

영국 · 미국 · 독일 · 프랑스의 낙태 규제 입법과 판례에 대한 비교법적 고찰

이 희 훈*

목 차

I. 들어가는 글	2. 미국의 낙태죄에 대한 주요 입법례와 판례
II. 낙태죄의 의미	3. 독일의 낙태죄에 대한 주요 입법례와 판례
III. 외국에서의 낙태죄의 연혁 및 검토	4. 프랑스의 낙태죄에 대한 주요 입법례와 판례
1. 외국에서의 낙태죄의 연혁	5. 시사점 검토
2. 검토	V. 맺는 글 : 우리나라에서 낙태 관련 규정의 입법적 제언을 곁하여
IV. 영국 · 미국 · 독일 · 프랑스의 낙태 규제 관련 주요 입법과 판례 및 시사점	
1. 영국의 낙태죄에 대한 주요 입법례와 판례	

I. 들어가는 글

모체 내의 태아는 일반적으로 결혼을 한 임부인 여성과 상대방의 남자 배우자가 함께 생성한 것으로, 이러한 태아에 대한 여러 권리와 의무에 대해서는 임부인 여성과 함께 그 상대방 남자 배우자에게도 함께 부여하는 것이 타당하다는 점에 비추어 볼 때 우리나라의 현행 ‘모자보건법’ 제14조 제1항¹⁾에서처럼 임부가 낙태를 행하려고 할 때에

* 선문대학교 법학과 부교수, 법학박사

1) 모자보건법 제14조 제1항에 의하면 “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 또는 유전학적 정신장애나 신체질환이 있는 경우, 2. 본인이나 배우자가 대통령령으로 정하는 전염성 질환이 있는 경우, 3. 강간 또는 준강간에 의하여 임신된 경우, 4. 법률상 혼인할 수 없는 혈족 또는 인척 간에 임신된 경우, 5.

그 상대방의 남자 배우자에게 임부의 낙태에 대한 동의를 받도록 규정하는 것은 원칙적으로 타당하다고 사료된다. 그러나 최근 2013년 11월 8일의 한국일보와 서울신문 및 조선일보 등에 의하면 남녀 간의 데이트 과정에서 임신하게 된 후 남성의 폭행과 폭언 등의 이유로 헤어지려고 하는 결혼 전의 여성에 대해 해당 여성이 만약 아이를 인공유산 수술(이하에서 “낙태”로 줄임)을 할 경우에 상대방 남성이 낙태를 행하려는 여성과 낙태 시술을 집도를 한 의사를 ‘형법’상 낙태죄 규정에 의해 처벌을 하겠다고 협박하면서 관계의 계속적 유지 또는 금전적인 요구를 하는 등의 협박 및 보복의 방법으로 악용되는 사례가 증가하고 있어 ‘헌법’상 여성의 자기결정권²⁾·신체의 자유·프라이버시권·건강권 등(이하에서 “여성의 자기결정권 등”으로 줄임)을 침해하는 문제가 제기되고 있다. 이렇듯 2013년에 한국여성민우회에 접수된 낙태죄 고소 협박과 관련한 상담의 대부분은 결혼 약속을 한 커플이 헤어지는 과정에서 발생했는데, 결혼 전에 헤어진 남성이 상대방 여성의 낙태를 하려는 것에 대해 처벌을 하겠다는 협박 및 보복과 관련된 상담 건수는 10건으로 2012년의 3건보다 3배 이상 늘었다. 이에 대해 한국여성민우회의 관계자는 낙태로 처벌을 받을 것을 두려워하여 남성으로부터 협박을 받고도 숨기는 여성들이 상당수인바, 이렇듯 드러나지 않는 것을 감안하면 큰 폭의 증가에 해당된다고 밝혔다. 이와 관련하여 실제로

임신의 지속이 보건의학적 이유로 모체의 건강을 심각하게 해치고 있거나 해칠 우려가 있는 경우”라고 규정되어 있다.

- 2) 헌법상 ‘자기결정권’이란 개인이 자신의 삶에 관한 중대한 사항에 대하여 스스로 자유롭게 결정하고 그 결정에 따라 행동할 수 있는 권리를 뜻한다. 성낙인, 헌법학(법문사, 2012), 429쪽. 즉, 헌법상 ‘자기결정권’이란 자기의 사적인 사항인 결혼·이혼·출산·피임·낙태 등 인생의 전반에 걸친 설계에 관한 사항과 생명연장치료의 거부·자살·장기이식 등 삶과 죽음에 관한 사항 및 머리모양·복장·등산·수영·흡연·음주 등 개인의 생활방식이나 취미에 관한 사항, 그리고 혼전성교·혼외성교 등 성인 간의 합의에 의한 성적행동에 관한 사항 등에 관하여 스스로 자유롭게 결정하고 그 결정에 따라 행동할 수 있는 권리를 뜻한다. 김주현, “자기결정권과 그 제한”, 헌법논총 제7집(헌법재판소, 1996), 30쪽.

결혼을 앞두고 남자친구 A(27)씨의 못된 술버릇과 폭언 등을 참지 못하여 헤어질 결심을 하고, 2012년에 낙태를 행한 여성 B씨(29)는 A씨로부터 형법상 낙태죄로 고소당하여 법원은 낙태 시술을 집도한 의사에게 징역 6월과 자격정지 1년에 집행유예 1년을 선고하였고, B씨에게는 벌금 200만원을 선고하였으며, 낙태방조죄로 함께 기소됐던 A씨는 낙태에 동의하지 않았다는 이유로 무죄판결을 받은 사건이 발생했다고 여러 언론 매체에 의해 보도되었다.³⁾

이와 관련하여 우리나라에서는 임부가 낙태시 원칙적으로 형법 제269조 제1항⁴⁾에 의해 처벌하도록 규정하고 있고, 예외적으로 모자보건법 제14조 제1항과 모자보건법 시행령 제15조⁵⁾에 의해 원칙적으로 배우자의 동의하에 우생학적 사유 등 일정한 사유가 있는 경우 및 임신한 지 6개월 안에서 낙태를 행한 임부를 처벌을 하지 않도록 규정하고 있어 형법과 모자보건법 및 모자보건법 시행령에 의하여 우생학적 사유 등 일정한 낙태의 법적 허용사유 없이 임신 초기의 기간 동안에도 배

3) 한국일보, “내 아이 지운 거 고소할 거야, 협박 수단된 낙태죄”, <<http://news.hankooki.com/lpage/society/h2013110803384821950.htm>>, 검색일 : 2013.12.20.; 서울신문, “여성만 처벌하는 낙태죄..악용하는 남친들 급증”, <<http://www.seoul.co.kr/news/newsView.php?id=20131108500031>>, 검색일 : 2013.12.20.; 조선일보, “내 아기를 지워? 고소할 거야...낙태죄로 여, 협박하는 남 증가”, <http://news.chosun.com/site/data/html_dir/2013/11/08/2013110801315.html>, 검색일 : 2013.12.20.

4) 형법 제269조 제1항에 의하면 “부녀가 약물 기타 방법으로 낙태한 때에는 1년 이하의 징역 또는 200만원 이하의 벌금에 처한다.”라고 규정되어 있다.

5) 모자보건법 시행령 제15조에 의하면 “제1항: 모자보건법 제14조에 따른 인공임신중절수술은 임신 24주일 이내인 사람만 할 수 있다. 제2항: 모자보건법 제14조 제1항 제1호에 따라 인공임신중절수술을 할 수 있는 우생학적 또는 유전학적 정신장애나 신체질환은 연골무형성증, 낭성섬유증 및 그 밖의 유전성 질환으로서 그 질환이 태아에 미치는 위험성이 높은 질환으로 한다. 제3항: 모자보건법 제14조 제1항 제2호에 따라 인공임신중절수술을 할 수 있는 전염성 질환은 풍진, 독소플라스마증 및 그 밖에 의학적으로 태아에 미치는 위험성이 높은 전염성 질환으로 한다.”라고 규정되어 있다.

자의 동의 없이 임부가 자유롭게 낙태를 행할 수 없고, 임부가 낙태를 행하면 원칙적으로 형법에 의해 처벌하도록 규정하고 있다. 이러한 현행 우리나라의 낙태 규제 관련 규정에 대해 이른바 실제적 조화의 원칙⁶⁾의 관점 하에서 영국과 미국 및 독일과 프랑스와 같은 다른 선진국의 낙태 관련 주요 입법과 법원의 주요 판례에 의한 비교법적 검토를 해 볼 때 태아의 생명권을 보호하되 다른 한편으로는 임부인 여성의 낙태에 대한 자기결정권 등을 존중해 줄 수 있도록⁷⁾ 향후 우리나라의 낙태 규제 관련 입법과 법원 판례에서 좀 더 개선되어야 할 바람직한 방안이 무엇인지⁸⁾에 대해 검토해 볼 필요가 있다.

6) ‘실제적 조화의 원칙’이란 기본권이 서로 충돌하는 경우에 양자택일적으로 충돌하는 기본권 중 어느 하나의 기본권만을 실현하고 다른 하나의 기본권을 희생시켜서는 안 되고, 헌법의 통일성의 관점에서 충돌하는 양 기본권이 모두 최대한으로 실현될 수 있도록 조화의 방법을 찾아야 한다는 원칙을 뜻한다. 즉, 헌법규범 간의 대립과 긴장관계를 헌법규범 간의 우위관계로 해결하는 것이 아니라 헌법의 통일성의 관점에서 충돌하는 헌법규범 모두가 최적의 효과를 발휘할 수 있는 방안을 찾도록 해석해야 한다는 원칙을 뜻하는바, 이를 일명 ‘규범 조화적 해석방법’이라고도 한다. 한수웅, 헌법학(법문사, 2011), 491쪽. 우리나라의 헌법재판소가 기본권의 충돌 문제를 이러한 실제적 조화의 원칙 또는 규범 조화적 해석방법에 의해 해결하고자 했던 것으로는 헌법재판소 1991. 9. 16. 선고, 89헌마165 결정; 헌법재판소 2007. 10. 25. 선고, 2005헌바96 결정.

7) 낙태의 경우에 그 성질상 예외적으로 임부인 여성이 낙태를 할 수 있는 자유권(이하에서 “낙태권”으로 줄임)과 태아의 생명권 간에 충돌하는 기본권을 모두 실현시킬 수 없고 그 중 하나를 희생시킬 수밖에 없어 임부의 낙태권과 태아의 생명권 간의 충돌에 대한 해결방안으로는 양자택일적 방법으로 해결할 수밖에 없다는 견해가 있다. 계희열, 헌법학(중)(박영사, 2004), 128-129쪽. 그러나 이에 대해 입법자가 형법을 통하여 낙태행위를 규제함에 있어서 임신 후 일정기간동안 안은 낙태행위를 정당화하는 특정요건 하에서만 낙태를 허용함으로써 임부의 낙태권을 존중하면서 다른 한편으로 태아의 생명권을 보호할 수 있는 경우가 서로 충돌하는 기본권 사이의 조화로온 경계를 설정하는 대표적인 경우라고 보는 견해가 있다. 한수웅, 위의 책, 491쪽. 후자의 견해에 찬동한다.

