세 가지 경우에 자발적 임신중절을 허용하는 법안의 위헌성[1)]

1. 사건개요

2015년경 칠레 대통령인 미첼 바첼렛(Michelle Bachelet)은 세 가지 경우에 자발적 임신중절(interrupción voluntaria del embarazo)을 허용하는 법안을 의회에 제출하였다. 이 법안은 2016. 3. 17. 하원에서 최종적으로 통과되었고, 상원에서 내용을 재검토하여 2017. 8. 1. 법안이 가결되었다.[2)]

이에 칠레 상원의 4분의 1 이상의 의원들은 세 가지 경우의 자발적 임신중절을 허용하는 법안의 위헌여부의 심판(추상적 규범통제)을 헌법재판소에 청구하였다.[3)] 청구인은 ① 입법자가 법치국가에 기반을 둔 권한을 남용하여 헌법 제19조 제1항[4)] 제2문의 명령을 위반한 점, ② 법 앞의 평등에 위배되어

---

1) 칠레 헌법재판소 전원재판부 2017년 8월 28일, 판례번호 3729 (3751)-17.

2) Boletín N° 9895 - 11. Regula la despenalización de la interrupción voluntaria del embarazo en tres causales.
http://www.senado.cl/appsenado/templates/tramitacion/index.php?boletin_ini=9895-11
칠레의 경우 상기 법안 이전에 1989년의 보건법 제119조에서는 "임신중절의 유도를 목적으로 하는 어떤 행위도 실행될 수 없다."고 규정하고 있었다. 당시에는 자연유산 수술에 대해서만 임신중절의 처벌이 적용되지 않았다.
참고로 우리나라 모자보건법 제14조에서는 다음과 같이 규정하고 있다.
모자보건법 제14조(인공임신중절수술의 허용한계) ① 의사는 다음 각 호의 어느 하나에 해당되는 경우에만 본인과 배우자(사실상의 혼인관계에 있는 사람을 포함한다. 이하 같다)의 동의를 받아 인공임신중절수술을 할 수 있다.
1. 본인이나 배우자가 대통령령으로 정하는 우생학적(優生學的) 또는 유전학적 정신장애나 신체질환이 있는 경우
2. 본인이나 배우자가 대통령령으로 정하는 전염성 질환이 있는 경우
3. 강간 또는 준강간(準强姦)에 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
② 제1항의 경우에 배우자의 사망·실종·행방불명, 그 밖에 부득이한 사유로 동의를 받을 수 없으면 본인의 동의만으로 그 수술을 할 수 있다.
③ 제1항의 경우 본인이나 배우자가 심신장애로 의사표시를 할 수 없을 때에는 그 친권자나 후견인의 동의로, 친권자나 후견인이 없을 때에는 부양의무자의 동의로 각각 그 동의를 갈음할 수 있다.
[전문개정 2009.1.7.]

3) 헌법 제93조: 헌법재판소의 권한은 다음과 같다.
③ 의회의 승인을 위해 제출된 법안 또는 헌법 개정 및 조약의 절차 과정에서 발생하는 합헌성 여부의 해결

4) 헌법 제19조: 헌법은 모든 사람에게 다음의 사항을 보장한다.
① 생명권과 사람의 신체적 및 정신적 완전성에 관한 권리.
법은 태아의 생명을 보호한다.
사형은 가중 정족수에 의해 제정된 법률에서 규정하고 있는 범죄에 대해서만 성립될 수 있다.
어떠한 위법한 집행의 적용도 금지된다.

자의적인 차별을 초래한다는 점, ③ 양심의 자유, 직업의 자유에 반한다는 점을 주장하였다.

실제로 청구된 심판대상조문은 보건법(Código Sanitario)을 개정 또는 추가하는 제119조, 제119조의2, 제119조의3, 제119조의4와 개정 형법 제344조, 법 제19.451호[5]를 개정하는 제13조의2 그리고 경과규정이지만, 이 사건의 쟁점과 관련된 주요 조문은 보건법안 제119조, 제119조의2, 제119조의3이다.

제119조. 여성의 의사를 고려하여 다음에서 정하는 조건에 따라 외과의사에 의한 여성의 임신중절이 허용된다.

1) 여성이 중대한 위험에 처해있어 임신중절이 행해져야 여성 생명의 위태로움을 막을 수 있는 경우

2) 배아 또는 태아가 어떤 경우든 치명적인 성격의 유전적인 또는 선천적인 질병을 가지고 있어 자궁 밖에서 독립적인 생활을 할 수 없는 경우

3) 강간에 의한 결과로 임신되어 임신 12주가 경과하지 않은 경우. 14세 미만의 소녀의 경우, 임신 14주가 경과하지 않은 때에만 임신중절이 가능하다.

