

낙태죄의 구조와 문제점*

- 독일형법에서의 낙태죄 규제와의 비교를 중심으로 -

이 정 원**

차 례

- I. 서론
- II. 낙태죄에서 불가벌의 요건
 - 1. 현행법의 낙태죄에 대한 위법성조각사유
 - 2. 독일형법에서 낙태죄에 대한 불가벌 요건
- III. 낙태죄의 구성요건에 관한 범죄이론적 고찰
 - 1. 낙태의 개념과 의미
 - 2. 낙태죄의 보호법익
 - 3. 형법상 낙태죄의 체계와 문제점
- IV. 결론

* 이 연구는 2016학년도 영남대학교 학술연구조성비에 의한 것임.

** 영남대학교 법학전문대학원 교수.

접수일자 : 2018. 4. 30. / 심사일자 : 2018. 5. 24. / 게재확정일자 : 2018. 5. 29.

I. 서론

최근 우리나라에서도 낙태죄 폐지 여부에 관한 논쟁이 뜨겁다. 물론 ‘낙태죄 폐지 여부에 관한 논쟁’이란 기본적으로 ‘임산부의 자기낙태죄’의 폐지 여부에 관한 논쟁을 의미하는 것으로 보여 진다. 태아의 생명도 당연히 형벌로 보호해야 할 고귀한 법익임에 틀림이 없을 뿐 아니라, 태아의 생명에 대한 부모 및 가족의 관심과 이해관계를 침해하는 부동의낙태죄의 폐지 여부는 논의의 대상이 될 수 없기 때문이다. 또한 태아에 대한 부모나 가족의 이해관계와는 별도로 태아의 생명은 그 자체로 형법에 의하여 충분한 보호가 필요한 법익임에 틀림이 없다.¹⁾ 따라서 산모라 하더라도 자신이 잉태한 태아를 제거하는 행위가 제한 없이 허용될 수는 없다. 또한 동의낙태행위를 통하여 이러한 산모의 자기낙태를 대신하거나 또는 이에 조력하는 행위도 허용될 수 없다. 이러한 점에서 ‘낙태죄 폐지’라는 용어선택은 부정확할 뿐 아니라, 형사법 이론적으로는 오류적 표현이라고 해야 한다.

낙태행위는 태아의 생명을 침해하거나 위태롭게 하는 행위로서 당연히 형벌로 금지되어야 마땅한 실질적 의미의 범죄²⁾행위라는 점에는 의문이 없다. 다만 태아를 잉태한 산모의 입장에서는 태아에 대해서 가지게 되는 무한정의 책임 등 이해관계에 의해서 특별한 허용가능성이 고려될 수 있을 뿐이다. 이러한 허용가능성 내지 위법성조각사유는 지금까지 모자보건법에 그 근거규정을 가지고 있었는데, 최근 ‘낙태죄 폐지 여부에 관한 논쟁’은 산모의 자기결정권이라는 진전된 새로운 인식을 토대로 이러한 허용범위를 확대하려는 시도로 이해될 수 있다. 즉 낙태죄에서는 태아생명 침해에 대한 산모의 이해충돌의 관계설정이 새로운 문제로 대두된 것이라고 해야 한다. 이러한 문제해결을 위해서는 무엇보다도 낙태죄의 본질

1) 현재 2008.7.31., 2004헌바81 참조.

2) 김성돈, 형법총론, 제4판, 성균관대학교 출판부, 2015, 121쪽 이하; 이재상/장영민/강동범, 형법총론, 제8판, 박영사, 2015, 67쪽 이하; 이정원, 형법총론, 신론사, 2012, 60쪽 이하 참조; 임웅, 형법총론, 제7정판, 법문사, 2015, 77쪽 이하; 정성근/박광민, 형법총론, 제2정판, 성균관대학교 출판부, 2015, 92쪽.

적 문제점들이 규명되어야 한다. 지금까지 태아의 생명이라는 법익이 너무 가벼이 평가되어 낙태죄에 대한 법정형이 매우 낮게 구성되어 있을 뿐 아니라, 낙태죄 구성에 대해서도 심도 높은 연구가 부족하였으며, 이러한 상황에서 오로지 허용가능성인 위법성조각사유가 단편적으로 규정되어 있었을 뿐이었다. 그러나 금지규범의 법익침해에 대한 허용가능성을 논의하기 위해서는 우선 그 전제가 되는 금지규범의 법익침해의 본질과 구조를 명확하게 규명해야 한다. 본고에서는 낙태죄의 허용가능성을 규명하기 위한 전제조건으로서 낙태죄의 본질과 구조를 명확하게 분석하고자 한다. 이는 우리형법의 모범이 된 독일형법에서의 낙태죄 규제에 관한 변천과정을 비교하여 분석하는 방법으로 진행된다.

II. 낙태죄에서 불가벌의 요건

1. 현행법의 낙태죄에 대한 위법성조각사유

모자보건법 제14조는 ‘인공임신중절수술의 허용한계’라는 표제하에 ‘의학적·우생학적·윤리적인 일정한 사유’가 있는 경우에 ‘본인과 배우자의 동의’에 의한 ‘의사’의 인공임신중절수술을 허용하고 있다.

모자보건법 제14조 제1항 제5호는 임신의 지속이 ‘보건의학적 이유’로 모체의 건강을 심히 해하고 있거나 해할 우려가 있는 경우에 인공임신중절수술을 허용한다. 여기서 모체의 건강에는 신체적 건강 뿐 아니라 정신적 건강도 포함될 수 있다. 그러나 정신적 건강의 범위를 부녀의 현재와 미래의 생활관계까지 고려함으로써 의학적 기준을 의학적 및 사회적 기준으로 확장하는 견해³⁾는 부당하다.⁴⁾ 모자보건법 제14조가 경제적·사회

3) 이재상/장영민/강동범, 형법각론, 제10보정판, 박영사, 2017, 92쪽, 93쪽. 입법론적으로 경제적·사회적 사유를 추가할 필요가 있다는 견해로는 임웅, 형법각론, 제8정판, 법문사, 2017, 117쪽.

4) 김일수/서보학, 형법각론, 제8증보판, 박영사, 2016, 39쪽; 진계호/이준길, 형법각론, 제6판, 대왕사, 2008, 121쪽; 보다 엄격한 입장으로는 박상기, 형법각론, 제8판, 박영사, 2011, 84쪽; 배중대, 형법각론, 제10전정판, 홍문사, 2018, 108쪽; 오영근, 형법각론, 제4판, 박영사, 2017, 85쪽 이하; 同趣旨, 오상원, 비교법적 시각에서 본 태어나지 않은 생

적 사유를 특별히 규정하지 않았다는 것은 이러한 경우 인공임신중절수술을 불허한다는 의미로 해석해야 하기 때문이다.

동법 제14조 제1항 제1호와 제2호는 본인 또는 배우자가 대통령령이 정하는 우생학적 또는 유전학적 정신장애나 신체질환이 있는 경우와 본인 또는 배우자가 대통령령이 정하는 전염성 질환이 있는 경우에 인공임신중절수술을 허용한다. 이는 정상적인 양육과 생활이 불가능한 사람으로의 출생을 강요할 수 없다는 취지에서 규정된 허용사유이다. 이에 대하여 “생명에 대한 가치판단은 허용될 수 없다”는 입장에서 우생학적 사유에 의한 인공임신중절수술의 허용을 비판하는 견해⁵⁾가 있다. 그러나 사람의 생명과 태아의 생명은 그 불법의 내용이 결코 동일하지 않으며,⁶⁾ 또한 장래 부모의 책임과 과도한 부담, 그리고 형법의 비범죄화의 요청 등을 고려하면 이러한 비판은 타당하다고 할 수 없다.

