

# 인공임신중절

鄭圭原\*

I. 들어가며	식
II. 의사윤리지침에 대한 검토	IV. 의사윤리지침과 현행법에 대한 비교 검토
III. 인공임신중절과 관련된 현행법의 검토	1. 윤리지침과 법률의 관계
1. 인공임신중절에 대한 법적 규율의 역사	2. 인공임신중절에 대한 윤리적 논의
2. 현행법상 인공임신중절의 규율방	3. 소결론
	V. 결 론

## I. 들어가며

최근 의사협회가 윤리지침을 제정·공포함으로써 의료행위와 관련된 여러 가지 논점들이 다시 논의의 대상이 되었다. 그 중 하나가 인공임신중절<sup>1)</sup>의 허용여부와 관련된 법적 문제이다. 의사협회가 2001년 4월 19일 제정하여 동년 11월 15일 선포한 의사윤리지침 제54조 제2항은 “의사는 의학적·사회적으로 적절하고 합당한 경우라도 인공임신중절을 시행하는데 신중하여야 하며, 산모의 건강과 태아의 생명권에 특별한 주의를 기울여야 한다”라고 규정하고 있다. 그런데 이 조항은 소위 사회적 적응사유에 의한 인공임신중절도 허용된다고 해석할 여지가 있기 때문에 낙태 및 인공임신중절과 관련된 규정을 두고 있는 현행 형법 및 모자보건법, 의료법의 태도와 모순되는 것은 아닌가 하는 의구심을 불러일으키고 있다.

성의 개방화와 더불어 인공임신중절의 수가 증가하고 있는 것은 주지

\* 漢陽大學校 法科大學 教授

1) 본 논문에서는 인공임신중절과 낙태를 같은 의미로 사용하기로 하겠다.

의 사실이며,<sup>2)</sup> 특히 여성의 사회적 활동이 증대됨에 따라 임신중절에 대한 법적 정당화 움직임도 활발하게 일어나고 있다. 하지만 인공임신중절은 필연적으로 태아의 생명을 파괴하는 결과를 야기하게 되고 그로 인하여 인간 생명권에 대한 침해라는 논란이 지속적으로 제기되고 있다. 반면에 인공임신중절을 원하는 여성의 입장에서 스스로 출산과 임신중절 여부를 선택할 수 있는 자기결정권 혹은 자신의 신체에 대한 처분권의 행사<sup>3)</sup>라는 관점에서 인공임신중절이 정당화될 수 있다는 주장이 제기되고 있다.<sup>4)</sup> 즉 인공임신중절은 태아의 생명권이라는 법익과 임산부의 자기결정권이라는 법익이 충돌하고 있는 현장인 것이다. 법적 논의에 있어서 인공임신중절은 형법뿐만 아니라 사회법 분야 나아가 헌법적 논의에 있어서도 중요한 위치를 점하고 있는바, 이는 인공임신중절에 대한 법적 판단이 태아의 생명권 보호라는 하나의 법익만을 고려하면 되는 문제가 아니라 임신과 출산을 둘러싼 여러 가지의 권리와 법익이 서로 충돌하고 이

- 
- 2) 최근의 조사에 의하면 우리나라의 경우 배우자 있는 15-49세 사이 여성의 43%가 원치 않는 임신이나 태아 조절, 혼전 임신 등의 이유로 인공임신중절을 한 경험이 있다고 한다(은기수, "한국의 인공임신중절실태 및 결정요인", 인공임신중절 예방간담회, 2002. 4. 18.). 또 다른 조사에 의하면 우리나라에서는 하루에 4000건의 인공임신중절행위가 일어나고 있으며, 기혼 여성 중 59.3%가 인공임신중절을 경험하였으며, 18세 이상 성인 여성의 38.8%가 인공임신중절을 경험하게 될 것이라고 한다(김창규, 의협신보, 2001. 11.5, 25면.).
  - 3) 미국연방법원은 1973년의 Roe v. Wade사건 이후로 임산부의 자기결정권을 헌법적 권리로 인정하여 왔다(Roe v. Wade, 93 S. Ct. 705(1973).). 필자는 우리나라의 경우에도 임산부의 자기결정권이 헌법에 의하여 보호받는 권리라고 생각한다(이에 대한 좀 더 자세한 논의는 권형준, "헌법상의 자기결정권", 한국헌법학의 현황과 과제(금량 김철수교수 정년기념논문집), 1998, 334-354면; 정규원, 피해자의 승낙에 대한 연구 - 의료행위를 중심으로 -, 서울대학교 대학원 법학과(박사), 1999 등을 참조하기 바란다.).
  - 4) 우리나라의 경우에도 이와 같은 논거가 정당성을 가지는지에 대해서는 좀 더 많은 연구가 필요하다고 생각된다. 왜냐하면 우리나라에서 시행되고 있는 인공임신중절의 상당 부분이 남아선호 사상에서 비롯된 것이라는 주장이 있기 때문이다. 남아를 출산하기 위하여 인공임신중절을 한다고 하면 인공임신중절이 여성의 성적 자기결정권을 보장하기 위한 수단이라 아니라 여성의 신체를 남아를 출산하기 위한 도구로 이용하고 있다는 논리도 가능하기 때문이다(이와 비슷한 견해로는 권복규, "안락사와 낙태에 대해 의료계는 어떤 입장을 취할 것인가?," 대한의사협회지 제44권 제10호, 1048면을 참조하기 바란다. 이에 의하면 우리나라에서의 여성에 대한 차별과 무시가 인공임신중절을 조장하는 중요한 요소라고 주장하고 있다. 즉 태아가 여아인 경우의 인공임신중절, 피임의 책임을 여성에게 전가시키는 것, 미혼모에 대한 극심한 차별, 직장여성에 대한 모성보호제도의 부족 등이 인공임신중절의 주요한 원인들이라고 주장하고 있다.).

익형량되어야 한다는 점을 보여주고 있는 것이다. 따라서 인공임신중절에 대한 법적 규율 문제는 형법적 규율뿐만 아니라 여타의 법 분야에서의 논의와 법적 규율을 고려하여 결정할 문제인 것으로 생각된다.

이하에서는 의사윤리지침에 나타난 인공임신중절과 관련된 규정들을 살펴보고, 인공임신중절에 대한 현행법의 태도에 대하여 검토하여 본 후 양자의 비교 분석을 하여 보도록 하겠다.

## II. 의사윤리지침에 대한 검토

의사윤리지침 제 54조는 제 1항에서 “의사는 수태된 때로부터 온전한 생명으로 여겨 그 생명의 보전과 건강증진에 최선을 다하여야 한다”라고 규정하여 적어도 수태된 이후부터는 태아를 인간 생명으로 보고 이에 대한 보호를 하여야 한다는 점을 분명히 하고 있다. 이와 같은 의사윤리지침의 규정은 인간 생명 보호에 관한 현행법의 태도와도 부합하는 것으로 생각된다. 현행법은 인간 생명의 시기에 대하여 아무런 규정을 두고 있지 아니하지만 헌법 제10조는 “모든 국민은 인간으로서의 존엄과 가치를 가지며”라고 하여 인간의 존엄과 가치에 대한 규정을 두고 있으며, 형법 제 250조 이하의 살인죄 등 인간 생명을 보호하기 위한 구성요건들을 규정하고 있다. 또한 형법 제269조 이하에서는 낙태에 관한 죄들을 규정하고 있는바, 낙태죄에 관한 규정들은 태아의 생명을 주된 보호법익으로 하고 부녀의 생명·신체의 완전성을 부차적인 보호법익으로 한다고 해석되어지고 있다.<sup>5)</sup> 한편 대법원<sup>6)</sup>은 “잉태된 때”로부터 생명이 시작된다고 보고 있는바, “잉태된 때”라 함은 자궁에 착상한 경우라고 해석할 수 있다.<sup>7)</sup>

의사윤리지침 제54조 제2항은 “의사는 의학적·사회적으로 적절하고

5) 김일수, 형법각론(제3판), 1999, 44면; 배종대, 형법각론(제4판), 홍문사, 2001, 148면; 이재상, 형법각론(제4판), 박영사, 2000, 83면; 이형국, 형법각론연구 I, 법문사, 1997, 148면; 임웅, 형법각론, 법문사, 2001, 94면.

6) 대판 1985. 6. 11, 84도1958.

7) 미연방대법원도 “the life of each human being begins at conception”이라고 하고 있다 (Webster v. Reproductive Health Service Inc., July 3, 1989) 2 All E. R. 987).

