

배아의 생명권에 관한 입법과 판례의 비교법적 검토

유 지 홍*

〈국문초록〉

2019년 4월 11일 헌법재판소는 형법 제269조(자기낙태죄) 등에 관한 위헌법률심판에서 ‘헌법불합치 결정’을 선고하였다. 이제 낙태죄 관련 법률들의 개정은 시급히 해결해야 할 당면과제가 되었다.

현행법을 검토해보면, 배아의 지위에 관한 민법과 형법, 생명윤리법의 입장이 모두 상이하다. 가장 주된 이유는 형법은 1953년, 민법은 1958년에 제정되어 지금까지 큰 변화 없이 유지되고 있는 반면, 생명윤리법은 2004년에 제정되었기 때문이다. 50여 년의 시간 동안 생명과학은 비약적으로 발전해 왔기에, 그 기간만큼 첨단과학과 민법, 형법의 간극이 발생했다고 볼 수 있다. 미출생 생명에 관한 문제는 법률의 부재이기에 현행법을 그대로 적용할 수는 없으며, 결국 입법적으로 보완하여 해결할 수밖에 없는 상황이다.

법률의 개정과 관련하여, 비교법적인 측면에서 반드시 검토하고 편입해야 할 내용으로, 일본의 ‘낙태시술 의사 신고의무’와 독일의 ‘임신갈등법’을 들 수 있다.

현재 우리나라는 낙태와 관련한 통계조차 확인할 수 없는 상황임을 부인할 수 없다. 대부분의 낙태가 암암리에 행하여지고, 불법시술이라는 명목으로 일부 의료기관이 폭리를 취하는가 하면, 임신부가 범죄에 노출되기도 한다. 이러한 상황을 근절하기 위해서는, 담당 의사에게 시술건수와 낙태이유를 신고하게 하여, 관할 행정기관이 공식적으로 통제하고 엄격하게 관리·감독해야 한다. 일본 모체보호법은 낙태시술을 하는 지정의사는 매월 10일까지 관할 행정기관에 신고하도록 하고 있다. 우리나라 모자보건법 개정 논의에 있어서도 이러한 신고의무를 면밀히 검토하여 편입할 필요가 있다고 생각된다.

2019년 헌법불합치 결정이 종래의 법체계와 판례를 완전히 뒤집는 결과를 초래했음에도, “태아는 모체와는 별개로 생명권의 주체이다”라는 대전제는 동일하게 유지하고 있다. 그렇다면 ‘여성의 자기결정권’을 우선시하는 입장을 취한다고 하더라도 ‘태아의 생명권 보호’를 도외시해서는 안될 것이다. 독일의 형법 제218조a와 제219조, 특별법인 ‘임신갈등법’을 보면, 태아의 생명권을 최우선에 두면서도 ‘12주 이내 낙태’ 여부에 관한 마지막 선택은 임신부의 자기결정권에 따르도록 하고 있다. 양립하기 힘든 두 기본권을 규범조화적으로 해결하기 위한 취지로 볼 수 있다. 향후 낙태죄 관련 법률의 개정을 논의함에 있어서도, 이러한 해결방법은 반드시 참조하여 우리 법에 반영해야 할 것으로 생각된다.

* 경북대학교 법학연구원 연구원, 법학박사

주제어 : 배아, 생명권, 자기결정권, 낙태죄, 독자적 생존능력

• 투고일 : 2021.6.24. / 심사일 : 2021.7.23. / 게재확정일 : 2021.7.26.

I. 서론

2019년 4월 11일 헌법재판소는 형법 제269조(자기낙태죄) 등에 관한 위헌법률심판에서 ‘헌법불합치 결정’을 선고하였다. 헌법재판소는 결정문을 통해 “입법자는 ‘결정가능기간’, ‘사회적·경제적 사유’, ‘상당요건과 숙려기간’ 등에 관하여 입법재량이 있으며, 이러한 것들을 어떻게 조합하고, 절차적 요건을 부과할 것인지에 관하여 결정한 후 2020년 12월 31일까지 법률을 개정하라”고 판시하였다. 낙태죄 관련 법률들의 개정은 시급히 해결해야 할 당면과제가 되었다. 본 논문은 이러한 상황을 염두에 두고, 현행법과 외국 입법례·판례 등을 구체적으로 고찰하였다. 향후 개정논의에 있어서는 배아의 본질과 국제적 흐름을 충분히 검토하여, 합리적인 법체계가 수립될 수 있었으면 하는 바램이다.

현재 배아의 법적지위와 관련된 내용은 민법, 생명윤리법, 형법, 모자보건법 등에 다양하게 규정되어 있다. 하지만, 구체적인 개념과 내용은 모두 상이하다. 그 이유는 1953년에 형법, 1958년에 민법, 1973년에 모자보건법이 각각 제정되어 큰 변화 없이 유지되고 있는 반면, 생명윤리법은 2004년에 제정되었기 때문이다. 50여년의 시간동안 생명과학은 비약적인 발전을 하였고, 생명의 본질도 많이 밝혀냈다. 하지만 50여년 전에 제정된 형법과 민법 등은 첨단과학적 상황을 전혀 상정하지 못했기에, 현대에 와서는 그 시간만큼의 괴리가 발생했다고 볼 수 있다. 수정된 배아의 본질에 관하여, 첨단과학에 근거하여 이론적 검토가 이루어지고 그 결과를 토대로 합리적인 법체계가 확립될 수 있도록 폭넓은 연구와 논의가 필요한 시점이다.

헌법재판소는 배아의 법적지위와 관련하여 4차례의 결정을 하였다. 2008년에는 ‘민법’, 2010년에는 ‘생명윤리법’, 2012년과 2019년에는 ‘형법과 모자보건법’의 관련규정에 관하여 각각 위헌여부를 판단하였다. 하지만, ‘태아는 독립된 생명권의 주체이다’라는 대전제만 계속 유지될 뿐 일관된 체계를 보여주지는 못하고 있다. 배아의 생명권과 낙태죄를 둘러싼 논쟁은 비단 우리나라만이 아니라, 전 세계적으로도 가장 뜨거운 쟁점이다. 세계 주요국들 역시 우리와 유사한 혼란과 갈등을 거치면서 그들만의 적합한 법체계를 정립해가고 있다.

2019년 낙태죄 위헌법률심판을 앞두고 비교법적 측면의 검토가 많이 있었으나, 안타깝게도 근거를 알 수 없는 불확실한 내용들이 수없이 회자되곤 하였다. 향후 주요 국가들의 법률과 국제적인 흐름을 면밀히 검토하여 법률의 개정논의에서 합리적인 해결방법을 찾아가야 할 것이다.

이러한 여러상황들을 전제로, 본 논문에서는 배아의 법적지위에 관한 이론적 검토와 법체계 구축을 위하여, 관련 법률과 판례들을 비교법적으로 검토하고 고찰하도록 한다. 제2장에서는 국내의 법률과 판례에 관하여 검토한다. 민법상 권리능력과 태아의 지위, 형법상 낙태죄, 모자보건법상 낙태허용사유 등을 차례로 검토하고, 배아의 본질을 고려한 개정의견을 제시하도록 한다. 또한 2008년, 2010년 2012년, 2019년에 있었던 헌법재판소 결정과 각각의 결정에서 드러난 ‘배아의 법적지위에 관한 헌법재판소의 입장’을 정리한다. 제3장에서는 우리와 가장 유사한 체계를 가지고 있는 일본의 형법과 모체보호법을 구체적으로 살펴본다. 특히, 입법적인 측면에서 우리나라 법률과의 차이점을 검토한 후 이를 통해 우리 형법과 모자보건법 개정에서의 시사점을 고찰하도록 한다. 제4장에서는 독일의 형법과 임신갈등법, 그리고 판례를 구체적으로 검토한다. 독일은 특히 통일 직후에 낙태죄와 형법에 많은 변화를 겪게 되었고 그러던 중에 임신갈등법이 제정되었다. 이러한 구체적 상황과 관련내용을 검토하고 우리나라 법률 개정에서 특히 참고해야할 사항들을 정리하도록 한다. 제5장에서는 우리와는 상이한 법체계를 취하면서도 최근에 많은 영향을 미치고 있는 미국의 판례와 최근의 경향에 관하여 검토한다. 미국은 1973년 Roe v. Wade 사건이 낙태허용의 전환점이 되었으나, 이후 그 취지와 상반된 판례들도 계속 이어졌다. 또한 최근에는 오히려 배아의 생명권을 수호하려는 새로운 입법과 활동이 전개되기도 한다. 미국에서의 이러한 흐름을 검토하고 우리나라의 법개정에 주는 시사점을 고찰하도록 한다. 제6장에서는 결론으로서 본 논문에서 검토한 입법례와 판례들을 정리하고, 배아의 법적지위에 부합하는 합리적인 법체계와 관련한 입법론을 제시한다. 특히, 2019년 헌법불합치 결정에 따른 낙태죄 개정과 관련하여, 규범조화적인 입법을 위해 반드시 필요한 사항들을 검토하여 사건으로 제시하도록 한다.

II. 국내의 법률과 판례

1. 민법상 배아의 지위

우리 민법 제3조는 “사람은 생존하는 동안 권리와 의무의 주체가 된다”고 명시하여 권리의 주체로서의 사람(人)을 규정하고 있다. 또한 제98조는 “본법에서 물건이라 함은 유체물 및 전기 기타 관리할 수 있는 자연력을 말한다”고 규정하여 권리의 객체인 물건을 정의하고 있다. 이렇게 민법은 권리의 주체와 객체의 이분법을 취하고 있다. 다만, 태아(胎兒)의 경우에는 사람(人)은 아니지만, 제한적으로나마 권리주체성을 인정하고 있다. 따라서 배아 등 모든 미출생 생명의 법적지위에 관한 논의는 민법에 규정된 태아와 비교하면서 검토되어야 한다.¹⁾

(1) 태아의 시기(始期)

민법상 규정된 미출생 생명은 태아가 유일하다. 따라서 제외수정란이나 체내 미착상 수정란 등이 태아로서의 법적지위를 가질 수 없다면, 민법 제98조의 ‘물건(物件)’으로 파악할 수밖에 없다. 과거에는 임신부의 체내에 존재하는 태아가 전부였으나, 현재는 첨단과학의 영향으로 다양한 형태의 미출생 생명이 존재하고 있다. 체내에도 ‘착상된 수정란’과 ‘미착상 수정란’이 있으며, 제외수정란 중에는 ‘원시선이 발생한 수정란’과 ‘원시선이 발생하지 않은 수정란’이 있다. 또한 수정 후 4~5개월에 체외로 적출된 ‘초미숙아’도 있다. 이렇게 과거

1) 민법상 권리능력을 갖는 사람의 시기(始期)에 관해서는 종래 여러 가지 학설이 제기되었으며, 그 예로는 ‘진통설’, ‘일부노출설’, ‘전부노출설’, ‘독립호흡설’ 등이 있었다. 민법학계의 통설은 명확하게 시기를 확정할 수 있다는 점에서 ‘전부노출설(全部露出說)’을 취하고 있다. 형법에서 영아살해죄(형법 제251조)를 규정하여 분만이 시작된 ‘진통시(陣痛時)’를 사람의 시기로 보는 것과는 분명한 차이가 있다(곽윤직·김재형, 민법총칙, 박영사, 2012, 95-96면; 이은영, 민법총칙, 박영사, 2009, 129면; 강태성, 민법총칙, 대명출판사, 2013, 105면). 다만, 모체 밖에서 동결보존한 정자와 난자를 이용해서 임신·출산한 때에는 현행법을 적용하기 힘든 경우가 많으며, 이러한 경우에는 특별법의 제정이 필요하다는 견해가 유력하게 제기되고 있다(곽윤직·김재형, *supra* note 1, 96면).

한편, 해석론으로 태아도 사람에 포함시키려는 입장이 있다. 즉, 민법 제3조의 ‘사람’에 ‘태아(胎兒)’를 포함시키고, ‘생존’이라는 개념에 태아의 ‘생명으로의 발달가능성(세포분열)’을 포함하여 태아를 완전한 권리능력자로 인정하려는 해석방법이다(김천수, “태아의 법적지위”, 비교사법 제10권 제2호, 한국비교사법학회, 2003, 43-45면). 사건(私見)으로 이러한 해석은 문언(文言)의 일반적인 해석범위를 지나치게 넘어서는 것이며, 일반적인 사회관념으로도 수용하기 힘들다. 따라서 태아를 권리능력자로 보호하기 위해서는 입법론으로 해결할 수밖에 없을 것이다.

와는 달리 다양한 미출생 생명이 존재하므로, 생명권의 주체이며 제한적으로나마 권리능력을 가지는 ‘태아(胎兒)’와, 권리객체인 ‘물건(物件)’이 어떻게 구분되는지 논의의 필요성이 커지고 있다.²⁾

‘착상시설’은 ‘태아’로서의 실체를 가지는 것은 수정란이 모체에 착상한 때부터라는 입장이다.³⁾ 따라서 체외수정란이나 체내의 미착상 수정란은 태아로서의 지위를 갖지 못한다. 그 논거로는 체외에서 수정한 배아를 활용한 체외수정의 성공률이 현재도 높지 못하다는 점,⁴⁾ 현대 과학기술로는 체외수정란이 냉동보관되면 착상되기까지의 시간이 무한정 길어질 수 있다는 점⁵⁾ 등을 들고 있다.⁶⁾

‘수정시설’은 일단 수정된 이후에는 착상 전이라도 인간생명으로 확정되며, 권리의 주체로 인정될 수 있다는 견해이다.⁷⁾ 한 생명체의 본질과 동일성의 근원은 ‘수정시’에 형성된 유전자로 확정되므로, 수정 이후의 세포분열과 착상, 출생에 이르는 일련의 과정 중에서 어느 시점을 임의로 구분하여 인간생명의 시작을 논할 수는 없다는 입장이다. 생명의 본질은 수정시에 이미 확정되었기에, 수정란과 출생자도 그 본질은 동일하며, 태아의 시기(始期)도 당연히 ‘수정시’로 해야 한다고 주장한다.⁸⁾ ‘수정시설’을 따를 경우, 의학·생명공학계에서 체외배아의 파괴를 전제로 진행하던 임상시험에는 많은 제약이 따르게 된다.⁹⁾

2) 이러한 논의는 생명공학이나 의학연구와도 밀접한 관련이 있다. 연구목적으로 수정란을 활용하기 위해서는, 그 수정란이 적어도 ‘태아’로서의 법적지위를 갖기 전에 해야 한다. 특히 원시선이 발생한 이후에는 배아줄기세포 추출 등에 활용할 수 없으므로, 과학계에서는 원시선이 나타나는 ‘수정 후 14일’이후를 인간생명체로서의 기준으로 제시한다.

3) 고상용, 민법총칙, 법문사, 2005, 83-84면; 이은영, *supra* note 1, 130-131면; 김주수·김상용, 민법총칙, 삼영사, 2011, 84-85면.

4) 한봉희, “인공수정자법의 연구”, 법학연구 제14집, 전북대학교 법학연구소, 1987, 26-27면.

5) 박동진, “출생 전 생명에 대한 민사법적 고찰”, 의료법학 제10권 제1호, 대한의료법학회, 2009, 105-106면.

6) 다만, 수정란이 태아는 아니라 할지라도 인간 생명의 상징이므로 인간으로서의 존엄성이 부정되어서는 안된다는 주장이 있으며(한봉희, *supra* note 4, 27면), 시험관 아기 시술 성공률이 현재도 높은 단계에 이르면 시험관의 ‘체외 수정란’도 민법상 태아로 볼 수 있게 될 것이라는 입장이 있다(고상용, *supra* note 3, 84면).

7) 문국진, “인공수정의 범의학적 문제”, 대한법의학회지 제10권 제2호, 대한법의학회, 1986, 73면; 김진수, *supra* note 1, 35면.

8) 박선영, “인간의 존엄과 가치 그리고 배아”, 헌법학연구 제13권 제1호, 한국헌법학회, 2007, 388면.

9) 수정시설은 특히 천주교를 비롯한 종교계에서 강하게 주장하고 있다. 교황 ‘요한 바오로 2세’는 1995년 「생명의 복음」을 발표하면서 “난자가 수정된 순간부터 생명은 시작되었고, 그것은 아버지나 어머니의 것도 아닌, 자신의 성장력을 지닌 한 새로운 인간의 생명이다 … 인간은 수태(受胎)의 순간부터 한 개체로서 존중되고 정중히 다루어져야 한다”라고 밝혔다(김일수, “인간복제의 윤리적·법적 문제”, 법조 제48권 제7호, 법조협회, 1999, 11-12면).

