



낙태죄 논쟁 - 터놓고 해봅시다

낙태죄의 '사실상 폐지'로써 첫발을 떼어야 할 때다. 법무부 안이 그 첫발에 가장 가까이 와 있다. 이와 함께 사회서비스 전달체계를 구축하는 진정한 노력을 보여주자. 그렇다면 개발독재시대를 거치면서 지금까지 만들어 놓은 '여성의 몸에 간섭만 하는 국가' 이미지가 사라지는 계기를 마련할 수 있을 것이다.



👤 정재훈
✉ 서울여자대학교 사회복지학 교수
📧 jung4202@swu.ac.kr

눈치만 본 정부 개정안, 논리적으로도 현실적으로도 틀렸다

모든 미성년자를 의사결정무능력자로 보는 것은 타 법률과의 체계 정합성 면에서도 어긋나는, 명백히 불합리한 조문 구조이다. 어떻게 정보에 의한 동의(informed consent)를 얻어낼 것인지 설명의 방법과 도구들에 대한 고민을 진전시켜야 할 것이다.



👤 이은진
✉ 성적 권리와 재생산 정의를 위한 센터 SHARE 연구활동가
📧 eunjin3435@naver.com

헌법재판소의 2019년 4월 ‘헌법 불합치’ 판결 이후 이른바 낙태처벌법으로 알려진 형법 269조와 270조의 효력이 정지되었다. 해당 조항이 헌법 10조에서 보장하는 인간의 존엄성에 기초한 여성의 자기결정권을 제한하고 있을 뿐 아니라 ‘과잉처벌’의 가능성을 제공하고 있다는 요지에서이다. 이제 2020년이 지나가기 전 해당 법 조항을 개정해야 하는 과제를 입법자가 갖게 되었다.

낙태 자체가 워낙 표심을 결정할 수 있는 민감한 주제다. 헌법재판소 판결은 2020년 4월 총선 딱 1년 전에 나왔다. 우연인지는 모르겠지만 그 1년 동안 ‘입법자’ 그 자체라고 할 수 있는 국회에서 낙태 처벌법 관련 목소리가 들리지 않았다. 코로나19 사태와 21대 국회 원구성의 어수선태미 지나가는 과정에서도 그 누구 하나 입 뺨긋 하지 않았다. 당신들끼리 내부에서는 무슨 의견이 오갔는지 모르겠지만, 결국 법무부가 ‘총대’를 메는 상황이 되었다. 정부입법보다 의원입법이 더 절차가 간단하다.

그런데 왜 결국 의원님들이 먼저 나서지 않으시고 법무부가 움직여야 했을까?

법무부 내 관계부서에서 낙태죄 관련 형법 개정 방향을 논의하는 작업이 있었다. 이를 바탕으로 법무부 양성평등정책위원회에서도 낙태죄 폐지 관련 논쟁이 벌어졌다. 그리고 민간위원이 다수로 구성된 양성평등정책위원회에서는, 언론 보도에 잘 알려진대로, 낙태 주수 제한 삭제를 포함한 낙태죄 완전 비범죄화 안을 법무부에 권고하였다. 그러나 2020년 10월 7일 나온 법무부 안은 「임신 14주 이내에는 특별한 사유를 제시하지 않아도, 24주 이내에는 상담과 숙려 기간 하루를 거친다면」 낙태를 허용하는 내용을 담았다. 양성평등정책위원회에서는 주수 제한 없는 완전 비범죄화를 제안했지만, 법무부 안은 결국 24주라는 주수 제한을 포함한 ‘부분적 비범죄화안’이 된 것이다.

법무부 안 입법예고 즉시 「죽은 낙태죄, 정부가 살

I. 들어가며

‘검은 시위’ 등 낙태죄 폐지 운동이 전개된 지 3여년, 2019년 4월 11일 헌법재판소는 형법 제269조 제1항과 제270조 제1항 ‘의사’ 부분에 대해 헌법불합치 결정을 내렸다(2017헌바127 결정). 입법 시한인 2020년 12월 31일 전까지, 활발한 사회적 논의를 유도하고 각계의 의견을 수렴하여 개정법률안을 마련하는 것이 국회의 책무였다. 하지만 올해 10월 7일 입법예고된 정부의 개정법률안은 제대로 된 의견수렴 절차를 거치지 않았다는 비판에 직면했다. ❶ 또, 임신 14주까지는 임신한 여성의 요청에 따라, 임신 24주까지는 일정한 사유를 충족한 경우 임신중단을 허용하겠다는 개정법률안의 주요 골자에 대해서만이 아니라, 상담 의무, 숙려기간, 의사의 진료거부권, 동의 요건 등 세부 내용에 대해서도 거센 비판이 일었다. ‘태아 생명권과 여성 자기결정권의 조화’를 내세운 정부의 개정법률안이 어째서 스

스로 내건 목표에조차 미달하는 것인지, 아래에서 검토해보기로 한다.