8) 이와 관련하여 우리나라 현행 법률상 낙태금지는 낙태와 여성의 현실에 지극히 무관심했고, 이런 태도는 낙태를 방지하는데 일조해 왔으므로, 현행 모자보건법상의 임부의 낙태의 허용사유를 현실화할 필요가 있다는 견해는 김종세, “낙태와 헌법상의 근본가치: 여성의 자기결정권과 태아의 생명권”, 젠더와 문화 제3집 제2호(계

따라서 이하에서는 먼저 낙태죄의 의미에 대해 먼저 살펴본다(이하 II). 다음으로 외국에서 낙태죄의 연혁에 대해 개괄적으로 고찰한 후, 외국에서 낙태 관련 규정의 변화 이유에 대해 고찰한다(이하 III). 그리고 영국·미국·독일·프랑스의 낙태 규제 관련 주요 입법례와 주요 판례에 대해 각각 고찰한 후에 이러한 다른 선진국의 낙태 규제 관련 주요 입법례와 주요 판례를 통해 우리나라의 현행 낙태 규제 관련 규정이 태아의 생명권을 보호하되 임부인 여성의 낙태에 대한 자기결정권 등도 함께 존중해 줄 수 있는 방안으로는 무엇이 있는지에 대해 우리나라에 주는 시사점을 검토한다(이하 IV). 끝으로 결론 부분에서는 이상에서 살펴본 영국·미국·독일·프랑스의 낙태 규제에 대한 주요 입법과 주요 판례가 우리나라의 낙태 관련 입법에 대해 주는 시사점을 바탕으로 우리나라의 현행 형법과 모자보건법상 낙태 규제 관련 규정상 태아의 생명권을 보호하는 규정에 의해 임부인 여성의 낙태에 대한 자기결정권 등이 부당하게 제한받지 않도록 하기 위해 우리나라의 현행 낙태 관련 규정의 향후 바람직한 입법과 법원 판례의 개선방안을 요약·정리하여 제시한다(이하 V).

II. 낙태죄의 의미

낙태죄의 의미에 대해 형법학계의 통설⁹⁾과 대법원¹⁰⁾은 자연분만

명대학교 여성학연구소, 2010), 77-106쪽. 또한 현행 우리나라의 모자보건법상 임부의 낙태 허용 사유를 향후에는 좀 더 폭넓게 인정하고, 더 나아가 형법상 여성의 동의하에 이루어진 낙태시술은 처벌하지 않는 것을 원칙으로 해야 한다는 견해는 양현아, “여성낙태권의 필요성과 그 함의”, 한국여성학 제21집 제1호(한국여성학회, 2005), 5-39쪽.

9) 김일수/서보학, 형법각론(박영사, 2007), 50쪽; 박상기, 형법각론(박영사, 2008), 81쪽; 배종대, 형법각론(홍문사, 2006), 158쪽; 백형구, 형법각론(청림출판사, 1999), 77쪽; 손동권, 형법각론(울곡출판사, 2006), 89쪽; 오영근, 형법각론(박영

기에 앞서 태아¹¹⁾를 모체(母體)의 자궁 밖으로 인위(인공)적으로 배출시키거나 태아를 모체 안에서 살해하는 행위를 뜻하는 것으로 보고 있다.

그러나 낙태죄의 의미에 대해 위의 형법학계의 통설과 대법원의 견해처럼 보게 되면 태아를 인위적으로 자연분만시기 전에 모체 밖으로 배출하는 일체의 행위를 형법상 낙태죄가 될 수 있는 부당한 결과가 초래되는 문제가 발생한다.¹²⁾ 즉, 임부의 신체적 이상 때문에 태아의 생명에 위험을 주지 않고 모체의 건강을 위하여 조기출산을 하도록 하는 시술을 받는 것이 부당하게 형법상 낙태죄의 구성요건에 해당되지 않도록 하기 위해서는 형법상 낙태죄의 구성요건에 해당되는 낙태

사, 2005), 99쪽; 이영란, 형법학(형설출판사, 2008), 93쪽; 임웅, 형법각론(법문사, 2005), 98쪽; 정성근/박광민, 형법각론(삼지원, 2008), 87쪽; 정영일, 형법각론(박영사, 2006), 58쪽.

10) 대법원 2005. 4. 15. 선고, 2003도2780 판결.

11) 우리나라에서 형법상 다수설은 ‘태아’가 되는 시기를 수정란이 모체의 자궁에 착상된 때로 보고 있다. 즉, 우리나라의 형법상 다수설은 대체로 수정된 후 2주일이 경과하거나 최종월경일로부터 4주가 지난 때인 5주 초에 수정란이 모체의 자궁에 착상된 것으로 보고 이 시기 이후부터 형법상 낙태죄의 객체인 태아가 된다고 한다. 김일수/서보학, 앞의 책, 50쪽; 박상기, 앞의 책, 85쪽; 배종대, 앞의 책, 173쪽; 이영란, 앞의 책, 102쪽; 이재상, 형법각론(박영사, 2009), 95쪽; 이형국, 형법각론(법문사, 2007), 122쪽; 임웅, 앞의 책, 105쪽; 정성근/박광민, 앞의 책, 92쪽; 정영일, 앞의 책, 61쪽. 이렇듯 우리나라 형법학계의 다수 견해가 태아가 되는 시기를 수정이 이루어진 때 또는 초기의 배아단계가 아닌 수정란이 모체의 자궁 점막에 착상한 때로 보는 이유는 자연상태에서 수정이 되었다고 해서 수정란이 모두 착상이 되는 것은 아니라는 점과 개체화된 생명은 모체의 자궁에 착상에 의해 개시된다는 점에 의해 형법상 낙태죄의 객체인 태아가 되는 시기를 모체의 자궁에 수정란이 착상된 때로 보고 있다고 하겠다. 김향미, “모자보건법 제14조 개정의 필요성과 방향”, 대한산부회지 제52권 제5호(대한산부인과학회, 2009), 489쪽.

12) 이재상, 위의 책, 86쪽. 이 견해는 이러한 견지에서 형법상 낙태죄는 인공임신중절 시술에 의하여 태아를 살해하는 것을 내용으로 하는 범죄라고 한다. 이재상, 같은 책, 86쪽. 그러나 우리나라의 형법상 낙태죄 규정에서 임부의 낙태시 미수범에 대한 처벌 규정이 없다는 점에 비추어 볼 때 형법상 낙태죄는 태아를 살해의 고의를 가지고 모체 밖으로 배출하는 것으로 부족하고 이로 인하여 태아를 살해하는 것을 요구하는 부분에 대해서는 찬동할 수 없다. 同旨: 이형국, 위의 책, 115쪽.

의 의미는 태아를 모체 안에서 살해하는 행위이거나 또는 임부의 자궁 내에 있는 태아를 자연분만 시기에 앞서서 살해의 고의를 가지고 인위(인공)적으로 모체 밖으로 배출시키는 행위를 뜻한다고 보는 것이 타당하다.¹³⁾

따라서 임부의 낙태시술의 결과 실제로 태아가 사망했는지의 여부는 형법상 낙태죄의 성립에 영향이 없다고 보는 것이 타당하고, 낙태는 임부의 자궁 내에 있는 태아를 자연분만 시기에 앞서서 살해의 고의를 가지고 인위(인공)적으로 모체 밖으로 배출시키는 행위라는 점에서 임부의 어떤 신체적 이상 현상으로 인하여 유발된 자연유산과는 구별되며, 형법상 낙태죄에 해당하는 낙태의 의미는 태아를 인위적으로 살해하려는 고의를 가지고 태아가 모체 밖에서는 생명을 유지할 수 없는 시기에 태아와 그 부속물을 인공적으로 모체 밖으로 배출시키는 수술을 뜻하는 우리나라 모자보건법 제2조 제7호에서의 ‘인공임신중절수술’¹⁴⁾을 뜻한다고 보는 것이 타당하다.

Ⅲ. 외국에서의 낙태죄의 연혁 및 검토

1. 외국에서의 낙태죄의 연혁

고대 로마법에 의하면 태아를 모체의 일부분으로 보아 임부의 낙태 행위를 별도로 처벌하지 않았지만, AD 200년경 로마의 셉티무스 세베

13) 同旨: 이형국, 위의 책, 115쪽.

14) 이러한 낙태의 시술 방법으로는 월경적출법(Menstrual Extraction), 진공흡출에 의한 제거법(Suction-Aspiration), 경부 확장 후 소파술(搔爬術: Dilation & Curettage - 모체의 자궁을 넓힌 후 태이를 긁어내는 방법), 경부확장 후 흡입술(Dilation & Evacuation), 소금물 극약법(Salt Poisoning), 제왕절개(Hysterotomy) 법 등이 있다.

루스(Septimus Severus) 황제에 이르러 임부의 낙태행위는 남자의 자녀에 대한 기대를 파괴한다는 사유로 처벌을 하기 시작했다고 전해지는데,¹⁵⁾ 이후 로마에서는 태아를 사람으로 보아 낙태한 여성에게는 유배형을, 낙태를 도와준 천민에게는 광산노역형을, 낙태를 도와준 귀족에게는 재산의 일부 몰수형과 유배형으로 각각 처벌했다.¹⁶⁾

그러나 이러한 태아에 대한 인식은 기독교가 전 세계적으로 널리 퍼지면서 태아를 하나의 존엄한 생명 그 자체로 보는 인식으로 바뀌게 되면서 임부의 낙태 행위에 대해 처벌하는 것이 정당화되기 시작했는데,¹⁷⁾ 독일의 밤베르겐시스 형법전 제158조와 독일의 카톨리나 형법전 제133조에서 최초로 낙태라는 용어를 사용하였고,¹⁸⁾ 1813년에 독일의 바이에른 형법과 1851년 독일의 프로이센형법에서 태아를 생명(영혼)이 있는 태아와 생명(영혼)이 없는 태아로 구분하여 생명(영혼)이 있는 태아를 임부가 낙태할 때에는 살인죄로 처벌하였으며, 이후 전 세계의 다른 나라들도 생명은 하나님에 의한 하사품으로 여기는 가톨릭사상을 바탕으로 하여 임부의 낙태 행위를 처벌하는 낙태죄 규정을 각국의 형법전에 두기 시작하였으며, 제2차 세계대전 이후에 인구의 증가현상과 식량의 부족현상 및 여성권리의 신장 등 여러 요인들에 의해 전 세계적으로 각국은 임부의 낙태에 대한 허용기준과 처벌규정에 관한 법령을 제정하기 시작했다.¹⁹⁾

이후 1950년대부터 모성사망에 대한 관심이 높아지고 여성의 출산에 대한 자율권이 확산되기 시작하면서 ‘낙태의 자유화’ 바람이 일기 시작

15) 홍성방, “낙태와 헌법상의 기본가치: 미연방대법원과 독일연방헌법재판소 판결에 나타난 낙태와 헌법상의 가치의 관계를 중심으로”, 서강법학연구 제3집(서강대학교 법학연구소, 2001), 28쪽.

