

이준일. 2022. “비혼여성의 인공임신에 관한 자기결정의 권리” 『인권연구』 5(1): 1-42.
Yi, Zoon Il. 2022. “Artificial Pregnancy of Single Women and Rights related to Self-determination regarding Pregnancy and Childbirth” *Journal of Human Rights Studies* 5(2): 1-42.

DOI: <http://www.doi.or.kr/10.22976/JHRS.2022.5.1.1>

[일반논문]

비혼여성의 인공임신에 관한 자기결정의 권리

: 임신과 출산에 관한 자기결정권에 포함된 사회권 및 평등권과 함계

이 준 일*

한글초록

비혼여성이 인공수정이나 체외수정과 같이 임신 과정에 인위적으로 의료적 개입이 이루어지는 인공임신 시술로 자녀를 가지는 것이 허용될 수 있는지에 대한 논란이 제기되고 있다. ‘임신과 출산에 관한 자기결정권’은 여성의 고유한 헌법적 권리다. 현행 ‘생명윤리 및 안전에 관한 법률’에 따를 때 비혼여성의 체외수정은 원칙적으로 금지되지 않는다. 다만 ‘모자보건법’에 따라 난임부부에게만 국가의 지원이 제공되고 있는데 이것이 비혼여성의 인공임신을 금지할 수 있는 법적 근거가 되지는 못한다. 인공임신과 관련하여 중요한 또 다른 기본권은 사회적 기본권이다. 인공임신 시술은 의료행위에 해당하여 상당한 경제적 비용이 요구되기 때문이다. 현재 인공임신과 관련된 사회적 기본권은 오로지 결혼한 부부에게만 인정되어 이들에게만 건강보험이 적용되고 본인부담금에 대한 재정적 지원이 제공되고 있다. 비혼여성의 인공임신에 대한 차등적 대우는 평등권을 침해하는 차별에 해당할 수도 있다. 인공임신과 관련하여 혼인한 여성과 비혼여성은 본질적인 차이가 없는데도 합리적 이유 없이 차등적인 대우를 받고 있기 때문이다. 비혼여성에게도 보장된 임신과 출산에 대한 자기결정권, 사회적 기본권, 평등권의 관점에서 비혼여성의 인공임신에 대한 국가의 재정적 지원이 제공될 필요가 있다.

주제어: 비혼여성의 인공임신, 체외수정, 임신과 출산에 관한 자기결정권, 사회적 기본권, 평등권

* 고려대학교 법학전문대학원 교수, 법학박사.

ISSN 2635-4632

목 차

- I. 개념과 쟁점
- II. 비혼여성의 인공임신과 자유권
- III. 비혼여성의 인공임신과 사회권
- IV. 비혼여성의 인공임신과 평등권
- V. 맺음말

I. 개념과 쟁점

그동안 ‘미혼(未婚)여성(unmarried women)’으로 불리던 집단에 대해서는 그 표현이 부정적인 고정관념과 편견을 조장하거나 강화하는 차별적인 내용을 포함하고 있다는 이유로 현재는 ‘비혼(非婚)여성(single women)’이라는 대체표현이 사용되고 있다.¹⁾ 결혼은 기본적으로 개인에게 사회적 강제성을 가진 의무사항이 아니라 자신의 자유로운 판단에 따라 결정할 수 있는 선택사항이므로 본인의 의지에 따라서는 적극적으로 거부될 수도 있다는 점, 결혼 여부가 개인이 정상적인 인생이나 사회생활을 유지하는지에 관한 판단의 기준이 될 수 없다는 점, 결혼제도로의 편입이 모든 사람에게 보편적으로 요구되는 삶의 필수적 요소가 아니라는 점 등을 근거로 비혼여성이라는 표

1) 결혼하지 않은 상태에서 임신하여 출산한 여성에 대해서 ‘미혼모’라는 표현을 대신하여 ‘비혼모’라는 표현이 사용되어야 한다는 견해도 그러한 여성에 대한 부정적 인식이나 편견 또는 낙인을 완화하거나 제거하려는 데서 그 목적을 찾고 있는 것으로 보인다. 예컨대 김현경·이민영, 자발적 비혼모의 선택 체험에 관한 연구: Parse의 인간되어감 연구방법론을 적용하여, 한국가족복지학 제24권, 한국가족사회복지학회, 2008, 8면 이하; 김영신, 40대 자발적 비혼모의 생애경험에 대한 탐색적 연구 - 아이 출산과 양육동기를 중심으로, 사회과학연구 제27집 제4호, 경성대학교 사회과학연구소, 2011, 421면 이하; 정현미, 비혼모에 대한 한국사회 처우와 권리 보장 방안, 이화젠더법학 제2권 제2호, 이화여자대학교 젠더법학연구소, 2011, 113면 참조.

현이 선호되고 있는 것이다. 이러한 비혼여성이 법적으로 ‘보조생식술(assisted reproductive technology: ART)’²⁾로 지칭되는 생식방식에 해당하는 인공수정³⁾이나 체외수정⁴⁾과 같이 임신(생식) 과정에 인위적으로 의료적 개입이 이루어지는 ‘인공임신 기술’로 자녀를 가지는 것이 허용될 수 있는지에 대한 논란이 제기되고 있다.⁵⁾ 특히 방송활

2) 『모자보건법』은 2015년에 개정되면서(시행: 2016. 6. 23.) 비로소 ‘보조생식술’에 대한 정의규정을 두기 시작했는데 이에 따르면 보조생식술은 “임신을 목적으로 자연적인 생식과정에 인위적으로 개입하는 의료행위로서 인간의 정자와 난자의 채취 등 보건복지부령으로 정하는 기술”로 정의된다(같은 법 제2조 제12호).

3) 인공수정(人工授精, artificial insemination: AI)은 정자를 채취하여 일정한 처리를 한 뒤 자궁경부(cervix) 또는 자궁(uterus)에 주입시킴으로써 수정란을 생성시키는 수정(受精, fertilization) 방식으로 여성의 자연적인 배란주기에 맞추거나 인위적으로 여성의 과배란 유도(controlled ovarian stimulation: COS)라는 약물적 치료를 통하여 시행된다. 일반적으로 자궁에 정자를 주입시키는 방법이 사용되는데 이것을 ‘자궁 내 정자주입(intrauterine insemination: IUI)’이라고 칭하며 자궁경부에 정자를 주입시키는 ‘자궁경부 내 정자주입(intracervical insemination: ICI)’과 구별되는데 『모자보건법 시행규칙』에 따르면 “자궁 내 정자주입 기술”이라고 불린다(같은 시행규칙 제1조의2 제1호). 인공수정은 남성의 정자수가 현저하게 부족하거나 남성의 정자가 자궁에 도달할 수 없을 정도로 약한 경우 또는 여성이 자궁내막증(endometriosis)이나 생식기관과 관련된 이상으로 임신이 어려운 경우에 사용되는데 배우자의 정자가 이용될 수도 있지만 배우자가 아닌 남성의 정자도 이용될 수 있다. 인공수정을 위하여 배우자의 정자를 이용하는 경우에 ‘배우자 인공수정(AI with partner’s sperm: AIH)’으로, 배우자가 아닌 남성의 정자를 이용하는 경우에 ‘비배우자 인공수정(AI with donor sperm: AID)’으로 구분하여 지칭하기도 한다.

4) 체외수정은 시험관 기술(in vitro fertilization: IVF)로도 불리는데 정자와 난자를 채취하여 시험관에서 수정하여 배아를 생성시킨 뒤 자궁에 착상시키는 생식 방식을 뜻하며 『모자보건법 시행규칙』은 이를 “체외수정 배아식술”이라고 지칭한다(같은 시행규칙 제1조의2 제2호).

5) 오래전부터 인공임신과 관련된 가족법적 쟁점에 대한 논의가 진행되어 왔는데 대표적으로 이덕환, 인공임신의 가족법상 제문제, 한양법학 제3집,

동을 하는 한 비혼여성이 인공임신 기술로 임신에 성공하여 아들을 출산하였다는 보도가 나오자 이러한 논란은 더욱 확산되었다. 특히 그녀가 한국이 아닌 일본에서 인공임신 기술을 받았다는 사실이 확인되면서 한국에서는 법적으로 비혼여성의 인공임신 기술이 금지되고 있는지에 대한 의문도 동시에 제기되었다.

사실 결혼하지 않은 여성의 임신에 관한 법적 쟁점은 이미 ‘미혼모’ 또는 ‘비혼모’의 문제로 상당히 많이 다루어졌다.⁶⁾ 다만 이 경우에는 주로 사실혼을 포함하는 혼인관계에 있지 않은 남녀의 성관계에 의한 자연임신, 특히 일반적인 학령기에 해당하는 십대 여성의 임신과 관련되어 논의되었다. 따라서 기본적 인권의 관점에서 출발하여 여성이 홀로 자녀를 임신하여 출산하고 양육해야 하는 과정에서 제도적 또는 사회복지적 지원을 받고, 특히 십대 여성의 경우에 차별 없이 학업을 병행할 수 있도록 정책적 지원을 받을 수 있도록 하는 입법정책적 논의가 주된 주제였다. 아무튼 이 경우에도 결혼하지 않은 여성의 임신과 출산 및 양육이 자발적 결정(선택)에 의하여 이루어졌다는 점은 분명하다. 다만 비혼여성의 인공임신은 상대방 남성의 존재를 전혀 고려하지 않은 채, 정확히 말하면 혼인제도와 상관없

한양법학회, 1992, 12면 이하 참조.

6) 이를테면 차선자, 미혼모의 법률문제와 대안에 관한 검토, 젠더법학 제1권 제2호, 한국젠더법학회, 2009, 84면 이하; 권희정, 인권, 모성권, 아동복지 측면에서 본 비혼모를 둘러싼 쟁점들, 이화젠더법학 제2권 제2호, 이화여자대학교 젠더법학연구소, 2011, 58면 이하; 이준일, 미혼모의 인권과 법정책, 고려법학 제64호, 고려대학교 법학연구원, 2012, 142면 이하; 조주은, 양육미혼모 관련 정책현황과 개선방안, 젠더법학 제4권 제1호, 한국젠더법학회, 2012, 215면 이하; 이준일, 미혼모 관련 법제도의 분석과 평가, 안암법학 제42호, 안암법학회, 2013, 2면 이하; 신옥주, ‘미혼모’의 인권제고를 위한 법제개선방안 비교법적 연구, 법학논집 제21권 제2호, 이화여자대학교 법학연구소, 2016, 235면 이하; 조은희, 미성년 미혼모와 그 자에 대한 권리보호 - 미성년 미혼모의 성년의제와 그 자에 대한 친권대행의 문제를 중심으로, 법과 정책 제24집 제2호, 제주대학교 법과정책연구원, 2018, 360면 이하 참조.

이 배우자 없는 독신의 임신과 출산 및 양육을 자발적으로 결정하였다는 점에서 비혼여성의 자연임신과는 구별될 필요가 있다. 또한 결혼한 여성의 인공임신은 혼인관계에 있는 배우자를 전제로 임신과 출산 및 양육에 대한 부부 또는 부모 공동의 책임을 예정한 것이라는 점에서 비혼여성의 인공임신과 일정한 차이를 나타낸다.

‘임신과 출산에 관한 자기결정권’은 여성의 고유한 헌법적 권리다.⁷⁾ 따라서 특별한 합리적 이유로 정당화되지 않는 경우에는 어떠한 사유로도 여성의 이러한 자기결정권을 침해하거나 차등적으로 부여할 수는 없다. 오히려 임신과 출산에 관한 자기결정권을 실현하기 위하여 임신이나 출산을 원하는 여성에게는 임신과 출산에 필수적인 의료서비스나 재정적 지원이 제공되어야 할 필요가 있다. 임신과 출산에 관한 자기결정권이 우선적으로 보장하는 자유권은 적극적 측면과 소극적 측면을 모두 포함하는데 적어도 인공임신중절(낙태)⁸⁾과 관련하여 헌법이 보장하는 임신과 출산에 관한 자기결정권의 소극적 측면은 모든 여성에게 법률적으로도 보장되고 있다. 『모자보건법』은

7) 임신과 출산에 관한 자기결정권을 헌법재판소는 “임부의 자기결정권” 또는 “낙태의 자유”로 부른다. 헌재 2012. 8. 23. 2010헌바402, 판례집 24-2상, 471, 480면: “헌법 제10조는 개인의 인격권과 행복추구권을 보장하고 있다. 개인의 인격권·행복추구권에는 개인의 운명자기결정권이 전제되는 것이고, 이 자기운명결정권에는 임신과 출산에 관한 결정, 즉 임신과 출산의 과정에 내재하는 특별한 희생을 강요당하지 않은 자유가 포함되어 있다. ... 자기낙태죄 조항은 ... 헌법 제10조에서 도출되는 임부의 자기결정권, 즉 낙태의 자유를 제한하고 있다.” 다만 임신과 출산에 관한 자기결정권과 관련하여 태아의 생명권을 내재적 한계로 제시하기도 한다. 엄주희·양지현, 낙태와 관련한 자기결정권의 행사와 그 한계에 대한 재조명, 성균관법학 제 30권 제4호, 성균관대학교 법학연구원, 2018, 79면 참조.

