

형법상 낙태와 모자보건법상 인공임신중절에 관한 의료법리학적 이해¹⁾

제주대학교 의학전문대학원 산부인과학교실, 대한산부인과학회 법제위원회, 의학박사·법학박사

손 영 수

The medicolegal understanding regarding fetocide in the criminal law and artificial termination in the mother and child health law

Young-Soo Son, M.D., Ph.D. (Medicine), Ph.D. (Law)

Department of Obstetrics and Gynecology, Medical School, Jeju National University, Jeju;
Legal Committee, Korean Society of Obstetrics and Gynecology, Seoul, Korea

Recently, in our society, there have been a lot of talks about fetocide and artificial abortion. I suppose it would be natural in a way. Because the very problem of fetocide and artificial abortion has been always there in our society and various concerns about it still hover above our lives. Fetocide in the criminal law, by legal definition, means the artificial evacuation of growing fetus from mother's uterus or killing the fetus in the mother's uterus. Meanwhile, artificial termination in the mother and child health law, by legal definition, means artificial evacuation of growing fetus and gestational by-products through medical procedure within such a early period in fetal life unable to survive outside the mother's uterus. A couple of jurisprudential reasoning about fetocide and artificial abortion could be possibly constituted in accordance with the legal point of view. But, in the scene of medical practice of Obstetrics and Gynecology, there would be very little difference in terms of criminal charges. It is concluded that both occasions of any artificial abortion with no allowable reasons and any artificial abortion with allowable reasons committed in the period beyond 24 weeks of gestation are to be punished by the current criminal law.

Key Words: Fetocide, The criminal law, Artificial termination, The mother and child health law, Medicolegal understanding

I. 서

오늘날 우리나라의 저출산·고령화의 추세는 세계 최고의 수준으로 가히 국가위기의 수준에 이르고 있다. 지난 노무현정부 시절에 이러한 저출산·고령화의 문제를 심각

한 국가사회적 현안으로 받아들여 2005년 대통령직속으로 저출산·고령사회위원회를 출범시켜 다양한 분야에서의 해법을 모색하기 시작한 것은 때 늦은 감이 없지 않지만 다행스러운 일이었다. 그러나 그러한 저출산·고령화의 추세가 더욱 심각해지고 있는 때에 현 정부에서 저출산·고령사회위원회의 위상을 보건복지부 장관 직속으로 격하한 것²⁾은, 비록 그러한 결정이 관련 정책의 주무부서에서의 효율적 추진을 위한 것이었더라도 저출산·고령화 문제의 심각성에 대한 정부 고위층 인식에 문제가 있는

접 수 일 : 2010. 5. 18.
채 택 일 : 2010. 5. 31.
교신저자 : 손영수
E-mail : art3255@hanmail.net

1) 본 글은, 대한산부인과학회 상임이사회와 집행부의 결정에 따라, 법제위원회에서 선정한 주제에 대해 관련 전문위원이 법리적으로 고찰한 종설로서, 산부인과학분야 논문작성을 위한 대한산부인과학회지의 투고 규정에 따르기에 적절하지 않아, 통상적인 법학 논문의 구성 및 형식에 따라 작성되었음을 밝혀 둡니다.

것이 아닌가 하는 염려가 제기되기도 하였다.

최근 현 정부에서도 저출산·고령화의 사회적 현상을 국가적 위기로 인식하고 보건복지부 장관이 직접 주도하는 최우선 정책과제로서 정책적 대안을 다방면에서 강구하고 있는 것은 다행스러운 일이다.

그러나 특히 저출산의 문제에 대한 해법을 모색하는 다양한 논의의 과정에서, 우리나라에서 만연되고 있는 불법 인공임신중절이 다소 부적절하게 사회적 문제점으로 거론되었고, 이와 때를 같이 하여 일부 산부인과 의사들의 생명윤리적 양심선언을 통하여 산부인과 진료현장에서의 불법 인공임신중절의 문제를 산부인과 의사 사회뿐만 아니라 의사 사회 전체의 피할 수 없는 당면 화두로서 제기하게 되었다.

이후, 크고 작은 산부인과 의사들의 모임과 산부인과계 단체 및 의협 등에서 불법 인공임신중절과 관련된 많은 담론들이 다양한 형태로 이루어지고 있으나, 그러한 논의가 적절하게 이루어지기 위해서는 우선 작금의 불법 인공임신중절 문제 제기의 배경과 전개 현황의 파악과 형법상 낙태와 모자보건법상 인공임신중절에 대한 기본적인 개념의 차이를 비롯한 관련 판례의 평석 등에 관한 의료법리학적 이해가 필수적 전제라고 생각되어 줄고를 기획하였다.

Ⅱ. 작금의 불법 인공임신중절 문제 제기의 배경과 전개 현황

2009년 11월 1일 진오비 (진정으로 산부인과를 걱정하는 의사들의 모임)³⁾에서 낙태근절운동 선포식을 가졌다. 또한, 2010년 2월 3일 진오비의 핵심 구성원들을 중심으로 구성된 프로라이프의사회는 상습적으로 불법 낙태시술을 시행했다는 이유로 서울중앙지검에 병원 세 곳과 의사 8명을 고발하였고, 그에 따라 2010년 2월 6일 수원지검 안양지청은 프로라이프의사회에 의해 불법 낙태시술 의료기관

으로 고발당한 경기 안양시 소재 산부인과위원회의 사무장을 구속하였다.

