

[특집]

낙태 범죄의 처벌과 그 사면에 대한 고찰



오 석 준

[서대문본당 부주임 신부]

- I. 문제 제기 및 연구 목적과 연구 방법
- II. 낙태에 관한 다양한 관점
 1. 낙태에 관한 정의
 2. 생명의 시작에 관한 견해
 3. 형법 제269조 제1항에 대한 헌법재판소 판결(017헌바 127)
 4. 소결론
- III. 교회형법상 범죄로서의 낙태
 1. 교회법적 낙태의 개념
 2. 교회법에 나타난 낙태 관련 조항
 3. 범죄의 주체
 4. 처벌을 받을 수 있는 주체
 5. 소결론
- IV. 낙태 범죄에 결부된 형벌의 사면
 1. 사면의 의미
 2. 사면의 방법
 3. 사면의 무효
 4. 한국 교회의 현실
 5. 소결론
- V. 결론

I. 문제 제기 및 연구 목적과 연구 방법

헌법재판소는 2019년 4월 11일, 임신한 여성의 자기낙태를 처벌하는 형법 제269조 제1항, 의사가 임신한 여성의 촉탁 또는 승낙을 받아 낙태하게 한 경우를 처벌하는 형법 제270조 제1항 중 ‘의사’에 관한 부분은 모두 헌법에 합치되지 아니한다는 판결을 냈다. 이에 따라 2020년까지 헌법 정신에 맞는 법을 다시금 제정해야하다고 판결했다.¹⁾

그동안 교회는 다양한 방법으로 인간생명의 중요성을 알리며 낙

태죄 폐지를 반대해왔다. 이러한 가톨릭교회 차원의 노력에도 불구하고 가톨릭에서 세례를 받은 신자들조차 낙태죄 폐지로 인하여 인간생명의 존엄성이 위협을 받고 있다는 사실을 인식하지 못하고 살고 있다. 그들도 태아의 생명보다는 단지 사회·경제적 문제, 여성의 건강과 자기실현 등 현실적인 문제를 먼저 고려하였다. 또한 사회에서는 자기결정권이라는 논리로 자신의 자율성과 선택에만 집중해서 이야기하고 있다.²⁾ 자신의 생명은 소중하다고 인식하면서도 타인의 생명의 소중함은 외면한 것이다. 이처럼 우리는 하느님의 눈으로 세상을 바라보기보다는 현실이라는 벽 앞에 너무나도 쉽게 타협하면서 살고 있다.

교회는 생명 존중에 대한 내용을 교리차원에만 두지 않고 교회법의 형벌을 통해 강력하게 제재를 하고 있다. 하지만 대부분의 신자들은 교회 내에서 낙태를 단순하게 윤리적인 죄로만 생각할 뿐 법률적으로 ‘죄’이며 ‘그에 따르는 형벌’이 있음을 인식하지 못하고 있다.

사실 교회의 형법 제도는 오랜 세월 지나오면서 범죄에 대한 처벌을 한다는 의미도 담고 있지만 신자 개개인의 영혼에 선익을 보장하고 그들을 구원으로 이끄는 확실한 도구의 측면도 있다. 이 안에는 교회 공동체의 공동선을 배려하는 권리도 포함되어 있다. 이러한 권리는 예수 그리스도로부터 인간을 구원하기 위해 교회의 설립과 동시에 부여받은 것이다. 이를 통해 교회는 그 권한을 충실히 수행하기 위하여 형법과 같은 안정된 법규범을 설정하였다.

그럼에도 불구하고 성사적인 측면의 법규범을 제외하고는 앞에서 언급한 것처럼 형법 규범에 대한 교회 구성원들의 인식이 매우 부족하다. 사랑을 말하는 교회 안에 형법이 있다는 것이 모순이라고 말하는 사람들도 있지만, 이러한 인식의 문제는 형법이 가지고 있는 본래의 정신을 망각하고 피상적인 수용에만 머물게 한다. 따라서 교회 형벌제재에 관한 교회 구성원의 이해도를 높임으로써

1) 참조: 헌법재판소 2019. 4.11. 2017헌바127 결정문.

2) 참조: 오석준, 「인격주의 생명윤리 관점으로 본 ‘자기결정’에 대한 고찰」, 『인격주의 생명윤리』 8-1(2018), 가톨릭생명윤리연구소, 71~73쪽.

교회의 형법이 가진 본래의 정신과 내용을 그들에게 인식시키고 교회 공동체 전체의 사명 수행에 반대되는 요소들을 경계할 수 있다. 특히 생명 존중을 무엇보다도 중요시하는 교회 입장에서 현대 사회에 낙태죄 폐지를 통해 일어나는 논쟁을 어떻게 바라보아야 하는지, 좀 더 나아가서는 그 중요성을 제대로 인식시키는데 힘을 써야 한다.

본 논문의 목적은 교회 형법상의 낙태에 관하여 정리함으로써 사회에서 낙태를 바라보는 관점과 어떠한 차이를 가지고 있는지 비교하는 데 있다. 또한 한국의 교구 사제들이 성품성사를 받음으로써 부여받게 되는 「전국 공용 교구 사제 특별권한」(1986)을 행사할 때 교회법적으로 고려해야 하는 것이 무엇인지 찾아보는 데 있다.

본 논문은 1983년에 공포된 『교회법전』을 중심으로 범위를 제한할 것이다. 물론 그 법전에 법원이 될 수 있는 1917년 교회법전도 함께 비교해볼 것이다.

교회법에서 낙태죄는 모든 그리스도교 신자인, 성직자, 수도자와 평신도, 모두에게 영향을 미친다. 낙태죄와 관련하여 자신의 신분 에 따라 적용되는 법의 범위가 달라진다. 그렇기에 본 논문에서는 성직자³⁾나 수도자,⁴⁾ 재속회 회원,⁵⁾ 사도 생활단 단원⁶⁾에게 관계되는 낙태죄에 대한 처벌보다는 평신도에게 발생하거나 모든 그리스도교 신자에게 공통적으로 관계되는 낙태죄 처벌에 집중할 것이다.

본문에서는 본격적으로 교회법에서 형벌로 다루고 있는 낙태죄에 관하여 고찰하기 전에 먼저 일반사회에서는 낙태를 어떻게 정의하고 있는지를 알아보고, 2019년도에 헌법재판소에서 판결한 내용을 바탕으로 앞으로 이어질 입법과정에서 반드시 고려해야 할 것들을 서술할 것이다.

제2장에서는 교회 형법상의 낙태죄에 관한 정의와 범죄가 되기

3) 참조: 교회법 제1041조, 제1044조, 제1046~1049조.

4) 참조: 교회법 제695조.

5) 참조: 교회법 제729조.

6) 참조: 교회법 제746조.

위한 구성 요건 및 그 처벌에 대하여 살펴볼 것이다. 그리고 각 요건에 따라서 처벌이 어떻게 달라지는지도 비교하고자 한다.

제3장에서는 먼저 낙태죄로 인한 제재가 이루어지는 방식과 그것을 사면할 수 있는 권한 있는 자에 대해서 살펴보고, 나아가 한국 교회에서는 이러한 사면을 어떻게 시행하고 있는지에 대해서 고찰하고자 한다.

II. 낙태에 관한 다양한 관점

사회가 점점 개인의 권리를 강조하고 있다. 이를 자기결정권이라고 표현하는데, 사소한 자신의 결정부터 현재 사회에서 문제가 되고 있는 생명에 이르기까지 그 적용 범위가 넓어지고 있다. 자신이 자신의 삶을 결정한다는 것이 부정적인 의미는 아니다. 하지만 그것이 타인에게, 공동체적인 삶에 영향을 미칠 때는 그 적용이 다르다. 특히 생명까지 자기결정권에 포함하는 것에 대해선 더욱 그러하다. 즉 안락사, 낙태, 자살 등으로 연결되어 작동할 때이다. 본 논문은 이 가운데 낙태에 관하여 다루고자 한다.

사회에서는 낙태를 어떻게 정의 내리고 있는지 먼저 살펴보도록 하겠다. 이를 통해 교회와 사회 간의 견해 차이를 엿볼 수 있을 것이다. 또한 우리가 살펴볼 교회법은 교회의 교리를 바탕으로 이루어져 있기 때문에 교회법이 추구하는 바를 미리 알 수 있다.

1. 낙태에 관한 정의

의학적으로 낙태(Abort), 유산(Abortion)은 ‘출생 전에 죽는 것’이라는 라틴어 *aboriri*에서 유래한 말이다.⁷⁾ 낙태는 자궁 내의 태아를 자연적 혹은 인위적으로 모체 밖으로 배출 혹은 모체에서 사망하도록 하는 것을 의미한다. 좁은 의미로 보면 낙태는 인위적인 원인을

7) 참조: 이창영 역음, 『알기 쉬운 생명 윤리』, 한국천주교중앙협의회, 2003, 43쪽.

갖는, 즉 자연스러운 작용이 아니라 누군가의 의도를 가진 행위로 모체의 자궁 외부에서는 단독으로 살 수 없는 인간인 태아를 인공으로 적출하는 것을 말한다. 임신기간 중에 태아와 산모의 관계를 끊어버리는 것이며 이는 법률적 의미이다. 의학적으로는 인공임신중절이라고도 말한다.⁸⁾ 이와 구별이 되는 것이 인공적 방법을 사용하지 않고 병적 현상으로 유발되는 ‘자연유산’이 있다.⁹⁾ 자연유산은 일반적으로 자궁의 해부학적, 신체의 건강학적 문제점이나 호르몬 결핍, 부적합한 혈액형, 습관성 유산, 외부의 과부한 스트레스 등의 원인으로 인한 유산을 말한다. 이에 비하여 인공유산이라고 표현되는 낙태는 다양한 용어로 혼용되어 사용되고 있다. ‘임신중절’, ‘인공유산’, ‘인공임신중절’, ‘소파수술’ 등이 낙태와 같은 의미로 사용되고 있다.

인공유산은 임신의 지속이 모체의 건강상에 위협이 되는 경우에 행해지는 치료 낙태와 앞으로 태어날 태아에 중대한 결함, 즉 선천성 기형이 있다고 의학적으로 판단이 될 때 행해지는 우생학적 낙태 그리고 특별한 의학적인 이유 없이 본인의 뜻에 의해 행해지는 ‘임의의 인공유산’(선택적 낙태)으로 나눌 수 있다.¹⁰⁾

우생학적 낙태는 오늘날 배아나 태아의 기형이나 염색체 이상을 용모막 검사처럼 임신 초기에 산모가 낙태로 인한 심리적 충격을 덜 받을 시기에 산전 검사로 진단하여 기형이나 유전질환을 지닌 태아를 죽이는 행위이다. 이는 물질주의적, 쾌락주의적, 자기중심적인 의미로 삶의 질을 떨어뜨릴 수 있다는 이유로 태아를 죽이는 경우를 말한다.¹¹⁾ 치료적 낙태는 임신이 산모의 생명이나 건강에 위협을 유발할 경우에 치료를 목적으로 낙태를 하도록 법으로 허용하는 경우이다. 그런데 건강을 위해 어떤 질병을 치료하는 행위가

8) 참조: 유봉준, “낙태”, 『한국가톨릭대사전』 제2권, 한국교회사연구소, 1995, 1295쪽.

9) 참조: 이동익 엮음, 『생명의 관리자』, 가톨릭대학교출판부, 1995, 152~154쪽.

10) 참조: 김중호, 「의학적 관점에서의 인간 생명의 존엄성문제」, 『신학과 사상』 7(1992/봄), 신학과사상학회, 95쪽.

11) 참조: 오석준, 앞의 글, 72쪽.

아니라 다른 사람, 즉 임신부의 질병이나 치명적 위험을 예방하기 위해 한 인간 존재를 파괴하는 행위를 합법화하는 것이다. 선택적 낙태는 GIFT,¹²⁾ 체외수정, ICSI¹³⁾ 등을 시술할 때 종종 자궁이나 나팔관에 많은 수의 난자나 배아를 이식하여 임신률을 높이는 것으로 임신이 성공하면 일부 배아를 선택적으로 제거하는 것을 말한다. 특정 목적을 이루기 위해서 일부 배아를 파괴한다는 사실을 고려하지 않는다는 것이다.¹⁴⁾ 의학적 정의에 의하면 낙태는 태아가 생존력을 지니기 이전에 자궁으로부터 임신으로 생겨난 물질을 배출시키는 것을 말한다.¹⁵⁾

법률적으로는 낙태와 인공임신중절을 구별해서 정의하고 있다. 인공임신중절이란 모자보건법¹⁶⁾에 규정된 의료행위로써 태아가 모체 밖에서 생명을 유지할 수 없는 시기에 인공적으로 태아 및 부속물을 모체 밖으로 배출하는 것이고, 낙태란 모자보건법 등의 법률에 의하지 않는 범법적인 것을 의미하는 것이라고 정의한다.¹⁷⁾

한편 윤리신학자 Karl H. Peschke에 따르면, “낙태는 인간의 간섭—자궁으로부터 출산되기 전에 태아를 죽인다거나, 자궁 밖에서 태아를 적출하는—에 의해 모체의 자궁으로부터 인간 존재 자체를 생존력이 없도록 제거함”을 말한다.¹⁸⁾

12) 나팔관 수정.

13) 세포질 내 정자 주입술.

14) 참고 : 마리아 루이사 디 피에트르, 『생명 윤리, 교육 그리고 가정』, 정재우 옮김, 가톨릭출판사, 2011, 167~172쪽.

15) 참고 : 지재근, “abortion(낙태)”, 『알기쉬운 의학용어풀이집』, 고려의학, 2004, 2~4쪽.

16) 모성(母性)의 생명과 건강을 보호하고 건전한 자녀의 출산과 양육을 도모함으로써 국민의 보건향상에 기여하게 함을 목적으로 제정된 법률이다(법률 제3824호 전문개정, 1986.5.10). 안전분만조치(安全分娩措置)(모자보건법 제11조), 임신부 및 영유아, 미숙아 등의 건강관리(모자보건법 제10조), 피임시술 및 피임약제의 보급(모자보건법 제12조), 피임시술자의 자격(모자보건법 제13조) 등에 관한 규정을 두고 있으며, 인공임신중절수술(人工妊娠中絶手術)의 허용한계를 규정하여(모자보건법 제14조) 종래 학설로 주장되어 오던 낙태죄의 위법성 조각사유를 명문화하였다(참조: 이병태, “모자보건법”, 『신법률학대사전』, 법률신문사, 1992, 580~581쪽).

17) 참조: 문국진, 『법의 검시학』, 청림출판사, 1987, 513~515쪽.

18) K. H. 페쉬케, 『그리스도교 윤리학 - 제2권』, 김창훈 옮김, 분도출판사, 1992, 352쪽.

이상에서 살펴본 것처럼, 학문적인 관점에 따라 조금씩 개념에 차이는 있을 수 있지만, 태아를 생명으로 바라보는 전제하에서는 낙태행위가 살인행위가 될 수 있음이 명백하다고 할 수 있다. 결국 낙태죄는 태아를 존재론적으로 어떻게 보느냐에 따라 본질이 달라질 수 있는 것이다. 저명한 윤리학자인 B. Haring의 정의에 따르면, “윤리적 의미에서의 낙태란 윤리적 확실성이라는 맥락 안에서 일어난 임신의 중단으로서 그것을 통해 엄격한 의미에서 개별 인격일 수 있는 한 인격 또는 적어도 한 인간적 존재로부터 생명을 빼앗는 것을 의미한다.”¹⁹⁾ 낙태는 어떠한 이유라고 할지라도 한 생명을 제거하는 일이며 암묵적인 살인이다.

2. 생명의 시작에 관한 견해

각 문화나 종교에 따라서 생명의 시작점을 보는 관점이 다르고 이에 따라 낙태를 허용하는 여부도 각기 다르다. 유대교의 경우는 아이가 태어나기 전까지는 어머니의 몸의 일부로 보았기에 진정한 인간으로 보지 않았고, 회교도에서는 수태 후 120일 또는 40일 등으로 다르다. 불교의 경우는 모든 것이 살생이기에 유산을 못하게 한다. 어떤 경우에는 수정 후 어느 정도 시간이 경과된 후 생명이 시작된다는 입장도 있다.²⁰⁾ 이처럼 공통되지 않고 각기 다른 견해들은 생명의 시작을 언제로 봐야할 지에 대해서 혼란을 야기한다.

우리나라에서 형법상 사람으로 인정되는 시기는 통설 및 판례의 입장에 따라 산모에게 규칙적인 진통이 있을 때를 말하는데, 진통설 혹은 분만개시설이라고 한다. 분만 직전이 아닌 태아는 사람이 아니라는 논리이다. 따라서 진통전후가 태아와 사람을 구별하는 시점이 되고 낙태죄와 살인죄를 구별하는 기준이 된다.²¹⁾ 이에 반해

19) Bernard Haring, *Free and Faithful in Christ Vol.III*, Middlegreen: St.Paul Publication, 1981, p.353.

20) 참조: 가톨릭의사협회, 『의학윤리』, 수문사, 1984, 192~193쪽.

21) 참조: 김향미, 「모자보건법 제14조 개정의 필요성과 방향」, 『Obstetrics & Gynecology Science』, 52·5(2009), 대한산부인과학회, p.488.

