



저작자표시-비영리-변경금지 2.0 대한민국

이용자는 아래의 조건을 따르는 경우에 한하여 자유롭게

- 이 저작물을 복제, 배포, 전송, 전시, 공연 및 방송할 수 있습니다.

다음과 같은 조건을 따라야 합니다:



저작자표시. 귀하는 원저작자를 표시하여야 합니다.



비영리. 귀하는 이 저작물을 영리 목적으로 이용할 수 없습니다.



변경금지. 귀하는 이 저작물을 개작, 변형 또는 가공할 수 없습니다.

- 귀하는, 이 저작물의 재이용이나 배포의 경우, 이 저작물에 적용된 이용허락조건을 명확하게 나타내어야 합니다.
- 저작권자로부터 별도의 허가를 받으면 이러한 조건들은 적용되지 않습니다.

저작권법에 따른 이용자의 권리는 위의 내용에 의하여 영향을 받지 않습니다.

이것은 [이용허락규약\(Legal Code\)](#)을 이해하기 쉽게 요약한 것입니다.

[Disclaimer](#)

정치학석사 학위논문

# 사법심사제도와 시민의 실천

- 낙태죄 헌법불합치 결정과 정치적 공백 -

2021년 8월

서울대학교 대학원

정치외교학부 정치학전공

권 현 수

# 사법심사제도와 시민의 실천

- 낙태죄 헌법불합치 결정과 정치적 공백 -

지도교수 김 주 형

이 논문을 정치학석사 학위논문으로 제출함

2021년 7월

서울대학교 대학원

정치외교학부 정치학전공

권 현 수

권현수의 석사 학위논문을 인준함

2021년 7월

위 원 장           임  혜  란          

부위원장           김  주  형          

위      원           송  지  우

## 국 문 초 록

이 논문은 헌법재판소의 낙태죄 헌법불합치 결정 이후 임신중지에 대해 어떤 입법안도 통과되지 못하는 교착상태를 단순히 법적 규제가 없는 상황을 일컫는 ‘입법공백’ 혹은 ‘법적 공백’ 대신 ‘정치적 공백’이란 개념을 통해 재조명할 것을 주장한다. 여기서 정치적 공백이란 임신중지와 관련한 시민사회의 논의가 정치제도를 통해 매개되지 못하는 상황과 낙태죄를 논쟁화한 시민들의 실천이 정치적으로 비가시화 되는 상황을 의미한다. 임신중지와 관련한 현 상황을 입법공백으로 재현하는 제도권의 논의는 사법심사제도와 정치과정을 분리하여, 전자에 초정치적 지위를 부여하는 ‘사법중심적 시각’을 전제하고 있었다. 이에 기반한 임신중지 논쟁과 문제 상황을 제도적으로 재현하는 양상은 시민사회와 제도권의 논의 사이 괴리를 지속하고, 시민들의 주장을 비가시화하는 자기폐쇄적 측면을 갖고 재생산되고 있었다. 이에 이 논문은 현재의 정치적 공백을 드러내고 마주하기 위해 사법심사제도와 정치과정의 관계에 대한 대안적 관점으로 ‘총체론적 시각’을 제시한다. 즉 사법심사제도를 민주주의 정치과정 내부로 포함하여 시민이 정치적 결정을 자신의 결정으로 받아들일 수 있는 제도 배열을 사고할 때 현 상황의 이면인 정치적 공백이 포착될 수 있다는 것이다. 다만 이 논문은 총체론적 시각이 시민들의 정치적 실천을 ‘헌정적 토의’로 개념화하는데 더하여 그 실천이 갖는 ‘세계구축하기’의 측면을 고려할 것을 제안한다. 시민들이 한국의 낙태죄 논쟁에 참여한 양상은 임신중지를 시민 개인의 기본권과 자유의 문제로 접근하는 측면 외에도 재생산을 사회적 문제로 이해하고, 재생산을 중심으로 한 공동체 구성원의 평등한 관계를 상상하는 지평을 여는 측면을 가

졌기 때문이다.

주요어 : 낙태죄, 사법심사제도, 민주적 정당성, 정치적 실천, 헌정적  
토의, 세계구축하기

학 번 : 2018-27869

# 목 차

제 1 장 서론 .....	1
제 1 절 문제제기 .....	1
제 2 절 입법공백과 정치적 공백 .....	3
제 3 절 사법심사제도와 민주주의의 관계 .....	9
제 4 절 임신중지 명칭과 논문의 구성 .....	13
제 2 장 사법심사제도와 정치과정의 관계 .....	18
제 1 절 사법중심적 시각 .....	19
1. 사법중심적 시각 개괄 .....	19
2. 사법중심적 시각과 정치적 공백 .....	21
제 2 절 총체론적 시각 .....	26
1. 총체론적 시각 개괄 .....	26
2. 총체론적 시각에서 시민의 정치적 실천 .....	33
제 3 절 시민의 정치적 실천 개념 확장의 필요성 .....	37
제 4 절 세계구축하기 .....	42
제 5 절 소결 .....	46
제 3 장 임신중지를 둘러싼 정치적 공백 .....	49
제 1 절 낙태 법제 형성과 낙태죄 논쟁의 역사 .....	50
1. 한국의 낙태 법제 형성 과정 .....	50
2. 낙태죄 공론화 과정 .....	53
제 2 절 자기폐쇄적 재현 양태와 정치적 공백 .....	56
1. 임신중지에 관한 제도적 재현 양태 .....	56
2. 정치적 공백으로 재표상하기 .....	60

3. 정치적 공백의 제도적 재생산 .....	63
<b>제 4 장 헌정적 토의와 세계구축하기 .....</b>	<b>67</b>
제 1 절 2012년 헌법재판소의 낙태죄 합헌 결정과 공론장의 논의지형 .....	67
제 2 절 헌정적 토의: 쟁점의 변화 .....	71
제 3 절 재생산권 담론의 발전: 세계구축적 실천 .....	75
<b>제 5 장 결론 .....</b>	<b>82</b>
참고문헌 .....	85
Abstract .....	95

# 제 1 장 서론

## 제 1 절 문제제기

2019년 4월 11일 헌법재판소는 여성이 스스로 내린 임신중지 결정을 전면 금지하는 법 조항이 헌법에 불합치한다고 결정했다. 자기낙태죄 조항과 업무상동의낙태죄 조항에 대하여 재판관 4인의 헌법불합치 의견, 3인의 단순위헌 의견, 2인의 합헌 의견으로 헌법불합치 결정이 내려진 것이다. 법안을 바로 무력화시키는 단순위헌 결정과 달리, 헌법불합치 의견은 “임신기간 전체에 걸쳐 행해진 모든 낙태를 처벌할 수 없게”된다면 “용인하기 어려운 법적 공백”이 생긴다고 제시하며 개선입법이 이루어질 때까지 법률의 잠정적인 계속적용을 지시했다.<sup>1)</sup> 하지만 위 조항들은 2020년 12월 31일이었던 개선입법 시한을 넘겨 2021년 현재 효력이 정지된 상태다. 이에 현재 한국사회는 임신중지에 대한 어떤 규정도 없는 혼란한 상황을 맞이하고 있다. 임신중절수술 가격, 임신중절수술에서 지켜야 할 절차, 수술 후 관리 방법 등이 병원에 따라 천차만별로 나뉘고, 어떤 약물을 도입하고 사용할 수 있는지, 약물 사용법에 대한 안내를 어떻게 할 수 있는지에 대한 이해도 없다. 무엇보다 임신중지를 원하는 시민들도, 의료진도 어느 시점의 어떤 임신중지가 허용되고, 처벌 대상인

---

1) 이에 대하여 “입법자는 위 조항들의 위험적 상태를 제거하기 위해 낙태의 형사처벌에 대한 규율을 형성함에 있어서, 결정가능기간을 어떻게 정하고 결정가능기간의 종기를 언제까지로 할 것인지, 태아의 생명 보호와 임신한 여성의 자기결정권의 실현을 최적화할 수 있는 해법을 마련하기 위해 결정가능기간 중 일정한 시기까지는 사회적·경제적 사유에 대한 확인을 요구하지 않을 것인지 여부까지를 포함하여 결정가능기간과 사회적·경제적 사유를 구체적으로 어떻게 조합할 것인지, 상담요건이나 숙려기간 등과 같은 일정한 절차적 요건을 추가할 것인지 여부 등에 관하여 앞서 우리 재판소가 실시한 한계 내에서 입법재량을 가진다” 헌법재판소 2019.4.11. 선고 2017헌바127 결정, 426-427면.



지 명확히 알지 못한다.<sup>2)</sup>

이렇게 혼란한 상황에 다다르게 된 원인은 무엇인가? 일각에서는 이 혼란이 헌법재판소가 지시한 사항에 맞춰 정부와 입법부가 조속한 개정안을 내놓지 못한 것에 기인한다고 본다. 헌법재판소가 “법적 공백”으로 표현하였듯, 이러한 시각은 임신중지에 대해 헌법재판소, 정부, 국회가 어떤 결정도 내리지 못한 “입법공백”으로 현 상황을 표상하는 것이다. 정부와 국회에서도 동일하게 문제 상황을 “입법공백”으로 인지하고 있다.<sup>3)</sup> 하지만 단지 하나의 통일된 개정안이 부재한 상황으로만 현 사태를 인식하기에는 헌법재판소의 결정에 대한 서로 다른 해석이 국회와 시민사회에서 대치하고 있다. 현 상황을 입법공백으로 이해하는 시각처럼 임신중단을 벌하는 것이 옳은가의 문제에서 어떤 근거와 한계에서 허용할 수 있는가의 실용적 논의로 넘어왔다고 보기엔, 시민사회에서는 여전히 임신중단이 원칙적 금지의 대상인지에 대한 규범 차원에서의 논의가 지속되고 있다. 그렇다면, 헌법재판소의 결정 이후 혼란을 입법공백으로 정의하는 시각이 문제 상황을 충분히 포착한다고 볼 수 있는가? 오히려 현 상황을 단지 정부와 국회가 헌법재판소의 지시사항을 수행하는 문제로만 보는 것이 공백을 해소할 공동체의 경로를 좁히고 있지는 않은가? 반대로, 헌법재판소의 결정에 대한 공동체 수준의 정치적 논의가 부재하였기에 초래된 상황으로 봐야 하지 않은가?

이 논문은 헌법재판소 결정 이후 임신중지에 대해 어떤 입법안도 통과되지 못하는 이 교착상태를 ‘정치적 공백’이란 개념을 통해 재조명할 것을 주장한다. 여기서 정치적 공백이란 임신중지와 관련한 시민사회의 논의가 정치제도를 통해 매개되지 못하는 상황과 낙태죄를 논쟁화한 시민들의 실천이 정치적으로 비가시화 되는 상황을 의미한다. 또한, 이런 정치적 공백이 발생한 원인을 사법심사제도<sup>4)</sup>와 정치과정을 분리하

---

2) 한국일보. (2021.1.20.). “‘불법이니 수술비는 현금만’ 낙태죄 사라져도 바뀐 건 없었다.”

3) 국회회의록. (2021.2.17.). 제384회 보건복지위원회 제1차

4) 여기서 사법심사제도란, 위헌법률심사제도를 의미한다. 위헌법률심사제도는 국가 최고규범인 헌법에 따라 입법과정에서 제정된 법률을 규율하는 제도다(차동욱

여, 전자에 초정치적(extrapolitical) 지위를 부여하는 ‘사법중심적 시각’에서 찾을 수 있다고 분석할 것이다. 나아가 현재의 정치적 공백을 드러내고 마주하기 위해 사법심사제도와 정치과정의 관계에 대한 대안적 관점으로 ‘총체론적 시각’을 제시한다. 즉 사법심사제도를 민주주의 정치과정 내부로 포함하여 사고할 때 현 상황의 이면인 정치적 공백이 포착될 수 있다는 것이다. 다만 이 논문은 총체론적 시각이 시민들의 정치적 실천을 ‘현정적 토의’로 개념화하는 것에 더하여 그 실천이 갖는 ‘세계구축하기’의 측면을 고려할 것을 제안한다. 이런 실천의 다면성을 포괄할 때 비로소 사법심사제도 및 정치제도가 임신중지와 관련한 논쟁을 재현하는 양태가 갖는 한계를 드러낼 수 있기 때문이다.

## 제 2 절 입법공백과 정치적 공백

우선, 자기낙태죄와 관련한 현 공백 상태에 대한 개괄적 설명이 요구된다. 앞서 서술한 혼란이 입법공백으로 규정되면서 수면 위로 드러난 것은 대표적으로 국회와 정부가 형법 개정안과 모자보건법 개정안을 제안했을 때다. 2019년 4월 15일 이정미 의원 대표발의로 제안된 형법, 모자보건법 개정안<sup>5)</sup>은 형법에서 자기낙태죄와 업무상동의낙태죄를 삭제

---

2006; 이황희 2019). 이 제도 혹은 기능을 어떤 주체가 맡아야 하는지의 논쟁과 별개로 이 제도의 형성과 국제적 확산의 역사에서는 대체로 재판이란 사법적 형식으로 이뤄져 왔다(이황희 2019). 이런 점에서 이 제도는 일반적으로 사법심사제도(judicial review)로 일컬어진다. 또한, 헌법에 비추어 사법 내지는 준사법기관에 의해 법률을 심사한다는 점에서 헌법재판(constitutional adjudication)의 보편적 기능 중 하나로도 이해된다. 이 글에서 주목하는 바가 헌법재판소의 형법 제269조와 제270조에 대한 결정과 그에 연계된 입법과정이라는 점을 고려할 때 헌법재판소는 헌법재판의 형식을 통해 사법심사 혹은 위헌법률심사를 했다고 할 수 있다. 따라서 이 글에서는 논의 맥락에 따라 사법심사제도, 위헌법률심사제도와 헌법재판이란 표현을 혼용하고자 한다. 거시적인 민주주의 정치과정과 선출된 대표기구에 의해 입법된 법률을 심사하는 기능의 관계를 논할 때는 제도의 기능적 측면을 부각하기 위해 사법심사제도 혹은 위헌법률심사제도라 지칭하고, 헌법재판소에서 이루어진 결정 과정을 가리킬 때는 헌법재판이란 표현을 사용한다.

하되, 임신 14주까지는 임부의 요청만으로 임신중절이 가능하도록 하고, 임신 14주와 22주 사이에는 기존 모자보건법의 허용 사유에 더하여 사회·경제적 사유를 추가하는 내용이다. 이후 논란이 된 2020년 11월 18일 제안된 정부의 형법·모자보건법 개정안<sup>6)</sup>은 자기낙태죄를 유지하되, 그 위헌적 상태를 없애기 위해 임신 14주 이내의 낙태를 허용한다는 내용을 추가하고, 14주와 24주 사이에 낙태할 경우 사회·경제적 사유를 기존 모자보건법상 허용요건에 더하여 인정할 것을 골자로 한다. 이에 낙태 비범죄화를 주장하는 ‘모두를 위한 낙태죄 폐지 공동행동(이하 모낙폐)’은 헌법재판소 결정의 핵심이 “어떠한 ‘처벌성’도 가지지 말아야 한다는 것”이었으므로 제안된 개정안이 헌법재판소의 취지에 반하여 자기낙태죄를 존치하는 개정안이라 비판했다.<sup>7)</sup> 반면, 낙태죄 폐지 반대 운동의 주축인 천주교·기독교계는 헌법재판소의 결정이 인권과 생명권을 짓밟는 내용이라 비판하면서도, 형법상 낙태의 죄를 삭제하는 이정미 의원의 개정입법안과 모낙폐의 성명에 대하여 헌법재판소의 결정이 “형법상 낙태죄를 폐지하라 결정한 것이 아니다”라고 반박했다.<sup>8)</sup> 즉 자기낙태에 대한 원칙적 금지의 정당성 논란이 헌법재판소 결정으로 모두 해소되지 않았다는 점이 헌법재판소 결정문 해석에 대한 갈등으로 드러나는 것이다.

이런 헌법재판소 결정문에 대한 해석 갈등은 국회에서 계류 중인 여러 형법개정안과 모자보건법 개정안에서도 드러난다. 개정안들은 자기낙태를 비범죄화하는 의안들과 자기낙태를 원칙적으로 범죄의 테두리 안에 두는 내용으로 나뉜다. 권인숙 의원 대표발의안, 이은주 의원 대

5) 이정미 의원 등 10인 발의 형법 일부개정법률안(의안번호 제19829호), 이정미 의원 등 10인 발의 모자보건법 일부개정법률안(의안번호 제19802호).

6) 정부 발의 형법 일부개정법률안(의안번호 제5733호), 정부 발의 모자보건법 일부개정법률안(의안번호 제5459호).

7) 모두를위한낙태죄폐지공동행동. (2019.4.16.). “[성명] 여성의 기본권 훼손하고 임신중지에 대한 처벌과 규제를 존치시키는 정의당의 형법·모자보건법 개정안 규탄한다! - 정의당 이정미 의원이 대표발의한 형법·모자보건법 개정안 규탄과 성과 재생산권리 보장을 위한 요구-”, 모두를 위한 낙태죄폐지공동행동. (2020.10.7.). “[성명] 문재인 정부의 입법예고안은 기만이다. ‘낙태죄’를 형법에서 완전 삭제하고 성과 재생산 권리 보장하라!”

8) 크리스천 투데이. (2019.4.18.). “[전문] 낙태죄 헌법불합치 규탄 성명.”

표발의안, 박주민 의원 대표발의안은 형법상 낙태의 죄를 완전히 삭제하는 내용으로, 그 근거를 헌법재판소가 판시한 여성의 자기결정권과 임신 주수에 근거한 형벌 기준이 명확성의 기준에 어긋남을 제시한다.<sup>9)</sup> 반면, 조해진 의원 대표발의안, 정부안, 서정숙 의원 대표발의안은 형법상 낙태죄를 유지하되, 허용조건을 더하는 내용이다.<sup>10)</sup> 이들은 헌법재판소의 결정이 명시적으로 태아의 생명권 보호와 여성의 자기결정권 조화를 요구한 것을 근거로 들거나, 헌법불합치 결정 주문을 법률의 위헌적 상태를 제거하되, 법률을 유지하라는 내용으로 해석했다. 의안들은 대체로 2020년 10월경부터 2021년 1월경 발의되었으나, 2021년 6월 현재 별다른 논의없이 계류 중이다.

자기낙태를 처벌의 대상으로 둘 것인지를 결정할 형법개정안에 대한 논의가 없는 것은 현 상황을 입법공백 이상의 상태로 만들고 있다. 이는 헌법재판소의 결정문에서조차 필요성이 인지되는 여성의 임신, 출산과 관련한 건강권에 대한 보장도, 나아가 사회운동에서 주장하는 재생산권과 재생산 정의(reproductive justice) 논의로의 진전도 가로막고 있기 때문이다. 일례로, 자기낙태죄 조항과 업무상 동의낙태죄 조항이 개정입법 기한 만료로 효력이 정지되자, 임신중지에 대한 접근성을 높이기 위한 법 개정 시도가 있었다. 임신중지에 건강보험 급여를 제공하고, 임

---

9) 권인숙 의원 등 11인 발의 형법 일부개정법률안(의안번호 제4483호), 권인숙 의원 등 11인 발의 모자보건법 일부개정법률안(의안번호 제4484호), 이은주 의원 등 10인 발의 형법 일부개정법률안(의안번호 제4979호), 이은주 의원 등 10인 발의 모자보건법 일부개정법률안(의안번호 제4983호), 박주민 의원 등 11인 발의 형법 일부개정법률안(의안번호 제5847호), 박주민의원 등 10인 발의 모자보건법 일부개정법률안(의안번호 제5854호).

10) 조해진 의원 대표발의안은 형법상 낙태죄를 유지하되, 여성의 결정에 의한 낙태를 임신 6주까지 허용하고, 이후 10주까지 사회·경제적 사유를 불처벌의 조건으로 인정한다. 서정숙 의원 대표발의안은 생명이 위태로운 경우 낙태를 임신 기간과 관계없이 허용하나, 그 외의 허용 사유 적용은 10주까지로 제한한다. 정부안은 위에 상술하였다. 조해진 의원 등 16인 발의 형법 일부개정법률안(의안번호 제5295호), 조해진의원 등 16인 모자보건법 일부개정법률안(의안번호 제5311호), 서정숙 의원 등 11인 발의 형법 일부개정법률안(의안번호 제6017호), 서정숙 의원 등 11인 발의 모자보건법 일부개정법률안(의안번호 제6020호).

신중절수술을 한 의사에게 자격정지를 내리는 조항을 삭제하고, 의약품과 의료기기에 임신중지와 관련한 정보를 담을 수 있도록 하는 개정안이다.<sup>11)</sup> 그러나 관련 부처와 단체들은 형법상 낙태죄가 국회를 통해 완전히 삭제된 것이 아니라는 판단으로 개정안을 “신중검토”의 대상으로 남겨두었다.<sup>12)</sup> 보건복지부 장관은 형법상 낙태를 허용하는 임신 주수 논의가 완료되어야 정부에서 임신중단과 관련한 건강권 문제에 구체적으로 대응할 수 있다고 입장을 밝히기도 했다.<sup>13)</sup> 이들의 이러한 보류는 현재의 공백이 단지 법적인 것만이 아니라는 점을 방증한다.

이처럼 제도권에서는 임신중단의 처벌 여부에 관련한 논의가 이루어지지 않고 교착상태에 머물러 있다. 반면, 추후 상세히 논하겠지만, 시민사회에서는 낙태죄 논쟁이 헌법재판소의 결정에 대한 해석을 비롯해 재생산의 의미를 중심으로 쟁점이 변화했다. 더는 프로라이프(pro-life)와 프로초이스(pro-choice)의 대립으로 시민사회의 논의 지형을 요약할 수 없다는 것이다. 하지만 이런 시민사회의 변경된 논의 지형과 쟁점은 정치과정이 낙태죄 논쟁을 표상하는 방식에 반영되지 않고, 거꾸로 정치제도는 헌법재판소 결정 이후 후속 입법을 논하는 과정에서 시민사회의 입장을 여성계와 종교계 사이의 논쟁으로 환원하고 있다.

문제는 이러한 현실에도 불구하고 전문가 및 학술 담론에서는 여전히 현재의 교착상태를 단지 입법공백으로만 표상하고 있다는 것이다. 또한, 그 원인으로 한국사회에서 프로라이프와 프로초이스 사이의 대립이 여전히 있고, 둘 사이 어떤 이견조율이 불가능한 것을 제시한다.<sup>14)</sup> 혹은 헌법재판소의 판단이 헌법불합치 결정의 모호성과 부족한 논증 때문

---

11) 한겨레. (2021.1.4.). “사라진 ‘낙태죄’…임신중단 건강보험 적용 위한 법 개정 시동”, 권인숙 의원 등 12인 발의 국민건강보험법 일부개정법률안(의안번호 제7388호).

12) 제384회 국회(임시회) 제1차 보건복지위원회 국민건강보험법 일부개정법률안 검토보고서, 의료법 일부개정법률안 검토보고서, 의료기기법 일부개정법률안 검토보고서, 약사법 일부개정법률안 검토보고서

13) 국회회의록. (2021.2.17.). 제384회 보건복지위원회 제1차, 35-36면.

14) 이홍락. (2020.12.8.). “‘낙태죄’개정 관련 공청회: 진술요지서(낙태 관련 정부 형법개정안의 문제점).”

에 태아의 생명권과 여성의 자기결정권 사이 타협점을 찾지 못했다고 지적한다(남북현 2019; 김명수 2019; 조한상·이주희 2020). 내지는 헌법재판소가 잠정적으로 임신중단의 허용과 불허용을 가르는 기준인 22주를 제시하였으므로 그 취지를 살려 정책 세부적인 내용만 조정하면 해결되리라 보는 견해도 있다.<sup>15)</sup> 정리하자면, 이들은 헌법재판소에서 결정을 내린 후에는 이를 입법부와 정부가 신속히 수용하여 입법해야 한다는 전제를 공유한다. 이 전제 위에서 현 공백 상황은 시민사회와 정치과정 사이 괴리가 아닌 사법적 판단의 모호성이나 입법부의 조율 역량 부족으로 초래된 법적 공백으로만 이해되는 것이다.

이 글에서는 현 상황을 법적 공백 혹은 입법공백 상태로만 재현했을 때 드러나지 않는 문제점을 지시하기 위해 정치적 공백이라는 개념을 고안하여 활용하고자 한다. 물론 입법공백이란 표현이 일말의 현실도 담지 못한다는 것은 아니다. 헌법재판소의 낙태죄 헌법불합치 결정이 실시한 개선입법 시한이 도과함에 따라 자기낙태죄 조항은 효력을 상실하였고, 이로 인해 임신중지와 관련한 정부 정책은 어떤 법적 근거도 없는 상황이므로 이는 입법공백의 상황이라 지칭할 수 있다. 즉, 입법공백은 여성의 임신중지와 관련한 법이 없는 상황을 지칭한다. 그러나 동시에 입법공백이란 판단은 각 행위자에게 특정한 역할을 부여한다. 국회, 정부와 같은 입법자는 헌법재판소가 요구한 개선입법의 명목상 부담자, 낙태가 죄일 때 그 죄목을 적용하던 경찰, 검찰, 법원, 정부는 낙태죄 체계의 혼란을 책임지게 된 실질적 부담자, 이 혼란한 상황을 감내해야 하는 시민은 피해자다(남북현 2019). 이때 시민이 피해자인 이유는 낙태죄가 시민의 재생산 기능을 도구화해온 역사에 비추어 피해자인 것이 아니라, 낙태에 관한 법 규정이 없어 임신중지와 관련한 결정이 예측불가능한 상황에 놓이게 된다는 점에서 피해자인 것이다. 이 공백의 책임은 혼란을 야기하는 결정방식을 택한 헌법재판소와 개선입법의 시한을 넘긴 입법부, 정부에 있다. 그러므로 이 문제를 해결하는 주체도 정책결정기관이 된다. 정책결정기관은 임신중지와 관련한 법의 공백으로 피해를 보는 유

---

15) 국회 법제사법위원회. (2020.12.8.). “낙태죄’개정 관련 공청회 자료집.”

관 당사자를 선별하고, 그들의 의견을 듣고, 헌법재판소의 결정 취지를 크게 벗어나지 않는 선에서 입법을 해야 한다. 이때 법안에 목소리를 내고자 하는 시민은 자신이 문제 상황의 유관 당사자임을 입증해야 한다.

문제는 현재 국회에서 임신중지와 관련한 법의 논의가 중단된 상황을 입법공백으로만 표상할 때 발생한다. 이때 시민은 문제 해결의 주체가 아닌, 입법부와 정부에 의해 제안된 법안의 현실 적합도를 판단해주는 기준이 된다. 한편으로 이는 임신중지와 관련한 법을 마련하는 문제에 있어서 시민을 유의미한 행위자로 간주하지 않아, 시민이 직접 임신중지와 관련해 개진한 의견을 입법과정에 포괄해야 할 필요성을 약화한다. 임신중지와 관련한 입법과 토의가 전문가와 유관 당사자의 업무가 되고, 유관 당사자임을 증명하는 과정에서 시민의 정치적 주장이 갖는 함의는 종종 그 시민이 속한 성별, 단체, 계급에 따른 이해관계로 환원되기 때문이다. 다른 한편으로, 시민의 역할과 주장 등을 이렇게 상정하는 것은 경험적으로 관찰되는 바와도 배치된다. 이후 분석에서 상술하겠으나, 시민들은 낙태죄를 정치공동체의 문제로 틀 지으며 다양한 양상의 실천을 전개해 왔다. 이는 광의의 정치과정에서 해당 정치적 의제와 관련해 투표, 대중 시위, 청원, 시민사회 내 단체들을 중심으로 의견을 개진하는 것뿐만 아니라, 헌법재판에 직접 관여하는 공익소송운동과 정책결정기관과 시민사회를 대상으로 한 퍼포먼스까지 포괄한다. 이 실천들은 어떤 의제가 공동체의 문제가 되어야 하고, 그 이유를 공동체와 관련해 개진하는 성격을 갖는다. 예를 들어, 한국에서 임신중지가 여성의 몸에서 여성과 태아 사이에만 발생하는 사적이고 개인적인 사건이 아니라, 이를 범죄화하는 법조문이 임신중단에 결부되며 기본권의 침해와 차별이란 사회적 문제가 야기되어 왔다는 것이다. 이들은 임신중단을 포함한 성과 재생산의 문제가 국가에 의해 정상성과 규범을 강요하기 위해 낙태죄로 통제되어온 역사를 문제 삼아 왔다.

요약하자면, 입법공백으로만 현 상황을 진단한다면 공동체의 법을 만들하고자 하는 발화, 행위, 실천이 드러나지 않는 정치적 공백이 발생한다. 임신중지에 대한 ‘시민의 견해’ 개진과 다양한 실천이 이해관계에

근거한 주장으로 분할되어 법의 내용과 의미를 결정할 때 실질적으로 유의미하지 않게 간주 된다는 것이다. 그러나 시민의 의견과 실천에 공동체 구성원의 관계를 보다 평등하게 재정립하기 위해 기본적인 권리를 서로에게 보증하려는 내용이 포함된다면, 적어도 이를 공동체 수준에서 토의하지 않은 채 내린 정책 결정을 어떻게 민주적으로 정당하다고 할 것인가? 이런 문제의식에 따라 이 글에서는 정치적 공백으로 현재의 공백상태가 재조명되어야 한다는 것을 주장한다. 나아가 지금의 상황을 법적 공백 상황으로만 보는 것이 사법심사제도와 민주주의 정치과정의 관계와 그 내부에서의 시민의 실천 양상에 대한 특정한 규범상을 전제했기 때문이라 주장할 것이다. 이 문제를 본격적으로 제기하기 위해서라도 헌법재판소의 결정과 그 결정에 이어지는 정치과정, 헌법재판의 대상이 된 법률과 정책에 대한 시민사회의 논의와 실천이 어떤 관계를 구성해야 하는지의 물음을 던질 수 있어야 한다. 다시 말해, 현재의 정치적 공백과 이것이 단지 입법공백으로 간주 되는 상황은, 민주주의 정치과정에서 헌법재판소의 결정은 어떤 역할과 위치를 차지하며, 이를 해석하고 다시 법률을 정비하는 과정에서 어떤 행위자를 주요 행위자로 간주할 수 있는가의 문제를 제기한다.

### 제 3 절 사법심사제도와 민주주의의 관계

시민, 정치과정, 헌법재판소의 관계 설정은 사법심사제도와 민주주의의 양립가능성과 민주주의에서 사법심사제도의 정치적 역할이란 쟁점을 통해 정치학계, 법학계, 법조계에서 광범위하게 검토되어온 주제다. 핵심적인 쟁점은 사법심사제도의 민주적 정당성에 대한 논쟁이다. 현대 사법심사제도의 역사적 기원은 주로 미국 연방대법원에서 헌법의 명문상 규정 없이 판례에 근거하여 사법심사권을 행사한 점에서 찾아진다(차동욱 2006). 사법심사제도는 선출되지 않은 연방대법원이 헌법 해석에 근거해 시민들이 직접 선출한 입법부 혹은 행정부의 정책 결정을 무효화하는 제도라는 점에서 그 민주적 정당성이 논쟁대상이 되어왔다. 미국의



법학자 비켈(Alexander Bickel)은 이 제도가 선출된 입법부와 정부로 대표되는 시민들의 의사를 좌절시킬 수 있다는 점에서 “반다수의 난제(countermajoritarian difficulty)”라 표현했는데, 이는 헌정주의와 민주주의의 사이 긴장의 일면을 보여주는 개념으로 널리 활용되어 왔다(Bickel 1986; 김선택 2013). 이 난점에 대해 미국학계에서는 한편으로 연방대법원이 헌정주의와 민주주의의 조화를 위해 취해야 할 헌법, 입헌의도의 해석 방법과 연방대법원의 정치사회적 역할을 논하는 연구가 이어졌다(곽준혁 2006). 다른 한편으로, 연방대법원이 갖는 헌법해석에 대한 최종적 권한을 시민이 참여하는 입법과정으로 되찾아야 한다는 민중주의적 헌정주의(populist constitutionalism)는 연방대법원의 기능과 권한이 민주적 절차를 통해 선출된 입법부의 권한보다 상위에 놓이는 점을 우려했다(Tushnet 1999; Waldron 1999; Kramer 2004; Post & Siegel 2007).

