

〈논문〉

## 의료법상 태아의 성감별 행위 등 금지 조항의 위헌 여부 판단을 위한 사회과학적 의견\*

梁 鉉 娥\*\*

### 요 약

본 논문은 구 의료법 제19조 2의 제2항의 ‘태아 성별 고지’ 금지 규정에 관한 헌법소원 사건을 다루고 있다. 헌법 제37조 제2항의 과잉금지 원칙에 따라 본 사건에 대한 의견을 제시하는 바, 해당 조문의 효과를 신생아 성비(性比), 출산력 등과 같은 인구 통계자료를 통하여 해석한다. 이러한 논증에 입각하여 대상 규정이 해당 입법 목적을 위한 적정한 방법으로 보기 어렵다는 의견을 제시한다. 본 논문의 사회과학적 성격은 사회적 사실의 제시뿐 아니라 이를 해석함에 있어 견지하는 사회구조에 관한 시각에서도 찾을 수 있다. 한국인의 ‘남아선호현상’이 단지 개개인의 남아의 호·불호 태도로 환원될 수 있는 성질의 것이 아님에도 불구하고 해당 법규정은 임부(妊婦)와 그 가족들이 태아의 성별을 알지 못하게 하는 방법에 의해 성비 균형이라는 입법목적을 달성하고자 한다. 본고는 이러한 입법목적이 표면적으로는 정당하지만 사회적 문제를 개인에 떠맡긴다는 점에서 사회구조적 차원에서는 정당하지 않다고 주장한다. 한편, 2008년 7월 31일 헌법재판소는 9인의 재판관 중 5인의 헌법불합치 의견, 3인의 단순위헌 의견, 1인은 합헌의견에 따라 본 조항에 대하여 헌법불합치 결정을 내렸다. 이는 적절한 판단이지만, 다수 의견에서 제시된 낙태 불능 시기 이후 태아의 성별 고지를 허용할 수 있다는 절충적 논증에서 볼 때, 본 사건에서 행해졌어야 할, 태아 성별 고지가 금지됨으로써 침해되는 국민의 기본권에 대한 논의는 부족했다고 평가한다. 본 연구는 법적인 형태로 표출된 국민의 문젯거리를 사법기관이 어떻게 접촉할 것인가에 대해 탐구하였다.

주제어: 태아성감별, 남아선호, 사회과학적 의견, 위헌성, 과잉금지의 원칙, 법과 사회

\* 본 논문은 서울대학교 법학발전재단 출연 법학연구소 기금의 2009학년도 학술연구비의 보조를 받았음. 또한 본 논문은 2008년 4월 10일 헌법재판소에 제출된 해당 사건에 대한 필자의 참고인 의견에 기초하고 있다.

\*\* 서울대학교 법과대학·법학대학원 부교수.

## I. 문제의 제기

본 논문은 구 의료법에서 ‘태아의 성감별 행위 등’을 금지한 제 19조의 2 제2항 (현 의료법 제20조 제2항)에 관한 헌법소원 사건을 다루고 있는데, 해당 사건의 심의에서는 다음의 두 사건이 병합하여 다루어졌다.<sup>1)</sup> 먼저 ‘2004헌마1010 사건’의 청구인은 2004년 5월 경 임신한 자신의 부인이 2004년 12월 23일 초음파검사를 받으면서 산부인과 의사에게 태아의 성별을 알려줄 것을 요청하자 의사는 위 의료법 조항에 의거하여 본 요청을 거절하였다. 이에 청구인은 2004년 12월 해당 의료법 조항에 대하여 헌법소원을 청구하였다. 청구인은, “우리사회에서 여전히 남아 선호사상이 남아있음은 부인할 수 없는 사실이지만, 최근의 많은 부부들은 아들 딸 구별 없이 하나 또는 둘 정도의 아이를 갖기를 원하고 있는 실정이어서 출산 문화도 이 사건 법률조항이 마련될 때와는 많은 차이가” 있음에도 임신기간과 무관하게 무조건적으로 일반적으로 금지하고 있어 구제의 방법과 정도 면에서 과잉 금지 원칙에 위반하며, “의학의 발달에 따라 태아의 성별을 충분히, 쉽게 알 수 있음에도 이 사건 법률조항으로 인해 헌법상의 알 권리와 행복추구권을 제한받게 된다”고 주장하였다.<sup>2)</sup>

‘2005헌바90’ 사건의 청구인은 1999년부터 서울 동작구에서 산부인과 병원을 경영하는 산부인과 의사인데, 2001년 7월부터 3차례에 걸쳐 산모인 최○○에게 태아의 성별을 확인하여 줌으로써 상기 의료법 조문을 위반하였다는 이유로 2005년 5월 4일 보건복지부장관으로부터 의사면허자격정지 6월을 명하는 처분을 받았다. 이에 청구인은 서울행정법원에 보건복지부장관을 상대로 면허정지처분의 취소를 구하는 소송을 제기했고, 본 재판의 계속 중에 상기 의료법 조문의 위헌 여부 재판의 전제가 된다고 하여 위헌법률심판제청신청을 하였으나 서울행정법원은 2005년 11월 4일 위 면허정지처분취소청구를 기각함과 동시에 위헌법률심판제청신청을 기각하였다. 그러자 청구인은 2005년 11월 4일 의료법의 상기 조항 이외에 제52조 제1항, 제67조가 본인의 행복추구권, 평등권, 직업의 자유, 과잉금지원칙에 위반한다는 이유로 헌법소원을 청구한 것이다.<sup>3)</sup> 두 사건에서 공히 위헌 여부를 심사해야

1) 헌법재판소는 2008년 7월 31일 재판관 5인(이강국, 김희옥, 민형기, 목영준, 송두환 재판관)의 헌법불합치 의견, 3인(이공현, 조대현, 김중대 재판관)의 단순위헌 의견, 1인(이동흡 재판관)의 헌법합치 의견에 따라 본 의료법 규정에 대해 헌법불합치 결정을 내렸다.

2) 2004헌마 1010 청구인 정00, 헌법소원심판청구서, 5-6면.

할 대상 규정은 구 의료법 제19조의 2 제2항이다(굵은 글씨 부분: 현 의료법 제20조 제2항).

**구 의료법 제19조의 2 [태아의 성감별행위등의 금지]**

① 의료인은 태아의 성감별을 목적으로 임부를 진찰 또는 검사하여서는 아니 되며, 같은 목적을 위한 다른 사람의 행위를 도와주어서는 아니 된다.

② 의료인은 태아 또는 임부에 대한 진찰이나 검사를 통하여 알게 된 태아의 성별을 임부 본인, 그 가족 기타 다른 사람이 알 수 있도록 하여서는 아니 된다.

[본조신설 1987.11.28]

한편, 대한의사협회가 제출한 ‘의료법 제19조의 2 제2항’ 의견서에 따르면 우리 법은 형법에서 낙태 처벌규정을 두고(제269조 및 제270조) 모자보건법에서 인공임신중절 허용사유(제14조)를 둠으로써 불법적인 낙태를 규제하고 있음에도, 의료법 제19조의 2는 태아의 성별을 검사하여 임부 및 가족들에게 성별을 알려주는 행위 자체를 처벌하고 있어서 “그 성격상 형법 제269조 및 제279조에 대한 미수 또는 예비범을 처벌하는 규정”이라 주장하였다. 이는 “의심스러운 경우에는 피의자에게 유리하게(*in dubio pro reo*)라는 형사소송법상의 원칙 위반이며 임신부와 그 가족들의 행복추구권과 알 권리라는 헌법적 기본권에 대한 침해이며, 의료인에 대해서도 과도한 제재”가 될 수 있다는 것이다.<sup>4)</sup> 또한 동 협회는 임신기간은 통상 40주인데, 일반적인 초음파검사 과정에서 태아의 성별을 자연스럽게 인지할 수 있는 시기는 임신 16주부터라고 하였다.<sup>5)</sup>

이해관계인인 보건복지가족부장관도 아래와 같은 의견을 제출하였다.

지금 우리 사회에서 출산기피 풍조가 만연하고 있는 점, 그로 인하여 1자녀를

3) 헌법재판소 판례집 20권 2집 상 236-268면, 의료법 제19조의2 제2항 위헌확인 등(이하 현재 판례집 20-2 상), 240-241면.

4) 대한의사협회 의견서, “의료법 제19조의 2 제2항”에 대한 헌법소원 관련 회신, 2005.5.25. 동 협회는 아래와 같은 형량의 불균형에 대해서도 지적했다. 형법에서 부녀의 촉탁 또는 승낙에 의해 낙태행위를 한 의료인에 대해 2년 이하의 징역을 부과하면서도(형법 제270조 제1항) 의료법에서 제19조의 2를 위반했을 경우에 보건복지부 장관은 의사의 면허 취소 처분을 내릴 수 있고, 3년 이하의 징역이나 1000만원 이하 벌금에 처하도록 규정하고 있다(구 의료법 제52조 및 동 제67조).

5) 한편 2009년 7월 7일 모자보건법 시행령의 개정으로 임신 24주 이내에 인공임신중절이 가능하게 되었다.

두고 있는 가정이 많아지고 있다는 점은 인정할 수 있으나, 그렇다고 하더라도 **남아선호사상이 없어졌다고 단정할만한 뚜렷한 입증자료가 없다.** 오히려 자녀를 한 명만 낳으려는 경향과 남아선호 경향이 더해지게 되면 태아 성별 고지를 통한 낙태가 더욱더 조장될 수도 있다.

의사가 태아 성별 정보를 임부에게 알리지 못하여 생기게 되는 의사와 임부와의 신뢰관계의 파괴는 **사실상의 불이익에 불과하고, 이 사건 규정에 의하여 의사의 의료행위 자체가 제한된다고 볼 수는 없다.** 또한 태아 성별 정보를 임부에게 알려주는 경우 잔존하고 있는 남아선호사상에 의하여 여아에 대한 낙태가능성이 있는 반면, 이 사건 규정으로 인하여 부모가 임신 10개월 동안 자녀의 성별을 알지 못한다고 하더라도 그 자녀를 낳을 것이 분명한 이상, **그로 인하여 침해되는 알 권리 및 행복추구권에 대한 제약은 비교적 경미하다.** 따라서 이 사건 규정에 의하여 보호되는 가치가 그로 인하여 제한되는 의사와 부모의 기본권에 비하여 작다고 볼 수는 없다(강조는 필자).<sup>6)</sup>

이렇게 보건복지부 장관은 i) 남아선호의 잔존, ii) 성별고지금지에 따라 의료행위 자체가 제한되지 않는다는 점, iii) 인구의 성비균형이라는 가치가 부모의 알 권리나 행복추구권 보다 작지 않은 점 등을 이유로 해당 조문의 합헌성을 주장하였다. 이상과 같이 볼 때, 본 사건의 프레임은 남아선호의 문화 속에서 발생하는 신생아의 성비불균형 현상을 시정하고자 하는 국가의 관심과 자식의 성별을 알고자 하는 부모의 알 권리 및 행복추구권 간의 충돌에 관한 것이며, 이에 더해 태아의 성별고지를 금지하는 국가의 제재로부터 벗어나고자 하는 의사의 관심간의 충돌이다.

그런데, 본 사안의 판단에 있어 신생아 성비, 출산율, 자녀 성별에 대한 태도, 의료 기술 등과 같은 사회적 사실과 그에 대한 해석이 중요할 것으로 보인다. 또한 대상 규정과 같이 부모 및 의사와 같은 사인(私人)의 통제를 통한 성비 균형 달성이라는 법정책의 지향에 대한 평가도 필요할 것이다. 나아가 해당 사안처럼 국민의 구체적 삶과 밀접한 사안의 경우, 그 결정이 가질 대사회적(對社會的) 메시지도 의미 있게 다루어져야 한다. 이에 본론에 들어가기 전 본 연구의 방법론에 대해 간략히 논의하고자 한다.

---

6) 헌재 판례집 20-2 상, 246면.

## II. 사법 판단, 사회과학, 가치 판단

### 1. 재판에서 사회과학적 연구의 유용성

헌법재판에서 사회과학적 연구의 필요성에 대해서는 이미 여러 연구자들에 의해 논의되었다. 대표적으로 최대권은 ‘과외금지위헌제청 사건’에서 우리 헌법재판소의 태도에 대해 비판적으로 고찰한 바 있다.<sup>7)</sup> 이 연구에서는 과외금지조치 위헌결정(2000년 4월 27일 선고, 98헌가16.98헌마429)에서 사회과학적 접근이 헌법적 판단이나 결정에 얼마나 유용하며 필요한 것인가를 규명하고자 하였다. 이 때, 사회과학이란 사실관계의 인식, 법해석학(과외금지조치의 정책목표 해석, 헌법상 비례의 원칙)에 기여하고, 감정증언 및 감정증거의 절차에서 활용되는 등 법절차의 모든 단계에서 걸쳐 요청되는 것이라고 한다.

