

# 형법 입법예고안에 대한 의견서

## 인도주의실천의사협의회

공동대표: 우석균, 유명진, 이보라

서울시 종로구 율곡로 17길 14, 3층

TEL) 02-766-6027

FAX) 02-766-6025

## 형법 입법예고안에 대한 인도주의실천의사협의회 의견서

정부의 형법 입법예고안은 2019년 4월 11일 헌법재판소의 헌법불합치 결정에도 불구하고 임신중지를 끝내 의료행위로 인정하지 않겠다는 것이다. 지난 67년의 세월동안 여성의 안전과 건강을 위협하던 ‘낙태죄’를 유지시켜, 자신의 삶에 대해 책임감있는 결정을 내리는 여성에게 기어이 처벌을 가하겠다는 것이다. 법의 굴레에서 여성의 편에 온전히 설 수 없었던 의사들의 입지를 또 다시 위협하겠다는 것이다. 이로써 모두에게 안전하고 평등하게 제공되어야 할 임신중지라는 의료서비스가 제대로 공적 의료서비스 체계에 정착할 수 있는 기회를 가로막았다. 모자보건법과 더불어 상세한 절차과정을 도입하여 임신중지의 접근을 가로막는 장벽들을 곳곳에 장치하였다. 여기에서 범망의 그물을 빠져나가는 사람은 단지 운이 좋은 것일 뿐, 스스로 자기 결정권을 행사한 것은 아니다.

우리는 안전한 의료행위를 ‘죄’로 규정하는 시대착오적인 정부 개정안에 반대한다. 정부는 더 이상 여성과 의사를 편 가르기 해서는 안 된다. 여성 개개인이 가진 다양한 배경과 취약성을 잣대로 삼아 또다시 여성들을 편 가르기 해서도 안 된다. 건강은 다른 인권의 행사를 위하여 필수 불가결한 기본권이다.(유엔 경제적·사회적·문화적 권리에 관한 국제규약 제12조 : 도달 가능한 최고 수준의 건강에 대한 권리) 여성의 건강과 안전을 위해 임신중지는 필수 의료서비스이다. 여성 스스로 성관계, 피임, 임신, 출산 그리고 임신중지를 결정할 수 있어야 교육, 노동, 주거 등에 있어서의 삶의 권리가 보장된다. 이제는 한걸음 더 나아가 단 한 사람도 범망에서 밀려나고 소외되지 않도록 성·재생산 권리를 실질적으로 보장하기 위해 어떻게 법률로 구현할 것인가를 고민해야 한다. 새로운 법률은 모든 사람이 평등한 인격과 존엄성을 지닌 동등한 사람이라는 인도주의에 입각한 의료의 본래 목적에 부합하도록 개정되어야 한다.

우리는 다음과 같은 이유로 여성의 건강권과 삶을 심각하게 해치는 개정안에 반대한다.

**첫째, ‘낙태죄’ (형법 제269조, 제270조) 존치는 그 자체로 여성의 건강과 생명에 대한 위협이다.**

헌법재판소는 임신한 여성의 자기낙태를 처벌하는 형법 제269조 제1항과 의사가 임신한 여성의 촉탁 또는 승낙을 받아 낙태하게 한 경우를 처벌하는 제270조 제1항 중 ‘의사’에 관한 부분이 ‘여성의 자기결정권’을 침해하여 헌법에 합치되지 않는다는 헌법불합치 결정을 내린 바 있다. 그럼에도 불구하고 두 조항을 그대로 유지하고 제270조의 2(낙태의 허용요건)를 신설하여 임신중지를 처벌가능한 범죄로 규정하면서 예외적 조건을 달아놓았다. 즉 임신주수에 따라 모자보건법 제14조에 있던 항목을 일부 변경하여 허용사유를 형법에 규정하고 모자보건법과 연계하여 상담과 대기기간을 충족시키는 조건에서 처벌하지 않겠다는 것이다.

신설된 형법 제270조의 2에 의해 ‘낙태’는 ‘의사에 의하여’ 이루어져야만 하는 행위이다. 하지만 처벌 가능한 범죄임을 전제로 한 의료행위는 결국 그 의료서비스를 제공받게 될 여성들의 건강을 비롯한 삶의 조건을 악화시킬 수밖에 없다. 제한적인 법률 하에서는 국제적인 의학적 근거에 기반한 표준지침에 따른 의료행위를 불가능하게 하고, 양질의 서비스를 제공할 수 있는 상담 및 의료인력을 양성하지 못하며, 지역적 편차가 심한 의료불평등한 현재 지형을 악화

시키고, 의료서비스 체계 내에서 항상 예외적인 의료행위에 위치한다는 이유로 건강보험으로 급여화하거나 기타 재원을 마련하는 데에도 어려움을 겪을 것이다. 이 과정에서 발생하는 국가적 부담과 손실은 계속해서 여성 개인의 책임으로 돌릴 것이고, 정부개정안은 이 모든 것들을 합리화하는 근거가 될 수 있다.