대통령직속 미래기획위원회 (위원장 박승준)는 2009년 11월 25일 이명박 대통령 주재로 ‘제1차 저출산 대응 전략 회의’를 개최하고 향후 정책 추진방향을 논의하였다. 이 자리에서 여성의 경우 사회적 편견과 차별, 아이의 불안정한 미래 등을 우려하여 출산 및 양육을 기피하는 등, 다시 말해, 사회 가치관 또는 경제적 여건 등으로 출산 또는 양육을 포기하게 되어 결과적으로 불법 인공임신중절이나 해외 입양의 악순환이 지속된다는 분석이 개진되었고, 일부 참석자들은 불법 인공임신중절을 감소시키는 정책적 방안이 적절하게 강구된다면 저출산 문제의 해결에 실질적으로 상당한 효과를 가져 올 수 있을 것이라는 생각을 갖게 되었고, 미래기획위원회는 저출산 대응의 정책적 제안의 하나로 ‘낙태 줄이기 캠페인 및 낙태 안하는 사회 환경 조성’을 제시하였다.⁴⁾

보건복지가족부⁵⁾ (장관 전재희)는 2010년 3월 2일 조간 보도자료를 통하여, 생명을 존중하는 사회 분위기를 조성하고 불법적인 인공임신중절을 예방하기 위한 ‘불법인공임신중절예방 종합계획’을 발표하였다. 계획안에서는 2010년 7월부터 129센터내에 ‘불법인공임신중절 시술기관 신고센터’를 설치하여, 불법적 인공임신중절 광고와 시술 등에 대해 실명 신고를 원칙으로 하는 강력한 대책으로 적극적으로 대응할 것을 천명하였다. 신고의 내용을 정기적으로 분석하고 악성기관에 대해서는 관계부처, 지자체 등과 합동으로 현지실사 등을 시행하기로 하는 동시에, 전체 산부인과계의 자발적 참여와 자정 노력을 촉구하였다. 또한, 현행 법령 및 제도의 미비점을 보완하고 법과 현실의 차이를 줄이기 위하여 2010년 4월부터 ‘인공임신중절 법제위원회’를 관련 전문가들로 구성하여 운영하며, 특히 절차적 어려움과 인권 보호의 문제가 지적되고 있는 강간, 준강간, 근친상간 등 윤리적 허용 사유와 관련된 제도 개선을 위해 특별 분과를 운영하는 방안을 제시하였다. 그리고 제정 당시부터 자의적으로 해석될 수 있는 위험을 지니고 있어 오

2) 대통령 직속 위원회로 활동해 오던 저출산 고령사회위원회가 새 정부가 들어서면서 김성이 보건복지가족부 장관을 위원장으로 하고 10개 중앙부처 차관과 각계 대표 11명을 포함해 총 22명으로 구성되어 보건복지가족부장관 위원회로 조정되어 2008년 4월 18일 새롭게 출범했다. 그에 따라, 위원회 업무지원과 관련 정책 및 사업 추진은 복지부 저출산 고령사회정책국에서 총괄하게 되었다.

3) 진오비는 산부인과의료계의 현안 과제를 정의롭고 발전적으로 개선한다는 명분을 내세우며 2008년 12월에 카페를 개설하고 활동을 시작하였다. 이들은 우리나라의 만연해 있는 불법 인공임신중절의 문제에 관심을 가지고 2009년 11월 낙태근절운동본부 설립한 후, 2010년 1월에는 그 명칭을 프로라이프 의사사회로 바꾸어 현재는 불법임신중절의 근절을 위한 활동에 매진하고 있다.

4) 회의 자료에 의하면, 2005년도 우리나라의 인공임신 중절의 추정 건수는 34만 건으로 같은 해 출생아 수 (약 44만명)의 78% 수준이었다. 인공임신중절건수 중 기혼 여성이 19만 8천 건, 미혼 여성이 14만 4천 건이었다 : 2009.11.25, 저출산 대응 전략회의 (미래기획위원회 제6차회의의 보고자료).

5) 보건사회부 (1955.2.17시행, 정부조직법, 법률 제354호), 보건복지부 (1994.12.23시행, 정부조직법, 법률 제4831호), 보건복지가족부 (2008.2.29시행, 정부조직법, 법률 제8852호), 보건복지부 (2010.3.19시행, 정부조직법, 법률 제9932호)

늘날까지 무분별한 불법 인공임신중절의 만연의 중요한 원인으로 지적되고 있는, 모자보건법 제14조 (인공임신중절 수술의 허용한계) 제1항 제5호 <임신의 지속이 보건의학적 이유로 모체의 건강을 심각하게 해치고 있거나 해칠 우려가 있는 경우>와 관련하여 구체적인 세부기준과 진료 지침을 마련하기로 하였다.

2010년 3월 24일 프로라이프의사회에서는 ‘2010년 태아 살리기 범국민대회’를 개최하고 범국민 서명운동으로 전개하겠다고 선포하자, 2010년 3월 25일 여성계 (민주노총 여성위원회, 다함께, 민주노동당 여성위원회, 사회진보연대, 지구지역행동네트워크)는 ‘여성들의 육체적·정신적으로 안전한 낙태를 할 수 있는 권리’와 ‘여성의 자기 결정의 권리’의 보장을 핵심으로 하는 공동성명서를 발표하였다.⁶⁾

산부인과 의사가 동료 의사를 검찰에 고발한다는 것이, 사안의 내용을 차치하고, 전문 직업인의 윤리로서 과연 옳은가라는 의료계 내부의 의견과 비판이 제기됨에 따라 산부인과개원의단체⁷⁾에서는 2010년 4월 30일 자체 윤리위원회를 열어 프로라이프의사회의 핵심인물 세 사람을 대한의사협회 (의협) 윤리 위원회에 제소하기로 결정하였다. 또한, 산부인과개원의단체에서는 2010년 3월 26일부터 4월 7일까지 임신중절과 관련된 설문조사를 실시하였는데,

6) “공동 성명서: ‘프로라이프 의사회’의 반낙태 집회 개최를 비판한다! 낙태근절캠페인을 중단하라!”, 레프트21, 28호 (2010.3.25).

