헌법상 낙태권 인정 선례의 폐기[1)]

Ⅰ. 사건개요

미국 연방대법원은 헌법[2)]상 낙태권을 인정하였던 선례인 Roe v. Wade, 410 U. S. 113 (1973) 판결(이하 'Roe 판결')에서 태아가 자궁 밖 생존능력(viability)을 갖추기 전까지는 여성에게 임신을 중단할 권리가 인정된다고 보았으며, Planned Parenthood of Southeastern Pa. v. Casey, 505 U. S. 833 (1992) 판결(이하 'Casey 판결')에서는 태아가 자궁 밖 생존능력을 갖추기 전에는 여성의 낙태할 권리에 '부당한 부담(undue burden)'을 부과하는 낙태규제를 할 수 없다고 판시하였다.

이 사건의 발단이 된 미시시피 주의 '재태연령법(Gestational Age Act)'[3)] §4(b)는 "응급의료상황 또는 심각한 태아 기형의 경우를 제외하고는, 아직 태어나지 않은 인간(unborn human being)의 추정 재태연령[4)]이 15주를 초과하였다고 확정되었다면, 아직 태어나지 않은 인간을 의도적이거나 고의적으로 낙태하거나 낙태하게 하여서는 안 된다."라고 규정하였다. 미시시피 주 의회는 이 법률을 뒷받침하기 위해 일련의 인정사실을 적시하였다. §2(a)는 - 이 법률 제정당시를 기준으로 - 미국 외에 단 6개국[5)]만이 임신 20주 이후의 비치료적인 또는 임산부의 선택에 의한 낙태를 허용하고 있음을 밝혔다. 또한 §2(b)(i)는 임신 5-6주에 태아의 심장이 뛰기 시작하고, 8주에 자궁 안에서 움직이기 시작하며, 9주에 모든 기본적인 생리 작용들이 이루어지고, 10주에 생명유지에 필수적인 장기들이 작용하기 시작하며 머리카락, 손톱, 발

---

1) Dobbs v. Jackson Women's Health Organization, 597 U. S. ____ (2022)(No. 19-1392)(2022. 6. 24.).
2) 이 글에서 헌법은 미국 연방헌법을 의미하며, 주헌법의 경우 별도로 주헌법으로 표시한다.
3) Miss. Code Ann. §41-41-191 (2018).
4) 이 법률 §3(f)는 재태연령을 "임신한 여성의 마지막 월경주기의 첫날부터 계산한 아직 태어나지 않은 인간의 나이"라고 정의하였다.
5) 캐나다, 중국, 네덜란드, 북한, 싱가포르, 베트남.

톱이 형성되기 시작하고, 11주에 횡격막이 발달하고 자궁 안에서 자유롭게 움직일 수 있으며, 12주에는 관련된 모든 점에 있어서 '인간의 형태'를 갖추게 된다고 적시하였다.

이 사건의 피상고인들은 낙태시술소(abortion clinic)인 Jackson Women's Health Organization과 그 소속 의사 중 한 명으로, 재태연령법이 제정된 날, 이 법률이 헌법상 낙태권을 인정한 연방대법원 선례들에 위배된다고 주장하며 미시시피 주의 여러 공무원들을 상대로 연방지방법원에 제소하였다. 연방지방법원은 약식판결로 피상고인들의 손을 들어주며 이 법률의 시행을 영구적으로 금지시켰다. 연방지방법원은 비치료적 낙태에 대한 법률상의 금지를 정당화시키는 데 있어 태아의 생명에 대한 주의 이익이 헌법적으로 적절해지는 가장 빠른 시점은 자궁 밖 생존능력으로 판단될 수 있는데, 15주의 재태연령은 생존능력을 갖추기 이전에 해당한다고 판시하였다. 제5연방항소법원도 이를 확정하였다.

연방대법원은 "자궁 밖 생존능력을 갖추기 이전의 '임산부의 선택에 의한 낙태'에 대한 금지는 모두 위헌인가"에 대한 문제를 해결하기 위하여 이 사건의 상고를 허가하였다.

Ⅱ. 쟁점 및 판단

이 사건에서는 위 미시시피 주 법률의 위헌 여부와 관련하여, 낙태에 대한 헌법상의 권리가 인정되는지, 그리고 선례구속의 원칙(stare decisis)에 비추어 볼 때 기존의 Roe 판결과 Casey 판결이 폐기되어야 하는지 여부가 쟁점이 되었다.

연방대법원은 5인의 법정의견으로 낙태에 대한 헌법상의 권리가 인정되지 않는다고 판단하고, Roe 판결과 Casey 판결을 폐기하여 낙태권의 인정 여부를 각 주의 권한에 맡기도록 하였으며, 이에 따라 원심인 제5연방항소법원의 판결을 파기하고 사건을 원심법원에 환송하였다. 이에 대하여 Thomas,

Kavanaugh 대법관은 각각 보충의견을, Roberts 대법원장은 별개의견을, Breyer, Sotomayor, Kagan 대법관은 반대의견을 개진하였다. 그 요지는 아래와 같다.

1. Alito 대법관의 법정의견(5인 의견)[6]

헌법은 낙태권을 부여하지 않았고, Roe 판결 및 Casey 판결은 폐기되며, 낙태를 규제할 권한은 국민과 그들의 대표들에게 되돌아간다.

가. 헌법이 낙태권을 부여했는지 여부

이 사건에서 핵심적인 문제는 헌법을 옳게 해석할 때 헌법이 낙태권을 부여했는지 여부이다. Casey 판결은 이 문제를 도외시하였고, 선례구속의 원칙에만 근거하여 Roe 판결을 재확인하였다. 그러나 선례구속의 원칙을 올바로 적용하려면 Roe 판결이 기초로 하였던 근거들이 설득력을 갖는지 평가해야 한다. 따라서 우리는 Casey 판결의 상대다수의견이 고려하지 않았던 문제를 살펴보도록 할 것이다.

1) 근거조항 및 심사강도

우선, 우리는 헌법 수정 제14조[7]에서 언급된 '자유'가 특정한 권리를 보호하는지를 결정함에 있어 연방대법원 판결들이 사용하였던 기준을 검토하고자 한다. 헌법 분석은 법문에서 시작되어야 한다. 헌법은 낙태할 권리를 명시적으로 언급하고 있지 않기 때문에 헌법이 낙태권을 보장한다고 주장하려는 사람은 헌법 문언에 그러한 권리가 어떻게든 내포되어 있음을 입증해야

---

6) Alito, Thomas, Gorsuch, Kavanaugh, Barrett 대법관의 의견.

7) **미국 헌법 수정 제14조**
… 어떠한 주도 적정한 법의 절차에 의하지 않고는 어떠한 사람으로부터도 생명, 자유, 또는 재산을 박탈할 수 없으며, 그 관할권 내에 있는 어떠한 사람에 대해서도 법률의 평등한 보호를 거부하지 못한다.…

한다. Roe 판결은 낙태권이 프라이버시권의 일부라고 판시하였으나 프라이버시권 또한 헌법에 명시되어 있는 권리가 아니다. Roe 판결은 프라이버시권이 헌법 수정 제1조, 제4조, 제5조, 제9조, 제14조에서 비롯된 것이라고 보았다. Casey 판결은 낙태권이 헌법 수정 제14조의 적법절차조항(Due Process Clause)에 의해 보호되는 '자유'의 일부라는 이론에만 근거하여 결정되었다. 피상고인측의 일부 법정조언자(amici)는 수정 제14조의 평등보호조항(Equal Protection Clause)을 근거로 제시하였지만, 이러한 이론은 연방대법원 선례들이 정면으로 배제한 이론이다. 이 선례들은 주의 낙태규제는 성별에 근거한 차별(classification)이 아니며 따라서 그러한 차별에 적용되는 강화된 심사의 적용을 받지 않는다고 판시하였다.[8] 오히려 낙태에 대한 규제와 금지는 건강 및 안전을 위한 다른 조치들과 동일한 심사기준의 적용을 받는다.

2) 낙태권이 헌법 수정 제14조의 보호를 받는지 여부 - 역사와 전통에 뿌리 깊게 자리 잡았는지 및 질서 속의 자유의 필수요소인지 여부

다음으로 우리는 낙태권이 국가의 역사와 전통에 뿌리 깊게 자리 잡은 것인지, 그리고 '질서 속의 자유(ordered liberty)'[9]의 필수요소인지를 검토하고자 한다. 낙태권은 국가의 역사와 전통에 뿌리 깊게 자리 잡은 것으로 볼 수 없다. Casey 판결은 헌법 수정 제14조의 적법절차조항이 자유에 대한 절차적 보호뿐만 아니라 실체적 보호까지 규정한다는 이론에 근간하고 있다. 그러나 이 이론은 오랫동안 논란의 대상이 되어왔다.

연방대법원은 적법절차조항이 두 범주의 실체적 권리-헌법 수정 제1조 내지 제8조가 보장하는 권리들과 헌법 어디에도 언급되지 않았으나 중요한 기

8) Geduldig v. Aiello, 417 U. S. 484, 496, n. 20 (1974); Bray v. Alexandria Women's Health Clinic, 506 U. S. 263, 273-274 (1993).

9) 질서 속의 자유는 사회에서 요구하는 질서에 의해 제한된 자유를 뜻하는 것으로, 헌법상의 권리는 무제한적인 것이 아니라 공익과 개인의 권리 사이의 형량에 따라 결정됨을 의미한다.
"Ordered liberty." *Merriam-Webster.com Legal Dictionary*, Merriam-Webster, https://www.merriam-webster.com/legal/ordered%20liberty. Accessed 17 Aug. 2022; "Ordered Liberty." *Encyclopedia of the American Constitution,* https://www.encyclopedia.com/politics/encyclopedias-almanacs-transcripts-and-maps/ordered-liberty. Accessed 17 Aug. 2022.

본권으로 여겨지는 권리들-를 보호한다고 판결한 바 있다. 어떠한 권리가 이 범주에 들어오는지를 결정함에 있어 문제가 되는 것은 그 권리가 우리 역사와 전통에 뿌리 깊게 자리 잡고 있는지 여부와 이 국가의 '질서 속의 자유'에 필수적인지 여부이다.[10] '자유'라는 용어만으로는 지침을 제공하기에 부족하다. 따라서 연방대법원에 적법절차조항이 보호하는 새로운 자유에 대한 인정이 요청될 때마다 역사적 탐구가 필수적이다. 자유가 의미하는 바를 해석함에 있어, 인간의 타고난 경향 상, 헌법 수정 제14조가 보호하는 것과 미국인들이 누려야 할 자유에 대한 연방대법원 자신의 열정적인 관점을 혼돈하지 않도록 유의해야 한다. 따라서 연방대법원은 헌법에 언급되지 않은 권리를 인정하는 데 주저해왔다.[11]

역사와 전통은 질서 속의 자유에 대해 국가가 갖는 개념의 필수적 요소를 보여준다. 그러한 역사와 전통의 지침에 따르건대, 우리는 헌법 수정 제14조가 명백하게 낙태권을 보장하지 않는다고 판단하는 바이다. 20세기 후반에 이르기까지 미국의 법률에 헌법상 낙태권을 지지하는 것은 없었다. 어느 주 헌법 조항도 그러한 권리를 인정하지 않았다. Roe 판결이 내려지기 몇 년 전까지만 해도 어떠한 연방이나 주 법원에서도 그러한 권리를 인정한 적이 없었고, 학술논문들도 마찬가지였다. 실제로 낙태는 오랫동안 모든 주에서 범죄였다. 커먼로(common law)에서 낙태는 적어도 임신의 어느 단계에서는 범죄였고, 불법적인 것으로 여겨졌으며, 모든 단계에서 심각한 결과를 가져올 수도 있었다. 1800년대에 법률상 규제의 급증이 낙태에 대한 형사책임을 확대시킬 때까지 미국법 또한 커먼로를 뒤따랐다. 헌법 수정 제14조가 제정되었을 무렵, 전체의 4분의 3에 해당하는 주들이 임신의 어느 단계에서든지 낙태를 범죄로 만들었다. 이러한 합의는 Roe 판결이 내려질 때까지 지속되었다. Roe 판결은 이러한 역사를 무시하였거나 그릇되게 진술하였고, Casey 판결은 Roe 판결의 잘못된 분석을 재고하지 않았다.

---

10) Timbs v. Indiana, 586 U. S. ___, ___ (2019) (slip op., at 3); McDonald v. Chicago, 561 U. S. 742, 764, 767 (2010); Washington v. Glucksberg, 521 U. S. 702, 721 (1997).
11) Collins v. Harker Heights, 503 U. S. 115, 125 (1992).