전항의 어떤 사유에 의하든 여성은 임신중절의 의사를 명시적으로 사전에 서면에 의하여 표시해야 한다. 이것이 가능하지 않을 경우, 전항의 규정과 상관없이, '건강관리와 관련된 행위에 관한 개인의 권리와 의무를 규정하고 있는 법' 제20.584호의 제15조 b), c)를 적용한다. 감각기 즉, 시각 또는 청각의 장애를 가진 자와 정신적 또는 지적 장애를 가진 자가 피성년후견인으로 선고받지 아니하였으나 서면으로 이해를 할 수 없는 경우, 법 제20.422호 및 '장애인의 권리에 관한 협약'에 따라 동의의 의사를 얻을 수 있는 대체수단을 사용할 수 있다.

만약 여성이 정신 착란으로 법적으로 피성년후견인으로 선고받았다면 성

5) 장기의 이식과 기부를 규정하는 법.

년후견인의 승낙을 얻어야 하며, 여성의 장애로 인지를 못하는 경우가 아닌 한, 해당 여성의 의견을 항상 염두에 두어야 한다.

14세 미만의 소녀인 경우, 그녀의 의사에 추가하여, 임신중절을 위해 법정대리인 또는 법정대리인이 한 명 이상인 경우 그녀가 지정하여 이들 중 한 명이 승낙해야 한다. 승낙이 없는 경우 법정대리인이 이를 거절한 것으로 간주하며 아니면 법정대리인이 없는 경우 의료보건팀의 도움을 받아서 소녀는 이유 및 결과의 확인을 위해 판사의 개입을 요청할 수 있다. 법원은 의료보건팀이 제출한 사실을 토대로 소녀 본인과 이를 승낙하지 않는 법정대리인의 의견을 듣고, 임신중절의 신청을 판결 형식이 아닌 구두로(sin forma de juicio y verbalmente) 신청서가 접수된 때로부터 48시간 이내에 사건을 해결한다. 적절하다고 판단되는 경우, 도움을 제공하는 의료보건팀의 의견을 들을 수 있다.

(…)

14세에서 18세 미만의 청소년은 자발적 임신중절의 의사를 법정대리인에게 알려야 한다. 법정대리인이 한 명 이상 경우, 그녀가 지정하는 자에게만 알리면 된다.

청소년의 법정대리인에게 이러한 정보를 알림으로써 (법정대리인이) 그녀에게 신체적 또는 정신적 학대, 강압, 유기, 완전성을 침해하는 다른 작위나 부작위의 중대한 위험을 가할 상당한 이유가 존재한다고 의료보건팀이 판단하면, 법정대리인에게 알리는 대신에 청소년이 지정하는 가족의 성인, 해당자가 없는 경우에 그녀가 지정하는 책임이 있는 성인에게 통지한다.

청소년이 앞서 언급된 위험에 노출되어 있는 경우, 병원시설이나 개인의원의 장은 법에서 정한 필요한 보호수단을 채택하도록 가사 담당 법원에 이를 알려야 한다.

보건기관은 법 제20.584호 제8조 및 제10조에 따라 의료서비스의 특성에 관한 정확한 정보를 여성에게 제공해야 한다. 또한, 사회적, 경제적 지원 프로그램 및 가능한 선택을 포함하여, 임신중절수술의 대안에 관하여 구두 및

서면으로 정보를 제공해야 한다. 정보는 항상 완전하고 객관적이어야 하며, 어떠한 경우에도 여성의 의사에 영향을 끼쳐서는 안 된다. 그럼에도 불구하고, 보건기관은 임신중절수술 전에 여성이 임신중절의 모든 대안을 이해하였는지, 그리고 그녀의 결정에 어떤 종류의 강요가 없었는지 확인해야 한다.

(…)

제119조의2.

제119조 1)에 따른 수술을 받으려면 해당 의사의 진단을 받아야 한다.

제119조 2)의 경우, 수술을 위해 두 명의 의사의 진단이 있어야 하며, 마찬가지로 전문의여야 한다. 모든 진단은 서면을 통해 확인받고, 사전에 행해야 한다.

제119조 3)의 경우, 이러한 업무를 담당하기 위해 설치된 의료보건팀은 해당 사실관계와 임신한 나이를 확인하여, 여성이나 그녀의 법정대리인에게 서면으로 통지하고, 경우에 따라 수술을 신청하려는 병원시설이나 개인의원의 장에게 통지한다. 이러한 임무를 이행하는데 있어 의료보건팀은 여성에게 존엄하고 정중한 대우를 제공하고 보장해야 한다.

신청자가 18세 미만의 소녀 또는 청소년인 경우, 임신중절수술을 요청받은 병원시설이나 개인의원의 장은 형법 제369조, 형사소송법 제175조 d), 제200조에 따른 직권을 행사한다. 또한 이를 국가아동기관에 통지한다.

