[논 문]

# 낙태죄의 허용 한계 사유와 허용 한계 시기에 대한 고찰

박 남 미*

≪차 례≫

Ⅰ. 서 론
Ⅱ. 낙태죄에 있어서 충돌되는 태아의 생명권과 여성의 자기결정권
1. 현재 낙태의 현황과 낙태죄의 사문화
2. 헌법재판소의 판단
3. 태아의 생명권과 여성의 자기결정권에 대한 균형적 시각의 필요성
Ⅲ. 낙태에 있어서 허용되는 정당화 사유
1. 현행 모자보건법상 낙태의 허용 사유
2. 사회 상황에 따른 낙태의 허용 사유 도입
Ⅳ. 낙태에 있어서 허용 한계 시기에 대한 검토
1. 낙태 허용 한계 시기에 있어서 12주 미만 낙태에 대한 검토
2. 발생학적 태아의 주수별 발달 및 생명에 대한 이해
Ⅴ. 결 론

* 경북대학교 시간강사, 법학박사

## Ⅰ. 서 론

형법상 낙태죄 규정은 지난 2012년 이후 5년 만에 최근 다시 헌법재판소의 헌법적 판단을 기다리고 있다. 이에 대해 사회적 분위기는 낙태죄의 존치를 주장하는 입장과 폐지를 주장하는 입장으로 극명하게 나뉘면서 첨예하게 대립하고 있다.

낙태죄 존치를 주장하는 이들은'태아의 생명존중'과 낙태의 합법화로 인해 '낙태율이 수직상승'할 것이라는 이유로 낙태 혹은 인공임신중절의 전면 금지를 요구하는 반면, 낙태죄 폐지를 주장하는 이들은 '여성의 자기결정권'을 침해하고 있다는 이유로 낙태 금지 조항의 폐지를 강력히 요구하고 있다.

이처럼 각계 입장 대립이 첨예한 가운데, 헌법재판소의 판단은 보수·종교계의 반발을 무시할 수 없을 뿐만 아니라, 여타 생명윤리 측면에 영향을 미칠 수 있는 중요한 기준이 될 것이므로 어떠한 결정도 어려운 상황에서 헌법불합치라는 카드를 선택하여 입법부에 대안을 요구할 수 있다는 가능성도 배제할 수 없다.

생각건대, 현재 낙태죄의 폐지는 어떠한 파장을 일으킬지 모를 뿐만 아니라, 법률의 폐지가 능사는 아니라는 측면에서, 결국 낙태죄라는 국가의 개입에 있어서 그 개입의 범위 확정이 중요하다고 판단된다.

이렇게 예민한 사회적 쟁점을 논의하기 이전에 사회 현실에 대한 파악이 필요할 것이므로, 먼저, 현재 우리나라의 낙태 혹은 인공임신중절 현황에 대해 검토하고자 한다. 다음으로, 만약 생명경시 및 무분별한 낙태를 막기 위해 사문화되어가는 규정이라도 그 규정이 상징적으로 갖는 의미가 있다면 부분수정 혹은 개정을 통해 낙태죄와 관련한 논란을 해결할 수 있는 방법을 모색해야 할 것이다.

그 방법으로 첫째, 현행 낙태가 허용되는 모자보건법상 정당화 사유에 대해 다시 검토하고, 낙태 허용 사유의 수정 및 개정을 검토하고자 한다. 둘째, 낙태 허용 한계 시기와 관련해서 자연과학적인 접근이 필요하다. 특히 임신, 수정, 혹은 착상 이후의 주수의 개념은 서로 상당히 다름에도 불구하고 혼재

해서 사용하고 있으므로, 이들 개념의 통일도 필요할 것이다. 현재 알려진 과학적 지식으로 태아의 상황을 짐작하고 처분할 수 있다는 생각은 상당히 위험할 수 있기 때문에 그 판단에 기초가 될 수 있는 내용을 검토하고 그에 따른 적절한 방법을 제시하고자 한다.

## Ⅱ. 낙태죄에 있어서 충돌되는 태아의 생명권과 여성의 자기결정권

### 1. 낙태의 현황

2010년 보건복지부에서 실시한 인공임신중절[1] 실태조사 연구에서 만15세-44세 가임기여성 전체의 임공임신중절건수는 178,738건 가운데, 여성의 인공임신중절 사유로 응답자[2]의 50.7%가 원하지 않는 임신 때문이라고 응답하였다. 다음으로 미혼이어서가 26.4%를 차지했으며, 이어서 태아의 건강문제 때문에 인공임신중절을 한 경우는 전체 응답자의 19.9%(태아의 건강 이상이 확실한 경우와 우려되는 경우를 모두 포함[3])를 차지했다. 이 외의 사회·경제적 사정으로 소득이 적거나 고용이 불안정하여 경제상 힘든 경우가 17.9%, 터울 조절과 원하지 않는 성별 등 가족계획의 일종이 12.9%, 사회활동 지장이 8.5%, 기타 사유로 10대여서 또는 졸업을 위해서가 1.0%를 차지하는 것으

---

1) 본 논문의 사용하는 용어에 있어서 낙태죄란 “자연의 분만기에 앞서서 인위적으로 태아를 모태로부터 분리시키는 것을 내용으로 하는 범죄”(국가법률정보센터 법률용어사전)라 하고, 낙태는 태아를 분만기 이전에 인위적으로 모체 밖으로 분리·배출하거나 태아를 모체 안에서 살해하는 행위를 말한다. 인공임신중절 수술이란 모자보건법 제2조 제7호에서 “태아가 모체 박에서는 생명을 유지할 수 없는 시기에 태아와 그 부속물을 인공적으로 모체 밖으로 배출시키는 수술”이라 규정하고 있다. 그러나 통상적으로 낙태가 인공임신중절과 같은 의미로 이해되고 있다는 점과 낙태 행위는 대부분 임신중절 수술을 통해 이루어진다는 점에서 아래 논문에서는 낙태와 인공임신중절을 동일한 의미로 사용한다.

2) 4,000명(미혼 1756명, 기혼 2,244명).

3) 연구 보고서에서는 산모가 임신 중에 감기약을 복용하거나 음주 또는 흡연한 경우, 그리고 임신 확인이 늦어지면서 발생하는 것으로 추측하고 있다.

로 조사되었다.[4]

한편 대한산부인과 의사회와 대한산부인과학회에 등록된 산부인과 의사를 대상으로 한 전수조사에서 2010년 인공임신중절 건수는 108,679건으로 나타났다.[5] 이처럼 가임기 여성을 대상으로 한 조사와 산부인과 의사를 대상으로 한 인공임신중절 건수에서 약 7만 건 차이가 나는 것은 불법적인 시술을 의사가 스스로 밝히는 것에 부담이 있을뿐더러 법적인 문제에 휘말릴 소지가 있기 때문에 조사에 한계가 있었던 것으로 보인다.

인공임신중절 시술을 받는 가임기여성과 달리 산부인과 의사들이 인식하는 인공임신 중절 사유에 대한 의견을 묻는 문항에서 본인의 요청이라는 대답이 48.9%, 사회·경제적 이유가 38.7%, 태아 이상 또는 기형이 7.2%, 모체 생명의 위협이 2.2%로 조사되었다. 이 외에 강간 또는 근친상간, 모체의 신체적 건강 보호와 정신적 건강 보호는 1%로 나타났다.[6]

또한, 인공임신중절 추세에 대한 인식의 차이는 가임기 여성과 산부인과 의사 사이에 극명하게 나타난다. 가임이 여성의 40.2%가 인공임신중절이 증가했다고 응답한 반면 산부인과 의사의 77.4%가 감소했다고 응답하였다. 가임기 여성은 혼전성교 및 미혼모의 증가(86.7%), 양육비의 증가(47.9%), 경제악화(45.9%)와 여성의 사회참여 증가(31.7%), 태아 기형 증가(19.5%), 성범죄 증가(1.0%) 등을 이유로 인공임심중절이 증가하고 있다고[7] 생각하는 반면, 산부인과 의사들은 응급피임약 보급의 확대(67%)와 피임 비율의 증가(52.6%), 수술 하지 않는 의료기관의 증가(49.5%), 여성의 사회참여 증가로 인한 임신율의 저하(39.8%), 수술억제 정책(1.7%) 등을 이유로 인공임신중절이 감소하고 있는 것으로 나타났다.[8]

---

4) 『전국 인공임신중절 변동 실태조사』, 연세대학교 보건대학원 연구보고서, 보건복지부, 2011. 10, 54쪽.
5) 건강보험심사평가원에서 산부인과 의사 4,961명을 대상으로 전수조사하였다.
6) 『전국 인공임신중절 변동 실태조사』, 연세대학교 보건대학원 연구보고서, 보건복지부, 2011. 10, 143쪽.
7) 가임기여성 4,000명(기혼 2,244명, 미혼 1,756명)을 대상으로 인공임신중절 추세에 대한 의견을 조사한 결과 40.2%가 증가했다고 응답하여, 감소하였다고 응답한 15.7%보다 상당히 높게 나타났다. 특히 가임기여성 중 최근 3년간 인공임신중절 증가요인에 대한 의견을 참조하였다(『전국 인공임신중절 변동 실태조사』, 연세대학교 보건대학원 연구보고서, 보건복지부, 2011. 10, 78-79쪽).
8) 산부인과 의사가 생각하는 사회 전반적 인공임신중절 추세에 대한 의견을 조사한 결과 감소했다는 응답이 77.4%, 비슷하다가 8.9%, 증가했다는 응답이 1.2%로 나타났다. 특히 산부인과 의사 중 최근 3년간 인공임신중절 감소요인에 대한 의견을 참조하였다.(『전국 인공임신중절 변동 실태조사』, 연세

## 2. 헌법재판소의 판단

2012년 8월 23일 헌법재판소는 형법 제270조 제1항 '의사 등의 낙태'에 대해 제기된 헌법소원심판에 대해 합헌 결정을 내렸다.[9] 이 사건 심의과정에서 제269조 임부의 '낙태'가 함께 논의 되었는데, 본 논문에서는 낙태에 대해 검토하고자 하기 때문에 형법 제269조 '낙태'에 대한 헌법재판소의 판단을 살펴보고자 한다.