우선, 커먼로 하에서 적어도 첫 태동감(quickening) - 즉, 처음으로 느껴지는 자궁 속 태아의 움직임, 보통 임신 16주와 18주 사이에 느낄 수 있다 - 이후의 낙태는 범죄였다. 낙태권은 국가의 역사와 전통에 뿌리 깊게 자리 잡지 않았으며, 오히려 반대로 끊임없이 이어진 낙태금지의 전통이 커먼로 초기부터 1973년까지 이어졌다. 피상고인은 이러한 역사적 증거에 대해 어떤 설득력 있는 대답도 내놓지 못하였다. 피상고인들은 Roe 판결 당시, 또는 헌법 수정 제14조가 채택될 당시 일부 주들이 낙태를 금지했다는 사실은 문제가 되지 않는다고 주장하였다. 그러나 피상고인들의 이러한 주장은 헌법 어디에도 언급되지 않은 권리가 그럼에도 불구하고 헌법 수정 제14조에 의해 보호되는지 여부를 결정함에 있어 연방대법원이 적용해왔던 기준에 정면으로 위배된다. 법무부 차관(Solicitor General)[12]은 태동이 있는 태아의 말살에 관해서조차 낙태가 확고하게 커먼로 상의 범죄로 성립되었는지는 의심스럽다는 Roe 판결의 주장[13]을 반복하였다. 그러나 커먼로의 대가들인 Bracton, Coke, Hale, Blackstone 모두 첫 태동감 이후의 낙태는 범죄라고 서술하였고, 많은 권위자들이 첫 태동감 전의 낙태조차 위법이며 따라서 낙태 시도로 여성이 죽는 경우 낙태시술자에게 살인죄가 인정되었다고 주장하였다. 법무부 차관은 커먼로가 첫 태동감 전의 낙태를 범죄화하지 못하였고, 이는 건국 당시와 그 후 수십 년간 일반적으로 여성은 적어도 임신 초기에는 임신을 중단시킬 수 있었음을 의미하므로 역사가 낙태권을 뒷받침한다고 주장하였다. 그러나 첫 태동감 기준을 주장하는 것은 보편적인 것이 아니었다.[14] 그리고 그와 상관없이, '18세기 후반과 19세기 초반에 많은 주들이 첫 태동 전의 낙태를 범죄화하지 않았다'는 사실이 '사람들이 주들에게 그렇게 할 권한이 없다고 생각함'을 의미하지는 않는다. 세기가 지남에 따라 입법자들이 그 권한을 행사하기 시작할 때, 우리가 아는 한 그 누구도 그들이 제정한 법률이 중요한 기본권을 위반하였다고 주장한 사람은 없었다.

---

12) 연방법무부 차관은 연방대법원에서 연방정부의 대리인으로 소송을 수행한다.
13) Roe, 410 U. S., at 136.
14) Mills v. Commonwealth, 13 Pa. 631, 633 (1850); State v. Slagle, 83 N. C. 630, 632 (1880).

3) 낙태권이 더 넓은 확립된 권리의 일부인지 여부

마지막으로 낙태권이 다른 선례에 의해 뒷받침되는 더 넓은 확립된 권리의 일부인지 여부를 검토하고자 한다. Roe 판결과 Casey 판결의 지지자들은 낙태권 자체가 뿌리 깊게 자리 잡았다는 주장을 강조하는 대신, 낙태권이 더 넓은 확립된 권리의 필수적인 부분임을 주장하였다. Roe 판결은 이 권리를 프라이버시권이라고 칭하였고,[15] Casey 판결은 개인의 존엄과 자율에 핵심적인 내밀하고 사적인 결정을 할 자유라고 표현하였다.[16] 질서 속의 자유는 충돌하는 이익 사이에 제한을 두고 경계를 정한다. Roe 판결과 Casey 판결은 각각 낙태를 원하는 여성의 이익과 '잠재적 생명'의 이익 사이의 균형을 맞추었다.[17] 그러나 다양한 주의 사람들은 이러한 이익을 달리 평가할 것이다. 질서 속의 자유에 대한 이 국가의 역사적 이해는 국민들이 선출한 대표가 어떻게 낙태가 규제되어야 할지를 결정하는 것을 막지 않는다. 낙태권은 더 넓은 확립된 권리의 요소로 정당화될 수 없다. 더 넓은 자율권과 자신의 '존재의 개념(concept of existence)'[18]을 결정할 권리에 호소하여 낙태를 정당화하려는 시도는 감당하기 힘들다. 그러한 기준은 불법 마약 사용이나 성매매 등에 대한 기본권도 허용할 수 있게 할 것이다. Roe 판결과 Casey 판결이 근거로 삼은 선례들에서 인정된 권리들이 낙태권과 뚜렷하게 구분되는 점은, 두 판결 모두 인정하였듯이, 낙태는 - Roe 판결은 '잠재적 생명'이라고 칭하였고, 이 사건 법률은 '아직 태어나지 않은 인간'이라고 부르는 - 태아를 파괴한다는 점이다. Roe 판결과 Casey 판결에서 인용된 다른 선례들은 낙태가 야기하는 중대한 도덕적 문제를 포함하지는 않았다. 따라서 그러한 선례들은 낙태권의 근거가 되지 못하며, 헌법이 낙태권을 부여하지 않았다는 결론이 그 선례들을 훼손시키지도 않는다.

---

15) Roe, 410 U. S., at 154.
16) Casey, 505 U. S., at 851.
17) Roe, 410 U. S., at 150; Casey, 505 U. S., at 852.
18) Casey, 505 U. S., at 851.

4) 반대의견에 대한 비판

반대의견은 Roe 판결 이전에 낙태권을 지지하였던 권위 있는 어떠한 근거도 - 주헌법 규정이나 주법률, 연방이나 주의 선례, 학술논문 조차도 - 제시하지 못하였다. 또한 오랫동안 낙태가 불법이거나 범죄였다는 사실에 반박하지도 못하였다. 실체적 적법절차의 확립된 분석법은 헌법에 열거되지 않은 권리가 적법절차조항에서 보호되는 자유의 구성요소로서 인정될 수 있기 전에 국가의 역사와 전통에 뿌리 깊게 자리 잡을 것을 요구한다는 것이 우리의 선례이다.[19] 반대의견은 선례구속의 원칙에 충실할 것을 내세우면서도, 이 중요한 선례는 진지하게 다루지 않았다. 반대의견은 우리가 19세기의 낙태의 법적 지위에만 초점을 맞추었다고 주장하였지만, 우리의 이 국가의 전통에 대한 검토는 그 이후까지 이르고 있다. 헌법 수정 제14조가 비준된 1868년 이후 한 세기가 넘는 동안 - 1920년 여성이 헌법상 투표권을 획득한 이후의 반세기를 포함하여 - 낙태를 금지하는 법률은 주에게 허용된 규제 권한의 행사임이 확립되어 있었다. 그리고 또 다른 반세기가 지난 오늘날, 반 이상의 주들이 Roe 판결과 Casey 판결을 폐기할 것을 요청하고 있다. 반대의견은 낙태권이 이 국가의 전통의 일부였던 적이 있다고 입증할 수 없을 것이다.

반대의견의 가장 놀라운 점은 태아의 생명을 보호하는 주의 이익의 정당성에 대해 진지한 논의가 없다는 점이다. 반대의견이 Griswold 판결[20] 및 Eisenstadt 판결[21]의 피임, Lawrence 판결[22]의 동성간 성행위, Obergefell 판결[23]의 동성혼과 낙태권의 유사점을 이끌어냈지만, 이 판결들에서 쟁점이 되었던 권리의 행사는 '잠재적 생명'을 파괴하지 않는 반면, 낙태는 그러한 결과를 낳는다. 반대의견에 따르면 헌법은 주에게 적어도 임신기간 중 임의적인 어떤 순간까지는 태아가 가장 기본적인 인권인 생명권조차도 없는 것으

---

19) Glucksberg, 521 U. S., at 721; cf. Timbs, 586 U. S., at ___ (slip op., at 7).
20) Griswold v. Connecticut, 381 U. S. 479 (1965).
21) Eisenstadt v. Baird, 405 U. S. 438 (1972).
22) Lawrence v. Texas, 539 U. S. 558 (2003).
23) Obergefell v. Hodges, 576 U. S. 644 (2015).

로 여기도록 요구한다. 그러나 헌법이나 우리 국가의 법적 전통의 그 어느 것도 연방대법원이 그러한 생명론을 채택할 수 있도록 승인하지 않았다.

나. 선례구속의 원칙 검토

선례구속의 원칙도 Roe 판결과 Casey 판결이 계속 적용될 것을 권하지 않는다. 선례구속은 과거의 결정을 신뢰하여 행동을 취한 사람들의 이익을 보호한다. 선례구속의 원칙은 끝없는 재소송으로 인한 당사자와 법원의 비용을 절감시키며, 확립된 선례에 이의를 제기할 유인을 축소시킨다.[24] 또한 사법절차의 실제적 그리고 인지된 온전성에 이바지한다.[25] 그리고 과거에 중요한 문제를 해결하고자 고심하였던 사람들의 판단을 존중함으로써 사법부의 오만을 억제시킨다. 그러나 선례구속의 원칙은 변경할 수 없는 명령이 아니며,[26] 연방대법원이 헌법을 해석하는 때에 가장 약해진다.[27] 연방대법원의 가장 중요한 헌법적 결정 중 일부는 기존 선례를 뒤집는 것이었다.[28]

연방대법원 판례들은 언제 선례가 폐기되어야 할지 결정함에 있어 고려되어야 할 요소들을 밝혀왔다.[29] 아래에서 논해질 다섯 가지 요소들을 검토해 보건대, Roe 판결과 Casey 판결은 폐기되어야 하는 쪽으로 기운다.

1) 오류의 성질

악명 높은 Plessy v. Ferguson 판결[30]과 마찬가지로 Roe 판결 역시 터무니없이 잘못되었으며, 결정된 날부터 헌법과의 충돌이 불가피한 상황이었다. Casey 판결은 Roe 판결의 오류를 영속화시켰다. Casey 판결은 논쟁을 해결하기 위해 전국가적 논쟁의 양측을 불러들였다고 설명하였으나 그렇게 함으

24) Kimble v. Marvel Entertainment, LLC, 576 U. S. 446, 455.
25) Payne v. Tennessee, 501 U. S. 808, 827.
26) Pearson v. Callahan, 555 U. S. 223, 233.
27) Agostini v. Felton, 521 U. S. 203, 235.
28) 예를 들어, 흑인과 백인 아동의 분리 교육은 위헌이라고 판단한 랜드마크 판결인 Brown v. Board of Education, 347 U. S. 483 (1954)은 분리평등(separate but equal)을 내세웠던 악명 높은 Plessy v. Ferguson, 163 U. S. 537 (1896) 판결을 뒤집은 것이었다.
29) Janus v. State, County, and Municipal Employees, 585 U. S. ___, ___-___.
30) 각주 28 참고.

로써 필연적으로 승자를 선언할 수밖에 없었다. 패자 - 태아의 생명에 대한 주의 이익을 주장하였던 사람들 - 는 더 이상 그들이 선출한 대표들에게 그들의 관점에 부합하는 정책을 채택하도록 설득할 수 없게 되었다. 연방대법원은 Roe 판결에 동의하지 않는 수많은 미국인들에게 민주적 절차를 닫아버림으로써 민주적 절차를 방해하였다.

2) 논증의 질

Roe 판결은 헌법 문언, 역사, 선례에 어떤 근거도 없이, 임신기간을 3개월씩 3분기로 나누는 구체적인 일련의 원칙을 국가 전체에 시행하였다.[31] Roe 판결은 헌법 수정 제14조가 비준된 1868년에 시행되었던 주법률들의 압도적인 합의사항을 언급조차 하지 못하였다. 그리고 역사를 살펴본 후 사실인정 사항에 많은 문단을 사용하였는데, Roe 판결이 근거하였던 자료들이 왜 헌법의 의미를 밝혀주는지는 설명되지 않았다. 선례에 관해서는, 광범위한 사건들을 인용하면서 헌법상 사적 프라이버시권이 지지되고 있다고 판단하였다. 그러나 Roe 판결은 정보가 공개되지 않도록 보호할 권리와 정부의 간섭 없이 중요한 사적 결정을 내리고 시행할 권리를 합쳐버렸다.[32] 이들 선례 중 어느 것도 낙태의 특징적인 부분인 '잠재적 생명'에 미치는 영향과는 관련이 없었다.

