

루이지애나 주 낙태제한법 위헌 결정¹⁾

1. 사건개요

2016년, 미국 연방대법원은 Whole Woman's Health v. Hellerstedt (2016)²⁾ 판결에서 낙태시술을 받고자 하는 여성을 실질적으로 방해하는 목적 또는 효과를 갖는 불필요한 보건 규정은 권리에 부당한 부담(undue burden)을 지우는 것³⁾으로서 헌법적으로 무효이며, 따라서 '환자이송특권'(admitting privileges)을 요구한 텍사스 주 법률 규정이 위헌이라고 판결하였다. '환자이송특권' 요건은 낙태수술을 하거나 낙태를 유도하는 의사는 그 장소(낙태시술소)에서 30마일 이내에 위치한 병원⁴⁾에 유효한 환자이송특권, 즉 그 병원에 환자를 입원시킬 수 있는 권한을 낙태가 시술되거나 유도되는 날에 갖고 있어야 한다는 것이었다.

한편, 이 사건에서 문제가 된 루이지애나 주 법률, 'Act 620' 역시 위 사건의 텍사스 주 '환자이송특권' 규정과 글자 그대로 동일한 내용의 환자이송특권을 규정하고 있었다. 이 법률은 '유효한 환자이송특권'에 대하여 '해당 의사가 현재 보건의료부에 의해 허가받은 병원의 우수한 의료진 중 하나이며 환자를 맡아 진찰과 수술 서비스를 제공할 수 있는 능력을 갖춘 자로서 산부인과 또는 가정의학과 레지던트 과정을 이수한 자인 경우'라고 설명하였다. 이처럼 낙태시술을 할 수 있는 의사의 자격을 까다롭게 설정한 Act 620에 대하여 위헌 논란이 일었고, 5개의 낙태시술소(abortion clinic)와 4명의 낙태시술의(abortion provider)들은 환자들이 낙태시술을 받을 권리에 부당한 부담을 지우는 것이므로 위헌이라고 주장하며 제소하였다.

1) June Medical Services L. L. C. v. Russo, 591 U. S. ____ (2020)(No. 18-1323)(2020. 6. 29. 결정).

2) Whole Woman's Health v. Hellerstedt, 579 U. S. ____ (2016). 이 판결에 대해서는 헌법재판연구원, 텍사스 주 낙태제한법 위헌 결정, 세계헌법재판동향 2017 제1호, 19-38면 참고.

3) Planned Parenthood of Southeastern Pa. v. Casey, 505 U. S. 833, 878 (1992).

4) 이 글에서 병원은 hospital의 번역으로 일정 규모 이상의 종합병원을 의미하며, clinic은 소규모 의원 내지 진료소로 이 글에서 abortion clinic은 낙태시술소로 번역하였다.

연방지방법원은 6일에 결친 재판⁵⁾ 끝에 Act 620가 문면상 위헌⁶⁾이며 그 시행을 금지하는 가처분 결정을 내렸다. 루이지애나 주는 즉시 항소하였고 제5연방항소법원은 연방지방법원의 가처분을 정지시켰으나, 이에 대하여 연방대법원이 원고의 요청에 따라 정지명령을 내려 다시금 연방지방법원의 가처분이 유효하도록 하였고, 곧 연방대법원의 Whole Woman's Health 판결이 나오면서 이 사건은 연방지방법원으로 환송되었다.

환송심에서 연방지방법원은 사실인정(factfinding)에 기초하여 Act 620가 위헌이라고 판결하였고, 이에 루이지애나 주가 항소하였으며, 제5연방항소법원은 연방지방법원이 낙태 규정에 적용한 기준의 해석에는 동의하지만 그 사실인정에는 동의하지 않는다고 연방지방법원의 위헌결정을 뒤집었다.

연방대법원은 상고심에서 이 사건은 Whole Woman's Health 사건과 거의 동일하며, 따라서 유사한 결론에 이르러야 한다고 보고 Act 620가 위헌이라고 결정하였고, 제5연방항소법원의 판결에 오류가 있다고 보아 이를 파기하였다. 그 내용은 아래와 같다.

2. 판결요지

대법관 Breyer의 상대다수의견(4인 의견)⁷⁾

(1) 지방법원의 사실인정에 대한 존중

5) 이 재판은 배심재판(jury trial)이 아닌 판사에 의한 재판(bench trial), 즉 배심원단 없이 판사가 사실인정 결정자(fact finder)인 재판이었다. 지방법원의 재판이 배심원단 없이 이루어진 경우, 당해 사건에 대하여 항소법원은 사실관계에 관해 새로운 결정을 하지 못한다.

6) 일반적으로 미국에서는 법률을 위헌으로 선언하더라도 이는 기본적으로 당해 사건에서 적용되지 않는 것에 그친다(unconstitutional as applied to a particular set of circumstances). 다만, 예외적으로 법률조항이 표현의 자유를 지나치게 광범위하게 제한한다고 주장하거나(overbreadth doctrine 적용 시), 기타 어느 법률조항이 언제 적용되건 모두 위헌이라는 문면상 위헌(unconstitutional on its face)을 주장하는 사안(facial challenge)에서는 위헌판결의 효과가 '일반적'으로 인정될 수 있다. 즉, 문면상 위헌이 선고되면 해당 법률에 관해서는 당해 사건을 넘어선 모든 사안에 대하여 위헌결정의 효력이 미친다(이명웅, "미국과 한국의 위헌심사제 비교 - 헌법적 근거, 심사기준, 결정의 효력을 중심으로", 인권과 정의 통권 357호, 2006, 44쪽).

7) Breyer, Sotomayor, Ginsburg, Kagan 대법관의 judgement of the Court.

낙태 관련 사건에 있어서 연방대법원의 선례들, 특히 *Planned Parenthood of Southeastern Pa. v. Casey* (1992)⁸⁾ 판결과 *Whole Woman's Health* (2016) 판결은 “낙태시술을 받고자 하는 여성을 실질적으로 방해하는 목적 또는 효과를 갖는 불필요한 보건 규정은 권리에 부당한 부담을 지우는 것으로서 헌법적으로 무효”라는 기준을 정립하였다. 이 기준에 따라 법원은 낙태 관련 법률의 입법의 기초가 된 사실관계(legislative findings)를 심사하고, 법률의 이익과 낙태접근권에 가해지는 부담을 비교형량해야 한다. 이 사건 연방지방법원은 이 기준을 충실히 적용하였다. 제5연방항소법원은 연방지방법원이 적용한 법적기준에 대해서 반대한 것이 아니라, Act 620가 가하는 부담과 이 법률이 가져오는 건강 관련 이익을 평가하는 데 연방지방법원이 기초하였던 사실인정에 대하여 반대하였다.

그러나 지방법원의 사실인정은 그것이 명백히 잘못된 것이 아닌 한 무시되어서는 안 되며, 법률심 법원은 사실심 법원이 증인의 신뢰성에 대하여 판단할 기회에 대해 충분히 존중해야 한다⁹⁾는 것이 확립된 기준이다. 또한 지방법원의 재판이 비배심재판이었던 경우, 항소법원은 사실관계를 새로 결정하지 않는다.¹⁰⁾ 지방법원의 증거에 대한 설명이 기록 전체를 고려하여 타당하다면, 항소법원은 - 자신이 사실인정 결정자였다면 그 증거에 대해 달리 평가하였을 것이라 확신할지라도 - 이를 뒤집어서는 안 된다.¹¹⁾ 이러한 기준에서 보았을 때, 이 사건 연방지방법원이 6일에 걸쳐 심리한 광범위한 기록에 포함된 증언과 증거들은 연방지방법원이 Act 620의 위헌성에 대해 내린 결론의 타당성을 뒷받침한다.

