

# ‘낙태죄’ 헌법재판소 헌법불합치 결정의 취지와 법률개정 방향 — 헌법재판소 2019. 4. 11. 선고 2017헌바127 전원재판부 결정에 따라 —

이 석 배\*

## I. 서론

### II. 헌법재판소 2019. 4. 11. 선고 2017헌바127 전원재판부 결정내용

1. 헌법불합치 의견
2. 단순위헌 의견
3. 결론

### III. 헌법재판소 논증의 변화와 쟁점

1. 기존 대법원과 헌법재판소의 입장
2. 낙태죄에 관한 헌법재판소 헌법불합치 결정의 논증구조
3. 태아의 기본권 주체성과 그 제한가능성
4. 공익(태아의 생명보호)과 사익(임부의 자기결정권)의 조화
5. 이익형량에 의한 해결

### IV. 결론 - 개정안 검토와 더불어

1. 이정미 의원 대표발의 형법일부개정법률안, 모자보건법 일부개정법률안
2. 헌법재판소 결정취지를 반영한 입법방향 제안

## I. 서론

헌법재판소가 2012년 8월 23일 낙태죄 규정을 합헌으로 결정하고,<sup>1)</sup> 5년이

\* 논문접수: 2019. 9. 5. \* 심사개시: 2019. 9. 5. \* 게재확정: 2019. 9. 27.

\* 단국대학교 법과대학 법학과 교수, 법학박사(Dr. iur.).

\* 이 논문은 2019. 6. 15. 2019 대한의료법학회/보건의약식품 전문검사 커뮤니티 공동 춘계학술대회에서 발표한 것을 수정 보완한 것임.

지난 2017년 9월 30일 청와대 홈페이지 청원 게시판에 ‘낙태죄 폐지’ 청원이 등록되었으며, 뒤이어 2017년 12월에는 생명윤리학자 115명이 낙태죄 폐지를 지지하는 성명을 발표하였다.<sup>2)</sup> 반대로 2018년 5월 96명의 교수들은 낙태죄 폐지 반대 성명을 내고 헌법재판소에 탄원서를 제출하기도 하였다.<sup>3)</sup> 낙태죄의 존폐논란은 최근에만 일어난 일이 아니라 이미 형법제정 당시부터 논란이 되었던 것으로,<sup>4)</sup> 대한민국의 근대입법과정과 역사를 같이 한다.<sup>5)</sup> 당시 형법제정과정에서 낙태죄의 전면삭제를 주장하면서 수정안을 제출했던 의원들은 사회·경제적 적응사유를 핵심적인 제안이유로 제시하기도 하였다.<sup>6)</sup>

이후 개발독재기에도 낙태죄의 폐지가 논의되었으나, 이는 여성의 인권을 보장하기 위한 것이 아니라, 박정희 독재정권의 ‘산아제한’, ‘가족계획’이라는 국책사업과 관련이 있었다.<sup>7)</sup> 이후 인공임신중절을 제한적으로나마 허용하는 「모자보건법」의 제정은 유신으로 국회가 해산된 후 입법권을 대신하게 된 비상국무회의에서 1973년 2월 8일 이루어졌고, 1973년 5월 10일부터 시행되었다. 그나마 일부라도 낙태의 합법화를 포함하는 「모자보건법」이 가능했던 배경은 당시 유신독재가 어떠한 이견도 허락하지 않았기 때문에, 종교계에서도 반대 의견을 표명하기 어려웠기 때문일 것으로 보인다. 이렇게 제정된 「모자보건법」은 지금까지 약간의 수정만을 거치며 그대로 유지되어왔다. 낙태죄 존폐론의 논거들도 형법제정 당시와 큰 차이 없이 그대로 평행선을 달려왔다고 볼

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

2) 연합뉴스 2017. 12. 14.자 기사 “의료윤리·법·철학 등 연구자 115명 “낙태죄 폐지해야”” 참고.

3) 뉴시스 2018. 5. 9.자 기사 “대학교수 96명, 낙태죄 폐지반대 탄원서” 참고.

4) 당시 변진갑 의원은 간통죄가 시대착오적인 규정이고, 낙태죄의 처벌도 봉건적인 규정이며, 여성에 대한 조치는 하나도 없다고 비판하였다. 이에 관하여는 한국형사정책연구원 편, 형사법령 제정자료집(1) 형법, 한국형사정책연구원, 1990, 180-182면 참고.

5) 낙태죄와 관련된 논쟁의 역사에 대하여는 이석배, “낙태죄 존치론에 대한 반론”, 한국의료법학회지(제26권 1호), 2018, 77, 78면 이하 참고.

6) 한국형사정책연구원 편, 형사법령 제정자료집(1) 형법, 한국형사정책연구원, 1990, 448-451면 참고.

7) 당시 1963년부터 1973년까지 8회 이상 낙태의 합법화가 정부안으로 제출되었다고 한다. 이에 대하여는 이은진, “낙태죄의 의미 구성에 대한 역사사회학적 고찰 — 포스트식민 한국사회의 법제, 정책, 담론 검토”, 페미니즘연구(제17권 2호), 2017. 3, 17면.

수 있다.<sup>8)</sup> 2012년 8월 23일 헌법재판소의 결정도 합헌의견과 위헌의견이 4:4로 팽팽하게 맞섰었으나, 헌법재판소의 위헌결정을 위한 정족수를 채우지 못하여 합헌으로 결정하였다. 이 논쟁은 이번 헌법재판소의 헌법불합치 결정으로 일단락되었다. 하지만 그 결정내용과 관련하여 국회는 새로운 입법이라는 과제를 부담한다. 즉 국회는 적어도 2020년 12월 31일까지 개선입법을 이행하여야 하고, 그때까지 개선입법이 이루어지지 않으면 해당 낙태죄조항(「형법」 제269조제1항, 제270조제1항)은 2021년 1월 1일부터 효력을 상실한다.

따라서 아래에서 우선 형법상 낙태죄 규정에 대한 헌법재판소 헌법불합치 결정의 논거가 무엇인지를 살펴보고(II), 과거의 헌법재판소와 대법원의 논증구조와 어떠한 점에서 차이를 가지는지, 그리고 헌법재판소 헌법불합치 결정에서 나타난 쟁점을 무엇인지를 검토한 후(III), 헌법재판소가 제시한 기준에 따른 입법재량의 범위 안에서 입법방향과 이미 제출된 「형법」과 「모자보건법」의 개정안에 대하여 검토(IV)하도록 한다.

## II. 헌법재판소 2019. 4. 11. 선고 2017헌바127 결정내용

### 1. 헌법불합치 의견<sup>9)</sup>

#### 가. 임부의 출산에 관한 자기결정권

헌법불합치 의견은 헌법 제10조 제1문이 규정한 인간의 존엄에서 개인의 일반적 인격권을 도출하고, 다시 일반적 인격권에서 다시 개인의 자기결정권을 도출한다.<sup>10)</sup> 이 자기결정권은 자율적으로 자신의 생활영역을 자율적으로 형성해 나갈 수 있는 권리를 의미하며, 여기에 임부의 출산여부에 관한 자기결정

---

8) 이 점에 관하여는 이석배, “낙태죄 존치론에 대한 반론”, 한국의료법학회지(제26권 1호), 2018, 77면 이하 참고.

9) 재판관 유남석, 재판관 서기석, 재판관 이선애, 재판관 이영진의 헌법불합치 의견.

10) 헌법재판소 2019. 4. 11. 선고 2017헌바127 전원재판부 결정문 10면.

권이 포함되어 있다고 본다.<sup>11)</sup> 이 점에서 기존 헌법재판소 입장과 차이가 없다.

#### 나. 태아의 생명권 주체성

“인간의 생명은 고귀하고, 이 세상에서 무엇과도 바꿀 수 없는 존엄한 인간 존재의 근원이며, 생명권은 비록 헌법에 명문의 규정이 없다 하더라도 인간의 생존본능과 존재목적에 바탕을 둔 선형적이고 자연법적인 권리로서 헌법에 규정된 모든 기본권의 전제로서 기능하는 기본권 중의 기본권”이라고 하면서, “태아가 비록 그 생명의 유지를 위하여 모에게 의존해야 하지만, 그 자체로 모와 별개의 생명체이고, 특별한 사정이 없는 한, 인간으로 성장할 가능성이 크기 때문에, 태아도 헌법상 생명권의 주체가 되며, 국가는 헌법 제10조 제2문에 따라 태아의 생명을 보호할 의무”를 진다고 본다. 이 점 역시 기존의 헌법재판소와 대법원이 취해왔던 입장을 그대로 따른다.<sup>12)</sup>

#### 다. 낙태죄 규정의 출산에 관한 자기결정권 침해여부

국가가 태아의 생명 보호를 위해 확정적으로 만들어 놓은 자기낙태죄 조항이 임신한 여성의 자기결정권을 제한하고 있는 것이 과잉금지원칙에 위배되어 위헌인지 여부와 관련하여 비례성의 원칙에 따라 검토한다.

##### (1) 입법목적의 정당성 및 수단의 적합성

자기낙태죄 조항은 태아의 생명을 보호하기 위한 것으로서 그 입법목적이 정당하고, 낙태를 방지하기 위하여 임신한 여성의 낙태를 형사처벌하는 것은 이러한 입법목적에 달성하는 데 적합한 수단이라고 판단한다.

---

11) 헌법재판소 2019. 4. 11. 선고 2017헌바127 전원재판부 결정문 10-11면.

12) 헌법재판소 2019. 4. 11. 선고 2017헌바127 전원재판부 결정문 11-12면.

## (2) 침해의 최소성 및 법익의 균형성

“자기낙태죄 조항이 모자보건법에서 정한 사유에 해당하지 않는다면 결정 가능기간 중에 다양하고 광범위한 사회적·경제적 사유로 인하여 낙태갈등 상황을 겪고 있는 경우까지도 예외 없이 전면적·일률적으로 임신한 여성에게 임신의 유지 및 출산을 강제하고, 이를 위반하여 낙태한 경우 형사처벌하고 있는 것은 그 입법목적 달성을 위하여 필요한 최소한의 정도를 넘어 임신한 여성의 자기결정권을 제한하는 것이므로, 입법목적의 달성을 위한 최소한의 불가피한 수단이라고 볼 수 없”다고 하여 최소침해원칙을 위반하였다고 판단한다.<sup>13)</sup>

또한 균형성의 판단에서도 “자기낙태죄 조항이 달성하고자 하는 태아의 생명 보호라는 공익은 중요한 공익이나, 결정가능기간 중 다양하고 광범위한 사회적·경제적 사유를 이유로 낙태갈등 상황을 겪고 있는 경우까지도 낙태를 금지하고 형사처벌하는 것이 태아의 생명 보호라는 공익에 기여하는 실효성 내지 정도가 그다지 크다고 볼 수 없다. 반면 앞서 보았듯이 자기낙태죄 조항에 따른 형사처벌로 인하여 임신한 여성의 자기결정권이 제한되는 정도는 매우 크다. .... 입법자는 자기낙태죄 조항을 형성함에 있어 태아의 생명 보호와 임신한 여성의 자기결정권의 실제적 조화와 균형을 이루려는 노력을 충분히 하지 아니하여 태아의 생명 보호라는 공익에 대하여만 일방적이고 절대적인 우위를 부여함으로써 공익과 사익간의 적정한 균형관계를 달성하지 못하였”다고 하여 법익균형성을 갖추지 못한 것으로 판단하였다.<sup>14)</sup>

## 라. 균형성 판단요소

### (1) 태아의 생명보호 - 공익(?)

“국가에게 태아의 생명을 보호할 의무가 있다고 하더라도 생명의 연속적 발

13) 헌법재판소 2019. 4. 11. 선고 2017헌바127 전원재판부 결정문 24면.

