and women, is a particularly grave form of assault on the right to life. [257]

62. Environmental degradation, climate change and unsustainable development constitute some of the most pressing and serious threats to the ability of present and future generations to enjoy the right to life. [258] Obligations of States parties under international environmental law should thus inform the contents of article 6 of the Covenant, and the

obligation of States parties to respect and ensure the right to life should also inform their relevant obligations under international environmental law. [259] Implementation of the obligation to respect and ensure the right to life, and in particular life with dignity, depends, *inter alia*, on measures taken by States parties to preserve the environment and protect it against harm, pollution and climate change caused by public and private actors. States parties should therefore ensure sustainable use of natural resources, develop and implement substantive environmental standards, conduct environmental impact assessments and consult with relevant States about activities likely to have a significant impact on the environment, provide notification to other States concerned about natural disasters and emergencies and cooperate with them, provide appropriate access to information on environmental hazards and pay due regard to the precautionary approach. [260]

63. In light of article 2, paragraph 1, of the Covenant, a State party has an obligation to respect and to ensure the rights under article 6 of all persons who are within its territory and all persons subject to its jurisdiction, that is, all persons over whose enjoyment of the right to life it exercises power or effective control. [261] This includes persons located outside any territory effectively controlled by the State, whose right to life is nonetheless impacted by its military or other activities in a direct and reasonably foreseeable manner. [262] States also have obligations under international law not to aid or assist activities undertaken by other States and non-State actors that violate the right to life. [263] Furthermore, States parties must respect and protect the lives of individuals located in places, which are under their effective control, such as occupied territories, and in territories over which they have assumed an international obligation to apply the Covenant. States parties are also required to respect and protect the lives of all individuals located on marine vessels or aircrafts registered by them or flying their flag, and of those individuals who find themselves in a situation of distress at sea, in accordance with their international obligations on rescue at sea. [264] Given that the deprivation of liberty brings a person within a State's effective control, States parties must respect and protect the right to life of all individuals arrested or detained by them, even if held outside their territory. [265]

64. Like the rest of the Covenant, article 6 continues to apply also in situations of armed conflict to which the rules of international humanitarian law are applicable, including to the conduct of hostilities. [266] While rules of international humanitarian law may be relevant for the interpretation and application of article 6 when the situation calls for their application, both spheres of law are complementary, not mutually exclusive. [267] Use of lethal force consistent with international humanitarian law and other applicable international law norms is, in general, not arbitrary. By contrast, practices inconsistent with international humanitarian law, entailing a risk to the lives of civilians and other persons protected by international humanitarian law, including the targeting of civilians, civilian objects and objects indispensable to the survival of the civilian population, indiscriminate attacks, failure to apply the principles of precaution and proportionality, and the use of human shields, would also violate article 6 of the Covenant. [268] States parties should, in general, disclose the criteria for attacking with lethal force individuals or objects whose targeting is expected to result in deprivation of life, including the legal basis for specific attacks, the process of identification of military targets and combatants or persons taking a direct part in hostilities, the circumstances in which relevant means and methods of warfare have been used, [269] and whether less harmful alternatives were considered. They must also investigate alleged or suspected violations of article 6 in situations of armed conflict in accordance with the relevant international standards. [270]

65. States parties engaged in the deployment, use, sale or purchase of existing weapons and in the study, development, acquisition or adoption of weapons, and means or methods of warfare, must always consider their impact on the right to life. [271] For example, the development of autonomous weapon systems lacking in human compassion and judgement raises difficult legal and ethical questions concerning the right to life, including questions

relating to legal responsibility for their use. The Committee is therefore of the view that such weapon systems should not be developed and put into operation, either in times of war or in times of peace, unless it has been established that their use conforms with article 6 and other relevant norms of international law. [272]

66. The threat or use of weapons of mass destruction, in particular nuclear weapons, which are indiscriminate in effect and are of a nature to cause destruction of human life on a catastrophic scale is incompatible with respect for the right to life and may amount to a crime under international law. States parties must take all necessary measures to stop the proliferation of weapons of mass destruction, including measures to prevent their acquisition by non-state actors, to refrain from developing, producing, testing, acquiring, stockpiling, selling, transferring and using them, to destroy existing stockpiles, and to take adequate measures of protection against accidental use, all in accordance with their international obligations. [273] They must also respect their international obligations to pursue in good faith negotiations in order to achieve the aim of nuclear disarmament under strict and effective international control. [274] and to afford adequate reparation to victims whose right to life has been or is being adversely affected by the testing or use of weapons of mass destruction, in accordance with principles of international responsibility. [275]

67. Article 6 is included in the list of non-derogable rights of article 4, paragraph 2 of the Covenant. Hence, the guarantees against arbitrary deprivation of life contained in article 6 continue to apply in all circumstances, including in situations of armed conflict and other public emergencies. [276] The existence and nature of a public emergency which threatens the life of the nation may, however, be relevant to a determination of whether a particular act or omission leading to deprivation of life is arbitrary and to a determination of the scope of the positive measures that States parties must undertake. Although some Covenant rights other than the right to life may be subject to derogation, derogable rights which support the application of article 6 must not be diminished by measures of derogation. [277] Such rights include procedural guarantees, such as the right to fair trial in death penalty cases, and accessible and effective measures to vindicate rights, such as the duty to take appropriate measures to investigate, prosecute, punish and remedy violations of the right to life.

68. Reservations with respect to the preemptory and non-derogable obligations set out in article 6 are incompatible with the object and purpose of the Covenant. In particular, no reservation to the prohibition against arbitrary deprivation of life of persons and to the strict limits provided in Article 6 with respect to the application of the death penalty is permitted. [278]

69. Wars and other acts of mass violence continue to be a scourge of humanity resulting in the loss of lives of many thousands of lives every year. [279] Efforts to avert the risks of war, and any other armed conflict, and to strengthen international peace and security, are among the most important safeguards for the right to life. [280]

70. States parties engaged in acts of aggression as defined in international law, resulting in deprivation of life, violate ipso facto article 6 of the Covenant. At the same time, all States are reminded of their responsibility as members of the international community to protect lives and to oppose widespread or systematic attacks on the right to life, [281] including acts of aggression, international terrorism, genocide, crimes against humanity and war crimes, while respecting all of their obligations under international law. States parties that fail to take all reasonable measures to settle their international disputes by peaceful means might fall short of complying with their positive obligation to ensure the right to life.

