지평법정책연구소

지평 공공정책팀

법정책이슈브리핑
Law & Policy Issue Briefing

제2022-3호
발행일 : 2022. 9. 30. (금)

「형법」상 낙태죄에 관한 입법정책적 과제

이춘희 선임연구원
(지평법정책연구소)
02-6200-0628
chy@jipyong.com

Ⅰ. 들어가며

최근 미국으로부터 임신중단 행위의 규율에 관한 새로운 소식이 날아들었다.[1] 그것은 임신중단 여부에 관한 여성의 자기결정권은 미합중국헌법(이하 '미연방헌법'이라 함)상 근거가 없으며, 임신중단 행위에 대한 규율 권한은 개별 주의 주민(people)과 그 대표기관이 갖는다는 미연방대법원의 판결 내용이다. 이 사안은 pro-life, pro-choice 논쟁과 관련해서 매우 논란이 많은 주제이기도 하지만, 미연방대법원이 지난 50여 년간 유지해 왔던 임신중단 행위에 관한 입장을 크게 바꾼 측면에서도 의의가 큰 사건이다. 바다 건너 미국에서의 큰 이슈는 이 문제에 대한 우리의 현주소를 돌아보게 한다. 우리나라에서 이것은 「형법」상 낙태죄의 규율에 관한 문제인데, 결론적으로 국회 등 국가기관은 이를 방기하고 있는 실정이다. 입법정책적 관점에서 여성과 태아의 기본권 보장에 관한 매우 중요한 과제임에도 불구하고 입법 및 행정기관은 답보상태에 머무르고 있다. 과거에 비해 감소추세에 있기는 하지만 2017년 기준으로 만 15~44세 가임기 여성 1,000명당 4.8건의 인공임신중절률을 보이고 있으며, 이는 2017년 연앙인구를 기준으로 약 5만 건에 해당하는 수치로 적지 않은 수의 인공임신중절이 여전히 이루어지고 있는 실정에 비추어 볼 때 작지 않은 문제라고 할 것이다.[2] 법정책이슈브리핑 제2022-3호에서는 2019년 4월 11일 헌법재판소의 「형법」상 자기낙태죄 및 업무상동의낙태죄(의사) 부분에 대한

[1] 최근 '낙태(落胎)'라는 용어가 가지는 부정적인 뉘앙스를 배제하고, 임신한 여성의 자기결정권을 강조하기 위해 임신중지 혹은 임신중단이라는 용어를 사용해야 한다는 주장이 유력하다. 여기서는 「형법」 및 「모자보건법」상 용어로서 낙태, 인공임신중절이라는 표현을 그대로 사용할 필요가 있는 경우를 제외하고 가능한한 '임신중단'이라는 용어로 통일하여 표현한다.

[2] 이소영 등, 인공임신중절 실태조사, 보건복지부 · 한국보건사회연구원, 2018, 113쪽.

헌법불합치결정 이후 변화된 임신중단 행위 관련 실태, 발의된 법률안의 내용, 입법정책적 논의와 이슈에 대해 검토해 보고자 한다. 이를 통해 「형법」상 낙태죄의 규율에 관한 문제점을 분명히 하고, 개선 입법과 정책 마련을 촉구하는 계기를 마련하고자 한다.

Ⅱ. 국내규범 구조 및 현황

본격적인 논의에 앞서 이해를 돕기 위해 임신중단 행위에 대한 국내법의 규율 체계와 현황을 간략히 알아본다.

1. 「형법」과 「모자보건법」에 의한 이원적 규율

「형법」은 제27장 낙태의 죄에서 자기낙태죄(제269조 제1항), 동의낙태죄(제269조 제2항), 동의낙태치사상죄(제269조 제3항), 업무상동의낙태죄(제270조 제1항), 부동의낙태죄(제270조 제2항)와 업무상동의낙태치사상죄 및 부동의낙태치사상죄(제270조 제3항)를 범죄로 규정하여 규율해 왔다. 그러나 「모자보건법」은 일정한 정당화 사유와 기간을 정하여 이를 충족하는 범위에서 이루어진 인공임신중절 행위에 대해 「형법」의 적용을 배제하여 처벌하지 않는 것으로 하였다. 즉 임신중단 행위는 원칙적으로 「형법」상 범죄행위에 해당하며, 「모자보건법」에서 위법성조각사유를 정하여 일부 행위에 대해서만 처벌을 면제하는 규범 구조로 규율되고 있다.[3]

2. 헌법재판소의 결정

「형법」상 낙태죄에 대해서는 그동안 사문화된 규정으로 형벌로서 실효성이 없다는 점, 형벌규정의 본래 목적과 무관하게 배우자 및 상대 남성으로부터의 협박 혹은 강요 수단으로 악용되어 오고 있다는 점, 태아의 생명 보호 및 여성의 생명 · 신체 · 건강 보호에 아무런 도움이 되지 않는다는 점 등 다양한 비판과 문제 제기가 있었다. 헌법재판소에서 「형법」상 낙태죄 관련 조항에 대해 2차례의 위헌심사가 있었다.

가. 1차 결정

헌법재판소는 2012년 8월 23일 업무상동의낙태죄 조항 중 조산사 부분에 대한 위헌소원 사건에서 자기낙태죄 및 업무상동의낙태죄 조항에 대해 위헌심사를 행하였다. 당해 사건의 법정의견은 헌법 제10조에서 도출되는 임부의 자기결정권(낙태의 자유)을 인정하고, 이 사건 법률이 태아의 생명권 보호라는 입법목적 달성을 위해 임부의 기본권을 과도하게 제한하고 있는 것인지 여부를 판단하였다. 법정의견은 “태아가 독자적 생존능력을 갖추었는지 여부를 그에 대한 낙태 허용의 판단 기준으로 삼을 수는 없다”, “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”는 등의 입장에서 위 「형법」 조항들이 과잉금지원칙에 위배되지 않는다고 판단했다.[4] 하지만 당시에도 재판관 4인의 반대의견은 임신 초기(임신 1주~12주)의 낙태까지 전면적, 일률적으로 금지하고 처벌하고 있다는 점에서 과잉금지원칙에 위배하여 임부의 자기결정권을 침해한다는 의견으로 팽팽히 대립하였다.