합당한 경우라도 인공임신중절수술을 시행하는 데 신중을 기하여야 하며, 산모의 건강과 태아의 생명권에 특별한 주의를 기울여야 한다"라고 규정하고 있다. 이러한 규정은 인공임신중절의 경우 고려하여야 할 사항으로 산모의 건강과 태아의 생명권을 제시하고 있다는 점에서 현행 낙태와 관련한 규정들이 태아의 생명권과 부녀의 생명·신체의 완전성을 그 보호법익으로 하고 있다는 해석론과 일치하는 것으로 생각된다. 다만 본 조항을 의학적으로 적절하고 합당한 경우뿐만 아니라 사회적으로 적절하고 합당한 경우에도 의사가 신중을 기하고 산모의 건강과 태아의 생명권에 대한 특별한 주의를 하면 인공임신중절을 할 수 있다고 해석한다면 현행 법과 모순되는 것이 아닌가 하는 의문을 제기할 수 있다. 그러나 본 조항을 의학적으로 적절하고 합당한 뿐만 아니라 사회적으로 적절하고 합당한 경우에만 인공임신중절이 허용될 수 있으며 이와 같은 두 가지 요건을 모두 충족하는 경우에도 의사에게 신중하게 판단하고 산모의 건강과 태아의 생명권에 대한 특별한 주의를 할 것을 요구하고 있다고 해석한다면 본 조항은 현행 모자보건법이 규정하고 있는 인공임신중절의 허용요건을 보다 강화한 조항이기 때문에 현행법과 모순이 없다는 결론에 이르게 될 것이다.

의사윤리지침 제54조 제3항은 "의사는 의학적으로 필요한 경우를 제외하고는 태아의 성감별 검사를 하여서는 아니된다. 의사는 특히 인공임신중절수술을 목적으로 하거나 그러한 결과를 초래할 가능성이 조금이라도 있는 경우 태아의 성감별 검사를 하여서는 아니된다"라고 규정하고 있다. 이와 같은 규정은 우리나라의 경우 다수의 인공임신중절이 남아선호사상에서 비롯된 것이라는 점을 고려한 규정이라고 보여진다. 서구에서의 낙태에 관한 찬·반논의의 논거로 태아의 생명권과 여성의 자기결정권이 주장되는 사정과는 달리 우리나라에서는 인공임신중절이 남아를 출산하기 위한 수단으로 이루어지고 있기 때문에 특별히 성감별을 금지하도록 하는 규정을 둔 것으로 보인다. 의료법 제19조의2도 태아의 성감별을 금지하는 규정을 하고 있으며 의료법 제67조는 이에 위반하는 행위를 한 의료인에 대하여 3년 이하의 징역 또는 1천만원 이하의 벌금에 처하도록

하고 있다.<sup>8)</sup> 다만 특정 질환의 진단을 목적으로 성감별을 해야 하는 경우가 있을 수 있으므로 의학적으로 필요한 경우에는 성감별을 할 수 있도록 하고 있는바, 이와 같은 진단 목적의 성감별은 의료행위<sup>9)</sup>의 일종으로 이루어지는 것이기 때문에 특별한 규정이 없는 경우에 허용되는 행위이다.

미국 의사협회가 제시하고 있는 의료윤리헌장(Code of Medical Ethics)도 인공임신중절에 대한 규정을 두고 있는바, 이에 의하면 의사는 의학적으로 타당한 경우에는 인공임신중절을 허용하고 있으며 이 경우에 법률에 위배되지 아니하여야 한다고 하고 있다.<sup>10)</sup> 우리나라의 의사윤리지침은 법률과 충돌하는 경우에 의사들이 어떠한 규범을 따라야 할 것인가에 대하여 아무런 규정을 두고 있지 아니한 점에서 미국의 의료윤리헌장과 차이가 있다.

### Ⅲ. 인공임신중절과 관련된 현행법의 검토

#### 1. 인공임신중절에 대한 법적 규율의 역사

인공임신중절이 법적 규율의 대상, 특히 형법적 규율의 대상이 된 것은 비교적 최근의 일이다. 서양의 역사를 살펴 볼 때 임신중절행위에 대하여

8) 우리나라에서 태아의 성감별을 위한 의료행위는 1980년대에 들어서면서 논의의 대상으로 크게 부각되었으며, 이러한 현상에 대처하기 위하여 1987년 11월 의료법을 개정하여 태아의 성감별행위를 금지시킴과 동시에 이에 위반한 경우에는 의사면허를 취소할 수 있도록 하는 조항을 신설하였다. 또한 1994년 1월에는 의료법 제67조를 개정하여 성감별행위에 대하여 처벌을 할 수 있는 길을 열어 놓았다.

9) 대법원은 “의료행위라 함은 질병의 예방과 치료행위 뿐만 아니라 의학적 전문지식이 있는 의료인이 행하지 아니하면 사람의 생명, 신체나 공중위생에 위해를 발생시킬 우려가 있는 행위를 포함한다”(대판 1994. 5. 10. 93도 2554)라고 하여 의료행위의 개념을 넓게 파악하는 태도를 보이고 있다. 의학적 진단을 목적으로 성감별을 하는 경우에는 이와 같은 의료행위의 개념에 포섭됨은 의문의 여지가 없다고 할 것이다. 의료행위의 의미에 대한 좀 더 자세한 논의는 정규원, 전제논문, 9498면을 참조하기 바란다.

10) “The Principle of Medical Ethics of the AMA do not prohibit a physician from performing an abortion in accordance with good medical practice and under circumstances that do not violate the law.”(Amedrical Medical Association, Code of Medical Ethics, 2000-2001 Edition, 2, 01)

국가가 형벌로 규율하거나 윤리적 비난을 가하는 일은 중세 기독교 이전에는 없었다. 고대 그리스 사회에서는 임신중절이 인구정책과 관련하여 논의되었으며 플라톤이나 아리스토텔레스도 임신중절이 불가피한 행위이고 윤리적으로 비난할 이유가 없는 인구정책적 수단이라고 보았었다.<sup>11)</sup> 로마 카톨릭 교회와 많은 법체계들이 수태된 순간 이후에 모든 낙태를 살인으로 간주한 것은 19세기 이후의 일이었다.<sup>12)</sup> 또한 생명 있는 태아와 생명 없는 태아를 구별하지 아니하고 태아의 생명 자체를 보호법익으로 파악하여 임신중절행위를 형사적 규율의 시초는 1813년 바이에른형법전과 1851년 프로이센형법전이었다.<sup>13)</sup>

우리나라에서의 임신중절에 대한 법적 규율의 역사도 서양과 크게 다르지는 않았다.<sup>14)</sup> 조선시대에는 명률에 의하여 임신중절행위를 규율하였는데, 자낙태의 경우에는 처벌하지 아니하였다. 당시에는 임신중절행위 자체를 처벌하지 아니하고 상해행위의 결과적 가중범에 해당하는 타태행위(墮胎行爲)로 처벌하였다. 대한민국 형법이 제정될 당시에도 임신중절행위를 처벌할 것인가에 대하여 많은 논의가 있었다. 현행 형법의 규정들과 비교하여 볼 때 당시의 정부 초안에는 형법 제270조 제2항에 해당하는 부동의낙태에 대한 처벌 규정이 존재하지 아니하였다. 당시의 법전편찬위원회는 인도적 견지에서 임신중절행위를 살인죄와 동등하거나 적어도 이와 비견되는 정도의 범죄행위로 파악하는 전제에서부터 출발하였던 것으로 생각된다. 그러나 임신중절행위를 처벌하고자 하는 기본적 입법취지는 인구정책적 관점이었던 것으로 생각된다. 현행 형법은 임신중절행위

11) 다만 히포크라테스 선서는 인공임신중절을 금지하고 있다. 이에 반하여 동의보감을 비롯한 우리나라의 많은 전통의서들은 인공임신중절에 대해 상당히 관용적이며 인공임신중절의 여러 가지 방법들을 소개하고 있다고 한다(권복규, 견계논문, 1048면). 이와 같은 의료행위에 대한 의료인들의 전통적 사고의 차이가 현재에도 그대로 나타나고 있는 것으로 생각된다.

12) Peter Singer, Rethinking Life and Death, St. Martin's Griffin, 1994, p. 87.

13) Hans Welzel, Das Deutsche Strafrecht, 12. Aufl., 1969, S. 299: Jähnke/Laufhütte/Odersky, StGB, 11. Aufl., vor §218 Rn. 3.

14) 이에 대한 좀 더 자세한 논의는 신동운/최병천, 형법개정과 관련하여 본 낙태죄 및 간통죄에 대한 연구, 한국형사정책연구원, 1991, 51-75면을 참조하기 바란다.

를 예외 없이 처벌하는 것으로 규정하고 있다. 다만 모자보건법 제14조에 의하여 일정한 적응사유에 해당하는 경우에는 위법성이 조각되도록 하는 형태를 취하고 있다.

