낙태문제, 어떻게 해결해야 하나

이 준 상

이번호부터 법률의학에 관련된 내용이 새로 연재된다.
여기서는 사회적으로 관심의 대상이 되고 있는 시사건강 문제를 법률과 관련하여 쟁점이 되는 의료사항들을 다루게 된다.
법의학박사이며, 고려의대 교수인 이 준상 교수가 1년간 원고를 집필한다.

오늘날 낙태에 관한 문제는 학계·실무계등 법조계 뿐만 아니라 의학계에서도 큰 문제로 제시되어 있고, 또한 정부에서도 인구정책상 가족계획을 적극 장려하고 있는 상황 하에서 무엇보다도 선행적으로 해결해야 할 문제중 하나이다.

특히 인간생명체의 효시라 할 수 있는 태아에 대한 보호법익도 성인의 그것과 동등하게 취급되어야 한다는 측면에서 보면 낙태를 결코 소홀하게 취급할 수 없는 것이다.

한편으로는 법적·의학적 측면에서 보면 낙태에 대한 범죄구성요건이 성립될 수 있는 복잡한 문제를 내포하고 있는 것이다.

더우기 「모성의 생명과 건강을 보호하고 건전한 자녀의 출산과 양육을 도모함으로써 국민보건향상에 이바지 함」을 목적으로 발효된 모자보건법은 현행 형법의 낙태죄를 약화시키고 있다.

1960년대 대법원 판례에 있어서도 「낙태행위가 가족계획의 국가시책에 순응한 행위라고 믿었다고 하더라도 국가시책에 의한 가족계획은 어디까지나 임신을 사전에 방지하는 피임방법에 의한 것이 아니고 임신 후의 낙태행위를 용인함이 아니다」라고 판시하고 있는데, 이것은 사회·경제적 여건에 의한 낙태를 부정하는 사법부의 판단임을 알 수 있다.

의학적 용어로서의 인공임신중절과 형법에서 말하는 낙태와는 엄밀한 의미에서 차이가 있을지 모르나 상당한 부분에서는

인간 생명체의 효시라 할 수 있는 태아에 대한 보호법익은 성인의 그것과 동일하게 취급되어야 한다는 측면에서 낙태를 결코 소홀히 취급할 수 없다.

서로 일치한다고 볼 때 많은 수의 의사나 산모가 「범법자 아닌 범법자」의 역할을 담당하였다고 볼 수 있는 것이다.

우리 형법은 제27장 제269조 제1항에서 「부여가 약물 기타방법으로 낙태한 때에는 1년이하의 징역」 또 제2항에서는 「부여의 촉탁 또는 승락을 받아 낙태케 한 자도 제1항의 형과 같다」고 규정하여 원칙적으로 낙태를 범죄로서 처벌하고 있다.

또한 제270조 제1항에서는 「의사, 한의사, 조산원, 약제사 또는 약종상이 부여의 촉탁 또는 승락을 받아 낙태하게 한 때에는 2년 이하의 징역에 처한다」고 하고 동조 제2항에서는 「부여의 촉탁 또는 승락없이 낙태하게 한 자는 3년이하의 징역에 처한다」고 규정하여 제269조보다 무거운 형을 부과하고 있다.

여기서 우리 형법상 문제가 되고 있는 것으로는 형법상 「낙태」의 개념을 어떻게 정의할 것인가 하는 문제이다. 일반적으로 형법상 「낙태」는 분만기에 앞서서 태아를 모체밖으로 배출하는 것과 모체내에서 태아를 죽이는 것을 포함한다고 해석하고 있다.

그렇다면 「낙태」라는 개념속에 자연적인 분만기에 있어서 즉 분만시 위험하게 된 산모의 보호를 위해 태아를 인공적으로 배출하는 것도 과연 제269조 내지 제270조의 「낙태」로 보아야 할 것인가가 형법 제251조의 영아살규정과 관련지어 문제될 수도 있다고 본다.

형법 제251조에 의하면 분만중 또는 분만 직후의 영아를 살해한 경우를 규정하고 있으므로 이 경우는 제269조 내지 제270조의 낙태의 개념에 포함되지 않는 것으로, 인위적으로 모체밖으로 배출시킨다고 하는 견해의 정의는 자연의 분만기에 있어서 위험한 인공적 배출을 하는 경우를 생각하고서 정의한 것은 아니라고 본다.

따라서 「낙태」라는 개념 속에는 자연적인 분만기에 있어서 위험하게 된 인공적 배출을 포함한다고 해석해야 할 것이다.

또한 형법의 해석상으로는 낙태가 허용될 수 없지만 "상당한 이유"가 존재하면

형법이나 모자보건법상 규정된 요건이외의 것이라도,그 행위가 "사회 상규상 상당한 이유"가 있거나 "긴급한 경우"에 의한 행위이면 그 위법성이 저각된다.

