

5. 분만 전 태아에 대한 낙태죄 이외의 형법상 보호가능성

- 대법원 2007.6.29. 2005도3832에 대한 평석 -

박 경 춘 *

- I. 서론
- II. 대법원 2007.6.29. 선고 2005도3832 판결의 요지
 - 1. 업무상과실치사의 점에 대하여
 - 2. 업무상과실치상의 점에 대하여
- III. 사건의 전개과정
 - 1. 사실관계 2. 검사의 공소제기 및 각급 법원의 판결
- IV. 현행 법률규정
 - 1. 헌법 2. 형법
- V. 쟁점
- VI. 태아의 헌법상 지위와 본 논의의 시사점
 - 1. 생명권의 주체성
 - 2. 인신을 훼손당하지 않을 권리의 주체성
 - 3. 결론 -본 논의의 시사점-
- VII. 태아의 형법상 지위에 관한 개별적 고찰
 - 1. 태아에 대한 고의 범행으로 태아가 사망한 경우
 - 2. 태아에 대한 고의 범행을 하였으나, 일단 출생한 후 결국 사망한 경우
 - 3. 태아에 대한 고의 또는 과실범행을 하였으나 결국 장애를 입고 태어난 경우
 - 4. 태아에 대한 과실 범행으로 태아가 결국 모체 내에서 사망한 경우
- VIII. 입법론
 - 1. 외국의 입법논의 및 입법례 2. 입법론

*논문집수: 2008. 2. 13. *심사개시: 2008. 5. 10. *계재확정: 2008. 6. 10.

*서울북부지방검찰청 부장검사

I. 서론

현행 형법은 태아에 대한 범죄행위에 대하여 낙태죄로 처벌하고 있다. 역사적으로 태아는 모체의 일부라는 관념 때문에 낙태도 산모의 자유 영역인 것으로 인정된 적이 있었다. 근현대사에서는 미국의 낙태죄 위헌 논쟁에서 보듯이 헌법상 위헌논쟁, 철학적 논쟁, 종교적 논쟁으로 까지 확산되기도 하였다. 그러나, 대다수의 국가에서는 모체와는 별개로 태아를 두텁게 보호하기 위하여 낙태행위를 형사처벌 대상으로 하고 있다. 그리고 태아가 출생한 이후에는 “사람”으로서 살인죄의 객체가 된다. 물론 사람의 시기에 대하여 여러 논란이 있으나 대체적으로 분만개시설(진통설)이 다수설, 판례이다. 이렇게 보면 태아에 대한 어떠한 침해행위에 대하여도 형사법적으로 두텁게 보호하고 있는 것으로 보인다.

그러나, 낙태죄, 상해죄, 살인죄 사이에는 상당한 형사처벌 사각지대가 존재한다. 특히 태아의 형사법적 지위가 불분명한 경우가 다수 있다는 것이다. 의사 등이 진료과정에서의 업무상 과실로 태아를 사망한 경우에는 과실낙태죄를 처벌하지 아니한다는 이유로 처벌할 길이 없고, 태아인 상태에서 어떠한 침해행위가 있어 당해 태아가 출생한 이후 사망하거나 장애를 가진 상태에서 출생한 경우에는 어떻게 처벌할 것인가?가 여전히 논란거리로 되어 있다.

최근 우리사회는 생명공학의 발달로 생명윤리 논쟁이 한창이다. 그 논쟁에서는 배아를 생명권의 대상으로 보고 인간존엄 보호의 출발점으로 보고 있다. 따라서, 배아를 이용한 실험행위나 복제행위에 대하여 일정한 경위 형사처벌까지 하고 있다. 그 반면에 아무리 고의에 의한 것이 아닌 과실행위라고 하더라도 태아(심지어는 분만이 시작되기 직전의 태아)에 대한 범죄행위에 대하여는 어떠한 형사처벌도 할 수 없다는 것이 과연 타당한지 의문이 아닐 수 없다. 물론 우리는 엄연히 죄형법정주의를 천명하고 있다. 그러나 적어도 죄형법정주의는 그 수범자인 국민으로 하여금 “불의타”

를 주지 않겠다는 것이지 법률가의 개념적 사고의 결론으로 불법을 인식하고 있는 범인을 방면하라는 것은 아닐 것이다. 특히 우리 헌법은 하위법률을 해석함에 있어서 “헌법합치적 해석”을 요구하고 있다. 즉, 형법 등을 해석함에 있어서 헌법이 추구하는 가치체계에 맞도록 해석하여야 한다는 것이다.

다음에서 살펴보는 대법원 판례는 분만이 개시되기 직전의 태아를 가진 산모를 방치하여 결국 태아가 사망한 사건에서 결국 무죄를 선고한 것이다. 일응 현행 법 규정과 이론에 충실한 것처럼 보인다. 그러나 위 판결이 과연 헌법합치적 해석에 부합한 것인지, 판결 자체의 논리적 모순이 없는지 면밀히 검토해 필요가 있다.

II. 대법원 2007.6.29. 선고 2005도3832 판결¹⁾의 요지

1. 업무상과실치사의 점에 대하여

사람의 생명과 신체의 안전을 보호법적으로 하고 있는 형법의 해석으로는 규칙적인 진통을 동반하면서 분만이 개시된 때(소위 진통설 또는 분만 개시설)가 사람의 시기라고 봄이 타당하다고 함은 종래 대법원이 취하여 온 견해이다(대법원 1982.10.12. 선고 81도2621 판결, 대법원 1998.10.9. 선고 98도949 판결 등 참조).

위 법리에 비추어 기록을 살펴보면, 원심이 ○○○(산모)에게 분만의 개시라고 할 수 있는 규칙적인 진통이 시작된 바 없었으므로 이 사건 태아는 아직 업무상과실치사죄의 객체인 ‘사람’이 되었다고 볼 수 없다는 이유 등으로 이 부분 공소사실에 관하여 무죄를 선고한 것은 정당하고, 거기에 상고이유 주장과 같은 채증법칙 위배 또는 업무상과실치사죄의 객체에 관한

1) 대법원판례집(제55권1집), 법원도서관, 2007, 957면 이하.

법리 오해 등의 위법이 없다.

한편 검사는, 제왕절개 수술의 경우 임신부의 상태변화, 의료진의 처치 경과 등 제반 사정을 토대로 ‘의학적으로 제왕절개 수술이 가능하였고 규범적으로 수술이 필요하였던 시기’를 사후적으로 판단하여 이를 분만의 시기로 볼 수 있고, 2001. 8. 11. 00:30경 출산을 위해 피고인의 조산원에 입원할 당시 ○○○은 임신성 당뇨증상 및 이미 두 번의 제왕절개 출산 경험이 있는 37세의 고령의 임신부이었고, 분만예정일을 14일이나 넘겨 이 사건 태아가 5.2kg까지 성장한 상태이어서 의학적으로 자연분만이 부적절하여 제왕절개 수술이 유일한 출산방법이었으므로 ○○○의 위 입원시점을 분만의 시기로 볼 수 있다고도 주장하나, ‘의학적으로 제왕절개 수술이 가능하였고 규범적으로 수술이 필요하였던 시기’는 판단하는 사람 및 상황에 따라 다를 수 있어, 분만개시 시점 즉, 사람의 시기도 불명확하게 된다는 점에서 채용하기 어렵다. 검사의 이 부분 상고이유에 관한 주장은 받아들일 수 없다.

2. 업무상과실치상의 점에 대하여

현행 형법이 사람에게 대한 상해 및 과실치사상의 죄에 관한 규정과는 별도로 태아를 독립된 행위객체로 하는 낙태죄, 부동의 낙태죄, 낙태치상 및 낙태치사의 죄 등에 관한 규정을 두어 포태한 부녀의 자기낙태행위 및 제3자의 부동의 낙태행위, 낙태로 인하여 위 부녀에게 상해 또는 사망에 이르게 한 행위 등에 대하여 처벌하도록 한 점, 과실낙태행위 및 낙태미수행위에 대하여 따로 처벌규정을 두지 아니한 점 등에 비추어 보면, 우리 형법은 태아를 임신부 신체의 일부로 보거나, 낙태행위가 임신부의 태아양육, 출산 기능의 침해하는 측면에서 낙태죄와는 별개로 임신부에 대한 상해죄를 구성하는 것으로 보지는 않는다고 해석된다. 따라서 태아를 사망에 이르게 하는 행위가 임신부 신체의 일부를 훼손하는 것이라거나 태아의 사

망으로 인하여 그 태아를 양육, 출산하는 임신부의 생리적 기능이 침해되어 임신부에 대한 상해가 된다고 볼 수는 없다.

III. 사건의 전개과정

1. 사실관계²⁾

가. 피고인은 서울에서 조산원을 운영하는 조산사로서 조산, 임신부 및 신생아에 대한 보건의 업무에 종사하였다.

나. 피고인은 2001. 4. 13.경 임신 5개월인 상태로 위 조산원에 내원한 피해자로부터 '질식분만'에 의한 자연분만을 의뢰받았고, 검진 및 상담 결과 위 피해자가 37세로서 고령의 임신부이고, 이전에 2회에 걸쳐 제왕절개 수술의 방법으로 출산한 경험이 있을 뿐 자연분만의 방법으로는 출산한 경험이 없으며, 위 피해자에게 당뇨증상이 있음을 알게 되었다.

다. 피해자는 2001. 6. 12.경 모 대학교 병원에서 당뇨증상과 양수과다 증상이 있으니 병원에서 입원치료를 받으라는 진단을 받고 피고인에게 그 사실을 알렸으나, 피고인은 피해자와 태아에게 별 문제가 없으므로 자연분만을 할 수 있다고 말하였다.

라. 피해자의 혈당수치가 2001. 6. 27.경에는 공복시 116mg/dl, 식후 220mg/dl, 2001. 7. 7.경에는 공복시 111mg/dl, 식후 230mg/dl로 측정되었으나, 피고인은 피해자를 산부인과 전문병원으로 전원시키지 아니하였을

2) 위 대법원 판결의 원심판결인 서울중앙지방법원 2005.5.12. 선고 2004노1677 판결에서 인정한 사실관계를 그대로 인용한다.

뿐만 아니라, 피고인이 특별히 피해자의 혈당수치를 예의주시하지 아니한 채 피해자로 하여금 스스로 혈당을 측정하게 하면서 식이요법이나 운동으로 그 혈당수치를 관리하도록 하였다.

마. 피고인은, 피해자가 출산예정일인 2001. 7. 28.을 도과하였음에도, 태아의 이상 성장 유무, 자연분만 가능성 여부를 확인하기 위하여 피해자를 즉시 종합진료시설을 갖춘 산부인과 전문병원으로 전원시키지 아니한 채 피해자에게 그 후로 약 2주간 더 기다려 보자고 하면서 피해자를 방치함으로써, 2001. 8. 11.경에는 태아가 피해자의 자궁 내에서 약 5.2kg의 거대아로 성장하였다.³⁾

바. 2001. 8. 11. 00:30경 임신 42주째가 되어 내원한 피해자에 대하여, 같은 날 03:00경 초음파 검사 등을 실시하였음에도 태아가 거대아로 성장한 사실을 확인하지 못하였고, 전자태아감시장치, 도플러 등 기기를 사용하여 태아의 심박동수의 변화 및 태아심음을 지속적으로 관찰하거나 측정하지 아니한 채, 자연분만을 실시한다는 명목으로 피해자를 같은 날 03:00경부터 06:20경까지 입원실에 방치하였다. ⁴⁾

3) 당뇨병 임신부는 자주 산전 진찰을 받도록 하여 임신 제28주까지는 2주에 한 번, 그 이후는 1주에 한 번 산전 진찰을 하여 그 동안 발생하는 문제들의 처치에 대하여 지도를 받게 한다. 당뇨병 임신부는 임신 34~36주 사이부터 분만 시까지 입원시키며 임신 37~38주경에 양수에서 레시틴, 스피고마이에린(L/S) 비율을 측정하여 2.0 이상이면 임신 38주에 분만을 시도하고 심한 고혈압이나 양수과다증이 발생하면 L/S 비율이 2.0 이하라도 분만을 시도한다(대한산부인과학회, 산과학(제3판), 도서출판 칼빈서적, 1997, 1262면 참조).

4) 당뇨병 임신부에서 만삭시 거대아분만으로 인한 분만손상을 피하기 위하여 또는 만삭 전에 안전한 유도분만을 하고자 할 때 태아의 효과적 분만을 위하여 제왕절개술을 실시한다. 제왕절개술 빈도는 연구자에 따라 55%에서 81%까지 보고되고 있다. 당뇨병 임신부에서 유도분만의 기준은 태아가 너무 크지 않거나 험골반이 아닐 때, 경산횡수가 많지 않을 때 자궁경관소실과 두정위로 골반에 진입해 있을 때이며, 분만 일에는 인술린 용량을 감소시키는 것이 중요하다(대한 산부인과학회, 전제서, 1263면 참조).

사. 그 무렵 태아가 피해자의 자궁 내에서 저산소성 손상(자궁 내 태아 곤란증)으로 인한 심폐정지로 사망하였다.

아. 피해자는 2001. 8. 11. 09:29경 서울에 있는 모 대학교 병원에서 위와 같이 사망한 태아를 반출하기 위한 응급 제왕절개 수술을 받았다.

2. 검사의 공소제기 및 각급 법원의 판결

가. 검사의 공소제기 및 대법원의 파기 환송판결 [2004. 3. 26. 선고 2003도6570 판결]

검사는 위에서 살펴 본 바와 같이 “피해자가 2001. 8. 11. 09:29경 서울에 있는 모 대학교 병원에서 위와 같이 사망한 태아를 반출하기 위한 응급 제왕절개 수술을 받은 사실”에 주목하여, 피해자인 산모의 제왕절개 수술을 “상해”로 보고, 피고인을 「업무상과실치상⁵⁾로 기소하였다. 이에 대하여 제1심⁶⁾은 피고인에게 유죄를 인정하여 벌금200만원을 선고하였고, 제2심 법원⁷⁾은 피고인의 항소를 기각하는 등 하급심이 모두 검사의 공소사실을 유죄로 인정하자, 피고인이 대법원에 상고하였다. 이에 대하여 대법원(2004.3.26. 선고 2003도6570 판결)은 다음과 같이 선고하였다

우선, 업무상 과실의 점에 대하여 보건대, 원심이 채택한 증거들을 기록에 비추어 살펴보면, 원심의 사실인정과 이를 토대로 피고인에게 판시와 같은 업무상 과실이 있다고 한 판단은 정당한 것으로 수긍이 가고, 거기에 채증법칙 위배, 법리오해 등의 위법이 있다고 할 수 없다.

그러나 원심이 피고인의 업무상 과실로 피해자로 하여금 사망한 태아를

5) 형법 제268조.

6) 서울지방법원 북부지원 2003.8.14. 선고 2003고단1681 판결.

7) 서울지방법원 2003.10.15. 선고 2003노7379 판결 위 판결은 “피고인의 업무상과실을 인정하면서 위 업무상과실과 피해자가 사망한 태아를 반출하기 위한 응급 제왕절개수술을 받은 사실 사이에는 상당한 인과관계가 있다”고 판시하였다.

반출하기 위한 응급 제왕절개수술을 받는 상해를 입게 하였다고 판단하고 피고인을 업무상과실치상죄로 처벌한 조치는 다음과 같은 이유에서 수긍하기 어렵다.

이 사건 공소사실에 의하면, 이 사건 업무상과실치상죄에 있어서의 상해는 태아를 피해자의 자궁 내에서 사망하게 한 상해가 아니라, 어디까지나 피해자로 하여금 사망한 태아를 반출하기 위한 제왕절개수술을 받게 한 상해임이 분명하다.

그런데 원심이 적법히 인정한 사실관계 및 기록에 의하면, 피해자는 37세로서 임신부로서는 고령이고 제왕절개의 방법으로 두 딸을 출산하였을 뿐 자연분만의 경험이 없는데다가 당초부터 당뇨증상 및 양수과다증상이 있었으며, 이 사건 당시에도 이미 출산예정일을 2주나 경과한데다가 태아가 이미 5.2Kg의 거대아로 성장하여 있었다는 것이므로, 피해자로서는 피고인의 과실 유무와 관계없이 태아의 출산 등을 위하여는 어차피 제왕절개수술을 받을 수밖에 없었던 사정을 엿볼 수 있어 피고인의 과실과 제왕절개수술에 의한 상해 사이에 상당인과관계가 있다고 단정할 수 없을 뿐만 아니라, 피해자의 자궁에서 사망한 태아를 반출하기 위한 제왕절개수술은 그 수술 자체가 피해자의 생리적 기능 또는 신체의 완전성을 해하는 것으로서 상해에 해당된다고 볼 수는 있지만, 그 수술은 피해자의 생명과 신체의 안전을 위하여 의사가 하는 치료행위로서 정당행위에 해당하는 것이므로, 설사 피고인의 과실과 수술에 의한 상해 사이에 인과관계가 있고 또 피고인이 수술에 의한 상해의 발생을 예견할 수 있었다 하더라도, 수술에 의한 상해와 관련하여서는 피고인에게 업무상과실치상의 죄책을 물을 수 없다 할 것이다.