동법 제14조 제1항 제3호와 제4호는 강간 또는 준강간에 의하여 임신된 경우와 법률상 혼인할 수 없는 혈족 또는 인척간에 임신된 경우에 인공임신중절수술을 허용한다. 이러한 경우에는 임신의 지속이나 출산의 요구가 오히려 법질서에 반하거나 또는 책임 없는 부녀에 대한 강요가 되기 때문에 인공임신중절수술이 허용된다.

上記의 사유가 있는 경우에는 본인과 배우자의 동의에 의하여 인공임신중절수술을 할 수 있다. 배우자는 법률상의 배우자 뿐 아니라 사실상의 혼인관계에 있는 자를 포함하며, 배우자가 사망·실종·행방불명 기타 부득이한 사유로 동의할 수 없는 경우에는 본인의 동의로 충분하다. 본인 또는 배우자가 심신장애로 의사표시를 할 수 없을 때에는 그 친권자 또는 후견인의 동의로, 친권자 또는 후견인이 없는 때에는 부양의무자의 동의로 본인 또는 배우자의 동의에 갈음한다. 본인과 배우자의 동의는 판단능

명의 보호가치와 보호를 위한 법제화모델, 형사법연구 제16호 특집호, 2001.12, 363쪽.

5) 김일수, 낙태와 살인의 한계 - 모자보건법 개정안의 모색, 한국형사법학의 새로운 지평, 유일당 오선주교수 정년기념논문집, 2001.02, 287쪽; 배종대, 형법각론, 107쪽.

6) 형법은 낙태죄의 기본적 구성요건인 자기낙태죄와 동의낙태죄에 대하여 1년 이하의 징역이나 2백만원 이하의 벌금형을 규정한 반면에, 폭행죄에 대하여는 2년 이하의 징역이나 5백만원 이하의 벌금형을 규정하고 있다. 즉 형법은 폭행죄보다도 낙태죄의 불법내용을 경하게 평가하고 있다.

력 있는 자의 자유로운 의사이어야 한다.

인공임신중절수술은 의사에 의한 기술이어야 한다. 여기서의 의사는 의료업무상 인공임신중절수술의 기술에 대한 권리와 의무를 수행하는 통상 산부인과 의사이어야 한다.⁷⁾ 모자보건법상의 인공임신중절수술의 개념이 명백하게 기술의사의 범위를 제한하는 것으로 해석되기 때문이다. 따라서 산부인과 의사 외에는 모자보건법 제14조가 아니라, 일반적인 위법성조각 사유인 긴급피난에 의해서만 인공임신중절수술이 가능하다고 해야 한다. 태아의 생명을 특히 보호하려는 입장에서는 입법론적으로 인공임신중절수술에 대한 확인의사와 기술의사가 분리되어야 한다는 의견이 제시되고 있다.⁸⁾

모자보건법시행령 제15조 제1항은 인공임신중절수술이 허용되는 기간을 임신한 날로부터 24주 이내로 한정한다. 우생학적 사유의 경우, 24주의 인공임신중절수술 허용기간은 적절한 것으로 판단된다. 그러나 윤리적 사유의 경우에 24주의 인공임신중절수술 허용기간은 너무 길다. 또한 보건의학적 사유의 경우에는 기간에 관계없이 인공임신중절수술이 허용될 수 있어야 한다.

2. 독일형법에서 낙태죄에 대한 불가벌 요건

(1) 독일 구형법의 기간해결방식과 적응해결방식

독일 형법에서 낙태죄에 대한 불가벌 요건은 소위 기간해결방식(Fristenmodell)과 적응해결방식(Indikationenmodell)을 거쳐 현재는 적응해결방식을 결합한 상담모델방식(Beratungsmodell)으로 입법화 되었다. 처음 독일형법에서는 낙태죄에 대한 불가벌의 요건으로 기간해결방식을 채택하였다.⁹⁾ 기간해결방식은 산모의 낙태자유를 인정하여 일정한 기간(12주) 내의 인공임신중절행위를 낙태죄의 불법구성요건에서 배제하는 방식이다(구성요건해당성

7) 반대전해로는 오영근, 앞의 책, 85쪽; 이재상/장영민/강동범, 앞의 책, 91쪽; 정성근/박광민, 형법각론, 진정2판, 성균관대학교 출판부, 2015, 115쪽.

8) 배중대, 앞의 책, 109쪽.

9) 5. StrRG v. 18. 6. 1974.

배제사유). 이러한 독일 형법의 기간해결방식은 일정한 기간 내의 낙태를 비범죄화함으로써 태아에 대한 국가의 생명보호를 등한시하고 있으므로 1975년 2월 25일 독일의 연방헌법재판소에 의하여 곧바로 위헌판결¹⁰⁾을 받게 되었다.

기간해결방식에 대한 독일 연방헌법재판소의 위헌판결에 따라 독일형법에서는 낙태죄에 대한 허용규정(위법성조각사유)으로 제218조a에 소위 적응해결방식을 규정하였다.¹¹⁾ 독일형법의 적응해결방식은 형법의 낙태죄에 대한 위법성조각사유로서 모자보건법이 참조하여 채택한 방식이었다. 다만 독일형법 제218조a는 인공임신중절수술의 기간에 관하여 윤리적·사회적 사유에 의한 경우는 12주, 우생학적 사유에 의한 경우는 22주 이내에 한하여 허용하고 있으며, 보건의학적 사유에 의한 경우에는 기간을 정하고 있지 않다. 이는 우리의 모자보건법과 비교하여 인공임신중절수술에 대한 보다 합리적인 허용기간설정이라고 보여 진다.

적응해결방식에서 독일형법은 보건의학적 사유와 관련하여 ‘임산부의 현재와 장래 생활관계를 고려하여 의사의 진단결과, 임산부의 생명에 대한 위험 또는 신체적·정신적 건강상태의 중한 침해의 위험을 방어하기에 적절하고 다른 기대될 수 있는 방법으로 그 위험을 방어할 수 없는 경우’에 인공임신중절수술을 허용하고 있다. 이 때 장래의 생활관계를 고려한 정신적 건강상태는 생물학적·의학적 조건에 임부의 전체 사회적 생활환경을 포괄하여 총체적으로 관찰하는 것이 필수적이라고 한다.¹²⁾ 이와 같이 보건의학적 사유는 사회적 요소를 함께 고려함으로써 더욱 확실해 진다고 한다. 독일형법 제218조a는 명문으로 이를 인정하고 있다. 그러나 이와 같이 보건의학적 사유에 사회적 요소를 포함시켜, 장래 생활관계를 고려한 임산부의 정신적 건강상태를 예측하려는 것은 단지 태아의 생명을 불확실한 정도로만 보호하려는 시도로 보여 진다.

10) BVerfGE 39, 1; Vgl. Eser, S-S StGB, 27. Aufl., 2006, Vorbem. §§ 218 ff. Rdnr 3; Merkel, Nomos Kommentar, 3. Aufl., 2010, Vor §§ 218 ff. Rdnr. 7 ff.; Maurach/Schroeder/Maiwald, Strafrecht BT/I, 8. Aufl., 1995, § 5 II Rd. 15; 오상원, 앞의 논문, 354쪽.

11) 15. StÄG v. 18. 5. 1976.

12) Vgl. Eser, S-S StGB, § 218a Rdnr. 7, 10.