아래의 헌법재판소의 판단은 그 동안의 축적된 양측의 입장을 잘 대변하고 있다.

> 헌법재판소는 ⅰ) 입법목적의 정당성 및 수단의 적절성 판단에 있어서 "자기낙태죄 조항은 태아의 생명을 보호하기 위한 것으로서 그 입법목적이 정당하고, 낙태를 방지하기 위하여 임부의 낙태를 형사처벌하는 것은 위 목적을 달성하기 위한 효과적이고도 적절한 방법이다."라 했으며, ⅱ) 피해의 최소성 판단에 있어서 "인간의 생명은 고귀하고, 이 세상에서 무엇과도 바꿀 수 없는 존엄한 인간 존재의 근원이다. 모든 인간은 헌법상 생명권의 주체가 되고, 인간으로서 형성되어 가는 단계의 생명인 태아에게도 생명에 대한 권리가 인정되어야 한다. 태아가 비록 그 생명의 유지를 위하여 모(母)에게 의존해야 하지만, 그 자체로 모(母)와 별개의 생명체이고 … 태아도 헌법상 생명권의 주체이고, 따라서 그 성장 상태가 보호 여부의 기준이 되어서는 안될 것이다. … 태아가 독자적 생존능력을 갖추었는지 여부를 그에 대한 낙태 허용의 판단 기준으로 삼을 수는 없다. 인간이면 누구나 신체적 조건이나 발달 상태 등과 관계없이 동등하게 생명 보호의 주체가 되는 것과 마찬가지로, 태아도 성장 상태와 관계없이 생명권의 주체로서 마땅히 보호를 받아야 한다."라고 하였다. 마지막으로 ⅲ) 법익의 균형성 판단에 있어서 "비록 자기 낙태죄 조항이 낙태 근절에 큰 기여를 하지 못한다고 하더라도 이 조항이 존재함으로 인한 위축효과 및 이 조항이 없어질 경우 발생할지도 모를 인명경시풍조 등을 고려하여 보면, 자기낙태죄 조항으로 달성하려는 공익이 결코 가볍다고 할 수 없다."고 판단하였다.

우리 헌법에는 생명권을 명문으로 보장하고 있지 않다. 그러나 헌법재판소는 생명권 규정의 유무와 관계없이 헌법상 최고의 근본 질서로서 생명권을

---

대학교 보건대학원 연구보고서, 보건복지부, 2011. 10, 141쪽.

9) 헌법재판소 2012. 8. 23, 2010헌바402.

받아들이고 있다. 인간의 생명이 건강 및 자유 또는 재산과 사회적·국가적 이익과 비교해 월등히 우월하다는 것을 인정하고 있는 것이다. 나아가, 태아의 생명이 생성중의 생명이고 태어난 사람의 생명과 비교해 절대적으로 같다고는 할 수 없으나, 사람과의 생명권과의 충돌이 아닌 임부의 자기결정권과 태아의 생명권이 충돌하는 경우에 태아의 생명권이 양보할 것은 아니다.[10] 또한 생명 자체를 다른 목적을 위한 수단으로 사용할 수 없다는 점에서 이와 같이 판단하고 있다고 할 수 있다.

> 이에 대한 반대의견으로 "태아는 생성중인 인간으로서 생물학적으로 모체 내에서 모체에 종속되어 있어 생명의 유지와 성장을 전적으로 모체에 의존하고 있는 불완전한 생명이며, 임신과 출산은 기본적으로 모(母)의 책임 하에 대부분이 이루어지므로, 원하지 않은 임신 내지 출산이 모(母)와 태아 그리고 우리 사회 전체에 불행한 결과를 초래할 수 있다는 현실(미혼모 문제, 해외입양 문제, 영아유기·치사 문제, 고아문제 등)을 감안하면, 임신기간 중 일정 시점까지는 임부의 자기결정권을 존중해 줄 필요가 있다."
>
> "태아의 독자적 생존능력은 임신 24주 이후에 인정된다고 봄이 상당하다."
>
> "임신 초기의 태아는 감각을 분류하거나 감각의 발생부위 또는 그 강도 등을 식별할 수 없고, 더 나아가 여러 가지 감각을 통합하여 지각을 형성할 수도 없어 고통을 느끼지 못한다는 것이다."
>
> "임신 초기의 낙태는 시술방법이 간단하여 비교적 임부에게 안전하다고 할 수 있고, 실제로 낙태로 인한 합병증 및 모성사망률이 현저히 낮다. … 적어도 임신 초기에는 임부의 자기결정권을 존중하여 낙태를 허용해 줄 필요성이 있다 할 것이다."
>
> "자기낙태죄 조항은 임신 초기(임신 1주~12주)의 낙태까지 전면적, 일률적으로 금지하고 처벌하고 있다는 점에서 침해의 최소성 원칙 및 법익균형성의 원칙에 위배하여 임부의 자기결정권을 침해하는 것으로서, 헌법에 위반된다."
> 라 판단하였다.

이처럼 반대의견은, 임신 기간과 관계없이 일률적으로 낙태를 금지한다는 점을 주요 낙태죄 위헌 사유로 하고 있다. 낙태를 전면적으로 허용하자는 것이 아니라 일정 기간에는 낙태를 예외적으로 허용하자는 의견으로 볼 수 있으므로, 낙태 전면 자유화를 주장하는 입장과는 상당한 차이가 있다.

---

10) 이상용, "출생 전 생명에 대한 형사법적 고찰-착상과 출생의 전후에 따른 형법적 보호의 의미-". 의료법학 제10권 제1호, 대한의료법학회, 2009, 130쪽.

2012년 이후 다시 낙태죄 위헌 여부를 심리 중인 헌법재판소가 낙태의 전면 자유화 취지의 낙태죄 폐지 결정을 하지 않는다면, 새로운 대립구조의 분석틀을 만들지 않는 한[11], 결국 형법상 낙태죄의 목적 및 보호법익으로서 태아의 생명권과 임부의 자기결정권 사이의 법익균형성 문제로 다시 돌아가게 될 것이다.

## 3. 태아의 생명권과 여성의 자기결정권에 대한 균형적 시각의 필요성

낙태 행위를 국가가 개입하여 처벌하는 것에 대한 양측의 의견 대립은 상당히 많은 문제가 복잡하게 얽혀 있는, 몹시 어렵고 해묵은 논쟁거리이다. 따라서 어느 쪽이 옳다고 말하는 것이 불가능한 문제일 수 있다. 특정 판단이 필요한 부분에서 어느 한쪽의 희생 또는 이해가 불가피하기 때문이다. 다시 말해, 낙태 혹은 임신중절은 해당 태아와 임부의 헌법상 중요한 권리의 보호에 의해 다른 한쪽의 권리를 침해하게 되는 일이므로, 엄격히 판단할 필요가 있다.

다만, 본 논문에서는 태아의 생명이라는 부분을 임부의 자기결정권 또는 행복추구권과 이익형량 했을 때 훨씬 우월하다는 점에서 태아의 생명에 대한 침해를 범죄로 규정하고 있는 형법의 목적은 정당하다 할 것이고, 헌법 위반이 아니라고 판단한다. 사문화 되어 가는 규정이라 하여 그 규정의 목적이 정당하지 않은 것도 아니며, 낙태죄 규정 자체가 가지는 '생명 존중'이라는 긍정적인 가치는 분명히 존재하기 때문이다. 그 뿐만 아니라, 낙태 시술을 하려다가도 다시 한번 더 낙태에 대해 생각해 볼 수 있는 역할을 충분히 하고 있다. 적어도 낙태죄 규정은 '불편하고 원치 않아서'라는 이유로 낙태를 쉽게 결정하거나 그 행위에 접근하는 것을 막는 역할을 한다고 할 수 있다.

따라서 낙태죄 자체를 전면적으로 폐지하자는 입장에 동의할 수 없다.[12]

---

11) 태아를 몸속에서 자라게 하고, 또 몸 밖으로 해산하는 것은 오로지 여성의 몫이며, 임부와 태아는 합일체로서 태아의 죽음은 결국 임부 자신의 죽음이라는 관점에서 판단해야 한다(전해정, "낙태죄 규정의 위헌성 여부: 헌법재판소 2012. 8. 23, 2010헌바402 결정", 이화젠더법학 제5권 제1호, 이화여자대학교 젠더법학연구소, 2013, 107-108쪽).

12) 이재상/장영민/강동범, 『형법각론』, 박영사, 2017, 97쪽.