#### **둘째, 임신주수를 기준으로 형사처벌을 하는 것은 명확성 원칙에 위배된다.**

정부개정안은 임신주수(태아의 임신주수)를 기준으로 임신중지 가능 여부를 가른다. 하지만 이를 산정하는 방법은 그렇게 간단하지 않다. 첫번째는, 마지막 월경 시작일로부터 280일째 출산을 한다는 가정하에 산출하는 고전적 방식이다. 하지만 월경주기가 불규칙한 여성이거나, 임신 사실을 늦게 알아 마지막 월경일을 정확히 기억하지 못하는 경우에는 불확실할 수밖에 없다. 평균적으로 여성들의 50%만이 마지막 월경일을 정확히 인지한다. 두번째는 초음파로 측정한 태아의 크기와 무게를 보고 임신한 시점을 역행적으로 계산하는 방식이다. 임신 초기(13주+6일, 97일)까지는 태아의 성장이 비교적 일정함에도  $\pm 5\sim 7$ 일의 오차가 있다. 2분기(~27주+6일, ~195일)에는 태아의 머리, 배, 다리 둘레를 재서 체중을 유추해 임신주수를 추측하는데, 7일 이상의 오차가 발생하기도 한다. 후반기로 갈수록 오차는 더 커진다.

특히 임신의 인지가 늦어 마지막 월경일을 기억하지 못하는 데다 초기 초음파 측정을 못해 늦게야 산부인과에 오게 될 때가 문제다. 이런 경우는 임신을 원하지 않는 상황, 미성년자이거나, 지적장애가 있거나, 성폭력·폭력 피해자일 가능성이 더 크다. 열악한 환경일수록 주수산정의 불확실성은 커질 수밖에 없는데 그 하루 차이가 임신중지를 가능·불가능으로 나뉘거나 형사처벌의 기준이 된다. 이는 명확성 원칙에 어긋난다.

그렇다고 임신주수가 의미 없다는 이야기가 아니다. 정확한 무게와 주수, 생존가능성을 산정하기 위한 노력은 산부인과 의사의 역할이다. 임신주수를 기준으로 임신중지의 약물용량, 수술적 방법, 위험도, 의료인의 숙련도가 달라진다. 초기 임신은 태아생존력이 없고 그 방법도 간단해 외래에서의 시술만으로도 가능하다. 반면 후기임신은 태아의 생존력, 산모의 건강상태, 수술이 가능한 시설과 장비 등 고려할 사항이 많고, 건수가 적어 경험이 있는 기관과 의료인이 적은 편이다. 그래서 절차나 과정에 차등을 둘 필요가 있다. 하지만 이것은 어디까지나 의료적 필요성의 영역이지 형사처벌의 조건이어서 안된다.

#### **셋째, 상담과 24시간 숙려기간 강제 규정은 임신중지의 접근성을 가로막는 장벽이다.**

신설된 형법 제270조의2(낙태의 허용조건) 제2항은 임신 14~24주 이내에 네 가지 허용사유들 중에서 사회경제적 사유에 한하여 모자보건법에서 정한 상담을 받아야 받고, 24시간의 대기기간을 거쳐야만 한다.

다른 허용사유(성폭력에 의한 임신, 법률상 혼인할 수 없는 친족 간 임신, 보건의학적 이유로 여성의 건강을 심각하게 해치고 있거나 해칠 우려가 있는 경우)에는 적용하지 않고 예외적으로 사회경제적 사유에만 상담과 대기기간을 강제하였다. 이것은 다른 사유보다 아마도 쉽게 접근할 수 있다는 우려에서 나온 것으로 여성에게 다시 한번 임신중지를 결정하기 전에 ‘숙고’하라는 경고인 셈이다. 개정안에 따르면 만약 병원에서 임신 14주가 넘은 시점에 임신 사실을 인지하고 직접 의사와 임신중지에 대한 상담을 마친 경우라 하더라도, 다시 상담기관에서 발급하는 ‘상담사실확인서’와 24시간 대기 요건을 충족시키기 위해서 물리적으로 24시간이

넘는 시간을 기다려야만 한다. 아무리 신속하게 처리가 되더라도 ‘병원 -> 상담기관 -> 24시간 후 -> 병원’으로 돌아오기까지 실제로는 최소 2~3일이라는 시간을 소요하게 되는 것이다. 의사는 자신의 첫 번째 진료행위에서 오로지 ‘상담사실확인서’를 받은 시각부터 24시간이 지났는지를 확인하는 형식적인 절차만을 하기 위해 환자를 돌려보내야 하는 꼴이다. 이는 임신 중지를 보다 안전하게 하기 위한 규정이 아니라 요식행위일 뿐이다. 더구나 그 2~3일 사이에 임신 24주를 넘었다면 법망 안에 포섭되기 위한 그 동안의 노력은 모두 절망적인 헛걸음이 되고 만다.

