

KOREAN WOMEN'S
DEVELOPMENT
INSTITUTE

임신중단권 보장을 위한 법·정책 방향

김정혜 한국여성정책연구원 부연구위원*

1. 들어가며

2019년 4월 11일, 헌법재판소는 낙태죄가 헌법에 합치하지 않는다고 선언했다. 형법 제정 이후 헌법 재판소가 낙태죄의 합헌성을 판단한 것은 지금까지 두 번이다. 2012년 헌법재판소는 태아의 생명을 공익의 위치에, 여성의 자기결정권을 사익의 위치에 두고 두 권리가 서로 충돌하는 관계에 있으며, 낙태죄의 처벌 범위를 좁히면 생명 경시 풍조가 확산될 우려가 있다는 등의 이유를 들어 낙태죄에 합헌 결정을 내렸다. 이후 오랫동안 낙태죄에 대한 법의 이해는 합헌 의견을 크게 벗어나지 못하였다. 태아를 여성으로부터 독립적인 생명으로 보고 태아의 권리가 여성의 권리와 충돌하는 것으로 보는 구도에서 생명권을 압도할 다른 권리를 발견하기란 거의 불가능해 보였다.

이번 헌법불합치 결정은 생명권과 자기결정권의 대립이라는 점에서 과거 낙태죄 합헌 결정과 큰 틀을 같이 하지만, 태아와 임신한 여성의 관계에 대한 변화된 이해를 보여주며 상반된 결론에 도달하였다. 이번 결정은 ① 임신이 여성에게 끼치는 중대한 부담을 인식하고 임신중단이 신체적 문제인 것만이 아니라 심리적, 사회적, 경제적 차원의 복합적 문제라고 보았고, ② 권리의 단순한 충돌에서 태아의 모에 대한 의존적 관계를 인정하는 변화를 보였으며, ③ 법이 생명을 모든 단계에서 동일하게 보호하고 있지 않다는 분석에 따라 발달 단계별로 보호의 정도를 달리할 수 있는 것으로 판단하였고, ④ 사회적, 경제적 사유에 의한 임신중단을 허용할 필요성을 인정하였으며, ⑤ 낙태죄가 실효성 있는 수단은 아닌 반면 부정적 영향은 크다는 점을 확인한 데에 의의가 있다. 반면 낙태죄가 침해하는 다양한 권리를 명확히

* 젠더법학, 법사회학 전공. 공익인권법재단 공감 객원연구원과 고려대학교 연구교수를 지냄. 박사논문으로 <장애여성 성폭력 범죄에 대한 법원의 판단 연구>를 썼으며 공저로 <이주민법 연구>가 있음.

하지 않고 자기결정권만을 언급하는 데 그친 점, 태아의 모체 밖 ‘독자적’ 생존가능성이라는 가상적 개념에 의존한 점 등에서 한계를 갖는다.

이제 낙태죄 헌법불합치 결정에 따라 새로운 입법을 준비함에 있어서 법과 정책의 방향은 헌법불합치 결정을 이끌어낸 사회 여론을 반영하고 여성의 임신중단권을 확보할 수 있도록 설정되어야 할 것이다. 이에 이 글에서는 향후 법과 정책 마련의 기준점으로서 임신중단권의 내용을 살펴보고, 낙태죄 개정과 관련하여 지금까지 제안되어온 대안들의 의의와 한계를 검토하면서 낙태죄 폐지의 당위성을 확인하고, 낙태죄 폐지 이후 성·재생산 건강 및 권리 보장을 위한 법 개정 방향을 제시하고자 한다.

2. 임신중단권의 의의

임신중단권은 재생산권으로부터 도출된다. 재생산권(reproductive rights)이란 ‘모든 커플과 개인이 자유롭고 책임있게 자녀의 수, 태울, 시기를 결정하고 이를 위한 정보와 수단을 가질 권리, 가장 높은 수준의 성과 재생산 건강을 누릴 권리, 차별, 강제, 폭력 없이 재생산 관련 결정을 내릴 권리’를 포함하는 개념으로서(International Conference on Population and Development, 1994: 43~44), 임신, 출산, 양육을 할 권리와 하지 않을 권리를 모두 요구한다.

재생산권의 일부로서 임신을 중단할 권리는 성관계의 결과 임신, 출산할 수 있는 몸으로서의 여성에게 근본적 권리이자, 성평등 실현을 위해 보장되어

야 하는 권리이다. 임신중단권은 소극적인 의미에서는 임신 유지를 원하지 않을 때 임신을 중단할 수 있는 자유를 의미하는 것으로서 자기결정권뿐 아니라 신체의 완전성(bodily integrity)의 권리를 포함한다. 나아가 적극적인 의미에서는 임신 유지 또는 중단 여부의 결정과 임신중단에 필요한 정보 및 수단 확보, ‘안전한 인공임신중절’ 보장과 더불어 임신중단 관련 건강 보장 방안과 재원의 마련 등 국가에 급부를 요구할 권리를 포함하며, 국가는 이러한 권리의 실현을 위한 정책과 제도를 마련하고 시행할 의무를 진다(김정혜, 2019: 10).