Roe 판결에서 연방대법원은 시행하려는 제도의 기초를 요약하면서, 연방대법원의 원칙은 '① 연관된 각 이익의 상대적 무게, ② 의학적, 법적 역사의 교훈과 예시, ③ 커먼로의 관대한 조치, ④ 오늘날 심오한 문제의 요구'에 부합하는 원칙이라고 하였다.[33] 이중 역사적 판단은 흠결이 있었기 때문에 ②와 ③은 제쳐두고, 나머지 두 사항은 입법부가 고려하는 사항들로, Roe 판결이 만든 제도는 입법과 마찬가지로 보였고, Roe 재판부도 입법부에서 기대되는 종류의 설명을 제공하였다. Roe 판결이 제공하지 않은 것은 Roe 판결

31) Roe, 410 U. S., at 163-164.
32) Whalen v. Roe, 429 U. S. 589, 599-600.
33) Roe, 410 U. S., at 165.

이 그어놓은 구분선에 대한 설득력 있는 이유이다. 예를 들어, 왜 주는 임신 첫 3개월 동안은 낙태를 규제할 권한이 없는가? Roe 재판부는 왜 의학적, 과학적 불확실성이 많은 영역에서는 입법부의 판단에 따른다는 일반적인 원칙에서 벗어났는가? Roe 재판부는 이러한 부분들을 설명하지 않았다.

더 두드러지는 결점은 Roe 판결이 생존능력 전과 후의 낙태 사이에 그어놓은 중대한 구분을 정당화하지 못했다는 점이다.[34] 자의적인 생존능력 기준선-Casey 판결은 이를 Roe 판결의 핵심적 원칙이라고 칭했다 - 은 낙태권을 정당화하고자 했던 철학자와 윤리학자들 사이에서도 많은 지지를 받지는 못했다. 가장 명백한 문제는 생존능력은 시간이 지나면서 바뀌어왔고, 의학의 발전과 의료의 질과 같이 태아의 특성과는 무관한 요소에 크게 좌우된다는 것이다.

Roe 판결이 내려진지 거의 20년 후에 Casey 사건에서 이 판결이 다시 논해졌을 때, Casey 판결은 Roe 판결의 핵심적인 결론을 재확인하였지만, 그 논증의 대부분에 대하여는 지지하지 않았다. Casey 재판부는 프라이버시권에 기대는 것을 포기하고 대신 낙태권의 근거를 전적으로 헌법 수정 제14조의 적법절차조항에 두었다.[35] Casey 판결은 Roe 판결의 임신 3분기 제도를 비판하고 거부하였고,[36] 불분명한 새 기준인 '부당한 부담' 심사로 대체하였다.

요컨대, Casey 판결은 Roe 판결의 중요한 측면을 거부하였거나 재확인하기를 거절하였다. 그러나 Casey 판결은 Roe 판결의 논증의 가장 큰 약점 중 하나-생존능력-를 치유하려는 진짜 노력은 기울이지 않았으며, 다수의견이 옳다고 생각하지 않았을 수도 있다고 주장하면서도 Roe 판결의 핵심적인 결론-주는 태아가 자궁 밖 생존능력을 갖기 전의 낙태는 주가 규제할 수 있다-을 옹호하였다. Casey 판결은 Roe 판결의 선례로서의 지위 외에 낙태권에 대한 새로운 근거를 제공하지 못하였으며, 헌법 문언이나 역사 또는 선례에

34) Roe, 410 U. S., at 163.
35) Casey, 505 U. S., at 846.
36) Casey, 505 U. S., at 872.

확고한 근거도 없이 새로운 문제적 심사기준을 적용하였다.

3) 실행가능성

선례가 폐기되어야 할지에 대한 결정의 일부는 그 선례가 부과하는 원칙이 실행가능한지 - 즉, 그 원칙이 일관되고 예측가능한 방식으로 해석되고 적용될 수 있는지 여부에 달려있다. Casey 판결의 '부당한 부담' 심사는 실행가능성에 있어 낮은 평가를 받아왔다. Casey 판결의 상대다수의견은 다음과 같은 세 가지 부수적인 원칙을 설정함으로써 '부당한 부담' 심사에 의미를 부여하려고 노력하였다. 그러나 이러한 부수적인 원칙들은 그 자체의 문제들을 야기했다. 첫 번째 원칙은 법률 규정의 목적이나 효과가 태아가 생존능력을 갖추기 전에 낙태하고자 하는 여성에게 상당한 장애물(substantial obstacle)을 두는 것이라면 그 법률규정은 무효라는 것이다. 그러나 장애물이 상당한지 여부의 문제는 종종 논란이 되었다. 두 번째 원칙은 임신기간의 모든 단계에 적용되는 것으로, 여성의 선택이 고지되도록 보장하기 위해 고안된 방안들은 권리에 부당한 부담을 부과하지 않는 한 합헌이라는 것이다. 그러나 이 원칙이 태아의 생존능력 전의 낙태에 적용되는 경우, 첫 번째 원칙과 겹쳐 '상당한 장애물'과 '부당한 부담'이라는 각기 다른 기준이 적용되는 것처럼 보여 혼선을 빚는다. 세 번째 원칙은 낙태하고자 하는 여성에 대한 상당한 장애를 야기하는 목적이나 효과를 갖는 불필요한 보건 규제는 권리에 부당한 부담을 부과하는 것이라는 것이다. 이 원칙은 '부당한 부담'과 '상당한 장애'라는 용어와 함께 '불필요한 보건 규제'라는 모호한 용어를 포함하고 있다.

Casey 판결의 새로운 원칙을 적용하는 데 어려움이 있다는 점은 바로 그 사건에서 드러났다. 똑같이 '부당한 부담' 심사를 적용하였지만 대법관에 따라 정반대의 결과에 다다른 것이다. Casey 판결에 따라 허용되는 제한과 위헌적인 제한을 정확하게 구분하기는 불가능하다는 연방항소법원의 증거들이 추가되었다. Casey 판결은 연방항소법원 간의 수많은 갈등을 만들어냈다.

Casey 판결의 실행불가능한 '부당한 부담' 심사를 계속하여 고수한다면 법원칙의 공정하고 예측가능하며 일관된 발전을 훼손시키게 될 것이다.

4) 법의 다른 영역에 미치는 영향

Roe 판결과 Casey 판결은 이 판결들과는 관계없는 중요한 많은 법원칙들을 왜곡시키는 결과를 낳았다. 그리고 그러한 영향은 이 판결들의 폐기를 뒷받침하는 추가적인 근거를 제공한다.[37]

5) 신뢰이익

전통적인 신뢰이익은 매우 정확한 사전계획이 필수적인 경우에 발생된다. Casey 판결은 위 사건에 전통적인 신뢰이익은 관련되어 있지 않다는 점에 동의하였는데, 왜냐하면 낙태는 일반적으로 계획되지 않은 행위이고, 낙태를 금지할 주의 권한이 갑작스럽게 복구되어도 재생산에 관한 계획에 있어서는 이를 사실상 즉시 고려할 수 있기 때문이다.

대신 Casey 판결은 보다 막연한 형태의 신뢰를 인식하였다. 즉, 사람들은 피임이 실패하는 경우 낙태할 수 있는 가능성을 신뢰하여 성적 관계를 형성하고 그들의 관점과 사회에서의 위치를 정하는 선택을 한다. 그리고 국가의 경제적 사회적 생활에 여성이 동등하게 참여할 능력은 여성들이 자신의 재생산 생활을 지배할 수 있는 능력에 의해 촉진되었다. 이 사건의 양측은 낙태권이 태아의 지위뿐만 아니라 여성의 삶에 미치는 영향에 대하여 열정적이고 상반되는 주장을 펼쳤다. Casey 판결의 상대다수의견이 태아의 이익과 산모의 이익의 중요성을 이론적으로 형량하고자 한 것은 '법원은 입법부의 판단을 법원의 사회적·경제적 신념으로 대체하지 않는다'[38]는 원래의 헌법적 명제에서 벗어났음을 나타낸다. 법무부 차관은 Roe 판결과 Casey 판결을 폐기하는 것이 적법절차조항하의 다른 권리들의 보호에 위협이 될 것이라고 주장하였다. 그러나 이 사건의 판결은 헌법상 낙태권에만 관련이 있을 뿐 다

37) Ramos v. Louisiana, 590 U. S. ___, ___ (KAVANAUGH, J., concurring in part).
38) Ferguson v. Skrupa, 372 U. S. 726, 729-730.

른 권리들과는 무관하다. 이 의견의 어떤 부분도 낙태가 관련되지 않은 선례에 의구심을 제기하는 것으로 해석되어서는 안 된다.

다. Roe 판결과 Casey 판결의 폐기에 대한 외부적 우려

위와 같이 선례구속의 원칙의 전통적인 요소들은 Roe 판결과 Casey 판결을 유지하는 데 호의적이지 않음이 밝혀졌다. 우리는 Casey 판결의 상대다수의견의 지배적 특징이었던 마지막 주장을 검토해야 한다. Casey 판결은 대중들이 Roe 판결처럼 논쟁적인 분수령(watershed) 판결을 폐기하는 결정을 정치적 고려나 대중의 의견에 영향을 받은 것으로 인식할 위험을 지적하였다.[39]

그러나 우리는 그러한 외부적인 우려에 우리의 결정이 영향을 받도록 할 수 없다. 연방대법원의 선례는 일반적인 선례구속의 원칙의 적용을 받는다. 일반적인 선례구속의 원칙하에서는 선례를 고수하는 것은 규범이지 불변의 명령이 아니다. 우리는 Roe 판결과 Casey 판결을 폐기하는 오늘의 판결에 대해 정치체계나 사회가 어떻게 반응할지 아는 척 하지 않으며, 설사 무슨 일이 일어날지 예측할 수 있다 해도, 우리에게는 그러한 지식이 우리의 판결에 영향을 주도록 할 권한이 없다. 우리는 단지 우리의 일 - 법률을 해석하고, 오랜 선례구속의 원칙을 적용하고, 이에 따라 사건을 결정하는 일을 할 수 있을 뿐이다.

라. 합리성심사

연방대법원 선례에 따르면, 주의 낙태규제에 대해 헌법소송이 진행되는 경우 적용되는 적절한 심사기준은 합리성심사(rational-basis review)이다. 낙태권이 헌법상 중요한 기본권이 아님을 고려하건대, 주는 정당한 이유로 낙태

39) Casey, 505 U. S., at 866-867.

를 규제할 수 있으며, 그러한 규제가 헌법상 다투어지는 경우 법원은 입법부의 판단을 법원의 사회적·경제적 신념으로 대체할 수 없다.[40] 이는 해당 법률이 큰 사회적 중대성과 도덕적 중요성을 가진 문제와 관련된 것일 때에도 적용된다. 낙태를 규제하는 법률은 다른 보건복지 법률과 마찬가지로 그 유효성이 강하게 추정된다.[41] 입법부가 낙태규제 법률이 정당한 주의 이익에 이바지한다고 생각할 수 있었던 합리적인 근거가 있다면 그 법률은 유지되어야 한다.[42]

미시시피 주의 재태연령법은 미시시피 주 의회의 구체적인 판단에 의해 뒷받침되며, 여기에는 아직 태어나지 않은 인간을 보호하는 주의 이익이 포함된다. 이러한 정당한 이익은 재태연령법에 대한 합리적 근거를 제공하며, 이는 피상고인의 패소로 이어진다.

마. 법정의견의 결론

낙태는 심오한 도덕적 문제를 제기한다. 헌법은 각 주의 시민들이 낙태를 규제하거나 금지하는 것을 막지 않는다. Roe 판결과 Casey 판결은 시민들의 그러한 권한을 횡탈하였다. 이에 우리는 Roe 판결과 Casey 판결을 폐기하고 그 권한을 국민과 그 대표들에게 되돌려주는 바이다.

이에 원심을 파기, 환송한다.

2. Thomas 대법관의 보충의견(1인 의견)

나는 헌법상 낙태할 권리가 없다는 법정의견에 동의한다. 피상고인들은 낙태권의 근거로 오직 한 가지만 원용하고 있다. 바로 '어떠한 주도 적법절차에 의하지 않고는 어떠한 사람으로부터도 생명, 자유, 또는 재산을 박탈할 수 없다'는 헌법 수정 제14조이다. 법정의견은 우리의 실체적 적법절차 선례

40) Ferguson, 372 U. S. 726, 729-730.
41) Heller v. Doe, 509 U. S. 312, 319.
42) Id., at 320.

