

헌법재판소 2017헌바127 결정에 대한 분석

— 일부헌법불합치 결정 필요성과 대체입법 기한 단축 가능성을 중심으로 —

김주영 / 2021.10.28.

요약

헌법소원심판청구를 위한 자기관련성 요건을 고려했을 때, 이 사건 심판은 의사의 청구로 인해 개시된 것이므로, 자기낙태죄 조항에 대해서는 의사에 의해 일어나는 낙태에 관한 부분에 한해 일부헌법불합치 결정을 하여야 한다. 그리고 헌법불합치이견과 단순위헌이견이 모두 임신 후기의 낙태에 대해서 태아의 생명권이 보장되어야 한다고만 판단하면서도 별다른 이유 없이 임신 초기의 낙태에 한정된 헌법불합치 결정을 고려하지 않은 것은 헌법재판소가 성실히 심리하여야 할 의무를 다하지 않은 것이다. 그러나 이 부분에 관해 살펴보면 헌법재판소는 임신 초기의 낙태에 한정된 일부헌법불합치 결정을 해서는 안 된다. 마지막으로, 이 사건 결정은 2019년 4월 11일에 이루어졌고, 헌법불합치 결정에 따른 대체입법 기한은 다음 해 말일까지로 설정되어 있는데, 이것은 임신부에게 가혹하게 긴 기간이므로 단축되어야 한다.

1. 자기관련성 요건과 일부헌법불합치 결정 필요성 검토

1-1. 일부위헌 결정 필요성의 배제

이 사건의 경우 다른 사건에 비해 기본권의 대립이 첨예하여, 입법자는 사회적 합의를 성실히 유도해야 하는 의무를 지니고, 따라서 그러한 중대한 의무에 따르는 입법적 재량권 또한 크다고 할 수 있다. 그러므로 입법자에게 대체입법 기한을 부여해야 할 필요가 상당하기에, 일부위헌 결정이 아닌 일부헌법불합치 결정을 해야 한다.

1-2. 자기관련성 요건 검토

이 사건 청구는 의사에 의해 이루어졌으며, 자기낙태죄 조항이 이 사건 심판대상에 포함되기 위해서는 의사낙태죄 조항이 위헌인 경우 자기낙태죄 조항도 마땅히 위헌이라고 판단할 수 있는 경우여야 한다. 그런데 임신부가 스스로 행하는 낙태는 의사에 의한 낙태와 비교했을 때 임신부가 처하게 되는 위험성에 큰 차이가 있으므로, 의사에 의한 낙태는 허용하고 임신부가 단독으로 행하는 낙태는 금지하는 등 자기낙태죄의 구성요건을 조정할 수 있는 여지가 있다. 따라서 자기낙태죄 조항 중 의사에 의하지 않고 일어나는 낙태에 관한 부분은 의사낙태죄 조항이 위헌이 된다고 하여 마땅히 위헌이 된다고 판단할 수 없고, 헌법재판소는 의사에 의하지 않고 일어나는 낙태가 항상 임신부의 생명과 안전을 심각하게 침해하지 않는다고 판단하지 않는 한, 이 사건 심판대상에 자기낙태죄 조항 중 의사에 의해 일어나는 낙태에 관한 부분만을 포함시켜야 한다.

그러나 헌법재판소는 이 사건 결정에서 별다른 이유를 언급하지 않으면서 자기낙태죄 조항 전부를 헌법불합치 결정하였다. 따라서 헌법재판소는 이 사건 심리에서 자기관련성 요건을 엄격하게 심리하지 않은 잘못이 있으며, 이 사건 결정에서는 자기낙태죄 조항 중 의사에 의해 일어나는 낙태에 관한 부분만을 일부헌법불합치 결정했어야 한다.