(2) 현행 독일형법의 상담모델방식

현재 독일 형법은 낙태죄에 대한 불가벌 요건으로 적응해결방식을 결합한 상담모델방식(Beratungsmodell)으로 입법화 하였다. 통일 당시 구서독 지역에서는 낙태죄에 대한 위법성조각사유로 적응해결방식을 규정한 반면에 구동독 지역에서는 12주 이내의 낙태를 비범죄화하는 기간해결방식을 적용하고 있었다. 독일여성단체에서는 낙태자유¹³⁾가 인정되는 구동독 규정을 서독지역에 전면 수용할 것을 요구하였으나, 연방정부는 통일조약 규정에 의거하여 1992년 12월 31일까지 통일된 새로운 낙태규정을 제정할 것을 조건으로 구독일 지역에 각각 종전의 규정을 그대로 적용하기로 합의하였다.¹⁴⁾ 이에 따라 연방의회는 1992년 7월 27일 12주 이내의 상담조건부 낙태를 불가벌로 규정하는 “임산부 및 가정원조법(Schwangeren- und Familienhilfegesetz)”을 제정하였으나, 이 법률은 1993년 5월 28일 연방헌법재판소의 위헌판결¹⁵⁾에 의하여 그 주요부분이 무효로 선언되었다.¹⁶⁾ 이로써 독일의 낙태죄에 대한 기간해결방식은 2번에 걸쳐 연방헌법재판소의 위헌판결을 받게 되었다.¹⁷⁾ 이후 이 규정들은 격렬하고 광범위한 논쟁을 거쳐 1995년 8월 21일 “임산부 및 가정원조개정법(SFHÄndG)”을 통하여 재개정되었으며, 동법 제8조의 내용은 현행 독일형법 제218조 내지 제219조b에 모두 포함되었다.¹⁸⁾ 현행 독일형법은 낙태죄에 대한 불가벌의 요건으로 적응해결방식과 상담모델방식(Beratungsmodell)을 결합한 방식을 채택하였다.

독일형법 제218조a에서는 임산부의 요구와 독일형법 제219조 제2항 제2

-
- 13) 유숙영, 여성의 낙태선택권 보장, 형사법연구 제22호 특집호, 2004, 714쪽 이하.
 14) 김일수, 한국형법 III, 개정판, 박영사, 1997, 111쪽 참조; Steinberg, 독일통일 1990, 고대북한법률행정논총 제8집, 1990, 272쪽.
 15) 이에 관하여는 Brend Schünemann/조훈, 임신중절에 있어서의 규범과 법익 - 낙태에 대한 1993.5.28. 독일연방헌법재판소 판결(BVerfGE 88, 203)과 관련하여, 형사법연구 제16호 특집호, 2001.12, 313쪽 이하 참조.
 16) BVerfGE 88, 203; Vgl. Merkel, Nomos Kommentar, Vorbem. §§ 218 ff. Rdnr 11 ff., § 218a Rdnr. 1; Maurach/Schroeder/Maiwald, Strafrecht BT/I, 8. Aufl., § 5 III Rd. 26.
 17) Vgl. Merkel, Nomos Kommentar, Vorbem. §§ 218 ff. Rdnr 11.
 18) Merkel, Nomos Kommentar, Vorbem. §§ 218 ff. Rdnr 12.

문에 의한 확인서를 통해 최소 수술 3일 이전에 상담을 거친 사실을 의사에게 입증하고 의사에 의해서 시술된 임신 12주 이내의 낙태를 불가벌로 규정(동조 제1항)하였다. 이는 상담조건부 기간해결방식이며, 낙태죄의 구성요건해당성배제사유라고 할 수 있다. 여기에 중전 적응해결방식 중 보건의학적 사유(동조 제2항)와 윤리적 사유(동조 제3항)를 그대로 유지하고 있다. 다만 중전 낙태죄에 대한 적응해결방식으로서 22주 이내에 허용되던 우생학적 사유와 12주 이내에 허용되던 일반적 긴급사유(die allgemeine Notlagenindikation: § 218a Abs.2 Nr.3 a.F.)¹⁹⁾는 채택하지 아니 하였다. 이로써 독일형법은 낙태죄에 대한 불가벌의 요건으로 구성요건해당성배제사유인 상담조건부 기간해결방식의 상담모델방식(Beratungsmodell)과 위법성 조각사유인 적응해결방식(Beratungsmodell)을 결합하여 규정하였다.

(3) 독일의 상담모델방식에 대한 평가

현행 독일형법 제218조a는 낙태죄에 대한 불가벌의 요건으로 구성요건해당성을 배제하는 상담조건부 기간해결방식과 위법성 조각사유인 적응해결방식을 결합하여 규정하고 있다. 그러나 실질적으로는 낙태죄에 대한 불가벌의 요건으로 상담조건부 기간해결방식의 상담모델방식만을 채택한 것으로 평가된다. 우선 적응해결방식으로 규정한 윤리적 사유는 실제로 상담모델방식에 완전히 포함되는 경우에 불과하다. 의사의 진단결과 강간 등 성폭력범죄에 의한 임신의 유력한 근거가 있고 착상 이후 12주 이상 경과하지 않은 경우라면 상담모델방식을 이용하는 것이 임신부의 입장에서도 훨씬 수월하고 유리하기 때문이다. 또한 보건의학적 사유의 경우는 긴급피난으로도 허용될 수 있을 뿐 아니라, 이 역시 상담모델방식을 이용하는 것이 훨씬 편리할 것으로 판단된다. 결국 독일형법 제218조a는 독일 연방헌법재판소가 2번에 걸쳐서 위헌으로 판단한 기간해결방식을 채택한 것이며, 이는 낙태의 자유를 요구하는 여론에 굴복한 입법이라는 비판을 면할 수 없다. 당시 연방헌법재판소에서조차 다수 여론의 요구를 몰랐을 리

19) 독일 구형법 제218조a 제2항 제3호: 임신부의 일반적인 사회적 상황과 그녀의 가정적 충돌상황이라는 일반적인 긴급사유.

없었겠지만, 연방헌법재판소의 2번에 걸친 위헌판결은 태아의 생명에 대하여 헌법가치를 정당하게 평가한 것으로 이해하여야 한다.

Ⅲ. 낙태죄의 구성요건에 관한 범죄이론적 고찰

형법은 낙태죄에 대한 불가벌의 요건으로 모자보건법의 적응해결방식을 위법성조각사유로 규정하고 있다. 독일형법에서는 낙태자유화에 기반을 둔 기간해결방식이 독일 연방헌법재판소의 위헌판결로 적응해결방식으로 개정되었는데, 동서독의 통일 후 동독지역의 기간해결방식과 서독지역의 적응해결방식 사이의 대결 과정에서 상담조건부 기간해결방식으로 통합되었다. 그러나 상담조건부 기간해결방식 역시 재차 독일 연방헌법재판소의 위헌판결을 받게 되어 현행 독일형법은 적응해결방식을 결합한 상담모델방식으로 개정하였다. 그럼에도 불구하고 상담모델방식은 실질적으로 적응해결방식에서 채택한 윤리적 사유와 보건의학적 사유를 모두 포괄하고 있어 적응해결방식을 무력화시키고 있다. 결국 독일형법은 연방헌법재판소의 2번에 걸친 위헌판결로 배척한 낙태자유화에 기반을 둔 기간해결방식을 채택한 것으로 평가할 수 있다. 그러나 이미 독일 연방헌법재판소가 확인한 바와 같이 태아의 생명은 형법적 보호에서 배척되는 부분을 인정하는 것이 아니라, 특별한 경우에 예외적으로 그 침해가 허용될 수 있을 뿐이어야 한다. 법익침해에 대한 예외적 허용범위는 시대와 환경에 따라 구체적으로 규명되어야 할 문제이므로, 낙태죄의 허용범위에 대한 구체적 논의를 위해서는 우선 그 전제조건으로 태아의 생명에 관한 형법의 보호범위를 명확하게 정립하는 것이 필요하다.