한국의 경우 헌법재판제도가 헌법에 명문으로 도입되어 있어 미국과는 상황이 다르다고 할 수 있다.<sup>16)</sup> 이에 헌법재판제도의 민주적 정당성 문제가 한국에서는 발생하지 않는다는 견해<sup>17)</sup>도 있으나, 헌법재판소가 대통령 탄핵심판, 행정수도 이전, 정당 해산 등 정치적, 사회적 관심이 집중된 결정을 내리며 다양한 논의가 이뤄지게 되었다(곽준혁 2006; 김종철 2018). 이 논의들은 정치의 사법화(judicialization of politics) 개념<sup>18)</sup>을 중심으로 전개되며 민주주의와 헌정주의의 긴장 관계

16) 대한민국 헌법 제6장은 헌법상 독립기관으로 헌법재판소를 두고, 헌법 제111조에서 법원의 제청에 의한 법률의 위헌여부 심판, 탄핵의 심판, 정당의 해산 심판, 국가기관 상호간, 국가기관과 지방자치단체간 및 지방자치단체 상호간의 권한쟁의에 관한 심판, 법률이 정하는 헌법소원에 관한 심판을 헌법재판소가 관장하도록 하고 있다.

17) 헌법에 근거한 헌법재판제도에 의해 내려진 결정은 민주적 정당성을 포함하는 헌법적 정당성을 갖는다는 논리로, 헌법재판에 대한 절대적 당위론을 전제하는 측면을 갖는다(김종철 2018).

18) 사법부에 대한 정치적, 사회적 의존도가 높아져 공론장 혹은 정치과정에서 해결되어야 할 문제들이 헌법재판소의 결정에 맡겨지는 현상을 일컫는다(차동욱 2016; 김종철 2018). 다만, 국민의 기본권 보장이 헌법재판소를 통해 이뤄진다는 점에서 정치의 사법화 개념 자체가 부정적일 수 없고, 개념이 사용되는 층위에 따라 의미가 달라질 수 있다는 주장도 있다(차동욱 2016).

를 검토했다. 곽준혁(2006)은 국내 사법심사제도 논의를 “해석의 문제”와 “주체의 문제”로 분류한다. 법학계·법조계는 헌법재판소의 역할과 헌법재판권의 해석 권한 논의에 집중해 왔다면, 정치학계는 정치의 사법화 경향에 의해 촉발되는 민주주의와 헌정주의의 긴장을 시민 참여를 통해 극복하고자 했다는 것이다(곽준혁 2006, 84). 법학계·법조계는 헌법재판소의 낙태죄 헌법불합치 결정과 관련하여서도 유사한 논의를 보인다. 주로 ‘헌법불합치 결정’의 특징과 해당 결정방식의 낙태죄 사안과 관련한 적합성, 판결문의 법리적 해석에 근거한 개선입법 방향에 대한 제언, 판결문에서 드러난 헌법재판소의 기본권 해석 방식에 대한 문제제기로 전개되었다(남복현 2019; 손지선 2019; 송승현 2019; 이준복 2019; 김문현 2020; 이은진 2020). 낙태와 관련한 사안을 정치과정이 아닌 사법적 결정에 맡기는 것이 적합한가의 문제 또한 정치의 사법화와 관련하여 드물게 논의되기도 했다(전상현 2020; 조한상·이주희 2020).

반면, 이 글이 주목하는 바는 헌법재판소와 정치과정의 연계이고, 그 과정에서 시민의 실천과 참여가 반영되고 영향력을 행사하는 정도와 방법이므로 기존 정치학계의 논의 흐름에서 크게 벗어난다고는 할 수 없다. 대표적으로 최장집(2004)은 민주주의와 헌정주의의 긴장이 부정적인 사법권의 확대경향으로 드러났다고 진단하고, 이를 극복하기 위해 정당으로 조직, 대표되는 정치과정의 활성화를 제시한다. 유사하게, 박명림(2005)은 이원민주주의(dualist democracy)의 관점에서 헌법제정과정에 시민사회의 헌법구상이 적극적으로 반영되고, 선거주기 변경을 통해 시민의 의사가 일상적으로 드러날 수 있어야 한다고 주장한다. 이들과 달리 헌정주의와 민주주의의 긴장을 긍정적인 방향으로 해석하는 견해 역시 존재한다. 한 축은 헌정주의와 민주주의의 긴장을 야기하는 민주적 원칙과 규범을 다르게 볼 것을 주문하는 입장이다. 곽준혁(2005, 2006)은 공화주의적 헌정주의로부터 도출되는 정치적 원칙이 역사적으로 민주정과 공화정의 헌법재판에서 다양한 방식으로 결합되어 왔음을 검토해야 한다고 주장한다. 차동욱(2006) 역시 헌법재판제도의 정당성이 국회와 선출된 행정부에 적용되는 대표성에 입각한 민주적 정당성과 달리

평가되어야 함을 논한다. 다른 축으로 박은정(2010)과 이영재(2012)는 정치의 사법화 경향이 민주주의의 위기가 아닌, 헌정주의가 뿌리내리는 과정에 드러나는 자연스러운 현상으로 본다.

그러나 이 논문은 선행연구들과 같이 헌정주의와 민주주의에 대한 전면적 검토를 목적으로 하지 않는다. 또한, 정치 분쟁이 헌법재판소의 결정으로 해소되는 현상을 분석대상으로 삼기보다, 정치적 쟁점이 헌법재판소 이전과 이후 어떤 양상으로 정치과정에서 다루어지는가를 주목한다. 이를 위해 박은정, 이영재와 같이 헌법재판제도가 광의의 민주주의 정치과정의 일부를 이룬다고 보는 관점을 취할 것이다. 보다 구체적으로, 라폰트(Cristina Lafont)가 사법심사제도에 대한 절차주의적 이해를 사법 중심적 시각과 총체론적 시각으로 구분한 것을 수용하고, 그중에서 총체론적 시각을 택해 분석을 진행할 것이다. 이러한 관점은 헌법재판제도의 민주적 정당성을 시민이 직접 선출함으로써 구성되는 대표성에만 근거하여 평가할 수 없다는 논의로 이어진다. 다만, 이는 헌법재판소와 연방 대법원이 비정치적 기구라는 논거에 근거하지 않는다. 사법심사제도의 정당성이 비정치적 조건에서 비롯된다는 견해는 사법심사제도가 정치 영역의 이익투구와 분리되어 “순수한 의미의 토의”를 할 수 있는 전문적이고 공정한, 중립적인 제도이기에 정당하다고 주장한다(차동욱 2006, 186; Pettit 1997). 그러나 곧장 사법심사제도를 비정치적 영역으로 두는 논의는 제도가 여러 맥락에서 다른 정치 기구들과 상호작용하며 경험적으로 다르게 기능하는 점을 고려하지 못하고, 사법심사제도와 연관된 시민들의 참여가 갖는 정치적 의미를 퇴색시킨다(김종철 2018; Lafont 2020). 이를 고려한다면, 시민이 정치과정에 어떤 방식으로, 어느 수준으로 참여할 수 있게 하는가를 기준으로 사법심사제도의 정당성을 논해야 한다. 이는 시민의 의견·의지가 드러나는 양상이 선거와 정당에 국한되지 않는다는 점에서 민주주의와 헌정주의의 긴장을 다룬 초기 논자들의 관점과도 다르다. 결국, 이 논문은 낙태죄 쟁점이 헌법재판소를 경유한 정치과정에서 다뤄지는 방식과 이에 대한 시민의 참여 양상 분석을 통해 헌법재판제도와 정치과정에서 정치적 의제가 어떻게 변동하는지와 이에 대한

시민의 영향력과 통제력을 검토하는 것이다.

사법심사제도를 포괄한 광의의 정치과정에 시민의 참여를 중점에 두는 관점을 택하는 것은 이 관점이 글의 초점인 헌법재판 이후 정치적 쟁점의 변동과 그에 대한 시민의 영향력을 검증하기에 적합하기 때문이다. 이후 2장에서 상세히 다루겠지만, 헌정주의와 민주주의의 긴장을 중심에 둔 논의들, 이 긴장을 극복하기 위해 민주주의 외 다른 정치원칙을 적용하는 논의들은 사법심사제도와 정치과정을 유리한다. 이는 헌법재판소를 경유한 정치적 의제가 다시 정치과정에서 다뤄지는 양상을 포착하기 어려운 시각이다. 사례 분석을 통해 보이겠지만, 헌법재판을 경유하며 정치적 의제는 헌법의 문제로 규정되기도 하고, 시민 일반이 아닌 유관 당사자의 문제로 축소되기도 하는데, 사법심사제도와 정치과정을 분절한다면 이런 사법심사제도의 효과가 드러나지 않는다. 이렇게 정치적 의제를 제도적 조건에 따라 변동하는 것으로 본다면, ‘시민의 정치적 실천’ 또한 제도적 조건과 정치과정의 진행에 따라 변화하는 것으로 확장하여 이해할 필요가 있다. 단순히 시민의 정치적 견해를 “정해져 있는 선호”나 개인이 속한 선거구, 단체, 계급의 “특정 이해관계”로 볼 수 없다는 것이다(차동욱 2006, 185). 그러나 헌법재판과 정치과정을 분리한다면, 헌법재판소와 관련하여 변동해나가며 그 과정에서 다면적 양태를 지니게 되는 시민의 정치적 실천을 포착할 수 없다.

## 제 4 절 임신중지 명칭과 논문의 구성

낙태죄와 관련한 정치적 실천을 포착하기에 앞서 우선 ‘임신을(이) 지속하지(되지) 않음’을 표현하는 용어가 사회에서 어떻게 혼용되고 있는가를 짚어둘 필요가 있다. 각 용어가 전제하는 관점과 경험의 범위에 차이가 있고, 이 차이는 낙태죄와 관련한 정치적 실천을 추동한 계기이기도 했기 때문이다. ‘낙태(落胎)’, ‘인공임신중절(수술)’, ‘임신중결(termination of pregnancy)’, ‘임신중단’, ‘임신중지’는 임신을(이) 지속하지(되지) 않는 상황과 행위를 표현하는데 법조문과 시민사회의 다양한

논의들에서 활용되었다. 이처럼 용어가 다양화된 것은 임신이 유지되지 않을 때 임부의 조건, 관련한 임부의 사유와 결정, 임신 상황에 개입하는 사람과 개입 방법에 대해 각 용어가 다른 판단을 전제하기 때문이다. 낙태는 형법상 용어<sup>19)</sup>란 점에서는 임신을 지속하지 않는 행위를 불법으로 규정한다. 낙태죄 존치론자들의 활용 맥락에서는 ‘태아를 인위적으로 떨어트려 죽인다’는 부정적 가치판단을 포함한다(김승주 2019; 유성현 2019). 인공임신중절의 경우 모자보건법에서 제한적으로 허용되는 낙태를 표현하는 용어로, 임신을 지속하지 않겠다는 개인의 판단을 지칭하기보다 임신 상태를 제거하는 의료적 개입과 그 조건을 가리킨다.<sup>20)</sup> 마지막으로 임신중결, 임신중단과 임신중지는 낙태죄 폐지론 및 낙태죄 폐지 운동에서 활용된 것으로<sup>21)</sup> 임부의 임신 지속과 관련한 사유와 그에 근거한 결정을 적극적으로 포함하여 임신을 지속하지 않는 주체가 임부임을 명시하는 용어다(양현아 2010; 이은진 2020).<sup>22)</sup> 이렇게 임신을(이) 지속하지(되지) 않는 행위와 상황을 바라보는 시각에 따라 사용되는 용어가 나뉘고, 그 영향으로 학술적 논의에서의 용어 사용 방식도 다양화되어 왔다. 대체로 발화되는 맥락에 따라 용어를 나누어 사용하는 경우와 특정 용어가 갖는 대중성에 의해 그 용어를 활용하는 경우라 볼 수 있다(백영경 2013; 박용철 2020; 이은진 2020).

이 논문은 각 용어가 주체와 맥락에 따라 전제하는 바가 다를

19) 헌법재판소의 2017헌바127 결정 이전 형법 27장 ‘낙태의 죄’는 부녀가 약물 및 기타 방법으로 낙태하는 것을 죄로 규정했다.

20) 모자보건법 제14조 인공임신중절수술의 허용한계는 의사가 주체로서 인공임신중절수술을 할 수 있는 경우와 조건을 규정한다.

21) 낙태죄 폐지를 주장한 모든 주체가 임신중단, 임신중결, 임신중지의 용어를 활용할 것을 주장했다고는 볼 수 없다. 오히려, 낙태를 활용하여 ‘낙태할 권리’로 낙태죄가 폐지되어야 할 이유를 명명했을 때 대중적인 이해도를 높일 수 있다는 주장도 있다(노동자연대. 2017.11.17. “‘낙태’ 대신 ‘임신중단’을 쓰자는 용어 제안에 대해”). 다만, 여기서 임신중지와 같은 용어가 낙태죄 폐지론과 폐지 운동에서 활용되었다는 것은 이들에 의해 임신중지란 용어가 발명되었고, 그 용어가 낙태, 인공임신중절과 다른 지평을 가지화함을 뚜렷하게 드러내기 위함이다.

22) 세어. (2020.11.4.). “「검은시위에서 국회까지: 성·재생산권리 보장 기본법」(안) 해설집”, 48면.

염두에 둘 때 낙태죄와 관련한 시민들의 실천이 갖는 정치적 함의가 보다 뚜렷이 드러나므로 그 차이에 맞추어 용어를 사용한다. 즉, 용어에 발화자의 의도와 판단이 전제되므로 맥락에 맞추어 낙태, 인공임신중절, 임신중지(임신중단)를 활용할 것이다. 다만, 이는 낙태죄와 관련한 사회적 함의가 없는 상황을 표현하기 위한 것이 아니다. 다시 말해, 법적, 의학 적 맥락에서의 사용이 가치판단을 배제한 중립적인 위치에 놓이고, 그 중심에서 양극단에 각각 여성의 자기결정권과 태아의 생명권을 절대화하는 시각이 특정 용어를 활용한다는 도식으로 시민사회의 논의 지형을 그리지 않는다는 것이다. 오히려, 낙태죄가 논쟁화 되며 임신을(이) 지속하지(되지) 않는 행위와 상황을 어떻게 판단할 것인지, 그 판단에 따라 무엇을 보장할 것인지 혹은 무엇을 금지하거나 허용할 것인지에 대한 주장과 판단이 맞부딪치는 정치가 발생하고 있음을 보이기 위한 것이다. 예를 들어, 임신중지, 임신중결과 같은 표현의 발명이 갖는 정치적 함의는 임신의 지속 중단과 관련하여 낙태란 용어로는 가시화되지 않는 측면을 공적으로 드러낸다는 것이다. 낙태죄 존치론에서 낙태가 활용되는 것은 그 행위가 모든 시민에게 있어 불법일 뿐만 아니라, 그 행위가 여성을 포함한 모든 인간에게 비윤리적이란 데에 근거한다(유성현 2019). 반면, 임신중지란 표현은 낙태에 대항하는 표현으로 만인에게 임신을 중단하는 경험이 동일하지 않으며, 이를 일률적으로 비윤리적이라 판단할 수 없음을 전제한다. 나아가 경험과 판단의 다양성을 적극적으로 인정해야 한다는 정치적 주장을 내포한다. 이는 낙태 표현을 사용하는 것에 대해 특정한 규범을 바탕으로 시민 사이의 차별을 야기한다고 정치적으로 대항하는 것이며, 동시에 동료 시민들에게 임신중단이 다양한 맥락에 따라 다르게 경험되고 판단된다는 점을 공적으로 드러내 이에 공동체의 의사결정이 근거해야 한다고 주장하는 것이다. 이처럼 낙태죄와 관련한 논쟁에서 용어 선택은 임신을 지속하지 않는 행위와 임신이 지속되지 않는 상황을 지시하는 것을 넘어 정치적 함의를 갖는다. 그러므로 이 글에서는 발화 의도와 맥락에 따라 용어를 달리 사용할 것이다.

용어의 정치적 함의를 염두에 두며 이 논문은 낙태죄에 대한 현

법재판 이후 임신중지와 관련한 입법 논의가 진척되지 않는 상황을 헌법재판 전후로 정치 의제가 변동하는 양상과 그 변화 과정에서 비가시화되는 시민의 정치적 실천을 중심으로 설명한다. 그 결과로 이 논문은 낙태죄에 대한 헌법재판소의 결정 이후 입법공백으로만 표상되고 있는 현재의 공백을 정치적 공백이란 개념을 통해 새롭게 조명해야 한다는 필요성을 주장한다. 입법공백이란 표현은 현재를 단지 임신중지와 관련해 이를 규율하는 법의 부재 혹은 낙태죄가 법적 효력을 잃은 후의 상황으로만 묘사할 뿐이며, 그 공백을 채우는 방법으로 국회에 의한 입법안 통과를 지시한다. 그러나 우리가 마주한 공백은 사회를 규율할 법이 없는 상황만이 아니다. 헌법재판소의 판결과 판결 이후 논란 속에서 계류 중인 입법안들이 낙태죄와 관련한 사회적 논쟁과 낙태죄를 ‘논쟁화’ 해온 실천, 그 실천의 정치적 의미를 반영하고 있지 않다는 점에서 또 다른 공백을 사유할 수 있다는 것이다. 이를 정치적 공백으로 재조명함으로써 이 논문은 시민들의 비가시화된 실천과 그 실천의 정치적 의미를 복원하는 것을 요구한다.

이처럼 위 공백을 정치적 공백으로 새롭게 사유하려는 노력은 사법심사와 정치과정의 관계, 그 관계의 민주성을 논하는 이론과 맞닿을 수밖에 없다. 입법공백의 관점으로 헌법재판소 결정 이후의 공백 상황을 표상하는 이들은 대체로 사법심사제도와 민주주의가 양립하더라도 전자가 민주주의 정치과정 전반과는 유리되어있다고 가정하는 사법중심적 시각을 전제하고 있다. 이러한 가정은 사실상 헌법재판소의 결정을 계기로 삼아 자신의 의제를 정치적으로 개진하려는 시민의 실천과 그 실천이 자리한 특수한 맥락을 간과하게끔 만든다. 임신중지에 대한 논제들을 공동체 전체의 문제로 제기하고자 했던 시민들의 실천이 비가시화되는 현 상황을 정치적 공백으로 표현하면서, 이 논문은 사법심사제도와 이를 포괄하는 총체적인 정치과정이 민주적 자기지배(self-governing)의 제도로 기능할 수 있는지를 사고하기 위한 단초를 제공할 것이다. 민주적 자기지배가 자신의 삶의 조건을 바꾸는 정치적 과정이자 행위이며, 공동체 구성원들을 평등한 존재로 동등하게 대우하는 것이라면, 타인의 민주적 실

천이 공적 영역에서 가시화되어야 시민들은 함께 행위하며 공동체의 문제를 다뤄나갈 수 있다. 우리가 현재 마주한 정치적 공백을 채워나가는 것은 이처럼 공백 상황을 민주적으로 통제해나가게 된다는 것을 의미할 것이다. 이 연구는 이와 같은 점에서 우리가 마주한 공백의 성격을 정확히 이해하고 이를 메워나가는 과정을 위해 사법심사제도와 민주주의의 관계를 재사고할 필요성이 있다고 보고, 그 이론이 담아내야 할 부분들을 제시하는 기초적 작업이다.

이를 위해 제2장에서는 사법심사제도와 정치과정의 관계를 유리된 것으로 보는 사법중심적 시각을 비판하고 총체론적 시각을 그 대안으로 제시하는 것을 목표로 한다. 헌법재판소 결정 이후의 공백 상황을 기존 문헌들이 주로 법적 공백 상황으로 표상하고 있음을 분석하여 정치적 공백이 드러나지 않음을 보인다. 나아가 정치적 공백을 사고하기 위한 이론적 자원으로써 총체론적 시각을 제시하면서 기존 문헌에 의해 탈정치화되고 비가시화되었던 시민의 정치적 실천들에 주목할 것을 요청한다. 이는 기존 총체론적 시각이 강조해왔던 헌정적 토의뿐만 아니라 공적 토의에 참여할 자격인 시민됨을 재구성하는 세계구축하기를 시민의 정치적 실천에 포함해야 한다는 주장으로 이어진다.

이어서 제3장과 제4장에서는 한국사회에서 임신중지란 논제를 중심으로 형성되어 온 정치적 공백을 분석하고 이때 간과된 시민사회의 정치적 실천을 복원하는 것을 목표로 한다. 우선 제3장에서 낙태 법제가 형성되어온 역사와 자기낙태죄의 공론화 과정을 개괄한다. 이를 바탕으로 의사결정 층위의 제도들이 태아의 생명권과 여성의 자기결정권이라는 기본권 충돌 구도에만 근거하여 낙태죄 논쟁을 자기폐쇄적으로 표상해왔음을 보인다. 마지막으로 제4장에서는 의사결정 층위의 낙태죄 논쟁 재현 방식에 의해 드러나지 않았던 시민사회의 논쟁을 구체적으로 보이고 그 정치적 함의를 서술한다. 이로부터 정치적 공백이 임신중지에 대한 새로운 정책 결정의 민주적 정당성을 위협하는 문제임을 보인다.



## 제 2 장 사법심사제도와 정치과정의 관계

이 장은 정치적 공백을 포착할 수 있는 이론적 바탕을 구성하는 것을 목표로 한다. 이를 위해 우선 사법심사제도와 정치과정의 관계를 설정하는 방식에 있어 사법중심적 관점과 총체론적 관점으로 나눌 것이다. 사법부와 시민의 정치적 행위를 단절하는 사법중심적 시각은 2019년 헌법재판소의 낙태죄 헌법불합치 결정 이후를 법적 공백 상태로 표상하는 논의에서 공통되게 발견된다. 그러나 사법중심적 시각은 헌법재판소와 시민사회, 정치과정을 단절하고, 사법심사제도의 절차적 과정에 시민을 주요 행위자로 놓지 않기에 정치적 공백을 드러내지 못하는 한계를 갖는다. 자기낙태죄에 대한 헌법재판소의 결정 이후 발생한 정치적 공백은 사법심사제도와 정치과정, 시민사회의 관계에서 발생하는 현상이기에 이 관계를 분명하게 설정하는 총체론적 시각이 이를 사고하기 위한 이론적 틀로 필요하다. 사법심사제도를 시민이 참여하는 정치과정의 일부로 보는 총체론적 시각은 헌법재판소를 비롯한 정책결정제도의 토의와 공론장의 논의가 상호연관되어 영향을 주고받는 점을 고려하기 때문이다. 이 시각은 정책결정층위의 논의와 공론장에서 쟁점이 어긋나고, 사법심사제도의 결정 이후 정치과정에서 시민이 주요 행위자로 고려되지 않는 정치적 공백의 상황을 포착하기에 적합하다. 다만, 총체론적 시각이 사법심사제도를 포괄한 정치과정에서 성취되어야 한다고 주장하는 민주적 통제를 보다 견고히 확보하기 위해서는 시민의 정치적 실천이 갖는 다면성을 적극적으로 포함할 필요가 있다. 따라서 이 장의 마지막에서는 사법심사제도와 정치과정의 관계에 고려되어야 할 시민의 정치적 실천으로 세계구축하기를 제시할 것이다.

## 제 1절 사법중심적 시각

### 1. 사법중심적 시각 개괄

사법심사제도 정당화 논리는 크게 헌법이 최고성문법으로 지니는 우위에 근거한 정당화와 민주주의와의 관계에 따른 정당화로 양분되어왔다(Troper 2003)<sup>23)</sup>. 후자는 민주적 결정의 정당성을 이해하는 관점에 따라 실질적(substantive) 이해와 절차적(procedural) 이해로 나뉜다. 실질적 이해는 집합적 결정이 자연법이나 도덕 규범에 비추어 타당한 경우 정당한 결정이라<sup>24)</sup>, 절차적 이해는 합리적이라 추정되는 결정 메커니즘에서 도출되었다는 그 사실로부터 집합적 의사결정의 정당성을 도출한다(Zurn 2002). 라폰트(Cristina Lafont)는 민주적 의사결정에 대한 절차적 이해를 다시 사법중심적(juricentric) 시각과 총체론적(holistic) 관점으로 구분한다(Lafont 2016). 이 둘은 각각 사법심사제도와 헌법재판소(대법원)를 정치과정 외부의 중립적 제도와 행위자로 보는 관점과 정치과정 일부로 보는 관점이다. 이들은 사법심사제도가 정치과정 외부 혹은 내부에 있을 때 그 절차는 민주적이고, 절차의 결과가 정당화될 수 있다고 본다. 요컨대 사법중심적 시각과 총체론적 시각은 법이 민주적 절차의 결과물이어야 한다는 점에는 동의하지만, 그 절차를 구성하는 방식에서 차이가 있는 것이다.

사법중심적 관점은 사법부를 시민의 의지, 견해 표명과 단절된 영역으로 본다. 이때 헌법재판소는 정치 영역과 독립된 기관이고, 사법심사는 다수의 비합리적 의사결정을 거를 수 있는 “반다수의 제도”로 정의

---

23) 헌법의 최고규범성을 근거로 한 논리는 헌법이 일반 법률에 우선하는 최고의 법률이므로 헌법에 어긋나는 법률은 무효화 되어야 한다는 견해와 헌법의 우위성은 규범적으로 추구해야 할 이상향이고, 이를 달성하기 위해 사법심사가 요청된다는 견해로 나뉜다. 자세한 내용은 Troper(2003) 참조.

24) 민주적 결정에 대한 실질적 이해를 바탕으로 사법심사를 옹호하는 연구는 Michael J. Perry (1988) *Morality, Politics, and Law: A Bicentennial Essay* 등과 Ronald Dworkin의 연구들을 참조.

된다(Bickel 1986). 이러한 단절에 근거하여 사법심사에 대한 사법중심적 옹호론자들은 법관에 의한 헌법재판이 진정한 의미의 토의를 수행할 수 있는 제도라는 점에서 대표성을 갖는다고 주장한다(Eisgruber 2001; 차동욱 2006). 이들은 정치 영역에서 이루어지는 타협과 협상은 각각의 이해관계에 기반을 두므로 공익의 내용을 확정할 수 없다고 보지만, 헌법재판에서는 법적 합리성에 의해 특정한 입장에 치우치지 않은 토의가 가능하다고 보기 때문이다. 옹호론자들에게 위헌법률심사제는 사법적 전문성에 근거한 공정성과 중립성으로 입법부에서 만든 법률을 심사하여 민주적 정치과정을 보수한다는 점에서 민주적으로 정당성을 갖는다(Bickel 1986; Ely 1980; 차동욱 2006). 마찬가지로 사법심사 반대론자들도 사법부가 시민의 의지와 단절된다는 전제를 공유한다. 법률에 대한 최종적 결정 권한이 시민에게 있지 않고 사법 엘리트에게 있는 것이 메꿀 수 없는 민주적 손실이라 보기 때문이다(Waldron 2006).

사법중심적 사법심사 옹호론자들은 사법심사가 다루는 범위의 크기에 따라 견해를 달리한다. 이는 사법심사가 반민주적(anti-democratic) 제도라는 비판에 이들이 서로 다른 방식으로 대응하기 때문이다. 소극적 사법심사를 옹호하는 이들의 경우, 헌법재판소는 인민을 대표하는 기관이 아니므로 가치판단을 배제하고, 사법 전문성을 발휘해 객관적 절차보수만을 해야 한다고 주장한다. 이들은 “사법적 제한”을 강조하여 인민주권 원칙과 사법심사제도의 화해를 시도한다(Ely 1980). 그러나 사법적 제한은 불가피한 가치판단을 외면하려는 시도라 비판받기도 한다. 민주적 절차의 개념이 모든 사람에 대한 동등한 존중이란 정의 원리에 기초하고 있으므로 절차를 보수하는 과정에 결국 가치와 규범 판단을 포함할 수밖에 없기 때문이다(Dworkin 1996).

다른 한 편, 드워킨(Ronald Dworkin)은 민주주의에 대한 특정한 이해를 바탕으로 적극적 사법심사를 정당화한다. 그가 말하는 민주주의의 “본질적 목표”란, “모든 개인이 동등한 관심과 존중을 받는 제도를 통해 집합적 의사결정을 하는 것”이다(Dworkin 1996, 17). 이때 의사결정 방식에 불과한 다수주의보다 민주주의의 “본질적 목표”가 우선시되어

야 하므로 반다수결 절차가 채택될 수 있다고 드워킨은 주장한다. 또한, 사법심사는 본질적 목표 달성에 필수적인 개인의 권리를 효과적으로 보호하므로 민주적 손실을 낳지 않는다는 것이다. 그러나 드워킨이 상정한 민주주의의 본질적 목표를 실현하기 위해서는 독립적 사법부와 사법 엘리트가 홀로 “초인류적 인지 능력”을 발휘하여 구체적 사례에서 그 목표를 감지해야 한다. 이는 소극적 사법심사를 주장한 이들이 우려한 사법 후견주의의 혐의를 피할 수 없다(Zurn 2002). 결국, 적극적 사법심사 옹호론은 민주적 자치의 이상을 심각하게 훼손한다고 비판된다. 사법 엘리트의 전문적 결정에 시민이 따를 수밖에 없는 구조를 만들기 때문이다(Waldron 2006).

## 2. 사법중심적 시각과 정치적 공백

여기서는 사법중심적 시각으로 헌법재판소의 결정과 후속 정치 과정을 보았을 때 정치적 공백이 발생하게 되는 과정을 살펴보고, 그로부터 파생되는 문제점을 민주적 규범과 관련하여 제시한다. 우선, 이 글에서 정의한 정치적 공백은 의사결정 층위의 논의와 동일한 의제에 대한 시민사회의 논의 사이에 괴리가 발생하는 현상이자, 그로 인해 시민의 정치적 실천이 비가시화되는 현상이다. 사법중심적 시각은 사법심사제도를 정치과정으로부터 단절하는 과정에서 사법심사제도를 공정하고 중립적인 법적 합리성을 바탕으로 한 공간으로 표상하며, 이해관계와 가치관, 신념이 경합하고 서로 타협하여 정책을 결정하는 영역인 정치과정으로부터 분리한다. 이 분리를 토대로 하여 사법중심적 시각에서는 사법심사제도에서 이뤄진 논의가 공론장의 논의 지형과 괴리되는 것은 문제시되지 않는다. 사법과 정치의 서로 다른 영역이기 때문이다. 또한, 각 영역에 대한 특정한 상은 그와 연관된 시민의 역할과 참여를 규정한다. 이는 시민의 실천이 갖는 정치적 함의를 개인적 선호, 이해관계 혹은 고통과 피해로 환원하는 문제를 갖는다.