16) 조규창, 로마형법(고려대학교 출판부, 1998), 210쪽.

17) 최정수/원종욱/채수미/박은자/서 경, 인공임신중절 실태와 정책과제: 연구보고서 2010-30-12(한국보건사회연구원, 2010. 12), 35쪽.

18) 이형국, 앞의 책, 116쪽.

19) 최정수/원종욱/채수미/박은자/서 경, 앞의 논문, 35쪽.

하였는바, 이러한 ‘낙태의 자유화’의 물결은 1950년에 소련을 비롯한 동유럽에서부터 불기 시작하여 약 10여년의 간격을 두고 유럽과 북미로 퍼져나가게 되었다. 그러나 아일랜드와 말타는 아직까지도 강력히 낙태를 엄격하게 규제하고 있는 국가에 속하는바, 아일랜드와 말타에서 낙태를 원하는 대부분의 여성은 인근의 낙태를 허용해 주는 외국으로 여행을 가서 낙태를 행하고 있다. 한편 아시아에서 일본은 1948년에, 그리고 중국은 1957년에, 인도는 1971년에 각각 임부의 낙태행위가 법적으로 허용되었지만, 방글라데시, 인도네시아, 말레이시아 등의 아시아에서 이슬람계에 속하는 국가들은 부녀의 임신초기에 월경조절시술은 허용하고 있으나, 이를 제외한 임부의 낙태행위에 대해서는 엄격히 법적으로 제한(규제)하고 있다. 그리고 대부분의 라틴아메리카의 국가들은 매우 엄격한 조건 하에 예외적으로 임부의 낙태행위를 법적으로 허용해 주는 입법을 두고 있는바, 비록 임부의 낙태행위를 법적으로 원칙적으로 제한하는 국가라도 극히 예외적인 상황 하에서는 임부의 낙태행위를 허용해 주는 입법의 형태로 낙태 관련 규정을 두고 있다.²⁰⁾ 이렇듯 1967년부터 1988년까지 전 세계 42개국에서 임부의 낙태 금지와 처벌을 골자로 하였던 기존의 입법을 임부의 낙태를 허용해 주는 것으로 개정되었다.²¹⁾

2. 검토

위에서 살펴본 것처럼 고대의 서구사회에서는 임부의 낙태행위에 대해 태아를 임부의 신체상 부속물의 하나로 보거나 하나의 온전한 생명체로 보지 않아 별도로 처벌을 하지 않았다가 기독교 사상이

20) 김해중 외 12인, 인공임신중절 실태조사 및 종합대책 수립: 보건복지부 보고서 R0408081(고려대학교 산학협력단, 2005), 194-197쪽.

21) 성중탁, “비교법적으로 살펴본 낙태의 법제화 과정”, 인권과 정의 제437호(대한변호사협회, 2013), 78쪽.

서구의 각국에 널리 확산되면서 태아를 하나의 생명체로 보게 되면서 임부의 낙태행위를 처벌하는 규정을 각국의 형법전에 두기 시작하였다.

이후 1971년경 미국과 유럽 각국의 페미니스트들은 임부의 낙태행위를 처벌하는 법 규정의 폐지를 강하게 요구하게 되면서 1970년대에 미국과 프랑스 및 독일 등 전 세계적으로 각국의 법원에서 임부의 낙태행위를 허용하는 입법의 합헌성 여부에 대한 심사가 이루어지기 시작하였다.²²⁾

한편 전 세계적으로 손꼽힐 만큼 우리나라는 매우 높은 낙태율을 보이고 있지만²³⁾ 그 처벌은 거의 이루어지지 않고 있어²⁴⁾ 우리나라에서 형법상 낙태죄의 사문화 현상은 낙태죄의 제정 이후부터 현재까지 계속 이루어지고 있다고 하겠다.²⁵⁾

22) 성중탁, 위의 논문, 80-81쪽.

23) 2005년 9월에 우리나라의 보건복지부가 발표한 ‘전국 임신중절 실태조사’에 의하면 2004년 11월부터 2005년 8월까지 우리나라의 낙태시술 건수는 약 35만 590건이라고 하는바, 우리나라의 15세~44세 여성의 연간 낙태율이 인구 1,000명당 평균 29.8명으로 나타났다. 이는 우리나라보다 임부의 낙태행위에 대해 포괄적인 법적 허용을 해 주고 있다는 점을 감안할 때 영국이 평균 17.8명으로 나타난 것과 미국이 평균 21.1명으로 나타난 것과 비교해 보면 우리나라 임부의 낙태율이 상당히 높다는 것을 알 수 있다. 이기원, “낙태죄의 허용사유에 관한 비교법적 고찰”, 법학논고 제19집 제3호(경북대학교 법학연구원, 2012), 402쪽, 각주 3번·405쪽.

24) 우리나라의 대법원에서 실제로 임부의 낙태행위에 대해 처벌을 부과한 경우는 2005년에 0건, 2006년에 집행유예 1건과 선고유예 5건, 2007년에 집행유예 4건과 선고유예 3건, 2008년에 집행유예 2건과 선고유예 1건, 2009년에 집행유예 1건과 선고유예 0건으로 나타났는바, 이 중에서 집행유예와 선고유예는 비록 유죄 판결이지만 그 유예기간 동안 형벌징수를 잘 준수하면 형의 선고 자체의 효력이 상실되거나 면소되어 사실상 무죄판결과 같다는 점을 감안하면 우리나라의 대법원에서 2005년부터 2009년까지 형법상 낙태죄로 인하여 교도소에 수감되는 등의 실제로 처벌을 받은 경우는 거의 없다고 볼 수 있다. 배종대, “낙태에 대한 형법정책”, 고려법학 제50권(고려대학교 법학연구원, 2008), 235쪽; 이기원, 위의 논문, 402쪽, 각주 5번.

25) 조국, “낙태 비범죄화론”, 서울대학교 법학 제54권 제3호(서울대학교 법학연구소, 2013), 696-698쪽.

IV. 영국·미국·독일·프랑스의 낙태 규제 관련 주요 입법과 판례 및 시사점

1. 영국의 낙태죄에 대한 주요 입법례와 판례

1.1 영국의 낙태죄에 대한 주요 입법례

1958년 한 해 동안 영국²⁶⁾에서 국가서비스병원(National Service Hospitals)에서 시술된 낙태는 약 1천 6백건으로 조사되었고, 국가서비스병원 이외의 의료기관에서 시술된 낙태는 약 1만 건에 이르는 것으로 조사되었는데, 영국에서 의학적으로 안전하지 못한 불법적인 음성적 낙태시술이 많이 행하여지면서 1966년에 영국에서 불법적 낙태시술로 인하여 여성에게 각종 감염에 의한 합병증으로 인한 여성의 불임이나 영구적인 신체 및 정신상의 문제 또는 여성의 사망하는 등 의학적으로 안전하지 못한 낙태시술로 인한 부작용의 문제가 사회적으로 대두되자, 영국 정부는 의사와 정치인 및 종교계의 인사가 함께 모여 일정한 조건 하에서 낙태를 영국에서 허용해 주는 법을 제정하기로 결의를 모아 영국 의회에서 1967년에 ‘낙태법(Abortion act of 1967)’이 제정 및 시행되었다.²⁷⁾

영국에서 이 1967년의 낙태법(Abortion Act)의 주요 내용에 대해 살펴보면 동법 제87장 제1절에서 “2명의 등록된 전문가가 다음 중 어느

26) 본 논문에서 영국은 아일랜드를 제외한 잉글랜드(England)와 스코틀랜드(Scotland) 및 웨일스(Wales)를 뜻하는바, 이하에서 살펴볼 영국과 달리 아일랜드는 가톨릭계의 전통이 강하여 원칙적으로 임부의 낙태를 매우 엄격히 금지(제한)하여 처벌하고 있다. 다만, 예외적으로 임부가 임신의 지속으로 인하여 임부가 자살할 위험성이 있을 때 및 임부의 자속으로 인하여 임부의 생명이 위험할 때에 한하여 낙태를 허용(인정)하고 있다. 이러한 사유로 아일랜드에서는 매년 약 2천명 정도의 임부들이 낙태를 하기 위하여 다른 나라로 떠난다고 한다. 정진주, “유럽 각국의 낙태 접근과 여성건강”, 페미니즘연구 제10권 1호(한국여성연구소, 2010), 128쪽.

27) 정진주, 위의 논문, 132-133쪽.

하나의 요건에 해당된다는 진단을 내리면 임부의 낙태를 처벌하는 낙태법 규정은 적용하지 않는다. (a) 임부의 수태기간이 24주 이내이어야 하고, 임신의 지속이 임부가 낙태하는 것보다 임부(자신)이나 임부의 가정 내 자녀의 신체적 또는 정신적인 건강을 더 크게 해칠 위험성이 존재할 때, (b) 임부의 낙태로 인하여 임부의 신체적 또는 정신적인 건강에 중대한 영구적인 손상을 주는 것을 예방해 줄 필요성이 있을 때, (c) 임신의 지속이 임신을 끝내는 것보다 임부의 삶에 더 큰 위험을 포함하고 있을 때, (d) 만약 아기가 태어난다면 마치 심각한 신체장애자와 같이 신체적 또는 정신적 이상(Abnormality)으로 인하여 고통 받을 실질적 위험이 있을 때”라고 규정하였다.

