

영아유기의 합법화에 대한 헌법적 검토

이 준 일*

차 례

- I. 문제제기
- II. 영아유기 합법화에서 상충하는 헌법적 법익
 - 1. 실현되는 헌법적 법익
 - 2. 침해되는 헌법적 법익
- III. 영아유기 합법화의 헌법적 정당성
 - 1. 헌법적 법익의 효과적 실현 여부
 - 2. 헌법적 법익의 최소한 침해 여부
 - 3. 상충하는 법익의 균형적 실현 여부
- IV. 결 론

* 고려대학교 법학전문대학원 교수, 법학박사, profyi@korea.ac.kr
접수일자 : 4월 25일 / 심사일자 : 5월 28일 / 게재확정일자 : 6월 1일

I. 문제제기

출산후 영아(嬰兒, infant)를 유기한 여성에 대한 보도가 잇을만하면 등장한다. 화장실 변기나 쓰레기더미에 영아를 버리고 도망갔다는 언론의 다소 선정적인 보도에 성급한 여론은 무책임한 여성을 일방적으로 꾸짖는다. 하지만 이어진 심층보도에서 해당 여성이 분만 직전까지도 임신 사실을 몰랐던 십대(학생)이거나 자녀의 양육이 불가능한 미혼모인 것처럼 불가피하게 영아를 버리고 도망갈 수밖에 없었던 여성의 딱한 사정이 알려지면 동정론(同情論)도 힘을 얻게 된다. 어떤 이유에서든 자신이 출산한 자녀를 버리는 엄마의 비정함과 무책임함은 질타를 받아 마땅하다. 하지만 경제적·사회적 사유에 의한 낙태가 금지된 상황에서¹⁾ 어쩔 수 없이 자녀를 출산했지만 경제적·사회적으로 곤란한 상황(빈곤이나 차별)에 처한 여성이 출산한 자녀를 버릴 수밖에 없는 긴급한 사정도 고려되어야 한다.

여기서 현실적인 대안으로서 유기된 영아는 곧바로(주로 ‘저체온증’으로) 사망하거나 구조된다고 하더라도 건강에 대한 손상이나 심각한 장애가 발생할 수 있기 때문에 병원과 같은 안전하고 위생적인 장소에 영아를 유기하는 경우에 예외적으로 영아유기를 허용하는 ‘영아유기 합법화론’이 제기된다. 예를 들어 독일에는 철저하게 신원의 비밀이 보장될 수 있는 은밀한 장소에 ‘아기창구(Babyklappe, baby hatch)’가 설치되어 있는 병원이 도처에 존재한다.²⁾ 어쩔 수 없이 자신이 낳은 아이를 버릴 수밖에

1) 현행 모자보건법에서 인정되는 낙태사유는 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(準強姦)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 경우와 같이 의학적 또는 법률적 사유로 한정되기 때문에(동법 제14조 제1항) 빈곤이나 차별과 같은 경제적 또는 사회적 사유로는 낙태가 정당화되지 않는다. 이와 관련하여 낙태를 정당화하는 사유로 경제적·사회적 사유를 포함시켜야 한다는 대표적 견해로 양현아, 여성 낙태권의 필요성과 그 함의, 한국여성학 제21권 1호, 2005, 33쪽; 이인영, 출산정책과 낙태규제법의 이념과 현실, 페미니즘연구 제10권 1호, 2010, 71쪽 및 79쪽 참조.

2) 독일에서는 2000년부터 아기창구가 설치되기 시작하였다. 그밖에 유럽에서 아기창구

에 없는 여성들이 이러한 창구 안쪽에 놓인 작고 따뜻한 아기침대에 영아를 내려놓고 돌아가면 신원이 노출되지 않을 수 있는 충분한 시간이 흐른 후에 자동으로 문이 닫히고, 알람(alarm)이 울려 의료진은 해당 영아를 보호하고 치료하게 된다. 어차피 버려질 수밖에 없는 영아라면 적어도 건강이나 생명에는 지장이 없도록 보호하자는 취지에서 선택된 대단히 현실적인 대안으로 보이기도 하지만 영아유기를 장려하게 될 것이라는 비판에 직면할 수밖에 없다. 더욱이 이러한 제도를 전혀 고려하지 않은 채 구성된 현행법질서와 정면으로 충돌할 개연성이 높다.³⁾

가 설치되어 있는 국가로는 헝가리, 오스트리아, 벨기에, 스위스, 체코, 이탈리아, 폴란드 등이 있다. 아기창구의 설치를 위한 법적 근거가 마련되어 있는 국가로는 헝가리가 유일한 것으로 알려져 있다. 자세한 내용은 Deutscher Ethikrat, Das Problem der anonymen Kindesabgabe - Stellungnahme, 2009, 49면 참조. 오스트리아의 경우에는 2001년 7월 21일 발령된 “Erlass über Babynest und anonyme Geburt in Österreich”를 통해 형법상 범죄로 규정되어 있던 영아유기죄를 삭제함으로써 이 문제를 해결하였다. 이에 따라 출산 후에 신생아를 병원에 설치된 아기둥지(babynest)에 버리거나 애초에 병원에서 익명으로 출산하는 행위가 가능해졌는데 법적으로 허용되는 행위의 구체적인 내용을 요약하면 다음과 같다: ① 출산된 후에 아기둥지에 버리거나 병원에서 익명으로 출산된 신생아는 기아(Findelkind)로 간주되어 아동복지담당주체(Jugendwohlfahrtsträger)가 법정대리인이 되는데 원칙적으로 아동복지담당주체는 해당 연방주(Bundesland)다. ② 아동복지담당주체는 익명으로 위탁된 아동을 수용할 아동시설과 계약을 맺을 권한을 가지고, 기아로 취급되는 아동의 입양에서 부모의 동의는 원칙적으로 무의미하게 된다. ③ 아동복지담당주체와 병원은 비밀준수(Vertraulichkeitsschutz)의 의무를 지고, 병원은 아기둥지에 신생아를 버리거나 익명출산을 원하는 여성의 신원에 관한 비밀이 유지될 수 있도록 조치해야 한다. ④ 신생아를 아기둥지에 버리는 행위나 익명출산은 해당 아동과 여성의 건강과 생명에 대한 진지한 위험이 다른 수단으로는 해결될 수 없는 ‘긴급상황(Notsituation)’에서만 허용되고, 긴급상황에 대한 판단은 아동복지담당주체가 해당 여성과 상담한 뒤에 내려진다. ⑤ 익명의 영아유기나 출산의 경우에 출산하는 여성은 자신의 신원에 관한 정보를 기록해야 할 의무가 면제되며, 병원은 신생아의 사회보험비용의 부담자가 누구인지에 대해서 비밀준수의 의무를 부담하고, 병원이 우연히 친모의 신원에 관한 정보를 알게 되어 착오로 건강보험담당자에게 통지한 경우에도 건강보험담당자에게는 비밀준수의 의무가 있으며, 병원의 출생고지의 의무는 면제된다. ⑥ 가족관계등록관청은 아동복지담당주체에 의해 대리되는 아동의 출생신고할 때 성과 이름을 확정해야 한다. ⑦ 아동복지담당주체는 친부모에게 아동의 신원에 관한 정보를 제공할 수 없을 뿐만 아니라 오로지 아동의 복리를 위한 목적에서 친모의 동의를 받은 경우에만 친모와 맺은 비밀준수의 약속을 파기할 수 있다. ⑧ 익명으로 아동보호시설에 자녀를 위탁한 후에도 입양 전에는 친모가 해당 아동이 자신의 자녀임을 주장하는 소를 제기할 수 있고, 입양에 반대하는 권리를 갖기 때문에 아동복지담당주체에게 해당 아동의 신원에 관한 정보를 요구할 수 있다.

3) 독일에서도 아기창구의 설치에 관한 민법(BGB)의 규정, 신생아의 출생신고에

영아유기 합법화론은 ‘익명출산제도(anonyme Geburt, anonymous birth)’와 연계되어 있다.⁴⁾ 익명출산제도는 출산하는 여성의 신원이 노출되지 않도록 철저히 비밀이 유지될 수 있도록 보장하는 동시에 안전한 병원에서 무료로 출산할 수 있도록 지원하는 제도를 말한다.⁵⁾ 이 제도에 따르면 출산과 동시에 여성은 자녀의 친권을 포기할 수 있고(정확히 말하면 처음부터 친자관계가 존재하지 않은 것으로 하고), 친권이 포기된 신생아는 보육시설에 맡겨져 입양절차를 밟게 된다. 또한 출산한 여성은 일정한 기간 동안 신생아와 함께 복지시설에서 함께 생활하면서 숙려기간을 거친 후에 자녀의 양육이나 친권의 포기 가운데 하나를 선택할 수도

관한 신분관계법(PSStG)의 규정 등 현행법질서에 위반된다는 주장이 꾸준히 제기되어 왔다. 예를 들어 A. Wolf, Babyklappe und anonyme Geburt - Fragen zu einer neuen Entwicklung, FPR 2001, 345쪽 이하 참조.