사법중심적 시각이 현실을 해석하는 양상은 대표적으로 2019년

헌법재판소의 자기낙태죄 헌법불합치 결정 이후 전개된 법학계의 논의에서 확인할 수 있다. 이 논의들은 대체로 헌법재판소 결정에 대한 해석을 제공하고, 이를 바탕으로 개선입법에 대한 제언을 전개한다. 이들이 전제하는 헌법재판소와 정치과정의 단절은 헌법불합치 결정 이후 개선입법 과정에서 입법자가 고려해야 할 사항과 입법안의 타당성을 판단하는 기준을 제시하는 바에서 드러난다. 모든 정책 제언이 사법중심적 시각을 전제한 것은 아니지만, 헌법재판소의 결정을 이후 정책 제언의 근거로 비중있게 다루는 다수의 논문은 헌법재판소 결정 이후의 정치과정을 시민 참여의 과정으로 고려하지 않는 경향을 보인다.

우선 이 경향성은 이들이 낙태죄에 수반된 복잡한 문제들을 논쟁대상으로 바라보는 것이 아니라, 헌법재판소와 동일한 방식으로만 이해하고 있다는 점에서 드러난다. 물론 헌법재판소의 결정을 분석하는 것이 전반적인 학계 논의의 쟁점이었으나, 헌법재판소가 낙태 사안을 상정하는 방식에 대한 문제제기는 있음직하다. 그러나 대체로 낙태가 정치적, 사회적으로 종교, 윤리, 개인의 가치관에 결부된 문제일지라도 법학적 관점에서는 태아의 생명권과 여성의 자기결정권이 충돌하는 사안이라는 데에는 이견이 없었다(전상현 2020; 남복현 2019; 김광재 2018; 정애령 2020; 이준복 2019; 주호노 2020; 이석배 2019). 추후 서술하겠으나, 페미니스트 법학계와 2015년 이후 낙태죄 폐지 운동, 낙태죄 폐지 반대 운동은 기본권의 충돌로 한국사회의 임신중단을 상정할 수 없다고 문제를 제기해왔다. 시민사회로까지 시야를 넓힌다면, 기본권의 충돌이 아닌 다른 방식으로 문제를 상정하고 논의를 전개할 수 있었다는 것이다.

또한, 낙태와 관련한 형법 개선입법 방향 제시는 주로 헌법재판소 결정과 외국 입법례 등에 근거한다. 물론, 입법자는 헌법이 정한 법적 절차에 맞춰 입법해야 한다. 그러나 문제는 헌법재판소의 의견이 낙태와 관련한 사회의 모든 의견을 검토하고 대변하지 못한다는 한계에 대한 자기인식이 없다는 점이다. 2017헌바127 사건에 대한 헌법재판소의 의견은 헌법불합치 의견, 단순위헌 의견, 합헌 의견으로 나누어졌다. 이에 따라 개선입법 방향에 대한 주요한 근거로 제시되는 헌법재판소 결정의 취지

는 의견 사이 공통된 내용, 법정의견 혹은 다수의견, 그리고 2012년 합헌 결정과 공유하는 내용을 중심으로 구성되었다. 이때 헌법재판소 결정 취지를 해석하고, 이를 입법으로 연결하는 기준에 시민사회의 논쟁 지형은 전혀 포함되지 않았다는 점에 주목해야 한다(이은진 2020). 헌법재판소의 결정 취지와 더불어 이들이 제시한 개선입법 방향이나 제안된 입법을 검토하는 중요한 기준은 외국의 입법례(송승현 2019; 김광재 2018; 이준복 2019; 손여옥 2020), 각 논자가 보편적이라 전제하는 가치관(송승현 2019), 당면한 국가적 과제인 “출산절벽”과 국민들의 윤리의식, 시민에게 미칠 영향일 뿐이다(남복현 2019, 138; 정애령 2020; 이준복 2019).

이처럼 개선입법의 기준으로 시민의 의견이나 시민사회에서 전개된 운동의 주장이 언급되지 않는 것은 정치과정에 대한 특정한 상이 전제되기 때문이다. 이들은 공통적으로 낙태 논쟁이 정치과정에서 해결되는 것에 회의적인 면모를 보인다. 정치과정은 사법적 해결과 달리 소수의 이해관계에 충분한 존중을 보장하지 못하고, 가치 갈등이 만연한 곳이기 때문에 합의에 도달하기 어려운 장소라는 것이다(전상현 2020; 송승현 2019; 이준복 2019; 조한상·이주희 2020). 헌법재판소의 결정과 논증이 시민들을 설득하기 불충분하므로 ‘국민투표절차’를 제안하는 의견 또한 국회를 비롯한 대의제 정치과정으로는 임신중단과 관련한 사회적 합의, 결정에 도달하지 못한다는 전제를 공유한다(손지선 2019). 반대로, 사법심사제도 운용에서 유의해야 할 사항으로 법관의 가치판단 개입을 지양해야 한다는 논의도 보인다(전상현 2020; 조한상·이주희 2020). 이 주장 역시 사법심사제도를 정치과정과 분명하게 분리하여 사법심사제도가 사회적 합의를 모으는 과정에 속하지 않는 중립적인 제도라 전제하는 것이다. 사법심사제도와 정치과정이 단절되는 이상 공론장의 정치적 논의는 헌법재판소의 결정과 그에 이어지는 후속 입법 조치에서 중요한 고려대상이 되지 않는다. 헌법 수준에서 “실제적 조화의 원칙”과 입법자가 입법재량을 갖는 영역, 의무에 대한 법적 근거가 정해졌으므로, 그에 맞춰 정책을 조합하는 ‘업무’만이 남은 상황이기 때문이다(남복현 2019, 144).

이렇게 각 영역을 분리하면서 시민이 임신중지와 재생산의 문제

를 공동체, 기본권과 관련하여 주장한 바는 이들의 논의에서 철저히 비가시화된다. 이는 이들의 논의 내에서 사법과 정치 각 영역에 특정한 상이 전제되었던 것과 유사하게 시민의 참여 양상 또한 이미 정해지는 것에서 비롯된다. 정치 영역이 이익투구와 가치 갈등의 장으로 표상될 때 이에 참여하는 시민의 의견은 “이미 정해져 있는” 개인적 선호로 이해된다(차동욱 2006, 185; 이준복 2019; 손지선 2019; 정애령 2020). 이에 더하여, 낙태죄를 폐지하라는 청와대국민청원에서의 시민들의 참여가 “절박한 상황”을 판단하는 근거가 된다는 점에서 고통과 피해의 표현이기도 하다(김광재 2018, 218). 즉 이들에게 사법 영역에서의 시민은, 정치적 존재로서의 시민 일반(citizenry)이 아닌 청구인 개인 혹은 피해자로 표상된다. 사법중심적 시각을 취했을 때 시민은 선호와 고통을 개인적으로 표현할 수 있을 뿐, 집합적으로 행위하는 정치적 존재가 아니게 되는 것이다.

이처럼 사법중심적 시각을 전제하는 분석은 헌법재판소의 결정에 대한 후속 입법과정을 사법적 결정을 구체화하는 행정문제로 치환한다. 그러나 이런 분석을 뒷받침하는 사법중심적 시각은 스스로 지향하는 절차를 통한 민주적 정당성 확보에서 규범적인 문제를 갖는다. 사법중심적 시각은 사법심사제도에 대한 절차적 이해로, “오늘날 법질서는 자기결정(self-determination)이란 생각으로부터만 그 정당성을 이끌어낼 수 있다”는 절차적 민주주의를 원칙으로 한다(Habermas 1996, 449). 이러한 민주적 자치(self-government)의 이상은 모든 시민이 일상에서 따르는 제도, 법과 정책의 저자로 자신을 이해할 수 있어야 한다는 것을 핵심으로 한다. 그러나 사법중심적 시각은 이런 민주적 이상과 관련해 세 가지 문제를 갖는다. 첫째, 시민과 정책, 법의 관계에서 시민을 수동적 주체로 국한하면서 후견주의(paternalism)라는 문제점을 수반한다. 둘째, 사법중심적 시각에서 시민의 정치적 실천은 이미 정해진 선호의 표현이나 고통과 피해의 표현으로 환원된다는 점에서, 시민들의 공동체의 구성과 관련한 정치적 문제제기를 탈정치화시킨다. 셋째, 시민이 정책 결정에 집합적으로 참여할 영역이 확보되지 않기에 정책과 법에 대한 민주

적 통제(democratic control)가 어려워진다.

우선, 사법중심적 시각을 취했을 때 정책의 방향성과 내용의 결정 주체는 헌법재판소와 입법자인 선출된 정부와 국회다. 헌법재판소는 낙태와 관련하여 발생하는 기본권의 문제를 진단하고, 이에 대한 접근법을 제시한다. 입법자는 그 방향성을 수용하여 법안을 구성하게 된다. 하버마스(Jürgen Habermas)는 시민의 자율성에 초점을 둔다면 이 구조에서 후견주의를 발견할 수 있다고 지적한다. 하버마스는 사회복지국가가 시민들의 실질적 자유와 평등을 법제화하여 보장하고자 하나, 역설적으로 사회복지국가의 정책이 시민 개인의 자율성을 훼손한다는 점을 문제시했다(Habermas 1996). 사회 내에서 차별받아 온 집단의 평등을 위한 사회복지국가의 법률은 과도하게 일반화된 분류에 근거함으로써 차별의 상황과 차별받는 집단을 역으로 규정하게 된다는 것이다. 낙태 문제의 유관 당사자를 여성과 태아로 규정하고, 임신중단이 원칙적으로 금지되었을 때 여성이 경험하게 되는 어려움을 사회·경제적 상황으로 압축하는 것이 이에 해당한다고 할 수 있다. 이는 불평등을 경험한 당사자가 차별에 대한 범규범을 창출하는데 참여하여 차별을 규정하는 것과 반대로, 정치 엘리트와 관료들에 의해서 주도되어 차별에 대한 기준이 형성되는 것을 의미한다. 이와 같은 상황에서 불평등을 경험한 당사자는 주어진 차별에 대한 기준에 맞춰 자신의 상황을 해명해야 하는 곤경에 놓인다. 이런 현상은 시민들의 일상적인 영역인 생활세계가 법과 법을 해석하는 엘리트의 지배하에 놓인다는 점에서 후견주의의 문제를 갖는다.

두 번째로, 사법중심적 시각이 시민의 행위와 발화를 성별, 단체, 계급의 이해관계에 근거한 주장이나 피해와 고통으로 이해하는 것은 시민이 스스로를 주권적 존재로 볼 수 없게 한다는 점에서 절차의 민주적 정당성을 약화시킨다. 이후 사례 분석에서 구체적으로 다루겠지만, 시민사회의 자기낙태죄와 관련한 문제제기는 재생산과 관련한 공동체의 구성에 대한 문제제기였다. 낙태 법제가 이성애, 중산층, 비장애, 기혼 여성의 섹슈얼리티와 재생산 과정만을 특권화하여 보장하는 것은 정치적 차별이란 것이다. 그러나 시민사회의 문제제기를 개인의 가치관과 선호의 차이



로, 법의 적용과정에서 발생한 피해로 받아들이는 것은 문제제기의 정치적 함의를 지운다. 고통과 피해가 발생한 것은 단지 법질서와 정책이 다양한 경우의 수를 고려하지 못해 발생한 문제로만 축소되기 때문이다. 이러한 축소 아래 문제제기한 당사자로서의 시민은, 법질서와 정책을 구성하는 원칙과 원칙의 실현 방식을 결정하는 주권적 존재가 아닌 단지 예외적 상황에 놓인 존재가 된다. 예외적 존재가 된 이들은 정책 결정을 자신의 결정으로 이해하지 못하게 되고, 정책적 결정은 모든 이의 참여와 동의에 근거한다는 민주적 정당성을 확보할 수 없게 된다.

마지막으로 사법중심적 시각에서 시민이 집합적으로 참여할 영역이 확보되지 않는 것은 정책 결정에 대한 민주적 통제를 어렵게 한다. 사법심사제도가 인민의 의지와 의견 형성 과정과 단절될 때 공정하고 정당할 수 있다는 논리는 공적 이성에 의거한 토의가 가능하다는 점을 강조한다(차동욱 2006). 그러나 정치과정과 어떤 관계 설정 없이 사법 엘리트에 의한 판단을 시민이 ‘최적의 조건에서 했을 법한 합리적 판단’으로 본다면, 사법적 판단에 대한 정치과정에서의 “맹목적 추종(blind deference)”이 정당화된다. 문제는 이 과정에서 시민의 실천과 행위성이 실질적으로 우회된다는 것이다(Lafont 2020, 220-221). 이러한 관점은 사법심사제도를 활용하는 시민의 행위도 정책 결정에 대한 개인 차원의 불만을 표현하는 것으로 만들며, 헌법소원청구에 부여될 수 있는 시민들의 집합적 행위성을 제거한다. 결국, 사법심사제도를 경유한 정책 결정에 대하여 시민은 집합적으로 통제력을 행사할 수 없는 존재로 표상된다.

## 제 2 절 총체론적 시각

### 1. 총체론적 시각 개괄

이 논문은 사법중심적 시각이 정치적 공백을 드러내지 못하는 한계에 대한 대안으로 사법심사제도와 정치과정의 관계에 대한 총체론적

시각을 수용할 것을 제안한다. 총체론적 시각은 사법중심적 시각과 비교했을 때, 사법심사제도와 정치과정의 관계에서 시민의 정치적 행위를 중심에 두고자 한다. 사법심사제도를 시민의 정치적 행위와 연관 지을 수 있는 것은, 이 시각이 사법심사제도의 민주적 정당성을 공적 토의(public deliberation)와 절차에 근거해 주장하기 때문이다. 앞서 정리한 사법중심적 시각은 인민이 직접 뽑고, 위임을 철회할 수 있는 대표제만이 인민의 주권을 보호하는 방식이란 다소 전통적인 인민주권 개념을 유지한다. 그렇기에 사법중심적 시각의 사법심사제도 옹호론은 인민을 ‘대신한’ 공적 이성의 역할이나 권력 독점의 견제와 같은 기능으로 논의가 전개되었다. 그러나 총체론적 시각은 인민주권 개념을 다른 방식으로 이해할 것을 요청한다. 보다 구체적으로, 이 관점에서 인민주권은 공중의 “의사소통적 권력(communicative power)”이 정치 권력으로 전환되어 권리체계를 새롭게 해석하고 변환하는 순환을 통해 절차적으로 성립한다(Habermas 1996, 147, 371-2). 이러한 인민주권 개념에 근거해, 이들은 사법심사제도에만 초점을 맞춰, “사법심사제도는 민주적인가?”라 질문하는 대신 “어떤 제도 배열이 시민에게 그들의 헌법의 의미를 결정하는 과정에 적극적으로 참여하게끔 하는가?”에 답하고자 한다(Lafont 2016, 267-8). 요컨대, 사법심사의 민주적 정당성을 결정하는 것은 제도 그 자체가 아니라, 제도가 위치한 정치체계와 절차적 맥락이며, 그 평가 기준은 시민의 참여라는 것이다.

그렇다면, 어떤 정치과정이 헌법의 의미를 결정하는 과정에 시민이 적극적으로 참여할 수 있도록 하는가? 이에 하버마스는 권력의 공적 순환을 제시한다. 그가 제시한 공적 순환은 다음과 같다. 시민이 사적 삶 속에서 경험하는 문제가 사회적으로 공명을 일으킬 때 그 문제는 시민사회에서 응집, 증폭된다. 이렇게 주변부에서 시작한 쟁점은 여러 포럼, 결사체, 대학 등을 거쳐 사회운동, 대중매체를 통해 공론장에서 하나의 공적 의제가 된다. 이 의제는 정치적 의사결정을 하는 층위로 수용되어 논의되고, 행정규칙, 법률 등의 결정으로 구체화된다. 이와 같은 정치적 결정은 기존 관행과 법률을 바꾸고, 이때 비로소 그 효과가 개인들의 생활

영역으로 과급되어 시민의 삶이 변화한다(Habermas 1996, 314). 하버마스는 이 과정을 따라 도출된 법은 정당하고, 이 과정을 통해서 시민은 법률의 의미를 결정할 수 있다고 한다. 이는 시민을 배제한 정책결정기구들 사이에 이루어진 순환이나, 권력자가 공론장에 제공한 의제가 동원된 공중의 옹호를 얻는 순환과 다르다. 즉, 자율적으로 형성된 의제와 이에 대한 합리적인 토의와 동의가 정당한 공적 순환을 결정하는 것이다.

여기서 법률은 시민의 자유로운 결사에서 도출된 합리적인 공적 의견이 법제화된 것이므로 정당하다. 우선, 공론장에서 형성되는 공적 의견은 모든 시민 개개인의 목소리가 각각 유의미한 의견으로 존중받아야 한다는 조건과 자유로운 결사에서 합의가 형성되어야 한다는 조건을 충족해야 한다. 이렇게 자유로운 공론장에서 이루어진 토의의 결과는 “더 나은 논변의 힘(the force of the better argument)”으로 많은 이들로부터 공적인 동의를 끌어내고, 그렇게 형성된 여론은 다수가 합리적으로 선택된 결과로 받아들여 진다. 또 시민에게 공적으로 책임을 지는 정책결정자들은 신중하게 공적 의견의 합리성을 검토한다(Iser 2018). 이처럼 “합리적인” 공적 여론에 영향을 받으며 공적 의제에 대한 ‘더 나은 논변’이 절차에 수용될 때 해당 의견에 근거한 정책 결정은 의사소통적 권력을 갖는다(Habermas 1996, 363). 여기서 중요한 점은 의사소통적 권력의 근원이 자유로운 공론장에 있다는 점이다(Habermas 1996). 이는 단지 여론에 합치한다고 하여 정책 결정의 정당성이 확보되지 않음을 의미한다. 시민들이 토의하는 여건이 자유롭고 동등한 의견 교환을 가능케 하여 “더 나은 논변의 힘”이 수용될 때, “자유로운 공론장에서 합의된 공적 의견”이라는 조건이 충족되는 것이다. 이때 시민들이 자유롭게 의견을 개진하고 합의에 이를 수 있도록 기본권이 시민의 자율성을 보장하며, 사법부가 그 책무를 맡는다.

권력의 공적 순환으로 입법된 법은 합리적이고 정당하다고 받아들여진다. 그러나 공적 순환은 그 과정과 결과에서 발생할 수 있는 오류의 가능성을 배제하지 않는다. 예를 들어, 자유로운 합의가 이루어져야 하는 공론장에서 시민들이 동등한 존중을 받지 못할 수 있고, 합리적인

논의가 의사결정층위에 수용되지 않을 수도 있으며, 수용된 공적 의견이 잘못된 방향으로 법제화될 수도 있다. 여기서 사법심사는 권력의 순환 과정을 보수하는 역할을 맡는다. 이 역할은 모두가 참여하는 토의를 촉진하도록 절차를 적극적으로 수정하는 것을 뜻한다. 이때 헌법재판소는 후견주의 혐의를 피한다. 헌법재판소의 결정은 재판관 일인의 결정으로 종결되지 않고 여러 행위자와 다른 재판관들을 비롯한 공식적, 비공식적 공론장의 비판적 검토 하에 놓이기 때문이다. 더불어 헌법재판소의 결정이 입법 기능을 하게 될 때는 입법과정처럼 그 결정에 영향을 받는 이들에게 참여와 의사소통의 기회를 주어야만 한다(Zurn 2011). 이는 헌법재판소가 권력의 공적 순환에 속하는 제도이며, 공론장의 영향력에서 벗어나 있지 않음을 의미한다.

정치과정과 사법심사제도의 관계에서 사법부에 민주적 토의를 보호하고 촉진하기 위한 책무가 있다는 하버마스의 논의는 언뜻 사법중심적 시각의 사법적 제한을 통한 민주주의 절차보수 논지와 유사해 보인다. 예컨대 권력기관은 개인의 사생활을 보호하고 사회적 화합을 증진하기 위해 가치 중립적 태도를 보여야 한다는 의견이다(Ackerman 1980; Sunstein 1999). 이는 윤리적 질문을 정치적 담론으로부터 제거하는 실천으로 구체화된다.<sup>25)</sup> 이런 중립성 원칙은 정치과정에서 타인의 도덕적 믿음에 의문을 제기하는 것을 거부한다. 정치적 토론에서 논의되는 주제에 제한이 없는 경우 사적 자유에 대한 법적 보호가 철저히 이루어지지 않는다는 것이다. 그러나 이 견해는 공적 담론의 주제를 제한하는 것의 위험성을 간과한다. 가정 폭력과 같이 사적 영역의 문제로 이해되던 의제를 공적 담론에서 다루지 않는다면, “사적 영역”이란 이름으로 가려진 비합리적 지배 권력과 종속의 구조를 밝혀낼 수 없기 때문이다. 이런 점에서 중립성 원칙은 입법절차의 공정성을 지키는 방식으로 개인의 사생활을 침범하지 않는 논쟁의 가능성을 외면한다(Habermas 1996, 313). 나아가 모든 입장에 존중을 보이겠다는 최소주의는 중립성이 불가능한 사

---

25) 중립성 원칙 주장이 사법심사제도 논의에 적용될 때는 재판관이 가치판단을 배제하고 객관적 절차보수에만 그 역할이 한정되어야 한다는 주장으로 드러난다. 이 글 15-16면 참조.

안들에서 결국 한 입장만을 옹호하고 다른 입장을 거부하는 것으로 귀결된다(Post and Siegel 2007, 425-6). 다시 말해, 공과 사를 나누는 경계에 대한 문제제기를 모두를 존중한다는 논리로 거부하는 것은 문제에 대한 인지 자체를 거부하는 것이다. 이는 자유롭게 의사를 표명하고 소통할 권리, 자신의 의견을 동료 시민으로부터 검토받을 권리를 동등하게 보장하지 못한다. 바로 이 지점에서 사법적 최소주의는 뛰어난 재판관이 헌법의 내용을 밝혀준다는 온정적 헌법 이해와 같이 사법심사제도를 반민주적 제도로 만들 가능성이 크다.

반면, 총체론적 시각에서 사법심사제도는 의사결정 절차를 민주적으로 보수한다는 점에서는 사법중심적 시각과 유사한 듯 보이나, 민주적 절차에 대한 기준이 선형적으로 정해져 있지 않다는 점에서 다르다. 시민 모두가 평등하게 개인의 사적 자유를 누릴 수 있어야 한다는 점에서 두 시각이 동의하나, 사법중심적 시각이 사적 자유를 확보하기 위해 공적 자유를 제한했다면, 총체론적 시각은 사적 자유의 확보는 공적 자유를 보장할 때 가능하다고 보기 때문이다. 하버마스의 이론에서 개인의 자율성은 개개인의 실천과 책임의 경계를 사적 영역과 공적 영역에 따라 구분하는 법률과 관행을 통해 구체적으로 보장된다(Habermas 1996). 개인이 마주하는 현실을 공적이거나 사적인 친밀성의 영역으로 가르는 이 경계는 역사적 상황과 인지된 사회적 맥락에 따라 다르다. 당사자가 직접적으로 느끼고 규정할 수 있는 타인과의 관계에서 평등함과 불평등함이 규정되기 때문이다. 개인이 경험한 사적인 문제는 끈질기게 추진된 공론화를 통해 공론장에서 하나의 정치적 쟁점으로 인정받게 되고, 이 공적 의제가 의사결정을 하는 층위로 진입하여 공적 권력 순환을 시작한다. 이때 개인의 사적 자율성을 확보하기 위해 요구되는 “누구에게도 위임될 수 없는 인정욕구의 투쟁”은 시민이 공론장에서 발언할 수 있을 때 가능하다. 즉, 공적 자율성이 확보될 때 시민 개개인의 사적 자율성을 위한 투쟁이 가능하다는 점에서 사적·공적 자율성의 동-근원성이 성립한다(Habermas 1996, 426). 따라서 총체론적 시각에서 헌법의 내용을 결정하는 것은 민주적 이상을 적절히 구현하는 초인류적 역량을 가진

재판관도, 정부 부처들의 견제와 균형도 아니다. 정당한 법률을 만드는 과정의 시작은 시민들의 적극적인 개입과 자율적인 실천을 통해서 가능해지기 때문이다.

이렇게 총체론적 시각은 무엇이 공동체의 문제인가에 열려 있고, 이 점이 총체론적 시각에서 사법심사제도의 역할을 결정한다. 헌법재판은 사법으로만 표현될 수 없는, 법치와 민주주의를 잇는 정치적-법적 활동이다(Habermas 1996; 이영재 2012 재인용). 이는 헌법재판소의 역할이 민주적 요구에 따라 가시화되는 권리체계의 문제를 다듬어 나가는 것이기 때문이다. 하버마스는 시민사회가 권리체계를 통해 정치, 경제 영역과 연결된다고 본다(Habermas 1996). 그 연관과정에서 시민은 평등함과 불평등함을 경험하고, 이를 공론화함으로써 권리체계에 정치적으로 문제제기한다. 이로써 가시화되는 권리체계의 문제를 다듬는 헌법재판은 권리체계를 정치공동체에 비추어 새롭게 해석하고 실현한다는 점에서 정치적이며, 시민의 실천을 기본권의 목록에 맞게 한다는 점에서 법적인 활동이다. 다시 말해, 총체론적 시각에서 사법심사제도는 시민의 정치적 실천으로써 작동하는 것이며, 헌법재판소는 이 제도를 활용하는 시민의 정치적 문제제기를 권리체계 해석과 연관 짓는 역할을 맡는다.

하버마스가 민주법치국가 기획을 통해 사법심사제도가 시민이 헌법의 의미를 결정할 수 있는 시스템의 일환임을 보였다면, 라폰트는 그의 기획을 발전시켜, 사법심사제도와 직접 연계된 시민의 행위에 초점을 맞춘다. 이때 사법심사제도는 시민이 ‘참여’하는 제도로 개념화되는데, 라폰트는 공적 토의와 담론을 통해 의견·의지를 형성하는 것을 시민의 정치적 참여로 정의하기 때문이다(Lafont 2020, 23). 이런 관점에서 사법제도를 활용하는 사회운동이나 헌법소원은 토의 민주주의적 시민 실천의 전형으로 제시된다. 헌법재판소에서 기존 법률에 문제제기하는 시민 개인의 행위는 법률의 합헌성(constitutionality)에 문제제기를 하는 것이며, 그 법률의 정당화를 요구함으로써 시민 일반이 참여할 가능성이 있는 더 넓은 공적 토의를 시작하는 것이다. 여기서 라폰트는 특히 헌법소원이 사법 엘리트에게 법률의 정당화를 요구한다는 의미보다, 시민들이 집합

적으로 참여하고 상호 정당화하는 대화를 시작할 수 있는 중요한 계기로써 헌법소원의 민주적 의미를 찾을 수 있다는 점을 강조한다.

법률의 합헌성에 문제제기함으로써 시작되는 공적 토의는 “기본권과 자유에 대한 토의”로 구조화된다(Lafont 2020, 215). 예를 들어, 동성 결혼에 대한 사회 내 논쟁이 기본권과 자유에 대한 토의로 구조화된다면, 화해 불가능한 종교적 신념과 가치를 넘어 해당 제도와 정책이 공동체의 구성원들의 기본권과 자유에 어떤 영향을 주는가를 논의해야 하는 것이다. 헌정적 토의(constitutional debate)는 공동체 내 정의의 근본적인 질문들에 대한 장기적인 토의다. 시민들은 여기에 평등하게 참여하여 공적 의견을 형성하고, 그로부터 도출된 정치적 결과를 자신의 결정으로 이해함으로써 자치를 실현한다. 라폰트가 민주정치를 보는 시간성은 하버마스가 헌법의 의미가 세대를 거쳐 새롭게 결정되는 과정이라 한 바와 일맥상통한다. 시민들은 장기적인 토의를 통해 헌법의 의미를 결정하며 그를 통해 민주적 통제를 가한다. 사법심사제도는 민주적 통제와 자치의 기회를 모든 개별 시민에게 “법적 쟁송의 권리(citizens’right to legal contestation)”를 통해 보장한다(Lafont 2020, 212). 이는 법률이 시민들의 이해관계, 고려사항을 반영하지 못할 때 문제제기를 할 수 있다는 “제도적 기회”다(Lafont 2020, 238). 이 제도적 기회가 있는 한 모든 시민은 자치라는 정치적 기획의 평등한 구성원일 수 있는 것이다.

하버마스과 라폰트의 이론은 사법심사와 정치과정의 관계를 이렇게 시민들이 참여할 수 있는 과정으로 설명함으로써 정치적 공백을 개념화할 수 있는 이론적 자원을 제공한다. 공동체 수준의 토의에 근거한 정책적 결정이 민주적으로 정당하기 위해서는 해당 입법과 정책결정이 공론장에서 형성된 시민들의 의지, 의견과 괴리되어 있지 않은지 검토되어야 한다. 사법심사제도는 이와 같은 정책결정 층위의 제도 중 하나로, 헌법소원을 통해 시민이 직접 참여하는 제도이자, 사법적 결정이 이후 공론장과 정치과정으로 이어져 시민들로 하여금 집합적으로 그 결정의 타당성에 대해 토의하게 만드는 제도다. 이런 총체론적 시각을 취했을 때 1절에서 살펴본 ‘헌법재판소의 판결로 한국사회에서 낙태를 벌하는

것이 옳은가의 논쟁은 일단락되고, 낙태를 어떤 근거와 한계에서 허용할지 정하는 정책 조합이 당면 과제다'와 같은 사법중심적 판단은 문제적이다. 시민들이 '임신중지와 관련한 시민의 삶의 조건이 기본권과 자유에 비추어 어떻게 구성되어야 하는가'란 주제로 사법적 결정에 대한 공적 토의를 형성하여도, 이를 후속 입법과정에서 간과하고, 고려의 대상으로 간주하지 않아 정책결정 층위에 반영하지 않는다면 그 결정은 민주적으로 정당할 수 없기 때문이다. 또한, 이는 시민들의 공적 토의의 결과가 공적 이성애 근거해 타당하지 못하다는 판단으로 의사결정에 반영하지 않겠다는 태도 그 이상으로 반민주적 효과를 낸다. 위 판단은 애초에 시민들을 의사결정에서 고려되어야 하는 대상 자체로도 간주하지 않음으로써 시민들이 집합적으로 연대하고 목소리를 내지 못하도록 탈역량화(disempower)하는 측면도 갖기 때문이다. 이처럼 총체론적 시각은 의사결정 층위의 논의가 공론장에서 이루어지는 시민들의 공적 토의를 반영하지 못할 때 발생하는 괴리로서의 '정치적 공백'이란 상황을 개념화할 수 있게 해준다.