일본은 일부 노출설로 산모의 몸에서 태아의 신체 일부가 나오는 때를 사람으로 인정한다. 미국은 주에 따라 다른데, 태아가 모체 밖으로 나왔을 때, 모체 내 태아의 반응이 있는 때, 12주가 경과된 때, 임신 직후의 단계 등의 기준을 가지고 있다.²²⁾

하지만 출생 이전 자궁 내 태아 성장 과정에서 생명이 싹트는 “생명화” 순간은 의심할 여지없이 수태시기이다. 생명화는 태아의 생명체가 자궁에서 독자적으로 움직이는 것을 의미한다. 이 육체적 움직임보다 더 원초적인 것은 영혼이다. 육체의 형상으로 영혼은 태동화의 이전 단계에서 먼저 살아 있는 생명체가 있을 수 있다는 현실성을 가지고 있다. 유전학에서는 어떤 형질이든지 태동화 이전에 태아는 이미 형상적인 요인, 내적인 원리, 유전적 구성요소가 있음을 알려주고 있다. 이 형상적 요소들이 유기적 생명체를 끊임없는 연결선상에서 독특한 개체적 인간으로 형성하도록 결정한다.²³⁾ 교회에서는 이러한 과학적 근거를 바탕으로 한 인간의 시작은 잉태되는 첫 순간부터 수립되어 이어져 온다는 유전학적인 증거를 기초로 하고 있다.²⁴⁾

1984년도에 교황청에서 발표한 「가정권리헌장」은 인간의 생명은 마땅히 존중되어야 하며 수태되는 그 순간부터 절대적으로 보호받아야 한다는 점을 강조하고 있다.²⁵⁾ 그리고 「인공유산 반대 선언문」

22) 참조: 이인규, 『형법강의』, 유풍출판사, 2008, 708~710쪽.

23) 참조: 제임스 레이첼즈, 『사회윤리의 제문제』, 황경식 옮김, 서광사, 1983, 59~66쪽.

24) 인간의 시작을 보는 관점을 크게 유전학적인 입장, 발달학적 입장, 사회적 입장으로 나눌 수 있는데, 여기서 언급하고 있는 유전학적 입장은 인간을 인간의 유전적 암호와 동일하게 보는 학파이다. 즉, 모든 사람의 육체적 성품은 난자와 정자의 합할 때에 형성된다고 보는 것이다. 유전자와 염색체가 인간의 모든 것을 결정짓는다고 보는 입장으로 태아의 유전적 암호는 산모의 유전적 암호와 다르기 때문에 그 태아를 하나의 인격적 존재라고 주장한다. 이는 난자가 수정되는 순간부터 아버지의 것도 어머니의 것도 아닌, 한 새로운 사람의 생명으로 보는 것이다. 그렇기에 수정과 동시에 새로운 인격적 존재인 인간의 생명이 시작됨을 강조한다. 이는 현대 의학기술에 의해서 증명되어지고 생명이라는 고귀한 가치를 다루는데 기본이 되는 입장이다(참조: 엘리오 스그레차, 『생명윤리의 이해 2』, 정재우 옮김, 가톨릭출판사, 2016, 291~298쪽).

25) 참조: 『가정권리헌장』 제4조.

에서는 난자와 정자가 수정되는 순간에 생명이 시작되는데, 아버지의 것도 어머니의 것도 아닌 새로운 생명체임을 명확히 밝히고 있다.²⁶⁾ 이 가르침은 어디까지나 명백하며 수정에 의해서 생성된 접합체는 이미 새로운 인간개체로서 그 생물학적 주체성이 인정된다. 이러한 의견은 생물과학적 발견들에 의해 더욱 확고해지고 있다. 인간의 성세포는 전형적으로 인간적인 것으로 인간적인 요소들을 지닌 생명체를 출현시키는 것을 목표로 하고 있다. 따라서 인간의 성세포는 본질적으로 동·식물의 성세포와는 엄연히 구별된다.

배아가 형성되기 위해서는 우선적으로 정자세포와 난자세포의 결합이 결정적인 요인이다. 두 세포의 결합이 비로소 인간 생명의 시작이다. 이런 의미에서 생명은 하나의 시간, 공간적 형태를 지니고 있다. 하나의 생명체는 자신의 고유성을 개별적인 순간이 아니라 성장과정의 사건 안에서 드러내게 된다. 이때 여러 성장 과정의 단계가 나타난다. 유아기, 청소년기, 청년기 그리고 장년기를 거쳐 죽음에 이르기까지 여러 단계를 지나게 된다.²⁷⁾ 따라서 인간생식의 결실인 생명은 정자와 난자가 결합되는 순간부터 육체와 정신의 합일체인 인간으로 보고 그 존재를 하나의 인격체로 존중해야 한다.²⁸⁾ 인간의 존엄에 대한 존중은 모든 사람의 의무이기 때문이다.

3. 형법 제269조 제1항에 대한 헌법재판소 판결(017헌바 127)

3.1. 현행 형법의 내용

현행 형법 제269조 제1항은 “부녀가 약물 기타 방법으로 낙태한 때에는 1년 이하의 징역 또는 200만 원 이하의 벌금에 처한다”라고 규정하고 있고, 제2항에서는 “부녀의 촉탁 또는 승낙을 받아 낙태하게 한 자도 제1항의 형”과 같으며, 제3항에서는 “제2항의 죄를 범

26) 참조: 「인공유산 반대 선언문」 12~13항.

27) 참조: 안명옥, 「인간의 생명에 관한 고찰」, 『사목』 82(1982), 한국천주교중앙협의회, 67~68쪽.

28) 참조: 「인간 생명 기원과 출산의 존엄성에 관한 훈령」 I.1.

하여 부녀를 상해에 이르게 한 때에는 3년 이하의 징역에 처하며, 사망에 이르게 한 때에는 7년 이하의 징역에 처한다”라고 규정하고 있다. 또한 형법 제270조 제1항에서는 “의사, 한의사, 조산사, 약제사 또는 약종상이 부녀의 촉탁 또는 승낙을 받아 낙태하게 한 때에는 2년 이하의 징역에 처하고,” 제2항은 “부녀의 촉탁 또는 승낙 없이 낙태하게 한 자는 3년 이하의 징역”에 처하며, 제3항에서는 “제1항 또는 제2항의 죄를 범하여 부녀를 상해에 이르게 한 때에는 5년 이하의 징역에 처하고, 사망에 이르게 한 때에는 10년 이하의 징역에 처한다”라고 한다. 또한 “전 3항의 경우에는 7년 이하의 자격정지를 병과한다”(제4항)는 규정을 두고 있다.

3.2. 낙태죄 규정에 대한 헌법불합치 결정

지난 2019년 헌법재판소는 낙태에 관한 처벌에 관하여 헌법불합치²⁹⁾ 결정(재판관 4인 헌법불합치, 3인 단순위헌, 2인 합헌)을 내렸다. 즉 낙태를 해도 처벌을 받지 않는다는 것이다. 이는 2012년 4인 합헌, 4인 위헌으로 합헌 결정이 난 판결이 바뀐 것이다. 2012년에는 자기낙태죄 조항이 임신한 여성의 자기결정권을 침해하지 않고, 형법 제270조 제1항 중 ‘조산사’부분이 책임과 형벌 간의 비례원칙이나 평등원칙에 위배되지 않는다고 보았다.³⁰⁾

하지만 2019년 헌법재판소는 헌법 제10조 제1문³¹⁾을 통해 도출된 일반적 인격권에서 개인의 자기결정권이 파생되었다고 판단하였다.³²⁾ “자기결정권에는 여성이 그의 존엄한 인격권을 바탕으로 하여 자율적으로 자신의 생활영역을 형성해 나갈 수 있는 권리가 포함되고, 여기에는 임신한 여성이 자신의 신체를 임신상태로 유지하

29) 헌법불합치결정이란 위헌결정처럼 기속력이 부여되지만(헌법재판소 1997.12.24. 96헌마172 등), 위 제47조 제2항 본문의 예외로서 위헌결정으로 인한 법률조항의 효력 상실 시기만을 일정기간 뒤로 미루는 것으로서(대법원 1991.6.11. 90다5450 판결), 단순위헌결정을 했을 경우 법률의 공백으로 인한 혼란을 막기 위한 변형결정이다.

30) 참조: 2010헌바402 2012.8.23.

31) 모든 국민은 인간으로서의 존엄과 가치를 가지며 행복을 추구할 권리를 가진다.

32) 참조: 헌법재판소 2003.6.26. 2002헌가14; 2015.11.26. 2012헌마940 등.

여 출산할 것인지 여부에 대하여 결정할 수 있는 권리가 포함되어 있다.”³³⁾ 따라서 “자기낙태죄 조항은 모자 보건법이 정한 일정한 예외를 제외하고는 태아의 발달단계 혹은 독자적 생존능력과 무관하게 임신기간 전체를 통틀어 모든 낙태를 전면적 일률적으로 금지하고, 이를 위반할 경우 형벌을 부과하도록 정함으로써, 형법적 제재 및 이에 따른 형벌의 위하력으로 임신한 여성에게 임신의 유지·출산을 강제하고 있으므로, 임신한 여성의 자기결정권을 제한하고 있다”라고 언급하였다. 또한 단순 위헌 견해에 따르면 임신 제1삼분기³⁴⁾에는 어떤 사유를 요구함이 없이 임신한 여성이 자신이 생각하고 판단대로 낙태를 할 수 있다고 한다. 즉 시기의 문제이지 낙태는 여성이 가진 권리로 해석하였다. 이는 자기결정권을 극대로 해석한 결과이다. 그러면서 태아가 생명권의 주체이긴 하지만 인간은 아니라고 언급하였다.³⁵⁾ 이는 헌법 제10조 제2문의 태아의 생명을 보호할 의무를 뒤집는 결정이다.³⁶⁾

반면 소수의견으로 합헌 견해를 내린 2명의 재판관은 “지금 우리가 자기낙태죄 조항에 대한 위헌, 합헌의 논의를 할 수 있는 것도 우리 모두 모체로부터 낙태당하지 않고 태어났기 때문이다. 우리 모두 태아였다”³⁷⁾라고 말하면서, 수정란의 착상 이후, 태아의 발달은 계속적으로 이루어지기 때문에 어느 시점이라는 경계를 두는 것이 무의미하다. 그렇기 때문에 낙태는 자유로운 선택의 문제가 아니라 생명과 윤리라는 관점에서 태아의 생명을 빼앗는 침해 행위이다.³⁸⁾ 고로 낙태를 금지함을 통해 공익과 침해되는 사익의 비교형량 즉, 법익균형성의 판단에 의해 입법자의 판단이 존중되고 약자의 보호 등으로 태아의 생명권보호가 더 큰 공익적 의미가 있

33) 헌법재판소 2012.8.23. 2010헌바402.

34) 대략 마지막 생리기간의 첫날부터 14주 무렵까지.

35) 구체적인 내용에 관해서는 헌재 2019.4.11. 2017헌바127 결정문 14, 16, 17쪽을 참조.

36) 참조: 헌법재판소 2008.7.31. 2004헌바81; 2008.7.31. 2004헌마1010 등; 2010.5.27. 2005헌마346; 2012.8.23. 2010헌바402 등.

37) 헌법재판소 2019.4.11. 2017헌바127 결정문.

38) 참조: 헌법재판소 2012.8.23. 2010헌바402.

음을 강조한다.

4. 소결론

태아를 어떤 존재로 바라보는가에 따라 결론이 정말로 다르게 나온다. 최근에 나온 헌법재판소의 결정은 현대의 시대적 풍조를 반영하는 결과라고 말할 수 있다. 이는 단지 낙태에만 영향을 미치는 것이 아니라 배아실험, 유전자 조작, 인공수정, 시험관 아기 등 다양한 생명윤리 관련 문제들에 대한 윤리적인 판단의 기준점이 될 수 있다는 점에서 더욱 큰 혼란이 예상된다.

또한 형법상 낙태죄에 관한 헌법불합치 결정으로 인하여 의료진도 또 다른 문제에 봉착하게 되었다. 즉 의료인 또는 의료기관 개설자는 「의료법」 제15조³⁹⁾에 의거하여 ‘정당한 사유 없이’ 진료나 조산 요청을 거부할 수 없다. 이 문제로 대한산부인과 의사사회는 법의 정확한 지침을 마련하여 의사의 개인 신념에 따른 낙태의 진료 거부권 인정을 요구하고 있다.⁴⁰⁾ 이에 대하여 한국환자단체연합회나 사회 일각에서는 의료법 제15조의 예외적인 경우를 적용하게 되면 환자의 의료 접근권을 제한하게 된다고 우려를 표명하였고⁴¹⁾ 다른 사람의 권리를 침해한다고 하였다.⁴²⁾ 이런 쟁점에 대해서 다른 나라의 많은 사례를 분석하여 적절한 범위의 진료 거부권에 대한 연구가 우선되어야 할 것이다.⁴³⁾ 적어도 개인의 신념과 양심은

39) “제15조(진료거부 금지 등) ①의료인 또는 의료기관 개설자는 진료나 조산 요청을 받으면 정당한 사유 없이 거부하지 못한다. <개정 2016. 12. 20.> ②의료인은 응급환자에게 「응급의료에 관한 법률」에서 정하는 바에 따라 최선의 처치를 하여야 한다.”

40) 참조: “산부인과 의사사회 ‘낙태의사, 자격정지 폐기해야 [...] 낙태 진료 거부권 인정을’”, 『경향신문』, 2019.4.11., <https://m.khan.co.kr/national/national-general/article/201904111540001>

41) 참조: http://www.koreapatient.com/ab-1732-254&PB_1384421931=2

42) 참조: “낙태죄 폐지 이후, ‘여성의 건강권; 초점 맞춰 대책 마련해야’”, 『뉴스앤조이』, 2019.5.28., <https://www.newsjoy.or.kr/news/articleView.html?idxno=223711>

43) 참조: 김명희·문한나, 「국내·외 낙태에 대한 진료 거부의 법적 현황과 쟁점사항 검토」, 『Asia Pacific Journal of Health Law & Ethics』 12:3(2019), 이화여자대학교 생명의

보호되어야 할 것이다.

우리는 오늘날 사회적 현상이 가져올 위기들에 대해서 비판적인 시각으로 바라봐야 하며, 정말로 이 시대에 중요한 가치가 무엇인지, 즉 과연 진정한 생명의 시작이 무엇인지 또한 그 생명체를 우리가 어떻게 대해야 하는지 심각하게 고민해야 할 것이다.

III. 교회형법상 범죄로서의 낙태

그리스도교 공동체는 주님이 맡겨주신 사명을 완수하기 위해 모든 방책을 주님께로부터 받았다. 그 중에는 강제권도 있다.⁴⁴⁾ 이는 신자들의 삶에 자리 잡고 있는 완고하고 수치스러운 중대 범죄에 효과적으로 대응하고 교회의 설립 목적으로 나아가도록 방향성을 잡아주고 때로는 그것을 방해하는 범법 행위를 입증하는데 도움을 준다.

법의 기능은 인간의 어떤 행동이 좋고 어떤 행동이 나쁜지를 결정하는 것이 아니다. 공동체 안에서 무엇을 어떻게 받아들여야 하고 고려해야 하는지 알려준다. 각자가 그의 신념과 윤리에 따라 살 수 있도록 사회적 평등을 갖도록 도움을 주고 가능한 우리의 이익을 보호하는 것이다.⁴⁵⁾

그러므로 교회법은 교회의 입법을 통해 법적으로 교회의 구성원들을 제재하는 의미도 있지만 교회 본연의 의미로써 가르침을 전파하는 역할을 한다. 교회는 법률을 제정하는 권한으로 신자들이 어떻게 살아야 하는가에 대한 법률을 만든다. 이런 차원에서 교회법에서 낙태를 금지하는 것은 교회가 사회에 주고자 하는 하나의 메시지인 것이다. 메시지 안에 생명존중 그리고 책임이라는 부분이

료법연구소, 57~81쪽.

44) 참조: 이정상, 「교회 형벌제재의 기반」, 『사목연구』 27(2011), 가톨릭대학교 사목연구소, 20~22쪽.

45) Cf. C.E. Curran, "Abortion: law and morality in contemporary Catholic theology", in *Jurist* 33·2(1973), Catholic University of America, Department of Canon Law, p.164.

함께 포함되어 있다.

앞 장에서 살펴본 것처럼 교회는 난자와 정자의 결합, 즉 수정 순간부터 인간생명임을 밝히고 있다. 그렇기에 낙태는 ‘흉악한 죄악’⁴⁶⁾으로 명시하고 단죄한다.

1. 교회법적 낙태의 개념

교회법전은 낙태에 대한 정의를 언급하고 있지는 않다. 고전적 낙태의 의미는 태아를 배출(expulsio)시킴으로써 자연적으로든 인공적으로든 임신을 중절시켜, 모태 밖에서 살 능력이 없는 태아를 죽게 하는 것이다. 즉 고전적인 낙태의 정의는 단순히 미성숙한 태아를 배출하는 것(eiectio fetus immaturi)이었다.⁴⁷⁾ 그러나 법적 관점에서는 직접적으로 주선된 낙태를 살인이라는 범죄행위로 보고 있다.

하지만 고전적인 낙태의 개념과는 구분되게 바라봐야하는 개념들이 있다. 배아 살해(embriotomia)와 태아 살해(feticidio)⁴⁸⁾이다. 그리고 출산 촉진(acceleratio partus)이 있는데, 모태 밖에서 살아갈 수 있는 태아를 배출시키는 것을 말한다. 이는 일반적으로 임신 6개월이나 7개월 이후에 이루어진다. 마지막으로 피임(contraceptio)은 여성에게도 사용이 되지만 일반적으로 남성과 관련하여 사용되며,⁴⁹⁾ 임신을 피하기 위한 수단이다.⁵⁰⁾

낙태에 대한 이러한 협소한 해석은 1983년도 법전 이후에도 계속되었는데, 이는 교회법 제1397조⁵¹⁾만 고려해서 해석을 했기 때문이

46) 『사목현장』 51항.

47) Cf. Luigi Chiappetta, *Il Codice di Diritto Canonico* 2, Bologna:EDB, 2011, p.732.