한상희의 연구는 ‘생활보호사업지침(1994.1. 보건복지부장관고시)’에 관한 헌법소원심판사건을 다루고 있다.<sup>8)</sup> 헌법재판소는 만장일치로 위 지침이 위헌이 아니라고 판단하였던 바, 한상희는 본 사건에서 다툼의 대상이 된 것은 인간다운 생활의 권리 및 이에 대한 국가의 보장 의무 등 순수한 헌법 도그마에 관한 문제가 아니라, 오히려 ‘일정한 규범판단을 전제로 한 사실관계에 대한 평가’였다고 한다.<sup>9)</sup> 관건은, ‘인간다운 생활’에 대한 사회적·법적 평가이고, 이를 입증하기 위해서는 현재의 청구인들의 생활상태가 어떠하며, 이에 대한 사회적 평가는 어떠한지에 대한 사실을 구하고 이에 대해 평가하고, 이상을 헌법적 맥락에서 어떻게 판단할 것인가를 판단했어야 했음에도 불구하고 단순히 기존 제도가 어떻고, 그것이 무슨 의미를 지니는가와 같은 전도된 분석만 행하였다고 비판하였다.

이러한 연구들은 헌법재판뿐 아니라 일반 소송에서 사회과학의 유용성에 관한 귀중한 선례가 될 것이다. ‘동성동성금혼 위헌제청’ 사건을 분석한 임지봉은 동성동본금혼이 전통인지, 동성동본금혼과 배치되는 사회변동이 있었는지와 같은 문제를 살펴보았다.<sup>10)</sup> 이렇게 헌법재판에서 다루어야 할 사안이 경험주의적 조사연구의

7) 최대권, “법적 결정과 사회과학: 과외금지조치 위헌결정을 중심으로”, **서울대학교 법학**, 제41권 제3호 (2000), 41-73면.

8) 한상희, “헌법재판에서의 사회과학적 변론-Brown사건과 생계보호기준사건의 비교를 중심으로”, **서울대학교 법학**, 제41권 제3호 (2000), 77-111면.

9) 한상희, 전제논문, 79면.

10) 임지봉, “헌법재판, 사회변동, 그리고 헌법의 해석 - 동성동본금혼규정에 대한 헌법재판소 결정(1995.7.16. 95헌가6 등)의 분석을 중심으로”, **헌법해석과 헌법재판**, 윤명선 교수

자료 뿐 아니라, 전통, 일반인의 인식과 관습의 신뢰 등과 같은 문화적이고 역사적 문제들로 확장되어 있다.<sup>11)</sup>

이외에도 법적 판결에 있어서 사회과학적 데이터, 논변, 방법론의 유효성에 대해서는 여러 논자들에 의해서 탐구되어 왔다. 김정오의 연구는 간통죄에 관한 헌법소원에 대한 담론 분석을 통하여 사안의 판단에 작용하는 성도덕에 대한 법관들의 사유방식을 드러내고자 한다. 이를 통해 법원의 판단이란 규범 논리의 당연한 추론적 결과라는 신화와는 달리 다양한 논증이 첨예하게 대립되는 역동적인 장(場)이라는 점을 밝히고 있다.<sup>12)</sup> 이런 문제의식은 법현실주의에 입각하여 ‘선거법’의 위헌 여부를 다룬 박경신의 연구에서도 이어진다.<sup>13)</sup> 이외에도 ‘실화책임법’을 실화(失火)에 대한 책임 분담, 사회적 비용 등과 같은 법경제학적 관점에 입각하여 분석한 고학수의 연구,<sup>14)</sup> 자녀 동반 살해 등이 특정 민족의 관습에 기초하였다는 문화적 항변(cultural defense)에 녹아있는 오리엔탈리즘과 정체성의 딜레마를 다룬 이재협의 연구,<sup>15)</sup> 진정직업자격(Bona Fide Occupational Qualification)과 성별 통념을 다룬 양현아의 연구<sup>16)</sup> 등 다양한 연구사례를 찾아볼 수 있다.

이미 국제 법사회학계는 스스로를 법사회과학으로 이해하면서,<sup>17)</sup> 법에 대한 광범위한 사회과학적 접근을 추구하였다. 그런데, 법과 사회과학의 만남이 유용하고 필요하다고 했을 때, 법학에서 말하는 ‘사회과학’이란 무엇일까. 법학에서의 사회과학의 유용성 이전에 법학에서 말하는 사회과학이란 무엇인가라는 질문이 중요하다고 본다. 앞서 연구들에서도 지적되었듯이, 그것은 단지 사회과학 데이터의 활

---

정년기념 논문집 (2006), 33-53면.

- 11) ‘전통’ 문제에 대해 법적 심의를 한 대표적 사례는 호주제도 위헌제정법률심판사건에서 찾아볼 수 있다(헌법재판소 2005.2.3.선고, 2001헌가9 등).
- 12) 김정오, “헌법 판례에 나타난 법적 논증의 구조적 비판적 분석”, **법철학연구**, 제4권 제2호(2001), 299-326면.
- 13) 박경신, “한국 법현실주의의 발전을 보여주는 판례의 소개: 서울고등법원 2004노1871 2004.1019와 서울북부지방법원 2004고합 239 2004.7.2”, **헌법해석과 헌법재판**, 윤명선 교수 정년기념 논문집(2006), 55-69면.
- 14) 고학수, “실화책임에 관한 법률의 법경제학적 분석”, **외법논집**, 제27집(2007), 653-680면.
- 15) 이재협, “법과 문화의 충돌: 미국 형사재판에서의 “문화적 항변”에 대한 고찰”, **저스티스**, 제71호(2003), 256-271면.
- 16) 양현아 “실증주의 방법론과 여성주의 법학”, **서울대학교 법학**, 제46권 제2호(2005), 198-237면.
- 17) 이국운, “미국 법사회과학의 최근 동향”, **법과 사회** 제16-17호 합본호(1999), 389-409면; 최대권, 전개논문(2000). 일반적으로 Elizabeth Mertz (ed.), *The Role of Social Science in Law* (Ashgate, 2008).

용이라는 차원에 그치지 않을 것이다. 사회과학은 법절차의 전과정에 관련되며, 한상희의 표현대로 ‘일정한 규범 판단을 전제로 한 사실관계의 평가’라는 성격을 가진다. 특히, 본 연구에서는 사회적인 사실에 대한 사회과학적 해석이 가지는 법학과의 관련성에 대해 관심을 가지고 있다. 사회과학적 자료를 넘어서 그 해석과 시각이 법적 판결에 있어 유용하고 필요한 자원이 되는가. 아래에서는 이에 대해 다소 논하기로 한다.

## 2. 재판과 사회과학의 가치 연관성

양건은 종래의 법학은 규범으로서의 법을 다룬다면, 법사회학이 대상으로 하는 법은 사실로서의 법, 즉 사회 속에서의 법을 다룬다고 한다. 하여, 법학이 추론적 방법을 사용한다면 법사회학은 경험적 방법에 주로 의거하여, 법학이 규범학문이라면 법사회학은 경험학문이라고 한다.<sup>18)</sup> 이러한 이분법적 이해는 최대권의 연구에서도 발견되는 바, 그는 당위 현상으로서의 법규범을 주로 사실로서의 법규범을 대상으로 하는 법사회학의 인식의 대상으로 할 수 있으나 등의 질문을 제기하였다.<sup>19)</sup>

사회과학이 정치, 경제, 문화, 심리 등을 포괄하는 사회현상에 대한 과학적 인식을 추구하고, 사회적 사실에 기초하여 사회현상에 대한 인과적 설명을 제공한다는 점에서 그 실증성(positivity)은 사회과학에 있어 핵심에 해당할 것이다. 그리고 이때의 사회적 사실에는 객관적 사실 뿐 아니라 의미와 해석이 내재된 주관적 사실도 포함한다. 그리고 많은 경우, 양자는 혼합되어 있다. 사회과학을 자연과학과 구별되게끔 하는 특성에서 인간의 행위, 문화와 규범, 이데올로기 등에 녹아 있는 가치와 의미 문제를 연구대상으로 하면서 동시에 연구의 전제가 되고 있다는 점을 빼놓을 수 없다. 의미의 문제가 사회과학자의 연구대상이면서 동시에 연구자 자신이 특정한 의미 공동체에 속해 있다는 점에서 사회과학자와 의미문제는 ‘독특하게 사회적인’ 관계를 가지고 있다.<sup>20)</sup>

18) 양건, **법사회학**(아르케, 2000), 19-26면.

19) 최대권, “법사회학적 법학방법론 - 법발견에 있어서의 법사회학적 접근”, **서울대학교 법학**, 제24권 제1호(1983), 14-33면.

20) 인간행위의 의미 문제에 대한 사회학 이론에서 막스 베버와 그의 이해사회학을 빼놓을 수 없을 것이다. 베버의 전통은 이후 후설(E.Husserl)의 현상학과 딜타이(W. Dilthey)의 철학을 결합한 슈츠(A.Shutz)의 현상학적 사회학을 낳았고, 이 전통이 미국으로 건너 가 상징적 상호작용론, 일상생활방법론(ethnomethodology)와 같은 미시사회학의 전통을 형성

사회적 사실의 의미 문제와 별도로 사회과학에서 또 하나의 중요한 인식의 축은 개인과 사회구조라는 축이다. 사회학의 오랜 전통 속에서 사회의 외재성(外在性)을 강조한 뒤르켐 전통의 사회학주의와 인간의 행위 능력에 중요성을 부여한 행위론자들이 존재하였는데, 이들은 각각 구조주의와 같은 거시 사회학과 상징적 상호작용론과 같은 미시사회학으로 발전해 왔다. 이러한 양자의 전통을 결합한 이론가로 기든스(A. Giddens)나 하버마스의 의사소통이론을 찾아 볼 수 있다. 예컨대, 기든스의 ‘구조화(structuration)’ 이론에 따르면,<sup>21)</sup> 사회구조란 인간 행위에 외재하는 제약이 아니라, 인간 행위성을 촉진하는, 동기부여하게 하는 가능성이자 공간이다. 이 시·공간에서 개인의 행위는 이른바 사회구조를 끊임없이 재생시킨다. 기든스가 해석하기에 이는 맑스나 알튀세(L. Althusser)에게서 발견되는 사회구조와 능동적 행위성간의 변증법과도 상통한다.<sup>22)</sup>

한편, 인간행위와 사회구조간의 역동성에 대해서는 포스트구조주의(poststructuralism)가 새로운 지평을 열어왔다. 포스트구조주의자들은 규칙, 제도화에 초점을 맞추는 구조주의에 대비하여 차이, 욕망, 주체성과 같은 새로운 의제들을 제출하며 인식의 지평을 해체하고 개방하였다. 포스트모더니즘과의 연결 속에서, 라캉(J. Lacan)과 같은 언어패러다임의 정신분석학, 데리다(J. Derrida)와 같은 해체주의적 글쓰기와 인식 비평, 푸코(M. Foucault)와 같은 계보학적 역사쓰기와 미시권력 분석, 료파르(J. Lyotard)와 같은 가치의 통약불가능성과 반근대주의, 이리가라이(L. Irigaray)와 같은 담근중심적(phallus-centric) 서구 근대성 비판과 새로운 상징계의 구축, 스피박(G. Spivak)과 같은 서브알턴(subaltern)과 포스트식민주의 역사쓰기와 같이 포스트구조주의의 흐름은 견잡을 수 없이 다원화되고 생산적인 양상으로 전개되었다.

포스트구조주의 문제의식과 법학의 주요한 접점은 주로 법안의 주체와 타자의 분류, 법에 의해 만들어지는 현실과 주체성(subjectivity)에 관한 것이 아닌가 한다.<sup>23)</sup> 특히 현대 법사회학에서 법이 미치는 인종, 성별, 제3세계에 대한 규정 효과에

---

하게 된다. 베버 사회학의 전통은 이상에 국한될 수는 없지만, ‘해석학적(hermeneutic) 사회학’이라고 부를 수 있는 전통을 통하여, 인간 행위의 의미와 가치문제를 다루기 위한 방법론과 시각 형성에 깊은 영향을 남겼다.

