

낙태죄의 비범죄화에 관한 연구

任 雄^{*}

I. 용어의 정리	1. 기한방식
II. 현행법상 낙태죄의 체계와 보호법익	2. 적응방식
1. 현행법상 낙태죄의 체계	3. 결함방식
2. 낙태죄의 보호법익	VI. 낙태죄의 비범죄화 논거
III. 낙태-법과 현실의 심대한 괴리영역	VII. 낙태죄의 비범죄화 방안
IV. 낙태 관련 실태와 법의식	1. 자낙태동의낙태의 전면적 비범죄화
V. 낙태죄의 비범죄화에 관한 입법례	2. 사회적경제적 적응의 입법화

I. 용어의 정리

낙태(*Abtreibung*, *abortion*)라 함은 “태아를 자연적인 분만기에 앞서서 인위적으로 모체 밖으로 분리·배출하거나 태아를 모체 안에서 살해하는 행위”를 말한다. 낙태는 ‘인공임신중절’과는 구별된다. 모자보건법 제2조 정의규정에서는 ‘인공임신중절수술’을 “태아가 모체 밖에서는 생명을 유지할 수 없는 시기에 태아와 그 부속물을 인공적으로 모체 밖으로 배출시키는 수술”이라고 정의하고 있다(동 제8호). 낙태는 태아가 모체 밖에서 생명을 유지할 수 ‘있는’ 시기에 행해질 수도 있으므로, 인공임신중절수술보다 더 넓은 개념이다. 그러나 일반인 사이에서는 통상적으로 낙태라는 용어가 사용되고 있으며,¹⁾ 낙태가 인공임신중절과 동의어로 이해되는 측면을 고려하여, 본 논문

* 성균관대학교 법과대학 교수, 법학박사.

1) 한국형사정책연구원 연구보고서, 낙태의 실태 및 의식에 관한 연구, 1991, 27면.

에서는 낙태와 인공임신중절 또는 임신중절(Schwangerschaftsabbruch)이라는 용어를 동일한 의미로 혼용하되 가급적 낙태라는 표현을 쓰기로 한다.

낙태의 객체는 태아이다. ‘태아’란 수태 후 분만이 개시되기 전까지를 말한다. 수태(受胎)와 수정(受精)은 구별되는 용어로서, 수태란 수정된 난자(수정란)가 자궁에 착상(着床, Nidation)한 시점 이후를 의미한다. 착상은 수정 후 9~13일 사이에 이루어진다고 한다. 따라서 태아란 “수정된 난자가 착상한 후 분만이 개시되기 전까지”를 말한다. 착상 ‘전의’ 수정란, 즉 배아(胚芽)는²⁾ 태아가 아니므로, 수정된 난자를 착상하기 전에 배아단계에서 인공적으로 배출하는 것은 낙태가 아니다.

형법상 태아와 사람은 구별된다. 태아의 살해는 낙태죄를 구성하지만, 사람의 살해는 살인죄를 구성한다. 태아가 사람이 되는 시기는 ‘출생’이다. 임신부는 수태한지 대략 9달(270일)만에 출산에 들어간다. 출산에 있어서 구체적으로 언제부터 사람이 출생한 것으로 보느냐 하는 시기의 확정에 관하여는 학설이 대립하고 있으나, 규칙적인 진통을 동반하면서 태아가 태반으로부터 분리되기 시작한 시점, 즉 분만이 개시된 시점이라는 것이 우리나라와 독일에 있어서 통설이며 또한 판례의³⁾ 입장이기도 하다(분만개시설 또는 진통설).

‘비범죄화’(Entkriminalisierung, decriminalization)란 “종래 범죄로 취급되던 일정한 인간행태에 대하여 형사정책상의 변화가 움으로써 국가형벌권행사의 범위를 축소시킬 의도로 일정한 형사제재규정을 폐지하거나 사실상 적용하지 않거나 또는 형사제재를 보다 가볍게 하려는 모든 시도”를 말한다.⁴⁾ 본 논문과 관련해서는 비범죄화란 용어를 ① 처벌규정 자체의 폐지(삭제), ② 구성요건은 존재하지만 구성요건해당성 배제 사유로서의 처리, ③ 구성요건해당성은 인정되지만 일정한 행위가 허용되어 위법성조각사유로서의 처리, ④ 일정한 행위가 범죄로 성립하지만 형벌이 부과되는 않는 형의 면제사유로서의 처리 등을 포함하는 의미로 사용한다.

2) 생명윤리및안전에관한법률 제2조(정의) 제2호는 “‘배아’라 함은 수정란 및 수정된 때부터 발생학적으로 모든 기관이 형성되는 시기까지의 분열된 세포군을 말한다”라고 정의하고 있다.

3) “태아가 어느 시기에 사람이 되는가에 관하여는 그 출산과정과 관련하여 여러가지 설이 있는 바이나, 사람의 생명과 신체의 안전을 보호법적으로 하고있는 형법상의 해석으로는 규칙적인 진통을 동반하면서 태아가 태반으로부터 이탈되기 시작한 때, 다시 말하여 분만이 개시된 때(소위 진통설 또는 분만개시설)가 사람의 시기라고 봄이 타당하다고 여겨지며, 이는 형법 제251조(영아살해)에서 분만 중의 태아도 살인죄의 객체가 된다고 규정하고 있는 점을 미루어 보아서도 그 근거를 찾을 수 있다”(대판 1982. 10. 12, 81도2621).

4) 비범죄화 일반에 관한 형법이론은 임웅, 비범죄화의 이론, 법문사, 1999 참조.

II. 현행법상 낙태죄의 체계와 보호법익

1. 현행법상 낙태죄의 체계

우리 형법은 낙태를 처벌한다. 제269조 제1항은 부녀(임부)의 자낙태(自落胎)행위를 1년 이하의 징역 또는 200만원 이하의 벌금에 처하고 있다. 동의낙태도 동일한 형에 처하고(동 제2항), 의사 등의 동의낙태는 2년 이하의 징역(제270조 제1항), 부동의낙태는 3년 이하의 징역(제270조 제2항), 그리고 낙태치사상의 경우에 가중처벌한다(제269조 제3항, 제270조 제3항). 낙태의 허용(위법성조각)은 모자보건법이 규정하고 있는데, 이에 관해서는 후술하기로 한다.

