

〈논문〉

## 낙태 비범죄화론\*

曹 國\*\*

### 요 약

형법은 낙태 처벌을 규정하고 모자보건법상 낙태 허용범위는 협소하지만, 낙태는 광범하게 이루어지고 있고 그 처벌은 거의 이루어지지 않는 법과 현실의 괴리 현상, 낙태죄의 사문화(死文化) 현상은 계속되고 있다. 여성의 자기결정권과 재생산권을 존중하여 낙태의 허용 범위를 확장하면 태아의 생명 보호의 범위는 축소된다. 이 점에서 양자는 ‘제로 섬 게임’ 관계에 있다. 2012년 헌법재판관들의 의견이 4 대 4로 갈린 것은 이러한 긴장의 반영이다. 태아의 생명 존중이라는 종교적·윤리적·철학적 원칙은 소중하지만, 동시에 현실 사회의 질곡을 자신의 몸으로 헤쳐 나가야 하는 여성의 삶에 대한 존중 역시 필요하다. 모자보건법 제정 후 40년이 흐른 지금, 여성의 자기결정권 및 재생산권과 태아의 생명 사이의 형량은 새로이 이루어질 필요가 있다. 모자보건법상 우생학적 허용사유와 범죄적 사유는 현실에 맞게 재구성되어야 하며, 사회·경제적 허용사유는 새롭게 추가되어야 한다. 또는 ‘기간 방식’을 도입하며 임신 12주 내의 낙태는 비범죄화하여야 한다. 낙태 처벌을 강화하자거나 낙태 허용사유를 더 좁게 해야 한다는 주장이 있지만, 이러한 조치는 과잉도덕화된 형법을 낳을 것이며 법과 현실의 괴리의 폭을 더욱 심화시킬 것이다. 형법 규범과 형법 정책은 현실주의에 기초하여 수범자가 준수가능한 요구를 해야 한다. 낙태 감소는 낙태의 범죄화와 형사 처벌로 이루어지는 것이 아니라, 청소년 시기부터 지속적·체계적 피임교육, 상담절차의 의무화, 비혼모에 대한 사회·경제적 지원, 입양문화의 활성화 등 비형법적 정책을 통하여 가능할 것이다.

주제어: 낙태, 모자보건법, 여성의 자기결정권, 재생산권, 기간 방식, 허용사유 방식, 사회·경제적 허용사유

\* 이 논문은 서울대학교 법학발전재단 출연 법학연구소 기금의 2013학년도 학술연구비 지원을 받았음.

\*\* 서울대학교 법과대학/법학대학원 교수.

## I. 들어가는 말

형법 제정 당시 국회는 낙태죄 폐지 여부를 놓고 논쟁이 벌어졌는데, 법사위 수정안(존치안)과 변진갑 의원이 제출한 낙태죄 삭제안이 표결에 부쳐서 전자가 압도적 다수표를 얻어 1953년 형법에 현행 낙태죄가 규정된다.<sup>1)</sup> 폐지론은 여성의 사회적·경제적 지위 개선, 인구증가에 대한 규제 등을 논거로 제시했으나, 성도덕 유지, 태아의 생명권을 내세운 존치론을 이길 수 없었다.<sup>2)</sup> 1960년대 이후 정부는 경제발전을 위해 강력한 출산억제정책을 실시하였고,<sup>3)</sup> 이는 우생학적 사유, 윤리적 사유, 범죄적 사유, 보건의학적 사유 등 낙태의 허용사유를 명문화하는 1973년 모자보건법 제정으로 이어진다[동법 제14조 제1항: ‘허용사유 방식’(Indikationlösung)]. 정부는 1976년 사회·경제적 사유를 추가하는 개정안, 1983년 비혼(非婚)여성<sup>4)</sup>의 낙태와 2자녀 영세민 가구의 단산낙태를 합법화하는 개정안, 1985년 비혼여성의 낙태 합법화 추진방안 등 낙태의 허용범위를 확대하려고 시도하였으나 실현되지 못했다.<sup>5)</sup> 모자보건법 제정을 통한 부분적 낙태 허용과 허용사유의 확대 시도는 서구와 같이 여성들의 낙태자유화 요구의 산물이 아니라, 개발독재국가의 “인구억제정책의 부산물”이었다.<sup>6)</sup>

한편 모자보건법상 허용사유는 사회·경제적 사유가 없는 등 그 범위가 좁지만, 낙태는 광범하게 이루어지고 있고 그 처벌은 거의 이루어지지 않는 법과 현실의 괴리 현상, 낙태죄의 사문화(死文化) 현상은 현재까지 계속되고 있다.<sup>7)</sup> 그리고 낙태를 둘러싸고 학문적 논의를 넘어 격렬한 정치적·사회적 논쟁과 충돌이 벌어진 외국

1) 동 삭제안은 1차 표결에는 재적의원 수 107인 중 가 27, 부 2, 제2차 표결에서 재석의원 수 107인 중 가 23, 부 2로 폐기된다[신동운·최병천, **형법개정과 관련하여 본 낙태죄 및 간통죄에 관한 연구**(한국형사정책연구원, 1991), 68-69면].

2) 양 입장의 논변에 대해서는 Ibid., 60-68면을 참조하라.

3) 상세한 논의는 배은경, **한국 사회 출산조절의 역사적 과정과 젠더 - 1970년대까지의 경험을 중심으로**, 서울대 박사학위 논문(2004)을 참조하라.

4) 통상 사용하는 ‘미혼여성’ 또는 ‘미혼모’란 용어는 결혼은 반드시 해야 하는데 아직 하지 못했다는 의미를 포함하고 있으므로, 이 글에서는 ‘비혼여성’ 또는 ‘비혼모’라는 중립적 용어를 사용한다.

5) 심영희, **낙태실태 및 의식에 관한 연구**(한국형사정책연구원, 1991), 40면.

6) 정현미, “낙태죄와 관련된 입법론”, 한국형사법학회, **형사법연구**, 제22권 특집호(2004) [이하 ‘정현미 I’로 약칭], 691면.

7) 임웅 교수는 ‘자낙태’와 ‘동의낙태’가 사문화되어 있음을 지적하면서, 연간 전체 추정 낙태시술 건수에 대한 기소율을 7만분의 1로 보고 있다[임웅, “낙태죄의 비범죄화에 관한 연구”, 성균관대학교 비교법연구소, **성균관법학**, 제17권 제2호(2005), 374면].

과는 달리, 한국에서 낙태 문제는 오랫동안 전문가들 간의 논의 수준을 벗어나지 못했던 바, 한국은 “낙태논쟁의 불모지”<sup>8)</sup>였다.

그런데 1990년대 이후 낙태 문제가 점점 사회적 쟁점으로 떠오르고 있다. 학계의 논의가 활발해지고 정밀해짐은 물론, 정부, 국회, 종교계 등에서도 낙태에 대한 논의가 꾸준히 계속되고 있다. 물론 사실상 사문화된 낙태죄에 대해서는 정반대의 입장이 충돌하고 있다. 즉, 모자보건법상 낙태의 허용사유에 사회·경제적 사유를 추가하거나 ‘기간 방식’(Fristenlösung)을 도입하여 일정 기간 이내의 낙태를 허용하자는 입장과, 모자보건법 제14조를 폐지하여 낙태를 전면적으로 금지하거나 현행법을 엄격히 집행하여 낙태 단속 및 처벌을 강화하자는 입장의 대립이다.<sup>9)</sup> 이러한 상황에서 2012년 헌법재판소는 4 대 4로 의견이 팽팽히 갈렸으나 1표가 부족하여 낙태죄에 대해서 위헌결정이 내려지지 못한다.<sup>10)</sup>

필자는 모자보건법 제정 30주년이 막 지난 2004년, 핀란드의 낙태법 현황을 번역·소개한 바 있다.<sup>11)</sup> 이후 낙태 관련 법 현실은 거의 변화하지 않았다. 2013년 모자보건법 제정 40주년을 맞이하여 필자는 이번 논문을 통하여 낙태를 둘러싼 우리 형법학계의 논의를 총괄하며 낙태 비범죄화론의 논변을 재정리하고, 주요 경제협력개발기구(OECD) 나라의 낙태 비범죄화 방식을 검토한 후, 낙태 비범죄화의 입법론과 해석론을 제시하고자 한다.

## II. 낙태 비범죄화의 담론 재정리

### 1. 형법과 종교의 분리

서구 문화의 뿌리라고 할 수 있는 그리스에서 낙태는 범죄로 규율되지 않았다.<sup>12)</sup> 플라톤은 40세가 넘는 여성이 임신하면 국가가 정책적으로 낙태를 해야 한다고 주장하였고, 아리스토텔레스는 걱정한 가족규모를 위한 낙태의 필요성을 주장했다.<sup>13)</sup>

8) 심영희, 39면.

9) 형법상 낙태죄 및 모자보건법 개정에 대한 여러 입장에 대해서는 박형민, **낙태의 실태와 대책에 관한 연구**(한국형사정책연구원, 2011), 104-130면을 참조하라.

10) 헌법재판소 2012. 8. 23. 선고 2010헌바402 전원재판부 결정.

11) 라이모 라티(조국 역), “인간생명의 법적 보호 - 핀란드의 관점”, 한국형사법학회, **형사법연구**, 제22권 특집호(2004).

12) 태경수, 고대 근동법에 나타난 낙태에 관한 연구, 삼육대학교 신학과 석사학위논문(2010), 46면.

로마법은 태아를 사람이 아니라 모체의 일부로 보았고, 낙태는 부도덕한 행위로 비난받거나 가사재판에 회부되는데 그쳤는데, 셉티미우스 세베루스(Septimius Severus) 황제 하에서 최초로 낙태는 범죄로 규정되어 처벌되었다.<sup>14)</sup> 이후 로마는 태아를 사람으로 취급하고 낙태한 여성을 유배형에 처했고, 낙태를 도운 사람은 천민의 경우 광산노역형, 귀족의 경우 재산 일부 몰수와 유배형으로 처벌했다.<sup>15)</sup> 반면, 히브리법에서 낙태 처벌 관련 원전은 <출애굽기>인데 여기서 ‘자(自)낙태’는 처벌대상이 아니었고,<sup>16)</sup> 현대 유대교 교리는 임신 지속이 임부에게 육체적 또는 심리적 해악을 초래하는 경우 낙태를 허용하고 있다.<sup>17)</sup> 기독교가 국교로 자리 잡은 서구에서는 교회법에 따라 낙태를 살인과 동일하게 취급하였다. 중세 교회법과 독일 보통법은 잉태 후 10주 이내에 영혼이 태아 속으로 들어간다는 ‘영혼입주(入住)설’을 제시하고 있었기 때문이었다.<sup>18)</sup>

한편, 전(前)근대 한국 사회에서도 낙태는 범죄로 간주되지 않았다. 중국의 명률(明律)을 원용하던 조선시대의 경우 임부 자신이 직접 행하는 ‘자낙태’는 애초에 범죄가 아니었다. 임부를 구타하여 수태 후 90일이 경과하고 형체가 이루어진 태아를 죽인 것은 ‘타태죄’(墮胎罪)로 처벌되었고, 형태가 이루어지지 않은 태아가 죽은 경우는 임부의 신체 일부를 손상한 것으로 보아 ‘상해죄’로 처벌되었다.<sup>19)</sup> ‘자낙태’의 처벌은 일제 강점으로 일본 형법이 의용(依用)되면서부터 시작되었다. 일본의 봉건 사회에서도 낙태는 범죄가 아니었던 바, 도쿠가와 시대 개정율례(律例)도 낙태를 범죄로 규정하지 않았다.<sup>20)</sup>

현재 한국 가톨릭교회는 낙태 절대 반대라는 입장을 유지하고 있으며, 모자보건법 제14조 폐지를 주장하고 있다.<sup>21)</sup> 1994년 결성된 ‘낙태반대운동연합’은 개신교 단체 중심으로 이루어져 있고, 보수적 개신교 단체연합인 ‘한국기독교총연합회’(한기총)은

13) 전효숙·서홍관, “해방 이후 우리나라 낙태의 실태와 과제”, 대한의사학회, **의사학**, 제12권 제2호(2003), 130-131면.

14) 조규창, **로마형법**(고려대학교 출판부, 1998), 209-210면.

15) Ibid., 210면.

16) 태경수, 49-53면.

17) [http://en.wikipedia.org/wiki/Judaism\\_and\\_abortion](http://en.wikipedia.org/wiki/Judaism_and_abortion); <http://www.aish.com/ci/sam/48954946.html> (2013. 7. 30. 최종방문).

18) 김용효, “낙태죄의 존폐에 대한 고찰”, 한양법학회, **한양법학**, 제22권 제1집(2011), 188면.

19) 신동운·최병천, 51-52면.

20) 김기춘, **형법개정시론**(1984), 480면.

21) 생명절대 존중이라는 가톨릭교회의 입장은 사형 폐지, 안락사 또는 존엄사 반대 등으로도 이어진다.

