

임산부의 낙태의 권리

— 헌재 2019. 4. 11. 2017헌바127 결정과 관련하여 —

김 문 현*

목차

I. 문제의 제기	IV. 임산부의 자기결정권과 태아의
II. 여성의 낙태에 관한 권리	생명보호의무의 조정과 형사처벌
III. 태아의 생명보호의무	V. 맺는말

I 국문초록 I

최근 헌법재판소는 2019. 4. 11. 2017헌바127 결정에서 자기낙태죄를 규정한 형법 제269조 제1항은 “태아의 발달단계 혹은 독자적 생존능력과 무관하게 임신기간 전체를 통틀어 모든 낙태를 전면적·일률적으로 금지하고, 이를 위반할 경우 형벌을 부과하도록 정함으로써, 형법적 제재 및 이에 따른 형벌의 위하력으로 임신한 여성에게 임신의 유지·출산을 강제하고 있으므로, 임신한 여성의 자기결정권”을 침해하여 헌법에 불합치한다는 취지의 결정을 하였다. 이는 2012. 8. 23. 2010헌바402 결정과는 상반되는 입장으로 과거 미연방대법원의 Roe v. Wade판결에 영향받은 것이라 할 수 있다.

그러나 상기 헌재 결정은 다음과 같은 문제가 있다고 생각한다. 가) 헌법 불합치의견과 위헌의견은 태아의 지위에 관해서는 독일연방헌법재판소 제1차 낙태판결과 거의 유사한 입장을 취하면서 결론은 독자적 생존가능성이 있기 전까지는 사실상 낙태를 방임하거나 미국의 Roe v. Wade판결에 유사

* 이화여대 법학전문대학원 명예교수

논문접수일 : 2019. 12. 17., 심사개시일: 2020. 1. 17., 게재확정일 : 2020. 1. 31.

4 인권법평론 제24호(2020년)

한 입장을 취하여 논리적 정합성이 결여되어 있다. 태아가 모체의 일부가 아니라 독자적 생명체라면 낙태는 단순히 임신부의 사적 영역에 머무는 것이 아니라 사회적 의미를 가지는 것이다. 태아의 독자적 생명성을 인정한다면 독일연방헌법재판소가 제1차 낙태판결에서 지적하듯이 낙태는 기본적으로 위법이나 일정한 사유가 있는 경우 허용될 수 있다고 보는 것이 타당하다. 이처럼 독자적 생존가능성이 있기 전에는 광범위한 낙태권을 인정함으로써 사실상 태아의 생명성을 고려하지 않으려 한다면 미국의 Roe v. Wade 판결처럼 태아의 생명권주체성을 부인하고 독자적 생존가능성을 가진 태아의 생명보호를 공익의 하나로 파악하는 것이 논리적이다. 나) 상기 현재결정은 임신 22주 이전의 태아에 대한 낙태를 사실상 무제한으로 허용하여 22주 전의 태아의 생명의 가치를 무시한 문제가 있다. 즉 헌법불합치 의견은 “사회적·경제적 사유의 개념과 범위가 매우 모호하고 그 사유의 충족 여부를 객관적으로 확인하기도 어렵다. 사회적·경제적 사유에 따른 낙태의 허용은 결국 임신한 여성의 편의에 따라 낙태를 허용하자는 것인데, 이를 허용할 경우 현실적으로 낙태의 전면 허용과 동일한 결과를 초래한다.”라는 합헌의견의 비판처럼 사실상 22주전 태아의 경우 전면적 낙태를 허용하는 결과를 초래할 수 있다. 위헌의견은 미국에서도 폐기된 임신기간 3단계구분법에 따라 임신 제1기의 태아의 생명에 대해서는 보호의무를 포기할 것을 주장하고 있다. 이들 의견도 인정하듯이 착상후 독자적 생존가능성이 인정되는 22주 이전의 태아라고 해서 無는 아니다. 다) 미국연방대법원이나 독일연방헌법재판소는 종래의 판례의 기초를 유지하면서 부분적으로 변화된 입장을 취하여 보다 중도적 입장으로 접근하고 있는 것에 비하여 우리 헌법재판소는 상기 결정에서 2012년 결정과는 거의 상반되는 입장으로 선회하였다. 그 사이 현실이나 국민의식의 급격한 변화가 있었다고 보기 어려운 짧은 기간사이의 이러한 판례변화는 헌법적 질서의 안정성을 해친다.

생명에 관한 구체적 사안에 대한 평가는 역사적·사회적 평가와 절연되어 있는 것은 아니다. 생명에 관한 법과 제도가 신앙적 믿음이나 다른 가치와

조화될 수 없는 교조적인 것이 되어서는 곤란하고 그 시대와 사회의 법의 식과 상식, 현실에 부합하여야 한다. 태아가 독립한 생명이라 하여 사람과 같은 생명적 가치를 가진다고 보는 것은 지나치고 비현실적이며, 인간의 생명이 수정란이 모체에 착상한 후 출산을 거쳐 죽음에 이르기까지 이어지는 일련의 과정으로 보고 단계적 구분을 허용하지 않는 것도 지나친 단순화이며 현실에도 부합하기 어렵다. 태아의 독자적 생명가능성을 기준으로 독자적 생명가능성이 있기 전에는 어느 정도 낙태의 자유를 인정하고 그것이 인정되는 시기 이후에는 태아의 생명존중에 더 큰 비중을 두는 것은 현실성과 합리성을 가진다고 생각한다. 그러나 상기 낙태결정처럼 마치 일정시기에는 태아의 생명이 전혀 무가치한 것처럼 임산부가 자유롭게 낙태할 수 있다고 보는 것도 생명의 연속성과 가치를 무시하는 것이다. 그런 점에서 일정 신체적·생리적·사회적 사유가 있으면 낙태를 허용하되, 합리적 사유가 없는 경우에 까지 낙태를 자유롭게 할 수 있게 하는 것은 타당하지 않다. 다만 이런 경우에도 낙태를 방지할 수 있는 현실적 대책과 지원이 필요하고 형사처벌은 다른 수단이 없는 경우 제한된 범위로 축소하는 것이 타당할 것이다.

주제어 : 형법 제269조 제1항, 태아의 생명보호의무, 임산부의 자기결정권, 임신3단 계구분법, 태아생명의 독자성

I. 문제의 제기

1. (1) 최근 헌법재판소는 2019. 4. 11. 2017헌바127 결정에서 자기낙태죄를 규정한 형법 제269조 제1항은 “태아의 발달단계 혹은 독자적 생존능력과 무관하게 임신기간 전체를 통틀어 모든 낙태를 전면적·일률적으로 금지하고, 이를 위반할 경우 형벌을 부과하도록 정함으로써, 형법적 제재 및 이에 따른 형벌의 위하력으로 임신한

여성에게 임신의 유지·출산을 강제하고 있으므로, 임신한 여성의 자기결정권”을 침해하여 헌법에 불합치한다는 취지의 결정을 하였다. 이는 2012. 8. 23. 2010헌바402결정과는 상반되는 입장으로 과거 미연방대법원의 Roe v. Wade판결에 영향받은 것이라 할 수 있다.

(2) 1) 2019. 4. 11. 2017헌바127 결정은 재판관 4인의 헌법불합치 의견과 재판관3인의 위헌의견이 있어 헌법불합치결정을 하였다. 이들 의견의 요지는 다음과 같다.

가) 자기낙태죄 조항은 모자보건법이 정한 예외를 제외하고는 임신기간 전체를 통틀어 모든 낙태를 전면적·일률적으로 금지하고, 이를 위반할 경우 형벌을 부과함으로써 임신의 유지·출산을 강제하고 있으므로, 임신한 여성의 자기결정권을 제한한다.

나) a) 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 낙태에 대해서는 국가가 생명보호의 수단 및 정도를 달리 정할 수 있다고 봄이 타당하다. b) 자기낙태죄 조항은 태아의 발달단계 혹은 독자적 생존능력과 무관하게 임신기간 전체를 통틀어 모든 낙태를 전면적·일률적으로 금지하고, 이를 위반할 경우 형벌을 부과하도록 정함으로써 입법목적을 달성하기 위하여 필요한 최소한의 정도를 넘어 임신한 여성의 자기결정권을 제한하고 있어 침해의 최소성을 갖추지 못하였고, 태아의 생명 보호라는 공익에 대하여만 일방적이고 절대적인 우위를 부여함으로써 법익균형성의 원칙도 위반하였으므로, 과잉금지원칙을 위반하여 임신한 여성의 자기결정권을 침해한다. c) 다만 위헌의견은 ‘여기에서 더 나아가 이른바 ‘임신 제1삼분기(first trimester)’에는 어떠한 사유를 요

구함이 없이 임신한 여성이 자신의 속고와 판단 아래 낙태할 수 있도록 하여야 한다'고 한 점에서 차이가 있다.

2) 이에 대해 2012년 헌법재판소결정에서의 다수의견을 그대로 유지한 합헌의견은 가) 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. 나) 태아의 생명권 보호라는 입법목적은 매우 중대하고, 낙태를 원칙적으로 금지하고 이를 위반할 경우 형사처벌하는 것 외에 임신한 여성의 자기결정권을 보다 덜 제한하면서 태아의 생명 보호라는 공익을 동등하게 효과적으로 보호할 수 있는 다른 수단이 있다고 보기 어렵다. 다) 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. 라) 자기낙태죄 조항으로 인하여 임신한 여성의 자기결정권이 어느 정도 제한되는 것은 사실이나, 그 제한의 정도가 자기낙태죄 조항을 통하여 달성하려는 태아의 생명권 보호라는 중대한 공익에 비하여 결코 크다고 볼 수 없으므로, 자기낙태죄 조항은 법익균형성 원칙에도 반하지 아니한다고 하였다.

2. (1) 낙태문제를 둘러싼 헌법적 논의는 인간의 생명과 자유에 관한 근본적 문제에 닿아있고, 그래서 종교적·철학적·사회학적·생물학적·의학적·여성학적·법학적 문제가 얽혀있어 헌법논리적 분석만으로는 대답하기 어려운 문제가 아닐 수 없다. 그리하여 이에 대한 미국이나 독일 등 주요국가의 판례나 입법의 태도도 다양하고

제기되는 문제 또한 복잡다기하다. 위 헌법재판소판례에서 문제된 낙태처벌의 위헌 여부의 문제는 낙태에 관한 헌법적 문제중 가장 기본적 문제라 할 수 있으며, 이를 바탕으로 입법에 따라 배우자나 보호자의 동의요건, 대기기간, 의료기관이나 시설요건, 보조금문제 등 다양한 문제가 제기될 수 있다. 그런 점에서 헌법재판소는 낙태를 둘러싼 헌법적 논의의 초입에 들어서고 있다고 할 수 있다.