강간 범죄를 고발하지 않은 18세 이상의 여성인 경우, 병원시설이나 개인의원의 장은 담당자가 조사할 수 있도록 이를 검찰청에 알린다.

위의 모든 경우에 있어 의사와 환자 간의 비밀보호원칙을 준수하고, 이것이 효과적으로 적용되기 위한 필요한 조치를 취한다.

강간 범죄의 형사소송에서 절차상 피해자의 출석은 항상 자발적인 것이어야 하고, 피해자의 의사에 반하여 형사소송법 제23조 및 제33조에 포함된 강제수단을 요구하거나 명할 수 없다.

제119조의3.

제119조에 따른 사유로 임신중절을 해야 하는 외과의사가 의료기관의 책임자에게 자신의 양심적 거부를 서면으로 사전에 표명하였다면 임신중절수술을 행하지 않을 수 있다. 이와 같은 권리는 수술 중에 외과병동 내에서 역할을 수행해야 하는 기타 전문가인 직원도 가진다. 이 경우, 해당 기관은 환자에 대해 이의제기하지 않는(no objetante a la paciente) 다른 전문의를 즉시 재배정해야 할 의무가 있다. 의료기관에서 양심적 거부를 표명하지 않은 의사가 없는 경우에 이러한 거부를 표명하지 않은 자가 해당 절차를 수행할 수 있도록 즉시 이송한다. 보건부는 양심적 거부의 집행을 위한 필요한 기준을 마련한다. 이러한 기준은 전항에 따라 임신중절을 요청하는 환자에 대한 진찰을 보장해야 한다. 양심적 거부는 개인적 성격을 지니며, 어떠한 경우에도 기관에 의해 제기될 수 없다.

양심적 거부를 표명한 전문의가 임신중절을 해야 하는 경우, 전문의는 이를 요청하는 여성이 이송되어야 하는 것을 즉시 의료기관의 책임자에게 보고해야 할 의무가 있다.

제119조 1)의 사유를 주장하면서 여성이 즉각적이고 긴급한 치료를 받아야 하는 경우, 수술을 할 수 있는 다른 외과의사 없는 때에 양심적 거부를 표명한 자는 임신중절수술에서 면제될 수 없다. 마찬가지로 제119조 3)의 사유에 따른 기간의 경과가 촉박한 경우에도 면제될 수 없다.

(…)

2. 결정요지 - 법정의견[6)]

Ⅰ. 자발적 임신중절을 허용하는 세 가지 경우

6) 쟁점별로 10인의 재판관의 의견이 나누어졌다.

쟁점	재판관	
Ⅰ. 자발적 임신중절을 허용하는 세 가지 경우	6인(합헌)	4인(위헌)
Ⅱ. 양심적 (임신중절) 거부	8인(일부위헌)	2인(합헌)

(1) 칠레 헌법 제19조 제1항 제2문에서 “법은 태아의 생명을 보호한다.”(La ley protege la vida del que está por nacer.)라고 규정하고 있다. 보호란 적극적인 의무(deber activo)를 가리키며, 보살피고, 돌보아주고, 수호하는 것을 포함한다. 또한 편견이 없는 일상의 개입과 적극적인 조치를 가능케 하는 것을 내포한다. 이러한 보호는, 태어나지 않은 자를 보호하기 위한 필수적이고 어떠한 종류의 수단이 없다는 이유로 무방비(desprotección)라든지, 합리적인 범위를 넘어 다른 이들의 권리를 희생하면서까지 행해지는 과잉보호(sobreprotección)를 의미하지 않는다. 이에 따라, 태아의 생명을 보호하는 것이 여성에 대해 소홀히 할 수 있다는 명령(mandato)을 의미한다고 볼 수 없다. 헌법 조문으로부터 태아의 보호라는 명목으로 모(母)를 해칠 수 있다고 유추되지 않는다.

헌법은 출생 이후부터(a partir del nacimiento) 사람(persona)으로 이해하고 있다. 헌법 효력상 사람의 자격을 부여하는 중요한 결과 중의 하나가 사람만이 권리(derecho)를 가진다는 점이다. 이와 관련하여 헌법 제19조에서 “모든 사람에게” 다음의 사항을 보장한다고 명시하고 있고, 헌법 제1조는 “사람은 자유롭게 태어나며 존엄성과 권리에서 평등하다.”고 규정하고 있다.