‘수정 후 14일 설’은 냉동배아나 복제배아 등 체외수정란을 연구와 실험에 활용하려는 과학계에서는 특히 강조하고 있다. 인간생명체라고 하기 위해서는 원시선(primitive streak)이 나타나는 수정 후 14일 이후라야 한다고 주장이다. 영국 「인간의 수정과 발생에 관한 법(HFEA)」은 제3조에서 원시선이 나타나는 14일 이후에는 배아의 활용에 관한 허가를 받을 수 없다고 명시하여, 이 시기를 ‘인간생명체’의 기준으로 보고 있다. 또한 우리나라 「생명윤리 및 안전에 관한 법률」 제17조도 잔여배아의 연구와 활용시기를 ‘원시선’이 나타나기 이전으로 명시하고 있다. 과학적 측면에서는 연구의 실효성과 관련한 또 다른 이유가 있다. ‘분화력 있는 배아줄기세포’는 원시선이 발생하지 않은 수정란에서만 추출할 수 있다. 따라서 수정 후 14일 이전의 배아는 연구와 실험에 충분히 활용하기 위해 ‘생명성’이 부정되어야 하지만, 원시선이 발생한 수정 후 14일 이후에는 연구와 실험의 효용성이 없기에 ‘생명성’을 인정하고 연구와 실험을 금지하여도 아무런 지장이 없게 된다.

(2) 민법상 태아의 보호

태아는 비록 그 생명의 유지를 위하여 모(母)에게 의존해야 하지만, 그 자체로 모(母)와는 별개의 생명체이다. 태아도 헌법상 생명권의 주체가 되며, 국가는 태아의 생명을 보호할 의무를 진다. 헌법재판소도 결정을 통해서 이러한 입장을 여러 차례 분명히 밝혔다.¹⁰⁾ 하지만, 민법상 권리능력의 인정과 관련해서는 보호방법과 정도에 있어서 차이를 보인다.

‘일반적 보호주의’는 모든 법률관계에 있어 태아의 권리능력을 인정하는 입법이다. 구체적으로 2가지가 있다. 첫째는 ‘모든 법률관계’에서 태아를 출생한 것으로 보고 권리능력을 인정하는 방식이다. 스위스 민법 제31조 제2항과 이탈리아 민법 제1조 제2항이 이러한 내용을 명시하고 있다. 둘째는 ‘태아에게 이익이 되는 모든 법률관계’에서 태아를 출생자와 동일하게 권리능력을 인정하는 방식이다. 로마법과 중화민국(대만) 민법 제7조가 취하는 입장이다.¹¹⁾ 특히 스위스 민법 제31조 제2항은 “태아는 살아서 출생할 것을 유보하여 출생 전에 권리능력이 있다”라고 명시하고 있다. 따라서 스위스에서 태아는 살아서 출생할 것을 조건으로 자연인으로서의 권리를 갖게 된다.¹²⁾

10) 헌재 2008. 7. 31 선고 2004헌바81 결정; 헌재 2012. 3. 23 선고 2010헌바402 결정; 헌재 2019. 4. 11 선고 2017헌바127 결정.

11) 강태성, *supra* note 1, 106면.

12) 이은영, *supra* note 1, 131면.

‘개별적 보호주의’는 태아의 보호에 꼭 필요한 법률관계에 한하여, 제한적으로 열거하여 권리능력을 인정하는 입법방식이다. 개별적 보호주의의 저변에는 ‘출생한 자’만이 권리능력을 갖는 것을 원칙으로 삼는다는 취지가 있다. 이 방식은 적용범위가 명료하다는 장점은 있으나, 보호범위가 협소하여 태아의 보호에 충분하지 못하다는 단점이 있다. 우리 민법을 비롯하여, 독일 민법, 프랑스 민법, 일본 민법이 개별적 보호주의를 취하고 있다.¹³⁾

(3) 사건

생명은 수정 이후에 분할, 착상, 분리, 출산 등의 과정을 거치며 수정 후 14 일에는 원시선이 발생한다. 생명의 시기(始期)와 관련해서는 수정시, 착상시, 원시선 발생시 등 여러 의견이 제시되었다. 하지만, 착상이나 원시선 등은 수정 이후의 배아가 거쳐가는 ‘일련의 과정’에 지나지 않는다. 또한 현대 생명과학은 체외수정을 보편화시켰으며, 인공자궁 등을 통하여 수정과 그 이후의 모든 과정이 체외에서 이루어지도록 기술적으로 대체해가고 있다는 점을 주목할 필요가 있다. 이러한 점들을 감안한다면, ‘유전자’가 확정되고 ‘발육(세포분열)’을 시작하는 수정시를 생명의 시작으로 보는 것이 타당할 것이다. 민법상 유일한 미출생 생명인 ‘태아’의 시기(始期)도 인간생명의 시기(始期)인 ‘수정시’로 보는 것이 타당하다고 생각된다.¹⁴⁾

입법적으로는 스위스나 이탈리아처럼, 모든 법률관계에서 태아의 권리능력을 인정하는 ‘일반적 보호주의’로의 전환을 검토해볼 필요가 있다. 하지만, 태아가 출생자와 동일한 권리능력을 가지려면 민법 제3조를 “사람은 수정(受精)된 때로부터, 생존하는 동안 권리와 의무의 주체가 된다”로 개정하는 것이 근본적인 해결책이 될 것이다. 다만, 민법상의 이러한 논의는 일반사법의 입장에서 원칙을 정립하는데 목적이 있다. 이러한 원칙을 바탕으로 현재 허용중인 ‘체외수정’이나 ‘제한적 배아 연구’ 등은 다시 특별법으로 논의할 수 있을 것이다. 원칙의 정립은 예외적 허용범위를 명확히 하고, 인간존엄성과 법적안정성

13) *Ibid.*, 131면. 후술하는 바와 같이 헌법재판소는 결정을 통해 태아의 권리능력을 인정한 민법 제762조의 적용에 있어서도, 민법 제3조를 전제로 한다고 판시하였다(2004헌바81 결정). 이러한 입장에 의하면, 명문의 규정은 없을지라도 태아의 보호를 위한 권리는 살아서 출생한 것을 전제로만 적용할 수 있다.

14) 수정란에서 배아, 태아로 이어지는 생명의 연속성의 관점에서 보면, 수정란은 이미 추상적·잠재적 인간으로서의 존엄과 가치를 가진다고 할 것이다[Nigel M. de S. Cameron, “Pandora’s Progeny: Ethical Issues in Assisted Human Reproduction”, 39 *Fam. L.Q.* 745 (2005), pp.748-750].

을 공고히 하는데 도움이 될 것으로 생각된다.¹⁵⁾

2. 형법과 모자보건법 규정

낙태죄에 관해서는 형법 제정 당시부터 많은 논쟁이 있었다. 법사위의 ‘낙태죄 존치안’이 표결에까지 부처졌으며, 그 결과 다수표를 얻게 되어 1953년 형법에 규정되었다. 하지만 1960년대 이후부터 정부가 경제개발의 일환으로 강력한 출산억제정책을 실시하면서 새로운转机(轉機)를 맞게 된다. 인구억제정책의 일환으로 가족계획사업이 추진되었으며 경제개발 5개년 계획하에 지속적으로 이어지게 되었다. 대한가족협회, 가족계획어머니회 등의 민간단체가 조직되고 농촌지역을 중심으로 계몽교육, 피임보급의 확대 등의 사업이 추진되었다. 1973년 「모자보건법」의 제정으로 ‘낙태 허용’에 관한 법적근거를 확보하게 되었고, 불임과 피임에 대한 정부지원도 확대되었다.

다만, 형법 제269조와 제270조에 규정된 낙태죄 규정과 모자보건법 제14조 규정은 후술하는 바와 같이 2019년 헌법불합치결정을 받았으며, 그 취지에 따라 개정되어야 한다. 이하에서는 개정에 관한 논의와는 별개로 현행법을 중심으로 살펴보도록 한다.

(1) 형법의 규정

배아를 포함한 미출생 생명의 법적지위와 관련하여, 형법은 제27장 낙태의 죄에서 규정하고 있다. 구체적으로는 자기낙태죄(제269조 제1항), 동의낙태죄(제269조 제2항), 업무상동의낙태죄(제270조 제1항), 부동의낙태죄(제270조 제2항), 낙태치사상죄(제269조 제3항, 제270조 제3항)에 관하여 명시하고 있다.

낙태죄는 분만기에 앞서 인위적으로 태아를 모체 밖으로 배출하거나, 모체 내에서 태아를 살해하는 것을 내용으로 하는 범죄이다. 낙태죄는 ‘태아의 생명’을 주된 보호법익으로 하고, 부차적으로 모체의 생명·신체의 안전도 보호법익으로 한다고 보는 것이 현재 학계의 다수설이다. 현행 형법이 임부의 동의유무에 따라 형의 경중에 차이를 두고 있는 점이나, 낙태치사상죄를 무겁게 처벌하고 있는 점 등을 근거로 들고 있다.¹⁶⁾

15) 자세한 내용은 유지홍, “태아의 권리능력 재논의 필요성에 대한 제언”, 한국의료윤리학회지 제17권 제1호, 한국의료윤리학회, 2014, 29-31면 참조.

16) 이재상·장동민·강동범, 형법각론, 박영사, 2017, 90면; 배종대, 형법각론, 홍문사, 2013, 150면. 이에 반해 각 조항별로 구분하는 견해도 다음과 같이 제기된다. 자기낙태죄와 단순동의낙

민법에서의 논의와 달리 형법상 태아 시기(始期)는 ‘수정란이 자궁점막에 착상한 때’로 확정되어있다. 따라서 아직 착상되지 못한 수정란의 배출은 낙태가 아니다. 또한 ‘사람의 시기(始期)’가 ‘태아의 종기(終期)’가 된다. 현행 형법은 제251조에서 영아살해죄를 규정하고 있고, 분만이 개시되는 ‘진통시(陣痛時)’를 영아살해죄가 성립하는 사람의 시기(始期)로 보고 있다. 따라서 낙태죄가 성립하는 태아는 착상이후부터 진통시(분만을 개시한 때) 이전까지를 말한다.¹⁷⁾

(2) 모자보건법 규정

모자보건법은 제14조에서 ‘인공임신중절수술의 허용한계’를 명시하고 있다. 또한 시행령 제15조 제1항에서는 이러한 허용사유의 경우에도 ‘임신 24주’이내인 태아에 대해서만 할 수 있다고 규정하고 있다. 1973년 모자보건법 제정당시에는 임신 28주로 되어 있었으나, 2009년 7월에 임신 24주로 개정하였다. 하지만 첨단의료기술을 고려한다면 현행 24주 규정은 더 앞당겨져야 할 것으로 생각된다.¹⁸⁾ 모자보건법상 허용요건 중 쟁점이 되는 사항들을 살펴보면 다음과 같다.

첫째 모자보건법 제14조 제1항은 ‘배우자의 동의’를 요구하고 있다. 낙태죄폐지를 주장하는 입장에서는 이 조항을 대표적인 가부장제의 유물로 보고, 삭제할 것을 요구하고 있다.¹⁹⁾ 미국연방대법원은 *Planned Parenthood v. Robert P.*

태죄, 업무상 동의낙태죄의 보호법익은 ‘태아의 생명’이다. 하지만 부동의낙태죄는 태아의 생명이 주된 보호법익이지만 임부의 의사결정의 자유도 부차적인 보호법익이 되고, 낙태치사상죄는 태아의 생명을 주된 보호법익으로 하지만 임부의 생명·신체의 완전성도 부차적인 보호법익으로 한다(김일수·서보하, 새로쓴 형법각론, 박영사, 2016, 35면; 김성돈, 형법각론, 성균관대학교출판부, 2019, 105면).

17) 사람의 시기(始期)는 규칙적인 진통을 동반하면서 태아가 태반으로부터 이탈하기 시작한 때 다시 말하면 분만이 개시된 때(소위 陣痛說 또는 分娩開始說)라고 봄이 타당하며 이는 형법 제251조(영아살해죄)에서 분만 중의 태아도 살인죄의 객체가 된다고 규정하고 있는 점을 미루어 보더라도 그 근거를 찾을 수 있는 바이니, 조산원이 ‘분만 중인 태아’를 질식사에 이르게 한 경우에는 업무상 과실치사죄가 성립한다(대법원 1982. 10. 12 선고 81도 2621 판결).

18) 최근 초미숙아 생존가능성점이 점점 앞당겨지고 있으며, 국내에서도 임신 22주의 초미숙아가 생존한 사례가 다수 보고되고 있다. 실제 독일형법 제218조a 제4항은 임신 22주를 규정하고 있다. 또한 2019년 헌법재판소의 헌법불합치결정에서도 결정가능기간으로 22주를 제시하였다.

19) 만약 배우자가 동의하지 않을 경우 결국 법원으로 가야하는데, 부녀가 자신의 신체에 대한 처분권을 법원에 인정하는 결과가 되어 극히 불합리하다. 또한 법률혼 및 사실혼 배우자의 동의를 필요할 뿐이지 단순한 연애·동거 관계인 남성의 동의는 요구하지 않으므로 형평에도 맞지 않다(조국, “낙태비범죄화론”, 서울대학교 법학 제54권 제3호, 서울대학교 법학연구소, 2013, 713-714면).

Casey 사건에서 「펜실베이니아 주 낙태규제법」 중 ‘낙태를 원하는 여성은 배우자에게 고지했다는 증빙서류가 있어야 한다’는 조항에 대해 위헌을 선언하였다.²⁰⁾ 향후 국내에서의 개정논의에서도 첨예한 의견대립이 있을 것으로 생각된다.²¹⁾

둘째 모자보건법 제14조 제1항 제5호는 ‘모체의 건강을 심각하게 해칠 우려가 있는 경우’를 명시하고 있다. ‘건강을 해칠 우려’라는 표현은 신체에 가해질 수 있는 대부분의 위험으로 확대해석 될 여지가 크기 때문에, 명확한 제한이 필요하다는 우려가 제기되었다. 이에 대법원은 “임신의 지속이 모체의 건강에 심각한 위험을 초래하게 되어 모체의 생명과 건강만이라도 구하기 위해 인공임신중절수술이 부득이하게 필요한 경우를 말한다”라고 판시한 바 있다.²²⁾²³⁾

셋째 상담제도의 도입 여부이다. 임산부가 직면한 극도의 불안을 해소해주고, 심리적 안정과 장래에 대한 희망을 갖도록 하기 위해, 반드시 필요한 제도로 논의되고 있다. 독일형법은 제219조에서 ‘응급상황이나 갈등상황에 있는 임산부의 상담’에 관하여 자세하게 규정하고 있고, 「임신갈등법(das Schwangerschaftskonfliktgesetz)」을 통해 현장에서 실효성 있게 상담을 진행하고 있다. 여성의 인격권과 태아의 생명권 모두를 보호하기 위해 반드시 검토되어야 할 사항으로 생각된다.

넷째 낙태시술 의사의 신고의무이다. 일본 모체보호법은 제25조에서 낙태시술을 한 의사는 다음 달 10일까지 지방자치단체 장에게 보고하도록 규정하고 있다. 현재 국내에서는 대부분의 낙태가 암암리에 진행되고 있는 까닭에 통계조차 확인할 수 없는 실정이며, 그런 상황을 이용하여 경제적 폭리를 취하는 의료기관도 다수 보고되었다. 따라서 일본에서 시행하듯이, 낙태시술을 한 의사에게 신고의무를 부과하여, 정확한 통계를 바탕으로 효율적인 관리감독과 행정지도를 할 필요가 있다.

20) Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania v. Robert P. Casey, 505 U.S. 833 (1992).

21) 사건(私見)으로 배우자의 동의를 얻는 것은 공동생활을 하고, 공동의 책임을 져야 하는 입장에서 당연한 것이라고 생각된다. 가부장적 사고라기보다는 자녀에 대한 양육권이 부부 양자에게 있다는 점에서 ‘자연권’에 입각한 규정이라고 생각된다. 일본 모체보호법 제14조도 우리와 동일한 규정을 두고 있다.

22) 대법원 1985. 6. 11. 선고 84도1958 판결.

