

# 보 도 자 료

## 태아의 성별 고지 제한 사건

[2022헌마356, 2023헌마189, 1305(병합)]

의료법 제20조 제2항 위헌확인]

### [ 선 고 ]

헌법재판소는 2024년 2월 28일 재판관 6:3의 의견으로, 의료인이 임신 32주 이전에 태아의 성별을 임부 등에게 알리는 것을 금지한 의료법 제20조 제2항에 대하여 헌법에 위반된다는 결정을 선고하였다. [위헌] 법정의견은 태아의 성별 고지를 제한하는 것은 태아의 생명 보호라는 입법목적 달성을 위한 수단으로 적합하지 않고, 부모가 태아의 성별 정보에 대한 접근을 방해받지 않을 권리를 필요 이상으로 제약하여 침해의 최소성에 반하여 헌법에 위반된다는 것이다.

이에 대하여는 법정의견과 같이 단순위헌 결정을 하여 위 조항을 일거에 폐지하는 방안에 대하여는 반대하고, 헌법불합치 결정을 하여 입법자가 태아의 성별고지를 제한하는 시기를 앞당기는 개선입법을 하도록 하여야 한다는 재판관 이종석, 이은애, 김형두의 반대의견이 있다.



2024. 2. 28.

헌법재판소 공보관실

## 헌 법 재 판 소

### 결 정

사 건 2022헌마356, 2023헌마189, 1305(병합) 의료법 제20조 제2항 위헌확인

청 구 인 1. 강○○(변호사)(2022헌마356)

2. 노□□(2023헌마189)

대리인 법무법인 오현

담당변호사 유웅현, 양제민, 김한솔, 노필립, 양희준

3. 정△△(변호사)(2023헌마1305)

4. 황◆◆(변호사)(2023헌마1305)

청구인 3, 4의 주소 서울 서초구 서초대로51길 25, 601호(서초동, 로뎀타워)

선 고 일 2024. 2. 28.

### 주 문

의료법(2009. 12. 31. 법률 제9906호로 개정된 것) 제20조 제2항은 헌법에 위반된다.

### 이 유

#### 1. 사건개요

가. 2022헌마356

청구인 강○○은 이▲▲과 2019. 5. 1. 혼인신고를 마친 법률상 부부로서, 이▲▲은 2022. 3. 10. 임신확인이 되어, 2022. 11. 6. 분만예정이었다. 그런데 의료인은 임신 32주 이전에 태아의 성별을 임부, 임부의 가족 등에게 고지할 수 없다는 의료법 제20조 제2항으로 인해 위 청구인은 임신 32주 이전에는 태아의 성별을 알 수 없었다. 이에 청구인 강○○은 위 의료법 조항이 위 청구인의 헌법 제10조로 보호되는 부모의 태아 성별 정보 접근권을 침해하였다고 주장하면서, 2022. 3. 22. 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다.

나. 2023헌마189

청구인 노□□은 김★★와 2019. 8. 6. 혼인신고를 마친 법률상 부부로서, 김★★는 2022. 11. 16. 임신확인이 되어, 2023. 7. 21. 분만예정이었다. 김★★는 2023. 2. 6. 초음파 검사를 받았는데, 당시 김★★와 위 청구인은 태아의 성별을 알고자 하였으나 의료인은 임신 32주 이전에 태아의 성별을 임부, 임부의 가족 등에게 고지할 수 없다는 의료법 제20조 제2항으로 인해 태아의 성별을 알 수 없었다. 이에 청구인 노□□은 위 의료법 조항이 위 청구인의 헌법 제10조로 보호되는 부모의 태아 성별 정보 접근권 등을 침해하였다고 주장하면서, 2023. 2. 7. 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다.

다. 2023헌마1305

청구인 정△△, 황◆◆은 2021. 6. 8. 혼인신고를 마친 법률상 부부로서, 청구인 정△△은 2023. 6. 28. 임신확인이 되어 2024. 2. 29. 분만예정이다. 청구인 정△△은 2023. 9. 12. 초음파 검사를 받았는데, 당시 위 청구인들은 태아의 성별을 알고자 하였으나 의료인은 임신 32주 이전에 태아의 성별을 임부, 임부의 가족 등에게 고지할 수

없다는 의료법 제20조 제2항으로 인해 태아의 성별을 알 수 없었다. 이에 청구인 정 △△, 황◆◆은 위 의료법 조항이 위 청구인들의 헌법 제10조로 보호되는 부모의 태아 성별 정보 접근권 등을 침해하였다고 주장하면서, 2023. 11. 28. 이 사건 헌법소원 심판을 청구하였다.

## 2. 심판대상

이 사건 심판대상은 의료법(2009. 12. 31. 법률 제9906호로 개정된 것) 제20조 제2항(이하 ‘심판대상조항’이라 한다)이 청구인들의 기본권을 침해하는지 여부이다. 심판대상조항 및 관련조항은 다음과 같다.

### [심판대상조항]

의료법(2009. 12. 31. 법률 제9906호로 개정된 것)

제20조(태아 성 감별 행위 등 금지) ② 의료인은 임신 32주 이전에 태아나 임부를 진찰하거나 검사하면서 알게 된 태아의 성(性)을 임부, 임부의 가족, 그 밖의 다른 사람이 알게 하여서는 아니 된다.

### [관련조항]

의료법(2007. 4. 11. 법률 제8366호로 전부개정된 것)

제20조(태아 성 감별 행위 등 금지) ① 의료인은 태아 성 감별을 목적으로 임부를 진찰하거나 검사하여서는 아니 되며, 같은 목적을 위한 다른 사람의 행위를 도와서도 아니 된다.

구 의료법(2010. 1. 18. 법률 제9932호로 개정되고, 2023. 5. 19. 법률 제19421호로 개정되기 전의 것)

제66조(자격정지 등) ① 보건복지부장관은 의료인이 다음 각 호의 어느 하나에 해

당하면 1년의 범위에서 면허자격을 정지시킬 수 있다. 이 경우 의료기술과 관련한 판단이 필요한 사항에 관하여는 관계 전문가의 의견을 들어 결정할 수 있다.

#### 4. 제20조를 위반한 경우

의료법(2020. 3. 4. 법률 제17069호로 개정된 것)

제88조의2(벌칙) 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 자는 2년 이하의 징역이나 2천만 원 이하의 벌금에 처한다.

