

미국 낙태제한입법의 흐름: 심장박동법과 향후 전망*

황 태 정**

국 | 문 | 요 | 약

여성의 자기결정권과 태아의 생명보호라는 인간의 근본적 가치를 둘러싸고 문제되는 낙태 관련 이슈는 정치·경제·사회·문화 등 다양한 맥락을 아우르는 민감한 사회적 논제이다. 미국에서 낙태의 제한을 위한 입법적 시도는 종교적 색채와 보수적 성향이 강한 주들을 중심으로 꾸준히 이루어져 왔으나, 이들은 대부분 수정헌법상 사생활의 자유와 이에 터잡아 임부의 자기결정권을 존중하는 연방대법원 판례의 벽을 넘지 못하고 무산되었다.

이러한 상황에서 미국에서는 2013년 이후 이른바 ‘심장박동법’(Heartbeat Law)의 입법을 통해 낙태 제한의 목적을 달성하려는 입법적 움직임이 확산되고 있다. 생명을 상징하는 ‘심장박동’을 기준으로 낙태의 허용·금지 여부를 결정해야 한다는 이 주장은 절대적 가치인 생명의 존중에 대한 호소를 통해 낙태를 금지하거나 제한하려는 시도의 하나라 할 수 있다. 법원의 결정에 의한 유사한 법률들의 잇따른 무력화에도 불구하고 이러한 입법적 시도가 미국 전역으로 확대되면서, 최근에는 법률의 무력화를 회피하기 위한 입법적 우회로가 동원되는 등 임부의 자기결정권과 태아의 생명보호 사이의 균형 붕괴에 대한 우려가 커지고 있다.

우리나라는 2019년 낙태죄에 대한 헌법재판소의 헌법불합치결정과 이후 입법촉구기간의 도과에 따라 낙태에 대한 입법적 공백이 지속되고 있다. 맥락은 다소 다르지만 미국과 마찬가지로 그 해결을 위한 해안이 필요한 상황이다. 이 글은 이러한 문제의식에서 미국의 낙태 관련 입법과 판례의 동향에 대한 분석을 통해 향후 낙태의 허용과 제한의 기준에 관한 아이디어를 모색해 보고자 하였다.

DOI : <https://doi.org/10.36889/KCR.2021.12.31.4.91>.

❖ 주제어 : 낙태, 낙태권, 생명권, 태아보호, 심장박동법

* 이 논문은 2021학년도 경기대학교 연구년 수혜로 연구되었음.

** 경기대학교 경찰행정학과 교수, 법학박사.

I. 들어가며

미국이 낙태를 둘러싼 논쟁으로 달아오르고 있다. 2021년 9월 1일 0시를 기해 낙태 행위를 사실상 전면 금지하는 ‘텍사스 심장박동법’(Texas Heartbeat Act)이 발효되어 시행에 들어감으로써, 미국에서 50년 만에 낙태의 허용과 금지를 둘러싼 논쟁이 재점화 된 것이다. 법률의 이름 그대로 태아의 심장박동 감지가 가능해지는 임신 6주차 이후 낙태의 전면 금지를 핵심적 내용으로 하는 이 법은, 사생활의 자유라는 헌법적 권리에 기초하여 낙태의 자유에 대한 제한을 최소화해 왔던 기존 연방대법원 판례에 정면으로 배치되는 것이라는 점에서 적지 않은 파장을 예고하고 있다. 이로써 1973년 *Roe v. Wade* 판결 이후 반세기 동안 헌법적으로 보장되어 온 임신의 지속 여부에 대한 여성의 자기결정권은 중대한 도전을 받게 되었다.

여성의 자기결정권과 태아의 생명보호라는 인간의 근본적 가치를 둘러싸고 문제되는 낙태 관련 이슈는 정치·경제·사회·문화 등 다양한 맥락을 아우르는 민감한 사회적 논제이며, 이에 대한 찬반은 진보와 보수를 가르는 척도로까지 여겨지고 있다. 미국에서 낙태의 제한을 위한 입법적 시도는 종교적 색채와 보수적 성향이 강한 주들을 중심으로 꾸준히 이루어져 왔으나, 이들은 대부분 수정헌법 규정과 이에 터잡은 연방대법원 판례의 벽을 넘지 못하고 무산되었다. 그러나 미국 남부 보수주의의 아성으로 불리는 텍사스주의 이번 입법은 그러한 실패의 교훈을 거울삼아 헌법 위반의 소지를 회피하면서 낙태 금지를 위한 법적 우회로를 만들었다는 평가를 받고 있으며, 로이터 통신은 이를 ‘미국 보수주의자들의 승리’라고 표현하고 있다.

아래에서는 미국에서의 낙태 관련 논의의 역사와 미국 낙태제한입법의 새로운 흐름인 심장박동법의 최근 입법동향, 그리고 가장 최근인 2021년 서명·발효되어 가장 많은 논란을 야기하고 있는 텍사스 심장박동법의 내용과 그에 대한 평가를 간략히 살펴봄으로써, 향후 우리나라 입법에서의 아이디어를 모색해 보기로 한다.

II. 기존 상황과 판례이론의 변화

1. 기존의 상황

종교적 가치관이 일상에 미치는 영향이 컸던 미국 사회에서 ‘생명’은 창조주의 영역에 속하는 것이었다. 인간 생명의 기원과 발현에 대한 인간의 간여는 허용될 수 없는 일이었고, 따라서 종래 미국에서는 임신 이후 태아의 낙태는 물론 임신 여부에 대한 인위적 관여 또한 법적 금지의 대상이었다. 그러나 개인의 사생활 자유에 대한 존중의 요청이 커지면서 이러한 사회적 인식에도 조금씩 변화의 바람이 불기 시작하였다.

미국 연방대법원은 1960년대 중반 이후 수정헌법상의 권리장전으로부터 도출되는 프라이버시권 또는 평등보호조항의 침해 등을 이유로, 개인의 임신과 출산의 자유를 제한하는 일련의 주법들에 대하여 위헌을 선언한 바 있다. 결혼한 부부의 피임약·피임도구 등 사용을 금지하던 코네티컷주법에 대한 위헌판결¹⁾, 미혼자에 대한 피임약 배포를 금지하던 매사추세츠주법에 대한 위헌판결²⁾ 등이 대표적인 예이다.

2. Roe v. Wade 판결

임신과 출산 문제에 대한 연방대법원의 이러한 시각은 1973년 임부의 생명 보호를 위한 경우 외에 낙태를 전면 금지하고 있던 텍사스주법에 대한 위헌판결³⁾을 통해 확립된 법리로 자리잡았다. 연방대법원은 이 역사적인 판결에서 ① 임부가 낙태 여부를 결정할 수 있는 권리는 수정헌법 제14조의 적법절차조항(Due Process Clause)과 이로부터 도출되는 프라이버시권(right of privacy)을 근거로 한다는 점, ② 그러나 이러한 임부의 권리는 무제한적인(unqualified) 것은 아니고 여성의 건강과 태아의 생명을 보호하려는 주정부의 이익(interests)과 균형을 이루어야 한다는 점, ③ 다만 낙태를 선택할 수 있는 임부의 권리는 근본적인(fundamental) 것이므로, 주정부의 낙태제한입법은 가장 높은 수준의 사법심사기준인 ‘엄격심사기준’(strict scrutiny standard)에 따라 평가될 것을 요

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

2) Eisenstadt v. Baird, 405 U.S. 438 (1972)

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

한다는 점 등 낙태의 허용 및 제한과 관련된 중요한 법리들을 제시하였다.

판결은 일명 ‘3분기구분법’(Trimester Framework)이라 불리는 임신기간의 구분에 따라 낙태의 자유와 제한 사이의 균형을 도모하기 위한 기준(balancing test)을 제시하였다. 주정부는 임신기간 중 1/3분기에는 의사에 의한 시술 등 최소한의 의학적 안전장치(minimal medical safeguards) 외에는 임부의 낙태권에 대한 제한을 전혀 가할 수 없고, 2/3분기에는 임부의 건강을 위해 필요한 합리적인 규제를 할 수 있으며, 당시 의료기술 수준에서 태아의 독자적 생존이 가능해지는(viable) 3/3분기부터는 임부의 생명과 건강을 보호하기 위한 경우를 제외한 모든 낙태를 제한 또는 금지할 수 있다는 것이다. 임부의 권리와 태아의 생명보호를 위한 합리적 절충안이라는 호평과 이 둘 모두를 포기한 무책임한 타협안이라는 혹평을 동시에 받으며 거센 사회적 논란을 일으켰던 이 판결은, 그럼에도 불구하고 이후 관련 분야 입법의 중요한 모델이 되어 왔다.