- 4) 2008년 8월 11일에 박선영 의원은 한국에서도 익명출산제도의 필요성을 제기하고, 법률안을 제출하며 공청회를 개최하였다. 법률안의 주요내용으로는 ① 원하지 않는 임신한 자를 위해 이른바 ‘희망출산제도’를 신설하여 분만 당시 자신의 신분과 임신 및 출산 사실에 대한 비밀의 준수를 요구한 자에게 비밀을 보장하고(제3조), ② 임신 및 출산에 관한 국민기초생활보장법에 따른 해산급여를 지급하며(제4조), ③ 출산 후 사회복귀를 위하여 한부모가족지원법에 따른 지원을 제공하고(제5조), ④ 희망출산을 요청한 자는 출산한 아동에 대한 친권을 포기한 것으로 보며(제9조), ⑤ 희망출산으로 출생한 아동에게 생모와 양부모의 동의를 있는 경우에 본인의 출생과 가족사에 관한 정보에 접근할 수 있는 권리를 부여한다(제10조)는 점 등이 포함되어 있다. 박선영, ‘낙태방지 및 출산지원에 관한 법률’의 필요성과 내용, ‘낙태방지 및 출산지원에 관한 법률안’ 공청회 자료집, 2008. 24쪽 이하 참조.
- 5) 익명출산제도가 합법화되어 있는 대표적인 국가는 이미 19세기 중반부터 익명출산의 관행이 존재했던 프랑스다. 제2차 세계대전 당시에 독일의 침략을 받은 프랑스에서는 낙태나 영아살해가 사형에 해당하는 범죄이었기 때문에 독일군의 아이를 임신한 프랑스 여성을 보호하기 위하여 1939년부터 이 제도가 실시되기 시작하였고, 1993년부터는 민법(Code civil)에 의해서 규율되고 있다. 하지만 이 제도는 프랑스에서도 많은 비판을 받아 폐지되어야 한다는 주장이 제기되고는 있지만 양부모단체의 폐지반대로 계속해서 존치되고 있다. 자세한 설명은 Deutscher Ethikrat, Das Problem der anonymen Kindesabgabe - Stellungnahme, 2009, 50면 이하 참조. 유럽인권재판소도 2003년 이 제도가 유럽인권협약에 위반되는지 여부를 심리하였으나 같은 협약 제8조에 보장된 사생활과 가족생활에 관한 권리를 침해하지 않는다고 실시하였다. Odièvre v. France, [GC] no. 42326/98, §§ 19, 47, ECHR 2003-III. 한편 프랑스는 2002년 1월 22일에 개정된 법률에 따라 “개인의 뿌리에 관한 정보접근을 위한 국가위원회”를 설치하여 친모의 동의를 있는 경우에 한하여 친모의 신원에 관한 정보를 친자에게 공개할 수 있도록 하였다. 익명출산에 관한 프랑스 입법의 역사 및 현재의 동향에 대해서는 N. Lefaucheur, The french ‘tradition’ of anonymous birth: the lines of argument, International Journal of Law, Policy and the Family 18, 2008, 320쪽 이하 참조.

있다. 이러한 제도를 허용하는 목적은 원하지 않는 임신으로 여성이 낙태를 선택할 수밖에 없는 상황에서 ‘태아의 생명을 보호’하기 위하여 출산을 유도하는 대신에 출산비용과 자녀에 대한 법적 책임을 면제해주는 데 있다. 영아유기의 예외적 허용도 결과적으로 출산한 여성의 신원이 공개되지 않는다는 점에서는 일종의 익명출산으로 이해될 수 있다. 최근에 영아유기의 예외적 허용(합법화)을 위한 법적 기초를 정립하여 영아유기의 불법적 요소를 제거하도록 권고한 독일 윤리위원회(Ethikrat)가 “익명의 아동유기(anonyme Kindesabgabe)”라는 표현을 사용하는 것도 같은 맥락에서 이해된다.⁶⁾ 그리고 형법상 영아유기죄를 폐지함으로써 익명의 영아유기(Babynest)와 익명출산을 동시에 허용한 오스트리아의 경우에도 이 두 제도를 하나의 의미로 이해하고 있다.⁷⁾ 하지만 익명출산은 근본적으로 낙태를 예방함으로써 ‘태아’의 생명을 보호하려는 목적으로 허용되는 데 비하여 영아유기는 유기되는(또는 살해될 수도 있는) ‘신생아’의 건강과 생명을 보호하려는 목적으로 허용된다는 점에서 차이가 있다.⁸⁾

익명출산제도와 영아유기의 예외적 허용은 엄격한 의미에서는 구분될 수 있지만 임신한 여성 또는 출산한 여성의 궁박한 사정과 처지를 고려하여 궁극적으로 ‘여성의 인권’을 보호한다는 점에서는 공통적이다.⁹⁾ 또한 익명출산제도와 마찬가지로 영아유기의 예외적 허용도 여성의 인권을 보호하기 위하여 신생아가 친모로부터 분리될 뿐만 아니라 친모(동시에 친부 및 그 밖의 혈족)의 신원에 대해서 영원히 알 수 없게 됨으로써 ‘아

6) 독일 윤리위원회는 2009년 11월에 아기창구와 익명출산에 관한 입장을 표명하였다. Deutscher Ethikrat, Das Problem der anonymen Kindesabgabe - Stellungnahme, 2009 참조.
 7) 익명의 영아유기와 익명출산을 허용하는 오스트리아의 “Erlass vom 27. Juli 2001 über Babynest und anonyme Geburt in Österreich (Art.II Z 7 des Bundesgesetzes BGBl.I Nr.19/2001)”에 대해서는 위의 각주 2) 참조.
 8) 익명출산제도는 출산과정에서부터 의료진의 도움을 받기 때문에 분만된 신생아와 의료진 간에 지속적인 관계가 유지된다는 점에서 그러한 관계가 전혀 존재하지 않는 영아유기의 허용과 근본적인 차이가 존재한다는 견해도 있다. A. Wolf, Babyklappe und anonyme Geburt - Fragen zu einer neuen Entwicklung, FPR 2001, 348쪽 참조.
 9) 익명출산제도가 영아유기의 예외적 허용으로 여성이 낙태죄나 영아살해죄를 감행하는 범죄자가 될 가능성을 감소시킬 수 있다는 점에서도 여성범죄의 비범죄화는 여성의 인권과 관련된다. 이와 관련된 논의로 이영란, 형법에서의 여성의 인권, 아시아여성연구 제41호, 2002, 101쪽 이하 참조.

동의 인권'을 침해하게 된다. 여기서 예외적이지만 아동유기가 합법화될 수 있는지 여부에 대해서 여성의 인권과 아동의 인권을 모두 고려하여 균형을 이루도록 하기 위하여 헌법적인 관점에서 검토가 필요하다.¹⁰⁾

II. 영아유기 합법화에서 상충하는 헌법적 법익

1. 실현되는 헌법적 법익

(1) 영아의 건강과 생명

영아유기를 예외적으로 허용해야 한다는 가장 중요한 논거는 유기된 '영아의 건강과 생명에 대한 보호'다. 유기된 영아는 구조되지 못하면 사망에 이르게 되고, 구조된다고 해도 건강에 심각한 손상을 입게 되거나 평생 짊어질 장애를 얻을 수도 있기 때문이다. 이에 따라 형법도 영아유기를 처벌할 뿐만 아니라(동법 제272조) 유기된 영아가 사망이나 상해에 이르게 된 경우에는 가중처벌을 하고 있다(동법 제275조 제1항).¹¹⁾ 따라서 병원이나 사회복지시설에 설치된 안전하고 위생적인 장소(시설)에 영아가 유기될 수 있다면 영아의 건강과 생명은 보호될 수 있다. 물론 이러한 목적을 실현하기 위해서는 영아가 유기되더라도 건강과 생명에 지장이 되지 않는 '적절한 시간' 안에 발견될 수 있도록 하는 장치의 설치가 전제되어야 한다. 독일의 '아기창구(Babyklappe 또는 Babyfenster)'나 오스트리아의 '아기둥지(Babynest)'는 이와 같은 목적을 위하여 고안된 장치로

10) 영아유기의 합법화에 대해서는 현재 영아유기가 합법화되지 않은 상태에서 영아유기의 합법화를 요구하기 위한 헌법적 정당성을 규명하는 논증방식도 가능하다. 하지만 이것은 입법부작위의 위헌성을 검토하는 것으로 논증이 쉽지 않고, 현실적으로도 영아유기의 합법화가 논의되는 대부분의 국가에서는 실제로 인도적 차원의 영아유기시설이 먼저 설치되고 이에 대한 합법화요구가 있는 뒤에 이러한 합법화의 헌법적 정당성이 검토되고 있다는 점에서 합법화를 전제로 하여 그 정당성을 규명하는 논증방식을 선택하기로 한다.

11) 형법은 이미 유기죄(제271조)를 규정하고 있기 때문에 영아유기죄의 규정은 "책임감경을 이유로 형을 가볍게 규정하고 있는 감경적 구성요건"으로 이해되는 경우에 폐지되어야 한다는 주장도 제기된다. 변중필, 영아범죄에 대한 입법론적 검토, 비교형사법연구 제10권 제2호, 한국비교형사법학회, 2008, 139쪽 이하 참조.