하에서 낙태권이 적법절차조항에 의해 보호되는 자유의 유형이 아님을 잘 설명하였다. 낙태권은 이 국가의 역사와 전통에 뿌리 깊게 자리 잡지도 않았고, 질서 속의 자유라는 개념에 내포되어 있지도 않다.[43]

나는 적법절차조항에 숨어있는 낙태에 대한 보장은 존재하지 않는다는 두 번째, 더 중요한 이유를 강조하기 위해 별도로 보충의견을 작성한다. 적법절차는 '절차'만을 보장할 뿐이다.

이전에도 내가 설명한 바 있듯이 '실체적 적법절차'는 헌법에 근거가 없는 모순어법일 뿐이다.[44] 사람이 생명, 자유, 또는 재산을 박탈당하기 전의 '절차'만을 보장한 헌법조항이 그 권리들의 실체까지 정할 수 있다는 개념은 잘 모르는 사람들조차 믿기 어려울 것이다.[45] 따라서 이 사건의 해결은 간단하다. 적법절차조항은 어떠한 실체적 권리도 보장하지 않기 때문에 낙태권도 보장하지 않는다.

법정의견은 실체적 적법절차의 법리 일반을 건드리지 않았고, 다른 구체적인 맥락에 그 이론을 적용하는 것을 거부하였다. Griswold 판결(기혼자의 피임할 권리), Lawrence 판결(사적이고 합의된 성행위를 할 권리), Obergefell 판결(동성결혼을 할 권리)은 이 사건의 쟁점이 아니다. 낙태 사건은 특유의 성격을 갖고 있고, 당사자 중 누구도 우리에게 헌법 수정 제14조의 법리 전체가 유지되어야 할지 아니면 수정되어야 할지를 결정해달라고 요구하지 않았으므로, "법정의견의 어떤 부분도 낙태가 관련되지 않은 선례에 의구심을 제기하는 것으로 해석되어서는 안 된다."라는 점에 동의한다.

이러한 이유로 장래 사건에서 우리는 Griswold, Lawrence, Obergefell 판결을 포함한 연방대법원의 실체적 적법절차 선례들을 모두 재고해야 한다. 모든 실체적 적법절차 판결은 명백히 잘못되었기 때문에[46] 우리에게는 이러

---

43) Glucksberg, 521 U. S. 702, 721.

44) Johnson, 576 U. S., at 607-608 (opinion of THOMAS, J.); Vaello Madero, 596 U. S., at ___ (THOMAS, J., concurring) (slip op., at 3).

45) McDonald v. Chicago, 561 U. S. 742, 811 (2010) (THOMAS, J., concurring in part and concurring in judgment); United States v. Carlton, 512 U. S. 26, 40 (1994) (Scalia, J., concurring in judgment).

46) Ramos, 590 U. S., at ___ (THOMAS, J., concurring in judgment) (slip op., at 7).

한 선례에 확립된 오류를 바로잡을 의무가 있다.[47]

실체적 적법절차의 위험성 중 적어도 세 가지가 이 이론 전체의 폐기를 옹호한다.

첫째, 실체적 적법절차는 판사들의 권위의 근원인 국민들을 희생시켜 판사를 격상시킨다. 적법절차조항은 '절차'만을 이야기하기 때문에 연방대법원은 오랫동안 그것이 보호하는 실체적 권리가 무엇인지를 정의하기 위해 애썼다.[48] 실제에 있어서 연방대법원이 중요한 기본권을 식별하는 데는 중립적인 법적 분석보다 정책결정이 관련되었다.[49] 연방대법원은 자신들의 초헌법적 가치 선호에 따라 새로운 권리들을 발견해냈고, 사법적으로 만들어진 권리보장에 어긋나는 주 법률들을 무효화시켰다.[50] 이러한 특징이 가장 분명하게 드러나는 것은 연방대법원의 낙태에 관한 법리에서이다. Roe 판결에서 연방대법원은 낙태권을 발견하였는데, 이는 연방대법원이 느끼기에 헌법 수정 제14조상 개인적 자유의 개념에는 프라이버시권이 포함되며, 프라이버시권은 임신을 중단할 여성의 권리가 포함될 만큼 충분히 폭넓기 때문이었다. Casey 판결은 프라이버시권 대신 인간 생명의 존재, 의미, 세계, 신비에 대한 자신의 개념을 정의할 권리를 원용하였다. 그리고 이 사건 피상고인들은 적법절차조항에서 비롯된 적어도 세 가지 이익을 제시하였다. 여기에는 '신체의 온전성', '가족, 의료, 믿음의 문제에 있어서의 사적 자율', '여성의 동등한 시민권'이 포함된다. Roe 판결이 선고된 지 50년이 지났지만, 낙태 옹호론자들은 여전히 일관성 있게 관련 권리조차 설명하지 못하고 있다. 결국 낙태권은 필사적으로 헌법적 정당화를 구하는 정책 목표일 뿐이다.

둘째, 실체적 적법절차는 헌법의 다른 영역을 왜곡시킨다. 연방대법원은 종종 선호하는 권리의 침해에 대해서는 추가적인 정당화를 요구하고, 덜 선호

---

47) Gamble v. United States, 587 U. S. ___, ___ (2019) (THOMAS, J., concurring) (slip op., at 9).

48) Timbs v. Indiana, 586 U. S. ___, ___ (2019) (THOMAS, J., concurring in judgment) (slip op., at 2).

49) Carlton, 512 U. S., at 41-42 (opinion of Scalia, J.); see also McDonald, 561 U. S., at 812 (opinion of THOMAS, J.).

50) Thornburgh v. American College of Obstetricians and Gynecologists, 476 U. S. 747, 794 (1986) (White, J., dissenting).

하는 권리에 대해서는 높은 수준의 심사기준을 의도적으로 완화시킨다.[51] 실체적 적법절차는 헌법적으로 불안정한 연방대법원의 많은 정책 판단의 핵심적인 원천이다.

셋째, 실체적 적법절차는 종종 처참한 결과로 이어진다.[52] 예를 들어, Dred Scott v. Sandford, 19 How. 393 (1857) 판결은 연방의회에게 노예를 해방할 권한이 없다고 선언하기 위해 일종의 실체적 적법절차를 언급하였다. Dred Scott 판결은 헤아릴 수 없는 고통을 치른 후에야 폐기되었다.[53] 오늘 법정 의견은 - 6천 3백만 건 이상의 낙태가 시행된 후 - 그릇된 실체적 적법절차 판결로 가장 악명 높은 두 판결인 Roe 판결과 Casey 판결을 폐기하였다. 연방대법원이 실체적 적법절차로 들어가려는 시도로 야기된 피해는 여전히 헤아릴 수 없이 남아 있다.

실체적 적법절차는 헌법 문언의 명령과도 충돌되며 여러모로 이 국가에 위해를 끼쳤다. 따라서 우리는 최대한 빠른 기회에 실체적 적법절차를 우리 법리에서 제거해야 한다.

3. Kavanaugh 대법관의 보충의견(1인 의견)

나는 Roe 판결이 잘못된 이유와 Roe 판결이 현재 폐기되어야 하는 이유, 그리고 오늘 판결의 앞으로의 영향에 대한 나의 추가적인 관점을 설명하기 위해 별도의 보충의견을 작성하는 바이다.

가. Roe 판결이 잘못된 이유 - 낙태 문제에 있어서의 헌법의 중립성과 민주적 절차를 통한 해결

51) Whole Woman's Health v. Hellerstedt, 579 U. S. 582, 640-642 (2016) (THOMAS, J., dissenting).
52) Gamble, 587 U. S., at ___ (THOMAS, J., concurring) (slip op., at 16).
53) Adarand Constructors, Inc. v. Peña, 515 U. S. 200, 240 (1995) (THOMAS, J., concurring in part and concurring in judgment).

낙태하고자 하는 임산부의 이익과 태아의 생명을 보호하고자 하는 이익 사이에 양립할 수 없는 갈등 때문에 낙태는 매우 어렵고 논쟁적인 이슈이다.

그러나 우리 앞의 문제는 낙태에 관한 정책이나 도덕의 문제가 아니다. 문제는 헌법이 낙태에 관하여 무엇을 말하고 있는지이다. 헌법은 낙태 이슈에 있어 어느 편도 들고 있지 않다. 헌법의 문언은 낙태를 언급하거나 포함하고 있지 않다. 연방대법원은 헌법에 열거되지 않았으나 이 나라의 역사와 전통에 뿌리 깊게 자리 잡은 권리는 헌법에 의해 보호된다고 하였으나, 법정의견은 낙태권이 여기에 해당하지 않음을 잘 설명해주었다.

따라서 낙태의 문제에 있어 헌법은 낙태 반대(pro-life)도 낙태 찬성(pro-choice)도 아닌 중립이며, 이 문제를 국민과 그들의 대표가 민주적 절차를 통해 해결하도록 남겨두었다. 헌법이 낙태의 문제에 있어 중립적이기 때문에 연방대법원도 진중하게 중립적이어야 한다. 연방대법원의 9명의 대법관들은 민주적 절차를 폐기할 권한이 없고, 3억 3천만 명의 미국인들에게 찬성이든 반대든 낙태에 관한 정책을 명할 권한이 없다. 오늘의 판결로 연방대법원은 중립적인 위치로 올바르게 되돌아가며, 국민이 헌법에 확립된 민주적 자치의 절차를 통해 낙태에 관한 이슈를 다룰 권한이 복구되었다. 헌법은 낙태를 불법화하지도 합법화하지도 않는다. 오늘의 판결 이후, 모든 주들은 충돌하는 이익들을 평가하고 이 중대한 이슈를 어떻게 논할 것인지 결정할 수 있을 것이다.

피상고인 측은 헌법이 미국인의 권리를 1791년[54]이나 1868년[55]에 동결시켜 놓지 않았다고 강조하였다. 나는 이에 전적으로 동의한다. 나는 헌법상의 권리가 1791년이나 1868년에 예측할 수 없었던 상황에도 적용된다는 사실에 - 예를 들어, 헌법 수정 제1조가 인터넷에 적용되거나, 수정 제4조가 자동차에 적용되는 것과 같이 - 동의한다. 또한 헌법은 새로운 권리의 형성도 허용한다. 그러나 새로운 권리를 만들어냄에 있어 헌법은 헌법이 예상한 다양한 민주적 자치의 절차 - 주법률의 제정, 주헌법의 개정, 연방법률의 제정,

54) 권리장전으로 불리는 미국 헌법 수정조항의 첫 10개 조항이 비준된 해.
55) 미국 헌법 수정 제14조가 비준된 해.

연방헌법의 개정-로 안내하고 있다.

헌법은 선출되지 않은 9명의 연방대법원 대법관들에게 새로운 권리와 자유를 만들어내기 위해 자신의 도덕적, 정책적 관점에 기반하여 헌법을 다시 쓸 일방적인 권한을 부여하지 않았다.

즉, 헌법은 낙태의 문제에 있어 중립적이며, 국민과 그 대표들이 민주적 절차를 통해 이 문제를 해결하도록 허용하고 있다. 따라서 Roe 판결은 낙태의 문제에 있어 한쪽 편을 들어 잘못되었다고 생각한다.

나. Roe 판결의 폐기 이유 - 선례구속의 원칙 검토

더 어려운 문제는 선례구속, 즉 Roe 판결을 폐기할 것인가 하는 문제이다.

선례구속의 원칙은 연방대법원 선례에 대한 존중과 이전에 같은 이슈를 다루었던 법관들의 축적된 지혜에 대한 존중을 요구한다. 선례구속의 원칙은 헌법 제3조에 뿌리를 두고 있으며 미국의 사법체계와 미국 법률의 안정성에 있어 매우 중요하다. 그러나 선례구속의 원칙은 절대적인 것이 아니다. Brandeis 대법관은 1932년 Burnet v. Coronado Oil & Gas Co., 285 U. S. 393 (1932) 판결에서 고전으로 여겨지는 그의 반대의견에서 "연방헌법이 관련된 사건에서 입법 행위를 통한 정정이 사실상 불가능한 경우, 연방대법원은 종종 기존의 판결을 폐기해왔다."고 밝혔다.[56] 이러한 설명은 오늘날에도 정확하다. 현재 연방대법원의 모든 대법관들은 선례의 폐기를 선택한 적이 있다. 또한 1921년 Taft 대법원장의 임명 이후 지난 100여 년간 48명의 대법관 모두는 선례를 폐기하는 데 투표한 적이 있다.