7) 산부인과개원의들의 이익을 도모하기 위하여 창립구성된 단체는 1997년 <산부인과개원의협의회>라는 명칭으로 출발하였으나, 2004년 모든 산부인과 전문의를 대표하고, 국민에게 한층 다가선다는 명분을 담은 정관개정을 통해 <대한산부인과학회>라고 명칭을 바꾸었다. 산부인과단체의 명칭에 관한 문제를 오늘날 산부인과계의 분열과 대립을 가져 오는 주요 원인의 하나로 인식하고 염려하는 산부인과 의사들이 많다. 일부 진료과의 개원의협의회에서 의사회라는 명칭을 사용하는 것과 관련하여 다음과 같은 대한의사협회의 명칭의 변천 연혁을 살펴 봄으로써 개인적 의견을 표하고 싶다. 1948년 9월 21일 (조선의학협회)는 대한민국의 건국에 때맞추어 (대한의학협회)로 개칭하였고, 1987년 7월 4일 개원의를 대변하는 (개원의협의회)가 창립됨에 따라 1995년 5월 26일 협회 명칭을 전체 의사를 대변하는 의미를 담은 (대한의사협회)로 개칭하였고, 그 산하에 (대한개원의협의회)를 두고 각 진료과의 개원의협의회들이 소속되어 있다. <대한산부인과학회>의 위상은 대한민국의 전통있는 산부인과과학계 및 산부인과 의사 전체의 대표기관으로서 1947년 창립되어 60년 이상의 오랜시간에 걸쳐 오늘날까지 그 역할을 성실히, 때로는 희생적으로 수행해 온 그야말로 전체 산부인과계의 유일한 대표성을 지니는 전문 직능단체이다. 따라서, 산부인과개원의의 이해를 대변하는 단체에서 (산부인과학회)라는 명칭을 사용하는 것은 그 업무의 내용이나 회원의 구성면에서 볼 때 부적절하다고 판단되며, 일반 국민들에게 오해를 불러 일으킬 우려가 대단히 크다. 또한, (대한산부인과학회)라는 명칭 역시 일반 국민들에게는 전체 산부인과계 의사들의 직능적 전문단체라기 보다는 단순히 학문적 전문단체로 비쳐질 소지가 큰 명칭인 것이 사실이므로, 개원산부인과사들의 단체는 (대한산부인과개원의협의회) 혹은 (한국산부인과개원의협의회)로 부르고, (대한산부인과학회)는 의협이 (대한의학협회)에서 (대한의사협회)로 시의적절히 명칭을 바꾼 것과 마찬가지로 그 명칭을 (대한산부인과학회) 등으로 바꾸는 방안도 진지하게 검토해 볼 수 있을 것으로 생각된다.

설문참여율이 낮아서 대표성을 갖기에는 다소 문제가 있었다. 설문 결과의 주요 내용은 첫째, 97.9%에서 현행 모자보건법의 현실적 개정이 필요하다고 응답하였다. 둘째, 90.6%에서 개정 모자보건법에는 사회 각 분야의 의견을 고려하여 인공임신중절의 사회·경제적 허용사유가 포함되어야 한다고 응답하였다. 셋째, 94.6%에서 개정 모자보건법에는 심한 태아 기형이나 태아 질환으로 인한 인공임신중절의 허용 사유가 포함되어야 한다고 응답하였다.

이러한 사회 분위기와 금년도의 주요 정부 정책과제로 추진되고 있는 모자보건법 개정사업과 관련하여, 대한산부인과학회에서는 구체적인 대응방안의 하나로써 ‘모자보건법 개정안마련을 위한 특별위원회 (이하, 모자보건법 TFT)’를 구성하여 대한산부인과학회 차원의 모자보건법 개정안을 마련하여 향후 있을 것으로 예상되는 모자보건법 개정 관련 포럼이나 공청회 등에 대비할 필요성이 있다는 의견을 모으고, 2010년 3월 19일 모자보건법 TFT를 출범시키고, 8) 모자보건법의 개정에는 사회 각 분야의 이해관계가 복잡하게 얽혀 있기 때문에, 본 학회의 모자보건법 TFT에서 마련할 개정안은 현행법이 규정하고 있지 않아 법리적 모순과 함께 실제의 진료과정에서 큰 혼란을 가져오고 있는 태아 측의 의학적 사유로 인한 인공임신중절의 허용 조항의 신설을 핵심 부분으로 삼기로 하고, <생명윤리 및 안전에 관한 법률> 등 다른 관련 법률과의 통합적 조화를 이룰 수 있도록 법리적인 검토를 함께 진행하여, 2010년 4월 14일 ‘모자보건법 개정안 마련을 위한 대한산부인과학회 공청회 (-태아측 사유에 의한 인공임신중절 허용규정을 중심으로-)’를 개최하여 관련 전문가들의 의견을 수렴하였다.⁹⁾

Ⅲ. 용어의 개념에 대한 이해

1. ‘낙태’와 ‘인공임신중절’ 관련 표현의 오용

인공임신중절과 관련된 언론보도를 비롯하여 각종 단체의 토론회 및 정부 주최의 포럼이나 공청회 등 많은 담론

8) 대한산부인과학회, 학회소식, “모자보건법 개정안 마련을 위한 TFT 구성”, KSOG Newsletter 2010-04호 (2010.4.15), 1면.

9) 대한산부인과학회, 학회소식, “모자보건법 개정안 마련을 위한 대한산부인과학회 공청회 개최 (2010.4.14)”, KSOG Newsletter 2010-05호 (2010.5.15), 1면.

의 장에서 ‘낙태’, ‘인공임신중절’, ‘소위 낙태’, ‘불법 인공 임신중절’, ‘불법 낙태’ 등의 다양한 용어들이 때로는 분명한 인식이 없이, 때로는 자의적으로, 또 때로는 특별한 의도를 담고 사용되고 있다.

예를 들어, 앞에서 살펴 본 2010년 3월 25일 여성계 (민주노총 여성위원회, 다함께, 민주노동당 여성위원회, 사회진보연대, 지구지역행동네트워크)의 공동성명서에서는 ‘여성들의 육체적·정신적으로 안전한 낙태를 할 수 있는 권리’를 주장하며, 안전한 ‘낙태’라는 표현을 쓰고 있다. 이는 안전한 ‘인공임신중절’이라고 해야 적절하며, 그 주장의 내용에 부합된다.

한편, 2009년 11월 1일 진오비의 ‘낙태근절운동 선포식’이라는 표현에서 ‘낙태’라는 단어는 ‘불법 인공임신중절’이 적절하며, 또한, 2009년 11월 25일의 미래기획위원회에서는 저출산 대응의 정책적 제안의 하나로 ‘낙태 줄이기 캠페인 및 낙태 안하는 사회 환경 조성’을 제시하였는데,¹⁰⁾ 이때 사용한 ‘낙태’라는 표현에 대해서도 역시 ‘불법 인공임신중절’로 표현하는 것이 적절하다.

