

태아(胎兒)에 대한 형법적 보호와 그 한계에 관한 고찰

- 태아성치사상(胎兒性致死傷) 사례와 영미법의 대안을 중심으로 -

권 창 국*

국문요약

최근 의학, 생명공학 등의 발전을 배경으로, 규범적 보호대상으로서 인간의 생명과 그 한계에 관한 논의가 새롭게 진행되고 있음은 주지의 사실이다. 형법적 영역에 있어서도 기존의 사람의 시기와 관련하여 살인이나 폭행, 상해죄와 낙태죄의 적용범위와 한계 설정에 대한 논의를 넘어서 인간의 전(前) 단계로서 태아(胎兒, fetus)가 아닌 인간과 동등한 가치를 갖는 보호대상으로서의 태아(unborn child)라는 시각에 바탕한 새로운 접근방법이 대두되고 있다.

특히, 의료사고나 약해(藥害)사고, 교통사고 또는 가정폭력 등 다양한 사안에서 모체 내의 태아에 대한 가해행위가 이루어진 실 사례에서 기존 낙태죄 등에 의하여는 적절히 대처할 수 없는 간극이 발생할 수 있는 점을 고려한다면, 위와 같은 변화된 시각을 전제로 한 논의의 필요성도 생각할 수 있을 것이다.

이하에서는 인간과 동등한 가치를 갖는 태아에 대한 가해행위와 관련하여, 그 형법적 보호의 문제를 살펴보고, 동일한 문제를 영미법에서는 어떻게 관찰하고 해결책을 모색하고 있는지를 비교하여 검토해 보도록 하겠다.

* 전주대학교 사회과학대학 법정학부 조교수, 법학박사

I. 들어가는 말

종래, 형법상 보호대상으로서 사람의 개념과 관련하여 그 시기(始期)를, 영아살해죄와 낙태죄 등과의 관계, 출산 내지 분만과정에서 발생할 수 있는 일련의 위험에 대한 형법적 보호의 필요성을 고려하여 ‘분만개시설(진통설)’의 입장에서 파악하여왔다. 따라서 분만개시 전후를 기점으로 태아와 사람을 구분하고, 태아의 경우는 낙태죄로, 사람의 경우는 살인, 상해죄 등에 의하여 보호하게 된다. 아울러, 낙태의 개념을 ‘분만 시기에 앞서 인위적으로 태아를 강제로 배출하거나 모체 내에서 살해하는 행위’에 한정하고 그 미수범과 과실범을 처벌하지 않음으로써, 실제 사례에서 상정할 수 있는 다양한 가해행위로부터 태아를 충분히 보호할 수 없다는 문제가 제기되어 왔다.

특히 이 문제는 기존에 독일의 콘터간(Contergan)사건, 일본의 미나모토병 사건 등과 같이 분만개시 전의 태아에의 가해행위가 있고, 그 영향이 분만 후 신생아에게 이어져 상해 또는 사망의 결과가 발생한 소위 ‘태아상해 내지는 태아성치사상(胎兒性致死傷)’ 사례를¹⁾ 통해 다루어졌는데, 대체로 의료사고나 약해(藥害)사고, 교통사고, 가정폭력사건 등에서 실 사례가 관찰될 수 있다. 출산 전후로 가해행위와 그로 인한 결과발생 간의 시간적 이격발생으로 야기되는, 통상적으로 납득하기 어려운 형사처벌의 공백을 어떻게 합리적으로 해소할 것인가가 핵심이라 하겠다.

1) 태아에 대한 가해행위는 과실행위 및 상해행위에 국한되지 않지만, 의료과오 등 과실행위로부터 기인함이 일반적이고, 낙태죄의 과실범처벌규정이 없는 점, 태아살해의 경우는 낙태죄로 처벌이 가능한 점 등을 이유로, ‘태아상해 또는 태아성치사상’ 지칭한다. 이재상, 형법총론 제5판(서울: 박영사, 2005), 44면; 박양빈, “태아에 대한 상해”, 고시계 제41권 5호(제471호), 1996, 204면 이하; 山口厚, 刑法各論 補訂版(東京: 有斐閣, 2005), 24頁.

최근 한국에서도 하급심판례지만 의료과실에 의하여 태아가 사산된 사례에서 태아 및 산모에 대한 각 업무상과실치사·상죄의 성립을 부정한 형사판례와²⁾ 이와 상반되게, 유사한 사례에서, 출생 후의 사람과 동일선상에서 태아의 보호가치성을 긍정하여, 출산과정의 의료과오로 인하여 사산된 태아에 대한 불법행위에 따른 손해배상청구권을 인정한 민사판례가³⁾ 소개된 바 있다.

이하에서는 형법상 보호대상으로서 사람의 시기를 둘러싼 논의의 검토와 함께, 태아상해 내지 태아성치사상 사례군의 합리적 해결방안을 모색해보도록 한다. 특히 동일한 문제를 영미 형법에서는 어떠한 시각에서 해결하고 있는지를 비교하여 살펴보도록 한다.

II. 규범적 보호대상으로서 사람의 시기(始期)

규범적 보호대상으로서 사람의 시기와 관련하여 다양한 견해가 제시되어왔는데, 현재 한국의 판례와 통설은 형법적 보호대상으로서 사람의 시기에 대하여 이른바 ‘분만개시설’을 취하고 있다(반면, 민법 상 통설과 판례는 ‘전부노출설’이다).⁴⁾

2) 서울중앙지법 2005.5.12. 선고 2004노1677판결.

3) 서울고법 제17민사부 2007.3.15 선고 2006나56833판결.

4) 대법원 1982.10.12. 선고 81도2621 판결, “사람의 생명과 신체의 안전을 보호법익으로 하고 있는 형법상의 해석으로는 규칙적인 진통을 동반하면서 태아가 태반으로부터 이탈되기 시작한 때 다시 말하여 분만이 개시된 때(소위 진통설 또는 분만개시설)가 사람의 시기라고 봄이 타당하다.”; 대법원 1976.9.14. 선고 76다1365 판결, “태아가 특정한 권리에 있어서 이미 태어난 것으로 본다는 것은 살아서 출생한 때에 출생시기가 문제의 사건의 시기까지 소급하여 그 때에 태아가 출생한 것과 같이 법률상 보아 준다고 해석하여야 상당하므로 그가 모체와 같이 사망하여 출생의 기회를 못 가진 이상 배상청구권을 논할 여지없다.”

의학적, 생물학적 시각에서는 출산 또는 분만은 일련의 생리적 과정으로 파악하여, 사람의 시기(始期)란 어떤 특정시점을 기준으로 결정되는 것이 아니라고 이해하게 된다. 그러나 규범적 보호대상으로서 사람의 시기결정은 물론 생리적 과정으로서의 출산에 대한 개념이 전제되긴 하지만, 생명체로서 사람의 탄생과정에 관한 과학적 메커니즘의 이해라는 의학적, 생물학적 견지와는 달리, 규범적 보호의 필요성이나 입법취지 등을 고려하여 특정 기준시점 확정할 것을 요구하게 된다.

이하에서는 규범적 보호대상으로서 사람의 시기에 관한 논의에 앞서 의학적, 생물학적 관점에서 ‘생리적 과정으로서 출산’을 간략히 살펴보도록 한다.

1. 생리적 과정으로서의 출산과 사람의 시기

생리적 과정으로서의 출산(birth, childbirth)은 임신으로부터 출발한다. 임신(pregnancy)이란 모체의 체내(자궁)에, 수정란이나 발육하고 있는 태아를 갖게 됨으로써 형성되는 모체와의 생물학적 관계를 의미한다. 또는 수정란이 자궁벽에 착상되어, 약 10개월에 걸친 기간을 경과하여 출산에 이를 때까지의 기간을 의미하기도 한다.

보통 가임여성은 월 1회 난소로부터 한 개의 난자를 내보내게 되는데 이를 배란이라 한다. 배란된 난자는 난관(나팔관)으로 이동하여 약 12시간에서 24시간에 걸쳐 수정을 기다리는데, 수정된 난자는 수정란으로서, 세포분열을 시작(상실배의 형성)하며 난관에서 자궁 안으로 이동한다. 이후 배포체(blastocyst)로 성장한 수정란은 자궁벽에 착상하고, 이때 약 7일(난관에서 자궁강까지 3일, 자궁강에서 착상까지 4일)의 기간이 경과된다. 자

궁벽에 착상한 배포체는 분화하여 배란이라는 배아 형성 전 단계를 만들고 이어 계속 성숙하여 배아(embryo)를 형성하고 배아는 7주 말 정도까지(임신 1~2개월) 주요 장기계통을 형성(신경관 및 혈관계, 순환기계의 형성)함으로써 배아단계를 떠나 태아(fetus)단계에 도달한다.

태아는 발육을 계속하여 16주 정도면 손발 등이 형성되고 약 20주까지는 청각 등이 완성되고 동시에 전신운동(quickenning)을 시작하여 이를 산모 등이 외부에서 감지하게 된다. 약 28주(임신 7월) 쯤에 도달하면 태아는 두부가 아래쪽으로 자리 잡기 시작하면서 외부자극에 대하여 일정한 반응도 보이기 시작하고, 약 10개월이 경과된 시점에서 출산의 마지막 과정에 도달함으로써, 태아(fetus)는 영아단계(infant, newborn child)에 도달한다.

출산의 마지막 단계 즉 분만에는 태아를 모체 밖으로 배출하기 위한 산모의 자궁근 수축이 필요하다. 자궁근 수축은 임신 13주까지는 불규칙적으로 통증이 없어 산모가 느낄 수 없지만, 시간적 경과에 따라 약 28주 정도에 도달하면 불규칙적이지만 점차 강한 강도의 수축을 느끼게 된다. 임신 말에는 이러한 수축이 더 자주 오면서 산모가 불편을 느끼게 되는데, 이를 가진통이라 한다. 이후 출산의 최종단계에 임박하면, 자궁경부를 열어, 태아를 산도로 밀어내기 위한 강한 자궁수축이 점차 지속적이고 주기적으로 시작되고 이것이 분만진통이다. 통상 분만진통의 시작은 주기적인 강한 진통과 함께 보통 소량의 피가 섞인 점액성 질 분비물이 배출됨으로써 감지할 수 있는데, 이러한 분만진통의 시작과 함께 분만기가 시작된다.