##### 1. 제20조를 위반한 자

### 3. 청구인들의 주장

심판대상조항은 성별을 이유로 한 낙태를 방지함으로써 성비의 불균형을 해소하고 태아의 생명을 보호하기 위해 입법되었다. 하지만 현재 우리나라는 국민의식의 변화로 남아선호사상이 사라져 더 이상 태아의 생명을 보호하기 위해 태아의 성별고지를 금지해야 할 필요성이 없고, 출생성비, 특히 셋째아 이상의 출생성비도 자연성비에 도달하였으며, 태아의 성별고지와 낙태 간에 인과관계가 있다고 보기 어렵다. 심판대상조항은 성별에 따른 낙태 근절에 효과가 있는지도 불분명하고 실효성이 없으므로, 수단의 적합성이 인정되지 않는다.

오늘날 낙태는 태아의 성별고지와는 관계없는 사유로 임신 초기에 이루어지는 것이 대다수이고, 의학적으로 임신 37주부터의 출산은 정상적인 출산으로 보고, 22주 이후부터는 조산을 하여도 인큐베이터 등 의료기기를 통하여 태아가 생존이 가능함에도, 심판대상조항은 실질적으로 낙태가 불가능한 시기를 한참 초과한 만삭인 임신 32주를 기준으로 하여 그 후에만 태아의 성별을 고지하도록 하고 있어서, 부모가 태아의 성별 정보에 대한 접근을 방해받지 않을 권리를 과도하게 침해하므로, 침해의

최소성에 위반된다.

심판대상조항이 보호하고자 하는 공익은 성선별 낙태에 따른 태아의 생명을 보호하고자 하는 것인데, 오늘날 성별을 이유로 한 낙태가 거의 이루어지지 않아서 그 보호의 필요성이 제기되고 있지 않는 반면, 태아의 부모의 기본권을 과도하게 침해하고 있으므로, 법익의 균형성 역시 위반된다.

따라서 심판대상조항은 과잉금지원칙에 반하여 태아의 부모인 청구인들의 태아의 성별 정보에 대한 접근을 방해받지 않을 권리 등을 침해한다.

#### 4. 판단

가. 심판대상조항의 입법목적 및 개정 경과

(1) 태아의 성별고지를 금지하는 조항의 입법배경

심판대상조항으로 개정되기 전 구 의료법(1987. 11. 28. 법률 제3948호로 개정되고, 2007. 4. 11. 법률 제8366호로 전부개정되기 전의 것) 제19조의2 제2항 및 구 의료법(2007. 4. 11. 법률 제8366호로 전부개정되고, 2009. 12. 31. 법률 제9906호로 개정되기 전의 것) 제20조 제2항(이하 위 조항들을 합하여 ‘태아성별고지금지 조항’이라 한다)은 ‘의료인은 태아 또는 임부를 진찰하거나 검사하면서 알게 된 태아의 성을 임부 및 그 가족 등이 알게 하여서는 아니 된다’고 규정하여 태아의 성별고지를 전면적으로 금지하였다.

태아의 성에 대한 감별은 본래 의료기술의 발달에 힘입어 임신 중 태아에 대한 유전성 질병이나 기형 등 건강상태의 이상 유무를 확인하기 위한 목적으로 개발된 태아 진단방법이다. 그런데 1980년대 들어 출산자녀수가 줄어들고 의료기술의 발달로 태아의 성에 대한 감별이 가능하게 되자, 이것이 우리 사회에 존재하던 남아선호사

상과 결부되어 태아의 성을 선별하여 출산하는 경향을 부추기게 되었고, 그 결과 남녀 간의 성비에 심한 불균형이 초래되었다. 태아의 성에 대한 감별이 당초의 목적과는 달리 여아에 대한 낙태를 조장하는 결과를 초래함으로써 인간생명의 존엄성을 위협하고 인구의 성비에 심각한 불균형을 불러오게 된 것이다.

이에 태아의 성 감별 및 고지 자체를 낙태의 개연성이 내포되어 있는 것으로 간주하고, 성별에 따른 낙태의 예방 및 그 근절을 위하여 ‘태아 또는 임부에 대한 진찰, 검사 과정에서 알게 된 태아의 성별을 고지하는 행위’를 금지하기에 이르렀다. 즉, 남아 선호사상이 만연했던 우리 사회현실에서 낙태가 명백한 범죄행위임에도 불구하고 태아의 성 감별을 통한 여아 낙태가 공공연하게 이루어지자, 태아의 생명과 임부의 건강을 보호하고 성비의 불균형을 막기 위하여 1987. 11. 28. 법률 제3948호로 의료법을 개정하면서 의료인의 태아 성별고지 행위를 금지하게 된 것이다(제19조의2 제2항).

한편, 위 조항을 신설할 무렵에는 의료인의 위반행위에 대한 형사처벌 규정을 별도로 두지 않았으나, 태아의 성별고지 금지 위반에 대해 의료면허를 정지하거나 취소하는 것만으로는 그 실효성을 담보하기 어렵다고 보고, 1994. 1. 7. 법률 제4732호 의료법 개정시 제67조에서 성별고지 금지를 위반하는 의료인의 경우 3년 이하의 징역 또는 1천만 원 이하의 벌금에 처하도록 하였다.

그 후 의료법이 2007. 4. 11. 법률 제8366호로 전부개정될 때 조문의 내용은 그대로 유지한 채 그 위치만 이동하였다. 태아의 성별고지금지 조항은 제20조로 이동하였고, 이를 위반할 경우 제88조에 따라 3년 이하의 징역이나 1천만 원 이하의 벌금에 처하게 되며, 제65조 제1항 제4호에 따라 면허가 취소될 수 있었다.

## (2) 헌법재판소 선례

헌법재판소는 헌재 2008. 7. 31. 2004헌마1010등 결정(이하 ‘선례 결정’이라 한다)에서 구 의료법의 태아성별고지금지 조항에 대하여 과잉금지원칙에 반하여 의사의 직업수행의 자유를 침해하고, 임부나 그 가족의 태아 성별 정보에 대한 접근을 방해받지 않을 권리를 침해한다고 보아 헌법불합치결정을 하였다.

