텍사스 주 낙태제한법 위헌 결정[1)]

1. 사건개요

선례에 따르면 주(state)에게는 낙태시술이 반드시 환자에게 최대한 안전한 환경에서 이루어지도록 조처해야 하는 합리적 이익이 있다(Roe v. Wade, 410 U. S. 113, 150 (1973)). 그러나 비록 주의 정당한 이익을 도모하더라도, 여성의 선택을 실질적으로 방해하는 효과를 갖는 법규는 허용가능한 수단이 될 수 없다(Planned Parenthood of Southeastern Pa. v. Casey, 505 U. S. 833, 877 (1992) 판결의 상대적 다수의견, 이하 "Casey 사건"). 그리고 낙태시술을 받고자 하는 여성을 실질적으로 방해하는 목적 또는 효과를 갖는 불필요한 보건 규정은 권리에 부당한 부담(undue burden)을 지우는 것[2)]으로서 헌법적으로 무효라고 하였다.

2013년 7월, 텍사스 주 의회는 이 사건에서 문제가 된 두 규정인 '환자이송특권(admitting privileges) 요건'과 '수술센터(surgical center) 요건'을 포함하는 낙태제한법(House Bill 2, 이하 "H. B. 2")을 제정하였다. '환자이송특권 요건'은 낙태수술을 하거나 낙태를 유도하는 의사는 그 장소(낙태시술소)에서 30마일 이내에 위치한 병원에 유효한 환자이송특권, 즉 그 병원에 환자를 입원시킬 수 있는 권한을 낙태가 시술되거나 유도되는 날에 갖고 있어야 한다는 것이다. '수술센터 요건'은 낙태시술소의 최소 수준이 통원수술센터(ambulatory surgical center, ASC)의 최소 수준에 상응하는 수준이어야 한다는 것이다.

이 법이 아직 시행되기 전인 같은 해 9월, 텍사스 주의 한 낙태시술제공자(abortion providers) 그룹은 환자이송특권이 문면상 위헌이라고 주장하며(facial challenge)[3)] 제소하였으나 패소하였고(Abbott 사건[4)], 이후 기판력에

---

1) Whole Woman's Health v. Hellerstedt, 579 U. S. ____ (2016)(No. 15-274)(2016. 6. 27. 결정).
2) Planned Parenthood of Southeastern Pa. v. Casey, 505 U. S. 833, 878 (1992).
3) 일반적으로 미국에서는 법률을 위헌으로 선언하더라도 이는 기본적으로 당해 사건에서 적용되지 않는 것에 그친다(unconstitutional asapplied to a particular set of circumstances). 다만, 예외적으로 법률조항이 표현

관한 문제가 생기는 원인이 됨), 연방대법원에 상고허가신청(petition for certiorari)을 하지 않아 판결은 확정되고 동법은 발효되었다. 이 법의 시행 후, Abbott 사건의 일부 원고들을 포함한 또 다른 낙태시술제공자 그룹인 상고인들은 환자이송특권과 수술센터 조항 모두 수정헌법 제14조를 위반하였다고 주장하며 이 사건을 청구하였다. 그들은 환자이송특권이 McAllen에 위치한 한 낙태시술소와 El Paso에 위치한 한 낙태시술소의 의사들에게 적용되는 것을 금지하고, 수술센터 조항이 텍사스 주 전체에 적용되지 못하게 금지하는 가처분을 신청하였다.

당사자들과 전문가 및 기타 법정 진술을 토대로 지방법원은 다음과 같은 폭넓은 결론을 내렸다.

- 환자이송특권 요건이 시행되면서 낙태를 시술하는 시술소의 숫자가 절반으로 (약 40개에서 약 20개로) 줄었다.
- 지리적 분포의 감소라 함은 클리닉에서 50마일 이상의 거리에 사는 가임연령의 여성 인구수가 2배로 증가하였고, 100마일 이상의 경우 150%, 150마일 이상의 경우 350%, 200마일 이상의 경우 2,800%가 증가하였음을 의미한다.
- 수술센터 조항이 시행되면 낙태시술소의 숫자는 7~8개로 줄어들 것이고(오스틴과 포트워스 시에 각각 1개, 댈러스와 휴스턴 시에 각각 2개, 샌안토니오 시에 1~2개), 이렇게 남은 시술소들은 환자수의 심각한 증가에 직면할 것이다(동등한 환자의 분포를 가정한다고 해도 각 시술소당 한 해에 7,500~10,000명의 환자를 받아야 함).
- 시술소는 5개의 대도시 지역에만 남게 된다.
- 낙태제한법(H. B. 2)의 시행 전, 낙태는 합병증 비율이 매우 낮고 사실상 사망자가 없는 매우 안전한 수술이었다.
- 낙태는 동일 수준의 규제를 받지 않는 다른 일반 수술들보다도 안전하다.

의 자유를 지나치게 광범위하게 제한한다고 주장하거나(overbreadth doctrine 적용 시), 기타 어느 법률조항이 언제 적용되건 모두 위헌이라는 문면상 위헌(unconstitutional on its face)을 주장하는 사안(facial challenge)에서는 위헌판결의 효과가 '일반적'으로 인정될 수 있다. 즉, 문면상 위헌이 선고되면 해당 법률에 관해서는 당해 사건을 넘어선 모든 사안에 대하여 위헌결정의 효력이 미친다(이명웅, "미국과 한국의 위헌심사제 비교 - 헌법적 근거, 심사기준, 결정의 효력을 중심으로", 인권과 정의 통권 357호, 2006, 44쪽).

4) Planned Parenthood of Greater Tex. Surgical Health Servs. v. Abbott, 734 F. 3d 406, 419 (2013).

- 통원수술센터에서 낙태수술을 받는 경우, 환자의 위험이 기존의 낙태시술소와 비교하여 눈에 띄게 줄어드는 것이 아니며, 더 나은 케어와 긍정적인 결과를 가져오지도 않을 것이다.
- 수술센터 요건을 준수하는데 드는 비용은 클리닉당 150만~300만 달러를 초과할 것이다.

2014년 8월, 제1심 법원은 환자이송특권과 수술센터 규정이, 태아가 자궁 밖 생존능력을 갖추기 전(previability)[5]의 낙태시술을 원하는 텍사스 주 여성의 권리에 부당한 부담을 부과하며, 이들 규정이 함께 이러한 여성들에게 허용불가능한 방해를 하고 있다고 판결하며, 이 두 규정의 시행을 금지하였다.