21) Anthony Giddens, *Central Problems in Social Theory – Action, Structure, and Contradiction in Social Analysis* (MacMillan Press, 1979), 주로 2장, pp. 49-95.

22) Giddens, 상계서, pp. 52-53, pp. 155-164.

23) 포스트구조주의와 법학간의 접점에 관해서는 다음을 참고할 수 있다[Drucilla Cornell, Michel Rosenfeld, David Gray Carlson (eds.), *Deconstruction and the Possibility of Justice* (Routledge, 1992), 자끄 데리다, **법의 힘**, 진태원(역) (문학과 지성사, 1994)].



대한 연구가 활발한데, 이러한 연구에서 포스트구조주의적 감각을 발견할 수 있다. 이제 법은 단지 주어진 주체를 분류하는 데에 그치는 것이 아니라 일정한 집단의 사람들을 ‘노동자’로 가림하고 ‘모성’이 무엇인지를 정의하며 여성을 ‘강간 가능한 존재’로 불러내어 그들의 증언을 ‘칭취한다’고 한다.

이상과 같은 현대 사회학의 이론 흐름에서 볼 때, 사실성과 의미관련성에 대한 이분법은 상당정도 허물어졌다고 평가한다. 사실을 표상하기 위한 언어, 기호, 상징은 이미 사회적으로 구성된 약속이기에 사회적(인위적) 의미 구성을 떠난 사실 인식은 불가능하다. 또한 사회구조와 인간행위간의 불가분성에 대한 개념 구축에도 상당한 진전이 있었던 것으로 평가한다. 사회구조는 인간 주체성을 형성하고 주체의 행위는 끊임없이 구조를 재생한다. 이런 견지에서 법사회(과)학은 사실에 관한 학문이지만 법학은 규범에 관한 학문이라는 이분법은 사회과학에 대한 지극히 소박한 인식을 대변한다. 또한 법이 사회현실을 ‘보수적’ 혹은 ‘소극적’으로 좇는다는 믿음도 환상에 불과할 것이다. 국가라는 엄연한 권력의 당체에 의해 제정되고 집행되는 법은 다른 어떤 담론보다도 탁월하고 강력하게 현실 인식을 구성하고 선도한다. 법사회학적 분석은 법학이 은폐하거나 당연시하는 권력이나 규범을 들추어낼 수 있을 것이다. 예컨대 법적 담론에서 관성적으로 국가의 이익이나 기존의 질서를 공적 이익을 호명할 뿐 이를 성찰하지 못한다면, 그 공적 이익이 때론 국민에게는 질곡이 될 수도 있다. 이 글에서 다룰 것처럼, 침해되는 국민의 기본권에 대해서 말하면서도 그 기본권이 구체적으로 그들의 삶의 상황에서 어떤 권리를 말하는지 실체화하지 않는다면, 하나의 개념을 다른 개념으로 대체하는 동어반복적 성격을 면하기 어려울 것이다. 이상과 같이 볼 때, 사회과학과의 접점에서 법학이 얻을 수 있는 유익함은 적어도 다음과 같이 지적될 수 있을 것이다.

첫째, 사회과학의 축적된 지식을 통해 사회관계, 사회상황, 사회변동 등에 대한 유용한 개념과 정보를 얻을 수 있을 것이다.

둘째, 설문조사, 면접 조사, 담론 분석, 네트워크 분석, 면접, 각종 실험기법 등 사회과학의 양적·질적 방법론을 통해 문제되는 법적 사안이 사실 판단에 도움을 받을 수 있을 것이다.<sup>24)</sup>

24) 인터넷에 유포된 포르노그래피의 불법성 여부 판단 자료로서 네티즌 의견조사, 공권력 피해자의 손해배상 입증 자료를 위한 구술면접기법의 활용, 국민의 사법참여에 있어서 심리실험 기법 등이 그 예가 될 수 있다. 물론 기존 조사를 통해 산출된 자료를 사안의 판단에 활용할 수 있을 것이다.

셋째, 법현상에 대한 사회과학적 접근은 행복추구권, 알 권리와 같은 추상적 개념들이 현실생활관계에서 무엇을 뜻하는지 좀더 실체화하는 데 기여할 것이다. 사회과학은 형식적 논변에서 벗어나 현실에 부합하는 법 해석과 판단에 도움이 될 것이다.

넷째, 법률가는 사회과학으로부터 자신의 인식을 성찰할 수 있게 하는 ‘거리두기’ 방법을 배울 수 있을 것이다. 사회과학은 법학자로서의 법 해석과 사회 일반인으로서의 통념을 분리할 수 있는 시각을 제공할 것이다.

### III. 본 의견 구성의 방법

#### 1. 과잉금지의 원칙과 사회적 사실

이제부터 심판 대상조문인 구의료법 제 19조의 2의 제2항(현 의료법 제 20조의 제2항)을 헌법 제37조 제2항에 규정된 과잉금지의 원칙에 비추어 살펴보고자 한다. 국민의 기본권이라도 국가안전보장, 질서유지 또는 공공복리를 위하여 필요한 경우에는 법률로써 이를 제한할 수 있지만, 그 경우에도 기본권의 본질적인 내용을 침해할 수 없다는 원칙에 의거하여 해당 조문의 위헌 여부에 대해 검토할 것이다.

대상 조문에 대하여 목적의 정당성, 방법의 적정성, 피해의 최소화, 법익의 균형성을 살펴보면, 그 내용은 사회과학적 자료와 시각을 가지고 구성하고자 한다. 즉, 법학적 논증구조에 사회과학적 내용을 채워 넣음으로써 법과 사회의 연관 지점에서 각 기준의 부합성을 따져보고자 한다. 앞서 언급한대로, 지난 2008년 7월 31일 헌법재판소는 9인의 헌법재판관 중 8인의 다수 의견으로 해당 조문에 대한 헌법 불합치 결정을 내렸다. 이에 본 논문에서는 사안에 대한 필자의 의견을 현재의 다수 의견과 소수 의견과 교차시키면서 제시하고자 한다.

#### 2. 입법 목적의 정당성

먼저 해당 조문의 입법목적에 대해 살펴본다. 상기 구 의료법 제19조의 2는 1987년 11월 28일 의료법 일부 개정시 신설되었고 2007년 4월 11일에 개정된 규정이며, 이를 위반한 경우 해당 의료인의 면허를 취소할 수 있고(구 의료법 제52조) 3년 이하의 징역이나 1000만 원 이하의 벌금에 처하도록 규정하고 있다(구 의료법

제 67조).<sup>25)</sup> 한편, 이해관계인인 보건복지부 장관은 해당 조항의 입법 목적을 ‘여태아 낙태의 금지’를 통한 ‘인구의 성비 균형’의 달성에 있다고 한다.<sup>26)</sup> 헌법재판소의 다수 의견에서도 조문의 입법 배경에 대해 마찬가지로 견해를 피력하였다.<sup>27)</sup> 1980년대 한국사회에서는 남아선호가 크게 줄어들지 않은 채, 초음파 검사 등 의료기술이 널리 보급되면서 성비 불균형이 심화되었다. 이러한 상황에서 태아의 성감별 행위와 여태아 낙태를 금지한 것에는 일정한 사회적 이유가 있었다고 판단되기에 본 조항의 입법 목적은 일견 정당하다.

하지만, 좀 더 근본적인 차원에서 본 조문의 입법 목적을 바라보면 몇 가지 의문이 제기된다. 여태아 낙태가 남아선호사상에 기인한 것이라면, 과연 남아선호사상이란 개인적 태도인가. 남아선호사상이 생겨나는 객관적 사회 요인들이 존재한다고 할 때 그 요인들은 그대로 둔 채, 사인(私人)들에 대하여 여태아 낙태만을 금지하는 해당 규정의 정책적 지향(orientation)은 정당한 것인가.

한편, 다수 의견에서는 다음과 같이 대상조문의 입법 목적의 정당성을 인정하고 있다.

위에서 이미 살펴본 바와 같이 이 사건 규정의 태아 성별 고지 금지는 낙태,

25) 구 제52조 (면허의 취소 및 재교부)

① 보건복지부장관은 의료인이 다음 각호의 1에 해당할 때에는 그 면허를 취소할 수 있다. 다만, 제1호의 경우에는 면허를 취소하여야 한다.

1. 제8조제1항 각호의 1에 해당하게 된 때
2. 삭제<2000.1.12.>
3. 제53조의 규정에 의한 자격정지처분 기간 중에 의료행위를 하거나 3회 이상 자격정지처분을 받은 때
4. 제11조제1항의 규정에 의한 면허의 조건을 이행하지 아니한 때
5. 제19조의2의 규정에 위반한 때
6. 면허증을 대여한 때

② 생략

구 의료법 제67조(벌칙) 제19조, 제19조의2, 제20조제1항, 제25조제3항, 제30조제4항, 제31조제1항 단서, 제46조제1항, 제48조제3항, 제51조제2항(제61조제3항에서 준용하는 경우를 포함한다), 제54조제3항의 규정에 위반한 자 또는 제61조제1항의 규정에 의한 안마사의 자격인정을 받지 아니하고 영리를 목적으로 안마행위를 한 자는 3년 이하의 징역 또는 1천만원 이하의 벌금에 처한다. 다만, 제19조, 제20조제1항 또는 제54조제3항의 규정에 위반한 자에 대한 공소는 고소가 있어야 한다.

[전문개정 1981.12.31.][시행일 2002.3.30.]

26) 현재 판례집 20-2 상, 246면.

27) 현재 판례집 20-2 상, 249면.

특히 성별을 이유로 한 낙태를 방지함으로써 성비의 불균형을 해소하고 태아의 생명권을 보호하기 위해 입법된 것이므로 그 목적이 정당하다 할 것이다.<sup>28)</sup>

그런데, 이공현, 조대현, 김종대 세 재판관은 본 조문의 입법목적의 정당성에 대해 반대의견을 제시하여 주목된다.

이 사건 규정의 입법목적에 관하여 보면, [중략] 태아 성별 고지 행위 자체를 원하지 않는 성별의 태아에 대한 낙태의 개연성이 있는 행위로 간주하고 성별에 따른 낙태예방과 그 근절을 위해 태아 성별고지 행위를 금지한 것이라 보여진다. 그러나 우리 형법은 제269조와 제270조에서 낙태행위를 범죄로 규정하고 이를 처벌하도록 하고 있으므로 여아든 남아든 낙태를 금지하여 태아의 생명을 보호하고자 하는 입법목적은 위 형법 규정들에 의하여 충분히 달성된다고 할 것이다[중략].

물론 이 사건 태아 성별고지 행위로 인해 태아에 대한 성별을 알게 된 부모가 태아의 성별을 이유로 낙태에 이르게 되는 극히 예외적인 경우가 있을지도 모른다. 그러나 이 경우 태아의 **생명을 박탈하는 행위는 성별고지 행위가 아니라 낙태행위이므로 낙태행위를 금지하고 처벌함으로써 태아의 생명을 보호하면 된다.** 그런데 이 사건 **규정이 태아 성별 고지 행위를 태아의 생명을 박탈하는 행위로 간주하고 이를 사회적으로 비난받아야 할 반사회적이고 비윤리적인 행위로 낙인찍어** 태아의 성별 고지 행위 금지에 태아의 생명 보호라는 입법 목적을 설정한 것은 그 자체로서 정당화될 수 없다(강조는 필자).

본 소수의견에 따르면 대상 조문은 i) 태아의 성별 고지와 여태아의 낙태 행위를 동일시하는 전제를 가지고 있고, ii) 여아를 포함한 태아의 생명보호는 형법상 낙태죄로 규율하면 된다는 점에서, 본 조문의 입법목적이 정당화될 수 없다는 것이다. 이하에서는 입법 목적이 일견 정당하다는 전제를 가지고<sup>29)</sup> 방법의 적정성 등에 대해 검토하기로 한다.

---

28) 현재 판례집 20-2 상, 252면.

29) 사회과학적 차원에서 본 대상 조문의 입법 목적에 대한 재론은 제4장에서 이어진다.

