

낙태규제에 관한 미국 판례와 학설의 전개

도 회 근

사회과학부 법학전공

<요 약>

낙태규제에 관한 미국연방대법원의 판례는 Roe v. Wade 사건(1973), Webster v. Reproductive Health Services 사건(1989), Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania v. Casey 사건(1992)의 3단계를 거쳐 형성되었다. Roe v. Wade 판례가 나온 이후 미국 학계에서는 낙태규제에 대한 헌법학적인 대립이 심각하게 전개되었다. Ely, Bork, Tribe 등 미국 헌법학을 대표하는 학자들이 가담하고 있는 이 논쟁은 단순히 낙태의 권리가 헌법상의 권리인가 아닌가를 하는 문제를 넘어서서 헌법해석에 관한 주석주의 대비주석주의라는 헌법철학적 대립이 뒷받침하고 있다. 현재 판례와 다수학설은 비주석주의의 입장에서 여성의 낙태의 권리를 헌법상 보장된 근본적 권리로 보고 있는데 이 태도는 태아를 인간이 아닌 다른 어떤 존재로 전락시킴으로써 태아의 생명권을 무의미하게 하는 결정적인 단점을 드러내고 있다. 이는 미국 특유의 자유주의적이고 프라그마틱한 사상의 소산이어서, 우리나라에서 낙태규제 입법정책을 정립할 때 이를 받아들이기에는 부적절한 측면이 많다고 생각한다.

Cases and Theories of the U.S.A. on Regulation of Abortion

Do, Hoe-Kun

Professor of Law

<Abstract>

Decisions of the Supreme Court of the U.S.A. on abortion regulation are made through three cases, Roe v. Wade(1973), Webster v. Reproductive Health Services(1989)

and Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania v. Casey(1992). Since Roe v. Wade decision, there are serious debates on abortion regulation in the American academic society of constitutional law. Ely, Bork and Tribe who are famous American constitutional law scholars participate in this debate. In the debate there is constitutional philosophical clash, between interpretivism and noninterpretivism about interpretation of constitution, beyond the question that the right of abortion is a constitutional right or not.

Now the Supreme Court and majority of scholars of the U.S.A. recognize a right of abortion of woman as a constitutional fundamental right. But this view has a fatal defect that the fetus is not a person but another living thing, so right to life of the fetus becomes meaningless. This view comes from the liberalistic and pragmatic thought of America. Therefore it seems incompatible to accept in policy making process on our abortion regulation.

I. 머리말¹⁾

Laurence Tribe 교수는 낙태에 관한 자신의 저서의 제목을 절대간의 충돌(Clash of Absolutes)이라고 붙이고 있다.²⁾ 두말할 필요도 없이 생명과 자유라는 절대적 가치간의 충돌을 뜻하는 것이다.

낙태에 대한 규제에의 문제는 법적인 문제에 그치지 아니하고 정치적·윤리적·종교적 문제에까지 광범위하게 영향을 미치기 때문에 쉽게 판단할 수 있는 문제는 아니다. 우리나라에도 낙태요건을 완화하는 형법개정안이 준비되어 논란을 불러 일으킨 바 있지만, 미국만큼 이 문제에 관하여 오래동안 치열하게 정치적·종교적·학문적 논쟁이 계속되고 있는 경우도 드물 것이다.³⁾ 미국에서는 다른 경우도 마찬가지이지만 연방대법원의 판결이 낙태에 관한 헌법논리를 주도하였다.

미국의 낙태규제에 관한 미국연방대법원의 판례는 크게 3번의 전기를 맞는다. 첫번째는 1973년의 Roe v. Wade 사건⁴⁾에서 3분기 분석법(trimester analysis)을 적용하여 여성의 낙태의 권리를 인정한 판결이다. 두번째는 1989년의 Webster v. Reproductive Health Services⁵⁾ 사건에서 분명한 것은 아니지만 Roe의 3분기 분석들을 유보하고 국가의 낙태규제권을 어느 정도 인정한 판결이다. 세번째는 1992년의 Planned Parenthood of

1) 이 글은 좋고 “낙태에 관한 헌법이론적 연구”(헌법학연구, 제3집, 1997.10)를 수정, 보완한 것이다. 위의 글은 주로 낙태규제에 관한 미국 학자들의 학설대립을 소개 비판한 글이었는데, 이 글에서는 학설 외에 미국연방대법원의 판례의 변천을 정리, 보완하였다.

2) Laurence H. Tribe, *Abortion: The Clash of Absolutes* (New York·London: W.W.Norton & Company, 1992).

3) 독일의 통일과정에서도 낙태문제가 크게 문제된 바 있었다. 이 글에서는 미국의 논의를 중심으로 살펴볼 것이기 때문에 독일의 사례와 이론은 언급하지 않는다. 독일 통일과정에서 낙태문제에 관한 자세한 논의는 강태수, “인공임신중절에 대한 규율,” 허영 편서, 독일통일의 법적 조명(법문사, 1994), 161-182; 강태수, “통독후 법적 동화과정과 문제: 낙태에 관한 헌법상의 논의를 중심으로,” 사법행정, 1992. 10 참조.

4) 410 U.S. 113, 93 S.Ct. 705, 35 L.Ed.2d 147 (1973).

5) 492 U.S. 490, 109 S.Ct. 3040, 106 L.Ed.2d 410 (1989).

Southeastern Pennsylvania v. Casey⁶⁾ 사건인데, 여기서는 Roe의 핵심논지를 재확인하고 몇가지 세부적인 부분에서 과거의 논지들을 수정 발전시켰다.

위의 판결들 중 최근 판결들은 모두 근소한 표차로 결정된 것이라는 점에서 주목할 필요가 있다. 그만큼 이 문제는 의견이 나뉘는 부분이고 결정적인 이론이 없기 때문에 언제든지 정치적 풍향에 따라 다른 결론으로 전환이 가능하다는 점을 밝혀 두어야 할 것 같다.

미국 헌법학계에서도 Roe 판결이 나온 이후 셀 수 없이 많은 연구들이 발표되었고 이후 낙태규제 문제는 헌법의 중요한 쟁점으로 자리잡게 되었다.

이 글은 이 문제에 관한 미국 연방대법원의 판례의 변화와 학계의 논의를 통하여 미국의 낙태규제 문제에 관련한 법이론을 살펴 보고 이 분야에 관한 우리의 헌법이론 형성에 기여할 목적으로 작성되었다.

II. 낙태규제에 관한 미연방대법원의 주요 판례들

1. 낙태의 권리 인정(Roe v. Wade)

1973년 1월 22일, 미연방대법원은 Roe v. Wade 사건에서 임신부의 생명을 구하기 위해 필요한 경우를 제외하고는 낙태의 알선 또는 시술을 금지한 Texas주법을 7:2의 다수로 위헌 판결하였다.⁷⁾ Blackmun 판사가 집필한 대법원의 다수의견의 요지는 다음과 같다.⁸⁾

첫째, 여성은 사생활(privacy)에 관한 근본적(fundamental) 헌법상 권리를 가진다. 이 사생활의 권리는 미헌법 수정 제1, 4, 5, 9, 14조 등 여러 조항에 근거를 두고 있는 것이지만, 어느 조항에서 연원하는 것인지에 관계 없이 임신부의 낙태를 선택할 수 있는 권리를 포함한다.

둘째, 근본적 권리에 대한 입법적 규제는 '중요한 국가이익'(compelling state interest)에 의해서 정당화될 수 있을 때에만 가능하다. 국가(state)는 임신부의 건강과 잠재적인 인간의 생명의 보호에 관해서 중요한 이익을 가진다. 임신부의 건강보호와 태아의 생명보호는 임신의 전기간에 걸쳐 중요한 이익을 가지는 것은 아니고, 임신의 경과에 따라 변화된다.

셋째, 태아는 헌법상 '사람'(person)으로 인정되지 아니하므로 헌법 수정 제14조에 의해서 보호되는 '사람'의 범위에 포함되지 아니한다. 그러므로 국가가 임신부의 낙태의 권리를 제한할 수 있는 중요한 이익을 가지기 위해서는 태아가 생존가능한 생명성을 가지고 있음을 제시해야만 한다.

넷째, 국가는 임신 초기부터 임신부의 건강과 태아의 생명을 보호함에 있어서 정당한 이익을 가진다. 다만 임신 전기간을 3분기로 나눌 때, 그 첫 3분기 동안의 낙태는 임신부가 정상적인 출산을 할 때보다 덜 위험하므로 국가는 이 기간 동안 낙태의 권리에 대한 중대한 제한을 할 수 없다. 이 기간 동안 의사는 자신의 의학적 판단만으로 임신부와 상의하여 국가의 규제를 받지 아니하고 낙태를 결정할 수 있다. 이 시점 이후에는 국가가 임신부의

6) 505 U.S. 833, 112 S.Ct. 2791, 120 L.Ed.2d 674 (1992).

7) 다수의견에 가담한 판사는 Burger 대법원장을 비롯하여 Blackmun, Brennan, Powell, Stewart, Marshall, Stevens 판사 등 7명이었고, 반대한 판사는 Rehnquist, White 판사 등 2명이었다.

8) 이 사건에 관한 상세한 기록은 우드워드·암스트롱, "형제대법관들," 시민과 변호사, 1995년 4월호, 147-168 및 북 우드워드·스콧 암스트롱 지음, 안경환 옮김, 판사가 나라를 살린다. 철학과 현실사, 1996, 19-35 참조.

건강보호와 합리적으로 연결되는 범위 안에서 낙태절차에 대한 규제를 할 수 있다. 3분기의 마지막 기간 동안에는 태아가 모체 밖에서 ‘의미있는 생명’을 보유할 수 있다고 생각되고, 이러한 태아의 생존가능(viability) 시점 이후 국가는 태아의 생명과 건강보호에 관하여 중요한 이익을 가지며, 이 기간 동안 입법부는 임신부의 생명 또는 건강보호를 위하여 필요한 경우를 제외하고는 낙태를 금지시킬 수 있다.

국가의 ‘중요한 이익’을 위하여 가하여지는 제한의 합리성 여부는 사법부의 독자적인 심사의 대상이 된다.

2. 낙태규제의 확대(Webster v. Reproductive Health Services)

Webster 사건에서는 낙태절차규제에 관한 Missouri주법의 합헌성 문제가 제기되었다. 문제가 된 조항은 다음의 4가지였다. 첫째, “사람의 생명은 수태의 순간부터 시작된다”는 법의 전문의 규정, 둘째, 공무원의 낙태시술 또는 공공시설의 낙태를 위한 이용금지 조항, 셋째, 낙태상담에 대한 공공기금의 지원금지 조항, 넷째, 태아의 생존가능성 여부에 관한 결정을 위하여 의사가 사용할 의학적 검사에 관련된 일련의 요건 규정 등이 그것이었다. 대법원의 이 사건에 관한 판결내용은 다음과 같다.⁹⁾

첫째, 생명의 시기에 관한 법률의 전문 규정은 임신부의 낙태의 권리를 제한하는 어떠한 지시도 하고 있지 않으므로 성숙한(ripe) 헌법적 문제를 제기하지 않는다고 하여 합헌성여부의 판단을 유보하였다.