낙태 반대 입장을 분명히 하고 있는 바, 한국 개신교회의 다수는 “낙태 시술은 하나님께 생명을 주권에 대한 도전이며 인간존엄의 가치에 반하는 행위”라는 1999년 ‘낙태에 관한 기독교 생명윤리 선언’의 입장을 공유하고 있는 것으로 보인다.<sup>22)</sup> ‘낙태반대운동연합’ 대표를 역임한 김일수 교수는 다음과 같이 말한다.

“이제 형법은 심대한 도덕적·윤리적·인간학적 근본문제를 자유화라는 미명 아래 외면해서는 안 될 단계에 이르렀다… 인간존재 중 가장 약한 자가 태아이다. 가장 약한 자를 강한 자들의 여러 가지 사정에 따라 살해하는 행위라고 할 수 있다.”<sup>23)</sup>

같은 맥락에서 2000년 천주교 마산교구청 박청일 신부 외 19명은 모자보건법 제14조 자체를 폐지하는 입법청원을, 2001년 낙태반대운동연합은 동법 제14조 제1항 제1-4호의 허용사유를 삭제하는 입법청원을 국회에 제출하였다.

각 종교에서 낙태를 어떻게 규정하는가는 종교의 자유의 영역이다. 그러나 종교에서 ‘죄악’(sin)으로 규정하고 금지하는 것 모두를 형법이 ‘범죄’(crime)로 규정해야 하는 것은 아니다. 예컨대, 가톨릭교회는 동성애, 피임, 이혼 등을 금지하고 있지만, 한국 사회에서 이를 범죄로 규정해야 한다고 주장하는 사람은 극소수일 것이다. 낙태에 대한 종교의 입장을 존중하면서도, 이를 범죄화할 것인지 여부, 비범죄화한다면 어떠한 방식을 취할지 등의 문제는 ‘세속’적 상황과의 합의가 필요하다. 낙태는 절대 금지되어야 한다는 종교교리를 그대로 형법으로 연결시키는 것은 정교분리의 원칙에 어긋난다. 철저한 가톨릭 국가로 낙태 절대 금지의 입장을 고수했던 우루과이와 아일랜드가 각각 2012년과 2013년 낙태를 제한적으로 허용하는 법률을 제정하였다는 점을 생각하면,<sup>24)</sup> 낙태 문제에 대하여 ‘성’(聖)과 ‘속’(俗)은 대화와 타협을 해야 한다.

## 2. 형법의 과잉도덕화 방지

종교계나 일부 의료계에서는 태아에게 ‘인성’(personhood)을 주장하지만,<sup>25)</sup> 형법

22) <http://www.cbioethics.org/data/view.asp?idx=93&sour=c> (2013. 7. 30. 최종방문).

23) 김일수, “낙태죄의 해석론과 입법론”, 고려대학교 법학연구원, **법학논집**, 제27호(1992), 108-109면. 단, 김 교수는 낙태의 전면금지를 주장하지는 않는다. “강간 및 근친상간에 의한 임신, 태어나 기형아일 경우 및 산모의 생명의 건강에 중대한 위험이 있을 경우에 한하여 낙태를 허용하되 그것도 12주 또는 22주 이내에만 허용되도록 기간상의 제한을 가하는 것이 타당하리라고 본다.”(Ibid.).

24) <http://news.naver.com/main/read.nhn?mode=LSD&mid=sec&sid1=104&oid=003&aid=0004737239>; <http://news.naver.com/main/read.nhn?mode=LSD&mid=sec&sid1=104&oid=001&aid=0006368296> (2013. 7. 30. 방문).

학계에서는 “태아도 사람이고 낙태는 살인이다”라는 논변 위에 서서 모자보건법상 허용사유를 모두 삭제하자는 주장을 접하기는 어렵다. 그러나 현행 모자보건법상 허용사유를 확장하는 해석·개정에 반대하고 엄격한 법해석·집행을 요구하는 주장은 존재한다. 이러한 주장의 바탕에는 태아의 생명보호라는 강한 윤리적 신념이 자리 잡고 있다.

예컨대, 김학태 교수는 낙태를 허용하게 되면 사회의 생명윤리 부재를 가속화시키고 인명경시풍조를 조장하며, 성도덕은 더 문란해지고 윤리가치는 상실될 것이라고 우려한다.<sup>26)</sup> 그리하여 유전학적 사유, 의학적 사유(모자보건법 제14조 제1항 제1, 2, 5호) 등의 개념이 포괄적이고 추상적이므로 낙태허용사유를 보다 엄격하고 제한적으로 해석해야 한다고 주장한다.

“태아가 비록 신체적, 정신적 질환이 있는 상태로 출생할 것이 예상된다 하더라도, 이 또한 인간으로서의 생명과 가치를 인정받아야 함이 마땅함으로, 단지 현실적 어려움 때문에 무제한적 낙태를 허용한다면 생명경시로 전락할 수밖에 없다 할 것이다.”<sup>27)</sup>

그리고 김 교수는 낙태허용사유가 인정되더라도 임신 12주 이내에서만 허용해야 하며, 그 이후에는 산모의 생명에 중대한 영향을 끼칠 수 있는 경우에만 허용해야 한다고 주장하며, 현행법 불법낙태에 대한 적극적 소추와 제재를 요구한다.<sup>28)</sup>

한편, “낙태는 잔인한 방법에 의하여 태아의 생명을 말살하는 반인륜적 행위”<sup>29)</sup>라고 판단하는 윤종행 교수는 더 강경하다. 그는 수정란이 자궁에 착상하기 이전에도 태아로 보고 낙태죄로 보호해야 하며, 혈족 또는 인척 간의 임신으로 인한 낙태(동법 제14조 제1항 제4호)도 정당화될 수 없고, 강간·준강간에 의한 임신으로 인한 낙태(동법 제14조 제1항 제3호)는 무조건 정당화되는 것은 잘못이고 개별적으로 책임단계에서 논해야 한다고 주장한다.<sup>30)</sup>

25) 태아를 의료의 대상으로 포섭하여 ‘인성’을 인정하려는 흐름에 대한 비판으로는, 김은실, “낙태에 관한 사회적 논의와 여성의 삶”, 한국형사정책연구원, **형사정책연구**, 제2권 제2호(1991 여름), 390-391면을 참조하라.

26) 김학태, “형법에서의 낙태죄와 모성보호”, 한국외국어대학교 법학연구소, **외법논집**, 제3집(1996), 389면.

27) Ibid., 395면.

28) Ibid., 394-395, 398-399면.

29) 윤종행, “낙태방지를 위한 입법론”, 연세대학교 법학연구소, **법학연구**, 제13권 제1호(2003), 178면.

30) Ibid., 176, 184면. 배종대 교수도 유사한 주장을 하고 있다[배종대, “낙태에 대한 형법 정책”, 고려대학교 법학연구원, **고려법학**, 제50호(2008), 238-239면].

“(혈족 또는 인척 간의 임신) 경우는 임신이라는 결과에 대한 책임을 그 원인되는 행위를 한 본인들에게 지우는 것이 마땅하다. 반윤리적 행위를 한 사람들이 또 다시 인간의 존엄성을 무시하면서 고귀한 생명을 유린하는 행위를 정당화할 근거를 찾기 어렵다. … 강간에 의한 임신의 경우라도 하더라도 무조건 낙태를 정당화하고 있는 모자보건법에 찬동할 수 없다. 강간에 의한 것이라는 것을 입증하기도 어렵겠지만 강간에 의한 것이 아님에도 강간에 의한 것이라고 주장하는 상황에서 강간에 의한 것이 아니라는 것을 입증하기란 더욱 어려운 일일 것이다. … 강간당하였다고 주장하는 여성에게 낙태를 하도록 권유하거나 도와주더라도 언제나 처벌하지 않는 것이 과연 정당한 것인지 의문이 아닐 수 없다.”<sup>31)</sup>

낙태 허용범위를 넓히고 불처벌 상황을 방치하면 생명윤리와 성도덕이 타락할 것이라는 주장은 논증하기 어렵다.<sup>32)</sup> 먼저 형법이 윤리와 도덕을 지키는 도구로 사용되는 것이 옳은가에 대해서는 법철학적 의문이 존재한다. 형법은 윤리와 도덕의 요구를 의식해야 하지만 그 요구에 종속되어서는 안 되며, 다른 인간적·사회적 요구에도 응해야 한다. 우리 사회가 합의할 수 있는 생명윤리와 성도덕은 무엇인지 분명하지 않고, 낙태가 생명윤리와 성도덕 저하의 주요 원인인지, 낙태를 엄금하면 이 현상이 줄어들거나 없어지는지 등은 확인되지 않는다. 예컨대, 낙태를 강력하게 금지하는 남미 국가와 낙태를 비범죄화한 서구 국가 중 후자에서 인명이 더 경시되고 성도덕이 더 문란한지 단언할 수는 없을 것이다.

철학적·생물학적 차원에서 태아가 사람으로 간주되어야 하는지에 대해서는 논란이 많지만, 형성 과정에 있는 인간이라 할 수 있는 태아의 생명도 존중하고 보호해야 한다는 점에 대해서는 이견이 없다. 김학태, 윤종행 두 교수의 의견처럼, 신체적, 정신적 질환이 있는 태아, 혈족 또는 인척 간의 임신, 강간·준강간으로 만들어진 태아의 생명도 귀중하다. 그러나 이런 경우에도 태아의 생명을 위하여 낙태를 처벌해야 한다는 제안은 ‘형법의 과잉도덕화’를 초래한다. 현행 모자보건법이 허용하지 않지만 우리 주변에서 흔히 발생하는 사회·경제적 사유에 따른 낙태의 경우도 마찬

31) 윤종행, 191-193면.

32) 과거 다양한 피임기구가 개발되었을 때도 유사한 주장이 있었지만, 현재 그런 주장을 하는 이는 극소수일 것이다. 1990년 통일 후 1995년 형법 개정으로 독일에서 낙태가 대폭 비범죄화된 후 낙태율이 7.6%였는데, 통일 전인 1987년 낙태율은 23.2%였다는 점, 또한 일찍이 낙태를 비범죄화하였고 ‘성의 천국’이라고 불리고 낙태는 네덜란드는 낙태율이 6.5% 수준이라는 유럽에서 매우 낮은 수준이라는 점 등은 낙태의 비범죄화가 낙태율이나 성도덕의 문제와 직결되지 않음을 방증한다[박숙자, “여성의 낙태 선택권과 입법과제 연구”, 한국여성학회, **한국여성학**, 제17권 제2호(2001), 87면].

가지이다.<sup>33)</sup> 예컨대, 미성년자의 임신과 낙태, 연인과 헤어진 후 발견한 임신과 낙태, 별거 또는 이혼소송 중 발견한 현 남편의 아이의 낙태, 이혼 후 발견한 전 남편의 아이의 낙태 등을 단지 성도덕 문란, 반윤리적 행위라고 비난하고 처벌하는 것이 옳은 것인지 의문이다. 형법은 생명윤리를 존중·수용해야 하지만, 형법은 평균적 시민이 준수할 수 있는 생명윤리를 요구해야 한다. 평균적 시민이 감당할 수 없는 매우 높은 수준의 생명윤리를 형사제재의 위협을 통해 실현하려는 것은 규범적 억압이다.<sup>34)</sup>

한편, 낙태하는 여성은 성행위를 즐겨놓고 결과는 책임지지 않는 무책임하고 비윤리적인 사람, 모성애도 없는 여성이라는 낙인이 찍히기 십상이다. 한국 사회에서 낙태를 하는 여성은 자신의 처지와 고민과 고통을 공개적으로 하소연할 수 없는 “침묵하는 절규자”<sup>35)</sup>이다. 반면 임신에 대하여 여성과 똑같은 또는 더 많은 책임을 지는 남성에 대한 비난은 실종된다.

그러나 여성은 태아의 생명과 삶을 가장 절실하게 고민하고 생각하는 존재이며, 낙태 여부를 가장 고민하는 존재이다.<sup>36)</sup> 축복받지 못하고 태어나 제대로 양육될 가능성도 없고 산모와 아기를 도와주는 사회적 안전망도 극히 미흡한 상태에서 마지막 순간까지 고민하다가 낙태를 선택하고 그 선택 후에도 자책하고 고통받는 여성을 ‘비도덕적’이라고 비난하는 것은 과도하며 따라서 틀렸다.<sup>37)</sup> 같은 맥락에서 양현아 교수는 “여성의 선택이란 개념은 여성에게 작용하는 힘의 관계를 삭제하고 그 선택의 책임을 전적으로 개인에게 귀속시킨다.”라고 비판하고, “여성은 낙태를 선택하는 것이 아니라 견디는 것이다.”라고 항변한다.<sup>38)</sup>

33) 이에 대해서는 제4장 제3절을 참조하라.