이상과 같은 인공임신중절행위에 대한 형사적 처벌의 역사를 살펴 볼 때 인공임신중절행위가 범죄를 구성하는가 여부는 선형적으로 결정되어 지는 것이 아니라 특정한 가치관 혹은 특정한 종교관에 근거하여 결정되어짐을 알 수 있다.<sup>15)</sup>

## 2. 현행법상 인공임신중절의 규율방식

### (1) 인공임신중절의 규율 방식

인공임신중절행위에 대한 법적 규율 방식은 각 나라마다 조금씩 차이를 보이고 있다. 이러한 상이한 입법례는 결국 인공임신중절행위와 관련된 두 가지 법익, 즉 태아의 생명권과 임산부의 자기결정권을 어떻게 조화시킬 것인가의 문제에 대한 상이한 해결방식이 있음을 보여주고 있다.<sup>16)</sup>

임신중절에 대한 법적 규율의 첫 번째 방식은 기간해결방식이다. 기간 해결방식은 일정한 기간 내에 이루어지는 임신중절행위는 어떠한 이유에서 행하여졌는지를 불문하고 허용하는 방식이다. 즉 특정 임신기간까지의 임신중절행위는 완전히 허용하고 그 시기 이후의 임신중절행위에 대해서

15) 물론 태아가 생명권을 갖는다는 점은 태아를 인간으로 보는 한 당연한 것이며 인간의 생명이 법적으로 보호되어야 한다는 점도 당연한 것이다. 그러나 어느 시점부터 태아 혹은 수정란을 인간으로 파악하는가 하는 점은 생물학이나 의학을 포함하는 자연과학적 사실로부터 도출되기에는 아직 우리의 지식이 충분하지 못하다. 또한 출생은 수정란의 연속적 과정인 것이다(독일연방헌법재판소도 이와 같이 판시하고 있다(BVerfGE 39, 1(41))). 따라서 수정란이 어느 시점부터 인간이 되는가 하는 점은 윤리적 혹은 법적 판단이라는 규범적 판단을 통하여 결정되어야 할 수밖에 없는 것이다. 이러한 사정은 헌법 제10조가 인간의 존엄과 가치에 대한 규정을 하고 있다고 하여도 마찬가지이다.

16) 태아의 생명권과 임산부의 자기결정권 뿐만 아니라 임신중절행위와 관련하여 고려할 수 있는 법익들로는 임산부의 건강, 잠재적 부의 권리, 의사의 결정의 자유 등이 있을 것이며, 또한 정책적 관점에서는 인구정책에 대한 고려가 문제될 수 있을 것이다. 이에 대한 좀 더 자세한 논의는 이기현/정현미, 낙태의 허용범위와 허용절차규정에 관한 연구, 형사정책연구원, 1996, 44-53면을 참조하기 바란다.

는 원칙적으로는 금지하되 예외적인 사유가 있는 경우에 한하여 임신중절을 허용하는 방식이다. 이 방식을 취하고 있는 대부분의 입법례들은 임신 3개월 이내의 임신중절행위에 대해서는 자유롭게 허용하는 태도를 취하고 있다. 기간해결방식은 임신 초기의 임신중절을 비교적 용이하게 할 수 있으므로 임산부의 자기결정권을 보다 잘 보장할 수 있다는 장점을 가지고 있다. 하지만 어느 시기까지 자유로운 임신중절을 허용할 것인가의 기준을 마련하기가 쉽지 아니며 태아의 생명권을 침해한다는 주장에 대한 적절한 반론이 쉽지 아니하다는 단점을 가지고 있다.

임신중절에 대한 법적 규율의 두 번째 방식은 적응해결방식이다. 적응해결방식은 의학적·우생학적 사유, 형사정책적·윤리적 사유, 사회적·경제적 사유<sup>17)</sup> 등 특정한 적응사유가 존재하는 경우에만 임신중절행위를 허용하는 해결방식이다. 우리나라의 모자보건법은 적응해결방식을 채택하고 있다.

임신중절에 대한 세 번째 법적 해결방식은 상담모델방식이다. 이 방식은 임산부를 위한 조언과 도움을 제공할 수 있는 일정한 상담을 필요적으로 거치게 한 이후에 임산부 자신의 최종적인 결정에 의하여 임신중절 여부를 결정하도록 하는 방식이다. 이 방식은 태아의 생명권을 우월적인 보호법익으로 인정하되 갈등상황에 있는 경우에 예외적으로 특정한 절차를 거친 임신중절행위를 허용하고자 하는 해결방식이다. 1995년 독일개정형법이 취하고 있는 태도로서 기간해결방식과 적응해결방식의 절충적 형태를 취하고 있는 방식이다.

## (2) 형법상 규율

형법 제269조 이하는 낙태에 관한 죄를 규정하고 있는바, 기본적인 구성요건으로 형법 제269조 제1항이 자기낙태죄를 규정하고 있으며, 형법 제269조 제2항은 동의낙태죄를 규정하고 있다. 또한 형법 제270조 제1항은 동의낙태죄에 대한 가중적 구성요건으로 업무상낙태죄를, 형법 제270

17) 우리나라의 모자보건법은 사회적 사유나 경제적 사유에 의한 임신중절을 허용하지 아니하고 있다.



조 제2항은 자기낙태죄에 대한 가중적 구성요건으로 부동의낙태죄를 규정하고 있으며, 형법 제269조 제3항과 형법 제270조 제3항은 결과적 가중범으로 낙태치사상죄를 규정하고 있다. 이와 같은 형법상 낙태죄에 관한 규정들 중 의료인들과 관련하여 특히 문제가 될 수 있는 규정들로는 형법 제270조 제1항의 업무상동의낙태죄, 형법 제270조 제2항의 업무상부동의낙태죄, 형법 제270조 제3항의 업무상낙태치사상죄 등을 들 수 있을 것이다.

업무상동의낙태죄는 “의사·한의사·조산사·약제사 또는 약종상이 부녀의 촉탁 또는 승낙을 받아 낙태하게 한” 경우를 규율하고자 하는 구성요건이다. 따라서 형법 제270조 제1항에 규정된 자들이 부녀의 촉탁 또는 승낙을 받아서 낙태를 한 때에는 2년 이하의 징역에 처해지며, 또한 형법 제270조 제4항에 의하여 7년 이하의 자격정지가 병과된다. 또한 의료법 제8조 제1항은 형법 제270조를 위반하여 금고 이상의 형을 선고받고 그 형이 종료되지 아니하거나 집행을 받기로 확정되지 아니한 자에 대해서는 의료인이 될 수 없도록 하고 있으며, 의료법 제52조 제1항 제1호는 의료법 제8조 제1항에 해당하는 의료인의 면허를 취소하도록 하고 있다. 낙태의 의미가 무엇인가에 대해서는 논란이 있는데, 통설<sup>18)</sup>은 태아를 자연적 분만기에 앞서서 인위적으로 모체 밖으로 배출하거나 태아를 모체 내에서 살해하는 것을 의미한다고 정의함에 반하여, 소수설<sup>19)</sup>은 임신중절에 의하여 태아를 살해하는 것이라고 정의하고 있다.<sup>20)</sup> 소수설은 만일 통설과 같이 낙태를 정의하게 되면 태아를 모체 밖으로 배출하는 일체의 행위가 모두 낙태죄에 해당하게 되어 태아의 생명을 해하지 않으면서 모체의 건강을 보호하기 위하여 조기출산케 하는 행위도 낙태죄의 구성요건

18) 김일수, 전게서, 45면; 박상기, 형법각론(전정판), 박영사, 1999, 78면; 배종대, 전게서, 148면; 이형국, 전게서, 142면.

19) 이재상, 전게서, 82면.

20) 한편 모자보건법 제2조 제6호는 “인공임신중절수술이라 함은 태아가 모체 외에서 생명을 유지할 수 없는 시기에 태아와 그 부속물을 인공적으로 모체 외부에 배출시키는 수술을 말한다”라고 규정하고 있다.

에 해당한다고 보게되는 부당한 결과가 초래된다고 주장한다.<sup>21)</sup> 그러나 이와 같은 문제는 의료행위의 법적 성질을 어떻게 파악할 것인가의 측면에서 해결하여야 할 것으로 생각된다. 모자보건법상의 인공임신중절사유들을 낙태죄의 위법성조각사유로 파악하는 이상 통설과 같이 낙태의 개념을 정의하는 것이 타당할 것으로 생각된다.

형법 제270조 제2항은 “부녀의 촉탁 또는 승낙 없이 낙태를 하게 한 자는 3년 이하의 징역에 처한다”라고 규정하여 업무상낙태죄의 주체가 되는 의료인도 부녀의 촉탁이나 승낙 없이 낙태를 한 경우에는 이 규정에 해당하여 업무상부동의낙태죄로 처벌을 받도록 하고 있다. 업무상부동의 낙태죄의 경우에도 7년 이하의 자격정지를 병과하도록 하고 있으며(형법 제270조 제4항), 의료법상의 제재에 대한 규정들도 적용되게 된다.

또한 형법 제270조 제3항은 “제1항(업무상동의낙태죄: 필자 주) 또는 제2항(업무상부동의낙태죄: 필자 주)의 죄를 범하여 부녀를 상해에 이르게 한 때에는 10년 이하의 징역에 처한다”라고 규정하여 업무상낙태치사상죄에 대한 규정을 두고 있다. 본 죄는 업무상동의낙태죄와 업무상부동의낙태죄의 결과적 가중범으로서 과실있는 중한 결과에 대하여 가중 처벌을 하도록 하고 있는 규정이다. 본 죄로 처벌되는 경우에도 7년 이하의 자격정지를 병과하며(형법 제270조 제4항), 의료법상의 제재에 대한 규정들도 적용되게 된다.

### (3) 모자보건법상의 규정들

임신중절을 허용하는 중요한 법률로는 모자보건법이 있다. 모자보건법은 “모성의 생명과 건강을 보호하고 건전한 자녀의 출산과 양육을 도모함으로써 국민보건향상에 이바지함을 목적으로” 하는 법률이다(모자보건법 제1조). 모자보건법은 1973년 5월부터 시행된 이래,<sup>22)</sup> 수 차례의 개정을 거쳐 현재에 이르고 있다. 모자보건법은 전체적으로 볼 때 일본의 우

21) 이재상, 전계서, 82면.