서 유기된 영아의 건강과 생명에 대한 위험이 가해지지 않도록 내부에 위생적이고 일정한 온도가 유지되는 아기침대와 영아가 유기된 후 일정한 시간이 흐른 후에 자동으로 울리는 알람장치가 설치되어 있다. 한편 영아유기가 허용되는 장소가 병원과 같은 의료기관이 아니라면 의료진의 치료가 신속하게 제공될 수 있는 ‘적절한 장소’에 위치하거나 시설 안에 유기된 영아를 치료를 위해 항시적으로 의료진이 대기해야 할 필요성도 있다.

현행 헌법에 건강권과 생명권을 명시하는 조항은 없지만 모든 기본권의 최종근거인 인간의 존엄과 가치에 관한 기본권(헌법 제10조 제1문 전단)과 일반적 자유권을 의미하는 행복추구권(헌법 제10조 제1문 후단) 및 열거되지 않은 개별적 기본권을 보장하고 있는 헌법 제37조 제1항에 근거하여 건강권과 생명권을 도출할 수 있다.¹²⁾ 특히 영아유기의 경우에는 국민의 건강과 생명을 보호할 국가의 의무(기본권보호의무)가 강조되어야 한다.¹³⁾ 건강과 생명에 관한 기본권은 주관적 권리일 뿐만 아니라 객관적

12) 건강권과 생명권이 헌법상의 기본권이라는 점에 대해서는 학설이 일치하지만 그 헌법적 근거에 대해서는 견해가 일치하지 않는다. 우선 건강권의 경우에 헌법 제10조를 근거로 드는 견해로 김철수, 헌법학개론, 2007, 509면, 제12조 제1항(신체의 자유)도 근거로 포함시키는 견해로 성낙인, 헌법학, 2008, 463쪽; 정중섭, 헌법학원론, 2008, 425쪽; 허영, 한국헌법론, 2008, 348쪽 참조. 다음으로 생명권의 경우에 헌법 제10조로 보는 견해로 김철수, 헌법학개론, 2007, 495쪽, 제12조까지 포함시키는 견해로 성낙인, 헌법학, 2008, 454쪽; 정중섭, 헌법학원론, 2008, 416쪽 참조. 헌법재판소는 생명권의 명시적 근거를 밝히고 있지 않다. 헌재 1996. 11. 28. 95헌바1; 2008. 7. 31. 2004헌바81: 인간의 생명은 고귀하고, 이 세상에서 무엇과도 바꿀 수 없는 존엄한 인간 존재의 근원이다. 이러한 생명에 대한 권리, 즉 생명권은 비록 헌법에 명문의 규정이 없다 하더라도 인간의 생존본능과 존재목적에 바탕을 둔 선형적이고 자연법적인 권리로서 헌법에 규정된 모든 기본권의 전제로서 기능하는 기본권 중의 기본권이다.

13) 헌법재판소는 건강과 생명에 대한 국가의 보호의무를 헌법 제10조와 제36조 제3항에서 도출한다. 헌재 2008. 12. 26. 2008헌마419: 헌법 제10조는 ... 국가권력이 국민의 기본권을 침해하는 것을 금지함은 물론 이에서 더 나아가 적극적으로 국민의 기본권을 보호하고 이를 실현할 의무가 있음을 선언하고 있다. 또한 생명·신체의 안전에 관한 권리는 인간의 존엄과 가치의 근간을 이루는 기본권일 뿐만 아니라, 헌법은 “모든 국민은 보건에 관하여 국가의 보호를 받는다.”고 규정하여 질병으로부터 생명·신체의 보호 등 보건에 관하여 특별히 국가의 보호의무를 강조하고 있으므로(제36조 제3항), 국민의 생명·신체의 안전이 질병 등으로부터 위협받거나 받게 될 우려가 있는 경우 국가로서는 그 위협의 원인과 정도에 따라 사회·경제적인 여건

가치질서로서 건강과 생명에 대한 제3자의 침해로부터 보호해야 할 의무를 국가에 대해서 부여하기 때문이다.¹⁴⁾ 앞서 언급한 ‘영아유기죄’ 및 ‘영아유기치사상죄’는 영아의 생명과 건강을 보호해야 할 국가의 의무를 구체적으로 이행하는 입법으로 이해된다. 문제는 영아유기죄와 영아유기치사상죄가 규정되어 있음에도 불구하고 현실적으로는 영아유기가 발생하여 유기된 영아의 건강과 생명이 위협받고 있다는 점이다. 여기서 국가는 영아유기를 절대적으로(예외 없이) 불법화함으로써 영아의 건강과 생명을 보호할 것인지, 아니면 영아가 유기되고 있는 현실을 반영하여 영아유기를 예외적으로나마 합법화함으로써 영아의 건강과 생명을 보호할 것인지를 판단해야 한다. 더 나아가 형법상 영아유기죄를 폐지한 오스트리아의 입법례는 영아유기를 합법화하는 대신에 ‘아기둥지’와 같은 안전하고 위생적인 장치에 영아를 유기하도록 함으로써 영아의 건강과 생명을 보호하는 방식으로 이해될 수 있다.

(2) 여성의 권리

또한 영아유기의 예외적 허용은 자신의 자녀를 유기할 수밖에 없는 ‘여성의 곤란한 사정’에서도 정당화된다. 영아를 유기할 수밖에 없는 여성은 경제적으로 빈곤하여 자녀를 양육할 수 없거나 미혼모처럼 사회적 편견으로 차별을 받게 되는 여성이다. 우선 여성에게는 임신·출산·양육을 포괄하는 ‘모성에 관한 자기결정권’이 보장된다.¹⁵⁾ 현행 헌법은 모성에

및 재정사정 등을 감안하여 국민의 생명·신체의 안전을 보호하기에 필요한 적절하고 효율적인 입법·행정상의 조치를 취하여 그 침해의 위험을 방지하고 이를 유지할 포괄적인 의무를 진다 할 것이다.

14) 헌법재판소도 기본권보호의무를 동일하게 이해하지만 그 범위를 한정하고 있다. 헌재 2009. 2. 26. 2005헌마764: 기본권 보호의무란 기본권적 법익을 기본권 주체인 사인에 의한 위법한 침해 또는 침해의 위험으로부터 보호하여야 하는 국가의 의무를 말하며, 주로 사인인 제3자에 의한 개인의 생명이나 신체의 훼손에서 문제되는데, 이는 타인에 의하여 개인의 신체나 생명 등 법익이 국가의 보호의무 없이는 무력화될 정도의 상황에서만 적용될 수 있다.

15) 모성에 관한 자기결정권은 여성주의(feminism) 법학에서 논의되는 “재생산권(reproductive rights)”의 의미와 중첩될 수 있다. 여성의 재생산권에 관한 논의에 대해서는 양현아, 여성 낙태권의 필요성과 그 함의, 한국여성학 제21권 1호, 2005, 24쪽 이하; 이인영, 출산정책과 낙태규제법의 이념과 현실, 페미니즘연구 제10권 1호, 2010, 45쪽 이하

관한 권리를 사회적 기본권의 하나로 보장하고 있지만(헌법 제36조 제2항) 이 권리에는 자유권적 측면인 모성에 관한 자기결정권이 포함될 수 있다. 모성에 관한 자기결정권에 포함된 자유권적 내용에 따라 여성은 임신·출산 여부를 스스로 결정할 수 있는 권리(낙태권)뿐만 아니라¹⁶⁾ 자녀 양육 여부를 스스로 결정할 수 있는 권리를 향유한다.¹⁷⁾¹⁸⁾ 입양제도는 자녀양육을 포기할 수 있게 하는 대표적인 제도에 해당한다. 그렇다면 경제적·사회적으로 곤란한 사정에 처한 여성은 모성에 관한 자기결정권에 따라 출산한 자녀를 유기할 수 있도록 허용됨으로써 양육을 포기할 수 있어야 한다.

더욱이 여성은 임신·출산에 관한 사실을 비밀로 할 수 있는 ‘익명출산의 권리’를 향유한다. 익명출산은 출산 사실에 대한 비밀의 보장을 의미하기 때문에 사생활의 비밀에 관한 기본권(헌법 제17조)에 의해 보장받는다.¹⁹⁾ 임신·출산 여부에 대한 결정은 모성에 관한 자기결정권에 의해서

참조.

