

# 낙태죄의 문제점과 개선방향에 대한 고찰\*

조 원 현\*\*

## I. 서론

지난 4월 11일 헌법재판소는 낙태죄에 대하여 헌법 불합치 판결을 내렸다. 이는 1953년 낙태죄 규정이 제정된 이후 66년 만의 변화이며, 지난 2012년 관련 조항에 대하여 합헌 결정을 내렸던 헌법재판소가 판단을 바꾼 것이다. 헌법재판소는 2020년 12월 31일까지 낙태죄 법조항을 개정하라는 결정을 내렸고, 이 기한동안 개선입법이 이루어지지 않게 되면 그 익일부터 관련 조항은 효력을 상실하게 된다. 낙태죄는 여성의 신체에 대한 결정권과 태아의 생명보호라는 법익이 충돌하는 지점에서 여러 가지 사회적인 쟁점들이 존재한다. 형법은 제269조 제1항에서 ‘임신한 부녀가 약물을 이용하거나 기타 방법으로 낙태한 때에는 1년 이하의 징역 또는 200만원 이하의 벌금에 처한다’고 하여 자기 낙태죄를 처벌하는 규정을 두고 있고, 동법 제270조 제1항에서는 ‘의사가 부녀의 동의를 얻어 낙태 시술을 하면 2년 이하의 징역에 처하며, 동의가 없었을 경우 3년 이하의 징역에 처한다’고 하여 동의 낙태죄를 처벌하는 규정을 두고 있다. 다만, 모자보건법 제14조 제1항에서 본인 또는 배우자가 우생학적 또는 유전학적 정신장애나 신체질환이 있는 경우, 본인 또는 배우자에게 전염성 질환이 있는 경우, 강간 또는 준강간에 의하여 임신된 경우, 법률상 혼인할 수 없는 혈족 또는 인척간에 임신이 된 경우, 임신의 지속이 보건의학적 이유로 모체의 건강을 심히 해하고 있거나 해할 우려가 있는 경우에는 낙태를 허용하는 예외규정을 두고 있다. 이러한 경우에도 임신 24주 이내에만 가능하다.

헌법재판소는 ‘태아의 생명을 보호하기 위하여 낙태를 금지하고 형사처벌하는 것 자체가 모든 경우에 있어 헌법에 위반된다고 볼 수는 없다’면서 ‘자기 낙태죄 조항과 의사 낙태죄 조항에 대하여 각각 단순위헌 결정을 하게 될 경우, 임신 기간 전 기간에 걸쳐

---

\* 투고일자 : 2019.6.18. 심사일자 : 2019.6.19. 게재확정일자 : 2019.6.26.

\*\* 경운대학교 경찰행정학과 조교수, 법학박사

행하여 진 모든 낙태를 처벌할 수 없게 되어 용인하기 어려운 법적 공백이 발생하므로, 단순위헌 결정을 하는 대신 각각 헌법불합치 결정을 선고하고 입법자의 개선입법이 이루어질 때까지 계속 적용을 명한다'고 하였다.<sup>1)</sup> 또한 전면적·일률적 낙태금지가 임신부의 자기결정권을 과도하게 침해하고 있다고 하며 현실에 맞는 여러 가지 원인들을 고려하여야 한다고 하였다. 그 외에도 여러 가지 문제를 지적하고 있는 바, 본문에서는 낙태죄의 문제점들을 살펴보고 향후 낙태죄 범조항을 개정할 때에 고려하여야 할 사항들을 검토하고자 한다.<sup>2)</sup>

## II. 낙태죄에 대한 헌법재판소의 변화된 입장

### 1. 헌법재판소 2012.8.23. 2010헌바402 결정(합헌결정)

부산에서 조산원을 운영하던 청구인인 조산사는 임부의 촉탁을 받아 임신 6주된 태아를 모체 밖으로 인위적으로 배출하여 낙태하였다. 이로 인하여 기소되어 재판을 받던 청구인은 형법 제270조 제1항에 대하여 위헌법률심판제청신청을 하였으나 기각되자 같은 해 10월에 위 조항이 헌법에 위반된다며 헌법소원심판청구를 하였다.

