

# 낙태와 헌법 논쟁

최현정(공익인권변호사모임 희망을만드는법)

# 2019. 4. 11. 헌법재판소 “낙태죄 조항, 헌법불합치”



- 헌법불합치
- 입법자는 2020. 12. 31. 시한으로 법 개정해야
- 헌법불합치 의견 4인
- 단순위헌 의견 3인
- 합헌 의견 2인

(사진 : 성과재생산포럼)

# 2017헌바127 결정 의의 ①

## ❖ 여성의 임신중지(/지속) 결정의 의미를 전향적으로 실시

*“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 결정이다.”*

(헌법불합치 의견 15~16면)

# 2017헌바127 결정 의의 ②

## ❖ 태아 생명권 vs 여성 자기결정권 충돌 구도의 탈피

- “자기낙태죄 조항의 존재와 역할을 간과한 채 임신한 여성의 자기결정권과 태아의 생명권의 직접적인 충돌을 해결해야 하는 사안으로 보는 것은 적절하지 않다.”  
(헌법불합치이견 13면, 심사기준을 실시하며)
- 임신한 여성과 태아의 특별한 관계를 고려 : “특별한 예외적 사정이 없는 한, 임신한 여성의 안위가 곧 태아의 안위이며, 이들의 이해관계는 그 방향을 달리하지 않고 일치한다.  
...(중략)... ‘가해자 대 피해자’의 관계로 임신한 여성과 태아의 관계를 고정시켜서는 태아의 생명 보호를 위한 바람직한 해법을 찾기 어렵다”

# 2017헌바127 결정 의의 ②

- “태아의 생명을 보호한다는 언명은 임신한 여성의 신체적, 사회적 보호를 포함할 때 실질적인 의미를 가질 수 있다. 원치 않은 임신을 예방하고 낙태를 감소시킬 수 있는 사회적, 제도적 여건을 마련하는 등 사전적, 사후적 조치를 종합적으로 투입하는 것이 태아의 생명 보호를 위한 실효성 있는 수단이 될 수 있다. 또한 임신한 여성이 결정가능기간 중에 낙태갈등 상황에 처했을 때 전문가로부터 **정신적 지지와 충분한 정보를 제공받으면**서 충분히 숙고한 후 임신 유지 여부에 대한 결정을 할 수 있도록 함과 **아울러 임신, 출산, 육아에 장애가 되는 사회적, 경제적 조건을 적극적으로 개선**하는 노력을 기울인다면 태아의 생명 보호에 실질적인 도움이 될 것이다.”
- (헌법불합치의견 19면)

# 2017헌바127 결정 의의 ③

## ❖ 형법적 제재의 한계와 문제점 적시

- 국가의 인구정책 여하에 따라 자기낙태죄 조항의 실제 가동 여부 좌우
- 여성이 필요한 사회적 논의 내지 소통할 수 없고 위험한 낙태 감행
- 태아 생명 보호 목적과 무관하게 악용

# 2017헌바127 결정 의의 ④

## ❖ 3인의 단순위헌의견

- “임신 제1삼분기에는 어떠한 사유를 요구함이 없이 임신한 여성이 자신의 숙고와 판단 아래 낙태할 수 있도록 하여야 한다”

“임신한 여성의 자기결정권이 보장된다고 하려면, 그 자기결정권은 원칙적으로 임신기간 중 기본권 주체의 의사에 따라 행사될 수 있어야 한다. 따라서 임신한 여성이 임신의 유지 또는 종결에 관하여 한 전인격적인 결정은 그 자체가 자기결정권의 행사로서 원칙적으로 임신기간 전체에 걸쳐 보장되어야 하며, 다만 다음의 이유로 제한될 수 있다.”