둘째, 공무원의 낙태시술과 공공시설의 낙태를 위한 이용금지 조항은, 임신부의 사생활에 관한 권리에 대한 제한이 아니므로 합헌이라고 판단되었다. 사생활에 관한 권리에는 국가의 간섭 없이 낙태를 결정할 수 있는 권리는 포함되지만, 임신부가 낙태서비스를 제공받거나 이를 위하여 보조금을 지급받을 권리는 포함되지 않는다는 것이다. 이 논지는 과거의 대법원 판결에서 계속 유지되어 오던 것이었다.¹⁰⁾ 그러나 공무원이 자신의 근무시간이 아닌 시간에 사설 병원에서 낙태를 시술하는 것은 허용된다.

셋째, 낙태상담에 대한 공공기금의 사용금지 조항은, 그것이 단지 낙태의 상담에 대한 공공기금의 사용금지만을 규정하였고, 공공기금의 지출에 책임이 있는 사람만을 규제하였을 뿐이므로 합헌이라고 판단되었다. 만약 그 조항이 공무원이 자신의 비용으로 근무시간 이외의 시간에 하는 낙태상담을 제한하는 것으로 해석된다면 사생활의 권리뿐 아니라 언론의 자유 문제까지 제기하였을 것이지만, 대법원은 이 조항을 것처럼 광범위하게 해석하지 않았다.

넷째, 생존가능성 판단에 관련된 조항은 논란의 여지가 있었다. Missouri주법은 의사에게, “의사가 임신 20주 이상의 태아를 임신중이라고 믿을만한 근거가 있는” 여성에 대한 낙태시술을 하기 전에 태아가 분별력 있는 의사에 의하여 정상적으로 시행되는 그러한 정도의 보호에 의하여 태아가 생존할 수 있는지 여부를 판단하도록 요구하였다. 법률은 또한 생존가능성을 판단함에 있어서 의사는 태아의 임신기간, 몸무게, 폐의 성숙도 등을 확인하는데 필요한 의학적 검사와 시험을 실시하도록 규정하고 있었다. 이 문제에 관하여 대법원

9) 이 사건에서는 참고진술인(amicus)이 78명이 등장하여 *Regents of the University of California v. Bakke*, 438 U.S. 265, 98 S.Ct. 2733, 57 L.Ed.2d 750 (1978) 사건에서의 58명의 기록을 능가하였다.

10) *Maheer v. Roe* (1977), *Poelker v. Doe* (1977), *Harris v. McRae* (1980).

은 다수의견 없이 5명의 판사가 합헌투표에 가담하였다. Rehnquist 대법원장의 의견에 의하면(White, Kennedy 판사 동조) 법률은 다시 의사에게 생존가능 여부의 판단을 위한 검사 실시 여부를 결정함에 있어서 합리적인 전문적 판단을 할 것을 요구하였을 뿐이지, 모든 상황에서 검사를 실시할 것을 요구한 것은 아니라는 것이다. 대법원장 등은 낙태에 대한 규제가 임신부의 건강에 관한 국가이익과 마찬가지로 임신의 전기간 동안 태아의 잠재적 생명에 대한 국가의 이익을 증진시키도록 되어 있다면, 그 낙태규제는 정당화된다고 판단함으로써, 생존가능성 조항에 관한 판단 내용이 이전의 Roe 판결 내용과 상충된다고 생각할 수 있는 여지를 남겼다.

O'Connor 판사는 이 조항의 합헌성에 동조하였지만, Roe 판결에 대한 명시적인 거부의사는 밝히지 않았다. 그녀는 1992년의 Casey 판결에서 주장한 '부당한 부담'(undue burden) 테스트의 기본적인 논지를 이 판결에서 미리 밝혔다. 즉, 태아의 생존가능성이 있고 검사와 시험을 실시하는 것이 의학적으로 신중하지 않은 것이 아닌 경우에는, 태아의 생존가능 여부를 판단하는데 유용한 검사와 시험을 실시하도록 요구하는 것은 임신부의 낙태결정에 대한 부당한 부담을 지우는 것이 아니므로 위헌이 아니라는 것이다.

Scalia 판사만이 명시적으로 Roe 판결을 번복하는데 찬성했는데, 그는 낙태를 규제 또는 금지하는 법률에 관하여 어떠한 독자적인 사법심사도 반대하였다.

Webster 사건에서 소수의견에 가담한 판사들(Blackmun, Brennan, Marshall, Stevens 판사)은 Webster 판결이 사생활에 관한 근본적 헌법상 권리를 손상시켰다고 생각하였다. Stevens 판사는 Missouri 주법이 사생활의 권리를 침해하였을 뿐 아니라, 어떤 신학적 원리를 채택·선호하는 입법적 결정의 결과일 수 있기 때문에 수정 제1조의 정교분리 조항 위반이라고 주장하였다.

이 사건에서 명시적인 Roe 판결의 번복은 없었기 때문에 Dworkin이나 Tribe 같은 학자는 이 판결에서 일반적인 인식과는 달리 Roe에서 확인된 헌법적 원칙에 변경이 있었다고 보지 않았다.¹¹⁾

3. Roe 판결의 재확인(Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania v. Casey)

1992년에 대법원은 Casey 판결에서 그동안 불명확하게 유지되어 오던 Roe 판결을 재확인하였다. 이 사건에서는 Pennsylvania 주법이 문제되었다. Casey 판결의 주요논지는 5:4로 결정되었지만, 세부적인 논점에 관하여는 다수의견 없이 상대다수의견(plurality opinion)만이 많이 제시되었다. 대법원 판사들은 Roe 판결을 전체적으로 거부하는 4명의 판사(Rehnquist 대법원장, White, Scalia, Thomas 판사)와 Roe 판결의 기본원리를 고수하는 2명의 판사(Blackmun, Stevens 판사)로 나뉘어져 있었기 때문에 나머지 3명의 판사(O'Connor, Kennedy, Souter 판사)의 향배가 이 판결을 결정하게 되어 있었다. 3명의 판사들은 이 사건에서 상당 부분 독자적인 논지를 전개하면서 Roe 판결의 기본적 취지에 동조함으로써 다수의견을 형성하는데 결정적인 역할을 담당하였다. 이 판결의 주요한 내용은 다음과 같다.

11) Ronald Dworkin, "The Future of Abortion," *New York Review of Books* (September 28, 1989), 47, Tribe, 앞의 책, 23에서 재인용; Tribe, 위의 책, 25 참조.

첫째, 임신부는 생존능력이 없는 태아에 대하여 낙태를 선택할 근본적 권리(fundamental right)를 가진다. 이 권리는 수정 14조의 적법절차 조항에 의하여 보장되는 자유 개념에 근거해 있다.¹²⁾

둘째, 국가는 임신의 계속이 임신부의 생명이나 건강을 위협할 경우에 그 예외를 인정하는 한에서 생존가능한 태아에 대한 낙태를 금지할 수 있다.

낙태규제에 관한 위 의 논지에 대해서는 5명의 판사가 다수의견을 형성하였다. 그러나 그 결정의 논거에 대하여는 다수의견이 없었다. O'Connor 등 3명의 판사는 '부당한 부담 테스트'(undue burden test)를 제창하였다. 이미 Webster 판결에서 O'Connor 판사가 제시한 바 있었던 이 심사기준은 Casey 사건에서 2명의 동조자를 얻었다. 이들은 생존능력이 없는 태아의 낙태에 대한 국가의 규제는 그것이 임신부의 낙태선택의 자유에 대한 부당한 부담을 지우지 않는 한 허용된다고 하면서, Roe의 엄격한 3분기 분석들을 거부하였다.

'부당한 부담 테스트'란, O'Connor 판사의 설명에 의하면, "생존능력이 없는 태아의 낙태를 원하는 임신부의 길에 실제적인 장애(substantial obstacle in the path of a woman)를 설치하는 목적이나 효과를 가진 국가의 규제는 위헌"이라는 것이다. 그래서 국가의 규제가 임신부의 선택권에 대하여 실제적 장애를 지우지 않는 한, 여성에게 낙태보다 출산을 선택하도록 설득하려는 국가의 조치는 그러한 목표와 합리적으로 연결된다면 합헌이라고 한다. 또한 낙태를 원하는 임신부의 건강을 보호하려고 마련된 규제는 그것이 그 임신부에게 실제적 장애를 지우는 목적이나 효과를 가지고 그녀의 권리에 대한 부당한 부담을 지우는 불필요한 건강규제를 구성하지 않는다면 합헌이라고 한다.

셋째, 대법원은 Pennsylvania주법의 몇몇 낙태요건 조항에 대하여 판단하였는데, 대체로 과거의 대법원의 판결을 따랐다. 그 중에서 응급한 경우를 제외하고는 의사에게 기혼여성의 배우자의 동의 없이는 낙태시술을 할 수 없도록 한 규정은 여성의 낙태선택권에 실제적 장애를 설치하는 것이므로 위헌이라고 판단하였다.

국가가 낙태시술기관에 대하여 낙태횟수, 낙태의 특별한 상황, 사용된 낙태절차의 유형 등의 기록을 보존하도록 요구한 조항은 낙태한 여성의 신분이 보장되는 한 여성의 선택권에 대하여 부당한 부담을 지우지 않으므로 합헌이라고 판단되었다. 그러나 남편의 동의 여부에 대한 기록보존을 요구하는 규정은 부당한 부담으로써 위헌이라고 선언되었다.

낙태를 요하는 의학적 응급상태가 존재하거나 미성년 임신부가 법원으로부터 낙태의 허가를 받지 않는 한, 18세 미만의 미자립 임신부에 대하여, 낙태실시 24시간 전에 그 부모 중 한 명 또는 그 보호자의 동의를 없으면 의사로 하여금 낙태시술을 할 수 없도록 한 주법은 합헌이라고 선언되었다. O'Connor 등 3명의 판사들은 합헌이유로써 이 부모의 동의 조항이 미성년 임신부의 선택권에 대하여 부당한 부담을 지우지 않도록 하기 위하여 그녀의 복지를 보호하는 '사법적 회피절차'(judicial bypass procedure)를 규정하고 있기 때문이라고 밝혔다.

반면, 의사, 훈련된 의사보조원, 건강보호사, 사회복지사 등에게 임신부에 대하여 시술될 의료적 조치의 성격과 위험, 태아의 임신추정기간, 임신에서 출산에 이르기까지 수반될 의학적 위험, 낙태에 대한 대안을 기술한 인쇄물, 출산과 영아보호에 관한 의료보조혜택 등에 관한 정보를 알려주도록 한 요건 조항(이 중 일부는 의사가 직접 임신부에게 알려주도

12) O'Connor의 다수의견. Blackmun, Stevens, Kennedy, Souter 판사 가담. Rehnquist 대법원장, White, Scalia, Thomas 판사는 반대.

록 되어 있었다)과, 이 정보를 제공받고 임신부가 하는 낙태에 대한 동의는 응급상태를 제외하고는 낙태 실시 24시간 이전에 되어야 한다는 대기기간 요건 조항은 과거 대법원의 판결과는 달리 합헌으로 결정되었다. 정보를 제공받은 후의 동의요건과 24시간 대기요건 모두 임신부의 낙태선택권에 대하여 부당한 부담을 지우는 것이 아니라고 판단하였기 때문이었다.

