

낙태와 헌법상의 근본가치^{*} : 여성의 자기결정권과 태아의 생명권

김종세**

〈국문초록〉

우리나라 현행 법률상 낙태금지지는 낙태와 여성의 현실에 지극히 무관심했고, 이런 태도는 낙태를 방지하는데 일조해 왔다고 본다. 이런 견지에서 우선 모자보건법상 낙태의 허용사유를 현실화하여 낙태 허용사유에 사회경제적 사유를 포함해야 하고, 미혼여성과 10대 여성들의 재생산활동을 지원하는 정책 수립 및 규범적 마련이 시급하다. 궁극적으로 형법은 여성의 자기 낙태를 처벌하지 않아야 할 것이다. 이 경우에도 여성이 동의하지 않은 부동의 낙태가 규제되어야 하고, 기준을 충족치 않는 낙태시술에 대한 처벌규정이 필요하다.

여성의 낙태는 단지 낙태 금지 혹은 허용 원칙의 선택문제로 인식해서는 안 된다. 낙태를 허용한다고 해도 여성의 몸과 성에 대한 쾌락, 혹은 재생산의 도구화 등이 반복될 수도 있다. 낙태를 예방할 수 있는 것은 단지 허용과 금지 원칙에 있지 않고 현실을 외면한 형식적 생명 존중에 있지도 않다. 낙태가 만연하는 이유는 생명존중사상의 부족이 아니라, 재생산활동을 하여 온 여성의 존엄과 가치에 대한 인식이 부족했기 때문일 것이다.

주제어 : 근본가치, 낙태, 태아, 생명권, 자기결정권

* 이 논문은 계명대 여성학연구소의 2010년 학술심포지엄에서 발표한 원고를 수정·보완한 것이다.

** 계명대학교 법학과 교수. kimjs71@kmu.ac.kr

『젠더와 문화』 제3권 2호(2010) pp.77-106

© 2010 계명대 여성학연구소

1. 들어가며

지난 2009년 11월 16일 대통령 직속 미래기획위원회가 저출산 대책의 하나로 불법 낙태시술을 단속할 것이라는 발표와 2010년 3월 1일 보건복지가족부가 ‘불법 인공임신중절 예방 종합계획’을 통해 불법낙태 단속방침을 밝힌 후, 프로라이프 의사회의 성명서에서 촉발된 낙태 반대운동은 더욱 확산되었다. 급기야 프로라이프 의사회가 낙태시술 병원을 고발하자 산부인과들은 표면적으로 낙태시술을 중단했다. 그러나 이에 대한 반발과 우려도 만만치 않은데, 낙태할 수밖에 없는 사회 제반 환경을 개선하지 않은 채 국가가 나서서 여성의 몸을 통제하는 것은 옳지 않다는 것이다. 특히 여성단체에서는 낙태를 선택할 수밖에 없는 여성의 상황이 무엇인지부터 파악해야 한다고 강조한다. 보건복지가족부와 한국보건사회연구원이 발간한 <2009년 전국 결혼 및 출산 동향조사>에 따르면, 인공임신중절의 이유는 경제적 이유가 주요원인으로 ‘추가 자녀를 원치 않는다’가 32.4%로 가장 높았고 출산 연기(14.5%), 혼전임신(13.8%), 터울조절(10.7%), 산모건강(10.4%) 순으로 나타났다. 고용환경이 불안정할수록 낙태율이 높은 것에서 미뤄 짐작할 수 있다.¹⁾

사회현상에 대한 문제의식은 한 가지 문제에 대한 정책적이든 법적 이든 그 문제를 둘러싼 사회적 합의는 잠정적일 수밖에 없다. 합의는 그것이 이루어질 수 있는 영역의 문제에 국한해서 내려져야 하고, 더 나은 사실적 및 규범적 이해가 내려지면 또 다른 합의를 도출하고, 실

1) 한국보건사회연구원 2010 통계조사; 주간동아 특집, “낙태, 강압으로는 개선 어렵다” 2010년 03월 23일자 기사 내용. 또한 낙태 회수를 보면 임신·일용직 근로자가 0.29회로 가장 높았고, 무급가족종사자(0.27회), 고용주·자영업자(0.20회), 상용근로자(0.16회) 순이었다. 물론 성폭행에 의한 임신으로 낙태를 결심한 사례도 적잖다. 통계상 성폭행 때문에 낙태하는 비율은 낮지만, 성폭행 신고율 자체가 7%에 못 미친다는 점을 감안하면 이 또한 적다고 보기 힘들다.

질적인 변화를 가져올 정책이 있을 경우 그것을 가능한 빠른 시일 내에 실행할 수 있도록 유연해야 한다. 이런 관점에서 낙태와 관련된 법제도나 정책적 문제에 접근할 필요가 있다. 분명히 존재하는 낙태 사실에 대한 법적 및 정책적 접근은 확정적인 결론을 목표로 하게 되면 이를 둘러싼 윤리적, 법적, 제도적, 그리고 정치적 논쟁으로 고착되기 쉽다. 이러한 논쟁을 합의에 도달하려는 노력으로 발전시키기 위해서는 정책이나 법에 관하여 이런 잠정적인 성격을 이해해야 할 것이다.

낙태와 관련하여 우리 사회를 규율하고 있는 법규정에 대하여 비판이나 의견대립은 여전히 존재하고 있다. 낙태 처벌규정 및 허용은 실제 낙태가 이루어지고 있는 현실적 사유를 불법으로 규정하고 있기 때문에 범법자를 양산하고 있다. 또한 관련법의 규정이 의학적으로 그 정당성을 인정하기 어려운 낙태까지 허용하고 있음을 지적하고 싶다(유호중·이경환, 2001: 74-83). 이러한 법규정과 현실의 괴리를 좁히기 위하여 법 규정의 윤리적 근거를 확보하고 사회적 합의점을 찾기 위한 다양한 방법을 제시하고자 아직까지 노력하고 있는 실정이다.

과거 보건복지부가 2005년 ‘인공임신중절 실태조사 및 종합대책 수립’을 시작으로 2008년 ‘부적절한 인공임신중절 예방사업개발 및 법적 정비방안 연구’를 통해 합의도출을 시도하였다. 당시 정부는 다양한 관점을 지닌 낙태 관련 전문가, 여성계, 종교계, 법학자, 윤리학자, 철학자 등으로 구성된 합의체를 통하여 낙태 문제와 관련된 모종의 결론을 일반 사회로의 의견을 제기할 수 있도록 하였다. 결국 이러한 의견수렴의 과정을 거쳐 낙태 허용 기준을 개정하게 되어, 입법부는 2009년 7월 7일 모자보건법 시행령 제15조 인공임신중절수술의 허용기간을 임신 28주에서 임신24주로 단축하여 개정하였다. 한편 정부는 2010년 2월 ‘불법 인공임신중절예방 종합계획’을 발표하여 낙태와 관련된 모순을 극복하려는 의지를 보였으며(보건복지가족부, 2010), 같은 해 3월 ‘낙태예방

사회적 협의체'를 구성하여 낙태에 관한 사회적 합의를 이루기 위해 노력하고 있다(우경임, 2010).