8) 『모자보건법』에 따르면 ‘인공임신중절수술’은 “태아가 모체 밖에서는 생명을 유지할 수 없는 시기에 태아와 그 부속물을 인공적으로 모체 밖으로 배출시키는 수술”로 정의된다(같은 법 제2조 제7호). 다만 인공임신중절의 방법으로는 수술만이 있는 것이 아니라 약물의 투여로도 인공임신중절이 가능하므로 이 점이 개정될 필요가 있다.

일정한 사유가 있는 경우에 낙태를 허용하고, 이러한 낙태는 혼인한 여성에게만 허용되는 것은 아니기 때문이다.⁹⁾ 또한 임신과 출산에

9) 현행 「모자보건법」은 낙태가 정당화되는 사유로 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(準強姦)에 의하여 임신된 경우, ④ 법률상 혼인할 수 없는 혈족 또는 인척 간에 임신된 경우, ⑤ 임신의 지속이 보건·의학적으로 모체의 건강을 심각하게 해치고 있거나 해칠 우려가 있는 경우를 열거하고 있다(같은 법 제14조 제1항). 이와 관련하여 헌법재판소는 경제적·사회적 사유를 낙태를 정당화하는 사유에서 전면적이고 일률적으로 배제한 것은 헌법에 불합치한다는 결정을 한 바 있는데 경제적·사회적 사유에 대한 전면적·일률적 배제로 발생할 수 있는 문제점에 대해서 다음과 같이 적절하게 실시하고 있다. 헌재 2019. 4. 11. 2017헌바127, 판례집 31-1, 404, 425면 이하: “학업이나 직장생활 등 사회활동에 지장이 있을 것에 대한 우려, 소득이 충분하지 않거나 불안정한 경우, 자녀가 이미 있어서 더 이상의 자녀를 감당할 여력이 되지 않는 경우, 부부가 모두 소득활동을 해야 하는 상황이어서 어느 일방이 양육을 위하여 휴직하기 어려운 경우, 상대 남성과 교제를 지속할 생각이 없거나 결혼 계획이 없는 경우, 상대 남성이 출산을 반대하고 낙태를 종용하거나 명시적으로 육아에 대한 책임을 거부하는 경우, 다른 여성과 혼인 중인 상대 남성과의 사이에 아이를 임신한 경우, 혼인이 사실상 파탄에 이른 상태에서 배우자의 아이를 임신했음을 알게 된 경우, 아이를 임신한 후 상대 남성과 헤어진 경우, 결혼하지 않은 미성년자가 원치 않은 임신을 한 경우 등과 같이 다양하고 광범위한 사회적·경제적 사유로 인한 낙태갈등 상황에 처한 여성이 자기낙태죄 조항으로 인해 임신의 유지와 출산을 강제당하고 있고, 이를 위반할 경우 형법적 제재를 받아야 하는 것이다. 자기낙태죄 조항이 임신한 여성이 처해 있는 다양하고 광범위한 사회적·경제적 사유에 대하여 형법적 제재의 예외를 전혀 인정하지 않고 있음으로 인해, 임신한 여성은 임신 유지로 인한 신체적·심리적 부담, 출산과정에 수반되는 신체적 고통·위험을 감내하도록 강제당하는 것뿐만 아니라 이에 더하여 위 사유들로 말미암아 임신·출산·육아 과정에서 발생하는 경제적 부담, 직장 등 사회생활에서의 어려움, 학업 계속의 곤란, 경력단절 등을 포함한 각종 고통까지 겪을 것을 강제당하는 결과에 이르게 된다.” 이에 따라 정부는 「형법」 및 「모자보건법」 개정안을 발의하였는데 이 개정안의 골자는 임신 14주 이내의 모든 낙태를 허용하면서 임신 25주 이

관한 자기결정권의 적극적 측면과 관련하여 어떠한 법률에 의해서도 비혼여성의 임신이나 출산이 금지되고 있지 않아 임신과 출산에 관한 적극적 결정도 혼인한 여성에게만 법률적으로 허용되는 것은 아니므로 비혼여성도 임신과 출산에 관한 적극적 결정을 할 수 있는 법률적 권리를 부여받는다. 다만 문제는 이러한 임신과 출산에 관한 적극적 권리와 관련하여 인공임신 기술이 배우자가 없는 비혼여성에게도 허용되는지 여부(II), 비혼여성이 인공임신 기술에 필요한 의료서비스나 재정적 지원을 받을 수 있는 사회권을 인정받을 수 있는지 여부(III) 및 인공임신 기술에 대한 국가의 지원과 관련하여 비혼여성이 혼인한 여성과 비교하여 차별을 받아 평등권을 침해받고 있는지 여부(IV) 등의 의문은 여전히 남아 있다. 이와 같은 의문들에 대하여 차례로 상세하게 검토하기로 한다.

II. 비혼여성의 인공임신과 자유권

1. 법적으로 허용된 배아생성 방식으로서 인공임신과 비혼여성

인공임신, 특히 체외수정 방식에 의한 인공임신에 관해서는 배아와 관련된 생명윤리를 내용으로 하는 「생명윤리 및 안전에 관한 법률」(이하 「생명윤리법」으로 약칭)에서 규율한다. 여기서 우선 ‘배아’는 “인간의 수정란 및 수정된 때부터 발생학적으로 모든 기관이 형

후의 모든 낙태를 금지하는 동시에 임신 15주 이상 24주 이내 낙태는 사회·경제적 사유를 포함한 정당화사유가 존재하는 경우에만 예외적으로 허용된다는 점이다. 이 개정안 및 국회에서 발의된 개정안에 대한 분석과 비판에 대해서는 주호노, 개정 낙태죄법의 내용과 특징 및 과제, 의생명과학과 법 제24권, 원광대학교 법학연구소, 2020, 192면 이하; 김나루, 낙태죄 헌법불합치 결정 이후의 개정방향에 관한 연구 - 최근 발의된 형법 일부개정법률안을 중심으로, 서강법률논총 제11권 제1호, 서강대학교 법학연구소, 2022, 94면 이하 참조.

성되기 전까지의 분열된 세포군”으로 정의되고(같은 법 제2조 제3호), ‘잔여배아’는 “체외수정으로 생성된 배아 중 임신의 목적으로 이용하고 남은 배아”로 정의되고 있다(같은 조 제4호). 이러한 규정들은 인공임신의 방식인 체외수정의 가능성을 전제하고 있으며 적어도 체외수정의 전형적인 유형에 해당하는 시험관 시술에 의한 수정란이나 배아의 생성에 대한 법적 허용을 암묵적으로 인정하고 있는 것으로 해석된다. 실제로 「모자보건법」의 위임에 따라 이 법률에서 “자연적인 생식과정에 인위적으로 개입하는 의료행위”를 의미하는 보조생식술(같은 법 제2조 제12호)의 내용을 구체화하고 있는 같은 법 시행규칙은 체외에서 수정되고 배양된 배아를 자궁강 안으로 이식하여 임신을 시도하는 ‘체외수정 배아이식술’을 보조생식술의 하나로 열거하고 있다(같은 시행규칙 제1조의2 제2호).

한편 수정란이나 배아의 생성은 체내수정뿐만 아니라 체외수정의 방식으로 가능한데 「생명윤리법」에 따르면 체세포복제배아¹⁰⁾ 및 단성생식배아¹¹⁾를 인간 또는 동물의 자궁에 착상시키는 행위 및 착상된 상태를 유지하거나 출산하는 금지되기 때문에(같은 법 제20조 제1항)¹²⁾ 흔히 생명복제기술로 알려진 체세포복제이나 단성생식에 의

10) 체세포핵이식에 의한 배아의 생성은 “핵이 제거된 인간의 난자에 인간의 체세포 핵을 이식하는” 방식의 배아생성을 뜻한다(생명윤리법 제2조 제6호).

11) 단성생식은 “인간의 난자가 수정 과정 없이 세포분열하여 발생하도록 하는” 생식방식을 의미한다(생명윤리법 제2조 제7호).

12) 그밖에도 체외수정의 방식과 상관없이 인간의 배아를 동물의 자궁에 착상시키거나 동물의 배아를 인간의 자궁에 착상시키는 행위, 즉 ‘이종 간의 착상’ 행위는 법적으로 금지된다(생명윤리법 제21조 제1항). 또한 ① 인간의 난자를 동물의 정자로 수정시키거나 동물의 난자를 인간의 정자로 수정시키는 행위(다만, 의학적으로 인간의 정자의 활동성을 시험하기 위한 경우는 제외), ② 핵이 제거된 인간의 난자에 동물의 체세포 핵을 이식하거나 핵이 제거된 동물의 난자에 인간의 체세포 핵을 이식하는 행위, ③ 인간의 배아와 동물의 배아를 융합하는 행위, ④ 다른 유전정보를 가진 인간의 배아를 융합하는 행위도 법적으로 금지된다(같은 조 제2항).

한 체외수정은 법적으로 완전히 금지되는 것은 아니지만¹³⁾ 임신을 목적으로 이러한 복제된 배아가 사용되는 것은 허용되지 않는다. 이것은 임신을 목적으로 하는 경우 현재 법적으로 허용되는 체외수정 방식은 전형적인 유형인 시험관 시술 등으로 국한하여 매우 제한적으로만 허용된다는 뜻이다. 아무튼 시험관 시술 등이 법적으로 허용된 체외수정 방식에 해당한다면 여성의 결혼 여부는 시험관 시술 등에 의한 임신의 법적 허용 여부에 영향을 미칠 수 없다. 따라서 비혼여성이 법적으로 허용된 체외수정 방식인 시험관 시술 등에 의하여 임신하거나 출산하는 행위는 법적으로 금지되지 않는 것으로 판단된다.¹⁴⁾ 더욱이 법적으로 전혀 금지되고 있지 않은 체내수정은 성교 (sexual intercourse)에 의한 자연적인 생식방식이든 인위적인 생식방식으로서 자궁 내에 정자를 주입하는 시술이든 모두 본인의 자유로운 의사결정, 즉 자발적 의지에 의한 것이라면 비혼여성에게 허용된다고 볼 수 있다.¹⁵⁾

13) 체세포핵이식 또는 단성생식으로 생성된 배아는 오로지 희귀병이나 난치병의 치료를 위한 연구의 목적을 위한 경우에만 예외적으로 허용된다(생명윤리법 제31조 제1항).

14) 비혼여성이 체외수정의 방식으로 인공임신 시술을 받는 것을 법적으로 금지한다고 해도 실제로 비혼여성이 체외수정 방식의 인공임신 시술을 받아 임신하거나 출산한 경우에 해당 여성 또는 시술한 의사를 처벌하는 것 외에는 이미 임신된 태아 또는 출산된 유아의 법적 지위를 변동시킬 수 있는 아무런 법적 강제수단도 존재하지 않는다는 점에서 현실적으로 비혼여성의 인공임신에 대한 법적 금지가 인공임신을 진지하게 원하는 비혼여성의 인공임신을 저지할 수 있는 적절한 수단인지는 의문이다.

15) 미성년자인 비혼여성의 경우에도 현행 『형법』에 따르면 만 14세 미만인 경우에만 ‘미성년자의체강간죄’로 의율되기 때문에 만 14세 이상이고 본인의 자유로운 의사결정에 의한 것이라면 자연적인 생식방식(성관계)에 의한 임신은 가능하겠지만 인공수정이나 체외수정과 같은 보조생식술은 의료행위로서 의료계약에 따라 시행될 수 있으므로 이와 같은 법률행위를 하기 위하여 미성년자인 비혼여성은 법정대리인의 동의를 받아야 할 것으로 판단된다.

2. 임공임신에 의한 배아생성의 유일한 목적으로서 임신과 그 한계

임신 외의 목적으로 배아를 생성하는 것만 금지되어 있기 때문에 (같은 법 제23조 제1항) 임신을 목적으로 하는 배아의 생성은 원칙적으로 허용되는 것으로 이해될 수 있다. 다만 임신을 목적으로 배아를 생성하는 경우에도 특정의 성을 선택할 목적으로 난자와 정자를 선별하여 수정시키는 행위, 사망한 사람의 난자 또는 정자로 수정하는 행위, 미성년자의 난자 또는 정자로 수정하는 행위(혼인한 미성년자가 그 자녀를 얻기 위하여 수정하는 경우는 제외)는 금지된다(같은 조 제2항).¹⁶⁾ 따라서 심각한 성별불균형을 시정한다는 관점에서 특정한 성별의 자녀를 얻기 위한 목적으로 시술하는 임공임신이 아니고, 보편적 윤리의 관점에서 사망한 사람 또는 미성년자의 난자나 정자를 수정하는 임공임신이 아니라면 임신 목적의 임공임신은 체외수정뿐만 아니라 체내수정에 해당하는 임공수정에 의하더라도 모든 여성에게 원칙적으로 허용된다. 따라서 현재 결혼상태에 있지 않은 비혼여성이 임신을 목적으로 한다면, 그리고 특정 성별의 자녀를 출산하거나 사망한 사람 또는 미성년자의 정자를 수정시키는 것만 아니라면 비혼여성이 임공임신으로 출산하는 것은 법적으로 허용된다. 비혼여성의 임공임신도 혼인한 여성의 임공임신과 동일하게 법적으로 금지된 한계만 위반하지 않으면 법적으로 전혀 문제가 발생하지 않는 것이다.