나. 2차 결정

3) 「모자모건법」은 의학적 · 우생학적 · 윤리적 적응사유 등 5가지 정당화 사유가 있는 경우에 한해 임신한 날로부터 24주 이내에만 「형법」상 낙태죄의 적용을 배제하고 있다(「모자보건법」 제14조 및 같은 법 시행령 제15조 참조).

4) 헌재 2012. 8. 23. 2010헌바402, 판례집 24-2상, 471, 472.

2019년 4월 11일 선고된 낙태죄에 관한 2차 결정에서 헌법재판소는 「형법」상 자기낙태죄와 업무상동의낙태죄(의사) 부분에 대해 헌법불합치 선언을 하였다. 법정의견은 "국가에게 태아의 생명을 보호할 의무가 있다고 하더라도 생명의 연속적 발전과정에 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"[5]는 입장에서 입법자가 태아의 생명 보호와 임신한 여성의 자기결정권이 실제적 조화와 균형을 이루도록 노력을 충분히 하지 않고, 태아의 생명 보호라는 공익에 대해서만 일방적이고 절대적인 우위를 부여함으로써 공익과 사익 간의 적절한 균형관계를 달성하지 못하였다는 등의 이유로 과잉금지원칙 위배를 인정했다. 단순위헌 의견이 3인이고, 헌법불합치 의견이 4인으로 「헌법재판소법」 제40조 제1항 및 「법원조직법」 제66조에 근거하여 헌법불합치결정이 선언되었고, 2020년 12월 31일까지 계속 적용을 명하였다. 한편 3인의 단순위헌 의견은 "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 없다"는 입장에서 단순위헌결정을 촉구하였고,[6] 2인의 반대의견은 위 1차 결정에서의 법정의견 논지를 유지하였다.

3. 헌법재판소의 헌법불합치결정 이후 현황 및 실태

헌법재판소가 입법개선 시한으로 정한 2020년 12월 31일이 지나면서 「형법」 제269조 제1항과 제270조 제1항 중 의사 부분은 2021년 1월 1일부터 효력을 상실하였다. 국회와 정부는 「형법」과 「모자보건법」 개정안들을 제출 및 발의하긴 했지만 이렇다 할 성과 없이, 입법공백 상태를 방치하고 있다. 이에 따라 헌법재판소의 의도와는 반대로 태아의 생명권 보호와 임신한 여성의 자기결정권을 실질적으로 보호하는 법제도 및 정책 마련은 요원해 보이며, 불법 약물의 유통이 성행하고 안전하지 않은 임신중단 시술이 여전히 이루어지는 등 여성의 생명과 신체에 대한 중대한 위기 상황이 지속되고 있는 형편이다.

가. 실태 및 문제점

현재 자기낙태죄와 의사가 행위주체인 업무상동의낙태죄는 무효가 되었지만, 업무상동의낙태죄의 나머지 구성요건들, 동의낙태죄, 부동의낙태죄, 기타 낙태치사상죄는 여전히 유효하므로 임신중단이 전면적으로 합법화된 것은 아니다. 따라서 소위 "안전한 낙태"를 위한 의약품 및 의료서비스를 제공할 여건이 조성되지 못하고, 그 틈을 타 그동안 음성적으로 이루어져 온 임신중단 관련 의료광고 및 불법 약물이 온라인 등을 통해 게재, 유통되고 있는 실정이다.[7] 일부에서는 임신중단 수술비용이 증가하여 임신한 여성의 부담이 가중되고 있다고도 하며,[8] 유명인들의 임신중단 종용, 강요 등이 사회적 이슈가 되기도 한다.[9] 한편 2021년 1월 1일부터 낙태시술과 관련한 처벌 상황이 역전되어 이제는 의사가 낙태시술을 거부한 경우 「의료법」상 진료거부 행위로 처벌될 위험에 처하여 의사단체는 명확한 법적 기준의 마련을 요구하고 있다.[10] 나아가 임신 34주된 여성의 낙태시술 요청을 받고서 제왕절개방식으로 낙태시술을 행한 후, 태어난 아기를 양동이 속 물에 담가 익사시키고, 사체를 의료폐기물로 소각시킨 의사에 대해 대법원은 업무상동의낙태죄 부분 혐의에 대해 무죄를 확정하기도 했다.[11]

---

5) 헌재 2019. 4. 11. 2017헌바127, 판례집 31-1, 404, 421.
6) 헌재 2019. 4. 11. 2017헌바127, 판례집 31-1, 404, 438.
7) "중국산 불법 낙태약 들여와 미국산 속여 판매한 일당 적발", 한국세정신문 http://www.taxtimes.co.kr, 2022. 6. 14.(최종검색: 2022. 9. 28.).
8) 김동식 등, 안전한 임신중단을 위한 의료접근성 제고방안 연구, 한국여성정책연구원, 2020(헌법재판소의 낙태죄 헌법불합치 결정 이후 임신중단 의료접근 실태와 정책과제, KWDI 이슈페이퍼, 한국여성정책연구원, 2021, 3~4쪽).
9) "여자친구에게 낙태 종용했다면 범죄?", 연합뉴스 https://www.yna.co.kr/view/AKR20211019134600502, 2021. 10. 20.(최종검색: 2022. 9. 28.).
10) "낙태죄 사라지고 낙태거부죄 생긴다? 무법 상태 의사들", 조선일보 https://www.chosun.com/national/weekend/2021/01/09/JDQHQR4IWFEUBDAYHLQJLV4YYU/, 2021. 1. 9.(최종검색: 2022. 9. 28.).