청구인은 형법 제269조 제1항은 여성의 의사와 관계없이 출산을 강요하는 규정으로 임부의 인간으로서의 존엄과 가치, 행복추구권, 사생활의 자유 등 기본권을 침해하여 위헌이며, 조산사의 낙태행위를 무조건적으로 금지하고 있는 법률조항 역시도 위와 같은 이유로 위헌이라고 하였다. 또한 조산사의 낙태행위에 관한 법률조항이 2년 이하의 징역형만을 규정하고 있는 것은 과잉처벌이라고 하였다.

청구인의 위와 같은 주장에 대하여 헌법재판소는 형법 제270조 제1항의 '조산사'에 관한 내용은 헌법에 위반되지 않는다고 판시하였으며 그 근거는 다음과 같다.

헌법재판소는 자기낙태죄 조항은 입법목적이 태아의 생명 보호를 위한 것으로서 정당하고 임부의 낙태행위를 형사처벌하는 것은 입법목적 달성을 위한 적절한 방법이라고 하였다. 헌법에 생명권에 대한 명문규정이 없다고 하더라도 태아는 그 성장상태를

1) 고시계, 헌법재판소 낙태죄, 임신부의 자기결정권 침해 헌법불합치, 2019.4, 264면.

2) 형법에서는 낙태, 모자보건법에서는 인공임신중절이라는 용어를 사용하고 있는바, 용어에 대한 사전적 의미는 논외로 하고, 이 글에서는 형법상의 낙태에 대한 논의를 기본내용을 하고 있으므로 낙태라는 용어를 그대로 사용하면서, 모자보건법과 관련하여서는 인공임신중절이라는 용어를 사용하기로 한다.

불문하고 생명권의 주체로 보호받아야 함이 마땅하고 수정란이 자궁에 착상한 때부터 출산에 이르기까지의 태아를 성장시기에 따라 구분을 하여 보호정도를 달리하는 것은 정당화될 수 없다고 한다. 다만 모자보건법에서 예외 규정을 두어 낙태를 허용하는 규정이 있으나 규정된 사유 이외에 사회·경제적 사유로 낙태를 허용한다고 범위를 넓힌다면 인간생명을 경시하게 되는 풍조가 확산될 염려가 있다. 자기낙태죄 조항이 임부의 자기결정권을 제한하고 있는 것은 사실이지만 태아의 생명권 보호라는 공익에 비하여 결코 중하다고 보기도 어려우며, 이는 자기결정권에 대한 과도한 제한이라고 보기도 어려우므로 헌법에 위반되지 않는다고 판시하였다.<sup>3)</sup>

한편 조산사의 낙태행위에 관한 법률조항이 2년 이하의 징역형만을 규정하고 있는 것이 과잉처벌이라고 한 청구인의 주장에 대하여 헌법재판소는 의료업무종사자에 의한 낙태는 일반인에 비해 비난가능성이 크고 벌금형은 조산사에 대하여 위하력을 가지기에는 부족하다고 하였다. 또한 해당 법률조항에서 법정형의 상한이 높지 않고 선고유예나 집행유예의 길이 열려있다는 점에서 과잉처벌이라고 보기 어렵다고 판시하였다.<sup>4)</sup>

## 2. 헌법재판소 2019.4.11. 2017헌바127 결정(헌법불합치 결정)

헌법재판소는 2019년 4월 11일 낙태를 한 여성과 낙태를 도운 의사를 처벌하는 낙태죄가 여성의 자기결정권을 과도하게 침해하여 헌법에 어긋난다고 결정함으로써 헌법불합치 결정을 내렸다. 헌법재판소는 제도의 공백으로 인하여 사회적 혼란이 야기될 것을 우려하여 2020년 12월 31일까지 관련 법을 개정하라는 헌법불합치 결정을 내려, 위의 시한이 만료되면 낙태죄의 법적 효력은 사라지게 된다.

