

출생 전 생명에 대한 형사법적 고찰

— 착상과 출생의 전후에 따른 형법적 보호의 차이 —

이 상 용*

I. 서 론

II. 사람의 始期와 출생의 의미

1. 기존의 학설과 판례
2. 인공분만의 경우

III. 낙태죄에 의한 태아 생명의 보호

1. 낙태죄와 태아보호의 始期
2. 낙태와 인공임신중절의 개념
3. 낙태의 현실과 비범죄화 논의
4. 태아의 생명과 사회경제적 낙태 허용사유

IV. 태아의 보호를 위한 그 밖의 시도

1. 사건의 내용과 전개과정
2. 판결의 내용
3. 사람의 시기에 관한 규범적 기준의 인정여부
4. 태아에 대한 과실치사상죄 인정여부

V. 결 론

I. 서 론

사람의 생명은 인간의 존엄과 가치를 최고의 근본규범으로 보장하는 우

* 논문접수: 2009. 4. 30. * 심사개시: 2009. 5. 20. * 게재확정: 2009. 6. 10.

* 명지대학교 법과대학 교수, 법학박사

* 이 논문은 2009년 대한의료법학회 춘계학술발표대회(2009. 5. 16)에서 발표된 논문을 보완한 것임. 토론에 참여해주신 분들께 감사를 드린다.

리 헌법의 가치체계에서 그 기초가 되는 가장 중요한 법익이며,¹⁾ 형법상으로도 최고의 보호법익이다. 그래서 사람의 생명을 침해하는 살인죄는 모든 형법각론 교과서에서 제일 먼저 설명되고 있다. 여기서 살인행위의 객체인 사람은 “살아있는 사람”일 것을 요구하는데, 살아있기만 하다면 그 사람은 사회적 가치평가나 경제적 능력의 여하는 물론, 연령이나 건강상태, 생존능력이나 생존가능성, 생존에의 의지 여부 등에 관계없이 모두가 살인을 범죄로 규정한 법의 보호를 받으며, 사람의 생명은 상대적 비교의 대상이 되지 않는다는 의미에서 “절대적 생명보호의 원칙”²⁾이 설명되고 있다. 그리고 그 “살아있는 사람”이 어떤 존재인지를 설명하는 데에는 사람의 始期와 終期라는 기준이 제시된다. 이것은 곧, 사람은 살아서 출생한 때로부터 사람으로서 보호를 받으며, 그것은 죽음에 이르는 순간까지 지속된다는 것인데, 이외에 사람이 되는 요건으로서 어떠한 것을 갖추어야 하는지, 사람이 다른 동물이나 사물과 구별되기 위해서 어떠한 요소들을 갖추어야 하는지에 대해서는 아무런 설명을 찾아볼 수 없다. 그것은 사람은 사람으로서 출생했다는 사실에 의해 당연히 사람으로 인정되는 것이며, 다만 생명이 있는 존재인가 아닌가라는 것만이 사람이냐 아니냐의 판단에 중요한 것이기 때문일 것이다.

사람의 범위를 시기와 종기로 확정하면서 그 始期와 관련하여 사람은 아직 출생하기 전인 태아와 구별되며, 終期와 관련하여서는 사체와 구별된다. 따라서 형법적으로는 사람의 始期는 낙태죄와 살인죄를 구분하는 기준이 되고, 사람의 終期는 살인죄와 사체손괴죄를 구분하는 기준이 된다.

이와 같은 기존의 형법의 입장에 대해서는 최근 들어 형법학계 내외에

1) 우리 헌법에는 생명권에 관한 명문의 규정은 없으나 헌법 제10조와 제12조 등을 근거로 생명권이 인정되고 있다. 성낙인, 『헌법학』, 제9판, 법문사, 2009, 제438면. 명문 규정의 유무와 관계없이 생명권을 당연한 헌법상의 권리로 보는 견해는, 허영, 『한국헌법론』, 진경4판, 박영사, 2008, 제346면.

2) 박상기, 『형법각론』, 제7판, 박영사, 2008, 제15면; 배중대, 『형법각론』, 제5판, 홍문사, 2003, 제48~49면; 이재상, 『형법각론』, 제5판(보정신판), 박영사, 2007, 제10면 등.

서 이의가 제기되고 있다. 형법학계 안에서의 견해들은, 조산사의 과실로 태아가 사망한 사건³⁾에서 조산사에게 태아의 사망에 대해 과실치사 또는 치사의 형사책임을 인정하고자 하며, 또한 사람의 시기에 관한 정상적인 자연분만을 전제로 한 종래의 기준이 인공출산의 경우에는 미흡함을 지적하며 규범적 판단을 고려할 것을 주장한다. 곧 태아와 인간의 구분의 시기를 앞당겨서 출생 이전 단계로까지 인간으로 인정하든가, 태아에 대한 상해죄, 살인죄 등을 인정하지는 입장이다. 또 다른 이의는 생명과학기술의 발달에 따라 태아 이전의 생명에 대해서도 인간이 의도적으로 개입하고, 이에 따라 생명의 침해가 발생할 수 있음이 확인되면서 제기되었다. 곧 인간은 도덕적으로 수정란부터 출생한 인간에 이르기까지 동일한 지위를 가진다는 것인데,⁴⁾ 이에 따르면 배아도 인간으로서 존중받아야 하며, 배아에 대한 직접적 침해는 물론, 배아의 착상을 방해하는 행위도 살인과 마찬가지로 될 수 있을 것이다. 또 태아 역시 당연히 인간의 지위를 가지게 될 것이며, 낙태행위는 더욱 분명히 사람을 살해하는 행위가 될 것이다. 이러한 주장들은 사람의 始期를 앞당김으로써 사람의 범위를 확장하고, 그를 통해서 출생 전 생명의 보호를 강화함으로써 생명중주의 사상에 부합한다고 할 수 있다. 그러나 처벌의 공백을 메우기 위한 이러한 시도는 오히려 혼란을 초래할 우려와 함께, 특히 형벌의 과잉을 초래하는 면도 있다고 생각된다. 그래서 이 글에서는 지금까지 유지되어온 착상과 출생의 전후에 따른 형법적 보호의 차이를 살펴보고, 이에 대해 새롭게 제기되는 주장들을 검토해보기로 한다.

3) 대법원 2007.6.29. 선고 2005도3832 판결. [집55(1)형,957;공2007.8.1.(279),1222]. 이 사건에 대해서는 뒤의 'IV. 1. 사건의 내용과 전개과정' 이후에서 상세히 살펴봄.

4) 구인회, "배아줄기세포 연구에 대한 윤리적 검토", 『신학과 사상』, 제57호(가을호), 가톨릭대학교출판부, 2006, 제228면.

II. 사람의 始期와 출생의 의미

1. 기존의 학설과 판례

대상을 고의로 살해했을 때 그것이 태아인가 사람인가에 따라서 태아라면 낙태죄가, 사람이라면 살인죄가 성립하는데, 양자는 법정형의 차이도 크지만⁵⁾ 살해의 고의가 없는 과실범죄인 경우도 처벌이 되는가에 대해서도 차이가 있다. 곧 과실치사죄는 처벌되지만, 과실낙태에 대해서는 처벌 규정이 없다.⁶⁾ 그리고 상해죄 및 과실치상죄의 행위객체도 ‘사람의 신체’이므로 태아에 대해서는 상해죄나 과실치상죄도 인정되지 않는다.⁷⁾

사람의 시작은 출생인데, 무엇을 기준으로 출생했다고 할 것인가, 곧 출산의 과정에서 어느 시점 또는 단계부터 태아가 사람으로 되느냐에 대해서 그동안 제시된 학설들은 진통설, 분만개시설, 일부노출설, 전부노출설, 독립호흡설 등이 있다. 그러나 현재 형법적으로는 규칙적인 진통을 수반하면서 태아의 분만이 개시될 때, 즉 분만을 개시하는 진통이 있을 때를 사람의 始期라고 보는 데에 학설과 판례가 견해를 같이 한다.⁸⁾⁹⁾ 다만 학

5) 살인죄의 경우, 사형, 무기, 또는 5년 이상의 징역이며(형법 제250조 제1항), 미수범을 처벌한다. 낙태죄의 경우, 사상의 결과를 발생시키지 않는다면 1년 이하-3년 이하의 징역이 규정되어 있다. 뒤의 각주 23) 참조.

6) 과실치사의 경우는 2년 이하의 금고 또는 700만 원 이하 벌금이며(형법 제267조), 업무상과실치사상의 경우에는 5년 이하의 금고 또는 2천만 원 이하의 벌금이다(형법 제268조).

7) 형법 제257조 및 266조 참조. 단순상해죄의 형량은 7년 이하의 징역, 10년 이하의 자격정지 또는 1천만 원 이하의 벌금이며, 과실치상죄의 형량은 500만 원 이하의 벌금, 구류, 과료이다.

8) 강구진, 『형법강의 각론 I』, 박영사, 1983, 제20면; 김일수·서보학, 『새로 쓴 형법각론』, 제6판, 박영사, 2004, 제21면; 박상기, 전게서, 제19면; 배종대, 전게서, 제51면; 오영근, 『형법각론』, 제2판, 박영사, 2009, 제17면; 유기천, 『형법학(각론강의 상)』, 일조각, 1982, 제27면; 이재상, 전게서, 제14면; 임 응, 『형법각론』, 개정판, 법문사, 2003, 제15면.

9) “사람의 생명과 신체의 안전을 보호법익으로 하고 있는 형법의 해석으로는 규칙적인 진통을 동반하면서 분만이 개시될 때(소위 진통설 또는 분만개시설)가 사람의 시기라고 봄이 타당하다고 함은 종래 대법원이 취하여 온 견해이다”, 대법원 2007.6.29. 선고 2005도3832 판결; “사람의 생명과 신체의 안전을 보호법익으로 하고 있는 형법상의 해석으로는 규칙적인 진통을 동반하면서 태아가 태반으로부터 이탈되기 시작한

설상으로 진통이라는 용어가 분만을 알리는 자궁구의 열림 이전 단계인 사전진통까지도 포함하기 때문에 자궁경부의 자궁구가 열리는 시점을 기준으로 하는 분만개시설로 부르는 것이 타당하다는 주장이 있으나,¹⁰⁾ 진통설이라는 명칭을 사용하는 경우에도 자궁경부의 자궁구가 열리는 규칙적 분만진통 내지 개방진통을 의미하며, 분만과 무관한 사전진통은 포함되지 않는다고 하기 때문에¹¹⁾ 진통설과 분만개시설은 현재 같은 의미로 이해되고 있다.

이와 같이 민법과는 달리 태아의 일부가 노출되기 이전부터 사람임을 인정하는 것은 우리 형법상 분만 중의 태아(영아)를 살해하는 행위는 영아 살해죄(형법 제251조)¹²⁾로서 살인의 죄로서 처벌하기 때문이며,¹³⁾ 또 ‘생명이라는 법익의 보호를 최대화하기 위하여 ‘사람으로서의 보호시점’을 보다 앞당길 필요가 있다는 ‘목적론적 해석’¹⁴⁾이기도 하다.

2. 인공분만의 경우

자연분만이 아니고 진통을 수반하지 않은 단계에서 제왕절개수술에 의하여 태아를 분만하는 경우에는 일반적으로 자궁의 절개시에 태아가 사람이 된다고 한다.¹⁵⁾ 그러나 이에 대해서는 진통설 또는 분만개시설의 취지를 고려하여 제왕절개수술의 진행순서상 자궁절개 이전 시점인 산모의 복

때 다시 말하여 분만이 개시된 때(소위 진통설 또는 분만개시설)가 사람의 시기라고 봄이 타당하다고 여겨지며 이는 형법 제251조(영아살해)에서 분만 중의 태아도 살인죄의 객체가 된다고 규정하고 있는 점을 미루어 보아서도 그 근거를 찾을 수 있다.”, 대법원 1982. 10. 12. 선고 81도2621 판결 등.

10) 박상기, 전게서, 제19면; 유기철, 전게서, 제27면; 임 응, 전게서, 제14면.

11) 배종대, 전게서, 제51면; 이재상, 전게서, 제13면 각주 2).

12) 형법 제251조(영아살해) 직계존속이 치욕을 은폐하기 위하여나 양육할 수 없음을 예상하거나 특히 참작할 만한 동기로 인하여 분만 중 또는 분만 직후의 영아를 살해할 때에는 10년 이하의 징역에 처한다.

13) 박상기, 전게서, 제19면; 이재상, 전게서, 제14면.

14) 임 응, 전게서, 제15면.

15) 박상기, 전게서, 제19면; 배종대, 전게서, 제51면; 이재상, 전게서, 제15면; 임 응, 전게서, 제15면.