- 16) 독일 연방헌법재판소는 낙태판결에서 낙태에 관한 여성의 “자기결정권(Selbstbestimmungsrecht)”을 인정한 바 있다. 다만 이러한 기본권적 지위는 단지 예외적인 경우에만 아동을 출산해야 할 법적 의무보다 우월하고, 어떠한 상황이 그러한 예외적인 경우에 해당하는지는 입법자가 법률에 따라 결정한다고 한다. BVerfGE 88, 214면 참조. 학설도 낙태권을 여성의 ‘자기결정권’에서 도출한다. 예를 들어 성낙인, 헌법학, 2011, 457쪽; 정종섭, 헌법학원론, 2008, 422쪽 참조.
- 17) 헌법재판소에 따르면 양육권에는 자유권적 측면과 사회권적 측면이 모두 포함되고, 헌법에 명문으로 규정되어 있지는 않지만, 혼인과 가족생활을 보장하는 헌법 제36조 제1항, 행복추구권을 보장하는 헌법 제10조 및 헌법 제37조 제1항에서 도출되는 기본권이며, 이에 따라 부모는 자녀의 양육에 관하여 전반적인 계획을 세우고 자신의 인생관·사회관·교육관에 따라 자녀의 양육을 자유롭게 형성할 권리를 가진다. 헌재 2008. 10. 30. 2005헌마1156 참조. 헌법재판소가 이해하는 양육권의 자유권적 측면에는 양육권의 포기도 포함될 수 있다.
- 18) 익명출산에 관한 여성의 권리가 낙태에 관한 여성의 자기결정권과 밀접하게 연계되고 있다는 사실은 익명출산에 관한 프랑스의 논의 속에서 여성주의자들이 낙태에 관한 여성의 자기결정권을 확장하고자 하는 노력의 연장선상에서 익명출산제도의 유지를 주장하고 있음에서 잘 드러난다. 이러한 논의에 대해서는 N. Lefaucheur, The french ‘tradition’ of anonymous birth: the lines of argument, International Journal of Law, Policy and the Family 18 (2008), 331쪽 이하 참조.
- 19) 익명출산을 사생활의 비밀에 관한 권리에서 찾는 견해로 김상용, 『입양촉진 및 절차에 관한 특례법』의 개선방향 - 국내입양을 중심으로 -, 가족법연구 제23권 2호, 한국가족법학회, 2009, 244쪽 참조.

보호되는 반면에 임신·출산에 관한 정보의 공개 여부에 대한 결정은 사생활의 비밀에 관한 기본권에 의해서 보호되기 때문이다. 임신·출산에 관한 정보가 일종의 ‘개인정보’에 해당한다면 임신·출산에 관한 정보의 공개 여부에 대한 결정은 ‘개인정보자기결정권’에 의해서도 보호될 수 있다.²⁰⁾ 따라서 경제적·사회적으로 곤란한 사정에 처한 여성은 익명출산의 권리에 따라 예외적이지만 자녀의 유기가 허용됨으로써 본인의 신원이 드러나지 않은 채 출산할 수 있어야 한다.

그밖에 자녀의 유기가 허용되면 경제적·사회적으로 곤란한 사정에 처한 여성은 자녀의 유기가 허용되지 않을 때보다 안전하고 위생적으로 출산할 수 있게 됨으로써 본인의 ‘건강과 생명을 훼손당하지 않을 권리(건강권 및 생명권)’를 보장받게 된다. 프랑스의 익명출산제도가 유럽인권협약에 위반되는지 여부를 심사한 유럽인권재판소(ECHR)도 익명출산제도의 본질적인 목적을 “적절한 의료환경(appropriate medical conditions)”에서 출산함으로써 산모의 건강이 보호되는 것으로 이해하고 있다.²¹⁾

(3) 제3자의 권리

영아유기의 예외적 허용을 통해 보호되는 것은 출산한 여성의 익명성 뿐만 아니라 그 상대방인 남성의 익명성도 포함한다. 출산한 여성의 신원이 확인되면 그 상대방인 남성의 신원도 확인될 수 있기 때문이다. 또한 자신의 영아를 유기한 친부모에게 다른 자녀(유기된 영아의 형제자매)가 있는 경우에 출산한 여성의 신원이 확인되면 다른 자녀의 신원도 확인될 수 있다는 점에서 영아유기의 예외적 허용은 유기된 영아의 형제자매의 신원에 관한 익명성과도 관련된다. 한편 유기된 영아는 일반적으로 입양된다는 점에서 보면 유기된 영아를 입양한 양부모의 입장에서 친부모

20) 개인정보자기결정권의 개념은 헌법재판소가 잘 정의하고 있다. 헌재 2005. 5. 26. 99헌마513; 2005. 7. 21. 2003헌마282; 2009. 10. 29. 2008헌마257; 2010. 5. 27. 2008헌마663; 개인정보자기결정권은 자신에 관한 정보가 언제 누구에게 어느 범위까지 알려지고 또 이용되도록 할 것인지를 그 정보주체가 스스로 결정할 수 있는 권리이다. 즉 정보주체가 개인정보의 공개와 이용에 관하여 스스로 결정할 권리를 말한다.

21) *Odièvre v. France*, [GC] no. 42326/98, §§ 19, 47, ECHR 2003-III, 단락번호 44 참조.

의 신원에 관한 익명성의 보장은 입양의 안정성이라는 측면에서 유리하게 작용할 수 있다. 실제로 익명출산제도가 허용된 프랑스에서 이 제도의 폐지에 가장 강하게 반대하는 집단은 양부모단체인 것으로 알려져 있다. 이처럼 친부와 형제자매 및 양부모와 같은 ‘제3자’의 권리도 영아유기의 합법화를 논의할 때 반드시 고려되어야 하는 이익에 포함된다.²²⁾

2. 침해되는 헌법적 법익

(1) 영아의 뿌리에 대한 알권리

영아유기의 합법화는 본질적으로 출산한 여성의 신원이 공개되지 않도록 비밀을 보장하는 ‘익명출산’에 있다. 따라서 유기된 영아는 영원히 자신을 출산한 여성(친모)과 상대방 남성(친부)이 누구인지 모르게 된다. 이것은 아동에게 보장된 ‘뿌리(origin)에 대한 알권리’를 침해하게 된다. 인간은 누구나 자신의 부모가 누구인지에 대해서 알 수 있는 권리를 보장받아야 한다. 독일 연방헌법재판소는 이러한 권리를 “출생의 기원에 대해서 알 권리(das Recht auf Kenntnis der Abstammung)”라고 부르면서 헌법상 보장된 일반적 인격권(독일 기본법 제2조 제1항)과 인간존엄(독일 기본법 제1조 제1항)에서 도출한다.²³⁾ 우리 헌법의 경우에도 명시적으로 이러한 권리를 보장하고 있지 않지만 모든 기본권의 최종적 근거가 되는 인간의 존엄과 가치에 관한 기본권(헌법 제10조 제1문 전단)과 일반적 자유권을 의미하는 행복추구권(헌법 제10조 제1문 후단) 및 열거되지 않은

22) 친부, 형제자매, 양부모를 ‘제3자(third parties)’로 부르는 것은 유럽인권재판소의 견해이기도 하다. *Odièvre v. France*, [GC] no. 42326/98, §§ 19, 47, ECHR 2003-III, 단락번호 44 참조.

23) BVerfGE 79, 256(269); 96, 56(63) 참조. 견해에 따라서는 독일 연방헌법재판소가 인정한 “출생의 기원에 대해서 알 권리”는 부모에 대한 이미 획득된 정보가 국가에 의해서 차단되지 않을 권리를 의미하고, 부모에 대한 아직 획득되지 않은 정보를 알 수 있게 해주도록 국가에 대해서 요구하는 권리는 아니기 때문에 영아유기를 합법화한다고 해도 “출생의 기원에 대해서 알 권리”를 침해하지 않는다고 주장되기도 한다. K. Scheiwe, *Babyklappe und anonyme Geburt - wohin mit Mütterrechten, Väterrechten, Kinderrechten?*, *Zeitschrift für Rechtspolitik (ZRP)* 2001, 370면 참조. 하지만 이러한 주장은 독일 연방헌법재판소가 인정한 “출생의 기원에 대해서 알 권리”를 너무 협소하게 이해하고 있는 것으로 판단된다.

개별적 기본권을 보장하는 헌법 제37조 제1항에 근거하여 이러한 권리를 도출할 수 있다. 아동인권협약(Convention on the rights of the child)도 모든 아동에게 “자신의 부모에 대해서 알 권리(right to know his or her parents)”를 보장하고 있는데(동협약 제7조 제1항) 이를 통해서도 뿌리에 대한 알권리가 인권으로서 헌법상 반드시 보장되어야 하는 권리임을 확인하게 된다. 뿌리에 대한 알권리는 본질적으로 자신과 ‘생물학적 관계(biological relation)를 맺고 있는 모든 사람들’에 대한 정보를 알 권리를 의미하므로 부모를 포함한 직계존속뿐만 아니라 형제자매와 같이 혈족에 속하는 모든 사람들에 대한 정보를 알 권리까지도 포함한다.

(2) 친부의 권리

아동의 유기는 친부모 모두의 동의로 이루어질 수도 있지만 많은 경우에 친모의 일방적 결정으로 이루어진다. 현실적으로 영아를 유기하는 여성의 대부분은 상대방 남성을 알 수 없거나 임신의 이유로 상대방 남성에 의해 버림받은 미혼모다. 따라서 상대방 남성이 유기된 친자를 찾을 가능성은 희박하지만 아동유기를 허용하면 영아의 유기를 모르거나 반대한 친부가 나중에 자신의 자녀를 인지할 수 없는 상황도 여전히 배제할 수는 없다. 이것은 유기된 아동과의 생물학적 관계를 알 수 있는 친부의 권리²⁴⁾를 침해하게 된다. 더욱이 누가 유기된 아동의 친부인지를 모르게 되면 유기된 아동의 입장에서 기본적으로 친부의 보호와 부양을 받을 권리를 침해받게 되고, 상속권과 같은 재산권의 침해가능성도 존재하게 된다. 한편 원치 않는 출산으로 영아를 유기하는 여성의 결정은 본인의 의사에 의한다기보다 가문의 명예에 대한 치욕을 두려워한 가족의 의사에 의해 강요되는 경우도 많다. 이 경우에 익명의 영아유기에 대한 허용은 나중에 자녀를 다시 찾기 원하는 친모의 권리를 침해할 수도 있다.²⁵⁾

24) 독일연방헌법재판소는 이러한 친부의 권리를 “자신의 자식에 대해서 알 권리(das Recht des Vaters auf Kenntnis der eigenen Nachfahren)”라고 부른다. BVerfGE 117, 202쪽 이하 참조.

