

낙태죄와 생명보호

정 효 성*

- I. 서 론
- II. 낙태죄규율의 역사
- III. 생명 보호
 - 1. '생명권'의 법적 의미
 - 2. 생명보호의 요청
 - 3. 생명권에 관한 판례
- IV. 낙태규율에 대한 경향
 - 1. 극단적인 두 경향
 - 2. 입법 경향의 세 가지 규율방식
 - 3. 비교법적 고찰
- V. 형법에서 낙태죄와 모자보건법의 규정
 - 1. 낙태죄의 개념
 - 2. 낙태와 관련한 모자보건법의 개념
 - 3. 우리 판례의 태도
- VI. 낙태와 관련한 의료계의 동향
 - 1. 낙태와 관련한 대한의사협회 윤리지침
 - 2. 낙태생명존중사상과 응급피임약의 논쟁
- VII. 결 론

I. 서 론

현행 형법은 태아에 대한 범죄행위에 대하여 낙태죄로 처벌하고 있다. 낙태죄(落胎罪)란 태아를 자연적인 분만기에 앞서서 인위적으로 모체 밖으

* 논문접수: 2009. 4. 29. * 심사개시: 2009. 5. 10. * 게재확정: 2009. 6. 10.

* 대한병원협회 법제이사, 한국산재의료원 이사장

로 배출하거나 태아를 모체 내에서 살해하는 행위를 내용으로 하는 범죄(犯罪)를 말한다.¹⁾

이러한 범죄도 합법적인 인공유산의 제도가 마련된 나라에서는 합법적인 낙태라는 이름 아래 매년 놀랄만한 수의 낙태가 행하여지고 있다.²⁾ 현재 우리나라에서는³⁾ 형법의 엄격한 낙태행위 처벌규정에는 마치 아무런 상관도 없는 듯이 낙태행위가 전국에 걸쳐 거의 자유롭게 이루어지고 있다.⁴⁾ 이는 실제로 불법적인 낙태에 관한 여론이나 형사소추기관과 재판기관의 관용이 영향을 미치고 있는 것으로 생각되지만 성도덕의 불감증이 더욱 큰 역할을 한다 할 것이다.⁵⁾

물론 모자보건법 제14조는 의학적·우생학적·윤리적 적응이 있는 경우에 의사는 본인과 배우자의 동의를 얻어 인공임신중절수술을 할 수 있도

- 1) 『신법률학사전』, 법률신문사, 제301면; 배중대, 『형법각론』, 홍문사, 1999, 제145면; 이재상, 『형법각론』, 신정판, 1997, 제77면.
- 2) 새생명사랑회, 『낙태와 생명윤리』, 1990, 제12면 이하에서, 미국의 경우 연간 150만 건(1985년), 일본은 약 50만 건(1987년), 프랑스는 약 17만 건(1987년), 구서독은 약 8만8천여 건(1984년), 스웨덴은 3만여 건(1984년), 구소련은 650만 건(1987년). 우리나라는 150만 건(1985년)에 달하고 있다는 보고를 했다.
- 3) 2005년 9월 13일 오후 2시 고려대학교 국제관에서 ‘인공임신중절의 현황과 대책’에 대한 공청회가 열렸다. 연구교수인 김해중 고려대산부인과교수와 안형식 예방의학교수의 주제발표가 있었다. 토론자는 김상희 보건복지부 인구가정정책과 과장, 이기철 산부인과기원의협의회 의무이사, 이인영 한림대 법학부교수, 낙태반대운동연합, 정효성 의사협회 법제이사가 참석했다. 이 연구의 용역발주처는 보건복지부다. 보건복지부는 임신중절수술에 대해서 현황을 보고하게 하여 사회적 대책마련을 하고자하는 공론의 장이필요하다는 의견을 제시했다.
- 4) 특히 우리나라의 경우 한국인구보건연구원의 조사에 따르면 1960년대 초 10만 건에 달하던 낙태가 1970년대 초에는 31만4890건, 1978년에 1백만, 1985년 한국 꺾임인구조사연구소 조사에 따르면 우리나라 기혼여성들 중에 44.2%가 한 번이상의 인공유산 경험을 갖고 있는 것으로 나타났다.(새생명사랑회, 전개논문, 제13면) 1988년 한국인구보건연구원의 조사에 의하면 우리나라 15세에서 44세까지의 기혼여성들 가운데 52%가 평균 2회 정도 낙태수술을 받은 적이 있는 것으로 보고되었다.
- 5) 배중대, 『형법각론』, 제3판, 1999, 제156면(인제대의 유태환 교수가 1996년 5월부터 4개월 동안 전국 20개 병·의원에서 임신중절수술을 받은 1098명(미혼여성 302명 포함)을 대상으로 설문조사한 결과에서 가장 충격적인 내용은 낙태 받은 여성의 76.7%가 수술한 것에 만족한다고 답변한 반면 23.3%만이 후회하거나 죄책감을 느낀다고 밝혀 상당수 여성들이 낙태에 대해 법적·도덕적 불감증에 걸려 있음을 보여준 것이라고 할 수 있다).

록 규정하고 있다. 동조의 법적성질은 적응방식(Indikationslösung)에 의하여 낙태죄의 특수한 위법성조각사유를 규정한 것이라고 할 수 있다. 그러나 모자보건법은 적응방식에 의하여 낙태의 허용범위를 규정한 법률이라 할지라도 그 우생학적·윤리적 적응은 지나치게 좁게 규정되어 있을 뿐만 아니라, 사회적 적응을 인정하지 않는 점에서 현실문제의 해결에 불충분하고⁶⁾ 입법론 상으로도 문제가 있다. 여기서 사회적 적응(sozialiale Indikation)이란 임신의 지속이 임부나 그 가족의 사회적·경제적 상태를 현저히 위태롭게 할 우려가 있을 때에는 낙태를 허용하는 것을 말한다.

그런데 모자보건법이 그 적응규정을 엄격히 제한하고 있음에도 불구하고 미혼녀는 물론 기혼부인의 상당수가 중절수술을 경험하고,⁷⁾ 병원에서 공공연히 낙태수술이 행하여지고 있지만 낙태죄로 입건된 것은 극소수에 그치고 있다.

우리 형법(제27장)은 ‘낙태의 죄’를 규정하고 엄격한 낙태행위에 대한 처벌규정을 갖추었다. 그동안 산부인과를 중심으로 한 의사들은 ‘의사 등의 낙태’ 즉 형법 제269조와 제270조에 대한 개정필요성을 공감하고 있었으나, 시술여성의 자기결정권과 의료기관의 사정 등의 민감함을 이유로 공론화과정은 신중할 수밖에 없었다.

이러한 현실과 관련하여 낙태죄를 폐지해야 하지 않는가? 라는 문제가 제기된다. 이에 대하여는 세 가지 견해가 있다.

첫째, 과학적 피임방법이 발달되어 있는 오늘날 엄연한 하나의 생명을

6) 심영희, “낙태의 실태 및 의식에 관한 연구”, 『형사정책연구』, 1991, 제292면 이하. 1990년의 한국형사정책연구원의 설문조사서는 조사대상자의 36%가 낙태경험이 있는 것으로 나타났는데, 이 중 조사대상 기혼여성의 52.2%와 미혼여성의 3.7%가 낙태의 경험이 있는 것으로 응답하였다. 또한 낙태의 이유도 법적으로 허용되지 않는 사회·경제적 이유가 대부분을 차지하고 있는 것으로 나타났으며, 낙태행위가 범죄라고 하는 사실에 대한 인지도가 낮았고, 낙태시술의료인들이 낙태시술을 행할 때 의료인들의 48.4%가 아무런 질문도 없이 낙태시술을 행했다고 보고하고 있다.

7) 우리나라에서는 한 아기가 태어날 때, 2.5명의 아기가 죽어간다. 한해에 60만 명이 태어나고 150만 명이 죽어가는 것이다. 하루에 4,000건의 낙태행위가 일어나고, 20초당 한명의 아기가 죽어간다. 기혼여성 중 59.3%가 낙태를 경험했고, 18세 이상 성인여성의 38.8%가 낙태를 경험하게 될 것이다(김창규, 『의협신보』, 2001, 제25면).

희생시키는 낙태는 허용될 수 없으므로 처벌되어야 마땅하다는 견해,

둘째. 태아를 생명으로 보는 데는 과장이 있고 자식의 출생에 대한 자유가 보다 존중되어야 하므로 형법의 낙태죄는 폐지되어야 한다는 견해,

셋째. 낙태죄의 본질이 태아의 생명을 보호함에 있고, 그것이 인간의 생명과 직결되는 것이므로 낙태를 전면적으로 허용하는 것은 긍정할 수 없지만, 임부의 자유와 책임이 조화되는 범위에서 그 허용사유를 넓혀야 한다는 견해가 대립되고 있다.

II. 낙태죄 규율의 역사

고대 로마의 초기법이나 동양 전통법에서는 태아를 모체의 일부분으로 보아 낙태행위를 처벌하지 않았다. 기원 후 2세기경 후기 로마시대의 시베루스황제에 이르러 낙태는 남자의 자녀에 대한 기대를 파괴하는 범죄로 처벌된 것이다.

아리스토텔레스의 시대에서 중세 스콜라 학자의 시대에 이르기까지 태아는 처음에는 식물로 취급되고, 다음에는 동물로, 그 후에는 入靈(Be-seelung)에 의해서 마침내 인간으로 취급되었다. 그러나 중세에 이르면 태아는 어떤 단계에서도 사람으로 취급되는 것이므로 낙태는 허용되지 않는다는 견해가 지배적이었다.⁸⁾

8) 기독교는 그 시작에서부터 인간생명에 대한 존엄성을 이유로 실제적으로 낙태와 영아 살해를 모두 반대하였다. 특히 낙태의 경우 성적 음란과 결부된 것은 특히 강한 비난의 이유가 되었다. 낙태를 살인으로 간주할 만큼 영혼이 육체에 깃드는 시기를 결정함에 있어서 초기의 신학자들은 생명과 관련하여 고전적 견해의 영향을 받았다. ① 피임과 같이 탄생할 생명에 대한 예방으로 간주되는 무생물 또는 미형성체로서의 태아에 대한 낙태와 ② 이미 존재하는 생명의 박탈로 간주되는 생물, 형성체 또는 생명을 얻은 태아에 대한 낙태는 구별되었다. 이러한 구별을 모든 사람이 받아들인 것은 아니었지만 그것은 중세법에서 교회법과 민법에 편입되었다. 그러나 영성체(靈成體, ensoulment)로 되는 시점은 언제부터인가에 대해서 상당한 불확실성이 있었다. 14세기와 16세기 사이에 점차적으로 교회법 법률가들은 로마시대와 같이 낙태태아는 임신 40일 이후로, 여성은 임신 80일 이후로 그 시기를 확정하게 되었다. 17세기에서 18세

낙태행위가 태아의 생명을 침해하는 범죄로 처벌된 것은 기독교사상에 영향을 입은 중세 교회법과 독일 보통법에서 시작되었다. 기독교사상에 따르면 태아는 수태 후부터 완전한 인간으로 보았기 때문에 낙태는 살인과 마찬가지로 취급하였다. 1532년 제정된 카로리나 형법전은 활동하는 태아를 낙태한 경우는 살인죄의 일종으로 처벌하였고, 아직 활동하지 않는 태아를 모체 밖으로 배출한 경우에는 법에 정당한 사람의 감정을 받아 형벌을 정하도록 하였다.