48) 의학에서 배아(embryo)는 수정 이후의 난할 때부터 완전한 개체가 되기 전까지의 생명체를 가리킨다. 4주부터 2개월이 끝나기 전까지 이와 같이 발전한다. 태아(foetus)는 3개월이 시작할 때부터 즉 인간의 특징을 지닌 형태를 취할 때부터의 생명체를 가리킨다.

49) 여성들이 사용하는 피임법은 약물 피임법과 비약물 피임법으로 나눈다. 약물 피임은 경구피임약을 처방을 받아서 먹는 것이다. 비약물 피임법은 자궁 내 장치를 설치하는 등의 물리적인 방법을 말한다. 남자들의 경우는 콘돔을 사용한다.

50) Cf. Luigi Chiappetta, *Ibid.*, p.732.

51) “제1397조 살인죄를 범하거나 힘으로나 사기로 사람을 유괴하거나 억류하거나

다. 이런 면에서 교회법 제1398조⁵²⁾가 다루고 있는 사항은 완료된 낙태에만 적용된다고 보았다. 낙태에 대한 단순한 시도나 기타 불완전한 행위⁵³⁾로는 법적으로는 처벌이 되지 않는 것으로 좁게 해석을 했다.⁵⁴⁾

그러나 이러한 좁은 해석에 대하여 ‘교회법해석평의회’(Pontificia Commissione per l’interpretazione autentica dei testi legislativi)는 미성숙한 태아의 제거만으로 보는 것이 아니라 임신 시기와 무관하게 어떤 수단과 방식으로든지 모태에서 태아가 제거될 때마다 낙태죄를 행하는 것으로 보아야 한다는 답변을 하였다.⁵⁵⁾ 이것은 임신 시기에 따라 낙태의 죄를 따지는 것이 잘못되었다는 것이다.

그렇기에 교회법을 해석할 때 윤리적인 원칙을 기준으로 보는 것이 더 바람직하다. 윤리 원칙으로 보는 낙태는 직접적으로 유발된 낙태에⁵⁶⁾ 해당된다. 간접적 낙태도 그 자체로는 허용되지 않는다. 그것도 이중 효과의 원칙에⁵⁷⁾ 의하여 중대하고 이에 상응하는 이유가 존재할 때에만 허용된다. 출산 촉진은 비례적으로 중대한 이유가 존재하고 산모와 태아의 생명이 안전하다는 조건에서만 허

절단하거나 심하게 상해하는 자는 범죄의 경중에 따라 제1336조에 언급된 파문 처분과 금지 처분으로 처벌되어야 한다. 그리고 제1370조에 언급된 사람들에게 대한 살인죄는 그 조항에 규정된 형벌로 처벌된다.”

52) “제1398조 낙태를 주선하여 그 효과를 얻는 자는 자동 처벌의 파문 제재를 받는다.”

53) 태아를 자궁 밖으로 추출하지 못한 상태를 말한다.

54) Cf. Larry Cunningham, “Can a Catholic Lawyer Represent a Minor Seeking a Judicial Bypass for an Abortion? A Moral and Canon Law Analysis”, in *Journal of Catholic Legal Studies* 44:2(2005), St Johns University School of Law, p.389.

55) Cf. IoannisPauli PP, II., *Acta Apostolicae Sedis* 80, 12. 01. 1988, pp.1818-1819.

56) 직접적으로 유발된 낙태는 자신을 방어할 능력이 없는 인간 존재를 의도적으로 살해하는 것이다. 이는 범죄적인 낙태뿐만 아니라 우생학적, 치료적, 사회 경제적 목적, 선택적인 낙태도 포함된다.

57) 이중효과의 원리란 첫째, 기본행위 자체가 선택해야 한다(행위의 본래적 성질). 둘째, 행위의 의도가 선택해야 한다(의도성). 셋째, 나쁜 결과가 좋은 결과의 수단이 되어서는 안 된다(인과성). 마지막으로 좋은 효과가 나쁜 효과보다 앞서야 한다(비례성) (참조: K.H. 페쉬케, 『그리스도교 윤리학 — 제1권』, 김창훈 옮김, 분도출판사, 1991, 362~364쪽).

용된다.⁵⁸⁾

2. 교회법에 나타난 낙태 관련 조항

교회법에서는 낙태에 대한 대부분의 내용은 신분에 대한 제한이나 제명의 내용을 다룰 때 언급되고 있다. 이는 낙태가 생명을 중요시하는 교회의 가르침에 부합되지 않은 일이기 때문이다.

봉헌생활자의 경우, 제명되어야 할 범행으로 교회법 제695조 1항⁵⁹⁾에서 다루고 있고 이에 관련되어 재속회원의 퇴회에 대해서는 교회법 제729조⁶⁰⁾에 있다. 교회법 제746조⁶¹⁾는 사도 생활단의 퇴회에 대하여 언급한다.

성직자에 관해서는 성품 무자격자로 다루고 있는 교회법 제1041조 4호 “고의적 살인죄를 범한 자 또는 낙태를 효과 있게 실행한 자와 이에 적극적으로 협력한 모든 이를” 언급하고 있고, 이에 연결되어 교회법 제1044조 1항 3호⁶²⁾에서 성품권 행사의 장애를, 교회법 제1047조 2항 2호⁶³⁾는 수품 장애의 관면, 교회법 제1048조⁶⁴⁾는

58) Cf. *DS*(*Denzinger-Schönmetzer*) 3336.

59) “제695조 ① 회원은 제1397조, 제1398조 및 제1395조에 언급된 범죄로 인하여 제명되어야 한다. 다만 제1395조 제2항에 언급된 범죄의 경우에, 제명이 전혀 불필요하고 그 회원의 교정과 정의의 회복과 추문의 보상이 다른 형태로 충분히 강구될 수 있다고 장상이 판단하면 그러하지 아니하다.”

60) “제729조. 회원은 제694조와 제695조의 규범에 따라 회에서 제명된다. 회원은 그 외에도 비교적 중대하고 외적이며 죄책이 있고 법적으로 확정되는 경우라면 다른 제명 이유들도 정하여야 하고, 제697~700조에 규정된 제명 절차가 지켜져야 한다. 제명된 자는 제701조의 규정이 적용된다.”

61) “제746조. 확정적으로 합체된 회원의 제명에 대하여는 제694~704조를 적절히 준용하여 지켜야 한다.”

62) “제1044조 3. 제1041조 제3~6호에 언급된 죄를 범한 자.”

63) “제1047조 2. 제1041조 제4호에 언급된 공개적이거나 은밀한 범죄로 말미암은 무자격.”

64) “제1048조. 더 긴급하고 은밀한 경우에 만일 직권자에게 알릴 수 없거나 또는 제1041조 제3호와 제4호에 언급된 무자격에 대하여 참회 담당 법원(내사원)에 알릴 수 없다면, 또 만일 중대한 손해나 불명예의 위험이 닥쳤다면, 무자격으로 인하여 성품 행사가 장애된 자도 그것을 행사할 수 있다. 다만 그는 자기 이름을 감추고 고해 사제를 통하여 되도록 빨리 직권자나 참회 담당 법원(내사원)에 소원할 책무

금지된 성품권의 행사를 언급한다.

장애의 중첩의 내용으로 교회법 제1046조 “무자격과 장애는 그 원인들이 서로 다르면 중첩되지만 같은 원인이 반복으로 중첩되지 아니한다. 다만 고의적 살인이나 낙태의 효과 있는 실행으로 말미암은 무자격에 관하여는 그러하지 아니하다”라고 언급한다. 교회법 제1049조 2항⁶⁵⁾은 장애 관련 청원을 다루고 있다.

3. 범죄의 주제

범죄는 중대한 죄책성이 있을 때 이루어진다.⁶⁶⁾ 죄책성은 법률 위반자가 그 범법행위의 주인으로서 윤리적으로 책임지는 것을 말한다. 중대한 죄책성은 고의적인 범의를 말하고 부차적으로 죄과 있는 성실의 결함인 태만을 뜻한다.

법률적 죄책성⁶⁷⁾은 윤리적 죄책성⁶⁸⁾과는 구별이 된다. 이에 파생되는 개념으로 법률을 지키지 못해서 일어나는 범죄와 윤리적인 잘못된 죄악이 있다. 범죄(delictum)는 죄악(peccatum)과 동일하지 않기에 이 구별은 반드시 필요하다. 모든 범죄는 죄악이지만 모든 죄악이 범죄는 아니다. 그렇기에 죄악 없이는 범죄가 이루어지지 않는다. 범죄는 주관적인 요소에서 형법이나 형벌 명령을 의식적이고 의도적으로 위반할 때 이루어진다. 그리고 범죄는 지성과 의지 능력의 충만한 행사를, 즉 자신의 행동을 온전하게 이해하고 의도하는 능력을 가져야 성립된다. 죄악을 지은 것 중에 법률에 위반되는 것만 범죄가 된다.

객관적 요소로 법률이나 명령의 외적 위반으로도 죄책성이 있다. 또한 주관적 부분에서도 살펴보면 윤리적, 법률적인 중대한 죄책성이 필요하다. 단순한 행위와 그 행위를 행한 사람 사이의 인과관계

가 남아 있다.”

65) “제1049조 ② 고의적 살인이나 낙태의 실행으로 말미암은 무자격에 관하여는 관면이 유효하려면 그 범죄의 횡수도 표시되어야 한다.”

66) 참조: 교회법 제1321조 1항.

67) 범죄인이 사회질서 유린에 대하여 사회 앞에 책임을 지는 죄책성.

68) 지성의 분별력이 있는 행위자가 자유 의지로 행한 행위에 대한 죄책성.

만으로 충분한 것이 아니라 행위와 의지 사이에 존재하는 주관적인 요소인 의도적 관련성도 필요하다. 의도나 지향이 없으면 단순히 질료적 죄책성만 존재하게 되고 이는 형법상으로는 오직 죄과 있는 범죄의 가치만을 갖게 된다. 결국 죄책성은 지성의 분별력(범죄의 인식)과 의지의 자유(자유 의사)가 반드시 필요하다.

죄책성과 죄과의 관계를 아는 것이 필요하다. 죄책성은 순전한 법적 죄과만으로는 부족하다. 법적 죄과는 범죄 사건을 예방하기 위하여 법률상 요구되는 주의를 소홀히 하거나 부주의함을 의미한다. 그 궤함에 죄가 전혀 없으면 순전한 법적 죄과이다. 성실의 궤함에 전혀 죄악이 없는 경우에는 죄책이 없다.⁶⁹⁾ 그리고 죄과가 없으면 그 원인이 내재하지 않는 한 처벌받지 않는다.⁷⁰⁾ 이것이 벌을 받을 수 있는 조건이다.

이러한 차이를 고려해서 교회법 제1398조를 자세하게 분석해 보겠다.

“낙태를 주선하여 그 효과를 얻는 자”⁷¹⁾는 자동 처벌의 파문 제재를 받는다고 규정한다. 따라서 이 형벌은 낙태를 실행하는데 물리적으로나 윤리적으로 직접적이고 효과적인 방식으로 협력한 모든 사람이 받는다(의사, 간호사, 조산부 등). 결국 당사자(임산부)뿐만 아니라 함께 동조한 사람도 공범으로서 처벌을 받는 것이다.

여기서 효과라는 부분을 다양하게 해석할 수가 있지만 교회법 제17조⁷²⁾에서 말하고 있는 법률의 목적을 기준점⁷³⁾으로 바라봐야 한다.⁷⁴⁾ 다양한 개연성을 고려해서 많은 사람들을 지적하기 보다는

69) 참조: 이찬우, “죄책”, 『교회법 사전』, 이찬우 엮음, 가톨릭출판사, 2016, 916쪽.

70) Cf. Regulae 23, Regulae Iuris in VI.

71) 교회법 제1398조.

72) “제17조 교회의 법률들은 본문과 문맥을 고려하여 문구의 고유한 의미대로 이해되어야 한다. 그래도 의문과 애매가 남으면 상응하는 조문들이 있으면 이러한 조문들과 또한 법률의 목적과 환경 및 입법자의 정신을 참조하여야 한다.”

73) ‘문구의 고유한 의미’와 ‘상응하는 조문들의 법률의 목적과 환경 및 입법자의 정신’이 기준이 된다.

74) 참조: 벨라시오 데 파올리스, 안드레아 다우리아, 『일반규범』, 김효석 옮김, 가톨릭대학교출판부, 2017, 153쪽.

형벌을 정하거나 권리의 자유로운 행사를 제한하기 때문에 좁은 해석으로 해야 한다.⁷⁵⁾

하지만 직접적으로 낙태와 유사한 행위에 관여된 사람들은 달리 봐야 한다. 앞에서 언급하고 있듯이 직접적 의도를 가진 낙태도 있지만 이중결과의 원칙으로 인하여 의도하지 않았지만 이루어지는 낙태 행위도 있기 때문이다. 예를 들어 의료적으로 낙태라고 표현되지 않지만 치료적 낙태(therapeutic abortion)⁷⁶⁾가 있다.⁷⁷⁾ 이는 보건 분야의 종사자들(의사, 약사, 간호사, 조산부 등)이 인간 생명에 대하여 수호자이자 봉사자로서 역할을 하지 않고 오히려 자신의 권한을 넘어 생명통제 혹은 선택을 할 수 있다는 유혹을 받을 때에 해당한다.⁷⁸⁾ 누군가에게 죽음을 가져오는 행위는 결코 의료적인 처치가 아니다. 이것은 본질적으로 생명을 존중해야 할 의료적 행위와는 정반대의 길이다.⁷⁹⁾

교회법 제1398조에서 당사자의 의도성을 가진 표현으로 ‘주선하여’(procurat)란 말도 주목할 필요가 있다. 이 말은 특정한 행위를 할 때 특수한 목적을 가지고 실시되는 행위하는 것을 뜻한다. 그렇기에 그 행위에 참가하는 사람들이 그 행위가 어떠한 목적인지 분명히 알아야 한다. 낙태에 대한 목적을 모르고 행위를 하면 여기에 포함되지 않는다. 이 관점에서 낙태가 어떻게 실행되는지 염두에 두고 해석해야 한다.⁸⁰⁾ 낙태는 혼자만이 목적한다고 실행할 수 있는 범죄가 아니다. 다른 이와 도모 해야만 가능한 행위이다. 서로 간에 같은 목적을 가지고 있는 것이다. 낙태는 여러 사람이 동일한

75) 참조: 교회법 제18조.

76) 산모의 건강을 보존하기 위한 구체적인 치료의 문제로서 태아의 죽음을 직접적으로 일으키는 절차.

77) Cf. Congregation for the Doctrine of the Faith, “Clarification on procured abortion”, *L'Osservatore Romano*, Anno CXLIX n.157. 2009.7.11., p.7.

78) 참조: 『생명의 복음』 89항.

79) 참조: 엘리오 스그레차, 『생명윤리의 이해 2』, 337~350쪽.

80) Cf. James A. Cordin, “The Canonical Penalty for Abortion as Applicable to Administrators of Clinics and Hospitals”, in *Jurist* 46(1986), Catholic University of America, Department of Canon Law, pp.652~653.

범죄를 행할 범의로 미리 공동으로 협의하여 능동적으로, 그리고 효과 있게 협력하여 실행한 범죄이다. 이 때 두 가지 요소를 고려해야 한다. 우선 범죄할 결심으로 범의가 있어야 한다. 또한 외적 범죄 행위로 각자가 범죄의 성립을 위하여 범행에 참가해야 한다. 결국 범의와 그 행위가 존재해야만 한다. 그리고 이럴 경우 필수적 공범일 가능성이 높는데, 이는 범죄 구성요건 자체가 두 명 이상의 참가나 단체의 행동을 전제로 하여 성립하는 경우를 말한다. 이들의 협력 없이는 범죄가 완수될 수 없다.⁸¹⁾ 그렇기에 그들도 공범자로서 자동처벌에 따른 동일한 형벌을 받는다.⁸²⁾

하지만 여기서 생각할 것은 범죄에 협력한 모든 이에게 공통으로 범죄 능력, 죄책성, 면제 요인, 가중 요인, 경감 요인 등이 일괄적으로 적용되는 것이 아니라 각자에 대하여 개별적으로 평가되어 적용되어야 하는 점이다. 그래서 교회법 제1329조 2항⁸³⁾의 규정에도 불구하고 상황에 따라서 필수적 공범자들 중 한 명이 범죄에 대한 형벌인 자동 처벌의 파문을 받지만, 주범은 자동 처벌의 파문을 받지 않는 일도 발생할 수 있다.⁸⁴⁾ 그리고 공범자 중에 한 사람만 교회법 제1324조 3항⁸⁵⁾이 적용되는 경우도 있다.⁸⁶⁾

1917년 교회법에서는 특별하게 산모를 언급하는 내용이 나온다. 1917년 교회법 제2350조 1항⁸⁷⁾에서 “산모도 제외되지 아니한다 (matre non excepta)”라고 명시적으로 언급하고 있다. 산모에게 죄책

81) 참조: 이용식, 『형법총론』, 박영사, 2018, 76~77쪽.

82) 참조: 교회법 제1329조 1항.

83) “제1329조 ② 법률이나 명령에 지적되지 아니한 공범자들은, 그들의 협력이 없었다면 범죄가 실행되지 아니하였고, 또 형벌이 그들에게 적용될 수 있는 성질의 것이면, 범죄에 결부된 자동 처벌의 형벌을 받는다. 그러하지 아니하면 선고 처벌의 형벌로 처벌될 수 있다.”

84) 참조: 교회법 제1321~1322조, 제1324조 3항.

85) “제1324조 ③ 제1항에 언급된 상황에서는 범죄인은 자동 처벌의 형벌에 구속되지 아니한다.”

86) Cf. Luigi Chiappetta, *op.cit.*, p.548.

87) “Can 2350 §1. Procurantes abortum, matre non excepta, incurrunt, effectu secuto, in excommunicationem latae sententiae Ordinario reservatam; et si sint clerici, praeterea deponantur.”