나. 입법개선 동향

헌법재판소가 정한 입법시한이 다가오던 2020년 말 임신중단 관련 입법개선을 위해 정부와 의원입법이 추진되었다.[12] 「형법」과 「모자보건법」 일부개정법률안이 모두 13건 발의 및 제출되었다. 정부가 「형법」 및 「모자보건법」 일부개정법률안을 각각 1건씩 제출하였고, 의원입법으로 「형법」 일부개정법률안 5건과 「모자보건법」 일부개정법률안 6건이 각각 발의되었다.

정부는 ⅰ) 낙태 처벌 및 허용에 관한 규정을 「형법」으로 일원화하고, ⅱ) 인공임신중절 수술의 허용기간 및 사유를 차등 규정하며(14주 · 24주), ⅲ) 상담 및 숙려기간을 거치고 허용기간에 해당하는 경우 사회적 · 경제적 사유에 의한 낙태를 가능하게 하였으며, ⅳ) 기타 자연유산 유도약물 허용, 사회적 상담 지원, 세부적 시술절차 마련, 원치 않는 임신 예방 등 지원에 관한 규정들을 마련하였다. 그러나 이와 같은 정부 개정안은 낙태죄 폐지와 존치를 주장하는 양측 모두의 비판을 동시에 받았으며, 본회의에 상정도 되지 못한 채 계류 중에 있다.

의원 발의안으로는 「형법」과 「모자보건법」을 모두 발의한 권인숙의원, 이은주의원, 조해진의원, 박주민의원, 서정숙의원 대표발의안들이 있고, 「모자보건법」 개정안만을 발의한 남인순의원 대표발의안이 있다. 이들 중 이은주의원안, 박주민의원안, 권인숙의원안은 「형법」상 낙태죄를 전면폐지하는 내용을 담고 있으며, 조해진의원안과 서정숙의원안은 「형법」상 낙태죄를 유지하되, 특정한 허용기간과 사유를 통해 처벌을 제한하는 방식을 취하고 있다. 남인순의원안은 「모자보건법」 개정을 통해 약물에 의한 임신중단을 허용하고, 인공임신중단에 대한 보험급여 실시 등을 규정하였다.

한편 국회에서 「형법」 및 「모자보건법」 개정안에 대한 논의가 이루어지던 시기에 국민 10만 명의 동의를 얻은 국회청원이 낙태죄 폐지와 유지를 주장하는 양측에서 제출되는 등 국회 안팎으로 첨예한 대립 구도가 형성되었다.[13]

III. 국제적 규제 방식과 동향

낙태행위의 규율에 관한 외국의 입법례, 국제적 규범과 최근 이슈에 대해 간략하게 알아본다.

1. 외국의 입법례

대다수의 대륙법계 유럽 국가들은 기간 방식과 정당화 사유 방식을 병행하여 일정한 요건을 갖춘 임신중단을 비범죄화 한 경우가 많다.[14] 영국은 마지막 생리기간의 첫날부터 24주 이내의 일정한 요건을 갖춘 임신중단을 형사처벌 대상에서 제외하고 있다. 미국은 주(州)별로 규제가 다르나, 로 사건(Roe v. Wade, 410 U.S. 113) 판결의 취지에 따라 태아가 독자적 생존능력(viability)을 갖추기 전의 일정한 시기에 일정한 요건을 갖춘 임신중단을 형사처벌하지 않는 주들이 있다.[15] 그 밖에 캐나다와 같이 모든 형태의 임신중단 행위를 비범죄화 하고 있는 국가도 있고, 이라크, 필리핀, 이집트 등과 같이 임신 전기간에 걸쳐 어떠한 사유라도 임신중단을 금하는 국가들도 있다.

2. 국제기구의 규범 및 지침

유엔인권위원회와 세계보건기구(WHO) 등은 여성의 권리와 성평등, 임신한 여성의 생명 · 신체 등 건강을 위해 “안

11) 대법원 2021. 1. 28 선고 2017도18271 판결.

12) 헌법재판소의 헌법불합치결정이 선고된 직후인 2019년 4월 15일 제19대 국회에서 이정미의원 대표발의안으로 「형법」(의안번호: 2019829) 및 「모자보건법」(의안번호: 2019802) 개정안이 각각 발의되었으나, 본회의 심의도 거치지 못한 채 임기만료로 폐기되었다.

13) 2020. 11. 3. ‘낙태죄 전면 폐지와 여성의 재생산권 보장에 관한 청원’ 및 2020. 12. 26. ‘태아 생명을 보호하는 낙태법 개정안 요청에 관한 청원’ 내용 참조.

14) 기간 방식은 대체로 마지막 생리기간의 첫날부터 14주 이내의 일정한 요건을 갖춘 임신중단을 형사처벌 대상에서 제외하는 것이다.

15) 헌재 2019. 4. 11. 2017헌바127, 판례집 31-1, 404, 418.