28 / 44

- 1 General Comment 6, para. 1; Communication No. R.11/45, Suarez de Guerrero v. Colombia, Views adopted on 31 March 1982, para. 13.1; Communication No. 146/1983, Baboeram Adhin v Suriname, Views adopted on 4 April 1985, para. 14.3.
- 2 General Comment 14, para. 1.
- 3 See Part IV.
- 4 Communication No. R.11/45, Suarez de Guerrero v. Colombia, Views adopted on 31 March 1982, para. 13.2.
- 5 General Comment 35, para. 9, 55.
- 6 General Comment 31, para. 8. Cf. Osman v UK, Judgment of the ECtHR of 28 Oct. 1998, para. 116.
- 7 Communication No. 821/1998, Chongwe v. Zambia, Views adopted on 25 Nov. 2000, para. 5.2. Cf. Ilhan v Turkey, Judgment of the ECtHR of 27 June 2000, para. 75-76; Rochela Massacre v Colombia, I/A CHR Judgment of 11 May 2007, para. 127.
- 8 See Communication No. 2324/2013, Mellet v. Ireland, Views adopted on 31 March 2016, para. 7.4-7.8; Concluding Observations: Ireland (2014), para. 9.
- 9 General Comment 28, para. 10. See also e.g., Concluding Observations: Argentina (2010) para. 13; Concluding Observations: Jamaica (2011), para. 14; Concluding Observations: Madagascar (2007), para. 14.
- 10 Concluding Observations: Tanzania (1998), para. 15.
- 11 See e.g., Concluding Observations: Equatorial Guinea (2004), para. 9 (removal of restrictions on family planning services); Concluding Observations: Zambia (2007), para. 18 (requirement for consent by three physicians is an obstacle to safe and legal abortion); Concluding Observations: Colombia (2016), para. 21 (lack of proper training of medical personnel is obstacle to legal abortion); Concluding Observations: Morocco (2016), para. 22 (obligation to submit proof that legal proceedings have been opened in cases of rape or incest is an excessive requirement); Concluding Observations: Cameroon (2017), para. 22 (requirement of court approval for abortion in rape cases needs to be lifted).
- 12 See e.g., Concluding Observations: Panama (2008), para. 9; Concluding Observations: FYROM (2015), para. 11. See also WHO Guidelines on Safe Abortions World Health Organization, Safe Abortion: Technical and Policy Guidance for Health Systems (2nd ed., 2012) 96-97.
- 13 Concluding Observations: Poland (2016), para. 24; Concluding Observations: Colombia (2016), para. 21.
- 14 Concluding Observations: Chile (2014), para. 15; Concluding Observations: Kazakhstan (2011), para. 11; Concluding Observations: Romania (2017), para. 26.
- 15 Concluding Observations: Sri Lanka (2014), para. 10; Concluding Observations: San Marino (2015), para. 15; Concluding Observations: Argentina (2016), para. 12.
- 16 Concluding Observations: Poland (2010), para. 12; Concluding Observations: DRC (2017), para. 22.
- 17 Concluding Observations: Pakistan (2017), para. 16; Concluding Observations: Burkina Faso (2016), para. 20; Concluding Observations: Namibia (2016), para. 16.
- 18 Concluding Observations: Malawi (2014), para. 9; Concluding Observations: Pakistan (2017), para. 16.
- 19 Cf. Committee on the Rights of the Child, General Comment No. 4 (2003) Adolescent health and development in the context of the Convention on the Rights of the Child (2003), para. 11.
- 20 Concluding Observations: Ecuador (1998), para. 11.
- 21 Cf. CESCR, General Comment 14 (2000), para. 25 ("attention and care for chronically and terminally ill persons, sparing them avoidable pain and enabling them to die with dignity").
- 22 Concluding Observations: Netherlands (2009), para. 7.
- 23 Universal Declaration of Human Rights, preamble.
- 24 Cf. General Comment No. 3 on the African Charter on Human and Peoples' Rights: The Right to Life (Article 4)(2015), para. B12.
- 25 Communication No. 1134/2002, Gorji-Dinka v. Cameroon, Views adopted on 14 March 2005, para. 5.1; Communication No. 305/1988, Van Alphen v. The Netherlands, Views adopted on 23 July 1990, para. 5.8.
- 26 Communication No. R.11/45, Suarez de Guerrero v. Colombia, Views adopted on 31 March 1982, para. 13.2.
- 27 Communication No. R.11/45, Suarez de Guerrero v. Colombia, Views adopted on 31 March 1982, para. 13.2-13.3.
- 28 Report of the Special Rapporteur on extrajudicial, summary or arbitrary executions, 23 May 2011, para. 60.
- 29 Code of Conduct for Law Enforcement Officials (General Assembly resolution 34/169 of 17 Dec. 1979), Commentary to Article 3.
- 30 Basic Principles on the Use of Force and Firearms by Law Enforcement Officials (1990), para. 9.
- 31 Cf. Kazingachire v Zimbabwe, Report of the ACHPR of 12 Oct. 2013, para. 118-120.
- 32 Basic Principles on the Use of Force and Firearms by Law Enforcement Officials (1990), para. 9.
- 33 Cf. McCann v UK, Judgment of the ECtHR of 27 Sept. 1995, para. 150.
- 34 Concluding Observations: Chile (2013), para. 11.

20 / 44

- 35 Joint report of the Special Rapporteur on the rights to freedom of peaceful assembly and of association and the Special Rapporteur on extrajudicial, summary or arbitrary executions on the proper management of assemblies, 4 Feb. 2016, para 54. See also para. 14 below.
- 36 Concluding Observations: Nepal (2014), para. 10; Concluding Observations: Liechtenstein (2004), para. 10.
- 37 Concluding Observations: Kenya (2012), para. 11.
- 38 Concluding Observations: Central African Republic (2006), para. 12.
- 39 Concluding Observations: USA (2014), para. 11; Concluding Observations: USA (2006), para. 30.
- 40 Concluding Observations: UK (2006), para. 11.
- 41 See Commentary to Article 1 of the Code of Conduct for Law Enforcement Officials, General Assembly resolution 34/169 of 17 December 1979.
- 42 Joint report of the Special Rapporteur on the rights to freedom of peaceful assembly and of association and the Special Rapporteur on extrajudicial, summary or arbitrary executions on the proper management of assemblies, 4 Feb. 2016, para 55; Basic Principles on the Use of Force and Firearms by Law Enforcement Officials (1990).
- 43 Cf. Basic Principles on the Use of Force and Firearms by Law Enforcement Officials (1990), para. 14.
- 44 Concluding Observations: Sweden (2002), para. 10.
- 45 Cf. in the context of armed conflicts, the Montreux Document on pertinent international legal obligations and good practices for States related to operations of private military and security companies during armed conflict, ICRC/Swiss Federal Department of Foreign Affairs, 17 Sept. 2008.
- 46 Concluding Observations: Guatemala (2012), para. 16.
- 47 See Concluding Observations: Guatemala (2012), para. 16; General Comment 31, para. 15.
- 48 Report of the Special Rapporteur on extrajudicial, summary or arbitrary executions, 1 April 2014, para. 75.
- 49 See e.g., Comm. No. 2017/2010, *Burdyko v Belarus*, Views adopted on 15 July 2015, para. 8.6.
- 50 Cf. General Comment 35, para. 22.
- 51 General Comment 6, para. 3; Communication No. R.11/45, *Suarez de Guerrero v. Colombia*, Views adopted on 31 March 1982, para. 13.1.
- 52 Cf. *González v. Mexico*, Judgment of the I/A CHR of 16 Nov. 2009, para. 236.
- 53 Concluding Observations: Liechtenstein (2004), para. 10.
- 54 Concluding Observations: Madagascar (2007), para. 17.
- 55 Concluding Observations: Turkey (2012), para. 13.
- 56 Concluding Observations: Mozambique (2013), para. 12; Concluding Observations: Guatemala (2012), para. 18.
- 57 Concluding Observations: Indonesia (2013), para. 6; Concluding Observations: Russia (2009), para. 11.
- 58 Concluding Observations: Albania (2013), para. 10.
- 59 Human Rights Council. Preliminary study on the situation of human rights of persons living with albinism, UN Doc. A/HRC/AC/13/CRP.1 (2014), para. 65.
- 60 Concluding Observations: Russia (2009), para. 14.
- 61 Cf. *Sawhoyamaya Indigenous Community v. Paraguay*, Judgment of the I/A CHR of 29 March 2006, para. 155.
- 62 See Communication No. 1862/2009, *Peiris v Sri Lanka*, Views adopted on 26 Oct. 2011, para. 7.2.
- 63 Concluding Observations: Israel (1998), para. 17. See also para. 23 below.
- 64 Concluding Observations: Philippines (2012), para. 14.
- 65 Concluding Observations: Angola (2013), para. 12; Concluding Observations: USA (2014), para. 10.
- 66 Cf. *Ximenes-Lopes v. Brazil*, Judgment of the I/A CHR of 4 July 2006, para. 96.
- 67 Cf. *Pimentel v. Brazil*, Views of CEDAW of 6 Aug. 2011, para. 7.5; *Nitecki v. Poland*, ECtHR admissibility decision of 21 March 2002; *Calvelli and Ciglio v. Italy*, Judgment of the ECtHR of 17 Jan. 2002, para. 49.
- 68 Concluding Observations: Bulgaria (2011).
- 69 Concluding Observations: Poland (2010), para. 15.
- 70 Communication No. 2285/2013, *Yassin v. Canada*, Views adopted on 26 July 2017, para. 6.5; Concluding Observations: Canada (2015), para. 6; Concluding Observations: Germany (2012), para. 16; Concluding Observations: South Korea (2015), para. 10.
- 71 Guiding Principles on Business and Human Rights (2011), principle 2.
- 72 Cf. *Barrios Family v. Venezuela*, Judgment of the I/A CHR of 24 Nov. 2011, para. 124.
- 73 Concluding Observations: Paraguay (2013), para. 15. See also paragraph 53 below.
- 74 Concluding Observations: Serbia (2011), para. 21; Report of the Special Rapporteur on extrajudicial, summary or arbitrary executions, 10 April 2012, para. 105.
- 75 Concluding Observations: Colombia (2010), para. 14.
- 76 Concluding Observations: Honduras (2006), para. 9.
- 77 Concluding Observations: France (2008), para. 24.