부피하층 절개가 개시된 시점부터는 모체 속의 태아를 사람이라고 하는 것이 타당하다는 주장도 제기되고,¹⁶⁾ 절개수술의 수술착수시점으로 사람의 시기를 결정하자는 견해도 있다.¹⁷⁾ 하급심 판결로는 “분만이 개시된 때 (다만, 양수가 터짐으로써 인위적으로 분만을 개시하여야 하는 경우 또는 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 판시한 판결도 있다.¹⁸⁾ 여기서 “자연분만에 있어서의 분만개시에 준하는 분만 전 처치”의 의미가 명확히 밝혀져 있지는 않지만, 자궁의 절개시 이전 시점을 뜻하는 것으로 이해할 수 있을 것이다. 분만진통과 출산의 과정에 상당한 시간이 걸릴 수 있는 자연분만과 비교했을 때, 인공분만의 경우에도 태아의 노출이 시작되기 이전의 어느 시점으로 출생의 시기를 앞당기는 것은 생명보호의 관점에서 타당하다고 생각된다. 다만 그것은 실제로 수술이 시작되거나 매우 임박한 시점을 한 계로 해야 할 것이다. 그러나 이에 대해서 새로운 주장이 제기되고 있는데, 그에 관하여는 뒤에서 살펴보도록 한다.

16) 오영근, 전게서, 제17면. 인공분만의 사람의 시기에 관한 자세한 내용은 하태영, “출산과정에서 발생한 의료과오의 형법상 제문제”, 『비교형사법연구』, 제10권 제1호 (통권 제18호), 한국비교형사법학회, 2008, 제460면 이하 참조.

17) 정영일, 『형법개론』, 제3판, 박영사, 2009, 제326면; 허일태, “인위적 분만개시와 사람의 시기”, 『한국형사법학의 신전개』 (지송이재상교수영년기념논문집), 박영사, 2008, 제428면. 그러나 어느 순간이 수술의 착수시점인지에 대해서는 또 논란이 벌어질 수 있을 것이다. 허일태 교수는 “.....착수했거나 착수했어야 하는 시점부터 태아를 사람으로 인정하여야”라는 표현도 사용함으로써 규범적 기준도 지지하는 것으로 보인다. 위의 논문, 제429면.

18) 서울중앙지방법원 2005.5.12. 선고 2004노1677 판결, 뒤에서 살펴볼 대법원 2007.6.29. 선고 2005도3832 판결의 원심판결.

III. 낙태죄에 의한 태아 생명의 보호

1. 낙태죄와 태아보호의 始期

출생 이전의 태아는 살인죄의 객체가 되지 않으며, 태아의 생명을 침해하는 행위는 낙태죄로 처벌된다. 그러나 앞에서 보았듯이 낙태죄의 형량은 살인죄에 비해 매우 가벼우며, 낙태의 경우에는 과실범 처벌 규정도 없고, 미수범을 처벌하는 규정도 없다. 따라서 형법상 사람으로서의 생명가치와 태아로서의 생명가치는 명백히 차별화되어 있음을¹⁹⁾ 부인할 수 없다.

낙태죄에서도 그 객체인 태아는 살아있는 태아를 의미하며, 수정란이 자궁에 착상한 이후의 생명체를 가리킨다. 이에 따라 착상 이전의 단계에서 수정란이 착상하지 못하게 하는 것은 낙태죄로 인정되지 않는다.²⁰⁾ 인간생명의 시작에 관하여 우리 대법원은 낙태에 관한 판결에서 “인간의 생명은 잉태된 때부터 시작되는 것이고 회임된 태아는 새로운 존재와 인격의 근원으로서 존엄과 가치를 지니므로 그 자신이 이를 인식하고 있던지 또 스스로를 방어할 수 있는지에 관계없이 침해되지 않도록 보호되어야 한다 함이 헌법 아래에서 국민일반이 지니는 건전한 도의적 감정과 합치되는 바이고……”라고 판시한 바 있다.²¹⁾ 여기서 ‘잉태’와 ‘회임’의 의미를 더 상세히 밝히지는 않았으나, 학설은 그것이 착상을 의미하는 것으로 이해하는 것이다. 곧 우리 형법상 출생 이전의 생명을 보호하는 규정은 낙태죄뿐인데, 낙태죄 규정에 의하여 보호되는 생명의 범위는 착상 이후가 되는 것이고, 따라서 그 이전 단계인 수정란 또는 배아는 형법상의 보호의 범위에서는 제외되고 있는 것이다.

다만 이러한 입장이 착상 이전의 생명에 대한 보호를 적극적으로 거부한 것인지는 분명하지 않다. 그보다는 최근까지는 착상까지의 시기에서

19) 박상기, 전게서, 제20면.

20) 박상기, 전게서, 제85면; 오영근, 전게서, 제103면; 이재상, 전게서, 제94~95면 등.

21) 대법원 1985.6.11. 선고 84도1958 판결, [집33(2)형,497;공1985.8.1.(757),1025].

인간의 인위적인 개입을 통해 생명이 침해될 가능성을 예상하지 않았기 때문에, 오히려 착상만 되면 그 이후에는 발육의 정도를 묻지 않고 낙태죄가 성립될 수 있다는 것으로도 이해할 수 있을 것이다. 그러나 생명과학기술의 발달로 착상 이전의 배아에 대한 연구와 인위적 조작이 가능해지면서, 배아보호의 필요성이 주장되게 되었다. 그러나 그 부분은 생명윤리및 안전에관한법률의 규율을 받는다.²²⁾

2. 낙태와 인공임신중절의 개념

형법은 제269조와 제270조에서 낙태행위를 처벌하는 규정을 두고 있다.²³⁾ 낙태의 개념은 형법조문에 규정되어 있지 않는데, 통설과 판례는 낙태죄를 “태아를 자연분만기에 앞서서 인위적으로 모체 밖으로 배출하거나 모체 안에서 살해함으로써 성립한다”고 이해한다. 그리고 태아를 자연분만기 이전에 모체 밖으로 배출했으나 태아가 사망하지 않았다는 것은 낙태죄의 성립에 영향이 없다고 한다. 이에 대해 소수설은 이러한 낙태개념은 모자보건법이 규정하고 있는 인공임신중절의 개념보다 넓은 개념이 되므로, 임신중절에 의해 태아를 살해하는 것을 낙태라고 이해한다.²⁴⁾ 그

22) 생명윤리및안전에관한법률(일부개정 2008.06.05, 법률 제9100호)에 의하면 “배아”란 수정란 및 수정된 때부터 발생학적으로 모든 기관이 형성되는 시기까지의 분열된 세포군을 말한다(동법 제2조 1호). 착상 이후에는 형법적으로는 태아가 되므로, 배아는 수정란부터 착상 이전 단계까지의 존재이다. 이 법률이 배아의 생명을 보호하기 위한 것인지에 대해서는 의문이 있으며, 이에 대한 상세한 검토는 이 논문의 범위에서는 제외하고자 한다.

23) 제27장 낙태의 죄, 제269조(낙태) ① 부녀가 약물 기타 방법으로 낙태한 때에는 1년 이하의 징역 또는 200만 원 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.

제270조(의사 등의 낙태, 부동의낙태) ① 의사, 한의사, 조산사, 약제사 또는 약중상이 부녀의 촉탁 또는 승낙을 받아 낙태하게 한 때에는 2년 이하의 징역에 처한다. ② 부녀의 촉탁 또는 승낙 없이 낙태하게 한 자는 3년 이하의 징역에 처한다. ③ 제1항 또는 제2항의 죄를 범하여 부녀를 상해에 이르게 한 때에는 5년 이하의 징역에 처한다. 사망에 이르게 한 때에는 10년 이하의 징역에 처한다. ④ 전3항의 경우에는 7년 이하의 자격정지를 병과한다.

러나 일반적으로는 낙태와 인공임신중절이라는 용어는 혼용되고 있다.²⁴⁾

태아의 생명이 낙태죄의 보호법익이라는 데에는 이론이 없다. 그러나 그 외에 부차적으로 임부의 생명, 신체의 안전, 그리고 태아의 신체의 안전도 보호법익이라고 하는 견해도 주장된다. 임부의 생명, 신체의 안전을 보호법익으로 추가하는 이유는 낙태치사상죄가 규정되어 있으며, 임부의 동의 유무에 따라 형의 경중에 차이가 있기 때문이다. 또 태아의 신체의 안전을 보호법익에 추가하는 이유는, 통설에 따르면 태아가 모체 외에서 충분히 생존할 수 있는 시기에 모체 외로 배출시키는 행위를 낙태죄로 보기 어렵다는 것이다. 이것은 낙태의 개념을 어떻게 파악할 것인가와 관련이 된다.

모자보건법상의 인공임신중절수술은 “태아가 모체 밖에서는 생명을 유지할 수 없는 시기에 태아와 그 부속물을 인공적으로 모체 밖으로 배출시키는 수술”로 정의하고 있다(제2조 8호). 따라서 행위 자체는 단순히 태아의 모체 외 배출만을 의미하고 있으며, 태아의 사망여부는 고려하지 않는 것으로 규정되어 있지만, 수술의 시기를 태아가 모체 밖에서 생명을 유지할 수 없는 시기로 제한함으로써 태아의 사망을 전제로 하고 있는 것이라고 할 수 있다. 그런데 이 규정에 의하면, 태아가 모체 밖에서도 생명을 유지할 수 있는 시기에 태아와 그 부속물을 인공적으로 모체 밖으로 배출시키는 수술은 인공임신중절에 해당하지 않는다는 결론이 되는데, 낙태는 태아를 자연분만기에 앞서서 인위적으로 모체 밖으로 배출하지만 하면 성립되므로, 결국 태아를 배출한 행위가 낙태이기는 하나 모자보건법상 인공임신중절은 아닐 수 있는 경우가 발생할 수 있다.

24) 이채상, 전제서, 제85면. 그러나 임신중절이라는 것을 엄밀하게 모자보건법상의 용어로 이해한다면, 태아가 모체 밖에서 생명을 유지할 수 있는 임신 후반기의 낙태시술은 임신중절이 아니라는 것인데, 이것은 일반적인 언어관용에 비추어 혼란을 초래할 것으로 보인다.

25) 임 옹, “낙태죄의 비범죄화에 관한 연구”, 『성균관법학』, 제17권 제2호, 성균관대학교 비교법연구소, 2005. 12, 제371~372면; 전지연, “낙태의 해석론과 입법론”, 『한국형법학의 새로운 지평』(심온김일수교수화갑기념논문집), 박영사, 2006, 제364면.

이러한 불일치는 형법과 모자보건법 규정의 입법취지의 차이로 이해할 수 있다고 생각된다. 곧 형법상 낙태죄는 낙태행위를 처벌하기 위한 규정인데, 모자보건법은 일정한 사유가 있는 경우 이를 허용하고 형법의 적용을 배제하기 위하여 인공임신중절수술에 대해 규정하고 있는 것이다(제14조, 제28조).²⁶⁾ 그러나 이러한 개념상의 불일치는 거의 모든 낙태행위가 병·의원에서의 임신중절수술을 통해 이루어지고 있으며, 낙태죄의 사문화가 거론될 정도로 규범과 커다란 괴리를 갖고 있는 우리 사회의 낙태 현실에서는 별 의미를 갖지 못한다.

3. 낙태의 현실과 비범죄화 논의

낙태죄는 우리나라에서도 형법제정시부터 그 도입 여부가 논란이 되었으며,²⁷⁾ 1980년대와 90년대의 형법개정논의에서도 논란은 재연되었다. 이 당시에도 폐지주장이 있었으나, 태아의 생명은 형법에 의하여 보호되어야 할 법익이며, 낙태와 수태조절은 구별해야 하므로 낙태를 무제한 허용할 수 없다는 이유로 처벌규정이 유지되었다. 단, 업무상 낙태죄를 폐지하고 영리낙태죄로 대신하였으며, 낙태의 허용범위를 형법에 규정하면서 모자보건법 관련 조항은 폐지하기로 하였다. 낙태허용범위는 현 모자보건법 14조의 사유를 기초로 의학적 허용사유에는 기간제한을 두지 않았고, 우생학적 허용사유의 경우에는 임신 24주 이내, 윤리적 허용사유의 경우에는 20주 이내로 제한하였으며, 사회경제적 허용사유는 인정되지 않았다.²⁸⁾

낙태행위의 처벌여부는 지금도 사회적 논란의 한 가운데에 있다.²⁹⁾ 인

26) 동법은 2009.1.7. 법률 제09333호로 일부 개정되었으나, 위 조문들은 약간의 문구의 수정만 있을 뿐 내용은 동일하다.

27) 형법 제정 당시의 국회 본회의 속기록 참조, 『형법제정자료집』, 한국형사정책연구원, 1991, 제446~470면.

28) 형법개정법률안 제안이유서, 『형사법개정자료(XIV)』, 법무부, 1992. 10, 제133~137면. 그러나 이 조항을 포함하여 형법각론 부분은 입법에 이르지 못했다.

공임신중절에 관한 최근의 실태조사는 우리나라에서 1년에 약 34만 건의 인공임신중절수술이 이루어지고 있으며 그 가운데 약 33만 건(95.6%)이 불법일 것이라고 추정했지만,³⁰⁾ 실제 처벌건수는 지극히 적어서 1년에 10인을 넘지 않는다.³¹⁾ 이에 따라 여성의 자기결정권을 근거로 낙태와 동의낙태는 일정한 상담을 거친 후 임신기간과 적응사유를 묻지 않고 비범죄화하는 주장³²⁾도 제기되지만, 그 반대편에서 낙태는 태아의 생명권과 모체의 생명권이 충돌하는 경우에 한해서만, 곧 임신을 계속할 수 없는 특별한 상황으로서 모체의 구체적인 생명 위험이 의학적으로 검증된 때에만 정당화될 수 있다는 주장³³⁾도 여전히 계속하고 있다.