(2) 이 문제에 대한 접근방식은 문제제기방식에 따라 달라질 수 있다. 즉 낙태처벌규정이 여성의 자기결정권을 침해하여 위헌이라는 이유로 제소된 경우-예컨대 우리헌법재판소 2017헌바127결정이나 과거 미연방대법원의 Roe v. Wade판결 및 그 후의 일련의 판결의 경우-와 낙태를 광범위하게 허용함으로써 태아의 생명권침해 또는 태아의 생명보호의무위반이라는 이유로 제소된 경우-예컨대 독일연방헌법재판소 제1차 및 제2차 낙태판결-는 그에 대한 판단의 논리구조를 달리한다.

전자의 경우는 여성의 낙태에 대한 권리의 침해 여부가 기본쟁점이라면 후자의 경우에는 국가의 태아의 생명보호의무위반 여부가 중심적 문제일 수밖에 없다.

또한 태아의 독자적 생명성을 인정하느냐 여부와 관련하여서도 논리의 전개가 달라질 수밖에 없다. 미연방대법원의 Roe v. Wade판결처럼 태아의 권리주체성을 부인하는 경우 태아의 생명보호는 독자적 생존가능성이 있는 경우에만 보호해야할 공익일 뿐이지만 독자적 생명성을 인정하면 생명권침해 또는 생명보호의무위반의 문제가 될 수 있다. 그와 관련하여 독일연방헌법재판소는 낙태문제는 임신부에 의한 태아의 생명박탈의 문제로서 국가에 의한 태아의 생명박탈과 달라 태아의 생명보호의무의 문제로 접근하고 있다. 그에

따라 과잉금지가 아닌, 국가의 태아의 생명보호의무에 따른 과소침해금지의 원칙의 입장에서 접근하고 있다.

(3) 그런데 이 문제는 이 문제를 바라보는 기본입장에 따라 현저히 다를 수밖에 없다. 사실 E. Chemerinsky의 지적처럼 낙태문제에 있어서는 ‘낙태는 살인이라고 믿는 사람과 그런 관점을 부정하고 여성은 국가에 의해 인큐베이터가 되기를 강요받아서 안된다고 믿는 사람사이에는 중간영역은 전혀 없다.’¹⁾ 이처럼 이 문제의 어려움은 대립하는 양 법익이 서로 배타적이어서 기본적으로는 양자를 다 보장하는 방법이 없다는 점이다. 그래서 이 문제를 바라보는 입장에 따라 한쪽 편향적일 수밖에 없다.

우선 여성의 자기결정권을 중시하는 입장은 태아의 독자적 생명성을 인정하기 어렵다. 과거 미연방대법원의 Roe v. Wade판결이나 법여성학자들의 주장은 이러한 입장에 있다. 그에 대해 태아의 독자적 생명성과 그에 대한 국가의 보호의무를 인정하고 이를 여성의 자기결정권보다 우위에 두는 입장에서는 과거 독일연방헌법재판소 제1차 및 제2차 낙태판결처럼 낙태는 기본적으로 위법이라 보게 되고 따라서 임산부의 자기결정권은 사실상 인정하기 어렵다. 그런데 우리헌법재판소는 2012년 결정에서는 후자의 입장을 취하다가 2019년결정에서는 전자의 입장에 가깝게 선회하였다.

3. 본 논문은 위 헌법재판소결정을 중심으로 낙태처벌규정을 둘러싼 임산부의 자기결정권과 태아의 생명보호의무, 그리고 양자의 조정과 형사처벌문제를 논해보고자 한다. 그에 따라 가) 임산부의 낙태에 대한 권리는 어떤 권리이며 헌법상 인정되는 권리인가, 인

1) E. Chemerinsky, Constitutional Law - Principles and Policies, 2006, 820.

정된다면 그 근거는 어디에서 발견할 수 있는가, 나) 그에 대척점에 있는 태아의 생명을 어떻게 보아야 하는가, 국가는 어떤 보호의무를 지는가, 국가의 생명보호의무는 임신기간에 따라 보호 여부와 보호정도가 달라지는 것인가, 다) 양자의 충돌을 어떻게 조정할 것인가, 형벌로써 낙태를 금지하는 것은 위헌인가 등에 관해 검토해 보고자 한다.

II. 여성의 낙태에 관한 권리

1. 낙태에 관한 권리?

임신한 여성이 임신을 지속하여 출산을 할 것인가, 아니면 낙태를 할 것인가를 선택, 결정할 수 있는 낙태에 관한 권리는 헌법에 명시되어 있지 않다. 그렇다면 임신부의 낙태에 관한 권리는 헌법적 권리인가? 헌법적 권리라 한다면 그 근거는 어디에서 찾을 수 있는가?

(1) 이 점에 관해 헌법재판소는 낙태의 권리가 임신부의 자기결정권에 속한다고 보고 있다. 즉 2019. 4. 11. 2017헌바127 결정에서 헌법불합치의견은 “자기결정권은 인간의 존엄성을 실현하기 위한 수단으로서 인간이 자신의 생활영역에서 인격의 발현과 삶의 방식에 관한 근본적인 결정을 자율적으로 내릴 수 있는 권리다. … 특히 여성은 남성과 달리 임신, 출산을 할 수 있는데 이에 관한 결정은 여성의 삶에 중대한 영향을 미친다. 따라서 자기결정권에는 여성이 그의 존엄한 인격권을 바탕으로 하여 자율적으로 자신의 생활영역을 형성해 나갈 수 있는 권리가 포함되고, 여기에는 임신한 여성이

자신의 신체를 임신상태로 유지하여 출산할 것인지 여부에 대하여 결정할 수 있는 권리가 포함되어 있다(헌재 2012. 8. 23. 2010헌바 402 참조).”고 하였다. 특히 위헌의견은 “임신한 여성의 자기결정권이 보장된다는 것은 그가 자신의 존엄성과 자율성에 터 잡아 형성한 인생관·사회관을 바탕으로 자신이 처한 상황에 대하여 숙고한 뒤 임신의 유지 여부를 스스로 결정할 수 있다는 것을 의미한다.”고 하고 “이처럼 임신, 출산 및 육아가 여성의 삶에 근본적이고 결정적인 영향을 미칠 수 있는 매우 중요한 문제이므로, 임신한 여성이 임신 유지 여부를 결정할 수 있는지는 여성의 자기결정권 중에서도 가장 핵심적인 부분이다. 또한, 임신 유지 여부의 결정은 진공 상태에서 독립적으로 이루어지는 것이 아니라, 임신한 여성이 그 당시 처한 환경과 상황에 따라 그 무게가 각기 달라질 수밖에 없고, 개별적 상황에 따라 임신중단이라는 선택지가 보장되지 않는다면 그 여성의 삶은 황폐해지고 인격이 손상되는 결과에 이를 수도 있다. 그렇다면 임신한 여성의 임신 유지 여부에 관한 자기결정권은, 여성의 삶에 근본적이고 결정적인 영향을 미치는 문제에 대하여 스스로 결정하는 것으로서, 여성의 인격권의 핵심을 이루는 매우 중요한 기본권이라고 할 것이다.”고 이를 강조하고 있다.

그러나 합헌의견은 “우리는 근본적으로 태아의 물리적 존재, 생명을 소멸시키는 낙태의 자유가 자기결정권을 통하여 보호될 수 있는지에 대해서 의문을 가지고 있다. 태아는 모체의 일부분이라는 전제를 받아들여더라도, 적어도 태아가 생명의 내재적 가치를 지닌 존재라면 그 생명을 적극적으로 소멸시킬 자유가 여성의 자기결정권에 포함된다고 볼 수는 없다. … 그러나 우리 헌법상 낙태할 권리는 어디에도 언급되어 있지 않고, 헌법제정권력인 국민이 그와 같은 권리를 부여할 의도를 가지고 있지도 않다. 태아의 생명권과 여

성의 자기결정권은 근본적으로 비교대상이 될 수 없다. 낙태는 자유로운 선택의 문제가 아니라, 윤리에 어긋나는 생명침해행위이다. 법질서는 자신의 신체의 자유를 지키기 위해 다른 생명을 희생할 것을 요구하지도 않고 허용하지도 않는다. 임신한 여성의 자기결정권의 행사는 타인의 자유 또는 권리를 침해하지 아니하는 범위 내에서 가능하다는 일반적인 한계가 있다. 따라서 태아가 모체의 일부라고 하더라도 임신한 여성에게 생명의 내재적 가치를 소멸시킬 권리, 즉 태아를 적극적으로 죽일 권리가 자기결정권의 내용으로 인정될 수는 없다.”고 하여 낙태할 권리를 부인하고 있다.

(2) 1) 이와 관련하여 미연방대법원은 Roe v. Wade판결에서 낙태에 관한 권리(abortion rights; right to an abortion)가 프라이버시의 권리속에 포섭되어 있다고 보았다. 미연방대법원은 과거 Griswold v. Connecticut판결과 Eisenstadt v. Baird판결에서 인권보장규정에서 파생하는 권리로서 프라이버시권을 인정한 바 있는데, 낙태권을 이 프라이버시의 한 내용으로 판단한 것이다.²⁾ 연방대법원은 프라이버시의 권리는 그 근거를 수정헌법 제14조에서 찾든 수정헌법 제9조에서 찾든 여성이 임신을 지속할 것인지 아니면 낙태를 할 것인지를 결정할 수 있는 것을 포함할 만큼 넓은 권리라 하였다.³⁾ 동판결에 의하면 헌법은 프라이버시권에 관해 명시적으로 규정하고 있지는 않으나 과거 연방대법원은 헌법상 사적 프라이버시권의 근거를 증보 제1조, 증보 제4조 및 제5조 그리고 인권보장의 반영(penumbras)으로, 또는 증보 제9조 또는 증보 제14조 첫 단락에서 그 근거를 발견해 왔으며, 헌법 증보 제14조에 규정된 적법절차에

2) 410 U.S. 152, 147-164.

3) 410 U.S. 153.