II. 일부 임신중단에 대한 형사처벌 유지의 문제점

1. 태아 생명보호에 실효성 없는 수단
임신중단 행위에 대한 판단과 낙태죄에 대한 판단은 구분되어야 한다. 낙태죄는 임신중단 행위에 형사적 제재를 부과할 것인지의 문제다. 완벽한 피임 방법은 존재하지 않으므로 원치 않는 임신은 일상적인 성관계의 결과로서 언제나 발생할 수 있다는 사실, 원치 않는 임신이 출산으로 이어졌을 경우 여성의 삶에 미치는 영향 등을 고려했을 때, 낙태죄가 여성의 기본권을 다방면으로 제한한다는 사실은 분명하다. 그러나 태아 생명보호의 실효적 수단인지는 의문스럽다. 양적·질적 방법론을 사용한 조

1) 한겨레, “[단독] ‘성평등전문위 의견수렴’ 밀착, 복지부도 낙태죄 입법 밀반동행”, 2020.10.27. (<https://n.news.naver.com/article/028/0002517783>)

1) 법률신문(2020년 10월 12일), 「법무부 ‘낙태죄 개정안’ 모두가 반대», <https://m.lawtimes.co.kr/Content/Article?serial=164811>, 2020년 11월 2일 내려받음.

렸다(여성신문 2020년 10월 9일)는 비판이 쏟아져 나왔다. 반면 「낙태죄 개정안은 낙태를 전면 자유화한다.」는 목소리도 함께 커졌다. 같은 법무부 안을 두고 그야말로 ‘모두가 반대하는 상황’¹⁾이다. ‘다시 살아난 낙태죄’ 주장은 주수 제한 자체가 갖는 낙태 관련 처벌 가능성에 주목한다. 처벌 조항이 살아있는 한 여성의 자기결정권은 제한받게 된다. 그리고 24주가 넘어갈 경우 음성적 낙태를 해야 하는 상황에서 여성의 건강권을 해칠 우려도 제기한다. 반면 법무부 안에서 ‘낙태 전면 자유화’를 읽고 있는 입장에서는 임신 14주 이내 낙태 사유 제한이 사라졌음은 물론, 24주 이내에 낙태할 수 있는 사유로서 ‘사회·경제적 어려움’은 사실상 낙태 전면 허용 조건이다.

먼저 ‘죽은 낙태죄’를 법무부가 살렸다는 주장을 살펴보자. 이게 사실이라면 헌법재판소가 낙태죄 관련 형법 269조와 270조를 완전히 “죽였다.”는 사실이 전제가 되어야 한다. 그러나 낙태죄는 죽지

않았다. 형법이 여성의 자기결정권을 과잉 처벌함으로써 인간의 존엄성을 보장하고 있는 헌법 10조와 불합치하다는 판결을 하였을 뿐이다. 그래서 처벌을 최소화하고 여성의 자기결정권을 존중하는 현실적 방안을 만들어보라는 주문을 입법자에게 한 것이다.

낙태죄 조항이 여성을 일방적으로 과잉 처벌하는 근거는 다음에서 찾아볼 수 있다. 먼저, 낙태 책임 주체로서 남성이 없다. 임신은 함께 한 것인데 그 임신의 결과를 여성 혼자 책임져야 한다. 만약 남성이 여성의 낙태 사실을 신고하는 상황이 생겨도 남성은 처벌받지 않는다. 둘째, 여성의 낙태 결정은 생명의 개념이 여전히 논쟁적인 가운데 내려진다. 의학적·신학적 논쟁이 뚜렷하게 생명의 기준을 제시하지 못하고 있다. 생명의 속성상 아마도 인간이 영원히 내릴 수 없는 개념이 생명일 수 있다. 여성의 몸에서 사라진 것이 진짜 생명인가 혹은 다른 그 무엇인가? 어디까지 생명이 아니고 어디부터 생

2) 김동식·황정민·동재연 『임신중단(낙태)에 관한 여성의 인식과 경험 조사』, 서울:한국여성정책연구원, 2018, 70-77면; 양현아, 「낙태죄 헌법소원과 여성의 ‘목소리’」[2]-법과 낙태실천과의 관계를 중심으로-, 법철학연구 제21권 제1호, 2018

사 결과는 모두 여성이 다양한 사정을 종합적으로 고려해서 임신중단 결정을 내린 경우, 형사적 제재의 유무가 그 결정을 바꿀 만한 영향력을 행사하지 못한다고 밝히고 있다.²⁾ OECD 국가들을 공식적으로 비교해보면 임신중단 처벌 수위와 임신중단율 사이에는 상관관계가 발견되지 않는다. 오히려 임신중단이 비범죄화된 국가의 임신중단율이 낮게 나타나는 경우도 있는데, 여성의 권리가 보장되고 성평등한 제반 사회 환경이 마련되어 있는 국가일수록 여성의 임신중단 행위를 처벌하는 법률을 없애고 동시에 여성이 어쩔 수 없이 임신중단해야 하는 상황을 개선하기 위한 조치들도 마련해두고 있기 때문이다.

현재 결정에서도 지적된 이러한 실효성 없음을 임신주수나 사유에 따라 달리 볼 사정이 있는가. 정부의 개정법률안을 포함하여 일부 임신중지에 대해 형사처벌을 유지하자는 주장들은 임신 후기의 경우 태아의 발달 상태가 진행된 만큼 사람에게 가깝다

고 볼 것이어서 생명보호의 중대성이 커진다는 설명뿐이다. 그 중대한 목표를 달성하는 데에, 낙태죄가 적절한 수단인지에 대해서는 아무런 정당화가 없다. 임신 후기 임신중단일수록 위험하다는 점에서, 스스로의 생명이나 건강에의 위해조차 감수하고 임신중단 결정을 내린 여성이 법적 규제로 인해 그 결정을 번복하리라고 기대하기는 더욱 어렵다고 보는 것이 합리적인 추론일 것이다. 낙태죄가 존재하던 시점에도 이미 사회·경제적 사유로 인한 임신중단이 대다수였다는 사실은 사유의 유형에 따라 다른 결과를 기대하기도 어려움을 뜻한다. 임신중단을 형사처벌하는 것은 어떤 종류의 임신중단도 막지 못한다. 임신중단하기로 결정한 여성들이 더 위험한 임신중단을 하도록 만들 뿐이다.