이외에도 낙태자유화를 주장하는 쪽에서는 여성의 자기결정권과 낙태선택권이 고려되어야 한다는 입장에서 임신 초기 10-12주에 한하여 기한방식의 도입을 주장하거나,³⁴⁾ 태아의 생명이 생성중의 생명으로서 사람의

29) 낙태 관련 법률의 입법연혁 및 낙태자유화와 관련된 논의의 진행과정은 이인영, “낙태죄 허용한계에 관한 규범해석과 사회인식도”, 『의료법학』, 제8권 제2호, 대한의료법학회, 2007. 12, 제195면 이하 참조.

30) 인공임신중절 실태조사 및 종합대책 수립, 고려대학교·보건복지부, 2005. 9. 이 보고서에 따르면 시술의료기관 조사결과 인공임신중절의 규모는 연간 시술건수 342,433건으로 추정되었다(제247면). 그리고 이 보고서는 이 가운데 약 4.4%만이 현행법상 합법적 시술이고, 95.6%인 약 33만 명의 시술여성과 시술의사가 불법행위를 저지르는 것이라고 추정한다(제249면).

31) 대검찰청이 발행하는 검찰연감에 따르면 1987년부터 2006년까지 낙태죄의 처리건수는 한 해 15-70건이며, 기소인원은 1999년의 11인을 제외하고는 모두 10인 미만이다. 유숙영, “낙태죄에 대한 고찰”, 『한국형사법학의 신전개』(지송이재상교수정년기념논문집), 박영사, 2008, 제435면. 법원행정처가 발행하는 사법연감의 형사공판사건 죄명별 재판 인원수표의 제1심 처리결과에 따르면, 2006년에 낙태의 죄로 접수된 인원은 7인이며, 1인에게는 집행유예가, 1인에게는 재산형이 선고되고, 5인에게는 선고가 유예되었고, 2007년에는 5인이 접수되고, 4인에게는 집행유예가 선고되고, 3인에게는 선고가 유예되었다. 사법연감 2007 및 2008 참조.

32) 임 응, 전계논문, 제387-388면. 다만 임 교수는 독일형법 제219조와 같은 낙태 전 상담절차를 필수로 하기를 제안한다. 또 이 전 단계로서는 모자보건법 제14조에 사회적 경제적 적응을 추가할 것을 제안한다. 전계논문, 제389면.

33) 김일수·서보학, 전제서, 제49면.

34) 유숙영, 전계논문, 제442-443면. 유 교수는 임신과 출산이 전적으로 여성의 책임하에 이루어지는 우리 현실을 고려해야 한다는 것이며, 현재의 우리 사회의 인식으로 는 상담방식이 준수 가능할 것인지 의문을 제기한다.

생명과 같이 절대적으로 보호해야 할 법익이라고 할 수 없다는 등의 이유로 임신 12주까지 임부의 意思에 따라 醫師가 행하는 낙태를 허용하되, 이후의 낙태는 적응방식에 의하고 또 임신 최후 10주 동안의 낙태는 금지해야 한다는 주장³⁵⁾도 제기되고 있다.

그러나 그 반대편의 주장은 생명존중의 취지를 바탕으로 모자보건법 제 14조의 보건의학적 적응사유 외의 사유를 모두 삭제할 것을 주장하거나,³⁶⁾ 사유를 확대시킨다 해도 무고한 생명의 희생을 줄이기 위하여, 낙태는 모체의 생명이 위협받는 예외상황(의학적 정당화사유)과 강간·준강간에 의하여 임신된 경우(윤리적 정당화사유)에만 허용되어야 한다³⁷⁾고 주장한다. 또 현재의 적응방식을 유지하더라도 기간모형을 통한 12주내 자유화는 생명존중의 취지에 정면으로 반하며, 적응사유별로 허용기간은 달리하되, 경제적 적응사유의 도입은 반대하며, 사회적 적응사유의 도입도 보건의학적 적응사유의 확대수정으로 해결해야 한다³⁸⁾는 주장도 제기된다.

이런 가운데 우리 사회의 인공임신중절의 현실과 이에 대한 구성원들의 태도조사결과 등을 감안하여 사회적 정당화사유 내지는 사회경제적 사유를 도입하자는 주장이 제기되기도 하지만,³⁹⁾ 입법화되지는 못하고 있다.

35) 이재상, 전계서, 제93~94면. 다만 상담절차와 적응요건의 해당여부를 판단하는 절차가 마련될 것을 요구한다.

36) 2001년 낙태반대운동연합, “모자보건법 개정에 관한 입법청원”, 『[모자보건법 제14조 개정(안) 마련]을 위한 공청회 자료집』, 연세대학교 의료법윤리학연구소, 2008. 2. 13. 이 자료집 제12~13면에 따르면, 위 단체는 동법 제14조 제1항 5호의 보건의학적 적응사유만을 인정하고, 1호부터 4호까지는 전면 삭제할 것을 주장한다.

37) 배종대, 전계서, 제162면. 이러한 정당화사유가 엄격하게 지켜질 수 있는 제도적 장치로서 確認醫師와 施術醫師의 분리, 이를 위반한 醫師에 대한 처벌규정이 그 핵심이라고 한다.

38) 신동운, 『형법개정과 관련하여 본 낙태죄 및 간통죄에 관한 연구』, 한국형사정책연구원, 1991, 제125~128면.

39) 정현미, “낙태죄와 관련한 입법론”, 『형사법연구』, 제22호(겨울특집호), 한국형사법학회, 2004, 제703~708면; 이인영, 전계논문, 제270면; 『인공임신중절 실태조사 및 종합대책 수립』, 제254면; 『[모자보건법 제14조 개정(안) 마련]을 위한 공청회 자료집』, 제38면.

위에서 본 실태조사 및 이를 바탕으로 한 공청회 등을 거쳐 모자보건법이 최근 개정되었으나, 일정 기간(임신 12주) 내 상담을 통해 사회경제적 사유로 인한 낙태를 허용하자는 주장은 반영되지 않았고, 그동안 비판의 대상이 되었던 시행령상 허용한계로서 의학적 근거가 의심되는 유전질환 등이 삭제되고, 수술가능 주수가 임신 24주 이내로 단축되는 데 그쳤다.⁴⁰⁾ 그러나 시술당시의 임신주수가 임신 12주 미만인 경우가 전체의 96.3%라는 실태조사결과⁴¹⁾를 감안하면, 수술기간의 단축으로 인한 변화는 미미할 것으로 예상된다.

4. 태아의 생명과 사회경제적 낙태 허용사유

낙태죄를 둘러싼 최근의 논의의 핵심은 낙태에 대한 사회경제적 허용사유를 인정할 것인가에 있다고 보인다. 일정 기간(대체로 12주 내지 3개월) 안에는 일정한 상담절차를 거쳐서 지금까지 모자보건법에 규정되어 있던 의학적, 윤리적, 우생학적 허용사유 외의 사유로 적법하게 낙태를 할 수 있도록 할 것인가라는 것이다.

일정 기간의 임신주수 이내에서라도 낙태의 자유화 내지 비범죄화를 주장하는 견해는 태아의 생명을 사람의 생명과 구분하여 차별하는 것임을 부인할 수 없다.⁴²⁾ 그러나 태아의 생명이 생성중의 생명이고 비교형량할 수 있어서 태어난 사람의 생명과 같이 절대적일 수는 없다고 해도, 이는 사람의 생명권과 충돌하는 경우를 설명할 수 있을 뿐이지, 생명권이 아닌

40) 보건복지가족부는 모자보건법시행령 개정안을 2009.4.3. 입법예고했다. 이 개정안에서는 인공임신중절 허용주수를 임신 24주로 단축했고, 허용한계 중 의학적 근거가 미약한 우생학적 또는 유전학적 정신장애나 신체질환, 전염성질환 등 조항을 삭제 정비했다(안 제15조 제1항 내지 제3항). 이에 따라 '기타 유전성질환으로서 그 질환이 태아에 미치는 위험성이 현저한 질환' 이외의 항목이 삭제됐으며, 전염성질환의 경우에도 "풍진, 특소플라즈마 등 의학적으로 태아에 미치는 위험이 높은 전염성 질환을 말한다"로 개정되었다. 보건복지가족부 홈페이지.

41) 『인공임신중절 실태조사 및 종합대책 수립』, 제248면.

42) 임 옹, 『낙태죄의 비범죄화에 관한 연구』, 제373면. 임 옹 교수는 태아의 생명은 사람의 생명과는 달리 '비교형량할 수 있는 법익'에 속한다는 점을 지적한다.

자기결정권이나 프라이버시의 권리와 태아의 생명권이 충돌하는 경우에도 태아의 생명권이 양보해야 할 근거가 되기는 어렵다고 생각한다. 태아에게 있어서 생명권은 그의 모든 것이기 때문이다. 따라서 생명존중의 원칙 앞에서는 형법상 긴급피난에 해당하는 경우 이외의 낙태를 정당화할 이론적 근거를 찾을 수는 없다고 생각된다. 그러나 낙태의 현실이 이러한 규범의 요구와는 너무나 멀리 떨어져있다는 것을 부인할 수도 없다. 사회경제적 허용사유의 도입을 주장하는 것은 이러한 현실을 근거로 한 것이고, 낙태자유화에 반대하는 주장은 원칙과 규범을 바탕으로 한 것이기 때문에 각자의 주장은 서로 상대방을 납득시킬 수 없을 것으로 보인다.

사회에 위반행위가 만연해있다면 엄격한 법집행을 통해 처벌을 할 것이 아니라 그 행위를 범죄행위의 목록에서 제외시킬 일은 아니다. 뇌물수수과 부정부패, 성매매, 마약류 복용, 불법 도박 등이 그러할 것이다. 그러나 낙태행위의 경우에는 임부와 임부의 요청에 의해 시술한 의사를 형벌로 처벌한다는 점 때문에 강력한 법집행으로 규범의 실현을 관철하는 데에는 한계가 있을 수밖에 없다.⁴³⁾ 우리 사회는 형법제정시부터 사회경제적 사유로 인한 낙태를 허용하는 규정을 두지 않고 이미 50년 이상 지나왔으나, 낙태의 현실이 규범에 일치하는 방향으로 이동하는 모습을 기대하기는 여전히 어려워 보인다. 엄격한 법집행을 통해서 처벌을 강행하면 의사들의 시술을 방지하는 성과는 거둘 수 있지만, 시술을 원하는 사람들은 무허가 시술소를 찾게 되는 문제도 예상된다.

현 상태에서 법집행을 더 강력하게 한다는 것만으로 낙태시술이 감소될 것을 기대하기는 매우 어렵다고 생각된다. 상담과 숙려기간을 필수로 하여 일정 기간 내 사회경제적 사유에 의한 낙태를 허용하되, 장기적으로 자녀 양육에 대한 사회적 지원의 강화가 함께 진행되어야 할 것으로 생각된다.

43) 정현미, 견제논문, 제707~708면. 정 교수는 이것은 어느 나라나 일반적인 현상이며, 따라서 낙태율을 낮추기 위해서는 금지규범을 강화하기보다는 예방적 수단을 강구해야 한다고 주장한다.

IV. 태아의 보호를 위한 그 밖의 시도

태아를 살해하는 행위는 낙태죄로 처벌할 수 있는데, 상해를 입히는 데 그친 행위에 대해서는 처벌규정이 없어서, 처벌의 흠결 논란이 발생한다. 특히 태아가 심각한 장애를 안고 태어난 경우에는 사회적으로 처벌의 요구는 더욱 높아진다. 이 때문에 태아에게 상해를 입힌 행위를 사람에 대한 상해죄로, 또는 과실치상죄로 처벌할 수 있는가가 문제된 바 있다. 일상생활에서의 일반적인 폭력행위에 의한 것이라면 임부의 신체에 대한 공격행위 없이 태아에게만 상해를 입히기는 어려울 것이므로 행위자가 처벌을 면하는 경우는 없을 것이다. 그러나 임부에 대해서는 영향을 미치지 않고 태아에게만 치명적인 영향을 미쳤다면, 행위자는 처벌되지 않는 경우가 발생한다. 이러한 경우에 상해죄 및 과실치상죄는 사람의 신체를 대상으로 하므로 태아에 대한 상해행위시에는 구성요건해당성을 인정할 수 없다고 해도, 그 행위의 결과 태아가 장애를 갖고 사람으로 태어난다면 그 태어난 사람에 대한 상해죄 또는 과실치상죄를 인정할 수 있다는 주장이 제기된 것이다. 이것은 1950-60년대 당시 서독에서 발생한 콘터간 사건⁴⁴⁾으로 논란이 되었다.