3. 낙태죄 개정과 ‘인공임신중절 허용 범위’ 논의 검토¹⁾

가. 사유 규제와 사회·경제적 사유

그간 협소한 인공임신중절 허용 범위를 확대하기 위한 방안 중 하나로서 사회·경제적 사유에 의한 인공임신중절을 허용하는 안이 꾸준히 제안되어왔다. 외국에서도 ‘선진국’ 중 81.6%가 사회·경제적 사유에 따른 인공임신중절을 허용하고 있고(United Nations, 2014: 17), 이번 낙태죄 헌법불합치 결정에서도 사회·경제적 사유까지 예외를 두지 않는 처벌이 과도한 기본권 제한이라고 판단하였다.

그동안 현실에서 행해진 인공임신중절의 대부분은 사회적 사유 또는 경제적 사유에 해당될 수 있다는 점에서, 사회·경제적 사유에 의한 인공임신중절 허용은 불법의 영역을 좁히고 절실한 필요에 따른

1) 이 장의 내용은 김정혜(2019), “낙태죄 ‘폐지’를 말하는 이유: 임신중단권 보장의 법적 쟁점과 방향”, 『페미니즘연구』 제19권 1호, 23-41쪽을 수정, 재구성한 것이다.

임신중단을 합법의 테두리로 포섭하는 역할을 하게 될 것이다. 그러나 사회·경제적 사유는 어떤 방식으로 규정하느냐에 따라 이러한 목적을 전혀 달성하지 못하게 될 수도 있다. 사회·경제적 사유를 입법하는 방식은 포괄적 규정 방법과 구체적 규정 방법으로 구분할 수 있다. 포괄적으로 규정하는 방식에서는 사회적 사유, 경제적 사유, '정신적 건강에 초래하는 위험' 등으로 표현할 수 있다. 반면 사유의 내용을 구체적으로 규정하는 입법례에서는 임신한 여성의 연령, 자녀 수, 혼인 여부, 경제적 여건, 생활 조건, 출산이 기존 자녀에게 미치는 영향 등을 법에 명시하기도 한다. 만약 후자와 같이 사회·경제적 사유를 구체화하고자 할수록, 현실에서 일어나는 임신중단의 대부분을 포섭하지 못할 가능성이 높아진다. 대개의 임신중단은 중국적으로 '자녀를 원하지 않음'을 이유로 하는데(손명세 외, 2011: 54) 이는 연령이나 자녀 수 등 구체화, 객관화된 요건을 충족하기 어렵다.

헌법재판소는 학업, 직장생활 등 사회활동에 지장, 소득 부족 또는 불안정, 양육 곤란, 육아휴직의 어려움, 남성의 육아 책임 거부, 유배우 남성과의 관계에서의 임신, 혼인 파탄 상태에서의 임신, 임신 후 이별, 미혼인 미성년자의 임신 등 '다양하고 광범위한 사회적, 경제적 사유'를 예시함으로써, 연령이나 자녀 수, 혼인 여부, 경제적 여건 등 수치로서 구체화될 수 없는 사유들에 의한 임신중단도 허용하여야 여성의 자기결정권이 보장될 것이라고 보았다. 즉, 구체적 규정 방법은 헌법재판소의 헌법불합치 결정

취지에도 부합하지 않는다.

포괄적 규정을 하더라도 문제는 남는다. 사회·경제적 사유의 도입으로 인공임신중절 허용 범위가 확대된다고 하더라도, 낙태죄를 유지하면서 어떤 '사유'를 예외로 두는 한 임신을 유지하도록 강제할 것인지 중단하도록 허용할 것인지를 결정하는 주체가 국가라는 점은 변하지 않는다. 뿐만 아니라, 사회·경제적 사유 하에서 여성은 사회적, 경제적으로 불가피한 이유 때문에 출산할 수 '없는' 모성으로 재현되고, 임신, 출산, 양육에 대한 지원이 임신 유지를 강제하는 논리를 가능하게 한다. 사유가 아무리 넓다 하더라도 사유를 제한하는 방식으로는 여성의 자기결정권, 신체의 완전성의 권리를 온전히 보장할 수 없다.

나. 기한 규제와 임신 기간의 불확정성

사회·경제적 사유의 도입과 더불어, 임신 초기에 여성의 요청만으로 인공임신중절을 허용하는 기한 규제 방식도 많이 소개되어온 외국 입법례이다. 이번 낙태죄 헌법불합치 결정 중 단순위헌 의견에서는 '마지막 생리기간의 첫날'로부터 14주 무렵까지'를 1삼분기로 제시하면서 사유를 제한하지 않고 임신한 여성 자신의 숙고와 판단 아래 임신중단을 할 수 있게 해야 한다고 보았다. 이렇게 사유 제한 없이 여성의 요청으로 충분한 임신 초기만을 구분하는 입법례도 있고, 중기와 후기를 구분하여 중기에는 사유에 따라 제한하고 후기에는 더 좁은 사유에 따라

2) 기한 규제 입법례가 계속 소개되면서 각국의 임신 주수 기준점이 언급되고 있지만, 각 입법례에서 임신 주수의 기산점은 서로 다르다. 헌법재판소는 임신 전 마지막 월경 시작일을 기산점으로 하였지만, 수정일 또는 착상일을 기준으로 삼는 국가도 있는데, 수정일 또는 착상일은 마지막 월경 시작일 기준으로 2주 또는 그 이상 차이가 나기 때문에 단순히 '임신 00주'라는 입법례가 '많다'는 분석도 잘못된 것일 수 있다.