Roe 사건에서 다수의견 집필자였던 Blackmun 판사는 낙태선택권은 근본적 권리이므로 이에 대한 규제는 엄격심사(strict scrutiny)에 따라야 하며, Roe의 3분기 틀은 고수되어야 한다고 밝혔다. 그에 의하면 문제된 Pennsylvania주법 조항들은 모두 위헌이 되어야 한다. Roe 판결 이래 Blackmun 판사와 함께 낙태를 지지해 온 Stevens 판사는, 법률이 태아의 생존가능성집 이전의 낙태를 규제하는데 있어서의 국가의 이익만을 고려하는 경우 그 규제는 아무리 가벼워도 부당한 부담이 된다면서 분제의 모든 주법 조항들은 위헌이라고 밝혔다.¹³⁾ 소수의견에 가담한 Rehnquist 대법원장 등 4명의 판사들은 Roe 결정은 잘못된 것으로 번복되어야만 한다고 하면서, O'Connor 등의 부당한 부담이론을 비판하였다.

4. 낙태절차의 제한에 관한 그 밖의 판례

미국에서는 낙태 행위 자체를 규제 또는 금지하는데 그치지 아니하고 낙태에 대한 접근을 규제하는 법규도 상당히 많이 제정되었다. 낙태를 직접 규제함으로써 생겨날 수 있는 권리침해 문제를 회피하기 위한 방법이기도 하지만, 무분별한 낙태 때문에 생길 수 있는 임신부의 위험을 방지하기 위한 조치일 수도 있다고 생각된다.

여기서는 낙태 이외의 절차적 제한에 관한 미연방대법원의 판례를 유형별로 간단히 정리해 본다.¹⁴⁾

1) 동의 또는 통지 요건

임산부의 배우자 또는 미성년 임신부의 아버지가 낙태에 대하여 동의할 것을 규정한 조항은 임신부의 사생활에 관한 권리에 대한 침해로서 위헌이다.¹⁵⁾ Casey 판결(1992)에서도 낙태시술 이전에 배우자에게 통지할 것을 요구한 것과 의사에게 그에 관한 기록유지를 요구한 규정은 위헌이라고 하였다.

미성년 임신부의 낙태에 관하여 부모의 동의를 받거나, 아니면 사법적 회피절차(judicial bypass procedure)에서 미성년자가 낙태에 관하여 스스로 결정할 수 있을 만큼 충분히 성숙했는지 여부를 고려하지 않고 사법부의 승인을 받도록 한 규정은 위헌이다.¹⁶⁾

13) Tribe 교수는 엄격심사에서 부당한 부담 심사로 전환됨으로써 입증책임이 전환되었다고 평가한다. 즉 Roe에서는 정부가 낙태권 침해에 대한 정당성을 입증해야 했는데, Casey에서는 낙태규제가 자신의 권리에 대한 부당한 부담을 지운다는 것을 원고가 입증해야 한다는 것이다. Tribe, 앞의 책, 247.

14) 우리나라에서 1992년 이전까지의 이 부분에 관한 미국의 판례에 관하여는 최희경, 낙태에 관한 헌법학적 고찰, 이화여자대학교 대학원 법학석사학위논문, 1992 및 윤명선, “성적 프라이버시권리 - 미국의 판례경향을 중심으로”, 미국헌법연구 제6호, 1995, 115-174에 비교적 상세히 소개되어 있다. 미국의 자료로는 Tribe, 앞의 책, 197-210; Ronald D. Rotunda & John E. Nowak, *Treatise on Constitutional Law*, 2nd ed., Vol.3 (St. Paul, Minn.: West Publishing Co., 1992), 327-357, 1994 Pocket Part, 53-61 참조.

15) *Planned Parenthood of Central Missouri v. Danforth*, 428 U.S. 52, 96 S.Ct. 2831, 49 L.Ed.2d 788 (1976).

미자립의 미성년 임신부의 낙태에 관하여 의사는 낙태실시전에 그 부모에게 통지할 것을 요구한 규정은 합헌이다.¹⁷⁾

미성년 임신부의 낙태에 관하여 부모 중 한 명의 동의를 받거나, 그 대신 소년법원 판사의 동의를 받도록 한 규정은(사법적 회피절차) 합헌이다.¹⁸⁾

미성년자의 부모 중 한 명 또는 미성년자의 친척에게 낙태실시전에 의사가 통지하도록 한 규정은 사법적 회피절차가 규정되어 있는 한 합헌이다.¹⁹⁾

낙태시술전에 미성년자의 부모 모두에게 통지할 것을 요구한 규정은 위헌이며, 부모 양자에게 통지를 하고 통지와 낙태 사이에 48시간을 기다리도록 한 규정은 헌법적 기준을 충족시키는 사법적 회피절차를 규정하고 있는 때에 한하여 합헌이다.²⁰⁾ 1990년의 두 사건은 Webster 사건을 반영한 판결이었다.

미성년자의 낙태를 부모에게 통지하도록 하는 것이 미성년자에게 최선의 이익이 아닌 경우를 포함하는 일정한 조건하에서 사법적 회피를 인정한 법률은 헌법에 위배되지 않는다.²¹⁾

의사에게 임신부에 대하여 낙태절차, 태아의 발육 등에 관한 자료제공을 요구하고, 임신부는 이 정보를 제공받은 후 동의해야만 낙태를 실시할 수 있도록 한 규정은 위헌이다.²²⁾ 그러나 이 자료제공을 받은 후의 동의 요건은 Casey 판결에서 반복되었다. 응급상황이거나 미성년자가 사법적 회피절차를 거칠 때를 제외하고 18세 미만의 미성년 임신부와 그 부모 또는 보호자가 여러가지 정보를 제공받은 후 동의할 것을 요구한 규정은 합헌이라고 선언되었다.

2) 공공기금의 지원금지 요건

연방 또는 주정부가 임신부의 건강유지에 반드시 필요하지 않은 낙태기금의 보조를 거부한 것은 합헌이다. 사생활에 관한 권리가 낙태를 위하여 정부의 혜택을 받을 권리를 포함하는 것은 아니라고 보았기 때문이다.²³⁾

담당의사가 임신부의 건강보호를 위하여 낙태가 필요하다고 판단하였을지라도 연방정부가 연방의료수혜프로그램의 보조금지금 대상에서 가난한 임신부의 낙태를 제외한 조치는 합헌이다.²⁴⁾

낙태상담에 대한 공공기금의 지원을 금지한 것은 합헌이다.²⁵⁾

16) Bellotti v. Baird, 443 U.S. 622, 99 S.Ct. 3035, 61 L.Ed.2d 797 (1979).

17) H.L. v. Matheson, 450 U.S. 398, 101 S.Ct. 1164, 67 L.Ed.2d 388 (1981).

18) Planned Parenthood Association of Kansas City, Missouri, Inc. v. Ashcroft, 462 U.S. 476, 103 S.Ct. 2517, 76 L.Ed.2d 733 (1983).

19) Ohio v. Akron Center for Reproductive Health, 497 U.S. 502, 110 S.Ct. 2972, 111 L.Ed.2d 405 (1990).

20) Hodgson v. Minnesota, 497 U.S. 417, 110 S.Ct. 2926, 111 L.Ed.2d 344 (1990).

21) Martin D. Lambert v. Susan Wicklund et al., 520 U.S. --, 117 S.Ct. ---, 137 L.Ed.2d 464 (1997).

22) Thornburgh v. American College of Obstetricians and Gynecologists, 476 U.S. 747, 106 S.Ct. 2169, 90 L.Ed.2d 779 (1986). 비슷하게 임신부의 낙태에 대한 동의에 특별한 제한을 부과한 규정을 위헌이라고 한 것으로 Akron v. Akron Center for Reproductive Health, Inc., 462 U.S. 416, 103 S.Ct. 2481, 76 L.Ed.2d 687 (1983)가 있다. 그러나 Danforth (1976)에서는 단지 임신부의 동의가 여러 의료절차의 한 가지일 뿐인 경우에는 합헌이라고 보았다.

23) Maher v. Roe, 432 U.S. 464, 97 S.Ct. 2376, 53 L.Ed.2d 484 (1977); Poelker v. Doe, 432 U.S. 519, 97 S.Ct. 2391, 53 L.Ed.2d 528 (1977).

24) Harris v. McRae, 448 U.S. 297, 100 S.Ct. 2671, 65 L.Ed.2d 784 (1980).

임산부의 생명에 대한 심각한 위험을 예방하기 위하여 낙태를 필요로 하는 경우를 제외하고 가족계획서비스를 위해 연방기금의 지원을 받는 사인인 의사에게 같은 기금을 받는 임산부에 대하여 낙태에 관한 정보의 제공을 금지한 것은 여성의 선택권을 침해하지 않았으므로 합헌이다.²⁶⁾

3) 대기기간, 기록유지, 기타 요건

낙태시술자는 허가받은 의사일 것을 요구한 규정과,²⁷⁾ 첫 3분기에 실시된 낙태에 관하여도 정확한 기록을 유지할 것을 요구한 규정은 모두 합헌이다.²⁸⁾

낙태시술병원은 특별위원회의 인가를 받을 것을 요구한 규정과, 의사의 낙태결정에 다른 2명의 의사의 승인을 요구하거나 3명 이상의 병원의료진으로 구성된 위원회의 승인을 받도록 한 규정은 위헌이다.²⁹⁾

특정한 낙태시술방법을 금지한 규정도 위헌이다.³⁰⁾

첫 3분기 이후의 모든 낙태는 시설이 완비된 병원에서 실시될 것을 요구한 규정은 위헌이다.³¹⁾

낙태가 임산부의 건강보호를 위해 규정된 어떤 판단기준에 부합되는 병원에서 실시될 것을 요구한 규정은 합헌이다.³²⁾

성인 임산부에 대하여 낙태 동의후 24시간 동안 대기할 것을 요구한 규정은 위헌이다.³³⁾ 그러나 이 24시간 대기요건은 Casey 판결에서 합헌으로 번복되었다.³⁴⁾

의사에게 낙태와 태아의 생존가능성 여부에 관한 결정의 근거를 제출하도록 한 규정은 낙태한 여성에 관한 상세한 정보가 노출될 수 있기 때문에 위헌이며, 생존가능한 태아에 대해서는 그 태아의 보호를 위하여 낙태시술시 제2의 의사의 입회를 요구한 규정은 임산부의 건강보호를 위한 조치가 결여되었기 때문에 위헌이다.³⁵⁾

의사가 태아의 생존가능성을 판단하기 위하여 사용할 의학적 검사에 관한 결정을 할 때 태아의 임신추정기간, 몸무게, 폐활량 검사 등을 사용하여 신중한 결정을 하도록 요구한 것은 합헌이다.³⁶⁾

의사에게 생존가능성이나 태아가 생존가능하다고 믿을 만한 충분한 근거가 있는지를 판단하도록 요구한 것은 '모호하기 때문에 무효'(void for vagueness)이다.³⁷⁾

25) Webster (1989).

26) Rust v. Sullivan, 499 U.S. 500, 111 S.Ct. 1759, 114 L.Ed.2d 233 (1991).

27) Connecticut v. Menillo, 423 U.S. 9, 96 S.Ct. 170, 46 L.Ed.2d 152 (1975).

28) Danforth (1976).

29) Doe v. Bolton, 410 U.S. 179, 93 S.Ct. 739, 35 L.Ed.2d 201 (1973).

30) Danforth (1976).

31) Akron (1983).

