

낙태 행위와 관련된 법령의 개선입법(방)안

Proposals for legislative reform of laws related to abortion

송 승 현*
Song, Seung-Hyun

목 차

- I. 머리말
- II. 심판대상 조항[형법 제269조 제1항 및 제270조 제1항]의
개선입법(방)안 제안 및 법리검토
- III. 맺음말

국문초록

낙태죄의 폐지여부에 대한 논의는 지금까지 사회적으로 많은 논란이 일고 있는 사안 중 하나라고 할 수 있다. 이에 대해 2019년 4월 헌법재판소는 낙태죄와 관련된 법령을 헌법불합치 결정을 함으로써 그 논란을 어느 정도 해소하였다고 할 수 있다. 그러나 그 결정이 헌법불합치라는 점에서 논란을 완전히 해소한 것은 아니라고 할 수 있다. 그래서 이제는 선택의 갈림길에 서 있다. 낙태죄를 완전히 폐지할 것인지 또는 개정할 것인지 하는 것이다. 필자는 본 논문에서 이번 낙태죄의 헌법불합치 결정에 대한 개선입법(방)안으로 두 가지 방안을 제시하였다. 하나는 낙태 전면 허용[제1방안]이고, 다른 하나는 낙태 부문

논문접수일 : 2019.10.31.

심사완료일 : 2019.11.20.

게재확정일 : 2019.11.20.

* 법학박사 · 충북대학교 국가위기관리연구소 위험사회방재센터 센터장/전임연구원

허용[제2방안]이 그것이다. 여기서 [제2방안] 즉, 개정을 선택할 경우 생각해볼 사항들은 여러 가지가 있다. 낙태결정가능기간 내지 낙태허용시기, 낙태허용사유, 낙태허용절차, 낙태허용방법 등이 그것이다. 이 중에서 헌법재판소는 결정문에서 낙태결정가능기간 내지 낙태허용시기, 낙태허용사유에 관하여 언급하기도 하였다. 필자는 [제1방안]이 타당하고, 기본적으로 이 방안에 무게를 뒀다고 본다. 낙태 행위는 생명존중사상의 관점과 일직선상에 놓여있는 문제라고 할 수 있고, 이러한 관점에서 볼 때 낙태 행위는 우주만물의 생생의 길을 저해하는 것이 아니라고 할 수 있기 때문이다. 그러나 우리나라의 사회 현실에 비추어 볼 때 [제2방안]을 선택할 가능성이 농후하다고 본다. 그러나 중요한 점은 배아든 태아든 모두 생명체라는 점이다. 이에 낙태 행위와 관련된 논의는 결국에는 생명존중사상의 관점과 일직선상에 놓여있는 문제라고 볼 수 있다.

주제어 : 낙태죄, 개선입법(방)안, 낙태 전면 허용, 낙태 부문 허용, 생명존중사상, 낙태결정가능기간 내지 낙태허용시기, 낙태허용사유, 낙태허용절차, 낙태 허용방법

1. 머리말

현행 형법상 규정된 범죄들 중에서 낙태죄만큼 논란의 대상이 되는 것도 없다고 할 수 있다. 그동안 논란이 되어온 형법이 규정하고 있는 범죄들 중 몇몇(=간통죄 및 혼인빙자간음죄 등)은 위헌결정이 내려지면서 역사 속으로 사라졌고, 반면에 형법의 특별법인 성매매처벌법(제21조 제1항)은 합헌결정이 내려지면서 그 규정이 존속되게 되었지만, 이 규정의 존속에 대한 타당성 및 적정성은 여전히 논란이 되고 있고, 당벌성 및 필벌성 역시 여전히 논란이 된다고 할 수 있다.¹⁾ 이러한 현실에서 낙태죄에 대한 당벌성 및 필벌성 그리고 위헌성 여부에 대한 논란 역시 문제가 되었고, 이번 헌법재판소의 결정²⁾이 그 논란을 어

1) 이에 대한 자세한 내용은 ‘송승현, “성매매처벌법 제21조 제1항의 위헌성 여부”, 『서울대학교 법학』 제56권 제3호, 서울대학교 법학연구소, 2015, 80-109면’ 참조.

는 정도 해소한 것이라고 할 수 있다. 그러나 헌법불합치 결정을 내리면서 그 논란을 완전히 해소한 것은 아니라고 할 수 있다. 그리고 이에 대한 해결책 마련을 입법부로 넘기면서 -헌법재판소는- 낙태 전면 허용이 아닌 부분 허용의 방식을 취할 필요가 있다는 취지의 의견과 함께 이러한 의견이 다수를 차지하고 있음을 제시하였다. 그렇다면 이제는 선택의 갈림길에 서 있다고 할 수 있다. 그리고 이러한 선택은 오로지 입법부만이 할 수 있는 일이라고 할 수 있다. 여기서 입법부의 선택이 낙태죄의 폐지가 아닌 개정이라고 한다면 생각해볼 사항들은 여러 가지가 있다. 이들 중에서 기본적으로는 이번 헌법재판소의 결정문에도 언급하였듯이 낙태결정가능기간 내지 낙태허용시기 및 낙태허용사유에 대한 개정은 반드시 포함되어야 할 것이다. 또한 이외에도 낙태 행위의 방법으로 현재 논란이 되고 있는 약물의 허용여부에 대한 논의도 필요하다고 할 것이다. 이에 이하에서는 현행 낙태죄에 대한 개선입법(방)안을 마련함에 있어 필요한 사항들은 무엇이 있는지 그리고 이를 통해 나아가야 할 방향에 대해 살펴볼 것이다.

II. 심판대상 조항[형법 제269조 제1항 및 제270조 제1항]의 개선입법(방)안 제안 및 법리검토

대상사안³⁾인 형법상의 낙태죄는 그동안 존폐여부에 대해 많은 논란이 있어왔

2) 헌법재판소 2019. 4. 11. 선고 2017헌바127 결정.

3) 이 사건의 개요는 다음과 같다. 이 사건은 형법 제269조 제1항, 제270조 제1항인 자기낙태죄 조항 및 의사낙태죄 조항에 대한헌법소원심판 청구 사건이다. 청구인은 1994. 3. 31. 산부인과 의사면허를 취득한 사람으로 2013. 11. 1.경부터 2015. 7. 3.경까지 69회에 걸쳐 부녀의 촉탁 또는 승낙을 받아 낙태하게 하였다는 공소사실(업무상승낙낙태) 등으로 기소되었다(광주지방법원 2016고단3266). 청구인은 제1심 재판 계속 중 주위적으로 형법 제269조 제1항 및 제270조 제1항이 헌법에 위반되고, 예비적으로 위 조항들의 낙태 객체를 임신 3개월 이내의 태아까지 포함하여 해석하는 것은 헌법에 위반된다고 주장하면서 위헌법률심판제청신청을 하였으나 2017. 1. 25. 그 신청이 기각되었다(광주지방법원 2016초기1322). 이에 청구인은 2017. 2. 8. 위 조항들에 대하여 같은 취지로 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다. 이에 대해 헌법재판소는 헌법불합치결정을 내리면서 태아의 생명을 보호하기 위하여 낙태를 금지하고 형사처벌하는 것 자체가 모든 경우에 헌법에 위반된다고 볼 수는 없으나, 자기낙태죄 조항과 의사낙태죄 조항에 대하여 각각 단순위헌 결정을 할 경우, 임신기간 전체에 걸쳐 행해진 모든 낙태를 처벌할 수 없게 됨으로써 용인하기 어려운 법적 공백이 생기게 되므로 입법자는 위 조항들의

는데, 이번 헌법재판소의 헌법불합치 결정으로 그 중지부를 찍게 되었다고 할 수 있다. 그러나 그럼에도 불구하고 이번 결정은 여전히 숙제를 남겨놓았다. 즉시 효력을 발휘하는 단순위헌이 아닌 헌법불합치 결정이기 때문에 현행 낙태죄에 대한 개선입법(방)안을 마련해야 하기 때문이다. 즉, 헌법재판소의 결정문에서 명시된 바와 같이 i) 낙태결정가능기간 내지 낙태허용시기, ii) 낙태허용사유, iii) 낙태허용절차, iv) 낙태허용방법 등에 대해 개선(입법)방안 등을 마련해야 하는 숙제를 떠안게 되었다는 것이다. 그러나 여기서 같이 고려해 볼 필요가 있는 사안이 낙태 행위를 반드시 범죄화해야 하는가 하는 것이다. 즉, 필자는 -개인적으로- 낙태죄는 아래에서[III. 1.] 기본적으로는 또는 원칙적으로는 위헌으로서의 성질을 가지고 있기에 폐지되어야 하고, 입법을 통해서 형법조문에서 삭제되어야 한다고 본다. 그러나 낙태죄의 존폐여부와 관련하여 아직 존치(存置)에 대한 견해도 -그 비율에 있어- 폐지에 대한 견해 못지않게 존재하고 있고, 이번 헌법재판소의 헌법불합치 결정 및 그 취지에도 비추어볼 때 -사회적으로는- 낙태죄의 규정에 대한 존치로서의 개선입법으로 가닥을 잡고 있는 것으로 보인다. 이에 필자는 이번 낙태죄의 헌법불합치 결정에 대한 개선입법(방)안으로 두 가지 방안을 제시하고자 한다.

1. 낙태 전면 허용[제1방안]

현행 형법이 규정하고 있는 낙태죄는 부녀가 약물 기타 방법으로 낙태함으로써 성립하는 범죄로서 행위의 주체는 임신한 부녀이고, 객체는 태아이다. 우리

위헌적 상태를 제거하기 위해 낙태의 형사처벌에 대한 규율을 형성함에 있어 결정가능기간을 어떻게 정하고 결정가능기간의 종기를 언제까지로 할 것인지, 태아의 생명 보호와 임신한 여성의 자기결정권의 실현을 최적화할 수 있는 해법을 마련하기 위해 결정가능기간 중 일정한 시기까지는 사회적·경제적 사유에 대한 확인을 요구하지 않을 것인지 여부까지를 포함하여 결정가능기간과 사회적·경제적 사유를 구체적으로 어떻게 조합할 것인지, 상담요건이나 숙려기간 등과 같은 일정한 절차적 요건을 추가할 것인지 여부 등에 관하여 앞서 우리 재판소가 실시한 한계 내에서 입법재량을 가진다고 하고 있다. 그리고 자기낙태죄 조항과 의사낙태죄 조항에 대하여 단순위헌 결정을 하는 대신 각각 헌법불합치 결정을 선고하되(헌법불합치의견이 4인, 단순위헌의견이 3인), 다만 입법자의 개선입법이 이루어질 때까지 계속적용을 명하는 것이 타당하다. 입법자는 늦어도 2020. 12. 31.까지는 개선입법을 이행하여야 하고, 그때까지 개선입법이 이루어지지 않으면 위 조항들은 2021. 1. 1.부터 효력을 상실한다고 하고 있다.

나라의 현행 낙태죄는 낙태의 허용여부에 대해 형법이 낙태죄를 규정하고 있고, 이를 해석 및 적용함에 있어서는 모자보건법 제14조 및 동 법 시행령 제15조에 의해 이루어지고 있다. 즉, 낙태 행위는 형법상 처벌되는 행위에 해당하지만, 모자보건법상의 허용한계에 해당하는 사유가 있으면 모자보건법 제28조에 의해 형법의 처벌규정이 적용되지 않는다. 그런데 여기서 중요한 점은 형법은 낙태죄를 규정함에 있어 그 행위를 ‘낙태’행위로 규정하고 있고, 이를 해석하고 적용하는 데 있어 지침이 되는 결합되는 법률인 모자보건법은 그 행위를 ‘인공임신중절수술’행위로 규정하고 있다는 점이다. 현재 인공임신중절과 관련된 언론보도를 비롯하여 각종 단체의 토론회 및 정부 주최의 포럼이나 공청회 등 많은 담론의 장에서 보면 ‘낙태’, ‘인공임신중절’, ‘소위 낙태’, ‘불법 인공임신중절’, ‘불법 낙태’ 등의 다양한 용어들이 -때로는- 분명한 인식 없이, -때로는- 자의적으로, -때로는- 특별한 의도를 담고 사용되고 있다.⁴⁾ 따라서 낙태와 인공임신중절수술 양자의 용어는 낙태죄를 해석 및 적용함에 있어 어떠한 관련성이 있는가 하는 것부터 살펴볼 필요가 있다.

가. 의학적 부분 논의

이에 ‘낙태’라 함은 “자연분만시기 이전에 모(母)의 자궁에서 발육 중인 태아를 인공적으로 내지 인위적으로 모체 밖으로 분리·배출시키거나 모체 내에서 살해하는 행위”를 의미하고, ‘인공임신중절수술’이라 함은 “태아가 모체 밖에서는 생명을 유지할 수 없는 시기에 태아와 그 부속물을 인공적으로 내지 인위적으로 모체 밖으로 분리·배출시키는 수술행위”를 의미한다. 이로 보면 낙태와 인공임신중절수술 양자의 용어에 있어 -과연- 어떠한 차이가 있는가 하는 의문을 제기할 수 있다. 이에 대해 양자의 용어의 개념정의를 따지고 보면 낙태라는 용어는 어의 상 넓은 의미에서는 불법적인 인공임신중절수술 뿐만 아니라 합법적인 인공임신중절수술을 포함하는 의미이고, 좁은 의미에서는 불법적인 인공임신중절수술만을 의미한다고 한다.⁵⁾ 그러나 이러한 개념정의를 국어적인 의

4) 손영수, “형법상 낙태와 모자보건법상 인공임신중절에 관한 의료법리학적 이해”, 『대한산부회지』 제53권 제6호, 대한산부인과학회, 2010, 469-470면.

미의 측면에서 구분되는 것이고, 법리적인 의미의 측면에서는 이와는 다른 관점에서 낙태를 바라봐야 할 것이다. 그래서 법리적인 의미의 측면에서 보면 낙태는 모든 경우에 있어 태아를 자연적인 분만이 이루어지기 전에 모체 밖으로 분리·배출시키거나 모체 내에서 살해하는 행위라고 할 수 있고, 여기에는 인공임신중절수술 행위가 포함되어 있다고 할 수 있다. 인공임신중절수술 행위는 모자보건법상의 허용한계에 해당하는 사유에 있어 낙태 행위에 대한 처벌이 적용되지 않는 소위 말해 합법적인 낙태 행위라고 할 수 있지만, 합법적인 낙태 행위라고 하더라도 어찌되었든 인공임신중절수술 행위 역시도 임신 24주 이내인 태아를 자연적인 분만이 이루어지기 전에 모체 밖으로 분리·배출시키거나 모체 내에서 살해하는 행위이기 때문이다. 그리고 이러한 법리적인 의미에서 낙태를 정의함에 있어 넓은 의미에서와 좁은 의미에서라는 하위개념의 형식으로의 또 다른 구분은 성립할 수 없고, 아무런 의미가 없다고 본다. 다시 말하면 넓은 의미에서와 좁은 의미에서라고 구분 지을 수 있는 것은 이것의 대상이 되는 어느 한 명제가 다양한 범주로 구분되지 않거나 또는 해석될 수 없는 등과 같은 경우, 예컨대 재물 개념(특수개념·종개념)과 재산상의 이익 개념(일반개념·유개념) 등과 같이 일반개념·유개념이 특수개념·종개념을 포섭하는 경우와 같은 단일한 관계가 성립할 때나 가능한 것이고, 의미가 있는 것이지 이것의 대상이 되는 어느 한 명제가 다양한 범주로 구분되거나 또는 해석될 수 있는 등과 같은 경우, 예컨대 i) 소나무·매화나무 등의 종개념에 대한 식물 또는 ii) 사람·개·고양이·호랑이 등의 종개념에 대한 동물 및 iii) 동물 등의 종개념에 대한 생물 등과 같이 일반개념·유개념이 특수개념·종개념을 포섭하는 경우와 같은 복합적인 관계가 성립할 때는 아무런 의미가 없다는 것이다. 즉, 인공임신중절수술 행위는 그것이 합법적이든 불법적이든 양자 모두 낙태 행위에 해당되기 때문에 이러한 경우는 낙태에 대한 한 부문이라고 표현하는 것이 타당한 것이라고 본다. 그러나 이러한에도 불구하고 굳이 구분을 하자면 국어적인 의미의 측면에서와 같이 넓은 의미에서는 모든 경우의 낙태 행위를 의미하는 것으로 봐야 하고, 좁은 의미에서는 모자보건법이 규정하고 있는 인공임신중절수술이 허용되지 않

5) 손영수, 위의 논문, 471면.

는 경우의 낙태 행위를 의미하는 것으로 봐야 한다고 본다. 이로 볼 때 이와 같은 낙태와 인공임신중절수술 양자의 법리적인 측면에서의 개념정의의 차이는 ‘모체 밖에서는 생명을 유지할 수 없는 시기’라는 요건이 핵심적인 요소로 자리 잡고 있다고 할 수 있다. 그리고 이에 따르면 모자보건법상 허용되지 않는 모든 인공임신중절수술은 형법상의 낙태에 해당되지만, 형법상의 모든 낙태가 모자보건법상 허용되지 않는 인공임신중절수술에 해당되는 것은 아니다.

나. 법학적 부분 논의

이와 같이 낙태와 인공임신중절수술 양자는 엄연히 차이가 존재함에도 불구하고 그 행위의 성격이 유사성을 가지고 있다는 점에서 같이 논의되고 있고, 현행 형법은 낙태죄를 해석 및 적용함에 있어 모자보건법상의 인공임신중절수술의 허용한계를 그 기준으로 삼고 있다. 그리고 이번 헌법재판소의 결정과 같이 현행 모자보건법 제14조 제1항은 인공임신중절수술의 허용한계를 규정함에 있어 우생학적 적응(제1호 및 제2호)과 윤리적 적응(제3호 및 제4호) 및 의학적 적응(제5호) 등의 방식을 취하고 있는데, 이러한 방식의 한계는 임신한 여성으로 하여금 임신 유지와 출산 여부에 있어 헌법상의 자기결정권을 침해하는 것이고, 다양하고 광범위한 낙태갈등 상황을 고려하지 못하고 있다는 점에서 사회적·경제적 적응 사정도 허용한계의 범위에 포함시켜 형법상의 낙태죄를 해석 및 적용함에 있어 판단의 대상으로 삼아야 한다고 하고 있다.⁶⁾ 이로 보면 헌법재판소의 이러한 견해는 낙태죄를 제정한 본래의 취지와는 거리가 더욱더 멀어진 것 아닌가 하는 의문을 가지게 한다. 낙태죄의 주된 보호법익은 태아의 생명으로서 아직 완전체 형태의 인간은 아니지만, 모체 내에서 원만하게 자라서 모(母)가 원만하게 출산을 하게 되면 인간으로서의 지위를 향유할 수 있는 가능성이 있기 때문에 태아로서의 생명권을 보호하고자 하는 것이다. 그런데 기존의 허용한계에 더하여 사회적·경제적 적응 사정을 추가하게 되면 해석의 관점

6) 낙태죄에 있어 임부의 헌법상의 자기결정권은 헌법 제10조 제1문에 의해 도출된다고 할 수 있다. 이에 대한 자세한 내용은 ‘송승현, “적법절차원리의 재검토”, 『법학논총』 제22집 제1호, 조선대학교 법학연구원, 2015, 292-326면.