23) 사건(私見)으로는 제5호는 연간 시술되는 수십만건의 낙태 중 상당수를 합법화시키는 역할을 했다고 생각된다. 실제로도 신체적 건강뿐만 아니라 정신적 건강을 포함한 대부분의 경우로 확대 해석될 수 있으며 그렇게 될 경우 낙태죄는 사실상 사문화된다. 따라서 ‘우생학적 또는 유전학적 질환’과 ‘전염성 질환’에 대해 시행령 제15조 제2항과 제3항에서 구체적인 범위를 확정했듯이, 제5호도 시행령을 통해 어느 정도라도 그 범위를 확정할 필요가 있다고 생각된다.

3. 헌법재판소 결정

과거와 달리 현재는, 첨단과학의 발달로, 수정 이후의 미출생 생명의 형태가 체내, 체외에서 다양하게 존재할 수 있게 되었다. 따라서 이제는 모든 법률의 해석과 적용에 있어서 미출생 생명의 명확한 정의와 법적지위에 관한 검토가 반드시 필요하게 되었다. 법률상의 변화는 없었으나, 이미 현실에서는 해석상 논란의 대상이 되고 있으며, 헌법재판소 결정에서도 수차례 다루어 졌다. 이하에서는 2008년, 2010년, 2012년, 2019년에 헌법재판소에서 있었던 배아·태아 등과 관련한 헌법소원 사건과, 이들 각각의 결정을 통해 밝힌 ‘미출생 생명의 법적지위에 관한 헌법재판소의 입장’을 차례로 살펴보도록 한다.

(1) 헌재 2008. 7. 31 선고 2004헌바81 결정

본 결정은 사산한 태아가 민법 제3조의 출생을 전제로 하지 않고, 민법 제762조의 손해배상청구권을 행사할 수 있는가에 관한 것이었다.

헌법재판소는 본 결정을 통해 “태아도 헌법상 생명권의 주체가 되며, 국가는 헌법 제10조에 따라 태아의 생명을 보호할 의무를 진다”고 판시하였다. 또한 “국가가 생명을 보호하는 입법적 조치를 취함에 있어, 인간생명의 발달단계에 따라 보호정도나 보호수단을 달리하는 것은 불가능하지 않다”고 전제하면서, “법치국가원리로부터 나오는 법적안정성의 요청은 인간의 권리능력이 언제부터 시작되는가에 관하여 가능한 한 명확하게 그 시점을 확정할 것을 요구한다. 따라서 인간이라는 생명체의 형성이 출생이전의 그 어느 시점에서 시작됨을 인정하더라도, 법적으로 사람의 시기를 출생의 시점에서 시작되는 것으로 보는 것이 헌법적으로 금지된다고 할 수 없다”라고 판시하였다.

권리능력의 존재 여부를 출생시를 기준으로 확정하고 태아에 대해서는 살아서 출생할 것을 조건으로 손해배상청구권을 인정한다 할지라도, 이것이 입법형성권의 한계를 명백히 일탈한 것으로 보기는 어려우므로, 민법 제3조와 제762조는 헌법에 위반하지 않는다고 결론내렸다.

특히, 본 결정은 ‘태아가 생명권의 주체인가?’인가라는 쟁점에 대하여 분명한 입장을 밝혔다는 점에서 큰 의미가 있다. 본 결정에서 “태아는 모체와는 별개로 헌법상 생명권의 주체가 되며, 국가는 헌법 제10조에 따라 태아의 생명을 보호할 의무를 진다”라고 판시한 내용은 생명윤리의 가장 본질적인 부분에 관하여 중요한 원칙을 밝힌 것으로 볼 수 있다. 이후에 이어지는 2010년, 2012년, 2019년 판례에서도 본 결정을 취지를 그대로 따르고 있다.

(2) 헌재 2010. 5. 27 선고 2005헌마346 결정

본 결정에서는 체외에 보관 중인 ‘냉동배아’가 헌법상 기본권 주체성을 가지는가 하는 점이 가장 본질적인 쟁점이었다.

헌법재판소는 다음과 같은 논거를 들며, ‘냉동배아’의 기본권 주체성을 부정하였다. 첫째, ‘착상’되거나 ‘원시선’이 나타나지 않은 이상 현재의 자연과학적 인식수준에서 독립된 인간과 배아 간의 개체적 연속성을 확정하기 어렵다고 보는 것이 일반적이다. 둘째, 현재의 과학기술 수준에서 ‘모태 속에 수용’될 때 비로소 독립적인 인간으로서의 성장가능성을 기대할 수 있다. 셋째, 수정 후 착상 전의 배아가 인간으로 인식된다거나 그와 같이 취급할 필요성이 있다는 ‘사회적 승인’이 있다고 보기 어렵다.

본 결정은 ‘체외 배아’의 법적지위와 기본권주체성에 관하여 최초로 판단을 내렸다는 점에서 큰 의미를 가진다. 하지만, 체외배아의 법적지위와 관련하여 사회적인 통념을 고려했을 뿐, 과학적인 측면에서는 논거가 빈약하고 설득력이 약하다. 수정과 동시에 유전적 동일성인 DNA는 확정이 되며, 그 이후 과정은 세포분열과 착상, 분리, 출산으로 이어지는 자연스러운 일련의 과정일 뿐이다. 따라서 헌법재판소가 제시한 ‘원시선’이나 ‘착상’이 개체를 특정하는 기준이 될 수는 없다. 또한 현대생명과학은 체외수정에 의해 생성한 배아를 인공자궁을 활용해 성장시키는데 상당한 진전을 이루었다. 이러한 점에서 볼 때 ‘모체 내 수용’이 있을 때만 인간으로 성장할 가능성이 있다는 헌법재판소의 논거는 현재의 과학적 상황과는 부합하지 않는다고 볼 수 있다.²⁴⁾

(3) 헌재 2012. 8. 23 선고 2010헌바402 결정

본 결정은 낙태죄를 규정한 형법 제270조 등의 위헌여부가 쟁점이었다.

헌법재판소는 태아는 모체와는 별개의 생명체이고 헌법상 생명권의 주체임을 분명히 밝히면서, 성장상태가 보호의 기준이 될 수 없다고 밝혔다. 따라서 ‘독자적 생존능력’이나 ‘임신 주수’ 또는 ‘생물학적 분화단계’를 기준으로 보호

24) 안성준, “인공자궁과 그 법적 함의-이 특수한 가정적 현실을 둘러싼 법적 접근을 위하여”, 경희법학 제51권 제2호, 경희대학교 법학연구소, 2016, 28면; Marion Abecassis, “Artificial Wombs: The Third Era of Human Reproduction and The Likely Impact on French and U.S. Law”, 27 *Hastings Women’s L. J.* 3 (2016), pp.6-7.

특히, 인공자궁은 배아의 생명권과 권리능력을 비롯한 많은 법적쟁점을 불러올 수 있어 논란이 되고 있다[Jessica Schultz, “Development of Ectogenesis: How Will Artificial Womb Affect the Legal Status of a Fetus or Embryo?”, 84 *Chi.-Kent L. Rev.* 877 (2010), p.906]

의 정도를 달리할 수 없다고 판시하였다. 또한 ‘사회적·경제적 사유’로 인한 낙태를 모자보건법상 허용사유에 포함시킨다면 자칫 자기낙태죄 조항은 사문화되고 인간생명에 대한 경시풍조가 확산될 우려가 있다고 밝히면서, 형법상 자기낙태죄 조항은 헌법에 위반하지 않는다고 판시하였다.²⁵⁾

본 결정은 “태아의 헌법상 보호는 임신기간 전체를 망라하여야 한다”고 판시한 독일연방헌법재판소 결정과 동일한 취지로 볼 수 있다. 반면 ‘독자적 생존능력(viability)’을 근거로 초기임신의 낙태를 허용한 ‘로 앤 웨이트’ 판결에서의 구분기준은 완전히 배척하였다.

(4) 헌재 2019. 4. 11 선고 2017헌바127 결정

본 결정은 2012년 결정과 동일하게 형법 제270조 등 낙태죄의 위헌여부가 쟁점이었다. 하지만, 2012년과는 반대로 현행법을 위헌적이라고 판단하면서 ‘헌법불합치 결정’을 내렸다.

헌법재판소는 국가가 생명을 보호할 때에도 인간생명의 발달단계에 따라 보호 정도를 달리하는 것이 불가능하지 않다는 점을 전제하면서, 특히 ‘독자적 생존능력(viability)’을 가진 경우에는 훨씬 인간에 근접한 상태로 볼 수 있다고 밝혔다. 또한 광범위한 사회적·경제적 사유에 의한 갈등상황을 모자보건법상 허용사유에 전혀 포섭하지 않은 것은 임신부의 자기결정권을 과도하게 제한하고 있어 위헌적이라고 판시하였다. 결국 현행법상 자기낙태죄 조항은 ‘과잉금지’ 원칙을 위반하는 위헌적 규정이라고 밝히면서 헌법불합치 결정을 선고하였다.

(5) 검토

미출생 생명과 관련된 가장 의미있는 결정은 2008년에 내려진 ‘2004헌바81 결정’이었다. 헌법재판소는 “태아는 모체와는 별개로 헌법상 생명권의 주체이며, 국가는 태아의 생명을 보호할 의무를 진다”는 입장을 분명히 밝혔다. 현재도 태아를 ‘모체의 일부’나 ‘세포’로 파악하는 견해가 많은 실정임을 감안한다면, 헌법재판소의 이 결정은 생명윤리의 가장 중요한 쟁점에 관하여 명확한 결론을 내린 것으로 볼 수 있다. 이후의 판례들에서도 본 결정의 이러한 취지를 그대로 이어가고 있다.

‘2005헌바346 결정’에서 헌법재판소는 냉동보관 중인 체외배아의 생명권을 부정하였다. 헌법재판소는 과학적인 분석보다는, ‘불임클리닉’, ‘잉여배아의 임

25) 다만, 2012년 결정에서는 4인의 반대의견(이강국, 목영준, 송두환, 이동흡)이 있었으며, 4인의 합헌의견과 우열을 가리기 힘들 정도의 치열한 논리가 전개되었다.

상시험' 등 현실적인 상황을 고려하면서 사회적 통념에 따라 결론을 내린 것으로 보여진다. 하지만, '모체 내의 태아'와 '냉동보관 중인 배아'가 본질에 있어서 동일하다는 점은 부인할 수 없는 사실이다. 따라서 본 결정은 배아와 관련하여 과학적 본질에 부합하는 법체계가 시급히 확립되어야 한다는 점을 보여주었다고 해야 할 것이다. 향후, 체내 태아와 본질이 동일하다는 과학적 사실에 근거를 두면서도, 보조생식술이나 임상시험 등이 행하여지는 현실적 상황을 수용할 수 있도록 체외배아와 관련한 법체계를 정립해 가려는 노력이 이어져야 할 것이다.

낙태죄의 위헌여부와 관련하여서는 2012년과 2019년 7년 사이에 완전히 상반된 결정이 내려졌다. 2012년 결정에서는 낙태죄에 관한 현행법 규정에 관하여 합헌결정을 내렸다. 태아의 생명권 보호는 임신기간 전체를 망라하여야 한다는 입장을 취하면서, '로 앤 웨이드(Roe v. Wade)' 판결이 제시한 '성장상태'나 '독자적 생존능력' 등의 구분기준을 완전히 배척하였다. 하지만, 2019년에는 배척하였던 '로 앤 웨이드' 이론을 완전히 수용하면서 정반대로 위헌취지의 헌법불합치를 선고하였다. '성장상태'에 따라 태아의 생명보호의 정도를 다르게 할 수 있고, '독자적 생존능력'이 잠재적 생명보호의 기준이 될 수 있다고 판시하였다. 또한 2020년 12월까지 국회가 광범위한 재량을 가지고 개정할 것을 촉구했다. 현재도 혼란스러운 국회의 사정을 고려할 때 향후에는 사회적 혼란이 더욱 증폭될 것으로 예상된다.

2019년 결정에서 조용호, 이종석 재판관은 합헌의견을 제시하면서 입법자에게 낙태문제에 관하여 진지한 성찰을 통하여 구체적인 정책을 수립할 것을 촉구한 바 있다. 양육책임법의 제정, 미혼모에 대한 사회안전망 구축, 임신·출산·양육에 있어서의 모성보호정책, 임신한 부부에 대한 적극적인 지원과 육아시설 확충 등이 그것이다. 출산과 양육에는 여성이 혼자 감당하기 어려울 만큼의 경제적 부담이 수반되며, 사회적 활동에도 많은 제약이 뒤따르게 된다. 따라서 사회적인 인식변화와 제도개선이 시급히 이루어져야 할 것이다. 임신은 여성이 하지만, 출산과 양육에 대한 부담은 미혼부인 남성은 물론, 국가와 사회가 모두 함께 짊어져야 한다는 인식의 전환이 필요하다. 또한 임신부에게 맡겨진 과중한 부담을 분담할 수 있는 제도가 시급히 마련되어야 할 것이다. 이러한 인식과 제도의 뒷받침이 된 이후에야 "태아는 모와는 별개로 헌법상 생명권의 주체이며 국가는 이를 보호할 의무를 진다"는 헌법재판소의 기본적 입장이 비로소 지켜질 수 있을 것이다.

III. 일본의 입법례와 판례

1. 일본 낙태죄 규정의 전개

일본의 낙태죄 규정은 1880년 제정된 구형법(舊刑法)부터 명시되어 있었으며, 1907년 4월 형법(刑法)에도 명시되었다. 특히, 일본은 1948년 우생보호법을 제정하여 낙태정당화 사유를 명시하였는데, 이 규정에 의해 형법상 낙태죄 규정은 거의 사문화되었다.²⁶⁾

일본은 2차 세계대전 패전 후 밀려오는 귀환자의 증대와 함께, 다이쇼(大正) 시대 이래 최대의 베이비붐이 일어났다. 1945년 출생률이 최고기록에 이르렀으며, 인구급증에 따른 최악의 ‘식량난’과 ‘주택난’에 직면하게 되었다. 따라서 인구 억제정책이 시급히 필요했으며, 이러한 상황하에 1948년 7월 「우생보호법(優生保護法)」이 제정되기에 이르렀다.

우생보호법은 1996년 「모체보호법(母體保護法)」으로 명칭이 변경되었으며, 기존의 조문 중에 우생사상에 근거한 조항 및 표현이 삭제되었다. 개정과정과 관련해서는 당시에 이집트 카이로에서 개최되었던 국제인구개발회의 NGO 포럼이 중요한 계기가 되었다. 당시에 일본인 여성 한 사람이 일본의 우생보호법은 열등한 자손의 방지를 목적으로 하고 있으며, 특히 장애인의 존엄과 생존권을 위협하고 있다고 호소한 것이다.²⁷⁾ 이후 개정을 통해 「우생보호법」이라는 명칭이 「모체보호법」으로 개정되었으며, 이와 더불어 우생사상에 근거한 조항과 표현들이 함께 삭제되었다. 구체적으로 제14조 제1항의 제1호와 제2호, 제3호, 그리고 제14조 제3항이었다.²⁸⁾

26) 김광재, “낙태 문제에 관한 비교법적 연구”, 인권과 정의 제473집, 대한변호사협회, 2018, 232면; 이기원, “낙태죄의 허용사유에 관한 비교법적 고찰”, 법학논총 제19권 제3호, 조선대학교 법학연구원, 2012, 413면.

27) 이사 도모코(伊佐智子), “일본의 재생산권 과제와 전망”, 젠더와 문화 제2권 제2호, 계명대학교 여성학연구소, 2009, 140-151면.

28) 삭제된 조항의 내용은 다음과 같다(이하 내용은 *Ibid.*, 151-152면 참조).

제14조 제1항 제1호 ‘본인 또는 배우자의 정신병, 정신지체, 정신병질, 유전성 신체질환 또는 유전성 기형이 있을 경우’

제14조 제1항 제2호 ‘본인 또는 배우자의 사촌 이내의 혈족이 유전성 정신병, 유전성 정신지체, 유전성 정신병질, 유전성 정신질환 또는 유전성 기형을 가지고 있을 경우’

제14조 제1항 제3호 ‘본인 또는 배우자가 한센병에 걸려 있는 경우’[다만, 이 조항은 한센병 예방법의 폐지에 관한 법률(1996년 법률 제28호) 부칙 제16조에 입각하여 이미 삭제되었다].