32) Simopoulos v. Virginia, 462 U.S. 506, 103 S.Ct. 2532, 76 L.Ed.2d 755 (1983).

33) Akron (1983).

34) 그러나 이 요건은 낙태를 원하는 여성이 그것을 위해서 장거리 여행을 해야 하거나 낙태대응동가들의 시위를 뚫고 낙태시술병원에 들어가야 할 상황에 처하게 될 경우, 그것은 심각한 재정적 개인적 부담을 부과함으로써 임산부의 권리에 대한 실체적 장애가 될 수 있기 때문에 앞으로 위헌으로 판단될 가능성이 높다. Tribe, 앞의 책, 249; Rotunda & Nowak, 앞의 책, 1994 Pocket Part, 55-56 참조.

35) Thornburgh (1986). 그러나 제2의 의사의 입회 요건에 응급시의 예외를 인정할 때에는: 합헌이다 (Ashcroft, 1983).

36) Webster (1989).

낙태시술 후 의사에게 태아의 잔재물을 인간적이고 위생적인 방법으로 처리할 것을 요구한 것은 모호하기 때문에 위헌이다.³⁸⁾

III. 낙태에 관한 미국 헌법학계의 논의

Tribe가 낙태문제를 자유와 생명간의 충돌이라고 지적하였듯이, 이 문제는 궁극적으로 낙태의 권리(또는 자유)와 태아의 생명(또는 인간성)의 문제로 압축된다. 즉 여성의 낙태의 권리를 포함하는 사생활의 권리를 인정할 수 있는가의 문제와 태아가 사람인가 그리고 사람으로서의 생명권을 인정할 수 있는가 하는 문제이다. 미국에서의 논의도 이 두 가지에 특히 집중되고 있으므로 이에 관하여 미국에서 대표적인 학자들인 Ely, Tribe 교수와 Bork 판사의 논의를 중심으로 살펴 보기로 한다.³⁹⁾

1. Ely 교수의 견해

Roe 판결에 대하여 가장 먼저 이의를 제기한 사람은 Ely 교수였다. 1973년 1월 Roe 판결이 선고되자 곧 이어 4월에 발표한 이 판결에 대한 비평⁴⁰⁾에서 Ely 교수는 태아의 생명권을 부인하고 여성의 낙태권을 인정한 대법원의 결정에 대하여 신랄한 비판을 가하였다.

Ely 교수는 낙태규제 문제에 있어서는 낙태규제에 대한 단순한 사회적 반발 이상의 그 무엇이 있는데, 그것은 낙태는 인간생명의 중단이라는 점이라고 한다.⁴¹⁾ 그는 태아에게는 헌법적 권리가 결여되어 있다고 하는 주장은 부적절하다고 한다. 왜냐하면 어떤 사람에 대하여 어떤 활동 - 그 활동이 헌법상 보호되고 있든 아니든 - 을 삼가도록 강요함에 있어서 정당화가 필요한 국가의 이익에는 다른 사람의 생명이나 헌법상 권리를 반드시 포함하여야만 한다는 설은 지지되거나 심지어 주장조차 된 적도 없기 때문이라는 것이다.⁴²⁾ 그리고 그는 태아를 개와 징집영장의 경우와 대비시킨다. 개는 사람이 아니며 헌법상의 권리를 가지고 있지도 않지만 그렇다고 하여 국가가 그것을 죽이는 것을 금지시킬 수 없지는 않다고 한다. 이것은 또한 정치적 항의를 위하여 수정 제1조의 권리(표현의 자유)를 행사함에 있어서 국가가 개를 죽이는 것을 금지할 수 없다는 것을 뜻하는 것은 더욱 아니라는 것이다. 물론 사람이 아닌 징집영장의 경우⁴³⁾도 마찬가지라고 한다. 그는, 산모의 인생계획

37) Colautti v. Franklin, 439 U.S. 379, 99 S.Ct. 675, 58 L.Ed.2d 596 (1979).

38) Akron (1983).

39) 이 논쟁에 가담한 미국 학자의 수는 헤아릴 수 없이 많지만, 이 글에서는 대표적인 학자로 여겨지는 Ely, Tribe 교수와 Bork 판사의 논의만을 중심으로 살펴 보았다. 최근에 Ronald Dworkin 교수도 이 분야에 관한 단행본(Life's Dominion, New York: Alfred A. Knopf, 1993)을 출판하였는데 이에 관하여는 다음 기회에 살펴 보려고 한다.

40) John Hart Ely, "The Wages of Crying Wolf : A Comment on Roe v. Wade," *Yale Law Journal*, Vol.82, No.5, 1973.

41) 위의 글, 924.

42) Ely 교수도 보호되는 권리에 대한 정부의 제한을 지지하는데 주어지는 정당화가 다른 사람의 헌법상 권리를 포함하는 단일한 사례를 상상하기는 어렵다면서, '자유언론-공정한 재판'의 상황이 그러한 예의 기준을 제공할지도 모르지만 법원은 이를 전혀 인정하지 않았다고 한다. 위의 글, 926 및 각주 48 (강조는 Ely의 것).

43) United States v. O'Brien, 391 U.S. 367, 88 S.Ct. 1673, 20 L.Ed.2d 672 (1968). 징병반대를 위하여 징집영장을 불태우는 행위는 표현의 자유에 해당되지 않는다고 한 사건.

이 국가의 태아보호보다, 단순히 우월할 수 있다는 것이 아니라, 반드시 우월하여야만 한다는 말은 단지 태아가 사람이 아니라는 판단 때문에 나온 것은 아니라고 하며, 그러나 무엇보다도 법원은 그러한 일에 개입할 권한이 없다고 강조한다.⁴⁴⁾

Ely 교수는 낙태는 한편으로는 유아살해(infanticide)와 너무 비슷하고 또 한편으로는 피임과도 너무나 비슷하기 때문에 어떠한 대담으로도 사람을 편하게 남겨둘 수 없으며, 그것이 제기하는 도덕적 문제는 어느 철학자의 가설 만큼이나 잔인하다면서,⁴⁵⁾ 태아는 ‘완전한 의미에서 사람’이 아닐지는 모르지만 분명히 아무것도 아닌 존재는 아니라고 한다.⁴⁶⁾

Ely 교수가 Roe 판결의 낙태의 권리에 관하여 비판하는 주된 논거는 그 권리의 헌법상 근거가 불확실하다는 점이다. 사생활의 권리와 낙태의 권리가 헌법상 명시되어 있지 않다는 점에 대하여는 이론이 없다. 헌법상 명시되어 있지 않다고 하더라도 합리적인 과정을 통해서 헌법으로부터 어떠한 권리를 이끌어낼 수 있다는 점은 Ely 교수를 비롯한 대부분의 학자들이 인정하고 있다.⁴⁷⁾ Ely 교수는 헌법으로부터 일반적인 사생활의 권리를 이끌어낼 수 있음도 인정하고,⁴⁸⁾ 또 그 권리가 자신의 신체를 자신이 원하는 대로 할 수 있는 무제한의 권리를 뜻하는 것은 아니라는 대법원의 견해(Roe 판결)에도 동의한다.⁴⁹⁾ 그러나 대법원은 단지 수정 제14조에 의해서 특별한 보호가 허용된 일반적인 사생활의 권리가 있고, 그 권리는 낙태의 권리를 “포함할 만큼 충분히 광범위하다”라고만 밝히고 있을 뿐, 낙태의 권리가 포함되는 일반적인 사생활의 권리에 관하여는 어떤 정의도 내리지 않았으며,⁵⁰⁾ 이 극도로 보호되고 있는 낙태의 권리가 헌법문언으로부터인지 특정 문제에 관한 헌법기초자의 의도로부터인지 그들이 포함시킨 조항들로부터 이끌어낼 수 있는 어떤 일반적인 가치로부터인지 또는 정부구조로부터인지 어떤 요소로부터 이끌어낸 것인지 전혀 밝히고 있지 않다는 점을 지적한다.⁵¹⁾ Ely 교수는 결국 권리장전의 의미에서나 또는 헌법이 제시하고 있는 다른 의미에서 볼 때 낙태와 사생활은 관계가 없다고 단언한다.⁵²⁾

그리고 Ely 교수는 이러한 결정이 있게 된 배경으로 과거 대법원의 잘못된 결정의 대표적인 사례인 Lochner 사건⁵³⁾을 상기시킨다. Roe 판결은 Lochner 판결과 여러 가지 다른 점이 있지만, 본질적으로 재판관들이 선호하는 가치관을 합리화하기 위하여 헌법에서 지나치게 광범위하게 어떤 권리나 원칙을 이끌어내는 것이 닮았다는 것이다.⁵⁴⁾ 그는 Roe의 문제는 헌법이 대법원에게 부여하지 않은 권한사항을 법원 스스로가 부여함으로써 헌법에서

44) Ely, 앞의 글, 926.

45) 위의 글, 927.

46) 위의 글, 931.

47) 위의 글, 927 참조.

48) 대법원이 과거에 Griswold v. Connecticut, 381 U.S. 479, 85 S.Ct. 1678, 14 L.Ed.2d 510 (1965) 등 여러 판례를 통하여 사생활의 권리를 인정하였음을 상기시키며, “추론이 지지하여 줄 그러한 종류의 권리를 정의함에 있어서 어떠한 배려가 주어지는 한, 일반적인 사생활의 권리를 이끌어내는 것은 내게는 전적으로 적절하다고 생각된다”고 한다(강조는 Ely의 것). 위의 글, 928-930.

49) 위의 글, 931.

50) 위의 글, 931-932.

51) 위의 글, 928, 935-936.

52) 위의 글, 932.

53) Lochner v. New York, 198 U.S. 45, 25 S.Ct. 539, 49 L.Ed. 937 (1905). 이 사건은 제과점 종업원의 노동시간을 주 60시간, 하루 평균 10시간으로 제한한 뉴욕주법에 대하여, 헌법 수정 제14조로부터 이끌어낸 계약자유원칙 위반이라고 판결된 사건이다. 이 결정과 그 이후 1930년대까지 일련의 결정에서 대법원은 헌법으로부터 지나치게 광범위한 원칙을 이끌어냄으로써 잘못된 결정을 하였다고 비판을 받고 있다.

54) Ely, 앞의 글, 937-943.

벗어났다는 점이라고 하면서,⁵⁵⁾ Roe 판결은 “나쁜(bad) 헌법이기 때문에, 또는 오히려 그것은 헌법이 아니고(not) 그렇게 되고자 노력할 의무감을 전혀 주지 않기 때문에, 아주 나쁜 판결(a very bad decision)”이라고 결론짓는다.⁵⁶⁾

이와 같이 Roe 판결은 Lochner 판결과 연결됨으로써 낙태의 권리 문제를 넘어서서 헌법에서 어느 정도 해석을 통해서 새로운 권리나 원칙을 이끌어낼 수 있는가 하는 헌법해석철학의 문제에까지 논쟁범위가 확대되어 버렸다. 헌법해석에 있어서 이른바 주석주의(interpretivism)와 비주석주의(noninterpretivism)의 대립이 그것이다.⁵⁷⁾ 주석주의의 입장을 취하는 Ely 교수는 Roe 판결을 40년간의 대법원 판결 중 가장 명백한 비주석주의적 추론의 예로 들고 있다.⁵⁸⁾

이처럼 Ely 교수는 주석주의자로서, 낙태의 권리는 헌법으로부터 어떤 추론에 의하여도 이끌어낼 수 없는 권리라고 비판하고 있다.