낙태죄를 일반적으로 처벌하기 시작한 것은 근세형법 이후부터이다. 즉 1794년 프로이센 일반국법은 낙태죄를 일반적으로 중하게 처벌하되, 타인 낙태를 자기낙태보다 더 중하게 처벌하였다. 1913년 바이에른 형법초안과 1851년 프로이센 형법도 낙태죄를 일반적으로 처벌하였으나 형(刑)은 다소 완화시켰다. 1871년 독일제국형법전 이후 각국의 입법에서는 거의 예외 없이 낙태죄를 처벌하기에 이르렀다.⁹⁾ 당시의 제정 이유는 다음과 같다. 첫째, 낙태는 의학적으로 여성에게 위험한 것이며, 둘째 빅토리아시대의 정신적 유산으로써 불법적인 성적 행동을 억제할 수 있고, 셋째 임신순간부터 태아도 인간이라는 전제하에 태아의 생명을 보호하는 것이 국가의 이익이며 의무이기 때문이라는 것이었다.¹⁰⁾

우리나라에서는 전통적으로 중국의 법령에 따라 낙태죄를 처벌하지 않았다. 조선왕조에 들어와서도 낙태를 처벌하지 않다가 1905년 형법대전에서 비로소 낙태죄를 독립된 범죄로 취급하기 시작했다. 즉 형법대전 제21전 제533조에 ① 임부를 구타하여 낙태케 한 자는 징역 2년, 90일 미만의

기에는 아리스토텔레스적 생물학이 불신을 받기 시작하였듯이, 이러한 시각도 비판을 받게 되었다. 그러나 유독 19세기에만 낙태 관련 세속법이 엄격해진 것과 마찬가지로 기독교(법)는 단호하게 태아의 발달단계에 상관없이 어떠한 형태의 낙태이든 살인으로 취급되어야 한다는 태도를 취했다(Edward M. Wise, (주 129), 제1~2면).

9) 김일수, “낙태죄의 해석론과 입법론”, 『고려대 법학논집』, 27집, 1992, 제86면; “낙태죄 규율의 조류”, 『청암 정경식박사 화갑기념논문집』, 1997, 제229면; “낙태와 살인의 한계-모자보건법 개정안의 모색”, 『유일당 오선주교수 정년기념논문집』, 2001.

10) 이영란, 『낙태죄 실태와 입법정책을 중심으로』, 숙명여대 현대사회연구소, 2000, 제 33~35면.

징역일 때 태(笞) 100, ② 임신부를 위력으로 꺾박하여 낙태케 한 자는 징역 1년, 90일 미만 징역일 때 태(笞) 80, ③ 임부나 그 남편 또는 그 조부모의 청탁을 받아 약물 기타 방법으로 낙태케 한 자는 금옥(禁獄) 10월, 90일 미만의 금옥일 때에는 태(笞) 70, ④ 간부(姦夫)가 약물 기타 방법으로 낙태시킨 때는 징역 3년에 처하도록 하되 ①항 내지 ③항의 낙태를 그 친속(親屬)이 범한 때는 친속 등급에 따라 감경할 수 있게 하였다.¹¹⁾

III. 생명 보호

1. ‘생명권’의 법적 의의

학설에 의한 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 생명(life)이란 자연적 개념으로서 「아직도 생존하지 않은 것」과 「죽음」에 반대되는 인간의 정신적·신체적인 생의 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 가치 판단은 법적으로 허용되지 않는다.¹²⁾

생명의 규범적인 의미를 확정하기 위해서는 생명이 존재하기 시작하는 시기(始期)와 종료되는 종기(終期)를 확정하는 것이 필요한데, 법적으로는

11) 김일수, 전계논문, 제229면.

12) 박경춘, “분만 전 태아에 대한 낙태죄 이외의 형법상 보호가능성”, 『의료법학』, 제9권 제1호, 제214면.

이러한 시기부터 중기까지의 기간 동안에 존재하는 자연적 생명을 생명권의 보호대상으로 한다.¹³⁾고 하면서 태아의 경우 당연히 생명권의 주체가 된다고 보고 있다.¹⁴⁾

태아는 이미 출생한 영아와 본질적으로 동일한 인간이고 출산은 인간의 발전과정의 한 단계, 즉 태내환경에서 사회적 환경으로의 이행일 뿐이다. 이 의학적인 사실을 전제로 인정해야 비로소 법과 도덕은 태아의 보호에 대해서 올바른 규제를 찾아낼 수가 있다. 태아가 인격적 존재로서의 사람이라고 한다면 태아에도 또한 인간으로서의 존엄이 인정되지 않을 수 없다. 인간으로서의 존엄을 인정하게 되면 윤리학적 견지에서 낙태는 악이고, 그것이 허용되는 유일한 예외는 낙태가 모체의 생명을 구하는 유일한 수단이고 낙태를 하지 않으면 임부와 태아 모두 사망하게 될 경우에만 고려될 수 있다.

이에 대해서 법적 견지에서 보면 인간의 존엄은 인권의 근거이지만 그것만으로 아직 인권을 기초 지우기에 충분하지 않고 실정법에 의해서 인정될 필요가 있다. 우리나라에서는 태아의 인권, 특히 생명권을 인정하는 취지의 법률상 규정은 존재하지 않는다. 그러나 민법에서는 불법행위에 기한 손해배상이나 상속에 관하여 태아는 이미 출생한 자로 간주하게 되고(제762조, 제1000조 제3항), 형법에서는 태아의 생명을 직접의 보호법익으로 하는 낙태죄 규정(제269조-제270조)이 있다. 헌법에는 명문 규정은 없지만 태아에게도 인간으로서의 존엄이 인정되는 이상 태아의 인권, 특히 생명권은 우리 헌법 아래서도 인간의 존엄(제10조) 및 모성 보호(제36조 제1항) 규정에 의해 인정된다고 할 수 있다.¹⁵⁾ 그리고 헌법 제 37조

13) 정종섭, 『헌법학원론』, 박영사, 2006, 제363면.

14) 정종섭, 위의 책, 제363면.

15) 1959년 11월 20일에 UN 총회에서 결의된 '아동의 권리에 관한 선언'에서는 前文에 아동은 태어나기 전과 후도 포함한다고 한 다음, 제2조에서 아동이 건전하게 발육할 수 있도록 하기 위해서 법률 기타의 수단에 의해서 특별한 보호가 주어져야 한다고 규정하고 있다.

제1항은 ‘국민의 자유와 권리는 헌법에 열거되지 아니한 이유로 경시되지 아니한다.’라고 규정하고 있다. 따라서 비록 생명권의 보장이 헌법상 명시되어 있지는 않지만, 생명권은 인간의 존엄과 가치 보장을 위해 불가결한 조건으로서 이러한 규정에 근거하여 포괄적으로 보장되는 권리에 해당하여 경시될 수 없다는 논리가 법학자들의 의견이다.¹⁶⁾ 헌법재판소 역시 판례를 통해 생명권의 최상위 기본권성을 인정하고 있다.¹⁷⁾

이러한 생명권은 ‘생명을 온전히 유지하며 살 권리’라고 정의될 수 있다. 그러므로 생명권의 내용인 보호법익은 말 그대로 인간존재를 증명할 수 있는 가장 중요한 개념이라고 할 수 있는 ‘생명’이다.¹⁸⁾ 헌법재판소와 대법원은 「생명은 한번 잃으면 영원히 회복할 수 없으므로 세상 무엇보다도 바꿀 수 없는 고귀하고도 절대적이며 엄숙한 것이므로, 비록 헌법에 명문규정이 없다고 하더라도 인간의 생존본능과 존재목적에 바탕을 둔 선험적이고 자연법적인 권리로서 헌법에 규정된 모든 권리의 전제로서 기능하는 기본권 중의 기본권이자 인간 존재의 근원」임을 밝히고 있다.¹⁹⁾ 이러한 생명권은 생명이 국가나 사인에 의한 침해로부터 보호 받을 수 있는 권리이자 국가를 대상으로 생명의 보호를 요구할 수 있는 권리라고 할 수 있다. 따라서 생명권의 효력 역시 모든 국가권력을 구속하여 이의 행사에 미치고,²⁰⁾ 사인 상호간에도 미치는 것이다.

그렇다면 태아는 언제부터 시작되는가? 이것은 곧 인간적 생명 또는 인

16) 이밖에 생명은 인간의 신체의 안전과 자유의 본원적 기초이므로 생명권은 신체의 자유권을 규정한 헌법 제12조에 근거해서도 인정되는 권리라는 견해도 있다.

17) 헌법재판소 1996.11.28. 선고 95헌바1.

18) 김은애, 「출생 전 생명에 대한 헌법 및 잔더법적 고찰」, 2009년 대한의료법학회 학술대회, 제5면.

19) 헌법재판소 1996.11.28. 선고 95헌바1: 대법원 1967.9.19 선고, 67도988.

20) 생명권이 헌법상의 기본권으로 인정되는 이상, 국가는 생명을 보호하여야 할 의무를 진다. 헌법재판소는 「헌법 제10조는 인간의 존엄과 가치에 대한 국가의 보장 의무를 규정하고 있는데, 사람의 신체와 생명은 인간의 존엄·가치의 근본이므로 사람의 생명이나 신체에 위해를 발생케 할 우려가 있는 의료행위에 대한 규제는 바로 인간의 존엄과 가치를 보장해야 하는 국가의 헌법적 의무라고도 할 수 있다」(헌재 1996.10.31. 선고 94헌가7).

격적 존재가 언제부터 시작되는가의 문제이다. 다시 말해 형법상 낙태죄에 의한 태아의 생명보호를 어느 범위까지로 할 것인가의 문제이다. 윤리학적 입장에서 다수의 윤리학자는 태아는 수정의 시점부터 인간적 생명으로서 존중되어야 할 뿐만 아니라 동시에 이미 하나의 인격적 존재로서 인간으로서의 존엄을 가지는 것으로 생각하고 있다. 그러나 (형)법적으로는 수정시설보다 오히려 착상시설에 입각하여 태아의 시기를 설명하는 견해가 타당하다. 그것은 착상의 종료까지 배(胚)의 분할이 있을 수 있고 수정란의 착상에까지 이르는 비율이 그다지 높지 않기 때문에 그와 같은 불확실한 생명을 낙태죄에 의한 법적 보호의 대상으로 하는 것은 곤란하다. 또한 수정시 설을 취한다면 오늘날 각국에서 사용되고 있는 착상을 방해하는 작용을 가지는 경구피임약 등의 피임방법이 불법화되는 불합리가 생긴다는 정책적 고려도 착상시설에 무게를 싣는다. 물론 수정란의 인격적 존재성 여부는 분명하지 않더라도 새로운 인간적 생명으로서 존중하는 것이 도덕적으로 요청된다. 그러나 통상의 임신의 경우를 생각해 보면 수정란이 착상에 이르기까지는 사실상 그 존재를 알 수 없으며, 또한 수정란의 훼손을 증명하는 것도 사실상 불가능하다. 따라서 이 단계에서 유효한 규율을 하는 것은 불가능할 것이다. 형법상 낙태죄의 규정은 태아의 생명보호를 목적으로 하는 것이지만 규율의 유효성이라는 점에서 태아의 시기를 수정시가 아닌 착상종료 시로 보는 입법례나 해석이 타당하다.²¹⁾

2. 생명보호의 요청²²⁾

사람의 생명은 천하보다 귀하다. 천하를 얻고도 생명을 잃으면 아무 소용도 없을 터이기 때문이다. 한 사람의 생명은 그 자체가 목적일 뿐 다른

21) 박무원, 「형법의 도덕적 정당화와 형법에 의한 도덕 형성의 문제」, 고려대박사논문, 2006. 제234면.

