

## 인공임신중절의 형사법적 쟁점

이근우\*

### 요약

형법에서는 원칙적으로 낙태죄를 처벌하면서 위법성조각사유에 해당하지 않는 한 위법한 것으로 취급하지만, 모자보건법에서는 일정한 요건하에서 시술되는 의사에 의한 인공임신중절 수술에는 낙태죄를 적용하지 않는다고 규정하고 있다. 그런데 형법과 모자보건법의 규정은 정합적으로 들어맞는 것이 아니라, 상당한 차이를 가지고 있다. 이것은 이들 각각의 법률이 기본적으로 취하고 있는 입법목적상의 차이를 고려하더라도 쉽게 해명되기 힘든 것이다. 거기에 시대 변화에 따라 낙태에서 임부의 지위에 대한 이해가 변화하였다. 그에 따라 낙태죄의 전면적 폐지론부터 형벌집행 강화론까지 다양한 견해가 대립하고 있는 것이다. 이 문제에서 간과되고 있는 몇 가지 이론적 문제들을 비판적으로 검토한다. ‘낙태’라는 주제는 그 자체로서 우리들에게 쉽게 말할 수 없는 윤리, 도덕적 무게로 다가오는 주제이다. 누구도 생존할 수 있는 태아를 모체에서 제거하여 죽음에 이르게 하는 행위를 맹장, 편도선을 제거하는 수술과 동일한 맥락에서 논의하려고 하지는 않을 것이다. 그러나 또한 태아를 위해 임부가 자신의 삶을 희생하는 것이 고귀한 행동으로 칭송 받을 수는 있지만, 그것을 형벌로 강제하는 것이 정당하다고도 보기는 힘들다. 지금도 각자의 가치관에 따라 첨예하게 대립하는 이 주제에 대해 아주 단편적인 시각만을 제공할 수밖에 없는 형사법적 시각에서의 분석이 약간의 시사점이라도 제공하여 줄 수 있기를 기대한다.

### 색인어

낙태죄, 인공임신중절, 정당화 사유, 비범죄화, 모자보건법, 형법

## I. 들어가며

낙태죄에 대해서 설명할 때는 나름대로 여러 요소들을 말하지만, 말하면서도 이것이 사실은 이렇게 쉽게 말하기 힘든 주제임을 느낀다. 지난 세기 후반에 걸쳐 전 세계적으로 벌어진 낙태를 둘러싼 논쟁들은 다양한 시각과 층위에서 전개되었음에도 불구하고 대립하는 입장들이 어떤 합의점에 이르기보다 서로 간의 첨예한 대치선만을 확인하고 말았고, 이러한 상황은 오늘의 대한민국에서도 동일한 것은 아닌가 한다. 형법을 하는 사람으로서 철학적 배후 논쟁에 대해서는 전문적 식견도 부족하므로, 이 글에서는 낙태죄를 둘러싼 다양한 배후 논쟁들은 아주 간략하게만 언급하고 지나가고자 한다. 따라서 이 글의 대부분은 (형)법학적 시각에서 체계내재적인 논의가 될 것이다.

물론 형법은 과거와 달리 신이나 왕의 명령만으로 정당성을 가지는 규범이 아니다. 또한 고전적 법학의 체계에서는 헌법적, 법률적 근거와 절차에 따라 형식적으로 완성되면 입법자의 의사는 절대적으로 존중되어야 하는 것으로 여겨졌지만, 오늘날 헌법재판소의 위헌법률심사 제도가 보여주듯이 오늘날은 적법하게 제정되고, 별 문제 없이 시행되어온 법률이라도 세월이 흘러 동시대의 가치관념에 비추어 그 부당성이 드러나면 사후적으로 위헌성 심사를 받아야 한다.<sup>1)</sup> 그러나 문제는 그 '동시대의 가치'라는 것이 개개인의 의견의 합산일 수도 없고, 우리의 경우 국민투표의 방식도 아니다. 매우 간접적인 민주적 정당성을 가지는 헌법재판소 재판관 구성 방식의 문제뿐만이 아니라, 이들이 우리의 법문화에 익숙한 50대 중후반의 법조인의 자격 있는 인물들이라는 점에

서 실제 사회에서의 가치 관념 변화도 다 반영하기 힘든 구성이라는 점이다. 법 자체가 기존의 것을 옹호하는 속성이 있을뿐더러 이러한 삶의 이력을 가지는 사람들이 해당 사안을 판단하게 되고, 그것을 부당하다는 정도가 아니라, '헌법에 위반된다'라는 판단을 내리는 문제에서는 다분히 그 보수적인 성격이 드러날 수밖에 없다.

형법에서는 기본적으로 원칙적으로 모든 낙태 행위를 처벌하면서 주로 긴급피난의 경우가 될 것이지만, 예외적인 허용사유로서 위법성조각사유에 해당하지 않는 한 불법한 것으로 취급한다. 하지만 모자보건법에서는 일정한 요건하에서 시술되는 의사에 의한 인공임신중절 수술에는 태아의 유전적 질환에 의한 경우처럼 형법상의 긴급피난 사유에 해당하지 않은 경우라고 할지라도 낙태죄를 적용하지 않는다고 규정하고 있다. 이처럼 형법과 모자보건법의 규정은 정합적이지 못하고, 서로 상당한 간극을 가지고 있는 채로 유지, 시행되어 왔다. 이것은 이들 각각의 법률이 기본적으로 취하고 있는 입법목적상의 차이를 고려하더라도 쉽게 해명되기 힘든 것이다. 거기에 시대 변화에 따라 낙태에서 임부의 지위에 대한 이해가 변화하였다. 그에 따라 낙태죄의 전면적 폐지론부터 형벌집행 강화론까지 다양한 견해가 대립하고 있는 것이다. 이하에서는 이 문제들 둘러싼 기존의 논의를 반복하기보다는 이 논쟁에서 간과되고 있는 몇 가지 형법적 문제들을 비판적으로 검토하고자 한다.

1) 형벌규정에 대한 위헌결정의 중대한 사유로 등장하고 있는 것으로 소위 '사정변경'에 해당하는 것이다.

## II. 낙태죄 배후의利害와 논쟁들

### 1. 다양한 이해(理解)와 이해(利害)

최소한으로만 언급할 것이지만, 낙태죄를 논의하기에 전에 그 배경이 되는 문제들을 언급하지 않을 수는 없다[1,2].<sup>2)</sup> 이 문제의 배경에는 각자의 입장의 바탕이 되는 종교적 세계관을 포함한 이해관계가 숨겨져 있고, 여기에 사회 안에서 (형)법에 대한 이해(理解)에 따라 그 논쟁의 수위가 달라진다. 전통적인 법학을 전공한 사람의 입장에서는 형법이론이 전제하고 있는 체계론적 방식에 따라 문제를 바라볼 수밖에 없는 것이고, 순수하게 사회학적 관점이나 정치적 관점에서 분석할 수는 없는 것이다. 이러한 방식에 따라 일반적인 설명을 하자면, 형법에 있는 처벌규정들의 실제 ‘형벌 구성요건’은 우리 입법자가 어떤 결과를 방지하기 위하여 어떤 행위를 금지하는지에 대한 윤곽을 보여준다. 그 가운데 살인죄처럼 불행한 결과 방지 자체를 중심에 두는 경우, 어떠한 방식이든 사람을 살해하는 결과를 초래하는 일체의 행위가 금지되지만, 결과발생 자체가 아니라 재산범죄에서처럼 타인의 재산에 손실을 가하는 일체의 행위 가운데 범죄가 특정한 행태로 수행되는 것만을 금지하는 경우도 있다. 즉 재산범죄에서는 타인의 재산에 손실을 가하는 결과가 초래되더라도, 공정한 경쟁 혹은 그 상대방의 자유로운 의사에 기하는 경우에는 그 행위를 처벌하지 않는다. 이처럼 무엇을 금지하는가에 대해서는 표면적으로는 헌법상의 입법절차에 의해서 입

법자 즉 국회에 의하여 수행되면 유효한 법률로 보이지만, 그 배경에는 어느 사회가 이를 금지하여야 한다는 점에 대한 공감대가 충분히 형성되어 있어야 가능함을 의미한다. 또한 지금 우리의 법률들은 오늘의 우리가 창조해낸 것만 있는 것이 아니라, 여전히 오래된 전통과 관습의 영향 하에 있음도 부정하기 힘들다[3].<sup>3)</sup> 그러나 다른 한편 오래된 전통과 관습이라 할지라도 그 이유만으로 유지되어야 하는 것은 아니며, 오늘의 우리의 법의식에 의해 영향을 받을 수밖에 없다. 오늘의 우리의 법은 신이나 군왕의 선언으로 주어진 것이 아니라 우리가 형성해 가는 것이기 때문이다. 더구나 오늘날의 민주주의<sup>4)</sup> 강세의 시대에는 법률의 변경이 가지는 의미가 과거와 다를 수밖에 없다. 그래서 급격한 변화를 피하려하고 전통적 관점을 옹호할 수밖에 없는 법학자의 입장에서는 꽤나 당혹스러운 상황을 마주해야만 한다.

예를 들면 ‘동물권’ 논쟁이 있다. 일상적으로는 동물의 생명과 안전을 보호해야 한다는 명제에 굳이 반대해야 할 이유는 없겠지만, 실정법을 해석하여야만 하는 법률가의 입장에서는 자신의 소유물인 반려동물을 학대하는 자를 형벌로 처벌하는 규정을 자기 물건에 대한 파괴행위로서 손괴를 처벌하지 않은 형법 규정과 상충되지 않도록 어떻게든 해석하여야 하기 때문이다. 그래서 ‘일반적으로 유대감을 느낄 수 있는 동물에 대한 학대를 접할 때 사회 일반이 느끼는 거부감’ 때문이라는 논리까지도 활용해서 이러한 규정들을 해석하여야만 하는 상황에 처하게 되는 것이다. 전통적인 법학방법론에서는 법체계 밖에 존재하는 사

2) 참고문헌 1번(pp. 697~705)에서는 비범죄화의 이론적 배경을, 참고문헌 2번(pp. 45~55)에서는 이러한 배경설명이 잘 정리되어 있다.