1. 낙태의 개념과 의미

낙태의 文理的 의미는 태아를 그 생명의 터전인 모체로부터 분리하는 것이다. 따라서 낙태의 죄는 태아를 자연분만기에 앞서 인위적으로 모체 밖으로 배출하거나 또는 태아를 모체 안에서 살해하는 것을 내용으로 하는 범죄라고 파악하는 것이 통설²⁰⁾의 입장이다. 그러나 낙태의 죄는 태아

의 생명을 보호하기 위하여 규정된 구성요건인데, 현대의학의 발달은 단순하게 태아를 자연분만기에 앞서 인위적으로 모체 밖으로 배출한 행위를 모두 구성요건적 행위인 낙태로 평가할 수 없도록 하였다. 예컨대 산모의 자연분만에 대한 공포에 의하여 또는 미신적 사고로 아이의 출생시점을 조절하려는 목적에서 자연분만에 앞선 제왕절개수술이 실질적으로 성행하고 있다. 또한 향후 의학기기의 발달은 산모의 체내보다 더 안전한 인큐베이터의 발명도 가능할 수 있다. 따라서 이러한 행위들을 모두 전형적 불법행위인 낙태로 평가할 수는 없게 되었다. 종래에는 모체로부터 자연분만기에 앞선 태아의 배출이 실제로 태아의 사망을 의미하였으며, 따라서 이러한 행위를 태아의 생명을 침해하는 낙태행위로 평가할 수 있었다. 그러나 현대에는 모든 자연분만기에 앞선 태아의 배출이 실제로 태아의 사망을 의미하지는 않는다. 이러한 점에서 통설의 입장은 낙태의 현대적 의미를 충분히 고려하지 못한 것으로 보여 진다.

이에 반하여 낙태의 죄는 임신중절에 의하여 태아를 살해하는 것을 내용으로 하는 범죄라고 파악하는 견해²¹⁾가 있다. 모체의 건강을 위하여 태아의 생명에 지장을 주지 않고 조기출산케 하는 인공출산은 낙태의 범주에 들어갈 수 없다는 입장이다. 이러한 관점은 통설의 결함을 해소하고 있으나, 낙태죄의 본질적인 내용을 모두 포함하지 못하고 있다. 태아의 생명을 침해하기 위하여 자연분만기 이전에 인위적으로 태아를 모체 밖으로 배출하였으나, 배출된 객체가 사망하지 아니한 경우 또는 배출된 객체의 사망이 행위자에게 귀속될 수 없는 결과인 경우에는 충분한 가벌성이 인정되는 행위임에도 불구하고 불가벌인 낙태의 미수에 불과하기 때문이다.

20) 권오걸, 스마트 형법각론, 형설출판사, 2011, 66쪽; 김성돈, 형법각론, 제4판, 성균관대학교 출판부, 2016, 100쪽; 김일수/서보학, 앞의 책, 37쪽; 박상기, 앞의 책, 75쪽; 배중대, 앞의 책, 102쪽; 백형구, 형법각론, 청림출판, 1999, 77쪽; 오영근, 앞의 책, 79쪽; 이영란, 형법학 각론강의, 제3판, 형설출판사, 2013, 97쪽; 이형국, 형법각론, 2007, 법문사, 115쪽; 임웅, 앞의 책, 110쪽; 정성근/박광민, 앞의 책, 109쪽; 정영일, 형법각론, 제3판, 도서출판 학림, 2017, 37쪽; 진계호/이준길, 앞의 책, 108쪽.

21) 김성천/김형준, 형법각론, 제6판, 도서출판 소진, 2017, 43쪽; 손동권/김재윤, 새로운 형법각론, 율곡출판사, 2013, 91쪽; 이재상/장영민/강동범, 앞의 책, 89쪽; 조준현, 형법각론, 제3판, 법원사, 2012, 120쪽.

본질적으로 낙태는 태아를 살해하기 위한 임신중절을 말한다. 그러므로 태아를 살해하려는 목적이 결여된 조기출산은 낙태의 범주에 포함시켜서는 안 된다. 반면에 태아를 살해하기 위하여 임신중절을 하는 경우는 태아의 사망이라는 결과를 기다릴 필요 없이 낙태죄의 성립을 인정하여야 한다.²²⁾ 따라서 낙태죄는 태아를 살해하려는 목적으로 저질러지는 임신중절이라고 이해하여야 한다. 이러한 의미에서 낙태죄는 목적범²³⁾으로 해석되어야 한다.²⁴⁾ 물론 태아의 생명을 보호법익으로 하는 낙태죄의 속성상 태아를 모체 내에서 살해하는 경우가 낙태개념에서 배제될 수는 없다. 이 한도에서는 낙태죄가 침해범으로 해석될 수 있지만, 태아의 사망과 동시에 사실상 임신이 단절된다는 의미에서 이를 ‘태아를 살해하려는 목적으로 저질러지는 임신중절의 완성’의 범주에 포함시키면 충분하다.

2. 낙태죄의 보호법익

통설²⁵⁾에 의하면 태아의 생명이 낙태죄의 주된 보호법익이지만 동시에 부녀의 신체도 부차적인 보호법익이 된다고 한다. 형법은 낙태의 죄에 대하여 임부의 동의 유무에 따라 형의 경중에 차이를 두고 있으며, 낙태치상죄를 무겁게 처벌하고 있기 때문이라고 한다. 이러한 통설의 입장은 타당하다고 할 수 없다. 보호법익은 기본적 형태를 기준으로 판단해야 하기 때문이다. 낙태치상죄가 무겁게 처벌되는 것은 낙태로 인하여 부녀에게 상해를 입혔기 때문에 무겁게 처벌되는 것이지, 낙태죄 자체의 부차적

22) 同趣旨, 손동권/김재운, 앞의 책, 91쪽: “태아를 살해하기 위해서 자연분만기 이전에 모체 밖으로 배출하거나...”

23) 낙태죄의 구성요건에는 초과주관적 구성요건요소인 목적이 명문으로 규정되어 있지 않지만, 본 규정의 보호목적에 고려하면 이러한 해석은 얼마든지 가능하다. 예컨대 절도죄의 구성요건에도 불법영득의 의사가 명문으로 규정되어 있지 않지만, 통설은 불법영득의 의사를 절도죄의 초과주관적 구성요건요소로 해석하고 있다.

24) 물론 형법이 낙태죄의 미수를 처벌한다면 낙태죄를 굳이 목적범으로 해석할 이유는 없다.

25) 김성돈, 앞의 책, 101쪽; 김일수, 앞의 책, 105쪽 이하; 박상기, 앞의 책, 77쪽; 배종대, 앞의 책, 103쪽; 백형구, 앞의 책, 78쪽; 손동권/김재운, 앞의 책, 91쪽; 오영근, 앞의 책, 79쪽; 이영란, 앞의 책, 90쪽; 이재상/장영민/강동범, 앞의 책, 90쪽; 이형국, 앞의 책, 120쪽; 임웅, 앞의 책, 111쪽; 정영일, 앞의 책, 35쪽; 조준현, 앞의 책, 122쪽; 진계호/이존걸, 앞의 책, 109쪽.