출생 이후부터 사람의 개념이 확립된다는 것은 여러 헌법 조문을 통해 입증되고 있다. 우선, 헌법 제1조에서 “사람은 자유롭게 태어나며 존엄성과 권리에서 평등하다.”고 규정하고 있다. 태아가 사람이 아니라고 뒷받침하는 두 번째 논거는 헌법 제19조 제1항에서 찾을 수 있다. 동 조문에서 “모든 사람에게” 보장한다고 되어 있고, 이들에 대해서 권리를 인정하는 것이다. 이어서 동조 제1항 제1문에서 생명권과 “사람의” 신체적 및 정신적 완전성에 관한 권리를 보장한다고 규정하고 있다. 하지만 동조 제1항 제2문에서 “태아”(el que está por nacer)[7]라고 되어 있을 뿐 “사람”(persona)이라는 표현을 사용하고 있지 않다. 정부를 대리하는 변호사의 주장대로, 헌법에서 태아

7) 직역을 하면 "태어날 자"가 적절한 표현이겠지만, 이해의 편의상 "태아"로 번역하였다.

와 사람을 동일시(asimilar)하려고 하였다면, 현재의 명제 “del”[8]이 아니라, (여성 명사인) 사람에 해당하는 여성 정관사를 붙여서 태아의(“de la” que está por nacer) 라고 사용했을 것이다. 세 번째 논거는 헌법 제19조의 다른 조항들은 사람이 출생하였거나 특정한 나이를 전제로 하고 있다. 예를 들어, 태어나지 않은 자는 범죄 혐의로 기소될 수 없는데, 헌법 제19조 제3항 제4문은 “범죄로 기소된 모든 사람”이라고 명시하고 있다. 또한 헌법 제19조 제4항은 사람이 명예권, 사생활의 존중과 보호를 보장받는다고 규정하고 있다. 마찬가지로 제19조 제7항에서 모든 사람에게 공화국의 어느 곳에서든 거주 및 체류하고, 한 곳에서 다른 곳으로 이동하고, 입국 또는 출국할 수 있는 권리를 인정하고 있다. 이와 같은 헌법 규정은 성질상 태어나지 않은 자가 행사할 수 없다. 뿐만 아니라, 태어나지 않은 자는 의료시스템을 선택할 권리(헌법 제19조 제9항), 교육받을 권리(헌법 제19조 제10항), 노동 분야에 있어서 자유롭게 계약을 체결할 권리(헌법 제19조 제16항) 등을 행사할 수 없다.

태어나지 않은 자(el no nacido)는 사람의 자격 및 권리의 보유자로 인정되기 위한 조건을 가지고 있지 않다. 앞서 살펴본 바와 같이, 헌법을 해석하는 올바른 방법은 체계적인 해석을 변형시키거나(alterar una interpretación sistemática) 원래 태아를 위해 확립되지 않은 개념 범주를 통합해서 다른 헌법적 개념들보다 우선시키는(subordinar el resto de los conceptos constitucionales) 것이 아니다.

한편, 태아(el que está por nacer)는 헌법상 매우 중요한 법적 이익(bien jurídico)이다. 그렇기에 헌법에서 태아를 규정하고 있고, 입법자에게 그의 보호를 위임하고 있다. 따라서 태아는 사람에 관한 규정을 필요로 하지 않으며

---

8) Constitución Política de la República de Chile.
Artículo 19. 1º.- (…)
La ley protege la vida “del” que está por nacer.
여기서 del(de + el)은 전치사와 남성 정관사의 축약형에 해당한다.

(no necesita del estatuto de persona), 그의 보호를 위해 헌법적 및 법적 제도의 다른 부분을 변형할 필요가 없다. 우리 법률 체계상 이것이 가능한 다른 실체가 존재하지 않는다.

태아의 보호는 여성의 권리를 충분히 고려하지 않고서 행해질 수 없다. 헌법은 국가가 모(母)의 생명을 위험에 빠뜨리거나 강간의 결과로 아이를 가지도록 하는 것을 허용하지 않는다. 태아만이 헌법에 의해 유일하게 보호받는 대상이 아니다. 입법자는 태아가 태어날 수 있도록 방법을 강구해야 한다. 그렇지만 일정한 한계를 넘을 경우, 여성의 권리가 우선시되어야 한다.

나아가, 모든 사람들이 가지고 있는 생명권은 절대적(absoluto)인 것이 아니다. 이는 사형(헌법 제19조 제1항)에 의해 제한될 수 있고, 또한 정당방위, 긴급피난, 경찰 당국에 의한 총기 사용과 같이 살인은 일련의 정당화 사유에 의해 허용될 수 있다. 이러한 측면에서, 태아의 생명만이 어떤 이유에서든, 이익에 의해서든 영향을 받을 수 없는 것으로 간주될 수 없다.

