모자보건법 제14조의 해석과 개정방향 심포지엄



▌일시 : 2017. 4. 24.(월) 17:00~20:00

▌장소 : 서울지방변호사회관 지하1층 대회의실

사단법인 한국여성변호사회

CONTENTS



일정표

발표 및 토론 7

- 모자의 보건을 해치는 모자보건법, 이제는 개정합시다. 9
  _ 최안나 | 국립의료원 난임센터장 |

- 모자보건법 제14조와 법체계 17
  _ 신동일 | 한경대 법학과 교수 |

- 모자보건법 제14조 개정 논의와 그 너머의 현안 33
  _ 김현철 | 낙태반대운동연합 회장 |

- 모자보건법 제14조의 해석과 개정방향 59
  _ 정현미 | 이화여대 법학전문대학원 교수 |

- 모자보건법 개정을 넘어 낙태권을 허용하는 형법 개정으로 69
  _ 이미경 | 한국성폭력상담소 소장 |

일정표



- 주제 : 모자보건법 제14조의 해석과 개정방향 심포지엄
- 일시 : 2017. 4. 24.(월) 17:00~20:00
- 장소 : 서울지방변호사회관 지하1층 대회의실
- 주체 : (사)한국여성변호사회

시 간	내 용
17:00~17:10	○ 등록
17:10~17:30	○ 개회식 – 사 회 : 지현정 (법무법인 산지 변호사) – 환영사 : 이영애 (사단법인 한국여성변호사회 생명가족윤리특별위원회위원장) – 축 사 : 이은경 (사단법인 한국여성변호사회 회장)
○ 좌 장 : 조현욱 (사단법인 한국여성변호사회 수석부회장)	
17:30~19:30	○ 발표 및 토론 – 최안나 (국립의료원 난임센터장) – 신동일 (한경대 법학과 교수) – 김현철 (낙태반대운동연합 회장) – 정현미 (이화여대 법학전문대학원 교수) – 차혜령 (공익인권법재단 공감 변호사) – 이미경 (한국성폭력상담소 소장)
19:30~20:00	○ 종합토론 및 폐회

발표 및 토론 »

모자의 건강을 해치는 모자보건법, 이제는 개정합시다.

최 안 나
(국립의료원 난임센터장)

모자의 보건을 해치는 모자보건법, 이제는 개정합시다.

최 안 나 (국립의료원 난임센터장)

우리나라는 1953년 형법이 제정될 때부터 낙태를 범죄로 규정하고 있습니다.(형법 제27장 낙태의 죄) 그러나 1973년 당시의 높은 출산율(합계 출산율 4.1)을 낮추어 경제 발전을 이루겠다는 이유로 형법에서 금지한 낙태를 일부 허용하는 조항을 넣은 모자보건법이 제정되어 지금에 이르고 있습니다.

[현행 모자보건법]

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.

1. 본인이나 배우자가 대통령령으로 정하는 우생학적(優生學的) 또는 유전학적 정신장애나 신체질환이 있는 경우
2. 본인이나 배우자가 대통령령으로 정하는 전염성 질환이 있는 경우
3. 강간 또는 준강간(準强姦)에 의하여 임신된 경우
4. 법률상 혼인할 수 없는 혈족 또는 인척 간에 임신된 경우
5. 임신의 지속이 보건의학적 이유로 모체의 건강을 심각하게 해치고 있거나 해칠 우려가 있는 경우

모자보건법시행령 제15조(인공임신중절수술의 허용한계) - 2009년 개정

① 법 제14조에 따른 인공임신중절수술은 임신 24주일 이내인 사람만 할 수 있다.

② 법 제14조 제1항 제1호에 따라 인공임신중절수술을 할 수 있는 우생학적 또는 유전학적 정신장애나 신체질환은 연골무형성증, 낭성섬유증 및 그 밖의 유전성 질환으로서 그 질환이 태아에 미치는 위험성이 높은 질환으로 한다.

③ 법 제14조 제1항 제2호에 따라 인공임신중절수술을 할 수 있는 전염성 질환은 풍진, 톡소플라즈마증 및 그 밖에 의학적으로 태아에 미치는 위험성이 높은 전염성 질환으로 한다.

모자보건법 제14조는 1973년 당시 계엄 하에서 국민적 합의 절차 없이 비상국무회의를 통해 제정되었으며, 내용은 일본의 우생법을 본 따 만들었습니다. 일본의 우생법은 나치의 단종법을 바탕으로 만든 법으로 일본도 1996년 우생 조항을 모두 삭제하였는데 우리나라만 나치에서 이어진 우생학적 법을 지금까지 존치해온 것입니다.

40여 년 전과 비교할 수 없을 정도로 성장한 우리 사회가 그동안 낙태에 대해 어떠한 사회적 합의도 거치지 않고 이런 반 인권적이고 시대착오적인 모자보건법을 수 십 년 간 방치하여 국민 모두가 불법 낙태의 혼란 속에 살고 있는 것은 매우 통탄할 일입니다.

이제라도 모자의 건강권과 생명권을 위협하는 모자보건법이 아닌 법 취지 그대로 모자의 보건을 위한 '모자보건법'을 만들기 위해 우리 사회 구성원 모두 낙태 문제에 관심을 가지고, 어렵더라도 사회적 합의에 나서야 합니다.

이에 다음과 같이 모자보건법 개정을 촉구합니다.

〈1〉 모자보건법 제14조 제1항 제1호, 시행령 제15조 제2항은 삭제되어야 합니다.

* **법 제1항 제1호 : 본인이나 배우자가 대통령령으로 정하는 우생학적(優生學的) 또는 유전학적 정신장애나 신체질환이 있는 경우**
* **시행령 제2항 : 법 제14조 제1항 제1호에 따라 인공임신중절수술을 할 수 있는 우생학적 또는 유전학적 정신장애나 신체질환은 연골무형성증, 낭성섬유증 및 그 밖의 유전성 질환으로서 그 질환이 태아에 미치는 위험성이 높은 질환으로 한다.**

[삭제 이유]

이 우생학적 조항은 부부의 건강에 문제가 있는 경우 그 대를 끊겠다는 반인륜적인 조항입니다. 이런 잘못된 우생학적 단종 정책에 의해 과거 수많은 한센병 환자들이 국가로부터 강제 낙태를 당했습니다.

또한 유전되는 정신 장애는 없습니다. 이는 수많은 정신 장애 환자들의 인권을 명백히 침해하는 조항으로 반드시 삭제되어야 합니다. (2009년 시행령 개정 전에는 '현저한 범죄성향'도 낙태 사유에 포함되었습니다.)

유전되는 신체 질환의 경우도 유전자를 물려준 부모는 성인으로 성장하여 성생활과 임신도 할 수 있는 정도의 질환인데 그 자식은 태어날 가치조차 없다고 판단하는 것은 합리적이지 않으며 이 역시 우생학적 개념의 낙태 조항입니다.

부모가 유전 질환이 있어도 그 자식에게 반드시 유전 질환이 나타나는 것은 아니므로 부모 질환을 이유로 자식을 낙태 하는 것은 의학적으로 타당하지 않습니다.

아기에게 이상이 있는 경우 생존 가능성 등 출생 후 예후에 대한 판단은 부모의 이상 여부와 별개로 판단되어야 하며 소아과, 소아외과 등 아기 치료를 담당하는 의료진의 판단에 따라야 합니다.

그동안 우리 사회는 출생 후 생존 가능성 보다는 산전 진찰에서 발견이 쉬운 이상을 가진 아기들이 더 낙태되어 왔습니다. (참고 문헌 : The impact of the prenatal ultrasonography on birth of babies with Korean pediatric surgical index diseases, J Korean Surg Soc 2011;81:54-60DOI: 10.4174/jkss.2011.81.1.54)

이는 장애를 가진 분들의 인권과 관련되는 심각한 문제입니다.

아기 이상을 이유로 낙태를 허용하려면 허용 범위와 절차에 대해 연명의료 중단과 같은 법적 규정을 만들어야 의료 현장의 혼란을 막을 수 있습니다.

2. 모자보건법 제14조 제1항 제2호, 시행령 제15조 제3항은 삭제되어야 합니다.

*** 법 제1항 제2호 : 본인이나 배우자가 대통령령으로 정하는 전염성 질환이 있는 경우**

*** 시행령 제3항 : 법 제14조 제1항 제2호에 따라 인공임신중절수술을 할 수 있는 전염성 질환은 풍진, 톡소플라즈마증 및 그 밖에 의학적으로 태아에 미치는 위험성이 높은 전염성 질환으로 한다.**

[삭제 이유]

임신 중에 아기 발달에 영향을 줄 수 있는 감염성 질환에 감염되었다 하더라도 감염되는 태아는 일부입니다. 임산부가 감염된 임신 시기에 따라 태아 감염의 위험도는 크게 다르며 설사 태아가 감염되었다 하더라도 발달에 영향을 받지 않고 정상인 경우도 많습니다. 태아 결손을 일으키는 대표적인 감염성 질환인 풍진의 경우 임신 18주 이후에 감염된 경우 태아 결손이 발생할 가능성은 0%에 가깝습니다. (출처: 대한산부인과학회 산과학 5판, 992쪽)

임산부가 감염성 질환에 걸리면 치료의 대상이지 낙태의 대상이 아닙니다.

3. 모자보건법 제14조 제1항 제3호와 제4호는 사회적 합의를 통해 수정되어야 합니다.

*** 법 제1항 제3호 : 강간 또는 준 강간(準强姦)에 의하여 임신된 경우**

*** 법 제1항 제4호 : 법률상 혼인할 수 없는 혈족 또는 인척간에 임신된 경우**

[수정 이유]

법 제1항 제3호와 제4호는 낙태의 의학적 사유가 아닌 사회적 사유이므로 이에 해당되는지 여부를 의사가 진찰을 통해 확인할 수 없는데 허용 절차에 대한 아무런 명시도 없습니다.

또한 합법 낙태는 보험급여 대상이지만, 실상은 비급여로 진료하며 합법 낙태로 가장하기 위해 악용되곤 하는 것이 이 사회적 사유의 조항입니다.

사회적 사유의 낙태 허용 여부에 대해서는 사회적 합의가 필요하며 허용 범위와 확인 절차에 대해 법에 명시되어야 의료 현장의 혼란을 막을 수 있습니다.

낙태의 사회적 사유에 대한 합의는 더 미룰 수 없는 중요한 당면 과제입니다.

우리 사회가 허용해야 한다고 합의한 낙태에 대해서는 지금처럼 보험 급여가 되어야 하며, 낙태 시술은 허용된 국공립 병원에서 하는 것으로 한정해야 이윤 추구의 목적으로 낙태 시술을 유인하는 폐해를 막을 수 있습니다.

어느 의사도 낙태 시술로 돈 벌기 위해 의사가 되지 않았습니다.

더 이상 낙태 시술이 의료인들의 이윤 추구의 대상이 되지 않도록 제도적 장치와 지원이 필요합니다.

여성들이 낙태를 선택할 수밖에 없는 사유를 해결하는 것이 진정한 생명 존중이고 출산 장려 정책입니다. 위기에 처한 어머니들을 낙태로 몰아가며 외치는 여성 권리 신장은 여성을 위한 주장이 아닙니다.

대부분의 낙태가 불법인 지금도 혼전 임신 등 배우자나 가족이 원하지 않는 임신을 한 경우 여성은 출산을 원해도 가족들에 의해 낙태를 강요당하는 일이 비일비재합니다. 낙태가 합법이 되면 여성들이 주위로부터 낙태를 강요받지 않도록 어떻게 보호할 수 있겠는지요? 이는 어떤 사유의 낙태를 허용할 것인지 만큼 중요한 문제이며 낙태 거부권을 보호할 제도적 장치가 필요합니다.

낙태보다 출산을 선택하는 것이 개인이나 가정에 더 득이 되도록 지원을 대폭 확대해야 하며, 충분한 상담과 숙고 절차가 보장되어야 합니다.

4. 모자보건법 제14조 제1항 제5호는 수정되어야 합니다.

*** 법 제1항 제5호 : 임신의 지속이 보건의학적 이유로 모체의 건강을 심각하게 해치고 있거나 해칠 우려가 있는 경우**

[수정 이유]

의학적으로 임신의 지속이 모체의 건강을 심각하게 해쳐 임신 지속이 임부와 아기 두 생명을 위협할 경우, 아기의 생존 가능성이 없는 시기에는 구명 낙태를 하게 되고 생존 가능성이 있는 시기에는 미숙아 분만과 치료를 하게 됩니다. 산부인과학적으로 적응증이 되는 낙태 사유는 이 경우에만 해당됩니다.

그런데 현재의 법은 매우 모호한 표현인 '모체의 건강을 심각하게 해칠 우려가 있는 경우'도 포함하며 우려의 범위가 어느 정도인지에 대한 명시가 없습니다. 이를 명확하게 규정해야만 법의 악용을 막을 수 있습니다.

5. 시행령 제15조 제1항은 수정되어야 합니다.

*** 시행령 제1항 : 법 제14조에 따른 인공임신중절수술은 임신 24주일 이내인 사람만 할 수 있다.**

[수정 이유]

: 1973년 모자보건법 제정 당시 낙태 허용 주수는 임신 28주일 이내였습니다. 그러다 2009년 시행령 개정으로 임신 24주일 이내로 축소되었습니다. 그때만 하더라도 임신 24주 이하의 생존 가능성은 매우 희박했지만 이후 신생아 집중 치료 의학의 발전으로 현재 국내에서도 22~24주에 출생한 미숙아 (이른둥이)들의 생존 보고가 이어지고 있습니다.

이렇게 신생아 치료 의학이 점점 발전하는데 낙태 허용 주수를 특정 하는 것은 생존 가능성이 있는 아이들의 치료 기회를 박탈하는 것입니다.

또한 임신 주수가 증가 할수록 낙태로 인한 모성사망율도 함께 증가하므로 낙태 허용 주수는 신중하게 결정되어야 합니다.

특히 강간 등 임신 당시에 사유가 명백한 경우는 되도록 임신 초기에 낙태하여 시술로 인한 여성의 합병증 위험을 줄여야 합니다.

따라서 이런 사회적인 사유의 낙태는 그 확인 절차가 신속하게 이뤄질 수 있도록 명확한 법 규정이 있어야 여성들이 좀 더 안전한 시기에 낙태할 수 있습니다.

우리사회는 낙태에 관한 법과 현실의 괴리를 알면서도 지난 수 십 년 간 방치해왔습니다. 더 이상 이대로 둘 순 없습니다.

오늘도 전국에서 수백 명의 여성들이 낙태를 했습니다.

내일도 수많은 산부인과 의사들이 낙태해 달라는 환자들을 만날 것입니다.

낙태는 여성과 산부인과의 문제가 아닙니다. 낙태 문제를 외면해온 우리 사회 구성원 모두의 책임이며 시급히 풀어야 할 이 시대의 과제입니다.

낙태 문제를 방치하는 한 정부의 출산대책은 공염불에 지나지 않습니다.

정부는 왜 여성들이 낙태하겠다고 하는지 여성들의 소리를 듣고 한 명의 여성이라도 낙태의 위험에 빠지지 않고 출산을 선택할 수 있도록 적극 지원해야 합니다.

여성의 건강을 최우선으로 돌봐야 하는 산부인과 의사로서, 또한 법을 지켜야 하는 국민의 한 사람으로서 '모자보건법' 개정이 조속히 이뤄지기를 바랍니다.

여성들도 의사들도 낙태 안 해도 되는 사회, 모든 임신이 축복이 되는 대한민국이 빨리 되기를 바라며 저도 최선을 다해 돕겠습니다.

발표 및 토론 »

모자보건법 제14조와 법체계

신 동 일

(한경대 법학과 교수)

모자보건법 제14조와 법체계

신 동 일 (한경대 법학과 교수)

1. 시작

1970년초 제정된 모자보건법에 대한 관심은 항상 높았던 것은 아니다. 법률 제정과 함께 관심의 대상이 된 것은 제14조의 인공임신중절수술의 허용에 대한 소위 "의학적-규범적 적응사유" 정도였다. 1954년 제정된 형법은 제269조 이하에 "낙태의 죄"를 규정하고 있다. 이는 우리 사회에서 태아에 대한 침해를 금지하려는 규범을 실현한 것으로 볼 수 있다. 낙태행위가 반사회적 범죄인가에 대해서 형법적으로 논의된 경험은 없다. 형법이론가들은 대체로 낙태의 죄가 가진 국가의 생명보호 실현에 동의하고 있다. 지난 시기 꾸준히 제기된 낙태죄의 비범죄화 논의는 형사법의 영역이라기 보다는 "낙태자유화"라는 정치적 논의영역에 더 의존하고 있다. 그 반대 논의를 주도한 낙태반대운동의 중심축은 윤리나 종교적 진술체계를 중심으로 하는 것으로 보인다. 그래서 언제부터인가 우리 사회에서는 낙태의 문제가 진보 (여성)정치적 논의와 보수 (종교)규범적 논의로 이분화되고 있다는 인상을 받는다.[1)]

나는 모자보건법 제14조의 문제는 이렇게 구분된 영역에서 논의되어서는 안 된다고 생각한다. 사유를 구성하는 이해의 맥락은 추측이 가능하다. 예컨대 기독교 단체와 생명존중 사상이 결합되면 낙태에 대한 부정적인 입장을 견지하기 쉽고, 여성주의와 사회적 현실조건을 존중할 때 소위 낙태죄에 대한 대안적 입장이 주장될 수도 있다. 적어도 헌법에서 보장된 민주적 자기결정 원리에 따를 때 양자 모두 존중되어야 한다. 그런데 낙태의 문제는 이미 형성된 규범적 맥락이 존재한다. 즉, 중립적인 선택이 아니라, 규범적 체계 내에서 특정 행위유형을 평가해야 한다. 이를 사회학자들은 "체계적 폐쇄성"(systematische Abgeschlossenheit)이라고 부른다. 법학은 인식적인 측면에서 개방적이다. 그럼에도 불구하고 행위영역이나 법효력의 측면에서 모든 것이 개방되는 것은 아니다.

또하나 현대 법은 정치와 구분된다. 최근 발표된 윤재왕 교수의 법과 정치에 대한 체계이론적 설명

1) 신동일, 모자보건법 제14조: 개정 필요성과 방향, 안암법학 제32호(2010), 143-172.; 낙태죄의 본질, 현상, 법제도, 김찬진 등, 초기인간생명보호를 위한 제언, 세창출판사 2012, 46.

논문[2]은 주목할 만하다. 법과 정치의 관계는 20세기 초반 매우 활발한 논의 대상이었다.[3] 금방 떠오르는 기억은 나치스 법이론을 창안한 칼 쉬미트(Carl Schmitt 1888-1985)의 결단주의론과 그의 대립된 한스 켈젠(Hans Kelsen 1881-1973)의 순수법학론이 있다. 두 견해는 자주 비교되는데 전자는 정치적 이념에 따라 법률이 수단으로 기능화되는 것을 제안한 바 있고, 후자는 그에 맞서 법률 자체의 자기 조절역학을 강조하였다. 이러한 대립적 설명 모델들은 전쟁 후에도 지속되어 다양한 이론 모형으로 발전한다. 마지막 발전 단계에 속하는 "체계이론"(Systemtheorie)은 엄격한 법률주의로 진화했다.

법률주의는 이념형인 법치주의와 달리 현실형이다. 즉 체계 정항을 연결시키는 기능을 한다. 예를 들어 헌법 제12조 제1항 제2문의 "누구든지 법률에 의하지 아니하고는…"에서 규정된 법률은 형사소송법 제68조(피고인 소환) 내지 제70조(구속의 사유)에 관한 체계적 관계를 지시하고 있다. 이러한 법률주의 원리의 영역 범위가 어떻게 확장되어 왔는가를 생각해보면 이론적으로 주장된 법과 정치의 관계가 오늘날 어떻게 구체화되고 있는지를 확인할 수 있다. 이를 "체계적 이해 모델"이라고 한다. 자연법 주의자들은 이론적으로나 실천적으로 실정법률의 한계를 극복하려고 한다.[4] 그러나 인간의 사유는 범주와 명제들의 연상망 속에서만 구성된다.[5] 인간의 인식이란 범주적으로 선택된 명제에 의해 연산되어 잠정적으로 결정한 상태이다.

범주설정과 그 근거주장 차이는 오래된 자연법논쟁의 핵심사항이다. 우리가 최근에 시도하는 방식은 전통 자연법이론의 거시적 설명과 달리 규칙과 규범을 법체계에서 미세하게 분석하는 일이다. 원래 분석이란 칸트가 순수이성비판(Kritik der reinen Vernunft)에서 설명하듯이 체계내 판단을 말한다. 즉 자연법이든 실정법이든 법논증은 체계내 적합성이 인정되어야 문제로 삼을 수 있다. 그동안은 모자보건법 제14조의 외부적인 환경에만 논의가 집중되었다는 반성을 해본다.

나는 오늘 모자보건법 제14조의 의미에 대해 윤리나 정치적 관점을 배제한 채 순수 법체계 이해 모델에 따라 설명해보고자 한다.

2. 간단한 역사

현행 모자보건법(법률 제13597호)은 1973년 5월 10일 발효된다. 법률의 목적은 "모성 및 영유아 생명과 건강 보호와 건전한 자녀 출산과 양육 도모를 통해 국민보건 향상을 하기 위함이다."

2) 윤재왕, 법체계의 자율성. 체계이론적 관점에서 본 법과 정치의 관계, 강원법학 제50권(2017), 259-317.
3) 자연법 논쟁으로도 알려져 있다. 자연법사상에 대한 자세한 논의는 박은정, 자연법의 문제들, 세창출판사 2010; 자연법사상, 민음사, 1987.
4) 실정법률 비판 도구로 자연법을 주장(박은정; Spaemann)하거나 도덕원칙 등 비실정법률화된 메타원리(심재우; Radbruch)로 이해하거나 마찬가지이다.
5) 이러한 설명은 자연법론자들의 바이블인 아리스토텔레스의 입장이다. Categoriae; De interpretatione.

1973년 정부의 주요 정책 중 하나는 “인구제한”이다. 인구정책은 자녀수 제한 정책으로만 추진되었다. 현재 ‘인구보건복지협회’로 통합 운영되는 단체의 이전 명칭은 대한가족계획협회였다. 이 단체의 정책 구호를 보면 1960년대 “많이 낳아 고생말고 적게 낳아 잘 키우자.”, “덮어 놓고 낳다보면 거지꼴을 못 면한다.”에서 70년대 “딸 아들 구별말고 둘만 낳아 잘 기르자.”와 “내 힘으로 피임하여 자랑스런 부모되자.”로 변경되었으며, 80년대에 들어서면서 “잘 키운 딸하나 열아들 안 부럽다.”와 “하나씩만 낳아도 삼천리는 초만원” 등이다. 협회의 지원 대상 단체인 주부클럽연합회는 1974년을 “임신 안 하는 해”, 1975년을 “남성이 더 피임하는 해”, 1976년을 “나라사랑 피임의 해”로 지정하기도 했다. 이를 주도한 보건복지부는 최근 “하나는 외롭습니다.”라는 정책 표어를 발표했다. 대한가족계획협회의 명칭도 인구협회로, 다시 인구보건복지협회로 바뀐다.

1970년대의 가족 계획 정책은 당시 헌법과 법률에도 부합되기 어려웠다. 인구정책이란 19세기 영국 통계학자 멜서스(Thomas Robert Malthus 1766-1834)의 1798년 논문 “An Essay on the Principle of Population. It Affects the Future Improvement of Society”와 같은 어설픈 가설에서 시작되었다. 당시 영국사회는 이념적으로는 좌우 대립과 경제적으로는 도시화에 따른 빈곤증가에 따른 혼란이 집중되던 시기였다.[6] 이 시기 새로운 생각은 우생학(eugenics)이었다. 우생학이란 전형적인 사이비 과학이지만 그 파급력은 막강했다. 유전적 특징을 이해하지 못한 당시 학자들은 혈통을 중심으로 하는 출생 제한으로 사회적 문제들을 해소할 수 있을 것이라는 믿음을 가졌고, 곧이어 이를 제도화해야 한다는 국가정책을 구체화시켰다. 이를 토대로 미국은 1907년 인디애나 주에서 강제 불임법을 제정한다.[7]

우생이념을 근거로 차별을 정당화하는 법률이 활성화된 지역은 나치스 치하의 독일이다. 1933년 유전성질병예방법과 1935년 혼인보호법을 통해 독일인 혈통주의를 강화시켰다. 유전성질병예방법 제1조 제1항은 “유전성 질병을 가진 자는 의학적인 경험상 그의 후선에게 심각한 신체적 또는 정신적 유전결함이 발생할 수 있는 높은 개연성을 예측할 수 있는 경우 외과수술에 의하여 불임시술을 할 수 있다.”라고 규정한다. 1935년 독일국민우생보호법은 본격적인 장애인 관리와 장애아 출산을 제한하는 법률로서 이 법률을 근거로 나치스는 장애인등록제(T-4 Projekt)을 실제화한다. 이 법률은 나치스 통치하에 40만명의 장애인 불임시술을 강제하였고, 1933년 11월 24일 공포된 “습관성 중범죄자에 관한 법률”은 성범죄자 또는 풍속범죄자들에 대해 물리적 거세를 적용한다.[8]

이러한 일련의 법률들이 담고 있는 주요 과학적 가설은 유치한 ‘자연도태’와 ‘적자생존’이었다. 이념적 근원은 우생학이었고, 이러한 상황은 독일만이 아니었다. 최초 낙태허용법률은 소비에트 연방시절

6) 염운옥, 생명에도 계급이 있는가. 유전자 정치와 영국의 우생학, 책세상문고 2009, 95 이하; 박진빈, 백색국가 건설사: 미국 혁신주의의 빛과 그림자, 앨피 2006; 더 자세한 설명은 E.Black, War Against the Weak: Eugenics and America’s Campaign a Master Race, Four Walls Eight Windeows 2003.