3. 이후의 대응

Roe v. Wade 판결 이후 각 주정부는 임신 3/3분기를 제외한 낙태의 사실상 전면 허용이라는 초유의 사태에 대응하기 위한 대책 마련에 부심하였다. 각 주는 Roe v. Wade 판결에 반하지 않는 범위 내에서 우회적으로 낙태를 제한하기 위한 다양한 형태의 법률을 제정하거나 제정하고자 시도하였다. 낙태시술을 위해 배우자 또는 부모(미성년자의 경우)의 동의 또는 그에 대한 통지를 요구하는 법률, 낙태시술을 일반 클리닉이 아닌 병원에서만 할 수 있도록 요구하는 법률, 낙태에 대한 연방정부 또는 주정부의 자금 지원을 금지하는 법률, 낙태 전 숙려기간(waiting periods)을 요구하거나 낙태 전 일정한 문건을 읽고 태아 초음파를 볼 것을 의무화하는 법률, 이른바 부분출산낙태(partial-birth abortion)를 금지하는 법률 등이 그 예이다. 연방대법원은 큰 틀에서는 Roe v. Wade 판결의 기본취지에 터잡아 각 주법에 의한 이러한 낙태제한조치를 대부분 위헌으로 선언했지만, 몇몇 사례에서는 이를 합헌으로 보는 등 구체적 사안에 따라 다른 판단을 내리고 있다.

먼저 낙태에 대한 이해관계인의 동의나 통지와 관련하여, 연방대법원은 낙태에 앞서 배우자 또는 부모(18세 미만 미혼자의 경우)로부터 사전 서면 동의를 받도록 규정한 미

주리주법에 대하여 위헌을 선언한 바 있다.⁴⁾ 또한 18세 미만자가 낙태를 하는 경우에는 부모의 학대·방임이 있었고 그 사실을 관계당국에 신고한 경우가 아닌 한 부모 쌍방에 대한 통지를 요구하고 있던 미네소타주법 규정에 대해서도 같은 취지에서 위헌이 선언되었다.⁵⁾ 다만 미네소타주법의 경우 법원의 결정으로 부모 일방에 대한 통지를 대체할 수 있는 사법적 우회로(judicial bypass)가 있는 경우에는 이를 합헌이라고 보았으며, 이와 아울러 부모에 대한 통지 후 48시간의 경과를 요구하는 규정 또한 합헌으로 선언되었다.

낙태시술에 대한 공적 자금·시설 등의 지원이 적절치 않다는 데는 상당한 공감대가 형성되어 있는 것으로 보인다. 연방대법원은 일정한 예외사유를 제외하고는 낙태시술에 연방 Medicaid 기금의 사용을 제한한 사회보장법(Social Securities Act) Title 19의 1976년 수정안(이른바 ‘Hyde Amendment’)에 대해서는 합헌 결정을 내렸고,⁶⁾ 유사한 맥락에서 낙태시술을 위한 연방 공무원 및 시설의 사용 금지 및 임신 24주 이후 태아의 독자적 생존가능성(viability)에 대한 의사의 확인의무를 규정한 미주리주법 역시 합헌으로 판단하였다.⁷⁾

낙태 자체의 금지가 아니라 특정한 낙태의 방법을 금지하는 입법적 시도도 있었다. 연방대법원은 2000년 4월 이른바 ‘부분출산낙태’(partial-birth abortion)⁸⁾를 금지한 네브래스카주법 규정에 대하여 규정의 모호성, 임부의 건강에 대한 고려 미비 등이 임부의 선택에 대한 ‘과도한 부담’이 된다는 이유로 위헌을 선고한 바 있다.⁹⁾ 그러나 부시 행정부는 2003년 11월 오히려 연방법 차원에서 이와 유사한 내용을 규정한 ‘부분출산낙태금지법’(Partial-Birth Abortion Ban Act of 2003)을 입법하였는데(18 U.S.C. 1531¹⁰⁾),

4) Planned Parenthood v. Danforth, 428 U.S. 52 (1976)

5) Hodgson v. Minnesota, 497 U.S. 417 (1990)

6) Harris v. McRae, 448 U.S. 297 (1980)

7) Webster v. Reproductive Health Services, 492 U.S. 490 (1989)

8) 법률적 정의로는 ‘낙태를 실시하는 사람이 모체에서 부분적으로 배출된 살아 있는 태아를 사망케 할 명시적 행위를 할 목적으로 태아의 상태가 정위(head-first presentation)인 경우 태아의 머리가 모체 외로 배출될 때까지, 역위(breech presentation)인 경우 태아의 배꼽을 넘어서는 신체부위가 모체 외로 배출될 때까지 의도적·고의적으로 질을 통한 분만(vaginally delivers)이 이루어지도록 하는 행위 또는 분만의 완료 외에 부분적으로 배출된 살아 있는 태아를 사망케 하는 명시적 행위를 하는 것’을 의미한다(18 U.S.C. 1531).

9) Stenberg v. Carhart, 530 U.S. 914 (2000)

10) 18 U.S.C. 1531: Partial-birth abortions prohibited

(b) As used in this section-

(1) the term “partial-birth abortion” means an abortion in which the person performing the

이 법은 예상대로 큰 반발을 불러일으키며 캘리포니아북부, 뉴욕남부, 네브래스카 등 세 곳의 연방지방법원에 제소되었다. 연방지방법원과 연방항소법원은 모두 *Stenberg v. Carhart* 판결의 취지대로 동법에 대해 위헌을 선고하였다. 그러나 연방대법원은 해당 연방법 규정이 위헌성 문제가 야기될 정도로 모호하지 않고 임부의 낙태권에 대한 과도한 부담을 주는 것으로 볼 수도 없다고 하면서 동법을 합헌으로 판단하였다.¹¹⁾ 이처럼 유사한 사안과 대하여 다른 판단을 하고 있는 연방대법원의 태도와 관련하여서는, 두 판결 사안의 본질적 차이보다는 연방대법원 구성원의 정치적 성향의 차이가 결론에 영향을 준 것이라는 비판이 있기도 하다.¹²⁾

4. *Planned Parenthood v. Casey* 판결

이처럼 낙태 제한의 시기와 정도에 대한 난맥상이 계속되던 가운데, *Roe v. Wade* 판결은 1992년 큰 도전을 맞게 된다. 연방대법원은 1992년 낙태 절차에 일정한 조건을 요구함으로써 사실상 낙태를 제한하고 있던 ‘펜실베이니아 낙태통제법’(Pennsylvania Abortion Control Act of 1982)의 5개 조항에 대한 위헌심사에서 기존 *Roe v. Wade* 판결에 중대한 변경을 가함으로써 미국 낙태제한입법의 물줄기에 큰 변화를 가져왔다.¹³⁾

abortion-

(A) deliberately and intentionally vaginally delivers a living fetus until, in the case of a head-first presentation, the entire fetal head is outside the body of the mother, or, in the case of breech presentation, any part of the fetal trunk past the navel is outside the body of the mother, for the purpose of performing an overt act that the person knows will kill the partially delivered living fetus; and

(B) performs the overt act, other than completion of delivery, that kills the partially delivered living fetus

11) *Gonzales v. Carhart*, 550 U.S. 124 (2007)

12) 두 판결은 모두 5:4로 위헌과 합헌이 결정되었는데, 위헌의견을 냈던 Sandra Day O'Connor 대법관이 2005년 7월 퇴임하고, 같은 해 10월 그 후임으로 지명되어 2006년 1월 취임한 Samuel Alito 대법관이 합헌의견을 낸 것이 결정적 영향을 주었다는 것이다. 낙태 문제에 대해 단호한 반대 입장에 서 있는 Alito 대법관과 달리, 미국 연방대법원의 첫 여성 구성원이었던 O'Connor 대법관은 기본적으로는 보수적인 입장에서 낙태에의 접근에 대한 적절한 제한이 필요하다는 점을 인정하면서도 수정헌법 제14조의 적법절차조항에 의해 보호되는 낙태에 대한 여성의 기본적 권리를 인정하고 있었다. O'Connor 대법관의 이러한 입장은 1992년의 *Planned Parenthood v. Casey* 판결의 다수의견에서 잘 드러나고 있다.