22) 김일수, “낙태와 살인의 한계-모자보건법 개정안의 모색”, 『유일당 오선주교수 정년 기념논문집』, 2001.의 ‘생명보호의 요청’ 내용을 본고의 성격과 완성도를 고려하여 대부분 인용하여 편집하였다.

목적을 위한 수단으로 전락될 수 없다. 생명경시와 파괴의 시대를 살아가는 우리들이 다시금 지고한 인간생명을 존귀하게 여기는 인간다운 사회를 만들어가자면 모든 법질서와 윤리 그리고 사회체계가 인간생명을 불가침·불가양의 권리로 승인하고 이를 신성시하는데서 출발하지 않으면 안 될 것이다.

물론 우리 헌법상 생명권에 관한 명문규정은 없다. 그러나 생명은 신체의 자유를 규정한 기본적 인권의 당연한 전제일 뿐만 아니라 인간의 존엄성과 가치를 최상위의 근본규범으로 삼는 기본권질서의 출발점이다.²³⁾ 인간의 생명이 전제되지 않은 자유와 권리, 인간의 존엄성, 행복추구권 등은 모두 다 공허한 개념에 지나지 않을 뿐이다. 따라서 각종 기본권을 보장하는 헌법질서 내에서 생명권은 명문규정 유무에 관계없이 당연한 헌법상의 권리로 인정하지 않으면 안 된다.

법익보호를 주된 임무로 삼는 형법질서도 인간의 생명을 최상위의 법익으로 삼고 이를 보호하기 위한 겹겹의 보호 장치로서 살인죄, 낙태죄, 상해죄, 과실치사상죄 등 각종의 죄형법규를 두고 있다. 그것은 인간의 생명이 건강이나 자유, 명예나 재산, 국가의 안전이나 사회적 이익 등 그 어떠한 가치보다 더 귀중한 것이기 때문이다.

인간의 생명은 인간이 윤리적 인격주체로서 자유로운 발전을 지향하여 스스로 인간의 존엄과 가치를 실현할 수 있는 실존적 가치이다. 그러므로 인간의 생명은 최대한 존중되고 보호되어야 한다(생명보호절대의 원칙). 법의 숭고한 도덕성은 인간의 생명을 다른 목적을 위한 수단으로 삼지 않고 목적 그 자체로서 존중하는데 있다. 각인(各人)의 생명은 그 자체로서 고유한 존재가치가 있고 그것을 포기하려는 개인의 자의적이고 주관적 처분행위에 의해 좌우될 성질의 것이 아니다.

23) 허 영, 『한국헌법론』, 제335면(독일과 달리 '생명권'에 관해서는 우리 헌법에 명문규정이 없지만, '생명권'은 '신체적 완전성' 및 '신체활동의 임의성'을 보장하는 '신체의 자유'의 당연한 전제일 뿐 아니라, '인간의 존엄성'을 그 가치적인 핵으로 하는 우리나라 기본질서의 논리적인 기초이다).

인간의 생명은 분만으로 인해 세상 밖으로 나왔으나 아직 모체 속에 있느냐 하는 시간과 상황, 자리매김에 따라 차등이 생겨서도 안 된다. 기독교 교회는 전통적으로 수정되는 순간부터 인간의 생명이 시작되는 것으로 보고 있다. 교황 요한 바울 2세도 1995년에 발표한 「생명의 복음」에서 “난자가 수정된 순간부터 생명은 시작되었고, 그것은 아버지나 어머니의 것도 아닌 자신의 성장력을 지닌 한 새로운 인간의 생명이다. ……인간은 수정되는 순간부터 한 개체로서 존중되고 정중히 다루어져야 한다”고 말했다. 19세기 이후 죽음과 살림의 문화에 대한 인식이 깊어지면서 교회뿐만 아니라 영국법과 미국법도 수태 후 인간생명이 시작된다는 전제에서 출발하는 케도수정을 했고, 1948년 스위스 제네바에서 열린 세계의사협회에서 현대식으로 새롭게 다듬어진 히포크라테스 선서에 「나는 수태 순간부터 인간생명을 최대한 존중하겠습니다」라는 문구가 포함되어 있다.

그러나 형법의 지배적인 시각은 유감스럽게도 태아의 생명보호에 있어서 이와 다른 틈새를 보이고 있다. 즉 형법상 태아가 되는 시기는 수정된 때가 아니라 수정란이 초기 배아단계를 지나 자궁점막에 착상한 때라는데 대부분의 견해가 일치한다. 수정란은 인체생리학적으로 수정 후 14일이 지나면 자궁에 착상될 수 있다. 그러나 착상은 50% 정도의 성공률을 갖고 있을 뿐이므로 착상에 실패하여 배출되는 경우도 상정해야 한다. 이런 맥락에서 보면 수정되었다고 해서 곧바로 태아가 되는 것은 아니라는 것이다.

예외적인 경우이긴 하지만 수정 후 14일이 지났더라도 착상되기 전의 초기배아는 낙태죄의 행위객체인 태아가 될 수 없고, 수정 후 14일 전이라도 일단 착상된 배아는 낙태죄의 행위객체인 태아가 된다. 수정 후 착상 때까지 14일간의 초기배아는 현행법상 낙태죄의 보호밖에 있으므로 수정란 내지 초기배아의 착상을 막는 피임약 투입은 반생명적이지만 낙태행위는 될 수 없다.

시험관에서 수정되어 발육된 배아나 유체도 자궁 속으로 이입되어 착상되기 전에는 배아로서 보호받을 수 없는 실정이다. 심지어 시험관아가가

시험관에서 3개월이나 자랐을지라도 모체의 자궁 속으로 이입되어 착상되기 전에는 역시 태아로서 보호받을 수 없다.

이처럼 낙태죄의 보호객체가 되는 것은 수정란이 발육을 거듭하여 적어도 자궁에 착상된 때부터이다. 수정 후 착상 사이의 약 14일간의 초기배아를 보호하는 장치는 전통형법에서 발견하기 어려운 실정이다.

현대의 생식의료기술은 체외수정과 대리모를 통해 시험관아기를 배출시켰다. 이것이 가능해지면서 시험관에서 수정되어 출산에 직접 사용되지 않고 남은 여분의 수정란 내지 초기배아에 대한 보호가 문제된다. 그리하여 스웨덴의 체외수정법(1988. 6. 14), 독일의 배아보호법(1991. 1. 1), 프랑스의 공중위생법(1994. 1. 19) 등이 전통형법의 흠결을 보충하여 배아의 사용을 일정한 생식목적에만 제한하고, 그 오용을 막는 장치를 마련했다. 우리나라에서도 초기배아를 보호하기 위한 입법이 시급하게 요청되는 상황이다.

오늘날 자유화된 성풍속과 성개방 및 가정과 전통윤리의 붕괴로 우리나라의 낙태율은 낙태자유화와 합법화가 일반화된 국가들보다 정도가 심해졌다. 더욱이 모자보건법이 낙태를 허용하는 합법성의 문을 넓게 열어주자마자 우리나라에서 성개방과 문란, 이로 인한 가정의 붕괴가 더욱 심화되어갔고, 그것이 악순환이 되어 낙태를 더욱 조장시키는 결과를 가져왔다는 점이다. 그러므로 다수의 경제적 부를 늘리기 위한 방편으로 자행되는 임신중절이나 아들 또는 딸을 선호해서 선택하는 낙태는 법률로 엄격히 금지시켜야 한다.

국가는 임신중절에서 합법성과 도덕성을 혼돈해서는 안 된다. 비록 현실적으로 임신중절수술이 합법적이라고 하더라도 헌법을 비롯한 모든 법질서가 근본적으로 지향하고 있는 인간의 존엄성보장이라는 관점에서 볼 때 그것은 적어도 도덕성의 차원에서 의심받기에 충분하다. 합법적이더라도 도덕성차원에서 의심받는 권력 작용은 최대한으로 절제되어야 마땅하다. 생명을 경시하고 파괴하는 낙태허용규정을 두고 생명보호를 설교하는

국가정책은 공허하고 자기모순처럼 보인다. 결국 낙태허용규정을 통해 모성이나 우리 공동체 삶의 질이 높아지는 것이 아니라 더욱 빈약하고 황폐해진다는 사실을 유의해야 할 것이다. 비록 유전적·우생학적·전염성 병인을 가진 생명일지라도 또는 준비 없이 당한 원치 않는 생명일지라도 그 하나뿐인 생명을 둘러싼 당사자들과 공동체가 그 생명을 운명처럼 품에 안고 사랑의 수고와 희생의 대가를 치름으로써 행복을 얻을 수 있다. 합법적으로 미화된 임신중절을 통해 그 생명을 파괴시킴으로써 개인과 공동체의 행복은 결코 얻어질 수 없을 것이다.

3. 생명권에 관한 판례

가. 헌법재판소 1996.11.28. 선고 95헌바1 판결

(1) 생명권 역시 헌법 제37조 제2항에 의한 일반적 법률유보의 대상이 될 수밖에 없는 것이나, 생명권에 대한 제한은 곧 생명권의 완전한 박탈을 의미한다 할 것이므로, 사형이 차례의 원칙에 따라서 최소한 동등한 가치가 있는 다른 생명 또는 그에 못지아니한 공공의 이익을 보호하기 위한 불가피성이 충족되는 예외적인 경우에만 적용되는 한, 그것이 비록 생명을 빼앗는 형벌이라 하더라도 헌법 제37조 제2항 단서에 위반되는 것으로 볼 수는 없다.

(2) 모든 인간의 생명은 자연적 존재로서 동등한 가치를 갖는다고 할 것이나 그 동등한 가치가 서로 충돌하게 되거나 생명의 침해에 못지아니한 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 ‘필

요약'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.

(3) 형법 제250조 제1항이 규정하고 있는 '살인의 죄'는 인간생명을 부정하는 범죄행위의 전형이고, 이러한 범죄에는 그 행위의 태양이나 결과의 중대성으로 미루어 보아 반인륜적 범죄라고 규정 지워질 수 있는 극악한 유형의 것들도 포함되어 있을 수 있는 것이다. 따라서 사형을 형벌의 한 종류로서 합헌이라고 보는 한 그와 같이 타인의 생명을 부정하는 범죄행위에 대하여 행위자의 생명을 부정하는 사형을 그 불법효과의 하나로서 규정한 것은 행위자의 생명과 그 가치가 동일한 하나의 혹은 다수의 생명을 보호하기 위한 불가피한 수단의 선택이라고 볼 수밖에 없으므로 이를 가리켜 비례의 원칙에 반한다고 할 수 없어 헌법에 위반되는 것이 아니다.

나. 대법원 1991.10.26. 선고 90도 2906 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.」

다. 대법원 2003.6.13. 선고 2003도 924

(1) 사형은 인간의 생명 자체를 영원히 박탈하는 냉엄한 궁극의 형벌로서 문명국가의 이성적인 사법제도가 상정할 수 있는 극히 예외적인 형벌

이라는 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.

(2) 사형의 선택 여부를 결정하기 위하여서는 법원으로서의 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 사형 선택 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. 대법원 2007.6.29. 선고, 2005도3832판결(업무상과실치사판례)

(1) 사실관계, 피고는 서울에서 조산원을 운영하는 조산사로, 37세의 고령 임신부인 과거 2회의 제왕절개 병력과 당뇨증상과 양수과다를 고지를 받고서 피해자와 태아에 별 문제가 없으므로 정상 분만 할 수 있다고 말하

고, 출산예정일 이후 2주 더 기다려보자고 방치함으로써, 태아가 자궁내에서 5.2kg의 거대아로 성장, 성장사실 확인 못하고, 태아심음을 관찰을 아니하고 3시간 입원실에 방치하였다. 그 무렵 태아가 피해자의 자궁 내에서 저산소성 손상(자궁내태아곤란증)으로 인한 심폐정지로 사망하였다. 그 후 대학병원에서 사망한 태아를 반출하기위한 응급제왕절개수술을 받았다.²⁴⁾

(2) 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(대법원 1982.10.12. 선고 81도2621판결, 대법원 1998.10.9. 산거 98도949 판결 등 참조). 이 법리에 비추어 기록을 살펴보면, 원심이 산모에게 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 채증법칙위배 또는 업무상과실치사죄의 객체에 관한 법리 오해 등의 위법이 없다.

