

낙태¹⁾에 대한 법적 관점: 낙태는 범죄인가? 권리인가?

박용철

서강대학교 법학전문대학원 교수

들어가는 말

1. 우리법상 낙태 행위 금지 또는 허용의 특이성
 - 1.1 낙태 행위에 대한 현행법상 규정
 - 1.2 낙태 행위에 대한 대법원 및 헌법재판소의 입장
2. 임신중지 행위와 태아의 생명권의 문제
 - 2.1 여성의 자기결정권과 의료인 등의 임신중지 행위에 대한 방조행위 거부권(Conscientious Objection)
 - 2.2 ‘생명의 시작’에 대한 법적 견해
3. 낙태 또는 인공임신중절 또는 임신중지 행위에 대한 입법 전망
 - 3.1 「형법」 및 「모자보건법」 일부개정법률안
 - 3.2 법무부 양성평등정책위원회 권고안

나가는 말

1) 임신한 여성의 자궁 속에 생존하고 있는 태아를 인공적인 방법을 통하여 적출하는 행위를 “낙태” 또는 “인공임신중절(수술)” 또는 “임신중지” 행위로 명명하는지 여부는 사실 위의 “행위”를 어떠한 관점

들어가는 말

2019년 4월 11일 헌법재판소는 「형법」 제269조 제1항 등 위헌소원에서 “임신한 여성의 자기낙태를 처벌하는 「형법」 제269조 제1항(이하 ‘자기낙태죄 조항’이라 한다)” 및 “의사가 임신한 여성의 촉탁 또는 승낙을 받아 낙태하게 한 경우를 처벌하는 같은 법 제270조 제1항 중 ‘의사’에 관한 부분(이하 ‘의사낙태죄 조항’이라 한다)”이 각각 임신한 여성의 자기결정권을 침해한다는 헌법불합치결정을 내린 바 있다.²⁾ 위 결정은 소수인 헌법재판소 재판관 2인이 합헌의견을 낸 반면 단순위헌의견을 낸 재판관 3인과 헌법불합치의견을 4인 재판관의 의견을 종합한 결정으로 단순위헌의견과 헌법불합치의견을 합산하여 법률의 위헌결정을 함에 필요한 심판정족수에 이르게 된다고 선언하였고, 2020년 12월 31일을 시한으로 개헌입법을 할 때까지 낙태 행위를 처벌하는 위 조항들은 계속 적용되도록 하였다. 이와 같은 헌법재판소의 「형법」상 낙태죄에 대한 헌법불합치결정은 종래 동 재판소가 「형법」상 자기낙태죄 조항과 구 「형법」 제270조 제1항 중 ‘조산사’에 관한 부분이 헌법에 위반되지 않았다고 판시한 과거의 합헌 결정³⁾을 뒤집는 새로운 것이었다.

이와 같은 낙태 행위의 비범죄화에 대한 새롭게 많은 논란에 대한 2019년 헌법재판소의 새로운 결정은 2020년 12월 말까지 예정되어 있는 국회의 입법 과정을 통하여 헌법재판소의 헌법불합치 결정 사항을 받아들여 임신 주수 또는 임신 사유에 제한을 둬으로써 합법적이고 불법적인 낙태 행위를 구분하려는 입장을 가진 것으로 보도되고 있는 정부 측과 낙태 행위를 여성의 재생산 권리 (reproductive rights) 중 하나인 임신중지⁴⁾ 행위로

에서 바라보는지와 직결된 문제이다. 이를 「형법」상의 용어인 “낙태”로 명명할 경우 이는 그 자체가 당연히 불법이라는 관점이 개입된 것으로 볼 수 있고, 이를 “임신중지”로 명명할 경우 이는 위의 “행위”는 임신한 여성의 자기결정권의 일부로 행사하는 것이므로 결코 불법이 될 수 없고, 국가는 이에 개입할 수 없는 것이라는 시각이 개입된 것으로 볼 수 있다. 한편 위의 “행위”를 “인공임신중절(수술)”로 명명하는 것은 「모자보건법」상 입장으로 위의 두 용어와 비교하여 보다 중립적인 시각이 반영된 것으로 볼 수 있으나 동법상 위의 “행위”가 적법한 것으로 인정받기 위해서는 지극히 제한적인 경우에 임신한 여성 본인뿐만 아니라 배우자 등의 동의가 필요한 행위이므로 “인공임신중절”이라는 용어 역시 완벽하게 중립적인 것으로 보기에는 어려운 측면이 있다. 헌법재판소의 위의 “행위”에 대한 헌법불합치 결정이 나온 이후인 2020년 9월 30일 헌시점에서 명확한 결론이 결코 나올 수 없는 위의 “행위”의 적법성 및 적법성을 위한 입법 문제에 있어 필자는 가급적 중립적이거나 관조적 입장에서 위 “행위”에 대하여 상황 - 법률에 규정한 것을 직접적으로 논의할 경우 및 각자의 합의가 반대되는 경우 - 에 따라 용어를 상황에 따라 혼용하고자 한다.

2) 헌법재판소 2019. 4. 11. 선고 2017헌바127 전원재판부 결정.

3) 헌법재판소 2012. 8. 23. 선고 2010헌바402 결정.

4) “임신중지”에 대하여 이는 “사회적 선이자 정치적 필요이며, 여성이 강제된 모성이라는 족쇄 없이 독

보아 헌법재판소 헌법불합치 결정의 범위를 벗어나는 여성의 자기결정권 확대를 주장해온 여성계와의 충돌이라는 또 다른 국면을 가져오게 되었다.⁵⁾ 임신한 여성 개인 스스로의 결정에 따른 낙태 또는 인공임신중절 또는 임신중지 행위가 과연 국가가 중하게 처벌해야 하는 범죄 행위인지에 대한 논쟁은 해당 「형법」 조문을 위반하는 행위를 함으로써 형사 처벌의 위험에 처한 당사자에게는 무엇보다도 중요한 문제이기는 하나 아래에서 인용한 낙태를 둘러싼 가장 본질적인 질문과 견해 - 2019년 헌법재판소의 낙태죄 헌법불합치 결정에 있어 다수의견에 반(反)한 합헌의견을 냈던 조용호 재판관 및 이종석 재판관의 의견 - 에 대한 해결점을 제시하지 못하고 있다.