2. Bork 판사의 견해

Bork 판사는⁵⁹⁾ 헌법해석에 관하여 주석주의의 입장을 취하며,⁶⁰⁾ 이에 따라 헌법으로부터 낙태의 권리뿐 아니라 사생활의 권리도 찾아낼 수 없다고 생각한다. Bork 판사는 대법원의 Lochner 판결과 마찬가지로 사생활의 권리를 인정한 Griswold 판결⁶¹⁾도 잘못된 결정이라고 비판한다. 사법부가 헌법이 부여하지 않은 권력을 행사하여 헌법이 인정하지 않은 권리를 이끌어내었다는 것이다. 그러한 사법부의 권력의 본질은 논리적 구조가 결여되어 있으므로 제한이 없을 것이며, 그렇게 되면 법원은 사적인 마약 복용, 처자식 학대, 가격 담합, 범죄단체의 모의, 매춘 가담 등의 권리도 장설할 수 있을 것이라고 비판한다.⁶²⁾

55) 위의 글, 943.

56) 위의 글, 947 (강조는 Ely의 것).

57) 헌법을 해석함에 있어서 주석주의는 법관이 법규정에 충실한 법관으로서의 양심에 따라 헌법기초자의 의도에 합치되도록 법을 발견해 내는데 한정하여야 한다는 태도라고 한다면, 비주석주의는 법관이 법창조자 또는 재해석자로서 헌법외적인 도덕론, 사회의 여론이나 관습, 개인의 가치관 등까지 종합하여 헌법을 해석할 수 있다고 생각하는 태도를 가리킨다. Ely 교수와 Bork 판사가 주석주의의 대표적인 학자라면, Tribe 교수는 비주석주의를 대표하는 학자이다. 미국 학계에서는 비주석주의가 약간 우세한 편이다. 'interpretivism'의 번역어로는 한상희 교수의 예를 따라 '주석주의'를 사용한다. 이에 관하여 자세한 국내 자료로는 한상희, “미국에서의 사법심사의 준거,” 미국헌법연구 제9호, 1998, 173-218 ; 로렌스 트라이브·마이클 도르프 지음, 허순철 옮김, 헌법해석론 (행법사, 1996) 등 참조.

58) Ely, *Democracy and Distrust* (Cambridge · London: Harvard University Press, 1980), 2.

59) 1987년, Reagan 대통령은 은퇴한 Lewis F. Powell Jr. 대법관의 후임으로 당시 Columbia 특별구 연방 항소법원 판사였던 Robert H. Bork를 지명하였다. 그 때 Bork 판사의 보수주의 성향으로 인하여 상원 사법위원회는 인준청문회에서 논란 끝에 9:5로 Bork 판사 인준동의안을 본회의에 회부하였는데, 이 동의안은 결국 42:58로 상원의 인준을 받게 실패하였다. 그러자 Reagan은 당시 같은 항소법원 판사였던 Douglas H. Ginsburg를 지명하였는데, 그가 대학교수 시절 마리화나를 피웠던 경력이 문제되자 그에 대한 지명을 철회하고 다시 당시 연방 제9순회항소법원 판사였던 Anthony M. Kennedy를 지명하였다. Kennedy 판사는 1988년 상원의 만장일치의 인준을 받아 대법원 판사로 취임하였다. Bork 판사의 청문 과정에 관한 자세한 술회는 Robert H. Bork, *The Tempting of America* (New York · London: The Free Press, 1990), 295-321 참조.

60) Bork 판사의 주석주의 헌법해석에 관해서는 위의 책, 143 이하 참조.

61) *Griswold v. Connecticut* (1965) 사건은 피임기구 사용과 산아제한 지식의 보급을 금지한 Connecticut 주법이 헌법에 위반되었는지 여부를 다툰 것이었는데, 대법원은 헌법의 권리장전 부분으로부터 훈인에 있어서의 사생활의 권리를 이끌어 낼 수 있으며, 이 권리는 수정 제14조에 의하여 보호된다고 하면서, 피임기구 사용을 금한 Connecticut주법은 이 권리를 침해하였으므로 위헌이라고 선언하였다.

62) Bork, 앞의 책, 99.

Douglas 판사가 집필한 Griswold의 다수의견에 의하면 헌법의 권리장전으로부터 일반적 자유권(general right of freedom)을 발견할 수 있다고 하는데, Bork 판사는 그와 같이 법률에 의한 규제로부터 자유로운 헌법상 권리인 일반적 자유권이라는 것은 ‘명백한 불가능’(a manifest impossibility)이라고 하며⁶³⁾ 이 권리창설의 위험성을 다음과 같이 경고한다.

“법원이 그런 일반적 ‘자유권’을 창설한다면, 우리는 즉시 그 새 권리가 반드시 선택적으로 적용될 것임을 알게 될 것이다. 또 우리가 그 새 권리의 범위에 관하여 아무 설명도 듣지 못한다면, 우리는 그 ‘권리’가 판사들이 그들이 원하는 것이면 무엇이든지 할 수 있도록 하기 위하여 스스로 만들어낸 보증서에 다름 아니라는 것을 알 수 있게 될 것이다.”⁶⁴⁾

Bork 판사는 Griswold 판결에 대한 비판에서와 마찬가지로의 논리로써 Roe 판결을 비판한다. Roe 판결이 인정한 낙태의 권리란 헌법에서 발견되지 않는 권리로서 법원이 새로운 권리를 창설하였다는 것이다.⁶⁵⁾ Roe 판결이 사생활의 권리에 대한 전례로 인용하고 있는 대법원의 판례들은 피임에 관한 사건⁶⁶⁾을 제외하면 어느것도 사생활의 권리가 적용된 바 없는 사건들인데도 불구하고 전례로써 인용하고 있고, 어떠한 분석도 없이 “사생활의 권리는 여성의 낙태결정의 권리를 포함할 만큼 충분히 광범위하다”고만 판시하고 있을 뿐, 그 권리가 낙태의 자유를 포함하는 이유와 미래에 또 무엇을 포함할지 알 수 있도록 하는 그러한 원리에 관하여 아무 설명도 하고 있지 않음을 지적한다.⁶⁷⁾ 그것은 법적 추론이 아니라 법규명령(fiat)이라는 것이다. 즉 Roe 판결은 법원이 여성과 국가의 이익을 비교형량하여 낙태에 관하여 적절하다고 생각하는 규칙을 제정하였다고 한다. 그렇게 하기 위하여 법원은 어떤 이익이 정당한 것이며 각각에게 얼마만큼의 중요성이 부여되어야만 하는가를 암묵적으로 결정하여야만 한다고 한다. 이는 헌법에 의하여 이끌어내어진 것이 아니라 도덕적·정치적 철학이 적용된 것이라는 것이다.⁶⁸⁾

Bork 판사는 Roe 판결을 지지하는 Tribe 교수에 대하여도 비판의 화살을 겨눈다. Tribe 교수는 여성의 낙태의 권리를 ‘근본적 권리’로 여기며 이 문제를 남녀평등의 관점에서 접근한다. 그는 Roe 사건에서 원고나 법원 모두가 성의 평등의 관점에서 낙태논의에 관한 틀을 형성하는데 실패한 것이 이 분야의 법에 심대한 영향을 미쳤다면, 법원이 낙태문제를 임신의 착취를 통해서 여성의 남성에 대한 종속이라는 극도의 공적 문제를 내포하는 것으로 인식하지 못했다고 비판한 것이다.⁶⁹⁾ 그는 또 여성이 원치 않는 아이를 임신·출산·양육하도록 법으로 강제하는 것을 수정 제13조가 금지하고 있는 비자발적 노예와 대비시켜 설명한다.⁷⁰⁾ Bork 판사는 이러한 Tribe 교수의 주장을 주로 여성주의(feminism) 헌법학의 입장에서 차용한 것이라고 꼬집고 있다.⁷¹⁾

Bork 판사는 Tribe 교수의 ‘근본적 권리’에 관한 주장에 대하여도 이의를 제기한다.

63) 위의 책, 99.

64) 위의 책, 99-100.

65) 위의 책, 112-113.

66) Eisenstadt v. Baird, 405 U.S. 438, 92 S.Ct. 1029, 31 L.Ed.2d 349 (1972).

67) Bork, 앞의 책, 113-114.

68) 위의 책, 114-115.

69) Tribe, *American Constitutional Law*, 2d. ed. (Mineola, N.Y.: The Foundation Press, Inc., 1988), 1353.

70) 위의 책, 1354.

71) Bork, 앞의 책, 202.

Tribe 교수는, 근본적 권리는 정치적 이해에 따라 적절하게 축소되거나 투표에 종속될 수 없다고 하면서, 낙태문제는 사법부가 아니라 입법부에서 민주적으로 해결하여야 할 문제라는 Roe 판결에 대한 비판자들의 주장을 반박한다.⁷²⁾ Bork 판사는 이러한 Tribe 교수의 주장은 법원이 국민과는 상관없이 모든 중요한 문제들을, 법원이 그러한 권한을 보유하고 있든 없든 관계없이, 결정하여야 한다는 것을 뜻하는 것이라고 다시 반박하면서, 문제는 낙태가 헌법상의 ‘근본적 권리’이냐 아니면 민주적으로 결정되어야 할 도덕적 정치적 문제냐 하는 점이지만 Tribe 교수는 낙태의 권리를 오로지 여성의 지위를 노예의 그것과 비교함으로써 근본적 권리로 만들었다고 비판하고 있다.⁷³⁾

Bork 판사는 헌법해석에 관하여 엄격한 주석주의의 입장에서, 법원은 헌법기초자의 의도에 합치되도록 헌법을 해석하고 어떤 원리나 권리를 이끌어낼 수 있을 뿐이라고 하며, 여성의 낙태의 권리는 물론이고 일반적인 사생활의 권리도 헌법으로부터 이끌어낼 수 있는 아무 근거가 없다고 한다. 그에 의하면, Roe 판결은 ‘정당성 없는 사법권을 스스로 만들어 가진 것이며, 미국 국민의 민주적 권위를 찬탈한 것’이다.⁷⁴⁾

3. Tribe 교수의 견해

Tribe 교수는 여성의 낙태의 권리를 옹호하는 대표적인 학자이자, 헌법해석에 관하여 비주석주의를 취하는 대표적인 학자이기도 하다. 그는 최근에 낙태문제에 관한 역사와 각국의 법제도, 판례와 이론, 대책 등 모든 문제를 종합적이고도 포괄적으로 다룬 단행본을 출판하여 자신이 그동안 여러 곳에서 주장하였던 논리와 입장을 명백히 하였다.⁷⁵⁾

Tribe 교수는 이 저서에서 사생활의 권리를 비판하는 논거들에 대하여 재반론을 편다. 첫째, 사법부가 헌법이 부여하지 않은 권한을 찾아내어 본질적으로 입법부가 하여야 할 일을 하였다는 사법소극주의적 비판에 대하여 그는 사법권을 옹호한다. *Marbury v. Madison*(1803) 판결 이래 사법부가 헌법에 관하여 필요한 판단을 해 왔음을 예시하며 대법원이 위헌심사권을 보유하게 된 것은 미국 정부제도의 초석이 되었다고 법원의 권한을 지지한다.⁷⁶⁾ 또한 비주석주의 헌법해석론자로서 그는 헌법기초자의 본래의 의도에 관하여도 반론을 제기한다. 그는 “헌법의 해석과 적용에 있어서의 지침으로써 헌법제정회의에서의 논쟁과 부수적 결정들은 권위를 가질 수 없다”는 Madison의 말을 인용하면서 몇몇 선택된 기초자의 의도라는 것도 주관적이고 편협한 것일 뿐이라고 한다. 나아가서 각 헌법조항들의 기초자는 여러 사람인데 어느 기초자의 의도가 결정적인 것으로 간주되는가, 그리고 헌법이 기초되고 인준되는 과정에서 기초자와 인준자 각각의 의도도 서로간에 대단히 다를 수 있는데 어느 것이 본래의 의도인가를 알 수 없다고 하면서, Bork 판사 등의 주석주의 헌법해석론을 비판한다.⁷⁷⁾

둘째, 사생활의 권리는 헌법상 명문의 규정이 없다는 비판에 대하여도 반박한다. 사생활

72) Tribe, 앞의 책, 1351.