이 사건에서 독일의 법원은 배아 내지 태아가 모체와는 독립한 생명체라는 점, 콘터간의 작용은 모체의 건강을 저해하는 데에 이르지 아니하고 배아의 발육만을 저해한다는 이유로 모체의 건강을 저해하였다는 주장을

44) 콘터간은 신경안정제로서 ‘탈리도마이드’라는 성분을 포함하고 있다. 1950년대 말 제약회사는 이 약이 부작용이 전혀 없다고 선전했고, 임부들이 입덧을 없애려고 복용하는 경우가 많았다. 그런데 탈리도마이드 성분은 3개월 미만의 태아들에게 치명적이어서, 서독에서만 5천 명 가량은 목숨을 잃었고, 만 명 가량은 심한 장애를 갖고 태어났다. 탈리도마이드 베이비인 성악가 토마스 크바스토프의 자서전(김민수 역), 빅맨 빅보이스, 일리, 2008 참조. 이 기형아들의 출생에 대한 제약회사의 형사책임을 논의함에 있어서 과실상해죄의 규정을 적용할 수 있을 것인가가 문제되었다. 강구진, 전게서, 제21면. LG Aachen 1970.12.18, JZ 1971, 제507면; Armin Kaufmann, “Tatbestandsmäßigkeit und Verursachung im Contergan-Verfahren”, JZ 1971, 제569~576면.

받아들이지 아니하고, 태아가 배아의 손상으로 인한 상해를 받은 사람으로서 출생한 때에 출생의 시점에서 생산된 영아를 상해한 것으로 인정하여 과실상해죄의 성립을 인정하였다.⁴⁵⁾ 그러나 독일의 다수 견해는 상해죄나 과실상해죄의 객체에 태아를 포함시키는 것은 피고인에게 불이익한 유추해석으로서 금지되며, 태아를 살해한 것보다 태아에게 상해를 입히는 데 그친 덜 중한 경우가 사람에게 대한 상해죄로서 더 무겁게 처벌되고, 과실낙태는 처벌되지 않는데 태아에 대한 과실상해가 처벌된다는 점을 들어 이 판결을 비판하였다.⁴⁶⁾ 모체에 대한 상해죄가 되는가에 대해서도 독일의 학설과 판례는 태아가 모체의 일부가 아니라는 점을 들어 부정했다.⁴⁷⁾

위 사건에 대해서는 국내에서도 구성요건해당성을 인정할 수 없다는 것이 통설이며,⁴⁸⁾ 이후 태아의 상해죄 또는 과실상해죄 인정여부에 대해서는 별다른 논란이 없었다. 그런데 근래의 한 사건에서 조산사에게 명백히 과실이 인정됨에도 태아의 사망에 대해서도, 임부의 상해에 대해서도 무죄가 선고됨으로써 이 문제는 다시 많은 주목을 받고 있다.⁴⁹⁾

45) 강구진, 전계서, 제21면.

46) 강구진, 전계서, 제57~58면.

47) 강구진, 전계서, 제60면.

48) 김일수·서보학, 전계서, 제61면; 박상기, 전계서, 제46면; 배종대, 전계서, 제93면; 오영근, 전계서, 제54면; 이재상, 전계서, 제44면; 임 옹, 전계서, 제53면 등.

49) 권창국, “태아(胎兒)에 대한 형법적 보호와 그 한계에 관한 고찰-태아성치사상(胎兒性致死傷) 사례와 영미법의 대안을 중심으로”, 『형사정책연구』, 제18권 제2호(통권 제70호, 여름호), 한국형사정책연구원, 2007.; 김종덕, “태아에 대한 가해행위의 처벌과 한계-대법원 2007.6.29. 선고, 2005도3832 판결”, 『형사법연구』, 제20권 제1호, (통권 제34호, 봄호), 2008.; 박경춘, “분만 전 태아에 대한 낙태죄 이외의 형법상 보호가능성-대법원 2007.6.29. 2005도3832에 대한 평석”, 『의료법학』, 제9권 제1호, 대한의료법학회, 2008.; 김종덕, “태아성 치사상의 처벌에 관한 입법론”, 『비교형사법연구』, 제10권 제1호(통권 제18호), 한국비교형사법학회, 2008.; 김종덕, “태아상해와 상해죄의 성부에 대한 해석론적 고찰”, 『법학연구』, 제30집, 한국법학회, 2008. 5; 하태영, 전계논문; 허일태, 전계논문 등.

1. 사건의 내용과 전개과정

가. 사실관계

과실에 의한 태아의 사망에 대해 낙태죄 이외의 형법규정을 적용하여 처벌하고자 했던 사건의 개요는 다음과 같다.⁵⁰⁾

피해자(37세)는 2001년 4월에 임신 5개월인 상태에서 조산사인 피고인이 운영하는 조산원을 찾아와서 피고인에게 자연분만을 의뢰하였는데, 피해자는 이전에 2회의 제왕절개 수술의 방법으로 출산한 경험이 있으나 자연분만의 경험은 없는 상태였으며, 임신부로서는 고령이었고 당뇨증상이 있었다. 피해자는 이후 6월에는 모 대학병원에서 검진을 받으며 당뇨증상과 양수과다 증상이 있으므로 병원에 입원하여 치료받으라는 진단을 받고, 이를 피고인에게 알렸는데, 피고인은 피해자와 태아에게 별 문제가 없으므로 자연분만을 할 수 있다고 말했다. 이후 피해자가 7월 28일인 출산예정일을 지나쳤음에도 피고인은 태아의 이상 성장 유무, 자연분만 가능성 여부를 확인하기 위하여 피해자를 즉시 종합진료시설을 갖춘 산부인과 전문병원으로 전원시키지 않은 채 피해자에게 약 2주간 더 기다려보라고 하였고 8월 11일경 태아는 피해자의 자궁 안에서 약 5.2kg의 거대아로 성장하였다.

피고인은 임신 42주째인 8월 11일 00:00경 진통이 온다며 내원한 피해자에 대해서도, 같은 날 03:00경 초음파검사 등을 실시했음에도 태아가 거대아로 성장한 사실을 확인하지 못했고, 이때 피해자의 자궁문은 약 3cm 정도 열려있었고 피해자에게 출산 전의 주기적 진통은 시작되지 않았으며, 태아가 사망할 때까지 이러한 상태는 계속되었다. 그러나 피고인은 자연분만을 실시한다는 이유로 피해자를 06:20까지 입원실에 방치하였고, 그 무렵 태아는 피해자의 자궁 안에서 저산소성 손상으로 인한 심폐정지로 사망하였다. 같은 날 09:29경 피해자는 종합병원에서 사망한 태아를 반출하기 위한

50) 서울중앙지방법원 2005.5.12. 선고 2004노1677 판결에 의함. 이 판결은 대법원 홈페이지 종합법률정보 및 대법원판례집, 법원도서관, 제55권 1집, 2007, 제973면 이하 참조.

응급 제왕절개수술을 받았다.

나. 사건의 진행 경과

검사는 사망한 태아를 반출하기 위해 피해자가 받은 응급 제왕절개수술을 상해로 보고 피고인을 업무상과실치상으로 기소하였다. 이에 대해 1심과 항소심은 피고인에게 유죄를 인정하였으나(벌금 200만원),⁵¹⁾ 대법원(2004.3.26 선고 2003도6570 판결)은 피고인에게 업무상 과실이 인정되지만, 피해자는 피고인의 과실 유무와 관계없이 어차피 제왕절개수술을 했어야 하는 상황이므로 피고인의 과실과 제왕절개수술에 의한 상해 사이에 상당인과관계를 인정할 수 없고, 그 수술은 정당한 치료행위였으므로 그 수술에 의한 상해에 대해 피고인에게 업무상과실치상의 죄책을 물을 수 없다고 판시하였다.

이 사건은 대법원의 과기환송판결을 거쳐 다시 대법원의 판단을 받았는데, 이 과정에서 검사는 태아에 대한 업무상과실치사의 공소사실을 택일적으로 추가하였고, 이에 대한 판결이 뒤에서 보는 서울중앙지방법원 2005.5.12. 선고 2004노1677 판결이다.⁵²⁾

이 판결에 대해 검사가 다시 상고하였는데, 그 상고이유의 요지는 다음과 같다.⁵³⁾

출산 전 모체 내의 태아는 임신부와 불가분의 일체이고, 태아의 사망은 임신부 신체의 완전성에 대한 침해이며, 모체에 대한 상해이다. 제왕절개수술에 의한 출산의 경우 의사의 주관적 결정에 따라 수술시기가 결정되므로 사

51) 제1심판결은 양형이유에서, “피해자로서도…… 산부인과 전문병원에서의 검사나 처치 등을 제대로 받지 아니하고 자연분만을 위하여 조산소에만 의지하고 있다가 이 사건 피해를 입은 잘못도 크고……”라고 하여, 이 사건결과에 피해자의 잘못도 작용했음을 지적하고 있다. 앞의 대법원판례집, 제980면.

52) 사건의 경과는 박경춘, 전개논문, 제203~204면 및 앞의 대법원판례집, 제960면 이하의 상고이유, 원심판결, 제1심판결과 공소사실 참조.

53) 앞의 대법원판례집, 제960면 이하, 특히 제971면.

람의 시기가 이에 좌우되어서는 안 된다. 태아의 발육상태, 독자적 생존가능시기, 개별적 사안에 따라 제왕절개수술이 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 것이 그 한 방법이 될 수 있다.

2. 판결의 내용

가. 환송 후 원심판결의 요지

피고인에게 업무상 과실이 있으나, “태아는 규칙적인 진통을 동반하면서 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 상관없이 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. 2001. 8. 11. 03:00경에 피해자의 자궁문이 다소 열려 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. 그렇다면, 태아 사망으로 인하여 피해자가 상해를 입었음을 전제로 한 업무상과실치사의 공소사실과 태아 사망 당시 이미 태아가 ‘사람’으로 되었음을 전제로 한 업무상과실치사의 공소사실은 모두 범죄사실의 증거가 없는 때에 해당한다. (서울중앙지방법원 2005.5.12. 선고 2004노1677 판결)

나. 대법원판결의 요지

(1) 업무상과실치사의 점에 대하여

사람의 생명과 신체의 안전을 보호법익으로 하고 있는 형법의 해석으로는 규칙적인 진통을 동반하면서 분만이 개시된 때(소위 진통설 또는 분만개시설)가 사람의 시기라고 봄이 타당하다고 함은 종래 대법원이 취하여 온 견해이다.

원심이 공소외인에게 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 정당하다.

한편 검사는, 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 공소외인은 임신성 당뇨증상 및 이미 두 번의 제왕절개 출산 경험이 있는 37세의 고령의 임신부이었고, 분만에정일을 14일이나 넘겨 이 사건 태아가 5.2kg까지 성장한 상태이어서 의학적으로 자연분만이 부적절하여 제왕절개 수술이 유일한 출산방법이었으므로 공소외인의 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.

(2) 업무상과실치사의 점에 대하여

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 침해라는 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. (대법원 2007.6.29. 선고 2005도3832 판결)

3. 사람의 시기에 관한 규범적 기준의 인정여부

사람의 시기를 규범적으로 판단할 수 있는가라는 이 쟁점은 환송 후 택 일적 공소사실로 추가된 것이다. 만약에 검사의 이 주장이 받아들여져 태아가 이미 출생한 것으로 인정되었다면, 태아의 사망에 대해 업무상과실치사죄가 인정되고 태어나 모에 대한 과실상해죄의 성립여부는 논의될 필요가 없었을 것이다. 그러나 법원은 이를 인정하지 않았다.

검사의 상고이유에 나타나는 주장은, 첫째는, 제왕절개수술에 의한 출산의 경우 의사의 주관적 결정에 따라 수술시기가 결정되므로 사람의 시기가 이에 좌우되어서는 안 된다는 것이며, 둘째, 태아의 발육상태, 독자적 생존가능시기, 개별적 사안에 따라 제왕절개수술이 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 판단하여 분만의 시기로 볼 수 있다는 것이다.⁵⁴⁾

이 사건은 적절한 시기에 제왕절개수술이 시행되었다면 태아가 살아서

54) 앞의 대법원판례집, 제971면.

출생할 가능성이 매우 높은 경우였으므로 이러한 주장이 제기될 여지가 있다. 그러나 이 사건은 제왕절개수술을 통해 실제로 분만된 경우가 아닌, 결국 태아가 살아서 출생하지 못한 경우이므로, 앞에서 살펴본 인공출산의 경우와도 또 다른 사안이라고 할 수 있겠다. 그런데 이와 같은 경우에 규범적 기준에 의해 출생여부를 판단하려면, 검사의 상고이유에서 주장되듯이 매우 여러 가지 요소를 종합적으로 고려하여야 하는데, 이를 통해 사후에 판단되는 분만의 시기가 어느 정도로 일의적으로 명확할 수 있는지는 의문이다. “의학적으로 제왕절개수술이 가능했고, 규범적으로 수술이 필요했던 시기”는 일반적으로는 출산예정일 전후가 될 것이나, 이 사건과 같이 태아가 지나치게 성장하는 경우에는 더 늦을수록 산모와 태아에게는 위험이 커질 것이므로 그 시기는 더 앞당겨질 수 있다. 그러나 검사는 출생의 시점을 출산예정일이 아닌 그 2주일 뒤, 임부가 마지막으로 조산원을 찾아와 입원했던 시점으로 설정하고 있다. 이것은 아마도 조산사 이외의 자에게, 특히 임부에게 과실치사의 책임이 발생할 가능성을 차단하기 위한 것으로 보인다.⁵⁵⁾

진통설 또는 분만개시설의 경우에도 태아가 노출되기 이전에 출생한 것으로 인정한다는 것은 태아의 생명보호를 강화하기 위해 일정한 정도로 규범적 평가가 개입한 것으로 이해할 수 있지만, 출생이라는 사실에 근거하여 판단되는 사람의 始期는 인공분만의 경우에도 실제로 진행된 수술을 바탕으로 그 출생의 시점을 결정해야 할 것이다. 특히 이 사건에서 검사가 주장하는 입원시점은, 임부가 제왕절개수술을 하기 위하여 입원한 시점도 아니고, 자연분만을 하기 위하여 입원한 시점이다. 따라서 검찰 측의 주장

55) 출생의 시기가 그 이전으로까지 앞당겨진다면, 만약 조산사의 과실이 아닌 다른 이유로, 예를 들어 임부가 마지막으로 조산원을 찾아오는 길에 교통사고로 태아가 사망했다면, 그 경우에 사고 차량 운전자에게도 태아에 대한 업무상과실치사죄를 인정할 것인지, 또 규범적으로 사람으로 인정되는 기간에 임부 본인의 과실로 태아가 사망했다면 임부에게 과실치사의 책임을 인정할 것인가 문제가 될 것이다. 이것을 인정한다면 만삭의 임부의 몸 안의 생명은 태아일 수도 있고 사람일 수도 있다는 혼란이 초래될 것이다.