이후 영국에서는 1990년에 ‘인간수정 및 배아법(Human Fertilization and Embryology Act of 1990)’이 시행되었는데, 동법의 주요 내용에 대해 살펴보면 “2명의 의사가 임신 24주의 범위 내에서 임신을 지속할 때 임신부나 태어나 있는 자녀 또는 가족의 신체적 또는 정신적 건강을 해칠 위험성이 크다고 의사가 진단할 때, 임신의 지속이 여성의 생명이나 정신적 건강에 미칠 위험성이 더 커질 경우라고 의사가 진단할 때, 태아가 신체적 또는 정신적 이상(Abnormality) 병증으로 인하여 여러 심각한 장애를 가지고 태어날 위험성이 크다고 의사가 진단할 경우에는 각각 낙태를 합법적으로 할 수 있다.”라고 규정하였고, “임신부가 16세 미만이거나 보호자의 보호 중에 있는 미성년자인 경우에는 원칙적으로 그 미성년자인 임부의 부모나 보호자의 동의를 받아야 한다. 다만, 미성년자인 임부의 경우에도 의사가 임신의 지속이 임부나 태어나 있는 자녀의 신체적 또는 정신적 건강을 해칠 위험성이 매우 높다고 의사가 진단할 때에는 그 미성년자인 임부의 부모나 보호자의 동의 없이 낙태를 할 수 있다.”라고 규정하였다.

1.2 영국의 낙태죄에 대한 주요 판례

영국은 1861년에 제정된 ‘개인에 관한 법(The Person Act)’에서는 낙태를 불법적인 것으로 규정하여 낙태시 임부를 처벌하도록 규정되어 있었는데, 영국 런던에 위치한 세인트 메리 병원에 근무하였던 한 외과 의사가 영국군 5명에게 집단강간을 당하여 원치 않은 임신을 하게 된 부른(Bourne)이란 14세의 소녀에게 임신 6주째가 끝나갈 무렵인 1938년 6월 14일에 수술비를 받지 않고 무료로 낙태시술을 해 준 사건이 있었다. 이 사건에 대해 영국 검찰은 이 외과 의사의 낙태시술이 부른이란 임부의 생명을 구하기 위한 절박한 상태에서의 낙태에 해당되지 않는다는 사유로 이 외과 의사를 1861년의 ‘개인에 관한 법(The Person Act)’ 규정을 위반한 것에 대하여 처벌을 하기 위해 공소를 제기하였다. 이에 영국의 중앙형사법원은 “1938년 7월에 여성이 임신으로 인하여 신체적인 해악(위험성)뿐만 아니라 임신의 지속이 임부의 정신적인 파괴를 일으킬 위험성 때문에 낙태를 했다면 이러한 낙태시술은 처벌할 수 있는 불법적 낙태에 해당되지 않는다.”라고 판시하여 이 외과 의사에게 무죄를 선고하였다.²⁸⁾

2. 미국의 낙태죄에 대한 주요 입법례와 판례

2.1 미국의 낙태죄에 대한 주요 입법례

미국은 1821년에 코네티컷 주에서 처음으로 태동 이후의 낙태행위를 처벌하는 규정을 처음으로 입법화하였고, 이어서 일리노이 주와 뉴욕 주 및 기타 25개 주에서 같은 내용의 처벌규정을 두었다. 그러나 미국에서 태동의 시점에 대해 여러 의문이 강력히 제기되면서 1840년에 미국

28) R. V. Bourne 3 All ER 615 1938; 1 KB 687(1939).

의 메인 주에서 태동 여부와 관계없이 임부의 낙태행위를 처벌하는 규정을 두었고, 이후 1887년에는 미국의 모든 주에서 임부의 낙태행위를 처벌하는 규정을 두게 되었는데, 이로 인하여 불법적인 낙태가 미국 전역에서 성행하게 되었다. 이후 1960년대 말경에 미국의 일부 주에서 임부의 생명을 구하기 위해서이거나 강간이나 근친상간에 의한 임신이거나 태아가 기형아인 경우일 때에는 임부의 낙태를 허용해 주는 규정을 두었다.²⁹⁾

그 이후 1973년에 미국 연방대법원은 Roe v. Wade 판결³⁰⁾을 통해 미국의 각 주에서 임부가 낙태를 할 수 있는 권리를 헌법상 프라이버시권의 하나로 보아 임부의 낙태를 합법적으로 할 수 있도록 판결하였다. 한편 2003년 이후부터 미국의 여러 주에서 이른바 ‘부분출산 낙태³¹⁾ 금지법(Partial-Birth Abortion Ban Act)’이 제정되었고, 2006년 7월에 미국의 사우스 다코타(South Dakota) 주에서는 미국의 50개 주 중에서는 최초로 전면적으로 임부의 낙태를 금지하는 낙태금지법을 제정하였다.³²⁾

한편 미국의 50개 주 중 39개 주에서는 의사자격증이 있는 전문의만 낙태시술을 할 수 있도록 규정하고 있고, 미국의 50개 주 중 19개의 주에서는 태아가 독자적인 생존능력이 생겼다고 판단할 수 있는 시점 이후부터 담당 의사 이외에 다른 의사가 반드시 낙태를 하기 위한 진료에 참여토록 규정하고 있다. 그리고 미국의 50개 주 중 미국의 39개 주에서는 태아가 독자적인 생존능력이 생겼다고 판단할 수 있는 시점 이후에는 원칙적으로 낙태를 할 수 없도록 금지하는 규정을 두고 있는

29) 이인영, “미국에서의 낙태 규범과 범죄와의 상관관계 분석 연구에 대한 고찰”, 형사법연구 제24집 제4호(한국형사법학회, 2012), 281-282쪽.

30) 이 판결에 대한 사건의 개요와 판결의 주요 내용은 본 논문의 IV-2.2 부분 참조.

31) 여기서 ‘부분출산 낙태(Partial-Birth Abortion)’란 태아의 머리 전체나 몸통 일부만이 모체의 자궁 밖으로 나온 상태에서 태아를 없애는 시술방법을 뜻한다.

32) 아젠다넷, “미국은 낙태를 어떻게 판단하나요?”, <<http://blog.daum.net/agendakorea/146>>, 검색일 : 2013.12.20.

바, 예외적으로 이 시점 이후라도 모체의 생명이나 신체상의 위험성이 있을 때 가능한 것으로 규정하고 있다. 또한 미국의 50개 주 중 16개 주는 낙태시술의 방식에 대한 제한으로서 이른바 ‘부분출산 낙태(Partial-Birth Abortion)’ 시술을 법으로 금지하고 있는바, 이 중에서 3개의 주는 태아의 독자적인 생존능력이 생긴 이후의 부분출산 낙태만을 법으로 금지하고 있다.³³⁾ 그리고 미국의 50개 주 중 19개 주에서는 낙태를 하려는 임부에게 의사의 상담절차를 의무적으로 거치도록 규정하고 있는바, 이러한 미국의 19개의 주 중에서 6개 주에서는 낙태와 유방암과의 관련성에 대한 정보를 임신부에게 알려 주도록 규정하고 있고, 이러한 미국의 19개의 주 중에서 11개 주에서는 낙태시술의 과정에서 태아가 정신적인 고통을 느낄 수 있다는 정보를 임부에게 알려주도록 규정하고 있으며, 이러한 미국의 19개의 주 중에서 미국의 6개 주에서는 낙태 시술과 여성의 정신건강과의 상관성에 대한 정보를 임신부에게 알려주도록 규정하고 있고, 이러한 미국의 19개의 주 중에서 미국의 10개 주에서는 초음파에 대한 정보(태아의 심장 뛰는 소리를 들려주거나 태아의 모습을 보여주는 것 등)을 임부에게 알려주도록 규정하고 있다. 이 밖에 미국의 50개 주 중 미국의 24개 주에서는 의사의 상담과 임부의 낙태 시술 사이에 일정한 숙려기간(보통 24시간 정도)을 주도록 규정하고 있고, 이러한 미국의 24개 주 중 8개 주에서는 낙태 상담을 받은 의사와 낙태시술을 행하는 의사를 반드시 분리하여 각각 다른 의사가 행하도록 규정하고 있다.³⁴⁾

33) 2000년에 미국 연방대법원은 이러한 ‘부분출산 낙태금지법’ 규정이 여성의 낙태권을 침해하여 위헌이라고 판시하였다. *Stenberg v. Carhart*, 530 U.S. 914(2000). 그러나 2007년에 미국 연방대법원은 이러한 ‘부분 출산 낙태금지법’ 규정은 합헌이라고 기존의 견해를 변경하여 판시하였다. *Gonzales v. Carhart*, 550 U.S. 124 (2007) 참조.

34) 손명세 외 28인, 전국 인공임신중절 변동 실태조사: 보건복지부 보고서 11-1352000-000522-01(연세대학교 보건대학원, 2011), 213-214쪽.

2.2 미국의 낙태죄에 대한 주요 판례

먼저 미국 연방대법원에서 여성에게 낙태권을 최초로 인정한 사건으로는 1973년의 미국 연방대법원의 *Roe v. Wade* 판결³⁵⁾을 들 수 있는바, 1969년 6월에 미국 텍사스 주에 살고 있었던 제인 로우라는 미혼모는 원하지 않은 아이를 임신하게 되어 의사에게 낙태를 해 달라고 요청했지만, 그 당시 미국 텍사스 주 형법의 낙태금지규정에서 임부의 생명을 구하기 위한 낙태에 해당되지 않는다는 이유로 의사로부터 거절당하자 제인 로우는 미국 연방대법원에 동 규정이 미국 연방수정헌법 제14조에 의한 프라이버시권에 위반되는지 여부에 대한 심판을 청구하였다. 이에 대해 1973년에 미국 연방대법원은 연방대법관의 7(위헌)대 2(합헌)로 “낙태에 대한 여성의 결정권은 미국 연방수정헌법 제14조에 의해 보호되는 프라이버시권에 속하는 권리로서 낙태권은 여성이 결혼, 출산, 피임, 자녀양육에 대한 권리를 가지는 것과 같은 근본적 권리인 프라이버시권에 속하는 것이며, 이에 대한 정부의 부당한 간섭은 허용되지 않는다. 따라서 미국 텍사스 주 법률의 낙태 제한 규정이 여성에게 원하지 않은 임신과 출산을 강제하는 것은 여성의 신체에 대한 명백한 침해이자 극심한 심리적 폭력으로, 인간의 존엄성의 전제인 프라이버시권을 침해하여 미국 텍사스 주 형법의 낙태 제한 규정은 위헌이다.”라고 판시하였다. 이 판결로 인하여 여성의 낙태권은 일정한 요건 하에서 헌법적으로 보호받게 되었는데, 이 판결에서는 임신 1분기인 수태 후부터 임신 3개월까지의 임신기간 동안에는 여성과 의사의 자율적인 판단에 의해 낙태권을 가진다고 보아 이 기간 동안에는 미국의 어떤 주도 임부의 낙태에 대해 제한을 하는 것은 헌법적으로 용인(인정)될 수 없다고 판시했다. 그리고 임신 2분기인 임신 4개월 이후부터 임신 6개월까지의 임신기간 동안에는 임부의 건강을 보호하기 위한 합리적인 범위 내에서

35) *Roe v. Wade*, 410 U.S. 113(1973).