16) 그밖에도 체외수정으로 다태아 출생비율이 높고 이렇게 태어난 신생아의 경우 저체중 등 건강에 문제가 생길 가능성이 높다는 통계를 고려하여 체외수정으로 태어난 아동에 대한 기록부를 작성하고 체외수정의 경우에 이식되는 배아의 숫자를 법적으로 규제해야 한다는 견해로 하정옥, 보조생식술 규제 입법에 대한 각국의 현황과 그 영향: 기록부와 이식 배아 수를 중심으로, 생명윤리정책연구 제9권 제3호, 이화여자대학교 생명의료법연구소, 2016, 107면 이하 참조.

3. 반대급부를 조건으로 하는 인공임신의 금지

『생명윤리법』은 금전이나 재산상의 이익 또는 그 밖의 반대급부를 조건으로 배아나 난자 또는 정자를 제공하거나 이용하는 행위 또는 이를 유인하거나 알선하는 행위를 금지하고 있다(같은 법 제23조 제3항). 이에 따라 반대급부 없이 체외수정을 위하여 정자나 난자를 기증하는 행위는 허용되기 때문에 비혼여성이 반대급부 없이 인공임신을 위하여 특정한 남성의 정자를 제공받아 의료적 방법으로 자신의 자궁에 주입하거나 체외수정 후 배양된 배아를 자신의 자궁에 착상하여 임신하고 출산하는 행위는 법적으로 금지되지 않는다. 흔히 ‘대리모’로 불리는,¹⁷⁾ 난자나 자궁 가운데 하나 또는 난자와 자궁을 모두 제공하는 행위는 유상으로 자신의 난자 또는 자궁을 제공하거나 유상으로 자신 또는 타인의 난자를 이용한 체외수정으로 생성된 배아를 자신의 자궁에 착상시키고 임신을 유지하다가 출산하는 행위에 한하여 법적으로 금지된다고 볼 수 있다.¹⁸⁾ 이러한 유상의 대리모 행

17) 자신의 난자를 제공하여 유전적 형질을 물려주는 ‘유전적 대리모(genetic surrogate mother)’인지 아니면 임신과 출산을 위하여 자신의 자궁만을 제공하는 ‘임신대리모(gestational surrogate mother)’인지에 따라 법적 쟁점이 달라지는데 대리모와 관련된 법적 쟁점은 대체로 대리모계약을 법적으로 허용할 것인지, 대리모계약에 의하여 출생한 아동의 친자관계를 어떻게 확정할 것인지로 정리될 수 있다. 이와 관련된 최근의 문헌으로 현소혜, 대리모를 둘러싼 쟁점과 해결방안 - 입법론을 중심으로, 가족법연구 제32권 제1호, 한국가족법학회, 2018, 109면 이하; 최성경, 대리모계약의 효력과 모자관계 결정 - 서울가정법원 2018. 5. 18. 자 2018브15 결정을 계기로 하여, 홍익법학 제21권 제2호, 홍익대학교 법학연구소, 2020, 360면 이하; 정화성, 현행 법체계에서 대리모에 관한 소고, 문화·미디어·엔터테인먼트법 제14권 제2호, 중앙대학교 법학연구원 문화·미디어·엔터테인먼트법연구소, 2020, 62면 이하 참조.

18) 대리모의 경우에 자신의 난자와 특정한 남성, 주로 난임부부의 남성배우자 쪽 정자를 사용하여 체외수정을 통해 배아를 생성시킨 뒤 자신의 자궁에 착상시킬 수도 있고, 난임부부의 정자와 난자, 난임부부 한쪽 배우자의

위에 해당하지만 않으면 비혼여성의 인공임신은 법적으로 허용된다. 같은 맥락에서 여성의 자궁 내에 정자를 주입하는 체내수정 방식인 인공수정도 정자나 난자 또는 자궁의 제공과 관련된 반대급부만 없으면 본인이 직접 임신을 하든 대리모에게 임신하게 하든 모두 법적으로 허용된다고 보는 것이 타당하다.

4. 당사자의 동의

난자나 정자의 제공 또는 인공수정이나 체외수정의 기술은 개인의 신체적 완전성 및 임신과 출산에 관한 자기결정권을 직접적으로 침해할 수 있으므로 당사자 본인의 동의는 필수적이다. 이에 따라 난자 또는 정자를 채취하는 경우에 반드시 난자 기증자, 정자 기증자, 체외수정 기술자의 ‘동의’가 필요하고, 만약 난자나 정자의 기증자 또는 기술대상자가 결혼상태에 있어 배우자가 있다면 그 ‘배우자의 동의’도 필요하다(같은 법 제24조 제1항). 이러한 동의는 반드시 ‘서면’으로 작성되어야 하고, 그 서면에는 배아생성의 목적, 배아·난자·정자의 보존기간 등,¹⁹⁾ 배아·난자·정자의 폐기,²⁰⁾ 잔여배아 및 잔여난자를 연구 목적으로 이용하는 것,²¹⁾ 동의의 변경 및 철회, 동의권자

정자나 난자와 특정한 제3자의 난자나 정자 또는 누가 되었든 상관없이 특정 남성의 정자와 특정 여성의 난자를 사용하여 체외수정을 통해 배아를 생성한 후 자신의 자궁에 착상시킬 수 있는 가능성도 있다.

19) 배아의 보존기간은 원칙적으로 5년이지만 동의권자가 보존기간을 5년 미만으로 정한 경우에는 이를 보조기간으로 한다(생명윤리법 제25조 제1항).

20) 보존기간이 끝난 배아 중에서 연구의 목적으로 이용하지 아니할 배아는 반드시 폐기하여야 한다(생명윤리법 제25조 제3항). 보존기간이 지난 잔여배아는 발생학적으로 원시선이 나타나기 전까지만 체외에서 난임치료법이나 피임기술의 개발 또는 희귀·난치병의 치료 등 연구목적으로만 이용할 수 있다(같은 법 제29조 제1항).

21) 배아생성 의료기관은 연구에 필요한 잔여배아를 배아연구계획서의 승인을 받은 배아연구기관에 제공하거나 잔여난자를 체세포복제배아 등 연구

의 권리 및 정보 보호 등에 관한 사항이 포함되어야 한다. 또한 이와 같은 서면동의를 받기 전에 동의권자에게 동의서면에 필수적으로 포함되어야 할 내용에 대하여 ‘충분한 설명’이 이루어져야 한다(같은 조 제2항).²²⁾ 따라서 비혼여성의 경우에 정자를 기증받아 인공임신으로 자녀를 출산하는 경우에 서면으로 작성된 본인 및 정자 기증자의 동의가 있고 그 내용에 관한 충분한 설명을 받았다면 당연히 결혼상태에 있지 않기 때문에 배우자의 동의라는 추가적 요건 없이도 인공임신 시술에 의한 출산과 관련하여 어떠한 법적 제한도 받지 않는다. 다만 자기결정권의 관점에서 동의는 변경되거나 철회될 수 있고, 실제로 동의서면에 필수적으로 포함되어야 할 내용으로 ‘동의의 변경과 철회에 관한 사항’이 명시적으로 열거되어 있다는 점에서 정자를 기증한 남성이나 난자를 기증한 여성이 동의를 변경하거나 철회하였음에도 불구하고 생성된 배아를 여성의 자궁에 착상시켜 임신하거나 출산한 경우에는 법적 분쟁이 발생할 여지가 있다.²³⁾

계획서의 승인을 받은 체세포복제배아 등의 연구기관에 무상으로 제공할 수 있다(생명윤리법 제26조 제1항).

22) 배아의 생성 등과 관련된 동의서면에 포함된 내용에 대한 충분한 설명의 의무를 규정하고 있는 「생명윤리법」은 기본원칙의 하나로 “연구대상자 등의 자발적인 동의는 충분한 정보에 근거하여야 한다”는 원칙을 명시하고 있다(같은 법 제3조 제2항). 동의서면과 관련된 충분한 설명의 의무에 대한 상세한 논의는 김은애, 보조생식술에 있어 Informed Consent에 관한 연구 - 우리나라와 영국의 동의 체계 및 동의 서식에 대한 비교를 중심으로, 생명윤리정책연구 제6권 제1호, 이화여자대학교 생명의료법연구소, 2012, 30면 이하 참조.

23) 이와 관련하여 자기결정권의 본질인 자율성을 “관계적 자율성”으로 이해하면서 배아와 관련된 남성의 동의 철회를 예외적으로 허용하지 않거나 동의 철회의 시점을 수정 전까지로 제한해야 한다는 주장이 제기된다. 유수정, 보조생식술에서의 동의 철회와 재생산 자율성의 재구성, 한국의료윤리학회지 제19권 제4호, 한국의료윤리학회, 2016, 478면 이하 참조.

5. 인공임신 시술기관의 제한

「생명윤리법」에 따르면 체외수정과 관련된 의료기관을 제한하고 있다. 이에 따르면 체외수정을 위하여 난자 또는 정자를 채취·보존하거나 이를 수정시켜 배아를 생성하려는 의료기관은 보건복지부장관으로부터 ‘배아생성 의료기관’으로 지정을 받아야 한다(같은 법 제22조 제1항). 그런데 보건복지부장관은 「생명윤리법」에서 부여받은 권한의 일부를 질병관리청장에게 위임할 수 있고(같은 법 제61조 제1항), 같은 법 시행령에 따르면 보건복지부장관은 배아생성 의료기관의 지정에 관한 권한을 질병관리청장에게 위임하도록 규정되어 있다(같은 시행령 제24조 제1항 제2호). 배아생성 의료기관으로 지정받기 위한 시설, 장비, 인력에 관한 기준 및 절차 등은 보건복지부령으로 정하도록 위임되어 있고(같은 조 제3항), 보건복지부령인 같은 법 시행규칙은 이에 관한 상세한 내용을 규정하고 있다(아래 「생명윤리법 시행규칙」 [별표 1] 참조). 결국 배아생성 의료기관으로 지정된 의료기관에서 체외수정 시술을 받기만 한다면 비혼여성의 경우에도 아무런 법적 제한 없이 임신과 출산이 가능하다.

[별표1] 생명윤리법 시행규칙(보건복지부령)

배아생성의료기관의 시설 및 인력 등에 관한 기준 (제17조 제1항 관련)

1. 시설기준	가. 방진시설(먼지제거 및 공기공조 장치) 나. 환기장치 다. 난자채취실 라. 정자채취실 마. 진료실
2. 장비기준	가. 초음파기기 나. 무균상자(Clean Bench) 다. 이산화탄소 배양기 라. 현미경[ICSI(세포질 내 정자주입술)를 수행할 경우에는 미세세포조작기(Micromanipulator)를 포함한다] 마. 냉장고 및 냉동고

	바. 남자 흡입기 사. 원심분리기 아. 항온판 자. 세포 계수기 차. 잠금장치가 부착된 배아보관용 액체 질소탱크(LN2 tank)
3. 인력기준	가. 산부인과 전문의 또는 다음의 요건을 모두 갖춘 전문의나 일반의를 1명 이상 두어야 한다. <ol style="list-style-type: none"> 1) 3년 이상 배아생성 관련 기술을 계속 하였을 것 2) 보건복지부장관이 정하는 바에 따라 배아생성교육을 수료하였을 것 나. 배아생성 관련 기술을 보조하는 간호사 또는 경력 2년 이상인 간호조무사를 1명 이상 두어야 한다. 다. 가목에 따른 의사를 도와 정자 및 난자를 체외수정된 배아의 배양, 보관 및 관리 등의 업무를 담당하는 인력으로서 다음의 요건을 갖춘 사람을 1명 이상 두어야 한다. 이 경우 보건복지부장관이 정하는 바에 따라 의료기관 간에 배아생성 담당인력을 공유할 수 있다. <ol style="list-style-type: none"> 1) 배아생성 관련 분야의 경력이 2년 이상일 것 2) 3년제 이상의 대학에서 의학·생물학·수의학·발생공학·축산학·유전공학·분자생물학 또는 임상병리학 등의 배아생성 관련 학과를 이수한 사람일 것

또한 「모자보건법」도 보건복지부장관이 의료기관 중에서 보조생식술 등 난임시술²⁴⁾이 가능한 의료기관을 ‘난임시술 의료기관’으로 지정할 수 있다고 규정한다(같은 법 제11조의3). 난임시술 의료기관으로 지정받기 위해서는 일정한 시설과 장비 및 전문인력 등을 갖추어야 한다. 「모자보건법 시행규칙」은 난임시술 의료기관을 ① 자궁 내

24) 「모자보건법」은 현재 ‘난임’이라는 표현을 사용하고 있지만 과거에는 ‘난임’이라는 용어 대신에 흔히 ‘불임’이라는 용어가 사용되었고 현재도 양자가 혼용되고 있는 것이 현실인데 2012년 법률의 개정(2012. 5. 23. 법률 제11441호로 개정된 것)으로 ‘불임 극복 지원사업’이 ‘난임 극복 지원사업’으로 명칭이 변경되면서 ‘난임’이라는 용어가 법적으로 공식적인 용어가 되었다.

