헌법상 태아시신을 양도받을 수 있는 권리[1)]

1. 사건개요

청구인은 임신 중 염색체 이상의 발견으로 태아가 건강하게 태어날 가능성이 희박하다는 진단을 받고 임신중절수술을 받았다. 당시 청구인은 임신 22주, 태아 몸무게는 362그램이었다. 퇴원할 때 청구인은 시신을 화장하기 위해 병원 측에 태아시신을 요청하였으나 병원은 운영규칙상 사법당국의 허가가 있어야 한다고 답변하였다. 청구인은 에이바르(Éibar) 단독법원에 태아와 작별하고 화장할 수 있도록 태아의 시신양도 허가를 신청하였지만, 법원은 가족관계등록법 제45조[2)]를 적용하여 태아시신이 180일 미만에 해당된다는 이유로 2013. 10. 17. 이를 기각하였다.

청구인은 재심을 청구하면서 해당 자치주의 장례보건에 관한 규칙, 유사한 사건에서 이슬람교[3)] 여성의 태아시신 양도 신청이 법원에서 인정된 판결, 유럽인권재판소의 결정들을 근거로 제출하였다. 재심법원은 이 사건이 이슬람교 여성의 경우와는 다르다고 보았는데, 청구인이 특별히 태아시신을 요청하는 이유가 외국에 있는 배우자와 함께 작별하고 싶은 것일 뿐 어떠한 종교적인 이유가 없으므로 이 사건에서 종교의 자유와의 경합이 없고, 물론 청구인이 요청하는 것이 인간적인 측면에서 충분히 이해될 수는 있으나 합법적이지 않은바, 그밖에 원심의 내용을 재차 확인하며 2013. 11. 12. 소를 기각하였다. 이후 기푸스코아(Guipúzcoa) 고등법원에서의 항소도 2013. 12. 23. 기각되었다.

이에 청구인은 사상, 종교 및 문화의 자유(헌법 제16조)[4)], 평등권(헌법 제

1) 제1부 2016년 2월 1일 결정, 판례번호 11/2016.
2) 가족관계등록법 제45조: 출산에 기여하거나 신고할 의무를 지닌 자는 약 180일 이상의 태아유산에 대해서도 동일한 형식으로 보고할 의무를 가진다.
3) 이슬람교에 따르면 인간시신을 화장하는 것은 배제하고 땅에 매장토록 하고 있다.
4) 헌법 제16조: ① 개인 및 단체는 사상, 종교 및 문화의 자유가 보장된다. 다만 이를 표현함에 있어서 법률이 보호하는 공공질서 유지에 필요한 제한을 받을 수 있다.
② 누구든지 그 사상, 종교 또는 신념을 표명할 의무를 강요당하지 아니한다.
③ 어떠한 종교도 국가적 성격을 가지지 않는다. 공권력은 스페인 사회의 종교적 신조를 고려하며 카톨릭교회 및 기타 종교와의 협력에 초점을 둔 관계를 고려해야 한다.

14조)[5], 가족의 사생활권(헌법 제18조 제1항)[6]을 주장하며 2014. 1. 28. 헌법재판소에 재판소원을 청구하였다.

2. 결정요지

(1) 법정의견

1) 이 재판소원에서 태아시신의 양도를 위해 허가가 필요하다는 것을 다투고자 하는 것이 아니고, 당국이 태아시신의 양도를 기각하면서 어떠한 기본권의 침해가 발생하였는지 판단하는데 심판내용을 국한한다.

2) 이와 유사한 사건에 관한 헌법재판소의 선례가 없다. 한편, 유럽인권재판소는 유사한 사안들에서 장례를 위하여 태아의 시신을 양도받을 권리를 사생활, 가정생활의 권리(유럽인권협약 제8조)[7]의 내용으로 판단하였다. Hadri-Vionnet v. Suiza[8]사건의 경우, 조산아 분만으로 의사들은 청구인의 아들이 태어났을 때 이미 사망했다고 확인하였고 이후 어떠한 장례절차 없이 일반매장으로 처리되었다. 청구인의 주장에 의하면 부모가 아들의 시신에 대한 권리를 가지고 있는데 - 구체적으로 매장방식, 장소, 시간을 결정할 권리 - 이것이 침해되었다고 주장하였다. 유럽인권재판소는 태아시신이 적당한 차량에 의해 운송되는지 보고 예의를 갖추어 아들의 장례에 참석할 권리가 청구인에게 있는지 결정하는데 유럽인권협약 제8조를 적용할 수 있다고 밝혔다. 이에 따라 관계당국의 개입이 법률에 규정되어 있는지, 민주사회에서 필수적인지, 합법적인 목적에 부응하는지 심사해야 한다고 보고, 이를 적용