인 보호법익이 부녀의 신체이기 때문인 것은 아니다. 예컨대 강간치사죄는 무겁게 처벌되지만 강간죄의 부차적인 보호법익이 사람의 생명은 아니다. 또한 동의낙태죄에 비하여 부동의낙태죄가 중하게 처벌되는 것은 산모가 자신의 태아에 대하여 가지는 이해관계 의하여 불법의 경중에 차이가 있기 때문이다. 특히 낙태죄의 기본적 구성요건에 해당하는 동의낙태죄에서는 낙태시술에서 필연적으로 수반되는 임부의 신체침해에 대하여 법익주체의 유효한 동의가 있으므로 형벌로써 보호해야 할 법익이 별도로 존재하지 않는다. 따라서 낙태죄의 보호법익은 오직 태아의 생명이라고 해석하여야 한다.²⁶⁾

낙태시술에서는 자궁내벽의 훼손과 같이 필연적으로 임부의 신체에 대한 침해가 수반되며, 부동의낙태죄에서는 이러한 임부의 신체침해에 대하여 유효한 피해자의 승낙이 결여되어 있다. 만약 통설의 입장과 같이 임부의 신체를 낙태죄의 부차적인 보호법익으로 해석한다면, 부동의낙태죄에서는 태아의 생명 뿐 아니라 낙태시 통상 수반되는 임부의 신체침해도 포함된 것으로 판단해야 한다. 따라서 부동의낙태죄에서 임부의 신체에 대한 통상적인 상해는 법조경합에 불과하게 된다. 그러나 상해죄는 부동의낙태죄에 비하여 훨씬 중한 법정형을 규정하고 있다. 특히 부동의낙태에서는 대부분 ‘위험한 물건의 휴대’가 인정되는 경우이다. 이는 특수상해죄에 해당한다. 이와 같이 중한 특수상해죄가 경한 부동의낙태죄에 용해될 수는 없다. 부동의낙태죄에 의하여 임부의 신체에 대한 독자적인 법익보호가 포기되는 것은 부당하다.

낙태죄에서는 법익의 보호정도에 대해서도 학설의 다툼이 있다. 낙태죄를 침해범으로 보는 침해범설과 위험범으로 보는 위험범설의 대립이 그것이다. 통설은 낙태죄가 태아를 자연분만기에 앞서 인위적으로 모체 밖으로 배출하거나 또는 태아를 모체 안에서 살해하는 것을 내용으로 하는 범죄라고 파악하므로 위험범설을 취하게 된다. 위험범설 중에서도 다수설²⁷⁾은 자연분만기 이전에 태아를 모체로부터 배출하는 행위에 의하여

26) 同旨, 김성천/김형준, 앞의 책, 42쪽; 자기낙태죄, 동의낙태죄, 업무상동의낙태죄에 대해서 동일한 입장으로는 김일수/서보학, 앞의 책, 35쪽; 정현미, 낙태죄와 관련한 입법론, 형사법연구 제22호 특집호, 2004, 697쪽; 同趣旨, 정성근/박광민, 앞의 책, 110쪽.

낙태죄의 성립을 인정함으로써 추상적 위험범설을 취한다. 또한 태아의 생명·신체에 어떤 침해도 수반하지 않는 인공출산은 낙태개념에 포함되지 않는다는 입장에서 낙태죄를 구체적 위험범으로 파악하는 견해도 있다.²⁸⁾ 이에 반하여 낙태죄를 임신중절에 의하여 태아의 생명을 침해하는 범죄로 파악하는 입장에서는 낙태죄를 침해범으로 해석한다.²⁹⁾ 그러나 낙태는 태아의 생명을 침해하려는 목적에서 행하는 임신중절이며, 이러한 목적에서 저질러진 임신중절행위는 그 자체가 위험한 행위로서 처벌되어야 한다. 따라서 낙태죄는 목적범이고, 추상적 위험범이며 형식범으로 해석된다.

3. 형법상 낙태죄의 체계와 문제점

(1) 형법상 낙태죄의 체계

제27장 ‘낙태의 죄’에서 기본적 구성요건에 관하여는 학설의 다툼이 있다. 종래에는 제270조 제2항의 부동의낙태죄를 기본적 구성요건으로 보는 견해³⁰⁾도 있었으나, 현재는 제269조의 자기낙태죄와 동의낙태죄를 기본적 구성요건으로 보는 견해³¹⁾와 제269조 제1항의 자기낙태죄를 기본적 구성요건으로 파악하는 견해³²⁾의 대립이 있다.

낙태의 죄의 정형적인 특징과 기본적인 불법내용은 태아의 생명을 침해하려는 목적의 임신중절이다. 다만 부녀의 의사에 반한 낙태 또는 낙태행위로 인하여 부녀에게 생명이나 신체에 대한 침해를 야기하는 경우에

27) 권오걸, 앞의 책, 67쪽; 김성돈, 앞의 책, 101쪽; 김성천/김형준, 앞의 책, 43쪽; 김일수/서보학, 앞의 책, 36쪽; 박상기, 앞의 책, 78쪽; 백형구, 앞의 책, 78쪽; 오영근, 앞의 책, 79쪽; 이형국, 앞의 책, 121쪽; 임웅, 앞의 책, 112쪽; 정성근/박광민, 앞의 책, 110쪽; 정영일, 앞의 책, 35쪽; 진계호/이존걸, 앞의 책, 109쪽.

28) 배종대, 앞의 책, 102쪽; 이영란, 앞의 책, 99쪽.

29) 이재상/장영민/강동범, 앞의 책, 90쪽, 99쪽; 조준현, 앞의 책, 124쪽.

30) 강구진, 형법강의 각론 I, 1983, 114쪽; 김종원, 형법각론(상), 1971, 80쪽.

31) 김성돈, 앞의 책, 102쪽; 김성천/김형준, 앞의 책, 44쪽; 김일수/서보학, 앞의 책, 35쪽; 이영란, 앞의 책, 99쪽; 정성근/박광민, 앞의 책, 112쪽.

32) 손동권/김재윤, 앞의 책, 92쪽; 오영근, 앞의 책, 79쪽; 이재상/장영민/강동범, 앞의 책, 90쪽; 이형국, 앞의 책, 121쪽; 임웅, 앞의 책, 113쪽; 정영일, 앞의 책, 35쪽; 진계호/이존걸, 앞의 책, 109쪽.

는 중한 불법을 인정할 수 있다. 또한 임신한 부녀가 스스로 낙태한 경우에도 특별한 불법평가가 가능하다. 이러한 관점에서 독일형법은 다음과 같은 형식의 구성요건체계를 갖추고 있다. 독일형법 제218조 제1항에서 낙태죄를 기본적 구성요건으로 규정하고, 동조 제2항에서 ‘임신한 부녀의 의사에 반한 낙태’와 ‘경솔하게 부녀의 생명이나 중대한 신체훼손의 위험을 야기한 경우’ 등을 낙태죄의 중한 경우로 가중처벌하며, 제3항에서는 자기낙태죄를 감경하여 처벌한다. 따라서 독일형법에서 낙태죄의 기본적 구성요건은 ‘낙태하는 것’이며, ‘낙태하는 것’이라는 기본적 구성요건에 일정한 표지가 추가되어 변형구성요건을 형성하게 된다. 독일형법에서는 자기낙태죄를 제외하고 그 미수죄를 처벌하고 있다.

형법의 낙태죄도 유사한 관점에서 이해하는 것이 가능하다. 제269조 제1항의 자기낙태죄와 제2항의 동의낙태죄를 포괄하여 ‘낙태하는 것’으로 이해하고, 변형구성요건들의 규정을 고려하는 방법이다. 이러한 관점에서 제269조 제2항의 동의낙태죄가 낙태죄의 기본적 구성요건이라고 보아야 한다. 제269조 제1항의 자기낙태죄는 기본적 구성요건의 또 다른 실현방법으로 해석된다. 물론 이러한 구조가 입법론적으로 타당하지는 별개의 문제이다. 변형구성요건으로는 동의낙태죄의 기본구조에 업무상낙태·부동의낙태·낙태치사상의 불법표지가 추가되어 가중적 구성요건을 형성하게 된다.