낙태죄의 기본유형은 제269조 제1항의 자낙태이고, 그 불법감경유형으로서 제269조 제2항의 동의낙태죄, 신분적 가중유형으로서 제270조 제1항의 업무상 동의낙태죄, 결과적 가중유형으로서 제269조 제3항과 제270조 제3항의 낙태치사상죄가 규정되어 있다. 현행법은 낙태의 미수와 과실낙태를 처벌하지 않는다.

2. 낙태죄의 보호법익

낙태죄의 주된 ‘보호법익’은 ‘태아의 생명’이고, 부차적인 보호법익은 ‘임부의 생명·신체’이다. 그밖에 낙태죄의 보호법익으로서 국가의 인구정책적 이익 또는 성도덕을 고려할 수도 있다. 태아의 생명이라는 법익에 대한 ‘보호의 정도’는 ‘추상적 위험범’이다.

태아의 생명은 사람의 생명과는 달리 ‘비교형량할 수 있는 법익’에 속한다.⁵⁾ 그러므로 살인행위에 대해서는 위법조각적 긴급피난이 허용될 수 없고 면책적 긴급피난만이 가능함에 비하여, 낙태행위는 위법조각적 긴급피난으로서 허용될 수 있다. 사회적·경제적 적응에 기한 낙태가 그 예이다.

출생하기 이전의 단계에 있는 ‘태아’는 살인죄의 객체가 되지 못하고 ‘낙태죄’의 객체로서 보호될 따름이다. 태아는 살아있는 사람에 비하여 상대적으로 그 보호가 철저하지 못하다. 예컨대 모체 내의 태아를 과실로 치사케 한 경우에 과실치사죄가 성립하지 않을 뿐만 아니라 형법상 과실낙태의 처벌규정도 없다. 또한 모체 내의 태아를

5) 낙태가 도덕적, 종교적 입장에서는—장차 사람으로 출생할 생명을 살해한다는 점에서—‘살인’이라고 할 수 있으나, ‘형법상’으로는 살인이 아니다. 형법상 낙태와 살인은 구별된다.

고의로 상해한 태아상해도 형법상 처벌받지 않는다.

III. 낙태—법과 현실의 심대한 괴리영역

형법은 낙태를 처벌하고 있다. 그런데 낙태 처벌규정 중 ‘자낙태’(自落胎, 제269조 제1항)와 동의낙태(제269조 제2항, 제270조 제2항)는 거의 처벌되지 않음으로써 ‘사문화’(死文化)되어 있다는 것은 주지의 사실이다. 낙태죄는 통계상 암수(暗數)가 매우 높은 범죄이기 때문에 개략적인 발생건수조차 자신 있게 추산하기 어렵지만, 우리나라에서 연간 낙태시술이 행해지는 추정건수는 2005년 9월 13일에 개최된 한 공청회에서⁶⁾ 약 35만590건으로 보고되었다. 한편 검찰통계에 의하면, 2002년 1년간 우리나라에서 자낙태행위에 대한 검찰의 기소인원수는 모두 5인, 업무상촉탁낙태행위에 대한 검찰의 기소인원수는 5인, 합해서 10인에 불과하다.⁷⁾ 여기에서 자낙태행위와 업무상촉탁낙태행위는 이른바 대항범으로 기소되었을 것이므로 기소인원수가 아니라 사건수(事件數)로 보자면 5건에 지나지 아니할 것으로 보인다. 결국 연간 전체 추정낙태시술건수에 대한 기소율은 대략 7만분의 1에 불과하다.

이러한 수치에서 보듯이 처벌규정의 사문화가 문제시될 가장 대표적인 범죄가 바로 낙태죄라고 단언할 수 있다. 법규범은 낙태를 금지하고 처벌할 것을 명령하고 있으나 막대한 수치의 불법낙태가 처벌되지 않고 있는 현실, 이른바 ‘법과 현실의 괴리’는 형법학자로 하여금 낙태죄의 당벌성에 대하여 심도있는 고민을 하도록 추구하고 있다. 낙태죄의 당벌성이 없다면, 보다 정확히는 낙태죄의 태양에 따라 당벌성의 영역이 축소되어야 한다면, 형법과 모자보건법 상의 낙태죄 관련규정을 개정하여 법과 현실의 괴리를 제거함으로써 법의 권위를 살리는 한편 불법낙태를 대폭 합법화하도록 하는 것이 형법학자의 사명일 것이다.

본 논문은 낙태죄의 당벌성을 근본적으로 성찰해보고 그 당벌성의 영역을 축소하는 방안, 즉 낙태죄를 ‘비범죄화’할 가능성의 논거와 그 방안을 연구하는 것을 본격적인 주제로 한다. 낙태죄의 비범죄화의 논거와 방안 모색에 필요한 ‘기초지식’으로는 낙태 관련 실태와 낙태에 대한 일반국민의 법의식 그리고 낙태죄의 비범죄화에 관한

6) 고려대학교 의과대학 산부인과·예방의학교실 주최, 보건복지부 후원, 공청회: “인공임신중절의 현황과 대책”, 2005. 9. 13, 자료집 5면.

7) 대검찰청 간, 검찰연감, 2003, 642-643면. 그리고 10인에 대한 기소가 있다고 하더라도 모두 벌금 이 부과되는 약식기소로 가볍게 처리되었다.

입법례가 있다. 따라서 논문 서술에 있어서 앞으로의 순서는 IV 낙태 관련 실태와 법의식, V 낙태죄의 비범죄화에 관한 입법례, VI 낙태죄의 비범죄화 논거, VII 낙태죄의 비범죄화 방안으로 하는 것이 논리적이라고 생각한다.

IV. 낙태 관련 실태와 법의식

낙태죄의 비범죄화와 관련해서는 우리나라에서 행해지고 있는 낙태의 규모와 낙태이유 등 낙태 관련 현황과 일반 국민이 낙태죄의 처벌 및 모자보건법 제14조의 낙태허용사유에 대하여 갖고 있는 법의식 및 장래의 법개정방향에 대한 의견 등을 경험적 실태조사의 차원에서 알아볼 필요가 있다.