73) Bork, 앞의 책, 203.

74) 위의 책, 115-116.

75) Tribe, *Abortion: The Clash of Absolutes*. 이 책의 초판은 1990년에 출간되었는데, 1992년에 Casey 결정이 내려지자 이에 관한 내용을 보완하여 1992년에 개정판이 나왔다.

76) 위의 책, 80-81.

77) 위의 책, 106-108. Tribe의 더 자세한 비주석주의 헌법해석론에 관하여는 로렌스 트라이브·마이클 도르프, 앞의 책 참조.

(privacy)이라는 단어가 헌법 본문에 없는 것은 사실이지만 헌법의 보장은 세목화된 추론과는 다르다는 것이다. 헌법에는 사법적 해석, 즉 판단(judgment)을 필요로 하는 포괄적 조항들이 있다고 하면서, 그러한 포괄적 조항들 중 가장 중요한 것의 하나로서 수정 제14조의 적법절차 조항을 들고 있다.⁷⁸⁾

Tribe 교수는 수정 제14조를 절차적 보장 조항으로 한정 해석하는 Bork 판사 등의 사법부 자체론자들이 Lochner 판결의 본뜻을 오해하고 있다고 생각한다.

“법원이 민주적으로 선출된 입법부의 권한을 자유 조항(수정 제14조를 뜻함; 인용자)의 이름으로 찬탈한 것은 오늘날 낙태권의 사법적 보호를 반대하는 많은 사법자체론 옹호자들의 관심을 불러 일으켰다. 사실, Bork 판사가 적법절차 조항은 전적으로 절차적 보장이 라고 주장한 것은 대체로 Lochner에 대한 반동이다.

그러나 Lochner의 잘못은 ‘자유’ - 노동자와 영업의 자유를 포함하여 - 를 보호하기 위하여 사법부가 개입한 데 있는 것이 아니라 ‘자유’가 요구하는 바에 대한 잘못된 이해에 있는 것이다. 헌법상 실체적 자유의 보장은 몇몇 사람들이 논하듯이 본문으로부터 부당한 이탈은 아니다. 수정 제14조 본문은 Lochner 시기에나 그 이후에도 자유에 대한 실질적 보호를 계속 제공하였다. 문제는 이 광범한 보장에 어떻게 내용(content)을 부여하는가 하는 점이다.”⁷⁹⁾

그리하여 Tribe 교수는 수정 제9조⁸⁰⁾에 따라 열거되지 않은 권리로 보호되고 있는 많은 권리의 예를 제시하면서 사생활의 권리도 그 중의 하나라고 주장한다.⁸¹⁾ 그는 1923년 이래 대법원이 인정하여온 사생활의 권리에 관한 다수의 판례를 열거하면서 Roe 판결도 그 중의 하나로 설명한다.⁸²⁾

그는 이와 같은 맥락에서 인정되는 사생활의 권리에 낙태의 자유도 포함된다는 대법원의 판결을 당연시하며, 낙태 또는 인공임신중절의 자유란 가장 쉽게 풀이하여 ‘원치 않는 어머니가 되지 않을 여성의 자유, 임신과 출산의 과정에 내재하는 독특한 희생을 당하지 않을 자유’라고 정의한다.⁸³⁾ 그는 여성에게 원치 않는 임신과 출산을 강요하는 것은 여성의 신체에 대한 명백한 침해이자⁸⁴⁾ 극단적이고 독특한 심리적 폭력이며,⁸⁵⁾ 임신의 계속을 명령하는 법은 여성의 자유와 사생활의 핵심을 빼앗는 것이라고 비판하면서, 인권과 인간 존엄성에 대한 헌법적 보호가 아주 중요한 어떤 것을 뜻한다면, 임신 여부를 결정할 자유는 개인적 사생활의 근본적(fundamental) 측면으로 여겨져야만 한다(must)고 주장한다.⁸⁶⁾

78) Tribe, 앞의 책, 83-86.

79) 위의 책, 86 (강조는 Tribe의 것).

80) “국민의 권리는 헌법에 열거되지 아니한 이유로 부인되거나 경시되지 아니한다.”

81) Tribe, 앞의 책, 88-90.

82) Tribe 교수는 1차 대전 도중 독일계 민족을 억압하려는 의도로 8학년 이전의 학생에게 외국어 교육을 금지시킨 Nebraska주법의 무효를 선언한 Meyer v. Nebraska, 262 U.S. 390 (1923) 사건을 사생활의 권리를 인정한 최초의 판례로 든다. 그밖에 Pierce v. Society of Sisters, 268 U.S. 510 (1925), Skinner v. Oklahoma, 316 U.S. 535 (1942), Loving v. Virginia, 388 U.S. 1 (1967), Griswold v. Connecticut (1965) 등을 사생활의 권리를 인정한 사례로 들고 있다. 위의 책, 92-95.

83) 위의 책, 98.

84) 위의 책, 103.

85) 위의 책, 104.

86) 위의 책, 104 (강조는 Tribe의 것).

Tribe 교수는 남녀평등의 관점에서조차 낙태의 권리에 접근한다. 그는 Roe 판결이 수정 제14조의 자유 조항에만 의존하고 있음을 아쉬워 하며 같은 수정 제14조의 평등보호 조항도 적용되어야 한다고 주장한다. 낙태규제법은 단지 여성만을 규제하는 것이기 때문이라는 것이다. 즉, 낙태규제는 평등하게 사회에 참여할 수 있는 여성의 능력에 대하여 사실적이고도 실제적인 부담을 지우기 때문에 이는 성차별로서 수정 제14조의 법의 평등보호 조항 위반이라고 한다.⁸⁷⁾ 그는 더 나아가서 낙태의 권리가 인정되지 않을 경우 낙태와 단종이 국가에 의해서 명령되는 상황에 이를지도 모른다고 심각히 우려한다. 그는 중국의 산아제한정책에 의한 강제낙태시술제도나 독일의 나치시대에 우생학적 목적 아래 실시된 단종시술의 사례와, 미국에서도 Virginia주의 단종법이 대법원의 지지 아래⁸⁸⁾ 1972년까지 존속되었음을 예시하면서, 낙태의 권리가 여성의 권리로 인정되어야만 한다고 주장한다.⁸⁹⁾

Tribe 교수는 태아의 인간성과 생명권 문제에 관하여도 소극적인 태도를 취한다. 그는 종교나 자연과학의 관점이 아니라 헌법적인 관점에서 태아가 사람인가 하는 문제를 검토한다. 그는 수정 제14조의 “미합중국에서 태어났거나 귀화한 모든 사람(person)은 …… 미합중국의 시민”이라는 조항을 기초했거나 인준한 사람들은 이 ‘사람’의 범위 안에 태어나지 않은 존재를 염두에 둔 것은 아니었다고 본다. 헌법조문은 만약 태아가 사람이라면 그는 분명히 ‘시민’은 아니라고 규정하고 있다는 것이다.⁹⁰⁾

그는 태아를 완전한 사람으로 보게 되면 임신부는 완전한 두 명의 사람이 한 몸 안에 있는 존재가 되고 다음과 같은 이상한 결론에 이르게 될 것이라고 한다. 첫째, 낙태가 살인으로 취급될 것이다. 그러나 전통적으로 낙태는 살인보다 가볍게 취급되어 왔다. 둘째, 임신으로 임신부의 생명이 위험하게 될 경우 낙태를 허용한다는 원리가 있는데 이 원리의 근거를 설명할 수 없다. Tribe 교수는 Roc 판결에서 소수의견을 냈던 Rehnquist 판사까지도 이 원리를 암묵적으로 인정하고 있는데, 태아가 사람이라면 이런 예외를 어떤 논리로써 정당화할 수 있느냐고 반문한다. 셋째, 태아가 사람이라면 피임방법도 합헌적인 것과 위헌적인 것이 있게 된다. 수정된 난자 즉 태아의 생명을 박탈할 수 없게 되므로 피임방법의 선택의 자유가 없어지게 될 것이고 그렇게 되면 과거의 피임에 관한 대법원의 판결들은 바뀌어야 할 것이라고 한다. 넷째, 냉동보존된 수정란은 수정 순간부터 사람이므로, 언제까지 보존되어야만 하는가 하는 문제가 생긴다. 국가는 언제까지 이를 폐기하지 못하도록 보호해야 할 것이지 불분명하다는 것이다. 다섯째, 복지혜택의 분배 같은 경우 태아를 이미 출생한 아이와 다르게 취급할 수 없게 된다. 태아 사이에도 건강하고 정상적인 경우와 그렇지 않은 경우가 있을 수 있는데 국가가 이들에 대하여 어떤 차별적인 조치를 하게 되면 헌법의 평등보호 위반이 될 것이기 때문이다.⁹¹⁾

그는 국가가 태아를 사람으로 인정하게 되면 국가에 의한 강제적 수정란 추출이나 대리모 또는 인공자궁의 제공 등의 방법으로 임신부 통제가 가능하게 될 것이라고 하면서

87) 위의 책, 105, 131-135.

88) Buck v. Bell, 274 U.S. 200, 47 S.Ct. 584, 71 L.Ed.2d 1000 (1927). 명백히 사회적으로 적합하지 않은 저능아에 대한 단종시술은 합헌이라고 판단한 사건. 이 결정은 근본적 권리에 대한 규제는 엄격심사(strict scrutiny)를 거쳐야 한다는 원칙이 확립되기 전의 것으로써, 이미 사생활의 권리를 근본적 권리로 보고 있는 오늘날에도 이 결정이 유지될 수 있을 것인지는 회의적이다. Rotunda & Nowak, 앞의 책, 300-301 참조.

89) Tribe, 앞의 책, 111-112.

90) 위의 책, 120.

91) 위의 책, 121-125.