다수의견인 재판관 5인은 낙태가 의학적으로 어려운 임신 후반기까지 태아성별고지를 전면적으로 금지하는 것은 과잉금지원칙에 반하다고 보아 헌법불합치의견이었다. 재판관 3인은 태아의 성별고지를 금지하여 성별을 이유로 한 낙태를 방지함으로써 성비의 불균형을 해소하고 태아의 생명을 보호하고자 하는 입법목적은 낙태행위 처벌 규정으로 달성이 가능하고, 태아성별고지 행위를 태아의 생명을 박탈하는 행위로 간주하는 입법목적은 정당성이 없다고 보아 단순위헌의견이었다.

## (3) 심판대상조항으로 개정된 경과

선례 결정에 따라 의료법은 2009. 12. 31. 법률 제9906호로 개정되면서, 의료인이 태아나 임부를 진찰하거나 검사하면서 알게 된 태아의 성별을 고지할 수 있도록 허용하되, 태아의 성별을 이유로 하는 낙태로부터 태아의 생명을 보호하기 위하여 임신 후반기인 32주 후부터 태아성별고지가 가능하도록 하는 한편(제20조 제2항, 심판대상조항), 태아의 성별을 고지한 경우 면허의 임의적 취소사유이던 것을, 32주 이전에 태아의 성별을 고지한 경우 1년의 범위에서 면허의 임의적 정지사유로 개정하고(제66조 제1항 제4호), 형사처벌의 법정형을 낮추어 이를 위반하는 의료인의 경우 2년 이하의 징역 또는 1천만 원 이하의 벌금에 처하도록 하였다(제88조의2). 이후 2016. 12. 20. 법률 제14438호로 의료법이 개정되면서 제88조의2에서 법정형을 2년



이하의 징역 또는 2천만 원 이하의 벌금으로 규정하여 벌금형의 상한이 높아졌다.

#### 나. 심판대상조항에 대한 판단

##### (1) 제한되는 기본권

장래 태어날 아기가 여아인지 남아인지는 임부나 그 가족에게 중요한 태아의 인격 정보이고, 태아의 부모가 이를 미리 알고자 하는 것은 본능적이고 자연스러운 욕구라 할 수 있다. 따라서 부모가 태아의 성별을 비롯하여 태아에 대한 모든 정보에 접근을 방해받지 않을 권리는 부모로서 당연히 누리는 천부적이고 본질적인 권리에 해당한다.

헌법 제10조로부터 도출되는 일반적 인격권에는 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 것이다.

따라서 심판대상조항은 일반적 인격권으로부터 나오는 부모가 태아의 성별 정보에 대한 접근을 방해받지 않을 권리를 제한하고 있다(헌재 2008. 7. 31. 2004헌마1010 등 참조).

##### (2) 입법목적의 정당성

심판대상조항은 의료인에게 임신 32주 이전에 태아의 성별고지를 금지하여 낙태, 특히 성별을 이유로 한 낙태를 방지함으로써 성비의 불균형을 해소하고 태아의 생명을 보호하기 위해 입법된 것이므로 그 목적의 정당성을 수긍할 수 있다.

##### (3) 수단의 적합성 및 침해의 최소성

(가) 심판대상조항으로 개정되기 전 구 의료법의 태아성별고지금지 조항은 태아의

성별고지를 전면적으로 금지하였다. 이러한 규정이 입법된 배경은 당시 우리 사회에 존재하던 남아선호사상에 따라 태아의 성을 선별하여 출산하는 경향으로 인해 여아에 대한 낙태가 조장되고, 인구 성비에 심각한 불균형을 초래하였기 때문이다. 이후 헌법재판소의 헌법불합치 결정에 따라, 의료법이 2009. 12. 31. 법률 제9906호로 개정되면서 임신 32주 후에는 태아의 성별을 알 수 있게 되었으나 그 이전에는 여전히 의사에게 그 고지를 금지하여 지금도 임신 32주 이전에는 태아의 성별을 알 수 없다.

그렇다면 심판대상조항으로 개정된 이후 15년이 지난 오늘날에도 태아의 성별고지를 제한해야 할 만큼 남아선호사상이 계속 유지되고 있는지, 출생성비는 어떻게 변화하였는지, 태아의 성별이 낙태의 원인이 되고 있는지, 심판대상조항이 행위규제 규범으로서 역할을 하고 있는지 여부에 대하여 살펴볼 필요가 있다.

#### 1) 남아선호사상의 존속 여부

한국보건사회연구원에서 발행하는 ‘2018년 전국 출산력 및 가족보건·복지 실태조사’에 따르면, 희망 자녀의 성별에 대한 조사에서 미혼 남녀(20-44세) 중 희망하는 자녀수가 1명 이상이라고 응답한 대상 중 ‘딸·아들에 대한 구별이 없다’고 응답한 비율은 미혼 남성은 67.1%, 미혼 여성은 65.6%이었다. 딸·아들 구별 선호에 응답한 미혼 남녀에 대하여 아들 몇 명, 딸 몇 명을 원하는지 추가 분석을 한 결과, 딸에 대한 수만 응답한 비율은 19.3%, 아들에 대한 수만 응답한 비율은 2.4%, 딸과 아들의 수는 다르지만 딸과 아들 모두에 대한 수를 응답한 경우는 78.3%로 나타났다.

최근 여론조사기관인 한국리서치의 2023. 7. 5. ‘2023 자녀·육아인식조사’ 주간리포트 조사에 따르면, 전체 응답자의 59%가 ‘딸이 하나는 있어야 한다’고 답했고, ‘아들이 하나는 있어야 한다’의 응답은 34%에 그쳤다. 그리고 모든 연령대에서 ‘딸이

하나는 있어야 한다’는 응답이 높았다.

또한 과거에는 대를 잇기 위해서 남아를 입양하는 경우가 있었는데, 보건복지부의 국내 입양아 수 통계표에 따르면 2013년부터 2022년까지 국내 입양아동의 성별은 여아가 확연히 높았고, 남아는 국외로 입양되는 경향을 보이고 있다.

이러한 자료에서 살펴볼 수 있듯이, 현재 우리나라는 여성의 사회경제적 지위 향상과 함께 양성평등의식이 상당히 자리를 잡아가고 있고, 국민의 가치관 및 의식의 변화로 전통 유교사회의 영향인 남아선호사상이 확연히 쇠퇴하고 있다.