## 2. 방법의 적정성, 피해의 최소성, 법익의 균형성에 관하여

대상 조문을 방법의 적정성, 피해의 최소성이라는 관점에서 살펴본다. 방법의 적정성에 대해서는 사회적 사실을 통해 측정 가능하게 하기 만들기 위해 아래와 같은 질문으로 치환한다.<sup>30)</sup>

- i) 해당 조문이 성비 불균형을 방지하기 위한 목적을 달성하기 위하여 적절한 방법이 되어 왔는가. 즉 본 조문에 의해 여태아 낙태가 줄어들었나?
- ii) 태아의 성별을 고지하지 않음으로써 여태아 낙태를 방지한다는 것은 현재 우리 사회의 출산관행과 사회윤리에 비추어 적합한 수단인가?
- iii) 여태아 낙태의 방지를 위해 성별 고지를 금지하는 것 이외에 다른 수단은 없는가?

1) 본 조문의 실효성: 본 조문에 의해 여태아 낙태가 줄어들었나?

본 조문의 실효성을 평가하기 위해 아래와 같은 인구 통계치를 살펴본다.

<표 1> 출생순위별출생성비(1985-2007)

	1985	1987	1989	1991	1993	1995	1997	1999	2001	2003	2005	2007
총출생성비	<b>109.4</b>	<b>108.8</b>	<b>111.7</b>	<b>112.4</b>	<b>115.3</b>	<b>113.2</b>	108.2	109.6	109.0	108.7	107.8	<b>106.2</b>
첫째아	106.0	104.7	104.1	105.7	106.4	105.8	105.1	105.6	105.4	104.9	104.8	<b>104.5</b>
둘째아	107.8	109.1	112.4	112.4	114.7	111.7	106.3	107.6	106.4	105.2	106.4	<b>106.0</b>
셋째아 이상	<b>134.4</b>	<b>138.0</b>	<b>185.0</b>	<b>182.1</b>	<b>206.6</b>	<b>180.2</b>	135.5	143.1	141.4	140.8	128.2	<b>115.7</b>

\*출생성비: 해당년도 출생여아 100명당 남아의 수

\*\*자료: 한국 통계청, 해당연도 「인구동태통계연보」 자료(강조는 필자)

<표 1>에서 보는 것처럼, 한국사회의 성비 불균형 현상은 1980년대 중반에서부터 1993년을 정점으로 하여 높아지다가 점차 감소되는 추세이며, 2007년 현재에는 그 불균형이 상당히 완화되었음을 알 수 있다. 자녀의 출산 순위의 측면에서 보면, 모든 연도에 공통적으로 셋째아 이후 자녀의 성비에서 불균형 현상이 심화

<sup>30)</sup> 법익의 균형성 문제는 본 고에서 다루기에는 너무 추상적이어서 제외하였다. 다만 4장의 (2)에서 다룰 ‘성별 고지를 받지 못해 제한되는 기본권이란’이 법익의 문제가 관련 될 것이다.

되었던 바, 한국인들은 주로 셋째아 이후의 자녀 출산시 의료적 개입을 통한 성별 선택 출산을 하였음을 알 수 있다. 달리 표현하면, 셋째아 이후의 자녀를 낳는 동기들 중 남아 출산이 주요했다고 추정할 수 있다. 예컨대, 1993년의 셋째아 이상의 성비가 206.6으로서 여아 1명이 태어날 때, 남아는 2명 이상 출생했음을 알 수 있다. 이렇게, 성비 불균형은 셋째아 이상 자녀의 성별 선택 출산에 기인하는 정도가 높다는 것을 알 수 있다.

셋째아 이상의 자녀의 경우에도 전반적 성비와 유사한 추세가 나타나서 1993년을 정점으로 하여 성비 불균형이 줄어들었다. 2000년대 이후 2007년에 이르면 총 출생성비는 자연 성비에 접근하는 106.2를 기록하고 있고 특히 첫째아와 둘째아의 성비는 자연 성비 영역이어서<sup>31)</sup> 자녀의 성별에 대한 인공개입이 거의 없어졌음을 알려준다.

이상과 같은 신생아 성비 추세는 의료법의 대상 조문에 의해 어떤 영향을 받은 것일까. 앞서 본대로, 의료법 대상 조문은 1987년에 신설되었는데 <표 1>에서 보듯이 성비 불균형은 1987년 이후에 오히려 심화되었다. 특히 셋째아 이상의 자녀 성비는 1989년, 1991년, 1993년 각각 185.0, 182.1, 206.6을 기록하였고 1987년의 성비 108.8을 회복하는데 약 10년의 시간이 걸렸다(1997년, 108.2). 2000년대 들어 최근에 와서야 신생아의 성비가 균형을 찾아가고 있어 2007년의 셋째아 이상의 성비는 115.7을 기록하였다.

이렇게 의료법의 대상 조문이 신설된 후에도 성비 불균형 현상이 지속되었고 조문이 마련된 지 7년 동안 성비 불균형이 오히려 심화되고 그 이후에야 불균형이 둔화되었다는 사실에 대해서는 크게 두 가지 해석이 가능할 것이다. 먼저, 해당 조문에 의해 성비 균형 회복이라는 입법목적이 달성되지 않았다고 해석할 수 있다. 법이 의도한 효과가 법제정 7년 동안 나타나지 않았고, 본래 상태로 회복되는데 10년 정도가 걸렸다는 점에서, 본 조문이 성비 균형을 위해 긍정적 효과가 있었다고 보기 어렵다. 이와 같다면 1993년 이후의 성비 불균형의 감소는 다른 요인들에 의해 달성되었다고 할 수 있다.

둘째, 본 조문의 효과가 있었기 때문에 상당 정도의 억제력을 행사했고 그 명시적 효과가 7년 이후에야 나타났다고도 해석할 수 있다. 강한 남아선호의 태도

31) 의료적 개입이 없을 때 달성되는 출생아 성비인 자연 성비란 사회에 따라 차이가 있지만 일반적으로 103-107의 범위 내에 있다고 보고된다. 일반적으로 남성이 여성에 비해 더 많이 출생하고 평균수명은 더 짧다.

와 문화 속에서 입법의 목적이 달성되는데 일정한 시간이 필요했고 최근의 성비 안정에 이러한 입법적 노력이 기여했다는 견해를 가질 수 있다. 사실상 양자 중 어떤 해석이 보다 적합한 것인지를 판명하기 위해서는 별도로 고안된 사회조사가 필요하겠지만, 본 연구에서는 그러한 조사를 시행하지 못하였으므로 기존 통계자료를 가지고 해석을 시도한다.

그런데, 남아선호사상 때문에 성비가 불균형이 초래되는 것이라면, 왜 굳이 이 시기(1989~1995)에 그 정도가 심화되었을까 라는 의문이 생긴다. 아래 <표 2>는 합계출산율과 출생성비에 대한 지난 30여년간 변화를 시계열적으로 보여준다.

<표 2> 합계출산율과 출생성비(1975-2007)

	1975	1977	1979	1981	1983	1985	1987	1989	1991
합계출산율	3.43	2.99	2.9	2.57	2.06	<b>1.66</b>	<b>1.53</b>	<b>1.56</b>	<b>1.71</b>
신생아성비	112.4	104.2	106.4	107.1	107.3	<b>109.4</b>	<b>108.8</b>	<b>111.8</b>	<b>112.4</b>
	1993	1995	1997	1999	2001	2003	2005	2007	
합계출산율	<b>1.65</b>	<b>1.63</b>	<b>1.52</b>	1.41	1.30	1.18	1.08	1.25	
신생아성비	115.3	113.2	108.2	109.6	109.0	108.7	107.8	106.2	

\* 합계출산율: 한 명의 가입여성이 평생동안 낳을 자녀수에 대한 해당연도 추정치

\*\* 자료: 통계청, 해당연도 「인구동태통계연보」 (강조는 필자)

1975년에 합계 출산율은 3명을 상회하였고 신생아 성비도 110을 넘어서는 불균형을 나타낸다. 흥미로운 점은 이러한 성비 불균형이 1975년부터 1983년까지 점차 완화되다가 1985년 이후 불균형이 다시 심화되었다는 점이다. 또한 1985년 이후 합계출산율이 급격하게 감소했다는 점도 주목된다.<sup>32)</sup> 그렇다면, 한국사회의 남아선호의 태도가 1970년대에 비해 1985년 이후 더 강화되었을까 라는 질문이 제기된다. 1970~80년대를 통하여 꾸준히 이루어진 남녀평등사상의 보급, 여성 지위의 상승 등을 고려할 때 그렇게 보기가 어렵다면, 1985년 이후의 급격한 성비 불균형 현상은 남아선호사상의 강화가 아니라 출산율 감소와 의학적 기술 등의 여타 요인들에 의해 발생한 것으로 해석해야 한다. 요컨대, 남아선호의 사회문화적 상황은

<sup>32)</sup> 실제로 합계출산율이 1명대로 감소한 시기는 1984년으로서 합계출산율이 1.74로 감소했고, 신생아 성비는 108.3로 그 불균형이 심화되었다.

이 시기에만 국한하지 않는 상수(常數)라면, 자녀수(출산력)의 감소나 의료기술의 보급은 변수(變數)가 되어 이 시기 성비 불균형을 설명할 수 있다. 자녀수를 적게 가져야 하는 필요성은 증대하는데, 남아를 꼭 낳아야 하는 필요가 상존했다면, 개인들이 취하게 되는 하나의 적응방식이 사회적으로는 성비 불균형현상으로 표출되었다 할 것이다.<sup>33)</sup> 그렇다면, 한국의 성비불균형 현상은 남아 선호 이외에 출산력, 의료기술, 또한 남아에 대한 태도 변화 등 의료법상 대상 조문 규제와는 별도의 외생(外生) 변수들에 의해 영향을 받았다고 하겠다.

한편, 1993년 이후 성비 균형이 회복되는 현상은 어떻게 볼 것인가. <표 2>에서 볼 때, 1993년 이후 출산율은 더욱 감소됨에도 불구하고 성비 불균형이 함께 약화된 현상은 소자녀의 추세가 비슷하게 유지되거나 강화되는데, 남아선호의 태도는 감소된 현상의 결과로 해석할 수 있을 것이다.<sup>34)</sup> 남아선호의 필요성이 항상적이거나 더 강화되었다면, 출산율의 감소와 더불어 성비 불균형이 더욱 심화되었을 것이기 때문이다. 이와 같다면, 의료법 대상 규정의 발효 이후 7년 동안에도 또 그 이후에도 성비 (불)균형현상은 의료법 규정의 영향을 크게 받지 않았다고 추정할 수 있다.

계속해서, 해당 의료법 조문의 법적 제재의 측면에서 살펴보자. 자료에 따르면 본 조항에 따른 실제 처벌은 미미하다. 먼저, 태아성감별을 금지하는 실제 원인인 여태아 낙태의 처벌건수를 본다면, 낙태죄의 처벌건수를 보여주는 <표 3>에서 보는 바와 같이 낙태 시술 의사에 대한 형사처벌 내지 벌칙이 내려진 경우는 극히 소수이다.

33) 권태환 교수는 과거에는 남아선호관이 자녀수를 높였던 것과는 달리, 적은 수의 자녀와 남아선호관의 공존은 출산율을 감소시키는 요인이 된다는 예측을 내놓은 바 있다. 이상자녀수가 2명 미만이고 남아선호관이 강하다면 남아를 낳은 부부는 단산하게 될 것이라고 가정하게 하기 때문이다. 남아선호는 인구수와 출산력에도 큰 영향을 미친다 [권태환·김태현·최진호, **한국의 인구와 가족**(일지사, 1995) 83-84면].

34) 이를 달리 표현하면, 1985-1995년의 시기 소자녀 추세와 남아선호태도가 공존하다가 1990년 중반 이후에는 소자녀 추세가 남아선호태도를 능가했다고 할 수 있다. 특히 IMF사태 이후 소자녀 혹은 무자녀를 통한 경제적 긴축의 필요성이 남아(아들에 의한 부양, 봉사 등)로 인한 기대이익을 능가하는 사회로 이행했다고 해석할 수 있다.



<표 3> 낙태죄 발생건수(1999-2003년) (단위 : 건수, %)

구분	발생건수(발생비)	검거건수(검거율)	검거인원		
			계	남성	여성
1999	42(0.1)	41(97.6)	55	25	30
2000	39(0.1)	37(94.9)	64	28	36
2001	42(0.1)	42(100.0)	70	30	40
2002	34(0.1)	36(105.9)	52	31	21
2003	22(0.0)	18(81.8)	28	12	16

\* 발생비는 인구 100,000명에 대한 범죄 발생건수

\*\* 검거율은 발생건수에 대한 검거건수의 백분율(%)

자료: <범죄분석>, 대검찰청, 2000년, 50-51면; 2001년, 50-51면;  
2002년, 50-51면; 2003년, 50-51면; 2004년, 50-51면.