3) 참고문헌 3번에서는 조선이 의용하던 대명률과 대한제국의 형법대전, 일제시대의 의용형법에 대해서 간략한 소개를 하고 있다.

4) 극단적으로 말하면, 재적의원 과반수와 출석의원 과반수로 통과된 법률의 형법 규정들이 어느 정도의 정당성을 가지는 것인지는 매우 불분명하다. 사실 지금의 선거 제도, 투표 제도가 ‘모든 국민’의 의사를 반영하는 것이 아님도 명확하다. 매우 정교한 체계처럼 보이는 법률체계도 어떤 의미에서는 우화적 설명 방식처럼 보인다.

정들을 실정법의 해석에 직접 끌어들이는 것을 극도로 기피했었다. 그래서 일반인들이 보기에는 불필요해보이고, 약간은 기이해 보이는 설명을 빌어 와서라도 법학 내부의 논리만을 통하여 문제를 해명하고자 했다. 가끔 형법 교과서에서 볼 수 있는 어색한 설명들의 상당 부분은 이러한 체계내재적 해석의 결과물이기도 하다.

이러한 이해를 바탕으로 현행 형법상의 낙태죄 규정을 살펴보자. 우리 형법이 임부의 자기낙태죄를 처벌하는 규정을 두고 있다는 점은 형법 제24조 피해자의 승낙 규정의 취지나, 특히 비윤리적인 경우 외에는 자상(自傷)을 처벌하지 않는 것과 비교하여 볼 때, 임신의 인위적 중단의 문제를 손가락, 발가락처럼 임부 자신의 신체의 일부로서 스스로 처분할 수 있는 대상이 되는 개인적 법익으로 보고 있지 않다는 점은 명백하다. 우리 형법이 촉탁, 승낙에 의한 살인을 처벌하는 규정을 두고 있어서 사람은 스스로의 생명에 대하여 법익 주체이면서도 스스로 이를 처분할 수 없음을 명시하고 있는 것과 유사하다. 물론 중세 일부 교회법처럼 자살 혹은 그 미수를 처벌하는 규정은 없지만, 적어도 스스로의 생명에 대해서 스스로를 물권적인 소유권자로 보아 임의의 처분을 인정하지는 않고 있는 것이다. 즉 개인은 자신의 생명권에 대해서는 법률상의 처분권이 인정되지 않

는 셈이다. 이러한 것은 형법 규범의 해석론 이전에 그 배후에 있는 어떤 가치가 투입되어 있음을 보여준다. 그러나 여기서 나는 이것이 헌법적 인간존엄이나 생명권으로부터 직접 자동적으로, 정합적으로 도출된다고 말하려는 것은 아니다. 신학에서도 해명하기 힘든 논의를 구체적 상황 속에서 누군가의 형사처벌에 근거로 삼을 수는 없다.

이러한 측면을 “지난 시기 꾸준히 제기된 낙태죄의 비범죄화 논의는 형사법의 영역이라기보다는 ‘낙태자유화’라는 정치적 논의에 더 의존하고 있다.”[4-6]<sup>5)</sup>고 분석하는 견해도 있다[1,3,7].<sup>6)</sup> 반대로 “‘낙태’는 죄였던 적이 없다-오늘의 낙태죄 폐지운동”이라는 주장도 있다[8]. 다른 한편 ‘낙태’라는 행위의 성격상이 문제는 최근에 비로소 발생한 문제일 수는 없고, ‘축복 받지 못하는 임신, 출산’이라는 사회문화적 관념의 생성에 따른 대립항으로서 아주 오래 전부터 존재할 수밖에 없는 것은 아니었을까? [9]<sup>7)</sup> 오히려 지난 시기<sup>8)</sup> 이 문제가 첨예한 논쟁의 대상이 된 것은 ‘여성해방’이라는 20세기에 들어 촉발된 사회정치적, 문화적 움직임 이외에도 민간요법, 미신적 방법이 아니라 현대 의학의 발달에 따라 비로소 의사의 주도하에서 시술되거나, 효과가 검증된 약물에 의해서 이전 시기 보다 더 안전하고 확실한 낙태가

5) 참고문헌 4번(p. 17). 또한 이 글에서도 우리 모자보건법의 연원을 1933년 나치스유전성질병예방법과 1940년 일본의 국민우생법에서 찾고 있다. 참고문헌 5번(pp. 301~320)에서는 낙태죄 폐지의 ‘운동적 성격’을 분명하게 나타내고 있다. 참고문헌 6번(pp. 5~32)에서는 보다 직접적으로 낙태죄의 도입이 이루어진 식민시대부터 현재에 이르기까지의 사회문화적 배경을 꼼꼼하게 지적하고 있다.

6) 이러한 관점에서는 서구에서 낙태합법화 운동이 시작된 것을 낙태폐지 운동의 시작으로 보고 있는 것으로 보이기도 한다. 다른 한편 참고문헌 3번에서 보면 이미 우리 형법이 제정되던 시기에도 이 문제에 대한 격렬한 반대가 있었음을 보여 준다. 참고문헌 1번(p. 696)에서도 우리 형법 제정 당시의 상황을 보여주었고 있다. 당시 낙태죄 폐지안이 재석의원 107명 중 가 23, 부 2로 폐기되었다고 한다. 어쩌면 재석의원 중 표결에 참여하지 않은 이들의 숫자가 낙태죄를 둘러싼 사정을 보여주는 것은 아닐까? 참고문헌 7번(pp. 75~82)에서도 형법 제정기, 개발독재기, 199년 법무부 개정안에 대해서 상세하게 소개하고 있다.

7) 참고문헌 9번(pp. 373~375)에서도 개략적으로 낙태죄의 연혁을 소개한다. 더 깊은 배경적 설명은 없지만, 유럽의 오래된 수녀원의 연못 수리과정에서 영아유해가 다수 발견되었다는 외신 기사도 있다. 어쩌면 그 당시 원치 않은 임신을 한 자를 수녀원에 보내어 출산케 한 후에 영아살해가 이루어진 것은 아니었을까?

8) 조금은 극단적인 것일 수도 있지만, 과거 혹은 지금의 소수의 일부 주장 속에도 ‘人口가 國力’이라는 국가주의적 사고조차 남아 있는 것으로 보인다. 국가 시책으로서 산아제한의 시기가 있었듯, 과거 일정 시기에는 인구가 노동력, 병력을 뒷받침하는 국력의 주요한 지표로 여겨졌던 시절이 있었고, 지금은 시장의 규모로 보는 시각도 상존하고 있다.



보다 손쉽게 가능해졌다는 현실적 이유도 고려되어야 한다고 생각한다[10].<sup>9)</sup> 또한 여기에는 우리나라 특유의 유교적 체면 사상도 엿보인다. 과거에도 분명 외면하기 힘든 주제였음에도 차마 입에 올리기 꺼끄러운 주제여서 공식적 논의의 장에 올리기보다는 덮어두고 지나간 것은 아닌가 하는 것이다.

이 과정에서 간과할 수 없는 것은 어쩌면 낙태를 둘러싼 논쟁이 해소될 수 없다는 것 자체가 이 문제의 핵심을 잘 보여주고 있는 것은 아닌가 한다. 누구도 겉으로는 죽여도 되는 생명과 아닌 생명을 쉽게 구별할 수 있다는 식으로 생명 혹은 인간의 존엄을 쉽게 부정하지는 않는다. 혼외임신을 죄악시하여 비난하면서도 출산과 양육 문제에 대해서는 국가나 사회의 조력은 실제로 요구되는 것에 비해서는 지극히 부족하다는 현실론 또한 쉽게 무시하기 힘든 것이다. 우리의 지난 시기의 특정한 정부 시책 때문에 상당수의 인공임신중절이 느슨한 규율 속에서 이루어지거나 장려되었고, 그 가운데 각 개인의 무책임한 선택이 용납되었고, 일부 의사의 이윤동기가 이를 가능하게 한다는 비판도 간과할 수는 없다. 회복가능성 없는 환자에 대한 의사 조력 자살의 문제도 마찬가지 일 것이다. 자기 혹은 타인의 생사를 결정하여야 하는 결정의 시점에서 서로가 각자는 자신의 입장에서 그 시점에서 최선의 선택을 하는 것임을 존중할 수 있어야 한다[10].<sup>10)</sup> 그러나 지금의 논의에서 미디어에 오르내리는 논의들은 방송 토론에서 패널로 선호되는 자들, 양 극단에서 첨예하게 대립하는 자들의 날카로운 목소리만 들리고

있는 것 같다.

### III. 낙태에 대한 형사법적 규율

#### 1. 개관

여기에서는 간략하게 낙태에 대한 형사법적 설명을 시도하고자 한다. 적용되는 것은 구체적인 법률이고, 법학을 하는 사람은 여하한 문제가 있더라도 실정법으로 존재하는 법률을 도외시하고 자신의 주장을 펼칠 수는 없기 때문이다. 그러나 형법에 존재하는 이 규정들이 적용상 가지는 문제점들을 지적하는 과정에서 우리 법제에 있는 글자 그대로 두 법률이 서로 충돌하는 이율배반(二律背反)이 드러나게 될 것이다.

우리 형법은 낙태죄를 처벌하면서 같은 절 내에서는 이를 허용하는 사유를 별도로 규정하지 않는다. 그래서 형법에 대한 기본적 이해가 없으면 낙태는 언제나 형법적으로 처벌되는 것처럼 보이지만, 형법에는 ‘위법성조각사유’라는 것이 있어서 어떤 행위가 형벌로 처벌되는 구성요건에 해당하더라도 일정한 요건하에서 ‘정당화’되는 것이고, 예외적으로 구체적 형법규정에 의하지 않고도 ‘책임조각사유’에 해당하는 경우도 있다(형법 제13조의 유추적용과 유사함). 예를 들어 모자보건법 제14조 제1항 제5호 ‘임신의 지속이 보건의학적 이유로 모체의 건강을 심각하게 해치고 있거나 해칠 우려가 있는 경우’는 이 조항이 없더라도 형법 제22조 긴급피난에 의하는 경우에도 정당화될 수 있는 경우이다. 또한 긴급피난에

9) 참고문헌 10번(pp. 53~54)에서도 시대, 문화에 따르는 낙태에 대한 사회의 대응의 변천상을 보여주고 있다.