14) 헌법재판소 2019. 4. 11. 선고 2017헌바127 전원재판부 결정문 24-25면.

전과정에 대하여 생명이라는 공통요소만을 이유로 하여 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. 예컨대 형법은 태아를 통상 낙태죄의 객체로 취급하지만, 진통 시로부터 태아는 사람으로 취급되어 살인죄의 객체로 됨으로써 생명의 단계에 따라 생명침해행위에 대한 처벌의 정도가 달라진다. 나아가 태아는 수정란이 자궁에 착상한 때로부터 낙태죄의 객체로 되는데 착상은 통상 수정 후 7일경에 이루어지므로, 그 이전의 생명에 대해서는 형법상 어떠한 보호도 행하고 있지 않다. 이와 같이 생명의 전체적 과정에 대해 법질서가 언제나 동일한 법적 보호 내지 효과를 부여하고 있는 것은 아니다. 따라서 국가가 생명을 보호하는 입법적 조치를 취함에 있어 인간생명의 발달단계에 따라 그 보호정도나 보호수단을 달리하는 것은 불가능하지 않다.”<sup>15)</sup>

세계보건기구(WHO)와 산부인과 학계에 따르면 “현 시점에서 최선의 의료 기술과 의료 인력이 뒷받침될 경우 임신 22주 내외부터 독자적인 생존이 가능하다고 한다. 이처럼 태아가 모체를 떠난 상태에서 독자적인 생존을 할 수 있는 경우에는, 그렇지 않은 경우와 비교할 때 훨씬 인간에 근접한 상태에 도달하였다고 볼 수 있다.”<sup>16)</sup>

## (2) 임부의 자기결정권

“임신·출산·육아는 여성의 삶에 근본적이고 결정적인 영향을 미칠 수 있는 중요한 문제이므로, 임신한 여성이 일정한 범위 내에서 자신의 몸을 임신상태로 유지하여 출산할 것인지 여부에 대하여 결정하는 것은 자신의 생활영역을 자율적으로 형성해 나가는 것에 관한 것으로서 인간의 존엄성과 자율성에 터 잡고 있는 것이다. 이러한 결정은 임신한 여성에게 신체적·심리적·사회적·

15) 헌법재판소 2019. 4. 11. 선고 2017헌바127 전원재판부 결정문 16면.

16) 헌법재판소 2019. 4. 11. 선고 2017헌바127 전원재판부 결정문 17면.

경제적 결과를 가져오는 것으로서 이를 초래하는 상황은 임신한 여성이 처한 신체적·심리적·사회적·경제적 상황에 따라 복잡하고 다양한 양상을 보인다. 그렇기 때문에 임신한 여성이 자신의 임신을 유지 또는 종결할 것인지 여부를 결정하는 것은 스스로 선택한 인생관·사회관을 바탕으로 자신이 처한 신체적·심리적·사회적·경제적 상황에 대한 깊은 고민을 한 결과를 반영하는 전인적(全人的) 결정이다.”<sup>17)</sup>

“임신한 여성의 자기결정권의 중요성 및 특성에 비추어 볼 때, 이러한 자기결정권이 보장되려면 임신한 여성이 임신 유지와 출산 여부에 관하여 전인적 결정을 하고 그 결정을 실행함에 있어서 충분한 시간이 확보되어야 한다. 구체적으로 살펴보면, 여성이 임신 사실을 인지하고, 자신을 둘러싼 사회적·경제적 상황 및 그 변경가능 여부를 파악하며, 국가의 임신·출산·육아 지원정책에 관한 정보를 수집하고, 주변의 상담과 조언을 얻어 숙고한 끝에, 만약 낙태하겠다고 결정한 경우 낙태 수술을 할 수 있는 병원을 찾아 검사를 거쳐 실제로 수술을 완료하기까지 필요한 기간이 충분히 보장되어야 함을 의미한다.”<sup>18)</sup>

### (3) 균형성 판단 요소

“국가가 낙태를 전면적으로 금지할 경우, 태아의 생명권은 보호되는 반면 임신한 여성의 자기결정권은 완전히 박탈된다. 반대로 국가가 낙태를 전면적으로 허용할 경우, 임신한 여성의 자기결정권은 보호되는 반면 태아의 생명권은 완전히 박탈된다.”<sup>19)</sup> 따라서 “이러한 특성은 추상적인 형량에 의하여 양자택일 방식으로 선택된 어느 하나의 법익을 위해 다른 법익을 희생할 것이 아니라, 실제적 조화의 원칙에 따라 양 기본권의 실현을 최적화할 수 있는 해법을 모색하고 마련할 것을 국가에 요청하고 있다.”<sup>20)</sup>

17) 헌법재판소 2019. 4. 11. 선고 2017헌바127 전원재판부 결정문 15-16면.

18) 헌법재판소 2019. 4. 11. 선고 2017헌바127 전원재판부 결정문 17면.

19) 헌법재판소 2019. 4. 11. 선고 2017헌바127 전원재판부 결정문 17면.

20) 헌법재판소 2019. 4. 11. 선고 2017헌바127 전원재판부 결정문 18면.

“태아가 모체를 떠난 상태에서 독자적으로 생존할 수 있는 시점인 임신 22주 내외에 도달하기 전이면서 동시에 임신 유지와 출산 여부에 관한 자기결정권을 행사하기에 충분한 시간이 보장되는 시기(결정가능기간)까지의 낙태에 대해서는 국가가 생명보호의 수단 및 정도를 달리 정할 수 있다고 봄이 타당하다.”<sup>21)</sup>

“모자보건법에서 정한 자기낙태의 위법성을 조각하는 정당화사유는 ..... 매우 제한적이고 한정적인 사유들이다. 위 사유들에는 ‘임신 유지 및 출산을 힘들게 하는 다양하고 광범위한 사회적·경제적 사유에 의한 낙태갈등 상황’이 전혀 포섭되지 않”고, 결국 “임신한 여성은 임신 유지로 인한 신체적·심리적 부담, 출산과정에 수반되는 신체적 고통·위험을 감내하도록 강제당하”는 결과를 초래하므로, “임신한 여성의 자기결정권을 보장하기에는 불충분하”다고 한다.<sup>22)</sup>

#### 마. 헌법불합치 의견의 결론

“자기낙태죄 조항은 입법목적을 달성하기 위하여 필요한 최소한의 정도를 넘어 임신한 여성의 자기결정권을 제한하고 있어 침해의 최소성을 갖추지 못하고 있으며, 법익균형성의 원칙도 위반하였다고 할 것이므로, 과잉금지원칙을 위반하여 임신한 여성의 자기결정권을 침해하는 위헌적인 규정”이라고 판단하면서, “입법자는 위 조항들의 위헌적 상태를 제거하기 위해 낙태의 형사처벌에 대한 규율을 형성함에 있어서, 결정가능기간을 어떻게 정하고 결정가능기간의 종기를 언제까지로 할 것인지, 태아의 생명 보호와 임신한 여성의 자기결정권의 실현을 최적화할 수 있는 해법을 마련하기 위해 결정가능기간 중 일정한 시기까지는 사회적·경제적 사유에 대한 확인을 요구하지 않을 것인지 여부까지를 포함하여 결정가능기간과 사회적·경제적 사유를 구체적으로 어떻

21) 헌법재판소 2019. 4. 11. 선고 2017헌바127 전원재판부 결정문 17면.

22) 헌법재판소 2019. 4. 11. 선고 2017헌바127 전원재판부 결정문 22-24면.

게 조합할 것인지, 상담요건이나 숙려기간 등과 같은 일정한 절차적 요건을 추가할 것인지 여부 등에 관하여 앞서 우리 재판소가 실시한 한계 내에서 입법재량을 가”지며, 단순위헌결정을 하는 대신 입법자는 늦어도 2020. 12. 31.까지는 개선입법을 이행하여야 하고, 그때까지 개선입법이 이루어지지 않으면 위 조항들은 2021. 1. 1.부터 효력을 상실한“다고 하면서 헌법불합치결정을 선고하였다.<sup>23)</sup>

## 2. 단순위헌 의견<sup>24)</sup>

### 가. 헌법불합치 의견과 공통

“임신기간 중 태아가 모체를 떠난 상태에서 독자적으로 생존할 수 있는 시점인 임신 22주 내외에 도달하기 전이면서 동시에 임신 유지와 출산 여부에 관한 자기결정권을 행사하기에 충분한 시간이 보장되는 시기까지의 낙태를 다양하고 광범위한 사회적·경제적 사유로 인하여 낙태갈등 상황을 겪고 있는 경우까지도 예외 없이 전면적·일률적으로 금지하고, 이를 위반한 경우 형사처벌하는 것은 임신한 여성의 자기결정권을 침해한다”는 점에서는 헌법불합치 의견과 같이 한다.<sup>25)</sup> 그 논거로 태아의 생명권 인정된다는 점, 생명은 발달단계에 따라 차등보호가 가능하다는 점, 22주를 차등보호의 중요한 기준으로 제시하는 점, 생명보호를 공익으로 파악하는 점, 임부의 자기결정권이 원칙적으로 임신 초기에 걸쳐 인정된다는 점 등을 공통으로 제시하고 있다.<sup>26)</sup>

### 나. 논거의 차이점 - ‘임신 제1삼분기’에서 임부의 자기결정권 보장

“임신 제1삼분기(대략 마지막 생리기간의 첫날부터 14주 무렵까지)’에 잘

---

23) 헌법재판소 2019. 4. 11. 선고 2017헌바127 전원재판부 결정문 25-26면.

24) 재판관 이석태, 재판관 이은애, 재판관 김기영의 단순위헌의견.

25) 헌법재판소 2019. 4. 11. 선고 2017헌바127 전원재판부 결정문 27면.

26) 헌법재판소 2019. 4. 11. 선고 2017헌바127 전원재판부 결정문 27-31면.