## 2. 총체론적 시각에서 시민의 정치적 실천

총체론적 시각을 취하여 정치적 공백을 드러내기 위해서는 기존 이해방식에 의해서 비가시화되어 있으나, 그 공백을 통제하려고 하는 시민들의 실천을 포착해야 한다. 이는 우선 총체론적 시각에서 시민의 정치적 실천으로 개념화하는 실천 양태들을 검토할 것을 요구한다. 먼저 총체론적 시각에서 의사결정 층위의 토의, 언론을 통해 매개된 의사소통과 일상생활에서의 의사소통은 서로 유기적으로 연결된다. 시민사회에서 형성된 시민들의 의지와 의견은 의사결정 층위의 공론장으로 포섭되어 정당한 정치적 결정이 이뤄진다. 이 과정에서 시민들의 생활세계와 의사결정 층위의 토의를 매개하는 언론을 통한 공적 토의가 다원적, 경쟁적, 비판적 의견을 수용할 수 있는 자유로운 공론장일 때 엘리트에 대한 맹목적 추종을 피하면서도, 시민들의 다양한 정치참여 방식이 민주적이고



정치적 행위로 인정될 수 있다는 것이다. 이처럼 시민들의 다원적 가치와 경험에 의한 주장을 유의미한 민주적 실천으로 간주할 수 있는 것은 시민들의 생활세계와 경험에 바탕한 주장과 의견이 공적 이성의 언어로 매개되고 번역되는 과정을 거치기 때문이다. 하버마스는 이를 “제도적 번역 조건(institutional translation proviso)”이라 하는데, 이는 곧 시민들이 자신의 고유한 맥락과 경험(모든 시민이 공유하지 않는 종교적 경험, 사회 내 비주류의 경험 등)에 의거해 공론장에서 말할 수밖에 없다 하더라도, 동료 시민들이 그들의 논의를 공적 이성의 언어로 번역하여 그들의 주장을 입법과정에서 다룰 수 있도록 도울 것을 믿는다는 조건이다(Habermas 2006, 10). 이 조건을 수용한다면, 모두가 공유하지 않는 경험에 기반한 주장이라 하더라도, 그 주장은 비공식적 공론장에서 민주적 의견과 의지 형성 과정에 참여할 수 있다. 이 가능성으로부터 시민 개인의 가치와 경험에 근거한 주장하기 또한 민주적 참여로 설편될 수 있는 것이다.

라폰트는 이와 같은 시민의 정치적 실천 중 공적 토의에의 참여를 보다 부각시킨다. 시민의 정치적 실천은 공적 토의란 큰 개념 하에 두 양상을 갖는다. 하나는 법적 쟁송의 권리를 행사하여 정부의 정책 혹은 민주적 의사결정 과정을 통해 수립된 법률이 누군가의 자유와 기본권을 억압하는 효과를 가질 때 사법심사제도를 통해 문제제기 하는 것이다. 또 다른 하나는 진자를 통해 문제가 제기되었을 때 “논쟁적 얽힘(argumentative entanglement)”을 형성하며 정치공동체의 구성원들이 제기된 문제에 대해 토의할 것을 요청하는 시민의 의무다(Lafont 2020, 208). 민주적 정치공동체의 동료 시민들은 시민에 의해 제기된 정책과 법률의 문제에 대해 반드시 “적절한 합리적 근거와 증거”로 응답해야 한다(Lafont 2020, 193). 공적 토의의 내용인 이 문제제기와 응답의 쌍은 민주주의 정치에 있어 시민들의 실천을 구성하는 중요 요소가 되며, 문제제기가 있을 때 이를 사적인 문제로 축소시키며 공적 영역에서 비가시화하는 것이 아니라 정치적 응답이라는 반응이 수반되어야 비로소 성립되는 토의는 사법심사제도를 통해 보장되는 구조가 성립하는 것이다.

공적 토의를 구성하는 문제제기와 그에 대한 합리적 응답은 모든 시민에게 부과되는 토의적 권리와 의무를 통해 쌍을 이루게 된다. 이를 의사결정 과정에 대입해 보자. 낙태죄 존치론자들은 태아의 생명존중, 여성의 행복, 저출산 문제 등 다양한 이유로 낙태죄 존치를 주장할 수 있다. 그러나 이들은 동시에 낙태죄 폐지를 주장하는 이들에게 낙태를 유지하는 것이 모든 시민을 자유롭고 평등한 존재로 대우해야 한다는 민주적 원칙과 양립할 수 있음을 공적 토의를 통해 보일 수 있어야 하고, 그래야만 낙태죄는 모두에게 합리적으로 정당한 법률이라 수용될 수 있을 것이다. 낙태죄 존치론자들이 낙태죄가 자유와 기본권과 양립할 수 있음을 입증하는 의무를 진다면, 동료 시민들은 낙태죄가 자유와 기본권을 동등하게 보장하는가를 문제시하는 논쟁에 참여하고, 그 결과로 도출된 법률의 폐지 혹은 정당한 행사란 결정을 수용해야 하는 의무를 진다. 이와 같은 문제제기와 응답은 논쟁적 얽힘을 형성하며, 서로의 시각을 변화시키고자 더 나은 논변의 힘으로 자신의 의견을 뒷받침하는 노력을 통해 정치공동체의 구성원들은 충분한 시간을 두고 공적 여론을 구성한다(Lafont 2020). 시민들은 이렇게 형성된 공적 여론으로 정당화된 정책을 시민 자신의 결정이라 할 수 있는 것이다.

사법심사제도로 보장되는 공적 토의가 민주주의 정치의 핵심적인 부분을 구성할 때, 시민의 실천은 이러한 공적 토의에 참여해, 정치적 의사결정을 정당화하는 의견과 의지를 형성하는 것으로 정의된다. 물론, 보다 전통적인 정치참여의 형태들인 투표, 시위, 행진, 시민사회 참여와 사회운동도 정치적 참여의 일종이지만, 라폰트에게서 앞서 언급된 실천만큼이나 민주적이고 정치적인 시민의 실천은 사법심사제도를 통해 공적 토의를 (재)시작하고, 제기된 현정적 문제에 응답하는 것이다(Lafont 2020, 211). 공적 토의에의 참여야말로 서로를 평등하게 대우하고, 서로의 자유를 보장하는 시민의 “민주적 헌신(democratic commitment)”을 드러내기 때문이다(Lafont 2020, 208). 공적 토의에의 참여를 묘사하는 보다 구체적인 실천 양태는 시민들이 서로에게 설명을 요구하고, 그 설명을 “사실적 증거를 모으고 견주어봄”으로써 뒷받침하는 것이다(Lafont

2020, 215). 이 과정에서 공적 이성에 근거해 더 나은 논거는 토의 참여자들의 특정 정책에 대한 의견과 선호에 영향을 미치고, 그 결과로 여론(public opinion)은 서서히 형성된다. 예를 들어, 낙태죄가 태아의 생명권을 보호한다는 주장은 모체 안에 속한 존재도 미래의 시민으로 간주하고, 그 기본권을 존중하여야 한다<sup>26)</sup>는 헌법적 논거를 통해 공적 토의에 참여하는 것이며, 그 과정에서 모체와 태아의 분리된 관계와 낙태죄와 낙태 억제제의 상관관계를 사실적 증거를 통해 입증할 것을 공적 이성과 시민적 의무에 의해 요구받는다.

이렇게 사법중심적 시각이 시민의 실천 일체를 의사결정이 준거해야 할 마땅한 지위로서 존중하지 않았다면, 총체론적 시각은 사법중심적 시각에 의해 사적인 불만으로 간주되어 정치 영역으로부터 비가시화된 시민들의 정치적 실천을 민주적 정당성의 근거로 복원한다. 다만, 기존 총체론적 시각은 적절한 절차와 제도 배열을 통해 민주적인 의사결정을 할 수 있다고 전제하는 과정에서 제도에 초정치적(extrapolitical) 지위를 부여하는 경향성을 갖는다. 이는 제도가 행정권력을 바탕으로 사회의 갈등에 ‘해결(resolution)’과 유사한 일시적 결론을 제공하고 이를 강제하기 때문이다(Markell 2006). 이때 정치적 공백은 특정 의제에 대한 시민사회의 쟁점 변화가 제도권에 반영되지 않는 것으로만 표상된다. 또한, 이런 관점은 시민의 정치적 실천이 갖는 의도와 목표를 갈등의 제도적 해결로 제한한다. 갈등의 제도적 해결로만 시민의 실천을 이해하는 것이 ‘제한’인 이유는 이후 사례 분석을 통해 구체화할 시민들의 정치적 실천이 갖는 함의에 시민 구성원 사이 새로운 관계를 구성하는 세계구축의 측면도 포함되기 때문이다. 이는 총체론적 시각이 포착해야 할 시민의 실천 개념이 갖는 범위가 넓어져야 함을 의미한다. 탈정치화된 시민의 실천에 본래의 의미를 부여하고, 현재와 같은 정치적 공백이 시민의 실천이 갖는 함의와 실천이 근거한 맥락을 탈각하는 영향을 온전히 포착하기 위해서는 그 실천이 갖는 다면성이 간과되어서는 안 되기 때문이

---

26) “아무도 편 들어 주지 않는 태아들의 변호인이 되어달라 [...] 태아들에겐 선거권이 없기에”와 같은 논리를 예로 들 수 있다(김승주 2020, 66).

다. 따라서 다음 절에서는 시민의 정치적 실천이 갖는 다면성을 고려하기 위해서 사법심사제도의 효과가 고려되어야 한다는 점을 보일 것이다.

### 제 3 절 시민의 정치적 실천 개념 확장의 필요성

이 절에서는 총체론적 시각이 시민의 실천으로 개념화한 내용이 확장되어야 할 필요성을 두 가지 비판을 통해 보인다. 이 두 비판점은 기존 총체론적 시각에서 제도가 초정치적 지위로 상정된다는 점에 기인한다. 첫 번째 비판은 제도가 초정치적 위치를 점할 때 제도 내적인 논의 구도 자체에 대해 문제제기하는 실천을 포착하기 어렵다는 것이다. 두 번째 비판은 시민의 정치적 실천의 함의와 내용이 제도의 초정치적 위치에 의해 제한적으로만 이해되면 총체론적 시각이 목표로 하는 민주적 의사결정 절차와 절차를 구성하는 토의가 특정한 정상성을 중심으로 작동하게 되는 난점이 발생한다는 것이다.

타인의 발화와 행위를 마주할 때 우리의 반응과 개입의 양상들은 우연적으로 결정되는 것이 아니다. 사회적, 정치적으로 확립된 실천들과 제도들이 사람들의 세계에 대한 경험을 구조화하고 매개하기 때문이다(Markell 2006). 한 시민이 세계와, 타인과의 관계를 새롭게 만들고자 하는 실천은 ‘우리의 일’로 식별되고, 평가되고, 조직되고, 제시되어야 하는데, 기존의 실천 양태들과 제도는 이 과정에 개입하여 사건에 대한 우리의 반응성의 정도에 영향을 미친다. 그러나 때때로 정치과정을 사고하는 과정에서 정치제도는 전정치적(prepolitical)이고, 초정치적인 위치를 점한다(Markell 2003). 즉, 정치제도는 시민들의 의지와 의도가 적확히 통과하여 매개되는 “투명한 매체”로 전제되거나, 사회의 정치투쟁에서 독립된, 주권적 위치에 있으며 갈등을 해결하는 중재자이자, 해결의 장소로 전제된다(Markell 2003, 26).

이런 경향을 총체론적 시각에서 확인할 수 있으며 이들의 이론적 전제에서는 정치제도가 투명한 매체로 가정되어 시민의 실천에 미치는 영향이 간과된다. 라폰트는 시민의 정치적 실천의 지평에 토의 제도

가 미치는 영향력을 투명하게 혹은 긍정적인 방향으로만 해석했다. 라폰트는 사법심사제도를 통해 공적 토의가 어떤 정책이나 법률이 동등한 대우와 기본권의 측면에서 정당화될 수 있는가를 묻는 헌정적 토의로 주제화되는 것이 시민들로 하여금 민주적 의무를 행할 수 있는 기회를 제공하는 효과를 갖는다고 설명한다. 이 서술은 첫째, 사법심사제도의 결정으로 일어난 헌정적 토의로의 전환은 시민이 자신의 법적 쟁송의 권리를 통해 공론장에 주도적으로 문제제기를 한 결과로 본다. 나아가 둘째, 헌정적 토의 과정은 시민들이 동료 시민의 문제제기에 응답하는 민주적 실천을 할 수 있는 기회이므로 공론장의 주제 변경은 민주적인 효과라 본다. 이런 서술의 첫 측면은 헌법소원이 제도를 경유한 행위임에도 공론장의 논의 주제 변경을 온전히 시민의 실천으로 본다는 점에서 사법심사제도가 시민의 문제제기를 온전하게 투과시킨다고 보는 것이다. 혹은 두 번째와 같이 공적 토의에 영향을 미친 것은 시민의 문제제기로 시작된 ‘제도의 영향력’이라 할지라도, 이는 시민의 민주적 실천을 도우므로 민주적으로 정당화된다는 것이다.

그러나 제도는 불투명한 매체다. 시민의 실천이 제도를 통과하며 굴절되는 방향이 동료 시민의 정치참여 촉진과 같은 긍정적인 효과를 갖는다 할지라도, 그 효과는 제도가 시민 실천의 지평을 조정함을 보여준다. 토의 제도를 비롯한 대부분의 민주주의 정치제도는 투표, 집회, 청원 등 우리가 일반적으로 이해하는 시민들의 정치적 행위를 매개하고, 이 매개과정이 시민들의 의지·의견을 반영하고 드러내는 정도에 따라 제도적 결과의 영향력과 범위의 정당성을 확보한다. 이런 점에서 제도는 공동의 세계에 드러난 사건에 대한 시민들의 반응성을 조성하거나, 억압할 수 있다는 측면을 갖는다(Markell 2006; Fung 2004). 이는 시민들이 공동의 세계에서 드러난 사건에 개입하고 반응하는 일반적인 양태가 특정 제도가 요구하는 바를 수행하는 것으로 구성될 수 있을 뿐만 아니라, 제도가 시민들이 반응해야 할 사건을 드러내는 과정에 영향을 미쳐 시민들이 반응해야 할 긴급함(imperative)을 구성하는 중요한 요소라는 것이다. 앞서 언급하였듯, 사건이 우리가 반응해야 할, ‘우리의 일’로 드러나는 것

은 우리를 둘러싼 환경, 전과를 통해 널리 퍼지는 이미지, 그리고 사건을 재현하는 담론적 형태를 경유한다(Markell 2006, 13). 이는 매체로 둘러싸인 우리 삶에 대한 사실적 기술일 수 있다. 그러나, 마켈(Patchen Markell)은 제도가 소수 혹은 전체 시민들의 실천의 지평을 매개, 조정한다는 점에서, 그 매개 방식과 재현 방식이 시민들의 통제를 벗어난다면 민주적으로 정당화될 수 없다고 지적한다(Markell 2006).

이렇게 제도의 효과를 보다 정치적으로 사고해야 할 중요성은, 후반부의 경험 사례 분석에서 구체화 되겠지만, 낙태죄에 대한 사회적 토의가 지속적으로 특정한 정상성을 중심으로 작동하는 한계를 보였다는 점에서 드러난다. 기존 총체론적 시각이 주장하는 바와 같이 “문제가 무엇이고 어떻게 해결해 나갈 것인지 합의”하는 과정에 모든 시민이 참여할 수 있다 하더라도(Habermas 1996; 홍성수 2009, 222 재인용), 즉 헌정적 토의를 정치공동체가 수행한다 하더라도 정상성이 언제나 전제되어 있다는 사실과 이로부터 배제가 이루어진다는 사실은 구성원 대다수에게 감각되기 어려운 문제다. 특정 시민의 목소리가 간과되면서 그들이 제시하고자 하는 논점 자체가 토의의 대상에서부터 배제되는 방식으로 토의가 이루어질 위험이 존재하는 것이다(Young 1996). 특히 임신중지에 관한 논쟁에서 기존 토의의 구도는 재생산 기능이 없는 이들을 기준으로 해왔고, 이때 재생산 기능과 관련한 주장은 재생산을 예외적인 것, 특수적인 것으로만 만들어왔다. 행위자의 관점에서 이런 상황은 자신의 몸과 소속감을 부정하게 만든다(Zerilli 2005). 임신할 수 있는 몸이기에 임신할 가능성과 임신을 중지할 가능성 모두를 품고 있다는 것은 임신·출산과 전혀 관계없는 몸을 기반으로 형성된 시민다움에 있어서는 부정적, 예외적 요소일 수밖에 없게 된다. 즉, 정치제도에 대한 참여를 통해 권리의 목록을 늘려 모두가 동등한 시민으로 살아간다는 기획은 시민이란 누구인가에 대한 재정의 없이는 특정한 정상성을 중심으로 작동하게 된다는 한계를 갖는다. 이는 정상성을 빚겨나는 구성원이 스스로를 주권적 인민의 일부로 간주할 수 없고, 정치적 결정을 자신의 결정으로 이해하지 못하게 된다는 점에서 정치제도가 자체의 민주적 정당성을 약화하는

결과를 낳는다(Markell 2003).

이런 측면에서 재생산을 중심으로 공동체 구성원의 관계를 재구축해야 한다는 주장과 더욱 평등한 시민 사이 관계에 대한 상상과 제안은 기존 총체론적 시각의 정치적 실천 개념에 포함되어야 한다. 다시 말해, 토의에 가정된 특정한 정상성 자체에 대한 논쟁, 우리가 ‘거름망’이라고 부를 수 있는 것에 대한 논쟁을 이끌어 내려고 하는 정치적 실천을 사고해야 할 필요성이 도출되며, 이는 사법심사제도를 통과하며 탈각된 시민들의 세계구축적 실천을 다시 공적 토의의 장에 불러들여야 함을 시사한다. 사법심사제도를 통과하는 과정을 시민사회에 다양하게 뻗어있는 논의들을 헌정적 원칙에 근거한 정책의 정당화 여부로 초점을 맞추는 거름망으로 표상할 수 있다면, 그 거름망을 점검하고 걸러진 내용을 입법과정에서 다시 재협상하며 거름망 자체를 재구성하는 일이 시민들의 또 다른 몫이라는 것이다. 헌정적 토의는 문제가 된 사태, 사건의 모든 측면을 드러내지 않는다. 기본권과 동등한 대우의 원칙과 관련하여 문제제기를 구성하는 것은 문제가 된 정책과 관련한 시민들의 실천과 생활의 양상, 그 양상이 시민들에게 해석되고 전용되어온 방식을 모두 포괄할 수는 없기 때문이다. 정책의 헌정적 정당성을 판단하는 과정에 시민들의 맥락이 선별적으로 포함되는 것이 바로 사법심사제도가 갖는 영향력이다.

이 영향력이 고려되지 않는 이상 시민들의 정치적 실천 일부는 여전히 사적 문제로 치부되어 정치영역에서 비가시화된다. 헌정적 토의의 구도와 암묵적 전제 자체를 재구성하려는 실천에 대한 인지 없이는 정치적 공백이 온전히 해소될 수 없는 것이다. 그러므로 사법심사의 과정과 이후 헌정적 토의의 주제가 문제제기한 시민이 의도한 바와 정확히 맞는가 여부와 별개로, 이 선별 과정 자체는 제도가 산출하는 영향이라는 점에서 반드시 시민들에 의해 검토되어야 한다. 즉, 사법심사제도 이후 공론장에 지배적인 논의 주제로 자리하게 되는 헌정적 토의가 재현하고 드러내는 바가 시민들의 삶과 맥락을 어떻게 담아내고 혹은 담아내지 못하는지에 대한 검토가 공적 토의의 중요한 요소로 고려되어야 한다는

것이다. 또한, 거름망에 의해 걸러졌던 많은 내용들이 사법심사제도의 결정 이후 입법과정에서 다시금 협상적 위치를 차지해야 한다. 시민들이 제도를 경유해 구축하고자 한 새로운 세계가 드러나려면 그 의미가 결정되어 가는 과정에 시민들 스스로가 포함되어야 하기 때문이다. 이렇게 기존 제도가 전제하고 재현하고 있는 구도 자체에 문제를 제기하며 이를 새롭게 짜고자 하는, 따라서 새로운 세계관에 따라 해당 논제를 재주조하고자 하는 실천을 우리는 아래에서 세계구축적 실천으로 개념화할 것이다.

물론 이는 헌정적 토의라는 실천 자체를 폐기하는 것은 아니다. 위계와 정상성을 강요하는 제도에 저항하고 새로운 공동체를 설립, 구축하는 행위만을 민주적 실천으로 간주하게 된다면, 우리는 민주주의를 어떻게 영위할 수 있는가? 이때 민주주의는 어떤 형태의 질서나 통치로도 환원될 수 없는 단편적이고 “순간적인(fugitive)”것이자, “단명하는(ephemeral) 실천”에 불과하게 된다(Wolin 2004; 랑시에르 2015). 국가와 자본 권력의 전제화에서 제도는 지배 질서에 지나지 않고, 민주주의는 형태가 없이, 순간적으로 일어나 질서를 흔들고 사라진다. 이를 낙태죄 사례에 적용해보자. 재생산을 중심으로 구성원들이 평등한 관계를 맺는 세계를 구축하는 시도는 그 시도만으로는 존재할 수 없다. 재생산에 있어 평등함을 우리가 서로 보증하고자 할 때 재생산은 현대인의 삶 속 여느 문제가 그러하듯, 지리적, 시간적으로 거대하며 동시에 국지적이다. 우리 사회의 재생산은 누군가의 신체에서 일어나는 일일 뿐만 아니라, 발전하고 있는 다양한 의료기술에 의존하고 있고, 재생산을 의미화하는 사회적 방식들에 의해서도 틀지어지고 있으며, 과거·미래 공동체와도 연결되는데, 그 양상은 공동체의 구성원만큼이나 다양하다. 이때 어떤 제도도 정상성을 강요하는 질서에 불과하다면, 서로의 평등하고 자유로운 재생산을 보증하는 시민의 실천이 매 순간, 자발적으로 일어나지 않는 이상 재생산에 있어서 누구도 자유롭고, 평등할 수 없다.

이상의 검토로 보이고자 한 것은 공동체의 규칙에 따라 집합적 운명을 결정하는 데 참여하는 동시에, 그 공동체를 새롭게 구성하는 실



천 중에서 한 측면만 강조될 수 없다는 점이다. 또한, 정치제도는 온전히 중립적이지도, 오직 지배와 통치의 수단만으로도 간주할 수 없다. 제도는 이전에 이루어진 결사(association)의 결과물인 동시에, 우리 행위의 역사적·문화적 조건이기 때문이다. 이런 점에서 제도는 가변적인 매체고, 우리의 정치적 행위는 제도와 규칙에 따라 행위하는 동시에 그 의미를 재성찰하는 것을 포함한다. 이를 인지하면서 시민의 실천과 정치제도의 관계를 사유하는 것은 제도를 실천을 매개하는 매개체로, 제도에 거리를 두고 그 효과를 살펴볼 것을 요청한다. 관행적인 실천과 제도의 영향력에 놓여 있는 담론적 형태가 시민들의 정치적 실천의 지평에 영향을 미치기 때문이다.

## 제 4 절 세계구축하기

총체론적 시각이 속한 절차적 토의 민주주의 이론은 절차화되지 않은 시민들의 의사소통, 다양한 정치적 실천과 민주적 절차에서 공적 이성애 의거한 토의가 서로 보완적임에 동의한다. 이 이론들에서 공적 토의의 절차는 시민의 필요, 권리와 책임을 선형적으로 상정하지 않는다. 오직 특정 상황, 관계를 경험한 이들만이 관계의 평등함과 불평등함을 비롯한 이슈들을 규정할 수 있기 때문이다. 그러므로 공적 토의의 절차는 경험에 근거한 필요 설명하기, 권리 해석하기, 입법과정을 지켜보기를 요청하고, 그 경험에 근거한 주장들에 의존하여 전개된다(Habermas 1996; Czingon et al. 2020; Lafont 2020; Benhabib 1996; Gutmann and Thompson 1996; Young 1996). 사법심사제도와 정치과정의 관계를 거시적인 공적 토의의 과정으로 사고해야 할 민주적 필요성 또한 당사자가 스스로의 정체성과 필요를 규정하지 못할 때 국가 후견주의의 위험을 벗어나지 못한다는 점에서 도출된다. 이에 더하여 3절에서는 총체론적 시각이 시민의 정치적 실천으로 보는 실천 양태와 그 함의가 확장될 때 정치적 공백을 온전히 파악할 수 있음을 보였다. 여기서는 그 확장의 방향을 구체적으로 제시한다. 이를 위해 아렌트(Hannah Arendt)의 비주권

(nonsovereignty) 개념과 그에 근거한 정치적 실천인 세계구축하기(world-building practice)를 살펴보고, 이 실천이 사법심사제도와 정치과정에 반영되어야 할 시민의 정치적 실천에 속함을 주장한다. 이는 우리가 사법심사제도와 정치과정에서 이뤄지는 시민들의 세계 구축적 실천들에 충분한 협상력을 부여할 때 시민들이 민주적 통제를 통해 정치적 결정의 저자가 될 수 있다는 주장이다.

아렌트는 복수성을 “한 인간이 아닌, 인간들이 지구 위에 거주한다”는 사실로부터 도출되는 인간의 조건이자, 정치의 조건이라 말한다(Arendt 1989, 7). 이는 곧 누군가가 행위를 하더라도, 그 행위는 “이미 존재하는 인간관계의 그물을, 셀 수 없이 많고, 서로 부딪치고 있는 의지와 의도들의 그물을 향하여 행위하는 것이기에 그 행위의 목적은 대체로 결코 완수될 수 없다”는 것이다(Arendt 1989, 184). 목적이 대체로 결코 완수될 수 없다는 것은 행위자가 자신의 행위 결과에 대한 통제력을 행사하지 못하고, 그렇기에 행위를 무를 수 없으며, 행위의 의미조차 결정하지 못하는 것을 의미한다. 따라서 복수성은 행위 결과의 예측 불가능성과 행위에 대한 통제력 없음에서 비롯된 행위의 불가역성(irreversibility)이란 효과를 갖는다. 인간의 행위와 발화가 갖는 의미를 그 스스로 결정할 수 없다는 것은 자신의 행위에 대한 완전한 지배력(mastery)이 인간 개인에게 없다는 것이다. “내가 누구인지”를 결정하는 것은 내가 아니라 수없이 교차하고 예측할 수 없는, 타인과 함께하는 행위와 발화의 결과물이란 점에서 인간의 비주권적 측면이 드러난다(Arendt 1989, 181; Zerilli 2005, 13). 아렌트에게 이와 같은 복수성의 조건은 인간이 극복해야 할 약점이 아니라, 정치를 가능하게 하는 조건이다. 인간관계의 그물로 들어가는 행위를 통해 인간들 사이 구체적이고, 객관적이지도 주관적인 공동의 세계(common world)가 드러나며, 이 장소는 우리의 행위로써 흔들리는 그물을 관찰할 수 있듯, 우리 행위의 효과(effect)를 내가 예상하지 못한 방식으로 이어받아 행위하는 타인을 마주하는 장소기 때문이다.

그러나 공동의 세계가 드러나기 위해 행위가 필요한 것이라면,

인간은 어떻게 자신의 행위의 결과를 되돌리지도, 예측하지도 못하는 채로 행위할 수 있는가? 또한, 행위자가 행위의 의미를 결정하는 것이 불가능하다면, 인간 행위의 의미를 구축하는 서사는 어떻게 가능한가? 아렌트는 용서와 약속을 통해 인간이 예측불가능성과 불가역성의 곤경으로부터 구원된다고 표현한다. “인간들이 자신이 행한 결과로부터 용서를 통해 벗어나지 못한다면, 인간은 자신이 행한 단 하나의 행위로부터 벗어날 수 없을 것이다.” 또한, “약속을 지켜야만 하지 않는다면, 우리는 우리의 정체성[우리가 누구인지]을 유지할 수 없을 것이다”(Arendt 1989, 237; Zerilli 2005 재인용). 용서와 약속은 복수성의 조건에서 인간의 행위를 가능하게 하지만, 동시에 복수성의 조건에서만 가능하다. 내가 스스로를 용서하고, 스스로와 약속하는 것은 공동의 세계에 출현하는 행위와 관계없기 때문이다. 용서와 약속을 통해 인간은 함께 행위함(act in concert)으로써 정치적 자유를 누릴 수 있다. 우리의 관계를 약속함으로써 그 관계를 의지(I-will)하고, 약속을 지킨다는 의미에서 행위할 수 있기(I-can) 때문이다(Zerilli 2005).

서사 구축하기는 이런 약속하기와 연관된 “구원적 힘”을 가진 행위다. 역사적 서사는 “개인적이고, 집단적인 정체성을 형성하고, 향후의 정치적 행위에 영감을 주고, 정치적 판단에 예시적 지향성을 제공하는 구원적 힘을 갖는다”(Benhabib 1990). 서사 구축하기, 이야기하기는 “근본적으로 정치적인 행위”인데, 개인들의 정치적 관계를 형성하는 행위이기 때문이다(Benhabib 1990). 서사가 개인적이고 집단적인 정체성<sup>27)</sup>을 형성한다는 것은 개인들 사이의 공간을 비어있는 공간이 아닌, 우리가 연결되고 분리된, 얽혀있는 세계로 만든다는 세계 구축(world-building)의 의미다. 즉, 개인들이 시민, 국민과 같은 정치적 공동체의 구성원으로, 우리 사이에 있는, 함께 출현해 사는 공동의 세계에서 타인과 어떻게 서로 마주 서 있는가(stand to one another)를 설명하는

---

27) 이때 아렌트는 정체성을 우리가 으레 이해하듯, 사회 내의 다양한 정체성이나, 한 인간이 갖게되는 정체성들의 다양한 교차란 의미에서 정체성을 말하는 존재론적인 표현이 아닌, 정치적 관계로부터 부여되는 의미로 정체성을 활용한다(Zerilli 2005).

정치적 관계의 구축이다. 물론, 서사 구축하기 또한 행위라는 점에서 타인이 이 설명을 어떻게 받아들이고 이해하느냐는 서사를 구축하는 사람이 결정할 수 있는 것이 아니다. 바로 이 지점에서 이야기하기는 약속의 행위가 될 수 있다. ‘우리’에 대한 이야기는 타인을 ‘우리’란 공적인 공간으로 끌어들이므로써 타인에게 ‘우리’의 관계를, 타인의 반응(정치적 행위)에 다시 적극적으로 반응하는 관계를 약속하는 것이기 때문이다.<sup>28)</sup>

이렇게 우리 사이 관계를 만드는 세계 구축적 행위는 타인을 구축하려는 세계로, 공적 영역으로 불러들이는 기회이자, 타인의 정치적 행위를 요청한다는 점에서 민주적 실천이라 할 수 있다. 공동의 세계에 대한 한 사람의 이야기는 그 사람만이 할 수 있는 이야기이자, 그 사람만이 드러낼 수 있는 세계의 면모라는 점에서 하나의 시작이다. 또한, 그 사람의 이야기는 세계와, 타인과 맺는 새로운 관계의 창조라는 점에서 정치적이다. 이렇게 드러난 공동의 세계는 타인이 정치적 판단과 행위로써 반응할 하나의 사건이 되며, 이는 타인의 입장에서 다시 약속과 용서를 할 기회, 조건이자 토양이다(Markell 2006). 이는 곧 타인이 나의 세계구축적 실천에 반응하는 연속적인 시퀀스를 통해 함께 행위함으로써 정치적 자유를 누리는 기회를 갖도록 정치적 평등자로 대우하는 것이다. 이야기하기, 세계 만들기는 약속의 행위인 한에서 복수성의 조건 위에 성립하는 것이고, 복수성의 조건을 경험하고 유지하는 것은 인위적이고 정치적인 평등의 원칙을 지키는 것이기 때문이다(Arendt 1989; Zerilli 2005). 민주주의가 약속하는 핵심적인 내용이 시민들이 동등자로 함께

---

28) 이러한 세계 구축적 행위를 통해서 사람들 사이에 마련되는 것은 관계이자 공통의 맥락이다. 이때의 공통의 맥락을 영(Iris Marion Young)의 개념을 빌리자면 “사회적 지식(social knowledge)”이며, 이는 서로의 차이를 조우하는 의사소통 과정을 통해 “다른 사회적 맥락에 놓인 이들이 서로에 대해 배우고, 나아가 자신이 알지 못하는 타인의 경험과 관점이 있음을 아는 것”을 통해 구축되어 나아가는 것이다(Young 1996, 128). 다른 맥락에 놓여있는 지식을 표현하고, 질문하고, 문제 삼는 과정은 의사소통하는 이들의 사회적 지식을 증진하여, 자신의 특수한 상황이 기입되어 있는 보다 넓은 사회적 과정을 볼 수 있게 한다. 이는 참여자들이 집합적 문제해결의 과정에서 보다 정의로운 해법으로 도달할 수 있도록 하는 “사회적 객관성”을 형성하는 데까지 이르는 것이다.