을 물어야 하는 당연한 부분을 이 조항에서 언급함으로써 해석하는 사람에게 혼동을 줄 수 있다. 산모가 혼자서 낙태를 주선하면 당연히 그 대상이 되고 타인의 도움을 받아 자신에게 낙태를 실행하였다면 교회법 제1329조 2항의 규범에 따라 도움을 준 사람도 적어도 필요한 공범이기 때문에 그 주체가 된다. 물론 산모가 심한 공포로 자신의 의지와는 관계없이 낙태를 실행한 경우는 제외가 된다.⁸⁸⁾

그리고 고려해야 할 대상은 산모의 가족들이다. 「생명의 복음」 59항⁸⁹⁾에서 언급하고 있는 것처럼 산모의 남편이 산모에게 낙태를 강요했다면 직접적이든 간접적인 압박도 그에게 책임을 물어야 한다. 또한 그의 가족들, 친구들도 심리적으로 강한 압박으로 산모에게 낙태를 강요할 수 있다.⁹⁰⁾ 그렇기에 태아에게 가해지는 낙태는 주변 사람도 적지 않은 죄책이 있다. 또한 낙태법을 조장하고 승인한 입법자와 보건 분야의 행정 담당자들도 포함시킨다.

하지만 James A. Cordien는 ‘주선하여’를 좁게 해석할 필요가 있다고 보았고 낙태에 대한 직접적으로 참여한 자만을 그 대상자로 잡고 있다. 특히 물리적인 행동만 포함시켰다.⁹¹⁾ 「생명의 복음」 59항에서 다루고 있는 사람들을 있는 그대로 해석하여 공범의 개념으로 보기보다는 그 주변 사람들에게 경종을 울리는 의미로 언급하고 있는 것으로 볼 수 있다.⁹²⁾

낙태에 대하여 지지를 보이는 사람과 낙태로 직접적 이익을 볼 수 있는 사람들과의 구분도 필요하다. 낙태를 지지하는 행위가 직접적으로 당사자에게 ‘주선’하는 개념까지는 볼 수 없기에 그들을 공범으로 보아 처벌 대상으로는 볼 수 없다. 하지만 교회가 말하는 교리와 어긋나는 이야기를 하는 사람으로 간주하여 교회 권위에

88) 참조: 교회법 제1323조 4호.

89) 낙태를 할 때 주변 사람의 영향과 입법에 대한 문제를 다루고 있다.

90) Cf. Robert Owen Morrissey, “Abortion and the Excommunication of Canon 1398 in the 1983 Code of Canon Law”, Ph.D dissertation, Catholic University of America, 1992, p.22.

91) 참조: James A. Cordien, *op.cit.*, p.653.

92) 참조: 교회법 제18조.

불순명을 할 때 적용되는 법조항이나 명백한 잘못을 지니고 있는 사람들로 다루어야 한다.⁹³⁾

병원 관계자로서 병원 행정직원들은 그들이 직접적으로 낙태의 행위에 관계되는 경우는 없고 그들의 활동이 낙태에만 관여되어 있는 것이 아니라 환자의 다양한 의료적, 서비스 차원의 도움을 제공하는 수준이다. 병원 관계자는 개별 환자를 안다고 할 수 없다. 그렇기에 공범에서 제외되어야 한다.⁹⁴⁾

4. 처벌을 받을 수 있는 주체

교정벌⁹⁵⁾은 모든 사람에게 주어지는 것이 아니라 가톨릭교회의 세례를 받은 자나 수용된 자가 교회법 제1321~1330조에 규정된 죄책성의 원리에 입각해 형벌을 받는 주체가 된다.⁹⁶⁾ 교정벌은 그들이 범죄를 저지르고 항명하였다는 것이 본질적인 요소이다.⁹⁷⁾

교회법 제1398조에 의해 낙태로 인하여 받을 처벌은 ‘자동 처벌(latae sententiae)’의 파문 제재⁹⁸⁾이다. 이는 교정벌로서, 교회가 신자들을 위해 거행하는 성사들과 같은, 영적 선익을 박탈하는 치료벌이다.⁹⁹⁾ 교정벌을 주기 위해서는 당사자가 교회의 권위와 교회의 규율을 거스르는 의도적인 반항이라는 항명이 있어야 한다. 형벌의 대상자가 항명⁹⁹⁾을 포기할 때까지 형벌은 무기한으로 가해진다. 하지만 범인이 자신의 잘못된 행위를 정지하였을 경우(항명을 포기

93) 참조: 교회법 제751조, 제915조, 제1371조 2호; Cf. John P. Beal / James A. Conrden / Thomas J. Green, *New Commentary on the Code of Canon Law*, NY:Paulist Press, 2000, pp.915~916, 1110~1111, 1575~1577.

94) Cf. James A. Cordien, *op.cit.*, pp.654~657.

95) 영세자가 교회의 질서와 규율을 거스르면서 회개하지 않고 계속 항명하는 경우에 영적인 선익이나 이와 연관된 선익을 받지 못하도록 제외하는 형벌(이찬우, “교정벌”, 교회법 사전, 이찬우 엮음, 가톨릭출판부, 2016, 138~139쪽).

96) 참조: 교회법 제11조.

97) 참조: 1917년 교회법 제2242조 1항.

98) 참조: 1917년 교회법 제2241조 1항.

99) 범죄를 고집하고 장상의 명령을 거역하는 것(이찬우, “항명”, 『교회법 사전』, 이찬우 엮음, 가톨릭출판부, 2016, 1000~1001쪽).

할 경우), 형벌로부터 자유로워질 권리를 가질 수 있다.¹⁰⁰⁾

교정벌이 자동처벌로 부과될 때는 교회법적 경고가 형벌을 부과하는 법률 또는 명령 자체에 암묵적으로 포함되어 있다. 그리고 형명은 법률 또는 명령의 위반이 그 사실 자체로 형벌과 결부되어 있는데도 범죄자가 범죄를 저질러 교회의 범규범을 드러내놓고 무시한다는 사실을 말한다.

4.1. 파문

파문이라는 말은 배척 혹은 격리의 의미를 담고 있다. 1917년 교회법에서는 파문을 신자들의 친교에서 제외시키는 의미로 사용하고 있다.¹⁰¹⁾ 친교의 제외란 세례를 통해서 부여받은 지워지지 않는 인호를 상실한다는 존재론적인 배제를 의미하는 것이 아니다. 단지 신자들이 교회를 통해 누릴 수 있는 가시적이며 법률적인 차원의 영적 선익에 대한 친교의 상실을 의미한다.¹⁰²⁾

이렇게 교정벌은 공동체와 관계의 벌을 담고 있다. 이는 처벌을 받고 있는 대상자에게만 그 문제의 잘못을 알려주는 것이 아니라 공동체가 따라야하는 질서를 정확하게 명시해주고 잘못을 통해 피해를 입은 법질서의 회복과 보호라는 측면에서 그 효과가 있다.

낙태에 주어진 벌은 자동처벌의 파문제재이다. 교회법 제1321조 1항¹⁰³⁾과 제1323조 1호¹⁰⁴⁾가 규정하는 이유 가운데 하나 또는 그 밖의 이유로 말미암아 죄책성이 온전하지 않고 실제로 감소되었다는 것이 드러난다면 자동 처벌의 형벌은 부과되지 않는다. 그렇기에 온전한 죄책성이 그 형벌을 받는 데에 중요한 원인이 된다.

100) 참조: 김효석, 「형벌과 그 밖의 처벌」, 『사목연구』 27(2011), 가톨릭대학교 사목연구소. 50~52쪽.

101) 참조: 1917년 교회법 제2257조.

102) Cf. Jose Bernal, “Tir. IV, Chap.I Can.1331. Commentary”, *Exegetic Commentary on the Code of Canon Law V.IV-I*, Midwest Theological Forum, 2004. p.326.

103) “제1321조 ① 아무도 그가 범한 법률이나 명령에 대한 외적 위반이 범의나 죄과 때문에 중대한 죄책이 없는 한 처벌되지 아니한다.”

104) “제1321조 1. 16세를 아직 만료하지 아니한 자.”

4.2. 면제요인

면제요인은 교회의 보편법에 의하여 죄책을 배제한 상황이다. 법률이나 명령의 위반에 대하여 그 어떤 형벌이나 기타 처벌적 처분도 받지 않게 하는 상황이다.¹⁰⁵⁾

범죄는 예비, 실행의 착수, 결과의 발생을 거쳐, 종료의 단계를 이룬다. 여기에는 실행에는 착수를 하였으나 행위를 종료하지 못하거나 결과가 발생하지 않는 미수도 있는데, 이는 행위의 가벌성을 결정하는데 중대한 차이가 있다. 완결이 되었다는 것은 다시금 돌이킬 수 없고 미완결이 되었다는 것은 다시금 돌릴 수도 있고 그에 대한 가학성이 완결 때보다는 현저하게 낮게 본다. 앞에서 언급을 했지만 미수된 낙태는 윤리적인 죄는 될 수 있겠지만 법적인 형벌은 완료된 낙태에 대해서만 부과할 수 있다.

범죄가 성립되기 위해서는 우선적으로 법률에 규정된 구성요건에 해당되고 위법하게 공동사회의 질서를 침범하여 위법성이 있어야 하며 그 행위자를 비난할 수 있는 정도로 그 행위자에게 책임이 있어야 한다. 이러한 부분이 위법성이 드러나지 않으면 범죄의 성립이 이루어질 수 없다.

낙태와 같은 일부 시도는¹⁰⁶⁾ 있었지만 결과가 확실하지 않은 경우나 명백한 도덕적 악의가 있음에도 불구하고 완전한 낙태가 이루어지지 않으면 파문제재는 없다. 예를 들어 생리시기를 놓쳐서 임신이 의심스러울 때 임신이 두려워서 낙태를 유발하기 위해 약을 복용할 수 있다. 결과는 불확실할 수 있지만 낙태가 아니라 생리시기가 지연되는 것일 수도 있다. 이 불확실성은 그녀의 의도에 따른 심각한 도덕적 결함에도 불구하고 자동처벌의 파문제재를 받지 않는다.¹⁰⁷⁾

105) 참조: 교회법 제1323조.

106) 낙태를 하기 위해서 수술방에는 들어갔으나 실질적인 행위를 시행하지 않을 때 등을 말한다.

107) Cf. Gerald W. Healy S.J., "The Abortion Problem and the New Code of Canon Law", in *Philippine Studies* 31·4(1993), Ateneo de Manila University, pp.484-485.

16세가 만료되지 않은 사람은 면제된다.¹⁰⁸⁾ 또한 자신의 잘못을 충분히 인지하지 못하거나 자신이 교회의 법이나 교훈을 위반하고 있다는 사실을 알지 못하는 경우도 그러하다.¹⁰⁹⁾ 여기에는 마땅한 지식의 결여로 부주의와 착오도 포함된다. 이러한 경우를 적용할 때 주의를 할 것은 자기 탓이 없는 경우이어야만 한다.

가족들이나 의사의 물리적인 힘으로 강제로 행한 경우는 제외된다.¹¹⁰⁾ 이는 산모의 의도와 관계없이 주변 사람들의 영향으로, 낙태가 이루어진 경우이다. 그렇다고 산모가 가지는 책임이 없어지는 것은 아니고 책임성 여부를 살펴보아서 그 죄책이 감소될 수 있다.¹¹¹⁾ 하지만 교회법은 이해와 자애라는 의미에서 형벌을 면제해주는 상황으로 간주한다.¹¹²⁾

의사가 행한 진료행위가 의도하지 않게 우연히 낙태를 유발한 상황이라면 면제요인으로 간주될 것이다. 이는 의사도 부작용을 예측하지 못한 상태에서 처방한 약으로 인하여 낙태가 유발되었거나 환자가 임신을 한지 모르는 상태이고 의사도 임신을 인지하지 못한 상황에서 이루어지는 의료 행위들로 낙태가 발생한 것이 여기에 속할 수 있다. 이러한 사항을 모르고 실시한 긴급한 수술의 경우도 포함될 수 있다.¹¹³⁾ 그들의 행위가 시작부터 본질적으로 악하거나 영혼에 해를 끼치지 않는 것으로 법적 죄과의 같은 주관적 요소가 전적으로 결여되어 있기 때문이다.

4.3. 경감요인

경감 상황이란 보편법에 의하여 중대한 죄책을 감소시키고 그

108) 참조: 교회법 제1323조 1호; 1917년 교회법에서는 사춘기 전 어린이들(남자의 경우는 7세부터 14세까지 여자의 경우 7세부터 12세까지)은 자동 처벌의 형벌 제재를 받을 수 없다고 규정하였다(참조: 1917년 교회법 제2230조).

109) 참조: 교회법 제1323조 2, 6호.

110) 참조: 교회법 제1323조 3~4호.

111) Cf. *Communicationes(Comm.)* 16, 1984, p.40.

112) Cf. Luigi Chiappetta, *op.cit.*, p.637.

113) 참조: 교회법 제1323조 4, 7호.

결과 형벌을 가볍게 하는 상황을 말한다.¹¹⁴⁾

임신 상태에서 이성의 사용이 불완전한 자의 경우에 해당된다.¹¹⁵⁾ 대표적으로 산모가 산전우울증¹¹⁶⁾으로 인하여 행한 행위이다. 또한 술이나 약물 등의 사용으로 이성 사용의 결여와 심한 격정의 상태도 포함된다.¹¹⁷⁾ 하지만 무조건 이성 사용이 온전하지 않다고 경감되지는 않는다. 만일 범죄인이 범죄 행위를 하려는 의도는 없었다 하더라도, 예견 가능하고 회피 가능한 결과를 온전히 인식하면서 그 원인을 행하였다면 처벌이 가능하다. 고의적인 혼란, 즉 의도성 있는 혼란은 결코 죄책을 경감하지 않고¹¹⁸⁾ 오히려 미리 숙고하고 있으면서 법률이나 형벌의 명령을 위반한 경우에는 죄책을 가중할 수 있다.¹¹⁹⁾

만16세부터 만18세까지의 미성년자들은 경감대상이 된다.¹²⁰⁾ 성장을 어느 정도는 했지만 성인들처럼 충분히 자신의 행동에 온전히 책임을 지고 자기 권리를 행사할 수 있는 상황으로는 보지 않는 것이다.¹²¹⁾

환자나 의사가 임신의 여부를 알기 전에 환자에게 필요한 수술이나 치료를 통해 태아의 죽음을 초래할 수 있다. 이는 본질적으로 악행 행위이고 영혼에 해를 끼치는 행위이지만 이중결과의 원칙에

114) 참조: 교회법 제1324조.

115) 참조: 교회법 제1324조 1항 1호.

116) 일반적으로 임신 6개월 정도부터 시작된다. 임신 초기에 생기는 우울증은 입덧과 피곤함 때문에 생기지만 태동을 느끼면서부터는 사라지는 경향이 있다. 임신 중기 이후에 생긴 우울증은 아기를 낳은 후에도 6개월 정도 계속된다. 임신에 따른 자연스러운 변화이지만 심한 경우에는 태아에게 좋지 않은 영향을 주고, 육아를 하는 데 있어서도 장애가 될 수 있다. 원인은 몸매의 변화, 여성호르몬의 증가, 출산 또는 육아에 대한 부담 등을 들 수 있는데 이로 인해 감정의 기복이 심해지고, 사소한 일에도 민감하게 반응하게 된다. 원래 예민한 성격이거나 우울증이 있었던 사람은 그 증세가 더 심하다([네이버 지식백과] 임신우울증(*gravid depression*, 妊娠憂鬱症), [두산백과]).

117) 참조: 교회법 제1324조 1항 2~3호.

118) 참조: 교회법 제1325조.

119) 참조: 교회법 제1326조 1항 3호.

120) 참조: 교회법 제1324조 1항 4호; 1917년 교회법 제2204조.

121) 참조: 교회법 제98조 1항.

속하고 의도성이 결여되어 있는 상황이라 경감될 수 있다.¹²²⁾

4.4. 파문 제재의 처벌과 그 효과

파문제재의 효과에 대해서는 교회법 제1331조에 언급 되어 있다. 이는 두 가지로 구분이 되는데, 1항¹²³⁾은 모든 파문 제재에 대한 공통적인 효과를 말하고 2항¹²⁴⁾은 사법 판결이나 행정 재결을 통해 부과되거나 선언된 파문 제재에 대한 고유한 효과로 규정하고 있다. 1917년 교회법 제2258조 2항¹²⁵⁾은 배척될 파문(excommunicatus)과 인정하고 용납된 파문(excommunicatus toleratus)¹²⁶⁾으로 구분하였는데 이는 폐지되었다.¹²⁷⁾

법률에 규정된 효과들은 명령적이며 분리될 수 없다. 파문된 신자는 오로지 이 효과들을 받게 된다. 따라서 교회 장상이 임의적으로 이 효과들을 분리하거나 축소, 확대할 권한이 없다. 1917년 교회법 제2255조 2항¹²⁸⁾에 따르면 개별 자연인뿐만 아니라 금지와 정직

122) 참조: 교회법 제1324조 1항 5호; 다양한 경우에 대하여 Cf. Gerald W. Healy S.J., "The Abortion Problem and the New Code of Canon Law", in *Philippine Studies* 31·4(1993), Ateneo de Manila University, pp.486-487.

123) "제1331조 ① 파문 처벌자에게 금지되는 것은 다음과 같다."

124) "제1331조 ② 파문 제재가 부과되거나 선언되면 다음과 같이 된다."

125) "Can 2258 §2. Nemo est vitandus, nisi fuerit nominatim a Sede Apostolica excommunicatus, excommunicatio fuerit publice denunciata et in decreto vel sententia expresse dicatur ipsum vitari debere, salvo praescripto can. 2343, §1, n. 1."