7) 우생정책은 해당 국가 법제도와 제도에서 결정된다. 이에 대한 연구로는 서종희, 우생학적 생명정치가 혼인법, 이혼법, 불임법(단종법) 등에 미친 영향, 가족법연구 제24권 제3호(2010), 331-362.

8) 신동일, 우생학과 형사정책, 한국형사정책연구원 2007.

의 러시아에서 나왔다. 소비에트 러시아는 1920년 최초로 사회경제적 사유를 근거로 하는 낙태허용 법률을 제정한다. 사회주의 국가들은 국가 경쟁력을 증가시키기 위하여 인공임신중절수술을 허용할 것을 당론으로 채택한다. 예를 들어 1966년 루마니아 임신조절법은 45세 여성, 4명 이상의 자녀를 둔 여성, 특별위원회의 결정으로 임신지속이 건강상 문제가 있는 여성의 경우 인공임신중절수술을 할 수 있도록 규정했다.[9] 정치이념으로는 남녀평등을 근거로 하지만 그 배경에는 인구정책과 우생적 예방낙태의 합법화를 통해 국가 경쟁력을 고양시키려는 이념이 작용했다고 볼 수 있다.

국내의 경우도 유사했다. 1920년대 조선우생협회가 창립되어 활동했으며, 의사들이 중심이 된 조선우생학회는 "우생"이라는 전문지를 통해 주로 나치스 우생정책을 연구한다.[10] 화신백화점에 있던 결혼상담소는 이러한 관점에서 우수한 조선인의 혈통을 보존하고 열등한 유전자를 선별적으로 도태시키는 정책을 실천한다. 이 활동은 해방 후에도 지속된다. 1940년 일본의 국민우생법을 따라 유사한 법률 제정운동이 있었으나 실현되지 않았다. 그러던 중 1973년 나치스 유전성질병예방법과 일본의 국민우생법에 있던 중심 내용이 모자보건법 제14조에 규범화되었다. 모자보건법 제14조 제1항 제1호에 나오는 "본인 또는 배우자가 우생학적 또는 유전학적 정신장애나 신체질환이 있는 경우"란 문언은 바로 우생정책과 이념의 흔적이다.

1945년 전쟁이 종료된 후 "우생학"은 금기어가 되었다. 1958년 국민우생법을 우생보호법으로 개정했던 일본은 1996년 모체보호법으로 명칭을 변경한다. 1996년 개정의 주요 목적은 법문에서 "우생"이란 단어를 제거하기 위한 것이다.[11] 1948년 세계보편인권선언 제2조 내지 제3조에서도 평등권을 근거로 하는 차별을 금지하고 있으며, 생명윤리와 인권 보편선언(유네스코 선언) 제11조에서도 동일하게 차별금지가 규정된다. 그러나 금지된 것은 우생학이란 단어에 불과했다. 블랙(Edwin Black)의 연구에 따르면 전쟁 전 우생학의 기치를 걸고 진행된 연구소와 연구단체들은 모두 유전학(genetics)이라고 이름을 바꾸고 여전히 활동 중이다.[12] 반면에 모자보건법 제14조는 지금도 우생학적 사유를 규정하고 있다. 이미 수차례 지적한 바 있는 이 법문언의 현실에서 우리 입법의 수준이 가늠되기도 한다. 규범적으로는 제14조 제1항 제1호는 국제협약에 반할 가능성도 있다.

9) B. Berelson, Romania's 1966 Anti-Abortion Decree: The Demographic Experience of the First Decade, Population Studies Vol. 33(1976), 209 이하.
10) 신영전, 식민지 조선에서 우생정책의 전개와 성격: 1930년대 ,우생'을 중심으로, 의사학연구 제15권 제2권 (2006), 대한의사학회.
11) 松原 洋子, 母體保護法の 歷史的 背景, 明石書店 2003, 35.
12) Black, 위의 책, 411 이하.

3. 정치와 법의 관계, 그리고 Autopoeise

앞에서 잠시 언급한 윤재왕 교수의 논문이 중요한 이유는 이 글이 우리 법학에서 전통적인 '자연법 우선주의'를 배제하고 엄격한 법률주의를 토대로 설명하는 이론을 다루기 때문이다. 법률 전문가들은 법학이 "자기 지시적 자율체계"(self-referential autopoietical system)라는 생각에 쉽게 동의할 수 있을 것같다.[13] 이를 더욱 확실히 지지하는 설명은 병렬분산처리 모형(Parallel Distributed Processing)이다.[14] 이 모형은 인간 주체가 아닌 객관적 언어(진술) 집단이 체계 정합성을 갖출 때 규칙에 따라 자율적 네트웍으로 기능한다는 가설이다. PDP 모형은 인간의 인지작용이 언어적 연상망 속에서 독립적으로 활성화될 수 있다는 주장을 1986년 사실로 확인시켰다. 개별 법률들이 기능적으로 지시되면 자율적 법체계로 진화한다는 설명은 1980년 니클라스 루만(Niklas Luhmann)의 책에서 제시되었다.[15] 인간의 개별적 언어활동이 사유를 형성하듯이 법도 개별 법률들의 지시적 연관관계 속에서 자율적 체계(autopoise)로 발전한다. 루만에 따르면 법학은 상호간 의사소통적 체계(Recht als Kommunikationssystem)이다. 그 특징은 '작동에서는 폐쇄적 체계'(operativ gesclossenes System)이자, '인지적으로는 개방적 체계'(kognitiv ffenes System)이다.[16] 체계이론에 따르면 법은 사회적 환경과 상호적-자율적으로 발전한다.

낙태 문제는 수년간 생명정치 환경 속에만 갇혀있다. 생명정치에서 생명은 정치적인 목적에 의해 도구화된다. 정치란 자기 주장을 관철시키는 수단을 전략적으로 선택한다. 이 과정에서 태아의 생명은 도구화된다. 고전적인 법과 정치의 관계에 대한 생각에 따르면 생명정치를 법과 별개의 체계로 이해하거나 아예 법을 정치의 도구로 파악한다. 정치는 법의 또 다른 실현 방식이고 이를 통해 입법과 법개정이 이루어진다고 믿는다. 그 효력도 사실적 정치영역에서 이루어질 것이다. 그렇기 때문에 낙태는 다양한 정치적 이해관계를 조정하는 맥락에서 해결된다. 여성의 사회적 권리를 위하여 낙태와 육아지원 등이 쉽게 포함되는 이유이다. 생명이 정치화되면서 논의들도 국회로 토론장소를 옮기게 되었다.

21세기 선진화된 법학의 기본 이해는 더 이상 정치를 법과 구분하지 않는다. 역사적으로는 칼 쉬미트류의 정치적 법학의 위험성을 경험했기 때문이고, 기술적으로는 인간의 개별적 정보에 의존하던 방식

13) G.Teubner, Recht als autopoietisches System, Suhrkamp, 1989., 81 이하.

14) Rumelhart/McClleland, Parallel Distributed Processing: Explorations in the Microstructure of Cognition - Volume 1 (foundations) & Volume 2 (Psychological and Biological Models, 1986. 인지이론가 스티븐 핑커(Steven Pinker) 같은 학자들은 이를 과학혁명에 비견되는 사건이라고 평가한다. 인공 신경망 설계(perceptron)가 이를 통해 성공했기 때문이다.

15) N.Luhmann, Rechtssoziologie, Westdeutscher Verlag 1980.

16) Soziale Systeme, 1984; Die soziologische Beobachtung des Rechts, 1986; Die Wirtschaft der Gesellschaft, 1988; Die Wissenschaft der Gesellschaft, 1990; Das Recht der Gesellschaft, 1993; Die Kunst der Gesellschaft, 1999; Die Gesellschaft der Gesellschaft, 2 Bde., 1997 (=GdG); Recht als soziales System, ZfRSoz 20 (1999) 1-13.

에서 네트웍을 통한 정보체계로 이전했기 때문이며, 법이론적으로는 법률주의의 완성을 위한 교육 토대가 성숙되었기 때문이다. 뇌과학이나 신경과학의 성과가 단지 심리치료나 알츠하이머 연구에 집중된다고 보면 소박한 이해이다. 이미 교육영역에서 도입된 인지과학적 프로그램들은 전통 교육 시스템을 바꾸고 있다. 예외적으로 우리나라 법과대학(로스쿨)의 지독히 고전적인 방식만 그대로 유지될 뿐이다. 새로운 인지이론적 교육 프로그램에 따라 설명하면 최근 대통령의 탄핵은 국회의 가중 다수결 결정과 헌법재판소의 탄핵인용을 정한 헌법 제65조와 국회법 제130조, 헌법재판소법 제48조 등에 따른 처리 프로그램이 활성화(절차)된 사건이다. 각각의 체계정항이 코드와 프로그램, 그리고 체계 순서로 정돈되면 그 효력은 자율적으로 지시된다. 여기서 법효과는 절차에 참여하는 사람들의 개별 정치적 역할과 무관하다. 주체는 정해진 규칙에 따라 게임처럼 활성화되었을 뿐이다. 이를 '비주체적 기능분화'(centerless differentialisation)라고 한다.

법적 분석 대상은 개별 코드(code)와 프로그램의 체계내 정합성이다. 산출된 결과에 불복할 수 있는 절차(loop와 feedback 설계)가 메타 규칙에 따라 지시되어 있는지 또는 헌법 제65조와 제84조는 하부코드에서 재검증될 수 있는 가능성이 있는지 등이 교육되고 검토될 수 있다. 체계적 판단이란 우리 헌법 제103조(법관의 독립)과 같이 직업 판사의 의사결정을 헌법, 법률, 법률적 판단(양심)으로 대체시키는 코드를 제시한다. 여기서 판사의 세계관이 설계된 법규범의 지시관계를 압도하면 코드는 활성화되지 않는다. 상위 연상망에서 이 경우 처리가 다시 지시되어야 한다. 계층적 위계 회로가 필요하다. 결국 법학이란 위계적 연상망 안에서 하부적 개별 논증을 지시(결정)해주는 방법론이다.(작동에서 폐쇄적 체계) 여전히 핵심은 도그마틱(Dogmatik)이다.[17] 법철학에서 자주 거론되는 법적안정성이란 도그마틱적 특성에서 효율적으로 달성된다. 법효과의 예측가능성은 프로그램의 정형화된 완결적 수행을 말한다. 각자 다른 언어를 구사하는 것을 벗어나서 통일된 하나의 언어가 작동되는 것이다. 여기서 전통적 정치나 윤리, 종교 등과 같은 요소명제들은 법적 결정에서 무시되는 것이 아니라, 법체계 내로 절차적으로 유입된 지시적 규칙들로 변환된다.

21세기의 모든 법학이 자율지시적 체계질서로 발전된 것은 아니다. 법학이 근본적으로 복잡성을 감소시키고, 동일한 법적용을 정형화시키며, 중립적 법실현을 추구하며, 사회적 예측가능성을 실현시키는 기능을 한다. 비자율적 체계성향은 현대적 의미에서 "시스템 에러"이다. 또 다른 문제는 참여하는 법률가 인식이 과거적이라는 점이다. 세 가지 관습적 편향을 극복하는 과정이 지적되어야 한다. 첫째 논증주체와 논증의 구분이다. 주체의 진술과 수행된 진술의 해석은 구분된다. 해석권한은 주체에 의존하지 않는다. 오히려 객관적인 규칙에 의존한다.[18] 둘째 객관적 외부 규칙에 따를 때 논증의 위계적-

17) Hans Welzel, Naturalismus und Wertphilosophie im Strafrecht, Deutsches Druck- und Verlaghaus 1935.

18) Stanley Cavell, Must We Mean What We Say? Cambridge University Press 1976, 213 이하. 로만 야콥슨의 작가와 작품은 별개로 해석된다는 수용미학과 유사하다.

영역적 혼동은 해소될 수 있다.[19] 법체계는 위계적으로 설계되어 있다. 이러한 특징은 법원의 계층적 구성을 형성한다. 또한 법체계는 영역적 논증구성을 강제하고 있다.(법원조직법) 법률전문가에게는 현대 인지이론의 모듈과 설계구조의 차이를 주의해야 한다는 규칙(때로는 규범)이 적용된다. 셋째는 논증의 체계이론적 지시관계를 전제한 해석을 수행해야 한다. 법률은 일반 중립적 문언과 체계 존중 규칙, 그리고 인식적 규범으로 구성된다. 자주 이러한 법의 규범 특성을 일상이론과 혼동하는 경우를 발견할 수 있다. 예컨대 법적 "과실"을 여전히 생활세계의 일상적 '부주의'로 보는 경우가 있다. 법체계적 과실이란 제도적으로 설계되고 개인에게 요구된 관리 규칙을 위반하였을 때만 논의된다.(형법 제14조)

근대법 프로젝트[20]는 개별 법률의 체계정합에 맞는 이성(성찰)적 코드와 이에 대한 (규칙에 따른) 해석 프로그램, 그리고 그에 따라 자율적으로 지시되어 운영되는 체계의 진화적 설계에서 달성될 수 있다.

4. 모자보건법 제14조의 '매트릭스 분석'

모자보건법 제14조는 형법 제269조 이하의 구성요건에 대한 예외 '규칙'들이다. 이 규정들이 대체로 '규칙'인 이유는 살해금지 규범(형법 제250조 또는 제269조)에 대한 예외적 허용을 지시하기 때문이다. 만일 이 규정이 규범이라면 보다 상위의 원칙-예외를 설정한 메타 규범이 있어야 한다. 이러한 메타 규범이 우리 사회에서 진행되듯이 정치적 인식과 목표에 따라 승인될 수 있는가에 대해서는 소극적이다. 그 이유는 정치와 법의 관계에서 이미 설명했다. 우리 법질서에서 정치적 행동은 모두 법률주의 원칙에 따른 규칙에 의해 치환된다. 기본권상 '자유'는 실정화된 규칙을 지키는 조건을 충족해야 한다. 그 이유는 공동체에서 타인의 자유를 동시에 존중할 것이 규범으로 요구하고, 이 요구된 공동체 우선원칙이 구조적으로 설계(structual design)되었기 때문이다. 개별 규칙 판단(module)은 구조 설계를 근거로 수행된다.

형법 제260조 내지 제270조는 낙태자유화와 같은 정치이념을 대상으로 하는 것은 아니다. 헌법재판소 결정에서 나타나듯이 정치적 이념은 법적 규칙에 따라 서열화된다. 추상적 이념은 법적 논증에 포함되지 않는다. 예를 들어 낙태자유화를 위하여 형법 제270조 제1항의 의료진의 낙태행위 금지규범에 대한 반대논증으로 직업선택의 자유를 주장을 제시하는 것은 가능하다. 논리 또는 인식적으로 부당한 것은 아니다. 그러나 법논증 패턴특성에 부합하지 않는다. 즉 체계(범주)위반적이다. "비윤리적"인게 아니라 법체계에 맞지 않는다. 이를 해결하는 방식은 구조설계를 변경하는 일이다. 헌법 개정으로 선별적 시민생명보호를 규정하는 방식이다. 다만 이런 개헌은 방식은 세계보편인권선언에 반하며, 특별한 이

19) Hans Keslen(변종필/최희수 역), 순수법학, 길안사 1997은 규범의 체계만 설명하는 것에 그치지 않고 규범 상호간의 체계적 해석기법과 그 근거를 철학적으로 밝혀주고 있다.
20) 이에 대한 명확한 설명은 이상돈, 형법의 근대성과 대화이론, 홍문사 1994..

유(나치스 추종)가 없다면 주장하기 어렵다. 이러한 주장은 법률로 금지되기도 한다. 이하에서는 모자보건법 제14조의 개별 규칙들을 조금 더 자세히 평가해 본다.

제14조 제1항: “의사는 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에만 본인과 배우자(사실상의 혼인관계에 있는 사람을 포함한다. 이하 같다)의 동의를 받아 인공임신중절수술을 할 수 있다.”

평가 : 이 규정은 인공임신중절수술의 대상 범위를 정하고 있다. 그런데 주체가 “의사”로 되어 있다. 1972년 미국 연방대법원 ‘로 대 웨이드’ 판결(Roe vs Wade)의 기본적인 취지는 인공임신중절수술을 결정하는 주체는 의사가 아닌 임부 자신이라는 것이었다.[21] 그 이유는 의료계약 최종 결정행위는 미국 헌법상 사생활의 자유 범위에 속해야 한다는 이유다. 그러나 우리 규정은 제14조의 사항에 해당하는 임부와 배우자의 동의로 인공임신중절수술을 의사가 결정하도록 한다. 그 결과 모자보건법 제14조는 형법 제270조의 의료 낙태만 예외적으로 허용하는 규칙이 된다. 제269조에 해당하는 의료진을 통하지 않은 자기 낙태는 배제될 수 있다.

1973년 법률 제정 당시나 그 이후로도 현실적으로는 인공임신중절수술은 허용(또는 장려)되었기 때문에 이 규정은 상징적인 내용일지도 모른다. 비의료시설을 이용한 낙태는 처음부터 논외였을지 모른다. 더붙여서 본인 또는 배우자 동의 규칙은 지금보면 이상하다. 1958년 제정된 민법(1960년 시행)상 여성은 기본적으로 법률행위능력이 없었다. 1989년과 2001년 민법 개정, 2008년 가족관계등록법 시행을 통해 양성평등권이 실현된 현재 상황에서도 이 규정은 그대로 배우자 동의를 요구하고 있다. 동조 제2항은 이에 대한 예외를 정한다. 1973년 당시에는 생물학적 부의 동의가 필요했을지 모른다. 다른 관점에서 동조 제1호 내지 제2호는 본인이나 배우자의 유전이상 내지 질환을 근거로 하므로 동의 주체로 규정하였다고 볼 수 있지만 제3호부터는 배우자와 관계가 없다. 마찬가지로 임신의 원인이 된 생물적 부가 아닌 민법상의 ‘배우자’를 포함한 것은 집합관계에 오류로 보인다.

제1호 “본인이나 배우자가 대통령령으로 정하는 우생학적 또는 유전학적 정신장애나 신체질환이 있는 경우”

평가 : 태아의 우생학적 또는 유전학적 정신장애나 신체질환이 아니라 본인이나 배우자의 유전가능한 정신장애 또는 신체질환을 규정하는 것은 우선 장애인차별법의 취지와 규칙에 반할 수 있으며, 장애를 가진 부와 모의 임신을 제한한 나치스의 1933년 “유전성질병예방법”을 연상시킨다. 앞에서 소개했듯이 이 법률은 유전성 질병을 가진 자의 불임시술을 규정한다. 의학적으로 볼 때 부모의 유전적 특징

21) 박수헌, 낙태에 대한 미국 판례법 경향, 김찬진 등, 초기 인간생명보호를 위한 법적 제언, 세창출판사 2012., 199 이하.

은 태아의 정신질환이나 신체결함을 반드시 유발시키지는 않는다. 생물통계적으로 유전성 질환(선천성 질환) 발병율은 1% 미만이다.

이를 기반으로 인공인신중절수술의 허용을 인정하는 것은 지나친 결론이다. "두려움의 공학"을 통하여 인공임신중절수술을 확장하려는 의도이며 비과학적이다. 시행령 제15조 제2항에서 열거한 '연골무형성증'(achondroplasia, 소위 난장이병)이나 '낭성섬유증'(cystic fibrosis, 외분비질환) 등은 각기 다른 질병군이다. 모두 유전질환 목록에 포함되지만 전자는 우성유전, 후자는 열성 또는 돌연변이로 논의된다. 연골무형성증이 "질환"인지 아니면 특정 발육 이상인지는 분명하지 않다. 보건복지부 장애인등급표에 따르면 연골무형성증 환자가 정상적으로 성장했을 때 신장 남성 145cm, 여성 140cm 이하인 경우 장애등급 제6급 제4호 내지 제5호로 판정받는다. 제6급 6호의 경우 만 2세 미만의 유아의 경우이다. 낭성섬유증의 경우 의학적으로 열성 유전형질에 분류되고 CFTR DF508 유전자 돌연변이로 알려져 있다. 우선 우성 유전질환이 아니므로 부모의 유전적 신체질환이라고 규정하기 어렵고, 연구에 따르면 이 질환을 가진 남성의 97%는 불임이 된다. 즉, 이 규정을 유지할 실익이 별로 없다.

제2호 "본인이나 배우자가 대통령령으로 정하는 전염성 질환이 있는 경우"

평가 : 대통령령으로 정하는 전염성 질환은 시행령 제15조 제3항의 규정에 따른다. 부와 모가 풍진, 톡소플라즈마 등 기타 의학적으로 태아에 미치는 위험성이 높은 전염성 질환으로 규정되고 있다. 일반적으로 풍진은 홍역과 유사하지만 훨씬 증상이 약한 전염성 질환으로 성인의 경우 특별한 치료를 행하지 않아도 된다. 톡소플라즈마란 서양에서는 흔하지만 국내에는 별로 발병이 되지 아니 하는 톡소플라즈마(toxoplasma gondii)에 의한 일종의 기생충 감염이다. 의료계에서는 '무시되고 지나가는 기생충 감염증'(neglected parasitic infection)이라고 부른다. 태아 감염의 경우 홍체망막염, 간비장 종대, 뇌수종, 소뇌증 등을 유발할 수 있다. 개정전 기준에는 단순한 감기나 설사, 유행성 결막염 등도 포함되어 있었다.[22]

문제는 전염성 질병목록의 비합리적 운영과 관리이다. 특히 시행령 제15조 제3항에서 언급하는 풍진과 톡소플라즈마는 국가지정 전염병관리 대상 제2군에 속한다. 통상 제3군까지는 지속적 전염병관리 대상이므로 예방사업을 의무화하는 경우가 많다. 현재 홍역과 풍진은 의무 예방 전염병군에 속한다.[23] 전염병과 태아의 정신 또는 신체질환이란 연관성이 약하다. 과학적 사유는 규칙을 만드는데 좋은 근거이기는 하지만 그로 인한 검증가능성을 배제시키는 것은 더 큰 부담과 위험이 수반된다.

22) 개정전 시행령 제16조의 2의 제1호에 따른 전염병예방법 제2조 제1항 가. 설사 등의 증세가 있는 위장관계 질환, 나. 감기 등 호흡관계 질환, 다, 유행성결막염 및 각막염 등의 안과 질환, 라. 화농성 질환(2007년 개정)
23) 보건복지부/질병관리본부, 감염병의 예방 및 관리에 관한 기본계획(2013-2017), 2013, 3.

제3호 “강간 또는 준강간에 의하여 임신된 경우”

평가 : 일반적으로 범죄학적 적응사유이다. 그러나 첫째 체계 절차상으로 흠결이 있고, 둘째 근거가 애매하다. 김일수 교수는 제14조 범죄학적 적응사유 문제를 지적하면서 강간에 의한 임신시 태아 생명권을 부정하는 것에 대해 문제를 제기한 바 있다. 태아는 도덕적으로 흠결이 없음에도 불구하고 부의 범죄행위에 대해 일정한 책임을 귀속받을 이유가 없다. 현실적으로 볼 때 이 문제는 아직 규범적 확신이 없다. 절차상의 흠결도 있다. 강간 또는 준강간은 형법 제297조는 2012년 개정을 통해 비친고죄가 되었다. 그렇다면 모든 (준)강간은 형사기소 대상이다. 이는 제1항에서 의사가 판단할 사항이 아니라 절차상 범죄사실확인이 이루어진 후 추진될 수 있다. 이 법률에서 명확하게 할 사항은 강간 또는 준강간에 의한 임신이라는 사실의 확인에 대한 내용이다.