분만기는 크게 3기의 단계로 구분된다. 1기는 자궁경관이 열리면서 완전히 열리기 전 즉, 개대 시까지 규칙적 진통과 함께 자궁경관의 소실과 개대가 이루어지는 시기이다. 2기는 자궁경관의 개대 후, 신체의 일부가 나오기 시작하면서 완전히 노출되기 전까지의 단계를 말한다. 마지막 3기

는 분만개시 직후부터 태반, 태아막의 완전한 만출까지의 시기를 말한다.⁵⁾

과거 의료수준이 높지 않던 시점에는 출산과정에서 발생할 수 있는 다양한 위험요인에 대한 대처가 어려워 사산율도 높고, 신생아의 사망률도 매우 높았음은 주지의 사실이다. 이러한 현실은 일상생활뿐만이 아니라, 법적 보호대상으로서의 사람의 시기 결정에도 영향을 주어, 후술하는 바와 같이 완전한 생존가능성을 가진 상태가 유지되면서 모체 밖으로 완전히 배출된 시점(born alive and clear sign of independent vitality)에서 사람(person)으로 파악하는 견해로 반영되었다.

그러나 의료수준, 기타 생활수준의 향상에 따라 사산율은 서구 선진국을 위시한 대부분의 국가에서 급격히 낮아지게 되었다. 아울러, 대부분의 선진국에서 출산율의 감소는 일반적 현상으로 고착되고 있다. 한국의 경우도 예외는 아니다. 통계자료를 살펴보면, 신생아 출산율은 계속 낮아지고 있는데, 1980년대 후반 이후 1.6~1.7명 정도를 유지해오다, 2005년에는 1.05명으로 까지 급격히 낮아져, 인구감소로 인한 사회문제발생이 우려되고 있다.⁶⁾ 반면 낮아진 출산율에도 불구하고, 신생아 출산 시 병원 등 의료시설을 이용한 출산이 전체의 99.7%를 차지하는 점에서 짐작할 수 있듯이 대부분 출산이 안전하고 양호한 환경에서 이루어지고, 기타 경제, 의료수준의 향상에 따라 사산율은 극히 낮아져, 사산수는 1995년의 경우 15세 이상 44세 이하의 배우자가 있는 여성 10만명 당, 0.6명으로 확인되고 있다.⁷⁾

이러한 사회적 변화는 규범적 보호대상으로서 사람의 시기나 낙태허용 범위 결정 등의 문제에 중요한 배경으로 작용하게 되었다고 하겠다.

5) 이광웅 외 7인 공역, *생물학 - 생명의 과학* -(서울 : 을유문화사, 2002), 906면 이하.

6) 인터넷 조선일보, http://news.chosun.com/site/data/html_dir/2007/05/08/2007050800059.html

7) 보건사회연구원 통계정보, <http://www.hp.go.kr>.

2. 규범적 보호대상으로서 사람의 시기에 관한 제 논의

가. 형법상 사람의 시기에 관한 기존 논의

기존에, 규범적 보호대상 특히 형법상 보호대상(내지는 살인, 상해죄 등의 행위객체)으로서 사람의 시기에 관한 견해로, ① 모체 외에서 독립하여 생명을 보존, 유지할 수 있는지의 여부를 기준으로 하는 독립생존가능설,⁸⁾ ② 모체 외로의 배출이 시작된 시점을 기준으로 사람의 시기를 결정하는 분만개시설(출산개시설 또는 진통설), ③ 모체 외로 신체의 일부가 노출된 시점부터 사람으로 판단하는 일부노출설,⁹⁾ 기타 ④ 전부노출설 및 ⑤ 독립 호흡설 등을 들 수 있다.¹⁰⁾ ①설에 가까울수록 사람의 시기를 앞당기어, 살인죄, 상해죄 등의 행위객체인 ‘사람’의 포섭범위를 확장시키게 된다.

앞서 설명한 바와 같이 형법상 사람의 시기에 대하여 통설과 판례는, 형법이 영아살해죄를 살인죄의 한 유형으로 설정하면서 영아를 ‘분만 중 또는 분만 직후의 자’로 규정한 점, 과실낙태를 처벌하지 않고, 분만 중 발생하기 쉬운 의료과실 등의 위험성을 고려할 때, 적어도 분만단계에서부터는 사람으로 파악하여 이를 보호할 필요성이 있는 점, 독립생존가능설의

8) 일본 母體保健法 제2조 2항은 모체 외에서 생명을 존속할 수 있는 가능성이 있는 태아는 사람에 해당한다고 규정하고 있다.

9) 일본의 통설이자 판례의 입장이다. 大判大正8・12・13刑錄25輯1367頁, “모체로부터 일부 노출된 이상, 모체에 관계없이 외부로부터 이에 사망을 야기할 수 있는 침해를 가할 수 있다.”

10) 이재상, 형법각론 제5판(서울: 박영사, 2005), 13-14면; 임 응, 형법각론 개정판 보정(서울: 법문사, 2005) 14-15면; 배중대, 형법각론 제5판(서울: 홍문사, 2003), 50-51면; 박상기 교수는 진통설은 자궁구의 열림 이전 단계의 사전진통까지 포함할 수 있다는 점에서 자궁경부의 자궁구가 열리는 시점을 기준으로 분만개시설이 더욱 적절하다고 설명함으로써, 진통설과 분만개시설을 구별하고 있는 듯하다. 박상기, 형법각론 제6판(서울: 박영사, 2005), 19면; 山口厚, 前掲書, 8頁; 前田雅英, 刑法各論 第4版(東京: 東京大學出版會, 2007), 10-12頁; 西田典之, 刑法各論 第3版(東京: 弘文堂, 2005), 7頁 以下.

경우는 예외적으로 낙태가 허용되는 경우를 제외한 대부분의 낙태행위가 곧바로 살인죄 등으로 평가될 수 있는 점, 일부노출설 및 전부노출설, 독립흡혈은 사람의 시기를 지나치게 지연시킴으로써, 낙태죄와 살인, 상해죄 등의 사이에 지나친 처벌의 간극을 발생시키고, 분만과정의 태아를 적절히 보호할 수 없는 점, 의학적으로도 정확히 어떠한 시점이 분만진통이 시작된 것으로 볼 수 있는지 불명확한 경우도 많아, 사람의 시기를 결정하기 위한 기준으로서의 명확성에도 문제가 있는 점 등을 논거로 ② 분만개시설을 취하고 있다.¹¹⁾ 이러한 분만개시설은 1998년 개정을 통해 폐지되었지만, 과거 한국과 유사하게 영아살해를 낙태죄와 분리하여 처벌규정을 두었던 독일형법 하에서도 통설적 지위를 차지하였다.¹²⁾

그러나 통설인 분만개시설에 대하여 문제제기가 없지 않다. 먼저, 의료기술의 발전에 따라 분만 시기를 일정부분 조정할 수 있게 됨으로써, 과거 자연분만에 의존하던 때와 달리, 분만개시설도 사람의 시기에 관한 명료한 기준으로서 역할을 하지 못하게 된 점을 지적할 수 있다. 분만개시설의 입장에서는 분만개시시점을 옥시토신이나 플로스타글란딘의 투여 등과 같은 방법에 의한 유도분만이나, 제왕절개시술의 경우처럼 인위적으로 앞당기거나 반대로 지연시키는 경우에도 동일하다 설명한다. 가령 분만진통을 동반하지 않는 가운데 이루어진 제왕절개시술의 경우는 시술시 즉, 자궁절개시를 기준으로 태아는 사람이 된다고 한다(유도분만의 경우는 자궁수축을 인위적으로 야기하는 약물을 투여하는 점에서 자연분만과 차이가 있으나,

11) 이재상, 전거서, 14면; 김일수·서보학, 새로 쓴 형법각론 제6판(서울 : 박영사, 2005), 21면.

12) StGB § 217 Kindestötung ① Eine Mutter, welche ihr nichtecheliches Kind in oder gleich nach der Geburt tötet, wird mit Freiheitsstrafe nicht unter drei Jahren bestraft. ② In minder schweren Fällen ist die Strafe Freiheitsstrafe von sechs Monaten bis zu fünf Jahren.

약물투여 이후의 분만과정은 자연분만과 같다는 점에서 특별히 문제될 것은 없다.¹³⁾ 그러나 반대로 분만개시시점을 인위적으로 지연시키는 경우는 어떠한 것인지 애매하다(예를 들어, 임신 중 분만기에 앞서 조기에 양막이 파수되는 조기양막수과열의 예에서, 조기분만을 유도하기도 하지만, 때에 따라서는 지나친 미숙아의 출산에 따른 위험을 막기 위해 임신상태를 가급적 지속시키도록 항생제 등과 함께 자궁수축억제제 등을 투여함으로써, 분만시점을 일정시점까지 지연시키는 경우도 있다). 분만을 지연시키기 위한 시술과정에서 발생한 사고로 태아가 사망하거나 상해를 입은 상태로 모체 외로 배출된 경우를 분만개시시점을 앞당기는 예와 비교할 때, 사람의 시기를 합리적 설명하기 어렵다는 점을 쉽게 이해할 수 있다. 궁극적으로 분만시점을 인위적으로 조정하는 시술자에 의하여 형법적 보호대상으로서 사람의 시기가 변동되는 다소 납득하기 어려운 결과가 야기된다.

또한 (대부분 분만이 자연분만에 이루어지는 과거의 상황을 전제로 하였지만) 분만개시설은 낙태의 개념을 ‘모체 내의 태아를 사망시키거나 자연분만기에 앞서 태아를 인공적으로 모체 밖으로 배출시키는 행위’로 파악하고 낙태죄를 위험범으로 이해하는 견해(통설)와¹⁴⁾ 논리적으로 연결된다.

13) 이재상, 전게서, 15면; 김일수·서보학, 전게서, 21면; 박상기, 전게서, 20면.