정자주입 시술 의료기관과 ② 체외수정 시술 의료기관으로 구분하고 (같은 시행규칙 제8조 제1항), 각각의 의료기관에 따라 시설 등의 기준을 규정하고 있다(동조 제2항). 이에 따르면 자궁 내 정자주입 시술 의료기관의 시설 등에 관한 기준만 다를 뿐이고, 체외수정 시술 의료기관의 시설 등에 관한 기준은 「생명윤리법 시행규칙」에서 정하고 있는 배아생성 의료기관의 시설 등에 관한 기준과 동일하게 규정하고 있다(아래 「모자보건법 시행규칙」 [별표 2] 참조).²⁵⁾ 사실상 배아생성 의료기관으로 지정된 의료기관은 동시에 난임시술 의료기관으로도 지정될 수 있다는 뜻이다.²⁶⁾ 다만 비혼여성의 경우에는 난임시술 의료기관에서 보조생식술을 시술받기는 현실적으로 어려울 것으로 보인다. 왜냐하면 「모자보건법」은 애초에 “난임”의 개념을 “부부(사실상의 혼인관계에 있는 경우를 포함한다. 이하 이 호에서 같다)가 피임을 하지 아니한 상태에서 부부간 정상적인 성생활을 하고 있음에도 불구하고 1년이 지나도 임신이 되지 아니하는 상태”로 정의하고 있어(같은 법 제2조 제11호) 난임극복을 위한 보조생식술은 오로지 법률혼이든 사실혼이든 결혼상태에 있는 부부에게만 허용되기 때문이다. 그렇다면 「모자보건법」에 따른 난임시술이 오로지 부부에게만 국한되어 허용된다는 이유로 「생명윤리법」에 따라 허용되는 체외수정도 오로지 부부에게만 한정되어 허용된다고 볼 수 있는

25) 배아생성 의료기관과 난임시술 의료기관의 지정요건 및 평가요건과 관련된 차이와 비정합성의 문제점에 대한 상세한 논의는 이현아 외 3인, 보조생식술 관련 법제도 개선방안 연구: ‘모자보건법’과 ‘생명윤리 및 안전에 관한 법률’의 비교를 중심으로, 생명, 윤리와 정책 제1권 제1호, 국가생명윤리정책원, 2017, 114면 이하 참조.

26) 실제로 「모자보건법 시행규칙」은 체외수정 시술 의료기관으로 지정받으려는 의료기관에 대해서 반드시 배아생성 의료기관 지정서 사본을 제출하도록 의무화함으로써(같은 시행규칙 제8조 제5항) 배아생성 의료기관만이 체외수정 시술 의료기관이 될 수 있도록 규정하고 있다. 또한 체외수정 시술 의료기관으로 지정받은 의료기관은 신청만 하면 동시에 자궁 내 정자주입 시술 의료기관이 될 수 있는 가능성도 열어 두고 있다(같은 조 제6항).

가? 『모자보건법』이 규율하는 난임시술에 관한 규정들의 입법목적이 난임부부에 대한 국가의 사회복지적 지원에 있다는 점에서 『생명윤리법』에서 규율하는 체외수정에 관한 규정들의 입법목적, 즉 배아의 생성과 이용에 관한 생명윤리적 기준을 제시하려는 입법목적과 구분될 필요가 있다. 이러한 관점에서 비혼여성의 인공임신은 법적으로 허용되지만 난임극복을 위한 인공임신에 대한 정책적 지원의 대상에서는 법적으로 배제되는 것으로 해석하는 것이 인공임신과 관련된 법규정들에 대한 체계적인 해석이라고 볼 수 있다.

[별표 2] 모자보건법 시행규칙(보건복지부령)

난임시술 의료기관의 시설·장비 및 전문인력에 관한 기준 (제8조 제2항 관련)

구분	자궁내 정자주입 시술 의료기관	체외수정 시술 의료기관
1. 시설	가. 진료실 나. 독립적인 공간의 정액채취실	
2. 장비	가. 초음파기기 나. 현미경 다. 정액검사장비 라. 원심분리기 등 정자분리 장비	『생명윤리 및 안전에 관한 법률 시행규칙』 제17조 제1항 및 별표 1에 따른 배아 생성의료기관의 시설·장비 및 전문인력
3. 전문인력	가. 산부인과 전문의 1명 이상 나. 시술을 보조할 수 있는 간호사 또는 간호조무사 1명 이상	

6. 대한산부인과학회의 윤리지침에 의한 비혼여성의 인공임신 금지

『생명윤리법』과 『모자보건법』에 대한 체계적 해석에 따르면 비혼여성도 인공임신이 법적으로 허용된다고 보는 것이 타당한데 대한산부인과학회의 윤리지침에 따라 인공임신 시술은 혼인한 여성에게만 허용되고 있다.²⁷⁾ 이것은 『생명윤리법』의 입법목적을 어떠한 근거도

27) 대한산부인과학회 ‘보조생식술 윤리지침’은 체외수정 및 배아이식과 관련하여 대상 환자의 조건 및 기준으로 “체외수정 시술은 원칙적으로 법적

없이 축소하는 것으로 판단된다. 최대한 선의로 해석하면 아마도 앞서 검토한 대로 인공임신에 관한 「생명윤리법」의 규정과 「모자보건법」의 규정을 체계적으로 해석하는 과정에서 생긴 오해일 것으로 추정된다. 「생명윤리법」에서 제외수정을 모든 여성에게 허용하고 있지만 「모자보건법」에서 국가의 지원을 전제로 하는 난임시술에 해당하는 제외수정은 혼인한 여성에게만 허용했다는 것을 근거로 비혼여성의 인공임신은 금지된다는 결론을 도출했을 것으로 추정되는 것이다. 하지만 앞서 살펴본 대로 「생명윤리법」과 「모자보건법」을 각각의 입법목적에 고려하여 체계적으로 해석한다면 비혼여성의 인공임신은 법적으로 허용된다는 결론이 타당하다. 그럼에도 불구하고 현재 제시되고 있는 윤리지침은 해당 학회 회원에 대한 사실상 구속력을 가지고 있어 배아생성 의료기관 또는 난임시술 의료기관으로 지정된 병원에 종사하는 산부인과 전문의를 포함하여 배아생성이나 난임시술에 전문성을 가진 의사들은 이와 같은 학회의 지침을 관행적으로 준수하고 있는 것으로 보인다.²⁸⁾ 이에 따라 비혼여성의 인공임신 시술은 법적으로 금지되어 있지 않음에도 불구하고, 현실에서는 마치 그것이 법적으로 금지되고 있다는 인상을 심어주고 있는 것이 사실이다. 따라서 법적으로 금지되고 있지 않은 내용을 포함하고 있는 해당 지침이 즉각적으로 개정될 필요가 있다고 보인다.

인 혼인관계에서 시행되어야 한다.”고 명시하면서 비배우자 간 인공수정과 관련하여서는 정자 수증자의 조건 및 기준으로 “비배우자 간 인공수정 시술은 원칙적으로 법률적 혼인관계에 있는 부부만을 대상으로 시행한다.”고 명시하고 있다. 대한보조생식학회 웹사이트(www.kosar.org) 참조(2022년 4월 30일 접속).

28) 인공임신에 관한 윤리지침이 실제로 의료현장에서 완벽하게 준수되고 있는지에 대한 실증적 자료를 확보하기는 쉽지 않지만 영리를 목적으로 윤리지침을 어기면서까지 비혼여성에 대한 인공임신 시술을 감행할 수 있는 의료인이나 의료기관은 많지 않을 것으로 보인다. 오히려 윤리지침을 위반하여 비혼여성에 대한 인공임신 시술을 시행하는 의료인이나 의료기관이 많아진다면 윤리지침은 자동적으로 폐기되는 수순을 밟을 수밖에 없다.

Ⅲ. 비혼여성의 인공임신과 사회권

1. 인공임신과 관련된 사회권

인공임신 기술 방식은 인공수정(자궁 내 정주주입) 기술과 시험관(체외수정 후 배아이식) 기술로 구분되는데 어떤 경우에도 특별한 기술이 활용되는 의료행위에 해당하여 상당한 경제적 비용이 요구된다. 따라서 경제적 약자(취약계층)가 인공임신 기술을 받는 것은 당사자에게 큰 부담으로 작용할 수밖에 없다. 심지어 이러한 경제적 부담으로 인하여 인공임신 기술을 포기할 수밖에 없어 임신과 출산에 관한 자기결정권의 실현을 심각하게 방해받을 수도 있다. 여기서 인공임신 기술에 필요한 재원의 제공을 국가에 대해서 요구할 수 있는 ‘사회권(사회적 기본권)’의 의미가 강조될 필요가 있다. 현재 부부로 한정되어 인공임신 기술은 체외수정의 경우 최대 7~9회, 인공수정의 경우 최대 5회까지 건강보험의 적용을 받고 있으며(아래 [표 1] 참조),²⁹⁾ 그럼에도 불구하고 부담해야 하는 본인부담금과 관련해서도 기준중위소득 180퍼센트 이하인 가구에 대해서는 연령에 따라³⁰⁾ 차등적으로 정해진 최대지원금액의 범위 안에서 인공임신 기술에 대한 추가적 지원정책이 시행되고 있다(아래 [표 2] 및 [표 3] 참조). 인공임신 기술은 난임부부에 대한 국가의 지원정책의 관점에서 이해되어

29) 체외수정 기술(IVF-ET)에는 과배란유도, 난자채취, 난자세포질 내 정자 직접 주입술(ICSI), 배아보조 부화술(Hatching)이 포함되고, 인공수정 기술에는 배란유도(배란유도제로 경구제나 주사제 또는 병합투여) 후 인공수정기술, 자연주기 인공수정기술이 포함된다. 보건복지부, <2022 모자보건사업 안내>(2022), 104면 참조.

30) 연령은 만 44세 이하와 만 45세 이상으로 구분되는데 만 나이는 시술 시작 시점을 기준으로 하되, 지원결정통지서를 발급받은 후 해당 지원결정통지서 유효기간 내에 만 나이가 변경될 경우에는 발급 시점을 기준으로 한다. 보건복지부, <2022 모자보건사업 안내>(2022), 103면 참조.

혼인한 여성에게만 이러한 지원정책이 제공되고 있는 것으로 파악할 수 있다.

[표 1] 보조생식술에 대한 건강보험적용

시술유형		최대지원횟수	본인부담금
체외수정	신선배아	9회	본인부담 30% (만 45세 이상 본인부담 50%)
	동결배아	7회	
인공수정		5회	

[표 2] 본인부담금에 대한 최대지원금액

시술유형		만 44세 이하	만 45세 이상
체외수정	신선배아(1~9회)	최대 110만원	최대 90만원
	동결배아(1~7회)	최대 50만원	최대 40만원
인공수정(1~5회)		최대 30만원	최대 20만원

[표 3] 2022년 가구원수 가입유형별 기준중위소득 180퍼센트 이하
판정 기준표

(단위: 원)

가구원수	기준중위소득 (180%)	건강보험료 본인부담금(고지금액 기준)		
		직장가입자	지역가입자	혼합
2인	5,868,000	206,291	220,611	209,473
3인	7,550,000	266,083	295,553	272,614
4인	9,218,000	334,652	369,311	350,228
5인	10,844,000	398,320	435,141	434,898
6인	12,433,000	434,898	472,366	473,200
7인	14,005,000	511,709	549,554	567,870
8인	15,578,000	567,870	602,760	663,895

2. 인공임신과 의료서비스에 관한 사회보장수급권

인공임신 기술은 의료행위에 해당하기 때문에 일종의 의료서비스로 이해되고 있다. 여기서 우선 의료서비스에 관한 사회보장수급권에 주목을 하게 된다. 헌법은 ‘보건에 관한 권리(보건권)’를 명시함으로써(헌법 제36조 제3항) 의료서비스에 관한 사회보장수급권을 보장하고 있다. 헌법재판소에 따르면 헌법이 보장하는 보건권은 “국민이 자신의 건강을 유지하는 데 필요한 국가적 급부와 배려를 요구할 수 있는 권리를 말하는 것으로서, 국가는 국민의 건강을 소극적으로 침해하여서는 아니 될 의무를 부담하는 것에서 한 걸음 더 나아가 적극적으로 국민의 보건을 위한 정책을 수립하고 시행하여야 할 의무를 부담한다는 것을 의미한다.”고 한다.³¹⁾ 보건권에 포함된 사회권의 의미를 확인하고 있는 것이다. 더욱이 헌법은 “모성보호”에 관한 국가의 의무를 규정하여 ‘모성에 관한 권리(모성권)’를 사회권의 체계 안에서 보장하고 있다(헌법 제36조 제2항).³²⁾ 이것은 모성권이 기본적으로 자유권으로서 사실상 임신과 출산에 관한 자기결정권과 동일한 의미를 가지기도 하지만 모성권에는 임신과 출산에 관한 사회권의 의미가 함축되어 있음을 확인할 수 있는 맥락으로 이해할 수도 있다.³³⁾ 이처럼 헌법은 보건권과 모성권을 보장함으로써 임신 및 출

31) 헌재 2009. 11. 26. 2007헌마734, 판례집 21-2하, 576, 597면; 2012. 2. 23. 2011헌마1223, 판례집 24-1상, 365, 371면 이하; 2020. 4. 23. 2017헌마 103, 판례집 32-1상, 403, 420면 참조

32) 모성보호에 관한 국가의 의무를 규정한 헌법조항에서 모성권이 도출될 수 있는지 여부에 대한 헌법재판소의 입장은 불분명하다. 다만 비혼모와 관련하여 헌법재판소는 이 조항의 의미를 입법자에게 “미혼모의 자녀 양육권을 실질적으로 보장하고 미혼모 자녀의 복지 및 권익을 향상하기 위하여 각종 법률을 통해 중·장기적으로 미혼모에 대한 사회적 인식을 개선하고 경제적 지원을 강화”하려는 데 있다고 새기고 있다. 헌재 2014. 5. 29. 2011헌마363, 판례집 26-1하, 378, 384면.