제14조 제3항 ‘임신중절수술을 받는 본인이 정신병자 또는 정신지체자인 경우에, 구(舊)

2. 일본 형법의 규정

일본형법은 제212조 내지 제216조에서 낙태죄 처벌규정을 두고 있다. 제212조에는 ‘낙태한 부녀는 1년 이하의 징역에 처한다’고 규정하고 있다. 제213조 ‘동의낙태 및 동치사상’은 2년이하의 징역 및 5년이하의 징역, 제214조 ‘업무상 낙태 및 동치사상’은 5년이하의 징역 및 7년이하의 징역, 제215조 ‘부동의 낙태’는 7년 이하의 징역을 각각 명시하고 있다.

(1) 낙태죄와 동의 낙태죄

일본 형법 제212조는 “임신한 여자가 약물을 사용하거나 또는 기타의 방법으로 낙태한 때에는 1년 이하의 징역에 처한다”라고 명시하고 있다. 제213조는 “여자의 촉탁을 받거나 그 승낙을 얻고 낙태시킨 자는 2년 이하의 징역에 처한다”라고 규정하고 있다.²⁹⁾

우리 형법 제269조 제1항에서 낙태죄를 1년이하의 징역에 처하도록 규정하고 있으므로, 이 점에 있어서는 일본과 동일하다. 하지만, 촉탁 또는 승낙에 의해 낙태한 자에 대해서는 우리형법이 1년 이하의 징역에 처하도록 한 것과 달리 일본은 2년 이하의 징역에 처하도록 하여 형벌을 더 무겁게 규정하고 있다.

(2) 업무상 낙태죄와 부동의 낙태죄

일본 형법 제214조는 “의사, 조산사, 약사 또는 의약품 판매업자가 여자의 촉탁을 받거나 그 승낙을 얻고 낙태하게 한 때에는 3월이상 5년 이하의 징역에 처한다”라고 규정하고 있다.³⁰⁾ 부동의 낙태와 관련해서는 제215조에서 6개월이상 7년이하의 징역에 처하도록 하고 있으며, 미수를 처벌하고 있다.³¹⁾

우리 형법 제270조 제1항은 의사 등의 업무상 낙태에 관하여 2년이하의 징역에 처하도록 규정하고 있으며, 부동의 낙태죄는 제270조 제2항에서 3년이하의 징역에 처하도록 하고 있다. 일본형법이 업무상 낙태를 5년이하로 규정하

정신보건법에서 정하는 보호의무자의 동의로 가능함.’

29) 第二百十二條（墮胎）妊娠中の女子が藥物を用い、又はその他の方法により、墮胎したときは、一年以下の懲役に處する。第二百十三條（同意墮胎及び同致死傷）女子の囑託を受け、又はその承諾を得て墮胎させた者は、二年以下の懲役に處する。

30) 第二百十四條（業務上墮胎及び同致死傷）医師、助産師、藥劑師又は医薬品販賣業者が女子の囑託を受け、又はその承諾を得て墮胎させたときは、三月以上五年以下の懲役に處する。

31) 第二百十五條（不同意墮胎）1. 女子の囑託を受けなくて、又はその承諾を得ないで墮胎させた者は、六月以上七年以下の懲役に處する。2. 前項の罪の未遂は、罰する。

고, 부동의 낙태죄를 7년이하로 규정하면서 특히 미수까지 처벌하고 있는 것으로 볼 때, 우리나라보다 일본이 더 엄하게 처벌하고 있다고 볼 수 있다.

3. 일본 모체보호법 규정

앞서 살펴본 바와 같이 일본에서는 1948년 인구억제정책의 일환으로 ‘우생보호법(優生保護法)’이 제정되었다. 이 우생보호법은 우리나라 「모자보건법」상 낙태허용규정의 모델이 되었다. 1996년 우생보호법에서 기존의 우생사상에 근거한 조항들이 삭제되고 명칭도 「모체보호법(母體保護法)」으로 개정되었다. 우리나라 모자보건법 제14조에 여전히 우생사상에 근거한 조항들이 개정되지 않고 남아있다는 점을 고려할 때, 일본 모체보호법 개정은 우리나라의 법개정에도 시사하는 바가 크다고 할 수 있다.

(1) 제14조 의사의 승인을 받은 인공 임신중절

모체보호법 제14조 제1항은 낙태(인공임신중절)를 할 수 있는 사유로 다음과 같은 두 가지 사유를 명시하고 있다.

첫째, 임신의 지속 또는 분만이 신체적 또는 경제적 이유로 모체의 건강을 크게 해칠 우려가 있는 경우.³²⁾

둘째, 폭행 또는 협박에 의하여 또는 저항 또는 거절할 수 없는 사이에 간음되어 임신한 경우.³³⁾

본 조항은 낙태시술을 받으려는 경우 원칙적으로 배우자의 동의를 얻도록 하고 있다. 다만, 배우자가 모르는 때, 의사를 표시할 수 없는 때, 임신 후 배우자가 없게 된 경우 등에는 본인의 동의만으로 낙태를 할 수 있도록 하고 있다.³⁴⁾ 배우자의 동의와 관련해서는 우리나라 모자보건법 제14조 규정과 유사하다.

일본의 후생행정통계에 나타난 현황을 보면, 2003년 기준 낙태건수는 약 31만 건이고, 그 중 약 99%가 제1호 ‘신체적 또는 경제적 이유로 건강을 해칠 경우’에 의해 합법화되었다.³⁵⁾ 앞서 우리나라 모자보건법 제14조 제1항 제5호

32) 妊娠の繼續又は分娩が身体的又は經濟的理由により母体の健康を著しく害するおそれのあるもの

33) 暴行若しくは脅迫によつて又は抵抗若しくは拒絶することができない間に姦淫かんいんされて妊娠したもの

34) 前項の同意は、配偶者が知れないとき若しくはその意思を表示することができないとき又は妊娠後に配偶者がなくなつたときには本人の同意だけで足りる。

35) 이사 도모코(伊佐智子), *supra* note 27, 158면 참조.

‘모체의 건강을 심각하게 해칠 우려가 있는 경우’가 확대 해석될 우려가 매우 크기에, 범위를 명확히 한정할 필요가 있다는 점을 살펴본 바 있다. 일본의 경우에도 이러한 사정은 우리와 유사하다고 볼 수 있다.

우리나라와 가장 큰 차이는 모자보건법 제14조 제1항에서 명시하고 있는 허용사유인 ‘우생학적·유전학적 장애나 질환(제1호)’, ‘전염성 질환(제2호)’, ‘혼인할 수 없는 혈족 또는 인척(제4호)’ 등의 규정이 일본에는 없다는 점이다. 앞서 살펴본 바와 같이 1996년 개정과정에서 유전병이나 정신질환 등에 관한 사유를 모두 삭제하였고, 현재는 ‘신체적 또는 경제적 이유로 모체의 건강을 해칠 우려’, ‘폭행에 의한 임신’ 2가지 허용사유만을 규정하고 있어서 우리나라보다 허용범위가 좁다고 볼 수 있다. 현행 모자보건법의 규정도 향후 개정을 통하여 ‘우생학적·유전학적 질환’ 등의 사유를 삭제하는 것이 국제적인 흐름과 인권 보호의 측면에서 타당할 것으로 보인다.

(2) 제25조 시술의사의 신고의무

모체보호법 제25조는 다음과 같이 낙태시술의사의 신고의무를 규정하고 있다.

“의사 또는 지정의사는 제3조 제1항 또는 제14조 제1항의 규정에 의하여 불임 수술 또는 인공 임신 중절을 행한 경우에는, 그 달 동안의 수술 결과를 정리하여 다음 달 10일까지 이유를 기재하여, 도도부현 지사에게 신고하여야 한다.”³⁶⁾

현재 우리나라의 경우, 대부분의 낙태가 암암리에 행하여지고 있기에, 이에 따라 정확한 통계조차 확인하기 힘든 상황이다. 2018년 대한산부인과의사회는 우리나라 낙태건수는 하루 3000건, 연간 100만 건 이상이라고 밝힌 바 있다.³⁷⁾ 하지만, 다른 조사결과에서는 2005년 34만 건, 2010년 16만 건으로 발표되었으며, 2019년 2월 한국보건사회연구원이 발표한 결과로는 연간 5만 건이었다³⁸⁾ 조사결과가 무려 20배 이상 차이가 난다. 발표결과의 신뢰도를 차치하고라도, 정확한 통계조차 확인할 수 없는 상황임을 알 수 있다. 더욱이 불법시술이라는 명목을 내세워 일부 의료기관들은 낙태수술을 통해 경제적 폭리를 취하고 있

36) 医師又は指定医師は、第三條第一項又は第十四條第一項の規定によつて不妊手術又は人工妊娠中絶を行つた場合は、その月中の手術の結果を取りまとめて翌月十日までに、理由を記して、都道府縣知事に届け出なければならない。

37) 매일경제, “불법낙태 엄단하자…음지서 브로커만 ‘활개’”(2018. 8. 29)”, <http://www.mk.co.kr> (2019년 9월 3일 검색).

38) 동아사이언스, “국내 낙태 연 5만 건 추정…낙태율 감소추세(2019. 2. 14)”. <http://dongascience.donga.com> (2019년 9월 5일 검색).

는 실정이다. 일본 모체보호법은 낙태 수술을 한 의사에게 수술 후 ‘다음 달 10일’까지 낙태이유를 기재하여 신고하도록 하고 있다. 이 법률의 취지는 낙태를 공식적으로 통제하면서 관리·감독하겠다는 의미로 보인다. 낙태에 관한 정부의 관리·감독에 있어서, 한국보다는 일본이 엄격하고 체계적으로 규정하고 있다. ‘낙태의사의 신고조항’은 우리나라 의료상황에도 반드시 필요할 것으로 보인다. 향후 모자보건법 개정안을 논의할 때 편입여부를 면밀히 검토해야 할 것이다.

3. 사건

일본 낙태죄 규정의 특징을 우리나라와 대비해 검토해보면 다음과 같다.

첫째, 제3자가 낙태시킨 경우인, ‘동의낙태’, ‘업무상 낙태’, ‘부동의 낙태’의 경우, 일본형법이 우리나라보다 형(刑)이 훨씬 가중되어있다. 일본형법 제213조 ‘동의낙태죄’는 2년 이하의 징역을 규정하여, 우리나라의 1년 이하보다 가중되어 있다. 일본형법 제214조 ‘업무상낙태죄’는 의사, 조산사, 약사 등에게 5년 이하의 징역에 처하도록 하여, 우리나라의 2년 이하보다 훨씬 가중되어 있다. 일본형법 제215조 ‘부동의 낙태죄’는 7년 이하의 징역으로 규정하여, 우리나라의 3년 이하보다 가중되어있다.

둘째, 앞서 살펴본대로, 일본의 경우 우생사상에 근거한 낙태허용사유들은 개정을 통하여 모두 삭제하였다. 하지만, 우생보호법을 모델로 제정된 우리나라 모자보건법에는 개정 전 일본 우생보호법의 규정들이 아직도 그대로 남아 있다. 따라서 개정을 통하여 모자보건법 상의 우생관련 규정들을 반드시 삭제할 필요가 있다.

셋째, 모체보호법 제25조가 규정한 시술의사의 신고의무는 암암리에 벌어지는 낙태시술과 이에 따르는 부작용을 근절할 수 있는 가장 중요한 규정이다. 2019년 헌법재판소는 현행 낙태죄 규정이 여성의 자기결정권을 과도하게 제한하고 있어 과잉금지에 반한다고 판시하면서, 2020년 12월 31일까지 개정할 것을 촉구한바 있다. 하지만, 이러한 법개정 이전에 불법적으로 암암리에 진행되는 낙태시술을 합법적인 영역으로 유도하는 것이 선행되어야 한다. 그런 이후에야 자기결정권 보장을 위한 허용범위의 확대도 의미가 있을 것이기 때문이다. 이러한 취지에서 본다면 일본 모체보호법 제25조가 명시하고 있는 시술의사의 신고의무는 향후 우리나라의 법개정에서 반드시 검토할 필요가 있다고 생각된다.

넷째, 일본 모체보호법 제14조 제1항 제1호 ‘신체적 또는 경제적 이유로 모체의 건강을 크게 해칠 우려’는 우리나라 모자보건법의 제14조 제1항 제5호 ‘모체의 건강을 심각하게 해치고 있거나 해칠 우려가 있는 경우’와 유사하게 볼 수 있다. 견해에 따라서는 일본의 이 조항을 ‘사회적·경제적 이유’로 파악하기도 한다. 하지만, 필자의 사건(私見)으로는 본 조항의 핵심은 ‘경제적 이유’라는 표현이 아니라 ‘건강을 크게 해칠 우려’에 있다. 특히 ‘크게(著しく)’라는 표현에 주목할 필요가 있다. 결국 신체의 건강이 본 조항의 핵심이다. 그렇게 본다면 우리나라 모자보건법의 ‘건강을 해칠 우려’와 동일하게 파악할 수 있다. 다만, 앞서 밝혔듯이 일본 낙태의 99%가 바로 이 조항으로 합법화된다. 우리나라의 사정도 크게 다르지 않을 것이다. 따라서 관련 사례와 그동안의 판례들을 종합하여, 본 조항의 해석기준을 보다 구체적으로 확정하고, 범위도 한정할 필요가 있다.

IV. 독일의 입법례와 판례

1. 연혁과 판례

독일은 1974년 6월 18일 5차 개정형법을 통하여, 임신 12주 이내의 낙태허용 규정을 명시하였다. 즉, “임산부가 임신 12주 이내에 자발적으로 의사(醫師)를 통해 낙태를 행할 때에는, 의사의 상담을 받아야 하고, 이러한 상담을 받은 후 시술되는 낙태는 처벌하지 않는다.”라고 규정했다. 하지만, 독일 연방회의의원 193명이 1974년 개정된 형법 제218조a에 대해서 위헌법률심판을 청구하였다. 1975년 2월 25일 연방헌법재판소는 “태아도 헌법적 보호대상이고, 태아의 헌법적 보호는 전체 임신기간을 망라해야 한다”고 판시하면서, 동 조항에 대하여 위헌을 선언하였다.³⁹⁾

39) BVerfGE 39, 1; NJW 1975, 573(Verfassungsrechtliche Grenzen der Strafbarkeit des Schwangerschaftsabbruchs).

판례의 요지를 구체적으로 살펴보면, 다음과 같다(이하 내용은 김광재, *supra* note 26, 228-229면 참조).

1. 독일 기본법 제2조 제2항 제1문의 생명권의 보호대상에는 태아도 포함된다.
2. 국가는 제3자의 침해로부터 태아의 생명을 보호할 의무가 있다.
3. 독일 기본법 제1조 제1항에 의해 태아의 생명보호는 임부의 자기결정권보다 우위에 있다.
4. 국가는 태아에 대한 생명보호의무 수행을 위하여 형벌을 사용하여야 한다. 다만, 의학

제1차 낙태판결 이후 1976년 연방의회는 형법을 다시 개정하였고, 원칙적으로 낙태를 처벌하는 입장을 취하였다. 그리고 의학적 사유, 우생학적 사유, 범죄적 사유, 사회·경제적 사유 등에서의 예외적 낙태허용규정을 명시하였다. 또한 낙태허용기간을 분류하여 우생학적 사유는 22주, 그 밖의 사유는 12주 이내로 제한하였다. 또한 낙태 3일 전에 의사와 상담하는 것을 의무화하였다.⁴⁰⁾

1990년 통일 이후 독일은 또 다른 상황에 직면하게 되었다. 통일 전 동독(東獨)은 임신 후 12주 이내에는 의사(醫師)를 통한 낙태가 자유로웠기 때문에, 통일 후에는 이러한 법적 혼란을 방지하기 위해서 낙태에 관한 새로운 규정이 필요했다. 1992년 독일은 ‘임부 및 가족 원조법(Schwangeren und Familienhilfegesetz, SFHG)’을 제정하였다. 구체적으로는 임신 12주 이내에 의사의 상담을 거친 경우, 의사를 통해 낙태하는 것은 가능하다는 내용이었다. 사실상 동독의 입장을 수용한 것이었다.