다른 예로, ‘인공임신중절 예방 및 감소 4차 생명포럼’¹¹⁾의 회의자료를 살펴보면, ‘불법 낙태’, ‘소위 낙태’라는 표현이 사용되고 있다. 자료에서 해당 어휘가 사용된 맥락을 살펴 볼 때, ‘불법 낙태’는 ‘낙태’ 혹은 ‘불법 인공임신중절’로 표현하는 것이 더 적절하며¹²⁾, ‘소위 낙태’는 ‘인공임신중절’로 표현하는 것이 적절하다.¹³⁾

10) 미래기획위원회, 저출산 대응 전략회의 (2009.11.25), 미래기획위원회 제6차회의 보도자료, 6면.

11) 보건복지가족부와 인구보건복지협회의, 인공임신중절 예방 및 감소 4차 생명포럼 (2009.11.30), 프레지던트호텔 18층 접빈.

12) 어의상 넓은 의미로 해석하면 낙태는 의사에 의한 합법적인 임신중절을 포함하지만, 발표자의 의도는 낙태의 불법성을 강조하기 위한 것으로 이해된다. 그러나, 통상적 의미상 혹은 법리적 해석상 낙태는 모두 불법이며, 일상적 표현이나 형법에서 살인죄 혹은 강간죄에 대하여 불법 살인죄 혹은 불법 강간죄라고 하지 않는 것과 같은 맥락이다. 또한, 합법적인 인공임신중절의 경우에는 그 행위의 성격은 낙태의 경우와 같다 하더라도, 생명윤리적 논의의 여지는 차치하고, 낙태에 함께 포함시켜서는 안된다. 예를 들어, 사형제의 존폐 논의는 차치하고, 사형수에게 사형을 집행한 공무원을 살인죄를 범한 범인과 같이 볼 수는 없는 것과 같은 맥락이다.

13) 보건복지가족부와 인구보건복지협회의에서 공동 기획한 ‘인공임신중절 예방 관련 대국민 인식조사 설문 (안)’과 생명포럼 위원들의 논의를 거쳐 마련한 최종안에서는 현행 모자보건법 제14조가 허용하는 인공임신중절과 허용하지 않고 있는 그야 말로 소위, 사회경제적 사유에 의한 불법 인공임신중절을 모두 포함하여 ‘소위 낙태’라고 표현하고 있다. 이에 대해서는 설문의 내용상 형법상 불법인 낙태와 모자보건법상 허용되는 합법적 인공 임신중절의 차이를 일반인들에게 명확히 해 주고 있지 못한 점이 지적될 수 있다. 그리고, ‘소위’라는 표현은 ‘이른 바’ 혹은 ‘세상에서 쉽게 흔히 말하는 바’라는 의미로 사용되는 말로서, 예를 들면, ‘소액 개인주식투자자들, 소위 개미군단’ 혹은 ‘1970년대와 1980년대에 어려운 젊은 대학시절을 보낸 50전후의 사람들, 소위 7080세대’

다음에 이어지는 글에서는 부적절한 용어의 사용이라고 지적한 이유를 ‘낙태’와 ‘인공임신중절’의 의료법리학적 개념정의를 통하여 제시하고자 한다.

2. ‘낙태’와 ‘인공임신중절’

형법 제269조 및 제270조가 규정하고 있는 낙태¹⁴⁾와 모자보건법 제2조가 규정하고 있는 인공임신중절¹⁵⁾의 개념에 대해서는 많은 오해와 혼돈이 있다. 많은 인터넷사이트를 떠도는 많은 개념정의와 관련 글들은 일률적이지도 않고, 많은 경우에서 혼돈된 개념정의를 바탕으로 하여 전개되고 있다. 앞에서 살펴본 바와 같이, 이러한 사정은 일반인들 사이에서는 물론이고, 산부인과 의사들뿐만 아니라, 관련 정책부서의 행정담당자들에게서도 나타나고 있는 것을 볼 수 있다.

형법상의 낙태죄의 전제가 되는 ‘낙태’는 자연분만이 이전에 자궁에서 발육중인 태아¹⁶⁾를 인공적으로 배출시키거

와 같이 사용된다. 이를 일반 국민들이 잘못 사용하고 있어 문제가 되고 있는 특히 예민한 사안에서 해당 표현을 정부 기관 등의 관련 전문인들이 일반인들이 많이 사용한다는 이유만으로 잘못 사용하고 있는 용어를 그대로 설문지에 인용하여 사용하는 것은 일반인들을 오도할 수 있으며, 따라서 적절하지 못하다고 생각된다.

14) 형법(시행 2010.10.16) [법률 제10259호, 2010.4.15, 일부개정], 제27장 낙태의 죄.

15) 모자보건법(시행 2010.3.19) [법률 제9932호, 2010.1.18, 타법개정], 제2조 (정의) 이 법에서 사용하는 용어의 뜻은 다음과 같다. 7. “인공임신중절수술”이란 태아가 모체 밖에서는 생명을 유지할 수 없는 시기에 태아와 그 부속물을 인공적으로 모체 밖으로 배출시키는 수술을 말한다. [전문개정 2009.1.7]