낙태 관련 실태조사는 필자의 개인적 연구가 갖는 불가피한 한계로 말미암아, 1991년에 한국형사정책연구원에서 발간한 연구보고서 「낙태의 실태 및 의식에 관한 연구」(이하 ‘1991년 행정원 보고서’라略함)와 2005년에 고려대학교 의과대학이 주최한 공청회 「인공임신중절의 현황과 대책」(이하 ‘2005년 공청회’로略함)에서 발표된 자료를 인용하기로 한다. 전자에서의 조사대상은 1200명, 후자에서의 조사대상은 4000명이고, 전문가에 의하여 정규절차에 따라 조사가 행해지고 그 결과가 분석된 만큼, 본 연구에 유의의(有意義)한 인용자료라고 본다.

* 표 1-1 <인공임신중절의 규모>

(2005년 공청회 자료 5면)

구분	기혼여성	미혼여성	계
연간 추정건수	203,230	147,360	350,590
인공임신중절률(1000명당)	17.8	12.9	30.7
인공임신경험률	36.6%	4.0%	

* 표 1-2 <임신 3개월 이내 낙태율>

2005년 공청회 자료 (6면)	94.9%
1991년 행정원 보고서 (171면)	89.4%

* 표 1-3 <낙태시술 이유>

(2005년 공청회 자료 17면 / 1991년 행정원 보고서 182면)

구분	기혼여성	미혼여성
가족계획(단산, 태울조절)	75% / 51.7%	0% / ×
경제적 어려움	17.0% / 16.9%	2.0% / ×
건강상 이유	3.57% / 19.4%	0.35% / 3.4%
미혼 등 사회적 비난	0% / ×	95.3% / 62.1%
장래계획지장	× / 5.5%	× / 31.1%

(×표는 조사항목에 없음을 나타냄)

* 표 1-4 <첫 낙태 당시의 혼인여부별 현재의 느낌>

(1991년 행정원 보고서 190면)

구분	기혼여성	미혼여성	합
잘한 일	48.5%	54.8%	49.4%
느낌 없음	26.5%	19.4%	25.5%
후회	25.0%	25.8%	25.1%
합	100.0%	100.0%	100.0%

* 표 1-5 <첫 낙태 결정시 의논대상자: 기혼여성>

(1991년 행정원 보고서 179면)

의논대상	비율
남편	74.1%
혼자 결정	20.0%
여자친구	2.4%
시댁식구	0.5%
의사, 상담원	3.0%
합	100.0%

* 표 1-6 <첫 낙태 결정시 의논대상자: 미혼여성>

(1991년 행정원 보고서 179면)

의논 여부	비율
누군가와 의논	64.5%
혼자 결정	35.5%
합	100.0%

* 표 2-1 <임신을 하면 반드시 낳아야 하는가>

(1991년 행정원 보고서 104면)

낙태에 관한 입장	비율
임신을 했으면 반드시 낳아야 한다	24.3%
임신을 하여도 낳지 않을 수 있다	75.7%
합	100.0%

* 표 2-2 <여성의 낙태결정권에 대한 수용정도>

(1991년 행정원 보고서 111면)

문항	여성의 낙태결정권에 대한 찬성률
낙태 여부를 여성이 결정해야 한다	49.3%
여성은 자신의 인생설계에 따라 낙태할 수 있어야 한다	59.0%

* 표 2-3 <선택우선론자와 생명우선론자의 분포정도>

(1991년 행정원 보고서 128면)

입장	비율
선택우선론자	17.8%
생명우선론자	18.0%
미분류자	64.2%
합	100.0%

(1. 선택우선론자란 임부의 자기결정권을 태아의 생명보다 우선시하여 낙태를 허용하려는 입장을 말함. 2. 생명우선론자란 태아의 생명을 임부의 자기결정권보다 우선시하여 낙태를 금지하려는 입장을 말함. 3. 미분류자란 두 입장에 모두 찬성하거나 모두 반대하는 등, 두 입장의 틀로서는 분류할 수 없는 응답자를 말함.)

* 표 3-1 <낙태 처벌(규제)에 대한 의견>

(1991년 행정원 보고서 213면)

반대	36.5%
찬성하지만 예외 인정	59.7%
처벌 강화	3.8%
합	100.0%

* 표 3-2 <현행 모자보건법상 낙태허용사유에 대한 의견>

(2005년 공청회 자료 9면)

구분	일반인	법조계	여성계	종교계
확대	46.5%	60.2%	67.4%	23.8%
현재 적절	37.3%	24.2%	24.4%	14.3%
축소	16.2%	15.6%	8.2%	61.9%
합	100.0%	100.0%	100.0%	100.0%

* 표 3-3 <현행 모자보건법상 낙태 허용사유별 찬성률>

(2005년 공청회 자료 10면 / 1991년 행정원 보고서 214면)

허용사유	2005년 공청회	1991년 행정원 보고서
산모의 건강위험 (생명위험)	70.0% (89.4%)	93.4%
강간 등으로 인한 임신	93.2%	95.9%
태아·부모의 전염성 질환	84.0%	93.0%
태아·부모의 유전적 질환	68.1%	92.3%

허용사유	2005년 공청회	1991년 행정원 보고서
치료 불가능한 태아 기형	80.0%	×
법률상 혼인 불가능 (근친상간)	(89.7%)	89.0%

(1. ×표는 조사항목에 없음을 나타냄. 2. 2005년 공청회 자료 10면의 인용은 ‘일반인’의 응답에 국한함.)

* 표 3-4 <낙태 사유별 허용 찬성률>

(2005년 공청회 자료 11면 / 1991년 행정원 보고서 231면)

허용사유	2005년 공청회	1991년 행정원 보고서
미성년자	71.1%	88.4%
미혼여성	48.1%	×
경제적 사유	31.8%	64.0%
가족계획(자녀불원, 단산)	42.1%	71.2%
여성의 장래계획	×	39.7%
여성의 요청	48.6%	×
태아의 성별	×	16.7%

(1. ×표는 조사항목에 없음을 나타냄. 2. 2005년 공청회 자료 11면의 인용은 ‘일반인’의 응답에 국한함.)