에서 대부분 경우가 또는 모든 경우가 허용한계에 해당되지 않는 경우가 존재하지 않을 수 있어 태아의 생명보호의 관점에서 무분별한 낙태 행위를 방지하기 위한 법 규정의 취지에서 멀어지는 것이 되기 때문이다. 또한 사회적·경제적 적응 사정을 추가하면 이를 적용·해석하는 데 있어 이러한 적응 사정에 부합하는지의 여부를 판단함에 그렇게 한없이 바라보거나 바라보려고 하면 그렇게 볼 수 있는 것이 될 뿐만 아니라 그렇게 바라본다면 한없이 그렇게 바라볼 수 있는 것이 될 수 있다. 그리고 이러한 점을 염려하여 사회적·경제적 적응 사정에 있어 여기에 그 허용한계를 설정한다고 하더라도 사회적·경제적 적응 사정이라는 것 자체가 추상적이면서 다의적인 개념이라서 다양한 예외를 낳게 되고, 그 예외가 또 다른 예외를 낳게 되는 등 악순환이 거듭되게 된다. 이는 결과적으로 법적 안정성 및 사법 신뢰성에 해를 입히게 된다. 어떠한 법률적인 해석 및 적용을 함에 있어 -각종 판례들을 보더라도- 원칙 규정에 대해 예외적인 허용범위가 생기면 같거나 비슷한 범죄가 발생했을 때 원칙 규정에 맞춰야 함에도 불구하고 그 예외에 기준을 맞추기 때문이다 -결국에는 이러한 현상이 반복되게 된다.-. 또한 여러 가지 허용한계에 대한 허용한계로서의 예외조항을 추가하더라도 이러한 허용한계를 통해 설명하고 있는 것은 임부는 임신을 중단하려면 국가의 허락을 받아야 한다는 점과 임부의 배우자를 낙태를 함에 있어 동의를 요하는 주체로 규정하고 있다는 점도 의문인 동시에 그동안 낙태죄에 대한 논란과 같이 똑같은 또 다른 논란을 불러일으킬 수 있다고 본다. 이는 임부의 모체 안에서 이루어지는 임신의 지속 또는 중단 여부에 대해 어찌하여 본인의 결정에 더하여 배우자의 동의를 요하는가 또는 강제하는가 하는 점에서 기존과는 다른 관점에서 헌법상의 자기결정권의 침해가 (문제)될 수 있다. 그리고 현행 법령은 -기본적으로- 기혼여성만을 그 대상으로 전제하고 있는데, 미혼 내지 비혼 여성도 그 허용한계의 주체에 해당할 수 있음에도 불구하고 어찌하여 이들은 그 대상으로 포함하고 있지 않은가 내지 규정하고 있지 않은가 하는 문제를 제기하거나 의문을 가지게 할 수 있다.

이와 관련하여 세계보건기구는 낙태와 관련하여 임신, 출산, 성과 관련해서 어떠한 “권리”가 인간에게 보장되어야 하는지 “재생산권(reproductive right)”이라는 개념으로 정리에 대해 재생산권으로 명명하면서 “모든 부부와 개인이 자

녀의 수, 간격 및 시기를 자유롭고 책임감 있게 결정할 수 있는 권리와 그렇게 할 수 있는 정보와 수단을 가질 수 있는 권리 그리고 최고 수준의 성적 및 생식 건강을 달성할 권리를 포함한다.”라고 하고 있고, 또한 “생식에 대한 통제는 모든 여성들에게 기본적인 권리와 기본적인 필요사항이다. 여성의 건강과 사회적 지위, 종교의 강력한 사회적 구조, 국가 통제 및 행정 관성, 사적 이익과 관련하여 가난한 여성의 관점에서 볼 때 이 권리를 가장 잘 이해하고 긍정할 수 있다. 여성들은 출산은 순전히 개인적인 현상이 아닌 사회적이라고 알고 있다. 그러나 여성의 이익을 고려하지 않은 프로그램은 성공할 가능성이 없다…”라고 하고 있다. 그리고 세계인권선언은 제3조에서 “모든 사람은 생명권과 신체의 자유와 안전을 누릴 권리가 있다.”라고 하고 있고, 시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약(B규약) 제12조 제3항은 “상기 권리는 법률에 의해 규정되고, 국가안보, 공공질서, 공중보건 또는 도덕 또는 타인의 권리와 자유를 보호하기 위해 필요하고, 또한 이 규약에서 인정되는 기타 권리와 양립되는 것을 제외하고는 어떠한 제한도 받지 아니한다.”라고 하고 있다. 또한 경제적, 사회적 및 문화적 권리에 관한 국제규약 제12조 제1항은 “이 규약의 당사국은 모든 사람이 도달 가능한 최고 수준의 신체적·정신적 건강을 향유할 권리를 가지는 것을 인정한다.”라고 규정하고 있고, 제2항은 “이 규약 당사국이 동 권리의 완전한 실현을 달성하기 위하여 취할 조치에는 다음 사항을 위하여 필요한 조치가 포함된다. (a) 사산율과 유아사망율의 감소 및 어린이의 건강한 발육, (b) 환경 및 산업위생의 모든 부문의 개선, (c) 전염병, 풍토병, 직업병 및 기타 질병의 예방, 치료 및 통제, (d) 질병 발생 시 모든 사람에게 의료와 간호를 확보할 여건의 조성”이라고 규정하고 있다. 그리고 여성에 대한 모든 형태의 차별철폐에 관한 협약은 제12조 제1항에서 “당사국은 남녀 평등의 기초위에 가족계획에 관련된 것을 포함한 보건사업의 혜택을 확보하기 위하여 보건 분야에서의 여성에 대한 차별을 철폐하기 위한 모든 적절한 조치를 취하여야 한다.”라고 하고 있고, 동 협약 제16조 제1항은 “당사국은 혼인과 가족관계에 관한 모든 문제에 있어 여성에 대한 차별을 철폐하기 위한 모든 적절한 조치를 취하여야 하며, 특히 남녀평등의 기초위에 다음을 보장하여야 한다.”라고 하면서 (e)호는 “자녀의 수 및 출산 간격을 자유롭고 책임감 있게 결정할 동일한 권리와 이 권리를 행사할 수 있게

하는 정보, 교육 및 제 수단의 혜택을 받을 동일한 권리”라고 하고 있다.

다. 도덕적 내지 윤리적 부분 논의

그렇다면 결국에는 낙태죄에 대한 논의는 ‘생명존중사상’⁷⁾의 관점에서 논의 될 수밖에 또는 논의할 수밖에 없는 문제라고 할 수 있다.

‘생명존중사상’이라 함은 각각의 개별 생명의 삶을 존중함으로써 그것의 바탕이 되는 모든 생명의 생명성이라는 생태계를 존중한다는 의미와 생태사상의 핵심이 되는 모든 생명체는 평등한 동시에 각각의 존재가 대립적인 독립된 존재가 아닌 자연의 한 구성원으로서 모두 하나라는 자아[자기]실현의 의미라고 할 수 있다.⁸⁾ 그러나 인간의 유전자 및 유전자의 발달과 인간의 성장 그리고 인간이 성장하면서 배우는 학습 등은 상호작용을 통해 유전자와 환경이 상호작용하면서 건전한 인간이 되는 과정을 형성하는 데 이바지한다. 그리하여 인간은 세계-내에서 도덕적 지위를 부여받고, 이를 행하는 행위자로 이루어진 공동체의 일원이라고 인정받을 만한 품위를 갖춘 존재가 된 것이다. 그래서 인간과 인간 이외의 생명체는 세계-내-존재라는 측면과 이성적·자율적 측면에서 근본적인 차이가 있다고 볼 수 있으므로 인간 이외의 생명체는 존엄성을 가질 수 없는 존재라고 할 수 있다.⁹⁾ 그렇다고 내재적 가치가 절대적 가치인 점에 비추어볼

7) 본 절에서 생명존중사상 및 낙태에 대한 내용은 ‘송승현, “현대사회와 생명존중사상”, 『동아법학』 제79호, 동아대학교 법학연구소, 2018, 35면, 41-42면, 44-45면, 49-51면’을 요약·인용함. 이에 대한 자세한 내용은 이 논문을 참조.

8) 중용장구서(中庸章句序)에서는 “만물이 함께 자라도 서로 해치지 않고, 도(道)가 병행하여도 서로 어긋나지 않는다. 작은 덕은 시냇물의 흐름이고, 큰 덕은 조화를 돈독히 함이니, 이것이 천지가 큰 까닭이다(『中庸章句序』第二十九章：“萬物並育而不相害，道並行而不相悖，小德川流，大德敦化，此天地之所以爲大也.”)”라고 하고 있다.

9) 이와 다른 견해로는 Nussbaum, Martha Craven, 『Frontiers of Justice : Disability, Nationality, Species Membership』, Harvard University Press, 2006, pp.96-139; Nussbaum, Martha Craven, 『Creating capabilities : the human development approach』(역량의 창조 : 인간다운 삶이란 무엇인가?) (한상연 옮김), 돌베개, 2015, 44-52면 : “롤즈의 정의론이 어떻게 장애인이나 동물 및 어린아이 등의 존재들을 배제하고 있는지를 그의 인간관과 칸트의 인간의 존엄성 개념 등을 통해 논증하면서 동물에게 본성의 측면에서 도덕적 지위를 부여할 수 없다면 식물인간이나 무뇌증인간 등과 같은 가장자리 인간도 도덕적 지위를 부여받을 수 없다고 하고 있다.”

때 그 존재의 권리는 제한되는 것이 아닌 그 자체로 존중되어야 한다. 따라서 생명존중사상의 의미는 절대적 생명존중사상이 아닌 '상대적·최대한 생명존중사상' 또는 '최소보장원칙적 생명존중사상'을 의미한다고 또는 의미하는 것으로 봐야한다고 본다.

그렇다면 이러한 생명존중사상의 관점에서 볼 때 낙태죄의 목적은 태아의 생명을 보호하기 위함이므로 형법 제269조와 제270조 및 모자보건법 제14조와 제28조 그리고 동 법 시행령 제15조에 의해 낙태 행위는 낙태 행위는 태아 역시 생명을 지니고 있는 존재로서 생명존중사상의 수용·인식주체로서의 길을 애당초에 차단하는 동시에 타자의 인(仁)을 훼손하는 행위로서 우주만물의 생생에 반하는 행위라고 할 수 있다. 그러나 낙태가 절대적으로 생명존중사상에 반하는 행위라고 할 수 있는지는 의문이다. 현재 낙태가 암암리에 성행하고 있고, 이를 단속한다는 것도 쉽지 않으며, 헌법규범에 의한 인간의 존엄성과 행복추구권이라는 자연권으로서 기본권이 결부되어 있기 때문이다. 물론 낙태자(=행위 주체) 뿐만 아니라 낙태의 객체인 태아 역시 인간으로의 생명체로서 이러한 기본권의 주체가 된다고 할 수 있으므로 낙태 행위는 태아의 이러한 기본권을 침해하는 행위로서 생명존중사상에 반하는 행위라고 주장할 수 있다. 이는 민법이 불법행위에 기한 손해배상청구권 및 상속과 유증에 대해 예외적으로 태아에게 권리능력을 인정하고 있는 것을 근거로 들 것이다. 그러나 민법상 태아의 권리능력은 태아가 출생한 경우에 의미를 가지고, 머지않아 -태아가 원만하게 출생한다는 점을 전제로 하여- 태아가 출생할 것이다 또는 태아가 출생할 가능성이 있다는 것을 인정하여 태아를 보호함과 동시에 상속과 유증에 대해 미리 대비한다는 차원에서 태아인 동안에도 출생한 것으로 간주하여 예비적인 차원에서 인정하는 또는 인정하려는 것이므로 이러한 근거가 낙태 행위가 태아의 기본권을 침해하는 행위로서 생명존중사상에 반하는 행위라는 주장에 대한 근거로서는 힘을 받기가 어렵다고 본다. 그리고 현재 완전체의 인간과 불완전체의 인간인 태아의 기본권이 같다고는 할 수 없다.¹⁰⁾ 또한 낙태가 행해지는 근본적인 이유는

10) 물론 인간은 완전하지 않은 불완전한 존재라고 할 수 있다. 그러나 여기서 말하는 '완전'과 '불완전'이라는 의미는 이러한 의미를 말하는 것이 아닌 인간으로서의 형태를 갖추고 있는지의 여부에 있어 완전과 불완전을 의미하는 것이다.

현행 모자보건법 제14조 제1항 각 호의 사유로 인한 것이므로 우주만물의 생생을 위한 길을 넓게 그리고 장기적으로 볼 때 이러한 이유에도 불구하고 생명존중사상을 준수해야 한다는 신념하에 출산을 강행한다면 오히려 생생의 길을 저해하는 것이라고 할 수 있다. 이 경우 -입양 등의 경우는 차치하고- 부모는 아이를 양육할 또는 양육해야겠다는 의지가 미약하거나 아예 없기 때문에 아이는 방임(放任)되거나 유기(遺棄)되어 자력갱생(自力更生)을 할 수 없게 되거나 그 기회를 놓치게 되고, 이렇게 성장한 자는 일탈의 길로 빠져들게 되는 경향이 증가하게 되며, 이로 인해 결국에는 하나의 또는 한 부류의 소유주가 타자인 다른 소유주에게 그리고 다른 소유주의 인(仁)에 악영향을 미쳐 우주자연의 생생이 가로막히기 때문이다.

따라서 이번 낙태죄의 헌법불합치 결정에 대한 개선입법(방)안으로 낙태 전면 허용방안[제1방안]을 고려해볼 필요가 있다고 본다 -필자는 낙태죄(형법 제27장 낙태의 죄)를 삭제하여 낙태 행위를 전면 허용하는 것이 타당하다고 본다.-. 그리고 낙태의 죄를 삭제하게 되면 낙태 과정에서 낙태치사상이 발생할 경우 이에 대한 처벌규정이 형법에는 존재하지 않게 되어 이러한 행위의 결과에 대해 처벌할 수 없게 됨으로써 용인하기 어려운 법적 공백이 생기게 된다고도 볼 수 있다. 그러나 이러한 행위로 인한 결과는 임부에게 치사상을 입히는 것이므로 형법상의 상해죄(형법 제25장)와 과실치사상의 죄(형법 제26장)에 의해 의율하면 될 것이고, 임부에게 치사상을 입힌 주체가 의사·한의사·조산사·약제사인 경우에는 이러한 행위는 의료행위라고 할 수 있으므로 현행 보건의료법규에 의하거나 이를 예방하기 위해 보건의료법규에 이에 대한 형벌 규정을 규정하면 될 것이다. 이 경우들에 있어 고의인 경우에는 현행 형법으로 의율하면 되므로 문제되지 않는다고 본다.

2. 낙태 부문 허용[제2방안]

앞서 II. 1.[제1방안]으로는 낙태 행위에 대한 전면 허용의 필요성에 대해 살펴보았다. 그런데 이번 낙태죄에 대한 헌법재판소의 헌법불합치 결정을 보면 다수 의견으로서 그 취지는 현행 형법상의 낙태죄를 삭제함으로써 낙태 행위의

전면 허용이 아닌 낙태죄를 존속시킬 필요는 있다는 뉘앙스를 풍기고 있다. 그리고 이를 바탕으로 볼 때 낙태죄를 존속시키려면 낙태죄의 규정내용과 이를 해석하고 적용하는 데 있어 지침이 되는 결합되는 법률인 모자보건법의 규정을 제·개정하여 낙태 행위의 허용한계를 확대하라는 또는 확대해야 한다는 뉘앙스를 풍기고 있다고 할 수 있다. 이에 대한 논의에 있어 낙태에 대한 규정은 크게 기한방식 및 적응방식 그리고 결합방식으로 구분할 수 있는데, 낙태결정가능 기간 내지 낙태허용시기가 기한방식에 관한 내용이고, 낙태허용사유가 적응방식에 관한 내용이라고 할 수 있으며, 이 양자를 혼합한 것이 결합방식이라고 할 수 있다. 이에 이번 절에서는 현행 낙태죄를 존속시킨다는 전제하에 그 규정내용을 어떻게 제·개정하는 것이 바람직한 것인지에 대해 살펴볼 필요가 있다.

가. 배아 및 태아 그리고 인간

형법상 낙태죄는 그 행위의 객체를 살아있는 ‘태아’로 규정하고 있다. 생물학적으로 인간이라는 생명체는 정자와 난자가 수정된 이후 착상을 거쳐 배아기를 지나 태아기를 보내면서 완전체 형태의 인간으로 형성되는 진척 과정이라는 전체적인 임신기간을 보내게 된다. 여기서 제2방안을 살펴보기에 앞서 임신기간을 거치면서 각 시기별로 달라지는 용어의 의미에 대한 개념정리가 필요하다. 이번 헌법불합치 결정은 근본적으로 현행 낙태 행위의 허용한계의 기준을 정하고 있는 모자보건법의 규정이 문제가 있다는 것을 말하는 것이고, 낙태죄를 존속시키려면 임부의 자기결정권의 실현을 최적화할 수 있도록 하여야 한다는 것인데, 이러한 사항을 충족하려면 각 시기에 따른 생명체의 성격을 알아야 하기 때문이다.