태아와 출생한 사람은 생명의 연속적인 발달과정 아래 놓여 있다고 볼 수 있으므로, 인간의 존엄성의 정도나 생명 보호의 필요성과 관련하여 태아와 출생한 사람 사이에 근본적인 차이가 있다고 보기 어렵다. 따라서 태아 역시 헌법상 생명권의 주체가 된다... 태아의 생명권을 보호하고자 하는 공익의 중요성은 태아의 성장 상태에 따라 달라진다고 볼 수 없으며, 임신 중의 특정한 기간 동안에는 임신한 여성의 인격권이나 자기결정권이 우선하고 그 이후에는 태아의 생명권이 우선한다고 할 수 없다... 사회·경제적 사유에 따른 낙태를 허용할 경우 현실적으로 낙태의 전면 허용과 동일한 결과를 초래하여 일반적인 생명경시 풍조를 유발할 우려가 있다.⁶⁾

국가가 여성 개인의 낙태 행위를 범죄로 처벌하는 것이 적법한지에 대한 것보다 보다 본질적인 문제에 대한 법리적인 답변은 「형법」상 낙태죄가 사실상 사문화 되었다는 법적 현실이나 선진화된 법문화를 가진 국가에서는 임신한 여성의 사회·경제적 또는 정신적 현실에 비추어 보다 자유로운 낙태 또는 임신중절 또는 임신중지 행위를 하도록 허용하고 있다는 세계적인 경향이나 또는 이에 발맞추어야 한다는 것에 있지 않다. 비록 법은 현실을 반영한 거울일 수밖에 없으나 낙태에 대한 법적 또는 법리적인 관점의 핵심은 낙태

립적인 주체로 살아가기 위해 갖춰야 할 능력의 선행조건'이며 "임신중지는 이를 경험한 여성이 스스로 선택해 태아적 모성으로 돌아간다."는 주장은 여성해방론의 입장에서 낙태를 바라보는 시점으로 보인다(에리카 밀러, 『임신중지(happy abortion)- 재생산을 둘러싼 감정의 정치사』, 이민경 옮김, (경기: 아르테 2019), 43).

5) 진혜민, 「헌법불합치」 낙태죄 유지하려는 정부? ... 여성계 “청와대, 역주행 말라”, <https://www.womennews.co.kr/news/articleView.html?idxno=202727>(접속일: 2020.9.28); 박윤경, 「‘호주제 폐지’ 이뤄낸 여성계 원로 100인, 낙태죄 전면 폐지 나섰다」, <http://www.hani.co.kr/arti/society/women/963810.html>(접속일: 2020.9.28).

6) 헌법재판소 2019. 4. 11. 선고 2017헌바127 전원재판부 결정.

행위로 영원히 인간 사회에서 도태되는 태아를 공익상 보호가 필요한 존재인 “생명”으로 인정하는 것이 과연 적법한 것인지, 그리고 태아를 보호 가치 있는 생명으로 인정할 경우 낙태 행위를 처벌하는 것이 과연 법리적으로 정당화될 수 있는 것인가에 대한 문제인 것이다.⁷⁾

1. 우리법상 낙태 행위 금지 또는 허용의 특이성

후술하는 대로 우리나라는 「형법」이 제정된 1953년 이래 임신한 여성 낙태 행위 및 이를 방조하는 행위 등에 대한 형사 처벌 규정을 두고 있으며 낙태 행위를 이른바 개인적 법익을 침해하는 범죄로 보고 있으나 「형법」상 태아가 보호 필요성이 인정되는 적법한 “개인”인지에 대해서는 「형법」상 근거가 없거나 다소 박약하다고 할 수 있는데 이는 결국 태아의 생명권을 인정하지 않는 「형법」상 입장은 태아의 생명권을 인정하는 헌법재판소 및 대법원의 입장과는 다소 모순된다고 할 수 있다. 이번 장에서는 낙태 또는 인공임신중절(수술) 또는 임신중지 행위에 대한 현행법상 규정 및 헌법재판소와 대법원의 입장을 살펴보고자 한다.

1.1 낙태 행위에 대한 현행법상 규정

1.1.1 「형법」상 낙태의 죄

「형법」은 개인적 법익에 대한 죄로 낙태의 죄를 제27장에 규정하여 제269조에 임신부 본인의 낙태 행위(동조 제1항) 및 업무자⁸⁾가 아닌 공범이 임신부의 촉탁 또는 승낙을 얻어 낙태를 한 경우(동조 제2항)뿐만 아니라 업무자가 아닌 공범이 낙태 행위 중 임신부에게 상해 또는 사망이 결과를 발생시킨 경우 이를 처벌하는 규정(동조 제3항)을 두고 있으

7) 한국의 낙태 정책과 관련하여 이를 그동안의 인구 정책과 비교하여 분석하는 것은 본고의 목적에도 맞지 않을 뿐만 아니라 이를 다룬 국내외의 논문 및 보고서가 이미 다수(예를 들어 전윤정, 「성·재생산권으로써 낙태권리를 위하여: 낙태제도 변동의 쟁점과 방향」, 『페미니즘연구』, 20/1(2020), 3-36)가 있으며 필자가 인구 정책을 분석하는 전문가도 아닌 이유로 본고에서 필자는 낙태의 연혁 및 적법성과 정당성 여부를 논의함에 있어 정부의 인구 정책과의 관계를 분석하는 내용은 다루지 않기로 한다.

8) 「형법」 제270조는 이른바 ‘업무자’에 대하여 ‘의사, 한의사, 조산사, 약제사 또는 약종상’으로 정의하고 있다.

며, 제270조에 업무자가 임신부의 촉탁 또는 승낙을 얻어 낙태를 시킨 경우 업무자가 아닌 공범에 비하여 가중 처벌(동조 제1항)하는 규정을 두고 있고, 임신부의 동의 없이 낙태하게 한 경우(부동의 낙태)를 처벌하고 있으며(동조 제2항), 업무자가 낙태 행위중 임신부에게 상해 또는 사망에 이르게 한 때 징역형에 처하게 할 것(동조 제3항)과 업무자에게 자격 정지를 부과할 수 있는 것(동조 제4항)을 규정하고 있다.

「형법」 제27장의 낙태의 죄는 제정 「형법」이 시행되었던 1953년부터 존재하였던 범죄행위로 헌법재판소에서 헌법불합치 결정이 있었던 2019년까지 무려 70여 년 동안 화폐단위의 변화 등에 따라 법정형상 화폐단위 등에 대한 세부적인 내용만 개정되었을 뿐 해당 조문 적용의 사문화로 인한 필요성 여부에 대한 오랜 기간 동안의 논쟁에도 불구하고 아무런 변화 없이 그대로 존치되었다.⁹⁾ 그렇다면 「형법」상 규정되어 있는 낙태죄가 보호하고자 하는 대상은 누구인가? 낙태죄가 보호하고자 하는 객체는 바로 ‘살아있는 태아’이다.¹⁰⁾ 문제는 「형법」상 보호가 인정되는 사람이 되기 위한 시기에 대한 「형법」적인 관점은 비록 학설의 다툼은 있으나 적어도 출산을 하기 위한 진통이 시작되는 시기로 보는 것이 다수설적인 관점이라는 것이다.¹¹⁾ 물론 이는 헌법재판소와 대법원에서 바라보는 태아의 생명권 인정 시점, 즉 수정란이 착상됨으로 태아는 인간에게 부여된 기본권을 갖게 된다는 것¹²⁾과 상치된다. 후술하겠으나 태아의 생명권에 대한 대법원과 헌법재판소와 같은 법률 실무에서의 해석과 「형법」상 낙태 행위의 처벌 가능성에 대한 해석의 간극은 헌법적인 관점으로 보았을 때 당연히 인정되는 ‘생명에 대한 권리’를 가진 태아를 영구히 도태시키는 낙태 또는 임신중지 행위를 처벌하는 것이 필요하다 하더라도 아이러니하게 「형법」적인 관점에서 태아는 인간으로서 권리 보호의 대상이 아니므로 태아를 세상에 태어나지 못하게 하는 낙태 또는 임신중지 행위를 형사 처벌하는 근거는 박약할 수밖에 없다는 「형법」적 해석과 충돌하게 되는 것이다. 즉, 「헌법」상 인정되는 태아의 생명권 보호를 위해 「헌법」의 하위 법령에서는 어떠한 규정과 제도를 가져야 하는지가 낙태 행위의 처벌 등에 대한 논의의 핵심이라 할 수 있다.