나. 파기 환송심(서울중앙지법 2005.5.12. 선고 2004노1677 판결)

검사는 대법원 파기환송 판결 후 “이 사건 공소사실에 관하여 공소사실

제3쪽 제15행 이하 ‘그 무렵 태아가 피해자의 자궁 내에서 뇌지주막하출혈 및 뇌실질내출혈 등 분만전 저산소성 손상으로 인한 심폐정지로 사망하게 함으로써 피해자로 하여금 같은 날 09:29경 인제대학교 상계백병원에서 사망한 태아를 반출하기 위한 응급 제왕절개수술을 받는 치료일수 미상의 상해를 입게 한 것이다’를 ‘그 무렵 태아가 피해자의 자궁 내에서 뇌지주막하출혈 및 뇌실질내출혈 등 분만전 저산소성 손상으로 인한 심폐정지로 사망하게 하여 피해자로 하여금 치료일수 미상의 상해를 입게 한 것이다’로 변경하고, 뒤에서 보는 바와 같이 태아에 대한 업무상과실치사의 공소사실을 택일적으로 추가하는 내용의 공소장변경신청”을 하여 원심 법원이 이를 모두 허가하였다.

이에 대하여 위 서울중앙지방법원의 판단은 아래와 같다.

(1) 공소사실에 대한 판단

태아가 피해자의 자궁 내에서 사망함으로써 피해자가 상해를 입었다고 볼 수 있는지 여부에 관하여, 위에서 인정한 바와 같이, 피해자가 임신한 태아가 2001. 8. 11. 03:00경부터 06:20경까지 사이에 피해자의 자궁 내에서 저산소성 손상(자궁 내 태아곤란증)으로 인한 심폐정지로 사망하자, 피해자는 같은 날 09:29경 서울 노원구 상계동에 있는 인제대학교 상계백병원에서 응급 제왕절개 수술을 받아 위와 같이 사망한 태아를 반출하였는 바, 태아가 피해자의 모체 내에서 사망하였다는 사실 자체를 피해자의 신체의 완전성을 훼손하는 상해로는 볼 수 없고, 달리 피해자에게 이 사건 태아의 사망으로 인하여 혈액 응고 장애 등의 상해가 발생하였음을 인정할 만한 아무런 증거가 없다(대한의사협회장 작성의 사실조회회신의 기재에 의하면, 모체 내에서 태아가 사망함으로써 산모에게 나타나는 특별한 생리적 기능 장애는 없고, 다만 대개는 태아 사망 후 2주 이내에 산모의 자발적 진통이 시작되어 사망한 태아에 대한 분만이 이루어지는데, 1개월 이상이 지나도록 위 분만이 이루어지지 않을 경우에는 산모에게 혈액응고

장애가 발생할 수 있다는 것인바, 피해자는 태아 사망 직후 태아를 적출한 관계로 혈액응고 장애 등도 발생하지 아니하였다).

(2) 태일적 공소사실에 대한 판단

이 사건 태아가 ‘사람’인지 여부에 관하여, 태아는 규칙적인 진통을 동반 하면서 태반으로부터 이탈되기 시작한 때, 즉 분만이 개시된 때(다만, 양수가 터짐으로써 인위적으로 분만을 개시하여야 하는 경우 또는 제왕절개 수술의 방법으로 분만을 하는 경우 등과 같이 주기적 진통 여부와는 상관 없이 분만하는 경우에는, 자연분만에 있어서의 분만개시에 준하는 분만 전 처치가 시작된 때)에 비로소 태아의 지위에서 벗어나 ‘사람’으로 된다고 봄이 상당하고, 단순히 출산을 위하여 입원을 하였다는 사정만으로는 태아가 ‘사람’이 된다고 볼 수 없다 할 것이다.

그런데 피고인의 원심 법정과 이 법정에서의 각 진술 및 (증거들)에 의하면, 피해자의 출산예정일은 2001. 7. 28.이었는데, 위 출산예정일이 지나도록 진통이 오지 않자 피해자가 걱정이 되어 피고인을 찾아간 사실, 이에 피고인은 “2001. 8. 10.까지 기다려봐서 그 때까지 진통이 없으면 조산원에 입원하여 분만을 하자”고 피해자에게 제의한 사실, 2001. 8. 10.이 되어도 피해자에게 진통이 없어 피해자가 2001. 8. 10. 11:00경 분만하기 위하여 피고인을 찾아가자, 피고인이 그 날 17:00경에 입원 준비를 하여 다시 오라고 하면서 되돌려 보냈고, 17:00경에 피해자가 다시 찾아가자 운동을 조금 더 한 후 그날 23:00경에 오라고 하여 또다시 되돌려 보낸 사실, 피해자가 2001. 8. 11. 00:00경 진통이 온다며 입원 및 출산 준비를 하고 조산원에 왔는데, 같은 날 03:00경 피고인이 검진할 때에는 피해자의 자궁문이 3 손가락 넓이(약 3cm) 정도밖에 열려 있지 않았고, 피해자에게 출산 전의 주기적인 진통이 시작되지 아니하였으며, 태아가 사망할 때까지도 그러한 상태가 계속되었던 사실을 각 인정할 수 있는 바, 위 인정 사실들을 종합하면, 2001. 8. 11. 03:00경에 피해자의 자궁문이 다소 열

려 있었다 하더라도, 아직 피해자에게 분만의 개시라고 할 수 있는 진통은 시작되지도 아니하였다 할 것이므로, 피해자의 자궁 내에 있던 태아는 아직 ‘사람’이 되었다고 볼 수 없다.

(3) 결론

그렇다면, 태아 사망으로 인하여 피해자가 상해를 입었음을 전제로 한 업무상과실치상의 공소사실과 태아 사망 당시 이미 태아가 ‘사람’으로 되었음을 전제로 한 업무상과실치사의 공소사실은 모두 범죄사실의 증거가 없는 때에 해당하여 각 형사소송법 제325조 후단에 의하여 무죄를 선고한다고 판시하였다.

다. 검사의 상고이유 요지⁸⁾

(1) 업무상과실치상죄(모체에 대한 상해죄)의 성립가능성에 관하여 출산전 모체 내의 태아는 임신부와 불가분의 관계로서 임신부의 일체라는 점은 자연법칙상 명백한 사실이고, 태아는 통제될 수 없는 생물학적인 힘에 의해 결국 떨어져 나가는 모체의 부속기관으로 간주되어서는 안 되므로 모체 내에서 태아가 사망한 것은, 태아의 사망이 모체 내에 미치는 건강상태 변화를 논외로 하더라도 임신부 및 태아로서는 회복이 불가능한 돌이킬 수 없는 피해이다.

이는 사람으로서의 출생을 예정하면서 태아를 신체 내에 품고 있는 임신부의 신체의 완전성이 영구히 침해되고, 건강한 자식을 출산할 수 있는 능력을 해함으로써 임신부의 태아발육기능이 불가역적으로 훼손되었으므로 상해의 개념에 관한 위 신체의 완전성설 또는 생리적 기능훼손설 등 어느 학설에 의하더라도, 그리고 일반인의 상식에 의하더라도 모체에 대한 상해로 충분히 해석할 수 있다.

8) 자세한 검사의 상고이유는 위 대법원판례집 960-973면 참조.

따라서 본건과 같이 모체 내에서 태아가 사망함으로써 임신부에게 불가역적이고 영구적인 피해가 발생하여 피고인에 대하여 업무상과실치상죄를 인정할 수 있음에도 원심이 형식논리적으로 임신부에게 특별한 생리적 기능 장애가 없다고 판시한 것은 모체와 태아의 관계 및 상해 개념을 오해하여 판결의 결과에 영향을 미친 위법이 있다.

(2) 업무상과실치사죄(본건 태아에 대한 과실치사죄)의 성립가능성
제왕절개 수술에 의한 출산의 경우, 의사의 주관적인 결정에 의해 수술의 시기가 결정되고 이에 따라 사람의 시기가 좌우되므로, 본건과 같이 만약 의사, 조산사 등의 불성실로 말미암은 업무상과실로 제왕절개 수술시기가 부당하게 지연됨으로써 정상적인 경우라면 마땅히 사람으로 출생할 수 있거나 보호받을 수 있는 태아가 억울하게 보호의 대상에서 제외되는 매우 부당한 경우가 발생할 가능성이 높다.⁹⁾

따라서 제왕절개수술에 의한 출산의 경우에는, 태아의 발육상태 및 이에 따른 독자적 생존 가능 시기, 개별적 사안에 따라 제왕절개 수술이 가능했던 객관적 시점, 산모 및 의료진의 수술시기 의사결정 과정, 의료진의 시술경과 등 개별적 사안의 구체적인 사실관계를 우선 확정하고, 각 사안에 따른 임신부의 상태변화, 의사결정과정 및 의료진의 처치경과 등 제반 구체적인 사실관계를 토대로 ‘의학적으로 제왕절개수술이 가능했고 규범적으로 수술이 필요했던 시기를 사후적으로 판단’하여 분만의 시기로 보는 것도 그 한 방법이 될 수 있다.

9) 본건 원심은 자연분만에 있어서의 분만개시에 준하는 분만 전 처치가 시작된 때 비로소 태아의 지위에서 벗어나 ‘사람’으로 된다고 판단하였다.

IV. 현행 법률규정

1. 헌법

가. 제10조 (기본적 인권의 보장)

모든 국민은 인간으로서의 존엄과 가치를 가지며, 행복을 추구할 권리를 가진다. 국가는 개인이 가지는 불가침의 기본적 인권을 확인하고 이를 보장할 의무를 진다.

나. 제37조 (국민의 자유와 권리의 존중, 제한)

① 국민의 자유와 권리는 헌법에 열거되지 아니한 이유로 경시되지 아니한다. ② 국민의 모든 자유와 권리는 국가안전보장·질서유지 또는 공공복리를 위하여 필요한 경우에 한하여 법률로써 제한할 수 있으며, 제한하는 경우에도 자유와 권리의 본질적인 내용을 침해할 수 없다.

2. 형법

가. 살인죄(형법 제250조제1항)

사람을 살해한 자는 사형, 무기 또는 5년 이상의 징역에 처한다

나. 영아 살해죄(형법 제251조)

직계존속이 치욕을 은폐하기 위하여나 양육할 수 없음을 예상하거나 특히 참작할 만한 동기로 이하하여 분만중 또는 분만직후의 영아를 살해한 때에는 10년 이하의 징역에 처한다.

다. 낙태죄(형법 제269조)

① 부녀가 약물 기타 방법으로 낙태한 때에는 1년 이하의 징역 또는 200

만원 이하의 벌금에 처한다. ② 부녀의 촉탁 또는 승낙을 받아 낙태하게 한 자도 제1항의 형과 같다. ③ 제2항의 죄를 범하여 부녀를 상해에 이르게 한 때에는 3년 이하의 징역에 처한다. 사망에 이르게 한 때에는 7년 이하의 징역에 처한다.

라. 업무상 과실치사상죄(형법 제268조)

업무상 과실 또는 중대한 과실로 인하여 사람을 사상에 이르게 한 자는 5년 이하의 금고 또는 2천만원 이하의 벌금에 처한다.

V. 쟁점

형법상 태아의 경우 분만개시 이전의 단계에서는 낙태죄의 객체가 되고 분만이 개시되면 살인죄 내지 과실치사죄의 객체가 된다. 그런데 이러한 처벌 규정만으로는 인간 생명체인 태아를 온전히 보호하고 있다고 말할 수 없다. 왜냐하면 본건과 같이 시간적 공간적으로 분만직전(분만을 위한 입원을 하여 출산전 검사를 받은 경우라도)이라고 하더라도 주기적인 진통이 있어 분만이 개시되었다고 볼 수 없는 경우에는 고의범인 낙태죄의 객체가 될지 인정 과실 또는 업무상 과실에 의한 낙태죄로 처벌할 수 없는 경우가 있다. 이러한 경우 검토가능한 형사처벌 가능성은 첫째, 태아와 모체의 일체성을 인정하여 모체에 대한 상해죄 내지 과실치사죄 인정여부를 검토할 수 있을 것이고, 둘째, 극히 예외적으로 시간적 장소적으로 분만 직후에 규범적으로 분석하여 분만개시에 준하는 상황에서 태아에 대한 사망의 결과에 대하여 사람으로 인정하여 살인죄 또는 과실치사죄의 책임을 물을 수 있는 지 문제된다.¹⁰⁾

10) 태아와 관련된 형사처벌 가능성의 논쟁에는 태아인 상태에서 침해행위를 당하였으나

지금까지의 논의 상황은 태아와 사람을 준별하여 인식하였고, 낙태죄와 살인죄 등의 법정형 차이를 설명하면서 “태아에 대한 공격과 사람에 대한 공격은 본질적으로 다르다”는 인식을 어렵지 않게 읽을 수 있다. 그러나 과연 그러한 태도가 타당한가? 비록 민사법 영역에서의 논의이긴 하나 태아의 법적지위에 관한 김천수 교수의 지적을 상기할 필요가 있을 것이다. 김 교수는 “인간의 태아(胎兒)와 그 태어난 사람인 성체(成體)는 권리능력의 인정 및 그 보호에서 차별적으로 취급되어도 좋다거나 혹은 그렇게 되어야 한다는 것이 종래 우리의 인식이라고 하겠다. 만일 양자가 인간생명체로서의 본질을 공유하고 있으며 단지 모체에 내포되어 있는가 아니면 그로부터 분리되어 있는가의 현상적 차이 밖에 없다는 점이 인정된다면 양자에 대한 종래의 인식 즉 법적 차별의 가능성 내지 당위성은 그러한 본질적 동일성을 능가하는 위와 같은 현상적 차이의 심각성 및 그로 인한 차별의 불가피성이나 필요성을 기초로 해야 할 것이다”¹¹⁾라고 전제하면서 결론적으로 “권리의 주체로서의 인격성은 결국 유전적 동일성과 생명성을 가지고 판단되어야 하며 이러한 특성을 보유하는 태아는 수정의 순간부터 권리의 주체로 인정되어야 한다. 따라서 성체와 구별되어 권리능력이 제한적으로 그것도 출생을 전제로 하여서만 보호되는 현행 법제에 대한 해석론은 제고되어야 한다. 이러한 태아와 성체를 동일하게 보호하자는 발상은 단순히 향후의 입법론으로 치부하기 곤란한 이유는 현재 진행되고 있는 의학계 및 자연과학 영역에서의 생명침해 현상이 심각한 수준에 이르고 있다는 점에서도 인정될 수 있겠다. 현재의 민법 규정에 대한 해석론으로서도 태아의 권리능력을 인정할 수 있으며, 이에 출생이라는 조건이

사산되지 아니하고 출생한 후 이로 인하여 결국 사망하거나, 장애를 가진 경우에 어떻게 처벌할 것인가가 문제된다. 이에 대한 상세한 논의에 대하여는 권창국, “태아(胎兒)에 대한 형법적 보호와 그 한계에 관한 고찰 -태아성치사상(胎兒性致死傷) 사례와 영미법의 대안을 중심으로-”, 형사정책연구(제18권제2호, 형사정책연구원, 2007. 195면 이하 참조.

11) 김천수, “태아의 법적지위”, 『비교사법』, 10권 2호, 한국비교사법학회, 2003, 21-22면.

불필요함은 인간의 태아와 성체사이에 위와같은 인격성을 공유하고 있기 때문이다.”¹²⁾라고 주장하고 있는 점은 형사법 영역에도 시사하는 바가 크다고 생각한다.

따라서, 이 글에서는 논의 출발점으로서 먼저 태아의 헌법상 지위에 관하여 그동안 학계에서 논의되어 온 결과를 정리해 보고자 한다. 이는 위 판결 평석의 출발점을 헌법규정 내지 헌법정신으로 삼고, 형벌법규의 틈새를 메울 수 있는 방안에 대해 논해 보기로 한다. 태아의 헌법상 지위는 주로 낙태죄 논쟁에서 파생되었으므로 이 논쟁을 정리해 보면 태아의 헌법상 지위에 대해 어느 정도 규명될 수 있으리라고 본다. 그리고, 나서 각 쟁점별 즉, ① 태아에 대한 고의(상해 또는 살해) 범행으로 태아가 사망한 경우 ② 태아에 대한 고의(상해 또는 살해) 범행을 하였으나 일단 출생한 후 사망한 경우 ③ 태아에 대한 고의(상해 또는 살해) 범행을 하였으나 장애를 가지고 태어난 경우 ④ 태아에 대한 과실행위로 태아가 사망한 경우 ⑤ 태아에 대한 과실행위로 태아가 출생하였으나 결국 사망한 경우 ⑥ 태아에 대한 과실행위로 태아가 출생하였으나 장애를 가지고 태어난 경우 등으로 나눠 차례로 살펴보고자 한다.