그러나 연방 제5항소법원은, 기판력(res judicata)에 의해 지방법원은 환자이송특권 요건을 전체 주에 걸쳐 위헌인 것으로 판결할 수 없으며, 수술센터 조항에 대한 청구도 허용될 수 없다며 제1심 법원의 판결을 뒤집었다. 연방 제5항소법원은, 만일 법이 ① 자궁 밖 생존능력이 없는 태아를 낙태하고자 하는 여성을 실질적으로 방해하는 목적 또는 효과를 갖지 않고, ② 정당한 주의 이익에 합리적으로 관련되어 있다면(reasonably related to a legitimate state interest) 그 법은 합헌적이라고 논증하며, 낙태제한법(H. B. 2)의 두 요건은 여성의 건강을 보호한다는 강력한 주의 이익에 합리적으로 관련되어 있다고(rationally related to a compelling state interest) 판결하였다.

이에 대하여 연방대법원은 연방 제5항소법원의 판결을 뒤집어 낙태제한법(H. B. 2)의 환자이송특권 요건과 수술센터 요건 조항은 위헌이라고 판결하였으며 그 내용은 아래와 같다.

2. 판결요지

대법관 Breyer의 법정의견(5인 의견)[6]

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

6) 대법관 Breyer, Kennedy, Ginsburg, Sotomayor, Kagan의 의견.

(1) 청구의 적법성 - 기판력(res judicata, claim preclusion, 일사부재리)[7]

헌법적 문제에 들어가기 전에 우리는 항소법원의 주장대로 상고인들이 Abbott 판결의 기판력에 의해 헌법소송을 제기할 수 없는지를 살펴보아야 한다. 우리는 상고인들의 환자이송특권 요건과 수술센터 요건에 관한 헌법재판 청구는 모두 기판력에 의해 배제되지 않는다고 판단하였다.

1) 환자이송특권 요건에 대한 일사부재리 여부

기판력은 상고인들의 환자이송특권 요건에 대한 청구를 배제하지 않으며, 우리 대법원이 문면상 위헌을 선언하는 것을 막지도 못한다. 몇몇 상고인들이 Abbott 사건에서 이미 문면상 위헌을 주장하였으나 패소하였다는 사실이 곧 청구의 배제를 의미하는 것은 아니다.

상고인들은 이 사건에서 환자이송특권에 대한 문면상 위헌을 주장한 것이 아니며 대신 McAllen과 El Paso에 위치한 클리닉에 대한 적용위헌(as-applied claim)을 주장하였다.

일사부재리의 원칙은 동일한 당사자에 의한 '똑같은 청구의 연속적인 소송'을 금지하는 것이다.[8] 그러나 상고인들이 제기한 법 시행 후의 적용위헌 청구와 Abbott 사건의 원고들이 제기한 법 시행 전의 문면상 위헌 청구는 같은 청구라고 볼 수 없다. 헌법적 위험이 실체적인 것임을 보여주는 변화된 상황은 새로운 청구를 야기한다. Abbott 사건은 환자이송특권 요건의 시행 전, 낙태클리닉들이 어떻게 영향을 받을 것인지가 불확실하였던 때에 제시된 사실과 증거에 기초하였다. 이번 사건은 그 후 법이 시행되고 상당수의 클리닉들이 문을 닫은 후, 구체적으로 새롭게 전개된 사실들에 기초하고 있다.

기판력은 우리 대법원이 문면상 위헌을 선언하는 것을 배제하지도 않는

7) 여기에서는 res judicata는 기판력, claim preclusion는 일사부재리로 번역하며 동의어로 사용하기로 한다.
8) New Hampshire v. Maine, 532 U. S. 742, 748 (2001).

다. 항소법원은 제1심 법원이 누구도 요청하지 않은 구제책을 승인해서는 안 되었다고 판결하였지만, 상고인들은 적용위헌을 청구함에 더해 '연방대법원이 공정하고 적절하며 공평하다고 여기는 다른 추가적인 구제책'도 청구하였다. 그리고 이들의 증거와 주장은 제1심 법원으로 하여금 이 조항이 전면적으로 위헌임을 확신하게 하였다. 연방민사소송규칙(Federal Rule of Civil Procedure) 제54(c)조에 따르면 "최종 판결은, 비록 당사자가 그의 답변에서 요구하지 않은 구제책이라 하더라도, 각 당사자에게 그 권리가 있는 구제책을 승인해야 한다."고 규정하고 있다. 우리 연방대법원도 만일 주장과 증거에 의해 법규정이 문면상 위헌임이 입증된다면, 그 법의 시행을 금지하는 가처분은 적절한 것이라고 판결한 바 있다.[9]

2) 수술센터 요건에 대한 일사부재리 여부

일사부재리 원칙은 수술센터 요건에 대한 상고인들의 청구 역시 막지 않는다. 항소법원은 상고인들이 이 청구를 Abbott 사건에서 제기했어야 했다고 결론지음에 있어 수술센터 조항과 환자이송특권 조항은 두 개의 독립된 다른 규제 요건을 가진 별개의 조항이라는 사실을 고려하지 않았다. 하급법원들은 별개의 규제 요건들에 대한 다툼에 대하여, 그 요건들이 하나의 중요한 정부규제제도(government regulatory scheme)의 일부일지라도, 보통 별개의 청구로 다룬다.[10] 게다가 Abbott 사건이 제소되었을 당시, 수술센터 조항의 시행규정은 아직 공포되지도 않았었으며, 관련된 사실적 상황들은 두 개의 소송 사이에 변화가 있었다. 따라서 상고인들은 Abbott 사건 당시 수술센터 조항에 대해 청구할 필요가 없었고, 지금 이 사건에서 이에 대한 청구를 하는 것이 일사부재리 원칙에 따라 배제되는 것도 아니다.

(2) 본안판단 - 부당한 부담(undue burden)

9) Citizens United v. Federal Election Comm'n, 558 U. S. 310, 333 (2010).
10) 18 C. Wright, A. Miller, & E. Cooper, Federal Practice and Procedure §4408, p. 52 (2d ed. 2002, Supp. 2015); see Hamilton's Bogarts, Inc. v. Michigan, 501 F. 3d 644, 650 (CA6 2007).

환자이송특권 조항과 수술센터 조항은 모두 태아가 자궁 밖 생존능력을 갖추기 전의 낙태시술을 원하는 여성들을 실질적으로 방해하여 낙태 접근권에 부당한 부담을 형성하므로 위헌이다.