이처럼 낙태죄의 목적과 태아의 생명권 및 산모의 자기결정권의 고려에 의해 낙태죄의 존재에 대한 긍정적인 작용을 부인할 수 없다면 다음으로 현행 모자보건법상의 예외적 낙태 허용 사유와 허용 한계 시기에 대한 논의가 이어지게 된다. 결국 낙태 행위에 대한 국가의 개입이 불가피 하다면, 국가의 개입에 있어서 그 허용사유의 범위와 허용시기에 대한 문제로 귀결 되는 것이다.

## Ⅲ. 낙태에 있어서 허용되는 정당화 사유

현행 형법에서 금지하고 있는 낙태 행위에 대해 모자보건법은 일정한 사유에 해당하는 경우에 낙태를 허용하는 규정을 두고 있다. 각각의 개별 사유를 살펴보고, 그 밖에 고려되어야 할 필요성이 있는 정당화 사유에 대해 검토하고자 한다.

### 1. 현행 모자보건법상 낙태의 허용 사유

(1) 본인이나 배우자가 대통령령으로 정하는 우생학적(優生學的) 또는 유전학적 정신장애나 신체질환이 있는 경우

모자보건법 시행령 제15조 제1항에서 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 하고 있다. '연골무형성증, 낭성섬유증'이라는 구체화 된 병명을 열거하고 있으나 다시 '그 밖의 유전성 질환'으로 인해 시행령에서 구체화 하려던 노력은 다시 확장 가능성이 무궁무진한 개념으로 돌아가고 있는 문제가 있다.[13]

---

13) 박찬걸, "낙태죄의 합리화 정책에 관한 연구", 법학논총 제27권 제1호, 한양대학교 법학연구소, 2010, 213쪽.

(2) 본인이나 배우자가 대통령령으로 정하는 전염성 질환이 있는 경우

모자보건법 시행령 제15조 제1항에서 모자보건법 제14조제1항 제2호에 따라 인공임신중절수술을 할 수 있는 전염성 질환은 풍진, 톡소플라즈마증 및 그 밖에 의학적으로 태아에 미치는 위험성이 높은 전염성 질환으로 한다.

이 또한 제14조 제1항 제1호와 마찬가지로 '그 밖에 의학적으로 태아에 미치는 위험성이 높은 전염성 질환'으로 규정함으로써 범위 확정에 크게 도움이 되지 못하는 얼마든지 확장 가능한 구체적이지 못한 규정으로 되어 있다.

(3) 강간 또는 준강간(準强姦)에 의하여 임신된 경우

모자보건법 제14조 제1항 제3호에 의하면 현행 형법상 성범죄와 관련한 많은 범죄 가운데 강간과 준강간에 의한 임신만을 낙태 행위 허용사유로 규정하고 있다.

모자보건법 제14조 제1항 제3호에 의하면 현행 형법상 성범죄와 관련한 범죄 가운데 강간과 준강간에 의한 임신만을 낙태 행위 허용 사유로 규정하고 있어 다른 성범죄, 즉 강제추행죄, 미성년자간음죄, 업무상 위력에 의한 간음죄 등에 의한 임신의 경우를 제외하고 있어서 동일한 성범죄 피해자임에도 불구하고 피해자의 권리를 거의 보장받지 못하고 있다는 문제가 있다. 또한 남성 일방의 합의에 의한 성관계를 주장할 경우에, 강간 피해 사실을 입증하지 못하여 재판이 길어지는 경우가 있어 현실적으로는 낙태 시술을 받을 수 있는 허용 시기를 놓칠 수 있다. 한편으로는 여성의 강간 주장만으로 낙태 시술을 가능하게 하는 것은 모자보건법 제14조 제1항 제3호 위반에 대한 처벌 규정을 두고 있지 않는 상황에서 악용될 소지가 있다.[14]

(4) 법률상 혼인할 수 없는 혈족 또는 인척 간에 임신된 경우

모자보건법 제14조 제1항 제4호에서는 법률상 혼인할 수 없는 근친 간의 임신을 낙태 행위 허용사유로 하고 있는데, 근친 간의 임신일 경우에 유전학

14) 박찬걸, 박찬걸, "낙태죄의 합리화 정책에 관한 연구", 법학논총 제27권 제1호, 한양대학교 법학연구소, 2010, 214쪽.

적으로 건강하지 못한 아기를 출산할 가능성이 높을 뿐만 아니라, 혼인할 수 없는 인척 사이의 자녀에게 발생할 수 있는 향후 문제점과 그 당사자의 사회적・정신적 고통이 극히 심할 것이 예상되기 때문에 규정하고 있는 것으로 보인다. 따라서 이 조항은 유전적 사유와 사회적・정신적 사유를 동시에 고려하고 있다고 볼 수도 있다.

(5) 임신의 지속이 보건의학적 이유로 모체의 건강을 심각하게 해치고 있거나 해칠 우려가 있는 경우

생각건대, 모자보건법 제14조에서 규정하고 있는 낙태 행위의 허용사유 가운데 가장 근본적인 낙태 행위의 허용사유가 제14조 제1항 제5호라 생각한다.

모자보건법 제14조 제1항 제5호의 '모체의 건강을 심각하게 해치고 있거나 해칠 우려가 있는 경우'를 법원은 "임신의 지속이 모체의 생명과 건강에 심각한 위험을 초래하게 되어 모체의 생명과 건강만이라도 구하기 위하여 인공임신중절수술이 부득이하다고 인정되는 경우를 말하는 것"[15]으로 보고 있다.

다만 '모체의 건강을 심각하게 해칠 우려'에는 미래의 건강상태도 판단의 대상이 된다고 보는 견해도 있으나[16], 현재 낙태 행위에 있어서 미래의 불확정적인 사유를 이유로 태아의 생명에 대한 권리를 박탈하는 것은 바람직하지 않다. 또한 '모체의 건강을 심각하게 해칠 우려'는 0 % ~ 100%에 이르기 까지 위험성을 단계적으로 나눌 수 있다면 어디까지를 낙태 행위가 가능한'우려'의 범주에 해당한다고 할 것인지 불분명할 뿐만 아니라 확률적으로 그 단계를 나눌 수 있다는 것 자체가 불가능한 것으로 보인다. 나아가, 확률적으로 100%에 가깝지 않다면 '우려' 또는 '위험성', '가능성'을 이유로 낙태 행위를 허용해서는 안될 것이다.

예를 임부가 9명의 쌍둥이를 임신하였으나, 9명을 모두 출산할 경우에 산모가 사망할 가능성이 현저히 높아 선택적으로 2명만 출산해야 하는 경우가 '모체의 건강을 심각하게 해칠 우려'에 해당한다고 볼 수도 있으나, 이 경우는

15) 대법원 2005. 4. 15. 선고 2003도2780 판결

16) 박찬걸, "낙태죄의 합리화 정책에 관한 연구", 법학논총 제27권 제1호, 한양대학교 법학연구소, 2010, 215쪽; 이재상/장영민/강동범, 『형법각론』, 박영사, 2017, 92쪽.

현재 9명의 임신이 지속되고 있고 출산 때까지 그 위험성이 지속되는 것이므로 현재 '모체의 건강을 심각하게 해치고 있는'상황으로 볼 수 있다. 이와 같은 이유로 법 제14조 제1항 제5호의 '모체의 건강을 심각하게 해칠 우려'는 규정의 명확성 부분에 재고의 여지가 있다.

## 2. 사회 상황에 따른 낙태의 허용 사유 도입

앞서 모자보건법상 예외적으로 낙태를 허용하는 사유를 살펴보았다. 아래에서는 모자보건법에 나열된 허용사유에 해당하지는 않지만, 고려의 필요성이 있는 사유들이 어떤 것들이 있는지 검토하고자 한다. 원칙적으로 금지된 낙태 행위에 예외적 허용사유를 두는 방법은 고수하되, 허용사유에 대한 확장으로 충분히 낙태죄 폐지 혹은 낙태완전허용 측에서 주장하는 사유들을 일정 부분 흡수 할 수 있으리라 생각한다.[17] 단, 아래와 같은 사유는 국가 기관의 설립으로 상담을 전문적으로 받은 후 행해 질 수 있도록 형법의 제도적 정비가 필요할 것이다.

### (1) 미성년자・미혼자의 임신에 대한 고려

미성년자와 미혼인 임부에 대한 고려의 필요성은 사실상 임부 즉, 여성에게 낙태의 사유로 가장 많은 부분을 차지하는 상황에 대한 문제라 할 수 있다.[18] 즉, 여성의 '자기결정권' 주장에 대한 응답이라 할 수 있다.

미성년자의 미숙한 피임에서 이어지는 원치 않은 임신은 현재 행해지는 낙태 시술에서 상당히 많은 부분을 차지하고 있고, 낙태 시술에 대한 접근의 어

17) 허용사유별 기간을 달리하면서 경제적 적용사유의 도입은 부정하되, 사회적 적응사유의 도입도 적응사유의 확대로 해결해야 한다는 주장도 있다(신동운, "형법개정과 관련하여 본 낙태죄 및 간통죄에 관한 연구", 한국형사정책연구, 1991, 125-128쪽).