25) 익명출산제도에 관한 프랑스의 논의 과정에서 이 제도에 반대하는 단체의 많은 구성원이 익명출산을 선택한 여성(친모)이라는 점은 주목할 만하다. 자세한 내용은 N.

(3) 가족제도

헌법이 가족제도를 보장한다면 입법자는 헌법에 보장된 가족제도의 핵심(본질)을 형해화하는 법률을 제정할 수 없다. 이와 관련하여 만약 헌법이 가족제도에 관한 로마법적 전통과 게르만법적 전통 가운데 하나를 선택했다고 볼 수 있다면 법률에서 헌법이 선택한 전통을 폐기하고 다른 전통을 선택하는 것은 위헌이 된다. 영아유기의 허용은 친모의 신원이 공개되지 않는다는 점에서 익명출산에 대한 허용을 의미하는데 익명출산은 가족제도에 관한 로마법적 전통과 밀접하게 연관되어 있는 것으로 이해된다.²⁶⁾ 로마법적 전통에 따르면 혼인하지 않은 여성이 출산한 경우에 출산과 동시에 자동으로 신생아의 법적 친모로 인정되지 않고, 신생아를 친생자로 인지(認知)하는 법률행위가 있을 때에만 비로소 법적 친모로 인정되기 때문이다. 따라서 로마법적 전통에서 분만하는 여성은 자신이 분만한 신생아를 친생자로 인지하는 별도의 법률행위를 할 때까지 신생아와 아무런 법적 관계가 없고, 신생아에 대한 어떠한 법적 의무도 부담하지 않기 때문에 익명출산은 신생아의 권리를 침해하지 않은 채 정당화될 수 있다. 우리 헌법(제36조 제1항)의 경우에 가족제도가 보장된다고 해도²⁷⁾ 헌법이 가족제도에 관한 로마법적 전통을 따르지 않는지 여부는 불명확하다.²⁸⁾ 따라서 가족제도에 관한 로마법적 전통에서 용이하게 정당화될

Lefaucheur, The french 'tradition' of anonymous birth: the lines of argument, International Journal of Law, Policy and the Family 18, 2008, 327쪽 이하 참조.

- 26) 가족제도에 관한 로마법적 전통과 익명출산의 관계에 대해서는 K. Scheiwe, Babyklappe und anonyme Geburt - wohin mit Mütterrechten, Väterrechten, Kinderrechten?, Zeitschrift für Rechtspolitik (ZRP) 2001, 371쪽 참조.
- 27) 학설은 대체로 헌법 제36조 제1항이 가족제도를 보장하고 있다고 본다. 예를 들어 김철수, 헌법학개론, 2007, 1026쪽; 성낙인, 헌법학, 2011, 772쪽; 정종섭, 헌법학원론, 2008, 221쪽 이하; 허영, 한국헌법론, 2008, 167쪽 이하 참조. 판례의 입장도 같다. 예를 들어 헌재 2002. 3. 28. 2000헌바53; 2002. 8. 29. 2001헌바82; 2011. 2. 24. 2009헌바89 참조.
- 28) 현행 민법에 따라 여성이 혼인중에 포태한 자는 그 남편의 친생자로 추정한다는 규정(동법 제844조 제1항)과 혼인외의 출생자는 친부가 인지할 수 있다는 규정(동법 제855조 제1항)에 근거하여 자녀를 출산한 여성은 당연히 그 자녀의 친모가 된다는 점을 전제하고 있는 것으로 보는 것이 학설의 대체적인 견해다. 예를 들어 김주수/김상용, 친족·상속법-가족법, 2008, 281쪽: “혼인외의 출생자와 생모간의 친자관계는

수 있는 익명출산이 헌법상 금지되어 있는지도 명확하지 않다.

III. 영아유기 합법화의 헌법적 정당성

헌법상 요구되는 비례성원칙(과잉금지원칙)에 따라 영아유기의 합법화는 실현하고자 하는 헌법적 법익을 효과적으로 실현할 수 있는지(적합성원칙), 그로 인해 발생할 수 있는 헌법적 법익에 대한 침해를 최소화할 수 있는지(필요성원칙), 실현되는 헌법적 법익과 침해되는 법익을 균형적으로 실현할 수 있는지(좁은 의미의 비례성원칙) 여부에 따라 헌법적 정당성 여부가 판단된다.²⁹⁾

1. 헌법적 법익의 효과적 실현 여부

영아유기를 합법화하면 무엇보다도 유기된 아동의 건강과 생명이 보호될 수 있다고 보인다. 안전하고 위생적인 장소에 유기되어 곧바로 의료진의 보호와 치료를 받을 수 있다면 비록 부모로부터 유기되었지만 적어도 유기된 아동의 건강과 생명에 대한 위험은 발생하지 않기 때문이다. 하지만 영아유기를 합법화하면 이 제도가 없더라도 영아를 유기할 수밖에 없는 여성이 이 제도를 이용하기보다 이 제도가 없었더라면 영아유기를 결정하지 않았을 여성들이 이 제도를 이용하게 될 것이라는 비판이 있다.³⁰⁾ 이 제도가 없더라도 영아를 유기할 수밖에 없는 여성들은 자신의 궁박한 처지로 인하여 출산과 양육에 관한 정상적인 판단이 불가능한 상태에서

해산에 의해서 당연히 발생하므로, 별도의 인지가 필요하지 않다.”

29) 비례성원칙에 대해서는 이부하, 비례성원칙과 과소보호금지원칙, 헌법학연구, 제13권 제2호, 한국헌법학회, 2007, 275쪽 이하; 이준일, 헌법상 비례성원칙, 공법연구 제37집 제4호, 한국공법학회, 2009, 25쪽 이하; 최갑선, 비례의 원칙에 따른 법률의 위헌 심사, 공법연구 제25집 제4호, 한국공법학회, 1997, 652쪽 이하; 한수웅, 헌법 제37조 제2항의 과잉금지원칙의 의미와 적용범위, 저스티스 통권 제95호, 한국법학원, 2006, 5쪽 이하; 황치연, 과잉금지원칙의 내용, 공법연구 제24집 제3호, 한국공법학회, 1996, 277쪽 이하 참조.

30) 이러한 비판에 대해서는 영아유기에 관한 독일 윤리위원회(Ethikrat)의 의견서(2009), 65쪽 이하 참조.

그러한 결정을 하기 때문에 영아유기가 합법화된다고 해도 이 제도를 이용할 수 없고, 오히려 출산과 양육에 대한 정상적인 판단이 가능한 여성들이 자녀를 유기할 수 있는 곤란한 사정이 발생할 때 이 제도를 이용하게 될 것이라고 한다. 결국 영아유기의 허용은 이미 발생하였거나 앞으로 발생하게 될 영아유기를 효과적으로 감소시킬 수 있는 수단, 따라서 유기된 영아의 건강과 생명을 보호할 수 있는 효과적인 수단이 되지 못하게 된다. 하지만 영아유기의 허용으로 ‘단 한 명’이라도 유기된 아동의 건강과 생명이 보호되는 효과가 발생했다면 이를 두고 효과적인 수단이 되지 못한다고 평가할 수는 없다. 제도의 실효성은 이상적인 수준에서 결정될 수 없고, 제도가 없었을 경우에 전혀 발생하지 않았던 효과가 조금이라도 발생했다면 제도의 실효성을 인정할 수 있기 때문이다.

영아유기의 합법화로 영아의 건강과 생명이 보호될 수 없다고 해도 양육의 포기나 익명출산에 관한 여성의 결정권이 보호될 수는 있다. 이 제도가 인정되지 않았어도 자신이 출산한 자녀를 유기할 수밖에 없었던 여성은 물론이고, 이 제도가 인정됨으로써 비로소 자신이 출산한 자녀를 유기하기로 결정한 여성까지도 원하지 않은 임신과 출산으로 얻게 된 자녀에 대한 친권을 포기하고, 더 나아가 임신과 출산에 관한 사실 자체를 영원히 비밀로 감추는 결정을 자유롭게 내릴 수 있기 때문이다. 다만 양육의 포기나 익명출산에 관한 여성의 결정권은 원치 않는 임신과 출산으로 궁박한 처지에 놓인 여성의 ‘정신적 부담’을 덜어준다는 데 궁극적인 목적이 있다는 점에서 영아유기의 허용으로 궁박한 처지에 놓인 여성의 정신적 부담이 줄어들어지는지에 대해서는 의문의 여지가 있다. 원치 않는 임신과 출산으로 여성이 짊어져야 하는 정신적 부담은 출산한 자녀의 유기로 더욱 강화될 수 있기 때문이다. 2009년 11월에 익명출산의 합법화를 권고한 독일 윤리위원회가 이에 관한 심도 있는 논의를 위하여 2011년 2월에 개최한 토론회에서 위원장인 부펜(Christiane Woopen)도 이러한 사실을 확인하면서 원치 않는 임신과 출산으로 궁박한 처지에 놓인 여성에 대한 추가적인 도움이 필요하다는 점을 강조한 것은 주목할 만하다.³¹⁾

31) 자세한 내용은 독일 윤리위원회의 웹사이트(www.ethikrat.org) 참조.