1) 심사기준

연방 제5항소법원의 심사기준은 제1심 법원이 부당한 부담을 결정할 때 의료적 혜택의 존재 또는 부존재를 고려해서는 안 된다고 암시하는 것으로 해석될 수 있다. 그러나 Casey 판결은 법원이 낙태에 대한 접근에 법이 부과하는 부담과 더불어 그러한 법이 주는 혜택도 함께 고려하도록 요구하고 있다.[11] 또한 항소법원은 헌법적으로 보호되는 개인적 자유에 대한 규정에 적용되는 사법심사와, (예를 들면) 경제적 입법에 적용되는 덜 엄격한 심사를 동일시하는 우를 범하였다. 그리고 항소법원이 의료적인 불확실성은 법원이 아닌 입법부가 해결해야 한다고 한 부분 역시 낙태수술을 규제하는 법률의 합헌성 여부를 결정할 때 소송절차에서 제시된 증거와 주장에 상당한 무게를 두어 온 우리 대법원의 판례법에도 부합하지 않는다.[12] 명백하게 드러난 입법적으로 인정된 사실들은 반드시 고려되어야 하지만 이 사건 낙태제한법(H. B. 2)에는 그러한 사실인정이 없었다. 제1심 법원은 이 사건에서 전문가의 증언을 포함한 기록들에 드러난 증거들을 고려하고, 주장되는 혜택과 부담을 형량하여 정확한 심사기준을 적용하였다.

2) 환자이송특권 요건의 부당한 부담

낙태제한법(H. B. 2) 이전의 법에 따르면 낙태시술을 하는 의사는 환자이송특권을 갖거나 *또는* 환자이송특권을 가진 의사와 업무협약을 가지면 되었다. 그러나 낙태제한법(H. B. 2)의 제정 이후에는 낙태수술을 하거나 낙태를 유도하는 의사는 낙태시술 날에 환자이송특권을 가져야만 하게 되었다.

---

11) Casey, 505 U. S., at 887-898.
12) *id.*, at 888-894.

기록에는 환자이송특권 요건이 여성의 선택권에 부당한 부담을 부과한다는 제1심 법원의 결론을 법적, 사실적으로 뒷받침하는 충분한 내용이 담겨있다. 이 요건의 목적은 낙태수술 동안 합병증이 생기는 경우에 여성이 병원에 쉽게 입원할 수 있도록 보장하는 것이다. 그러나 제1심 법원은 낙태제한법(H. B. 2)의 통과 전에도 심각한 합병증의 비율은 극히 낮았음을 보여주는 증거를 기초로 새로운 법률이 치유할 중대한 건강 관련 문제는 없다고 판단하였다. 반면, 주의 기록 증거들은 새로운 법이 이전의 법과 비교하여 여성들의 건강을 보호하는 주의 정당한 이익을 얼마나 증진시킬지 입증하지 못하고 있다.

동시에 기록 증거는 환자이송특권 요건이 여성의 낙태를 실질적으로 방해한다는 사실을 보여주고 있다. 낙태클리닉의 급격한 감소는 더 적은 의사와 더 긴 대기시간과 더 과밀화된 환자들을 의미한다. 이는 또한 낙태클리닉과 가임연령의 여성들이 사는 곳의 거리가 매우 늘어났음을 의미한다. 늘어난 운전거리가 항상 부당한 부담을 형성하는 것은 아니지만 추가적인 부담임은 사실이며, 클리닉의 폐쇄로 인해 생긴 다른 결과들과 사실상 어떠한 건강 혜택도 없다는 것을 고려할 때, 우리는 제1심 법원의 부당한 부담에 대한 판결이 충분히 뒷받침되고 있다고 판단한다.

3) 수술센터 요건의 부당한 부담

수술센터 요건 또한 여성들에게 건강 혜택을 - 설사 있다 하더라도 - 거의 제공하지 못하며, 낙태하고자 하는 여성들을 실질적으로 방해하고, 여성들의 헌법적 권리에 부당한 부담을 형성한다.

이 요건이 제정되기 전, 텍사스 주법은 낙태시술소가, 점검을 통해 감시되며 행정, 민사, 형사적으로 시행되는 다수의 보건 및 안전 요건들을 충족하도록 규정하고 있었다. 새로운 조항은 낙태클리닉에 있어서는 일반적으로 불필요한 다수의 추가적인 요건들을 부과하고 있다. 새로운 조항은 의학적 낙태와 관련하여 합병증이 발생하였을 때 아무런 혜택도 제공하지 못하는데

이는 일반적으로 환자가 낙태시술소를 떠난 후에 발생하기 때문이다. 그리고 낙태시술소에서의 낙태는 텍사스 주의 수술센터 요건의 적용을 받지 않는 외부 클리닉에서의 일반 수술들보다 안전하다는 것이 입증되었다. 또한 텍사스 주는 수술센터 기준이 적용되는 시설의 2/3에 대해서는 수술센터 요건의 전체 또는 일부를 면제해준 것에 반해, 낙태시술을 하는 시설에 대해서는 전혀 면제를 해주지 않았음이 드러났다. 이러한 증거들은 반증이 없다는 사실과 더불어 제1심 법원의 판단이 옳았고 수술센터 요건이 불필요함을 뒷받침한다.

동시에 수술센터 요건이 낙태하고자 하는 여성을 실질적으로 방해한다는 제1심 법원의 결론은 충분한 증거에 의해 입증되고 뒷받침된다. 제1심 법원은 (새로운 조항의 시행 후 남게 되는) 7~8개의 낙태시술소가 수요를 충족할 수 있을 것이라고 믿기 어렵다고 판단하였다. 제5항소법원은 수술센터 요건으로 인해 남은 클리닉에서 이루어지는 낙태 건수가 약 5배로 증가하게 될 것이라는 감정인 Grossman 박사의 증언을 무시하였다. 현재 반대의견은 Grossman 박사의 신빙성을 떨어뜨리고자 하지만, 그의 의견은 다른 대학 연구자들과 함께 주의 보건부와 기타 공공 출처에서 얻은 정보를 사용하여 낙태시술소의 숫자를 추적하는 연구에 참여한 결과에 기초하였다. 상식적으로 생각하여도 특정한 수요를 충족하는 시설은 일반적으로 물리적 확장이나 다른 중대한 비용의 지출 없이는 그 수요의 5배에 이르는 수요를 충족시킬 수 없다. 제1심 법원은 자신의 법적 권한 내에서 그의 증언을 채택하였으며, 특히 텍사스 주 측에서 그의 증언을 반박하는 믿을 만한 전문가를 전혀 내세우지 못한 것을 고려할 때, 제1심 법원이 그의 증언을 신뢰하기로 한 결정에는 이상이 없다고 할 것이다.

마지막으로, 현재 허가된 낙태시술소가 수술센터 요건을 충족하기 위해서는 상당히 많은 비용이 발생할 것이라는 제1심 법원의 판결은 폐쇄된 시술소가 남긴 공백을 조만간 채울 수는 없을 것이라는 결론을 뒷받침한다.