(2) 연방지방법원의 ‘실질적 방해’에 대한 판단에 대하여

연방지방법원의 결정과 그 결정의 근간을 이루는 증거들은 환자이송특권

8) *Planned Parenthood of Southeastern Pa. v. Casey*, 505 U. S. 833 (1992).

9) Fed. Rule. Civ. Proc. 52(a)(6).

10) *Anderson v. Bessemer City*, 470 U. S. 564, 573.

11) *Id.*, at 573-574.

요건을 강제하는 것이 ‘수많은 여성들이 루이지애나 주 내에서 안전하고 합법적인 낙태시술을 받을 수 없게 하고, 이전에는 그것이 가능했던 사람들에게 실질적인 방해로 하면서, 낙태시술의 수와 지리적 분포를 급격히 감소시키는 결과를 낳을 것’이라는 연방지방법원의 결론을 뒷받침하기에 충분하다.

1) Act 620가 낙태시술의에게 미치는 영향

Act 620가 낙태시술의에게 미치는 영향과 관련한 연방지방법원의 판단을 뒷받침하는 증거는 Whole Woman’s Health 사건 때보다 더 강력하고 보다 구체적이다. 소송 시작 당시 루이지애나 주에서는 5개의 낙태시술소와 6명의 낙태시술의(편의상 의사1~6이라고 칭함)가 있었는데, 연방지방법원의 판결이 내려질 즈음에는 2개의 낙태시술소가 문을 닫고 1명의 낙태시술의(의사4)가 은퇴하였다. 의사1, 2, 5, 6이 13개의 관련 병원으로부터 적합한 환자이송특권을 획득하고자 노력하였지만 실패하였다. 연방지방법원은 일부 의사들의 경우 낙태시술을 안전하게 수행할 수 있는 능력과는 전혀 무관한 이유로 환자이송특권 신청이 거절되었던 것을 직접증거로 사용하였고, 낙태시술의들의 신의성실한 노력에도 불구하고 환자이송특권 신청이 거절되었던 이유를 설명하는 정황증거 - 낙태시술의들은 환자이송특권 부여 대상에서 배제하거나 적어도 대단히 꺼리는 병원 규정, 일부 병원의 결정에 낙태반대론이 영향을 미친다는 것을 보여주는 증거 - 도 근거로 들었다. Whole Woman’s Health 사건에서와 마찬가지로 그러한 증거는 루이지애나 주의 환자이송특권 요건이 관련 자격증명의 기능을 전혀 하지 못한다는 연방지방법원의 사실인정을 뒷받침하였다. 제5연방항소법원이 의사2, 5, 6의 행동이 악의적이었다고 판단한 것은 연방지방법원과 정반대의 판단이며, 이는 지방법원의 사실인정은 그것이 명백히 잘못된 것이 아닌 한 무시되어서는 안 된다는 법률심의 기준에 맞지 않는 것이다.

2) Act 620가 낙태접근권에 미치는 영향

루이지애나 주에서 여성들의 낙태접근권에 가해질 부담과 관련하여, 연방 지방법원은 기록증거들로부터 몇 가지 결론을 끌어냈다. 연방지방법원은 만일 환자이송특권 요건을 강제한다면, 의사1, 2, 6은 모두 낙태시술을 할 수 없게 된다는 점을 확인하였다. 의사3은 법정에서 만일 그가 루이지애나 북부 지역의 마지막 낙태시술의가 된다면 그 역시 더 이상 낙태시술을 하지 않을 것이라고 진술하였으므로 의사1과 2가 떠난다면 자동적으로 의사3도 사라지게 되었다. 또한 의사5는 부재시 대리진료를 할 의사(covering physician)가 있어야 한다는 요건을 충족시키지 못해 환자이송특권을 얻을 수 없었는데, 이는 그에게 가장 호의적인 의사조차 낙태반대론자들의 위협에 대리진료를 수락하지 못하였기 때문이었다. 의사5가 Baton Rouge 지역에서 환자이송특권을 얻지 못하면 루이지애나 주에는 단 한 개의 낙태시술소와 단 한명의 낙태시술의만 남게 되고, 그가 매년 10,000명의 여성들 - 루이지애나 주에서는 매년 약 10,000명의 여성들이 낙태시술을 받는다 - 을 모두 진료해야 하는 상황이다. 이 여성들이 모두 낙태시술을 못 받는 것은 아닐지라도, ‘더 긴 대기시간과 더 과밀화된 환자들’¹²⁾에 직면해야 할 것이다. 전문가와 비전문가 증인들 모두 떨어진 낙태시술소까지 더 길어진 왕복거리는 가난한 여성들에게 더 불균형적으로 부담을 지우게 될 것이라고 증언하였다.

이상의 내용을 종합해보면 Act 620가 루이지애나 주에서 낙태시술을 받고자 하는 여성을 실질적으로 방해한다는 연방지방법원의 판단은 충분한 증거로 뒷받침된다고 생각된다.

(3) Act 620가 가져올 법익

기록을 검토해보면 Act 620의 법익이라고 주장되는 이익에 대한 연방지방

12) Whole Woman’s Health, 579 U. S., at ___ (slip op., at 26).

법원의 판단은 명백하게 잘못된 것이 아님을 알 수 있다. 연방지방법원은 환자이송특권 요건이 관련 자격증명의 기능을 전혀 하지 못한다고 판단하였다.¹³⁾ 병원들은 의사가 안전하게 낙태를 시술할 수 있는 능력과는 무관한 이유들로 환자이송특권을 부여하지 않고 있다. 자격수여 결정에 있어 능력이 결정요소가 되어야 함에도 불구하고 병원들은 주로 입원환자 수술을 수행할 능력에 중점을 두었지 외래환자 낙태시술에는 관심을 두지 않았다. 연방지방법원은 환자이송특권 요건이 지배적인 의료기준에 부합하지 않으며 루이지애나 주에서의 낙태의 안전을 향상시키지도 않을 것이라고 판단하였고, 이 점에 대해서 전문가 및 비전문가 증인들이 동의하였다. 또한 Whole Woman's Health 사건에서와 마찬가지로 낙태는 합병증 비율이 상대적으로 드물고 병원으로의 이송을 요하는 경우 역시 매우 드물며, 기존 법률로도 합병증을 겪는 환자들을 지속적으로 진료하는 데 충분하다고 입증되었다. 루이지애나 주는 낙태시술의들이 환자이송특권을 가졌을 때 환자들에게 더 나은 결과가 나온다는 입증을 하지도 못했고, 환자이송특권 요건이 단 한 명의 여성이라도 더 나은 치료를 받는 데 도움이 될 것이라는 예시를 들지도 못했다.¹⁴⁾

(4) 결론

Act 620의 부담과 이익 모두에 있어 연방지방법원의 중요한 사실인정은 충분한 증거에 의해 뒷받침되며 ‘명백히 잘못된 것’이 아니다. 따라서 연방지방법원의 사실적, 법적 판단과 Act 620가 위헌이라는 최종결론은 적절하다.