(2) 형법상 낙태죄에서 법정형의 문제점

형법은 낙태죄에 관하여 그리 큰 비중을 두고 중요하게 다루고 있지 않는 것으로 보여진다. 형법은 낙태죄의 불법을 과소평가함으로써 그 법정형³³⁾을 너무 낮게 정하고 있을 뿐 아니라, 낙태죄의 변형구성요건 사이에서도 현저한 형벌의 불균형을 드러내고 있다. 예컨대 부동의낙태죄는 상해죄에 비하여 현저히 경한 법정형이 규정되어 있다. 그러나 입법기술적으로는 부동의낙태죄가 낙태기술에서 필연적으로 수반되는 임부의 신

33) 독일형법의 동의낙태죄는 3년 이하의 자유형이나 벌금형으로 규정한 것에 비하여, 형법의 동의낙태죄는 1년 이하의 징역이나 200만원 이하의 벌금형으로 규정하고 있다.

체침해를 포괄할 수 있도록 규정해야 한다. 부동의낙태죄에서는 결합범의 형식으로 태아의 생명과 임부의 신체를 동시에 보호해야하기 때문이다. 따라서 부동의낙태죄의 법정형을 상해죄보다 중하게 규정해야 한다.³⁴⁾ 이와 같이 부동의낙태죄의 법정형을 상향조정할 경우, 부동의낙태치사상죄에서도 부동의낙태치사상죄는 삭제되어야 한다. 이는 부분적으로 상해치사죄를 규정한 결과가 되기 때문이다. 또한 부동의낙태치사죄에 대해서는 최소한 상해치사죄보다 중한 법정형을 규정해야 한다. 낙태죄에 대한 낮은 법정형은 낙태죄의 허용범위를 부당하게 확대시킬 위험을 내포하게 된다.

(3) 형법상 낙태죄에서 기본적 구성요건의 문제점

낙태죄의 기본적 구성요건이라면 태아의 생명을 침해하는 인신중절행위라고 해야 한다. 이 때 임부의 의사에 반한 부동의낙태와 낙태에 의하여 임부에게 사상의 결과를 야기하는 낙태치사상의 행위를 가중적 구성요건으로 구성하면, 기본적 구성요건인 낙태죄에서는 임부의 의사에 반하지 아니하는 낙태행위만을 규율하게 된다. 임부의 의사에 반하지 아니하는 낙태행위는 현행법의 동의낙태죄와 자기낙태죄에 해당한다. 이는 현행법의 해석에서도 일부 학설³⁵⁾의 입장이다.

그러나 자기낙태는 동의낙태와 구별되어야 마땅하다. 동의낙태나 자기낙태 모두 임부의 의사에 반하지 아니하는 낙태라는 점에서 공통적이라 할지라도 그러한 의사의 주체가 스스로 낙태하는 행위와 동의낙태행위는 근본적으로 다르다. 또한 자기낙태의 실현은 일반적으로 거의 대부분 동의낙태를 행하는 의사에게 촉탁하는 방법으로 이루어진다. 즉 자기낙태에 대해서는 동의낙태와 동일한 정도의 행위수단의 불법성이 인정되지 않는

34) 독일형법의 부동의낙태죄(6월 이상 5년 이하의 자유형)는 신체침해죄(5년 이하의 자유형)에 비하여 중한 법정형을 규정한 것에 반하여, 형법의 부동의낙태죄(3년 이하의 징역)는 상해죄(7년 이하의 징역, 10년 이하의 자격정지 또는 1천만원 이하의 벌금형)에 비하여 훨씬 경한 법정형을 규정하고 있다.

35) 김성돈, 앞의 책, 102쪽; 김성천/김형준, 앞의 책, 44쪽; 김일수/서보학, 앞의 책, 35쪽; 이영란, 앞의 책, 99쪽; 정성근/박광민, 앞의 책, 112쪽.

다. 더욱이 임부의 자기낙태는 그것이 비록 법률적으로 허용될 수 없을지라도 임신지속여부에 대한 충돌상황으로 인하여 적법행위에 대한 기대가능성을 현저히 약화시킨다. 이러한 불법과 책임의 현저한 차이에 의해서 자기낙태는 동의낙태의 감경적 구성요건으로 구성해야 한다.³⁶⁾ 자기낙태죄를 감경적 구성요건으로 구성하는 것은 임부의 자기결정권에 대한 법적 가치를 높이 평가하는 하나의 방법이라고도 할 수 있다.

(4) 업무상낙태죄의 문제점

제270조 제1항의 업무상낙태죄는 의사·한의사·조산사·약제사 또는 약종상이 부녀의 촉탁이나 승낙을 받아 낙태하게 함으로써 성립한다. 다수설³⁷⁾은 업무상낙태죄를 책임이 가중되는 가중적 구성요건이라고 본다. 그러나 업무상낙태죄는 행위자의 신분에 의한 특수한 의무위반으로 불법이 가중되는 가중적 구성요건이다.³⁸⁾

업무상낙태죄에 대하여는 업무자의 낙태가 중하게 처벌될 이유가 없다는 입법론적인 비판³⁹⁾이 제기되고 있다. 이와 관련하여 비전문가에 의한 동의낙태가 더 위험하다는 견해⁴⁰⁾가 있으며, 영리적 낙태행위만 가중처벌하면 충분하다는 견해⁴¹⁾도 제시되고 있다. 이에 반하여 일반인에 의한 낙태가 어렵고 대부분 업무자를 통하여 낙태가 이루어지기 때문에 이들의 책임을 가중하는 것이 불합리하지 않다는 반대견해⁴²⁾도 있다. 그러나 동의낙태죄의 보호법익을 태아의 생명으로 파악하는 한, 비전문가에 의한 동의낙태가 태아의 생명에 더 위험하다는 평가를 할 수는 없다. 그밖에

36) 同趣旨, 이영란, 낙태죄 입법정책에 관한 소고, 형사법연구 제16호 특집호, 2001.12, 347쪽.

37) 배종대, 앞의 책, 115쪽; 오영근, 앞의 책, 81쪽; 이영란, 앞의 책, 107쪽; 이재상/장영민/강동범, 앞의 책, 100쪽; 임웅, 앞의 책, 121쪽; 조준현, 앞의 책, 131쪽.

38) 同旨, 김일수, 앞의 책, 126쪽; 김일수/서보학, 앞의 책, 41쪽.

39) 김종원, 형법각론(상), 법문사, 1971, 86쪽; 손동권/김재윤, 앞의 책, 98쪽; 유기천, 형법학 각론강의 I, 일조각, 1982, 73쪽; 이재상/장영민/강동범, 앞의 책, 100쪽; 임웅, 앞의 책, 121쪽.

40) 同趣旨, 조준현, 앞의 책, 130쪽 이하.

41) 손동권/김재윤, 앞의 책, 98쪽; 同趣旨, 이재상/장영민/강동범, 앞의 책, 98쪽.

42) 오영근, 앞의 책, 81쪽; 이영란, 앞의 책, 107쪽; 同趣旨, 배종대, 앞의 책, 115쪽.

영리적 낙태행위만을 특별히 가중처벌할 이유도 없다. 반면에 일반인에 의한 낙태가 어렵고 대부분 업무자를 통하여 낙태가 이루어진다는 사실도 업무자의 책임을 가중할 이유가 되지 못한다. 일반적으로 낙태는 업무자에 의해서 이루어지지만 업무자가 아니라고 해서 감경해서 처벌할 이유를 찾을 수는 없다. 따라서 동의낙태죄 이외에 가중처벌하는 업무상낙태죄를 추가로 인정할 필요가 없을 뿐이다. 오히려 필요한 것은 동의낙태죄의 법정형을 상향해야 한다.