훈련된 전문 의료인의 도움을 받아 낙태가 시행되고, 낙태 전후로 적절한 의료 서비스와 돌봄이 제공되는 것이 중요하다. 태아가 독자적 생존능력을 갖추기 전이라도 임신 제1삼분기를 경과한 이후에 이루어지는 낙태는 그 이전에 이루어지는 낙태에 비하여 수술방법이 더 복잡해지고, 수술과정에서 합병증이나 부작용이 발생할 가능성이 높아지게 되어 임신한 여성의 생명이나 건강에 위해가 생길 우려가 크게 증가하므로, 임신 제1삼분기를 지나 이루어지는 낙태에 대하여는 태아의 생명 보호 및 임신한 여성의 생명·건강 보호라는 공익이 더욱 고려될 수 있”다고 하면서 “그 기간은 임신한 여성이 스스로 선택한 인생관·사회관을 바탕으로 자신이 처한 신체적·심리적·사회적·경제적 상황에 대한 진지하고 깊은 고민 끝에 낙태 여부를 결정할 수 있을 정도로 보장되어야 하는 동시에, 임신한 여성의 낙태 여부에 대한 숙고와 결정이 다른 사정으로 왜곡되지 않도록 일정한 한계도 지워져야 한”다고 한다.<sup>27)</sup>

#### 다. 위헌의견의 결론

“임신 제1삼분기에는 어떠한 사유를 요구함이 없이 임신한 여성이 자신의 숙고와 판단 아래 낙태할 수 있어야 함에도 이를 금지하고 있다는 점에서도 심판대상조항들이 헌법에 위반된다고 본다. 따라서 심판대상조항들 중 적어도 임신 제1삼분기에 이루어진 낙태에 대하여 처벌하는 부분은 그 위헌성이 명확하여 처벌의 범위가 불확실하다고 볼 수 없고, 또한 임신 제1삼분기에 이루어지는 낙태의 처벌 여부에 대하여는 입법자의 입법재량이 인정될 여지도 없으므로, 헌법불합치결정의 필요성 내지 불가피성이 인정된다고 보기 어렵다”고 한다.<sup>28)</sup>

27) 헌법재판소 2019. 4. 11. 선고 2017헌바127 전원재판부 결정문 31-34면.

28) 헌법재판소 2019. 4. 11. 선고 2017헌바127 전원재판부 결정문 41면.

### 3. 결론

“자기낙태죄 조항과 의사낙태죄 조항이 헌법에 위반된다는 단순위헌의견이 3인이고, 헌법에 합치되지 아니한다는 헌법불합치의견이 4인이므로, 단순위헌의견에 헌법불합치의견을 합산하면 헌법재판소법 제23조 제2항 단서 제1호에 규정된 법률의 위헌결정을 함에 필요한 심판정족수에 이르게 된다. 따라서 위 조항들에 대하여 주문과 같이 헌법에 합치되지 아니한다고 선언하고, 입법자가 2020. 12. 31. 이전에 개선입법을 할 때까지 위 조항들을 계속 적용하되, 만일 위 일자까지 개선입법이 이루어지지 않는 경우 위 조항들은 2021. 1. 1.부터 그 효력을 상실한다.”

과거 헌법재판소의 낙태죄 합헌결정에 대한 반대의견은 “태아에 대한 국가의 보호의무에는 여성이 임신 중 또는 출산 후 겪게 되는 어려움을 도와주는 것까지 포함된다고 보아야 할 것이고, 국가는 생명을 보호하는 입법적 조치를 취함에 있어 인간생명의 발달단계에 따라 그 보호정도나 보호수단을 달리할 수 있다. 임신 초기의 태아는 고통을 느끼지 못하는 반면, 임신 초기의 낙태는 시술방법이 간단하여 낙태로 인한 합병증 및 모성사망률이 현저히 낮아지므로, 임신 초기에는 임부의 자기결정권을 존중하여 낙태를 허용해 줄 여지가 크다. 불법낙태로 임부의 건강이나 생명에 위협이 초래되는 사태가 빈발하고 있어 그 대책이 시급한 현실에 비추어 보면, ..... 임신 초기 낙태까지 금지하고 처벌하는 것은 임부의 임신유지 여부에 대한 자기결정의 영역을 전혀 존중하지 아니하는 것으로, 자기낙태죄 조항으로 제한되는 임부의 자기결정권은 결코 가볍게 볼 수 없다. 그러므로 임신 초기의 낙태까지 전면적, 일률적으로 금지하고 처벌하고 있다는 점에서 임부의 자기결정권을 침해하여 헌법에 위반”된다는 입장을 취한다. 헌법재판소의 반대의견도 결론은 달리하고 있지만, 기존의 다수의견이나 대법원과 마찬가지로 잠재성 또는 연속성 논증구조를 그대로 가져온다. 다만 임부의 자기결정권과 비교형량하는 기준에서 차이가 있을 뿐이다. 즉 과거 헌법재판소의 합헌결정에 대한 반대의견은 (기간을 특정하지는 않았

지만) 임신초기 태아의 생명권보다는 임부의 자기결정권이 더 중요하다는 입장이다. 이번 헌법재판소 헌법불합치 결정의 다수의견은 이 입장을 조금 더 구체화하면서 기존에 기본권충돌의 문제로 보고 이익형량의 원칙을 적용하는 방식이 아니라 두 기본권 사이의 규범조화적 해석을 시도 한 것으로 볼 수 있다.

### III. 헌법재판소 논증의 변화와 쟁점

#### 1. 기존 대법원과 헌법재판소의 입장<sup>29)</sup>

우리 대법원은 “헌법 아래에서 국민일반이 지니는 건전한 도의적 감정”을 그 근거로, “회임된 태아는 새로운 존재와 인격의 근원으로서 존엄과 가치의 주체”로서 “(태아) 자신이 이를 인식하고 있던지 또 스스로를 방어할 수 있는지에 관계없이 침해되지 않도록 보호되어야 한다”고 하면서 태아의 기본권 주체성을 인정하고 있었다.<sup>30)</sup>

이번 낙태죄 헌법불합치 결정에서도 나타나듯이 헌법재판소도 기존의 대법원과 같은 입장에서 “인간의 생명은 고귀하고, 이 세상에서 무엇과도 바꿀 수 없는 존엄한 인간 존재의 근원”이라고 보면서, “생명권은 비록 헌법에 명문의 규정이 없다 하더라도 인간의 생존본능과 존재목적에 바탕을 둔 선험적이고 자연법적인 권리로서 헌법에 규정된 모든 기본권의 전제로서 기능하는 기본권 중의 기본권”으로서, “태아가 비록 그 생명의 유지를 위하여 母에게 의존해야 하지만, 그 자체로 母와 별개의 생명체이고 특별한 사정이 없는 한 인간으로 성

29) 이 부분은 기존 필자의 논문에서 대법원과 헌법재판소의 논증을 분석하기 위하여 필요한 부분을 인용하였던 것에 후속 판례들을 추가하여 대체로 인용되는 판례들이 기존 논문과 중복되는 부분이 많다. 이 부분은 기존 논문을 참고표시할 수도 있지만, 독자들의 편의를 위하여 판례의 입장을 자세하게 소개한다. 기존에 이 주제(인간존엄, 생명권, 자기결정권)에 대한 판례를 정리하였던 필자의 논문으로는 이석배, “낙태죄 존치론에 대한 반론”, *한국의료법학회지*(제26권 1호), 2018, 77, 85면 이하; 이석배·김필수, “의료영역에서 인간의 존엄, 생명, 생명권의 관계”, *한국의료법학회지*(제20권 2호), 2012, 247면 이하 참고.

30) 대법원 1985. 6. 11. 선고, 84도1958 판결.

장할 가능성이 크므로 태아에게도 생명권이 인정되어야” 한다고 판시하여 일관되게 태아의 기본권 주체성을 인정하고 있었다.<sup>31)</sup> 이 기본권 주체성을 근거로 2012년 헌법재판소 낙태죄 합헌 결정은 “태아가 독자적 생존능력을 갖추었는지 여부를 그에 대한 낙태 허용의 판단 기준으로 삼을 수는 없”다고 보았다.<sup>32)</sup>

하지만 헌법재판소는 착상전 초기배아에 대하여는 “출생 전 형성 중의 생명에 대해서 헌법적 보호의 필요성이 크고 일정한 경우 그 기본권 주체성이 긍정된다고 하더라도, ..... 초기배아는 수정이 된 배아라는 점에서 형성 중인 생명의 첫걸음을 떼었다고 볼 여지가 있기는 하나 아직 모체에 착상되거나 원시선이 나타나지 않은 이상 현재의 자연과학적 인식 수준에서 독립된 인간과 배아간의 개체적 연속성을 확정하기 어렵다고 봄이 일반적”이라고 하면서 기본권 주체성을 부정하였다.<sup>33)</sup> “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 위에서 본 바와 같이 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 없”다고 한다.<sup>34)</sup>

또한 대법원은 의사가 다운증후군 태아를 발견하지 못하여 낙태에 대한 자기결정권을 침해받았다고 제기한 손해배상 사건에서 “의사가 기형아 판별확률이 높은 검사 방법에 관하여 설명하지 아니하여 임신부가 태아의 기형 여부

---

31) 이 점은 이번 낙태죄 헌법불합치결정도 마찬가지이다. 헌법재판소 2019. 4. 11. 선고 2017헌바127 전원재판부 결정문 11-12면. 그 밖에도 헌법재판소 2008. 7. 31. 선고 2004헌바81 전원재판부 결정; 헌법재판소 2012. 8. 23. 선고 2010헌바402 전원재판부 결정 다수의견; 헌법재판소 1996. 11. 28. 선고 95헌바1 전원재판부 결정 등.

32) 헌법재판소 2012. 8. 23. 선고 2010헌바402 전원재판부 결정 다수의견.

33) 헌법재판소 2010. 5. 27. 선고 2005헌바346 전원재판부 결정.

34) 헌법재판소 2012. 8. 23. 선고 2010헌바402 전원재판부 결정 다수의견.

에 대한 판별확률이 높은 검사를 받지 못한 채 다운증후군에 걸린 아이를 출산한 경우, ..... 다운증후군은 모자보건법 제14조와 동법시행령 제15조 소정의 인공임신중절사유에 해당하지 않음이 명백하여 부모가 태아가 다운증후군에 걸려 있음을 알았다고 하더라도 태아를 적법하게 낙태할 결정권을 가지고 있었다고 보기 어렵다고 할 것이어서 부모의 적법한 낙태결정권이 침해되었다고 할 수 없”다고 판시하고 있다.<sup>35)</sup> 이 판결을 반대해석하면 모자보건법상 낙태 허용사유에 해당한다면 임부의 출산에 관한 자기결정권이 침해되었다고 볼 수 있다.<sup>36)37)</sup>

결국 기존 대법원과 헌법재판소의 판례들을 종합해보면, 착상 이전 초기배아의 기본권 주체성을 부정하면서, 착상 이후 태아를 기본권 주체로 보고 “자기 낙태죄 조항으로 말미암아 임부의 자기결정권이 제한되는 것은 사실이나, 그 제한의 정도가 자기낙태죄 조항을 통하여 달성하려는 태아의 생명권 보호라는 공익에 비하여 결코 중하다고 볼 수 없”다고 하여,<sup>38)</sup> 현행법(대표적으로 모자보건법)이 허용하는 낙태의 범위에서는 낙태에 대한 임부의 자기결정권이 더 중요하지만, 그 이외의 경우에는 태아의 생명권이 임부의 낙태에 대한 자기결정권보다 더 중요하다는 논증구조를 가지고 있다. 즉, 대표적인 잠재성 또는 연속성 논증을 취하고 있다.