2. ‘낙태 남용’ 우려는 근거 없음
법적 규제가 없어진다면 소위 ‘낙태 남용’이 일어날 것을 우려하는 목소리가 있지만, 낙태죄가 없어진

명인가? 그런데 낙태를 하는 순간 여성과 시술의 사만 '생명을 죽인 주체'로 처벌받는다. 여기에서도 과잉처벌을 읽어낼 수 있다. 그래서 형법의 과잉처벌 가능성을 없애라는 주문을 헌법재판소가 한 것으로 해석할 수 있다.

그런데 만약 '과잉'을 현실을 감안한 '최소화'로 바꾸지 않고 아예 '폐지' 즉 처벌 조항의 완전한 폐지로 가게 될 경우 다시 한번 낙태죄 존치를 둘러싼 공방이 지속될 가능성이 있다. 낙태 사유로 법무부가 새롭게 추가한 '경제·사회적 사유'는 기존 모자보건법 14조 '인공임신중절 예외 조항'에 해당하지 않는다. 대다수 여성의 낙태 사유가 지금은 형법상 처벌 대상이었던 것이다. 그리고 이러한 처벌이 여성의 자기결정권을 지나치게 제한한다는 요지의 판결을 헌법재판소가 하였다. 헌법재판소 판결을 보면 낙태의 완전 비범죄화가 대안은 아니다. 그 어떤 제한도 없는 낙태 허용을 헌법재판소가 의도했다고 보기 어렵다. 다만 여성의 자기결정권을

존중하는 범위에서 낙태 처벌 범위를 최소화해야 한다는 의미다. 따라서 낙태 완전 비범죄화가 되면 낙태죄 존치론자 입장에서 헌법재판소 행이 시작될 가능성이 있다. 그러면 2019년 낙태죄 효력이 정지되었음에도 불구하고 지금까지 그 어떤 공개적 지원도 받지 못하고 혼자 결정하고 그 결과를 감내해야 하는 여성의 고통이 지속될 것이다.

주수 제한이 있을 경우 이런저런 사정으로 14주 혹은 24주를 넘기는 문제가 발생할 것이라는 주장도 있다. 지금까지 임신과 낙태·출산 사이에서 혼자 고민해야 했던 여성의 상황을 고려하면 일리가 있다. 자신의 문제를 들어줄 사회서비스 체계에 대한 경험 이 사실상 전무한 한국사회의 현주소다. 그러나 형법 개정과 더불어 낙태와 출산 사이에서 선택할 수 있고 선택의 결과가 어떻게 되든지간에 여성 당사자를 지원하는 관련 법률 개정과 정책적 노력이 병행될 것이다. 낙태와 출산 사이에서 더 이상 여성이 숨어서 고민해야 하는 상황이 변한다면 '자신도 모르게'

다면 임신중단율이 증가할 것이라는 예측을 뒷받침할 만한 근거는 없다. 반증 근거는 있다. 캐나다는 임신중단에 관한 어떠한 규제도 두지 않은 채로 32년이 지났지만, 한국보다 낮은 임신중단율을 보이고 있다. 캐나다의 재생산권 활동가들은 완전한 비범죄화가 정보 접근성의 제고, 의료보장 체계의 구축, 다양한 지원책의 마련 등을 가능케 했으며, 그러한 제도적 보장이야말로 임신중단을 감소에 효과가 있었다고 말한다.³⁾

합리적 논거 대신 '낙태 남용' 우려를 뒷받침하고 있는 것은 심정적인 반감과 두려움이고, 거기에는 여성을 비하하는 관념이 반영되어 있다. 원치 않는 임신과 임신중단을 통해서 여성 스스로가 감내해야 하는 고통과 불편을 고려한다면, 형사적 제재의 부재가 피임을 소홀히 하거나 특별한 이유도 없이 임신중단 시점을 늦추는 등의 결과를 불러올 것이라 보기 어렵다. 뒤집어 말하면, 여성이 이로 인해 피임을 도외시키고 함부로 임신 후기 임신중단을 할 것

이라는 불안함의 기저에는 여성을 자기 앞가림도 제대로 하지 못하는 존재로 보는 시선이 자리잡고 있다. 일각에서는 일정한 규제가 필요한 이유로 태아 생명뿐 아니라 여성의 건강을 근거로 들기도 하는데, 더욱 문제적이다. 여성의 신체적·정신적 건강을 보호하기 위해서 바로 그 여성의 결정을 금지하겠다는 생각은 여성이 스스로 생각하고 결정하는 주체임을 부인하는 것이나 다름 없다. 여성의 건강은 여성의 결정을 지원하고 의료보장 체계를 구축하는 방식으로 보호해야 한다.