22) 김종원, 인공임신중절의 법적 규제에 관한 연구 - 모자보건법과 관련하여 -, 가족계획연구원, 1974, 22면.

생보호법의 영향을 상당히 받은 법률이지만 일본의 우생보호법에 비하여 모성의 생명과 건강을 보호한다는 보건의학적 관점이 보다 강조되고 있는 점에 특징이 있다고 한다.<sup>23)</sup>

형법상 낙태죄에 해당하는 행위의 상당수가 모자보건법 제14조, 제28조에 의하여 위법성이 조각되어 처벌되지 아니한다. 현행 모자보건법의 모델이 되었던 일본의 우생보호법에 대해서 본래의 입법취지인 우생보호보다는 낙태를 합법화시켜주는 법이라는 인식이 존재하며,<sup>24)</sup> 우리나라의 모자보건법에 대해서도 형법의 낙태 금지 규정을 유명무실하게 만드는 입법이라는 주장이 존재한다.<sup>25)</sup>

모자보건법 제14조와 제28조, 모자보건법시행령 제15조는 정당화될 수 있는 임신중절행위에 대하여 규정을 하고 있는바, 이와 같은 규정들에 의하여 위법성이 조각되는 임신중절행위에 해당하기 위해서는 다음과 같은 요건들을 충족하여야 한다.

#### 1) 일반적 요건들

인공임신중절 수술은 의사에 의하여 행하여져야 한다. 모자보건법 제14조 제1항은 “의사는 — 인공임신중절수술을 할 수 있다”라고 규정하고 있는바, 이러한 규정은 정확한 진단과 의료법칙을 준수하는 수술방법에 기초하여 인공임신중절수술이 행하여지도록 함으로써 임산부의 건강을 보호하고자 하는 목적에서 요구되는 요건으로 생각된다.<sup>26)</sup> 하지만 현행 모자보건법은 인공임신중절수술을 행하는 의사에 제한을 두고 있지 아니하기 때문에 산부인과전문의가 아니라고 하더라도 의사 면허만 있으면 인공임신중절을 행할 수 있다.

23) 이와 같은 견해에 대해서는 신동운/최병천, 전계서, 98면을 참조하기 바란다.

24) 未廣敏昭, 優生保護法, 基礎理論と解説, 文久書林, 1984, 2頁.

25) 배종대, 전계서, 150면.

26) 대법원은 모자보건법의 “임신의 지속이 보건의학적 이유로 모체의 건강을 심히 해하고 있거나 해할 우려가 있는 경우”에 해당하는가의 판단은 치료를 행하는 의사의 건전하고 신중한 판단에 위임되어 있다고 판시하고 있다(대판 1985. 6. 11, 84도1958). 한편 이와 같은 대법원의 태도에 대하여 정당화사유의 확인을 시술의사에게 맡겨 둠으로써 낙태를 원하는 부녀와 의사의 담합이 가능하도록 하고 있다는 비판도 있다(배종대, 전계서, 156면.).

인공임신중절이 합법화되기 위한 두 번째 요건은 인공임신중절수술이 임신부와 배우자의 동의에 기초하여 이루어져야 한다는 것이다. 임신부의 동의는 태아의 생명 침해에 대한 동의가 아니라 출산 여부의 결정, 임신중절행위로 인하여 발생할 수 있는 자신의 건강 침해에 대한 부담, 임신중절에 따른 양심의 갈등에 대한 감수 등을 내용으로 하는 것이다. 또한 모자보건법은 인공임신중절에 대한 정당화 요건으로 배우자의 동의를 요구하고 있는데, 배우자의 동의를 요구하는 이유는 임신이 남녀가 공동하여야 가능한 것이기 때문에 임신된 태아를 출생시킬 것인지에 대한 결정 여부도 남녀가 공동으로 하도록 하는 것으로 보인다. 또한 배우자가 가지고 있을 수 있는 태아의 출생에 대한 기대권도 고려한 규정으로 생각된다. 한편 모자보건법 제14조 제2항은 “배우자가 사망·실종·행방불명 기타 부득이한 사유로 인하여 동의할 수 없는 때에는 본인의 동의로 족하다”라고 규정하여 배우자의 동의에 대한 예외를 인정하고 있으며, 동법 제14조 제3항은 “본인 또는 배우자가 심신장애로 의사표시를 할 수 없는 때에는 친권자·후견인 또는 부양의무자의 동의로 이를 갈음할 수 있다”라고 규정하여 경우에 따라서는 배우자의 동의 없이도 인공임신중절수술을 행할 수 있도록 하고 있다.

모자보건법시행령 제15조에 의하면 인공임신중절수술은 임신한 날로부터 28주 이내에 행하여져야 한다. 따라서 아래에서 검토하게 될 개별적인 적응사유에 해당한다고 할지라도 임신한 날로부터 28주가 지난 후에는 원칙적으로 인공임신중절수술을 행할 수 없다.<sup>27)</sup>

## 2) 개별적 적응사유들

모자보건법 제14조 제1항은 제1호 내지 제5호에서 인공임신중절수술이 정당화되는 적응사유들을 규정하고 있다. 이러한 적응사유들은 통상 우생학적 적응사유, 윤리적 적응사유, 보건의학적 적응사유로 분류되고 있다.

27) 다만 28주가 지난 이후에도 임신부의 건강과 생명에 대한 중대한 위험이 존재하는 경우에도 긴급피난의 원리에 의하여 인공임신중절이 정당화될 수 있을 것이다. 낙태행위에 대하여 긴급피난에 의한 위법성조각을 인정한 판결로는 대판 1976. 7. 13. 75도1205가 있다.

모자보건법 제14조 제1항 제1호 및 제2호, 그리고 모자보건법시행령 제15조 제2항과 제3항은 우생학적 적응사유에 대하여 규정을 하고 있다. 모자보건법 제14조 제1항 제1호는 “본인 또는 배우자가 대통령령이 정하는 우생학적 또는 유전학적 정신장애나 신체질환이 있는 경우”에는 인공임신중절수술을 행할 수 있도록 하고 있다. 모자보건법시행령 제15조 제2항은 이와 같은 모자보건법의 규정을 구체화하여 “1. 유전성 정신분열증 2. 유전성 조울증 3. 유전성 간질증 4. 유전성 정신박약 5. 유전성 운동신경원 질환 6. 혈우병 7. 현저한 범죄성향이 있는 유전성 정신장애 8. 기타 유전성 질환으로서 그 질환이 태아에 미치는 위험이 현저한 질환”의 경우에는 인공임신중절수술을 시행할 수 있도록 하고 있다. 또한 모자보건법 제14조 제1항 제2호는 “본인 또는 배우자가 대통령령이 정하는 전염성 질환이 있는 경우”에는 인공임신중절수술을 시행할 수 있도록 하고 있는바, 모자보건법시행령 제15조 제3항은 정당화되는 인공임신중절수술을 시행할 수 있는 전염성질환으로 “풍진·수두·간염·후천성면역결핍증 및 전염병예방법 제2조제1항의 전염병”을 규정하고 있으며, 전염병예방법 제2조 제1항은 제1종 전염병, 제2종 전염병, 제3종 전염병을 규정하고 있다.

모자보건법 제14조 제1항 제3호와 제4호는 소위 윤리적 적응사유를 규정하고 있는바, 강간 또는 준강간으로 임신된 경우나 법률상 혼인할 수 없는 혈족 또는 인척간에 임신이 된 경우에는 인공임신중절수술을 시행할 수 있도록 하고 있다.

모자보건법 제14조 제1항 제5호는 임신이 지속이 보건의학적 이유로 모체의 건강을 심하게 해하고 있거나 해할 우려가 있는 경우에는 인공임신중절수술을 시행할 수 있도록 허용하고 있다. 이와 같은 적응사유를 소위 보건의학적 적응사유라고 한다. 보건의학적 적응사유가 인정되는 이유는 임산부에게 자기의 생명이나 신체를 희생하면서까지 임신을 지속하도록 요구할 수는 없기 때문이다. 보건의학적 적응사유에 해당하는 경우는 신체적 질환을 야기하는 경우뿐만 아니라 정신장애를 유발하는 경우도 포함한다고 해석되고 있으며,<sup>28)</sup> 현재의 건강상태 뿐만 아니라 미래의 건

강상태도 고려의 대상이 된다고 한다.<sup>29)30)</sup>

#### (4) 의료법상 규정들

의료법 제19조의2는 태아에 대한 성감별행위를 금지하는 규정을 두고 있다. 동법 제19조의2 제1항은 “의료인은 태아의 성감별을 목적으로 임부를 진찰 또는 검사하여서는 아니되며, 같은 목적을 위한 다른 사람의 행위를 도와주어서는 아니된다”라고 규정하고 있는바, 이는 우리나라의 경우에는 많은 수의 인공임신중절이 남아를 출산시키기 위한 목적으로 이용되며 이를 위하여 성감별을 통하여 여아인 경우에 임신중절을 하는 경향이 있다는 점을 고려한 규정이다. 즉 남아를 출산하기 위하여 임신 중 태아의 성감별을 요구하는 경향이 있는바 의료인은 이와 같은 요구에 응하여 성감별을 위한 의료행위를 하거나 혹은 다른 의료인이 그와 같은 의료행위를 하는 것을 도와주는 행위를 금지하고자 하는 것이 본 규정의 취지이다. 동법 동조 제2항은 “의료인은 태아 또는 임부에 대한 진찰이나 검사를 통하여 알게된 태아의 성별을 임부 본인, 그 가족 기타 다른 사람이 알 수 있도록 하여서는 아니된다”라고 규정하고 있는바, 이 규정은 의료인이 성감별을 목적으로 하지 아니한 의료행위를 통하여 태아의 성을 알게 되었을 경우에도 그에 대한 비밀을 지킬 것을 요구하는 규정이다. 의료인은 원칙적으로 비밀누설금지의 의무를 지고 있는데,<sup>31)</sup> 다만 환자 본인 등에 대해서는 의료행위를 통하여 알게 된 비밀을 알려줄 수 있으며 경우에 따라서는 알려주어야 할 의무를 진다.<sup>32)</sup> 본 규정은 가족 등뿐

28) 이재상, 전거서, 85면.