의학기술의 발달로 인해 의사에 의하지 않고 일어나는 낙태가 항상 임신부의 생명과 안전을 심각하게 침해하는 것은 아니므로, 이에 관해서도 헌법불합치 결정을 하여 의사에 의하지 않은 낙태를 허용해야 한다는 반론이 있을 수 있으나, 의사에 의하지 않고 일어나는 모든 낙태가 안전한 것이 아니라면, 비교적으로 안전한 의사에 의한 낙태를 허용하는 결정을 하려는 상황에서 입법자의 입법취지를 무시하고, 이 사건 헌법소원심판청구의 자기관련성 요건을 훼손하면서까지 비교적으로 위험한 낙태를 허용해야 한다는 이런 주장을 받아들여야 하는 이유는 없다.

마지막으로, 이 사건 이전에 있었던 2010헌바402 결정에서는 자기낙태죄 조항 전체를 합헌 취지로 언급하고 있으나, 엄밀히 말하면 당시 결정에서 자기낙태죄 조항은 심판대상에 포함되지 않았으므로 해당 결정으로 인해 자기낙태죄 조항 중 의사에 의한 낙태에 관한 부분만 따로 판단할 수 없게 되는 것은 아니다.

2. 임신 초기 요건과 비례원칙에 대한 검토

2-1. 임신 초기 요건 적용 여부에 관한 심리에 대한 검토

단순위헌 의견이 제1삼분기인 14주까지는 낙태를 허용해야 한다고 분명한 기간을 들어 주장하는 반면, 헌법불합치 의견은 결정가능기간인 22주까지는 생명 보호의 수단과 정도를 달리 정할 수 있다고만 언급할 뿐이지 구체적으로 어떻게 정해야 하는지에 대해서는 모두 입법자에게 떠넘기고 있다.

앞에서 이 사건에서는 입법적 재량권이 크다고 하였으나, 헌법재판소가 결정가능기간을 정하여 그 기간 이내의 낙태에 대해서만 일부헌법불합치 결정을 하더라도 입법자는 여전히 결정가능기간을 초과하는 시점의 낙태에 대한 입법적 재량권을 가지므로, 헌법재판소가 태아의 생명권을 고려하여 일단 결정가능기간 이내의 낙태에 대한 권리만을 보장하고자 한다면 헌법재판소는 입법적 재량권을 과도하게 침해하지 않으면서 이 사건에서 임신 초기의 낙태에 한정된 일부헌법불합치 결정을 할 수 있다.

따라서 만일 그렇게 하지 않고 헌법불합치 결정을 할 것이라면 헌법재판소는 모든 기간의 낙태에 대해 헌법불합치 결정을 하는 이유를 설명해야 한다. 그러나 이 사건 결정을 보면 헌법재판소는 그렇게 하지 않은 잘못이 있다.

2-2. 임신 초기 요건 적용의 적절성 검토

이처럼 헌법재판소가 이 사건 결정에서 모든 기간의 낙태에 대해 헌법불합치 결정을 하는 이유를 제대로 설명하지 않았지만, 사실 헌법재판소는 모든 기간의 낙태에 대해 헌법불합치 결정을 하여야 한다.

낙태 시점에 관해 일부헌법불합치 결정을 할 경우, 결정가능기간을 초과하는 시점의 낙태에 대하여 입법자의 입법적 재량권을 보장하는 효과도 있으나, 결정가능기간을 초과하는 시점의 낙태에 대한 임신부의 자기결정권을 즉시 구제하지 않는 효과도 있기 때문에 이를 세밀하게 비교해야 한다.

여기서 모든 기간에 대한 낙태에 대해 헌법불합치 결정을 한다고 하여, 입법자가 정한 결정가능기간을 초과하는 시점의 낙태를 다시 금지하는 입법이 불가능하게 되는 것이 아니라는 점에 주목해야 할 것이다. 이 점을 고려하면서 이 사건에서 침해의 최소성 원칙과 법익의 균형성 원칙을 고려하면 입법자의 낙태에 관한 입법적 재량권에 비해 임신부의 낙태에 관한 자기결정권의 구제가 훨씬 중요하고 시급하다고 할 수 있다. 따라서 헌법재판소는 모든 기간의 낙태에 대해 헌법불합치 결정을 하고, 입법자에게 조속히 결정가능기간 도입 여부를 결정하여 대체입법을 할 것을 결정서에서 주문해야 할 것이다.