1999년의 한국보건사회연구원의 <출산력 및 가족보건 실태조사>에 의하면, 한국에서 인공 임신중절 수술건수가 연간 16만 건으로 추정되는데, 동년 수사기관에서 인지된 발생건수는 42건에 불과하고, 2004년 검찰에 기소되어 재판에 회부된 사건은 8건에 불과하다. 전체 낙태사건수에 태아성감별에 의한 낙태도 포함되었을 것이라는 점에서 여태아 낙태에 의한 형사 처벌은 더욱 미미하였음을 알 수 있다. 한편, 의료법의 대상 조문 및 구 의료법 제52조 제1항 및 제67조에 의거하여 재판을 받은 의사는 1997년 7명, 1999년 6명, 2000년 3명, 2002년 2명 등 모두 18명이며, 자격정지 또는 면허취소의 행정처분을 받는 사람도 2005년 1월까지 20여명 정도이다.<sup>35)</sup>

이러한 현상은 국가가 성감별에 의한 낙태를 제재할 적극적 의지가 없었거나, 해당 의료법이 그것을 제재할 적절한 수단이 되지 못했음을 말한다. 이와 같다면, 해당 법률은 우리 국민의 실제 행동을 규율하지 못하는 법으로써 법에 대한 신뢰감을 떨어뜨리는 법의 하나라고 해석한다. 한편, 본 사건의 공개변론에서 참고인으로 출석했던 전종관(서울대의대 산부인과전문의) 교수에 따르면 “태아의 성별에 따라 낙태를 하고자 하는 산모가 있다면 우리나라에서는 몇 군데 병원만 다닌다면 알아 낼 수 있다”라고 진술했다. “산모가 얼마든지 병원을 선택할 수 있는 우리의 현실에서 [중략] (의사는) 환자의 알고자 하는 욕구를 채워줘야 한다는 생각 뿐

35) 한겨레 신문, 2005.1.20.일자. 대한의사협회 의견서 13면에서 재인용.

아니라 병원의 유지를 위해서도 유치한 방법으로 우회적으로 알려주는 경우가 많은 것으로 알고 있다”고 하였다. 이는 산부인과 일선에서는 우회적으로나마 성별을 알려주는 것이 관행이고 이에 대해 의사나 산모가 크게 양심의 가책을 받지 않고 있음을 시사한다. 무릇 법의 효과란 단지 형사적 처벌이나 행정적 제재만을 뜻하지 않을 것이고 오히려 공동체의 관습이나 규범에 반하여 개개인의 양심에 거스르게 하는 곳에서 발현된다 할 것이다.<sup>36)</sup> 한편, 태아 성감별 고지의 금지 규정은 낙태죄와 마찬가지로 그 보호법익을 태아의 ‘생명보호’라는 지고한 가치에 두고 있는 바, 그 도덕적 정당성에 대해 부인할 자가 우리 사회의 다수라고는 생각하기 어려울 것이다. 이 점에서 본 규정이 그저 권위주의적 국가법이라고만 말하기는 어려울 것이다.

한편, 다수 의견에서도 이러한 사회적 사실을 받아들여 주목된다. 다수 의견에서는 1987년 이후 최근까지의 신생아 성비를 살펴보고 다음과 같이 판시하였다.

위와 같은 통계자료를 살펴보면, 결국 태아의 성별 고지를 금지하는 것과 여태아의 낙태를 방지하여 성비의 불균형을 해소한다는 것과의 사이에 **상관성이 있다고 보기 어렵고**, 최근 몇 년 사이에 출생성비가 자연성비에 가까워지고 있는 현상은 성별 고지 금지보다는 남아선호에 대한 의식의 변화에 기인한 측면이 강한 것으로 볼 수 있을 것이다(강조는 필자).<sup>37)</sup>

이렇게 해당 조문은 효과적 제재 수단이 되었다고 말하기 어렵고, 신생아 성비는 오히려 소자녀 추세, 남아 선호 태도의 완화와 같은 별도의 변수에 의해 영향 받은 정도가 큰 것으로 추정된다. 이상과 같은 이유에서 해당 조문이 성비 균형 회복이라는 입법목적은 달성하기 위한 적절한 방법이 되지 못했다는 앞서의 첫 번째 해석을 취하고자 한다.

---

<sup>36)</sup> 법적 제재와 사회적 규범간의 관련성은 법사회학의 주요 관심사이다. 법인류학자 포스피실(Pospisil)에 따르면, ‘관습적 법’은 사회구성원들에 의해 내면화된 법이고 위반시 ‘의식적이고 점증하는 자기비판’이 있으나, ‘권위주의적 법’은 국가가 강요하는 법률이기에 ‘적발의 공포’만을 느끼는 법률이라고 한다. 하지만 양자를 분류하는 ‘내면화’란 정도의 문제여서 권위주의적 법이 관습적 법으로 바뀔 수 있다고 한다[Leopold Pospisil, *Anthropology of Law: A Comparative Study* (Harper & Row Publisher, 1971), 특히 pp. 193-197. 포스피실에 대한 이러한 번역은 임지봉, 전제 논문. 49면 참조].

<sup>37)</sup> 현재 판례집 20-2 상, 251면.

2) 현재 적합성: 현재에도 태아 성감별이 금지되어야 하는가?

<표 1>과 <표 2>의 출생아 성비를 볼 때, 1995년 이후 2007년에 이르기까지 성비 불균형이 크게 완화되었음을 알 수 있다. 앞서 지적한 것처럼, 2000년대 들어서 첫째아와 둘째아의 성비는 자연 성비 범위 내에 들어오고 있어 주목된다. 이러한 현상에서 현재의 성비는 결과적으로 의료법이 의도했던 성별 균형이라는 입법 목적이 거의 달성된 상태라고 할 수 있다. 앞서 분석한 것처럼, 자녀의 성비균형 회복 현상이 소자녀 추세, 남아 선호 태도의 변화 등과 같은 사회경제적 요인들과 관련성이 있다고 할 때, 이는 자녀에 대한 부모 부양 기대 및 태도 변화와 같은 요소에도 영향을 미쳤을 것이다. <표 4>에서 볼 때,<sup>38)</sup> 최근으로 올수록 장남이 아니라, 아들과 딸 모두, 혹은 정부와 사회에 노후부양을 기대하는 한국인들의 태도를 발견할 수 있다. 여기에는 자녀 수 감소와 만혼(晩婚)에 따른 자녀에 대한 부양책임의 증가, 국가에 의한 노인정책 등과 같은 여러 요인들이 존재할 것이다. 또한 호주제도 폐지에 따라 남아에 의한 호주계승의 필요성이 없어진 점도 주요할 것이다. 이러한 사회적 사실에 기초할 때, 현재 한국 사회에서 아들에 대한 선호가 완전히 소멸되었다고는 할 수 없지만 의료법의 해당 조문이 신설되던 1987년에 비하면 그 정도는 매우 줄어들었다고 할 수 있다.<sup>39)</sup>

여기서, 참고인 전종관 교수가 서울, 인천, 부천 지역의 6개 병원에서 진료 중인 685명의 임산부를 대상으로 한 인식조사를 살펴본다.<sup>40)</sup> 본 조사에 따르면 선

38) <표 4> 노부모부양에 대한 견해(1998-2006) (%)

		스스로 해결	장남	아들모두	딸모두	모든 자녀	능력있는 자녀	가족과 정부·사회	정부·사회	(사회 및 기타)
1998	계	8.1	22.4	7.0		14.5	45.5			2.5
	여	8.8	19.8	5.5		16.7	46.2			3.0
	남	7.3	25.1	8.6		12.3	44.7			2.0
2002	계	9.6	15.1	13.9	1.0	19.5	21.2	18.2	1.3	0.2
	여	10.0	13.4	11.4	1.6	21.2	21.3	19.5	1.4	0.2
	남	9.2	16.9	16.5	0.4	17.7	26.2	16.8	1.8	0.2
2006	계	7.8	12.4	5.1	0.6	31.2	14.1	26.4	2.3	0.1
	여	8.4	10.7	4.1	0.8	31.4	14.2	27.6	2.6	0.1
	남	7.1	14.0	6.2	0.3	30.9	14.0	25.2	2.0	0.1

자료: 통계청, 「사회통계조사보고서」(1999, 2003, 2007) (강조는 필자)

39) 참고로 국정홍보처가 2006년 11월 전국 성인 남편 2580명을 조사한 결과, 응답한 여성들이 딸을 좋아하는 경우가 19.8%로 아들을 좋아하는 경우(12.3%)를 앞질렀다. 30대에서도 딸을 원하는 경우(21%)가 아들(17%)보다 많았다고 한다.

40) 본 조사는 2008년 3월 21일부터 25일까지 행해졌고 로지스틱 분석을 통해 태아성감별에 영향 미치는 변수들을 조사하였다[“태아 성별에 따른 산모 및 가족의 의식 상태 조사”]

호하는 자녀 성별에 대해 의미 있는 영향을 미치는 변수는 ‘기존 자녀의 성별(즉 딸이 있는 경우 아들을, 아들이 있는 경우 딸을)’뿐이었다. 자녀가 없는 경우에도 아들을 원하는 경우는 임부, 친부모, 남편, 시부모 중에서 시부모만으로 나타났다. 해당 임부 중 성별을 알려주는 것의 찬성은 전체 응답자의 93%였으며, 이 중 임신 중 어느 시기라도 좋다가 64.7%, 임신중절이 가능치 않은 시기가 25%로 나타났다. 다른 한편, 태아 성별 고지에 따라 임신중절을 할 수 있다는 응답자는 9명(전체 응답자의 1.2%)이었는데, 그 중 6명은 여아만 1명 있는 경우가 2명, 여아만 2명 있는 경우가 4명이었다. 이 6명 중 유산이 가능한 시기까지 성별을 알려주었으면 좋겠다고 응답한 경우가 5명, 성별 고지를 반대한 경우가 1명이었다. 이렇게 볼 때, 성별 고지가 이루어져서 불법적 임신중절이 일어날 수 있는 가상적 경우는 남아 여아의 비율을 1:1로 가정할 때 685명 중 3명(전체 응답자의 약 0.44%)이라고 한다.<sup>41)</sup> 전 교수는 이 조사와 의사로서의 경험에 입각하여, “지금까지 막연히 생각되었던 남아선호사상이 많은 부분 해소되었다고 생각”한다고 진술했다.

다른 한편, 의료기술의 발달에 따라 최근에는 체외수정과 같은 인공적 의료 개입이 늘었고, 불임과 만혼 현상에 따라 인공적 개입을 통해 임신 출산하는 커플들이 증가하고 있다.<sup>42)</sup> 이 경우 예비 부모와 어머니들은 태아와 모체의 건강과 상태에 대하여 의사들과 긴밀하게 협의해야 할 것이다. 이러한 의료추세에서 볼 때, ‘태아 성별 고지’를 금지하는 해당 의료법은 의료와 재생산 기술의 발전에 부합하지 않

---

조사 책임자 전종관, 참여병원: 서울대학교 병원, 동국대학교 일산병원, 인양봄빛병원, 서울여성병원(인천, 부천), 호산병원]. 이 자리를 빌어 본 조사 자료를 제공한 전종관 교수에게 감사드린다.

- 41) 위 인식조사가 조사대상자의 체계적 표집, 설문 문항 등 방법론적 측면에서 그리 엄격한 조사라고 하기는 어려울 것이다. 하지만 2007년 신생아 성비가 106.2인 자연성비 범위에 들어온다는 점에 비추어 볼 때, 성별 고지 하에 여태아 낙태를 할 가능성이 전체 응답자의 0.44%(100건 중에서 0.5건 정도성별 왜곡이 발생함)가 될 것으로 예측한 본 조사의 결과는 유의미하다.
- 42) 한편 언론보도에 따르면 외국에서도 인간 재생산기술의 발달과 함께 다양한 정책을 내놓고 있다. 영국정부는 아들이나 딸만 있는 가정에 대해 ‘가족 균형(family balance)’을 목적으로 한 성선택 출산 및 맞춤형 시술 등을 허용할 수 있다는 방안을 검토 중인 것으로 알려졌다(중앙일보, 2005.08.17.). 한편 중국은 성비 불균형을 바로 잡기 위해 태아 성감별 낙태를 형사처벌하는 방안을 적극 검토하였으나(한겨레, 2005.1.7.), 태아 성감별로 인한 낙태금지법안은 채택하지 않았다(데이리메디, 2006.6.25.). 한편, 2996년 인도에서는 태아 성감별 검사를 한 의사에게 최고로 벌금형과 함께 징역형을 선고했다. 인도에서는 딸의 결혼시 지참금을 지불해야 하지만 아들의 경우는 재산을 늘리는 데 도움이 된다는 이유로 남아를 선호한다(연합뉴스, 2006.3.29.).