이 사건은 Whole Woman's Health 사건과 거의 동일하다. 그리고 해당 법률은 비슷한 결론에 이르러야 한다. Act 620은 위헌이다. 따라서 제5연방소법원의 판결은 잘못되었고, 이에 원심을 파기한다.

13) 250 F. Supp. 3d 27, 87.

14) 250 F. Supp. 3d., at 64.

대법원장 Roberts의 보충의견(1인 의견)

나는 Whole Woman's Health 판결에서 반대의견¹⁵⁾을 냈고 여전히 그 사건의 법정의견에 반대한다. 하지만 오늘 이 사건은 Whole Woman's Health 판결이 옳은지 그른지의 문제가 아니라 이 사건을 결정함에 있어 Whole Woman's Health 판결에 입각할 것인가의 문제이다.

선례구속의 원칙에 따르면 특별한 경우를 제외하고는 비슷한 사건은 비슷하게 다루어야 한다. 이 사건 루이지애나 주 법률은 Whole Woman's Health 사건의 텍사스 주 법률처럼 낙태접근권에 심각한 부담을 부과하고 있으며, 따라서 해당 루이지애나 주 법률은 선례에 따라 유지될 수 없다.

(1) 선례구속의 원칙

선례구속의 원칙은 소송에서 동일한 사항이 재등장했을 때, 정의의 저울을 균등하고 안정적으로 유지시키기 위해 선례에 따르는 것을 뜻한다.¹⁶⁾ 선례구속의 원칙은 법원칙의 공정하고 예측가능하며 일관된 발전을 도모하고, 사법적 결정에 대한 신뢰를 조성하며, 사법절차의 실제적·인지적 온전성에 기여한다.¹⁷⁾

(2) 선례의 검토 및 적용

1) Whole Woman's Health 판결에 대한 비판

루이지애나 주와 낙태시술의 모두 Casey¹⁸⁾ 판결에서 발표된 '부당한 부담' 기준이 루이지애나 주 법률을 분석하는 적절한 기준을 제공한다는 점에 동의하였다. Casey 판결은 Roe v. Wade (1973) 판결¹⁹⁾의 핵심 원칙인 '태아가

15) 텍사스 주 낙태제한법에 대한 합헌의견.

16) 1 W. Blackstone, Commentaries on the Laws of England 69 (1765).

17) Payne v. Tennessee, 501 U. S. 808, 827 (1991).

18) Planned Parenthood of Southeastern Pa. v. Casey, 505 U. S. 833 (1992).

자궁 밖 생존능력(viability)²⁰⁾을 갖추기 전에 여성이 임신을 중단할 권리'를 재확인하였고, 주에게는 임신부의 건강을 보호하고 잠재적 인간 생명을 보호할 중요하고 정당한 이익이 있다고 인정하였다. 주는 이 두 가지 이익과 관련하여 법률을 제정할 수 있다.

Casey 판결에 따르면 주는 여성의 낙태접근권에 부당한 부담을 부과해서는 안 된다. 그런데 Whole Woman's Health 판결은 법률이 가져오는 부담뿐만 아니라 이익도 고려하도록 하였다. 그러나 Casey 판결 어디에도 낙태법률의 비용과 이익에 대한 형량이 법원의 업무라는 말은 없다. 법원이 형량심사를 하게 되면 잠재적 인간 생명 및 여성의 건강을 보호하는 주의 이익과 여성의 자유권을 비교형량해야 하는데, 이처럼 저울질하기 어려운 가치들을 객관적으로 형량하는 것은 어려운 일이다. 그러한 일은 법관이 아닌 입법자들이 해야 할 일이다.

Whole Woman's Health 판결에서 연방대법원은 명시적으로 Casey 사건에 설명된 대로 기준을 적용할 것이라고 밝혔으나 Casey 사건의 기준과는 맞지 않는 접근법을 적용하였다. 이 사건에서 Casey의 '부당한 부담' 기준은 결정의 충분한 근거가 된다. 그러나 법률의 이익에 대한 고려는 필요하지 않다.

2) 이 사건에의 적용

Whole Woman's Health 판결은 텍사스 주의 환자이송특권 요건이 낙태시술을 받고자 하는 여성을 실질적으로 방해한다고 판결하였다. 루이지애나 주의 환자이송특권 요건도 텍사스 주의 법과 같은 정도로 여성의 낙태접근권을 제한할 것이기 때문에 선례에 따라 유지되지 못한다.

텍사스 주 법률처럼 루이지애나 주의 Act 620 역시 동일한 내용의 환자이송특권을 요구하고 있으며, 이 법률은 루이지애나 주의 현실상 텍사스 주와

19) Roe v. Wade, 410 U. S. 113 (1973).

20) 미국에서는 태아가 모태의 자궁 밖에서 살 수 있는 생존능력(viability)을 갖춘 정도에 이르렀는가에 따라 낙태의 허용 여부에 대한 기준이 달라진다. 생존능력을 갖추기 이전에는 여성의 낙태할 권리에 '부당한 부담'을 부과하는 낙태규제는 할 수 없지만, 이후에는 산모의 건강이 위험한 상태가 아닌 한 낙태를 전면적으로 금지할 수 있다.

비슷하거나 더 심하게 낙태접근권을 제한시킬 것이다. 텍사스 주의 경우 해당 법률의 시행 이후 낙태시설이 거의 절반으로 급감하였다. Act 620 역시 루이지애나 주 낙태시설의 급격한 감소를 야기할 것이다. Whole Woman's Health 판결은 낙태시술소의 폐쇄가 “더 적은 의사와 더 긴 대기시간과 더 과밀화된 환자”라는 결과를 낳는다고 판단하였다. 이 사건에서도 마찬가지로 연방지방법원은 루이지애나 법률이 예약대기시간의 증가, 환자의 과밀화, 건강상 위험부담의 증가로 이어질 것이라고 판단하였다.

연방지방법원의 결정은 주로 사실에 관한 것을 다루며 따라서 명백히 잘못된 경우에만 심사를 받는다.²¹⁾ 사실심 법원의 사실에 대한 결정은 실수가 있었다는 확실하고 확고한 확신 없이는 방해될 수 없다. 이 사건 연방지방법원의 판단에는 그러한 명백한 잘못이 없었으므로 그 결정은 구속력을 갖는다.

대법관 Thomas의 반대의견(1인 의견)

오늘 다수의견은 완벽히 정당한 주 법률을 금지하고, 이를 재판권도 없는 상태로 판결함으로써, 근거가 박약한 낙태 법리를 영속화시켰다. 낙태 관련 규정에 관한 많은 사건들이 종종 그러하듯, 이 사건도 낙태찬성론자들과 낙태시술소들에 의해 시작되었다. 그들이 이 연방대법원에서 펼친 유일한 주장은 루이지애나 주 법률이 ‘태어나지 않은 아이를 낙태할 여성의 실제적 적법 절차상의 권리(라고 주장되는 권리)’를 위반하였다는 것뿐이다. 그러나 그들도 이 권리가 그들에게 속한 것이 아니라는 것에 동의하고 있다. 그들은 자신의 것이 아닌 사적 권리의 정당성을 입증하고자 한다. 그러나 미국 헌법 제3조의 적절한 해석에 따르면, 이 사건 원고들은 당사자적격이 없다.