3. 대체입법 기한 단축 가능성 검토

3-1. 대체입법 기한으로서 20개월의 적합성 검토

대체입법 기한으로서 이 사건 결정에서 설정한 20개월은 두 가지 이유에서 과도하게 길다고 할 수 있다. 먼저 임신부의 권리 구제를 과도하게 늦춘다. 헌법재판소가 1년을 초과하는 대체입법 기한을 설정하는 것은 이례적이라는 점에서 대체입법 기한을 20개월로 설정하는 것은 충분한 설명 없이는 정당화되기 어렵다. 하지만 이 사건 결정에서 헌법재판소는 별다른 설명을 하지 않고 있다. 그리고 헌법재판소는 이 사건 결정을 통해 입법자가 조속히 결정가능기간 도입 여부를 결정하여 대체입법을 하도록 유도해야 하는 의무를 가진다. 대체입법 기한을 20개월로 길게 설정한다면 입법자가 대체입법을 여유롭게 진행하게 되어 결과적으로 입법자가 임신부의 낙태에 관한 자기결정권 구제에 서두르지 않게 되는 것을 헌법재판소가 방조하게 되는 상황이 벌어진다.

3-2. 적합한 대체입법 기한 설정

“법률개선 의무는 입법자의 입법형성권 한계로서 작용한다. 따라서 헌법재판소가 헌법불합치결정을 통해서 입법자의 법률개선 의무를 확인하였는데도 입법자가 해당 법률을 개선하지 않으면 입법자는 확인된 법률개선 의무의 범위 안에서 더는 입법형성권을 주장하지 못한다고 보아야 할 것이다.”[1]

제20대 국회에서 국회의원에 의해 제출되어 가결된 법안의 평균 처리기간은 269.5일이었기 때문에[2] 최대한 사회적 합의의 도출을 시도할 수 있도록 1/3을 더한 1년의 대체입법 기한은 법안을 처리하기에 상당히 넉넉하다. 만일 1년의 기간이 끝났는데도 입법자가 대체입법을 하지 못한다면 그것은 입법자가 정치적 책임을 회피하기 위하여 입법을 시도하지 않은 것이며, 따라서 입법자는 더 이상 배타적인 입법권을 가지지 못한다.

4. 결론

4-1. 낙태죄 사건(2017헌바127) 결정의 잘못과 대안

헌법재판소는 이 사건 심리에서 자기관련성 요건에 따른 일부헌법불합치 결정 필요성이 있는지, 임신 22주 이전의 낙태에 한해 일부헌법불합치 결정을 하여야 하는지, 그리고 대체입법 기한을 20개월로 설정해야 하는 이유가 무엇이며 단축할 수 있는 가능성은 없는지에 관해 성실히 심리하지 않은 잘못이 있다.

위에서 지정한 내용을 종합하여 이 사건 결정서의 주문과 결론을 다시 쓰면 이 사건 결정은 다음과 같이 되어야 한다.

[주문]

형법(1995. 12. 29. 법률 제5057호로 개정된 것) 제269조 제1항 중 '의사'에 의해 일어나는 낙태에 관한 부분과, 제270조 제1항 중 '의사'에 관한 부분은 모두 헌법에 합치되지 아니한다. 위 조항들은 2020. 04. 30.을 시한으로 입법자가 개정할 때까지 계속 적용된다.

[결론]

따라서 자기낙태죄 조항 중 '의사'에 의해 일어나는 낙태에 관한 부분과 의사낙태죄 조항에 대하여 주문과 같이 헌법에 합치되지 아니한다고 선언하고, 입법자가 2020. 4. 30. 이전에 개선입법을 할 때까지 위 조항들을 계속 적용하되, 만일 위 일자까지 개선입법이 이루어지지 않는 경우 위 조항들은 2020. 5. 1.부터 그 효력을 상실한다.

아울러 종전에 헌법재판소가 이와 견해를 달리하여 형법(1995. 12. 29. 법률 제5057호로 개정된 것) 제270조 제1항 중 '조산사'에 관한 부분이 헌법에 위반되지 아니한다고 판시한 헌재 2012. 8. 23. 2010헌바402 결정은 이 결정과 저촉되는 범위 내에서 변경하기로 한다.