그 외에도 헌법불합치 결정의 주요 내용들은 살펴보면, 원치 않는 임신의 예방 및 낙태 감소를 위한 사회적·제도적 여건을 마련하는 등 사전적·사후적 조치를 종합적으로 투입하는 것이 태아의 생명 보호를 위한 실효성 있는 수단이 될 수 있다고 하였다. 자기낙태죄가 위헌이라는 논리에 의하면 같은 취지에서 임신한 여성의 촉탁 또는 승낙을 받아 낙태한 의사를 처벌하는 의사낙태죄도 동일한 이유로 위헌이라고 하였다.

헌법재판소의 위 결정에 따라 최근 검찰이 임신 12주 이내에 낙태를 한 피의자에

3) 전해정, 낙태죄 규정의 위헌성 여부 헌법재판소 2012.8.23, 2010헌바402결정, 이화젠더법학 제5권 제1호, 이화여자대학교 젠더법학연구소, 2013.6, 103-104면.

4) 위의 논문, 105면.

대하여 기소유예 처분을 내린바 있다. 헌법재판소의 헌법 불합치 결정 이후 한달 뒤 대검찰청이 헌법재판소의 판시사항을 반영한 낙태사건 처리기준을 마련하였는데 이를 적용한 첫 사례이다. 검찰은 임신 기간이 12주 이내이고 낙태의 사유가 명확한 경우에는 기소유예 처분을 내리겠다고 하였으며, 임신 기간이 12주에서 22주이고 낙태 사유에 논란이 있는 경우에는 법안 마련시까지 시한부로 기소중지하겠다고 하였다. 공판단계에 있는 사건에 대하여도 임신한 여성의 자기결정권을 우선하여야 할 필요성이 인정되는 경우에는 선고유예를 구형하지만, 태아의 생명권을 우선하여야 할 필요가 있는 사건이나 상습적으로 낙태 시술을 한 의료인과 관련한 사건에 대하여는 유죄를 구형한다고 하였다.<sup>5)</sup>

### III. 낙태죄와 관련한 현행 법률의 문제점

#### 1. 임신부의 자기결정권 침해

헌법재판소는 현행 법률의 자기낙태죄 조항은 임신부의 자기결정권을 과도하게 침해하고 있다고 하였다.

낙태결정권과 관련하여 그 권한의 주체가 태아인지 아니면 임신부에게 있는지에 관하여서는 다툼이 있다. 태아를 임신부의 일부로 보는 관점에서는 자기결정권은 전적으로 임신부에게 있으며, 태아를 독립된 생명체로 인정하는 관점에서 본다면 자기결정권은 태아에게 있다고 보아야 할 것이다.<sup>6)</sup> 그러나 후자의 경우에도 현실적으로 임신부가 태아에 대하여 대리결정을 할 수 밖에 없는 결과를 초래하므로 결국 자기결정권은 임신부에게 있다고 보는 것이 타당할 것이다.

반면 여성의 임신은 이후 출산과 양육으로 이어지게 되고 설령 아이가 독립적인 활동이 가능한 연령이 된다 하더라도 지속적으로 경제적·정서적인 보살핌을 필요로 하게 되는데, 그럼에도 불구하고 임신과 낙태에 관련된 기본권을 임신부의 자기결정권으로 한정하는 것은 여성의 권익을 축소해석하는 것이라 보는 입장도 있다. 이에 낙태죄의 위헌성 판단을 위해 임신부가 보장받아야 할 기본권은 여성이 평생에 걸쳐 인간다운 생활을 할 권리의 침해여부에서 판단하는 것이 타당하다 할 것이다.<sup>7)</sup>

5) TV조선 2019.6.22.자 기사 참조.

6) 신현호, 낙태죄에 관한 제문제, 저스티스 제121호, 한국법학원, 2010.12, 386면.

7) 윤경, 낙태죄 처벌과 관련된 법률상의 쟁점들, 한국센터법학회 학술대회 자료집, 한국센터법학회, 2017.11, 76-77면.