제한하거나 전면 금지하는 입법례도 있다.³⁾

임신 기간을 3분기로 구분하여 규제를 달리 하는 방법은, 일부 기간이나마 다른 규제 없이 여성의 판단에 따라 임신중단을 가능하도록 한다는 데에 의의가 있다. 특히 임신 초기에 대부분의 인공임신중절이 이루어지기 때문에, 합법적 임신중단의 가능성을 확대하고 임신중단권 보장 범위를 넓히는 데 기여할 수 있다.

그러나 임신 기간에 따라 규제를 달리 하는 방법은 무엇보다도, 임신 기간 확정이 불가능한 문제를 해결할 수 없다는 데에서 중대한 한계에 직면한다. 낙태죄의 맥락에서 임신 주수는 범죄 구성요건이 되므로 명확히 확정할 수 있어야 한다. 그러나 임신 주수의 판단과 관련하여, 기준을 언제로 잡는가에 따라 명확성의 원칙에 위배되거나 아니면 평등을 침해한다.

명확성 원칙 위반은 임신 기간의 명확하고 일관된 판단이 불가능하다는 데서 초래된다. 이는 단순히 수사 기법을 발전시킴으로써 해결할 수 있는 문제가 아니다. 임신 기간은 오로지 의학적인 취지의 판단만이 가능한 영역이다. 진료 목적에서는 임신 일자를 명확히 특정하는 것이 중요하지 않다. 여러 정보를 종합하여 대략의 임신 기간을 추산하고 건강 보호라는 목적에 맞는 대응을 할 수 있기 때문이다. 그러나 임신 기간에 따라 처벌을 달리 하기 위해서는 기간 산정의 기준점이 되는 날짜를 특정할 수 있어야 한다. 하지만 임신 여부를 확인하거나 인공임신중절을 위한 진료를 하는 시점에서 배란일, 수정일, 착상일을 확정하는 것은 매우 불확실한 일이다. 초음파 진단도 임신 일자의 추정에 불과하다(윤정원, 2018: 65).

배란일, 수정일, 착상일에 비하여 임신 전 마지막 월경 시작일이라는 기준은 일견 명확한 것처럼 보일지도 모르지만, 월경일의 확인은 오로지 처벌 대상인 여성의 진술에 달려 있고, 그나마도 피의자인 여성이 명확하게 기억할 수 없다면 누구도 알 수 없다. 뿐만 아니라 월경일은 임신 기간을 추정하는 자료 중 하나가 될 뿐, 근본적으로 임신 기간과는 무관한 정보이다. 월경 주기의 길이나 규칙성 여하에 따라, 태아가 수정 또는 착상된 날이 동일하더라도 마지막 월경 시작일은 서로 다를 수 있다. 처벌이 월경 주기라는 우연한 요소에 좌우될 수 있다는 것이다. 즉 월경일 기준에서, ‘임신 기간’이 같더라도 어떤 사람은 처벌 대상이 되고 어떤 사람은 그렇지 않을 수 있다.

마지막 월경 시작일 또는 초음파 진단을 통하여 임신 기간을 정하고 그에 따라 처벌을 달리 한다면, 여성이 마지막 월경 일자를 얼마나 정확히 기억하고 있는지 또는 의사에게 솔직히 말했는지, 월경 주기가 규칙적인지 불규칙적인지 또는 긴지 짧은지, 태아가 평균보다 느리거나 빠르게 성장하는지, 의사의 진단이 정확한지, 임신 원인이 되는 성관계를 특정할 수 있는지 그렇지 않은지 등등에 따라 처벌이 좌우될 수 있다. 법이 명확한 기준을 제공할 수 없다는 점, 개인에 따라 처벌이 달라질 수 있다는 점은 형사처벌을 규정하는 법에서 정당화될 수 없는 흠결이다.

다. 안전성 기준

임신 ‘초기’ 기간을 정하고 초기에만 임신중단을 허용할 근거로 제시되는 것 중 하나는 임신 초기 인공임신중절수술의 안전성이다. 일정 시기 이후의 임

3) 미국 연방대법원의 로 대 웨이드(Roe V. Wade) 판결이 채택한 3분기설이 이와 같은 시기 구분을 정당화한바 있다.

신중단을 처벌함으로써 가급적 임신 초기에 수술을 받도록 유도하자는 것이다. 그러나 안전함의 ‘평균’은 있을 수 있어도 모든 여성에게 안전하거나 위협한 시기란 존재할 수 없다. 그렇다면, 특정 여성은 자신에게는 비교적 안전하지만 평균적으로 위험할 가능성이 더 높다는 이유에서 처벌 대상이 될 수 있다.

수술의 안전성은 모든 여성에게 일률적인 임신 기간보다도 국가와 지역의 인공임신중절 관련 의료 기술 수준, 의료진 교육 내용, 의료진의 숙련도, 보편화되어 주로 사용하는 인공임신중절의 방법, 인공임신중절 관련 지식의 보급 정도, 인공임신중절의 불법 여부와 허용 범위, 임신한 여성의 의료 접근성과 지식, 수술 전후의 관리, 임신한 여성의 신체적 건강 상태, 그 사회의 여성에게 요구되는 섹슈얼리티의 윤리, 성평등의 정도 등등 수많은 요소의 영향을 받는 문제이다. 3분기설로 유명한 미국의 로 대 웨이드(Roe v. Wade) 판결은 46년 전의 의학지식과 의료기술, 시설을 배경으로 한 것임을 고려할 필요도 있다.