(4) 텍사스 주의 기타 세 가지 주장에 대한 반박

첫째, 텍사스 주는 낙태제한법(H. B. 2)의 분리가능성 조항(severability clause) - 법규의 일부가 위헌으로 선언되어도 법규의 나머지 부분과 분리될 수 있는 것이라면 나머지 부분은 유효하게 남는다는 원칙 –에 의해서 환자 이송특권 조항과 수술센터 조항 모두 문면상 무효로 할 수는 없다고 주장하였다. 우리는 일반적으로는 입법부를 존중한다. 그러나 분리가능성 조항은 법규정이 문면상 위헌인 경우에 이러한 판단을 하지 말 것을 요구하는 것은 아니다. 게다가 낙태제한법(H. B. 2)은 '통합적인' 수술센터 기준에 맞을 것을 요구하고 있지 그 일부만 요구하는 것이 아니다.

둘째, 텍사스 주는 이 법에 의해 영향을 받는 여성들이 텍사스 주 가임연령 여성들의 다수(large fraction)가 아니기 때문에 이 사건 조항들이 실질적 방해를 하는 것이 아니라고 주장하였다. 그러나 Casey 판결에 따르면 다수는 *관련된* 다수를 의미하므로 모든 여성, 임신한 여성, 심지어 낙태하고자 하는 여성보다도 좁은 개념이다. 이 사건의 경우 관련된 다수는 그 조항이 자신들에게 무관한 것이 아닌 실제로 규제를 받게 되는 여성들이라고 할 것이다.

셋째, 텍사스 주는 우리 대법원이 임신의 두 번째 3개월에 적용되는 수술센터 요건을 인정하였던 Simopoulos v. Virginia, 462 U. S. 506 (1983) 판결에서 근거를 찾고 있다. 그러나 이 사건은 Simopoulos 사건과 달리 임신의 두 번째 3개월 중에 일어나는 낙태뿐만 아니라 모든 낙태에 적용되는 제한을 포함하고 있다. 텍사스 주의 대부분의 낙태는 첫 3개월 – 두 번째 3개월이 아니라 - 에 일어나고 있다. 더 중요한 것은 Casey 사건에서 우리는 3개월 틀을 폐기하였다는 것이다. 두 번째 3개월은 태아의 자궁 밖 생존능력이 있는 시기와 없는 시기를 모두 포함하기 때문에 Simopoulos 사건은 명확한 가이드를 제공하지 못한다.

(3) 결론

위와 같은 이유로 낙태제한법(H. B. 2)의 환자이송특권 요건과 수술센터 요건 조항은 모두 문면상 위헌이므로 항소법원의 판결을 파기 환송한다.

대법관 Ginsburg의 보충의견

텍사스 주의 낙태제한법(H. B. 2)은 필연적으로 낙태시술이 허용되는 클리닉과 의사의 수를 감소시킬 것이다. 텍사스 주는 이 법이 낙태로부터 생기는 합병증을 겪는 여성들의 건강을 보호하기 때문에 합헌이라고 주장한다. 그러나 사실은 낙태로부터 발생하는 합병증은 드물고 거의 위험하지도 않다. 출산을 포함한 많은 의료적 수술들은 환자에게 훨씬 더 위험하지만 수술센터 요건이나 환자이송특권 요건의 적용을 받지 않는다. 이러한 현실을 고려하건대, 낙태제한법(H. B. 2)이 진정으로 여성들의 건강을 보호할 것이라는 믿음은 합리적이지 않으며 이 법은 단지 여성들이 낙태를 하는 것을 더욱 어렵게 만들 뿐이라는 것이 확실하다. 주가 안전하고 합법적인 수술에의 접근을 심각하게 제한할 때, 절박한 상황에 있는 여성들은 부득이하게 자신들의 건강과 안전에 대한 심각한 위험을 무릅쓰고 무자격의 의사들에게 의존하게 될 것이다. 건강과는 무관하게 낙태에 장해물을 둘 뿐인 낙태제한법(H. B. 2)과 같은 낙태시술제공자에 대한 표적 규정 법(Targeted Regulation of Abortion Providers laws, TRAP laws)은 사법심사를 통과할 수 없다.

대법관 Thomas의 반대의견(단독 의견)

오늘 법정의견은 낙태클리닉과 의사들의 간청에 따라 두 개의 주 법 규정을 폐기하였다. 이 결정은 '낙태를 제한하려는 노력이나 낙태에 반대하는 발언이 쟁점인 경우에는 규칙을 바꾸어 버리는'[13] 연방대법원의 문제적 경향을

13) Stenberg v. Carhart, 530 U. S. 914, 954 (2000) (Scalia, J., dissenting).

보여주는 전형적인 예이다. 오늘의 법정의견은 보통의 기판력 규칙에 낙태 예외를 만들어 내었고, 텍사스 주가 어떠한 위헌적 부담도 부과하지 않았다는 강력한 증거를 무시하였으며, 분리가능성의 원칙(severability doctrine)의 기본 원리를 무시하였다.

우선 이 소송의 존재 자체가 법리상 특이한 일이다. 보통은 원고가 타인의 헌법상의 권리를 옹호하기 위하여 제소하는 것은 불가능하다. 그러나 이 사건에서 법정의견은 의사와 클리닉이 낙태를 하고자 하는 여성의 추정적인 헌법상 권리를 대리 옹호하는 것을 허용하는 우를 범하였다.

또한 이 사건은 실제적으로는 전혀 다른 심사기준을 적용하면서 기존의 심사기준 – 여기서는 낙태에 특화된 '부당한 부담' 기준 – 을 원용하는 우리 대법원의 점점 증가하는 통례를 보여준다. 법정의견이 적용한 심사기준은 Casey 사건에서 설명한 부당한 부담 심사와는 분명히 다른 것이었다.

궁극적으로 이 사건은 먼저 법정의견이 자신이 선호하는 권리를 위해 원칙을 바꾸지 않았어야 하는 이유를 보여준다. 우리의 법은 이제 특별한 예외들로 너무나 가득차서 법치주의에 구속되는 사법부의 약속이나 예측가능성을 내놓지 못하고 있다.

(1) 제3자의 당사자 적격

이 소송은 연방대법원이 낙태클리닉과 의사들에게 그들에게 속하지 않은 추정적인 헌법상의 권리 – 즉, 여성의 낙태할 권리 – 를 원용할 수 있도록 허용하였기 때문에 가능한 것이었다. 우리 연방대법원의 제3자 소송담당(third-party standing)에 대한 이론은 명료성이 떨어진다.