16) 형법에서 태아는 배아가 자궁내에 착상과정을 완료한 때부터 형법상 사람으로 인정되기 전까지의 인간 생명을 말한다: 김순태·이창호, 「형법각론」, 한국방송대학교출판부, 2006, 46면; 현행 생명윤리 및 안전에 관한 법률 (생명윤리법) 제1장 제2조 (정의)의 2는 “배아”라 함은 수정란 및 수정된 때부터 발생학적으로 모든 기관이 형성되는 시기까지의 분열된 세포군을 말한다 라고 규정을 하고 있다. 이는 월경주기가 28일로 규칙적인 여성의 최종월경 초일을 기준으로 할 때 임신 10주일을 말한다. 한편, 2010년 5월 10일 입법예고된 생명윤리법전부개정안 제1장 제2조 (정의)의 3에서는 “배아란 인간의 수정란 및 수정된 때부터 착상 완료이전까지의 분열된 세포군을 말한다. 다만, 착상된 이후에는 태아로 본다.” 라고 하여 형법에서의 태아의 해석과 같이 정의하고 있다. 의학적으로 사람의 태아라 함은 임신 10주 이후부터이다. 그러나, 의학적으로는 기초적 중요장기의 형성시기인 착상후 배아의 시기는 중요 장기 형성기로서 대단히 중요한 의미를 지니는 시기이다. 이 시기에 대한 관점의 차이는, 최근 사회 각 분야에서 초미의 관심을 불러일으키고 있는 모자보건법 개정 논의에서도 핵심적 논의의 관건이 될 수 있는 문제라고 생각된다. 배아에 관하여 현행 생명윤리법이 의학의 문외한에게는 일견 혼란을 줄 수 있다 하더라도, 이는 착상이라는 임신생리의 과정을 이해한다면 문제될 것이 없다. 일반적으로 법률의 명문 규정에서 특정 타학문 분야의 전문용어를 사용해야 하는 경우에는 그 전문분야에서 인정되고 통용되는 용어와 개념 정의를 차용하고, 법문에서의 법리적 개념 정의나 관련되는 의미도 그에 따라야 하는 것이 합리적이다. 또한 학제적 논의과정에서 혹은 관련 법률의 규정 등에서 사용하고 하는 경우에는 인접 또는 관련 분야와의 소통성과 전달력, 사회 전체의 인지도 및 혼란 가능성의 여부 등을 종합적으로 고려해서 결정하는 것이 필요할 것이다. “배아”의 개념 정의에 대해서는 의학적으로 명백하게 존재하며, 현행 생명윤리

나, 모체 내에서 살해하는 것을 말하며, 모자보건법 제2조(정의) 제7항에 의하면, ‘인공임신중절수술’은 ‘태아가 모체 밖에서는 생명을 유지할 수 없는 시기’에 태아와 그 부속물을 인공적으로 모체 밖으로 배출시키는 수술을 말한다. ‘모체 밖에서 생명을 유지할 수 없는 시기’의 결정은 일률적으로 할 수가 없고, 현재의 의료 수준 특히, 미숙아 관리를 전문으로 하는 신생아학 분야의 평균적 의료수준이 중요한 결정의 준거가 된다. 따라서 현행 모자보건법의 체계에서는 모자보건법 제2조가 말하고 있는 ‘모체 밖에서 생명을 유지할 수 없는 시기’와 관련하여 법시행령에서 그 시기를 구체적으로 임신 24주일 이내로 명문화하고 있다.¹⁷⁾

국어사전적인 개념정의와 관련해서, 어의상 넓은 의미로 해석하면 낙태는 의사에 의한 합법적인 임신중절을 포함하고, 좁은 의미의 낙태는 불법적 인공임신중절만을 의미하기도 하지만, 법리상의 개념정의의 측면에서는 좁은 의미의 낙태와 불법적 인공임신중절의 의미에는 차이가 있다.

이와 같은 낙태와 인공임신중절의 법리상 개념정의의 차이는 ‘모체 밖에서 생명을 유지할 수 없는 시기’라는 모자보건법 제2조의 법문과 핵심적으로 관련되어 있다. 그에 따르면, 모든 모자보건법상 불법 인공임신중절은 형법상 낙태가 되지만, 모든 형법상의 낙태가 모자보건법상 불법 인공임신중절은 아니다. 예를 들어 보면, 임신 20주에 모자보건법상 허용 사유가 없이 태아를 인공적으로 모체 밖으로 배출시켰다면 모자보건법상 불법적 인공임신중절이 되어 (즉, 낙태행위에 대한 위법성 조각사유가 없어서), 형법에서 규정하는 낙태죄에 해당이 되고, 임신 28주에 태아를 인공적으로 모체 밖으로 배출시켰다면 모자보건법상 허용사유의 존부에 관계없이 바로 형법상 낙태죄가 성립한다. 이에 대해서는, 현행 모자보건법(시행령)이 합법적인 인공임신중절의 시기를 임신 24주로 하고 있는 바, 임신 28주에 태아를 인공적으로 모체 밖으로 배출시켰다면 이러한 모자보건법이 허용하는 시기를 벗어나는 위법성이 있

는 것이기 때문에 바로 형법의 낙태죄가 되는 것이 아니며, 불법 인공임신중절의 성립요건이 구성되고 그에 따라 형법상 낙태죄가 성립한다는 법리 구성과 주장이 가능하기는 하다. 그러나 모자보건법 제2조의 정의에 따라서 임신 24주일 이내인 경우만을 인공임신중절의 범주에 넣는 것이 보다 타당하다고 생각된다.

이와 같이 낙태와 인공임신중절에 관한 법리구성은 법적 견해에 따라 여러 가지가 있을 수 있다. 그러나 의료 현장에서는, 어떤 법리구성을 하든, 모자보건법상 인공임신중절의 허용 사유가 없는 경우에는 그 수술 시기에 상관없이 언제든지 낙태죄의 처벌 대상이 되며, 또한, 수술 시기가 임신 24주일을 지나는 경우에는 인공임신중절의 허용사유의 존부와 상관없이 언제든지 현행 형법상의 낙태죄의 처벌 대상이 된다.

3. 인공임신중절의 ‘동의’와 낙태죄에서의 ‘동의’의 의미

1) 모자보건법상의 동의

모자보건법은 의사가 인공임신중절을 시행할 때에는 임신부 본인의 동의는 물론 사실혼 관계에 있는 사람을 포함한 배우자의 동의를 반드시 함께 얻어야 한다고 규정하고 있다.¹⁸⁾ 따라서 현행법은 임신부만의 단독적인 자기결정권의 행사에 의한 인공임신중절을 허용하지 않고 있으며, 사실혼 관계에 있는 사람을 포함한 배우자의 동의가 없는 경우에는 위법한 인공임신중절의 책임을 지게 된다.

그러나 배우자의 사망, 실종, 행방불명 또는 기타 부득이한 사유가 인정되는 특별한 예외적인 경우에는 임신부 단독 동의만으로 인공임신중절수술을 할 수 있도록 허용하고 있다.¹⁹⁾

또한, 임신부 본인 혹은 배우자가 사물을 변별(辨別)할 능력이나 의사(意思)를 결정할 능력이 없는 경우에는 그 친권자나 후견인의 동의를 얻음으로써 인공임신중절 수술을 할 수 있으며, 그러한 임신부 본인 혹은 배우자에게 친권자나 후견인이 없을 경우에는 그 사람의 부양의무자의

법에서는 그러한 의학적으로 인정되고 통용되는 개념정의에 따라서 적절하게 규정을 하고 있다고 볼 수 있다. 따라서, 생명윤리법 개정안에서와 같이 일률적으로 태아를 정의하기 보다는 오히려, 착상후 배아의 법률상 위치를 명확히 해 주는 것이 다른 관련되는 법률 규정의 해석이나 향후 의생명과학의 발전에서 예상되는 갈등에 대하여 담론의 장을 넓게 열어 두는 것이 될 것이라고 생각된다.