더구나 스스로에게 안전한지 여부를 처벌 기준으로 삼는 것은 부당하다. 자신에게 ‘안전하지 않을 수도 있는’, 하지만 절실한 수술을 요청한 것을 처벌받아야 하는 근거로 삼을 수는 없다. 안전한 인공임신중절의 유도는 해당 시기를 벗어났다는 이유로 처벌하는 방식이 아니라 임신중단 정보 공유의 활성화, 안전한 임신중단이 가능한 의료기관 확보와 접근성 향상 등 보건의학적, 사회적으로 여성의 더 신속한 판단과 실행을 지원하는 정책을 통해 달성하는 것이 마땅할 것이다. 형사처벌은 오히려 임신중단의 안전성과 신속성을 저해한다.

라. 모체 밖 태아의 ‘독자적’ 생존가능성 기준

형법은 태아와 사람을 구분하는 시점을 진통 시작 후로 본다. 그러나 낙태죄에서는 임신 후기 인공임신중절을 금지하고자 하는 근거로서 모체 밖 태아의 ‘독자적’ 생존가능성 기준이 제시되어왔다. 태아의 ‘독자적’ 생존가능성은 의학기술 발달에 따라 지속적으로 앞당겨지고 있고, 그 변화는 더 가속화될 것이 자명하다. 모자보건법에서도 ‘독자적’ 생존가능성 기준에 따라 2009년 이전 인공임신중절 허용 기준을 임신 28주까지로 하던 것을 2009년 시행령 개정에서 24주로 4주나 축소하였고, 2019년 낙태죄 헌법불합치 결정에서는 ‘최선의 의료 기술과 의료인력을 전제로’ 할 때 22주(마지막 월경일 기준) 내 외라고 하여 기간을 더욱 앞당겼다.

낙태죄 헌법불합치 결정에서도 말하듯, 현재 ‘독자적’ 생존가능 시점으로 제시되는 기간은 현대의 의학기술과 장비, 인력의 최대한 지원을 가정할 때나 가능하다. 이는 모체 밖 ‘독자적’ 생존가능성이 매우 가상적이고 유동적인 개념이라는 것을 보여준다. 2008년 대한소아과학회에서는 의학적 지원이 없다면 임신 34주는 되어야 태아가 모체 밖에서 독자적으로 생존할 수 있다고 보았다. 즉, 의료 지원 여하에 따라 태아의 생존가능성은 2~3달까지 차이가 난다는 것이다.

모체 밖 ‘독자적’ 생존가능성이라는 기준은, 낙태죄가 아무런 조치 없이 내버려두어도 혼자서 생명유지가 가능한 존재에 대한 침해를 금지하는 문제인 것처럼 보이게 하지만, 이러한 설명은 현실을 왜곡한다. 태아가 특정 시점 이후 모체 밖 ‘독자적’ 생존이 가능하다고 하더라도, 이를 이유로 임신중단이 금지되고 나면 태아는 모체 ‘밖’이 아니라 모체 ‘안’

에서 생존하며, 여성은 자연분만기까지 임신을 유지할 의무가 생긴다. 즉 임신한 여성은 자신의 신체에 대한 권리를 상실한다. 더불어 낙태죄 헌법불합치 결정이 지적하였듯 임신은 출산과 양육으로 이어지기 때문에 '독자적으로 생존할 수 있는' 태아는 자연분만기 이후에도 오랜 보살핌과 책임을 요구하는데, 모체 밖 '독자적' 생존가능성 기준은 출산 이후 발생하는 책임에 대해서는 침묵한다.

임신 24주 이후의 수술은 매우 드물게 일어나는 일이다. 처벌 대상인 여성은 바로 수술 당사자이기 때문에 가급적 빠른 시점에 인공임신중절을 하고자 할 것으로 예상할 수 있다. 그렇다면, 임신 후기에 수술을 하는 드문 사례들은 불가피한 사정이 있었을 가능성이 높다.⁴⁾ 형사처벌의 위협이 후기 수술을 줄이는 데 영향력을 행사하기 어렵다는 것이다.

형사처벌보다 여성의 건강 보장을 도모하는 정책을 두는 국가들도 있다. 캐나다와 네덜란드는 낙태죄가 없음에도 불구하고 다른 나라에 비해 인공임신중절률이 낮은 편이며, 임신 초기에 대부분의 수술이 이루어지고 있다. 네덜란드는 낙태죄를 두어 여성을 처벌하는 대신 의료기관의 자격을 제한하여 여성의 건강을 보장하는 방식을 취한다.⁵⁾ 법의 목적이 임신을 중단한 여성의 처벌에 있는지 여성의 건강 보장에 있는지에 따라 규제 대상과 방법은 완전히 달라질 수 있다.

마. 사유의 입증

낙태죄를 유지하면서 사회·경제적 사유 또는 다

른 사유를 이유로 한 인공임신중절을 예외로 두어 처벌을 면제하는 입법 방식에서는 사유를 어떻게 확인 또는 입증할 것인지가 문제된다. 인공임신중절 허용 사유를 제한하는 방식에서 사유 해당성 확인은 임신중단 허용 여부 및 형사처벌 여부를 가르는 절차 차이기 때문에 누가 판단하더라도 객관적이고 타당하며 일관된 결론을 최대한 빠른 시일 내에 도출할 수 있어야 한다.