9) 강지현, 민영성, 「형법 제269조 제1항 헌법불합치 결정에 따른 낙태죄의 법제정비 방안」, 『法學研究』, 61/1(2020, 02), 39-40.

10) 김혜정, 박미숙, 안경옥, 원혜옥, 이인영, 『형법각론』, (서울: 피앤씨미디어, 2019), 88.

11) Ibid., 89.

12) 헌법재판소 1996. 11. 28. 선고 95헌바1 전원재판부 결정, 헌법재판소 2008. 7. 31. 2004헌바81 전원재판부 결정, 대법원 2017. 2. 15. 선고 2014다230535 판결.

1.1.2 「모자보건법」상 허용 사유

현행 「모자보건법」〔시행 2020. 3. 24〕〔법률 제17091호〕 제2조 제7호는 “인공임신중절 수술이란 태아가 모체 밖에서는 생명을 유지할 수 없는 시기에 태아와 그 부속물을 인공적으로 모체 밖으로 배출시키는 수술을 말한다.”라고 정의하고 있다. 한편 동법 제14조는 인공임신중절수술의 허용한계와 관련하여 “본인이나 배우자가 대통령령으로 정하는 우생학적 또는 유전학적 정신장애나 신체질환 - 연골무형성증, 낭성섬유증 및 그 밖의 유전성 질환으로서 그 질환이 태아에 미치는 위험성이 높은 질환(「모자보건법」 시행령 제15조 제2항) -이 있는 경우(동조 제1항 제1호)나 “본인이나 배우자가 대통령령으로 정하는 전염성 질환 - 풍진, 독소플라즈마증 및 그 밖에 의학적으로 태아에 미치는 위험성이 높은 전염성 질환 -이 있는 경우(동항 제2호)” 그리고 “강간 또는 준강간에 의하여 임신 된 경우(동항 제3호)”와 “법률상 혼인할 수 없는 혈족 또는 인척간에 임신 된 경우(동항 제4호)” 및 “임신의 지속이 보건의학적 이유로 모체의 건강을 심각하게 해치고 있거나 해칠 우려가 있는 경우(동항 제5호)”에 임신 24주일 이내(동법 시행령 제15조 제1항) 배우자가 사망 등의 사유로 동의를 받을 수 없는 경우를 제외(동조 제2항)하고는 본인과 배우자의 동의를 받아 인공임신중절수술을 할 수 있다(동조 제1항)고 규정하고 있다.

「형법」상 낙태 사유 유무와 임신 주수 차이와 상관없이 모든 낙태 행위를 처벌하는 것을 내용으로 하고 있음에도 불구하고 이른바 “모성 및 영유아의 생명과 건강을 보호하고 건전한 자녀의 출산과 양육을 도모함으로써 국민보건 향상에 이바지함을 목적”으로 하는 행정법인 「모자보건법」을 두어 동법 제14조의 낙태에 대한 허용 사유를 규정함으로써 동법 제28조 상 낙태를 금지하는 「형법」 규정의 적용을 배제하도록 함으로써 “인공임신중절수술을 받은 자와 수술을 한 자”를 처벌하지 아니하는 것은 「형법」상 범죄 행위로 처벌하는 것에 대하여 「형법」 그 자체에 처벌을 배제할 수 있는 위법성조각사유 또는 책임조각사유로 두어 그 예외를 인정하는 법제를 두지 아니하고 이를 행정법상 유효한 「형법」 규정의 적용을 배제하는 조문을 두고 있는 것은 본질적으로 행정법인 「모자보건법」을 이른바 특별형법화 함으로써 「형법」보다 우선적으로 적용하게 하는 법리상의 우를 범하고 있을 뿐만 아니라 허용한계의 내용적 측면에 있어서도 오히려 다양한 논란을 가져온 것이 사실이다.

태아의 생명권 존중을 주장하며 낙태 행위를 종교·사회적 이유 등으로 반대하는 측에서

는 위에서 언급한 「모자보건법」상 허용한계 규정을 낙태를 자유롭게 받으려 하는 쪽에 프리패스(free pass)를 부여하는 불법적이고 무책임적인 입법이라고 주장하는 반면에,¹³⁾ 임신중지를 찬성하는 입장에서 동법상의 낙태에 대한 허용한계는 사회·경제적 사유가 흠결되어 있으며 임신중지를 위해서는 배우자 등의 동의를 필요로 하며 24주라는 주수 제한까지 하는 불완전하고 시혜적이며 여성의 주체성과 자기결정권을 본질적으로 거부하는 규정으로 반드시 개정 필요성이 인정되는 것으로 판단하고 있다.

1.2 낙태 행위에 대한 대법원 및 헌법재판소의 입장

1.2.1 대법원 판례 추이

대법원은 2007년 판례를 통하여 일반적으로 「형법」상 범죄에 대한 처벌 규정으로 보호하고자 하는 보호법익은 사람의 생명과 신체의 안전인데 「형법」상 해석으로는 “규칙적인 진통을 동반하면서 분만이 개시된 때(소위 진통설 또는 분만개시설)가 사람의 시기라고 봄이 타당하다”는 종래 판례들¹⁴⁾을 인용하면서 “의학적으로 자연분만이 부적절하여 제왕절개를 한” 임신한 여성의 임원시점을 분만의 시기로 볼 수 있다는 주장은 “분만개시 시점 즉, 사람의 시기도 불명확하게 된다는 점에서 채용하기 어렵다.”고 판시하였다. 또한, 동 판례에서 동 법원은 낙태죄와 낙태 행위가 임신한 여성에게 상해를 동시에 입힘으로서 논의될 수 있는 상해죄가 동시에 성립할 수 없다는 입장을 견지하면서 “우리 「형법」은 태아를 임신부 신체의 일부로 볼 수 없으며”, 낙태 행위가 이루어졌을 때 그것을 임신한 여성에 대한 상해죄가 성립하는 것으로 볼 수 없다고 판시한 바 있다.¹⁵⁾ 위와 같이 태아는 “사람”이 아니며, 태아가 임신한 여성의 일부가 될 수 없다는 점은 임신한 여성의 배를 건어치는 등 상해를 입혀 해당 여성과 태아에게 상해를 입힌 범죄에 대하여 해당 여성에 대한 상해죄는 인정한 반면, 태아에 대한 상해죄는 인정하지 않은 최근 하급심에도 그대로 반영되어 있다.¹⁶⁾ 전술한 바를 정리하면 대법원 이하 우리 법원은 태아가

13) 김선화, 「낙태에 대한 생명 윤리적 고찰- 태아 보호를 중심으로 한 가톨릭 윤리 신학적 관점에서」, 석사학위논문, 서강대학교 신학대학원, 2007, 23-25.

14) 대법원 1982. 10. 12. 선고 81도2621 판결, 대법원 1998. 10. 9. 선고 98도949 판결 등.

15) 대법원 2007. 6. 29. 선고 2005도3832 판결.

16) 뉴스1, 「임산부 때려 태아 다쳤는데 상해죄 적용 안한 판사, 왜?」, 『동아일보』(2019.11.9) <https://www.donga.com/news/Society/article/all/20191109/98283606/1>(접속일: 2020.9.29).