은 객관적 기준이라기보다는 제왕절개수술 전 태아가 사망한 경우에 출산 업무 관련자에게만 태아사망의 책임을 지우기 위한 의도적 기준 설정으로 보인다. 물론 그들이 업무상의 주의의무를 다해야 할 의무가 있으나, 업무상 과실낙태죄 역시 인정되고 있지 않다는 점을 고려한다면, 판례의 입장이 타당하다고 생각한다.⁵⁶⁾

4. 태아에 대한 과실치사상죄 인정여부

가. 태아에 대한 상해죄의 해석론과 입법론

이 사건의 판결을 계기로 이와 같은 경우의 처벌의 공백의 문제점이 강조되면서 태아에 대한 침해에 대해 태아 자신에 대한 상해죄, 또는 모체에 대한 상해죄를 인정하려는 해석론들과 함께, 해석론으로 인정되기 어려운 부분에 대해 태아상해를 처벌하기 위한 입법이 필요하다는 주장도 제기되었다. 앞서 본 60년대 독일의 콘터간 사건이나 70년대 일본의 미나마타병 사건⁵⁷⁾ 등이 유사한 사건에 대해 처벌을 인정한 사례로 제시되기도 한다. 그 주장내용들을 살펴보면, 태아와 사람은 생명이라는 관점에서 차이가 없으며, 태아 상해나 생명침해에 대해 “형사적 처벌 규정을 두어 형벌법적 보호를 하지 아니한 것이나, 헌법합치적 해석을 하지 아니하여 형벌법 집행의 공백을 야기한 것은 위헌적 상황”⁵⁸⁾이고, 태아가 산모의 일부라고 주장한다.⁵⁹⁾ 또 “생물학적으로는 모체 내의 태아가 모체와는 일체된 모체의 일부라는 특성을 고려하여 태아의 상해·살해는 원칙적으로 모체에 대한

56) 판례의 입장을 비판하는 견해는, 류석준, “조산사의 과실로 사망한 태아반출을 위한 제왕절개시 상해의 결과귀속여부와 사람의 시기”, 『비교형사법연구』, 제10권 제1호, 한국비교형사법학회, 2008. 제406~408면; 박경춘, 전계논문, 제231~233면; 허일태, 전계논문, 제424~425면. 판례의 입장을 지지하는 견해는 하태영, 전계논문, 제467~468면.

57) 권창국, 전계논문, 제217면 이하.

58) 박경춘, 전계논문, 제222면.

59) 박경춘, 전계논문, 제251~253면.

(과실)치상이 된다”는 주장과 함께,⁶⁰⁾ 상해죄를 인정할 경우에 나타나는 처벌의 불균형을 해결하기 위하여 태아상해치상죄 등의 여러 새로운 구성요건의 신설을 주장하기도 한다.⁶¹⁾ 또 이러한 시도가 형법의 보충성 원칙 및 현행 형법체계와 충돌할 것을 우려하면서도 태아의 보호가치성을 사람과 동등하게 파악하려는 시각에 대해 지지를 보내기도 한다.⁶²⁾

이 견해들을 종합하면, 태아에 대한 침해에 대해 모체에 대한 과실치상죄를 인정하든가, 새로운 구성요건을 신설하여 태아에 대한 침해행위를 빠짐없이 처벌하자는 것이고, 그것이 생명존중과 헌법정신에 합치한다는 것이다.⁶³⁾ 그러나 이러한 해석론은 대법원 판결이 실시하듯이 우리 형법이 태아와 모체를 분리해서 본다는 기본적 입장을 도외시하는 것 같다. 또 새로운 구성요건을 설정하는 경우에는 형량의 균형이라는 점을 고려해야 할 텐데, 사람에게 대한 범죄보다 태아에 대한 범죄가 가벼운 형량이고, 사망보다 상해가 가벼운 결과이고, 고의범보다 과실범의 형량이 가벼워야 한다는 원칙을 지키면서 형량의 균형을 맞추기는 불가능해 보인다. 결국 입법론은 현행 낙태죄의 법정형을 대폭 상향 조정하는 안을 제시하는데,⁶⁴⁾ 이것은 현재 낙태죄의 실제적 기능을 고려할 때 받아들이기 곤란한 비현실적인 제안이다. 물론 이 견해들이 주장하는 처벌의 흠결의 문제, 특히 콘터간 사건에서처럼 태아가 장애를 안고 태어난다는 것은, 어찌면 사망보다 본인과 그 가족에게 더 큰 고통을 주는 것인데도 처벌하지 않는 것은 부당하니, 원인제공자를 반드시 처벌해야 한다는 점은 수궁이 간다. 그

60) 김종덕, “태아에 대한 가해행위의 처벌과 한계-대법원 2007.6.29. 선고, 2005도3832 판결”, 『형사법연구』, 제20권 제1호(통권 제34호, 봄), 한국형사법학회, 2008, 제236면.

61) 김종덕, 전계논문, 제230~231면. 입법론의 상세한 내용은 김종덕, “태아성 치사상의 처벌에 관한 입법론”, 『비교형사법연구』, 제10권 제1호(통권 제18호), 한국비교형사법학회, 2008, 제107면 이하.

62) 권창국, 전계논문, 제224~225면.

63) 김종덕, “태아성 치사상의 처벌에 관한 입법론”, 제109면; 박경춘, 전계논문, 제223면.

64) 김종덕, “태아성 치사상의 처벌에 관한 입법론”, 제109면 및 119면에 의하면, 처벌의 불균형을 해결하기 위해, 낙태죄의 법정형을 ‘1년 이하’에서 ‘4년 이하’로 상향조정할 것을 제안한다.

러나 그 사건은 뒤에서 살펴보듯이 일상생활의 현장에서 종종 볼 수 있는 일반적인 폭력행위로 인해 발생하는 사건은 아니라고 생각된다. 그에 반해 이번 조산사 과실사건 같은 것은 앞으로도 발생할 가능성이 있다. 그러나 이 사건에서의 법원의 결론을 꼭 부당하다고 보아야 할지는 의문이다. 이 사건의 기본적인 구도는 조산사의 과실로 인한 분만 ‘전’의 태아의 사망이며,⁶⁵⁾ 출산예정일이 여러 날 지났다는 특이한 점이 있기는 하지만 아직 태아인 상태였다는 점에서, 과실낙태에 대해서는 처벌을 하지 않기로 한 입법적 결단을 존중해야 할 것이다.⁶⁶⁾

나. 문제의 해결방안

법익의 보호는 그 법익 자체의 중요성뿐만 아니라 그 법익의 침해의 가능성, 침해행위의 태양과 유형, 특정한 행위의 금지에 의한 법익보호의 가능성 등을 고려해서 결정되어야 한다. 그렇게 함으로써 죄형법정주의에 위배되지 않는 명확한 구성요건의 설정을 통해 일정한 행위를 금지하고, 이를 위반하는 행위를 적정한 형벌로 처벌할 수 있을 것이다. 그런데 태아에 대해서, 그 생명을 침해하지 않고 신체를 상해한다는 것은 일상의 생활 현장에서 흔히 발생할 수 있는 일은 아니다. 물리력의 행사를 통해 태아를 해치려고 한다면, 그것은 일반적인 경우에는 임부에게도 영향을 줄 수밖에 없고, 그 정도가 강력하다면 태아의 낙태에 이르게 될 것이다. 상해행위가 반드시 유형력의 행사로만 이루어지는 것은 아니지만, 임부의 신체에 대해서는 영향을 끼치지 않은 채 태아에게만 영향을 준다는 것은 콘터간 사건과 같이 드문 사례가 될 것이다. 물론 탈리도마이드와 같이 태아에게만 치명적인 물질이 또 있을 수 있지만, 만약 그것이 제2의 콘터간 사건

65) 조산사의 과실에 대해 업무상 과실치사죄를 인정하는 판결들이 있는데(대법원 1982. 10.12. 선고 81도2621 판결, [공1982.12.15.(694),1116] 등), 이는 분만 ‘중’의 태아(영아)를 과실로 사망하게 한 경우들이다.

66) 판결의 결론에 찬성하는 입장은, 하태영, 전게논문, 제472~477면.

을 일으킨다고 해도, 고의범으로의 처벌은 쉽지 않을 것이며 과실상해죄로 처벌하기엔 행위의 불법성에 비추어 형량이 너무 낮다고 판단된다. 또 그러한 유해물질을 개별적인 행위자들이 태아상해의 고의나 과실로 임부에게 투여한다는 것은 절대적으로 발생할 수 없는 일은 아니지만, 현실적으로 발생할 가능성은 매우 낮을 것으로 보인다. 따라서 태아에 대한 상해죄나 과실상해죄를 인정하지 않아도 처벌의 흠결이 생길 가능성은 그리 높은 것은 아니며, 이를 인정한다고 해도 실제로 발생할 수 있는 약해사고와 같은 대형사건에는 적정한 형량이 되지 못할 것이라고 생각된다. 이에 대해 태아도 인간이므로, 인간에 대해 행해질 수 있는 모든 침습행위가 태아에 대해서도 항상 동일하게 행해질 수 있다고 보는 것은 다소 무리한 발상이 될 것이다. 형벌의 공백을 메우겠다는 시도가 자칫 형벌의 과잉과 형벌규정의 과잉을 초래하지는 않을까 우려된다.

콘터간 사건과 같은 일이 우리 사회에서 발생할 가능성은 물론 상존한다. 그러나 그것은 유해물질, 오염물질로 인한 피해로서, 일반적인 상해행위와는 다른 측면에서 접근할 필요가 있다고 생각된다. 곧 오염물질의 불법배출에 의한 환경범죄, 부정식품이나 부정의약품 등에 의한 보건범죄 또는 약해사고 등으로 파악하고 대처하는 것이 사건의 성격에 적합할 것이다.⁶⁷⁾ 이러한 사건들은 개별적으로 발생하기보다는 일정한 지역에 걸쳐 집단적으로 또 대량으로 발생되며 사회적으로 처벌의 요구도 높을 수밖에 없다. 따라서 환경범죄의단속에관한특별조치법 제3조와 제5조, 보건범죄단속에관한특별조치법 제2조, 제3조에 의해 가중처벌되는 “..... 사람을 사상에 이르게 한 자”의 규정에 ‘태아의 사상’을 추가하는 것이 행위의 성격과 이 법률들의 취지에도 적합하고 더 적절한 대응책이 될 수 있을 것으로 생각된다. 다만 이에 관하여는 별도의 연구가 필요할 것이다.

67) 권창국, 전제논문, 제219면에서 제시된 ‘병상악화형 내지 진행형 태아상해(약해사고, 의료사고, 환경범죄 등)’는 태아상해의 이러한 측면을 주목한 것으로 보인다.

V. 결 론

누구에게나 생명권이 인정되고, 그 생명은 절대적 생명보호의 원칙에 의해 보호된다고 하지만, 형법의 측면에서 생명의 보호는 이미 태어난 사람에게 집중되어 있고, 그 이전의 생명에 대한 보호는 대단히 미미하다. 태아에 대해서 낙태죄가 규정되어 있을 뿐이고, 그것도 ‘착상 이후’라는 이유로 착상 이전의 배아의 보호는 사실상 외면하고 있는데, 우리 사회에서의 낙태죄 규정의 실제적 기능을 생각해본다면, 출생 이전의 생명의 보호는 영(零, 0)에 가깝다고 생각된다. 그러므로 태아와 사람을 구분하는 출생을 언제로 볼 것인가 하는 사람의 始期가 더욱 중요한 기준으로 작용하고 있으며, 출생 전 생명보호를 강조하고자 하는 입장은 그 시점을 ‘분만을 위한 진통’과 무관하게 설정하려고 하든가, 또는 길게는 수정의 시기까지 앞당기거나, 또는 태아 상태의 생명과 안전을 보호하기 위한 새로운 구성요건을 마련하고자 한다.