## 2) 출생성비의 변화

출생성비는 여아 100명당 남아 수를 뜻하고, 의료적 개입이 없을 때 달성되는 생물학적인 정상 출생성비인 자연성비는 일반적으로 105명을 기준으로 103명-107명을 정상범위로 본다.

통계청 발표에 따르면 2022년도 출생성비는 104.7명이고, 출산 순위별 출생성비는 첫째아는 104.9, 둘째아는 104.8, 셋째아 이상은 103.9로 모두 자연성비의 정상범위 내이다. 통계청 자료를 통해 과거 출산 순위별 출생성비를 확인해 보면, 첫째아 성비는 1991년 이후부터 꾸준히 정상범위를 유지하였으나, 둘째아 성비는 2003년부터 정상범위를 유지하고 있고, 총 출생성비는 2007년 이후부터 정상범위에 도달하였다. 한편, 1993년 209.7이라는 자연적으로 불가능한 수치에 달하기도 했던 셋째아 이상의 성비도 꾸준히 감소하여 위 헌법재판소의 선례 결정이 있었던 2008년 116.6이었다가, 2014년 106.7로 정상범위에 도달한 이후로는 2016년에 107.4, 2020년에 107.2로 근소하게 넘었을 뿐 2022년까지 정상범위를 유지하였다.

이러한 통계자료를 종합하면, 과거에는 특히 둘째아나 셋째아의 경우 딸보다는 아

들을 선호하는 분위기가 출생성비에 반영되었고, 성별과 관련하여 인위적인 개입이 있었다고 볼 수 있다. 하지만 셋째아 이상도 자연성비의 정상범위에 도달한 2014년부터는 성별과 관련하여 인위적인 개입이 있다는 뚜렷한 징표가 보이지 않는다.

### 3) 태아의 성별과 낙태와의 관련성

현재에는 전통 유교사회의 영향인 남아선호사상이 쇠퇴하고 있지만, 앞서 살펴본 조사에 따르면 부모로서 자녀의 성별에 대한 선호를 가지는 경우가 있다. 그렇다면 남아선호로 한정짓지 않고, 자녀의 특정 성별에 대한 선호가 낙태라는 결과를 초래하고 있는 것은 아닌지에 대하여 살펴볼 필요가 있다.

2005. 9. 보건복지가족부(현 보건복지부)가 발표한 전국 인공임신중절 실태조사에 따르면 한 해 낙태시술 추정 건수 약 34만 2,000여 건 중 42% 정도에 해당하는 14만 3,000여 건이 미혼여성의 낙태로 나타났고, 나머지 기혼여성의 낙태도 76% 정도는 자녀를 원치 않거나(단산) 터울 조절 때문에 이루어지는 것으로 나타났으며, 태아의 성별을 이유로 이루어진 낙태는 1.2%에 그쳤다(현재 2008. 7. 31. 2004헌마1010등).

위 보건복지부 발표 인공임신중절 실태조사는 2010년에 중단되었다가 2018년에 재개되어 2018년 및 2021년 보고서가 발행되었다. 그러나 ‘2018년 인공임신중절 실태조사 보고서’ 및 ‘2021년 인공임신중절 실태조사 보고서’에는 임신중단 경험자의 임신중단 이유 중 ‘태아의 성별을 이유로’라는 응답란이 사라져, 태아의 성별을 이유로 한 낙태원인 비율을 확인할 수 없다.

다만, 설문 참여자들의 ‘인공임신중절을 한 임신주수’와 ‘임신 10주 이후 인공임신중절을 하게 된 이유’에 대한 응답을 보면 태아의 성별을 이유로 한 인공임신중절 가능성이 상당히 낮다는 것을 알 수 있다.

2021년 보고서에 따르면, 수술을 통한 인공임신중절을 한 시기는 평균 임신 6.74주 인데, 인공임신중절 수술을 한 임신주수의 누적 비율을 보면 임신주수가 4주 이하는 27%, 8주 이하는 81.7%, 10주 이하는 89.8%, 12주 이하는 94.5%, 16주 이하는 97.7%로 나타났다.

일반적으로 초음파를 이용한 태아성감별이 가능한 최소 임신주수는 16주이고, 고위험군 산모로 산전 기형아 검사를 하여 태아의 유전정보를 확인하는 경우 의료인이 태아의 성별을 알 수 있는 최소 임신주수는 10주 이후이므로, 16주를 기준으로 하면 97.7%, 10주를 기준으로 하더라도 89.8%로, 90% 이상은 태아의 성별을 모른 채 인공임신중절을 한 것으로 볼 수 있다.

아울러 위 조사에 따르면, 임신 10주 이후에 인공임신중절을 한 경우(15%)를 대상으로 그 이유를 조사하였는데(모두 선택의 복수응답), ‘임신한 사실을 늦게 알게 되어서’ 41.6%, ‘처음에는 낳으려고 했으나 상황이 변해서 고민하다가’ 24.7%, ‘파트너 및 가족과 의견을 조율하느라’ 22.5%, ‘적절한 인공임신중절(낙태) 방법을 알아보다가’ 18%, ‘수술비용을 마련하느라’ 14.6%, ‘인공임신중절 수술 기관을 못 찾아서’ 10.1%, ‘건강상태가 좋지 않아서 시기를 기다리다가’ 10.1%, ‘법적 처벌 때문에 고민하다가’ 2.2%, ‘다른 인공임신중절(낙태) 방법을 시도하였으나 실패하여서’ 1.1%의 응답을 보였고, 기타 항목에는 응답이 없었다. 즉 임신 10주 이후에 인공임신중절을 한 이유 중에서도 성선별 낙태를 위해 태아성감별 가능 시기를 기다린 때는 거의 없다고 볼 수 있다. 이러한 조사 결과는 ‘2018년 인공임신중절 실태조사’에서도 마찬가지이다.

결론적으로 과거에는 남아선호사상과 이에 따른 사회구조적 압력으로 여성이 자

녀의 성별에 따라 낙태를 선택하는 결과가 발생하였지만, 현재에는 부모가 남아 또는 여아 등 자녀의 성별에 대한 선호가 있다고 하더라도 이것이 바로 낙태를 선택하도록 하는 강한 동기라고 보이지 않고, 태아의 성별과 낙태 사이에는 큰 관련성이 있다고 보기는 어렵다.