(2) 법안에서 명시된 자발적 임신중절의 세 가지 허용사유와 관련하여, 첫 번째 사유인 모(母)의 생명에 대한 중대한 위험을 이유로 한 임신중절이 헌법에 반한다고 볼 수 없다. 헌법에서 태아를 "보호한다"고 표현되어 있는 것은 입법자에게 일반적으로 위임한다는 것이며, 이것이 필연적으로 형사적 개입(intervención penal)을 배제하는 것은 아니다. 한편, 법에서 정하고 있는 사람의 권리와 의무 중에서, 건강과 관련된 행위를 어떻게 진행할지는 의사만 결정하는 것이 아니라 환자의 동의를 필요로 한다. 그렇기에 환자의 의사(意思) 없는 간접적인 임신중절(aborto indirecto)이 있을 수 없다. 심지어 생명이 위태로운 경우에도, 여성의 동의 없이 간접적인 임신중절이 진행될 수 없다. 여성의 생명에 위험이 있다고 의사가 진단하였고 여성이 자발적 임신중절을 요청하였다면, 여성의 생명을 구하기 위해 임신중절 외에 다른 방법이 존재하지 않는다.

두 번째 사유인 태아의 질병과 관련하여 청구인들이 주장하는 두 명의 전문의 소견으로 충분하지 않고, 진단 내리기 어렵다는 점은 규범의 적용 통제(control a la aplicación de la normativa) 다시 말해, 규범이 현실적으로 적절한 것인지 여부에 관한 것으로서 이를 통해 심판대상조항의 합헌성 여부가 결정된다고 할 수 없다. 한편, 모(母)의 심리적 반발, 신체적, 정신적 완전성에 잠재적으로 위협이 될 수 있다는 지적과 관련하여, 모든 정보와 조력에도 불구하고 모(母)가 자발적 임신중절의 절차를 개시하는 것이며, 여성은 자신의 결정에 따른 결과를 의식적으로 감내한다. 공개변론에서 논의되었던 것처럼 이러한 상황에서 여성의 판단이 반영되지 않는 것을 전제로 할 수 없다. 배아 또는 태아의 질병에도 불구하고 또 태아가 결국 죽게 되더라도 임신을 계속할 것인지 아니면 이 상황을 종료하여 임신중절을 할지 여성이 결정해야 한다. 이에 대해 왜 여성이 아닌 법관, 남편, 의사가 결정해야 하겠는가? 임신 중인 여성은 계약을 체결할 수 있고, 법 앞에 책임이 있으며, 계속 일하거나 공부할 수 있고, 선거권을 행사하거나 피선거인이 될 수 있다. 즉 이 모든 행위를 행하는데 있어 임신 중인 여성이 일시적 금지 상태로 간주되지 않는다. 또한, 임신중절의 기한을 두고 있지 않아서 여성에게 잠재적으로 위험이 될 수 있다는 부분과 관련하여, 임신중절의 결정을 고려하기 위해서 두 명의 전문의로부터 동일하게 이에 찬성하는 소견서가 사전에 있어야 한다. 환자는 전문의의 능력과 그가 가진 의술에 신뢰해야 하고, 그 외에 부분에 대해 해당 여성이 위험을 전적으로 받아들이는 것이어서 여성의 동의가 요청된다고 하겠다. 상기 내용은 태아를 보호한다는 명령과 조화를 이루는데, 임신중절의 결정은 항상 최후의 수단(última ratio)의 척도가 되므로 진단의 오류 가능성을 최대한으로 줄이고자 노력하고 과학적으로 가장 확실한 가능성을 따라야 한다.

세 번째 사유인 강간에 의한 결과로 여성이 임신하게 된 경우, 여성은 상

당한 고통을 겪게 된다. 해당 조항은 자신이 범죄의 대상이 되어 발생한 모욕적인 공격에 대해 여성에게 늦었지만 방어의 기회를 주는데 있다. 여성은 범죄의 결과를 감내해야 할 이유가 없다. 사실 임신은 일정 기간 동안 지속되는 것이지만, 모성은 평생 동안 이어진다. 이밖에도 여러 국제 협약은 여성에 대한 신체적, 성적 및 정신적 폭력을 방지하기 위한 국가의 의무를 규정하고 있다. 한편, 앞서 살펴본 사유들과 달리, 이 사유의 경우 임신중절이 가능한 기간을 명시하고 있다. 14세 이상인 경우에 임신 12주까지이고, 14세 미만인 경우 임신 14주까지이다. 상기 기간을 통해 여성은 이 기간이 만료되기 전까지 임신중절을 할 것인지 선택할 수 있다. 그리고 기간이 도과한 이후에 입법자는 해당 여성이 임신중절의 의사가 없다고 간주하고, 이 여성은 다른 (임신 중인) 여성과 같이 임신을 계속하는 것이다. 이는 태아를 보호하기 위한 하나의 방법이 된다.