그러나 예외적 사유들은 일관된 결론에 이를 수 있는 객관적 기준을 마련할 수 없거나(사회·경제적 사유들), 입증을 위해 긴 시간이 소요되어 임신한 여성에게 대기하도록 요구하기에 부당하거나(성폭력에서 수사 종료나 판결을 요구하는 경우), 또는 아예 입증이 불가능하다(근친혼).

사유 확인 절차는 누가 확인하고 판단할 것인가의 문제를 남기는데, 외국 입법례들처럼 의사 2명 이상, 법률가, 사회복지사 등 전문가 집단이나 공무원의 판단을 요할 경우, 의학적 판단 이외에 허용 사유의 조사와 판단에 추가적 시간이 소요되며, 판단의 곤란함이 문제되면 기준의 구체화가 시도될 가능성이 있다. 조사를 자세하게 할수록 수술 시기는 더 미뤄지기 때문에 판단자에게 충분한 시간적 여유를 줄 수도 없고, 조사 권한을 부여할 근거도 마련하기 어려워서, 구체적인 기준(연령, 자녀 수 등)을 마련할 수 없는 사유에서 판단은 사실상 임신한 여성의 진술에 의존할 수밖에 없다. 결국 임신한 여성의 판단에 따른 임신중단에, 절차적 복잡성과 시간의 부담만 가중하는 결과를 초래하게 된다.

4) 일례로 일반 여성 조사에서는 인공임신중절수술 경험의 0.8%만이 임신 24주 이후에 이루어졌지만(김동식 외, 2018: 86), 성폭력 피해자의 인공임신중절 지원 요청 중에서는 7.1%가 임신 24주 이후에 지원을 요청하였다(이미경 외, 2012: 33).

5) 임신 13주 이후 수술은 특별한 기준을 충족하는 의료기관에서만 할 수 있도록 하고 있다.

바. 상담 제공과 강제 대기기간

인공임신중절 관련 절차로서의 상담은 여성에게 충분한 정보에 기반한(informed) 판단을 내릴 수 있도록 하는 데 도움이 될 수 있지만 제공하는 정보와 상담의 방향에 따라 여성에게 불필요하거나 추가적인 고통을 부여하는 절차로 변질될 위험도 있다. 출산을 유도하거나 임신중단을 하고자 하는 여성에게 죄의식을 갖도록 하는 방식의 상담은 여성의 정신적 건강에 오히려 부정적인 영향을 주는 것으로 엄격히 금지되어야 한다.

상담은 어디까지나 정보를 제공하고 임신한 여성의 판단을 ‘돕기 위한’ 것이어야지, ‘스스로 판단할 능력이 없는 여성’이라는 오래된 전제를 유지하는 것이어서는 안 된다. 법이 전제로 삼는 자유주의적 주체가 스스로 판단할 수 있는 합리적 인간임을 떠올리면, 여성 주체가 스스로 판단할 능력을 의심하면서 규제를 덧붙이고자 하는 태도는 이례적이기까지 하다. 강제 대기기간(소위 ‘숙려기간’)을 두는 입법례들이 소개되고 있지만 기간을 두지 않는 국가도 많고, 심지어 프랑스는 2016년, 대기기간 제도가 여성에게 부담을 주고 불필요하게 수술을 지연시킨다는 이유에서 이 제도를 폐지하기도 했다(김광재, 2018: 226). 제공할 정보의 내용을 만들고 상담 접근성을 높이는 차원을 넘어 상담을 의무화하거나 여성에게 ‘생각을 더 해보라’고 강요하는 강제 대기기간은 여성의 자기결정권을 침해하는 것일 뿐 아니라 기본권 주체로서의 지위를 부정하는 것이다.

사. 배우자 또는 친부의 동의

현행법은 합법적 인공임신중절을 위해 임신한 여

성의 배우자의 동의를 얻을 것을 요구한다. 그래서 임신한 여성 본인이 임신중단을 원하더라도 배우자가 인공임신중절에 동의하지 않으면 여성은 임신을 유지해야 하고, 그렇지 않으면 형사처벌을 받을 수 있게 되어, 제3자에게 과도한 권한을 부여한다는 비판을 받아왔다. 더구나 배우자가 임신 상대방이 아닌 경우, 동의 권한은 임신과 무관한 제3자에게 부여되는 셈이다.

임신한 여성의 배우자 또는 태아의 친부는 임신의 유지 또는 중단에 대해 의견을 표명할 사실적 권한은 가질 수 있겠지만, 적어도 임신을 중단하겠다는 여성의 의사에 반하여 임신 유지를 강제할 권한을 갖는 것을 정당화할 수 있는 근거는 없다. WHO는 임신한 여성 외의 제3자의 동의를 요구하는 절차가 빈곤여성, 청소년, 교육수준이 낮은 여성, 가정폭력 피해 여성, 가정폭력 위험에 처한 여성 등에게 더 큰 부담을 준다는 점을 경고하였다(World Health Organization, 2012: 95). 출생한 자녀에 대한 권리 및 의무를 갖는 것과 임신중단의 불법성을 좌우할 권한은 구별되어야 하므로, 배우자 또는 친부의 동의를 낙태죄의 구성요건으로 두는 것은 전면 폐지해야 한다.