34) 형법 제정 당시 정남국 의원은 다음과 같이 말하였다. “이런 부자연한 법을 만드는 것보다는 차라리 합법적으로 하는 것이 좋다고 생각합니다. 이런 관계로 늘 부자연한 행위를 하느니보다는 차라리 이것은 각자의 도의심에 맡기는 것이 좋고, 이 법이 있으므로서 해로움이 있을지언정 실질적 이로우미 없을 것입니다”[형사법령제정자료집(1) (형사정책연구원, 1990), 462면].

35) 이숙경, “미혼여성의 낙태경험”, 양현아 편, **낙태죄에서 재생산권으로**(2005), 15면.

36) 낙태 경험 여성의 생생한 목소리는 한국여성민우회, **있잖아...나, 낙태했어**(다른, 2013)를 참조하라.

37) 로빈 웨스트의 주장을 빌자면, 낙태 결정은 타인의 생명을 빼앗는 살인 결정과 달리 종종 ‘도덕적’ 결정이기도 하다. “전형적으로 낙태 결정은 태아의 생명을 파괴하겠다는 바람이 아니라 새로운 생명이 부양되고 사랑받을 경우에만 태어나야 한다는 도덕적 바람에 기인한다.”[Robin West, “The Supreme Court 1989 Term, Forward: Taking Freedom Seriously”, 104 *Harvard Law Review* 43, 83 (1990)].

38) 양현아, “여성 낙태권의 필요성과 그 함의”, 한국여성학회, **한국여성학**, 제21권 제1호 (2005)[이하 ‘양현아 I’로 약칭], 10면(강조는 인용자).



### 3. 여성의 자기결정권과 재생산권의 존중

#### (1) 존중되어야 하나 형량가능한 범의인 태아의 생명

낙태의 비범죄화를 주장하는 형법학자들 중 낙태가 언제나 아무 제한 없이 허용되어야 한다고 주장하는 사람은 없다. 대다수 형법학자는 태아의 생명과 임부의 자기결정권은 모두 중요하므로 낙태법은 보호범의를 형량해서 판단해야 한다는데 동의하고 있다. 그런데 이 형량 이전에 확인해야 할 점이 있다. 즉, 현행법상 ‘태아’(fetus)는 ‘사람’이 아니며 – 수정란이 자궁에 착상하기 이전인 ‘배아’(embryo)가 ‘사람’이 아님은 물론이다 –, 태아는 ‘독립된 인격체’가 아니라 전적으로 임부에게 의존하여 유지되는 생명이며,<sup>39)</sup> “여성의 몸 안에서 그리고 여성의 몸을 통해 인간 공동체와 관계를 맺기 때문에 도덕적으로 중요”<sup>40)</sup>한 존재이다. 이 점에서 박찬걸 교수의 다음과 같은 언명은 타당하다.

“태아의 생명은 사람의 생명과 달리 ‘비교형량 할 수 있는 범의’에 속한다.”<sup>41)</sup>

민법과 형법은 사람의 시기(始期)를 각각 ‘전부노출설’과 ‘진통설’에 따라 판단한다. 형법이 낙태죄와 살인죄를 완전히 구별하고 있음을 주지의 사실이다. 이상의 맥락에서 필자는 고 유기천 교수의 이하 견해에 동의한다.

“태아의 생명은 인간의 생명과 동일 수준에서 볼 수 없음을 물론일 뿐만 아니라, 인간 사회에는 출생시키지 않음이 출생시키는 것보다 더 가치 있는 때가 있다. … 이 자유와 책임의 양면을 합리적으로 조정함에는 태아의 발전단계에 따라 그 합법성의 한계를 달리하여야 할 것이다.”<sup>42)</sup>

헌법의 관점에서 태아의 생명은 사람의 생명과 다르게 평가된다. 2008년 헌법재판소는 태아가 생명권의 주체가 됨을 인정하면서도, “생명의 연속적 발전과정에 대해 동일한 생명이라는 이유만으로 언제나 동일한 법적 효과를 부여하여야 하는 것은 아니다. 동일한 생명이라 할지라도 법질서가 생명의 발전과정을 일정한 단계들로 구분하고 그 각 단계에 상이한 법적 효과를 부여하는 것이 불가능하지 않다.”

39) 이영란, “낙태죄 입법정책에 관한 소고”, 한국형사법학회, **형사법연구**, 제16호 특집호(2001), 343-345면.

40) 박은정, **생명공학 시대의 법과 윤리**(2000), 516면.

41) 박찬걸, “낙태죄의 합리화 정책에 관한 연구”, 한양대학교 법학연구소, **법학논총**, 제27권 제1호(2010), 210면.

42) 유기천, **전정신판 형법학[각론강의 상]**(1982), 75-76면.

라고 밝힌 바 있다.<sup>43)</sup> 그런데 2012년 헌법재판소 다수의견은 낙태죄 합헌의견을 제출하면서, 독자적 생존능력을 기준으로 낙태 허용 여부를 판단해서는 안된다는 점을 밝힌 바 있다: “태아가 독자적 생존능력을 갖추었는지 여부를 그에 대한 낙태 허용의 판단 기준으로 삼을 수는 없다. 인간이면 누구나 신체적 조건이나 발달 상태 등과 관계없이 동등하게 생명 보호의 주체가 되는 것과 마찬가지로, 태아도 성장 상태와 관계없이 생명권의 주체로서 마땅히 보호를 받아야 한다.”<sup>44)</sup> 그러나 다수의견의 취지는 ‘기간 방식’에 따라 낙태의 허용 여부와 요건을 달리하는 것을 반대하는 것이므로, 다수의견이 태아의 생명을 사람의 생명과 동일시하였다고 독해하는 것은 틀린 것이다.

## (2) 여성의 자기결정권과 재생산권

현재 “여성은 아이를 낳는데 존재의미가 있다”, “여성은 남성의 ‘씨’를 받아 키우는 ‘밭’이다” 등과 같은 성차별적·봉건적 주장을 공공연히 하는 이는 없겠지만, 기존의 ‘태아 우선주의’와 ‘생명존중 담론’에서 여성은 발화자(發話者)도 행위자도 아닌 존재로 취급된다.<sup>45)</sup> 그러나 여성이야말로 자신의 몸으로 생명을 만들고 낳고 기르는 주체이다. 임신은 여성의 몸과 마음을 변화시키고 중대한 부담을 주며, 출산 직후부터 시작하는 육아 역시 각종 부담을 안겨준다. 이 부담은 정신적·심리적·육체적인 것은 물론 사회적·경제적인 것을 망라한다. 임신과 출산을 원하지 않는 경우라면 이 부담은 더 심각해진다.<sup>46)</sup> 사실 ‘모성의 사회화’가 잘 이루어진 조건 하에서도 원하지 않는 임신이 초래하는 여성이 감당해야 하는 부담은 크다. 자신과 태아의 삶에 대한 종합 판단 후 낙태를 선택하는 경우, 태아의 생명이 종료하는 것만 아니라 여성 자신의 건강도 중대하게 훼손되며 대부분의 여성들은 심한 죄책감에 시달린다.<sup>47)</sup>

43) 헌법재판소 2008. 7. 31. 선고 2004헌바81 전원재판부 결정.

44) 헌법재판소 2012. 8. 23. 선고 2010헌바402 전원재판부 결정.

45) 양현아, “범죄에서 권리로: 재생산권으로서의 낙태권”, 양현아 편, **낙태죄에서 재생산권으로**(2005)[이하 ‘양현아 II’로 약칭], 206면.

46) 김기춘 전 법무부장관은 말한다. “모친의 희망에 반하는 출산은 모친에게도 자식에게도 똑같이 불행한 결과를 초래할 것이기 때문에 모친의 자기결정권은 충분히 존중되어야 한다. 모자의 일생의 행·불행에 관계되는 중대결정을 실질적으로 그들의 일생을 책임져 주지도 못하는 국가나 국외자가 간섭하는 것은 또 다른 의미에서 그들의 존엄성과 행복 추구권을 손상시키게 되는 것이다”(김기춘, 480면).

47) 공지영 작가는 자신의 낙태 경험을 이렇게 고백한다. “나 혼자 편하자고 네가 죽어 없어져야 하는구나... 나 혼자 살겠다고 아무 잘못도 없는 아이를 죽여야 하는 자신이 끔찍해졌고 훗날 아이를 낳은 후엔, 죄책감은 더해졌다”[공지영, **공지영의 수도권 기행**

이 점에서 “이미 여성들은 낙태 결정으로 인해 스스로 일정한 처벌과 책임을 지게 된다.”<sup>48)</sup>

그런데 한국에서 여성의 ‘재생산권’(reproductive rights) – “이 권리는 모든 커플과 개인들이 그들의 자식의 수, 터울, 시기를 자유롭고 책임 있게 결정할 수 있는 기본적인 권리 및 그 권리를 행사할 수 있는 정보와 수단, 그리고 가장 높은 수준의 성적·재생산적 건강을 확보하는 권리에 달려 있다”<sup>49)</sup> – 은 취약하다. 여성의 재생산과 모성에 대한 사회적 인정이나 지원이 약하고 공적인 사회관리체계는 부재하기에 임신, 출산, 양육이 수반하는 부담은 여성에 온전히 떠맡겨진다.<sup>50)</sup> 과거에 비해 가정에서 남녀평등 수준이 높아졌다고 하나, 대부분의 경우 일차적 양육과 교육 담당자는 여성이다.<sup>51)</sup> 그리고 우리 사회에 존재하는 “가부장적 성규범과 여성의 성에 대한 뿌리 깊은 이중성”은 피임을 포함한 적극적 성교육을 가로 막고 여성이 남성에게 피임을 요구하는 것을 꺼리게 만드는 바, “원하지 않는 임신을 예방하여 낙태에 이르지 않아도 되는 경로를 사회적으로 차단한다.”<sup>52)</sup> 그리하여 양현아 교수는 말한다.

“적어도 한국에서 여성의 낙태행위는 자신의 운명(몸과 삶) 통제권을 반영하는 정도 보다, 여성의 운명 통제권의 부족을 반영하는 정도가 좀 더 우세하다. ... 낙태가 만연하는 것은 생명 존중 사상의 부족이 아니라 임신을 할 수 있는 여성의 몸, 성, 자기결정에 대한 존중 사상이 부족하기 때문이다. 여성의 낙태 결정이 오히려 처벌의 대상이 되고, 낙태가 여성의 몸과 마음에 남기는 폐해가 사회적으로 알려지지 않고, 성평등한 피임 수행이 자리 잡지 않았기 때문이다. 또한 아이를 낳았 경우에는 가족과 남성에게 의존하지 않고 살 수 있는 어머니 조건이 제대로 마련되어 있지 않기 때문이다.”<sup>53)</sup>

이상과 같은 상황을 무시하고 낙태를 전면 금지하거나 낙태 허용범위를 축소하는 것은 여성의 프라이버시와 자기결정권 등을 중대하게 제약함은 물론 여성에게 미래의 고난을 강제하는 결과를 만든다.

---

(2001), 75면].

48) 양현아 II, 227면.

49) UN International Conference for Population and Development, Program of Actions, 1994, para. 7.3.

50) 이인영, “출산정책과 낙태규제법의 이념과 현실”, 한국여성연구소, **페미니즘연구**, 제10권 제1호(2010)[이하 ‘이인영 I’로 약칭], 45면.

51) 양현아 II, 227면.

52) 김은실, 398면.

53) 양현아 II, 226, 240면.

### III. 경제협력개발기구 주요 나라의 낙태 비범죄화 방식

#### 1. 영미권

##### (1) 영국 및 영연방 국가

영국은 경제협력기구 소속 나라 중 최초로 1967년 낙태법(Abortion Act)에 따라 낙태를 비범죄화하였다.<sup>54)</sup> 두 명의 의사가 이하 중 하나에 해당한다는 의견을 제시하면, 낙태는 허용된다. 즉, (i) 임신이 24주를 넘지 않았고 임신의 지속이 낙태보다 임부 또는 가정 내 자식의 육체적·정신적 건강에 대하여 더 큰 위험을 초래할 것이다, (ii) 낙태가 임부의 육체적·정신적 건강에 중대한 영구적 손상을 예방하는 필요하다, (iii) 임신의 지속이 낙태보다 임부의 삶에 더 큰 위험을 초래할 것이다, (iv) 태아가 태어난다면 심각한 장애와 같은 육체적·정신적 이상(abnormality)으로 고통받을 실질적 위험이 있다.<sup>55)</sup>

오스트레일리아의 경우 주별로 차이가 있다. 예컨대, 빅토리아 주의 경우 1969년 ‘R v. Davidson 판결’이 의사가 “임부의 생명 또는 육체적·정신적 건강에 심각한 위험”을 방지하기 위하여 낙태가 필요하다고 판단한 경우 낙태를 허용하였고,<sup>56)</sup> 이후 2008년 낙태개혁법(Abortion Law Reform Act)은 임신 24주 이내의 낙태가 의사, 약사, 간호사 등에 의해 이루어지는 것을 허용한다.<sup>57)</sup> 뉴사우스웨일스 주의 경우 1971년 ‘R v. Ward 판결’<sup>58)</sup>이 ‘R v. Davidson 판결’과 같은 취지의 판결을 내렸고, 이후 1995년 ‘CES v. Superclinics Australia Pty Ltd 판결’<sup>59)</sup>은 이 “정신적 건강”은 “임신 또는 출산으로 초래될 수 있는 경제적 또는 사회적 스트레스의 효과”도 포함한다고 해석하였다.<sup>60)</sup>

54) 영국 낙태법에 대해서는 정진주, “유럽 각국의 낙태 접근과 여성건강”, 한국여성연구소, **페미니즘연구**, 제10권 제1호(2010), 132-138면; Sheelagh McGuinness (윤일구 역), “영국에서의 낙태죄의 역사”, 전남대학교 법학행정연구소, **법학논총**, 제30권 제3호(2010)를 참조하라.