14) 현재 한국의 통설적 견해이다(추상적 위험범설). 김일수·서보학, 전게서, 50면; 박상기, 전게서, 85면; 다만, 이재상 교수는 낙태죄의 본질이 태아의 생명을 침해하는데 있다는 점에서 궁극적으로 태아를 살해하는 경우만을 낙태행위로 파악하고 있다(침해범설). 이재상, 전게서, 95면; 일본의 종래 통설과 판례역시 낙태 개념을 자연적 분만기에 앞서 태아를 인공적으로 배출하는 것으로 해석하여, 태아의 사망을 요건으로 하지 않고, 낙태죄를 위험범으로 파악하였다. 다만, 최근에는 (일본의 경우, 후술하는 바와 같이 형법 상 사람의 시기를 일부노출설에 의하여 파악함이 통설이자 판례임을 전제로) 분만개시 이후의 태아에 대한 형법적 보호의 충족과 낙태행위의 개념을 기존 통설과 같이 이해함으로써 발생할 수 있는 처벌의 간극해소가 필요하긴 하나, 이를 위해 무리하게 낙태 개념을 확장하는 것은 태아에 대한 단순한 위험행위도 낙태죄로 파악할 여지를 열어두게 됨으로써, 낙태미수나 태아에 대한 상해행위 등을 처벌하지 않는 현행법의 취지에 반하는 점, 현실적으로도 의료기술의 발전에 따라 분만기에 앞서 조기출산된

낙태죄에 관한 이러한 통설적 시각은 낙태죄의 미수범처벌 규정이 없고, 태아에 대하여 가해행위와 관련하여 낙태죄 외의 별도의 처벌규정을 두고 있지 않은 점 등을 고려할 때 충분히 긍정적 측면이 있다.

그러나 문제는 낙태행위로 자연적 분만기에 앞서 배출된 생존상태로 배출된 태아를 살해한 경우이다. 통설적 시각에 따르면 이 경우, 낙태죄 외에 살인죄가 성립(양죄는 경합범)한다는 결론에 도달하게 된다.

이러한 결론은 불합리한 면이 있다. 가령, 모자보건법 등에 의하여 허용되는 낙태시술의 예에서 태아가 생존상태로 모체 외로 배출된 경우, 낙태죄의 위법성이 조각되더라도 여전히 살인죄의 성립이라는 곤란한 문제가 발생할 수 있다. 또 자연분만기 전에 태아의 인위적 배출을 낙태행위로 파악한다면, 그 연장선에서 배출된 태아가 여전히 미성숙상태로부터 야기된 위험으로 사망한 때에는 낙태죄로 파악함이 보다 자연스럽다. 만일 자연분만기 이전에 태아에 대한 가해행위로 인하여 모체 내에서 태아가 사망한 때에는 낙태죄가 되지만, 태아가 모체 내에서 사망하지 않고, 모체 외로 배출된 이후에 연이어 계속된 가해행위에 따라 사망한 것만을 이유로 낙태죄 외에 살인죄가 성립한다 함은 다소 균형을 상실한 측면도 지적될 수 있다. 그렇다면, 자연분만기에 앞서 인공적으로 배출시킴으로 야기된 미성숙한 생명체로서 태아에 대한 위험야기를 낙태행위로 포착, 처벌하는 낙태죄의 의의를 염두에 둘 때, 모체 밖으로 배출된 태아가 독립적인 생존능력이 갖지 못한 상태에서¹⁵⁾ 그 미성숙으로 사망한 때에는 낙태죄만 성립한

경우에도 대부분 높은 생존율을 보이는 점 등을 이유로, 오히려 낙태행위의 개념을 분만개시 전후를 구분하지 않고, 태아살해로 한정하여 파악하여야 한다는 견해도 유력하게 제시되고 있다. 山口厚, 前掲書, 19-20頁; 西田典之, 前掲書, 21頁 以下; 大判明治44・12・8刑錄1輯2183頁; 한편 의사에 의한 정당한 인공적 조기출산을 낙태죄의 범주에서 제외하기 위함 등을 이유로 낙태죄를 구체적 위험범으로 파악하는 견해가 있다. 그러나 이는 낙태죄의 위법성조각문제로 볼 수 있어, 구체적 위험범설에 어떠한 실익이 있을지 다소 의문이 제기된다. 배종대, 전게서, 150면; 前田雅英, 前掲書, 67頁.

다고 봄이 결론 면에서 보다 합리적일 수 있다.¹⁶⁾ 그러나 이는 분만개시 설 보다는 앞의 ① 독립생존가능성설과 더욱 어울리는 결론이라 하겠다.

15) 모체로부터 독립한 지속할 수 있는 생존능력이라는 개념도 ① 법적·규범적 개념으로 파악하는 견해, ② 개별 사안에 따른 실질적 개념으로 파악하는 견해로 구분된다. ①의 입장에서는 모자보건법상 낙태기술의 허용기준을 태아와 사람을 구별하는 기준으로 이해함에 비하여, ②의 경우는 이와는 별도로 구체적 사례에서 개별 생존능력의 유무를 기준으로 판단하는 점에 차이가 있다. 가령 강간 등에 의하여 임신으로, 인공임신중절 기술이 행하여지는 경우, ①의 시각에서는 단순히 임신의 중단뿐만 아니라 태아의 존재자체를 부정하는 것까지 허용하는 것으로 이해하게 된다. 반면 ②의 시각에서는 동일한 사례에서 배출된 생존상태의 태아를 방치, 사망케 한 경우, 살인죄로 파악하지 않을 수 없게 되는 점에서 문제가 있다. 또한, 생존가능성의 장단이 문제가 된다는 점에서 사망에 임박한 사람의 경우를 어떻게 취급할 것인가 라는 문제와 관련하여서도 혼동이 발생할 우려가 있다. 물론, ①의 입장에서도 생존능력을 갖지 못한 상태의 배출된 태아에 대하여 제3자가 살해한 경우에 일률적으로 살인죄를 부정하게 되는 불합리한 결론이 유도될 수 있는 문제가 있다. 이 경우, 낙태 이후의 가해행위를 일련의 행위로 파악할 수 있는지의 여부를 기준으로 불가벌적 사후행위로 낙태죄만의 죄책을 부담하거나 별도의 살인죄의 죄책을 부담하는지 결정할 수 있다는 견해도 제기되고 있다. 山口厚, 前掲書, 27-29頁.

16) 따라서 자연분만기에 인위적으로 배출된 태아가 생존가능성이 있는 상태에서 살해된 경우에는 낙태죄 외에 살인죄가 성립, 양죄는 경합범이 된다. 박상기, 전제서, 20·85면; 반면 낙태죄를 침해범으로 파악하는 견해는 동일한 예에서 낙태미수와 살인죄의 상상적 경합이 인정되나, 낙태미수가 불가벌이라는 점에서 결국 살인죄만 성립한다고 한다. 이재상, 전제서, 95-96면; 한편, 약물에 의한 유도분만의 방법으로 낙태기술을 하였으나 태아가 살아서 미숙아 상태로 출생하자 그 미숙아에게 염화칼륨을 주입하여 사망하게 한 사안에서 대법원은 낙태죄는 태아를 자연분만기에 앞서서 인위적으로 모체 밖으로 배출하거나 모체 안에서 살해함으로써 성립하고, 그 결과 태아가 사망하였는지 여부는 낙태죄의 성립에 영향이 없다고 하면서, “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 범의가 인정된다”고 판시한 바 있다. 동 판례는 최저한이라도 태아의 생존가능성 유무에 대한 면밀한 검토가 없는 가운데 이루어진 자연분만기에 앞서 배출된 태아를 사망케 하는 행위를 살인죄로 파악할 수 있다는 취지로 이해할 여지가 충분하다. 대법원 2005. 4. 15. 선고 2003도2780 판결; 일본판례에서도 임신 9개월째의 태아를 인위적으로 배출시킨 뒤, 배출된 태아가 충분한 생존능력이 있는 상태에서 질식사시킨 사례에서 낙태죄와 살인죄의 경합범을 인정한 예로 大判大正11・11・28刑集1卷705頁. 아울러 살인죄가 인정된 예는 아니지만, 의사가 임신 26주째의 태아를 배출시킨 후, 생존가능성이 있는 상태에서 그대로 방치하여 사망도록 한 사례에서 업무상낙태죄와 보호책임자유기치사죄의 성립을 긍정한 바 있다. 最決昭和63・1・19刑集42卷1号1頁.

한편, ① 독립생존가능설은 조산된 태아에의 가해행위 사례를 적절히 해결할 수 있는 장점도 있지만, 출산의 전 과정을 형법상 살인죄 등의 통제대상으로 삼게 되어, 상대적으로 낙태죄 규정을 사실상 무의미하게 만들 수 있다는 점 나아가 사람의 시기가 아닌 종기(終期)를 판단함에 있어서, 가령 죽음을 목전에 둔 사람을 어떻게 이해할 것인가라는 문제에서 불합리한 결론을 유도할 수 있는 점에서 지지를 받기 어렵다.

일본의 경우, 형법상 사람의 시기에 관하여 ③ 일부노출설이 통설, 판례이다.¹⁷⁾ 그 논거로 비록 낙태행위의 개념을 고려할 때, 분만개시 이후에도 형법적 보호의 필요성이 긍정되는 점도 있지만, 일본 형법에는 구 독일형법이나 한국형법과 달리 영아살해죄 규정이 없고, 일부노출에 의하여 비로소 모체와 분리된 직접적 공격대상으로서 사람이 명확히 존재하는 점 등을 들고 있다. 나아가 사람의 시기는 단지 사람과 태아의 구분은 개념적 분석 문제라기보다는 살인, 상해죄 등과 낙태죄 간 처벌범위의 합리적 조정 문제로서, 일본 형법은 한국과 달리 부동의 낙태죄의 경우 미수범을 처벌하는 점 등에서 처벌의 간극이 그리 크지 않다고 볼 수 있다.¹⁸⁾

나. 영미법상 사람의 시기에 관한 논의

초기의 영미 common law는 임신 후 30일 내지 80일이 경과한 후의 태아를 사람과 같은 생명체로 파악, 이를 보호하였다. 그러나 17세기 이후, 임신 후 모체 밖에서 태아의 움직임이 감지되는 시점(임신 후, 약 5개월 경과시점)을 기준으로 그 이전에 태아의 생명을 침해하거나, 산모 동의하

17) 大判大正8・12・13刑錄25輯1367頁, “모체로부터 일부 노출된 이상, 모체에 관계없이 외부로부터 이에 사망을 야기할 수 있는 침해를 가할 수 있다.”.

18) 前田雅英, 前掲書, 11頁.

에 이루어지는 낙태행위를(abortion or feticide)로 처벌하지 않았다. 아울러, 사람의 시기와 관련하여 소위 'born alive rule'을 기준으로 사람(person)과 태아(fetus)를 구별하여, 원칙적으로 모체 밖으로 배출되지 않은 태아에 대한 가해행위는 살인(murder)이나 상해죄(assault) 등을 구성하지 않는 것으로 파악하였다.¹⁹⁾ 결국, 사람의 시기는 모체 밖으로의 완전한 배출과 동시에 모체로부터의 독립적 생존여부라는 2가지 표지에 의하여 결정되었다.