18) 2010년 보건복지부에서 실시한 인공임신중절 실태조사 연구에서 만15세-44세 가임기여성 전체 임공임신중절 178,738건 가운데, 여성의 인공임신중절 사유로 응답자의 50.7%가 원하지 않는 임신 때문, 다음으로 미혼이어서가 26.4%를 차지했으며, 기타 사유로 10대여서 또는 졸업을 위해서가 1.0%를 차지했다. 사실상, 원하지 않은 임신 및 미혼과 10대 및 졸업을 이유로 한 상황을 모두 합하면 78.1%를 차지한다; 한 해 평균 200명 넘는 아이들이 베이비박스에 버려지고 있다. 양육할 수 없는 미혼모의 원치 않는 출산은 다른 범죄 혹은 또 다른 비극으로 이어질 수 있다.(모진선택에 버려지는 아이들.. '베이비박스' 어쩌랴?, 파이낸셜뉴스, 2018.01.25. 기사).

려움으로 아기를 출산하더라도, 사회・경제적 상황의 어려움으로 정상적으로 양육할 수 없는 상황에 처해질 가능성이 높다.

또한 성년인 미혼인 자가 임신을 한 경우는 미성년자의 경우보다는 좀 더 심사숙고할 수 있도록 심사 및 상담 할 필요가 있다. 그러나, (미혼인 자라도 향후 자녀의 부가 될 사람과 결혼 계획이 있는 경우 혹은 미혼이라도 혼자 충분히 양육할 수 있는 건강한 정신과 상황에 있는 경우는 제외하고) 내연남 등 부적절한 관계에서 가진 아기의 경우는 사실 원치 않은 임신에 속하여 낙태 시술을 받았거나 계획하고 있는 경우라 볼 수 있고, 또는 산부인과협회에서 공식적으로 조사된 수술 횟수에 잡히지 않았을 가능성이 크다. 이런 경우 아기를 출산하더라도 그 아이가 정상적으로 양육되기 어려운 상황이라 판단할 수 있다.

현재 모자보건법 제14조 낙태 행위의 예외적 허용사유 확대에 있어서 미성년자・미혼자에 대한 고려는 현 시대를 반영하여 가장 필요한 부분이다. 즉, 처벌하는 규정이 있어도 낙태 행위를 할 사람은 결국 비밀리에 불법 시술 할 수밖에 없는 것이 현실이다. 그렇다면 불법 시술의 확률을 낮추고 임부의 건강을 위해 시술을 좀 더 안전하게 받을 수 있도록 할 수 있는 방법을 찾아야 할 것이므로, 따라서 이 부분에 대한 비범죄화는 불가피하게 반영되어야 할 것이다.

(2) 부모의 정신 질환에 대한 고려

현대 사회에는 극악무도한 범죄들이 발생하고 있고, 그 가운데 상당 부분을 자녀 학대와 유기, 자녀살해가 차지한다.[19] 특히 정신 질환이 있는 자가 부모가 되었을 때, 예를 들어 사이코패스, 소시오패스와 같은 정신질환에 뒤따르는 결과로서 자녀 대상 범죄가 발생할 가능성이 높다. 모자보건법 제14조 제1항 1호 또는 2호에 규정하고 있는 우생학적, 유전적 정신장애에 포함되지

19) 고준희양, 걷지도 못하고 기어다니다 숨졌다…'친부와 내연녀는 학대 부인', 뉴스인사이드, 2018.01.24. 기사; 외박한 동거남에 복수하려고 아기 살해한 비정한 엄마, 중앙일보, 2017.11.04. 기사; 고준희・광주 3남매 등 아동학대 가파른 증가세…작년 상반기 1만647건, 에너지 경제, 2018.01.07. 기사.

않는 정신적 질환을 말한다. 이러한 정신 질환으로 출산 후 정상적인 양육이 어려울 뿐만 아니라, 출생한 자녀의 정신에도 부정적인 영향을 끼치거나, 자녀를 직접적으로 해할 가능성이 높다.[20] 또한 임신한 현재 정신문제를 기준으로 삼아야 할 것이다. 미래의 정신적 건강상태까지 확장시키는 것은 태아의 생명을 박탈하는 것과 비교해 적절하지 못한 판단이다. 이러한 자들이 부모가 되는 것에 대하여 국가의 상담을 통한 낙태라는 일정한 국가의 통제가 필요할 것이다. 이러한 낙태 행위도 그 허용시기에 대한 한계를 명확히 할 필요성은 당연히 있다.

(3) 사회적・경제적 상황에 대한 고려

마지막으로 낙태 행위의 허용사유로서의 고려의 필요성이 있는 것으로 사회적・경제적 상황을 고려하자는 주장이 있다.[21] 태아의 출산과 출산한 아이의 양육은 임부의 지배영역이자 임부의 책임영역이라는 점에서, 양육의 기대가 절망적인 출생은 임부 및 출생한 태아 그리고 사회에 대해 불향의 씨앗이 될 수 있다.[22] 일종의 돌봄 능력이 없는 자에게 낙태 행위를 허용하자는 것이다.

임부의 자기결정에는 인간의 삶에 대한 관념이 투영될 수 있는 부분이므로, 인간에 대한 존중은 그 인간의 가치관에 대한 존중이고 그 가치관에 따른 행위를 존중하는 것이기 때문에 낙태를 비범죄화 해야 한다는 주장처럼 낙태 완전 자유화가 어렵다면 먼저 사회적・경제적 사유를 현행 모자보건법 제14조에 추가할 필요가 있다고 보고 있다.[23]

---

20) 이영학, 변태성욕 장애・사이코패스 前단계・일상생활 가능한 지능, 세계일보, 2017.11.01. 기사.

21) 임웅, “낙태의 비범죄화에 관한 연구”, 성균관법학 제 17권 제2호, 성균관대학교 비교법연구소, 2005, 389쪽; 윤진숙, “낙태 법제에 대한 이론적 고찰”, 법조 제61권 제1호, 법조협회, 2012, 70쪽; 이보영, “낙태죄와 태아의 생명권보호”, 사회학연구 제27권 제1호, 호서대학교 사회과학연구소, 2008, 40쪽; 김태계, “낙태죄에 관한 문제점과 입법론”, 법학연구 제18권 제1호, 경상대학교 법학연구소, 2010, 255쪽; 정현미, “낙태죄와 관련한 입법론”, 형사법연구 제22호, 한국형사법학회, 2004, 701, 703쪽.

22) 이재상/장영민/강동범, 『형법각론』, 박영사. 2017, 93쪽; 양현아, “낙태죄 헌법소원과 여성의 ‘목소리’[1]-낙태경험에 대한 인식을 중심으로-”, 법학논총 제30권 제1호, 한양대학교 법학연구소, 2013, 33쪽; 임웅, “낙태의 비범죄화에 관한 연구”, 성균관법학 제 17권 제2호, 성균관대학교 비교법연구소, 2005, 386쪽.

23) 임웅, “낙태의 비범죄화에 관한 연구”, 성균관법학 제 17권 제2호, 성균관대학교 비교법연구소, 2005, 386, 389쪽.

특히, 사회적・경제적 상황은 앞선 두 가지의 고려 상황 보다는 좀 더 여성의 자기결정권 보장에 가까운 사항이라 할 수 있다. 보건복지부 연구에 의하면 전체 임공임신중절건수 178,738건 가운데, 사회・경제적 사정으로서 소득이 적거나 고용이 불안정하여 경제상 힘든 경우가 응답자의 17.9%로 나타났다.

이와 같이 상당한 부분을 차지하는 사유기는 하나, 이 부분을 비범죄화 하는 것에 대해서는 위 언급한 두 가지 상황과는 달리 생각해 볼 필요가 있다. 경제적 사유에 의한 낙태 허용 여부에 대한 한 설문에서 (응답자 전체 1025명) 허용해야 한다는 입장이 37.8% 인데 반해, 허용해서는 안된다는 의견이 58.3%, 모른다는 의견이 3.9%를 차지하는 것으로 나타났다.[24] 동일한 설문에서 미혼인 성년과 미성년에 대한 허용해서는 안된다는 의견이 각 46.4%, 28.4%를 차지[25]하는 것과 비교해 상당히 일반인은 경제적인 사유에 의한 낙태의 현실과 달리 부정적으로 평가하고 있음을 알 수 있다.

생각건대, 모자보건법 제14조 제1항 1호 및 2호에 규정되어 있는 낙태 허용 사유인 '우생학적(優生學的) 또는 유전학적 정신장애나 신체질환' 또는 '전염성 질환이 있는 경우'를 낙태 허용 사유로 둔 이유는 두 가지로 생각할 수 있다. 먼저, 장래에 물려받을 수 있는 확정적인 장애 또는 질환 그리고 피할 수 없는 전염성 질환에 출생할 아기를 노출 시키는 것을 방지하여 사회적 비용 혹은 가정의 부담을 덜어주고자 한 의도가 있을 것이다. 또 다른 한 가지 이유는 물려받는 질환 또는 장애, 전염되는 질환에 노출될 경우 태어날 아기의 고통을 덜어주고자 하는 이유가 있을 수 있다. 후자의 경우가 오히려 모자보건법의 '자'를 위한 내용에 해당한다 할 수 있고, 앞의 사회적 비용 발생 방지 혹은 가정의 사회적 경제적 부담에 '모'를 위한 내용에 해당한다 할 것이다. 그렇다면 모자보건법상 '자'뿐만 아니라'모'를 위한 내용도 함께 고려되어야 논리적일 것이다. 그러나. 이와 같이 사회적・경제적 상황에 따라 낙태의 허용 범위를 넓혀주는 것은 결국 무제한적으로 범위를 확대시킬 수 있다는

24) 이인영, "낙태죄 허용한계에 관한 규범해석과 사회인식도", 의료법학 제8권 제2호, 대한의료법학회, 2007, 251, 276쪽.
25) 이인영, "낙태죄 허용한계에 관한 규범해석과 사회인식도", 의료법학 제8권 제2호, 대한의료법학회, 2007, 251, 281쪽.