(3) 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 및 낙태미수행위에 대하여 따로 처벌규정을 두지 아니한 점 등에 비추어 보면, 우리 형법은 태아를 임신부 신체의 일부

24) 사후적이지만, 37세의 고령 임신부, 과거 2회의 제왕절개병력, 당뇨병적 산모, 양수 과다를 인지한 상태에서 정상 분만할 수 있다는 판단을 한 것은 조산사의 분만행위가 형법상의 인수과실의 책임문제에 자유로울 수는 없다고 생각된다. 또 당뇨성 산모에게 거대아 출생을 예견했어야 하는데 출산예정일 이후 2주 더 기다려 보자고 했고, 5.2kg의 거대아를 정상 분만할 수 있다 판단했다. 또 태아심음을 관찰 아니 하고 3시간 입원실에 방치한 부분은 의학적으로 이해가 안 된다.

로 보거나, 낙태행위가 임산부의 태아양육, 출산기능을 침해하는 측면에서 낙태죄와는 별개로 임산부에 대한 상해죄를 구성하는 것으로 보지는 않는다고 해석된다. 따라서 태아를 사망에 이르게 하는 행위가 임산부 신체의 일부를 훼손하는 것이라거나 태아의 사망으로 인하여 그 태아를 양육, 출산하는 임산부의 생리적 기능이 침해되어 임산부에 대한 상해가 된다고 볼 수는 없다.

IV. 낙태규율에 대한 경향

1. 극단적인 두 경향

형법상 낙태죄에 의한 태아의 생명보호를 어느 범위까지로 할 것인가는 형사 정책적으로 가장 논란이 많은 문제 중의 하나이다.

진보적 경향은 “내 배는 나의 처분에 속한다”(Mein Bauch Gehört mir!)라는 구호를 내세운다. 이 입장은 태아의 보호를 원칙적으로는 인정하지만, 임산부의 자기결정권이 태아의 생명법익보다 언제나 우선되어야 한다는 주장이다. 즉 태아를 정상적으로 출산할 것인가 중절할 것인가는 여성의 자연법적 권리라는 것이다.²⁵⁾

그러나 여성의 자기결정권이 자연법적 권리라면, 태아의 생명의 불가침성도 자연법적 권리라는 사실을 이 입장은 간과하고 있고 여성의 이익과 태아의 생명법익 사이에는 가치교량이 필요하다는 점도 간과하고 있다.

이에 비해 보수적 경향은 “낙태는 살인이다”(Abtreibung ist Mord!)라는 구호를 내세운다. 이 입장은 주로 기독교윤리신학에서 주장되고 있다.

25) 독일에서 개정형법규정의 위헌여부를 둘러싸고 시위와 논쟁이 계속되었으며 “내 배는 내 것이다”라는 플래카드를 앞세운 맹렬 자유여성들의 시위 가운데 연방헌법재판소는 1975년 2월 25일 이른바 제1차 낙태판결을 통하여 “내 배는 제한적으로만 내 것이다”라는 방향의 판결을 내렸다.

즉 수태순간부터 태아의 생명도 사람의 생명과 같이 보호되어야 한다는 입장이다. 또한 윤리신학은 살해가 정당화될 수 있는 경우로는 정당방위·전쟁·사형집행 세 가지 경우뿐이기 때문에, 산모의 건강이나 생명을 보호하기 위해 의료적으로 낙태를 시킨 경우는 위법성이 조각되지 않고 단지 면책될 뿐이라고 한다.

그러나 이러한 입장은 현대의학의 법적 확신과 거리가 멀 뿐만 아니라 그 확신 위에 기초한 실정법적 규율과도 거리가 멀다. 왜냐하면 오늘날 낙태에 대한 형법상의 규율은 일정한 사유가 발생했을 때 일정한 기간 안에 시행하는 낙태는 위법하지 않은 것으로 취급하는 것이 일반적인 경향이기 때문이다.²⁶⁾

2. 입법 경향의 세 가지 규율방식

태아의 생명보호를 일정한 범위 내에서 이익교량의 대상으로 삼고 상황에 따라 문제를 해결하려는 방식으로 세 가지 규율방식이 있다. 그것이 바로 기간해결방식(Fristenmodell)과 적응해결방식(Indikationenmodell), 그리고 상담모델방식(Beratungsmodell)이다.²⁷⁾

가. 기간해결방식

기간해결방식이란 일정한 기간 안에 행하여진 낙태는 어떤 정당화사유가 있는지, 또는 어떤 이유에서 향하여졌는지를 묻지 않고 허용하는 방식이다. 임신은 수정란이 자궁에 착상한 때 시작되며, 수정 후 늦어도 14일이면 착상이 가능하다. 따라서 어느 기간 안에서 낙태를 허용할 것인가가 문제이다. 외국의 입법례 중에는 임신 3개월 이내의 낙태, 즉 초기 낙태를 허용하고 있는 것이 있다.²⁸⁾

26) 김일수, 전계논문, 제281면.

27) 김일수, 전계논문, 제282면.

그러나 기간해결방식은 낙태를 쉽게 하는 방식이긴 하지만, 그 자유의 제한은 항상 헌법적 검토의 대상이 된다. 또한 이 기간 경과 후에도 낙태를 허용해야 할 사례가 있으므로 기간해결방식을 쓰는 경우에도 적응해결방식을 혼용해야 할 필요가 있다.

나. 적응해결방식

낙태의 허용기준을 임신중절에 적응하는 의학적·우생학적 이유, 형사학적·윤리적 이유 등에서 구하여 낙태의 자유를 제한하는 입장이다.

이 적응해결방식은 낙태의 전면금지가 아니라 제한된 범위 내에서 자유화를 지향하는 입법태도에 속한다. 오늘날 스칸디나비아제국이나 구 서독 형법에서 이러한 해결방식을 채택하고 있고, 일본이나 우리나라의 모자보건법도 주로 이러한 적응해결방식을 채택하고 있다.

다. 상담모델방식

임산부를 위한 조언과 도움을 제공할 수 있는 일정한 상담을 필요적으로 거친 뒤 임산부 자신이 최종 책임을 지는 결정 하에 낙태를 허용하는 방식이다. 특히 곤궁에 처한 임산부와 협의 또는 담론을 거친다는 의미에서 담론모델(Diskursmodell)이라고도 부른다. 여기에서는 태아의 생명을 우위를 지닌 보호법익으로 인정하되 곤궁한 갈등상황 하에서 낙태를 예외적으로 허용하자는 입장이다. 다만 이 경우에도 임산부와 협의를 통해 임산부가 최종적인 결정을 자기 책임 하에 내릴 수 있게 해 낙태여부를 임산부의 책임 있는 자기결정에 맡기자는 것이다. 1933년 발의하여 1995년에 최종 입법화된 독일개정형법이 이 모델을 채택하고 있다. 기간해결방식을 취했던 구 동독형법과 적응해결방식을 주로 하였던 구 서독형

28) 구 동독형법 제153조 및 1972. 3. 9일자 임신중절법 제1조 2항(12주 이내의 낙태허용): 그 밖에도 네덜란드, 중화인민공화국, 바레인, 예멘 등이 이 모델에 속한다(김일수, 전개논문 제282면).

법을 통일 후 절충하는 과정에서 마련되었다는 점에서 제3의 길로 불리지 기도 한다.

라. 일반적인 경향

낙태에 관한 입법태도는 세계 각국이 사회 문화적 배경이 다르기 때문에 다양한 양상을 보이고 있다. 아일랜드는 낙태허용에 관하여 법적규정이 없어 엄격한 태도인 반면 네덜란드는 원칙적으로 낙태를 처벌하는 규정이 없다. 허용절차에 있어서도 상담절차가 없는 우리나라와는 달리 네덜란드, 영국, 프랑스 등은 상담규정을 두고 있다. 상담규정은 태아의 생명권과 임부의 자기결정권이 충돌할 경우에 상담을 통해 태아의 생명권이 우선시되어 분만을 유도하는데 중요한 역할을 담당하고 있다. 특히 프랑스, 네덜란드, 등은 합법적인 낙태에 있어서 낙태비용을 전액부담하고 그 이외의 경우는 의료보험적용으로 임부의 부담을 가볍게 하고 있다. 영국의 경우에는 모든 사유와 관계없이 국가에서 비용을 부담한다.²⁹⁾

오늘날 낙태에 관한 형법적 규율의 일반적 경향으로는 적응해결방식을 주로 하여, 여기에 일정한 기간상의 제한을 가미하는 방식이라고 말할 수 있다. 그럼에도 불구하고 1960년대 이후 몇몇 예외를 제외하고는 낙태의 자유화가 급속하게 번져 가는 경향이다.

일본은 1958년 우생보호법을 제정하여 인공유산을 실질적으로 자유화한 이래, 미국도 1968년 이후 주에 따라 자유화 내지 규제완화 쪽으로 기울었고, 1970년대 초반에는 유럽 여러 나라와 인도, 싱가포르 등의 동남아국가들도 낙태의 규제완화 또는 인공유산의 자유화를 선언하게 되었다.

이러한 경향에 따라 적응사유도 의학적·우생학적 사유나 형사정책적·윤리적 사유 외에 사회적·경제적 사유가 추가되는 등, 완화의 폭이 넓어지고 있다. 이러한 추세는 현대사회를 윤리적 기준이 없는 시대로 전락시

29) 이동임, 「낙태죄의 입법방향에 관한 연구」, 경시대 석사논문, 제36~37면.

킬 위험이 있어 다시금 생명존중과 생명경외에 관한 각성의 소리가 일어나고 있는 실정이다.³⁰⁾

3. 비교법적 고찰

가. 독일

독일형법은 1974년 6월 18일자 제5차 형법개정법률에서 태일 안의 제안에 따라 기간해결방식을 도입하여 낙태자유화를 채택했으나, 1975년 2월 25일자 연방헌법재판소의 위헌판결로 무효가 되었다.

연방헌법재판소는 이 판결에서 「모체에서 자라고 있는 생명은 헌법의 보호를 받는 독립된 법익이다. 이러한 국가의 보호의무는 태아의 생명에 대한 국가의 직접적인 침해를 금지할 뿐만 아니라 국가에게 그 생명에 대한 보호를 요구한다. 태아의 생명보호는 원칙적으로 임신의 전 기간에 걸쳐 임부의 자기결정권에 우선하며, 그 기간에 따라 문제되는 것은 아니다」라고 판시하였다.³¹⁾

이에 따라 독일형법 제218조 a는 1976년 5월 18일자 제15차 형법개정법률에 의해 적용해결방식을 취하지 않을 수 없게 되었다. 그리하여 독일형법상 낙태는 원칙적으로 금지되지만, 일정한 적용사유에 해당할 때 예외적으로 허용되어 위법성이 조각된다.