3. 형사고소의 악용가능성

낙태죄 형사 고소는 그동안 남성 파트너 등에 의해 협박과 보복의 도구로 악용되어 왔다.⁴⁾ 정부의 개정법률안은 원치 않는 임신의 상대방 남성에 대한 언급 없이 임신중단한 여성에 대한 형사처벌을 유지하고 있으므로, 여성들에게 계속해서 불평등한 상황을 감당하게 만들 것이다. 정부 개정법률안이

3) 나영 "캐나다 사례를 통해 보는 임신중지 비범죄화(2): 공공의료 체계를 통해 무상으로 안전하게 임신중지 지원하기", 성취권리과 재생산정의를 위한 센터(SHARE 이슈페이퍼, 2020.
4) 동아일보에서는 5년간 낙태 판결 전수(60건)를 조사한 결과, 남자친구 또는 남편이 신고한 경우가 5건으로 8.3%로 지적하고 있다. 동아일보, "4년, 고소할 거야?" 이별 여성 절반도 구로 악용되는 '낙태죄', 2017.11.28. (<https://www.donga.com/news/Society/article/all/20171128/87477635/1>)



주수를 넘기는 사례는 사실상 사라질 수 있다.

또 다른 관점에서 이야기를 이어가자. 법무부 안이 '낙태를 자유화'하기 때문에 태아의 생명권을 위협한다는 주장이다. 24주 이내에 '사회·경제적 사유'로 낙태할 수 있는 자유를 여성들이 갖게 되었기 때문이다. '사회·경제적 어려움'으로 인한 낙태라고 한다면 당사자가 스스로 판단하면 낙태를 할 수 있다는 이야기다. 상담소에서 그런 사유 확인을 거부할 수도 있다. 외국의 사례를 보면 낙태 시술 자체를 거부하는 의사들도 있다. 그런데 한국에서 낙태 시술 의사를 못찾아서 낙태를 하지 못했다는 이야기를 들으신 적이 있나? 그래서 사실상 여성이 원할 때 낙태를 할 수 있게 되었다는 '낙태 자유화' 주장을 하는 것이다. 맞는 이야기다. 이 시점에서 하나 질문을 던져보자. 한국에서 여성이 마음을 먹으면 낙태가 언제 불가능한 적이 있었는가?

근대 농노해방은 자유민이 되어 영주의 농토에서

쫓겨난 농노가 '굶어죽을 자유'를 획득한 과정이기도 하다. 1970-80년대 강력한 산아제한정책을 실시하면서 국가는 여성의 낙태를 사실상 합법화하는 조치를 취하였다. 한국 여성은 이미 낙태의 자유를 갖고 있었다. 다만 그 자유가 '굶어죽을 자유'처럼 자신을 결국 속박하는 자유였다. 낙태로 인한 모든 고통은 오로지 여성 혼자서 겪어야 했다. 국가는 성공적 인구정책을 대내외에 자랑하는 사이 수백 만 여성이 홀로 낙태 시술대 위에서 산부인과 의사의 손에 자신의 몸을 맡기는 '자유'의 고통을 경험했다.

1973년 모자보건법 제정·실시 전까지 낙태는 형법상 처벌 행위였다. 그런데 모자보건법을 제정하면서 국가가 낙태를 사실상 허용하였다. 형법에만 낙태 처벌 규정이 있고 낙태 관련 다른 법 규정이 없다 보니 낙태는 어떤 경우에도 예외 없이 처벌해야 하는 상황을 변화시키는 것에 모자보건법 제정 목적이 있었다. 모자보건법에서 처음으로 낙태(인공임신중절) 사유를 「유전학적, 형법적, 의료적 이유 등」 제한하였지만, 아래 인

허용한 범위 내의 임신중단이라고 해도, 임신주수 및 사유 판단의 모호함으로 인해 악용의 위험성은 상존한다. 최종적으로는 무죄 판결을 받는다고 해도 그 과정에서 많은 시간과 비용이 소요되고, 용의자 혹은 피고인으로서 수사·재판을 받는 것은 일정 정도 기본권의 제한이 수반되며, 사회적 낙인이 부과되는 임신중단 사안의 특성상 모욕적인 언사에 노출되거나 가족·직장·지인에게 임신중단 사실이 알려질 위험성 등을 감수해야 하기 때문이다. 게다가 정부의 개정법률안은 헌법재판소에서 헌법불합치 결정을 내린 형법 제269조, 제270조를 현행 유지하면서, 위법성조각사유를 규정한 제270조의2를 신설하는 방식을 택했다. 제270조의2에 해당하는 임신중단이었는지 여부에 대한 주장·입증책임이 피고인에게로 전환된다면, 더욱 막중한 부담을 지게 된다.

형사고소는 의사·의료기관에 대한 압박의 도구로 악용될 수도 있다. 의사·의료기관에 앙심을 품은 사

람들이 협박·보복의 도구로 활용하거나 낙태반대 진영이 임신중단에 대한 진료거부를 유도할 목적으로 임신중단하는 의사·의료기관을 지속적으로 형사고소하는 일이 생길 수 있다. 이는 의료서비스 제공을 위축시킴으로써 허용 범위 내의 임신중단의 접근성조차 떨어뜨릴 것이고, 안전한 임신중단 방법에 대한 연구 및 교육을 가로막음으로써 여성의 건강권을 제약할 것이다.

III. 임신주수와 사유에 따른 규제의 문제점

1. 임신주수와 사유의 설정 및 증명 문제

정부의 개정법률안은 임신주수와 사유에 따른 차등을 골자로 하고 있음에도, 임신주수와 사유를 왜, 어떻게 책정했으며 어떤 절차를 거쳐 입증할 것인지에 대해서는 언급하지 않고 있다. 임신주수의 경우, 의료현장에서 통용되는 것은 마지막 월경일을

문은 ‘원치 않는 임신’을 했을 경우 낙태를 할 수 있는 길을 열어주는 역할을 하였음을 보여준다.