(5) 낙태의 미수와 낙태치사상죄

본고에서는 현행법의 낙태죄를 태아의 생명을 침해할 목적으로 행하는 임신중절이라는 형식범으로 해석하였다. 이러한 해석은 형법이 낙태미수를 처벌하지 않는다는 사실도 그 배경이 된다.⁴³⁾ 임신중절행위로 태아의 생명이 침해되지 아니한 경우도 처벌할 수 있다면 낙태죄를 굳이 ‘태아의 생명을 침해할 목적’을 요하는 목적범으로 구성할 필요는 없다. 형법은 낙태미수를 처벌하지 않는데 반하여, 독일형법은 자기낙태를 제외하고 낙태미수를 처벌하고 있다. 태아의 생명 침해 여부에 따라 기수와 미수를 구별하는 것이 훨씬 간명하고 불법의 정도를 합리적으로 구획하는 것이므로 가별적인 낙태미수를 인정하는 독일형법의 태도는 입법론적으로 타당하다.

형법이 낙태죄의 미수를 처벌하지 않으므로 기본범죄인 낙태죄가 기수인 경우에만 낙태치사상죄가 성립할 수 있다는 것이 다수설⁴⁴⁾의 입장이다. 이에 반하여 소수설⁴⁵⁾은 기본범죄인 낙태죄의 기수·미수를 불문하고 낙태치사상죄가 성립할 수 있다고 본다. 그러나 결과적 가중범은 기본범죄를

43) 同趣旨, 전지현, 낙태의 해석론과 입법론, 한국형법학의 새로운 지평, 심은 김일수 교수 화갑기념논문집, 2006.12, 371쪽.

44) 김성돈, 앞의 책, 109쪽; 김성천/김형준, 앞의 책, 52쪽 이하; 박상기, 앞의 책, 82쪽, 83쪽; 손동권/김재운, 앞의 책, 99쪽; 오영근, 앞의 책, 83쪽; 이영란, 앞의 책, 109쪽; 이재상/장영민/강동범, 앞의 책, 102쪽; 임웅, 앞의 책, 122쪽; 정성근/박광민, 앞의 책, 119쪽; 정영일, 앞의 책, 39쪽; 조준현, 앞의 책, 130쪽; 진계호/이준걸, 앞의 책, 118쪽.

45) 권오걸, 앞의 책, 74쪽; 김일수/서보학, 앞의 책, 43쪽; 배중대, 앞의 책, 115쪽; 백형구, 앞의 책, 89쪽; 이형국, 앞의 책, 133쪽.

범하여 중한 결과를 발생시킨 경우에 성립하는 범죄이므로 기본범죄를 범하지 않은 경우에는 결과적 가중범이 성립할 수 없다. 제269조 제3항과 제270조 제3항도 ‘...죄를 범하여’라고 규정함으로써 이를 명백히 하고 있다. 따라서 낙태죄가 미수에 그치고 부녀에게 상처만 입힌 경우는 과실치상죄의 성립만이 인정된다. 다만 이러한 결론은 부동의낙태미수에 의하여 부녀에게 사상의 결과를 발생시킨 경우와 동의낙태미수에 의하여 부녀에게 사상의 결과를 발생시킨 경우 사이에서 현저한 형벌의 불균형이 나타나게 된다. 이러한 불균형을 시정하기 위해서도 낙태미수죄를 처벌하는 것이 입법론적으로 타당하다.

IV. 결론

세계적인 낙태자유화 물결의 추세에 따라 우리나라에서도 낙태죄 폐지 여부에 관한 논쟁이 뜨겁다. 그러나 태아의 생명은 그 자체로 형법에 의하여 충분한 보호가 필요한 법익임에 틀림이 없다. 따라서 산모라 하더라도 자신이 잉태한 태아를 제거하는 행위가 제한 없이 허용될 수는 없다. 다만 태아를 잉태한 산모의 입장에서는 태아에 대해서 가지게 되는 무한정의 책임 등 이해관계에 의해서 특별한 허용가능성이 고려될 수 있을 뿐이다.

독일 연방헌법재판소가 이미 확인한 바와 같이 태아의 생명은 형법적 보호에서 배척되는 부분이 인정되어서는 안 되고, 특별한 경우에 예외적으로 그 침해가 허용될 수 있을 뿐이어야 한다. 법익침해에 대한 예외적 허용범위는 시대와 환경에 따라 구체적으로 규명되어야 할 문제이므로, 낙태죄의 허용범위에 대한 구체적 논의는 태아의 생명보호에 관한 형법의 보호범위를 명확하게 정립함으로써 시작할 수 있다.

형법은 지금까지 태아의 생명이라는 법익을 너무 가벼이 평가하여 낙태죄에 대한 법정형을 매우 낮게 규정하고 있다. 낙태죄에 대한 낮은 법정형은 낙태죄의 허용범위를 부당하게 확대시킬 위험을 내포하게 된다. 또한 낙태죄의 기본적 구성요건은 동의낙태죄에 한정하고, 이보다 불범이

나 책임이 경미한 자기낙태죄는 감경적 구성요건으로 구성해야 한다. 이는 임부의 자기결정권에 대한 법적 가치를 높이 평가하는 방법이기도 하다.

일반적으로 낙태는 업무자에 의해서 이루어지지만 업무자가 아니라고 해서 감경해서 처벌할 이유를 찾을 수 없다. 따라서 동의낙태죄 이외에 가중처벌해야 하는 업무상낙태죄를 추가로 인정할 필요는 없다. 오히려 필요한 것은 동의낙태죄의 법정형을 상향해야 한다. 마지막으로 낙태죄의 목적이 태아의 생명보호에 있다면 태아의 생명에 대한 침해 여부는 불법 내용에서 그 차이를 인정해야 한다. 즉 낙태죄에서는 그 미수를 특별히 처벌할 필요가 있다. 이를 통하여 기본범죄인 낙태죄가 미수인 경우에 낙태치사상죄의 성립 여부에 관한 학설의 다툼도 종식시킬 수 있다.

참고문헌

1. 국내문헌

- 강구진, 형법강의 각론 I, 박영사, 1983
- 권오걸, 스마트 형법각론, 형설출판사, 2011
- 김성돈, 형법총론, 제4판, 성균관대학교 출판부, 2015
- 김성돈, 형법각론, 제4판, 성균관대학교 출판부, 2016
- 김성천/김형준, 형법각론, 제6판, 도서출판 소진, 2017
- 김일수, 한국형법 III(각론 상), 개정판, 박영사, 1997
- 김일수, 낙태와 살인의 한계 - 모자보건법 개정안의 모색, 한국형사법학의 새로운 지평, 유일당 오선주교수 정년기념논문집, 2001.
- 김일수/서보학, 새로쓴 형법각론, 제8증보판, 박영사, 2016
- 김종원, 형법각론(상), 법문사, 1971
- 박상기, 형법각론, 제8판, 박영사, 2011
- 배종대, 형법각론, 제10전정판, 홍문사, 2018
- 백형구, 형법각론, 청림출판, 1999
- 손동권/김재윤, 새로운 형법각론, 율곡출판사, 2013
- 오상원, 비교법적 시각에서 본 태어나지 않은 생명의 보호가치와 보호를 위한 법제화모델, 형사법연구 제16호 특집호, 2001.12
- 오영근, 형법각론, 제4판, 박영사, 2017
- 유기천, 형법학 각론강의 I, 일조각, 1982
- 유숙영, 여성의 낙태선택권 보장, 형사법연구 제22호 특집호, 2004.12
- 이영란, 형법학 각론강의, 제3판, 형설출판사, 2013
- 이영란, 낙태죄 입법정책에 관한 소고, 형사법연구 제16호 특집호, 2001.12
- 이재상/장영민/강동범, 형법총론, 제8판, 박영사, 2015
- 이재상/장영민/강동범, 형법각론, 제10보정판, 박영사, 2017
- 이정원, 형법총론, 신론사, 2012