- 78 Cf. *Yakye Axa Indigenous Community v. Paraguay*, Judgment of the I/A CHR of 17 June 2005, para. 167.
- 79 Concluding Observations: Colombia (2010), para. 12.
- 80 Concluding Observations: Tanzania (2009), para. 15.
- 81 Report of the Special Rapporteur on extrajudicial, summary or arbitrary executions, 27 May 2009, para. 68.
- 82 Concluding Observations: Kenya (2012), para. 12.
- 83 Convention on the Rights of Persons with Disabilities, article 10.
- 84 Convention on the Rights of Persons with Disabilities, article 5(3), 9.
- 85 Concluding Observations: Australia (2009), para. 21.
- 86 Communication No. 546/1993, *Burrell v. Jamaica*, Views adopted on 18 July 1996, para. 9.5.
- 87 Communication No. 1756/2008, *Zhumbaeva v. Kyrgyzstan*, Views adopted on 19 July 2011, para. 8.6; Communication No. 84/1981, *Barbato v. Uruguay*, Views adopted on 21 Oct. 1982, para. 9.2.
- 88 Communication No. 763/1997, *Lantsov v. Russian Federation*, Views adopted on 26 March 2002, para. 9.2.
- 89 Communication No. 763/1997, *Lantsov v. Russian Federation*, Views adopted on 26 March 2002, para. 9.2.
- 90 Cf. *Edwards v. UK*, ECtHR Judgment of 14 June 2002, para. 60.
- 91 Convention on the Rights of Persons with Disabilities, article 14.
- 92 Cf. *Campeanu v. Romania*, Judgment of the ECtHR of 17 July 2014, para. 131.
- 93 Concluding Observations: Armenia (2012), para. 15.
- 94 Concluding Observations: UN administration for Kosovo (2006), para. 14.
- 95 Concluding Observations: USA (2014), para. 10.
- 96 Cf. *Önerildiz v. Turkey*, Judgment of the ECtHR of 30 Nov. 2004, para. 71.
- 97 Cf. SERAC v Nigeria, Report of the ACHPR of 27 Oct. 2001, para. 67. See also paragraph 62 below.
- 98 Inter-Agency Support Group on Indigenous Peoples' Issues, Lands, Territories and Resources: Thematic Paper (2014) 4.
- 99 Concluding Observations: Kenya (2012), para. 9.
- 100 General Comment 6, para. 5; Concluding Observations: Canada (1999), para. 12.
- 101 Concluding Observations: Democratic People's Republic of Korea (2001), para. 12.
- 102 Communication No. 2348/2014, *Toussaint v. Canada*, Views adopted on 24 July 2018, para. 11.3. See also Concluding Observations: Israel (2014), para. 12.
- 103 Concluding Observations: Jamaica (2011), para. 9.
- 104 Concluding Observations: Uzbekistan (2001), para. 19.
- 105 Cf. Joint General Recommendation No. 31 of the Committee on the Elimination of Discrimination against Women and No. 18 of the Committee on the Rights of the Child (2014), para. 56.
- 106 General Comment 6, para. 5; Concluding Observations: DRC (2006), para. 14.
- 107 Concluding Observations: Kyrgyzstan (2014), para. 13. See also para. 64 below.
- 108 See also para. 7 above.
- 109 General Comment 31, para. 15 and 18. See also Communication No. 1619/07, *Pestano v. Philippines*, Views adopted on 23 March 2010, para. 7.2; Communication No. 1458/2006, *Gonzalez v. Argentina*, Views adopted on 17 March 2001, para. 9.4; Concluding Observations: Jamaica (2011), para. 16. Cf. *Calvelli and Ciglio v. Italy*, ECtHR Judgment of 17 Jan. 2002, para. 51.
- 110 Concluding Observations: Israel (2010), para. 12.
- 111 Communication No. 1436/2005, *Sathasivam v. Sri Lanka*, Views adopted on 8 July 2008, paragraph 6.4; communications No. 1447/2006, *Amirov v. Russian Federation*, Views adopted on 2 April 2009, para. 11.2. See also General Comment 31, para. 15, 18.
- 112 Concluding Observations: Angola (2013), para. 14.
- 113 Communication 1560/2007, *Marcellana and Gumanoy v. Philippines*, Views adopted on 30 Oct. 2008, para. 7.4.
- 114 Report of the Special Rapporteur on extrajudicial, summary or arbitrary executions, 8 March 2006, para. 41.
- 115 Report of the Special Rapporteur on extrajudicial, summary or arbitrary executions, 1 April 2014, para. 81.
- 116 Communication No. 563/93, *Arellano v. Colombia*, Views adopted on 27 Oct. 1995, para. 8.2; Communication No. 1560/2007 *Marcellana and Gumanoy v. Philippines*, Views adopted on 17 Nov. 2008, para. 7.2.
- 117 General Comment 31, para. 18; Cf. *Barrios Altos v. Peru*, Judgment of the I/A CHR of 14 March 2001, para. 43.
- 118 See also para. 64 below.
- 119 Concluding Observations: Cameroon (2010), para. 15.
- 120 Concluding Observations: Bolivia (2013), para. 15.
- 121 See e.g., Communication 1556/2007 *Novakovic v. Serbia*, Views adopted on 21 Oct. 2010, para. 7.3; Concluding Observations: Russia (2009), para. 14.
- 122 Concluding Observations: Mauritania (2013), para. 13.
- 123 Concluding Observations: UK (2015), para. 8.
- 124 Concluding Observations: Israel (2010), para. 9.