17세기 전후에 형성된 born alive rule은 이후 민·형사영역을 불문하고 사람의 시기를 결정하는 통설적 기준이 되었다.²⁰⁾ 현재도 미국의 New York, West Virginia, North Carolina, Connecticut 주 등 18개 주에서는 아직도 살인죄 등의 행위객체로서 사람(person)의 시기를 born alive rule에 의하여 판단하고 있다.²¹⁾

born alive rule은 과거 낙후된 의료기술과 높은 사산율을 배경으로 한 개념으로 의료기술의 진보에 따라 곧 비판을 받게 되었다. 특히, 민사법 영역에서는 교통사고 등과 같이 태아에 대한 가해행위로 인하여 태아가 사망한 사례에서 불법행위에 따른 손해배상청구권의 인정과 관련하여 논

19) born alive rule을 전부노출설과 동일하게 이해하는 견해도 있는데, 반드시 그렇지 않다. 단순히 모체 밖으로 태아의 신체 전부가 노출될 것(totally expelled from the mother) 외에도 모체와 독립한 명확한 생존상태 유지(showing a clear sign of independent vitality)의 유무도 중요한 판단요소이기 때문이다. 독립적 생존상태의 유지는 독립적 호흡의 유무 등을 통해 인정됨이 일반적이지만, 그러한 징후가 결정적 기준은 아니다. Wayne R. LaFave, Criminal Law 3rd ed.(St. Paul, MN. : West Group, 2000), 656; Morgan v. State, 148 Tenn. 417, 256 S.W. 433(1923), Lane v. Commonwealth, 219 Va. 509, 248 S.E.2d 781(1978).

20) 가령 영국판례로 Baker v. Bolton, 170 Eng. Rep. 1033 (K.B. 1808), 미국 판례로는 State v. Winthrop, 43 Iowa 519(1876), Jackson v. Commonwealth, 265 Ky. 295, 96 S.W.2d 1014(1936) 등.

21) Conn. Gen. Stat. Ann. 53a-3(1)(West 2003); N.Y. [Penal] 125.00, 125.05 (Consol. 2003); N.C. Gen. Stat. 14-17(2003); W. Va. Code 61-2-1 (2003).

의가 시작되었다.

1846년 영국의회는 Fatal Accident Act(또는 Lord Campbell's Act)를 제정하여 사망한 태아의 부모 등에 대하여 가해자의 손해배상책임을 인정하도록 함으로써 born alive rule의 수정에 대한 단초가 마련되었다. 이후 미국에서도 1847년 New York 주를 필두로 Fatal Accident Act와 유사한 법안이 제정되면서 born alive rule에 대한 수정이 시작되었다.²²⁾ 그러나 아직까지 전면적 수정이 이루어진 것은 아니고, 사람의 시기에 대한 판단 기준으로 born alive rule이 여전히 활용되었다. 즉, 위의 예는 불법행위법(tort law) 영역에서 태아를 사람의 범주에서 제외함으로써 발생하는 불합리한 점을 입법을 통해 일정부분 해소하기 위한 시도에 불과하였다.

이러한 가운데 1884년 Dietrich v. Inhabitants of Northampton사건에서²³⁾ 사람의 시기판단문제를 입법이 아닌 해석을 통해 해결하려는 시도가 최초로 이루어진다. 사안은 도로관리 상 하자로 인하여 임신 5개월의 여성이 보행 중 넘어져 입게 된 부상으로 인하여 신체장애를 갖은 신생아를 출산한 경우로, 동 사건에서는 태아를 임신부의 일부로 파악하여 손해배상책임을 인정하였다. 이를 통해 태아를 모체의 일부로 파악함으로써, 문제를 해결하는 견해(single entity theory)가 제시되고, 이러한 입장은 1946년까지 태아에 대한 가해행위가 문제된 다양한 불법행위 사례에서 받아들여졌다.

그러나 single entity theory는 근본적으로 태아에 대한 불법행위책임 보다는 모체인 산모에 대한 불법행위책임을 인정에 의하여 우회적으로 문제를 해결하는 점에 한계가 있다. 아울러 이미 상속법 등 영역에서 부분적이거나 태아도 임신 직후부터 사람과 동일하게 평가되고 있었던 점에서, 불

22) Michael Holzapfel, "The right to live, the right to choose and the Unborn Victims of Violence Act", Journal of contemporary health law and policy 18, 2002. 2, p. 445.

23) Dietrich v. Inhabitants of Northampton, 138 Mass. 14 (1884).

법행위법이나 형사법 영역에서 태아를 사람과 구별하여 다르게 평가함은 불균형임을 지적하는 견해가 점차 강하게 제기되었다. 결국 불법행위법 영역에서도 single entity theory와 같은 우회적 해결이 아닌 태아를 사람과 동일한 범주로 파악하고자 하는 견해가 1946년 Bonbrest v. Kotz사건을 통해 최초로 등장하였다.²⁴⁾

그러나 Dietrich v. Inhabitants of Northampton사건에서 제시된 single entity theory나, 이후 Bonbrest v. Kotz사건의 견해는 기본적으로 가해행위를 받은 태아가 생존상태로 출산되었을 때에 적용될 수 있다는 점에서 여전히 born alive rule의 근간은 유지되었다. 따라서 사산되거나 생존상태로 출산되었더라도 생존지속가능성이 극히 희박한 경우는 적용 상 한계를 갖을 수밖에 없었다. 즉, 모체 외에서의 생존가능성(viability) 유무가 태아에 대한 가해행위에 따른 사상의 결과에 대한 불법행위책임여부를 판가름하는 결정적인 요소가 된 것이다.

이러한 한계는 1995년 Farley v. Sartin사건에서²⁵⁾ 극복된다. 사안은 교통사고로 인하여 임신 18주 정도의 산모가 태아와 함께 사망한 경우로, 사고 당시 태아는 모체 외에서 생존할 수 있을 정도로 충분히 발육된 상태가 아니었다. Supreme Court of Appeals of West Virginia는 불법행위로 인한 사망사고에 관한 주 법률의 해석에서 행위객체인 사람(person)은 아동(born child)은 물론, 태아(unborn child)도 포함함이 보다 자연스러운 해석으로, 여기서 태아란 임신 직후 전 발육단계의 태아를 모두 지칭하는 하였다. 의료수준의 향상에 기인하여 대부분의 태아가 특별한 외부적 가해행위 등의 장애요소가 존재하지 않는 한, 정상적 발육을 통해 모체 외에서 생존 가능한 상태에 도달하는 점에 근거로, 모체 외에서의 독립적 생존가

24) Bonbrest v. Kotz, 65 F. Supp. 138 (D.D.C. 1946).

25) Farley v. Sartin, 466 S.E.2d 522 (W. Va. 1995).

능성(viability) 내지 생존상태로의 출산여부와 무관하게, 태아의 사상에 대한 불법행위책임을 인정하여 사실상 born alive rule을 포기하는 입장을 취한 것으로 평가할 수 있다.

위의 변화는 영미 형사법에서도 유사하게 전개되었다. 영미 형사법에서 사람의 시기결정에 관한 견해를 다음과 같이 정리할 수 있다.²⁶⁾

먼저 ① 전통적 기준인 common law의 born alive rule이다. 미국의 경우, 현재 18개 주에서 이러한 입장을 취하는데, 10개 주에서 명문의 규정에 의하여, 8개 주에는 판례를 통해 사람의 개념을 정의하면서 born alive rule을 취하고 있다.

Williams v. State에서²⁷⁾ Maryland Court of Appeals는 born alive rule에 따라, 출생 전 태아에 대한 가해행위에 의하여 태아가 사망한 때에도 태아가 생존상태로 출산된 경우가 아니라면 태아의 사망에 살인죄를 적용할 수 없다고 판시한 바 있다. 이러한 예는 People v. Joseph사건이나²⁸⁾ Hollis v. Commonwealth 등에서도²⁹⁾ 확인되는데, common law의 살인죄 행위객체는 분명히 사람으로 한정되고, born alive rule이 영미법 상, 종래 사람의 시기를 결정하기 위한 전통적 판단기준으로 활용되어 온 점에서, 살인 및 상해 등의 범죄에 있어서 행위객체는 최소한 출산 이후 모체 밖으로의 완전한 노출 단계에 도달할 것이 필요하다는 것을 이유로 한다(물론, born alive rule이 절대적 기준은 아니며 입법, 개정을 통해 수정될 수 있음 역시 지적하고 있다).

26) Hilary A. Converse, "the Fetal Homicide Fallacy: a Comparison of California's Inconsistent Statutes to Other States," Thomas Jefferson Law Review 25, Spring. 2003, pp. 454-462.

27) Williams v. State, 550 A.2d 722, 726(Md. 1988).

28) People v. Joseph 496 N.Y.S.2d 328(1985).

29) Hollis v. Commonwealth 652 S.W.2d 61, 63-64(Ky. 1983).

결국 영미 형사법 상, born alive rule과 함께, 통설적 견해가 살인이나 상해죄 등의 행위객체로서 사람에 해당하는지 여부는 살인 등 행위시점을 기준(person is a human being who has been born and was alive at the time of homicidal act)으로 판단함을 고려하면,³⁰⁾ 불가피하게 태아에 대한 가해행위의 대부분이 형사처벌 대상에서 제외된다.

한편 ② 모체 외에서 독립적 생존가능성을 기준으로 판단하는 예가 있다(culpability based on viability approach). 미국의 경우, 5개 주에서 이러한 입장을 취하는데, Indiana, Tennessee 주는 주법의 명문으로 생존가능성이 있는 태아를 인간으로 정의함으로써, 이들 태아에 대한 살인 등을 일정한 가해행위를 처벌하고 있다. 반면에,³¹⁾ Oklahoma, South Carolina, Massachusettes 주는 판례에 의하여 살인, 상해, 과실치사상죄 등의 행위객체인 인간의 범주에 태아를 포함하여 해석하고 있다.³²⁾

모체 외에서 독립적 생존가능성에 의하여 태아를 사람으로 파악하는 이 입장은 의료기술의 향상 따라 태아의 생존력이 높아지고, 모체 내 태아에 대한 보다 강화된 보호의 필요성 등을 배경으로 한다. 다만 구체적으로 어느 시점에서 생존가능성을 인정할 것인지가 명확하지 않은 문제점이 있다. 따라서 태아에 대한 가해행위가 처벌되는 사례는 실제 많지 않음으로 인하여, 현실적 대안과는 거리가 멀다는 점이 지적될 수 있다.