이러한 과정은 관점의 차이를 드러내고 서로의 논리적 약점을 지적하게 되는 불편한 논의지만 상대의 주장을 정확히 이해하고 공유하는 문제의식을 확인함으로써 사회적으로 발전하는 기회가 되기도 한다. 설령 낙태 허용 기간을 24주로 축소하여 시행하더라도 분명히 태아에 대한 생명권을 인정하는 헌법재판소의 입장에서 볼 때 헌법상의 근본가치의 문제가 여전히 논쟁의 여지로 남아 있다. 2010년 들어와서 더욱이 사회적 쟁점이 되었던 낙태에 관한 문제를 여성의 자기결정권과 태아의 생명권이라는 헌법상의 근본적 가치를 구현하는 차원에서 논의하고자 한다.

2. 현행법상 낙태 관련 규정

비교법적으로 각 국가의 낙태 관련 법률을 살펴보면 크게 3가지 형식으로 살펴볼 수 있다(이은영 외, 2010: 107). 낙태죄의 규정을 형법에만 두는 경우, 형법과 특별법 양 규범에 규정하고 있는 경우, 오로지 특별법의 형식을 취하고 있는 경우이다(이인영, 2005: 95-172). 우리나라는 그 중 두 번째 형식을 취하고 있다. 즉, 낙태행위를 처벌하기 위한 목적으로 제정된 낙태 금지 규정인 일반법적 지위의 형법과, 형법의 낙태죄 위법성 조각 사유로써 낙태 허용 규정인 특별법적 지위의 모자보건법을 두고 있다.

1) 형법

낙태는 우선 사전적 의미로 ‘수정과 분만 사이 어떤 시기에 태아의 죽음을 초래하는 임신의 종결’이라 정의하며(Encyclopedia of Applied Ethics, 1998: 1-3), 형법 규범적 의미로는 ‘태아를 자연적 분만기에 앞서서 모체 밖으로 배출하는 행위 및 태아를 모체 안에서 살해하는 행위’라 정의할 수 있다(이형국, 2000: 141). 형법 제27장 낙태의 죄에 관하여 2개의 조문과 7개의 항이 있는데,²⁾ 낙태죄의 보호법익에 관하여 태아의 생명으로 보거나 임신한 부녀의 신체의 안전성으로 보는 견해, 혹은 태아의 생명과 산모의 신체의 완전성을 포함한다는 견해(통설) 등이 있다(고시면, 2008: 1-7).

〈형법 제27장 낙태의 죄〉

제269조(낙태)	제270조(의사 등의 낙태, 부동의 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. ③ 제2항의 죄를 범하여 부녀를 상해에 이르게 한 때에는 3년 이하의 징역에 처한다. 사망에 이르게 한 때에는 7년 이하의 징역에 처한다.	① 의사, 한의사, 조산사, 약제사 또는 약종상이 부녀의 촉탁 또는 승낙을 받아 낙태하게 한 때에는 2년 이하의 징역에 처한다. ② 부녀의 촉탁 또는 승낙없이 낙태하게 한 자는 3년 이하의 징역에 처한다. ③ 제1항 또는 제2항의 죄를 범하여 부녀를 상해에 이르게 한 때에는 5년 이하의 징역에 처한다. 사망에 이르게 한 때에는 10년 이하의 징역에 처한다. ④ 전3항의 경우에는 7년 이하의 자격정지를 병과한다.

2) 형법 일부개정 2010.4.15, 법률 제10259호.

2) 모자보건법

낙태의 위법성 조각사유로서는 전통적으로 인정되어온 긴급피난을 들 수 있으며, 경우에 따라서는 정당행위 및 폭넓은 적응해결방식을 도입한 모자보건법상의 위법성 조각사유를 들 수 있다(고시면, 2008). 입법자는 모자보건법상의 낙태를 “인공임신중절수술”이라고 규정하고, 이를 ‘태아가 모체 밖에서는 생명을 유지할 수 없는 시기에 태아와 그 부속물을 인공적으로 모체 밖으로 배출시키는 수술’로 정의하고 있다.

형법의 ‘업무상 동의낙태죄’의 위법성이 조각되는 경우를 모자보건법에서는 일반적 요건과 적응요건의 차원에서 규정하고 있다(이은영 외, 2010). 일반적 요건으로서 의사가 본인과 배우자(사실상의 혼인관계에 있는 사람도 포함)의 동의를 받아 낙태를 시행할 수 있다. 적응요건으로서 의학적 적응, 우생학적 적응, 윤리적 적응을 이유로 한 경우에는 위법성이 조각된다. 그러나 사회적·경제적 적응 사유는 인정되지 않는다(박길준, 2003: 68-69). 이러한 적응요건을 충족하는 경우에도 법 제 14조에 따른 낙태는 임신 24주일 이내인 사람만 가능하도록 시행령 제 15조에서 규정하고 있다.

〈모자보건법 제14조 낙태 관련 규정〉

모자보건법	모자보건법 시행령
<p style="text-align: center;">제14조 (인공임신중절수술의 허용한계)</p>	<p style="text-align: center;">제15조 (인공임신중절수술의 허용한계)³⁾</p>
<p>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.</p> <ol style="list-style-type: none"> 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 <p>② 제1항의 경우에 배우자의 사망·실종·행방불명, 그 밖에 부득이한 사유로 동의를 받을 수 없으면 본인의 동의만으로 그 수술을 할 수 있다.</p> <p>③ 제1항의 경우 본인이나 배우자가 심신장애로 의사표시를 할 수 없을 때에는 그 친권자나 후견인의 동의로, 친권자나 후견인이 없을 때에는 부양 의무자의 동의로 각각 그 동의를 갈음할 수 있다.</p>	<p>① 법 제14조에 따른 인공임신중절수술은 임신 24주일 이내인 사람만 할 수 있다.</p> <p>② 법 제14조 제1항 제1호에 따라 인공임신중절수술을 할 수 있는 우생학적 또는 유전학적 정신장애나 신체질환은 연골무형성증, 낭성섬유증 및 그 밖의 유전성 질환으로서 그 질환이 태아에 미치는 위험성이 높은 질환으로 한다.</p> <p>③ 법 제14조 제1항 제2호에 따라 인공임신중절수술을 할 수 있는 전염성 질환은 풍진, 독소플라즈마증 및 그 밖에 의학적으로 태아에 미치는 위험성이 높은 전염성 질환으로 한다.</p>

3) 모자보건법 일부개정 2010.1.18, 법률 제9932호.

3. 여성의 자기결정권

우리 사회현상에 기이한 점은 낙태가 현실적으로 만연함에도 여성주의 낙태옹호의 담론이 별로 없다는 것이다. 그 이유는 아마 한국의 낙태현상에 대하여 이른바 인간의 생명존중 담론에 의해 강한 영향을 받고 있기 때문일 것이다(양현아, 2005: 8). 더욱이 낙태에 대한 담론은 주로 종교계가 중심이 되어 생명윤리를 근거로 한 낙태반대 담론이 대세를 이루고 있기 때문에 낙태옹호 담론이 별로 없을 것이다. 한국의 사법부와 법학계는 낙태에 대한 태도를 효과가 없는 것이 아니라 낙태에 대한 이중기준을 지속시키는데 중심적 역할을 해 왔다고 생각한다(양현아, 2005). 일반적으로 낙태죄의 보호법익은 태아의 생명이 주된 법익이고 임부의 신체는 부차적 법익이라는 것이 형법학계의 다수설이다. 헌법재판소 및 대법원 판례에서도 “생명은 잉태된 때부터 시작되는 것이고 회된 태아는 새로운 존재와 인격의 근원으로서 존엄과 가치”를 지닌다고 판시한 바 있다.⁴⁾ 형법학계나 사법부에서 낙태죄의 양 보호법익은 서로 충돌하는 것으로 여겨질 뿐(이인영, 2005), 논의과정에서 보면 두 법익간의 조화는 헌법적으로 아주 민감한 논쟁으로써 본질적인 내용으로 접근하여 국민적 합의를 도출해야 할 것으로 보인다.