가족계획사업을 활성화하기 위하여 모자보건법(1973)이 제정, 공포됨으로써 특히 인공임신중절의 허용 범위가 넓어졌고... 확대기(1965-1981년)에 추진된 우리나라 가족계획사업의 각종 시책이 실효를 거두어 가족계획 실천율은 상승하고 그 결과 출산력은 저하하게 되었다. 그러나 이러한 시책이 성공할 수 있는 배경인 사회, 경제적 여건을 무시할 수 없으며 불임임신을 성공적으로 중절하는 소위 인공임신중절 요소를 간과할 수 없다(한국보건사회연구원, 1991:57).

한국사회에 존재하지 않았던 낙태 사유를 ‘제한’함으로써 오히려 낙태를 할 수 있는 방법을 국민들에게 ‘제한’한 것이다. 인공임신중절사유 중 하나로 당시 모자보건법 8조 5. “임신의 지속이 보건 의학적 이유로 모체의 건강을 심히 해하고 있거나 해할 우려가 있는 경우”는 각 지역 보건소에서 국가가 임신 12주 이내를 전제로 낙태시술을 무료로 해주는 이른바 「MR 사업」(아래 인용문 참조)의 토대가 되었다. 건강의 의미는 매우 포괄적으로 해석할 수 있었기 때문이다.

행법과 모자보건법의 규정에 의하면, 사회·경제적 이유에 의한 인공임신중절은 허용되지 않는다. 그럼에도 불구하고 인구증가억제정책이 시작된 1962년 이래 인공임신중절은 원하지 않는 임신을 출산으로 연결시키지 않기 위한 한 수단이 되어 왔다. 더군다나 정부에서는 인구증가를 억제시키기 위한 방안으로 임신초기에 인공임신중절을 원하는 부인에게 월경조절술(Menstruation Regulation, MR)이라는 이름 아래 시술비를 지원하기도 하였다. 이와 같은 결과로 한국사회에서 인공임신중절은 크게 성행하게 되었으며, 피임실천율의 증가와 초혼연령의 상승과 함께 출산율을 저하시키는 데 결정적인 역할을 한 것으로 판단된다. 즉, 인공임신중절은 낮은 피임접근성, 비효과적 피임방법의 보급 등으로 인한 피임 실패임신 또는 불임임신의 사후 처리수단으로 악용되었고 이에 힘입어 출산율 저하에 성공하였다는 점은 부인할 수 없다고 판단된다(한국보건사회연구원, 2006:252).

1973년 모자보건법 제정 이후 한국은 출산과 낙태가 거의 비슷하게 이루어지는 사회가 되었다. 현재 보건 사회연구원 전신인 당시 가족계획연구원 조사 결과에 따르면 「전국 출산력 조사대상 집단 여성 중 70% 가 가까운 비율로 인공임신중절이 합법이라는 인식을 보인다.」는 내용도 있었다(가족계획연구원, 1974:31).

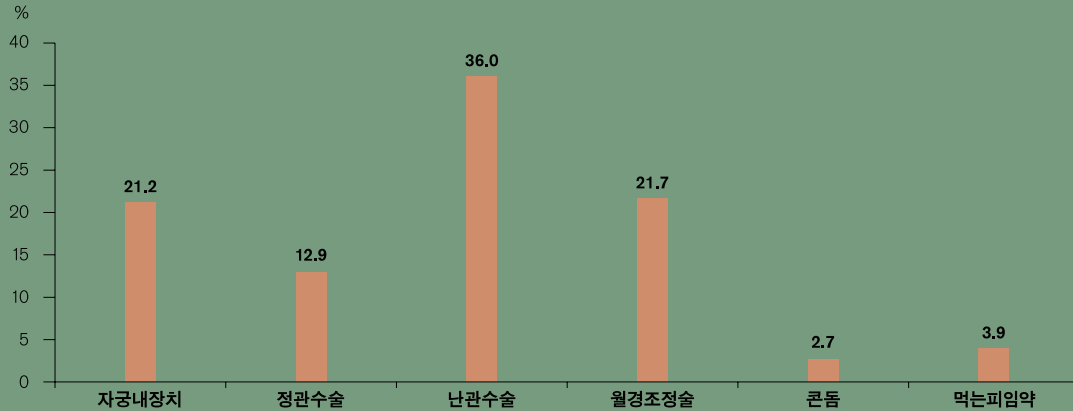
1974년부터 시작하여 1989년까지 지속된 국가 지원 낙태시술 MR사업은 16년 간 약 115만건, 연 평균 약

시작점으로 기산하는 방식이지만 형법학자들 사이에서 생명의 시작점에 대해 착상시점을 다수설로 삼고 있다. 두 가지 방식 사이에는 약 2주의 차이가 생기게 되지만, 정부의 개정법률안은 기산 시점을 불분명한 채로 남겨두었다. 기산점을 둘 중 하나로 명시하기만 하면 해결되는 문제라고 보기도 어렵다. 마지막 월경일의 경우 월경 주기의 개인차와 불규칙성으로 인해 불합리한 면이 있고, 착상일은 성관계 날짜 등을 통해서 추정할 수 있을 뿐이다. ‘14주’와 ‘24주’라는 시점 설정에 대한 정당화도 없다. ‘24주’는 현행 모자보건법 시행령의 정당화 근거였던 ‘독자적 생존 가능 시점’이 유지된 것이라고 추측되지만, 이 같은 정당화 논리는 의학적 가능성을 유일한 논거로 삼음으로써 현실과 동떨어진 시점을 설정했다는 한계가 있다. 의학적 가능성을 실현시키려면 보호자가 일정 수준 이상의 경제력, 정보력, 의료 접근성, 양육 환경을 지니고 있어야 하는데, 임신중단을 결정하는 주된 이유가 그런 것들의 부재 때문이다.