1990년 10월 3일 동독은 서독에 편입됨으로써 흡수통합을 이루어졌다. 1990년 8월 31일자 독일통일조약 제3장은 동·서독 법통합의 문제를 규정하고 있다. 이에 따르면 서독법률은 일반적인 효력을 갖는 것으로 추정된다. 그러나 서독법률의 어떤 부분은 과거의 동독에서 효력을 갖지 못하고, 이 지역에서는 과거의 동독법률이 계속 효력을 갖는다. 그 대표적 예가 낙태죄의 규정이다. 동독에서는 임신 3개월 내의 낙태를 허용하는 기간해결

30) 쿠크·쉐퍼, 『인간, 그 존엄한 생명』, 1988. 제55면 이하.

31) BVerfGE 39. 1.

방식을 취하는 반면, 서독에서는 적응해결방식을 취하기 때문이다. 이와 관련하여 독일여성단체들은 동독규정을 서독지역에 전면수용 할 것을 요구했으나, 통일조약은 입법자에게 1992년 12월 31일까지 이에 대해 새로이 규정하도록 요구했고, 이때까지 새로 규정하지 않으면 옛 규정이 각각의 적용범위에서 계속 효력을 갖도록 하였다.³²⁾ 입법자는 세계관의 차이가 첨예하게 대립하는 상이한 낙태죄의 규정을 통합할 수 있는 힘이 없었으나, 1992년 6월 25일 독일의회는 가까스로 임신확인 12주안에 낙태시술 3일전 의사와 상의를 거쳐 자신의 결정으로 낙태를 하면 위법성이 조각되도록 하는 이른바 ‘상담의무조건부 기간해결방식’을 격론 끝에 가까스로 채택했다. 그러나 독일헌법재판소는 1993년 5월 28일에 이 조건부낙태허용법안에 부분적인 위헌결정을 내리고 의회가 이 법안을 다시 심의토록 함으로써 문제를 다시 원점으로 돌려놓았다. 그에 따라 입법자는 다시, 임신 12주 이내에 임부가 낙태를 요구하고, 적어도 낙태시술 3일 전에 상담을 한 후 상담증명서를 받고 의사가 낙태시술을 한 때에는 낙태가 허용되고(218조의 a 1항), 또한 임부의 현재와 장래의 생활관계를 고려할 때 임부의 생명의 위험 또는 육체적·정신적 건강상태의 중대한 위험을 제거하기 위하여 낙태 이외의 다른 방법이 없는 때에도 임부의 동의를 얻어 의사가 시술하는 낙태는 허용하도록 하는(제218조의 a 2항) 형법개정안을 의회에 제출하였다. 이 안은 1995년 8월 22일 국회를 통과하고, 같은 해 10월 1일부터 시행됨으로써 독일에서의 낙태죄에 대한 논쟁은 일단락되었고, 1998. 1. 31일자 개정형법에서는 적응사유에 의한 합법적 낙태기간을 22주로 한 제한을 철폐하고, 산모와 가정구조법률 개정 법률에 따른 의료적 자문과 지원문제를 강화한 외에 그 골격은 그대로 유지되었다.

32) Steinberg, “독일통일 1990년”, 『고대 북한법률행정논총』, 제8집, 1990, 제272면.

나. 미국

1960년대 이후 낙태자유화운동을 주도해 가고 있는 곳이 미국이다. 1973년 1월 22일 미국연방대법원은 로우 대 웨이드 사건(Roe vs. Wade) 사건³³⁾ 및 도우 대 볼톤(Doe vs. Bolton)사건에서 여자의 프라이버시에 관한 권리를 낙태여부를 결정할 수 있는 권리에까지 확대하여 임신 3개월 까지 임부가 의사와 상의하여 낙태를 결정하는 것은 주법이 금할 수 없다는 입장을 취하였다.

이 입장에서 그 때까지 모체의 생명을 보호하기 위해 필요한 경우 이외에는 낙태를 금지하고 있던 Texas주법을 위헌이라고 판시하였다. 이 판결에서 연방대법원 Blackmun판사는 “그리스법과 로마법은 태아에 대한 보호를 전혀 하지 않았다. 몇 군데에서 낙태행위가 기소되고 있지만 그 기소는 자기의 소행에 대한 부권의 침해라는 개념에서 비롯된 것으로 보인다. 고대종교는 낙태를 금지하지 않았다”는 서술에서 시작하여 “여자의 프라이버시에 관한 권리는 위험한 낙태수술로부터 임부를 보호한다는 이유로 주법이 개입할 여지가 없다. 인간으로서 태아란 출산이 약속된 경우뿐이다”라고 했다.³⁴⁾

미국연방대법원의 이러한 낙태자유화판결에 대해서는 비판의 목소리가 높다. 버클리 대학의 법학교수인 존 누난(John T. Noonan)은 미국연방대법원이 그 고유한 재판기능을 넘어서 연방의 모든 주의 낙태금지법을 철폐시켜 버린 것은 극단적인 결정이었다고 비판한다. 그 판결에 의해 미국이 탄생한 이래 그 어느 때보다도 더욱 사람의 생명이 보호받지 못하게 되었으며, 그 견해 때문에 미국은 서방 어느 나라보다 사람의 생명이 보호하

33) 자세한 내용은 김형남, “미국 헌법상 낙태 및 태아의 생명권에 대한 논의와 판례 분석”, 『미국헌법학연구』, 16권 1호, 2005, 제212~215면 참조.

34) 그 후 연방대법원은 1976년 7월 1일자 가족계획협회(Planned Parenthood) 대 덴포드(Denforth) 사건에서 임신 3개월 이내의 낙태에 배우자의 동의를 요구하는 것은 위헌이라고 판결하였고, 1979년 9월 2일자 벨로티 대 베어드(Belldtti vs. Baird)사건에서는 미성년자도 단독으로 낙태를 결정할 수 있는 헌법상의 권리를 가진다고 판결하였다.

<표 1> 외국의 낙태 관련 규제

미 국	73년 연방대법원이 낙태 선택권을 인정했으나, 주마다 낙태를 제한하는 다양한 법 존재.
독 일	92년 독일연방의회가 '임신 3개월 내 낙태' 합법 인정.
일 본	형법상 금지, 우생보호법 규정에 따라 일부 낙태허용.
그리스	임신 3개월 이내 낙태허용.
핀란드	임신 12주 이내 낙태 허용. 13-20주는 승인 필요.
스위스	임신 12주 이내 낙태 제한적 허용.
캐나다	88년 연방대법원 낙태 제한 위헌 판결.

지 않는 나라가 되었다는 것이다(다른 나라의 입법경향은 <표 1> 참조).

최근 미국의 몇몇 지방과 일부 주의 낙태규정은 여성의 낙태를 결정할 시기와 실제 시술한 시기 사이에 상당기간 거리를 두어야 한다고 명기하였다. 1978년 3월에 통과된 아크론법령(The Akron Ordinance)은 그 사례이다. 이 법령은 낙태를 금지하지는 않지만 낙태에 제한을 가하고 있다. 아크론 법령은 18세 이하의 소녀임산부가 낙태하려면 낙태 전에 부모에게 통지해야하고, 미성년자가 아닌 여성은 낙태결과에 관해 의사의 조언을 받을 것과 낙태시술은 적어도 24시간이 지난 후에 실시하도록 요구하고 있다.³⁵⁾

이러한 분위기 속에서 1989년 7월 3일 미국연방대법원은 이른바 웹스터 사건 판결에서, 1986년 미주리 주가 새로운 낙태법을 제정하면서 “태아의 생명은 임신초기부터 시작된다”는 내용을 법문에 삽입하고 주 정부로부터 재정지원을 받는 의사나 병원은 낙태수술을 할 수 없다고 규정한 것이 합헌이라고 함으로써, 낙태에 대한 헌법상의 권리를 인정했던 1973년 판결을 뒤집었다. 대법관 9명중 4 대 4의 팽팽한 대결 속에서 케스팅 보트를 행사한 렌퀴스트 대법관은 “모든 인간의 생명은 잉태된 순간부터 시작되며

35) 쿠프·쉐퍼, 전계서, 1988, 제54면 참조.

헌법이 보장하는 인간의 기본권과 특권은 태아에게도 당연히 적용 된다”고 판시했다. 웹스터 판결은 상황을 전환시켰고 낙태에 각종제한을 가하는 법률의 홍수를 몰고 왔다. 1969년 7월 이후 미국 전역에서 입법과정을 밟고 있는 낙태규제관련법안은 현재 100여개나 되며, 3개주에서는 이 법안이 가까스로 통과되었다.³⁶⁾

다. 영국

영국에서도 낙태를 범죄영역에서 제외시키기 위한 투쟁은 영국 오랫동안 계속되어 왔다. 영국에서 낙태를 원하는 대부분의 여성은 1967년 제정된 낙태법의 적용을 받게 되었다. 이 법에 따르면 임신상태를 계속 유지하는 것이 낙태를 하는 것보다 더 위험한 경우나 임신여성의 육체적, 정신적 건강에 손해를 입히는 경우, 임신한 여성의 이미 태어난 아이들이나 가족들에게 육체적, 정신적 건강에 손해를 입히는 경우, 여성은 임신기간이 24주 미만 일 때 두 명의 의사에게 승인을 받아 낙태할 수 있다. 이 법은 낙태에 대한 여성의 의사결정과 낙태서비스를 원하는 그들의 체험에 직접적인 영향을 미친다. 여성들은 낙태를 자유롭게 선택할 수 있으나, 그 규정에 부합하는 낙태를 요구하기 위해서는 법률적으로 사유서를 작성해야 한다. 그리고 결정은 여성들의 요구를 고려하여 두 명의 의사가 하고 있다.³⁷⁾

라. 네덜란드

네덜란드는 낙태를 원칙적으로 금지한 규정은 없다. 단지 허가된 시설 이외에서 행하는 낙태시술, 즉 절차규정(Art. 296, 1-4 St GB)에 반하는 경우에만 금지한다. 자기낙태죄도 처벌하지 않는다. 네덜란드 형법 제296

36) 새생명사랑회, 진계논문, 1990, 제47면.

37) 최재천·박영호·홍영균 공저, 『의료형법』, 육법사, 2003, 제306면.

조는 낙태시술을 의사에 의해서 임신 첫 20주 이내에 허가된 시설, 낙태 클리닉에서 할 것을 규정하고 있다. 또한 낙태법 제3조 제1항은 임부는 낙태시술을 받기 전에 의사와 상담하여야 한다.³⁸⁾

V. 형법에서 낙태죄와 모자보건법의 규정

1. 낙태죄의 개념

낙태죄(Schwangerschaftsabbruch, Abtreibung)는 태아를 자연분만에 앞서서 인위적으로 모체 밖으로 배출시키거나 모체 안에서 살해하는 행위를 내용으로 하는 범죄를 말한다.³⁹⁾ 그러나 태아의 생명·신체에 대해 어떤 침해도 수반하지 않는 인공출산은 낙태의 개념에 포함되지 않는다. 따라서 낙태죄는 임신중절(Abbrechen der Schwangerschaft)에 의하여 태아를 살해하는 것을 내용으로 하는 범죄라고 해야 한다. 즉 이 죄는 위험범이고 그 중에서도 구체적 위험범에 속한다.⁴⁰⁾ 형법상 태아의 경우 분만개시 이전의 단계에서는 낙태죄의 객체가 되고 분만이 개시되면 살인죄 내지 과실치사죄의 객체가 된다.⁴¹⁾ 독일 형법(218)은 낙태죄에 관하여 「임신을 중절한 자」라고 규정하고 있으므로 이러한 해석이 독일의 통설로 되어 있다.

형법은 제27장에 ‘낙태의 죄’라고 하는 장을 구성하여 제 269조와 제 270조에 명시하고 있다. 낙태죄란 임신중절에 의하여 태아를 살해하는 것을 내용으로 하는 범죄로서, 태아의 생명을 보호하기 위한 범죄이나 부차적으로 부녀의 신체도 보호법익으로 하고 있다.