존재하며, 시민들 스스로를 다스리는 공동의 프로젝트를 통해 동등자로 함께 존재하는 평등을 유지하고, 시민들 스스로를 다스린다는 것이라면, 이야기하기는 끊임없이 동등자로 함께 존재하고자 하는 행위라는 점에서 민주적 실천이다(Keenan 2003; Zerilli 2005).

## 제 5 절 소결

하버마스과 라폰트의 총체론적 시각은 더 나은 논변의 힘이 공적 토의를 규율하는 자유로운 공론장에 시민들이 참여하게 함으로써 정치적 결정이 민주적 정당성을 얻는다고 본다. 이때 사법심사제도는 시민들이 공적 토의에 참여하는 하나의 통로이자, 참여 양상을 조건 짓는 제도적 조건이다. 사법심사제도는 자유와 기본권이란 특정한 주제와 토의 방식으로 공론을 형성하여 시민들이 참여하는 공적 토의를 헌정적 토의로 전환한다. 이에 참여함으로써 시민들은 사법심사제도를 경유한 정치적 결정에 있어 스스로를 그 결정의 주인이자 주체로 여길 수 있게 하는 것이다. 그러나 이렇게 사법심사제도와 시민의 실천이 맺는 관계를 설명한다면 사법심사제도를 활용하는 시민의 정치적 실천이 갖는 의미 일부가 소실된다. 시민의 실천은 사법심사제도를 경유하게 되는 사회의 이슈가 헌법, 기본권과 어떤 문제를 갖는지를 논하는 것에 더하여 기본권을 보증하는 시민 사이 관계, 즉 공동체 구성원의 관계를 새롭게 구축하려는 의미도 갖기 때문이다.

기존 총체론적 시각은 시민의 실천이 갖는 이런 다층성이 헌정적 토의 외 다양한 방식의 공론 참여를 통해 정치제도에 반영될 수 있다고 한다. 그러나 문제는 시민의 실천이 하나의 합의를 갖는다고 전제될 수 없으며, 구체적인 실천의 맥락 위에서 하나의 실천을 통해 다층적인 의미를 전달하려고 한다는 점이다. 이는 사법심사제도가 시민들로 하여금 헌법상 권리체계를 구성하는 내용을 결정할 수 있도록 제도가 짜여진다는 점에서 더욱 중요한 문제다. 시민들은 낙태죄 논쟁에 참여하며 낙태를 할 권리가 기본권에 포섭되는가의 문제만 다루는 것이 아니라, 낙

태를 비롯한 재생산을 중심으로 시민들의 관계가 어떻게 재편되어야 하는가를 논해왔다. 기존 총체론적 시각으로만 이에 접근한다면, 사법심사제도를 경유한 사회적 이슈에서 시민의 실천은 ‘낙태를 할 권리가 기본권에 포섭되는가의 문제’에 대한 주장으로만 읽히게 된다. 즉 제도의 배열로 인해 시민의 실천이 갖는 내용 중 일부가 비가시화되는 것을 포착하지 못한다는 것이다.

이에 시민들이 헌정적 토의에 참여하는 것 외에 다른 실천을 통해 소실되는 세계구축적 측면 또한 공론장에 포섭될 수 있다고 주장하는 것은 앞서 살펴본 사법심사제도가 이후 정치과정에 미치는 영향력에 대한 과소평가다. 예를 들어, 2012년과 2019년 헌법재판소의 낙태죄에 대한 결정은 공론장의 논의를 ‘낙태를 할 권리가 기본권에 포섭되는가, 다른 기본권과 충돌할 시 우선되어야 할 권리는 무엇인가’란 질문을 중심으로 표상해 왔다. 이런 헌법재판소의 틀짓기는 헌법재판과 사법적 결정의 성격상 있을 수밖에 없는 측면이라 할지라도 이 틀은 정치과정에서 큰 변동없이 활용되었다는 점에서 문제적이다. 앞서 논의한 시민의 실천이 갖는 세계구축적 면모를 고려한다면, 이는 중요한 정치적 문제제기가 공적으로 드러나지 않게 되는 상황을 뜻하게 된다. 시민들이 사법적 결정을 공동체 수준에서 반성하는 과정에서 연결짓는 다양한 맥락들, 재생산 노동, 장애인권, 성차별적 사회 구조 등이 오직 낙태를 할 권리를 재생산 기능을 가진 사회구성원이 갖는가의 문제로 축소되기 때문이다.

결국 총체론적 시각이 사법심사제도를 포함한 정치제도의 배열을 통해 정치적 결정의 민주적 정당성을 확보하기 위해서는 사법심사제도가 갖는 효과를 인지하고 그로 인해 배제되는 논의의 맥락이 공론장에서 다시 복원되고 대표될 수 있도록 정치과정에 요구해야 한다. 정치제도에 대한 이러한 요구없이 시민들이 다양한 경로를 통해 민주적 문제제기를 할 수 있으므로 사법심사제도를 포함한 정치과정이 민주적으로 정당할 수 있다는 주장은 시민들의 세계구축적 실천이 드러날 수 있는 제도적 맥락과 기제없이 세계구축적 주장을 동료 시민들에게 직접 전달하라는 요구가 된다. 즉, 정치제도가 시간적, 지리적으로 널리 흩어져 있는

개인들을 하나의 공동체로 묶어 함께 행위할 수 있도록 하는 매개가 아니어도 된다는 결론으로 이어질 위험성이 있다는 것이다. 이는 사법심사제도 자체가 정치 영역으로 시민의 의지를 가려내는 작업을 해야 한다는 주장이 아니다. 사법심사제도가 헌법, 기본권과 시민사회의 구체적 맥락을 연결짓는 작업을 한다면, 즉 시민들로 하여금 헌법과 기본권의 측면에서 어떤 이슈를 논의하게 만든다면, 그로부터 파생되어 드러나게 되는 새로운 관계의 모색과 상상을 정치과정에서 복원해야 한다는 것이다. 이것이 확보될 때 우리는 시민들이 자신이 속한 공동체의 문제에 대한 공적 토의에 참여하여 새로운 정치적 발견을 하고, 이에 반응하며 함께 행위한다고 할 수 있다. 이때 정치적 결정에 대한 저자성이 시민에게 있다고 말할 수 있는 것이다.

### 제 3 장 임신중지를 둘러싼 정치적 공백

이 장에서는 한국사회에서 임신중단과 그것을 둘러싼 정치적 공백이 어떻게 형성되고, 재생산되었는가를 보인다. 한국에서 임신중단을 범죄화하는 법제는 역사적으로 국가적 필요에 따라 변동하는 측면이 컸다. 이는 한국의 낙태죄 논쟁이 서구의 그것처럼 생명존중담론과 여성의 선택을 강조하는 자유주의 담론 사이 갈등으로만 묘사될 수 없음을 보여준다. 이후 낙태죄는 두 번의 헌법재판을 거치며 임신중단과 관련한 논쟁은 공론장의 의제로 자리매김하게 된다. 그러나 의사결정 층위에서 자기낙태죄 논쟁이 재현되는 양태는 자기폐쇄적인 모습을 취하며 시민사회에서 제기되는 주장이 위치한 역사적 맥락과 정치적 함의를 탈각시켜 정치적 공백을 만든다. 의사결정 층위에서 시민사회의 낙태죄 논쟁은 언제나 태아의 생명권과 여성의 자기결정권의 대립에 근거한 프로라이프(pro-life)와 프로초이스(pro-choice)의 대립으로 표상되기 때문이다. 이때 시민들의 주장은 그 의미가 무엇인지 드러나기 이전에 ‘종교계’와 ‘여성계’의 이해관계에 기반한 부분의 주장으로 격하된다. 이는 시민사회에서 전개된 낙태죄 논쟁이 정치공동체에 대한 주장으로 나아가는 점을 비가시화하여 현재 혼란의 원인을 정책이 부재한 법적 공백으로만 재현하는 것을 정당화한다. 이런 과정을 통해 임신중단과 관련한 정치적 공백은 유지된다는 것을 밝힘으로써, 해당 공백이 단지 입법 공백이 아니라 정치적 공백이라는 이 글의 핵심 주장을 입증하고, 나아가 이런 공백에 의해 비가시화된 시민의 세계구축적 실천을 재조명하는 4장에서의 작업을 위한 토대를 마련한다.



# 제 1 절 낙태 법제 형성과 낙태죄 논쟁의 역사

## 1. 한국의 낙태 법제 형성 과정

2019년 헌법재판의 대상이 된 조문은 형법 제269조 1항과 제270조 1항이다.<sup>29)</sup> 다만, 한국에서 임신중단을 규율했던 법은 형법에 국한되지 않고, 모자보건법 제14조<sup>30)</sup>에서 예외적 허용사항을 규정했다. 이는 여성이 임신중단 시, 모자보건법이 허용하고 있는 사유에 해당하고, 배우자의 동의를 얻고, 임신 24주 이내였으며, 의사에 의한 수술을 받는 요건을 모두 지킨 경우에만 형법이 정한 자기낙태죄로 처벌받지 않는 구조다. 여성이 모자보건법의 허용사유를 지키지 않은 임신중단 수술을 받았

---

29) 형법(1995. 12. 29 법률 제5057호로 개정된 것) 제27장 낙태의 죄, 제269조(낙태)

① 부녀가 약물 기타 방법으로 낙태한 때에는 1년 이하의 징역 또는 200만 원 이하의 벌금에 처한다[자기낙태죄]. ② 부녀의 촉탁 또는 승낙을 받아 낙태하게 한 자도 제1항의 형과 같다[동의낙태죄]. ③ 제2항의 죄를 범하여 부녀를 상해에 이르게 한 때에는 3년 이하의 징역에 처한다. 사망에 이르게 한 때에는 7년 이하의 징역에 처한다[동의낙태치사상죄]. 제270조(의사 등의 낙태, 부동의낙태) ① 의사, 한의사, 조산사, 약제사 또는 약종상이 부녀의 촉탁 또는 승낙을 받아 낙태하게 한 때에는 2년 이하의 징역에 처한다[업무상동의낙태죄]. ② 부녀의 촉탁 또는 승낙 없이 낙태하게 한 자는 3년 이하의 징역에 처한다[부동의낙태죄]. ③ 제1항 또는 제2항의 죄를 범하여 부녀를 상해에 이르게 한 때에는 5년 이하의 징역에 처한다. 사망에 이르게 한 때는 10년 이하의 징역에 처한다[업무상/부동의 낙태치사상죄]. ④ 전 3항의 경우에는 7년 이하의 자격 정지를 병과한다.

30) 모자보건법(2009. 1. 7. 법률 제9333호로 개정된 것) 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 또는 유전학적 정신장애나 신체질환이 있는 경우 2. 본인이나 배우자가 대통령령으로 정하는 전염성 질환이 있는 경우 3. 강간 또는 준강간에 의하여 임신된 경우 4. 법률상 혼인할 수 없는 혈족 또는 인척 간에 임신된 경우 5. 임신의 지속이 보건학적 이유로 모체의 건강을 심각하게 해치고 있거나 해칠 우려가 있는 경우

을 때, 여성의 부탁이나 승낙을 받았다 하더라도, 의사는 공범으로서 업무상동의낙태죄로 처벌된다. 또한, 형법 제270조 1항이 규정한 바와 같이 의사, 한의사, 조산사, 약제사 또는 약종상(이하 의사 등)이 아닌 이가 임신중절 수술을 한다면, 이는 동의낙태죄로 처벌된다. 더불어 시민의 노동과 건강보험, 상속의 측면에서 임신중단을 규제하는 법률 및 행정명령들<sup>31)</sup> 또한 임신중단에 관한 법 체계의 일환이다(이은진 2020). 낙태와 관련한 법 체계에서 논쟁이 되어온 내용은 여성이 스스로 임신중단을 결정하는 것이 처벌 대상인지의 여부다. 여성의 동의 하에 임신중단 수술을 행한 이가 처벌받는 것은 여성의 임신중단 결정이 허용되느냐 아니냐의 여부에 달린 것이기 때문이다.<sup>32)</sup>

학계에서는 한국에서 여성이 스스로 낙태하는 행위가 범죄로 규정된 이유를 추적해 왔다. 이를 간략히 소개하자면 다음과 같다. 일제강점기에 시작된 자기낙태의 범죄화는 일본이 프랑스, 독일 형법을 모방하여 들여온 것이 식민지 조선에도 동일하게 영향을 미친 것인데, 그 배경에는 인구증가가 근대화와 군국주의 출생증강 사상에 의해 공익화되는 과정이 있었다(전효숙·서홍관 2003). 해방 이후, 1953년 형법이 제정되는 과정에 자기낙태는 다시금 논쟁의 대상이 되었는데, 식민지 일본의 법 해석과 유사하게 ‘인구증가를 통한 국력강화’란 국가주의적 근거가 자기낙태를 범죄화하는 핵심적 근거였다(신동운 1991). 자기낙태를 원칙적으로 금지하나, 허용 사유를 두는 이원적인 구조를 갖게 된 것은 196-70년대로, 이는 박정희 정권이 민족주의적 가부장제를 유지하면서도, 경제발전을 위해 인구억제를 국책사업으로 삼은 것에서 비롯되었다(이은진

---

31) 대표적으로 「근로기준법」 제74조 제3항은 불법 인공임신중절을 유산 및 사산 휴가의 청구사유에서 배제하고 있다. 각종 공무원 규칙들에서도 유사한 내용을 발견할 수 있다. 건강보험의 경우, 「국민건강보험법」은 불법 인공임신중절에 대해 진료비 지급과 향후 부가급여 실시를 금지하고 있다. 상속의 경우, 민법에서 불법 인공임신중절술을 받는 것을 상속 결격사유로 볼 근거를 제공하고 있다. 관련한 자세한 법조문과 내용은 이은진(2020) 참조.

32) 2017헌바127 사건에 대해 “청구인, 청구인측 대리인단, 이해관계인 법무부, 헌법재판소 모두 제269조 제1항이 위헌인 경우 제270조 제1항도 당연히 위헌이 되는 관계에 있다”고 동의하였다(이은진 2020, 81).

2017; 신유나·최규진 2020). 박정희 정권은 인구억제를 통한 경제발전 논리와 인구통제정책 시행시 제공되는 서구의 원조를 배경으로 가족계획사업을 추진했으나, 그 목표치는 자기낙태죄가 허용하는 피임만으로는 도달할 수 없는 수치였다(배은경 2012; 지승경 2019). 그러나 낙태 합법화나 “경제적 사유 허용”은 예산 부족과 정권 정당화의 일환이었던 미풍양속 유지를 통한 전통적 가치 수호와 배치되어 무산되었다(이은진 2017; 신유나·최규진 2020, 177). 이런 모자보건법 제정 배경은 당시 여성들에게 자기낙태는 가족계획사업을 통해 개인이 합리적으로 가족 수를 조절하도록 부과된 의무를 수행하는 방법인 동시에, 국책사업과 별개로 발각시 자신이 책임을 져야 하는 범죄였다(배은경 2012). 결국, 성도덕 규율과 태아의 생명 존중은 50년대부터 언급되어 왔으나, 민주화 이전의 낙태 존치 및 폐지론의 핵심적인 논의 사항은 ‘가부장적 사회질서를 유지하면서도 낙태 효과를 얻는 방법’에 대한 것이었다(배은경 2012; 이은진 2017; 류민희 2018; 신유나·최규진 2020). 인구정책적 관점이 낙태와 관련한 법 체계의 의미를 구성하는 데 핵심적이었다는 것은 모자보건법에 속해 “생산성 있는” 국민을 나누는 우생학적 요인으로도 드러난다(황지성 2018, 222).

이와 같은 한국의 자기낙태 범죄화 역사는 서구의 ‘프로라이프 대 프로초이스’ 구도가 한국의 자기낙태와 관련한 사회적 상황과 논쟁을 드러내는 적절한 재현방식이 아니라고 비판하는 핵심적 근거다. 이은진(2017)은 자기낙태죄가 태아의 생명보호를 보호법익으로 둔다는 해석은 관련 법규를 입법하는 과정에서 범죄의 의미를 구성하는데 있어 유의미하지 않았다고 지적한다. 생명존중 사상이 자기낙태죄 의미 구성에 유의미한 위치를 차지하게 된 것은 1990년대 후반 국가의 인구정책 기조가 인구감소로 인한 경제위기 대응, 저출산 대응, 성비불균형 해소로 바뀌면서다.<sup>33)</sup> 지난 정권이 피임과 낙태를 경제발전을 위한 시민적 의무로 규정할 것을 뒤집어야 하는 정책적 필요로 인해 태아의 생명권 담론이 적

33) 1996년 문민정부는 “신(新)인구정책”의 근거를 출생률 감소, 노령화 진행, 성비 불균형으로 인한 노동인력 감소로 제시했다(경향신문 1996; 신유나·최규진 2020 재인용).

극적으로 활용되었다는 것이다(이은진 2017). 대표적으로 낙태근절을 저출산 해법으로 간주한 이명박 정부의 「불법 인공임신중절 예방 종합계획」<sup>34)</sup>을 들 수 있다. 종합적으로 보았을 때 역사적으로 낙태를 규율하는 법 체계가 갖는 의미는 입법과정에서 정부의 정책 기조에 따라 변동하며 구성되어 왔다. 그러나 이전 시기의 흔적이 법제에 지속적으로 남아 인구와 경제발전 논리, 태아의 생명권 담론, 여성의 섹슈얼리티 통제, 우생학적 인구통제 등이 자기낙태죄의 의미를 구성하는 담론으로 작동하고 있었다(이은진 2017).

## 2. 낙태죄 공론화 과정

앞서 낙태죄 형성의 역사에 대해 검토하였다면, 여기서는 자기낙태죄가 2020년 12월 31일 개정 입법 시한 만기로 효력을 상실하기 전까지 정치·사회적 이슈로 공론장에서 논의되어 온 과정을 개괄한다. 우선, 민주화 이전시기 시민사회에서 자기낙태죄와 관련해 경제적 사유를 허용할 것을 주장한 활동으로는 1970년대 여성운동이 있다. 당시 여성운동은 정부의 정책 기조를 적극 활용해 인류와 국가를 발전시키기 위해 경제적 사유의 낙태를 합법화해야 한다는 주장을 펼치기도 하였으나, 앞서 보았듯 법개정으로 이어지지는 않았다(김혜경 2015). 이후 자기낙태죄에 대한 논의가 공론장에 대대적으로 등장한 것은 1992년 노태우 정권의 형법 개정안<sup>35)</sup>에 대한 종교계의 반발이었다. 1992년 천주교계는 해당 개정안

---

34) 2009년 이명박 대통령이 표명한 낙태 해결 의지와 대통령 직속 미래기획위원회에 의해 제시된 저출산 해법으로써의 낙태근절은 2010년 2월 「불법 인공임신중절 예방 종합계획」 발표로 구체화 되었다. 계획의 핵심적 목표는 “생명존중 사회”를 구축하는 것이었다(보건복지부 2010).

35) 1992년 형법개정안 중 낙태의 죄와 관련한 내용은 모자보건법의 인공임신중절 허용 한계 조항을 폐지하고, 이를 낙태의 허용 범위로 형법에 포함시키는 것이었다. 이 과정에서 허용 범위에 변경이 있었는데, 낙태를 허용하는 질환 변경, 낙태를 허용하는 성범죄 범위 확대, 허용 주수 축소, 배우자 동의 조항 삭제였다(이기현·정현미 1996).

이 낙태를 사실상 허용하는 것이라며 반대 성명을 발표하고, 1백만여 명의 서명을 받아 국회에 제출했다.<sup>36)</sup> 기독교계는 기존 낙태 반대 운동을 해온 22개 단체들이 모여 1994년 ‘낙태반대운동연합’을 결성했다.<sup>37)</sup> 이후 2000년대에도 천주교계, 기독교계는 낙태의 허용한계를 규정한 모자보건법을 폐지 혹은 개정하여 낙태를 원칙적으로 금지하거나, 허용 범위 축소를 주장해왔다.<sup>38)</sup>

2009년 일부 산부인과 의사들이 ‘프로라이프 의사회’를 결성하고 생명존중을 위해 “불법 낙태 시술 중단”을 선언하였다.<sup>39)</sup> 2010년 2월 이들은 불법낙태를 적극적으로 단속할 것을 사법당국에 요구하며 인공임신중절을 시술하는 병원에 대한 검찰 고발을 진행했고, 이에 정부 당국은 낙태에 대한 처벌 강화의 움직임을 보였다.<sup>40)</sup> 당시 언론이 조명한 사태의 다른 측면은 낙태수술을 중단하는 산부인과들이 늘어나자, 낙태상담이 증가하고, 수술비가 이전에 비해 열 배가량 증가하자 해외로 원정낙태를 가는 상황이었다.<sup>41)</sup> 이에 2010년 3월 ‘임신출산결정권을위한네트워크’<sup>42)</sup>가 결성되어 “여성의 임신 출산 및 몸에 대한 결정권 선언식”을 통해 정부의 억압적인 조치를 반박했다. 이들은 여성이 사회경제적 이유로 낙태를 선택할 수밖에 없는 상황에 내몰리는 것이 현실이기에, 낙태한

36) 가톨릭신문. (1992.11.29.). “[92결산시리즈] (1) 낙태반대 1백만서명운동”

37) 일관적이지 않으나 기독교계는 반공과 경제개발을 사명이자 축복으로 여기고, 교리를 적극적으로 해석해 1960-70년대 가족계획 사업에 적극적으로 참여해왔던 역사가 있다(윤정란 2008; 나영 2018).

38) 각각 천주교 마산교구청의 2000년 「모자보건법 개정에 관한 청원」, 낙태반대운동연합의 2001년 「모자보건법 개정에 관한 입법 청원」이다. 자세한 내용은 정현미(2004) 참조.

39) 이은진(2020)은 이들이 종교적 이념을 표방하지 않는다고 했으나, ‘프로라이프 연합회’가 종교계의 지원에 많은 부분 의존하고 있으며, 이들의 활동이 종교단체를 통해 이루어지는 경우가 대부분임을 지적했다.

40) 한겨레. (2010.2.3.). “불법 낙태 처벌” 논란 점화”

41) 데일리메디. (2010.7.19.). “우려했던 원정낙태 현실로 ... 여성들 중국행”

42) 2013년 마지막으로 네트워크의 이름으로 활동한 때까지 변동이 있었으나, 주요 단체로는 다함께여성위원회, 민주노동당여성위원회, 사회주의노동자정당건설공동실천위원회, 전국여성연대, 지구지역행동네트워크, 한국성폭력상담소, 한국여성민우회, 한국여성의전화, 건강과대안젠더와건강팀이 있다.

여성을 처벌하지 말고, 모자보건법의 허용사유에 사회경제적 사유를 포함시킬 것을 요구했다.<sup>43)</sup> 2010년을 전후로 한 낙태죄에 대한 양측의 문제제기는 2012년 헌법재판소의 낙태죄 위헌소송 합헌 결정으로 마무리되는 듯 보였다.

공론장에서 낙태죄에 대한 논쟁이 다시 두드러진 것은 2016년 9월 보건복지부의 낙태 처벌 강화 입법예고<sup>44)</sup>였다. 이에 대한산부인과의 사회가 강력하게 반발하며 낙태 수술을 전면 중단하겠다고 선언하자, 2016년 전국에서 ‘검은 시위’를 포함한 다양한 집회가 열리며 여성이 정부와 의사들 간 이해다툼의 불모가 되었다며 항의했다.<sup>45)</sup> 낙태시술 처벌 강화를 백지화 하는 보건복지부의 수정안<sup>46)</sup>에도, 사회운동은 낙태죄 폐지를 비롯한 더욱 포괄적인 재생산권의 보장을 요청하는 방향으로 커져갔다. 이를 단적으로 보여주는 사례는 2017년 10월 ‘낙태죄 폐지 및 미프진 합법화’ 청와대 국민청원에 23만 명 이상이 참여한 것이다.<sup>47)</sup> 이에 천주교계는 2017년 12월과 2018년 2월 낙태죄 폐지 반대 100만인 서명운동을 벌여 서명지와 탄원서를 헌법재판소에 제출하기도 했다.<sup>48)</sup>

앞서 살펴본 바와 같이, 헌법재판소의 자기낙태죄에 대한 헌법불합치 결정은 2020년 12월 31일까지 개선입법을 하도록 요구했으나, 헌법재판소 결정이 자기낙태에 관하여 국가의 원칙적 금지 내지는 규제를 허

---

43) 한겨레. (2010.3.5.). “출산·낙태 결정권을 여성에게”

44) 보건복지부는 「의료관계 행정처분규칙」 일부개정령(안) 입법예고를 통해 비도덕적 진료행위의 범위를 구체화하고, 행정처분이 가능하도록 처분기준을 상향 조정할 것이라 공고하였다. 이때 비도덕적 진료행위 8종에 “모자보건법 제14조 1항을 위반하여 임신중절수술을 한 경우”가 삽입되었다(보건복지부 2016a).

45) 여성신문. (2016.10.15.). “‘내 자궁에 간섭마’ 서울 도심서 열린 한국판 ‘검은 시위’”

46) “[보도자료] 비도덕적 진료행위 위해 정도에 따라 자격정지 기간 세부화”에는 대한의사협회의 평가, 의료 관계자와의 면담이 강조되어 있고, 불법 인공임신중절시술을 기재하는 것은 기존 법을 따랐을 뿐이라는 설명이 있다(보건복지부 2016b).

47) 청와대 국민청원. “낙태죄 폐지와 자연유산 유도약(미프진) 합법화 및 도입을 부탁드립니다.”

48) 연합뉴스. (2018.2.13.). “천주교 낙태죄 폐지 반대서명에 100만5천여명 참여”

용했는가 여부에서 해석이 나뉘고 있다. 이로 인해 현재 국회에서 계류 중인 입법안도 형법의 ‘낙태의 죄’를 삭제하는 형태와 형법의 자기낙태죄를 유지하고 임신중절 허용 주수를 관리하는 형태로 나뉘고 있다. 문제는 헌법재판소의 취지를 반영한 정책을 마련하면 해결되는 문제로 이 대화의 부재를 표상해서는 의사결정 층위에서 토의가 재개될 수 없다는 것이다. 다음 절에서는 임신중단과 관련한 토의가 부재한 원인으로 임신중단을 의사결정 층위에서 어떻게 재현해 왔는지를 보인다.

## 제 2 절 자기폐쇄적 재현 양태와 정치적 공백

### 1. 임신중지에 관한 제도적 재현 양태

시민사회에서는 자기낙태죄와 관련해 태아의 생명권과 여성의 선택권이 대립하는 구도가 적합하지 않고, 재생산의 의미에 대한 투쟁이 이루어졌음에도, 의사결정층위와 언론은 한국의 임신중단을 생명-선택 구도를 통해 조명해 왔다. 그 양상은 첫째, 헌법재판소의 헌법 해석 권위를 근거로 정책 결정을 정당화하기, 둘째, 프로라이프와 프로초이스 사이 민감한 갈등으로 자기낙태죄를 둘러싼 사회적 갈등을 의미화하여 자기낙태죄와 관련한 해결이 시기상조라 하기, 셋째, 사회의 논의는 프로라이프와 프로초이스로 극심한 갈등 상황에 놓여 있으므로 전문적 시각을 통해 합리적 해법을 찾을 필요성 강조하기로 드러난다.

2012년 헌법재판소의 결정에서 드러난 ‘생명권과 여성의 자기결정권이 충돌하는 관계에 놓이며, 태아의 생명권이 공익’이라는 구도는 2019년 헌법재판소의 결정에도 완화된 형태로 녹아있다. 물론, 임신·출산·육아가 여성의 삶에 근본적이고 결정적인 영향을 미치는 문제이며, 임신한 여성의 임신 유지 혹은 종결의 결정은 스스로 선택한 인생관·사회관을 바탕으로 자신이 처한 여러 상황에 대한 깊은 고민을 한 결과를 반영하는 전인적 결정임을 인정하고 있다. 이는 “임신한 여성과 태아 사

이의 특별한 관계”를 고려했기에 가능했다. 헌법불합치 결정과 단순 위헌 결정은 임신한 여성과 태아가 서로 독립적이면서도 의존적인 관계를 형성하고 있으며, 예외적 사정이 없는 한 그들의 이해관계는 일치한다고 설명하며, 모든 낙태갈등 상황이 “가해자 대 피해자” 관계로 고정될 수 없다고 지적한다. 그러나 동시에 “국가의 입법조치를 매개로 하여” 태아의 생명권과 여성의 자기결정권은 대립관계에 놓인다. 이때 자기낙태죄 조항을 공익인 태아의 생명을 보호하기 위한 것으로 그 입법목적이 정당하다고 인정하고 있으므로 국가의 입법조치는 정당하다. 다만 한 법익을 위해 다른 법익을 희생하지 않는 “실제적 조화의 원칙”에 따라 양 법익을 “최적화할” 수 있는 해법이 요청된다.<sup>49)</sup> 이 결정에서 헌법재판소는 자기낙태죄가 여성의 삶을 제약하는 여러 면모를 기술하고 있음에도, 자기낙태죄가 침해하는 여성의 기본권을 자기결정권으로만 구성했다. 이는 다시금 공익인 태아의 생명권과 사익인 여성의 자기결정권 사이 비교를 자기낙태죄에 대한 주요한 접근방식으로 남겨두게 된다(이은진 2020).

헌법재판소가 자기낙태죄를 조명하는 생명-선택 구도는 행정부, 입법부, 사법부를 비롯한 정책결정기구의 행동반경을 좁혔다. 그 구도가 타당하지 않다는 문제제기에 대해 정책결정기구는 헌법재판소의 헌법 해석 권위를 근거로 어떤 추가적인 설명이나 대응을 하지 않았다. 2016년과 2018년 보건복지부가 낙태시술을 비도덕적 진료행위로 규정한 입법안은 시민사회의 대대적인 비판을 받고 철회될 때조차 “현행법상 형사처벌 대상”이란 말을 반복할 뿐이었다.<sup>50)</sup> 법원의 경우 2014년과 2017년 위헌법률심판제청신청을 기각하며 헌법재판소의 판결을 반복했다.<sup>51)</sup> 2019년 자기낙태죄에 대한 헌법재판소의 결정 이후, 국회에는 국민동의청원의 형태로 “낙태죄 전면폐지와 여성의 재생산권 보장에 관한 청원”이 제출되었다.<sup>52)</sup> 청원은 자기낙태죄가 침해하는 여성의 기본권을 헌법재판소의

49) 헌법재판소. (2019.4.11.). 2017헌바127사건 결정.