우리 역사의 대부분에 걸쳐 원고는 다른 사람의 헌법상의 권리를 주장하면서 법규의 위헌성을 다툴 수는 없었다. 20세기에 들어와 우리 대법원은 이 규칙을 완화하기 시작하였다. 그러나 우리 대법원이 특정 유형의 청구에 대해서는 예외를 인정하기 시작하였다 해도 이러한 예외들에는 엄격한 제한이

강조되었다. 원고가 제3자와 가까운 관계에 있고 그 제3자가 자신의 권리를 주장하는데 강한 장해물이 있는 경우에만 원고는 제3자의 권리를 대신 주장할 수 있는 것이다.[14]

그러나 이러한 제한은 무너졌는데 그것은 우리 대법원이 이러한 기준을 특정 청구에 적용함에 있어서는 매우 너그러웠기 때문이었다. 어떤 헌법상의 권리는 대리로서 주장될 수 없는 개인적 권리로 남아있는 반면, 어떤 권리들에서는 대법원이 이러한 제한을 포기하였다.

특히 연방대법원은 특정 유형의 사건들의 경우 제3자의 당사자 적격 기준에 대해 특히 너그러웠는데, 여기에는 태어나지 않은 아이를 낙태할 여성의 실체적 적법절차의 권리(라고 주장되는 권리)가 포함되어 있다.[15] 그러나 제3자의 당사자 적격에 대한 연방대법원의 이러한 접근법 때문에 우리는 이 문제를 해결하는데 필요한 정보를 박탈당하고 있다. 낙태시술제공자들이 소송을 하도록 장려하여 그들이 실제로 여성들이 직면하는 부담이 어떠한 것인지를 입증할 의무를 감경해주고 있는 것이다.

(2) '부당한 부담' 기준의 잘못된 재구성

오늘 법정의견은 낙태에 대한 제한의 합헌성 여부를 평가하는데 사용되는 '부당한 부담' 기준을 재구성하였다. 거의 25년 전, Casey 사건에서 우리 연방대법원의 상대적 다수의견은 낙태에 대한 제한의 허용가능성을 측정하기 위한 특별한 심사로서 '부당한 부담' 기준을 만들어냈다. Casey 판결에 따르면 우리는 법이 여성의 낙태에 대한 접근을 본질적으로 방해하는지 여부와 법이 정당한 주의 이익에 합리적으로 관련이 있는지 여부를 검토해야 한다.

나는 기본적으로 우리 연방대법원의 낙태에 관한 법리에 반대하는 입장이다. 그러나 Casey 판결을 기초로 삼는다 하더라도 법정의견은 '부당한 부담' 심사를 3가지 점에서 근본적으로 다시 기술하고 있다.

---

14) Powers v. Ohio, 499 U. S. 400, 411 (1991).
15) Singleton v. Wulff, 428 U. S. 106 (1976).

첫째, 법정의견의 형량 심사는 Casey 판결에 반대된다. Casey 판결은 낙태제한규정의 이익과 부담을 형량하지 않았다. 오히려 그 요건의 정당한 목적을 인정하였다.[16] 그런데 오늘의 법정의견은 법원이 법이 주는 혜택과 함께 낙태 접근권에 부과하는 부담을 같이 고려해야 한다고 요구하고 있다.

둘째, 법정의견은 '의학적 불확실성은 법원이 아닌 입법부가 해결해야 한다.'는 개념을 거부함으로써 Casey 틀의 또 다른 핵심 요소를 폐기하고 있다. 오늘 이전까지 우리 연방대법원은 주와 연방의 입법부에게 의학적, 과학적 불확실성이 있는 영역의 법률을 제정할 폭넓은 재량권을 수여해왔다.[17] 그리고 이러한 존중의 '전통적인 규칙'은 Casey 판결에 부합된다고 강조하였다.[18] 그러나 오늘 법정의견은 법의 정당화 이유가 의학적으로 불확실한 경우 입법부를 존중할 필요가 없으며 대신 기록 그 자체를 면밀히 검토함으로써 낙태에 대한 제한의 의학적 정당화 이유를 평가해야 한다고 말하고 있다.

셋째, 법정의견은 법이 낙태에 대한 접근을 실질적으로 방해하지 않았을지라도 '정당한 주의 이익에 합리적으로 연관'되는 것 이상을 갖춰야 한다고 요구함으로써 Casey 판결의 또 다른 핵심 사항을 뒤집고 있다. 이전에는 주가 그 행동에 합리적 근거가 있고(has a rational basis to act), 부당한 부담을 부과하지 않는 경우, 우리 대법원은 주가 그의 규제적 권한을 사용할 수 있다고 판결하였다.[19] 그러나 더 이상은 그렇지 않게 되었다.

이러한 법정의견의 내용들은 Casey 판결의 어디에서도 찾아볼 수 없으며, 부당한 부담의 심사를 엄격심사(strict scrutity)와 유사한 무언가로 변형시키고 있다.

(3) 연방대법원의 심사기준의 문제점

법정의견이 낙태에 대한 제한에 적용 가능한 심사기준을 은밀하게 재구성

16) Casey, 505 U. S., at 901 (joint opinion of O'Connor, KENNEDY, and Souter, JJ.).
17) Gonzales v. Carhart, 550 U. S. 124, 163 (2007).
18) *Ibid.*
19) *id.*, at 158.

한 것은 보다 깊은 문제를 암시한다. 부당한 부담 기준은 우리 대법원이 헌법재판에 있어 갖는 심사단계의 한 가지 변종일 뿐이다. 정부가 특정한 권리를 제한할 수 있는가를 평가함에 있어 연방대법원이 그 심사의 단계에 붙인 이름 – 그것이 합리성 심사, 중간심사, 엄격심사, 또는 기타 어떤 것이든 – 은 점점 무의미한 형식주의가 되고 있다.

Casey 판결의 부당한 부담 심사는 합리성 심사와 엄격심사 사이의 스펙트럼에 또 다른 심사를 추가한 것이라 하겠다. 헌법은 심사의 단계를 규정하고 있지는 않으며 세 가지 기본 단계 – 합리성 심사, 중간심사, 엄격심사 – 도 과학적인 것은 아니다.

그러나 이제 문제는 그 이상이 되고 있다. 이번 회기(2015 term)의 판례들을 살펴보면, 주의 입장에서는 대학입학제도에 인종을 기초로 한 차별이 있음에도 불구하고 엄격심사를 통과하는 것(Fisher v. University of Texas at Austin, 579 U. S. ____ (2016)(No. 14-981))[20]이 그보다 덜 엄중한 부당한 부담 심사 아래서 낙태시술 의사와 클리닉을 규제하는 것보다 쉬웠다. 전자의 경우 엄격심사를 통과하기 위해서 텍사스 주가 입증해야 했던 것은 교육의 목적과 왜 그 목적을 추구하는지에 대한 합리적이고 원칙에 입각한 설명이었고 그런 후에는 연방대법원이 이를 존중하였다. 그러나 같은 주가 부당한 부담 심사에서는 어떠한 존중도 받지 못한 것이다.