## 2. 낙태죄의 비범죄화 문제

실제 낙태가 이루어지는 사례는 많지만, 이에 대한 처벌은 거의 이루어지지 않고 있어 처벌사례는 많지 않다. 실무에서도 낙태죄로 입건되어 처벌되는 사례는 매우 적은 수준이므로 형법의 위하효과를 달성하기에는 매우 부족하다. 형법상 낙태죄의 적용이 지나치게 엄격할 경우 오히려 불법 낙태시술과 원정 낙태를 조장하는 결과를 초래할 수도 있다.<sup>8)</sup> 국가는 낙태를 범죄화하고, 대부분의 낙태가 불법화되는 현실을 외면해옴으로써 낙태죄를 유지하며 도덕적 정당성을 확보하는 한편 낙태죄를 적용하지 않아 법과 현실의 괴리를 우회하고자 하였다는 지적도 있다.<sup>9)</sup>

## 3. 모자보건법상 허용한계의 문제점

모자보건법에서는 의학적·우생학적·윤리적 사유로 인한 낙태만 허용하고 있을 뿐이고, 사회적·경제적 사유로 인한 낙태는 허용하지 않고 있으므로 낙태금지과 적용의 배제에 대한 사회적·경제적 사유를 합리적인 범위에서 확대하여 적절하게 반영할 필요가 있을 것이다.<sup>10)</sup>

모자보건법상의 사유들은 극히 제한적이며 유사한 사례들을 적용하여 합법화시키기에 불가능한 경우도 상당수 존재한다. 또한 모자보건법상의 허용범위에 해당한다 할지라도 경우에 따라서는 허용기간의 수정도 필요할 것으로 보인다. 모자보건법의 허용한계 조항에 동의권을 ‘배우자’에게만 부여한 것도 해석상의 논란 여지가 있으므로 이를 명확히 할 필요도 있다. 이러한 문제점들에 관하여서는 아래의 개선입법방향에서 구체적으로 논하고자 한다.

8) 위의 논문, 78면, 82면; 낙태에 대한 원칙적인 금지는 의료인이 더욱 안전한 시술 방법에 대한 교육을 받을 기회 및 정보를 차단하고, 결국 임신한 여성이 더 안전한 낙태의 시술 방법을 선택할 기회도 차단한다는 견해로는 최현정, 낙태죄의 문제점 및 개선방향, 이화젠더법학 제8권 제3호, 이화여자대학교 젠더법학연구소, 2016년, 243면.

9) 김정혜, 낙태죄 폐지를 말하는 이유(임신중단권 보장의 법적 쟁점과 방향), 페미니즘연구 제19권 1호, 한국여성연구소, 2019, 3면.

10) 윤경, 앞의 논문, 79면.

#### IV. 개선입법에서 고려되어야 할 사항

헌법재판소는 태아의 독자적 생존이 가능한 임신 22주 내외를 결정가능기간으로 하여 결정가능기간에 대한 설정, 임신한 여성의 촉탁만으로 낙태가 가능한 시기, 사회·경제적 사유의 고려 등 절차적으로 추가할 요건들에 대하여 입법자의 재량에 맡겨두었다.<sup>11)</sup>

결정가능기간을 어떻게 정하고 결정가능기간의 종기를 언제까지로 할 것인지, 태아의 생명 보호와 임신한 여성의 자기결정권의 실현을 최적화할 수 있는 해법마련을 위해 결정가능기간 중 일정한 시기까지는 사회적·경제적 사유에 대한 확인을 요구하지 않을 것인지 여부까지를 포함해 결정가능기간과 사회적, 경제적 사유를 구체적으로 어떻게 조합할 것인지, 상담요건<sup>12)</sup>이나 숙려기간 등과 같은 일정한 절차적 요건을 추가할 것인지 여부 등에 관해 결정 취지 내에서 입법재량을 가지게 되는 것이다. 따라서 향후 국회에서 결정가능기간과 사회적 경제적 사유를 어떻게 정할 것인지가 쟁점으로 부각될 전망이다.<sup>13)</sup>

##### 1. 제한적인 낙태의 허용사유와 기간

형법은 낙태를 처벌하고 있으나, 모자보건법에서 예외적으로 이를 허용하는 규정을 마련해두고 있다. 그러나 이를 허용하고 있는 사유들이 현실을 충분히 반영하지 못하고 있다거나 그 범위가 지극히 제한적이라는 지적을 받고 있다.