의해 보장되는 프라이버시권속에는 임산부가 낙태를 통해 임신을 끝낼 것을 선택할 수 있는 권리를 포함되어 있다고 하였다.⁴⁾

그러나 Roe v. Wade판결과 관련한 가장 논쟁적 문제의 하나는 여성의 낙태권이 기본적 권리(fundamental right)라 할 수 있는가 하는 것이었다. 그래서 이 판결은 헌법해석에 있어 원의주의(originalism)와 비원의주의(non-originalism)논쟁이 불붙게 하는 계기가 되었다. 기본적 권리인가 여부의 문제는 위헌심사기준의 문제와 연결된다. 이 점에 관해 Roe v. Wade판결이 프라이버시권은 기본적 권리이며 프라이버시권속에는 임산부가 낙태를 통해 임신을 끝낼 것을 선택할 수 있는 권리를 포함한다고 한 이래⁵⁾ 이러한 입장은 그 이후의 판결에서도 그대로 유지되었다. 그에 따라 여성의 낙태에 관한 권리는 중대한 주의 이익(compelling state interests)을 위해 불가피한(necessary) 경우에만 제한할 수 있음을 인정하였다. 그러한 제한사유로서는 주로는 임산부의 생명과 건강, 그리고 태아의 생명보호를 들 수 있다. 그래서 후술하듯이 임신 삼단계중 제1단계에는 거의 중대한 주의 이익을 인정하지 않고 낙태 여부는 전적으로 임산부의 사생활 영역에 속한다고 보아 사실상 무제한의 낙태권을 인정하였으며, 2단계에는 임산부의 건강, 생명을 중대한 주의 이익으로 인정하였고, 마지막단계에는 태아의 독자적 생존성에 대한 불가피한 주의 이익을 인정하여 임산부의 생명과 건강을 보호하기 위해 필요한 경우를 제외하고는 낙태를 규제하거나 금지할 수 있다고 하였다.

이에 대해 John Ely교수는 Roe v. Wade판결에서 인정한 낙태권은 헌법의 문언에서도 헌법제정자의 의사에서도, 관련헌법규정에

4) 410 U.S. 147-164.

5) 410 U.S. 147-164.

서 도출할 수 있는 어떤 일반적 가치나 국가통치구조에서도 그 근거를 발견할 수 없는 권리로서 기본적 권리라 할 수 없다고 비판하였다.⁶⁾ 또한 최근 Susanne M. Alford교수는 “자기낙태(self abortion)은 여성이 자기 신체에 대한 개인적 행위이다. 사적 성격에도 불구하고 자기낙태는 기본적 권리는 아니다. Glucksberg analysis에 따라 미국역사와 전통에 깊이 뿌리내린 것이 아니면 기본적 권리가 될 수 없다. 그러나 영국이나 미국의 낙태관련법의 역사를 보면 자기낙태는 깊이 뿌리내린 것이 아니다. 게다가 주는 자살방지법의 역사에서 보듯이 전통적으로 시민을 그 자신으로 보호하기 위해 보호자적 법을 제정할 수 있다. 이러한 여성을 그녀 자신으로부터 보호하기 위한 주의 전통적 권한에 비추어 자기 자신에게 심각한 신체적 손상을 초래할 수 있는 자기낙태는 기본적 권리가 아니다. 이러한 위험하고 무모한 자기낙태를 형사처벌하는 것에 대해서는 의문이 있으나 증보 제14조의 적법절차조항은 어느 임신시기에나 자기낙태할 수 있는 권리를 포함하고 있지는 않다.”⁷⁾고 하여 자기낙태에 대한 권리에 대하여 기본적 권리성을 부인하고 있다.

한편 일부 법여성학자들(예컨대 Olsen이나 McKinnon 등)은 연방대법원이 Roe판결의 근거로 적법절차조항을 들었으나 이는 잘못된 것으로 낙태금지 여성에게만 해당되므로 성차별로서 평등보호조항위반이라 보아야 한다고 하였다. 그들은 여성들만이 필요로 하는 의료절차 때문에 여성을 범죄자로 만드는 것은 평등보호위반이며 여성에게 출산을 강요하는 것은 성적 불평등이라고 주장하였다.⁸⁾

6) John Hart Ely, *The Wages of Crying Wolf: A Comment on Roe v. Wade*, 82 *Yale L.J.* 920,935 ff(1973)

7) Susanne M. Alford, *Is Self-Abortion a Fundamental Rights?*, 52 *Duke L.J.* 1011, 1029(2003)

8) 이에 관해서는 E. Chemerinsky, *Constitutional Law - Principles and Politics*, 2006,

Frances Olsen교수는 낙태논쟁은 성의 정치학이라는 측면에서 보아야 한다고 하면서 Roe v. Wade판결은 하나의 타협이었다고 하였다. 그녀는 동판결은 거듭 여성이 자신의 몸을 컨트롤할 수 있는 권리를 승인하거나 허용하는 것은 아니라고 강조하였다고 비판하였다.⁹⁾ 그녀는 낙태문제를 프라이버시의 문제로 보면 현실적으로 여성이 성적 자유의 이름으로 허용되던 폭력과 성적 공격에 의해 억압받아 온 여성에게는 호소력이 없을 뿐 아니라 영역분리이데올로기를 비판하는 법여성학적 관점에서도 타당하지 않다고 한다.¹⁰⁾ 그녀는 낙태문제에는 성불평등문제와 여성평등문제가 제대로 검토되지 않은 채 전영역에 스며들어 있다고 하면서¹¹⁾, 여성이 평가절하되지 않는다면 임산부의 출산 여부에 대한 자기결정은 자연스럽고 불가피한 것이라 한다.¹²⁾

2) 한편 독일의 경우 독일연방헌법재판소는 기본법 제2조1항의 인격의 자유로운 발현권에서 그 근거를 발견하고 있다. 즉 독일연방헌재에 의하면 “임신은 임산부의 내적 영역에 속하는 것으로 그것은 기본법 제1조 제1항의 인간의 존엄과 연관하여 제2조 제1항에 의해 보장된다. ... 여성의 자유로운 인격의 발현권은 광범위한 행동의 자유를 포함하고 있고 그에 따라 그 속에는 부모와 자녀관계와 그로부터 나오는 의무에 대해 결정할 수 있음을 인정하고 보호해 줄 것을 주장할 수 있는 자기책임을 포함한다. 이러한 권리에 대해서는 정당한 근거없이 침해할 수 없다.”고 하였다.¹³⁾ 그러나 독일

824 참조.

9) Frances Olsen, Unraveling Compromise, 103 Harvard L. Rev. 105, 107(1989)

10) Frances Olsen, Unraveling Compromise, 103 Harvard L. Rev. 105, 111ff(1989)

11) Frances Olsen, Unraveling Compromise, 103 Harvard L. Rev. 105, 108(1989)

12) Frances Olsen, Unraveling Compromise, 103 Harvard L. Rev. 105, 126(1989)

13) BVerfGE 39, 1, 42-43.

연방헌법재판소는 동 판결에서 “만약 태아를 모체의 신체의 일부로만 본다면 낙태는 입법자가 개입해서는 안되는 사적 생활영역에 속하는 것일 것이다. 그러나 태아가 헌법이 보호하는 하나의 독자적 인간적 실체인 이상 낙태는 사회적 차원의 문제이며 국가가 규율할 수 있고 또 규율이 필요한 영역이라 할 수 있다.”¹⁴⁾고 하면서¹⁴⁾, “태아의 생명보호를 보장하면서 동시에 낙태의 자유를 그대로 유지하는 것은 불가능하다. 왜냐하면 낙태는 필연적으로 태아의 생명부정을 의미하기 때문이다.”¹⁵⁾고 하였다. 그래서 독일연방헌법재판소는 헌법상 가치질서에 있어 태아의 생명에 대한 보호의 가치가 임신부의 자기결정권에 대해 상위에 있다고 보고, 따라서 “국가는 원칙적으로 임신을 지속시키도록 할 의무가 있고 임신중절은 원칙적으로 불법이라 보아야 한다.”고 하여 사실상 임신부의 낙태권을 부인하였다.¹⁶⁾

(3) 생각컨대 임신과 출산 여부에 대한 결정이 여성의 모성과 이에 따르는 책임에 대한 결정을 의미한다는 점에서 임신부의 낙태에 관한 권리는 개인의 자기결정권의 한 내포라 할 수 있다. 임신이 임신부의 육체적·정신적 상황에 미치는 영향은 직접적이고 명확하며, 임신부의 전체적 삶에 대한 변화와 인격발현에 중대한 제한을 초래한다. 그런 점에서 낙태 여부는 여성의 삶에 중대한 영향을 미치는 문제로서 여성의 중요한 사적 영역이며 이에 관한 결정은 자기결정권의 중요한 내용이라 하지 않을 수 없다.¹⁷⁾ 따라서 임신부가 자신

14) BVerfGE 39, 42-43.

15) BVerfGE 39, 43.

16) BVerfGE 39, 44.

17) 자기결정권에 관해서는 김철수, 기본적 인권의 본질과 체계, 2017, 858면 이하 참조.

의 현재와 장래의 삶에 있어 매우 중요한 의미를 가지는 출산 여부에 대해 스스로 결정할 수 있는 권리를 가져야 한다는 점을 부정하기는 어렵다.

그런데 문제는 이러한 권리는 태아의 생명을 박탈하는 것을 내용으로 한다는 점이다. 그래서 헌법재판소의 상기 결정에서의 헌법불합치의견이나 위헌의견처럼 태아의 독자적 생명성을 인정하면서 이러한 권리를 광범위하게 인정하는 것이 논리적으로 성립하느냐 하는 의문이 제기되지 않을 수 없다. 현재 상기결정과 유사한 내용의 Roe v. Wade판결은 태아가 독자적 생명의 주체라는 것을 인정하지 않았다. R. Dworkin교수도 태아가 헌법상 사람이 아니라는 전제를 받아들이면 헌법상 완전한 사람인 여성의 프라이버시권을 보호하고자 하는 Roe판결은 충분히 설득력이 있다고 지적한 바 있다.¹⁸⁾

사실 논리적으로는 태아가 임산부의 신체의 일부이며 독자적 생명성을 가지지 않는다고 한다면 낙태에 관한 권리는 임산부 자신의 문제이며, 사회적 의미를 가진다고 보기 어렵고 임산부가 이에 관한 광범위한 자기결정권을 가진다는 것을 부정할 수 없을 것이다. 그러나 상기 결정의 헌법불합치의견이나 위헌의견처럼 태아가 임산부와는 독립한 개체로서 생명성을 가진 존재로 보면서 후술하듯이 임신 1, 2기에는 사실상 무제한의 낙태권을 인정하는 것이 논리적으로 문제가 있으며 태아의 독자적 생명성을 인정한다면 임산부의 낙태권은 제한적일 수밖에 없다고 할 것이다. 그래서 상기 독일연방헌법재판소는 상기판결에서 태아의 생명가치의 우위성을 인정하면서 낙태는 원칙적으로 불법이라 한 것이다.