10) 참고문헌 10번(p. 69)은 “우리 모두 낙태죄의 폐지 주장과 관련된 사태는 알고 있다. 그 주장들이 시작된 이해관계의 복잡성은 거의 비정형적이다. 각자가 처한 사회적 실존이 다르고, 이를 보는 관점의 이해수준도 다르다. 그러나 해결을 위한 방식은 오직 대립적 당사자의 제한된 주장 틀 안에서만 결정하도록 규칙화된 헌법재판소 법정이어야 하는지는 진지하게 성찰되지 못했다. 우리는 맥락에 따른 이해를 과학적이라고 늘상 말하면서도 막상 이해관계가 복잡한 사안은 맥락을 위반하여 무의식 단계에서 결정하는 사태를 경험하고 있다.”는 말로 낙태죄에 관한 대결적 논의를 우려하고 있다.

는 해당하지 않는 경우이지만, 모자보건법 제14조의 요건들을 충족하는 경우 법질서의 통일성 차원에서 이는 형법 제20조 ‘법령에 의한 행위’로서 정당화될 수 있는 것이다. 즉 형법도 모든 낙태 행위를 절대적으로 범죄화하고 있는 것은 아니다. 오히려 모든 정당화가 ‘모자보건법’을 통하여서만 가능하다는 선입견 때문에 낙태에 대한 일반적 위법성조각사유에 해당하는가에 대한 논의나 판례의 형성이 미흡한 것은 아닌가 하는 것이다. 물론 다른 경우와 마찬가지로 낙태죄를 정당화할 수 있는 사유들은 형법적으로는 매우 엄격한 요건하에서만 동작하는 아주 예외적인 것으로 보아야 한다.

## 2. 형법상 낙태죄 조문 체계

제269조(낙태) ① 부녀가 약물 기타 방법으로 낙태한 때에는 1년 이하의 징역 또는 200만원 이하의 벌금에 처한다.

② 부녀의 촉탁 또는 승낙을 받아 낙태하게 한 자도 제1항의 형과 같다.

③ 제2항의 죄를 범하여 부녀를 상해에 이르게 한 때에는 3년 이하의 징역에 처한다. 사망에 이르게 한 때에는 7년 이하의 징역에 처한다.

제270조(의사 등의 낙태, 부동의낙태) ① 의사, 한의사, 조산사, 약제사 또는 약종상이 부녀의 촉탁 또는 승낙을 받아 낙태하게 한 때에는 2년 이하의 징역에 처한다.

② 부녀의 촉탁 또는 승낙 없이 낙태하게 한 자는 3년 이하의 징역에 처한다.

③ 제1항 또는 제2항의 죄를 범하여 부녀를 상해에 이르게 한 때에는 5년 이하의 징역에 처한다. 사망에 이르게 한 때에는 10년 이하의 징역에 처한다.

④ 전 3항의 경우에는 7년 이하의 자격정지를 병과한다.

제12조(강요된 행위) 저항할 수 없는 폭력이나 자기 또는 친족의 생명, 신체에 대한 위해를 방어할 방법이 없는 협박에 의하여 강요된 행위는 별하지 아니한다.

제20조(정당행위) 법령에 의한 행위 또는 업무로 인한 행위 기타 사회상규에 위배되지 아니하는 행위는 별하지 아니한다.

제21조(정당방위) ① 자기 또는 타인의 법익에 대한 현재의 부당한 침해를 방위하기 위한 행위는 상당한 이유가 있는 때에는 별하지 아니한다.

② 방위행위가 그 정도를 초과한 때에는 정황에 의하여 그 형을 감경 또는 면제할 수 있다.

③ 전항의 경우에 그 행위가 야간 기타 불안스러운 상태하에서 공포, 경악, 흥분 또는 당황으로 인한 때에는 별하지 아니한다.

제22조(긴급피난) ① 자기 또는 타인의 법익에 대한 현재의 위난을 피하기 위한 행위는 상당한 이유가 있는 때에는 별하지 아니한다.

② 위난을 피하지 못할 책임이 있는 자에 대하여는 전항의 규정을 적용하지 아니한다.

③ 전조 제2항과 제3항의 규정은 본조에 준용한다.

제24조(피해자의 승낙) 처분할 수 있는 자의 승낙에 의하여 그 법익을 훼손한 행위는 법률에 특별한 규정이 없는 한 별하지 아니한다.

제251조(영아살해) 직계존속이 치욕을 은폐하기 위하거나 양육할 수 없음을 예상하거나 특히 참작할 만한 동기로 인하여 분만중 또는 분만직후의 영아를 살해한 때에는 10년 이하의 징역에 처한다.

제252조(촉탁, 승낙에 의한 살인 등) ① 사람의 촉탁 또는 승낙을 받아 그를 살해한 자는 1년 이상 10년 이하의 징역에 처한다.

② 사람을 교사 또는 방조하여 자살하게 한 자도 전항의 형과 같다.

제257조(상해, 존속상해) ① 사람의 신체를 상해한 자는 7년 이하의 징역, 10년 이하의 자격정지 또는 1천만원 이하의 벌금에 처한다.

제259조(상해치사) ① 사람의 신체를 상해하여 사망에 이르게 한 자는 3년 이상의 유기징역에 처한다.

제260조(폭행, 존속폭행) ① 사람의 신체에 대하여 폭행을 가한 자는 2년 이하의 징역, 500만원 이하의 벌금, 구류 또는 과료에 처한다.

제264조(상습범) 상습으로 제257조, 제258조, 제258조의2, 제260조 또는 제261조의 죄를 범한 때에는 그 죄에 정한 형의 2분의 1까지 가중한다. <개정 2016.1.6.>

제311조(모욕) 공연히 사람을 모욕한 자는 1년 이하의 징역이나 금고 또는 200만원 이하의 벌금에 처한다.

제42조(징역 또는 금고의 기간) 징역 또는 금고는 무기 또는 유기로 하고 유기는 1개월 이상 30년 이하로 한다. 단, 유기징역 또는 유기금고에 대하여 형을 가중하는 때에는 50년까지로 한다.

### 3. 낙태죄 조문의 비판적 해석론

#### 1) 자기낙태죄의 문제

적어도 형법 제24조와 제269조 1항, 2항의 ‘자기낙태죄’ 처벌 규정으로 볼 때, 우리 법제에서 임

부의 자기결정권만이 보호법익이 될 수는 없고, ‘태아의 생명’(혹은 태아와 이해관계를 맺은 자들의 이익)을 우선적으로 고려하고 있는 것으로 해석된다. 그러나 다른 한편 우리 형법이 ‘태아의 생명’을 형법적으로 보호하고 있다는 주장을 그대로 인정하기에는 개인적으로는 어쩐지 낮간지러운 면이 있는 것도 사실이다. 피해자의 신체에 대한 일체의 유형력의 행사를 처벌하는 형법 제260조 단순폭행의 법정형이 2년 이하 징역이고, 공연히 모욕적 언사를 함으로써 성립하는 형법 제311조가 1년 이하 징역이라는 점을 고려하면, 자기낙태를 1년 이하의 징역으로 처벌하고 있는 형법이 과연 태아를 ‘인간’에 준하는 보호의 대상, 법익주체로 보고 있는가 하는 것은 대단히 의심스럽다. 심지어 임부와 태아 모두의 법익을 침해하는 부동의낙태죄의 법정형이 3년 이하의 징역이라는 점에서는 더더욱 그러하다. 임부의 신체의 일부를 고의로 상해한 자에 대해서는 7년 이하의 징역이 규정되어 있다는 점에서 너무도 큰 최고형의 격차가 있기 때문이다. 형법학자들끼리의 논의일 수도 있지만, 유사한 여러 법률 가운데 체계적 정렬을 위하여 유사한 구성요건들을 기본적인, 가중적, 감경적 구성요건으로 배열하는데, 거기에서도 어느 법익을 우선적으로 볼 것인가에 따라 법익주체로서의 임부를 중심에 놓는 관점에서 부동의낙태죄를 기본적 범죄형태로 보고 다른 구성요건들을 감경적 구성요건으로 파악할 것이고, 태아를 중심으로 사고하는 경우에는 임부의 자기낙태가 기본적 구성요건이고 다른 구성요건들을 가중적 구성요건으로 파악하게 될 것이다. 이렇게 보는 경우에도 이들 구성요건의 법정형이 너무도 낮다는 점에 대해서 지적하는 견해를 찾아보기는 힘들다.

형법학적 논문에서라면 이렇게 쉽게 말할 수 없는 것이지만, 태아의 생명을 빼앗는다는 결과

가 동일함에도 부동의낙태나 제270조 소정의 자들의 낙태에 비하여 임부의 자기낙태를 낮게 처벌하는 근거는 무엇인가에 대해 간략하게나마 지적하고자 한다. 여러 의견이 있을 수 있으나, 형법 제22조 긴급피난에 해당하는 경우를 제외하고는 이를 일반적으로는 ‘자기결정권에 근거한 위법성 조각’ 사유로 파악하기는 힘들다고 본다. 그러한 경우라면 이론적으로는 형법 제24조 피해자의 승낙이 직접 적용되는 것으로 보아야 하기 때문이다. 형법 제269조를 ‘자기’낙태라고 부르기는 하지만, 법익의 담지자로서 피해자가 되는 것은 1차적으로는 ‘태아’이기 때문에 임부 자신은 이를 처분할 수 있는 법익 주체로서 ‘피해자’가 아니기 때문이다. 다른 결정에 대한 것이라면 출산 후 사람이 된 자에 대해서 그러한 것처럼 母가 법정 대리권을 행사한 것이라고 해석할 수도 있지만, 이 경우는 소위 이해상충의 경우가 되어서 임부가 태아의 생사를 결정하는 실존적 결정을 대행할 수 없다고 하여야 한다. 오히려 영아살해죄에서의 일부 논의와 마찬가지로 임신, 출산 과정에서 임부의 특별한 사정<sup>11)</sup>을 고려하는 ‘책임감정’ 사유로 보아야 한다.