우려가 있을 뿐만 아니라, 이러한 부분은 국가의 부족한 복지정책이 오히려 낙태 허용 사유로 보상되는 것이므로 부적절하다고 지적한다.[26] 국가의 책임 혹은 국가의 역할로 해결해야 할 부분이기 때문이다.

(4) 낙태 허용에 있어서 절차 규정으로의 상담제도와 전문 시술기관의 도입

낙태를 예외적으로 허용 하는 사유에 해당할 경우라 하더라도 상담의사에게 상담을 받는 것을 제도화 할 필요가 있다.[27] 상담의사는 낙태를 원하는 임부에게 상담을 거치도록 법률로서 규정하여 낙태의 사유와 수술의 의학적인 측면 및 태아에 생명소실과 발생가능한 부작용을 설명하여 수술을 정확히 이해할 것과 다시 한 번 더 임신의 지속을 재고할 수 있는 기회를 주어야 한다. 나아가, 상담 후 낙태 시술이 이루어질 경우에는 반드시 국가가 지정 또는 운영하는 전문병원에서 상담기록과 본인을 확인 후에 임부 본인의 의사를 다시 한번 확인하고 산부인과 전문의사에 의해 시술하도록 법으로서 규정해야 할 것이다. 상담제도 도입과 시술 전문 병원제 도입은 낙태 허용사유와 함께 반드시 고려되어, 좀 더 현실적으로 낙태 문제 해결에 접근할 수 있도록 해야 할 것이다.

## Ⅳ. 낙태에 있어서 허용 한계 시기에 대한 검토

낙태 행위에 대한 정당화 사유가 존재하는 경우라도 어느 때나 낙태 행위를 허용하고 있는 것은 아니므로, 그 허용 한계 시기에 대한 논의가 필요하다.

모자보건법 시행령 제15조 제1항에 규정된 인공임신중절수술의 허용한계에 따르면 모자보건법 제14조에 따른 인공임신중절수술은 임신 24주일 이내인 사람만 할 수 있다. 법에서 규정하고 있는 허용 사유가 존재하면 임신주령

26) 배종대, 『형법각론』, 홍문사, 2013, 155쪽.

27) 이기원, “낙태죄의 허용사유에 관한 비교법적 고찰”, 법학논총 제19권 제3호, 조선대학교 법학연구원, 2012, 421쪽; 김용호, “낙태죄의 존폐에 대한 고찰”, 한양법학 제33집, 한양법학회, 2011, 211쪽; 정현미, “낙태죄와 관련한 입법론”, 형사법연구 제22호, 한국형사법학회, 2004, 701, 704쪽(‘절차 규정을 두는 방법으로 낙태에 대한 특별법을 마련해야 한다’고 한다).

으로 24주 이내에는 낙태 행위를 예외적으로 허용하고 있다.

## 1. 낙태 허용 한계 시기에 있어서 12주 미만 낙태에 대한 검토

일반국민 1,025명을 대상으로 한 시기별 임부의 자기결정권 허용 가능 여부에 대한 질문에서 12주 이내의 낙태에 있어서 낙태결정을 할 수 있다는 응답이 전체 100% 가운데 67.1%, 할 수 없다는 응답이 30.4%, 모른다는 응답이 2.5%를 차지했다.

반면, 24주 이내의 낙태에 대해 낙태결정을 할 수 있다는 응답이 18.6%, 할 수 없다는 응답이 77.7%, 모른다는 응답이 3.7%로 나타났다.[28] 24주 이내의 낙태에 대해서는 자기 결정이 가능하다는 긍정적인 답변보다는 부정적인 답변이 우세한 반면, 12주 이내의 낙태에 있어서는 자기 결정이 가능하다고 답변한 경우가 월등히 많다는 점을 알 수 있다. 즉, 일반 국민들은 12주 미만 태아에 있어서는 임부의 자기결정권이 강하게 작용할 수 있다는 윤리의식을 가지고 있다고 할 수 있다.

한편, 인공임신중절 허용사유가 있을 때, 허용시기에 대한 의견은 산부인과 의사들의 의견은 다음과 같다.

<표-1> 산부인과 의사의 인공임신중절 허용사유별 허용시기에 대한 의견

(단위: %)

| | 불허 | 12주 미만 | 12-24주 | 24주 이상 | 모름 |
|---|---|---|---|---|---|
| 모체 생명 위협 | 3.0 | 32.3 | 36.2 | 28.4 | 0.1 |
| 모체 신체적 건강보호 | 6.8 | 46.3 | 36.3 | 10.4 | 0.1 |
| 모체 정신적 건강보호 | 13.0 | 52.3 | 28.4 | 6.3 | 0.1 |
| 태아 이상 혹은 기형 | 5.4 | 15.3 | 57.1 | 22.1 | 0.1 |
| 사회·경제적 이유 | 27.1 | 58.8 | 12.5 | 1.4 | 0.1 |
| 강간 또는 근친상간 | 3.3 | 33.9 | 40.4 | 22.3 | 0.1 |
| 본인의 요청 | 32.8 | 53.8 | 12.2 | 1.1 | 0.1 |

※ 출처: 전국 인공임신중절 변동 실태조사, 연세대학교 보건대학원 연구보고서, 보건복지부, 2011. 10, 149쪽.

28) 이인영, "낙태죄 허용한계에 관한 규범해석과 사회인식도", 의료법학 제8권 제2호, 대한의료법학회, 2007, 251, 253쪽.

사회·경제적 이유 또는 본인의 요청에 의한 인공임신중절에 있어서는 불허하자는 의견이 다소 높게 나타났으나, 사회·경제적 이유를 허용사유로 볼 때에는 허용시기를 12주 미만으로 해야 한다는 의견이 가장 높게 나타났다. 모체의 정신적 건강보호와 본인의 요청에 의할 때에도 허용시기를 12주 미만으로 해야 한다고 과반수 넘게 선택하였다.

## 2. 발생학적 태아의 주수별 발달 및 생명에 대한 이해

모자보건법 시행령 제15조 제1항에 규정된 인공임신중절수술의 허용한계에 따르면 모자보건법 제14조에 따른 인공임신중절수술은 임신 24주일 이내인 사람만 할 수 있도록 하고 있다. 즉, 임신주령으로 24주 이내에 해당하는 태아에 대해서 허용 사유에 해당하는 경우에만 낙태 행위를 허용하는 것이다. 한편, 임신 초기 즉, 10주-12주에 한하여 여성의 자기결정 또는 낙태 선택이 가능하도록 하자는 주장이 있다.[29] 현재 독일[30] 형법에서 (수정 후)12주 미만일 것[31][32]을 허용 한계 시기로 정하고 있다.

---

29) 이재상/장영민/강동범, 『형법각론』, 박영사, 2017, 97쪽에서 '임신 3개월 까지 임부의 의사에 따라 의사가 행하는 낙태는 허용하고, 임신 최후 10주 동안의 낙태는 금지하는 것이 타당하다'고 한다.

30) § 218a Straflosigkeit des Schwangerschaftsabbruchs
(1) Der Tatbestand des § 218 ist nicht verwirklicht, wenn
3. seit der Empfängnis nicht mehr als zwölf Wochen vergangen sind.

31) Bundeszentrale für gesundheitliche Aufklärung (BZgA)가 운영하는 홈페이지의 내용을 보면 "Die zweite Zählweise ist besonders für die gesetzlichen Regelungen zum Schwangerschaftsabbruch nach §218 StGB von Bedeutung. Die deutsche Gesetzgebung spricht hier von „Fristen nach Empfängnis". Damit ist der Zeitraum gemeint, in dem nach der Beratungsregelung ein Schwangerschaftsabbruch straffrei möglich ist. Mit „Empfängnis" ist die Befruchtung der Eizelle gemeint. Da sich oft nicht sagen lässt, wann genau die Befruchtung stattgefunden hat, wird vom ersten Tag der letzten Periode ausgegangen und die Empfängnis zwei Kalenderwochen später angenommen. Seit der Empfängnis dürfen dann nicht mehr als zwölf Wochen vergangen sein."에서 Empfängnis는 수정을 의미한다고 하고 있다.
(https://www.familienplanung.de/schwangerschaft/schwangerschaftsverlauf/schwangerschaftswochen-zaehlen/ 2018.01.26. 최종확인).

32) 다만 수정란이 자궁에 착상하는 것은 수정 후 14일 경에 이루어지고, 그 이후부터 태아는 낙태죄의 객체로 되는데, 수정이 되었다고 하여 수정란이 정상적으로 자궁에 착상할 가능성이 아주 높은 것은 아니며, 그 단계에서는 임신 여부를 확인하기도 어려우므로, 자궁에 착상하기 이전 단계의 수정란을 그 이후의 태아와 동일하게 취급하지 아니하는 것은 그 나름의 합리성이 인정될 수 있다. 또한 진통시부터는 태아가 산모로부터 독립하여 생존이 가능하므로 그 때를 기준으로 사람으로 취급하는 것도 합리적이라고 할 것이다. 그러나 위에서 본 바와 같이 태아도 그 성장 상태를 막론하고

먼저, 허용 한계 시기에 대해 논하기에 앞서 검토할 것은 용어적인 부분이다. 법무부 출간 2008년 독일형법 번역서에서 착상 12주라 번역하고 있으나, 착상 이후 12주는 아래 표에서 보는 바와 같이, 수정 후 2주 정도에 착상이 완성이 되므로 임신 주령으로는 16주라고 할 수 있다. 또한 임신 12주로 번역하는 연구서가 많으나, 임신 12주는 수정 10주에 해당하므로, 그 차이가 상당하다 할 것이므로 정확한 개념 정리가 필요할 것이다. 즉, 몇 주까지를 허용주수로 할 것인가에 있어서 그 기준이 되는 시기는 매우 중요하다 할 것인데, 우리는 임신주령 혹은 임신주수, 태아나이(수정 후), 또는 착상 이후 주수와 혼재해서 사용하고 있다. 따라서 기준에 대한 용어의 통일이 우선적으로 작업되어야 할 것이다.