이 논문의 주제가 된 이번 헌법재판소의 낙태죄 헌법불합치 결정의 반대의 견도 “헌법이 태아의 생명을 보호하는 것은 태아가 인간으로 될 예정인 생명체

35) 대법원 1999. 6. 11. 선고 98다22857 판결. 이 판결에 대한 자세한 분석은 전병남, “원치 않는 아이의 출생과 산모의 자기결정권-판례를 중심으로-”, 대한법의학회지(제24권 2호), 2000, 115면 이하 참고.

36) 이 판결 이외에도 많은 판결들이 이와 유사한 입장을 취하고 있다. 예컨대 대법원 2002. 6. 25. 선고 2001다66321 판결(윌리엄스 증후군) 대법원 2002. 3. 29. 선고 2000다61947 판결(다운증후군); 대법원 1999. 6. 11. 선고 98다33062 판결(손목 이하 발육부전) 등.

37) BGHZ 89, 95=NJW 1984, 658은 산전검사를 하는 목적이 장애가 있는 경우 자녀를 출산하지 않으려는 것이기 때문에, 산전유전자진단에서 과실로 다운증후군을 발견하지 못한 의사(원고)는 모든 양육비를 배상하여야 한다고 판시하였다. 그러나 우리나라와 독일은 형법상 낙태죄 규정에 차이가 있기 때문에 독일의 판례의 입장과 우리나라 판례의 입장을 단순비교 하기는 어렵다.

38) 헌법재판소 2012. 8. 23. 선고 2010헌바402 전원재판부 결정 다수의견.

로서 그 자체로 존엄한 존재이기 때문이지, 그것이 독립하여 생존할 능력이 있거나 사고능력, 자아인식 등 정신적 능력이 있기 때문은 아니다. 인간이면 누구나 신체적 조건이나 발달 상태 등과 관계없이 동등하게 생명 보호의 주체가 되는 것과 마찬가지로, ..... 태아의 성장단계에 따라 혹은 태아가 독자적 생존 능력을 갖추었는지 여부에 따라 혹은 ‘안전한 낙태’가 가능한 시기에 따라 생명 보호의 정도를 달리하는 것은 정당화될 수 없다. .... 생명권은 그 특성상 일부 제한을 상정할 수 없고 생명권에 대한 제한은 곧 생명권의 완전한 박탈을 의미하며, 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 수도 없다. .... 사회적·경제적 사유에 따른 낙태의 허용은 결국 ..... 낙태의 전면 허용과 동일한 결과를 초래한다. 자신의 삶에 불편한 요소가 생기면 언제든지 이를 제거할 수 있다는 사고에 따라 낙태를 허용한다면 나중에는 낙태를 줄여야 한다는 명분조차 생기지 않을 뿐만 아니라, 나아가서는 일반적인 생명경시 풍조를 유발할 우려가 있다. 사회적·경제적 사유에 의한 낙태의 허용은 결국 ‘편의’에 따른 생명박탈권을 창설하는 것이”라고 하면서,<sup>39)</sup> 기존 헌법재판소 다수견해와 같은 입장을 유지하고 있다.

즉 기존의 헌법재판소 결정은 인간으로서 잠재성을 가진 태아는 생명권의 주체이고, 국가는 태아의 생명을 보호할 의무를 지며, 결국 절대적 가치인 태아의 ‘생명’과 임부의 자기결정권이라는 ‘자유’의 충돌문제로 이해하고, ‘자유’에 대한 ‘생명’의 우월성을 인정하는 논증구조를 가지고 있다.<sup>40)</sup> 이는 위에서 언급했던 수많은 대법원과 헌법재판소 판례의 논증구조에서도 나타난다. 대법원, 헌법재판소 모두 임부의 낙태에 대한 자기결정권이라는 표현을 사용하고 있었지만, 그 자기결정권은 법률, 특히 모자보건법이 규정한 범위 안에서 자기

39) 헌법재판소 2019. 4. 11. 선고 2017헌바127 전원재판부 결정문 42-53면.

40) 잠재성·연속성 논증구조의 문제점에 대한 자세한 비판으로는 이석배, “낙태죄 존치론에 대한 반론”, 한국의료법학회지(제26권 1호), 2018, 77, 89면 이하 참고.

결정권을 의미하고 결국 이익형량에서 태아의 생명보호가 임부의 자기결정권보다 우위에 서는 것으로 이해한 것으로 보인다.

“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.”<sup>41)</sup>

## 2. 낙태죄에 관한 헌법재판소 헌법불합치 결정의 논증구조

이번 낙태죄에 관한 헌법불합치 결정은 과거의 결정과 비교해 결론을 달리 하면서도 사용된 논거들은 기존의 것과 크게 다르지 않다. 母에게 의존하여 유지되는 생명이지만 母와 별개의 생명체이며, 인간의 잠재성을 가지고 있다는 점에서 태아의 기본권 주체성을 인정하고, 태아에 대한 국가의 생명보호의무를 인정한 것, 그러면서도 다른 결론을 도출한다. 그 근거로 사용된 논거는 다음과 같다.

“형성 중의 생명인 태아도…… 헌법상 생명권의 주체가 되며, 국가는 헌법 제10조 제2문에 따라 태아의 생명을 보호할 의무가 있다”고 하면서,<sup>42)</sup> “동일한 생명이라 할지라도 법질서가 생명의 발달과정을 일정한 단계들로 구분하고 그 각 단계에 상이한 법적 효과를 부여하는 것이 불가능하지 않으므로, 국가가 생명을 보호하는 입법적 조치를 취함에 있어 인간생명의 발달단계에 따라 그 보호정도나 보호수단을 달리할 수 있다.”<sup>43)</sup>

---

41) 헌법재판소 2012. 8. 23. 선고 2010헌바402 전원재판부 결정; 헌법재판소 2019. 4. 11. 선고 2017헌바127 전원재판부 결정 반대의견.

42) 헌법재판소 2019. 4. 11. 선고 2017헌바127 전원재판부 결정문 12면.

43) 헌법재판소 2019. 4. 11. 선고 2017헌바127 전원재판부 결정문 16면.

그러나 위 결정의 취지는 과거 결정에서 인간생명의 잠재성을 가지고 있다고 하더라도, 착상 이전의 초기배아는 연속성이 부정되므로 기본권 주체성이 인정될 수 없다는 논거, 출생 전후의 차등을 정당화하는 논거로 사용되었던 것이었다.

“초기배아는 수정이 된 배아라는 점에서 형성 중인 생명의 첫걸음을 떼었다고 볼 여지가 있기는 하나 아직 모체에 착상되거나 원시선이 나타나지 않은 이상 현재의 자연과학적 인식 수준에서 독립된 인간과 배아 간의 개체적 연속성을 확정하기 어렵다고 봄이 일반적이다.”<sup>44)</sup>

“예컨대 형법은 태아를 통상 낙태죄의 객체로 취급하지만, 진통시로부터 태아는 사람으로 취급되어 살인죄의 객체로 됨으로써 생명의 단계에 따라 생명침해 행위에 대한 처벌의 정도가 달라진다. 나이가 태아는 수정란이 자궁에 착상한 때로부터 낙태죄의 객체로 되는데 착상은 통상 수정 후 14일경에 이루어지므로, 그 이전의 생명에 대해서는 형법상 어떠한 보호도 행하고 있지 않다. 이와 같이 생명의 전체적 과정에 대해 법질서가 언제나 동일한 법적 보호 내지 효과를 부여하고 있는 것은 아니다.”<sup>45)</sup>

다시 말하면 초기배아의 기본권 주체성을 부정하고 기본권 주체성이 인정되지 않는 초기배아에 대한 국가의 보호정도의 차등을 인정하고, 기본권 주체성이 인정되는 태아와 차별을 정당화하는 논리로 사용되거나, 출생(또는 진통)을 기준으로 인간과 태아의 차별을 정당화하는 논리로 사용되었다. 이것이 이번 헌법불합치 결정에서는 기본권 주체성을 인정하면서도 차등보호를 인정하는 논리로 사용되었다. 즉 이번 헌법불합치결정에서 기본권 주체성이 인정되는 태아들 사이에서도 모체를 떠나 독자적으로 생존할 수 있는지 아닌지에

---

44) 헌법재판소 2010. 5. 27. 선고 2005헌마346 전원재판부 결정.

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

따라 차등보호가 가능하다는 것을 인정한 점에서 차이가 있다.

“태아가 모체를 떠난 상태에서 독자적으로 생존할 수 있는 시점인 임신 22주 내 외에 도달하기 전이면서 동시에 임신 유지와 출산 여부에 관한 자기결정권을 행사하기에 충분한 시간이 보장되는 시기(이하 착상 시부터 이 시기까지를 ‘결정 가능기간’이라 한다)까지의 낙태에 대해서는 국가가 생명보호의 수단 및 정도를 달리 정할 수 있다고 봄이 타당하다.”<sup>46)</sup>

또한 과거처럼 태아의 생명권과 임부의 출산(낙태)에 관한 자기결정권의 충돌문제로 파악하고 이를 이익형량하면, ‘자유’ 대 ‘생명’의 문제로 보고 결국 ‘생명’의 우월성을 부정하기 어려워진다는 인식에서, 우회경로를 찾은 것으로 보인다. 즉 이번 헌법재판소의 결정에서는 요건과 범위를 정해주고 그 안에서만 자기결정권을 부여하는 것, 즉 모자보건법이 규정한 사유는 실질적으로 임신한 여성은 임신 유지를 강제하는 것으로 임신한 여성의 자기결정권을 침해하는 것이라고 판단하였다. 이 점은 아래에서 명확하게 나타난다.

“옳고 그름을 따지기에 앞서, 이러한 낙태갈등 상황이 전개된다는 것은 ‘가해자 대 피해자’의 관계로 임신한 여성과 태아의 관계를 고정시켜서는 태아의 생명 보호를 위한 바람직한 해법을 찾기 어렵다는 것을 시사해 준다. 이러한 특성은 추상적인 형량에 의하여 양자택일 방식으로 선택된 어느 하나의 법익을 위해 다른 법익을 희생할 것이 아니라, 실제적 조화의 원칙에 따라 양 기본권의 실현을 최적화할 수 있는 해법을 모색하고 마련할 것을 국가에 요청하고 있다.”<sup>47)</sup>

“입법자는 자기낙태죄 조항을 형성함에 있어 태아의 생명 보호와 임신한 여성의 자기결정권의 실제적 조화와 균형을 이루려는 노력을 충분히 하지 아니하여

---

46) 헌법재판소 2019. 4. 11. 선고 2017헌바127 전원재판부 결정문 17면.

47) 헌법재판소 2019. 4. 11. 선고 2017헌바127 전원재판부 결정문 18면.

태아의 생명 보호라는 공익에 대하여만 일방적이고 절대적인 우위를 부여함으로써 공익과 사익간의 적정한 균형관계를 달성하지 못하였다.”<sup>48)</sup>

결국 기본권 충돌의 문제가 아닌 기본권 조화의 문제로 이해하고 임부의 자기결정권에 대한 과도한 제한으로 헌법에 합치하지 않는다는 결론에 도달한다.