VI. 태아의 헌법상 지위와 본 논의의 시사점

1. 생명권의 주체성

가. 한국헌법사에 있어서 생명권 규정

생명권의 시각에서 본다면 생명권에 대한 최초의 연혁적 근거를 洪範14條¹³⁾의 제13조에서 찾을 수 있다. 즉, 민법·형법을 엄명하게 제정하여 인

12) 김천수, 위 논문, 58-59면.

13) 갑오경장(1894)후 정치제도의 근대화와 관제의 개혁을 위해 제정된 구한말의 기본법

민의 ‘생명’과 재산을 보장한다는 등 규정은 생명권에 대한 최초의 명시적 규정이라 할 수 있기 때문이다¹⁴⁾ 그 이후 고종황제에 의해 반포된 大韓帝國制(1899년)에는 기본적 인권에 대한 규정이 없이 臣民의 의무만을 규정하고 대의제도를 두지 않았고, 권력이 황제에게 집중되어 있었다. 일제하 대한민국 임시정부의 1919년 4월 11일 임시헌장(상해) 제4조에 신체의 자유를, 제9조는 생명형의 폐지를 규정하였고, 정강 제1호에서 외국인의 생명까지 보호한다는 규정을 두었다.¹⁵⁾ 해방후 미군정기인 1948년 4월 7일 하지 중장에 의하여 발령된 태평양미국육군총사령부의 布告(Proclamation) 제4조에서는 법에 정당한 규정과 법이 요구하는 手續에 의하지 않고는 ‘생명’·자유 또는 재산은 누구나 이를 빼앗기지 아니한다고 규정하여 생명권을 실정화하고 있다.¹⁶⁾ 그러나, 건국이후 건국헌법부터 제9차 개정헌법까지 생명권에 대한 명문의 규정은 존재하지 아니한다.

나. 학설

독일과는 달리 ‘生命權’에 대해서는 우리 헌법에 명문규정이 없지만, ‘生命權’은 ‘身體의 完全性’ 및 ‘身體活動의 任意性’을 보장하는 ‘身體의 自由’의 당연한 전제 일뿐 아니라, 인간의 존엄성을 그 가치적인 핵으로 하는 우리나라 기본권질서의 논리적인 기초이다. 인간생존의 가장 기초가 되는 ‘生命에 관한 權利’를 부인하면서 ‘인간의 존엄성’을 논할 수 없고, 생명권이 인정되지 않는 경우에는 신체의 자유를 비롯한 기타의 기본권보장은 실질적으로 무의미해지기 때문이다. 인간의 생명과 유리된 인간의 존엄성

을 말한다. 우리나라 최초의 근대적 헌법이라 할 수 있는 이 법은 淸으로부터 독립, 議政府 및 각 衙門의 직무·권한의 명백한 규정, 납세법에 의한 조세의 징수, 지방관리의 권한 제한, 민·형법의 제정을 통한 인민의 생명과 재산 보호 등 14개 조항으로 구성되어 있다.

14) 황치연, 『한국헌법사와 생명권 인식』, 한국학술정보(주), 2005, 61-62면.

15) 황치연, 전제서, 72면.

16) 황치연, 전제서, 79면.

을 생각할 수 없는 것처럼, 생명이 없는 자유와 권리도 생각할 수 없기 때문에, 인간의 존엄성이 기본권적 가치질서의 핵심으로 보장되고 이 인간의 존엄성을 실현하기 위한 여러 가지의 기본권이 보장되는 헌법질서 내에서 생명권은 명문규정의 유무에 관계없이 당연한 헌법상의 권리로 인정된다고 할 것이다.¹⁷⁾

생명권(right to life, Recht auf Leben)은, 인간의 생명에 대한 권리를 말한다. 생명권은 무엇보다 인간의 존재를 보장하는 것이므로 인간의 존엄과 가치에서 가장 본질적인 부분이다. 인간의 모든 자유와 권리는 생명을 전제로 해서만 성립하고 인정할 수 있는 것이기 때문에 생명권은 모든 기본권의 전제가 되는 권리이다.

생명권의 대상이 되는 生命(life)이란 自然的 概念으로서 「아직도 생존하지 않은 것」과 「죽음」에 반대되는 인간의 정신적·신체적인 生의 존재를 의미한다. 생명은 인간의 존재 그 자체로 자연적으로 인정되는 것이기 때문에 이러한 자연적 존재에 대하여 사회적 또는 법적인 기준으로 그 가치를 부정하거나 평가할 수 없다. 따라서 「존재할 가치가 없는 생명」이나 「무의미한 생명」이라는 등의 가치판단은 법적으로 허용되지 않는다.

생명의 규범적인 의미를 확정하기 위해서는 생명이 존재하기 시작하는 始期와 종료되는 終期를 확정하는 것이 필요한데, 법적으로는 이러한 시기부터 종기까지의 기간 동안에 존재하는 자연적 생명을 생명권의 보호대상으로 한다¹⁸⁾고 하면서 태아의 경우 당연히 생명권의 주체가 된다고 보고 있다.¹⁹⁾

다. 생명권에 관한 헌법재판소 및 대법원 판례

헌법재판소와 대법원은 사형제도에 관하여 합헌을 선언하면서 구체적인

17) 허 영, 『한국헌법론』(제3판), 박영사, 2003, 335면.

18) 정중섭, 『헌법학원론』, 박영사, 2006, 363면.

19) 정중섭, 전제서, 363면.

사건에서 사형을 선고하는 경우에도 양형의 조건이 되는 모든 사항을 철저히 심리하여 위와 같은 특별한 사정이 있음을 명확하게 밝힌 후 비로소 사형의 선택 여부를 결정하여야 한다고 판시하고 있다.

(1) 헌법재판소 1996.11.28. 선고 95헌바1 판결

(가) 生命權 역시 憲法 제37조 제2항에 의한 일반적 법률유보의 대상이 될 수밖에 없는 것이나, 生命權에 대한 제한은 곧 生命權의 완전한 박탈을 의미한다 할 것이므로, 死刑이 比例의 원칙에 따라서 최소한 동등한 가치가 있는 다른 생명 또는 그에 못지 아니한 公共의 利益을 보호하기 위한 불가피성이 충족되는 예외적인 경우에만 적용되는 한, 그것이 비록 생명을 빼앗는 刑罰이라 하더라도 憲法 제37조 제2항 단서에 위반되는 것으로 볼 수는 없다.

(나) 모든 인간의 생명은 자연적 존재로서 동등한 가치를 갖는다고 할 것이나 그 동등한 가치가 서로 충돌하게 되거나 생명의 침해에 못지 아니한 중대한 공익을 침해하는 등의 경우에는 국민의 생명·재산 등을 보호할 책임이 있는 국가는 어떠한 생명 또는 법익이 보호되어야 할 것인지 그 기준을 제시할 수 있는 것이다. 인간의 생명을 부정하는 등의 범죄행위에 대한 불법적 효과로서 지극히 한정적인 경우에만 부과되는 사형은 죽음에 대한 인간의 본능적 공포심과 범죄에 대한 응보욕구가 서로 맞물려 고안된 "필요악"으로서 불가피하게 선택된 것이며 지금도 여전히 제 기능을 하고 있다는 점에서 정당화될 수 있다. 따라서 사형은 이러한 측면에서 헌법상의 비례의 원칙에 반하지 아니한다 할 것이고, 적어도 우리의 현행 헌법이 스스로 예상하고 있는 형벌의 한 종류이기도 하므로 아직은 우리의 헌법질서에 반하는 것으로 판단되지 아니한다.

(다) 刑法 제250조 제1항이 규정하고 있는 殺人의 罪는 인간생명을 부정하는 犯罪행위의 전형이고, 이러한 犯罪에는 그 행위의 태양이나 결과의 중대성으로 미루어 보아 反人倫的 犯罪라고 규정지워질 수 있는 極惡한 유형의 것들도 포함되어 있을 수 있는 것이다. 따라서 死刑을 刑罰의 한 종류

로서 合憲이라고 보는 한 그와 같이 他人의 生命을 부정하는 犯罪行爲에 대하여 행위자의 生命을 부정하는 死刑을 그 불법효과의 하나로서 규정한 것은 행위자의 生命과 그 가치가 동일한 하나의 혹은 다수의 生命을 보호하기 위한 불가피한 수단의 선택이라고 볼 수 밖에 없으므로 이를 가리켜 比例의 원칙에 반한다고 할 수 없어 憲法에 위반되는 것이 아니다.

(2) 대법원 1991.10.26. 선고 90도2906 판결

「헌법 제12조 제1항에 의하면 형사처벌에 관한 규정이 법률에 위임되어 있을 뿐 그 처벌의 종류를 제한하지 않고 있으며, 현재 우리나라의 실정과 국민의 도덕적 감정 등을 고려하여 국가의 형사정책으로 질서유지와 공공복리를 위하여 형법 등에 사형이라는 처벌의 종류를 규정하였다 하여 이것이 헌법에 위반된다고 할 수 없다.」

(3) 대법원 2003.6.13. 선고 2003도924

(가) 사형은 인간의 생명 자체를 영원히 박탈하는 냉엄한 궁극의 형벌로서 문명국가의 이성적인 사법제도가 상정할 수 있는 극히 예외적인 형벌이라는 점을 감안할 때, 사형의 선고는 범행에 대한 책임의 정도와 형벌의 목적에 비추어 그것이 정당화될 수 있는 특별한 사정이 있다고 누구라도 인정할 만한 객관적인 사정이 분명히 있는 경우에만 허용되어야 하고, 따라서 사형을 선고함에 있어서는 범인의 연령, 직업과 경력, 성행, 지능, 교육 정도, 성장과정, 가족관계, 전과의 유무, 피해자와의 관계, 범행의 동기, 사전계획의 유무, 준비의 정도, 수단과 방법, 잔인하고 포악한 정도, 결과의 중대성, 피해자의 수와 피해감정, 범행 후의 심정과 태도, 반성과 가책의 유무, 피해회복의 정도, 재범의 우려 등 양형의 조건이 되는 모든 사항을 철저히 심리하여 위와 같은 특별한 사정이 있음을 명확하게 밝힌 후 비로소 사형의 선택 여부를 결정하여야 한다.

(나) 사형의 선택 여부를 결정하기 위하여는 법원으로서는 마땅히 기록에 나타난 양형조건들을 평면적으로만 참작하는 것에서 더 나아가, 피고인의 주관적인 양형요소인 성행과 환경, 지능, 재범의 위험성, 개선교화 가능성 등을 심사할 수 있는 객관적인 자료를 확보하여 이를 통하여 사형선택 여부를 심사하여야 할 것은 물론이고, 피고인이 범행을 결의하고 준비하며 실행할 당시를 전후한 피고인의 정신상태나 심리상태의 변화 등에 대하여서도 정신의학이나 심리학 등 관련 분야의 전문적인 의견을 들어 보는 등 깊이 있는 심리를 하여 본 다음에 그 결과를 종합하여 양형에 나아가야 한다.

라. 낙태와 관련한 미국, 독일 등의 판례

(1) 미국

미국의 경우 낙태에 대한 법원의 태도는 태아는 모체 밖에서 독자적으로 생존가능하게 되는 때까지는 헌법상 보장되는 완전한 자유와 권리의 주체인 ‘인간’(person) 이 아니라는 전제하에, 그 동안 인정→규제(또는 불분명)→(수정)인정의 3단계를 거쳐왔다고 할 수 있다.²⁰⁾ 이에 대한 대표적인 판결은 Roe v. Wade 사건(410 U.S. 113)이 있다.

이 사건에서는 낙태를 금지하던 텍사스 주법의 위헌 여부가 문제되었다. 결론부터 살펴보면 연방대법원은 위 법을 여성의 자유를 제한하는 것으로 보아 위헌으로 결정하였다. 이 판결이 선고될 당시, 낙태금지법은 이미 다른 여러 주에서도 시행되고 있었다는 점에서 Roe판결은 전국적으로 큰 관심을 불러일으켰다. 이러한 법들은 대부분 임신부의 생명을 구하는 경우를 제외하고 낙태의 시행이나 시도와 관련한 일체의 행위를 금지하고 있었다. 이 사건의 원고 Jane Roe는 미혼의 임신부로서 위 텍사스 주법으로 전문의료인에게 낙태시술을 받지 못했다. 물론 낙태를 합법화한 다른 주에서 시술을 받을 수도 있었지만 경제적 사정으로 실행에 옮기지는 못했

20) 홍성방, “태아의 생명권”, 『고시계』, 2001. 9, 96면.

다. 아울러 이전에 위 법을 위반한 혐의로 두 차례 기소된 바 있는 의사 역시 소송에 참가하였다.

다수의견을 대표한 Blackmun 대법관은 Griswold 판결에서의 Goldberg 대법관의 견해와 Eisenstadt 판결에서의 Brennan 대법관의 견해에 입각하여, 이 두 판결에서 인정된 프라이버시권을 재확인하였다. 그는 프라이버시권을 수정 헌법 제14조에서 말하는 자유의 일종으로 보든, 아니면 수정헌법 제9조에서 말하는 헌법에 열거되지 않은 권리로 보든 간에 프라이버시권에는 당연히 여성의 낙태권이 포함된다고 판시하였다. 그 논거로 여성의 낙태권은 적법절차조항이 보장하는 본질적 권리라는 점을 제시하였다. 따라서 이러한 여성의 낙태권을 제한하는 텍사스 주법에는 엄격심사기준이 적용되어야 한다고 판시하였다.

여기서 말하는 엄격심사기준이란 다음과 같은 두 가지 요건이 충족되어야 한다는 것을 뜻한다. 첫째, 본질적 권리를 제한하는 정부의 규제는 중대한 공익을 증진하기 위한 것이어야 한다. 둘째, 그러한 정부의 규제는 중대한 공익을 증진하기 위하여 정밀하게 고안된 것이어야 한다. 이러한 관점에서 다수의견은 위법은 이 두 가지 요건을 충족시키지 못하며, 그 결과 실제적 적법절차에 위반된다고 결론지었다.

반면 반대의견을 제출한 Rehnquist 대법관은 여성의 낙태권은 미국 국민의 양심과 미국의 전통에 뿌리 내린 본질적 권리로 볼 수 없다고 주장하였다. 아울러 수정헌법 제14조의 제정 경위에 비추어볼 때, 이 조항의 제정자들이 수정헌법 제14조의 보호 범위에 여성의 낙태권을 포함하려 했다고 보기는 어렵다고 하였다. 이러한 관점에서 Rehnquist 대법관은 위 법에 대한 위헌심사에는 엄격심사기준보다 합리성심사기준이 적용되어야 한다고 주장하였다. 그리고 위 법이 '태아의 생명 보호'라는 정당한 공익을 추구한다는 점에서 합리성심사기준을 충족한다고 결론지었다.

Roe 판결에서는 단순히 여성의 낙태권은 프라이버시 영역에 해당되고, 따라서 적법절차조항이 보호하는 본질적 권리라는 형식 논리만이 제시되

있다는 것이다. 즉 낙태권은 프라이버시 영역 중 정확히 어디에 해당되며, 그것이 왜 프라이버시의 본질적 영역에 해당되는지에 대해서는 아무런 언급이 없었다.²¹⁾

위 Roe 판결 이후 미국에서는 Webster v. Reproductive Health service 사건²²⁾(492 U.S. 490(1989))을 거쳐 Planned Parenthood of Southeastern Pa. v. Casey 사건(505 U. S. 833(1992))사건에서 펜실베이니아 주 낙태규 제법중 ‘임산부의 생명이 위기에 처하게 되는 소위 응급사태가 발생하는 경우에는 사전 동의 없이도 의사는 수술행위를 할 수 있다’는 규정에 대하여 대법관 전원 일치로 합헌 판결을 하였다.²³⁾

(2) 독일

독일에서는 모든 낙태행위를 일률적으로 형벌의 대상으로 삼던 형법규정(제218조)을 개정해서, 다른 유럽국가들처럼 수태 후 12주까지의 낙태행위를 자유화하는 한편, 12주 이후(22주까지)의 낙태행위도 의학적 또는 우생학적 견지에서 필요하다고 인정되는 경우에는 이를 처벌의 대상에서 제외하는 것을 내용으로 하는 개정형법규정(제218a조와 제218b조)의 위헌 여부를 둘러싸고 시위와 논쟁이 격렬하게 진행되었으며, 이러한 시위와 논쟁은 ‘내 배(腹)는 내 것이다’라는 플래카드를 앞세운 많은 맹렬자유여성들의 시위에서 절정을 이루었다. 이러한 가운데 연방헌법재판소는 1975년 2월 25일 이른바 제1차 낙태판결을 통하여 ‘내 배(胎)는 제한적으로만 내 것이다’라는 방향의 판결을 내렸다.

우선 연방헌법재판소는 태아가 모체 내에서 성장하는 매(每) 과정을 정확하게 구분하기가 어려울 뿐 아니라, 분만에 의해서 인간의 성장이 끝난

21) 강승식, 『미국 헌법학 강의』, 궁리 출판, 2007, 452-453면.