현행 생명윤리법률의 제정 근거가 착상전의 배아를 보호하기 위한 것이 포함되므로 이를 토대로 보면 태아는 임부와 독립적으로 보호하는 규칙이 체계내에서 승인되고 있다.[24] 그렇다면 강간 또는 준강간 만으로 태아살해를 결정할 수 있는 것은 아니다. 또한 강간이나 준강간이란 개념은 생활세계에서 감각적으로 판단되는 것이 아니다. 헌법 제27조 제4항의 무죄추정 원칙이나 형사소송법 제307조 증거재판주의에 따를 때 모자보건법 제14조 제1항 제3호는 절차적으로 확정되는 잠정적 규칙명제에 속한다. 다만 현실적으로 이 과정을 기다리는 것이 불가능하다. 이를 해결하는 설계방식은 강간사건 사실확인과 처리절차와 연계해주는 것이다. 강간사건 사실확인원을 제시토록 하고 그 피해구제에 대해 규칙을 연결시켜야 한다. 예컨대 정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률 제58조 제3항은 전자통신망을 이용한 사기나 기타 피해구제를 신속히 처리해주는 규칙이다. 범죄피해자보호법의 일부 규정을 개정해도 이에 대한 해결이 가능해질 수 있으며, 해당 사건 피해자를 국민건강보험요양지급여의 기준에 관한 규칙 등의 개정을 직접 구제될 수 있는 방안도 있어야 한다.

제4호 “법률상 혼인할 수 없는 혈족 또는 인척간에 임신된 경우”

혼인할 수 없는 혈족과 인척의 범위는 민법에 의한다. 그러나 민법상 혼인은 법률혼을 전제한 규칙이다. 존재론적으로 이를 금지시킬 근거는 애매하다. 혼인이 법정화 된 것은 가족관계를 보호하는 효력범위를 형성하기 위해서이다.(헌법 제36조 제1항: “혼인과 가족생활은 개인의 존엄과 양성의 평등을 기초로 성립되고 유지되어야 하며, 국가는 이를 보장한다.”) 우리 헌법은 혼인과 가족생활에 대해 국가의 개입을 제한적으로 보는 소위 사회적 생활권(개인적 사생활의 확장원리)으로 파악하는 듯하다.[25] 근친

24) Duttge/Engel/Zoll(Hrsg.), Genetische Individualit t im Recht, GSzM Bd.13, 2012.
25) 헌법재판소 간통죄 결정 2015.2.26, 2009헌바17.(간통죄는 자기결정권과 사생활 자유와 보호를 침해한다.-다수 의견) 자세한 논의는 신옥주, 헌법상 혼인과 가족제도에 관한 고찰, 아주법학 제9권 제3호(2015), 151-180.

혈족이나 인척간 혼인은 민법과 행정법상으로 제도적 보호와 효력 범위를 정하지 못할 뿐이고 이를 실질적으로 무효화할 수 있는 규칙은 없다. 추측컨대 교회나 국가가 혼인통제권을 행사해 본 적이 없는 우리나라의 경험에서 비롯된 듯하다. 특히 아동양육에 대한 기본적인 규칙을 정하고 있는 아동복지법(법률 제14085호)은 학대 아동의 친권보호 박탈(제15조)을 규정하여 가족 공동체가 아닌 개인 주체의 사생활의 자유와 보호 권리를 규정하고 있다. 요컨대 금지 혈족이나 인척간 임신의 경우 태아 생명권을 박탈시켜야 할 법체계상 설명이 어렵다.

제5호 "임신의 지속이 보건의학적 이유로 모체의 건강을 심각하게 해치고 있거나 해칠 우려가 있는 경우"

평가 : 특별한 이유가 없는 한 이러한 사유를 인정하는 것은 소위 '일반 조항 금지 원칙'에 따라 제한해야 한다. 그러나 제1호와 제2호에서 규정한 사유가 유전학과 전염병이기 때문에 실제로는 임신의 지속이 어려운 경우가 제1항에는 빠져 있다. 임부의 생명이 위태로운 경우는 생명 대 생명의 이익충돌에 해당하여 형법 제22조의 긴급피난으로 평가할 수 있다. 문언상 애매함에도 불구하고 법적인 타당성을 발견할 수 있는 유일한 규정은 제5호 뿐이다.

제14조 제3항 "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."

평가 : 이 규정은 2012년 개정된 민법상 성년후견제도를 무의미하게 만들고 있다. 민법 제9조, 제12조, 제14조의 2에 따라 각 성년후견 심판을 가정법원에서 해야 하고, 제947조의 2 제3항에 따라 피(미)성년후견인의 "신체를 침해하는 의료행위에 대하여" 성년후견인만 동의할 수 있다. 동조 제4항은 신체적 심각한 위험이 있는 의료행위 경우 법원의 허가를 받아야 함을 규정한다. 제3항 후단처럼 임신중절 수술 대상자의 후견인이 없을 경우 부양의무자가 동의할 수 있다고 규정한 것은 문제로 보인다. 민법 제974조에 따르면 직계혈족과 배우자, 생계를 함께하는 친족으로 부양의무자를 정하고 있다. 의사무능력자의 대리동의권은 엄격하게 규정해야 한다.

원칙적으로 법개념과 문언을 법률에서 각각 다르게 사용하는 것은 법체계의 혼란을 만든다. 예를 들어 민법상 대리 행위 원칙(민법 제114조 이하)에서 보장하는 대리권 행사는 개별적인 법률의 규정에 따라 빈번히 무력화된다. 여기서 적용되는 규범은 다음과 같다. 대리인은 피대리인의 권한을 침해할 수 없으며(형법 제355조), 민법 제118조의 대리권 범이 규정에 따라 권한을 정하지 아니 한 경우 보존행위와 물건이나 권리의 성질이 변하지 않는 범위에서 수행되어야 한다. 그럼에도 불구하고 특수한 필요성

에 따른 대리권의 확장현상이 이 원칙을 무기력하게 만든다. 정신보건법 제43조는 '보호의무자' 2인이 강제입원을 결정하고, 환자연명의료결정법 제18조에는 (친권자인) 법정대리인과 환자가족 전원합의로 결정토록 한다. 내 생각에 이러한 제도가 규범적으로 승인되기 위하여는 기본권리에 대한 민법의 개정이 우선되어야 한다.

5. 개정?

하나의 법률체계 내에서 다양한 모듈이 기능하게 만드는 결정은 신중해야 한다. 체계적 혼란을 피하기 위하여 자주 포함되는 소위 관계규정("다른 법률에 우선하여 적용한다.")은 무책임한 입법의 표본이 되고 있다. 근거 없이 '특별법 우선주의'를 주장하는 것은 전체 법질서를 위태롭게 만들 수도 있다. 특별법 우선주의란 과거 나치스나 소비에트와 같은 독재국가에서나 통용되던 법기술에 불과하다. 정상적인 시민들의 승인을 거친 법률들은 상호 모순되지 않도록 설계되어야 한다. 1년에 4천5백억원(2015년 기준) 예산을 사용하는 국회의 입법과 개정법률 심사활동에도 불구하고 상호모순되거나 기본 설계구조에 맞지 않는 법률들이 양산된다는 것은 어떤 경우든 바람직하지 않다. 혼란스러운 법률보다는 아예 없는게 시스템에는 낫다.

원칙적으로 시민혁명 이후 확립된 법률주의 원칙에서는 생명에 '타협적 접근'(Kompromß)은 불가능하다.[26] 시민사회의 구성원리에서 생명과 같이 높은 가치는 비례성 원칙에 따라 비교되기 어렵다. 임신이라는 상황은 착상 후(일부 견해는 수정 후) 출산까지는 자기결정의 범위에서 벗어난 공동체의 표준적 행위 규칙을 적용받는다. 가장 적극적인 규범은 '살인금지'이다.[27] 이를 공동체 구성원 보호책임을 부담하는 국가의 의무관점에서 보면 더욱 그렇다. 좋은 예로 독일의 항공방위법(Luftsicherheitsgesetz) 위헌결정[28]과 영국의 다이엔 프리티 사건[29]에 대한 유럽인권재판소의 결정이다. 두 결정에서 볼 수 있는 원칙은 생명의 보편적 보호와 국가의 시민 생명 보호 의무의 포기 불가이다. 개별적인 법규칙들은

26) Gunnar Duttge(신동일 역), 독일에서의 후기낙태의 문제점, 김찬진 등, 초기 인간생명보호를 위한 법적 제언, 세창출판사 2012.

27) Siep, Konkrete Ethik, 2004, 335; Duttge, Zeitschrift f r Rechtsphilosophie 2007, 76.

28) BVerfG NJW 2006, 751.(1 BvR 357/05) 미국 911 사태 이후 독일 상공에서 테러방지를 위해 항공기 요격을 정한 항공보호법 제14조 제3항(긴급 격추) 규정이 시민의 생명권을 선별적으로 보호할 수 없다는 근거로 연방헌법재판소가 위헌결정하였다.

29) Pretty vs United Kingdom, 2346/02는 신체를 움직일 수 없는 질병으로 수년간 고통을 받다가 자살을 결심한다. 그녀는 남편의 도움으로 자살을 수행할 수밖에 없었다. 남편은 1961년 자살법(suicide act of 1961) 제2조 제1항 규정에 따라 타인의 자살을 원조하는 경우 처벌받도록 되어 있다. 그녀와 남편은 영국 검찰총장에서 이 경우 기소를 중단해줄 것을 요구하였고, 검찰의 거부로 법원에 자기결정에 따른 자살권리(Right to death)를 인정해줄 것을 요구한다. 영국 대법원과 유럽 연합인권재판소는 유사한 이유로 자살이 개인의 결정범위에 포함되는지에 대해서는 유보적이지만 국가는 시민 생명 보호 의무를 포기할 수 없다는 점을 확인했다.

이 원칙을 중심으로 설계되어야 한다.

모자보건법 제14조는 독립된 규정이 아니라 헌법과 형법 제269조 등의 규범 패키지에 포함된다. 즉 관계적 해석이 필요하다. 메타 원칙은 태아와 임부의 생명보호와 국가의 모성과 생명보호 의무이다. 임신과 출산은 시민의 권리이며 재생산권리(Reproductive Right)는 보호받는다. 임부의 자율성은 타인에게 해를 끼치지 않는 범위(harm principle)에서 보장한다. 임신 자체를 금지하는 규범은 불가능하며 이를 제한하는 규칙 설계는 상위 규칙(범)에 따라 구성할 수 있다. 미성년자 또는 특정 혈족간 임신 금지 등은 규칙으로 정할 수 있다. 그러나 임신 중단은 태아살인 금지 규범 때문에 자율적 선택 영역이 아니다. 그 허용은 상위 규범에 따라 정할 수 있다. 모자보건법 제14조 제1항 제5호를 구체적 규칙으로 만든다면, 다음과 같다: 임신의 지속으로 임부 생명에 심각한 위험이 있는 경우 형법 제22조에 따라 형법 제269조는 적용이 중지된다. 그리고 이에 참여하는 의사에 대해 형법 제20조 정당행위 규정에 따라 형법 제270조의 적용은 제외된다. 이 때 모자보건법 제14조 제1항 제5호는 형법 제269조와 제270조를 제22조와 제20조와 연결시키는 지시 규칙으로 볼 수 있다. 반면에 유전학적 근거나 전염병을 이유로 한 인공임신중절수술을 허용할 것인가는 모자보건법 제14조의 평가 체계 내에 국한되지 않는다.

유전과 전염병 정보는 고정된 사항이 아니다. 과학기술 증거에 대하여는 형사소송법 제221조의 3(감정)이나 민사소송법 제333조(증인신문) 또는 제341조(감정촉탁)의 감정 규칙은 감정절차를 사안에 따라 실시하도록 한다. 과학기술 증거원칙은 그 특성상 지속적으로 변화된다. 이를 고정변수로 보는 경우 오류가 발생할 수 있다. 현재 연성법 규칙(전문위원회)으로 구성되는 법률들은 이러한 문제를 해결하기 위한 기술로 볼 수 있다. 좋은 규칙 설계는 개별 사안별로 결정하게 만드는 것이다. 간단히 말하면 제1호와 제2호는 삭제하고 해당 사항 결정을 법원에 위임하는 방식 등이 제안될 수 있다.[30] 언급했듯이 제3호와 제4호는 상위 규범과 부합되지 않는 듯하다. 특히 강간과 같은 범죄적 적응 사유는 태아 생명이 언제부터 시작인가와 같은 다른 규칙들과 검토되어야 하기 때문에 소위 '클래스 위반'이 발견된다.

6. 좋은 설계

현행 모자보건법 제14조는 불행한 역사와 외적인 정치 목적을 반영한다. 법체계적으로도 이질적이어서 현재 다른 법규범이나 규칙과 조화된다고 보기 어렵다. 일부에서 주장하는 낙태자유화나 사회경제적 사유를 포함시킬 것인가는 이 법률이 외부 법체계 환경과 조화 여부를 함께 검토해서 논의되어야 할 것이다. 현대사회에서 입법과 법개정은 과다한 업무량과 복잡성 때문에 국회에서 충분히 검토되지

30) 이 방식은 영국의 인간 생식 및 배아보호위원회(Human Fertilisation and Embryology Authority) 의 업무활동에서 효율성을 평가할 수 있다.

않는 경향을 보여주고 있다. 결국 복잡한 코드들을 평가하고 분석하는 작업은 법률가들의 테스트를 통해 이루어질 것이다. 일반적으로 “매트릭스 측정”은 개별 모듈이 구조에 효율적일 수 있도록 수행하는 점검방식이다. “좋은 설계”란 컨셉과 컨텍스트를 고려하여 규모에 맞는 것을 말한다. 여기서 세부적으로 봐야 하는 것은 사이크로매틱(cyclomatic: 폐쇄 체계내 영역할당)과 할스테드(halstead: 사이크로매틱의 적정성 검토) 등이 복잡해지지 않도록 고려하고, 코드수명이 적절하게 유지될 수 있게 규칙을 만드는 일이다. 일단 모자보건법 뿐 아니라 우리나라 법률들은 대체로 너무 오래되었다.

절대온도를 증명한 물리학자 캘빈(William Thopmson, aka Baron Kelvin)은 “측정할 수 없는 것은 제어할 수 없다”라는 말을 남겼다. 우리는 모자보건법 제14조를 얼마나 이해하고 있는가?

발표 및 토론 »

모자보건법 제14조 개정 논의와 그 너머의 현안

김 현 철
(낙태반대운동연합 회장)

모자보건법 제14조 개정 논의와 그 너머의 현안

김 현 철 (낙태반대운동연합 회장)

모자보건법의 취지는 제1조 법 제정의 목적에 명시된 대로 좋은 것이다. “이 법은 모성(母性) 및 영유아(영幼兒)의 생명과 건강을 보호하고 건전한 자녀의 출산과 양육을 도모함으로써 국민보건 향상에 이바지함을 목적으로 한다.” 그러나 제1조와 가치 충돌이 있는 제14조가 제정 전부터 제정 후, 지금까지 논란이 되었다. 모자보건법 속에 영유아의 생명을 단절하는 낙태 허용 사유가 왜 삽입되었는지는 정치, 경제적인 이유에서 찾는다. “당시 인구증가율이 3%인 것을 2% 이하로 줄이라는 경제논리로 모자보건법 내에 낙태허용 기준을 마련했다.” 1973년 모자보건법 입법심의관이었던 김찬진 변호사가 2008년 2월 13일 보건복지가족부 공청회에서 증언한 내용이다. 군사정변에 의한 군정은 경제발전계획을 수립하고 그에 맞춰 1962년에 강력한 산아제한 정책이 담긴 ‘가족계획’을 발표하고 시행했다. 이는 정부 수립 후 최초의 일이었고 단순한 통계수치 계산법이었으며 미래에 나타날 사회적 악영향을 고려하지 못한 정책이었다. 형법에 낙태가 금지되어 있기에 낙태를 허용할 수 있는 특별법으로 제정된 것이 모자보건법 제14조이다.

모자보건법 제14조에 대한 1970년의 견해

모자보건법의 준비 단계에서 이미 제14조의 문제점이 지적되었고, 그 지적은 지금도 유효하여 참고할 만하다.

동아일보 1970년 6월 12일



人工임신中絶과 母子保健法案

許容限界너무넓다

慶熙大서 세미나

濫用防止 規定도 없어

流産 實態들어 陽性化 주장도

먼저 수태調節에 注力

宋建鎬씨 羅建榮씨 金鍾源씨 權이혁씨

가정

당시 보건사회부가 입법하고자 했던 허용 사유는 1. 임신 유지가 산모의 건강을 해치는 의학적 사유 2. 유전병에 걸린 태아의 출생을 막아야 하는 우생학적 사유 3. 임신, 출산, 양육이 가정의 생활을 어렵게 만드는 사회경제적 사유 4. 성폭행에 의한 임신인 윤리적 사유 등 네 가지이었다. 이에 대해 각계는 공청회를 통해 반대 의견을 제시했다. 법조인은 형법 제269조, 제270조를 제대로 실행할 법령의 구체화가 필요하지 형법에 배치되는 모자보건법 제14조는 불필요한 특별법이라고 했다. 의료인은 태아의 발생과 성장을 아는 전문가로서 입장을 말하는 것을 난처해했다. 언론인은 사회학적 관점에서 문제점을 지적했다. 1. 유전성 정신질환이나 장애의 경우로 태아의 생명을 제거하는 것은 사유로서 정당화 할 수 없다 2. 임신의 유지가 모체의 건강을 해할 경제적, 정신적인 경우라는 규정이 너무 추상적이다 3. 낙태 허용 사유를 넓힐 것이 아니라 산아제한이 필요하다면 정부가 피임의 계몽과 선도에 주력하고 예산을 확보하는 것이 더욱 실제적이고 구체적이다.

반대 의견이 많았음에도 불구하고 제14조를 포함한 모자보건법은 1973년 1월 30일 비상계엄령 하에 국회 해산 상태에서 비상국무회의의 의결로 확정되었고 2월 8일 발효되었다.

모자보건법 제14조 개정의 시도

모자보건법 제14조를 개정하려는 시도는 최근까지도 여러 번 있었지만 내용의 큰 변화가 일어날 만한 개정에는 이르지 못했다. 개정안들 중에는 낙태의 문을 닫으려는 시도와 낙태의 문을 열려는 시도가 있었다.

1. 2000년, 한국천주교 모자보건법 제14조 폐지 청원

2000년 12월 27일 한국천주교 주교회의는 123만 명의 서명지와 함께 모자보건법 제14조를 폐지하는 입법 청원서를 국회에 제출하였다. 그러나 국회에서 제대로 논의되지는 않았다.

동아일보 2000년 12월 29일



사진제공 가톨릭신문

천주교 주교회의 강우일 주교(왼쪽에서 네 번째) 등이 27일 이만섭 국회의장(왼쪽에서 세 번째)을 찾아 모자보건법 제14조 폐지 청원서를 전달하고 있다.

"모자보건법 14條 무분별 낙태 조장"

천주교 주교회의, 국회에 폐지 청원

천주교 주교회의(의장 박정일 주교)는 27일 낙태를 사실상 허용하고 있는 모자보건법 제14조의 폐지를 요구하는 청원서를 국회에 제출했다.

주교회의 상임위원장인 강우일 주교와 김종수 사무총장 및 이창영 정의평화위원회 총무는 이날 이만섭 국회의장을 방문, "낙태의 허용범위를 정하고 있는 현행 모자보건법 제14조는 인간의 존엄성과 기본권을 보장하는 헌법 제10조에 위배되는데다 무분별한 낙태를 조장, 생명경시 풍조 및 성윤리 문란 등 사회문제를 야기하고 있다"고 주장했다.

주교회의는 모자보건법 제 14조 폐지를 위한 서명운동에 동참한 박관용 의원 등 국회의원 50명의 서명과 일반인 123만여명의 서명도 함께 제출했다.

〈송평인기자〉
pisong@donga.com

2. 2008년, 모자보건법 제14조 개정안 정부 입법 추진

낙태를 금지하고 있는 형법은 제대로 적용되지 않았고, 지난 수십 년 간 정부가 앞장서서 산아제한을 이유로 낙태를 조장했기 때문에 사회적으로 낙태는 만연해 있었다. 한편 2004년 이후 정부는 저출산 문제를 감지하고 다급하게 대책을 마련하던 시절이다. 보건복지가족부는 현실을 감안하여 어느 정도는 낙태를 허용하고 대신에 개정안까지 위반하는 경우에는 엄격히 단속하여 두 마리 토끼를 잡으려는 입

법을 추진했다. 당시 보건복지가족부가 '부적절한 인공임신중절 예방사업개발 및 법적 정비방안 연구'라는 이름으로 마련한 초안은 아래와 같다.

현행	2007년 보건복지가족부 개정안 초안
【모자보건법】 **제14조 (인공 임신 중절 수술의 허용한계)** 1. 의사는 다음 각 호의 1에 해당되는 경우에 한하여 본인과 배우자(사실상의 혼인 관계에 있는 자를 포함한다. 이하 같다.)의 동의를 얻어 인공 임신 중절 수술을 할 수 있다. ① 본인 또는 배우자가 대통령령이 정하는 우생학적 또는 유전학적 정신 장애나 신체질환이 있는 경우 ② 본인 또는 배우자가 대통령령이 정하는 전염성 질환이 있는 경우 ③ 강간 또는 준강간에 의하여 임신된 경우 ④ 법률상 혼인 할 수 없는 혈족 또는 인척간에 임신된 경우 ⑤ 임신의 지속이 보건 의학적 이유로 모체의 건강을 심히 해하고 있거나 해할 우려가 있는 경우 2. 제1항의 경우에 배우자의 사망·실종·행방불명, 기타 부득이한 사유로 인하여 동의를 얻을 수 없는 경우에는 본인의 동의만으로 그 수술을 행할 수 있다. 3. 제1항의 경우에 본인 또는 배우자가 심신 장애로 의사 표시를 할	**제14조 (인공임신중절수술의 허용한계)** 1. 의사는 다음의 각호에 해당되는 경우 본인 동의에 의하여 인공임신중절수술을 할 수 있다. ① 임신 (12)주 이내 ② 임신 (12)주 이상 (20)주 이내에 다음의 각목에 해당되는 경우 가. 태아에 심각한 이상이 있어 출생 후 생존이 불가능한 경우 나. 산모의 육체적, 정신적 상태로 인하여 산모와 태아의 생명이 동시에 위험한 경우 다. 사회, 경제적 사유로 인하여 산모가 요청하는 경우 ③ 임신 (20)주 이상으로서 태아에 심각한 이상이 있어 출생 후 생존이 불가능한 경우로서 배우자(사실상의 혼인관계에 있는 자를 포함한다) 동의를 얻은 경우 2. 제1항의 규정에도 불구하고, 제1항의 제1호와 제2호 다목에 의하여 인공임신중절수술을 시행 받으려는 자는 이 법에서 정하는 상담기관에서 상담절차를 마친 후 상담자가 작성한 상담확인증을 인공임신중절수술을 시행하려는 의사에게 제출하여야 한다. **제14조의1 (상담기관의 신고)** 제14조의 상담을 시행하려는 기관은 보건복지부령이 정하는 기준에 합당한 기관으로서, 보건복지부장관에 별지 제*호 서식을 작성하여 신고하여야 한다. **제14조의2 (상담자의 자격)** 법 제14조 규정에 의하여 상담행하는 자는 다음의 각호 1에 해당하는 자 중 법 제14조의3에 의한 교육을 이수한 자로 법 제14조2의 상담기관에서 상근 또는 비상근으로 근무하는 자로 한다. 1. 의료법상의 의료인

수 없을 때에는 그 친권자 또는 후견인의 동의로, 친권자 또는 후견인이 없는 때에는 부양 의무자의 동의로 각각 그 동의에 갈음할 수 있다.	2. 종교를 직업으로 하는 자 3. 변호사 등 법조인 및 사회사업가 4. 관련 분야의 상담경험이 풍부한 자 **제14조의3 (상담자의 교육)** 1. 법 제14조의 규정에 의하여 상담업무를 행하는 자가 받아야 할 교육과정은 다음 각호와 같다. ① 보건의학적 지식 교육 10시간 ② 인공임신중절 관련 윤리 교육 10시간 ③ 관련 법률 및 사회지원체계 교육 10시간 ④ 개인정보 보호 교육 10시간 ⑤ 상담 실습 10시간 2. 제1항의 규정에 의한 교육은 보건복지부장관이 지정하는 관계전문기관이 실시하되, 교육을 받은 자에게는 별지 제*호서식의 수료증을 발급한다. **제14조의4 (상담절차)** 1. 인공임신중절수술의 상담을 받으려는 자는 상담기관에서 인공임신중절수술 상담자의 자격이 있는 상담자와 다음의 각호의 절차를 거쳐야 한다. ① 최초 상담 시 2시간 이상 상담 ② 최초 상담일로부터 2일 이후에 두 번째 상담 1시간 이상 실시 2. 제1항 제1호 내지 제2호의 상담절차 중 상담자는 보건학적, 윤리적, 종교적, 사회적 측면에 관한 내용이 포함된 상담을 실시하여야 하며, 상담내용을 기록하여 본인에게 제공하여야 한다. **제14조의5 (상담기록의 보존 및 보호)** 1. 상담자는 제14조의4에 의한 상담내용 기록을 상담을 마친 후 3년 동안 보존하여야 한다. 2. 상담자는 본인 및 본인이 동의한 대리인 이외의 자에게 개인 식별이 가능한 정보가 포함된 상담내용을 제공하여서는 아니 된다.