다음으로, 낙태의 허용 사유에 해당하는 경우에 그와 함께 고려되는 허용시기의 한계에 대해서 검토하기에 앞서 우선적으로 임신 주령에 따른 태아의 발달 사항을 먼저 알아야 할 것이다.

인간 배아 및 태아의 발달 정도는 아래의 표와 같다.[33]

<표-2> 수정 후 [배아기] 발달 단계(1~8 주), 임신 3주-10주

| 수정후일령 (days) | 외부 특징 | 머리-엉덩이 길이(mm) |
|---|---|---|
| 1 | **수정된 난자 (수정)** | 0.1 |
| 2-3 | 상실배 (4-16 세포기) | 0.1 |
| 4-5 | 미부착 배반포(blastocyte) | 0.1 |
| 6 | 자궁내막에 배반포 부착 | 0.1 |
| 7-12 | **착상.**<br>원시 난황낭을 가진 2층 (상,하피 아세포)구조의 배아 | 0.1-0.2 |
| 17 | 원시선조를 가진 3층 (외,내,중 배엽) 구조의 배아<br>융모막성 융모(chorionic villi) | 0.2-0.3 |

생명권의 주체로서 보호받아야 하는 존재라는 점에서 수정란이 자궁에 착상한 이후부터 출산하기 이전까지의 태아를 성장 단계에 따라 구분하여 보호의 정도를 달리하는 것은 정당화될 수 없다. (헌법재판소 2012. 8. 23, 2010헌바402.)

33) William J. Larsen, *Human embryology, Churchill Livingstone*, 2001, p. XViii; Bruce M. Carlson, *Human embryology and Developmental Biology 5th Edition*, Elsevier Saunders, 2013, p. Xi-Xiii; R, Muller F., *Human embryology and teratology ed 3*, Wiley- Liss, 2001, p 490.

| | | |
|---|---|---|
| 19 | 낭배형성<br>척삭돌기(notochordal process) 형성 | 0.4 |
| 23 | 헨센결절(Hensen's node)과 원시 와(pit), 척삭 및 신경장관 neurenteric canal),<br>**신경판(neural plate), 신경주름(neural folds) 및 혈액섬(blood island)의 출현** | 1-1.5 |
| 25 | 첫 번째 체절(somite)의 출현, 깊은 신경 홈(groove),<br>두개 신경 주름의 융기, 초기 심장관(heart tubes) | 1.5-2.5 |
| 28 | 신경 주름의 융합의 시작, 시신경 고랑(optic sulci)의 형성,<br>처음 두개의 인두궁(pharyngeal arche) 존재, **심장 박동 시작,**<br>배아의 만곡화(curving) | 2-3.5 |
| 29 | 두개 신경공(neuropore) 폐쇄, 시소포(optic vesicle) 형성, 입인두막(oropharyngeal membrane) 개열 | 2.5-4.5 |
| 30 | 미부 신경공 폐쇄, 인두궁 3 번과 4 번 형성,<br>상지싹(upper limb bud)과 꼬리(tail) 싹의 형성, 이소포(otic vesicle) 형성 | 3-5 |
| 32 | 하지(lower limb) 싹의 출현, 수정체 기원판(lens placode), 표면 외배엽(ectoderm)에서 이소포의 분리 | 4-6 |
| 33 | 수정체 소포(vesicle), 시배(optic cup)및 비와(nasal pit)의 형성 | 5-7 |
| 36 | 손 원판(hand plate), 원시 비뇨생식기동(urogenital sinus), 비후한 비와, 대뇌반구(cerebral hemisphere)의 발달 | 7-9 |
| 38 | 발 원판 발달, 가시화 망막색소, 귀바퀴 결절 발달, 윗입술 형성 | 8-11 |
| 41 | 손가락 선의 출현, 빠른 머리 확장,<br>6 개의 귀바퀴 결절, 코눈물고랑의 형성 | 11-14 |
| 44 | 발가락 선과 팔꿈치 부위의 출현, 눈꺼풀 형성의 시작,<br>코의 끝과 젖꼭지의 출현 | 13-17 |
| 46 | 몸통이 길게 펴짐, 원시중장(midgut)이 탯줄로 진입 시작. | 16-18 |
| 49 | 팔꿈치에서 팔의 굽힘, 뚜렷하지만 물갈퀴 모양의 손가락, 두피 혈관 다발의 출현, 항문과 비뇨생식기 막의 퇴화 | 18-22 |
| 51 | 길고 자유로운 손가락, 뚜렷하지만 물갈퀴가 있는 발가락, 분화되지 않은 외부 생식기 | 22-24 |
| 53 | 길고 자유로운 발가락, 더 발달한 눈꺼풀 및 바깥 귀(external ear) | 23-28 |
| 56 | 더 둥근 머리, 눈꺼풀의 융합 **(*주요 생명기관 발생 완료)** | 27-31 |

<표-3> 수정 8 주령(임신 10주) 배아의 외부 및 내부 특징

| 외부 특징 | 내부 특징 |
|---|---|
| 머리는 태아의 전체 길이의 거의 절반을 차지한다.<br>경부굴곡(Cervical flexure)은 약 30도이다.<br>미분화 외부 성기가 있다.<br>눈이 모여들고 있다.<br>눈꺼풀은 융합되어 있지 않다.<br>꼬리가 사라진다.<br>콧구멍은 상피성 마개로 막힌다.<br>눈썹이 나타난다.<br>**오줌은 양수로 방출된다.** | **원시중장이 탯줄로 탈출한다.**<br>모든 배외(extraembryonic) 부분이 퇴행한다.<br>눈물샘의 관과 소포가 형성된다.<br>부중신관(paramesonephric duct)은 남성에서 퇴행하기 시작한다.<br>폐가 분비선 모양으로 변하고 있다.<br>횡격막이 완성된다.<br>첫 번째 조골화(ossification)가 두개골(skeleton)에서 시작된다.<br>최종적인 대동맥궁(aortic arch) 시스템은 특징적 모양을 취한다. |

<표-4> [태아기] 주요 발생 사건

**수정 9 주령, 임신 11주**

| 외부 특징 | 내부 특징 |
|---|---|
| 흉부에서 목이 생기고 턱이 올라간다.<br>융모막은 융모(chorion laeve) 유융모(chorion frondosum) 융모막으로 나누어진다.<br>눈꺼풀이 만나고 융합한다.<br>외부 생식기는 성별 특징을 가지기 시작한다.<br>**양수를 삼킨다.**<br>**엄지 손가락 빨기와 쥐기를 시작한다.** | **창자가 탯줄내로 탈출한다.**<br>초기 근육운동이 일어난다.<br>뇌하수체에서 부신피질자극호르몬 및 생식선자극호르몬이 생산된다.<br>부신피질에서 코티코스테로이드(corticosteroid)가 생성된다.<br>심장에서 반월판 밸브가 완성된다.<br>융합된 부중신관이 질원판과 융합한다. |

**수정 10 주령, 임신 12주**

| 외부 특징 | 내부 특징 |
|---|---|
| 경추 굴곡은 약 15도이다<br>외부 생식기에서 성기의 차이가 명백하다.<br>손톱이 나타난다.<br>눈꺼풀은 융합되어있다.<br>**태아가 하품한다.** | **창자는 탯줄에서 체강으로 돌아간다.**<br>담즙이 분비된다.<br>비장(spleen)에 혈액섬이 만들어진다.<br>흉선은 림프계 줄기세포에 의해 침윤된다.<br>뇌하수체에서 프롤락틴(prolactin)이 생산된다. |

| | |
|---|---|
| | 첫 번째 영구 치아 싹이 형성된다.<br>유치는 초기 종단계(bell stage)에 있다.<br>표피(Epidermis)에는 3개의 층이 있다. |

**수정 11 주령, 임신 13주**

| 외부 특징 | 내부 특징 |
|---|---|
| 경추 굴곡은 약 8도이다.<br>코에서 연결교가 발달하기 시작하다.<br>입안을 미각 싹(미뢰)이 덮는다. | 위 근육이 수축할 수 있다.<br>T 림프구가 혈류로 방출된다.<br>갑상선 소포에 콜로이드(colloid)가 나타난다.<br>장 흡수가 시작된다. |

**수정 12 주령, 임신 14주**

| 외부 특징 | 내부 특징 |
|---|---|
| 머리가 곧게 서있다.<br>목은 거의 직선이며 잘 정리되어있다.<br>외이는 형태를 취하고 머리에서 최종 위치 가까이로 이동했다.<br>난황낭이 줄어들었다.<br>태아는 피부 자극에 반응 할 수 있다.<br>배 운동이 시작된다(태변이 방출된다). | 난소가 골반 가장자리 아래로 내려간다.<br>부갑상선 호르몬이 생성된다.<br>피가 응고될 수 있다. |

임신 기간 동안 초기에는 배아가, 후기에는 태아가 발달하는데 이러한 발달과정을 출생 전 발생이라고 한다. 즉 사람의 경우 출생 전 발생은 수정 후 배아의 발달과 이후 태아의 발달로 이루어지는데, 임신 10주령(수정 후 8주)이 끝나면서 배아는 기본적으로 사람에게 요구되는 모든 형태를 갖추게 된다. 이후부터 태아라고 하며, 태아기동안에 주요 생명기관이 성장 발달하게 되는데 이를 태아발달이라고 한다.