30) Wayne R. LaFave. op. cit., p. 656, fn. 13; Model Penal Code § 210.0(1) 참조.

31) Ind. Code Ann. 35-42-1-1(4) (Michie 2003); Tenn. Code Ann. 39-13-214(a) (2002).

32) 교통사고 인한 태아의 사망사례로 Commonwealth v. Cass, 467 N.E.2d 1324 (Mass. 1984); 역시 음주운전으로 인한 교통사고로 인한 태아에의 가해행위로 태아가 생존상태로 출산되었으나, 사망한 사례로 Hughes v. State, 868 P.2d 730 (Okla. Crim. App. 1994); 임신 중인 자신의 부인을 칼로 찔러, 부인은 생존하였으나, 태아가 사망한 사례에서 살인죄의 행위객체인 사람에는 생존 가능한 태아(viable fetus)도 포함된다고 해석하면서, 태아에 대한 직접적인 살해의도(intent)는 없지만, 법정적부합설과 유사하게 'transferred intent'를 통해 산모에 대한 살해의도가 태아에게도 미친다고 하여 피고인을 유죄로 인정한 사례로, State v. Horne, 319 S.E.2d 703 (S.C. 1984).

다음으로 ③ 모체 내, 태아의 반응을 기준으로 태아와 사람을 구분하는 견해가 있다(based on quickening approach). quickening이란 산모가 모체 내 태아의 움직임을 감지하는 것을 말하는데, 임신 후 대체로 16주 내지 18주 경과 후에 해당한다. quickening은 태아가 모체 외에서 독립적으로 생존이 가능한 시점 이전단계로, 13세기 이전에는 종교 또는 철학적 관점에서 태아가 독립된 생명체로서 (인간과 같은) 영혼을 갖게 되는 시점으로 이해하였다. common law에서도 이 시기의 태아가 사람은 아니지만 적어도 살아있는 생명체로 파악되는 시점으로 인식하였다.

미국의 경우 Florida 주를 포함, 7개 주에서 quickening 단계의 태아에 대한 가해행위를 살인죄 등으로 처벌하고 있다.³³⁾ 그러나 이 기준은 생물학적 또는 의학전 근거를 갖는 것이 아니고, 태아의 움직임을 느끼는 것은 산모라는 점에서, 판단기준으로서의 지극히 주관적이고 불명확하며, 특히 대부분의 태아에 대한 가해행위가 문제된 사례에서 산모가 사망한 경우가 많은 점을 고려할 때, 판단기준으로서의 명확성이 극히 부족한 것이 문제로 지적된다. 미연방대법원도 낙태기술의 허용여부와 관련하여 Roe v. Wade사건에서 생명체로서 태아를 인식할 수 있는 시점의 판단기준으로 quickening이 갖는 위의 문제점과 함께 판단기준으로서의 부적절성을 이미 지적하였다.³⁴⁾

33) Fla. Stat. Ann. 782.09(West 2002); Mich. Comp. Laws Ann. 750.322 (West 2002); Miss. Code Ann. 97-3-37 (2003); Nev. Rev. Stat. Ann. 200.210 (Michie 2003); R.I. Gen. Laws 11-23-5 (2002); Wash. Rev. Code Ann. 9A.32.060 (West 2003).

34) 강간에 의하여 임신하게 여성이 낙태를 금지하는 Texas 주 법률의 위헌을 주장한 사례로 산모의 프라이버시와 태아의 생명권 및 이를 보호하기 위하여 산모의 프라이버시를 제한함에 있어서 국가의 관여가 어떠한 범위에서 허용될 수 있는가의 문제가 논의된 사안이다. 동 사건에서 미연방대법원은 임신기간을 3분하여 1기에 해당하는 the first trimester에는 태아를 생명체로 인정하지 않아도 좋다고 하고, 나아가 이 기간을 넘어선 때라도 모체 외에서의 독립적 생존가능성(viability)가 희박한 때에는 낙태를 허용할 수 있고, 이를 판단하는 것은 우선적으로 산모로써, 국가의 관여는 최소한에

마지막으로 ④ 태아의 발육단계를 고려한 특정 시점을 기준으로 판단하는 견해가 있다(based on fetal development). Arkansas 주는 임신 후 12주가 경과된 이후의 태아에 대한 가해행위를 살인죄 등으로 처벌하고 있다. 원래 Arkansas 주도 born alive rule을 취하였으나, Meadow v. State 사건³⁵⁾에 의하여 이를 포기하고, 새로운 입법(Fetal Protection Act)을 통해 살인죄(murder) 등에 규정된 사람(person)의 범주에 임신 12주 경과 후의 태아(fetus)를 포함하도록 함으로써, 태아에 대한 가해행위를 살인죄 등으로 처벌하게 되었다(다만 Arkansas 주는 manslaughter의 경우 태아가 행위객체로 포함하지 않는다). Minnesota 주의 경우도 최초 State v. Soto 사건³⁶⁾ 등에서 예에서와 같이, 출산 전 태아(unborn viable fetus)는 살인죄 등의 행위객체에 해당하지 않는다고 하였다. 그러나 역시 입법(the Minnesota Crime Against Unborn Child Act)을 통해 살인, 상해, 교통사고를 포함한 과실치사상 등 몇 가지 유형의 범죄행위를 통해 태아에게 사상의 결과를 가져온 경우를 처벌하고 있다(참고로, 동법에서는 unborn child를 "the unborn offspring of a human being conceived, but not yet born"으로 정의한다).³⁷⁾ Missouri, Pennsylvania, Louisiana, North Dakota,

그쳐야 한다는 취지로, 낙태행위를 금지한 Texas 주 법률을 위헌으로 판단하였다. Roe v. Wade 410 U. S. 113(1973).

35) Meadow v. State 722 S.W.2d 584 (Ark. 1987).

36) State v. Soto 378 N.W.2d 625, 630 (Minn. 1985).

37) 특히 the Minnesota Crime Against Unborn Child Act와 관련하여 임신 7주의 태아를 갖고 있던 자신의 여자 친구를 총으로 사살함으로써, 결국 태아까지 사망케 하여 동법에 의하여 살인죄(murder of unborn child in the first degree)로 기소된 사안인 State v. Merill사건에서 피고인은 미연방대법원이 낙태죄와 관련하여 Roe v. Wade사건에서 생존 가능한 태아(viable fetus)와 배아(embryo)를 구분하고, 이를 사람(person)과 구별하였으나, 동법은 이를 무시함으로써, 수정 제14조의 평등한 보호를 받을 권리를 부당히 침해하고, 피해자가 임신여부를 알 수 없음으로 인하여 태아에 대한 가해행위에 있어서 고의가 인정되지 않는 점을 이유로 자의적 해석과 처벌가능성이 있어 무효임을 주장하였다. 그러나 Supreme Court of Minnesota는 ① 피고인이 지목한 미연방대법원

Illinois, Wisconsin 주는 더 나아가 임신 직후 단계(fertilization stage or upon conception)부터 태아를 사람과 동일하게 살인죄 등의 행위객체로 인정하고 있다.³⁸⁾

이 방식은 명확한 판단기준의 제공과 함께 태아를 사람과 궁극적으로 동일선 상에서 이해하도록 하여, 태아에 대한 가해행위와 관련한 야기될 수 있는 기존 형사처벌 상의 공백을 완전히 해소할 수 있는 장점을 갖는다.

한편, born alive rule을 고수하는 점에서 별도 판단기준으로 구분하기는 어렵지만, 태아에 대한 가해행위를 모체에 대한 가해행위로 파악하여 처벌하는 예도 있다. 이는 앞서 불법행위영역에서 single entity theory가 형사처벌과 관련하여 응용된 예라고 이해할 수도 있는데, Virginia, New Mexico, Wyoming, Kansas, Iowa, new Hampshire, Ohio, Delaware 주 등이 여기에 해당한다.³⁹⁾

결론적으로 현재 영미법 상, 사람의 시기를 결정하기 위한 기준으로서 전통적 born alive rule은 설득력을 거의 상실하고 있다.⁴⁰⁾

의 Roe v. Wade사건은 산모의 동의 하에 이루어진 낙태시설의 허용여부에 관한 사안으로 산모의 동의 없이 이루어진 가해행위로 인하여 태아에게 사상의 결과가 발생한 사안과 전혀 다르며, 아울러 전자는 산모의 프라이버시와 태아의 생명권이 대립하는 사안으로 헌법상 보호되어야 할 생명으로서 국가가 산모의 프라이버시에도 불구하고 이에 관여할 수 범위에 관한 문제인 반면, 후자는 제3자의 위법한 침해행위로 인하여 태아의 생명 등이 침해될 수 있는 위험으로부터 태아를 보호하여야 한다는 점에서 수정 제14조의 위반이라는 피고인의 주장은 타당성이 없으며, ② 태아에 대한 가해의 고의가 없음에도 태아에 대한 살인죄 등을 인정하는 것은 법규의 불명확성에 인한 자의적 해석으로 명확한 처벌법규에 의하여 피고인에게 공정한 경고(fair warning)를 할 수 없어 무효(void for vagueness)라는 주장에 대하여는 이른바 doctrine of transferred intent에 의하여 태아를 특정한 가해의도가 필요하지 않다고 해석한 바 있다. State v. Merrill 450 N.W.2d 318 (Minn. 1990); 이와 유사한 취지의 판례로 People v. Ford, 581 N.E.2d 1189 (Ill. 1991).

38) Minn. Stat. Ann. 609.2664 (West 2002); 18 Pa. Cons. Stat. Ann. 2605 (West 2002); N.D. Cent. Code 12.1-17.1-03 (2001); Ill. Comp. Stat. Ann. 5/9-2.1 (West 2003).

39) Va. Code Ann. 18.2-32.1 (Michie 2003); People v. Vercelletto 135 Misc. 2d 40, 44(1987).

특히 미국은 2004년 연방법률로 The Unborn Victims of Violence Act(U.S.C. § 1841. Protection of unborn children)를⁴¹⁾ 제정함으로써 주 정부차원 뿐만이 아니라 연방정부 차원에서 생명체로서의 태아에 대하여 낙태 이외의 제3자로부터 가해행위에 대하여 한층 더 강화된 보호를 하고

40) Hilary A. Converse, op. cit., p. 453.