하지만, 태아의 생명권 보호에 반한다는 이유로 ‘연방의회 의원’ 등이 위헌청구를 하였고, 1993년 5월 연방헌법재판소는 ‘임부 및 가족 원조법’에 근거하여 개정된 형법상 낙태죄 규정(제218조a, 제219조)에 대하여 위헌을 결정하였다.⁴¹⁾ 위헌의 취지는 1975년 위헌결정과 같았으며, 태아의 생명권에 대한 헌법적 보호를 재확인하였다. 또한 연방헌법재판소는 태아의 생명권 보장을 위하여, 국가는 임신과 출산에 뒤따르는 결과에 대한 교육과 오용에 있어서의 불이익을 구제하는 법률을 제정하여 태아의 보호의무를 다할 것을 강조하였다.⁴²⁾

제2차 낙태판결이 있는 후, 1995년 ‘임부 및 가족원조법’에 대한 개정이 이루어졌으며, 이에 따라 형법의 개정도 같은 해에 이루어져 현재까지 유지되고 있다.⁴³⁾

적·우생학적·윤리적·사회적 적응사유가 있는 경우에는 ‘기대가능성’이 없어 형벌을 가할 수 없다.

5. 1974년 형법은 형벌의 사용을 배제하고 있고, 이에 따라 생명보호에 결함이 발생하므로 위헌이다.

40) 조국, *supra* note 19, 709면.

41) BVerfGE 88, 203; NJW 1993, 1751(Neuregelung des Schwangerschaftsabbruchs).

42) 김광재, *supra* note 26, 229-230면.

43) 생명공학 연구와 관련해서도, 독일은 유럽 국가들 가운데 ‘배아의 생명성’을 분명히 인정하고, 복제·연구 등을 가장 엄격하게 금지하는 국가이다. 독일은 「배아보호법(Embryonenschutzgesetz-ESchG)」을 1990년 12월 13일 제정하여 1991년 1월 1일부터 시행하였다. 「배아보호법(ESchG)」은 인간의 생명은 정자와 난자의 ‘수정’으로 성립한다는 입장을 취하기 때문에 잉여배아의 파괴적 연구는 물론이며, 타인·태아·사자와 동일한 유전정보를 가진 배아의 생성도 금지된다. 또한 생식세포의 인위적 변경과 연구용 배아의 생성도 금지된다. 동법 제8조에서는 「배아 등」을 정의하고 있다. 이 법률에서 말하는 「배

2. 독일 형법의 규정

독일 형법은 제218조에서 ‘낙태한 자는 3년 이하의 자유형(Freiheitsstrafe) 또는 벌금형에 처한다’고 규정하여 낙태를 원칙적으로 범죄로 처벌하고 있다. 제218a에서는 ‘낙태의 불처벌 요건’에 관하여 구체적으로 규정하고 있다. 제219조에서는 ‘응급상황이나 갈등상황에 있는 임산부의 상담’에 관하여 규정하였으며, 12주 이내의 낙태가 불처벌 되기 위한 요건을 충족하기 위한 구체적인 상담절차에 관하여 명시하고 있다.

(1) 낙태죄 처벌규정

제218조 제1항은 “낙태한 자는 3년이하의 자유형(Freiheitsstrafe) 또는 벌금형에 처한다”고 규정하여 낙태를 범죄로 처벌하고 있다. 제2항에서는 부동의 낙태죄에 대하여 5년이하의 자유형에 처하도록 하고 있다.⁴⁴⁾ 또한 제4항은 낙태의 미수에 관하여 처벌한다는 규정을 두고 있다.⁴⁵⁾

우리나라 형법 제269조 제1항은 낙태죄를 1년 이하의 징역으로 규정하고 있다. 또한 형법 제270조에서 부동의 낙태는 3년 이하의 징역을 명시하고 있다. 이러한 점에 비추어 보면, 독일에서는 한국보다 낙태죄를 더 무겁게 처벌한다고 볼 수 있다. 특히 한국이나 일본과는 달리 ‘미수범 처벌규정’을 두고 있는 점도 엄격한 처벌의 한 예로 볼 수 있다.

아」는 수정하여 발육능력이 있는 인간의 난자로서 ‘세포핵융합’ 시점부터를 말하며, 배아에서 채취한 분화전능성을 가진 세포로서 기타 필요한 전제조건이 있으면 분열하여 ‘개체로 발달할 수 있는 각각의 것’을 말한다. ‘수정된 인간의 난자’는 세포핵융합 후 24시간 이내에는 발육능력이 있는 것으로 추정한다. 즉, 개체로 발달할 수 있는 ‘수정란’이든, ‘체세포 핵치환 난자’이든 모두 ‘배아’로 보며, 이때부터 생명의 시작으로 보고 존중한다.

세계적으로 연구되는 ‘배아줄기세포’에 대해서는 극히 제한된 범위에서 연구의 길만은 열었다. 2002년 6월 제정된 「배아줄기세포법(Stammzellgesetz-StZG)」이다. 배아줄기세포법은 제4조 제2항에서 ‘2002년 1월 1일 이전에 外國에서 불임치료를 위해 쓰고 남은 잉여배아’로부터 합법적으로 확립되거나 배양된 줄기세포나 줄기세포주를 ‘수입(輸入)하여 연구 목적으로’ 사용하는 것을 허용하였다. 임신목적이 아닌 연구목적으로는 생성자체를 금지시키고 있으며, 외국에서 엄격한 절차로 생성된 줄기세포만 수입할 수 있도록 했다.

44) §218 Schwangerschaftsabbruch (1) Wer eine Schwangerschaft abbricht, wird mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder mit Geldstrafe bestraft. (2) In besonders schweren Fällen ist die Strafe Freiheitsstrafe von sechs Monaten bis zu fünf Jahren. Ein besonders schwerer Fall liegt in der Regel vor, wenn der Täter 1. gegen den Willen der Schwangeren handelt oder

45) 다만, 임산부의 경우는 미수를 처벌하지는 않는다. (4) Der Versuch ist strafbar. Die Schwangere wird nicht wegen Versuchs bestraft.

독일 형법 제218조b는 ‘의료증명과 의사의 확인요건’에 관하여 규정하고 있다. 제1항은 확인서 없이 낙태시술한 의사 등은 1년 이하의 징역에 처한다고 명시하였고, 제2항은 낙태시술과 관련하여 불법행위를 하고 유죄판결이 확정된 의사는 확인서를 작성할 수 없다고 명시하였다.

독일 형법 제218조c는 ‘낙태와 관련한 상담과 설명’에 관하여 규정하고 있다. ‘임산부에게 낙태의 이유를 설명할 충분한 기회를 주지 않고 낙태한 경우’, ‘수술의 심각성, 위험, 예후 등에 관하여 의학적 상담을 하지 않고 낙태한 경우’ 등은 1년 이하의 징역에 처하도록 하고 있다.

(2) 예외적 허용 및 불처벌 규정

독일 형법은 낙태의 불법성은 그대로 유지하면서, 일정한 사유가 있는 경우 낙태를 허용하는 ‘적응해결방식’을 채택하면서, 동시에 임신 12주 이내에 상담 절차를 거친 낙태는 처벌하지 않는 ‘기간해결방식’도 함께 병행하고 있다. 이는 태아의 생명을 존중하면서도 임신갈등상황에 있어서의 최종적 판단은 임산부의 자기결정권에 따르도록 한 것이다. 결국 태아의 생명권과 임산부의 자기결정권의 충돌을 규범조화적 방식에 따라 해결한 것으로 볼 수 있다.⁴⁶⁾

독일 형법 제218조a 제1항은 낙태죄의 구성요건을 조각시키는 세 가지 조건을 명시하고 있다. 첫째, 임신한 여성이 낙태를 촉탁하고, 적어도 수술 3일 전에 제219조 제2항 제2문에 따라 상담을 받았음을 입증할 것. 둘째, 의사에 의해 낙태 시술이 행해질 것. 셋째, 임신 이후 12주가 경과하지 않을 것.⁴⁷⁾

독일 형법 제218조a 제2항과 제3항은 위법성을 조각시키는 사유에 관하여 명시하고 있다. 먼저 제2항은 임산부의 생명이나 신체적·정신적 위험을 면하기 위한 불가피한 경우를 규정하고 있다. 즉, “사망이나 육체적·정신적 중상해의 위험을 피하기 위하여 낙태가 필요했으며, 임산부의 관점에서 다른 방법으로는 이러한 위험을 피할 수 없었을 경우”에는 위법성을 조각시킨다.⁴⁸⁾ 제3항은 성

46) 김광재, *supra* note 26, 230면.

47) 1. die Schwangere den Schwangerschaftsabbruch verlangt und dem Arzt durch eine Bescheinigung nach § 219 Abs. 2 Satz 2 nachgewiesen hat, daß sie sich mindestens drei Tage vor dem Eingriff hat beraten lassen, 2. der Schwangerschaftsabbruch von einem Arzt vorgenommen wird und 3. seit der Empfängnis nicht mehr als zwölf Wochen vergangen sind.

48) (2)…der Schwangeren nach ärztlicher Erkenntnis angezeigt ist, um eine Gefahr für das Leben oder die Gefahr einer schwerwiegenden Beeinträchtigung des körperlichen oder seelischen Gesundheitszustandes der Schwangeren abzuwenden, und die Gefahr nicht auf eine andere für sie zumutbare Weise abgewendet werden kann.

폭행 등으로 임신이 이루어진 경우를 규정하고 있다. 즉, “의학적 판단으로 볼 때, 임신부에 대해 제176조 내지 제179조(강간 등 성폭행)의 범죄가 행하여 졌으며, 이러한 범죄에 의해 임신된 것으로 볼 개연성이 크고, 임신 12주가 지나지 않았을 경우”로 명시하고 있다.⁴⁹⁾

독일형법 제218조a 제4항은 ‘임산부에 대한 처벌 면제’에 관하여 규정하고 있다. ‘임신 22주 이내이고, 제219조에 의한 상담이후 의사를 통해 낙태시술을 한 경우’ 임신부는 제218조에 의해 처벌되지 않는다.⁵⁰⁾ 또한 법원은 ‘시술 당시 임신부가 특별한 곤경에 처해 있었던 경우’ 처벌을 면제할 수 있다.⁵¹⁾

3. 상담규정과 임신갈등법

독일형법 제219조는 ‘응급상황이나 갈등상황에 있는 임신부의 상담’에 관하여 규정하고 있다. ‘임신 12주 이내 낙태허용사유(제218조a 제1항)’, ‘임산부의 처벌면제(제218조a 제4항)’에 해당되기 위해서는 반드시 본조에 명시된 절차에 따른 상담을 거쳐야 한다. 제219조에 따른 상담은 ‘태아는 독립된 생명권의 주체’라는 점을 분명히 인식시키고, ‘태아의 생명권’을 보호하기 위해 최선을 다해야 한다는 점을 분명히 밝히고 있다. 태아의 생명권을 최우선에 두면서도 마지막 선택은 임신부의 자기결정권에 맡기는 규범조화적 해결의 취지를 잘 반영하고 있다고 볼 수 있다. 앞서 살펴본 ‘2010헌바402 결정’에서 이동흡 재판관은 구체적으로 이 조문을 인용하면서, 입법적으로 우리 형법에 편입할 것을 깊이 검토할 필요가 있다고 밝혔다. 또한 ‘2017헌바127 결정’의 결정문에서도 상담요건을 입법자의 재량에 따라 검토하여야 함을 밝힌바 있다. 사건(私見)으로 향후 낙태죄에 관한 형법과 모자보건법의 개정에 반드시 참조하고 검토하여, 어떤 형태로든 편입하는 것이 타당하다고 생각된다.

제219조 제1항의 구체적인 내용은 다음과 같다.

“상담은 태아를 보호하는 역할을 한다.⁵²⁾ 상담은 여성이 임신을 계속하고,

49) (3) ...wenn nach ärztlicher Erkenntnis an der Schwangeren eine rechtswidrige Tat nach den §§ 176 bis 178 des Strafgesetzbuches begangen worden ist, dringende Gründe für die Annahme sprechen, daß die Schwangerschaft auf der Tat beruht, und seit der Empfängnis nicht mehr als zwölf Wochen vergangen sind.

50) (4) Die Schwangere ist nicht nach § 218 strafbar, wenn der Schwangerschaftsabbruch nach Beratung (§ 219) von einem Arzt vorgenommen worden ist und seit der Empfängnis nicht mehr als zweiundzwanzig Wochen verstrichen sind.

51) Das Gericht kann von Strafe nach § 218 absehen, wenn die Schwangere sich zur Zeit des Eingriffs in besonderer Bedrängnis befunden hat.

아이와 함께하는 삶에 자신의 마음을 열수 있도록 장려해야 한다.⁵³⁾ 상담은 여성이 책임감 있고 양심적인 결정을 하도록 도와야 한다.⁵⁴⁾

여성은 태아가 모든 임신상황에 있어서, 산모와 관련해서도 태아 자신만의 고유한 생명권을 가지고 있다는 것을 알아야 한다. 그런 까닭에 낙태는 예외적인 상황에서 법적절차 안에서만 고려해야 한다.⁵⁵⁾ 그 예외적인 상황은 임신을 지속하는 것이 산모에게 합리적인 희생의 범위를 넘어서는 너무나 심각하고 막대한 부담을 가져오는 경우이다.⁵⁶⁾ 충고와 원조를 통하여, 상담은 임신과 관련한 갈등상황을 극복하고, 위기 상황을 치유할 수 있도록 도와야 한다.⁵⁷⁾ 자세한 사항은 「갈등상황에서의 임신에 관한 법률(das Schwangerschaftskonfliktgesetz)」에 의한다.”⁵⁸⁾

임신갈등법의 정식명칭은 「임신갈등에 있어서의 예방 및 대처에 관한 법률(Gesetz zur Vermeidung und Bewältigung von Schwangerschaftskonflikten)」이다. 사견(私見)으로, 현재 법률개정을 준비 중인 입법부나 낙태죄 개정안을 연구 중인 기관 등에서는 본 법률을 반드시 참조할 필요가 있다고 생각된다. ‘임산부의 자기결정권’이 우선시 되는 상황이라고 할지라도, ‘태아의 생명권’이 완전히 외면되어서는 안되기 때문이다. 임신갈등법(SchKG)은 이러한 상황에서 태아의 생명권을 최대한 지킬 수 있는 규범조화적인 방법을 제시하고 있다고 생각된다. 본 법률은 1992년 7월 27일에 제정되었으며, 구체적으로는 다음과 같은 내용을 담고 있다. 제1장 교육, 피임, 가족계획 및 상담,⁵⁹⁾ 제2장 임신갈

52) Die Beratung dient dem Schutz des ungeborenen Lebens.

53) Sie hat sich von dem Bemühen leiten zu lassen, die Frau zur Fortsetzung der Schwangerschaft zu ermutigen und ihr Perspektiven für ein Leben mit dem Kind zu eröffnen

54) sie soll ihr helfen, eine verantwortliche und gewissenhafte Entscheidung zu treffen.

55) Dabei muß der Frau bewußt sein, daß das Ungeborene in jedem Stadium der Schwangerschaft auch ihr gegenüber ein eigenes Recht auf Leben hat und daß deshalb nach der Rechtsordnung ein Schwangerschaftsabbruch nur in Ausnahmesituationen in Betracht kommen kann

56) wenn der Frau durch das Austragen des Kindes eine Belastung erwächst, die so schwer und außergewöhnlich ist, daß sie die zumutbare Opfergrenze übersteigt.

57) Die Beratung soll durch Rat und Hilfe dazu beitragen, die in Zusammenhang mit der Schwangerschaft bestehende Konfliktlage zu bewältigen und einer Notlage abzuhelpfen.

58) Das Nähere regelt das Schwangerschaftskonfliktgesetz.

59) Abschnitt 1. Aufklärung, Verhütung, Familienplanung und Beratung.

제1조 교육 (Aufklärung), 제2조 상담(Beratung), 제2조a 특별한 곤경에서의 교육과 상담 (Aufklärung und Beratung in besonderen Fällen), 제3조 상담센터(Beratungsstellen), 제4조 상담센터에 대한 공적지원(Öffentliche Förderung der Beratungsstellen).

등 상담,⁶⁰⁾ 제3장 낙태시술,⁶¹⁾ 제4장 낙태에 관한 연방 통계,⁶²⁾ 제5장 특별한 경우 낙태 여성을 위한 도움,⁶³⁾ 제6장 비밀출산.⁶⁴⁾

4. 사건

연혁적으로 살펴보면, 독일의 낙태죄 규정은 연방헌법재판소 결정에 의해서 정리되었으며, 그 입장이 현재까지도 유지된다고 볼 수 있다. 가장 결정적인 판단은 1975년에 있었던 연방헌법재판소 결정이었다. 이 결정에서 연방헌법재판소는 다음과 같은 결론을 내렸다. “태아의 생명권은 헌법적 보호대상이다. 헌법적 보호는 전체임신기간 동안 이루어져야 한다”, “태아의 생명보호는 임부의 자기결정권보다 우위에 있다”. 1993년 연방헌법재판소는 다시 한번 동일한 취지의 결정을 내림으로써 이 논지는 독일 법체계에서의 확고한 입장이 되었다.