주목할 점을 요약하면 다음과 같다.

(1) 모든 낙태 허용 기간은 임신 12주 미만으로 한정한다.

(2) 우생학적, 유전적 사유는 삭제한다.

(3) 사회, 경제적 사유를 추가한다. 성폭행에 의한 임신과 근친간에 의한 임신은 여기에 포함하여 별도의 항목을 폐지한다.

(4) 태아 측 낙태 허용 사유를 추가한다. (국내 최초)

(5) 산모의 건강을 해치는 경우를 산모의 생명을 해치는 경우로 수정한다.

(6) 전치상담(前置相談)과 낙태 숙려기간을 의무화한다.

(7) 상담자와 시술자는 달리해야 한다.

(8) 배우자의 동의가 필요 없이 산모의 요청만으로 낙태를 가능하게 한다.

(9) 산모구명낙태, 사회경제적 사유로 인한 낙태는 임신 20주 미만까지 허용한다.

(10) 태아 이상으로 인한 낙태는 임신 20주 이후에도 허용하는데 이때는 사실상 배우자의 동의를 구해야 한다.

얼핏 보기에는 엄격한 통제 장치를 두어서 제한적으로만 낙태를 허용하는 것 같지만 실제는 낙태를 전면 허용하는 개정안이다. 이른바 '여성의 단독 요청에 의한 모든 경우의 낙태(Abortion on Demand without Apology)'의 변형일 뿐이다. 개정안을 살펴보면 낙태를 하지 못하는 경우는 찾을 수가 없다.

2007년 11월부터 2008년 1월까지 다섯 차례에 걸쳐 전문가 자문회의를 하였고 2008년 2월 13일 대규모 인원이 참석한 공청회가 열렸다. 공청회의 찬반토론을 통해서 일반인도 알고 느낄 수 있었던 것은 낙태는 되면 다 되어야 하고, 안 되면 다 안 되어야 한다는 사실이다. 공청회 이후 정부의 모자보건법 개정 추진은 멈추게 되었다.

3. 2010년, 홍일표 의원 모자보건법 제14조 개정안 대표발의

2009년 11월 1일 대한산부인과의사회 회원 의사 600명으로 구성된 '진오비(진정으로 산부인과를 걱정하는 모임)'가 정부에 낙태를 하지 않고 산부인과를 운영할 수 있는 대책 마련을 요구하면서 낙태근절운동을 선포한다. 이를 계기로 향후 2년 동안 낙태는 뜨거운 사회 이슈가 되어서 수많은 토론과 논쟁이 있었다. 1948년 제헌국회 이후 국회의원이 낙태를 주제로 하여 정책토론회를 주최한 것은 61년 만에 처음으로 있었던 일이다[1]. 2009년 12월 3일 한나라당 홍일표 의원이 주최한 '낙태, 불편한 진실 이

1) 1992~94년 모자보건법의 낙태 허용 사유를 형법에 담는 형법 개정안 논의 때 국회에서 낙태 관련 공청회가 있었으나 국회의원이 자발적으로 주최한 정책토론회는 2009년에 처음으로 있었던 일이다. 그만큼 입법활동을 하는 국회의원들이 낙태 문제를 다루기를 꺼려했다는 뜻이기도 하다.

대로 둘 것인가'라는 제목의 토론회를 시작으로 여러 국회의원들이 관심을 갖고 나섰다. 이듬해 2010년 4월 12일 한나라당 홍일표 의원이 모자보건법 제14조 개정안을 대표발의 했는데 그 핵심 내용은 2008년 정부안의 수정이라고 할 수 있다.

(1) 현행 제14조 제①항 1~5는 그대로 둔다.
(2) 사회적, 경제적 사유를 낙태 허용 사유로 추가한다.
(3) 청소년(청소년기본법 기준 만 24세 이하)이 임신했을 경우 낙태할 수 있다.
(4) 치료적 낙태의 경우는 24주 이하에서, 그 외의 경우는 12주 이내에서 낙태할 수 있다.
(5) 전국에 인공임신중절 상담소를 설치하여, 그 상담소의 상담을 받고 상담확인증을 발급받은 후 2일이 지난 후에 낙태할 수 있다.

사회경제적 사유를 추가하되 임신 12주 미만으로 제한하고 상담과 숙려기간을 의무화 하는 내용을 골자로 한다. 그런데 실상은 이러하다. 우리나라 낙태의 96%가 사회경제적 사유로 인한 것이고, 96%가 12주 미만일 때 일어난다. 따라서 낙태의 전면 허용과 다름없는 개정안이다. 이 개정안은 심의되지 못하고 2년을 계류하여 자동폐기 되었다.

4. 2010년, 이영애 의원 모자보건법 일부법률개정안 대표발의

생명보호의 원칙을 지키면서 여성의 건강과 안전을 위하는 방향으로 모자보건법을 개정한다면 2010년 10월 28일 자유선진당 이영애 의원이 대표발의한 개정안이 참고가 된다. 개정안의 내용은 요점과 조문은 아래와 같다.

(1) 산모구명과 성폭행에 의한 임신 외에는 낙태 허용 사유를 인정하지 않는다.
(2) 산모구명의 경우, 시술자만이 아니라 다른 의사 2명의 판단을 구해야 하고 임신 20주 미만에서만 낙태가 가능하다.
(3) 성폭행에 의한 임신의 경우, 피해자가 범죄를 고소해야 낙태 사유를 인정하고 임신 9주 미만에서만 낙태가 가능하다.

현 행	개 정 안
〈신 설〉	**제3조의4(미성년임부의 특별보호)** 국가는 미성년임부를 특별히 보호하여야 한다.
제14조(인공임신중절수술의 허용한계) ① 의사는 다음 각 호의 어느 하나에 해당되는 경우에만 본인과 배우자(사실상의 혼인관계에 있는 사	**제14조(인공임신중절수술의 허용한계)** ① 임부는 다음 각 호의 어느 하나에 해당되는 경우에 한하여 이 법에서 정하는 절차에 따라 인공임신

람을 포함한다. 이하 같다)의 동의를 받아 인공임신중절수술을 할 수 있다.	중절수술 심사위원회(이하 '심사위원회'라 한다)의 승인을 받아 인공임신중절수술을 할 수 있다.
~~1. 본인이나 배우자가 대통령령으로 정하는 우생학적(優生學的) 또는 유전학적 정신장애나 신체질환이 있는 경우~~	1. 임신의 지속이나 출산이 임부의 생명을 위태롭게 할 수 있는 경우
~~2. 본인이나 배우자가 대통령령으로 정하는 전염성 질환이 있는 경우~~	2. 강간 또는 준강간에 의한 임신의 경우
3. 강간 또는 준강간(準强姦)에 의하여 임신된 경우	② 제1항제1호의 경우 심사위원회에 인공임신중절수술의 승인을 신청할 때 산부인과 전문의 2명 이상이 작성한 진료소견서를 제출하여야 한다.
~~4. 법률상 혼인할 수 없는 혈족 또는 인척 간에 임신된 경우~~	③ 제1항제2호의 경우 해당 범죄를 고소한 경우에 한하여 심사위원회에 인공임신중절수술의 승인을 신청할 수 있다.
5. 임신의 지속이 보건의학적 이유로 모체의 건강을 심각하게 해치고 있거나 해칠 우려가 있는 경우	④ 심사위원회는 제1항제1호의 경우는 임신 20주 이내, 제1항제2호의 경우는 임신 9주 이내에서만 인공임신중절수술을 승인할 수 있다.
~~② 제1항의 경우에 배우자의 사망·실종·행방불명, 그 밖에 부득이한 사유로 동의를 받을 수 없으면 본인의 동의만으로 그 수술을 할 수 있다.~~	
~~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.~~	
〈신 설〉	**제14조의2(심사위원회의 구성)** ① 보건복지부장관은 제14조에서 정하는 내용을 심사하기 위한 심사위원회를 대통령령으로 정하는 국·공립 의료기관에 설치하여야 한다.
	② 심사위원회는 산부인과 전문의를 포함하는 전문의 2명과 윤리학, 신학, 여성학, 법학 및 그 밖의 관련 분야 전문가 3명의 위원으로 구성한다. 심사위원장은 위원 중에서 호

	선한다. ③ 심사위원장은 위원회의 심사 내용과 결과를 보건복지부장관에게 보고하여야 한다. ④ 심사위원회의 구성·운영, 그 밖에 필요한 사항은 대통령령으로 정한다.
〈신 설〉	**제14조의3(인공임신중절수술 의료기관)** ① 이 법에서 정한 인공임신중절수술은 보건복지부장관이 지정한 국·공립의료기관 및 민간의료기관에서 시행할 수 있다. ② 제1항의 인공임신중절수술 의료기관의 지정 및 그 밖의 구체적인 절차는 보건복지부령으로 정한다. ③ 제1항의 의료기관의 장은 인공임신중절수술을 시행한 후 그 결과를 보건복지부장관에게 보고하여야 한다.

이 개정안 또한 심의되지 못하고 2년을 계류하여 자동폐기 되었다.

모자보건법 제14조의 개정이 필요한 부분

현행 모자보건법 제14조를 요약하면(2009년 일부 개정), 임신 24주 이내에 한해서, 우생학으로나 유전학적으로 문제가 있는 경우, 특정한 전염성 질환에 걸린 경우, 성폭행에 의해 임신된 경우, 근친 간에 임신한 경우, 임신 유지가 산모의 건강에 위험을 초래할 경우에 낙태를 허용하고 있다. 조항 중에는 법리적인 근거가 없거나 생명보호 원칙을 벗어난 것이 있다. 개정 제안을 한다면, 이영애 의원 발의 개정안과 크게 다르지 않다. 그 근거는 다음과 같다.

제①항 제1호, 제2호 : 제1호는 우생학적인 발상이며 의학적으로도 근거가 없는 조항이고, 정부가 명령을 내리면 정신장애자의 자녀는 강제 낙태를 시킬 수 있다는 법률 해석도 가능하여 인권침해가 발생할 수 있다. 제2호에서 말하는 전염성 질환이 명시되어 있지 않고 부모의 질환이 반드시 태아에게 전염되는 것이 아니므로 학술적인 보완이 필요하다.

제①항 제3호 : 법률에는 사건의 원인제공자가 결과를 책임지는 일대일 대응의 원칙이 필요하다. 따라서 성폭행에 의한 임신의 경우에는 임산부가 임신의 원인제공자가 아니기 때문에 출산의 책임을 '국

가'가 '법률'로 '강제'할 수가 없다. 그래서 성폭행에 의한 임신이 낙태 허용 조건이 성립하는 것이다. 생명원칙과는 별도로 법리(法理)로는 그렇게 할 수밖에 없다는 뜻이다. 한편 똑같은 법리로 따지면, 범죄는 어떤 남자 어른이 했는데 범죄의 대가는 왜 아기가 치러야 하는가라는 윤리적인 질문이 뒤따르게 된다. 소수이기는 하지만 우리나라에서도 성폭행에 의한 임신을 낙태로 종결하지 않고 출산하여 키우거나 입양을 보낸 사례가 있다. 이와 같이 성폭행에 의한 임신의 경우는 피해 여성의 선택에 따를 수밖에 없는 특별한 경우이다.

현재의 시행령으로는 성폭행에 의한 임신여부를 확인할 수 있는 방법이 없어서 얼마든지 낙태 사유로 오용될 소지가 있다. 성폭행 피해를 경찰이나 검찰에 신고한 단계에서 판단을 할 것인지, 법적 고소까지 했을 때 판단을 할 것인지에 대해서는 추가로 논의가 필요하다.

제①항 제4호 : 근친 간에 강간이 아니라 합의하에 성관계를 가지다가 임신을 하면 성폭행에 의한 임신과는 달리 원인 제공자가 본인인데 그 결과에 대한 책임을 지지 않을 수 있도록 되어 있는 조항이다. 따라서 제4호는 폐지되어야 한다.

제①항 제5호 : 산모구명낙태 조항이지만 현재의 조문대로라면 해석하기에 따라서 낙태를 임의로 할 수 있는 위험이 있다. 산모구명낙태는 다른 낙태와는 달리 위기상황에서 두 생명 중 한 명을 살리는 것이다. 실제로 의료선진국에서는 거의 일어나지 않는 상황이기도 하다. 그러므로 이것은 굳이 법으로 명문화하지 않아도 된다. 그러나 법 조문을 만들고자 한다면 '임신의 유지가 임산부의 생명을 해칠 경우'라고 명시해야 하는데, 우리나라 법 조문에는 생명 대신 건강이라는 용어를 사용했다. 어떤 경우가 건강을 해치는 경우인지 그 해석이 불분명할 수 있다. 산모구명낙태 조문인 제5호를 남겨 두려면 '건강' 대신 '생명'으로 문구를 수정해야 한다.

낙태 관련 법 개정의 역사에서 얻는 교훈

1953년 낙태를 죄로 규정한 형법 제269, 270조 제정, 1973년 일부 낙태 허용 사유를 지정한 모자보건법 제14조 제정, 1982년 낙태 합법화를 형법, 모자보건법 개정안 추진, 1994년 모자보건법 제14조 대신에 낙태 허용 사유를 형법에 담는 형법 개정안 추진, 2000년 태아 생명 보호를 위한 모자보건법 제14조 폐지 청원, 2008년 이후 정부와 국회에서 추진한 여러 건의 모자보건법 제14조 개정 시도, 이런 역사에도 불구하고 왜 제대로 된 결론에 이르지 못하는 것일까?

– 뫼비우스의 띠 –

낙태 찬반은 종교윤리가 아니다. 정치 의제도 아니다. 이데올로기도 아니다. 남녀 권리 다툼도 아니

다. 여론이어서도 안 된다. 인간생명에 대한 과학적 팩트에 따라 결정될 사안이다. 생명과학인 의학(발생학.태아학)에서 수정의 순간부터 물질대사가 시작되므로 모체와는 별개의 독립적인 인간생명체가 발생하는 것이라고 정의하기 때문에 그 정의에 따라 태아의 생명을 보호하는 입장에 서게 된다.

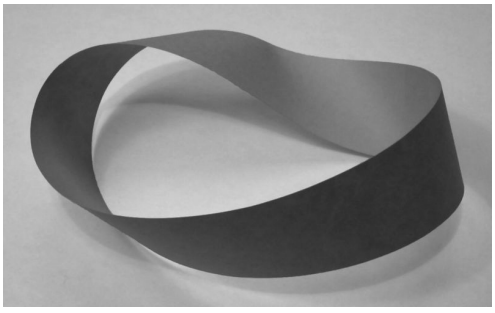
사회의 법률이란 두 사람 이상이 공존하는 상황에서 서로가 서로에게 피해를 입히지 않게끔 약속하는 질서이다. 사회법으로 보호 받아야 할 대상이 누구인가를 결정하는 일이 법률 제정의 시작이다. 46개의 염색체를 지닌 인간 고유의 형질을 갖추게 되는 수정의 순간부터 독립된 생명개체로 의학이 인정한다면 그 때부터 생명은 보호되어야 한다. 수정으로부터 출산까지의 과정을 보면, 인간이 아니었다가 어느 단계에서 인간으로 돌변하는 '혁명적 기점'이 없다. 생명탄생의 혁명적 기점은 오직 수정의 순간이다. 즉, 수정 이후에는 종(種)이 연속적이다.



수정 24시간 5일 40일 8주 12주 18주 6개월 38주 출산

[인간됨의 연속성]

그러므로 임신 단계별로 낙태의 허용범위를 논의하거나 결정하려는 시도는 무의미하다. 만일 의학계에서 수정 후 11주 6일까지는 인간이 아니었다가 12주 1일부터 인간으로 돌변한다고 근거를 제시하면 인간생명체가 아닌 12주까지의 세포덩어리를 제거하는 일에 대해서는 논란의 여지가 없을 것이다. 생명을 존중한다고 하면서 또 한편에서 임신여성의 필요에 따라 생명을 제거하는 방안을 마련하는 논의는 뫼비우스의 띠(M bius Strip)와 같다. 생명의 탄생과 낙태는 양립할 수 없는 두 가지 관점이기 때문이다. 시작과 끝을 잘못 붙여 놓았기 때문에 결론이 나지 않고 논쟁이 무한증식 될 수밖에 없다. 생명의 정의와 생명의 취급태도를 달리해서는 합당한 절충점이라는 것이 있을 수 없다는 뜻이다.



배아복제연구와 관련하여 '생명 윤리 및 안전에 관한 법률'을 만드는 과정에서 수정 후 14일 이전에 배아를 연구용으로, 그것도 제한적으로 사용하도록 허용하느냐 마느냐를 놓고 몇 년을 씨름을 했고, H 박사 한 사람을 위해서 결국은 허용하는 쪽으로 법을 만들었다가 나중에는 재개정하는 작업을 했었다. 이 논란을 주목해 보면, 일단은 의학적으로 수정된 배아를 인간으로 인정하는 것을 전제로 하는 것을 알 수 있다. 경제적인 이익의 창출을 위해서 매우 초기의 인간만을 선별해서 사용할 수 없겠느냐는 양해를 구하는 시도가 14일 이전의 배아 사용문제인 것입니다. 이런 의학이나 법학의 태도에 비한다면, 모자보건법에서는 태아를 불확실한 인간으로 여기거나 상대적 보호대상으로 여기고 있다. 14일 논란이

아니고 14주 논란도 아니고 24주 낙태 가능성을 열어 놓은 상태이다. 24주의 태아가 보호되어야 할 인간이라면, 그는 20주 때도 인간이었고 14주 때도 인간이었고 14일 때도 인간이었다. 따라서 생명을 보호하는 법률이라면, 산모구명 상황과 성폭행에 의한 임신 이외에는 어떤 다른 사유로도 낙태 허용을 타협할 수가 없는 것이다. 앞서 언급했듯이 낙태라는 것은 본질상 그것이 허용되는 것이라면 제한 없이 다 허용되는 것이고, 허용되지 않는 것이라면 타협 없이 불허되는 것이다.

모자보건법 제14조 개정을 넘어선 현재 상황

서구에서나 우리나라에서나 낙태권 주장자들도 낙태라는 의제에는 중간이 없다는 것을 인식했다. 낙태 허용 사유를 늘리거나 생명기간제로 낙태 가능 범위를 조정하는 것이 논리적으로 한계가 있다는 것을 알기 때문에 낙태죄를 아예 폐지하여 낙태를 비범죄화 하는 것을 목표로 정하게 되었다. 그 목표를 타당하게 만들기 위해서는 두 가지가 필요했는데 하나는 비과학과 정치적인 힘이다. 현재의 상황을 보자.

2016년 10월부터 낙태법 폐지를 주장하는 이른바 '검은 옷 시위'가 수시로 벌어지고 있다.







2017년 5월 조기 대통령 선거를 앞두고는 후보자들에게 낙태법 폐지를 약속하라고 압력을 가하고 있다. (심상정, 유승민은 대체로 동의, 문재인, 안철수, 홍준표는 사회적 합의가 필요하다는 말로 입장을 보류하였다.)

여성단체 "낙태죄 폐지에 찬성하지 않는 대선 후보는 페미니스트 대통령이 아니다"

기사입력 2017.04.10



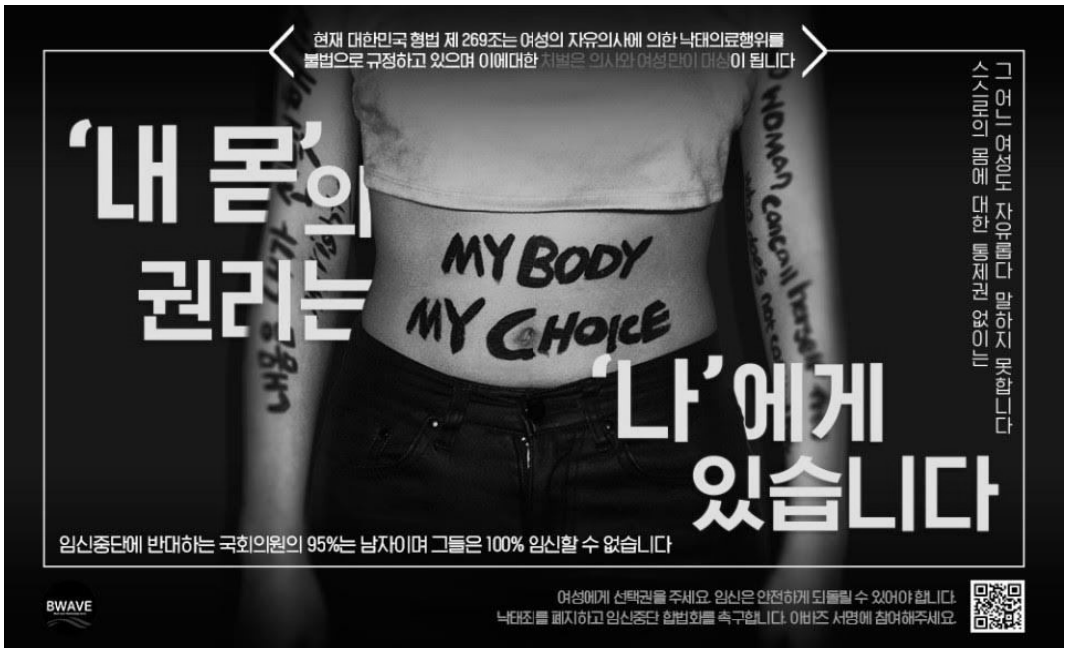
여성주의단체 불꽃페미액션이 10일 오전 서울 광화문광장에서 대선후보들에게 낙태죄 폐지에 대한 약속을 요구하는 기자회견을 열었다.

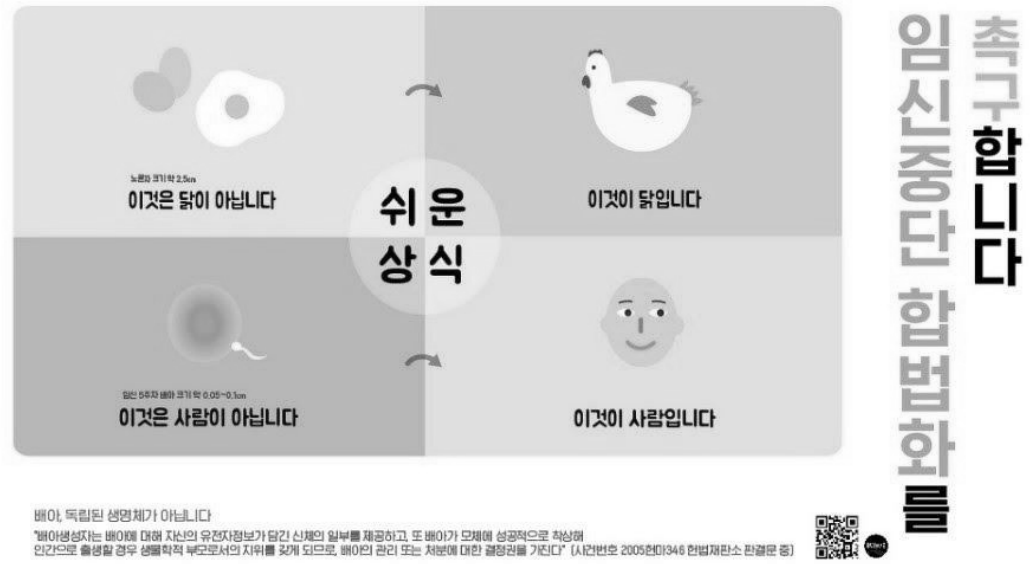
20대 여성단체 "대선 후보자들 '낙태죄 폐지' 약속해야"

기사등록 2017/04/10



서울시와 지하철공사의 허가를 받아 3월 말~4월 초 강남역과 홍대입구역에는 태아는 사람이 아니므로 낙태권은 여성의 자기결정권이라는 대형 광고물이 게시되고 있다.