---

5) 헌법 제14조: 스페인 국민은 법 앞에서 평등하며 출생, 인종, 성별, 종교, 의견 또는 기타 개인적 또는 사회적 조건 또는 상황을 이유로 차별받지 아니한다.
6) 헌법 제18조: ① 명예권, 개인 및 가족의 사생활권, 초상권은 보장된다.
7) 유럽인권협약 제8조: ① 모든 사람은 그의 사생활, 가정생활, 주거 및 통신을 존중받을 권리를 가진다.
② 이 권리의 행사에 대하여는 무질서와 범죄의 방지, 보건 및 도덕의 보호 또는 타인의 권리 및 자유를 보호하기 위하여, 민주사회에서 국가안보, 공공의 안전 또는 국가의 경제적 복리에 필요하여 법률로 규정된 경우 이외에는 어떠한 공공당국의 개입도 있어서는 아니된다.
8) Hadri-Vionnet v. Suiza (application no. 55525/2000), 14 Feb 2008.

하여 유럽인권재판소는 스위스법의 상당한 법적 근거 없이 청구인의 사생활, 가정생활의 권리에 개입이 이루어졌으므로 스위스 관계당국에 의해 유럽인권협약 제8조가 침해되었다고 설시하였다.

Marić v. Croacia[9]사건에서 공공병원의 의사들은 임신 9개월의 합병증을 지닌 산모의 분만을 진행하였다. 합병증의 결과로 아들은 사산아로 출산되었고 부모는 태아시신의 처리에 대하여 병원 측이 행하는 것에 따르기로 하였다. 이후에 부모는 매장 장소에 대해 정보를 요청하였으나 받아들여지지 않자, 크로아티아 관계당국이 해당 정보의 접근을 금지하고, 태아의 시신을 부당하게 처리하였다며 유럽인권협약 제8조의 침해를 주장하였다. 유럽인권재판소는 이 사건의 주요한 쟁점으로 병원 측이 태아시신을 행방의 흔적 없이 의료폐기물과 같이 취급하여 처리할 권한이 있는지 판단하는 것이라고 보았다. 특히 법으로 묘지에서는 모든 망인에 대한 기록명부를 통해 어디에 매장하였는지 나타나야 한다고 명시하고 있다면, 청구인이 구두로 병원 측의 매장에 따른다고 하였다는 사정은 태아시신이 행방의 흔적 없이 처리되는 것을 묵시적으로 승인한다는 의미는 아니라고 보았다. 이전의 Hadri-Vionnet 사건의 경우와 같이 먼저 상당한 법적 근거가 있었는지 살펴봐야 하는데, 이와 관련하여 크로아티아 관계당국은 적용 가능한 어떤 법률을 명시하지 않았고 보건부 지침에 따라 의료폐기물 제거의 대상으로 22주 미만의 태아만 규정하고 있을 뿐 이것이 명백히 청구인의 사산아에 해당한다고 볼 수 없다고 하였다. 그리하여 유럽인권재판소는 유럽인권협약 제8조에 따라 보장되고 있는 청구인의 권리에 대한 관계당국의 개입이 법률에 기한 것이 아닌바, 목적의 정당성이 있는지와 민주사회에서 필수적인지 검토할 필요 없이 협약에 위반된다고 판단하였다.

3) 이러한 유럽인권재판소의 선례들이 기본권과 자유와 관련하여 헌법적

9) Marić v. Croacia (application no. 50132/2012), 12 Jun 2014.

규범의 해석기준이 되는바, 이 사건 재판소원에서 청구인의 주장이 헌법 제18조 제1항의 개인 및 가족의 사생활권 영역에 포함된다고 하겠다. 이때 다른 기본권과 마찬가지로 제한이 가해질 수 있는데, 헌법적으로 정당한 목적에 상응해야 하고 그리고 이러한 목적을 달성하기 위해 필수적이고 적합한 방법이어야 한다. 즉, 네 가지 요건을 충족하는지 확인해야 할 것이다: 제한하는 수단이 법적인 보장에 따른 것인지, 목적을 달성하는데 적절한 것인지, 목적 달성을 위해 동일한 효과를 지닌 다른 완화된 수단이 없어 필수적인지, 그리고 엄격한 의미에서 비례적인지, 다시 말해 충돌되는 다른 이익이나 가치에 비해 공익을 위한 혜택이나 이점이 발생하여 균형을 갖추는지이다.