18) Frances Olsen, Unraveling Compromise, 103 Harvard L. Rev. 105, 108(1989)에서 인용.

이 점과 관련하여 여성의 낙태권을 증시하는 학자들 중에는 태아가 사람으로 간주된다 해도 여성에게 그 의사에 반하여 인큐베이터가 되기를 강요하는 것은 부당하다는 견해도 있다. 그래서 예컨대 J.J. Thomson은 태아가 수정의 순간부터 사람이라 해도 법이 어떤 사람에게 자신의 몸을 다른 생명의 보존을 위하여 사용하는 것을 강요해서는 안되는 바 이는 부모라 하여 자식의 생명을 구하기 위해 장기나 혈액의 기증을 요구해서는 안되는 것과 마찬가지로 한다.¹⁹⁾ 그러나 이러한 주장은 태아의 생명가치를 완전히 무시하고 임신부의 무제한적 낙태권을 인정하는 것이다. 이처럼 태아의 생명의 독자성을 인정하면서 임신부의 낙태에 관한 권리를 광범위하게 인정하는 것은 논리적으로 성립하기 어렵다. 그런 점에서 헌법재판소 상기결정의 헌법불합치의견과 위헌의견이 태아의 생명의 독자성을 인정하면서도 독자적 생존가능성이 인정되기 전에는 사실상 임신부에게 무제한적 낙태권을 인정한 것은 논리적으로 맞지 않다고 생각한다.²⁰⁾

2. 제한

임산부의 낙태에 관한 권리는 제한할 수 없는 절대적 권리는 아니며, 임신부의 생명, 건강, 태아의 생명을 위해 제한할 수 있다. 상기 현재결정도 제한할 수 있음을 전제로 그 제한이 과잉금지 원칙에 반하는지 여부를 논하고 있다. 미연방대법원도 *Roe v. Wade* 판

19) E. Chemerinsky, 전게서, 823면에서 인용.

20) 사실 태아의 독자적 생명성을 인정하면서 임신부의 낙태권을 인정하는 것은 일반적 행동자유권이 인정된다 하여 살인의 권리가 인정될 수 없으며, 표현의 자유가 인정된다 하여 타인의 명예를 훼손할 수 있는 표현의 자유가 있다고 할 수 없는 것과 같이 어느 정도 모순을 포함하고 있다.

결 이래 임산부의 낙태에 관한 권리는 절대적 권리(an absolute right)는 아니며 중대한 주의 이익(compelling state interests) – 주로 는 임산부의 건강과 태아의 잠재적 생명성– 을 위해 불가피한 경우 제한할 수 있음을 인정하였다. 그리고 이러한 규제가 허용되는지 여부는 임신3단계틀(trimester framework)에 따른 태아의 임신기간 에 따라 달라지는데 임신기간이 진행됨에 따라 주의 규제에 대한 권한은 강화된다고 하였다.²¹⁾ 다만 Roe v. Wade판결이나 위의 헌재결정에서의 위헌의견은 사실상 임신제1기에는 낙태의 권리의 제한을 거의 인정하지 않는다.

Roe판결이후 미연방대법원은 이러한 기준에 따라 Danforth판결과 McRae판결을 통해 낙태에 관한 여러 규제들을 위헌이라 판단하였다. 즉 가) 낙태시술 전에 반드시 일정 대기기간을 거치도록 한 것, 나) 두 번째 기간과 세 번째 기간에 있어서의 모든 낙태는 입원을 하여야 한다는 요건, 다) 태아의 생존가능기간이후의 낙태의 경우 의사의 의학적 정보보고의무와 낙태이유를 확인하도록 하는 주의 요구, 라) 병원은 임산부가 낙태에 관한 동의를 하기 전에 임신에 관한 정보를 제공하여야 할 것을 요구하는 규정, 마) 독자적 생존가능성이 있는 태아의 낙태의 경우 임산부의 생명이나 건강에 보다 중대한 의학적 위험이 있는 경우가 아니면 태아가 생존할 수 있는 최선의 기회를 제공하는 방식으로 행해져야 한다는 규정 등에 대해 위헌이라 판결하였다.²²⁾

그러나 1992년 Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania

21) 이에 관해서는 Katherine Kubak/Shelby Martin/Nastasha Mighell/Madison Winey/Rachel Wofford, *Abortion*, 20 *Geo. J. Gender & L.* 265, 267f(2019)

22) Katherine Kubak/Shelby Martin/Nastasha Mighell/Madison Winey/Rachel Wofford, *Abortion*, 20 *Geo. J. Gender & L.* 265, 269(2019)

v. Casey 판결에서 기존의 입장과 다른 내용의 판결을 하였는데, 동 판결에서 ‘부당한 부담기준(undue burden test)’를 채택한 이래 2016년 Whole Woman's Health v. Hellerstedt²³⁾에 이르기 까지 계속 이 기준이 적용되고 있다. 부당한 부담기준²⁴⁾에서 ‘부당한 부담(undue burden)’이란 ‘아직 독자적 생존능력을 가지고 있지 않는 태아를 낙태하려는 여성에게 실질적 장애를 두려는 의도 또는 효과를 가지는 주의 규제’를 의미하는데 이는 낙태를 규제하는 입법에 대해 Roe v. Wade²⁵⁾판결이 엄격심사기준을 적용한 데 비해 완화된 기준을 적용함을 의미하며, 임신초기에도 부당한 부담이 아닌 이상 합헌임을 의미한다.

Ⅲ. 태아의 생명보호의무

낙태문제는 태아의 법적 지위에 대한 평가와 필연적으로 관련되지 않을 수 없다. 이 문제는 국가의 태아의 생명보호의무의 정도와 범위와 연관되는데 가) 태아는 모체의 일부인가, 아니면 독자적 생명인가, 나) 태아의 생명보호의무의 범위는 임신이 진행됨에 따라 달라지는 것인가? 하는 문제로 이어진다.

1. 태아의 생명보호의무

국가의 생명에 대한 보호의무는 포괄적이며, 그것은 국가권력에

23) 579 U.S. (2016)

24) 이에 관해서는 최희경, Casey 판결상 ‘부당한 부담 심사기준’, 헌법학연구 제8권 제3호, 118면 이하 참조.

대한 직접적 침해를 금지하는 것뿐만 아니라 생명을 보호하고 조장해야 할 의무를 포함한다.²⁵⁾ 생명권의 보장은 한편으로 우리 사회가 기초하고 있는 기본적 가치로서 객관적 가치질서로서의 의미를 가지며 그런 점에서 사인에 의한 생명권침해에 대한 국가의 보호의무를 포함한다. 즉, 국가는 타인의 위법적 행위에 의한 생명의 침해에 대해서 보호해주어야 할 의무가 있다. 헌법재판소 상계결정에서의 헌법불합치의견도 “모든 인간은 헌법상 생명권의 주체가 되며, 형성 중의 생명인 태아에게도 생명에 대한 권리가 인정되어야 한다. 태아가 비록 그 생명의 유지를 위하여 모(母)에게 의존해야 하지만, 그 자체로 모(母)와 별개의 생명체이고, 특별한 사정이 없는 한, 인간으로 성장할 가능성이 크기 때문이다. 따라서 태아도 헌법상 생명권의 주체가 되며, 국가는 헌법 제10조 제2문에 따라 태아의 생명을 보호할 의무가 있다.”고 하고 있다. 위헌의견도 “태아는 그 자체로 생명으로서 점차 성장하여 인간으로 완성될 수 있는 존재이므로, 생명을 존중하는 헌법의 규범적·객관적 가치질서와 인간으로서의 존엄과 가치를 선언한 헌법 제10조에 따라 국가는 태아의 생명 보호라는 중대한 공익을 추구하여야 한다는 점은 자명하다.”고 하여 국가의 태아의 생명보호의무를 인정하고 있다.

이러한 국가의 태아의 생명보호의무는 임산부와는 관계에서도 존재한다. 임산부의 자기결정권을 제한하는 법익으로서 가장 문제가 되는 것은 태아의 생명이라 할 수 있다. 그런데 태아의 생명보호를 위해 어느 정도 임산부의 낙태에 관한 자기결정권이 제한될 수 있는가의 문제는 다음과 같은 문제들과 연관되어 있다. 가) 태아가 모체의 일부인가, 아니면 독립한 생명체인가, 나) 태아는 임신

25) BVerfGE 88, 203, 251.

의 단계에 따라 그 보호의 정도가 달라지는 것인가, 달라진다면 무엇을 기준으로 임신의 단계를 나눌 것이며 그 보호의 정도는 어떻게 달라지는 것인가 등에 관한 입장의 차이에 따라 결론이 달라지게 된다.

2. 태아는 독자적인 생명인가?

태아는 임신부의 신체의 일부인가, 아니면 독자적 생명체인가?

(1) 헌재 상기의 헌법불합치의견은 “모든 인간은 헌법상 생명권의 주체가 되며, 형성 중의 생명인 태아에게도 생명에 대한 권리가 인정되어야 한다. 태아가 비록 그 생명의 유지를 위하여 모(母)에게 의존해야 하지만, 그 자체로 모(母)와 별개의 생명체이고, 특별한 사정이 없는 한, 인간으로 성장할 가능성이 크기 때문이다. 따라서 태아도 헌법상 생명권의 주체가 되며, 국가는 헌법 제10조 제2문에 따라 태아의 생명을 보호할 의무가 있다.”고 하였다. 또 위헌의견도 “태아는 모에게 의존적이긴 하지만 엄연히 별개의 생명체이다. 태아는 모체에서 점점 성장하여 인간의 모습에 가까워진 후 출생을 통하여 인간이 되므로, 인간이라는 생명의 연속적인 발달 과정의 일부이다. ... 태아가 생명권에 대한 기본권 주체가 되는가에 관계 없이, 태아는 그 자체로 생명으로서 점차 성장하여 인간으로 완성될 수 있는 존재이므로, 생명을 존중하는 헌법의 규범적·객관적 가치질서와 인간으로서의 존엄과 가치를 선언한 헌법 제10조에 따라 국가는 태아의 생명 보호라는 중대한 공익을 추구하여야 한다는 점은 자명하다.”고 하였다. 합헌의견과 헌재 2012. 8. 23. 2010헌바402 결정도 “인간의 생명은 고귀하고, 이 세상에서 무엇과도 바꿀 수 없는 존엄한 인간 존재의 근원이며, 이러한 생명에 대한 권리는 기본

권 중의 기본권이다. 태아가 비록 그 생명의 유지를 위하여 모(母)에게 의존해야 하지만, 그 자체로 모(母)와 별개의 생명체이고 특별한 사정이 없는 한 인간으로 성장할 가능성이 크므로 태아에게도 생명권이 인정되어야 하며, 태아가 독자적 생존능력을 갖추었는지 여부를 그에 대한 낙태 허용의 판단 기준으로 삼을 수는 없다.”고 하였다.