- 이형국, 형법각론, 법문사, 2007
- 임웅, 형법총론, 제7정판, 법문사, 2015
- 임웅, 형법각론, 제8정판, 법문사, 2017
- 전지현, 낙태의 해석론과 입법론, 한국형법학의 새로운 지평, 심은 김일수
교수 화갑기념논문집, 2006.
- 정성근/박광민, 형법총론, 전정2판, 성균관대학교 출판부, 2015
- 정성근/박광민, 형법각론, 전정2판, 성균관대학교 출판부, 2015
- 정영일, 형법강의 각론, 제3판, 도서출판 학림, 2017
- 정현미, 낙태죄와 관련한 입법론, 형사법연구 제22호 특집호, 2004.
- 조준현, 형법각론, 제3판, 법원사, 2012
- 조훈/Brend Schünemann, 임신중절에 있어서의 규범과 법익 - 낙태에
대한 1993.5.28. 독일연방헌법재판소 판결(BVerfGE 88, 203)과
관련하여, 형사법연구 제16호 특집호, 2001.
- 진계호/이준걸, 형법각론, 제6판, 대왕사, 2008

2. 외국문헌

- Eser, Strafrecht IV, 4. Aufl., 1983.
- Joecks, StGB, Studienkommentar, 5. Aufl., 2004.
- Lackner/Kühl, StGB, 24. Aufl., 2001.
- Leipziger Kommentar StGB, 11. Aufl., 1993.
- Maurach/Schroeder/Maiwald, Strafrecht BT/II, 7. Aufl., 1991.
- Nomos Kommentar StGB, 3. Aufl., 2010.
- Schönke/Schröder Kommentar StGB, 27. Aufl., 2006.
- Systematische Kommentar StGB, 7. Aufl., 1997.
- Tröndle/Fischer, StGB, 53. Aufl., 2006.
- Wessels/Hillenkamp, Strafrecht BT/II, 30. Aufl., 2007.

<국문초록>

태아의 생명은 그 자체로 형법에 의하여 충분한 보호가 필요한 법익임에 틀림이 없다. 따라서 산모라 하더라도 자신이 잉태한 태아를 제거하는 행위가 제한 없이 허용될 수는 없다. 다만 태아를 잉태한 산모의 입장에서는 태아에 대해서 가지게 되는 무한정의 책임 등 이해관계에 의해서 특별한 허용가능성이 고려될 수 있을 뿐이다.

독일 연방헌법재판소가 이미 확인한 바와 같이 태아의 생명은 형법적 보호에서 배척되는 부분이 인정되어서는 안 되고, 특별한 경우에 예외적으로 그 침해가 허용될 수 있을 뿐이어야 한다. 법익침해에 대한 예외적 허용범위는 시대와 환경에 따라 구체적으로 규명되어야 할 문제이므로, 낙태죄의 허용범위에 대한 구체적 논의는 태아의 생명보호에 관한 형법의 보호범위를 명확하게 정립함으로써 시작할 수 있다.

형법은 지금까지 태아의 생명이라는 법익을 너무 가벼이 평가하여 낙태죄에 대한 법정형을 매우 낮게 규정하고 있다. 낙태죄에 대한 낮은 법정형은 낙태죄의 허용범위를 부당하게 확대시킬 위험을 내포하게 된다. 또한 낙태죄의 기본적 구성요건은 동의낙태죄에 한정하고, 이보다 불법이나 책임이 경미한 자기낙태죄는 감경적 구성요건으로 구성해야 한다. 이는 임부의 자기결정권에 대한 법적 가치를 높이 평가하는 방법이기도 하다.

일반적으로 낙태는 업무자에 의해서 이루어지지만 업무자가 아니라고 해서 감경해서 처벌할 이유를 찾을 수 없다. 따라서 동의낙태죄 이외에 가중처벌해야 하는 업무상낙태죄를 추가로 인정할 필요는 없다. 오히려 필요한 것은 동의낙태죄의 법정형을 상향해야 한다. 마지막으로 낙태죄의 목적이 태아의 생명보호에 있다면 태아의 생명에 대한 침해 여부는 불법내용에서 그 차이를 인정해야 한다. 즉 낙태죄에서는 그 미수를 특별히 처벌할 필요가 있다. 이를 통하여 기본범죄인 낙태죄가 미수인 경우에 낙태치사상죄의 성립 여부에 관한 학설의 다툼도 종식시킬 수 있다.

주제어 : 낙태죄; 기간해결방식; 적응해결방식; 상담모델방식; 낙태허용규정

Über die Struktur und die Problematik des Schwangerschaftsabbruchs

- Im Vergleich vom Schwangerschaftsabbruch des deutschem Rechts -

Lee, Jeong-Weon*

Das Leben des Embryos ist als solche ein Rechtsgut, das einen durch das Strafrecht hinreichend geschützt werden sollen. Daher versteht es sich von selbst, daß auch bei der Schwangere die ihren eigenen empfangenen Embryo beseitigenden Handlungen nicht unbeschränkt gebilligt werden könnten. Es könnte bei der Schwangere wegen ihrer Interessenverhältnisse mit ihrem Embryo z. B. endlosen deren Verantwortlichkeiten nur die Erlaubnismöglichkeiten übergelegt werden.

Wie der Bundesverfassungsgericht schon überzeugt hat, könnte das Leben des Embryos keinen vom Strafrechtsschutz ausschließenden Teil anerkannt werden, sondern nur in besonderen Fällen ausnahmsweise dessen Verletzung erlaubt werden. Über die Reichweite der ausnahmsweisen anerkannten Erlaubnisse gegen einer Rechtsgutsverletzung sollte es im Allgemeinen abhängig unter Zeitraum und Umwelt konkret ausgefärgt werden. Daher kann eine konkrete Diskussion über Rechtsfertigungsgrund des Schwangerschaftsabbruchs nur erstmalig anfangen, nachdem ein strafrechtlicher Schutz des Embryolebens präzise erforscht wird.

Bis jetzt hat das Strafrecht das Rechtsgut als Leben des Embryos zu leicht bewertet und damit hat die Strafe des Schwangerschaftsabbruchs zu niedrig bestimmt. Die niedrige Strafe des Schwangerschaftsabbruchs enthält die Gefahr, die die Erlaubnisreichweite des Schwangerschaftsabbruchs ungerecht ausdehnt. Die Handlung der Schwangere sollte milder bestraft werden, um das Selbstbestimmungsrecht der Schwangere hoch würdigen zu können. Letztlich braucht der Versuch des Schwangerschaftsabbruchs zu bestrafen. Der Versuch und die Vollendung über die Verletzung des Embryolebens sollten deren Unterschiede im ihren Unrechtsgehalt anerkannt werden, weil der Normzweck des Schwangerschaftsabbruchs im Schutz des Lebens des Embryos besteht. Und damit in den

* Prof. Dr. Jur. an der Uni. Yeungnam.

Fälle, die in Folge des versuchten Schwangerschaftsabbruchs die Schwangere verletzt oder gestorben wird, könnten die Meinungsstreiten aufgehört werden.

Key Words : Schwangerschaftsabbruch; Fristenmodell;
Indikationenmodell; Beratungsmodell; Rechtsfertigung
des Schwangerschaftsabbruchs