인간(=생물분류체계상 사람속(Homo)에 속함/정확히는 사람종(Homo sapiens)에 속함)을 포함한 포유류(=생물분류체계상 포유강(Mammalia))는 한 생명을 출산시킴에 있어 수정란이 모체의 자궁에 착상한 때부터 모체의 밖으로 나올 때까지의 임신이라는 기간을 보내게 된다. 수정란이 모체의 자궁에 착상하기까지는 14일(2주) 정도의 기간이 소요된다.¹¹⁾ 그러면 여기서 i) 착상이라 함은 포유류의 수정란이 자궁벽에 접착하여 모체의 영양을 흡수할 수 있는 상태가 되

는 현상으로서 임신 초기에 배아가 자궁의 외벽에 부착되는 현상을 의미한다. 즉, 내세포집단이 분화되어 위판과 아래판의 이배엽이 형성되고, 위판은 배반상엽층이 되어 배아조직을 만들고 아래판은 배반하배엽이 되어 배아외조직(=배반하엽층과 영양포 세포로부터 생겨남.)이 되는데, 포배의 바깥 부위에 존재하는 영양포 세포는 세포 영양막 세포(=영양막 세포층)으로 분화되고, 세포 영양막 세포가 합포 영양막 세포로 빠른 분화가 유도되면서 모체의 자궁 내막층으로 침윤이 일어나는 현상을 의미한다.¹²⁾ 영양막세포가 자궁 내막에 착상하는 위치는 포배의 위치를 잡아주는 자궁 내막에 pinopode¹³⁾가 존재하는 부위로서 자궁 내막 세포에서 분비되는 integrin¹⁴⁾을 포함한 다양한 cytokine¹⁵⁾들이 분비될 뿐만 아니라 포배의 영양막 세포에서도 성공적인 착상을 위해 integrin 등과 같이 다양한 adhesion molecule¹⁶⁾들이 발현되고,¹⁷⁾ 자궁 내막 내로 침윤하기 위한 matrix metalloproteinases (MMPs)¹⁸⁾ 등의 발현이 증가된다.¹⁹⁾ 이 시기의 배아는 배반포의 구조를 이루는데, 대개 수정 후 6-12일 또는 11-13일로서 최

11) 헌법재판소 2008. 7. 31. 선고 2004헌바81 전원재판부 결정 : “언제부터 사람으로 볼 것인지에 관해서 수태의 순간부터 보는 경우도 있지만 대개는 배아 단계를 넘어 수정 후 2주를 지난 때부터 사람의 개체성을 가진 생명체로 이해하는 것이 생물학적, 의학적으로 일반화된 견해이다.”

12) Blomberg L/Hashizume K/Viebahn C., “Blastocyst elongation, trophoblastic differentiation, and embryonic pattern formation”, 『*Reproduction*』 Volume 135. Issue 2., Society for Reproduction and Fertility, 2008, pp. 181-195.; Red-Horse K/Zhou Y/Genbacev O/Prakobphol A/Fouk R/McMaster M/Fisher SJ., “Trophoblast differentiation during embryo implantation and formation of the maternal-fetal interface”, 『*J Clin Invest*』 Volume 13. Issue 3., The Journal of Clinical Investigation, 2004, pp. 744-754.

13) 작은 돌기

14) 세포-세포 외 기질(ECM) 부착을 촉진하는 transmembrane receptors 수용체

15) 면역 세포가 분비하는 단백질

16) 세포접착분자(cell adhesion molecule)

17) Franchi A/Zaret J/Zhang X/Bocca S/Oehninger S., “Expression of immunomodulatory genes, their protein products and specific ligands/receptors during the window of implantation in the human endometrium”, 『*Mol Hum Reprod*』 Volume 14. Issue 7., Oxford University Press, 2008, pp. 413-421.

18) metalloproteinases that are calcium-dependent zinc-containing endopeptidases(칼슘 의존성 아연 함유 endopeptidases인 metalloproteinases)

19) 김기진, “착상 및 태반 발달과정에 따른 영양막세포의 역할”, 『대한생식의학회지』 제37권 제3호, 대한생식의학회, 2010, 185면.

대 14일 정도의 기간이 소요된다.

그리고 ii) 배아라 함은 씨눈이라고도 하는데, 접합체가 발생을 시작하여 완전체 형태의 개체로 형성되기 전까지의 발생 초기 단계를 의미한다. 즉, 생식 세포(정자 및 난자)가 수정된 후 접합체가 세포 분열과 분화를 거쳐 배를 형성하고 성장하여 최초의 난할에서 배엽이 형성되는 시기[=초기 발생]로서 수정란이 첫 번째 세포분열을 시작한 시기이면서 태아가 되기 전까지의 새로운 개체가 되는 초기 단계를 거쳐 최초의 난할에서 형성된 배엽이 낭배형성 과정(→ 양막(amnion)과 난황주머니(yolk sac, 난황낭)를 만듦.)을 거쳐 삼배엽(=삼배엽성 배자, 외배엽·내배엽·중배엽)을 가지게 되어 이로부터 기관형성 과정을 통해 각각의 모든 신체의 세포 그리고 조직 및 기관을 형성하여[=후기 발생] 새로운 개체가 되는 후기 단계가 진행된 양자의 초기 단계를 의미한다. 그리고 이 시기는 수정란이 모체의 자궁 내막에 착상하여 원시선(primitive groove, 원시고랑)이 나타난 시점이라고 할 수 있다.²⁰⁾ 원시선이 생김으로써 이 속으로 세포들이 없어지면서 위판 세포들이 양막과 난황 사이의 틈으로 밀려들어가 외배엽이 형성되고, 이로 인해 난황 공간에 내배엽이 형성되며, 다시 원시선 속으로 외배엽 세포들이 밀려들어가 외배엽과 내배엽 사이의 세포층이 만들어지면서 중배엽이 형성되기 때문이다. 생명윤리 및 안전에 관한 법률(생명윤리법)도 제2조 제3호에서 배아를 “인간의 수정란 및 수정된 때부터 발생학적으로 모든 기관이 형성되기 전까지의 분열된 세포군을 말한다.”라고 정의하고 있다.

그리고 iii) 태아라 함은 배아의 발생이 더 진행된 시기로서 모체로부터 태어나기 전의 아이를 의미한다. 즉, 배아의 시기보다 각각의 모든 신체의 세포 그리고 조직 및 기관이 어느 정도 형성된 후로서 Fetus/Fötus에 해당하는 시기를 의미한다. 그리고 이러한 초기 발생과 후기 발생 과정들을 거치면 착상 된지 10개월 후 완전체 형태의 인간으로서 모체 밖으로 분리·배출되어 태반의 분리와 동시에 독자적인 생존을 할 수 있는 시기(時期)인 출생을 맞게 된다.

20) 헌법재판소 2010. 5. 27. 선고 2005헌마346 결정 : “수정 후 14일이 경과하여 원시선이 나타나기 전의 수정란 상태, 즉 일반적인 임신의 경우라면 수정란이 모체에 착상되어 원시선이 나타나는 그 시점의 배아 상태에 이르지 않은 배아들이다(이하에서 이 시기의 배아를 ‘초기 배아’라고 약칭하기로 한다).”

그렇다면 배아기와 태아기를 거쳐 출생하는 시기인 완전체 형태의 인간이란 무엇인가 하는 점도 살펴볼 필요가 있다.²¹⁾ iv) 먼저, 인간은 ‘이성적 동물’이다. 인간은 생명력에 의해 존재하게 되는데, 그것은 숨이라고 할 수 있다. 그리고 존재는 가장 보편적이면서 자명한 개념이기 때문에 이것이 무엇인지 알려면 먼저 물음이 제대로 설정되어야 한다.²²⁾ 물음이라는 존재가능성을 지닌 존재자를 현존재(Dasein)라고 하고,²³⁾ 이러한 현존재 즉, 현존재 자신은 다른 존재자와 비교했을 때 특별한 성격을 지니고 있으며, 단순히 다른 존재자들 사이에 존재하는 존재자가 아니라 나 즉, 나 자신(das Selbst)이라는 존재와 관련되어 있고, 이 존재는 언제나 ‘나’라는 존재이며, 이러한 관계에서 존재적으로 구별되기 때문이다. 그러나 현존재의 이러한 존재규정은 우리가 ‘세계-내-존재’라고 이름 지은 존재구성에 의거하여 간주되고 이해되어야 한다.²⁴⁾ 즉, 현존재는 어떠한 세계 내에 존재해야 한다는 것이다. 그리고 인간은 동물적인 경향성에 따라 행동하기도 하고, 그러한 행동이 자신의 진위와 선악의 이념에 반한다고 판단되면 스스로 그 행동에 제동을 걸기도 한다. 또한 인간은 이러한 욕구능력 외에 사회적 동물로서 사유, 언어 사용, 자기반성, 문제 해결을 할 수 있고, 감정을 느낄 수 있는 고도로 발달한 두뇌를 지니고 있으며, 호기심에 의해 도구를 사용함으로써 기술을 발전시키고, 교육, 학습, 숙련 등을 통해 지식을 쌓는 등 지적(知的)이고 정적(情的)인 능력도 갖고 있는 공감능력이 짐승인 동물보다 뛰어난 존재자이다.

다음으로, 인간은 ‘자율적 주체’이다. 인간은 이성적 동물로서 한편으로는 동물적인 경향성에 따라 행동하기도 하고, 그러한 행동이 자신의 진위(眞僞)와 선악(善惡)의 이념에 반한다고 판단되면 스스로 그 행동에 제동을 걸기도 한다. 인간이 이렇게 행동할 수 있는 것은 인격을 갖고 있는 이성적 주체로서 자기 결정적면서 자율적 의지를 가진 존재자이기 때문이다. 즉, 인간은 자신의 욕망

21) 본 항에서 인간에 대한 내용은 ‘송승현, “트랜스휴먼 및 포스트휴먼 그리고 안드로이드(로봇)에 대한 형법상 범죄주체의 인정여부”, 492-507면’을 요약·인용함. 이에 대한 자세한 내용은 이 논문을 참조.

22) Heidegger, Martin, 『SEIN UND ZEIT(존재와 시간)』(전양범 옮김), 동서문화사, 2008, 12-14면.

23) Heidegger, Martin (전양범 옮김), 위의 책, 17면.

24) Heidegger, Martin (전양범 옮김), 위의 책, 73면.

이나 남의 명령에 의존하지 아니하고, 스스로의 의지로 객관적인 도덕 법칙을 세워 그에 따라 행동하는 존재이면서 그 주체인 것이다. 그리고 인간이 자율적 주체로서 도덕 법칙에 대한 실천적인 의무를 지고 있다는 점에서 그에 따른 책임도 역시 부담하고 있다고 할 수 있다. 즉, 도덕적 책임은 자연적 책임에 기초를 두고 있으므로 인간은 자기 자신의 선택에 대하여 스스로 책임을 져야 한다는 것이다. 다시 말하면 소질과 환경에 인간의 의사가 결정되는 것은 아니지만, 소질과 환경의 영향을 받으면서 스스로 자유롭게 의사를 결정하고 행동하며, 그 결과에 대해 책임질 줄 아는 인격체로서 절대적 자유의사(=자유의지)가 아니라 상대적 자유의사(=자유의지)를 가진 존재인 것이다. 인간이 스스로 행위의 준칙을 세우고, 이러한 준칙을 자율적 의지를 가진 존재자로서 자기 자신 스스로 준수하려는 인간의 자율성은 인간의 존엄과 가치의 근거이다.

따라서 인간이라는 존재는 이 세상에 등장할 때부터 즉, 세계-내-존재로 자리 잡을 때부터 도덕적 행위에 능숙한 존재였다고 할 수 없다. 그러나 인간의 유전자 및 유전자의 발달과 인간의 성장 그리고 인간이 성장하면서 배우는 학습 등은 상호작용을 통해 유전자와 환경이 상호작용하면서 건전한 인간이 되는 과정을 형성하는 데 이바지한다. 그리하여 인간은 세계-내에서 도덕적 지위를 부여받고, 이를 행하는 행위자로 이루어진 공동체의 일원이라고 인정받을 만한 품위를 갖춘 존재가 된 것이다.

이로 보면 배아 및 태아 그리고 인간은 일직선상의 일련의 과정으로서 분리될 수 없는 성질이라고 할 수 있다. 이러한 현상은 인간의 발생과 성장 과정으로서 불변의 법칙이지만, 그렇다고 하더라도 이들 각각은 엄연히 구별되는 것이라고 할 수 있고, 법적인 지위에 있어도 엄연히 차이가 존재한다고 할 수 있다. 즉, 배아는 생명윤리법의 규정에 의해 간접적인 형태로서 국가의 보호가 필요한 대상이 되지만, 생명권의 주체이면서 기본권의 주체가 될 수는 없다.²⁵⁾ 그러나

25) 헌법재판소 2010. 5. 27. 선고 2005헌마346 결정 : “출생 전 형성 중의 생명에 대해서 헌법적 보호의 필요성이 크고 일정한 경우 그 기본권 주체성이 긍정된다고 하더라도, 어느 시점부터 기본권 주체성이 인정되는지, 또 어떤 기본권에 대해 기본권 주체성이 인정되는지는 생명의 근원에 대한 생물학적 인식을 비롯한 자연과학·기술 발전의 성과와 그에 터 잡은 헌법의 해석으로부터 도출되는 규범적 요청을 고려하여 판단하여야 할 것이다. 초기배아는 수정이 된 배아라는 점에서 형성 중인 생명의 첫걸음을 떴다고 볼 여지가 있기는 하나 아직

반면에 태아와 인간은 그러한 권리의 주체가 될 수 있지만, 태아와 인간 양자는 동일한 생명이라는 이유만으로 언제나 동일한 법적 효과를 부여받는 것은 아니다. 즉, 태아에게 민법상·형법상의 특별한 권리능력을 인정하고 있는 것을 제외하고는 모든 법률에 있어 일반적인 권리능력이 인정되지도 않고, 인정될 수도 없다는 것이다.²⁶⁾

나. 낙태결정가능기간 내지 낙태허용시기

현행 형법상의 낙태죄를 해석 및 적용함에 있어 그 기준으로 삼고 있는 모자보건법상의 인공임신중절수술의 허용한계의 기간은 임신 24주 이내로 규정하고

모체에 착상되거나 원시선이 나타나지 않은 이상 현재의 자연과학적 인식 수준에서 독립된 인간과 배아 간의 개체적 연속성을 확정하기 어렵다고 봄이 일반적이라는 점, 배아의 경우 현재의 과학기술 수준에서 모태 속에서 수용될 때 비로소 독립적인 인간으로 성장가능성을 기대할 수 있다는 점, 수정 후 착상 전의 배아가 인간으로 인식된다거나 그와 같이 취급하여야 할 필요성이 있다는 사회적 승인이 존재한다고 보기 어려운 점 등을 종합적으로 고려할 때, 기본권 주체성을 인정하기 어렵다.”

- 26) 헌법재판소 2008. 7. 31. 선고 2004헌바81 전원재판부 결정 : “태아는 형성 중의 인간으로서 생명을 보유하고 있으므로 국가는 태아를 위하여 각종 보호조치들을 마련해야 할 의무가 있다. 하지만 그와 같은 국가의 기본권 보호의무로부터 태아의 출생 전에, 또한 태아가 살아서 출생할 것인가와는 무관하게, 태아를 위하여 민법상 일반적 권리능력까지도 인정하여야 한다는 헌법적 요청이 도출되지는 않는다. 법치국가원리로부터 나오는 법적안정성의 요청은 인간의 권리능력이 언제부터 시작되는가에 관하여 가능한 한 명확하게 그 시점을 확정할 것을 요구한다. 따라서 인간이라는 생명체의 형성이 출생 이전의 그 어느 시점에서 시작됨을 인정하더라도, 법적으로 사람의 시기를 출생의 시점에서 시작되는 것으로 보는 것이 헌법적으로 금지된다고 할 수 없다. 입법자는 형법과 모자보건법 등 관련규정들을 통하여 태아의 생명에 대한 직접적 침해위험을 규범적으로 충분히 방지하고 있으므로, 이 사건 법률조항들이 태아가 사산한 경우에 한해서 태아 자신에게 불법적인 생명침해로 인한 손해배상청구권을 인정하지 않고 있다고 하여 단지 그 이유만으로 입법자가 태아의 생명보호를 위해 국가에게 요구되는 최소한의 보호조치마저 취하지 않은 것이라 비난할 수 없다. 생명의 연속적 발전과정에 대해 동일한 생명이라는 이유만으로 언제나 동일한 법적 효과를 부여하여야 하는 것은 아니다. 동일한 생명이라 할지라도 법질서가 생명의 발전과정을 일정한 단계들로 구분하고 그 각 단계에 상이한 법적 효과를 부여하는 것이 불가능하지 않다. 이 사건 법률조항들의 경우에도 ‘살아서 출생한 태아’와는 달리 ‘살아서 출생하지 못한 태아’에 대해서는 손해배상청구권을 부정함으로써 후자에게 불리한 결과를 초래하고 있으나 이러한 결과는 사법(私法)관계에서 요구되는 법적 안정성의 요청이라는 법치국가이념에 의한 것으로 헌법적으로 정당화된다 할 것이므로, 그와 같은 차별적 입법조치가 있다는 이유만으로 곧 국가가 기본권 보호를 위해 필요한 최소한의 입법적 조치를 다하지 않아 그로써 위헌적인 입법적 불비나 불완전한 입법상태가 초래된 것이라고 볼 수 없다.

있다. 이와 관련하여 헌법재판소는 이번 결정을 통해 허용한계의 기간에 대해 모체를 떠난 상태에서 독자적으로 생존할 수 있는 시점으로서 22주(=헌법불합치의견) 또는 임신 제1삼분기(=단순위헌의견/대략 마지막 생리기간의 첫날부터 14주 무렵까지)를 의견을 도출하게 된 근거로 들어 판단기준으로 삼고 있다.