상대다수의견과 Roberts 대법원장은 낙태시술의가 환자를 대신해 보건 및 안전에 관한 규정에 대해 제소할 제3자 당사자적격을 갖는가 하는 문제를 무시하였다. 그리고 선례들에 따라 루이지애나 주 법률이 위헌이라고 판결하

21) U. S. Bank N. A. v. Village at Lakeridge, LLC, 583 U. S. ___, ___, ___ (2018)(slip op., at 6, 9).

였다. 그러나 그 선례들은 날조된 것이며 전혀 헌법에 기초하고 있지 않다. 낙태에 관한 우리의 선례들은 매우 잘못되었으며 파기되어야 한다. 연방대법원은 이 사건에 대한 재판권도 없고, 적절히 제정된 루이지애나 주 법률을 위헌이라고 선언할 헌법적 권한도 없기 때문에 나는 다수의견에 정중히 반대한다.

실사 원고가 당사자적격을 갖는다고 가정하더라도, 연방대법원은 주가 헌법적으로 유효하게 주의 전통적인 경찰권을 행사한 결과인 루이지애나 주 법률을 금지할 권한이 없다. 헌법은 주가 낙태를 규제하거나 심지어 금지할 권한에 대해 제약을 두지 않았다. 연방대법원은 모호하고도 성문화되지 않은 프라이버시권에 기초하여 낙태권이라는 권리를 만들어냈는데 이는 실제적 적법절차라는 법적 의제(legal fiction)에 기초한 것이다.²²⁾ 낙태권이라는 추정적 권리는 무효가 되어야 할 창작물이다.

연방대법원이 헌법상 프라이버시권이라는 매우 유동적인 권리를 구상한 것은 *Griswold v. Connecticut* (1965)²³⁾ 판결에서였다. 연방대법원은 프라이버시권의 구체적인 근거를 드는 대신 막연하게 헌법 수정 제1, 3, 4, 5, 9조의 방사(emanation)에서 형성된 반영(半影, penumbra) 부분에서 찾아볼 수 있다고 설명하였다. 그리고 *Roe v. Wade* 판결에서, 헌법 수정 제14조의 적법절차조항에 의해 보호되는 개인의 자유 개념에 기초한 여성의 헌법상 프라이버시권에 위배되었다는 이유로 텍사스 주 법률을 파기하였다. 연방대법원은 법적인 설명도 없이 단순하게 이 성문화되지 않은 프라이버시권이 여성의 낙태결정권을 포괄할 만큼 폭넓다는 결론을 내렸다.

Roe v. Wade 판결은 여러 이유에서 잘못되었는데, 특히 수정 제14조의 법문에서 전혀 그 근거를 찾을 수 없기 때문이다. 생명, 자유, 또는 재산에 대한 권리를 박탈당하기 전에 그 '절차'만을 보장하는 헌법조항이 그러한 권리

22) *McDonald v. Chicago*, 561 U. S. 742, 811 (2010) (THOMAS, J., concurring in part and concurring in judgment).

23) *Griswold v. Connecticut*, 381 U. S. 479 (1965).

들의 실체까지 정의한다는 것은 납득하기 어려운 개념이다.²⁴⁾ 수정 제14조의 제정자들이 적법절차를 낙태권을 보호하는 것으로 이해했다고 생각하는 것은 웃음거리가 될 뿐이다.

이처럼 잘못된 선례임에도 불구하고 연방대법원은 지속적으로 이 선례를 따르고 있다. 그러나 선례구속의 원칙은 불변의 명령이 아니다. 헌법 제3조는 연방대법원으로 하여금 헌법을 충실히 해석할 것을 요구하고 있다. 연방대법원은 최근에도 수차례 논증이 빈약한 선례를 뒤집은 바 있다.²⁵⁾ 오늘 이 사건에서 우리 선례에 대한 적절한 해석에 대해 과반수가 합의하지 못하였다는 사실은 낙태에 관한 법리가 순전히 예측불허의 상태로 남아있음을 분명히 보여준다. Roe v. Wade 판결과 그 후속 판결들은 우리 헌법 문언에 맞지 않기 때문에 이 판결들은 파기되어야 한다.

연방대법원에게는 이 사건에 대한 재판권이 없고, 다수의견의 낙태에 관한 법리는 헌법에서 근거를 찾을 수 없기 때문에 나는 정중히 다수의견에 반대한다.

대법관 Alito의 반대의견²⁶⁾

다수의견은 이 사건을 Whole Woman's Health 판결의 복제본으로 보았다. 실제로 이 두 사건 사이에 공통점이 있다는 것은 사실이다. 낙태권이 법원칙을 깨부수는 불도저처럼 이용되었다는 점에서 말이다. 다수의견은 낙태권이 요구하는 바에 대해서 의견이 나뉘었음에도 불구하고, 루이지애나 주 법률을 파기해버렸다. 그리고 다수의견은 선례구속의 원칙을 오용하였다. 다수의견

24) McDonald, 561 U. S., at 811 (opinion of THOMAS, J.).

25) Knick v. Township of Scott, 588 U. S. ___, ___-___ (2019) (ROBERTS, C. J., for the Court) (slip op., at 20-23); Franchise Tax Bd. of Cal. v. Hyatt, 587 U. S. ___, ___-___ (2019) (slip op., at 16-17); Janus v. State, County, and Municipal Employees, 585 U. S. ___, ___-___ (2018) (slip op., at 33-47).

26) Alito 대법관의 이 반대의견에 Gorsuch 대법관이 함께 했으며, Thomas 대법관은 Part III-C와 IV-F 부분을 제외한 나머지 부분에 대하여, Kavanaugh 대법관은 Part I, II, III에 대하여 의견을 함께 하였다.

은 Casey 판결에서 정리된 심사기준 대신 Whole Woman's Health 판결의
형량심사를 채택하였다.

다수의견은 루이지애나 주 법률이 여성의 건강을 보호하지 않고 증거로 뒷받침되지 않는다고 하였다. 루이지애나의 신법률이 낙태시술의의 급감을 야기한다는 연방지방법원의 판단은 잘못된 법적 기준과 부적절한 사실 조사에 기반한 것이다.

상대다수의견과 Roberts 대법원장의 보충의견은 낙태시술의들이 - 여성의 건강을 보호하기 위해 제정된 - 주 법률에 대해 공격하면서도 여성의 낙태권을 원용할 수 있다고 판결하였다. 그러나 이러한 판결은 제3자 당사자적격에 관한 원칙과 충돌하는 것이다.

이러한 이유로 연방지방법원은 Act 620가 여성의 낙태접근권이 실질적으로 훼손될 만큼 낙태시술의의 감소를 야기하는지 그 영향에 대하여 적절한 증거에 근거하여 새로운 재판을 수행해야 한다. Act 620가 시행된다면 현재 환자이송특권이 없는 의사들이 환자이송특권을 획득하여 낙태시술을 계속할 수 있을지를 판단하는 데 있어, 법원은 모호한 '선의'(good faith) 심사기준을 버려야 한다. 법원은 환자이송특권을 얻고자 하는 이 사건 의사들이 자신의 이익이 달려있다면 들었을 정도의 노력을 기울여 환자이송특권을 얻고자 하였는지 원고(의사들)로 하여금 입증하도록 해야 한다.