17) 모자보건법 시행령 [시행 2010.3.19] [대통령령 제22075호, 2010.3.15, 타법개정], 제15조(인공임신중절수술의 허용한계) ① 법 제14조에 따른 인공임신중절수술은 임신 24주일 이내인 사람만 할 수 있다.

18) 모자보건법 제14조(인공임신중절수술의 허용한계) ① 의사는 다음 각 호의 어느 하나에 해당되는 경우에만 본인과 배우자(사실상의 혼인관계에 있는 사람을 포함한다. 이하 같다)의 동의를 받아 인공임신중절수술을 할 수 있다.

19) 모자보건법 제14조(인공임신중절수술의 허용한계) ② 제1항의 경우에 배우자의 사망·실종·행방불명, 그 밖에 부득이한 사유로 동의를 받을 수 없으면 본인의 동의만으로 그 수술을 할 수 있다.

동의를 얻음으로써 인공임신중절 수술을 할 수 있도록 하고 있다.²⁰⁾

2) 형법상 낙태죄에서의 동의

형법은 제270조²¹⁾에서는 의사 등의 낙태와 부동의낙태에 관하여 규정하고 있다. 이렇게 형법에서도 낙태죄 관련 규정에서 동의라는 단어를 쓰고 있어서, 인공임신중절수술 시 임신부 본인의 동의와 함께 반드시 필요한 배우자의 동의와 부동의낙태 규정에서 상정하고 있는 동의의 의미를 명확히 구분하여 이해하지 못하고 혼동하기도 한다.

관련하여, 소규모 산부인과 의사들 모임에서 형법 제270조의 부동의낙태라는 말이 배우자의 동의 없이 낙태를 한 것을 의미하는 것인가라는 질문을 받은 적이 있었다. 그래서 낙태죄가 성립할 때 배우자의 동의를 받지 않음으로서 법적 책임이 더 커지는가라는 질문이었다.

형법 제269조²²⁾ 제2항은 “부녀의 촉탁 또는 승낙을 받아 낙태하게 한 자도 제1항의 형과 같다.”라고 규정하고 있고, 제270조 제1항은 “의사, 한의사, 조산사, 약제사 또는 약종상이 부녀의 촉탁 또는 승낙을 받아 낙태하게 한 때에는 2년 이하의 징역에 처한다.”라고 하여 업무상 동의낙태죄²³⁾를 규정하고 있는데, 낙태 행위자가 임신한 부녀로부터 자신들의 낙태행위의 시행에 관하여 촉탁이나 승낙을 얻는 것을 ‘동의’라는 용어로 표현하고 있는데, 이는 합법적 인공임신중절수술시의 배우자 등의 동의와는 달리 낙태라는 불법적 행위에 대한 임부 자신의 적극적 동의를 말한다. 따라서, 형법 제270조 제2항에서의 부동의낙태는 의사, 한의사, 조산사, 약제사 또는 약종상 등이 임신한 부녀

의 촉탁이나 승낙을 얻지 않은 상태에서 불법인 낙태의 죄를 범하는 것이므로 가중처벌의 대상이 된다. 이러한 부동의낙태죄의 성립에는 배우자 동意的 존재 여부는 영향을 주지 않는다. 즉, 임부가 모르는 상태에서 의사, 한의사, 조산사, 약제사 또는 약종상 등이 배우자의 촉탁이나 승낙 혹은 동의를 얻어서 낙태를 한 경우에도 부동의낙태죄가 성립한다.

Ⅳ. 중요 판례의 분석

1. 낙태죄와 살인죄

낙태시술로 자연 분만기 이전에 인공적으로 모체 밖으로 배출시킨 태아가 미숙아 상태로 살아 있을 때, 산부인과 의사가 추가적인 행위로 사망하게 하는 경우에는 살인죄가 성립한다.²⁴⁾

피고인인 산부인과 의사는 “살아서 출생한 미숙아가 정상적으로 생존할 확률이 적었으며, 그 미숙아에게 염화칼륨을 주입한 것은 낙태를 완성하기 위한 행위에 불과하다”라고 하여 살인죄에 대한 범의를 부정하였으나, 대법원은 “산부인과 의사인 피고인이 약물에 의한 유도분만의 방법으로 낙태시술을 하였으나 태아가 살아서 미숙아 상태로 출생하자 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 피고인에게서는 미숙아를 살해하려는 범의가 인정된다”라고 판시하고 있다. 또한, 판결 이유를 통하여 “낙태죄는 태아를 자연분만기에 앞서서 인위적으로 모체 밖으로 배출하거나 모체 안에서 살해함으로써 성립하고, 그 결과 태아가 사망하였는지 여부는 낙태죄의 성립에 영향이 없다”라고 천명하고 있다.

2. 모자보건법 제14조 제1항 제5호의 의미

모자보건법 제14조 제1항 제5호가 규정하는 ‘임신의 지

20) 모자보건법 제14조 (인공임신중절수술의 허용한계) ③ 제1항의 경우 본인이나 배우자가 심신장애로 의사표시를 할 수 없을 때에는 그 친권자나 후견인의 동의로, 친권자나 후견인이 없을 때에는 부양의무자의 동의로 각각 그 동의를 갈음할 수 있다.

21) 제270조 (의사등의 낙태, 부동의낙태) ① 의사, 한의사, 조산사, 약제사 또는 약종상이 부녀의 촉탁 또는 승낙을 받아 낙태하게 한 때에는 2년 이하의 징역에 처한다. <개정 1995.12.29> ② 부녀의 촉탁 또는 승낙없이 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. <개정 1995.12.29> ④ 전3항의 경우에는 7년 이하의 자격정지를 병과한다.