전하지 않은 낙태"의 방지, 인신중단 전후 의료와 상담 서비스 제공, 성 및 생식건강에 필수적인 의약품, 장비, 기술 제공 등을 강조하고 있다. 대표 사례로 유엔 사회권규약위원회의 일반논평 제22호(2016)에[16] 따르면 성 및 생식건강권의 내용으로 낙태 및 낙태 후 의료용 의약품의 가용성, 안전한 낙태 및 낙태 후 의료에 대한 정보 접근성 등을 포함하고 있다. 여성과 남성 간의 평등 및 성인지적 관점에서 안전하지 않은 낙태의 방지를 촉구하고 있다. "의도하지 않았던 임신과 안전하지 않은 낙태의 방지를 위해 국가는 법적, 정책적 조치를 취하여, 모든 개인이 감당할만한 비용으로, 안전하며 효과적인 피임용구를 이용할 수 있도록 하고..낙태를 제한하는 법을 완화하고, 여성과 소녀들에게 안전한 낙태 서비스와 고품질의 낙태 후 의료를 보장하고, 보건의료 요원들에게 관련 교육을 제공하고, 여성이 성 및 생식건강에 대해 자율적인 결정을 내릴 권리를 존중해야 한다."고 해석하고 있다.[17] 사회권규약위원회는 성 및 생식건강권에 기초한 핵심적 국가의무로 안전하지 않은 낙태를 방지하고, 필요한 이들에게 낙태 후 의료와 상담을 제공하기 위한 조치를 취할 것을 들고 있기도 하다. 기타 특정 개인 혹은 집단이 성 및 생식건강권을 실현할 능력을 무효화하거나 저해하는 법과 정책을 폐지하거나 개정해야 할 당사국의 의무를 구체화하면서 성 및 생식건강권을 온전히 누리기 위해 필요한 자율성과 평등권 및 차별을 받지 않을 권리를 저해하는 광범위한 법률, 정책, 관행의 예로 낙태를 범죄시하거나 제한하는 법률을 제시하고 있다. 유엔 사회권규약위원회 일반논평은 그 자체로 법적 구속력이 인정되는 문서는 아니지만, 권위 있는 국제기구의 문서로서 그 일반적, 객관적 성격에 비추어 볼 때 중요한 자료임은 부정할 수 없을 것이다.

3. 최근 이슈 – 미연방대법원 Dobbs v. Jackson Women's Health Organization 판결

그러나 위와 같은 국제적 경향과는 별개로 2022년 6월 24일 미연방대법원은 Roe 사건 판결 이후 지난 50여 년간 인정되어 온 여성의 낙태권을 무효화하는 상당히 논쟁적인 판결을 선고하였다.[18] 이 판결의 주요내용을 간단히 검토해 본다.

가. 사건 개요

이 사건은 긴급한 의료적 필요나 태아의 심각한 비정상성이 인정되는 경우를 제외하고 임신 초기 15주 이후의 낙태 시술을 금지하는 내용의 2018년 미시시피 주정부 입법(재태기간법, Gestational Age Act)에 대한 합헌성을 다툰 것이다. 잭슨 여성보건기구(Jackson Women's Health Organization, 미시시피의 유일한 임신중절 클리닉)는 2018년 3월 미시시피 주 보건당국(책임자 Thomas E. Dobbs)을 상대로 소송을 제기했다. 미연방 미시시피 남부지방법원은 선례인 케이시 사건(Planned Parenthood of Southeastern Pa. v. Casey, 505 U.S. 833) 판결[19]에 근거하여 당해 법률의 집행금지 가처분 명령을 내리고 소송을 진행하였다. 하급심은 태아의 독자적 생존가능성 이슈에 대한 기존 입장, 약식판결, 당해 법률의 영구적 적용 금지 등 원고 측의 주장을 받아들였다. 피고는 항소했고 미연방 제5순회항소법원은 이를 받아들였다. 항소법원은 원심판결을 유지했고, 주정부는 미연방대법원에 상고했다. 이 사건의 핵심쟁점은 태아의 독자적 생존가능시기 이전에 이루어지는 모든 형태의 낙태금지가 위헌성을 갖는지 여부이다. 하급심은 태아의 독자적 생존가능 시기 이전의 낙태금지는 주정부에 정당한 이익이 없고, 이 시기

---

16) A규약 제12조의 성 및 생식건강에 대한 권리에 대한 일반논평이다.

17) 유엔 인권조약기구 일반논평 및 일반권고 사회권위원회 일반논평, 국가인권위원회, 2020. 12., 273-274쪽.

18) 같은 판결에서 사용한 용어인 'abortion'은 '낙태'로 번역하는 것이 법학계의 일반적인 경향이고, 헌법재판소 등 사법기관과 정부 기관에서도 낙태로 옮기고 있으므로 여기서는 낙태 용어를 그대로 사용한다. 이는 헌법재판소가 'termination of pregnancy', 'to end a pregnancy'를 임신중단 혹은 임신중지라는 용어로 표현하고 있는 것도 고려한 것이다.

19) 태아의 독자적 생존가능성이 인정되기 이전시기에 여성이 갖는 낙태에 관한 자기결정권은 미연방수정헌법 제14조의 적법절차조항에 의해 보장된다는 것에 기초하여, 주정부가 태아의 독자적 생존가능성이 인정되기 전 단계(보통 임신초기 24주 이내)의 낙태시술을 금지하는 것을 제한하는 내용의 판결이다.

여성이 가지는 자기결정권에 부당한 부담(undue burden)이 되는 것으로 판단했다. 미시시피 주정부 측은 이 사건 법률이 제1삼분기에 해당하는 태아들의 생명 보호, 불필요한 임신중절로 인한 여성들의 건강상 위해로부터의 보호, 의료종사자들의 무결성 보호(protecting the integrity of the medical profession)[20]라는 측면에서 주정부의 정당한 이익이 있으며, 이 사건 법률은 낙태를 하고자 하는 미시시피 주의 여성들에게 부당한 부담을 지우는 것이 아님을 주된 이유로 합헌성을 주장했다. 미연방대법원은 심판의 필요성을 인정하여 이 사건 심판절차를 진행하였다.

미연방대법원은 2022년 6월 24일 대법관 6 : 3의 의견으로 미연방헌법상 낙태권을 부인하고, 관련된 선례를 모두 무효선언 혹은 폐기하였으며, 낙태행위에 대한 규율 권한이 개별 주에 있음을 확인하는 판결을 선고했다. 이 사건 판결이 선고되기 한 달 전인 2022년 5월 대법관 사뮤엘 알리토의 다수의견 초안이 유출되어 일간지 폴리티코에 실리는 헤프닝이 벌어졌으며, 이를 계기로 여러 주에서 방아쇠 법(trigger law)을 포함한 관련 법안이 통과되기도 했다. 공화당 정치인들은 연방대법원의 결정에 찬사를 보냈고, 상대 진영인 민주당 측에서는 이를 폄하했으며, 각종 찬반 집회와 평가가 미국내는 물론 국제적으로도 촉발되었다.