(1) 심사기준의 선택²⁷⁾

이 사건의 문제는 루이지애나 주 법률이 낙태시술을 받고자 하는 여성을 실질적으로 방해하는가이다. 만일 그렇지 않다면 그 법률은 합헌이다. 상고인은 낙태시술의들에게 보다 유리한 기준을 채택해야 한다고 주장하였다. 그러나 낙태에 관한 법률이 여성에게 해를 끼치지 않는 한, 건강과 안전의 이름으로 부담을 주는 다른 조치들보다 더 엄격한 심사를 받아야 할 이유는

27) 원문I. (각주26에서 언급하였듯이 Alito 대법관의 반대의견은 파트별로 동조한 대법관들이 다르다. 이에 각주로 원문의 파트 구분을 표시하도록 한다.)

없다. 이 사건에는 Casey 판결에서 수립된 심사기준이 적용되어야 하고, Whole Woman's Health 기준은 Casey 기준을 바꾸는 한에 있어서는 파기되어야 한다.

(2) 환자이송특권의 긍정적 효과²⁸⁾

다수의견은 새로운 법률이 낙태를 원하는 여성을 보호하는 데 도움이 되는지를 판단하는 데 있어 Whole Woman's Health 판결의 형량심사기준을 고수하였다. 그들은 환자이송특권이 기존에 주 의료감독위원회(State Board of Medical Examiners)에서 제공하던 신원조회심사를 중대하게 늘리는 것으로 볼 수 없다고 보았다. 상대다수의견 및 대법원장의 의견과는 반대로, 환자이송특권은 낙태시술의들이 단순한 의사면허의 소지를 넘어 높은 기준을 충족하게 함으로써 여성의 건강을 보호하는 데 도움이 된다는 것을 증거를 통해 알 수 있다.

루이지애나 주 의료감독위원회의 임원이었던 Dr. Robert Marier는 환자이송특권이 의사의 능력을 판단하는 주된 방법이라고 증언하였다. 병원들은 환자이송특권을 부여하기 전에 이를 신청한 의사들의 능력, 경험, 수련경험 등을 확인하고, 부여한 이후에도 계속하여 의사들을 평가하기 때문이다. 반면에 낙태시술소의 채용심사는 지원자의 범죄이력조회를 생략하는 등 느슨하게 운영되는 경우가 많다. 기록에 따르면 Delta Clinic 시술소와 의사3, 4의 경우 지원자를 뽑는 데 있어서 느슨한 자격심사를 시행하였다고 밝혔다. Dr. Robert Marier는 환자이송특권 요건이 건강 및 안전의 이익을 갖는다는 증거는 충분하다고 주장하였다. 법원의 임무는 법률이 기존의 규제제도를 중대하게 늘리는지 여부를 확인하는 것이 아니라, 법률이 정당한 의학적 필요에 부응하고 합리적인가를 심사하는 것이다.

28) 원문II.

(3) 다수의견 및 연방지방법원의 분석에 대한 비판²⁹⁾

다수의견은 루이지애나 주 법률이 낙태접근권에 미치는 영향에 대해서도 잘못 평가하였다. 그들은 선례구속의 원칙과 사실인정에 관한 항소심의 기준을 오용하였다.

1) Whole Woman's Health 사건과의 구분³⁰⁾

상대다수의견과 대법원장의 보충의견은 주로 선례구속의 원칙에 기반하고 있다. 두 의견 모두 이 사건이 Whole Woman's Health 사건과 동일하고 선례구속의 원칙에 따라 같은 결과가 나와야 한다는 데 동의하였다. 그러나 나는 이러한 관점에 반대한다. 두 사건의 법률이 거의 유사하다고 하더라도 두 사건은 다른 사건이다. 문제는 법률의 유사성이 아니라 낙태접근권에 미치는 법률의 효과이다. 루이지애나 주에서 그 효과는 텍사스 주에서와 같지 않을 수 있다.

2) 연방지방법원의 잘못된 심사기준과 기록 증거의 결함³¹⁾

1. 연방지방법원의 판단은 잘못된 기준과 심사를 기초로 하였다. 상대다수의견과 대법원장은 기록 증거의 중대한 결함을 간과하였다.

2. 루이지애나 법률이 낙태시술의를 금감시킬 것이라는 상대다수의견의 사실인정은 연방지방법원의 사실인정에 근거한다. 그러나 연방지방법원이 의사가 환자이송특권을 획득할 수 있는지를 결정하는 데 사용한 '선의' 심사기준은 결함이 있는 것이다. '선의'라는 개념은 문맥에 따라 달라지는 규정하기 힘든 개념이다. 연방지방법원은 가장 중요한 요소, 즉 이 사건 의사들의 유인요소(incentive)를 무시하였다. 연방지방법원이 의사들의 '선의'를 평가했을 당시 Act 620의 시행은 집행정지의 가처분 상태였고, 따라서 의사들은 이 소

29) 원문III.

30) 원문III-A.

31) 원문III-B.

송에서 이긴다면 법률의 시행이 영구적으로 막힐 것이라는 점을 알고 있었을 것이다. 따라서 의사들로서는 환자이송특권을 얻음으로써 잃을 것은 많고 얻을 것은 적은 상황이었다. 이 의사들이 환자이송특권을 갖고 있었다면 소송에서 질 가능성이 높았을 것이다. 게다가 환자이송특권을 얻게 되면 병원의 감독을 받고 기타 의무에 따라야 했을 것이다. 따라서 의사들로서는 연방지방법원이 요구하는 최소한도만을 수행할 유인요소가 있었을 것이다. 이러한 구조를 고려하건대, 연방지방법원의 ‘선의’ 기준은 이 사건에 맞지 않는다. 연방지방법원이 ‘선의’를 정확히 정의하지 않았지만, ‘선의’가 의사에게 환자이송특권을 회피할 주관적 의도가 없다는 것을 의미한다는 것은 쉽게 알 수 있다. 따라서 연방지방법원의 판단은 잘못된 법적 기준에 기초한 것이었고, 잘못된 법적 심사에 기초한 판단은 무효이며, ‘명백한 잘못’ 원칙에 따라 유지될 수 없다.³²⁾

3. 연방지방법원이 잘못된 심사를 하였을 뿐만 아니라 기록상의 증거로는 의사들이 환자이송특권을 얻기 위해 형식적인 수준 이상의 노력을 하였다고 입증할 수 없다. 증거들을 살펴보면 의사2, 5, 6은 환자이송특권을 얻기 위해 충분한 노력을 기울이지 않았음을 알 수 있다. 그러므로 Act 620의 영향에 대한 연방지방법원의 사실인정은 유지될 수 없다.

3) 적용되어야 할 심사기준³³⁾

연방대법원은 이 사건이 올바른 법적 기준 하에 새로운 재판을 받을 수 있도록 해야 한다. 연방지방법원은 Whole Woman’s Health 사건의 형량심사기준이 아니라 Casey 사건의 ‘실질적 방해’ 심사기준을 적용해야 한다.

(4) 제3자 당사자적격 문제³⁴⁾

32) Abbott v. Perez, 585 U. S. ___, ___ (2018) (slip op., at 25).

33) 원문III-C.

34) 원문IV.

제3자 당사자적격이 허용되는 경우는 드문 경우이다. 이 사건 원고인 June Medical 낙태시술소는 제3자 당사자적격이 인정되는 확립된 기준에 부합하지 않는다. 그러므로 연방지방법원은 원고가 이해상충관계인 낙태를 원하는 여성의 권리를 주장하도록 허용해서는 안 된다.