2. 헌법적 법익의 최소한 침해 여부

(1) 피해를 최소화하는 대체수단으로서 입양제도

출산한 자신의 자녀를 유기하지 않고 친자관계를 해소할 수 있는 합법적인 방법으로는 ‘입양’이 있다. 입양은 유기와 달리 합법적인 절차에 따라 친자관계의 해소가 진행되어 유기된 아동의 건강과 생명을 침해하지 않는다는 점에서 친자관계의 해소라는 ‘동일한 효과’를 발생시키면서도 자녀에 대한 ‘피해의 최소화’를 가능하게 하는 대체수단으로 평가할 수 있다. 안전하고 위생적인 장소에 영아를 유기하는 경우에 예외적으로 유기를 허용하려는 영아유기 합법화의 시도는 이러한 ‘피해의 최소화’에 대한 결여를 보완하려는 목적에서 이루어진다. 그러나 입양제도가 영아유기의 합법화를 통해 실현하고자 하는 목적(친자관계의 해소)을 동일하게 효과적으로 실현할 수 있다는 점에서 반드시 영아유기가 합법화될 필요는 없다.

하지만 복잡한 절차를 거쳐야 하는 입양 대신에 불법적인 방법인 영아유기가 선호되는 현실적인 이유를 살펴보면 결과는 달라진다. 입양 대신에 영아유기를 선택하는 근본적인 이유는 입양절차의 복잡함이나 번거로움보다는 오히려 입양절차에서 출산한 여성의 신원이 노출될 수 있다는 데 있다. 실제로 유기된 영아는 대부분 법령에 정해진 절차에 따라 입양되므로 유기와 입양의 본질적인 차이는 출산한 여성의 신원에 관한 비밀이 보장되는지 여부다. 결국 입양은 친자관계의 해소에서는 유기와 동일한 효과를 발생시킬 수 있지만 친모의 신원에 관한 비밀유지에서는 유기와 동일한 효과를 발생시킬 수 없는 수단이다. 따라서 친자관계를 해소하면서 자녀의 건강과 생명도 보호하려는 아동유기의 합법화가 친모의 신원에 관한 비밀까지 유지할 수 있다면 입양은 아동유기의 합법화를 대체할 수 있는 수단이 되지 못한다.

여기서 친모의 신원에 관한 비밀유지에서도 영아유기의 합법화와 동일한 효과를 거둘 수 있는 입양제도의 구성이 가능한지가 검토되어야 한다. 만약 입양절차에서도 입양되는 아동을 출산한 여성의 신원이 노출되지

않을 수 있다면 입양은 영아유기의 합법화를 대체하는 수단이 될 수 있다. 입양절차에서 입양되는 아동의 친모에게 신원에 관한 비밀을 보장하기 위해서는 입양절차에 반드시 친모가 참여할 필요가 없고, 입양절차에서 요구되는 어떠한 서면에도 친모의 신원에 관한 정보를 기록하지 않도록 입양제도를 구성하는 것이다. 예를 들어 입양절차가 친부모를 대리한 입양기관이 주도하게 하고, 입양동의서나 입양에 관한 개인등록부에 친부모의 신원에 관한 정보란을 삭제하면 된다.

그렇다면 현행 입양제도는 어떠한가? 현재 민법에 따른 입양제도 이외에 ‘입양촉진 및 절차에 관한 특례법’에 따른 입양제도가 인정되고 있다. 어떠한 제도에 의하더라도 영아의 입양은 부모의 대략(입양되는 자녀를 대신하는 승낙)이나 동의³²⁾가 필요하기 때문에 입양절차에 친부모의 참여가 필수적으로 요구된다. 한편 현행 ‘가족관계의 등록 등에 관한 법률’에 따르면 입양신고서에는 ① 당사자의 성명·본·출생연월일·주민등록번호·등록기준지(당사자가 외국인인 때에는 그 성명·출생연월일·국적 및 외국인등록번호) 및 양자의 성별, ② 양자의 친생부모의 성명·주민등록번호 및 등록기준지가 기재되어야 한다(동법 제61조). 그리고 입양관계증명서와 친양자입양관계증명서에는 ① 본인의 등록기준지·성명·성별·본·출생연월일 및 주민등록번호, ② 친생부모·양부모 또는 양자(또는 친양자)의 성명·성별·본·출생연월일 및 주민등록번호, ③ 입양 및 파양에 관한 사항이 기록된다(동법 제15조 제1항 4호 및 제5호). 따라서 현행 입양절차는 친모의 신원이 노출되지 않도록 비밀이 보장되지 않는다는 점에서 영아유기의 합법화를 대체하는 수단으로 보기는 어렵다. 현행 입양절차가 영아유기의 합법화를 대체하는 수단이 되기 위해서는, 다시 말해 영아유기의 합법화가 피해를 최소화하는 수단으로 정당화되지 못하기 위해서는 입양절차에 친부모의 필수적 참여를 배제할 뿐만 아니라 입양신고서 및 입양관계증명서에서 친부모의 신원에 관한 사항이 삭제되어야 한다.

32) 민법에 따른 입양과 ‘입양촉진 및 절차에 관한 특례법’에 따른 입양의 가장 큰 차이점은 전자의 경우에 부모가 입양되는 15세 미만의 아동을 대신하여 승낙권을 행사함으로써 입양 여부를 결정하지만 후자의 경우에는 부모는 단지 동의권만을 가지고(동법 제6조 제1항) 입양기관이 법정 후견인으로서(동법 제13조) 입양 여부를 결정한다는 점이다.

(2) 친자에 대한 익명성의 배제

친모의 익명성이 보장되는 입양제도는 출산한 자녀의 출생신고 단계에서부터 출산한 여성의 신원이 노출될 수 없다면 그 익명성은 약화될 수밖에 없다. 따라서 친모의 신원이 노출되지 않는 입양제도는 그 익명성의 강화를 위하여 익명출산제도와 연계될 수밖에 없고, 결국 익명의 영아유기에 대한 합법화를 전제해야만 한다. 또한 익명성이 보장되는 입양제도가 존재하지 않는다면 익명출산제도나 익명의 영아유기에 대한 합법화로 출산한 여성의 익명성을 확보할 수 있다. 하지만 출산한 여성의 신원에 관한 비밀이 완벽하게 보장되는 익명출산제도나 영아유기의 합법화는 아동의 ‘뿌리를 알 권리’를 침해하게 된다. 여기서 아동의 ‘뿌리를 알 권리’를 침해하지 않는 대안으로 오로지 유기된 아동(친자)에게만 나중에 그의 요구가 있으면 친모의 신원을 공개하는 제도의 구성을 고려해볼 수 있다.³³⁾ 이 경우에 출산의 익명성에 대한 여성의 권리를 좀 더 고려하여 유기된 아동에게만 친모의 신원을 공개한다고 하더라도 ‘친모의 동의’를 필수적 요건으로 요구할 수도 있다.³⁴⁾

현행 ‘가족관계의 등록 등에 관한 법률’에 따르면 무엇보다도 출생신고서에는 ① 자녀의 성명·본·성별 및 등록기준지, ② 자녀의 혼인 중 또는 혼인 외의 출생자의 구별, ③ 출생의 연월일시 및 장소, ④ 부모의 성명·본·등록기준지 및 주민등록번호(부 또는 모가 외국인인 때에는 그 성명·출생연월일·국적 및 외국인등록번호), ⑤ 민법 제781조 제1항 단서에 따른 협의(모의 본과 성을 따르는 협의)가 있는 경우 그 사실, ⑥ 자녀가 복수국적자(複數國籍者)인 경우 그 사실 및 취득한 외국 국적이 기재되어야 하므로(동법 제44조 제2항) 친모의 신원에 대한 비밀이 보장되지 않는다. 따라서 익명의 영아유기나 익명출산을 허용하기 위해서는

33) 구체적으로 친자가 ‘법원의 허가’를 얻어 친모의 신원을 알 수 있도록 하는 대안을 제시하는 견해로 김상용, 『입양촉진 및 절차에 관한 특례법』의 개선방향 - 국내입양을 중심으로 -, 가족법연구 제23권 2호, 한국가족법학회, 2009, 249쪽 이하 참조.

34) 익명출산제도를 운영해온 프랑스는 익명으로 출산된 아동의 ‘뿌리를 알 권리’가 침해된다는 비판에 따라 법률을 개정하여 해당 아동에게 친모의 신원에 관한 정보를 알 수 있도록 허용하는 대신에 그 요건으로서 친모의 동의를 요구하고 있다.

친모의 신원을 알 수 있는 항목의 삭제가 필요하다. 이 때 유기된 영아의 뿌리에 대한 알권리가 최소한도로 침해되기 위하여 예외적으로 유기된 친자에게만 친모의 신원을 공개하려면 친모의 신원에 관한 항목을 그대로 두되 국가가 비밀을 유지하면서 오로지 친자의 요구가 있으면 친모의 동의를 받아 공개할 수 있도록 하는 예외규정을 삽입해야만 한다.