그렇다면 이와 관련하여 외국의 경우를 먼저 살펴볼 필요가 있다. 이와 관련된 주요 몇몇의 외국의 규정을 보면 대부분의 국가는 결합방식을 취하고 있는데, 여기서 기한부분만을 놓고 본다면 대체적으로 국가마다 허용한계의 상한선이 상이하나 주요 국가들은 대부분 임신 12주로 규정하고 있고, 드물게 임신 21주로 규정하고 있기도 하다.²⁷⁾ 기한의 결정은 태아의 발달과정을 고려한 결과로서 특히 10주-12주 기한 내에는 낙태시의 위험이 분만 시의 위험과 비교하여 상당히 적게 나타나고, 이 기간을 넘기면 임부에게 신체적 위험이 점차 증가한다는 데 그 근거를 두고 있고, 기한이 경과한 이후의 낙태에 대해 적용사유가 있을 것을 요구하거나, 기한을 짧게 잡은 경우에는 포괄적인 적용사유 내지 임신기간에 따른 단계별 적용사유를 합법적 허용범주에 포함하기도 한다.²⁸⁾ 이를 분절하여 살펴보면, i) 미국의 경우는 연방대법원은 Roe v. Wade 판결²⁹⁾에서 임신을 세 단계로 구분하여 임신 후 첫 삼분기(임신 3개월 이내) 동안에는 낙태를 임부의 절대적 privacy에 대한 권리로 인정하여 임부의 결정에 제한을 둘 수 없고, 단지 주정부는 면허를 소지한 의사에 의한 시술을 요구할 수 있을 뿐이라고 하였고, 두 번째 삼분기(임신 4개월부터 임신 6개월) 동안에는 임부의 건강을 보호하기 위한 경우에 한하여 즉, 산모의 건강에 대한 이익을 증진시키기 위한 경우에 한하여 낙태를 허용하였으며, 마지막 삼분기(임신 7개월부터) 동안에는 인간 생명의 가능성에 대한 이익을 증진시키기 위해 즉, 태아가 모체를 떠난 상태에서 독자적인 생존을 할 수 있는 시기에는 태아의 생명보호를 위해 산모의 건강이나 생명보존에 필요한 경우를 제외하고는 낙태를

27) 세계의 더 많은 국가의 낙태에 대한 허용한계 기간을 살펴본 결과로서는 대체적으로 상당수의 국가들은 허용한계의 상한선을 10주 및 12주 그리고 16주로 규정하고 있고, 드물게 21주 및 24주 그리고 28주로 규정하고 있다고 한다(이인영, “출산정책과 낙태규제법의 이념과 현실”, 『페미니즘연구』 제10권 제1호, 한국여성연구소, 2010, 47면).

28) 이인영, 위의 논문, 47-48면.

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

규제하고 금지까지 할 수 있다고 하고 있고, ii) 독일의 경우는 1975년 연방헌법재판소 결정³⁰⁾에서 태아의 생명보호가 임부의 임신에 대한 자기결정권에 우선한다고 하였으나, 1995년 형법개정에 의해 형법에 임부가 낙태를 촉진하고, 동 법 제219조 제2항 제2문에 의한 직접 낙태 시술을 행하지 않은 의사의 확인서를 통해 최소한 수술 3일 이전에 상담을 거친 사실을 의사에게 입증하여야 하며, 의사에 의해 착상 후 12주 이상 경과하지 않은 시기에 시술된 때에 동 법 제218조의 낙태죄가 실현되지 않는다고 규정하고 있고(제218조a), iii) 오스트리아의 경우는 형법에 임신 후 3개월 이내에 의사의 사전조언에 따라 의사가 낙태한 때에는 동 법 제96조의 낙태죄로 별하지 아니한다고 규정하고 있으며(제97조), iv) 영국의 경우는 1967년 낙태법에 의해 임신의 지속이 낙태를 하는 경우보다 산모 및 산모의 다른 모든 자녀에게 신체적 또는 정신적 건강에 더 큰 위험이 있거나, 낙태가 신체적 또는 정신적 건강의 영구적인 손상의 방지를 위해 필요한 때에 임부는 두 명의 의사의 낙태 시술에 대한 합의를 통해 24주를 초과하지 않는 기간 내에 낙태죄에 대한 항변이 가능하다고 규정하고 있으며(제1조),³¹⁾ v) 프랑스의 경우는 공중보건법에 임부가 고통스러운 상황에 놓여 있는 때에 임신 12주 이내에서만 낙태를 허용하고 있고, 이때 성년자는 의사의 자문이 의무사항은 아니지만, 미성년자는 의사의 자문이 의무사항이고, 반드시 1주일의 숙려기간 후에 의료기관에서만 낙태 시술을 행할 수 있다고 규정하고 있다. 그러나 의학적인 필요에 의해 임부가 낙태를 할 때에는 그 임신기간에 상관없이 낙태를 할 수 있다고 규정하고 있고, 임신 12주가 지난 후에 의학적인 사유가 아닌 이유로 임부가 낙태를 하는 경우와 의사가 아닌 자가 낙태 시술을 하는 경우 및 정해진 의료기관이 아닌 곳에서 임부가 낙태를 행할 수 없다고 규정하고 있고(제L2211-1조부터 제L2223-2조), vi) 스위스의 경우는 형법에 임부가 현재 고난의 상황에 놓여있다는 서면 요청이 있고, 임신 12주 이내인 때에는 낙태 행위에 대한 처벌을 받지 않는다고 규정하고 있으며(제119조부터 제120조), vii) 스페인의 경우는 형법에 임부의 임신기간이 21주 이내인

30) BVerfG 39, 1

31) Sheelagh McGuinness/윤일구(역), “영국에서의 낙태죄의 역사”, 「법학논총」 Vol. 30 No. 3, 전남대학교 법학연구소, 2010, 396-400면.

때에는 낙태죄로 처벌받지 않지만, 임신 22주부터의 어떠한 행위로든 낙태 행위는 의료인 및 의료기관(공공 또는 사설 등) 등을 불문하고 -면허 등- 자격 박탈 및 낙태죄로 처벌받는다고 규정하고 있다(제144조부터 제146조).

그렇다면 이와 관련하여 다음으로는 인간의 배아 및 태아의 발달 정도에 대해 살펴볼 필요가 있다. 앞서 살펴본 바와 같이 완전체 형태의 인간으로의 발달 시기는 수정란이 모체의 자궁 내막에 착상한 때부터 배아기(=임신 8주까지)와 태아기(=임신 9주부터 출산까지)를 보내면서(=임신기간)라고 할 수 있다.³²⁾ 이 과정에서³³⁾ i) 임신 2주 동안은 수정란은 임신 호르몬을 생산하기 시작하고, 임신 3주차 때는 자궁 벽에 conceptus implantation이 완료되고 trophoblast 세포가 조기 태반 과정에서 자궁 벽을 계속 침범하는데, conceptus 내에서 원추 절제는 bilaminar embryo를 trilaminar embryo(외배엽, 내배엽, 중배엽)로 전환시킨다. 또한 이 과정에서 3개의 생식 세포층인 외배엽 및 내배엽 그리고 중배엽을 확립하고, 신경이 발생하면서 신경 그루브 및 폴드가 처음으로 나타나며, 이로 인해 신경 그루브는 완전히 열려있게 되어 대뇌 소포가 아닌 뇌의 세 가지 주요 분열이 구별될 수 있고, mesencephalic neural crest가 보이기 시작한다. ii) 임신 4주차 때는 감각 placodes(귀, 수정체, 코) 귀, 눈과 코의 특정 구성 요소를 형성 할뿐만 아니라 심장, 순환계, 소화기, 비뇨 생식기 및 신경계와 같은 다른 시스템은 모두 형태를 취하기 시작한다. 이때는 심장은 분당 약 110 비트에서 뛰고, 경질 초음파를 사용하여 볼 수 있다. 그리고 세포가 주로 신경

32) 임신 주기의 측정 방법은 수정연령(Fertilization Age/FA) 측정 방법과 임신연령(Gestational Age/GA) 측정 방법으로 구분할 수 있다. 임신기간은 수정 후 착상이 수정란이 자궁에 착상한 때부터를 말한다고 할 수 있으므로 본 논문에서는 수정연령(Fertilization Age/FA) 측정 방법을 기준으로 논의하고자 한다.

33) 임신과정 동안의 배아 및 태아의 발달 정도에 대한 내용은 'Bruce M. Carlson, 『Human Embryology and Developmental Biology 5th Edition』, Elsevier Saunders, 2013, p. Xi-Xiii; Ronan R. O'Rahilly/Fabiola Muller, 『Human Embryology & Teratology / Edition 3』, Wiley-Liss, 2001, p. 490; William J. Larsen, 『Human Embryology / 3rd Edition』, Churchill Livingstone, 2001, p. XViii; Hill, Mark, "Embryology Embryonic Development", 2019.06.02. (https://embryology.med.unsw.edu.au/embryology/index.php/Embryonic_Development#Week_1(최종접속일 : 2019.06.03.)); perinatology.com, "Fetal Development", 2019.03.31. (<http://perinatology.com/Reference/Fetal%20development.htm>(최종접속일 : 2019.06.03.))'을 요약·인용함.

외배엽에서 발생하면서 신경 폴드가 뇌와 척수의 교차점 근처에서 융합되기 시작하고, 증화 된 외배엽 상피를 생성하는 발아 (기저) 세포가 반복 분열함과 동시에 중배엽이 결합 조직과 혈관으로 분화한다. 또한 삼차 신경, 얼굴 및 이식 신경절 구성 요소를 볼 수 있고, 인두 바닥에 갑상선 종자가 나타나며, 시신경이 나타나고, 간질을 형성하는 간막 중격(=간 발달 중격) 및 간질을 형성하는 간질 개실이 발생하고, 이차 신경 치료가 시작되며, 척수 복부 뿌리가 발달하면서 뇌파가 나타나고, 간질 모세 혈관을 둘러싸고 있는 간막 중격 상피 세포가 증식하기 시작한다. iii) 임신 5주차 때는 좌우 폐가 심낭 주위 운하(흉강의 원시) 하고, 귀의 소낭 부분이 늘어나며, 대뇌 반구가 처음으로 생겨나면서 소뇌 판은 중간층으로 분화되고, 입술은 마름모 모양으로서 식별 가능해진다. 그리고 외배엽으로부터 감각 placodes, 수정체 오목, 이소포, 비강 placode, 기본/보조 vesicles, 뇌의 넷째 뇌실이 생겨나고, 중배근으로부터 근축 중배엽의 지속적인 분절현상 및 심장이 돌출되며, 심장, 간, 탯줄, 중간신장능선이 외부로 돌출되며, 간샘과 그 간장 혈관의 확대와 조혈 기능이 나타난다. 또한 망막 색소가 생겨난다. 이때는 심장은 분당 약 120비트에서 뛰고, 경질 초음파를 사용하여 볼 수 있다. iv) 임신 6주차 때는 가슴과 폐가 흉부로 내려하고, 가슴막복막틈새 구멍(복강 내 폐공맥)이 폐쇄된다. 그리고 첫 parasympathetic ganglia 및 턱밑과 섬모를 식별할 수 있고, 팔다리 신경과 신경 중간 신경 그리고 요골 신경 및 척골 신경은 손잡이 판으로 들어가고, 손가락과 발가락이 발달하며, 근섬유는 사다리꼴 축에 평행 한 모양과 방향을 이루고, 입술과 구개 구성 요소 그리고 내측 비강 굴곡 및 상악골의 현재 구성 요소가 구개돌기 중앙에 나타난다. 또한 대뇌 피질의 대뇌 피질 영역, 고지 피질 및 신피질. 맥락막층(맥락막 신경총)이 시작되고, 종합된 심장 유출의 분리(대동맥 궁 및 폐 대동맥)가 일어난다. v) 임신 7주차 때는 췌장 호르몬의 분비가 증가하고, 소량의 모성 인슐린이 분비되며, 간이 확대되면서 심장과 폐의 하강을 멈추게 한다. 그리고 내분비 골화 및 연골을 뼈로 대체 한 배아 전체에서 뼈 형태를 유지하고, 상피 세포의 증식으로 인하여 간 폐쇄, 담관의 재구성, 간 세포와 장간의 연속성이 이루어지며, 신경 시스템의 발달로 부올리브핵이 나타난다. 이때는 심장은 분당 약 170비트에서 박동 한다. vi) 임신 8주차 때는 머리 두피의 혈관 열기가 보이고, 팔다리

가 복부로 회전하기 시작 하며, 소뇌 세포층이 발달하고, 피질 판은 섬엽 영역에 나타난다. 그리고 손가락과 발가락이 길어지고, 테스토스테론이 분비되기 시작하며, 신경은 epithelilai basal lamina와 미분화 된 길쭉한 상피 세포와의 시냅스에 침투하고, 심장 돌출되는 동시에 골화가 계속 진행되며, 마름모 모양의 십자말 신경이 존재하고, 신생아 소뇌에 존재하는 것과 유사한 핵 및 기관은 중뇌에 연결되는 판과 섬유 묶음을 통해 후뇌에 생성된다. 또한 중축골격 척추 33 또는 34 연골척추(전체 길이 20-33mm), 척추, 관절과 횡돌기가 식별가능(극돌기 없음)하고, 위 전정부에 Gastrin 세포들을 함유하고 있고, 위 전정부와 기저부 양자 모두 Somatostatin 세포들을 함유하고 있다. vii) 임신 9주차 때는 태아는 호흡 운동을 시작 하고, 입을 열고 삼킬 수 있다. 그러나 아직까지는 남녀 성기가 동일하게 보인다. viii) 임신 10주차부터는 태아기에 설립 된 장기 시스템의 분화 뿐만 아니라 크기와 질량의 광범위하게 성장하는 시기인데, 특히 뇌가 계속 성장하고 발달하며 호흡기가 분화되고, 남성과 여성, 내분비선 및 위장관이 더 분화된다. 그리고 태아는 random movements를 시작한다. 또한 갑상선은 요오드와 갑상성 호르몬을 생산하기 시작하고, 췌장은 인슐린을 만들기 시작하며, 신장은 소변을 생성하기 시작하고, 전자 모니터를 통해 심장박동을 들을 수 있다. ix) 임신 11주차 때는 태아의 모든 주요 기관이 형성되나, 태아가 임부의 자궁 밖에서 생존하기에는 너무 미숙하다. x) 임신 12주차 때 가장 큰 현상은 성별 즉, 남성과 여성의 외부 생식기의 차이가 관찰 가능하다는 것이다. xi) 임신 13주차부터 16주차 때는 세포와 구심성 신경 섬유 사이의 시냅스가 최대로 생겨나기 시작하고, 머리가 똑바로 올라가고, 얼굴의 앞부분에 눈이 있지만 여전히 넓게 떨어져있으며, 외이가 목의 윗부분에서 머리 쪽으로 움직인다. 그리고 근골격계는 골화가 진행하고 있고, 해골 또는 골격은 x-ray에서 볼 수 있으며, 외피계통은 몸이 lanugo로 덮여있고, 섬 주위 대뇌 뇌구의 대뇌 신경이 발달한다. 이 시기에 성장은 급속하게 이루어진다. xii) 임신 17주차부터 20주차 때는 피지선이 분비되기 시작하고, 태지(=태아기름막)는 양수에 의한 위험을 막기 위해 피부로 덮기 시작한다. 그리고 신경계는 척수에서 myelination을 시작하고, 태아는 자궁에서 움직임이 활발해진다. 또한 외이도관은 이미 완전히 확장되면서 외이가 발달하고, 뇌하수체에서는 성장 호르몬 수치가 증가한다. 이 시

기에 touch pacinian corpuscle가 발달하기 시작한다. xiii) 임신 21주차부터 25주차 때는 눈꺼풀과 눈썹이 나타나고, lanugo의 어두운 색과 태지(=태아기름막)은 두꺼워지며, 피부는 때때로 주름이 생기고, 손톱이 보이기 시작한다. 그리고 얼굴과 몸은 일반적으로 출생시와 같아지고, 앞니와 송곳니의 영구치가 나타난다. 또한 이 시기(임신 25주) 이후에 태어난 태아는 일반적으로 생존이 가능하다. 이 시기에 touch pacinian corpuscle가 잘 발달하고 있다.

위에서는 임부의 -일반적인- 임신기간 총 10개월(40주 내외(內外)) 중에서 -전(全) 주에 대해 살펴보는 않고- 임신 25주까지의 배아 및 태아의 발달 정도에 대해 살펴보았다. 그러나 임신 9주차부터는 태아기의 시작으로 주(週) 단위로 명확하게 설명되지 않는다. 그러나 위에서 살펴본 바와 같이 장기 태아 기간(배아 기간의 4배)인 second trimester와 third trimester때는 태아기에 설립된 장기 시스템의 지속적인 분화 뿐만 아니라 크기와 질량이 광범위하게 성장하는 기간이라고 할 수 있다. 즉, first trimester때 생명체로서 생존하는 데 필요한 주요 생명 기관이 어느 정도 형성되어 미약하지만 그 기능의 발휘가 가능한 시기라고 할 수 있다. 그러나 앞서 언급한 바와 같이 배아와 태아는 엄연히 구별된다고 할 수 있다. 그리고 낙태는 여성의 몸과 마음에 심각한 후유증을 남길 수 있는 매우 심각한 외상으로서 낙태는 개인적 외상을 넘어 사회적 외상, 트라우마(trauma)로 인식해야 하고, 모든 여성이 낙태 후 반드시 외상을 겪는 것은 아니지만 많은 여성들은 낙태 후 외상을 경험하고 있으며, 낙태는 대부분 비밀리에 이루어지기에 강요받는 측면이 강하고 여성 스스로 태아 살해로 느껴 말할 수 없는 비밀스런 고통이 된다고 한다.³⁴⁾ 또한 인공임신중절수술로 인해 출혈·감염 등 합병증이 발생될 수 있고, 복강 내 장기의 손상까지 초래할 수 있는 자궁천공·자궁경부열상·태아나 태반의 크기의 증가로 인해 또는 자궁벽의 두께의 감소로 인해 자궁출혈 등의 이환율이 증가되며, 경부 무력증이나 자궁 내막의 유착이 초래되는 경우에는 향후 임신에 영향을 주어 불임을 유발할 가능성도 있어 인공임신중절수술 후의 모성사망률은 임신 2개월 이내에는 10만 시술 당 0.7이고, 임신 8주 이후부터는 임신 주 수가 증가함에 따라 시술

34) 배정순, “외상 후 스트레스 장애로서의 낙태”, 「생명, 윤리와 정책」 제2권 제1호, 국가생명윤리정책원, 2018, 76-90면.