* 표 3-5 <낙태규제 개정의견>

(1991년 행정원 보고서 219면)

낙태규제방식 (합산 비율)	낙태규제 주요내용	비율
낙태완전허용 (1.6%)	모든 낙태허용	1.6%
기한방식 낙태허용 (58.8%)	임신후 4-6개월까지 모두 허용	8.6%
	임신후 2-3개월까지 모두 허용	50.2%
적응방식 낙태허용 (38.3%)	특정사유에 한해 언제든지 허용	21.2%
	특정사유에 한해 임신후 4-6개월까지 허용	4.3%
	특정사유에 한해 임신후 2-3개월까지 허용	12.8%

낙태규제방식 (합산 비율)	낙태규제 주요내용	비율
낙태 완전금지 (1.3%)	모든 낙태금지, 예외 없음	1.3%
합		100.0%

* 표 3-6 <낙태규제 개정의견>

(1991년 행정원 보고서 222면)

개정의견	비율
기한방식 낙태허용으로 개정	60.6%
적응방식 낙태허용으로 개정	39.4%
합	100.0%

V. 낙태죄의 비범죄화에 관한 입법례

낙태를 무제한 허용하는 국가는 없다. 입법례를 보면 낙태를 기본적으로 처벌하되, 일정한 경우에 낙태를 허용하거나 처벌하지 않는 예외사유를 인정하는 방식을 취하고 있다. 낙태를 법률상 비범죄화하는 방식에는 대체로 ① 기한방식 ② 적응방식 ③ 기한방식과 적응방식의 결합방식이라는 세 가지가 있다. 이에 관한 입법례를 살펴보기로 한다.

1. 기한방식

기한방식은 임신 후 일정한 기간 내에 행해진 낙태를 전면적으로 비범죄화(자유화)하는 방식이다. 1973년에 미국 연방대법원이⁸⁾ 임신 후 3개월 이내의 낙태를 임부의 절대적 낙태권으로서—여성의 privacy에 대한 권리로서—인정하면서, 낙태를 금지한 텍사스 주법을 7:2의 다수로 위헌 판결한 것이 그 대표적 예에 속한다. 미국 연방대법원의 다수의견의 요지는 다음과 같다.

“첫째, 여성은 헌법상 사생활에 대한 근본적 권리를 갖는다. 둘째, 근본적 권리에

8) Roe v. Wade, 410 U.S. 113.

대한 입법적 규제는 ‘중요한 국가이익’에 의해서 정당화될 수 있을 때에만 가능하다. 셋째, 태아는 헌법상 ‘사람’(person)으로 인정되지 아니하므로 헌법 수정 제14조에 의해서 보호되는 사람의 범위에 포함되지 아니한다. 넷째, 국가는 임신 초기부터 임신부의 건강과 태아의 생명을 보호함에 있어서 정당한 이익을 갖는다. 다만 임신 전기간을 3분기로 나눌 때, 그 첫 3분기 동안 국가는 낙태의 권리에 대한 중대한 제한을 할 수 없다. 이 기간 동안 의사는 자신의 의학적 판단만으로 임신부와 상의하여 국가의 규제를 받지 아니하고 낙태를 결정할 수 있다. 이 시점 이후에는 국가가 임신부의 건강보호와 합리적으로 연결되는 범위 안에서 낙태절차에 대한 규제를 할 수 있다. 3분기의 마지막 기간 동안에는 국가가 태아의 생명과 건강보호에 관하여 중요한 이익을 가지며, 이 기간 동안 입법부는 임신부의 생명 또는 건강보호를 위하여 필요한 경우를 제외하고는 낙태를 금지시킬 수 있다. 국가의 ‘중요한 이익’을 위하여 가하여지는 제한의 합리성 여부는 사법부의 독자적인 심사의 대상이 된다.”⁹⁾

이 판결은 임신 후 3개월 이내의 여성의 낙태권을 인정하되, 낙태할 권리를 헌법상 보장된 사생활에 대한 권리에 속한 것으로 해석한 점에 특징이 있다. 그리고 여성의 낙태할 권리와 태아의 생명권이 충돌하는 경우에 낙태권이 우선한다는 「선택우선론」(pro-choice)과 태아의 생명권이 우선한다는 「생명우선론」(pro-life) 중에서 전자를 지지한 것이고, 이후 낙태를 둘러싼 미국 내에서의 국가적 논쟁을 첨예하게 만든 판결이었다.

2. 적응방식

적응방식은 낙태를 원칙적으로 범죄로 규정하면서 처벌하되, 일정한 적응(適應, Indikation, indication)이 있을 경우에는 낙태를 비범죄화하는 방식이다. 우리나라(모자보건법), 일본(모체보호법과 우생보호법), 스칸디나비아 제국이 채택하고 있는 방식이다. 낙태가 비범죄화(허용)되는 적응으로는 의학적 적응, 우생학적 적응, 윤리적 적응, 사회적·경제적 적응 등이 제시되고 있다. ‘의학적 적응’이란 임신의 지속이 보건의학적 이유로 임부의 생명 및 건강을 심히 해하는 경우를 말하고, ‘우생학적 적응’이란 임부 또는 그 배우자에게 우생학적 내지 유전학적 사유가 있는 경우를 말하며, ‘윤리적 적응’이란 강간·준강간으로 임신된 경우 및 법률상 혼인할 수 없는 혈족 또는 인척간에 임신된 경우를 말한다. ‘사회적·경제적 적응’이란 임신의 지속이나 출산이 임

9) 도희근, “낙태의 권리와 생명권—미국의 논의를 중심으로—”, 고시계, 1999. 9, 31면.

부 또는 그 가족의 사회적·경제적 사정을 현저히 위태롭게 할 염려가 있는 경우를 말한다.

우리나라의 모자보건법 및 동 시행령에 규정된 낙태의 허용사유와 허용요건을 보자면 다음과 같다.

＊ 모자보건법 제14조 [인공임신중절수술의 허용한계]:

제1항 “의사는 다음 각 호의 1에 해당되는 경우에 한하여 본인과 배우자(사실상의 혼인관계에 있는 자를 포함한다. 이하 같다)의 동의를 얻어 인공임신중절수술을 할 수 있다.”