아. 보호자의 동의

모자보건법에서는 본인이 심신장애로 의사표시를 할 수 없을 때 친권자, 후견인, 부양의무자 등의 동의로 인공임신중절수술을 할 수 있다고 규정하고, 임신한 여성의 연령에 따라서는 동의능력에 제한을 두지 않는다. 의료법에서도 의사가 사람의 생명, 신체에 중대한 위해 발생 우려가 있는 수술 등을 할 경우 환자에게 설명하고 동의를 받도록 하는 규정을 두고 있

는데, 이때 환자가 의사결정능력이 없을 때에 법정대리인의 동의를 받도록 하는 예외를 두었을 뿐 환자의 연령 제한은 따로 설정하지 않았다. 그러나 의료 실무에서는 인공임신중절수술을 비롯한 수술을 받고자 할 경우 환자가 미성년자이면 보호자를 동반하도록 요구받고 있고, 미성년자가 성폭력으로 임신하여 성폭력 피해자에 대한 인공임신중절 지원을 받는 때조차도 보호자를 데려오라는 지원 기관의 요구 때문에 지원 받기를 포기하는 사례가 문제되고 있다.

하지만 미성년자 또한 임신중단권의 권리 주체이다. ‘아동권리협약 일반논평 제20호’는, 제3자의 동의나 승인 등이 아동의 성적, 재생산적 건강 및 권리에 대한 상품, 정보, 상담에서 장애물이 되지 않도록 할 것, 임신중단 관련 결정에서 항상 아동 의견 경청 및 존중을 보장하기 위하여 법적 검토를 할 것을, 당사국에 요구한다.

임신한 여성이 미성년자이더라도 스스로 임신의 유지 또는 중단에 대해 이해하고 판단하고 의사를 표시할 능력이 있다면 본인의 판단에 따라 임신을 중단할 수 있도록 하는 것이 타당하다. 법원은 신생아도 진료행위에 대한 자기결정권이 있다고 인정하면서, 다만 의사표시능력이 없기 때문에 친권자가 자녀를 대신하여 동의하는 것이라고 해석한 바 있다(서울동부지방법원, 2010.10.21. 2010카합2341). 미성년자라 하더라도 본인이 임신을 중단하겠다는 결정을 내린 데 대해 보호자가 이를 금지하고 임신과 출산을 강제할 권한이 있다고 볼 근거는 없다.

외국의 입법례에서도 보호자 동의가 문제되는 연령 기준을 미성년자 기준보다 낮게 두거나, 보호자 동의를 요구하더라도 본인이 알리기를 원하지 않으면 보호자의 동의를 강제하지 않는 방안을 마련하는 사례들이 있으며, 이런 경우 수술 시 성인 동반이

요청되더라도 이는 수술 후 미성년 여성의 건강 보호를 위한 것이어서 동반 성인이 반드시 보호자일 것이 요구되지 않는다(김정혜, 2019: 40). 즉, 미성년자의 임신중단 여부 판단 또한 여성 본인의 건강이 정책 마련에서 최우선의 고려 요소여야 한다.

4. 낙태죄 폐지 이후 성·재생산 권리 보장을 위한 법·정책 방향

이제 국가는 정책 방향을 ‘낙태 금지’에서 ‘안전한 임신중단’ 지원으로 전환하고, 여성이 임신을 중단할 권리, 임신중단과 관련한 지원을 받을 권리를 보장할 방안을 준비해야 한다. 이에 따라, 낙태죄 폐지와 더불어 다음과 같은 영역에서 법 개정 또는 정책 마련이 필요할 것이다.

가. ‘안전한 임신중단’을 위한 정책

첫째, 임신중단의 안전성을 높이고 여성의 건강을 보장하기 위한 방안으로, 인공임신중절 약물의 허가 절차가 하루빨리 시작되어야 한다. 미프진 도입은 낙태죄 법개정을 기다리지 않고 추진되어야 할 것이다. 현행법이 인공임신중절을 전면 금지하는 상태가 아니기 때문에 법 개정 전에도 수술보다 안전한 방법이 있다면 국가는 여성 국민의 건강 보호를 위해 정책적 노력을 기울여야 한다. 모자보건법이 둔 낙태죄의 예외가 ‘수술’로 제한되어 있었던 것은 법 제정 당시 약물에 의한 안전한 인공임신중절 방법이 개발되지 않았기 때문이지, 약물에 의한 인공임신중절의 불법성이 수술에 의한 인공임신중절보다 더 높기 때문이 아니다. 법 개정 시한이 2020년

말로 정해져 있는 상황에서, 아무리 늦어도 약물에 의한 인공임신중절이 허용되는 법개정과 동시에 약물 보급이 개시될 수 있도록 하기 위해서는 허가 절차를 미리 시작하여야 한다.