(3) 임신·출산으로 긴급상황에 처한 여성에 대한 국가의 지원

한편 영아유기는 분만 직전까지도 임신사실을 모르거나 원치 않는 임신으로 출산에 관한 준비가 되지 못한 상황에서 출산함으로써 오는 정신적·경제적 어려움 때문이므로 이러한 어려움을 극복할 수 있는 국가의 지원제도가 마련되어 있다면 영아유기의 합법화는 정당화될 수 없다. 신생아를 분만할 때까지 임신사실을 모르고 출산한 여성이나 원하지 않는 임신으로 출산에 이르게 된 여성에 대한 상담이나 치료가 제공되거나 경제적 지원이 제공된다면 입양이나 직접 양육과 같은 대체수단을 선택할 수 있는 가능성이 존재하므로³⁵⁾ 아동의 뿌리를 알 권리를 침해하는 아동유기는 헌법적 정당성을 확보하기 어렵다. 물론 이러한 지원제도가 존재한다고 하더라도 이를 이용하기 위하여 접근하는 과정에서 정신적 부담이 발생할 수 있다는 점에서는 그러한 부담조차 감당할 필요가 없는 아동유기의 허용이 정당화될 수 있는 여지는 남아 있다.

현재 영아유기의 가능성이 높은 미혼모에 대한 지원은 ‘한부모가족지원법’에 따라 제공된다. 이 법률에 따른 보호대상자로 선정되면³⁶⁾ ① 생계비, ② 아동교육지원비, ③ 직업훈련비 및 훈련기간 중 생계비, ④ 아동양육비, ⑤ 그 밖에 비용이 포함되는 복지급여를 신청할 수 있다(동법 제12조). 그리고 한부모가족의 생활안정과 자립을 촉진하기 위하여 ① 사업에

35) 유기된 아동은 입양절차를 밟게 된다는 점에서 최근에 입양 대신에 친모에 의한 양육이 아동의 복리뿐만 아니라 친모의 이익을 고려할 때 최선이라는 주장에 주목할 만하다. 이러한 주장으로 예를 들어 이미정, 해외입양의 우선적 대안은 미혼모가족을 위한 복지체계 구축, 젠더리뷰 2010년 여름호, 한국여성정책연구원, 56쪽 참조.

36) 한부모가족지원법에 따른 보호대상자가 되기 위해서는 여성가족부장관이 매년 보호대상자의 최저생계비·소득수준 및 재산정도 등을 고려하여 보호의 종류별로 정하는 기준에 해당해야 한다(동법 제5조 및 동법 시행규칙 제3조 제1항).

필요한 자금, ② 아동교육비, ③ 의료비, ④ 주택자금, ⑤ 그 밖에 한부모 가족의 복지를 위하여 필요한 자금과 같은 자금을 대여받을 수도 있다(동법 제13조). 또한 ① 미혼 여성의 임신·출산 시 안전 분만 및 심신의 건강 회복과 출산 후 아동의 양육 지원을 위하여 일정 기간 보호하는 것을 목적으로 하는 ‘미혼모자시설’, ② 출산 후의 미혼모와 해당 아동으로 구성된 미혼모자가족이 일정 기간 공동으로 가정을 이루어 아동을 양육하고 보호할 수 있도록 지원하는 것을 목적으로 하는 ‘미혼모자 공동생활가정’, ③ 출산 후 해당 아동을 양육하지 아니하는 미혼모들이 일정 기간 공동으로 가정을 이루어 생활하면서 자립을 준비할 수 있도록 지원하는 것을 목적으로 하는 ‘미혼모 공동생활가정’과 같은 복지시설을 이용할 수도 있다(동법 제19조 제1항 제5호, 제6호 및 제9호). 이처럼 미혼모에 대한 지원제도가 마련되어 있다는 점에서 영아유기의 허용은 피해를 최소화하는 수단으로 정당화되기 어렵다. 그렇지만 이러한 지원제도가 영아유기를 포기할 수 있을 만큼 충분한 정도로 실행되고 있지 않은 경우에는 피해를 최소화하는 대체수단이 되지 못할 수도 있다.

3. 상충하는 법익의 균형적 실현 여부

영아유기의 합법화가 유기된 영아의 건강과 생명을 보호하며 임신·출산, 특히 익명출산에 관한 여성의 자기결정권을 보장하는 측면도 있고, 입양제도나 임신·출산한 여성에 대한 국가의 지원이 영아유기의 허용보다 유기된 아동의 뿌리를 알권리가 덜 침해하는 측면도 있다. 따라서 유기된 아동의 건강과 생명 및 여성의 자기결정권과 유기된 아동의 뿌리를 알권리를 모두 고려하여 이러한 헌법적 법익들의 균형적 실현 또는 실제적 조화가 어떻게 가능한지를 검토해야 한다.

우선 영아유기의 합법화로 이 제도가 없었을 경우에 유기될 수 있었던 아동 가운데 단 한 명의 생명이라도 구조될 수만 있다면 생명의 소중함에 비추어, 특히 생명이 ‘절대적’이라면 영아유기의 합법화로 인해 자신의 뿌리를 알 권리를 침해당하는 아동의 숫자가 아무리 많다고 해도 일단 헌법적으로 정당화될 수 있다. 특히 영아유기의 합법화로 인해 자신의

뿌리를 알 권리를 침해당하게 되는 아동은 영아유기의 합법화가 허용되지 않았다면 어차피 생명이 위협당하는 상황에 처했을 개연성이 높다는 점에서 더욱 그렇다. 하지만 영아유기의 합법화로 이 제도가 없었을 경우에 유기될 수 있었던 모든 아동의 생명이 구조된다고는 볼 수 없고, 적어도 이 제도가 없었을 경우에 유기될 수 있었던 아동 가운데 그 생명이 구조되지 못하는 아동보다 구조되는 아동의 숫자가 반드시 더 많다고 볼 수는 없다는 점에서 생명이 아무리 소중하다고 해도 영아유기의 합법화로 침해당하는 뿌리를 알 권리보다 반드시 우월하다고 볼 수 없다. 더욱이 영아유기의 합법화로 건강과 생명의 위협으로부터 구조된 아동의 숫자가 이 제도가 없었더라면 유기되지 않아 뿌리를 알았을 아동의 숫자보다 적다면 헌법적 정당성에 대해 의문이 제기될 수밖에 없다.

한편 영아유기가 합법화되지 않더라도 출산이나 영아유기의 익명성을 보장받는 방법은 존재한다. 하지만 영아유기가 불법화되어 있는 상황에서 영아유기를 통한 익명의 출산과 유기는 해당 여성에게 정신적 부담을 가중시킨다는 점에서 영아유기의 합법화를 통한 익명의 출산이나 유기에 대한 보장과 비교할 수는 없다. 물론 영아유기가 합법화된다고 하더라도 익명의 출산과 유기로 지게 되는 여성의 정신적 부담이 완전히 해소되는 것은 아니다. 그렇지만 경우에 따라서 생명의 포기까지 이어질 수 있는 정도의 정신적 부담이 원치 않는 임신·출산을 한 여성에게 가해질 수 있다면, 그리고 익명의 영아유기를 허용함으로써 그렇지 않았을 경우에 생명을 포기할 수도 있었을 여성의 생명이 구해질 수 있다면 익명의 영아유기를 허용함으로써 유기된 영아에게 보장된 뿌리에 대한 알권리가 침해되는 것은 불가피하다. 하지만 익명의 영아유기를 허용하지 않았을 경우에 원치 않는 임신·출산으로 긴급한 상황에 처한 모든 여성이 생명도 포기할 수 있을 정도의 정신적 부담을 갖게 되는 것은 아니고, 적어도 익명의 영아유기가 허용됨으로써 정체성을 잃어버린 아동이 겪게 될 정신적 부담보다 더 큰 정신적 부담을 갖게 되는 것도 아니다. 더욱이 원치 않는 임신·출산으로 긴급한 상황에 처한 여성이 지는 정신적 부담과 익명의 영아유기가 허용되어 뿌리를 알지 못한 아동이 지는 정신적 부담이

동일하다고 해도 익명의 영아유기가 허용됨으로써 정신적 부담이 줄어드는 여성의 숫자가 정신적 부담이 가중되는 아동의 숫자보다 반드시 많다고 볼 수 없다.

한편에서 아동의 건강과 생명 및 여성의 자기결정권이, 다른 한편에서 아동의 뿌리에 대한 알권리가 상충하는 상황에서 우선 전자를 보호하기 위하여 원칙적으로 익명의 영아유기를 합법화하고,³⁷⁾ 그 전제로서 익명의 출산까지 허용할 수 있지만 후자를 보호하기 위하여 적어도 해당 아동에게는 익명성의 예외를 인정해야 한다. 다만 여성의 익명성에 대한 보호를 강화하기 위하여 여성의 동의를 익명성의 예외에 대한 필수적 조건으로 부가할 수는 있다. 이것이 아동의 건강과 생명 및 여성의 자기결정권과 아동의 뿌리에 대한 알권리를 조화롭고 균형있게 실현할 수 있는 최적의 상태라고 판단된다.