그러나 이와 같이 인간의 범위를 확장하거나 태아를 위한 새로운 입법을 만들고자 하는 시도는 기존의 형법의 기본적 입장 및 원칙과 충돌하면서 그리 성공적이지 못한 것 같다. 그것은 무엇보다도, 보호의 확대는 형법에서는 민법과는 달리 처벌범위의 확장을 가져오기 때문이다. 그리고 처벌의 공백이 있더라도 그것을 인간의 범위를 확장해서 해결하려는 것은 또 다른 문제를 불러올 수 있을 것이다. 형법조문상의 ‘사람’을 ‘수정란 이후의 인간생명체’라고 이해하는 것으로 문제가 해결될 수 없음은 명백하다. 또한 범죄구성요건이란 실제로 발생할 수 있는 침해행위의 태양에 따라서 규정되어야 현실적합성을 유지할 수 있다.

사람의 시기를 앞당겨서 출생 이전의 태아를, 또는 배아를 살인죄나 상해죄의 객체가 되는 형법상의 사람이라고 하는 것은 죄형법정주의의 한 원칙인 유추적용금지원칙에 위배된다. 사람의 시기와 종기, 곧 삶과 죽음은 객관적으로 발생한 사실이라는, 누구도 부인할 수 없는 명확한 기준에

의해 판정되어야 하는 것이지, 예정된 시기 또는 사후에 규범적으로 판단되는 시점이 기준이 될 수는 없다.

출생 전 생명에 대한 형법의 입장은 출생 후의 생명과 현격한 차별을 하고 있다는 것을 부인할 수 없다. 출생 후의 생명의 보호를 소홀히 하지 않으면서도 그 현격한 차이를 좁히려는 노력이 이루어져야겠지만, 그것은 죄형법정주의, 보충성의 원칙과 같은 형법의 기본원칙들과 조화되는 범위 내에서 이루어져야 할 것이며, 그렇게 하여야 그 규범의 실효성도 보장될 수 있을 것이라고 생각한다.

주제어 : 사람의 始期, 진통설, 분만개시설, 낙태죄, 상해죄의 객체

[참 고 문 헌]

1. 서적

- 강구진, 『형법강의 각론 I』, 박영사, 1983.
- 김일수·서보학, 『새로 쓴 형법각론』, 제6판, 박영사, 2004.
- 박상기, 『형법각론』, 제7판, 박영사, 2008.
- 배종대, 『형법각론』, 제5판, 홍문사, 2003.
- 성낙인, 『헌법학』, 제9판, 법문사, 2009.
- 오영근, 『형법각론』, 제2판, 박영사, 2009.
- 유기천, 『형법학(각론강의 상)』, 일조각, 1982.
- 이재상, 『형법각론』, 제5판(보정신판), 박영사, 2007.
- 임 응, 『형법각론』, 개정판, 법문사, 2003.
- 정영일, 『형법개론』, 제3판, 박영사, 2009.
- 신동운, 『형법개정과 관련하여 본 낙태죄 및 간통죄에 관한 연구』, 한국형사정책연구원, 1991.
- 허 영, 『한국헌법론』, 전정4판, 박영사, 2008.

- 고려대학교·보건복지부, 『인공임신중절 실태조사 및 종합대책 수립』, 2005.
- 법무부, 형법개정법률안 제안이유서, 『형사법개정자료(XIV)』, 1992.
- 법원도서관, 『대법원판례집』, 제55권 1집, 2007.
- 연세대학교 의료법윤리학연구소, 『[모자보건법 제14조 개정(안) 마련]을 위한 공청회 자료집』, 연세대학교 의료법윤리학연구소, 2008. 2.13.
- 한국형사정책연구원, 『형법개정자료집』, 1991.

2. 논문

- 구인회, “배아줄기세포 연구에 대한 윤리적 검토”, 『신학과 사상』, 제57호(가을호), 가톨릭대학교출판부, 2006.
- 권창국, “태아(胎兒)에 대한 형법적 보호와 그 한계에 관한 고찰—태아성치사상(胎兒性致死傷) 사례와 영미법의 대안을 중심으로”, 『형사정책연구』, 제18권 제2호(통권 제70호, 여름호), 한국형사정책연구원, 2007.

- 김종덕, “태아상해와 상해죄의 성부에 대한 해석론적 고찰”, 『법학연구』, 제30집, 한국법학회, 2008.
- _____, “태아성 치사상의 처벌에 관한 입법론”, 『비교형사법연구』, 제10권 제1호(통권 제18호), 한국비교형사법학회, 2008.
- _____, “태아에 대한 가해행위의 처벌과 한계 — 대법원 2007.6.29. 선고, 2005도3832 판결”, 『형사법연구』, 제20권 제1호(통권 제34호, 봄호), 한국형사법학회, 2008.
- 류석준, “조산사의 과실로 사망한 태아반출을 위한 제왕절개시 상해의 결과귀속여부와 사람의 시기”, 『비교형사법연구』, 제10권 제1호(통권 제18호), 한국비교형사법학회, 2008.
- 박경춘, “분만 전 태아에 대한 낙태죄 이외의 형법상 보호가능성 — 대법원 2007.6.29. 2005도3832에 대한 평석”, 『의료법학』, 제9권 제1호, 대한의료법학회, 2008.
- 유숙영, “낙태죄에 대한 고찰”, 『한국형사법학의 신진개』(지송이재상교수정년기념논문집), 박영사, 2008.
- 이인영, “낙태죄 허용한계에 관한 규범해석과 사회인식도”, 『의료법학』, 제8권 제2호, 대한의료법학회, 2007.
- 임 응, “낙태죄의 비범죄화에 관한 연구”, 『성균관법학』, 제17권 제2호, 성균관대학교 비교법연구소, 2005.
- 진지연, “낙태의 해석론과 입법론”, 『한국형법학의 새로운 지평』(심은김일수교수화갑기념논문집), 박영사, 2006.
- 정현미, “낙태죄와 관련한 입법론”, 『형사법연구』, 제22호(겨울) 특집호, 한국형사법학회, 2004.
- 하태영, “출산과정에서 발생한 의료과오의 형법상 제문제”, 『비교형사법연구』, 제10권 제1호(통권 제18호), 한국비교형사법학회, 2008.
- 허일태, “인위적 분만개시와 사람의 시기”, 『한국형사법학의 신진개』(지송이재상교수정년기념논문집), 박영사, 2008.

A Study on the Life of an Unborn Child in the Aspect of Criminal Law

Lee, Sang-Yong

Professor, Department of Law, Myongji University, Ph.D. in Law

=ABSTRACT=

Generally, criminal law protect the human life after he/she has born. Before the birth, the life of fetus are protected by prohibition of abortion, not of murder. Also, the fetus is not considered as an object of infliction of injury. A popular opinion and case law say that the fetus becomes a person at the point of an outset labor pains.

Recently, some theories allege that traditional opinions is not sufficient in the case of induced delivery, so it should be decided by norm, not by a simple fact, whether a unborn child is a fetus or a person, and that the fetus should be considered as an object of infliction of injury. These theories can be meaningful because these could protect human life more comprehensively. In the other side, however, these could harm the legal stability and bring the excessive punishment.

Abortion of negligence is not punishable in criminal law, and there is little possibility of the fetus injury without the injury of the pregnant woman. And the Contergan Case, if it happened again, must be dealt with as crime about environment or public health more severely.

These new approaches are in conflict with the principle of “nulla poena sine lege” and other fundamental rules of the criminal law, and should lead to the excessive punishment and criminal provisions. Accordingly, the decision of Supreme Court of Korea about the beginning point of human being should be maintained.

Keywords : fetus, unborn child, abortion, an outset labor pains

지정토론문

출생 전 생명에 대한 생명윤리학적 고찰에
대한 토론문

김 장 한*

출산 전 생명에 대한 생명윤리학적 고찰을 통하여 우리 사회가 어떤 해답을 찾을 수 있을 것인가라는 의문이 있다. 해답이 없는 문제를 놓고 고찰을 한다고 하면서 단순하게 자신의 입장만을 반복하는 것이라면 아무리 논쟁을 하더라도 해답은 나오기 어려울 것이다. 최경석 교수는 출산 전 생명의 도덕적 지위에 대한 논증을 분류하고 설명하고 있다.

- 수정 논증
 - 연속성 논증 - 배아의 분화 가능성
 - 잠재성 논증 - 현실태와 잠재태의 차이
 - 가톨릭교회의 입장
- 개체적 동일성 논증
 - 약 수정 14일 전후하여 원시선 형성시기
 - 영국이 위독보고서
- 쾌고감수능력 논증
 - 종간 차별금지
 - 피터 싱어
- 중간적 존재자
 - 사용과 존중은 양립 가능
 - 마이클 샌드러

* 울산대학교 의대 교수, 의학박사

그리고 이러한 각 입장은 이성적 불일치라고 설명하고 있다. 또한 최고 수는 우리 법의 입장을 설명하고 있다.

- ◎ 형법 낙태죄 규정: 자궁에 착상한 때
- ◎ 헌법재판소: 국가는 헌법 제10조에 따라 태아의 생명을 보호할 의무 존재
- ◎ 착상 전 배아의 생명권과 착상 후 배아의 생명권은 동등하지 않다고 생각하는 것이 가능

법의 입장은 논쟁을 하기에는 거북한 것 같다. 하지만 길게 놓고 본다면 이것 역시 이성적 불일치라고 할 수 있을 것이다.

최 교수는 이러한 이성적 불일치에 대하여 생명윤리정책으로서의 생명 윤리적 문제를 논의하고자 하였다. 그러한 예로서

- 존 롤즈
 - 다원주의 사회의 이성적인 사람들 사이의 의견불일치를 ‘이성적 불일치’라고 함
 - 국가 권력을 억압적으로 사용함으로써 극복될 수 있다.
- 로널드 드워킨
 - ‘우리는 낙태분야에서도 종교적 관용을 고집하여야 한다.’
 - 파생적인 반대와 독립적인 반대
 - 낙태 논쟁은 독립적인 반대
 - 초기 태아의 생명이 종식되는 것보다 10대 미혼모의 삶이 훼손되는 폐기의 정도가 더욱 심하다고 믿는다.

이러한 과정을 통하여 최 교수는 이성적인 불일치이며 관용의 대상으로

서 배아 연구에 대한 제한적 허용과 낙태에 대한 제한적 허용을 주장한다.

이에 대하여 논자는 다음과 같이 상반되는 두 가지 입장에서 질문을 던지고자 한다.

첫째는 관용 이론의 한계에 대한 의문이다. 이성적 불일치에 참여할 가능성이 없는 미약한 존재로서 자신의 의견을 표시함으로써 태아와 배아에게 그들의 존재의 근거를 부정하는 논의들에 대하여 관용을 주장하는 것이 정당화될 수 있는가라는 것이다. 수정 이후에 생명에 대하여 인간으로서의 존엄성을 인정하는 입장에서는 당연한 질문이 될 것이다. 태아와 배아의 존재에 대한 철학적 질문에 대하여 정답이 찾아지기 전에는 적극적인 행동을 멈추어야 한다고 한다. 예를 들어 숲속에서 부스럭 거리는 소리가 나면, 그것이 사냥감인지 아니면 인간인지를 확인하기 전까지는 총을 쏘는 행위를 멈추어야 한다는 것이다. 이러한 비유가 적합하기 위해서는 사냥감의 존재를 확인하는 것과 같이 태어나 배아의 존재에 대한 철학적 질문에 대한 확인이 가능하여야 한다. 하지만 이러한 문제에 대한 그들의 답변은 이미 제시되었으며, 다른 입장에서도 이미 이 문제에 대한 다른 답변을 제시하였다. 이들이 답론을 통하여 서로의 입장을 절충하고 정답을 합의하는 것은 이들의 철학적 입장에서는 불가능한 것이다. 그러므로 판단의 중위를 요청하는 이러한 의문 제기는 결국 출산 전 생명에 대한 조작을 금지하려는 자신의 입장을 관철하기 위한 도구적인 의미에 지나지 않는다. 하지만 그렇다고 하여 우리는 이 입장을 틀렸다고 말할 수는 없다. 그러한 의미에서 이 논쟁을 이성적 불합치로 규정한 것은 정당하다. 하지만 이것을 관용의 문제로 해석하는 것은 출산 전 생명에 대한 조작을 허용하고자 하는 입장에서 절충적 대안을 제시하는 형식을 빌려 자신의 이론을 정당화하는 것이라는 비판이 또한 가능하다. 이성적 불합치라고 하는 것은 이성적으로는 절충될 수 없는 독립된 반대에 관한 문제인데, 어떻게 제한적 해석을 통하여 관용을 이끌어 내고 그 결과를 정당하고 할 수 있는가?