38) 이동임, 「낙태죄의 입법방향에 관한 연구」, 경상대 석사논문, 제32면.

39) 배중대, 『형법각론』, 홍문사, 1999. 제145면; 이재상, 『형법각론』, 신정관, 1997. 제77면.

40) 배중대, 위의 책, 제3판, 제145면.(헌재, 1992. 4. 28. 90헌바24.)

41) 박경춘, “분만 전 태아에 대한 낙태죄 이외의 형법상 보호가능성”, 『의료법학』, 2008. 제210면.

낙태는 모자보건법에서 예외적으로 허용되는 경우를 제외하고는 형법 제27장 낙태의 죄에 의하여 원칙적으로 금지되고 있다.⁴²⁾ 즉 형법은 「부녀가 약물, 기타의 방법으로 낙태한 때에는 1년 이하의 징역 또는 200만원 이하의 징역」에 처하고(형법 제269조 제1항, 자기낙태죄), 「부녀의 촉탁 또는 승낙을 받아 낙태하게 한 자」에 대하여도 동일하게 처벌하고 있다(형법 제 269조 제2항, 동의 낙태죄). 또한 형법은 「의사, 한의사, 조산사, 약제사 또는 약종상이 부녀의 촉탁 또는 승낙을 받아 낙태하게 한 때에는 2년 이하의 징역」에 처하며(형법 제270조 제1항, 업무상 낙태죄), 「부녀의 촉탁 또는 승낙 없이 낙태하게 한 자는 3년 이하의 징역에 처한다」(형법 제270조 제2항, 부동의 낙태죄)고 하여 형을 가중하고 있다. 뿐만 아니라 형법은 이상의 행위로 부녀를 사상(死傷)에 이르게 한 때에는 낙태치사상죄로서 더 가중하여 처벌하고 있다.(형법 제269조 제3항, 「부녀를 상해에 이르게 한때 3년 이하의 징역에 처하며 사망에 이르게 한 때에는 7년 이하의 징역에 처한다」 제270조 제3항, 「부녀를 상해에 이르게 한때 5년 이하의 징역에 처하며 사망에 이르게 한 때에는 10년 이하의 징역에 처한다」 제4항 「전3항의 경우에는 7년 이하의 자격정지를 병과한다」 이상과 같이 형법은 일체의 낙태행위를 처벌하고 있다.⁴³⁾

2. 낙태와 관련한 모자보건법의 개념

모자보건법 14조는 의사에게 다음의 사유가 있는 경우에 한하여 본인과

42) 대법원, 1985. 6. 11, 선고 84도1598 판결 (현행낙태조항의 합헌성을 지지하고 있다).

43) 불법적인 낙태가 현실적으로 적발되어 처벌되는 예는 극히 드물다. 1989년 제1심 형사공판사건 중 낙태죄로 기소된 사건은 단 1건이었고, 그나마 선고유예로 종결되었다(법원행정처, 사법연감, 1990. 제762면). 1989년도 검찰이 처리한 낙태죄는 총 26건이었고 그 중 구속기소는 2건, 약식기소가 5건, 나머지는 모두 불기소 처분되었다. 1990년에는 30건이었고 그 중 구속기소는 한건도 없었고, 불구속기소가 1건, 약식기소가 4건, 나머지는 모두 불기소 처분되었다(대검찰청, 범죄분석, 1989. 1990, 제226면). 1998년에는 검찰이 처리한 낙태죄는 총 56건이었고 그 중 약식기소가 3건, 나머지는 모두 불기소 처분되었는데 불기소처분 사례 중 17건은 기소유예, 24건은 무혐의, 8건은 범죄불성립 등이다(김일수, 전계논문, 제287면).

배우자의 동의를 얻어 임신한 날로부터 28주일 이내에 있는 자에 한하여 낙태를 허용하고 있다.⁴⁴⁾ 즉, ① 본인 또는 배우자가 대통령이 정하는 우생학적 또는 유전학적 정신장애나 신체 질환이 있는 경우, ② 본인 또는 배우자가 대통령이 정하는 전염성 질환이 있는 경우, ③ 강간 또는 준강간에 의하여 임신된 경우, ④ 법률상 혼인할 수 없는 혈족 또는 인척간에 임신된 경우 및 ⑤ 임신의 지속이 보건의학적 이유로 모체의 건강을 심히 해하고 있거나 해할 우려가 있는 경우는 의사는 인공임신수술이 가능하도록 규정하고 있다.

그리고 이 법 시행령 제15조 1항은 모자보건법 제14조의 규정에 의한 인공임신중절수술은 임신한 날로부터 28주 이내에 있는 자에 한하여 할 수 있다고 규정하여 임신 7개월 이내에서 낙태를 허용하고 있다. 또한 제14조 1항 ①호에 관해서도 이 법 제15조 2항은 1. 유전성 정신분열증 2. 유전성 조울증 3. 유전성간질증 4. 유전성정신박약 5. 유전성 운동신경원 질환 6. 혈우병 7. 현저한 범죄경향이 있는 유전성 정신장애 8. 기타 유전성 질환으로서 그 질환이 태아에 미치는 위험성이 현저한 질환을 들고 있고, 제14조 1항 ②호의 사유에 관해서도 태아에 미칠 위험성이 높은 풍진·수두·간염·후천성면역결핍증 및 전염병예방법 제2조 1항의 전염병을 말한다고 명시하고 있다.⁴⁵⁾

44) 오늘날 자유화된 성풍속과 성개방 및 가정과 정통윤리의 붕괴로 우리나라의 낙태율은 낙태자유화와 합법화가 일반화된 국가들 보다 정도가 심했다. 더욱이 모자보건법이 낙태를 허용하는 합법성의 문을 넓게 열어주자마자 우리나라에서 성개방과 문란, 이로 인한 가정의 붕괴가 더욱 심화되어갔고, 그것이 악순환이 되어 낙태를 더욱 조장시키는 결과를 가져왔다는 점이다. 지금까지 우리나라 사법종사자들이 그나마 불법적인 낙태에 대한 처벌마저도 미온적으로 대처해온 결과 생명존중의 규범력은 약화되어 온갖 인명 경시적인 살상범죄와 가정 파괴범 등이 급증했다는 사실을 심각하게 반성해 보아야 할 시점이다. (김일수, 『개혁과 민주주의』, 1995, 제66면)

45) 김일수, 전게서, 제109면: 태아에게 미칠 위험을 피하기 위해 태아를 죽이는 것을 허용하는 입법은 비인도적일 뿐만 아니라 참으로 잔인한 악법이다. 어쨌거나 이러한 현상을 놓고 형법상 낙태죄의 규정은 실효성을 잃었으므로 낙태죄의 규정을 폐지하는 주장도 있다. 그러나 낙태죄의 규정은 아직도 유효하며, 오히려 합법적인 낙태를 가장한 불법적인 낙태를 막기 위해 사법적 조치는 더 강화되어야 할 시점에 이르렀다고 본다. 이 점에서 우리나라의 검찰이나 법원이 태아의 생명보호에 관하여

3. 우리 판례의 태도

낙태행위의 개념과 관련해서 대법원⁴⁶⁾은 「낙태죄는 태아를 자연 분만기에 앞서서 인위적으로 모체 밖으로 배출하거나 모체 안에서 살해함으로써 성립하고, 그 결과 태아가 사망하였는지 여부는 낙태죄의 성립에 영향이 없다」는 태도를 가지고 있다. 또 다른 대법원 판례는 「낙태행위가 가족계획의 국가시책에 순응한 행위라고 믿었다고 하더라도 국가시책에 의한 가족계획은 어디까지나 임신을 사전에 방지하는 피임방법에 의한 것이고 임신후의 낙태행위를 용인함이 아니다」고 하였고⁴⁷⁾ 또한 「모자보건법이 특별한 의학적, 우생학적, 윤리적 적응이 인정되는 경우에 임신부와 배우자의 동의 아래 인공임신중절을 허용하고 있다고 하더라도 이로써 의사가 부녀의 촉탁 또는 승낙을 받으면 일체의 낙태행위가 정상적인 행위이고 형법 제270조 제1항 소정의 업무상 촉탁죄에 의한 처벌은 무가치하게 되었다고 할 수 없으며, 임신부의 촉탁이 있으면 의사로서 낙태를 거절하는 것이 보통의 경우 도저히 기대할 수 없게 되었다고 할 수 없다」고 판시하였다.⁴⁸⁾ 그러나 임신의 지속이 모체의 건강을 해칠 우려가 현저할뿐더러 기형아 내지 불구아를 출산할 가능성마저 없다는 판단 하에 부득이 취하게 된 산부인과역사의 낙태수술행위는 정당행위내지 긴급피난에 해당되어 위법성이 없는 경우에 해당한다고 판시하였다.⁴⁹⁾

한편 산부인과 의사가 낙태수술에 따라 인공적으로 배출된 미숙아(임신 32주, 약 2kg)를 그대로 방치하여 38시간이 지난 후 사망에 이르게 한 사안에 대해, 제1심은 부작위에 의한 살인죄를 유죄로 판단하였으나, 항소심은 피고인에게 낙태수술의 실패로 태어나 피해자가 앞으로 정상적으로

지금까지 취하여 온 미온적 태도는 반성되어야 한다.

46) 대법원 2005.4.15. 선고 2003도2780판결.

47) 대법원 1965.11.23. 선고 65도876판결.

48) 대법원 1985.6.11. 선고 84도19685판결.

49) 대법원 1976.7.13. 선고 75도1205판결.

생존할 가능성이 있음을 인식하고서도 이를 살해하려는 새로운 범의에 의해 피해자를 방치하였다고 보기 어렵다고 보아 무죄로 판단하였고, 대법원은 항소심의 판단을 정당한 것으로 보았다.⁵⁰⁾ 그러나 다른 대법원 판결에서 산부인과 의사인 피고인이 약물에 의한 유도분만의 방법으로 낙태시술을 하였으나 태아가 살아서 미숙아 상태로 출산하자 그 미숙아에게 염화칼륨을 주입하여 사망하게 한 사안에서, 「염화칼륨 주입행위를 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 하였다면, 피고인에게 미숙아를 살해하려는 범위가 인정된다」고 판시하였다.⁵¹⁾

VI. 낙태와 관련한 의료계 최근동향

1. 낙태와 관련한 대한의사협회 윤리지침

대한의사협회는 윤리지침을 마련하여 2001년 11월 15일 선포했다. 익일 주요 언론사들은 대한의사협회가 윤리지침의 선포에 대해 ‘다시 불붙는 생명윤리 논쟁’, ‘의사윤리·실정법 충돌’ 등으로 일제히 보도하였다. 이 윤리지침의 선포가 희생이 어려운 환자의 진료를 중단하는 소위 ‘소극적 안락사’와 낙태·태아 성감별·대리모 등을 제한적으로 허용하는 내용의 윤리지침을 제정하여 선포한 것은 현행법 저촉과 생명윤리에 대한 논란이 일어날 것이며, 시민단체와 종교계가 생명경시를 가속화시킬 것이라며 거세게 반발·논란이 일어날 것이라는 내용이다.⁵²⁾

50) 대법원 2002.1.22. 선고 2001도2254판결.

51) 대법원 2005.4.15. 선고 2003도2780판결.

52) 중앙일보, 2001. 11. 16. 제1면, 27면, 조선일보, 2001. 11. 16. 취재일기, 11. 17. 제21면.