「형법」상 보호 객체가 될 수 없다는 점, 그리고 태아는 임신한 여성의 일부가 될 수 없다는 점을 명확히 하고 있다.

1.2.2 헌법재판소 판례 추이

1988년 헌법재판소 설립 이후 「형법」상 낙태의 죄에 대한 동 재판소의 결정은 이미 전술한바 주지하다시피 2012년 및 2019년 두 차례 있었다. 2012년 동 재판소는 태아의 생명권 개념은 인정하여야 하며 태아의 독자적 생존능력 유무는 낙태 허용의 판단 기준이 될 수 없고, 낙태 행위를 비범죄화하여 형벌보다 가벼운 제재를 가하게 될 경우 낙태 행위의 남용이 우려될 뿐만 아니라 「모자보건법」 제14조 규정을 두고 있으므로 불가피한 경우에 태아의 생명권을 제한할 수 있도록 하고 있을 뿐만 아니라 본질적으로 태아의 생명권 보호라는 공익 보호가 임부의 자기결정권보다 중하다고 할 수 없으므로 「형법」상 자기 낙태죄 조항이 “임신 초기의 낙태나 사회적·경제적 사유에 의한 낙태를 허용하고 있지 아니한 것이 임부의 자기결정권에 대한 과도한 제한이라고 보기 어렵다”라는 이유로 합헌결정을 한 바 있다.¹⁷⁾

이에 반하여 2019년 동 재판소 재판관 4인(유남석 재판관, 서기석 재판관, 이선에 재판관, 이영진 재판관)의 헌법불합치 의견에 실시된 「형법」상 자기 낙태죄 조항 등의 위헌 결정의 주요 이유는 다음과 같다. 첫째, “임신한 여성이 임신을 유지 또는 종결할 것인지 여부를 결정하는 것은 스스로 선택한 인생관·사회관을 바탕으로 자신이 처한 신체적·심리적·사회적·경제적 상황에 대한 … 전인적(全人的) 결정”임에도 불구하고 「모자보건법」은 사회적·경제적 이유로 인한 낙태 행위에 대한 허용 규정이 함축되어 “예외 없이 전면적·일률적으로 임신의 유지 및 출산을 강제하고, 이를 위반한 경우 형사 처벌”하고 있는데 이는 형벌을 규정함에 있어 요구되는 최소 침해의 원칙뿐만 아니라 법익 균형성의 원칙 그리고 과잉금지원칙을 위반함으로써 임신한 여성의 자기결정권을 침해하고 있다. 둘째, 현재의 최선의 의료가 기술 및 의료 인력이 뒷받침될 경우 태아가 독자적으로 생존이 가능한 시점은 임신 22주 내외부터인데 수정란이 모체의 자궁에 착상된 시점부터 이 시기까지를 이른바 “결정가능기간”으로 보아 이 시기까지의 낙태에 대해서는 국가가 생명보호의 수단 및 정도를 달리 정할 수 있다. 한편 동 결정에서 제시된 재판관 3인(이석태 재판관,

17) 헌법재판소 2012. 8. 23. 2010헌바402 결정.

이은에 재판관, 김기영 재판관)의 단순위헌 의견의 주요 이유는 다음과 같다. 첫째, “임신 제1삼분기(대략 마지막 생리 기간의 첫날부터 14주 무렵까지)에는 어떠한 사유를 요구함이 없이 임신한 여성이 자기의 숙고와 판단 아래 낙태할 수 있도록 하여야 한다.” 둘째, “임신 제1삼분기를 경과하여 이루어지는 낙태 행위의 경우에는 임신한 여성의 생명·건강의 위험성 증가 등을 이유로 제한될 수 있”다. 그리고 동 결정에서 합헌의견을 내었던 재판관 2인(조용호 재판관, 이종석 재판관)은 첫째 “태아와 출생한 사람은 생명의 연속적인 발달과정 아래 놓여” 있기에 태아와 출생한 사람 사이에 생명 보호의 필요성에는 차등을 둘 수 없고, 둘째 “태아의 생명권 보호라는 공익의 중요성은 태아의 성장 상태에 따라 달라질 수 없을 뿐만 아니라 임신 중 특정 기간 동안에 임신한 여성의 인격권이나 자기결정권이 우선하고 그 이후에는 태아의 생명권이 우선한다고 할 수도 없”을 뿐만 아니라, 셋째 낙태를 허용하는 사회적 경제적 사유는 이를 인정하기에도 개념상 모호할 뿐만 아니라 사실상 낙태 행위의 전면 허용이라는 부작용을 가져올 수 있다.¹⁸⁾

2012년 및 2019년 헌법재판소의 낙태 행위에 대한 결정의 입장 변화는 사실 법리적인 차원에서 새로운 논거가 추가되었다거나 하지는 않은 것으로 보인다. 우선 태아의 생명권을 인정하는 헌법재판소의 입장에는 별다른 변화가 없다. 다만 임신후 일정기간까지(제1삼분기인 14주)는 임신한 여성의 자기결정권이 태아의 생명권보다 우선하므로 임신한 여성의 자유로운 임신중지 행위를 허용하여야 하며, 제1삼분기 이후의 낙태 행위에 대해서는 태아가 모체에서 나와 독립적으로 생존할 수 있는 가능성이 높아지므로 - 특히 22주 이후 - 어느 정도의 제한이 있어야 한다는 것이다. 하지만 이와 같은 2019년 결정의 헌법불합치 의견 및 단순위헌의견은 위에서 제기한 문제 - 태아의 생명권을 인정하면서 임신 후 제1삼분기까지는 자유로운 임신중지 행위를 허용하고, 그 이후에는 사회적·경제적 사유를 이유로 한 다소 제한적인 낙태 행위를 허용하는 것에 대한 명쾌한 법리적 근거유무 - 를 해결하기에는 본질적으로 부족한 의견을 제시하고 있다고 본다.

2. 임신중지 행위와 태아의 생명권의 문제

2019년 헌법재판소의 헌법불합치 결정 이후 임신한 여성의 낙태 또는 인공임신중절

18) 헌법재판소 2019. 4. 11. 2017헌바127 결정.

또는 임신중지의 논의는 필연적으로 낙태 행위에 관여할 수밖에 없는 임신한 여성 본인과 태아, 의료인 등 이른바 업무자 등이 위 “행위”에 관여하거나 관여하지 않음으로 부수적으로 발생할 수밖에 없는 복잡한 법적 문제를 내포할 수밖에 없다. 즉, 임신한 여성이 태아의 생명권에도 불구하고 임신중지 행위를 할 수 있는 자기결정권을 인정해 줄 수 있다면 안전한 임신중지 행위를 위하여 의료인 등 업무자들의 의료적 도움이 필수적일 수밖에 없는데 이들이 종교적 이유 등으로 이를 거부할 수 있는지가 그 일례일 것이다. 이번 장에서는 필자는 임신한 여성이 임신을 중지할 수 있는 자기결정권은 어디에서 연유한 것이며, 위 “행위”에 대하여 의료인 등은 이에 대한 조력을 거부할 권리가 있는지를 집중적으로 논의하고자 한다.