는다는 것이다.<sup>43)</sup> 하지만, 보건복지부 장관처럼 남아선호사상이 완전히 사라졌다고 “단정할만한 뚜렷한 입증자료가 없다”는 의견도 있을 수 있다.<sup>44)</sup>

남아선호의 태도 때문에 현재에도 이 조문이 필요한가의 질문은 사실 판단의 차원을 넘어선다고 생각된다. 위의 조사에서 보았듯이, 예전보다 남아선호의 정도가 훨씬 낮아졌다고 해도 남아선호가 조금이라도 남아있다는 것을 부정하기는 어렵다. 여기서 앞서 본 조문의 실효성이라는 사실성의 질문이 잔존하는 남아선호에 대해 대상 규정을 통해 규제해야 하는가라는 법규범적 문제로 이행한다. 다수 의견에서도 성별을 이유로 한 낙태 사유와 완전히 근절되지 않았기에 본 법의 존재 이유가 존재한다는 점을 인정하였다.<sup>45)</sup> 그럼에도, 다수 의견은 해당 조문의 의사의 자유로운 직업 수행과 부모의 인격권으로부터 나오는 태아에 대한 정보 접근법을 과도하게 제한하고 있다는 점을 분명히 하였다.<sup>46)</sup> 이에 따라, 아래에서 볼 것처럼 기본권의 보호와 태아성별의 고지제한이라는 두 요청을 조화시키고자 하였다.

### 3) 여아에 대한 통념과 주체 구성

이상의 논거 이외에도 필자는 의료법의 심사 대상 조문은 여태아에 대한 통념을 담고 있다는 점에서 사회윤리에 의해서도 받아들이기 어렵다는 의견을 가지고 있다. 앞서 대한의사협회측이 주장한대로, 대상 조문은 ‘태아의 성별 고지와 여태아 낙태’가 인과관계를 이룬다고 전제하고 있다. 즉 태아가 여태아로 판명되면, 낙태할 확률이 높다는 것을 전제하고 있어 성별에 대한 통념이 의심스럽다. 이러한 법의 태도는 한편으로는 현실에 존재하는 여성에 대한 차별을 법이 받아들이고 있다고 하겠으나, 다른 한편으로는 여태아는 ‘덜 환영받는 존재’라는 고정관념을 지속시키는데 일조한다. 해당 법조문은 앞서 지적한 딸에 대한 선호 내지 딸과 아들의 구분의 약화라는 변화에 뒤쳐진 채 여아에 대한 성차별적 인식을 수용하고 있다.

앞서 지적한대로 법은 현실을 반영하지만, 또한 현실의 도덕과 관념을 선도하는

43) 의학적인 이유에서 태아성별을 고지해야 하는 경우로서 남아에게만 발생하는 ‘혈우병’의 경우를 들 수 있다(전종관 의견서, 2008).

44) 현재 판례집 20-2 상, 246면.

45) 현재 판례집 20-2 상, 253면.

46) 현재 판례집 20-2 상, 251면.

제도이다. 뿐만 아니라 법은 주체를 분류하고 구성해 낸다. 태아 성감별 금지 조항은 여태아에 대한 일정한 통념을 가지고 있어 문제이지만, 심층적 차원에서는 여태아란 ‘낙태 당할 수 있는 태아,’ 그리하여 태어나서 생존하는 이 땅의 여아와 여성들은 ‘낙태를 당할 수도 있었는데 운 좋게 살아남은 존재’라는 남성에게는 부착되지 않는 의미가 그 주체성에 부착되게 된다는 문제를 지닌다. 이는 지속적으로 여성을 열등화하는 인식의 틀이 될 수 있다. 이런 시각에서 보면 의료법의 대상 규정은 아들과 딸에 대한 변화된 태도를 반영치 못할 뿐 아니라, 확일적으로 여아에 대한 통념을 구성하고 있다는 점에서 현재의 사회윤리 뿐 아니라 헌법이 보호하는 평등권에도 반할 소지를 가지고 있다.

#### 4) 본 조문 이외 다른 수단이 존재하는가

우리 형법 제 269조 및 제 270조에서는 낙태를 범죄로 규정하고 있으므로, 모자보건법상의 인공임신중절에 해당하는 사유(제14조)가 아닌 경우에는 낙태 행위에 대한 형법적 처벌 수단을 마련하고 있다. 이에 국가는 하고자 한다면 여아낙태 행위를 다른 낙태와 마찬가지로 처벌할 수 있다.<sup>47)</sup> 그럼에도 의료법상 해당 조문과 같은 제재 규정을 두는 것은 이중 제재에 해당한다.

다수 의견과 소수 의견을 낸 재판관들은 형법상 낙태죄를 두고 있기에 여태아 낙태에 대해서는 형법적 처벌이 가능하므로, 전 기간에 걸친 태아 성별 고지의 금지는 ‘과잉금지’에 해당한다고 판시하였다. 먼저 단순위헌 의견을 제출한 소수 의견을 살펴본다.

우리 형법은 제269조와 제270조에서 낙태행위를 범죄로 규정하고 이를 처벌하도록 하고 있으므로 여아든 남아든 낙태를 금지하여 태아의 생명을 보호하고자 하는 입법목적은 위 형법 규정들에 의하여 충분히 달성된다고 할 것이다[중략].

물론 이 사건 태아 성별고지 행위로 인해 태아에 대한 성별을 알게 된 부모가 태아의 성별을 이유로 낙태에 이르게 되는 극히 예외적인 경우가 있을지도 모른다. 그러나 이 경우 태아의 생명을 박탈하는 행위는 성별고지 행위가 아니라 낙태행위이므로 낙태행위를 금지하고 처벌함으로써 태아의 생명을 보호하면 된다.

47) 이 말은 필자가 형법상 낙태죄를 찬성한다는 의미는 아니다. 낙태죄는 본 고의 범위를 넘어선다.

그런데 이 사건 규정이 태아 성별 고지 행위를 태아의 생명을 박탈하는 행위로 간주하고 이를 사회적으로 비난받아야 할 반사회적이고 비윤리적인 행위로 낙인찍어 태아의 성별 고지 행위 금지에 태아의 생명 보호라는 입법목적을 설정한 것은 그 자체로서 정당화될 수 없다.<sup>48)</sup>

다수 의견에서는 좀더 온건하고 구체적으로 앞으로의 입법적 해결 방안을 제시하고 있다.

임신 기간이 통상 40주라고 할 때, 낙태가 비교적 자유롭게 행해질 수 있는 시기가 있는 반면에, 낙태를 할 경우 태아는 물론, 산모의 생명이나 건강에 중대한 위험을 초래하여 낙태가 거의 불가능하게 되는 시기도 있다. [중략].

낙태가 거의 불가능하게 되는 시기에 있어서 태아의 성별 정보에 대한 고지의 허용은 이 사건 규정의 입법목적 달성에 특별한 지장을 주지는 않을 것으로 볼 수 있다. 그럼에도 불구하고 성별을 이유로 하는 낙태가 임신 기간의 전 기간에 걸쳐 이루어질 것이라는 전제 하에, 이 사건 규정이 낙태가 사실상 불가능하게 되는 시기에 이르러서도 태아에 대한 성별 정보를 태아의 부모에게 알려주지 못하게 하는 것은 의료인과 태아의 부모에 대한 지나친 기본권 제한으로서 피해의 최소성 원칙을 위반하는 것이다.

다수 의견에서는 낙태의 가능성이 거의 없는 시기에 성별 고지를 가능하게 하는 방안을 제안하고 있다. 이러한 제안은 가장 낮은 수준의 합리성을 가진 수단이라고 사료된다. 성별 고지의 시점은 마지막 삼분기의 시작으로 할 수 있으나 이는 의료적 소견에 입각하여 결정되어야 할 사안이다. 널리 알려진 미연방 대법원의 ‘Roe v. Wade’ 사건에서는 낙태에 대한 삼분기 접근(trimester framework)을 제시하였던 바, 임신시기를 셋으로 구분하여 각 시기에 따라 정부의 태아 생명 보호의 필요성과 여성의 낙태 필요성간을 조화시키는 논증을 제시하였다. 이에 따라 태아가 모체 밖에서 생존할 수 있는(viable), 마지막 삼분기인 만 7개월에서 9개월 간에 국가는 낙태를 금지할 수 있다.<sup>49)</sup> 이렇게 다수 의견에서는 성별 고지 자체가 아니라, 낙태하기 어려운 시기의 성별 고지가 가지는 합리성에 대해 논증하였다.

48) 현재 판례집, 20-2 상, 257-258면.

49) Roe v. Wade. The Supreme Court of the United States, 1973. 410 U.S.113.

하지만, 태아 성별 고지 금지가 가지는 부모와 의사의 기본권을 제한하고, 여태아에 대한 통념을 지속시키며, 여태아 낙태를 줄이는 데 그리 효과적인 수단이 되지 못했다면, 기간에 상관없이 태아 성별을 알게 하는 것이 타당한 일이 아닐까. 위의 법정의견은 법적 논증과 사회적 현실을 모두 고려하였지만 그 논증은 철저하지 않은 ‘절충적인,’ 그래서 어정쩡한 결정을 내렸다고 평가한다. 필자는 현대 의료기술과 산부인과 진료의 관행에 따라 태아의 성별을 알게 되는 것은 불가피하고, 자녀의 성별을 알고자 하는 것은 임부와 부모의 권리에 해당하며, 국가는 이런 규정을 통해 여태아를 낳기를 강요할 권한이 없다고 보기에, 기간과 조건에 구애 없이 성별 고지를 개방하는 것이 바람직하다는 의견을 가지고 있다. 이러한 견해 차이의 주요 이유가 입법목적의 정당성의 인정 여부에 있다고 보기에 이에 대한 논의가 중요하다.

#### IV. 재론(再論): 입법 목적의 정당성

본 장에서는 해당 규정이 가지는 개인주의적 오류, 즉 인구의 성비 불균형이라는 사회구조적 문제를 개인에 떠넘기는 태도에 대해 분석하고자 한다.

##### 1. 한국인의 ‘남아선호사상’이라는 것

본 사건에서는 남아를 출산하고자 하는 한국인의 태도를 거듭 한국인의 ‘남아선호사상’이라고 표현하고 한국인의 고질적인 문화로 보았다. 이런 표현에 의해 남아를 갖고자 하는 열망이 단지 부모들의 무분별한 성차별적 의식으로 표상된다. 하지만, 남아선호사상의 주체는 누구이며 그것이 사상이었는지 따져봐야 한다. 한국에서는 2007년 12월 31일까지 남아를 통한 가계계승제도인 호주제도가 존재 하였던 바, 아들의 필요성은 가(家)의 지속을 위한 법적 요건이었다. 딸이 여럿 있고 아들이 없을 경우, 제사, 성/본(姓/本) 등의 계승을 할 수 없기에 ‘문제 있는’ 가족이 되었다. 이외에도 딸은 노동시장과 결혼시장에서 열악한 지위를 가질 것이 예견되고 아들을 통한 생계부양의 경제적 필요 등을 고려한다면 남아선호의 태도는 정신적 문화라기보다는 엄연한 제도적 요청이다. 게다가 환영받지 않는 여아의 출생에 따른 양육책임은 국가가 아니라 오롯이 부모의 몫, 특히 어머니의 몫이다.



다른 한편, 앞서 본대로 우리사회의 남아선호와 여태아 낙태가 가속화된 것은 인구정책의 일환으로 1970년대 초 우리 국가가 장려했던 소자녀 추세와도 엮여 있다.<sup>50)</sup> 자녀수는 급격히 줄어드는 추세임에도 아들을 낳아야 한다는 사회적·제도적 요청은 별로 줄어들지 않은 상황에서 성감별에 의한 여태아 낙태는 개별 가족이 아들을 출산할 수 있는 방법이었다. 1980년대 말 국가는 다시 인구정책의 관점에서 성비 균형을 위해서 여아를 출산할 것을 권했다. 이런 독특하게 한국적인 현실에 입각할 때, 여아 낙태 현상을 단지 생명경시풍조라고 이해하는 정책의 관점이란 지극히 관념적이며 위선적이다.