미국의 각 주는 낙태절차에 대한 제한(규제)을 할 수 있다고 판시했다. 또한 임신 3분기인 임신 7개월 이후부터 출산 전까지의 기간 동안에는 태아의 잠재적 생명의 보호에 대한 주의 긴절한(필수불가결한) 이익의 보호를 인정하여 어떤 주도 임부의 생명을 구하기 위한 낙태를 제외한 모든 형태의 낙태를 제한 또는 금지할 수 있다고 판시했다.³⁶⁾

다음으로 1976년에 미국 연방대법원은 *Planned Parenthood of Central Missouri v. Danforth* 판결³⁷⁾에서 미국 미주리 주의 법률에 의해 가족계획(산아제한) 클리닉 의사가 낙태시술을 행하려고 할 때에 기혼 여성이 그녀의 생명을 구하기 위하여 낙태를 해야만 하는 경우가 아닌 상황에서 낙태를 하려고 할 때에는 배우자의 동의를 받도록 규정한 것과 미혼의 미성년자인 여성이 그녀의 생명을 구하기 위하여 낙태를 해야만 하는 경우가 아닌 상황에서 낙태를 하려고 할 때에는 부모의 동의를 받도록 규정한 것은 모두 위헌이라고 판시하였다. 다만, 이 판결 당시 미국 미주리 주의 법률에서는 수태 후 12주 전까지의 기간(임신 초기부터 임신 3개월이 되는 기간) 동안에는 부녀가 전적으로 낙태에 대한 권한 행사를 할 수 있는 것으로 규정하였다.

그리고 1989년에 미국 연방대법원은 *Webster v. Reproductive Health Services* 판결³⁸⁾에서 1989년 6월에 미국의 미주리 주 의회가 제정한 임부의 생명을 구하기 위한 것이 아닌 경우에 낙태를 행하려고 할 때에 공무원이 낙태시술을 행하거나 공공시설을 이용할 수 없다는 규정과 임부의 생명을 구하기 위한 것이 아닌 낙태를 임부에게 권유하거나 상담해 주기 위한 목적으로 공공기금을 사용할 수 없다는 규정 등이 담긴 법률에 대한 위헌성 여부에 대해 미국 연방대법원은 동 규정에

36) 이러한 *Roe v. Wade* 판결의 내용에 대해 자세한 것은 손명세 외 28인, 앞의 보고서, 214-216쪽; 이인영, 앞의 논문, 282쪽.

37) *Planned Parenthood of Central Missouri v. Danforth*, 428 U.S. 52(1976).

38) *Webster v. Reproductive Health Services*, 492 U.S. 490(1989).

의해 미주리 주의 정부가 낙태를 행하려고 하는 임부의 낙태권을 침해한다고 볼 수 없고, 이는 합리적인 제한으로 동 법률은 합헌이라고 판시하였는바, 동 판결에 의해 Roe v. Wade 판결이 파기되지는 않았다.

이후 1992년에 미국 연방대법원은 Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania v. Casey 판결³⁹⁾에서 1989년의 미국 펜실베이니아 주의 낙태규제법 중에서 기혼 여성이 낙태를 하려고 할 때에는 사전에 그녀의 남편에게 이러한 사실을 고지하고 동의를 얻었다는 서면을 낙태시술을 할 의사에게 제출해야 한다는 규정 등에 대해 낙태시술을 행하는 외과의사 단체인 펜실베이니아 주 남동부 지역의 가족계획(산아제한) 협회는 그 당시 펜실베이니아 주 지사였던 케이스(Casey)를 상대로 동 규정들이 미국 연방수정헌법 제14조의 적법절차조항에 위반되는 위헌적 규정이라는 소송을 미국 연방대법원에 제기하였다. 이에 대해 1992년에 미국 연방대법원은 태아가 모체에서 벗어나서 독자적으로 생존할 수 있는 능력을 갖기 전까지는 임부가 주(州)의 부당한 규제나 제한 없이 자유롭게 낙태를 할 수 있고, 태아가 모체 밖에서 독자적으로 생존할 수 있는 능력을 가진 후에 주는 원칙적으로 임부의 낙태를 규제하거나 제한할 수 있지만, 예외적으로 임부의 생명이나 건강이 위협할 때에는 임부가 낙태를 합법적으로 할 수 있는 권리를 가진다고 판시하였다. 그러나 동 판결에서 케네디, 오코너, 수터(Souter), 스티븐스, 블랙먼 5명의 연방대법관은 위의 1989년의 미국 펜실베이니아 주의 낙태규제법 중에서 기혼 여성이 낙태를 하려고 할 때에는 사전에 그녀의 남편에게 이러한 사실을 고지하고 동의를 얻은 서면을 낙태시술을 받을 의사에게 제출해야 한다는 규정에 대해서 헌법상 보호되는 여성의 낙태(결정)권에 실질적인 장애를 가져오므로 위헌이라고 판시하였다. 다만, 동 판결에서는 1973년의 Roe v. Wade 판결에서 임신의 전 기간을 3개월씩 구분

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

하여 이에 따라 낙태의 허용기준을 달리 적용해야 한다는 것 대신에 미국의 각 주는 임신의 기간과 상관없이 태아의 생명을 보호하기 위해서 낙태를 하려는 임신부에게 어떤 부당한 부담(Undue Burden)을 주지 않는 한 낙태를 제한 또는 규제할 수 있다고 판시하였다. 그리고 1992년의 *Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania v. Casey* 판결에서는 1973년의 *Roe v. Wade* 판결에서부터 낙태규제(제한)입법이 위헌인지 여부를 심사하는 데 있어서 미국의 각 주의 낙태규제(제한)입법이 주의 긴절한(필수불가결한) 이익을 실현하는 데 있어 그 협소하게 재단된(필요 최소한의 정도만) 제한 또는 규제한 것인지를 검토하는 ‘엄격심사기준’을 적용하는 것 대신에 미국 각 주의 낙태규제(제한)입법의 목적이거나 그 효과가 태아의 독자적 생존능력의 발생 전까지 낙태시술을 받으려는 임신부에게 어떤 실질적인 장애(Substantial Obstacle)를 일으킬 때에 한하여 미국 각 주의 낙태규제(제한)법은 위헌이 된다는 이른바 ‘부당한 부담(Undue Burden) 심사기준’⁴⁰⁾을 새롭게 적용하였다.

3. 독일의 낙태죄에 대한 주요 입법례와 판례

3.1 독일의 낙태죄에 대한 주요 입법례⁴¹⁾

독일은 현행 형법 제218조에서 “제1항: 낙태한 자는 3년 이하의 자유형 또는 벌금형에 처한다. 자궁 내 수정란의 착상완료 전에 이를 저지한 행위는 이법에서 의미하는 낙태로 보지 아니한다. 제2항: 특히 중한 경우에 6월 이상 5년 이하의 자유형에 처한다. 특히 중한 경우란 특별한

40) 이러한 부당한 부담 심사기준의 의미와 내용에 대해 자세한 것은 최희경, “Casey 판결상의 부당한 부담심사기준”, 헌법학연구 제8권 제3호(한국헌법학회, 2002), 129-137쪽.

41) 이러한 독일의 현행 형법상 낙태 관련 규정에 대해 자세한 것은 법무부, 독일 형법(법무부 형사법제과, 2008), 165-169쪽.

사정이 없는 한 행위자가 다음 각호의 1에 해당하는 경우를 말한다.

1. 임부의 의사에 반하여 행위하는 자, 2. 중과실로 임부에 대하여 사망 또는 중한 건강훼손의 위험을 야기한 자, 제3항: 임부가 낙태한 경우에는 1년 이하의 자유형 또는 벌금형에 처한다. 제4항: 미수범은 처벌한다. 임부는 미수로 인해 처벌되지 아니한다.”라고 규정하고 있다.

그리고 독일 형법 제218조a에서 “제1항: 제218조의 구성요건은 다음 각호의 요건이 모두 충족되는 경우에는 적용되지 않는다. 1. 임부가 낙태를 촉탁하고 제219조 제2항 제2문에 의한 확인서를 통해 최소한 수술 3일 이전에 상담을 거친 사실을 의사에게 입증한 경우, 2. 낙태가 의사에 의하여 시술된 경우, 3. 착상 이후 12주 이상을 경과하지 않은 경우, 제2항: 임부의 승낙을 받아서 의사가 시술한 낙태는 임부의 현재와 장래 생활관계를 고려하여 의사의 진단결과 임부의 생명에 대한 위험 또는 신체적·정신적 건강상태의 중한 훼손의 위험을 방어하기에 적절하고 다른 기대될 수 있는 방법으로 그 위험을 방어할 수 없는 경우에는 위법하지 않다. 제3항: 의사의 진단결과 임부에 대해 제176조 내지 제179조(강간 등 기타 성범죄)의 위법행위가 행하여졌고, 이로 인하여 임신한 것이 인정될 만한 충분한 근거가 있고, 모체 내에 착상된 이후에 12주 이상을 경과하지 않은 경우로서 임부의 동의 하에 의사에 의해 시술된 낙태에 대해서는 제2항의 조건이 적용된다. 제4항: 낙태가 의사와의 상담(제219조)후에 시술되고 모체 내에 착상된 이후부터 12주 이상이 경과되지 아니한 경우에는 임부는 제218조에 의해 처벌되지 않는다. 법원은 임부가 수술당시 특별한 곤경에 놓여 있었던 때에는 제218조에 의한 처벌을 면제해 줄 수 있다.”라고 규정하고 있다.

또한 현행 독일 형법 제218조b에서는 “제1항: 제218조a 제2항 또는 제3항의 경우로 각 항의 조건 충족여부에 대해 직접 낙태시술을 행하지 않은 의사의 확인서를 제출하지 않고 낙태한 자는 그 행위가 제218조에 의해 처벌되지 아니하는 경우에는 1년 이하의 자유형 또는 벌금형에

처한다. 잘못을 알고 있으면서도 의사로서 제218조a 제2항 또는 제3항의 조건에 대한 부정 확인을 한 자는 그 행위가 제218조에 의해 처벌되지 아니하는 경우에는 2년 이하의 자유형 또는 벌금형에 처한다. 임부는 제1문 또는 제2문에 의해 처벌되지 않는다. 제2항: 의사가 제1항, 제218조, 제219조a 또는 제219조b에 의한 위법행위로 인해 또는 다른 낙태와 관련된 위법행위로 인해 유죄의 확정판결을 받은 경우에 관할관청이 금지한 제218조a 제2항 또는 제3항에 의한 확인을 하는 것은 허용되지 않는다. 관할관청이 제1문에 기재된 위법행위의 혐의로 인해 공판이 개시된 경우에는 그 의사에게 잠정적으로 제218조a 제2항 또는 제3항에 의한 확인을 금지할 수 있다.”라고 규정하고 있다.