대한의사협회 윤리지침 중 안락사와 대리모에 대한 내용은 주제가 아니므로 논외로 하고, 낙태와 관련된 윤리지침 중 제54장 시술 및 의학연구와 관련된 윤리에서 태아관련 윤리인 제54조는⁵³⁾ ②항에 의사는 ‘의학적·사회적으로 적절하고 합당한 경우라도 인공임신중절수술을 시행하는 데 신중하여야 하며’ 라는 조항에 대한 언론들의 상기와 같은 해석이다.⁵⁴⁾

그러나 의사윤리지침은 그 행위의 가벌성 여부와는 상관없이 윤리적으로 허용될 수 있는 것과 허용되어서는 안 될 것을 정해놓은 것이다. 물론 허용될 수 있다고 해서 반드시 윤리적인 것은 아니다. 예컨대 인공임신중절수술의 시행에 신중할 것을 권고하고 있는데, 이것이 ‘모든 낙태는 윤리적이다’고 언명하는 것은 결코 아니다. 또한 모자보건법에 명시된 몇 가지 경우에 한한 인공임신중절이 반드시 윤리적인 것도 아니다. 윤리지침은 시술에 신중할 것을 권고하는데 그 시술을 시행하느냐 말 것이냐는 개별 의사의 양심과 환자의 상황에 달려있다. 또 이 지침은 ‘지침’으로서 법적 강제성이 없다. 그러니 이 지침이 당장이라도 많은 의사들의 행위를 규제하는 것처럼 여기는 언론의 태도는 성급한 면이 없지 않다.

다원주의 사회에서 모든 사람과 집단이 찬성하는 윤리지침의 제정이 가능한가 하는 문제다. 산모의 목숨이 위험한 경우를 제외하고 낙태는 절대

53) 제54조(태아관련 윤리)는 ① 의사는 수태된 때부터 온전한 생명으로 여겨 그 생명의 보전과 건강 증진에 최선을 다하여야 한다. ② 의사는 의학적·사회적으로 적절하고 합당한 경우라도 인공임신중절수술을 시행하는 데 신중하여야 하며, 산모의 건강과 태아의 생명권에 특별한 주의를 기울여야 한다. ③ 의사는 의학적으로 필요한 경우를 제외하고는 태아의 성감별 검사를 하여서는 아니 된다. 의사는 특히 인공임신중절수술을 목적으로 하거나 그러한 결과를 초래할 가능성이 조금이라도 있는 경우 태아의 성감별 검사를 하여서는 아니 된다고 했다.

54) 조선일보, 2001년 11월 17일, 제21면. 의협은 윤리지침을 통해 의학적·사회적으로 합당한 경우 낙태를 윤리적으로 인정했다. 산부인과계원의협의회 이준환 명예회장은 “가출한 여중생이 임신을 했을 경우처럼 사회가 용납하지 못하는 상황인 경우 생명 윤리를 내세워 임신의 지속을 강요할 수는 없다”, “이번 윤리지침이 모든 낙태를 윤리적으로 용인하는 것은 아니다”고 말했다. 이에 대해 한국기독교총연합회 박영률 목사는 “모자보건법 중 ‘산모의 건강이 위태로운 경우 낙태를 허용한다’는 규정을 의사들이 남용하는 것이 문제”라며 “윤리지침은 낙태의 남용을 부추길 우려가 있고, 의사들에게 윤리적 면죄부를 줄 수도 있다”고 말했다.

안 된다는 가톨릭교회로부터 인간복제도 허용하자는 라에리안까지 다양한 목소리들이 우리 사회에는 존재하고 있다.⁵⁵⁾ 모든 제도와 지침은 모든 사람을 다 만족시킬 수 없다.

의사들이 1997년부터 윤리지침을 마련하여 선포하게 된 배경에는 의사들을 위한 기준을 제시한 것과 아울러 우리사회에서 생명윤리 관한 논의를 촉발시켜 보자는 뜻이 담겨 있다고 보아야 한다.⁵⁶⁾

의사의 윤리지침은 영구불변하는 것이 아니다. 미국의 경우에도 매년 개정작업을 하고 있다. 의사들도 각계의 다양한 의견을 수렴하여 의사윤리선언, 강령, 지침의 일부가 현행법에 저촉되고 현실에 맞지 않는다면 과감히 고쳐나가는 자세가 필요하다. 또 생명복제 등과 같은 새로운 윤리적 문제가 계속 새로이 등장할 것이고, 의사들에게 임상적 판단의 가이드라인을 제공하는 지속적인 의사의 윤리지침은 뒤따라야 할 것이다. 사회적 논란을 빌미를 제공했던 2001년의 대한의사협회의 의사윤리강령과 지침은 2006년 4월 22일 전면 개정작업을 했고, 8개조항의 윤리강령과 30개조항의 의사윤리지침으로 개정되었다. 윤리지침에 태아생명과 관련 조항은 다음과 같다.

의사윤리지침 제15조(태아의 생명보호 및 성 감별행위 등 금지) ① 의사는 태아의 생명 보전과 건강 증진에 최선을 다하여야 한다. ② 의사는 태아 및 임부의 생명, 건강, 인격을 보호하기 위하여 의학적, 법적으로 인정된 경우 이외의 목적으로 인공임신중절수술을 시행하여서는 아니 된다. ③ 의사는 태아의 성감별을 목적으로 임부를 진찰 또는 검사하여서는 아니 된다. ④ 의사는 태아 또는 임부에 대한 진찰이나 검사 등 의료행위를 통

55) 권복규, 『의사윤리지침 이해하기』, 청년의사, 2001. 11. 26. 제4면

56) 문태준(전 세계의사협회회장), 『세계화시대의 생명윤리』, 의사신문, 2001. 5. 17. 제 11면. 세계의사회에서는 1983년 베니스총회에서 치료적 낙태에 관한 선언을 채택하였다. 생명존중차원의 고려와 어머니의 권리 사이의 딜레마에서 의사가 결정권을 행사할 수가 없다는 점과 낙태를 하게 될 때는 환자의 안전을 위해서 의사에 의해서 시술되어야 한다고 규정하고 있다.

하여 알게 된 태아의 성별을 임부 본인, 그 가족 기타, 다른 사람이 알 수 있도록 하여서는 아니 된다로 수정되었다.⁵⁷⁾⁵⁸⁾

2. 낙태생명존중사상과 응급피임약의 논쟁

원하지 않는 임신을 막는 보루가 될 것인가, 성도덕을 부추기는 도화선이 될 것인가, 그 동안 응급(사후)피임약 ‘노레보 정’을 둘러싸고 벌어졌던 논쟁거리다. 결론은 오·남용의 소지가 있으므로 바로 알고 선용해야 한다는 것이다. 지난 11월 12일 식품의약품안전청으로부터 시판 승인을 받은 응급피임약 노레보 정(레보논게스트렐 성분, 프랑스 HRA파마사 제조, 현대약품판매), 일명 모닝애프터필(Morning After Pill)이라 불리는 응급피임약은 성관계 후 72시간 내에 복용하여 수정란에 자궁착상을 막는 약으로 응급피임에 95%의 탁월한 효과를 보이고 있다. 기존의 먹는 피임약에 포함된 황체호르몬의 농도를 5-6배 농축시켜 만든 알약이다. 이 약은 콘

57) 세계의사회는 2002년 10월 필자가 참석한 ‘위싱턴 총회’에서 ‘여아의 낙태에 대한 결의’를 다음과 같이 선언을 했다. 1) 몇몇 나라에서 여아의 낙태가 공공연히 행해지고 이는 사실을 심각히 걱정하면서, 2) 세계의사회는 여아의 낙태는 결코 용납할 수 없는 성차별의 예임을 주장한다. 3) 세계의사회는 각국의사회에 다음과 같이 요구하는 바이다. 31) 여아의 낙태행위와 낙태 목적의 성감별 행위를 탄핵하라. 32) 정부에 이에 대해 권고하라. 고 의사윤리선언문을 채택했다.

58) 치료적 임신중절에 대한 1970년 8월 제24차 세계의사회총회에서 오슬로선언이 채택되었고, 제35차 의사총회인 1983년 10월 이탈리아 베니스에서 개정되었다. 그 내용은 다음과 같다.

1) 의사가 최우선적으로 지켜야 할 윤리상의 원칙은 인간의 생명은 그 수태된 때부터 존중되어야 한다. 2) 모체의 생명과 태아의 생명 중 하나를 선택해야 하는 상황은 어느 생명이 우선하는가 라는 문제를 유발하며 인공유산술을 해야 할 것인지에 대한 의문을 제기하게 된다. 3) 이러한 상황에 대한 다양한 반응은 태아의 생명을 받아들이는 자세의 다양성에 따라 좌우된다. 이는 존중되어야 하는 개인의 신념과 양심에 관한 문제이다. 4) 이 문제에 대하여 어떤 특정 국가나 사회의 입장과 규범을 결정하는 것이 의료직의 역할은 아니지만, 환자를 보호하고 사회 속에서의 의사의 권리를 지키는 것이 의사의 의무이다. 5) 따라서, 치료적 임신중절은 법적으로 허용된 곳에서 관계 당국에 의해 유능하다고 인정받은 의사에 의해 이루어져야 한다. 6) 만일 의사 자신의 양심이 임신중절에 대한 권유나 시술을 허락하지 않는다면, 자격 있는 동료의사에게 진료를 인계하고 이를 피할 수 있다. 7) 이 선언은 세계의사회 총회에서 승인된 것이지만, 각 회원국 의사회에서 채택되지 않는 한 각 회원국 의사회에 대해 구속력은 갖지 않는다.

뭉이 찢어지거나 사전피임약을 복용하지 않은 경우, 강간당한 경우 등 불의에 의한 성행위가 이루어지는 경우 성교 후 1알을 바로 복용하고, 12시간 후 또 1알을 복용하면 95%가 생리 혈이 1주일 이내 나온다. 다만 성교 후 72시간이 지나면 그 피임효과가 떨어진다. 또한 수정란이 착상된 후에는 효과가 없다. 성 관계 후 12시간 이내 복용하면 피임 실패율이 5%에 그치지만 48시간 이내면 15%, 72시간 이내면 실패율이 40%에 이른다. 가장 흔한 부작용은 생리불순이다. 전체복용자의 70%에서 나타난다. 이 밖에도 속이 메스거리거나 유방이 붓고, 전신무력감, 현기증, 두통 등이 생길 수 있다.

노레보 정과 같은 응급피임약에 대한 논란이 우리나라에만 있는 것이 아니다. 이탈리아에서 2000년 10월에 안젤리니(Angellini)사가 프랑스 파르마사로부터 라이선스를 받아 처방의약품으로 발매한 노레보 정에 대해 교황청은 즉각 성명을 내고 “호르몬응급피임제는 ‘화학적 낙태’행위이고, 엄격한 조건하에서 수술로만 낙태를 허용하고 있는 법률 194조를 위반하고 있으며, 약사들은 노레보 판매에 대해 양심에 따라 반대를 해야 한다”고 이탈리아정부를 비난하고 나섰다. 교황청의 이러한 반대에 대해 이태리 보건성장관 움베르초베로네씨 박사는 “바티칸의 윤리적인 관심표명은 역사적으로 모든 형태의 피임행위에 대해 반대를 해온 바티칸의 역사를 고려할 때 ‘정당하다’고 인정한다. 하지만 노레보가 낙태행위는 아니며, 이 약이 배란을 억제하고 자궁 내 장치인 루프처럼 수정란이 자궁에 착상하는 것을 막는 약이라는 점을 고려했을 때 법률 194조를 위반하는 것은 아니다”라고 즉각 반박했다.⁵⁹⁾ 전 세계 선진국 39개국 중 15개국은 일반의

59) 사전피임법

1. 주기법 : 배란기간을 피해 성 관계를 갖는 방법.
2. 콘돔(남성용)과 패서리(여성용): 고무 등 기계적 장벽을 이용해 남성 정자의 유입을 차단하는 방법, 신체에 가장 부담이 적은 방법이나 제대로 착용하지 않으면 실패율 15%.
3. 먹는 피임약 : 호르몬 제제를 통해 여성의 난소에서 배란을 억제하는 방법, 피임 성공률이 가장 높아 35세 이전의 성 생활이 왕성한 여성에게 알맞음.