60) Abschnitt 2. Schwangerschaftskonfliktberatung.

제5조 임신갈등상담의 내용(Inhalt der Schwangerschaftskonfliktberatung), 제6조 임신갈등상담의 수행(Durchführung der Schwangerschaftskonfliktberatung), 제7조 상담증명(Beratungsbescheinigung), 제8조 임신갈등상담센터 (Schwangerschaftskonfliktberatungsstellen), 제9조 임신갈등상담센터의 승인(Anerkennung von Schwangerschaftskonfliktberatungsstelle), 제10조 임신갈등상담센터의 보고의무 및 검사(Berichtspflicht und Überprüfung der Schwangerschaftskonfliktberatungsstellen), 제11조 경과규정(Übergangsregelung).

61) Abschnitt 3. Vornahme von Schwangerschaftsabbrüchen.

제12조 거절(Weigerung), 제13조 낙태시술을 위한 시설(Einrichtungen zur Vornahme von Schwangerschaftsabbrüchen), 제13조a 낙태에 관한 정보(Informationen über einen Schwangerschaftsabbruch), 제14조 벌금규정(Bußgeldvorschriften).

62) Abschnitt 4. Bundesstatistik über Schwangerschaftsabbrüche.

제15조 연방통계규정(Anordnung als Bundesstatistik), 제16조 특성, 보고시간, 주기(Erhebungsmerkmale, Berichtszeit und Periodizität), 제17조 구호특성(Hilfsmerkmale), 제18조 정보제공의무(Auskunftspflicht).

63) Abschnitt 5. Hilfe für Frauen bei Schwangerschaftsabbrüchen in besonderen Fällen.

제19조 유자격자(Berechtigte), 제20조 서비스(Leistungen), 제21조 수행, 소관사항, 절차(Durchführung, Zuständigkeit, Verfahren), 제22조 보상(Kostenerstattung), 제23조 법적조치(Rechtsweg), 제24조 조정(Anpassung).

64) Abschnitt 6. Vertrauliche Geburt.

제25조 비밀출산에 대한 상담(Beratung zur vertraulichen Geburt), 제26조 비밀출산의 절차(Das Verfahren der vertraulichen Geburt), 제27조 출생증명의 처리(Umgang mit dem Herkunftsnachweis), 제28조 비밀출산을 담당하는 상담센터(Beratungsstellen zur Betreuung der vertraulichen Geburt), 제29조 전문출산시설 또는 가정출산 상담(Beratung in Einrichtungen der Geburtshilfe oder bei Hausgeburten), 제30조 출산이후의 상담(Beratung nach der Geburt des Kindes), 제31조 출생증명에 관한 아이의 열람권(Einsichtsrecht des Kindes in den Herkunftsnachweis), 제32조 가정법원의 절차(Familiengerichtliches Verfahren), 제33조 문서 - 보고의무(Dokumentations- und Berichtspflicht), 제34조 시행 비용(Kostenübernahme).

실제 독일형법의 규정을 보면, 낙태죄는 3년 이하의 자유형에 처하도록 되어 있고, 부동의 낙태죄는 5년 이하의 자유형으로 규정하고 있다. 또한 ‘낙태미수’도 처벌하고 있다. 이러한 점에 비추어 본다면 독일이 우리나라보다 낙태죄를 무겁게 처벌하고 있음을 알 수 있다.

다만, 독일 형법은 낙태의 불법성을 유지하면서도 예외적 허용사유와 불처벌 규정을 통해 임신부의 자기결정권과의 조화를 이루도록 하고 있다. 즉, 일정한 사유가 있는 경우 낙태를 허용하는 ‘적응해결방식’을 채택하면서, 동시에 임신 12주 이내에 상담절차를 거친 낙태는 처벌하지 않는 ‘기간해결방식’도 함께 병행하고 있다. 이는 태아의 생명을 존중하면서도 임신갈등상황에 있어서의 최종적 판단은 임신부의 자기결정권에 따르도록 한 것이다. 결국 태아의 생명권과 임신부의 자기결정권의 충돌을 규범조화적 방식에 따라 해결한 것으로 볼 수 있다.

독일형법 중 가장 주목할 부분은 제219조의 ‘임산부 상담’ 규정이다. 이를 구체화한 특별법으로 ‘임신갈등법(SchKG)’이 제정되어있다. 2019년 우리나라 헌법재판소는 ‘결정가능기간’, ‘제한 없는 낙태허용기간’, ‘상담요건’, ‘숙려기간’ 등에 관하여 국회가 입법재량을 가지고 개선입법을 하라고 판시하였다. 독일에서 ‘임신 12주 이내의 낙태’를 하기 위해서는 제219조의 상담을 반드시 받아야 하므로, 향후 우리나라의 낙태요건 개정에 있어서도 독일형법 제219조와 ‘임신갈등법(SchKG)’을 참고할 필요가 있다. 이미 ‘2010헌바402 결정’에서 이동흡 재판관이 보충의견으로 독일 상담규정을 참조할 것을 권유한 바 있다. 이 규정은 태아의 생명권을 최우선에 두면서도, 마지막 선택은 임신부의 자기결정권에 맡기는 규범조화적 해결방식을 취하고 있어, 헌법상 기본권 보장과 관련해서도 적합하다.

V. 미국의 주요판례와 최근경향

미국은 초기부터 영국 보통법상 원칙을 따르고 있었으며, 그에 따라 낙태를 살인에 준하여 엄격하게 처벌하였었다. 그러던 중에 1973년 Roe v. Wade 판결에 따라 낙태 허용의 폭을 대폭적으로 확대하는 변화를 겪게 되었다. 독자적 생존능력(viability)을 갖추는 임신 6개월이 지난 이후부터(the third trimester) 태아를 인간생명으로 보고, 주(州)는 낙태를 규제할 수 있다는 입장으로 전환

되었다. Roe v. Wade의 이러한 입장은 심지어 2019년 우리나라의 ‘낙태죄 헌법불합치 결정(2017헌바127)’에도 결정적인 영향을 미쳤으며, 낙태허용의 중요한 척도로서의 기능을 하고 있다.

하지만, 미국 내에서는 1980년대부터 Roe v. Wade와는 다른 취지의 판결이 계속 이어졌으며, 심지어 ‘임신초기부터 태아의 생명보호를 위한 낙태규제를 할 수 있다’는 판결도 등장하였다. 또한 ‘태아심장박동법’을 비롯하여 낙태를 엄격히 규제하는 법률들이 여러 주(州)에서 새롭게 제정되고 있다. 현재 미국은 낙태죄에 관하여 어느 한가지 체계로 설명할 수 없는 다양한 입장들이 혼재되어 있다고 볼 수 있다.

이러한 상황을 전제로 이하에서는 낙태죄에 관련된 미국의 주요판례와 입법례, 그리고 최근의 다양한 흐름들을 구체적으로 살펴보도록 한다.

1. 1970년대 이전

미국의 낙태죄 규정은 ‘영국 보통법상 원칙’이 식민지였던 미국에 그대로 적용되는 형태였다. 영국의 보통법상 원칙은 ‘태동(胎動)’을 기준으로 인간으로서의 지위를 부여하는 것이었다. 따라서 태동 이후의 낙태는 ‘살인죄(殺人罪)’로 처벌하였다. 미국에서도 1820년~1840년까지의 법률들에는 태동 이후의 낙태행위에 대해 처벌하는 규정들이 많았다. 1821년 ‘코네티컷州’를 시작으로 ‘일리노이州’, ‘뉴욕州’ 등 25개 州에서 태동 이후의 낙태를 처벌하는 규정을 두었다.⁶⁵⁾

하지만, ‘태동’의 개념이 모호하다는 점과 ‘수정’의 시점부터 인간으로서의 정체성을 인정할 수 있다 점이 과학적으로 증명되면서, 이후에는 태동과 무관하게 처벌하는 규정을 두게 된다. 1840년에 ‘마인 州’에서 태동과 무관하게 처벌하는 규정을 두었고, 1887년에 이르면 미국의 ‘모든 州’에서 태아의 월령이나 크기와 무관하게 낙태를 인간생명을 침해하는 범죄로 취급하게 되었다.⁶⁶⁾

하지만, 불법낙태는 여전히 성행하였다. 1960년에 들어서면서 일부 州를 시작으로 ‘임산부의 생명을 구하기 위한 목적’, ‘성범죄에 의한 임신’ 등에는 예외적으로 낙태를 허용하였다. 처벌규정의 차이로 인해 ‘전면적으로 낙태를 금지

65) 이인영, “미국에서의 낙태 규범과 범죄와의 상관관계 분석 연구에 대한 고찰”, 형사법연구 제24집 제4호, 한국형사법학회, 2012, 281면 참조; Charles I. Lugini, “When Abortion Was a Crime: A Historical Perspective”, 83 U. Det. Mercy L. Rev. 51 (2006), pp.59-69.

66) 이인영, *supra* note 65, 281-282면.

하는 州'에서 '일부 허용하는 州'로 여행을 가서 낙태를 행하는 기현상이 빈번히 발생했다.⁶⁷⁾

2. 1973년 Roe v. Wade 판결⁶⁸⁾

1969년 '텍사스州'에 살던 25세의 여성 Norma McCorvey는 퇴근 중 괴한들로부터 성폭행을 당하고 임신하게 되었다. 당시 텍사스州는 '임산부의 생명을 구하기 위한 경우' 등 극히 예외적인 경우를 제외하고는 낙태를 불법으로 규정하고 있었다. McCorvey는 'Jane Roe'라는 가명을 사용하면서 '텍사스州 형법'에 대한 위헌법률심판을 청구하게 되었다.⁶⁹⁾

연방대법원은 위헌 7, 합헌 2의 비율로 텍사스 州 형법이 연방헌법에 위반된다고 선언하였다. 연방대법원을 대표하여 Blackmun 대법관은 다음과 같이 판시하였다.⁷⁰⁾

첫째, 임신의 시기를 삼등분할 때, 그 3분의 1(the first trimester) 이내에 행

67) 미국 낙태죄 규정의 근거가 된 영국의 규정을 간단히 살펴보면 다음과 같다.

「Malicious Shooting or Stabbing Act 1803(악의적 상해·살해에 관한 법률)」에 의하면, 태동기 전에 유산한 경우에는 추방, 태동기 이후의 유산은 사형에 처하도록 되어있었다. 「The Offences Against the Person Act 1861(OAPA, 사람에 대한 범죄에 관한 법률)」에서는 태동이라는 전제 없이, 낙태행위를 중신형에 처할 수 있는 범죄행위로 엄격하게 규정하였다.

그러던 중 1938년 Rex v. Bourne 사건이 획기적인 전환점이 되었다. 이 판결에서 MacNaghten J 판사는 “Dr. Bourne의 낙태기술이 육체적·정신적 파괴를 막기 위한 것이었다면, OAPA에서 규정한 불법적 낙태로 처벌할 수 없다.”라고 판시하였다. 이 판결은 합법적 낙태에 대한 가능성과 선례를 남기게 된다. 이 판결의 결과 「The Abortion Act 1967(낙태법)」이 제정되었고, ‘낙태법’의 낙태 허용요건은 현재까지도 「Human Fertilization and Embryology Act 1990(인간 수정 및 발생에 관한 법률)」로 그대로 이어지고 있다 [Sheelagh McGuinness, “영국에서의 낙태의 역사”, 법학논총 제30권 제3호, 전남대학교 법학연구소, 2010, 394-398면; J. Scott Tiedemann, “The Abortion Controversy in the Republic of Ireland and Northern Ireland and It's Potential Effect on Unification” 17 Loy. L.A. Int'l & Comp. L.J. 737 (1995), pp.748-751].

68) Jane Roe, et al. v. Henry Wade. 410 U.S. 113 (1973).

69) 그녀는 'Doe 부부'와 함께, 텍사스州의 검사 Henry Wade를 상대로 연방지방법원에 소를 제기하였다. 2가지를 청구하였는데, 첫째는 위헌법률심판이고 둘째는 집행정지명령이었다. 연방지방법원은 'Doe 부부'의 당사자자격은 인정할 수 없다고 판시하였다. 또한 McCorvey의 첫 번째 청구는 인정하여 위헌선언을 하였지만, 집행정지명령은 기각하였다. 이에 원고들은 연방대법원에 상고(上告)하였고, 검찰청도 위헌선언에 대하여 반대상고(反對上告)를 하였다(김형남, “미국 헌법상 낙태 및 태아의 생명권에 대한 논의와 판례 분석”, 미국헌법연구 제16권 제1호, 미국헌법학회, 2005, 208-209면).

70) 이하 판시내용은 *Ibid.*, 209-210면 참조.

하는 낙태는 ‘산모의 건강’에 아무런 문제를 야기하지 않으며, 이 시기의 ‘태아’는 생명으로 인정하지 않아도 무방하다.

둘째, 낙태를 할 수 있는지의 여부를 판단하는 기준(基準)은 태아의 ‘독립적 생명력(viability)’이다. 태아의 생명력은 산모가 판단하며, 예외적으로 산모의 생명이 위태로울 때는 ‘주 정부(州 政府)’도 이를 결정할 수 있다.

셋째, 아무런 시간적 제약사항 없이 ‘산모의 건강에 중대한 위협을 가하는 경우’만을 규정한 텍사스 州 형법은 위헌이다.

연방대법원은 이 판결을 통해 ‘3단계 3개월 기간구분법’을 제시하였다. 구체적인 내용은 다음과 같다.⁷¹⁾⁷²⁾

첫 3개월 동안은 오로지 의학적 판단만으로 낙태할 수 있으며, 州의 규제로부터 자유롭다.

두 번째 3개월(즉, 4개월부터 6개월까지)동안은 오로지 ‘산모의 건강’을 보호할 목적으로만, 州는 낙태를 규제할 수 있다.

세 번째 3개월(즉, 7개월부터 출산까지) 동안은 태아가 모체 밖에서 생존능력을 가지고 있으므로, 잠재적인 생명(즉, 태아)의 보호를 위해 州는 법률로써 낙태를 규제할 수 있다.

3. 1989년 Webster v. Reproductive Health Services 판결⁷³⁾

1989년 미주리州 의회가 제정한 법률에는 다음과 같은 내용이 있었다. 첫째,

71) (a) For the stage prior to approximately the end of the first trimester, the abortion decision and its effectuation must be left to the medical judgment of the pregnant woman's attending physician.

(b) For the stage subsequent to approximately the end of the first trimester, the State, in promoting its interest in the health of the mother, may, if it chooses, regulate the abortion procedure in ways that are reasonably related to maternal health.

(c) For the stage subsequent to viability, the State in promoting its interest in the potentiality of human life may, if it chooses, regulate, and even proscribe, abortion except where it is necessary, in appropriate medical judgment, for the preservation of the life or health of the mother.

72) 임신 후 첫 3개월 동안은 여성의 인격권이 절대적으로 보호되어야 하며, 州는 낙태의 안전만을 위한 최소한의 규제를 한다. 임신 4개월부터 6개월까지 두 번째 3개월은 원칙적으로 낙태를 허용하되 ‘모체의 건강’을 보호해야 할 필요성이 충분히 인정될 때만 낙태를 규제할 수 있다[Daniel A. Farber, John E. Nowak, “Beyond the Roe Debate: Judicial Experience with the 1980s ‘Reasonableness’ Test”, 76 Va. L. Rev. 519 (1990), pp.519-520].

73) William L. Webster et al. v. Reproductive Health Services et al., 492 U.S. 490 (1989).

임부의 생명을 구하기 위한 시술이 아닌 경우에는, 낙태를 목적으로 ‘공공시설’을 이용하거나 ‘공무원’이 낙태시술을 행할 수 없다. 둘째, 임부의 생명을 구하기 위한 시술이 아닌 경우에는, 낙태를 목적으로 ‘공공기금’을 사용할 수 없다. 셋째, 임신 20주 또는 그 이상 된 태아의 낙태수술 시에는, 수술 전에 태아의 체중, 임신기간, 폐의 성장상태 등을 의사가 반드시 조사해야 한다.