22) 자세한 내용은 김형남, “미국 헌법상 낙태 및 태아의 생명권에 대한 논의와 판례 분석”, 『미국헌법학연구』, 16권 1호, 2005, 212-215면 참조.

23) 그 밖에 자세한 것은 김형남, 전제서, 216-219면 참조.

것이라고도 볼 수 없기 때문에 태아에 대한 헌법상의 보호는 어느 특정한 기간만을 특정한 대상으로 할 수 없는 것이고 전체 임신기간을 망라하여야 한다는 전제하에 일치된 의견으로 생명권의 보호는 원칙적으로 ‘수태’(Konzeption)시부터 시작되나, 늦어도 ‘착상’(Nidation)에 의해서 완전한 형태로 나타난다고 보아야 한다고 하고, 다음과 같이 형성 중에 있는 생명도 헌법적 보호하에 있다고 논증하였다.²⁴⁾

마. 결 론

헌법상 생명권 인정여부의 연장선상에서 개헌 논의시 생명권에 관한 규정 신설을 검토해야 한다는 주장이 있다 즉 윤대규 교수는 “생명에 관한 권리를 의미하는 생명권은 국가에 의한 침해로부터 생명을 방어하려는 대국가적 방어권으로서의 성격과 더불어, 생명권을 제3자의 침해로부터 보호해 줄 것을 국가에 대해 요구할 수 있는 보호청구권으로서의 성격을 함께 가지고 있다. 이러한 내용과 의미를 가지는 생명권이 헌법상의 기본권으로 인정되는 이상, 국가는 생명을 보호할 헌법적 의무를 지게 되는 것이다. 최근 생명과학기술의 발전에 따른 새로운 현상들이 발생하면서, 생명권 내지 생명인권 담론이 새롭게 전개되고 있다. 이러한 맥락에서 비록 해석상으로는 인정되지만 명문의 규정이 없는 생명권조항을 신설해야 한다는 의견이 대두되고 있다. 생명권조항의 신설은 단지 당연히 인정되는 인권의 확인에 그치는 것이 아니라, 생명에 대한 어떠한 관점을 갖고 생명과학기술의 발전에 대응할 것인지의 관점과 맞물려 있다. 향후 헌법개정시 심도 있게 논의되어야 할 영역이다.”²⁵⁾라고 주장한다. 향후 개헌 논의시 많은 논쟁이 있을 것으로 생각된다. 어떻든 헌법이론적으로 태아에게 헌법상 생명권의 주체성을 부인할 수 없고 나아가 생명공학의 발달에 따른 생명

24) 홍성방, 전제서, 97-98면.

25) 윤대규, 『왜 개헌인가?』, 한울, 2005, 119-120면.

권 논쟁을 더욱 더 뜨거워 질 것으로 보인다.

2. 인신을 훼손당하지 않을 권리의 주체성

인신을 훼손당하지 않을 권리라 함은 사람으로서 타고난 정신과 신체를 타자 또는 외부로부터 침해당하지 않을 권리를 말한다. 인신을 훼손당하지 않을 권리가 실정법규범에 명문화되기 시작한 것은 제2차 세계대전을 거치면서 그 반성의 결과로 나온 것이다. 예컨대 독일의 나치정권이나 일본의 군국주의 정권에 의해서 행해진 사람의 인신에 대한 각가지 만행에 대한 반성으로 헌법과 국제법에서 실정화하기에 이르렀다.²⁶⁾ 이러한 신체를 훼손당하지 않을 권리는 성질상 자연인에게만 인정되고, 태아도 이 권리의 주체가 된다.²⁷⁾

3. 결 론 -본 논의의 시사점-

결론적으로 태아에게 헌법상 생명권 및 인신을 훼손당하지 않을 권리를 인정할 수 있다는 것이 학계의 이론이고 심지어 개헌시 일반규정으로서 생명권을 신설하여야 한다는 논의가 있는 마당에 분만 전 태아 대하여 낙태죄 이외에 형사적인 보호방법이 없다는 것은 “위헌적 상황”이 아닌가?하는 의문을 가져본다. 과잉금지의 원칙²⁸⁾에 대응하여 과소금지의 원칙²⁹⁾

26) 정종섭, 전계서, 372면. 독일연방헌법은 ‘신체를 훼손당하지 않을 권리’와 ‘신체의 자유’를 별개로 정하고 있고, 이런 구조하에서 신체의 자유는 신체활동의 자유로 해석된다 (정종섭, 전계서, 373면).

27) 정종섭, 전계서, 374면.

28) 과잉금지 내지 비례의 원칙은 사항의 합당성, 방법의 적합성, 필요한 최소침해성, 수인의 기대가능성 등이 국가작용에서 지켜질 것을 그 내용으로 한다. 우리 헌법재판소도 법률의 위헌심판에서 과잉금지 원칙에 따라 목적의 정당성, 수단의 적합성, 피해의 최소성, 법익의 균형성 등을 언제나 중요한 판단기준으로 삼고 있다(허영, 「헌법이론과 헌법」, 박영사, 2003, 271면).

29) 과소금지의 원칙과 형벌과의 관계에 관하여는 이상돈, “헌법재판과 형법정책”, 고려대학교 출판부, 2005, 32면 참조.

이 있다. 생명에 관한 권리를 의미하는 생명권은 국가에 의한 침해로부터 생명을 방어하려는 대국가적 방어권으로서의 성격과 더불어, 생명권을 제 3자의 침해로부터 보호해줄 것을 국가에 대해 요구할 수 있는 보호청구권으로서의 성격을 함께 가지고 있다. 이러한 생명권에 대하여 국가의 보호 의무가 있는 것은 당연하다. 따라서, 태아에 대한 보호의무가 있는 국가로서는 적절한 입법을 통하여 태아 대한 보호의무를 이행하여야 하고, 법원도 적극적 법 해석을 통하여 생명권을 인정하는 헌법정식에 부합하는 헌법합치성 해석을 해야 할 것이다³⁰⁾. 그럼에도 불구하고, 태아의 생명권에 관하여 형벌에 의한 보호 필요성과 보호가치성의 측면에서 우리 형법이 낙태죄 이외의 업무상과실 등에 의한 태아의 생명 또는 태아의 안정성을 침해하는 행위에 대하여 형사적 처벌을 규정을 두어 형벌법적 보호를 하지 아니한 것이나, 헌법합치적 해석을 하지 아니하여 형벌법 집행의 공백을 야기한 것이 바로 “위헌적 상황”이라는 것이다.

그렇다면 본건과 같은 특정사건에서 입법권자의 입법부작위를 이유로 위헌결정을 받을 가능성이 있는지 검토해 본다. 입법권에 대한 기본권의 보호와 관련해서 가장 어려운 문제가 바로 입법권자의 부작위에 의한 기본권의 침해이다. 입법권자가 그 형성의 자유에 의해서 적극적인 자세로 법률을 제정한 경우에는 입법권자가 그 형성의 자유를 남용해서 기본권을 침해했는지의 여부를 판단하기가 별로 어렵지 않지만, 입법권자가 의도적으로 또는 무의식적으로 어떤 사항에 대한 입법적인 規律을 하지 않고, 그로 인해서 기본권이 침해된 경우에는 이른바 立法權者의 不作爲를 문제 삼아서 그에 대처하는 방법이 강구되어야 하기 때문에 그 보호수단이 그렇게 간단치 않다. 일반적으로 不作爲에 의한 권리침해가 인정되기 위해서는 다른 법률영역에서와 마찬가지로 공법영역에서도 ‘作爲의 法的인 義務’가 존재해야 한다. 따라서 입법권자의 부작위에 의한 기본권의 침해가 인

30) 물론 형벌법규를 해석함에 있어 죄형법정주의 등 형사법 해석의 일반원칙은 존중되어야 한다.

정될 수 있기 위해서는 무엇보다도 ‘立法義務의 내용과 범위를 정한 法律制定의 명백한 憲法上 授權委任이 입증되어야 한다. 그러한 경우에만 국민 개인은 입법권자의 일정한 작위(立法)를 요구할 수 있고 부작위에 의한 기본권침해를 논할 수 있다.

입법권자가 처음부터 입법에 관한 헌법상의 추상적인 수권위임을 무시함으로써 기본권을 침해하는 경우이다. 그러나 입법권자의 단순한 부작위의 경우에는 請願權(제26조)을 행사하거나, 정치적인 의사표현의 방법을 통해서 간접적으로 입법권자를 움직이는 방법 외에는, 구체적인 입법을 입법권자에게 강요하는 소송 절차적인 방법이 있을 수 없다. 우리 헌법재판소도 ‘일반국민이 입법을 해 달라는 취지의 청원권을 향유하고 있음을 별론으로 하고 입법행위의 소구청구권은 원칙적으로 인정될 수 없다.’고 판시하고 있다.³¹⁾

결국 우리 형법의 규정을 헌법합치적으로 해석가능한 범위내에서 태아에 대한 침해행위에 대해 적극적 형사처벌하는 방안을 찾아야 하고, 만약 그 논란이 해소되어지지 아니한다면 국민의 청원권 행사 등 생명운동을 통하여 입법부로 하여금 그에 합당한 입법을 하도록 하여야 할 것이다.

VII. 태아의 형법상 지위에 관한 개별적 고찰

1. 태아에 대한 고의(낙태, 상해 또는 살해) 범행으로 태아가 사망한 경우

가. 현행법상 낙태죄의 성립

낙태죄란 태아를 자연분만기에 앞서서 인위적으로 모체 밖으로 배출하거나 태아를 모체 안에서 살해하는 것을 내용으로 하는 범죄라고 이해하는 것이 우리 나라의 통설이다.³²⁾ 형법상 구성요건 유형중 부동의낙태죄

31) 허 영, 『한국헌법론』(제3판), 박영사, 2003, 291-293면.

(형법제270조제2항)에 해당한다. 낙태와 필수적으로 결합된 임부의 신체상해(건강침해)는 낙태죄에 대한 불가별적 수반행위가 된다. 그러나 그 범위를 넘는 상해에 대하여는 고의의 유무에 따라 본죄와 상해죄의 상상적경합 또는 낙태치상죄가 성립한다. 낙태하기 위하여 임부를 살해한 때에는 본죄와 살인죄의 상상적경합이 된다.³²⁾

나. 낙태죄와 살인죄의 한계설정에 관한 문제점

(1) 문제의 소재

태아에 대한 침해행위에 대한 형사처벌에 관하여는 낙태죄와 상해죄 그리고 살인죄를 상정할 수 있다. 고의로 태아를 낙태한 경우에는 산모라도 처벌하도록 하고 있고 만약 산모의 동의없이 낙태한 경우에는 산모가 동의한 경우보다 무겁게 처벌하고 있다. 또한 산모에 대한 공격행위 등에 대하여는 산모에 대한 상해죄로 처벌할 수 있을 것이다. 또한, 사람의 시기와 관련하여 분만개시설(진통설)을 취한 경우에는 분만이 개시된 경우에는 살인죄의 객체가 되기도 한다. 그런데 과실로 태아를 낙태한 경우에는 직접적인 처벌규정이 없다는데 문제가 있다. 본 건 판례의 사례와 같이 분만을 위해 입원한 경우에도 분만이 개시되지 아니하였고, 고의적인 낙태행위(고의적인 태아에 대한 공격행위 등)가 없었고 단지 적절한 처치 내지 전원조치 등을 하지 아니하여 결국 태아를 사망에 이르게 한 경우 이를 단지 과실(또는 업무상 과실)에 의한 낙태에 불과한 것으로 파악하고, 이를 처벌할 형벌법규가 없다고 결론 짓는 것이 과연 타당한지 의문이다. 앞에서 살펴본 바와 같이 태아도 헌법상 생명권의 주체인 점에서는 이론상 일치된 견해이고, 태아에 대한 공격행위(고의 든 과실이든 간에)에 대한 형사처벌 여부에 있어 헌법합치적 해석이라는 관점에서 처벌가부를 살펴야

32) 이재상, 『형법각론』, 박영사, 2003, 82면.

33) 이재상, 전계서, 95면.

한다는 것이 필자의 관점임을 다시 한번 강조하고자 한다. 이러한 문제의 식 속에서 태아와 사람의 지위를 갈라놓는 이론인 분만개시 내지 진통개념에 대하여 상세히 살펴보고자 한다. 이는 태아와 사람은 모두 생명이라는 관점에서 보면 하등의 차이점을 발견할 수 없음에도(적어도 헌법적 관점에서는) 태아의 경우에는 고의범만 처벌하고 사람에 대하여는 고의범 뿐만 아니라 과실범에 대해서도 처벌하는 이유가 무엇인지 고민해 보지 않을 수 없다. 물론 형법상 낙태와 사람이라는 개념을 사용하고 있는 한 이를 구분하는 것은 불가피하다는 점에서는 필자도 동의한다. 다만, 태아와 사람을 구분하는 분만개시라는 학설상 개념도 매우 불분명하다는 점을 우선 음미할 필요가 있을 것이다. 즉 적어도 의학적, 생물학적으로 사람과 태아의 구분이 불분명하면 할수록 결국 태아에 대한 보호필요성이 증대할 것이다. 더구나 의료현장에서 태아와 사람의 구분이 애매한 상황에서 이론적으로 사소한 징후 하나가 태아와 사람을 구분하게 되고, 처벌가능한 경우와 처벌이 불가능한 경우로 구분지어지는 현실은 분명히 문제가 있다. 그렇다면 이러한 불합리를 줄일 수 있는 방법은 무엇일까?에 대하여 고민하지 않을 수 없다. 결론적으로 말하면 과실로 태아에 대한 침해행위를 한 경우 산모에 대한 과실치상죄를 인정하는 것이 가장 바람직할 것이다. 이를 차례로 살펴보고자 한다.

(2) 태아와 사람의 구분(분만개시설 또는 진통설에 대한 검토)

(가) 문제의 제기

사람의 시기에 관하여 본건 대법원 판례를 비롯한 대법원의 일관된 견해는 “사람의 생명과 신체의 안전을 보호법적으로 하고 있는 형법의 해석으로는 규칙적인 진통을 동반하면서 분만이 개시된 때(소위 진통설 또는 분만개시설)가 사람의 시기라고 봄이 타당하다”는 것이다(대법원 1982.10.12. 선고 81도2621 판결, 대법원 1998.10.9. 선고 98도949 판결 등 참조). 이들 판례들은 규칙적인 진통을 동반하면서 태아가 태반으로부터 이탈하기

시작한 때, 즉 ‘분만의 개시된 때’를 사람의 시기라고 판시하면서 분만과 관련된 표지로서 ‘규칙적인 진통’과 ‘태반으로부터의 이탈’, ‘분만 개시’를 제시하고 있다. (81도2621, 98도949호 등) 위 판례들의 내용을 엄밀히 분석하면, 사람의 시기를 판단하는 핵심은 ‘분만의 개시’이고, ‘규칙적인 진통’, ‘태반으로부터의 이탈’은 ‘분만의 개시’를 구체화하는 일부분을 구성하고 있는 것에 불과하다고 할 것이다. 그러나 분만이란, 판례에서 실시한 내용보다 훨씬 구체적이고도 복합적인 작용에 의해 이루어지는 과정이므로 종래 판례 내용만으로는 현재 다양한 사례의 해석기준으로서의 역할을 하기에 부족할 뿐만 아니라, 자연분만 이외의 출산방식에 대하여는 그 해석 기준을 제시하지 못하고 있다.³⁴⁾

(나) 분만의 단계³⁵⁾

정상분만과정은 연속적으로 일어나지만 관습에 따라 임상적 편의와 연구를 위해 분만과정을 크게 3기로 나눈다. 분만 제1기(the first stage of labor)란 충분한 자궁수축의 빈도, 강도 및 지속시간을 가진 분만진통에 의해 자궁경관의 소실과 개대가 이루어지는 것으로 시작하여 아두가 통과할 수 있도록 자궁경관이 완전개대 (약 10cm)될 때까지를 말한다. 그러므로 분만 제1기는 경관소실 및 경관개재기라고도 한다. 분만 제2기(the second stage of labor, stage of expulsion)는 경관의 완전개대 이후부터 태아만출이 될 때까지의 기간으로 만출기라고도 한다. 분만 제3기(the third stage of labor, stage of afterbirth)는 태아분만 직후부터 태반 및 태아막의 만출이 될 때까지의 기간을 말하며 태아분리 및 만출기라고도 한다. 본건의 경우는 분만 제1기에 해당한다고 보여지고, 이 시기 중 언제를 분만이 개시되었다고 볼 수 있는지 여부가 불분명하다.

(다) 분만과정에서의 생리적 현상

분만진행과정에서 나타나는 객관적으로 확인 가능한 생리현상으로 진

34) 전계 본건 검사상고이유 부분 참조.

35) 이하 의학적 설명은 대한산부인과학회, 전계서, 527면.

통, 자궁경관의 소실, 자궁경관의 개대 및 태아하강, 양수의 파수(양수가 터진다는 의미) 등이 나타나며 이는 분만의 진행 정도를 파악하는 중요한 자료이다.