50) 보건복지부. 2016b. “[보도자료] 비도덕적 진료행위 위해 정도에 따라 자격정지 기간 세부화”

51) 의정부지방법원. (2014.09.17.) 선고 2014초기1042 판결.

52) 국민동의청원 검토보고. (2021.2.). 보건복지위원회



결정에서 언급된 자기결정권에 더하여 건강권의 측면을 강조하며 법의 관점을 성, 재생산권으로 전환할 것을 요구했다. 그러나 이에 대한 국회 보건복지위원회의 검토는 태아의 생명보호와 임신한 여성의 자기결정권과의 조화와 균형이 헌법재판소의 결정 취지였음을 언급하는 것으로 끝맺는다.<sup>53)</sup> 무엇보다 입법의 방향성과 정당성의 근원은 오직 헌법재판소의 해석 위에 성립하는 것으로 이해된다. 이는 자기낙태죄의 헌법불합치 결정 이후 입법공백 상황에 대해서도 동일하게 적용된다.

서정숙 위원: 장관님, [...] 낙태죄가 헌법재판소·정부·국회의 의지로 완전히 폐지된 것입니까, 아니면 입법공백 상태입니까?

보건복지부장관 권덕철: 입법공백 상태입니다.

서정숙 위원: 입법공백 상태지요. 그러니까 조항의 효력이 상실한 것이므로 현실적으로 폐지와 같은 상황이 지금 벌어지고 있지만 국회 입법 논의가 진행 중인 사항으로 입법공백 상태가 맞는 것이고, [...] 장관님, 헌법재판소의 헌법불합치 판결취지가 여성의 자기결정만 오롯이 인정하고 낙태죄의 전면폐지를 의도한 것이 맞습니까?

보건복지부장관 권덕철: 그렇지는 않습니다.

서정숙 위원: 그것은 아니지요. 장관님 옳으신 생각을 갖고 계신 것 같습니다.<sup>54)</sup>

또한, 태아의 생명권과 여성의 자기결정권이 서로 충돌한다는 구도는 사회적 갈등을 프로라이프와 프로초이스 사이 극심한 가치 갈등으로 묘사하는 것을 사실적 기술의 형태로 만드는 효과를 가졌다. 심원한 가치 갈등은 합의의 부재와 동일시 되었다. 이는 시민이 경험하는 고통에 대한 표현, 항의가 권리의 침해에 대한 문제제기 대신 이해관계의 마찰을 드러내는 지표로 표상되게끔 했다. 대표적으로 한국여성민우회는 2010년 6월 보건복지부의 종합계획과 처벌 위주 정책이 여성의 안전권 및 생존권 등의 인권을 침해하고 있다는 내용으로 진정서를 제출했다. 인권위는 해당 진정에 관한 결정을 “민감한 이슈”라는 이유로 5개월간 보류하다 “특정한 대상이 없고 입법의 문제로 진정 조건에 맞지 않는다”

53) 위의 글, 87면.

54) 국회회의록. (2021.2.17.). 제384회-보건복지제1차, 97면.

며 진정을 각하했다.<sup>55)</sup> “각하 결정은 법과 정부 정책의 문제를 제기할 가능성과 해석의 여지를 봉합해버렸다”는 한국여성민우회의 논평은 정치적 문제제기가 가치 갈등으로 치환되어 제도로 수용되는 상황을 잘 보여준다.

나아가 합의가 부재한 심원한 가치 갈등이란 상황 인식은 정치과정에서의 이해관계 조정이 아니라 오히려 법학적·의학적 전문지식에서 합리적 균형점이 찾아지는, 답이 있는 문제로 가정되었다. 이는 시민사회의 가치 갈등이 전문 지식에 대한 무지에서 비롯되었다는 전제가 프로라이프-프로초이스 구도에 내재함을 보여준다. 2011년 보건복지부와 연세대학교 보건대학원은 「전국 인공임신중절 변동 실태조사」에서 임신중절과 관련한 각계 전문가를 대상으로 심층면접조사를 실시했다. 보고서는 여성계의 입장을 ‘선택권’ 논의로 가두고, 종교계의 입장과 화해할 수 없는 차이가 있는 것으로, 반면 의료계와 법조계는 현실적 조화와 중용을 대변하는 견해로 서술한다. “여성계는 인공임신중절 허용과 관련하여, 완전 허용에 근접한 입장을 보였고, 종교계는 [기존모자보건법과 유사한 허용사례에만] 구체화하여 허용하는 입장이었다. 의료계와 법조계는 모자보건법을 더욱 구체화, 현실화할 필요가 있다는 입장을 재확인하였다”(손명세 외 2011, 요약문 5면). 유사한 이해방식을 2017년 낙태죄 폐지와 자연유산 유도약 도입을 요청한 청와대국민청원에 대한 답변에서도 확인할 수 있다. 답변에서 시민사회의 낙태죄 논쟁은 “태아의 생명권”, ‘여성의 자기결정권’ 둘 중 하나만 택해야 하는 제로섬”, “태아vs여성”, “전면 금지 vs 전면 허용”으로 표상된다. 이에 대한 해법은 “둘 다 우리 사회가 지켜나가야 할 소중한 가치”이므로 “새로운 균형점”을 찾는 것으로 제시된다.<sup>56)</sup> 앞서 4장에서 살펴본 낙태죄 폐지 운동과 낙태죄 폐지 반대 운동의 논의가 재생산을 중심으로 변화되는 과정이 2016년을 전후로 진행되었음을 고려한다면, 정부의 답변은 프로라이프-프로초이스 구도로 실제 시민사회 논쟁을 덮어 가리고 있음을 알 수 있다. 나아가 새

55) 한국여성민우회. (2010.11.23.). “인권위 ‘낙태 진정’각하 결정에 대한 논평.”

56) 청와대 국민청원. “낙태죄 폐지와 자연유산 유도약(미프진) 합법화 및 도입을 부탁드립니다.”

로운 균형점을 찾는 과정에 시민사회의 행위자들은 생명 혹은 결정권, 태아 혹은 여성을 논하는 이상 “논의를 진전시키기 어려[우므로]” 토의 참여자로서 자격을 잃는다.

이처럼 생명권과 선택권의 충돌로 임신중단에 관련한 시민들의 삶을 재현하는 방식은 정책결정기구가 극심한 가치 갈등으로 합의하지 못하는 시민사회를 대신하여 미래에 다가올 생명권과 선택권 사이 합리적 조화를 찾는 동안, 현재 문제가 되는 차별과 억압에 반응하지 않는 것을 정당화한다(Brendese 2014). 이 재현방식이 생명권과 선택권의 충돌을 전제하는 이상, 언제까지나 사회적 갈등은 극심하고, 합의는 요원하다. 사회적 합의를 모아 시민사회가 수궁할 수 있는 균형점과 조화를 찾는 사건은 언제나 ‘미래’에 놓여 있는 것이다. 이런 점에서 생명권과 선택권의 충돌 구도를 통해 한국의 임신중단과 관련한 사회 현상을 이해하는 것은 변화가 없는, 폐쇄적이고 자기완결적인 재현 방식이다.

## 2. 정치적 공백으로 재표상하기

하지만 시민사회의 낙태죄 논쟁은 단지 심원한 가치 갈등이 아닌, 보다 근본적으로 정치적 논쟁이었다. 시민사회 주체들은 자기낙태를 처벌하는 것과 관련해 사회 내에서 재생산이 갖는 의미, 국가의 신체에 대한 통제, 도구화, 태아 존중과 성도덕 등 다양한 논점을 제시하며 이 사안이 갖는 통합성을 강조한다(이은진 2020). 이들이 합의할 수 있는 바가 있다면, 임신, 임신중단, 출산, 양육이 태아와 모체 사이에서만 발생하는 사적인 일 혹은 모든 인간이 동일하게 경험하는 자연적 현상이 아니라, 사회와 국가가 결부된 사회적 사건이라는 점이다. 다양한 주체들은 그 내용은 다를지라도 재생산을 ‘우리의 일’, 즉 정치공동체의 일이라 의미화 하고 있다. 낙태죄 폐지 운동은 자기낙태죄가 “여남평등의 헌법이념”에 맞지 않게 임신중단을 “여성 집단 전체에게 부과된 족쇄”로 사회적 의미를 유지해 왔고, “피지배계급의 낙인”으로 작동해 왔음을 지적했다.<sup>57)</sup> 또, “낙태가 죄라면 범인은 국가다”란 슬로건에서 드러나듯 임신중

단을 형법상 범죄로 간주하는 것이 사회에서 다양한 소수자에 대해 차별과 폭력을 양산해 왔음을, 그래서 ‘우리가 “잘못된 권력의 개입에 대항”해야 함을 주장했다(나영정 2018, 287). 낙태죄 폐지 반대 운동 또한 “성관계, 피임, 임신, 출산, 육아 그리고 낙태 고민 등의 짐을 여성 혼자 감당하도록 [우리가] 방관치 말아야” 하는데, 그 이유는 “여성에게만 책임지우는 [사회·국가의] 구조”가 태아의 생명을 보호하는 낙태법 폐지를 외치게 하기 때문이다. 그러므로 같은 사회 구성원인 “남성에게도 양육에 있어 똑같이 책임을 부과하는 법을 만들어야”하며, “이게 바로 법의 존재 이유”라 주장한다.<sup>58)</sup> 재생산의 책임을 정치공동체 구성원이 동등하게 나누어야 한다는 것이다. 즉, 재생산과 관련해 시민이 경험해야 하는 고통은 ‘불운한 사건’이 아니라 재생산과 관련해 시민 사이의 위계를 나누어 특정한 재생산을 특권화하는 정치적 사건이자 정치적 차별이며, 이는 정치적 결정에 대한 문제제기로 이어진다.

그러나 태아와 여성 사이의 기본권 충돌에 근거한 ‘프로라이프와 프로초이스의 가치갈등’ 혹은 ‘종교계와 여성계의 갈등’은 자기낙태죄와 관련한 사회적 문제들을 우리 전체의 문제가 아닌, 부분의 문제로 재현하는 방식이다. 이런 재현 방식이 우리 전체의 문제가 아닌 것으로 인지되는 이유는 우리가 반응할 수 없는 것으로 느껴지기 때문이다. 공동의 세계에 일어나는 사건에 반응하기 위해서는 ‘그 사건에 내가 반응하는 것’이 이치에 맞아야 한다. 그러나 만약 사건이 나와 관계 없는 것으로, 감지할 수 없을만큼 가깝거나 먼 것으로, 과학적 관찰대상으로 의미화되어 내가 반응“할 수 없는” 것으로, “어떻게” 반응할지 상상할 수 없는 것이라면 우리는 사건에 반응하지 못한다(Markell 2006, 12). ‘프로라이프와 프로초이스’로 사건이 표상될 때 자기낙태죄에 대한 정치적 문제제기에 우리가 반응할 수 있게 하는 주변의 맥락들은 침식된다. 여성과 태아가 갖는 특별한 의존관계, 국가의 인구·경제정책적 이해에 의해 태아와 여성 모두 수단으로 취급받아온 역사, 공동체의 재생산은 공적 문제이며 그 책임을 일부가 져야 하는 문제 등은 임신중단이 여성의 신체에 대한

57) BWAVE. (2019.2.14.). “헌법재판소의 낙태죄 위헌 결정을 촉구한다”

58) 기독교일보. (2019.3.18.). “여성과 태아 모두 보호되어야 합니다”

자연적 문제가 될 때 우리에게 너무나 먼 것으로, 과학적이고 합리적 문제 해결 방법이 있는 것으로, 그래서 나와 관계 없는 사건으로 자기낙태죄의 문제를 의미화한다. 나아가, ‘종교계와 여성계의 갈등’은 사건을 “속성에 맞추어(generically)” 경험하게 한다. 그들이 중요성을 역설하는 문제들은 그들이 그 범주에 속하기 때문이므로, 내가 그 범주를 공유하지 않을 때 그 사건은 나에게서 의미를 잃는다. 결국, 그들의 일로 사태를 의미화하는 것은 정치적 문제제기를 탈정치화한다.

정치적 현실에 대해 여러 재현이 가능하고, 또 가능해야 한다. 그러나 동시에 정치적인 표상은 타인의 개입과 반응이 가능해야 한다. 이런 점에서 임신중단과 관련한 제도적 재현 양태는 여러 재현 방식들 사이의 대화, 교류를 차단한다는 문제를 갖는다. 앞서 서술한 바와 같이 이는 개입할 여지가 없는 자기완결적 재현이자, 자기낙태죄의 논쟁에 대한 다른 재현방식에 시민들이 반응할 수 없도록 혹은 시민들이 사건에 대해 새로운 재현을 형성할 수 없도록 시민과 사건의 연결고리를 끊는다. 다른 재현방식들은 탈정치화 되고, 특수화되기 때문이다. 정치공동체에 대한 논의, 주장들을 특수화하는 것은 사람들을 공동의 세계로부터 분리하는 것이다. 세계를 통해 연결되고 분리되는 것이 아니라 자신과 타인, 자신과 세계를 연결짓고자 하는 시도가 가로막힘으로써 이 시도는 어떤 응답도 없는 혼자만의 메아리가 된다. 이는 시민에게 공동의 세계에 정치적 행위와 발화로 반응함으로써 정치적 자유를 누릴 기회를 박탈한다.

그러므로 우리가 마주한 “입법공백”은 단순히 자기낙태에 관해 우리 공동체가 어떤 규칙을 세우지 않은 상황이라 할 수 없다. 이 공백은 정치적 공백이다. 사건에 재현 사이의 교류가 없고, 사건을 정치화하는 재현방식들은 제도적 재현에 의해 탈정치화 된다. 오직 하나의 재현방식 만이 자기완결적으로 자기낙태죄와 관련한 정치적 현실을 표상하는 상황에 우리는 놓여 있다. 제도적 재현 방식은 그 자체로 완전한, 변화가 불가능한 재현이다. 여기서 변화는 ‘우리’에 대한 인식의 변화를 의미한다. 이 재현방식을 중립적이고 공정하다고 할 수 없는 것은 우리가 우리

에 대한 인식을 변화시킬 수 없기 때문이다. 우리는 반응을 할 대상을 잃고 있다. 임신중단에 대해 어떤 법적인 보장이거나 규제도 없는 이 “용인할 수 없는 상황”은 좀 더 본질적으로 한 재현방식이 사태에 대한 유일한 이해방식으로 자리잡은 데서 발생한 정치의 공백이다.

### 3. 정치적 공백의 제도적 재생산

앞서 살펴보았듯, 사법심사제도는 공론장의 주제를 헌정적 토의로 바꾸며 사회의 논의들 중 정책과 법률의 헌정적 정당성을 판단하는데 필요한 내용을 중심으로 선별하는 효과를 낳는다. 이 선별 과정은 헌법재판이 갖는 제도적 단순화의 특성이기도 하다(김명수 2019; 조한상·이주희 2020). 분명한 점은 헌법재판에서 다루는 ‘자기낙태죄가 헌법 원칙에 근거해 정당화 될 수 있는가?’와 거시적 정치과정에서 논의되어야 할 ‘재생산이 정치공동체에서 어떤 의미이며, 재생산과 관련해 차별하지 않고 동등하게 대우하는 방법은 무엇인가?’의 질문이 다르다는 것이다.

헌법재판이 자기낙태죄와 관련한 현실을 드러내줄 수 있는 부분이 제한적이라는 것은 본 사례를 통해서도 알 수 있다. 2018년 2017헌바127사건의 공개변론에서 청구인 측 대리인단은 자기낙태죄로 제한되는 여성의 기본권에 ‘재생산권’이란 표현을 사용하지 않았는데, 재생산권 개념에 대한 법학적 논의가 성숙하지 않아 헌법재판에서 논거로 활용하기 어려웠기 때문이다. 대신 한국 헌법상 열거된 권리들 속에 국제적으로 논의되는 재생산권의 내용을 담아내는 방식을 택했다(차혜령 2019). 다만, 시민사회와 운동에서 ‘재생산권’에는 한국의 역사와 상황에서부터 비롯된 차별에 대한 저항과 이를 바꾸어 정치공동체를 변화시키고자 하는 의미가 부여되어 있다. 또한, 자기낙태죄와 관련해 문제시 된 부분은 사회에서 재생산이 갖는 의미가 성별, 연령, 소득계층, 성적체성, 장애 유무 등에 따라 현격한 차이가 나고, 이 차이가 차별로 이어진다는 점이었다(백영경 2018). 그럼에도 평등과 차이에 대한 논의는 헌법재판소가 자기낙태죄가 여성의 자기결정권을 침해한다고 판단했으므로 침해되는 또 다

른 기본권으로 제시된 평등권에 대해 심사하지 않으므로써 헌법재판 과정에 충분히 반영되지 못했다. 이처럼 사태에 대한 헌법재판의 제한적 재현은 이후 정치과정에서 경합의 대상이자, 보완의 대상이 되어야 한다. 사법심사제도에서 다뤄지지 않았다 해서 시민들이 드러내온 사태의 여타 측면들이 정치적으로도 무의미한 것은 아니기 때문이다.

이론적으로 검토하였듯, 헌법재판소의 민주적 정당성은 헌법재판소에 헌법에 대한 최종적 해석 권위가 있기 때문이 아니라, 시민이 동료 시민에게 자신이 옹호 혹은 반대하는 정책과 법률을 정당화하도록 문제제기를 할 수 있는 제도적 기회를 제공하고, 이에 시민들이 헌정적 원칙에 근거해 응답해야 할 민주적 의무를 구성한다는 점에 있다. 즉, 공적 토의를 개시 하는 측면에 그 정당성이 있다. 또한, 헌법재판의 결정은 헌법을 따르는 공동체에서 기속력이 있으나, 그 본질에 있어서 공론장의 검토에 노출되어 있는 잠정적인 것이다. 이는 헌법재판소가 결정한 바가 모든 정치적 결정을 정당화할 수 없음을 의미한다. 그럼에도 헌법재판의 효과가 인지되지 않고, 헌법재판의 결정의 권위로만 입법안을 정당화하려는 논의들을 앞서 살펴보았다.

태아의 생명권과 여성의 자기결정권이 충돌하며 태아의 생명권은 국가가 보호해야 할 공익이라는 한 가지 재현 방식만이 제도적 층위의 논의를 독점해온 것은 헌법재판의 효과와 더불어 정책결정제도들이 스스로를 정치투쟁에 속하지 않는다 보기 때문이다. 사법심사제도와 정치과정의 관계에 대한 이론 검토에서 시민의 실천을 중심에 놓는다는 것은 정치적 결정에 있어서 시민들의 일반 의지를 모아 모든 문제를 해결한다는 것이 아니었다. 오히려 시민들이 공동의 세계를 드러내는 실천을 행할 때, 다른 사람이 그 실천에 반응할 수 있는 반응성이 제도에 의해 구조화되므로, 그 관점에서 제도의 효과를 고려해야 한다는 것이었다. 제도에 의한 문제 재현방식과 시민의 의지·의견에 대한 표상방식이 적극적으로 정치적 논의에 포섭되어 정치적 판단의 대상이 되었을 때 시민들이 민주적 통제력을 가질 수 있다. 그러나 사례에서 정책결정층위의 제도들은 헌법재판소의 결정 권위에 근거하여 스스로의 위치를 정치투쟁의 외

부에 놓는 자기인식을 보였다. 이는 앞서 분석한 헌법재판소에 의한 사태 이해와 맞물려 어느 누구도 말할 수 없는 상황을 낳고, 그로 인해 헌법재판의 헌법해석 권위 위에 오직 한 가지 사태 재현 방식만이 남는 공백상황을 초래했다.

2019년 헌법재판소의 결정은 생명과 선택의 구도를 통해 문제 상황을 설정하고, 그 균형점을 찾는 것은 입법자의 몫이라는 결정을 내렸다. 그러나 우리가 검토해온 바와 같이 생명과 선택 구도에서 모두를 만족시키는 구체적인 균형은 태아의 생명권이 절대적인 공익이란 전제에 의해 이미 불가능하다(양현아 2010; 김세서리아 2019). 결국 그 구체적인 균형점은 국민의 이름으로 정당화되어야 한다. 이는 헌법재판소가 구체적인 균형점을 찾는 일이 자신의 몫이 아니라 선을 그은 것이다. 입법과정은 다양하게 제시된 입법안들을 검토하고 입법의 방향을 찾아야 하는데, 그 검토의 타당성을 확보해주는 기준은 사회적 합의다. 문제는 사회적 합의를 국회 혹은 정부에서 견인하는 것이 아니라, 자신들의 외부에 놓인 절대적 기준으로 상정한다는 것이다. 법적 논리로 분명하게 명시되지 않는 자기낙태 처벌의 기준선은 결국 사회적 논의를 참조할 것을 요구하는데, 정부는 낙태죄 헌법불합치 결정 이후의 입법안을 마련함에 있어서 “국민인식조사”를 감안했다고 한다.<sup>59)</sup> 이는 정부의 법안에 정당성을 부여하는 바가 공적 토의를 통한 정치적 논의가 아닌 “국민인식조사”와 “국민정서”임을 보여준다. 입법안에 예상되는 문제는 “종교·여성계의 반발”인데, 이들의 문제제기는 “입법예고 시기”조정과 “문체부·여가부”의 주도적 완화 노력을 통해 해결되어야 할, “부분”들의 잡음이다. 시민사회의 문제제기는 다시 프로라이프-프로초이스, 종교·여성의 세력 대치로 탈정치화한다.

이로 인해 어떤 주장도 시민 일반에 대한, ‘우리’에 대한 주장이 될 수 없다. 헌법재판소의 판결과 그 취지를 반영한다는 입법안 외에 어떤 논의도 “여성계를 중심으로 여성의 자기결정권을 보장하기 위하여 낙

---

59) 한겨레. (2020.10.27.). “‘성평등자문위 의견수렴’말뿐 ... 복지부도 낙태죄 입법 일방통행”,



태죄를 폐지하여야 한다는 입장”과 “종교계를 중심으로 태아의 생명권을 보장하기 위하여 낙태를 반대하는 입장”을 벗어날 수 없다.<sup>60)</sup> 누구도 우리와 관련한 무엇을 말할 수 없게 된다. 모두 자기 자신만을 혹은 자신이 속한 범주만을 위한 주장으로 치환되기 때문이다. 태아-여성의 권리가 충돌하기에 그 균형점을 사회적 합의를 통해 찾아야 하나, 사회적 합의가 프로라이프-프로초이스의 갈등으로 요원하다는 흐름은 권리의 충돌과 생명권의 우선성을 전제할 때부터 사회의 어떤 논의도 무가치하게 만들었다는 점에서 자기예언적이다. 절차와 제도가 공적 토의에 미치는 영향력을 고려하지 못한다면 공백은 재생산된다.

---

60) 국회 보건복지위원회. (2021.2.). 모자보건법 개정안 검토보고, 78면.

## 제 4 장 헌정적 토의와 세계구축하기

이 장에서는 시민사회에서 임신중단과 관련한 주장들이 어떻게 발전해왔는지를 살펴보고 그 주장들이 지닌 정치적 함의를 드러낸다. 낙태죄 논쟁에 대한 의사결정 층위의 재현 양태가 기본권의 충돌 구도를 유지하는 것과 달리 시민사회에서는 재생산 기능의 의미로 쟁점이 변경되었다. 이와 같은 변동은 앞서 이론적 논의에서 살펴본 바와 같이 헌법재판으로 시작된 헌정적 토의의 영향에 의한 것이라 볼 수 있다. 또한, 시민들의 정치적 실천은 헌정적 토의 개념에 국한되지 않는 다면적인 성격을 가졌다. 이는 낙태죄 폐지 운동 내부에서 임신중단과 관련한 시민의 삶의 조건에 대한 주장들이 경합하며 재생산권의 주체로 다양한 이들을 포괄하려는 세계구축하기로 나아간 점에서 드러난다. 이 논의들이 갖는 정치적 함의가 성과 재생산을 기준으로 공동체의 구성원들이 차별받지 않는 평등한 정치 공동체의 구축이었다면, 사법심사제도 이후 입법과정에서 정치제도는 이 내용을 공동체 수준의 토의로 반영해야 하는 책무를 갖는다. 이를 반영하지 않고, 비가시화하는 정치적 공백이 유지될 때 임신중단과 관련한 새로운 정책적 결정이 민주적으로 정당할 수 없기 때문이다.

### 제 1 절 2012년 헌법재판소의 낙태죄 합헌 결정과 공론장의 논의지형

자기낙태죄와 업무상 동의낙태죄가 2012년 헌법재판소에서 첫 판결<sup>61)</sup>을 받기 전 공론장에서 낙태죄와 관련한 논의는 주로 ‘법과 현실의 괴리를 어떻게 줄일 것인가’였다. 이는 형법상 원칙적으로 낙태를 금지하고 있음에도 산부인과에서 불법적 낙태시술이 만연하다는 문제의식

61) 헌법재판소 (2012.8.23.) 선고 2010헌바402 결정.

에서 출발한 것이었다(전윤정 2020). 보건복지부의 2005년, 2011년, 2018년 「전국 인공임신중절 실태조사」는 연간 인공임신중절술을 350,590건<sup>62)</sup>, 168,738건<sup>63)</sup>, 49,764건<sup>64)</sup>으로 추정했다. 인공임신중절이 불법인 상황에서 이루어진 조사였으므로 현실과 비교해 과소추정되었을 가능성이 높고, 조사방법 및 대상이 동일하지 않아, 이 추정치를 통해 인공임신중절의 변동을 유의미하게 파악할 수는 없다. 다만, 낙태죄로 기소, 처벌된 수치와 비교시, 관련 법령이 실제적으로 효력을 발휘하고 있다고 보기 어렵다. 2010년 무렵을 제외한다면 낙태 관련 범죄의 기소 건수는 1년에 10건 안팎에 불과하고, 처벌 수위 또한 선고유예가 대부분이기 때문이다(신진화 2012; 이은진 2020, 69-70). 이는 당시 공론장에서 낙태죄가 사문화되어 불법 인공임신중절이 만연하는 ‘무법지대’로 상황을 인지하는 바탕이 되었다. 낙태죄 존재 자체로 사람들이 임신중단을 불법으로 여기게 만들고, 안전한 임신중절 방법과 대책에 대한 접근성이 낮아진다는 점에서 낙태죄가 사문화되지 않았다는 지적도 있었다(이숙경 2005; 양현아 2010). 그러나 대부분의 논의는 높은 인공임신중절율이 낙태죄가 적발, 기소, 처벌로 적용되지 않는 문제에서 비롯된 것이므로, 낙태 관련 현실을 법률이 실질적으로 규율할 수 있어야 한다는 방향으로 흘렀다(전윤정 2020; 이은진2020).

이런 논의는 임신중단과 관련해 대립하는 윤리·도덕적 입장을 넘어 법학적, 의료학적 전문 지식을 통해 타협점을 찾아 입법해야 한다는 문제의식을 공유했다. 이때 윤리적, 도덕적 입장은 프로라이프와 프로초이스였는데, 이 둘의 대립은 임신중단과 관련한 당시 법학적 이해와 맞물려 태아의 생명권과 여성의 자기결정권 사이 충돌로도 묘사되었다.

“낙태에 대해선 크게 두 개의 주장이 맞서왔다. 이른바 프로라이프와 프로초이스다. 태아를 독립적 생명체로 보고 낙태=살인시하는 관점과 여성의 선택권

62) 김해중 외, 『인공임신중절 실태조사 및 종합대책 수립』, 보건복지부, 2005, 362면.

63) 손명세 외, 『전국 인공임신중절 변동 실태조사』, 보건복지부, 2011, 45면.

64) 이소영 외, 『인공임신중절 실태조사』, 보건복지부, 2018, 254면.

을 우선시하는 관점이다.”<sup>65)</sup>

“한쪽에서는 태아의 생명권을, 또 다른 쪽에서는 산모의 자기 몸에 대한 결정권을 우선해야 한다며 서로 팽팽히 맞서고 있다.”<sup>66)</sup>

“낙태의 허용여부는 ‘태아의 생명권’과 ‘임부의 자기결정권’이라는 두 기본권의 충돌이[다].”<sup>67)</sup>

이런 윤리적, 기본권적 충돌 이해에 기반해 전문가들은 “의학적인 부분은 의사의 판단, 사회경제적인 부분은 상담사들의 검증”으로 여성의 판단을 보조해 “좀 더 신중하고 성숙된 판단을 도와주는 제도, 혹은 그걸 설블리 결정할 수 없도록 감시하는” 숙려 제도 등을 제안했다(손명세 외 2011, 167-170). 또한, 어떤 사회경제적 사유를 통해 입법할 것인가는 “임부의 사회적 적응이 태아의 생명보다 우월한 가치인지, 아니면 양자 사이에 적어도 등가관계가 성립할 수 있는지 확인”하는 과정을 통해 결정되어야 한다는 제언으로 이어졌다.<sup>68)</sup> 이와 같은 문제의식이 구체화된 입법안도 국회에서 제안되었는데, 자기낙태죄의 보호법익이 태아의 생명권이므로 낙태에 대한 처벌을 실질적으로 강화하여 법률 적용의 문제를 해소해야 한다는 의안<sup>69)</sup>과 임신중단이 여성 스스로 어찌할 수 없는 상황적 조건에 의해 발생하는 경우 이를 사회경제적 사유로 허용해 법률의 현실성을 높이자는 의안<sup>70)</sup>이다.

헌법재판소 판결 이전 임신중단과 관련한 공론장의 논의를 다음

---

65) 중앙일보. (2009.12.3.). “[이슈진단] 불법 낙태 처벌 앞서 미혼모 지원 인프라부터 갖춰라”

66) 한국경제. (2010.2.19.). “[시사이슈 찬반토론] 낙태, 허용해야 할까요?”

67) 의협신문. (2011.8.19.). “‘낙태죄’ 바람직한 입법을 위한 제언”

68) 세계일보. (2008.2.18.). “낙태 허용기준 완화 ... 어떻게 보십니까?”

69) 의안번호 제1807252호. 2009년 12월 30일 성윤환의원이 대표발의한 모자보건법 일부개정법률안으로, 법률이 낙태를 금지하고 있음에도 낙태 허용 사유에 대한 의사의 독자적 해석에 의해 불법 낙태가 성행하고 있다고 사태를 판단하고, 그에 대한 대응으로 허용 사유에 대한 검증을 강화할 것을 제안했다.

70) 의안번호 제1808153호. 2010년 4월 12일 홍일표의원이 대표발의한 모자보건법 일부개정법률안으로, 불법 인공임신중절 추정 건수와 처벌 현황을 비교하며, 태아와 산모의 생명 모두를 보호할 수 있도록 사회경제적 사유를 추가하고, 상담절차와 숙려기간을 둘 것을 제안했다.

과 같이 정리할 수 있다. 첫째, 태아의 생명권과 여성의 자기결정권은 충돌하는 기본권이나, 태아의 생명을 보호해야 하므로 낙태를 원칙적으로 금지하는 것은 합당하다. 둘째, 불법 인공임신중절의 성행은 법령과 현실 사이 괴리, 예를 들면 여성의 사회경제적 어려움, 산부인과 의사의 자의적 해석, 법 집행의 어려움 등에 의한 것이므로 이를 전문적 지식으로 조율하여 입법해야 한다. 이에 대해 예외적으로 태아의 생명권과 여성의 자기결정권 대결 구도가 여성의 경험과 불일치하고, 한국의 현실과 맞지 않다는 페미니즘 법학계의 지적이 있었다(양현아 2005, 2010; 오승이 2007; 하정옥 2010; 이인영 2010). 위 논의들은 헌법재판소의 판결 이후 헌정적 토의 과정에서 새로운 논의 지형을 그려가는 토양이 되나, 2012년 이전 공론장에서는 지배적인 논의 구도와 비교해 대중적으로 수용되지 않았다.