13) *Planned Parenthood v. Casey*, 505 U.S. 833 (1992)

판결의 요지는 Roe v. Wade 판결 이후 20년 간 의료기술의 발전을 고려하여 태아의 생존가능성 시점을 다소 전향조정하고, 그렇게 설정된 생존가능성 시점 이전에는 각 주가 임부에게 ‘과도한 부담’(undue burden)을 지우지 않는 한 낙태제한입법을 할 수 있다는 것이다.

먼저 낙태제한입법의 가능 시점과 관련하여, 연방대법원은 의료기술의 지속적인 발전으로 Roe v. Wade 판결 당시와 달리 태아가 23~24주 이전에도 모체 외에서 독자적 생존이 가능하다는 점이 과학적으로 입증되었음에 주목하였다. 이에 연방대법원은 임신 주수에 따라 다소 기계적으로 태아의 생존가능성을 판단하였던 기존의 ‘3분기구분법’(Trimester Framework)을 태아가 자궁 밖의 통상의 조건에서 생존할 수 있는 발달 단계에 도달하였는지 여부를 기준으로 하는 이른바 ‘생존가능성구분법’(Viability Framework)으로 대체하였다. 생존가능성 시점 이전에는 임부에게 국가의 과도한 간섭(undue interference) 없이 낙태를 선택할 권리가 있고, 생존가능성 시점 이후에는 각 주가 임부의 생명 또는 건강의 보호를 위한 의학적 필요성이 인정되는 경우 외에는 낙태를 제한하거나 금지할 수 있다는 것이다. 단순도식화하자면 3분기구분법이 낙태의 허용가능성을 허용-제한가능-금지의 3단계로 구분하고 있었다면 생존가능성구분법은 이를 제한가능-금지의 2단계로 구분하였고, 이로 인해 임부가 아무런 국가의 간섭 없이 낙태를 선택할 수 있는 영역이 사라진 것이다. 연방대법원의 다수의견은 이러한 변화에도 불구하고 생존가능성구분법 역시 3분기구분법과 마찬가지로 헌법적으로 보호되는 여성의 자유와 잠재적 생명의 보호에 대한 각 주의 정당한 이익을 함께 인정하고 있다는 점에서 Roe v. Wade 판결의 핵심 판시사항과 맥락을 같이 한다고 하고 있다.

다음으로 낙태제한입법의 심사기준과 관련하여, 판결은 낙태제한입법에 대한 심사기준을 기존의 ‘엄격심사기준’(strict scrutiny standard)에서 이른바 ‘과도부담기준’(undue burden standard)으로 변경하였다. ‘과도한 부담’(undue burden)이란 생존가능성 시점 이전 단계에서 낙태를 원하는 여성의 선택에 본질적 장애(substantial obstacle)를 야기하는 법적 조치를 의미한다. 판결은 “유효한 국가적 이익을 증진하는 동시에 여성의 선택에 본질적 장애를 야기하는 목적 또는 효과가 있는 법령은 정당한 목적의 달성을 위해 허용되는 수단으로 간주될 수 없다.”라고 판시하고 있다. 이는 달리 표현하자면 Roe v. Wade 판결 체제의 경우 1/3분기에는 임부의 선택의 자유를 전혀

제한할 수 없었던 데 반해, 이제는 생존가능성 시점 이전이라면 각 주는 임부의 낙태의 자유에 대해 ‘과도한 부담’을 지우거나 ‘본질적 장애’를 야기하지 않는 한 낙태제한입법을 할 수 있게 되었다는 의미이다. 연방대법원은 낙태제한입법 심사기준을 ‘엄격심사기준’에서 ‘과도부담기준’으로 변경하면서 낙태제한입법에 엄격심사기준을 적용했던 기존의 판결들¹⁴⁾을 모두 폐기하였다.

연방대법원은 이 새로운 기준을 적용하여 펜실베이니아주 낙태통제법의 문제된 5개 조항의 위헌성을 판단하였던 바, 이 가운데 배우자에 대한 통지(Spousal Notice, §3209) 조항은 남편에게 아내의 결정에 대한 지나친 권한을 주고 배우자·아동 학대 등의 상황을 악화시킬 수 있다는 점을 들어 낙태에 대한 과도한 부담으로서 위헌이라고 판시하였으나, 이밖에 낙태의 영향 등에 대한 정보를 제공받은 본인의 동의(Informed Consent, §3205), 미성년자 낙태의 경우 부모의 동의(Parental Consent, §3206), 의학적 응급상황에 대한 정의(‘Medical Emergency’ definition, §3203), 낙태제공시설 등의 보고 및 기록보관 의무(Reporting Requirements, §§3207(b), 3214(f)) 등 규정은 모두 합헌으로 판단하였다.

Planned Parenthood v. Casey 판결은 Roe v. Wade 판결의 세 가지 핵심 판시사항(essential holding)¹⁵⁾에 대한 지지를 재확인하면서도, 낙태제한입법의 가능 시점과 그러한 입법에 대한 심사기준의 변경을 통해 전체적으로는 각 주의 낙태제한입법을 상대적으로 용이하게 하였다는 평가를 받는다.

Ⅲ. 심장박동법과 방아쇠법의 등장

Roe v. Wade 판결은 임부의 낙태권을 수정헌법 제14조의 프라이버시권에 기초하였다고 판단하였고, 헌법상 기본권에 기초한 이 권리를 전면 부정하는 것은 쉽지 않은 일

14) City of Akron v. Akron Center for Reproductive Health, 462 U.S. 416 (1983); Thornburgh v. American College of Obstetricians and Gynecologists, 476 U.S. 747 (1986) 등.

15) ① 여성은 태아의 생존가능성 시점 이전에는 국가의 과도한 개입(undue interference) 없이 낙태를 선택할 권리를 가지고, ② 각 주는 태아의 생존가능성 시점 이후에는 임신의 지속이 여성의 생명이나 건강을 위협하는 경우를 제외하고는 낙태를 제한할 수 있으며, ③ 각 주는 임신의 시작으로부터 여성의 건강과 태아의 생명을 보호하기 위한 정당한 이익을 가진다.

이었다. 그럼에도 낙태를 금지 또는 제한하고자 하는 입법적 시도는 종교적 색채와 보수적 성향이 강한 주들을 중심으로 꾸준히 계속되어 왔다. 그리고 이러한 노력은 앞서 살펴본 바와 같이 숙려기간이나 동의·통지 등 다양한 조건의 부과, 연방이나 주의 공적 자금 지원 제한, 일정한 낙태방법의 제한 등 다양한 형태의 법률로 현실화되었다. 그러나 이러한 제한들은 낙태의 ‘금지’라기보다는 허용된 낙태를 어렵게 만드는 ‘제한’에 불과하다는 점에서 근본적 한계를 안고 있었다. 시기의 차이는 있으나 ‘태아의 독자적 생존 가능성’을 낙태의 허용과 금지의 분기점으로 삼고 있던 기존의 판례이론 아래서 태아의 보호영역을 극대화하기 위해서는 새로운 패러다임이 필요했다.

1. 심장박동법

이러한 상황에서 생명운동가들이 고안해낸 것이 이른바 ‘태아심장박동법’(Fetus Heartbeat Law)이었다. 생명을 상징하는 ‘심장박동’을 기준으로 낙태의 허용·금지 여부를 결정해야 한다는 주장이다. 의학적으로 임신 6주차 안팎이면 질내초음파(intrusive vaginal ultrasound)를 이용하여 태아의 심장박동을 확인할 수 있는 반면, 임신 6주차는 여성이 임신 사실을 자각하지 못한 상태일 경우가 많다는 점에서 이는 사실상 낙태를 전면 금지하는 것이나 마찬가지라는 것이 전문가들의 공통된 지적이다. 이 주장은 태아 보호의 필요성에 대한 과학적 논증이라기보다는 일반인의 정서에 호소하는 직관적·감성적 입법정책으로 평가된다. 실제로 이는 종교계를 포함한 기존의 낙태반대론자(Pro-Life)들이 주장해 온 태아의 보호와도 상당한 거리가 있다.