### 3. 태아의 기본권 주체성과 그 제한가능성

우선 이번 헌법불합치 결정도 기존의 대법원·헌법재판소의 판례와 동일하게 태아의 기본권 주체성을 부정한 청구인의 주장을 배척하면서 태아의 기본권, 특히 생명권의 주체성을 인정한다. 하지만 기존의 판례와 동일한 전제에서 출발함에도 불구하고 전혀 다른 결론을 도출한다. 기존의 결정에서 “태아도 헌법상 생명권의 주체이고, 따라서 그 성장 상태가 보호 여부의 기준이 되어서는 안될 것”이라고 한 반면,<sup>49)</sup> 이번 결정은 “국가가 생명을 보호하는 입법적 조치를 취함에 있어 인간생명의 발달단계에 따라 그 보호정도나 보호수단을 달리하는 것은 불가능하지 않다”고 한다.<sup>50)</sup>

차이점은 과거 결정의 논증구조가 기본권 주체의 생명권은 이익형량의 대상이 아니라는 입장을 취했다면, 이번 결정은 임부의 자기결정권에 대한 제한이 태아가 모체로부터 독립하여 생존할 수 없는 기간까지 “예외 없이 전면적·일률적으로 임신한 여성에게 임신의 유지 및 출산을 강제하고, 이를 위반하여 낙태한 경우 형사처벌하고 있는 것은 그 입법목적은 달성하기 위하여 필요한 최소한의 정도를 넘어 임신한 여성의 자기결정권을 제한하는 것이므로, 입법 목적의 달성을 위한 최소한의 불가피한 수단이라고 볼 수 없”으며, “태아의 생명 보호와 임신한 여성의 자기결정권의 실제적 조화와 균형을 이루려는 노력

48) 헌법재판소 2019. 4. 11. 선고 2017헌바127 전원재판부 결정문 25면.

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

50) 헌법재판소 2019. 4. 11. 선고 2017헌바127 전원재판부 결정문 16면.

을 충분히 하지 아니하여 태아의 생명 보호라는 공익에 대하여만 일방적이고 절대적인 우위를 부여함으로써 공익과 사익 간의 적정한 균형관계를 달성하지 못하”었다고 본다는 점이다.<sup>51)</sup>

위 결정에서도 나타나듯 헌법재판소는 국가의 생명보호의무를 인간의 존엄과 연결시키면서 태아의 잠재성·연속성을 근거로 인간존엄과 생명권을 인정하는 것으로 보인다. 이러한 논증구조는 우리나라에서만 주장되는 것은 아니다. 독일연방헌법재판소는 유명한 낙태죄에 대한 결정에서, “모체에서 자라고 있는 생명은 헌법의 보호를 받는 독립적인 법익이다. 이러한 국가의 보호의무는 태아의 생명에 대한 국가의 직접적인 침해를 금지할 뿐만 아니라 국가에게 그 생명에 대한 보호의무를 요구한다. 태아의 생명보호는 원칙적으로 임신의 초기에 걸쳐 임부의 자기결정권에 우선”한다고 하면서,<sup>52)</sup> “인간의 생명이 존재하는 곳에서 그 생명에 인간의 존엄이 귀속된다. 그 기본권 향유자가 이러한 존엄을 의식하고 있는지 없는지 그리고 지킬 줄 아는지 모르는지는 중요하지 않다. 인간의 존엄을 근거짓기 위해서는 애초부터 인간적인 존재에 수반되는 잠재적인 능력으로 충분하다”는 표현을 통해 국가의 생명보호의무를 인간의 존엄과 연결시키면서 태아의 잠재성·연속성을 근거로 인간존엄과 생명권을 인정해왔다.<sup>53)</sup> 태아보호와 관련하여 인간의 존엄을 언급하는 것은 태아가 인간으로 발전할 수 있는 잠재성·연속성을 가지고 있으므로 존엄권의 주체로, 나아가 기본권의 주체로 인정하려는 것으로 보인다.<sup>54)</sup>

하지만 잠재성은 태아에게만 있는 것이 아니라 초기배아는 물론 수정 이전 난자와 정자에도 존재한다. 물론 인간의 존엄도 그 단계에 따라서 등급화된 보호가 가능하다는 주장도 있기는 하다.<sup>55)</sup> 이에 따르면 일반적인 임신의 경우는

51) 헌법재판소 2019. 4. 11. 선고 2017헌바127 전원재판부 결정문 24-25면.

52) BVerfGE 39, 1.

53) BVerfGE 88, 203.

54) 이러한 관점은 위에서 본 대법원, 헌법재판소와 독일연방헌법재판소의 태아에 관한 관점을 배아에게까지 확대하는 것으로 보인다. 같은 시각으로는 Hilgendorf, Biostrafrecht als neue Disziplin? Reflexionen zur Humanbiotechnik und ihrer strafrechtlichen Begrenzung am Beispiel der Ektogenese, FS-Brohm, 2002, S. 387, 391.

착상부터 정체성과 일회성을 가지고 확정된 생명체이고 다른 제3자의 도움없이도 인간이 될 수 있는 과정에 있기 때문에 인간존엄권의 보호가 시작되지만, 제외수정되어 배양되는 경우는 제3자의 도움 없이는 인간이 될 수 없기 때문에 인간의 존엄을 인정할 수 없다고 한다.<sup>56)</sup> 헌법재판소도 이와 유사한 입장을 취한다. 「생명윤리법」 제13조 제1항 등에 대한 헌법소원 사건에서 헌법재판소는 “출생 전 형성 중의 생명에 대해서 헌법적 보호의 필요성이 크고 일정한 경우 그 기본권 주체성이 긍정된다고 하더라도, ..... 초기배아는 ..... 기본권 주체성을 인정하기 어렵”다고 하면서도 “배아의 경우 형성 중에 있는 생명이라는 독특한 지위로 인해 국가에 의한 적극적인 보호가 요구된”다고 판시하였다.<sup>57)</sup> 즉 배아에 대하여 기본권 주체성을 인정할 수는 없지만, 공공복리와 사회윤리적 차원에서 어느 정도의 생명보호는 필요하다는 것이다.

이 이론은 잠재적인 인간생명에 대해 제한 없이 인간의 존엄을 사용하는 논리보다는 오히려 다양하면서도 생명을 단계화해서 보호하는 현행법질서에 부합해 보이기는 하지만 태아의 생명권을 인정하면, 위 결정에서 명시적으로 언급하지는 않았지만 균형성의 판단에서 보호하는 이익과 침해되는 이익 사이의 이익형량이 필수적 요소이므로 결국 생명이 이익형량의 대상이 되는 구조를 피할 수 없고, 기본권 주체의 생명이 이익형량의 대상이 되는 점을 인정해야 한다.<sup>58)</sup>

하지만 모든 기본권의 근거가 되는 ‘인간의 존엄’은 결국 文言 그대로 출생한 ‘인간’에게만 인정될 수 있는 권리이고, 존엄한 인간이 인간으로서 지위를 유지하는 데에 필수적인 기본권인 생명권을 태아에게 인정할 헌법적 근거는 찾

---

55) Lorenz, Die verfassungsrechtliche Garantie der Menschenwürde und ihre Bedeutung für den Schutz menschlichen Lebens vor der Geburt, ZfL 2001, 38, 44f. 생명의 단계에 따른 차등보호를 인정하는 우리 헌법재판소의 입장도 결국 같은 입장이다.

56) Lorenz, Die verfassungsrechtliche Garantie der Menschenwürde und ihre Bedeutung für den Schutz menschlichen Lebens vor der Geburt, ZfL 2001, 38, 45.

57) 헌법재판소 2010. 5. 27. 선고 2005헌마346 전원재판부 결정.

58) 이석배, “낙태죄 존치론에 대한 반론”, 한국의료법학회지(제26권 1호), 2018, 77, 90면 참고.

을 수 없다. 또한 낙태죄의 논의에서 “태아는 인간이므로 낙태를 살인과 동일하게 처벌해야 한다.”고 주장할 것이 아니라면, 태아의 존엄성과 생명권을 인정해야 생명을 보호할 수 있는 것도 아니다. 태아의 생명을 보호하기 위해서 인간의 존엄이나 생명권의 주체성을 인정하지 않고서도 그 보호필요성과 보호의 법적 근거는 충분히 논증할 수 있다. 굳이 논리적 어려움을 감수하면서까지 태아의 기본권 주체성을 인정할 필요는 없다고 생각한다.

#### 4. 공익(태아의 생명보호)과 사익(임부의 자기결정권)의 조화

헌법재판소는 위 결정에서 임부의 자기결정권은 사익으로, 태아의 생명보호는 공익으로 균형관계를 판단하고 있다.

“입법자는 자기낙태죄 조항을 형성함에 있어 태아의 생명 보호와 임신한 여성의 자기결정권의 실제적 조화와 균형을 이루려는 노력을 충분히 하지 아니하여 태아의 생명 보호라는 공익에 대하여만 일방적이고 절대적인 우위를 부여함으로써 공익과 사익간의 적정한 균형관계를 달성하지 못하였다.”<sup>59)</sup>

이 점은 헌법불합치의견, 합헌의견 뿐만 아니라 위헌의견에서도 그대로 나타난다. 개인의 생명을 공익으로 보는 것은 낙태뿐만 아니라 연명의료중단 결정에서도 나타난다. 이러한 관점은 인간의 존엄과 생명보호를 같은 선상에서 선형적으로 “주어진 것”으로 파악하고, 그 기저에는 생명이 인간존엄의 주체로서 지위가 존재하기 위한 유일한 조건으로 보고, 주체로서 전제조건인 생명을 유지하는 것은 주체의 의무로 보는 것이다.<sup>60)</sup> 이러한 입장은 아래의 헌법재판소 결정에서 극명하게 드러난다.

59) 헌법재판소 2019. 4. 11. 선고 2017헌바127 전원재판부 결정문 25면.

60) 생명의 존엄이라는 표현은 정현미, “치료중단의 한계와 형사책임”, 형사정책연구(제15권 4호), 2004, 168면. 생명은 신성한 것이라는 표현은 최우찬, “안락사와 존엄사—아름다운 죽음에 관한 권리”, 고시계(89/2), 36면 참고.