#### 4) 심판대상조항의 규범력

심판대상조항에도 불구하고 현실에서는 의료인으로부터 직·간접적으로 임신 32주 이전에 태아의 성별정보를 얻는 경우가 많다. 그러나 검찰총장의 2023. 12. 6.자 사실조회회신에 따르면, 심판대상조항을 위반하여 의료법 제88조의2 제1호에 따라 검찰고발 또는 송치된 건수 및 기소 건수는 10년간 한 건도 없다. 이는 심판대상조항이 행위규제규범으로서 역할을 다하지 못하고 있다는 점을 보여준다.

(나) 태아의 생명은 존엄한 인간 존재의 근원이므로 태아의 생명을 보호하고자 하는 공익은 중대하다. 따라서 국가는 태아의 생명을 보호할 책임을 가지고 있고, 필요하다면 태아의 성별을 이유로 한 낙태를 규제할 필요성이 있다(헌재 2008. 7. 31. 2004헌마1010등).

과거 성비불균형이 심각한 사회문제로 대두되었을 당시에는, 형법상 낙태죄만 가지고 성별을 이유로 한 낙태를 방지하는 것이 어렵다고 보아 태아의 성 감별 및 고지 자체에 낙태의 개연성이 내포되어 있는 것으로 간주하고 이를 금지하는 것이 타당할 수 있었다. 즉 태아성별고지금지 조항은 임부가 태아의 성별을 확인하였다고 하더라도 그것이 바로 낙태로 이어지는 것은 아니지만 성선택 낙태를 촉발할 가능성이 있음을 부정할 수 없었기에 태아의 성에 관한 정보를 임부 등에게 제공하는 것을 제한함으로써, 성선택 낙태로 나아가는 것을 원천적으로 차단하고자 하였다.

그러나 오늘날에는 전통 유교사회의 영향인 남아선호사상이 확연히 쇠퇴하고 있고, 국민의식의 변화로 출생성비는 자연성비의 정상범위에 도달하여 성별에 인위적인 개입이 있다고 보기 어려우며, 태아의 성별과 낙태 사이에 유의미한 관련성이 있다고 보이지도 않는다. 따라서 심판대상조항이, 임신 32주 이전 태아의 성별을 알려주는 행위를 태아의 생명을 직접적으로 위협하는 행위로 보고, 태아의 생명을 박탈하는 낙태 행위의 전 단계로 취급하여 이를 제한하는 것은 더 이상 타당하지 않다고 할 것이다.

앞서 보았듯이 심판대상조항에도 불구하고 현실에서는 의료인으로부터 임신 32주 이전에 태아의 성별 정보를 얻는 경우가 많지만 10년간 심판대상조항 위반에 따른 수사 및 기소가 이루어진 바 없다는 것은, 심판대상조항이 행위규제규범으로서의 기능을 잃었고 사문화되었음을 보여준다. 또한 심판대상조항의 사문화로 처벌이 이루어지지 않았음에도 불구하고 출산 순위와 상관없이 출생성비가 모두 자연성비에 도달한 것은 국민의 가치관과 의식의 변화에 기인한 것으로 볼 수 있다. 이러한 점에 비추어 보더라도 심판대상조항은 더 이상 태아의 성별을 이유로 한 낙태를 방지하기 위한 목적을 달성하는 데에 적합하고 실효성 있는 수단이라고 보기 힘들 뿐만 아니라, 그 존치의 정당성에 의문이 제기된다고 할 것이다.

국가가 어떠한 입법목적을 달성함에 있어서는 어떠한 조치나 수단 하나만으로 가능하다고 판단할 경우도 있고, 다른 여러 가지의 조치나 수단을 병과하여야 가능하다고 판단하는 경우도 있을 수 있으므로 입법수단을 선택함에는 재량이 있다고 할 것이다(헌재 1989. 12. 22. 88헌가13). 그러나 그렇다고 하더라도 기본권을 제한하는 수단은 최소한 그 목적의 달성을 위하여 효과적이고 적합하여야 하고(헌재 2002. 4.

25. 2001헌마614), 적어도 현저하게 불합리하고 불공정한 수단의 선택은 피하여야 한다(헌재 1996. 4. 25. 92헌바47; 헌재 2005. 7. 21. 2004헌가30).

부모가 태아의 성별을 알고자 하는 것은 본능적이고 자연스러운 욕구로, 태아의 성별을 비롯하여 태아에 대한 모든 정보에 접근을 방해받지 않을 권리는 부모로서 누려야 할 마땅한 권리이다. 태아의 성별고지 행위는 그 자체로 태아를 포함하여 누구에게도 해가 되는 행위가 아니므로, 보다 풍요롭고 행복한 가족생활을 영위하도록 하기 위해 진료과정에서 알게 된 태아에 대한 성별 정보를 굳이 임신 32주 이전에는 고지하지 못하도록 금지하여야 할 이유는 없는 것이다(헌재 2008. 7. 31. 2004헌마 1010등 중 단순위헌의견 참조).

그럼에도 심판대상조항은 낙태를 유발시킨다는 인과관계조차 명확치 않은 태아의 성별고지 행위를 규제함으로써, 성별을 이유로 낙태를 하려는 의도가 전혀 없이 단지 태아의 성별 정보를 알고 싶을 뿐인 부모에게 임신 32주 이전에는 태아의 성별 정보에 대한 접근을 금지하고 있다. 이는 태아의 생명 보호라는 목적을 달성하기 위하여 효과적이거나 적합하지 않을 뿐만 아니라, 입법수단으로서 현저하게 불합리하고 불공정하다고 할 것이다.

(다) 물론 앞서 본 바와 같이 태아의 성별과 낙태 간의 유의미한 관련성이 보이지 않고, 출생성비가 균형을 이루었다고 하더라도, 의료인의 임신 32주 이전 태아의 성별고지 행위로 인해 태아의 성별을 알게 된 부모가 성별을 이유로 낙태에 이르게 되는 경우가 있을 수도 있다.

그러나 이 경우 태아의 생명을 박탈하는 행위는 성별고지 행위가 아니라 성별을 이유로 한 낙태 행위이므로, 태아의 생명 보호를 위해 국가가 개입하여 규제해야 할



단계는 성별고지가 아니라 성별을 이유로 한 낙태행위가 발생하는 단계라고 할 것이다.