4) 우선, 이 사건 분야에 대한 명확한 규정이 없어 사법기관의 고충이 있었다는 점은 인정한다. 병원 측이 법적 허가 없이 태아시신을 양도할 수 있는지 혹은 만약 허가가 요구된다고 하더라도 가족관계 등록서류에 태아유산을 기재해야 하는지 구체적인 규정이 없었다. 당해 사건 법원은 법적 허가가 의무적이며 태아시신을 양도받으려면 등록이 전제되어야 한다고 보고, 가족관계등록법 제45조에 따라 등록이 불가능하다고 판단하였다. 그렇지만 임신의 일정 기간 이후부터 등록 의무를 부과한다고 하여, 그 기간 미만의 태아유산의 경우 화장이나 매장을 위한 시신 양도를 금지한다고 널리 유추할 수는 없다. 해당 규정에서 화장이나 매장을 법적 허가 및 등록 요건으로 규정하고 있지 않을뿐더러 180일 미만의 태아유산에 대해서 등록을 차단하고 있는 것도 아니다.

한편, 법원이 180일 미만의 태아에 해당하는 다른 사건(이슬람교 여성)에서 태아시신 매장을 위한 법적 허가 및 등록을 인정한 것을 염두에 두어야 한다. 에이바르(Éibar) 단독법원 판결의 판단이유 첫 번째[10]에서 180일 미만

10) 판단이유 첫 번째를 그대로 번역하면, “가족관계등록법 제45조에 의해 태아유산에 대해서 등록할 의무를 부과하고 있다. 그렇지만 상황과 사회현실(민법 제3조)에 비추어볼 때, 태아의 최소 몸무게에 관한 규정이 있지 않는 한, 180일 미만의 태아의 등록을 전면적으로 금지하는 것은 아니다.”라고 되어 있다.

의 태아유산의 등록을 법적으로 금지하고 있지 않다고 확인하였는데, 그러나 판단이유 두 번째[11]에서 이와 반대되게 설시하고 있는 것이다. 따라서 당해 판결이 실제로 요건을 부여하는 규정에 기반을 두지 않고 상당한 법적 근거 없이 개인 및 가족의 사생활권을 제한하였다고 봄이 타당하다.

5) 어떤 경우든 이 사건에서 헌법 제18조 제1항에 기초하여 태아유산의 화장이나 매장을 결정할 청구인의 권리에 대한 제한을 정당화시킬 수 있는 공공의 질서나 공중보건이 있다고도 볼 수 없다. 청구인은 태아기형으로 건강하게 태어날 가능성이 희박하다는 진단을 받고 낙태를 행하였고, 조직법 2/2010 제15조 b)에서 "임신 22주를 넘지 않고, 태아에 심각한 기형 위험이 반드시 존재하고, 중절에 앞서 주치의나 담당의가 아닌 다른 두 명의 의사의 진단에서 확인되는 한" 의학적인 사유로 임신을 중단할 수 있다고 규정하고 있다. 당해 법원 또한 이러한 규정에 위반되지 않는다고 판단하였다.

더욱이 청구인의 요청이 공중보건의 위험을 야기하는 것이라고 할 수도 없다. 제출된 법의학적 소견서에도 "이러한 신청이 보건이나 법의학적으로 어떤 문제가 없다"고 확인하였고, "자치주의 현행 장례보건정책법에 따르면 인간시신의 처리는 매장, 화장이나 바다에 뿌리는 것이어야 한다"고 명시하고 있다. 당해 법원에서도 보건이나 관련 다른 위험성이 없다고 보면서, 제출된 보고서의 결론에 대해서 다투지 않았고 장례보건정책법에서 시신의 양도를 차단하고 있지 않다는 여지를 둔 채, 결국 가족관계등록법 제45조를 적용하면서 태아시신의 양도를 거절하는 이유를 제시하지 않았다. 이에 따라, 당해 판결에서 청구의 기각을 정당화할 만한 헌법적 가치의 고려 없이, 판결 주문에 이르게 된 것을 뒷받침하는 상당한 법적 근거를 제시하지 않았고, 청구인에게 부당한 희생을 강요하여 개인 및 가족의 사생활권이 침해되었다.