33) 모성권에 포함된 기본적 보호법익을 임신 및 피임의 자기결정권, 출산

산과 관련된 의료서비스를 포함하여 임신 및 출산과 관련되어 필요한 다양한 형태의 인력, 장비, 시설, 서비스 등을 사회권의 관점에서 법적으로 규율할 것을 요구하고 있는 것이다. 사회적 기본권의 대상은 충분한 공급과 자금만 보장된다면 개인이 국가에 의존하거나 국가의 도움을 받지 않고서도 시장에서 구입할 수 있는 것들이다.³⁴⁾ 따라서 임신 및 출산과 관련된 인력, 장비, 시설, 서비스 등도 개인이 충분한 공급과 자금만 제공된다면 국가의 지원 없이 얼마든지 시장에서 구입이 가능한 것들이므로 사회적 기본권의 대상에 해당한다. 이에 따라 국가는 사회적 기본권의 대상이 되는 임신 및 출산과 관련된 인력, 장비, 시설, 서비스 등을 충분히 공급할 뿐만 아니라 이것들을 무상 또는 저렴한 가격으로 공급하거나 이것들의 구입에 필요한 자금을 국가재정에서 지원하는 정책을 시행해야 할 의무를 부담한다. 인공임신 기술을 사회보험에 해당하는 건강보험의 적용대상에 포함시켜 저렴한 가격으로 공급하는 정책 및 인공임신 기술에 필요한 비용의 일부를 국가재정에서 지원하는 정책은 임신 및 출산과 관련된 사회권에 상응하는 국가의 의무를 구체적으로 이행하는 방식으로 이해될 수 있다.

통제 및 선택권, 안전한 임신과 출산 보장권, 양육권 및 친권으로 보는 견해에 따르면 모성권은 임신과 출산에 자기결정권과 사실상 동일한 의미로 이해된다. 서해정·장명선, 여성장애인 모성권 보장 방안, 이화젠더법학 제10권 제2호, 이화여자대학교 젠더법학연구소, 189면 이하 참조. 한편 성적 자기결정권과 낙태 관련 자기결정권 및 출산의 안전에 관한 건강권을 ‘재생산권’ 및 ‘재생산 건강권’으로 이해하는 견해에 따르면 임신과 출산에 관한 자기결정권에 포함된 다양한 기본권적 기능은 재생산권 및 재생산 건강권으로 설명될 수도 있을 것이다. 차선자, 장애 여성의 재생산권에 대한 고찰, 법학논총 제27집 제2호, 전남대학교 법학연구소, 2007, 194면 참조.

34) 사회적 기본권에 대한 이와 같은 정의에 대해서는 이준일, 사회적 기본권, 헌법학연구 제10권 제1호, 한국헌법학회, 2004, 453면 이하 참조.

3. 인공임신 지원에 관한 현행 법률의 위헌 여부

헌법이 보장하는 사회적 기본권을 구체화하는 입법이 헌법에 위반되는지 여부를 심사하는 기준은 ‘과소금지원칙’이다. 부작위를 보호법익으로 하면서 작위 형태의 제약행위를 전제로 이에 대한 심사기준으로 적용되는 ‘과잉금지원칙’과 달리 작위나 급부를 보호법익으로 하면서 부작위 또는 급부의 미제공 형태의 제약행위를 전제로 하는 경우에는 과소금지원칙이 적용되어야 하기 때문이다. 다만 과소금지원칙이든 과잉금지원칙이든 기본권제한에 관한 헌법적 원칙인 ‘비례성원칙’을 구체화하는 원칙이기 때문에 비례성원칙의 부분원칙들은 두 가지 원칙 모두에 포함된다. 과소금지원칙의 경우에도 목적의 정당성, 수단의 적합성, 피해의 최소성, 법익의 균형성에 관한 부분원칙들이 동일하게 포함되는 것이다. 이와 관련하여 헌법재판소는 행위규범과 통제규범의 구분론에 따라 사회적 기본권은 입법부나 행정부에 대해서는 “행위규범”으로, 헌법재판소와 같은 사법부에 대해서는 “통제규범”으로 작용한다고 본다.³⁵⁾ 통제규범으로서 사회적 기본권은 “객관적으로 필요한 최소한의 조치”를 취했는지 여부를 판단하는 기준이 되고, 이것은 구체적으로 입법을 전혀 하지 않거나 입법의 내용이 현저하게 불합리하여 헌법상 용인될 수 있는 재량의 범위

35) 헌재 2009. 11. 26. 2007헌마734, 판례집 21-2하, 576, 595면: “모든 국민은 인간다운 생활을 할 권리를 가지며 국가는 생활능력 없는 국민을 보호할 의무가 있다는 헌법의 규정은 모든 국가기관을 기속하지만 그 기속의 의미는 동일하지 아니하다. 입법부나 행정부에 대하여는 국민소득, 국가의 재정능력과 정책 등을 고려하여 가능한 범위 안에서 최대한으로 모든 국민이 물질적인 최저생활을 넘어서 인간의 존엄성에 맞는 건강하고 문화적인 생활을 누릴 수 있도록 하여야 한다는 행위의 지침, 즉 행위규범으로서 작용하지만 헌법재판에 있어서는 다른 국가기관, 즉 입법부나 행정부가 국민으로 하여금 인간다운 생활을 영위하도록 하기 위하여 객관적으로 필요한 최소한의 조치를 취할 의무를 다하였는지를 기준으로 국가기관의 행위의 합헌성을 심사하여야 한다는 통제규범으로 작용하는 것이다.”

를 명백하게 일탈한 경우에만 사회적 기본권을 침해하게 된다는 것을 의미한다고 한다.³⁶⁾ 하지만 사회권의 경우에도 이 기본권을 제한하는 경우에는 비례성원칙이 적용되어야 하고, 그 구체적인 내용은 과소금지원칙이 되어야 하기 때문에 헌법재판소가 제시하는 ‘객관적으로 필요한 최소한의 조치’, 즉 입법의무에 대한 완전한 불이행(진정입법부작위) 또는 입법의무에 대한 현저하게 불합리하거나 명백하게 일탈하는 이행(부진정입법부작위)³⁷⁾보다는 더욱 강화된 내용의 사회권에 대한 보장이 필요할 것으로 판단된다. 다만 헌법재판소에

36) 헌재 1997. 5. 29. 94헌마33, 판례집 9-1, 543, 554면 이하: “국가가 행하는 생계보호가 헌법이 요구하는 객관적인 최소한도의 내용을 실현하고 있는지의 여부는 결국 국가가 국민의 ‘인간다운 생활’을 보장함에 필요한 최소한도의 조치는 취하였는가의 여부에 달려있다고 할 것인바, ‘인간다운 생활’이란 그 자체가 추상적이고 상대적인 개념으로서 그 나라의 문화의 발달, 역사적·사회적·경제적 여건에 따라 어느 정도는 달라질 수 있는 것일 뿐만 아니라, 국가가 이를 보장하기 위한 생계보호 수준을 구체적으로 결정함에 있어서는 국민 전체의 소득수준과 생활수준, 국가의 재정규모와 정책, 국민 각 계층의 상충하는 갖가지 이해관계 등 복잡하고도 다양한 요소들을 함께 고려하여야 한다. 따라서 생계보호의 구체적 수준을 결정하는 것은 입법부 또는 입법에 의하여 다시 위임을 받은 행정부 등 해당기관의 광범위한 재량에 맡겨져 있다고 보아야 한다. 그러므로 국가가 인간다운 생활을 보장하기 위한 헌법적 의무를 다하였는지의 여부가 사법적 심사의 대상이 된 경우에는, 국가가 생계보호에 관한 입법을 전혀 하지 아니하였다든가 그 내용이 현저히 불합리하여 헌법상 용인될 수 있는 재량의 범위를 명백히 일탈한 경우에 한하여 헌법에 위반된다고 할 수 있다.”

37) 헌법재판소는 입법자가 입법의무를 이행하지 않은 입법부작위를 ‘진정 입법부작위’와 ‘부진정입법부작위’로 일관되게 구분한다. 예컨대 헌재 1996. 10. 31. 94헌마108, 판례집 8-2, 480, 489면: “입법자가 헌법상 입법의무가 있는 어떤 사항에 관하여 전혀 입법을 하지 아니함으로써 ‘입법행위의 흠결이 있는 경우’(즉, 입법권의 불행사)와 ㉠ 입법자가 어떤 사항에 관하여 입법은 하였으나 그 입법의 내용·범위·절차 등이 당해 사항을 불완전, 불충분 또는 불공정하게 규율함으로써 ‘입법행위에 결함이 있는 경우’(즉, 결함이 있는 입법권의 행사)가 있는데, 일반적으로 전자를 진정(眞正)입법부작위, 후자를 부진정(不眞正)입법부작위라고 부르고 있다.”

따르면 과소금지원칙은 국가가 “적절하고 효율적인 최소한의 보호조치를 취하였는가” 여부에 대한 심사의 기준을 의미하기 때문에³⁸⁾ 통제규범의 의미를 가지는 사회적 기본권에 대한 구체적 심사기준으로 인용되는 “객관적으로 필요한 최소한의 조치”와 사실상 동일한 기준으로 적용될 가능성도 배제할 수는 없다.

결국 부부의 인공임신 시술에 한정된 건강보험 적용 및 본인부담금에 대한 재정적 지원이 비혼여성의 임신과 출산에 관한 사회권을 침해하였는지 여부는 과소금지원칙을 기준으로 심사되어야 한다. 인공임신 시술의 건강보험 적용 및 본인부담금에 대한 지원 정책이 오히려 부부에게 한정되어 제공되고 있는 것은 이 정책의 목표가 애초에 ‘난임부부의 보조생식술 지원’이기 때문인 것으로 보인다. 처음부터 입법목적에서부터 지원정책의 목표로 난임부부만을 전제하고 비혼여성은 전혀 상정하지 않았기 때문인 것이다. 『모자보건법』도 이 정책의 명칭을 ‘난임극복 지원사업’으로 지칭하면서 난임치료를 위한 시술비 지원 등을 이 정책의 내용에 포함시키고 있다(같은 법 제 11조 제2항). 다만 난임부부의 보조생식술 지원 정책은 넓은 의미에서 출산장려정책의 일부를 구성하고 있다는 점을 고려하여³⁹⁾ 이러한 출산장려정책에 비혼여성의 인공임신 시술 지원 정책이 포함되지 않음으로써⁴⁰⁾ 결국 비혼여성의 임신과 출산에 관한 자기결정권에 포함

38) 헌법재판소는 제3자에 의한 환경권침해와 관련된 국가의 보호의무를 인정하면서 이러한 의무를 위반했는지 여부를 판단하는 기준으로 ‘과소금지원칙’을 제시한 바 있다. 헌재 2008. 7. 31. 2006헌마711, 판례집 20-2상, 345, 359면; 2019. 12. 27. 2018헌마730, 판례집 31-2하, 315, 322면 참조.

39) 현행 『저출산·고령사회기본법』은 국가 및 지방자치단체에 대하여 “자녀의 임신, 출산, 양육 및 교육에 소요되는 경제적 부담을 경감하기 위하여 필요한 시책을 강구하여야” 하는 의무를 부담시키고 있는데(같은 법 제10조 제1항) 이와 같은 임신이나 출산 등과 관련된 경제적 부담의 경감 정책이 혼인관계에 있는 여성에게만 한정되어 시행되어야 하는 것은 아니라는 점은 분명하다.