41) § 1841. Protection of unborn children(Added April 1, 2004)

(a) (1) Whoever engages in conduct that violates any of the provisions of law listed in subsection (b) and thereby causes the death of, or bodily injury (as defined in section 1365 [18 USCS § 1365]) to, a child, who is in utero at the time the conduct takes place, is guilty of a separate offense under this section.

(2) (A) Except as otherwise provided in this paragraph, the punishment for that separate offense is the same as the punishment provided under Federal law for that conduct had that injury or death occurred to the unborn child's mother.

(B) An offense under this section does not require proof that -

(i) the person engaging in the conduct had knowledge or should have had knowledge that the victim of the underlying offense was pregnant; or

(ii) the defendant intended to cause the death of, or bodily injury to, the unborn child.

(C) If the person engaging in the conduct thereby intentionally kills or attempts to kill the unborn child, that person shall instead of being punished under subparagraph (A), be punished as provided under sections 1111, 1112, and 1113 of this title [18 USCS §§ 1111, 1112, and 1113] for intentionally killing or attempting to kill a human being.

(D) Notwithstanding any other provision of law, the death penalty shall not be imposed for an offense under this section.

(b) The provisions referred to in subsection (a) are the following:

(중략)

(c) Nothing in this section shall be construed to permit the prosecution--

(1) of any person for conduct relating to an abortion for which the consent of the pregnant woman, or a person authorized by law to act on her behalf, has been obtained or for which such consent is implied by law;

(2) of any person for any medical treatment of the pregnant woman or her unborn child; or

(3) of any woman with respect to her unborn child.

(d) As used in this section, the term "unborn child" means a child in utero, and the term "child in utero" or "child, who is in utero" means a member of the species homo sapiens, at any stage of development, who is carried in the womb.

있다. 동법은 이미 1999년과 2000년에 미 하원을 통과하였으나, 낙태를 금지함으로써 야기될 여성(산모)들의 프라이버시 등에 대한 과도한 제한의 우려 등과 관련한 논란으로 제정이 미루어졌었다.

동법은 크게 3개 부분으로 나뉘는데, 첫째 모체 내의 태아에 대하여 그 발육단계나 생존가능성에 따라 구분함 없이, 가해행위로 태아가 사망하거나 상해를 입게 된 때에는 처벌함과 동시에 둘째, 문제되는 가해행위로 살인, 상해, 교통사고 등을 포함한 과실치사상, 금지약물사용 등에 한정하고 있다. 셋째, 산모의 동의 또는 법률 상 허용되는 낙태행위로 인한 태아의 사상에 대하여는 동법이 적용되지 않음을 명시함으로써, 미연방대법원이 Roe v. Wade 사건에서 지정한 산모의 프라이버시와 충돌문제를 조정하도록 하고 있다.

III. 태아성치사상(태아성치사상) 사례의 해결

1. 태아성치사상 사례에 관한 기존논의의 검토

태아성치사상 사례란 ‘가해행위가 이루어진 시점의 행위객체는 태아이지만, 가해행위에 따른 효과가 출산 이후에서 나타남으로서, 출산된 영아에게 사망 또는 기형이나 장애발생 등과 같은 상해결과가 발생한 경우’를 지칭한다. 낙태죄와 살인, 상해죄를 구분하고 각각의 행위객체를 태아와 사람으로 구분함으로써 발생하는 한계적 사례로, 흔한 예는 아니지만 의료과오, 약물부작용이나 오용 등과 같은 약해(藥害)사고, 교통사고 내지 가정폭력사건 등에서 이따금 확인할 수 있다. 대부분 주로 과실행위(과실치사

상)가 문제되지만, 반드시 과실행위에 국한되는 것은 아니다. 가령 임신부에게 가한 폭력행위가 원인이 되어, 출생한 신생아에게 장애가 발생하거나, 출생 후 일정시간의 경과 후, 사망한 예 등을 생각해 볼 수 있다.

태아성치사상 사례의 해결을 놓고 전개되는 견해로, 먼저 ① 출산 이후 사람에 대한 살인, 상해내지 과실치사상죄 등을 인정할 수 있다는 견해가 있다.

사람에게 가해행위를 하여 직접 사상의 결과를 야기하는 것이나 사람의 맹아라 할 수 있는 태아에 대하여 가해행위를 하고 이후 인과관계의 진행에 따라 출산된 사람에게 사상의 결과가 발생한 것은 인과관계의 진행 상 차이가 뿐 형법상 평가를 달리해야 할 이유가 없다는 점에서, 살인죄 등의 죄책을 지을 수 있다는 것이다.⁴²⁾ 이러한 견해의 예로 공장폐수의 무단방류에 따른 수은중독증에 의한 발생한 사상의 결과가 문제된 일본의 미나모토병 사건에서 제1심인 昭和54년 熊本地方裁判所判決⁴³⁾ 및 피임약 부작용에 관한 사례인 독일의 Contergan 사건판결을⁴⁴⁾ 들 수 있다.

42) 上田健二, “胎兒傷害”, 刑法判例百選 II 各論 第5版, 別冊 ジュリスト No. 167, 2003, 9頁.

43) 熊本地判昭和54・3・22刑月11卷3号168頁, “태아에게는 사람의 기능으로서의 맹아가 있고, 그것이 출생에 임하여 사람으로서의 완전한 기능을 갖게 되는 것과 같이 순조롭게 발전하는 능력이 있고, 통상 임신기간경과 후, 사람으로서의 기능을 완전하게 갖추고 분만에 의하여 모체 외로 나오게 되는 것이기 때문에, 태아에 대하여 유해한 외부로부터의 침해를 가하여 사람의 기능으로서의 맹아에 대하여 장애를 야기한 경우에는 출생 후 사람으로 된다는 점에서, 이에 대하여 업무상과실치사죄의 구성요건 결과인 치사의 결과를 발생시킬 위험성이 충분히 존재하게 되는 것이다. …(중략)… 실행행위 시에 객체인 사람이 반드시 현존하여야 하는 것은 아니고, 사람에 대한 치사의 결과가 발생한 시점에서 객체인 사람이 존재하는 것이기 때문에, 이로써 충분하다고 해석할 수 있다. …(중략)… 이를 실질적으로 보더라도, 업무상 필요한 주의의무를 태만하여 사람에 대하여 치사의 결과를 발생시킨 경우에, 그 원인으로 된 행위가 태아인 중에 실행된 경우더라도, 또는 사람으로 된 후에 실행된 경우라도, 이를 가치적으로 보아, 그 사이에 특별한 차이는 없다고 하겠다. 또한 사람에 대한 치사의 결과를 초래시킨 원인이 태아인 중인 발생한 경우라도, 또는 사람에게 발생한 경우라도, 그것은 사람에 대한 치사의 결과에 이르게 된 인과과정을 약간 차이 나게 하는 것뿐으로, 그 가운데 형법상 평가를 특별히 다르게 하여야 할 본질적인 차이는 없다고 하겠다.”

이 견해에 대하여는 사실상 대분의 낙태사례가 상해죄 또는 살인죄로 판단될 수 있게 되어, 낙태죄를 별도로 설정한 형법의 의의(행위객체로서 사람과 태아의 구별의의)가 상실될 수 있고, 형법상 처벌하여 할 법익침해 내지 법익에 대한 위험야기라는 것은 현존하는 법익에 대한 것이어야지, 침해된 또는 위험하게 된 법익을 만들어 내는 것은 아니라는 점, 아울러 만일 과실로 인한 태아에의 가해행위가 문제가 되어 모체 내에서 태아가 사망한 경우 과실낙태죄는 없기 때문에 처벌받지 않지만, 태아가 생존하여 출생한 후, 이로 인하여 장애를 갖거나 사망하게 된 경우에는 과실치사상죄의 죄책을 부담하게 되어 불균형이 발생할 수 있다는 점을 지적할 수 있다. 또한 실행행위시점과 결과발생시점 간에 이격이 존재할 수 있으나, 통상 상해죄의 경우 상태범으로 결과발생과 동시에 기수에 도달하는데, 태아에게 영향일 미쳤다면 이때 이미 상해가 기수에 도달한 것으로 파악함이 자연스럽고, 나아가 죄형법정주의 위배가능성 등의 문제점⁴⁵⁾ 역시 지적할 수 있다.⁴⁶⁾

다음으로 위 견해와 동일 맥락이지만, ② 가해행위 시에는 사람의 존재가 필요하지 않지만, 행위작용 시에 사람의 존재가 필요하다는 견해도 있다(미나모토병 사건의 항소심인 昭和 57년 福岡高等裁判所判決이⁴⁷⁾ 여기

44) LG Aeche JZ 1971, S.507ff.; Blei, JA 1971, S.652; 1979.3.22.

45) 박상기, 전게서, 46면; 임웅, 전게서, 52-53면; 山口厚, 前掲書, 25頁; 前田雅英, 前掲書, 34-35頁.

46) 일본의 하급심 판례 중, 임신부의 차에 의도적으로 충돌하여 임신부에게 부상을 입히고, 그 결과 출산된 신생아가 사망한 사안에서, 모체에게 태반이탈 등의 상해를 야기함과 동시에 이로 인하여 신생아가 사망하게 된 점을 들어, 상해치사죄를 인정한 예가 있다. 静岡地判平成18・6・8(判例集未登載); 반대로 유사한 사례에서 임신부가 교통사고의 충격에 의하여 조산을 하고, 분만 후 약 36시간이 경과된 시점에서 사망한 사례에서, 업무상과실치사상죄의 죄책을 부정한 예도 있다. 秋田地判昭和54・3・29刑月11卷3号264頁.

47) 福岡高判昭和57・9・6高刑集35卷2号85頁, “(태아의) 일부노출 시까지 (태아에 대한 가해행위가) 계속적으로 모체를 매개로 하여 미치고 있기 때문에 과실상해의 요건을 결

에 해당한다).⁴⁸⁾ 확실히 이른바 병상악화형 내지 진행형 태아상해 등(이러한 예는 주로 약해사고나 의료사고, 환경범죄 등의 유형에서 관찰될 수 있다)의 예에서는 일정한 타당성이 있다. 그러나 반대로 교통사고 등의 예와 같은 병상고정형 태아상해 등의 사례에서는 설득력이 부족하다.⁴⁹⁾ 아울러, 낙태행위에 의하여 자연분만기에 앞서 배출된 태아가 이후 그 영향이 지속됨에 의하여 사망한 전형적 낙태사례의 대부분이 살인죄로 될 수 있다는 점은 ①의 견해와 동일한 문제점으로 지적될 수 있다.