(2) 과거 독일연방헌법재판소는 제1차 낙태판결에서 독일기본법 제2조 제2항 1문은 출생후의 인간 뿐 아니라 모태에서 성장하는 생명도 독립한 법익으로서 보호한다고 한다. 즉 생명권의 주체는 모든 생명있는 것을 의미하며 이미 태어난 인간이나 독자적 생존가능성을 가진 태아에게 국한되는 것은 아니라고 보았다.²⁶⁾

(3) 이에 대해 태아의 생명권주체성을 부인하거나 일정 임신기간까지는 태아의 생명을 보호의 대상에서 배제하는 입장도 있다. 과거 로마시대나 스토아학파에서는 태아를 모체의 일부로 이해하였고, “내 배는 내 것이다.”고 주장하는 여성단체도 같은 입장이다. 또한 출생 이전의 생명을 존중하지 않는 것이 유태교의 지배적 견해이자 프로테스탄트의 많은 분파의 입장이기도 하다. 또한 낙태문제를 개인이나 가족의 양심의 문제로 보는 단체도 있다.²⁷⁾ 미연방대법원은 Roe v. Wade판결에서 미국헌법상 ‘사람(person)이란 말은 다양한 의미로 사용되지만 태아는 어떤 경우에도 여기의 사람에는 해당하지 않는다.’고 한 바 있다.

(4) 인간생명의 본질이 무엇인지는 법리만으로 답하기 어렵다. 생

26) BVerfGE 39, 1, 36-37.

27) 이에 관해서는 410 U.S. 113, 160.

명이 육체뿐 아니라 영혼과 정신의 통일체라 한다면 태아는 모체에 의존·결합하여 생명을 유지하고 성장하지만 모체 자체라고 보기는 어렵다. 이 점에 대해서는 헌법재판관들의 일치된 의견이다. 다만 어느 시점부터 독립적 생명성이 인정되며 그 보호 정도는 어떠한가에 대해서는 의견이 나뉜다.

3. 임신의 단계와 보호정도

태아는 수정과 착상, 그리고 모체의 자궁에서의 성장을 거쳐 출산의 과정에 이르게 된다, 그렇다면 태아의 생명보호의무의 정도는 태아의 성장단계에 따라 달라지는 것인가?

(1) 현재 상기결정에서의 헌법불합치의견은 “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. ... 태아는 일정 시기 이후가 되면 모체를 떠난 상태에서 독자적으로 생존할 수 있는데, 의학기술의 발전에 따라 이 시기는 가변적일 수 있으나, 세계보건기구(WHO)는 이를 임신 22주라고 하고 있고, 산부인과 학계도 현 시점에서 최선의 의료기술과 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. 한편 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. ... 이러한 점들을 모두 고려한다면, 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(이하 착상 시부터 이 시기까지를 ‘결정가능기간’이라 한다)까지의 낙태에 대해서는 국가가 생명보호의 수단 및 정도를 달리 정할 수 있다고 봄이 타당하다.”고 하여 생명의 발달단계에 따라 국가의 생명보호수단과 정도를 달리 정할 수 있다고 하고 태아의 독자적 생존가능성과 임산부의 결정가능기간을 근거로 임신 22주를 구분기준으로 제시하였다.

3인재판관의 위헌의견도 “...다만, 국가가 태아의 생명 보호라는 공익을 추구함에 있어서도, 생명의 연속적 발달과정에 대하여 생명이라는 공통요소만을 이유로 언제나 동일한 법적 효과를 부여하여야 하는 것은 아니다. 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(헌재 2008. 7. 31. 2004헌바81 참조). ... 이처럼 태아가 모체를 떠난 상태에서 독자적인 생존을 할 수 있는 경우에는 그렇지 않은 경우와 비교하여 훨씬 인간에 근접한 상태에 도달하였다고 볼 수 있으므로, 국가는 이 시기 이후의 낙태를 원칙적으로 제한하고, 임신한 여성에게 임신의 유지를 기대하기 어려운 극히 예외적인 경우에 한하여 낙태를 허용할 수 있다.”고 하고 나아가 “태아가 될 발달하고, 안전한 낙태 수술이 가능하며, 여성이 낙태 여부를 숙고하여 결정하기에 필요한 기간인 임신 제1

삼분기에는 임신한 여성의 자기결정권을 최대한 존중하여 그가 자신의 존엄성과 자율성에 터 잡아 형성한 인생관·사회관을 바탕으로 자신이 처한 상황에 대하여 숙고한 뒤 낙태 여부를 스스로 결정할 수 있도록 하여야 한다.”고 하였다.

그러나 현재 2012. 8. 23. 2010헌바402결정은 “태아도 헌법상 생명권의 주체이고, 따라서 그 성장 상태가 보호 여부의 기준이 되어서는 안될 것이다. 헌법이 태아의 생명을 보호하는 것은 그것이 인간으로 될 예정인 생명체라는 이유 때문이지, 그것이 독립하여 생존할 능력이 있다거나 사고능력, 자아인식 등 정신적 능력이 있는 생명체라는 이유 때문이 아니다. 그러므로 태아가 독자적 생존능력을 갖추었는지 여부를 그에 대한 낙태 허용의 판단 기준으로 삼을 수는 없다. 인간이면 누구나 신체적 조건이나 발달 상태 등과 관계없이 동등하게 생명 보호의 주체가 되는 것과 마찬가지로, 태아도 성장 상태와 관계없이 생명권의 주체로서 마땅히 보호를 받아야 한다. ... 다만 수정란이 자궁에 착상하는 것은 수정 후 14일 경에 이루어지고, 그 이후부터 태아는 낙태죄의 객체로 되는데, 수정이 되었다고 하여 수정란이 정상적으로 자궁에 착상할 가능성이 아주 높은 것은 아니며, 그 단계에서는 임신 여부를 확인하기도 어려우므로, 자궁에 착상하기 이전 단계의 수정란을 그 이후의 태아와 동일하게 취급하지 아니하는 것은 그 나름의 합리성이 인정될 수 있다. 또한 진통시부터는 태아가 산모로부터 독립하여 생존이 가능하므로 그 때를 기준으로 사람으로 취급하는 것도 합리적이라고 할 것이다. 그러나 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 없다고 하

여 이를 부정하였고 상계결정 합헌의견도 동일하다.

(2) 한편 독일연방헌법재판소는 제1차 낙태판결에서 생명의 시기에 관해서는 인간의 생명은 확립된 생물·생리학적 인식에 의하면 受精(Empfängnis) 후 14일부터 시작한다고 하고(着床, Nidation, Individuation), 임신기간에 따른 태아의 생명보호가치의 차별에 관해서는 인간의 생명은 연속되는 일련의 과정으로서 엄격한 발전단계의 시기구분은 논증할 수도 없고 허용할 수도 없는 것이며 그것은 출생에 의해서도 끝나는 것이 아니라고 보았다.²⁸⁾ 동판결은 임산부의 자기결정권에 대한 태아의 생명보호의 우선성은 임신기간 전체에 타당하는 것으로 특정임신기간에는 달라질 수 있는 것은 아니라고 한다.²⁹⁾

제2차낙태판결에서도 “기본법에 의해 요구되는 보호의 정도는 임신시기별 단계에 따라 달라지지 않는다. 기본법하의 태아의 생명권과 그 보호는 어떤 임신기간의 단계에 따라 등급화될 수 없다. 따라서 법적 체계는 임신초기에도 그 이후의 시기와 같은 정도의 보호를 하여야 한다.”고 하였다. 그런데 동 판결에서 Mahrenholz재판관과 Sommer재판관은 낙태는 ‘한 생명속의 두 생명(Zweiheit in Einheit)’이라는 특수한 관계로 인하여 태아와 임산부간의 단순한 대립관계로 만으로는 파악할 수 없고 이러한 관계는 임신임신이 진행됨에 따라 변화한다고 한다. 그래서 임신초기에는 임산부와 태아의 일체성이 강하나 태아의 성장에 따라 ‘두 생명(Zweiheit)’의 측면이 강해진다고 하였다.³⁰⁾

28) BVerfGE 39, 1, 37; 88

29) BVerfGE 39, 43

30) BVerfGE 88, 203, 342ff

(3) 1) 미국의 경우 연방대법원은 1973년 *Roe v. Wade* 사건에서 언제부터 생명이 시작되는지는 법원이 판단할 입장에 있지 못하다고 하면서 임신기간을 3단계로 나누어 임신 제1기의 낙태 여부는 전적으로 임신부의 사생활의 영역에 속한다고 보았다. 그리하여 의사 자격요건과 같은 의료관련사항을 제외하고는 낙태를 금지할 수 없다고 보았다. 임신 제2기에도 낙태는 금지할 수 없으나 임신 제2기부터는 낙태가 출산보다 임신부에게 더 위험해지므로 임신부의 건강을 보호하기 위하여 합리적 범위 내에서 낙태절차를 규제할 수 있다고 하였다. 그러나 모체밖에서 생존가능성이 있는 마지막 제3기에는 태아의 생명을 보호하기 위하여 임신부의 생명과 건강을 보호하기 위해 필요한 경우를 제외하고는 낙태를 규제하거나 금지할 수 있다고 하였다.