공론장의 논의 상황을 고려했을 때, 2012년 헌법재판소의 낙태죄 합헌 판결은 태아의 생명권과 여성의 자기결정권 충돌 구도를 명시해주었다. 해당 결정은 자기낙태죄와 업무상 동의낙태죄에 대한 판단이었는데, 4인의 합헌 의견, 4인의 단순위헌 의견으로 이루어졌다. 합헌 의견의 요지는 “자기낙태죄 조항으로 말미암아 임부의 자기결정권이 제한되는 것은 사실이나, 그 제한의 정도가 자기낙태죄 조항을 통하여 달성하려는 태아의 생명권 보호라는 공익에 비하여 결코 중하다고 볼 수 없다”는 것이다.<sup>71)</sup> 위헌 의견의 경우, 낙태에 대한 전면적, 일률적 금지는 생명 발달 단계에 따라 생명을 달리 보호할 수 있고, 낙태죄가 사문화되었으므로 헌법에 위반된다고 보았다.<sup>72)</sup> 그러나 위헌 의견 또한 자기낙태죄 조항을 통해 달성하려는 법익을 공익인 태아의 생명보호로, 이 조항으로 제한되는 사익이 임부의 자기결정권이라 명시한 점에서는 합헌 의견과 동일하다. 즉, 태아의 생명권과 여성의 자기결정권이 충돌하고, 이 둘이 공익과 사익으로 우열이 나뉘는 구도 자체는 2012년 헌법재판소의 판결 입장들에서 공유되는 바라 할 수 있다.

---

71) 헌법재판소 (2012.8.23.) 선고 2010헌바402 결정, 472면.

72) 위의 글, 473면.

## 제 2 절 헌정적 토의: 쟁점의 변화

헌법재판소의 결정은 임신중단과 관련한 공론장에서 자기낙태죄가 헌법에 합치한다는 판단 근거에 대한 검토를 대중적으로 수행하는 계기가 되었다. 이는 라폰트가 언급하였듯, 사법심사제도가 공론장에 미치는 영향으로 헌정적 토의가 이뤄진 것으로 볼 수 있다. 앞서 살펴본 바와 같이 낙태죄 논쟁은 프로라이프와 프로초이스로 프레임되어 있었으나, 헌법재판소의 합헌 판결 논리는 이 구도로 논쟁 지형을 파악할 수 없도록 대중적 담론을 변화시켰다. 이는 당연한 수순이었는데, 헌법재판소에서 태아의 생명권과 여성의 자기결정권이 충돌하는 기본권이고, 태아의 생명권이 공익으로서 우선성을 갖는다고 판시한 것에 대항하기 위해서는 이 구도를 헌법적 원리에 비추어 전면적으로 검토해야 했기 때문이다. 동시에 자기낙태죄에 대한 폐지론의 논의 발전은 폐지 반대론이 헌법재판소의 논리에 머무를 수 없도록 강제하는 측면이 있었다. 특히 자기낙태죄를 정당화하는 논리에 대한 검토는 낙태죄 논쟁이 다시 한 번 헌법재판을 경유했다는 점에서 사회적 논쟁의 상당한 부분을 차지하였다. 이를 사법심사제도를 통해 구성되는 문제제기와 응답의 쌍이 형성되어 가는 과정으로 볼 수 있다면, 공론장의 논의 지형이 프로라이프와 프로초이스의 대립 구도를 벗어나 새로운 쟁점을 중심으로 재편되는 동력의 일부는 사법심사제도의 제도적 효과라 볼 수 있다.

우선, 2012년 헌법재판소 판결의 논증에 대해 시민들은 헌법재판소와 동일하게 기본권과 동등 대우를 바탕으로 질문했다. 헌법재판소 결정문에서 문제가 된 내용은 여성과 태아가 대립하는 구도와 여성의 자기결정권에 대한 설명이었다. 낙태죄 폐지 운동과 낙태죄 폐지 반대 운동은 여성과 태아가 대립 상황에 놓인다는 구도가 모든 여성의 상황과 맥락을 설명하지 않는다고 비판했다. 또한, 낙태죄 폐지 운동은 자기낙태죄로 제한되는 여성의 기본권이 “임신과 출산의 과정에 내재하는 특별한 희생을 강요당하지 않을 자유”<sup>73)</sup>로 국한되지 않으며, 여성의 자기운명결

73) 헌법재판소. 2012/8/23. 선고 2010헌바402 결정, 1584면.

정권 또한 위와 같이 불충분하게 설명될 수 없다고 문제제기했다. 이들의 비판과 문제제기의 근거는 자기낙태죄가 여성과 남성에게 동일하지 않게 적용되어 성차별적이고, 낙태 법제가 전제하는 바가 특정한 섹슈얼리티와 재생산을 특권화한다는 것이었다. 즉, 국가가 자기낙태죄를 통해 공동체의 구성원들을 동등 대우하지 않고, 이는 국가가 보장해야 할 시민의 기본권을 침해한다는 것이다. 이와 같은 질문은 낙태죄 폐지 운동에서 선제적으로 제기되었다.

2012년 이후 한국에서 낙태죄와 관련한 헌정적 토의는 강화된 처벌에 대한 긴급한 대응으로 시작되었다. 2010년 프로라이프 의사회의 낙태시술 병원 고발 사태 이후, 사문화되었던 낙태죄와 관련한 고소, 고발과 처벌이 이어졌다. 2012년 헌법재판소의 낙태죄 합헌 결정 후 이런 경향은 심화되어, 사회에서는 임신중단 시술 비용 상승, 불법적 약물 유통에 원정 낙태가 이슈화되고 있었다.<sup>74)</sup> 낙태죄를 빌미로 한 헤어진 상대 남성의 보복과 협박 사례도 증가하였다.<sup>75)</sup> 이는 낙태죄 폐지 운동에서 헌법재판소의 합헌 논리에 대응하기 위한 법 담론 개발 노력을 야기했다. 대표적으로 의정부지방법원에서 배우자 남성의 고소로 기소된 여성의 임신중단에 벌금형을 선고한 사례<sup>76)</sup>는 2012년 헌법재판이 업무상 동의낙태죄에 대한 헌법소원이었던 것과 달리, 자기낙태죄에 대한 위헌 법률심판제청신청으로 이어져, 자기낙태죄의 위헌성을 법리적으로 구성하는 노력을 야기했다.<sup>77)</sup> 이에 참여했던 변호사와 ‘성과 재생산 포럼’에서 활동하던 변호사 등은 2017헌바127 사건으로 이어진 위헌소원 청구인 변호 대리인단으로도 활동하며, 2016년 확산된 낙태죄에 대한 대중적 문제의식인 태아와 여성의 기본권 대립 구도의 불합리함을 법리적으로 풀

74) 문화일보. (2012.10.30.). “임신 8개월도 수술’ … 中 원정 낙태 기승”

75) 한국여성민우회·공익인권법재단공감. (2013.8.9.). “‘낙태죄’ 법 개정을 위한 연속 포럼 그 첫 번째, 모자보건법 상의 ‘배우자 동의’ 항목의 현실” 발표문.

76) 의정부지방법원. (2013.8.9.) 선고. 2013고단708.

77) 한국여성민우회, 공익인권법재단 공감, 한국성폭력상담소, 한국여성의전화는 ‘낙태로 기소된 여성 공동 변호인단’과 함께 “‘낙태’처벌, 왜 위헌인가?” 토론회를 개최하여 자기낙태죄에 대한 위헌 주장을 구성하기 위한 고민과 전략을 모았다. 한국여성민우회. 2014/5/28. “[연속포럼 후기] ‘낙태’처벌, 왜 위헌인가?”

어나가는 노력을 이어갔다.<sup>78)</sup>

낙태죄 폐지 운동은 서로 다른 주체에 의해 전개되었고, 다른 층위의 주장으로 나뉘지만, 핵심적 공통점은 자기낙태죄가 시민들을 동등한 존재로 대우하지 않는다는 것이었다.<sup>79)</sup> 이들의 논의를 요약하자면 다음과 같다. 자기낙태죄로 제한되는 여성의 기본권을 ‘타인의 간섭을 받지 않고 결정을 내릴 자유’로 표상하는 것은 실제 임신중단에서 많은 상황적 요인과 미래 태아와 여성의 관계를 고려하는 여성의 사유를 반영하지 않는다. 이는 재생산에 대한 여성의 사유를 삭제한다는 점에서 여성을 독립된 주체로 보지 않고, 여성을 재생산 기능으로 환원하는 성차별적 논리다. 나아가 한국 법제에서 태아의 생명에 차등을 두고 있는 상황에서 임신중단에만 국한하여 태아의 생명권의 절대성을 논하는 것은 여성의 재생산을 법적 의무화한다는 점에서 여성의 섹슈얼리티와 재생산을 국가적으로 통제한다.<sup>80)</sup> 또한, 낙태죄를 구성하는 규범들은 건강한 생명을 특권화하여 가임여성, 장애인, 인터섹스, 트랜스젠더, HIV감염인, 청소년, 동성커플에 대한 억압의 일부를 이루고 있다(박종주 2017; 백영경 2018; 세어 2020). 결국, 자기낙태죄는 사회에서 다양한 정체성과 특성을 기준으로 차별을 양산한다는 것이다.

자기낙태죄가 성차별적이라는 논리가 2016년부터 시작된 대중 시위 이후 대중 담론으로 널리 환류되면서 낙태죄 폐지 반대 운동 또한 자신들의 논리를 수정해야만 했다. 이은진(2020)은 2016년 이후 사회의 낙태죄 논쟁을 분석하며 낙태죄 폐지 운동과 낙태죄 폐지 반대 운동이 서로에게 반응하며 발전해왔음을 보인다. 특히, 여성 인권에 대한 담론이

---

78) 차혜령. (2019.5.3.). “낙태죄 위헌소원 변론기”

79) 이은진(2020)은 2016년 이후 낙태죄 폐지 운동의 흐름이 ‘임신중단 전면 합법화 시위 카페 BWAVE’와 ‘모두를 위한 낙태죄 폐지 공동행동’으로 나뉘어 전개되었다고 분석한다. 이들 주체는 인적 구성의 측면에서도 차이가 있었고, 서로 다른 구호와 의제를 갖고 있었다. 특히, 전자는 여성의 재생산 기능, 생물학적 여성 정체성을 중심에 두고 낙태죄와 성별 불평등의 문제를 연계한 반면, 후자는 다양한 정체성의 재생산 문제와 낙태죄를 연결하며 재생산 정의를 운동의 목표로 두었다.

80) BWAVE. (2019.2.14.). “헌법재판소의 낙태죄 위헌 결정을 촉구한다”



2015년 이후 대중적으로 확산되며 태아의 생명권 보호와 그 우선성만을 주장하던 논의에서 벗어나, 낙태죄 존치가 여성의 인권을 보호해야 한다는 문제의식이 낙태죄 폐지 반대론에 자리잡았다.<sup>81)</sup> 보다 구체적으로, 변화한 종교계의 논리는 자기낙태죄가 성차별적으로 받아들여지는 이유로 출산과 양육의 부담을 여성만이 져야 하는 사회적 구조를 지적한다(유성현 2019; 김승주 2020). 자기낙태죄 자체는 여성이 낙태로 내몰리지 않게 저지하며 태아의 생명과 모체인 여성의 인권을 보호하는 역할을 한다는 것이다. 오히려 낙태죄가 사라질 경우 여성만이 낙태에 대한 사회, 경제적 책임을 지게 되어 여성을 사회적으로 더욱 취약하게 한다고 주장한다.<sup>82)</sup>

이 변화에서 특기할 점은 이들이 비록 프로라이프의 이름을 유지하고 있으나, 여성과 태아의 이해관계가 서로 충돌하는 상황이 아니라는 판단에 근거한다는 점이다. 이들의 주장은 종교적 교리와 가치에 근거하지만, 태아의 생명권과 여성의 자기결정권 충돌 구도가 더이상 모든 생명을 동등하게 보호하지 못한다는 문제제기에 대한 응답을 제시했다고 볼 수 있다.<sup>83)</sup> 이 응답의 과정에서 이들 또한 여성의 재생산이 국가의 인구통제 역사에서 도구화된 점, 자기낙태를 처벌하는 법제가 사회에서 작동하는 양상에서 여성에게 차별적으로 작동한다는 점에 동의하는 면모를 보였다.<sup>84)</sup> 이는 사회적 논쟁이 여성과 태아의 이해관계를 기반으로 한 대립에서 여성의 재생산 기능의 사회적 의미와 이에 대한 동등 대우로 변동했음을 보여준다(이은진 2020).

이처럼 낙태죄 폐지 운동과 낙태죄 폐지 반대 운동은 변화된 쟁

---

81) 최성욱·최연수(2021)는“교회의 가르침은 ‘태아의 생명권’을 바탕으로 ‘낙태한 여성에 대한 사목적 돌봄’이라는 주제”를 제공한다고 해석한다. 다만, 이들이 그 내용을 구성하며 제시한 ‘낙태한 자’에 대한 단죄적 성격과 대비되는 “낙태한 여성에 대한 교회의 관심과 사목적 배려에 대한 언급”은 2014-2015년 이후 등장하는 것으로 보인다.

82) 크리스천투데이. (2018.4.19.). “낙태법 유지를 바라는 시민연대 ‘공동성명서’”

83) 물론, 낙태죄 폐지 반대 운동은 여성의 권리로 ‘낙태를 하지 않을 권리’만을 논한다는 점에서 낙태죄 폐지 운동과 의견을 달리 한다(이은진 2020).

84) 아시아경제. (2019.4.9.). “낙태, 태아생명권vs자기선택권→남성책임법vs재생산권”

점을 중심으로 논의 지형을 구성하게 되었다. 물론 이들의 논쟁은 하나의 합의된 공적 의견을 형성하는 과정은 아니었으나, 헌법재판소의 판결로 촉발된 문제제기로부터 여성의 재생산이 국가에 의해 도구화되어 왔고, 재생산과 관련한 현 법제가 성차별을 양산한다는 측면에서는 의견이 겹친다. 이를 바탕으로 이은진(2020)은 2016년 이후 불거진 낙태죄 논쟁에서 쟁점이 재생산 의미와 정의로 변동되었다고 진단한다. 이는 적어도 2012년 낙태죄 합헌 결정의 논리가 한국의 현실을 재현하는 데 있어 적합하지 않다는 사실에 시민사회가 의견의 일치를 보인다고 할 수 있다. 물론, 이는 임신중단과 관련한 여성의 현실과 한국정부의 인구정책에 대한 문제의식이 대중적으로 환류되는 시기에 맞물리고, 사회운동이 적극적으로 자기낙태죄가 낳는 부정의의 의미를 세밀화하는 노력을 기울였기 때문이다. 특히, 태아와 여성의 기본권 충돌 구도를 전면적으로 검토하고자 한 낙태죄 폐지 운동의 노력이 그 방향성을 이끌었다고 할 수 있다. 이때 사회적 논의들이 자기낙태죄의 정당화 방식을 동등 대우와 기본권과 연관지어 논하는 방식을 택한 것은 사법심사제도와 연관된 정치과정이 갖는 특성이라 볼 수 있다. 또한, 그 영향의 연장선상에서 프로라이프와 프로초이스 구도는 낙태죄 폐지 운동과 낙태죄 폐지 반대 운동 모두에게 있어 임신중단과 관련한 한국의 상황을 설명하기도, 자신들의 주장을 담아내지도 못하는 구도가 되었다.

### 제 3 절 재생산권 담론의 발전: 세계구축적 실천

앞서 살펴보았듯 시민들의 정치적 실천에서 헌정적 토의의 측면이 분명하게 드러났다. 그러나 낙태죄 폐지 운동은 사법심사제도와 정치과정의 관계에 대한 기존 이론에 시민의 정치적 실천을 특정 정책과 법률에 대해 합리적 논거와 사실적 증거를 통해 상호정당화하는 행위로만 제한하여 볼 수 없다는 점을 시사한다. 시민의 실천은 헌정적 토의를 통해 헌법재판소의 합헌 판결 논리를 검토하는 동시에, 합헌 판결 논리에 대한 문제제기와 질문에 스스로 새로운 답을 구상하는 측면을 내포했다.

이 구상은 공동체 구성원의 관계 설립에 대한 주장으로 입법과정에서 이익집단들의 이해관계와 선호표시로 축소될 수 없는 면모를 가진다. 아래에서는 낙태죄 폐지 운동의 재생산권 담론 발전 분석을 통해 사법심사제도와 관련한 시민의 실천이 갖는 다양한 측면을 보이고, 이를 바탕으로 사법심사제도와 정치과정의 관계를 논함에 있어 시민의 실천이 갖는 다면성을 포착해야 할 필요성을 논할 것이다.

재생산권 담론은 ‘낙태죄 폐지 운동’으로 크게 아울러 지칭되는 주체들 사이 차이로부터 발전되어 왔다. 그 차이는 각 운동 주체의 인적 구성, 배경에 근거한 것이기도 하지만 무엇보다 재생산권에 대한 입장과 이를 자기낙태죄 폐지 주장과 관련하여 활용한 방식에서 분명하게 드러난다. 재생산권에 대한 주장은 낙태죄 폐지 운동 내부의 주장들과 경합하며 공동체의 구성원 사이 관계를 새롭게 구축하려는 세계 구축적 실천으로 확장되는 면모를 보였다. 특히, 2015년 이후 재생산권 담론은 이성애·비장애·기혼 여성을 자기낙태죄에 희생되는 피해자상으로 내세우고 사회·경제적 사유 허용을 요구해온 이전의 운동과 분명하게 거리를 두었다(박종주 2017; 이유림 2018). 이들은 재생산권 담론의 급진화가 여성의 재생산 기능에 여성의 정체성을 부여하는 방식으로 이루어져서는 안된다고 비판했다(박종주 2017; 이은진 2020). 이 경합 과정에서 재생산권 담론은 정치공동체의 시민됨이 성과 재생산에 대한 특정상을 기준으로 구성되어서는 안 되며, 이에 대항하기 위해 새로운 대안을 다양한 이들이 함께 상상하고 새로운 세계를 구축하고자 했다.

초창기 재생산권 개념은 서구 여성운동과 국제 인권 협약의 배경을 가지고 한국에 도입되었다. 우선 서구 여성운동에서 재생산권은 여성의 출산 조절 권리라는 정치적 의미를 가졌으며, 이는 안전하고 합법적인 낙태권을 보장하라는 정치적 주장에 활용되었다. 이후 1994년 국제인구개발회의에서 개념이 도입되며 그 의미가 확장되었는데, “외부의 압력 없이 자유롭게 자녀의 수와 터울을 결정할 수 있는 권리와 재생산 건강권”의 내용이다(김선희 2018, 173).<sup>85)</sup> 이는 재생산권 개념이 시작되는

---

85) “재생산권이란 국내법, 인권에 관한 국제문서 및 국제연합에서 합의한 기타 관

지점에 임신과 출산을 여성의 신체에서만 이뤄지는 생식 현상이자 자연적 현상으로만 축소해서 보지 않는 사회적 저항의 의미가 담겨있음을 보여준다(백영경 2018). 이런 맥락은 한국의 임신중단과 관련하여 재생산권 개념이 완전히 동떨어져 있지 않음을 보여준다. 한국의 낙태죄 저항담론에 재생산권이 기입되기 시작한 것은 2000년대 중반 페미니즘 법학계를 통해서였다(이은진 2020). 이때 재생산권은 “개인의 혼인상태, 연령, 계급 등과 상관없이 성관계, 피임, 임신, 출산, 임신 종결을 비롯한 재생산활동에 대한 자유권적 권리이자 출산 이후 건전한 양육을 위한 사회적 국가적 책임까지를 포함하는 사회권적 권리”로 설명되었다(양현아 2010, 68). 이러한 “재생산권 패러다임” 소개는 한국에서 임신중단을 태아와 여성의 이해관계 대립으로 보는 시각에 대한 비판과 재생산권에 비추어 자기낙태죄를 분석하는 후속 연구들로 이어졌다(이은진 2020, 6; 오승이 2007; 하정옥 2010; 이선순 2006).

재생산권이 소수 법학계의 논의에서 법 실무적인 담론에 편입된 것은 2012년 헌재의 합헌 결정 이후다. 이때 합헌 결정이 자기낙태죄로 제한되는 임부의 자기결정권을 임신과 출산의 과정에 내재하는 특별한 희생을 강요당하지 않을 자유로 판시하면서, 낙태죄 폐지 운동 내부에서는 자기낙태죄로 제한되는 임부의 권리를 다르게 명명하고 구성해야 한다는 필요가 부상했다(낙태죄로기소된여성변호인단 2014). 이때 그 권리로 재생산권이 지속적으로 언급되었으나, 재생산권이 헌법상 기본권론 내에서 독자적 권리로 설명되기 어렵다는 문제가 제기되었다. 이와 같은 문제의식은 재생산권의 내용을 헌법상 열거된 권리들인 여성의 자

---

런 문서에서 이미 인정한 인권의 일부를 이룬다. 이러한 권리는 모든 커플과 개인들이 자신들의 아이들의 수, 출산 간격 및 출산 시기를 책임을 가지고 자유롭게 결정할 수 있으며 이를 위한 정보와 수단을 얻을 수 있다고 하는 기본적인 권리, 및 최고수준의 성에 관한 건강 및 재생산을 위한 건강을 얻을 권리를 인정함으로써 성립하고 있다. 그 권리성에는 인권 문서에서 서술되고 있는 바와 같이 차별, 강제, 폭력을 받지 아니하고 생식에 관한 결정을 행할 권리도 포함된다”(유엔인구개발회의보고 F95. VIII, 18). “아이의 수 및 출산의 간격을 자유롭게 또 책임을 가지고 결정할 남녀의 동일한 권리”(여성차별철폐조약 제16조e).

자기결정권, 건강권, 신체의 완전성에 대한 권리, 모성보호를 받을 권리, 평등권에 담아내는 방식으로 2014년 위헌법률심판제청신청과 2017헌마127사건의 청구인 변론에서 드러났다(차혜령 2014, 2019).

법 실무적 담론에서 재생산권이 ‘자기낙태죄가 제한하는 여성의 기본권’으로 언급되는 바와 달리, 2013년 경부터 운동 진영에서 재생산권은 다양한 이들의 정치적 출현 영역이자, 정치적 주체화의 토양이었다. 낙태죄 논쟁 혹은 임신중단과 관련한 이슈는 대중적으로도, 여성 운동 진영 내에서도 ‘여성 의제’로 이해되어 왔다(나영정 2018). 2010년부터 시작된 처벌 강화 이후 여성 운동에서 대표성이 부여되어 온 임신중단의 경험은 피해자 여성의 사회경제적 사유로 인한 낙태였다(이유림 2018). 이때 사회경제적 사유 허용을 주장하기 위해 더욱 열악한 여건으로 언급된 여성들의 경험은 법률혼 외부에 놓인 여성의 임신중단이였다.<sup>86)</sup> 이렇게 비장애, 이성애, 중산층, 기혼 여성의 출산 위주로 임신중단을 재현하는 담론의 한계를 극복하는 대표적 사례로 장애여성의 경험과 재생산권을 함께 사유하려는 노력을 들 수 있다. ‘장애/여성 재생산권 새로운 패러다임 만들기 기획단’<sup>87)</sup>을 통해 2015년부터 적극적으로 다뤄지기 시작했다.<sup>88)</sup> 장애인계의 장애아 낙태 반대 요구와 여성의 낙태 비범죄화 주장 사이에서 장애여성은 재생산을 경험하는, 그 과정의 주체로 재현되지 않았다.<sup>89)</sup> 이는 장애여성이 갖는 복합적이고 중층적인 상황, 즉 임신·출산을 할 권리가 체계적으로 침해되어 온 사람이 때로 임신중단의 필요를 가질 수 있는 상황을 생명권과 자기결정권의 대립 구도뿐만 아니라 그를

86) 성폭력상담소. (2007.12.10.). “성폭력피해 생존자의 인공유산 선택권.”

87) 이후 ‘성과재생산포럼’으로 활동하였고, 현재 ‘성적권리와 재생산 정의를 위한 센터 Share’로 활동중이다.

88) ‘장애/여성 재생산권 새로운 패러다임 만들기 포럼’의 또다른 주축 활동 단체는 ‘장애여성공감’이다. 이들은 2012년부터 ‘임신출산결정권네트워크’, ‘지구지역행동네트워크’와 함께 장애 여성의 임신중단 경험을 이야기하기 시작했고, 자체적으로 ‘강동구 장애 여성 건강권 네트워크 구축을 위한 토론회(2013.6.26.)’, ‘장애 여성 재생산권 논의를 시작하며(2014.12.8.)’ 등을 통해 장애 여성의 재생산권 활동을 이어오고 있었다.

89) 진경. (2014.12.8.). “재생산권 논의의 쟁점과 한계: 우생학, 낙태, 모성권, 자기결정권-장애여성 재생산권 논의를 시작하며.”

수용하고 있는 기존 재생산권 담론이 담아내지 못하고 있다는 지적이었다(이은진 2020). 이렇게 장애여성의 경험을 담아내는 재생산권은 장애인의 재생산 경험에서의 주체됨, “부모됨”을 보장하는 권리로 그 의미를 갱신하게 된다. 재생산권의 의미 확장은 장애여성을 재생산과 관련한 공동체의 일에 대한 주요한 발화자로 그 위치를 자리매김한다.

위 사례처럼 재생산권은 다양한 이들이 공동체에서 평등한 존재로 함께하는 삶을 주장하며 그 의미가 확장되어 왔다. 이때 재생산권은 “장애, 질병, 연령, 경제적 상황, 지역적 조건, 혼인 여부, 교육 수준, 가족 상태, 국적, 이주 상태, 성적 지향, 성별 정체성 등 다양한 사회적 범주의 교차”에 대한 성찰 위에 성립하는 기본권으로 주장된다(나영·이유림 2018, 290). 이 주장은 자기낙태죄가 제한하는 기본권이 무엇인가란 질문을 던지면서 동시에 자기낙태죄란 제한이 없다는 것은 무엇을 약속하는가에 답하고자 한다. 재생산에 대하여 어떤 기본권이 보장되어야 한다는 주장은 재생산과 관련해 공동체의 구성원들이 어떤 관계에 놓여야 한다는 상상에서 시작한다. 기본권은 근본적으로 “시민들이 스스로 서로에게 보증하는 것들”이기 때문이다(발리바르 2011, 38). 이는 시민이 기본권을 보증함에 있어 ‘서로’의 내용을 채우는 문제와 연관된다. 다시 말해, 재생산과 관련한 기본권에 대한 주장은 개인들이 재생산이란 사회적 현상을 둘러싼 ‘우리’를 어떻게 정의하느냐의 문제이며, 개인들이 어떻게 연결 또는 분리되는가의 문제다. 이는 곧 함께 출현해 살고 있는 공동의 세계에서 타인과 어떻게 서로 마주 서 있는가를 설명하는 정치적 관계의 구축이다(Arendt 1989). 모낙폐의 발족 퍼포먼스에서 임신중단을 경험한 다양한 맥락에 놓인 10명의 여성들은 자신이 임신중단을 경험한 날짜가 적힌 티셔츠를 입고, 자신의 이야기를 말한 후, 붉은 끈으로 서로 연결되었다.<sup>90)</sup> 이는 재생산권에 대한 주장이 만들고 있는 ‘우리’를 보여준다. 개인이 임신중단을 경험하는 시간선과 내용은 서로 다를지라도, 이들은 서

---

90) 한국여성민우회. (2017.9.29.). “9.28 ‘모두를 위한 낙태죄폐지 공동행동’ 발족 후기”, 발화자들은 기혼여성, 10대 청소년, HIV 감염인, 성폭력 피해자, 장애여성, 성매매 여성, 넌바이너리(non-binary) 트랜스젠더의 맥락에서 자신의 임신중단 경험을 이야기했다(이은진 2020).

로에게 재생산권을 보증할 것을 주장한다는 점에서 연결된다. 이들을 연결하는 붉은 끈은 다양하고 또 서로 다른 개인 사이에 낙태죄, 임신중단 경험, 재생산을 통해 우리가 함께 얽혀있는 세계를 우리의 눈에 또렷이 보여준다.

재생산권에 대한 낙태죄 폐지 운동의 주장은 집단적 정체성에 대한 인정투쟁이나 낙태죄 폐지를 주장하는 이들이 공유하는 특성에 대한 인정 요구로는 설명될 수 없다. 다양한 맥락에 놓인 경험들을 재생산권에 담아내는 과정에서 이들의 주장은 특정한 내용의 재생산을 특권화, 정상화하는 불평등을 마주했기 때문이다(백영경 2018). 이 불평등에 각자가 아니라 함께 대응하는 것은 아렌트적 “공동의 세계”를 구축하는 것으로 볼 수 있다. 다만, 이 세계는 구성원 사이에서 경험된 동질한 특성 혹은 사회적 범주에 근거하는 것이 아니라, 그들을 분리하고 연결하는 그들 사이의 공간에 대한 주장으로 설립된다(Canovan 1985; Arendt 1989). 모낙페에 속한 학술단체 ‘성과재생산포럼’이 재생산권을 “구체적인 맥락이나 현장을 두고 지금 여기에서 이 여성이 스스로 자신의 몸에서 일어나는 일을 결정할 수 있는 권리를 억압하고 있는 것은 누구인가를 묻는” 것으로 정의하는 것은 재생산 권리를 주장하나, 재생산과 관련한 이가 미리 확정되어 있지 않으며, 그 유관성은 공적 공간에서 공적 관계, 발화, 행위를 통해 서로를 향한 상호 간의 실천으로 설립되는 것임을 보여준다(백영경 2018, 17).

지금까지 분석의 요점은 낙태죄 폐지 운동의 실천이 갖는 다각화된 면모다. 이들이 2012년 헌법재판소의 합헌 판결을 동등 대우에 비추어 검토하며 자기낙태죄가 제한하는 여성의 기본권 내용을 개발해온 것은 라폰트가 민주적 실천이라 논한 헌정적 토의에의 참여라 볼 수 있다. 또한, 재생산권에 대한 주장은 운동이 진행됨에 따라 그 내용과 함의가 크게 변하였는데, 초기의 재생산권 담론이 여성 정체성에 기반한 인정투쟁이었다면, 2015년 이후 발전한 주장은 세계구축적 실천으로서의 면모를 갖는다. 그러나 이 실천 중 무엇이 더 민주적인 실천이기에 제대로 편입되어야 하는가를 따지는 것은 무의미하다. 이 실천들은 서로 영

향을 주고받으며 반성적으로, 맥락에 따라 발전해 온 것이기 때문이다. 앞서 사례로 제시한 이들의 구체적 실천 양태는 “여성의 임신중지 요청을 어떻게 듣고 구성할 것인가”의 문제의식을 따랐다(나영정 2018, 118). 즉, 낙태죄에 대한 정치적 실천은 여성의 구체적 맥락과 경험을 듣고, 이를 재생산권 담론과 연계하여 담론을 확장하고, 다시 이를 실정법과 헌법적 기본권의 층위에서 논의하는 것으로 이루어졌다.