1) 여성의 통제권

배우자가 있는 부인만을 대상으로 한 통계조사이지만, 앞서 서두에서도 언급했지만 보건복지가족부와 한국보건사회연구원이 발간한 ‘2009년 전국 결혼 및 출산 동향조사’에 따르면, 인공임신중절의 이유는 ‘추가

4) 대법원 1985.6.11, 84도1958; 헌법재판소 2008.07.31, 2004헌바81

자녀를 원치 않는다'가 32.4%로 가장 높았다(한국보건사회연구원, 2010). 우리가 흔히 보편적으로 인식하고 있듯이 낙태사유로 사회조건 및 관련 권리와 함께, 성교에서 양육여건 예견에 이르는 과정에 대해 충분히 공감대를 갖고 있다.⁵⁾

현실적으로 아직까지도 성교에서 양육 조건에 이르러 여성들에게 자기 몸과 삶의 조건에 대한 통제권의 부족이 낙태에 이르는 원인이 되고 있는 것 같다(양현아, 2005). 적어도 한국에서 여성의 낙태행위는 자신의 운명통제권을 반영하는 정도보다, 여성의 운명통제권의 부족을 반영하는 정도가 보다 우세하다고 해석할 수 있다. 규범적 차원에서도 형법상 자기낙태죄의 행위 주체는 오로지 임신한 부녀에 국한된다. 그러나 가족의 압력, 경제적 사유, 미혼 등 낙태 이유가 강력할 때, 임신부는 사실상 의사결정권자가 되지 못하는 상황에 놓이게 된다. 이렇게 출산 여건이 마련되지 못해서 감행하는 낙태에 대해서는 여성의 성적 자기결정권, 건강권, 모성권을 보장해 주지 못하는 정책적 책임이 크다. 그럼에도 불구하고 국가와 사회가 그 여성에게 손해를 배상하거나 위안을 주기는커녕, 낙태 결정을 여성의 온전한 선택이자 생명을 범하는 범죄로서 다룬다면, 그것은 여성의 자기낙태행위에 대한 법의 잘못된 인식이다(양현아, 2005).

2) 자기운명결정권

현행 낙태 규제법과 관련하여 먼저 미혼여성의 낙태권 및 출산권에 대하여 규범적 논의가 필요하다. 모자보건법상의 낙태허용사유, 즉 본인 또는 배우자의 대통령령이 정하는 정신장애나 신체질환이 있는 경

5) 이러한 과정 속에 분석적 배치는 양현아, “여성 낙태권의 필요성과 그 함의”, 한국여성학회, 『한국여성학』 제21권 제1호, 2005, 27쪽 참조.

우, 본인 또는 배우자가 전염성 질환이 있는 경우, 강간 또는 준강간에 의하여 임신된 경우, 법률상 혼인할 수 없는 혈족 또는 인척간에 임신된 경우, 임신의 지속이 보건의학적 이유로 모체의 건강을 심히 해하고 있거나 해할 우려가 있는 경우 외의 낙태 행위는 자기낙태죄를 구성하게 된다.⁶⁾ 하지만 우리사회에서 미혼여성의 출산은 사실상 이루어지기 힘들다. 미혼여성은 동반자와의 지속적 관계 불투명, 미혼모와 자에 대한 차별, 빈곤 혹은 연령으로 인한 자기 자립불능 등 여러 조건에 기인하여 출산을 선택할 수 없다.

이렇게 볼 때 우리나라의 낙태관련법에서 미혼여성의 자기결정권은 완전히 무시되고 있다(양현아, 2005). 법제도는 사회의 변화와 여성인권 보장의 미비를 직시하여 미혼여성의 낙태를 사회경제적 사유로서 인정하는 한편, 미혼여성도 자녀를 출산할 수 있도록 출산정책 패러다임을 변화해야 할 것이다(장혜경, 2004: 50-54). 기혼여성에게 있어서도 출산이 선택이긴 하지만 사회적 힘 속에서 임신, 낙태와 출산이 통제받고 있다. 특히 모자보건법상 배우자의 동의조항은 여성의 낙태 결정에 대한 배우자의 실질적, 상징적 통제를 허용하는 것이다. 낙태 결정에 배우자의 의사가 중요하다고 할지라도, 동반자간의 의사가 불일치할 경우에는 여성의 의사가 더 우선권을 가져야 하는 것이 낙태권에 대한 합리적인 합의규범일 것이다. 물론 규범적 합의가 쉽게 도출되지는 않겠지만, 여성의 자기운명결정권은 분명히 개인의 사적 영역에서 기본적인 가치규범의 근거로 인식되어야 한다. 또한 남편에게 여성의 낙태를 고지하여야 하는 것을 의무로 하는 법조항에 대하여 위헌이라고 판시한 미연방대법원의 케이시 판결(1992년)이 참고가 될 수 있다(홍성방, 2001: 25-53). 즉 미연방대법원은 “아내와 남편이 낙태결정에 대하여

6) 모자보건법 제14조 및 동법 시행령 제15조

의견이 일치하지 않을 때 아이를 임신하는 것은 여성이고 임신에 의하여 보다 직접적이고 즉각적인 영향을 받는 것이 여성인 만큼 여성의 의사가 우선되어야 한다”라고 실시했다.

그러나 우리나라의 법원의 입장은 낙태에 관한 여성의지의 중요성에 관해서는 대체로 침묵하고 있다. 낙태권이 주어지지 않았고 기껏해야 그것이 한정적으로 허용되는, 한국 여성들에게 아직 자기운명결정권은 존재하지 않는다고 해야 한다. 임신 여성은 낙태에 임하여 과거·현재·미래의 다양한 요소들을 고려하는데, 누구보다도 산모는 자녀의 출산 후 여건을 가장 잘 예측할 수 있는 사람이다(양현아, 2005). 따라서 법은 여성들의 이러한 낙태 결정에 첫째의 우선권과 신뢰가 주어져야 한다(이인영, 2005).

3) 모성복지보호권

헌행법상 규범적 영역에서 여성들이 실제로는 낙태를 할 수 있기에 법의 원칙적 금지는 여성들에게 무해한 것은 아니다. 특히 낙태 금지로 인하여 낙태를 음성화시켜서 그것의 실태조차 제대로 파악되지 못한다면 의료·복지·여성정책 수립에 있어 심각한 문제이다. 현재 논의되고 있는 여성건강의 측면에서도 낙태는 국가의 통제가 미치지 않는 의료적 사각지대이다. 낙태는 각종 후유증과 정신적인 상처가 따를 수 있는 수술이다. 이러한 수술이 국가적 관심이나 의료보험 등의 지원 없이 열악한 상황에서 불법적으로 시술될 때, 여성에게 미치는 건강상 해악 가능성은 더욱 높아질 것이다(양현아, 2005). 의사들은 더 낮은 수술비용으로 더 많은 환자를 유치하고자 할 것이고, 여성은 열악한 낙태 수술의 희생양이 될 것이다. 또 낙태 수술 이후의 정기 검진 및 산부인과 치유 과정 또한 미흡할 수밖에 없다.