2.1 여성의 자기결정권과 의료인 등의 임신중지 행위에 대한 방조행위 거부권(Conscientious Objection)

임신한 여성이 낙태 여부를 결정하는 것이 자신의 자유재량에 속할 수 있는 임신중지 행위라면 이러한 행위는 처벌 가능성이 없는 것이며 의료인 등 역시 이에 대한 조력 행위에 대하여 거부할 수 없다고 볼 수 있다. 하지만 비록 합법적인 행위로 인정된다 하더라도 이에 대한 조력을 타인에게 요구하거나 더 나아가 강요할 수 있는지는 쉽게 대답할 수 없는 복잡한 문제이다. 게다가 그러한 조력의 문제가 의료인 등의 종교적 신념과 연관된 것이라면 이는 법리적 관점 이전의 문제이다.

2.1.1 여성의 재생산권(reproductive right)에 근거한 자기결정권

낙태 또는 인공임신중절 또는 임신중지에 대하여 여성의 재생산권에 근거한 자기결정권에 대한 주장은 여성계에서 오랫동안 주장되어왔던 것이다.¹⁹⁾ 하지만 이러한 여성의 자기결정권은 태아의 생명권을 인정할 때 제약을 받을 수 밖에 없는 필연적인 운명에 처하게 된다. 모든 권리가 아무런 제약없이 인정될 수 있는 것은 아니지만 임신중지에 대한 여성의 자기결정권을 행사하게 되면 이는 필연적으로 태아의 생명권을 침해하는 것이므로 사실상 여성의 자기결정권을 실효적으로 인정하기 위해서는 태아를 여성 신체의 일부로

19) 전윤정, 「성·재생산권」, 8-9.

보거나 태아의 생명권이 「형법」상 인정될 수 없다는 점을 들어 태아의 생명권을 「헌법」 상으로도 인정하지 않거나, 태아의 생명권과 여성의 자기결정권을 비교형량하여 후자의 우월성을 인정하여야 할 필요성이 있게 된다.

2.1.2 의료인 등의 낙태 행위에 대한 방조행위 거부권 (Conscientious Objection)

낙태 또는 인공임신중절 또는 임신중지 논쟁에서 가장 중요한 것은 과연 누가 낙태를 결정하는 주체적 역할을 수행할 것인지 그리고 이른바 낙태 행위 등의 범주를 어떻게 설정할 것인지 - 의료인 등의 수술과 같은 실제적 낙태 행위로 제한할 것인지 아니면 낙태의 결과를 가져올 수 있는 각종 약품의 공급까지 포함시킬 것인지 -에 관한 것이다. 의료인 등이 낙태수술을 집도할 것을 거부하거나 더 나아가 태아를 낙태시킬 수 있는 알약 등의 제공을 과연 거부할 수 있는가? 즉 이는 낙태 행위를 법에서 허용할 경우 종교적 신념이나 양심을 들어 의료인 등이 조력 제공을 거부할 수 있는가에 관련된 논의라 할 수 있다.²⁰⁾ 이는 낙태와 관련된 행위가 과연 의료법상의 “의료행위”에 해당하는지, “의료행위”에 해당한다 하더라도 다른 의료행위와 마찬가지로 의료인에게 이를 무조건 강제할 수 있는지, 외국의 입법례를 들어 의료인 등이 조력 행위를 거부할 경우 이에 대한 근거 규정을 의료법 등에 둘 수 있는지 등에 대한 다소 복잡한 문제를 포함한 논의라 할 수 있다.²¹⁾

2.2 ‘생명의 시작’에 대한 법적 견해

헌법재판소는 2008년 7월 31일 「민법」 제3조 및 제762조 태아의 손해배상청구권에 대한 판결²²⁾에서 최초로 이른바 “형성중인 생명”인 태아의 기본권주체성을 최초로 인정한 바 있다. 이후 동 재판소는 「형법」상 낙태죄의 합헌성을 인정하였던 2012년의 종래 판례²³⁾에서, 태아의 생명권에 대하여 “태아가 비록 그 생명의 유지를 위하여 모(母)에게 의

20) 심영주, 이상한, 「낙태죄 개정 시 고려사항- 의료인의 권리를 중심으로」, 『형사정책』, 32/1(2020), 255.

21) Ibid., 255-261.

22) 헌법재판소 2008. 7. 31. 선고 2004헌바81 전원재판부 결정.

23) 헌법재판소 2012. 8. 23. 선고 2010헌바402 결정.

존해야 하지만, 그 자체로 모(母)와 별개의 생명체이고 특별한 사정이 없는 한 인간으로 성장할 가능성이 크므로 태아에게도 생명권이 인정”되어야 한다고 판시하였다. 이러한 생명권 전반에 대한 헌법재판소의 견해는 2019년 판례를 보더라도 변경되었다고 할 수 없다. 또한, 태아의 생명권의 시작점에 대하여 헌법재판소의 2012년 판례는 “수정란이 자궁에 착상한 시점”으로 보고 있으며 동 재판소의 2019년 판례 역시 태아의 생명권의 시작점에 대한 견해는 변화된 것이 없어 보인다.

3. 낙태 또는 임신중절 또는 임신중지 행위에 대한 입법 전망

2020년 10월 7일 법무부는 「형법」상 낙태죄를 존치하되 임신 14주 이내의 낙태를 허용하며, 「모자보건법」상 낙태 허용사유에 사회적·경제적 사유를 추가한 허용사유를 「형법」에 규정하지는 「형법」 일부개정법률안을 입법예고하였다. 한편 2020년 5월 30일 개원한 제21대 국회는 낙태죄 문제를 해결하기 위하여 「형법」 또는 「모자보건법」 일부개정법률안을 한동안 내지 않다가, 2020년 10월 12일 권인숙 의원이 낙태죄를 폐지하는 내용의 「형법」 일부개정법률안과 현행법상 규정된 “인공임신중절수술”을 “인공임신중단”으로 변경하고, “인공임신중단”에 대한 국가와 지방자치단체의 지원 등을 규정한 「모자보건법」 일부개정법률안을 대표발의하였다. 이번 장에서는 제20대 국회에서 제안되었으나 동 국회의 임기만료로 폐기된 「형법」 및 「모자보건법」 일부개정법률안과 법무부 정책자문기구인 양성평등정책위원회가 2020년 8월 21일 제안한 권고안 및 2020년 10월 7일 법무부가 입법예고한 형법 일부개정법률안과 권인숙 의원이 2020년 10월 12일 국회에서 대표발의한 「형법」 및 「모자보건법」 일부개정법률안을 참조하여 낙태 또는 인공임신중절 또는 임신중지에 대한 입법 전망을 하고자 한다.

3.1 「형법」 및 「모자보건법」 일부개정법률안

3.1.1 「형법」 일부개정법률안

2019년 4월 15일 이정미 의원 등 총 10인의 국회의원은 후술하는 「모자보건법」 일부개정법률안과 함께 「형법」 일부개정법률안을 발의하였는데, 이에 따르면 형법상 자기낙태죄,

동의낙태죄 규정(제269조 및 제270조 제1항)을 모자보건법에 규정하기 위하여 삭제하고, 형법 제27장 낙태의 죄를 ‘부동의 인공임신중절의 죄’로 개정하며 이에 대한 처벌을 강화하는 것을 그 내용으로 한다.²⁴⁾ 위 일부개정법률안은 제20대 국회 임기가 만료됨으로써 자동폐기되었다.