126) 사도좌의 지명에 의하여 배척될 파문자로 공적으로 명백히 선언된 자는 교회의 친교에서 배척되며, 전례에 소극적으로 참석하는 경우까지 배척된다(참조: 1917년 교회법 제2258조 2항, 제2259조 2항). 파문된 자는 전례에 적극적으로 참석하는 것이 배척된다. 그러나 인정하고 용납된 파문자는 전례에 소극적으로 참석하는 경우에는 허용된다(참조: 1917년 교회법 제2259조 2항).

127) Cf. *Comm.* 9, 1977, p.148.

128) "Can 2255 §2. Excommunicatio afficere potest tantum personas físicas, et ideo, si quando feratur in corpus morale, intelligitur singulos afficere qui in delictum concurrerint; interdictum et suspensio, etiam communitatem, ut personam moralem; excommunicatio et interdictum, etiam laicos; suspensio, clericos tantum; interdictum, etiam locum; excommunicatio est semper censura; interdictum et suspensio possunt esse vel censurae vel poenae vindicativae, sed in dubio praesumuntur censurae."

제재는 법인으로서의 공동체도 포함이 되었으나 현행 법전에서는 폐지되었다.¹²⁹⁾

4.4.1. 선언되지 않은 경우

자동 처벌의 범죄를 저질렀으나 교회의 합법적 권위자에 의해 교정벌의 대상자로 선언되지 않은 경우는 공개적으로 처벌은 받지 않는다. 낙태를 통하여 자동 처벌의 파문 제재를 받은 사람은 교회법 제1331조 1항 2호에 의거하여 성사를 받는 것이 명령적으로 금지된다.¹³⁰⁾ 법률적 효력 면에서 가장 엄격한 금지사항이라고 할 수 있다. 여기서 준성사를 받는 것은 금지되지 않지만 개별법에서 이를 금지할 수 있다.¹³¹⁾ 원 초안에는 고해성사와 병자성사를 받는 것을 금지하는 규정이 폐지되어 있으나, 추기경 교부들의 전체회의(1977년 5월)에서 금지 규정이 부활하였다. 추기경들은 이 문제를 다루면서¹³²⁾ ‘교회와의 외적인 친교에서 분리’라는 파문 제재의 전통적인 개념을 바꾸지 말아야 하고 파문된 신자는 효과 구분 없이 모든 성사 배령에서 제외되어야 한다고 생각했다.¹³³⁾ 파문된 자가 선의로 고해성사를 받으려 한다면 성사적 사죄는 유효할 것이다. 그러나 선의가 없다면 고해는 신성모독일 뿐 아니라 무효일 것이다. 무효일 것이라는 의미는 교정법 자체 때문이 아니라, 중대하게 의무를 부과하는 규범을 위반하는 고해자에게 합당한 내적 준비가 결여되었기 때문이다.

4.4.2. 선언된 경우

자동 처벌의 파문 제재가 사법 판결로 합당하게 선언되면 판결의 합법적인 통지 때부터¹³⁴⁾ 교회법 제1331조 1항 2호 외에도 더 많은 효과가 부과된다. 이 효과는 외적인 부분까지 영향을 미치는 것

129) Cf. *Comm.* 2, 1970, p.104.

130) 교회법 제1331조 1항의 나머지는 교역자에게만 해당하는 사항이다.

131) Cf. *Comm.* 2, 1970, p.105.

132) Cf. *Comm.* 9, 1977, p.149, nota 1; p.213, pp.321~322; *Comm.* 16, 1984, p.42.

133) Cf. *Comm.* 9, 1977, p.322.

134) 참조: 교회법 제1425조 1항 2호.

이다. 이는 법규범에 따른 고유한 처벌이다.

범죄인은 파문 제재가 부과되거나 선언되기 이전에 받은 교회의 인적 특전을 상실하지는 않지만 그 특전을 사용할 수는 없다. 사실 특전은 다르게 확인되지 않으면 영구적인 것으로 추정한다.¹³⁵⁾

교회에서 이미 받은 품위, 직무, 임무를 보존하지만, 파문 제재가 지속되는 동안에는 새로운 품위나 직무나 임무를 유효하게 얻을 수는 없다.¹³⁶⁾ 그렇기에 교회에서 가지고 있는 어떤 품위나 직무나 임무의 수익도 자기 것으로 할 수 없으며 이미 받고 있던 연금도 자기 것으로 할 수 없다.¹³⁷⁾ 대사를 얻기에 무능력자가 된다.¹³⁸⁾

파문처벌자는 영성체에서 제외된다.¹³⁹⁾ 여기서 주의를 해야 할 것은 성체분배를 하는 사람이 부당한 이에게 영성체를 해주었을 때 그 집전자도¹⁴⁰⁾ 처벌 대상이 될 수 있다는 점이다.¹⁴¹⁾ 이는 신앙이 다를 경우를 말하는 행정적 성격의 효과이지 형벌적 성격의 효과는 아니다.

형벌적 효과는 없지만 제재를 받는 것은 다음과 같다. 신자들의 공립 단체에 입회할 자격이 없고 그 단체에 남아 있을 수 없다.¹⁴²⁾ 만약 이미 파문된 사람이 가입되어 있다면, 경고 처리된 후 정관을 지키면서 그 단체에게서 제명되어야 한다. 하지만 사립단체의 경우, 정관에서 달리 규정되어 있지 않으면 파문 제재를 받은 이들도 가입할 수는 있지만 신중하게 받아드려야 한다.

공개적으로 자동 처벌이 선언되는 경우는 의료 행위를 하는 사람(의사, 간호사 등)이 낙태 수술을 자주 그리고 공개적으로 행하였

135) 참조: 교회법 제78조 1항.

136) 참조: 교회법 제10조, 제145조.

137) 참조: 교회법 제1331조 2항 3~5호.

138) 참조: 교회법 제966조 1항.

139) 참조: 교회법 제912조.

140) 교회법해석평의회에서는 제915조에 대하여 직접적인 대상은 신자들이 아니라 성체 분배의 직무를 맡은 이들에게 해당한다고 해석하면서 파문 제재가 부과되거나 선언된 이들에게 성체를 거행하지 말아야 한다고 밝혔다(Cf. *Comm.* 32, 2000, pp.159~162).

141) 참조: 교회법 제1389조 2항.

142) 참조: 교회법 제316조.

을 때이다. 이들이 자신들의 행위에 대한 반성 없이 서슴지 않고 신앙생활을 한다면 이는 충분히 교회에 좋지 않은 영향을 줄 뿐 아니라 공동체의 영적 선익을 해치게 된다. 그래서 교회 질서 확립이라는 차원으로 파문 제재가 행해질 수 있다. 산모나 그와 관계되는 사람들이 공공연하게 그리고 여러 번 낙태를 하고 주변 사람들도 그들이 낙태를 했음을 알고 있을 경우도 해당된다. 산모나 그와 관련된 사람들이 낙태를 행한 이유가 다양할 수 있으나 그 행위에 대하여 뉘우침이 없고 나아가 생명을 저버리는 행위를 방조한 것으로 볼 수 있기 때문이다.

5. 소결론

교회법에서 범죄가 되기 위해서는 행위 자체도 있어야 하지만 그것에 대한 의지가 있어야 죄책성을 따질 수 있다. 즉 의도를 가지고 법률에 규정한 일에서만 그 죄를 물을 수 있다.

교회법 제1398조에서는 낙태를 주선하여 그 효과를 얻는 자는 자동 처벌의 파문 제재를 받는다고 하였다. 이는 낙태를 하려는 임신부뿐만 아니라 그에 동조한 사람까지도 공범으로 처벌을 받게 된다는 것이다. 공범의 여부를 따질 때에는 당사자의 행위의 목적을 잘 따져야한다. 또한 각 상황에 따라 면제의 요인과 경감의 요인들이 있기에 행위가 일어났다고 쉽게 제재를 하지는 않는다.

교회는 신자들의 친교에서 제외시키는 파문 제재를 통해 그 사건의 심각성을 당사자도 느끼게 하는 목적도 있지만 공동체 내에 질서를 명확하게 명시하고 그 잘못을 통해 피해를 입은 법질서를 회복하고 보고하려는 측면이 있다.

IV. 낙태 범죄에 결부된 형벌의 사면

교회법 안에 형법은 범죄를 저지른 사람들을 처벌하기 위한 목적으로만 존재하는 것은 아니다. 당사자가 자신의 잘못을 충분히

누우쳤을 때 다시금 공동체와의 관계를 회복할 수 있는 기회를 제공한다. 즉 범죄를 저지른 사람을 죄에서 벗어나게 하는 사면의 행위에 해당한다. 이는 교회법의 본래의 목적인 교회에 맡겨진 구원의 사명을 실천하는 일이다.¹⁴³⁾

1. 사면의 의미

사면이란 죄를 용서하고 형벌을 면제하는 것을 말한다. 사면을 통해 범죄인이 형벌로 상실한 자격을 회복시켜준다. 1917년 교회법 전에서는 속죄벌의 사면을 관면(dispensatio)으로 언급하고 있고, 치료벌 곧 교정벌의 사면을 사죄(absolution)로 말하고 있다.¹⁴⁴⁾ 현행 교회법전은 1917년 교회법 체계를 벗어나서 모든 종류의 형벌에 대하여 일반적으로 사면(remissio)이라는 용어를 사용한다.¹⁴⁵⁾ 성사적 내적 범정의 특수한 행위인 사죄(absolution)는 고해성사와 관련되게만 남겨 두었다.¹⁴⁶⁾

낙태에 의한 형벌은 교정벌에 해당한다. 교정벌은 그 형벌에 대한 사면권을 가진 관할권자에 의해서 수여된 합법적인 사면을 통해서만 종지된다.¹⁴⁷⁾ 낙태를 사면해줄 수 있는 방법 중 하나는 고해성사이다.

교정벌이란 영세자가 교회의 질서와 규율을 지키지 않으면서 그의 따르는 죄에 대한 회개도 하지 않고 항명하는 경우, 영적인 선익이나 이와 연관된 선익을 받지 못하게 하는 벌이다.¹⁴⁸⁾ 이와 또 다른 벌은 속죄벌이 있다. 속죄벌은 범죄를 저지른 사람에게 사회에 끼친 해악을 보상하기 위한 벌로 종신으로나 유기한으로나 무기한으로 부과되는 벌이다.¹⁴⁹⁾

143) 참조: 『교회법전』, 한국천주교주교회의, 2019, 13쪽.

144) 참조: 1917년 교회법 제2236조 1항.

145) Cf. Luigi Chiappetta, *Il Codice di diritto canonico* 2, EDB, 2011, pp.649~650.

146) 참조: 교회법 제508조 1항, 제566조, 제976조.

147) 참조: 1917년 교회법 제2248조 1항.

148) 참조: 이찬우, “교정벌”, 『교회법 사전』, 이찬우 엮음, 가톨릭출판사, 2016, 138쪽.

149) 참조: 이찬우, “속죄벌”, 『교회법 사전』, 이찬우 엮음, 가톨릭출판사, 2016, 658쪽.

그렇기에 속죄벌과 교정벌의 사면에는 차이가 있다.¹⁵⁰⁾ 교정벌의 사면은 영세자들이 하느님의 규율과 질서를 지키는 의미에서 정의의 행위이다. 항명을 포기한 범죄인은 사면에 대한 권리가 있고 관할권자는 항명을 포기한 범죄인을 용서할 의무가 있다.¹⁵¹⁾ 실제로 항명의 종지를 통해 교정벌이 추구하는 목적인 범죄인의 개심을 달성하게 되면 교정벌은 더 이상 존재할 이유가 없다. 속죄벌의 사면은 은전의 행위이다. 범죄인은 속죄벌의 사면에 대하여 어떤 권리도 없다. 그에 대한 사면은 오로지 장상의 자비에만 달려있는 문제이다.

그리스도에게 화해의 직무를 받은 교회는 사도들과 그 후계자인 주교들이 성품성사의 직무 안에서 이를 수행한다. 주교는 고해성사 규율의 지도자이고, 주교의 협력자인 신부들은 교회법을 통하여 주교나 소속장상, 교황에게서 위임을 받아 고해성사의 직무를 수행한다.¹⁵²⁾

교회의 권위자에게 사죄권을 받은 사제들만이 그리스도의 이름으로 죄를 용서할 수 있다. 현 법전은 관할권과 관계없이¹⁵³⁾ 죄에 대한 사죄가 유효하려면 성품권 외에 고백을 들을 특별권한이 필요하다고 규정하고 있고, 사제는 이 특별권한을 법 자체로나 또는 관할권자의 수여로 받을 수 있다.¹⁵⁴⁾ 그렇기에 항명을 포기한 자는 사죄를 통해 사면될 수 있다.

특별히 관할권자로부터 권한을 위임받지 않았지만 고해성사를 집전할 수 있는 사제는 죽을 위험 중에 있는 참회자에게 성사적 고백 행위 안에서거나 내적 법정에서의 은밀한 혼인장애에 대한 관면을 줄 수 있다.¹⁵⁵⁾ 선언되지 아니한 파문제재나 금지제재의 자동

150) 참조: 김동수, 「형벌의 적용과 종지」, 『사목연구』 27(2011), 가톨릭대학교 사목연구소, 107~108쪽.

151) 참조: 교회법 제1358조 1항.

152) 참조: 교회법 제967~969조, 제972조; 『가톨릭교회 교리서』 1462항; 『교회헌장』 26항.

153) 1917년 교회법에서는 관할권 문제도 있었다(참조: 1917년 교회법 제871~881조).

154) 참조: 교회법 제965~966조.

155) 참조: 교회법 제1079조 3항.

처벌의 교정벌을 성사적 내적 법정에서 사면할 수 있다.¹⁵⁶⁾

1.1. 법자체로 사면권자

사면할 권한은 우선적으로 교회에서 입법권을 가진 사람에게 속한다. 교회법제도에서 권한은 하나이고, 입법권은 집행권과 사법권을 구분하지 않고 묶어서 이루어지기 때문이다.¹⁵⁷⁾ 형벌의 사면은 집행권의 행위이다.¹⁵⁸⁾ 그 권한은 외적 법정에서 집행권을 가진 이들에게만 속한다. 내적 법정에서 사용할 수 있는 권한만 있는 자들은 교회법적 형벌의 사면에 대한 어떠한 관할권도 없다.

여기서 외적 법정과 내적 법정에 대하여 살펴볼 필요가 있다. 입법자가 법률을 공포하거나 법률 행위가 공동체가 알 수 있는 증거를 제시하는 것과 같이 통치권이 공개적으로 집행되었을 때, 이 사건은 외적 법정에 속한다. 이에 반하여 통치권이 비밀리에 집행되거나, 공동체가 받아들일 수 있는 합법적인 증거들이 제시되지 않고, 이 때 만들어진 효과를 증명하기 위해서 공동체에 은밀하고, 확인되지 않으며, 인정되지 않는 상태로 남는다면 내적 법정에 속한다. 이 두 법정은 서로 분리되지 않고 긴밀하게 연결되어 있다.¹⁵⁹⁾

형벌을 사면할 수 있는 권한을 가진 직권자에 대해서 법률로는 교회법 제1355조, 명령으로는 교회법 제1356조에서 언급을 하고 있는데 그 중에 낙태의 형벌의 경우는 교회법 제1355조에 해당한다.

내적 법정의 경우 형벌의 사면은 교회법 제130조에 규정된 규범을 따른다. 위에서 언급했던 것과 같이 통치권은 본래 외적 법정에서 행사된다. 그리고 내적 법정에서도 행사된다.¹⁶⁰⁾ 하지만 개인적 선익을 위한 통치권의 행사가 내적 법정에서 이루어지는데 그 행사의 효과가 외적 법정에선 인정되지 않는다. 그렇기에 내적 법정

156) 참조: 교회법 제1357조 1항.

157) 참조: 벨라시오 데 파울리스, 안드레아 다우리아, 『일반규범』, 419~421쪽.

158) 참조: 교회법 제130조.

159) 참조: F.J. Urrutia, “법정”, 『교회법 사전』, 이찬우 엮음, 가톨릭출판사, 2016, 406쪽.

160) 참조: 벨라시오 데 파울리스, 안드레아 다우리아, *op.cit.*, 411~414쪽.

에서 형벌이 사면된 경우에 그 효과는 외적 법정에서 인정되지 않는다. 외적인 증거가 없기 때문이다.¹⁶¹⁾ 다만 법으로 규정되는 특정한 경우에는 그렇게 적용되지는 않는다.¹⁶²⁾

법률을 관면하거나 형벌 명령을 면제시킬 수 있는 이들은 그 법률이나 형벌 명령에 의해 실행된 형벌을 사면할 수 있다.¹⁶³⁾ 교회법 제1355조에 근거하여 설정된 한계 내에서 직권자들은 사도좌에 유보되지 않는 사면을 교회법전 내 보편법으로 규정된 형벌을 사면할 수 있다. 낙태는 사도좌에 유보되지 않는¹⁶⁴⁾ 자동처벌의 파문 제재이다.¹⁶⁵⁾

교회법 제1355조 2항¹⁶⁶⁾에서 언급하고 있는 직권자는 지역에 관련된 내용이기 때문에 교구 직권자로 한정해서 이해하는 학자의 견해도 있다.¹⁶⁷⁾ 물론 직권자가 자기 소속자들이 관할권 안에 있던 밖에 있던 사면해 줄 수 있다.¹⁶⁸⁾ 또한 자기의 관할 지역 내에 실제로 거주하는 모든 이들에 대해서도 사면해 줄 수 있다.¹⁶⁹⁾

교회법 제1355조 2항에 의거하여 모든 주교, 교구장 주교든 은퇴

161) Cf. F. J. Urrutia, “Il criterio di distinzione tra foro interno e foro esterno”, in *Vaticano II: Bilancio e prospettive venticinque anni dopo 1968-1987*, ed. R. Latourelle, Assisi, 1988, pp.553-554.; V. De Paolis, “Il libro primo del Codice: norme generali (cann. 96-203)”, in *Il diritto nel mistero della Chiesa I*, Roma 1988, p.388.; P.Erdő, *Teologiadel diritto canonico, Un approccio storico-istituzionale*, Torino, p.155(재인용 : 김효석, 「가톨릭교회의 내적 법정에 관한 소고」, 『가톨릭신학』 21(2012/겨울), 대구가톨릭대학교가톨릭신학학회, 61~62쪽).