낙태의 금지와 그 음성화는 낙태에 대한 적절한 의료 및 사회복지체계의 구축 자체를 저해함으로써 현명한 임신 대응을 어렵게 만든다. 낙태금지의 정당성에는 성에 대한 도덕주의적 태도가 존재하지만 실질적으로는 낙태가 자율화되어 있는 현재의 이중적 상황은 합리적 낙태금지 억제정책을 크게 저해한다(양현아, 2005). 따라서 낙태에 대한 정보를 공유함으로써 상호교육, 상담 등을 통해 여성들이 보다 종합적으로 판단하여 낙태를 선택 혹은 기피할 수 있도록 해야 한다. 또한 임신부와 태아가 모두 기본권 주체로서 양자 간의 기본권 충돌이라는 서로 대립하는 대상이 아니라 산모와 태아의 일체관계로 보아 산모의 자기결정권을 우선시하여 태아를 임신부의 일부를 없애는 행위를 치르는 것으로 인식해야 할 것이다(김중세, 2010).

4. 태아의 생명권

1) 태아 생명권의 주체성

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.⁷⁾ 따라서 태아도 헌법상 생명권의 주체가 되며, 국가는 헌법 제10조에 따라 태아의 생명을 보호할 의무가 있다.⁸⁾

7) 헌법재판소 2008.07.31, 2004헌바81

8) 헌법 제10조: 모든 국민은 인간으로서의 존엄과 가치를 가지며, 행복을 추구할

2) 국가의 기본권보호의무 위반 여부의 심사기준(과소보호 금지원칙)

국가가 소극적 방어권으로서의 기본권을 제한하는 경우 그 제한은 헌법 제37조 제2항에 따라 국가안전보장·질서유지 또는 공공복리를 위하여 필요한 경우에 한하고, 자유와 권리의 본질적인 내용을 침해할 수는 없으며 그 형식은 법률에 의하여야 하고 그 침해범위도 필요최소한도에 그쳐야 한다.⁹⁾ 그러나 국가가 적극적으로 국민의 기본권을 보장하기 위한 제반조치를 취할 의무를 부담하는 경우에는 설사 그 보호의 정도가 국민이 바라는 이상적인 수준에 미치지 못한다고 하여 언제나 헌법에 위반되는 것으로 보기 어렵다. 국가의 기본권보호의무의 이행은 입법자의 입법을 통하여 비로소 구체화되는 것이고, 국가가 그 보호의무를 어떻게 어느 정도로 이행할 것인지는 입법자가 제반사정을 고려하여 입법정책적으로 판단하여야 하는 입법재량의 범위에 속하는 것이기 때문이다.¹⁰⁾

물론 입법자가 기본권 보호의무를 최대한 실현하는 것이 이상적이지만, 그러한 이상적 기준이 헌법재판소가 위헌 여부를 판단하는 심사기준이 될 수는 없으며, 헌법재판소는 권력분립의 관점에서 소위 “과소보호 금지원칙”을, 즉 국가가 국민의 기본권 보호를 위하여 적어도 적절하고 효율적인 최소한의 보호조치를 취했는가를 기준으로 심사하게 된다. 따라서 입법부작위나 불완전한 입법에 의한 기본권의 침해는 입법자의

권리를 가진다. 국가는 개인이 가지는 불가침의 기본적 인권을 확인하고 이를 보장할 의무를 진다.

9) 헌법 제37조 제2항: 국민의 자유와 권리는 국가안전보장·질서유지 또는 공공복리를 위하여 필요한 경우에 한하여 법률로써 제한할 수 있으며, 제한하는 경우에도 자유와 권리의 본질적인 내용을 침해할 수 없다.

10) 헌법재판소 2008.07.31, 2004헌바81

보호의무에 대한 명백한 위반이 있는 경우에만 인정될 수 있다.¹¹⁾

3) 국가의 기본권보호의무 위반여부(민법 제3조 및 제762조): 다수의견

태아는 형성 중의 인간으로서 생명을 보유하고 있으므로 국가는 태아를 위하여 각종 보호조치들을 마련해야 할 의무가 있다. 하지만 그와 같은 국가의 기본권 보호의무로부터 태아의 출생 전에, 또한 태아가 살아서 출생할 것인가와는 무관하게, 태아를 위하여 민법상 일반적 권리능력까지도 인정하여야 한다는 헌법적 요청이 도출되지는 않는다. 법치국가원리로부터 나오는 법적 안정성의 요청은 인간의 권리능력이 언제부터 시작되는가에 관하여 가능한 한 명확하게 그 시점을 확정할 것을 요구한다. 따라서 인간이라는 생명체의 형성이 출생 이전의 그 어느 시점에서 시작됨을 인정하더라도, 법적으로 사람의 시기를 출생의 시점에서 시작되는 것으로 보는 것이 헌법적으로 금지된다고 할 수 없다.¹²⁾

입법자는 형법과 모자보건법 등 관련규정들을 통하여 태아의 생명에 대한 직접적 침해위험을 규범적으로 충분히 방지하고 있으므로, 이 사건 법률조항들이¹³⁾ 태아가 사산한 경우에 한해서 태아 자신에게 불법적인 생명침해로 인한 손해배상청구권을 인정하지 않고 있다고 하여 단지 그 이유만으로 입법자가 태아의 생명보호를 위해 국가에게 요구되는

11) 다시 말하면 국가가 국민의 법익을 보호하기 위하여 아무런 보호조치를 취하지 않았는지 아니면 취한 조치가 법익을 보호하기에 명백하게 부적합하거나 불충분한 경우에 한하여 헌법재판소는 국가의 보호의무의 위반을 확인할 수 있을 뿐이다. 헌법재판소 2008.07.31, 2004헌바81

12) 헌법재판소 2008.07.31, 2004헌바81

13) 민법 제3조: 사람은 생존한 동안 권리와 의무의 주체가 된다. 민법 제762조: 태아는 손해배상의 청구권에 관하여는 이미 출생한 것으로 본다.

최소한의 보호조치마저 취하지 않은 것이라 비난할 수 없다.¹⁴⁾

생명의 연속적 발전과정에 대해 동일한 생명이라는 이유만으로 언제나 동일한 법적 효과를 부여하여야 하는 것은 아니다. 동일한 생명이라 할지라도 법질서가 생명의 발전과정을 일정한 단계들로 구분하고 그 각 단계에 상이한 법적 효과를 부여하는 것이 불가능하지 않다.¹⁵⁾

(1) 반대의견: 재판관 조대현의 한정위헌의견

민법 제762조는 태아가 출생하기 전에도 손해배상청구권을 취득할 수 있는 권리능력을 인정하는 것이므로, 권리능력의 존속시기에 관한 일반원칙을 규정하고 있는 민법 제3조에 대한 예외를 규정한 특별규정이라고 할 것이다. 특별규정인 민법 제762조가 적용되는 경우에는 일반 규정인 민법 제3조는 적용되지 않는다고 보아야 한다.