나. 주문

- 미연방헌법으로부터 낙태권은 도출되지 않는다. Roe 사건과 Casey 사건은 무효로 한다. 낙태행위에 대한 규율 권한은 개별 주의 주민(people)과 그들의 선출된 대표기관에 되돌아 가야한다.
- 미시시피 주의 재태기간법은 합리성 심사기준에 따른 합헌성 심사 결과 정당한 이익이 인정된다.

사건은 원심법원으로 파기환송 한다.

토마스(Thomas), 케버너(Kavanaugh) 대법관이 보충의견을 제출했다.

로버츠(Roberts) 대법원장이 주문에 대한 보충의견(별개의견)을 제출했다.

브라이어(Breyer), 소토마요르(Sotomayor), 케이건(Kagan) 대법관이 반대의견을 제출했다.

다. 이유의 요지

(1) 다수의견은 이 사건의 핵심쟁점이 합리적 헌법해석을 통해 낙태에 관한 기본적 권리가 도출되는지 여부에 있다고 보았다. Casey 사건의 다수의견은 그 문제를 깊이 있게 살피지 않고, 선례구속의 원칙에 따라 Roe 사건을 단순히 재확인하는 데 그쳤다. 선례구속원칙의 적절한 적용을 위해서는 Roe 사건 판결의 이유가 견고한 논리적 근거를 가지는지에 대해 평가할 필요가 있다고 다수의견은 판단했다. 먼저, 대법원은 이 사건에 적용될 심사기준을 확정함에 있어 수정헌법 제14조의 적법절차조항, 평등보호조항 등이 낙태권의 헌법적 근거가 될 수 없다는 판단과 주의 낙태행위 규율이 성차별에 관한 사건 범주에 해당하지 않는다는 점을 토대로 엄격한 심사기준이 아닌 합리성 심사기준이 적용되어야 함을 논증하였다. 다음으로 대법원은 낙태권이 미국의 역사와 전통에 깊이 뿌리내린 권리도 아니고, 소위 “질서 있는 자유”(ordered liberty)의 내용에 포함되지도 않는다고 보았다. 낙태권은 수정헌법 제14조에 의해 보호되지 않으며, 질서 있는 자유에 대한 역사적 이해에 근거할 때 낙태행위에 대한 개별 주의 규율은 정당한 것이

[20] 당해 법률에서 정한 기준인 15주 이후에 이루어지는 낙태의 경우 경관확장 및 흡입술에 의해 진행되고, 이는 여성의 자궁으로부터 태아를 제거함에 있어 태아를 부수고 찢어 그 조각들을 모체밖으로 끄집어내는 외과적 방법으로 진행된다. 당해 법률은 이와 같은 경관확장 및 흡입술이 비인간적이라는 사실을 인식하고, 의료적 필요에 의하지 않고 오직 임신중절을 위해 이루어지는 위와 같은 시술은 야만적이고, 산모에게 위험하며, 의료종사자들에게 모욕적임을 전제하였고, 미연방대법원은 이에 대한 판단이 필요함을 인정하였다.

라고 보았다. 마지막으로 대법원은 아직 낙태권이 폭넓고 견고히 자리잡은 기본권에 해당하지 않는 것으로 판단했다.

(2) 다수의견은 선례구속의 원칙이 Roe 및 Casey 사건의 계속적용을 담보하지 않는다는 점을 확인하였다. 여기서 다수의견은 선례구속의 원칙이 배제되는 경우와 그 요건들(오심의 여부, 이유 논증의 우수성, 실제적 적용가능성, 다른 법역에 미치는 영향, 신뢰이익)에 의할 때 Roe 및 Casey 사건은 더 이상 선례로 유지될 수 없다는 점을 논증하였다.

(3) 다수의견은 대법원의 이 사건 판단이 어떠한 정치적 고려나 여론에 영향을 받은 것이 아니며 오로지 헌법 등 법률과 양심에 의한 것임을 분명히 하였다. 선례구속의 원칙은 하나의 규범일 뿐 불변의 명령이 아니고, 대법원은 법률의 해석과 적용이라는 본분에 따라 판단하였음을 강조하였다.

(4) 합리성 심사기준이 적용되는 경우 합헌성 추정의 원칙에 따라 주정부 입법의 합헌성이 추정되고, 주정부의 정당한 이익에 공하는 입법으로서 합리적 근거가 있다면 그 입법은 유지되어야 한다고 보았다. 미시시피 주의 재태기간법은 태아의 생명 보호라는 정당한 이익에 근거한 것으로 잭슨 여성보건기구 측이 제기한 위헌성 주장은 이유 없다고 판단했다.

(5) 낙태행위는 상당한 윤리 · 도덕적 문제점을 내포하고 있고, 미연방헌법은 각 주와 그 주민들이 낙태행위를 어떻게 규율할 것인지 결정하는 것을 금하고 있지 않다. Roe 사건과 Casey 사건은 그들의 정당한 권한을 박탈하였다. 대법원은 위 사건 판결들을 무효로 하고, 낙태행위에 대한 규율 권한을 각 주의 주민과 그들의 선출된 대표기관에 되돌려준다고 결정했다.