2020년 10월 7일 법무부는 「형법」상 낙태죄는 존치하되 기존 「모자보건법」에 규정되어 있던 낙태 허용요건을 확대하여 임신 14주 이내의 “의사에 의하여 의학적으로 인정된 방법으로 이루어진” 낙태 행위를 허용하고, 사회적·경제적 사유를 낙태 허용 사유로 추가하며, 낙태를 위해 숙려기간을 거치도록 하는 내용을 「형법」에 규정(안 제270조의2)하는 「형법」 일부개정법률안을 입법예고하였다.²⁵⁾ 이는 2019년 헌법재판소의 헌법불합치결정을 가장 충실하게 반영하고 있는 것이라 할 수 있으나, 이후 여성계의 낙태죄 폐지 움직임에 대해서는 분명히 반대하는 입장을 명시한 것이라 할 수 있다. 이후 2020년 10월 12일 권인숙 의원 등 총 11인의 국회의원은 낙태죄를 폐지하고 여성의 임신중단에 대한 자기결정권 보장을 위하여 「형법」 제27장 낙태의 죄(제269조, 제270조)를 삭제하는 것을 내용으로 하는 「형법」 일부개정법률안을 발의하였다.²⁶⁾ 이는 2020년 10월 7일 법무부가 입법예고한 임신 주수에 따라 낙태 허용 사유를 구분하여 일정 부분 「형법」상 낙태죄를 존치시키고 사실상 「모자보건법」 개정 내용이라 할 수 있는 낙태 허용사유에 사회적·경제적 사유를 더하도록 하는 내용을 형법에 추가한 「형법」 일부개정법률안에 대한 여성계의 반대 입장을 명확히 한 것으로 평가할 수 있다.

3.1.2 「모자보건법」 일부개정법률안

2019년 4월 15일 이정미 의원 등 총 10인의 국회의원은 「모자보건법」상 인공임신중절의 보장과 제한 및 이에 따른 벌칙 규정을 신설하는 개정안을 발의하였는데 이에 따르면

24) 의안번호 제19829호, 「형법 일부개정법률안」, <https://likms.assembly.go.kr/bill/BillSearchResult.do>(접속일: 2020.9.30).

25) 형법 일부개정법률안 입법예고, <http://www.moj.go.kr/moj/209/subview.do?enc=Zm5jdDF8QEB8JTJGYmJzJTJGbW9qJTJGMtU3JTJGNTMxODk4JTJGYXJ0Y2xWaWV3LmRvJTNGcGFzc3dvcmlQM0QIMjZyZ3NCZ25kZVN0ciUzRCUyNmJic0NsU2VxJTNEJTI2cmdzRW5kZGVtdHIIM0QIMjZpc1ZpZXNdNaW5lJTNEZmFsc2UIMjZwYWdlJTNEZmFsc2UyNmJic09wZW5XcmRTZXEIM0QIMjZzcmNoQ29sdW1uJTNEJTI2c3JiaFdyZCUzRCUyNg%3D%3D>(접속일: 2020.11.4).

26) 의안번호 제2104483호, 「형법 일부개정법률안」, https://likms.assembly.go.kr/bill/billDetail.do?billId=PRC_B2P0V1M0Q1Q2G1G6K1G5S0D7V4O2F8(접속일: 2020.11.4).

임신 14주 이내의 임신한 여성의 경우 자신의 선택에 따라 인공임신중절 및 수술이 가능하도록 하며(안 제14조 제1항), 임신 14주부터 22주까지 기간의 인공임신중절의 경우에는 현행법상의 “우생학적 또는 유전학적 정신장애” 사유를 삭제하고 이를 “태아가 건강상태에 중대한 손상을 입고 있거나 입을 염려가 뚜렷한 경우로 대체”하며 사회적·경제적 사유로 인한 인공임신중절을 허용함으로써 임신한 여성의 자기결정권을 확대하며(안 제14조 제2항), 임신 22주를 초과한 경우에는 “임신의 지속이나 출산이 보건의학적 이유로 모체의 건강을 심각하게 해치고 있거나 해칠 우려가 있는 경우에만 한정(안 제14조 제3항)”하도록 하였다. 이와 같은 「모자보건법」 일부개정법률안²⁷⁾은 「형법」상 낙태 행위에 대한 헌법재판소의 2019년 헌법불합치결정을 충실히 반영한 것으로 평가할 수 있다. 위 일부개정법률안 역시 제20대 국회 임기가 만료됨으로써 자동폐기되었다.

한편 2020년 6월 16일 진선미 의원 등 총 11인의 국회의원은 모자보건법 제14조 제1항에 규정된 “우생학적(優生學的) 또는 유전학적 정신장애나 신체질환이 있는 경우”에서 “우생학적(優生學的)”이라는 용어를 삭제한다는 「모자보건법」 일부개정법률안을 발의하였다.²⁸⁾

이어서 2020년 10월 12일 권인숙 의원 등 총 11인의 국회의원은 위에서 언급한 「형법」 일부개정법률안의 의결을 전제로 현행법상 “인공임신중절수술”을 “인공임신중단”으로 변경하고 약물에 의한 방법으로 인공임신중단이 가능하도록 하고(안 제2조 제7호), 모자보건사업에 재생산건강 관리와 임신출산, 인공임신중단에 대한 지원을 포함하며(안 제2조 제8호), 임신부가 충분한 정보 및 상담을 토대로 인공임신중단 여부를 스스로 판단 및 결정할 수 있는 권리를 보장하고, 임신부가 인공임신중단을 결정할 경우 의사가 정당한 사유가 없는 한 임신부의 요청에 따라 인공임신중단을 하도록 하고(안 제14조의2 제1항부터 제4항), 의사는 인공임신중단에 대한 정보를 임신부의 연령, 임신 상태, 그 밖의 사정을 고려하여 이해할 수 있는 방식으로 충분히 설명하되, 의사가 설명한 정보의 이해와 임신부의 의사결정 과정에 조력이 필요하다고 판단할 경우 의사 또는 임신부가 신뢰관계자의 조력 지원을 요청할 수 있는 규정을 신설할 뿐만 아니라(안 제14조의2 제5항), 국가와

27) 의안번호 제19802호, 「모자보건법 일부개정법률안」, https://likms.assembly.go.kr/bill/billDetail.do?billId=PRC_A1F9N0S4V1U5J1Y3C5N3I5P8Q9O9P0(접속일: 2020.9.30).

28) 의안번호 제21550호, 「모자보건법 일부개정법률안」, https://likms.assembly.go.kr/bill/billDetail.do?billId=PRC_E2G0E0B6U1D6D1W6S5P8J3O9N3X0Q7(접속일: 2020.9.30).

지방자치단체에 임신부의 경제적인 능력을 고려하여 의료비를 지원하고(안 제14조의3), 현행법상 인공임신중절수술의 허용한계 및 형법 적용배제 규정을 삭제(안 제14조 및 제28조)하도록 하고 있다.²⁹⁾ 권인숙 의원이 대표발의한 모자보건법 일부개정법률안은 2019년 헌법재판소의 낙태죄에 대한 헌법불합치결정의 내용에서 더 나아가 인공임신중단을 임신부의 권리로 인정하고 이에 대한 국가 및 지방자치단체의 지원까지 규정함으로써 국가가 임신부의 인공임신중단을 적극적으로 보장하도록 규정하고 있는 것에 그 특징이 있다.