둘째, 인공임신중절 약물 및 수술, 기타 관련된 치료, 피임 관련 약물 및 시술에 건강보험이 적용될 수 있도록 해야 한다. 높은 수술 비용은 인공임신중절의 접근성을 낮추고 수술 시기를 지연시킨다. 그로 인한 피해는 아동·청소년, 빈곤여성 등 사회적 자원이 부족한 집단에게 불평등하게 나타난다. 인공임신중절과 피임에 건강보험을 적용하는 것은 국가가 원하지 않는 임신의 예방과 중단을 국민의 재생산 건강과 권리의 문제로 인식하고 있음을 보여줄 것이다.⁶⁾

셋째, 인공임신중절이 가능한 의료기관 접근성이 낮은 지역에 대해 접근성 문제를 해결할 방안을 보완해야 한다. 2015년에 실시된 출산 인프라 조사에 따르면 분만(제왕절개)병원 접근성은, 중심부로부터의 최단 직선거리를 기준으로 서울시가 1.1km인 반면 강원도 군지역은 37.7km나 되었다(이소영 외, 2015: 127). 보건복지부에서 분만취약지를 지정하고 산부인과 설치·운영비를 지원하기는 하지만 지원병원에서 분만은 여전히 불가능하고 산전 진찰 정도의 외래진료만 하는 지역도 있다.⁷⁾ 실제 이동거리는 직선거리에 비해 훨씬 길고, 의료기관 접근성이 낮은 지역은 교통 인프라도 취약하다. 그로 인한 어려움은 취약집단에게 더 클 수밖에 없어서 의료기관

접근성 문제 또한 불평등의 문제를 수반한다.

넷째, 안전성 확대를 위하여 임신 기간에 따라 인공임신중절수술을 할 수 있는 병원 및 의료진의 자격 기준을 수립하는 방안이 필요할지, 만약 그렇다면 그 기준을 어떤 수준에서 결정할지도 검토할 필요가 있다. 자격 기준의 마련은 여성의 접근성 제한이 아닌 안전성 확보가 목적이므로, 기준은 필요 최소한도로 설정되어야 하고 과도한 요건이나 자격을 요구한다면 접근성은 더욱 떨어지게 될 것임을 염두에 두어야 한다.

다섯째, 의과대학 및 병원에서 가장 안전한 인공임신중절 방법에 대한 지식과 기술의 공유가 확대될 수 있도록 촉진 방안을 모색할 필요가 있다. 세계적인 의료진과 의료기술, 시설 수준에 비하여, 임신중단 불법화는 우리나라의 임신중단 관련 지식과 기술 수준 향상을 억제해왔다. 약물을 통한 인공임신중절에 대한 지식도 부족한 상황이다. 의과대학의 교육과 실습, 의료인 보수교육 등을 통하여 인공임신중절 관련 교육을 확대하고 관련 연구를 지원하는 등의 노력이 요청되며, 그간 인공임신중절이 불법이었던 시기에는 채 점검되지 못하였던, 임신중단에 대한 의료진의 인식 향상, 비밀 보장⁸⁾ 등을 지식 확산에 포함하여 ‘합법적 인공임신중절’ 시기를 대비할 수 있어야 한다.

6) 국제연합 경제·사회·문화적 권리 위원회는 몰도바의 정기 국가보고서 심의에서 인공임신중절 서비스의 건강보험 포함을 권고한바 있다. United Nations Economic and Social Council Committee on Economic, Social and Cultural Rights, “Concluding observations on the third periodic report of the Republic of Moldova”, E/C.12/MDA/CO/3, 2017.10.19., 10쪽.

7) 김상기, “30km 거리 분만병원 찾아 운전대 잡은 39세 임신부...분만인프라 붕괴의 현실”, 2015.9.15., 라포르시안.

8) UN Committee on the Elimination of Discrimination Against Women(CEDAW), “CEDAW General Recommendation No. 24: Article 12 of the Convention(Women and Health)”, 1999, A/54/38/Rev.1, ch. I, <<https://www.refworld.org/docid/453882a73.html>>

나. 임신중단 관련 정보 확산

첫째, 임신중단과 관련된 정확한 정보를 제공하고 정보 접근성을 향상시키며 지원 서비스로의 연계를 위한 지원체계를 구축할 필요가 있다. 정보 제공 및 지원체계 구축에서는, 여성의 심리적 부담을 가중시키는 방향의 상담을 금지하고, 오로지 필요한 정보와 지원 서비스 제공으로 초점을 맞추어야 한다. 캐나다, 미국과 멕시코시티, 콜롬비아의 병원 및 클리닉으로 구성된 NAF(National Abortion Federation)는 상담과 지원을 제공하는 핫라인을 두고 있는데, 핫라인에서는 임신과 임신중단에 대한 사실 정보, 인공임신중절이 가능한 의료기관 연계, 재정 지원, 기금 지원 연계 등을 제공한다. 상담은 익명으로 진행하고 비밀이 보장되며, 비판단적(non-judgmental) 지원으로서, 편향되지 않은(unbiased) 정보를 제공함을 명확히 한다.⁹⁾ NAF의 사례와 같이 상담을 통해 여성의 판단에 영향을 주고자 하는 목적이 아니라, 정확한 정보를 충분히 제공하고 필요한 지원을 하는 것이 필요하다.

둘째, 안전한 임신중단 지원이라는 정책적 방향에 맞추어 성교육 내용을 재검토하고 수정하여야 한다. 시대에 부합하지 않는 순결주의에서 벗어나, 피임과 원치 않는 임신의 예방, 섹슈얼리티 실천의 평등과 폭력 예방, 모두를 위한 성과 재생산의 권리, 안전한 임신중단 등 성과 재생산 건강 및 권리 보장을 위한 방향으로 성교육 내용과 방향을 재구성하여야 한다.