이밖에 현행 독일 형법 제218조c에서는 “제1항: 다음 각호의 1에 해당하는 낙태를 한 자는 그 행위가 제218조에 의하여 처벌되지 아니하는 경우에는 1년 이하의 자유형 또는 벌금형에 처한다. 1. 부녀에게 낙태요청을 위한 사유를 설명할 기회를 부여하지 아니하고 낙태한 자, 2. 수술의 의미, 특히 그 과정, 결과, 위험, 가능한 정신적·신체적 작용 등에 관하여 임산부와 의학적 상담을 하지 아니하고 낙태한 자, 3. 제218조a 제1항 및 제3항의 경우에 사전에 의사의 진단에 기초하여 임신기간을 확인하지 아니하고 낙태한 자, 4. 제218조a 제1항의 경우에 제219조에 따라 부녀와 상담하였음에도 불구하고 낙태한 자, 제2항: 임산부는 제1항에 의해 처벌되지 아니한다.”라고 규정하고 있다.

3.2 독일의 낙태죄에 대한 주요 판례

먼저 1974년 6월 18일에 독일 연방의회의원 193명은 “임신 12주 이내에 있는 임부가 자발적 의사로 의사를 통해 낙태를 행할 때에는 의사에게 낙태 상담을 받아야 하고, 공공부조의 혜택을 받을 수 있는 혜택의 기회가 있었다면 처벌하지 않는다.”라고 규정한 제5차 형법의 개혁을

위한 법률에 의해 수정된 독일 형법 제218조a 규정이 태아의 독일 기본법상 인간의 존엄 보호 규정과 생명권 보호 규정을 침해한다는 사유로 독일 연방헌법재판소에 위헌법률심판을 제기하였다. 이에 대해 1975년 2월 25일에 독일 연방헌법재판소는 “국가의 생명권 보호 규정인 독일 기본법 제2조 제2항 제1문⁴²⁾에 의해 보호되는 인간의 생명의 범위 안에는 아직 출생 전의 인간의 존재(태아)도 포함된다. 그리고 임부에게는 인격의 자유로운 발현권으로부터 낙태를 할 것인지의 여부를 결정할 수 있는 자기결정권이 헌법상 보장된다. 그러나 독일 기본법 제1조 제1항⁴³⁾에 의해 임부의 낙태에 대한 자기결정권보다는 태아의 생명권의 보호가 더 중요하다. 따라서 태아의 생명권은 임신의 전 기간 동안 원칙적으로 보호된다. 이에 낙태는 원칙적으로 불법인바, 독일 형법 제218조 a규정이 태아의 독일 기본법상의 인간의 존엄성 보호 규정과 생명권 보호 규정을 침해하는 위헌적 규정이다.”라고 판시하였다.⁴⁴⁾

이후 1990년 10월 3일에 동독의 다섯 개의 주가 독일 연방공화국(서독)으로 편입하는 방법으로 합병되면서 독일의 통일이 이루어졌는데, 1990년에 독일 통일 조약(Einigungsvertrag) 제31조에서 통일 독일의 입법자에게 늦어도 1992년 12월 31일까지 통일 이전의 동서독에서 각각 낙태에 관한 법규정이 달라서 생기는 법적 모순과 혼란을 헌법합치적으로 극복할 새로운 낙태에 관한 법규정을 제정토록 하라는 의무규정을 두었다. 이에 1992년 8월 4일에 ‘임부 및 가족부조법(Schwangeren und Familienhilfegesetz)’⁴⁵⁾이란 새로운 낙태법이 통일 독일에서 제정되었는

42) 독일 기본법 제2조 제2항에서는 “모든 사람은 각자 생명과 신체의 완전성에 관한 권리를 가진다. 신체의 자유는 불가침이다. 이 권리들은 법률에 기해서만 제한될 수 있다.”라고 규정되어 있다.

43) 독일 기본법 제1조 제1항에서는 “인간의 존엄성은 훼손할 수 없다. 인간의 존엄성을 존중하고 보호하는 것은 모든 국가권력의 책무이다.”라고 규정되어 있다.

44) BVerfGE 39, 1.

45) 이러한 이 임신부 및 가족부조법 규정 및 독일 연방헌법재판소의 낙태판결에 대해 자세한 것은 김학태, “독일과 한국에서의 낙태의 규범적 평가에 관한 비교법적 고

바, 독일의 바이에른 주 정부 및 독일 연방의회의원 249명은 이 임신부 및 가족부조법에서 임신 12주 이내의 낙태는 불법이 아니라고 규정하는 것에 대해 태아는 독일 기본법상 인간의 존엄 보호 규정과 생명권 규정에 의한 보호를 받는다는 사유로 독일 연방헌법재판소에 동 규정에 대한 위헌여부를 제기하였는바, 이에 대해 1993년 5월 28일에 독일 연방헌법재판소는 “독일 기본법 제1조 제1항에서는 국가에게 인간의 생명권을 보호(보장)해 주어야 할 의무를 지우고 있는바, 아직 모체 밖으로 태어나지 않은 태아도 독일 기본법상 인간의 존엄성을 갖는 존재에 해당하므로, 국가는 태아의 생명권을 보호해 주어야 한다. 따라서 국가는 임신의 전 기간 동안 원칙적으로 낙태를 불법적인 것으로 처벌해야 하므로,⁴⁶⁾ 임신 후 12주까지의 낙태에 대해서 낙태를 하기 3일 전까지 공인된 상담소에서 낙태상담을 받고 의사에 의해 낙태를 하는 것은 처벌하지 않는다는 동 규정은 태아의 독일 기본법상의 인간의 존엄 보호 규정과 생명권 보호 규정을 침해하는 위헌적 규정이다. 다만, 임부가 임신을 지속할 수 없는 불가피한 경우에는 임부의 낙태를 허용토록 하고, 국가는 태아의 생명을 보호하기 위하여 필요한 모든 조치들을 해야 하며, 임부가 가급적 낙태를 선택하기보다는 출산을 선택할 수 있는 방향으로 상담소의 상담이 이루어질 수 있는 대책을 세워야 하며, 불법적인 낙태에 대해서는 여러 공적부조의 혜택을 받을 수 없도록 규정한 것은 합헌이다.”라고 판시하였다.⁴⁷⁾

찰”, EU연구 제26집(EU연구소, 2010), 305-314쪽; 홍원식, “독일 연방헌법재판소의 낙태판결에 관한 고찰”, 강원법학 제10권(강원대학교 법학연구소, 1998), 544-546쪽.

46) BVerfGE 88, 203(256) : 39, 1(43).

47) BVerfGE 88, 203.

4. 프랑스의 낙태죄에 대한 주요 입법례와 판례

4.1 프랑스의 낙태죄에 대한 주요 입법례

먼저 프랑스는 형법 제223-10조에서는 “임부 본인의 동의를 얻지 않고 임부로 하여금 낙태를 하게 한 자는 5년의 금고형과 75,000유로의 벌금형에 처한다.”라고 규정하고 있다. 그리고 프랑스의 공중보건법전 제 L2211-1조부터 제L2223-2조에서는 “고통스러운 상황(*la situation de détresse*)에 놓여 있는 임부는 의사에게 낙태를 요청 할 수 있고, 이러한 낙태는 임신 12주 이내에서만 행할 수 있다. 낙태는 의료기관에서만 행할 수 있으며, 임부로부터 낙태의 요청을 처음 받은 의사는 임부에게 낙태의 방법과 그 위험성 및 후유증 등에 대하여 설명을 해 줄 의무가 있다. 성년자인 임부는 이러한 의사의 자문을 받아야 하는 것이 의무사항이 아니지만, 만약 임부가 미성년자인 경우에는 이러한 의사의 자문을 의무적으로 받아야 한다. 임부가 낙태를 행하기 위해서는 1주일의 숙려기간이 필요하며, 성년의 임부이든 미성년인 임부의 경우에는 부모의 동의 없이 낙태를 행할 수 있다. 의학적인 필요에 의해 임부가 낙태를 할 때에는 그 임신기간에 상관없이 낙태를 할 수 있다.”라고 규정하고 있다. 또한 프랑스의 공중보건법전에서는 임신 12주가 지난 후에 의학적인 사유가 아닌 이유로 임부가 낙태를 하는 경우와 의사가 아닌 자가 낙태시술을 하는 경우 및 정해진 의료기관이 아닌 곳에서 임부가 낙태를 하는 경우에는 2년의 금고형과 30,000유로의 벌금형에 처하도록 규정하고 있다. 만약 이러한 범죄를 상습적으로 행한 경우에는 5년의 금고형과 75,000유로의 벌금에 처하도록 규정하고 있다. 이 밖에 프랑스에서는 1982년부터 낙태와 관련해서 의료보험혜택을 받을 수 있도록 되었는데,⁴⁸⁾ 프랑스 정부는

48) 전학선, “프랑스 헌법재판소의 임신중절 결정”, 외법논집 제36집 제4호(한국외국어대학교 법학연구소, 2012), 99쪽.

기준에 낙태 비용의 70~80%까지만 의료보험의 혜택을 받도록 해 주었던 것을 2012년 10월 2일에 낙태 비용의 전부(100%)를 의료보험의 혜택을 받을 수 있도록 2013년도 사회보장 예산안을 발표했다.⁴⁹⁾

4.2 프랑스의 낙태죄에 대한 주요 판례

먼저 1975년 1월 15일에 프랑스에서는 처음으로 임부의 낙태에 대하여 합법화하는 법률에 대하여 60인 이상의 국민의회 의원들에 의하여 위헌심판이 청구되었는바, 이에 대해 프랑스 헌법재판소는 “낙태를 허용하는 법률에서 임신초기 10주 동안 낙태를 허용하는 것은 1958년 10월 4일의 프랑스 헌법의 전문에서 선언하고 있는 그 어떤 규정과 프랑스 헌법 본문의 그 어떤 규정에도 위반되지 않는다. 그리고 임부의 낙태를 금지하는 것이 프랑스 법률에 의해 보장되는 것은 아니며, 1946년의 프랑스 헌법 전문에 의해 국가가 아동의 건강을 보호해야 한다는 원칙은 단지 출생한 이후부터 적용된다.”라고 판시하였다.⁵⁰⁾

그리고 2001년 6월 7일에 60인 이상의 상원의원은 임신한 여성이 출산을 하기에 곤란한 상황에 처한 경우와 낙태를 할 수 있는 기간을 임신 12주로 연장하는 것을 그 주요 골자로 하는 낙태 및 피임에 관한 법률 제2조에 대하여 헌법재판소에 위헌법률심판을 청구하였는바, 이에 대해 프랑스 헌법재판소는 “임부의 낙태를 기존의 10주에서 12주로 연장해서 허용하는 것은 프랑스 헌법이 보호하는 인간의 존엄성 보장과 1789년의 인권선언 제2조에서 근거하는 여성의 자유 사이에서 고려되어야 한다. 만약 10주에서 12주로 임부가 낙태를 할 수 있는 기간을 연장하는 것이 더 세밀한 의학적인 판단을 요구된다면 임부의 건강이 위협

49) SBS, “프랑스, 낙태 완전 의료보험 혜택”, <http://news.sbs.co.kr/section_news/news_read.jsp?news_id=N1001409778>, 검색일 : 2012.10.2.