29) 이재상, 전거서, 85면.

30) 이와 같은 규정에 대한 비판으로는 정규원, “임신중절과 관련된 법적 문제”, 대한법의학회지 제24권 제2호, 2000. 10, 128면을 참조하기 바란다.

31) 의료법 제19조는 “의료인은 이 법 또는 다른 법령에서 특히 규정된 경우를 제외하고는 그 의료·조산 또는 간호에 있어서 지득한 타인의 비밀을 누설하거나 발표하지 못한다”라고 하여 의료인의 비밀누설금지에 대한 규정을 마련하고 있다. 이 규정에 위반한 때에는 의료법 제67조의 규정에 의하여 3년 이하의 징역 또는 1천만 원 이하의 벌금에 처하여질 수 있다. 또한 보건의료기본법 제13조는 국민의 보건의료와 관련한 비밀 보장에 대한 일반 규정을 두고 있다.

32) 의료법 제20조를 참조하기 바란다. 또한 보건의료기본법 제11조와 제12조는 보건의료에 관한 알권리 및 자기결정권에 대한 일반 규정을 두고 있다.

만 아니라 임산부 본인이 요구하는 경우에도 이미 이루어진 의료행위에 의하여 지득한 태아의 성에 대한 정보를 누설하지 못하도록 하고 있다. 이와 같은 규정을 위반한 경우에는 의료법 제67조에 의하여 3년 이하의 징역 또는 1천만 원 이하의 벌금에 처하여질 수 있으며, 의료법 제52조 제1항 제5호에 의하여 의사 면허가 취소될 수 있다.<sup>33)</sup>

#### IV. 의사윤리지침과 현행법에 대한 비교 검토

##### 1. 윤리지침과 법률의 관계

대한의사협회가 2001년 11월 15일 의사윤리지침을 선포한 후 의사윤리지침이 실정법과 충돌하고 있다는 비판이 제기되었다. 특히 의사윤리지침 중 회복불능환자에 대한 진료 중단에 대한 규정들과 낙태 및 태아성감별에 대한 규정들, 대리모에 대한 규정들이 집중적인 비판의 대상이 되어왔다.<sup>34)</sup> 이와 같은 논의는 기본적으로 의사윤리지침이 법률과 비슷한 성격을 가지고 있거나 혹은 법적 효력을 가지고 있다는 점을 전제한 것으로 보인다.

법과 윤리의 관계에 대해서는 오랜 동안 논의가 이루어져 왔으며 아직도 그 논의가 완결된 상태는 아니다. 특히 전문 분야에 대한 규율에 있어서는 전문 분야의 여러 가지 특성들로 인하여 그에 대한 법적 규율이 현실적으로 어렵다는 점 때문에 법적 논의와 윤리적 논의가 혼재되어 나타

33) 이와 같은 성감별행위 금지에 대한 규정은 우리나라에서 일어나고 있는 임신중절의 특수성을 고려한 규정인바, 이와 같은 규정의 필요성은 인정되어질 수도 있을 것으로 생각된다. 하지만 그 필요성이 인정되어질 수는 있다고 할지라도 그 형량에 있어서는 지나친 것으로 판단된다. 성감별행위를 금지하는 이유는 임신중절행위를 방지하기 위함인데 형법상 의료인에 의한 동의낙태는 2년 이하의 징역에 처하여지고 부동의낙태의 경우에는 3년 이하의 징역에 처하여짐에 반하여 성감별행위 자체를 3년 이하의 징역에 처할 수 있도록 규정한 것은 죄와 형의 비례성의 원칙에 어긋나는 것으로 생각된다.

34) 이에 대한 언론의 보도로는 중앙일보, 2001. 11. 16, 1면; 조선일보, 2001. 11. 16, 취재일기; 조선일보, 2001. 11. 17, 21면 등을 참조하기 바란다.

나는 현상을 자주 보이고 있다.<sup>35)</sup> 하지만 윤리적 규율과 법적 규율, 특히 형법적 규율은 그 차원을 달리하는 것이다. 법은 국가의 공권력에 의하여 강제되는 규범임에 반하여 윤리는 기본적으로는 사회 일반인의 윤리감정에 의하여 강제되는 것이다. 특히 형법적 비난은 신체에 대한 구속이나 생명의 박탈 혹은 벌금 등과 같은 중대한 해악을 동반하는 반면 윤리적 비난은 사회적으로 좋지 않은 평판을 듣는다거나 언어에 의한 비난 등인 것이다. 따라서 양자는 비난의 면에서도 실질적인 차이를 나타낸다. 또한 형법적 규율의 경우에는 구성요건이 특정화되어 있지 아니한 경우에는 비난을 가할 수 없는 반면, 윤리적 비난은 특정한 규정을 필요로 하지 아니한다.

윤리와 법은 규범적 판단이라는 면에서는 동일한 특성을 가지고 있지만 근본적으로는 구분하여 논하여야 할 영역이다. 따라서 의료적 영역에서 발생하는 문제에 대한 윤리적 논의와 법적 논의도 동일한 선상에서 논의되는 것은 아니라고 할 것이다. 의료적 문제에 대한 법적 논의를 함에 있어서는 실정법의 범위 내에서 논의가 이루어져야 하며 실정법의 해석에 관한 부분이나 새로운 입법에 대한 논의가 이루어지는 경우에는 윤리적 논의가 상당한 의미를 가진다고 할 것이다. 하지만 의료 분야의 경우에는 다른 분야에 비하여 윤리적 논의와 법적 논의가 혼재되어 나타나는 것이 일반적이며 이는 의료라는 특성을 고려할 때 피할 수 없는 현상이기도 한 것이 사실이다. 의료는 지속적으로 발달하고 있는 분야이며 새로운 기술과 지식이 끊임없이 생성되는 분야이다. 게다가 의료행위는 구체적인 환자에 대한 행위인 것이지 일반적이고 추상적인 사람에 대한 행위는 아닌 것이다. 따라서 실정법이 아무리 노력을 하여도 예상하지 못한 기술과 지식에 대한 규율을 예비하여 미리 규정하여 놓을 수는 없으며 모든 개개의 구체적인 환자의 사정을 다 고려할 수도 없는 것이다. 게다가

35) 최근의 생명공학의 발달과 관련된 논의에 있어서 이와 같은 현상이 두드러지게 나타나고 있으며, 심지어는 법률의 명칭에 윤리라는 용어를 사용하기도 하고 있다. 또한 보건의료기본법은 그 내용이 법적 규율을 담고 있다기 보다는 윤리적 선언의 형식이라고 보여지기도 한다.



가 의료적 지식은 매우 전문적인 지식이기 때문에 법적 규율에 적합하지 않은 측면도 있는 것이다. 따라서 의료적 영역에서 발생하는 문제에 대한 논의에 있어서는 법적 문제와 윤리적 문제가 혼합되어 논의될 필요가 있는 측면이 존재한다. 그럼에도 불구하고 의료적 영역에 대한 법적 논의에 있어서는 실정법의 규정들에 대한 검토가 먼저 이루어져야 함은 당연한 사실이다.

의사윤리지침도 의사협회에 가입하고 있는 의사들에 대하여 윤리적 강제력을 가진 규범이기는 하지만 법적 효력을 가지는 규범은 아닌 것이다. 따라서 의사윤리지침을 준수하였다는 것이 곧 법적 규율로부터 자유로울 수 있다는 것을 의미하는 것은 아니다. 또한 의사윤리지침을 위반한 모든 행위가 형법적 처벌받는 것도 아닌 것이다. 윤리적 가치와 법적 원칙은 일반적으로 밀접한 관련성을 가지고 있지만 윤리적 의무는 일반적으로 법적 의무를 포함하는 보다 넓은 개념의 의무이며 윤리적 의무와 법적 의무가 동일한 내용을 가지는 것은 아닌 것이다. 의사윤리지침의 임신중절에 대한 논의에서도 있어서도 이와 같은 점은 고려되어야 한다. 그런데 의사윤리지침이 소위 사회적 적응사유에 의한 임신중절을 허용하는 듯한 규정을 가지고 있기 때문에 현행법과의 충돌이 발생하는 것이다. 만일 본 규정이 현행법과 충돌한다면 의사들은 의사윤리지침을 준수함에도 불구하고 형사적 제재를 받는 상황에 놓이게 될 것이다.