가. 2013년 이후 심장박동법 입법 동향

미국에서 최초로 심장박동법이 제정된 곳은 아칸소주였다. 2013년 1월 28일 접수된 법안(SB134)은 2월 21일 주하원을, 2월 28일 주상원을 통과하였다. 그러나 민주당 소속인 Mike Beebe 주지사는 법안에 대하여 거부권을 행사하였고, 법안은 주하원의 재의결(override)을 거친 끝에 2013년 3월 6일 ‘아칸소 인간심장박동보호법’(Arkansas Human Heartbeat Protection Act)으로 효력을 갖게 되었다.¹⁶⁾ 이 법은 낙태제공자가

16) 동법의 입법경과와 내용에 관한 상세한 사항은 <https://www.arkleg.state.ar.us/Bills/Detail?ddBien>

낙태 전 표준의료검사(standard medical practice), 즉 복부초음파검사(abdominal ultrasound test)를 통해 태아의 심장박동을 측정하도록 하고(§20-16-1303(b)), 태아의 심장박동이 확인된 이후에는 낙태가 임부의 생명을 구하기 위해 필요한 경우, 임신의 지속이 임부의 주요 신체기능에 본질적이고 비가역적인 장애의 중대한 위험(serious risk of substantial and irreversible impairment of a major bodily function)을 초래하거나, 태아의 치명적인 장애(highly lethal fetal disorder)로 낙태가 필요하거나, 강간·근친상간으로 인한 임신인 경우를 제외한(§20-16-1305(b)) 임신 12주 이후의 낙태를 금지하고(§20-16-1304(a)), 이를 위반한 낙태제공자의 면허를 박탈하는(§20-16-1304(b)) 것을 내용으로 하고 있었다. 그러나 아칸소동부연방지방법원 Susan Webber Wright 판사는 2013년 5월 16일 동법에 대한 잠정 적용중지(Preliminary Injunction)를 명하였고, 2014년 3월 14일에는 동법에 대한 위헌을 선언하였다. 제8연방항소법원은 2015년 5월 27일 연방지방법원의 판결을 확정하였다. 2016년 1월 연방대법원이 이 사건에 대한 검토를 거부하며 제8연방항소법원의 결정을 그대로 유지함으로써 법률은 위헌으로 확정되었다.

노스다코타주 역시 아칸소주와 같은 시기에 심장박동법을 제정하였다.¹⁷⁾ 노스다코타주법(North Dakota Century Code) 제14-02.1장 ‘낙태통제법’(Abortion Control Act)에 일부 내용을 추가한 법안(HB1456)은 2013년 1월 21일 도입되어, 2월 8일 주하원을, 3월 15일 주상원을 통과하였고, 2013년 3월 26일 Jack Dalrymple 주지사의 서명으로 법률로서의 효력을 갖게 되었다.¹⁸⁾ 이 법은 낙태제공자가 낙태를 하기 전 표준의료검사(standard medical practice)¹⁹⁾를 통해 태아의 심장박동을 측정하도록 하고 (§14-02.1-05.1.1), 태아의 심장박동이 확인되면 임부의 사망 또는 주요 신체기능에 대한 본질적이고 비가역적인 손상의 중대한 위험(serious risk of the substantial and

niumSession=2013%2F2013R&measureno=SB134 참조. <2021.12.05. 최종검색>

17) 법률의 제정일자로 보면 2013년 3월 6일 서명된 아칸소주법이 3월 15일 서명된 노스다코타주법보다 앞서지만, 법안이 의회를 통과한 시점으로 보면 2월 8일 주하원을 통과한 노스다코타주법이 2월 21일 주상원을 통과한 아칸소주법보다 앞선다.

18) 상세한 내용은 <https://www.legis.nd.gov/assembly/63-2013/bill-actions/ba1456.html> 참조. <2021.12.05. 최종검색>

19) 명문으로 복부초음파검사(abdominal ultrasound test)를 명시하고 있는 아칸소주법과 달리 노스다코타주법은 표준의료검사의 내용에 대한 명확한 규정을 두고 있지 않아 여기서의 표준의료검사는 질내초음파검사(transvaginal ultrasound test)로 이해된다.

irreversible physical impairment of a major bodily function) 등 의학적 긴급상황 이외에는 낙태를 금지하면서(§14-02.1-05.2.1), 이를 위반한 의사에게 징계조치(disciplinary action)를 할 수 있도록 하는 것(§14-02.1-05.1.2)을 내용으로 하고 있다.²⁰⁾ 아칸소주법과 비교할 때 예외적 낙태허용사유를 의학적 긴급상황만으로 좁히고, 낙태금지시기를 12주에서 심장박동 측정이 가능한 시기인 임신 6주차 무렵으로 앞당긴 이 법은 당시 미국에서 가장 엄격한 낙태금지법으로 평가되었다. 그러나 이 법 역시 아칸소주법과 마찬가지로의 길을 걸었다. 2013년 7월 22일 노스다코타연방지방법원의 Daniel Hovland 판사는 동법의 잠정 적용중지명령을 내렸고, 2014년 4월 16일 동법의 위헌을 선언하였다. 2016년 1월 연방대법원은 2015년 7월에 내려진 제8연방항소법원의 결정을 지지하면서 노스다코타주법을 위헌으로 확정하였다.

이후 아이오와(2018년), 앨라배마·조지아·켄터키·루이지애나·미시시피·미주리·오하이오(2019년), 테네시(2020년), 사우스캐롤라이나·아칸소·오클라호마·몬테나·아이다호(2021년) 등 주들이 유사한 내용의 법률을 입법하는 데 성공하였다. 2013년 아칸소주와 노스다코타주 입법의 선례를 볼 때 이 법들이 낙태옹호단체들로부터의 소송을 피하거나 법원으로부터 합헌성을 인정받을 가능성은 희박했다. 실제로 이들 법률은 모두 법원의 위헌결정을 받았거나(아이오와, 조지아), 잠정 적용중지명령을 통해 효력이 정지되었다. 그럼에도 각 주가 이러한 입법을 계속 추진하는 이유는, 이러한 입법 자체의 상징성과 함께 지속적인 쟁점화를 통한 여론 환기, 궁극적으로 연방대법원의 태도 변화를 의도한 것이라 할 수 있다. 그리고 결과적으로 이 전략은 주효하였다. 2021년 5월 17일 연방대법원은 임신 15주차 이후 낙태를 대부분 금지한 미시시피주 ‘임신주차법’(Gestational Age Act)(HB1510²¹⁾)에 대한 상고허가신청(petition for a writ of certiorari)을 승인하였고, 이로써 연방대법원은 Roe v. Wade 판결 이후 50년 만에 낙태의 위헌성을 전면

20) 낙태 전 미출생아의 심장박동 측정(Determination of detectable heartbeat in unborn child before abortion-Exception, §14-02.1-05.1) 및 미출생아의 심장박동 측정 후 낙태 금지(Abortion after detectable heartbeat in unborn child prohibited-Exception-Penalty, §14-02.1-05.2) 등 2개의 조문을 추가하고, 제43-17장(Physicians and Surgeons) 제31조(Grounds for disciplinary action)에 새로운 항을 신설하여 의사의 의무위반에 대한 징계조치를 규정하였다(§43-17-31.1.z.cc).

21) 참고로 2018년 3월 19일 제정된 이 법은 강간·근친상간 등에 대한 예외 없이 임신 15주차 이후의 낙태를 전면 금지(§1(4))하는 것을 내용으로 하는 법률로서, 2019년 3월 21일 제정된 이른바 심장박동법(SB2116)과는 다른 법률이다.

재검토하게 되었다.²²⁾

나. 2021년 심장박동법 입법 현황

2021년 들어서도 이러한 입법은 줄을 잇고 있다. 2021년 2월 사우스캐롤라이나주를 시작으로, 3월에는 아칸소주가, 4월에는 오클라호마·몬테나·아이다호주가, 그리고 5월에는 텍사스주가 이른바 심장박동법을 입법하였다.

사우스캐롤라이나주는 2021년 2월 18일 Henry McMaster 주지사가 법안(SB1)에 서명함으로써 ‘사우스캐롤라이나 태아심장박동 및 낙태로부터 보호법’(South Carolina Fetal Heartbeat and Protection from Abortion Act)이 제정되었다.²³⁾ 법안은 낙태제 공자가 태아에 대한 초음파검사를 실시하고 그 영상을 임부에게 보여줄 것 (§44-41-630), 임부에게 태아의 심장박동 소리를 들을 것인지 물어볼 것 (§44-41-640) 등을 요구하고 있고, 법안은 강간·근친상간으로 인한 임신²⁴⁾, 의학적 응급상황, 태아의 기형 등 예외사유 (§44-41-680(B))가 인정되는 경우 외에는 태아의 심장박동 확인 이후의 낙태를 금지하고 있다 (§44-41-680(A)). 가족계획연맹(Planned Parenthood) 및 재생산권리센터(Center for Reproductive Rights) 등 낙태옹호단체들은 법안이 하원을 통과 하였으나 아직 주지사가 서명하지 않은 상태에서 연방법원에 법률의 적용을 중지해 줄 것을 청구하였다. 이에 사우스캐롤라이나연방지방법원 Mary Geiger Lewis 판사는 법안이 서명된 지 하루 만인 2월 19일, 법안에 대해 잠정 적용중지명령을 내렸다.