1) 제3자 당사자적격에 대한 연방대법원의 재판권³⁵⁾

다수의견은 루이지애나 주가 제3자 당사자적격에 대해 모든 반대를 포기한 것으로 기록을 잘못 해석하였다. 루이지애나 주는 사건이송명령의 반대청구(cross-petition)를 제기할 때까지 제3자 당사자적격에 대해 다투지 않았다. 그러나 소송당사자가 문제를 제기하지 않았다고 해도 하급심법원이 이 문제에 대해 다루었다면 연방대법원도 그 문제를 다룰 수 있다.³⁶⁾ 이 사건은 새로운 재판을 위해 환송되어야 하며 연방지방법원은 적절한 원고 없이 재판을 해서는 안 된다.

2) 타인의 권리 원용의 부적절성³⁷⁾

이 사건은 낙태시술의와 그 환자 사이의 노골적인 이해상충을 특징으로 한다. 낙태 규제에 불만인 모든 당사자는 여성의 헌법상의 권리에 기댈 것이 아니라 자기 자신의 권리를 기반으로 제소해야 한다.

3) 이해상충 가능성³⁸⁾

선례에 의하면 원고와 제3자 사이에 이해가 상충될 가능성이 있는 경우에는 제3자 당사자적격을 인정하는 것이 적절치 않다.

4) 제3자 당사자적격이 인정되는 경우³⁹⁾

35) 원문IV-A.

36) *Lebron v. National Railroad Passenger Corporation*, 513 U. S. 374, 379 (1995).

37) 원문IV-B.

38) 원문IV-C.

39) 원문IV-D.

제3자 당사자적격은 소송당사자가 제3자와 가깝거나 제3자가 제소할 수 없는 경우에 허용된다.⁴⁰⁾ 이 사건 낙태시술의들은 어느 경우에도 속하지 않는다.

5) 다수의견이 간과한 부분⁴¹⁾

다수의견은 이 사건에 내재되어 있는 이해상충에 대해 검토하지 않았다. 그리고 원고가 제3자 당사자적격 이론의 두 가지 경우를 모두 충족시키지 못한다는 점에 대해서도 다루지 않았다. 다수의견이 제3자 당사자적격에 관해 인용한 선례들은 이해상충의 가능성이 다루어진 사건이 아니었고, 이 사건과는 다른 상황의 사건이었다.

6) 선례 변경의 타당성⁴²⁾

선례구속의 원칙에 따라 법원은 선례를 고수하고, 선례를 뒤집을지 결정함에 있어서는 선례의 법리를 넘어선 요소들을 고려한다. 이 사건에서 그러한 요소들은 선례를 변경하는 쪽에 무게를 싣고 있다. 만일 해당 선례가 예외적인 것이었고 다른 확립된 선례들과는 조화되지 않는 것이라면, 이는 재검토되는 것이 타당하다. 이해가 상충되는 관계에서 제3자의 권리를 원용하는 것이 허용된 다른 사례들은 제시되지 못하였다. 다수의견이 이 사건에 적용한 원칙은 낙태에만 적용되는 원칙인 것이다.

대법원장이 언급한 바와 같이, 후속적인 법적 발전과정은 선례를 뒤집는 근거가 될 수 있다. 연방대법원은 Kowalski⁴³⁾ 사건에서 제3자 당사자적격에 관한 원칙을 다듬었고, Newdow⁴⁴⁾ 사건에서 당사자 간에 이익이 상충한다면 원고는 제3자를 대신하여 소송할 수 없음을 분명히 하였다.

신뢰성의 유무는 선례구속의 원칙을 적용하는 데 있어 종종 중요한 요소가

40) Kowalski v. Tesmer, 543 U. S. 125, 129-130 (2004); Powers v. Ohio, 499 U. S. 400, 410-411 (1991).

41) 원문IV-E.

42) 원문IV-F.

43) Kowalski v. Tesmer, 543 U. S. 125 (2004).

44) Newdow, 542 U. S. 1.

된다.⁴⁵⁾ 그러나 상대다수의견이나 대법원장의 보충의견 모두 이 사건에서 신뢰의 이익이 문제가 된다고 주장한 바가 없다. 낙태를 원하는 여성들은 의사가 자신을 대신해 소송할 능력을 신뢰하여 행동을 취한 적이 없고, 의사들의 제3자 당사자적격을 인정하지 않는다 해도 여성들이 소송할 능력에 방해가 되지 않을 것이다. 또한 낙태시술의가 낙태에만 적용되는 특별원칙을 신뢰하여 행동하였던 것으로 보이지도 않는다. 특별원칙이 없더라도 낙태시술의들은 여성들이 제기한 소송에 법정조언자로서 참여할 수 있다. 그러나 낙태시술들이 그들의 환자의 안전을 보호하기 위해 제정된 법률을 위헌으로 다루는 경우에 낙태시술의에게 환자를 대신하여 소송할 수 있게 허용하는 것은 당사자적격에 관한 원칙에 매우 위반되는 것이다.

그러므로 연방지방법원은 환송심에서 당사자적격을 갖춘 원고의 공동소송을 허락해야 하고, 그러한 원고가 나타나기 전까지는 소송을 진행시켜서는 안 된다.

이에 나는 상대다수의견 및 보충의견에 정중히 반대한다.

대법관 Gorsuch의 반대의견(1인 의견)

사법권은 다양한 일련의 원칙들에 의해 제한된다. 이러한 원칙들은 법이 무엇인가에 대한 사법적 원칙을 보장하는 것이지 법이 어떻게 되기를 원하는가에 대한 것이 아니다. 그러나 오늘 다수의견은 이러한 원칙들을 간과하였다.

위헌법률심판 청구가 있을 경우 연방대법원은 무비판적인 기준 내지는 준중적인 기준에 따라 입법부의 입법의 기초가 된 사실관계를 심사한다.⁴⁶⁾ 연방대법원은 법률의 합헌성을 심사하는 것이지 법률의 타당성을 심사하는 것

45) 예를 들어, Franchise Tax Bd., 587 U. S., at ___ (slip op., at 17); Janus, 585 U. S., at ___ (slip op., at 44); South Dakota v. Wayfair, Inc., 585 U. S. ___, ___ (2018) (slip op., at 20); Hilton v. South Carolina Public Railways Comm'n, 502 U. S. 197, 206-207 (1991).

46) Gonzales v. Carhart, 550 U. S. 124, 165-166 (2007).

이 아니다. 그러나 이 사건에서 상대다수의견은 입법부의 사실인정을 무시하였다.

Act 620의 목적은 환자이송특권 요건을 추가함으로써 여성들에게 보다 안전한 낙태시술을 제공하는 것이었다. 이 법률에 따르면 의사는 낙태시술을 하기 위해 환자이송특권을 소지해야 한다. 병원은 의사에게 환자이송특권을 부여하기 전에 그의 능력과 배경을 살펴본다. 반면 낙태시술소들은 면허를 주는 데 있어 의사의 능력과 배경과 관련하여 상당히 느슨하게 운영되고 있다. 기록에 따르면 여러 경우에 이러한 낙태시술소들은 여성의 건강을 위태롭게 한다고 한다. 환자이송특권은 이러한 위험을 감경시킬 것이다.

증인들이 증언하였듯이 환자이송특권 요건은 낙태시술소들이 능력있는 전문가들을 고용하도록 보장하고, 의사의 숙련도에 대한 동료심사 메커니즘을 제공할 것이다. 입법부는 법률의 잠재적인 부담을 도외시하지 않았다. 재판이 시작된 이래 주는 해당 낙태시술소들의 안전 위반에 대한 추가적인 증거들을 보내오기도 하였다.