- 125 Concluding Observations: UK (2015), para. 8.
- 126 See Minnesota Protocol on the Investigation of Potentially Unlawful Death (2016)(published by OHCHR in 2017), para. 10.
- 127 Communication No. R.11/45 Suarez de Guerrero v. Colombia, Views adopted on 31 March 1982, para. 15.
- 128 See Minnesota Protocol on the Investigation of Potentially Unlawful Death (2016)(published by OHCHR in 2017), para. 25; Kawas-Fernández v. Honduras, Judgment of the I/A CHR of 3 April 2009 para. 102.
- 129 Minnesota Protocol on the Investigation of Potentially Unlawful Death (2016)(published by OHCHR in 2017), para. 37.
- 130 Report of the Special Rapporteur on extrajudicial, summary or arbitrary executions, 28 May 2010, para. 93.
- 131 Report of the Working Group on Enforced or Involuntary Disappearances, 2 March 2012, para. 56, 59.
- 132 Cf. Oğur v Turkey, Judgment of the ECtHR of 20 May 1999, para. 92.
- 133 Minnesota Protocol on the Investigation of Potentially Unlawful Death (2016)(published by OHCHR in 2017), para. 35.
- 134 Minnesota Protocol on the Investigation of Potentially Unlawful Death (2016)(published by OHCHR in 2017), para. 13; Cf. Ramsahai v The Netherlands, Judgment of the ECtHR of 15 May 2007, para. 353 (requiring sufficient public scrutiny of inquiry proceedings).
- 135 Cf. Tanrikulu v Turkey, Judgment of the ECtHR of 8 July 1999, para. 103.
- 136 Concluding Observations: Kenya (2012), para. 13.
- 137 Communication No. 1225/2003, Eshonov v. Uzbekistan, Views adopted on 22 July 2010, para. 9.2; Communication No. 1756/2008, Zhumbaeva v. Kyrgyzstan, Views adopted on 19 July 2011, para. 8.8; Communication No. 2252/2013, Khadzhiyev v. Turkmenistan, Views adopted on 6 April 2018.
- 138 Communication No. 1275/2004, Umetaliyev v. Kyrgyzstan, Views adopted on 30 Oct. 2008, para. 9.4; Communication No. 1828/2008, Olmedo v. Paraguay, Views adopted on 22 March 2012, para. 7.5.
- 139 Comm. No. 1447/2006, Amirov v Russian Federation, Views adopted on 2 April 2009, para. 11.4.
- 140 Communication No. 470/1991, Kindler v. Canada, Views adopted on 30 July 1993, para. 13.1-13.2.
- 141 Communication No. 1792/2008, Dauphin v Canada, Views adopted on 28 July 2009, para. 7.4.
- 142 Cf. NA v UK, Judgment of the ECtHR of 17 July 2008, para. 115.
- 143 Communication - n No. 1442/2005, Yin Fong v Australia, Views adopted on 23 Oct. 2009, para. 9.7.
- 144 Communication No. 1881/2009, Shakeel v Canada, Views adopted on 24 July 2013, para. 8.5.
- 145 Communication No. 1959/2010 Warsame v Canada, Views adopted on 21 July 2011, para. 8.3.
- 146 Communication No. 706/1996, G.T. V Australia, Views adopted on 4 Nov. 1997, para. 8.4; Communication 692/1996, A.R.J. v Australia, Views adopted on 6 Feb. 1996, para. 6.12; Communication No. 2024/2011, Israil v Kazakhstan, Views adopted on 31 Oct. 2011, para. 9.5.
- 147 Concluding Observations: Sweden (2002), para. 12; Cf. Communication No. 1416/2005, Alzery v Sweden, Views adopted on 25 Oct. 2006, para. 11.5.
- 148 Concluding Observations: Tajikistan (2013), para. 11; Concluding Observations: Estonia (2003), para. 13.
- 149 Communication No. 829/1998, Judge v Canada, Views adopted on 5 Aug. 2002, para. 10.5.
- 150 Communication No. 829/1998, Judge v Canada, Views adopted on 5 Aug. 2002, para. 10.6; Communication No. 1442/2005, Yin Fong v Australia, Views adopted on 23 Oct. 2009, para. 9.7.
- 151 Communication No. 1132/2002, Chisanga v. Zambia, Views adopted on 18 Oct. 2005, para. 7.4.
- 152 ECOSOC Safeguards Guaranteeing Protection of the Rights of Those Facing the Death Penalty, 25 May 1984, para. 1.
- 153 See e.g., Communication No. 470/ 1991, Kindler v. Canada, Views adopted on 30 July 1993, para. 14.3; Report of Special Rapporteur on extrajudicial, summary or arbitrary executions, 9 Aug. 2012, para. 35.
- 154 Concluding Observations: Iran (1993), para. 8.
- 155 Communication No. 1132/2002, Chisanga v. Zambia, Views adopted on 18 Oct. 2005, para. 7.4.
- 156 Concluding Observations: Libya (1998), para. 8; Concluding Observations: Iran (1993), para. 8; Concluding Observations: Sudan (1997), para. 8.
- 157 Communication No. 1132/2002, Chisanga v. Zambia, Views adopted on 18 Oct. 2005, para. 7.4; Communication No. 390/1990, Luboto v Zambia, Views adopted on 31 Oct. 1995, para. 7.2; Communication No. 2177/2012, Johnson v Ghana, Views adopted on 27 March 2014, para. 7.3.
- 158 Concluding Observations: UK (2001), para. 37.
- 159 Concluding Observations: Guatemala (2001), para. 17.
- 160 Concluding Observations: Thailand (2005), para. 14.
- 161 General Comment 6, para. 6.
- 162 Concluding Observations: Mauritania (2013), para. 21.
- 163 Concluding Observations: Libya (2007), para. 24.
- 164 Concluding Observations: Iraq (1997), para. 16.

- 165 Communication No. 390/1990, Luboto v Zambia, Views adopted on 31 Oct. 1995, para. 7.2.
- 166 Communication No. 1132/2002, Chisanga v. Zambia, Views adopted on 18 Oct. 2005, para. 7.4; Communication 1421/2005, Larranaga v. Philippines, Views adopted on 24 July 2006, para. 7.2; Communication 1077/2002, Carpo v Philippines, adopted on 6 May 2002, para. 8.3.
- 167 Communication No. 806/1998, Thompson v. Saint Vincent and the Grenadines, Views adopted on 18 Oct. 2000, para. 8.2; Communication 845/1998, Kennedy v Trinidad and Tobago, Views adopted on 26 March 2002, para. 7.3.
- 168 Concluding Observations: Algeria (2007) para. 17; Concluding Observations: Cameroon (1999) para. 14.
- 169 Concluding Observations: Democratic Republic of Korea (2001), para. 13.
- 170 Cf. SW v UK, Judgment of the European Court of Human Rights of 22 Nov. 1995, para. 36.
- 171 Concluding Observations: Iran (2011), para. 12.
- 172 Concluding Observations: US (2014), para. 8.
- 173 Cf. Communication No. 469/1991, Ng v Canada, Views adopted on 5 Nov. 1993, para. 16.4.
- 174 Cf. Malawi Africa Association v Mauritania, Report of the ACHPR of 11 May 2000, para. 120.
- 175 Concluding Observations: Democratic Republic of Korea (2001), para. 13.
- 176 Concluding Observations: Japan (2014), para. 13.
- 177 Communication No. 588/1994, Johnson v. Jamaica, Views adopted on 22 March 1996, para. 8.5; Communication No. 470/1991, Kindler v. Canada, Views adopted on 30 July 1993, para. 15.2; Communication No. 317/1988, Martin v. Jamaica, Views adopted on 24 March 1993, paragraph 12.2.
- 178 Communication No. 775/1997, Brown v Jamaica, Views adopted on 11 May 1999, para. 6.13, 6.15.
- 179 Concluding Observations: Japan (2014), para. 13.
- 180 Communication No. 470/1991, Kindler v. Canada, Views adopted on 30 July 1993, para. 15.3.
- 181 Communication No. 1096/2002, Kurbanov v Tajikistan, Views adopted on 6 Nov. 2003, para. 7.7.
- 182 Communication No. 1545/2007, Gunan v Kyrgyzstan, Views adopted on 25 July 2011, para. 6.2; Communication No. 1043/2002, Chikunova v Uzbekistan, Views adopted on 16 March 2007, para. 7.2, 7.5; Communication No. 1906/2009, Yuzepchuk v Belarus, Views adopted on 17 Nov. 2014, para. 8.2, 8.6.
- 183 Communication No. 1906/2009, Yuzepchuk v Belarus, Views adopted on 17 Nov. 2014, para. 8.4, 8.6.
- 184 Communication No. 1043/2002, Chikunova v Uzbekistan, Views adopted on 16 March 2007, para. 7.4, 7.5.
- 185 Communication No. 1545/2007, Gunan v Kyrgyzstan, Views adopted on 25 July 2011, para. 6.3.
- 186 Communication No. 719/1996, Levy v. Jamaica, Views adopted on 3 Nov. 1998, para. 7.2-7.3.
- 187 Communication No. 775/1997, Brown v Jamaica, Views adopted on 11 May 1999, para. 6.11, 6.15.
- 188 Communication No. 546/1993, Burrell v. Jamaica, Views adopted on 18 July 1996, para. 9.4.
- 189 Communication No. 2120/2011, Kovalev v Belarus, Views adopted on 29 Oct. 2012, para. 11.4; Communication No. 2013/2010, Grishkovtsov v Belarus, Views adopted on 1 April 2015, para. 8.4.
- 190 Communication No. 829/1998, Judge v Canada, Views adopted on 5 Aug. 2002, para. 10.6.
- 191 Communication No. 1545/2007, Gunan v Kyrgyzstan, Views adopted on 25 July 2011, para. 6.3.
- 192 Communication No. 445/1991, Champagne v Jamaica, par. 7.3-7.4.
- 193 ECOSOC Res. 1996/15, Safeguards Guaranteeing Protection of the Rights of those Facing the Death Penalty, 23 July 1996, para. 4. Cf. Communication No. 2162/2012, Ambaryan v Kyrgyzstan, Views adopted on 28 July 2017, para. 9.2.
- 194 Communication No. 606/1994, Francis v Jamaica, Views adopted on 25 July 1994, para. 9.3.
- 195 Communication No. 1859/2009, Kamoyo v Zambia, Views adopted on 23 March 2012, para. 6.3-6.4.
- 196 Communication No. 1906/2009, Yuzepchuk v Belarus, Views adopted on 17 Nov. 2014, para. 8.5, 8.6, 1.
- 197 The Vienna Convention on Consular Relations, 24 April, 1963, art. 36(1)(b), 500 U.N.T.S. 95. See also The Right to Information on Consular Assistance in The Framework of The Guarantees of the Due Process of Law' I/A CHR Advisory Opinion of 1 Oct. 1999, para. 137.
- 198 Communication No. 829/1998, Judge v Canada, Views adopted on 5 Aug. 2002, para. 10.9.
- 199 Concluding Observations: US (2014), para. 8.
- 200 Concluding Observations: US (2014), para. 8.
- 201 Cf. Egyptian Initiative for Personal Rights v Egypt, Report of the ACHPR of 1 March 2011, para. 204.
- 202 General Comment 35, para. 45.
- 203 See Prosecutor v Furundzija, ICTY Appeals Chamber Judgment of 21 July 2000, para. 189.
- 204 General Comment 32, para. 22. 200 Concluding Observations: Madagascar (2007), para. 16. 201 Concluding Observations: Iran (1993), para. 9.
- 205 General comment 33, para. 19.
- 206 Communication No. 1043/2002, Chikunova v Uzbekistan, Views adopted on 16 March 2007, para. 7.6.
- 207 Communication No. 1132/2002, Chisanga v. Zambia, Views adopted on 18 Oct. 2005, para. 7.5.