3.2 법무부 양성평등정책위원회 권고안

법무부는 2020년 3월 30일 제정한 「법무부 양성평등정책위 운영 등에 관한 규칙」³⁰⁾을 근거로 같은 해 4월 27일 양성평등 실현 및 성인지 정책 등의 자문을 목적으로 9인의 교수, 변호사, 기자로 구성된³¹⁾ 양성평등정책위원회를 자문기구로 발족하였다. 동 위원회는 같은 해 8월 21일 ‘낙태죄 전면 폐지’를 법무부에 권고하였다. 이의 세부 내용으로는 임신 주 수를 기준으로 형벌을 면제하거나 부과하는 것은 이른바 명확성의 원칙에 위배될 뿐만 아니라 임신 주수의 인식 여부 등에 대한 임신 여성의 개별적 차이를 반영하지 않은 것이라는 이유로 임신 기간(22주)과 상관없는 낙태를 허용하는 것이 타당하므로 “낙태의 비범죄화를 위해 「형법」 제27장에 규정한 낙태의 죄를 폐지하며 소위 부동의 낙태죄는 보완하여 「형법」상 상해와 폭행의 죄의 일부로 개정하라는 것”³²⁾이다. 위와 같은 권고안에 대하여 당시 권인숙 의원은 찬성 의견을 기재한 바 있고,³³⁾ 2020년 9월 28일 여성계는 이른바 ‘안전하고 합법적인 임신중지를 위한 국제행동의 날’을 맞아 정부가 임신중지 허용 기간을 14주 내외로 정하는 방안을 검토했다는 사실에 대하여 사실상 낙태

29) 의안번호 제2104484호, 「모자보건법 일부개정법률안」, https://likms.assembly.go.kr/bill/bill_Detail.do?billId=PRC_S2R0Z1B0L1S2L1L6O3Q1F5O1B4S6M7(접속일: 2020.11.4).

30) 법무부 훈령 제1288호, 「법무부 양성평등정책위원회 운영 등에 관한 규칙」, http://viewer.moj.go.kr/skin/doc.html?rs=/result/bbs/154&fn=temp_1585296025551100(접속일: 2020.9.30).

31) 법무부 보도자료, 「법무부 양성평등정책위원회 발족 - 법무부 내 양성평등 실현 및 성인지 정책 자문」, http://viewer.moj.go.kr/skin/doc.html?rs=/result/bbs/182&fn=temp_1587966025770100(접속일: 2020.9.30).

32) 이혜리, 「법무부 양성평등정책위, ‘낙태죄 전면폐지’ 권고」, 『서울신문』(2020.8.21), https://www.seoul.co.kr/news/newsView.php?id=20200821500200&wlog_tag3=naver(접속일: 2020.9.30).

33) 권인숙, 「법무부 양성평등정책위원회의 낙태죄 비범죄화 권고 결정을 환영한다(2020.8.21)」, <https://blog.naver.com/iskwon317/222068604759>(접속일: 2020.9.30).

죄는 그대로 두고 허용기간만 최소한도로 두겠다는 이야기”라고 비판한 바 있고, 과거 호주제 폐지를 주도한 여성계 원로 100인 역시 같은날 공동 선언문을 통해 임신중지에 대한 비범죄화 등을 요구하였다.³⁴⁾ 이와 같은 여성계의 임신중지 비범죄화의 목소리는 비록 2019년 낙태죄에 대한 헌법불합치 결정의 범위를 넘어서는 것이기는 하나 앞으로 법무부가 발의할 정부입법안의 단면을 미리 보여주는 것이라 평가한 바 있으나, 위에서 언급한대로 2020년 10월 7일 정부가 입법예고한 「형법」 일부개정법률안을 보면 가급적 2019년 헌법재판소 헌법불합치결정의 범위를 벗어나지 않은 수준에서 법률 개정이 시도 될 것으로 보인다.

나가는 말

전술한 바와 같이 2020년 9월 30일 현재 2020년 12월까지 국회에 입법의무를 부여한 2019년 4월 11일의 헌법재판소의 「형법」상 낙태죄에 대한 헌법불합치 결정이 어느 범위까지 충실히 반영된 「형법」 또는 「모자보건법」 개정이 이루어질 수 있을지 예단하기는 지극히 어려운 것이 사실이다. 이러한 상황은 2020년 8월 21일 법무부 산하 자문기구인 양성평등정책위원회가 이른바 임신중지의 비범죄화를 법무부에 권고하고 여성계가 이와 같은 권고안을 강력하게 주장함으로써 더욱 불확실해졌으며 2020년 10월 7일 법무부가 입법 예고한 「형법」 일부개정법률안을 보면 앞으로의 논의 과정에서 열띤 토론이 예상된다 할 것이다.

법리상 2019년 헌법재판소의 낙태죄에 대한 헌법불합치 결정은 사실 많은 비합리성을 내포하고 있다. 즉, 기존과 동일하게 태아의 생명권을 인정하는 헌법적 입장을 그대로 견지한다면 동 결정의 합헌의견에서와같이 태아와 출생한 자와의 생명권 사이에는 본질적 차이가 있다고 보기 어렵기 때문에 임신 주수나 목적의 종류 - 예를 들어 사회적경제적 이유 -에 따라 낙태 또는 인공임신중절 또는 임신중지 행위를 허용하는 것은 앞뒤가 맞지 않을 뿐만 아니라 더 나아가 임신한 여성의 생명 또는 신체를 보호하기 위해서 역시 낙태를 허용할 수 있는지에 대해서는 불가능한 작업 - 임신한 여성과 태아의 생명 법익을

34) 김태영, 「커지는 ‘낙태죄 전면폐지’ 목소리 ... “국가가 출산·육아 책임지나?”」, 『서울신문』(2020.9.30), <https://www.sedaily.com/NewsView/1Z822HRS3K>(접속일: 2020.9.30).

위하여 어느 법익이 우월한지에 대한 비교 형량을 해야 하는 것 -을 수행하여야 하며 낙태죄는 절대 비범죄화될 수 없다는 결론에 이르게 된다. 한편, 헌법상 태아의 생명권은 인정하되 이의 형법상 적용을 부인하여 낙태죄를 비범죄화하거나 일정한 제한을 두어 낙태 또는 인공임신중절 또는 임신중지를 허용한다면 이 역시 하위 법률인 형법이 헌법의 정신을 그대로 훼손하는 모순된 결과를 발생시킨다. 그렇다면 낙태에 대한 법적 관점으로 가장 타당한 것은 무엇인가? 그동안 헌법적인 관점에서 인정해 온 태아의 생명권을 부인하는 것인가? 아니면 위에 논의한 모순된 결과 - 헌법상 태아의 생명권을 그대로 인정하되 때에 따라 임신중지를 허용하는 것 -를 받아들여야 하는 것인가?