그렇다면 연방대법원은 언제 잘못된 선례를 폐기해야 하는가? 연방대법원 선례구속의 역사에 따르면 다음의 경우에만 기존의 헌법판례 선례를 뒤집을 수 있다. 즉, ① 기존의 결정이 단순히 잘못된 것이 아니라 극심하게 잘못된 것이고, ② 기존의 결정이 법리적 또는 현실적으로 중대한 부정적 결과를 야

56) Burnet v. Coronado Oil & Gas Co., 285 U. S. 393, 406-407 (1932) (dissenting opinion).

기하였으며, ③ 기존의 결정을 폐기하는 것이 정당한 신뢰이익을 과도하게 뒤엎지 않는 경우[57]에만 선례를 폐기할 수 있다.

이와 같은 요소들을 적용하건대, 나는 Roe 판결이 폐기되어야 한다는 법정의견에 동의하는 바이다. Roe 판결은 헌법이 연방대법원에게 결정권을 부여하지 않은 매우 중요한 도덕적, 정책적 이슈에 대하여 결정할 권한을 스스로에게 부여하였다. 이는 잘못된 결정이다. 물론 이것만으로는 선례를 뒤집어야 한다고 할 수 없다. 그러나 법정의견이 설명하였듯이, Roe 판결은 법리적 또는 현실적으로 중대한 부정적 결과를 야기하였다. Roe 판결은 헌법이 중립을 지키고 있는 어렵고 논쟁적인 이슈에 대해 한쪽 편을 듦으로써, 연방대법원의 헌법상 권한을 초과하고 넘어섰으며, 연방대법원의 적정한 헌법적 역할에 대한 국가의 해석을 심각하게 왜곡시켰고, Roe 판결 스스로가 인정한 태아의 생명 보호에 대한 주의 중요하고 정당한 이익에 심각한 피해를 입혔다. 이 모든 것이 왜 수천만 미국인들과 Roe 판결의 폐기를 명시적으로 요청한 26개 주들이 49년이 지난 지금에도 Roe 판결을 받아들이지 못하는지를 설명해준다. 연방대법원의 오랜 선례구속의 원칙에 따르건대, Roe 판결은 폐기되어야 한다.

다. 앞으로의 영향

오늘 판결 이후 낙태에 대한 이슈는 국민과 그 대표들이 연방의회와 각 주에서 민주적 절차를 통해 해결할 것이다. 그러나 이 사건 당사자들은 몇 가지 관련 문제들을 제기하였고, 나는 그 중 일부를 검토하고자 한다.

첫째, 이 판결이 피임과 결혼과 같은 이슈를 포함한 다른 선례들에 어떻게 영향을 미칠 것인가의 문제이다. 나는 법정의견이 판시한 바를 강조하고자 한다. Roe 판결의 폐기는 다른 선례들의 폐기를 뜻하지 않으며 그러한 선례들을 위협하거나 의구심을 제기하는 것이 아니다.

---

57) Ramos, 590 U. S., at ___ (KAVANAUGH, J., concurring in part) (slip op., at 7–8).

둘째, 오늘의 판결이 야기할 낙태와 관련된 법적 문제들은 헌법 문제만큼 특별히 어렵지는 않다. 예를 들어, 주는 주민이 낙태를 위해 다른 주로 이동하는 것을 막을 수 있는가? 주 간 이동에 대한 헌법상 권리에 근거하여 내 답은 '그렇지 않다'이다. 주는 오늘 판결 전에 발생한 낙태에 대하여 소급적으로 책임이나 처벌을 부과할 수 있는가? 헌법상 적법절차조항과 소급입법금지조항에 근거하여 내 답은 '그렇지 않다'이다. 장래에 낙태에 관한 다른 법적 문제들이 나타날 수 있다. 그러나 연방대법원은 더 이상 미국 전역에서 임신 6주, 12주, 14주, 24주 또는 여타 다른 시점까지는 낙태가 허용되어야 하는지에 대한 근본적인 문제를 결정하지 않을 것이다. 연방대법원은 더 이상 임산부의 이익과 태아의 생명 보호의 이익을 어떻게 평가할지 판단하지 않을 것이다. 그러한 문제는 헌법의 요구대로 민주적 절차를 통해 국민과 그 대표들에 의해 결정될 것이다.

4. Roberts 대법원장의 별개의견(1인 의견)

우리는 한 가지 문제를 결정하기 위해 이 사건의 상고를 허가하였다. 태아가 자궁 밖 생존능력을 갖추기 전에 이루어지는 '선택에 의한 낙태'에 대한 금지규정은 모두 위헌인가 하는 문제이다. 미시시피 주의 재태연령법은 임신 15주 이후의 낙태를 금지하였는데, 임신 15주는 태아가 자궁 밖에서 생존가능하다고 여겨지기 몇 주 전에 해당한다. 미시시피 주는 이 사건이 선명한 생존능력 기준을 재고할 수 있는 이상적인 수단이라고 보았고, 연방대법원에게 Roe 판결과 Casey 판결을 폐기할 것을 요구한 것은 아니었다.

나는 Roe 판결과 Casey 판결에서 성립된 생존능력 기준선이 폐기되어야 한다는 법정의견에 동의한다. 임신을 중단할 여성의 권리는 합리적인 선택의 기회를 보장하기에 충분할 정도여야 하지만 그 이상으로 - 태아의 자궁 밖 생존능력이 인정될 때까지 계속해서 허용되는 것으로 확대될 필요는 없다.

그러나 사법자제의 원칙에 입각하여, 사건을 더 이상 판단할 필요가 없다면 더 이상 판단하지 않아야 한다. 법정의견은 사려 깊고 철저하지만, 그 극

적이고 중대한 결정은 이 사건에서 판단될 필요가 없었던 것이다.

가. 생존능력 원칙 폐기의 정당성

나는 우리가 이 사건에서 판단해야 할 유일한 문제- 임신을 중단할 여성의 권리는 태아가 자궁 밖에서 생존가능하다고 여겨지는 시점까지 미친다는 Roe 판결과 Casey 판결의 원칙이 유지되어야 하는가 -에 있어 법정의견에 동의한다. 이 원칙은 폐기되어야 한다.

Roe 판결의 텍사스 주 규정은 재태연령 기준을 두지 않았고, 어느 당사자도 연방대법원에 생존능력 원칙의 채택을 요구하지 않았다. 또한 Roe 판결과 Casey 판결은 왜 임신 중단의 시한을 태아의 자궁 밖 생존능력이 갖춰질 때까지 잡아야 하는지에 대해 설득력 있거나 하다못해 그럴듯한 주장도 펼치지 못하였다. 생존능력 기준선은 낙태규제에 대한 주의 이익을 오직 두 가지만 - 임산부의 건강과 잠재적 생명의 보호 - 인식하던 시절의 유물이다. 그러나 이는 Gonzales v. Carhart, 550 U. S. 124 (2007) 판결에서 바뀌었다. 이 판결에서 우리는 더 광범위한 이익을 인정하였는데, 이를테면 낙태와 영아살해를 명확하게 구별하는 선명한 구분선의 설정, 사회적 윤리의 유지, 의료계의 온전성 보존 등을 들 수 있다. 생존능력 기준선은 이러한 목표들과는 무관하다고 할 수 있다.

임신 20주 이후의 낙태를 금지하는 많은 법률들은 태아가 그 발달단계에서 고통을 느낄 수 있다는 이론을 전제로 한다. 태아의 고통 방지가 정당한 주의 이익이라고 가정하면, 그러한 법률의 허용가능성에 생존능력이 관련성을 가질 이유는 없어 보인다.

다른 국가들도 거의 동일하게 생존능력 기준선은 피하고 있다. 중국과 북한을 비롯한 소수 국가들만 임신 20주 이후의 선택에 의한 낙태를 허용하고 있으며, 나머지 국가들은 12주 정도의 기준선을 두고 있다.[58] 법정의견이 자

58) The World's Abortion Laws, Center for Reproductive Rights (Feb. 23, 2021).

의적인 생존능력 원칙을 거부한 것은 올바른 판단이었다.

나. 사법자제의 원칙상 Roe 판결 및 Casey 판결 폐기의 부적절성

그러나 우리에게 Roe 판결에서 처음 인정된 낙태권을 모두 제거하는 극적인 조치가 요구된 것은 아니었다. 미시시피 주가 상고허가를 신청할 때 주의 요청은 간단했다. 태아가 자궁 밖 생존능력을 갖추기 전의 낙태금지는 항상 위헌인지를 밝혀달라는 것이었다. 미시시피 주는 연방대법원에게 Roe 판결과 Casey 판결의 폐기를 요구하는 것이 아님을 명확히 하였다. 그러나 상고가 허가된 이후 미시시피 주는 태도를 바꾸어 연방대법원이 Roe 판결과 Casey 판결을 폐기해야 한다고 직설적으로 밝혔다. 법정의견은 이 사건을 Roe 판결과 Casey 판결의 재확인 또는 폐기의 양자택일로 보고 후자를 선택하였다.

그러나 이러한 프레임은 정확하지 않다. 미시시피 주는 본안 준비서면에서 단순히 생존능력 원칙의 거부만으로도 자신들에게 유리한 판결이 될 것이라고 주장하였다. 사법자제의 원칙에 따라, 우리는 사건을 처리할 때 가장 좁게 시작해서 사건 해결에 필요한 경우에만 더 넓은 것을 고려해 나간다. 우리가 헌법 판례의 폐기 여부와 같이 더 넓은 이슈의 검토로 나가는 것은 결정에 대한 더 좁은 유효한 근거가 없을 때뿐이다.

이 사건에서는 Roe 판결을 폐기하지 않고도 올바로 사건을 결정할 수 있는 방법이 분명히 있었다. 생존능력 기준선이 폐기되어야 한다는 점은 인정하되, 낙태권 전체를 거부할지에 대해서는 다음을 기약하는 방법이 있었다.

생존능력 원칙의 폐기는 미시시피 주에게 유리하게 이 사건을 해결하기에 충분하다. 이 사건 재태연령법은 임신 15주까지 낙태를 허용하고 있는데 그 정도면 임신기간 중 두 번째 3개월에 들어가게 된다. 오늘날 임신테스트는 저렴하고 정확하며, 여성들은 보통 임신 6주까지면 임신 사실을 알게 되고, 임신 첫 3개월이 끝날 무렵엔 거의 모든 여성들이 임신 사실을 안다. 따라서

임신 15주면 여성이 임신을 중단할지 결정할 충분한 시간이 된다.

다. 신뢰이익과 심사범위

선례를 뒤집을 때에는 신뢰이익이 고려되어야 한다. 피상고인들은 여러 세대의 여성들이 자신의 관계(relationships)를 구성하고 미래를 계획함에 있어 낙태할 권리를 신뢰해 왔다고 주장하였다. 법정의견은 이러한 우려가 적절한지 질문하였지만, 생존능력 기준선만을 폐기하였다면 애초에 이러한 문제는 일어나지도 않았을 것이다.

나는 우리가 상고를 허가한 문제만을 판단하고자 한다. 따라서 낙태권이 태아의 자궁 밖 생존능력 이전의 모든 낙태규제를 금지하는지 여부에 대해 판단하건대 답은 '그렇지 않다'이다. 그리고 이 사건에서는 이보다 더 판단할 필요는 없다. 이에 나는 법정의견의 결론에만 동의하는 바이다.

5. Breyer, Sotomayor, Kagan 대법관의 반대의견(3인 의견)

Roe 판결과 Casey 판결은 여성의 자유와 평등을 보호해왔다. 연방대법원은 Roe 사건에서 헌법상 여성이 출산 여부를 스스로 결정할 권리가 보장된다고 판결하였고 Casey 사건에서 이를 재확인하였다. Roe 판결은 정부가 임신의 첫 단계에서 여성을 대신해 결정할 수 없다고 판결하였고, Casey 판결이 이를 재확인하였다. 정부는 여성의 신체와 인생의 행로를 통제할 수 없으며, 여성의 미래가 어떠해야 한다고 결정할 수 없었다.[59]

Roe 판결과 Casey 판결은 낙태의 문제가 어렵고 분열을 초래한다는 것과 임신 초기 단계에서조차 임신 중단의 도덕성 문제에 대한 미국인들의 시각이 매우 다르다는 것을 잘 알고 있었다. 그래서 연방대법원은 가치와 목표가 충돌할 때 종종 그러하듯 균형을 맞추었다. 연방대법원은 여성의 생명과 건강을 보호하기 위한 예외규정이 있는 한, 태아가 자궁 밖 생존능력을 갖춘

59) Casey, 505 U. S., at 853; Gonzales, 550 U. S. at 171-172 (Ginsburg, J., dissenting).