50) CC, n0 74-54 DC du 15 janvier 1975.

받지 않는다는 조건 하에서만 낙태가 행하여 질 수 있는바, 낙태 및 피임에 관한 법률 제2조는 이러한 측면에서 충분히 보장하고 있으므로, 이러한 조건 하에서 1946년 프랑스 헌법 전문 제11조를 동 규정이 위반했다고 볼 수 없다.”라고 판시⁵¹⁾하였다.⁵²⁾

5. 시사점 검토

먼저 영국의 낙태에 대한 입법례를 통해 우리나라에 시사해 주는 점은 임부가 낙태를 행하기 위해서는 2명의 의사로부터 낙태에 대한 진단을 받도록 하여 우리나라보다 낙태를 신중하고 객관적으로 하도록 규정하여 낙태의 남용현상을 줄일 수 있어 태아의 생명권을 좀 더 보호해 줄 수 있다는 것과 낙태의 법적 허용범위를 임부의 생명을 구하기 위한 낙태뿐만 아니라 임부의 정신적인 문제로 인한 낙태까지 낙태의 법적 허용범위를 우리나라보다 상대적으로 넓혀 주고 있어 여성의 낙태에 대한 자기결정권을 좀 더 보호해 줄 수 있다는 것 및 우리나라의 모자보건법에 의해 성인의 임부가 낙태를 합법적으로 행하기 위해서는 그 배우자의 낙태에 대한 동의를 의무적 요건으로 하고 있어 이로 인한 배우자의 각종 폭력이나 보복 또는 금품요구 등의 악용 수단으로 사용될 수 있는 문제를 영국에서는 성인의 임부가 낙태를 행하려는 데 있어 그 배우자의 낙태에 대한 동의를 의무적으로 요구하고 있지 않아 우리나라의 이러한 문제가 발생되지 않도록 예방해 주어 임부의 자기결정권을 좀 더 보호해 줄 수 있다는 것 등을 들 수 있다. 한편 영국 법원은 영국에서 1967년의 낙태법에서 임부의 정신적 건강상의 문제로 인한 낙태까지 낙태의 법적 허용범위를 넓혀 주는 입법이 제정되기 전인 1938년에 이른바 부른 사건을 통해 임부의 임신의 지속이 정신적 건강

51) CC, n° 2001-446 DC du 27 juin 2001.

52) 전학선, 앞의 논문, 100-104쪽.

을 해칠 위험성이 있을 때에도 낙태를 행한 의사에게 무죄선고를 하여 영국에서 낙태의 법적 허용범위를 입법적으로 넓혀 주는 계기가 되도록 판결해 주었다는 점을 우리나라에 시사해 준다.

다음으로 미국의 낙태에 대한 입법례를 통해 우리나라에 시사해 주는 점은 미국의 19개의 주에서 태아의 독자적인 생존능력이 생겼다고 볼 수 있는 시점 이후에 낙태를 하기 위해서는 담당 주치의 이외에 또 다른 의사가 반드시 낙태를 하기 위한 진료에 참여토록 규정하고 있어 임부의 낙태를 신중하고 객관적으로 할 수 있게 하여 태아의 생명권이나 임부의 생명권 등을 좀 더 보호해 줄 수 있다는 것과 미국의 19개의 주에서 낙태를 하려고 마음먹은 임부에게 의사의 상담절차를 의무적으로 거치도록 하면서 낙태의 부작용이나 태아의 심장소리 등을 들려주는 방법과 미국의 24개 주에서 의사의 상담과 임부의 낙태 시술 사이에 일정한 숙려기간을 주도록 하여 임부가 낙태를 하려는 것에 대해 다시 한번 심사숙고 할 수 있는 기회를 주어 임부의 낙태율을 줄여서 태아의 생명권을 좀 더 보호해 줄 수 있다는 것 등을 들 수 있다. 한편 미국의 연방대법원은 1973년의 *Roe v. Wade* 판결을 통해 미국에서 여성의 낙태권을 일정한 요건 하에서 헌법상의 프라이버시권에 속하여 보호된다고 판시해 주어 미국에서 낙태의 합법화는 미국 연방대법원의 판결에 의해 이루어졌다는 점을 우리나라에 시사해 주며, 미국 연방대법원의 *Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania v. Casey* 판결에 임부의 낙태권은 미국 연방수정헌법 제14조의 프라이버시권에 의해 보호되는 근본적 권리라는 것을 재확인시켜 준 판결이라는 점에서 그 의의가 있다.

그리고 독일의 낙태에 대한 입법례를 통해 우리나라에 시사해 주는 점은 모체의 자궁에 착상된 후부터 12주까지의 기간 동안에 낙태를 할 수 있고, 낙태를 행하기 3일 전까지 공인된 상담소에서 낙태상담을 의무적으로 받고 의사에 의해 낙태를 할 수 있도록 규정해서 우리나라 보다 낙태를 신중하고 객관적으로 하도록 규정하여 낙태의 남용현상을

줄일 수 있어 태아의 생명권을 좀 더 보호해 줄 수 있다는 것 등을 우리나라에 시사해 준다. 한편 독일의 연방대법원은 2번의 낙태판결을 통하여 모체 안에서 자라고 있는 태아는 생명권을 가진 하나의 독립된 헌법상의 인간의 존엄과 가치가 있는 존재이므로, 태아의 생명에 대해 국가는 헌법상 보호해 주어야 할 의무를 가진다는 것을 통해 우리나라에 태아의 생명권을 존중하여 헌법상 보장해 주어야 한다는 것을 알려 준 판결이라는 점에서 그 의의가 있다.

또한 프랑스의 낙태에 대한 입법례를 통해 우리나라에 시사해 주는 점은 임부 자신이 스스로 의사에게 요청하여 낙태를 했을 때에는 처벌하지 않아 우리나라보다 임부의 자기결정권을 매우 넓게 보호해 주고 있다는 것과 의사는 임부에게 낙태의 위험성과 후유증 등에 대해 의무적으로 설명을 해 주도록 규정하고 있고, 임부가 낙태를 행하기 위해서는 1주일의 숙려기간을 반드시 가지도록 규정하여 임부가 낙태를 하려는 것에 대해 다시 한번 심사숙고 할 수 있는 기회를 주어 임부의 낙태율을 줄여서 태아의 생명권을 좀 더 보호해 줄 수 있다는 것 등을 들 수 있다. 한편 프랑스의 헌법재판소의 낙태 관련 판결을 통해 임부의 낙태권도 헌법상 경시할 수 없는 권리라는 것을 재확인시켜 준 판결이라는 점에서 그 의의가 있다.

V. 맺는 글 : 우리나라에서 낙태 관련 규정의 입법적 제언을 겸하여

최근 우리나라에서 모자보건법상 임부의 낙태시 배우자의 의무적인 동의 규정 때문에 이미 헤어진 상대 배우자로부터 온갖 폭행과 협박 등으로 악용되고 있는 사례가 많이 발생하여 사회문제가 되고 있다. 또한 우리나라의 국민들 중 상당수는 현행 모자보건법상 낙태허용규정에 대해 개정되기를 바라는 것으로 조사되었는바,⁵³⁾ 향후 사회 각계각

층의 다양한 참여 하에 모자보건법상 낙태 관련 규정들에 대해 외국과의 비교법적 검토와 분석을 통해 현행 모자보건법상 낙태 관련 규정들이 바람직하게 개정되어야 할 것이다.

이러한 견지에서 본 논문은 영국·미국·독일·프랑스를 중심으로 한 외국의 낙태와 관련된 주요 입법례와 외국 법원의 주요 판례들을 통해 우리나라의 모자보건법상 낙태허용규정의 바람직한 개선방안을 제시하겠는바, 향후 우리나라의 모자보건법에 임부가 낙태를 행하려는 것을 보다 신중하고 객관적으로 할 수 있게 하여 낙태의 남용현상을 줄여 태아의 생명권을 현행보다 좀 더 보호할 수 있도록 하기 위해서 영국처럼 임부가 낙태를 행하기 위해서는 최소 2명 이상의 의사로부터 낙태에 대한 진단을 받도록 하는 것이 바람직하고, 임부가 낙태를 하려는 것에 대해 다시 한번 심사숙고 할 수 있는 기회를 주어 임부의 낙태율을 줄여서 태아의 생명권을 좀 더 보호해 줄 수 있도록 미국과 독일 및 프랑스처럼 임부가 낙태를 하기 위해서는 낙태일로부터 일정한 기간 전에 의사의 상담절차를 의무적으로 거치도록 하면서 낙태의 위험성과 후유증 및 부작용을 설명해 주거나 또는 태아의 심장소리 등을 들려주도록 개정하는 것이 바람직하며,⁵⁴⁾ 미국과 프랑스처럼 의사의 상담과 임부의 낙태 시술 사이에 일정한 숙려기간을 주도록 개정하는 것이 바람직하다.

53) 이러한 견지에서 현재의 시대적 상황에 맞도록 지나치게 엄격한 모자보건법상의 적응사유의 적용이 오히려 불법낙태를 조장할 우려가 있으므로, 낙태에 관한 규정의 실효성을 확보하기 위해서는 형법과 특별법모델을 유지한다는 전제 아래 기한모델의 도입, 적응모델의 개선 및 절차규정의 신설이 필요하다는 견해에 대해서는 주호노, “낙태에 관한 규정의 현황과 모자보건법의 합리적 개정방안”, 한국의료법학회지 제20집 제2호(한국의료법학회, 2012), 51-81쪽.