증명의 문제까지 살펴보면 애초에 이런 방식의 규제가 성립하기 어렵다는 점을 알 수 있다. 기산 시점을 무엇으로 하든 간에 임신 주수는 정확한 기산 자체가 어렵다. 마지막 월경 시작일이든 수정일이든 착상일이든 여성의 기억과 진술에 의존할 수밖에 없고, 초음파 판독도 태아 발달 속도의 편차로 인해 대략의 추정치를 산출할 수 있는 방법일 뿐이다. 사유도 마찬가지다. 예를 들어, 정부 개정법률안이 제270조의2 제2항 2호에 제시한 법률상 혼인할 수 없는 혈족 또는 인척 간에 임신된 경우는 아예 증명 불가능하다. 명확성 원칙에 위배되는 조문을 형법에 둘 수는 없다. 1호 강간 또는 준강간 등 범죄행위로 인하여 임신된 경우도 다양한 요인으로 인해 범죄행위의 피해자임을 증명할 수 없거나, 증명하는 데에 상당한 시간이 소요된다. ⑤ 주수, 사유에 따른 규제는 허용범위 내의 임신중단에도 장벽으로 작용하는 것이다.



연도별 피임보급 실적에 따른 총출생 방지수 간 비중(1974-1989)(%)



출처: 「한국보건사회연구원(1991:565)」를 토대로 재구성.

7만 건의 낙태시술을 가능케 했다. 자궁내장치, 정관수술, 난관수술, 콘돔, 먹는 피임약 등과 더불어 전체 ‘피임보급 실적’에서 낙태시술 MR사업이 차지하는 비중이 21.7%로서 난관수술(36%) 다음으로 높았다는 의미이기도 하다.(한국보건사회연구원,1991:565).

이렇게 낙태의 자유를 국가가 허용하는 사이 우리는 무엇을 해왔는가? 지금 할머니-어머니들은 그렇게 ‘합법화된 낙태의 자유’가 주는 고통을 견뎌왔다. 그리고 그 딸들이 언제 어디에서 들이댈지 모르는 법의 잣대를 두려워하면서, 그러나 그 법이 주는 두려움보다 더 큰 ‘원치 않는 임신’의 고통 때문에 숨어서 신음하고 있다.

2. 취약성에 대한 처벌

정부 개정법률안이 제시한 주수와 사유 바깥에도 책임 소재를 여성에게서 찾을 수 없는 상황들은 얼마든지 존재한다. 임신 사실을 인지하지 못할 만큼 나이가 어리거나 장애가 있다거나, 임신중단 비용을 마련하기 어려운 빈곤한 상황, 가족이나 파트너의 폭력·학대·통제로 인해 운신이 자유롭지 않았을 수도 있고, 언어 장벽이나 이동의 어려움으로 인해 병원 방문이 늦어진 경우 등. 양육환경이 갖춰지지 않았음이 임신 후기에야 명확해졌을 수도 있는데, 갑작스러운 실업, 도산, 주거지로부터의 내쫓김, 교도소 수감이나 파트너가 뒤늦게 연락두절, 돌변(폭력성 등)하거나 새로운 사실이 발견(미혼인 줄 알았던 파트너의 기혼 사실, 외도, 전과 등)되는 등. 6 대다수가 취약성의 징표라는 점에서, 주수와 사유에 따른 규제는 취약성에 대한 처벌이 되기 쉽다.

IV. 의무적인 상담과 24시간 ‘숙려기간’의 문제점

의무적인 상담과 24시간의 대기시간은 임신중단 접근성을 제한하는 효과를 낳는다. 상담기관과 산부인과까지의 거리가 멀수록, 학업·직장·파트너의 통제 등으로 인해 시간을 내기 어려울수록, 비용·언어·장애 등으로 인해 방문이 어려울수록, 상담기관을 거쳐서 24시간 대기시간을 보낸 뒤에 다시 병원을 찾기까지 많은 시간이 필요하다. 임신중단 시점을 늦추는 의무적 절차를 요함에 있어서는 정당화 근거가 수반되어야 하나, 정부 개정법률안에서는 찾아보기 어렵다. 상담은 형법에 대한 위법성조각 사유를 충족시키기 위한 조건으로 제시되었지만, 정서적 지지와 정보 제공 절차를 거치는 것과 사회·경제적 사유의 증명 간 관련성은 희박하다. 그렇다면 정부의 개정법률안이 주장하는 대로 여성의 결정을 지원하기 위함일까. 개정법률안은 상담이 ‘임신한 여성이 심리적 지지와 임신, 출산 및 양

6) 이은진, “임신중단 규제가 있어서 기뻐방식의 논리적 한계”, 성적권리와 재생산정의를 위한 센터 세어SHARE 이슈페이퍼, 2020.