162) 참조: 1917년 교회법 제2251조.

163) 참조: 교회법 제1354조 1항.

164) 사도좌에 유보되지 않는 자동 처벌의 파문제재는 ① 배교, 이단, 이교(제1364조 제1항)이지만 NDR 제2조에 의하여 신앙교리성에 유보된 범죄이다. ② 효과를 얻은 주선된 낙태(제1398조). 그렇기에 제1354조 3항에 해당하지 않는다.

165) 참조: 교회법 제1398조.

166) “제1355조 ② 법률로 설정된 자동 처벌의 형벌이 아직 선언되지 아니하였고 그 사면이 사도좌에 유보된 것이 아니면, 직권자는 자기의 소속자들과 자기 지역 내에 거주하거나 그 곳에서 범죄한 이들에게 사면해 줄 수 있다. 또한 어느 주교든 지 성사적 고백 행위 중에 사면할 수 있다.”

167) Cf. Luigi Chiappetta, *op.cit.*, p.686.

168) 참조: 교회법 제136조.

169) 참조: 교회법 제13조 2항 2호.

주교든, 부교구장 주교든 보좌 주교든, 또는 아직 축성되지 않은 단순히 선임된 주교 등은 낙태에 대한 형벌을 사면할 수 있다. 하지만 이러한 사면도 성사적 고백 행위 중에서만 가능하고 또 교회법 제1354조 2항¹⁷⁰⁾에서 언급하고 있는 다른 이들에게 줄 수 있는 사면권은 교구 관할권자가 아닌 주교이므로 위임을 할 수 없다.

1.2. 직무상 권한을 가진 사면권자

고해성사를 들을 수 있는 특별권한을 직무로 받은 자는 참회 담당 의전 사제, 담당 사제이다.¹⁷¹⁾

참회 담당 의전 사제는 주교와 성당 소속이거나 동료단 소속이거나 직무에 의하여 받은 사제이다. 그는 성사적 법정에서 사도좌에 유보되지 아니하고 선언되지도 아니한 자동 처벌의 교정벌을 사면할 정규 특별 권한을 가진다. 그리고 이러한 교정벌을 교구 내에서는 외부자에게까지도 가능하고 또 교구민에 대하여는 교구 지역 밖에서도 사면할 수 있다.¹⁷²⁾

담당 사제¹⁷³⁾의 경우, 병원과 교도소와 향해 중에 유보되지도 아니하고 선언되지도 아니한 자동 처벌의 교정벌을 사면해 줄 특별 권한을 가지고 있는데,¹⁷⁴⁾ 참회 담당 의전 사제와는 달리 그 장소에서만 행할 수 있는 제한이 있다.

주의를 할 점은 직무로 받은 특별권한을 가지고 있는 사람이 그 권한을 다른 이에게 위임할 수는 없다.¹⁷⁵⁾

170) “제1354조 ② 형벌을 설정하는 법률이나 명령은 다른 이들에게도 사면권을 수여할 수 있다.”

171) 참조: 교회법 제968조 1항.

172) 참조: 교회법 제508조.

173) 담당 사제의 임무는 사목이지만 본당 사목구를 담당하지는 아니하므로 사목구 주임 사제와 다르다. 담당 사제는 그가 담당하는 공동체나 집단의 본부에 부속된 성당의 담임이다. 그는 정해진 신자의 그룹이나 공동체를 돌보는 사제이다(참조: 이찬우, “담당사제”, 『교회법사전』, 이찬우 엮음, 가톨릭출판사, 2016, 308쪽).

174) 참조: 교회법 제566조.

175) 고해성사 중에서만 형벌을 사면할 수 있는 권한을 가진 자로서 교구 직권자나 소속 직권자가 아닌 주교(제1335조 제2항), 참회 담당 의전 사제(제50조 제1항), 병

1.3. 위임 사면권을 수여 받은 사면권자

교구 직권자는 특별한 상황일 때¹⁷⁶⁾ 신자들의 고백을 들을 수 있는 특별권한을 사제에게 수여할 권한이 있다. 다만 수도회 소속 신부들은 적어도 소속장상의 추정되는 허가 없이는 그 특별권한을 행사하지 말아야 한다.¹⁷⁷⁾

고백을 들을 특별권한은 무기한이나 기한부로 수여될 수 있고 특히 상시적인 특별 권한은 서면으로 수여되어야 한다.¹⁷⁸⁾ 1917년 교회법에서는 이 권한은 서면 또는 구두에 의해서도 수여될 수 있다고 하였으나 현행 교회법에서는 서면으로 수여되어야 한다고 하였다.¹⁷⁹⁾

1.4. 예외적인 경우

영원의 구원을 목적으로 하고 있는 교회법에서 권한의 위임을 받지 않고 형벌을 사면할 수 있는 권한을 줄 수 있는데, 바로 죽을 위험 중에¹⁸⁰⁾ 있는 참회자가 있을 때이다. 범죄인이 죽을 위험 중에 형벌을 받고 있는 기간 전반에 걸쳐 정지된다. 이 형벌의 효력은 죽을 위험이 끝남으로써 다시 발생한다.¹⁸¹⁾

또한 큰 추문이나 불명예의 위험이 있을 경우에도 그렇다. 이는 자동 처벌이 선언되지 않았고, 범죄인이 살고 있는 곳에서 공공연하지도 아니하여야 한다.¹⁸²⁾ 범죄인이 큰 추문이나 불명예의 위험이 없는 한도만큼 파문제재의 전부 또는 일부가 정지될 수 있다.

이때는 어느 사제든지, 고백을 들을 특별한 권한이 없더라도 또

원이나 교도소 등의 담당 사제(제566조 제2항)는 사면권을 위임할 수 없다.

176) 예를 들어 선교지역이나 교황교서를 통한 경우를 말한다.

177) 참조: 교회법 제969조 1항.

178) 참조: 교회법 제972~973조.

179) 참조: 1917년 교회법 제879조 2항.

180) 병이나 노령, 해산이나 수술 등에 의한 위험이나 교통사고나 파선, 전쟁이나 천재지변에 의한 죽음위험처럼 내적이거나 외적인 원인의 경우를 말한다.

181) Cf. L. Chiappetta, *op.cit.*, p.680.

182) 참조: 교회법 제1352조 2항.

인가된 사제가 그 자리에 있더라도 가능하다. 이러한 경우 선언되었거나 유보된 교정벌도 유효하고 적법하게 사면할 수 있다.¹⁸³⁾

1.5. 권한의 상실

수여된 특별 권한은 중대한 이유가 없으면 취소되지 말아야 한다. 중대한 이유란 예를 들어 진실의 은폐나 기만이나 청원 이유가 거짓일 경우이다¹⁸⁴⁾. 교구 직권자에 의하여 그 권한이 취소되면 해당 사제는 특별권한을 어디에서나 상실한다. 타교구 직권자에 의하여 취소되면 취소한 자의 구역 안에서만 권한을 상실한다.¹⁸⁵⁾

또한 해당자가 파문 제재의 교정벌이나 특별권한의 상실을 명시한 다른 형벌을 받아도 취소된다. 교회법 제1331조~1333조에 명시되어 있듯이 해당자가 법적으로 취득하고 있던 여타의 권한들에도 종합적으로 적용된다. 이 뿐만 아니라 직무의 상실이나, 제적이나 주소의 상실에 의해서도 종료된다.¹⁸⁶⁾ 특별권한이 상실된 상태에서 집전된 고해성사는 무효이다. 만일 특별 권한 없이 집전을 시도하면 교회법 제1378조 2항 2호¹⁸⁷⁾에 의해 처벌을 받게 된다.

2. 사면의 방법

사면을 받기 위한 행위로는 우선 범죄자가 죄에서 벗어나기 위해서는 자신의 항명을 포기하고 사면권자로부터 모든 교정벌을 사면 받아야 한다. 교정벌은 죄로 인하여 영세자로서의 성사활동을 방해하고 있다.¹⁸⁸⁾ 교정벌의 사면은 법률로부터 의무로 행하여지는 정의의 행위이다. 이 사면은 형벌의 목표인 추문의 보상, 정의

183) 참조: 교회법 제976조.

184) 참조: 교회법 제63조.

185) 참조: 교회법 제974조 1~4항.

186) 참조: 교회법 제975조.

187) “제1378조 ② 2. 제1항에 언급된 경우 외에, 성사적 사죄를 유효하게 베풀 수 없는 때에 이를 베풀려 시도하거나 성사적 고백을 듣는 자.”

188) 참조: 교회법 제1331조, 제1332조.

회복, 범죄인의 교정이 이루어져야만 가능하다.¹⁸⁹⁾

사면은 교정을 우선으로 다루는 교정벌의 본성상 항명¹⁹⁰⁾을 포기한 이에게는 형벌이 유효하게 부과될 수가 없다. 교정벌의 효과가 달성되었기 때문이다. 교정벌은 범죄인이 올바른 길을 갈 수 있도록 부과한 것이기 때문이다. 교정벌을 받게 된, 항명을 포기한 것으로 보는 경우는 자신의 범죄를 진심으로 뉘우치고, 손해와 추문에 대한 상응한 보상이나 약속을 하고 처벌에 대한 사면을 신청하는 경우이다. 일반적으로 형벌은 그 행위에 대해서 사전에 경고를 할 수 있다. 이를 통해 자신의 행위를 교정할 수 있는 기회를 주는 것이다. 하지만 낙태로 인한 자동 처벌은 다른 형법과 달리 경고가 내포되어 있기에 사전 경고가 없다.¹⁹¹⁾

특별히 내적 법정에서 교정벌을 다룰 때 범죄자가 항명을 버리고 사죄를 통해서 사면이 이루어진다. 범죄인이 진실로 자신의 죄를 뉘우치고 참회할 때 장상은 그 사면을 허가한다. 이렇게 항명을 포기한 이에게는 고해 사제가 사면을 거부할 수 없다.¹⁹²⁾ 결국 교정벌은 단지 합법적인 사면을 줄 수 있는 관할권자의 사면을 통해서만 끝난다.

2.1. 선고처벌과 자동처벌의 차이

사면의 내용을 다룰 때 외적 법정과 내적 법정에 대한 내용이 나온다. 이는 자동처벌과 선고처벌에 대한 사면의 형태를 가지고 있

189) 참조: 김동수, 「형벌의 적용과 종지」, 『사목연구』, 27(2011), 가톨릭대학교 사목연구소, 91쪽.

190) 항명이란 범죄를 고집하고 장상의 명령을 거역하는 것을 말한다. 항명은 형상적 항명과 잠재적 항명이 있다. 형상적 항명은 말이나 행위나 사실로 장상에 대한 멸시를 드러내는 것으로 장상이 보낸 편지를 찢거나 태우는 행위를 말한다. 잠재적 항명은 장상이 벌칙으로 금지한 것을 어기는 것이다. 즉 명령자의 권위를 멸시하는 행위이다. 범죄인이 잠재적 항명을 유지하는 경우에는 교정벌을 부과할 수 있다(참조: V. De Paolis, “항명”, 『교회법률용어사전』, 한동일 옮김, 가톨릭출판사, 2017, 977~978쪽).

191) 참조: 교회법 제1314조.

192) 참조: 교회법 제1358조.

기 때문에 이에 대하여 알아보려고 한다.

선고처벌은 관할 장상이나 재판관에 의해서 범법 행위에 대한 형벌을 부과하는 것을 말한다. 파문 선고는 3명 이상의 합의제 재판부에 의해 이루어지며, 형벌 적용의 판단은 처벌 전에 장상이 범죄인에게 경고를 준 경우에만 그 선고가 유효하다.¹⁹³⁾

형벌 부과는 자유의지와 이성의 사용에 초점을 맞추어서 판단해야지, 범죄 사실 자체만으로 부과되지 않는다.¹⁹⁴⁾ 재판관이 선고할 때 면제의 요소들¹⁹⁵⁾ 등도 생각해야 한다. 범죄인의 귀책사유가 밝혀졌더라도 선고처벌 전에 일정한 절차를 걸쳐야 한다.¹⁹⁶⁾

선고처벌의 과정에서 파문의 유효요건, 귀책사유, 검토해야 하는 중대한 요소들, 선고 전의 절차, 완화조치 등 다양한 것을 고려해서 선고에 의한 파문을 해야 한다.

자동처벌은 법률이나 명령으로 명시적으로 형벌이 정해져 있어 범죄 사실 자체로 형벌이 부과된다.¹⁹⁷⁾ 재판관이나 장상의 개입 없이 이루어진다. 그렇기에 자동처벌의 선언은 형벌을 부과하는 것이 아니라, 범죄인이 범행 자체로 자동적으로 처벌을 받는다는 것이다. 결국 자동 처벌의 파문 제재는 범죄 사실 자체로 파문이 부과되는 것이다.

2.2. 외적 법정

형벌의 사면은 외적 법정에서 집행권의 행위로 드러난다. 교회법 제1355~1356조는 외적 법정에서 행하여지는 형벌 사면을 다루고 있다. 하지만 이는 외적 법정에서 선언되었을 경우에만 해당한다.

그렇기에 교회법 제1355조 1항에 의거하여 형벌을 부과하거나 선언하기 위해 재판을 교회법 제1721조 1항¹⁹⁸⁾의 규범에 따라 직권

193) 참조: 교회법 제1347조 1항.

194) Cf. Thomas J. Green, "The future of penal law in church", in *Jurist* 35(1975), Catholic University of America, Department of Canon Law, p.234.

195) 참조: 교회법 제1324조, 제1322조.

196) 참조: 교회법 제1341~1353조.

197) 참조: 교회법 제1314조.

자가 진행한다. 혹은 교회법 제1720조의 규범에 따라 행정 절차를 통해 몸소 또는 타인을 통하여 재결로 형벌을 부과하였거나 선언한 직권자, 범법자가 거주하는 곳의 교구 직권자만이 할 수 있다. 다만 이례적 상황 때문에 불가능한 경우가 아니라면 재판을 진행하였거나, 재판 외 재결로 형벌을 부과하였거나, 선언한 직권자와 미리 상의¹⁹⁹⁾하여야 한다. 어떤 경우이든 직권자와 상의하는 것은 의무이다. 이는 구체적인 사안에 대한 필요한 정보를 얻음으로써 형벌의 사면 여부를 더욱 신중하게 결정할 수 있다.²⁰⁰⁾ 앞장에서 언급한 경우처럼 자동처벌이 선언된 경우는 범죄자의 행위가 여러 면에서 추문으로 부과된 것이기에 잘못 사면을 해주었다가 오히려 교회가 추문에 엮일 수 있기 때문이다.

외적 법정을 다루는 재판의 구성은 단독 재판관과 합의제 재판부가 있는데, 낙태죄의 경우에는 합의제 재판부에서 다루어진다.²⁰¹⁾ 범죄인이 행한 낙태가 대중에게 널리 공포된 경우, 단독 재판관이 다루기에는 사건의 심각성 및 복잡성이 있기 때문이다. 3명의 재판관을 통해서 이루어져야 한다. 판단을 내릴 때 재판관은 사

198) “제1721조 ① 직권자는 사법적 형법 절차를 착수하여야 한다고 판정하면, 수사 기록 문서들을 검찰관에게 넘겨 주어야 하고, 검찰관은 제1502조와 제1504조의 규범을 따라, 고소의 소장을 재판관에게 제출해야 한다.”

199) 여기서 상의는 단순히 통보하거나 알리는 것만을 의미하는 것도 아니지만, 그렇다고 해서 상의한 직권자의 승인을 얻을 필요가 있다는 것을 의미하는 것도 아니다(Cf. *Comm.* 16, 1984, p.45). 이 상의에 대한 의견은 다양하게 해석이 되는데, Chiappetta는 제127조 2항 2호를 근거로, 행위 무효의 벌칙 조건 아래 요구된다고 말한다. 그러나 Calabrese는 이례적 상황 때문에 상의가 가능하지 않음을 판단하는 일은 범법자가 거주하는 곳의 직권자에게 맡겨져 있기에 이 경우 제127조 2항 2호가 적용될 수 없다고 말한다(참조: Antonio Calabrese, *Diritto Penale Canonico*, Edizioni Paoline, 1990, p.225). 대다수 학자는 상의가 사면의 유효성을 위해 요구되는 것은 아니라는 견해이다(Cf. Bruno Fabio Pighin, *Diritto Penale Canonico*, Marcianum Press, 2014, p.279). 제127조는 장상의 행위에 대하여 다루고 있다. 즉 장상과 그의 권한 아래 있는 소속자 사이에 마땅하고 필요한 협력 관계를 규제하려는 목적을 가진다. 반면에 제1355조 1항 2호에서 말하는 교구 직권자와 직권자 사이에는 종속 관계가 아닌 대등한 관계가 있을 뿐이다. 따라서 상의가 사면 행위의 유효성을 위해 요구되는 조건인지 따지기 위한 근거로 제127조로 삼는 것은 문제가 있다.

200) Cf. L. Chiappetta, *op.cit.*, p.685.

201) 참조: 교회법 제1425조 1항 2호.

실의 객관적 진실을 확인하고 법률을 충실하게 적용하는 집행자의 역할을 해야 한다. 그렇기에 참회자가 자신의 항명을 포기를 충분히 확인하고 그에 따르는 적절한 고행을²⁰²⁾ 명할 수 있다.