태아 성감별이란 남아가 없으면 ‘정상적’ 가정이 되지 못하는 법과 제도의 현실에서, 차별받고 비용이 많이 지불될 여아를 덜 낳고자 하는 개인의 ‘합리적’ 선택이 빚어진 결과라 하겠다. 국가는 국민들이 도덕적, 신체적, 그리고 경제적 부담을 겪으면서까지 굳이 딸을 피하고 아들을 낳지 않아도 될 법제도와 사회를 만드는 정책에 주력해야 했다. 그럼에도 대상 규정에 내재한 정책적 태도는 태아 성감별과 여태아 낙태현상에 대한 사회구조적 차원을 도외시 하고, 개별 부모들은 차별당할 여아를 예견하면서도 태아의 성별을 모르는 채 출산하게 함으로써 인구의 성별 조화를 달성하는 데만 관심을 가지고 있다. 그렇다면 본 조문은 사회구조적 문제를 개별가족과 개인의 문제로 전가한다고 할 수 있다. 이는 마치 상수도원의 오염은 그대로 둔 채, 각 가정의 식수 오염을 각 지역이나 가정에 전가하는 논리와 유사하다 하겠다.

이런 관점에서 보면 본 규정의 입법목적은 정당하지 않다. 본 사건은 여태아 낙태를 둘러싼 국가의 이해 대 국민의 선택권이라는 관점에서 첨예하게 논쟁되어야 할 사안이다. 단순 위헌 의견을 낸 소수 의견에서 재판관들은 성별을 알고자 하는 부모의 이익을 ‘본능’이자 권리의 차원에서 정당화했고, 더 나아가 태아 성별 고지 금지는 ‘부모의 태아에 대한 보호양육권’도 제한하는 것이라는 논리를 구성하였다. 하지만 여성차별과 같은 사회구조적 문제에 대해서는 논하지 않았다. 다른 한편 이동흡 재판관은 반대의견에서 본 조문이 구현하고자 하는 공익에 비하여 제한되는 기본권이란 불분명하거나 미미하다는 의견을 제시했다.

이 사건의 경우에 문제되는 태아의 부모가 태아의 성별 정보를 미리 확인할 자

<sup>50)</sup> 우리 정부는 1973년 산아제한이라는 가족정책의 필요성에서 ‘모자보건법’을 제정하였고 동 법에서 인공임신중절의 사유가 제한적으로 마련되었다.

유가 있어 얻을 수 있는 이익이란, 결국 장래 가족의 일원이 될 태아의 성별에 대하여 미리 알고 싶은 인간의 본능에 가까운 호기심의 충족과 태아의 성별에 따른 출산 이후의 양육 준비를 미리 할 수 있다는 정도의 사실상 이익에 불과한 것이므로, 청구인 자신의 인격의 형성·유지·표현과는 직접적인 관련이 없는 것이라고 할 수 있다.<sup>51)</sup>

그런데 본 결정에서 성비 균형이라는 국가의 관심은 왕왕 ‘공익’으로 간주되지만, 태아의 성별을 알고자 하는 개개인의 처지는 ‘호기심’ 정도로 사소하게 치부되었다. 성별 고지를 받지 못해 받는 국민의 불이익은 단지 호기심의 추구인가. 이에 대해 좀더 살펴보기로 한다.

## 2. 성별 고지를 받지 못해 제한되는 기본권이란

낙태는 태아 생명 보호 뿐 아니라, 임부의 건강과 자존감에도 큰 피해를 남긴다는 점에서 이를 감소하고 방지할 책임이 국가와 공동체에게 있다. 특히 여태아 낙태를 감행하는 여성의 경우, 대단히 위험한 선택을 하는 것인 바, 태아 성감별에 의한 낙태는 법이 금지하는 비밀스러운 성감별과 낙태일 뿐 아니라 의료적으로도 위험한 시기의 늦은 낙태를 의미하기 때문이다. 태아 성감별은 임신 13~14주부터 가능하지만 성별을 정확하게 판독할 수 있는 시기는 임신 17~18주이기에 그 이후에야 낙태를 감행해야 하기 때문이다.<sup>52)</sup> 또한, 낙태할지도 모르는 아이를 일단 임신해 보고 낳을지 여부를 판단해야 하는 여성은 자신의 신체와 성(sexuality)을 ‘아들 낳는 도구’로 받아들이는 것과 다르지 않다. 이렇게 신체적으로 위험하고 본인의 존엄성을 해치는 여아 낙태를 한국의 어머니들이 감행해 왔다는 것은 남아를 낳지 않은(못한) 여성에 대한 사회적 압력이 얼마나 큰 것인지 반증하는 것에 다름 아니다. 한국인의 태아 성감별과 여태아 낙태는 앞서 기든스가 말했던 사회 구조와 개인의 행위가 만나는 지점을 날카롭게 보여준다. 여아 낙태는 남아를 필요로 하는 국가, 사회, 가족 구조 속에서 개개인이 ‘능동적으로’ 적응하고 선택하는 전략을 보여준다. 이러한 행위를 통해 남아선호의 구조는 계속 재생된다. 아래는

51) 현재 판례집, 20-2 상, 262면.

52) 임신 중기의 인공유산은 태아를 인위적으로 조기 출산시키는 방식을 사용해야 하므로 임신부에게 출혈, 감염, 심한 경우 모성사망의 위험을 증가시킨다[조영미, “여성의 재생산권에서 본 낙태와 모자보건정책.” 양현아 편, 전거서, 57-58면].

아들 문화에서 아들로 태어나지 못하였거나, 아들을 낳지 못한 여성들의 이야기이다.

“우리 태어났을 때 아빤 한 번도 안아주지 않으셨대요. 딸 안아주면 그 다음에도 딸 낳는다고.. 내가 우리 딸 낳고 병원에 입원해 있을 때 아빠가 뭐라셨는지 아세요? ‘니네 엄만 아들 낳았을 때만 입원하고 딸 낳고는 3시간 만에 나왔는데 넌 왜 그러냐고 하시는 거예요(<http://www.womennews.co.kr>, 2002.1.5).”

“결혼하지 18년 되었다. 아들을 못 낳고 초3, 중2, 고2된 딸만 셋 있는데, 남편이 아들을 바라고 외도를 했다. 시어머니가 아들을 바라자 남편도 생각이 바뀌기 시작에 작년에도 외도를 했다. 나는 아들을 못 낳는 것 때문에 굉장한 스트레스를 받고 있다(<http://antihaju.jinbo.net>)”.<sup>53)</sup>

요컨대 여태아 낙태를 금지하는 법이 부모들의 행복추구권에 반할 뿐 아니라, 여태아의 낙태 역시 부모들의 행복 추구권과 여성의 존엄성에 반하는 행위이다. 여태아 낙태를 금지하는 법률도 억압적 법이지만 허용하는 법률도 방관적인 법일 뿐이다. 다수 의견에 따르면, 문제되는 조항에 의해 제한되는 기본권은 다음과 같다.

태아의 성별에 관한 정보는 의료인이 산모와 태아의 건강을 위한 의료행위 수행 과정에서 알게 되는 정보로서, 의료인이 진료결과 전반에 관하여 산모나 그 가족에게 이를 고지하는 것은 의료인의 직업수행의 내용에 당연히 포함된다 할 것이므로, **이러한 정보 제공을 금지하는 것은 의료인의 자유로운 직업수행을 제한한다고 할 것이다.**

한편, 헌법 제10조로부터 도출되는 일반적 인격권(헌재 1990. 9. 10. 89헌마82, 판례집 2, 306, 310; 헌재 2003. 6. 26. 2002헌가14, 판례집 15-1, 624, 642 등 참조)에는 각 개인이 그 삶을 사적으로 형성할 수 있는 자율영역에 대한 보장이 포함되어 있음을 감안할 때, 장래 가족의 구성원이 될 태아의 성별 정보에 대한 접근을 국가로부터 방해받지 않을 부모의 권리는 이와 같은 일반적 인격권에 의하여 보호된다고 보아야 할 것인바, **이 사건 규정은 일반적 인격권으로부터**

53) 해당 사이트는 호주제 피해경험을 공유하기 위해 개설되었던 바, 현재는 운영되지 않는다.

**나오는 부모의 태아 성별 정보에 대한 접근을 방해받지 않을 권리를 제한하고 있다고 할 것이다.(강조는 필자)<sup>54)</sup>**

즉, 태아의 성별을 알지 못하게 함으로써 부모들의 인격권과 정보접근권이 제한된다는 것이다. 하지만, 태아의 성별을 알지 못해 제한되는 기본권에는 부모의 일반적인 알 권리 뿐 아니라 자녀의 성별을 선택하고자 하는 부모의 요청도 동심원적으로 포섭해야 할 것이다. 그리고 여태아 낙태 현상을 단지 ‘생명 경시’라는 차원에서만 본다면 그것은 매우 일차원적인 해석일 것이다.<sup>55)</sup> 여태아 낙태의 도덕적 가책에도 불구하고 그것을 감행할 수밖에 없는 가족이나 부모들의 처지에 대한 현실적인 대책이 결여된 법정책이라면 대상 조문은 의사나 임부나 당사자 가족들에게 그리 큰 규범적 규제력을 가지기도 어려울 것이다.<sup>56)</sup> 이 점에서 대상 의료법 조문은 사람들의 도덕관념에 기초해 있는 관습법적 성격을 가졌으며, 여태아 낙태 행위의 속성을 도외시하므로 규범적 규제력을 가지지 못한 ‘죽어있는 법’이 아닌가 한다. 본 헌법소원 사건을 통해 법원은 시민들의 삶과 고통, 쾌락이라는 ‘현실’에 접촉하였지만 그 본질에 다가가지 못하였다.

### 3. 재생산권과 여태아 낙태

한국사회에 아들을 낳아야 한다는 강요를 조장하는 법이나 관행이 존재한다면, 이는 우리 헌법 뿐 아니라, 세계 인권기구와 세계보건기구가 보호하고자 하는 인권인 ‘재생산권(Reproductive Rights)’에 반하는 일이다. 특히 우리 정부가 비준한 ‘UN여성차별철폐협약’의 제16조 e호에서도 “남녀가 자녀수와 터울의 결정에 있

54) 현재 판례집, 20-2 상, 251면.

55) 이 점은 현행 낙태죄의 보호이익과도 직결된다. 낙태죄에 내재한 형법의 시각에 대한 포괄적 비판과 재구성으로는 다음을 참고[이인영, “낙태죄 입법의 재구성에 관한 논의”, 양현아 편, **낙태죄에서 재생산권으로**(사람생각, 2005). 95-172면].

56) 널리 알려진 에어리히(Eugen Ehrlich)의 ‘살아있는 법(living law)’론에 따르면 살아있는 법이란 법정에서 집행되는 법과 모순관계에 있을 수도 있다. 그것은 법 명제에 규정되어 있지 않다고 해도 실제 삶을 지배하는 법이다. 살아 있는 법이란 반드시 ‘관습적 법’ 혹은 ‘사업 관행’에만 관련될 필요도 없다고 한다. 살아있는 법의 첫째 원천은 근대의 법 문서들(legal documents)이며, 둘째 원천은 삶, 상거래, 관습과 관행 - 때로는 실정법이 간과하거나 심지어 인정치 않는 것이라 할지라도-에 대한 직접 관찰이라고 한다. 이렇게 보면 시민들에 의해 실제로 준수되고 수용되는 지점에서 살아 있는 법이 작동한다[Eugen Ehrlich, *Fundamental Principles of Sociology of Law*, W. Moll (Trans.), (Transaction Publisher, 2002) (Originally Harvard University Press, 1936), pp. 486-506].

어서의 동등한 권리 그리고 이러한 권리를 실현하기 위한 정보, 교육, 수단에의 접근에 있어서도 동등한 권리”를 보장할 것을 규정하고 있어 중앙정부와 지방자치단체는 국민의 재생산권을 실현할 수 있는 제도를 마련할 의무를 지고 있다.<sup>57)</sup> 이러한 견지에서 여아 낙태의 책임은 개별 부모들 못지않게 남성중심의 가족제도와 각종의 제도를 적극적으로 개선하지 않은 국가에게 있다.