1) 진통

인간 임신의 최종 수시간은 자궁경관을 개대시키고 태아를 산도를 통해 나오도록 하는 강한 자궁수축으로 특징되어진다. 이때 많은 에너지가 소모되는데 이러한 과정을 진통(labor)이라고 명명한다. 진통시 자궁근의 수축은 통증을 수반하기 때문에 진통이라는 명칭 속에 “pains”이라는 단어 뜻이 포함된다. 자궁경관을 개대시키지 않은 자궁근수축은 임신중 어느 시기나 관찰되어진다. 이런 수축은 예측 없이, 강도가 높지 않게 잠깐 동안 생긴다. 이때 불편감은 하복부에 국한되며, 임신 말기는 진통준비로 그 빈도가 많아지며, 특히 경산부에서 자주 오는데 이것을 가진통(false labor)이라 한다. 때로는 예고 없이 강한 자궁수축이 자궁경관을 개대시켜 태아하강 및 분만이 급속히 진행되는 경우도 있다.³⁶⁾

진통의 시작 신호는 소량의 피가 섞인 점액성 질분비물이 나오는 것이다. 이것은 임신중 자궁경관에 채워졌던 점액으로 일명 “이슬”(show or bloody show)이 비친다고 한다. 이슬이 보이면 진통이 이미 진행되었거나 혹은 수시간 내지 수일 후에 진통이 시작된다는 신호가 된다.³⁷⁾ 양측 하반 신마비나 양측요부교감신경 절제술 환자에서 통증을 느끼지 못하면서도 자궁수축은 정상적으로 생긴다. 진통 제1기에서 자궁수축은 약 10분 간격, 진통 제2기에서는 1분 간격으로 단축된다. 자궁수축후 자궁이완은 태아건강유지에 필수적으로 이완이 안되는 경우 자궁태반혈류가 차단되어 태아저산소증을 일으킨다. 진통의 활성기(active phase of labor)에서 자궁수축은 30-90초간 지속되며 진통시의 양수압력은 평균 40mmHg로 측정된다.³⁸⁾

36) 대한산부인과학회, 전게서, 471면.

37) 대한산부인과학회, 전게서, 472면.

38) 대한산부인과학회, 전게서, 474면.

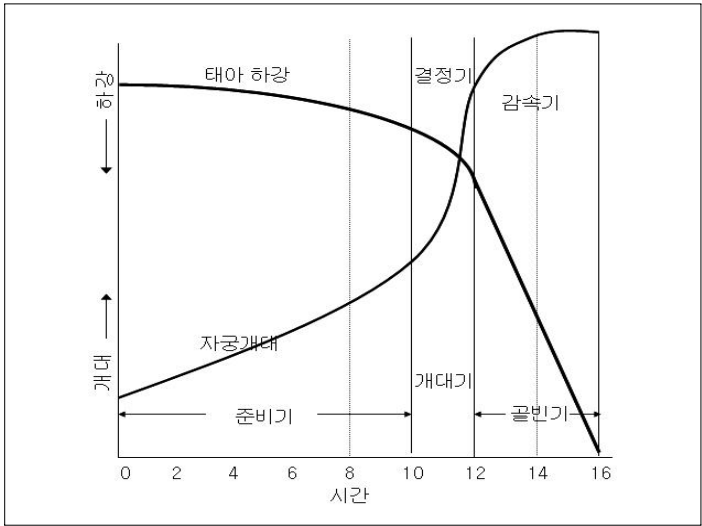
2) 자궁경관의 소실

자궁경관의 소실은 임신중 2cm 두께에서 종잇장같이 얇아지는 과정이다. 이것은 자궁내구의 근섬유가 위쪽으로 끌려올라가 자궁하부가 되며 자궁외구는 거의 변화가 없다. 자궁경관 소실은 다른 표현을 빌리면 좁은 실린더의 전체가 깔대기 모양으로 변하여 작은 구멍이 나팔꽃 모양으로 되는 과정과 비슷하다. 진통의 준비단계에 자궁수축활동이 증가되면서 숙화된 자궁경관이 소실되어 자궁경관을 채우고 있던 점액이 배출되어 이슬이 비치게 된다.³⁹⁾

3) 자궁경관의 개대(dilatation)

자궁수축에 의하여 태아막에 압박이 가해지면 양막강 내의 정수압 작용에 의해 자궁경관은 썩기 모양으로 개대된다. 조기파막시 태아선진부가 자궁경관과 자궁하부에 압박을 가해서 같은 효과를 나타낸다.⁴⁰⁾

4) 태아하강(pattern of fetal descent)⁴¹⁾



39) 대한산부인과학회, 전계서, 476면.

40) 대한산부인과학회, 전계서, 478면.

41) 대한산부인과학회, 전계서, 480면.

5) 양수의 파수

양막의 자연파수는 대부분 활성 진통시에 생긴다. 일반적으로 양막파수는 갑자기 다량의 맑은 혹은 약간 혼탁한 무색의 액체가 나온다. 드물게는 태아분만 때까지 양막이 터지지 않는 경우도 있는데 이때 태아가 완전히 막으로 싸인체 나오는 것을 caul이라고 한다⁴²⁾

(라) 사람의 시기에 관한 분만개시설(진통설)에 관한 재검토

1) 문제제기

사람의 시기에 관한 판단을 자연현상과 같은 절대 불가변적인 과학적 원리가 아닌 규범적 판단으로서, 반드시 의학적 견해에 기속될 필요는 없으나 그로부터 자유로울 수도 없다. 따라서 사람의 시기, 즉 분만의 개시 시점은 의학적 근거의 바탕에서 인간의 존엄성, 생명 존중이라는 헌법상 대원칙에 입각하여 과학기술의 발달, 생명에 대한 그 시대의 일반적 가치관 및 보호객체인 태아의 보호 필요성 등 구체적 타당성과 법적안정성을 고려하여 규범적으로 판단함이 상당하다. 더구나, 최근 활발한 연구가 진행 중인 인간배아의 복제연구는 과학적 진보 못지않게 인류에게 종교적, 윤리적 문제를 제시하고 있는 바, 결국에는 관련 법률규정의 정비를 위하여 인간의 생명, 태아의 존재 등에 대한 법적 재검토가 필요할 뿐만 아니라 변화의 당위성 또한 높아질 것으로 예상된다. 따라서 아무리 태아가 사람으로 출생할 가능성이 매우 높다 할지라도 임신 제29주(태아의 신체의 거의 모든 부분이 형성되고, 조산되더라도 생존율이 높은 시기)를 분만의 시기로 볼 수는 없지만, 그렇다고 모체 내에서 객관적으로 확인 가능한 분만의 징후가 분명히 나타나 의학적 의미의 분만이 개시되어 사람으로서의 출생이 확실함에도 이를 간과한 채 종래의 견해를 고집하는 것은 의학기술의 진보를 도외시한 태도일 뿐만 아니라 인간의 존엄과 가치, 생명보호의 대원칙을 가장 중요한 목적으로 삼고 있는 형법의 태도와 시대적 가치

42) 대한산부인과학회, 전게서, 481면.

관, 일반인의 건전한 상식에 비추어 부당하다 할 것이다.⁴³⁾ 분만개시설을 취하는 경우라도 진통이 없이 ‘이슬’만 보인 경우, 진통으로 보이는 통증이 있다가 소멸한 경우, 산모의 신체상 이상으로 통상적인 경로를 거치지 아니한 경우 등은 어떻게 할 것인가가 문제이다.

2) 자연분만·유도분만·제왕절개

현재 시행되고 있는 출산 방식은 3가지(자연분만, 유도분만, 제왕절개)로 나누어 볼 수 있는바, 자연분만이란 전통적인 출산방식으로서 자연적인 진통이 생겨 분만을 하게 되는 것이고

유도분만이란 인위적으로 임신부에게 약물을 사용하여 진통을 유발시켜 분만과정을 촉진시킴으로써 태아를 분만시키는 것으로, 분만 예정일이 경과하였음에도 특별한 이유 없이 분만의 징후가 없는 경우에 사용하는 방법이며, 제왕절개란 자궁을 절개하여 인공적으로 성숙태아를 반출하는 방법이다. 자연분만의 경우에는 분만개시설(진통설)을 적용하기가 유도분만이나 제왕절개에 비해 쉬워 보인다.⁴⁴⁾ 유도분만의 경우와 제왕절개의 경우에는 자연분만의 경우와는 다른 분만개시 시점을 논하여야 할 것이다.

본건 원심인 서울중앙지법의 판결(서울중앙지방법원 2005.5.12. 선고 2004노1677 판결)은 “사람의 시점에 관하여는 ……제왕절개 수술의 방법으로 분만을 하는 경우 등과 같이 주기적 진통 여부와는 상관없이 분만하는 경우에는, 자연분만에 있어서의 분만개시에 준하는 분만 전 처치가 시작된 때)에 비로소 태아의 지위에서 벗어나 ‘사람’으로 된다고 봄이 상당하다……”고 판시하여, 유도분만이나 제왕절개의 경우에는 분만개시에 준하는 분만 전 처치가 시작된 때라는 개념을 사용하고 있다. 하지만 “분만 전 처치”가 무엇인지 파악하는 것은 쉽지 않아 보인다.

3) 본건 대법원 판례의 검토

43) 대법원판례집, 전계 검사상고이유 부분(969-967면) 참조.

44) 다만, 자연분만의 경우에도 구체적인 사안에서 분만개시 시점을 파악하는 것은 쉽지 아니하는 경우가 많다.

사람의 생명과 신체의 안전을 보호법익으로 하고 있는 형법의 해석으로는 규칙적인 진통을 동반하면서 분만이 개시된 때(소위 진통설 또는 분만 개시설)가 사람의 시기라고 봄이 타당하다고 함은 종래 대법원이 취하여 온 견해이다(대법원 1982.10.12. 선고 81도2621 판결, 대법원 1998.10.9. 선고 98도949 판결 등 참조). 라고 전제하고 검사의 상고이유 즉,

『제왕절개 수술의 경우 임신부의 상태변화, 의료진의 처치경과 등 제반 사정을 토대로 ‘의학적으로 제왕절개 수술이 가능하였고 규범적으로 수술이 필요하였던 시기’를 사후적으로 판단하여 이를 분만의 시기로 볼 수 있고, 2001. 8. 11. 00:30경 출산을 위해 피고인의 조산원에 입원할 당시 ○○○은 임신성 당뇨증상 및 이미 두 번의 제왕절개 출산 경험이 있는 37세의 고령의 임신부이었고, 분만예정일을 14일이나 넘겨 이 사건 태아가 5.2kg까지 성장한 상태이어서 의학적으로 자연분만이 부적절하여 제왕절개 수술이 유일한 출산방법이었으므로 ○○○의 위 입원시점을 분만의 시기로 볼 수 있다』는 주장에 대하여 ‘의학적으로 제왕절개 수술이 가능하였고 규범적으로 수술이 필요하였던 시기’는 판단하는 사람 및 상황에 따라 다를 수 있어, 분만개시 시점 즉, 사람의 시기도 불명확하게 된다는 점에서 채용하기 어렵다고 판시하고 있다.

그러나, 분만개시설을 취하는 경우라도 진통이 없이 ‘이슬’만 보인 경우, 진통으로 보이는 통증이 있다가 소멸한 경우, 산모의 신체상 이상으로 통상적인 경로를 거치지 아니한 경우 등은 어차피 규범적 판단, 즉 임신부의 상태변화, 의료진의 처치경과 등 제반 사정을 토대로 ‘의학적으로 제왕절개 수술이 가능하였고 규범적으로 수술이 필요하였던 시기를 분만개시 시점으로 볼 수 밖에 없을 것이다. 물론 필자의 입장에서도 대법원의 지적처럼 ‘의학적으로 제왕절개 수술이 가능하였고 규범적으로 수술이 필요하였던 시기’는 판단하는 사람 및 상황에 따라 다를 수 있어, 분만개시 시점 즉, 사람의 시기도 불명확하게 된다는 점은 수긍이 간다. 그러나, 본 판례의 사안과 같이 당연히 전원하여 제왕절개 수술을 받았으면 태아가 살아

서 출생하였을 것임에도 불구하고 방치함으로써 결국 태아를 사망에 이르게 한 사안에서 단순히 산모에게 진통이 없었다는 이유⁴⁵⁾로 분만의 개시가 없었다고 단정하는 것이 문제이다. 또한, 본건의 경우처럼 자연분만으로는 곤란한 상황임에도 산부인과 전문병원 등으로 전원하여 제왕절개 수술을 받게 하여야 함에도 이를 게을리 하여 결국 태아로 하여금 모체내에서 사망에 이르게 한 경우에는 아직 태아에 불과하다는 하여 태아에 대한 과실 낙태죄를 처벌하지 아니한다는 이유로 무죄이고, 만약 위와같은 산모를 전원시켜 산부인과 전문병원에서 제왕절개 수술을 착수한 이후 어떠한 과실로 태아가 사망하면 태아에 대한 업무상과실치사죄로 처벌받는다면 국민들의 법 감정상 수용할 수 있겠는가? 의문이다. 바로 이러한 점에서 규범적 판단이라는 문제를 보다 심도 있게 연구 검토해 보아야 할 것이다.

(3) 소결론

앞에서 살펴본 바와 같이 어느 학설을 취하든 약간의 문제점들을 모두 가지고 있다. 그중에서는 우리 학설과 판례는 분만개시설(진통설)을 채용하였다. 그러나 위 학설도 일응의 기준일 뿐 태아와 사람을 구분함에 있어서 모든 경우에 답을 줄 수는 없다. 이러한 불분명한 기준으로 태아와 사람을 구분하고 형사처벌에 있어 유죄와 무죄를 가르 것은 분명히 문제가 있다. 따라서, 본건 검사가 상고이유서에서 지적하였듯이 사람의 시점에 관한 진지한 고민을 해 봐야 할 것이다.

본건의 경우처럼 자연분만으로는 곤란한 상황임에도 산부인과 전문병원 등으로 전원하여 제왕절개 수술을 받게 하여야 함에도 이를 게을리 하여 결국 태아로 하여금 모체내에서 사망에 이르게 한 경우에는 아직 태아에

45) 태아가 거대아로 자란 점, 산모가 당뇨병을 가지고 있는 점을 고려하면 이러한 신체적 특징 때문에 진통이 없었다고 할 수도 있다.

불과하다는 하여 태아에 대한 과실 낙태죄를 처벌하지 아니한다는 이유로 무죄이고, 만약 위와같은 산모를 전원시켜 산부인과 전문병원에서 제왕절개 수술을 착수한 이후 어떠한 과실로 태아가 사망하면 태아에 대한 업무상과실치사죄로 처벌받는다면 국민들의 법 감정상 수용할 수 있겠는가? 의문이다. 바로 이러한 점에서 규범적 판단이라는 문제를 보다 심도있게 연구 검토해 보아야 할 것이다.

이하 논의에서는 논의의 편의상 위와같은 분만개시설(진통설)의 문제점에도 불구하고, 일단 대법원의 태도와 같이 분만개시설의 입장에서 논의를 진행하고자 한다.

2. 태아에 대한 고의(살해) 범행을 하였으나, 일단 출생한 후 결국 사망한 경우

이 경우는 부동의낙태죄로 처벌될 것이다. 다만, 태아가 일단 출생한 후 별다른 외부적 물리력이 없이 사망한 경우를 말하며 만약, 출생 후 또 다른 외부적 물리력이 있었다면 살인죄의 죄책을 면하기 어려울 것이다. 대법원도 같은 취지의 판결을 하고 있다. 즉,

『산부인과 의사인 피고인이 임신 28주 상태인 공소외 1에 대하여 약물 에 의한 유도분만의 방법으로 낙태시술을 하였으나, 태아가 살아서 미숙아 상태로 출생하자 그 미숙아에게 염화칼륨을 주입하여 사망하게 한 사실을 인정한 후, 낙태죄는 태아를 자연분만기에 앞서서 인위적으로 모체 밖으로 배출하거나 모체 안에서 살해함으로써 성립하고, 그 결과 태아가 사망하였는지 여부는 낙태죄의 성립에 영향이 없는 것이므로, 피고인이 살아서 출생한 미숙아에게 염화칼륨을 주입한 것을 낙태를 완성하기 위한 행위에 불과한 것으로 볼 수 없고, 살아서 출생한 미숙아가 정상적으로 생존할 확률이 적다고 하더라도 그 상태에 대한 확인이나 최소한의 의료행위도 없이 적극적으로 염화칼륨을 주입하여 미숙아를 사망에 이르게 한

피고인에게는 미숙아를 살해하려는 범의도 있었던 것으로 보아야 한다』⁴⁶⁾고 판단하였다.