54) 이러한 견지에서 낙태 상담 절차는 임신부가 낙태 전 낙태 결정에 대해 숙려하는 시간을 갖고 이를 통해 낙태를 예방하는 효과 등이 있다는 사유로 현행 모자보건법상 낙태 상담 절차의 도입이 필요하다는 견해에 대해서는 이은영/김소윤/손명세/이일학, “낙태 관련 의사결정의 합리화 -각국의 낙태 상담절차와 규정-”, 한국의료법학회지 제18집 제1호(한국의료법학회, 2010), 104-127쪽; 정철, “상담을 통한 낙태 결정방식의 헌법적 검토”, 공법연구 제40집 제1호(한국공법학회, 2011), 297-325쪽.

또한 모체 내의 태아는 임부인 여성 혼자서만 생성한 것이 아니라 그 남자 배우자도 함께 생성한 것이므로, 태아에 대한 권리와 의무를 임부인 여성과 함께 그 남자 배우자에게도 함께 주는 것이 타당하다는 점에서 현행 모자보건법에서처럼 임부가 낙태를 행하려고 할 때에는 남자 배우자의 낙태에 대한 동의를 받도록 하는 것을 원칙적으로 모자보건법에 규정하되, 이러한 남자 배우자의 낙태에 대한 동의가 이미 해어진 성인의 임부에 폭력을 가하거나 보복이나 금품요구 등의 악용될 때에는 그 관련 자료를 입증할 수 있는 범위 내에서 낙태에 대한 상담을 하는 의사에게 인정을 받는 등의 방법을 통해 예외적으로 마치 영국의 경우처럼 낙태시 그 남자 배우자의 동의를 얻지 않고 성인의 임부 스스로의 결정만으로 낙태를 할 수 있도록 개정하여 임부의 자기결정권 등이 침해되는 본 논문의 서론 부분과 같은 문제가 더 이상 우리 사회에서 발생되지 않도록 하는 것이 바람직하다.

한편 기본권의 충돌 문제는 입법으로 처리되기도 하지만, 법원의 재판이나 헌법재판소의 헌법재판을 통해 처리되기도 하는바,⁵⁵⁾ 우리나라의 대법원이나 헌법재판소는 아직 이렇듯 우리나라의 형법과 모자보건법상 낙태 규제 관련 규정이 아직 개정되지 않은 상황 하에서 태아의 생명권을 보호한다는 원칙하에 임부의 상대 남자 배우자의 모자보건법상 임부의 낙태에 대한 동의 규정을 남용하는 사례 등과 같은 경우에는 예외적으로 일정한 제한적 조건 하에서 임부의 낙태행위에 대해 처벌하지 않는 전향적인 판결을 내려 현행 낙태 규제 관련 규정에 의해 임부의 낙태권이 부당하게 제한받지 않도록 하는 것이 바람직하다.

(투고일 2013년 12월 31일, 심사(의뢰)일 2014년 1월 16일, 게재확정일 2014년 2월 21일)

주제어 : 낙태, 태아의 생명권, 임부의 자기결정권, 모자보건법, 기본권의 충돌

55) 정종섭, 헌법학원론(박영사, 2012), 351쪽.

참고문헌

1. 단행본

- 계희열, 헌법학(중), 박영사, 2004.
김일수/서보학, 형법각론, 박영사, 2007.
박상기, 형법각론, 박영사, 2008.
법무부, 독일 형법, 법무부 형사법제과, 2008.
배종대, 형법각론, 홍문사, 2006.
백형구, 형법각론, 청림출판사, 1999.
성낙인, 헌법학, 법문사, 2012.
손동권, 형법각론, 을곡출판사, 2006.
오영근, 형법각론, 박영사, 2005.
이영란, 형법학, 형설출판사, 2008.
이재상, 형법각론, 박영사, 2009.
이형국, 형법각론, 법문사, 2007.
임 우, 형법각론, 법문사, 2005.
정성근/박광민, 형법각론, 삼지원, 2008.
정영일, 형법각론, 박영사, 2006.
정종섭, 헌법학원론, 박영사, 2012.
조규창, 로마형법, 고려대학교 출판부, 1998.
한수웅, 헌법학, 법문사, 2011.
최정수/원종욱/채수미/박은자/서경, 인공임신중절 실태와 정책과제:
연구보고서 2010-30-12, 한국보건사회연구원, 2010.

2. 논문

- 김중세, “낙태와 헌법상의 근본가치: 여성의 자기결정권과 태아의 생명권”, 젠더와 문화 제3집 제2호, 계명대학교 여성학연구소, 2010, 77-106쪽.
- 김주현, “자기결정권과 그 제한”, 헌법논총 제7집, 헌법재판소, 1996, 30쪽.
- 김학태, “독일과 한국에서의 낙태의 규범적 평가에 관한 비교법적 고찰”, EU연구 제26집, EU연구소, 2010, 305-314쪽.
- 김향미, “모자보건법 제14조 개정의 필요성과 방향”, 대한산부회지 제52권 제5호, 대한산부인과학회, 2009, 487-498쪽.
- 김해중 외 12인, 인공임신중절 실태조사 및 종합대책 수립: 보건복지부 보고서 R0408081, 고려대학교 산학협력단, 2005, 194-197쪽.
- 배종대, “낙태에 대한 형법정책”, 고려법학 제50권, 고려대학교 법학연구원, 2008, 229-265쪽.
- 성중탁, “비교법적으로 살펴본 낙태의 법제화 과정”, 인권과 정의 제437호, 대한변호사협회, 2013, 78-81쪽.
- 손명세 외 28인, 전국 인공임신중절 변동 실태조사: 보건복지부 보고서 11-1352000-0005 22-01, 연세대학교 보건대학원, 2011, 213-216쪽.
- 양현아, “여성낙태권의 필요성과 그 함의”, 한국여성학 제21집 제1호, 한국여성학회, 2005, 5-39쪽.
- 이기원, “낙태죄의 허용사유에 관한 비교법적 고찰”, 법학논고 제19집 제3호, 경북대학교 법학연구원, 2012, 402-405쪽.
- 이인영, “미국에서의 낙태 규범과 범죄와의 상관관계 분석 연구에 대한 고찰”, 형사법연구 제24집 제4호, 한국형사법학회, 2012, 281-282쪽.

- 이은영/김소윤/손명세/이일학, “낙태 관련 의사결정의 합리화 -각국의 낙태 상담절차와 규정-”, 한국의료법학회지 제18집 제1호, 한국의료법학회, 2010, 104-127쪽
- 전학선, “프랑스 헌법재판소의 임신중절 결정”, 외법논집 제36집 제4호, 한국외국어대학교 법학연구소, 2012, 99-104쪽.
- 정진주, “유럽 각국의 낙태 접근과 여성건강”, 페미니즘연구 제10권 1호, 한국여성연구소, 2010, 128-133쪽.
- 정 철, “상담을 통한 낙태 결정방식의 헌법적 검토”, 공법연구 제40집 제1호, 한국공법학회, 2011, 297-325쪽.
- 조 국, “낙태 비범죄화론”, 서울대학교 법학 제54권 제3호, 서울대학교 법학연구소, 2013, 696-698쪽.
- 주호노, “낙태에 관한 규정의 현황과 모자보건법의 합리적 개정방안”, 한국의료법학회지 제20집 제2호, 한국의료법학회, 2012, 51-81쪽.
- 최희경, “Casey 판결상의 부당한 부담심사기준”, 헌법학연구 제8권 제3호, 한국헌법학회, 2002, 129-137쪽.
- 홍성방, “낙태와 헌법상의 기본가치: 미연방대법원과 독일연방헌법재판소 판결에 나타난 낙태와 헌법상의 가치의 관계를 중심으로”, 서강법학연구 제3집, 서강대학교 법학연구소, 2001, 25-53쪽.
- 홍완식, “독일 연방헌법재판소의 낙태판결에 관한 고찰”, 강원법학 제10권, 강원대학교 법학연구소, 1998, 544-546쪽.

3. 기타

- 서울신문, “여성만 처벌하는 낙태죄...악용하는 남친들 급증”,
 <<http://www.seoul.co.kr/news/newsView.php?id=20131108500>>

031>, 검색일: 2013.12.20.

아젠다넷, “미국은 낙태를 어떻게 판단하나요?”,

<<http://blog.daum.net/agendakorea/146>>, 검색일: 2013.12.20.

조선일보, “내 아기를 지워? 고소할 거야...낙태죄로 여, 협박하는 남
증가”, <[http://news.chosun.com/site/data/html_dir/2013/11/08/](http://news.chosun.com/site/data/html_dir/2013/11/08/2013110801315.html)

2013110801315.html>, 검색일: 2013.12.20.

한국일보, “내 아이 지운 거 고소할 거야, 협박 수단된 낙태죄”,

<[http://news.hankooki.com/lpage/society/h20131108033848219](http://news.hankooki.com/lpage/society/h2013110803384821950.htm)
50.htm>, 검색일: 2013.12.20.

SBS, “프랑스, 낙태 완전 의료보험 혜택”, <[http://news.sbs.co.kr/section_](http://news.sbs.co.kr/section_news/news_read.jsp?news_id=N1001409778)
news/news_read.jsp?news_id=N1001409778>, 검색일: 2012.10.2.

[Abstract]

**A Study on the U. K., the U. S., Germany
and France of the Abortion Regulation
Legislation and Precedent of a Foreign under
the Viewpoint of Comparative Law**

Hie-Houn Lee*

It occurs a lot to receive violence and a threat by an agreement rule of a companion in mother and child health law when pregnant woman will have an abortion recently in Korea.

In the future, it must revise the mother and child health law of Korea to reduce such a problem to receive a diagnosis for abortion from a doctor more than two people when pregnant woman will have an abortion such as the U. K., and so on.

And, in the future, it must revise the mother and child health law of Korea to reduce such a problem to give the opportunity that can think of abortion of a pregnant woman again while doing a consultation procedure of a doctor before pregnant woman will have an abortion such as the U. S., Germany, France and so on.

Besides, in the future, it must revise the mother and child health law of Korea to reduce such a problem to give the a few periods that pregnant woman can think of between consultation of a doctor and abortion operations of a pregnant woman when pregnant woman will have an abortion such

* Associate Professor of Law at Sunmoon University

as the U. S., France and so on.

Moreover, mother and child health law must take an agreement of abortion of a companion in principle when pregnant woman of an adult will have an abortion. But in the future, it must revise this provision of the mother and child health law of Korea to reduce such a problem to commit feticide only by decision of a pregnant woman without getting an agreement of abortion of a companion exceptionally such as the U. K., and so on.

Key Words : abortion, right to life of fetus, right of self-determination of pregnant woman, mother and child health law, conflicts between basic rights