이후의 낙태에 대해서는 주가 금지할 수 있도록 하였다. 그러나 그러한 생존 능력을 갖추기 이전의 낙태에 대해서는 (정부가 아닌) 여성이 자신의 인생의 모든 상황과 복합성을 고려하여 적절하다고 생각하는 대로 선택할 권리에 '부당한 부담'을 부과해서는 안 된다고 판결하였다.[60]

오늘, 법정의견은 이러한 균형을 폐기하였다. 법정의견은 수정(fertilization) 때부터 여성의 발언권은 없다고 보았다. 법정의견은 가장 낮은 심사기준인 합리성 심사만 통과하면 낙태를 제한할 수 있다고 판결하였다. 그리고 태아의 생명 보호는 합리적이므로 주는 모든 방식의 제한을 제정하는 데 있어 자유로워질 것이다. 미시시피 주는 임신 15주를 기준으로 하였지만 제한은 더 확대될 수 있으며, 일부 주들은 여성이 강간이나 근친상간의 피해자인 경우에 대한 예외규정도 없는 법률을 통과시키기도 했다. 이러한 법률 하에서 여성은 자신의 삶이 파괴될지라도 강간범의 아이나 아버지의 아이를 낳아야 할 것이다. 오늘 판결 이후 일부 주들은 여성에게 출생 후 수년 내 사망하는 테이삭스 병처럼 심각한 신체적 기형을 가진 태아를 출산하도록 강요할 수도 있고, 낙태 규제에 여성을 사망이나 신체적 손상으로부터 보호하는 규정을 만들 필요가 없다고 주장할 수도 있다. 주는 여성에게 주의 도덕적 선택을 강요하고 출산을 강제할 수 있게 될 것이다. 주는 낙태시술자에게 징역을 포함한 형사처벌을 부과할 수 있고 여성의 낙태나 낙태시도를 범죄화할 수도 있다.

앞으로 다가올 법률의 범위가 정확히 어떻게 되든 간에, 오늘의 판결이 가져올 결과 하나는 확실하다. 바로 여성의 권리와 자유롭고 동등한 시민으로서의 여성의 지위의 축소이다. 어제까지 헌법은 계획되지 않은 임신을 마주한 여성들에게 삶을 변화시키는 결과를 가져오는 출산 여부를 스스로 선택할 수 있도록 보장하였다. 그렇게 함으로써 헌법은 여성이 이 국가의 경제적, 사회적 생활에 동등하게 참여할 수 있는 능력을 보호하였다. 그러나 더 이상은 그렇지 않다. 오늘 법정의견은 주가 임신 초기의 낙태조차 금지하여

60) Casey, 505 U. S., at 846.

여성에게 출산을 강요할 수 있다고 판결하였다. 일부 여성들, 특히 재산이 있는 여성들은 주의 권력행사를 우회할 방법을 찾아낼 것이지만, 다른 여성들-돈이 없거나 육아를 맡길 수 없거나 휴직을 할 수 없는 여성들-은 그렇지 못할 것이다. 그들은 안전하지 않은 방식의 낙태를 시도할 수 있고, 그 결과로 신체적 손상이나 사망에 이를 수도 있다. 아마도 그들은 임신을 거쳐 아이를 낳을 수 있을 것이나 개인이나 가족이 막대한 비용을 치르게 될 것이다. 법정의견은 헌법이 모두를 위한 자유와 평등을 보장하고 있음에도 불구하고 어떠한 보호막도 제공하지 않을 것이라고 판결하였다.

Roe 판결과 Casey 판결은 수십 년간 피임기구의 사용이나 동성결혼 등 신체적 온전성, 가족관계, 출산에 관한 다른 확립된 자유들과도 연결되어 왔다. 이러한 자유들은 인생의 가장 사적인 결정들에 대한 자주적인 결정권을 보호한다는 점에서 같은 헌법적 구조를 이룬다. 법정의견은 낙태권이 역사에 뿌리 깊게 자리 잡지 못하였다고 논증을 펼쳤다. 그러한 법정의견으로 인해 19세기 중반까지 그 역사가 없는 모든 권리들은 불안정하게 되었다.

또한 법정의견은 무신경하게 선례를 뒤집었다. 선례구속의 원칙은 법치주의의 초석이다. 한번 결정된 것들은 바꾸어야 할 매우 타당한 이유가 없이는 그대로 유지되어야 한다. Roe 판결과 Casey 판결은 이 땅에서 수십 년간 법으로 존재해왔고, 여성들은 이를 신뢰하였다. Roe 판결과 Casey 판결이 충돌하는 이익 간의 균형을 맞추기 위해 개발한 심사기준은 전국의 법원에서 그 실행가능성이 입증되었다. 법률적으로나 사실적으로 선례를 약화시킬 만한 변화는 없었다. 법정의견은 오직 한 가지 이유로 선례를 폐기하였다. 바로 연방대법원 구성이 변화되었다는 이유 때문이다. 선례구속의 원칙은 결정이 개인의 성향이 아닌 법률에 기초한다는 점을 보장함으로써 사법 절차의 실제적 그리고 인지된 온전성(actual and perceived integrity of the judicial process)에 이바지한다.[61] 그러나 오늘 법정의견은 개인의 성향에 따라 판결을 내렸다. 법정의견은 충실하고 공정하게 법을 적용하는 우리의 의무에서

61) Payne, 501 U. S., at 827; Vasquez v. Hillery, 474 U. S. 254, 265 (1986).

벗어났다. 이에 법정의견에 반대하는 바이다.

가. 선례 분석과 법정의견의 논거 비판

1) Roe 판결과 Casey 판결의 분석

약 반세기 전 Roe 판결은 여성의 생명을 구하기 위한 경우를 제외한 낙태를 범죄로 규정한 주법률을 위헌이라고 보았다. Roe 재판부는 사람들이 낙태에 대해 대립적인 관점을 갖고 있다는 점을 잘 알았지만 7대 2로 임신초기의 선택권은 여성에게 있다고 판결하였다. 그와 동시에 낙태를 규제할 주의 이익도 인정하였다. 따라서 임신의 어느 단계까지는 여성의 선택권이 우선하지만, 어느 단계 이후로는 주의 이익이 우위가 된다고 판단하였다. 그리고 그 이정표로 임신 첫 3개월을 잡았다.

Roe 판결과 Casey 판결 사이의 20년 동안 연방대법원은 명시적으로 Roe 판결을 재확인하고 적용하며 반복해서 그 헌법적 원칙을 시행하였다.[62] 그리고 Casey 판결에서 이 문제를 새롭게 살펴보고 Roe 판결의 핵심적인 교훈을 유지하였다. 그 핵심은 여성의 선택권을 소리 높여 다시 외치는 것이었다. Roe 판결과 마찬가지로 Casey 판결 역시 헌법 수정 제14조의 자유에 대한 보장에 그 근거를 두었다.

Roe 판결이 인정한 권리를 재확인하며, 연방대법원은 낙태에 대한 다양한 관점과 충돌하는 다양한 주의 이익의 중요성에 대해 충분히 고려하였다. Casey 판결은 주가 태아에게 자궁 밖 생존능력이 생긴 이후의 낙태에 대해서만 금지할 수 있다는 Roe 판결의 핵심 내용을 유지하였다. Casey 판결은 생존능력 기준이 다른 기준들보다 더 실행가능한 기준이라고 판단하였다.

Roe 판결과 Casey 판결은 주의 이익의 중대성 때문에 헌법 수정 제14조에

62) 예를 들어, Ohio v. Akron Center for Reproductive Health, 497 U. S. 502 (1990); Hodgson v. Minnesota, 497 U. S. 417 (1990); Simopoulos v. Virginia, 462 U. S. 506 (1983); Planned Parenthood Assn. of Kansas City, Mo., Inc. v. Ashcroft, 462 U. S. 476 (1983); H. L. v. Matheson, 450 U. S. 398 (1981); Bellotti v. Baird, 443 U. S. 622 (1979); Planned Parenthood of Central Mo. v. Danforth, 428 U. S. 52 (1976).

서 유래한 다른 권리들보다 낙태권에 대해서 더 많은 제한을 허용하였다. 그러나 여성의 자유와 평등도 마찬가지로 관련되어 있음을 인정하였다. 충돌하는 이익의 존재가 낙태에 대한 문제를 더욱 어렵게 만들고 균형이 필요하게 만든다. 법정의견에게 이러한 균형과 조정은 없었다. Roe 판결과 Casey 판결은 한쪽 편의 관점은 잘못된 것이라고 생각하였다. 우리가 지난 50년간 그 안에서 살아온 헌법 제도는 충돌하는 이익들을 인정하고 그 사이의 균형을 찾고자 하였다. 그러나 오늘 우리가 도입한 헌법 제도는 여성의 이익을 지우고 주(또는 연방정부)의 이익만을 인정하였다.

2) 1868년을 기준으로 판단한 법정의견에 대한 비판

법정의견은 단 한 가지 질문에 기초하여 이와 같은 변화를 만들었다. 'Roe 판결과 Casey 판결이 인정한 재생산권이 헌법 수정 제14조가 비준된 1868년에도 존재했는가?'이다. 법정의견의 답은 '아니다'이고 이 점에 있어서는 우리도 동의한다.

그러나 첫째, 그와 같은 초창기 역사가 무슨 관련성이 있는지 불분명하다. 둘째, 사실 초기 법들은 낙태권을 일부 지지하였다. 커먼로의 권위자들은 첫 태동감 전의 낙태를 범죄로 여기지 않았고, 초기 미국법도 이를 따랐다. 따라서 초창기 형법은 임신초기의 낙태와 말기의 낙태를 다르게 취급하는 Roe 판결과 Casey 판결과 대략 일치한다고 볼 수 있다.

법정의견은 21세기를 사는 우리가 헌법 수정 제14조를 그 비준자들처럼 해석해야 한다고 상정하고 있다. 만일 그 사람들이 재생산권을 헌법 수정 제14조에서 부여된 자유의 보장의 일부로 이해하지 못했다면, 그러한 권리는 존재하지 않는 것이 된다. 그런데 우리가 헌법 수정 제14조의 비준자들을 '사람들(people)'이라고 칭하였지만 사실 그들은 '남성들(men)'이었다. 따라서 그들이 여성의 자유 또는 이 국가의 동등한 구성원으로서 참여할 여성의 능력에 있어 재생산권이 갖는 중요성에 대해 완전히 익숙하지 않았던 것은 그리 놀랄 일이 아니다. 실제로 비준자들은 여성을 "우리 국민들(We the People)"

이라는 말이 아우르는 공동체의 온전한 구성원으로 이해하지 않았다. 1868년의 대부분의 여성들 또한 자신들의 권리에 대해 제한된 관점을 갖고 있었다. 우리가 법정의견의 말처럼 비준 당시의 시각으로 해석해야 한다면, 여성은 2등 시민의 위치에 처하게 될 것이다.

하지만 시대는 바뀌었다. 사회에서의 여성의 위치가 바뀌었고, 헌법도 그에 따라 바뀌었다. 여성을 열등한 지위로 다시 격하시키는 것은 더 이상 헌법에 대한 우리의 해석에 부합되지 않는다. 오늘날 헌법은 정부 권한의 남용이나 부당한 주의 간섭으로부터 남성이든 여성이든 모든 개인들을 보호한다.

미국의 건국자들은 그들이 수 세기 동안 늘 변화하는 환경에 적용되도록 만들어진 문서를 작성하고 있음을 알았다.[63] John Marshall 대법관은 우리 헌법이 앞으로 다가올 시대에도 지속되도록 의도되었으며 미래에 적응해야 한다고 말하였다. 헌법 제정자들은(1788년과 1868년에 모두) 세상은 변한다는 것을 알고 있었다. 그래서 그들은 권리를 정의함에 있어 미래에 그 범위와 의미가 진화될 것을 허용하도록 일반적인 용어로 정의하였다. 헌법은 권리가 무엇을 보장하고 어떻게 적용되는지에 대한 원래의 관점을 영구히 동결시켜놓지 않았다. 이 국가의 헌법적 전통은 한 순간으로 전체가 포착되는 것이 아니다. 오히려 그것은 우리의 오랜 역사와 연속적인 선례로부터 그 내용을 얻는다.

법정의견은 불법 마약 사용이나 성매매 등에 대한 기본권도 허용될 것을 우려하였으나, 이는 완전히 틀린 것이다. 신체적 자율성, 성적관계 및 가족관계, 출산에 관한 연방대법원의 선례들은 모두 우리 헌법과 우리 삶의 일부로 모두 얽혀있다.