3. 태아에 대한 고의(상해) 또는 과실범행을 하였으나 결국 장애를 입고 태어난 경우

가. 문제의 소재

예컨대 태아에게 약물로서 상해를 입혀 그 상해의 결과가 출생한 ‘사람’에게 미친 경우, 그 출생한 ‘사람’에 대한 상해로서 인정될 수 있는가?가 문제된다. 핵심은 범행을 한 시점이 태아인 상태인데 결과 발생이 출생 후 나타난 경우(물론 태아인 상태에서 이미 장애를 가진 경우를 포함한다)에 범행의 대상이 상해죄의 객체인 ‘사람’이 아님에도 불구하고 ‘태어난 사람’에 대한 상해죄를 물을 수 있는지가 의문이다.

나. 태아에 대한 상해죄(또는 과실치사죄) 인정여부

(1) 부정설(소극설)⁴⁷⁾

독일의 다수설로서 그 논거는 다음과 같다.

(가) 상해죄와 과실상해죄에서 「행위의 객체」는 「사람」인 바, 이를 「태아」에 적용함은 유추해석으로서 죄형법정주의에 반한다.

(나) 「태아의 상해」를 규정하지 않은 형법의 취지를 몰각한다.

(다) 긍정설을 취하면 다음과 같은 부당한 결과가 된다.

첫째, 태아를 살해할 의사로서 침해를 가하고 침해에 의한 죽음의 결과가 태아가 모체로부터 떨어져 나간 지 수일 만에 발생한 경우에는 「낙태죄」가 된다. 그런데 긍정설을 취하면 그것보다 중하지 않은 상해범행으로 낙

46) 대법원 2005.4.15. 선고 2003도2780호 사건.

47) 박양빈, “태아에 대한 상해”, 『고시계』, 1996. 5, 206-207면을 요약.

태죄보다 더 중한 「사람에 대한 상해」로서 처벌하게 된다.

둘째, 과실로서 태아의 사망을 초래한 경우에는, 예컨대 그 죽음이 태아가 모체로부터 떨어져 나간 지 수일 만에 발생하면 과실에 의한 낙태로서 불가벌이 된다. 그런데 긍정설을 취하면 그것보다 중하지 않은 경우를 과실상해죄로서 처벌하게 되어 「과실에 의한 낙태」를 처벌하지 않은 형법의 원칙에 반하게 된다.

셋째, 예컨대 의사가 높는데 올라가지 말라고 여러번 주의를 주었는데도 임산부의 부주의로 「커튼」(Curtain)을 달기 위하여 높은 발판에 올라가다가 떨어져서 태아에 상해를 입힌 경우이다. 즉 이러한 경우에 긍정설에 의하면, 상해를 받은 태아가 출생하여 죽은 경우에는 과실치사죄가 되고 태아가 모체 내에서 죽어 체외로 나온 경우에는 과실낙태로서 불가벌이 되는 모순이 생긴다.

(라) 상해죄는 이른바 상태범으로서 이해되고 있으며 이에 대하여서는 학설상 전혀 이의가 없다. 그런데 태아상해를 인정하면 상해죄를 상태범으로서 인정하는 것과는 모순된다. 즉 상태범이라는 것은 범죄의 결과가 발생하는 동시에 범죄의 기수가 되는 범죄로서 태아상해를 인정하면 상해죄를 상태범으로서 인정하는 전제와 모순되게 된다.

(2) 긍정설(적극설)⁴⁸⁾

긍정설의 논거는 다음과 같다.

(가) 태아단계에서의 생리적 기능도 상해죄로서 보호되는 이익이다. 즉 태아의 생리적 기능도 태아가 「사람」이 되는 것을 일종의 「정지조건」으로 하는 법익이다.

(나) 태아는 필연적으로 발전하여 상해죄의 구성요건이 요구하는 「사람」으로서의 성질을 갖는다.

48) 박양빈, 전계논문, 208-209면을 요약.

(다) 태아에는 「사람의 기능」은 없지만 그 기능의 맹아라고 할 수 있다. 따라서 그 맹아가 해하여 진다는 것은 그 태아가 사람이 된 이후에 사람으로서의 기능이 해하여 진다고 볼 수 있다.

(라) 형법은 과실에 의한 낙태를 불가별로 하는 바, 과실에 의한 태아상해를 과실상해죄로서 인정함은 과실에 의한 낙태보다 중하지 않은 것을 처벌하게 된다는 지적이 있다. 그러나 이는 부당하다. 무릇 형법이 과실에 의한 낙태를 처벌하지 않는다는 것으로부터 과실에 의한 태아상해를 처벌하지 않는다는 결과가 도출되는 것은 아니다. 왜냐하면 태아에게 상해를 입혀 그 결과가 태아의 범주를 넘어 법적으로 다른 보호를 받는 사람에게 까지도 처벌하지 않는다는 것은 아니기 때문이다.

(3) 이분설⁴⁹⁾

태아상해가 고의에 의한 상해인 경우에는 긍정설을 취하고 과실에 의한 경우에는 부정설을 취하는 견해이다. 이 견해는 「슈뢰더」교수가 처음 주장하고 「테파빈」(Tepperwien) 교수가 비교적 상세한 연구를 하였으며 최근 렌크나(Lenkner) 교수가 지지하고 있다. 이 논거는 다음과 같다.

(가) 상해라는 것은 사람의 생리적 기능을 해하는 것이지만, 태아에게는 순조롭게 발육할 능력이 있고 자연과학적으로도 이미 사람의 생존과 연결된 생리적 기능이 있기 때문에 태아의 단계에서도 이미 상해죄로서 보호될 이익이 있다. 그리하여 태아단계에서의 생리적 기능은 태아가 사람이 되는 것을 정지조건으로 하는 법익이며 따라서 태아상해도 사람에 대한 상해죄가 된다.

(나) 부정설이 주장하고 있는 것과 같이 확실히 상해라는 개념은 상해를 받지 않은 상태를 논리적으로 전제하고 있다. 그러나 태아는 「최종의 생산물」이라고 할 수 있는 「사람」을 향해서 발육하고 더구나 「사람」이라고 하

49) 박양빈, 전계논문, 209-210면을 요약.

는 「최종의 생산물」의 실체를 갖추고 있기 때문에 태아상해는 사람에 대한 상해로서 인정될 수 있다.

(다) 부정설에 의하면, 태아상해를 사람에 대한 상해죄로서 인정함은 상 태범이라는 상해죄의 성질과 모순된다고 한다. 그러나 태아에게 상해를 가한 것만으로는 아직 사람을 상해한다고 하는 구성요건에 규정되고 있는 결과는 발생하지 않고 단지 자연적인 상해가 있을 뿐이다. 그 태아가 사람이 되는 순간에 「사람」에 대한 상해라는 구성요건에 규정되어 있는 결과가 발생하고 동시에 범죄의 기수가 된다고 봄이 정당하다.

(라) 형법은 과실에 의한 낙태를 처벌하지 않는다. 그것은 과실에 의한 낙태를 처벌함은 임신부와 관련된 제 3자의 행동의 자유를 극단적으로 제약하는 것이 되기 때문이다. 이러한 취지는 낙태상해의 경우에도 적합하므로 과실에 의한 태아상해의 경우에도 불가별로 하는 것이 정당하다.

(4) 결론 -장애를 입고 태어난 경우 그 사람에 대한 죄책은?-

본건은 태아 자체에 대한 상해죄 내지 과실치상죄를 인정하기 어렵다는 결론에는 동의한다. 다만, 태아 자체에 대한 범죄가 아닌 출산 이후 사람에 대한 상해 내지 과실치상죄 등을 인정할 수 있는지 검토할 필요가 있다. 사람에게 가해행위를 하여 직접 사상의 결과를 야기하는 것이나, 사람의 맹아라 할 수 있는 태아에 대하여 가해행위를 하고 이후 인과관계의 진행에 따라 출산된 사람에게 사상의 결과가 발생한 것은 인과관계의 진행상 차이가 있을 뿐 형법상 평가를 달리해야 할 이유가 없다는 점에서 상해죄 등의 책임을 물을 수 있다⁵⁰⁾ 이러한 견해의 예로 공장폐수의 무단방류에 따른 수은중독에 의하여 발생한 사상의 결과가 문제된 일본의 미나마타병 사건에서 제1심인 昭和54年3月22日 熊本地方裁判所判決 및 피임약 부

50) 上田健二, “胎兒傷害”, 『刑法判例百選Ⅱ 各論』第5版 9정(권창국, 전계논문, 217면을 재인용).

작용에 관한 사례인 독일의 Contergan사건판결을 들 수 있다.⁵¹⁾ 위 熊本地方裁判所判決의 요지⁵²⁾는 다음과 같다.

『태아에게는 사람의 기능으로서의 맹아가 있고, 그것이 출생에 임하여 사람으로서의 완전한 기능을 갖게 되는 것과 같이 순조롭게 발전하는 능력이 있고, 통상 임신기간경과 후, 사람으로서의 기능을 완전하게 갖추고 분만에 의하여 모체 외로 나오게 되는 것이기 때문에, 태아에 대하여 유해한 외부로부터의 침해를 가하여 사람의 기능으로서의 맹아에 대하여 장애를 야기한 경우에는 출생 후 사람으로 된다는 점에서, 이에 대하여 업무상 과실치사죄의 구성요건 결과인 치사의 결과를 발생시킬 위험성이 충분히 존재하게 되는 것이다. …(중략)… 실행행위 시에 객체인 사람이 반드시 현존하여야 하는 것은 아니고, 사람에 대한 치사의 결과가 발생한 시점에서 객체인 사람이 존재하는 것이기 때문에, 이로서 충분하다고 해석할 수 있다. …(중략)… 이를 실질적으로 보더라도, 업무상 필요한 주의의무를 태만하여 사람에 대하여 치사의 결과를 발생시킨 경우에, 그 원인으로 된 행위가 태아인 중에 실행된 경우더라도, 또는 사람으로 된 후에 실행된 경우라도, 이를 가치적으로 보아, 그 사이에 특별한 차이는 없다고 하겠다. 또한 사람에 대한 치사의 결과를 초래시킨 원인이 태아인 중인 발생한 경우라도, 또는 사람에게 발생한 경우라도, 그것은 사람에 대한 치사의 결과에 이르게 된 인과과정을 약간 차이 나게 하는 것뿐으로, 그 가운데 형법상 평가를 특별히 다르게 하여야 할 본질적인 차이는 없다고 하겠다.』

이에 반하여 부정설은 다음과 같은 문제가 있다.

첫째, 과실에 의하여 태아가 사망한 경우에도 불가벌이라면 이것 보다 중하지 않은 과실에 의한 태아상해도 불가벌이라는 것이 정당하다는 견해가 있다. 그러나, 뒤에서 살펴 본 바와 같이 과실에 의한 태아 사망의 경우

51) 권창국, 전계논문, 217면.

52) 권창국, 전계논문, 217면 각주43)을 인용.

모체에 대한 상해 또는 살인죄를 인정할 수 있다는 견해를 취하는 경우에는 그대로 받아 들이기 어려운 견해이다.

둘째, 형법은 사람에 대하여 고의 또는 과실로서 생명 내지 신체를 침해한 경우에 처벌하고 있고 태아에 대하여서는 낙태죄의 규정을 두어 그 생명의 보호만을 규정하고 그 신체의 보호에 관한 규정을 두지 않고 있으므로 태아에 관하여 고의 또는 과실로서 상해를 입힌 경우에도 불가별이라는 취지로 봄이 합리적이다라는 견해가 있다. 그러나, 태아에 관하여 고의 또는 과실로서 상해를 입힌 경우에도 비록 형법이 과실낙태죄나 낙태미수죄의 규정을 두고 있지 않다고 하더라도 앞에서 본 바와 같이 이러한 경우에도 모체에 대한 상해죄 내지 과실치사상죄로 처벌할 수 있다고 보는 것이 헌법합치적인 해석이라도 할 것이므로 부당하다

셋째, 예컨대 강한 약품을 먹여 모친의 체내에서 태아를 살해한 경우에는 낙태죄가 되고 동일한 약품으로 자연의 분만기전 태아를 체외로 나오게 하여 수시간 후에 사망한 경우에도 낙태죄(3년이하의 징역)로 처벌하게 되는데, 긍정설을 취하면 이것 보다 약한 약품을 먹여 태아를 상해하고 그 결과 기형아를 출산한 경우에는 법정형이 무거운 상해죄(10년이하의 징역)로 처벌하는 것은 부당하다는 견해가 있다. 그러나, 이는 단순히 법정형만 비교한 것으로서, 결국 구체적인 재판을 통해 해결하여야 할 것이다. 만약 낙태죄의 형량이 다른 법정형에 비해 가볍다면 법률개정을 통해 해결해야지 법정형을 이유로 해석에 영향을 미치게 하는 것은 부당하다.

결국, 태아에 대한 고의(상해) 또는 과실범행을 하였으나 결국 장애를 입고 태어난 경우 가해자에 대하여 상해죄 또는 (업무상) 과실치사상죄로 처벌할 수 있을 것이다.

다. 임신부에 대한 상해죄(또는 과실치상죄)의 여부

태아상해의 경우 그 모친 즉 임신부에 대한 상해죄가 성립하느냐의 문

제이다. 이에 대하여서도 긍정설과 부정설이 있다.

(1) 긍정설⁵³⁾

「슈밤」(Schwalm)교수와 「사리도마이드」 사건에 대한 검찰관의 견해이다. 무릇 태아상해의 경우 출생한 「사람」에 대한 상해를 인정하는 사유방식에는 두 가지가 있다.

(가) 태아는 모친의 일부로서 태아를 상해하는 것은 모친에 대한 상해로서 생각하는 것이다. 「베절라」(Beseler)의 생각이 그것이다.

(나) 태아상해의 경우에는 모친이 건강한 자식을 출산할 수 있는 능력을 해함으로써 모친에 대한 상해가 된다는 것이다. 「탈리드마이드」 사건에 대한 「슈밤」 교수의 견해나 1967년 「아헨」 지방재판소에 제출한 기소장의 내용이 이러한 사고에 입각하고 있다.

(2) 부정설 (독일의 다수설)⁵⁴⁾

(가) 형법은 「사람」에 대한 상해죄와는 별도로 낙태죄를 규정하고 있다. 이것은 형법이 「태아」는 사람과는 틀린 독립된 존재라고 생각하고 있는 것을 의미한다. 그렇다면 태아가 모체의 일부라는 생각은 오류이다.

1) 태아상해는 모친이 건강한 자식을 출산할 수 있는 능력을 해함으로써 모친에 대한 상해가 된다는 것도 부당하다. 그것은 긍정설에 의하면, 예컨대, 태아에게 기형의 결과가 발생하지만 모친에게는 생리적 기능에 하등의 장애를 주지 않는 약품을 고의로 모친에게 주고 그 결과로서 자연분만기 태아의 단계에서 이미 기형을 가진 사람이 출생하게 되면 그 모친에 대한 상해죄로서 처벌받게 된다. 그런데 이것과 비교하여 경하지 않게 생각되는 즉 그보다도 강한 약품을 모친의 동의 없이 모친에게 먹이고 모친에

53) 박양빈, 전계논문, 211면.

54) 박양빈, 전계논문, 211-212면.

계는 보통의 낙태에 수반한 정도의 생리적인 기능의 상해밖에 주지 않았지만, 태아는 행위자가 예견한대로 자아분만기에 이르러 모친의 체외로 나와 2시간 후에 그 약품의 영향으로 사망한 경우에는 부동의 낙태죄로 보다 경하게 처벌된다.

그렇다면 상해죄에서의 「상해」의 개념 속에는 모친의 건강한 아이를 낳을 수 있는 능력을 해친다. 는 것은 포함되지 않는다고 이해할 수 있다. 환언하면 상해죄라고 하는 「규범의 보호목적」 속에는 「모친의 건강한 아이를 낳을 수 있는 능력을 해친다.」는 것은 포함된다고 볼 수 없다.

(3) 일본판례(미나마타병 사건의 상고심)⁵⁵⁾ 및 비판

일본최고재판소는 昭和 63년 2월 29일 선고 57(아) 1555 판결에서 다음과 같이 판시하였다.

… 전략 …

A를 피해자로하는 업무상과실치사죄의 성부에 관하여

2심판결의 인정에 의하면, 피고인들이 업무상의 과실에 의해 유독한 메칠수은을 포함한 공장폐수를 공장 밖으로 배출했고, 피해자의 한사람인 A는 출생하기 전의 태아단계에서모친이 위 메칠수은에 의해 오염된 어패류를 섭취하였기 때문에, 태내에서 위 메칠수은의 영향을 받아 뇌의 형성에 이상이 와서, 그 후, 출생은 하였으나, 건전한 생장을 방해당한 결과, 12세 9개월이 되어 소위 미나마타병에 기인한 영양실조, 탈수증에 의해 사망하였다. 그런데, 변호인 오에헤이바의 소론은, 위와 같이 A에게 병변이 발생한 시기가 출생전의 태아단계인 점에서, 출생하여 사람이 된 후의 동인에 대한 관계에서는 업무상과실치사상죄는 성립하지 않는다는 취지로 주장한다.