1989년 주정부의 ‘의료 전문가’와 ‘의료기관’들이 이 법률에 대하여 연방지방법원에 위헌심판을 청구하였다. 연방지방법원이 위헌을 선고하자, 미주리 주 검찰총장 Webster가 이에 불복하여 연방대법원에 상고하였다.

연방대법원을 대표하여 Rehnquist 대법원장은 “낙태수술에 공공시설이나 공무원을 사용할 수 없도록 한 것 등에 대하여 낙태할 수 있는 여성의 자유권을 박탈하였다고 볼 수 없고, 이것은 합리적인 제한이다”는 취지로 합헌을 선고하였다.

본 판결에서 Rehnquist, White, Kennedy, O’Conner 4인은 Roe v. Wade 판결을 수정하는 의견을 제시하였다. 즉, Roe 판결에서는 태아의 ‘독립적인 생명력’에 대한 판단권을 기본적으로 임신부에게 부여하였지만, 이 판결은 “20주 이상 된 태아의 낙태수술에서, 의사는 임신기간, 몸무게, 폐의 성장상태 등을 반드시 조사하여야 한다”고 규정한 내용을 합헌으로 선언함으로써 ‘독립된 생명력’에 대한 판단권을 ‘임신한 여성’에게서 ‘주 정부(州政府)’로 옮겨놓게 되었다.⁷⁴⁾

4. 1992년 Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania v. Casey 판결⁷⁵⁾

펜실베이니아 주는 1982년 제정된 ‘낙태규제법’을, 1989년에 다음과 같이 개정하였다.⁷⁶⁾

첫째, 낙태를 원하는 여성은, 적어도 수술하기 24시간 전에는 동의를 해야

74) 김형남, *supra* note 69, 214면.

이에 대해 Blacmun 대법관은 다음과 같이 비판하였다. “이 판결의 복수의견(4인 의견)은 Roe 판결을 암묵적으로 파기하였으며…아이의 임신여부에 대한 선택권을 헌법으로부터 보장받았다고 믿던 모든 여성들의 꿈과 희망을 절망으로 몰아넣었다.” 이로 인해 연방대법원은 첨예한 논란에 휩싸이게 되었다(*Ibid.*, 214-215면).

75) Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania v. Robert P. Casey, 505 U.S. 833 (1992).

76) 김형남, *supra* note 69, 216면.

한다.

둘째, 미성년자가 낙태하려는 경우는 부모나 후견인의 동의를 받아야 한다.

셋째, 결혼한 여성이 낙태하려는 경우에는, 사전에 배우자에게 낙태한다는 사실을 고지하

였음을 증명하는 서류가 있어야 한다.

넷째, 임신부의 생명이 위태로운 응급상황일 때, 의사는 사전 동의 없이 수술할 수 있다.

다섯째, 낙태수술을 한 병원은 관련기록을 작성 및 보관할 의무를 진다.

‘펜실베이니아 남동부 가족계획협회’는 펜실베이니아 주지사 Casey를 상대로 소를 제기하여, 본 규정에 대한 위헌심판을 청구하였다. 이후 연방항소법원이 ‘배우자 고지의무’만 위헌이고, 나머지는 합헌이라고 판시하자, 이에 불복하여 연방대법원에 상고하게 되었다.

이후 연방대법원 역시도 ‘배우자 고지의무’만 위헌이며, 나머지는 모두 합헌이라는 취지의 판시를 하였다. 특히, 이 판결을 통해 연방대법원은 Roe v. Wade 판결의 입장을 부분 수정하며 다음과 같이 판시하였다. 첫째, 태아가 모체 밖에서 독자적 생존능력을 갖기 전까지, 임신부는 州의 간섭 없이 자유롭게 낙태할 권리를 갖는다. 둘째, 태아가 모체 밖에서 독자적 생존능력을 갖게 된 이후에, 州는 낙태를 제한하고 규제할 수 있다(다만, 임신부의 생명이나 건강이 위험한 경우에는 합법적으로 낙태할 권리를 가진다). 셋째, 각 州는 ‘임신 초기(初期)’부터 ‘태아의 생명’을 보호하기 위하여, 임신부에게 어떤 부당한 부담(Undue Burden)을 주지 않는 한 낙태를 제한하고 규제할 수 있다.⁷⁷⁾

본 판결은 Roe v. Wade 판결에서 제시한 ‘엄격한 3단계 3개월 기간구분법’과, 주의 필수불가결한 이익에 있어 최소한의 정도만 규제한다는 ‘엄격심사기준’을 폐기하였다. 그 대신 “‘태아의 독자적 생존능력’ 이전(以前)에도 낙태하려는 임신부에게 ‘실질적 장애(Substantial Obstacle)’를 야기하지 않는 한, 州는 ‘임신 전 기간(全 期間)’에 걸쳐 ‘태아의 생명보호’를 위한 낙태규제를 할 수 있다”는 ‘부당한 부담(Undue Buren) 기준’을 제시하였다.⁷⁸⁾ 이에 따라 본 판결은

77) Elizabeth A. Schneider, “Workability of Undue Burden Test”, 66 *Temp. L. Rev.* 1003 (1993), pp.1019-1037.

78) 이희훈, “영국·미국·독일·프랑스의 낙태 규제 입법과 판례에 대한 비교법적 고찰”, 일감법학 제27권, 건국대학교 법학연구소, 2014, 720-721면. Roe v. Wade 판결에서는 첫 3개월(the first trimester)의 태아는 생명으로 인정되지 않으며, 셋째 3개월(the third trimester)인 임신 7개월부터 태아의 ‘독립적 생명력(viability)’을 인정할 수 있고, 이 때부터 州는 잠재적 생명인 태아를 보호하기 위해 낙태를 규제할 수 있다고 밝혔다. 하지만,

과거의 판결을 반복하면서 다음과 같이 판시한다. “미성년자가 낙태시 부모의 동의를 요구하는 것, 낙태하려는 여성에게 낙태관련 정보를 제공하고 서면동의를 요구하는 것, 낙태 관련 기록의 작성 및 보관의무 등은 ‘실질적 장애’를 초래하지 않으므로 합헌이다. 다만, 낙태 시 배우자에게 고지하도록 하는 것은 ‘실질적 장애’가 되므로 위헌이다.”⁷⁹⁾

5. 검토

미국은 영국 보통법상 원칙을 따르고 있었다. 대부분의 州에서 태아의 월령이나 크기와 무관하게 낙태를 인간생명을 침해하는 범죄로 규정하고 있었다. 그러던 중 1973년 *Roe v. Wade* 판결에 따라 입장이 급선회하였다. *Roe v. Wade*에서는 태아의 ‘독자적 생존능력(viability)’이 낙태허용의 기준이 된다고 판시했다. 이러한 독자적 생존능력이 갖추어진 이후에서야 태아는 인간 생명으로 인정되고, 태아의 보호를 위해 州는 법률로 낙태를 규제할 수 있다고 밝혔다. 결국 ‘세 번째 3개월(the third trimester)’에 도달한 이후에야 태아는 인간 생명으로 보호되고, 이를 위해 州는 낙태를 규제할 수 있었다.

하지만, *Roe v. Wade* 판결의 입장은 이어지는 판례들에서 계속 수정되었다. 1989년 *Webster v. Reproductive Health Services* 판결에서는 ‘독자적 생존력’에 대한 판단을 임산부가 아닌 ‘州 정부’가 할 수 있도록 하였다.⁸⁰⁾ 1992년 *Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania v. Casey* 판결에서는 임산부의 낙태에 ‘실질적 장애’가 없는 한 ‘임신 초기(初期)’부터 ‘임신의 전 기간(全 期間)’에 걸쳐서 ‘태아의 생명보호’를 위한 낙태규제를 할 수 있다고 판시했다. ‘독자적 생존력’을 기준으로 태아의 생명성을 인정하고, 이를 낙태규제의 기준으로 제시했던 *Roe v. Wade* 판결의 취지를 근본적으로 수정한 것이다.

이러한 경향을 종합해보면, 미국 판례의 입장에도 많은 변화가 계속 이어지고 있다는 것을 알 수 있다. *Roe v. Wade*를 여전히 낙태죄와 관련한 중요한 판례로 다루고는 있지만, *Roe v. Wade*에서 제시한 구체적인 내용들을 ‘원칙

1992년 본 판결에서는 임산부에게 ‘실질적 장애(Substantial Obstacle)’를 초래하지 않는 한, ‘임신 초기(初期)’부터 ‘전 기간’에 걸쳐서 ‘태아의 생명보호’를 위한 낙태규제를 할 수 있다고 밝혔다. 따라서 독자적 생존력에 근거하여 생명을 인정하고 낙태를 규제 한 *Roe v. Wade* 판결의 취지를 근본적으로 수정한 것으로 볼 수 있다.

79) 조국, *supra* note 19, 708면.

80) 이에 대해 Blackmun 대법관이 *Roe* 판결의 취지를 과기하였다고 비판한 점은 앞서 기술한 바와 같다.

(原則)’으로 수용하기 보다는 현재의 상황에 맞게 변경하고 수정해가고 있다. 특히, 1992년 *Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania v. Casey* 판결에서 ‘임신 초기’부터 ‘태아의 생명보호’를 위한 낙태규제를 허용한 것은, 수정(受精)된 모든 태아는 인간생명이라는 입장을 전제로 한다. *Roe v. Wade* 판결문에는 ‘첫 3개월(the first trimester)의 태아는 생명으로 인정하지 않는다’는 내용이 명시되어 있다. 이렇게 본다면 *Roe v. Wade*의 근본입장을 완전히 뒤집은 것으로 볼 수 있다. 이렇게 미국의 낙태죄는 현재까지도 많은 변화를 겪고 있으며, 어느 하나의 입장만으로 확정할 수 없는 상황이다.⁸¹⁾

최근 미국의 많은 州에서 낙태를 엄격히 규제하는 새로운 법률이 제정되고 있어서, 종래의 *Roe v. Wade* 입장은 본질적인 측면에서 재검토될 여지가 있다. 그렇게 된다면 미국 내 낙태문제에 관한 논란은 더욱 확대될 것으로 예상된다. 2006년 7월 미국 ‘사우스 다코타(South Dakota)州’는 미국 최초로 전면적으로 낙태를 금지하는 낙태금지법을 제정하였다.⁸²⁾ 최근에는 태아의 심장박동이 감지되는 임신 6주 이후의 낙태를 금지하는 소위 ‘심장박동법안’이 여러 주에서 검토되고 있다. 조지아(Georgia)州, 켄터키(Kentucky)州, 미시시피(Mississippi)州, 오하이오(Ohio)州, 루이지애나(Louisiana)州 등에서는 이미 법률안을 통과시켰다. 또한 미주리(Missouri)州는 임신 8주 이후의 낙태를 금지했고, 앨라배마(Alabama)州는 성폭행이나 근친상간을 포함해 사실상 모든 낙태를 금지하는 법안을 통과시켰다.⁸³⁾⁸⁴⁾

81) 미국은 州마다 상이한 규정을 많이 두고 있다. 구체적인 예(例)로는 다음과 같은 내용들이 있다(아래의 내용은 손병세 외 28인, 전국 임공임신중절 변동 실태조사:보건복지부 보고서, 연세대학교 보건대학원, 2011, 213면 이하).

6개 州는 ‘부분출산 낙태(Partial-Birth Abortion)’를 금지하고 있다. 24개 州는 의사의 상담이후 낙태시술까지 일정한 ‘숙려기간’을 주도록 하고 있다. 19개 주는 낙태를 하려는 임신부는 ‘상담절차’를 의무적으로 거치도록 하고 있다.

상담절차와 관련해서, 11개 州는 ‘낙태시술 과정에서 태아가 정신적인 고통을 느낄 수 있다’는 정보를 알려주도록 하고 있다. 10개 州에서는 ‘초음파에 대한 정보(태아의 심장소리나 태아의 모습)’를 임신부에게 알려주도록 규정하고 있다.

82) 이희훈, *supra* note 78, 716면.

83) 연합뉴스, “루이지애나도 낙태금지…미국 7개주 낙태 강력규제(2019. 5. 30)”, <http://www.yna.co.kr>(2019년 9월 10일 검색). 루이지애나州의 경우는 2019년 5월 29일 의회에서 찬성 79표 대(對) 반대 23표로 태아심장박동법안을 통과시켰다. 루이지애나의 ‘존 벨 에드워즈’ 주지사는 민주당 소속임에도 이 법안에 서명했다고 보도되었다. 낙태를 반대하는 이들은 최근 도널드 트럼프 대통령이 보수 성향의 대법관 2명을 임명함에 따라 앞으로 고등법원에서 다루어질 낙태 관련 사건에 있어, 기존 판결이 뒤집어질 수 있기를 바라고 있다고 전했다[크리스천투데이, “美 루이지애나 주지사, 강력한 낙태금지법안 서명(2019. 6. 3)”, <http://www.christiantoday.co.kr>(2019년 9월 11일 검색); 뉴시스, “美 루이지애나도 반낙태법 통과…민주당 주지사도 가세(2019. 5. 30)”, <http://www.news1.com>(2019년 9월 11일 검색)].

VI. 결론

미출생 생명인 배아의 생명권을 비교법적으로 고찰하기 위해, 본 논문에서는 배아와 관련한 현행법, 외국의 입법례·판례 등을 고찰하였다.

현행법을 검토해보면, 배아의 지위에 관한 민법과 형법, 생명윤리법의 입장이 모두 상이하다. 가장 주된 이유는 형법은 1953년, 민법은 1958년에 제정되어 지금까지 큰 변화 없이 유지되고 있는 반면, 생명윤리법은 2004년에 제정되었기 때문이다. 50여년의 시간 동안 생명과학은 비약적으로 발전해 왔기에, 그 기간만큼 첨단과학과 민법, 형법의 간극이 발생했다고 볼 수 있다. 현행 민법(民法)에는 ‘체외수정 등 보조생식’에 관한 개념이 전혀 상정되어 있지 않다. 미출생 생명은 임신부의 체내에 존재하는 태아만을 고려하고 있다. 따라서 태아의 개념에 포함될 수 없다면, 체외배아 뿐만 아니라 체내배아도 물건(物件)이 될 수밖에 없다. 미출생 생명에 관한 문제는 법률의 부재이기에 현행법을 그대로 적용할 수는 없으며, 결국 입법적으로 보완하여 해결할 수밖에 없는 상황이다. 앞서 검토한 바와 같이 인간개체가 확정되는 시기는 ‘수정시’이다. 따라서 수정시부터 권리능력자로 규정하는 것이 근본적인 해결책이 될 것이다. 다만, 이러한 논의는 일반사법의 입장에서 원칙을 정립하려는 것이며, 현재 허용중인 ‘체외수정’이나 ‘배아연구’ 등은 특별법으로 절차와 허용범위 등을 명확히 규정하여 시행할 수 있다. ‘태아’에게 극히 제한적으로만 권리능력을 인정하듯이, 체외배아의 경우는 권리능력을 특별히 인정하지 않을 수도 있다. 다만, 원칙을 분명히 정립하는 것이 무엇보다 중요할 것으로 생각된다. 형법(刑法)은 1953년 낙태죄를 규정했으나, 1973년 모자보건법이 제정되면서 형해화(形骸化)되었다. 2019년 헌법불합치결정에 따라 두 법률은 모두 개정되어야 할 상황에 처해있다. 현행법상의 쟁점을 검토해보면 다음과 같다. 모자보건법 제14조 제1항의 ‘배우자 동의’와 관련하여 사건(私見)으로는 ‘배우자의 자연권’이라고 생각한다. 자녀의 양육권이 부부 모두에게 있고 공동으로 책임져야 하는 상황에서,

84) 실제 미국 내에서는 ‘친 생명적인 州’과 ‘친 낙태적인 州’가 구분되기도 한다. ‘친 생명적인 州’의 예(例)로는 루이지애나, 오클라호마, 아칸소, 애리조나, 펜실베이니아, 텍사스, 켄타키, 인디애나, 네브라스카 등이 주목받고 있다. ‘친 낙태적인 州’로는 위싱턴, 캘리포니아, 뉴욕, 버몬트, 코네티컷, 뉴저지, 오레곤, 하와이, 메릴랜드, 네바다 등이 언급되고 있다[크리스천투데이, “美 가장 친생명적 ‘루이지애나’ 가장 친낙태적 ‘위싱턴’(2014 6. 21)”, <http://www.christiantoday.co.kr>(2019년 9월 11일 검색)].