오늘의 결정은 수많은 사실들과 입법과정에 대한 존중을 간과하고, 일반적으로 사법절차를 제한하는 많은 원칙들을 잘못 적용하였다. 상대다수의견은 당사자적격에 관하여 오류를 범하였다. 당사자는 다른 사람의 권리가 아닌 자기 자신의 법적 권리에 대한 침해를 주장해야 한다. 제3자 당사자적격은 원고가 제3자와 가까운 관계이고, 권리를 가진 사람이 스스로 권리를 보호할 능력에 문제가 있는 경우에만 허용된다.⁴⁷⁾ 이 사건에서 원고는 두 조건 중 어느 것도 갖추지 못하였다. 연방대법원은 선례에서 소아과 의사가 태아는 자신의 미래의 환자라는 논리로 주의 낙태 관련 법률을 옹호하는 것에 대해 당사자적격을 인정하지 않았다.⁴⁸⁾ 일반적으로 연방대법원은 잠재적인 이해상충이 예상되는 경우에는 제3자 당사자적격을 인정하지 않는다.⁴⁹⁾ 이 사건의

47) Kowalski v. Tesmer, 543 U. S. 125, 130 (2004).

48) Diamond v. Charles, 476 U. S. 54, 66 (1986).

49) Elk Grove Unified School Dist. v. Newdow, 542 U. S. 1, 15, 17-18 (2004).

경우 이해상충의 가능성을 무시하기는 매우 힘들다.

상대다수의견이 루이지애나 주가 당사자적격에 대한 다툼을 포기하였다고 본 것은 잘못된 것이다. 가능한 당사자적격 논의를 하지 않거나 못하였더라도 그것이 그 문제에 대한 모든 이익을 적극적 또는 의도적으로 포기한 것이라고 할 수는 없다. 일반적으로 연방대법원은 하급심에서 다루어졌던 한, 주장되지 않은 문제에 대한 심사를 허용한다.⁵⁰⁾ 이 사건에서 제5연방항소법원은 당사자적격 문제를 다루었었다. 또한 연방대법원은 설사 박탈되거나 포기된 문제라고 해도 구조적 우려나 제3자의 권리가 문제가 되는 경우에는 이에 대해 심사할 수 있다고 판결하기도 하였다.⁵¹⁾ 그리고 이 사건은 두 조건이 모두 충족되는 경우이다.

문면상 위헌 소송(facial challenge)⁵²⁾과 관련하여, 연방대법원은 일반적으로 특정한 상황에서 특정한 사람들에게만 적용하는 방식으로 법률의 합헌성 여부를 결정하고, 모든 상황에 대해 법률의 적용을 미연에 차단하기 위한 문면상 위헌 소송을 선호하지 않는다. 그 주된 이유는 모든 상상 속의 상황보다는 실제 사실적 맥락을 살펴보기 위함이지, 입법과정에 개입하기 위해서가 아니다. 일반적으로 문면상 위헌을 주장하는 원고는 그 법률이 모든 경우에 모든 사람에게 합헌적으로 적용될 수 없다는 점을 입증해야 한다.⁵³⁾ 헌법 수정 제1조의 과도한 광범성의 원칙(overbreadth doctrine)⁵⁴⁾을 주장하는 청구에서조차 원고는 그 법률이 적법한 범위와 비교하여 위헌적으로 적용되는 상당히 많은 경우가 있음을 입증해야 한다.⁵⁵⁾ 상대다수의견은 이 부분을 고려하는 대신, 문제의 법규정에 ‘실제로’ 영향을 받는 여성들 중 많은 사람들 (large fraction)에게 있어 이 법률이 실질적인 방해가 되는지를 물었다. 두 가지 모두 비슷한 이야기로 들린다. 그러나 후자가 ‘실제로’ 영향을 받는 여

50) United States v. Williams, 504 U. S. 36, 41 (1992).

51) Freytag v. Commissioner, 501 U. S. 868, 878-880 (1991).

52) 각주 6 참고.

53) United States v. Stevens, 559 U. S. 460, 472-473 (2010).

54) 각주 6 참고.

55) Stevens, 559 U. S., at 473 (quoting Washington State Grange, 552 U. S., at 449, n. 6).

성에 한정했다는 점이 다르다. 이러한 제한 때문에 얼마나 많은 여성들이 편리하게 낙태시술을 받을 수 있는지는 중요하지 않게 된다. 법률로 인한 부담을 받지 않은 여성들은 모두 이 분석에 있어 ‘상관없는’ 사람들이 되어버리는 것이다.

문면상 위헌에 관한 일반적인 주의를 버리면 아마도 과도하게 광범위한 결론에 다다를 것이다. 주 법률이 루이지애나 주의 상당히 많은 수의 여성들에게 전혀 부담이 부과되지 않는다고 가정해보자. 아무도 법률의 위헌성을 다투지 않을 것이다. 그러나 주의 다른 지역에서는 주 법률 때문에 낙태를 받기 어렵게 되었다고 가정해보자. 상대다수의견의 기준에 따르면 합헌적인 수 많은 적용례에도 불구하고 법률 전체가 주 전체에서 파기될 것이다.

오늘의 결정은 환자이송특권을 소지하고 있는 의사3과 의사5에게 적용될 때에도 환자이송특권 요건이 위헌이라고 선언하였다. 사실상 문면상 위헌 심사의 기준은 뒤집혔다. 다수의견은 법률이 파기되기 위해 법률이 적용되는 모든 경우가 위헌일 것을 요구하기보다, 루이지애나 주 법률이 유지되기 위해 법률이 적용되는 모든 경우가 합헌일 것을 요구한다.

오늘 이 사건에서 내려진 것과 같이 가치분이 이뤄지기 위해서 일반적으로 원고는 회복불능의 피해가 - 단순히 가능하다가 아니라 - 일어날 것 같다는 것을 입증을 해야 한다.⁵⁶⁾ 그러나 이 사건에서 그러한 기준을 찾아볼 수 없다. 상대다수의견은 추측에 근거한 진술을 인정하였다.

의사가 환자이송특권을 얻기 위해 들인 노력의 신뢰성을 결정하기 위해 심사기준은 ‘환자이송특권을 보유했는지에 생계가 달려있는 경우라면 그들이 어떻게 처리할지’여야 한다.

사실집중적인 상대다수의견의 분석 때문에 만일 낙태시술의의 수에 어떠한 증가라도 있으면, 구제수단은 재고되어야 할지도 모른다. 루이지애나 주는 이미 식별하였지만 다른 법원은 아직 고려하지 않았던 재판 전의 진행상황을 고려하건대, 이 사건의 사실에 관한 문맥이 중대한 변화를 겪기 쉬운 것

56) O’Shea v. Littleton, 414 U. S. 488, 501-502 (1974); Winter v. Natural Resources Defense Council, Inc., 555 U. S. 7, 22 (2008).

이라고 생각할 충분한 이유가 있다.

앞선 사건들의 법적 원칙은 구속력 있는 선례를 만들 수 있지만 사건의 사실은 그 독특한 사실적 상황들 때문에 구속력이 없다. 상대다수의견은 사실의 문제를 법적 문제인 듯이 다루었을 뿐만 아니라, 법적 문제를 마치 사실인 것처럼 다루었다.