그러나, 현행 형법상, 태아는, 낙태의 죄에 있어서 독립한 행위객체로서

55) http://www.courts.go.jp/search/jhsp0010?action_id=first&hanreiSrchKbn=02 日本 最高裁判所 判決 昭和 63・2・29.

특별히 규정되어있는 경우를 제외하고, 모체의 일부를 구성하는 것으로 취급되고 있다고 해석되기 때문에, 업무상과실치사죄의 성부를 논함에 있어서 태아에게 병변을 발생시키는 것은 사람인 모체의 일부에 대한 행위로서 사람에게 병변을 발생시키는 것에 다름아니다. 그리고 태아가 출생하여 사람이 된 후, 위 병변에 기인하여 사망에 이른 경우는 결국, 사람에게 병변을 발생시켜 사람에게 사망의 결과를 가져온 것으로 귀결되기 때문에, 병변의 발생시에 있어서 객체가 사람인 것을 요한다는 입장을 취하는지의 여부와 관계없이, 동죄가 성립하는 것으로 해석함이 상당하다. 따라서 본건에 있어서도 전술한 사실관계대로라면 A를 피해자로서 업무상과실치사죄가 성립한다고 해야하기 때문에, 이를 긍정한 원판결은 그 결론에 있어서 정당하다.

… 중략 …

재판관 나가시마아츠시의 보충의견은 다음과 같다.

A를 피해자로 하는 업무상과실치사죄의 성립을 긍정하는 법정의견에 있어서, 이에 동조하는 이유를 보충하여 설하는 것과 함께, 관련하여 사건을 약간 첨가하고 싶다.

(가) 태아는, 사람으로 출생하기 위해 성육을 계속한다는 점에서 이를 자체로 생명을 가지고 있지만, 다른 한편, 태내에 있는 한 모체의 일부를 구성하고 있는 것도 부정할 수 없다. 따라서 과실에 의해 침해가 가해지는 경우에 있어서, 모체의 다른 부분에는 어떠한 결과도 발생하지 않고 태아에게만 사상의 결과가 발생하더라도, 모체에 대한 과실상해죄는 그 성립을 긍정할 수 있다.(원래, 침해의 주체가 모친 자신일 경우에는 과실에 의한 자상행위로서 불가별이라고 한다) 확실히, 현행 형법은 태아의 생명을 끊거나 그 생명을 위해하게 하는 고의에 의한 낙태행위를 처벌하는 규정을 두고 있으나, 이는 성육하고 있는 태아를 그 자체로서 보호하기 위해 마련한 특별한 규정으로, 이에 해당하지 않는 태아에 대한 침해행위를 모두 불가별로 하는 취지라고 까지 하는 것이라고는 도저히 해석할 수 없다.

생각건대, 모체의 다른 부분에 대한 불법한 침해는, 사람에 대한 침해로서 형법의 대상이 될 수 있는데, 같은 모체의 일부인 태아에 대한 침해는 낙태죄에 해당하지 않는 한, 모체에 대한 침해로서 별할 수 없다고 해석하는 것은 현저히 균형을 상실한 것이라고 하지 않을 수 없다.

다음으로, 과실행위에 의해 상해를 입은 태아가 출생하여 사람이 된 후에 그 상해에 기인하여 사망한 경우에는, 어떻게 다뤄야 할 것인가. 이 경우 형식적으로 말한다면 태아로서 받은 상해의 피해자는 앞서 설한 대로 태아를 포함한 모체라고 해석하는 것에 반하여 사망한 피해자는 모체가 아닌 출생한 그 사람이라고 해석하기 때문에, 침해가 미친 객체와 결과가 발생한 객체가 별개의 사람이 되게 된다. 그러나, 피해자의 실체를 보면, 그것은 사람의 맹아인 태아로서의 생명체가 성육하여, 모체로부터 독립한 사람으로서 생명체가 되는 것이기 때문에, 침해가 미친 객체와 결과가 발생한 객체는 성육단계를 달리하는 동일한 생명체라고 하는 것이 가능하다. 그래서, 형법적·구성요건적 평가에 있어서도, 침해가 미친 객체인 모체와 결과가 발생한 객체로서의 자는, 모두 사람인 점에 변함이 없고, 소위 법정적으로 부합하고 있다고 할 수 있다. 따라서 이와 같은 경우에는, 당해 과실행위와 사망의 결과와의 사이에 형법상의 인과관계가 인정되는 한, 형법의 해석으로서 사망한 사람에 대한 과실치사죄의 성립을 긍정하는 것에 아무런 지장이 없다고 해야 한다. 나는 이상의 이유에 의해 A에 대한 업무상과실치사죄의 성립을 긍정하는 법정의견에 전면적으로 동조한다.

또한, 과실행위에 의해서 상해를 받은 태아가 그 후유증으로 장해를 입은 채 출생한 경우에 있어서, 출생한 사람에 대하여 과실상해죄가 성립하는가의 여부에 관해서는, 역시 사람에게 상해라는 결과가 발생하였는가는 곤란한 문제가 존재한다. 지금 이 문제의 해결은 제쳐두고서라도, 만일 태아일 때 받은 상해에 기인하여, 출생 후 죽음에 이르지 않는더라도, 상해의 정도가 악화한 것과 같은 경우에는, 그 악화된 상해의 결과에 대하여, 출생한 사람에 대한 과실상해죄의 성립을 긍정할 여지가 있을 것이라

생각한다.

(나) 다른 한편, 나는 위와 별개의 이론구성에 의해서도 A에 대한 업무상과실치사죄의 성립을 충분히 인정할 수 있다고 생각하기 때문에 이하 이 점에 관한 사건을 부가하고자 한다. 우선, 형법전에 입각하여 검토하면, 과실에 의한 치사상의 죄를 정하는 조항은, 침해행위가 가해진 객체가 반드시 사람일 것을 명문으로 정해놓은 것은 아니다. 즉, 명문상에 ‘과실로 인하여 사람을 상해한 자’ (형법 209조 1항), ‘과실로 인하여 사람을 죽음에 이르게 한 자’ (동법 210조), ‘업무상 필요한 주의를 해태함으로 인하여 사람을 사상에 이르게 한 자’, ‘중대한 과실로 인하여 사람을 사상에 이르게 한 자’ (동법 211조) 등으로 정해서 있어서, 대략 과실행위에 의해 사람에게 사상의 결과가 생긴 경우에는 그 과실행위는 적어도 형식적으로는 이들 구성요건에 포섭되는 체제로 되어있다. 그래서 내용을 실질적으로 봐도 과실행위가 사람에게 사상의 결과를 발생시키는 일정한 객관적인 위험성을 갖추고 있을 때는 행위와 결과와의 사이에 인과관계가 인정되는 한, 위 과실행위의 구성요건해당성을 부정할 수 없다. 결국, 이들 죄에 있어서는 과실행위에 의한 침해작용이 미친 시점에서 객체에 법적성질이 사람이라고 하는 것은 반드시 필요하지는 않다는 것이다. 침해가 미친 객체와 결과가 발생한 객체가 다르다고 하는 사실은, 위와 같이 결과발생의 객관적인 위험성의 평가판단에 영향을 미치는 한도에서는 과실범의 성부와 관계가 있지만, 그 자체가 절대적으로 과실범의 성립을 부정하는 이유가 되는 것은 아니다.

본 건에 있어서는 이미 기술한 바와 같이, 침해가 미친 객체와 결과가 발생한 객체는 현실적으로 전후동일의 생명체이고, 형법의 해석 내지 정의상 하나는 태아, 다른 하나는 사람이라는 점에 머물기 때문에 이와 같은 형법상의 형식의 상이는 객관적인 위험성의 판단에 어떠한 영향을 미치지 않는다고 할 수 있다. 따라서 설령 침해작용이 미친 시점에서 객체의 법적성질이 아직 태아이고 사람에게 이르지 않았다고 하더라도, 이러한 사정은

A에 대한 업무상과실치사죄의 성립을 인정하는 것을 막을 수 없다고 해야 한다.

이와 달리 형법의 과실에 의한 치사상의 죄가 성립하기 위해서는 태아가 아닌 사람에 대한 침해작용이 미치는 것이 필요하다는 견해가 있다. 그러나 나는 지금 사람에게 사상의 결과를 발생시키고 있음에도 불구하고, 침해작용이 미친 시점에서 객체의 법적성질이 사람이 아닌 태아라는 점을 너무도 중대시하여, 명문에 없는 요건을 설정하여 범죄의 성립을 부정하는 이러한 견해에는 찬동할 수 없다.』라고 판시하고 있다.

위 일본 판례는 병변의 발생시에는 태아라면, 태아는 사람이 아니므로 상해죄 또는 과실치사상죄가 성립될 수 없다는 논쟁을 피하기 위해 병변 발생시의 범행 객체를 모체로 보고, 최종 결과발생 객체를 ‘장애로 태어난 신생아’로 봄으로써 결국 사람에게 상해를 가하고 사람에게 상해의 결과가 생겼으니 상해죄 또는 과실치사상죄로 처벌할 수 있다는 결론이다. 매우 기교적인 논리전개이긴 하나 형사처벌 필요성 때문에 생긴 불가피한 논리 구성이라는 점을 이해할 수 있다. 그러나, 이는 지나친 논리 비약이라고 생각한다. 차라리 위 熊本地方裁判所判決에서처럼 사람에게 가해행위를 하여 직접 사상의 결과를 야기하는 것이나, 사람의 맹아라 할 수 있는 태아에 대하여 가해행위를 하고 이후 인과관계의 진행에 따라 출산된 사람에게 사상의 결과가 발생한 것은 인과관계의 진행상 차이가 있을 뿐 형법상 평가를 달리해야 할 이유가 없다는 취지의 판결이 보다 더 설득력이 있다고 본다.

(4) 결론

결국 태아에 대한 고의(상해) 또는 과실범행을 하였으나 결국 장애를 입고 태어난 경우 (태어난)사람에 대한 상해죄 또는 (업무상) 과실치사상죄로 처벌할 수 있다고 보는 것이 타당하며, 모체에 대한 상해죄 또는 (업무상) 과실치사상죄로 처벌할 수 있다고 논리구성하는 것은 논리비약이라고 생각한다. 다만, 모체에 대한 범행이 성립한다는 견해는 뒤에서 자세히 살

퍼 본 바아 같이 태아에 대한 과실범행을 하여 결국 태아가 모체내에서 사망한 경우에는 매우 유용한 논리를 제공한다.

4. 태아에 대한 과실 범행으로 태아가 결국 모체내에서 사망한 경우

가. 본건 대법원 판결

본건 대법원은 모체에 대한 업무상과실치상죄의 성립여부에 관하여 다음과 같이 판시하고 있다. 즉, 『현행 형법이 사람에 대한 상해 및 과실치사상의 죄에 관한 규정과는 별도로 태아를 독립된 행위객체로 하는 낙태죄, 부동의 낙태죄, 낙태치상 및 낙태치사의 죄 등에 관한 규정을 두어 포태한 부녀의 자기낙태행위 및 제3자의 부동의 낙태행위, 낙태로 인하여 위 부녀에게 상해 또는 사망에 이르게 한 행위 등에 대하여 처벌하도록 한 점, 과실낙태행위 및 낙태미수행위에 대하여 따로 처벌규정을 두지 아니한 점 등에 비추어보면, 우리 형법은 태아를 임신부 신체의 일부로 보거나, 낙태행위가 임신부의 태아양육, 출산 기능의 침해하는 측면에서 낙태죄와는 별개로 임신부에 대한 상해죄를 구성하는 것으로 보지는 않는다고 해석된다. 따라서 태아를 사망에 이르게 하는 행위가 임신부 신체의 일부를 훼손하는 것이라거나 태아의 사망으로 인하여 그 태아를 양육, 출산하는 임신부의 생리적 기능이 침해되어 임신부에 대한 상해가 된다고 볼 수는 없다.』라고 판시하고 있다.

나. 대법원 판결의 문제점

- (1) 형법은 사람에 대한 상해와는 별도로 낙태죄를 규정하고 있어, 이는 태아는 사람과는 별도의 존재라는 것을 의미하므로 태아를 모체의 일부라고 보는 것은 부당하다는 견해에 대하여

(가) 법률해석적·논리적 관점에서의 문제점

살인죄, 상해죄와 별도로 낙태죄를 규정하고 있는 것을 두고 태아를 모

체의 보호와는 별개로 특별한 구성요건을 두어 ‘임산부도 마음대로 할 수 없는’ 존재로서 태아를 두텁게 보호하려고 한다는 논리에는 전적으로 동의한다.⁵⁶⁾ 그러나, 낙태죄를 규정하고 있다는 이유로 태아를 모체의 일부가 아니라는 논리는 도저히 납득할 수 없다. 낙태죄 규정은 태아를 두텁게 보호하기 위한 것이지 생물학적으로 일체인 모체와 태아의 관계를 별개로 만들기 위한 것은 아니다. 생물학적으로 일체인 모체와 태아를 낙태죄 규정 하나로 별개로 만들 수 있는가?

낙태죄는 고대 로마법에서는, 태아는 모체의 일부에 지나지 않는다고 보아 불가벌적 행위로 보았다. 그러나 서기 200년경 Severus帝에 이르러 비로소 낙태죄가 처벌되기 시작하였으나 그것은 남자의 자녀에 대한 기대를 파괴하는 것으로 파악되었다. 본죄가 태아의 생명을 침해하는 것을 내용으로 하는 범죄로 처벌받게 된 것은 중세 교회법과 독일 보통법에서 시작되었다고 볼 수 있으며, 그 사상적 배경은, 수태 후 10주 이내에 인간의 영혼이 태아속에 들어가므로 그 이후부터는 태아를 살해하는 것은 인간을 살해하는 것과 같다고 한 영혼입주설이 그 근거가 되었다.⁵⁷⁾ 그렇다면 낙태죄가 범죄로 처벌한다고 해서 모체와 별개라는 논리가 성립할 수 있는지 의문이다. 낙태죄를 신설한 이유는 산모라고 하더라도 자유로운 처분이 불가능한 대상임을 분명히 하기 위한 것일 뿐이다. 물론 여기에는 태아의 생명권 등 이론적 뒷받침이 있다. 결론적으로 낙태죄가 규정되어 있다는 이유만으로 태아는 산모의 신체의 일부가 아니라는 논리는 성립할 수 없다고 생각한다.

(나) 생물학적 관점에서의 문제점

산모가 태아에게 미치는 영향이 지대하다는 것은 공지의 사실이다. 최근 영국 소아건강연구소 연구팀은 미세영양분을 고루고루 섭취한 산모에게

56) 병역법제75조, 군형법 제41조 제1항에 의하여 자기의 신체라고 하더라도 自傷행위에 대하여 특별히 처벌하는 경우를 상정하면 이해하기 쉽다.

57) 이회창 편집대표, 『주석 형법(IV)』(제3판), 한국사법행정학회, 1997, 367-368면.

서 태어난 아이들은 출생시 체중이 많이 나가고 클 뿐만 아니라 이 같은 현상은 아이들이 3살이 될 때까지 계속된다는 사실을 밝혀냈다고 한다⁵⁸⁾ 그밖에 여러사례에서 산모의 건강상태나 생활태도가 태아에게 미치는 영향이 지대하다는 사실이 여러 과학적 연구결과에 의해 입증되었다.

산모와 태아와의 관계에 관하여 산과학적으로 살펴보면 다음과 같다. 특히 본건 대법원 판결에서처럼 산모가 당뇨병 환자의 경우 태아에게 어떤 영향을 미치는가?

㉠ 당뇨병이 조절되지 못할 때 주산기 사망률은 증가한다. ㉡ 거대아에 의한 아두골반불균형으로 초래되는 분만손상과 호흡곤란증, 저혈당증 및 저칼슘혈증 등의 대사장애에 의하여 신생아이환율이 높다. ㉢ 3배 이상 기형발생률이 높다. ㉣ 당뇨병 임신부로부터 태어난 유아는 당뇨병유전의 소인을 갖고 있다고 한다.

뇌조직을 제외한 태아의 모든 기관이 거대아로의 영향을 받으며 신체의 지방조직이 증가되나 그 기전은 확실하지 않다. 이는 임신부에서 당뇨와 동반된 혈관질환이 없는 경우 더욱 빈발한다. 즉 모체측 고혈당이 태반을 통과하여 태아에게 다량의 당이 운반되면 고혈당을 일으키며 이는 태아 췌장의 베타세포 증식을 야기시켜 고인슐린증을 초래하는데 이는 강력한 성장인자이다. 따라서 당원 합성, 지방합성 및 단백질합성의 증가를 일으켜 거대아의 원인이 된다. 이에 대한 실험적 증거로 랑게르한스소도의 베타세포를 파괴하는 항생제 스트렙토조토신(streptozotocin)을 임신이 된 원숭이와 태아원숭이에게 직접 투여한 결과 현저한 태아발육부진, 횡문근의 발육부진 및 지방조직의 결여 등을 태어난 신생아에서 관찰하였으며 이러한 신생아원숭이의 혈장과 췌장에는 인슐린이 없었다. 심장비대, 호흡부전, 심장허탈이 특징인 신생아심근증(cardiomyopathy)과 임신부의 당뇨병은 연관이 있으나 그 기전은 명확하지 않다. 그러나 이런 현상은 가

58) 메디컬투데이 2008. 2. 13.자 신문기사 참조.