라. 평가 및 의견

이번 미연방대법원의 판결에 대해 일각에서는 트럼프 행정부에서 임명한 보수성향의 대법관들에 의해 이루어진 사법적 반혁명(反革命)이라고 보기도 하지만, 그동안 미국에서 치열하게 전개되었던 재판 및 법리 공방에 비추어 본다면 향후 몇몇 진보성향의 대법관 인선만으로는 쉽게 되돌리기 어려운 측면도 있어 보인다. 헌법이론적으로는 원의주의(originalism) 헌법해석론이 비원의주의(non-originalism, living constitutionalism) 헌법해석론을 대체한 것이며, 정치역학적으로 보자면 보수성향의 법률가 집단이 진보성향의 법률가 집단에 대한 비교 우위를 확고히 한 형국으로 판단된다. 판결문은 명시적으로 다른 유형의 사건에 대한 확장해석을 부인하고 있지만, 이 사건 판결은 향후 동성혼 문제 등 미국에서 그동안 논란이 되어온 법률 이슈들에 대해 새로운 국면이 열리는 분수령이 될 수도 있어 보인다.

IV. 입법정책적 쟁점과 과제

임신중단 행위에 대한 규율은 단지 허용과 금지라는 규범적 판단의 문제에 그치는 것이 아니라, 인간에 대한 철학적 이해에 바탕을 두고 윤리적 · 도덕적 가치판단 등 다양한 고려를 통해 최적화된 해법을 도출해야 할 어려운 문제이다. 일방적인 여론에 편승하여 가볍게 결정해 버릴 문제는 더더욱 아니다. 그렇다고 하여 수수방관의 자세로 형편을 살피고만 있을 여유도 없다. 여기서는 「형법」상 낙태죄의 규율에 관한 입법정책적 논의들을 간략히 알아본다.

1. 정책방향에 대한 논의

프로라이프, 프로초이스 논쟁의 연장선이라고도 볼 수 있는 낙태죄 존폐에 관한 논의가 지속되고 있다. 낙태죄 폐지론과 존치론의 주요 논거는 다음과 같다.

가. 낙태죄 폐지론

낙태죄 폐지를 주장하는 입장에서는 ⅰ) "낙태죄는 여성의 신체주권 뿐만 아니라 건강권도 위협하고 있으며, 여성을 경제적으로도 핍박"한다고 보며,[21] ⅱ) "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 결정"이라는 헌법재판소의 설시를 토대로 여성의 자기결정권을 충분히 보장할 필요가 있다는 점, ⅲ) 임신 주수나 허용 사유를 근거로 형벌을 부과하거나 면제하는 것은 현실을 도외시한 것으로 형벌의 명확성원칙에도 반한다는 점, ⅳ) 낙태죄는 "임신중단에 대한 사회적 편견과 낙인을 가져와 궁극적으로 임신중단을 음성화하여 여성 건강의 안전성을 담보하기 어렵게 만들고 있"다는 점[22] 등을 주된 논거로 삼고 있다.

나. 낙태죄 존치론

낙태죄 존치를 주장하는 입장에서는 ⅰ) 태아의 생명 보호는 무시하거나 등한시할 수 없는 중대한 공익으로 국가는 이를 이행해야 할 의무가 있고, ⅱ) 임신중단 행위에 대한 형사처벌 외에 태아의 생명 보호라는 공익을 달성할 보다 효과적이고 확실한 다른 수단을 생각하기 어려우며, ⅲ) 허용 기간, 허용 사유, 적절한 절차 마련을 통해 태아의 생명권 보호와 여성의 자기결정권 보장이 조화를 이룰 수 있도록 해야 한다는 점, ⅳ) 외국의 일반적 입법례[23] 등을 주된 논거로 삼고 있다.

2. 입법쟁점에 대한 논의

낙태죄 개선 입법과 관련하여 개별 쟁점마다 상당히 열띤 논쟁이 이루어지고 있어 모든 논의 내용을 이 브리핑에 자세히 담기는 어렵다. 여기서는 주요 쟁점에 대한 개괄적 내용을 정리해 본다.[24]

가. 낙태죄 비범죄화

헌법재판소의 결정에 의해 「형법」상 자기낙태죄와 업무상동의낙태죄의 일부 부분은 비범죄화 되었지만 나머지 낙태죄 구성요건들은 여전히 유효하다. 「형법」 개정과 관련하여 어느 범위까지의 임신중단 행위를 비범죄화 할 것인지와 관련하여 많은 논란이 있다. 「형법」상 모든 낙태죄 조항들을 삭제하고 전면적인 비범죄화를 주장하는 입장, 부동의낙태죄 구성요건만을 남기고 다른 형태의 낙태죄 관련 조항을 폐지하자고 주장하는 입장, 「형법」상 낙태죄 조항들을 그대로 유지하되, 특정한 허용 기한과 허용 사유를 통해 일부행위를 비범죄화 하자는 입장 등 다양한 의견이 제기되고 있다.

나. 법체계 정합성 문제

여기에는 두 가지 측면의 쟁점이 문제되고 있다. 먼저 「형법」 및 「모자보건법」을 통한 이원적 규율 체계를 일원화

---

21) '낙태죄 전면 폐지와 여성의 재생산권 보장에 관한 청원', 2020년 11월 3일.

22) 이은주, 권인숙 의원 발의 「형법」 일부개정법률안의 제안이유 등 참조.

23) 김주경·이재명, 낙태죄 헌법불합치 결정 관련 쟁점 및 입법과제, NARS 현안분석, 국회입법조사처, 2019, 4~9쪽 참조.

24) 보다 자세한 이해를 위해 김주경·이재명, 낙태죄 헌법불합치 결정 관련 쟁점 및 입법과제, NARS 현안분석, 제52호, 국회입법조사처, 2019; 전윤정, 낙태죄 개정의 쟁점과 과제, 이슈와 논점, 제1764호, 국회입법조사처, 2020 등 참고.