모든 법리적인 관점들이 조화롭게 공존할 수 있는 것은 아니겠으나, 가급적 상위법 해석에 따라 하위 법령은 만들어지고 해석되어야 한다. 따라서 비록 현재 시점에서 다소 비합리적이고 비논리적으로 해석될 수밖에 없으나 태아의 생명권을 인정한다는 헌법 정신을 하위 법령에 그대로 반영하려면 태아의 생명권을 해치는 행위 역시 처벌의 대상이 되어야 하는 것이 법리상 오히려 자연스럽다. 다만 2019년 헌법재판소의 헌법불합치 결정에서 지적할 수 있는 것과 같이 헌법적으로 보호해야 하는 생명권이 임신 주수에 따라 즉, 자궁 밖으로 나왔을 때 스스로 생존할 수 있는 가능성 여부로 판단해야 하는지에 대해서는 법리적 판단과 함께 생물학적, 윤리적 판단이 같이 이루어져야 할 것이다.

참고문헌

국내 문헌

- 김선화, 『낙태에 대한 생명 윤리적 고찰- 태아 보호를 중심으로 한 가톨릭 윤리 신학적 관점에서』, 석사학위논문, 서강대학교 신학대학원, 2007.
- 김혜정, 박미숙, 안경옥, 원혜옥, 이인영, 『형법각론』, 서울: 피앤씨미디어, 2019.
- 심영주, 이상한, 「낙태죄 개정 시 고려사항- 의료인의 권리를 중심으로」, 『형사정책』, 32/1(2020), 245-272.
- 전윤정, 「성·재생산권으로써 낙태권리를 위하여- 낙태제도 변동의 쟁점과 방향」, 『페미니즘연구』, 20/1(2020), 3-36.

번역 및 국외 문헌

- 밀리, 에리카(Millar, E.), 『임신중지(happy abortion)- 재생산을 둘러싼 감정의 정치사』, 이민경 옮김, 경기: 아르테, 2019.

낙태에 대한 법적 관점: 낙태는 범죄인가, 권리인가?

박용철

2020년 9월 30일 현재 2020년 12월까지 국회에 입법의무를 부여한 2019년 4월 11일의 헌법재판소의 「형법」 상 낙태죄에 대한 헌법불합치 결정이 어느 범위까지 충실히 반영된 「형법」 또는 「모자보건법」 개정이 이루어질 수 있을지 예단하기는 지극히 어려운 것이 사실이다. 이러한 상황은 2020년 8월 21일 법무부 산하 자문기구인 양성평등정책위원회가 이른바 임신중지의 비범죄화를 법무부에 권고하고 여성계가 이와 같은 권고안을 강력하게 주장함으로써 더욱 불확실해졌으며 2020년 10월 7일 법무부가 입법 예고한 「형법」 일부개정법률안을 보면 앞으로의 논의 과정에서 열띤 토론이 예상된다 할 것이다.

법리상 2019년 헌법재판소의 낙태죄에 대한 헌법불합치 결정은 사실 많은 비합리성을 내포하고 있다. 즉, 기존과 동일하게 태아의 생명권을 인정하는 헌법적 입장을 그대로 견지한다면 동 결정의 합헌의견에서와같이 태아와 출생한 자와의 생명권 사이에는 본질적 차이가 있다고 보기 어렵기 때문에 임신 주 수나 목적의 종류 - 예를 들어 사회적·경제적 이유 -에 따라 낙태 또는 인공임신중절 또는 임신중지 행위를 허용하는 것은 앞뒤가 맞지 않을 뿐만 아니라 더 나아가 임신한 여성의 생명 또는 신체를 보호하기 위해서 역시 낙태를 허용할 수 있는지에 대해서는 불가능한 작업 - 임신한 여성과 태아의 생명 법익을 위하여 어느 법익이 우월한지에 대한 비교 형량을 해야 하는 것 -을 수행하여야 하며 낙태죄는 절대 비범죄화될 수 없다는 결론에 이르게 된다. 한편, 헌법상 태아의 생명권은 인정하되 이의 형법상 적용을 부인하여 낙태죄를 비범죄화하거나 일정한 제한을 두어 낙태 또는 인공임신중절 또는 임신중지를 허용한다면 이 역시 하위 법률인 형법이 헌법의 정신을 그대로 훼손하는 모순된 결과를 발생시킨다. 그렇다면 낙태에 대한 법적 관점으로 가장 타당한 것은 무엇인가? 그동안 헌법적인 관점에서 인정해 온 태아의 생명권을 부인

하는 것인가? 아니면 위에 논의한 모순된 결과 - 헌법상 태아의 생명권을 그대로 인정하
되 때에 따라 임신중지를 허용하는 것 -를 받아들여야 하는 것인가?

모든 법리적인 관점들이 조화롭게 공존할 수 있는 것은 아니겠으나, 가급적 상위법 해
석에 따라 하위 법령은 만들어지고 해석되어야 한다. 따라서 비록 현재 시점에서 다소 비
합리적이고 비논리적으로 해석될 수밖에 없으나 태아의 생명권을 인정한다는 헌법 정신을
하위 법령에 그대로 반영하려면 태아의 생명권을 해치는 행위 역시 처벌의 대상이 되어
야 하는 것이 법리상 오히려 자연스럽다. 다만 2019년 헌법재판소의 헌법불합치 결정에서
지적할 수 있는 것과 같이 헌법적으로 보호해야 하는 생명권이 임신 주수에 따라 즉, 자
궁 밖으로 나왔을 때 스스로 생존할 수 있는 가능성 여부로 판단해야 하는지에 대해서는
법리적 판단과 함께 생물학적, 윤리적 판단이 같이 이루어져야 할 것이다.

주제어: 낙태, 인공임신중절, 임신중지, 재생산권, 자기결정권

Legal Standpoints on Abortion: Is This Crime? or Right?

Park, Yong Chul

On April 11, 2019, the Constitutional Court overturned its previous constitutional decision on abortion under the Criminal Act and ruled against the Constitution. As a result, the National Assembly is obliged to legislate an alternative bill by December 2020, and as of September 30, 2020, it faced a very difficult reality to predict to what extent the Constitutional Court's April 2019 Constitutional Court's decision on unconformity with the Constitution can be revised to the Criminal Law or Mother and Child Health Act can be revised. The situation became more uncertain on August 21, 2020, when the Gender Equality Policy Committee, an advisory body under the Ministry of Justice, recommended the Ministry of Justice to make the so-called non-criminalization of abortion and the women's community strongly insisted on such a recommendation.

From a legal point of view, the Constitutional Court's decision in 2019 against abortion actually poses many irrationalities or questions. For example, if the Constitution recognizes the right to life of a fetus, but denies its application under the Criminal Law, allowing abortion or artificial abortions or abortions of pregnancy with certain restrictions, this, too, results in contradictory consequences of the Criminal Act, undermining the spirit of the Constitution. So what is most relevant perspective from a legal perspective on abortion? Should the constitution deny the fetus the right to life? Or should we accept the contradictory results discussed above - the constitutional right to life of an unborn child but sometimes allowing abortion?

A clear and lucid answer to the above question can never exist, and it may be rather too much to demand it to exist. After all, the final decision on whether abortion, artificial abortion, or stopping pregnancy are legal or illegal is beyond the legal stage.

Key Words: Abortion, Artificial Abortion, Stopping Pregnancy, Reproductive Right, Right for Self-Determination

논문 투고일	2020년 10월 1일
논문 수정일	2020년 11월 4일
논문 게재 확정일	2020년 10월 27일