후의 합병증 발생률과 사망률이 현저하게 증가한다고 한다.³⁵⁾ 특히 임신 16주 이상의 시기에는 태아 및 태반의 크기가 증가하여 자궁수축을 유발하고, 태아의 만출(娩出)을 유도하게 되어 이환율이 더욱 증가할 가능성이 있다고 한다.³⁶⁾ 이에 이러한 점들을 바탕으로 보면 낙태결정가능기간 내지 낙태허용시기로서 적정하고 타당한 기간은 배아기와 태아기를 구분하여 규정할 필요가 있다고 본다. 따라서 배아는 태아와는 달리 생명권의 주체이면서 기본권의 주체가 될 수는 없기에 배아기인 임신 8주 이내까지는 -낙태의 허용한계를 불문하고- 낙태를 전면 허용할 필요가 있고, 태아기인 임신 9주부터는 i) first trimester때까지는 이 기간이 지난 이후부터의 기간과 비교했을 때 주요 생명 기관의 기능 발휘가 미약(微弱)하다는 점, ii) 임신 8주 이후부터 합병증 발생률이 현저히 증가하고 그 위험성이 최고조에 이르는 시기가 임신 16주 이상이라는 점, iii) ii)의 기간을 고려할 때 임신 9주부터 임신 15주까지의 기간 내에서 위험성을 조금이나마 줄일 필요가 있기에 그 위험성의 정도가 50%를 넘기지 않아야 한다는 점 등을 고려할 때 임신 9주부터 임신 11주 이내까지는 -특히 -앞으로의 입법과정에서- 허용한계로서 사회적·경제적 적응 사정을 고려해야 하므로- 허용한계 [II. 2. 다.]를 규정하여 그것에 부합하는 한에서 부분적으로 낙태를 허용할 필요가 있고, 임신 12주부터는 모든 낙태 행위를 허용해서는 안 된다고 본다. 여기서 중요한 점은 임부가 낙태결정을 명시적으로 표명한 경우 -결정 즉시 그 시점에 바로 낙태 시술을 행할 수는 없는 것이므로- 이후 시술하기까지 절차상의 시간이 필요하다는 점을 감안할 때 ‘임신 8주 이내까지’와 ‘임신 9주부터 임신 11주 이내까지’라는 기간은 시술이 시행되어야 할 기간의 맥시멈(maximum)이 아닌 임부가 낙태결정을 명시적으로 표명해야 할 맥시멈(maximum)으로 봐야 한다. 그리고 임부의 낙태결정이 있으면 ① 그 시점에 담당 의료인은 연월일시(年月日時) 등 그 내용을 기록하여야 하고, ② 낙태 시술은 그 결정이 있는 때로부터 지체 없이 시행하여야 하고, ③ ②의 경우 특별한 사정이 없는 한 결

35) 김향미, “모자보건법 제14조 개정의 필요성과 방향”, 「대한산부회지」 제52권 제5호, 대한산부인과학회, 2009, 493면.

36) F. Cunningham/Kenneth Leveno/Steven Bloom/John Hauth/Larry Gilstrap/Katharine Wenstrom, 『Williams Obstetrics : 22nd Edition』, McGraw-Hill Professional, 2005, pp. 241-247.

정이 있는 날의 다음날까지 시행하여야 하며, ④ 늦어도 결정이 있는 날 다음 날로부터 -결정한 당해 일(日)을 제외한- 48시간 이내에 즉, ③의 기간의 다음날까지 시행하여야 한다고 본다.

이와 같은 필자의 견해에 대해 헌법재판소의 이번 결정문에서 명시하고 있는 바와 같이 낙태의 허용한계 기간을 다수 의견 중 헌법불합치 의견은 임신 22주로, 단순위헌 의견은 제1삼분기로 언급하고 있는 것에 비추어 볼 때 기간이 상대적으로 짧은 것 아닌가 그리고 헌법재판소의 결정 내용에 배치되는 것은 아닌가 그리고 이것이 문제가 되는 것은 아닌가 하는 의문을 제기할 수 있다. 그러나 헌법재판소는 사건의 판단에 대한 결정을 함에 있어 입법적인 효력이 있다고 할 수 없고, 그 결정 내용이 그대로 입법적인 작용으로 반영되어야 하는 것은 아니라고 할 수 있다. 물론 이번 결정과 같이 위헌심판형헌법소원의 경우 헌법재판소법 제47조 제2항에 의해 법 인식을 통한 사실관계에 대해 법적 판단이라고 하는 기능을 넘어 그러한 법 자체에 대한 창설적 기능으로서 소극적인 측면에서 -헌법불합치 결정의 경우 개선입법이 있을 때까지- 당해 법률의 존재 내지 효력을 상실케 하는 효력은 있지만 -이러한 의미에서 이를 입법작용으로서의 효력이라고 할 수는 있지만-, 적극적인 측면에서 법률을 제정하는 효력은 없다는 점에서 입법작용으로서의 효력이 인정되는 것은 아니라는 것이다. 이는 위헌법률심판에 대한 변형결정의 경우에도 마찬가지이다. 그리고 이번 결정문에서 언급한 허용한계의 기간은 이번 사안을 판단함에 있어 이 사안의 위헌여부의 판단에 대한 하나의 근거로 작용한 것으로서 그 이상도, 그 이하도 아니라고 할 수 있다. 따라서 결정문에서 언급한 허용한계의 기간에 대한 내용은 헌법재판소의 결정에 대한 근거로서 의미를 가지는 것 이외에 이후의 입법적·행정적·사법적 및 사회적 등으로 어떠한 특별한 의미가 있어 -헌법재판소가 언급한 기간이- 구속력을 가지는 것은 아니므로 그 기간에 얼마일 필요는 없다고 본다. 이는 -당해 심판대상 법률 조항의 정형결정 내지 변형결정에 대한- 헌법재판소의 -최종- 결정 자체에 대한 객관적 규범통제의 성격을 지니는 내용적 효력 내지 구속력과는 차원이 다른 문제라고 할 수 있다. 다만 이와 비슷한 사안으로 헌법재판소에 심판이 청구될 경우 이번 결정이 근거가 되고, 이를 근거로 하여 판단할 여지가 있으며, 이 결정이 선례로서 영향을 미칠 수

는 있다고 본다.

이와 관련하여 한 가지 더 언급하자면 낙태결정가능기간 내지 낙태허용시기에 대해 앞서 허용한계의 기간을 언급하였지만, 앞서 언급한 ‘생명존중사상’의 관점에서 볼 때[Ⅲ. 1. 다.] 낙태 행위가 어느 기간에 이루어지든지 모두 생명존중사상에 반하는 행위라고 할 수 있다. 우주만물은 생물이든 무생물(=비생물)이든 세계 속에 속하는 하나의 독립된 객체적 존재로서 우주천의 명령에 따라 만들어진 생의를 지니고 있는 즉, 살아가는 이(리)(理)를 가지고 있는 존재이고, 태아도 생명을 지니고 있는 존재이며, 수태가 이루어지기 전이라고 하더라도 이 역시도 생물로 볼 수 있기 때문이다.³⁷⁾ 그러나 이리함에도 불구하고 낙태 행위에 대한 허용한계의 기간을 설정하는 이유는 낙태 행위를 무조건적으로 금지하는 것은 -오히려- 우주자연의 생생의 길을 저해하는 길이기 때문이다.

다. 낙태허용사유[=허용한계] 및 낙태허용절차

현행 형법상의 낙태죄를 해석하고 적용하는 데 있어 기준 및 지침이 되는 모자보건법 제14조 제1항은 인공임신중절수술의 허용한계를 규정함에 있어 우생학적 적응(제1호 및 제2호)과 윤리적 적응(제3호 및 제4호) 및 의학적 적응(제5호) 등의 방식을 취하고 있다. 이에 대해 헌법재판소는 -이번 결정을 통해- 낙태 행위의 허용한계로서 ‘사회적·경제적 적응 사정’을 반드시 포함시켜야 한다고 피력하고 있다. 그렇다면 현행 낙태의 허용한계로서 규정하고 있는 사유 이외에 사회적·경제적 적응 사정을 포함시키는 것이 타당한 것인지 그리고 포함시킬 경우 그 한계는 어떻게 설정하는 것이 타당한 것인지 또한 이외에 다른 사유를 포함할 것은 없는지에 대해 살펴볼 필요가 있다.

(1) 사회적·경제적 적응

현행 허용한계 이외에 추가할 사유로서 고려할 필요가 있는 경우로 첫 번째는 사회적·경제적 적응이다. 이는 앞서 언급한 바와 같이[Ⅲ. 1.] 이를 추가하는

37) 송승현, 앞의 논문(주 7), 50면.

것은 타당하거나 또는 적합하다고 할 수 없다. 그러나 헌법재판소가 이번 사안을 판단함에 있어 언급한 여러 가지 요건 중 사회적·경제적 적응 사정도 포함하여 개선입법이 이루어져야 한다고 표명하고 있는 만큼 개선입법과정에서 이 부분은 반드시 반영되어야 한다고 할 수 있다. 그렇다면 어떻게 반영되어야 하는가 하는 것이 문제라고 할 수 있다. 국어적인 의미에서 사회적이라는 용어는 “사회에 관계되거나 사회성을 지닌 것”이라는 의미이고, 경제적이라는 용어는 “인간의 생활에 필요한 재화나 용역을 생산·분배·소비하는 모든 활동에 관한 것 또는 돈이나 시간, 노력을 적게 들이는 것”이라는 의미이다. 그리고 형법학에는 사회적·경제적이라는 용어가 들어가는 이론적 근거가 여러 가지 존재하는데, 사회적이라는 용어는 ① 행위론에 있어 사회적 행위론(다수설), ② 피해자의 승낙에 있어 사회적 상당설(상당성설), ③ 책임론에 있어 사회적 책임론, ④ 중지미수에 있어 사회통념설, ⑤ 죄수론에 있어 사회적·형법적 행위표준설 등이 있고, 경제적이라는 용어는 ① 재산범죄에 있어 경제적 재산개념설, ② 절도죄의 불법영득의사에 있어 경제적 용법설 등이 있다. 이로 보면 사회적·경제적이라는 용어의 의미는 추상적이면서 불명료한 성질을 지니고 있다고 할 수 있다. 그래서 사회적·경제적 적응 사정의 포함은 낙태의 허용 범위를 확대시킬 수 있어 오히려 국가의 복지정책을 더 어렵게 하는 것이고, -현행- 국가의 미약한 복지정책을 낙태의 허용 범위 확대로 보상하려는 것이라고 보이며, 이는 국민에 대한 국가의 복지에 대한 보장할 책임을 국민에게 전가하거나 해태하는 것이라고 본다. 물론 사회적·경제적 적응 사정에는 명확하게 설명될 수 있는 경우가 존재하기도 한다. 예컨대 ‘미성년자·미혼자의 임신’, ‘부모의 정신 질환(모자보건법 제14조 제1항 제1호 및 제2호에 포함되지 않는 본인이나 배우자의 정신적 질환)’, ‘배우자 있는 자와 그와 상간(相姦)하는 자 간의 임신’ 등의 경우는 보다 명료하게 판별될 수 있다고 본다. 그러나 이러한 경우들은 사회적·경제적 적응 사정의 한 유형인 것이고, 일반적인 관점에서는 그 한계를 -명확하게- 그을 수 없다고 본다. 그럼에도 불구하고 법률가들은 성문법은 언어로 되어 있다는 한계가 존재하고, 인간의 행위를 판단함에 있어 이러한 이론들이 필요 불가결하다는 인식하에 당해 이론들을 해석하고 적용하는 데 있어 -일반적으로- 사람이 살아가는 사회 환경으로부터 일상적인 사회생활의 경험을 바탕으로 삼

고 있는 것이다. 따라서 사회적·경제적 적응 사정을 이후 개선입법을 통해 포함시켜야 한다면 앞서 언급한 낙태허용기간[III. 2. 나.]이 반드시 일직선상에서 엄격하게 병행되어야 한다고 본다. 그리고 사회적·경제적 적응 사정이 현행 모자보건법 제14조 제1항 각 호의 사유들을 모두 포괄한다고 볼 수 있으므로 낙태허용기간도 -합병증 및 위험성 발생률이 현저히 증가한다는 앞서 언급한 이유에서- 앞서 언급한 기간을 -절대로- 넘어서는 안 된다고 본다.

이와 관련하여 사회적·경제적 적응 사정을 포함시키는 데 있어 이를 적용할 때 그 절차로서 낙태 시술을 행할 담당 의사를 제외한 다른 의사의 상담절차를 거칠 것을 제도화해야 한다는 견해가 있다.³⁸⁾ 이러한 견해의 근거는 낙태의 사유와 수술의 의학적인 측면 및 태아에 생명소실과 발생가능한 부작용을 설명하여 수술을 정확히 이해할 것과 다시 한 번 더 임신의 지속을 재고할 수 있는 기회의 부여 그리고 상담기록을 통한 본인의 확인 후에 임부 본인의 의사를 다시 한 번 확인하는 차원에서 필요하다는 것이다. 이는 독일 형법 제218조a의 규정을 근거로 하고 있다고 할 수 있다. 그러나 이는 복잡하고 번거롭다는 점에서 절차적으로 실효성과 경제성이 떨어진다는 문제가 있다. 그리고 상담이라는 절차를 거치게 되면서 임신의 주 수 역시 그만큼 증가하게 되고, 이로 인해 낙태 시술 시 합병증 및 위험성 발생할 확률 역시 그만큼 증가하게 된다. 또한 여성이 임신을 하게 되면 신체적·정신적으로 힘든 상황에 놓이고 -임신이 원치 않은 경우에는 그 정도가 더욱더 심해진다.-, 기복이 불안정한 상태가 되며, 성격 및 태도가 우유부단해지는데, 가뜩이나 이러한 상황에서 상담이라는 과정을 거치게 되면 이러한 상황은 더욱더 악화되고, 상담을 받더라도 올바른 결정을 할 수 없게 된다. 또한 이러한 상황에서 결정을 내렸다고 하더라도 자신의 결정에 대해 끊임없이 의구심을 가지게 되어 그 결정에 대해 다시 반복할 가능성이 높고, 이러한 과정이 반복될 수 있다. 이는 임신으로 인한 뇌 및 호르몬이 영향을 미치기 때문이다.³⁹⁾ 그리고 상담절차라는 것은 수술의 의학적인 측면

38) 김용호, “낙태죄의 존폐에 대한 고찰”, 『한양법학』 제33집, 한양법학회, 2011, 211면; 김향미, 앞의 논문(주 35), 495면; 박남미, “낙태죄의 허용 한계 사유와 허용 한계 시기에 대한 고찰”, 『동아법학』 제78호, 동아대학교 법학연구소, 2018, 41면; 이기원, “낙태죄의 허용사유에 관한 비교법적 고찰”, 『법학논총』 제19권 제3호, 조선대학교 법학연구원, 2012, 421면; 정현미, “낙태죄와 관련한 입법론”, 『형사법연구』 제22호, 한국형사법학회, 2004, 701면, 704면.

및 태아와 본인에게 발생할 수 있는 부작용 그리고 태아의 생명소실에 대해 설명함으로써 출산으로의 심리적 압박을 통해 어떻게 해서든지 낙태가 아닌 출산을 하는 방향으로 유도하는 것인데, 임부가 처한 이러한 현실에서 만출을 한다고 하더라도 임부가 처음부터 낙태가 아닌 출산을 하겠다는 또는 해야 한다는 마음을 먹고 있지 않았던 이상 분만 후의 비정상적인 심리 상태가 더해져 -형법상의- 영아살해 및 유가와 학대 등의 행위를 범할 수 있어 결과적으로는 낙태를 행한 것만 못한 상황으로 치닫게 만든다고 할 수 있다. 이러한 현상은 임부가 미성년자 및 미혼자인 경우에는 더욱더 심각한 상황으로 치닫게 할 수 있다. 따라서 이를 위해서라도 사회적·경제적 적응 사정을 이후 개선입법을 통해 포함시킨다면 앞서 언급한 낙태허용기간[II. 2. 나.]이 반드시 일직선상에서 엄격하게 병행되어야 한다고 본다.

(2) 산전(진단)검사

추가할 사유로서 고려할 필요가 있는 경우로 두 번째는 산전(진단)검사(prenatal tests)이다. 이는 산전 태아 기형아 검사라고도 하는데, 몇 가지 유형의 검사 대상⁴⁰⁾ 중 특히 고령의 임부(=만 35세 이상)가 이 검사의 주요 대상이라고 할 수 있다. 그리고 이 검사는 태아가 태어나기 전 질병 유무를 판단하고 진단하는 과정으로서 임신 28주까지는 월 1회, 임신 36주까지는 2주에 1회, 임신 36주 이후부터는 1주에 1회 정도의 검사를 받는 것이 좋다고 할 수 있다. 즉, 부모의 유전적 이상, 임신 중 약물투여, 화학물질에 노출, 신체적 외상, 영양소 결핍증, 방사선 조사, 감염원에의 노출 등 이러한 위험인자들을 조기에 발견하고 조기에 치료·예방함은 물론 지속적인 관리로서 건강한 아이의 출산을 도와 주산기(周

39) 이에 대한 자세한 내용은 'Ratey, John J, 『A USER'S GUIDE TO THE BRAIN』, 1.4킬로그램의 사용법』(김소희 옮김) (최준식 감수), (주)북이십일 21세기북스, 2013.' 참조.

40) 검사를 필수적으로 요하는 대상으로는 i) 분만예정일 기준으로 만 35세 이상의 임산부, ii) 염색체 이상이 있는 아이의 분만 경력이 있는 임산부, iii) 부모 중 한명에서 염색체 구조적 이상이 있는 경우, iv) 유전 질환 가족력이 있는 경우, v) 모체혈청 선별 검사와 초음파 검사에서 신경관 결손이나 다른 태아 기형이 의심되는 경우, vi) 원인을 모르는 유산이 두 번 이상 계속되는 경우, vii) 원인을 모르는 사산아를 분만한 임부의 과거력이 있는 경우, viii) 선천성 기형 아이를 분만한 경험이 있는 경우 등이다(청해지기, "산전진단", 2011.07.16.(<http://blog.naver.com/PostView.nhn?blogId=hyoucho2&logNo=60134537746>(최종접속일 : 2019.06.11.))).