## 2. 인공임신중절에 대한 윤리적 논의

임신중절은 윤리적으로 많은 논란을 불러일으킨 문제이지만 아직도 분명한 해결책을 찾지 못한 문제이다. 이미 살펴보았듯이 임신중절은 태아의 생명과 임산부의 자기결정권의 충돌 문제이다. 그러나 인간의 발생과정은 점진적인 과정이기 때문에 인간 생명이 언제부터 시작되는가 하는 점은 아직도 분명하게 밝혀지지 않고 있다.<sup>36)</sup> 하지만 적어도 자궁에 착상

36) 인간 생명의 시기(始期)에 대한 좀 더 자세한 윤리적 논의와 이에 따른 임신중절에 대한 논의는 Peter Singer, *Ibid.*, p. 93 이하를 참조하기 바란다.

된 이후에는 태아의 생명권이 보호되어야 한다는 점에 대해서는 대략적인 의견의 일치를 보이고 있다. 그럼에도 불구하고 일정 기간까지의 임신중절을 자유화할 것인가 여부에 대한 논의는 끊이지 않고 있다.

임신중절에 반대하는 논거는 대개 다음과 같은 논리에 기반하고 있다. 첫 번째 전제는 “무고한 인간을 죽이는 것은 그릇된 것이다”라는 전제이다. 두 번째 전제는 “인간의 태아는 무고하며 살아있는 인간이다”라는 전제이고 마지막으로 결론은 “그러므로 태아의 생명을 빼앗는 것은 그릇된 일이다”라는 것이다. 하지만 이 논리는 인간 생명이 어느 시점부터인가에 대한 결정을 전제로 하는 논의이다.

임신중절에 찬성하는 견해는 대개 다음과 같은 점을 논거로 주장한다. 첫 번째로 임신중절을 금지하는 법률은 임신중절을 중단시킬만한 실효성을 가지 못하며 단지 임신중절을 지하로 숨어들게 할 뿐이라는 논리이다. 그러나 이 논리는 임신중절을 금지하는 법의 실효성에 대한 반대 논리이지 임신중절의 윤리적 타당성에 대한 논의는 아닌 것이다. 또한 만일 임신중절로 폐기되는 태아가 무고한 인간이라는 점을 인정한다면 결국 임신중절이 인간을 살해하는 것이라는 논리에 대한 반박이 될 수는 없는 것이다. 임신중절을 찬성하는 두 번째 논거는 임신중절의 문제는 법적 논의의 대상이 아니라는 것이다. 즉 임신중절은 법으로부터 자유로운 영역에 속하는 문제라는 것이다.<sup>37)</sup> 임신중절의 문제는 법이 다루어서는 안 되는 사적 도덕(private morality) 혹은 비도덕(immorality)의 영역에 속하는 문제라는 것이다. 형법적으로는 임신중절은 피해자 없는 범죄라는 주장도 이와 같은 전제에 기반하고 있다. 하지만 이 논거 역시 임신중절을 금지하는 법률에 대한 반대 논거이지 임신중절의 윤리적 타당성에 대한 반대 논거는 될 수 없으며 임신중절의 경우에도 태아의 생명권을 인정하는 한 피해자를 상정할 수 있다는 문제점을 가지고 있다. 임신중절을 찬성하는 세 번째 논거는 여성이 자신의 몸에 일어나는 일에 대하여 선택할 권리

37) 형법적 영역에서의 이러한 견해에 대한 좀 더 자세한 논의와 비판에 대해서는 서보학, “낙태죄와 입법자의 법적 가치판단”, : 법치국가와 형법, 세창출판사, 1998, 382-409면을 참조하기 바란다.

를 가지고 있다는 주장이다. 특히 강간에 의한 임신의 경우에는 이와 같은 논의가 임신중절을 찬성하는 강력한 논거가 될 수 있을 것이다.<sup>38)</sup> 하지만 태아의 생명권을 인정한다면 임신부의 신체에 대한 자기결정권도 절대적인 권리라고 할 수 없으므로 이러한 논거도 임신부의 부주의나 무지로 인한 임신의 경우 혹은 피임의 실패로 인한 임신의 경우를 적절하게 설명할 수 없는 문제점을 가지고 있다.

### 3. 소결론

이상에서 살펴보았듯이 결국 임신중절에 대한 윤리적 논의는 그 논자가 어떠한 가치관에 근거하고 있는가 또 어떠한 사회 상황에서 논의되고 있는가에 따라 달라지는 것이라고 할 것이다. 즉 임신중절의 문제는 서로 상이한 윤리적 가치판단이 충돌하는 상황이라고 할 수 있을 것이다. 하지만 이 문제에 대하여 과학적 사실은 명확한 해답을 줄 수 없으며 결국 규범적 판단사이의 충돌이 불가피하다고 할 것이다.

의사윤리지침과 현행법 사이의 모순은 결국 사회적 적응사유에 의한 임신중절을 허용할 것인가의 논의에서 발생한다. 의사윤리지침은 법적 구속력을 가지는 규범이 아니기 때문에 의사윤리지침과 법률이 충돌하는 경우 그 범위 안에서 행위자는 법적 보호를 받을 수 없게되므로 사회적 적응사유에 근거하여 임신중절행위를 한 의사는 결국 현행법에 의한 제재를 받게 될 것이다.<sup>39)</sup> 하지만 사회적 적응사유에 의한 임신중절을 허용하자는 논의가 형법학계에서도 주장되고 있으며,<sup>40)</sup> 실효성이 없는 규범의 존재 필요성에 대한 의문도 있는 만큼 사회적 적응사유의 허용 여부에 대한 활발한 논의가 필요한 시점이라고 할 것이다.

38) 이와 같은 논거를 지지하고 있는 Judith Jarvis Thomson의 유비적 사례에 대한 논의에 대해서는 피터 싱어/황경식·김성동, 실천윤리학, 철학과 현실사, 1997, 181-184면을 참조하기 바란다.

39) 다만 임신중절행위에 대한 현행법의 실효성을 생각할 때 실제로 사회적 적응사유를 이유로 임신중절행위를 한 의사가 처벌받을 것인가는 별개의 문제이다.

40) 이재상, 전게서, 86면. 임웅, 전게서, 99면.

## V. 결 론

의사윤리지침의 제정으로 야기된 임신중절을 둘러싼 논의는 현재의 사회 상황과 사회 일반이 받아들이는 윤리적 판단에 근거하여 다시 논의될 필요가 있다고 생각된다. 이러한 점에서 의사윤리지침의 제정은 상당한 의의를 갖는다고 생각된다. 하지만 적어도 현행법이 개정되지 아니하는 한 현행법에 모순되는 윤리지침을 따르는 의사들은 그에 상응하는 법적 불이익을 받을 각오를 하여야 할 것이다.

필자의 생각으로는 독자적인 생존능력이 있는 시기부터는 태아의 생명을 강하게 보호할 필요가 있다고 보여진다.<sup>41)</sup> 하지만 그 이전 단계에서의 임신중절행위에 대해서는 태아의 잠재적 생명권과 임산부의 자기결정권 사이의 조화를 기할 필요가 있다고 생각된다.<sup>42)</sup> 필자의 생각으로는 임신 초기의 일정 기간<sup>43)</sup>까지는 임신중절을 전면적으로 허용하되 그 시기 이후에는 특별한 적응사유에 해당하는 경우에만 임신중절을 허용하는 것이 합리적이라고 보여진다. 급속하게 발전하고 있는 의학 수준을 고려할 때 임신 초기에 임신 여부에 대해서 인지할 수 있으며 또한 기형 여부의 판단도 상당 부분 가능할 것으로 생각된다. 그리고 임신 초기의 경우에는 임신이 상당히 진행된 경우에 비하여 생명에 대한 침해라는 비난을 가할 가능성이 적다고 생각된다.

임신중절의 문제는 최근 인공수정, 시험관 아기, 유전자 복제, 줄기세포에 대한 연구 등과 관련하여 다시 한번 논의의 대상이 되고 있다. 이러

41) 하지만 독자적인 생존능력이라는 개념도 시대상황과 의학기술의 발전에 따라 변화하는 개념임을 부인할 수는 없다.

42) 대법원도 낙태죄도 살인죄, 상해와 폭행의 죄, 과실치사상죄, 유기죄 등과 같이 사람의 생명과 신체를 보호법익으로 하는 범죄이기는 하지만, 여타의 범죄와는 달리 낙태죄의 경우에는 사람의 생명을 보호하는 범죄라고 할지라도 아직 태어나지 않은 태아의 생명을 보호하는 범죄라는 면에서 구별된다고 한다. 또한 태아의 생명은 의학적 혹은 생물학적으로 사람으로 발전해 나가는 생명이지만 형법상으로는 인간의 생명과 같이 절대적으로 보호받을 수 없다는 점에 낙태죄의 특수성이 있다고 하고 있다(대판 1985. 6. 11. 84도1958).