22) 제269조 (낙태) ① 부녀가 약물 기타 방법으로 낙태한 때에는 1년 이하의 징역 또는 200만원 이하의 벌금에 처한다. <개정 1995.12.29> ② 부녀의 촉탁 또는 승낙을 받아 낙태하게 한 자도 제1항의 형과 같다. <개정 1995.12.29> ③ 제2항의 죄를 범하여 부녀를 상해에 이르게 한 때에는 3년 이하의 징역에 처한다. 사망에 이르게 한 때에는 7년 이하의 징역에 처한다. <개정 1995.12.29>

23) 업무상 촉탁낙태죄라고도 한다: 대법원 2005. 4. 15. 선고 2003도2780 판결 【살인·업무상촉탁낙태·의료법위반】.

24) 대법원 2005. 4. 15. 선고 2003도2780 판결 【살인·업무상촉탁낙태·의료법위반】; 원심판결 (서울고법 2003. 5. 1. 선고 2001도2007 판결).

속이 보건의학적 이유로 모체의 건강을 심히 해하고 있거나 해할 우려가 있는 경우’에 대한 대법원의 법리적 해석은 “임신의 지속이 모체의 생명과 건강에 심각한 위협을 초래하게 되어 모체의 생명과 건강만이라도 구하기 위하여 인공임신중절수술이 부득이하다고 인정되는 경우”라고 하고 있다.²⁵⁾

또한 대법원은 그러한 상황에 대한 의학적 결정은 치료행위에 임하는 의사의 건전하고도 신중한 판단에 위임되어 있다고 하여 의료윤리와 생명윤리에 입각한 의사의 직업적 전문성을 존중하는 태도를 보이고 있으며, 또한 의사는 모자보건법이 규정하는 인공임신중절 허용 사유에 해당하지 않는 경우에는 낙태를 거절해야 한다고 하여 법의 준수를 요구하고 있다.²⁶⁾

또한, 판례²⁷⁾는 “원심이 공소외 2에 대한 진료기록부에 태아에 관하여 ‘Anomaly’라고, 공소 외 3에 대한 진료기록부에 태아에 관하여 ‘bowel’이라고, 공소 외 4에 대한 진료기록부에 태아에 관하여 ‘C.H.D.’라고 각 기재가 되어 있고, 그 의미가 피고인의 주장과 같이 태아의 내장, 심장 등에 이상이 있는 경우를 의미한다고 하더라도, 그와 같은 사유만으로는 모자보건법 제14조 제1항 제5호 소정의 사유가 있는 것으로 보기 어렵다고 판단한 것은 정당한 것으로 수긍할 수 있고, 거기에 상고이유로 주장하는 바와 같은 모자보건법 제14조 제1항 제5호에 관한 해석적용을 잘못된 위법이 없다”라고 하여 태아의 기형 등 선천성 이상으로 인한 태아의 생존 가능성의 판단에 보다 정확한 진단 기준과 신중한 절차를 요구하고 있는 것으로 평가된다.

3. 의료법상 유인행위

의료법²⁸⁾은 영리를 목적으로 하여 환자를 의료기관이나 의료인에게 소개·알선·유인하는 행위 및 이를 사주하는 행위를 금지하고 있다. 관련 행위를 금지하는 대상은 모든 사람(‘누구든지’)으로서, 의료인 또는 의료기관 개설자가 환자 또는 행위자에게 금품이 제공되거나 의료시장의 질서를 근본적으로 해하는 등의 특별한 사정이 있는 경우에는 법이 규정하고 있는 유인행위에 해당한다. 이러한 유인행위에는 모자보건법과 형법이 금지하고 있어 의사로서 마땅히 거부하여야 할 낙태시술을 해 주겠다고 제의하거나 약속함으로써 환자를 유혹하여 치료위임계약을 체결하도록 유도하는 경우도 포함된다.²⁹⁾ 또한, 산부인과 의사가 자신이 개설한 인터넷 홈페이지에서 상담게시판을 통하여 상담을 하면서 합법적인 인공임신중절수술이 허용되는 경우가 아님에도 낙태시술을 해줄 수 있다고 약속하면서 자신의 병원을 방문하도록 권유하고 안내한 행위도 유인에 해당한다.³⁰⁾

V. 결

이상의 줄고를 통하여 작금의 불법 인공임신중절 문제 제기의 배경과 전개 현황의 파악과 형법상 낙태와 모자보건법상 인공임신중절에 대한 기본적인 개념의 차이를 비롯한 관련 판례의 평석 등에 관하여 의료법리학적인 관점에서 살펴보았다.

불법 인공임신중절과 낙태와 관련하여 논의가 뜨겁다. 모든 사람들의 의식적 혹은 무의식적 무감각 속에서 사회 전반에 만연해 있었던 불법 인공임신중절의 문제를 그 동

25) 대법원 1985.6.11. 선고 84도1958 판결 【살인미수 (예비적으로업무상촉탁낙태)】; 대법원 2005. 4. 15. 선고 2003도2780 판결 【살인·업무상촉탁낙태·의료법위반】.

26) 대법원 1985.6.11. 선고 84도1958 판결 【살인미수 (예비적으로업무상촉탁낙태)】: “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 바이므로 비록 모자보건법이 특별한 의학적, 우생학적 또는 윤리적 적응이 인정되는 경우에 임신부와 배우자의 동의 아래 인공임신중절수술을 허용하고 있다 하더라도 이로써 의사가 부녀의 촉탁 또는 승락을 받으면 일체의 낙태행위가 정상적인 행위이고 형법 제270조 제1항 소정의 업무상촉탁낙태죄에 의한 처벌을 무가치하게 되었다고 할 수는 없으며 임신부의 촉탁이 있으면 의사로서 낙태를 거절하는 것이 보통의 경우 도저히 기대할 수 없게 되었다고 할 수도 없다.”

27) 대법원 2005. 4. 15. 선고 2003도2780 판결 【살인·업무상촉탁낙태·의료법위반】 【이유】 1. 피고인의 상고에 대한 판단, 나항.