Webster 판결의 파장을 우려한다.⁹²⁾

Tribe 교수는 Ely 교수의 태아의 헌법상 권리론에 대하여도 반박한다. 시위자가 사람이 아닌 개를 죽이거나 징집영장을 불태우는 행위도 처벌대상이 된다는 Ely 교수의 논거에 대하여, 시위자의 근본적인 항의의 자유에는 개를 죽이는 등의 행위를 필요로 하지 않지만 임신부가 아이를 원치 않을 때에는 낙태 이외의 대안이 없다는 점을 간과하고 있다고 비판한다.⁹³⁾

그리하여 Tribe 교수는, Roe 판결은 태아의 생명을 중단시킬 권리를 보장한 것이 아니며, 단지 여성이 임신중단의 권리를 행사하기를 원한다면 생존가능 시점 이전의 태아에 대한 낙태는 그에 따른 피할 수 없는 결과가 된다는 것일 뿐이라고 본다.⁹⁴⁾

Tribe 교수는 여성의 권리를 지지하지만 극단적인 여성운동가들의 견해에는 찬성하지 않는다. 여성운동가 중에는 여성은 자신의 신체를 통제할 수 있는 절대적 권리를 보유하며 태아는 임신부가 그것을 독자적 존재로서 가치 있게 여기기를 선택하지 않거나 선택하기 전까지는 단지 생체조직(tissue)일 뿐이고 도덕적으로 의미가 없는 여성의 일부일 뿐이라고 생각하는 경우가 있다고 한다. Tribe 교수는 이런 견해는 여성만을 생각하는 일방적 견해일 뿐이라고 비판하면서, 여성과 태아의 양측면을 동시에 고려해야 한다고 주장한다. 그는 Roe 판결은 도덕과 법적 고려, 여성과 태아의 이익 모두를 고려한 결정이라고 하며 전체적으로 Roe 판결을 지지한다.⁹⁵⁾ 그는 더 나아가서 Casey 판결을 평가하면서 Casey 판결의 상대다수의견은 여성의 자유와 평등의 권리를 강조함으로써 Roe에서보다 헌법적으로 더 굳건한 낙태선택의 권리에 대한 법학적 기초를 제공하였다고 찬양하고 있다.⁹⁶⁾

IV. 분석과 평가

1. 판례 : 낙태권리의 지지

Roe 판결 이래 정부에 의한 낙태규제는 독자적인 사법심사의 대상이 되어 왔다. 낙태규제의 합헌성을 판단하기 위하여 사용할 심사의 기준으로서 Roe 판결에서는 ‘중요한 이익’ 테스트를 적용하였다. 낙태규제입법은 임신부의 건강보호 또는 생존가능한 태아의 건강과 존재가 ‘중요한 이익’이 되도록 좁게 규정될 때에 합헌이라는 것이다.

한편, Roe 판결에서는 유명한 3분기 분석틀이 제시되었다. 임신의 전기간을 3기로 나누어 첫 3분기 동안에는 허가받은 의사에 의해서 낙태가 이루어져야 한다는 제한요건 이외에 정부는 낙태의 자유를 침해할 수 없다. 여성의 낙태선택의 권리는 근본적인(fundamental) 권리인 사생활에 관한 권리의 일부이므로 이를 보호하는 것이 중요한 이익이 된다. 3분기의 둘째 기간에는 임신부의 건강을 유지·보호하기 위해서만 정부가 낙태를 규제할 수 있을 뿐이다. 이 시기의 중요한 이익은 임신부의 건강보호이다. 마지막 3분기는 태아가 모체 밖에서 생존할 수 있는 시기인데, 이 시기에 정부는 임신부의 생명이나 건강

92) 위의 책, 126-128.

93) 위의 책, 114.

94) 위의 책, 115.

95) 위의 책, 137-138.

96) 위의 책, 256.

을 유지하기 위하여 필요한 경우 이외에는 태아의 생명을 보호하기 위하여 낙태를 규제 또는 금지할 수 있다. 이 때에는 태아의 생명보호가 중요한 이익에 포함된다.

70년대와 80년대에 대법원은 분명하지는 않지만 이 심사기준을 대체로 준수한 것처럼 보인다. 즉 임신부나 생존가능한 태아를 보호할 목적과 밀접히 연관되지 않고 임신부의 낙태선택의 권리를 침해하는 낙태규제는 위헌으로 선언되었다. 그러나 1989년의 Webster 판결은 명시적인 것은 아니었지만 Roe 판결의 3분기 분석틀을 따르지 않음으로써 Roe 판결을 반복한 것으로 이해되었다. 그러다가 1992년, Roe 판결을 재확인한 Casey 판결에서 대법원은 다수의견은 아니었지만 3인의 상대적 다수의견(plurality opinion)을 통해서 '부당한 부담' 테스트를 제시하였다. 낙태에 대한 규제는 여성의 선택의 자유에 대한 부당한 부담을 지우지 않을 때에만 합헌이며, 그것이 여성의 선택에 대하여 '실체적 장애'를 주는 경우에는 부당한 부담이 되어 위헌이라는 것이었다.

이와 같이 지난 20년간의 낙태문제에 관한 미연방대법원의 판례가 확인하고 있는 논지는 다음과 같이 요약할 수 있다.

우선 여성의 낙태의 권리는 헌법상 보장된 근본적 권리인 사생활에 관한 권리의 일부라는 점이다. 둘째, 태아는 헌법상 보장되는 완전한 자유와 권리의 주체인 사람(person)으로 인정되지 않는다는 점이다. 셋째, 태아의 생명이 중요한 의미를 가지게 되는 시점이 있는데, 그것은 태아가 모체 밖에서 독자적으로 생존가능하게 되는 때이다. 따라서 일부 주의 법규정에도 불구하고 태아의 생명은 사람의 생명과 같은 헌법적 중요성을 가지지 못하므로 여성의 사생활의 권리와 충돌될 때 이를 능가하지 못한다. 그리고 태아가 독자적으로 생존가능한 시점 이전에는 극히 제한된 경우를 제외하고는 정부가 낙태에 대한 규제를 할 수 없다. 태아의 독자적 생존가능 시점에 관해서 Roe 판결에서는 3분기 분석틀에 의하여 마지막 3분기가 그 시점이라고 하였으나 그 이후 판결들에서는 이 시점이 엄격하게 지켜 지지는 않았고, 임신부의 상황과 의사의 판단에 따라 차이를 인정하여야 한다는 논지도 상당수 제기되었다. 이 생존가능 시점 이후 태아의 생명은 여성의 건강과 같은 정도로 국가의 보호를 받을 수 있다.

그러나 위의 판결들은 태아가 완전한 의미의 사람이 아니라는 점을 제외하고는⁹⁷⁾ 대부분 5:4와 같은 근소한 표차로 결정된 것이므로 이 조합은 언제든지 바뀔 가능성이 있다. Roe 사건 당시의 7:2의 결정은 1983년 Akron 사건에서는 O'Connor 판사의 가담으로⁹⁸⁾ 6:3으로 변경되었고, 1986년의 Thornburgh 사건에서는 5:4로 줄었다. 이 때 법관의 변화는 없었고 Burger대법원장이 태도를 변경한 것이었다. 1989년 Webster 사건에서는 이 조합이 4:5로 변경되었다. 그 사이에 Reagan 대통령이 Burger 대법원장과 Powell 판사의 후임으로 각각 Scalia(1986)와 Kennedy 판사(1987)를 임명하였는데 이들이 모두 Roe의 반대편에 섰던 것이다.

Bush 대통령은 임기중 2명의 판사를 새로 임명하였다. Brennan 판사와 Marshall 판사의 후임으로 임명된 Souter 판사(1990)와 Thomas 판사(1991) 중 Thomas 판사는 Roe의

97) 종교적·도덕적 관점에서 태아도 사람으로 볼 수 있다는 논지는 많이 있으나, 법적인 관점에서는 태아를 사람으로 보지 않는 것이 미국에서는 일반적이다. 미연방대법원 판사들 중 어느 누구도 이점에 관하여는 의문을 제기하지 않았다.

98) 1981년 Stewart 판사의 은퇴 이후 Reagan 대통령이 Sandra Day O'Connor 판사(여)를 임명하였는데, 그녀는 취임후 첫 낙태사건이었던 이 사건에서 Rehnquist, White 판사와 함께 소수의견에 가담하였다. O'Connor 판사는 보수주의 성향을 가지고 있으나 Casey 결정에서 나타난 바와 같이 여성의 권리 문제에 관한 한 예측할 수 없는 횡편이다.

반대편에 서 있지만 Souter 판사는 O'Connor, Kennedy 판사와 함께 1992년의 Casey 사건에서 Roe를 지지하는 입장에 섬으로써 조합은 다시 5:4로 바뀌었다.

현재는 1993년, 1994년에 은퇴한 White 판사와 Blackmun 판사의 후임으로 Clinton 대통령에 의해 Ginsburg 판사와 Breyer 판사가 임명됨으로써 이 조합은 6:3으로 벌어진 것으로 보인다.⁹⁹⁾

현재로서는 대법원의 판사 구성상황으로 볼 때, O'Connor 판사 등이 제창하고 있는 '부당한 부담 테스트'가 대법원의 낙태규제입법을 심사할 가장 유력한 기준으로 생각된다. 그러나 이 테스트 하에서 사법부가 항상 낙태의 권리를 보호하리라고 예측할 수는 없다.¹⁰⁰⁾

Casey 판결 이후 낙태에 관한 결정적인 판례는 아직 나온 바가 없고,¹⁰¹⁾ 현재 정치적인 합의도 형성되어 있지 않은 마당에서 앞으로의 판결을 정확히 예측하기는 지극히 어려운 형편이다.

2. 학설 : 세계관적 대립

이 글에서는 낙태규제 문제에 관하여 미국 헌법학계의 수많은 학자들 중에서 Ely, Tribe 교수와 Bork 판사의 견해만을 살펴 보았다. Ely 교수는 미 연방대법원의 Roe 판결에 대하여 최초로 장문의 정치한 비판논문을 발표하여 이후 미국 헌법학계의 낙태문제 논쟁에 발미를 제공한 학자이며,¹⁰²⁾ Tribe 교수와 Bork 판사는 이 문제에 관하여 대립적인 입장에 있는 대표적인 이론가들이기 때문에, 이들의 견해만을 살펴보아도 미국 헌법학계의 논의의 주요한 흐름은 알 수 있다고 생각하였기 때문이다.

Ely 교수와 Bork 판사는 대법원의 Roe 판결을 반대한다. Bork 판사의 비판이 좀 더 강하기는 하지만 두 사람의 기본적인 태도는 거의 같다. 그들은 대법원이 Roe 판결에서 인정하고 있는 여성의 낙태의 권리는 헌법에서 이끌어낼 수 없는 권리라고 본다. 즉, 법원이 헌법에 명문으로 규정되어 있지도 않고 헌법해석을 통하여 발견해 낼 수도 없는 권리를 이끌어 냄으로써 법원이 마땅히 하여야 할 권한 밖의 권한, 즉 국민의 대표기관이자 국민에 의하여 민주적으로 구성된 입법부가 행사하여야 할 입법권을 행사하였다는 것이다.

이에 반하여 Tribe 교수는 Roe 판결을 지지한다. 그는 법원이 헌법을 해석함에 있어서 헌법기초자의 의도의 범위내에서만 해석할 수는 없다고 한다. 기초자의 의도라는 것 자체가 불분명할 뿐 아니라 추상적이고 포괄적인 헌법조문은 법원의 폭넓은 해석을 필요로 하

99) White 판사의 후임으로 임명된 Ruth Baden Ginsburg 판사(여)는 성차별 반대자로 알려져 있다.