그런데 대법원은 민법 제762조를 적용함에 있어, 태아는 살아서 출생한 경우에만 불법행위로 인한 손해배상청구권을 가진다고 해석하고 있다. 이러한 법률해석은 태아가 살아서 출생한 경우에만 태아를 보호하는 것이므로, 살아서 출생한 사람만 태아 기간 중에 발생한 불법행위 시기에 소급하여 보호할 뿐, 태어나기 전의 태아 자체는 보호하지 않는

14) 헌법재판소 2008.07.31, 2004헌바81

15) 이 사건 법률조항들의 경우에도 '살아서 출생한 태아'와는 달리 '살아서 출생하지 못한 태아'에 대해서는 손해배상청구권을 부정함으로써 후자에게 불리한 결과를 초래하고 있으나 이러한 결과는 사법(私法)관계에서 요구되는 법적 안정성의 요청이라는 법치국가이념에 의한 것으로 헌법적으로 정당화된다 할 것이므로, 그와 같은 차별적 입법조치가 있다는 이유만으로 곧 국가가 기본권 보호를 위해 필요한 최소한의 입법적 조치를 다하지 않아 그로써 위헌적인 입법적 불비나 불완전한 입법상태가 초래된 것이라고 볼 수 없다. 그렇다면 이 사건 법률조항들이 권리능력의 존재 여부를 출생 시를 기준으로 확정하고 태아에 대해서는 살아서 출생할 것을 조건으로 손해배상청구권을 인정한다 할지라도 이러한 입법적 태도가 입법형성권의 한계를 명백히 일탈한 것으로 보기는 어려우므로 이 사건 법률조항들이 국가의 생명권 보호의무를 위반한 것이라 볼 수 없다. 헌법재판소 2008.07.31, 2004헌바81

셈으로 된다.¹⁶⁾ 그리고 타인의 불법행위로 태아가 부상하거나 부모가 사망한 경우에는 태아의 손해배상청구권을 인정하지만, 불법행위로 태아가 사망한 경우에는 태아의 손해배상청구권을 부정하게 된다. 이러한 법률해석은 태아의 존엄과 가치를 보호하려는 민법 제762조의 취지를 축소시켜서 헌법 제10조에 의하여 보장되는 태아의 존엄과 가치를 침해하는 것이라고 할 것이다. 결국 태아가 살아서 출생한 경우에만 민법 제762조가 적용된다고 해석하는 것은 헌법 제10조에 위반된다고 선언하여야 한다.¹⁷⁾

(2) 반대의견: 재판관 김중대의 한정위헌의견

“태아는 손해배상의 청구권에 관하여는 이미 출생한 것으로 본다.”고 규정한 민법 제762조를 민법 제3조에 대한 특칙으로 보지 않고, 제3조의 통상적 해석만을 내세워, ‘태아가 살아서 출생한 경우에만 손해배상 청구권을 취득하되 다만 그 청구권의 발생 시기만 태아 당시로 소급하는 것을 의미한다’고 본다면, 생명을 침해당한 태아는 이미 살아서 출생할 수 없음이 명백해졌으므로 손해배상청구권을 취득할 수 없게 되고, 태아의 생명을 침해한 자는 태아에 대하여 아무런 사법상 책임을 지지 않게 된다.¹⁸⁾ 이는 국가가 태아의 생명을 실체적인 가치로 인정하지 않고 허구적이고 조건적인 것으로 인식함으로써 태아의 생명을 경시하는 것으로, 인간으로서의 존엄과 가치 및 개인의 생명을 보호하여야 할 국가가 그 의무를 다하지 않은 결과이다.¹⁹⁾

그러므로 민법 제762조가 태아의 손해배상청구권을, 살아서 출생한

16) 헌법재판소 2008.07.31, 2004헌바81

17) 헌법재판소 2008.07.31, 2004헌바81

18) 헌법재판소 2008.07.31, 2004헌바81

19) 헌법재판소 2008.07.31, 2004헌바81

태아의 경우에만 손해배상청구권을 인정하는 것으로 보는 것은 기본권보호 의무를 규정하고 있는 헌법 제10조 제2문에 위반하여 태아의 인간으로서의 존엄과 가치 및 생명권을 침해한 것으로서 헌법에 위반된다.²⁰⁾

4) 태아 생명권의 규범적 보호영역

산모와 태아의 규범적 보호영역은 동일하면서도 그 선택권은 산모에게 우선권을 부여해야 한다는 점은 앞서 언급한 바와 같다. 다만 제3자에 의한 산모와 태아의 기본권 침해에 있어서 보호규범영역은 다르다고 봐야 한다. 그런데 앞서 소개한 헌법재판소의 판결은 이해하기 힘들다. 그에 대한 논거는 헌법재판소 재판관의 반대이견으로 대신하고자 한다.

5. 여성의 자기결정권과 태아의 생명권에 대한 근본가치

1) 미국과 독일의 판례에 나타난 가치판단

미국의 경우에는 낙태행위를 처벌하는 형법규정이 헌법에 위반되는가 여부가 문제되어 연방대법원이 그 형법규정의 위헌규정을 선언함으로써 낙태의 합법화로 결말이 났음에 반하여, 독일에서는 거의 모든 낙태행위를 예외 없이 처벌하도록 된 형법규정을 부분적으로 완화하여 일부 낙태행위를 처벌대상에서 제외한 개정형법조항을 연방형법재판소가 위헌으로 선언함으로써 낙태금지쪽으로 되돌아갔다(김운용, 1990). 곧 미국과 독일의 낙태와 관련된 판결들은 정반대되는 입장에서부터 시작

20) 헌법재판소 2008.07.31, 2004헌바81

하여 정반대되는 결론으로 끝났다(홍성방, 2001).

그러나 더욱 중요한 것은 미연방대법원의 경우 태아는 ‘인간’(person)이 아니라는 전제하에 무엇보다도 임신부의 선택의 자유, 즉 자신의 임신을 중절할 것인가 여부를 결정하는 일은 어디까지나 임신부 자신의 자유로운 선택에 맡겨야 한다는 privacy권 우선사상이 큰 줄거리를 이루고 있으며,²¹⁾ 부차적으로만 모체의 건강이나 태아의 생명이 가치기준으로 작용하고 있다. 반면에 독일연방헌법재판소의 경우에는 태아가 기본법 제2조 제1항의 의미에서 ‘모든 사람’(jedermann), 곧 ‘인간’(person)이며 그러한 한에서 기본권의 주체인가를 묻지 않고²²⁾ 태아의 생명보호가 임신부의 인격발현권에 우선해야 한다는 사고를 견지하고 있다(홍성방, 2005). 곧 미연방대법원은 생명보호에 관한 헌법규정을 매우 엄격하게 해석하고 있는데 반하여, 독일연방헌법재판소는 생명은 아직 태어나지 않은 생명도 분명히 포함한다는 것을 해석상 자명한 사실로 간주하고 있다(홍성방, 2005).

그렇다고 해서 낙태에 대한 미연방대법원의 입장과 독일연방헌법재판소의 입장이 전적으로 상이한 것이라고만 볼 수는 없다. 양자 사이에는 어느 정도의 유사점 내지는 근사해기는 경향 또한 발견할 수 있다.

21) A. Cox, *The Court and the Constitution*, 1987, pp.323-4 참조. 이러한 Privacy권 우선사상은 예컨대 *Harris v. McRae*, 448 U. S. 297(1980) 및 *Akon v. Akon Center for Reproductive Health*, 462 U. S. 420(1983) 등의 판결에서 계속되었다.

22) 그 이유는 기본권은 객관적인, 모든 국가기관에 정향된 가치규범을 가지며, 이러한 가치는 태아의 생명보호에도 연장되는 것으로 간주되기 때문이다. 기본권이 또한 그로부터 구체화를 필요로 하는 적극적 행위의무(예컨대 보호의무)가 결과되는 객관적 규범성을 가지는가에 대한 논의는 특히 E.-W. Bockenforde, *Grundrechte als Grundsatznormen. Zur gegenwertigwn lage der Grundrechtsdogmatik*, *Der Staat* 29(1990), S. 1ff. 및 R. Alexy, *Grundrechte als subjektive Rechte und als objektive Normen*, *Der Staat* 29(1990), S. 49ff. 참조.