둘째는 상반되는 철학적 입장의 끝까지 견지함으로써 발생하는 참을 수 없는 이론적 모순을 밝혀내는 방식을 통하여, 문제의 진실에 도달하는 전통적인 방법에서 시작하는 질문이다. 생명윤리법 위헌 심판 청구에 의하면 청구인들은 청구 이유에서 “인간은 수정됐을 때부터 생명이 시작되는 만큼 인간 배아는 헌법의 보호를 받는 인간으로서 존엄과 가치를 지닌다.” 그런데 “생명윤리법 규정은 인간배아를 단순한 세포군으로 정의, 인공수정에서 남은 배아와 체세포복제 배아를 생명공학 연구를 위한 도구로 전락시켰다”라고 주장하고 있다. 이러한 입장에 의하면, 배아는 인위적으로 만들어져서는 안 된다. 인위적으로 폐기되어서도 안 된다고 주장한다. 그렇다면, 현재 만들어져 보관중인 모든 배아는 인간이 되어야 한다고 주장하여야 한다. 하지만 그렇게 주장하지는 않는다. 우리는 이러한 주장이 얼마나 우스꽝스러운지 너무도 쉽게 알 수 있다. 유전적 동일성, 개체적 동일성 이론 역시 마찬가지로의 논리적 한계가 존재한다. 논리적 한계의 측면에서는 중간차별금지의 근거가 되는 쾌고 감수능력 논증이 도리어 모순이 적은 게 아닌가 싶다. 하지만 이 이론에 대한 우스꽝스러운 결론은 얼마든지 예를 들 수 있다. 과연 그렇다면 이러한 이론들을 이성적이라고 정의하는 근거는 무엇인가? 이성적 불합치를 인정하기 위해서는 무엇이 “이성적”인지 그것에 대한 정의는 과연 정당한 것인지 판단하여야 할 것이다.

질문에 대한 개인적인 해답을 제시하고자 한다. 이러한 논쟁을 통하여 우리가 파악할 수 있는 사실은 무엇인가? 과연 이러한 논쟁은 이성적인 것인가? 절대로 합의할 수 없을 것 같이 극단적으로 대립하는 상반된 입장에 공통점은 없는 것일까? 근원적인 문제는 어디에 있는가? 우리가 살아가는 세상에서 삶의 가치를 이야기 하면서, 인간과 그 외적인 존재를 구분하고 이것을 받아들일 수 없다고 주장하는 이유는 이러한 외부 존재들을 받아들일 때 결국은 이미 현재 인간 사회를 구성하고 있는 확보된 이익을 가진 존재자들의 삶이 파괴될 수 있다고 하는 불안에 근거하는 것은 아닐까? 인간 종의 이기적인 자기 보호 본능, 자신의 유전자를 가진 후손에게도 이러

한 이익을 물려주려고 하는 이기심에 근원적인 문제가 존재하는 것은 아닐까? 우리가 이성적 불일치라고 하는 것들도 결국은 이러한 것들로부터 발생한 것이 아닐까? 개인적으로는 Kant가 인간은 목적적 존재이므로 수단으로 대우하여서는 안 된다고 주장한 것이 “인간”이라는 범주에 대하여 윤리적으로 너무 강한 경계를 설정한 것이 아닐까라는 의문이 있다. 논쟁의 중심에 서있는 낙태의 문제도 결국은 미혼모의 인생에 너무 심한 훼손이 발생하는 것이 아닐까라는 질문에서 시작한 것이고, 배아 연구 등도 결국은 질병 치료 등을 위한 도구로서 활용가능하다는 이론에 의하여 의미가 부여되었다는 점을 받아들여야 한다. 결론적으로 그런 의미에서 본다면 배아 연구 등에 대한 제한적 허용은 이성적 불합치에 대한 관용보다는 좀 더 실존적인 근거를 가져야 한다. 관용은 우리 인간의 요구에 의하여 나타나는 것이며, 그 한계는 우리 사회가 붕괴하지 않고 받아들일 수 있는 윤리적 탄성 한계치가 되는 것이다. 연구를 인정하면서도 배아 조작을 무한정 인정할 경우에 나타나는 우리 삶의 파괴는 방지하여야 한다. 그러므로 태아와 배아의 구별과 그에 다른 차별적 대우 인정, 배아연구에 대한 제한적 허용(연구를 위한 난자 채취 금지, 난자에 대한 매매 금지 등)이 인정되는 것이다. 이성적 불합치에 대한 관용이라는 것은 결국 우리 인간 존재의 보존을 위한 타협이며, 이러한 타협의 결과로 인하여 배아 연구 등은 사회에 미치는 윤리적 한계치를 검증하면서 점진적 제한 해제의 길을 가게 되는 것이다.

지정토론문

출생 전 생명에 대한 헌법 및 젠더법적
고찰에 대한 토론문

김 나 경*

I. 기초적 개념의 명확성 요청

생명공학기술 혹은 생명의료기술의 문제와 관련하여 인간 배아, 태아 등에 대한 생명보호에 대한 규범적 논의를 할 때에는, 논의를 전개하기 이전에 우선 해당되는 용어가 무엇을 지칭하는 것인지를 확실하게 할 필요가 있다. 특히 이 문제를 다룸에 있어서는 생명보호의 ‘범주’가 혹은 ‘정도’가 분명하지 않은 상황에 직면한 대상과 그렇지 않은 대상을 용어적으로 구별해야 할 필요가 있기 때문이다.

이러한 점에서, 논의 대상을 ‘인간’과 ‘인간 생명’으로 구별하는 것을 제안해볼 수 있다. 이러한 구별은, 생명윤리에 있어서의 많은 각국의 법철학적 논의에서도 받아들여지는 것으로, ‘인간’은 지금 현재 생명에 관한 논의를 전개하는 ‘우리들’과 같은 — 이미 태어난 — 존재 그리고 ‘인간 생명’은 ‘우리’와 동일한 보호를 귀속시킬 것인지가 불분명한 그러한 존재들을 의미하는 것이다.

발표문은 어떠한 경우에는 ‘출생 전 생명’이라는 용어를 사용하고 또 다른 경우에는 ‘출생 전 인간’이라는 용어를 사용함으로써 이러한 구별을 하지 않는다. 혹은 경우에 따라서 이를 혼동하고 있는 듯한 인상을 주는데, 예를 들어 ‘인간으로서의 존엄과 가치’가 “살아있는” ‘인간’에게만 귀속되는

* 성신여자대학교 법학과 교수, 법학박사

것으로 한정된다고 이야기하면서(II. 3.) 동시에 “태아”에게 인간의 존엄과 가치 및 생명권을 인정할 수 있는가를 이야기해야 한다고 하는 점(IV. 1.)에서 그러하다.

II. 헌법적 생명보호의 논의 문제

생명공학이 발달하면서 논의되는 인간 생명의 보호 문제와 관련해서, 헌법적인 관점에서는 크게 두 가지의 문제가 주요 쟁점으로 떠오른다. 발표문이 이야기하는 바와 같이, 한 가지는 ‘생명권’의 문제이고 다른 한 가지는 ‘존엄성’의 문제이다. ‘생명권’의 문제와 ‘존엄성’과 관련하여 모두, ‘인간’에게 ‘생명권’과 ‘존엄성’이 귀속된다는 것에 대해서는 이론의 여지가 거의 없다고 할 수 있다. 하지만, ‘인간 생명’에게도 ‘생명권’과 ‘존엄성’이 귀속되는 것인가에 대해서는 의문이 발생한다.

1. ‘생명권’의 문제

생명권과 관련하여 논의를 전개하는 방식에는 다음과 같은 두 가지가 있다: 1) 첫 번째는 주관적 생명권의 보호와 객관적 질서로서의 생명보호를 구별하는 방식이다. 이 경우는 헌법을 통한 생명보호에는 ‘주관적인 생명권’의 보호와 ‘객관적인 질서로서의 생명보호’라는 ‘객관적인 생명보호’라는 두 가지 종류가 있다고 설명한다. 여기서는 ‘주관적 생명권’은—‘인간’이 지니는 ‘생명권’을 볼 때에—어떠한 경우에도 그 양이 변하는 것이 아니며, ‘객관적 생명보호’는 경우에 따라 다른 이익과의 비교형량이 가능하다고 본다. 2) 두 번째로는 ‘생명권’의 개념을 재구성해서 생명권 그 자체의 크기가 변할 수 있다고 설명하는 방식이 있다.

두 가지 경우 모두 예를 들어 초기단계의 인간 배아의 생명을 보호해야

하는가 혹은 어느 정도로 보호해야 하는가에 대한 논증방식의 차이는 있더라도 결론은 동일할 수 있다. 다만 논의를 명확히 하기 위해 어떠한 방식을 채택해서 논의를 전개하는지를 분명히 할 필요가 있다(개인적 견해로는 1)의 방식이 타당하다고 보는데, 우리가 이제까지의 법문화 속에서 확립해온 ‘주관적 생명권’의 원칙적인 불가침성을 파괴하면서 생명이 아닌 다른 이익과의 형량의 가능성을 인정하는 것이 그다지 적절하다고 보이지 않기 때문이다).

이러한 점들을 논의에서 분명히 해야 하는 것은 특히 ‘주관적 생명권’의 발생 시점(‘인간’과 ‘인간 생명’의 구분시점)의 문제는 ‘보호 정도’의 문제이고, ‘객관적 생명보호’의 시작 시점은 ‘보호 유무’의 문제로서 — 각각의 문제를 어떠한 명칭 아래에 이야기하든 — 양자의 문제를 서로 동일선상에 놓아서는 안 된다는 점에서 비롯된다. 그런데, 발표자의 발표문은(특히 항목 IV. 1. 전반에 걸쳐) 이것을 혼동하는 듯한 인상을 준다. 예를 들어, “태아에게도 출생 후 인간에 준하여 인간으로서의 존엄과 가치가 인정되어야 한다 (.....) 현재 태아에 대해서는 헌법적으로 생명권이 인정된다고 하는 데에 이견이 없다”고 하는 경우, “태아가 인간으로서의 존엄과 가치를 지닌 존재로서 생명권을 존중받을 수 있다고 할 때, 그 생명권의 존중을 출생 후 인간만큼의 수준으로 하여야 하는 것인지”라고 하는 경우 그리고 “결국 어느 시점에 있는 존재에서부터 인간으로서의 존엄과 가치 그리고 생명권을 인정할 것인가”라고 말하는 경우에 각각 생명권을 어떠한 방식으로 이해하는지는 — 특히 유기적으로 — 분명하지 않다.

2. ‘생명권’과 ‘존엄성’의 관계설정 문제

헌법적으로 생명권의 문제와 존엄성의 문제는 개념상 구별되므로, 논의에 있어서도 양자의 관계설정을 분명히 하는 것은 매우 중요하다. 발표문은 한편으로는 ‘생명권’과 ‘존엄성’을 분리해야 한다고 이야기한다(II 단락:

“인간의 존엄과 가치에 대한 논의와 생명권에 대한 논의는 분리되어야 한다”). 그러나 다른 한편, ‘생명권’과 ‘존엄과 가치’의 문제를 동렬에 놓는다 (IV 단락에서는 예를 들어 “태아에 대해서는 헌법적으로 생명권이 인정된다 (……) 그렇다면 이제 태아가 인간으로서의 존엄과 가치를 지닌 존재로서 생명권을 존중받을 수 있다고 할 때 (……)”라고 표현함으로써 ‘인간의 존엄과 가치’ 및 ‘생명권’의 개념을 혼용해서 사용하는 것으로 보인다)

III. ‘재생산권’의 문제

발표문에 따르면 재생산권이란 ‘임신에 대한 총체적인 결정권’이다. 그리고 이른바 ‘재생산건강권’이란 재생산권의 보장의 전제이자 목적으로서, 건강한 상태에서의 임신 그리고 생식기능 등과 관련한 육체적, 정신적, 사회적 안녕상태를 유지할 권리라고 하며, 재생산능력이 없는 여성에게까지도 재생산건강권이 미친다고 한다. 이러한 맥락에서 발표문은 타인의 임신이나 연구목적으로 난자를 제공하는 경우도 재생산능력을 이용하는 것이므로, 이를 재생산건강권 혹은 재생산권의 측면에서 바라보아야 한다고 이야기한다. 하지만, 재생산권을 앞에서 언급한 것과 같이 이해한다는 전제 하에서 볼 때에, 난자제공과 관련된 여성의 건강을 보호하는 것을 재생산건강권과 관련된 것으로 바라보는 것이 바람직한 것일까에 관해서는 의문이 남는다. 이 문제를 재생산권의 맥락에서 바라보는 것은, 오히려 여성의 몸 혹은 자기결정권의 문제를 ‘재생산’과 관련해서 바라봄으로써 여성의 신체와 자기결정의 문제를 재생산이라는 하나의 이데올로기 속에 가두어 놓는 듯한 인상을 주기 때문이다. 이 문제를 굳이 ‘재생산’과 관련시켜서 바라보아야 할 특별한 이유를 발견하기는 어렵다.