“인간의 생명은 고귀하고, 이 세상에서 무엇과도 바꿀 수 없는 존엄한 인간 존재의 근원이며, 인간존엄성의 활력적 기초이다. 이러한 생명에 대한 권리는 비록 헌법에 명문의 규정이 없다 하더라도 인간의 생존본능과 존재목적에 바탕을 둔 선형적이고 자연법적인 권리로서 헌법에 규정된 모든 기본권의 전제로서 기능하는 기본권 중의 기본권이라 할 것이다. 그러므로 인간의 생명권은 최대한 존중되어야 하고, 국가는 국민의 생명을 최대한 보호할 의무가 있으며, 생명권의 주체라도 자신의 생명을 임의로 처분하는 것은 정당화 될 수 없다.”<sup>61)</sup>

하지만 인간의 존엄을 다른 권리들(여기서는 생명권)과 항상 연결되는 것으로 이해하게 되면, 인간존엄에 대한 존중의 의무는 타인을 권리와 의무의 주체로 존중하라는 의무가 되고, 결국 이것은 모든 다른 권리의 주체로서 존중할 의무와 그 자체로서 존중할 의무의 이례적인 중첩적 의무가 된다.<sup>62)</sup> 이러한 문제를 해결하기 위해 인간의 존엄을 실존적 최소한의 권리들의 핵심으로 이해하거나,<sup>63)</sup> 고문과 같이 인격을 도구화하는 행동을 통해서 침해될 수 있는 권리로 이해하기도 한다.<sup>64)</sup> 이러한 이해는 한편으로는 개별권리에 대한 강한 침해의 유형들을 권리를 근거 짓는 권리의 박탈이라고 이해하는 점, 다른 한편으로는 하나의 권리가 소극적인 측면뿐만 아니라 기본권주체로서 적극적인 측면을 승인 받을 수 있게 할 수 있다는 점에서 타당하기는 하다.<sup>65)</sup> 하지만 다른 기본권들의 전제가 되는 인간의 존엄에 대한 존중의 의무와 다른 권리들과 관련되는 의무들 사이는 전제조건의 관계이지 동일선상에 놓인 기본권으로 이해

61) 헌법재판소 2009. 11. 26. 선고 2008헌마385 전원재판부 결정.

62) Seelmann, Haben Embryonen Menschenwürde?, in: Kettner(Hrsg.), Biomedizin und Menschenwürde (2004), S.63, 65.

63) 에릭 힐겐도르프/김영환·홍승희 역, 남용된 인간의 존엄, 2000, 273면 이하; 베르너 마이호퍼/심재우 역, 법치국가와 인간의 존엄, 1996, 55면 이하.

64) Maunz/Dürig GG Art. 1 Rn.28; Luf, Menschenwürde als Rechtsbegriff, FS-E.A.Wolff (1998), S.307, 320.

65) Seelmann, Haben Embryonen Menschenwürde?, in: Kettner(Hrsg.), Biomedizin und Menschenwürde (2004), S.63, 66.

할 수 없고, 이렇게 되면 논리적으로 다른 기본권의 침해 없이 존엄권의 침해를 인정할 수 없는 문제가 발생한다.<sup>66)</sup>

또한 위와 판례의 입장에 따르면 결국 생명에 대한 권리가 곧바로 생명유지의 의무가 된다. 이러한 생명유지의무를 법적으로 근거짓는 것은 쉬운 일이 아니다. 법적인 관계에서 권리와 의무는 상호 대칭적으로, 법적으로 보장되는 권리의 향유자에게 주어지는 의무는 자신의 권리를 포기하지 않을 의무가 아니라, 타인의 권리를 침해하지 않을 의무이다.<sup>67)</sup> 권리 자체가 의무가 되는 자유는 없다. 자유가 의무가 되는 것은 그 내재적인 모순이기 때문이다. 자살의 경우는 더욱 더 명확해 지는데, 자살이 금지된다고 하는 것은 생명권의 주체에게도 생명침해 금지가 의무로 주어지는 것이고, 이것은 생명을 자기결정에 우선하는 외재적 가치(위 결정의 표현에 따르면 공익)로 보거나, 내 생명에 대한 다른(예컨대 神이나 자연과 같은) 권리주체를 상정하지 않는 한 불가능한 일이다. 하지만 근대 이후의 세속국가에서는 오로지 개인만이 생명권의 주체가 될 수 있다. 따라서 자신의 법익에 대한 자해행위는 애초에 법익침해가 될 수 없다. 그래서 자신의 법익에 대한 처분권을 제한하는 것은 합리적인 근거가 있어야 한다. 그렇지 않다면 남는 것은 ‘삶(생명의 유지)은 절대적인 선’이며 삶의 포기는 되돌릴 수 없는 것이므로 무조건 지켜야 한다는 강한 후견주의만 남게 되고, 이는 자유적 법치국가에서 받아들이기 어려운 것이다.<sup>68)</sup>

결국 낙태죄와 관련된 결정에서 태아의 생명만 보호대상이 아니라 임부의 자기결정권도 국가가 보호해야 하는 대상이며, 국가의 보호의무 측면 때문에

66) 이 점에 대하여는 이석배, “형법상 절대적 생명보호원칙의 범위와 한계”, 심운 김일수교수 화갑기념논문집, 2006, 673면 이하 참고.

67) Jakobs, Zum Unrecht der Selbsttötung und der Tötung auf Verlangen - Zugleich zum Verhältnis von Rechtlichkeit und Sittlichkeit, FS-Kaufmann (1993), S.459, 460; Merkel, Früheuthanasie (2002), S.397f.

68) 강한 후견주의가 민주적 헌법국가와 조화를 이룰 수 없다는 점에 대하여는 대표적으로 Feinberg, Legal Paternalism, in: Rights, Justice and the Bounds of Liberty, 1980, pp. 110-129. 나아가 윤재왕, “자기결정권과 후견주의”, 고려법학(제67호), 2012, 115면 이하. 특히 119면 이하 참고.

공익이라는 표현을 사용한 것이라면 임부의 자기결정권 보호도 국가의 의무이고 공익이며, 개개인의 기본권 측면으로 본다면 사익 대 사익의 문제로 파악하는 것이 타당하다.

## 5. 이익형량에 의한 해결

앞에서도 언급한 것처럼 헌법재판소 헌법불합치 의견은 이익충돌의 문제가 아니라 조화의 문제라고 한다.

“국가가 낙태를 전면적으로 금지할 경우, 태아의 생명권은 보호되는 반면 임신한 여성의 자기결정권은 완전히 박탈된다. 반대로 국가가 낙태를 전면적으로 허용할 경우, 임신한 여성의 자기결정권은 보호되는 반면 태아의 생명권은 완전히 박탈”되므로, “태아의 생명권과 임신한 여성의 자기결정권은 일응 대립관계에 있다고 볼 수 있다”고 하면서도, “이러한 낙태갈등 상황이 전개된다는 것은 ‘가해자 대 피해자’의 관계로 임신한 여성과 태아의 관계를 고정시켜서는 태아의 생명 보호를 위한 바람직한 해법을 찾기 어렵기 때문에, “추상적인 형량에 의하여 양자택일 방식으로 선택된 어느 하나의 법익을 위해 다른 법익을 희생할 것이 아니라, 실제적 조화의 원칙에 따라 양 기본권의 실현을 최적화할 수 있는 해법을 모색하고 마련”해야 한다.<sup>69)</sup>

이러한 논증구조는 이익형량으로 ‘자유’가 ‘생명’보다 우위에 설 수 없다는 추상적 관점에서 기인한다.<sup>70)</sup> 하지만 ‘생명’-‘신체’-‘자유’-‘재산’ 순으로 이익형량에서 무조건 우위를 점한다고 보는 것이야 말로 추상적인 관점이고, 구체적인 사안에서 이익형량은 단순히 ‘생명’ 대 ‘자유’이기 때문에, 무조건 ‘생명’이 승리할 수 있는 것이 아니라, 모든 구체적인 요소를 고려하여 개별적으로

69) 헌법재판소 2019. 4. 11. 선고 2017헌바127 전원재판부 결정문 17-18면.

70) 이러한 헌법재판소의 논증구조에 대한 자세한 비판은 이석배, “낙태죄 존치론에 대한 반론”, 한국의료법학회지(제26권 1호), 2018, 77, 91면 이하 참고.

이루어져야 한다. 즉 헌법재판소가 ‘실체적 조화’라는 표현을 사용하기는 하지만 실질적으로 이익형량의 다른 표현일 뿐이다. 다시 말하면 오히려 헌법재판소가 이번 결정에서 ‘이익형량’을 추상적으로 이해하기 때문에, ‘이익형량’이 아니라 ‘실체적 조화’라는 표현을 사용한 것으로 보인다.

그러한 측면에서 본다면, 헌법재판소의

“임신한 여성의 안위가 태아의 안위와 깊은 관계가 있고, 태아의 생명 보호를 위해 임신한 여성의 협력이 필요하다는 점을 고려하면, 태아의 생명을 보호한다는 언명은 임신한 여성의 신체적·사회적 보호를 포함할 때 실질적인 의미를 가질 수 있다.”<sup>71)</sup>

는 논거는, 궁극적으로 우리 사회가 지향해야 하는 것이라는 점은 부정할 수 없지만, 임부가 낙태를 선택하는 구체적인 사안에서 이루어져야 할 ‘이익형량’ 또는 ‘실체적 조화’에서 어떻게 적용될 수 있는 것인지는 의문이다.

이 점은 생명권과는 별개로 자기결정권의 속성에서 근거를 찾는 것이 타당하다. 자기결정권은 자신이 향유하는 이익들 중에서 자신의 가치관과 신념에 따라 외부의 간섭을 배제하고 스스로 결정할 수 있을 때 비소로 그 가치를 가질 수 있는 것이다.<sup>72)</sup> 그 결정(법익) 주체의 선택이 비록 객관적 관점에서 비합리적인 것이라고 하더라도 그 주체가 충분한 정보를 갖고 자발적으로 내린 결정이라면 그 결정은 존중되어야 하며, 이러한 결정을 부정한다면 이는 법치국가 스스로 자신이 서 있는 규범적 토대 자체를 부정하는 것이 된다.<sup>73)</sup> 따라서 임부의 임신유지에 대한 자기결정권을 인정한다면, 현행 모자보건법처럼 외부적 기준에 따라 결정의 범위를 정해 놓고, 그 범위 안에서만 결정을 인정하는

71) 헌법재판소 2019. 4. 11. 선고 2017헌바127 전원재판부 결정문 19면.

72) 이 점에 관한 R. Dworkin과 Feinberg의 논증에 대하여는 윤재왕, “자기결정권과 후견주의”, 고려법학(제67호), 2012, 115, 125면 이하 참고.

73) 자기결정권의 외부적 제한과 법치국가의 관계에 대하여 자세하게는 윤재왕, “자기결정권과 후견주의”, 고려법학(제67호), 2012, 115면 이하 참고.

것은 자기결정권 자체를 부정하는 것과 동일하다. 헌법재판소의 결정은 ‘기권의 조화’라고 표현했지만, 이러한 취지에서 자기결정권의 본질적 내용에 대한 침해라고 논증하는 것이 더 논리적이고 논증적이다. 그 후에 (태아의 생명권을 인정하는 헌법재판소의 입장에서는) 기본권 충돌의 문제로 구체적인 이익형량을 통해 임신 22주라는 기준을 도출할 수 있었을 것이라고 생각한다.