역적이며 Velli 등은 엠모드 심초음파검사상 당뇨병에 이환된 임신부의 태아중에서 75%가 심실중격이 비후된 소견을 보인다고 보고하였다.

당뇨병 임신부에서 출생된 신생아의 부검에서 흔히 랑게르한스소도의 비대증이나 증식을 보게되는데 이는 태아적아구중에서도 볼 수 있는 소견으로 임신부가 당대사장애를 나타내면 특징적 소견이 될 수 있다. 따라서 모체의 고혈당증은 태아의 고혈당증을 일으켜 소도의 크기나 수에 있어서 현저한 증가의 원인이 된다.⁵⁹⁾

위와같은 보더라도 산모와 태아는 일체를 이루고 있는 것이 분명하다.

1) 법감정적 관점에서의 문제점

낙태죄가 헌법에 부합하는 것이라는 이론적 논거로서 ‘모체와 태아는 별개이므로 임신부라도 함부로 태아를 낙태할 수 없다’는 명제는 우리 사회 구성원 모두에 의하여 받아 들여질 수 있는 것이다. 이는 생명체인 태아를 보호하기 위한 논리이기 때문이다. 낙태를 극력 반대하는 카톨릭 교회를 비롯한 여러 종교인 관점에서도 더욱 그러하다. 그러나, 태아에 대한 외부적 가해행위로 어떠한 상해 내지 사망의 결과(낙태죄로 처벌할 수 있는 경우를 제외)에 이른 태아에 대하여 처벌규정이 없다는 논거로서 ‘모체와 태아는 별개이다’라는 논리를 내세운다면 법률공동체내에서 받아 들여 질 수 없을 것이다. 이는 헌법이 보장하는 태아의 생명권을 침해하는 논리에 불과하기 때문이다.

(2) 과실낙태죄를 별도로 처벌하지 아니하고, 산모에 대하여도 어떠한 신체적 상해를 입었다고 볼 수 없다는 견해에 대하여는

(가) 제왕절개 수술자체를 상해로 구성하는 경우

본 사건의 검사는 ‘업무상과실로 결국 태아가 모체내에서 사망하여 제왕절개수술을 통해 체외로 반출하였다’는 점에 착안하여 위 ‘제왕절개수술’

59) 대한산부인과학회, 전거서, 1259면.

자체를 상해로 기소하였다. 그러나, 대법원(2004.3.26. 선고 2003도 6570 판결)은 다음과 같이 선고하였다

『…… 이 사건 공소사실에 의하면, 이 사건 업무상과실치상죄에 있어서의 상해는 태아를 피해자의 자궁 내에서 사망하게 한 상해가 아니라, 어디까지나 피해자로 하여금 사망한 태아를 반출하기 위한 제왕절개수술을 받게 한 상해임이 분명하다.

…… 피해자로서는 피고인의 과실 유무와 관계없이 태아의 출산 등을 위하여는 어차피 제왕절개수술을 받을 수밖에 없었던 사정을 엿볼 수 있어 피고인의 과실과 제왕절개수술에 의한 상해 사이에 상당인과관계가 있다고 단정할 수 없을 뿐만 아니라, 피해자의 자궁에서 사망한 태아를 반출하기 위한 제왕절개수술은 그 수술 자체가 피해자의 생리적 기능 또는 신체의 완전성을 해하는 것으로서 상해에 해당된다고 볼 수는 있지만, 그 수술은 피해자의 생명과 신체의 안전을 위하여 의사가 하는 치료행위로서 정당행위에 해당하는 것이므로, 설사 피고인의 과실과 수술에 의한 상해 사이에 인과관계가 있고 또 피고인이 수술에 의한 상해의 발생을 예견할 수 있었다 하더라도, 수술에 의한 상해와 관련하여서는 피고인에게 업무상과실치상상의 죄책을 물을 수 없다 할 것이다.』 결국, 본건은 어차피 제왕절개 수술을 할 수 밖에 없었으니 업무상과실치상죄가 성립하지 아니한다는 논리이다. 그러나, 이 논리는 일반화시킬 수 없는 것이다. 물론 본건 피해자는 임신성 당뇨 환자로서 의학적으로 임신 38주째 유도분만 내지 제왕절개 수술을 하는 경우가 있으나 이는 모든 당뇨병 임신부에게 적용되는 것은 아니고 사안마다 시술방법은 달라 질 수 있다. 본건의 경우 ‘피해자는 2001. 6. 12.경 모 대학교 병원에서 당뇨증상과 양수과다증상이 있으니 병원에서 입원치료를 받으라는 진단을 받고 피고인에게 그 사실을 알렸으나, 피고인은 피해자와 태아에게 별 문제가 없으므로 자연분만을 할 수 있다고 말하였다.’는 점이 법원에서 인정되었다. 결국 본건은 피고인이 산부인과 전문병원 등으로 전원시키지 아니하고 분만에정일을 2주씩 지나도록

진통이 시작되기를 기다린 명백한 과실로 유도분만을 시도해 볼 기회도 갖지 못하고 결국 제왕절개 수술을 할 수 밖에 없게 한 것을 두고 업무상 과실치상죄로 구성하는 것은 일리가 있다고 생각한다. 다만, 본건에서 제왕절개 수술과 피고인의 과실간에 인과관계가 있다는 사실을 설득력 있게 전개하지 못한 점이 아쉽다.

(나) 태아가 모체내에서 사망한 것 자체를 모체에 대한 상해로 구성한 경우

평석대상 대법원 판결의 원심인 서울중앙지방법원 2005.5.12. 선고 2004노1677 판결은 『…… 태아가 피해자의 모체 내에서 사망하였다는 사실 자체를 피해자의 신체의 완전성을 훼손하는 상해로는 볼 수 없고, 달리 피해자에게 이 사건 태아의 사망으로 인하여 혈액 응고 장애 등의 상해가 발생하였음을 인정할 만한 아무런 증거가 없다(대한의사협회장 작성의 사실조회회신의 기재에 의하면, 모체 내에서 태아가 사망함으로써 산모에게 나타나는 특별한 생리적 기능 장애는 없고, 다만 대개는 태아 사망 후 2주 이내에 산모의 자발적 진통이 시작되어 사망한 태아에 대한 분만이 이루어지는데, 1개월 이상이 지나도록 위 분만이 이루어지지 않을 경우에는 산모에게 혈액응고 장애가 발생할 수 있다는 것인바, 피해자는 태아 사망 직후 태아를 적출한 관계로 혈액응고 장애 등도 발생하지 아니하였다).』고 판시하고 있다. 즉, 모체내에서 태아가 사망하더라도 즉각적인 모체에 대한 신체적 반응이 없고 더구나 본건과 같이 태아 사망후 수시간 내에 제왕절개 수술로 태아를 반출하였으므로 모체에는 어떠한 신체적 악영향을 미치지 아니하였다는 논리를 펴고 있다. 이는 철저히 모체와 태아는 별개라는 논리하에서 전개된 것이다. 필자의 견해처럼 적어도 분만개시이전까지는 태아와 모체는 일체라는 논리에 따르면 태아의 사망 자체가 모체의 신체의 완전성 내지 생리적 기능을 악화시킨 경우에 해당하여 임신부에 대한 업무상과실 치상죄를 인정할 수 있다고 판단된다.

(3) 과실낙태죄를 처벌하지 아니함에도 모체에 대한 과실치상죄로 구성하는 것은 죄형법정주의에 어긋난다는 견해에 대하여는

죄형법정주의는 범죄와 형벌은 법률로써 규정되어 있어야 한다는 원칙을 말한다. 이는 국가의 형벌권으로부터 국민의 자유와 권리를 가능한 한 폭넓게 보호하기 위한 것이다. 모든 형벌법규의 해석은 수범자인 국민으로 하여금 부당하게 확장하여 해석하면 안된다. 그러나 형벌법규는 국가의 법질서를 유지하는데 가장 강력하고도 실효적인 수단이다. 따라서, 국민의 권익을 부당하게 침해하지 아니하는 한 형벌법규의 상호간 합리적인 해석을 통하여 형사처벌의 공백을 보충할 수 있다. 대법원 판례도 “형벌법규는 문언에 따라 엄격하게 해석·적용하여야 하고 피고인에게 불리한 방향으로 지나치게 확장해석하거나 유추해석하여서는 아니되지만, 형벌법규의 해석에서도 법률문언의 통상적인 의미를 벗어나지 않는 한 그 법률의 입법취지와 목적, 입법연혁 등을 고려한 목적론적 해석이 배제되는 것은 아니라고 할 것이다(대법원 2002.2.21. 선고 2001도2819 전원합의체 판결, 2003.1.10. 선고 2002도2363 판결 등 참조).”라고 판시하고 있다. 위 판결의 의미도 결국 국민의 권익을 현저히 침해하지 아니하는 한 국가 법질서의 확립을 위해 필요한 범위내에서 함목적적인 해석을 할 수 있다는 취지로 이해된다. 그렇다면 본건의 경우 태아에 대한 과실치상사상죄를 규정하지 아니함으로써 발생하는 형사처벌의 공백을 산모에 대한 상해죄 내지 과실치상사상죄 규정을 끌어 와 적정한 해석을 통해 처벌하는 것은 결코 죄형법정주의에 어긋나지 아니한다고 생각한다. 그리고, 그러한 법해석이 범공동체내에서 동의할 수 있는 정도면 무리가 없다고 본다. 예컨대 일본의 미나마타병 사건의 경우에도 일본 법률가들사이에 결론에 있어 찬동하나 이론구성에 문제가 있다는 정도에 그친 것으로 알려져 있다. 이는 오히려 입법적 불비로 보여지는 곳을 헌법합치적 해석을 통하여 국민의 권익을 보호하는 사례라고 할 수 있다.

- (4) 긍정론에 의하면, 태아에 대한 과실범행으로 태아가 모체내에서 사망하면 과실치상죄의 죄책을 지고, 그 태아가 일단 출생한 후 수일이내에 사망한 경우(과실과 사망간의 인과관계가 있는 것을 전제로 한다) 과실치사죄의 죄책을 지며, 모체내에서 사망하지 아니하고 장애를 가진 채 출생한 경우에는 과실치상죄의 죄책을 지는 등 법률체계상 문제가 있다는 주장에 관하여

먼저 태아가 일단 출생한 후 수일이내에 사망한 경우에는 과실치사죄의 죄책을 지고, 모체내에서 사망하지 아니하고 장애를 가진 채 출생한 경우에는 과실치상죄의 죄책을 지는 것은 오히려 자연스런 결과이다. 다만, 태아가 모체내에서 사망하였음에도 죄명이 과실치사죄가 아닌 과실치상죄의 죄책을 진다는 것은 법률체계상 문제가 있다는 주장이다. 그러나, 앞에서 살펴본 바와같이 태아는 산모의 일부인 점을 주목하면 쉽게 해결할 수 있다. 현행 해석상으로 태아는 생명권이 주체이긴 하지만 형사법적으로 살해의 대상인 “사람”으로 인정하기 곤란한 점이 있으므로 태아의 사망에 대해 과실치상죄를 적용하여 해결하는 것은 어쩔 수 있는 일이라고 생각한다.

VIII. 입법론

1. 외국의 입법논의 및 입법례

가. 독일⁶⁰⁾

첫째, 태아상해가 고의 또는 중과실로서 발생한 경우에는 처벌규정을 두어야 한다는 견해이다.

둘째, 태아상해가 고의에 의한 경우에는 처벌규정을 두고 과실에 의한

60) 박양빈, 전제논문, 213-214면.

경우에는 의사 등 일정한 직업에 종사하는 자에게만 처벌규정을 두어야 한다는 견해이다.

셋째, 태아상해가 고의에 의하여 발생하고 또 그 상해가 중하고 계속적인 결과를 초래한 경우에는 처벌규정을 뒤야 한다는 견해이다.

넷째, 이러한 처벌규정을 둘 필요가 없다는 견해 등이 있다.

나. 미국⁶¹⁾

미국은 2004년 연방법률로 The Unborn Victims of Violence Act (U.S.C. § 1841, Protection of unborn children)를 제정함으로써 주 정부차원 뿐만이 아니라 연방정부 차원에서 생명체로서의 태아에 대하여 낙태 이외의 제3자로부터 가해행위에 대하여 한층 더 강화된 보호를 하고 있다. 동법은 이미 1999년과 2000년에 미 하원을 통과하였으나, 낙태를 금지함으로써 야기될 여성(산모)들의 프라이버시 등에 대한 과도한 제한의 우려 등과 관련한 논란으로 제정이 미루어졌었다.

동법은 크게 3개 부분으로 나뉘는데,

첫째, 모체내의 태아에 대하여 그 발육단계나 생존가능성에 따라 구분함 없이, 가해행위로 태아가 사망하거나 상해를 입게 된 때에는 처벌함과 동시에

둘째, 가해행위로 살인, 상해, 교통사고 등을 포함한 과실치사상, 금지약물사용 등에 한정하고 있다.

셋째, 산모의 동의 또는 법률상 허용되는 낙태행위로 인한 태아의 사상에 대하여는 동법이 적용되지 않음을 명시함으로써, 미연방대법원이 Roe v. Wade 사건에서 지적한 산모의 프라이버시와 충돌문제를 조정하도록 하고 있다.

61) 권창국, 전제논문, 215-216면.

2. 입법론

태아에 대한 법적 지위 특히 형사처벌에 있어 태아의 지위에 관하여 논란이 계속될 수 밖에 없는 것이 현실이다. 다만, 태아에 대한 형사법적 보호가 미비하다는 점에 대한 사회적 공감대가 형성된다면 사회구성원들의 지혜를 모아 입법추진을 하는 것이 타당하다고 생각한다. 필자는 모자보건법을 개정하여 태아에 대한 형사법규상의 논란을 해결하는 것이 하나의 방법이라고 생각한다. 모자보건법의 입법목적이 “모성의 생명과 건강을 보호하고 건전한 자녀의 출산과 양육을 도모함으로써 국민보건향상에 이바지 하는 것”이기 때문이다.

[참 고 문 헌]

- 강승식, 『미국 헌법학 강의』, 궁리 출판, 2007.
- 권창국, “태아(胎兒)에 대한 형법적 보호와 그 한계에 관한 고찰 -태아성치사상(胎兒性致死傷) 사례와 영미법의 대안을 중심으로”, 『형사정책연구』, 18권 2호, 형사정책연구원, 2007.
- 김천수, “태아의 범적지위”, 『비교사법』, 10권 2호, 한국비교사법학회, 2003.
- 김형남, “미국 헌법상 낙태 및 태아의 생명권에 대한 논의와 판례 분석”, 『미국헌법학연구』, 16권 1호, 2005.
- 박양빈, “태아에 대한 상해”, 『고시계』, 1996.
- 윤대규, 『왜 개헌인가?』, 한울, 2005.
- 이상돈, 『헌법재판과 형법정책』, 고려대학교 출판부, 2005.
- 이재상, 『형법각론』, 박영사, 2003.
- 이회창 편집대표, 『주석 형법(IV)』(제3판), 한국사법행정학회, 1997.
- 정중섭, 『헌법학원론』, 박영사, 2006.
- 황치연, 『한국헌법사와 생명권 인식』, 한국학술정보(주), 2005.
- 허 영, 『한국헌법론』(제3판), 박영사, 2003.
- _____, 『헌법이론과 헌법』, 박영사, 2003.
- 홍성방, “태아의 생명권”, 『고시계』, 2001.
- 대법원판례집, 55권 1집, 법원도서관, 2007.
- 대한산부인과학회, 『산과학』(제3판), 도서출판 칼빈서적, 1997.

The Possibility with Other Ways to Protect an Unborn Child in Terms of Illegal Abortion in Crown Law

Park, kyung-choon

Prosecutor, Northseoul District Public Prosecutors' Office

=ABSTRACT=

Current crown law punishes crime related to unborn child with abortion crime. So we might think that any infringement on unborn child is pretty well protected.

But, in terms of illegal abortion, a charge of injuring person and homicide, there are lots blind spots in punishing criminals. Especially, there are numerous unclear cases in illegal abortion. If a doctor killed an unborn child by accident in medical operations, we can't punish him because it was an accident. There still exist controversial cases such as, if an unborn child was somehow damaged and was dead after birth, or was born with disabilities, how are we supposed to punish that?

Recently, in a case where a doctor left alone a mother who had a baby and the baby died, our Supreme Court of Korea (Supreme Court of Korea 2007.6.29 2005do 3832) had given a verdict of "not guilty". It looked like they were very fair with current crime law. But, we want this case to be investigated if there weren't any logical contradictions as well as concurrent translation within Constitution Law.

Keyword : an unborn child, right-to-life, a criminal abortion, professional negligence resulting in death, professional negligence resulting in injury.