좀 더 특징적인 발생 및 발달을 보면, 수정 23일에는 배아의 신경 발달이 시작하며, 혈액 섬의 출현으로 이미 전신 순환이 시작되었다 볼 수 있다. 수정 28일에는 이미 심장이 뛰기 시작한다. 수정 9주가 되면 태아는 오줌을 양수로 배출하고, 수정 9주령에는 손가락을 빨고 쥐기를 시작하며, 수정 10주에는 태아가 하품하는 것을 알 수 있다. 우리가 임신 12주를 낙태 한계 시기로

하는 것은, 곧 수정 10주에 해당하게 되는데, 이 때의 태아는 이미, 크기가 작을 뿐, 사람이라고 할 수 있을 만큼의 발달을 보이고 있다는 것이 특징이다.

생명을 고찰함에 있어서 생명으로 인정할 수 있을 중요한 발생학적 사건으로는 수정, 착상, 기관형성 등으로 나누어 검토할 수 있다.

수정 1일은 생명의 시원으로 인정할 수 있는 중요한 사건을 내포하고 있다. 첫째, 일반 세포와 달리 수정란은 개체가 보유해야하는 모든 유전자를 가지고 있고, 둘째 개체로 발생할 수 있는 전능성을 획득하고 있다. 따라서 수정란은 생명체가 가지는 조직화, 대사, 증식, 반응 등 다양한 생명현상을 모두 가지고 있어서 수정단계를 생명의 시작으로 간주할 수 있다. 수정란은 모체에 착상하기 이전이기 때문에 능동적으로 생명현상을 유지할 수 없다는 관점에서, 수정 7일 이후 수정 12일 까지 착상이 거의 완성되는 착상단계를 생명의 시작으로 볼 수 있다. 그러나 이는 모체와 태아라는 상호관계에서 출발하는 생명관으로서 개체 본질적 생명관에서는 벗어나는 개념이라고 할 수 있다.

한편, 착상 이후에 배아는 주요 생명기관을 갖추어가기 시작하면서 대체로 임신 10주령 (수정 8주령) 전후하여 대부분 기관의 분화 발생을 마치기 때문에[34] 이 시기를 개체의 형태형성과 관련하여 생명이 시작하는 시기로 생각할 수 있다.

결론적으로 생명체가 능동적 열망을 가지는 시기를 생명의 시작으로 본다면, 수정시기를 생명의 본질적 시작으로 볼 수 있다. 하지만, 착상 전후 자연선별에 의해 생명의 유지에 실패할 수 있다는 점과 착상이후 배아는 분화발생을 방해하지 않으면 자연적으로 개체로의 분화발생을 완성할 수 있다는 점을 고려하여 착상이 완성된 이후를 생명의 합의적 시작으로 보는 것은 타당하다. 따라서 자연과학적으로는 착상이 완성되는 수정 2주령 임신 4주령에서 자행되는 낙태는 이미 인위적 생명 침해라 할 수 있다.

이와 같은 배아 및 태아의 발생 및 발달의 이해는 낙태 허용 한계 시기에 대한 논의에 반드시 반영되어야 할 것이다.

---

34) Bruce M. Carlson, *Human embryology and Developmental Biology(5th Edition)*, 2013, p. 453.

## Ⅴ. 결 론

사람의 생명은 형법상 최고의 보호법익이다. 따라서 사람의 생명을 해치는 살인죄를 가장 무겁게 처벌하고 있다. 한편, 출생 이전 태아는 살인죄의 객체는 될 수 없고 낙태죄의 객체가 될 뿐이다. 현행 형법에서는 낙태를 범죄로서 규정하고 제한하고 있으나, 낙태 행위의 처벌 여부는 여전히 사회적 논란의 한 가운데 있다. 낙태와 관련된 문제는 곧 국가적, 사회적, 법률적, 개인적 문제이기 때문에 낙태죄 폐지와 존치를 주장하는 각 입장의 대립이 첨예하나, 어느 누구의 권리도 완전히 배제할 수 없다는 점에서 그리 간단한 문제가 아니다.

다만, 본 연구에서는 낙태죄의 존재에 대한 긍정적인 작용을 부인할 수 없으므로, 낙태죄를 폐지하는 것에 찬성하지 않는다. 이에 따라 형법상 낙태죄의 목적 및 보호법익으로서 태아의 생명권과 산모의 자기결정권 사이를 어느 정도로, 어떤 방식으로 조화시킬 것인지를 검토하였다.

그 방법적인 부분으로, 첫째, 먼저 현행 형법에서 금지하는 낙태를 예외적으로 허용하는 모자보건법상 규정을 수정 또는 개정하여, 낙태 행위에 대한 처벌 예외 범위를 합리적으로 조정하여 규정해야 한다. 모자보건법에 규정되어 있는 예외적 낙태 허용사유의 범위를 현 시점의 사회에 맞도록 수정 및 보완해야 한다. 이 작업은 태아의 생명권과 비교해 임부의 자기결정권 보장에 보다 유리하게 작용할 수 있다.

기존의 모자보건법에 규정된 부분에 질환 혹은 장애 있는 자에 대한 낙태 허용은 생명 차별일 수 있다는 부분과 강간 또는 준강간 이외의 성범죄를 포함하지 못한다는 규정의 미흡한 부분에 수정이 필요하다.

이와 동시에, 기존 모자보건법 제14조 낙태 행위의 예외적 허용사유를 확장하는데 있어서 미성년자・미혼자에 대한 고려는 현 시대를 반영하여 가장 필요한 부분이라 할 것이다. 즉, 처벌하는 규정이 있어도 낙태 행위를 할 사람은 결국 비밀리에 불법 시술 할 수 밖에 없는 것이 현실이라면, 불법 시술의 확률을 낮추고 임부의 건강을 위해 시술을 좀 더 안전하게 받을 수 있도록

할 수 있는 방법을 찾아야 할 것이므로, 따라서 이 부분에 대한 비범죄화는 불가피하게 반영되어야 할 것이다. 또 정신 질환이 있는 자가 부모가 되었을 때, 자녀를 대상 범죄가 발생할 가능성이 매우 높기 때문에 정신 질환이 있는 자에 대한 내용도 고려되어야 할 것이다.

한편, 낙태 허용 사유로 사회적·경제적 상황을 도입하자는 주장이 있다. 태아의 출산과 출산한 아이의 양육은 임부의 지배영역이자 임부의 책임영역이라는 점에서, 일종의 돌봄 능력이 없는 자에게 낙태 행위를 허용하자는 것이다. 그러나 사회적·경제적 상황에 따라 낙태의 허용 범위를 확장시켜주는 것은 결국 무제한적으로 범위를 확대시킬 수 있다는 우려가 있을 뿐만 아니라, 이러한 부분은 국가의 부족한 복지정책이 오히려 낙태 허용 사유로 보상되는 것이므로 부적절하다. 국가의 책임 혹은 국가의 역할로 해결해야 할 부분이기 때문이다.

둘째, 모자보건법 시행령에 규정된 낙태 허용 한계 시기에 대한 부분을 재검토해야 한다. 이로 인해 태아의 생명권 보장에 좀 더 유리하게 작용할 수 있다.

모자보건법 시행령 제15조 제1항에 규정된 인공임신중절수술의 허용한계에 따르면 모자보건법 제14조에 따른 인공임신중절수술은 임신 24주일 이내인 사람만 할 수 있도록 하고 있다. 이에 대하여 임신 초기 즉, 10주-12주에 한하여 여성의 자기결정 또는 낙태 선택이 가능하도록 하자는 주장이 있다. 이러한 허용 한계 시기에 대한 논의에 앞서 검토할 것은 용어적인 부분이다. 우리는 임신주령 혹은 임신주수, 태아나이(수정 후), 또는 착상 이후 주수와 혼재해서 사용하고 있다. 임신은 수정 2주 전으로 하고, 착상은 수정 2주 후에 완성된다.[35] 즉, 임신 10주는 수정 후 8주이며, 착상 이후 6주가 된다. 법무부 출간 2008년 독일형법 번역서에서 착상 12주라 번역하고 있으나, 착상 이후 12주는 임신 주령으로는 16주라고 할 수 있다. 또한 임신 12주로 번역하는 연구서가 많으나, 임신 12주는 수정 10주에 해당하므로, 그 차이가 상당하다 할 것이므로 정확한 개념 정리가 필요할 것이다. 즉, 몇 주까지를 허용 주

35) 임신→2주 후 수정→2주 후 착상

수로 할 것인가에 있어서 그 기준이 되는 시기는 매우 중요하므로, 기준에 대한 용어의 통일이 우선적으로 작업되어야 할 것이다.