- 208 Communication 845/1998, Kennedy v Trinidad and Tobago, Views adopted on 26 March 2002, para. 7.4.
- 209 Concluding Observations: Guatemala (2001), para. 18.
- 210 Concluding Observations: Yemen (2005), para. 15.
- 211 Report of the Special Rapporteur on extrajudicial, summary or arbitrary executions, 2 May 2008, para. 67.
- 212 Concluding Observations: Yemen (2012), para. 14.
- 213 CRC, General Comment No. 10 (2007), para. 75.
- 214 Cf. CRC, General Comment No. 10 (2007), para. 35, 39.
- 215 Concluding Observations: Japan (2014), para. 13. Cf. Communication 684/1996 R.S. v Trinidad and Tobago, Views adopted on 2 April 2002, para. 7.2.
- 216 Concluding Observations: Japan (2009), para. 16.
- 217 Cf. Communication No. 210/1986, Pratt and Morgan v Jamaica, para. 15.
- 218 General Comment 6, para. 6.
- 219 Second Additional Protocol, preamble.
- 220 Concluding Observations: Chad (2009), para. 19.
- 221 Communication No. 470/1991, Kindler v. Canada, Views adopted on 30 July 1993, para. 15.1.
- 222 Cf. Communication No. 469/1991, Ng v Canada, Views adopted on 5 Nov. 1993, para. 16.2; Ocalan v Turkey, Judgment of the ECtHR of 12 May 2005, para. 163-165.
- 223 Cf. Communication No. 829/1998, Judge v Canada, Views adopted on 5 Aug. 2002, para. 10.3; Report of the United Nations High Commissioner for Human Rights on High-level panel discussion on the question of the death penalty, UN Doc. A/HRC/36/27 (2017) para. 48; African Commission on Human and Peoples' Rights, General Comment No. 3 on the African Charter on Human and Peoples' Rights: The Right to Life (Article 4), para. 22.
- 224 See also paragraph 35 above.
- 225 Cf. General Comment 20, para. 5; Gatt v. Malta, judgement of the European Court of Human Rights of 27 July 2010, para. 29.
- 226 See also paragraph 17 above.
- 227 General Comment No. 33, para. 4; Communication No. 241/1987, Birhashwiwa v. Zaire, Views adopted on 2 Nov. 1989, para. 12.5; Concluding observations: Maldives (2012), para. 26; Declaration on the Right and Responsibility of Individuals, Groups and Organs of Society to Promote and Protect Universally Recognized Human Rights and Fundamental Freedoms, 9 Dec. 1998, art. 9(4).
- 228 Declaration on the Right and Responsibility of Individuals, Groups and Organs of Society to Promote and Protect Universally Recognized Human Rights and Fundamental Freedoms, 9 Dec. 1998, art. 12(2).
- 229 Communication No. 1782/2008, Aboufaiid v. Libya, Views adopted on 21 March 2012, paras. 7.4, 7.6; Communication No. 440/1990, El-Megreisi v. Libya, Views adopted on 23 March 1994, para. 5.4. See also paragraph 41 above.
- 230 See also paragraph 31 above. Cf. General Comment No. 31, para. 12.
- 231 Communication No. 1132/2002, Chisanga v. Zambia, Views adopted on 18 Oct. 2005, para. 7.3.
- 232 Communication No. 592/1994, Johnson v Jamaica, Views adopted on 25 Nov. 1998, para. 10.4.
- 233 Communication No. 1225/2003, Eshonov v. Uzbekistan, Views adopted on 22 July 2010, para. 9.10.
- 234 Communication No. 2120/2011, Kovalev v Belarus, Views adopted on 29 Oct. 2012, para. 11.10.
- 235 Concluding Observations: Japan (2014), para. 13.
- 236 Concluding Observations: Botswana (2008), para. 13.
- 237 Communication No. 449/1991, Mojica v. Dominican Republic, Views adopted on 15 July 1994, para. 5.4; Communication No. 1753/2008, Guezout v. Algeria, Views adopted on 19 July 2012, para. 8.4, 8.7. See also paragraph 58 below.
- 238 Cf. General Comment No. 35, para. 58.
- 239 See e.g., Communication No. 992/2001, Saker v. Algeria, Views adopted on 15 March 2006, para. 9.2; Communication No. 2000/2010, Katwal v. Nepal, Views adopted on 1 April 2015, para. 11.3.
- 240 See e.g., See e.g., Communication No. 2259/2013, El Boathi v. Algeria, Views adopted on 17 March 2017, para. 7.5.
- 241 Communication No. 161/1983, Rubio v. Colombia, Views adopted on 2 Nov. 1987, para. 10.3; General Comment 6, para. 4.
- 242 Cf. International Convention for the Protection of All Persons from Enforced Disappearance, art. 24.
- 243 See e.g., Communication No. 1917/2009, Prutina v. Bosnia and Herzegovina, Views adopted on 28 March 2013, para. 9.6.
- 244 Cf. International Convention for the Protection of All Persons from Enforced Disappearance, art. 24.
- 245 Cf. Prosecutor v. Ruggiu, ICTR Trial Chamber Judgment of 1 June 2000, para. 22.