이러한 최근 판례들은 덜 선호되는 권리에 대해서는 높은 심사기준을 완화시키는 대법원의 경향을 반영하고 있다. 우리 연방대법원은 어떠한 특정 사건에서 헌법상의 권리와 이익에 대한 형량의 기저를 이루는 것이 정책 선호가 아니라는 가식을 버려야 한다.

(4) 연방대법원의 태도에 대한 비판

20) 이에 대한 자세한 소개는 헌법재판연구원 웹사이트에 게재된 “소수인종을 우대하는 대학입학정책의 합헌성 여부”, 세계헌법재판동향 뉴스레터 제20호(2016. 8.) 참고.
https://ri.ccourt.go.kr/cckri/cri/newsletter/selectNewsLetterList.do;jsessionid=0eAsjiKqIa6xhA1CdYUNZnElpxNOg47wGpzjW892zKiHsbw7gQvTBMNuMN3SgVWm.COWAS_servlet_engine3

연방대법원은 헌법에 실제로 열거된 많은 권리들을 냉대하면서, 동시에 낙태할 권리와 같이 사법적으로 만들어진 권리는 선호되는 헌법상의 권리로 변화시켜왔다. 그러나 우리 헌법은 어떤 헌법상의 권리가 다른 헌법상의 권리보다 더 평등하다(some constitutional rights are more equal than others.)는 개념은 취하지 않는다. 원고는 그가 주장하는 헌법상의 권리를 가지고 있거나 그렇지 않거나 둘 중 하나이다. 그리고 만일 가지고 있지 않다면, 사법부는 특별한 예외를 만들어 다른 사람이 그 권리를 주장하게 만들어서는 안된다. 법은 헌법상의 권리를 침해하였거나 그렇지 않거나 둘 중 하나이다. 사법부에게는 침해의 수인가능한 정도를 발명해낼 여지가 없다. 연방대법원이 헌법상의 권리를 판결할 하나의 통일된 규칙 세트를 준수하지 않는 한, 그 정당성의 마지막 티끌이 사라질 때까지 헌법을 정책 중심의 가치판단으로 계속 축소시킬 것이다.

(5) 결론

오늘의 법정의견이 일부에게는 승리이고 일부에게는 그 반대이겠지만 전국가는 중요한 무엇인가를 잃고 말았다. 법정의견이 권리마다의 특유한 예외와 형량심사의 법리를 포용한 것은 유감스러운 패배의 인정이다.[21]

나는 법정의견에 정중히 반대한다.

대법관 Alito의 반대의견(3인 의견)[22]

낙태를 규제하는 법의 합헌성은 미국 법 내에서 가장 논란이 많은 주제 중 하나이다. 그러나 이 사건은 그러한 논쟁에 천착할 것을 요구하지 않는다. 대신 여기서 결정적인 쟁점은 어떤 주제의 어떠한 사건에서도 일어날 수 있는 평범한 질문, 즉 현재 사건이 기판력에 의해 금지되는가 여부이다. 이

21) Scalia, The Rule of Law as a Law of Rules, 56 U. Chi. L. Rev. 1175, 1182 (1989).
22) 대법원장 Roberts와 대법관 Alito, Thomas의 의견.

규칙은 소송의 주제에 상관없이 모든 사건에 중립적인 방식으로 적용되어야 하며, 논란이 많은 주제를 포함하는 사건일 경우 특히 양심적으로 중립을 지키도록 신중해야 한다. 그러나 법정의견은 그렇게 하지 않았다. 반대로 다른 모든 사건에는 적용되는 기본 규칙을 간단하게 무시하였다.

그리고 분리가능성의 원칙도 무시하였다. 법규의 일부가 위헌으로 선언되는 경우 법규의 나머지 부분도 폐기되는지에 관하여, 만일 위헌 선언된 규정이 법규의 나머지 부분으로부터 분리될 수 있는 것이라면 나머지 부분은 유효하게 살아남을 수 있다. 낙태제한법(H .B. 2)에는 이러한 분리가능성 조항이 매우 강조되어 포함되어 있다. 그러나 이러한 법문에도 불구하고 우리 대법원은 청구된 두 조항의 어떤 부분과 어떤 적용도 살아남을 수 없다고 판결하였다.

우리 대법원이 이렇게 확립된 법 원칙을 중립적인 방식으로 적용하는 것을 명백히 거부한 것은 변명의 여지가 없는 일이며, 공정하고 중립적인 심판자로서의 대법원에 대한 공공의 신뢰를 약화시킬 것이다.

(1) 환자이송특권 요건에 대한 기판력

기판력(일사부재리)의 원칙은 우리의 법 시스템에 기본적인 원칙이다. 우리 판결에서 자주 언급되었듯이 ① 같은 (또는 밀접하게 관련된) 당사자가 ② 같은 소인이나 청구를 주장하며 전소(前訴)를 제기하였고 ③ 전소가 적법한 관할의 법원에 의해 판결을 받았으며 ④ 본안판단을 받았고 ⑤ 확정판결이 있었으며 ⑥ 전 판결을 무효화할 이유(예를 들면, 사기)가 없는 경우 후행소송은 금지된다.[23]

1) 기판력 규칙의 적용

위의 규칙을 이 사건 낙태제한법(H. B. 2)의 환자이송특권 요건에 적용해

23) Montana v. United States, 440 U. S. 147, 153 (1979); Commissioner v. Sunnen, 333 U. S. 591, 597 (1948); Cromwell v. County of Sac, 94 U. S. 351, 352-353 (1877).

보자. 2013년 Abbott 사건을 기초로 보건대 위의 모든 요건들은 쉽게 충족된다. Abbott 사건은 ① 현재 사건의 상고인들에 포함된 원고 그룹에 의해 제소되었으며, ② 같은 소인이나 청구, 즉 환자이송특권 요건의 문면상 위헌성을 주장하였고, ③ 적법한 관할의 법원에 의해 판결을 받았으며, ④ 본안판단을 받았고, ⑤ 상고인들이 패소 확정판결로 끝났으며, ⑥ 무효화 될 수 있는 판결도 아니었다.