28) 의료법[시행 2010. 3.19] [법률 제9932호, 2010. 1.18. 타법개정], 제3절 (의료행위의 제한) 제27조(무면허 의료행위 등 금지) ③누구든지 「국민건강보험법」이나 「의료급여법」에 따른 본인부담금을 면제하거나 할인하는 행위, 금품 등을 제공하거나 불특정 다수인에게 교통편의를 제공하는 행위 등 영리를 목적으로 환자를 의료기관이나 의료인에게 소개·알선·유인하는 행위 및 이를 사주하는 행위를 하여서는 아니 된다. 다만, 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 행위는 할 수 있다. <개정 2009.1.30, 2010.1.18> 1. 환자의 경제적 사정 등을 이유로 개별적으로 관할 시장·군수·구청장의 사전승인을 받아 환자를 유치하는 행위 2. 「국민건강보험법」 제93조에 따른 가입자나 피부양자가 아닌 외국인(보건복지부령으로 정하는 바에 따라 국내에 거주하는 외국인은 제외한다)환자를 유치하기 위한 행위.

29) 대법원 2005. 4. 15. 선고 2003도2780 판결 【살인·업무상촉탁낙태·의료법위반】.판결요지[4].

30) 대법원 2005. 4. 15. 선고 2003도2780 판결 【살인·업무상촉탁낙태·의료법위반】.판결요지[5].

안 누구도 문제화·공론화하여 제기하지 못했었기 때문에 표면에 드러나지 않았을 뿐, 내용과 의미의 중대성으로 보면 우리 사회에서 벌써 오래전부터 심도 있는 논의와 열린 담론의 장이 만들어졌어야 한다고 생각된다.

사회의 뜨거운 논의와 담론의 마당에서 대한산부인과학회는 전문의료인 단체로서 지켜 온 전통과 위상에 걸맞는 적절한 역할을 성실히 수행함으로써 우리 사회에서 생명윤

리, 의료윤리 및 준법 의식 등이 확고하게 자리잡을 수 있도록 하는데 최대한의 노력을 기울일 것이다. 특히, 의학적 사유에 의한 합리적 인공임신중절 허용규정을 중심으로 하는 논의와 담론을 주도해 나가려고 한다.

본 줄고가 많은 분들에게 조금이라도 도움을 드릴 수 있으면 하는 기원을 갖고 마친다.

참고자료

1. 김순태, 이창호. 「형법각론」, 한국방송대학교 출판부, 2006.
2. 미래기획위원회 제6차회의: 저출산 대응 전략회의 (보고자료), 2009.11.25.
3. 여성계 공동 성명서: ‘프로라이프 의사회’의 반 낙태 집회 개최를 비판한다! 낙태근절캠페인을 중단하라!, 레프트21, 28호, 2010.3.25.
4. 보건복지부공고 제2010-87호, 입법 예고, 생명윤리 및 안전에 관한 법률 전부개정안 입법예고, 2010.05.10.
5. 대한산부인과학회, 학회소식, “모자보건법 개정안 마련을 위한 TFT 구성”, KSOG Newsletter, 2010-04호, 2010.4.15.
6. 대한산부인과학회, 학회소식, “모자보건법 개정안 마련을 위한 대한산부인과학회 공청회 개최 (2010.4.14)”, KSOG Newsletter, 2010-05호, 2010.5.15.
7. 보건복지가족부와 인구보건복지협회의, 인공임신중절 예방 및 감소 4차 생명포럼회의자료, 프레지던트호텔 18층 접보, 2009.11.30.
8. 대한산부인과의사회 홈페이지, 학회 연혁. Available form: <http://www.ksog.org/>.
9. 대한의사협회 홈페이지, 학회 연혁. Available form: <http://www.kma.org/contents/intro/intro04.html>.
10. 모자보건법, [시행 2010. 3.19][법률 제9932호, 2010. 1.18, 타법개정].
11. 모자보건법 시행령, [시행 2010. 3.19][대통령령 제22075호, 2010. 3.15, 타법개정].
12. 생명윤리 및 안전에 관한 법률, [시행 2010. 3.19][법률 제9932호, 2010. 1.18, 타법개정].
13. 정부조직법, [시행 2010. 3.19] [법률 제9932호, 2010. 1.18, 일부개정].
14. 형법, [시행 2010.10.16] [법률 제10259호, 2010. 4.15, 일부개정].
15. 대법원, 1985.6.11. 선고 84도1958 판결 【살인 미수 (예비적으로업무상촉탁낙태)】
16. 서울고법, 2003. 5. 1. 선고 2001도2007 판결 【살인·업무상촉탁낙태·의료법위반】.
17. 대법원, 2005. 4. 15. 선고 2003도2780 판결 【살인·업무상촉탁낙태·의료법위반】.

= 국문초록 =

우리 사회가 불법 인공임신중절과 낙태와 관련하여 논의가 뜨겁다. 어찌보면, 모든 사람들의 의식적 혹은 무의식적 무감각 속에서 사회 전반에 만연해 있었던 불법 인공임신중절의 문제를 그 동안 누구도 문제화·공론화하여 제기하지 못했었기 때문에 표면에 드러나지 않았을 뿐이지, 내용과 의미의 중대성으로 보면 우리 사회에서 벌써 오래전부터 심도 있는 논의와 열린 담론의 장이 만들어졌어야 한다고 생각된다. 형법상의 낙태죄의 전제가 되는 ‘낙태’는 자연분만기 이전에 자궁에서 발육 중인 태아를 인공적으로 배출시키거나, 모체내에서 살해하는 것을 말하며, 모자보건법 제2조 (정의) 제7항에 의하면, ‘인공임신중절수술’은 ‘태아가 모체 밖에서는 생명을 유지할 수 없는 시기’에 태아와 그 부속물을 인공적으로 모체 밖으로 배출시키는 수술을 말한다. 낙태와 인공임신중절에 관한 법리구성은 법적 견해에 따라 여러 가지가 있을 수 있다. 그러나 의료 현장에서는 어떤 법리구성을 하든, 모자보건법상 인공임신중절의 허용 사유가 없는 경우에는 그 수술 시기에 상관없이 언제든지 낙태죄의 처벌 대상이 되며, 또한 수술 시기가 임신 24주일을 지나는 경우에는 인공임신중절의 허용 사유의 존부와 상관없이 언제든지 현행 형법상의 낙태죄의 처벌 대상이 된다.

중심단어: 낙태, 형법, 인공임신중절, 모자보건법, 의료법리학적 이해