어떤 여성들에게는 임신을 인지하자마자 임신유지 여부에 관한 결정을 내리기에 24시간이라는 시간이 너무 짧을 수 있다. 임신 주수에 따른 위험성을 인지한 상태에서도 결정을 내리는 것이 쉽지 않다면 이런 경우 몇 번이고 원하면 다시 상담할 수 있어야 한다. 또 상담과정에서 긴 시간을 요하는 경우들, 예를 들어 경계선 지적장애가 있는 사람, 수화 통역이 필요한 사람, 뇌병변장애로 의사표현에 시간이 걸리는 사람, 한국어에 능통하지 않아 통역지원이 필요한 사람, 성폭력과 관련하여 추가적인 법적·의료적 절차가 필요한 사람 등등 무수히 많은 사례들이 있다. 한편 임신 14주 이내의 임신중지를 고민하는 여성들도 임신유지와 임신중지에 관한 선택지와 자원들에 대한 정보가 필요 할 수 있다. 현행 개정안의 14~24주, ‘24시간’이라는 규정은 여성에게 안전이 아니라 심리적 압박으로 작용하고, 여기에 소요되는 물리적 시간이 이들을 법률 밖으로 내몰 수도 있는 매우 강한 제약조건이 된다.

이미 수십년간 해외의 사례를 통해 ‘상담과 대기기간 강제 규정’은 의미가 없고 오히려 위험성과 폐해가 있음이 확인되었다. 그럼에도 불구하고 상담과 24시간의 근거 없는 숙려기간을 형법상 의무규정하는 것은 임신중지를 의로서비스가 아니라 여전히 당사자의 ‘비도덕적 선택’과 의사의 ‘처벌 가능한 제한된 진료행위’로서 ‘방지해야 하는 범죄행위’ 인식하는 것이다. 임신중지는 의학적 개입이 필요한 절차로 임신의 인지 이후 결정과정에 의학적으로 정확하고 중립적인 정보의 제공과 상담이 필요하지만, 이는 ‘상담 및 숙려 받을 권리’로 보장되어야 하는 것이며, 국가는 이러한 권리 보장의 기회를 평등하고 차별없이 제공할 의무가 있는 것이지 형법에서 명시하고 한계를 둘 사항이 아니다.

**넷째, 사유에 따른 제한과 입증 책임은 여성의 건강과는 전혀 상관없는 부당한 요구 절차이다.**

임신 14주~24주 이내의 ‘낙태’ 허용 사유는 현행 모자보건법 제14조에 규정하고 있는 5가지 항목 중 1호 본인이나 배우자가 우생학적 또는 유전학적 정신장애나 신체질환 및 2호 전염성 질환이 있는 경우를 삭제하고, 사회경제적 사유를 추가하였다. 정부는 이 사회경제적 사유 항목의 추가로 실제로 더 많은 여성들이 임신중지를 결정할 가능성을 열어놓았다고 평가하고 있다. 하지만 그 어떤 사유도 여성이 입증해야하는 강제 조항으로 두고 이를 충족하지 못하면 처벌이 가능케 한 것은 전혀 다른 결과를 가져온다.

대표적으로 성폭력 피해자의 경우 그간 ‘낙태’ 허용 사유로 있었음에도 불구하고, ‘낙태죄’의 형법 조항이 남아있기 때문에 처벌을 우려하는 의사들이 성폭력을 지나치게 협소하게 해석하여 판결문이나 등의 무리한 법적 자료를 요구하는 과정에서 이차 피해가 발생하고 임신중지가 지연된다는 문제가 끊임없이 제기되어왔다. 성폭력 피해자를 지원하는 기관이 오히려 상담사실확인서를 발급하기 위해 피해사실을 심사하는 수사기관의 역할을 하게 된 부작용이 생기고 있다.

이런 현실에서 개정안이 통과되었을 때 사회경제적 사유 역시 모자보건법이 정한 상담 절차를 거치는 과정에서 '상담사실확인서'를 발급하기 위한 요식절차가 될 가능성이 크다. 어떤 상담을 어떻게 제공할지를 명시하지 않으면서 임신의 유지가 불가능할 정도로 사회적, 경제적으로 어려움이 큰지를 심사하는 것은 이미 임신한 여성이 가지고 있는 심리적 신체적 부담을 가중하는 것 이외에 여성의 건강과는 전혀 상관없는 부당한 절차이다.