물론 개발독재 시대에 존재했던 생명경시 풍조를 지금이라도 없애자는 의도에서 '생명권' 주장을 존중한다. 그런데 「생명권 대 여성의 결정권」 대결 구도로 가면서 낙태하는 여성을 '생명경시 사상 없는 나쁜 여자'로 처벌할 수 있나? 사회·경제적 사유로 낙태를 할 수 밖에 없는 여성을 한국사회는 방치했다. 아이 아빠가 될 수 있었던 남자들은 다 어디론가 도망하고 없다. 언제까지 법의 잣대를 들이대면서 태아의 생명을 대가로 여성에게 돌을 던질 것인가? 「태아의 생명」을 전제로 하고 그 죄를 물으면 반박할 수 있는 말을 찾기 어렵다. "이게 생명임이 분명한데, 너는 생명을 죽이고 있는 거야."라고 할 때, 그게 '생명'이 아니라고 절대적 신념을 갖고 부인하기 어렵다. 종교적 입장에서 볼 때 낙태는 더욱 죄일 수도 있다.

그런데 지금까지 한국사회는 낙태 여부를 놓고 선택의 기로에 놓인 여성을 제대로 지원한 적이 없다. 방치하면서 언제든지 법의 잣대라는 돌을 던질

준비만 해왔다. 사회적 낙인이라는 돌은 이미 무수히 많이 던졌다. 만약 아이를 낳을 경우에는 그 낙인이 평생 가기도 한다. 지금은 낙태 처벌에 목소리를 높일 상황은 아닌 듯하다. 일부 단체와 개인의 선의에서 나오는 상담 및 지원만으로는 한계가 있다.

축복이 아닌 저주로서 임신 경험을 하고 있는 여성이 공공 상담소, 병원, 주거시설, 일자리 등 국가가 주는 지원을 누릴 수 있는 체계를 구축할 때이다. 낙태를 선택한다면 안전하고 비용 부담 없이, 또 출산을 선택한다면 아이를 당당하게 키울 수 있는 주거와 소득, 의료보장을 제공하는 등 모성의 '건강한 재생산권'을 보장해야 한다. 만약 이런 사회가 된다면 「생명권 보장」은 자발적으로 일어나는 현상이 될 것이다. 낙태를 부분 합법화하고 여성에 대한 지원을 확대한 독일을 보면 낙태가 감소하는 경향을 보인다.

육 등에 관한 정보를 충분히 제공받고 임신의 유지 여부에 대해 스스로 결정할 수 있도록 제공되어야 한다고 규정했다. 그러나 상담기관의 명칭이 '임신·출산' 종합상담기관이고, 임신의 유지·중결에 대한 상담에서 '임신, 출산 및 양육 등에 관한 정보'를 제공하는 것이 중립적인 태도라고 보기는 어렵다. 상담사실확인서에 대한 조문들은 촘촘한 반면, 상담의 내용이나 원칙에 대한 규정은 전무하다. 상담의 기밀 유지, 정확하고 과학적인 지식에 기반을 둘 것 등 매우 기본적인 사항들도 구체화되지 않았고, 그런 사항들이 이행되도록 만들 절차들을 제시하지 않고 있다. 상담이 여성의 결정을 지원하기 위함이라면 상담을 받을지 여부와 상담을 받을 시점은 여성 스스로의 결정에 맡겨져야 한다.

V. 의사 진료거부권의 문제점

1. 의사 진료거부권의 예외 없는 허용

UN 자유권위원회 일반논평 36호, 사회적 권리를 위한 유럽위원회(ECSR) 등에서는 임신중단에 대해 의료 제공자의 거부권을 인정하지 않겠다고 밝혔고, 세계보건기구(WHO), 세계산부인과학회(FIGO) 등에서도 의사의 진료거부권이 안전한 임신중단의 장벽이라고 경고했다. 그러나 정부 개정법률안은 제14조의3 제1항에 의사의 진료거부를 금지하는 의료법 제15조에도 불구하고 임신중단은 개인의 신념에 따라 거부할 수 있다고 정했다. 의사는 진료거부를 하기 위해서 개인의 신념에 대한 어떠한 증명도 필요로 하지 않는데, 양심의 자유를 근거로 의무를 면제하는 타 법률 규정(예컨대 양심적 병역거부)과도 매우 이질적이다.

임신중단에 대한 의사의 진료거부권 행사는 임신 주수, 사유 등과 무관하게 가능하기 때문에 개정법



형법을 놓고 헌법재판소로 달려가서 소모적 논쟁을 지속하는 길을 지금은 피해야 한다. 형법 논쟁은 이 정도에서 마무리하고, 여성이 받을 수 있는 가능한 모든 지원을 확대하는 사회서비스 체계 구축에 힘을 쏟을 때이다. 이런 노력이 지속된다면 24주 주수 제한 자체도 유명무실해질 수 있다. 낙태로 사라질 수 있었던 더 많은 아이들이 세상의 빛을 볼 수도 있을 것이다.

이미 모자보건법이나 근로기준법을 개정하는 제안들이 나오기 시작했다. 낙태 뿐 아니라 출산을 선택할 수 있는 가능성을 높여주는 대안들이다. 아무런 사유를 대지 않아도 임신 14주 이내에, 그리고 상담과 숙려기간, 경제·사회적 사유를 전제로 24주 이내 낙태 부분 비범죄화안은 사실상 낙태 합법화 시도이다. 여기에 더하여 여성의 건강한 재생산권을 보장하고 사회서비스와 소득·의료·주거 보장, 그리고 일자리 지원 등 정책적 지원이 더해진다면 자신의 몸 안에서 일어나는 일에 대한 여성



를만 제270조2 제2항 4호의 보건의학적 사유에 해당하는 경우라도 해당된다. 임신한 여성의 생명과 건강을 지키기 위한 임신중단이 의료인으로서의 책무와 무관하게 개인의 신념의 영역이라고 보는 것은 정당화되기 어렵다. 심지어 응급상황에 대한 예외 규정조차 없다.