(3) 한편 비례의 원칙과 관련하여 핵심이 되는 쟁점은 청구인들이 주장하는 바와 같이 형사처벌[9]이 태아의 보호를 위해 가장 효과적인지(적절성) 여부이다. 행정부가 제출한 관련 통계자료에 따르면, 2014년 한 해 동안 병원에서 30,799건[10]의 임신중절이 이루어졌다. 또한 2005년에서 2016년 사이에 임신중절 범죄로 공식적으로 기소된 여성은 378명이며, 그중에서 유죄 선고를 받은 여성은 148명에 불과하다. 따라서 기소와 형사처벌이 태아를 보호하

9) 참고로 칠레 형법에서 임신중절 범죄에 관하여 다음과 같이 규정하고 있다.
형법 제342조: 고의적으로 임신중절을 야기하는 자는 징역에 처한다.
① 임신 중인 여성에게 폭력을 행사한 경우, 5년 이상 징역의 최저 수준(presidio mayor en su grado mínimo).
② 직접 행하지 않았더라도 여성의 동의가 없었던 경우, 3년 이상 징역의 최고 수준(presidio menor en su grado máximo).
③ 여성의 동의가 있었던 경우, 541일 이상 징역의 일반 수준(presidio menor en su grado medio).
형법 제343조: 여성의 임신상태가 명백히 나타나거나 가해자가 이를 알 수 있었다면, 고의가 없었더라도 폭력으로 임신중절을 야기한 자는 징역 최저 수준에서 일반 수준(presidio menor en sus grados mínimo a medio)에 처한다.
형법 제344조: 법에서 허용된 경우를 제외하고 여성이 자신의 임신중절을 야기하거나 다른 사람이 행하도록 촉탁한 경우, 3년 이상 징역의 최고 수준에 처한다.
자신의 불명예를 은폐하고자 행한 경우, 541일 이상 징역의 일반 수준에 처한다.
형법 제345조: 의사가 자신의 직권을 남용하여 임신중절을 야기하거나 이에 동조하는 경우, 형법 제342조에 따른 각각의 형벌에서 수준을 가산하여 적용한다.

10) 이 수치는 불법적인 임신중절을 포함한 것이 아니다.

는데 있어 적절한 메커니즘이 된다고 볼 수 없다.

침해의 최소성(필요성) 원칙과 관련하여 형법의 적용이 항상 최후의 수단에 해당된다고 앞부분에서 설시하였는데, 덜 침해적인 다른 수단들이 존재한다. 게다가 예외 사유 없이, 임신중절에 대해 무조건적으로 형사처벌하는 것은 여성의 권리와 충돌된다.

마지막으로 균형성의 측면에서도 부합된다고 볼 수 없다. 임신은 여성의 중대한 결심을 야기하고 여성의 인생 전체에 영향을 미친다. 여성과 배아 또는 태아와의 결합 강도(intensidad de la unión entre ella y el embrión o feto)는 알려진 것보다 더 긴밀한 유대감이 형성된다. 여성의 권리와 보호받는 법적 이익인 태아의 권리가 충돌되는데, 어느 한쪽의 권리에 의해 사람이 자신에 반(反)하여 행동하도록 강요할 수 없다. 마찬가지로 여성 자신의 중대한 위험, 치명적인 성격의 유전적인 질병으로 태아의 사망 또는 강간에 따른 임신과 모성을 견디도록 강요할 수 없다.

Ⅱ. 양심적 (임신중절) 거부

보건법안 제119조의3은 처음으로 우리 법에서 양심적 거부(objeción de conciencia)를 명문으로 규정하고 있다. 법안에 의해 제시되고 있는 양심적 거부는 - 개별적 또는 다른 이들과 결합하여 - 윤리적, 도덕적, 종교적, 전문적 또는 기타의 관련성을 이유로 특정 유형의 행위(임신중절)를 행하는 것을 거부하는 것으로써 이는 인간의 존엄성의 보호로 이해되어야 한다. 헌법 제1장의 "위헌성의 기준"(Bases de la Inconstitucionalidad) 중에서, 헌법 제1조에서 명시적으로 인간의 존엄성을 인정하고 있으며, 인간의 존엄성은 인간으로 항상 존중받을 만한 가치가 있는 인간의 품격으로서 기본권이 보장될 수 있도록 하는 근원이 된다. 이러한 맥락에서 다른 사람의 소망, 욕구 또는 필요를 충족시키기 위해 한 사람으로서 자신의 신념을 밝히는 것을 단념하도

록(enajenar las propias convicciones) 하는 것을 포함하여 어떤 법도 사람을 수단으로 규정할 수 없다.