미연방대법원은 태아의 생명권을 인정하지 않음에도 불구하고 시간이 흐름에 따라 낙태를 규율하는 것이 정당함을 인정하고 있을 뿐만 아니라 태아가 모체 밖에서 생존능력을 가지게 되는 시점부터 산모의 건강이나 생명에 위험을 발생하지 않는 한 국가가 낙태를 금지해도 된다고 하고 있고, 독일연방헌법재판소는 임신 때문에 있을 수 있는 보통의 부담을 넘어서 심리적 또는 신체적 부담이 있는 경우에는 외관상으로는 태아에 대한 생명보호를 후퇴시키고 있다(홍성방, 2005).²³⁾²⁴⁾ 따라서 이러한 결론을 내리는 학자에 따르면 미연방대법원과 독일연방헌법재판소의 낙태관련판결에서 보이는 가장 본질적인 차이는 독일연방헌법재판소는 태아의 생명에 대한 국가의 보호의무를 인정함(낙태를 반드시 규제하지 않으면 안 된다)에 반하여, 미연방대법원은 그러한 보호의무를 인정하지 않고 각주로 하여금 ‘부당한 부담’(undue burden)의 범위한계 내에서 낙태에 대한 규제를 할 수 있다(각주가 낙태를 반드시 규제하지 않으면 안되는 것은 아니다)고 하고 있는 점이라고 한다(홍성방, 2005).

2) 낙태 논쟁에 대한 근본가치

낙태에 관한 논쟁을 우리는 어디서부터 어떻게 시작해야 할까? 현재의 낙태논쟁은 일부 의사집단의 낙태시술 중단 및 동료 의사의 고발로 불법적인 낙태를 금지하자는 데서 출발되었다. 생명, 윤리, 법을 내세워

23) 이러한 현상은 제1차 낙태판결 후 개정된 크든 적든 낙태희망자에게 낙태를 허용하는 독일 형법 제218a조 제2항 제3호뿐만 아니라 제2차 낙태판결에서 낙태를 ‘대규모현상’(massenerscheinung)으로 표현하고 있는 데서도 확인할 수 있다. BVerfGE 88, 203, 265.

24) 그런 점에서 미연방대법원의 Roe v. Wade사건판결과 독일연방헌법재판소의 제1차 낙태판결 사이에는 결과적으로 커다란 차이가 없으며, 미연방대법원의 Casey판결은 낙태문제에 대하여 독일적 이해와 근접해 있다는 결론을 내리는 학자도 있다.

합법적이고 매우 윤리적이고 도덕적인 것처럼 보이는 이 주장은 합법적인 낙태 기준조차도 증명하기가 어렵다는 문제는 차치하고라도(정진주, 2010: 148-149), 원치 않는 임신을 방지할 수 있는 사회 인프라 구축이 마련되지 않은 상황에서 다양한 이유로 출산을 원치 않는 여성의 어쩔 수 없는 선택을 존중하지 않는다는 데에 문제가 있다(정진주, 2010). 의사가 환자에게 충분한 정보를 제공하고 환자의 자기결정을 할 수 있도록 도와주는 조력자나 환자의 결정에 따른 최종 행위자가 아닌 주요 행위자로 탈바꿈한 것이다(정진주, 2010). 물론 의사도 영국과 네덜란드에서처럼 자신의 도덕적 판단에 사회적 합의에 따른 법과 정책에 대해 낙태를 거부할 수 있다(정진주, 2010).²⁵⁾ 그러나 적절한 때에 낙태 서비스를 제공받을 권리와 의료제공자가 자신의 신념에 따라 거부할 수 있는 권리 간에 균형이 잡혀야 한다.

최근 열린 낙태관련 토론회에서 프로라이프 의사회, 대한산부인과의사회, 종교계, 생명존중을 모토로 한 낙태반대론자, 여성의 선택을 존중하는 모든 이해 당사자가 공통적으로 동의한 내용은 낙태론의 자체가 정부의 저출산정책의 대안으로 제시되어서는 안된다는 것이다. TV

25) 낙태에 대한 법적 사회적 수용도 및 안전한 낙태 시스템을 기준으로 살펴 본 아일랜드, 영국, 네덜란드의 경험을 통해 몇 가지 사실을 알 수 있다. 아일랜드처럼 도덕성, 종교성, 민족주의가 결합되어 나타난 낙태의 강력한 금지는 해외에서의 낙태나 안전하지 못한 낙태로 이어지고 낙태에 대해 여성간의 불평등을 초래하게 된다. 영국과 네덜란드처럼 낙태가 일어날 수밖에 없는 상황을 수용하고 질 높은 낙태 서비스와 안전한 낙태를 위한 비용을 국민건강보험에서 마련되어야 할 필요성이 있다. 그러나 영국처럼 낙태의 권한을 의사에게 상당부분 일임하여 여성의 낙태 접근권을 제한하기 보다는 네덜란드의 경험처럼 여성의 요청에 의하여 임신의 초기 단계에서 낙태를 하여 여성의 건강을 증진시킬 수 있는 사회적 및 의료적 인프라 구축이 필요함을 알 수 있다. 아울러 긍정적인 성애(sexuality)를 기반으로 다양한 매체를 활용하여, 사회의 각 영역에서 교육과 피임 서비스의 접근도를 높이는 것이야말로 원치 않는 임신을 예방하고 삶의 주인으로서 살아갈 수 있는 기회를 여성에게 부여하고 있음을 알 수 있다.

나 대중매체에서의 낙태 논쟁은 낙태 그 자체에만 몰입됨으로써 저출산과의 연계에 대한 논의는 사라지는 경향을 보이고 있지만 공통적인 내용은 국가의 출산정책과 낙태는 분리된 사안이라는 점이다. 국가가 낙태 이슈를 또 다시 여성을 대상화하여 인구조절장치로서 활용하지 말아야 한다.

원치 않는 임신을 예방하기 위한 강력한 조치가 취해진다 하더라도 낙태에 대한 요구는 어느 사회에서든지 늘 존재할 수밖에 없다. 피임의 실패는 물론이거니와 출산을 원치 않거나 출산을 원한다 하더라도 여성의 삶의 다양한 요인이 이를 허락하지 않는 상황이 종종 존재하기 때문이다. 따라서 낙태는 불행하지만 필요한 조치로서 여성과 사회의 건강한 재생산을 위해 수용되어야 한다(정진주, 2010). 즉 낙태 금지 및 제한적 허용이 아니라 낙태의 비범죄화와 안전한 낙태로 그 방향이 선회되어야 할 것이다. 유럽의 사례에서도 보듯이 낙태율의 감소는 낙태에 대한 법적 금지가 강화되었기 때문이 아니다. 또한 낙태를 합법화하는 것이 낙태율을 자동적으로 증가시키지도 않는다. 흔히 낙태를 하는 여성은 냉혈적이고 생명존중을 하지 않는 사람으로 치부되기 쉽다. 그러나 낙태를 하는 여성은 출산을 하는 여성만큼이나 갈등을 하지만 최종적으로 낙태를 하는 것으로 나타났다.²⁶⁾ 이는 여성이 임신상태에서 심리적 갈등을 경험하지만 그 속에서 자식에게 최선의 길을 선

26) 우리의 현실은 한 해 34만여 건의 낙태가 이루어지고 이 중 4.4%만이 '합법적' 기준을 충족한 낙태였고 불법 낙태의 90%는 사회경제적 사유였다. 즉 예방에 실패한 원치 않는 임신인 경우, 출산에 대한 부정적 사회적 인식, 양육할 수 없는 환경 등으로 인해 시행된 낙태인 것이다. 출산을 한 경우에도 맥락은 별반 다르지 않았다. 2005-2008년에 미혼모시설을 이용한 여성 8,219명 중 '아이를 위해서 출산'한 경우는 27.4%에 그친 반면 낙태시기를 놓쳤거나(36.8%) 낙태가 두려워서(15.2%) 등으로 72.6%가 출산을 하였다. 낙태시기를 제대로 맞출 수 있는 상황이거나 낙태에 대한 정보가 정확히 있었다면 원치 않는 출산이 아닌 안전한 낙태로 전환될 수 있는 비율이다.