하여 낙태행위에 대한 규율이 하나의 법률에서 이루어지도록 해야 한다는 주장이 있다. 주로 형법학계에서 많이 제기되고 있는 문제이다. 정부 제출「형법」일부개정법률안에서는 이와 같은 견지에서「형법」에 위법성조각사유 등 처벌과 허용에 관한 규정들을 모두 규정하기도 했다. 다음으로 형벌의 체계정당성과 관련하여 낙태죄 처벌규정의 개정이 필요하다는 의견이 있다. 업무상동의낙태죄의 가중처벌을 문제시하는 경우가 있으며, 업무상동의낙태죄와 낙태치상죄(제269조 제3항 및 제270조 제3항)는 징역형만을 규정하고 있어 벌금형을 선택할 수 있도록 법정형에 추가할 필요가 있다는 주장도 있다. 또한 부동의낙태치사상죄의 법정형이 지나치게 낮게 규정되어 있어 상향이 필요하다는 의견도 있다.

다. 사회 · 경제적 사유로 인한 임신중단 허용

헌법재판소의 법정의견이 침해의 최소성 및 법익균형성 논증에서 주요한 논거로 다루고 개선 입법을 촉구했던 쟁점이다. 사회 · 경제적 사유로 인한 임신중단을 정당화 사유로 인정할 것인가 하는 문제이다. 정부의「형법」및「모자보건법」일부개정법률안에서는 상담, 숙려기간 등의 절차적 요건을 통해 사회 · 경제적 사유를 정당화 사유로 포섭하였다. 기타 조해진의원, 서정숙의원 대표발의 「형법」일부개정법률안에서도 허용 기한과 허용 사유를 정하여 일부 사회 · 경제적 사유에 의한 낙태의 위법성을 조각하도록 하였다. 그러나 상담, 숙려기간 등이 안전한 임신중단 의료서비스 제공에 또 다른 장애사유로 작용할 것을 우려하여 이와 같은 형태의 제도 설계에 반대하는 주장도 제기되고 있다.

라. 친권자 및 후견인의 동의

미성년자, 심신상실 및 심신미약자 등의 임신중단과 관련하여 이들의 자기결정권을 어떻게 보충할 것인지에 대해 논의가 이루어지고 있다. 미성년자의 경우 부모의 동의 없이도 임신중단 여부를 결정할 수 있도록 근거 규정을 마련해야 한다는 주장이 있고, 나아가 부모의 동의 없이 자기결정권을 행사할 수 있는 연령에 대한 합의가 필요하다는 의견도 있다. 심신상실 및 심신미약자의 경우 현행「모자보건법」규정 등에 의거 친권자나 후견인의 동의를 조건으로 자기결정권을 행사할 수 있도록 해야 한다는 주장도 제기되고 있다.

마. 배우자 동의

임신한 여성의 자기결정권을 충분히 실현시키기 위해 현행「모자보건법」상 배우자 동의 조건을 삭제해야 한다는 주장이 힘을 얻고 있다. 배우자 동의 조건이 이혼소송 등에서 협박이나 유리한 입장을 점하기 위한 수단으로 오 · 남용되어 온 잘못된 관행을 시정하고, 임신한 여성의 자기결정권을 실질적으로 보장하기 위해 입법개선이 필요하다는 의견이다. 정부가 제출한「모자보건법」일부개정법률안에서도 배우자 동의 요건은 삭제되었다.

바. 의료인의 인공임신중절 시술 거부권 명시

종교적 신념 등 개인적 양심에 따라 인공임신중절 시술을 거부하는 의료인의 보호를 위해 법률에 거부권을 명시해야 한다는 주장이 의료단체 등에서 제기되고 있다. 그러나 인공임신중절 시술 거부권은 임신한 여성들에게 안전하고 충분한 임신중단 의료서비스를 제공하는 데 중대한 장애 요소가 되므로 이를 허용해선 안 된다는 주장도 만만치 않다. 위 정부 제출「모자보건법」개정안에서는 의사의 진료거

부권을 명시하고 있고, 기타 조해진의원, 서정숙의원 대표발의안에서도 진료거부권을 명시하고 있다. 반면 권인숙의원 대표발의안은 정당한 사유가 없는 한 원칙적으로 의사는 인공임신중절 시술을 해야 한다고 규정하고 있다.

사. 건강보험 적용 등 임신중단 관련 의료서비스 및 의약품에 대한 접근성 제고

임신한 여성이 자기결정권을 충분히 행사하기 위해서는 경제적 어려움으로 인해 임신중단 관련 의료서비스를 이용하지 못하는 경우가 없어야 한다고 보아 임신중단 관련 의약품과 의료서비스를 건강보험 급여의 항목으로 편입시켜야 한다는 주장이 제기되고 있다. 위 유엔 사회권규약위원회의 일반논평에 따르면 국가에 적극적인 건강보험 혜택 부여와 같은 구체적인 의무를 지우고 있지는 않지만, 민간 건강보험회사가 성 및 생식건강 서비스 보장을 거부하지 못하도록 할 의무는 진다고 보았다. 그러나 공적 재원인 건강보험재정을 임신중단 시술 비용으로 지불하는 것에 대해 반대하는 목소리도 있으며, 적정한 의료수가 산정 등 여러 가지 제도적, 정책적 노력이 수반되는 측면도 있다. 남인순의원 대표발의 「모자보건법」 개정안에서 보험급여 실시 등을 명시하였다. 한편 응급피임약, 유산유도제 등 약물에 의한 임신중단을 허용해야 한다는 주장이 강하게 제기되고 있으며, 서정숙의원 대표발의안을 제외한 모든 의원발의안과 정부제출안에서 약물에 의한 임신중단 허용을 명시하였다.