대조되는 이익을 형량하는 것은 입법부에게 남겨두어야 할 일이다. 법원인 한 이익이 다른 이익보다 중요하다고 라벨을 붙이는 것은 적절치 않다.⁵⁷⁾ 그러나 이 사건에서 상대다수의견은 이익과 부담을 형량하여 고려하였는데 이는 연방대법원이 오랫동안 거부해왔던 방식이다. 상대다수의견에 의해 채택된, 법률의 이익과 부담에 관한 이러한 심사기준 어떠한 지침도 제공하지 못한다.

보충의견은 이 사건에서 형량심사가 갖는 문제점에 대해 정확히 지적하였다. 그러나 보충의견은 Whole Woman's Health 판결에 구속되어야 한다고 주장하였다. 보충의견에서 대법원장은 이 사건의 사실관계가 Whole Woman's Health 사건과 유사하다고 보았고, 따라서 이 사건에서도 허용될 수 없는 실질적 방해가 있다고 판단하였다. 그러나 이 사건의 사실은 Whole Woman's Health 사건과 그리 비슷하지 않다. 이 사건은 Casey 판결이 적용 가능하다.

상대다수의견과 보충의견은 다양한 원칙들을 무시하고 옳지 않은 결론에 닿기 위한 지름길을 취하였다.

57) United States v. Robel, 389 U. S. 258, 268, n. 20 (1967).

대법관 Kavanaugh의 반대의견(1인 의견)

이 사건 법률을 평가하는 데 있어, 루이지애나 주는 우리에게 Casey 판결의 부당한 부담 기준을 적용할 것을 요청하고 있으며, 원고는 Whole Woman's Health 판결의 비용-이익 기준을 적용할 것을 요청하고 있다.

오늘 연방대법원 9명의 대법관들 중 5명의 대법관이 Whole Woman's Health 판결의 비용-이익 기준을 거부하였다. 또한 5명의 대법관들이 루이지애나 주의 환자이송특권 요건이 여성의 낙태접근권을 Whole Woman's Health 사건의 텍사스 주 법률만큼 제한하기 때문에 위헌이라고 판단하였다.

나는 이 두 개의 결론 중 전자에는 동의하지만 후자에는 동의하지 않는다. 왜냐하면 후자의 경우 루이지애나 주 법률을 적절하게 평가하기 위해서는 추가적인 사실인정이 필요하다고 생각하기 때문이다. 나는 연방대법원이 이 사건을 적절한 법적 기준에 따른 새로운 재판과 사실인정을 위해 환송해야 한다는 Alito 대법관의 의견에 동의한다.

3. 이 판결의 의의

1973년 Roe v. Wade 판결 이후 미국에서 여성의 낙태권은 헌법상의 권리로 인정되었으나 낙태를 반대하는 보수주의 성향의 주들에서는 사실상 낙태를 매우 어렵게 만드는 낙태제한법들이 제정되었다. 루이지애나 주의 Act 620도 그러한 주 법률 중 하나였다.

이 사건은 텍사스 주 낙태제한법을 위헌 결정하였던 2016년 6월 27일 Whole Woman's Health 판결에 이어 루이지애나 주 낙태제한법에 대해 심사하였던 2020년 6월 29일 June Medical Services v. Russo 사건이다. 두 사건은 거의 동일한 내용의 법률이 문제가 되었고, 최종적으로 해당 법률이 위헌으로 판결되었다는 점에서 그 결론도 동일하다.

2016년 Whole Woman's Health 판결의 경우, Scalia 대법관의 사망 이후 한 자리가 공석이었던 시기에 선고된 판결로, 8명의 대법관 중 5명이 텍사스

주 낙태제한법이 위헌이라고 판결하였다. 반면, 이 사건은 2020년 6월에 선고된 판결로, Kennedy 대법관의 은퇴 후, Ginsburg 대법관의 사망 전이었기 때문에 Whole Woman's Health 판결 당시의 재판부 구성에 Kennedy 대법관이 빠지고 Gorsuch 대법관과 Kavanaugh 대법관이 들어온 9명의 구성으로 이루어졌다. Whole Woman's Health 사건 당시에 낙태제한법 위헌 입장이었던 Kennedy 대법관이 은퇴하면서 당시 5명을 이루던 위헌의견이 4명으로 줄어들었고, 새로 합류한 Gorsuch 대법관과 Kavanaugh 대법관은 낙태에 반대하는 보수파로 분류되었기 때문에 4년 전 텍사스 주 낙태제한법 위헌 판결과는 다른 결과를 낳을지 관심이 모였다. 그러나 Whole Woman's Health 사건에서 반대의견을 펼쳤던 Roberts 대법관이 이번에는 선례구속의 원칙에 따라 위헌 입장으로 결론을 바꾸면서 연방대법원은 4년 전 판결에 이어 이번에도 여성의 낙태접근권을 보장하는 판결을 내리게 되었다. 다만 Roberts 대법관은 기존에 낙태찬성론을 펼친 진보 성향 대법관 4명과는 구체적인 입장이 다르고 위헌이라는 결론만을 같이할 뿐이므로 보충의견으로 따로 의견을 작성하였고, 가장 많은 대법관이 함께 한 의견도 절대다수를 이루지 못하고 4명의 상대다수의견에 그쳤다.

이러한 결과는 2019년 2월 7일 연방대법원이 Act 620에 대한 일시적 집행정지명령⁵⁸⁾을 내릴 때부터 예견되기도 했다. 이 사건은 연방대법원에서 본격적인 심리에 들어가기 전에 Act 620에 대한 일시적 집행정지에 대한 논의가 있었는데 이 때에도 Roberts 대법원장이 캐스팅보트의 역할을 하였다.

이 사건은 보수 성향으로 분류되는 Gorsuch 대법관과 Kavanaugh 대법관이 연방대법원에 합류하여 보수 우위의 재판부가 구성된 이후 첫 번째 낙태 관련 사건이었기 때문에 많은 사람들의 귀추가 주목되었다. 결과적으로 낙태 제한법에 대해 위헌이라고 판결함으로써 여성의 낙태권을 헌법상의 권리로 보장한 Roe v. Wade 판결의 기초를 이어나갔지만 앞으로의 방향은 여전히 미지수이다. Roberts 대법원장이 여전히 낙태에 반대하는 의견을 낼 가능성

58) 이 집행정지명령에 대해서는 ‘헌법재판연구원, 국외통신원 소식 - 루이지애나주의 낙태진료소 숫자 제한법에 대한 집행정지결정, 세계헌법재판동향 2019년 제4호, 97-14면’ 참조.

이 있는데다, 이 판결 이후 2020년 9월, 대표적인 진보주의자인 Ginsburg 대법관이 사망하고, 10월에 보수 성향으로 평가되는 Barrett 대법관이 임명됨으로써 연방대법원의 보수 대 진보 구성이 6 대 3으로 변하였기 때문이다.

우리나라의 경우 헌법재판소가 2019. 4. 11. 형법상 자기낙태죄 조항 및 의 낙태죄 조항에 대하여 헌법불합치 결정을 선고함에 따라 낙태에 대한 구체적인 규율은 국회에서 이루어질 입법을 통해 확인할 수 있을 것으로 보인다. 앞으로 구체적인 규율 내용에 대해 위헌 여부에 관한 문제제기가 있을 수 있음을 미국의 여러 결정들로부터 예측해볼 수 있다.