1. 본인 또는 배우자가 대통령령이 정하는 우생학적 또는 유전학적 정신장애나 신체질환이 있는 경우
2. 본인 또는 배우자가 대통령령이 정하는 전염성 질환이 있는 경우
3. 강간 또는 준강간에 의하여 임신된 경우
4. 법률상 혼인할 수 없는 혈족 또는 인척간에 임신된 경우
5. 임신의 지속이 보건의학적 이유로 모체의 건강을 심히 해하고 있거나 해할 우려가 있는 경우

제2항 “제1항의 경우에 배우자의 사망, 실종, 행방불명 기타 부득이한 사유로 인하여 동의를 얻을 수 없는 경우에는 본인의 동의만으로 그 수술을 행할 수 있다.”

제3항 “제1항의 경우에 본인 또는 배우자가 심신장애로 의사표시를 할 수 없는 때에는 그 친권자 또는 후견인의 동의로, 친권자 또는 후견인이 없는 때에는 부양 의무자의 동의로 각각 그 동의에 갈음할 수 있다.”

＊ 모자보건법 시행령 제15조 [인공임신중절수술의 허용한계]:

제1항 “모자보건법 제14조의 규정에 의한 인공임신중절수술은 임신한 날로부터 28주일 이내에 있는 자에 한하여 할 수 있다.”

＊ 모자보건법 제28조 [형법의 적용배제]: “이 법의 규정에 의한 인공임신중절수술을 받은 자와 수술을 행한 자는 형법 제269조 제1항·제2항 및 동 법 제270조 제1항의 규정에 불구하고 처벌하지 아니한다.”

우리나라 모자보건법상 인공임신중절수술을 허용하고 있는 제14조 제1항의 경우 중 제1호와 제2호는 우생학적 적응에 해당하고, 제3호와 제4호는 윤리적 적응에 해당하며, 제5호는 의학적 적응에 해당한다. 다만 사회적·경제적 적응은 허용하고 있지 아니하다.

3. 결합방식

기한방식과 적응방식을 결합한 방식으로는 독일 형법과 오스트리아 형법이 있다.

(1) 독일 형법

1990년 독일이 통일되기 이전의 서독 형법은 임신기간에 따라 차등은 있었으나 기본적으로 ‘적응방식’을 채택하고 있었다(1976년 형법개정법률). 허용된 적응은 의학적 적응, 우생학적 적응, 윤리적 적응 그리고 일반적 곤경사태적응(Notlagenindikation)이었다. 한편 동독은 과거 사회주의국가들이 그러했듯이 ‘기한방식’에 의해 여성의 낙태할 자유(낙태권)를 인정하고 있었다. 독일 통일 후에는 1992년에 마련된 ‘임부와 가정 지원법’(SFHG=Schwangeren- und Familienhilfegesetz)의 낙태허용규정에 대하여 1993년 연방헌법재판소가 무효결정을¹⁰⁾ 내리는 등 우여곡절을 겪다가, 1995년의 ‘임부와 가정 지원 개정법률’로 결실을 보았다. 이 법률에 의해 손질된 형법 부분은 1996. 1. 1.에 발효하였고, 다음과 같은 내용을 갖고 있다.

가. 임신중절행위의 처벌

형법 제218조는 임신중절행위를 3년 이하의 자유형 또는 벌금형에 처한다(제1항). 가중사유(부동의낙태 또는 임부에 대한 중과실치사상)가 있는 경우에는 6월 이상 5년 이하의 자유형에 처한다(제2항). 임부의 자낙태행위는 1년 이하의 자유형 또는 벌금형에 처한다(제3항). 미수를 처벌하되, 임부의 미수는 불벌이다(제4항).

나. 임신중절행위의 허용

형법 제218조a 제2항과 제3항은 다음과 같은 요건 하에 임신중절행위를 허용하고 있다(위법성조각사유). ① 임부의 동의(Einwilligung)가 있을 것, ② 의사가 시술할 것,

10) BVerfGE 88, 203

③ 의학적·사회적 적응 또는 윤리적 적응이 있을 것. ‘의학적·사회적 적응’의 경우에는 ‘임신기간을 불문’(제2항)하지만(완전 적응방식), ‘윤리적 적응’의 경우에는 임신 후 ‘12주 미만’이라는 기한방식과 결합되어 있다(제3항).

독일 형법에 ‘우생학적 적응’은 더 이상 규정되어 있지 않다. 형법에 우생학적 적응을 허용한다면 장애자의 생명권을 경시한다는 오해에 직면할 것이기 때문에 이러한 오해를 불식하기 위하여 우생학적 적응을 제외하였고, 이는 형법 제218조a 제2항에 규정된 의학적·사회적 적응에 의하여 해결될 수 있다고 보았다.¹¹⁾

다. 임신중절행위의 구성요건해당성 배제

형법 제218조a 제1항은 다음과 같은 요건 하에 임신중절행위의 구성요건해당성을 배제하고 있다. ① 임부의 요청(Verlangen)이 있을 것, ② 의사가 시술할 것, ③ 제219조 제2항 제2문에 따른 소정의 상담(Beratung)사실¹²⁾ 증명서가 시술의사에게 제시될 것, ④ 임신 후 12주 미만일 것(기한방식). 형법 제218조a 제1항은 ‘상담의무부 기한방식’(相談義務附 期限方式, Fristenregelung mit Beratungspflicht)이라고 약칭할 수 있는데, 실제로 낙태의 비범죄화, 환언하자면 여성의 낙태의 자유에 광범위한 영역을 열어줄 핵심조문이라고 생각된다.

라. 임부에 대한 형의 면제

형법 제218조a 제4항 제1문은 다음과 같은 요건 하에 임신중절을 한 ‘임부’에 대하여 형을 면제하는 것으로 규정하고 있다. ① 제219조 소정의 상담이 있을 것, ② 의사가 시술할 것, ③ 임신 후 22주 미만일 것(기한방식). 법원은 임부가 임신중절시점에 ‘특별한 곤궁’(in besonderer Bedrängnis)에 처해있는 경우에 제218조의 형을 면제할 수 있다(동 제2문).

(2) 오스트리아 형법

가. 임신중절행위의 처벌

11) Wessels/Hettinger, Strafrecht, BT 1, 28. Aufl., 2004, S. 69.