55) Abortion Act 1967, Chapter 87, Section 1.

56) [1969] VR 667.

57) Abortion Law Reform Act, §5-6.

58) [1971] 3 DCR (NSW) 25.

59) (1995) 38 NSWLR 47.

60) 뉴사우스웨일스 주 낙태법의 역사와 현황에 대해서는, Talina Drabsch, Abortion and the law in New South Wales [Briefing Paper No 9/05: [http://www.parliament.nsw.gov.au/prod/parliament/publications.nsf/0/4b0ec8db3b4a730dca2570610021aa58/\\$FILE/Abortion%20&%20index.pdf](http://www.parliament.nsw.gov.au/prod/parliament/publications.nsf/0/4b0ec8db3b4a730dca2570610021aa58/$FILE/Abortion%20&%20index.pdf) (2013. 7. 30. 최종방문)], 13-25면을 참조하라.

뉴질랜드는 1978년 형법 개정으로 임신 20주 이내의 낙태를 허용하였는데, 허용 사유는 영국과 오스트레일리아와 유사하다.<sup>61)</sup>

(2) 미국<sup>62)</sup>

미국에서 낙태의 비범죄화는 연방대법원의 판결에 의해 이루어졌다. 그 출발은 1973년 ‘Roe v. Wade 판결’<sup>63)</sup>이었다. 이 판결에서 동 법원은 낙태는 헌법이 보장하는 여성의 프라이버시권의 일환이므로 주의 ‘필요불가결한 이익’(compelling interest)이 있는 경우에만 제한될 수 있다고 보면서, 낙태를 범죄로 규정한 텍사스주법을 위헌으로 판단한다. 여기서 동 법원은 유명한 ‘3단계 3개월 기간구분법’을 제시하였다. 즉, 임신 후 첫 3개월 동안은 태아가 생존능력(viability)이 없으므로 주는 낙태를 금지하는 물론 규제할 수 없고, 제2단계 3개월, 즉 4개월부터 6개월 기간 동안은 오직 산모의 건강을 보호하기 위해서만 낙태를 규제할 수 있고, 제3단계 3개월 동안의 태아는 모체 밖 생존능력이 있으므로 낙태를 규제하거나 나아가 금지할 수도 있다.<sup>64)</sup>

낙태 자체를 범죄화할 수 없게 된 각 주가 이후 낙태를 위한 여러 가지 절차적 요건을 도입하자, 연방대법원은 이러한 규제에도 제동을 건다. 예컨대, 기혼여성 낙태시 남편의 동의를 요구하고 비혼 미성년 여성이 낙태시 부모의 동의를 요구하는 것,<sup>65)</sup> 낙태를 하려는 여성에게 낙태가 초래할 수 있는 부정적 효과에 대한 정보를 제공하고 서면동의를 요구하는 것,<sup>66)</sup> 제2단계 3개월 이후 낙태를 병원에서만 하

61) 박형민, 81-82면.

62) 미국 낙태 판결에 대한 상세한 논의는 도희근, “낙태규제에 관한 미국 판례와 학설의 전개”, **울산대학교 사회과학논집**, 제8권 제2호(1998); 김형남, “미국 헌법상 낙태 및 태아의 생명권에 대한 논의와 판례 분석”, **미국헌법연구**, 제16권 제1호(2005); 최희경, “Casey 판결상의 부당한 부담 심사기준”, **헌법학연구**, 제8권 제3호(2002. 10); 최희경, “낙태절차의 위헌성 여부에 관한 연구-미 연방대법원 판례를 중심으로-”, **헌법학연구**, 제13권 제3호(2007. 9) 등을 참조하라.

63) 410 U.S. 113 (1973).

64) Ibid., at 163-165.

65) *Planned Parenthood of Central Missouri v. Danforth*, 482 U.S. 52 (1976). ‘*Bellotti v. Baird II* 판결’[443 U.S. 622 (1979)]에서는 부모의 동의 요건을 두더라도 ‘사법적 우회절차’(judicial bypass procedure)를 둔다면 위헌이 아니라고 결정했다. 이 판결에 대한 상세한 내용은 최희경, “미국 낙태법상의 부모동의요건과 사법적 우회절차”, **헌법학연구**, 제9권 제4호(2003) 등 참조.

66) *City of Akron v. Akron Center for Reproductive Health*, 462 U.S. 416, 443-444 (1983); *Thornburgh v. American College of Obstetricians & Gynecologists*, 476 U.S. 747 (1986).

도록 요구하는 것,<sup>67)</sup> 낙태 관련 상세한 기록을 보고할 것을 의무화한 것<sup>68)</sup> 등은 위헌이라고 결정하였다.

그런데 연방대법원은 1992년 ‘Planned Parenthood of S.E. Ra v. Casey 판결’<sup>69)</sup>에서 ‘Roe 판결’의 입장을 부분 수정한다.<sup>70)</sup> 먼저 ‘Casey 판결’은 (i) 태아가 모체 밖 생존능력이 인정되기 전에는 여성은 주의 간섭 없이 낙태를 할 권리를 갖고, (ii) 태아가 생존능력을 가진 후에는 – 여성의 생명이나 건강이 위험한 경우 예외 규정을 두는 한 – 주는 낙태를 규제할 수 있으며, (iii) 주는 임신 초기부터 여성의 건강과 태아의 생명을 보호할 이익을 가진다는 점을 재확인한다.<sup>71)</sup>

그러면서 동 판결은 ‘Roe 판결’의 엄격한 ‘3단계 3개월 기간구분법’과 주의 ‘필요 불가결한 이익’ 요건을 폐기한다.<sup>72)</sup> 대신 태아가 생존능력을 갖기 전에 낙태하려는 여성의 길 앞에 ‘실질적 장애’(substantial obstacle)를 설치하지 않는 한, 주는 임신 전 기간에 걸쳐 태아의 생명 보호를 위한 규제를 할 수 있다고 결정한다[‘부당한 부담’(undue burden) 기준].<sup>73)</sup> 이에 따라 동 판결은 과거 판결을 번복한다. 예컨대, 비혼 미성년 여성이 낙태 시 부모의 동의를 요구하는 것,<sup>74)</sup> 낙태를 하려는 여성에게 낙태 관련 정보를 제공하고 서면동의를 요구하는 것,<sup>75)</sup> 낙태 관련 기록의 보관 및 보고 요건<sup>76)</sup>은 ‘실질적 장애’를 초래하지 않으므로 합헌이라고 결정한다. 단, 낙태 시 배우자에게 고지해야 한다는 조항은 ‘실질적 장애’가 되므로 위헌이라고 결정하였다.<sup>77)</sup>

---

67) City of Akron v. Akron Center for Reproductive Health, 462 U.S. 416 (1983).

68) Thornburgh v. American College of Obstetricians & Gynecologists, 476 U.S. 747 (1986).

69) 505 U.S. 833 (1992).

70) 이 판결 이전 ‘Webster v. Reproductive Health Services 판결’[492 U.S. 490 (1989)]에서부터 ‘Roe 판결’을 약화하려는 시도가 이루어진다.

71) 505 U.S. at 846.

72) Ibid., at 873.

73) Ibid., at 866-867.

74) Ibid., at 899.

75) Ibid., at 882-883.

76) Ibid., at 900-901.

77) Ibid., at 893-894.

## 2. 대륙법계 유럽<sup>78)</sup>

### (1) 독일<sup>79)</sup>

독일에서 낙태의 비범죄화로 가는 단초는 구서독 당시 사민당(SPD)과 자민당(FDP) 법률안으로 이루어진 1974년 형법 개정이었다. 동 개정으로 임신 후 12주 이내 의사가 실시하는 낙태는 비범죄화되고, 12주 이후의 낙태는 여성의 건강과 관련한 의학적 사유가 있는 경우 처벌되지 않고, 22주 이내의 낙태는 태아에게 우생학적 사유가 있는 경우 처벌되지 않게 되었다(제218조a). 그러나 기민당(CDU)과 기사당(CSU) 의원들은 효력정지가처분 신청을 연방헌법재판소에 제출하였고, 1975년 연방헌법재판소는 태어나지 않은 생명도 헌법적 보호 대상이고 태아에 대한 헌법적 보호는 전체 임신기간을 망라해야 한다는 입장을 취하면서 동 조항은 위헌이라고 결정한다.<sup>80)</sup> 위헌 논쟁이 당시 낙태허용을 찬성하는 여성단체는 “내 배는 내 것이다”(Mein Bauch gehört mir!)라는 플래카드를 내걸고 시위를 벌였으나, 헌법재판소는 “내 배는 제한적으로만 내 것이다”라고 판단한 것이다.<sup>81)</sup>

이 1차 낙태판결 이후 1976년 연방의회는 형법을 다시 개정한다. 이번에는 낙태를 원칙적으로 처벌하는 입장을 취하면서도, 의학적, 우생학적, 범죄적 사유, 사회·경제적 사유 등을 규정한다. 그리고 낙태허용기간을 분류하여 우생학적 사유로 낙태를 하는 경우는 임신 후 22주 내, 그 밖의 사유는 12주내 내로 제한하였고, 낙태 전 3일 전 의사와의 상담을 의무화하였다.<sup>82)</sup> 그런데 1990년 독일통일 후 낙태 규제 법

78) 2002년 유럽연합의회(EU Parliament)는 ‘성적 및 재생산적 건강과 권리’(sexual and reproductive health and rights)에 대한 리포트(보고자 이름을 따서 ‘앤 반 란커 보고서’(Anne van Lancker Report)라고 불린다)를 통하여, 소속 국가는 여성의 재생산적 건강과 권리를 보호하기 위하여 낙태가 합법화되고 안전하고 모두에게 접근 가능해야 하며, 불법낙태를 한 여성에 대한 기소를 억제할 것을 권고하였다[보고서 원문은 이하에서 입수할 수 있다. <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+REPORT+A5-2002-0223+0+DOC+XML+V0//EN> (2013. 7. 30. 최종방문)].

79) 독일 상황에 대한 상세한 논의는 김학태, “독일과 한국에서의 낙태의 규범적 평가에 대한 비교법적 고찰”, 한국외국어대학교 EU연구소, **EU연구**, 제26호(2010), 305-314면; 지규철, “미국과 독일의 낙태판결에 관한 비교적 고찰”, 한국비교공법학회, **공법학연구**, 제9권 제1호(2008), 89-93면; 홍성방, “낙태와 헌법상의 기본가치-미국 연방대법원과 독일연방헌법재판소 판례에 나타난 낙태와 헌법상의 가치의 관계를 중심으로-”, 서강대학교 법학연구소, **서강법학연구**, 제3권(2001), 38-45면 등을 참조하라.

80) BVerfGE 39, 1.

81) 홍성방, 38면.

82) 이와 별도로 1975년 형법개정부수법률을 통하여 제국 보험상 위법하지 않은 낙태는 사회보험인 의료보험의 급여의 하나로 규정하였다[홍완식, “독일 연방헌법재판소의 낙태

규는 변화한다. 통일 전 동독은 임신 12주 내에는 아무런 사유가 없어도 의사에 의한 낙태를 허용하고 있었던 바, 통일 후 동서독의 다른 법적 태도를 정비해야 했다. 그리하여 사민당이 주도하고 자민당 및 기민당 일부가 찬성하여 1992년 ‘임부 및 가족 원조법’(Schwangeren- und Familienhilfegesetz, SFHG)이 제정된다.<sup>83)</sup> 그 내용은 임신 12주 내 긴급상황과 충돌상황에서 의사와 상담을 거친 의사에 의한 중절은 불처벌하는 것이었다. 이는 사실상 동독의 태도를 수용한 것이다. 그러나 기민당과 기사당 의원들은 다시 효력정지가처분 신청을 연방헌법재판소에 제출하였고, 1993년 동 재판소는 1차 낙태판결의 입장을 고수하면 다시 위헌결정을 내린다.<sup>84)</sup>

이후 연방의회는 1995년 다시 법을 개정하였고, 현재 시행되고 있다. 개정 독일 형법 제218조a는 착상 후 12주 내 낙태의 경우 최소 수술 3일 전 의사와의 상담을 거친 후 의사에 의해 시술된 낙태의 구성요건을 조각시킨다(제1항). 그리고 임부의 생명, 신체적·정신적 건강에 위협을 방어하기 위하여 다른 방법이 없는 경우 낙태의 위법성을 조각시키며(제2항: 의학적 사유), 임신이 강간 등 성범죄로 이루어졌다는 유력한 근거가 있는 경우 임신 후 12주 내 낙태의 위법성을 조각시킨다(제3항: 범죄적 사유).