## 2) 타인의 관여에 의한 낙태

먼저 임부 이외의 자가 가담하는 낙태죄 관련 조항에서 반복적으로 나타나는 ‘동의 또는 승낙’은 촉탁승낙살해죄와 마찬가지로 ‘촉탁(부탁)’만으로 규정되어야 한다. 동의나 승낙은 법익주체가 아니라 (낙태)행위자가 먼저 범행의 의사 결정을 한 후에 임부의 동의, 승낙을 구하는 형태를 의미하는 것이므로 이를 촉탁·승낙 살해죄에서와

마찬가지로 자발적 동의를 선행하는 것과 동일하게 취급할 수 없다고 본다.

그런데 동조 2항은 의료전문가가 아닌 자가 임부의 동의 또는 승낙을 받아 낙태한 때를 임부의 자기낙태와 동일한 형으로 처벌하는 것은 문제가 있다. 의사를 제외하고 약간이나마 의학적 지식을 가지고 있는 것으로 여겨지는 제270조 제1항에 열거된 자들에게는 벌금형도 없이 2년 이하의 형을 정하고 있다는 점에서 피시술자인 임부의 건강에 대해서는 고려가 지나치게 미흡한 것은 아닐까 하는 의문이 있다. 임신의 전시기에 걸쳐 낙태는 임부의 건강, 신체, 생명에 상당한 위험을 초래할 수 있는 행위로 보아야 한다. 그렇다면 의학적 지식, 기술이 부족한 자가 약물 기타의 방법으로 낙태를 수행하는 행위를 임부의 자기낙태와 동일하게 처벌할 수는 없다고 본다. 임부의 자기낙태는 영아살해죄와 마찬가지로 특별한 ‘책임감소사유’를 인정하여 감경할 필요가 있지만, 임부의 건강 침해의 우려와 관련하여 생각해보면, 적절한 의료지식도 면허도 없이 부녀의 낙태에 가담하는 이들은 오히려 적법한 의료관련 면허가 있는 상태에서 낙태를 행하는 제270조 1항에 열거된 조산사, 약제사 또는 약종상들보다 더 가중 처벌하여야 할 이유마저 존재한다.

또한 제270조 제1항에서 가중처벌되는 신분자 중에 기본적 의학적 지식이 있고, 외과적 시술이 가능한 의학적 훈련을 받은 의사를 수술적 방법에 대한 자격이 없는 한의사, 조산사, 약제사 또는 약종상과 같은 지위에서 논하고 있다는 문제점이 있다[3].<sup>12)</sup> 낙태에 전형적으로 수반되는 임부의 건강을 고려하는 경우나, 모자보건법상 허용 규정을 고려하는 경우나, 민간에서 불법적

11) 여기에는 여러 요소가 고려될 수 있을 것이다. 극적인 것으로는 과거 ‘서래마을 영아살해’ 사건에서 프랑스인 母의 사례처럼 원치 않는 임신으로 고통을 느끼는 여성이 자신을 보호하기 위해 임신 사실 자체를 부정하고 임신하지도 않았다고 여기는 증상, 즉 임부가 태아에 대한 정신병적 거부감, 이질감을 가지는 임신거부증(deni de grossesse, pregnancy denial)도 있다고 한다.

12) 참고문헌 3번에 따르면 이 규정의 연원은 다음과 같다.



시술을 행하는 자를 무면허의료 행위로서 가중처벌하는 것을 염두에 둔다면 허용되는 기술과 신분을 가진 의사와 다른 이들을 분리하여 규율하여야 함에도 왜정기의 법률을 답습하여 여전히 동일 선상에서 규정하고 있는 것이다. 만약 이들이 실제로 낙태를 수행하는 경우에는 그 방법이 대부분 자신들의 면허 범위를 벗어나는 것이므로 무면허 의료행위로서 처벌하는 것이 더 법정형이 높다.

또 하나 동조에 열거된 형벌가중적 신분 자체가 형법이 제정되던 1953년의 사정을 고스란히 담고 있는 것으로서 일본 의용형법의 규정을 거의 이어받은 제정 형법에서 ‘의사, 한의사, 조산원, 약제사 또는 약종상’이었던 것이 ‘의사, 한의사, 조산사, 약제사 또는 약종상’으로 바뀌었을 뿐, ‘약종상’은 1995년 개정에서도 반영되지 않았다. 엄밀한 의미에서 약종상은 현재 극히 소수가 있을 뿐 소멸된 제도이고, 현재는 (양)약종상은 1971년 폐지되고 한약업사는 한약업사로 바뀌어 시행되고 있다[11].<sup>13)</sup> 법원이 이러한 열거적 신분을 엄격하게 해석한다는 점을 고려하면 현재 존재하는 한약업사는 가중처벌하지 못하고 존재하지도 않는 약종상만 남아있는 셈이기 때문이다. 반대로 현실적으로 각종 불법시술이 주로 문

제가 되는 간호조무사 다른 의료관련자 등의 경우는 열거되어 있지 않아서 이 조항이 아니라, 1년 이하의 징역이라는 가장 가벼운 구성요건에 해당되게 된다. 또한 이들처럼 의료관계인의 경우 전형적으로 영업적으로 낙태를 시행할 수 있는 자임에도 여기에 대응하는 상습범 가중 처벌 규정이 없다는 점도 지적할 수 있다. 또한 이들의 낙태행위가 외과적 시술 등 의학적 방법으로 수행되는 경우에는 의사를 제외하면 모두 의료법(법률 제15540호, 2018.3.27., 일부개정) 제87조 위반의 무면허의료행위죄와 상상적 경합관계에 있는 것으로 보아야 하고, 실제로는 그 중 더 중한 죄인 무면허의료행위죄의 법정형으로 처벌받아야 할 것이다.

### 3) 부동의 낙태의 문제

제270조 2항은 임부의 동의 없는 낙태이므로 낙태와 관련해서 고려할 수 있는 이익주체로서 태아 이외의 중요한 주체인 임부의 자기결정권 내지 자율권 등을 고려할 때 법정형이 지나치게 낮다는 문제가 있다. 즉 어떠한 경우에도 형벌을 감경할 수 있는 사유가 없는 경우임에도 동의 없는 상해죄의 법정정보다도 법정형이 지나치게 낮

1910년 한일병합 이후 대한제국 시절 형법대전을 대신해 일본 형법을 식민지 조선에 적용하겠다는 조선형사령이 만들어졌다. 이에 따라 1912년부터 일본 형법의 ‘태태죄(墮胎の罪)’가 조선의 낙태를 관장했다.

식민지 조선에 적용된 일본 형법의 태태죄(墮胎の罪)

제212조 임신한 여성(婦女)이 약물을 사용하거나 그 밖의 방법으로 낙태한 때에는 1년 이하의 징역에 처한다.

제213조 여성의 청탁을 받거나 또는 승낙을 얻어 낙태한 자는 2년 이하의 징역에 처하고, 이로 인하여 여성을 다치거나 사망에 이르게 한 자는 3월 이상 5년 이하의 징역에 처한다.

제214조 의사·산파·약제사 또는 약종상이 여성의 청탁을 받거나 또는 승낙을 얻어 낙태에 이르게 한 때에는 3월 이상 5년 이하의 징역에 처하고, 이로 인하여 여성을 다치거나 사망에 이르게 한 때에는 6월 이상 7년 이하의 징역에 처한다.

13) 약종상은 일제 강점기의 한약종상에서 유래돼 1953년 약사법 제정 시 보건 의료자원이 절대 부족하여 의료혜택을 받기 어려운 지역에 예외적으로 국민보건증진이라는 공익적 목적을 위해 영업지역 영업범위에 제한을 두고 시행된 제도이다. 병의원, 약국이 없는 등, 읍, 면에서 허가를 받아 한약을 팔 수 있는 업종으로 동에 1명, 읍, 면에 2명의 한약종상을 허가를 할 수 있도록 규정하고 있었다. 일반 매약을 팔 수 있는 약종상과 함께 생긴 제도로 약종상은 약방을, 한약종상은 한약방을 개설하여 허가지역에서 매약과 한약을 판매하였다. 그 후 의사, 한의사, 약사 등의 전문인력이 많이 배출되면서 이와 같은 구제도를 폐지하고자 1971년에 약사법을 개정하여 약종상 제도는 폐지되었고 경과조치로 이미 허가받은 약종상은 약업사로 개명되면서 허가받은 지역에서 약방을 할 수 있게 하였다. 그러나 한약종상은 국회심의과정에서 폐지되지 아니하고 그 명칭만 한약종상이 한약업사로 바뀌면서 약사법에 그대로 남게 되었다[11].

다는 점이 문제이다. 즉 이 경우에는 임부의 의지에 반하여 사망하게 되는 태아를 임부의 신체의 일부보다도 더 보호하고 있지 않은 셈이 되는 것이다.

나아가 이러한 부동의낙태치사상의 법정최고형은 각각 10년, 5년 이하라는 점은 특히 문제가 된다. 최근 대법원은 상해의 개념을 일시적 기절 등도 포함하는 생리적 기능침해 정도로 본다는 점에서 부동의에 의한 낙태는 전형적으로 상해를 수반하게 되는 행위라고 보아야 하는데, 인위적 낙태의 경우에는 임신 초기 약물에 의한 경우를 제외하고, 마취를 포함하여 대법원이 인정하는 바의 임부에 대한 생리적 기능침해도 없는(부동의)낙태를 상상하기 힘들기 때문이다.

또한 낙태죄 규율에서 미수범 처벌규정을 두고 있지 않은데, 적어도 ‘부동의낙태죄’에서는 미수범처벌 규정이 있어야 한다고 본다. 다른 분들이 이를 논의하고 있지 않은 것으로 보이는데, 태아의 생명권을 낙태죄에서 1차적이고 직접적인 독자적인 보호법익으로 보고 있는 것이라면 과실, 중과실 낙태죄의 규정도 신설될 필요도 있다고 판단된다.

#### IV. 모자보건법의 인공임신중절의 해석론

##### 1. 인공임신중절에 대한 모자보건법의 규율 체계

###### 1) 개념의 측면: 인공임신중절수술≠낙태

‘인공임신중절’은 모자보건법의 정의 규정에서 그 개념 정의를 볼 수 있다.

모자보건법[시행 2018.3.13.] [법률 제15444호, 2018.3.13., 일부개정]

제2조(정의) 이 법에서 사용하는 용어의 뜻은 다음과 같다.