43) 어느 시기까지인가에 대해서는 또 다른 논의를 필요로 한다.

한 문제들은 결국 인간의 시작이 언제부터인가라는 동일한 주제를 공유하고 있기 때문에 해결의 가능성이 희박하여 보인다. 그럼에도 불구하고 이 문제에 대한 합리적인 해결책은 모색되어야 하며 이를 위해서는 의료전문가와 법률전문가, 의료윤리학자 등 다양한 관련 분야의 전문가들 사이의 상호 이해와 공동 작업이 필요하리라고 생각된다.

## ■ 지정토론문 — 金天秀\*

1. 인공임신중절에 대한 고찰의 출발점은 인간생명이 어느 시점부터 개시되는가에 대한 논의라고 보며, 저는 그 개시시점을 수정시라고 봅니다. 그 이유는 출생한 개체의 유전적 동일성이 수정시부터 인정되며, 그 수정란이 자연스러운 발달 과정을 거치면서 개체로 탄생할 능력이 인정되는 존재라는 점에 있습니다. 단순한 생식세포는 개체와 유전적 동일성이 부인되며, 체세포는 자연스러운 발달과정에 놓인다고 하여도 개체로 발달될 가능성이 없다는 점에서 수정란과 다르다고 하겠습니다. 이에 부수하여 언급한다면, 수정란을 인간생명체로 인정하는 입장에서는 그 수정란의 착상방해 역시 낙태죄로 다스려야 한다고 봅니다.

2. 위의 개시 시점을 수정시라고 보든 착상시라고 보든, 그 이후의 각 단계별 생명가치는 동등한가의 쟁점이 또한 있을 수 있으며, 저는 본질적 동일성이 인정되는 각 단계의 생명가치는 동등하다고 봅니다.

3. 위의 각 단계별 생명가치, 적어도 착상 이후와 출생 이후의 생명가치를 동등하다고 하는 견해, 즉 태아의 생명권을 출생한 개체의 생명권과 차등 취급하여서는 안된다는 견해에 입각하고 있는 저는 임부의 자기결정권 내지 사생활에 대한 권리가 태아의 생명권보다 하위에 있다고 봅니다. 그럼에도 불구하고 역시 태아의 생명권을 박탈하는 인공임신중절의 문제에 대하여 임부의 생명권이 아닌 자기결정권이나 사생활에 대한 권리와 태아의 생명권 사이의 형량이라는 차원에서 접근하는 것은 잘못이라고 봅니다.

4. 이러한 견해에 입각한다면, 모자보건법에서 임부의 생명권과의 충돌 상황이 아님에도 불구하고 태아의 생명권을 박탈하는 인공임신중절행위를 허용하는 경우를 규정하고 있다는 점과 나아가서 형법이 살인의 죄와 낙태의 죄에 대하여 법정형의 차별을 두고 있다는 점이 헌법상의 평등권 조항

---

\* 성균관대 법대 교수

의 위반이 되는지에 대한 논의가 필요하며, 저는 그러한 위헌성을 인정합니다.

5. 사람으로서의 출생이 완료된 시점을 민법·형법·의학에서 소위 전부노출시·진통시·독립호흡시 등으로 각각 다르게 보는 것은 결국 각 단계별 생명가치의 차등 취급을 전제로 하는 데에서 나타나는 잘못된 현상이라고 봅니다.

6. 윤리의 영역에 맡겨야 될 사항에 대하여 법률적 접근을 하는 것에 대한 신중론을 특히 생명공학 관련 논의에 적용하는 논법은 위험하다고 봅니다. 생명의 보호라는 문제는 어떠한 법익의 보호보다 더욱 법적 규제가 필요한 영역이라고 봅니다. 윤리 영역에 대한 법의 개입의 정도는 그 보호대상이 되는 이익에 따라 상대적인 것임은 논의의 여지가 없다고 봅니다. 하지만, 인공임신중절과 같은 생명의 문제에 관한 논의는 어떠한 경우보다 더 법의 영역에 포함되어야 할 필요성이 높다고 본다면, 법과 윤리의 이분법적 접근 및 위와 같은 신중론을 인공임신중절이라는 생명 관련 주제에서 굳이 언급할 특별한 이유는 없다고 하겠습니다. 그러한 언급을 하면, 자칫 법적 규제의 남용을 자제해야 한다는 일반론에 의하여 생명가치의 침해 현상이 외면될 우려가 있다고 하겠습니다.(끝)

## ■ 지정토론문 — 洪 順 基\*

윤리와 법의 테두리는 그 내용이 겹치는 부분이 있는 한편 각각을 서로 벗어나는 영역이 있습니다. 또한 의료라는 특성을 고려할 때 법적 규율만으로 의료의 정신을 제한할 수도 없는 것입니다. 예를 들면 전쟁 중 부상당한 적군을 치료해주는 행위는 의료라는 특성이 아니라면 반국가적 행위가 될 것입니다. 처벌을 감수하고 적극적 안락사를 실천하는 서구의 일부 의사들에게 일방적인 비난만 가할 수도 없는 면이 있습니다. 법이 아닌 행정적 위반도 의사들은 감수해야 하는 경우가 비일비재합니다. 미국이나 유럽의 내과 의사들의 의사헌장에 의하면 “환자의 행복을 위한다면 행정적인 압력에 굴복하지 말 것”을 선포하고 있습니다.

낙태는 매춘과 더불어 인류의 문명이 시작된 이래 한번도 합법적으로 자유로웠던 적이 없었음에도 불구하고 줄곧 존재하여 온 문제입니다. 인간의 성은 동물과는 달리 종족보존의 역할 외에 즐거움과 쾌락의 원천인 동시에 남녀애착관계를 유지하는 중요한 수단입니다. 그러다 보니 임신은 전제로 하지 않은 성관계가 있게 마련이고 피임이 완벽하지 않는 한 원하지 않은 임신이라는 불가피한 결과를 가져오게 되는 것입니다. 따라서 임신의 중절을 갈구하는 행태가 하나의 사회현상으로서 인류역사와 함께 항상 존재하여 왔던 것입니다.

“언제부터 인간의 생명으로 볼 것이냐” 하는 논제가 태아의 어느 시점 이후의 낙태를 살인으로 간주할 것이냐를 정하는 기준이 되었고 그 관점은 시대적으로 차이가 있었는데, 그러한 차이는 고대에서 중세에 이르기까지는 종교적 영향력에 주로 의존하였다고 봅니다. 수태의 순간부터라고 보아서 어떤 순간의 낙태도 인정하지 않은 시기도 있었으며 고대의 유명한 철학자인 아리스토텔레스는 수태 후 일정기간이 지나야 영혼이 깃든다는 delayed ensoulment의 개념을 제시하기도 하였습니다. 13세기초 교황은 엄마가 아기의 태동을 느낀 시점 이후가 영혼이 깃든 시기라고 선포하여 이 시기 이후의 낙태를 금하기도 하였습니다. 교회법의 세력이 약화되고 관습법이 우세

\* 대한산부인과개원의협의회 홍보이사



해 지다가 19세기말부터 점차 관습법은 성문법으로 대체되었습니다.

사실상 고대에는 낙태는 그다지 논점이 되지 못하였습니다. 왜냐하면 당시의 임신을 중절시키는 방법이라는 것이 모체에 해로운 독즙을 마신다든지, 배에 충격을 가하는 등의 비과학적인 방법이었고 영아살해(Infanticide)를 택하는 편이 낙태보다 모체에 더 안전한 방법이었기 때문입니다.

1750년 경 이후에야 무엇인가를 자궁경부를 통하여 집어넣음으로써 임신 중절을 유도하는 방법이 시도되면서 낙태는 이전보다 더 안전해졌고 빈번해졌습니다.

1857년 AMA는 낙태죄위원회(Committee on Criminal Abortion)를 결성하고 수태의 순간부터 생명이라는 AMA consensus를 선포하였습니다. 이후 대부분의 주에서 태동을 느끼는 시점의 개념을 철폐하고 낙태에 대한 처벌을 강화하였습니다.

태아발달에 대한 의학적 이해가 깊어짐에 따라 인공임신중절의 방법도 점차 정교해졌고 1940년대에 페니실린의 발견을 시발로 항생제가 도입되면서 인공임신중절수술은 진정으로 안전해졌다고 볼 수 있습니다.

이후 유럽이나 미국의 경우는 특히 19세기 말 말더스의 인구론에 입각한 출산억제운동과 여성운동의 물결 속에서, 또한 전후 윤리적 가치보다는 개인적 삶의 권리를 더욱 추구하는 새로운 윤리관의 사회분위기가 합쳐져, 인공임신중절에 관한 많은 찬반논의가 이루어졌고 이념논쟁으로 커졌을 뿐 아니라 일방적인 결론을 내릴 수 없는 이 난해한 문제는 미국의 정치적 공방으로까지 이어져 지금까지도 계속되고 있습니다.