아칸소주는 2021년 3월 9일 낙태의 거의 전면적 금지를 규정한 법안(SB6)을 가결하였고, Asa Hutchinson 주지사가 이에 서명하였다.²⁵⁾ ‘아칸소 미출생아보호법’(Arkansas Unborn Child Protection Act)으로 명명된 이 법은 낙태의 개념을 태아의 생명을 구하거나 죽은 태아를 적출하는 등 외에 임신을 중단하는 일체의 행위로 확대하고 (§5-61-403(1)(a)), 심장박동 여부를 떠나 의학적 응급상황에서 임부의 생명을 구하

22) Dobbs v. Jackson Women's Health Organization case

23) <https://www.scstatehouse.gov/billsearch.php?billnumbers=1&session=124&summary=B> 참조.
<2021.12.05. 최종검색>

24) 낙태금지의 예외사유이나 ‘임신 20주차 이내’라는 제한이 있다 (§44-41-680(B)(1)·(2)).

25) <https://www.arkleg.state.ar.us/Bills/Detail?id=SB6&ddBienniumSession=2021%2F2021R> 참조.
<2021.12.05. 최종검색>

기 위한 경우 외의 모든 낙태를 금지하며(§5-61-404(a)), 그 위반행위에 대하여 10년 이하의 구금, 100,000달러 이하의 벌금 또는 양자의 병과를 규정하고 있다 (§5-61-404(b)). 2021년 7월 20일 아칸소동부연방지방법원 판사 Kristine Baker는 7월 28일 발효될 예정이었던 이 법의 시행을 금지하는 잠정 적용중지명령을 내렸다.

이밖에 4월 26일 오클라호마주(HB2441)와 몬태나주(HB136), 4월 27일 아이다호주(HB366)가 잇따라 태아 심장박동의 측정의무와 그 이후의 낙태 금지를 주된 내용으로 하는 법률을 제정하였다. 세 법은 모두 임부의 사망이나 중대한 건강상 위험이 있는 경우에 대한 예외를 두고 있으나, 아이다호주법을 제외한 두 법은 강간·근친상간으로 인한 임신에 대한 예외를 두고 있지 않다. 이 가운데 아이다호주 ‘태아심장박동미출생아보호법’(Fetal Heartbeat Preborn Child Protection Act)은 기존에 제정된 아이다호주 낙태 법들이 *Roe v. Wade* 판결이 뒤집힐 경우에만 효력을 갖게 되는 것처럼, 연방항소법원이 다른 심장박동법을 합헌으로 판단한 후 30일 이후 효력을 갖게 된다고 명시하고 있는 것이 특징이다.²⁶⁾(§18-8706 참조).

2. 방아쇠법

심장박동법을 입법한 주들 가운데는 연방대법원에서 *Roe v. Wade* 판결이 번복될 경우 해당 주에서의 낙태를 자동적으로 불법화하는 일명 ‘방아쇠법’(Trigger Law)을 제정해 두고 있는 경우도 있다. 현재까지 아칸소·아이다호·켄터키·루이지애나·미시시피·미주리·노스다코타·사우스다코타·테네시·텍사스·유타 등 11개 주가 이 법을 입법해 둔 상태이며, 오클라호마주는 2021년 4월 27일 주지사에 의해 서명된 법안(SB918²⁷⁾)이

26) 18-8706. EFFECTIVE UPON A CERTAIN OCCURRENCE.

(1) This chapter shall become effective thirty (30) days following the issuance of the judgment in any United States appellate court case in which the appellate court upholds a restriction or ban on abortion for a preborn child because a detectable heartbeat is present on the grounds that such restriction or ban does not violate the United States constitution.

27) SECTION 18. This act shall become effective on and after the certification of the Attorney General that:

1. The United States Supreme Court overrules the central holding of *Roe v. Wade*, 410 U.S. 113 (1973), reaffirmed by *Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania v. Casey*, 505 U.S. 833 (1992), thereby restoring to the State of Oklahoma the authority to prohibit abortion; or

11월 1일 발효되었다. 한편 앨라배마·애리조나·아칸소·미시간·미시시피·오클라호마·텍사스·웨스트버지니아·위스콘신 등 9개 주는 *Roe v. Wade* 판결 이전에 시행중이던 낙태금지법을 아직까지 폐지하지 않고 있다. 이들 법률은 현재는 시행이 불가능하지만 *Roe v. Wade* 판결이 뒤집힐 경우 시행될 수 있다.

IV. 2021년 텍사스 심장박동법

1. 입법 경과

미국의 보수주의자들은 오랫동안 *Roe v. Wade* 판결을 뒤집으려고 노력해 왔다. 낙태를 제한하기 위한 다양한 수단을 법률화함으로써 ‘과도한 부담’ 기준에 끊임없이 도전하였고, 2013년 이후로는 태아의 심장박동 확인 후 일정 주차 이후의 낙태를 금지하는 법률을 제정함으로써 ‘생존가능성’ 기준을 잠탈하기 위해 노력하였다. 그러나 앞서 살펴본 바와 같이 이러한 법률들, 특히 태아의 심장박동을 이유로 생존가능성 시점 이전의 낙태를 금지하는 법률들은 모두 주법원 또는 연방법원의 결정을 통해 효력을 상실하거나 적용이 잠정 중지되었다. ‘텍사스 심장박동법’(Texas Heartbeat Act)은 미국에서 2013년 이후 입법된 수많은 심장박동법 중 실제로 시행된 최초의 법률이라는 점에서 큰 의미를 갖는다.

텍사스 심장박동법은 2021년 3월 11일 상원 법안 SB8 및 하원 법안 HB1515로 도입되었으며, 3월 30일 주상원을, 5월 6일 주하원을 통과하였다. 공화당 소속 Greg Abbott 주지사에 의해 2021년 5월 19일 서명된 법안은 2021년 9월 1일 발효되어 ‘텍사스 건강안전법’(Texas Health and Safety Code)의 일부가 되었다.²⁸⁾ 태아의 심장박동이 확인되는 임신 6주차 무렵부터 원칙적으로 모든 낙태를 전면 금지하는 이 법률은 예상대로 거센 논란을 불러왔다.

2. An amendment to the United States Constitution is adopted that restores to the State of Oklahoma the authority to prohibit abortion.

28) <https://capitol.texas.gov/BillLookup/History.aspx?LegSess=87R&Bill=SB8> 참조. <최종검색 2021. 12.05.>

텍사스주 낙태제공자인 전여성건강(Whole Woman's Health)과 재생산권센터(Center for Reproductive Rights), 미국시민자유연합(American Civil Liberties Union), 미국가족계획연합(Planned Parenthood Federation of America) 등 낙태옹호 단체들은 2021년 9월 1일로 예정된 텍사스 심장박동법의 발효를 막기 위해 7월 13일 텍사스서부연방지방법원에 법률의 잠정 적용중지를 요청하는 소송을 제기하였다. 그러나 8월 27일 제5연방항소법원은 연방지방법원의 청문(preliminary injunction hearing)을 포함한 모든 절차를 중지하도록 하는 명령을 내렸고, 이에 대해 원고가 연방항소법원에 제출한 긴급 구제명령 신청 역시 즉시 기각되었다. 원고는 8월 30일 연방대법원에 긴급 구제명령(injunctive relief)을 신청하였으나, 연방대법원이 9월 1일 이 신청을 5:4의 표결로 기각함으로써,²⁹⁾ 1973년 Roe v. Wade 판결 이후 50년 만에 사실상 낙태를 전면적으로 금지하는 법률이 미국에서 공식적인 효력을 갖게 되었다.³⁰⁾

Joe Biden 대통령은 성명을 통해 텍사스주법이 미국 수정헌법상 권리를 침해했다면서, 정부는 50년 전 Roe v. Wade 판결에서 확립된 헌법상 권리를 지키고 보호할 것이라고 밝혔다. 그는 텍사스주법은 Roe v. Wade 판결로 확립된 헌법적 권리에 대한 노골적 침해(blatant violation of constitutional right established under Roe v. Wade)이며, 특히 유색인종이나 저소득층 여성의 의료 서비스 접근성을 심각하게 훼손하게 될 것(will significantly impair women's access to the health care they need, particularly for communities of color and individuals with low incomes)이라고 우려를 표하면서, 연방법무부에 법적 대응방안 검토를 지시하였다.