어려운 문제는 국가적, 사회적으로 남아선호를 부추기는 제도적인 상황이 존재한다면, 개인들의 여아 낙태를 재생산권의 발현으로 볼 것인가라는 질문이다. 재생산권의 관점에서 과중한 부담이 되는 여아의 출생을 막고자 안간힘을 쓰는 여성의 여아 낙태란 허용되어야 하는가. 앞서 보았듯이 재생산권의 국제 규범에 따르면 개별 커플과 여성들은 자녀의 터울, 나이 등에 대해 조절할 수 있는 선택권과 태어난 자녀에 대해 건강하고 인간답게 양육할 수 있는 사회적 조건을 청구할 권리가 있다. 여기에 자녀의 ‘성별 선택권’이 포함되는가. 이 질문에 답하지 못한다 해도, 의료법의 해당 규정은 임부와 그의 가족들을 자신들의 자녀의 성별을 모르게끔 하는 국가의 보호주의적 태도가 깔려 있어 개인의 재생산권과 충돌하는 면이 있다.<sup>58)</sup> 의료법의 대상 조문이 재생산권리와 남성우월제도에 대해서는 도외시하는 법정책이어서 문제인데, 현재의 결정문에도 이러한 점들이 제시되지 않아 미진하다. 과잉금지 원칙에 의한 헌법적 논증만으로 이러한 차원들이 포섭될 수 있을지 의문이다.

## V. 결론: 법학 방법론으로서의 사회과학적 추론

이상의 논의에 입각할 때, 대상 조문은 입법목적의 정당성의 측면에서 표면적으로는 목적이 정당한 것으로 보이지만 남성우월적 제도를 놓아 둔 채 개인에게 여태아 낙태의 책임을 돌린다는 점에서 그러하지 않다. 방법의 적정성 측면에서는,

<sup>57)</sup> 재생산권 개념에 관해서는 다음을 참조할 수 있다. Rosalind P. Petchesky, “Reproductive and Sexual Rights”, UN Research Institute for Social Development, Occasional Papers 8.

<sup>58)</sup> 전종관 교수는 인공임신중절에 대해서도 “개인적으로 매우 큰 문제이며 실제 수술을 하는 여성은 수술 자체에 대한 걱정 뿐 아니라 다음 임신에 대해서도 걱정하며 본인의 의사(가족과의 합의 과정을 거쳐)에 따라 시행하게 됩니다. 즉 개인적으로 수술을 할 수 밖에 없는 중요한 이유가 있기 때문에 하는 것”이라고 진술하였다(전종관 의견서, 2008).

해당 조문은 여태아 낙태 방지를 위한 효과적인 제재수단이 되지 못했고, 딸과 아들에 대한 태도 변화 및 출산관행의 변화와 더 이상 부합하지 않으며, 오히려 여성에 대한 차별적 통념을 인정하고 조장하고 있기에 적정치 않다는 의견이다.

헌법재판소가 본 조문에 대해 부모의 인격권으로부터 도출되는 자녀에 대한 정보 접근권을 침해하고 의사의 직업의 자유를 제한한다는 점에서 헌법 불합치 결정을 내린 점은 큰 의미가 있다.<sup>59)</sup> 하지만 그 논변의 문제점을 지적하자면 첫째, 낙태가 가능치 않은 시기의 태아성별고지를 허용하는 태도를 보임으로써 부모와 의사의 권리침해 문제가 완전히 해소되지 않았고, 둘째, 절충적 결정에 따라 남 성우월 제도의 개선의 필요성에도 경각심을 주지 못했고, 셋째, 태아 성별 고지에 의한 여아 낙태 현상을 생명 경시로만 봄으로써 왜 그리도 위험하고 처절한 여아낙태를 하는지 그 현실에 다가가지 못하고 있다는 점이다.

이상과 같이 본 연구에서는 의료법 해당 조문에 대한 헌법적 판단을 위하여 사회과학적 의견을 구성해 보았다. 본 헌법소원 사건은 임부인 아내를 둔 청구인, 면허정지 처분을 받은 산부인과 의사, 대한의사협회, 보건복지부 장관 등 이해관계인들이 서로 각축하는 논쟁의 장이었다. 이런 의미에서 재판정은 많은 가치들과 집단들이 서로 만나고 충돌하는 사회의 축소판이었다. 사회의 축소판인 헌법 사건에 대해 본 연구에서 취한 사회과학적 접근이란 크게 두 측면인데, 한편으로는 대상 조문과 관련된 인구통계추이를 해석하였고 다른 한편으로는 남아선호라는 사회현상에 대하여 사회구조적 시각을 채용하였다. 이 글에서 말하는 사회과학적 시각이란 실증주의적 사실 규명에 국한하지 않는 사회적 사실의 ‘해석 방법’이다.

법적 사안에 있어 이러한 해석이 수용할 만한 것인지에 관한 최종적 판단은

<sup>59)</sup> 현재가 본 결정에서 청구인의 당사자 적격을 개인적 이익에 그치지 않고 장차 발생할 사안에 대한 헌법질서의 유지와 수호라는 측면에서 인정한 점은 큰 의미가 있다.

“헌법소원은 국민의 기본권침해를 구제하는 제도이므로 헌법소원심판청구가 적법 하려면 심판청구 당시는 물론 결정 당시에도 권리보호이익이 있어야 함이 원칙이다. 그런데 청구인은 청구인의 처가 출산을 한달 정도 앞둔 2004.12.28.에 이 사건 헌법 소원심판을 청구하였고, 청구인의 처는 2005.2.4. 이미 아들을 출산하여 그 성별을 알게 되었으므로 이 사건 규정에 대하여 위헌결정을 선고하더라도 청구인의 주관 적 권리구제는 불가능하게 되었으며, 따라서 권리보호의 이익이 없다고 볼 수 있다. 그러나 헌법재판은 객관적 헌법질서의 보장 기능도 겸하고 있으므로 심판 계속 중 발생한 사정변경으로 인하여 주관적인 권리보호이익이 소멸된 경우라도 그러한 기본 권침해행위가 장차 반복될 위험이 있거나 당해 분쟁의 해결이 헌법질서의 유지·수 호를 위하여 긴요한 사항이어서 헌법적으로 그 해명이 중대한 의미를 지니고 있는 때에는 예외적으로 심판청구의 이익을 인정할 수 있다(헌재 판례집 20-2상, 247-248면).”

물론 법률가의 몫이다. 그리고 그 법률가의 판단은 사회 상황, 사회인들의 요청 등 사회현실에 터하고 있기에 법과 사회의 대화는 영원히 계속되어야 할 것이다. 법을 살아있게 만드는 법률가는 상식을 가진 사회인이지만, 스스로를 통념으로부터 거리를 두어야 할 사회학적 법률가일 것이다.

투고일 2009. 11. 25    심사완료일 2009. 12. 11    게재확정일 2009. 12. 14

## 참고문헌

- 고학수, “실화책임에 관한 법률의 법경제학적 분석”, **외법논집**, 제27집 (2007), 653-680면.
- 권태환 · 김태현 · 최진호, **한국의 인구와 가족**(일지사, 1995).
- 김정오, “헌법 판례에 나타난 법적 논증의 구조적 비판적 분석”, **법철학연구**, 제4권 제2호(2001), 299-326면.
- 박경신, “한국 법현실주의의 발전을 보여주는 판례의 소개: 서울고등법원 2004노1871 2004.1019와 서울북부지방법원 2004고합 239 2004.7.2”, **헌법 해석과 헌법재판**, 윤명선 교수 정년기념 논문집(2006), 55-69면.
- 양 건, **법사회학** (2000, 아르케), 19-26면.
- 양현아, “실증주의 방법론과 여성주의 법학”, **서울대학교 법학**, 제46권 제2호 (2005), 198-237면.
- 이국운, “미국 법사회과학의 최근 동향” **법과 사회** 제16-17호 합본호(1999), 389-409면.
- 이인영, “낙태죄 입법의 재구성에 관한 논의”, 양현아 편, **낙태죄에서 재생산권으로** (사람생각, 2005). 95-172면.
- 이재협, “법과 문화의 충돌: 미국 형사재판에서의 “문화적 항변”에 대한 고찰”, **저스티스** 제71호, (2003), 256-271면.
- 이철우, “사회과학으로서의 법학인가, 법에 대한 사회과학적 분석인가”, **법철학연구**, 제9권 제1호 (2006), 59-94면.
- 임지봉, “헌법재판, 사회변동, 그리고 헌법의 해석 - 동성동본금혼규정에 대한 헌법재판소 결정(1995.7.16. 95헌가6 등)의 분석을 중심으로”, **헌법해석과 헌법재판**, 윤명선 교수 정년기념 논문집 (2006), 33-53면.
- 조영미, “여성의 재생산권에서 본 낙태와 모자보건정책”. 양현아 편, **낙태죄에서 재생산권으로**, (사람생각, 2005). 57-58면.
- 최대권, “법적 결정과 사회과학: 과외금지조치 위헌결정을 중심으로”, **서울대학교 법학**, 제41권 제3호 (2000), 41-73면.
- 최대권, “법사회학적 법학방법론 - 법발견에 있어서의 법사회학적 접근”, **서울대학교 법학**, 제24권 제1호 (1983), 14-33면.
- 한상희, “헌법재판에서의 사회과학적 변론 - Brown사건과 생계보호기준사건의 비교를 중심으로-”, **서울대학교 법학**, 제41권 제3호 (2000), 77-111면.



- Cornell, Drucilla, Michel Rosenfeld, David Gray Carlson (eds.), *Deconstruction and the Possibility of Justice* (Routledge, 1992).
- Derrida, Jacques (자끄 데리다), **법의 힘**, 진태원(역), (문학과 지성사, 1994),
- Ehrlich. Eugen, *Fundamental Principles of the Sociology of Law*, W. Moll (Trans.), (Transaction Publisher, 2002) (Originally Harvard University Press, 1936).
- Giddens, Anthony, *Central Problems in Social Theory - Action, Structure, and Contradiction in Social Analysis* (MacMillan Press, 1979).
- Macaulay, Stewart, Lawrence M. Friedman, & John Stookey, *Law & Society- Readings on the Social Study of Law* (Norton & Company, 1995).
- Mertz, Elizabeth (ed.), *The Role of Social Science in Law* (Ashgate, 2008).
- Petchesky, Rosalind P., “Reproductive and Sexual Rights”, UN Research Institute for Social Development, Occasional Papers 8.
- Pospisil, Leopold, *Anthropology of Law: A Comparative Study* (Harper & Row Publisher, 1971).

<참고자료>

- 2004헌마 1010 청구인 정00, 헌법소원심판청구서.
- 대한의사협회 의견서, “의료법 제19조의 2 제2항”에 대한 헌법소원 관련 회신, 2005.5.25.
- 보건복지부 장관 의견서, “헌법소원심판청구사건 변론요지서”(2004헌마1010).
- 전종관 의견서, 2004헌마1010 의료법 제19조의 2 제2항 위헌소원, 2008.4.10.
- 전종관, “태아 성별에 따른 산모 및 가족의 의식 상태 조사”, 2008년 3월 21일 -25일.
- 헌법재판소 판례집 20권 2집 상 236-268면, 의료법제19조의2 제2항 위헌확인 등.

<Abstract>

## A Social-Scientific Perspective on the Constitutionality of an Article in the Medical Law regarding the Prohibition of Notifying the Sex of the Fetus

Hyunah Yang\*

This study deals with the constitutionality of the Article 19-2 Paragraph 2 in the past Medical Law. The article under review has prohibited the obstetricians from notifying the sex of the fetus to its mother and her family. Two citizen - one lawyer and the other, an obstetrician filed this constitutional suit. Based upon my '*amicus curiae brief*', submitted for the case, this study tries to construct a 'social-scientific' reasoning within the principle of 'proportionality' as stipulated in the Article 37 Paragraph 2 of the Korean Constitution. For instance, the yearly statistics about sex ratio, birth rate, and data about the social attitude toward the gender of the offsprings were interpreted in terms of the question if the stipulation has been a proper means for the purpose. Furthermore, this article critically examines the purpose of the stipulation. Although the phenomena of 'son-preference' and accordingly illegal abortion of the female fetus have been often found in Korea in the past, this could not be merely a matter of individual's choice. Yet, the policy standpoint embedded in this stipulation has attributed the son-preference to the sex-discriminatory parents. In this respect, the sociolegal nature of this study is not confined to the utilization of the empirical data, but more importantly extended to the interpretation of such data and social phenomena. Based upon this reasoning, this study concludes that the article cannot be compatible with the Constitution of Korea. On July 31, 2008, the Constitutional Court in Korea delineated a decision, the Article being 'incompatible with the Constitution' - the basic right to pursue happiness and freedom of vocation with eight out of nine judges joining the majority opinion.

Key words: sex-selective abortion, son preference, social-scientific opinion, constitutionality, the principle of proportionality, law and society

---

\* Associate Professor, College of Law/School of Law, Seoul National University.