7. “인공임신중절수술”이란 태아가 모체 밖에서는 생명을 유지할 수 없는 시기에 태아와 그 부속물을 인공적으로 모체 밖으로 배출시키는 수술을 말한다.

일반적으로는 모자보건법을 논의하는 문헌에서는 이러한 법률적 개념정의를 그대로 받아들이고 있지만 여기에는 몇 가지 문제가 있다. 이 지나치게 완곡하게 표현된 법률적 개념 정의 안에 수술의 시기를 ‘모체 밖에서는 생명을 유지할 수 없는 시기’라고 표현하고 있어서 불분명함을 내재하고 있다는 점과 수술방식에 따라서 태아가 온전히 배출되는 것이 아니라 자궁 내에서 사망시키고 이 사태(死胎)를 배출시키는 경우를 포섭하기 힘들기 때문이다. 즉 자궁 내에서 수술적 방법에 의해 사망하면 태아라고 부를 수 없으므로 死胎의 일부도 ‘부속물’이라고 파악할 수밖에 없다.

다시 말해서 이 개념 정의에서는 ‘인공적 배출’이라는 표현을 사용함으로써 태아살해라는 직접적 표현을 피하고자 한다. 물론 중절(中絶)이라는 표현 안에 사망의 결과를 포함하고 있다고 할 수는 있다. 법률적 언어가 가지는 표현상의 한계라고도 할 수 있지만, 일종의 허위의식을 반영한 것이라고도 볼 수 있다. 여하튼 태아의 사망을 내포하지 않는, ‘배출’만을 포함하는 ‘인공임신중절수술’에 대한 이러한 개념정의를 있으므로, 이를 엄격하게 해석하는 경우에는 여하한 이유에서건 배출된 태아는 사람으로 보는 경우 태아를 생존한 상태로 체외로 배출한 이후 생존가능성 있는 태아의 생명을 유지하는 처치를 하지 않는 경우, 부작용에 의한 살인이 되고, 적극적으로 사망케 한 경우에는 살인죄의 죄책을 별도로 부담하여야 하는 것이다. 출산된 영아의 직계존속이 이러한 행

위를 한 경우에는 영아살해죄에 해당하게 된다 [12].<sup>14)</sup>

2) 방법의 측면: 인공임신중절수술≠낙태

또하나 약간의 의문은 제2조는 ‘수술적 방법에 의한 인공임신중절’만을 규정하고 있다는 것이다. 이 개념정의를 그대로 제14조에서 사용하므로 낙태죄의 적용제외로 인정되는 것도 의사에 의한 수술적 방법에 의한 인공임신중절만 형법상 낙태죄의 적용제외 대상이 되는 것이다. 이 점에 관해서는 후술한다. 그런데 동법 제12조에서는 ‘인공임신중절’이라고만 표현하여 수술적 방법 이외의 인공임신중절을 규율할 여지를 두고 있는 것은 아닌가 한다. 아이러니하게도 모자보건법 제12조는 인공임신중절의 예방을 위한 국가와 지방자치단체의 사업실시를 규정하고 있다.<sup>15)</sup> 이제 인공임신중절을 국가시책으로 장려되는 것이 아님을 나타내고자 한 것으로 보인다. 그러나 이 규정은 국가나 지방자치단체의 사업실시 근거를 규정한 것일 뿐 구체적 의무를 부여한 것으로 볼 수는 없다는 점에서 문제가 있다. 그리고 이어지는 제14조에서 인공임신중절수술의 허용한계를 규정하고 있다.

2. 인공임신중절수술의 허용한계

제14조(인공임신중절수술의 허용한계) ① 의사는 다음 각 호의 어느 하나에 해당되는 경우에만 본인과 배우자(사실상의 혼인관계에 있는 사람을 포함한다. 이하 같다)의 동의를 받아 인공임신중절수술을 할 수 있다.

1. 본인이나 배우자가 대통령령으로 정하는 우생학적(優生學的) 또는 유전학적 정신장애나 신체질환이 있는 경우
2. 본인이나 배우자가 대통령령으로 정하는 전염성 질환이 있는 경우
3. 강간 또는 준강간(準強姦)에 의하여 임신된 경우
4. 법률상 혼인할 수 없는 혈족 또는 인척 간에 임신된 경우
5. 임신의 지속이 보건의학적 이유로 모체의 건강을 심각하게 해치고 있거나 해칠 우려가 있는 경우

② 제1항의 경우에 배우자의 사망·실종·행방불명, 그 밖에 부득이한 사유로 동의를 받을 수 없으면 본인의 동의만으로 그 수술을 할 수 있다.

③ 제1항의 경우 본인이나 배우자가 임신장애로 의사표시를 할 수 없을 때에는 그 친권자

14) 상세한 형법적 논의는 참고문헌 12번(pp. 100~102) 참조; 대법원 2005. 4. 15. 선고 2003도2780 판결[살인·업무상촉탁낙태·의료법위반]

【판결요지】  
 [1] 낙태죄는 태아를 자연분만기에 앞서서 인위적으로 모체 밖으로 배출하거나 모체 안에서 살해함으로써 성립하고, 그 결과 태아가 사망하였는지 여부는 낙태죄의 성립에 영향이 없다.  
 [2] 산부인과 의사인 피고인이 약물에 의한 유도분만의 방법으로 낙태수술을 하였으나 태아가 살아서 미숙아 상태로 출생하자 그 미숙아에게 염화칼륨을 주입하여 사망하게 한 사안에서, 염화칼륨 주입행위를 낙태를 완성하기 위한 행위에 불과한 것으로 볼 수 없고, 살아서 출생한 미숙아가 정상적으로 생존할 확률이 적다고 하더라도 그 상태에 대한 확인이나 최소한의 의료행위도 없이 적극적으로 염화칼륨을 주입하여 미숙아를 사망에 이르게 하였다면 피고인에게는 미숙아를 살해하려는 범의가 인정된다고 한 원심의 판단을 수긍한 사례.

15) 제12조(인공임신중절 예방 등의 사업) ① 국가와 지방자치단체는 여성의 건강보호 및 생명존중 분위기를 조성하기 위하여 인공임신중절의 예방 등 필요한 사업을 실시할 수 있다. 이 규정은 종래에 제12조 (피임수술 및 피임약제의 보급) 보건사회부장관 또는 시장·군수는 보건사회부령이 정하는 바에 따라 원하는 자에게 피임수술을 행하거나 피임약제를 보급할 수 있다는 규정이었으나, 2012. 5. 23. 개정에서 이 같은 내용으로 개정된 것이다.

나 후견인의 동의로, 친권자나 후견인이 없을 때에는 부양의무자의 동의로 각각 그 동의를 갈음할 수 있다.

### 1) 규범의 수신인

모자보건법 제14조는 ‘인공임신중절 수술의 허용한계’라는 제목으로 인공임신중절 수술을 할 수 있는 사유를 열거하고 있다. 이 규정에서 ‘의사’만이 규범의 수신인으로 나타나고 있다. 즉 의사가 시술의 주체뿐만 아니라, 낙태결정의 주체로서 본인과 배우자의 동의를 받아 수술할 수 있다고 규정하고 있는 것이다. 이는 동법의 출발 자체가 국가의 산아정책 집행을 위한 근거로 여겨지고 그 정책을 수행할 의무를 국가의료기구와 의료인에게 부여하고 있다는 법형식에서 비롯된 것이기도 하고, 과거의 진단적 의료행위론의 일부로서 인공임신중절을 바라보는 것의 잔재이기도 하다.

이러한 입법태도 때문에 조문상으로는 임부조차도 결정의 주체가 아니라 결정에 대한 동의권자로서만 나타난다는 점에서 모자보건법상 낙태결정의 주체로 여겨지지 않고 있는 것으로 보아야 한다. 반면에 수술 결정 당시의 배우자(사실상의 혼인관계에 있는 사람을 포함)도 동등한 동의의 주체가 되는데 태아의 생명을 끊는 행위를 부모 모두의 동의가 필요한 것으로 보는 행위로 하는 것은 일응의 타당성은 있지만, 태아의 사망을 결정하는 데에 나타나는 이해관계자로서 태아와 최소한의 혈연적 연관성을 갖는 태아의 생물학적 아버지가 아니라, 임부의 배우자로 규정하고 있다는 점에서 그 근거에 문제가 있고 이를 사실상의 혼인관계에까지 확장하고 있어서 더 문제가 된다.

이처럼 임신의 원인이 된 생물학적 부가 아니라, 민법적 개념이라고 할 수 있는 ‘배우자’를 포함한 것은 집합관계에 오류로 보인다는 견해도 있다.<sup>16)</sup> 이러한 주장은 극히 타당하면서도 혹시 이것이 이 법이 제정되던 당시의 다른 환경을 반영하고 있는 것은 아니었을까 하는 추론을 해볼 수도 있다. 당시에는 임부가 자백하지 않는 한 태아의 생부를 사실적으로 확인할 방법이 마땅히 없었고, 태아 혹은 아이를 그 자체의 인격이 아니라, 父 혹은 夫나 家の 소유물-장래에 노동력을 제공하는 자로서-로 본 것은 아닌가 혹은 이 당시 妻의 민법상 지위가 夫와 동등하지 않았기 때문에 단독으로서는 법률상 의사표시 행위를 할 수 없었던 상황을 반영한 것 아닌가 하는 의심이 있다. 또한 임부의 동의가 자발적 의사에 기초한 것인지를 확인할 방법이 없고, 제2항 ‘그 밖에 부득이한 사유로 동의를 받을 수 없는 경우’에 대해 오로지 시술의사가 판단하는 것처럼 규정하고 있는 방식에도 문제가 있다. 모든 절차가 한 의사의 진찰실 안에서 끝나버리는 구조이기 때문이다.