産期) 영아의 기형률이나 사망률을 최소로 하는데 있다.⁴¹⁾ 이는 (태아)의학의 한 부분이라고 할 수 있다. 산전검사의 방법으로는 침습적 검사와 비침습적 검사로 구분할 수 있는데,⁴²⁾ 침습적 검사는 ① 양막 천자(양수 검사), ② 용모막 용모 생검, ③ 태줄전자 등의 방법이 있고, 비침습적 검사는 ① 모체혈청 알파 태아단백(MSAFP)분석, ② 모체혈청 삼중 또는 사중 표지자 검사와 쿼드 검사 그리고 통합 분석 검사, ③ 초음파 검사 등의 방법이 있다. 이들 중에서 앞서 언급한 낙태허용기간[Ⅲ. 2. 나.]에 이용할 수 있는 검사 방법은 통합 분석 검사(임신 10주-임신 14주) 및 초음파 검사(전(全) 기간) 그리고 용모막 용모 생검(임신 10주-임신 13주)라고 할 수 있다. 첫 번째는 검사는 비교적 최근에 개발된 검사 방법으로서 병합 선별 검사라고도 하는데, 임신초기의 β -hCG, PAPP-A, 초음파 검사로 '태아 목덜미 투명대 측정'을 통한 방법이고, 두 번째는 다른 모든 검사 방법에 쓰이는 것으로써 정상 임신의 진단, 태아의 성장 발육정도, 기형 유무, 다태 임신, 전치 태반 등 태아 및 산모의 상태를 파악하여 병적 임신의 조기 발견을 할 수 있는 방법이며,⁴³⁾ 세 번째는 가장 빠른 기간 내에 기형 유무를 알 수 있는 방법으로써 세포 영양막 세포층을 직접 검사하거나 1-2일 간의 단기배양으로 진행된다.⁴⁴⁾ 즉, 복부 또는 자궁경관을 통해 태반 조직을 채취하여 염색체를 분석하거나 기타 질환을 검사하는 방법으로서 초음파 영상을 보면서 작은 튜브를 자궁경부 혹은 복부를 통해 삽입하여 태반 조직의 일부를 채취하여 이 조직을 배양한 후 염색체 이상 유무를 확인하는데, 대부분은 질과 자궁경부를 통해 임신 초기에 시행하기에 태아에게 이상이 있는 경우 조기에 발견할 수 있다는 장점이 있다.⁴⁵⁾

41) 아이사랑, “임신정보 : 산전검사”, (<http://www.childcare.go.kr/cpin/contents/010201070000.jsp>(최종접속일 : 2019.06.11.))

42) 질병관리본부 국가건강정보포털, “건강정보 : 산전검사, 산전 기형아 검사, 고위험 임신부”, 2013.12.10.-2016.12.17.(<http://health.cdc.go.kr/health/TotalSearch/Search.do>(최종접속일 : 2019.06.11.)); 청해지기, 앞의 글, 2011.07.16.(최종접속일 : 2019.06.11.)

43) 태아의 목덜미 투명대가 3mm이상일 때 다운증후군 등 염색체 이상과 심장 기형 등을 의심할 수 있다(청해지기, 위의 글, 2011.07.16.(최종접속일 : 2019.06.11.)).

44) 질병관리본부 국가건강정보포털, 앞의 글, 2013.12.10.-2016.12.17.(최종접속일 : 2019.06.11.); 청해지기, 위의 글, 2011.07.16.(최종접속일 : 2019.06.11.)

45) 질병관리본부 국가건강정보포털, 위의 글, 2013.12.10.-2016.12.17.(최종접속일 : 2019.06.11.)

이러한 검사를 받거나 시행하려면 사전에 제대로 이해하거나 판단하도록 하기 위해 의료인은 검사의 목적, 방법, 합병증 등에 대한 정보와 상담을 제공할 의무가 있고, 임부는 이러한 정보를 제공받아야 할 의무가 있다고 할 수 있다. 물론 이러한 검사를 받은 임부의 경우 임신지속 여부를 고민하고 결정하는 심각한 상황과 연계될 수 있다.⁴⁶⁾ 임부의 산전 기형아 검사에 관한 지식 및 정보 요구와 낙태 태도와의 상관관계를 연구한 결과에서도 지식은 낙태 태도와 순상관성을 보였으나 통계적으로 유의하지 않았고, 정보 요구가 높을수록 지식과 낙태 태도가 유의하게 높았다고 하고 있다.⁴⁷⁾ 또한 대학생들을 대상으로 한 조사 연구에서도 63.3%가 모자보건법의 낙태기준을 알고 있음에도 불구하고, 기형아 등 문제가 있는 임신에 대한 출산의지는 계획하지 않은 아거나 사생아에 비하여 출산의지가 낮은 것으로 나타났다고 하고 있다.⁴⁸⁾ 이에 이러한 점들을 근거로 하여 산전(진단)검사의 낙태 행위의 율(率)에 대한 부작용 내지 비효과성을 이유로 낙태허용사유에의 포함을 배제해야 한다고 주장할 수 있다. 그러나 이 경우 역시도 앞서 살펴본[III. 2. 다. (1)] 사안에서와 마찬가지로 태아의 건강 상태를 모르고 만출 한 후 태아의 위험인자 등의 건강 상태를 알게 되면 아이의 양육에 대한 걱정 증가와 자신감 저하로 혼란스러운 상황에 놓이게 되고, 이는 양육의 포기나 다른 -형법상의- 범죄 행위로 이어질 수 있으며, 이는 다시 그 아이로 하여금 미숙하거나 비행(非行)적이거나 저항하려는 성향으로 자라나는 데 영향을 미칠 수 있다. 이는 결국 생명존중사상의 관점에도 반하는 것이 된다. 따라서 이를 위해서라도 산전(진단)검사를 낙태허용사유에 포함시킬 필요가 있고, 이 검사 방법의 종류 중에서도 낙태허용기간[III. 2. 나.]에 이용할 수 있는 ‘통합 분석 검사’ 및 ‘초음파 검사’ 그리고 ‘융모막 용모 생검’ 방법을 허용할 필요가 있다고 본다. 그리고 최근 들어 비침습적 산전검사의 중요성이

46) Miriam Kuppermann/Mary E. Norton/Kao Thao/Allison O’Leary/Onouwem Nseyo/Abigail Cortez/Anjali J. Kaimal, “Preferences regarding contemporary prenatal genetic tests among women desiring testing : implications for optimal testing strategies”, 『*Prenatal Diagnosis*』 Volume 36, Issue 5., Wiley & Sons, Ltd., 2016, pp. 469-475.

47) 전명희/신계명/김혜경, “임산부의 산전 기형아 검사에 관한 지식과 정보 요구 및 낙태에 대한 태도”, 『한국간호교육학회지』 제24권 제4호, 한국간호교육학회, 2018, 465-475면.

48) 전명희/신계명/최경숙/이선애/홍선우, “간호대학생의 결혼, 임신 및 낙태에 대한 태도”, 『한국간호교육학회지』 제20권 제2호, 한국간호교육학회, 2014, 312-319면.

부각되면서 모체 혈액에 존재하는 태아의 DNA를 기반으로 한 비침습적 산전 진단 검사가 새로운 검사법으로 주목받고 있다.⁴⁹⁾ 이는 검사 명칭 그대로 임신 10주부터 임부의 혈액 내에 존재하는 태아의 DNA를 분리하여 염색체 분석 및 분자유전학적 진단을 통해 태아에게 나타날 수 있는 염색체 이상 유무, RhD 유전형, 무연골형성증, 과긴장성근이양증 등을 조기에 발견하고 조기에 치료·예방하기 위한 검사 방법으로서 선별 검사, 양막 천자, 융모막 융모 생검 등의 검사 방법이 임부나 태아에게 위험을 동반한다는 단점을 보완한 매우 정확하고 위음성 결과도 거의 없는 검사 방법이다. 이외에도 QF-PCR(quantitative fluorescent PCR) 형광정량법 및 CMA(chromosomal microarray analysis) 검사 등의 검사 방법도 새로운 검사법으로 주목받고 있다. 여기서 QF-PCR 형광정량법은 임신 16주-임신 18주에 시행할 수 있는 것이므로 CMA 검사도 허용할 필요가 있다고 본다.

(3) 임부의 치료 목적

추가할 사유로서 고려할 필요가 있는 경우로 세 번째는 임부의 치료 목적이다. 이는 치료적 낙태라고도 부르는데, 임부의 건강을 지키기 위해 치료를 하는 과정에서 불가피하게 낙태가 행해지거나 낙태를 할 수밖에 없는 상황을 의미한다. 즉, 임신 중에 임부에게 의료적인 치료가 반드시 필요하고, 치료를 하는 과정에서 결과적으로 낙태가 필연적으로 발생하는 것 또는 발생할 수 있는 것을 의미한다. 이는 임부에 대한 낙태가 목적이 아니라 치료가 목적이라는 점이 중요한 핵심이라고 할 수 있고, 임부의 건강과 생명을 보호하기 위한 치료의 결과로서 불가피하게 낙태라는 부작용이 야기된 것이라고 할 수 있다. 이에 대한 예로는 ① 태아의 건강상태를 볼 때 모체 내에서 원만하게 자라서 모(母)가 원만하게 출산할 가능성이 있다고 할 때 이 임신기간을 보내는 과정에서 임부의 건강 및 생명 등의 위험이 악화되어 사망하게 될 개연성(90%~95%)⁵⁰⁾이 존재

49) Dhallan R./Guo X./Emche S./Damewood M./Bayliss P./Cronin M./Barry J./Betz J./Franz K./Gold K./Vallecillo B./Varney J., "A non-invasive test for prenatal diagnosis based on fetal DNA present in maternal blood : a preliminary study.", 『The Lancet』 Volume 369., Ravigen Inc, 2007, pp. 474-481.

50) 확률상의 정도는 i) 불가능성, ii) 희박한 가능성, iii) 가능성, iv) 개연성, v) 고도의 개연성,

한다는 극단적인 경우, ② 임부가 임신을 계속적으로 유지하더라도 생명에 직접적인 위험이 초래되지는 않더라도 임신의 지속이 신체적·정신적으로 건강에 심각한 위험이 초래되는 경우 등이라고 할 수 있다. 이와 관련하여 이러한 경우들 이외에 ㉠ 거의 또는 확실하게 심각한 장애를 가진 태아를 임신한 경우, ㉡ 강간이나 근친상간에 의한 임신의 경우, ㉢ 미혼의 임신부로서 사생아를 낳았다는 사회적 오명을 떠안게 될 상황에 놓인 경우, ㉣ 임신하는 것이 또는 만출하는 것이 감당할 수 없는 경제적 부담을 지게 되는 경우, ㉤ 아이를 갖는 것이 여성의 행복 및 부부의 연대를 통한 행복 그리고 이미 아이를 낳아 형성된 가족의 연대를 통한 행복을 해치는 경우 등을 포함해야 한다고 하고 있다.⁵¹⁾ 그러나 ㉠의 경우는 윤리적 적용 사유가 없는 국가에서는 수용할 수 있을지 모르나, 우리나라의 관점에서 볼 때 우리의 모자보건법 제14조 제1항 제3호(윤리적 적용)와 같은 성격을 가지고 있다고 할 수 있어 수용할 수 없다고 본다. 그리고 ㉡의 경우는 앞서 살펴본[II. 2. 다. (2)] 사안에 포함되는 사유라고 할 수 있고, ㉢ 및 ㉣의 경우도 앞서 살펴본[II. 2. 다. (1)] 사안에 포함되는 사유라고 할 수 있어 중첩되기에 특별히 이를 별도로 수용해야 할 필요성이 없다고 본다. 또한 ㉤의 경우는 앞서 살펴본[II. 2. 다. (1), (2)] 사안 어디에도 포함될 수 있는 사유는 아니지만, 그렇다고 임부의 치료적 목적에도 부합한다고 할 수 없고, 이는 극히 주관적이면서 사소한 사유라고 할 수 있으며, 앞서 -필자의- 사회적·경제적 적용 사정에 대한 비판[II. 1.]보다 더 큰 문제를 야기할 수 있는 동시에 더 큰 비판이 제기될 수 있다는 점에서 낙태허용사유로 수용할 수 없다고 본다. 태아가 모체 내에서 원만하게 자라서 원만하게 출산된다면 모(母)와 아이는 각각 독립된 생명체이면서 기본권을 향유할 수 있는 주체로서의 지위를 가진다고 할 수 있다. 그러나 아이가 모체 내에 있는 태아기 동안에는 -일부의 특별한

vi) 확실성으로 구분할 수 있는데, 여기서 확실성은 그 확률정도가 100%를 의미한다고 할 수 있다(송승현, “구(舊) 청소년성보호법 제8조 제2항 및 제4항에서 아동·청소년이용음란물의 정의의 위헌 여부 - 헌법재판소 2013헌가17, 2013헌가24, 2013헌바85(병합) -”, 「고려법학」 제80호, 고려대학교 법학연구원, 2016, 153-161면.). 이에 대한 자세한 내용은 이 논문을 참조.

51) Vaughn, Lewis, 「Contemporary moral arguments : readings in ethical issues」 2nd ed, Oxford University Press, 2013, pp. 121-122.

관리능력을 제외한 일반적인 관리능력은 인정되지 않기에- 모(母)에 종속된 관계에 놓여있다고 할 수 있고, 모(母)가 존재해야 또는 살아야 태아도 존재할 수 있는 또는 살 수 있는 것이며, 원만하게 출산되어 인간으로서 주체가 되었다고 하더라도 자신이 스스로 자립할 수 있을 때까지 또는 다른 곳으로 입양되지 않는 이상 생부모(生父母)의 보호 하에 살아가게 되므로 이러한 기간 동안에는 아이는 -물론 아이의 양육은 부와 모 양자의 역할이 중요하지만- 부(父)의 영향도 받지만, 적어도 생후 첫돌 또는 아이가 말하기 시작할 때까지는 모(母)의 영향을 더 받는다고 또는 모(母)의 역할이 더 중요하다고 할 수 있으므로⁵²⁾ 임신기간 중의 임부의 건강 및 생명 등을 중요시·우선시 할 수밖에 없다고 본다. 그리고 치료적 낙태는 그 성격이 간접적 안락사와 같다고 할 수 있고, 간접적 안락사는 살인죄의 위법성조각사유의 한 유형으로서 인정되고 있다. 따라서 임부의 치료 목적이라는 사유를 낙태허용사유에 포함시킬 필요가 있다고 할 수 있다. 다만 치료 목적이라는 이유로 모든 경우를 허용해서는 안 되고, 위에서 언급한 ① 및 ②의 경우에 한하여 허용할 필요가 있다고 본다.

(4) 다태임신 감수술

추가할 사유로서 고려할 필요가 있는 경우로 네 번째는 다태임신 감수술(multifetal pregnancy reduction/MFPR)이다. 이는 배아 감수술 또는 선택적 유산이라고도 부르는데, 삼태 이상의 임신으로서 여러 배아가 모(母)의 자궁에 착상하여 임신이 이루어지거나(=다배아(多胚芽) 이식 방법) 또는 배란 유도 및 과배란 유도를 위해 배란 유도제의 사용을 증가시켜 임신이 이루어지는(=과배란 유도 방법) 과다 다태임신에 있어 태아의 수를 조절하는 시술을 의미한다. 이 방법들은 산과(産科)에서 이루어지는 수술로써 보조생식술 등의 의료 과학 기술의 발전으로 다배아 이식 방법의 경우는 모(母)의 자궁에 다배아를 -인위적으로- 이식시켜 이 중에서 착상된 배아 가운데 건강한 배아를 선정한 후 임부의 건강 및 생명 등과 임신의 지속을 유지하는 데 위험성이 있는 다른 배아를 제거하는 시술로서 의료현장에서 임신을 목적으로 난임 -또는 불임- 치료

52) 태아의 원만한 출산 후 모(母)의 영향으로 부정적인 예로는 모(母)의 '산후우울증(産後憂鬱症)'을 들 수 있다.

를 위해 -흔히- 이루어지고 있는 의료행위라고 할 수 있다. 이러한 감수술은 다태임신으로 인해 임부의 임신 및 주산기에 발생하는 합병증을 줄여⁵³⁾ 임부의 건강 및 생명 등을 보호하고, 건강한 태아의 생존을 및 존속을 유지하기 위함과 동시에 건강하게 태아를 만출하기 위해 시행하는 것이다. 다태임신 감수술은 그 시술 방법으로써 선택적 감수술 및 선택적 유산술로 구분할 수 있는데, 그 시술은 선택적 감수술은 일반적으로 임신 초기에 이루어지고, 선택적 유산술은 임신 중반기 이후에 이루어지고 있어 선택적 감수술이 보다 더 안전하다고 알려져 있다.⁵⁴⁾ 여기서 임신 초기에 이루어지는 선택적 감수술은 일반적으로 복강 혹은 질 쪽으로 삽입한 바늘을 통해 태아에게 고농도의 칼륨 전해질을 투약하여 태아의 심장이 뛰는 것을 멈추게 하는 방법으로 시행되고, 그 경로에 따라 복벽을 통한 복식 방법과 질벽을 통한 질식 방법으로 나누어진다.⁵⁵⁾ 그리고 두 방법의 효용성과 안정성에는 큰 차이가 없는 것으로 보고되나 질식 방법이 복식 방법에 비해 조기에 시술이 가능하다는 점, 시술이 간편하다는 점, 비교적 덜 침습적으로 감염률이 낮다는 점 등을 장점으로 더 선호되고 있다.⁵⁶⁾ 또한 시술 시기는 일반적으로 복식 방법은 임신 10주-임신 12주에 시술하는 것이 적절하고, 질식 방법은 임신 6주에도 가능하나 임신 9주-임신 11주가 적당하다

53) 다태임신에 비하여 다태임신으로 인해 발생할 수 있는 합병증으로는 태아의 경우 자연유산, 조산으로 인한 미숙아 분만, 신생아 발육부진, 비정상태위 등의 신생아 문제가 더 흔히 발생할 수 있고 산모의 경우 임신중독증 유발, 자궁 수축부전, 과다출혈, 제왕절개술의 증가 등의 문제가 생길 가능성이 높다(F. Gary Cunningham/Kenneth J. Leveno/Steven L. Bloom/John C. Hauth/Larry C. Gilstrap/Katharine D. Wenstrom, 『Williams Obstetrics』 22nd Edition, McGraw Hill Professional, 2005; Katz P/Nachtigall R/Showstack J., “The economic impact of the assisted reproductive technologies”, 『Nat Cell Biol』, 4 Suppl(10), Nature Publishing Group, 2002, pp. 29-32.).