법정의견은 위의 요소들 중에 오직 하나(② 동일한 소인)에 대해서만 심사를 하였다. 그리고 환자이송특권 요건이 문면상 위헌이라는 상고인들의 이전의 주장과 현재 같은 요건에 대한 같은 주장이, 왜 그런지 모르겠지만, 같은 소인 또는 청구가 아니라고 판결하였다. 이러한 결론은 명백히 틀린 것이다.

2) 이론적 근거의 부재

기판력과 관련하여 소인이나 청구의 범위에 대하여 법원과 학자들은 그 정의를 정립하기 위해 고투해왔다. 그러나 이 사건의 결과는 수년 간 적절한 정의로 채택되고 추천되었던 선택지들에 기초한 것이 아니었다. 법정의견의 판결은 그러한 정의들 중 어떠한 것에 의해서도 뒷받침되지 않는 것이었다.

Baltimore S. S. Co. v. Phillips, 274 U. S. 316 (1927) 사건에서 우리는 소인이 사실로 구성되는 것이 아니라 사실이 보여주는 권리의 불법적인 침해로 구성되는 것이라고 정의하였다. 이 해석에 따르면 Abbott 사건의 청구와 이 사건의 청구는 반론의 여지없이 동일한 것이다.

미국법률협회(American Law Institute, ALI)의 the first Restatement of Judgments(1942) §61 정의에 따르면 후소(後訴)를 뒷받침하는데 필요한 증거가 전소도 뒷받침했던 것인 경우 원고는 같은 일을 기초로 하여 후소를 계속하지 못한다고 한다. 이 사건에서 이와 같은 규칙도 충족됨은 의심의 여지가 없다.

미국법률협회(ALI)의 the second Restatement of Judgments(1982) §19에 따르면 피고에게 유리한 유효한 확정판결은 원고가 같은 청구로 다른 소송

을 하는 것을 금지하고 있다고 한다. 법정의견은 이 견해를 따르는 것으로 상정하였지만 정말 이 입장이 법정의견을 뒷받침한다면 우리 대법원은 이 입장을 택한 이유를 설명해야 했을 것이다. 그러나 사실은 이 입장을 택해도 결과는 마찬가지이다. 이를 따라도 환자이송특권 요건에 대한 두 개의 문면상 위헌 주장은 하나의 청구를 이룬다는 결론이 되기 때문이다.

3) 두 개의 문면상 위헌 청구를 다른 청구로 보는 법정의견에 대한 반박

법정의견은 어떻게 첫 번째와 두 번째 문면상 위헌 청구를 정말 다른 청구라고 주장할 수 있을까?

첫째, 법정의견은 현재 사건에서 상고인들의 청구는 적용위헌 청구였을 뿐이고 문면상 위헌 청구의 이슈는 상고인들이 아닌 제1심 법원이 이 사건에서 직권으로 제기한 것이기 때문에 상고인들이 두 개의 문면상 위헌 청구를 한 것이 아니라고 판단하였다. 보통법 판결의 기본적인 수칙은 적법한 법원에 의해 한번 결정된 문제는 확정적이라는 것이다.[24] 금지된 청구가 고소에 포함되어 있든 판사가 사건에 끼워 넣었든 상관없이 이러한 확정성의 이익은 똑같이 위반되는 것이다.

둘째, 또 다른 의견은 첫 번째 사건(Abbott 사건)에서 환자이송특권에 대한 청구는 성숙하지 못하여 기판력의 배제적 효과를 갖지 못한다는 것이다. 그러나 항소법원은 이 청구가 성숙하지 못하였다고 판단한 것이 아니었다. 대신 청구인들이 제공한 증거가 불충분하다도 판결하였다.

셋째, 법정의견의 주요 주장은 '변화된 상황' 때문에 두 번째 문면상 위헌 청구는 다른 청구라는 것이다. 법정의견이 의미하는 바는 환자이송특권 요건의 결과로 문을 닫아야 할 클리닉의 수와 관련하여 상고인들이 첫 번째 사건 당시보다 더 나은 증거를 얻을 수 있다는 것이다. 이 주장은 가장 중요한 기판력의 원칙, 즉 첫 번째 사건에서 패소한 원고는 단지 더 나은 증거를 모

24) Arizona v. California, 460 U. S. 605, 619 (1983).

았다는 이유만으로 이후에 같은 사건을 다시 청구할 수 없다는 원칙에 반하는 것이다.

4) 법정의견의 새로운 규칙에 대한 평가

법정의견이 이 사건에서 한 일은 패소한 원고가 새롭고 나은 증거를 얻었다는 이유만으로 다시 소송할 수는 없다는 규칙에 완전히 새로운 예외를 만들어냈다는 것이다. 법정의견의 새로운 규칙은, 만일 원고가 문제가 된 법이 위헌적 효과를 가질 것이라는 충분한 증거를 제공하지 못하여 첫 사건에서 패소하였고, 이후의 상황전개를 보니 실제로 그러한 효과를 가질 것 같은 경우, 원고는 동일한 청구를 다시 제기할 수 있다는 것으로 보인다. 이러한 규칙은 전례가 없는 것이고 나는 그 타당성에 대해 확신이 들지 않는다. 그러나 이것은 확실하다. 원고가 첫 번째 사건 당시에 그 법의 효과가 어떠할 것인지 합리적으로 입증할 수 없었던 것이 아닌 한, 법정의견의 새로운 규칙은 정당화될 수 없다는 것이다. 그리고 이 사건은 그러한 경우가 아니다.

(2) 수술센터 요건에 대한 기판력

1) 기판력은 동일한 사안의 부분에도 미침

일사부재리(기판력)의 원칙은 이전에 제소된 청구를 다시 제기하는 것을 막을 뿐만 아니라 전소에서 제소되어 실패한 청구와 깊이 관련된 청구도 역시 막는다.[25] The second Restatement §24(1) 역시 소송이 일어난 사안의 일부이거나 연결된 시리즈라면 새로운 청구가 금지된다고 설명하고 있다. 두 개의 문면상 위헌 청구는 낙태제한법(H. B. 2) 제정이라는 동일한 사안의 일부분이다. 청구인들은 환자이송특권 요건과 수술센터 요건이 결합되어 위헌적 효과를 가진다고 주장하였고 두 규정의 효과를 분리하려는 노력을 하지도 않았다.

25) Montana, 440 U. S., at 153.

2) 법정의견의 두 가지 주장에 대한 반박

그럼에도 불구하고 법정의견은 다음과 같은 두 가지 주장을 하였다.