낙태를 허용할 수 있다는 견해가 지배적이다.

그리하여 낙태가 허용되는 경우를 법률적으로 명확히 할 필요에서 1973년 모자보건법이 공포되었는데 이는 형법의 낙태죄의 적용배제를 규정함으로써 낙태행위의 법률적 허용한계를 명백히 하는 의미를 지닌 특별법인 것이다.

①보건 및 의학적 견지 ②우생 및 유전학적 견지 ③윤리 및 형사정책적 견지 ④사회 및 경제적 견지등에 의해서 낙태를 생각해야 되는데 모자보건법에 ①,② 및 ③항은 규정되어 있으나 ④항 사회및 경제적견지에서의 낙태허용문제에 대해서는 유감스럽게도 현 모자보건법에는 이에 대한 허용규정을 두고 있지 않다.

그러나 원래의 보건사회부안 제8조제4항에서는「임신의 계속 또는 분만이 경제적, 정신적 또는 신체적 이유로 모체의 건강을 심히 해할 우려가 있는 경우」에는 낙태를 허용하도록 규정하고 있었는데 이것은「사회·경제적」이유를 가미한「의학적 견지」였으나 입법심의과정에서 삭제되었던 것이다.

그러나 오늘날 인구문제가 경제문제를 중심으로 콘트롤되어야 한다는 원리 앞에서는 이 문제가 가장 중요한 의미를 갖는다고 보는데 국가의 가족계획 정책도 바로 이러한 맥락에서 이해되어야 할 것이다.

모자보건법 시행령의 인공임신중절수술은 임신한 날로부터 28주일 이내에 있는 자에 한하여 할 수 있도록 규정한 것이 주목되는데 이규정이 상당히 발육된 태아나 낙태에서의 임부의 생명 및 자체의 위험도를 고려한 보호규정이라면 외국의 경우처럼 좀 더 단축하는 것이 타당하지 않나 생각된다.

그러나「의학적 견지」나「우생학적 견지」의 경우만은 예외로 보아야 할 것이다. 낙태에 관한 우리나라의 판례는 성도덕이 가장 큰 윤리의 하나로 인식되어 와서 그런지는 몰라도 이제까지 판례가 두어건에 불과한 실정이다.

모자보건법시행 이후 나타난 판결을 보면 모체의 건강을 해칠 우려가 현저하고 기형아 내지는 불구아를 출산할 가능성마저 있어 부득이 취하게 된 산부인과 의사의 낙태수술행위에 대해 대법원은「임신의 지속이 모체의 건강을 해칠 우려가 현저할 뿐더러 기형아내지 불구아를 출산할 가능성 마저도 없지 않다는 판단하에 부득이 취하게 된 산부인과 의사의 낙태수술행

낙태에 관련된 현행 헌법은 현실성을 외면한 채 지나치게 기본입장만을 제시한 한낮 프로그램적 선언 규정으로 전락했다는 느낌을 준다.

위는 정당행위 내지 긴급피난에 해당되어 위법성이 없는 경우에 해당된다」고 판시하였다.

이 판결은 형법과 모자보건법과 관련지워 볼 때 매우 중요한 판결이라 생각된다. 그것은 모자보건법시행령에 의하면 인공임신중절허용기간이 28주(7개월)이내 이어야만 하고 그 기간이 넘는 것은 낙태죄의 적용을 받을 수 있는 해석이 나오게 됨은 부정한 판결이기 때문이다.

다시 말하면 형법이나 모자보건법에서 규정한 요건 이외의 것이라 할 지라도 그 행위가 "사회상규상 상당한 이유"가 있거나 또는 "긴급한 경우"에 의한 행위이면 그 위법성이 저각된다고 하는 점을 표명하고 있다.

끝으로 모자보건법에 의해 시술되고 있는 인공임신중절수술의 일반적 요건에 맞게끔 낙태죄의 구성요건이 달라져야 함에도 형법은 묵묵부답의 실정이다.

다시 말하면 현행 형법은 현실성을 외면한 채 지나치게 기본입장만을 제시한 한낮 프로그램적 선언규정으로 전락하였다는 느낌을 주고 있으며, 또한 모자보건법에 의한 인공임신중절수술은 형법의 적용을 배제하고 있으나 확실히 어느 한계까지 모자보건법에 해당되고 또 어느 부분이 형법상의 낙태죄에 해당되는지 해석상의 적용한계가 불분명한 상태에 있다. 따라서 이에 대한 명확한 한계설정이 시급하다 하겠다.

〈필자=고려의대교수·법의학박사〉

국민 식생활지침

① 여러가지 식품을 골고루 먹읍시다.
② 정상 체중을 유지할 수 있도록 알맞게 먹읍시다.
③ 음식은 되도록 싱겁게 먹읍시다.
④ 과음을 삼갑시다.
⑤ 식사는 규칙적으로 즐겁게 합시다.