연방법무부는 법률 시행 후 8일 만인 9월 9일, 텍사스서부연방지방법원에 법률의 무효를 주장하는 소송을 제기하였다. 연방지방법원의 Robert L. Pitman 판사는 2021년 10월 6일 “SB8이 발효된 순간부터 여성은 헌법이 보호하는 방식으로 자신의 삶을 통제하는 것이 불법적으로 금지되었다.”³¹⁾라고 하면서 연방법무부의 요청을 받아들여 법률의 시행을 정지하는 잠정 적용중지명령을 내렸다. 주정부는 이에 즉각 항소하였고, 이를

29) Whole Woman's Health et al. v. Austin Reeve Jackson, Judge, et al., No. 21A24

30) SB8의 입법 및 소송 경과에 대한 자세한 내용은 미국시민자유연합(ACLU)의 사건 관련 웹사이트(<https://www.aclu.org/cases/whole-womans-health-v-jackson>) 참조. <최종검색 2021.12.05.>

31) “From the moment S.B. 8 went into effect, women have been unlawfully prevented from exercising control over their own lives in ways that are protected by the Constitution.”

뒤인 10월 8일 제5연방항소법원은 텍사스 주정부의 항소를 고려한다는 이유로 이를 전 연방지방법원이 내린 잠정 적용중지명령에 대한 행정유예(administrative stay)를 결정하였다. 이로써 효력이 정지되었던 텍사스 심장박동법의 효력은 임시 복구(reinstate)되었고, 법률에 대한 위헌심사가 연방항소법원에 계속되는 동안 동법은 효력을 지속할 수 있게 되었다. 이에 연방법무부는 10월 18일 연방대법원에 연방항소법원이 내린 행정유예를 해제해 달라는 긴급요청과 함께 법령의 적용 전 이의제기 허용 여부 및 주 공무원에게 소송의 피고적격이 있는지를 결정하기 위한 판결 전 상고허가신청(petition for certiorari)을 접수하였던 바, 연방대법원은 10월 22일 긴급요청을 기각하면서 상고허가신청은 받아들였다.³²⁾ 연방대법원은 이를 위해 11월 1일 긴급 구두변론(expedited oral arguments)을 열면서 기존에 텍사스 낙태제공자 및 낙태옹호단체가 제기한 Whole Woman's Health v. Jackson 사건도 함께 변론하도록 하였다.³³⁾ 연방대법원은 12월 10일 피고적격을 동법 위반시 낙태제공자에게 실질적인 집행조치를 취할 수 있는 텍사스주 보건안전위원회 및 그 소속 공무원으로 한정하면서(주법원판사·서기 및 주법무부장관 등은 제외), 연방법무부의 소송을 기각하고 하급심법원의 판결이 나올 때까지 법률의 효력을 계속 유지하도록 하였다.

2. 법률의 내용과 평가

텍사스 심장박동법의 내용은 이제까지 다른 주의 입법에서 나타났던 것과 기본적으로는 유사하다. 낙태제공자에게 낙태시술 전 표준의료검사(standard medical practice)를 통해 태아의 심장박동을 측정할 것을 요구하고(§171.203), 태아의 심장박동이 감지되면 낙태시술을 하거나 이를 권유할 수 없도록 하는 것이다(§171.204). 다만 낙태제공자가 의학적 응급상황(medical emergency)이 존재한다고 판단한 경우에는 위의 두 조항이 적용되지 않도록 함으로써 낙태의 허용상황에 대한 예외를 두고 있다(§171.205). 특이한 점은 낙태의 단속을 정부기관이 아닌 민간에 맡기고 있다는 점이다. 동법은 누구든지(any person) 동법을 위반하여 낙태를 하거나 이에 조력한(aids or abets) 자에 대한 민

32) United States v. Texas, et al., No. 21A85

33) https://www.supremecourt.gov/oral_arguments/argument_transcript/2021 참조. <최종검색 2012. 12.12.>

사소송(civil action)을 제기할 수 있도록 하면서(§171.208(a)), 승소하면 소송비용과 함께 법정배상금(statutory damage) 명목으로 낙태 1건 당 최소 10,000달러를 받을 수 있도록 하고 있다(§171.208(b)).³⁴⁾

텍사스 심장박동법은 타주 심장박동법과 달리 이른바 ‘낙태제한에 대한 제한사유’를 규정하지 않음으로써 결과적으로 낙태의 금지영역을 대폭 넓히고 있는 것이 특징이다. 각 주의 심장박동법은 태아의 심장박동 측정을 요구하면서도 일정 임신주차 이후의 낙태만을 금지하고 있는 경우가 대부분이다. 미국에서 입법된 심장박동법의 90% 이상이 임신 12~13주 이후의 낙태를 금지하고 있고, 현재 연방대법원에서 위헌심사를 기다리고 있는 미시시피주 ‘임신주차법’(Gestational Age Act) 역시 임신 15주 이후의 낙태가 금지대상이다. 그러나 텍사스주법은 이러한 추가적 내용을 규정하고 있지 않아 태아의 심장박동 확인이 가능해진다는 임신 6주차 이후의 낙태는 금지되며, 이는 사실상 낙태의 전면 금지라는 비판의 목소리가 크다. 실제로 텍사스주에서 이루어지는 낙태의 85% 이상이 임신 6주차 이후의 것이라는 통계를 감안하면 이러한 우려는 매우 직접적이고 현실적이다. 또한 각 주의 입법은 보통 임부의 생명·신체에 대한 위험 및 강간·근친상간에 의한 임신 등 낙태금지의 예외조항을 두고 있는데, 텍사스주법은 의학적 응급상황(medical emergency)에 대한 예외만을 규정하고(§171.205) 강간·근친상간에 대한 예

34) Sec. 171.208. Civil Liability for Violation or Aiding or Abetting Violation.

- (a) Any person, other than an officer or employee of a state or local governmental entity in this state, may bring a civil action against any person who:
 - (1) performs or induces an abortion in violation of this subchapter;
 - (2) knowingly engages in conduct that aids or abets the performance or inducement of an abortion, including paying for or reimbursing the costs of an abortion through insurance or otherwise, if the abortion is performed or induced in violation of this subchapter, regardless of whether the person knew or should have known that the abortion would be performed or induced in violation of this subchapter; or
 - (3) intends to engage in the conduct described by Subdivision (1) or (2).
- (b) If a claimant prevails in an action brought under this section, the court shall award:
 - (1) injunctive relief sufficient to prevent the defendant from violating this subchapter or engaging in acts that aid or abet violations of this subchapter;
 - (2) statutory damages in an amount of not less than \$10,000 for each abortion that the defendant performed or induced in violation of this subchapter, and for each abortion performed or induced in violation of this subchapter that the defendant aided or abetted; and
 - (3) costs and attorney's fees.

외를 두고 있지 않다. 낙태 금지시점이 임부가 임신 사실을 알기 어려운 임신 6주차 무렵으로 앞당겨져 있고, 예외적인 낙태 허용사유는 의학적 응급상황만으로 좁게 인정된다는 점에서, 텍사스주 심장박동법은 그간 입법되었던 각 주의 낙태제한법들 중 가장 엄격한 내용을 담고 있는 것으로 평가된다.