## (2) 오스트리아와 스위스<sup>85)</sup>

오스트리아에서는 오랜 논쟁 끝에 1974년 사회민주당이 여성계의 요청을 받아들여 임신 초기 3개월 이내에 의사의 사전 조연에 따라 이루어진 의사에 의한 낙태를 비범죄화한다(형법 제97조 제1항 제1호). 이러한 ‘기간 방식’(Fristenlösung) 외에 형법 제97조 제1항 제2호는 임부의 생명에 대한 위협, 임부의 육체적·정신적 건강에 대한 중대한 위협이 있거나, 임부가 임신 시점에 미성년자였거나, 태아가 장애를 입었을 심각한 위협이 있는 경우 낙태를 허용하고 있다.

스위스는 1976년 이후 낙태법 규정을 강화 또는 완화하는 법안을 놓고 3차례에 걸쳐 국민투표를 행하였지만, 모두 부결되었다. 그런데 2002년 정부가 임신 12주 내의 낙태를 허용하는 법안을 국민투표에 회부하고 이 법안이 유권자 72%의 지지를 받음에 따라, 낙태는 비범죄화된다. 절차적 요건으로 의사와의 상담이 필요하며,

판결에 관한 고찰”, 강원대학교 비교법학연구소, **강원법학**, 제10호(1998), 543면].

83) 김학태, 310-311면.

84) BVerfGE 88, 203.

85) 박형민, 63, 66-67면을 참조하라.



임부가 판단능력이 결여된 경우에는 법적 대리인의 동의가 필요하다(형법 제119조).

### (3) 프랑스

지스카르 데스탱 대통령 당시 보건부 장관이었던 시몬느 베일(Simone Veil)의 강력한 주장에 힘입어, 1975년 낙태를 5년간 한시적으로 합법화하는 법안이 의회를 통과한다[일명 ‘베일 법’(Loi Veil)]. 그 내용은 임신 10주 내의 경우 임부가 임신으로 정신건강이나 사회생활에 지장을 초래하는 경우 낙태를 허용하는 것이었는데, 1979년 법 개정으로 한시법을 벗어나고, 2001년 개정으로 낙태허용기간이 12주로 연장된다. 현재는 공중보건법에 따라 상담절차를 거친 임신 12주 내 낙태는 제한 없이 허용되고 있다. 임신 4개월부터 6개월까지는 임부의 생명, 신체적 건강에 위협이 되는 경우, 태아 기형의 위험이 있는 경우에만 낙태를 허용한다.<sup>86)</sup>

한편 프랑스 헌법재판소는 1975년 결정에서 낙태 허용 법률이 유럽인권협약에 위반되는지 여부는 판단할 권한이 없다고 하면서 대상 법률이 프랑스 헌법에 반하지 않는다고 판단하였고, 1993년 결정에서는 형법전에서 낙태죄를 폐지하는 법률이 합헌이라고 판단하였으며, 2001년 결정에서는 낙태허용기간을 12주로 연장한 법률이 합헌이라고 판단하였다.<sup>87)</sup>

### (4) 북유럽 제국<sup>88)</sup>

스웨덴은 1974년 제정되고 1995년 개정된 낙태규제법에 따라 임신 18주 내의 경우 여성이 서면으로 신청하고 여성의 건강에 이상이 없다면 의사의 시술에 의한 낙태를 허용하며, 그 이후의 낙태는 국립보건복지이사회 의 승인을 얻어야 한다. 노르웨이는 임신 12주 내 상담을 거친 낙태는 처벌하지 않으며, 12주 이후는 우생학적 사유, 윤리적 사유, 보건의학적 사유, 사회적 사유가 있는 경우 낙태를 허용한다. 핀란드는 ‘기간 방식’을 취하고 있지 않지만, 사회적 사유를 포한 여러 허용 사유를 두고 있다. 핀란드 낙태법 제1조 제1호는 사회·경제적 사유로 다음을 규정한다. “아이의 출생 또는 육아가 임부와 그 가족의 생활조건 기타 상황과 관련하여 중대한 부담을 주는 경우”(제2호), “임부가 임신 시 만 17세에 달하지 아니하였거나 만 40세 이상인 경우, 또는 이미 4명의 아이를 출산한 경우”(제4호).

86) 박형민, 65-66면; 이호용, “낳지 않을 자유와 자기결정”, 국제헌법학회 한국학회, **세계 헌법연구**, 제16권 제3호(2010), 227-228면.

87) 상세한 내용은 전학선, “프랑스 헌법재판소의 임신중절 결정”, 한국외국어대학교 법학연구소, **외법논집**, 제36권 제4호(2012)를 참조하라.

88) 이인영 I, 52, 56-57, 60, 67면; 라이모 라티(조국 역), 328-336면.

### 3. 일본

1948년 제정된 우생보호법에 규정된 허용사유를 완화하여 해석하여 형법상 낙태죄 규정이 거의 사문화되어, 임신 후 22주까지의 중절은 널리 허용되었다.<sup>89)</sup> 1996년 우생보호법은 모체보건법으로 개칭되었는데, 임신의 지속이나 분만이 신체적 또는 경제적 이유로 인해 모체의 건강을 현저히 해할 우려가 있는 경우 중절을 허용한다(제4조 제1항). 여기서 문언상 경제적 이유는 모체의 건강을 해할 정도를 요구하지만, 그 조사와 확인은 여성 본인의 신고만으로 이루어지는데 그친다.<sup>90)</sup> 수술을 하는 의사는 여성 본인 및 배우자의 동의를 얻어야 하지만, 배우자를 알 수 없거나 배우자가 의사표시를 할 수 없거나 사망한 경우는 여성만의 동의로 수술을 할 수 있다. 허용사유에 대한 판단은 의사에게 위임되어 있고 판단은 엄격하게 이루어지지 않는다.<sup>91)</sup>

### 4. 소결

낙태를 비범죄화하는 대륙법계 유럽 대다수 나라는 ‘기간 방식’과 ‘허용사유 방식’을 결합하고 있으며, 전자의 경우 임신 12주 이내의 낙태를 제한 없이 허용하고 있다. 반면 영국, 영연방 국가 및 일본은 허용기간을 20~24주로 길게 잡고 있다는 점에서 차이가 있다. 우생학적 사유, 윤리적 사유, 보건의학적 사유 외에 사회·경제적 사유를 인정한다는 점은 공통적이다. 미국은 임신 12주 이내의 자유로운 낙태를 허용하는 입장에서 기한방식을 포기하는 쪽으로 변화하지만, 허용사유가 널리 인정되고 있다는 점에서는 차이가 없다.

## IV. 낙태죄 개정론과 해석론

모자보건법 제14조 제1항에 규정된 우생학적 사유, 윤리적 사유, 보건의학적 사유 등 낙태의 허용사유는 태아의 생명과 여성의 자기결정권 및 재산권 사이의 적절한 형량을 위한 최저선(最低線)으로, 반드시 유지되어야 한다. 그리고 동법이 제정

89) 이호용, 234면.

90) 임웅, **형법각론**(개정판, 2003), 104면.

91) 大谷 實, **刑法講義各論**(2000), 59頁; 西田典之, **刑法各論**(第2版, 2002), 20頁; 林 幹人, **刑法各論**(1999), 43頁; 이기원, “낙태죄의 허용사유에 관한 비교법적 고찰”, **조선대학교 법학연구원, 법학논총**, 제19권 제3호(2012), 413면.

되었던 1973년 이후 40년이 흐르면서 비약적으로 높아진 여성의 자기결정권 및 재생산권에 대한 인식을 반영하고, 법과 현실의 괴리 현상을 해소하여 법의 규범력을 높이고, 어쩔 수 없이 불법낙태를 선택했고 또한 선택할 수밖에 없을 무수한 여성의 죄책감을 풀어주고, 동시에 낙태를 예방할 제도적 조치를 마련하기 위하여 법 개정이 필요하며 그 이전이라도 새로운 법해석이 필요하다고 주장하고자 한다. 이는 1980년 고 김기두 교수의 이하 제언의 연장선에서 있다.

“양육가능성 없는 출생은 태아 자체의 불행일 뿐만 아니라 양친의, 나아가 사회의 불행의 씨가 되고 있다. … 물론 태아의 생명을 침해한다는 것은 중대한 법익침해가 될 것이지만 … 단순한 감상적 인도주의에 입각하여 낙태죄의 처벌을 주장하는 것은 지나친 것이며 과학적 합리주의에 입각하여 낙태죄를 재평가해야 할 것이다. 현실의 사회상황 하에서 임신·육아·출산이 여성의 인생에 어떠한 영향을 미치는가는 누구나 쉽게 추측할 수 있을 것이다. … 낙태를 전면적으로 허용한다는 것은 생명의 존중이라는 점에서 긍정할 수 없지만, 모자보건법의 개정이나 형법의 낙태죄 규정을 개정하여 보다 낙태허용사유를 넓힐 뿐만 아니라 안전한 낙태수술을 받을 수 있는 제도적 장치를 강구함으로써 사회에 만연되고 있는 비합법적 낙태를 합리적 임신중절로 전환시킴으로써 국민의 법의 범위에 대한 신뢰도를 높이고 임부의 생명·신체뿐만 아니라 태아의 생명도 안전하게 보호할 수 있도록 하여야 할 것이다.”<sup>92)</sup>

## 1. 배우자 동의 요건의 삭제

모자보건법 제14조 제1항은 낙태허용사유가 있는 경우에도 배우자(사실혼 관계 포함)의 동의가 있어야 한다고 규정하고 있다. 이는 두 가지 점에서 위헌이다. 먼저 피임 실패에 단독 또는 공동책임이 있음에도 출산과 양육에는 책임을 지지 않으려는 남성이 많은 현실을 생각할 때, 이러한 요건은 부담은 지지 않고 자신의 아이는 갖고 싶은 남성의 이익만을 보호하며, 여성의 자기결정권을 남성의 동의하에 두어 형해화(形骸化)시킨다. 이는 “배우자의 동의 여부에 가벌성이 좌우되는 법은 가부장제의 유물”<sup>93)</sup>로 위헌 소지가 큰 바, 삭제되어야 한다. 모자보건법의 요건이 충족되는 상황에서 여성이 낙태에 동의하는데 배우자가 동의하지 않는다면 결국 법원의 재판으로 가야 하는데, 이는 “부녀 자신의 신체에 대한 처분권을 법원에 인정하는

92) 김기두, “낙태죄에 관한 연구”, 서울대학교 법학연구소, **서울대학교 법학**, 제20권 제22호 (1980), 14, 23-24면.

93) 이기현·정현미, 48면; 정현미 I, 698면. 이인영, “낙태죄 입법의 재구성을 위한 논의”, 양현아 편, **낙태죄에서 재생산권으로**(2005)[이하 ‘이인영 II’로 약칭], 145면도 같은 취지다.

결과가 되므로 극히 불합리하다.”<sup>94)</sup> 한편, 이 조항은 법률혼 및 사실혼 배우자의 동의를 요구하고 있을 뿐, 이런 관계에 미치지 못하는 연애·동거 관계의 남성의 동의는 요구하지 않는다.<sup>95)</sup> 이는 혼인관계에 있는 여성을 혼인관계에 있지 않은 여성에 비하여 비합리적으로 차별하는 것으로 위헌이다. 2012년 헌법재판소 결정에서는 이 점이 다루어지지 못한 점, 아쉽다.

상술하였듯이 미국 연방대법원은 배우자 동의 요건을 위헌이라고 결정했으며, 주요 경제협력개발기구 나라 중 낙태법에 이런 요건을 설정하고 있는 나라는 없다. 1992년 법무부 형법개정안과 2010년 이영애 의원 대표발의 모자보건법 개정안<sup>96)</sup>은 이 동의조항을 삭제한 바 있다.

## 2. 우생학적 허용사유 및 범죄적 허용사유의 재정리

모자보건법이 규정하는 우생학적 허용사유는 우생학적·유전학적 정신장애 또는 신체장애, 전염성 질환에 한정되어 있다. 그러나 임신 중의 충격, 약물복용 등으로 인하여 태아가 손상을 입은 경우도 포함하는 법개정이 필요하다.<sup>97)</sup> 1985년부터 시작되어 1992년 확정된 형법개정안은 모자보건법 관련 조항을 형법에 흡수하면서, “태아가 유전적 소질 또는 출생 전의 유해한 영향으로 인하여 건강상태에 중대한 손상을 입고 있거나 입을 우려가 뚜렷한 경우”를 낙태허용사유로 규정한 바 있다.