광고물 하단에 작은 글씨로 배아에 대한 전권이 임산부에게 있다는 취지로 헌법재판소 판결이 있었던 것처럼 판결문의 일부를 인용하였다. "배아, 독립적 생명체가 아닙니다. '배아생성자는 배아에 대해 자신의 유전자 정보가 담긴 신체의 일부를 제공하고, 또 배아가 모체에 성공적으로 착상해 인간으로 출생할 경우 생물학적 부모로서의 지위를 갖게 되므로 배아의 관리 또는 처분에 대한 결정권을 가진다.'" (사건번호 2005헌마346 헌법재판소 판결문 중) 누가 이런 근거를 이용하라고 제안을 했는지는 모르겠으나 이것은 앞뒤 문맥을 자르고 인용한 것이다. 당시 판결이 다루었던 것은 엄마 자궁 속에 있는 배아가 아니라 불임클리닉에서 관리하고 있는 잔여배아를 부모의 동의를 구해 5년 후 폐기할 수 있느냐는 문제를 다룬 것이다. 인용한 문구 뒤에는 냉동보관 된 배아를 포기할 수 있는 결정권이 있기는 하지만 그것도 매우 제한적으로 행사되어야 하며, 잔여배아를 포기할 수 있다는 것이 엄마 자궁에서 성장하고 있는 태아에 대한 결정권을 의미하지 않는다는 점을 환기시키고 있다. 문맥을 무시하고 자기가 필요한 단어가 있는 문구만을 인용한 전형적인 오용이다(부록 1. 생명윤리 및 안전에 관한 법률 제13조 제1항 등 위헌확인 결정요지문 참고).

승자독식의 위기

소중하고 존엄한 생명을 다루는 논의에서 승자독식이라는 표현이 적절하지는 않지만 상황은 그러하다. 모자보건법의 낙태 허용 사유의 일부를 개정하는 정도가 아니라 낙태의 문이 활짝 열리느냐 그렇지 않느냐의 갈등과 싸움이 지속될 것이다. 낙태권 쟁취를 목표로 삼은 일부 여성단체의 요구가 갑자기

사라지지는 않을 뿐만 아니라 더 많은 호응을 구해서 힘을 발휘할 것이기 때문이다. 이런 상황이 역설적으로 올바른 생명관을 인식하게 하는 계기가 될 수 있다. 내재된 가치관과 주장이 쏟아져 나오는 것이 도리어 진정으로 여성을 위한 페미니즘이 무엇인가를 생각하게 하는 계기가 될 수 있다. 미국과 캐나다가 40년 전에 잘못 들어선 길을 우리나라에서는 이제서 들어서려고 한다. 죽음의 문화를 생명의 문화로 역전시키는 것이 얼마나 어려운 것인가를 그들의 역사에 볼 수 있는데 우리는 분별없이 그 길을 그대로 따라갈 것인가? 낙태권이 여성의 권리이어야 한다는 주장에 대해서 명료한 논리를 준비해야 할 때이다. 이에 대해서는 부록2에 낙태죄 폐지 주장에 대한 반론을 실었다[2].

[부록 1]

생명윤리 및 안전에 관한 법률 제13조 제1항 등 위헌확인
(2010. 5. 27. 2005헌마346)

【판시사항】

1. 초기배아의 기본권 주체성 여부(소극)
2. 배아연구와 관련된 직업에 종사하는 청구인의 헌법소원 심판청구에 대해 기본권 침해가능성 또는 자기관련성을 인정할 수 있는지 여부(소극)
3. 배아생성자가 배아의 관리 또는 처분에 대해 갖는 기본권과 그 제한의 필요성
4. 잔여배아를 5년간 보존하고 이후 폐기하도록 한 생명윤리법 제16조 제1항, 제2항이 배아생성자의 배아에 대한 결정권을 침해하는지 여부(소극)

【결정요지】

1. 출생 전 형성 중의 생명에 대해서 헌법적 보호의 필요성이 크고 일정한 경우 그 기본권 주체성이 긍정된다고 하더라도, 어느 시점부터 기본권 주체성이 인정되는지, 또 어떤 기본권에 대해 기본권 주체성이 인정되는지는 생명의 근원에 대한 생물학적 인식을 비롯한 자연과학·기술 발전의 성과와 그에 터 잡은 헌법의 해석으로부터 도출되는 규범적 요청을 고려하여 판단하여야 할 것이다.

초기배아는 수정이 된 배아라는 점에서 형성 중인 생명의 첫걸음을 떼었다고 볼 여지가 있기는 하나 아직 모체에 착상되거나 원시선이 나타나지 않은 이상 현재의 자연과학적 인식 수준에서 독립된 인간과 배아 간의 개체적 연속성을 확정하기 어렵다고 봄이 일반적이라는 점, 배아의 경우 현재의 과학기술 수준에서 모태 속에서 수용될 때 비로소 독립적인 인간으로의 성장가능성을 기대할 수 있다는 점, 수정

2) 일부 내용이 중복되는 부분이 있지만 문맥상 이해를 돕기 위해서 그대로 두었음을 양해하기 바란다.

후 착상 전의 배아가 인간으로 인식된다거나 그와 같이 취급하여야 할 필요성이 있다는 사회적 승인이 존재한다고 보기 어려운 점 등을 종합적으로 고려할 때, 기본권 주체성을 인정하기 어렵다.

2. 법학자, 윤리학자, 철학자, 의사 등의 직업인으로 이루어진 청구인들의 청구는 청구인들이 이 사건 심판대상 조항으로 인해 불편을 겪는다고 하더라도 사실적·간접적 불이익에 불과한 것이고, 청구인들에 대한 기본권침해의 가능성 및 자기관련성을 인정하기 어렵다.

3. 배아생성자는 배아에 대해 자신의 유전자정보가 담긴 신체의 일부를 제공하고, 또 배아가 모체에 성공적으로 착상하여 인간으로 출생할 경우 생물학적 부모로서의 지위를 갖게 되므로, 배아의 관리 또는 처분에 대한 결정권을 가진다. 이러한 배아생성자의 배아에 대한 결정권은 헌법상 명문으로 규정되어 있지는 아니하지만, 헌법 제10조로부터 도출되는 일반적 인격권의 한 유형으로서의 헌법상 권리라 할 것이다.

다만, 배아의 경우 형성 중에 있는 생명이라는 독특한 지위로 인해 국가에 의한 적극적인 보호가 요구된다는 점, 배아의 관리·처분에는 공공복리 및 사회 윤리적 차원의 평가가 필연적으로 수반되지 않을 수 없다는 점에서도 그 제한의 필요성은 크다고 할 것이다. 그러므로 배아생성자의 배아에 대한 자기결정권은 자기결정이라는 인격권적 측면에도 불구하고 배아의 법적 보호라는 헌법적 가치에 명백히 배치될 경우에는 그 제한의 필요성이 상대적으로 큰 기본권이라 할 수 있다.

4. 이 사건 심판대상조항이 배아에 대한 5년의 보존기간 및 보존기관 경과 후 폐기의무를 규정한 것은 그 입법목적의 정당성과 방법의 적절성이 인정되며, 입법목적을 실현하면서 기본권을 덜 침해하는 수단이 명백히 존재한다고 할 수 없는 점, 5년 동안의 보존기간이 임신을 원하는 사람들에게 배아를 이용할 기회를 부여하기에 명백히 불합리한 기간이라고 볼 수 없는 점, 배아 수의 지나친 증가와 그로 인한 사회적 비용의 증가 및 부적절한 연구목적의 이용가능성을 방지하여야 할 공익적 필요성의 정도가 배아생성자의 자기결정권이 제한됨으로 인한 불이익의 정도에 비해 작다고 볼 수 없는 점 등을 고려하면, 이 사건 심판대상조항이 피해의 최소성에 반하거나 법익의 균형성을 잃었다고 보기 어렵다.

[부록 2]

낙태죄 폐지 주장에 대한 반론

낙태죄 폐지 주장에 이르기까지

그동안 낙태권을 주장하는 사람들은 사회경제적 사유를 낙태 허용 조건으로 확대하려고 하였다. “현행법에서는 임신의 유지가 산모의 생명을 위태롭게 하는 경우와 성폭행에 의한 임신의 경우만 낙태를 허용하고 있다. 그러나 낙태의 허용범위를 지금보다는 넓혀야 한다. 낙태가 꼭 옳은 것은 아니지만 사

회경제적인 사유로 출산이 어려운 경우에 낙태를 허용하도록 법을 고치는 것이 현실적이다.” ‘사회경제적인 사유’는 일반인이 의미를 금방 파악할 수 없는 용어이다. 실제는 무엇인가? (1) 더 이상 자녀를 원하지 않는데 임신이 된 경우, (2) 아기를 낳아서 키울만한 경제력이 없다고 판단되는 경우, (3) 터울 조절을 위해서, (4) 임신과 출산이 직장생활에 방해가 되는 경우, (5) 미혼 상태에서 임신을 한 경우, (6) 임신사실이 공개되면 곤란한 처지가 되는 경우이다. 2005년 보건복지부 보고서 『인공임신중절 실태조사 및 종합대책 수립』에서 낙태시술 이유를 살펴보면, 기미혼 평균 96%가 사회경제적인 사유로 낙태를 했다. 그러므로 사회경제적인 사유를 낙태 허용 사유로 확대하자는 것은 “모든 경우에 낙태를 합법화하자.”는 주장과 다를 바가 없다. 왜냐하면 낙태가 허용되지 않는 경우가 단 한 가지도 없기 때문이다.

이렇다 보니 낙태를 할 수 있는 임신주수를 12주 이하로 제한하자는 조건이 추가되었다. 초기에만 허용되어 낙태를 제한하는 것같이 보일 수 있지만 그렇지 않다. 위의 같은 보고서에 따르면 임신 주수별 낙태 비율은 아래와 같다. 임신 12주 미만에 낙태하는 경우가 96%이므로 임신 12주 이내의 경우는 그보다 더 많은 97%이상이 될 것이다. 즉, “임신 12주 이내에 사회경제적인 사유로 낙태를 허용한다.”는 것은 “이제부터는 마음 놓고 낙태하라.”는 뜻의 또 다른 표현일 뿐이다.

서구의 낙태권 주장자들은 이미 낙태 허용 사유를 늘리거나 생명기간제로 낙태 가능 범위를 조정하는 것이 논리적으로 한계가 있다는 것을 알기 때문에 낙태죄를 아예 폐지하여 낙태를 비범죄화 하는 것을 목표로 정하게 되었다. 그 목표를 타당하게 만들기 위해서 필요한 ‘비과학’이 등장했다.

“태아는 세포덩어리이지 아기가 아니다?”

이 주장을 받아들일 의사는 한 명도 없다. 필자는 생명에 관한 한 그 분야 전문가인 의사의 말을 따른다. 왜냐하면 필자는 비전문가이기 때문이다. 전문가의 가르침을 따라서 낙태를 반대하는 것이다. 만일 세계의학협회와 대한모체태아의학회에서 새로운 인간생명의 정의를 발표한다고 가상해 보자. “우리가 지금까지 잘못된 정보로 인간을 이해했다. 초기 배아로부터 12주까지는 인간이 아니고 세포덩어리였다가, 13주 제1일부터 갑자기 인간으로 돌변한다. 따라서 수정 후 13주부터 인간이다.”라고 생명과학적 근거를 제시하며 발표한다면, 필자도 거기에 따라서 입장을 바꿀 것이다. 지방흡입을 하거나 성형수술을 하거나 손톱을 깎는 등 세포덩어리를 조작하는 것을 누가 뭐라고 하겠는가? 그러나 수정의 순간부터 인간생명이라는 것이 분명하다면, 그 생명에 대해서는 어떤 이유로도 손을 대서는 안 된다. 수정된 배아는 단순유기물이 아니다. 엄마가 거부만 하지 않는다면 성장하는 생명체이다. 인간개체가 아닌 세포덩어리가 어떻게 인간으로 돌변하는 일이 가능한가? 최근 미국 텍사스 주에서 임신 16주 된 태아의 척추종양이 발견되어 수술을 시도했다. 임신 6개월 때 자궁을 절개하여 임시로 아기를 꺼내어 종양제거수술을 한 후 다시 자궁에 넣어 봉합하였고, 석 달 후 다시 자궁을 벗어나 3.4kg의 건강한 모습을 보여주었다. 아기도 아닌 세포덩어리를 왜 산모와 의사는 수술까지 했을까? 태아가 사람이기 때문에

치료를 했던 것이지 세포덩어리라면 그런 시도를 하지 않았을 것이다. 태아는 변종 세포인 사마귀나 기생충이 아니다. 제발 소중한 자녀를 그런 식으로 취급하지 말자.



[태아치료의 다른 사례]
태아 뇌수종 수술 장면
수술 후 자궁에 다시 넣어
2개월 후 출산

태아가 단지 세포조각이고 인간생명체가 아니라면 왜 세계의 의사들은 그런 내용을 발표하지 않았는가? 필자가 "얼굴에 난 점이나 사마귀는 소중한 생명이니 제거하지 맙시다."라는 운동을 펼쳤다면 의사를 포함해 전 국민이 타이르고 가르쳐서 잘못된 주장을 고쳤을 것이다. 낙태가 아무런 문제가 없는 일이라면 의사들이 '낙태반대의 어리석음'을 계몽하고 정부가 나서서 낙태반대를 금지시켰을 것이다. 그런 일은 결코 일어나지 않았다. 의사들이 생명의 소중함을 가르치기 위해서 생명학교를 운영하는 것은 보았어도 낙태학교를 세우는 것은 볼 수가 없었다.

어떤 주제에 대해 가치판단과 결론에 이르기 위해서는 그 주제에 관한 진실들을 확인해야 한다. 그 다음 확인된 진실에 근거해서 결론을 내려야 하는 것이 이치이다. 그런데 낙태권을 주장하는 사람들은 '낙태권 쟁취, 낙태죄 폐지'라는 결론을 미리 정하고 거기에 맞추어 "태아는 인간이 아니다."라는 주장을 하는 것이다. 본말이 전도되었다(本末顚倒). 중세에 천동설이 지동설을 재판하는 것과 같다. 지구가 우주의 중심이라는 결론을 정하고 거기에 맞게 태양이 지구를 중점으로 회전하는 것이라는 '과학'을 주장했었다.

여성의 자기결정권, 재생산권, '자궁은 나의 것' 주장에 대하여

여성만 자기결정권이 있는 것이 아니라 남성도 자기결정권이 있고 모든 인간생명체는 자기결정권이 있다. 임신가능성이 있는 성관계라는 행위를 할 것인가 말 것인가 결정권이 여성에게 있다. 피임을 하지 않고 임신하겠다, 피임을 해서 임신을 피하겠다는 임신여부의 결정권이 여성에게 있다. 임신한 아기를 방해 받지 않고 출산할 권리가 여성에게 있다. 그러나 자궁에 착상된 아기를 제거하는 것은 여성의 권한이 될 수 없다. 자궁은 당연히 여성 자신의 것이다. 그러나 자궁에 자신을 연결한 배아는 엄마의 것이 아니다. 그는 이미 엄마와는 다른 인간생명체이기 때문이다. 잉태된 태아가 '내 몸'이라는 주장은 해부학적으로 난센스이다. 여성은 한 때는 심장이 하나이었다가 임신하면 심장이 둘로 늘었다가 출산하면 다시 하나로 줄어드는가? 왜 남의 자궁에 대해 왈가왈부하느냐고 항의할 수 있다. 자궁에 대해 말하는 것이 아니다. 자궁 속에 있는 새 생명에 대해서 말하는 것이다. 옆집 인테리어에 대해서는 왈가왈부하지 않는다. 그러나 옆집에서 생명을 위협하는 상황이 감지되면 도움의 손길을 내민다.

만일 여성이 낙태를 자기결정권이라고 행사했을 때 자녀를 낳아서 키우고 싶어 하는 남성의 자기결정권은 부정된다. 자웅동체로 잉태한 경우가 아니고는 부권을 거부할 권리는 없다. 나의 자유가 남의 자유를 침범할 때는 그것이 권리가 될 수 없는 것이다. 낙태가 여성이 선택할 수 있는 권리 중 하나라

면, 그녀가 택한 출산에 대해 지원책을 마련하라는 주장도 설득력을 잃게 된다.

여성의 자기결정권이 반대로 침해되는 경우를 생각해 보면 태아는 항상 보호되어야 하는 이유를 알 수 있다. 여성의 자기결정권을 낙태하는 선택으로만 주로 생각을 하는데 출산하기를 원할 때를 생각해 보라. 낙태가 합법화 되었을 때 상대 남성은 얼마든지 출산반대를 요구할 수 있다. 낙태가 불법일 때는 남성의 요구는 불법적인 요구이고 법적으로도 여성을 보호할 수 있고 공권력을 동원해서 남성을 막아설 수 있다. 그러나 낙태를 임의로 할 수 있을 때는 낙태 요구가 정당한 주장이 되어버린다. 남성의 낙태 요구에도 불구하고 여성이 출산했을 때 남성은 자기결정권을 행사하여 양육의 책임을 지지 않아도 되고 여성이 남성에게 양육비를 요청하는 것도 부당한 것이 된다. 자기결정권은 반드시 '자기'에게만 적용이 되어야지, 남성이 여성을, 여성이 남성을, 엄마가 자녀를 힘들게 하는 것이어서는 안 된다.

태아의 생명권과 여성의 자기결정권이 충돌하는가?

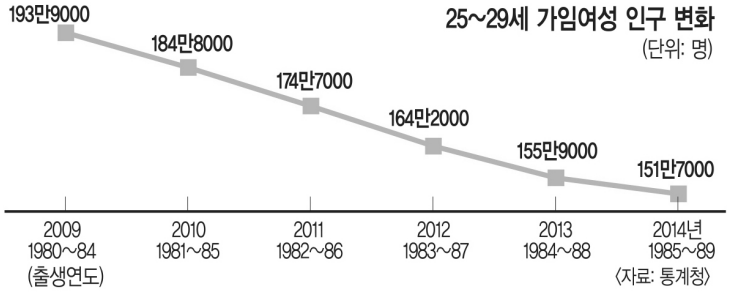
낙태 논쟁에서 자주 등장하는 대결구도이다. 그러나 이것은 잘못된 프레임이다. 태아의 생명권과 여성의 자기결정권은 가치 기준이 서로 다른 주제이다. 충돌시켜서는 안 되는 가치들이고 둘 다 보호되어야 하는 가치이다. 그 둘을 충돌시키는 것은 마치 야구와 축구를 한 가지를 규칙으로 심판하겠다는 것과 같다. 노인의 생명권과 청년의 행복추구권을 비교하여 가치판단을 하려고 한다면 사람들의 반응을 어떨까? 사회가 고령화 되면서 장수하는 노인들 때문에 청년 세대의 삶이 고단하다고 해서 80세 이상 노인들은 더 이상 병원치료를 허락하지 않는다든지 적극적 안락사를 허용할 수 있는가? 노인의 생명권과 청년의 행복추구권은 다른 차원의 주제이기 때문에 비교대상이 될 수 없듯이, 태아의 생명권과 여성의 자기결정권을 비교하는 접근방식을 피해야 한다. 그 둘을 대립시켜서 타협점을 찾으려고 한다면 항상 태아를 희생시키는 타협을 하게 된다.

임산부가 자기 손톱을 다듬거나 쌍꺼풀 수술을 하는 것과 낙태를 하는 것은 차원을 달리 한다. 손톱이나 눈꺼풀의 세포는 생물학적으로 독립개체가 아니기에 여성의 자기결정권 범주에 포함된다. 그래서 우리나라에는 성형수술 금지법이 없는 것이다. 그러나 자궁 속에 있는 태아는 독립개체이기 때문에 수정된 순간부터 여성의 자기결정권 범주를 넘어선다. 태아는 엄마가 선택적으로 제거할 수 있는 대상이 아니다. 도대체 누가 엄마와 아기를 싸움 붙이고 있는가?

낙태가 여성인권을 침해한 대표적 사례, 여아선별낙태

우리나라는 최근에 출산율이 높아져도 출생아수가 줄어드는 디커플링 현상을 경험하게 되었다. 출산율이 높아지면 출생아 수도 늘어야 하는데 2014년 처음으로 반대현상이 일어난 것이다. 전년도 대비 출산율이 0.02가 늘었지만 출생아 수는 도리어 0.2% 감소한 것이다. 그동안 저출산 문제를 다룰 때 주로 출산율만을 주목했는데 가임여성 인구에 문제가 생겼다는 것을 뒤늦게 주목하게 되었다. 가임여성 인구가 10년간 1,300만 명대를 유지하다가 2014년 1,290만 명으로 줄어들었다. 특히 2, 30대 젊은

여성의 숫자가 급격한 감소 추세를 보이고 있다. 그들이 출생했던 1980년대에 무슨 일이 있었던 것일까? 자녀 하나만을 낳는 것이 일반화되면서 아들을 골라 낳으려고 여아선별 낙태가 무분별하게 시행되었던 때이다. 오죽했으면 1987년 의료법에 태아성감별과 고지를 금지하는 규정을 넣었겠는가? 원인은 반드시 결과를 가져온다. 20세기에 생명을 존중하지 않고 경제효과만을 고려했던 선택들이 21세기 우리나라를 위기로 몰아넣었다.



여성을 위한 여성주의

미국 여성주의의 창립자들이 만장일치로 낙태를 강력하게 반대했었다는 사실을 아는 현대인은 많지 않다. 대표적 인물 중 한 명인 엘리자베스 캐디 스탠튼은 1873년의 책에 이렇게 적었다. “우리가 여성이 소유물로 다뤄진다고 여기면서, 자신은 아이들을 소유물로 여기며 낙태하는 것이 적절하다고 하여 아이들을 처리하는 것은 수치스러운 것이다.” 초기 여성해방론자들의 낙태반대의 주장은 단순히 낙태는 나쁜 것이므로 반대한다는 수사적인 표현, 그 이상의 것이었다. 자유연애 지지자이며 첫 여성 대통령 후보였던 빅토리아 우드헐은 1875년 다음과 같이 저술했다. “자신이 자유로운 여성임을 아는 이들은 원하지 않는 아이를 임신하지 않을 것이며, 출생 전에 아이를 살해하는 것 또한 생각하지 않을 것이다.” 낙태는 여성억압에 대한 해결책이 아닌 여성억압의 징후로 인식되었다. 그들이 바란 것은 낙태가 없어지는 것이었지 낙태가 폭넓게 용납되는 것이 아니었다. 1912년 평등권운동을 주도한 앨리스 폴이나 팻 골츠와 같은 여성주의자들은 ‘낙태합법화 운동이 종국적으로는 여성주의 운동을 파괴시킬 것’이라고 선언한 바 있다. 여성평등권을 획득하기 위해서 서구의 여성주의자들이 가장 처음 요구한 것이 참정권이었다. 동시에 여성주의가 낙태권을 주장하면 방향이 잘못될 것을 이미 우려했던 것이다. 그러나 참정권 획득 이후 미국의 여성주의는 여권신장의 수단으로 낙태권 쟁취를 선택했던 것이다.

낙태는 여성들을 해방시키는 대신, 남성들을 해방시켰다. 미국의 경우, 낙태가 가능해짐으로 말미암아 배우자와 자녀에 대한 의무는 선택이 되었고 자녀학대와 여성의 빈곤화는 확대되었으며, 자녀양육의 짐이 도리어 여성에게로 더 많이 옮겨가게 되었다. 자녀양육과 직장생활의 결합을 가능하게 하기 위해서 사회가 변화해야 하는데, 낙태가 가능하기 때문에 사회가 여성의 실질적인 필요를 채우는 책임을 면제받은 꼴이 된 것이다.