한편, 우리 나라를 보면, 우리 나라는 전후 1960년대부터 시작된 5개년 경제개발정책과 발맞추어 정부의 절대적인 지원을 받으면서 시작된 산아제한 운동이 국민들의 의식이 눈뜨기도 전에 온 국가를 휩쓸었습니다. 낙태 찬반의 담론조차 부재한 상황에서 두 자녀 낳기 운동, 아들 딸 구별 말고 하나만 낳기 운동 등의 구호를 외치며 실적을 올리기 위한 가족계획 홍보요원들의 손에 이끌려 수많은 여성들이 MR(menstrual regulation)이라는 이름의 소파수술과 함께 영구불임수술을 받았습니다. 즉 원하지 않은 임신의 중절수술이 정부에 의해 지원금을 받아가며 장려되었던 시절이었다고 볼 수 있

습니다. 그 때에도 낙태를 금지하는 형법이 존재하였고 1973년이래 현행 모자보건법이 존재하였지요.

어떤 노 의사선배님은 그 옛날에 이러한 MR과 영구불임수술을 많이 시행한 의사들은 가족계획사업에 공이 많다고 하여 청와대에 초청되어 대통령과 한 자리에서 오찬까지 대접받는 영광(?)을 누렸는데, 지금은 이 수술을 하였다고 하여 낙태죄로 입건되고 있으니 혼돈스럽다는 말씀을 하십니다. 실제 부산 모 산부인과에서는 자신의 애인에게 임신중절수술을 해 준 의사를 낙태죄로 협박하여 합의금을 받아내는 사례가 있었습니다. 작년 여름에는 사이버수사대에 의해 미성년자에게 낙태를 해 준 것으로 밝혀진 의사들을 무더기로 구속하는 사건이 있었습니다. 10대 임신은 필히 사전에 예방하여야 합니다. 그러나 일단 임신이 성립된 10대야말로 임신중절수술이 절대 필요한 대상이 아닙니까?

의학의 발달과 함께 피임법의 발달도 대단한 수준까지 와 있습니다. 그러나 불행하게도 100% 완벽하게 임신을 조절하는 피임법은 아직까지도 없습니다. 게다가 인간의 불굴의 종족보존능력은 영구불임수술이라고 하는 난관수술이나 정관수술을 해 놓아도 자가복원능력을 발휘하여 임신력을 되찾는 사례들을 왕왕 볼 수 있습니다. 많은 여성이나 남성들이 피임에 대해 무지하고 무관심합니다. 언젠가 되어야 원하지 않은 임신이 먼 옛말이 될 지 참으로 묘연합니다.

인공임신중절에 관한 한 우리 나라의 경우는 법과 현실이 너무나 괴리되어 있다는 사실을 누구나 인정하고 있습니다.

어느 시점부터 인간으로 보아 그 존엄성을 지켜주어야 하는지에 대한 법정신에 대한 논의는 문제해결의 방법이 아니라고 봅니다. 의료 문제에 대한 법적 논의를 함에 있어서는 실정법의 범위 내에서 논의가 이루어져야 하는데 동의합니다. 실정법은 시대적 가치관에 부응하여야 한다고 봅니다. 어떤 것이 진정한 시대적 윤리관이요 가치관이나 하는 것을 판단하고 그 기준을 잡는 것을 참으로 어려운 일입니다만 지금의 시점은 세계적 추세로 보나 현실상황으로 보나 낙태에 대한 기준을 보다 현실화시키는 것이 백번 타당하다고 봅니다.

본문 내용 중 인공임신중절의 상당 부분이 남아선호사상에서 비롯된다는

우리 나라의 특수한 상황에 대한 언급이 있었는데, 이는 태아가 딸이기 때문에 임신중절수술을 받는 일이 우리 나라의 특이한 점이기에 때문에 언론 등에서 다루는 것뿐이지 실상은 그 비중이 높지 않습니다. 한국보건사회연구원에서 3년마다 조사하고 있는 “전국 출산력 및 가족보건실태조사”에 의하면 임신중절의 이유가 자녀를 원하지 않아서가 1994년 58%, 1997년 50%, 2000년 36%로 가장 많은 원인을 차지하고 두 번째가 터울조절인데 각각 11%, 11%, 21%를 차지하며 태아가 여아여서가 1994년 1.7%, 1997년 2.6%, 2000년 1.8%로 그 비율은 매우 낮습니다. 다만 1994년에서 1997년 사이에 1.7%에서 2.6%로 급증한 것에 대해 당시 언론에서 핫뉴스로 다루었었으나 특별한 사회적 변화 없이도 다시 2000년대 1.8%대가 된 것으로 보아 이러한 변동은 통계학적으로 큰 의미는 없는 것으로 생각됩니다.

마지막으로 2002년 6월2일 서울대학병원 연수교육 시 필자가 강연하였던 내용 중 모자보건법이 지닌 의학적 문제점에 대한 내용을 발췌하여 올립니다.

#### 모자보건법이 지닌 의학적 문제점

(1) 의학적으로 이해하기 어려운 질병군이 낙태를 인정하는 적응사유에 포함되어 있다.

모자보건법 제 14조 제 1항 제 1호에서 말하는 대통령령이 정하는 우생학적 또는 유전학적 정신장애나 신체질환에 대하여 구체적으로 열거된 모자보건법 시행령 제 15조 제 2항의 각 호들을 살펴보면 너무나 의학적으로 동떨어진 내용임을 금시 알아볼 수 있다. 정신분열증, 조울증, 간질증, 정신박약 등은 유전적 소인을 가질 수는 있으나 '유전성'이라고 볼 수 없으며 모체가 이러한 질병을 가졌다고 하여 낙태를 인정하는 것에 대한 의학적, 윤리적 근거가 미약하다. 더욱이 동항 7호의 '현저한 범죄성향이 있는 유전적 정신장애'와 같은 모호한 적응증은 이 법의 조악함을 단적으로 말해준다.

(2) 의학의 발달로 인하여 시대적으로 뒤떨어진 조항들이 있다.

- 모자보건법 제 14조 제 1항 제 2호에서 말하는 대통령령이 정하는 전염성 질환에 대하여 구체적으로 열거된 모자보건법 시행령 제 15조 제 3항의 내용을 보면 태아에 미치는 위험성이 이미 의학적으로 해결된 "간염"이 포함되어 있고 풍진, 수두, 등은 모체감염이 곧 태아감염을 의미하는 것은 아니므로 태아감염을 진단할 수 있는 의학 수준에서는 미흡한 조항이라 하겠다. 또한 제 1군 전염병의 경우도 태아의 손상을 최소화하면서 환자를 충분히 관리할 수 있음에도 불구하고 포함되어 있다.

- 모자보건법 시행령 제 15조 제 1항에서 인공임신중절수술의 한계를 임신한 날로부터 28주라고 제시함은 실제 임신 제 30주를 의미하며 이는 현대 의학 수준에서 보는 fetal viability와 너무 동떨어져 있다.

- '인공임신중절수술'로 대변되는 낙태의 시술은 medical abortion이 가능해짐에 따라 다른 용어로 대치되어야 할 것이다.

(3) 태아의 위험성이라는 사유는 모체측면에서만 조명되었다.

모자보건법 시행령 제 15조 제 2항 제 8호의 '기타 유전성 질환으로서 그 질환이 태아에 미치는 위험성이 현저한 질환', 동조 제 3항의 '태아에 미치는 위험성이 높은 풍진, 수두, 간염, 후천성 면역결핍증 및 전염병 예방법 제 2조 제 1항의 전염병' 등은 현대의학으로 태아감염을 확인한다든지 태아에게 최소한의 영향을 주면서 모체의 치료가 가능하다. 한편, 산과의 발달로 태아의 기형이 산전에 진단되는 확률이 높아지고 있어 anencephaly와 같이 출산하는 것이 아무런 의미도 없는 태아기형이 진단된 경우에도 현행법으로는 인공임신중절수술이 불가능하다. 또한 태아기형을 알고도 부모로서의 선택권은 현행법으로 무시되고 있는 실정이다. 실례로 다운증후군의 아기를 출산한 부모가 산전검사로 triple marker test를 시행하였던 의사를 상대로 낸 손해배상청구소송에서 "다운증후군은 위(모자보건법) 조항 소정의 인공임신중절사유에 해당되지 않음이 명백하며 부모가 태아가 다운증후군에 걸려 있음을 알았다고 하더라도 태아를 적법하게 낙태할 결정권을 가지고 있었다고 보기 어렵다"는 판시를 하였다. 비록 triple marker test의 false negative rate에 대한 인정에 기인한 것은 아니었으나 결과적으로 당시 의사의 입장에서는 다행스러운 일이었을 것이다. 그러나 이렇듯 태아의 인권을

존중하는 판결이 내려지는 한편, 증명되지도 않은 태아의 위험성 때문에 태아가 합법적으로 낙태될 수 있는 법이 존재하니 아이러니컬하지 않은가.

(4) 모자보건법 제 14조 제 1항 제 5호의 '임신의 지속이 보건의학적 이유로 모체의 건강을 심히 해하고 있거나 해할 우려가 있는 경우'란 매우 모호한 적응사유이며 따라서 유권해석의 열쇠를 법원이 쥐고 있다고 볼 수 있다. 이는 반드시 의학적으로 타당한 구체적 적응사유들을 시행령으로 제정하여 의사나 환자들이 법적으로 보호받을 수 있도록 하여야 한다.