이러한 권리를 없애는 것은 Kavanaugh 대법관이 주장하고자 했던 '중립적인' 입장을 취하는 것이 아니다. Kavanaugh 대법관은 낙태에 관한 문제를 주에게 넘기는 것이 중립이라고 생각했다. 그러나 연방대법원이 뉴욕과 캘리포니아 주가 모든 총기를 금지하도록 허용하거나, 어떤 주는 전원일치 배심

63) NLRB v. Noel Canning, 573 U. S. 513, 533-534 (2014).

원단을 어떤 주는 그렇지 않은 배심원단을 두도록 해도 그는 이를 '진중하게 중립적'이라고 생각할 수 있을까? 만일 연방대법원이 교회에 가는 것에 대해 규제할지를 주들이 정하도록 한다면 어떠한가? 피임과 동성결혼에 대한 권리는 어떠한가? 연방대법원이 이러한 권리들을 없애는 것이 중립적인 것이라고 할 수 있을까? 권리에 관한 한, 연방대법원이 모든 것을 주에게 맡기는 것은 중립적으로 행동하는 것이 아니다. 오히려 연방대법원은 누가 오더라도 권리를 보호할 때 중립적으로 행동하는 것이다. 연방대법원이 50년간 여성들이 갖고 있던 권리를 훼손하는 경우, 연방대법원은 중립적인 것이 아니라 한쪽 편을 드는 것이다. Kavanaugh 대법관의 입장은 임신 첫날부터 여성의 선택권을 결코 인정하지 않는 것이다. 그러한 입장은 여성이 자신의 신체와 삶에 관한 가장 사적이고 중요한 결정을 내릴 권리를 실제로 갖고 있다는 연방대법원의 오랜 관점과 부합할 수 없다.

우선 연방대법원이 신체적 온전성을 보호했던 일련의 선례들을 생각해보자. 연방대법원은 자신의 몸에 대한 지배와 결정권을 매우 중요하게 여겼다.[64] 그래서 연방대법원은 정부가 사람의 의료적 결정에 간섭하거나 의료시술이나 처치를 받도록 강요할 권한을 제한해왔다.[65] Casey 판결은 이러한 선례들과 Roe 판결의 이론적 밀접성을 인정하였다.[66] 여성에게 출산을 강요하는 것보다 더 큰 신체적 침해는 드물다. 여기에는 온갖 신체적 변화와 의료처치(제왕절개의 가능성을 포함하여)와 의료적 위험이 포함된다. 일례로, 미국 여성들은 낙태할 경우보다 임신을 끝까지 지속하였을 때 사망의 위험이 14배 더 크다.[67] 여성이 이러한 부담과 위험을 자진해서 기쁘게 감수한다는 사실이 - 정부가 여성에게 분만까지 강제하는 경우에 - 정부가 여성의 신체에 주는 침해의 정도를 경감시키지는 않는다. 일부 여성의 경우 의학적

64) Union Pacific R. Co. v. Botsford, 141 U. S. 250, 251 (1891); Cruzan v. Director, Mo. Dept. of Health, 497 U. S. 261, 269 (1990).
65) Winston v. Lee, 470 U. S. 753, 766-767 (1985) (강제 수술); Rochin v. California, 342 U. S. 165, 166, 173-174 (1952) (강제 위세척); Washington v. Harper, 494 U. S. 210, 229, 236 (1990) (정신병 약의 강제집행).
66) Casey, 505 U. S., at 857.
67) Whole Woman's Health, 579 U. S., at 618.

으로 낙태가 필요한데, 법정의견은 이 경우 주가 낙태를 막을 수 있는지에 대해서도 언급하지 않았다.

Roe 판결과 Casey 판결은 가족문제, 자녀양육, 성관계, 출산에 관한 사적 선택들에 대한 정부의 침해로부터 이를 보호하는 일련의 선례들에도 잘 부합된다.[68] 이와 같은 인간의 가장 내밀하고 사적인 선택들은 개인의 속성을 정의하고,[69] 필연적으로 인생의 성격과 행로를 형성한다. 따라서 연방대법원은 그러한 선택들이 정부가 아닌 개인에게 속한다고 판결하였다. 이것이 자유가 요구하는 핵심이다.

역사를 통틀어 보호되는 자유의 영역은 이전에는 배제되었던 사람들을 포섭하며 확대되었다. 역사와 전통은 지침을 주지만 1868년의 정서만으로 현재가 좌우되지 않으며 그럴 수도 없다.[70] Casey 판결도 마찬가지로 헌법상 자유의 영역이 이전에는 배제되었던 집단에까지 확대되어야 할 필요성을 인정하였다. Casey 판결은 헌법 수정 제14조를 비준하고 당시의 주법을 만들던 사람들이 여성을 온전하고 동등한 시민으로 보지 않았다는 사실을 알고 있었다. 당시의 여성들은 남편과 분리된 법적 실재를 갖지 못하였다. 여성은 집과 가족생활의 중심으로서만 여겨질 뿐이었다. 그러나 더 이상은 그렇지 않다. 이제 주는 역사적으로 지배적이었던 여성의 역할에 대한 시각을 강요할 수 없다.[71] 그리고 Casey 판결은 동등한 시민권은 필연적으로 재생산권과 연결되어 있음을 인식하였다. 아이를 낳을지, 언제 낳을지를 결정할 능력이 없다면 여성은 어떻게 그들의 삶을 살고 어떻게 사회에 이바지할지 결정할 수 없을 것이다. 그러한 이유로 Casey 판결은 Roe 판결이 피임에 관한 선례와 가장 가깝게 연결된다고 밝혔다. 이렇듯 Roe 및 Casey 판결과 다른 헌법상의 권리를 인정한 판결들 간의 연결에도 법정의견은 걱정하지 말라고 말하고 있다. 법정의견은 낙태가 관련되지 않은 선례에 의구심을 제기하는 것이 아니라고 하였고, 낙태는 생명 또는 잠재적 생명을 끝낸다는 점에서 다

68) Casey, 505 U. S., at 851, 857; Roe, 410 U. S., at 152-153.
69) Casey, 505 U. S., at 851.
70) Obergefell, 576 U. S. 664.
71) Casey, 505 U. S., at 852.

르다고 주장하였다. 그러나 이와 같은 반복되는 주장에도 안심할 수 없다.

Thomas 대법관의 보충의견만 보더라도, 낙태가 관련되지 않은 선례에 의구심을 제기하지 않는다는 말에 대해 이 사건에서 문제가 되지 않았을 뿐이라고 해석하고 있다. 그리고 장래 사건에서 Griswold, Lawrence, Obergefell 판결을 포함한 연방대법원의 실체적 적법절차 선례들을 모두 재고해야 한다고 말하고 있다.

Thomas 대법관의 보충의견을 차치하고라도, 법정의견의 확언은 여전히 유효하지 않다. 적어도 법정의견이 Roe 판결과 Casey 판결을 폐기한 유일한 이유 - 19세기의 낙태의 법적 지위 - 에 진지한 한 그러하다. 법정의견에 따르면 19세기에는 법률이 여성의 선택권을 보호하지 않았기 때문에 헌법 수정 제14조의 자유의 이익은 존재하지 않는다고 한다. 그러나 여기에 문제가 있다. 당시의 법은 다른 수많은 권리들을 보호하지 않았다. 동성 성관계(Lawrence 판결)와 동성결혼(Obergefell 판결), 다른 인종간 결혼(Loving 판결), 피임기구의 사용(Griswold 판결), 동의 없는 불임수술을 받지 않을 권리(Skinner 판결[72])는 당시에 보호되는 권리가 아니었다. 따라서 법정의견의 법적 분석이 맞다면, 위와 같은 모든 판결들은 잘못된 것이고, 해당 문제들은 주에 속하게 된다. 그렇다면 어떻게 법정의견이 다른 헌법상의 권리들을 위협하지 않을 것이라고 말할 수 있는지 이해하기 어렵다. 법정의견이 자신의 말에 충실하더라도, 오늘 판결에 대한 미래의 의의는 미래에 결정될 것이다. 법은 종종 원래의 의도와 상관없이 진화한다.

어쨌든, 법정의견은 그 자체로 충분히 비극적이다. 방법적으로든 실체적으로든 잘못되었다. 따라서 선례구속의 원칙까지 가지 않더라도 이미 법정의견에 반대하는 바이다.

나. 선례구속의 원칙

72) Skinner v. Oklahoma ex rel. Williamson, 316 U. S. 535 (1942).

법정의견은 Roe 판결 및 Casey 판결과 헌법상 낙태권을 재확인하거나 적용하였던 20개 이상의 판결들을 폐기함으로써 법치주의의 핵심원칙인 선례구속의 원칙을 포기하였다. 선례구속의 원칙은 법원칙의 공정하고 예측가능하며 일관된 발전을 증진시킨다.[73] 선례구속의 원칙은 결정이 개인의 성향이 아닌 법률에 기초한다는 점을 보장하고,[74] 정의의 저울을 공정하고 안정적으로 유지시키며 새로운 법관의 의견에 쉽게 흔들리지 않게 한다. 판사의 개인적 선호가 법을 만드는 것이 아니라 법이 판사를 통해 말하는 것이다.

즉, 선례구속의 원칙은 연방대법원이 특별한 이유 없이는 선례를 뒤집을 수 없음을 의미한다.[75] 법정의견은 선례를 폐기한 판결들을 나열하며 근거로 내세웠지만 그 판결들은 근거가 되지 못한다. 그 중 일부 판결은 연방대법원이 선례를 일부만 수정했거나 명확히 한 것이고, 나머지는 전통적인 선례구속의 요소 중 하나 이상에 근거한 것이었다. 예를 들어 ① 앞선 판결을 약화시키거나 더 이상 쓸모없게 만드는 '법 원칙의 변화', ② 마찬가지의 '사실의 변화', ③ 앞선 판결이 10년이 되지 않아 신뢰이익이 없을 때인 경우이다. 그러나 이러한 요소들 중 이 사건에 적용될 수 있는 것은 - 반세기의 확립된 법을 중요한 법적 또는 사실적 변화 없이 폐기하는 것을 뒷받침 하는 것은 - 전혀 없다.

법정의견은 Roe 판결과 Casey 판결을 오직 한 가지 이유로 폐기하였다. 왜냐하면 법정의견은 늘 그 판결들을 멸시해왔고 이제 그 판결들을 폐기할 수 있는 인원이 되었기 때문이다. 이에 법정의견은 법의 지배를 법관의 지배로 바꾸었다.

1) 실행가능성

법정의견의 입장과 반대로 Casey 판결의 '부당한 부담' 기준은 실행불가능하지 않다. 주가 낙태하고자 하는 여성에게 상당한 장애물을 두는지는 판사

73) Payne, 501 U. S., at 827.
74) Vasquez, 474 U. S., at 265.
75) Gamble, 587 U. S., at ___ (slip op., at 11).

들에게는 친숙한 종류의 심사이다. 연방대법원과 기타 법원들이 매일 주저하지 않고 적용하는 다른 많은 기준 이상의 갈등을 야기하지도 않는다. 연방대법원은 종종 무수히 많은 예측불가능한 상황에 개별적으로 적용될 수 있는 유연한 기준을 만든다. Casey 판결의 '부당한 부담' 기준도 그러하다. 그리고 '부당한 부담' 기준은 특별한 어려움을 야기하지도 않는다.

그리고 법정의견의 결론은 주 간 갈등에 관한 많은 문제를 야기한다. 주는 여성이 낙태를 위해 다른 주로 이동하는 것을 막을 수 있는가? 주는 다른 주에서의 낙태를 광고하거나 여성을 다른 주의 낙태시술자와 연결시키는 것을 금지할 수 있는가? 주는 약물 낙태에 사용되는 약을 우편으로 보내는 것에 간섭할 수 있는가? 헌법은 여행과 표현과 주 간 통상을 보장하므로 오늘의 판결은 많은 새로운 헌법적 문제를 야기할 것이다. 법정의견은 연방대법원을 낙태의 문제에서 벗어나게 하기는커녕, 다가올 주 간 낙태 전쟁의 중심으로 밀어넣고 있다.

요컨대, 법정의견은 잘 알려지고, 실행가능하며, 예측가능한 기준을 폐기하고 새롭고 훨씬 더 복잡한 것을 선택하였다. 그리고 연방대법원을 치열하게 다투어지는 이슈에 뛰어들도록 강요하였다.