54) 오관영/이병관/김영주/안정자/김종일/전선희/이수윤/박미혜, “쌍태임신에서 임신 제2삼분기에 시행된 맞춤형 선택적 유산에 관한 연구”, 『Obstetrics & Gynecology Science』 Vol. 50, No. 12., 대한산부인과학회, 2007, 1661면.

55) 유성현, “한국의 배아 감수술 문제와 교도권의 가르침”, 『가톨릭신학』 제31권, 한국가톨릭신학회, 2017, 141면; 장혜영, “보조생식술을 받은 여성의 선택적 감수술에 대한 의사결정 경험”, 간호학석사 학위논문, 서울대학교 대학원, 2014, 11면.

56) 박진우/조윤경/김정훈/목정은, “다태임신에서의 질식 선택적 유산술”, 『Obstetrics & Gynecology Science』 Vol. 39, No. 9., 대한산부인과학회, 1996, 1651-1660면; 이용호/김선행, “보조생식술에 의한 다태임신에서 질식 선택적 유산술”, 『Obstetrics & Gynecology Science』 Vol. 42, No. 3., 대한산부인과학회, 1999, 517-524면.

고 보고 있다.⁵⁷⁾ 그리고 앞서 언급한 바와 같이 -필자는- 낙태허용기간[Ⅲ. 2. 나.]을 배아기인 임신 8주 이내까지는 낙태를 전면 허용할 필요가 있고, 태아기인 임신 9주부터 임신 11주 이내까지는 허용한계[Ⅲ. 2. 다.]를 규정하여 그것에 부합하는 한에서 부분적으로 낙태를 허용할 필요가 있으며, 임신 12주부터는 모든 낙태 행위를 허용해서는 안 된다고 하였다. 따라서 다태임신 감수술이라는 사유를 낙태허용사유에 포함시킬 필요가 있다고 할 수 있다. 다만 다태임신 감수술이라는 이유로 모든 경우를 허용해서는 안 되고, 위에서 언급한 임신 초기에 이루어지는 선택적 감수술의 경우에 한하여 허용할 필요가 있다고 본다.

이와 관련하여 다배아 이식 방법의 경우에 있어 착상전유전자진단(preimplantation genetic diagnosis/PGD) 및 착상전유전자선별검사(preimplantation genetic screening/PGS)의 허용여부가 문제된다고 할 수 있다. i) 착상전유전자진단은 X-연관(X-linked) 유전질환을 가진 가계의 부부로부터 체외수정으로 생성된 배아를 자궁에 착상시키기 전에 6-10세포기 또는 8-16세포기의 단계에서 분할된 할구세포 중 하나 또는 두 개 정도를 채취하여 단일세포 수준에서 중합효소연쇄반응(polymerase chain reaction/PCR)을 통해 Y염색체 특이서열을 증폭시켜 배아의 성별을 알아낸 후 정상 또는 보인자의 가능성이 있는 배아를 선택하여 이식하여 임신의 가능여부를 알아보는 진단방법이다.⁵⁸⁾ 이 진단방법은 주로 유전질환이 있는 아이를 출산할 확률이 높은 부부들을 대상으로 착상전 배아단계에서 단일 유전자 질환이나 염색체의 수적·구조적 이상 유무를 진단한 후 질환이 없는 배아만을 선별하여 이식함으로써 유전적으로 정상적인 태아의 임신을 가능하게 도와주기 위해 적용되고 있다.⁵⁹⁾ 그리고 단일 유전자 질

57) 전대준/강은희/추형식/채희동/김정훈/강병문/장윤석/목정은, “질식 다태임신 감수술의 시행 시기에 따른 임상 결과”, 『Obstetrics & Gynecology Science』 Vol. 41. No. 11., 대한산부인과학회, 1998, 2754-2758면.

58) 이형송/김민지/강인수, “단일 유전자 질환에 대한 착상전 유전진단”, 『Journal of Genetic Medicine』 Vol. 6. No. 2., 대한의학유전학회, 2009, 132면; A. H. Handyside/E. H. Kontogianni/K. Hardy/R. M. L. Winston, “Pregnancies from biopsied human preimplantation embryos sexed by Y-specific DNA amplification”, 『Nature』 344(6268), Nature Research, 1990, pp. 768-770.

59) 배현아/이석배, “착상전유전자선별검사와 배아생성자의 권리”, 『서울대학교 법학』 제59권 제1호, 서울대학교 법학연구소, 2018, 394면.

환에 있어 착상전유전자진단의 적응증이 되는 유전질환들은 유전방식에 따라 크게 4가지(상염색체 우성, 상염색체 열성, X-연관질환, 삼핵산 반복서열 질환)로 분류되는데, 이론적으로는 단일 유전자의 어떤 돌연변이라도 단일 세포 수준에서 진단이 가능하다.⁶⁰⁾ ii) 착상전유전자선별검사는 착상전유전검진이라고도 하는데, -최근 들어- 착상전유전자진단 중에서 특정 유전질환을 진단하기 위한 방식이 아닌 ‘염색체의 수적·구조적 이상 유무’를 보기 위해 적용되는 검사방법이다.⁶¹⁾ 이 검사방법은 유전질환 중 염색체의 수적·구조적 이상이 원인이 되는 경우가 많고, 반대로 염색체의 수적·구조적 이상이 있으면 대부분 유전질환으로 발현되기 때문에 체외수정 과정에 염색체 이수성 유전질환으로 인한 임신실패 등을 극복하기 위한 즉, 임신율을 높이거나 유산율의 상승을 방지하기 위한 진단방법으로서 한 번에 배아의 46개 염색체 모두에 대한 검사를 하는 방법으로 진행되고 있다.⁶²⁾ 그리고 이 검사방법을 통해 체외수정과정에서 생성된 배아 염색체의 모양, 결손, 손실 중 수적·구조적 이상을 파악하여 정상 이배체 배아를 선별·이식하여 착상시킴으로써 착상 확률을 높이고,⁶³⁾ 자연유산율을 감소시킨다고 보고되고 있고, 이러한 적응증의 대상이 되는 여성이나 부부에게 권고되고 있다.⁶⁴⁾ 이러한 두 방법(=PGD 및 PGS)은 생명윤리 및 안전에 관한 법률(생명윤리법) 제50조 제2항 및 동 법 시행령 제21조 및 [별표 3]에 근거하여 이루어지는 것이므로 현행법상 허용되는 행위라고 할 수 있다. 따라서 이러한 진단·검사방법 역시도 앞서 필자가 언급한 낙태허용기간[II. 2. 나.]에 비추어볼

60) 이형송/김민지/강인수, 앞의 논문(주 58), 132면.

61) 배현아/이석배, 앞의 논문(주 59), 395면.

62) 권경훈/정해원, “산전 선별검사와 산전 유전진단검사의 최신 동향”, 『人口醫學研究論集』 제 24권, 서울대학교 인구의학연구소, 2011, 71면; 배현아/이석배, 위의 논문, 395면.

63) Luca Gianaroli/M.Cristina Magli/Anna P Ferraretti/Santiago Munné, “Preimplantation diagnosis for aneuploidies in patients undergoing in vitro fertilization with a poor prognosis: identification of the categories for which it should be proposed”, 『Fertility and Sterility』 Volume 72, Issue 5, Elsevier Inc., 1999, pp. 837-844; Santiago Munné/Mireia Sandalinas/Tomas Escudero/Esther Velilla/Renee Walmsley/Sasha Sadowy/Jacques Cohen/David Sable, “Improved implantation after preimplantation genetic diagnosis of aneuploidy”, 『Reproductive BioMedicine Online』 Volume 7, Issue 1, Elsevier Inc., 2003, pp. 91-97.

64) Elias M. Dahdouh/Jacques Balayla/François Audibert, “Technical Update: Preimplantation Genetic Diagnosis and Screening”, 『Journal of Obstetrics and Gynaecology Canada』 Volume 37, Issue 5, Elsevier Inc., 2015, pp. 451-463.

때 낙태허용사유로서의 다태임신 감수술에 있어 다배아 이식 방법에 포괄하는 진단·검사방법으로 허용할 필요가 있다고 본다. 그러나 이러한 진단·검사방법이 일반적으로 의학적 적응증⁶⁵⁾이 있는 경우에 시행되나, 의학적 적응증 여부는 담당 의사의 치료와 진단과정에서 법령이 허용하는 범위 내에서 선택여부에 대한 권고 내지 배제의 재량이 부여되어 있기 때문에 의학적 적응증이 없는 경우에도 여성이나 부부에게 시행될 수 있다. 그러나 의학적 적응증이 없는 경우의 진단·검사도 현행법의 규정에 의하면 허용되는 행위에 해당된다. 이에 i) 임부의 건강 및 생명, 건강한 아이의 출산, 부부의 헌법적 권리의 보호를 위해 생명윤리정책을 수립하여 집행할 필요가 있으므로 이러한 진단·검사방법은 이를 요청할 수 있는 자를 여성 또는 임부나 부부로 한정할 필요가 있고, ii) 의학적 적응증이 없는 경우에도 진단·검사를 허용하되 진단·검사를 시행하는 사유(=담당 의사의 의견 및 소견, 피진단자·피검사자의 의견과 -배우자가 있으면- 그 배우자의 의견, 진단·검사의 필요성 등) 등을 진료기록부 내지 전자의무기록부에 기록한 후 -전자의무기록부는 간인 제외- 당사자(진단자·검사자 및 피진단자·피검사자)들 모두 간인(間印) 및 본인의 자필로 기명날인 또는 서명날인하게 하여야 하며, iii) 착상전유전자선별검사의 경우는 이를 통해 배아의 성별을 알게 되는 것(성 감별(性鑑別))이 불가피하므로 의료법 제20조 및 생명윤리법 제23조 제2항 제1호의 규정에 비추어 ‘성 감별 내지 특정의 성을 선택할 목적’으로의 진단·검사는 허용해서는 안 되지만 ‘유전질환을 진단하기 위한 목적’으로의 진단·검사는 허용해야 하고, 이 역시도 진료기록부 내지 전자의무기록부에 기록하여야 하며, 이 경우에는 담당 의사의 학과장 및 그 밖의 다른 의사 1인 -담당 의사가 학과장인 경우에는 다른 학과의 학과장 2인- 본인의 자필로 기명날인 또는 서명날인하게 하거나, 당사자들의 진료·상담과정을 영상녹화를 한

65) 일반적인 의학적 적응증으로는 고령임신, 원인 불명의 반복 착상실패, 반복 유산이나 습관성 유산을 경험한 자 등을 말한다(A. R. Thornhill/C. E. deDie-Smulders/J. P. Geraedts/J. C. Harper/G. L. Harton/S. A. Lavery/C. Moutou/M. D. Robinson/A. G. Schmutzler/P. N. Scriven/K. D. Sermon/K. D. Sermon, “ESHRE PGD Consortium ‘Best practice guidelines for clinical preimplantation genetic diagnosis (PGD) and preimplantation genetic screening (PGS)’”, 『Human Reproduction』 Volume 20, Issue 1, Oxford University Press, 2005, pp. 35-48.

후 지체 없이 그 원본을 봉인하고 당사자들로 하여금 기명날인 또는 서명날인 하게 하여야 한다. 이러한 과정을 거치는 것만이 현실적으로 구별하기 어려운 양자의 ‘목적’이라는 차이를 그나마 구분할 수 있는 길이라고 본다.

라. 낙태허용방법

현행 형법은 낙태죄를 규정함에 있어 그 행위방법으로 “...약물 기타 방법...”이라고 규정하고 있다. 이러한 행위방법은 헌법재판소가 이번 사안을 판단함에 있어 언급하지 않았고, -이번 사안에서- 특별한 쟁점이 되지 않았기에 개선입법과정에서도 그 대상이 되지 않을 것으로 판단되기에 현행 규정을 기준으로 살펴볼 필요가 있다. 이로 볼 때 의료기관에서 의사의 낙태 시술에 의한 경우는 ‘기타 방법’으로써 명문으로 규정되어 있고, 이번 헌법재판소의 결정에 의해 형법 제270조 제1항 역시도 동 법 제269조 제1항과 동일한 목표를 실현하기 위한 동일 선상에 놓여있으므로 허용될 수 있다고 본다. 그렇다면 문제는 약물에 의한 낙태가 허용될 수 있는가 하는 것이다. 현행 규정에는 ‘약물’도 낙태의 방법으로 규정하고 있기에 허용될 수 있다고 볼 수 있다. 그러나 약물로서의 낙태약으로 대표되는 즉, Plan B One-Step 및 NOREBWON TAB 등과 같은 긴급피임약 또는 응급피임약을 제외한 Mifepristone-Misoprostol(RU-486) 일명 미프진(mifegyne) 등 경구 낙태약인 유산 유도제를 허용할 것인지는 논란의 여지가 있다. 물론 RU-486을 낙태약으로 볼 것인지 아니면 피임약으로 볼 것인지에 대해 견해 차이가 있지만, 여성의 체내에서는 수정이 이루어지면 프로게스테론과 에스트로겐의 농도가 상승한 상태가 꾸준히 지속되고, 에스트로겐은 수정란이 자궁에서 잘 자랄 수 있도록 자궁 내벽을 증식시키고 프로게스테론은 이를 유지시키는 역할을 하는데, 이때 RU-486은 프로게스테론이 붙어야 할 수용체에 대신 붙어 프로게스테론의 실질적인 작용을 막는 기능을 하여 도톰하고 부드러워야 할 자궁 내벽의 형태를 변형시켜 착상된 수정란을 떨어뜨려 임신의 지속을 유지할 수 없도록 한다.⁶⁶⁾ RU-486은 임신 첫 49일 동안에 95% 이상

66) 박금자, “한국 여성의 피임 실태 및 최신 피임법”, 「교육강연」제2002권, 대한산부인과학회, 2002, 174면; 장우철, “응급(사후)피임약은 낙태약 미프진이 아니다.”, 「리뷰로그」, 네이버

효과를 나타낸다고 한다.⁶⁷⁾ 이는 연구결과에서도 나타났는데, 살아 있는 인간배아(실험실 환경에서)가 Mifepristone으로 치료된 자궁 내막 조직에서 착상 가능한지를 검사하여 치료하지 않은 조직(=대조군)과 비교했더니 연구군의 배아 중에서 성공적으로 착상한 경우는 없었다고 하였다.⁶⁸⁾ 이에 RU-486은 모체 내에서 원만하게 자라서 모(母)가 원만하게 출산할 가능성이 있는 배아를 자궁 내막을 변형시켜 착상된 상태를 지속적으로 유지할 수 없도록 하는 기능이 있다는 것에는 의문의 여지가 없다고 할 수 있고, 이를 통해 RU-486은 경구 낙태약인 유산 유도제라고 할 수 있다. 이와 관련하여 세계보건기구(WHO)는 2005년부터 RU-486을 가장 효과적이고 안전한 필수 의약품으로 지정하였고,⁶⁹⁾ 현재 세계 69개 국가가 승인 후 판매하고 있다. 물론 RU-486을 세계보건기구가 필수 의약품으로 지정하였고, 안전성을 보증하고 있으며, 세계의 많은 국가에서 판매를 하고 있다고 하더라도 우리나라가 -의무적으로- 판매를 허용할 의무는 없다 -현재(본 논문을 작성하고 있는 시점) 우리나라는 RU-486을 식품의약품안전처의 허가를 받지 않은 의약품으로 불법 의약품으로 다루고 있다.-. RU-486에서도 마찬가지로 어느 의약품이든지 부작용이 존재하기 마련이기 때문에.⁷⁰⁾⁷¹⁾ 이를 취사선택하는 것은 각 국가의 재량이다. 그러나 현행 형

블로그, 2018.10.01.(<http://blog.naver.com/PostView.nhn?blogId=wcok1005&logNo=221369054730>) (최종접속일 : 2019.06.20.)

67) Wikipedia, "Mifepristone", Wikipedia, 2019.06.18.(<https://en.wikipedia.org/wiki/Mifepristone>) (최종접속일 : 2019.06.20.)

68) Lalitkumar P. G. L./Lalitkumar S./Meng C. X./Stavreus-Evers A./Hambiliki F./Bentin-Ley U./Gemzell-Danielsson K., "Mifepristone, but not levonorgestrel, inhibits human blastocyst attachment to an in vitro endometrial three-dimensional cell culture model", 「*Hum Reprod*」 Volume 22, Issue 11, Oxford University Press, 2007, pp. 3031-3037.

69) WHO, 「*The selection and use of essential medicines : Twentieth report of the WHO Expert Committee 2015 (including 19th WHO Model List of Essential Medicines and 5th WHO Model List of Essential Medicines for Children)*」, WHO Press, World Health Organization, 2015.

70) RU-486의 부작용으로는 보통, 자궁 경련, 질 출혈 또는 평균 9-16 일 동안의 spotting, 최대 8%의 여성이 30일 이상 출혈을 경험, 기타 일반적인 부작용으로는 메스꺼움, 구토, 설사, 현기증, 피로, 발열, 골반 염증성 질환 등(Wikipedia, "Mifepristone", 「Side effects」, Wikipedia, 2019.06.18.(<https://en.wikipedia.org/wiki/Mifepristone>)(최종접속일 : 2019.06.20.))

71) Mifepristone은 자궁 내 장치의 존재뿐만 아니라 자궁외 임신, 부신 기능 부전, 출혈성 질환, 포르피린증(porphyrria), 항응고제 또는 장기 부신피질 호르몬(corticosteroid) 요법이 있는 경우

법은 낙태의 행위방법으로 ‘약물’을 규정하고 있고, RU-486과 같은 경구 낙태약인 유산 유도제는 착상된 수정란을 떨어뜨려 임신의 지속을 유지할 수 없도록 하는 작용을 하기에 임신 초기에 사용되고 있으며, 이를 사용한 국가의 대부분이 짧게는 임신 9주 미만부터 길게는 임신 12주까지의 기간 내에 즉, 각 국가가 규정하고 있는 낙태허용한계의 기간 내에 사용(하도록)하고 있고, 필자가 앞서 언급한 낙태허용기간[II. 2. 나.]에 비추어보더라도 RU-486과 같은 경구 낙태약인 유산 유도제를 낙태의 행위방법으로 허용하더라도 문제가 되지 않는다고 본다. 다만 RU-486을 일반의약품이 아닌 전문의약품으로 취급하여 의사의 처방에 의해 거래될 수 있도록 명확하게 규정할 필요가 있다. 이는 의사의 처방을 받기 위해 자연적으로 당사자들 간에 -낙태, 약물, 부작용 등에 대해- 상담절차가 진행될 것이고, 이 과정을 통해 조금이나마 낙태에 대해 신중을 기하게 될 것이며, 임신 주에서 효과적이고 적절하게 사용하는 의료 낙태에 대해 설명을 들을 수 있게 하기 위함이다. 물론 이 경우에도 당사자들 간의 상담 내용 등을 진료기록부 내지 전자 의무기록부에 기록하여야 함은 당연하다.