사건(私見)으로 한국인과 한국교민이 가장 많이 거주하는 캘리포니아 州, 뉴욕 州 등이 친낙태적 성향이 강한 편이어서, 미국 전역을 ‘친 낙태적’으로 오해하게 되는 경향이 있는 듯하다

낙태 전 배우자의 동의를 받는 것은 당연한 일이다. 부득이한 상황에서는 제14조 제2항에 의해 동의가 면제될 수 있다. 또한 제14조 제1항 제5호의 ‘모체의 건강을 해칠 우려’는 판례 등을 통하여 보다 구체화되어야 할 것이다.

비교법적으로 검토해보면, 일본과 독일 등은 우리나라보다 낙태를 엄격히 규제하고 있고, 형량도 무겁다는 것을 알 수 있다. 미국의 경우 Roe v. Wade 판결이후 낙태가 급격히 증가했었지만, 현재는 오히려 엄격하게 규제하는 州가 다수 생겨나고 있다. 특히, 일본은 낙태시술의사의 신고의무를 규정하여 행정기관이 철저히 관리·감독하고 있다. 독일은 ‘임신갈등법(SchKG)’을 제정하여 태아의 생명권을 우선시하면서도, 임신부의 자기결정권을 존중하는 규범조화적인 해결방식을 취하고 있다. 미국에서는 여성의 자기결정권을 존중하는 州조차도, ‘숙려기간’, ‘상담절차’ 등을 통하여 태아의 생명권을 보호하려는 규정을 제정하는 경우가 늘고 있다. 향후, 낙태죄와 관련하여 비교법적 검토를 할 때에는, 이러한 국제적 흐름을 폭넓게 고려할 필요가 있을 것이다.

2019년 헌법재판소는 헌법불합치결정을 통해 “입법자는 ‘결정가능기간’, ‘사회적·경제적 사유’, ‘상담요건과 숙려기간’ 등에 관하여 입법재량이 있으며, 이러한 것들을 어떻게 조합하고, 절차적 요건을 부과할 것인지에 관하여 결정한 후, 2020년 12월 31일까지 법률을 개정하라”고 판시하였다. 낙태죄 관련 법률의 개정은 시급히 해결해야 할 당면과제가 되었다. 필자 역시도 이러한 상황을 염두에 두고, 현행법과 외국의 입법례·판례를 본 논문에서 검토하였다.

법률의 개정과 관련하여, 우선 2019년 헌법불합치 결정에서 논거로 제시한 Roe v. Wade 이론은, 그대로 수용해서는 곤란할 것으로 생각된다. Roe v. Wade 판결이 내려지던 50년 전과 현재는 과학적 상황이 완전히 다르기 때문이다. 당시에는 임신부를 보며 생명을 추정하는 정도였지만, 현재는 임신초기부터 태아를 직접 확인하고 치료하는 단계에 있다. 22주된 초미숙아를 인큐베이터를 통해 생존시키고 있고, 심지어 인공자궁의 개발이 상당한 진척을 이루고 있다. 이런 점을 고려한다면 “임신 3개월까지는 태아를 생명으로 보지 않아도 무방하고, 6개월이 지난 이후에야 태아를 보호하기 위한 낙태규제가 가능하다”고 밝힌 Roe v. Wade 이론은, 현대 첨단과학적 상황에 전혀 부합하지 않는다. 미국 현지에서도 Roe v. Wade 이론을 그대로 유지하기 보다는 ‘태아의 생명’과 ‘여성의 자기결정권’의 조화를 이루려는 입법이 늘어나고 있는 추세이다. 법률 개정에도 있어서도 이러한 과학적 상황과 국제적 흐름을 입법자가 반드시 고려해야 할 것으로 생각된다.

비교법적인 측면에서 반드시 검토하고 편입해야 할 내용으로, 일본의 ‘낙태

시술 의사 신고의무’와 독일의 ‘임신갈등법’을 들 수 있다.

앞서 본문에서 살펴보았듯이, 2018년과 2019년 불과 6개월 사이에, 낙태에 관한 2개의 상반된 통계가 발표되었다. 2018년 9월 대한산부인과의사회는 국내 낙태건수를 하루 3000건, 연간 100만건 이상으로 추정된다고 발표하였다. 2019년 2월 한국보건사회연구원은 연간 5만건의 낙태가 이루어진다고 발표하였다. 조사결과가 무려 20배 이상 차이가 난다. 관련 전문가들의 견해를 들어보면, 대한산부인과의사회의 발표를 보다 더 신뢰하고 있었다. 하지만 발표결과와 신뢰도를 차치하고라도, 현재 우리나라는 낙태와 관련한 통계조차 확인할 수 없는 상황임을 부인할 수 없게 되었다. 대부분의 낙태가 암암리에 행하여지고, 불법시술이라는 명목으로 일부 의료기관이 폭리를 취하는가 하면, 임신부가 범죄에 노출되기도 한다. 이러한 상황을 근절하기 위해서는, 담당 의사에게 시술 건수와 낙태이유를 신고하게 하여, 관할 행정기관이 공식적으로 통제하고 엄격하게 관리·감독해야 한다. 그렇게 해야만 암암리에 불법적으로 행하여지던 낙태가 합법적인 절차로 들어오게 된다. 적어도 합법적인 절차로 시술이 이루어진다는 전제가 확립되었을 때, 낙태죄 개정도 의미가 있다. 일본 모체보호법은 낙태시술을 하는 지정의사는 매월 10일까지 관할 행정기관에 신고하도록 하고 있다. 우리나라 모자보건법 개정 논의에 있어서도 이러한 신고의무를 면밀히 검토하여 편입할 필요가 있다고 생각된다.

독일에서는 ‘임신 12주 이내’, 임신부의 의사(意思)에 의한 자유로운 낙태가 허용된다. 다만, Roe v. Wade 이론과 가장 큰 차이는 ‘상담절차’를 반드시 거치도록 하고 있다는 점이다. 1975년 독일연방헌법재판소는 “태아의 생명보호는 임부의 자기결정권보다 우위에 있다”는 입장을 밝히며 ‘12주 이내 낙태허용 규정’에 대하여 위헌결정을 하였다. 1993년에도 동일한 결정을 내렸다. 그럼에도 현재 독일형법 제218조a 제1항에 ‘12주 이내 낙태 규정’을 명시할 수 있는 것은 제219조의 상담규정과 임신갈등법(SchKG)이 있기 때문으로 생각된다. 앞서 살펴본 바와 같이 제219조 상담규정은 “상담은 태아를 보호하는 역할을 해야 하며, 여성이 임신을 지속하도록 장려해야 한다”고 규정하고 있다. 또한 “낙태는 너무나 심각하고 막대한 부담이 있는 예외적인 상황에서만 가능하다”고도 하고 있다. 임신갈등법(SchKG)에는 낙태에 관한 구체적인 절차를 두고 있으며, 특히 ‘비밀출산’ 등 양육이 곤란한 상황에서도 출산을 통한 해결을 도모할 수 있는 규정도 함께 포함하고 있다. 2019년 헌법불합치 결정이 종래의 법체계와 판례를 완전히 뒤집는 결과를 초래했음에도, “태아는 모체와는 별개로 생명권의 주체이다”라는 대전제는 동일하게 유지하고 있다. 그렇다면 ‘여성의 자기

결정권'을 우선시하는 입장을 취한다고 하더라도 '태아의 생명권보호'를 도외시해서는 안될 것이다. 독일형법 제218조a와 제219조를 보면, 태아의 생명권을 최우선에 두면서도 '12주 이내 낙태' 여부에 관한 마지막 선택은 임신부의 자기결정권에 따르도록 하고 있다. 양립하기 힘든 두 기본권을 규범조화적으로 해결하기 위한 취지로 볼 수 있다. 향후 낙태죄 관련 법률의 개정을 논의함에 있어서도, 이러한 해결방법은 반드시 참조하여 우리법에 반영해야 할 것으로 생각된다. 특히 '임신갈등법(SchKG)'은 구체적으로 소개된 예가 거의 없는 만큼, '법률규정'은 물론 '독일에서의 임신갈등법 운용상황'을 면밀하게 검토할 필요가 있다. 그러한 검토결과를 우리나라에서의 '법 개정'과 '낙태관련 행정체계 구축'에 충실히 반영한다면, 태아의 생명과 여성의 자기결정권을 모두 보호할 수 있는 효율적인 제도를 마련할 수 있을 것으로 생각된다.

[참고문헌]

- 강태성, 민법총칙, 대명출판사, 2013.
- 고상용, 민법총칙, 법문사, 2005.
- 곽윤직·김재형, 민법총칙, 박영사, 2012.
- 김광재, “낙태 문제에 관한 비교법적 연구”, 인권과 정의 제473집, 대한변호사협회, 2018.
- 김성돈, 형법각론, 성균관대학교출판부, 2019.
- 김일수·서보학, 새로쓴 형법각론, 박영사, 2016.
- 김일수, “인간복제의 윤리적·법적 문제”, 법조 제48권 제7호, 법조협회, 1999.
- 김주수·김상용, 민법총칙, 삼영사, 2011.
- 김천수, “태아의 법적지위”, 비교사법 제10권 제2호, 한국비교사법학회, 2003.
- 김형남, “미국 헌법상 낙태 및 태아의 생명권에 대한 논의와 판례 분석”, 미국헌법연구 제16권 제1호, 미국헌법학회, 2005.
- 문국진, “인공수정의 법의학적 문제”, 대한법의학회지 제10권 제2호, 대한법의학회, 1986.
- 박동진, “출생 전 생명에 대한 민사법적 고찰”, 의료법학 제10권 제1호, 대한의료법학회, 2009.
- 박선영, “인간의 존엄과 가치 그리고 배아”, 헌법학연구 제13권 제1호, 한국헌법학회, 2007.
- 배종대, 형법각론, 홍문사, 2013.
- 손병세 외 28인, 전국 임공임신중절 변동 실태조사:보건복지부 보고서, 연세대학교 보건대학원, 2011.
- 안성준, “인공자궁과 그 법적 함의-이 특수한 가정적 현실을 둘러싼 법적 접근을 위하여”, 경희법학 제51권 제2호, 경희대학교 법학연구소, 2016.
- 유지홍, “태아의 권리능력 재논의 필요성에 대한 제언”, 한국의료윤리학회지 제17권 제1호, 한국의료윤리학회, 2014.
- 이기원, “낙태죄의 허용사유에 관한 비교법적 고찰”, 법학논총 제19권 제3호, 조선대학교 법학연구원, 2012.
- 이은영, 민법총칙, 박영사, 2009.
- 이인영, “미국에서의 낙태 규범과 범죄와의 상관관계 분석 연구에 대한 고찰”, 형사법연구 제24집 제4호, 한국형사법학회, 2012.
- 이재상·장동민·강동범, 형법각론, 박영사, 2017.

- 이희훈, “영국·미국·독일·프랑스의 낙태 규제 입법과 판례에 대한 비교법적 고찰”, 일감법학 제27권, 건국대학교 법학연구소, 2014.
- 전학선, “프랑스 헌법재판소의 임신중절 결정”, 외법논집 제36권 제4호, 한국외국어대학교 법학연구소, 2012.
- 조 국, “낙태비범죄화론”, 서울대학교 법학 제54권 제3호, 서울대학교 법학연구소, 2013.
- 한봉희, “인공수정자법의 연구”, 법학연구 제14집, 전북대학교 법학연구소, 1987.
- 伊佐智子, “일본의 재생산권 과제와 전망”, 젠더와 문화 제2권 제2호, 계명대학교 여성학연구소, 2009.
- Sheelagh McGuinness, “영국에서의 낙태의 역사”, 법학논총 제30권 제3호, 전남대학교 법학연구소, 2010.
- Charles I. Lugosi, “When Abortion Was a Crime: A Historical Perspective”, 83 *U. Det. Mercy L. Rev.* 51 (2006).
- Daniel A. Farber, John E. Nowak, “Beyond the Roe Debate: Judicial Experience with the 1980s ‘Reasonableness’ Test”, 76 *Va. L. Rev.* 519 (1990).
- Elizabeth A. Schneider, “Workability of Undue Burden Test”, 66 *Temp. L. Rev.* 1003 (1993).
- Jessica Schultz, “Development of Ectogenesis: How Will Artificial Womb Affect the Legal Status of a Fetus or Embryo?”, 84 *Chi.-Kent L. Rev.* 877 (2010).
- John A. Robertson, “In the Beginning: The Legal Status of Early Embryos”, 76 *Va. L. Rev.* 437 (1990).
- J. Scott Tiedemann, “The Abortion Controversy in the Republic of Ireland and Northern Ireland and It’s Potential Effect on Unification”, 17 *Loy. L.A. Int’l & Comp. L.J.* 737 (1995).
- Marion Abecassis, “Artificial Wombs: The Third Era of Human Reproduction and The Likely Impact on French and U.S. Law”, 27 *Hastings Women’s L. J.* 3 (2016).
- Nancy M. P. King, “Human Gene-Editing Research: Is the Future Here Yet?”, 97 *N.C. L. Rev.* 1051 (2019).
- Nigel M. de S. Cameron, “Pandora’s Progeny: Ethical Issues in Assisted

Human Reproduction”, 39 *Fam. L.Q.* 745 (2005).

뉴시스, “美 루이지애나도 反낙태법 통과…민주당 주지사도 가세(2019. 5. 30)”,
<http://www.newsis.com>(2019년 9월 11일 검색).

동아사이언스, “국내 낙태 연 5만건 추정…낙태율 감소추세(2019. 2. 14)”,
<http://dongascience.donga.com>(2019년 9월 5일 검색).

동아사이언스, “인공정자 + 인공난자 + 인공자궁…과연 아이 가질 수 있을까
(2008. 8. 1)”,

<http://www.dongascience.com>(2019년 8월 1일 검색). 매일경제, “불법낙태 엄단하
자…음지서 브로커만 ‘활개’(2018. 8. 29)”,

<http://www.mk.co.kr>(2019년 9월 3일 검색). 연합뉴스, “루이지애나도 낙태금지…
미국 7개주 낙태 강력규제(2019. 5. 30)”,

<http://www.yna.co.kr>(2019년 9월 10일 검색). 연합뉴스, “비닐백처럼 생긴 인공
자궁에서 조산 새끼양 성장(2017. 4. 26)”,

<https://www.yna.co.kr>(2019년 8월 15일 검색). 중앙일보, “인공자궁으로 살려낸
조산 새끼양…사람에 적용되나(2017. 4. 27)”,

<https://joongang.joins.com>(2019년 8월 10일 검색). 크리스천투데이, “美 가장 친생
명적 ‘루이지애나’ 가장 친낙태적 ‘워싱턴’(2014 6. 21)”,

<http://www.christiantoday.co.kr>(2019년 9월 11일 검색). 크리스천투데이, “美 루이
지애나 주지사, 강력한 낙태금지법안 서명(2019. 6. 3)”,

<http://www.christiantoday.co.kr>(2019년 9월 11일 검색).

[Abstract]

A Study of the Regulation and Precedent about the Right to Life of a Human Embryo under the Viewpoint of Comparative Law

Yoo, Ji Hong*

The legal status of embryo is defined differently according to civil, criminal and bioethics laws. The reason is that the laws does not reflect the most advanced scientific technology, resulting in a gap between law and science. Therefore, the theoretical review as to the nature of the embryo should be urgently carried out and the legal system as to the embryo should be established. In accordance with this works, the laws should be revised.

In 2019, the Constitutional Court made a decision of constitutional discordance regarding the criminal law regulations about abortion. So, the National Assembly must revise that regulations by December 31, 2020.

In the revision of regulations, a review of foreign laws and an understanding of international trends are essential. In particular, it is necessary to pay attention to the fact that recently, there have been a growing number of states in the U.S. that strongly protect the right to life of fetuses.

Based on this study, the author recommend that two things of the following should be included in the revision of the regulations. The first is the Japan's regulations of "report duty of a doctor who performed an abortion." This would allow abortion to take place in the legal realm rather than illegal. The second is the consultation regulations and 'the law for pregnancy conflict(SchKG)' of Germany. These will guarantee both the right to life of fetuses and the right of self-determination of women.

Keywords : Embryo, Right to Life, Right of Self-Determination,
Crime of Abortion, Independent Viability

* Researcher, Law Research Institute, Kyungpook National University, Ph.D. in Law