12) 상담은 늦어도 인공임신중절시술 3일 전에 행해져야 한다는 ‘숙려기간’의 제한을 받는다(형법 제218조a 제1항 제1호 참조).

오스트리아 형법 제96조 제1항은 임부가 동의한 임신중절행위를 1년 이하의 자유형에 처하고(동의낙태죄), 영업적으로 행해진 경우에는 3년 이하의 자유형에 처한다. 동 제2항은 의사가 아닌 자가 직접 시술한 경우에는 3년 이하의 자유형, 의사 아닌 자가 영업적으로 하는 경우 또는 임신중절행위가 임부의 사망을 초래한 경우(낙태치사)에는 6월 이상 5년 이하의 자유형에 처한다. 동 제3항은 임부의 자낙태행위를 1년 이하의 자유형에 처한다.

나. 임신중절행위의 불벌

형법 제97조 제1항 제1호는 다음과 같은 요건 하에 임신중절행위를 처벌하지 않는다(형의 면제). ① 임신 후 ‘12주 미만’에 행해질 것, ② 의사와의 상담이 선행될 것, ③ 의사가 시술할 것, ④ 제96조와의 체계해석상 당연한 요건으로서 임부의 동의(Einwilligung)가 있을 것. 제1호의 규정도 ‘상담의무부 기한방식’이라고 약칭할 수 있으며, 낙태의 비범죄화에 중요한 기능을 할 것으로 판단된다.

동 제2호는 ‘적응방식’을 규정하고 있는데, ‘의학적 적응’, ‘우생학적 적응’, ‘사회적 적응’의 경우에 의사가 시술한 임신중절행위에 대하여 임신기간을 불문하고 처벌하지 않는다(형의 면제). 오스트리아 형법이 인정하는 ‘사회적 적응’이란 임부가 임신시점에 ‘미성년자’인 경우를 말하고, 입법례로서는 주목할 만한 부분이라고 생각한다.

VI. 낙태죄의 비범죄화 논거—임부의 자기결정권

낙태의 범죄화와 비범죄화에는 다양한 관점이 작용한다.

① 무엇보다도 태아는 ‘생성 중인 인간’으로서 태아의 생명을 인간의 생명에 준하는 법익으로 두터이 보호해야 한다는 ‘생명존중의 사상’이 있다(생명우선론: pro-life).

② 그리고 임신한 여성의 법익도 고려해야 할 것인데, 여성은 일면 건강한 태아의 출산과 양육에 대한 기대권을 가지면서, 타면 임신과 육아로 인하여 여성의 자아실현이 지장을 받는다는 兩價의 측면이 존재한다.

③ 한 국가의 인구정책도 낙태의 비범죄화 여부에 직·간접으로 작용한다. 1자녀 낳기가 법제화되어 있는 중국과 같은 인구폭발국가와 자녀양육보조금을 지급하면서 출산을 장려하는 독일과 같은 인구감소국가를 대조해보면, 이러한 점이 명백해진다. 우리나라는 1980년대까지만 해도 인구폭증을 억제하기 위하여 ‘한자녀 갖기’운동을 하는 등 국가의 인구정책·가족계획정책이 산아제한에 있었고, 이 정책이 낙태를 방임

내지 조장하였다.¹³⁾ 그런데 최근 국가의 이러한 정책은 반전 국면에 접어들었다. 우리나라의 저출산현상과¹⁴⁾ 인구감소의 우려가 제기되면서, 국가적 차원에서 출산장려 대책을 마련하는 시대가 시작되었다. 이러한 전환 국면을 고려한다면 우리나라의 인구정책적 측면에서는 앞으로 낙태가 억지될 전망이다.

본 논문에서는 낙태죄의 비범죄화의 ‘논거’를 태아를 출산할 것인가 말 것인가를 선택할 여성의 권리(선택우선론: pro-choice), 여성의 자기결정권(Selbstbestimmungsrecht)의 시각에서 조명해보고자 한다.

기본적으로 태아의 출산과 출산한 아이의 양육은 ‘母(임부)’의 지배영역이자 동시에 母의 책임영역이라는 점에 주목해야 한다. 임신한 한 미혼여성의 경우를 상상해 보자. 한 미혼여성은 임신한 태아를 출산할 것인가 말 것인가 하는 ‘갈등상황’에서 자신과 태아 양측 모두, 즉 두 인격체의 측면에서 심각히 고민한다. 자신의 처지, 자신의 장래계획, 자신의 자아실현의 측면에서, 또 태아를 출산하여 제대로 키울 수 있을 것인지, 자식의 행복한 삶을 열어줄 수 있을 것인지에 대하여 골똘히 생각한다. 그러다가 출산이 가져올 자신의 삶이나 태아의 삶이 제대로 지탱될 것 같지 않다는 생각, 출산 후 아이를 제대로 양육할 자신이 없다는 쪽으로 서서히 생각이 굳어간다. 자신이 원하지 않았지만 부득이 출산한 아이를 사회가 떠맡아서 또는 부모 구실을 할만한 사람이 입양해서 잘 키워 주리라는 기대도 별 가망이 없다는 생각이 든다. 갈등상황에서 고뇌에 찬 임부의 최후 결정을 당사자가 아니고서야 누가 실감할 수 있겠는가? 자식을 기르는 것은 무한책임이다. 낙태가 최악이고 잉태한 아이는 무조건 낳아야 한다는 조언에 무한책임이 따른다면 그러한 일방적 조언이 과연 가능할 것인가? 때로는 임부의 자기결정에 인간의 삶에 대한 관념이 투영될 수도 있다. 인간은 태어날 가치가 있는가라는 철학적 물음에 비록 염세관이라고 하더라도 임부의 결론이 부정적이라면, 낙태에로의 결단을 존중할 수밖에 없지 않을까? 한 인간에 대한 존중은 그 인간의 가치관에 대한 존중이고 가치관에 따른 행동을 존중하는 것이다. 임신을 피했어야 할 임부에게 왜 임신에 이르게 되었는가, 임신에는 그에 합당한 책임이 따른다고 질책하는 것은 너무나 표피적인 논법이다. 태아는 인간의 생식본능의 산물이기 때문이다. 여성의 자기결정권은 무의식적인 생식욕구의 결과물을 운명으로 받아들

13) 한국형사정책연구원, 앞의 보고서, 69-71면.