사건으로는, ‘재생산’을 생명공학의 논의에서는 다음과 같이 이해할 필요가 있다고 생각한다. 우선 ‘재생산’을 ‘임신’이라고 달리 표현하고 싶은

데, ‘임신’은 인간 생명에 관한 규범적 논의에 있어서, 단지 생식능력을 통해 정자와 난자를 결합시키게 하는 것만을 의미하는 것이 아니라, ‘하나의 생명체를 2인칭 인격체로 받아들이는 것’을 의미하는 것으로 볼 수 있다. 그러한 과정 속에서는 여성이나 가족의 ‘삶’에 대한 성찰 그리고 인간 생명으로서의 배아의 ‘생명’에 대한 성찰이나 관점의 교환이 이루어지는데, 규범적으로는 바로 그러한 성찰을 가능하게 하는 방향의 법제화가 요청된다. 이러한 이해는 재생산이데올로기에 여성을 묶어두는 것이 아니라 여성의 ‘삶’이라는 관점에 대한 숙고가 필요함을 인지함으로써 가능하다. 배아나 태아를 임신하고 출산한 후 양육해야 할 때에 여성과 가족이 짊어지게 되는 책임과 부담 그리고 고통 등을 생각한다면, 초기단계의 배아나 태아에게서 중대한 유전적 질환이 발견되에도 무조건적인 이식이나 임신의 계속을 요구하는 것은 기대가능하지 않다고 볼 수도 있다. 중요한 것은, 그러한 결정이 배아나 태아가 지니게 될 유전적 형질 그리고 그것이 배아·태아나 여성 및 가족들의 삶에 미치게 될 영향을 충분히 ‘숙고’하고 ‘성찰’하는 과정을 통해 내려지는 것이어야 한다는 점이다.

지정토론문

출생 전 생명에 대한 민사법적 고찰에 대한
토론문

전 병 남*

1. 최근 20-30년간 생식의료기술이 급속히 발전하였으나, 다른 과학기술분야에 비하여 발전 속도는 그렇게 빠르지는 않는 것 같다. 이는 과학기술분야에서는 공공복리를 위한 최대한의 허용이라는 명제가 가능한 반면, 생식의료기술분야에서는 인간의 존엄과 가치보전을 위한 최소한의 허용이라는 윤리적, 법적 구속력 때문인 것으로 보인다. 그러나 그러한 제한을 감안하더라도 생식의료기술은 현행 법령을 앞서나가고 있기 때문에 그에 대한 법적인 허용여부 등 평가를 요구받고 있다.

생명에 대한 논의는 대부분 생명의 기원에서부터 출발한다. 즉, 생식세포(정자, 난자) → 배아 → 태아 → 사람 순으로 논리전개를 한다. 그러나 역으로 사람에서부터 출발하여 사람과 가장 동일성을 갖고 있는 태아에 대하여 먼저 논의하여 태아에게 사람과 동일한 정도의 권리를 부여할 수 있는지, 아니면 차등하기는 하지만 어느 정도까지 권리를 부여할 수 있는지 여부를 논하고, 그 후 태아와 가장 동일성을 갖고 있는 배아에 대하여, 그런 다음 배아와 가장 동일성을 갖고 있는 생식세포 등에 대한 권리부여 여부를 논한다면, 사람과 가까울수록, 또는 사람과 멀어질수록 사람에게 부여되는 권리가 어떻게 축소되어 가는지 여부를 좀 더 쉽게 이해할 수 있을 것이다.

* 백인합동법률사무소 변호사, 법학박사

2. 사인간의 법률관계를 규율하는 민법에서는 권리를 중심으로 논의하자면, 권리의 주체와 권리의 객체로 나눌 수 있다. 현행 민법에서는 권리의 주체는 사람이다(민법 제3조는 ‘사람은 생존하는 동안 권리와 의무의 주체가 된다’고 규정하고 있다). 다만 예외적으로 태아는 개별보호주의에 의하여 불법행위로 인한 손해배상청구권, 상속, 유증 등에 한하여 권리의 주체가 될 수 있다. 그런데 태아보호에 관한 개별보호주의이든 일반보호주의이든, 정지조건설에 의하든 해제조건설에 의하든 간에 살아서 출생할 것을 전제로 한다. 따라서 태아가 사산한 경우, 즉 자궁 내 태아사망의 경우에는 전혀 법적인 보호를 받지 못하게 된다. 예를 들어 의사의 과실로 태아가 자궁 내에서 사망한 경우에는 태아에 대한 손해배상은 인정하지 않고, 다만 그 부모에 대한 신체침해 또는 인격권 침해로 보아 위자료 산정시에 참작하기만 한다.

그런데 사산된 태아보호에 대한 현실적인 문제는 배상액에 차이가 크다는 것이다. 태아가 자궁 내 태아사망인지, 아니면 출생 후에 사망하였는지 여부에 따라 손해배상액수가 4배 정도 차이가 난다. 따라서 실제 소송에서는 분만에 임박해서 태아 또는 신생아가 사망하는 경우에는 자궁 내 태아사망인지, 아닌지 여부에 대한 논란이 끊이지 않는다.

그런데 재판실무에서는 위와 같이 자궁내 태아사망의 경우 거의 예외 없이 위자료만을 인정한다. 반면 어떤 재판부에서는 분만이 개시된 단계에 이른 태아(전부노출은 아니지만 진통이 개시되고, 일부노출된 경우)에 대하여는 살아서 출생한 신생아에 대하여 인정하는 정도의 위자료를 산정하여야 한다는 독자적인 견해를 보이는 경우도 있다. 예를 들면 서울고등법원 2007.3.15. 선고 2006나56833 판결은 “전부노출설을 취할 경우 원고들이 적절히 지적한 바와 같이 이미 분만이 개시된 태아가 위험한 상황에 빠지는 것을 방지하거나 의료과오를 은폐하는 수단을 조장할 우려가 있는 점, 태아의 수중·성장 및 출산이라는 일련의 과정에서 보면 정상적으로 성장하여 분만이 개시된 단계에 이른 태아는 그 생명적 가치나 보호

의 필요성이라는 측면에서 이미 출산을 마친 신생아 못지않은 점 등을 감안할 때, 그 태아의 부모에 대한 의료과오로 인한 위자료를 산정함에 있어서 출산을 마친 직후 사망한 신생아의 손해에 대한 법적 평가액을 아울러 참작함이 상당하다고 할 것이다”라고 판시한 바 있다.

3. 현행 민법상 배아를 보호하기 위한 규정은 없다. 따라서 배아는 사람이나 태아가 아니기 때문에 권리의 주체가 될 수 없다. 다만, 배아는 물건성이 인정되므로, 권리의 객체가 될 수는 있다. 이에 대하여 박동진 교수님은 배아는 권리의 객체로서 물건이기는 하지만 생명으로의 발전가능성을 존중하여 상당한 정도의 영역에서 물건성이 제한되어야 할 특수한 형태의 물건으로 이해하여야 한다고 하였는데, 이에 전적으로 동의한다. 따라서 배아는 다른 권리의 객체처럼 사용, 수익, 처분이 무제한적으로 허용될 수는 없다. 생명윤리법에서도 배아매매 등을 금지하고 있는 것도 맥을 같이 한다고 볼 수 있다.

박 교수님은 불법적인 배아생성에 관하여(본서 94쪽) 배아에 대한 권리의 주체는 생식세포제공자에게 있고, 생식세포제공자는 원칙적으로 배아의 처분과 이용에 대한 권리를 갖고 있다고 하였다. 그런데 생명윤리법에서 배아에 대한 무상제공이 허용된다는 점에서 볼 때, 생식세포제공자와 배아를 통한 체외수정을 하려는 당사자가 다른 경우가 있을 수 있는데, 이 경우에 배아의 처분과 이용에 관한 권리는 누구에게 있다고 보아야 하는지? 생식세포제공자도 처분권을 공유하고 있다고 볼 수 있는지? 예를 들면 생명윤리법에서는 특정한 성을 선택할 목적으로 정자와 난자를 선별하여 수정시키는 행위를 금지하고 있는데, 제3자가 정자와 난자를 제공한 후에 체외수정을 하려고 하는 부부가 생식세포를 선별하여 수정을 하였다면, 이러한 경우에 생식세포 제공자에 대한 인격권의 침해가 있다고 볼 수 있는지 의문이다.

박 교수님은 배아생성의 위법성 판단을 위한 실체법적 근거로 생명윤리

법을 들고 있고, 그에 따라 위법행위의 예시로 임신 이외의 목적을 위한 배아생성의 경우, 반대급부에 의한 배아생성, 생식세포 제공자의 서면동의 없는 배아생성 등을 들고 있다. 그런데 반대급부에 의한 배아생성의 경우, 반대급부 없이 배아를 생성하면 위법성이 없다고 한다면, 반대급부를 하였다는 이유만으로 위법성이 있다고 볼 수 있는지? 배아를 무상양도하면 위법성이 없는데, 단지 매매를 하였다는 이유만으로 위법성이 있다고 볼 수 있는지 등도 의문이다.

4. 형법적으로는 태아의 생명을 보호가 위하여 낙태죄를 규정하고 있다. 그런데 낙태죄 이외에 태아의 생명을 보호하기 위한 중요한 규정이 있는데, 이는 의료법에서 규정하고 있는 태아성감별금지규정이다(의료법 제20조 제2항은 “의료인은 태아나 임부를 진찰하거나 검사하면서 알게 된 태아의 성을 임부, 임부의 가족, 그 밖의 다른 사람이 알게 하여서는 아니 된다”고 규정하고 있다).

태아성감별금지규정은 1987년도에 신설되었는데, 그 입법목적은 “남아 선호사상에 경도되어 태아의 생명을 침해하는 낙태행위가 성행하는 현실을 형법 제20조 등에 의한 낙태행위의 처벌만으로 교정하는 것이 사실상 불가능함에 따라 낙태행위의 전제가 되는 태아의 성별 여부를 임부 또는 그 가족들이 알지 못하게 함으로서 궁극적으로는 태아의 생명을 보호하고 적정한 남녀 성비를 유도하기 위한 것”(대법원 2002.10.25. 선고 2002두 4822)이고, 그러한 입법목적은 “태아성감별 고지금지는 낙태, 특히 성별을 이유로 한 낙태를 방지함으로써 성비의 불균형을 해소하고 태아의 생명권을 보호하기 위해 입법된 것”이므로 그 목적이 정당하다(헌법재판소 2004헌마 1010).

물론 낙태죄 규정이 사문화되었다는 비난을 받고 있는 것과 마찬가지로 태아성감별규정 역시 그 실효성을 인정받지 못하고 있는 것은 사실이다. 이는 법집행의 실효성의 문제이지, 규정자체의 실효성에 문제가 있는 것

은 아니다. 앞으로 태아의 보호에 관하여는 낙태죄뿐만 아니라 태아성감별금지규정도 아울러 논의가 되어야 할 것이다. 이러한 태아성감별금지 생명윤리법 제13조 제2항 제1호에서 “특정의 성을 선택할 목적으로 정자와 난자를 선별하여 수정시키는 행위”를 금지하고 있는 것과 일맥상통한다고 볼 수 있다. 이 모두 성비불균형은 물론 그 과정에서 발생하는 태아 또는 배아를 보호하기 위한 것이라고도 볼 수 있다.

지정토론문

출생 전 생명에 관한 형사법적 고찰

정 응 석*

발표자께서 다수설의 입장에서 출생 전 생명에 관한 형사법적 고찰을 하였기 때문에 대부분의 논점에서 동의합니다. 다만 발표문의 내용과 관련하여 첫째, 생명윤리 및 안전에 관한 법률에서 배아에 대한 정의를 하고 있으므로 낙태죄와 별도로 배아에 대한 처벌규정의 신설과 관련된 좀 더 진전된 발표를 해주셨으면 하는 아쉬움이 있습니다.

둘째, 형법상 태아에 대한 상해문제는 태아가 장애를 갖고 사람으로 태어날 때에만 문제되지만, X-Ray 검사 등 의료기술의 발달로 태아상해 자체를 처벌할 수 있는냐의 문제를 이제는 검토할 때가 되었다고 생각합니다. 발표자의 의견을 듣고 싶습니다.

셋째, 발표자께서는 낙태죄와 관련하여 “위반행위가 만연해있다면 엄격한 법집행을 통해 처벌을 할 것이지 그 행위를 범죄행위에서 제외시킬 일은 아니다. 뇌물수수와 부정부패, 성매매, 마약, 도박 등이 그러할 것이다. 그러나 낙태행위의 경우에는 임부와 임부의 요청에 의해 시술한 의사를 형벌로 처벌한다는 점 때문에 강력한 법집행으로 규범의 실현을 관철하는데에는 한계가 있을 수밖에 없다. 우리 사회는 형법제정시부터 사회경제적 사유로 인한 낙태를 허용하는 규정을 주지 않고 이미 50년 이상 지나왔으나, 낙태의 현실이 규범의 방향으로 이동하는 모습을 기대하기는 여전히 어려워 보인다. 엄격한 법집행을 통해서 처벌을 강행하면 의사들은 시술을 거부할 것이지만, 시술을 원하는 사람들은 무허가시술소를 찾게 되는 문제도 예상된다”고 하면서, 상담을 필수로 하여 일정기간 내 사회경제

* 서경대 법학과 교수, 법학박사

적 사유에 의한 낙태를 허용하되, 장기적으로 자녀양육에 대한 사회적 지원의 강화가 함께 진행되어야 할 것으로 생각된다는 의견을 피력하고 있는데, 여기서 ① 생명권의 의미에서 ‘생명’은 태아에게는 인정되는 것이 아닌지? ② 태아의 생명권이 인정된다면, 과연 부녀의 자기결정권과 태아의 생명권을 어떻게 이익형량 할 수 있는 것인지? ③ 사회경제적 사유를 어떻게 정의하며, 누가 판단할 것인지? ④ 상담은 누구와 어느 정도로 거쳐야 하는 것인지 궁금합니다.

이상입니다. 감사합니다.