## 제 5 장 결론

지금까지의 논의를 정리하자면, 정치의 공백은 임신중단과 관련한 정치적 현실을 생명과 선택의 충돌과 생명권의 우위로 보는 시각을 현실을 설명하는 유일한 논리로 수용한 것과 그에 맞춰 사회적 논의 지형을 프로라이프와 프로초이스의 대립으로만 이해해온 것에 기인한다. 이는 사법심사제도와 정치과정의 연결점에서 제도적 영향력과 제도의 자기인식으로 설명된다. 사법심사제도의 제도적 효과는 문제시된 법률·정책의 정당화 논리와 관련된 법적 논의 외에 여타 사회적 논의를 잠시 부차적 위치에 놓는다. 다만, 2장에서 정리한 이론적 논의를 고려한다면 이와 같은 사법심사제도의 효과는 법리적 판단에만 그 목적이 있을 뿐이지, 사회적 논의를 틀 짓는 방식의 타당성은 다시 임신중단과 관련한 다양한 해석과 결합하여 검토되어야 한다. 그러나 사례에서 헌법재판의 임신중단과 관련한 법리적 조명 방식은 그에 대한 제도권 수준의 반성 없이 입법과정에서 정치적 현실을 구성하는 절대적인 원리로 작동했다.

이에 더하여, 의사결정층위의 행위자들은 헌법재판 이후의 정치과정에서 초정치적 위치로 스스로를 이해하고 있었다. 이는 임신중단과 관련한 정치공동체에 대한 새로운 상상과 주장이란 함의를 시민의 실천에서 제거하는 효과를 가졌다. 반대로 임신중단과 관련한 구성원의 관계에 대한 논의들은 부분이 아닌 공동체 전체에 대하여 논하고 있음에도, 사회의 특수한 맥락에서 요청된 부분의 의견으로 치환되었다. 특히 임신중단과 관련해 프로라이프와 프로초이스의 대립, 종교계와 여성계의 대립으로 기존 사회적 갈등을 표상하던 방식이 사회적 논의의 변화와 관계 없이 정치제도에서 이들을 재현하는 방식으로 다시 작동했다. 이는 제도를 초정치적 지위에 둘 때 자신을 스스로 공동체 전체에 대해 논할 수 있는 시민 주체로 이해하는 발화자들이 부분 혹은 이익집단이 되고, 그 주장의 일부가 소실되는 효과를 드러냈다. 이로 인해 재생산과 관련한 시민들의 관계를 보다 평등하게 상상하고, 약속하는 어떤 주장도 전체를 대변하지 못하는 부분에 불과하게 되어 정치적 약속으로서 시민들로부터

판단을 받을 기회를 상실하는 정치적 공백이 발생하게 된 것이다.

이런 정치적 공백에 대해 합리적인 균형점 찾기는 답이 되지 못한다. 사례 분석을 통해 주지하였듯, 이 공백은 하나의 정해진 답을 찾지 못해 발생한 것이 아니며, 목적을 합리적으로 완수하는 수단적(means to an end) 전문지식의 접근으로 해결 가능한 성격이 아니기 때문이다. 또한, 2장의 이론적 논의를 통해 살펴본 바에 의하면 현재의 공백은 ‘임신 중단을 처벌하는 것이 합당한가’와 더불어 입법과정을 재생산의 정치적 의미를 함께 고민하는 과정으로 인지하지 못하는 것에서 발생한 것이다. 사법심사제도가 매체로서 공적 토의에 미치는 영향을 고려하여 사법심사제도를 경유하는 과정에서 탈각되는 맥락과 공론장의 내용을 보다 적극적으로 연결해야 할 책임이 정치제도에 있다. 즉, 시민이 정치적, 사법적 결정을 공동체 수준에서 반성하며 그 의미를 확장하고 결정할 수 있는, 함께 행위할 공동의 세계를 구축하려는 시도가 제도를 통해 매개되지 않은 것이다. 이런 판단은 더 많은 목소리가 공적으로 드러나고 감각되어야 한다는 과제를 제시한다.

이때 많은 목소리란 특정한 경험에서 출발하여 더 평등하고 차별 없는 ‘우리’를 상상하고 약속하는 정치적 실천이다. 이 목소리들을 감각하는 것은 특정한 가치 혹은 특정한 정체성에 기반하여 그 이해관계만을 대변하는 주장이 입법과정에 산술적으로 모두 셈해져야 함을 뜻하지 않는다. 이와 달리, 이런 정치적 실천들에 시민들이 응답하고 반응할 수 있게 입법과정이 구성되어야 한다는 것이다. 이런 주장과 약속이 입법과정의 전면에, 특수성에 대한 대변인 혹은 전문가가 아니라 재생산과 관련한 ‘우리’의 이야기로 드러나야 하는 이유는 이들의 주장이 “불확정적인 정치적 실천”이기 때문이다(Zerilli 2005, 115). 그들의 실천은 다르게 행해졌어야 할 수도 있지만, 필수적이라 경험되는 필요에 답한 실천이다(Zerilli 2005). 이에 우리가 응답함으로써 우리는 새로운 변화와 그 변화가 자리하는 공동의 세계를 만들어갈 수 있다. 이 관점에서 한국사회에서 낙태죄에 대한 헌법재판은 재생산을 중심으로 공동체 구성원의 관계를 다양한 각도에서 조명해보는 기회가 되었다고 할 수 있다. 반대로 현

재 마주하고 있는 정치적 공백은 헌법재판을 낙태와 관련한 문제의 종결이라 인식했기에 발생한 것이다. 그러나 헌법재판은 사태의 일면을 사법적 관점에 따라 보여줄 뿐이다. 어떤 조건과 맥락에 놓인 재생산만이 특권화되어 사회에 깊은 차별이 뿌리내리고 있다는 비판은 동시에 어떻게 사회적 재생산과 관련하여 사람들이 차별받지 않는 공동체를 구성할 수 있을까 질문한다. 시민들이 한국사회의 낙태와 임신중지와 관련해 함께 결정을 내려야 한다면 그들은 이 질문에 노출되고, 다시 이 질문에 반응할 수 있어야 한다. 그 조건이 마련되었을 때 우리는 사회적 재생산과 관련한 정치적 결정을 민주적이라 할 수 있을 것이다.

## 참 고 문 헌

### <논문 및 단행본>

- 곽준혁. 2005. “민주주의와 공화주의: 헌정체제의 두 가지 원칙.” 『한국정치학회보』 38(3). 29-53.
- \_\_\_\_\_. 2006. “사법적 검토의 재검토.” 『한국정치학회보』 40(5). 81-110.
- 김광재. 2018. “낙태 문제에 관한 비교법적 연구: 세계 각국의 입법례와 판례를 중심으로.” 『인권과 정의』 473. 217-242.
- 김명수. 2019. “기본권 충돌의 관점에서 본 낙태죄.” 『공공사회연구』 9(3). 117-142.
- 김문현. 2020. “임산부의 낙태의 권리: 현재 2019.4.11. 2017헌마127 결정과 관련하여.” 『인권법평론』 24. 3-45.
- 김선택. 2013. “헌법적 대화에 있어서 헌법재판소의 역할: 한국 헌법재판, 제3의 길, 가능한가?” 『공법연구』 41(4). 33-63.
- 김선혜. 2018. “섹스 없는 임신, 임신 없는 출산.” 성과재생산포럼. 『배틀그라운드: 낙태죄를 둘러싼 성과 재생산의 정치』. 165-190. 서울: 후마니타스.
- 김세서리아. 2019. “한국 사회에서의 낙태담론에 대한 여성철학적 성찰” 『시대와 철학』 30(1), 43-76.
- 김승주. 2020. “낙태죄 헌법불합치 결정과 한국교회의 생명운동.” 『생명연구』 58(1). 47-69.
- 김종철. 2005. “‘정치적 사법화’의 의의와 한계.” 『공법연구』 33(3). 229-251.
- \_\_\_\_\_. 2018. “한국의 헌법재판과 민주주의: 입헌민주주의의 공화주의적 재해석을 중심으로.” 『헌법재판연구』 5(2). 3-43.
- 김해중 외. 2005. 『인공임신중절 실태조사 및 종합대책 수립』. 보건복지부.
- 김혜경. 2015. “논쟁의 장으로서의 ‘가족’: ‘박정희체제’하 핵가족 담론과 성별 규범의 재구성.” 이재경 외. 『조국 근대화의 젠더정치: 가족, 노동, 섹슈얼리티』, 27-57. 홍천군: 아르케.
- 나영. 2018. ““생육하고 번성하라” 축복인가 명령인가.” 성과재생산포럼. 『배틀그라운드: 낙태죄를 둘러싼 성과 재생산의 정치』. 111-136. 서울: 후마니타스.

- 나영·이유림. 2018. “낙태죄가 폐지되면 무슨 일이 일어날까.” 성과재생산포럼. 『배틀그라운드: 낙태죄를 둘러싼 성과 재생산의 정치』. 288-293. 서울: 후마니타스.
- 나영정. 2018. “낙태죄 폐지 투쟁의 의미를 갱신하기.” 성과재생산포럼. 『배틀그라운드: 낙태죄를 둘러싼 성과 재생산의 정치』. 267-287. 서울: 후마니타스.
- 남복현. 2019. “낙태죄의 헌법불합치결정에 따른 개선입법의 법정정책 검토.” 『법과 정책연구』 19(3). 125-153.
- 랑시에르, 자크·진태원 역. 2015. 『불화』. 서울: 도서출판 길.
- 류민희. 2018. “낙태의 범죄화와 가족계획 정책의 그림자.” 성과재생산포럼. 『배틀그라운드: 낙태죄를 둘러싼 성과 재생산의 정치』. 서울: 후마니타스.
- 박용철. 2020. “낙태에 대한 법적 관점: 낙태는 범죄인가? 권리인가?” 『신학과 철학』 37. 45-66.
- 박은정. 2010. “‘정치의 사법화(司法化)’와 민주주의.” 『서울대학교 법학』 51(1). 1-26.
- 박종주. 2017. “낙태는 죄였던 적이 없다: 오늘의 낙태죄 폐지 운동.” 『여/성이론』 37권, 321-330.
- 발리바르, 에티엔·진태원 역. 2011. 『정치체에 대한 권리』. 서울: 후마니타스.
- 배은경. 2012. 『현대 한국의 인간 재생산: 여성, 모성, 가족계획사업』. 서울: 시간여행.
- 백영경. 2013. “성적 시민권의 부재와 사회적 고통: 한국의 낙태논쟁에서 여성경험의 재현과 전문성의 정치문제.” 『아시아여성연구』 52(2). 43-71.
- \_\_\_\_\_. 2018. “낙태죄 폐지가 시대의 상식이 되기까지.” 성과재생산포럼. 『배틀그라운드: 낙태죄를 둘러싼 성과 재생산의 정치』. 5-23. 서울: 후마니타스.
- 손명세 외. 2011. 『전국 임신중절변동 실태조사』. 보건복지부·연세대학교.
- 손여옥. 2020. “낙태죄 헌법불합치결정에 따른 입법개선방향.” 『법학논총』 37(1). 1-24.
- 손지선. 2019. “임신중단 규제에 관한 국민적 합의의 필요.” 『형사정책』 31(3). 123-166.
- 송승현. 2019. “낙태 행위와 관련된 법령의 개선입법(방)안” 『법과 정책』

- 25(3). 109-158.
- 신동운. 1991. “형법개정과 관련하여 본 낙태죄 연구.” 『형사정책연구』 2(2). 333-381.
- 신유나·최규진. 2020. “낙태죄 제·개정 및 법적 논쟁의 역사: 사회·정치적 맥락을 중심으로.” 『민주주의와 인권』 20(2). 169-206.
- 신진화. 2012. “CEDAW 권고에 대한 사법부 이행과제 및 추진 방안.” 국가인권위원회. 『입법 및 사법 분야 여성차별철폐협약 권고 이행 과제 및 이행 방안 토론회』. 19-36.
- 양현아. 2010. “낙태에 관한 다초점 정책의 요청: 생명권 대(對) 자기결정권의 대립을 넘어.” 『한국여성학』 26(4). 63-100.
- \_\_\_\_\_. 2018. “낙태죄 헌법소원과 여성의 ‘목소리’[2] —법과 낙태실천과의 관계를 중심으로.” 『법철학연구』 21(1). 213-260.
- 양현아 외. 2005. 『낙태죄에서 재생산권으로』. 서울: 사람생각.
- 오승이. 2007. “법여성주의를 통해 본 낙태죄의 비판적 고찰: 여성의 낙태권과 태아의 생명권을 중심으로.” 석사학위논문. 서울대학교.
- 유성현. 2019. “낙태죄 헌법불합치 결정의 의미와 교회의 과제.” 『신학과 철학』 35. 135-170.
- 윤정란. 2008. “국가·여성·종교: 1960-1970년대 가족계획사업과 기독교 여성.” 『여성과 역사』 8. 59-91.
- 이기현·정현미. 1996. 『낙태의 허용범위와 허용절차규정에 관한 연구』. 한국형사정책연구원.
- 이석배. 2019. “‘낙태죄’ 헌법재판소 헌법불합치 결정의 취지와 법률개정방향: 헌법재판소 2019.4.11. 선고 2017헌바127 전원재판부 결정에 따라.” 『의료법학』 20(2). 3-39.
- 이선순. 2006. “재생산권으로서의 낙태에 관한 법여성학적 고찰.” 『여성학연구』 16(1). 109-132.
- 이선순. 2014. “낙태논쟁 속 범담론의 탈관계성 비판: 낙태죄 헌법소원을 중심으로.” 『젠더와 문화』 7(1). 169-203.
- 이소영 외. 2018. 『인공임신중절 실태조사』. 보건복지부.
- 이숙경. 2005. “미혼여성의 낙태경험.” 양현아 편. 『낙태죄에서 재생산권으로』. 13-43. 서울: 사람생각.
- 이영재. 2012. “‘정치의 사법화’, 민주주의의 위기인가?” 『평화연구』 20(1).

- 71-103.
- 이유림. 2018. “낙태죄를 정치화하기.” 성과재생산포럼. 『배틀그라운드: 낙태죄를 둘러싼 성과 재생산의 정치』. 28-52. 서울: 후마니타스.
- 이은진. 2017. “낙태죄의 의미 구성에 대한 역사사회학적 고찰.” 『페미니즘 연구』 17(2). 3-46.
- \_\_\_\_\_. 2020. “낙태죄와 재생산 평등권.” 석사학위논문. 서울대학교.
- 이인영. 2010. “출산정책과 낙태규제법의 이념과 현실.” 『페미니즘 연구』 10(1). 35-87.
- 이준복. 2019. “낙태죄를 둘러싼 기본권 침해 가능성에 관한 헌법적 논의: 2019년 헌법불합치결정에 대한 분석과 입법적 제언.” 『한국의료법학회지』 27(1). 125-148.
- 이황희. 2019. “입법에 대한 사법심사 제한조항의 해석.” 『헌법논총』 30. 61-108.
- 전상현. 2020. “낙태와 헌법해석.” 『법과 사회』 63. 189-221.
- 전윤정. 2020. “성·재생산권으로써 낙태권리를 위하여 - 낙태제도 변동의 쟁점과 방향.” 『페미니즘 연구』 20(1). 3-36.
- 전효숙·서홍관. 2003. “해방 이후 우리나라 낙태의 실태와 과제.” 『의사학』 12(2). 129-143.
- 정애령. 2020. “태아의 생명보호의 헌법적 접근을 토대로 한 낙태죄의 개선입법 방향: 헌법재판소 2019.4.11. 2017헌바127결정에 대한 평석.” 『공법학연구』 21(1). 151-181.
- 정현미. 2004. “낙태죄와 관련한 입법론.” 『형사법연구』 22. 687-708.
- 조한상·이주희. 2020. “낙태죄 논쟁: 흠결된 논증, 불완전한 효과.” 『한국융합인문학』 8(1). 97-121.
- 주호노. 2020. “개정 낙태죄법의 내용과 특징 및 과제.” 『의생명과학과 법』 24(1). 181-208.
- 지승경. 2019. “대한가족계획협회의 초기 임신중절로서의 월경조절술 제공에 관한 연구.” 『여성학논집』 36(1). 121-158.
- 차동욱. 2006. “위헌법률심사제도의 민주적 정당성에 관한 고찰.” 『정부학연구』 12(2). 161-195.
- \_\_\_\_\_. 2016. “정치의 사법화에 대한 헌법재판소의 책임.” 『한국정당학회보』 15(2). 69-103.

- 최성욱·최연수. 2021. “퀴어 주체로서 낙태한 여성의 우울증과 애도하는 교회.” 『인격주의 생명윤리』. 11(1). 63-93.
- 최장집. 2004. “민주주의와 헌정주의: 미국과 한국.” 로버트 달·박상훈, 박수형 역. 『미국 헌법과 민주주의』. 서울: 후마니타스.
- 하정욱. 2010. “임신한 여성의 결정과 자율성.” 『페미니즘 연구』 10(1). 1-34.
- 허완중. 2020. “낙태죄 조항에 대한 헌법불합치결정의 문제점.” 『법학논총』 40(3). 1-32.
- 홍성수. 2009. “성희롱에 대한 법적 규제와 여성 주체의 문제” 『법철학연구』 12(2). 203-226.
- 황지성. 2018. “건강학 국가와 우생학적 신체들.” 성과재생산포럼. 『배틀그라운드: 낙태죄를 둘러싼 성과 재생산의 정치』. 215-242. 서울: 후마니타스.
- Ackerman, Bruce. 1980. *Social justice in the liberal state*. New Haven; London: Yale University Press.
- Arendt, Hannah. 1989. *The Human Condition*. Chicago: University of Chicago Press.
- Benhabib, Seyla. 1990. “Hannah Arendt and the Redemptive Power of Narrative.” *Social Research* 57(1). 167-196.
- \_\_\_\_\_. 1996. “Toward a Deliberative Model of Democratic Legitimacy” in Seyla Benhabib ed., *Democracy and Difference*. Princeton: Princeton University Press.
- Bickel, Alexander M.. 1986. *The least dangerous branch*. New Haven: Yale University Press.
- Brendese, P.J. 2014. “Black Noise in White Time: Segregated Temporality and Mass Incarceration.” in Roman Coles et al. eds. *Radical Future Pasts*. Lexington: The University Press of Kentucky.
- Canovan, Margaret. 1985. “Politics as Culture: Hannah Arendt and the Public Realm.” *History of Political Thought* 6(3). 617-42.
- Chambers, Simone. 2020. “Citizen without Robes: On the Deliberative Potential of Everyday Politics.” *Journal of Deliberative Democracy* 16(2). 73-80.
- Czington, Caludia, Aletta Diefenbach. Victor Kempf. 2020. “Moral



- Universalism at a Time of Political Regression.” *Theory, Culture&Society* 37(7-8). 11-36.
- Dworkin, Ronald. 1996. *Freedom’s Law : The Moral Reading of the American Constitution*. Cambridge, Mass.: Havard University Press.
- Eisgruber, Christopher L.. 2001. *Constitutional Self-Government*. Cambridge, Mass.; Harvard University Press.
- Ely, John Hart. 1980. *Democracy and Distrust: A Theory of Judicial Review*. Cambridge, Mass.: Harvard University Press.
- Fung, Archon. 2004. *Empowered Participation*. Princeton: Princeton University Press.
- Gutman, Amy and Dennis Thompson. 1996. *Democracy and Disagreement*. Cambridge, Mass.: Havard University Press.
- Habermas, Jürgen. Translated by Rehg. W. 1996. *Between Facts and Norms*. Cambridge, Mass.: MIT Press.
- Habermas, Jürgen. 2006. “Religion in the Public Sphere.” *European Journal of Philosophy* 14(1). 1-25.
- Iser, Mattias. 2018. Power. In *The Habermas Handbook* (pp.598–601). New York: Columbia University Press.
- Kalyvas, Andreas. 2016. “Rethinking ‘Modern’ Democracy: Political Modernity and Constituent Power.” in Gerard Rosich and Peter Wagner eds. *The Trouble with Democracy*. Edinburgh: Edinburgh University Press.
- Keenan, Alan. 2003. *Democracy In Question*. Standford: Standford University Press.
- Lafont, Cristina. 2016. “Philosophical Foundations of Judicial Review.” In D. Dyzenhaus & M. Thorburn Eds., *Philosophical Foundations of Constitutional Law*. Oxford: Oxford University Press.
- \_\_\_\_\_. 2020. *Democracy Without Shortcuts*. Oxford: Oxford University Press.
- Markell, Patchen. 2003. *Bound by Recognition*. Princeton, NJ: Princeton University Press.
- \_\_\_\_\_. 2006. “The Rule of the People: Arendt, Arche, and Democracy” *The American Political Science Review* 100(1). 1-14.

- Parkinson, John and Jane Mansbridge eds. 2012. *Deliberative Systems*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Perry, Michael J. 1988. *Morality, politics, and law : A bicentennial essay*. New York: Oxford University Press.
- Pettit, Philip. 1997. *Republicanism: a theory of freedom and government*. Oxford: Oxford University Press.
- Post, Robert and Reva Siegel. 2007. "Roe rage: Democratic constitutionalism and backlash." *Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review* 42(2). 373-433.
- Sorial, Sarah. 2011. "Habermas, Feminism, and Law: Beyond Equality and Difference?" *Ratio Juris* 24(1). 25-48.
- Sunstein, Cass. 1999. *One Case at a Time : Judicial Minimalism on the Supreme Court*. Cambridge, Mass.: Harvard University Press.
- Troper, Michel. 2003. "The logic of justification of judicial review." *International Journal of Constitutional Law* 1(1). 99-121.
- Waldron, Jeremy. 2006. "The Core of the Case against Judicial Review." *The Yale Law Journal* 115(6). 1346-1406.
- Wolin, Sheldon W.. 2004. *Politics and Vision*. Princeton: Princeton University Press.
- Young, Iris M.. 1990. *Justice and the Politics of Difference*. Princeton: Princeton University Press.
- \_\_\_\_\_. 1996. "Communication and the Other: Beyond Deliberative Democracy." in Seyla Benhabib ed.. *Democracy and Difference*. Princeton: Princeton University Press.
- Zerilli, Linda M.G.. 2005. *Feminism and the Abyss of Freedom*. Chicago: The University of Chicago Press.
- Zurn, Christopher F.. 2002. "Deliberative Democracy and Constitutional Review." *Law and Philosophy* 21(4), 467-542.
- \_\_\_\_\_, 2011. "Discourse theory of law." In Babara Fultner ed.. *Jurgen Habermas: Key Concepts*. New York: Routledge.

## <정부 자료>

국회회의록. 2021.02.17. 제384회 보건복지위원회 제1차.  
보건복지부. 2010. 「불법 인공임신중절 예방 종합계획」.  
보건복지부. 2016a. 「의료관계 행정처분규칙」 일부개정령(안) 입법예고.  
보건복지부. 2016b. “[보도자료] 비도덕적 진료행위 위해 정도에 따라 자격정지 기간 세부화.”  
보건복지위원회. 2021.2. 모자보건법 개정안 검토보고.  
보건복지위원회. 2021.2. 국민동의청원 검토보고.

## <판례>

의정부지방법원 2013.08.09. 선고 2013고단708 판결.  
의정부지방법원 2014.09.17. 선고 2014초기1042 판결.  
헌법재판소 2012.08.23. 선고 2010헌바402 결정  
헌법재판소 2019.04.11. 선고 2017헌바127 결정

## <인터넷 자료>

BWAVE. 2019.02.14. “헌법재판소의 낙태죄 위헌 결정을 촉구한다”  
<https://twitter.com/mybodymychoice9/status/1095898925054087169/photo/1>  
국회 법제사법위원회. 2020.12.08. 『‘낙태죄’개정 관련 공청회 자료집』  
<http://www.genderarchive.or.kr/items/show/28955>  
모두를위한낙태죄폐지공동행동. 2019.04.16. “[성명] 여성의 기본권 훼손하고 임신중지에 대한 처벌과 규제를 존치시키는 정의당의 형법·모자보건법 개정안 규탄한다!”  
<https://www.womenlink.or.kr/statements/21849>  
모두를위한낙태죄폐지공동행동. 2020.10.07. “[성명] 문재인 정부의 입법예고안은 기만이다. ‘낙태죄’를 형법에서 완전 삭제하고 성과 재생산 권리 보장하라!”  
<http://women21.or.kr/statement/17287>  
성폭력상담소. 2007.12.10. 성폭력피해 생존자의 인공유산 선택권,

- 이홍락. 2020.12.08. “진술요지서(낙태 관련 정부 형법개정안의 문제점)” 국회 법제사법위원회. 『‘낙태죄’개정 관련 공청회 자료집』 .  
<http://www.genderarchive.or.kr/items/show/28955>
- 진경. 2014.12.08. “재생산권 논의의 쟁점과 한계.” 『우생학, 낙태, 모성권, 자기결정권 -장애여성 재생산권 논의를 시작하며』 .  
[http://www.nibp.kr/xe/info4\\_7/28182](http://www.nibp.kr/xe/info4_7/28182)
- 차혜령 2019.05.03 “낙태죄 위헌소원 변론기”  
[https://www.kpil.org/board\\_activity/낙태죄-위헌소원-변론기-1--차혜령-변호사/](https://www.kpil.org/board_activity/낙태죄-위헌소원-변론기-1--차혜령-변호사/)
- 차혜령. 2014.09.16. “자기낙태죄 위헌 논의를 다시 제기하며”  
<https://withgonggam.tistory.com/1479>
- 청와대 국민청원. 2017.09.30. “낙태죄 폐지와 자연유산 유도약(미프진) 합법화 및 도입을 부탁드립니다.”  
<https://www1.president.go.kr/petitions/18278>
- 한국여성민우회. 2010.11.23. “인권위 ‘낙태 진정’각하 결정에 대한 논평.”  
<https://www.womenlink.or.kr/statements/3471>.
- 한국여성민우회. 2014.05.28. “[연속포럼 후기] ‘낙태’처벌, 왜 위헌인가?”  
[http://www.womenlink.or.kr/minwoo\\_actions/16039](http://www.womenlink.or.kr/minwoo_actions/16039)
- 한국여성민우회. 2017.09.29. “9.28 ‘모두를 위한 낙태죄폐지 공동행동’ 발족 후기.”  
[http://www.womenlink.or.kr/minwoo\\_actions/19447](http://www.womenlink.or.kr/minwoo_actions/19447)
- 한국여성민우회·공익인권법재단공감. 2013.11.07. “‘낙태죄’ 법 개정을 위한 연속포럼 그 첫 번째, 모자보건법 상의 ‘배우자 동의’ 항목의 현실” 발표문.  
<https://womenlink.or.kr/archives/4009>

## <신문기사>

- 가톨릭신문. 1992.11.29. “[92결산시리즈] (1) 낙태반대 1백만서명운동”  
[https://m.catholictimes.org/mobile/article\\_view.php?aid=286555](https://m.catholictimes.org/mobile/article_view.php?aid=286555)
- 기독교일보 2019.03.18. “여성과 태아 모두 보호되어야 합니다.”  
<https://www.christiandaily.co.kr/news/82833>
- 데일리메디. 2010.07.19. “우려했던 원정낙태 현실로 ... 여성들 중국행”

<https://www.dailymedi.com/detail.php?number=717989>  
 문화일보. 2012.10.30. “임신 8개월도 수술’ … 中 원정 낙태 기승”  
<http://www.munhwa.com/news/view.html?no=2012103001070827072002>  
 세계일보. 2008.02.18. “낙태 허용기준 완화 … 어떻게 보십니까”  
<https://www.segye.com/newsView/20080218002258>  
 아시아경제. 2019.04.09. “낙태, 태아생명권 vs 자기선택권 → 남성 책임법 vs 재생산권”  
<https://www.asiae.co.kr/article/2019040600565718655>  
 여성신문. 2016.10.15. “내 자궁에 간섭마’ 서울 도심서 열린 한국관 ‘검은 시위”  
<http://www.womennews.co.kr/news/articleView.html?idxno=98629>  
 연합뉴스. 2018.02.13. “천주교 낙태죄 폐지 반대서명에 100만5천여명 참여”  
<https://www.yna.co.kr/view/AKR20180213124100005>  
 의협신문. 2011.08.19. “‘낙태죄’ 바람직한 입법을 위한 제언”  
[http://www.doctorsnews.co.kr/news/articleView.html?idxno=72659&sc\\_word=낙태시술&sc\\_word2=](http://www.doctorsnews.co.kr/news/articleView.html?idxno=72659&sc_word=낙태시술&sc_word2=)  
 중앙일보. 2009.12.03. “[이슈진단] 불법 낙태 처벌 앞서 미혼모 지원 인프라부터  
 갖춰라”  
<https://news.joins.com/article/3904603>  
 크리스천 투데이. 2019.4.18. “[전문] 낙태죄 헌법불합치 규탄 성명.”  
<https://www.christiantoday.co.kr/news/321747>  
 크리스천투데이. 2018.04.19. “낙태법 유지를 바라는 시민연대 ‘공동성명서”  
<https://www.christiantoday.co.kr/news/311572>  
 한겨레. 2010.02.03. “‘불법 낙태 처벌’ 논란 접화”  
<https://www.hani.co.kr/arti/PRINT/402697.html>  
 한겨레. 2010.03.05. “출산·낙태 결정권을 여성에게”  
<https://www.hani.co.kr/arti/society/women/408431.html>  
 한겨레. 2020.10.27. “‘성평등자문위 의견수렴’말뿐 … 복지부도 낙태죄 입법 일방  
 통행”  
<https://www.hani.co.kr/arti/society/health/967344.html>  
 한국경제. 2010.02.19. “[시사이슈 찬반토론] 낙태, 허용해야 할까요”  
<https://www.hankyung.com/news/article/2010021866021>

Abstract

# Judicial Review and Citizens' Political Practice:

## Political Vacuum and Constitutional Adjudication on the Crimes of Abortion

Hyunsoo Kwon

Department of Political Science

The Graduate School

Seoul National University

This article seeks to demonstrate that the deadlock after the decision of constitutional nonconformity on the criminalization of abortion in South Korea can be understood as a situation of "political vacuum." Unlike a "legal vacuum" which refers to the absence of any legal constraint, the concept of political vacuum clarifies the situation where political institutions overlook discursive contestation and obscure citizens' political practices. This article argues that the institutional representation of abortion laws in South Korea, portraying the current situation as a legal vacuum, has insulated

judicial review from more democratic aspects of political processes such as civic participation and social movements. The "juricentric" interpretation of judicial review treats the judiciary, in this case the Constitutional Court, as an extra-political institution. In the context of the abortion law debate, this line of interpretation shaped how the debate has been institutionally represented, excluding or even distorting discourses expressed outside formal institutions. This article suggests, instead, a "holistic" interpretation of judicial review, to capture the existence of a political vacuum. This interpretation actively situates judicial review within the political process, and argues for an institutional arrangement which guarantees citizens the authorship of political decisions. Furthermore, it expands the concept of civic participation to include not only constitutional debates but also world-building practices. Taking into consideration citizens' actual participation in the abortion debate in South Korea, it is crucial to recognize how the citizens have synthesized their claims on fundamental rights and freedom with a new political imagination because it shows the relationship of equality among members of the political community regarding social reproduction.

**keywords : Abortion Law, Judicial Review, Democratic Legitimacy, Civic Participation, Constitutional Debate, World-building**

*Student Number : 2018-27869*