낙태 허용은 여성을 사회적 약자로 만든다

잠시 윤리를 떠나 단순히 여성 입장에서만 유불리를 따져보자. 낙태를 임의로 할 수 있게 되었을 때 남자 파트너의 태도는 어떻게 될까? 성관계, 임신, 출산, 육아에 있어서 공동책임을 느끼기보다는 여성의 책임으로 알고 있는 남성들이 아직도 많다. 이런 판국에 낙태라는 비상구가 설치된다면 남성들이 제대로 피임을 하겠는가? 출산에 대한 책임의식이 강화되겠는가, 약화되겠는가? 임신을 했을 때 지금보다도 더 쉽사리 낙태를 제안하지 않겠는가? 낙태라는 비상구를 만들면 남녀 관계에 있어서 여성은 사회적 약자가 될 수밖에 없다. 성관계를 절제하려고 해도 만일의 경우 비상구가 있기 때문에 거절하기가 쉽지 않다. 아직 임신, 출산을 위한 준비가 되어 있지 않아서 피임이 요구될 때도, 만약 임신이 되었을 때 처리할 수 있는 낙태라는 탈출구가 있다고 생각하기 때문에 피임을 회피할 수가 있다. 임신이 되었을 때 육아를 감당하기 어렵다고 느끼면 비상구를 사용할 유혹을 받아서 쉽게 낙태하게 된다. 여성은 과정에서도, 결과에서도 책임을 훨씬 많이 감당해야 하는 처지가 된다. 여성이 낙태로 내몰리지 않기를 바란다.

여성인권과 생명존중을 위한 길 : 낙태를 생각하게 만드는 사회경제적 사유의 해결방법

임신했으나 출산이 걱정되는 상황이 있다. 그러나 죽을 것 같이 고민이 되는 것과 실제로 죽는 것은 비교할 수 없이 다른 것이다. 법을 바꾸는 것이 낙태 문제 해결의 방법이 아니라 낙태가 불법인데도 낙태의 필요를 느끼게 만드는 사회적인 문제, 경제적인 문제를 정부와 사회가 힘을 합해 해결해 나가는 것이 방법이다. 다시 말해, 상황이 잘못되었다면 상황을 바꾸는 노력을 해야 하는데, 상황을 그대로 두고 잘못된 상황에 맞게 법을 바꾸려고 하는 것은 잘못된 문제해결방식이다. 잉태된 아기를 잘 낳아서 살 수 있도록 해주는 노력과 임신으로 인한 고민이 발생하지 않도록, 또는 임산부의 고민을 해결할 수 있도록 돕는 사회적이고 경제적인 노력이 필요한 것이다. 우리나라의 임산부들 가운데서 사회경제적인 사유로 출산보다는 낙태를 선택하고자 고민하는 여성이 있다면, 사회경제적인 환경을 바꾸어서 출산을 당연한 것으로 여기는 풍토를 마련하는 것이 올바른 문제해결의 방식이다. 부모와 자녀가 둘 다 살 수 있어야 한다.

필자가 상담한 임산부의 상당수가 사회경제적인 사유로 낙태를 생각하고 있었던 사람들이다. 그런데 그들에게 태아의 상태를 알려주고, 아기를 출산할 수 있는 사회경제적인 도움을 제공했을 때 대부분 마음을 바꾸어 아기를 출산했다. 임신한 여성의 출산여건을 갖추어주고 그녀를 지지하는 사회 분위기를 만드는 것이 올바른 해결방식이 되어야 한다. 낙태는 인간생명을 제거하는 것이므로 허용될 수도 없지만, 법적으로 낙태를 허용한다고 해서 뒤따라 사회경제적인 문제나 여성의 인권 문제가 해결되는 것이 아니다. 도리어 그 반대현상이 일어날 것이다. 사회경제적인 이유로 고민하고 있는데 그 고민을 낙태로 종결시켜 버리면 국가는 사회경제적인 문제를 줄여나가고자 노력할 필요를 못 느끼고, 따라서 사회경제적인 문제해결을 위해서 예산을 지원하지 않을 것이다. 사회경제적인 문제는 여전히 해결되지

않고 방치된 채 남겨져 있기가 십상이다. 사회적인 문제, 경제적인 문제는 사회적으로 해결하고, 경제적으로 해결해야 한다. 느닷없이 아기를 제거하여 임신을 중단하는 방식으로 사회적인 문제와 경제적인 문제를 해결하려고 하는 것은 가장 잘못된 접근방식이다.



낙태형 사고방식을 우려한다

낙태형 사고방식이란, 원인 제공자가 원인의 결과를 책임지지 않고 타인의 희생을 통해 자신의 위기나 불편을 모면하고자 하는 생각이며 태도이다. 나의 편의를 위해서 내가 불편요소라고 느끼는 것을 제거하는 사고방식이다. 그런데 이런 사고방식은 단기적으로는 자신에게 편의를 제공할지는 모르지만 사회 구성원 모두가 그런 사고방식을 가진다면 나 이외의 수많은 사람들이 나에게 희생을 요구하는 부메랑 효과를 경험하게 된다. 따라서 서로가 서로에게 피해를 주면서 사회는 거칠어질 것이다. 연애와 섹스는 즐거움을 위해 남녀가 합의해서 하지만 그 결과로 생겨난 아기는 책임지기가 부담스러우니 낙태하여 책임을 피하는 행동이 대표적인 예이다. 이런 사고방식이 비단 남녀관계나 낙태에서만 나타나는 것이 아니라 모든 사회적 태도에서 나타나고 있는 것이 오늘의 현실이다. 다른 사람의 피해에 대해 둔감하게 만드는 낙태형 사고방식의 결과는 결국 자기 자신에게도 몇 배의 피해를 안겨준다는 사실을 명심해야 한다. 그 실제를 우리는 뉴스를 통해서 목격하고 있는 중이다. 자녀살해, 영아유기사망, 낙태, 이 셋은 같은 가치관의 다른 현상들이다. 자녀살해나 영아유기는 출생 후 일어나서 눈으로 볼 수 있기에 '사건'으로 여기지만, 똑같은 아기를 출생 전에 제거하는 일은 눈에 보이지 않아서 '사건'으로 여기지를 못하고 있다. 자녀살해, 영아유기와 낙태는 동일선상에 있는 사건이다. 사건이 일어나는 자녀의 나이만 다를 뿐이다.

논리학에서 '미끄러운 경사면'이란 어떤 원칙이 무너지면 연관된 원칙들도 따라서 무너지며 이 현상을 역전시킬 수 없는 상태를 일컫는 말이다. 일단 시작되면 중단하기 어렵고 파국으로 치닫게 되는 행동의 방향을 의미한다. 낙태가 그러하다. 우리나라의 생명원칙이 오래 전에 '미끄러운 경사면'이 되어버렸다. 생명윤리가 미끄러운 경사면이 되었는데 경사면을 그대로 둔 채 넘어지지 않도록 하는 대책이나 떨어져 죽지 않을 대책을 마련한다는 것은 어리석은 일이다. 경사면을 평면으로 고치기 전에는 문제가 해결되지 않는다. 수많은 태아들이 죽는 낙태문제를 방치한 채 자녀학대와 영아유기가 없는 안전한 세상을 만들어 보겠다는 노력은 허무한 것이다.

진정으로 인권을 위하는 사람들이 되자

낙태권은 어떤 논리로도 성립될 수가 없다. 그것이 성립되고자 한다면, 영아유기나 영아살해가 합법


Peter Singer　Alberto Giubilini　Francesca Minerva

화되어야 한다. 비약이 심하다고 생각하는가? 2012년 영국의학저널의 자매지인 의료윤리저널에 신생아 살해의 윤리적 합당성을 주장하는 논문이 실렸다. 호주 모나쉬대학의 알베르토 지우빌리니 교수와 멜버른대학의 프란체스카 미네르바가 쓴 논문의 제목은 'After-Birth Abortion: Why Should the Baby Live?' 이다. 출산 전에 낙태권을 행사할 권리가 있다면 출산 후에도 낙태권을 행사할 수 있어야 한다는 것이다. 낙태가 허용된다면 출산 후 신생아를 관찰하고 판단하여 육아여부를 결정할 수 있는 것도 권리가 되는 것이 연속적인 사고라는 것이다. 이들은 산전 진단을 통해 태아의 기형 등 이상유무를 알고 낙태를 결심할 수 있는 경우라면 출산 후에도 똑같은 결정을 할 기회가 있어야 하므로 신생아 살해도 낙태의 연장선상에서 봐야 한다고 주장했다. 출산 직전까지 "태아는 아기가 아니다."라고 주장했다면 태아나 신생아의 도덕적 지위를 똑같이 보아 출산 직후에도 아기를 포기할 선택권을 행사하는 것이 논리적이라는 것이다. 저자들은 논문에서 "임신 중에 태아의 질병을 감지하기 못했거나 분만사고가 났을 경우, 혹은 신생아를 돌볼 수 없는 경제적, 사회적, 심리적 상황의 변화가 생겼을 때에 산모에게 선택의 기회를 줘야 한다."고 언급했다. 이들이 주장하는 개념을 뒷받침하는 교수는 미국의 피터 싱어이다. 그는 "생명체라고 해서 꼭 살아야 되는 것은 아니다."라고 주장했다. 마치 가축이 생명체이기는 하지만 필요에 따라 도축되듯이 아기가 생겼다고 해서 항상 꼭 생존해야만 하는 것은 아니라는 뜻이다. 이런 주장은 처음 접하는 사람은 거부감을 갖겠지만 논리적으로 합당하고 옹호하는 사람이 늘어나는 것이 현실이다. 이것이 서구사회가 낙태권 주장을 위해서 본말전도의 논리를 만든 결과물이다.

서구사회는 대부분 낙태를 합법화 했는데 왜 우리나라는 아직도 낙태를 불법으로 규정하고 있냐고 외국과 비교한다. 외국과 똑같이 가야 하는 이유는 무엇인가? 과연 그들의 결정이 과학과 정의에 기초했던 것인가? 그 어떤 나라도 과학과 정의에 기초해서 낙태의 문을 연 나라는 없다. 낙태의 비범죄화는 정치적인 결정이었다. 그런 결정을 위해서는 비과학이 과학을, 허구가 진실을 밀어내야만 했다. 외국의 사례를 비교한다면 우리는 외국의 경우를 타산지석으로 삼아야지 왜 똑같이 가려고 하는가?

우리의 관심은 인권이다. 그런데 단지 눈에 보이지 않는다는 이유로 배 속의 자녀들을 홀대하는 것이 인권 이야기와 어울리는가? 배아, 태아, 영아, 유아, 아동, 청소년, 청년, 장년, 노년은 인간의 연령 단계별 호칭이다. 그 가운데 인간이 아닌 존재는 없다. 우리는 모두 태아 출신이며 낙태를 당하지 않은 덕택에 낙태에 대한 논의를 하고 있는 중이다. 낙태는 자녀와 여성, 둘 다에게 불리한 것이지 유리한 것이 아니다. 여성인권을 위하는 길을 찾을 때 죽이는 길은 피하고 살리는 길을 찾도록 하자. 낙태의 고민을 줄이는 사회경제적인 대책을 마련하고 실행하는 데 힘을 기울이는 것이 마땅하다. 낙태를 할 수 있도록 허용하는 것은 결코 방법이 될 수 없다. "우리의 꿈을 이루기 위해 우리의 자녀를 희생시킬

수는 없다. 그 방법으로는 우리 여성의 삶이 풍요로워지지 않는다.” 미국 LiveAction의 여성 회장 라일라 로즈의 말이다.

발표 및 토론 »

모자보건법 제14조의 해석과 개정방향

정 현 미

(이화여대 법학전문대학원 교수)

모자보건법 제14조의 해석과 개정방향

정 현 미 (이화여대 법학전문대학원 교수)

1. 논의를 시작하며[1)]

- 낙태규제에 있어서의 형법의 효용성에 관하여는 긍정과 부정의 입장 차이가 매우 크다. 현실에서 낙태가 성행하는 것은 규제의 정도가 약하기 때문에 더 엄격하게 규제하고 집행해야 한다는 주장이 있는가 하면, 정 반대의 입장에서 현실적인 낙태의 성행은 형법의 실패를 드러내는 것이므로 자유화로 가야한다는 것이다.
- 낙태규제에서 형법의 효용성에 대한 그러한 입장의 차이는 개인의 가치관에 입각한 낙태반대론과 낙태선택론에 기반을 두고 있기 때문에 단순히 분석하기 어렵다.
- 우리나라는 낙태가 만연하고 비교적 엄격한 낙태법을 가지고 있지만, 낙태논쟁이 본격적으로 이루어진 적이 없었던 것이 특징이었는데, 2000년대에 들어서 낙태자유화의 흐름보다는 오히려 낙태반대운동의 일환으로 모자보건법 개정 청원이 몇 건 있었지만 성과는 없었고, 2010년 낙태의사에 대한 고발로 인해 사회적 파장이 있으면서 논쟁이 조금씩 이어지고 있다고 보인다.

2. 낙태담론의 분석

- **낙태반대론의 근거** : (1) 종교적 근거, 주로 기독교 윤리신학에서 주장하고 있는 입장에 따르면, 인간은 수태순간부터 태아의 생명일지라도 사람의 생명과 동일하게 인정될 수 있으므로 보호받아야 한다. (2) 윤리적 입장에서 낙태는 가장 보편적인 범죄로서 인명경시 풍조의 근원이며, 자연법적 관점에서도 인간의 사회윤리적 행위가치를 내포하는 정언명제에 반한다. (3) 규범적으로 태아

1) 이 글은 필자의 다음의 논문내용을 주로 요약한 것임 : 정현미, 낙태규제에 있어서 형법의 효용성, 법학논집, 이화여대법학연구소, Vol.16 No.2, 2011.

를 생명권의 주체라는 주장: 태아가 비록 생물학적으로는 모체에 종속되었지만 생명권과 인간의 존엄성이라는 기본권의 주체라는 이유로 낙태자유를 반대하는 형법학계의 견해, 태아도 인간으로서의 존엄과 가치를 갖는 생명권의 주체라는 이유로 낙태자유에 대해 반대하는 헌법학계의 견해가 있다.

- **낙태선택론** : 낙태선택론의 입장에서는 프라이버시는 헌법에 보장된 기본권으로서 여성의 낙태결정권도 이에 포함된다. 낙태를 결정함에 있어서 본능적 모성애는 내재적 한계로써 작용하므로 사회적 적응사유를 인정한다고 하여도 임부들이 모성애를 가지고 있기 때문에 자기결정권을 남용할 우려는 크지 않다고 한다.
- **낙태담론에서의 혼동** : 낙태에 대한 입장의 대립을 더욱 격화시키고 토론과 타협을 어렵게 만드는 혼동이 있는데, 낙태는 살인처럼 나쁘다 혹은 태어나지 않은 생명도 보호되어야 한다거나, 태어나지 않은 아이도 살 권리가 있다는 사람들의 말을 '태아가 독자적인 권리와 이익을 가지고 있다'는 파생적 주장으로 해석하는 것이 그것이다. 태아를 사람이라고 하며 낙태를 살인 내지 그와 비슷한 범죄 또는 인간생명의 신성성에 대한 공격이라고 말함으로써 낙태를 항상 도덕적으로 나쁘다고 믿게 만들며, 타협을 불허한다. 낙태에 대한 반대를 표명하기 위하여 낙태가 살인이라는 식의 구호를 사용하는 사람들도, 어쩌면 그들이 태아가 사람의 생명권을 가지고 있다고 생각하기 때문이 아니라 낙태가 인간 유기체의 생명에 대한 고의적인 파괴 행위라고 생각하기 때문에 증오의 감정적 깊이를 강조하려는 것일 수 있다.[2)]
- 낙태 및 낙태죄에 관한 논쟁을 생명옹호론과 낙태선택론이라는 단순한 이론적인 틀에 집어넣어 대결구도로 펼치는 것은 처음부터 비체계적인 논쟁이라고 할 수 있다. 낙태에 대한 찬반론은 여성학적, 인구정책적인 논거에서 시작해서 의학적, 윤리적인 논거에 이르기까지 매우 다양하게 주장되지만, 형법의 낙태죄와 모자보건법 제14조에서 규제되므로 보호되어야 할 이익을 중심으로 논증할 필요가 있다.

3. 낙태에서 충돌되는 보호이익의 검토

보호이익의 다원성

- 낙태를 논하는 데 있어 태아의 생명이라는 보호이익은 본질적으로 중요하지만, 보호이익의 다원성을 고려하지 않을 수 없다. 태아의 권리를 임신중단의 논의에 넣는다고 하더라도 그것은 절대적인 것은 아니며, 다른 법적 가치들과 경합될 것이다. 보호이익이란 결코 하나의 특정한 것이 아니다.

2) 로널드 드워킨, 앞의 책, 23-26면.

낙태죄를 통한 보호이익의 스펙트럼은 생명의 보호로부터 임부의 건강, 임부의 자유로운 선택권 이외에도 일반적인 인구정책이나 특정한 성풍습의 보호와 같은 공적 이익에까지 이를 수 있다.

- 공적 이익들은 낙태금지에 전통적으로 영향을 미쳤고, 오늘날의 법규정들의 모습에도 얼마간의 역할을 하고 있는 것은 사실이지만, 보호이익으로서의 독립된 지위를 제공받기에 충분한 비중을 가진 것으로 평가되지는 않는다. 인구증가를 위한 정책을 펴기 위해 낙태를 금지한 예도 있었지만, 오늘날 인구정책이라는 이익을 위해 개인의 출산을 강요하는 것은 전체주의 국가적 발상으로 적절하지 않다. 또한 낙태를 금지한다면 자유로운 성생활을 자제하여 성풍속을 유지할 것이라는 발상도 지극히 단편적이며, 낙태금지만으로 건전한 성풍속이 도모되는 것은 아니다.
- 결국 낙태에서 비교형량의 과제로 다룰 수 있는 독립된 보호이익은 태아의 생명과 산모의 생명 및 산모의 자기결정권으로 요약된다. 아래에서는 태아의 생명 대 산모의 생명, 태아의 생명 대 산모의 자기결정권을 중심으로 검토하려고 한다.

태아의 생명과 산모의 생명

- 임신의 지속이 산모의 생명을 위태롭게 하는 경우, 즉 이미 태어난 생명과 아직 태어나지 아니한 생명의 충돌에서는 상대적으로 태어난 생명이 우선일 수밖에 없다. 따라서 아무리 엄격한 낙태법이라고 하더라도 산모의 생명을 보호하기 위해 일정한 경우에 낙태를 허용하지 않을 수 없다. 매우 엄격한 낙태법을 가진 아일랜드에서도 산모의 생명보호를 위해서만 낙태를 인정하고 있다. 기독교 윤리에 입각해서도 낙태금지의 유일한 예외가 산모의 생명보호를 위한 것이라고 보는바, 한국기독교생명윤리협회의 성명은 “산모의 생명을 구명하기 위한 사유 이외에 어떠한 사유도 낙태를 합리화 할 수 없다”고 한다. 산모의 생명보호를 위해서는 낙태가 허용된다는 입장은 낙태반대론이나 낙태선택론 모두 차이가 없다.

태아 생명과 산모의 자기결정권

- 문제는 원하지 않은 임신의 딜레마에 있다. 원치 않는 임신의 경우, 기본적인 이익의 충돌은 어머니와 자식 사이의 충돌이다. 임부의 이익보호를 위해서는 태아의 희생을 피해갈 수 없는 비극이 놓여 있다. 개인적으로나 사회적으로나 다양하고 수많은 이익의 충돌이 존재하지만, 원치 않는 임신의 딜레마와는 그 심각성의 면에서 다른 것과 비교가 어렵다. 예컨대 아버지나 남편의 이익, 또는 국가의 인구정책이라는 이익은 어머니와 자식 간의 근본적인 충돌에 비하면 단순히 부수적인 것에 불과하다. 따라서 임부는 여기서 문제되는 대립상황의 유일한 진짜 당사자이다.[3)]

3) Eser/Koch, 『Abortion and the Law, From international comparison to legal policy』 (T.M.C. Asser Press, 2005), p. 267.

- 생명을 옹호하는 낙태반대론에서는 임부의 자기결정권보다 태아의 생명이 단연코 우선한다고 볼 것이다. 그러면 태아의 생명은 언제나 자기결정권보다 우선하는 것으로 절대적 우위에 있는가? 태어난 인간의 생명에 대해서도 절대적 보호를 상정하고 있지 않다는 점에서, 그에 대해 긍정할 수 없다. 생명보호의 절대성은 이미 잘 알려진 세 가지의 고전적인 살해금지의 예외 때문에 약화되었다. 정당방위로 행해진 살해, 전쟁에서의 살해, 그리고 사형이 그것이다. 만약 생명의 보호가 단순히 '원칙적인' 것이라면 예외가 가능하다. 태아의 생명보호에서도 예외를 상정할 수 있으며, 그와 다른 이익이 충돌하는 경우에는 이익형량 또는 이익균형심사를 해야 할 것이다. 결국 낙태의 예외적 허용은 궁극적으로 충돌하는 이익들의 형량 문제라고 할 수 있다.[4)]

자기결정권과 자율권

- 그러면 임부의 자기결정권이 태아의 생명보다 우선하는 것인가? 이에 대해서도 긍정할 수 없다. 낙태는 단지 임부의 자기결정권만으로 정당화될 수 없을 뿐만 아니라, 태아의 생명권과 임부의 자기결정권이라는 권리의 충돌로도 격하될 수 없다. 자기결정권이 아니라 자율권을 인정하게 되면, 자기 원하는 대로 행동할 권리는 용인되지 않을 뿐 아니라, 책임 있게 행동하는 한에서 자신의 생명, 건강, 안녕 및 기타의 개인적인 이익들을 주장할 권리를 부여받는다.
- 그렇다고 태아의 생명보다 임부의 자율권이 항상 우선하는 것은 아니다. 모든 관련요인들을 총망라하는 평가가 이루어져야 하는데, 태아의 발육상태, 임부의 구체적인 상황뿐 아니라 그녀의 자기방어적 염려도 고려에 포함된 망라적인 평가가 이루어져야 한다.
- 이런 점에서 낙태선택론이 구체적인 경우 보호이익의 형량으로 낙태의 정당성을 판단하는데 적합하다. 낙태선택론에 대해 반대론자들은 여성들의 낙태선택권이란 급진적 경향을 가진 주장이며, 이런 주장의 배경은 성개방적 의식 및 가정과 전통윤리의 붕괴에 있다고 비판하며 낙태행위는 생명의 존귀함을 몰각하거나 도덕불감증을 가진 행위라고 한다. 그러나 낙태선택론의 입장에서는 낙태반대론자들이 생각하는 것처럼 선택론자들이 생명을 존중하지 않는 가치관을 표방하는 것은 아니다. 낙태선택론자들도 생명보호를 중시하는 것은 마찬가지이며 낙태를 범죄로 보아 낙태죄를 규정하는데 이의가 없으므로 가치관의 차이에서 논쟁이 비롯되는 것은 아니라고 본다. 따라서 양자의 주장은 자기결정권과 태아의 생명권보호라는 대결구도에 있지 않다. 낙태선택론은 단지 현실의 치유책으로 법적 규제수준을 하향하고 낙태실태를 개선하여 상향시킴으로써 법과 현실의 접목을 꾀하고자 하며, 낙태허용의 근거와 범위를 변경할 것을 주장하는 것이다. 그러므로 낙태반대자들이 낙태선택권을 가치관의 전도로 보아 미래의 큰 변화를 예기하고 우려할 것은 아니다.
- 낙태를 어느 범위에서 금지하고 허용할 것인가는 우선 입법에 직접적으로 관련이 되며, 찬반의 논

4) Eser/Koch, 『Abortion and the Law』, p. 268-270.

쟁을 통해 허용과 금지의 한계가 정해진다. 그리하여 낙태규제법은 매우 엄격한 정도에서부터 매우 완화된 정도에 이르기까지 폭넓은 스팩트럼 중 어느 한 점에 위치하게 될 것인데, 어떠한 형태의 낙태규제법이든 그것이 낙태를 억제하는 데 효율적인가는 별개의 문제가 된다.

4. 형사처벌의 위협으로 낙태가 억제되는가?