14) 유엔인구기금(UNFPA)은 2005년 세계인구현황보고서에서 한국의 합계출산율(여성 1명이 평생 낳는 자녀의 수)을 1.22명으로 추정·보고하였다. 한편 세계 평균 합계출산율은 2.6명, 선진국은 1.57명으로 예측했다. 보다 상세히는 동아일보, 2005. 10. 13. A11면 해당기사 참조.

여야 할 것인가 아니면 자유의지에 기초한 의식적 결단에 의하여 포기할 수 있는 것인가 하는 문제이다.¹⁵⁾ 임신과 출산 및 양육은 기본적으로 母의 지배영역·책임영역에 속한다는 점, 따라서 원하지 않은 임신, 원하지 않는 출산이 母와 태아 모두에게 불행한 삶이 될 수도 있다는 판단이 선다면, 임부의 ‘자기결정권’을 존중해 주어야 하지 않을까?¹⁶⁾ 우리 사회가 기아문제(棄兒問題)를 해결하고 떠맡을 능력이 없으면서—낙태를 막을 사회안전망도 갖추어 놓고 있지 못하면서—임부 개인에게는 낙태하지 말 것을 강요하는 모순적 현실을 직시해야 하지 않을까? ‘낙태 후 임부의 현재 느낌’을 묻은 한국형사정책연구원의 실태조사(앞의 표 1-4)에서 ‘잘했다’라는 응답이 49.4%, ‘별 느낌 없다’가 25.5%, ‘후회한다’가 25.1%인 것을 보면, 임부의 자기결정권의 행사가 결코 경솔했다고 볼 수는 없다고 생각한다.

임부의 낙태 여부에 대한 자기결정권의 헌법적 근거로서는 제10조 행복추구권을 제시할 수 있다. 비록 낙태에 관한 심판은 아니지만, 헌법재판소는 개인의 행복추구권이 개인의 자기운명결정권을 전제로 하고 있다고 판시함으로써¹⁷⁾ 자기결정권이라는 용어를 사용함과 동시에 그 근거를 헌법 제10조에 두고 있다.

VII. 낙태죄의 비범죄화 방안

1. 자낙태·동의낙태의 전면적 비범죄화

위에서 고찰한 낙태죄의 비범죄화의 논거로부터 대답은 자명하다. 필자의 개인적 의견으로는—일반인에게는 대담한 발상이라고 여겨지겠지만—낙태 여부에 대한 임부

15) 앞의 표 2-1 <임신을 하면 반드시 낳아야 하는가>라는 문항에서 응답자의 24.3%가 ‘임신을 했으면 반드시 낳아야 한다’에 찬성했고, 75.7%가 ‘임신을 하여도 낳지 않을 수 있다’에 찬성한 것을 보면, 이제 일반 국민은 임신 후 출산을 운명으로 받아들이고 있지는 않는 것으로 판단된다.

16) 앞의 표 2-2 <여성의 낙태결정권에 대한 수용정도>에서 “여성은 자신의 인생설계에 따라 낙태할 수 있어야 한다”라는 문항에 응답자의 59%가 찬성하고 있다.

17) “헌법 제10조는 ‘모든 국민은 인간으로서의 존엄과 가치를 가지며, 행복을 추구할 권리를 가진다. 국가는 개인이 가지는 불가침의 기본적 인권을 확인하고 이를 보장할 의무를 진다.’라고 규정하여, 모든 기본권 보장의 중국적 목적(기본이념)이라 할 수 있는 인간의 본질이며 고유한 가치인 개인의 인격권과 행복추구권을 보장하고 있다. 그리고 개인의 인격권·행복추구권에는 개인의 자기운명결정권이 전제되는 것이고, 이 자기운명결정권에는 성행위여부 및 그 상대방을 결정할 수 있는 성적 자기결정권이 또한 포함되어 있으며”(헌재 1990. 9. 10, 89헌마82).

의 자기결정권을 존중하여 자낙태와 동의낙태의 경우에 법정기관에서의 상담 내지 의사와의 상담을 거친 후 임신기간과 적응사유를 묻지 않고 낙태를 비범죄화하는 방안이 어떨까 한다.¹⁸⁾ 이것은 자낙태와 동의낙태에 대한 처벌규정이 사문화(死文化)된 현실과 법규범을 일치시키는 길이기도 하다.

낙태죄의 비범죄화 방안에서 법정기관 또는 의사의 ‘상담’을 거치도록 하는 것은 임부가 낙태 여부를 ‘신중히’ 결정하도록 하고 ‘성숙한’ 판단을 내릴 수 있도록 객관적 입장에 선 전문가의 조언을 받을 필요가 있다는 취지이다.

앞의 표 1-5와 1-6은 임부의 낙태결정시 의논 상대를 묻는 문항인데, 기혼여성의 74.1%는 ‘남편’이라고 응답했고 ‘혼자 결정’이 20%이다. 미혼여성의 경우에는 35.5%가 ‘혼자 결정’이고, ‘누군가와 의논’이 64.5%이지만 주로 친구나 자매 등 가까운 친지와 의논한 것으로 추측된다. 그렇다면 우리나라의 임부들은 객관적·전문적 입장에서 조언을 해 줄 의사 또는 유자격자를 만나서 진지한 논의를 할 기회를 가지지 못한 채 낙태하기로 결정하는 실정에 있다고 보여진다.

임부는 낙태를 결정하기 전에 낙태의 의미, 낙태수술이 가져올 수 있는 후유증, 생명의 의미, 어머니가 된다는 의미, 태아 출산에 따른 새로운 생활상, 현 난국의 극복 방안, 임부가 미처 모르고 있는 도움받을 곳, 임부에게 종교가 있다면 종교적 관점 등에 관하여 사명감을 지닌 전문가와 함께 이야기해 볼 기회를 가져야 할 것이다. ‘낙태 전 상담절차’를 규정한 독일 형법이 우리에게 시사하는 바가 클 것으로 보아, 이곳에서 소개하고자 한다.