그리고 모자보건법이 규정하는 범죄적 허용사유는 강간·준강간에 의한 임신에 한정되어 있다. 그러나 이 범죄 외의 성범죄, 예컨대 미성년자간음죄나 형사특별법상의 성범죄로 인한 임신이 제외되어야 할 아무런 이유가 없다. 따라서 범죄적 허용사유를 “형법상 처벌될 수 있는 성범죄로 인하여 임신된 경우”로 규정하는 것이 타당하다.<sup>98)</sup>

## 3. 사회·경제적 허용사유의 수용

모자보건법은 사회·경제적 허용사유를 수용해야 한다. 예컨대, 미성년자의 임신, 비혼 임신, 사실혼 관계에서 임신 후 헤어진 경우, 별거 또는 이혼소송 상태에서

94) 신동운·최병천, 102면.

95) 박숙자, 84면; 이기현·정현미, 47면; 이인영 II, 144면.

96) 모자보건법 일부개정법률안(의안번호 9696), 제14조 제1항.

97) 박찬걸, 20면; 이기현·정현미, 낙태의 허용범위와 허용절차규정에 관한 연구(형사정책연구원, 1996), 129면; 이인영 II, 133, 142면.

98) 박찬걸, 214면; 이기현·정현미, 129면; 이인영 II, 142면.

발견한 법적 남편의 아이 임신, 이혼 후 발견한 전 남편의 아이 임신, 임신 후 남편이 사망·행방불명·실종된 경우, 혼인 중 출산한 아이의 양육이 현실적으로 불가능한 경우 등이 있다.<sup>99)</sup> 현재로는 이러한 경우의 낙태는 모두 범죄이기에 낙태 여성은 비난받고 처벌받아야 한다. 2012년 헌법재판소 다수의견은 사회·경제적 사유에 의한 낙태를 허용하고 있지 아니한 것이 임부의 자기결정권에 대한 과도한 제한이라고 보기 어려우며, “사회적·경제적 사유로 인한 낙태로까지 그 허용의 사유를 넓힌다면, 자칫 자기낙태죄 조항은 거의 사문화되고 낙태가 공공연하게 이루어져 인간생명에 대한 경시풍조가 확산될 우려마저 없지 않다.”라고 말하고 있다.<sup>100)</sup>

그러나 국가가 형사처벌의 위협을 사용하여, 청소년 비혼모에 대한 보호나 지원 대책은 극히 저열함에도 미성년자에게 아이를 낳을 것을 요구하는 것, 비혼모와 “애비 없는 자식”에 대한 편견이 만연하고 비혼모가 사회·경제생활을 영위하는데 수많은 난관이 있는 사회에서 비혼여성에게 헤어져 애인의 아이를 낳으라고 요구하는 것은 국가의 직무유기를 여성에게 전가하는 것으로 형벌권의 오남용이다. 혼인관계가 파탄으로 가고 있거나 혼인 관계가 이미 종료했음에도, 국가가 형벌권을 동원하여 (전)남편의 아이를 낳으라고 요구하는 것은 여성의 몸을 남성의 종족 확산의 통로로만 보는 봉건적 사고를 형법이 승인하는 것이다. 그리고 빈곤층의 육아와 자식교육 등에 대한 국가적 지원은 미흡한 상황에서 경제적 곤궁함이 심하여 기존 가족의 하루하루의 생계를 꾸리기도 급급한 여성이 선택한 낙태를 간단히 범죄로 규정하는 것은 경제적 억압에 규범적 억압을 더하는 것이다.

요컨대, 이상과 같은 사회·경제적 사유로 인한 낙태는 ‘당벌성’(Strafwürdigkeit)이나 ‘필벌성’(Strafbedürftigkeit)이 약하며,<sup>101)</sup> 이를 범죄로 규정하는 것은 ‘과잉범죄화’이다. 이상의 점에서 필자는 이하 두 교수의 의견에 공감한다.

“우리 사회가 기아(棄兒) 문제를 해결하고 떠맡을 능력이 없으면서 - 낙태를 막을 사회안전망도 갖추어 놓고 있지 못하면서 - 임부 개인에게는 낙태하지 말 것을 강요하는 모순적 현실을 직시해야 하지 않을까?”<sup>102)</sup>

99) 박찬걸, 215면; 신동운·최병천, 127면; 신현호, “낙태죄의 제문제”, 한국법학원, 저스 티스, 제121호(2010.12), 388-389면.

100) 헌법재판소 2012. 8. 23. 선고 2010헌바402 전원재판부 결정.

101) ‘당벌성’과 ‘필벌성’의 개념에 대해서는 임웅, **비범죄화의 이론**(1999), 9-10, 14-15면을 참조하라.

102) 임웅, 387면.

“피임교육조차 받은 적이 없는 10대의 청소년들에게 일탈의 결과이나 할 수 없이 아이를 낳아야 한다고 할 수 있느냐, 준비가 되어 있지 않은 미혼의 여성에게 아이를 낳으라고 할 수 있느냐, 그 경우 남자들은 나몰라하고 돌아서는데 여성이 고스란히 떠안아서 아이를 낳아야 한다고 할 수 있느냐, 기혼자에게도 양육의 여유조차 없는 절망적인 상황에서 생각하지도 않은 아이를 낳아야 한다고 할 수 있느냐는 물음에 마주치게 되면 누구든지 1년 이하의 징역에 처하는 법률규정을 지켜야 한다고 생각하지 않는다.”<sup>103)</sup>

그리하여 2005년 보건복지부와 고려대학교 산부인과 예방의학교실의 모자보건법 개정안은 ‘사회·경제적 이유’ - “사회경제적 이유로 인해 임신의 유지나 출산 후 양육이 어렵다고 판단되는 경우” - 를, 2007년 보건복지부와 연세대학교 의료법 윤리학연구소의 모자보건법 개정안 제1안은 ‘사회적 적응사유’를 추가할 것으로 제안하고 있다.<sup>104)</sup>

그런데 배종대 교수는 아동 또는 미성년자의 임신으로 인한 낙태와 비혼 여성의 임신의 경우 등은 허용사유로 인정할 필요가 있다고 하면서도,<sup>105)</sup> 기혼여성의 경제적 사유에 의한 낙태를 허용해서는 안된다고 주장한다.<sup>106)</sup> 즉, 10대나 비혼모와는 달리 결혼에 수반하는 사회적 책임에 따를 수 있는 정신적·신체적 능력을 충분히 가지고 있음에도 “사소한 부주의로 원치 않는 임신의 결과를 초래했으므로 그들의 과실은 중과실에 속”하며, 당연히 그 책임을 져야 한다는 것이다.<sup>107)</sup>

혼인생활을 약속하고 살고 있는 성인의 경우 10대나 비혼모보다 임신에 대한 책임이 높다는 점은 동의한다. 그렇지만 낙태의 허용 여부가 혼인 여부에 달려있다고는 할 수 없다. 기혼여성의 경우 임신을 피할 수 있었음에도 주의의무를 다하지 않아 임신을 한 ‘중과실’이 있으므로 경제적 사유에 의한 낙태를 허용해서는 안된다는 주장은 기혼여성의 임신 상황을 너무 단순화한 것이다. 피임이라는 ‘주의의무’는 여성에게만 있지 않는데, 그 ‘중과실’이 아내 때문인지 또는 남편 때문인지 또는 공동책임인지 불분명한데 아내만 형사처벌의 책임을 져야 하는 것인지 의문스럽다. 그리고 임신에 관하여 기혼여성으로서의 ‘중과실’이 있다고 하더라도, 심각한 경제적 궁핍 상태에 있는 기혼여성의 낙태를 경제적 여유가 있는 미성년자나 비혼여성의 낙태와

103) 이인영 I, 73-74면.

104) 법안 내용은 박형민, 109-114면을 참조하라.

105) 배종대, 241-242면.

106) 신동운·최병천, 126-127면도 같은 의견이다.

107) 배종대, 243면.

완전히 다르게 대우해야 할 이유는 없다.

요컨대, “임부의 불가피한 사회적 긴급상황은 다른 사유에 비하여 가벼운 것이라는 편견을 버려야”<sup>108)</sup>하며, “임신의 지속이 임부에게 의학적 정당화 사유에 해당하는 것과 동일한 정도의 비중을 가지고 임부에게 중대한 위기상황을 야기하는 부담으로 미치는 경우에는 사회적 적응사유로서 수용해야 한다.”<sup>109)</sup> 그리고 한국 사회가 급속한 경제성장으로 부의 규모가 매우 커진 것은 사실이나 가구 소득이 가구원 수를 고려한 해당 연도의 최저생계비에 미치지 못하는 절대빈곤층이 상당히 존재한다는 점을 생각하면,<sup>110)</sup> ‘경제적 허용사유’를 원천적으로 배제하는 것에는 동의할 수 없다.

사회·경제적 허용사유를 일괄적으로 명문화하는 것이 부담스럽다면, 후술하듯이 임신 12주 내의 낙태를 비범죄화하는 기간 방식을 채택하여 우회적으로 이 문제를 해결할 수 있다. 이 시기 낙태의 다수는 사회·경제적 사유에 따른 낙태일 가능성이 높기 때문이다. 기간 방식을 채택하지 않더라도, 사회·경제적 허용사유 중 적어도 미성년자와 비혼여성의 낙태만큼은 허용사유로 추가할 필요가 있다.

#### 4. ‘기간 방식’과 ‘허용사유 방식’의 결합 및 상담절차의 의무화

모자보건법 시행령 제15조 제1항에 따라 동법 제14조 제1항 허용사유에 따른 낙태도 임신 24주일 이내만 허용된다(2009년 시행령 개정 이전에는 28주일 이내였다). 그러나 이는 너무 획일적이다.<sup>111)</sup> 오히려 임신 12주 이내의 낙태, 임신 12주에서 임신 24주까지의 낙태, 임신 24주 이후 낙태를 구분하고 요건을 차별화하는 것이 타당하다. 그 근거는 2012년 헌법재판소 결정에서 이강국, 이동흡, 목영준, 송두환 네 명의 재판관이 제출한 반대의견에서 잘 정리되어 있다.

108) 정현미 I, 703면. 정 교수는 다음과 같이 말한다. “임부에게 낙태를 통해 건강에 대한 위험을 회피할 수 있도록 허용하면서, 그녀의 개인적인 인생계획이나 그녀의 직업적 목표, 그녀의 가족 상황 또는 다른 사후적인 사회적 문제들에 대해서는 주의를 기울이지 않는 것은 불충분할 뿐만 아니라 모순적이기도 하다”[정현미, “낙태규제에 있어서 형법의 효용성”, 이화여자대학교 법학연구소, **법학논집**, 제16권 제2호(2011), 152-153면].

109) 이인영 I, 79면.

110) 보건사회연구원의 조사에 따르면, 2005-2009년 동안 우리나라 네 가구 중 한 가구는 절대빈곤층을 경험했다[<http://news.naver.com/main/read.nhn?mode=LSD&mid=sec&sid1=101&oid=001&aid=0005486830> (2013. 7. 30. 최종방문)].

111) 박찬걸, 218-219면.

“태아에 대한 국가의 보호의무에는 여성이 임신 중 또는 출산 후 겪게 되는 어려움을 도와주는 것까지 포함된다고 보아야 할 것이고, 국가는 생명을 보호하는 입법적 조치를 취함에 있어 인간생명의 발달단계에 따라 그 보호정도나 보호수단을 달리할 수 있다. 현대 의학의 수준에서는 태아의 독자적 생존능력이 인정되는 임신 24주 이후에는 임부의 낙태를 원칙적으로 금지하고, 임부의 생명이나 건강에 현저한 위해가 생길 우려가 있는 등 특단의 사정이 있는 경우에만 낙태를 허용함이 바람직하다. 임신 중기(임신 13주~24주)의 낙태는 임신 초기(임신 1주~12주)의 낙태에 비하여 임부의 생명이나 건강에 위해가 생길 우려가 증가한다는 점에서 국가는 모성의 건강을 증진하기 위하여 낙태의 절차를 규제하는 등으로 임신 중기의 낙태에 관여할 수 있다고 할 것이다. 그런데 임신 초기의 태아는 고통을 느끼지 못하는 반면, 임신 초기의 낙태는 시술방법이 간단하여 낙태로 인한 합병증 및 모성사망률이 현저히 낮아지므로 임신 초기에는 임부의 자기결정권을 존중하여 낙태를 허용해 줄 여지가 크다.”