실제 낙태가 이루어진 주된 사유를 살펴보면, 원치 않는 임신이 50.7%, 미혼 26.4%, 태아의 건강 문제가 19.9%, 경제적으로 양육이 힘든 경우가 17.9%, 가족계획 12.9%의 순이었다.<sup>14)</sup> 과반 이상의 경우가 불법적인 사유인바, 현실을 충분히 고려하여 허용범위를 재설정해야 할 필요가 있을 것으로 보인다.

11) 김정혜, 앞의 논문, 6면.

12) 독일의 상담규정에 관한 자세한 내용은 조홍석, 낙태죄와 임신중절의 문제, 법학연구 제18권 제4호, 한국법학회, 2018, 185-186면 참조; 상담제도에 대한 참조할 논문으로는 박남미, 낙태죄의 허용 한계 사유와 허용 한계 시기에 대한 고찰, 동아법학 제78호, 동아대학교 법학연구소, 2018년, 41면; 낙태와 관련한 비교법적인 자세한 내용과 우리나라의 낙태법에 관한 연혁적 고찰에 대하여는 신동운, 형법개정과 관련하여 본 낙태죄 연구, 형사정책연구, 한국형사정책연구원, 1991, 335-359면 참조; 또다른 비교법적 검토에 대한 자세한 내용으로는 남정아·이상경, 형법상 낙태죄 처벌규정의 위헌성에 대한 재조명(임신여성의 임신중결권의 허용성에 대한 비교법적인 고찰을 겸하여), 서울법학 제25권 제2호, 서울시립대학교 법학연구소, 2017, 52-67면 참조.

13) 고시계, 앞의 기사, 263면.

14) 손명세 외 9, 전국 인공임신중절 변동 실태조사, 보건복지부·연세대학교, 2011, 54면.

현실을 충분히 고려하기 위하여 예컨대 사회·경제적인 사유를 허용 범위에 추가한다고 가정할 경우, 모든 가정과 모든 여성에게 공통적으로 적용할 수 있는 사회·경제적인 사유를 법안으로 마련한다는 것은 사실상 불가능할 것으로 보인다. 경제적인 상황을 기준으로 제시할 경우 경제적인 상황의 보편적인 기준을 제시할 수 있을 것인지, 또한 임신한 여성의 연령 등에 의하여 허용한계를 정한다고 할 경우에도 적정한 기준의 나이를 제시하는 것이 가능할 것인지, 적정한 나이를 기준으로 정한다 하여도 그 연령에 포함되면 처벌을 받지 않고 그 연령에 해당하지 않으면 처벌대상이 된다는 것이 보편·타당한 논리가 될 수는 없을 것이다. 사회·경제적인 상황을 기준으로 현실성을 고려하여 허용범위를 넓히자는 추상적인 제안은 할 수 있으나 그것이 실현가능한 일인지 의문을 제기하지 않을 수 없다. 이렇듯 불가능한 영역은 제외하고 현실가능한 부분만 허용범위에 추가하게 된다면, 결국 현재의 불법한 사유들은 그대로 불법의 영역에 두게 되는 결과를 초래할 수도 있게 되어 또 다른 문제가 발생할 것이 자명하다. 이에 대한 논의는 상당기간을 두고 논의를 하여야 할 과제이다.

또한 모자보건법 제14조 제3호 낙태의 예외 사유에서 ‘강간 또는 준강간에 의하여 임신된 경우’에도 강간과 준강간 이외의 성범죄로 인한 임신은 배제하고 있어 그 범위를 조정할 필요가 있다.<sup>15)</sup>