즉 양심적 거부는 사람의 가장 내밀한 신념(las más íntimas convicciones)과 충돌하는 관행이나 의무를 거부하는 것이고, 이러한 양심의 자유의 표현은 우리 헌법 제19조 제6항[11]에 명시되어 있다. 학설(doctrina)에 따르면 양심의 자유에 있어 "정치적, 사회적, 철학적 또는 종교적 분야든 자신이 소망하는 것을 믿는 것이 중요하다. 이는 사고의 자유를 다양하게 하는 것으로 자유롭게 사고할 권리(derecho a pensar libremente), 간섭 없이 각자 자신의 판단을 형성할 수 있는 권리(derecho de cada uno a formar su propio juicio)를 포함한다."고 설명하고 있다.[12]

양심적 거부는 분명 개개인이 제기할 수 있으며, 더욱이 헌법 제19조 제6항 첫 번째 단락에서 모든 사람에게 양심의 자유를 명시적으로 보장하고 있다. 특히 이 사건과 같이 개인이 자유를 행사함으로써 다른 이들이 자신의 신념에 따라 행하는 삶의 영역에 영향을 미칠 때, 양심의 자유의 제한을 허용하고 있지 않다(헌법 제19조 제26항[13]).

동일한 취지에서 이 법안의 본질과 특성을 감안할 때, 양심적 거부를 전문가인 개인(personas individuales)에 대해서만 한정한다고 볼 만한 법적 근거가 없다. 그렇지 않은 이들도 의무적으로 행해야 하는 절차에 반대할 수 있다. 마찬가지로 헌법 제1조[14] 세 번째 단락에서 인정하고 있는 우리 사회

11) 헌법 제19조: 헌법은 모든 사람에게 다음의 사항을 보장한다.
⑥ 양심의 자유, 모든 신념의 표명과 도덕, 풍습 또는 공공질서에 위배되지 않는 모든 종교의 자유로운 행사. 종교적 고백을 통해 법과 명령에서 정한 안전과 위생의 조건 하에 성전 및 부속물을 세우고 보존할 수 있다. 교회, 어떤 종교의 단체와 기관은 재산에 관하여 현행법에 따라 승인되고 인정되는 권리를 가진다. 종교 예배를 목적으로만 하는 성전 및 부속물은 어떤 종류의 세금에서도 면제된다.

12) Néstor Pedro Sagüés, Derecho Constitucional 3 Estatuto de los Derechos, Editorial Astrea, Buenos Aires, 2017, p.255.

13) 헌법 제19조: 헌법은 모든 사람에게 다음의 사항을 보장한다.
㉖ 헌법의 명령으로 헌법에 규정된 보장을 규정 또는 보완하거나 헌법에 의거하여 이와 같은 보장의 제한을 승인하는 법률 규정은 권리의 본질에 영향을 미치지 않으며 권리의 자유로운 행사를 저해하는 규정, 조세 또는 요건을 부과하지 않는다.

14) 헌법 제1조: 사람은 자유롭게 태어나며 존엄성과 권리에서 평등하다.
가족은 사회의 근본 핵심이다.

의 중간단체(grupos intermedios)의 헌법적 자율성에 기초하여 법인(sujetos jurídicos)이나 민간단체(asociaciones privadas)도 양심적 거부를 할 수 있다. 헌법 제19조 제15항[15]에서 모든 사람에게 결사의 자유를 보장하듯이 적법한 이의제기는 자유로운 생각을 구현하는 것을 목적으로 하는 단체(asociaciones)에도 확대된다. 또한 헌법 제19조 제6항에 따라 종교단체, 종교적 이념을 바탕에 두고 있는 법인 또는 기관이 의료보건을 담당하는 경우도 해당될 수 있다. 그리고 헌법 제19조 제11항[16]에 의하여 이념이나 어떤 기능을 가진 교육기관도 양심적 거부를 행사할 수 있다.

결론적으로 보건법안 제119조의3에서 다음의 표현 - 1) 동조항 첫 번째 단락에서 "수술 중에 외과병동 내에서 역할을 수행해야 하는 기타 전문가인 직원" 중에서 "**전문가**"(profesional)라는 표현. 2) 동조항 첫 번째 단락에서 "양심적 거부는 개인적 성격을 지니며, 어떠한 경우에도 기관에 의해 제기될 수 없다." 중에서 금지문인 "**어떠한 경우에도**"(en ningún caso)라는 표현. 3) 동조항 마지막 부분인 "**마찬가지로 제119조 3)의 사유에 따른 기간의 경과가 촉박한 경우에도 면제될 수 없다.**"(Tampoco podrá excusarse si es inminente el vencimiento dél plazo establecido en la causal del número 3) del inciso pxlmero del artículo 119.)는 문장 - 을 위헌으로 선언하고 이를 삭제함이 타당하다.