현재 인공임신중절은 모자보건법에서 규제하고 있고, 낙태를 처벌하는 형법의 낙태죄 조항은 현재 2019. 4. 11. 2017헌바127 결정의 헌법불합치결정 이후 입법시한인 2020. 12. 31.까지 개선입법이 이루어지지 않아 2021. 1. 1.부터 효력이 상실되었다. 국회에서 낙태죄 관련 형법 개정안 및 모자보건법 개정안이 논의되고 있으므로, 결국 성선택 낙태 방지를 통한 태아의 생명 보호는 태아의 성별고지 제한이 아닌 낙태와 관련된 국회의 개선입법으로 해결하여야 할 것이다.

그런데 심판대상조항은 성별을 이유로 한 낙태가 있을 수 있다는 아주 예외적인 사정만으로, 태아의 성별고지 행위를 낙태의 사전 준비행위로 전제하여 임신 32주 이전에 모든 부모에게 태아의 성별 정보를 알 수 없게 하고 있다. 즉, 태아의 성별을 이유로 한 낙태 방지라는 입법목적을 내세우면서 실제로는 낙태로 나아갈 의도가 없는 부모까지도 규제하고 있는 것이다. 이는 규제의 필요성과 범위를 넘은 과도한 입법으로서, 필요최소한도를 넘어 부모의 기본권을 제한한다고 할 것이다.

(라) 따라서 심판대상조항은 태아의 생명 보호라는 입법목적을 달성하기 위한 수단으로서 적합하지 아니하고, 부모가 태아의 성별 정보에 대한 접근을 방해받지 않을 권리를 필요 이상으로 제약하여 침해의 최소성에 반한다.

#### (4) 법익의 균형성

앞서 살펴본 바와 같이 현재 우리 사회는 성비불균형 문제가 해소되었고, 태아의 생명 보호라는 공익이 심판대상조항을 통해서는 실효적으로 달성된다고 보기 어렵다. 심판대상조항은 임신 32주 이전에는 모든 부모에게 태아의 성별 정보에 접근을

방해받지 않을 권리를 지나치게 제한하고 있으므로, 결국 심판대상조항은 법익의 균형성도 상실하였다.

#### (5) 소결론

따라서 심판대상조항은 과잉금지원칙을 위반하여 부모가 태아의 성별 정보에 대한 접근을 방해받지 않을 권리를 침해한다.

### 5. 결론

그렇다면 심판대상조항은 헌법에 위반되므로, 주문과 같이 결정한다. 이 결정에는 아래 6.과 같은 재판관 이종석, 재판관 이은애, 재판관 김형두의 헌법불합치의견이 있는 외에는 관여 재판관들의 의견이 일치되었다.

### 6. 재판관 이종석, 재판관 이은애, 재판관 김형두의 헌법불합치의견

우리는 심판대상조항이 입법목적의 정당성 및 수단의 적합성은 인정되지만, 심판대상조항이 정하는 임신 32주라는 기준은 기간 면에서 지나친 제한이므로 침해의 최소성에 반한다고 생각한다. 그리고 심판대상조항에 대하여 단순위헌결정을 하는 것에 대하여 반대하고 헌법불합치결정을 하여야 한다고 생각하므로, 다음과 같이 의견을 밝힌다.

#### 가. 입법목적의 정당성 및 수단의 적합성

심판대상조항은 법정의견에서 살핀 바와 같이 입법목적이 정당하다고 할 것이다. 헌법재판소가 수단의 적합성으로 심사하는 내용은 입법자가 선택한 방법이 최적의 것이었는가 하는 것이 아니고, 그 방법이 입법목적 달성에 유효한 수단인가 하는 점에 한정된다(헌재 2007. 1. 17. 2006헌바3). 현재는 남아선호사상이 상당히 쇠퇴하고 있다고 할 것이지만, 임부와 그 가족이 태아의 성별에 대한 선호도에 따라 낙태를 할

가능성은 여전히 남아 있다고 할 것이므로, 임신 32주 이전에 태아의 성별에 대한 고지를 금지하면 성별을 이유로 하는 낙태를 예방할 수 있는 효과가 있다는 점을 부인할 수 없다. 따라서 법정의견과 달리 심판대상조항은 수단의 적합성이 인정된다고 보아야 한다.

#### 나. 침해의 최소성

(1) 법정의견에서 언급한 한국보건사회연구원에서 발행하는 ‘2018년 전국 출산력 및 가족보건·복지 실태조사’ 및 한국리서치의 ‘2023 자녀·육아인식조사’ 주간리포트 조사 등에 따르면, 심판대상조항으로 개정된 이후 15년이 지난 현재 우리나라는 국민의 가치관 및 의식의 변화로 전통 유교사회의 영향인 남아선호사상이 ‘상당히’ 쇠퇴하였다는 점을 알 수 있다. 하지만 남아선호사상이 ‘완전히’ 사라졌다고까지는 할 수 없고, 남아선호로 한정짓지 않더라도 부모는 자녀의 성별에 대한 선호가 있다는 것을 알 수 있다.

통계청의 2022년도 발표에 따르면 우리나라 합계출산율은 0.78명으로 경제협력개발기구(OECD) 국가 중 최저로, 우리나라는 현재 출산기피 풍조가 만연하고 있는 상황이다. 게다가 헌법재판소는 현재 2019. 4. 11. 2017헌바127 결정에서 낙태죄에 관한 형법 조항에 대하여 헌법불합치결정을 하였고, 위 결정 이후 2020. 12. 31.까지 개선 입법이 이루어지지 않아 위 낙태죄 조항은 2021. 1. 1.부터 효력이 상실되었다.

이러한 상황에서 남아선호가 아니더라도 부모가 원하는 성별로 자녀를 한 명만 낳으려는 경향이 더해지면, 태아의 성별에 따라 인공임신중절이 이루어질 개연성은 존재한다고 할 것이다. ‘2021년 인공임신중절 실태조사 보고서’에서 임신중단 경험자의 임신중단 이유로 ‘자녀 계획 때문에(자녀를 원하지 않아서, 터울조절 등)’를 응답

한 비율은 29%(2개 선택의 복수응답 비율)이므로, 만약 태아의 성별고지에 대한 제한이 사라지면 성별 선호에 따른 자녀 계획이 인공임신중절의 이유가 될 가능성도 부인하기 어렵다.