택한다는 의미이다.

따라서 원치 않는 임신이 되었을 때 무엇보다 먼저 필요한 것은 여성에게 자신의 신체적, 사회적 환경에 대한 정리를 할 수 있도록 정보가 제공 되어야 한다. 또한 여성이 결정을 내리기 전에 어떠한 도움(경제적 도움, 정보 수집)이 필요한지에 대해 생각하고 사회적으로 이러한 지원을 받은 이후 최종 결정을 내릴 수 있도록 지원하는 체계가 필요하다. 이는 자신의 가치관을 강요하지 않고 여성에게 도움을 줄 수 있는 정보를 중립적인 입장에서 제공할 수 있는 훈련받은 전문인에 의해 제공될 수 있다. 정부, 여성단체, 상담사, 의료인 등이 체계적으로 이러한 정보제공과 상담을 온라인과 오프라인에서 할 수 있는 시스템 마련이 시급하다. 이런 모든 과정에서 익명성은 연령에 관계없이 보장되어야 한다(정진주, 2010). 이렇게 되기 위해서는 개인이 자신의 권리를 실제적으로 행사할 수 있도록 의료시설이나 낙태에 대한 정보가 투명해야 하며 필요한 사람에게 제공되어야 한다(정진주, 2010). 또 의료기관이나 다른 유형의 조직과 담당자가 수술이 아닌 다양한 의료적 낙태를 어떤 시스템을 통해 구축할 수 있는지에 대한 고민도 필요하다.²⁷⁾ 우리나라도 의료진과 정부는 낙태금지나 허용의 논란이 아닌 실질적으로 낙태서비스의 질을 향상시키는 방법과 낙태서비스를 감사(auditing)하는

27) 2003년 세계보건기구는 『안전한 낙태: 보건체계를 위한 기술과 정책 안내 (Safe abortion: Technical and policy guidance for health system)』를 발행하여 질 높은 낙태서비스 접근을 보장하기 위해 취할 수 있는 많은 조치에 대한 포괄적인 개관을 제공하였다. 영국이나 네덜란드도 낙태에 대한 가이드 라인을 통해 낙태의 질을 향상시키려는 노력을 하고 있다. 불법낙태는 안전하지 않고 비위생적인 환경에서 기술이 충분치 않은 사람에게 제공받을 가능성이 높기 때문이다(Sedgh et al, 2007). 빈곤 여성, 심리적 갈등과 위험한 고비에 있는 여성, 이주 여성은 특히 위험에 더욱 노출될 수 있다. 안전한 낙태에 대한 접근성의 제약이 거의 없는 곳에서 사망과 질병은 감소한다는 기존 연구결과를 주목할 필요가 있다(Lazdane, 2005; WHO, 2009).

체계를 마련하여 안전한 낙태를 위한 방안을 모색해야 할 때이다.

불법적으로 금지되는 낙태는 음성적인 낙태를 발생시켜 낙태비용을 높이고, 낙태비용은 낙태시행에 있어 중요한 요인이 된다. 따라서 원치 않는 임신에 대한 예방정책과 함께 모든 종류의 낙태가 국민건강보험의 적용을 받아 여성의 요청에 다른 낙태가 '필요한 케어'로서 사회가 공공적으로 책임지는 모습으로 거듭나야 한다(정진주, 2010).

결국 우리사회에 이 시점에서 필요한 것은 낙태가 발생할 수밖에 없는 역사와 현실을 인정하고, 여성의 결정을 존중하는 것이다. 여성의 결정이 진정으로 존중받기 위해서는 낙태에 대한 재정적, 지리적, 사회적, 심리적 접근이 보장되면서 안전한 낙태를 할 수 있는 사회적 시스템 구축 및 인식의 변화가 있어야 한다(정진주, 2010).

6. 제언

1) 모자보건법 제14조 및 동법 시행령 제15조 허용기간내의 정당성

입법부는 2009년 7월 7일 모자보건법 제14조 및 동법 시행령 제15조 인공임신중절수술의 허용기간을 임신 28주에서 임신 24주 단축하여 개정하였는데, 이는 오히려 낙태죄에 있어서 범법자를 더 양산하는 결과를 초래하게 된 것이라고 본다. 근본적 문제해결이 필요하다고 보는데, 이 기간 단축이 태아의 생명권을 더 보호하기 위한 개정인지, 아니면 산모의 선택권을 더 강하게 제한하기 위한 개정인지 의문이 든다. 근본적인 문제로써 사회현상적 관점에서 낙태할 수밖에 없는 원인을 고려하여 규범적 함의를 도출해야 할 것으로 보인다.

2) 모자보건법 제14조 및 동법 시행령 제15조 허용기간 이후의 정당성

동법 시행령 제15조의 낙태허용 기간(24주)이 도래한 경우에 있어서 모자보건법 제14조 제1항의 사유에 해당할 때 의문점이 발생한다. 이러한 의문점은 현실적 또는 사실적 인식의 문제일 것이다. 규범적 합의를 도출하기란 상당히 어려움이 있겠지만, 이러한 경우에는 이미 산모의 정신적 고통으로 그 책임을 다한 것으로 보이며, 이에 대한 선택권이나 결정권은 산모에게 있다고 봐야 할 것이다. 그런데 국가가 범규범에 강제하고 있는 것은 산모를 이중의 법적 책임과 도덕적 책임을 갖게 하는 고통이다.

3) 민법상 혼인연령 및 성년의 낙태문제

민법상 혼인연령은 후견인의 동의하에 18세이다. 또한 민법상의 성년의 연령은 20세이다. 양자의 어느 경우이든 혼인한 경우에는 기존의 논의와 동일한 문제점을 갖고 풀어가야 할 것이지만, 만약 혼인하지 않은 미성년자가 임신한 경우 어떻게 할 것인지 규범적 합의가 논의되지 않은 것 같다. 이러한 경우이더라도 산모의 자기결정권이 우선이어야 하며, 낙태허용기준은 기존의 모자보건법상의 요건보다 완화된 규정으로 마련되어야 할 것이다. 이에 대한 후속대책으로 법률적 및 제도적 보호장치가 확보되어야 할 것이다.