2.3. 내적 법정

내적 법정에서만 권한을 가진 이들은²⁰³⁾ 교회법적 형벌을 사면할 어떤 관할권도 가지지 않는다. 하지만 사면은 위임이 가능한 집행권의 행위이기에 행하여질 수 있다. 내적 법정에서 형벌의 사면은 교회법 제130조의 규범을 따른다.²⁰⁴⁾ 즉 성사적 고백 행위 중에 선언되지 않은 교정벌을 사면할 수 있다.²⁰⁵⁾

선언되지 않은 교정벌이라면 낙태에 대한 형벌은 명령이 아닌 법률로 정해진 것이기에 제1355조 2항에 근거하여 행하여진다. 그렇기에 외적으로 사면을 해주어야 한다. 이후에 참회자는 고해성사를 받을 수 있다.

이 때 사면권을 가진 자는 아래와 같이 말해주어야 한다.

“나는 내게 주어진 권한을 가지고 성부와 + 성자와 성령의 이름으로 이 교우의 파문벌을 사면해 줍니다. 아멘.”²⁰⁶⁾

참회자가 고해를 할 때 사면권을 위임받은 사람들은 고해성사로만 끝나서는 안 되고 외적으로도 사면을 해주어야 한다. 사제가 충분히 준비된 참회자에게 고해성사 중에 교회법상의 자동 처벌까지 사해 주기 위해서 통상 사죄경을 바꿀 필요는 없지만 다만 교회법상의 처벌도 사해준다는 지향만 가지면 된다. 그러나 관할권자에게 위임을 받은 사제는 죄를 사해 주기 전에 고해성사 밖에서 따로 사

202) 참조: 교회법 제1340조.

203) 앞에서 언급한 법자체 사면권자를 제외하면 다 여기에 속한다.

204) Cf. L. Chiappetta, *op.cit.*, pp.681~682.

205) 참조: 교회법 제1355조 2항.

206) 주교회의 전례위원회 편찬, 『고백성사 예식서』, 한국천주교중앙협의회, 1977, 187쪽.

면을 해주어야 한다.²⁰⁷⁾ 이 때 형벌에 대한 사면만 이루어지지 사죄는 이루어지지 않는다.

결국 형벌의 사면과 죄의 사죄는 분리된 행위이다. 그렇지만 고해 사제가 형벌을 사면해 줄 권한을 가지고 내적 법정에서 그 권한을 행사할 때는 죄를 사해 줌과 동시에 형벌을 사면해 줄 지향만 가지고 있어도 충분하다. 즉 형벌의 사면을 하겠다는 지향을 가지고 고해 사제가 사죄경을 외울 때 형벌의 사면과 죄의 사함이 동시에 이루어진다. 그러나 엄밀한 의미에서 사면과 사죄는 다른 것이고, 형벌의 사면 사실이 고해 비밀의 은밀함으로 완전히 밀봉되는 것이 참회자에게 불이익이 될 것 같은 판단이 들 때 사목자가 재량으로 선택을 하여 사죄경을 베풀기 전에 특별한 경문을 사용하면서 교정벌을 사면해 줄 수 있다.²⁰⁸⁾

이 때 범죄인은 범죄를 진정으로 뉘우쳐야하고 그 사건에 대한 손해와 추문에 대하여 상응한 보상을 하였거나 적어도 진지하게 약속하려는 자세가 있어야지만 사면이 가능하다.²⁰⁹⁾ 교정벌을 사면하는 이는 형벌을 예방제재로 대치하거나 참회 고행을 부과할 수 있다.²¹⁰⁾

고해 사제는 참회자에게 고백을 들으면 된다. 현행 교회법전은 내적 법정 내지는 고해성사의 치료의 목적에 관해서 교회법 제978조 1항에서 “사제는 고백을 들을 때 자기가 재판관이자 의사로서 행동한다는 것과 또한 하느님의 영광과 영혼의 구원에 이바지하도록 하느님의 정의와 자비의 교역자로서 하느님께로부터 임명된 자임을 명심하여야 한다”라고 규정하고 있다.²¹¹⁾

고해 사제의 형벌 사면 특별 권한은 제한되어 있는데, 참회자가

207) 참조: 교회법 제1355조 2항.

208) 참조: 이경상, 「고해성사의 올바른 집전을 위한 교회법적 제한 규정」, 『사목연구』 23(2009), 가톨릭대학교 사목연구소, 41~42쪽.

209) 참조: 교회법 제1347조 2항.

210) 참조: 교회법 제1348조, 제1340조 1항.; Cf. J. I. Arrieta ed. *Codice di Diritto Canonico e Leggi complementari commentato*, Coletti a San Pietro, 2004, p.898.

211) 참조: 이경상, 「교회 형벌제재의 기반」, 『사목연구』 27(2011), 가톨릭대학교 사목연구소, 26쪽.

관할 장상이 조치하기에 필요한 기간 동안 중죄의 상태에 머물러 있는 것을 무거운 짐으로 여겨야 한다. 그리고 나서 성사적 내적 법정 안에서만 사면을 행할 수 있다. 즉 고해성사 중에서 낙태 범죄자는 사면이 되는 것이다. 또한 이 때 고해 사제는 소원할 의무를 지닌다.²¹²⁾ 고해 사제는 사면할 때 참회자에게 처벌 복귀의 별칙 조건 아래 1개월 이내에 관할 장상 또는 특별 권한을 부여받은 사제에게 소원하고 큰 불편 없이 소원할 수 있다는 조건에서²¹³⁾ 그렇게 한다.²¹⁴⁾ 당연히 참회자의 이름은 밝히지 않는다.²¹⁵⁾ 그리고 고해 사제는 참회자에게 적절한 참회 고행과 아울러 긴급할 정도만큼의 추문과 손해의 보상을 부과하여야 한다.²¹⁶⁾

이렇게 낙태에 관한 형벌을 받은 자는 충분한 회심을 통해 내적 법정인 고해성사를 통해 사면을 받을 수가 있다.

2.4. 교황 프란치스코의 교서 「자비와 비참」²¹⁷⁾

교황 프란치스코는 2015년 교황 칙서 『자비의 얼굴』²¹⁸⁾을 통해 자비의 특별 희년을 선포하면서 자비의 해에는 주님의 은혜를 통해 현대 사회의 노예살이에 얽매인 이들에게 해방을 주어야 한다고 말씀하셨다.²¹⁹⁾ 중대한 죄의 상태인 낙태로 인하여 형벌을 받고

212) 참조: 교회법 제1357조 2항.

213) 아주 예외적으로 물리적으로든 윤리적으로든 소원하기가 전적으로 불가능한 경우 소원할 의무가 중지되고, 고해 사제는 교정벌을 사면하면서 참회자에게 적절한 참회 고행을 부과하고 혹 추문과 손해를 보상해야 한다면 그렇게 하도록 명령하면 된다. 이는 본질적으로 1917년 교회법 제2254조 3항에 규정된 제한과 조건을 부과함 없이 그 조문의 실질적 내용만을 적용한 것이다. 소원 불가능 상태는 실제로 1개월 동안 계속 될 수도 있다. 참회자가 자신에게 주어진 1개월 내에 소원을 수행할 수 없다면 그 때에 소원할 의무가 더 없다고 말하는 학자들도 있고 의무가 그 기간 동안에 정지되는 것이라고 말하는 학자도 있다.

214) 참조: 1917년 교회법 제2254조 1항; 교회법 제1323조 4호.

215) 고해성사의 비밀 누설과 관련이 되어 있다(참조: 교회법 제983조 1항).

216) Cf. <https://www2.bc.edu/james-bretzke/PenaltiesCanonicalTreatment.pdf>

217) Francisci PP., *Litterae Apostolicae, Misericordia et Misera* 20. 11. 2016.

218) Francisci PP., *Bulla, Misericordiae Vultus* 11. 04. 2015.

219) 참조: 「자비의 얼굴」 16항.

있는 이들이 다시금 돌아올 수 있는(즉 회심) 기회를 주기 위하여 사면권을 위임 받은 사제만 할 수 있는 자동처벌에 의한 사면권을 자비의 특별 희년동안 전 세계 사제에게 부여하였다. 이는 교구 직권자로부터 고해성사를 들을 수 있는 직무상이나 위임을 받은 사제뿐만 아니라 그것을 받지 않은 사제도 가능하게 한 것이다. 결국 모든 사제에게 자동 처벌의 파문 제재라는 교정벌을 사죄해주는 재치권을 위임해 주신 것이다.²²⁰⁾

그 이후 자비의 특별 희년 폐막 때 「자비와 비참」이라는 교서를 통해 모든 사제들에게 자비의 희년 동안(1년) 한시적으로 부여된 권한을 지속적으로 부여하였다.²²¹⁾ 그렇다고 낙태가 쉽게 사면을 받는 죄가 아니라 대죄임을 강조하시지만 하느님의 자비가 닿지 않는 곳은 없음을 말하면서 그 자비가 참회자들에게 잘 전달되도록 고해 사제는 도움을 주어야 한다고 언급하였다.²²²⁾

하지만 교회법 제1357조 2항의 성사적 내적 법정에서 고해 사제의 개별적 권한의 원칙은 지켜져야 한다.

3. 사면의 무효

범죄자를 사면해주는 사면권자가 자유로운 상태가 아니라 주변이나 공포 등의 강요로 인하여 사면이 이루어진 것이면 처음부터 무효이다.²²³⁾ 이는 교회법 제125조 2항에 언급하고 있는 법으로 달리 규정된 경우에 해당한다. 또한 법률적으로는 전적으로 존재하지 아니한 행위이다.²²⁴⁾

여기서 고려해야 할 것은 그 공포가 간접적으로 유발된 것은 포함되지 않는다는 점이다. 공포가 의도적으로 유발된 것이야 하고 사면의 이유여야 한다. 그 공포가 단지 사면의 기회의 경우는 해당

220) Cf. Pontificium Consilium de Legum Textibus Prot. N.15208/2015 (2015.11.14).

221) 참조: 「자비와 비참」 12항.

222) 참조: 「자비와 비참」 10항.

223) 참조: 교회법 제1360조.; Cf. *Comm.* 9, 1977, p.171.

224) 참조: 교회법 제125조 1항.

하지 않는다.²²⁵⁾

4. 한국 교회의 현실

한국천주교회는 교구장 주교가 교구 사제에게 위임하는 특별권이 있다. 이를 언급하고 있는 것이 「전국 공용 교구 사제 특별 권한」(1986)²²⁶⁾이다. 이 중에 본 논문과 관련 있는 부분은 고해성사이다. 제11조와 제12조에서 다루고 있는데, 제11조는 모든 신자에게 고해성사를 사제는 줄 수 있다고 밝히면서 다른 교구에서 그곳 교구장에게 다시금 받아야할 권한이 필요 없음을 알려주고 있다. 또한 제12조에는 그 권한 중에 사면할 수 없는 것과 할 수 있는 것을 구분하여 언급하고 있다.

12. (벌의 사면권)

보편법에 의한 자동 처벌의 징계벌을 사면해 줄 수 있다(교회법 제1355조 2항). 다만 다음의 징계벌은 사면해 줄 수 없다.²²⁷⁾

또한 「한국 천주교 사목 지침서」(1995)에서도 제87조와 제88조에 도 위와 비슷하게 명시하고 있는데,

225) Cf. F. Nigro, “Nota al Parte I del libro VI”, in *Commento al Codice di Diritto Canonico*, a cura di P.V. Pinto, Universita Urbaniana, Roma, 1985, p.805.

226) 1986년 개최된 한국 주교회의 총회에서는 1983년 반포된 새 교회법에 따라 전국공용 교구사제 특별권한을 제정하였다. 특별권한은 원칙적으로 교구장이 소속 사제에게 부여하는 것이다. 그리하여 그 권한은 수여된 소속교구에서만 사용되어야 한다. 그러나 한국과 같이 전국이 하루 생활권이고 언어나 풍속이 같은 지역에서는 여러 교구사제들에 공통되는 특별권한을 가지고 있는 것이 사목적으로 유리하다고 한국주교회의에서는 결정하였고, 그리하여 소속 교구에서만 권한을 지니는 특별권한이 아니라 그 특별권한을 지니고 있으면 한국이라는 테두리 안에서 전국 공용으로 그 권한을 사용할 수 있도록 하였다(참조: 정진석, 『전국공용 교구사제 특별권한 해설』, 한국천주교중앙협의회, 1988, 9쪽).

227) 「전국 공용 교구 사제 특별 권한」, 『한국지역교회 법전 I』, 한국천주교주교회의, 2013, 261~262쪽.

제88조 (벌의 사면권)

1항 고해 사제는 다음의 2항²²⁸⁾과 3항²²⁹⁾의 것을 제외하고 모든 죄와 벌을 사해 줄 수 있다(참조: 교회법 제1355조; 교구 사제 특별 권한, 제12조).²³⁰⁾

이 특별 권한을 받은 사제들은²³¹⁾ 교회법 제1355조 2항에 언급되어 있는 ‘법률로 설정된 자동 처벌의 형벌이 아직 선언되지 아니한 경우에 직권자가 위임한 사면권’, 즉 내적 법정에서 행할 수 있는 사면권을 갖는다. 앞에서 언급한 것처럼 낙태에 대한 죄를 고해성사를 통해 사면해줄 수 있다.

그래서 「자비와 비참」을 통해 확대된 사면권에 관계없이 한국은 통상적으로 행하고 있었다.

그런데 사제가 고해성사 내에서 참회자에게 낙태죄에 대하여 사면과 사죄가 따로 이루어져야 함에도 불구하고 사죄를 통해서 사면이 된다는 잘못된 지식을 가지고 있다. 이에 대한 수정이 필요하고 앞으로는 구분해서 시행해야 한다.

5. 소결론

사면에 앞서 형벌을 받는 범죄인은 항명을 포기해야 한다. 이 안에는 자신의 반성과 참회가 충분히 들어가야 한다. 이런 항명의 포기함을 통해 사면권자는 그의 죄의 상태를 벗어나게 해줄 수 있다.

사면 또한 누구나 할 수 있는 것은 아니고 법자체로, 직무상, 위임 사면권을 수여 받은 사면권자만 가능하다. 예외적으로 사면을

228) 사제가 사면해 줄 수 없는 형벌인데, 교구장의 처벌로 제재된 형벌, 지역 교회법에 의한 자동 처벌의 형벌, 사도좌에 사면이 유보된 자동 처벌의 파문 제재이다.

229) 사도좌에 사면에 유보된 자동 처벌의 파문 제재에 관련된 것이다.

230) 「한국 천주교 사목 지침서」, 『한국지역교회 법전 I』, 한국천주교주교회의, 2013, 52쪽.

231) 한국에서 서품을 받은 교구 사제는 서품을 받자마자 ‘전국 공용 교구 사제 특별권한’을 받는다. 수도회나 기타 해외에서 서품을 받은 사제는 관할권자에게 청해야지만 얻을 수 있고 만일 그렇지 않으면 다른 사제와 같은 동일한 특별권한을 행사할 수가 없다.

받는 사람이 죽을 위험에 있을 때는 누구나 할 수 있다.

낙태는 자동 처벌의 제재를 받기 때문에 외적법정에서 선언된 경우와 선언되지 않는 경우를 나누어서 사면 절차가 이루어져야 한다. 선언된 경우에는 외적 법정의 절차를 따르는 재판으로만 가능하고 선언되지 않는 경우는 내적 법정에서 적절한 사면 절차를 통한 고해성사로 사죄가 이루어져야 한다.

하지만 2015년 교황 프란치스코는 칙서 「자비의 얼굴」을 통하여 자비의 특별 희년을 선포함으로써 모든 사제를 통하여 낙태로 인하여 고통을 받는 죄인들을 한시적으로 해방시킬 수 있는 권한을, 후속 교서인 「자비와 비참」을 통해 사제들에게 지속적인 권한을 부여해 주셨다.

한국 교회는 「전국 공용 교구 사제 특별권한」을 통해 각 교구장들이 교구 사제에게 항시적으로 낙태죄에 대한 사면을 할 수 있는 권한을 부여하였다.

V. 결론

법이 왜 필요할까. 법은 통제하고 규율하는 것이 목적인가라는 질문들을 사람들은 곧잘 한다. 때로는 법이 우리를 보호해주는 듯 보이지만 오히려 그것으로 인하여 구속을 받고 있는 것도 사실이다. 그렇다고 법이 필요 없다고 생각하지는 않을 것이다. 좀 더 나아가 자비와 사랑이 넘쳐야 할 교회에 형벌의 제재가 있다는 사실이 사람들에게 섬뜩한 부정적인 감정을 일으킨다.

하지만 교황 요한 바오로 2세가 개정된 교회법전을 반포하면서 발표하신 교황령 「거룩한 규율법」(Sacrae Disciplinae Leges)을 보면 다시금 법의 역할에 대하여 생각해볼 수 있다. “사실 교회법전은 교회에 절대적으로 필요하다. 교회는 사회적이고 가시적 조직체이기도 하기 때문에 규범을 가져야 한다. [...] 하느님께서 교회에 맡기신 직무, 특히 거룩한 권한과 성사가 올바르게 집행되기 위함이며, 그리스도교 신자들의 상호 관계와 각 개인의 권리가 안전하게 보

장되고 제정되어 사랑에 입각한 정의에 따라 조화될 수 있기 위함이고, 끝으로 더 거룩하게 그리스도교인 생활을 살기 위해 취해진 공동체적 노력이 이 교회 법규에 의하여 유지되고 강화되며 증진되기 위함이다.”²³²⁾

법에 사람들을 제재하기 위한 목적이 없다고 할 수는 없다. 다만 법 안의 깊은 뜻으로 거룩한 권한이 올바르게 신자들에게 전달되고 또 그것을 통해 상호 간에 권리가 안전하게 보장되기 위함이다. 결국 법 안에는 그리스도의 정신을 이 땅에 실현하는 것과 영혼의 구원을 위한 교회의 마음이 담겨져 있다. 그리스도교 신자들은 교회법 준수를 통하여 그리스도교의 정신을 사회에 구현하는 예언자·교사로서의 역할을 수행함으로써 사회 정의를 실현하는 원동력이 될 수 있다.