IV. 결 론

원하지 않은 임신은 한 여성, 특히 혼인하지 않은 채 임신한 여성은 낙태를 결정하거나 출산 후에 신생아를 유기할 개연성이 높다. 여성이 처한 이러한 현실적 어려움을 반영하여 낙태의 정당화사유를 확대하는 방안이 제시되기도 하지만 태어나 신생아의 생명을 보호하기 위해서는 출산한 여성의 신원에 관한 비밀을 보장해주는 익명출산제도와 그 연장선에서 출산한 여성의 신원에 관한 비밀을 보장한 채 합법적으로 신생아의 유기나 위탁을 허용하는 제도가 대안이 될 수 있다. 하지만 출산한 여성의 익명성이 완벽하게 보장되는 이러한 제도들은 자신의 뿌리를 알고자 하는 아동의 기본적 인권을 침해하게 된다. 여기서 원칙적으로 출산한 여성의

37) 영아유기를 합법화하는 구체적인 방식으로는 오스트리아와 같이 영아유기죄를 전면적으로 폐지하는 방식도 가능하지만 원칙적으로 영아유기죄를 존치시키되 법적으로 인정된 시설에 유기하는 경우에만 예외적으로 허용하는 방식도 가능하다. 물론 영아유기죄를 전면적으로 폐지하든 영아유기를 예외적으로만 허용하든 영아유기가 남용되지 못하도록 예방하기 위하여 아동유기가 불가피한 ‘긴급상황’인지 여부를 판단하는 기관과 절차를 두거나 비밀이 보장되는 상담절차 및 숙려기간을 의무화하는 방안에 의해 영아유기제도가 보완될 수 있다.

익명성을 보장하면서도 해당 여성이 출산한 아동에게만 예외적으로 해당 여성의 신원을 공개하는 입법을 고려해볼 수 있다. 다만 이러한 예외적 공개를 인정하면 출산한 여성의 익명성이 근본적으로 침해될 여지가 있으므로 아동의 공개요구가 있다고 하더라도 친모의 동의를 필수적 요건으로 규정하는 대안도 가능하다. 이처럼 영아유기의 예외적 허용은 여성의 기본적 인권과 아동의 기본적 인권이 충돌하는 상황에서 어느 한 쪽의 절대적 우월성을 배제하는 동시에 양 쪽의 균형을 찾아가는 방향으로 입법화될 수 있다면 헌법적으로 허용될 수 있다. 반대로 여성의 인권을 절대화하여 영아유기를 전면적으로 허용하거나 아동의 인권을 절대화하여 영아유기를 전면적으로 금지하는 입법은 서로 충돌하는 법익의 균형을 잃어 헌법에 위반된다. 현실적으로 영아를 유기할 수밖에 없는 여성이 정신적 부담으로부터 벗어날 수 있는 탈출구를 원천적으로 봉쇄하지 않으면서도 뿌리를 알기 원하는 아동이 자신의 정체성을 알 수 없는 터널에 영원히 감금하지 않는 최적의 제도적 방안이 구성될 수 있다면 이러한 제도의 입법은 헌법적으로 허용될 뿐만 아니라 명령된다고 볼 수도 있다.

참 고 문 헌

- 김상용, 「입양촉진 및 절차에 관한 특례법」의 개선방향 - 국내입양을 중심으로 -, 가족법연구 제23권 2호, 한국가족법학회, 2009.
- 박선영, ‘낙태방지 및 출산지원에 관한 법률’의 필요성과 내용, ‘낙태방지 및 출산지원에 관한 법률안’ 공청회 자료집, 2008.
- 변종필, 영아범죄에 대한 입법론적 검토, 비교형사법연구 제10권 제2호, 한국비교형사법학회, 2008.
- 양현아, 여성 낙태권의 필요성과 그 함의, 한국여성학, 제21권 1호, 2005.
- 이미정, 해외입양의 우선적 대안은 미혼모가족을 위한 복지체계 구축, 젠더리뷰 2010년 여름호, 한국여성정책연구원, 2010.
- 이영란, 형법에서의 여성의 인권, 아시아여성연구, 제41호, 2002.
- 이인영, 출산정책과 낙태규제법의 이념과 현실, 페미니즘연구 제10권 1호, 한국여성연구소, 2010.
- 정진주, 유럽 각국의 낙태 접근과 여성건강 - 한국 낙태논쟁에 대한 함의 -, 페미니즘연구 제10권 제1호, 한국여성연구소, 2010.
- Benda, Ernst, Die “anonyme Geburt”, Juristen Zeitung (JZ) 2003, pp.533~540.
- Benöhr, Susanne, “Babyklappe” und “anonyme Geburt” - im Widerstreit zwischen Hilfeleistung und Gesetzesverstoß, Kritische Justiz (KZ) 2001, pp.405~424.
- Deutscher Ethikrat, Das Problem der anonymen Kindesabgabe - Stellungnahme, 2009.
- Lefaucheur, Nadine, The french ‘tradition’ of anonymous birth: the lines of argument, International Journal of Law, Policy and the Family 18, 2008.
- Scheiwe, Kirsten, Babyklappe und anonyme Geburt - wohin mit Mütterrechten, Väterrechten, Kinderrechten?, Zeitschrift für Rechtspolitik (ZRP) 2001.
- Wiesner-Berg, Stephanie, Anonyme Kindesabgabe in Deutschland und der Schweiz: Rechtsvergleichende Untersuchungen von “Babyklappe”, “anonymer Geburt” und “anonymer Übergabe”, Baden-Baden/Zürich, 2009.

- Wiesner-Berg, Stephanie, Anonyme Kindesabgabe und Sozialdatenschutz -
Zugleich eine Besprechung von LG Köln, Beschluss vom 25. 9. 2008
- 102 Qs 26/08, NStZ 2010.
- Wittinger, Michaela, Anonyme Geburt - endlich Klarheit?, Neue Juristische
Wochenschrift (NJW) 2003.
- Wolf, Alfred, Babyklappe und anonyme Geburt - Fragen zu einer neuen
Entwicklung, FPR 2001.
- Wolf, Alfred, Über Konsequenzen aus den gescheiterten Versuchen, Babyklappen
und „anonyme“ Geburten durch Gesetz zu legalisieren, FPR 2003.

<국문초록>

원하지 않은 임신과 출산으로 곤란한 처지에 놓인 여성을 보호하기 위하여 익명의 영아유기가 예외적으로나마 허용(합법화)되어야 한다는 주장이 제기되고 있다. 독일의 ‘아기창구(Babyklappe)’나 오스트리아의 ‘아기둥지(Babynest)’처럼 병원이나 복지시설에 설치된 안전하고 위생적인 아기침대에 영아를 유기하면 유기된 영아의 건강과 생명을 구조할 수 있고, 영아를 유기할 수밖에 없는 여성의 자기결정권도 보호할 수도 있다는 주장이다. 이러한 익명의 영아유기는 프랑스와 같은 국가에서 허용되고 있는 익명출산(accouchement sous X)의 전통, 즉 병원에서 무료로 아동을 출산하되 신원의 비밀을 보장해주는 전통과 관련되어 있다. 하지만 익명의 영아유기나 익명출산은 아동의 뿌리에 대한 알권리를 침해하게 된다. 이처럼 아동의 생명과 건강 및 여성의 자기결정에 관한 권리와 아동의 뿌리에 대한 알권리가 상충했을 때 균형을 실현하는 방법으로는 원칙적으로 익명의 영아유기를 허용하되 유기된 아동에게만 친모의 동의를 받아 그 신원을 공개하는 제도를 생각해볼 수 있다. 이와 같은 방식으로 익명의 영아유기가 입법화될 수 있다면 위헌에 대한 의심은 벗어날 수 있다.

주제어 : 영아유기, 익명출산, 영아유기 합법화, 뿌리를 알 권리

Constitutional-theoretical Study on Legalization of Anonymous Infant Abandonment

Yi, Zoon-II*

The advocates of anonymous infant abandonment that it has to be legalized in order to protect desperate women that gave birth an unwanted baby. They argument that the health and life of abandoned baby could be saved and the self-determination right of women giving birth an unwanted baby is able to be promoted, if a baby would be dropped off in such a safe and healthy incubator-like container built into a wall of hospital or social services center as Babyklappe (baby hatch) in Germany or Babynest in Austria. Anonymous infant abandonment is related to the french tradition of anonymous birth (accouchement sous X: birth by an unidentified person) that allows women to give birth to their baby freely at the hospital without giving her name. However, the critics say that the anonymous infant abandonment and the anonymous birth violate the right of the child to know his or her origin (parents). In the situation of collision of rights, the right of the child to health and life and of women to self determination on the one hand and the right of the child to know his or her origin on the other hand, it is the optimally balanced means that the anonymous infant abandonment is basically permitted and informations related to the women that abandoned their babies can be given to the babies on their requests subject to consent of the women. Such a legalization of anonymous infant abandonment is able to be deprived of the skepsis of unconstitutionality.

Key Words : infant abandonment, anonymous birth, legalization of infant abandonment, right to know his or her origins

* Prof. Dr., Korea University Law School