34 / 44

- 246 See General Comment No. 17, para. 1; General Comment No. 32, paras. 42-44; Communication 1917/2009, Prutina v. Bosnia and Herzegovina, Views adopted on 28 March 2013, para. 9.8; Concluding Observations: Benin (2015), para. 19.
- 247 Convention on the Rights of the Child, art. 3(1).
- 248 Convention on the Rights of the Child, art. 6(2).
- 249 Convention on the Rights of the Child, art. 3(2).
- 250 Concluding Observations: India (1997), para. 15.
- 251 Concluding Observations: Iran (2011), para. 10.
- 252 Concluding Observations: Netherlands (2001), para. 6.
- 253 Cf. Communication No. 2425/2014 Whelan v Ireland, Views adopted on 17 March 2017, para. 7.12.
- 254 Cf. CESCR, Concluding Observations: DRC (2009), para. 19.
- 255 Cf. Yakye Axa Indigenous Community v. Paraguay, I/A CHR judgment of 17 June 2005, para. 175.
- 256 Concluding Observations: USA (2014), para. 8.
- 257 Report of the Special Rapporteur on violence against women, its causes and consequences, 23 May 2012, para. 21.
- 258 Declaration of the United Nations Conference on the Human Environment, 17 June 1972, para. 1 (preamble); Rio Declaration on Environment and Development, 14 June 1992, Principle 1; United Nations Framework Convention on Climate Change, 9 May 1992 preamble), 1771 UNTS 107.
- 259 Cf. Paris Agreement, preamble, 12 Dec. 2015, UN Doc. FCCC/CP/2015/L.9, Annex.
- 260 Rio Declaration on Environment and Development, 14 June 1992, principles 1, 2, 11, 15, 17, 18. Cf. Convention on Access to Information, Public Participation in Decision-Making and Access to Justice in Environmental Matters, 25 June 1998.
- 261 General Comment No. 31, para. 10; Concluding Observations: United Kingdom (2008), para. 14.
- 262 See paragraph 22 above; Concluding Observations: USA (2014), para. 9.
- 263 Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, art. 16, annex to General Assembly resolution 56/83 of 12 December 2001. Cf. Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro), 2007 I.C.J. Reports 43, 217.
- 264 Concluding Observations: Malta (2014), para. 17. Cf. United Nations Convention on the Law of the Sea, 10 Dec. 1982, art. 98, 18233 UNTS 3; International Convention for the Safety of Life at Sea, 1 November 1974, Ch. 5, Reg. 10, 1184 UNTS 278.
- 265 General Comment No. 31, para. 10; Communication No. 12/52, Saldías de López v. Uruguay, Views adopted on 29 July 1981, paras. 12.1-13; Communication No. R.13/56, Celiberti de Casariego v. Uruguay, Views adopted on 29 July 1981, para. 10.1-11; Communication No. 623/1995 Domukovsky v. Georgia, Views adopted on 6 April 1998, para. 18.2.
- 266 General Comment No. 31, para. 11; General Comment No. 29, para. 3.
- 267 General Comment No. 31, para. 11; General Comment No. 29, para. 3, 12, 16.
- 268 Concluding Observations: Israel (2010), para. 9-10.
- 269 Concluding Observations: USA (2014), para. 9.
- 270 See paragraph 27-28 above; Minnesota Protocol on the Investigation of Potentially Unlawful Death (2016)(published by OHCHR in 2017), para. 20-22.
- 271 Cf. Protocol Additional to the Geneva Conventions of 12 August 1949, and relating to the Protection of Victims of International Armed Conflicts (Protocol I), 8 June 1977, art. 36.
- 272 Report of the Special Rapporteur on extrajudicial, summary or arbitrary executions, 9 April 2013, para. 113-114.
- 273 See Treaty on the Non-Proliferation of Nuclear Weapons, 1 July 1968, 729 UNTS 161; Comprehensive Test Ban Treaty, 10 Sept. 1996, Treaty on the Prohibition of Nuclear Weapons, 7 July 2017 (not yet in force); Convention on the Prohibition of the Development, Production and Stockpiling of Bacteriological (Biological) and Toxin Weapons and on their Destruction, 10 April 1972, 1015 UNTS 163; Convention on the Prohibition of the Development, Production, Stockpiling and Use of Chemical Weapons and on their Destruction, 3 Sept. 1992, 1974 UNTS 45.
- 274 General Comment 14, para. 7. Cf. Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, 1996 ICJ 226, 267.
- 275 Concluding Observations: France (2015), para. 21.
- 276 General Comment No. 29, paras. 7.
- 277 General Comment No. 29, para. 16.
- 278 General Comment No. 24, para. 8.
- 279 General Comment No. 14, para. 2.
- 280 General Comment 6, para. 2.
- 281 GA Res.60/1, (World Summit Outcome) 16 Sept. 2005, para. 138-139.

35 / 44



편집전 버전

배포: 일반
2018년 10월 30일
정본: 영어

유엔 시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약 위원회

생명권에 관한 시민적 및 정치적 권리에 관한 국제 규약 제 6 조에 관한 일반논평 제 36 호 (2018)

I. 총론

1. 이 일반논평은 위원회가 1982년에 채택한 일반논평 제 6 호(제 16 차 회기), 1984년에 채택한 일반논평 제 14 호(제 23 차 회기)를 각 내제한다.

...중략...

8. 당사국들이 자발적 임신 중절을 규제하기 위한 조치를 채택할 수도 있다. 하지만 그러한 조치는 임신한 여성이나 소녀의 생명권 또는 규약 상의 다른 권리를 침해해서는 안 된다. 따라서 낙태를 하고자 하는 여성 또는 소녀의 결정능력에 대한 제한을 가하는 것이 특히 생명을 위협하거나, 제 7 조를 위반하는 신체적 또는 정신적 고통이나 고통을 겪게 하거나, 차별적이거나, 프라이버시권을 침해해서는 안 된다. 당사국은 임신한 여성이나 소녀의 생명과 건강이 위협하거나, 상당한 고통이거나 고통을 초래할 수 있는 경우, 특히 임신이 강간이나 근친상간의 결과이거나, 태아의 생존가능성이 낮을 때, 안전하고 합법적이며 효과적인 낙태에 대한 접근을 제공해야 한다. 또한, 당사국은 다른 경우에도 여성과 소녀들이 안전하지 않은 낙태를 하지 않아도 되도록 의무를 다하는 방식으로 임신과 낙태를 규제하지 않을 수 있으며 그에 따라서 낙태법을 개정해야 한다. 예를 들어, 미혼 여성의 임신을 범죄화하거나 낙태를 하는 여성과 소녀를 형사 처벌하는 등의 조치를 취하지 말아야 한다. 각 당사국은, 의료제공자에 의한 양심적 거부의 결과로 인하여 야기된 장벽을 포함해서, 여성과 소녀들의 안전하고 합법적인 낙태에 대한 효과적인 접근을 부인하는 새로운 장벽을 도입해서는 안 되며, 기존의 장벽을 제거해야 한다. 당사국도 안전하지 않은 낙태와 관련된 정신적, 신체적

참고자료 1-2

건강 위험으로부터 여성과 소녀들의 삶을 효과적으로 보호해야한다. 특히 성 및 재생산 건강에 관한 양질의 증거 기반의 정보와 교육 그리고 다양한 범위의 저렴한 피임 방법에 대한 여성과 남성, 특히 소녀들과 소년들에 대한 접근성을 보장해야 하고, 낙태를 원하는 여성과 소녀들의 낙인화를 막아야 한다. 당사국은 모든 상황에서 여성과 소녀들을 위한 양질의 산전 및 낙태 후 건강 관리의 이용 가능성을 확인하고 기밀로서 보장해야 한다.

...하락...



International Safe Abortion Day- Friday 28 September 2018

Geneva (27 September 2018)- Speaking ahead of the International Day on Safe Abortion, a group of United Nations human rights experts urged governments across the world to decriminalise abortion and enhance their progress towards ensuring the right of every woman or girl to make autonomous decisions about her pregnancy. This is at the very core of her fundamental right to equality, privacy and physical and mental integrity and is a precondition for the enjoyment of other rights and freedoms.