다음으로 낙태 허용 한계 시기에 대해서 검토하기 위해서는 임신 주령에 따른 태아의 발달 사항을 알아야 한다. 사람이 임신을 한 경우에, 출생 전 발생은 첫 단계인 수정으로부터 시작해서 출생 시까지 태아의 지속적 발달로 이루어지는데, 이미 임신 10주령이 끝나면서 배아는 기본적으로 사람에게 요구되는 모든 형태를 갖추게 된다. 따라서 지금 가장 논의가 집중되는 임신 12주(수정 후 10주 혹은 착상 후 8주)미만 낙태 허용 입장에 대해서는 재고가 필요한 부분이다. 생각건대 태아의 발생이 끝나서 외부의 침해가 없는 이상 정상적인 출생이 예상되는 임신 10주 즉, 수정 후 8주 까지만 허용해야 한다고 생각한다.

낙태죄에 대한 논의는 결국 생명에 대한 태도로 귀결되는 문제이다. 태아에게 생명권은 태아의 전부이며, 그 생명을 보호할 힘도 미약한 존재의 존엄한 생명의 침해에 있어서 우리의 미래를 담보하기 위해 생명을 침해하는 낙태의 그 허용 시기를 낮추려는 노력은 반드시 필요할 것이다. 이에 관해서는 별도의 연구가 더 필요할 것이다.

| 투고일 : 2018. 1. 31. | 심사일 : 2018. 2. 22. | 게재확정일 : 2018. 2. 22. |
|---|---|---|

## 참고문헌

김용호, “낙태죄의 존폐에 대한 고찰”, 한양법학 제33집, 한양법학회, 2011.

김태계, “낙태죄에 관한 문제점과 입법론”, 법학연구 제18권 제1호, 경상대학교 법학연구소, 2010.

박찬걸, “낙태죄의 합리화 정책에 관한 연구”, 법학논총 제27권 제1호, 한양대학교 법학연구소, 2010.

배종대, 『형법각론』, 홍문사, 2013.

신동운, “형법개정과 관련하여 본 낙태죄 및 간통죄에 관한 연구”, 한국형사정책연구, 1991.

양현아, “낙태죄 헌법소원과 여성의 ‘목소리’[1]-낙태경험에 대한 인식을 중심으로-”, 법학논총 제30권 제1호, 한양대학교 법학연구소, 2013.

윤진숙, “낙태 법제에 대한 이론적 고찰”, 법조 제61권 제1호, 법조협회, 2012.

이기원, “낙태죄의 허용사유에 관한 비교법적 고찰”, 법학논총 제19권 제3호, 조선대학교 법학연구원, 2012.

이보영, “낙태죄와 태아의 생명권보호”, 사회학연구 제27권 제1호, 호서대학교 사회과학연구소, 2008.

이상용, “출생 전 생명에 대한 형사법적 고찰-착상과 출생의 전후에 따른 형법적 보호의 의미-”, 의료법학 제10권 제1호, 대한의료법학회, 2009.

이인영, “낙태죄 허용한계에 관한 규범해석과 사회인식도”, 의료법학 제8권 제2호, 대한의료법학회, 2007.

이재상/장영민/강동범, 『형법각론』, 박영사, 2017.

임웅, “낙태의 비범죄화에 관한 연구”, 성균관법학 제 17권 제2호, 성균관대학교 비교법연구소, 2005.

『전국 인공임신중절 변동 실태조사』, 연세대학교 보건대학원 연구보고서, 보건복지부, 2011.

전해정, “낙태죄 규정의 위헌성 여부: 헌법재판소 2012. 8. 23, 2010헌바402 결정”, 이화젠더법학 제5권 제1호, 이화여자대학교 젠더법학연구소,

2013.
정현미, “낙태죄와 관련한 입법론”, 형사법연구 제22호, 한국형사법학회, 2004.
Bruce M. Carlson, *Human embryology and Developmental Biology 5th Edition,* Elsevier Saunders, 2013.
R, Muller F. *Human embryology and teratology ed 3,* Wiley-liss, 2001.
William J. Larsen, *Human embryology 3rd Edition,* Churchill Livingstone, 2001.

<국문초록>

# 낙태죄의 허용 한계 사유와 허용 한계 시기에 대한 고찰

박 남 미

낙태죄의 존재에 대한 긍정적인 작용을 부인할 수 없으므로, 낙태죄를 폐지하는 것에 찬성하지 않는다. 이에 따라 형법상 낙태죄의 목적 및 보호법익으로서 태아의 생명권과 산모의 자기결정권 사이를 어느 정도로, 어떤 방식으로 조화시킬 것인지를 검토하였다.

그 방법적인 부분으로, 첫째, 먼저 현행 형법에서 금지하는 낙태를 예외적으로 허용하는 모자보건법상 규정을 수정 또는 개정하여, 낙태 행위에 대한 처벌 예외 범위를 합리적으로 조정하여 규정해야 한다. 모자보건법에 규정되어 있는 예외적 낙태 허용사유의 범위를 현 시점의 사회에 맞도록 수정 및 보완해야 한다. 이 작업은 태아의 생명권과 비교해 임부의 자기결정권 보장에 보다 유리하게 작용할 수 있다.

둘째, 모자보건법 시행령에 규정된 낙태 허용 한계 시기에 대한 부분을 재검토해야 한다. 이로 인해 태아의 생명권 보장에 좀 더 유리하게 작용할 수 있다. 모자보건법 시행령 제15조 제1항에 규정된 인공임신중절수술의 허용한계에 따르면 모자보건법 제14조에 따른 인공임신중절수술은 임신 24주일 이내인 사람만 할 수 있도록 하고 있다. 이에 대하여 임신 초기 즉, 10주-12주에 한하여 여성의 자기결정 또는 낙태 선택이 가능하도록 하자는 주장이 있다. 이러한 허용 한계 시기에 대한 논의에 앞서 검토할 것은 용어적인 부분이다. 우리는 임신주령 혹은 임신주수, 태아나이(수정 후), 또는 착상 이후 주수와 혼재해서 사용하고 있다. 몇 주까지를 허용 주수로 할 것인가에 있어서 그

기준이 되는 시기는 매우 중요하므로, 기준에 대한 용어의 통일이 우선적으로 작업되어야 할 것이다. 다음으로 낙태 허용 한계 시기에 대해서 검토하기 위해서는 임신 주령에 따른 태아의 발달 사항을 알아야 한다. 이미 임신 10주령이 끝나면 배아는 기본적으로 사람에게 요구되는 모든 형태를 갖추게 된다. 따라서 지금 가장 논의가 집중되는 임신 12주(수정 후 10주 혹은 착상 후 8주)미만 낙태 허용 입장에 대해서는 재고가 필요한 부분이다. 생각건대 태아의 발생이 끝나서 외부의 침해가 없는 이상 정상적인 출생이 예상되는 임신 10주 즉, 수정 후 8주 까지만 허용해야 한다고 생각한다.

주제어: 낙태죄, 인공임신중절수술, 낙태 허용 사유, 낙태 허용 한계 시기, 임신, 수정, 착상

<Abstract>

# Study on Allowed Reasons and Time Limits for Pregnancy Abortion

Park, Nam-Mee

By considering both the purpose of an abortion law and the right to life of a fetus, it can not be denied the positive effect of an abortion law. Therefore, the exceptional exemption regulation from the penalty for abortion prohibited by the current criminal law should be revised reasonably.

In revising the exceptionally permitted reasons for the abortion as stipulated in Article 14 of the Maternal and Child Health Act, minors and unmarried-mothers should be the first consideration. Mental patients should also be considered because the likelihood of child offenses is very high when a person with a mental illness is a parent. Some argue that social and economic circumstances should be taken into consideration for allowing abortion. But. As such, there is concern that expanding the scope of abortion according to social and economic circumstances may eventually lead to an unlimited expansion. And the expansion of abortion tolerance causes more demand for the national welfare budget. However, considering the current welfare budget of the country, it seems difficult to expand the scope of abortion for social and economic reasons.

Next, we examined the time limit for abortion.

At present, according to the time limit of artificial abortion operation

prescribed in Article 15 (1) of the Enforcement Decree of the Maternal and Child Health Act, the artificial abortion performed according to Article 14 of the Maternal and Child Health Law is allowed only to those who are within 24 weeks of pregnancy.

In this regard, it is argued that the selection of abortion should be made possible only in the early pregnancy ages, 10 to 12 weeks by respecting women's self-determination.

First, before reviewing the time limit for abortion, it is necessary to orientate the terms of pregnancy time in order to unify the meanings of the contents to be discussed. We mark the time of pregnancy as the gestational age calcurated from the last menstrual period, the fetal age counted since fertilization, or the fetal age reckoned after implantation. Therefore, the unification of the terms for pregnancy time should be solved first.

When a person is pregnant, the fertilized egg formed by fertilization develops continuously until birth, through the embryo in which the major vital organs develop and through the fetus in which most of the organs grow. In other words, at the end of the 8th week after fertilization (10th week of pregnancy), the embryo will have all the basically necessary organs for human beings. Thus, as mainly discussed in this paper, allowing abortion at 12 weeks (10 weeks after fertilization or 8 weeks after fertilization) is problematic in that it apparently kills life. Therefore, it is necessary to reconsider the current position of abortion.

Key word: Abortion, fetus, fertilization, fertilization, Time Limits for Pregnancy Abortion