III. 맺음말

낙태죄는 지금까지 존폐여부에 대해 많은 논란이 있어 온 법조계 및 사회문제 중 하나라고 할 수 있다. 이에 대해 2019년 헌법재판소의 이번 결정으로 그 논란의 종지부를 다시 찍었다고 할 수 있다. 그러나 그 결정이 이전 합헌 결정과는 달리 헌법불합치 결정이라는 점에서 논란의 여지를 남겨두었다고 할 수 있다.

낙태죄에 대한 개선입법과정에서 논의되어야 할 중요한 내용은 i) 낙태결정가능기간 내지 낙태허용시기, ii) 낙태허용사유, iii) 낙태허용절차, iv) 낙태허용방법 등이라고 할 수 있다. 여기서 낙태결정가능기간 내지 낙태허용시기 및 낙태허용사유와 관련해서는 헌법재판소가 이번 사안을 결정함에 있어 그 내용에 대

사용을 금지해야 한다(Wikipedia, “Mifepristone”, 「Side effects」, 2019.06.18.(최종접속일 : 2019.06.20.)).

해 언급하기도 하였다. 그래서 이후 낙태죄를 개선입법 함에 있어 그에 대한 내용이 반드시 포함되어야 할 필요성이 대두되었다고 할 수 있다. 그러나 낙태죄의 개선입법(방)안을 마련함에 있어 생각해볼 필요가 있는 사안이 낙태 행위를 반드시 범죄화해야 하는가 하는 것이다. 그런데 이번 헌법재판소의 헌법불합치 결정 및 그 취지를 보면 개선입법(방)안을 마련해야 한다고 하고 있고, 이러한 결정이 의미하는 것은 -반드시 낙태 행위를 범죄로 규정하지 않아도 된다는 점이 내포되어 있지만- 낙태 행위를 범죄로 규정해야 한다는 점과 이를 규정함에 있어 현행 낙태죄의 규정은 위헌의 소지가 있으니 이러한 논란의 소지가 없도록 법령을 제·개정해야 한다는 점이 -매우- 강하게 내포되어 있다고 할 수 있다. 이에 필자는 본 논문에서 앞서 언급한 바와 같이 이번 낙태죄의 헌법불합치 결정에 대한 개선입법(방)안으로 두 가지 방안을 제시하였다. 하나는 낙태 전면 허용[제1방안]이고, 다른 하나는 낙태 부문 허용[제2방안]이 그것이다. 필자는 이 중에서 [제1방안]이 타당하고, 기본적으로 이 방안에 무게를 뒀다 하고 본다. 낙태 행위와 관련된 논의는 결국에는 생명존중사상의 관점과 일직선상에 놓여있는 문제라고 볼 수 있기 때문이다. 그리고 이러한 관점에서 볼 때 낙태 행위는 우주만물의 생생(生生)의 길을 저해하는 것이 아니라고 할 수 있기에 낙태 행위에 대한 처벌은 타당하지 않다고 본다. 그러나 (이번) 헌법재판소의 결정 및 그 취지 그리고 우리나라의 사회 현실성 또는 -필자가 지금까지 살면서 경험한- 우리나라의 입법부와 행정부의 태도와 정책 수립 및 그 시책에 비추어볼 때 [제1방안]의 실현 가능성이 희박해 보이기 때문에 [제2방안]도 고려할 필요가 있다. 그리고 이 방안의 관점에서 볼 때 낙태 행위를 허용하되 그 기간을 임신 8주 이내 및 임신 9주부터 임신 11주 이내까지로 현행보다 대폭 낮출 필요가 있고, 낙태가 가능한 한계로서의 사유에 있어도 사회적·경제적 적응을 포함하여 산전(진단)검사, 임부의 치료 목적, 다태임신 감수술 등으로 다양화할 필요가 있으며, 낙태를 행하는 시술방법에 있어도 약물방법으로서 RU-486을 명확한 방법 및 절차에 의해 허용할 필요가 있다고 본다.

이번 헌법재판소의 결정으로 낙태와 관련된 법령의 수술은 불가피해졌다고 할 수 있다. 그리고 이러한 현실에서 우리는 개선입법(방)안을 마련하든지 아니면 지금의 상태를 유지하여 개선입법 이행 기간을 경과시켜 자연스럽게 현행

낙태 관련 규정의 효력을 상실시키든지 하는 양자택일의 갈림길에 서 있다고 할 수 있다. 그런데 우리나라의 사회 현실에 비추어 볼 때 후자를 선택할 가능성이 농후하다고 본다. 그러나 법령을 제·개정함에 있어 논란의 소지가 발생하지 않는 경우는 극히 드물다고 볼 수 있다. 이는 사람이 판단하기 때문이고, 법령은 언어로 되어 있기 때문이다. 이러한 현실에서 본 논문은 개선입법(방)안을 마련함에 있어 밑거름이 될 것이고, 낙태죄의 방향성을 정립함에 있어 기여할 것이며, 우리 법령이 나아가야 할 방향을 돌아보는 하는 구심점이 될 것이다.

참고문헌

<국내문헌>

1. 논문

- 권경훈/정해원, “산전 선별검사와 산전 유전진단검사의 최신 동향”, 「人口醫學 研究論集」 제24권, 서울대학교 인구의학연구소, 2011.
- 김기진, “착상 및 태반 발달과정에 따른 영양막세포의 역할”, 「대한생식의학회지」 제37권 제3호, 대한생식의학회, 2010.
- 김용호, “낙태죄의 존폐에 대한 고찰”, 「한양법학」 제33집, 한양법학회, 2011.
- 김향미, “모자보건법 제14조 개정의 필요성과 방향”, 「대한산부회지」 제52권 제5호, 대한산부인과학회, 2009.
- 박금자, “한국 여성의 피임 실태 및 최신 피임법”, 「교육강연」 제2002권, 대한산부인과학회, 2002.
- 박남미, “낙태죄의 허용 한계 사유와 허용 한계 시기에 대한 고찰”, 「동아법학」 제78호, 동아대학교 법학연구소, 2018.
- 박진우/조윤경/김정훈/목정은, “다태임신에서의 질식 선택적 유산술”, 「Obstetrics & Gynecology Science」 Vol. 39. No. 9., 대한산부인과학회, 1996.
- 배정순, “외상 후 스트레스 장애로서의 낙태”, 「생명, 윤리와 정책」 제2권 제1

- 호, 국가생명윤리정책원, 2018.
- 배현아/이석배, “착상전유전자선별검사와 배아생성자의 권리”, 「서울대학교 법학」 제59권 제1호, 서울대학교 법학연구소, 2018.
- 손영수, “형법상 낙태와 모자보건법상 인공임신중절에 관한 의료법리학적 이해”, 「대한산부회지」 제53권 제6호, 대한산부인과학회, 2010.
- 송승현, “구(舊) 청소년성보호법 제8조 제2항 및 제4항에서 아동·청소년이용음란물의 정의의 위헌 여부 - 헌법재판소 2013헌가17, 2013헌가24, 2013헌바85(병합) -”, 「고려법학」 제80호, 고려대학교 법학연구원, 2016.
- _____, “성매매처벌법 제21조 제1항의 위헌성 여부”, 「서울대학교 법학」 제56권 제3호, 서울대학교 법학연구소, 2015.
- _____, “적법절차원리의 재검토”, 「법학논총」 제22집 제1호, 조선대학교 법학연구원, 2015.
- _____, “현대사회와 생명존중사상”, 「동아법학」 제79호, 동아대학교 법학연구소, 2018, 28-59면
- 오관영/이병관/김영주/안정자/김종일/전선희/이수운/박미혜, “쌍태임신에서 임신 제2삼분기에 시행된 맞춤형 선택적 유산에 관한 연구”, 「Obstetrics & Gynecology Science」 Vol. 50. No. 12., 대한산부인과학회, 2007.
- 유성현, “한국의 배아 감수술 문제와 교도권의 가르침”, 「가톨릭신학」 제31권, 한국가톨릭신학회, 2017.
- 윤용남, “유가의 생명관과 인생관”, 「윤리교육연구」 제31집, 한국윤리교육학회, 2013.
- 이기원, “낙태죄의 허용사유에 관한 비교법적 고찰”, 「법학논총」 제19권 제3호, 조선대학교 법학연구원, 2012.
- 이용호/김선행, “보조생식술에 의한 다태임신에서 질식 선택적 유산술”, 「Obstetrics & Gynecology Science」 Vol. 42. No. 3., 대한산부인과학회, 1999.
- 이인영, “출산정책과 낙태규제법의 이념과 현실”, 「페미니즘연구」 제10권 제1호, 한국여성연구소, 2010.
- 이형송/김민지/강인수, “단일 유전자 질환에 대한 착상전 유전진단”, 「Journal of Genetic Medicine」 Vol. 6. No. 2., 대한의학유전학회, 2009.
- 장혜영, “보조생식술을 받은 여성의 선택적 감수술에 대한 의사결정 경험”, 간

- 호학석사 학위논문, 서울대학교 대학원, 2014.
- 전대준/강은희/추형식/채희동/김정훈/강병문/장윤석/목정은, “질식 다테임신 감수술의 시행 시기에 따른 임상 결과”, 『Obstetrics & Gynecology Science』 Vol. 41. No. 11., 대한산부인과학회, 1998.
- 전명희/신계명/김혜경, “임산부의 산전 기형아 검사에 관한 지식과 정보 요구 및 낙태에 대한 태도”, 『한국간호교육학회지』 제24권 제4호, 한국간호교육학회, 2018.
- 전명희/신계명/최경숙/이선애/홍선우, “간호대학생의 결혼, 임신 및 낙태에 대한 태도”, 『한국간호교육학회지』 제20권 제2호, 한국간호교육학회, 2014.
- 정현미, “낙태죄와 관련한 입법론”, 『형사법연구』 제22호, 한국형사법학회, 2004.
- Sheelagh McGuinness/윤일구(역), “영국에서의 낙태죄의 역사”, 『법학논총』 Vol. 30 No. 3, 전남대학교 법학연구소, 2010.

2. 번역본

- Heidegger, Martin, 『SEIN UND ZEIT[존재와 시간](전양범 옮김), 동서문화사, 2008.
- Nussbaum, Martha Craven, 『Creating capabilities : the human development approach[역량의 창조 : 인간다운 삶이란 무엇인가?](한상연 옮김), 돌베개, 2015.
- Ratey, John J, 『A USER'S GUIDE TO THE BRAN[뇌, 1.4킬로그램의 사용법](김소희 옮김) (최준식 감수), (주)북이십일 21세기북스, 2013.

<국외문헌>

1. 단행본

- Bruce M. Carlson, 『Human Embryology and Developmental Biology 5th Edition』, Elsevier Saunders, 2013.

- F. Cunningham/Kenneth Leveno/Steven Bloom/John Hauth/Larry Gilstrap/
Katharine Wenstrom, 「*Williams Obstetrics : 22nd Edition*」, McGraw-
Hill Professional, 2005.
- F. Gary Cunningham/Kenneth J. Leveno/Steven L. Bloom/John C. Hauth/
Larry C. Gilstrap/Katharine D. Wenstrom, 「*Williams Obstetrics*」 22nd
Edition, McGraw Hill Professional, 2005.
- Nussbaum, Martha Craven, 「*Frontiers of Justice : Disability, Nationality,
Species Membership*」, Harvard University Press, 2006.
- Ronan R. O'Rahilly/Fabiola Muller, 「*Human Embryology & Teratology /
Edition 3*」, Wiley-Liss, 2001.
- Vaughn, Lewis, 「*Contemporary moral arguments : readings in ethical issues*」
2nd ed, Oxford University Press, 2013.
- WHO, 「*The selection and use of essential medicines : Twentieth report of
the WHO Expert Committee 2015 (including 19th WHO Model List
of Essential Medicines and 5th WHO Model List of Essential Medicines
for Children)*」, WHO Press, World Health Organization, 2015.
- William J. Larsen, 「*Human Embryology / 3rd Edition*」, Churchill Livingstone,
2001.

2. 논문

- A. H. Handyside/E. H. Kontogianni/K. Hardy/R. M. L. Winston, “Pregnancies
from biopsied human preimplantation embryos sexed by Y-specific
DNA amplification”, 「*Nature*」 344(6268), Nature Research, 1990.
- A. R. Thornhill/C. E. deDie-Smulders/J. P. Geraedts/J. C. Harper/G. L.
Harton/S. A. Lavery/C. Moutou/M. D. Robinson/A. G. Schmutzler/P.
N. Scriven/K. D. Sermon/K. D. Sermon, “ESHRE PGD Consortium
‘Best practice guidelines for clinical preimplantation genetic diagnosis
(PGD) and preimplantation genetic screening (PGS)’”, 「*Human*

- Reproduction*] Volume 20, Issue 1, Oxford University Press, 2005.
- Blomberg L/Hashizume K/Viebahn C., “Blastocyst elongation, trophoblastic differentiation, and embryonic pattern formation”, 「*Reproduction*] Volume 135. Issue 2., Society for Reproduction and Fertility, 2008.
- Dhallan R./Guo X./Emche S./Damewood M./Bayliss P./Cronin M./Barry J./Betz J./Franz K./Gold K./Vallecillo B./Varney J., “A non-invasive test for prenatal diagnosis based on fetal DNA present in maternal blood : a preliminary study.”, 「*The Lancet*] Volume 369., Ravgen Inc, 2007.
- Elias M. Dahdouh/Jacques Balayla/François Audibert, “Technical Update: Preimplantation Genetic Diagnosis and Screening”, 「*Journal of Obstetrics and Gynaecology Canada*] Volume 37, Issue 5, Elsevier Inc., 2015.
- Franchi A/Zaret J/Zhang X/Bocca S/Oehninger S., “Expression of immunomodulatory genes, their protein products and specific ligands/receptors during the window of implantation in the human endometrium”, 「*Mol Hum Reprod*] Volume 14. Issue 7., Oxford University Press, 2008.
- Katz P/Nachtigall R/Showstack J., “The economic impact of the assisted reproductive technologies”, 「*Nat Cell Biol*], 4 Suppl(10), Nature Publishing Group, 2002.
- Lalitkumar P. G. L./Lalitkumar S./Meng C. X./Stavreus-Evers A./Hambiliki F./Bentin-Ley U./Gemzell-Danielsson K., “Mifepristone, but not levonorgestrel, inhibits human blastocyst attachment to an in vitro endometrial three-dimensional cell culture model”, 「*Hum Reprod*] Volume 22, Issue 11, Oxford University Press, 2007.
- Luca Gianaroli/M.Cristina Magli/Anna P Ferraretti/Santiago Munné, “Preimplantation diagnosis for aneuploidies in patients undergoing in vitro fertilization with a poor prognosis: identification of the categories for which it should be proposed”, 「*Fertility and Sterility*] Volume 72, Issue 5, Elsevier Inc., 1999.

- Miriam Kuppermann/Mary E. Norton/Kao Thao/Allison O'Leary/Onouwem Nseyo/Abigail Cortez/Anjali J. Kaimal, “Preferences regarding contemporary prenatal genetic tests among women desiring testing : implications for optimal testing strategies”, 『*Prenatal Diagnosis*』 Volume 36. Issue 5., Wiley & Sons, Ltd., 2016.
- Red-Horse K/Zhou Y/Genbacev O/Prakobphol A/Foullk R/McMaster M/Fisher SJ., “Trophoblast differentiation during embryo implantation and formation of the maternal-fetal interface”, 『*J Clin Invest*』 Volume 13. Issue 3., The Journal of Clinical Investigation, 2004.
- Santiago Munné/Mireia Sandalinas/Tomas Escudero/Esther Velilla/Renee Walmsley/Sasha Sadowy/Jacques Cohen/David Sable, “Improved implantation after preimplantation genetic diagnosis of aneuploidy”, 『*Reproductive BioMedicine Online*』 Volume 7, Issue 1, Elsevier Inc., 2003.

[Abstract]

Proposals for legislative reform of laws related to abortion

Song, Seung-Hyun

*Ph.D. in Law / Director and Associate Researcher,
Center for Risk Society and Disaster Prevention in National Crisisonomy
Institute, Chungbuk National University*

The debate on the abolition of abortion crime is one of the most controversial social issues. In April 2019, the Constitutional Court resolved

the controversy to some extent by making a constitutional discordance adjudication regarding a law related to abortion crime. However, it can be said that the decision was not completely resolved in that it was constitutional discordance. So now you are at a crossroads of choice. Whether to abolish or revise abortion crime completely. In this paper, I proposed two ways to improve the legislation of the abortion crime about constitutional discordance adjudication. One is the allow abortion all-over [first option], and the other is the allow abortion sector[second option]. There are a number of things to think about when you choose the [second option], or revision. It is the abortion decision period or abortion allowance period, abortion reason for allowance, abortion allowance procedure, abortion allowance method. Among them, the Constitutional Court also referred to the abortion decision period or abortion allowance period. I think that [First Option] is valid, and you should basically put weight on it. The act of abortion is a problem in line with the viewpoint of respect for life, and from this point of view, it can be said that the act of abortion does not impede the way of life of the universe. However, in view of the social reality of Korea, I think the possibility of [second option] is rich. But the important point is that both embryos and fetuses are living things. Thus, the discussion about abortion is, after all, a matter of being in line with the viewpoint of respect for life.

Key words : Abortion crime, Proposals for legislative reform, Allow abortion all-over, Allow abortion sector, Idea of respect for Life, Abortion Decision Period or Abortion Allowance Period, Abortion Reason for Allowance, Abortion Allowance Procedure, Abortion Allowance Method