#### IV. 결론 – 개정안 검토와 더불어

##### 1. 이정미 의원 대표발의 형법 일부개정법률안<sup>74)</sup>, 모자보건법 일부개정법률안<sup>75)</sup>

이 법률안은 형법에서 제269조제1항과 제270조제1항을 삭제하고, 부동의 낙태죄의 처벌을 강화하면서, 모자보건법에 제14조에서 낙태허용사유를 3단계로 구분하고, ① 임신 14주 이내에는 임신부의 판단에 따른 요청만으로 가능하게 하고(제14조제1항), ② 임신 14주부터 22주까지는 i) 태아가 출생 전의 해로운 영향으로 인하여 건강상태에 중대한 손상을 입고 있거나 입을 염려가 뚜렷한 경우로서 대통령령으로 정하는 경우, ii) 「성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법」 제2조에 따른 성폭력범죄 행위로 인하여 임신하였다고 인정할 만한 이유가 있는 경우, iii) 법률상 혼인할 수 없는 혈족 또는 인척간에 임신된 경우, iv) 임신의 유지나 출산 후 양육이 현저히 어려운 사회적·경제적인 사유로서 대통령령으로 정하는 경우에 해당하고 임신부의 요청이 있는 경우에 가능하도록 하며(제14조제2항, 제3항), ③ 임신의 지속이나 출산이 보건의학적 이유로 모체의 건강을 심각하게 해치고 있거나 해칠 우려가 있는 경우에는 기간과 무관하게(제14조제2항제5호) 낙태를 허용(제13조제2항)하고 있다.

이 개정안들은 헌법재판소의 취지에 비추어 볼 때, 기간·사유와 관련되는

---

74) 의안번호 제20-19829호, 형법 일부개정법률안(이정미 의원 등 10인, 2019. 4. 15. 발의).

75) 의안번호 제20-19802호, 모자보건법 일부개정법률안(이정미 의원 등 10인, 2019. 4. 15. 발의).

점에는 큰 문제가 없어 보이지만, 이 규정을 위반한 의사 등에 대한 처벌규정은 두지 않고 이 규정을 위반하여 임산부에게 상해 또는 사망의 결과를 야기한 경우에만 처벌규정을 두고, 이 법률을 위반한 낙태의 경우에 과태료규정만을 두고 있다. 또한 아래 제27조의2, 제27조의3 규정의 범죄주체에 임산부가 포함되는지 여부에 논란이 있을 수 있지만(개인적으로 포함된다고 해석하기 어렵다고 생각하지만, 포함된다고 하더라도), 모자보건법규정을 위반하여 이루어진 낙태에 대한 처벌규정이 없이 과태료 규정만 있다는 점에서 태아의 생명보호를 국가의 의무로 규정하는 것은 헌법재판소 결정의 취지에는 반한다고 볼 수 있다.

**<이정미의원 발의 모자보건법 일부개정안의 내용>**

**제13조(인공임신중절의 보장과 제한)** ① 임신의 유지 또는 종결에 관한 임산부의 자기 결정권은 원칙적으로 보장되어야 한다.

② 누구든지 제14조제1항 및 제2항에서 규정한 경우를 제외하고는 임산부를 인공임신중절하게 하여서는 아니 된다.

**제14조(의사에 의한 인공임신중절 및 수술)** ① 의사는 임신 14주 이내의 임산부의 판단에 의한 요청이 있는 경우에는 인공임신중절 및 수술을 할 수 있다.

② 의사는 임신 14주를 초과하는 임산부에 대하여는 다음 각 호의 어느 하나에 해당되는 경우에 임산부 본인의 동의를 받아 인공임신중절 및 수술을 할 수 있다.

1. 태아가 출생 전의 해로운 영향으로 인하여 건강상태에 중대한 손상을 입고 있거나 입을 염려가 뚜렷한 경우로서 대통령령으로 정하는 경우
2. 「성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법」 제2조에 따른 성폭력범죄 행위로 인하여 임신하였다고 인정할 만한 이유가 있는 경우
3. 법률상 혼인할 수 없는 혈족 또는 인척 간에 임신된 경우
4. 임신의 유지나 출산 후 양육이 현저히 어려운 사회적·경제적인 사유로서 대통령령으로 정하는 경우
5. 임신의 지속이나 출산이 보건의학적 이유로 모체의 건강을 심각하게 해치고 있거나 해칠 우려가 있는 경우

③ 제2항제1호부터 제4호까지의 사유로 인한 인공임신중절 및 수술은 임신 22주 이내인 임산부만 할 수 있다.

④ 제1항 및 제2항의 경우 임신부 본인이 심신장애로 의사표시를 할 수 없을 때에는 친권자나 후견인의 동의로, 친권자나 후견인이 없을 때에는 부양의무자의 동의로 각각 그 동의를 갈음할 수 있다.

⑤ 임신부는 제1항과 제2항에 한정하여 인공임신중절 및 수술을 할 수 있다.

**제26조의2(벌칙)** ① 제13조제2항을 위반한 의사, 한의사, 조산사, 약제사 또는 약종상과 제14조제3항을 위반한 의사가 임신부를 사망에 이르게 한 경우 10년 이하의 징역에 처한다.

② 제13조제2항을 위반한 의사, 한의사, 조산사, 약제사 또는 약종상과 제14조제3항을 위반한 의사가 임신부를 상해에 이르게 한 경우 5년 이하의 징역에 처한다.

③ 제1항과 제2항의 경우 7년 이하의 자격정지를 병과(併科)한다.

**제26조의3(벌칙)** ① 제13조제2항을 위반한 자(의사, 한의사, 조산사, 약제사 또는 약종상은 제외한다)가 임신부를 사망에 이르게 한 경우 7년 이하의 징역에 처한다.

② 제13조제2항을 위반한 자(의사, 한의사, 조산사, 약제사 또는 약종상은 제외한다)가 임신부를 상해에 이르게 한 경우 3년 이하의 징역에 처한다.

**제27조의2(과태료)** 제13조제2항을 위반하여 임신부의 촉탁 또는 승낙을 받아 인공임신중절하게 한 의사, 한의사, 조산사, 약제사 또는 약종상에게는 500만원의 과태료를 부과한다

**제27조의3(과태료)** 제13조제2항을 위반하여 임신부의 촉탁 또는 승낙을 받아 인공임신중절하게 한 자(의사, 한의사, 조산사, 약제사 또는 약종상은 제외한다)에게는 200만원 이하의 과태료를 부과한다.

**제27조의4(과태료)** <생략>

## 2. 헌법재판소 결정취지를 반영한 입법방향 제안

1) 헌법재판소의 판시내용에 따르면 “태아가 모체를 떠난 상태에서 독자적으로 생존할 수 있는 시점인 임신 22주 내외에 도달하기 전이면서 동시에 임신 유지와 출산 여부에 관한 자기결정권을 행사하기에 충분한 시간이 보장되는 시기(결정가능기간)까지의 낙태에 대해서는 국가가 생명보호의 수단 및 정도를 달리 정할 수 있다”고 한다.<sup>76)</sup> 즉 이 시기 이전의 낙태도 일률적으로 금지하고 있는 것은 헌법에 반한다는 입장이다. 태아의 기본권 주체성을 인정하고, 태아의 생명보호를 국가의 의무로 보고 있는 헌법재판소의 입장을 따르면 임신

76) 헌법재판소 2019. 4. 11. 선고 2017헌바127 전원재판부 결정문 17면.

전과정에서 임부의 자기결정권에 따르는 낙태는 상담절차와 숙려기간 등을 규정하는 것이 타당하다. 다만 국가는 상담을 결정하면 신속하게 상담을 하고 충분히 숙려할 수 있는 기간을 보장해야 할 것이다.

2) 현재 모자보건법은 낙태결정 사유로서 사회적·경제적 사유를 인정하지 않음으로써 실질적으로 “임신 유지로 인한 신체적·심리적 부담, 출산과정에 수반되는 신체적 고통·위험을 감내하도록 강제”하는 것과 다르지 않으므로,<sup>77)</sup> 결정가능기간 내에는 사회적·경제적 사유를 근거로 하는 임부의 낙태에 관한 자기결정권을 보장하여야 한다. 태아의 성장단계에 따라 여성이 임신을 인식하고 숙려할 수 있는 기간을 고려하여 임신 12주-14주 정도의 기간 이전에는 국가가 임부의 낙태에 관한 자기결정권 행사에 도움을 줄 수 있는 범위 안에서 낙태 또는 임신유지 결정에 필요한 정보를 충분히 제공하고 숙려할 수 있는 절차를 마련할 필요가 있다. 이 기간에는 낙태를 결정한 사유를 묻지 않는 것이 전체적인 헌법재판소 결정의 취지에 합치하는 것으로 보인다.

3) 임신 12주-14주 정도부터 임신 22주-24주 사이에는 태아의 생명보호와 임부의 자기결정권을 고려하여, 낙태가 가능한 적응사유를 규정하고 이 적응사유에 해당하는지를 확인하는 절차가 필요하다. 다만, 이 경우에도 헌법재판소가 강조하고 있는 사회적·경제적 적응사유는 반드시 포함되어야 할 것이다. 적응사유에 해당하는지를 판단하는 과정에서도 국가나 의사 등 타인이 결정에 관여하는 것이 아니라 상담절차에서 적응사유에 해당하는지 여부만 확인하고, 결정은 임부 스스로 할 수 있어야 한다. 결정의 주체가 임부이어야만 헌법재판소가 밝힌 임부의 자기결정권을 형해화 하지 않고 온전히 보장할 수 있을 것이다.

다만, 결정가능기간 내 사회적·경제적 사유를 근거로 하는 임부의 낙태에 관한 자기결정권을 인정한다면, 굳이 다른 요건을 규정하는 것이 의미가 있는 것인지는 생각해볼 문제이다.

---

77) 헌법재판소 2019. 4. 11. 선고 2017헌바127 전원재판부 결정문 23면.

4) 임신 22주-24주 이후에도 임신의 지속이 임부의 생명·건강에 중대한 영향을 미치는 경우에는 낙태가 가능해야 한다. 이는 특별히 규정하지 않는다고 하더라도 형법의 일반원칙에 따라 정당화되거나 면책될 수 있으므로, 이 점에 관하여 특별한 규정을 둘 것인지 여부는 큰 의미는 없다고 생각한다.

5) 낙태의 결정은 “임신한 여성이 자신의 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 반영”하는 것이며,<sup>78)</sup> “여성이 임신 사실을 인지하고, 자신을 둘러싼 사회적·경제적 상황 및 그 변경가능 여부를 파악하며, 국가의 임신·출산·육아 지원정책에 관한 정보를 수집하고, 주변의 상담과 조언을 얻어 숙고한 끝에, 만약 낙태하겠다고 결정한 경우 낙태 수술을 할 수 있는 병원을 찾아 검사를 거쳐 실제로 수술을 완료하기까지 필요한 기간이 충분히 보장되어야 함을 의미”한다고 한다.

위헌의견이 제시한 자료에 따를 때, 통상 여성이 임신한 사실을 알게 되는 시기가 임신 4-6주, 늦으면 8주 정도가 되고, 이때부터 낙태여부를 숙고하고 시술 가능한 의료기관을 찾아 시술을 받는 데까지 3개월 정도가 걸리는 점을 고려하면 최소한 임신 12주까지의 낙태에 대하여는 그 사유와 관계없이 임부의 낙태에 관한 자기결정권을 존중해야 한다고 해석된다.