- 우리의 경우 높은 낙태률은 낙태법의 위하적 효과가 경시되어 나타난 결과라기보다, 낙태죄가 특별히 드러나지 않는 한 기소조차 되지 않는 관행이 오랫동안 굳어진 결과라고 할 수 있다. 우리나라와 같이 의학적 적응사유와 윤리적 적응사유만 인정하는 엄격한 낙태법을 가지고 있음에도 낙태가 성행하는 것은, 법 자체의 위하력의 문제라기보다 법집행의 공백이 낳은 결과이다. 그러므로 일부 견해가 낙태의 성행은 낙태를 허용하는 모자보건법 때문이므로 더 엄격한 법으로 개정해야 한다는 주장은 낙태현실을 제대로 진단하지 못한 것이다. 낙태법을 더 강화한다고 해서 낙태율이 줄어들지 않는다. 오히려 낙태법의 강화로 불법낙태의 범위만 더 넓어질 것이다. 물론 철저한 법집행을 한다면 단기일 내에 낙태가 억제되는 효과가 있겠지만, 외국으로의 원정낙태나 위험한 낙태시술과 같은 부작용이 따를 것이다. 현재 우리의 경우 낙태죄의 불기소를 단순히 수사기관의 직무유기라고 비난할 수 없는 것은 낙태에서는 기소와 처벌만이 능사가 아니기 때문이다.
- 반대로 낙태법을 전면적으로 허용한다고 해서 반드시 낙태의 빈도가 걷잡을 수없이 증가하지는 않을 것이다. 그렇다면 낙태영역에서 형법은 정말 무용지물인가를 의심할 수 있지만, 성급하게 단정할 수 없다. 임산부가 태아의 희생을 딛고 선택할 수밖에 없는 불가피한 딜레마에서 발생되는 낙태에는 여러 가지 요인이 작용하므로 단지 형법의 기능만을 문제 삼을 수 없는 특수성이 있다.
- 형법만이 낙태를 막을 수 있다는 기대는 비현실적이지만, 형법이 실질적으로 아무런 기능을 하지 않는다는 주장도 타당하지 않다. 형법은 다른 요인들과 더불어 낙태의 결정에 공동으로 영향을 미친다. 모든 원치 않는 임신이 낙태로 이어지는 것은 아니며, 그러한 임신을 한 임부 중 상당수가 낙태 대신에 출산을 선택한다. 이는 형벌의 위협 때문만은 아니며, 형법 이외에 낙태억제에 미치는 영향으로 임부 자신의 도덕적 태도, 임부를 둘러싼 주변사람들의 역할, 임부가 처한 사회적 환경 및 경제적 상황, 의사의 역할 같은 것을 들 수 있다.

5. 모자보건법 제14조의 문제

- **사회적 허용사유의 부재** : 허용사유를 임부의 건강과 생명에 대한 위험에 엄격히 제한할 것인지, 아니면 사회적인 요인들을 고려할 것인지의 선택이 낙태규제에서는 핵심적인 문제가 된다. 모자보건법 제14조에서는 허용조건으로 사회적 적응사유를 두고 있지 않음으로써 그에 해당하는 대부분의 낙태가 불법으로 규명됨에도 불구하고 대책이 없다. 엄격한 낙태법이 있음에도 아랑곳하지 않고 낙태가 성행하고, 그렇다고 모든 불법적 낙태를 규제할 수 없고, 규제하면 낙태여행이라는 편법이 따른다면, 그 낙태규제법은 최선의 것이 아니다. 그러므로 낙태규제의 현실적인 효용성을 높이기 위해서는 우선적으로 갈등상태에서의 임부의 자율권을 인정하는 방향으로 나가야 하고, 사회적 적응사유를 허용요건에 포함시켜야 한다.
- **절차규정의 부재** : 모자보건법 제14조에 의학적·윤리적 적응사유를 두고 있지만, 확인하는 절차규정이 없기 때문에 사전에 허용사유의 존재를 확인할 의무가 부과되지 않고 그에 따라 무규제의 상태로 연결된다. 허용사유를 열거하는 방식을 취한다면, 적응사유는 무엇이며, 그것을 누가 확인하고 어떤 방식으로 할 것인가에 대해 구체적인 규정이 있어야 한다.
- **상담을 통한 낙태억제** : 낙태규제에서 상담중심의 접근법은 1990년대 서유럽을 중심으로 확대되어 매우 긍정적인 평가를 받고 있다. 영국에서는 1967년 낙태법이 도입됨으로써 상담 네트워크가 확립되었으며, 법적인 근거가 없었을 때에도 헝가리에서처럼 상담이 중요성이 정부당국에 의해 거의 직접적으로 인정되었었다. 1970년의 독일형법 선택초안(Alternativ-Entwurf)에서 그 당시 국제적으로 잘 알려지지 않은 상담이라는 제도를 발상하여 그 후부터는 개정논의에서 중요한 제도로서 부각되었다. 결국 결정적인 돌파구가 생겨난 것은 1992년의 '임부 및 가족 보조법(Schwangeren und Familienhilfegesetz)'의 근간을 이루는 “상담”이 원칙적으로 독일연방헌법재판소에 의해 승인된 때이다. 독일 이외 네덜란드, 프랑스, 스웨덴 등 다수 국가에서 상담 접근법은 낙태법 개정에서 점점 더 많은 역할을 하고 있다.
- **상담의 중요성** : 임부자신이 진지한 상담을 거치고 양심적으로 평가과정에 참여한 후 확인한 결과 긴급상황이 존재한다면 낙태가 합법화된다고 보는 것이 보다 더 진실하고, 더 희망적이고, 더 효율적인 대안일 것이다. 따라서 적응방식보다 임신초기의 일정한 기한내에 낙태를 허용하는 기한방식이 더 규제법으로서 효용성이 더 클 것으로 보인다. 적응사유의 유무를 제3자가 판단하는 적응방식보다 임부가 자율적인 결정을 내리도록 조언해주는데 초점을 맞추는 기한방식이 여성이 스스로 좀 더 진지한 대우를 받고 있으며 동등한 파트너로서 간주되고 있다고 여김에 따라 대화의 기회가 증가하고, 사회적 소통의 기회를 가진 여성들은 더 적극적인 규범의식을 함양할 수 있을 것이다. 그밖에 기한방식에 따른 절차로는 기한에 따른 상담에 관한 규정, 낙태시술 의사가 따라야 할 요건

및 사후적인 기록 및 보고 등에 관한 규정이 있어야 할 것이다.

6. 결론 : 모자보건법 제14조의 개정방향 - 형법 편입

- 낙태라는 용어는 일상적으로 주로 사용되는 것인데, 그동안 처벌의 잣대를 들이대어 처벌하지는 않았지만 불법, 은폐, 비리, 파렴치 등 부정적 이미지와 연관된 느낌을 지울 수 없다. 낙태를 할 선택할 수밖에 없는 여러 가지 사유들을 감안하여 법적으로 위법성이 조각되는 허용되는 행위로 범위를 넓힌다면 대부분의 낙태는 정당한 행위의 범주로 포섭된다. 그러므로 낙태허용범위를 둘러싼 논의에서 “낙태”라는 용어보다 “임신중단”이라는 가치중립적인 용어를 사용하는 것이 합의점을 찾아가는 데 적합하다.
- **업무상낙태죄 삭제하고 부녀 자기임신중단 외에는 법정형을 높임** : 현행법은 생명을 보호해야 할 의사가 태아생명을 박탈하는 낙태시술을 하는 점에서 더 비난할 수 있다고 보았지만, 일반인보다 더 안전하게 시술할 수 있는 의사 등의 낙태를 더 무겁게 처벌할 이유는 없다. 1992년 법무부 개정안은 업무상낙태죄를 폐지하는 대신 영리를 목적으로 하는 낙태죄를 신설하고 있다. 영리낙태죄의 신설을 주장하는 것이 형법학계의 다수설이지만, 반드시 신설할 필요가 있는지는 의문이다.
- **낙태치사상죄의 법정형 조정** : 폭행죄와 비교하여 형의 균형이 맞지 않다. 1992년 개정안처럼 부동의낙태로 상해에 이르게 한 때는 5년 이하, 사망에 이르게 한 때는 10년 이하의 징역에 처하도록 상향조정함이 타당하다.
- **모자보건법 규정의 형법 편입** : 모자보건법의 목적은 모성 및 영유아의 생명과 건강을 보호하는 것이므로 낙태죄를 여기에 규정하는 것은 적절하지 않다. 모자보건법의 낙태허용범위를 형법에 편입시켜 낙태의 금지와 허용에 관한 모든 조문을 형법에 담아 일원화시킬 필요가 있다.
- **기한과 결합한 상담방식의 채택** : 기한방식으로 가는 것은 낙태자유화의 외관이 더 뚜렷이 부각되므로 사회적 합의를 끌어내기 어려울 수 있다. 그러나 임신중단의 현실적 문제를 합리적 해결하기 위해서는 어떤 방식이든 상담을 전제로 임신중단을 허용하는 방향으로 가는 것이 적절하다고 보인다. 상담을 전제로 한다면, 사유방식보다 기한방식이 절차를 준수하게 하고 임부에게 책임감을 전제로 한 자율권보장에 더 적합하다고 보인다. 외관상 사유방식이 태아생명보호에 더 충실할 것 같지만, 사유방식의 경우 제3자가 사유확인을 위한 판단을 해야 하는데, 결국 임부의 의사에 영향을 받지 않을 수 없어 현실적으로 기한방식과 별 차이가 없다. 사유방식은 절차확인의 비용을 더 들이는데 비하여 임부와 의사의 도덕성과 책임성을 끌어내는 데 소극적일 수 있어, 장기적으로 보면 기한방식이 태아의 생명보호에 더 충실할 수 있다. 착상 후 12주 이내 상담을 전제로 임신중단을

허용하는 입법으로 개정되어야 한다.

- **의학적 사유에 대해서는 허용기한 두지 않음** : 허용기한을 사유별로 구분하여 제시할 필요가 있는데, 범죄학적 사유는 14주로 하고, 의학적 사유는 시간적 제한을 두지 않는 것이 적절하다.
- **우생학적 사유의 삭제** : 우생학적 사유에 의한 인공임신중단수술을 비판하는 입장에서는 태아의 생병을 우생학적 이유 때문에 침해하는 것은 결국 건강과 생명을 바꾸는 결과이며, '생명의 질'을 위해서 생명을 희생시키는 것에 지나지 않는다.
- **윤리적 사유의 확대** : 강간과 준강간으로 제한한 것을 강제추행죄, 미성년자간음죄, 업무상 위력 등에 의한 간음죄, 혼인빙자간음죄에 의하여 경우까지 확대하였다.
- **절차규정의 신설** : 임신중단사유 및 제한기간, 상담과 관련한 규정, 의료보험 등에 관한 규정을 두어야 한다. 그리고 그 규정에 위반하는 행위에 대한 처벌조항을 둘 수 있다. 상담은 의무적으로 규정하는 것이 입법목적을 더 효과적으로 달성할 수 있다. 상담에 관하여는 상담업무를 담당하는 기관과 상담원의 자격, 시설적인 면에서 최소한의 허가조건, 상담원교육, 외부인사 혹은 외부기관과의 공동작업, 규칙적인 업무보고 등을 규정해야 한다. 그리고 상담과 임신중단시술 사이에는 임신중단유보기간을 두어 임부로 하여금 임신중단결정을 신중하게 하도록 해야 할 것이다.

발표 및 토론 »

모자보건법 개정을 넘어 낙태권을 허용하는 형법 개정으로

이 미 경

(한국성폭력상담소 소장)

모자보건법 개정을 넘어 낙태권을 허용하는 형법 개정으로[1)]

이 미 경 (한국성폭력삼담소 소장)

1. 시작하며

작년 10월 29일 오후 2시부터 종로 보신각에서 〈'낙태죄' 폐지를 위한 검은 시위〉가 열렸다. 강남역 10번출구, 불꽃페미액션, 사회진보연대, 성과재생산포럼(공익인권변호사모임 희망을만드는법, 연구공동체 건강과대안, 장애여성공감, 지구지역행동네트워크), 성매매문제해결을위한전국연대, 젠더정치연구소 여.세.연., 페미당당, 평화를만드는여성회, 한국성폭력상담소, 한국여성노동자회, 한국여성단체연합, 한국여성민우회, 한국여성의전화, 한국여성장애인연합의 공동주최로 진행된 이 행사에서는 "진짜 문제는 '낙태죄'다!"라는 구호가 터져 나왔다. 그날 한 당사자는 자유발언대 나와 자신의 경험을 다음과 같이 말했다. "어떤 모욕을 받아도 저는 제가 꿋꿋이 이 모든 것들을 이겨내야만 하는 줄로만 알았습니다, 전 죄인이었으니까요. 그런데 고통의 원인을 찬찬히 쫓아가보면 제 뱃속 작은 세포가 아니라 세상의 도덕에 닿게 됩니다…(중략)… 당신들이 반대하고 있는 건 비도덕 행위가 아닌 누군가의 삶입니다. 나의 삶이고 여기 모인, 그리고 다른 모두의 꿈과 웃음입니다."[2)]

낙태죄의 성립 여부를 좌우하는 모자보건법 제14조의 개정은 우리사회에 어떠한 변화를 가져올 수 있을까? 오늘 토론회에서 논의하는 개정안은 실제 위 발언자의 삶에 어떤 영향을 줄 수 있을까? 또한 이 법의 개정으로 법과 현실의 괴리를 보여주고 있는 성폭력 피해자의 인공유산이 합리적으로 가능할 수 있을까? 본 발제문은 이러한 질문에서 출발한다.

---

1) 이 글은 한국여성인권진흥원 여성·아동폭력피해중앙지원단의 연구용역에 본인이 책임연구원으로 참여해 전국성폭력상담소협의회와 한국성폭력상담소(2012)가 공동으로 진행한 「성폭력 피해로 인한 인공임신중절수술 지원 실태 및 개선방안 연구」의 내용을 수정 요약한 것임을 밝힙니다.

2) 한국여성민우회 홈페이지(2017. 4. 21일 검색)
http://www.womenlink.or.kr/minwoo_actions/18523?f_query=%EB%82%99%ED%83%9C%EC%A3%84

2. 모자보건법 14조와 성폭력 피해자의 낙태권

우리나라에서 성폭력 피해로 인해 임신을 한 여성들의 인공유산은 법적으로 보장된 권리이다. 그럼에도 실제 피해자들은 신속하고 안전하게 시술을 받기 어려움을 호소하고, 심지어 적절한 시술 시기를 놓쳐서 원치 않는 출산을 해야 하는 경우도 있다. 따라서 성폭력 피해의 결과로 임신을 한 여성들은 성폭력 사건으로 겪는 분노와 혼란, 고통을 넘어 신체적, 정신적으로 또 다른 심각한 피해에 직면해 있는 실정이다.

그럼에도 현재 우리사회에서는 성폭력 피해로 인한 임신이 연간 몇 건이 발생하는지, 그리고 피해자들의 인공유산 과정에 어떠한 문제가 발생하고 있는지 등에 관한 구체적인 조사연구나 통계가 없다. 더욱이 이러한 문제의 근본적인 요인이 되는 '강간 입증'의 문제는 거의 논의조차 제대로 안 되고 있다. 관련한 구체적인 정책 또한 마련되지 못하고 있는 실정이다. 단지, 피해자를 상담하고 지원하는 전국의 성폭력상담소나 해바라기센터 등에서 접하는 안타까운 상담사례들로 남아있을 뿐이다.

12년 전인 2005년에 성폭력 피해로 임신한 여성이 검사의 낙태지휘 거부로 인한 출산 등 담당수사관들의 직무상 불법행위로 인하여 정신적 고통을 받았다며, 국가대상 손해배상소송이 제기되었다. 재판부는 피고인이 화간이라고 주장하고 있고, 낙태지휘는 검사의 직무범위에 속한다고 보기 어려우며, 직무관련성이 인정된다 하더라도 수사가 종결되지 않은 상황에서 원고 측의 요청대로 강간에 의한 임신 여부를 확인해줄 수 없다는 근거를 들어 이를 기각했다.[3)]

이 판결은 모자보건법에서 성폭력 피해로 인한 임신의 인공유산을 허용한다고 해도 실제로 피해자들이 겪고 있는 현실과는 커다란 간극을 일으키고 있음을 보여주고 있다. 결국 성폭력 피해자가 합법적으로 임신중단을 할 수 있는 경우는 적어도 1심 재판이 끝난 이후에나 가능한 것이며, 만약 피고인 측이 항소나 상고를 한다면 그 기간은 2-3년까지 늘어날 수 있다. 임신 10개월 만에 출산하게 되어있는 생물학적 사실은 이 재판과정에서 철저히 무시될 뿐만 아니라, 원치 않는 아이를 낳아야만 하는 피해여성의 고통과 이후 아이를 누가 어떻게 키울 것인지 등의 실제적 문제는 전혀 고려되지 않고 있다. "그런 것은 민사소송으로 해결하라"는 담당검사와, 이러한 검사의 처분이 불법행위가 아니라고 보는 재판부의 판결에 이르기까지 일련의 과정은 여성의 몸에 대한 자연과학적 이해와 지식, 그리고 사회적 차별과 억압에 대한 사회과학적 분석 등의 학제적인 연구가 필요함을 말해준다.

---

3) 서울중앙지방법원 2005. 4. 20 선고 2005가소7629, 서울고등법원 2005. 10. 21 선고 2005나13003, 대법원 2006. 4. 13. 2005다71451. 이 소송 외 국가인권위 진정의 결정에서는 모자보건법의 주무부처인 보건복지부 건강정책과에서 인권위에 제출한 검토의견은 "단순한 당사자의 진술만으로 강간의 사실을 인정하기 어렵고, 검사작성의 공소장이나 법원의 제1심 판결 등 공적기관에 의하여 작성된 문서들이 제출되고 위 자료상으로 범죄사실을 의심할 뚜렷한 사정이 없는 한 의사가 위 자료를 믿고 피해자의 동의를 얻어 임신 28주 이내에는 낙태수술을 시행할 수 있을 것이다"는 내용이었다. 결국, 국가인권위에서도 검사의 낙태지휘 거부는 불법행위로 보지 않는다는 결정을 내렸다.(국가인권위원회 전원위원회 결정, 사건번호: 진인 928).

그러나 사회경제적 요인에 의한 인공유산까지를 허용하고 있는 외국에서는 이러한 사례들을 찾아보기 어렵다. 영국에서는 임신 24주까지의 산모가 두 명의 의사로부터 임신지속이 산모의 생명이나 정신적·신체적 건강에 미치는 위협이 인공유산에 비해 더 크다고 인정받으면 수술이 가능하다.[4] 또한 판례를 통해서도 성폭력으로 인한 임신을 심각한 손상으로 보는(People v. Cross, 45 Cal. 4th 58, 2008 미국 캘리포니아 대법원) 입장이 지지되고 있다. 이처럼 낙태에 관한 법제도가 사회·문화적 환경과 함께 피해자들의 '강간 입증' 부담을 크게 완화하고 있음을 알 수 있다. 실제 OECD 회원국 34개 나라 중에서 우리나라를 포함한 7개국에서만 사회경제적 이유로 인한 인공유산을 불허하고 있다.[5]

성폭력으로 임신한 피해자들이 겪는 피해의 쟁점은 강간 피해로 인한 임신의 증명방법이다. 현실적으로 피해자의 진술과 가해자의 자백, 증인의 증언이 주요 변수가 될 수 있다. 그러나 우리사회에서 자신이 성폭력 가해자였노라고 자백하고 사죄하며 임신중단을 돕겠다는 가해자는 거의 없다. 또한 성폭력 피해의 특성상 둘만의 공간에서 벌어진 사건을 누군가가 목격하고 증인이 되어줄 가능성도 전혀 없다. 피해자의 진술은 객관성을 인정할 수 없다는 이유로 신뢰하지 않는다. 설혹 태아가 가해자의 아이라는 판명이 난다 하더라도 강간이었느냐, 화간이었느냐의 공방은 여전히 남는 문제이다.

따라서 모자보건법상 강간으로 인한 임신중단 허용은 실제로는 그 권리를 전혀 보장받을 수 없는 규정이다. 결국 피해자는 높은 경제적 부담과 생명의 위험을 무릅쓰고 불법 낙태시술소를 찾거나, 해외로 원정하여 인공임신중단 수술을 받거나, 원치 않더라도 출산을 할 수 밖에 없다. 이처럼 몰성적이고 비과학적인 '강간입증' 요구는 국가가 성폭력 피해로 임신한 여성에 대한 책임을 방기할 뿐만 아니라, 피해자를 임신중단 수술비 지원을 받고자 거짓 피해를 호소하는 여성으로 의심하여 2차 피해를 주는 것이다.[6] 정확한 사실판단은 현실에 보다 타당한 법해석을 가능하게 하는데, 이와 같이 행위의 맥락을 보지 않은 것은 법률가의 편파성 이전에 현실성의 결여이다.[7]

더욱이 그동안은 형법의 낙태죄가 거의 사문화된 조항이었지만 최근 출산률의 저하로 정부가 강력한 출산장려정책을 시행해오고 있으며, 2010년에는 「불법 인공임신중절 예방 종합대책」을 발표하고 낙태단속강화로 입장을 선회하고 있다. 나아가 낙태를 위해 강간피해를 위장한다는 지적[8]과 우려까지 겹쳐지면서 이러한 현실은 앞으로 피해자가 합법적으로 임신중단을 하는 것이 더 어려워질 것임을 예고한다.

---

4) 이미정 외(2010), 『낙태행위의 사회경제적 사유 분석과 관련 정책 개선방안』, 한국여성정책연구원.
5) 보건복지부 구강·가족건강과, 연세대학교 보건대학원(2011), 「2010 전국인공임신중절 변동 실태조사 및 정책개발 연구」 공청회 자료집.
6) 이미경(2007), "성폭력피해 생존자의 인공유산 선택권", 「나눔터」 제58호, 한국성폭력상담소 ; _____(2012), "성폭력 2차 피해를 통해 본 피해자 권리", 이화여자대학교 대학원 여성학과 박사학위청구논문.
7) 양현아(2006), "여성의 임신종결권리의 필요성과 그 함의", 『생명윤리』 제7권 제1호, 한국생명윤리학회.
8) 국민일보 기사, 2011. 9. 24.일자 "낙태 단속 우려해 '강간'사유 적고 합법화 위장?"

3. 성폭력피해로 인한 인공임신중절수술 실태조사 결과

2012년 전국성폭력상담소협의회와 한국성폭력상담소에서 성폭력 피해자에 대한 인공임신중절수술 지원 실태조사를 통해, 강간 피해로 인한 임신 및 인공임신중절 상담 현황, 고소 현황, 피해자 인공임신중절 수술과 관련한 지원 내용, 인공임신중절 현황(임신주수, 피해자 연령, 수술기관 등)을 폭넓게 파악함으로써, 실효성 있는 정책 제언에 필요한 기본적인 자료를 구축하고자 하였다. 또한 여성의 재생산권과 건강권에서 도출되는 안전한 인공임신중절 시술을 받을 권리를 성폭력으로 임신한 피해자의 가장 핵심적인 권리로 설정하고, 이들의 안전한 인공임신중절을 막는 사회적 조건과 상황을 파악하여 피해자의 인권을 실질적으로 보호할 수 있는 개선 방안을 제언하고자 하였다.

연구방법은 ① 전국상담통계조사 : 전국의 성폭력 관련 주 지원기관인 240개 기관을 대상으로 하였으며 111개 기관에서 응답한 설문지를 대상으로 분석하였다. ② 성폭력 피해 상담일지 분석 : 성폭력상담소 2개소, 장애인성폭력상담소 1개소를 대상으로 2009년~2012년 8월까지의 성폭력으로 인한 임신 사례 총 197건을 연구대상으로 성폭력 피해자 및 가해자, 사건 관련 정보, 강간 피해 중 임신피해의 비율, 임신에 대한 대응행동, 인공임신중절수술을 둘러싼 피해자의 경험을 분석하였다. ③ 피해자 지원자 FGI : 피해자 지원경험이 있는 성폭력상담소 활동가, 피해자 지원경험이 있는 원스톱·해바라기아동센터 활동가들 ④ 인공임신중절 시술경험이 있는 의사 심층면접, ⑤ 문헌연구, ⑥ 자문회의 등이다. 주요 연구결과는 다음과 같다.

(1) 성폭력 피해로 인한 인공임신중절 지원의 실태와 문제점

① 성폭력 피해로 인한 인공임신중절 지원 실태에 대한 통계분석

- 성폭력 피해로 인한 임신관련 상담현황 : 2009년부터 2012년 6월까지 3년 6월 동안의 전체 성폭력 상담 건수는 총 120,368건으로 이중 성폭력으로 인한 임신(인공임신중절 포함)관련 상담건수는 2,362건의 상담이 이루어진 것으로 나타났다. 전체 성폭력 상담 건수 대비 성폭력으로 인한 임신 관련 상담비율은 연간 평균 1.96%였다.
- 인공임신중절 지원 현황 : 성폭력 피해자로 임신과 관련된 지원 여부와 관련해서 전체 응답기관 111개 기관 중 71.1%인 79개 기관이 지원 경험이 있는 것으로 나타났으며, 28.9%인 32개 기관에서 임신과 관련된 지원을 하지 않은 것으로 나타났다. 미지원 이유로는 '지원요청이 없어서'를 가장 많이 응답하였고, '인공임신중절을 해주는 병원을 못 찾아서', '의료비 부족으로', '피해자가 고소를 하지 않아서', '기관 내부 방침 때문에' 순으로 나타났다. 인공임신중절 지원 건수는 총 460건으로 2010년의 경우 166건으로 가장 높았으며, 2011년에는 143건, 2012년 6월까지는 90건이 이루어졌고, 2009년에는 61건으로 나타났다. 2012년의 경우 상반기 지원 건수가 90건임을 근거로 하반기

지원 건수를 예상하면 약 180건으로 추정할 수 있어, 성폭력 피해로 인한 인공임신중절 건수가 2010년 이후 증가 추세에 있다는 것을 알 수 있다.