반면 낙태를 허용하는 기한이 제한적이라는 점도 문제로 지적되고 있다. 모자보건법의 낙태허용 규정에 해당하는 경우라 하더라도 시행령에서는 임신 24주 이내인 사람만 가능하다고 하여 기한에 제한을 두고 있다. 태아가 모체 내에 있는 기간 전체를 구분하여 어느 특정시기는 낙태가 가능하고 어느 시기가 경과하면 불가능하다고 단정 짓는 것이 합리적이라고 보여지지는 않지만, 통상 태아의 성장과정을 감안할 때 24주를 기준으로 두는 것은 어느 정도 타당하다고 보여진다. 그러나 임신한 여성이 미성년자이거나 지적장애인인 경우 등 스스로 합리적인 판단이 불가능하여 그 기간을 경과하게 되었다거나 혹은 임신을 인지하지 못하여 고의나 과실 없이 그 기간을 경과하게 되는 경우, 혹은 치료방법이 없고 조기사망이 예견되는 중증기형아로서 진단이 늦어진 경우 등에는 24주 이후라 할지라도 가능성을 검토하는 방안의 모색도 필요할 것이다. 이를 고려할 시에는 안전한 임공임신중절이라는 전제가 바탕이 되어야 하기 때문에 태아와 임산부, 그리고 여러 경우의 수로 인하여 보편적인 기간 내에 인공임신중절수술을 하지 못한 여성, 이 3자 모두에게 합리적인 기간을 제시하여야 할 것인데, 이 역시도 현실적으로 어려움이 있을 것이므로 개정작업에 고려되어야 할 것이다.

15) 김정혜, 앞의 논문, 13-14면.

## 2. 배우자의 동의에 대한 해결방안 모색

모자보건법에서는 낙태를 허용하는 예외규정을 두고 있으면서도 의사는 본인뿐만 아니라 배우자의 동의도 받아야 할 것을 요건으로 규정하고 있다. 동법 제14조 제2항은 배우자의 사망·실종·행방불명, 그 밖에 부득이한 사유로 동의를 받을 수 없는 경우에는 본인의 동의만으로 수술을 할 수 있다고 하고 있다. 따라서 배우자의 사망이나 실종 및 행방불명, 또는 부득이한 사유가 존재하지 않는 경우에 배우자의 동의 없이 낙태한 여성은 형사처벌 대상이 될 수 있다는 의미이다. 이는 헤어진 애인이나 남편 등이 낙태한 여성들을 고발하는 등 악용될 여지가 충분하므로 여성 본인이 선택하고 결정할 수 있는 방향으로 개정되어야 할 것이다.

한편 배우자의 동의를 요건으로 규정하면서, 사실상의 혼인관계에 있는 사람도 포함한다고는 하고 있으나 해석상 명확하지 않을 수 있으므로 이에 대하여도 고려할 필요성이 있다. 배우자의 동의 요건에 관하여서는 실제 불법적으로 행하여진 낙태의 유형들을 토대로 충분한 검토를 하여 명확한 잣대가 제시되어야 한다.

다만 배우자의 동의와 관련하여 임신은 부부의 자기결정으로 이루어지는 것이며, 임신과 출생 및 양육에 관하여서도 부부공동의 권리와 의무로 이루어지는 것이므로 남편도 아이를 가질 권리가 있다고 하는 견해<sup>16)</sup>도 있다. 따라서 이러한 문제를 임부만의 자기결정으로 행할 수는 없다고 한다.<sup>17)</sup>

일본 모체보호법에서는 ‘배우자가 알 수 없을 때, 그의 의사를 표시할 수가 없을 때 또는 임신 후에 배우자가 없어졌을 때에는 본인의 동의만으로 족하다’고 규정하고 있으므로 개정안을 마련할 때에 이를 참고해 보는 것도 좋을 것이다.<sup>18)</sup>

## 3. 입증문제

낙태죄는 형사처벌 대상이 되는 것으로 그 허용범위를 개정하는 것도 처벌의 범위를 정하는 것이므로 허용범위는 명확하고 입증이 가능한 것이어야 할 것이다. 인공임신중절 수술의 안정성을 고려한다면 해당 사안에 대한 입증할 시간적 여유를 확보하는 것에

16) 신현호, 앞의 논문, 409면.