다만, 헌법재판소는 태아는 기본권 주체이고, 임신 초기에 걸쳐서 국가의 생명보호의무를 인정하고 있는 점을 고려하고, 낙태를 결정하는 과정에서 “임신한 여성이 결정가능기간 중에 낙태갈등 상황에 처했을 때 전문가로부터 정신적 지지와 충분한 정보를 제공받으면서 충분히 숙고한 후 임신 유지 여부에 대한 결정을 할 수 있도록” 하는 것이 태아의 생명보호에 실질적으로 도움이 될 것이라고<sup>79)</sup> 보기 때문에, 전문가에 의한 상담절차와 숙려기간을 규정하여야 한다는 점에도 의문이 없는 것으로 보인다. 다만 이러한 절차는 임부의 낙태에 관한 자기결정권을 행사하는 데에 걸림돌이 되지 않도록 이루어져야 할 것

78) 헌법재판소 2019. 4. 11. 선고 2017헌바127 전원재판부 결정문 16면.

79) 헌법재판소 2019. 4. 11. 선고 2017헌바127 전원재판부 결정문 19면.

이다.

6) 헌법재판소의 결정에 명확하게 요구하고 있지는 않지만, 맥락에 비추어 볼 때 낙태를 결정한 임부에게 안전한 수술은 물론 수술 전후로 적절한 의료서비스나 상담, 돌봄 등을 제공받을 수 있기 위해서 수술은 의사에 의하여 시행되어야 할 것이다. 이와 관련하여 수술을 포함한 상담절차 등의 의료서비스를 국민건강보험의 급여사항에 추가할 필요가 있다.

7) 낙태죄와 정당화절차 또는 정당화하는 적응사유가 다른 법률에 산재하는 것을 방지하기 위하여 형법에 규정하는 것이 타당하다고 생각한다. 또한 절차주의를 도입하는 경우 상담하는 주체와 낙태수술을 하는 주체를 분리하는 문제도 입법과정에서 고려되어야 할 것이다.

[ 참 고 문 헌 ]

1. 단행본

베르너 마이호퍼/심재우 역, 『법치국가와 인간의 존엄』, 1996.

한국형사정책연구원 편, 『형사법령 제정자료집(1) 형법』, 한국형사정책연구원, 1990.

Hassemer, Winfried, Theorie und Soziologie des Verbrechens. Ansätze zu einer praxisorientierten Rechtsgutslehre, 1980.

Merkel, Reinhard, Früheuthanasie, Rechtsethische und strafrechtliche Grundlagen ärztlicher Entscheidungen über Leben und Tod in der Neonatalmedizin, 2002.

2. 논문

김민중, “형법상 절대적 생명보호원칙의 범위와 한계”, 『심은 김일수교수 화갑기념논문집』, 2006.

김민중·김필수, “의료영역에서 인간의 존엄, 생명, 생명권의 관계”, 『한국의료법학회지』 제20권 2호, 2012.

윤재왕, “자기결정권과 후견주의”, 『고려법학』 제67호, 2012.

이석배, “낙태죄 존치론에 대한 반론”, 『한국의료법학회지』 제26권 1호, 2018.

이석배·김필수, “의료영역에서 인간의 존엄, 생명, 생명권의 관계”, 『한국의료법학회지』 제20권 2호, 2012.

이은진, “낙태죄의 의미 구성에 대한 역사사회학적 고찰 - 포스트식민 한국사회의 법제, 정책, 담론 검토”, 『페미니즘연구』 제17권 2호, 2017.

전병남, “원치 않는 아이의 출생과 산모의 자기결정권 - 판례를 중심으로-”, 『대한법의학회지』 제24권 2호, 2000.

정현미, “치료중단의 한계와 형사책임”, 『형사정책연구』 제15권 4호, 2004.

최우찬, “안락사와 존엄사- 아름다운 죽음에 관한 권리”, 『고시계』, 1989. 2.

최희수, “인간의 존엄권과 생명권의 시기”, 『강원법학』 제31권, 2010.

에릭 힐젠도르프/김영환·홍승희 역, 『남용된 인간의 존엄』, 2000.

Feinberg, Joel, Legal Paternalism, in: Rights, Justice and the Bounds of Liberty, 1980.

Hilgendorf, Eric, Biostrafrecht als neue Disziplin? Reflexionen zur Humanbiotechnik und ihrer strafrechtlichen Begrenzung am Beispiel der Ektogenese, FS-Brohm, 2002.

Jakobs, Günther, Zum Unrecht der Selbsttötung und der Tötung auf Verlangen – Zugleich zum Verhältnis von Rechtlichkeit und Sittlichkeit, FS-Kaufmann, 1993.

Lorenz, Dieter, Die verfassungsrechtliche Garantie der Menschenwürde und ihre Bedeutung für den Schutz menschlichen Lebens vor der Geburt, ZfL 2001.

Luf, Gerhard, Menschenwürde als Rechtsbegriff, FS-E.A.Wolff, 1998.

Roxin, Claus, Pflichtwidrigkeit und Erfolg bei fahrlässigen Delikten, ZStW 74, 1962.

Seelmann, Kurt, Haben Embryonen Menschenwürde?, in: Kettner(Hrsg.), Biomedizin und Menschenwürde, 2004.

[국문초록]

‘낙태죄’ 헌법재판소 헌법불합치 결정의 취지와 법률개정 방향

이석배(단국대학교 법과대학 교수)

헌법재판소가 2012년 8월 23일 낙태죄 규정을 합헌으로 결정한 이후에도 낙태죄 폐지에 대한 논란은 지속되어 왔다. 낙태죄의 존폐논란은 최근에만 일어난 일이 아니라 이미 형법제정 당시부터 있었던 것으로, 대한민국의 근대입법과정과 역사를 같이 한다. 당시 형법제정과정에서 낙태죄의 전면삭제를 주장하면서 수정안을 제출했던 의원들은 사회·경제적 적응사유를 핵심적인 제안이유로 제시하기도 하였다.

이후 개발독재기에도 낙태죄의 폐지가 논의되었으나, 이는 여성의 인권을 보장하기 위한 것이 아니라, 박정희 독재정권의 ‘산아제한’, ‘가족계획’이라는 국책사업과 관련이 있었다. 이후 인공임신중절을 제한적으로나마 허용하는 「모자보건법」의 제정은 유신으로 국회가 해산된 후 입법권을 대신하게 된 비상국무회의에서 1973년 2월 8일 이루어졌고, 1973년 5월 10일부터 시행되었다. 그나마 일부라도 낙태의 합법화를 포함하는 「모자보건법」이 가능했던 배경은 당시 유신독재가 어떠한 이견도 허락하지 않았기 때문에, 종교계에서도 반대 의견을 표명하기 어려웠기 때문일 것으로 보인다. 이렇게 제정된 「모자보건법」은 지금까지 약간의 수정만을 거치며 그대로 유지되어왔다. 낙태죄 존폐론의 논거들도 형법제정 당시와 큰 차이 없이 그대로 평행선을 달려왔다고 볼 수 있다. 2012년 8월 23일 헌법재판소의 결정에서도 합헌의견과 위헌의견이 4:4로 팽팽하게 맞섰었다. 다만 헌법재판소의 위헌결정을 위한 정족수를 채우지 못하여 합헌으로 결정하였다. 이 낙태죄 폐지 논쟁은 이번 헌법재판소의 헌법불합치 결정으로 일단락되었고, 국회는 새로운 입법이라는 과제를 부담한다. 즉 국회는 적어도 2020년 12월 31일까지 개선입법을 이행하여야 하고, 그때까지 개선입법이 이루어지지 않으면 낙태죄조항들(「형법」 제269조제1항, 제270조제1항)은 2021년 1월 1일부터 효력을 상실한다.

따라서 아래에서 우선 형법상 낙태죄 규정에 대한 헌법재판소 헌법불합치 결정의 논거가 무엇인지를 살펴보고(II), 과거의 헌법재판소와 대법원의 논증구조와 어떠한 점에서 차이를 가지는지, 그리고 헌법재판소 헌법불합치 결정에서 나타난 쟁점을 무엇인지를 검토한 후(III), 헌법재판소가 제시한 기준에 따른 입법재량의 범위 안에서 입법방향과 이미 제출된 「형법」과 「모자보건법」의 개정안에 대하여 검토(IV)하였다.

주제어: 낙태, 인공임신중절, 자기결정권, 태아의 기본권 주체성, 생명권, 모자보건법

## **A Review on Constitutional Discordance Adjudication of the Constitutional Court to Total Ban on Abortion**

Seok-Bae Lee

*College of Law, Dankook University*

### **=ABSTRACT=**

Even after the Constitutional Court decided on August 23, 2012 that the provisions of abortion were constitutional, discussions on the abolition of abortion continued. The controversy about abortion is not only happening recently, but it has already existed since the time when the Penal Code was enacted, and it shares the history of modern legislation with the Republic of Korea. Legislators whom submitted amendment while insisting upon the eradication of abortion in the process of enacting criminal law at that time, presented social and economic adaptation reasons as the core reason.

From then on, the abolition of abortion has been discussed during the development dictatorship, but this was not intended to guarantee women's human rights, but it was closely connected to the national policy projects of “Contraception” and “Family Planning” of the Park 's dictatorship. Since then, the enactment of the Mother and Child Health Law, which restrictively allow artificial abortion, was held on February 8, 1973, in an emergency cabinet meeting that replaced the legislative power after the National Assembly was disbanded. It became effected May 10th. The reason behind the Mother and Child Health Law that included legalization of abortion in part was that the Revitalizing Reform at that time did not allow any opinion, so it seem to be it was difficult for the religious to express opposition. The “Maternal and Child Health Law” enacted in this way has been maintained through several amendments. It can be seen that the question of maintenance of abortion has been running on parallel lines without any significant difference from the time when the Penal Code was enacted. On August 23, 2012, the Constitutional Court decided that the Constitutional Opinion and the unconstitutional Opinion were 4: 4. However, it

was decided by the Constitution without satisfying the quorum for unconstitutional decision of the Constitutional Court. This argument about abolition of abortion is settled for the the time being with the decision of the constitutional inconsistency of the Constitutional Court, and now, the National Assembly bears the issue of new legislation. In other words, the improved legislation must be executed until December 31, 2020, and if the previous improved legislation is not implemented, the crime of abortion (Article 269, Paragraph 1, Article 270 of the Criminal Code) Article 1 (1) will cease to be effective from 1 January 2021.

Therefore, in the following, we will look into the reason of the Constitutional Court’s constitutional discordance adjudication on criminal abortion(II), and how it structurally differs from the previous Constitutional Court and the Supreme Court. After considering key issues arised from the constitutional discordance adjudication(III), the legislative direction and within the scope of legislative discretion in accordance with the criteria presented by the Constitutional Court We reviewed the proposed revisions to the Penal Code and the Mather and Child Health Act of Korea(IV).

Keyword : Abortion, termination, right to self-determination, fundamental human rights of fetus, right to the life, the Mother and Child Health Law of Korea