약품으로 쓰고 있다.⁶⁰⁾

VII. 결 론(의료 윤리와 입법론적)

헌법 이론적으로 태아에게 헌법상 생명권의 주체성을 부인할 수 없고 나아가 생명공학의 발달에 따른 생명권 논쟁을 더욱 더 뜨거워 질 것으로 보인다.

형법학자, 그리고 종교인이나 윤리학자들도 낙태 문제를 규범적으로 다룬다면 의사는 이를 실천 속에서 다룰 수밖에 없다. 규범은 실천의 바탕이 되어야 하지만 의료현장에서의 통상적으로 행하여지는 낙태행위에 대해서는 이미 의미가 없다할 것이다. 그러나 낙태와 관련한 논쟁의 성격 자체가 오히려 각자의 가치관과 신념에 의거하여 절충과 합의에 의해 실천적인 지침을 마련하는 것이 의료계를 위해서는 보다 바람직하다.

허나 낙태의 문제는 얼마나 많은 의사와 국민이 이를 심각한 윤리적 문제로 인식하고 있을까? 오히려 조금 불편한 개인의 불행으로 여기고 있는 가치관이 아닐까? 우리는 낙태를 허용하느냐 마느냐하는 원칙적인 논쟁

4. 자궁 내 장치(루프): 자궁 내에 호르몬 분비 장치 삽입, 한번 시술로 수년간 효과가 지속되므로 출산 경험이 있는 여성에 적합.

60) 1998. 10. 남아프리카 서머셋웨스트 제48차 세계의사회 총회에서 가족계획 및 피임에 대한 여성의 권리에 대한 성명이 발표되었다. 이 성명은 '피임에 대한 여성의 권리'와 '가족계획'에 대한 성명을 통합하여 새로 만든 것이다. 1) 세계의사회는 가족계획의 목적이 인간의 삶을 풍요롭게 하는 것이고 결코 제한하는 것이 아닌 만큼, 세계의사회는 가족계획에 찬성한다. 2) 세계의사회는 모든 여성이 우연보다는 본인의 선택에 의해 임신조절이 가능해야 한다고 주장한다. 3) 세계의사회는 국적, 사회적 계급이나 신념에 관계없이 가족상황을 고려하여 피임에 관한 한 개인의 선택에 따르도록 하는 권리를 여성이 가져야 한다고 주장한다. 피임을 하려는 여성의 자유는 어떠한 압력단체에 대해서도 보호받아야 한다. 4) 그러므로 세계의사회는 다음과 같이 권고한다. ① 각국의사회는 원할 경우, 가족계획에 대한 교육의 혜택을 받을 수 있도록 적극적으로 도모하고, 최상의 자료, 정보, 도움을 얻을 수 있도록 정부 및 기타 관련단체와 협력한다. ② 가족계획과 관계된 회의, 심포지엄을 개최하거나 연구를 수행하는 관련기구를 격려, 고무함으로써 가족계획을 지지하고 추진하고자 하는 세계의사회의 바람을 확인한다.

이전에 낙태의 문제를 의료계 전체가 공감하는 의제로 제시하고 낙태를 최대한 줄이는 실천적인 노력을 하는 편이 훨씬 생산적일 수 있다. 그 낙태죄의 경중을 떠나 낙태 자체가 윤리적으로 많은 문제의 소지를 안고 있음은 분명하기 때문에 정말 부득이한 상황을 제외하고는 낙태시술은 하지 않는 것이 생명을 수호하는 의료계의 위상과 전문직으로서의 존엄을 유지하는 길이다. 문제는 현재 병·의원에서 너무나 손쉽게 낙태를 할 수 있는데 있다. 그러므로 낙태에 대한 의료계의 입장은 우선 이 문제를 중요한 의제로 이제라도 공론화해야 한다. 먼저 불필요한 낙태를 최대한 예방하는 쪽으로 가닥을 잡아야 한다. 그 방법으로는 범 의료계 차원에서의 홍보와 교육, 종교계와 낙태반대운동연합과 협력으로 낙태예방운동, 낙태를 원하는 임부에 대한 지정상담기관의 설치, 청소년에 대한 성교육 등이 실행되어야 한다.⁶¹⁾⁶²⁾

이 문제의 해결을 카우프만이 주장하는 바와 같이 ‘법으로부터 자유로운 영역’으로 남겨두어 개인의 자유로운 양심상의 결정에 맡기는 것은 가장 절실히 법질서의 보호를 필요로 하는 존재인 태아의 생명과 존엄을 침해하는 행위이다. 개인의 자유로운 양심상의 결정이라는 이유로 법질서가 규율하기를 포기하는 것은 국가 스스로가 가장 중요한 임무 중 하나를 배

61) 권복규, “생명윤리(안락사와 낙태 논쟁의 본질)”, 『대한의사협회지』, 2001, 제1050면. 관련학회 및 의사협회를 중심으로 엄격하고 구체적인 인공임신중절 지침을 마련해야 할 것이며 제도적이고 법적인 정비 또한 뒤따라야 할 것이다.

62) 이인영, “낙태죄 허용한계에 관한 규범해석과 사회인식도”, 『의료법학』, 28권 제2호. 제285~286면에서 배종대 교수님의 ‘국가의 미흡한 복지정책이 사회적 정당화 사유로 보상되는 일이 있어서는 안 된다’는 주장보다는 오히려 ‘낙태를 이념문제로서 낙태를 법적으로 넓게 허용하지만 실제 낙태율이 낮게 나타나는 네덜란드처럼 낮은 낙태율을 유지하는 이유가 낙태규정이 관대하느냐 아니냐에 달려있기 보다는 피임, 낙태상담 그리고 임부에게 부조가 잘 되어 있었느냐에 좌우된다는 점에서 규제의 논리 이면에 임부에 대한 부조와 보호의 논리가 동시에 고려해야 할 필요가 있다. 모자보건법에 낙태죄의 정당화사유를 인정하고 있는데, 그 범위가 지나치게 좁게 규정되어 있거나 명확하지 않다는 점과 특히 사회적 정당화사유를 인정하지 않는다는 점에서 낙태의 현실 문제를 해결하는데 가장 큰 한계가 있다고 본다. 임신의 지속이 임부에게 의학적 정당화 사유에 해당하는 것과 동일한 정도의 비중을 가지고 임부에게 중대한 부담으로 미치는 경우에는 이를 사회적 정당화사유로 부분적으로 인정하여야 할 것이다’라고 기술한다.

임하는 것이나 다름없다. 다시 말해서 입법자는 긴급피난상황에서의 낙태 행위가 어떤 사유에 의해 어떤 범위 내에서 정당한 것으로 허용될 수 있는지, 책임은 조각될 수 있는 것인지 등의 문제에 가치판단을 내려서 태아의 생명보호를 위한 법의 테두리를 설정하는 동시에 법 수범자가 행위방향을 설정할 수 있는 법적 기준을 마련해 주어야 한다는 것이다.⁶³⁾ 그리고 강제력이 있어야 규범이 효력을 갖는다는 것은 상식에 속하는 문제이다.⁶⁴⁾ 이는 독일의 입법태도와 같이 임신 중절수술의 경우에도 시술에 앞서 반드시 의료적 상담과 진료를 거치게 하는 상세한 절차규정을 완전하게 두고(상담모델방식), 낙태허용사유의 객관적이고 공정한 확인과정을 두어 실효성을 높이는 방법 등이 연구되어야 할 것이다.

주제어 : 낙태, 임신중절, 생명권, 모자보건법, 과실치사

63) Ahur Kaufmann, FS-Maurach, S.348.

64) 배종대, 전계서, 제154면.

[참 고 문 헌]

- 김일수, 『형법각론』, 제4판, 2001.
- 배종대, 『형법각론』, 홍문사, 1999.
- 이재상, 『형법각론』, 신정판, 1997.
- 김일수, “낙태죄의 해석론과 입법론”, 『고려대 법학논집』, 27집, 1992.
- 김일수, “낙태죄규율의 조류”, 『청암 정경식 박사 화갑기념논문집』, 1997.
- 김일수, “낙태와 살인의 한계 — 모자보건법 개정안의 모색”, 『유일당 오선주교수 정년기념논문집』, 2001.
- 김일수, 『생명·윤리·법』.
- 김학태, “형법에서의 낙태죄와 모성보호”, 『외법논집』, 제3집, 1996.
- 박경춘, “분만 전 태아에 대한 낙태죄 이외의 형법상 보호가능성”, 『의료법학』, 9권 1호.
- 박무원, “형법의 도덕적 정당화와 형법에 의한 도덕 형성의 문제”, 고려대박사, 2006.
- 서보학, “낙태죄와 입법자의 법적 가치판단”, 『법치국가와 형법』(김일수·배종대 편), 세창출판사, 1998.
- 서규현, “형법개정안중 낙태죄 및 간통죄에 관한 검토”, 『법조』, 제43권 제6호, 1884.
- 이동임, 「낙태죄의 입법방향에 관한 연구」, 경상대 석사논문.
- 이영란, “낙태죄 실태와 입법정책을 중심으로”, 숙명여대 현대사회연구소, 2000.
- 이인영, “낙태죄 허용한계에 관한 규범해석과 사회인식도”, 『의료법학』, 제8권 제2호.
- 최재천·박영호·홍영균, 『의료형법』, 육법사, 2003.
- 한종탁, “낙태죄에 관한 소고”, 『검찰』, 제51호, 1973.
- 허 영, 『한국헌법론』, 신3판, 박영사, 2003.
- 김병태, “낙태죄 불법에 관한 소고”, 『검찰』, 제24호, 1970.
- 대한의사협회, 『세계의사회 윤리선언문집』, 2002.

A Criminal Abortion and Protected in the Right to Life

Jung, Hyo Sung

the chief director of the K-medi, Legal director of the KMHA

=ABSTRACT=

In Korea, Abortion in the Criminal Law is an illegal act in exception of on which abortion may be carried out through the grounds are very limited and related such a emergency situation of women's physical health, rape, incest and genetic diseases. The Criminal Law regulates the mother's act of abortion and the doctor's surgical performance of abortion. The Mother and the Child Health Law prescribes the medical, ethical, and genetic grounds for the legal permission of abortion. Many people tend to abuse of abortion even though they are fully aware of its illegality.

The law lead to be inconsistent with its enforcement. In this paper, I would like to suggest some proposals about the legal analysis of the Abortion Regulations th reform the existing regulation and increase th effectiveness of the regulations.

Recently, in a case of the a maternity hospital where a midwife left alone a diabetes pregnancy women who had a baby, and the overweight baby(5.2Kg) died in the uterus due to hypoxic states. Supreme Court of Korea 2007.6.29. 2005do3832) had given a verdict of "not guilty". It looked like there 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.

Now the Mother and the Child Health Law prescribes the medical, ethical, and genetic grounds for the legal permission of abortion. But this law does not include social and economic grounds.

Keywords : A criminal abortion, right-to-life, the Mother and the Child Health Law, professional negligence resulting in death(injury)