---

11) 판단이유 두 번째를 그대로 번역하면, "다른 기준이 아닌 왜 180일로 정하고 있는지 동 법원은 온전히 납득할 수는 없으나, 태아시신의 화장이나 매장의 허가와 등록을 위해 법적으로 가족관계등록법 제45조로 규율하고 있는 이상 해당 조항의 적용을 배제할 수 없다."라고 되어 있다.

(2) 주문

첫째, 개인 및 가족의 사생활권(헌법 제18조 제1항)의 침해를 확인한다.

둘째, 청구인의 권리회복을 위해 에이바르(Éibar) 단독법원, 기푸스코아(Guipúzcoa) 고등법원의 판결들을 무효로 한다.

(3) 반대의견

Francisco Pérez de los Cobos Orihuel 재판관

청구인이 태아시신을 화장하기 위한 허가를 요청하는 것은 헌법 제18조 제1항에서 인정하고 있는 개인 및 가족의 사생활권의 연장선상에서 이해될 수 없다. 사생활, 가정생활의 권리와 관련하여 유럽인권재판소의 선례에서 유럽인권협약 제8조 제1항을 명시하였지만 이를 구분 없이 자동적으로 전환되는 것으로 보아 헌법 제18조 제1항의 사생활권의 내용에 통합시킬 수는 없다. 법정의견은 "스페인 헌법과 유럽인권협약 간 규범과 실제의 차이가 존재한다"고 밝혀온 헌법재판소의 견해[12]를 고려하지 않은 채, 헌법 제18조 제1항의 보호영역을 부당하게 넓히는 결과를 초래하였다. 따라서 청구인의 기본권이 침해되었다고 볼 수 없다.

Encarnación Roca Trias 재판관

법정의견에서 유럽인권협약 제8조 제1항의 가정생활의 권리(derecho a la vida familiar)가 아니라, 헌법 제18조 제1항의 가족의 사생활권(derecho a la intimidad familiar)의 내용에 관하여 헌법재판소의 결정을 구체적으로 검토해야 했다.[13] 법정의견에서 헌법 제18조 제1항을 유럽인권협약 제8조 제1항

12) 2001년 5월 24일 결정, 판례번호 119/2001; 2004년 2월 23일 결정, 판례번호 16/2004.
13) Roca 재판관은 최근 헌법재판소의 결정(2013년 11월 4일 결정, 판례번호 186/2013)을 인용하면서, 위의 두 권리가 서로 구별된다고 강조하였다.

과 대등하게 보았는데, 헌법 제10조 제2항에서 “기본적인 모든 권리 및 헌법이 인정하는 자유에 관한 규범은 … 스페인이 비준한 인권에 관한 국제조약에 따라 해석해야 한다”고 명시되어 있지만, 특히 유럽인권재판소의 결정이 다양하다면 그에 “인정된 여러 권리를 국내법에 정확하게 똑같이 수용해야 하는 것은 아니다”고 하였다.[14)]

무엇보다 이 사건은 청구인이 주장하는 평등권, 사상의 자유, 개인 및 가족의 사생활권의 침해에 관한 것이 아니라, 현행법을 해석하는 사법기관의 판단에 자의성이 있었는지 여부와 관련하여 효과적인 사법보호를 받을 권리(헌법 제24조 제1항)의 측면에서 검토되어야 했다. 그러나 청구인은 이러한 주장을 제기하지 않았으므로 헌법재판소가 이에 대해 판단할 필요는 없다.

(4) 별개의견

Andrés Ollero Tassara 재판관

주문에는 동의하나 그 이유는 달리한다. 당해 법원은 유사한 사건에서 이슬람교 여성의 주장을 받아들였는데, 이 사건 청구인의 경우 어떠한 종교적 이유를 제시하지 않았다는 이유로 기각되었다. 이는 “모든 가치와 신념이나 종교를 동일하게” 존중하였다고 볼 수 없는 것이고, 법정의견에서 사상의 자유(헌법 제16조 제1항)의 침해 가능성에 대해 중점적으로 다루고, 이에 따른 불평등한 대우(헌법 제14조)에 해당되는지 여부를 검토해야 했다.

14) 2007년 11월 7일 결정, 판례번호 236/2007.