### 2) 낙태죄 적용제외의 범위

모자보건법의 규정 태도를 보면 낙태 관련규정의 적용제외는 철저히 형법 제270조 제1항의 적용대상 가운데 ‘의사에 의해 수술적 방법’으로 시행되는 낙태에 대한 것이라고 해석된다. 즉 법 문언에 충실하자면 의사에 의한 인공임신중절이라도 비수술적 방법에 의한 낙태는 적어도 모자보건법 제14조에 의하여서는 정당화될 수 없다. 또한 동법은 제14조 규정에 의해 정당화되는 ‘인공임신중절수술’의 경우 동법 제28조에 따라 수술 받은 자와 수술한 자는 처벌받지 않는다고 규정

16) 참고문헌 10번(p. 24). 또한 이 글에서도 이 당시 여성의 민법상 지위가 불평등하였음을 지적하고 있다. 그러나 이러한 제3호 이하의 사유에는 태아의 생물학적 아버지에게 낙태의 동의권을 준다는 것도 모순적이다.



하고 있다. 그러나 모자보건법 제28조는 동법의 적용대상이 아닌 「형법」 제269조 제1항·제2항을 포함하고 있다는 점에서 잘못된 조문이다.<sup>17)</sup> 모자보건법에서 허용하는 인공임신중절의 방법은 형법 제270조 제1항 중에서도 의사에 의한 수술적 방법에 의한 낙태뿐이기 때문이다.

모자보건법에 의해 법령에 의한 행위로서 정당화되는 경우 인공임신중절수술을 한 의사와 이를 조력한 간호사 등은 이를 통해서 정당화될 수 있는 것이지만, 「형법」 제269조 제1항·제2항이 적용되는 경우는 모자보건법에 의하여 정당화되는 것이 아니다. 극단적으로 보면 낙태할 목적으로 위험한 약물을 복용하여 스스로를 위험에 빠뜨림으로써 의사로 하여금 정당한 인공임신중절수술을 하게 한 임부의 경우 직접 수술을 한 의사는 모자보건법상 허용사유에 해당하여 정당화되지만, 임부 자신은 의사를 도구로 이용한 간접정범으로서 형법 제34조 제1항에 의하여 자기낙태죄로서 처벌되어야 한다.(제34조(간접정범, 특수한 교사, 방조에 대한 형의 가중) ① 어느 행위로 인하여 처벌되지 아니하는 자 또는 과실범으로 처벌되는 자를 교사 또는 방조하여 범죄행위의 결과를 발생하게 한 자는 교사 또는 방조의 예에 의하여 처벌한다.)

### 3. 인공임신중절 사유의 판단 주제

여러 문헌에서 모자보건법 제14조 1항 1호 내지 5호의 사유에 해당하는지의 여부의 판단주체를 의사로 보고 있는 점을 지적하고 있다. 물론 법문언상으로는 판단의 주체를 명시적으로 의사로 보고 있다는 점은 드러나지 않는다. 수술의 주체를 의사로 보고 있으므로, 그가 허용되는 사유인

가의 여부를 판단한다고 보는 것이 자연스러운 해석으로 보인다. 그러나 시술자가 자기 수술의 허용 여부를 판단한다는 데에서 오는 고유한 문제는 분명하다. 누구도 자기모순적인 판단을 하지 않을 것이어서 수술을하기로 결정한 의사는 어느 사유건 해당한다고 판단하였을 것이고, 처벌 규정을 적용함에 있어서도 이를 강변하게 될 것이기 때문이다. 하지만 의사가 사유에 해당하지 않는다고 판단하면 수술 결정을 하지 않겠지만, 임부는 다른 의사를 찾아가면 그 뿐이라는 점에서 이 결정방식의 한계는 분명하다.

더구나 동조 제3호 ‘강간 또는 준강간에 의하여 임신된 경우’와 제4호 ‘법률상 혼인할 수 없는 혈족 또는 인척 간에 임신된 경우’는 의사를 판단의 주체로 인정하기 힘든 사유로 보인다. 의사로서는 임부의 진술에만 의존할 수 있을 뿐, 그 전제가 되는 사실관계를 파악할 수 있는 수단이 전무하기 때문이다. 특히 강간, 준강간의 여부는 의사가 판단할 수 있는 것도 아니고, 국가기관 궁극적으로는 법원이 판단하여야 하는 것이고, 확정판결에 의한다고 본다면 이미 낙태 허용시기를 쉽게 넘기게 되는 문제가 있다.

### 4. 성범죄에 의한 임신의 경우

제정 당시부터 모자보건법 제14조 1항 제3호에는 ‘강간 또는 준강간에 의하여 임신된 경우’를 규정하고 있지만, 의사로서는 도저히 확인할 수 없는 이 사정에 대하여 현재 경찰이나, 검찰, 법원에서도 이 문제에 관한 명확한 규율방식이 있는 것은 아니고 강간사실 확인원, 고소사실확인서 등으로 대체하는 실무 관행이 있을 뿐이어서, 현실적으로는 일종의 제도화된 회피 현상이 발생하

17) 모자보건법 제28조(「형법」의 적용 배제) 이 법에 따른 인공임신중절수술을 받은 자와 수술을 한 자는 「형법」 제269조제1항·제2항 및 제270조제1항에도 불구하고 처벌하지 아니한다.

고 있다[4,13].<sup>18)</sup> 또한 이들 사유에 대해서도 ‘배우자의 동의’를 요함으로써 임부가 합법적 수술을 회피하게 되는 한 원인이 되고 있다고 한다.

또한 동조 제3호 ‘강간 또는 준강간에 의하여 임신된 경우’를 예외를 엄격하게 해석하여야 한다는 일반적 법원리에 따라 해석할 때에는 강간, 준강간에 이르지 않은 다른 성범죄-예를 들어 업무상 위력에 의한 간음-로 인한 임신의 경우는 합법적 인공임신중절 수술을 받을 기회가 봉쇄되어 버린다. 역설적으로 우리 사회에서 비합법적 인공임신중절 수술이 만연하고 있기 때문에 이 문제가 아직 제대로 된 형법적 비판의 대상이 되지 않은 것으로 보인다. 형법상으로도 구성요건적 행위로서 ‘폭행, 협박’이 포함되지 않고 ‘위계, 위력 등’이 사용된 경우인 제302조(미성년자 등에 대한 간음), 제303조(업무상위력 등에 의한 간음), 제305조(미성년자에 대한 간음, 추행; 미성년자의제강간)에서는 강간, 준강간이라는 표현을 사용하지 않고, 간음이라는 표현을 사용하고 있고, 이러한 태도는 현재 사실상 성범죄에 대한 기본법이 되어 버린 성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법 제6조(장애인에 대한 강간·강제추행 등) 제4항, 제5항, 제7조(13세 미만의 미성년자에 대한 강간, 강제추행 등) 제5항의 죄<sup>19)</sup>의 경우 인공임신중절수술이 정당화될 수 있는지에 대한 문제가 나타날 수 있다. 물론 모자보건법 제14조는 형벌구성요건이 아니라 허용구성요건이므로

목적론적으로 넓게 해석할 수 있지만, 입법론적으로는 성(폭력)범죄로 인하여 임신한 때 전반에 적용될 수 있도록 개정할 필요가 있고, 그 절차도 보다 분명하게 처리될 수 있도록 정비될 필요가 있다.

### 5. 모자보건법 제14조의 개정방향에 대한 비판적 검토

#### 1) 주요한 주장[14,15]<sup>20)</sup>

① 낙태라는 용어는 일상적으로 주로 사용되는 것인데, 그동안 처벌의 잣대를 들이대어 처벌하지는 않았지만 불법, 은폐, 비리, 파렴치 등 부정적 이미지와 연관된 느낌을 지울 수 없다. 낙태를 할 선택할 수밖에 없는 여러 가지 사유들을 감안하여 법적으로 위법성이 조각되는 허용되는 행위로 범위를 넓힌다면 대부분의 낙태는 정당한 행위의 범주로 포섭된다. 그러므로 낙태허용범위를 둘러싼 논의에서 “낙태”라는 용어보다 “임신중단”이라는 가치중립적인 용어를 사용하는 것이 합의점을 찾아가는 데 적합하다.

② 업무상낙태죄 삭제하고 부녀 자기임신중단 외에는 법정형을 높임: 현행법은 생명을 보호해야 할 의사가 태아생명을 박탈하는 낙태시술을 하는 점에서 더 비난할 수 있다고 보았지만, 일반인보다 더 안전하게 시술할 수 있는

18) 이 경우 태아의 귀책사유는 없지만, 임부의 입장에서 가장 가혹한 임신기를 겪어야 하지만, 모자보건법이 제정된 이래 존재하였던 이 규정의 실제 적용을 위한 실제 프로세스가 없다는 점은 오히려 그동안 낙태 문제가 사실상 법적 규율의 밖에서 너무도 쉽게 이루어져 왔음을 반증하는 것일 것이다. 보다 상세한 문제제기로는 참고문헌 13번, 참고문헌 4번(p. 26)에서도 이 점을 지적하고 있다.

19) 성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법 (약칭: 성폭력처벌법) [시행 2017.12.12.] [법률 제15156호, 2017.12.12., 일부개정] 제6조(장애인에 대한 강간·강제추행 등) ④ 신체적인 또는 정신적인 장애로 항거불능 또는 항거곤란 상태에 있음을 이용하여 사람을 간음하거나 추행한 사람은 제1항부터 제3항까지의 예에 따라 처벌한다. ⑤ 위계(僞計) 또는 위력(威力)으로써 신체적인 또는 정신적인 장애가 있는 사람을 간음한 사람은 5년 이상의 유기징역에 처한다. 제7조(13세 미만의 미성년자에 대한 강간, 강제추행 등) ⑤ 위계 또는 위력으로써 13세 미만의 사람을 간음하거나 추행한 사람은 제1항부터 제3항까지의 예에 따라 처벌한다.

20) 참고문헌 14번(p. 65~66)의 내용. 이 내용의 상당 부분은 1992년 법무부 개정안에 기초한 것이기도 하다. 그 밖에 참고문헌 15번(pp. 27~57)은 이를 보다 세분화하여 검토하고 있는 최근의 논문이다.

의사 등의 낙태를 더 무겁게 처벌할 이유는 없다. 1992년 법무부 개정안은 업무상낙태죄를 폐지하는 대신 영리를 목적으로 하는 낙태죄를 신설하고 있다. 영리낙태죄의 신설을 주장하는 것이 형법학계의 다수설이지만, 반드시 신설할 필요가 있는지는 의문이다.