첫째, 법정의견은 '법원들은 별개의 규제 요건들에 대한 다툼에 대하여, 그 요건들이 하나의 중요한 정부규제제도의 일부일지라도, 보통 별개의 청구로 다룬다.'고 설시하였다. 그런데 정부규제제도란 보통 제정 법률들이 축적된 것을 이야기한다. 이 사건에서 상고인들은 단순히 규제제도의 두 조항에 대해 청구한 것이 아니라 하나의 법의 두 조항에 대해 청구한 것이다. 이 사건에서 환자이송특권 요건과 수술센터 요건에 대한 두 개의 청구는 매우 밀접하게 관련되어 있다. 이들은 동일한 법안의 두 부분이며 둘 다 낙태클리닉에 대한 새로운 요건을 부과하고 있다. 이 조항들은 낙태하고자 하는 여성의 안전을 보호한다는 동일한 이유로 주가 정당성을 옹호하고 있고, 같은 종류의 권리(낙태할 권리)에 대해 같은 종류의 부담(클리닉에 대한 접근권의 약화)을 지우는 것으로 다투어지고 있다. 상고인들은 이 두 조항을 하나의 패키지로 공격하며, 상고인들에 따르면 두 조항은 같은 불법적인 목적을 위해 제정되었다고 한다. 상고인들의 주장은 두 요건의 결합된 효과에 기초하고 있으며, 두 요건의 효과를 개별적으로 확인하는 대신 종합하고 있다.

둘째, 법정의견은 상고인들이 첫 번째 사건에서 소송을 제기할 당시, 수술센터 요건을 시행하는 미래의 규정이 기존의 낙태클리닉에게 면제를 제공할 것인지 여부를 알 수 없었다고 주장하였다. 그러나 이 주장은 큰 결함이 있다. 항소법원이 밝혔듯이 모든 낙태시술소가 이미 공포된 통원수술센터의 기준에 맞추어야 한다는 것은 낙태제한법(H. B. 2)을 보건대 매우 명확한 것이었다. 낙태제한법(H. B. 2)이 통원수술센터 요건에서 주 보건부에 의한 백지면제를 허용하였다고 볼 어떠한 명확한 근거도 없다. 통원수술센터 기준의 특정한 일부를 면제할 가능성도 이 사건과는 무관하다. 상고인들과 법원은 모두 수술센터 요건을 불가분의 하나로 보고 문면상 위헌을 주장하였다.

이러한 이유로 수술센터 요건에 대한 상고인들의 문면상 위헌 청구는 환

자이송특권 요건에서와 마찬가지로 배제되어야 한다.

(3) 부당한 부담에 대한 입증 부족

설사 기판력이 두 요건에 대한 청구를 막지 못한다고 하여도, 환자이송특권과 수술센터 요건의 시행을 막는 전면적이고 주 전체에 미치는 가처분은 정당화될 수 없을 것이다. 이 사건 상고인들은 낙태클리닉과 낙태 수술을 하는 의사들이다. 만일 그들이 단순히 불필요한 주의 규제 없이 사업을 하거나 개업할 헌법상의 권리를 주장하는 것이었다면 승소할 확률이 거의 없었을 것이다.[26] 그러나 우리의 낙태 관련 사건들에 따르면 그들은 자신의 환자들의 낙태할 권리에 기댈 수 있다.[27]

따라서 중요한 것은 낙태제한법(H. B. 2) 조항이 상고인들에게 갖는 효과가 아니라 그들의 환자들에게 갖는 효과이다. 우리의 선례들에 따라 상고인들은 환자이송특권과 수술센터 요건이 낙태를 하고자 하는 여성에게 '부당한 부담'을 지운다는 것을 입증해야 한다.[28] 그리고 그들이 원하는 대로 이 조항들의 문면상 무효의 결과를 얻기 위해서는 최소한 이 조항들이 적어도 텍사스 주 가임기 여성들의 다수에게 위헌적 영향을 준다는 것을 입증해야 한다. 그러한 상황은 새로운 요건에 부합하는 클리닉들이, 필요한 전체 수용력이 부족하거나 문제의 여성들의 다수에게 도움을 주기에는 너무 멀리 위치해있을 경우 발생할 수 있다.

상고인들은 이러한 입증을 하지 않았다. 그들은 직접적인 증거를 제시하는 대신 두 가지 대강의 추론에 의존하였다. 첫째, 그들은 낙태제한법(H. B. 2)의 제정 이후에 문을 닫은 낙태클리닉의 수를 들며 이것은 이러한 낙태클리닉의 모든 폐쇄가 두 조항의 결과로 발생한 것으로 추론되어야 한다고 요구하였다. 그들은 왜 특정 클리닉들이 문을 닫았는지 입증하려는 노력을 거

26) 예를 들면, Williamson v. Lee Optical of Okla., Inc., 348 U. S. 483 (1955).
27) Doe v. Bolton, 410 U. S. 179, 188 (1973).
28) Gonzales, 550 U. S., at 146.

의 하지 않았다. 둘째, 그들은 낙태제한법(H. B. 2)이 발효되기 전 통원수술센터에서 이루어졌던 연간 낙태 건수를 들며 이 숫자는 주에서 매 해 이루어지는 총 낙태 건수에 훨씬 밑돌기 때문에 통원수술센터 요건에 부합하는 클리닉들은 텍사스 주 여성들의 수요를 충족시킬 수 없을 것으로 추론되어야 한다고 주장하였다. 상고인들은 새로운 법에 부합하면서 낙태 시술을 할 수 있을 시술소들의 실제 수용력에 대한 어떠한 증거도 제공하지 못하였다.

(4) 분리가능성 조항의 비적용에 대한 비판

법정의견이 이 소송은 기판력에 의해 배제되지 않으며 낙태제한법(H. B. 2)이 낙태 접근권에 부당한 부담을 부과한다고 판결한 것이 옳다고 하더라도 – 실제로는 둘 다 틀린 것이지만 – 환자이송특권 조항과 수술센터 조항이 통째로 금지되어야 한다고 결론내리는 것은 여전히 잘못된 것이다. 낙태제한법(H. B. 2)은 이례적으로 광범위한 분리가능성 조항을 두고 있으며, 이 법의 어떠한 부분을 금하거나 일정한 적용을 금하기 전에 반드시 이를 고려해야 한다. 만일 법정의견이 이 조항을 충실하게 적용하였다면, 다투어지는 두 조항은 실질적인 부분에서 살아남았을 것이다. 유감스럽게도 법정의견은 주 의회의 의도에 주의를 기울이지 않고 두 조항의 전부를 금하였다.

(5) 결론

우리가 특히 논란이 되는 쟁점에 대하여 판결할 때에는 확립된 절차 규정들을 중립적으로 적용하기 위해 특별한 주의를 기울여야 한다. 이 사건에서 법정의견은 그러지 아니하였다.

그러므로 나는 정중히 법정의견에 반대한다.