이러한 관점에서 필자는 ‘기간 방식’과 ‘허용사유 방식’의 결합을 제안한다. 먼저 임신 12주 내의 낙태는 허용사유를 묻지 않고 허용한다. 이 방식은 독일, 오스트리아, 스위스, 프랑스, 네덜란드, 스웨덴, 노르웨이 등의 법률과 미국 연방대법원의 1973년 ‘Roe v. Wade 판결’이 취하고 있다.<sup>112)</sup> 12주를 기준으로 삼은 것은 태아의 독자 생존능력과 임부에게 초래되는 해악의 정도 등을 고려한 것이다.

이러한 기간 방식에 따른 낙태 비범죄화는 “태아의 생명을 2등급의 생명으로 차등취급하는 발상”<sup>113)</sup>이고 “임신 3개월을 전후한 태아의 발육상태의 차이를 과학적으로 검증할 수 없다”<sup>114)</sup>라는 비판이 있고, 헌법재판소 다수의견도 ‘기간 방식’을 위헌이라고 보고 있음을 고려하자면, 2005년 보건복지부와 고려대학교 산부인과 예방의학교실의 모자보건법 개정안, 2007년 보건복지부와 연세대학교 의료법윤리학 연구소의 모자보건법 개정안 제1안 및 핀란드 낙태법처럼, 임신 12주 내의 낙태 경우도 사회·경제적 사유를 포함한 여러 허용사유를 규정하는 방식을 채택할 수 있을 것이다.<sup>115)</sup> 한편 2010년 홍일표 의원 대표발의 모자보건법 개정안은 인공임신중절수술 허용 사유에 대통령령으로 정하는 사회·경제적인 사유를 추가하되, 임신한 날부터 12주 이내의 경우에만 할 수 있도록 하였는바 참고가 될 것이다.<sup>116)</sup>

112) 단, 스웨덴은 임신 18주 이내, 네덜란드는 임신 13주 이내 낙태를 비범죄화하여 비범죄화 기간을 더 늘려놓고 있다.

113) 신동운·최병천, 125면.

114) 법무부, **형법개정법률안 제안이유서**(1992. 10), 137면.

115) 박형민, 110면; 라이모 라티(조국 역), 328-329면.

116) 모자보건법 일부개정법률안(의안번호 8153), 제14조 제1항 제6호 및 제4항.



중요한 것은 이 시기의 낙태에서 의사와의 상담 및 사회적 상담을 의무화하는 것이다. 의료적 상담 외에 사회적 상담을 의무화하는 것은 독일, 프랑스, 노르웨이, 핀란드 등의 예를 따르는 것인데,<sup>117)</sup> 임신 12주 내 낙태의 비범죄화에 대한 낙태 금지론의 우려를 해소하고, 또한 여성의 낙태 여부에 대한 결정에 단지 의사만이 아니라 국가가 관여하는 장치를 마련하기 위함이다. 사회적 상담은 보건복지부 장관의 승인을 받은 자가 담당하며, 낙태에 대한 여성의 고민과 갈등을 청취하고 관련 정보를 제공하여 임부가 지식, 정보, 책임을 가지고 낙태 여부를 결정할 수 있도록 돕는다. 사회상담원이나 상담의사가 출산을 장려·강요하는 것은 금지되며, 낙태 이외의 대안, 국가적·사회적 차원의 도움에 대한 정보 제공에 그쳐야 한다.<sup>118)</sup>

둘째, 임신 12주 이내의 낙태와는 달리, 임신 12주부터 24주까지의 낙태는 모자보건법상의 - 상술한 방식으로 개정된 - 우생학적 사유, 윤리적 사유, 범죄적 사유, 보건의학적 사유, 사회·경제적 사유가 있는 경우 허용한다. 이는 노르웨이가 취하고 있는 방식이다. 물론 이 경우도 의학적 상담과 사회적 상담은 의무화해야 한다. 핀란드의 예를 따라, 사회·경제적 허용사유에 대한 객관적 판단을 위하여 낙태신청 여성과 그녀의 가족의 생활조건 및 기타 상황에 대해서는 사회복지공무원의 보고서가 필요하도록 해야 한다.<sup>119)</sup> 그런데 낙태금지론이 사회·경제적 사유 추가에 대하여 우려하고 있음을 고려하자면, 허용사유 전체에 대하여 스웨덴처럼 ‘국립 보건복지이사회’<sup>120)</sup>의 심사와 승인, 핀란드처럼 ‘전국의료법문제심의기구’<sup>121)</sup>의 심사와 승인을 요건으로 설정하는 것을 고려할 수 있다.

마지막으로 임신 24주 이후의 낙태는 태아에게 심각한 이상이 있어 출생 후 생존이 불가능한 경우, 임신 유지나 출산이 모체의 생명에 직접적 위험을 주는 경우 등 보건의학적 이유가 있는 경우에 한하여 허용한다.<sup>122)</sup>

이상의 모자보건법 제14조 개정안 내용을 도해화하면 다음과 같다.

117) 라이모 라티(조국 역), 333-334면; 이기현·정현미, **낙태의 허용범위와 허용절차규정에 관한 연구**(형사정책연구원, 1996), 106-108면; 이인영 II, 155-159면.

118) 이기현·정현미, 110-111, 130-131면; 이인영 II, 160면.

119) 라이모 라티(조국 역), 333면.

120) 이인영 I, 52면.

121) 라이모 라티(조국 역), 329면.

122) 박형민, 110-111면; 신현호, 408면.

<p>제1안</p>	<p>① 의사에 의한 임신 12주내의 인공임신중절수술은 처벌을 면제한다.</p> <p>② 의사는 다음 각 호의 어느 하나에 해당되는 경우 임신 12주 이후 24주 이내의 임신중절수술을 할 수 있다.</p> <ol style="list-style-type: none"> <li>1. 태아가 유전적 소질 또는 출생 전의 유해한 영향으로 인하여 건강상태에 중대한 손상을 입고 있거나 입을 우려가 뚜렷한 경우</li> <li>2. 형법상 처벌될 수 있는 성범죄로 인하여 임신된 경우</li> <li>3. 법률상 혼인할 수 없는 혈족 또는 인척 간에 임신된 경우</li> <li>4. 임신의 지속이 보건의학적 이유로 모체의 건강을 심각하게 해치고 있거나 해칠 우려가 있는 경우</li> <li>5. 사회경제적 이유로 인해 임신의 유지나 출산 후 양육이 어렵다고 판단되는 경우</li> </ol> <p>③ 의사는 다음 각 호의 어느 하나에 해당되는 경우 임신 24주 이후의 인공임신중절수술을 할 수 있다.</p> <ol style="list-style-type: none"> <li>1. 임신유지나 출산이 모체의 생명에 직접적 위험을 주는 경우</li> <li>2. 제2항 제1호에 해당한다는 의사의 진단이 임신 24주 이후에 내려진 경우</li> </ol> <p>④ 제1항 내지 제3항의 인공임신중절수술 이전에 다음 각 호의 요건이 충족되어야 한다.</p> <ol style="list-style-type: none"> <li>1. 본인의 동의. 본인이 심신장애로 의사표시를 할 수 없을 때에는 그 친권자나 후견인의 동의로, 친권자나 후견인이 없을 때에는 부양의무자의 동의로 각각 그 동의를 갈음할 수 있다.</li> <li>2. 의사 및 보건복지부장관령에 따른 상담자격자와의 상담. 상담의 내용과 절차는 보건복지부장관령에 따른다.</li> </ol>
<p>제2안</p>	<p>① 의사는 다음 각 호의 어느 하나에 해당되는 경우 임신 24주 이내의 임신중절수술을 할 수 있다.</p> <ol style="list-style-type: none"> <li>1. 태아가 유전적 소질 또는 출생 전의 유해한 영향으로 인하여 건강상태에 중대한 손상을 입고 있거나 입을 우려가 뚜렷한 경우</li> <li>2. 형법상 처벌될 수 있는 성범죄로 인하여 임신된 경우</li> <li>3. 법률상 혼인할 수 없는 혈족 또는 인척 간에 임신된 경우</li> <li>4. 임신의 지속이 보건의학적 이유로 모체의 건강을 심각하게 해치고 있거나 해칠 우려가 있는 경우</li> <li>5. 사회경제적 이유로 인해 임신의 유지나 출산 후 양육이 어렵다고 판단되는 경우</li> </ol> <p>② 의사는 다음 각 호의 어느 하나에 해당되는 경우 임신 24주 이후의 인공임신중절수술을 할 수 있다.</p> <ol style="list-style-type: none"> <li>1. 임신유지나 출산이 모체의 생명에 직접적 위험을 주는 경우</li> <li>2. 제1항 제1호에 해당한다는 의사의 진단이 임신 24주 이후에 내려진 경우</li> </ol> <p>③ 제1항 내지 제2항의 인공임신중절수술 이전에 다음 각 호의 요건이 충족되어야 한다.</p> <ol style="list-style-type: none"> <li>1. 본인의 동의. 본인이 심신장애로 의사표시를 할 수 없을 때에는 그 친권자나 후견인의 동의로, 친권자나 후견인이 없을 때에는 부양의무자의 동의로 각각 그 동의를 갈음할 수 있다.</li> <li>2. 의사 및 보건복지부장관령에 따른 상담자격자와의 상담. 상담의 내용과 절차는 보건복지부장관령에 따른다.</li> </ol>

#### 4. 입법형식

현재 형법은 낙태를 범죄화하고 모자보건법은 제한적으로 허용하고 있다. 낙태를 비범죄화하는 법개정을 할 경우 입법형식을 어떻게 할 것인가에 대하여 견해 차이가 있다. 낙태의 허용기간과 허용사유만을 규정하는 것이라면 형법에 규정하는 것이 규범력을 높일 수 있다. 그러나 상담, 시술 장소, 의료보험 등을 같이 규정할 필요가 있다는 점을 생각하면 특별법 형식을 취하는 것이 타당하다고 본다.<sup>123)</sup>

#### 5. 해석론 – “모체의 건강”의 확대해석

이상과 같은 방식으로 모자보건법이 개정되기 전이라도 모자보건법상 허용사유에 해당하지 않는 낙태의 위법성을 해석을 통하여 조각하는 길을 찾을 필요가 있다.

모자보건법 제14조 제1항 제5호는 낙태를 허용하는 보건의학적 사유를 다음과 같이 규정하고 있다. “임신의 지속이 보건의학적 이유로 모체의 건강을 심히 해하고 있거나 해할 우려가 있는 경우.” 여기서 “모체의 건강”을 단지 육체적 의미의 건강으로 제한하지 않고 정신적·심리적 건강을 포괄하는 의미로 해석한다면,<sup>124)</sup> 위법성이 조각되는 낙태의 범위가 넓어질 것이다. 그리고 이러한 해석은 문언의 가능한 범위를 넘어서지 않으며 피고인에게 유리하기도 하므로 허용된다. 상술한 1995년 오스트레일리아 ‘CES v. Superclinics Australia Pty Ltd 판결’<sup>125)</sup>이 ‘정신적 건강’에는 “임신 또는 출산으로 초래될 수 있는 경제적 또는 사회적 스트레스의 효과”도 포함한다고 해석하였던 바, 이는 시사하는 바가 크다. 우리 법원이 이러한 해석을 택한다면 법개정 없이도 사회·경제적 허용사유를 사실상 도입하는 효과를 가져올 것이다.

다음으로 모자보건법이 허용하지 않는 낙태를 형법 제22조의 긴급피난으로 해결하려는 시도도 가능할 것이다. 물론 학계나 판례는 ‘사회적 긴급피난’을 인정하지 않지만, 태아의 생명과 임부의 자기결정권이라는 두 개의 정당한 가치가 충돌하는 상황은 긴급피난의 전형적 상황에 비견될 수 있다. 임신 12주 이내는 후자가 본질적으로 우월하다고 볼 수 있기에 위법성이 조각되고, 임신 12주 이후에는 후자가 우월하다고 보기 어려우므로 책임이 조각되거나 형벌이 면제된다고 해석될 수

<sup>123)</sup> 신현호, 397-398면; 이기현·정현미, 36면; 이인영 II, 119면.

<sup>124)</sup> 신동운·최병천, 106-107, 128면; 이인영 I, 58면.

<sup>125)</sup> (1995) 38 NSWLR 47.

있을 것이다. 그리고 대법원은 ‘사회상규성’을 인정하는데 엄격한 경향을 보이고 있지만,<sup>126)</sup> 낙태를 형법 제20조의 정당행위로 포섭하는 시도도 가능할 것이다. 고유기천 교수는 다음과 같이 말한 바 있다. “낙태에 관한 국가적 견해와 일반대중의 견해가 변천되어, 오늘날 성행되는 가족계획의 사상이 이러한 낙태죄를 별하지 않는 방향으로까지 이르게 된다면, 형법 제20조에 의하여 위법성이 조각되는 경우가 있을 것이다.”<sup>127)</sup>

## V. 맺음말

여성의 자기결정권과 재생산권을 존중하여 낙태의 허용 범위를 확장하면 태아의 생명 보호의 범위는 축소된다. 이 점에서 양자는 ‘제로섬 게임’ 관계에 있다. 헌법재판관들의 의견이 4 대 4로 갈린 것은 이러한 긴장의 반영이다. 태아의 생명 존중이라는 종교적·윤리적·철학적 원칙은 소중하지만, 동시에 현실 사회의 질곡을 자신의 몸으로 헤쳐 나가야 하는 여성의 삶에 대한 존중 역시 필요하다. 모자보건법 제정 후 40년이 흐른 지금, 여성의 자기결정권 및 재생산권과 태아의 생명 사이의 형량은 새로이 이루어질 필요가 있다. 이때 종교계, 학계 및 국회는 가톨릭 신자인 공지영 작가의 다음과 같은 진솔한 고백과 제언에 귀를 기울이길 권한다.