2. 빈약한 연계의무

정부의 개정법률안은 의사가 진료거부권을 행사할 시, 다른 의사·의료기관에 연계할 것을 요하지 않고 있다. 제14조의3 제2항에서 임신·출산 등에 관한 긴급전화 및 임신·출산 종합상담기관으로만 안내하면 된다고 규정했을 뿐이다. 이로 인해 병원과 상담기관을 오가면서 임신중단 시점이 늦춰질 수 있고, 병원과 상담기관의 숫자가 적은 지역이거나 병원과 상담기관을 방문할 시간과 기회를 얻기 어려운 조건에 있는 여성들일수록 접근성이 크게 제약될 것이다.

VI. 임신당사자의 자기결정권을 침해할 우려가 있는 동의 요건 규정

1. 의사의 설명의무와 서면동의

정부의 개정법률안 제14조의2 제1항은 의사의 일반적인 설명의무에 포함되는 정보 이외에도, '인공 임신중절 후 피임의 시기 및 방법, 정신적·신체적 합병증, 계획임신 등의 사항'을 설명하고 이에 대한 서면동의를 받아야 한다고 규정했다. 이는 의료적 가이드로 권고할 수는 있으나 사전 서면동의를 의무화하는 것은 임신한 여성에게 또 다른 압박으로 작용할 수 있다. 피임과 계획임신에 대한 정보를 인지하고 있는 여성이라 하더라도 성관계를 둘러싼 불평등한 문화, 강요나 폭력, 질병, 장애, 직업 등 다양한 이유로 원치 않는 임신을 경험할 수 있으므로, 당사자의 동의하에 제공될 수 있는 것이지 임신중단 의료서비스의 전제 조건으로 강제되어서는 안 된다. 서면동의를 의무화는 다른 종류의 의료행위에는 요구되지 않는 조건을 임신중단에만 요구하는

의 자기결정권은 단순히 낙태할 수 있는 자유 차원에서 더 나아가 사회적 편견과 관계없이 내 아이를 낳고 기르는 선택 영역까지 확대될 수 있을 것이다. 한국사회에서 낙태와 출산의 선택 사이에서 여성을 편하게 받아주고 도와주는 사회서비스 체계는 존재하지 않았다. 그러다보니 상담과 숙려 기간 자체도 여성을 억압하는 결과를 가져올 것이라는 우려도 나온다. 하지만 일단 낙태죄의 '사실상 폐지'로써 첫발을 떼어야 할 때다. 법무부 안이 그 첫발에 가장 가까이 와 있다. 이와 함께 사회서비스 전달체계를 구축하는 진정한 노력을 보여주자.

그렇다면 개발독재시대를 거치면서 지금까지 만들어 놓은 '여성의 몸에 간섭만 하는 국가' 이미지가 사라지는 계기를 마련할 수 있을 것이다.

참고문헌

- 가족계획연구원(1974), 「1973년도 전국 출산력 및 가족계획 실태조사 특별분석 보고서」. (연구보고서 1974-12).
- 한국보건사회연구원(1991), 「인구정책 30년」.
- 한국보건사회연구원(2006), 「2006년 전국 출산력 및 가족보건·복지실태조사」, 한국보건사회연구원. (연구보고서 2006-24).

것으로, 사회적 낙인 효과를 강화할 위험이 있다.

2. 미성년자와 심신장애로 의사결정 능력이 없다고 판단되는 경우

제3자의 동의를 요하거나 제3자에게 고지하는 것은 임신중단 접근성을 떨어뜨리는 가장 큰 요인이라는 지적을 받아왔다. 그러나 정부의 개정법률안은 심신장애로 의사결정능력이 없다고 판단된 모든 사람과 미성년자에게 법정대리인의 동의를 요구하고 있다. 법정대리인의 동의를 우회할 수 있는 방법은 미성년자에게만 열어두고, 그조차도 16세 미만의 미성년자는 법정대리인의 부재나 법정대리인으로부터의 학대 상황을 증명해야만 우회로를 택할 수 있도록 했다. 법정대리인의 학대가 있다고 해도 신고를 결심하기도, 증명하기도 어렵다는 사실을 고려한다면, 실질적으로는 법정대리인 동의를 필수적으로 요구하는 것임을 알 수 있다.

그러나 미성년자와 지적장애인을 보호한다는 명목

으로 권리를 박탈하는 것은 정당화될 수 없다. 혹자는 의제강간연령이 16세임을 근거로 들기도 하지만, 의제강간이 성행위 상대방을 처벌하는 것인 반면 정부 개정법률안의 제한은 요건을 충족시키지 못하는 경우 16세 미만의 미성년자가 처벌 대상이 된다는 점에서 동일선상에서 비교하는 것은 타당하지 않다. 심지어 정부 개정법률안 제14조의2 제2항과 제3항은 동조 제1항의 '심신장애로 의사결정능력이 없는 경우'에 모든 미성년자가 포함되는 것으로 전제하는 구조를 취하고 있다. 모든 미성년자를 의사결정무능력자로 보는 것은 타 법률과의 체계 정합성 면에서도 어긋나는, 명백히 불합리한 조문 구조이다. 해외의 사례를 따라, 연령이나 장애 유무가 아니라 성숙도에 따라 판단하고, 일괄적으로 의사결정능력을 박탈하는 것보다는 어떻게 정보에 의한 동의(informed consent)를 얻어낼 것인지 설명의 방법과 도구들에 대한 고민을 진전시켜야 할 것이다.