2) 법적·사실적 변화의 부존재

연방대법원이 헌법 선례를 폐기할 때에는 거의 항상 그 선례의 근거를 약화시키는 중대한 법적 또는 사실적 변화를 들어왔다. 그러나 오늘 법정의견은 그러지 않았다. 법정의견은 낙태에 대한 현재의 논란을 언급하였지만, 그와 같은 논쟁이 수십 년간 있어왔음을 인정해야 한다. 낙태에 대한 갈등은 변화가 아니라 계속 있어온 것이다. 그리고 그렇게 지속되는 분열은 기존의 선례를 버리는 대신 고수해야 할 더 많은 이유를 제공한다. 법정의견은 급진적으로 법을 바꾸는 것을 정당화하기 위한 중대한 변화를 입증하지도 않고 오랜 선례를 폐기하였다.

Roe 판결과 Casey 판결 이후 한 가지 주목할 만한 변화가 있다면 미국의

낙태법이 점점 더 다른 국가들에 맞춰 나갔다는 것이다. 뉴질랜드, 네덜란드, 아이슬란드 등 많은 국가들이 Roe 판결과 Casey 판결의 낙태 허용 기한과 비슷한 기한을 두고 있다. 캐나다는 임신기간의 어느 시점에서든 낙태를 비범죄화하였다. 대부분의 서유럽 국가들은 임신 12주 내지 14주 이후의 낙태를 규제하고 있지만 보통 충분한 예외규정을 두고 있다. 전 세계 50개국 이상의 국가들이 지난 25년간 낙태에 대한 접근권을 확대해왔다. 이러한 전 세계적인 낙태법의 자유화 경향을 고려할 때, 오늘 이후 국제적 외톨이가 되는 것은 미국이 될 것이다.

요컨대, 법정의견은 자신의 결정을 뒷받침할 법적 또는 사실적 변화를 제시하지 못하였고, 최근 수십 년간 이 국가에서든 전 세계적으로든 Roe 판결과 Casey 판결의 핵심을 약화시킬 만한 일은 일어나지 않았다.

3) 신뢰이익

Roe 판결과 Casey 판결을 유지할 이유는 그 판결들이 형성해온 압도적인 신뢰이익으로부터 더 큰 힘을 얻는다. Casey 판결은 Roe 판결에 대한 사람들의 신뢰를 부정하는 것은 사실을 직시하는 것을 부정하는 것이라고 생각하였다.[76] 오늘 법정의견은 사실을 직시하기를 거부하였다. 법정의견의 가장 놀라운 점은 이 판결이 여성들에게 미칠 영향에 대해 진지한 논의가 없다는 점이다. 실제로 현재 모든 가임기 여성들은 Roe 판결과 Casey 판결의 보호를 적용받을 수 있을 것이라고 기대하며 자라왔다. 따라서 Roe 판결과 Casey 판결의 폐기가 가져오는 혼란은 매우 클 것이다. 미국의 약 18%의 임신이 낙태로 끝나며, 미국 여성의 약 4분의 1이 45세 전까지 낙태를 경험한다. 이러한 수치는 출산하여 부모가 된다는 것이 인생을 바꿀 정도의 영향력을 갖는다는 것을 보여준다. 오늘날 수없이 많은 인생의 결정들을 할 때, 사람들은 임신을 통제하고 그 시간을 조절할 능력에 의존하고 있다. 피임이 실패하거나, 불가능했거나(예를 들어, 강간), 임신 중간에 무언가 변화가 생겼

76) Casey, 505 U. S., at 856.

을 때(가족이나 재정상황, 예상치 못한 합병증, 또는 가슴 아픈 태아 진단결과 등), 여성은 낙태에 대한 접근권에 기댈 수 있다. 낙태권을 제거하는 것은 이러한 모든 개인적 계획과 기대를 파괴하는 것이다. 그렇게 함으로써 여성이 국가의 정치적, 사회적, 경제적 생활에 온전하고 동등하게 참여할 기회를 축소시키게 된다.

이 부분에 대한 법정의견의 대답은 미국 여성들이 실제로 살고 있는 현실과는 한참 동떨어져 있다. 법정의견은 낙태를 금지할 주의 권한이 갑작스럽게 복구되어도 재생산에 관한 계획에 있어서는 이를 사실상 즉시 고려할 수 있다고 주장하였다. 그러나 현실은 미국에서 45%의 임신이 계획되지 않은 임신이라는 것이다. 어떤 여성들은 임신기간 동안의 상황변화로 인해 낙태를 결정하기도 한다. 이제 임신을 지속해야만 하는 사람들에게 Roe 판결과 Casey 판결의 폐기는 참혹할 수 있다.

이는 특히 빈곤층 여성들에게 그러하다. 낙태를 금지하는 주에서도 경제적 여유가 있는 여성은 여전히 다른 주로 이동하여 원하는 바를 얻을 수 있을 것이다. 가장 고통을 겪는 것은 그렇지 못한 여성들이다. 연방 빈곤선(federal poverty line) 이하의 삶을 사는 여성들은 더 높은 수입을 가진 여성들보다 의도하지 않은 임신을 경험하는 비율이 5배 더 높다. 오늘 이후 합법적인 낙태가 불가능해진 주에서, 그들은 안전하고 합법적인 낙태시술을 받을 수 없게 될 것이다. 그들은 필요한 이동을 하거나, 그 시간 동안 육아를 맡기거나, 일을 쉴 수 있을 만한 돈이 없을 것이다. 많은 사람들이 임신과 원치 않는 출산에 드는 비용과 위험을 감내해야 할 것이고, 또 다른 사람들은 필사적으로 불법적이고 안전하지 않은 낙태를 시도할 것이다. 그들은 그들의 자유권을 잃는 것뿐만 아니라 생명을 잃을 수도 있다.

선례구속의 원칙은 연방대법원이 선례의 폐기로 인해 선례를 신뢰하였던 사람들이 치르게 되는 희생을 계산하도록 하고 있지, 선례를 부정하였던 사람들의 희생을 계산하도록 하고 있지는 않다.

Roe 판결과 Casey 판결은 물론 논쟁을 야기하였지만, 그 결정들이 부여하

고 재확인한 권리는 사회가 이해하는 헌법의 일부이고, 연방대법원이 여성의 자유과 평등에 관해 어떻게 정의하였는지의 일부이다.

오늘 이후 젊은 여성들은 그들의 어머니와 할머니들이 가졌던 것보다 더 적은 권리를 갖게 될 것이다.

4) 낙태에 관한 논쟁과 선례 유지의 필요성

법정의견은 Casey 판결이 낙태에 관한 갈등을 가라앉히기 위해 법의 한도를 벗어나 행동하였다고 비판하였다. 그러나 Casey 판결은 그러지 않았다. 위에서 살펴보았듯이 Casey 판결은 전통적인 선례구속의 원칙을 적용하였을 뿐이다. Casey 판결이 낙태에 관한 전국가적인 논쟁에 주목한 것은 사실이다. 1992년에도 1973년에도 낙태는 분열을 초래하는 이슈였다. 그러나 Casey 판결이 그러한 갈등을 주목한 이유는 법정의견이 암시한 것과는 정반대이다. Casey 판결은 연방대법원이 법을 고수하는 것이 얼마나 중요한지 강조하기 위해 전국가적인 논쟁을 언급한 것이다. 논쟁이 벌어지는 경우 - 그러나 변경의 법적 근거가 없는 경우 - 연방대법원은 변함없이 입장을 고수할 필요가 있다. 그것이 법치주의가 요구하는 바이다.

다. 결어

이성(reason)이 아닌 힘(power)이 연방대법원 결정의 새로운 경향이다.[77] Roe 판결은 50년간 유지되어 왔고, Roe 판결을 재확인한 Casey 판결은 30년간 유지되어 왔다. 법치주의의 중요한 요소인 선례구속의 원칙은 그 판결들의 지속적인 존재를 굳건히 뒷받침하였다. 낙태권의 인정과 재확인 이후, 법률이든 사실이든 사고방식이든, 오늘 법정의견을 뒷받침할 새로운 변화는 아무 것도 없었다. 바뀐 것은 이 연방대법원뿐이다.

이 사건에서 문제가 된 미시시피 주의 임신 15주 낙태금지 규정은 2018년

77) Payne, 501 U. S., at 844 (Marshall, J., dissenting).

에 제정되었다. 다른 주들도 빠르게 뒤쫓았다. 2019년에서 2021년 사이에 8개 주에서 임신 6-8주 이후의 낙태를 금지하였고, 3개 주는 전면적으로 금지하였다. 미시시피 주는 이 사건 규정의 제정 다음 해인 2019년, 임신 6주 규제를 통화시켰다. 미시시피 주의 한 상원의원은 "많은 사람들이 '마침내 보수성향의 연방대법원을 갖게 되었다'고 생각하며, 따라서 지금이 Roe 판결의 한계에 대한 테스트를 시작하기에 좋은 때이다."라고 말하였다. 미시시피 주는 점점 더 확신에 차서 연방대법원에 Roe 판결과 Casey 판결을 폐기해줄 것을 주장하였다.

법정의견은 50년간 인정된 헌법적 권리를 제거하고, 핵심적인 법치주의의 원칙을 어기고, 연방대법원의 타당성을 훼손하였다. 연방대법원의 타당성은 오랜 시간에 걸쳐 얻어진다. 그리고 훨씬 더 빠르게 파괴될 수도 있다. 법정의견은 Roe 판결과 Casey 판결을 폐기하면서 그 지도 원리를 저버렸다.

우리는 이 연방대법원에, 그러나 그보다 오늘 중요한 헌법상의 보호를 잃은 수많은 미국 여성들에게 슬픔을 표하며 법정의견에 반대한다.

III. 판결의 의의

이 판결은 미국 연방대법원이 헌법상 낙태권을 인정하였던 역사적인 판결인 1973년 Roe v. Wade 판결과 이를 재확인한 1992년 Planned Parenthood of Southeastern Pa. v. Casey 판결을 폐기하고 낙태에 관한 문제를 주가 결정하도록 판결한 사건이다.

50년간 미국에서 헌법상 낙태권을 보장하였던 Roe 판결의 폐지로 미국 전역뿐만 아니라 국제사회에서도 큰 이슈가 되고 있다. 영국의 보리스 존슨 총리, 캐나다의 쥐스탱 트뤼도 총리, 프랑스의 에마뉘엘 마크롱 대통령 등 외국 정상들과 여러 국제기구가 비판 성명을 내었다. 반면, 낙태를 반대해온 가톨릭 교황청은 이 판결을 지지하였다. 미국 전역에서도 그 후폭풍이 거세다. 전통적으로 여성의 낙태권을 지지해온 민주당은 연방대법원의 이 판결을

격하게 비판하였으며, 낙태를 반대해온 공화당은 이 판결에 환영의 뜻을 밝혔다. 미국 전역에서 낙태권 폐지로 촉발된 찬반 시위가 일어나고 있는 가운데, 낙태권은 이번 11월 미국 중간선거를 앞두고 주요 쟁점이 되고 있다.

6월 24일에 선고된 이 판결 이후, 지난 8월 2일 보수 성향에 공화당 우세 지역인 캔자스 주는 낙태권을 폐지하기 위한 주헌법 수정안에 대한 주민투표에서 대부분의 예상을 깨고 낙태권 폐지 반대라는 결과를 내놓아 미국 전체를 놀라게 하였다. 낙태권 폐지 반대가 58.8%로 찬성 41.2%를 크게 앞서, 공화당 지지가 반드시 낙태권 폐지로 연결되지는 않음을 보여주었다. 이에 민주당과 바이든 행정부는 캔자스 주 주민투표 결과에 환영하며 중간선거를 앞두고 낙태권 이슈화에 박차를 가하고 있으며, 공화당은 중도 성향의 공화당 지지자들을 붙잡기 위해 낙태에 있어 어느 정도의 규제를 마련해야 할지 고심하게 되었다.

반면 8월 5일 보수 성향이 강한 인디애나 주는 이 판결 이후 처음으로 낙태금지법을 통과시켜 1973년 Roe 판결 이후 낙태를 불법화한 첫 번째 주가 되었다. 인디애나 주의 낙태금지법은 성폭행이나 근친상간 등의 일부 예외를 제외하고는 대부분의 낙태를 불법으로 규정하였다.

바이든 대통령은 낙태권 보장을 위하여 지난 7월 8일 낙태권 확대와 사생활 보호 강화를 위한 행정명령에 서명하였고, 8월 3일 낙태를 위해 다른 주로 이동하는 환자를 지원하는 두 번째 행정명령에 서명하였다.

이 판결의 파급력이 매우 큰 만큼, 앞으로도 관련 논의와 조치, 각 주의 입법과 중간선거를 비롯한 정치적 이슈가 첨예하고 복잡하게 펼쳐질 것으로 예상된다.