사회를 변화시키는 것은 인간이다. 하느님은 인간에게 자유의지를 주셨다. 이 자유의지는 누구나 행사할 수 있지만 그 안에 있는 책임을 잊지 말아야 한다. 그리고 모든 자유를 행함에 있어서 개인적, 사회적 책임의 도덕원칙을 지켜져야 한다. 이 가치를 충분히 알고 실천하면 좋지만 그렇지 못하는 경우가 많다. 인간이 자신의 삶에서 주어진 자유를 실현하기 위해서는 법적인 제한도 필요한 것이다. 이를 통해 사회, 공공의 평화, 도덕 그리고 모든 사람들의 권리를 보호할 수 있다.²³³⁾

2019년 헌법재판소의 형법상 낙태죄에 관한 헌법불합치 결정으로 인하여 국회는 2020년 안에 새로운 법조항을 만들어야 한다. 그 결과 시민사회에서는 잉태 후 어느 시점부터 낙태를 허용할 것인가에 대해서 많은 토론이 이루어지고 있다. 여기서 안타까운 점은 저마다 입장에 따라 의견이 다를 수는 있지만 태아도 생명이라는 사실을 너무 간과한다는 것이다. 결국 보호 대상은 태아의 생명이다. 따라서 그 생명에 대한 가치 판단 보다는 태아의 생명보호에 최우선 순위를 두어야 한다는 점을 잊지 말아야 한다. 또한 의사가

232) 『교회법전』, 한국천주교주교회의, 2019, 23쪽.

233) Cf. Walter M. Abbott, S.J. ed., *The Documents of Vatican II*, NY: Guild Press, 1966, p.686.

자신의 신념에 따라 낙태 거부를 하면 현행 의료법에 의해 단순한 의료거부 행위로 처벌을 받게 된다. 낙태를 의료행위로 봐야하는지부터 고민을 해야 한다. 생명을 중시하는 사람에게 낙태는 옳지 않은 일이다. 그렇기에 세계인권선언 제18조²³⁴⁾에 근거하여 모든 사람은 양심적, 종교적 자유를 누릴 권리를 갖는 사실을 상기하여 국가 법체계에 명시할 필요가 있다.

역사를 통해서 보면 교회 안에서도 생명의 시작에 대한 논란이 있었다. 하지만 교회는 역사 안에서 교리와 의학의 발전과 조금 더 원천에 다가가려는 노력으로 지금의 관점을 정립했다. 정자와 난자가 만나는 순간, 즉 수정부터 생명의 시작이 이루어진다. 그 생명을 존중하는 것이 단지 한 개체를 위한 행동에서 벗어나 이 사회를 구성하는 공동체들에게도 전해지는 생명 존중에 대한 행위이다.

그렇다고 해서 교회가 행위만으로 형벌을 무분별하게 부과하지 않는다. 어떤 목적으로 행하였는지, 또 얼마나 직접적인 관련이 되는지 등을 통해 형벌의 제재가 이루어진다. 본래 형법의 목적인 범죄인의 교정과 범죄로 인해 손상된 정의의 회복이 이루어지도록 주의를 기울이고 있다. 교회 형법의 이러한 조치는 공동체 내의 구성원들을 보호하기 위함이다.

때로는 책임을 가져야 할 주체들이 그의 중대성을 모르거나 잘못된 지식으로 죄책이 없는 사람들이 고통을 받을 일이 없어야 한다. 특히 낙태에 협조하는 사람은 그 책임감을 분명히 인식할 필요가 있다. 그래서 정확하게 교회법이 추구하는 가치를 알아야 한다. 이 형법을 적용할 때, 서로 다른 삶의 자리 안에 있는 개개인에게 적용하게 되는데 지역적 특성이나 문화적 상황을 잘 반영하는 교회의 사목적 배려가 필요하다.

교정벌은 무엇보다 범죄인의 회개를 중요시 한다. 그래서 단순히 사면을 받기 위한 행위에 초점을 두고 있는 것이 아니라 참회자가

234) “제18조 모든 사람은 사상, 양심 및 종교의 자유에 대한 권리를 가진다. 이러한 권리는 종교 또는 신념을 변경할 자유와, 단독으로 또는 다른 사람과 공동으로 그리고 공적으로 또는 사적으로 선교, 행사, 예배 및 의식에 의하여 자신의 종교나 신념을 표명하는 자유를 포함한다.”

어떤 마음으로 회개를 하려고 하는지가 그 사면을 이루는 중심이 된다.

여기서 주의를 해야 할 것은 내적법정에서 이루어지는 사면이다. 사면권을 위임을 받은 고해성사 집전자들이 잘못된 지식으로 엄중하게 다루어야 할 낙태죄를 가볍게 처리하지 말아야 한다. 한국에서 서품을 받은 사제들은 성품성사를 받자마자 교구 직권자로부터 「전국 공용 교구 사제 특별 권한」을 받게 된다. 이를 통해 전국 어디서나 각종 성사를 집전할 수 있다. 그래서 그런지 성사를 집전할 때 낙태죄를 다룰 때 신중하지 못한 경우가 많다. 물론 경험의 부족으로 나오는 모습일 수도 있다. 고해성사를 집전하는 사제는 고백하는 참회자가 낙태의 행위가 얼마나 교회의 가르침에 벗어나는지 위중하게 다루어야 함에도 불구하고 여타의 죄를 사죄하는 것처럼 대한다. 낙태죄를 사면할 때 생명을 중시하는 교회의 가르침에 얼마나 잘못된 것인지 충분히 전달해야 한다. 그래야 그 중요성을 몰랐던 참회자에게 다시금 충분히 뉘우칠 수 있는 기회를 줄 수 있다. 또한 사제는 고해성사 때 사면과 사죄를 따로 행함으로써 참회자에게 그 범죄의 위중함을 알려줄 필요가 있다.

2016년도 교황 프란치스코가 발표하신 교서 「자비와 비참」을 통해 낙태를 행하거나 그 행위에 참여한 사람들을 씻을 수 없는 고통에서 해방시켜주신 것의 참된 의미를 알려주고 있다. 그들이 빨리 고통에서 벗어나게 도움을 주고자 한 것이지 낙태의 행위를 반복적이거나 쉽게 해결해 주려고 함이 아니다. 좀 더 나아가 자신들의 잘못된 행위를 충분히 반성하고 참회하여 다른 이들이 똑같은 죄를 짓지 않도록 인도할 수도 있다. 그렇기에 사목자들은 낙태에 관한 처벌의 참된 의미를 알고 신자들이 삶 안에서 진정한 그리스도의 가르침을 가슴에 담고 살 수 있도록 알려주어야 한다.

[참고 문헌]

교회문헌

- 주교회의 교회법위원회, 『교회법전』, 한국천주교주교회의, 2019.
- 교황 요한 바오로 2세, 「거룩한 규율법」, 『교회법전』, 한국천주교중앙협의회, 2019, pp.11~25.
- 교황 프란치스코, 『자비의 얼굴』, 한국천주교중앙협의회, 2015.
- 교황 프란치스코, 「자비와 비참 : 프란치스코 교황 성하의 교황 교서 자비의 특별 회년 폐막에 즈음하여 자비와 평화에 관한 이 교황 교서를 읽는 모든 이에게(2016.11.20.)」, 『가톨릭교회의 가르침』 55(2017), pp.81~105.
- 주교회의 전례위원회 편찬, 『고백성사 예식서』, 한국천주교중앙협의회, 1977.
- 주교회의 교리교육위원회, 『가톨릭교회교리서』, 한국천주교중앙협의회, 2004.
- 한국 천주교 주교회의 편찬, 『한국지역교회 법전 I』, 한국천주교중앙협의회, 2013.
- Denzinger, Heinrich / Hünemann, Peter (덴칭거 하이리히 / 뢰너만 페터), 『(하인리히 덴칭거)신경, 신앙과 도덕에 관한 규정·선언 편람 : 제44판 원문대역』, 덴칭거 책임번역위원회, 한국천주교주교회의, 2017.
- Code of Canons of Oriental Churchs (CCOC) - <http://www.intratext.com/X/ENG1199.HTM>

교회법 주석서

- Peters, Edward N., *(The) 1917 or Pio-Benedictine code of canon law: in English translation with extensive scholarly apparatus*, San Francisco: Ignatius Press, 2001.
- Abbo, John A. / Hannan, Jerome D., *The Sacred Canons II*, B. Herder Book Co., 1960.
- Beal, John P. / Conrden, James A. / Green, Thomas J., *New Commentary on the Code of Canon Law*, NY: Paulist Press, 2000.
- Chiappetta, Luigi, *Il Codice di Diritto Canonico 2*, Bologna: EDB, 2011.
- Marzoa, Angel / Miras, Jorge / Rodriguez-Ocana, Rafael, *Exegetical Commentary on the Code of Canon Law V, V-I*, United States: Midwest Theological Forum, 2004.

단행본

- Abbott, Walter, S.J. ed., *The Documents of Vatican II*, NY: Guild Press, 1966.
- Arrieta, J. I. ed., *Codice di Diritto Canonico e Leggi complementari commentato*, Coletti a San Pietro, 2004.
- Calabrese, Antonio, *Diritto Penale Canonico*, Edizioni Paoline, 1990.
- Haring, Bernard, *Free and Faithful in Christ Vol.III*, St.Paul Publication, 1981.
- Gasparri, P. ed., *Codicis iuris fontes Vol.I*, Typis Polyglottus Vaticanis, 1927.
- Pighin, Bruno Fabio, *Diritto Penale Canonico*, Marcianum Press, 2014.
- 가톨릭의사협회, 『의학윤리』, 수문사, 1984.
- 문국진, 『법의 검시학』, 청림출판사, 1987.
- 이용식, 『형법총론』, 박영사, 2018.
- 이동의 염유, 『생명의 관리자』, 가톨릭대학교출판부, 1995.
- 이인규, 『형법강의』, 유풍출판사, 2008.
- 정진석, 『전국공용 교구사제 특별권한 해설』, 한국천주교중앙협의회, 1988.
- Di Pietro, Maria Luisa(마리아 투이사 디 피에트르), 『생명 윤리, 교육 그리고 가정』, 정재우 옮김, 가톨릭출판사, 2011.
- De Paolis, Velasio(벨라시오 데 파올리스·안드레아 다우리아), 『일반규범』, 김효석 옮김, 가톨릭대학교출판부, 2017.
- Sgreccia, Elio(엘리오 스그레차), 『생명윤리의 이해 2』, 정재우 옮김, 2016.
- Rachels, James(제임스 레이첼즈), 『사회윤리의 제문제』, 황경식 옮김, 서광사, 1983.
- Peschke, K. H.(페쉬케, K. H.), 『그리스도교 윤리학 — 제1권』, 김창훈 옮김, 분도출판사, 1991.
- Peschke, K. H.(페쉬케, K. H.), 『그리스도교 윤리학 — 제2권』, 김창훈 옮김, 분도출판사, 1992.

정기간행물

- Coriden, James A., “Church law and abortion”, in *Jurist* 33-2(1973), Catholic University of America, Department of Canon Law, pp.184~198.
- Cunningham, Larry, “Can a Catholic Lawyer Represent a Minor Seeking a Judicial Bypass for an Abortion? A Moral and Canon Law Analysis”, in *Journal of Catholic Legal Studies* 44-2(2005), St Johns University School of Law, pp.379~410.

- Curran, Charles E., "Abortion: law and morality in contemporary catholic theology", in *Jurist* 33:2(1973), Catholic University of America, Department of Canon Law, pp.162~183.
- Curran, C. E., "Abortion: law and morality in contemporary Catholic theology", in *Jurist* 33:2(1973), Catholic University of America, Department of Canon Law, pp.167~183.
- Donceel, Joseph F. S.J., "Immediate Animation and Delayed Hominization", in *Theological Studies* 1:2(1970), Columbia University Press, pp.76~106.
- Green, Thomas J., "The future of penal law in church", in *Jurist* 35(1975), The Catholic University of America, Department of Canon Law, pp.212~275.
- Healy, Gerald W. S.J., "The Abortion Problem and the New Code of Canon Law", in *Philippine Studies* 31:4(1993), Ateneo de Manila University, pp.483~490.
- Nigro, F., "Nota al Parte I del libro VI", in *Commento al Codice di Diritto Canonico*, a cura di P.V. Pinto, Universita Urbaniana, Roma, 1985.
- 김동수, 「형벌의 적용과 중지」, 『사목연구』 27(2011), 가톨릭대학교 사목연구소. pp.86~131.
- 김중호, 「의학적 관점에서의 인간생명의 존엄성문제」, 『가톨릭신학과 사상』 7(1992/봄), 가톨릭대학교출판부, pp.86~101.
- 김명희·문한나, 「국내·외 낙태에 대한 진료 거부법적 현황과 쟁점사항 검토」, 『Asia Pacific Journal of Health Law & Ethics』 12:3(2019), 이화여자대학교 생명의료법연구소, pp.57~81.
- 김향미, 「모자보건법 제14조 개정의 필요성과 방향」, 『Obstetrics & Gynecology Science』, 52:5(2009), 대한산부인과학회, pp.487~498.
- 김효석, 「가톨릭교회의 내적 법정에 관한 소고」, 『가톨릭신학』 21(2012/겨울), 대구가톨릭대한국가톨릭신학학회, pp.51~75.
- 김효석, 「형벌과 그 밖의 처벌」, 『사목연구』 27(2011), 가톨릭대학교 사목연구소. pp.49~85.
- 안명옥, 「인간의 생명에 관한 고찰」, 『사목』 82(1982), 한국천주교중앙협의회, pp.66~73.
- 이경상, 「교회 형벌제재의 기반」, 『사목연구』 27(2011), 가톨릭대학교 사목연구소, pp.9~48.
- 이경상, 「고해성사의 올바른 집전을 위한 교회법적 제한 규정」, 『사목연구』 23(2009), 가톨릭대학교 사목연구소, pp.7~44.
- 오석준, 「인격주의 생명윤리 관점으로 본 ‘자기결정’에 대한 고찰」, 『인격주의 생명윤리』 8:1(2018), 가톨릭생명윤리연구소, pp.69~96.

학위논문

Morrissey, Robert Owen, “Abortion and the Excommunication of Canon 1398 in the 1983 Code of Canon Law”, Ph.D dissertation, Catholic University of America, 1992.

정천주, 『가톨릭 교회의 형법에 관한 고찰』, 석사논문, 대구가톨릭대학교 대학원, 2012.

사전

이상국, “낙태”, 『교회법 사전』, 이찬우 엮음, 가톨릭출판사, 2016, 298~300쪽.

이병태, “모자보건법”, 『신법률학대사전』, 법률신문사, 1992, 580~581쪽.

이찬우, “담당사제”, 『교회법 사전』, 이찬우 엮음, 가톨릭출판사, 2016, 308쪽.

이찬우, “교정벌”, 『교회법 사전』, 이찬우 엮음, 가톨릭출판부, 2016, 138~139쪽.

이찬우, “속죄벌”, 『교회법 사전』, 이찬우 엮음, 가톨릭출판사, 2016, 658쪽.

이찬우, “죄책”, 『교회법 사전』, 이찬우 엮음, 가톨릭출판사, 2016, 916쪽.

이찬우, “항명”, 『교회법 사전』, 이찬우 엮음, 가톨릭출판부, 2016, 1000~1001쪽.

유봉준, “낙태”, 『한국가톨릭대사전』 제2권, 한국교회사연구소, 1995, 1295쪽.

지계근, “abortion(낙태)”, 『알기쉬운 의학용어풀이집』, 고려의학, 2004, 2~4쪽.

F.J. Urrutia, “법정”, 『교회법 사전』, 이찬우 엮음, 가톨릭출판사, 2016, 406쪽.

V. De Paolis, “항명”, 『교회법용어사전』, 한동일 옮김, 가톨릭출판사, 2017, 977~978쪽.

신문기사

‘(The) Confessor and the penitent guilty of abortion in the 1983 code’, in *East Asian Pastoral Review* 22(1), 1985, Philippines: East Asian Pastoral Institute, pp.93~94.

Congregation for the Doctrine of the Faith, “Clarification on procured abortion”, *L'Osservatore Romano*, Anno CXLIX n.157. 2009.7.11., p.7.

“산부인과의사회 ‘낙태의사, 자격정지 폐기해야 [...] 낙태 진료거부권 인정을’”, 『경향신문』, 2019.4.11., <https://m.khan.co.kr/national/national-general/article/201904111540001>

“낙태죄 폐지 이후, ‘여성의 건강권; 초점 맞춰 대책 마련해야’”, 『뉴스앤조

이』, 2019.5.28., <https://www.newsjoy.or.kr/news/articleView.html?idxno=223711>

인터넷

『의료법』

<https://www.law.go.kr/%EB%B2%95%EB%A0%B9%EC%9D%98%EB%A3%8C%EB%B2%95>

http://www.koreapatient.com/ab-1732-254&PB_1384421931=2

판결문

대법원 1991.6.11. 90다5450 판결

헌법재판소 1997.12.24. 96헌마172

헌법재판소 2003.6.26. 2002헌가14

헌법재판소 2008.7.31. 2004헌바81

헌법재판소 2008.7.31. 2004헌마1010

헌법재판소 2010.5.27. 2005헌마346

헌법재판소 2012.8.23. 2010헌바402

헌법재판소 2015.11.26. 2012헌바940

헌법재판소 2019.4.11. 2017헌바127