“나 역시 낙태의 경험이 있고 나 역시 그때 아직 어렸다. 임신 판정을 받고 거리를 배회하면서 흘렸던 눈물을 나는 아직도 기억하고 있다 ... 죄의식 없는 낙태를 나는 반대하지만 죄의식 과잉으로 한 인간을 평생 떨게 만드는 일에도 나는 반대한다. 하지만 그 사이에 공간이 있어야 한다. 그리고 그 공간을 여자들의 인권이나 사회제도적 불평등과 함께 고려되어야 한다.”<sup>128)</sup>

최근 프란치스코 교황도 동성애, 낙태, 이혼 등 가톨릭교회가 반대하는 관행에 더 동정심을 가져야 한다고 강조하며, 다음과 같이 말한 바 있다. “우리는 새로운 균형점을 찾아야 한다. 그렇지 않으면 교회 전체의 도덕적인 체계가 마치 카드로

<sup>126)</sup> 대법원 1994. 4. 15. 선고 93도2899 판결; 대법원 1996. 11. 12. 선고 96도2214 판결; 대법원 2001. 2. 23. 선고 2000도4415 판결; 대법원 2004. 8. 20. 선고 2003도4732 판결.

<sup>127)</sup> 유기천, 79면.

<sup>128)</sup> 공지영, 75면.

지은 집처럼 붕괴할 위험이 있다.”<sup>129)</sup>

정반대로 낙태 처벌을 강화하자거나 낙태 허용사유를 더 좁게 해야 한다는 주장이 제기되고 있지만, 이러한 조치는 과잉도덕화된 형법을 낳을 것이며 법과 현실의 괴리의 폭을 더욱 심화시킬 것이라고 예상된다. 형법 규범과 형법 정책은 현실주의에 기초하여 수범자가 준수가능한 요구를 해야 한다.

낙태 감소는 낙태의 범죄화와 형사처벌로 이루어지는 것이 아니라, 청소년 시기부터 지속적·체계적 피임교육, 상담절차의 의무화, 비혼모에 대한 사회·경제적 지원, 입양문화의 활성화 등 비형법적 정책을 통하여 가능할 것이다. 이러한 비형법적 조치는 낙태 찬반론 모두가 동의할 내용일 것이다. 필자는 모자보건법 제정 50주년이 되는 2023년 이내에 필자의 낙태 비범죄화 제안이 국회에서 수용되기를 희망하지만, 현행 모자보건법 제14조 제1항이 그대로 유지된다고 하더라도 이러한 비형법적 조치만큼은 우선적으로 입법화되기를 희망한다.

투고일 2013. 8. 6

심사완료일 2013. 8. 27

게재확정일 2013. 8. 30

<sup>129)</sup> <http://news.naver.com/main/read.nhn?mode=LSD&mid=sec&sid1=103&oid=001&aid=0006491845>  
(2013. 9. 21. 최종방문).

## 참고문헌

- 공지영, **공지영의 수도권 기행**, 김영사(2001).
- 김기두, “낙태죄에 관한 연구”, 서울대학교 법학연구소, **서울대학교 법학**, 제20권 제22호(1980).
- 김기춘, **형법개정시론**, 삼영사(1984).
- 김용효, “낙태죄의 존폐에 대한 고찰”, 한양법학회, **한양법학**, 제22권 제1집(2011).
- 김은실, “낙태에 관한 사회적 논의와 여성의 삶”, 한국형사정책연구원, **형사정책연구**, 제2권 제2호(1991 여름).
- 김일수, “낙태죄의 해석론과 입법론”, 고려대학교 법학연구원, **법학논집**, 제27호(1992).
- 김학태, “독일과 한국에서의 낙태의 규범적 평가에 대한 비교법적 고찰”, 한국외국어대학교 EU연구소, **EU연구**, 제26호(2010).
- \_\_\_\_\_, “형법에서의 낙태죄와 모성보호”, 한국외국어대학교 법학연구소, **외법논집**, 제3집(1996).
- 김형남, “미국 헌법상 낙태 및 태아의 생명권에 대한 논의와 판례 분석”, **미국헌법연구**, 제16권 제1호(2005).
- 도희근, “낙태규제에 관한 미국 판례와 학설의 전개”, **울산대학교 사회과학논집**, 제8권 제2호(1998).
- 박숙자, “여성의 낙태 선택권과 입법과제 연구”, 한국여성학회, **한국여성학**, 제17권 제2호(2001).
- 박은정, **생명공학 시대의 법과 윤리**, 이화여자대학교 출판부(2000).
- 박찬걸, “낙태죄의 합리화 정책에 관한 연구”, 한양대학교 법학연구소, **법학논총**, 제27권 제1호(2010).
- 박형민, **낙태의 실태와 대책에 관한 연구**, 한국형사정책연구원(2011).
- 배은경, 한국 사회 출산조절의 역사적 과정과 젠더 - 1970년대까지의 경험을 중심으로, 서울대 박사학위 논문(2004).
- 배종대, “낙태에 대한 형법정책”, 고려대학교 법학연구원, **고려법학**, 제50호(2008).
- 법무부, **형법개정법률안 제안이유서**(1992. 10).
- 신동운·최병천, **형법개정과 관련하여 본 낙태죄 및 간통죄에 관한 연구**, 한국형사정책연구원(1991).
- 신현호, “낙태죄의 제문제”, 한국법학원, **저스티스**, 제121호(2010. 12).

- 심영희, **낙태실태 및 의식에 관한 연구**, 한국형사정책연구원(1991).
- 양현아, “범죄에서 권리로서 재생산권으로서의 낙태권”, 양현아 편, **낙태죄에서 재생산권으로**(2005).
- \_\_\_\_\_, “여성 낙태권의 필요성과 그 함의”, 한국여성학회, **한국여성학**, 제21권 제1호 (2005).
- 유기천, **형법학[각론강의 상]**(1982).
- 윤종행, “낙태방지를 위한 입법론”, 연세대학교 법학연구소, **법학연구**, 제13권 제1호 (2003).
- 이기원, “낙태죄의 허용사유에 관한 비교법적 고찰”, 조선대학교 법학연구원, **법학논총**, 제19권 제3호(2012).
- 이기현·정현미, **낙태의 허용범위와 허용절차규정에 관한 연구**, 형사정책연구원 (1996).
- 이숙경, “미혼여성의 낙태경험”, 양현아 편, **낙태죄에서 재생산권으로**(2005).
- 이영란, “낙태죄 입법정책에 관한 소고”, 한국형사법학회, **형사법연구**, 제16호 특집호 (2001).
- 이인영, “낙태죄 입법의 재구성을 위한 논의”, 양현아 편, **낙태죄에서 재생산권으로** (2005).
- \_\_\_\_\_, “출산정책과 낙태규제법의 이념과 현실”, 한국여성연구소, **페미니즘연구**, 제10권 제1호(2010).
- 이호용, “남지 않을 자유와 자기결정”, 국제헌법학회 한국학회, **세계헌법연구**, 제16권 제3호(2010).
- 임 용, “낙태죄의 비범죄화에 관한 연구”, 성균관대학교 비교법연구소, **성균관법학**, 제17권 제2호(2005).
- \_\_\_\_\_, **비범죄화의 이론**, 법문사(1999).
- \_\_\_\_\_, **형법각론**, 법문사(2003).
- 전학선, “프랑스 헌법재판소의 임신중절 결정”, 한국외국어대학교 법학연구소, **외법논집**, 제36권 제4호(2012).
- 전효숙·서홍관, “해방 이후 우리나라 낙태의 실태와 과제”, 대한의사학회, **의사학**, 제12권 제2호(2003).
- 정진주, “유럽 각국의 낙태 접근과 여성건강”, 한국여성연구소, **페미니즘연구**, 제10권 제1호(2010).

- 정현미, “낙태규제에 있어서 형법의 효용성”, 이화여자대학교 법학연구소, **법학논집**, 제16권 제2호(2011).
- 정현미, “낙태죄와 관련된 입법론”, 한국형사법학회, **형사법연구**, 제22권 특집호(2004).
- 조규창, **로마형법**, 고려대학교 출판부(1998).
- 지규철, “미국과 독일의 낙태판결에 관한 비교적 고찰”, 한국비교공법학회, **공법학연구**, 제9권 제1호(2008).
- 최희경, “낙태절차의 위헌성 여부에 관한 연구 - 미 연방대법원 판례를 중심으로 -”, **헌법학연구**, 제13권 제3호(2007. 9).
- \_\_\_\_\_, “미국 낙태법상의 부모동의요건과 사법적 우회절차”, **헌법학연구**, 제9권 제4호(2003).
- \_\_\_\_\_, “Casey 판결상의 부당한 부담 심사기준”, **헌법학연구**, 제8권 제3호(2002. 10).
- 태경수, 고대 근동법에 나타난 낙태에 관한 연구, 삼육대학교 신학과 석사학위논문 (2010).
- 한국여성민우회, “**있잖아...나, 낙태했어**”, 다룬(2013).
- 형사정책연구원, **형사법령제정자료집(1)**(1990).
- 홍성방, “낙태와 헌법상의 기본가치 - 미국 연방대법원과 독일연방헌법재판소 판례에 나타난 낙태와 헌법상의 가치의 관계를 중심으로 -”, 서강대학교 법학연구소, **서강법학연구**, 제3권(2001).
- 홍완식, “독일 연방헌법재판소의 낙태판결에 관한 고찰”, 강원대학교 비교법학연구소, **강원법학**, 제10호(1998).
- 라이모 라티(조국 역), “인간생명의 법적 보호 - 핀란드의 관점”, 한국형사법학회, **형사법연구**, 제22권 특집호(2004).
- McGuinness, Sheelagh (윤일구 역), “영국에서의 낙태죄의 역사”, 전남대학교 법학행정연구소, **법학논총**, 제30권 제3호(2010).
- UN International Conference for Population and Development, Program of Actions, (1994).
- West, Robin, “The Supreme Court 1989 Term, Forward: Taking Freedom Seriously”, 104 *Harvard Law Review* 43 (1990).
- 大谷 實, **刑法講義各論**(2000).
- 西田典之, **刑法各論**(第2版, 2002).
- 林 幹人, **刑法各論**(1999).



<Abstract>

## Proposals for the De-criminalization of Abortion

Cho, Kuk\*

Abortion in Korea is regulated by the Mother and Child Health Act rather than by the Penal Code for the former is a special criminal act. The requirements of legitimate abortion in the Act are much stricter than those in other OECD countries. First, a doctor may conduct an abortion operation with the consent of *both* pregnant woman herself and her spouse including a person having a *de facto* marital relation. Second, legal abortions are strictly limited only to the following cases; Where she or her spouse suffers from any eugenic or genetic mental handicap or physical disease as prescribed by the Presidential Decree; Where she or her spouse suffers from any infectious disease as prescribed by the Presidential Decree; Where she is impregnated by rape or “quasi-rape”; Where pregnancy is taken place between blood relatives or matrimonial relatives who are legally unable to marry; and where the maintenance of pregnancy injures or might injure the health of pregnant woman for health or medical reasons. Social or economic grounds for abortion are not available. In this context, abortion is strictly prohibited. However, these strict legal requirements are deceiving for abortion has been barely investigated and prosecuted in reality, that is, the Mother and Child Health Act is a *de facto* dead law.

This Article starts with reviewing arguments for the decriminalization of abortion, emphasizing the separation between criminal law and religious/moral belief and focusing on the self-determination right and reproductive right of women. Second, it reviews the abortion law and policy of the major OECD countries. Third, it make legislative proposals to revise the Mother and Child Health Act: (i) The requirement of spouse’ agreement should be repealed; (ii) The eugenic and criminal justifications for

---

\* Professor, College of Law/School of Law, Seoul National University.

abortion in the Act should be extended; (iii) The socio-economic justification for abortion should be newly added; (iv) Abortion within 12 weeks of pregnancy should be decriminalized only after *both* medical and social counseling; and (v) Non-criminal policies to prevent abortion should be implemented such as systematic education of contraception, socio-economic support for unmarried mother, and revitalization for domestic adoption.

Keywords: abortion, pro-life, pro-choice, reproductive rights, self-determination