3. 입법정책적 과제

앞에서 보았던 것과 같이 국회와 정부는 정치적으로 민감한 이슈이며, 사회적 갈등을 유발할 수 있다는 등의 이유로 「형법」상 낙태죄의 입법개선 책임과 의무를 해태(懈怠)해 왔다. 국회와 정부는 서둘러 개선 입법을 마련하고 관련 정책 수립 및 집행을 통해 태아와 임신한 여성의 생명, 신체, 건강을 실질적으로 보호해야 한다.

가. 개선 입법 마련

이를 위해 먼저 국회는 태아의 생명 보호와 임신한 여성의 생명 · 신체 · 건강 보호를 실질화 하기 위한 개선 입법을 신속히 마련해야 할 것이다. 임시방편이나 책임 회피를 위한 형식적 대응이 아닌 사안의 해결을 위한 진지한 노력의 경주가 요청된다. 지속적인 공청회, 공론화위원회 등 관련 협의체 구성을 통해 공론장에서의 논의를 촉발시키고 합의점을 찾아 나갈 필요가 있다. 아무리 첨예하게 대립되는 민감한 사안이라고 하더라도 이해 당사자들 간의 상호이해를 증진시키는 과정 자체가 불가능하지는 않을 것이다. 여야 및 낙태죄 찬반 양진영의 비판을 동시에 받고 있기는 하지만 헌법재판소의 결정 취지를 객관적으로 반영하기 위해 힘쓴 위 정부제출안을 출발점에 놓고 건설적 논의를 시작하는 것도 하나의 방법이 될 수 있을 것이다.

나. 정책 수립 및 집행

다른 한편으로 정부 등 관련 부처에서는 실효성 없는 처벌 위주의 제도개선을 지양하고, 임신한 여성의 출산 · 육아 등 자녀양육 전 과정에서 부담을 완화하며, 지원을 강화하는 정책 방안을 수립하고 집행해 나가야 할 것이다. 사문화된 법률을 통한 태아의 생명권 보호는 실효성 없고 공허하며, 임신한 여성과 의료종사자들을 옭아매기만 하는 결과를 초래했다. 헌법재판소의 결정 취지를 구체화시킬 수 있는 정책 및 제도 운용 방안을 모색하고 집행해야 할 것이다.

Ⅴ. 나가며

이상에서 검토한 바와 같이 임신중단 행위에 대한 규율은 국내외는 물론, 어제와 오늘에 이르기까지 가장 논란이 되는 주제이면서도 중요한 이슈이다. 헌법재판소가 제시한 입법시한을 도과한 이후 초래된 사실적, 규범적 혼란상태는 좌시할 수 없는 문제이자 입법 및 행정기관이 국민에 대해 지고 있는 책임과 의무의 방기이다.

통계청이 발표한 2022년 6월 인구동향에 따르면 2022년 6월 출생아 수는 18,830명, 전년동월대비 2,674명(-12.4%) 감소하였다. 마찬가지로 2022년 2분기 출생아 수도 59,961명으로 전년동기보다 6,168명(-9.3%) 감소한 수치를 보인다. 2022년 2분기 합계출산율은 0.75명으로 OECD 최하위를 기록한 2020년 0.84명보다 더 줄었다.[25]

「형법」상 낙태죄의 규율 문제를 인구정책의 관점에서 접근해서는 안 될 것이다. 그러나 낙태죄에 관한 헌법재판소 등 사법기관의 판단과 입법정책적 판단이 이 문제를 바라보는 국민들의 시각에 어떤 식으로 영향을 미칠 것인가 하는 부분은 우려스러운 측면도 분명히 있다.

이 문제는 입법자와 정책집행자, 수규자인 국민이 대승적 관점에서 문제를 바라보고 해법을 찾아야 한다고 생각한다. 무엇보다 입법공백의 현상황에 대해 1차적 책임과 의무가 있는 국회는 각성하여 개선 입법을 마련하고, 관련 정책 수립과 집행을 독려해야 할 것이다. 혹자의 표현대로 아무것도 하지 않으면 아무 일도 일어나지 않는다. 국민의 대의기관인 국회나 공복인 정부가 아무것도 하지 않으면 아무 일도 일어나지 않는 것에서 끝나지 않는다. 이들이 아무것도 하지 않으면 주권자인 국민이 고통받는다.

[25] https://data.oecd.org/pop/fertility-rates.htm(최종검색: 2022. 9. 28.).

●●○ 지평법정책연구소는 우리 사회의 법정책 관련 현안에 대한 보다 자세한 분석이나 참고자료를 제시하고자 법정책이슈브리핑을 수시 발간합니다. 법정책이슈브리핑은 연구자 개인의 견해이며 지평법정책연구소의 입장과는 무관함을 밝힙니다.

(사)지평법정책연구소 · 법무법인(유) 지평 공공정책팀

이공현 명예대표변호사
(지평법정책연구소 이사장)
02-6200-1770
leekh@jipyong.com

임성택 대표변호사
02-6200-1746
stlim@jipyong.com

윤영규 변호사
02-6200-1743
ykyun@jipyong.com

김진권 변호사
02-6200-1812
jkkim@jipyong.com

민창욱 변호사
02-6200-1841
cwmin@jipyong.com

이춘희 선임연구원
(지평법정책연구소)
02-6200-0628
chy@jipyong.com

법무법인(유) 지평 뉴스레터는 일반적인 법률 정보를 고객에게 신속하고 정확하게 전달할 목적으로 제공되고 있으며, 이에 수록된 내용은 법무법인(유) 지평의 공식적인 견해나 구체적인 사안에 관한 법적인 효력을 지닌 법률자문이 아닙니다. 구체적인 내용은 법무법인(유) 지평의 변호사 및 전문가와 상담하여 주십시오.

지평법정책연구소 · 지평 공공정책팀
서울 중구 세종대로 14 그랜드센트럴 A동 26층 (우)04527
Tel. 02-6200-1600 Fax. 02-6200-0800 E-mail. newsletter@jipyong.com www.jipyong.com
법정책이슈브리핑 구독신청