다. 유사산 휴가 배제 단서 조항 삭제

낙태죄는 형법에서 처벌하고 모자보건법에서 예외를 두고 있는 것 외에 근로기준법에서도 여성의 건강권을 제한하고 있다. 근로기준법은 임신한 여성이 유산 또는 사산하여 휴가를 청구하면 임신 기간에 따라 5일 이내에서 90일 이내까지 휴가를 줄 의무를 사용자에게 부과한다(제74조 제3항). 그러나 단서에서 모자보건법의 인공임신중절 허용 예외에 해당하지 않는 인공임신중절수술로 인한 유산은 제외한다. 노동 능력 상실의 원인이 근로자의 불법적 행위라는 이유로 휴가에서 배제하는 것은 여성 근로자의 건강권을 저해할 뿐 아니라 이중 처벌로서의 성격을 갖는다. 낙태죄 헌법불합치 결정으로 낙태죄의 개정 또는 폐지가 예고된 시점에서, 유사산 휴가 배제 조항은 시급히 개정이 필요하다.

5. 맺으며

헌법불합치 결정 이전부터 인공임신중절 허용 범위를 확대하기 위해 많은 외국 입법례들이 소개되어 왔고, 헌법재판소에서도 이를 참고하고 이번 결정에 반영한 것으로 보인다. 그러나 헌법재판소의 결정이나 입법론이 외국 입법례를 참조하는 방식은 매우 우려스럽다. 우리나라에서 법률상 낙태죄 처벌 범위와 현실에서의 임신중단 실태, 실제 처벌 가능성 및 정도에 상당한 간극이 있었고, 시민사회에서의 논의는 계속해서 변화하며 또 다른 내용으로 진화해왔듯이, 외국에서도 법과 현실, 담론은 매우 다를 것임이

9) NAF, "NAF Hotline Fund", <<https://prochoice.org/think-youre-pregnant/naf-hotline>>

자명하다. 우리에게는 허용 범위가 넓은 것처럼 보이는 입법례가 외국에서는 오래된 법, 제한적인 법으로 인식되면서 인공임신중절 허용 범위 확대를 위한 ‘검은 시위’를 촉발하고 있기도 하고, 국제기구들은 낙태죄가 주는 다각도의 부정적 영향을 상기시키며 ‘안전한 인공임신중절(safe abortion)’을 위한 정부의 노력을 촉구해왔다.

단순히 비슷한 입법례별로 숫자를 세어 더 많은 국가가 채택한 방식을 최선인 것처럼 제시하면서 그것이 대립하는 의견들의 ‘중간 지점’이나 ‘합의점’인 양 내놓는 것은, 임신중단권의 중대성을 인식하는 태도라 볼 수 없다. 더구나 입법례를 규제 방법별로 정리하는 방식에서는 해당 규제를 ‘하지 않는’ 국가

는 좀처럼 소개되기 어렵다는 점도 간과된다. 임신중단이 무엇보다도 여성 본인의 건강과 직결되는 문제라는 점에서, 여성들은 규제가 없더라도 스스로의 건강에 가장 도움이 되는 방식의 선택을 할 것이다. 법이 임신을 중단한 여성의 처벌이 아니라 여성시민의 건강한 삶을 보장하고자 한다면, 그러한 목적을 위해 무엇이 필요한지 질문하여야 한다. 낙태죄가 만들어지고 헌법불합치 결정이 나기까지 66년이 걸렸듯, 이번 개정법은 매우 오랜 기간 동안 유지될 수 있다. 그리고 그 법은 존재하는 긴 시간 동안 한국 사회 여성시민 한 명 한 명의 삶을 좌우하게 될 것이다.

• 참고문헌 •

- 김광재. 2018. “낙태 문제에 관한 비교법적 연구: 세계 각국의 입법례와 판례를 중심으로”. 『인권과 정의』 473: 217-242.
- 김동식·황정임·동제연. 2018. 『임신중단(낙태)에 관한 여성의 인식과 경험 조사』. 한국여성정책연구원.
- 김정혜. 2019. “낙태죄 ‘폐지’를 말하는 이유: 임신중단권 보장의 법적 쟁점과 방향”, 『페미니즘연구』 19(1): 3-49.
- 손명세·강명신·장석일·김해중·박길준·남정모·강대웅·정영철·박지용·이일학. 2011. 『전국 인공임신중절 변동 실태조사』. 보건복지부·연세대학교.
- 윤정원. 2018. “인권과 보건의료의 관점에서 본 임신중지”. 성과재생산 포럼 편. 『배틀그라운드: 낙태죄를 둘러싼 성과재생산의 정치』. 후마니타스.
- 이미경·고경심·김두나·김미순·이경환·이현숙·장다혜·정유석. 2012. 『성폭력 피해로 인한 인공임신중절수술 지원실태 및 개선방안 연구』. 여성·아동폭력피해중앙지원단.
- 이소영·김은정·조성호·최인선. 2015. 『임신·출산 및 영아기 양육 인프라의 형평성과 정책과제』. 한국보건사회연구원.
- United Nations. 2014. “Abortion Policies and Reproductive Health around the World”. United Nations publication.
- World Health Organization. 2012. *Safe abortion: technical and policy guidance for health systems* 2nd ed.