③ 낙태치사상조의 법정형 조정: 폭행죄와 비교하여 형의 균형이 맞지 않다. 1992년 개정안처럼 부동의낙태로 상해에 이르게 한 때는 5년 이하, 사망에 이르게 한 때는 10년 이하의 징역에 처하도록 상향조정함이 타당하다.

④ 모자보건법 규정의 형법 편입: 모자보건법의 목적은 모성 및 영유아의 생명과 건강을 보호하는 것이므로 낙태죄를 여기에 규정하는 것은 적절하지 않다. 모자보건법의 낙태허용범위를 형법에 편입시켜 낙태의 금지와 허용에 관한 모든 조문을 형법에 담아 일원화시킬 필요가 있다.

⑤ 기한과 결합한 상담방식의 채택: 기한방식으로 가는 것은 낙태자유화의 외관이 더 뚜렷이 부각되므로 사회적 합의를 끌어내기 어려울 수 있다. 그러나 임신중단의 현실적 문제를 합리적 해결하기 위해서는 어떤 방식이든 상담을 전제로 임신중단을 허용하는 방향으로 가는 것이 적절하다고 보인다. 상담을 전제로 한다면, 사유방식보다 기한방식이 절차를 준수하게 하고 임부에게 책임감을 전제로 한 자율권보장에 더 적합하다고 보인다. 외관상 사유방식이 태아생명보호에 더 충실할 것 같지만, 사유방식의 경우 제3자가 사유확인을 위한 판단을 해야 하는데, 결국 임부의 의사에 영향을 받지 않을 수 없어 현실적으로 기한방식과 별 차이가 없다. 사유방식은 절차확인의 비용을 더 들이는데 비하여 임부와 의사의 도덕성과 책임성을 끌어내는 데 소극적일 수 있어, 장

기적으로 보면 기한방식이 태아의 생명보호에 더 충실할 수 있다. 착상 후 12주 이내 상담을 전제로 임신중단을 허용하는 입법으로 개정되어야 한다.

⑥ 의학적 사유에 대해서는 허용기한 두지 않음: 허용기한을 사유별로 구분하여 제시할 필요가 있는데, 범죄학적 사유는 14주로 하고, 의학적 사유는 시간적 제한을 두지 않는 것이 적절하다.

⑦ 우생학적 사유의 삭제: 우생학적 사유에 의한 인공임신중단수술을 비판하는 입장에서는 태아의 생명을 우생학적 이유 때문에 침해하는 것은 결국 건강과 생명을 바꾸는 결과이며, ‘생명의 질’을 위해서 생명을 희생시키는 것에 지나지 않는다.

⑧ 윤리적 사유의 확대: 강간과 준강간으로 제한한 것을 강제추행죄, 미성년자간음죄, 업무상 위력 등에 의한 간음죄, 혼인빙자간음죄에 의하여 경우까지 확대하였다.

⑨ 절차규정의 신설: 임신중단사유 및 제한기간, 상담과 관련한 규정, 의료보험 등에 관한 규정을 두어야 한다. 그리고 그 규정에 위반하는 행위에 대한 처벌조항을 둘 수 있다. 상담은 의무적으로 규정하는 것이 입법목적에 더 효과적으로 달성할 수 있다. 상담에 관하여는 상담업무를 담당하는 기관과 상담원의 자격, 시설적인 면에서 최소한의 허가조건, 상담원교육, 외부인사 혹은 외부기관과의 공동작업, 규칙적인 업무보고 등을 규정해야 한다. 그리고 상담과 임신중단수술 사이에는 임신중단유보기간을 두어 임부로 하여금 임신중단결정을 신중하게 하도록 해야 할 것이다.

## 2) 비판

### ①의 점에 대하여

정현미 교수의 주장처럼 ‘낙태’라는 말이 가지는 부정적 뉘앙스를 고려하여 ‘임신중단’이라는 용어를 사용하자는 주장도 수긍할 수 있지만, 이 규정들이 형법적 맥락에서 사용되는 경우에 형법상의 구성요건적 용어로서는 일반적 금지의 의미를 드러낼 수 있어야 하므로 일정한 정도로 부정적 뉘앙스를 가지는 것은 허용되는 것은 아닌가 한다. 이러한 맥락에서는 ‘낙태’라는 용어보다 ‘임신중단’이라는 가치중립적인 용어를 사용하는 것이 일반적인 언어사용례에서는 가능할지 모르지만, 형법적 맥락에서 더 나은 것인지는 쉽게 동의하기 어렵다[16].<sup>21)</sup>

또한 정 교수님은 “낙태를 선택할 수밖에 없는 여러 가지 사유들을 감안하여 법적으로 위법성이 조각되는 허용되는 행위로 범위를 넓힌다면 대부분의 낙태는 정당한 행위의 범주로 포섭된다.”고 표현하시는데, 이것 역시 아마도 형법적 언어로서가 아니라 일상적 표현으로 사용하신 것 같다. 왜냐하면 형법적으로 어떤 범죄구성요건이 존재한다는 것은 그것이 일응 위법하다는 점을 징표하는 것이고, 이를 정당화할 수 있는 사유들은 우리 형법 제20조 이하에서 엄격한 요건하에서만 허용된다. 현행의 낙태 사유들 가운데 제1항 제5호처럼 ‘긴급피난’에 해당하는 경우를 제외하면, 대다수는 형법 제20조를 대단히 완화시켜서 해석, 적용하여야만 ‘정당화’될 수 있는 사정들로 보이고 이것도 모자보건법 제14조라는 여러 문제점을 안고 있는 조항을 고려하여야만 가능하다. 오히려 모자보건법 제14조 소정의 사유 대부분은 형법이론적으로는 ‘위법성조각사유’가 아니

라, ‘책임 감소’ 사유에 해당하는 것으로 보인다. 여기서 다시 깊은 논의를 할 수는 없지만, 앞서 언급한 바를 요약하자면, ‘정당화’ 사유는 그야말로 정당한 것으로서 그에 가담한 자도 처벌 받지 않는 것이고, 정당방위 행위처럼 어떤 의미에서는 장려되고 칭송되는 행동이기도 하다. 그에 반하여 ‘책임 조각, 감소’ 사유는 그 자체로서는 정당하다고 할 수 없고, 비록 그 행동이 불법이지만, 행위자 개인의 특수한 사정을 고려하여 그로서는 다른 ‘다른 적법한 행동을 할 것은 기대하기 힘들다’는 ‘기대불가능성’에 근거한 것으로서 그에 가담한 자의 행위는 다른 사유가 존재하지 않는 한 가법적인 것이다. 모자보건법 제14조 등 관련 규정을 형법전에 편입하는 경우에도 이러한 사정을 고려하여 면책 내지 책임감경 규정을 두는 정도가 되어야 할 것이다.

### ②의 점에 대하여

1992년 법무부 개정안 등에서 현재의 업무상 낙태죄를 삭제하고 부녀 자기임신중단 외에는 범정형을 높이는 것을 제안하고 있다. 현행 형법은 생명을 보호해야 할 의사가 태아생명을 박탈하는 낙태시술을 하는 점에서 더 비난할 수 있다고 보았지만, 일반인보다 더 안전하게 시술할 수 있는 의사 등의 낙태를 더 무겁게 처벌할 이유는 없다는 것이다. 그러나 이 점에 대해서도 앞서 언급한 바와 같이 현재의 수술적 방법에 의한 낙태만을 허용하는 규정을 두는 한, 외과적 수술의 적법한 자격을 가진 의사 이외에 한의사, 조산사, 약제사, 약종사, 심지어는 지금은 열거되어 있지 않은 간호사 등 의료관계인과 자격 없는 자의 낙태 행위를 가중처벌할 필요성을 여전히 높다. 현재와 같이 너무도 쉽게 허용되는 의사에 의한 탈법적 낙태의 길이 조금이라도 어려워진다면, 의사가 아

21) 기본적 입장은 다르지만, ‘낙태’와 ‘인공임신중절’이라는 용어를 혼용하여서는 안된다는 견해이다[16].



닌 의료관련 종사자들에 의한 더 위험하고 불법적인 낙태의 유혹은 더 커질 것이기 때문이다. 영리낙태죄의 신설을 주장하는 것이 형법학계의 과거 다수설이고, 1992년 법무부 개정안은 업무상 낙태죄를 폐지하는 대신 영리를 목적으로 하는 낙태죄를 신설을 제안하고 있는데 이러한 사정변경을 고려한 것으로 보인다.

### ③의 점에 대하여

구체적 법정형 상향의 폭에 대해서는 이견이 있을 수 있지만, 낙태치사상, 부동의낙태치사상의 법정형을 상향하여 상해죄의 법정형에 근접하게 개정하는 것은 타당하다고 판단되며, 중과실 낙태죄의 조문을 신설하는 것도 진지하게 고려할 필요가 있다.

### ④ 모자보건법 규정의 형법 편입의 점에 대하여

정현미 교수님은 “모자보건법의 목적은 모성 및 영유아의 생명과 건강을 보호하는 것이므로 낙태죄를 여기에 규정하는 것은 적절하지 않다. 모자보건법의 낙태허용범위를 형법에 편입시켜 낙태의 금지와 허용에 관한 모든 조문을 형법에 담아 일원화시킬 필요가 있다.”고 하셨는데, 모자보건법이 그 법률 명칭이나 목적에도 불구하고 사실상의 낙태 허용을 광범위하게 허용하고 있고, 과거 모자보건법의 이름 아래 사실상 단종(斷種) 처분도 규정하여 비판을 받아왔다는 점에서, 또한 형법상의 강한 금지와 전혀 다른 광범위한 허용으로 인하여 형법의 규범력이 심하게 위협 받았던 현실을 고려하면, 이를 형법으로 편입하자는 주장도 어느 정도 타당성이 있다. 그러나 정 교수의 주장 ⑧과 같은 일체의 규정도 형법전에 편입되어야 하는지는 의문이다.