4) 형사 미성년자의 낙태문제

형법 제9조상의 형사미성년자(14세 미만)가 임신한 경우 어떻게 해결해야 할지 기본적 논의가 필요하다. 즉 이러한 경우에는 형사미성년자

가 산모로서 자기결정권을 존중해야 할 것인지, 아니면 형사미성년자의 임의적 낙태행위에 대하여 형사처벌을 하지 않더라도 사회적 의료복지 혜택을 어떻게 부여할 것인지에 대한 정책적 및 법적 방법이 강구되어야 할 것이다.

5) 모자보건법상의 배우자의 동의조항

모자보건법 제14조의 규정에 관하여 배우자의 동의가 반드시 필요한지 의문이 든다. 동법상에서는 배우자의 동의가 없이 낙태가 이루어진 경우에는 산모의 도덕적 비난이나 법적 책임을 부담하는 것으로 되어 있다. 동법상의 허용기준에 대한 요건을 갖추었음에도 불구하고 배우자의 동의는 여성의 자기결정권을 제한하고 있는 조항이라 판단된다.

6) 모성의 보호법익과 태아의 보호법익의 관계

모성과 태아의 보호법익은 일체관계로 보아 모성의 자기결정권을 우선시해야 하며, 모자보건법상의 규범적 합의만으로 충분하다고 본다. 그러나 모성과 태아의 일체관계가 아닌 제3자의 관계에서는 보호규범영역을 달리 봐야 할 것이다. 즉 모성과 태아의 일체관계에서 제3자가 모성에 대한 경우이든 태아에 대한 경우이든 침해를 했을 경우에는 손해배상의 문제로서 이를 인정해야 할 것이다.

7) 규제의 현실성과 인식

우리 법률상 낙태의 금지원칙은 낙태와 여성의 현실에 대해서는 극히 무관심했고, 이런 태도는 낙태를 방치하는데 일조해 왔다고 생각

한다. 이런 견지에서 우선 모자보건법상 낙태의 허용사유를 현실화시켜야 한다. 낙태 허용사유에 사회경제적 사유를 포함해야 하고, 미혼여성과 10대 여성들의 재생산활동을 지원하는 정책 수립 및 규범적 마련이 시급하다. 궁극적으로 형법은 여성의 자기 낙태를 처벌하지 않아야 할 것이다. 이 경우에도 여성이 동의하지 않은 부동의 낙태가 규제되어야 하고, 기준을 충족치 않는 낙태시술에 대한 처벌규정이 필요하다.

여성의 낙태문제는 단지 낙태 금지 혹은 허용 원칙의 선택문제로 인식해서는 안 된다. 낙태를 허용한다고 해도 여성의 몸과 성에 대한 쾌락, 혹은 재생산의 도구화 등이 반복될 수도 있다. 낙태를 예방할 수 있는 것은 단지 허용과 금지 원칙에 있지 않고 현실을 외면한 형식적 생명 존중에 있지도 않다. 낙태가 만연하는 이유는 생명존중사상의 부족이 아니라, 재생산활동을 하여 온 여성의 존엄과 가치에 대한 인식이 부족했기 때문일 것이다.

원고접수: 2010. 10. 15

원고수정: 2010. 10. 30

게재확정: 2010. 11. 17

참고문헌

- 고시면(2008), “낙태죄에 관한 연구”, 한국사법행정학회, 『사법행정』.
- 김운용(1990), “Roe v. Wade의 의미”, 미국헌법학회, 『미국헌법연구』 제1호.
- 김종세(2010), “생명권에 대한 자기결정권과 국가의 보호의무”, 한국법학회, 『법학연구』, 제38집.
- 박길준(2003), “낙태의 죄”, 『고시월보』, 68-69쪽.

- 보건복지부(2010), 『불법 인공임신중절예방 종합계획』.
- 양현아(2005), “여성 낙태권의 필요성과 그 함의”, 한국여성학회, 『한국여성학』, 제21권 제1호. 5-39쪽.
- 우경임(2010), 『동아일보』, 2010년 2월 11일자: 낙태 예방 사회적 협의체 내달 출범.
- 유호종·이경환(2001), “우리 법의 낙태 규정에 대한 윤리적 검토와 제안”, 한국의료법학회, 『한국의료법학회지』, 74-83쪽.
- 이은영 외(2010), “낙태 관련 의사결정의 합리화-각국의 낙태 상담절차와 규정”, 한국의료법학회, 『한국의료법학회지』 제18권 제1호.
- 이인영(2004), “성통합적 관점에서의 낙태죄의 현실분석과 재구성을 위한 논의-낙태죄에서 재생산권으로”, 서울대학교 BK 21법학연구단 공익인권법센터 주최 학술회의 자료집.
- _____(2005), “낙태죄 입법의 재구성을 위한 논의”, 양현아 편, 『낙태죄에서 재생산권으로』, 서울: 사람생각, 95-172쪽.
- 이형국(2000), 『형법각론 연구 I』, 서울: 법문사.
- 장혜경(2004), “저출산 시대의 여성정책 방향”, 한국여성개발원, 『여성정책포럼』, 제5집.
- 정진주(2010), “유럽 각국의 낙태 접근과 여성건강-한국 낙태논쟁에 대한 함의”, 한국여성연구소, 『페미니즘 연구』 제10권 제1호, 148-149쪽.
- 한국보건사회연구원(2010), 『주간동아』 2010년 03월 23일자. 특집: 낙태, 강압으로는 개선 어렵다.
- 홍성방(2001), “낙태와 헌법상의 기본가치-미연방대법원과 독일연방헌법재판소 판례에 나타난 낙태와 헌법상의 가치의 관계를 중심으로”, 서강대학교 법학연구소, 『서강법학』 제3권, 25-53쪽.
- A. Cox(1987), *The Court and the Constitution*, Chicago: University of Chicago Press.

- Akon v. Akon(1983) *Center for Reproductive Health*, 462 U. S.
E. - W. Bockenforde(1990), Grundrechte als Grundsatznormen, Zur
gegewartigwn lage der Grundrechtsdogmatik, Der Staat 29.
Encyclopedia of Applied Ethics(1998), San Diego: Academic Press.
Harris v. McRae, 448 U. S. 297(1980)
R. Alexy(1990), Grundrechte als subjektive Rechte und als objektive
Normen, Der Staat 29.

대법원 1985.6.11, 84도1958

헌법재판소 2008.07.31, 2004헌바81

〈Abstract〉

Abortion and Fundamental Value in the Constitutional Law

Jong-Se Kim

Abortion is a highly controversial subject. Abortion in today's society has become a very political issue. Society is too quick to judge these poor women who have no choice but to resort to abortion as murderers. Abortion can also be harmful for the mother who gets the abortion.

Most people think, for example, that abortion is always morally problematic, and must never be undertaken except for good reason, but that it is nevertheless from time to time justified. Some think it justified only to save the life of the mother. Other overlapping but nonidentical groups think it justified in other circumstances as well: to protect the mother from non-life-threatening physical impairment, for example, or in cases of rape and incest, or in cases of serious fatal deformity.

I am pro choice and I believe people have the right to chose. Once she decides to get an abortion, her choice must be respected. There are some groups who do not agree with abortion, but do accept that it happens or is sometimes the lesser of two evils,

whether as the result of something like rape, the endangering of the woman's life, or sometimes because of a belief that the soul can be reborn into another body.

Most religions disagree with abortion because they argue that it is killing an unborn child and that life is created and ended by God. However, many people feel that abortion should be available to women who choose to have it and their right to choose shouldn't be restricted by religious beliefs.

KEY WORDS: fundamental value, abortion, embryo, right to life,
the final say about oneself