다음으로 태아가 아닌 모체에 대한 가해행위라는 점에 착안하여 문제를 해결하는 견해가 있다. 보다 세부적으로는 우선 ③ 태아가 모체의 일부로 이해하여 결국 모체에 대한 살인, 상해죄 등을 인정하는 입장이 있다. 미나모토병 사건의 상고심인 最高裁判所判決이⁵⁰⁾ 여기에 해당한다.

이에 대하여, 만일 태아가 모체의 일부라면, 자기낙태행위는 불가별로 이해하여야 한다. 그러나 형법이 이를 낙태죄로 처벌하고 있으며, 낙태치사상죄에서 볼 수 있듯이 형법은 모체와 태아를 엄밀히 구별하고 있다는 점에서 의문이 제기될 수 있다. 또한 만일 태아를 모체의 부분으로 이해하는

여한 점이 없다.”

48) 平野龍一, 犯罪論の諸問題(下)(東京: 有斐閣, 1982), 267頁.

49) 이재상 교수가 태아에 대한 살인, 상해죄의 성립여지를 부정하면서 적어도 행위작용시에 행위객체가 사람이어야 한다는 점을 그 논거로 하고 들고 있는데, 이는 병상고정형 태아상해 등의 예를 고려한 견해로 이해된다. 이재상, 전게서, 15면.

50) 最決昭和63・2・29刑集42卷2号314頁, “현행법상 태아는 낙태의 죄에 있어서 독립적 행위객체로서 특별히 규정된 경우를 제외하고는 모체의 일부를 구성하는 것으로 취급되고 있다고 해석되기 때문에 업무상과실치사죄의 성립여부를 논함에 있어서, 태아에게 병변을 발생시키는 것은 사람인 모체의 일부에 대한 행위로 사람에게 병변을 발생시키는 것에 다름이 아닌 것이라 하겠다. 그리고 태아가 출생하여 사람으로 된 후, 위 병변에 기인하여 사망에 이르게 된 경우는 결국 사람에게 병변을 발생시켜 사람에게 사망의 결과를 가져온 것으로 귀결하기 때문에, 병변의 발생 시에 있어서 객체가 사람일 것을 요구하는 입장을 취하는지의 여부와 관계없이, 동죄가 성립하는 것으로 해석함이 상당하다 할 것이다.”

이러한 시각에 의하면 모체에게 상해를 가하여, 그로 인해 태아가 출산 후 사망한 경우에 이를 상해치사로 인정할 수밖에 없는데, 착오론에 있어서 법정적 부합설에 의하더라도 이를 합리적으로 설명하기는 매우 어렵다.⁵¹⁾

한편 ③ 견해의 연장선에서, ④ 건강한 아이를 낳을 수 있는 산모의 출산능력 내지 기능에 대한 가해라는 점에 착안하여, 이를 상해죄 등으로 파악할 수 있다는 접근방법도 생각할 수 있다.

이 견해는 상해의 개념(육체적 정신적 병적 상태인 생리적 기능의 훼손)을 다소 넓게 파악하는 시각을 근거로, 모체에서의 생리적 기능저하가 있는 경우면 당연히 이러한 견해와 같이 이해할 수 있지만, 단순히 모체 밖으로 배출된 태아에게 발생한 사상의 결과를 산모에 대한 상해로 연계하여 이해함은 무리라는 점이 지적될 수 있다.

마지막으로 ⑤ 태아에 대한 독립적인 상해 등을 긍정하는 견해라는 점에서 위 ① 내지 ②의 견해와 시각을 같이하지만, 과실낙태를 처벌하지 않는 점을 고려하여 고의에 의한 살인, 상해죄 등만을 긍정하고, 과실치사상죄의 성립은 부정하는 견해도 있다.⁵²⁾ 그러나 태아상해 등의 처벌이 실제로 요청되는 대부분의 사례는 고의행위보다는 교통사고나 의료사고 등 과실행위가 문제된 사례가 많을 것이라는 점을 도외시키고 있고, 과실낙태를 처벌하지 않음으로 인하여 야기되는 처벌의 불균형을 단편적으로 해소하기 위한 방법에 불과하다 하겠다.

2. 관련 한국판례의 검토

한국 판례 중 태아성치사상 사례를 정면에서 언급한 판례를 찾아보기는

51) 山口厚, 前掲書, 26-27頁; 前田雅英, 前掲書, 34頁.

52) 독일의 Schröder, Leckner 등에 의하여 제시된 견해이다. 박양빈, 전제논문, 209-210면.

다소 어렵다. 그러나 하급심 판례지만 간접적으로 이 문제에 대하여 언급한 최근 판례로 서울중앙지법 2005.5.12. 선고 2004노1677판결이 있다.

조산사인 피고인이 내원한 임신 5개월로 자연분만의 경험이 없고 당뇨 및 양수과다증상이 있는 피해자인 산모로부터 자연분만을 의뢰받았는데, 내원한 산모의 상태나 병력 등을 고려할 때, 사산이나 난산 및 기형아출산 등의 위험이 높아 환자의 건강 및 태아의 상태에 대한 주기적인 확인이 필요하고, 경우에 따라서는 산부인과 전문의로부터 진료를 받게 하여 산모 및 태아의 상태에 이상유무발생의 정확한 발견, 평가 및 혈당조절, 태아감시와 성숙도에 대한 평가를 받아, 적합한 분만방법의 결정 등이 이루어지도록 조치하여야 함에도 불구하고 장기간 방치하여 태아가 피해자 자궁 내에서 뇌지주막하출혈 및 뇌실질내출혈 등 분만전 저산소성 손상으로 인한 심폐정지로 사망하게 하고, 이후 피해자인 산모로 하여금 사망한 태아의 적출시술로 인하여 치료일수 미상의 상해를 입게 한 사안이다.

피고인에 대하여 검사는 최초 피해자인 산모에 대한 업무상과실치상죄만으로 기소하였고, 원심은 피고인에게 산모인 피해자에 대한 업무상과실치상죄의 유죄를 인정하였다. 그러나 상고심은 무죄취지로 원심을 파기환송하였다.⁵³⁾ 환송 후 원심공판절차에서 공소장변경에 의하여 태아에 대하여 업무상과실치사가 추가되어 기소되었다.

동 사안에 대하여 파기 후 원심법원은 「태아가 피해자의 모체 내에서

53) 대법원 2004.3.26. 선고 2003도6570 판결, “피고인의 과실과 제왕절개수술에 의한 상해 사이에 상당인과관계가 있다고 단정할 수 없을 뿐만 아니라, 피해자의 자궁에서 사망한 태아를 반출하기 위한 제왕절개수술은 그 수술 자체가 피해자의 생리적 기능 또는 신체의 완전성을 해하는 것으로서 상해에 해당된다고 볼 수는 있지만, 그 수술은 피해자의 생명과 신체의 안전을 위하여 의사가 하는 치료행위로서 정당행위에 해당하는 것이므로, 설사 피고인의 과실과 수술에 의한 상해 사이에 인과관계가 있고 또 피고인이 수술에 의한 상해의 발생을 예견할 수 있었다 하더라도, 수술에 의한 상해와 관련하여서는 피고인에게 업무상과실치상의 죄책을 물을 수 없다.”

사망하였다는 사실 자체를 피해자의 신체의 완전성을 훼손하는 상해로는 볼 수 없고, 달리 피해자(필자 부기: 산모)에게 이 사건 태아의 사망으로 인하여 혈액 응고 장애 등의 상해가 발생하였음을 인정할 만한 아무런 증거가 없다. …(중략)… 태아가 ‘사람’인지 여부에 관하여, 태아는 규칙적인 진통을 동반하면서 태반으로부터 이탈되기 시작한 때, 즉 분만이 개시된 때(다만, 양수가 터짐으로써 인위적으로 분만을 개시하여야 하는 경우 또는 제왕절개 수술의 방법으로 분만을 하는 경우 등과 같이 주기적 진통 여부와는 상관없이 분만하는 경우에는, 자연분만에 있어서의 분만개시에 준하는 분만 전 처치가 시작된 때)에 비로소 태아의 지위에서 벗어나 ‘사람’으로 된다고 봄이 상당하고, 단순히 출산을 위하여 입원을 하였다는 사실만으로는 태아가 ‘사람’이 된다고 볼 수 없다 할 것이다. …(중략)… 피해자에게 분만의 개시라고 할 수 있는 진통은 시작되지도 아니하였다 할 것이므로, 피해자의 자궁 내에 있던 태아는 아직 ‘사람’이 되었다고 볼 수 없다. …(중략)… 태아 사망으로 인하여 피해자가 상해를 입었음을 전제로 한 업무상과실치사의 공소사실과 태아 사망 당시 이미 태아가 ‘사람’으로 되었음을 전제로 한 업무상과실치사의 공소사실은 모두 범죄사실의 증명이 없는 때에 해당한다.」고 판시하여, 결국 공소사실 모두에 대하여 무죄로 판단하고 있다.

판례의 사실관계를 살펴보면, 이미 태아가 모체 내에서 사망하였고, 사망시점이 (분만개시설을 전제로) 사람이 되기 이전이라는 점에서 태아성치사상 사례와는 다소 거리가 있다(불가별인 과실낙태 사례). 사람의 시점을 분만개시설에 의하여 판단하고 행위객체로서 사람과 태아를 명확히 구별하는 기존 통설적 시각에 의하면 동 판례의 귀결을 지극히 당연하다. 그러나 주목하여야 할 점은 검사의 공소사실구성에 있다고 생각한다. 최초 검

사는 산모에 대한 업무상과실치상죄만을 공소사실로 구성하였으나, 상고심의 무죄취지의 파기판결 이후, 산모에 대한 업무상과실치상죄 외에 태아에 대하여 업무상과실치사죄의 공소사실을 추가하고 있다. 비록 태아가 사람이 된 것을 전제로 한 추가된 공소사실이지만, 이를 통해 태아성치사상 사례에서 발생할 수 있는 태아에 대한 형법적 보호의 공백에 대한 주목을 요청한 것으로 이해할 수 있다.