Of the many challenges to gender equality that women face throughout their lives, the area of women's sexual and reproductive health remains one of the most contested, and is among the fields in which women are facing the biggest backlash. Persistent discrimination in the area of sexual and reproductive health through denial of autonomy and failure to recognize the specific needs of women and girls has a debilitating impact on women's capacity to claim equal standing in all aspects of life. However, the experts are hopeful that the important steps which have been taken in some countries to reclaim women's sexual and reproductive rights could be echoed in others. Most recently, through popular vote as well as legislative and judicial actions, efforts are being made to secure women's access to safe abortion.

Legal frameworks for abortion have typically been designed to control women's decision-making through the use of criminal law. Many legal frameworks generally prohibit abortion and make it legal only on specific grounds that do not capture the range of circumstances in which women and girls may need abortions. Moreover, strict time limits for abortion often cause women to be in situations where their abortions become illegal. These legal restrictions frequently converge with the practical barriers to effectively deny abortion to pregnant women and girls at the expense of their dignity and well-being.

Women face many obstacles to access to abortion, including the unaffordability and inaccessibility of services due to geographic and information barriers, poor quality of services and conscientious objection. Conscientious objection, in particular, cannot be a basis for denying women access to abortion and the states need to regulate the procedure to secure accessibility of abortion.

Furthermore, the over medicalization of abortion procedures is another issue of concern, particularly in cases of use of pharmacological drugs (medical abortion). Women should be enabled to use medical abortion in more private settings while having access to health service providers in cases of complications in line with the WHO guidelines.

The issue of post abortion care, where many abuses occur due to punitive legal frameworks that stigmatize abortion is another disturbing reality. Too many women are physically and verbally mistreated or out rightly denied emergency medical care, in violation of international law and, in many instances, national laws and policies, simply because they have had abortions. Governments have the duty to ensure that women and girls who have abortion are treated humanely and without judgment and assumptions of violating laws.

The singling out of abortion, as a medical procedure, for criminalization has contributed to its stigmatization and women being targeted for it. The idea that abortion is blameworthy is a cultural construction. The fact is that it should be a safe medical procedure that women and girls should have

access to when they need it. Any woman seeking post abortion care should receive it in a timely and non-judgmental manner and without risk of criminal investigation and prosecution. Concerns about unsafe abortion must be addressed through public health, relevant medical malpractice and civil laws. Denying women access to services, which only they require, and failing to address their specific reproductive health needs, is inherently discriminatory. Gender-based discrimination in the administration of medical services violates women's human rights and dignity.

Countries should demonstrate their commitment towards eliminating discrimination against women in their legislation and to advance women's and adolescent girls' sexual and reproductive rights, in accordance with international human rights standards. It was well established in the 1948 Universal Declaration of Human Rights and upheld in the International Covenant on Civil and Political Rights that international human rights are conferred to those who have been born. But some propagate a dangerous rhetoric that the rights of a pregnant woman and fetal interests must be equally protected. However, there is no such assertion in international human rights law.

Unsafe abortion is among the leading causes of death for pregnant women. Restrictive abortion laws endanger lives of women and imposes hardship on them, therefore the claim often made by opponents of abortion that their stance is "pro-life" is misleading. It is known that in countries where termination of pregnancy is restricted by law and/or otherwise unavailable, safe termination of pregnancy is a privilege of the rich, while women with limited resources have little choice but to resort to unsafe providers and practices. WHO data has clearly demonstrated that criminalising termination of pregnancy does not reduce the number of women who resort to abortion procedures. Rather, it is likely to increase the number of women seeking clandestine and unsafe procedures. Countries where women have the right to terminate an unwanted pregnancy and are provided with access to information and to all methods of contraception have the lowest rates of abortion.

The experts urge the international community to move forward on gender equality, including on guaranteeing access to safe and legal abortion, and to guard against any roll-back. They commend the efforts worldwide of women human rights defenders, who struggle every day, resisting discriminatory legacies supported by religious and cultural norms that embody harmful stereotypes of women's roles in the family and society and are inherently discriminatory and oppressive to women. No law should be misused as a means to control or curtail women's decision-making about the need for abortion, or access to it, and to punish women for that. Open spaces for evidence- and human rights-based discussions about the urgent need for progressive abortion law reform should be encouraged. Abortion should be decriminalised, "and women should be given more support and autonomy to undergo the procedure. Most abortion laws are being used to target women and this has to stop: women's reproductive capacity should not be used against them.

ENDS

NOTE TO EDITORS: An estimated 225 million women worldwide are deprived of access to essential modern contraception, often leading to unplanned pregnancies. For girls, pregnancy and childbirth is one of the most common causes of death in developing countries, with girls under 15 years of age facing five times the danger. As a result of unsafe abortions, each year some 47,000 women die, and a further 5 million suffer temporary or permanent disability. Maternal mortality violates the rights to life, health, equality and non-discrimination. In the framework of the International Conference on Population and Development (ICPD) Programme of Action, States committed to reduce greatly the number of deaths and morbidity from unsafe abortion.

*The experts: Ivana Radačić, Chair of the Working Group on discrimination against women in law and in practice; Dainius Pūras, Special Rapporteur on the right of everyone to the enjoyment of the highest attainable standard of physical and mental health; Dubravka Simonovic, Special Rapporteur on violence against women, its causes and consequences; Agnes Callamard, Special Rapporteur on extrajudicial, summary or arbitrary executions

For further information, please refer to the following documents: Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women

The Working Groups are part of what is known as the Special Procedures of the Human Rights Council. Special Procedures, the largest body of independent experts in the UN Human Rights system, is the general name of the Council's independent fact-finding and monitoring mechanisms that address either specific country situations or thematic issues in all parts of the world. Special Procedures experts work on a voluntary basis; they are not UN staff and do not receive a salary for their work.

They are independent from any government or organization and serve in their individual capacity.

For more information and media requests, please contact Hannah Wu (+ 41 22 917 9152 / hwu@ohchr.org) or Bernadette Arditi (+41 22 917 9159 / barditi@ohchr.org)

For media inquiries related to other UN independent experts:

Jeremy Laurence – Media Unit (+ 41 22 917 9383 / jlaurence@ohchr.org) lend our voice very strongly to the demand for decriminalization as a transformative goal and take this opportunity to highlight the much neglected issue of post-abortion care.



국제 안전한 낙태의 날 - 2018년 9월 28일 금요일

제네바 (2018년 9월 27일) - 국제 안전한 낙태의 날을 앞두고 국제연합 인권 전문가 그룹은 전 세계의 정부에 낙태를 비범죄화하고 모든 여성 또는 소녀가 임신에 대하여 자율적인 결정을 내릴 수 있는 권리를 보장하도록 진전을 강화할 것을 촉구합니다. 이것은 평등, 사생활, 신체 및 정신적 완전성에 대한 여성의 기본적인 권리의 핵심에 있으며 다른 권리와 자유를 향유하기 위한 전제 조건이기도 합니다.

여성이 평생 동안 직면하는 성 평등에 대한 많은 도전 중에서 여성의 성적 및 재생산 건강 영역은 가장 논란이 되고 있으며 여성이 가장 큰 반발을 마주하는 분야 중 하나입니다. 자기결정권의 거부와 여성과 소녀들의 구체적인 요구를 인식하지 못하는 등 성적 및 재생산 건강 영역의 지속적인 차별은 모든 영역에서 평등성을 요구하는 여성의 권리에 심각한 영향을 끼칩니다. 그러나 저희 전문가들은 일부 국가에서 여성의 성적 권리와 재생산 권리를 되찾기 위해 취해진 중요한 조치가 다른 국가에서 반복될 수 있기를 희망합니다. 가장 최근에는 국민 투표와 입법 및 사법 활동을 통해 여성의 안전한 낙태에 대한 접근을 보장하기 위한 노력이 진행되고 있습니다.