- 인공임신중절 시 필요한 사항 : 성폭력 피해자 지원기관들이 인공임신중절 시 가장 필요한 사항으로 '성폭력 피해로 인한 인공임신중절 제한기준 완화', 그 다음으로 '상담기관의 상담사실확인서'와 '고소 또는 신고여부'가 동일하게 나타났고, '미성년자의 경우 법적 보호자 동의'의 순으로 나타났다.
- 조사 기관들의 인공임신중절 관련 정책제언 : 인공임신중절을 하기 위한 판단주체를 정해줄 것, 인공임신중절 허용기준 완화, 인공임신중절 외 의료비 지원 확대, 성폭력 전담의료기관 재정비 및 인센티브 부과, 청소년과 지적장애인 피해자의 경우 특수성을 반영한 인공임신중절 지원 마련 등이다.

② 성폭력 피해로 인한 인공임신중절 지원자 경험을 통해 본 문제점

- 성폭력 피해로 인해 임신한 피해자 지원 경험 일반 : 민간 성폭력상담소의 지원 경험을 살펴보면, 2010년 이후 성폭력 피해로 인한 인공임신중절 상담 의뢰가 증가하였고, 주로 비장애인 피해자 사례가 많이 접수되었다. 이외에 국가위탁형 통합지원센터에서 상담소로 연계하거나 센터에서 지원을 거부당한 피해자들이 상담을 의뢰하였다. 실무상 문제점은 연계기관과의 기준 및 방향 차이로 지원이 지연되거나 실패하는 사례가 나타나며, 후유증 상담 등의 지원이 지속되지 않는 상황이 나타났다. 국가위탁형 통합지원센터의 지원경험을 살펴보면, 주로 아동, 청소년, 지적장애 피해자의 지원사례에 집중되어 있으며, 상담의뢰시 성폭력으로 인한 임신인지 여부를 판단하는 일정한 절차를 개별적으로 수립하고 있었다. 기간 등의 문제로 지원이 어려운 경우 민간 상담소로 연계하기도 하였다.
- 기관간 연계과정에서의 경험 : 전담의료기관 이용경험을 살펴보면, 성폭력 피해로 인한 인공임신중절 지원에 있어 전담의료기관의 역할에 대해 회의적인 평가가 대부분인데, 해당 기관 스스로가 성폭력 전담의료기관 지정사실을 모르거나 피해자 지원에 관한 전문적 역량이 부족한 경우도 지적되었다. 민간 성폭력상담소와 국가위탁형 통합지원센터의 연계경험을 살펴보면, 통합지원센터에서 지원을 받지 못하여 민간 상담소로 되돌아오는 사례들이 지적되었고, 심리상담이 필요한 경우나 수술 기한의 문제로 민간 상담소로 연계되는 사례들이 발견되었다. 일반 의료기관 이용경험을 살펴보면, 성폭력 피해자로 지원을 받지 못한 피해자들이 일반병원에서 개별적으로 수술하는 경우에 수술비 부담이 증대하였고, 상담소 등에 상담사실확인서를 요구하는 경우가 발견되며, 진료기록없이 현금대금을 요구하여 의료비지원이 어려운 사례들도 보고되었다.
- 현행 법제도와 피해자 지원 시스템의 한계 : 첫째, 피해 여성의 권리 차원에서의 시각이 부재하고, 둘째, 성폭력에 대해 지나치게 협소하게 해석하여 성폭력 피해로 인한 인공임신중절 지원이 어려우며, 셋째, 강간 피해 입증의 책임이 상담소로 전가되어 피해자 지원기관과 지원자의 역할을 하지 못하고 수사관의 역할을 하게 되는 문제가 발생하고 있고, 넷째, 인공임신중절 등 의료지원 과정에

서 심리적·사회적 2차 피해가 가중되고 있다는 점이 지적되었다.

③ 성폭력 피해로 인한 인공임신중절에 대한 산부인과 의사의 경험 분석

- 인공임신중절 시술의 일반적 사항을 살펴보면, 인공임신중절 시술경로는 피해자의 직접 방문 내지 상담소 등과의 연계이며, 인공임신중절 시술 시기는 대부분 임신 초기(12주 이내) 시술을 하고 있고, 인공임신중절 비용의 경우는 임신주수에 따라 차이가 있으나 일반적으로 30만원에서 300만원 이상 받고 있는 것으로 나타났다.
- 의사로서 느끼는 인공임신중절 시술에 대한 부담으로, 첫째, 성폭력 피해로 인공임신중절 시술 후 법정 진술 및 피고소에 대한 부담, 둘째, 성폭력 피해자에 대한 상담과 지원에 대한 부담, 셋째, 인공임신중절 후 사체처리 및 기록보관에 대한 부담을 가지고 있는 것으로 나타났다.
- 의사들의 성폭력 피해자 지원의 계기 및 피해자에 대한 인식을 살펴보면, 대부분 여성인권 문제에 관심을 가지고 있다가 성폭력 상담소와 연계하여 활동하게 되는 경우로, 지원 과정에서 새롭게 여성인권에 관한 시각을 정립하고 있다고 평가하고 있었다.
- 의사들이 제안하는 인공임신중절 시술에 대한 정책적 제언으로는, 첫째, 인공임신중절 시술여부를 결정하는 데에 법적 근거와 가이드라인이 마련되어 의사들이 명확한 기준 하에서 시술여부를 판단할 수 있어야 하며, 둘째, 시술하는 의사들의 심리적·실질적 부담을 덜어주는 방안이 모색될 필요가 있고, 셋째, 수술 후 임신지속의 위험성과 부모책임, 입양가능성, 수술시 위험성 등 정보제공 등의 상담과 사후적인 돌봄 서비스가 제공되어야 하며, 넷째, 사체 부검 관련 행정의 합리적 처리 방안이 모색되어야 함을 제안했다.

(2) 성폭력 피해로 인한 임신 및 인공임신중절 지원을 둘러싼 피해사례의 특징

① 전체상담사례의 일반적 특징

- 전체 상담사례의 일반적인 특징은 5건의 사례를 집중 분석한 장애인성폭력상담소 사례를 제외한 2개의 성폭력 상담소 상담사례 192건을 중심으로 양적 분석을 진행하였다. 피해자의 연령대별 특징으로는 주로 임신피해 상담 피해자들이 청소년(42.7%)과 20대(42.2%)에 집중되어 있었다. 장애여부를 살펴보면, 장애가 있는 피해자가 전체 9.4%를 차지하는데 이 중 1/3이 30대 이상이었다. 가해자와 피해자의 관계를 살펴보면, 모르는 관계(30.4%)보다 아는 관계(69.6%)가 많이 나타났다. 피해자가 미성년자의 경우, 아는 관계의 가해자에 의한 피해가 84.4%로 훨씬 높음을 알 수 있다. 피해 유형의 특징으로는 강간 범죄(54.5%), 준강간(27.3%), 장애인강간(10.9%) 순으로 나타났으며, 2인 이상 합동 또는 흉기를 이용한 특수강간의 경우(4.8%)도 있었다. 고소여부의 특징을 살펴보면, 신고 또는 고소한 경우(17.7%)보다 고소를 안한 경우(82.3%)가 압도적으로 높게 나타났다.

② 사회적 약자에게 가중되는 임신 피해의 문제

- 청소년 피해자의 경우, 1) 임신피해를 늦게 인지하게 되어 임신상태를 방치하며, 2) 인공임신중절 시술시 보호자 동의요건에 대해 부담을 느껴 수술시기가 늦어지며, 3) 친부에 의한 성폭력인 경우 부양문제로 고소가 어려워 임신피해가 방치되기도 하며, 그로 인해 4) 출산 가능성이 높은 등 미성년자인 피해자의 취약한 지위가 성폭력 및 임신 피해를 가중시키고 있는 것으로 나타났다.
- 장애인 피해자의 경우, 1) 지적장애, 정신장애의 경우 임신피해를 늦게 인지하고 결국 수술시기를 놓쳐 출산 가능성이 높았으며, 2) 장애의 특성으로 성폭력 피해의 인식과 입증이 어려워 장애인 강간 적용이 안 되는 경우가 많아 성폭력 인공임신중절 지원이 어렵고, 3) 장애인의 특성을 고려한 출산 및 미혼모 시설, 입양의 지원조건이 미비하여 출산하더라도 지원을 받기 어려우며, 4) 장애의 특성상 반복적인 임신 피해에 노출될 수 있으나 그 예방책의 지원이 미비하여, 장애라는 취약한 조건이 성폭력 및 임신 피해를 가중시키고 있는 것으로 나타났다.
- 빈곤한 피해자의 경우, 2010년 이후 인공임신중절 비용이 급증하여 인공임신중절을 하지 못하고 임신상태가 방치되는 사례들이 나타났다.

③ 인공임신중절 지원에서의 비장애 성인 여성에 대한 소외

- 비장애 성인 여성 피해자인 경우, 비록 임신 초기에 피해사실을 인지하고 이에 대처하려고 하여도 형사절차에서 강간죄 입증의 어려움, 남편이나 가족 등 주변인에게 성폭력 사실이 노출될 우려 등으로 인해 인공임신중절 지원의 전제조건으로 고소를 요구하는 현재 지원책에 대해 부담을 갖게 됨을 알 수 있었다. 또한, 성폭력 피해임에도 불구하고 결국 개인적으로 인공임신중절 시술이 가능한 일반병원을 찾는 경우가 많아 성폭력 피해에 대한 지원이 방치되어 인공임신중절 후 트라우마로 고통을 호소하는 사례들이 발견되었다.

④ 불명확한 강간 입증 기준의 문제

- 현재 성폭력 피해로 인한 인공임신중절의 경우 관행적으로 성폭력 피해사실 입증을 위해, 1) 고소(신고)사실 확인서, 2) 성폭력 피해일자와 임신주수의 비교, 3) 피해자의 서약서 등을 요구하고 있다. 고소사실확인서의 경우, 1) 고소를 원치 않는 피해자의 경우 이에 대한 요구에 부담을 느끼게 되어 지원을 가로막는 요건이 되기도 하며, 2) 담당 수사관에 따라 기소의견 송치인 경우에만 발부하는 경우가 있어 법적으로 강간죄 입증이 되지 않거나 피의자의 부인으로 수사가 지연되는 경우 임신피해를 방치하는 결과를 가져온다.
- 성폭력 피해로 인한 인공임신중절 지원 시 성폭력 피해로 인한 임신의 경우로 한정적으로 해석하여 성폭력 피해 후 임신이 되었으나 임신의 원인이 불분명한 경우 임신중단을 원하는 피해자가 인공임신중절 지원을 받기 어려운 사례들이 발견되었다. 명확한 강간 입증 기준이 없는 상황에서 통

합지원센터마다 기준이나 인공임신중절 허용시기 등의 차이가 발생하여 피해자들의 혼란이 가중되고 있다.

⑤ 피해자의 요구

- 상담사례들에서 나타난 피해자들의 일차적이고 핵심적인 요구는 인공임신중절 시술에 집중되었으며(64.8%), 법적 처벌의 요구는 18.0%를 차지하는 것으로 나타났다. 인공임신중절 시술에 대한 피해자 요구는 신체적 통합성에 근거한 신속하고 안전한 인공임신중절 및 피해회복의 권리의 요청으로 해석된다.

(3) 성폭력 사유로 인한 인공임신중절 관련 법제도 분석

① 우리나라 법제도의 현황 및 문제점

- 최근의 낙태죄 처분 및 처벌현황을 살펴보면, 지난 10년간 입건된 426건을 토대로 연간 평균 기소율이 16.2%이며 대부분 구약식, 불구속 구공판, 기소유예 등 경미한 처분을 받았으며, 2005년부터 2010년까지 기소율이 완만하게 상승 중이다. 또한 처벌현황의 경우 지난 5년간 판결이 선고된 사건수는 총 37건이고 처벌의 정도가 선고유예, 집행유예 등에 집중되어 매우 경미한 수준의 처벌이 될 뿐이어서 법현실적으로는 사실상 비범죄화된 것으로 평가된다.
- 모자보건법 제14조에 따라 강간 또는 준강간으로 인한 임신의 경우 인공임신중절이 허용되며, 24주 이내에 인공임신중절이 가능하고 임부 및 배우자 모두의 동의를 요건을 한다. 현행 모자보건법상 성폭력 피해자의 인공임신중절 허용사유의 가장 큰 문제는 “강간 또는 준강간”의 의미와 범위에 대한 별도의 정의규정이 없으며, 이를 판단할 주체, 절차, 판단기준 등에 대한 내용이 규정되어 있지 않아, 현재 경찰, 검찰, 의사 등 관련주체들이 책임을 회피하도록 조장하고 있다는 점이다. 그러므로, 향후 모자보건법 해석상 불명확성을 제거하기 위해 입법적인 개선이 필요하며, 이때에 1) 형법상 강간 또는 준강간의 구성요건에 해당하고 위법한 것이면 족하고 책임요건을 배제할 필요가 있으며, 2) 성폭력 특례법상 성폭력 범죄로 인하여 임신한 경우를 포함할 필요가 있다. 강간 또는 준강간에 의한 임신 사실 입증의 정도에 대해, 이를 형사소송법에서 요구하는 합리적 의심을 배제하는 증명까지 요하는 것이라고 볼 수 없으며 성폭력이 존재하였을 상당한 정도의 개연성이 있으면 족하다고 보아야 할 것이다. 그러므로 형사상 유죄판결 또는 기소의견, 기소처분 등을 그 기준에서 배제되어야 한다.

(3) 성폭력 피해로 인한 인공임신중절 지원의 개선방안 모색

① 피해자 인공임신중절 지원의 방향

- 피해자 권리차원에서의 접근 : 피해당사자들이 피해자를 위한 의료지원시스템에서 소외되지 않기 위해서는 피해여성의 건강권, 재생산권, 안전한 의료서비스 및 관련정보에의 접근권 보장 등 권리차원에서의 접근 필요하다.
- 2차 피해 방지를 위한 접근 : 의료지원과정에서 관련인들이 지닌 성폭력에 대한 통념 및 피해로 인한 임신여부를 판단하는 과정에서 발생하는 2차 피해 방지를 위한 접근이 필요하다.
- 피해자 유형별 특성을 반영한 지원 : 지적장애 피해자, 청소년 피해자, 비장애 성인 여성피해자들이 겪는 각각의 고충과 어려움을 반영한 지원이 필요하다.

② 지원시 판단의 주체 및 지원기준안에 대한 검토

- 지원여부에 대한 판단의 주체
  - 성폭력 피해자를 인공임신중절의 판단 주체로 인정하는 안 : 피해자 진술의 신빙성 문제, 인공임신중절 수술의 남용가능성 등의 현실적 문제가 있으나 지원기준을 제도화하는 것 자체의 우려와 위험성을 지적한다는 점에서 의의가 있다.
  - 공동 위원회의 논의를 통해 지원여부를 결정하는 안 : 수술 남용의 우려를 최소화하고 개별단위의 법적 부담을 약화시킬 수 있음. 그러나 구성원들의 성향에 따라 피해자성에 대한 판단이 관건이 될 수 있다.
  - 상담기관의 상담사실확인서를 인정하는 안 : 수술지원여부 판단에 대한 절차를 두면서도 그 요건을 최소화할 수 있다. 한편, 제도화될 경우 임신유산 수술 지원여부를 판단하는 책임이 상담기관에 전가될 수 있다.

- 지원기준별 검토사항
  - 법적 단계별 지원기준 : 짧지 않은 수사시간, 낮은 고소, 기소율, 유죄판결율에 대한 고려 없이 피해자의 고소의지나 실제 고소장 접수 이외에 추가 요건(기소의견 송치, 검사의 기소 등)을 요구하는 것은 문제가 된다.
  - 지원요청 후 지원여부 결정 소요기간 : 판단기간이 길어질수록 피해자의 심리적 고충 및 안전, 건강문제는 심각해질 수밖에 없다. 최대 2주일을 초과하지 않도록 '신속한 지원 원칙'을 명시하는 것이 필요하다.
  - 임신주수별 지원 기준: 피해자가 고소를 결정하기까지는 시간이 소요되고, 아동, 지적 장애 피해자의 경우 임신 인지시기 자체가 매우 늦다는 점 등 관련 특성을 고려. 법적 허용기준인 24주

이내의 경우 반드시 수술지원 받을 수 있도록 보장되어야 한다.

③ 법제도 개선방향: 모자보건법상 해석 기준과 시행령

- 성폭력 피해로 인한 임신의 경우 인공임신중절을 허용하는 모자보건법상 규정의 취지를 고려할 때, 본 규정에서의 '강간, 준강간'은 형법상 개념이라기보다는 강제적인 성폭력 행위를 의미하는 것으로 해석할 필요가 있다. 따라서 강간 입증 기준으로 형사상 유죄판결 또는 경찰의 기소의견, 검찰의 기소처분 등은 배제되어야 한다.

④ 현재 시행중인 제도의 보완사항[9)]

- 의료비 지원의 확대 : 반복피해에 노출되어있는 지적장애 피해자에게 재임신 피해 예방을 위한 피임장치 시술비, 부검 및 화장비 등 사체처리비, 수술이후 회복과정에 대한 지원비 등 의료비 지원의 확대 필요하다.

- 전담의료기관의 내실화
  - 전담의료기관의 재정비 : 현행 전담의료기관의 운영상 실효성문제가 지적되었다. 이에 전담인력 배치여부 및 운영현황, 인공임신중절 시술 및 피해자 지원 내용 등 전반적 실태 파악이 필요하다.
  - 국가위탁형 통합지원센터의 인공임신중절 지원 강화 : 피해자에 대한 특화된 의료지원의 취지를 구현하기 위해서는 통합지원센터의 피해자 인공임신중절 관련 적극적 지원을 의무화하고 국가가 이를 감독하는 것이 필요하다.
  - 담당자들 대상의 관련 전문교육 : 의료기관에서의 2차 피해 예방을 위한 의료진 교육 및 관련 지침 안내가 필요하다.

- 출산(선택)시 지원사항 : 범죄피해로 인한 출산 시 출산관련비용, 미성년자의학습권 보장, 입양 관

9) 이와 관련해 여성가족부는 〈2017 여성·아동권익증진사업 운영지침(148쪽)〉의 성폭력 피해자 의료지원에서 "성폭력으로 임신한 태아의 낙태 또는 출산" 항목에 다음과 같이 안내하고 있다.
- 낙태로 인한 부검 및 화장 비용 지원 가능
- 모자보건법 제14조 제3호에 의건, 성폭력 피해로 인한 인공임신중절은 강간 또는 준강간에 의하여 임신된 경우만 가능하므로 그 밖의 경우에는 의료비를 지원할 수 없음. 다만, 성폭력 있다고 판단되나, 정신장애인으로 피해사실을 소명할 수 있는 구체적 증거 확보가 어려운 경우에는 예외적으로 모자보건법 제14조의 제1호(본인이나 배우자가 대통령령으로 정하는 우생학적 또는 유전학적 정신장애나 신체질환이 있는 경우)에 의한 인공임신중절 및 의료비 지원 가능. 또한 "의료지원 원칙"에서는 입원실의 경우 건강보험 적용 기준병상 사용을 원칙으로 하나, 의사소견서 또는 상담원 의견서 등 사유서 첨부하여 상급병실 사용 가능한 경우로, 13세 미만의 성폭력 피해자 또는 심각한 외상 피해, 언론 보도 등으로 인한 1차 피해 발생이 우려되는 사건, 인공임신중절의 경우 가급적 상급 병실을 지원토록 함.

련한 현실적 어려움 해결 등 피해자에게 필요한 실제적 지원이 고려되어야 한다.

- 사전, 사후 심리상담 지원방안 : 의료적 정보 이외에도 수술과 관련된 심리적 고충, 수술이후 나타날 수 있는 외상 후 스트레스 장애 등을 상담하고 지원할 수 있도록 하는 방안도 주요하게 모색되어야 한다.

- 기타 : 피해자 지원의 기본 방향에 대한 공유부터 실무상의 조율까지 성폭력 피해자의 효율적 지원을 위한 부처 간 적극적 정책조율과 협력이 필요하다.

이상의 연구결과에서 파악된 성폭력 피해로 인한 인공유산 지원실태의 문제점은 크게 다음과 같다. 첫째, 피해 여성의 권리 차원에서의 시각이 부재하고, 둘째, 인공유산 허용한계에 대한 판단을 기존 형법상의 성폭력에 대해 지나치게 협소하게 해석하여 피해로 인한 인공유산 지원이 어려우며, 셋째, 성폭력 피해 판단의 책임이 지원기관으로 전가되어 피해자 지원기관이 수사기관의 역할을 하게 되는 문제가 발생하고 있고, 넷째, 결과적으로 피해자들에게 인공유산 등 의료지원 과정에서의 심리적·사회적 2차 피해가 가중되고 있다는 점이다.

4. 근본적 개선방안 : 인공유산의 합법화

성폭력으로 인해 임신한 피해 여성들의 인공유산은 법적으로 보장된 권리임에도 많은 문제가 발생하고 있다는 것은 결국 현재 모자보건법상의 허용조항이 전혀 실효성을 담보하지 못하고 있음을 보여준다. 성폭력 피해자에게 현행 낙태죄는 성폭력적인 관계를 유지하고자 하는 남편이나 남자친구에 의한 협박 수단으로 악용되기도 한다. 또한 의료진이 져야하는 법적 부담을 이유로 피해자에게 고비용의 수술비를 부담, 의료기록 누락 및 조작, 목숨을 담보한 불법시술 등으로 피해자의 안전 및 건강권을 침해하는 근거가 되고 있다.

결과적으로 성폭력, 임신, 인공유산의 어려움, 출산과 양육 등으로 이어지는 연속성은 온전히 성폭력 피해자의 몫으로 남아있는 현실이다. 이 문제는 사회·경제적인 이유로 인공유산이 불허되고 있는 배경 속에서는 지속될 수밖에 없는 구조이다. 기본적으로 사회·경제적 사유의 인공유산이 범죄화되는 구조에서는 성폭력 피해자의 재생산권, 선택권, 안전한 의료서비스 접근권 등 역시 제대로 보장될 수 없다. 또한 예외적 사유안에서의 지원 기준을 만들고 제도화하는 것은 결과적으로 이에 해당하지 않는 유형의 피해자 및 여성 일반의 권리를 제약하는 결과를 가져올 수 있어 인공유산의 합법화 없이는 성폭력

피해자의 인공유산과 관련된 제 문제를 해결하기 어렵다. 따라서 낙태죄를 비범죄화하고 인공유산이 합법화되어야만 이 문제의 근본적인 해결이 가능하다.

인공유산을 합법화하는 경우 해외의 입법례와 마찬가지로 임신 초기(주로 12주 이내) 인공유산에 대해서는 원치 않는 임신을 한 여성들이 쉽게 접근할 수 있을 것이다. 특히 자신의 피해사실을 주변에 알리고 싶어 하지 않는 성폭력 피해자의 경우에도 별도의 성폭력 피해의 입증책임에 대한 부담을 지지 않고 비교적 쉽게 인공유산을 통한 신체적 통합성의 회복을 추구할 수 있을 것으로 예상된다. 그러나 이와 함께 고려되어야 할 점은 건강권과 재생산권에 기반한 안전한 인공유산을 받을 권리가 실질적으로 마련되어야 한다. 이와 함께 임신초기 대처의 일환으로 사후피임약에 대한 홍보가 필요하며, 특히 성폭력 피해자의 경우 피해 직후 피해자를 위한 의료지원 하에서 사후피임약을 복용할 수 있다는 점이 적극적으로 홍보될 필요가 있다.

인공유산의 합법화는 사후피임약을 복용한 후에도 피임에 실패하거나 준강간 피해와 같이 피해사실 자체를 피해자가 인지하지 못한 경우, 또는 피해 직후 트라우마로 인해 자신의 피해회복을 위한 즉각적인 조치를 취하지 못한 경우에는 피해자들이 성폭력 피해여부를 입증하는 별도의 절차를 거치지 않고 초기에 성폭력 피해회복의 일환으로 인공유산 시술을 받을 수 있는 조건을 마련할 것이다. 보다 근본적인 대안은 낙태권의 보장이다.