40) 비혼여성의 인공임신에 대한 지원 정책이 출산장려정책의 차원에서 이

된 사회권이 과소금지원칙을 위반한 것은 아닌지에 대한 검토가 필요할 것으로 보인다. 더욱이 비혼여성이 자녀를 출산하면 ‘한부모가족’⁴¹⁾의 모에 해당하여 사회적 기본권을 구체화하는 내용의 법적 지원을 받을 수 있다는 점도 고려될 수 있다.⁴²⁾

IV. 비혼여성의 인공임신과 평등권

1. 혼인한 여성에 한정된 인공임신 시술 지원

오래전부터 보건복지부는 모자보건정책에 따라 난임부부를 전제로 혼인한 여성에 대한 인공임신 시술 지원정책을 시행하고 있다. 보건복지부가 시행하고 있는 모자보건정책은 국가나 지방자치단체가 “난임 등 생식건강문제를 극복하기 위한 지원”을 할 수 있도록 규정한 「모자보건법」을 근거로 한다(같은 법 제11조). 2006년부터 실시된 이 정책에 따라⁴³⁾ 체외수정 시술비가 도시근로자 월평균소득 130퍼

해된다면 혼인관계에 있는 여성과 달리 비혼여성은 자신의 난임 여부와 상관없이 인공임신 시술 지원을 제공받을 필요가 있다. 비혼여성이 자발적으로 임신을 원함에도 불구하고 자연적인 성관계 없이 임신을 할 수 없는 처지는 사실상 혼인관계에 있는 여성의 난임과 동일한 상황이기 때문이다.

41) 「한부모가족지원법」에 따르면 이 법률에 따라 지원을 받는 부 또는 모는 ① 배우자와 사별 또는 이혼하거나 배우자로부터 유기(遺棄)된 자, ② 정신이나 신체의 장애로 장기간 노동능력을 상실한 배우자를 가진 자, ③ 교정시설·치료감호시설에 입소한 배우자 또는 병역복무 중인 배우자를 가진 사람, ④ 미혼자(사실혼 관계에 있는 자는 제외) 등으로 아동을 양육하는 사람 등을 의미하기 때문에(같은 법 제2조 제1호) 인공임신으로 자녀를 출산한 여성도 지원대상자에 해당할 수 있다.

42) 비혼여성을 포함한 한부모가족에 대한 법적 지원에 대한 상세한 내용은 송효진, 비혼모에 대한 법제도 운영 현황과 개선방안, 젠더법학, 한국젠더법학회, 제10권 제2호, 2019, 71면 이하 참조.

43) 난임부부 지원 정책은 2006년부터 실시되었지만 「모자보건법」의 근거

센트 이하의 소득을 가진 사람에게 총 2회, 1회당 150만원(기초수급자의 경우 255만원) 범위 내에서 지원되었다. 점차 지원횟수와 기초수급자에 대한 지원금액이 확대되었으며 인공수정 시술비에 대한 지원도 추가되었다.⁴⁴⁾ 2017년부터는 체외수정이나 인공수정과 같은 보조생식술에 대해서 국민건강보험이 적용되었고, 앞서 언급한 대로 본인부담금에 대한 지원은 시술종류와 연령에 따라 시술횟수 및 시술금액에 대한 지원이 차등적으로 이루어지고 있다. 결국 인공임신 시술과 관련된 건강보험 적용과 본인부담금에 대한 지원 정책의 핵심은 오로지 결혼상태에 있는 부부에게만 한정적으로 적용된다는 점이다. 그 이유는 난임을 생식건강의 문제로 보고, 난임을 극복하기 위한 인공임신 시술을 난임부부에게 보조생식술을 제공한다는 관점에서 접근했기 때문인 것으로 보인다. 이처럼 난임을 생식과 관련된 건강의 문제로 보아 난임극복을 보건의 관점에서 이해하면서 난임의 문제는 오로지 결혼한 부부에게만 발생할 수 있다고 전제한 것이 반드시 틀린 것은 아니지만 난임을 모든 여성의 건강과 관련된 문제로 이해하지 않은 것은 실수이거나 부부의 임신만을 정상적인 것으로 보아 비혼여성의 임신을 비정상적으로 전제하는 오류에서 출발한 것으로 평가할 수 있다.

2. 비혼여성의 인공임신 시술에 대한 차등적 대우

이미 살펴본 대로 현재 인공임신 시술에 대한 국가의 지원이 혼인한 부부에게만 한정될 수밖에 없었던 것은 애초에 정책의 명칭이

조항은 2009년의 법률개정(2009. 1. 7. 법률 제9333호로 일부개정된 것)을 통하여 ‘불임극복 지원사업’에 관한 조항이 추가되면서부터다.

44) 지원횟수는 2009년에 최대 2회에서 3회로, 2011년에 최대 3회에서 4회로, 2019년에 신선배아 최대 7회 및 동결배아 최대 5회, 2021년에 신선배아 9회 및 동결배아 최대 7회로 확대되었다. 인공수정의 경우 2010년부터 최대 3회로 시작하여 2019년 최대 5회로 확대되었다.

‘난임부부 시술비 지원사업’으로 되어 있어 지원 대상을 난임부부로 한정할 수밖에 없었다는 점에 그 이유가 있는 것으로 보인다. 여기서 혼인은 법률혼뿐만 아니라 사실혼도 포함하기 때문에 사실혼 관계에 있는 여성의 경우에는 신청일 기준 1년 이상 사실혼 관계를 유지하였다는 사실을 관할 보건소로부터 확인받아야 한다. 이러한 확인을 받기 위해서는 사회적으로 인정될 만한 실질적인 혼인생활을 영위한 것으로 추정할 수 있는 공문서⁴⁵⁾ 또는 사실혼 확인보증서⁴⁶⁾를 제출해야 한다. 결국 비혼여성은 사실혼을 인정받을 수 없는 경우라면 인공임신 시술에 대한 국가의 지원을 받을 수 없다. 물론 사실혼의 경우에만 1년 이상의 혼인관계 유지라는 조건을 붙인 것에 대해서도 차등적 대우라는 비판이 가능하지만, 특히 비혼여성의 인공임신 시술에 대한 국가지원의 배제는 혼인 여부를 사유로 한 차등적 대우에 해당하고,⁴⁷⁾ 결국 비혼여성에 대한 불리한 대우로 이해될 수 있다. 특히 난임을 결혼한 여성의 문제로만 보아 비혼여성을 포함한 모든 여성의 문제로 이해하지 않은 것이 비혼여성의 임신과 출산을 비정상적인 것으로 이해하는 부정적인 편견이나 고정관념에서 출발한 것이라면 이것은 비혼여성에 대한 가혹하게 불리한 대우로 이해될 수

45) 주민등록상 1년 이상의 동거기록, ‘사실상 혼인관계 존재확인’의 소’ 판결문, 기타 정부 위원회(행정심판위원회, 보훈심사위원회, 범죄피해구조심의회, 의사상자심의위원회 등)에서 발급한 판결문·서류로서 해당 공문서 내에 두 당사자가 신청일 기준 1년 이상의 사실상 혼인관계를 영위하였다고 객관적으로 증명할 수 있는 내용이 포함되어야 한다. 보건복지부, <2022 모자보건사업 안내>(2022), 102면 참조.

46) 2인 이상의 제3자가 1년 이상의 동거 등 사실상 혼인관계를 보증한 경우로서 서식에 해당 보증인의 인적사항 및 보증사실에 대한 법적 책임을 지는 것에 동의한다는 서명이 포함되어야 한다. 위의 <2022 모자보건사업 안내>(2022), 같은 면 참조.

47) 『국가인권위원회법』은 19가지의 차별금지사유를 열거하고 있고 이 가운데 하나가 “기혼·미혼·별거·이혼·사별·재혼·사실혼 등 혼인 여부”이다 (같은 법 제2조 제3호).

있다.⁴⁸⁾ 실제로 난임(infertility)을 기본적으로 모든 인간의 건강문제로 인식하고 있는 ‘세계보건기구(World Health Organization: WHO)’도 난임을 “12개월 이상 정기적으로 피임하지 않은 채 성관계를 가졌음에도 임신하는 데 실패하는 것을 의미하는 남성 또는 여성의 생식기관 질병(a disease of the male or female reproductive system defined by the failure to achieve a pregnancy after 12 months or more of regular unprotected sexual intercourse)”으로 이해함으로써 난임의 문제가 오로지 혼인한 여성의 문제가 아니라는 점을 확인시켜 주고 있다.⁴⁹⁾

3. 평등권 침해 여부

평등은 본질적 차이가 없는 동일한 비교대상에 대해서는 동등한 대우(처우/취급)를 하고, 본질적 차이가 있는 상이한 비교대상에 대해서는 차등적 대우를 하도록 요구한다.⁵⁰⁾ 이에 따라 본질적으로 차

48) 실증적 연구를 토대로 비혼여성의 임신에 대한 부정적인 고정관념이나 편견이 결혼하지 않고 임신과 출산을 경험한 여성에게 좌절감을 주고 있다는 주장이 제기된다. 이세민, 자발적 비혼 여성이 ‘단독 출산’을 바라보는 관점에 대한 질적 연구: 2030 여성청년을 중심으로, 한국심리학회지 제26권 제4호, 한국심리학회, 2021, 310면 참조.

49) 세계보건기구(WHO)의 추정에 따르면 전 세계적으로 4천8백만 커플과 1억8천6백만 명의 개인이 난임의 문제를 겪고 있다고 한다. 세계보건기구 웹사이트(www.who.int)의 ‘Health Topics’ 메뉴에서 ‘infertility’ 항목 참조 (2022년 4월 30일 접속).

50) 이러한 의미에서 평등이 상대적 평등이라는 사실에 대해서는 헌법재판소의 최근 판례에서 확인된다. 헌재 2022. 2. 24. 2020헌마177, 공보 제305호, 459, 461면: “헌법이 요구하는 평등은 일체의 차별적 대우를 부정하는 절대적 평등을 의미하는 것이 아니라, 입법과 법의 적용에 있어 합리적 근거가 없는 차별을 해서는 안 된다는 상대적 평등을 뜻하므로, 합리적 근거가 있는 차별은 평등권을 침해하지 않는다.” 다만 차별은 평등의 부정으로서 최종적 평가의 개념으로 이해되기 때문에 비교대상에 대한 대우에서 차

이가 없는 동일한 비교대상에 대해서 차등적 대우를 하거나 본질적으로 차이가 있는 상이한 비교대상에 대해서 동등한 대우를 하려면 이를 정당화할 수 있는 합리적 이유(근거)가 제시되어 정당화되어야 하고, 만약 그렇지 못하면 평등권을 침해하는 차별에 해당하게 된다. 평등권을 침해하는 차별은 아무런 합리적 이유 없이 ‘자의적으로’ 비교대상의 차이 여부에 부합하지 않도록 비교대상을 대우(처우/취급)하는 것을 의미한다. 따라서 차별을 판단하는 기준은 합리적 이유가 없는 자의적 대우를 금지하는 ‘자의금지원칙’이 되어야 하는데 그동안 헌법재판소는 평등의 심사척도로 ‘자의금지원칙’과 ‘비례성원칙’을 구분하여 왔다. 전자를 ‘완화된 심사척도’로, 후자를 ‘엄격한 심사척도’로 이해하는 헌법재판소에 따르면 엄격한 심사척도인 비례성원칙이 적용되어야 하는 경우는 헌법이 직접 평등을 명령하거나 차별을 금지한 때 또는 차별로 인한 기본권제한이 중대한 때이다.⁵¹⁾ 하지만 ‘비교’를 본질로 하는 평등의 구조에 비추어 평등심사 또는 평등을 침해하는 차별에 관한 심사에서 판단기준은 굳이 자의금지원칙과

이의 존재 여부, 즉 차이가 있는 차등적 대우와 차이가 없는 동등한 대우에 합리적 근거가 있는지 여부에 따라 최종적으로 차별에 해당하는지 여부가 결정된다. 따라서 차별을 ‘합리적 근거가 있는’ 차별과 ‘합리적 근거가 없는’ 차별로 구분할 수는 없고, 오로지 비교대상에 대한 차등적 대우 또는 동등한 대우가 합리적 근거의 존재 여부에 따라 구분될 수 있을 뿐이다.

51) 이러한 기준은 이른바 ‘제대군인 가산점제도 결정’에서 제시되었다. 헌재 1999. 12. 23. 98헌마363, 판례집 11-2, 770, 787면: “평등위반 여부를 심사함에 있어 엄격한 심사척도에 의할 것인지, 완화된 심사척도에 의할 것인지는 입법자에게 인정되는 입법형성권의 정도에 따라 달라지게 될 것이다. 먼저 헌법에서 특별히 평등을 요구하고 있는 경우 엄격한 심사척도가 적용될 수 있다. 헌법이 스스로 차별의 근거로 삼아서는 아니 되는 기준을 제시하거나 차별을 특히 금지하고 있는 영역을 제시하고 있다면 그러한 기준을 근거로 한 차별이나 그러한 영역에서의 차별에 대하여 엄격하게 심사하는 것이 정당화된다. 다음으로 차별적 취급으로 인하여 관련 기본권에 대한 중대한 제한을 초래하게 된다면 입법형성권은 축소되어 보다 엄격한 심사척도가 적용되어야 할 것이다.”