2) 그러나 1989년의 *Webster v. Reproductive Health Services* 사건과 1992년의 *Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania v. Casey* 사건에서 미연방대법원은 3개월기간구분법을 폐기하였다. 특히 W. Rehnquist대법원장은 Roe판결의 논리적 틀의 핵심요소인 임신3단계구분법(trimesters)과 태아의 독자적 생존가능성은 헌법규정의 문언이나 그에 관한 헌법원리관련 규정 어디에서도 그 근거를 찾을 수 없다고 비판하였다.³¹⁾ Casey판결에서 미연방대법원은 태아의 독자적 생존가능성이 있기 전까지는 주는 낙태를 금지할 수 없다는 Roe 판결을 재확인하면서도 Roe판결에서 사용한 임신3단계구분법과 낙태규제입법에 대한 엄격심사기준적용은 번복하였다. 그래서 태아의 독자적 생존가능성이 인정되기 전까지 낙태를 규제하는 것이라도 그것이 낙태를 하려는데 ‘부당한 부담(undue burden)’

31) *Webster v. Reproductive Health Services*, 492 U.S. 490, 518(1989)

을 주는 것이 아닌 이상 허용되어야 한다고 하여 임산부의 낙태에 관한 권리와 잠재적 생명보호에 관한 주의 이익간의 균형을 꾀하려 하였다.³²⁾ 그 뒤 이 기준은 *Stenberg v. Carhart*판결에서 다수의견에 의해 채택되었고 최근까지 유지되고 있다.

(4) 임신단계에 따라 낙태에 관한 권리의 제한 및 태아생명보호의 정도에 차이를 두는 것은 a) 임신기간의 진행에 따라 낙태에 따른 임산부의 생명에 대한 위험성이 높아진다는 점과 b) 태아의 독자적 생존가능성을 근거로 들고 있다. 그래서 a) 1분기에는 낙태에 따른 임산부의 건강 생명위험이 출산의 경우보다 낮고 태아의 독자적 생존가능성이 없다는 점에서 사실상 임산부에게 무제한적인 낙태에 관한 권리를 인정하고, b) 2분기에는 낙태에 따른 임산부의 생명이나 건강에 대한 위험성이 증대된다는 측면에서 임산부의 생명과 건강을 위한 낙태의 권리의 제한을 인정하며, c) 3분기에는 태아의 독자적 생존가능성이 인정되므로 태아의 생명보호를 위한 낙태의 권리를 제한할 수 있도록 한다. 이러한 입장은 사실상 임신 1, 2분기에는 태아의 생명에 대한 고려는 없고, 여성의 낙태의 권리의 보장이라는 측면에서 접근하고 있다. 그런 점에서 과거 *Roe v. Wade* 판결에 대한 가장 중요한 비판점중 하나가 태아의 생명보호를 너무 경시하였다는 점이였다. 특히 태아가 독자적 생존성을 가지기 전에는 보호의 대상에서 제외하여 사실상 ‘무’로 본 것은 문제라 할 수 있다. 그래서 *W. Rehnquist*대법원장은 ‘왜 잠재적 인간생명을 보호할 주의 이익이 독자적 생존가능성이 있는 시점이후에만 존재하는지, 그래서 독자적 생존가능성이 있는 이후에는 낙태를 제한하는

32) State Constitutional Law--Abortion Law-- Iowa Supreme Court Applies Strict Scrutiny to Abortion Restriction-- Planned Parenthood of The Heartland v. Reynolds, 915 N.W.2D 206(Iowa 2018), 132 Harvard L. Rev. 795

것이 허용되고 그 이전에는 제한하는 것이 금지되는지 그 이유를 알 수 없다. 독자적 생존가능성이 있는 이후에 주의 중대한 이익(compelling interests)이 있다면 그 전에도 그것이 인정되어야 한다.”고 주장하였다.³³⁾ 이러한 문제 때문에 Casey판결에서 ‘부당한 부담 기준(undue burden test)’을 채택하였다고 할 수 있다.

그러나 Frances Olsen교수는 낙태반대론자들이 임신의 모든 단계에서 잠재적 생명은 동등한 법적 의미를 가진다는 논리를 펴나 이는 부당하다고 주장한다. 배아(embryos)와 태아, 그리고 신생아간의 구분을 부정하는 것은 극단적 단순화이고 대부분의 남성과 여성의 경험과 상식에 반하는 것이라 한다. 대부분의 사람은 초기의 태아를 아기로 보거나 어머니로부터 독립적이면서 잠재적으로 어머니에 적대적인 사람으로 생각하지는 않는다고 한다.³⁴⁾ 피임은 인정하면서 낙태는 반대하는 주장은 국가가 여성의 몸안에 있는 배아나 태아의 평가를 임신부의 선택과는 관계없이 할 수 있다는 것을 전제로 한다고 한다. 그녀는 인간의 생명의 始期를 정하는 어떤 결정도 자의적이라 비판받을 수 있다고 하면서 생명의 가치는 어떤 특정 생명형태(life form)의 특성이 아니라 발견될 수 있는 어떤 것이라 하면서 생명의 가치는 문화적으로 창조되며 사회적 의미와 성의 정치학에 달려있는 것이라 한다.³⁵⁾

사실 인간의 생명이 언제부터 시작되며, 이를 단계적으로 구분하여 그 보호정도를 달리할 것이냐 여부는 헌법해석학 차원 이전의 생명에 대한 관점의 문제라 할 수 있다. 그런데 독일연방헌법재판소 제1차 및 제2차 낙태판결과 같이 인간의 생명은 착상후부터 출

33) Webster v. Reproductive Health Services, 492 U.S. 490, 519(1989)

34) Frances Olsen, Unraveling Compromise, 103 Harvard L. Rev. 105, 126(1989)

35) Frances Olsen, Unraveling Compromise, 103 Harvard L. Rev. 105, 127(1989)

산을 거쳐 죽음에 이르기까지 연면하게 이어지는 일련의 과정으로 보고 단계구별없이 똑같은 정도의 생명보호를 인정한다면 사실상 여성의 낙태에 관한 권리는 인정될 여지는 거의 없다. 이는 사실 비현실적이고 지나친 단순화이자 교조적이다. 태아는 모체에 의존적이며 모체내에서 점차 성장하며 그 생명의 존속은 모체의 희생과 헌신을 전제로 하며, 그런 점에서 임신 전 기간을 통하여 모의 자기 결정권을 무시하는 것은 타당하지 않고 또 비현실적이다. 그러나 모체로부터 분리되어도 생존가능성이 인정되는 시기 이후에는 태아의 임신부로부터의 독자성이 강화되어 태아의 생명보호의무가 강화된다고 할 수 있다. 그런 점에서 독자적 생명가능성을 기준으로 독자적 생명가능성이 있기 전에는 어느 정도 낙태의 자유를 인정하고 그것이 인정되는 시기 이후에는 태아의 생명존중에 더 큰 비중을 두는 것이 현실적이고 합리적이라고 생각한다. 그렇다고 상기 낙태결정처럼 마치 일정시기에는 태아의 생명이 전혀 무가치한 것처럼 임신부가 자유롭게 낙태할 수 있다고 보는 것도 생명의 연속성과 가치를 무시하는 것이다. 그런 점에서 일정 신체적·생리적·사회적 사유가 있으면 낙태를 허용하되 합리적 사유가 없는 경우에는 낙태를 제한하여야 할 것이다.

IV. 임산부의 자기결정권과 태아의 생명보호의무의 조정과 형사처벌

1. 양자의 형량과 조정

(1) 낙태처벌의 위헌 여부의 문제는 기본적으로는 임산부의 낙태

여부에 대한 자기결정권과 태아의 생명보호의무의 충돌과 그 교량에 관한 문제라 할 수 있다. 그런데 이 문제를 보는 관점은 여성의 자기결정권을 중시하느냐, 아니면 태아의 생명보호의무를 중시하느냐에 따라 달라질 수밖에 없다. 가) 일부 법여성학자들이 낙태문제는 성차별의 문제이며 여성의 자신의 몸에 대한 컨트롤할 수 있는 권리의 문제로 보고 여성에게 자신의 의사에 반하여 인큐베이터가 되기를 강요해서는 안된다고 주장하는 것은 낙태문제를 주로 여성의 자기결정권의 측면에서 파악하고 있는 것이다. 나) 반면 독일 연방헌법재판소의 제1차 낙태판결처럼 인간의 생명은 착상후 죽음에 이르기 까지 연면하게 이어지는 과정이고 임신의 단계에 따라 태아의 지위가 달라지지 않으며 태아의 생명보호의무가 임신부의 자기결정권보다 우선한다고 보는 견해는 반대의 입장에 있다. 상기 현재결정의 합헌의견은 이러한 입장에 있다. 다) Roe v. Wade판결은 가)의 입장에 가까이 가 있다면 Casey 판결은 이보다는 조금 나)의 입장으로 접근하고 있다고 할 수 있다.

(2) 현재 상기결정에서 헌법불합치의견과 위헌의견은 이 문제를 임신부의 자기결정권에 대한 제한으로 과잉금지의 원칙 위반 여부의 문제로 보았다.

헌법불합치의견은 “...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.

결국, 입법자는 자기낙태죄 조항을 형성함에 있어 태아의 생명 보호와 임신 한 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.”고 하였고, 위헌의견은 “태아의 생명 보호가 매우 중대한 공익이라는 것은 자명하다. 그러나 앞서 본 바와 같이 자기낙태죄 조항에 의하여 태아의 생명 보호라는 공익이 실효적으로 달성되고 있다고 보기 어려운 반면, 자기낙태죄 조항은 임신한 여성이 안전하게 낙태할 수 있는 임신 제1삼분기의 낙태마저도 전면적·일률적으로 금지한 결과 임신한 여성의 자기결정권을 사실상 완전히 박탈할 뿐만 아니라, 이로 인하여 임신한 여성에게 임신 유지, 출산 및 그에 따른 결과까지도 짊어지게 될 것까지 강요한다. 따라서 임신 제1삼분기의 낙태마저도 전면적·일률적으로 금지하고 있는 자기낙태죄 조항으로 인하여 제한받는 사익이 자기낙태죄 조항이 달성하는 공익보다 결코 가볍다고 볼 수 없다.”고 하였다.

그에 대해 합헌의견은 “자기낙태죄 조항으로 인하여 임신한 여성의 자기결정권이 어느 정도 제한되는 것은 사실이나, 그 제한의 정도가 자기낙태죄 조항을 통하여 달성하려는 태아의 생명권 보호라는 중대한 공익에 비하여 결코 크다고 볼 수 없다. 비록 자기낙태죄 조항이 낙태 근절에 큰 기여를 하지 못한다고 하더라도 이 조항이 존재함으로써 인한 위하효과 및 이 조항이 없어질 경우 발생할지도 모를 인명경시풍조 등을 고려하여 보면, 자기낙태죄 조항으로 달성하려는 공익이 결코 가볍다고 할 수 없다.”고 하여 태아의 생명권보호의 우위를 인정하였다.