헌법재판소는 현재 2019. 4. 11. 2017헌바127 결정에서 낙태죄에 관한 형법 조항에 대하여 헌법불합치결정을 하면서, 모자보건법에서 정한 낙태의 정당화사유에는 ‘임신 유지 및 출산을 힘들게 하는 다양하고 광범위한 사회적·경제적 사유에 의한 낙태 갈등 상황’이 전혀 포섭되지 않아 임신한 여성의 자기결정권을 보장하기에 불충분하다고 보았다. 위 결정에서 언급하고 있는 임신 유지 및 출산을 힘들게 하는 사회적·경제적 사유에 태아의 성별만을 이유로 한 낙태가 포함된다고 볼 수 없으므로, 태아의 생명 보호를 위해 성별을 이유로 한 낙태를 규제할 필요성은 계속 존재한다고 할 것이다.

따라서 성별을 이유로 한 낙태가 완전히 사라졌다고 확신할 수 없고, 태아의 성별에 대한 고지가 낙태로 이어질 개연성이 존재하므로, 국가가 막중한 책임을 부담하는 태아의 생명 보호를 위해서 태아의 성별고지를 제한할 필요성이 있다고 할 것이다. 하지만 이는 부모로서 당연히 누리는 천부적이고 본질적인 권리인 부모가 태아의 성별 정보에 대한 접근을 방해받지 않을 권리를 제한하는 것으로, 그 제한은 필요 최소한도에 그쳐야 하므로, 이하에서는 심판대상조항이 침해의 최소성에 반하는지를 살펴본다.

(2) 선례 결정의 심리 과정에서 대한의사협회는 당시 구 모자보건법 시행령(2006. 6. 7. 대통령령 제19502호로 개정되고, 2009. 7. 7. 대통령령 제21618호로 개정되기 전의 것) 제15조 제1항에 따라 인공임신중절이 허용되지 않는 임신 28주를 기준으로 태

아의 성별고지를 허용하자는 의견서를 제출하였다. 선례 결정의 다수의견인 헌법불합치의견도 위 시행령 조항에 따라 임신 28주가 지나면 낙태를 금지하는 것처럼 낙태가 사실상 이루어질 수 없는 임신 후반기에는 태아에 대한 성별고지를 예외적으로 허용하더라도 낙태가 이루어질 가능성이 없으므로 위 시기에도 태아의 성별고지를 금지하는 것은 헌법에 위반된다고 보았다.

이에 따라 임신 28주 이전에 태아의 성별고지를 금지하는 의료법 개정안이 발의되었음에도, 국회 보건복지가족위원회 법안심사 과정에서 임신 28주에도 낙태가 가능하다는 위원의 의견이 있자 임신 28주를 임신 32주로 늦추어 그 이전에 태아의 성별고지를 금지하는 심판대상조항으로 2009. 12. 31. 개정되었다(국회 회의록 참조).

한편, 위와 같이 심판대상조항으로 의료법이 개정되기 전에 모자보건법 시행령 제15조 제1항은 2009. 7. 7. 대통령령 제21618호로 전부개정되면서 인공임신중절 허용한계를 임신 28주에서 임신 24주로 앞당기는 것으로 개정되었는데, 이러한 시행령의 개정은 위 의료법 개정안 심사과정에서 반영되지 않았다. 이러한 입법 과정을 살펴보면, 심판대상조항이 정하고 있는 임신 32주라는 기준의 구체적인 근거 및 기본권 제한을 최소화하기 위한 심도 있는 논의가 있었다고 보기 어렵다.

(3) 보건복지부의 ‘2021년 인공임신중절 실태조사’에 따르면, 인공임신중절 수술을 한 임신주수는 평균 임신 6.7주인데, 누적 비율로 보면 임신주수가 4주 이하는 27%, 8주 이하는 81.7%, 10주 이하는 89.8%, 12주 이하는 94.5%, 16주 이하는 97.7%로 나타났고, 임신 24주 후의 비율은 0.5%이다. 즉 임신주수가 길어지면서 낙태 비율은 급격하게 떨어지고, 모자보건법 시행령에서 금지하는 임신 24주 후의 낙태는 아주 극소수만 이루어짐을 알 수 있다. 임신 후반기에 접어들면 대체로 낙태 그 자체가 임

부에 대한 위험성을 동반하게 되므로, 태아의 성별을 이유로 한 낙태가 행해질 가능성은 거의 없다고 할 것이다.

따라서 출생성비가 자연성비의 정상범위에 들어섰고, 남아선호사상이 쇠퇴하고 있어 과거와 같이 태아의 성별고지를 엄격하게 규제할 필요성이 낮아진 상황에서, 통상 임신 기간을 40주로 볼 때 모자보건법 등 다른 법령에서 인공임신중절의 허용한계로 규제하는 임신주수를 훨씬 초과하여 만삭인 임신 32주까지 태아의 성별고지를 금지하는 심판대상조항은 기간 면에서 지나친 제한이라고 할 것이다.

또한 엑스(X)-염색체 의존성 질환과 같이 태아의 성별에 따라 의학적 조치가 달라지는 유전질환이 의심될 때에는 의학적 필요로 태아의 성별을 미리 확인할 필요가 있고, 의료인이 검사 과정에서 태아의 부모에게 성별을 알려야 하는 상황이 있을 수 있다. 그럼에도 심판대상조항은 이러한 경우에도 예외를 인정하지 않고, 일률적으로 임신 32주 전 태아의 성별고지를 제한하고 있으므로, 이러한 점에서도 침해의 최소성을 충족한다고 볼 수 없다.

(4) 한편, 과거 초음파검사로만 임신 16주경 태아의 성별을 확인할 수 있었던 것과 달리, 산전진단 검사 기술의 발달로 태아의 유전정보를 확인하는 검사를 시행하는 경우 임신주수 10주 이후에도 태아의 성별을 확인할 수 있게 되었다. 이 시점에는 낙태의 위험성이 상대적으로 적으므로, 태아의 성별고지 제한이 사라지면 성별을 이유로 한 낙태가 발생할 가능성이 보다 크다고 할 것이다.