앞서 살펴보았지만, 태아성치사상 사례를 해결하기 위한 접근방법은 크게 직접 태아에 대한 가해행위로 이를 포착하는 시각과 우회적으로 산모에 대한 가해행위로 포착하여 해결하는 시각으로 대별해 볼 수 있을 것이다. 후자의 경우는 낙태죄와 살인, 상해, 과실치사상죄 등을 명확히 구별하는 기존 형법의 취지와 죄형법정주의에 보다 가중적 가치를 두고 있다고 볼 수 있는 반면, 전자는 태아와 사람의 보호대상으로서의 실질적 가치의 동일성에 주목하면서,⁵⁴⁾ 태아에 대한 형법적 보호의 간극을 해소하고자 하는 점에 보다 주안을 둔 경우로 이해할 수 있다. 위 판례사안의 검사는 직접 과실치사죄의 행위객체로 태아를 문제 삼고 있는 점에서 후자의 시각에 서 있다고 판단된다.

어떠한 시각이 보다 올바른 접근방법일 것인가라는 의문에 대하여 다음과 같이 정리해 볼 수 있다.

보호대상으로서의 태아와 사람은 동질적 가치를 갖는 점에서 근거한 전자는 태아를 사람으로서의 맹아라던가, 모체를 매개로 한 가해행위 등의 개념적 기교를 활용할 필요를 부정하고 곧바로 태아에 대한 살인, 상해, 과실치사상죄 등을 인정하지만, 이는 낙태죄에 대한 사고전환의 선행이 요망된다. 즉, 낙태죄는 생명동가치성의 원리에 비추어 보면, 살인죄의 한 유

54) 上田健二, 前掲論文, 9頁.

형으로 이해할 수 있다. 낙태죄의 법정형이 살인죄에 비하여 낮게 규정된 것은 생명으로서의 보호가치성이 낮다는 것이 아니라, 아직 미완의 생명이라는 점에서 그 보호는 처벌보다는 보다 완화적 방법이 적합하다는 사고에 기인한 것일 뿐, 보호가치성 면에서 사람과 아무런 차이를 둘 이유는 없다 하겠다.⁵⁵⁾ 이 입장에서는 궁극적으로 태아성치사상 사례에서 피고인의 처벌을 긍정한 태아상해 등의 사례에서 처벌을 긍정한 미나모토 사건의 하급심판결이나 독일의 Contergan사건 판례는 그 방향 면에서 지극히 올바른 판단으로 평가할 수 있다. 다만, 그 논리전개가 현행 형법체계 안에서 해소하기 극히 어려워 결국, 입법적 해결이 요청된다고 하겠다.

반면 형법이 낙태죄와 살인죄 등을 엄격히 구별하고, 태아에 대한 가해행위를 처벌되는 경우를 낙태행위로 국한하여 태아와 사람의 보호대상으로서 생명의 가치를 차별하는 하는 것은 규범적 현실로, 형법의 보충성원칙에 차별화의 근거를 찾을 수 있다는 논리에서는⁵⁶⁾ 태아성치사상 사례에서 처벌의 간극을 메우고자 하는 일련의 시도를 경계하게 될 것이다.

한편, 이와 비교하여 형사사건으로 태아성치사상 사례를 정면에서 언급한 예는 아니지만 최근 태아와 사람의 동등한 보호가치성에 근간을 두고 기존의 견해와 다른 시각을 제시하여 주목받은 민사판례가 있다. 서울고법 제17민사부 2007.3.15 선고 2006나56833판결은 분만과정에서 의사의 과실로 인하여 태아가 사산된 사례에서 산모와 함께 사산된 태아와 관련하여서도 출산을 마친 직후에 비로소 사망한 신생아와 마찬가지로 불법행위에 따른 손해에 대한 법적 평가액을 참작하여야 한다고 판시하였다.⁵⁷⁾

55) 독일 연방헌법재판소 판례 중, 태아의 생명권을 경시하는 입법을 무효화한 사례로 BverfGE 39, 1(36); 86, 390; 88, 203.

56) 박상기, 전제서, 20면.

57) 기존 이와 반대되는 입장의 판결 예로, 대구고법 1976.10.28. 76나702 제2민사부판결, “태아자신의 생명침해를 이유로 하는 손해배상청구권은 사고로 인하여 조산되었으나

위 판례는 그 논거로 비록 사람의 시기는 기존 민법상 통설인 전부노출설에 의하여야 함을 전지하면서도, 출산 후 사망 등을 예상하여, 분만이 개시된 태아가 위험한 상황에 빠지는 것을 방지하거나 의료과오를 은폐할 수단을 조장해서는 안 되는 점, 출산이라는 일련의 과정에서 분만이 개시된 단계의 태아는 그 생명적 가치나 보호의 필요성의 실질이 신생아 못지않은 점 등을 들고 있다. 비록 민사판례라는 점에서 제한적이기는 하지만, 한국에서도 태아와 사람(신생아)의 보호가치성을 동등한 차원에서 이해하는 시각이 서서히 등장하고 있음을 보여주는 중요한 예시적 사례라고 생각한다.

결국, 사람과 동등하게 태아의 보호가치성을 파악하려는 시각을 전제로 태아성치사상 사례를 해결해 나가는 것이 궁극적으로 타당한 접근방법으로,⁵⁸⁾ 이는 한국사회도 감지되기 시작한 변화로 조심스럽게 진단을 해본다.

IV. 맺음말

형법적 보호대상으로서 사람과 태아 구분이 경계확정 문제 역시 계속된 의료기술의 진보와 생물학적 지식의 축적에 따라 앞으로도 얼마든지 다른 방향으로 변화해 나아갈 수도 있을 것이다. 생명과학의 발전에 의하여 생물복제가 가능해진 현 시점에서 생명윤리와 보호에 관심이 집중되는 점도

정상적으로 성장하지 못하고 사망한 경우 등과 같이 일단 출생하여 상당한 정도 생존한 사실이 인정되어야 한다."

58) 대법원 1985.6.11. 선고 84도1958 판결, “인간의 생명은 잉태된 때부터 시작되는 것이고 회임된 태아는 새로운 존재와 인격의 근원으로서 존엄과 가치를 지니므로 그 자신이 이를 인식하고 있든지 또 스스로를 방어할 수 있는지에 관계없이 침해되지 않도록 보호되어야 한다 함이 헌법 아래에서 국민일반이 지니는 건전한 도의적 감정과 합치되는 바이고...”

동일한 맥락이라 할 것이다. 또한 이러한 의학, 생명과학의 진보 외에도 앞으로도 지속될 전반적 인구감소와 출산율의 저하 및 관련한 새로운 사회적 문제의 유발과 같은 사회문화적 변동도 일정부분 기여할 것으로 예측된다.

변화가 불가피한 현상이라면 그 방향의 설정이 중요할 것이다. 극히 제한적 사례이지만, 앞서 살펴본 한국의 민·형사판례는 한국사회에서 일어나고 있는 변화의 방향을 예측하게 해주는 신호가 아닌가 생각한다.

이와 관련하여, 비교하여 살펴본 영미법에서 기존의 태아(fetus)라는 표현보다는 미출산 아동(unborn child)이라는 표현이 일반화되고, 이들에 대하여 사람과 동일한 차원에서의 보호를 새로운 입법을 통해 제공하고, 낙태죄와 관련하여서도 산모의 성적자기결정권 내지 프라이버시의 한계를 어떠한 선에서 확정할 것인가의 문제로 이해하는 변화된 모습은 한국사회에 있어서도 좋은 참고가 될 수 있을 것으로 판단된다.

참고문헌

- 김일수, 형법각론 제6판, 서울 : 박영사, 2005.
- 박상기, 형법각론 제6판, 서울 : 박영사, 2005.
- 박양빈, “태아에 대한 상해”, 고시계 41권 5호, 1996. 4.
- 배종대, 형법각론 제5판, 서울 : 홍문사, 2003.
- 이광웅 외 7인 공역, 생물학 - 생명의 과학 -, 서울 : 을유문화사, 2002.
- 이재상, 형법각론 제5판, 서울 : 박영사, 2005.
- 임 웅, 형법각론 개정판 보정, 서울 : 법문사, 2005.
- 橋田久, 胎兒傷害, 刑法の争點 第3版 ジュリスト, 東京 : 有斐閣, 2000.
- 大谷實, 刑法各論 新版, 東京 : 成文堂, 2000.
- 山口厚, 刑法各論 補訂版, 東京 : 有斐閣, 2005.
- 上田健二, “胎兒傷害”, 刑法判例百選 II 各論 第5版, 別冊 ジュリスト No. 167, 2003.
- 前田雅英, 刑法各論 第4版, 東京 : 東京大學出版會, 2007.
- 平野龍一, 犯罪論の諸問題(下), 東京 : 有斐閣, 1982.
- LaFave, Wayne R., Criminal Law 3rd ed., St. Paul. MN. : West Group, 2000.
- Holzapfel, Michael., “The right to live, the right to choose and the Unborn Victims of Violence Act”, Journal of contemporary health law and policy 18, 2002. 2.
- Converse, Hilary A., “the Fetal Homicide Fallacy : a Comparison of California’s Inconsistent Statues to Other States”, Thomas Jefferson Law Review 25, Spring. 2003.

228 형사정책연구 제18권 제2호(통권 제70호, 2007 · 여름호)

Study on the Problems Related to Protection for
Fetus(Unborn Child) by Criminal Law and Bounds -
Concentrating on Violence Crime against Fetus and
Alternatives of Anglo American Law -

Chang Kook, Kwon*

Recently, with progress of medical science and biotechnology, the problems on life of fetus as a live being or origin of human being to be protected by law and boundary of that protection are under debate newly.

In a sphere of criminal law, being different from existing discussion about the notion of person in murder, assault or other violent criminal conducts and that of fetus in abortion(especially, related to the debate about beginning point of human being), new approach which is based on the notion that fetus has equal protective value by law to person is introduced.

In fact, considering that there are many series of split cases in which protection of fetus can not be guaranteed appropriately, for examples, case of medical maltreatment, side affect of medicine, car accident or domestic violence, etc., it is very necessary to discuss the problem of protection for life of fetus based on this new approach.

* written by assistant professor, Department of Law & Public Administration, Social Science, Junju University, Ph.D. in Law

in relation with many kinds of cases that safety of fetus is threatened, protection of fetus by criminal law will be reviewed in this paper, and expecially comparison with attitude of anglo-american law to this subject will be tried.

주제어 : 태아상해/태아성치사상/낙태죄/사람의 시기

Keywords : person/fetus/unborn child/unborn victim of violent crime/abortion