그러나 무엇과도 비교할 수 없는 텍사스주법만의 결정적인 특징은 국가가 낙태 단속에서 손을 떼고 이를 100% 시민들에게 위임하였다는 점이다. 단순히 보이지만 단순하지 않은 이 입법방식은 낙태금지를 위한 텍사스주 입법자들의 고민과 노력의 산물이라 할 수 있다. Roe v. Wade 판결의 취지는 요약하자면 국가가 헌법이 보장하고 있는 국민의 기본권을 침해하거나 과도하게 제한해서는 안 된다는 것이다. 각 주의 심장박동법이 하나같이 위헌판단을 면치 못하게 된 것도 바로 이 때문이었다. 그러나 텍사스주법은 낙태를 금지하면서도 그에 대한 문제제기의 주체를 국가가 아니라 개인으로 설정함으로써, ‘국가에 의한 기본권 침해’라는 비판을 교묘하게 우회하는 전략을 구사하였다. 낙태를 금지하지만 그 단속이나 처벌의 주체가 국가기관 또는 그 구성원이 아니기 때문에, 국가의 기본권 침해를 이유로 주정부를 상대로 소송을 제기하거나 법률의 효력 정지를 요구하는 것이 어렵게 된 것이다. 낙태시술을 한 자 외에 이에 조력한 자를 소송대상에 포함시킨 것도 절묘한 아이디어였다. 형사법적 관점에서 보자면 공범의 개념에도 포함되지 못할 단순조력자, 예컨대 낙태를 재정적으로 지원하거나 돕는 낙태옹호단체나 성직자, 극단적으로는 낙태를 원하는 여성을 병원으로 이송한 우버기사 등도 이 법에 따른 소송대상이 될 수 있는 것이다. 상당한 배상금이 걸린 민사소송에 직면할 두려움이 이들에게 가져올 냉각효과(chilling effect)는 예상되고도 남을 일이다.

텍사스주 심장박동법의 핵심적 내용 중 하나인 심장박동 확인 후 낙태금지와 관련하여서는, 태아의 심장박동이 확인 가능해진다는 임신 6주차는 임부가 임신 사실을 자각하기 어려운 경우가 많다는 점에서, 그 이후의 낙태를 금지하는 것은 사실상 낙태의 전면적 금지나 마찬가지로 비판의 목소리가 크다. 이에 대해서는 초음파로 감지되는 태아의 심장박동은 전기적 충격에 의한 것일 뿐 실제로 태아의 심장이 충분히 발달된 상태라고 보기는 어렵다는 반론도 제기된다. 한편 시민이 다른 시민의 위법행위에 대해 소송을 제기하고 보상을 취득하는 것이 부적절하는 지적도 많다. 이는 시민이 서로를 감시하는 일종의 ‘자경단 시스템’(vigilante system)이나 마찬가지로이며, 낙태제공자 등을 상대

로 소송을 제기하여 승소하는 사람에게 지급되는 보상을 노린 이른바 ‘현상금 사냥꾼’(bounty hunter)이 등장할 길도 열어두게 되었다는 것이다. 의도적으로 설계된 독특한 낙태단속 시스템으로 인해 법원의 유효한 관여가 어려워질 수 있다는 점 또한 우려스러운 대목이다. 극단적으로는 향후 타주의 연쇄적인 모방입법이 이어져, 결국 미국 전역에서 낙태가 ‘허용되지만 (사실상) 금지되는’ 상황이 올 수도 있다는 우려는 결코 기우가 아니다.

V. 미국 낙태제한법의 향후 전망

2021년 10월 8일 내려진 연방항소법원의 행정유예(administrative stay) 결정은 잠정적인 것이지만, 법률 전문가들은 미국에서 가장 보수적인 제5연방항소법원이 Barack Obama 대통령이 임명한 Pitman 판사의 결정에 동의하지 않을 것이고, 결국 텍사스 주 정부의 편에 설 것으로 예상하고 있다. 실제로 이번 결정을 내린 연방항소법원 재판부의 판사 2명이 공화당 대통령 재임 중에 연방항소법원 판사가 되었다. Bill Clinton 대통령이 임명한 Carl E. Stewart 판사 외에, Catharina Haynes 판사는 George W. Bush 대통령이, James C. Ho 판사는 Donald J. Trump 대통령이 임명했다. 특히 Ho 판사는 전 텍사스주 법무부차관(solicitor general)을 역임하였고, Greg Abbott 현 텍사스 주지사가 텍사스주 법무부장관(attorney general)이었을 때 함께 일했던 관계라는 점에서 이러한 주장은 충분히 설득력이 있어 보인다.

연방대법원의 상황도 크게 다르지 않아 보인다. 연방대법원은 9월 1일 발효 예정이었던 텍사스 심장박동법의 발효를 막기 위해 전여성건강(Whole Woman's Health) 등 원고가 제기한 긴급 구제명령(injunctive relief) 신청을 5:4의 표결로 기각한 바 있다. 이 결정은 법률의 효력정지 가치분 신청 기각과 유사한 의미이고, 이로 인해 결과적으로 텍사스주법이 법적 효력을 갖게 되었다 해도 이는 엄밀한 의미에서 동법의 위헌 여부와는 무관한 일이다. 그럼에도 불구하고 연방대법원의 이번 결정은 이전과는 다른 특별한 시기적·정치적 상황에서 나온 것이라는 점에서, 향후 미국 낙태정책의 구도에 어떤 영향을 미치게 될 것인지 주목된다.

먼저 이번 결정이 시기적으로 임신 15주차 이후 낙태를 대부분 금지한 2019년 미시시피주법(HB1510)에 대한 연방대법원의 위헌심사가 진행되고 있는 가운데 나온 것이라는 점은 눈여겨 볼 대목이다. 연방대법원은 2021년 5월 17일 미시시피주법에 대한 주정부의 상고허가신청(petition of certiorari)을 받아들여 제1심과 항소심에서 위헌으로 판단된 동법의 위헌성을 심사하기로 결정하였다.³⁵⁾ 연방대법원은 주정부가 제시한 복수의 논점 중 심사대상을 ‘생존가능성 시점 이전 낙태금지의 위헌 여부’(Whether all pre-viability prohibitions on elective abortions are unconstitutional)라는 단일논점으로 제한하였다. 이는 Roe v. Wade 판결 후 50년, Planned Parenthood v. Casey 판결 후 30년 만에 연방대법원이 낙태금지의 위헌성을 재검토하겠다는 의지를 표현한 것으로 해석된다. 이번 긴급 구제명령신청 기각결정의 다수의견은 이번 결정이 “텍사스주법의 합헌성에 대한 어떠한 결론에도 근거하고 있지 않다”(is not based on any conclusion about the constitutionality of Texas’s law)는 점을 강조했다. 하지만 반세기 동안 유지되어 온 미국 낙태정책의 기초가 재검토되는 시기에 내려진 이번 결정이 미시시피주법에 대한 위헌심사의 예고편이라고 보는 견해가 많다.

또한 이와 함께 중요한 변수가 되고 있는 것이 연방대법원의 정치적 지형이다. 2020년 10월 Donald Trump 대통령은 임기말 인사가 부적절하다는 비판에도 불구하고 지난 달 타계한 Ruth Bader Ginsburg 대법관의 후임으로 Amy Coney Barrett 제7연방항소법원 판사를 지명하였다. Barrett 대법관의 취임으로 연방대법원의 정치적 지형은 보수6:진보3의 보수 우위 구도로 재편되었다.³⁶⁾ 보수 대 진보의 대립이 비교적 선명한 낙태에 대한 이번 결정 역시 이 프레임을 크게 벗어나지 않았다. 보수성향 대법관 6명 중 John G. Roberts 대법원장을 제외한 5명(Alito, Barrett, Gorsuch, Kavanaugh, Thomas 대법관)은 기각의견을, 진보성향 대법관 3명(Breyer, Kagan, Sotomayor 대법관)은 인용의견을 냈다. 공화당의 Trump 대통령이 지명한 대법관 3명(Kavanaugh, Gorsuch, Barrett 대법관)이 전원 기각의견을 냈음은 물론이다. 이번 결정이 향후 미시시피주법에 대한 위헌심사의 시금석이 될 것인지 귀추가 주목되는 이유이다.

35) Dobbs v. Jackson Women’s Health Organization

36) ‘진보의 아이콘’으로 불렸던 Ginsburg 대법관과 달리 그 후임인 Barrett 대법관은 보수성향의 독실한 가톨릭 신자로서, 개인적으로는 출산 전 다운증후군 진단을 받고도 막내아들을 출산한 7남매의 어머니이기도 하다.