낙태를 위한 법적 틀은 일반적으로 형법을 사용하여 여성의 의사 결정을 통제하도록 고안되었습니다. 많은 법적 틀은 일반적으로 낙태를 금지하고 여성과 소녀들이 낙태를 필요할 수 있는 상황의 범위를 포함하지 않는, 아주 특정한 조건에서만 낙태를 허용합니다. 더욱이 낙태에 대한 엄격한 시간적 제한은 종종 낙태가 불법이 되는 상황에 처하게 만듭니다. 이러한 법적 제한은 사실적인 제한과 합쳐지면서 종종 임신부와 소녀들의 낙태에 대한 접근을 크게 방해하고 여성들의 존엄과 안녕을 파괴합니다.

여성들은 지리적, 정보 장벽, 낮은 의료서비스 품질 및 '양심적 거부'로 인해 이 의료서비스를 부담할 수 없거나 의료서비스에 접근이 불가능하여 낙태에 접근하는 데 많은 장애가 있습니다. 양심적 거부는 낙태에 대한 여성의 접근을 부정하는 근거가 될 수 없으며, 국가는 낙태에 대한 접근성을 확보하기 위한 절차를 제도화해야 합니다.

또한, 약리학적 약물의 사용(의료적 낙태)과 관련하여 낙태 수술의 과도한 의료화는 또 다른 관심사입니다. 여성은 WHO 가이드 라인에 따라 합병증이 있는 경우 의료 서비스 제공자에게 접근할 수 있는 한편, 더 많은 개인적인 환경에서 의료적 낙태를 사용할 수 있어야 합니다.

낙태를 낙인화하는 형법 조항 때문에 낙태 후 보건의료의 문제는 많은 침해가 발생하는 또 다른 충격적인 현실입니다. 너무 많은 여성들이 낙태를 했다는 이유로 신체적, 언어적으로

참고자료 2-2

학대를 당하거나, 응급 의료를 거부당했는데, 이는 국제법과 많은 경우 국가 법률 및 정책을 위반한 것입니다. 정부는 낙태한 여성과 소녀가 인도적으로 대우되고 법을 위반한 것으로 간주되지 않도록 해야 할 의무가 있습니다.

의료 과정에서 낙태만 골라서 범죄화하는 것은 낙태를 낙인화하고 낙태한 여성을 공격의 표적으로 만들었습니다. 낙태가 비난받을 일이라는 생각은 문화적 구성물입니다. 진실은 이것은 여성과 소녀들이 필요할 때 접근할 수 있는 안전한 의료 절차여야 한다는 것입니다. 낙태 후 보건의료를 원하는 여성은 가치판단과 상관없이 이 서비스를 적시에 받을 수 있어야 하며 형사 수사 및 기소의 위험이 없어야 합니다. 안전하지 않은 낙태에 대한 우려는 공중 보건법, 의료 과실법 및 민법을 통해 해결되어야 합니다. 여성이 필요로 하는 서비스에 대한 여성의 접근을 부인하고 자신의 구체적인 재생산 보건 요구를 충족시키지 못하는 것은 본질적으로 차별적입니다. 의료 서비스 운영에서의 젠더에 기반한 차별은 여성의 인권과 존엄성을 침해합니다.

각 국은 국제 인권 기준에 따라 법령에서 여성 차별 철폐와 여성 및 사춘기 소녀의 성적 권리 및 재생산 권리 증진에 대한 의지를 보여야 합니다. 그것은 1948년 세계인권선언에 잘 확립되었으며 시민적 정치적 권리에 관한 국제 규약에서도 지지하고 있습니다. 그러나 일부는 임신한 여성과 태아의 이해가 동등하게 보호되어야 한다는 위험한 수사법을 전파합니다. 그러나 국제 인권법에는 그러한 주장이 없습니다.

안전하지 않은 낙태는 임신부의 주요 사망 원인 중 하나입니다. 제한적인 낙태 법은 여성의 삶을 위협에 빠뜨리고 그들에게 어려움을 겪게 합니다. 따라서 낙태 반대자들이 종종 자신의 입장이 "프로-라이프(친-생명적)"이라는 주장은 오해의 소지가 있습니다. 법에 의해 임신 중지가 제한되거나 다른 이유로 사용할 수 없는 국가에서는 임신의 안전한 중지는 부자의 특권이며 제한된 자원을 가진 여성은 안전하지 못한 의료 제공자 및 관행에 의지할 수밖에 없다는 것이 알려져 있습니다. 세계보건기구(WHO) 데이터는 임신 중절을 범죄화하는 것이 낙태 수술에 의존하는 여성의 수를 감소시키지 않는다는 것을 분명히 보여줍니다. 범죄화는 오히려 은밀한 의료와 안전하지 않은 절차를 모색하는 여성의 수를 늘릴 가능성이 있습니다. 여성이 원치 않는 임신을 중지시킬 권리를 가지며 정보와 모든 피임 방법에 대한 접근이 가능한 국가는 가장 낮은 낙태 비율을 보입니다.

전문가들은 국제 사회가 안전하고 합법적인 낙태에 대한 보장을 포함하여 성 평등에 나아가야 하고 후퇴를 막을 것을 촉구합니다. 저희는 가족과 사회에서 여성의 역할에 대한 유해한 고정 관념을 구현하고 여성에게 본질적으로 차별적이며 억압적인 종교 및 문화적 규범에 의해 유지되는 차별적인 문화적 유산에 저항하는 여성 인권 옹호자들에게 대한 전세계의 노력을 높게 삼니다. 어떠한 법도 낙태의 필요성에 대한 여성의 의사 결정이나 접근을 통제하거나 처벌하는 수단이 되어서는 안됩니다. 진보적인 낙태 법 개혁이 시급하므로 증거에 기반하고 인권에 기반한 토론을 위한 공간을 열어야 합니다. 낙태는 비범죄화 되어야 하며,

여성들은 그 절차를 접근하기 위해 더 많은 지지와 자율성을 가져야 합니다. 대부분의 낙태법이 여성을 표적으로 하는 데 사용되고 있으며, 이는 중단되어야 합니다. 여성이 재생산 능력을 가졌다는 사실이 오히려 여성에게 불리하게 악용되어서는 안 됩니다.

끝.

편집자에 대한 메모: 전 세계적으로 약 2 억 2 천 2 백만 명의 여성들이 필수적인 현대적 피임약에 대한 접근성을 박탈 당해 종종 계획되지 않은 임신을 하게 됩니다. 소녀의 경우 임신과 출산은 개발도상국에서 가장 흔한 사망 원인 중 하나이며 15 세 미만의 소녀는 그 위험성이 5 배나 높습니다. 안전하지 않은 낙태로 인해 매년 47,000 명의 여성이 사망하고 추가적으로 5 백만 명이 일시적 또는 영구적인 장애를 겪습니다. 모성 사망은 생명, 건강, 평등 및 차별금지에 대한 권리를 침해합니다. 인구 및 개발에 관한 국제회의 (ICPD) 행동 계획의 틀에서, 국가들은 안전하지 않은 낙태로 인한 사망자 및 사망률을 크게 줄이겠다는 약속을 하였습니다.

*전문가들: 이바나 라다치치 (Ivana Radačić) 법률과 현실의 여성차별 문제에 관한 실무그룹의 의장, 다이니우스 푸라스 (Dainius Pūras) 모든 사람의 달성 가능한 최고 수준의 육체적 정신적 건강을 향유할 권리에 관한 특별보고관, 두브라브카 시모노비치 (Dubravka Simonovic) 여성에 대한 폭력에 대한 특별보고관, 아그네스 칼라마르드 (Agnes Callamard) 조사법적, 즉결, 자의적 처형에 대한 특별보고관