또한 발표자가 형법이론적으로는 약간의 전통적 성향을 가진 탓인지, 모자보건법 제14조 등을 규정을 모두 담아낸 형법 규정을 상상하기가 쉽

지 않다. 가장 중한 범죄라고 할 수 있는 살인도 사형 제도의 경우처럼 법적으로 정당화될 수 있지만, 그것은 살인죄에서 규정하고 있는 것이 아니라 형법 제20조 이하의 정당화 규정을 매개로 타법에서 규정하고 있는 것처럼 모든 사유를 형법에 담아낼 수는 없기 때문이다. 낙태의 경우도 마찬가지라도 본다. 다만 형법적으로 정당화 사유라고 보기 힘든 경우에 대한 책임 감소를 인정할 수 있는 경우에 대응하여 임부의 자기낙태죄에 영아살해죄와 유사한 책임감경 규정을 두고 이를 임부의 낙태를 조력한 자에게도 적용하는 규정을 두는 것은 어떨까 하는 생각이다.

### ⑤의 점에 대하여

이 부분은 낙태를 원칙적으로 허용할 것인가, 누구의 주도적 지위를 인정할 것인가 하는 점과도 연결되어 있는 것으로 보인다. 그러나 이러한 논의는 단지 형법 혹은 법학적 접근만으로 해소될 수 있는 성질의 것은 아니라고 판단된다. 사유방식, 기한방식, 상담방식 등은 각각의 고유한 장단점을 가지는 것으로 관련된 분들의 숙의를 통하여 최대한의 문제의식을 가지고, 최소한의 공감대를 얻는 방식이 결합되어야 할 것으로 보인다. 다만 사족으로 덧붙이자면 굴이 강을 건너면 탕자가 된다는 굴화위지(橘化爲枳)를 염려하지 않을 수 없다. 어떠한 방식이건 우리나라에 와서 이상하게 변형되는 실제 운용상 왜곡이 발생하지 않기를 바랄 뿐이다.

⑥, ⑦, ⑨의 점에 대하여서는 원론적으로 동의하면서 덧붙이자면, 이러한 경우에 임부나 부모의 의사에 기한 낙태를 원칙적으로 금지하는 것이라면 그 임신 지속과 출산, 양육에 대하여 국가나 사회의 전폭적인 지원도 모자보건법 자체에 명문으로 규정되어 있어야 한다. 그렇지 않고, 낙태만을 금지함으로써 결과적으로 임부나 부모에게 전적인 출산과 양육의 부담을 지우는 것이라

면 그 좋은 윤리적 동기에도 불구하고 불법, 탈법적 낙태의 무게만을 지우는 것일 따름이다. 또한 이러한 부조 제도가 뒷받침되어야 낙태에 대한 법률적 비난도 한층 근거를 가지게 될 것이다. 소위 ‘안락사’ 논의에서도 그러하지만 ‘산 사람은 살아야 한다.’는 소박한 현실적 이유가 때로는 고상한 도덕과 윤리보다 현실적으로는 훨씬 더 강하게 작용할 수도 있기 때문이다. 또하나 사소한 문제이지만, 성범죄 피해가 확인된 경우에는 ‘임신 중단유보기간’을 적용해서는 안된다는 점도 언급하고 싶다.

⑧의 점에 대하여: 성범죄 피해자의 낙태

모자보건법상 규정이 문언적으로 ‘강간과 준강간으로 제한’되어 있는 것의 문제점은 앞서 언급한 바와 같고, 개정안에서도 이를 확대하고 있다. 다만 정현미 교수님 글에서는 ‘혼인빙자간음죄에 의하여 경우까지 확대하였다.’고 쓰시는데 종전 개정이유서를 그대로 인용하신 문제로 보인다. 이 규정은 오래 전에 삭제되었다. 또한 ‘태아의 생명권’을 제1의 법익으로 드는 논리의 한계가 여기서 나타나는데, 이 관점을 강력하게 유지한다면 오히려 1992년 법무부 개정안이 ‘혼인빙자간음’까지 포함시켰던 것을 문제라고 지적하여야 할 것이다. 이 죄는 비록 형법에 있긴 했지만, 그 부당성이 반복적으로 지적되어 왔던 것으로서 후에 결혼하지 않았다는 것이 문제였지, 잉태 당시에는 여느 남녀와 다름없는 관계로 이루어진 것이기 때문이다. 물론 ‘태아의 생명권’을 극단적으로 중시하는 입장에서는 그 밖의 성범죄의 경우에도 ‘태아의 책임’은 절대로 있을 수 없다. 그의 생물학적 부의 범죄의 결과 그가 잉태되었다고 하더라도 그에게 그 생물학적 부의 죄값을 물을 수는 없기 때문이다.

다른 사회경제적 사유의 경우에 임부에게 태아의 생명보다 그러한 사정이 더 중요한 것인가 하

는 논지의 비난이 가해지기도 하지만, 성범죄 피해자의 경우에는 그러한 비난이 가해질 수 없고, 이 경우의 임신의 지속은 성범죄 피해의 지속과 마찬가지로 마찬가지이다. 강간의 경우에도 엄격한 종교적 교리하에서 임신을 지속하여 출산 후에 입양 보낸 사례도 있지만, 그 마음의 고통은 신만이 아실 것이다. 그러나 보통의 평범한 俗人들에게 이러한 태도를 기대하는 것은 불가능해 보인다. 오히려 성범죄 피해자에게는 그들을 범죄 이전의 일상으로 회복시켜야 한다는 요구가 더 중요한 문제로 보인다.

V. 맺으며

이상으로 인공임신중절의 문제에 대해 형법적 시각에서 몇 가지 문제점을 간략하게 논의하였다. ‘낙태’라는 주제는 그 자체로서 우리들에게 쉽게 말할 수 없는 윤리, 도덕적 무게로 다가오는 주제이다. 누구도 생존할 수 있는 태아를 모체에서 제거하여 죽음에 이르게 하는 행위를 맹장, 편도선을 제거하는 수술과 동일한 맥락에서 논의하려고 하지는 않을 것이다. 그러나 또한 태아를 위해 임부가 자신의 삶을 희생하는 것이 고귀한 행동으로 칭송 받을 수는 있지만, 그것을 형벌로 강제하는 것, 그러면서 국가경쟁력 혹은 재생산을 운운하는 것이 국가의 형법정책으로서 적절한 태도라고 말하기는 힘들다. 필자의 개인적 의견을 말하자면 현행의 자기낙태죄를 존치하되, 형법에 별도로 낙태죄의 책임감경, 소멸사유를 명문화하고, 모자보건법의 규율방식이 불가피한 방식이라면 의학적 관점에서 결정된 제한 기간 내에서 외부 상담을 통한 확인을 거친 인공임신중절 방식이 그나마 최소한의 안전장치는 아닌가 한다.

지금도 각자의 가치관에 따라 첨예하게 대립하는 이 주제에 대해 아주 단편적인 시각만을 제공

할 수밖에 없는 형사법적 시각에서의 분석이 약간의 시사점이라도 제공하여 줄 수 있기를 기대한다. ㉞

## REFERENCES

- 1) 조 국. 낙태 비범죄화론. 서울대학교 법학 2013 ; 54(3) : 695-728.
- 2) 윤진숙. 낙태 법제에 한 이론 고찰, 법조 2012 ; 61(1) : 43-77.
- 3) 최규진. 낙태죄는 국가주의가 씌운 형벌이다: [의료와 사회] 낙태죄의 역사. 2018. 3. 4. Available from: [http://www.pressian.com/news/article.html?no=187517&utm\\_source=naver&utm\\_medium=search](http://www.pressian.com/news/article.html?no=187517&utm_source=naver&utm_medium=search) [cited 2018 Jun 23]
- 4) 신동일. 낙태죄 폐지에 대한 법적 이해에 대하여. 생명, 윤리와 정책 2018 ; 2(1) : 53-74.
- 5) 나영. 2016년 '검은 시위', '낙태죄 폐지'의 정치 의제화를 시작하다. 페미니즘 연구 2017 ; 17(1) : 301-320.
- 6) 이은진. 낙태죄의 의미 구성에 대한 역사사회학적 고찰. 페미니즘 연구 2017 ; 17(2) : 3-46.
- 7) 이석배. 낙태죄 존치론에 대한 반론. 한국의료법학회지 2018 ; 26(1) : 75-98.
- 8) 박종주. '낙태'는 죄였던 적이 없다-오늘의 낙태죄 폐지 운동. 여/성이론 2017 ; 37 : 321-330.
- 9) 신현호. 낙태죄에 관한 제문제. 저스티스 2010 ; (121) : 370-413.
- 10) 신동일. 모자보건법 제14조와 법체계. 모자보건법 제14조의 해석과 개정방향 심포지엄. 한국여성변호사회. 2017. 4. 24.
- 11) 약업신문. Available from: <http://m.yakup.com/?m=p&mode=view&nid=3000131950> [cited 2018 Jun 25]
- 12) 김성돈. 형법각론. 제4판. 서울 : 성균관대학교 출판부, 2015.
- 13) 이미경. 모자보건법 개정을 넘어 낙태권을 허용하는 형법 개정으로. 모자보건법 제14조의 해석과 개정방향 심포지엄. 한국여성변호사회. 2017. 4. 24.
- 14) 정현미. 모자보건법 제14조의 해석과 개정방향. 모자보건법 제14조의 해석과 개정방향 심포지엄. 한국여성변호사회. 2017. 4. 24.
- 15) 박남미. 낙태죄의 허용 한계 사유와 허용 한계 시기에 대한 고찰. 동아법학 2018 ; 78 : 27-57.
- 16) 손영수. 형법상 낙태와 모자보건법상 인공임신중절에 관한 의료법리학적 이해. 대한산부회지 2010 ; 53(6) : 467-474.

## Criminal Issues of Artificial Abortion

LEE Keun-Woo\*

### Abstract

Korean criminal law punishes abortion in principle and treats it as illegal unless it falls within the scope of specific exceptions. However, the provisions of the criminal law and the Mother and Child Health Act are not entirely consistent with each other. In addition, societal views on the status of women in abortion have changed in recent years. Views now range from the total abolition of the ban on abortion to the strengthening of punishment for the crime of abortion. This article critically examines some of the theoretical issues that are overlooked in typical discussions concerning abortion. More specifically, the article examines abortion from the perspective of the criminal law in an effort to provide some suggestions on how to resolve the moral conflict at the heart of the abortion debate.

### Keywords

abortion crime, artificial abortion, justification reason, decriminalization, Maternal and Child Health Law, Criminal Law

---

\* Department of Law, Gachon University : Corresponding Author