낙태죄에 관한 형법 조항에 대하여 헌법불합치결정을 한 헌재 2019. 4. 11. 2017헌바127 결정에서는, 태아가 모체를 떠난 상태에서 독자적으로 생존할 수 있는 임신 22주 내외에 도달하기 전이면서 동시에 임신 유지와 출산 여부에 관한 자기결정권을

행사하기에 충분한 시간이 보장되는 시기(이하 착상 시부터 이 시기까지를 ‘결정가능기간’이라 한다)의 낙태에 대하여 모자보건법에서 정한 사유에 해당하지 않으면 일률적으로 금지하는 것은 과잉금지원칙을 위반하여 임신한 여성의 자기결정권을 침해한다고 보았다. 이에 따라 낙태죄에 관한 형법과 모자보건법 개정안이 국회에서 논의되고 있다.

낙태죄에 관한 위 헌법재판소 결정에서 언급하고 있는 결정가능기간 이내에 태아의 성별이 고지된다면 태아의 성별이 낙태 여부 고려 사항에 포함될 수 있으므로, 그 성별을 이유로 한 낙태의 가능성은 상대적으로 높다고 할 것이다. 반면 임신주수가 늘어날수록 낙태의 가능성은 줄어들고, 모자보건법 시행령에서 정하는 낙태의 허용한계시점을 넘어서는 시기에는 낙태 자체가 임부에게 상당한 위험성이 있기 때문에 태아의 성별을 이유로 한 낙태가 이루어질 가능성은 희박하다고 할 것이다. 심판대상조항은 성별을 이유로 한 낙태를 규제하기 위한 것이므로, 이러한 낙태의 가능성이 상당히 낮아지는 시기에 태아의 성별정보를 알려주는 것은 심판대상조항의 입법목적 달성에 특별한 지장을 주지 않을 것이다.

따라서 심판대상조항은 낙태죄에 관한 위 헌법재판소 결정에서 언급한 결정가능기간 및 모자보건법 시행령에서 정하는 낙태의 허용한계시점, 인공임신중절 실패조사에 나타난 현황 등을 고려하여 태아의 성별고지를 제한하는 시기를 앞당기는 것으로 개정함으로써, 그 침해를 최소화하여야 할 것이다.

#### 다. 법익의 균형성

장래 태어날 아기가 여아인지 남아인지는 임부나 그 가족에게 중요한 태아의 인격정보에 해당한다고 할 것이고, 태아의 부모가 이를 미리 알고자 하는 것은 본능적이

고 자연스러운 욕구이다. 태아의 성별을 미리 알게 되면 태어날 아기에 대한 미래의 설계를 미리 할 수 있을 뿐만 아니라, 태아인 단계에서 태교를 함에 있어서나 출산 준비를 함에 있어서 유용하게 이용할 수 있을 것이다. 따라서 부모가 태아의 성별 정보에 대한 접근을 방해받지 않을 권리도 보호할 가치가 충분한 기본권에 해당한다(헌재 2008. 7. 31. 2004헌마1010등 참조).

한편, 태아는 인간이 될 예정인 하나의 생명체이므로 태아의 생명은 고귀하고 존엄한 가치를 가지고 있고, 태아의 생명 보호는 중요한 공익으로서 국가가 이를 보호할 책임이 있으므로, 일반적으로 태아의 부모가 가지는 태아의 성별 정보에 대한 접근을 방해받지 않을 권리보다 우선적으로 보호받아야 한다.

그런데 태아의 성별고지 행위가 태아의 생명 침해를 유발할 가능성은 임신주수가 늘어날수록 상당히 줄어들고, 모자보건법 등에서 정하는 낙태의 허용한계시점을 넘어서 시기에는 극히 희박하다고 할 것임에도, 심판대상조항은 만삭인 임신 32주를 기준으로 그 이전에는 부모의 태아 성별 정보에 대한 접근을 금지하고, 의학적으로 필요한 경우에 관한 예외도 인정하지 않는바, 이는 과도한 사익의 침해로서 법익의 균형성에 반한다고 할 것이다.

#### 라. 결론

따라서 심판대상조항은 과잉금지원칙에 반하여 부모가 태아의 성별 정보에 대한 접근을 방해받지 않을 권리를 침해한다.

#### 마. 헌법불합치결정의 필요성

태아의 생명은 그 자체로 소중하고, 생명을 존중하는 헌법의 규범적·객관적 가치질서와 인간으로서의 존엄과 가치를 선언한 헌법 제10조에 따라 국가는 태아의 생명을



보호할 중대한 책임을 가지고 있다(헌재 2019. 4. 11. 2017헌바127). 우리 사회에서 성별을 이유로 한 낙태가 발생할 가능성은 여전히 남아있으므로, 비록 과거보다 그 가능성이 낮아졌다고 하더라도 국가는 이러한 낙태로부터 태아의 생명을 보호할 책임을 소홀히 하여서는 안 된다. 앞서 살펴본 바와 같이 심판대상조항은 만삭인 임신 32주를 기준으로 태아의 성별고지를 금지하고 있어서 침해의 최소성에 반하지만, 성별을 이유로 한 낙태를 방지하고 태아의 생명을 보호하기 위한 수단으로서 태아의 성별고지를 제한할 필요성은 계속 존재한다고 할 것이다.

그런데 법정의견과 같이 단순위헌결정을 하는 것은 태아의 생명 보호를 위한 수단을 대안 없이 일거에 폐지하는 결과가 되므로 타당하지 않다. 따라서 심판대상조항에 대하여 헌법불합치결정을 하고 입법자로 하여금 낙태죄에 관한 형법 개정안, 모자보건법 시행령 등 여러 사정을 고려하여 태아의 성별고지 제한 시기를 앞당기는 것으로 개선입법을 하도록 함으로써, 태아의 부모에 대한 기본권 침해를 최소화하면서도 태아의 생명 보호를 위한 수단에 관하여 법적 공백이 없도록 하여야 한다.

그렇다면 심판대상조항에 대하여 새로운 입법에 의하여 그 위헌성이 제거될 때까지 잠정적으로 적용하는 헌법불합치결정을 하는 것이 타당하다.

재판장      재판관      이종석 \_\_\_\_\_

재판관      이은애 \_\_\_\_\_

재판관 이영진 \_\_\_\_\_

재판관 김기영 \_\_\_\_\_

재판관 문형배 \_\_\_\_\_

재판관 이미선 \_\_\_\_\_

재판관 김형두 \_\_\_\_\_

재판관 정정미 \_\_\_\_\_

재판관 정형식 \_\_\_\_\_