17) 한편 낙태와 관련하여 남성의 직접 처벌조항이 존재하지 않는 점을 지적하며, 낙태를 여성만의 책임으로 떠넘기는 법 규정 자체의 문제점을 지적하는 견해로는 최현정, 앞의 논문, 239-241면 참조

18) 신현호, 앞의 논문, 409면.



어려움이 있기 때문에 사실상 임신한 여성의 진술에 의존하는 경우가 대부분이다. 현행법에 의하면 수술이 허용되는 기간에 대한 확정이 상당히 모호하다. 이는 임신 기간의 입증에 사실상 명확하지 못하기 때문이다. 정확한 임신기간에 대한 판단은 사실상 불가능한 경우가 많으며 사실상 추정에 의하고 있으므로 명확성의 원칙에 위배된다고 할 수 있다. 극단적인 경우 단 하루의 차이에서도 처벌여부가 상반되게 나타날 수도 있으므로 명확한 기준이 제시되어야 할 것이지만 현실적으로 명확한 기간을 제시하는 것이 불가능할 것으로 보여 이에 대한 해결방안도 모색하여야 할 것이다.

또한 혼인할 수 없는 근친간의 임신의 경우에는 임신한 여성이 상대방과 근친관계라는 점이 입증되어야 할 것인데, 현재 태아의 유전자검사는 유전질환의 진단 목적 이외에는 금지되어 있어 출산 전에 태아의 생물학적인 부를 증명하는 것은 불가능하다.<sup>19)</sup> 이에 대한 확인은 현행법상 불가능한 것이기 때문에 이를 입증할 수 있는 방안도 제시되어야 할 것이다.

강간 및 준강간으로 인한 임신을 입증하는 경우에도 명확한 기준을 제시하고 있지 않아 사안마다 달리하여 인공임신중절수술을 지원하여 왔을 뿐이다. 이를 입증할 만한 간소한 절차를 마련하여야 한다.<sup>20)</sup>

#### 4. 개정 입법의 일원화

낙태와 관련하여 현재 우리 법에서는 낙태죄를 규정하고 있는 형법과 그 예외를 규정하고 있는 모자보건법으로 2원화 되어있다. 특별법에 예외적인 허용범위를 정하여 2원화하는 것 보다는 형법에 금지규정과 허용범위를 함께 규정하거나, 특별법인 모자보건법으로 낙태에 관하여 구체적으로 일원화하는 개정작업이 필요할 것으로 보인다.<sup>21)</sup> 임신 및 출산과 관련하여서는 모자보건법에서 허용범위를 구체적으로 체계화하여 일원화하는 것이 가장 합리적인 방법일 것이라 생각한다.

19) 생명윤리 및 안전에 관한 법률 제50조 제2항에 의하면 유전자검사기관은 근이영양증이나 그 밖에 대통령령으로 정하는 유전질환을 진단하기 위한 목적으로만 배아 또는 태아를 대상으로 유전자 검사를 할 수 있다고 규정하고 있다.

20) 김정혜, 앞의 논문, 18-22면.

21) 이에 대한 구체적인 내용으로는 신현호, 앞의 논문, 397-401 참조.

## V. 글을 맺으며

헌법재판소의 자기낙태죄와 의사낙태죄에 대한 헌법불합치 결정으로 인하여 향후 낙태죄에 관한 개정안의 논의가 더욱 활발해질 것으로 보인다. 형법상 낙태죄는 유지하되 예외적으로 허용하고 있는 범위를 더욱 확대하는 방향으로 개정이 된다고 하더라도 앞서 살펴본 바와 같이 여전히 많은 문제점들이 존재하게 될 것이다. 허용범위를 확대함에 있어 객관적인 잣대를 제시하는 것이 상당부분 불가능해 보이는 영역도 많았으며, 이에 대한 어떠한 구체적인 기준을 제시한다고 하여도 불합리한 결과를 초래할 것이 분명하다.