비례성원칙 가운데 하나를 선택해야 한다면 전자로 보는 것이 타당하다.

평등은 기본적으로 비교대상의 차이 유무에 부합하게 비교대상에 대한 대우가 이루어지도록 요구하는 원칙이기 때문에 우선적으로 비교대상의 차이 유무에 부합하도록 비교대상을 대우하면(같은 것을 같게, 다른 것을 다르게 대우하면) 평등에 해당하고, 비교대상의 차이 유무에 부합하지 않도록 비교대상을 대우하면(같은 것을 다르게, 다른 것을 같게 대우하면) 차별에 해당한다. 따라서 평등을 침해하는 차별에 해당하는지 여부를 심사하는 ‘일차적인 판단기준’은 ① 비교대상을 객관적으로 비교하여 확인된 차이 유무, ② 그러한 차이 유무에 부합하도록 비교대상에 대한 대우가 이루어졌는지 여부이다. 다시 말해 비교대상 사이에 본질적 차이가 없는데도 그에 부합하지 않게 차등적 대우를 하거나 비교대상 사이에 본질적 차이가 있는데도 그에 부합하지 않게 동등한 대우를 하면 ‘잠정적으로’ 차별에 해당한다. 따라서 잠정적 차별을 판단하기 위해서는 우선 ① 비교대상 간에 차이가 객관적으로 존재하는지 여부에 대한 확인, ② 그러한 차이가 본질적인 것인지에 대한 평가가 선행되어야 하고, 이어서 ③ 비교대상에 대한 대우 간에 차이가 객관적으로 존재하는지 여부에 대한 확인과 ④ 그러한 차이가 본질적인 것인지에 대한 평가가 진행되어야 한다. 각각의 비교대상 및 그에 대한 대우 사이에 존재하는 차이를 확인하는 과정은 대체로 사실관계의 확인에 관한 ‘경험적 판단’에 속하는 반면에 그와 같은 차이가 본질적인지 여부를 평가하는 과정은 대체로 일정한 가치를 전제로 평가하는 ‘규범적 판단’에 속한다. 예컨대 여성과 남성 사이에 생물학적 차이가 존재하는지 여부를 확인하는 과정은 경험적 판단의 영역인 반면에 여성과 남성 사이에 객관적으로 존재하는 임신과 출산에 관한 생물학적 차이가 본질적 차이인지 여부를 평가하는 과정은 규범적 판단의 영역에 해당한다.⁵²⁾ 아

52) 예컨대 헌법재판소는 남성에게만 병역의무를 부과하는 법률의 평등권 침해 여부를 판단하면서 다음과 같이 여성과 남성 간에 존재하는 신체적 또

무튼 비교대상 및 그에 대한 대우의 차이 유무가 확인되면 마지막으로 양자의 차이 유무가 서로 일치하는지 확인하는 것은 비교적 용이하다. 비교대상의 차이 유무에 대하여 비교대상에 대한 대우의 차이 유무가 부합하는지 여부에 따라 잠정적 차별이 확인되면 차별을 판단하는 ‘이차적인 기준’은 그와 같은 잠정적 차별을 정당화할 수 있는 합리적 이유(근거)가 제시될 수 있는지 여부이다. 차별판단의 구조와 기준을 이와 같이 이해할 때⁵³⁾ 헌법재판소의 심사척도 가운데 자의금지원칙을 선택한다고 해도 차별판단의 구조 및 기준과 정확하게 일치한다고 볼 수 없다. 왜냐하면 헌법재판소가 자의성을 판단하는 기준인 합리적 이유와 관련하여 이것이 비교대상의 차이가 본질적인지 여부를 판단하는 과정에서 인용되는 합리적 이유인지 아니면 비교대상의 차이 유무에 부합하지 않는 대우의 차이 유무가 확인되었을 때, 즉 잠정적 차별이 확인되었을 때 인용되는 합리적 이유인지

는 생리적 차이를 확인하였다. 헌재 2011. 6. 30. 2010헌마460 결정, 판례집 23-1하, 519, 526면 이하: “일반적으로 집단으로서 남자와 여자는 서로 다른 신체적 능력을 보유하고 있다고 평가되는데, 전투를 수행함에 있어 요청되는 신체적 능력과 관련하여 본다면, 무기의 소지·작동 및 전장의 이동에 요청되는 근력 등이 우수한 남자가 전투에 더욱 적합한 신체적 능력을 갖추고 있다고 할 수 있다. ... 또한 신체적 능력이 매우 뛰어난 여자의 경우에도 그 생리적 특성상 월경이 있는 매월 1주일 정도의 기간 동안 훈련 및 전투 관련 업무수행에 장애가 있을 수 있고, 임신중이거나 출산 후 일정한 기간은 위생 및 자녀양육의 필요성에 비추어 영내생활이나 군사훈련 자체가 거의 불가능하다.” 이러한 차이가 본질적인 것인지에 대한 명시적 언급은 없지만 본질적 차이만을 차이로 보아왔던 헌법재판소의 선례에 비추어 보면 이러한 차이는 본질적 차이로 이해될 수 있다. 특히 헌법재판소가 “최적의 전투력 확보”라는 입법목적을 병역의무에서 여성과 남성의 차등적 대우의 근거로 삼고 있는 점에 비추어 보더라도 여성과 남성의 신체적, 생리적 차이에 대한 헌법재판소의 판단은 규범적 판단으로서 그러한 차이가 본질적인 것인지에 대한 평가를 담고 있다. 동일한 취지의 헌재 2010. 11. 25. 2006헌마328; 2014. 2. 27. 2011헌마825 결정도 참조.

53) 차별판단의 구조와 기준에 대한 상세한 논의는 이준일, 차별판단의 쟁점들, 유럽헌법연구 제37호, 유럽헌법학회, 2021, 311면 이하 참조.

가 불명확하기 때문이다.⁵⁴⁾

그렇다면 앞서 확인한 차별판단의 구조와 기준에 따를 때 우선 혼인한 여성의 인공임신과 비혼여성의 인공임신 사이에는 본질적 차이가 존재하는가? 일단 혼인한 여성의 경우 비혼여성과 비교하여 ‘배우자’가 있다는 차이가 있다. 임신한 여성에게 배우자가 있는지 여부는 결국 그 여성이 출산할 자녀의 ‘친부’가 있는지 여부와 같은 의미가 된다. 아동의 복리를 최우선적으로 고려해야 한다는 관점에서 친부의 존재는 아동에게 상대적으로 안정적인 양육환경을 제공할 수 있다는 주장으로 연결될 수도 있다. 일단 배우자 또는 친부의 존재 여부와 관련된 차이는 인공임신이 아닌 자연임신의 경우에도 동일하다는 점에서 단지 비혼여성의 인공임신에 대한 평가에서만 배우자 또는 친부의 존재 여부가 기준이 될 수는 없을 것으로 보인다. 비혼여성의 인공임신이 배우자 또는 친부의 존재 여부에 따라 달리 평가받아야 한다면 비혼여성의 자연임신도 배우자 또는 친부의 존재 여부에 따라 달리 평가받아야 하는데 이것은 비혼여성의 모든 임신을 혼인한 여성의 임신과 달리 취급하는 것으로 합리적이지 않다. 굳이 아동의 복리라는 측면에서 양육 및 돌봄의 환경과 관련된 안정성을 고려하여 배우자 또는 친부의 존재 여부에 따른 일정한 차이를 인정한다고 해도 이러한 차이가 본질적인 것인지는 의문이다. 왜냐하면

54) 실제로 헌법재판소는 남성에게만 병역의무를 부과하는 것이 자의적인지, 즉 합리적 이유가 있는지 여부를 판단하면서 여성에게만 병역의무를 부과하는 국가가 매우 한정적이라는 비교법적 근거 및 남녀의 동등한 군복무를 전제로 한 시설과 관리체제를 갖추는 데 필요한 경제적 비용이 추산하기 어려울 만큼 많이 소요되고 남녀 군인 간의 범죄나 성적 긴장관계로 인한 기강 해이가 발생할 우려가 있다는 점을 근거로 합리적 이유가 있는 차등적 대우로 판단하였다. 위 헌재 결정(각주 52), 527면 참조. 물론 헌법재판소의 이와 같은 판단이 병역의무와 관련하여 여성과 남성 간에 본질적 차이가 존재하는지 여부를 확인하는 과정에서 이루어진 것으로 보이기도 하지만 엄밀하게 분석하면 비교대상에 대한 차등적 대우의 합리성을 판단하는 과정에서 나온 판단으로 이해하는 것도 가능하다.

비혼여성의 인공임신도 임신과 출산에 관한 자기결정권, 즉 스스로 자녀를 임신하여 출산하기로 한 주체적이고 자율적인 결정의 일부라는 점, 아버지(친부) 없는 자녀의 임신이나 출산이 아동의 관점에서든, 이혼이나 사별 등으로 아버지가 부재한 가정에서 출생하거나 양육된 아동의 전반적인 상황을 고려했을 때 아버지의 부재가 불안정한 양육상황으로 이어진다는 일반적인 결론을 끌어낼 수는 없다는 점에서 혼인한 여성의 인공임신과 비교했을 때 본질적 차이는 없다고 판단되기 때문이다. 실제로 「입양특례법」에 따른 ‘양친이 될 자격’에 혼인한 사람이어야 한다는 요건은 없다는 점도 주목할 필요가 있다.⁵⁵⁾

물론 혼인한 여성의 경우에는 난임을 이유로 한 인공임신인 반면에 비혼여성의 경우에는 반드시 난임이 아니더라도 오로지 임신만을 목적으로 한 인공임신이라는 점에서 본질적 차이가 있다고 주장할 수도 있다. 특히 인공임신 시술에 대한 건강보험 적용이나 본인부담금 지원 정책이 본래 난임의 극복을 지원하기 위한 목적이라는 점에서 그러한 본질적 차이가 부각될 수도 있다. 하지만 난임의 극복이 반드시 결혼한 여성에게만 국한되지 않고, ‘출산의 확대’라는 상위의 목적에 포섭되는 하부 목적에 해당하면 혼인한 여성의 인공임신과

55) 현행 「입양특례법」에 따르면 양친이 될 사람의 요건으로는 ① 양자를 부양하기에 충분한 재산이 있을 것, ② 양자에 대하여 종교의 자유를 인정하고 사회의 구성원으로서 그에 상응하는 양육과 교육을 할 수 있을 것, ③ 양친이 될 사람이 아동학대·가정폭력·성폭력·마약 등의 범 죄나 알코올 등 약물중독의 경력이 없을 것, ④ 양친이 될 사람이 대한민국 국민이 아닌 경우 해당 국가의 법에 따라 양친이 될 수 있는 자격이 있을 것, ⑤ 그밖에 양자가 될 사람의 복지를 위하여 보건복지부령으로 정하는 필요한 요건을 갖출 것이 열거되어 있다(같은 법 제10조 제1항). 한편 보건복지부령인 「입양특례법 시행규칙」에 따르면 양친이 될 사람은 원칙적으로 대한민국 국민의 경우 25세 이상으로서 양자가 될 사람과의 나이 차이가 60세 이내, 대한민국 국민이 아닌 경우 25세 이상 45세 미만이어야 하되, 보건복지부장관이 양친이 될 사람의 가정환경이 양자를 건전하게 양육하기에 적합하다고 인정하는 경우에는 예외가 인정된다(같은 시행규칙 제4조).

비혼여성의 인공임신에는 본질적 차이가 없을 수도 있다. 오히려 비혼여성의 임신은 혼인한 여성의 임신과 달리 해당 여성이 난임이 아니더라도 인공임신의 방식이 아니면 불가능하다는 점에서 사실상 난임으로 볼 수 있는 여지도 있다.⁵⁶⁾ 따라서 혼인한 여성의 인공임신과 비혼여성의 인공임신을 본질적으로 차이가 있는 것으로 보아 차등적으로 취급하여 비혼여성을 불리하게 대우하는 것은 잠정적으로 평등 원칙에 반하는 차별에 해당하는 것으로 평가할 수 있다.

다음으로 혼인한 여성의 인공임신과 비혼여성의 인공임신 사이에 본질적 차이가 없음에도 차등적인 대우를 함으로써 비혼여성을 불리하게 대우하려면 이를 정당화하는 합리적 이유가 제시되어야 하는데 어떠한 합리적 이유가 존재하는가? 굳이 합리적 이유를 찾는다면 ‘혼인한 부부의 출산 장려’ 또는 거기에 전제되어 있다고 추정할 수 있는 ‘부부 간 출산의 정상성’에 대한 강조 정도가 될 것이다. 하지만 굳이 혼인한 부부의 출산만 장려되어야 할 것도 아니고, 출산을 원하는 비혼여성이 인공임신을 선택한다면 이것을 지원하지 않을 합리적 이유도 없을 것이다. 또한 부부 간 출산의 정상성이 강조된다면 이것은 비혼모의 임신과 출산 전반에 대한 부정적인 편견과 고정관념, 심지어 부모가 모두 존재하는 가정의 정상성을 강조하여 불가피하게 한부모가정이 될 수밖에 없는 상황에 놓은 모든 사람들에 대한 부정적인 편견과 고정관념을 지속시키고 강화시키는 기능을 수행할 수밖에 없어 이것을 합리적 이유로 평가할 수도 없다.