- **생명의 연속적 발달과정**에 따른 제한(22주 이후 원칙적 제한, 예외적 허용 가능)
- **여성의 생명 및 신체의 안전**을 위한 제한(임신 제2삼분기~ 태아의 생명 보호 및 여성의 생명, 건강 보호를 위한 제한 가능)

# 헌법재판소 결정, 그 후?

- 형사처벌 → (의료적, 사회적) 관리의 문제로 전환해야
- 정당성(사유) 판단 → 정보 제공, 절차를 고민해야
- 기타 고려하여야 할 법기술적 문제



# 형사처벌 → (의료적, 사회적) 관리

❖ 원칙적 금지 규정(형사처벌)이 필요하다?

- **사실상 자기결정권의 부정**

- “임신한 여성에게 임신기간 전체에 걸쳐 낙태를 원칙적으로 금지하면서 다만 낙태가 허용될 수 있는 예외적 사유를 법률로써 규정하는 방식은, 그 요건을 충족하는 임신한 여성에게 ‘낙태가 불가피한 사람’의 지위를 부여하여 낙태에 대한 법률상 책임을 면제하는 것에 불과할 뿐이고, 임신한 여성에게 자기결정권을 부여하지도 보장하지도 않는다. 임신한 여성은 임신기간 전체에 걸쳐 그 임신의 유지 여부에 관하여 스스로 본인의 자유로운 의사에 따라 선택하고 결정할 수 있는 지위를 단 한 번도 가지지 못하고, 따라서 임신한 여성의 자기결정권이라는 기본권을 단 한 번도 보장받지 못한다. 이는 임신한 여성의 자기결정권을 보장한다고 하면서도 사실상 그의 자기결정권을 부정 내지 박탈하는 것이다.”

(단순위헌의견, 30면)

# 형사처벌 → (의료적, 사회적) 관리

❖ 22주 이후 임신중지에 관한 제재가 필요하다?

- 무엇을 위한 제재인가?

- 여성의 건강, 생명의 위험 때문?

- 업무상과실치상, 치사죄로 규율 가능함.

- 태아의 생명 보호 때문?

- 실효성 있는 다른 대안을 찾아야 (원치 않는 임신의 방지, 출산 이후의 삶 지원)

- 참고로, 업무상과실낙태 처벌하지 않음.

- 형사처벌이 낙태율을 줄이지 못함.

# 형사처벌 → (의료적, 사회적) 관리

❖ 22주 이후 임신중지에 관한 제재가 필요하다?

- **형사처벌이 낙태율을 줄이지 못함.**

- 국가별 비교 (World Abortion Policies 2018, UN)

  - 여성 요청에 의한 낙태 금지 : 한국 추정치 29.8(2005), 15.8(2010) / 뉴질랜드 18.2(2010)

  - 여성 요청에 의한 낙태 허용 : 독일 6.1(2010), 스위스 7.1(2010), 네덜란드 9.7(2010)

- 통시적 비교

  - 네덜란드 : 6.1(1971) → 비범죄화(1984) → 6.0↓ (1980~1990) → 9.7(2010) (정진주, 2010)

  - 한국(기혼여성) : 71.5(1970) → 모자보건법제정(1973) → 113.3(1981) → 63.6(1990) (조영미, 2005)

# 형사처벌 → (의료적, 사회적) 관리

- 해외 원정 낙태

- 아일랜드 낙태율 4.5(2010)

- / 그러나 연간 2,000명이 원정 낙태(6,000명 이라고도 함.) (정진주, 2010)

- 프랑스 1975년 임신 10주, 2001년 12주로 낙태 허용 확대

- / 그러나 2001년 이전 매년 약 5,000명이 원정 낙태(이미정 외, 2010)

- 한국도 마찬가지

- 국제적 흐름(1996 → 2009)

- UN이 선진국으로 분류하는 국가들, 모든 사유에서 낙태 허용 비율 상승

- 특히 사회경제적 사유 허용(74% → 80%), 여성의 요청(57% → 69%)

- **형사처벌은 임신중지가 적절한 시기에 안전하게 이루어지지 못하게 함.**

# 형사처벌 → (의료적, 사회적) 관리

❖ 의사에 대한 행정제재는 필요하다?