이러한 연방대법원의 정치적 기류는 2021년 12월 1일 열린 미시시피주법 위헌심사를 위한 구두변론(oral arguments)에서 좀 더 확실히 드러났다. 변론절차에서 대법관들의 질문과 토론 내용은 향후 판결의 내용을 예측하기 위한 좋은 자료가 된다. 진보성향 대법관 3명의 논의는 *Roe v. Wade* 판결의 번복이 가져올 연방대법원의 정치화 및 그로 인한 연방대법원의 신뢰 상실 우려에 집중되었다. 이에 반해 보수성향 대법관들은 미국 헌법의 어떤 규정이 낙태할 권리를 명확히 보장하고 있는지(Thomas 대법관), 낙태 권리가 헌법 및 미국의 역사와 전통에 근거를 두고는 있는 것인지(Alito 대법관) 등 낙태권 인정에 대한 회의론으로부터, 왜 연방대법원이 이러한 문제의 중재자가 되어야 하는 것인지(Kavanaugh 대법관)와 같은 법원의 역할론, 기존 판례가 강조하는 ‘양육의 부담’은 입양 등을 통해 해결할 수 있다(Barret 대법관)는 대안론, 나이가 근본적으로는 생명보호의 관점에서 종래 낙태 허용의 기준이 되었던 ‘생존가능성’ 개념 자체가 부적절했다(Gorsuch 대법관)는 낙태논쟁의 본질론까지 낙태권의 인정을 둘러싼 다양한 반론이 쏟아졌다. 텍사스주법에 대한 긴급 구제신청 결정에서 인용의견을 냈던 Roberts 대법원장은 *Roe v. Wade* 판결을 완전히 뒤집기보다는 다수 국가의 기준과 비슷하게, 임신 15주 이후의 낙태를 금지하는 미시시피주법을 지지할 것을 제안하는 절충적인 견해를 냈다. 그러나 보수와 진보가 6:3의 구도로 그가 더 이상 캐스팅보터가 아닌 상황에서 최종적으로 어떤 결론이 도출될 지는 미지수이다.³⁷⁾ 미시시피주법에 대한 연방대법원의 최종 판결은 2022년 6~7월 무렵으로 예상되고 있다.

V. 마치며

2019년 4월 우리 헌법재판소는 낙태죄를 규정한 「형법」 제269조 및 제270조에 대하여 헌법불합치결정을 내렸다. 헌법재판소는 헌법불합치결과와 함께 개선입법 시한을 2020년 12월 31일로 하여 동조의 계속적용을 명하였다. 21대 국회는 2020년 5월 30일 임기를 개시하였고, 21대 국회의 출범 후 국회에 제출된 32건의 「모자보건법」 개정안

37) 구두변론 절차에서 대법관들의 발언 및 토론과 이에 대한 간략한 논평은 <https://www.nytimes.com/2021/12/02/briefing/supreme-court-abortion-case-mississippi.html> 참조. <최종검색 2021.12.05.>

중 정부안을 포함한 7건의 법안이 낙태죄의 헌법불합치결정 이후 후속조치에 관한 내용을 담고 있었다.

각계의 우려와 논란 끝에 성안된 개선입법안은 ① 낙태죄를 폐지하고 임신 주차와 무관하게 낙태를 전면 자유화하는 법안(권인숙·이은주·박주민의원안), ② 「형법」상 낙태죄를 유지하되, *Roe v. Wade* 판결의 ‘3분기구분법’(Trimester Framework)의 취지에 따라 임신기간을 14주 이전, 15~24주, 25주 이후로 나누어, 임신 14주까지는 낙태를 허용하고, 임신 15~24주차에는 기존 「모자보건법」상 낙태허용요건 등을 확대하여 적용하는 방안(정부안), ③ 임부의 생명을 위태롭게 하는 경우 임신기간에 제한 없이, 그 외의 사유로 인한 낙태는 임신 10주 이내까지만 허용하는 법안(서정숙의원안), ④ 태아의 심장박동을 기준으로 임신 6주 이후의 낙태를 원칙적으로 금지하되, 예외적으로 태아와 여성의 생명·건강에 중대한 위험이 되는 경우 임신 20주까지 낙태를 허용하는 한국형 심장박동법안(조해진의원안) 등 다양한 스펙트럼을 가지고 있었다. 그러나 이 법률안들은 대립하는 양 측의 의견차를 좁히지 못하고 국회에서 공전하던 중 결국 입법시한인 2020년 12월 31일을 도과하고 말았다. 그 결과 낙태죄는 효력을 상실하였고, 이로 인한 법적 공백과 함께 의료 현장의 혼란은 계속되고 있다.

낙태는 임부의 사생활의 자유 및 자기결정권과 태아의 생명(권)보호가 충돌하는 영역의 문제이다. 헌법상 기본권성 판단에 대한 이견이 있을 수 있으나 양자는 모두 인간의 실존과 삶의 본질적인 영역에 위치하는 가치들로서, 한 권리의 확실한 보장을 이유로 다른 권리를 전면 배제하는 것은 이 문제를 해결하기 위한 적절한 방식이라고 보기 어렵다. 이러한 의미에서 임부의 낙태권을 사실상 몰각하는 심장박동법이나, 독자적 생존가능성 단계에 이른 태아의 생명보호를 도외시하는 낙태자유법은 일면의 타당성만을 가질 뿐이다. 대립하는 두 권리가 필요최소한도의 제약을 감수하면서 각자의 기능과 효과를 최대한 발휘할 수 있도록 하는 입법자의 해안이 필요할 것이다. 미국에서의 낙태권 논쟁과 이를 둘러싼 최근의 입법 및 판례의 동향이 그 과정에서 작은 도움이 되기를 기대한다.

참고문헌

〈법령자료〉

<https://capitol.texas.gov/BillLookup/History.aspx?LegSess=87R&Bill=SB8>
<https://www.arkleg.state.ar.us/Bills/Detail?ddBienniumSession=2013%2F2013R&measureno=SB134>
<https://www.arkleg.state.ar.us/Bills/Detail?id=SB6&ddBienniumSession=2021%2F2021R>
<https://www.legis.nd.gov/assembly/63-2013/bill-actions/ba1456.html>
<https://www.scstatehouse.gov/billsearch.php?billnumbers=1&session=124&summary=B>

〈판례자료〉

Eisenstadt v. Baird, 405 U.S. 438 (1972)
Gonzales v. Carhart, 550 U.S. 124 (2007)
Griswold v. Connecticut, 381 U.S. 479 (1965)
Harris v. McRae, 448 U.S. 297 (1980)
Hodgson v. Minnesota, 497 U.S. 417 (1990)
Planned Parenthood v. Casey, 505 U.S. 833 (1992)
Planned Parenthood v. Danforth, 428 U.S. 52 (1976)
Roe v. Wade, 410 U.S. 113 (1973)
Stenberg v. Carhart, 530 U.S. 914 (2000)
Webster v. Reproductive Health Services, 492 U.S. 490 (1989)
Whole Woman's Health et al. v. Austin Reeve Jackson, Judge, et al., No. 21A24
United States v. Texas, et al., No. 21A85

〈기타 인터넷자료〉

https://www.supremecourt.gov/oral_arguments/argument_transcript/2021

<https://www.aclu.org/cases/whole-womans-health-v-jackson>)

<https://www.nytimes.com/2021/12/02/briefing/supreme-court-abortion-case-mississippi.html>

The Flow of Abortion Restriction Legislation in the US: The Heartbeat Act and Future Prospects

Hwang, Tae-Jeong*

The issue of abortion, which is a problem around the fundamental human values of women's right to self-determination and protection of the life of the fetus, is a sensitive social topic that encompasses various contexts including politics, economy, society, and culture. Legislative attempts to restrict abortion in the United States have been consistently made mainly in states with strong religious and conservative tendencies.

Under such circumstances, since 2013, legislative movements to achieve the purpose of restricting abortion through legislation of the so-called 'Heartbeat Law' have been spreading in the United States. This argument that abortions should be allowed or restricted based on the 'heartbeat', which symbolizes life, is actually one of the attempts to ban most abortions by appealing to the absolute value of respect for life. Despite of laws incapacitated by the court's decision, these legislative attempts have expanded across the United States, and in recent years, legislative detours have been mobilized to evade the nullification of the law. There are growing concerns about a possible imbalance.

In Korea, a legislative vacuum on abortion continues in accordance with the Constitutional Court's unconstitutional decision on the crime of abortion in 2019. With this in mind, this article tried to find ideas about the standards for the allowance and restriction of abortion in the future by analyzing the flow of abortion-related legislation and precedents in the US.

* Professor, Department of Police Administration, Kyonggi University. Ph.D. in Law.

❖ key words: Abortion, Right of Abortion, Right of Life, Protection of Fetus,
Heartbeat Law