한편 비혼여성의 인공임신에서 정자를 제공한 남성이 친부임을 주장하거나 난자나 자궁을 제공한 여성이 친모임을 주장함으로써 친자관계 확인의 문제가 발생할 수 있다는 점 또는 아동이 유전학적 관점이든 친부를 알 권리의 관점이든 정자를 제공한 친부 또는 난자나

56) 비혼여성의 경우에 생리주기 또는 나팔관 조영술 등을 통해 난임 여부를 확인하는 것이 전혀 불가능한 것은 아니지만 혼인한 여성과 비교하여 난임 여부를 확인하는 방법이 많지 않아 실제로 난임 여부를 판단하는 것이 어렵다는 것도 사실이다.

자궁을 제공한 친모 또는 대리모의 신원을 알고 싶어할 때 아동의 기본적 인권과 관련된 문제가 발생할 수 있다는 점⁵⁷⁾은 결혼상태에 있는 여성의 인공임신에서도 발생할 수 있다는 점에서 비혼여성의 인공임신에 대한 차등적 대우의 합리적 이유가 될 수 없다. 오히려 결혼상태에 있는 여성의 인공임신의 경우에 남편의 동의를 받지 않았거나 남편이 동의했으나 이를 철회하고 친생자부인의 소를 제기하는 등 친자관계 확인의 문제가 발생할 여지가 있다.⁵⁸⁾ 비혼여성이든 결혼상태의 여성이든 상관없이 인공임신의 방식으로 정자 또는 난자나 자궁을 제공받아 임신하여 출산한 경우에는 출산한 아동의 복리가 최우선적으로 고려되어야 한다는 「아동권리협약(Convention on the Rights of the Child: CRC)」의 기본원칙에 따라 친자관계의 확인이 이루어질 필요가 있고, 바람직하기로는 이와 같은 내용을 입법화할 필요성도 있다.⁵⁹⁾ 다만 인공임신으로 출산한 아동의 기본적 인권과 관련해서는 정자 또는 난자나 자궁을 제공한 남성이나 여성의 기본적 인권이 서로 충돌하는 문제가 발생한다. 따라서 원칙적으로 해당 남성이나 여성의 신원은 비밀로 하되 본인이 동의하거나 아동의

57) 이 문제에 대한 최근의 논의로 박수경, 비혼출산에 대한 생명윤리적 쟁점과 책임, 윤리학 제10권 제1호, 한국윤리학회, 2021, 109면 이하 참조.

58) 혼인 중에 있는 여성이 아동을 출산한 경우에 그 남편을 출산한 아동의 친부로 추정한다는 「민법」의 규정을 근거로 부인이 남편의 동의를 얻어 타인의 정자 또는 타인의 정자와 난자를 체외수정된 배아를 주입하여 임신하고 아동을 출산하면 그 남편이 해당 아동의 친부로 추정될 뿐만 아니라 친생부인의 소도 제기할 수 없다는 견해가 있다. 박준석, 보조생식술과 부모 결정: 법적·철학적 함의, 생명윤리정책연구 제7권 제2호, 이화여자대학교 생명의료법연구소, 2013, 13면 참조.

59) 자궁을 제공한 여성에게 대가가 지불되지 않고 정자와 난자가 친부모의 것일 경우에 법적으로 허용하는 내용의 입법이 제안되기도 한다. 김은애·유수정, 완전대리모/자궁대리모가 개입된 배우자간 보조생식술에서 법적 부모 결정 문제: 서울가정법원 2018.5.9.자 2018브15 결정 관련 사례에 대한 논의를 중심으로, 한국의료윤리학회지 제21권 제3호, 한국의료윤리학회, 2018, 235면 이하 참조.

복리를 고려할 때 불가피하게 본인의 동의 없이도 신원을 공개해야 할 필요성이 있는 경우로 엄격하게 한정하여 제한된 범위 내에서만 신원을 공개하는 것이 바람직할 것으로 보인다.

V. 맺음말

비혼여성의 인공임신도 체외수정과 인공수정의 방식으로 이루어질 수 있는데 현행 법률은 비혼여성의 인공임신을 금지하고 있는 규정을 두고 있지 않다. 만약 법률이 비혼여성의 인공임신을 금지한다면 비혼여성을 포함하여 모든 여성에게 헌법이 보장한 임신과 출산에 관한 자기결정권을 침해하기 때문이다. 그럼에도 불구하고 「생명윤리법」과 「모자보건법」을 체계적으로 해석하는 과정에서 「모자보건법」이 난임부부의 임신과 출산에 관한 자기결정권에 포함된 사회적 기본권을 구체화하기 위하여 이들에 대한 인공임신 지원 정책을 명시적으로 규정한 것을 확대하여 해석한 결과로 비혼여성의 인공임신이 원칙적으로 법적 금지의 대상이라는 잘못된 결론이 도출된 것으로 추정된다. 그리고 이러한 잘못된 추론이 일종의 관행처럼 굳어져 비혼여성의 인공임신이 법적으로 금지된 대상으로 이해되고 있는 것도 현실이다. 법적 규율과 정반대의 이러한 관행적 현실이 시급하게 개선될 필요가 있다. 또한 비혼여성의 임신과 출산에 관한 자기결정권의 사회권 및 평등권의 관점에서 비혼여성의 인공임신에 대한 재정적 지원이 적극적으로 검토되고, 비혼여성의 임신과 관련된 차별도 개선될 필요가 있다. 모든 여성의 임신은, 특히 의료행위를 동반하는 인공임신일 경우에 국가에 대해서 재정적 지원을 요구할 수 있는 사회권적 보장을 받아야 하고, 합리적 이유 없이 차등적 대우를 받아서는 안 되기 때문이다.

(논문접수일: 2022.05.03, 논문심사일: 2022.06.02, 게재확정일: 2022.06.03)

참고문헌

- 권희정. 2011. “인권, 모성권, 아동복지 측면에서 본 비혼모를 둘러싼 쟁점들.” 『이화젠더법학』 2(2): 53-78.
- 김나루. 2022. “낙태죄 헌법불합치 결정 이후의 개정방향에 관한 연구: 최근 발의된 형법 일부개정법률안을 중심으로.” 『서강법률논총』 11(1): 77-106.
- 김영신. 2011. “40대 자발적 비혼모의 생애경험에 대한 탐색적 연구: 아이출산과 양육동기를 중심으로.” 『사회과학연구』 27(4): 419-444.
- 김은애. 2012. “보조생식술에 있어 Informed Consent에 관한 연구: 우리나라와 영국의 동의 체계 및 동의 서식에 대한 비교를 중심으로.” 『생명윤리정책연구』 6(1): 25-48.
- 김은애·유수정. 2018. “완전대리모/자궁대리모가 개입된 배우자간 보조생식술에서 법적 부모 결정 문제: 서울가정법원 2018.5.9.자 2018브15 결정 관련 사례에 대한 논의를 중심으로.” 『한국의료윤리학회지』 21(3): 219-240.
- 김현경·이민영. 2008. “자발적 비혼모의 선택 체험에 관한 연구: Parse의 인간되어감 연구방법론을 적용하여.” 『한국가족복지학』 24: 5-36.
- 박수경. 2021. “비혼출산에 대한 생명윤리적 쟁점과 책임.” 『윤리학』 10(1): 99-119.
- 박준석. 2013. “보조생식술과 부모 결정: 법적·철학적 함의.” 『생명윤리정책연구』 7(2): 1-21.
- 서해정·장명선. 2018. “여성장애인 모성권 보장 방안.” 『이화젠더법학』 10(2): 177-211.
- 송효진. 2019. “비혼모에 대한 법제도 운영 현황과 개선방안.” 『젠더법학』 10(2): 63-92.
- 신옥주. 2016. “‘미혼모’의 인권제고를 위한 법제개선방안 비교법적 연구.” 『법학논집』 21(2): 233-272.
- 엄주희·양지현. 2018. “낙태와 관련한 자기결정권의 행사와 그 한계에 대한

- 재조명.” 『성균관법학』 30(4): 65-92.
- 유수정. 2016. “보조생식술에서의 동의 철회와 재생산 자율성의 재구성.” 『한국의료윤리학회지』 19(4): 470-483.
- 이덕환. 1992. “인공임신의 가족법상 제문제.” 『한양법학』 3: 51-88.
- 이세민. 2021. “자발적 비혼 여성이 ‘단독 출산’을 바라보는 관점에 대한 질적 연구: 2030 여성청년을 중심으로.” 『한국심리학회지』 26(4): 297-314.
- 이준일. 2021. “차별판단의 쟁점들.” 『유럽헌법연구』 37: 305-341.
- _____. 2013. “미혼모 관련 법제도의 분석과 평가.” 『안암법학』 42: 1-28.
- _____. 2012. “미혼모의 인권과 법정책.” 『고려법학』 64: 139-171.
- _____. 2004. “사회적 기본권.” 『헌법학연구』 10(1): 449-483.
- 이현아 외 3인. 2017. “보조생식술 관련 법제도 개선방안 연구: ‘모자보건법’과 ‘생명윤리 및 안전에 관한 법률’의 비교를 중심으로.” 『생명, 윤리와 정책』 1(1): 109-143.
- 정현미. 2011. “비혼모에 대한 한국사회 처우와 권리 보장 방안.” 『이화젠더법학』 2(2): 109-134.
- 정화성. 2020. “현행 법체계에서 대리모에 관한 소고.” 『문화·미디어·엔터테인먼트법』 14(2): 51-70.
- 조은희. 2018. “미성년 미혼모와 그 자에 대한 권리보호: 미성년 미혼모의 성년의제와 그 자에 대한 친권대행의 문제를 중심으로.” 『법과 정책』 24(2): 357-387.
- 조주은. 2012. “양육미혼모 관련 정책현황과 개선방안.” 『젠더법학』 4(1): 207-235.
- 주호노. 2020. “개정 낙태죄법의 내용과 특징 및 과제.” 『의생명과학과 법』 24: 181-208.
- 차선자. 2009. “미혼모의 법률문제와 대안에 관한 검토.” 『젠더법학』 1(2): 75-110.
- 차선자. 2007. “장애 여성의 재생산권에 대한 고찰.” 『법학논총』 27(2): 189-213.
- 최성경. 2020. “대리모계약의 효력과 모자관계 결정: 서울가정법원 2018. 5.

18. 자 2018브15 결정을 계기로 하여.” 『홍익법학』: 341-375.

하정옥. 2016. “보조생식술 규제 입법에 대한 각국의 현황과 그 영향: 기록부와 이식 배아 수를 중심으로.” 『생명윤리정책연구』 9(3): 103-131.

현소혜. 2018. “대리모를 둘러싼 쟁점과 해결방안: 입법론을 중심으로.” 『가족법연구』 32(1): 107-248.

<Abstract>

**Artificial Pregnancy of Single Women and Rights related to
Self-determination regarding Pregnancy and Childbirth
: Including Constitutional Social Rights and Equal Rights implied
in the Right to Self-determination regarding Pregnancy and Childbirth**

Yi, Zoon Il*

Controversy is being raised as to whether single (unmarried) women can have children through artificial pregnancy procedures that artificially intervene in the pregnancy process, such as artificial insemination or in vitro fertilization. ‘The right to self-determination regarding pregnancy and childbirth’ is a unique constitutional right of women. In principle, in vitro fertilization of single women is not prohibited according to the current ‘Bioethics and Safety Act’. However, in accordance with ‘the Maternal and Child Health Act’, state support is provided only to infertile couples, which does not constitute a legal basis to ban artificial pregnancy for single women. Another important constitutional right related to artificial pregnancy is the constitutional social right. This is because artificial pregnancy surgery is a medical practice and requires considerable economic costs. Currently, social rights related to artificial pregnancy are recognized only for married couples, so health insurance is applied only to them, and financial support for co-payments is provided only to them. Differential treatment of single women for artificial pregnancy may amount to discrimination that infringes on equal

* Prof. Dr., Korea University School of Law.

rights. This is because, in relation to artificial pregnancy, married women and single women are treated differently without any rational reason even though there is no essential difference. From the viewpoint of the right to self-determination of pregnancy and childbirth, the constitutional social right, and the right to equality, which are guaranteed even to single women, it is necessary to provide financial support from the state to single women for artificial pregnancy as well.

Keywords: Artificial Pregnancy of Single Women, In Vitro Fertilization, Right to Self-determination regarding Pregnancy and Childbirth, Constitutional Social Right, Right to Equality