- 무엇을 위한 제재인가?

- 의사에 대한 제재는 여성의 위험으로 전가될 가능성 높음.

- 2011년 낙태 시술 의사에 대한 고발, 의사들의 수술 거부

- 2016년 보건복지부 의사에 대한 **행정제재** 강화 시도, 의사들의 수술 거부

# 형사처벌 → (의료적, 사회적) 관리

## ❖ 그렇다면 지금 필요한 법률의 내용은? 참고 사례

- 네덜란드 낙태율 9.7(2010)
  - 1984년 낙태 비범죄화, 기간에 따른 규제 없음
  - 국민건강보험체계에서 무료로 낙태시술 가능
  - 피임약, 피임기구 무료 제공, 가톨릭과 기독교 학교에서 성애와 피임 교육 (정진주, 2010)
- 스페인 낙태율 11.7(2010) – 임부에게 제공하여야 하는 정보의 내용 법에서 열거 (박선영 외, 2013)
  - 주체 : 낙태 시술 승인받은 센터, 공중보건센터
  - 내용 : 임부에 대한 공적지원, 임신, 출산 중 의료비 지원, 임신, 모성과 관련된 노동권, 자녀 양육에 대한 혜택 및 공적 지원, 출산시 세재 혜택 및 기타 관련 지원 정보, 낙태 전호 조언을 받을 수 있는 기관에 대한 정보, 피임, 안전한 성생활 관련 정보를 얻을 수 있는 기관에 대한 정보, 낙태 전호 조언을 받을 수 있는 기관에 대한 정보, 태아의 기형 사유로 낙태하는 경우에는 장애인 지원과 사회복지에 대한 정보를 서면으로 제공받도록 함.(의사 2인 진단도 필요)

# 형사처벌 → (의료적, 사회적) 관리

## ❖ 그렇다면 지금 필요한 법률의 내용은?

- 제공하여야 할 정보의 종류 명시(최소한 이런 정보는 제공하여야 한다. 기간 고려?)
- 제공 원칙의 합의 : 접근성 보장하여야 한다, 결론 열어두어야 한다, 이해하기 쉬워야 한다, 본인에게 제공되어야 한다 등
- 제공 방식의 다양화(접근성 높이기) 고민  
(장기적으로는 성교육의 실질화. 상담 절차 의무/주체만의 문제가 아닐 것)
- 예 : 피임 관련 정보는 시술 후 의료인으로부터 곧바로 제공받아도 되지 않을까?
- 피임약, 피임기구 제공 방식(비용-무료?, 장소-보건소와 병원?, 기타 상담소 추가?)
- 장기적 : 성교육, 고용불안정, 성별임금격차 등과 같은 구조적 문제 해결

# 정당성(사유) 판단 → 정보 제공, 절차

- 원칙 : 사유 불문 임신중지 결정할 수 있어야.
- 임신중지가 불가피한 사유 열거 혹은 판단 기준 제시 방식X
- 정보 제공할 사항, 절차
- 동의권 문제
  - 청소년의 경우 부모 동의를 필수로 한다거나,
  - 장애인의 경우 부모, 부양의무자, 후견인 동의 등으로 같음하지 않도록.



# 기타 고려하여야 할 문제

- 기존 전달체계의 활용을 우선 고려해야하지 않을까.
- 시행령 위임 항목에 대한 주의 깊은 판단 필요함
  - 실무적으로 시행령, 시행규칙 개정이 더 어렵게 느껴짐.
  - 예 : 사회적, 경제적 사유가 있는 경우 인공임신중절을 할 수 있다. 그 기준 및 절차는 대통령령으로 정한다. (X)
- 입법취지에 대한 친절한 정리 필요

감사합니다.