민주주의가 발전할수록 이 사건과 같이 기본권이 첨예하게 대립하는 헌법소원 사건이 증가할 것으로 생각된다. 앞으로 헌법재판소는 더욱 세심한 사건 심리를 통해 이와 같은 부주의를 반복하지 않도록 해야 할 것이다.

4-2. 낙태 행위 규율에 관한 제언

형사법에서는 범죄의 성립 여부를 판단하기 위해서 구성요건과 위법성, 그리고 책임을 고려하므로 낙태 행위를 형사적인 범죄로 보아야 하는지에 관해서도 그렇게 해 보자.

결정가능기간을 얼마로 잡더라도 낙태의 시점이 임신 이후 정확히 얼마가 지난 시점인지 정확히 판단할 수 없는 상황에서, 본질적으로 구성요건이 충족되는지조차 알 수 없는 행위를 범죄로 규율하는 것은 사실상 불가능하다. 구성요건이 충족되더라도, 위법성 조각 사유로 작용하는 모자보건법에서 규정하는 예외 사례들 중 하나 이상에 특정 낙태 사건이 해당하는지를 판단하는 것 또한 쉽지 않다. 마지막으로, 비난 가능성의 관점에서 미필적 고의에 의한 낙태와 사고의 결과인 낙태를 구분하는 것 또한 쉽지 않다.

다른 관점에서 바라보자면, 결정가능기간을 설정하는 것과, 어떤 경우들을 모자보건법에서 규정하는 예외 사례에 포함할 것인지 정하는 것, 그리고 사고로 인해 사람이 죽었을 때 책임자를 처벌하는 것과 같이, 사고로 인해 태아의 생명이 종료되었을 때 이를 사고로 인한 낙태(혹은 태아살인)로 보아 처벌할 것인지를 정하는 것 또한 쉽지 않다.

이렇게 낙태는 형사법적으로 범죄화하기가 현실적으로 대단히 어렵기 때문에 낙태를 형사적으로 처벌하고자 시도하는 것은 실익이 없다. 따라서 낙태의 발생을 감소시키고자 한다면 낙태숙려제도를 도입하거나[3] 청소년 피임 교육을 확대하는 등의 대안적인 방법들을 사용해야 할 것이다.

인용 문헌

[1] 김현철 외 4 (2017). 헌법불합치결정의 기속력과 개선입법의 구제범위에 대한 연구. 헌법재판연구 28, 383.

[2] 전진영 (2020). 제20대 국회 입법활동 분석. 입법·정책보고서 68, 29.

[3] 김학태 (2021). 낙태죄 헌법불합치 결정에 따른 관련법개정 방향에 관한 연구. 외법논집 45(1), 21-22.

참고 자료

고봉진 (2020). '2019년 헌법재판소 낙태죄 결정' 분석과 '낙태죄 형법조항' 개정방향 제안. 생명윤리 정책연구 13(2), 119-139.

윤진숙 (2020). 낙태죄 헌법불합치 결정에 대한 분석 -헌법재판소 2019. 4. 11 자 2017헌바127 결정에 대한 평석-. 서울법학 27(4), 67-100.

이경렬 (2021). 낙태와 중절: 입법부작위가 남긴 문제. 형사정책 33(1), 239-274.

이석배 (2018). 낙태죄 존치론에 대한 반론. 한국의료법학회지 26(1), 75-98.

이석배 (2019). '낙태죄' 헌법재판소 헌법불합치 결정의 취지와 법률개정 방향 - 헌법재판소 2019. 4. 11. 선고 2017헌바127 전원재판부 결정에 따라 -. 의료법학 20(2), 3-39.

정애령 (2020). 태아의 생명보호의 헌법적 접근을 토대로 한 낙태죄의 개선입법방향 - 헌법재판소 2019.4.11. 2017헌바127결정에 대한 평석 -. 공법학연구 21(1), 151-181.

허완중 (2020). 낙태죄 조항에 대한 헌법불합치결정의 문제점. 법학논총 40(3), 1-32.