100) Tribe 교수는 '부당한 부담' 심사가 너무 주관적이고 취약하며 어느 시점에서 하나의 규제에만 너무 초점을 맞추기 때문에 낙태규제나 제한에 대한 적절한 보호장치로서 신뢰할 수 없다고 한다. 앞의 책, 251-252.

101) Casey 판결 직후 2개의 낙태규제에 관한 판결이 더 있는데 그것은 Casey 판결의 내용, 즉 여성의 헌법상의 권리행사에 대한 장애라고 생각되는 낙태규제는 위헌이라는 논지를 유지한 것이었다. *Ada v. Guam Society of Obstetricians and Gynecologists*, 506 U.S. 1011, 113 S.Ct. 633, 121 L.Ed.2d 564 (1992); *Fargo Women's Health Organization v. Schaffer*, ___ U.S. ___, 113 S.Ct. 1668, 123 L.Ed.2d 285 (1993). 이에 관한 설명은 Rotunda & Nowak, 앞의 책, 1994 Pocket Part, 52-53의 주 27.130 참조.

102) Ely 교수가 *Yale Law Journal*에 발표한 논문, "The Wages of Crying Wolf : A Comment on Roe v. Wade" 는 *Yale Law Journal* 제100권 기념호에서 특집으로 조사한 바에 의하면, 1956년부터 당시 (1989년)까지 그 잡지에 실린 논문 중에서 3번째로 많이 인용당한 논문으로 밝혀졌을 만큼 유명한 논문이다. Fred R. Shapiro, "The Most-Cited Articles from *The Yale Law Journal*," *Yale Law Journal*, Vol.100, No.5, March 1991, 1462 참조.

기 때문이라는 것이다. 지난 수세기 동안 이미 법원은 많은 권리들을 헌법해석을 통해서 발견해 내었고 이는 일반적으로 인정되고 있는 사실이라고 전제하면서 여성의 낙태의 권리도 헌법해석을 통해서 충분히 이끌어낼 수 있는 권리라고 한다.

이와 같이 Ely 교수와 Bork 판사의 주장과 Tribe 교수의 주장은 헌법해석철학에 있어서 서로 정면으로 맞서고 있다. 이는 헌법해석에 있어서 이른바 주석주의(interpreticism)와 비주석주의(noninterpreticism)의 대립임을 이미 소개한 바 있지만, 낙태의 권리의 인정 여부에 대하여도 두 입장은 날카롭게 맞서고 있는 것이다. 주석주의의 입장을 취하는 학자들은 대체로 낙태의 권리를 인정하지 않고, 비주석주의의 입장을 취하는 학자들은 대체로 낙태의 권리를 인정하는 경향이다. 이러한 헌법해석관은 사법철학에 있어서 진보주의 대 보수주의, 좀더 자세하게는 사법적극주의와 사법소극주의로 나뉘기도 한다. 말할 것도 없이 전자는 비주석주의 헌법해석관과, 후자는 주석주의 헌법해석관과 각각 연결된다.

우리는 여기서 미국 헌법학계의 사법적극주의와 소극주의, 헌법해석에 있어서 주석주의와 비주석주의의 대립에 관하여 상세히 살펴보지는 않으려고 한다. 그것은 이 글의 직접 목적도 아니며, 그것은 또한 미국이라는 특수한 헌법상황에서 발전된 사법철학이자 헌법해석관이어서 우리가 본격적으로 다루기에는 다소 무리가 있다고 생각되기 때문이다.¹⁰³⁾ 그러므로 낙태의 권리가 헌법으로부터 이끌어내어질 수 있는 권리인가, 그리고 그 권리는 제한에 있어서 엄격심사를 거치지 않으면 안되는 근본적 권리인가 여부에 관하여는 논하지 아니하고, 여기서는 다만 미국의 낙태규제 문제에 관한 헌법학계의 논쟁에는 단순히 낙태의 권리와 태아의 생명권의 대립 이상의 헌법해석철학 내지 사법철학의 대립이 있다는 점만을 지적하는데 만족하기로 한다.

그러나 태아의 권리에 관하여는 좀더 살펴볼 필요가 있다. 미국의 학설이나 판례에서는 여성의 권리에 비하여 태아의 생명에 대하여는 지나치게 소홀히 다루고 있다는 느낌을 갖게 한다.

미국의 학계나 법조계에는 법원의 판례를 지지하는 사람들이 다수인 것 같다.¹⁰⁴⁾ 판례는 이미 살펴 보았지만, Tribe 교수는 태아를 완전한 의미의 사람으로 볼 수 없는 이유를 열거하면서, 낙태의 권리의 근본적 권리성을 인정한 결과 낙태라는 결과는 피할 수 없는 선택이라는 점을 강조한다. 그의 논리도 태아의 인간성을 인정하지 않기 때문에 가능한 것임은 물론이다.

사람의 시점이 언제인가 하는 문제는 생리학적·의학적으로 확정할 수 있는 문제는 아니다. 아마도 어느 시점에서 매듭을 지어야만 할 필요 때문에 생겨난 것이 독자적 생존가능시점이란 이른바라고 생각되는데, 미국 판례에서도 Roe 판결 이후에는 엄격한 3분기 분석틀을 사실상 포기한 데서도 드러나듯이 생존가능시점이란 것은 분명한 것은 아니다. 결

103) 물론 이들 논쟁이 우리 헌법철학이나 이론의 형성에 도움이 될 수 있음을 부정할 생각은 없다. 우리나라 헌법재판소가 활동을 시작하지 벌써 10년이 되었고 판례의 축적도 어느정도 이루어지고 있어 이제는 우리 나름의 헌법해석철학이나 이론의 정립이 필요한 시점에 이르렀다. 미국의 이론에 대한 연구가 우리의 헌법재판이론에 어떤 경로로든 도움이 될 수 있으리라는 것은 의심의 여지가 없다. 그러나 이 이론이 우리 헌법현실에 직접 적용될 수 있으리라고는 생각되지 않는다. 헌법구조와 체계, 현실이 미국과 다른 우리나라에 어떤 여과나 변형이 없이 미국의 이론이 적용될 때에는 득보다 실이 더 크다고 생각되기 때문이다. 이에 대하여는 별도의 깊은 연구와 논의가 필요하다고 생각된다.

104) Webster 사건에서 참고진술인(amicus)의 한 보고에 의하면, 미국에서 885명의 법학교수들이 여성의 임신 여부 결정권을 헌법상의 자유와 사생활의 본질적 요소로 보고 있고, 1990.2.14의 New York Times에 의하면 미국변호사협회(ABA)도 사생활과 평등의 근본적 권리에는 임신중절의 결정을 포함한다는 결정을 채택하였다고 한다. Tribe, 앞의 책, 82 참조.

국 판례는 여성의 낙태의 권리와 태아보호라는 두 가치의 절충안일 뿐이다. 그러나 이 이론에서 결정적으로 놓치고 있는 것은 태아를 무슨 근거로 보호하는가 하는 점이다. 태아가 단순히 완전한 의미의 사람이 아니라면 굳이 임신기간 도중의 어떤 시점 이후에 국가가 중요한 이익을 가져야 할 이유가 없기 때문이다. 이는 두 주장 사이에서 기술적·정책적 해결책을 찾으려 한 것일 뿐 헌법철학적이거나 헌법이론적 근거는 없다고 생각된다.

Tribe 교수의 논거도 그다지 설득력이 있어 보이지는 않는다. 그가 들고 있는 태아를 사람이라고 볼 수 없는 여러 가지 논거는 주로 현재의 제도와와의 상충에서 찾고 있는데, 그것은 기술적·정책적으로 결정된 제도와 철학적·이론적 근거를 혼동하고 있는 것이다. 한 예로써 낙태죄와 살인죄의 구별은 태아를 사람으로 보지 않기 때문이라고 생각되지는 않는다. 그것은 낙태를 모두 살인으로 다룰 때 생겨날 전과자의 양산문제, 살인이 가지는 사회적 해악성과 비난가능성과 낙태의 그것은 다르기 때문에 차별적으로 다루어야 할 필요성 등의 판단에서 나온 결과라고 보아야지, 본질적으로 태아와 사람을 구별하기 위하여 그런 것은 아닐 것이다. 산모와 태아간의 선택의 문제는 권리간의 충돌·이익형량 등을 고려한 결과라고 보아야 하며, 피임방법이나 냉동수정란의 문제들은 앞으로 더 연구가 필요한 미해결 분야라는 점을 감안한다면, Tribe 교수의 논거는 상당한 문제점을 가지고 있다고 할 것이다.

여성 평등의 관점도 우리는 받아들일 수 없다. 여성이 가지는 생리적·신체적 특성에 따른 차별은 본질적으로 불평등의 문제가 아니다. 여성에 대한 생리휴가나 징집면제 등은 불평등이 아닌 것처럼 여성만이 임신·출산할 수 있다는 것이 여성만에 대한 차별적 희생은 아닌 것이다. 그 때문에 생기는 사회적 차별은 여성에 대한 특별한 보호나 배려로 해결해야지 낙태의 권리를 보장함으로써 해결하려고 해서는 안된다. 그것은 다른 권리를 희생시킨다는 점을 간과한 것이다.

V. 맺는말

우리는 태아도 '사람'임을 다시 한 번 강조해야만 한다고 생각한다. 사체를 단순한 물건으로 다루지 않듯이 태아도 단순한 생물체는 아니다. 미국 판례나 학설들이 태아의 사람임을 부정할 수 있을만한 설득력 있는 이론은 아니다. 이 문제에 관한 한, 판례나 학설들이 주장하고 있는 것은 기술적·정책적 고려에서 나온 것이지 정치한 이론적 탐구의 결과라고는 생각되지 않는다. 태아는 분명히 그리고 '곧' 사람이 될 존재일 뿐 아니라 그 자체로도 사람이라고 볼 수밖에 없는 존재이다.

미국에서 낙태 문제는 대통령이나 국회의원 후보자들의 경우에 반드시 자신의 입장을 밝혀야 하는 정치적 문제 중의 하나로 인식되고 있으며,¹⁰⁵⁾ 연방대법원 판사로 지명될 때에도 청문회에서 반드시 넘어가야 할 관문으로 여겨질 정도로 중요한 문제이다. 그러한 만큼 미국에서는 대법원의 판례와 학설들 뿐만 아니라 낙태규제입법들까지도 다양성과 깊이를 갖추어 제시되고 있다. 특히 미국 헌법학계의 낙태규제 논쟁은 전체적으로 낙태규제 자체 뿐 아니라 헌법해석철학의 대립까지를 포함하는 대단히 깊이 있는 학문적 논쟁임을 보

105) 1996년도 미국 대통령 선거에서 각 당의 선거공약에도 이 문제는 포함되어 있다. 알려져 있다시피 대체로 공화당의 당론은 낙태규제 찬성론이고 민주당은 낙태규제 반대의 입장을 취하고 있다.

여주고 있다. 그러나 미국의 판례나 다수설의 입장은 미국 특유의 자유주의적이고 프로그
마틱한 사상의 소산이어서 우리가 수용하기에는 무리한 측면이 많다는 점도 아울러 밝혀
두어야 하겠다.

우리나라에서의 낙태 문제에 관한 입법과 이론들은 미국의 그것에 비하면 대단히 단순
하고 조야하다는 것이 솔직한 고백일 것이다. 이 글은 이에 대한 학문적 연구와 정리의 필
요성을 제기하는 의미에서 씌어진 것이다.