(3) 독일연방헌재 제1차낙태판결은 “태아의 생명보호와 임신부의 낙태의 자유의 양립은 불가능하다. 헌법의 가치체계에 있어 핵심인 인간의 존엄과의 관계에 비추어 태아의 생명보호가 임신부의 자기결정권보다 우선한다. 기본법 제19조 제2항의 기본정신에 비추어 경쟁하는 법익의 조정의 원리에 따르면 태아의 생명보호에 우월성이 인정되어야 한다. 이러한 우월성은 임신기간 전체에 타당하고 특정시기에는 이것이 부정되는 것이 아니다. 연방하원 형법개정법률에 관한 제3독회에서 제시된 인간의 존엄에서 나오는 여성의 자기결정권은 특정기간에는 태아의 생명권보다 우월하다는 의견은 기본법의 가치질서에 부합하지 않는다. … 법적 질서는 임신부의 자기결정권을 유일한 기준으로 삼아서는 안된다. 국가는 원칙적으로 임신을 지속토록 할 의무에서 출발하여야 하며, 낙태는 원칙적으로 불법으로 보아야 한다.”고 하여 태아의 생명보호의무가 우선함을 분명히 하였다.³⁶⁾

제2차 낙태판결에서도 “태아의 보호에 관한 행위기준은 국가가 행위의무나 행위금지의무나 규제나 금지를 담고 있는 입법을 제정할 때 국가가 이를 정하는 것이다. 이는 어머니와 아이간의 결합된 일체성의 관계가 되는 결합에도 불구하고 어머니에 대한 태아의 보호에도 적용되는 것이다. 어머니에 대한 태아를 위한 이러한 보호는 입법자가 기본적으로 어머니로 하여금 낙태를 금지하고 아기를 출산토록 함으로써만 가능하다. 낙태에 대한 기본적 금지와 아이를 출산할 기본의무는 헌법상 요구되는 보호의 두 개의 불가분적 요소이다.”고 하여 이를 유지하고 있다.

36) BVefGE 39, 1, 43-44.

2. 낙태처벌의 위헌 여부

19세기 이후 각국 형법에 의해 엄격히 처벌되던 낙태는 1960년대 이후 그 처벌이 완화되고 넓게 허용되는 경향을 보여 왔다. 이처럼 낙태를 허용하는 입법에는 일정기간 내에는 낙태의 자유를 인정하는 기간방식(Fristenlösung)과 일정한 정당화사유가 있는 경우 낙태를 허용하는 적응사유방식(Indikationenregelung)이 있다. 우리 형법은 제27장 낙태의 죄에서 낙태를 전면금지하면서도 한편으로, 모자보건법을 통하여 일정한 의학적·우생학적·윤리적 적응사유 등이 있는 경우 형법상의 낙태죄의 적용을 배제함으로써 낙태를 일부 허용하고 있다.

그렇다면 헌법은 태아의 생명을 보호하기 위하여 일정사유가 있는 경우를 제외하고는 낙태를 형벌로써 처벌할 것을 명하는 것인가? 아니면 낙태를 형벌로써 처벌하는 것은 위헌인가?

(1) 헌법재판소 상기결정은 낙태를 처벌하는 것 자체를 위헌이라 하지 않고 과잉금지 원칙에 따라 자기낙태죄 조항이 모자보건법이 정한 일정한 예외에 해당하지 않는 한 모든 낙태를 전면적·일률적으로 범죄행위로 규율하고 있는 것이 위헌이라 보았다.

즉 헌법불합치의견은 “자기낙태죄 조항은 모자보건법에서 정한 사유에 해당하지 않는다면 결정가능기간 중에 다양하고 광범위한 사회적·경제적 사유를 이유로 낙태갈등 상황을 겪고 있는 경우까지도 예외 없이 전면적·일률적으로 임신의 유지 및 출산을 강제하고, 이를 위반한 경우 형사처벌하고 있다. 따라서, 자기낙태죄 조항은 입법목적을 달성하기 위하여 필요한 최소한의 정도를 넘어 임신한 여성의 자기결정권을 제한하고 있어 침해의 최소성을 갖추지 못하였고, 태아의 생명 보호라는 공익에 대하여만 일방적이고 절대적인

우위를 부여함으로써 법익균형성의 원칙도 위반하였으므로, 과잉 금지원칙을 위반하여 임신한 여성의 자기결정권을 침해한다.”고 하였다. 위헌의견은 더 나아가 “심판대상조항들은 임신 제1삼분기에 이루어지는 안전한 낙태에 대하여 조차 일률적·전면적으로 금지함으로써, 과잉금지원칙을 위반하여 임신한 여성의 자기결정권을 침해한다.”고 하였다. 이러한 위헌의견은 기간방식을 주장한 것이고 헌법불합치의견도 22주 이전의 낙태 허용사유를 사실상 무제한적으로 확장하여 비슷한 입장을 보이고 있다고 할 수 있다.

그러나 합헌의견은 “낙태를 원칙적으로 금지하고 이를 위반할 경우 형사처벌하는 것은 태아의 생명 보호를 위하여 입법자가 선택할 수 있는 가장 확실하고 효과적인 방법이다. ... 그런데 자기낙태죄 조항은 달성하고자 하는 입법목적이 태아의 생명권 보호로서 매우 중대하고, 생명권 침해의 특수한 성격을 고려할 때 형벌을 통하여 낙태를 강하게 금지할 필요성이 충분히 인정된다.”고 하고 “낙태를 원칙적으로 금지하고 이를 위반할 경우 형사처벌하는 것 외에, 임신한 여성의 자기결정권을 보다 덜 제한하면서 태아의 생명 보호라는 공익을 동등하게 효과적으로 보호할 수 있는 다른 수단이 있다고 보기 어렵다”고 하였다. 또한 “자기낙태죄 조항으로 인하여 임신한 여성의 자기결정권이 어느 정도 제한되는 것은 사실이나, 그 제한의 정도가 자기낙태죄 조항을 통하여 달성하려는 태아의 생명권 보호라는 중대한 공익에 비하여 결코 크다고 볼 수 없다. 비록 자기낙태죄 조항이 낙태 근절에 큰 기여를 하지 못한다고 하더라도 이 조항이 존재함으로써 인한 위하효과 및 이 조항이 없어질 경우 발생할지도 모를 인명경시풍조 등을 고려하여 보면, 자기낙태죄 조항으로 달성하려는 공익이 결코 가볍다고 할 수 없다(헌재 2012. 8. 23. 2010헌바402 참조). 따라서 자기낙태죄 조항은 법익균형성 원칙에

도 반하지 아니한다.”고 하였다.

(2) 독일헌법재판소는 제1차 낙태판결에서 국가가 어떻게 태아의 생명을 유효하게 보호할 것인가는 1차적으로는 입법자가 결정할 사항이라고 하면서, 일정 적응사유가 있는 경우 입법자는 처벌면제조건을 규정하여야 하며, 이런 경우에는 입법자가 형사처벌을 면제하더라도 생명보호의무위반이 아니라고 한다. 그러나 그 외의 경우에는 낙태는 처벌할 만한 불법이며, 입법자가 형법상 처벌을 포기한다면 다른 동등한 실제적 법적 제재를 명할 수 있는 때에만 기본법 제2조 제2항 1문의 보호명령과 합치할 수 있다고 하였다.

제2차 낙태판결에서도 기본법은 입법부가 낙태를 전제로 일반적으로 합법화하는 것을 허용하지는 않는데 왜냐하면 헌법적으로 의무적 형벌화를 면제해주는 것은 기본법에 의해 개별적 태아에게 주어지는 보호와 존엄의 권리를 배제하는 것이 되기 때문이라고 하였다. 그러나 형사처벌로 위협하는 것이 이에 대해 생각할 수 있는 유일한 제재는 아니라고 하였다.

(3) 인간의 생명은 가장 근본적 가치이며 이를 보호하는 것이 형법의 가장 중요한 임무의 하나가 아닐 수 없다. 태아의 생명보호의무가 인정되는 이상 낙태도 생명을 침해하는 것으로 그 형사처벌이 헌법에 위반된다고 할 수는 없다. 그러나 그렇다고 입법자가 낙태금지를 반드시 형사처벌을 통해 실현하여야 한다는 것을 의미하지 않는다. 그런 점에서 태아의 생명보호의무를 긍정한 독일연방헌법재판소도 입법자는 낙태에 대해 반드시 형벌규정을 두어 이를 금지해야 하며 다른 방법으로 이를 금하는 것은 허용되지 않는다고 보지는 않았다.³⁷⁾ 이는 낙태가 다른 살인행위와 동일시할 수 없음을 의미하는 것으로 낙태에는 임산부의 기본권, 즉 임산부의 자기결정

권과 신체의 훼손을 받지 않을 권리, 그리고 사정에 따라서는 인간의 존엄성과 양심의 자유를 존중하지 않으면 안될 경우가 있기 때문이다.³⁷⁾ 즉 충돌하는 두 법익을 최대한으로 존중하는 방향으로 충돌을 조정하여야 하며, 따라서 일정한 경우에는 형사처벌을 받지 않는다. 예컨대 임신의 계속이 임신부의 생명을 위협한다거나 건강에 중대한 장애를 초래하거나 강간과 같은 윤리적 이유가 있다든가 또는 유전질환이 있는 경우 등에는 임신부에게 임신의 계속을 강요할 수 없다. 이처럼 임신부에게 통상의 임신의 경우와는 다른 큰 부담을 지우는 경우에는 입법자는 그 판단에 따라 형사처벌을 하지 않을 수 있다. 그러나 이러한 사유가 없는 경우에는 낙태는 불법적 행위이므로 입법자가 이를 형벌로써 처벌한다 하여 위헌이라 할 수는 없을 것이다. 물론 이러한 경우에도 낙태를 형벌규정못지 않게 효과적으로 낙태를 막을 수 있는 예방조치나 법적 제재방법이 있는 경우에는 그에 의하여야 할 것이다.

그런데 현행 모자보건법 제14조 제1항은 ① 본인이나 배우자가 우생학적 또는 유전학적 정신장애나 신체질환이 있는 경우, ② 본인이나 배우자가 전염성 질환이 있는 경우, ③ 강간 또는 준강간에 의하여 임신된 경우, ④ 법률상 혼인할 수 없는 혈족 또는 인척 간에 임신된 경우, ⑤ 임신의 지속이 보건의학적 이유로 모체의 건강을 심각하게 해치고 있거나 해칠 우려가 있는 경우 중 어느 하나에 해당되는 경우에는 임신 24주 이내인 경우 인공임신중절수술을 할 수 있음을 규정하고 있어 형법 제269조제1항의 낙태처벌규정을 위헌이라고 보기까지는 어렵다고 생각된다.