독일 형법 제219조 [곤경과 갈등상황에 있는 임부의 상담(Beratung)]

제1항: “상담은 태어나지 않은 생명의 보호에 기여한다. 상담은 임신을 지속하도록 여성을 고무하고 아이와의 생활을 위한 여성의 시야를 열어주는 노력에 의하여 지도된다. 상담은 책임 있고 양심적인 결정을 내리도록 여성을 도와주어야 한다. 여성은 태아가 임신의 매 단계에서 또 임부에 대하여 고유한 생명권을 갖고 있으며, 그러한 까닭에 아이의 임신으로 인한 부담이 심하고 비상하게 커져서 기대가능한 희생의 한계를 초과하는 예외사정에 있어서만 법질서에 따른 임신중절이 고려될 수 있다는 것을 의식하지 않으면 안된다. 상담은 조언과 지원을 통하여 임신과 관련된 갈등상황을 극복하고 곤경을 벗어날 수 있도록 기여해야 한다. 보다 상세한

18) 부동의낙태(형법 제270조 제2항)는 응당 처벌함이 타당하다.

것은 임신갈등법(Schwangerschaftskonfliktgesetz)이 규율한다.”

제2항: “상담은 승인된 임신갈등상담소에 의하여 임신갈등법에 따라 행해져야 한다. 상담소는 상담 종료 후에 최종 상담 일자와 임부의 성명이 기재되고 임신갈등법의 기준에 따른 증명서를 임부에게 발급해야 한다. 임신중절을 시술하는 의사는 상담자에서 배제된다.”

형법 제219조 소정의 상담소와 관련된 독일 임신갈등법의 부분적 내용은 다음과 같다.¹⁹⁾ 상담소로서는 국가와 지방자치단체 소속 이외에 종교단체의 담당자, 자원 담당자, 의사가 고려된다(제8조 제3문). 이들은 예외 없이 국가적 승인을 받아야 한다(제9조). 임신중절을 시술하는 시설은 승인이 거부된다(제9조 제4호). 쉼은 거소에 근접한 複數의 상담소를 제공할 의무를 진다(제8조 제1문).

2. 사회적·경제적 적응의 입법화

자낙태와 동의낙태의 전면적 비범죄화(자유화)에 이르는 입법적 단안의 길이 멀다면, 우선 우리 모자보건법이 허용하고 있지 않은 ‘사회적·경제적 적응’을 제14조에 추가할 필요가 있다고 본다. 경제적 궁핍으로 인한 낙태, 미성년자의 낙태,²⁰⁾ 자녀수 조절을 위한 낙태 등은 비범죄화될 수 있도록 조속히 모자보건법을 개정해야 한다.²¹⁾ 일본의 모체보호법은 임신의 계속 또는 분만이 신체적 또는 ‘경제적 이유’로 모체의 건강을 현저히 해할 우려가 있는 경우에 낙태를 허용하고 있다. 여기에서 경제적 이유란 단순히 경제적 빈곤만으로는 부족하고 그 이유가 모체의 건강을 해할 가능성이 있어야 하지만, 그 조사·확인도 실제로 본인의 신고만으로 행해진다고 한다.²²⁾



▶ 임 응

낙태(Abtreibung), 비범죄화(Entkriminalisierung), 태아(Embryo), 기한방식(Fristenmodell), 적응방식(Indikationenmodell), 결합방식(Kombinationenmodell)

19) Tröndle/Fischer, Strafgesetzbuch, Kommentar, 51. Aufl., 2003, §219 Rn. 5.

20) 입법례로는 오스트리아 형법 제97조 제1항 제2호 참조.

21) 사회적·경제적 적응에 대하여 일반 국민의 찬반의견을 묻은 실태조사 결과는 앞의 표 3-4 참조.

22) 大谷 實, 刑法講義 各論, 第4版 補訂版, 1995, 62面 참조.

[Zusammenfassung]

Eine Studie über die Entkriminalisierung der Abtreibung

Prof. Yim, Woong

§269–270 des Koreanischen Strafgesetzbuches bestrafen die Abtreibung, und zwar Eigenabtreibung der Schwangeren, Fremdadtreibung, Abtreibung mit Einwilligung der Schwangeren, Abtreibung gegen den Willen der Schwangeren.

Eine Bericht der Korea Universität 2005 schätzt, daß in Korea jährlich ca. 350,000 Abtreibungsfälle vorgenommen werden. Aber nur 5 Fälle wurden im Jahre 2002 wegen der illegalen Abtreibung von Staatsanwaltschaft Koreas angeklagt. Da kommen entsprechende Lösungswege des Problems 'Diskrepanz zwischen Rechtsnorm und Wirklichkeit', d. h. Entkriminalisierungswege der Abtreibung in Betracht.

In der rechtsvergleichenden Untersuchung werden drei Modelle für die Entkriminalisierung der Abtreibung gezeigt. Das sind Fristenmodell, Indikationenmodell und Kombinationenmodell.

Im Koreanischen Gesetz für die Gesundheitspflege der Frau und Kinder wird die Abtreibung durch das Indikationenmodell erlaubt. Aber darin sind sozial-ökonomische Indikationen noch nicht erlaubt.

Der Grund für die Entkriminalisierung der Abtreibung bestehe im Selbstbestimmungsrecht der Schwangeren. Ich bin der Meinung, daß das Lebensrecht des Ungeborenen ein abwägbares Rechtsgut sei und in der Konfliktsituation das Selbstbestimmungsrecht der Schwangeren dem Lebensrecht des Ungeborenen vorgehe.

Als Fazit schlage ich folgende zwei Entkriminalisierungswege der

Abtreibung vor.

① Die Eigenabtreibung der Schwangeren und die Abtreibung mit Einwilligung der Schwangeren sollten ohne Fristenregelung und dazu ohne Indikationenregelung erlaubt werden. Aber die Abtreibung sollte nach vorhergehender bestimmungsgemäße Beratung vorgenommen werden — Völlige Entkriminalisierung der Abtreibung mit Beratungspflicht.

② Auf dem (langen) Weg zur völligen Entkriminalisierung der Abtreibung sollte in kurzer Zeit sozial-ökonomische Indikationenregelung im §14 des Koreanischen Gesetzes für die Gesundheitspflege der Frau und Kinder eingeführt werden.