국가는 사회를 구성하고 조직하는 중간단체를 인정하고 보호하며, 이 단체의 고유의 목적을 달성하기 위한 적절한 자율성을 보장한다.(…)

15) 헌법 제19조: 헌법은 모든 사람에게 다음의 사항을 보장한다.
⑮ 사전에 허가 없이 결사의 자유.
법인격을 갖기 위해서 단체는 법률에 따라 설립해야 한다.
어떤 자도 특정 단체에 소속될 의무는 없다.
도덕, 공공질서 및 국가안보에 반하는 단체는 금지한다.(…)

16) 헌법 제19조: 헌법은 모든 사람에게 다음의 사항을 보장한다.
⑪ 교육의 자유는 교육기관을 설립, 구성, 유지할 권리를 포함한다.
도덕, 공서양속, 공공질서 및 국가안보를 위해 부과되는 제한을 제외하고, 교육의 자유에는 제한이 존재하지 아니한다.(…)

3. 주문

(1) 보건법안 제119조, 제119조의2, 제119조의3에서 첫 번째 단락의 "전문가"라는 단어, "어떠한 경우에도"라는 표현 및 동조항 세 번째 단락의 "마찬가지로 제119조 3)의 사유에 따른 기간의 경과가 촉박한 경우에도 면제될 수 없다."라는 문장을 제외한 부분, 제119조의4, 개정 형법 제344조, 법 제19.451호[17]를 개정하는 제13조의2 그리고 경과규정에 대한 위헌심판청구를 기각한다.

(2) 헌법재판소는 보건법안 제119조의3에서 첫 번째 단락의 "전문가"라는 단어, "어떠한 경우에도"라는 표현 및 동조항 세 번째 단락의 "마찬가지로 제119조 3)의 사유에 따른 기간의 경과가 촉박한 경우에도 면제될 수 없다." 라는 문장을 위헌으로 선언한다.

4. 반대의견

Ⅰ. 세 가지 경우의 자발적 임신중절의 합법화

Marisol Peña Torres, Iván Aróstica Maldonado, Juan José Romero Guzmán, Cristián Letelier Aguilar 재판관 - 위헌의견

자발적 임신중절을 합법화하는 이 법안은 위헌이다. "태아"가 사람(persona) 또는 인간(ser humano)이고, 칠레 헌법에 따른 태아가 권리의 주체라는 점을 간과하고 있기 때문이다. 사람의 "법적"(legal) 개념이 그 법적 지위를 부정하기(negarle ese status jurídico) 위해 사용될 수 없으며, 법정의견은 재산적 성격의 권리 행사와 관련해서만 언급하고 있을 뿐 생명권과 같은 기본권의 주체가 된다는 점을 간과하고 있다. 모든 사람에게 보장되는 생명권은 헌법 제19조 제1항에 의해 입법자에게 특별히 - 더 취약하고, 무방비 상태에 있는 - 태아에 대해 보호할 것을 명령하고 있다.

17) 장기의 이식과 기부를 규정하는 법.

이 경우에 있어 입법자가 행한 판단은 적절성, 필요성, 엄격한 의미의 비례성을 충족하지 않는다. 여성의 권리와 잉태되어 있는 태아의 권리가 충돌되는 경우, 태아의 권리를 무효로 하는 방식으로 이 문제를 해결할 수 없다. 이는 태아의 권리의 본질을 침해하는 것이기 때문이다. 또한 직접적인 임신중절(aborto directo) 또는 태아의 생명을 고의적으로 종료시키는 것은 어떠한 경우에도 우리 헌법과 양립될(compatible) 수 없다.

Ⅱ. 양심적 (임신중절) 거부

Carlos Carmona Santander, Gonzalo García Pino 재판관 - 기각의견

양심적 거부의 구체적인 행사는 보건 입법을 통해 해결할 수 있는 합법성의 문제(cuestión de legalidad)에 해당된다. 헌법재판소는 법 이행의 면제를 규정할 권한이 없다(no puede crear exenciones de cumplimiento de la ley). 이를 통해 헌법의 관념을 약화시키는 것이며, 오히려 구체적인 사건에서 차별의 문제가 발생할 수 있다. 또한 양심적 거부를 제기할 수 있는 자를 임신중절수술 전후로 (준비 또는 정리) 관계되는 자나 자연인이 아닌 기관에 대해서까지 객관적으로 확대할 수 없다. 이들은 직접적으로 임신중절수술에 참여하지 않기 때문에 자신의 신념에 반하는 결과가 발생한다고 볼 수 없기 때문이다.

5. 별개의견

Ⅱ. 양심적 (임신중절) 거부

Marisol Peña Torres, Iván Aróstica Maldonado, Domingo Hernández Emparanza, Juan José Romero Guzmán, Cristián Letelier Aguilar 재판관 - 제119조의3 세 번째 단락 전체에 대한 위헌의견

보건법안 제119조의3 세 번째 단락에 해당되는 경우에 양심적 거부를 금지하는 것은 사고의 자유의 측면을 무시하는(desconocer esa dimensión de

la libertad de pensamiento) 것을 의미하며, 이는 사람의 선천적이고 고유한 특성을 인정할 수 없게 하는 것이어서 신념 내지 사고의 자유의 본질에 반한다.