37) BVerfGE 39, 1, 46.

38) I. v. Münch, Rdnr. 49 zu Art. 2, in : I. v. Münch(hrsg.), Grundgesetz-Kommentar, Band 1, 1985.

헌법불합치의견이 이 조항에 사회·경제적 사유에 의한 낙태를 허용하지 않아 위헌이라 하였으나 이는 너무 광범위하고 막연하여 사실상 22주 이전의 낙태를 무제한으로 허용하는 결과를 초래할 수 있고, 위헌의견도 이와 유사하다. 다만 앞으로 입법정책을 통해 형사처벌의 범위를 보다 좁히고 사전예방적이고 임산부의 사회·경제적 어려움을 해소하기 위해 국가가 지원하는 방식으로 접근하는 것이 바람직할 것으로 본다.

V. 맺는말

1. 위에서 본 것처럼 상기 현재 결정은 다음과 같은 문제가 있다고 생각한다. 가) 먼저 논리적 정합성의 문제이다. 헌법불합치의견과 위헌의견은 태아의 지위에 관해서는 독일연방헌법재판소 제1차낙태판결과 거의 유사한 입장을 취하면서 결론은 독자적 생존가능성이 있기 전까지는 사실상 낙태를 방임하거나 미국의 *Roe v. Wade*판결에 유사한 입장을 취하였다. 말하자면 현재가 태아의 독자적 생명성을 인정하면서 임산부의 자기결정권에 따른 낙태의 권리를 광범위하게 인정한 것은 논리적으로 맞지 않다. 태아가 모체의 일부가 아니라 독자적 생명체라면 낙태는 단순히 임산부의 사적 영역에 머무는 것이 아니라 사회적 의미를 가지는 것이다. 그런데 낙태의 권리는 본질상 태아의 생명의 박탈을 의미하며 그런 점에서 태아의 독자적 생명성을 인정한다면 독일연방헌법재판소가 제1차낙태판결에서 지적하듯이 낙태는 기본적으로 위법이나 일정한 사유가 있는 경우 허용될 수 있다고 보는 것이 타당하다. 이처럼 독자적 생존가능성이 있기 전에는 광범위한 낙태권을 인정함으로써 사

실상 태아의 생명성을 고려하지 않으려 한다면 미국의 Roe v. Wade 판결처럼 태아의 생명권주체성을 부인하고 독자적 생존가능성을 가진 태아의 생명보호를 공익의 하나로 파악하는 것이 논리적이다.

나) 상기 현재결정은 임신 22주 이전의 태아에 대한 낙태를 사실상 무제한으로 허용하여 22주 전의 태아의 생명의 가치를 무시한 문제가 있다. 즉 헌법불합치의견은 “사회적·경제적 사유의 개념과 범위가 매우 모호하고 그 사유의 충족 여부를 객관적으로 확인하기도 어렵다. 사회적·경제적 사유에 따른 낙태의 허용은 결국 임신한 여성의 편의에 따라 낙태를 허용하자는 것인데, 이를 허용할 경우 현실적으로 낙태의 전면 허용과 동일한 결과를 초래한다.”라는 합헌의견의 비판처럼 사실상 22주전 태아의 경우 전면적 낙태를 허용하는 결과를 초래할 수 있다. 위헌의견은 미국에서도 폐기된 임신기간3단계구분법에 따라 임신 제1기의 태아의 생명에 대해서는 보호의무를 포기할 것을 주장하고 있다. 이들 의견도 인정하듯이 착상후 독자적 생존가능성이 인정되는 22주 이전의 태아라고 해서 無는 아니다.

다) 미국연방대법원이나 독일연방헌법재판소는 종래의 판례의 기초를 유지하면서 부분적으로 변화된 입장을 취하여 보다 중도적 입장으로 접근하고 있는 것에 비하여 우리 헌법재판소는 상기 결정에서 2012년 결정과는 거의 상반되는 입장으로 선회하였다. 그 사이 현실이나 국민의식의 급격한 변화가 있었다고 보기 어려운 짧은 기간사이의 이러한 판례변화는 헌법적 질서의 안정성을 해친다. 우리헌법상 헌법재판관의 임기가 상대적으로 짧은 것도 한 이유이지만 선례를 변경하는 경우 보다 신중한 접근이 필요하리라

본다.

2. 인간생명의 존중은 인간존엄의 핵심적 기초이자 보편적 가치로서 다른 모든 기본권의 전제라 할 수 있다. 그러나 생명에 관한 구체적 사안에 대한 평가는 역사적·사회적 평가와 절연되어 있는 것은 아니다. 예컨대 사형, 안락사, 낙태의 문제가 그러하다. 생명에 관한 법과 제도가 신앙적 믿음이나 다른 가치와 조화될 수 없는 교조적인 것이 되어서는 곤란하고 그 시대와 사회의 법의식과 상식, 현실에 부합하여야 한다. 사실 인간의 생명이 언제부터 시작되고, 태아의 생명이 출생한 사람의 생명과 동일한 가치를 가지는가, 태아의 생명은 그 성장의 단계와 관계없이 다 똑같은 법적 보호를 받아야 하는가는 법적 논리만으로 결정되기 어렵고 어느 기준이라도 반대의견으로부터 자의적이라는 비판을 면하기 어렵다. 태아가 독립한 생명이라 하여 사람과 같은 생명적 가치를 가진다고 보는 것은 지나치고 비현실적이며, 인간의 생명이 수정란이 모체에 착상한 후 출산을 거쳐 죽음에 이르기까지 이어지는 일련의 과정으로 보고 단계적 구분을 허용하지 않는 것도 F. Olsen교수의 지적처럼 지나친 단순화이며 현실에도 부합하기 어렵다. 태아는 모체에 의존적이며 모체내에서 점차 성장하고 그 생명의 존속은 모체의 희생과 헌신을 전제로 하며, 출산 여부는 여성의 삶과 인격실현에 심대한 영향을 미친다. 그런 점에서 모의 자기결정권을 무시하는 것은 타당하지 않고 또 비현실적이다. 태아의 독자적 생명가능성을 기준으로 독자적 생명가능성이 있기 전에는 어느 정도 낙태의 자유를 인정하고 그것이 인정되는 시기 이후에는 태아의 생명존중에 더 큰 비중을 두는 것은 현실성과 합리성을 가진다고 생각한다. 그렇다고 상기 낙태결정처럼 마치 일정시기에는 태아의 생명이 전혀 무가치한

것처럼 임신부가 자유롭게 낙태할 수 있다고 보는 것도 생명의 연속성과 가치를 무시하는 것이다. 그런 점에서 일정 신체적·생리적·사회적 사유가 있으면 낙태를 허용하되, 합리적 사유가 없는 경우에 까지 낙태를 자유롭게 할 수 있게 하는 것은 타당하지 않다. 다만 이런 경우에도 낙태를 방지할 수 있는 현실적 대책과 지원이 필요하고 형사처벌은 다른 수단이 없는 경우 제한된 범위로 축소하는 것이 타당할 것이다.

참 고 문 헌

김문현, 사례연구 헌법, 2014.

김철수, 기본적 인권의 본질과 체계, 2017.

최희경, Casey 판결상 ‘부당한 부담 심사기준’, 헌법학연구 제8권 제3호.

E. Chemerinsky, *Constitutional Law – Principles and Policies*, 2006.

John Hart Ely, *The Wages of Crying Wolf: A Comment on Roe v. Wade*, 82 *Yale L.J.* 920(1973)

Susanne M. Alford, *Is Self-Abortion a Fundamental Rights?*, 52 *Duke L.J.* 1011, 1029(2003)

Frances Olsen, *Unraveling Compromise*, 103 *Harvard L. Rev.* 105, 107(1989)

Katherine Kubak/Shelby Martin/Nastasha Mighell/Madison Winey/Rachel Wofford, *Abortion*, 20 *Geo. J. Gender & L.* 265(2019)

State Constitutional Law--Abortion Law-- Iowa Supreme Court Applies Strict Scrutiny to Abortion Restriction-- Planned Parenthood of The Heartland v. Reynolds, 915 *N.W.2D* 206(Iowa 2018), 132 *Harvard L. Rev.* 795 (2019)

BVerfGE, 39, 1(1975)

BVerfGE 88, 203(1993)

I. v. Münch, Rdnr. 49 zu Art. 2, in : *I. v. Münch*(hrsg.), *Grundgesetz-Kommentar*, Band I, 1985.

<Abstract>

A Comment on the Decision of the Constitutional Court(2019.4.11.2017헌바127) about women's rights to abortion and protecting potential life

Moon-Hyun Kim*

Recently the Constitutional Court ruled that the Criminal Law Art. 269. 1 be not in accord with the Constitutional Law, because it infringes the woman's right to self- determination that embraces her right to abortion. (2019.4.11.2017헌바 127결정) The decision is on the opposite side to the former decision on abortion(2012.8.23.2010헌바402). In a sense the former decision was analogous to the decisions about abortion of the German Constitutional Court(BVerfGE 39,1(1975); BVerfGE 88,203(1993), but this decision is influenced by the decisions of the Supreme Court of the U.S.(Wade v. Wade, 410 U.S. 113(1973); Planned Parenthood v. Casey, 505 U.S. 833(1992)

It ascertained that a fetus is an independent life from the pregnant woman and its life should be protected from the mother. But it also ruled that a pregnant woman has a constitutional right to abortion and may choose whether she endures pregnancy or terminates her pregnancy prior to viability(around 22 weeks after nidation).

But the decision has some problems. a) There are some contradictions in reasoning. 7 Judges ascertained that a fetus is a independent life, and simultaneously that a pregnant woman has rights to abortion in a wide range prior to viability. But two premises can not coexist. b) They disregarded actually the value of the life of fetus before viability. The

* Emeritus Prof. of Law, School of Law, Ewha University

fetus before viability is not nothing. c) Although there are not so many changes in the realities and the consciousness around abortion in the Korean Society since the former decision, the Constitutional Court decided on the opposite side too rapidly.

Key Words : the Criminal Law Art. 269. 1, right to abortion, protecting fatal life, trimesters, viability)