태아의 생명권은 중요한 요소이며, 사람의 생명은 형법에서의 최고의 보호법익이다. 또한 형법상 낙태죄의 보호법익을 간과할 수는 없을 것이다. 그러나 태아의 생명권과 임신부의 자기결정권 중 어느 한쪽이 더 우월하다고 단정 지을 수는 없는 문제이다. 이러한 충돌에서 생기는 보편타당한 해결책을 제시한다는 것이 쉬운 작업은 아니겠지만 낙태에 관한 개정작업은 안전한 인공임신중절수술을 바탕으로 하여 임신한 여성 스스로가 판단하고 결정할 수 있도록 권한을 부여하는 방향으로 나아가야 할 것이다.

태아의 생명권과 여성의 낙태권이라는 상반된 이념 중 어느 한쪽만을 고려하는 기존의 접근방법 대신 이 두 가지 모두를 고려하는 방안을 모색하는 것이 중요하다. 태아는 사회가 보호해야 할 생명이며, 여성의 자기결정에 대한 권리도 사회가 보호하여야 할 중요한 가치이다. 이에 국가는 여러 제도적인 장치와 그 외적인 상담 및 교육 등의 부수적 방법들을 통하여 중국에는 낙태가 필요하지 않은 사회로 발전시켜야 할 것이다. 임신한 여성들도 무분별한 낙태를 지양할 수 있도록 도덕적인 결정과정을 거칠 수 있어야 한다.<sup>22)</sup>

더 나아가 출산과 특히나 양육을 잘 할 수 있는 사회·경제적인 법률지원과 제도의 개선 등 양질의 출산장려정책이 선행되는 것이 시급한 문제라고 본다. 또한 이러한 사회적 문제를 사전에 방지할 수 있도록 전 국민을 대상으로 하는 구체적이고 현실적인 교육이 이루어져야 할 것이다. 원치 않는 임신의 예방 및 낙태를 감소시킬 수 있는 예방법과 사후적 조치를 종합적으로 고려하는 정책을 마련하여야 할 것이다. 이에 대하여는 구체적인 별도의 연구가 더 필요하다.

22) 이에 대한 자세한 내용은 김용호, 낙태죄의 존폐에 관한 고찰, 한양법학 제22권 제1집, 한양법학회, 2011, 202면.

## 참 고 문 헌

- 고시계, 헌법재판소 낙태죄, 임신부의 자기결정권 침해 헌법불합치, 2019.4.
- 김용호, 낙태죄의 존폐에 관한 고찰, 한양법학 제22권 제1집, 한양법학회, 2011.
- 김정혜, 낙태죄 폐지를 말하는 이유(임신중단권 보장의 법적 쟁점과 방향), 페미니즘연구 제19권 1호, 한국여성연구소, 2019.
- 남정아·이상경, 형법상 낙태죄 처벌규정의 위헌성에 대한 재조명(임신여성의 임신중결권의 허용성에 대한 비교법적인 고찰을 겸하여), 서울법학 제25권 제2호, 서울시립대학교 법학연구소, 2017.
- 박남미, 낙태죄의 허용 한계 사유와 허용 한계 시기에 대한 고찰, 동아법학 제78호, 동아대학교 법학연구소, 2018.
- 손명세·강명신·장석일·김해중·박길준·남정모·강대용·정영철·박지용·이일학, 전국 인공임신중절 변동 실태조사, 보건복지부·연세대학교, 2011.
- 신동운, 형법개정과 관련하여 본 낙태죄 연구, 형사정책연구, 한국형사정책연구원, 1991.
- 신현호, 낙태죄에 관한 제문제, 저스티스 제121호, 한국법학원, 2010.12.
- 윤 경, 낙태죄 처벌과 관련된 법률상의 쟁점들, 한국젠더법학회 학술대회 자료집, 한국젠더법학회, 2017.11.
- 전해정, 낙태죄 규정의 위헌성 여부 헌법재판소 2012. 8. 23, 2010헌바402결정, 이화젠더법학 제5권 제1호, 이화여자대학교 젠더법학연구소, 2013.6.
- 조홍석, 낙태죄와 임신중절의 문제, 법학연구 제18권 제4호, 한국법학회, 2018.
- 최현정, 낙태죄의 문제점 및 개선방향, 이화젠더법학 제8권 제3호, 이화여자대학교 젠더법학연구소, 2016.