트럼프 대통령의 반이민 포고령에 대한 합헌 결정[1)]

1. 사건개요

미국의 이민국적법(Immigration and Nationality Act, INA)에 따라, 미국에 들어오고자 하는 외국인들은 많은 입국허가조건을 충족해야 하는 심사과정(vetting process)을 거쳐야 한다. 또한 이민국적법 §1182(f)은 대통령에게 외국인들의 입국이 '미국의 이익에 해로울 것'이라고 판단될 때마다 그들의 입국을 제한할 권한을 부여하고 있다.

트럼프 대통령은 2017년 1월 취임 직후부터, 외국 정부가 미국에 입국하려는 자국민에 대하여 제공한 정보의 적합성을 심사하고, 테러 위험국들을 지정하여 이들 국가 국민들의 입국을 유예시키는 행정명령(Executive Order) EO-1[2)]과 EO-2[3)]를 내렸다. 그리고 2017년 9월, §1182(f)의 위임에 근거하여, 트럼프 대통령은 입국 판단에 필요한 적절한 정보를 공유하지 않거나 국가안보의 위험을 제기하는 국가의 국민들에 대하여 입국 제한을 부과할 필요가 있다고 결정하였다(포고령 제9645호[4)], 이하 "포고령"). 이 포고령은 특정 국가의 국민이 공공 안전에 대한 위협을 일으키는지를 평가하는데 필요한 정보에 결함이 지속되고 있는지를 식별함으로써 미국에 입국하려는 외국인들에 대한 심사과정을 개선하고자 하였다. 이러한 목적을 증진시키기 위해 포고령은 국민들에 대한 정보를 관리하고 공유하는 시스템이 불충분하다고 여겨지는 8개국의 국민들의 입국을 제한하였다. 이들 8개국은 포고령 전에 내려졌던 행정명령 EO-2에 따라 착수되었던 심사에 근거하여 지정되었다. 그러한 심사의 일부로서, 국토안보부(Department of Homeland Security, D

---

1) Trump v. Hawaii, 585 U. S. ____ (2018)(No. 17-965)(2018. 6. 26. 결정).
2) Executive Order No. 13769, Protecting the Nation FromForeign Terrorist Entry Into the United States. 82 Fed. Reg. 8977 (2017) (EO-1).
3) Executive Order No. 13780. 82 Fed. Reg. 13209 (2017) (EO-2).
4) Proclamation No. 9645, Enhancing Vetting Capabilities and Processes for Detecting Attempted Entry Into the United States by Terrorists or Other Public-Safety Threats. 82 Fed. Reg. 45161.

HS)는 국무부(State Department) 및 정보국들과 협의하여 정보 및 위험 평가 기준(information and risk assessment baseline)을 개발하였다. 그리고 모든 외국 정부에 대한 데이터를 수집하고 평가하였다. 그렇게 16개국에 대하여는 결함이 있는 정보공유 관행이 있고 국가안보에 우려를 일으킨다고 판단하였고, 다른 31개국에 대하여는 유사하게 기준을 충족하지 못할 위험이 있다고 판단하였다. 국무부가 50일 간 외국 정부들에게 관행을 개선하도록 독려하는 외교적 노력을 한 뒤, 국토안보부 장관 대행은 8개국 — 차드, 이란, 이라크, 리비아, 북한, 시리아, 베네수엘라, 예멘 — 이 여전히 결함이 있는 상태라고 판단하였다. 또한 국토안보부 장관 대행은 소말리아가 정보공유 요소는 충족하지만 중대한 테러리스트의 존재와 같은 특별한 위험요소가 있어 추가적인 제한이 필요하다고 제안하였다. 한편 이라크에 대해서는 미국과 이라크 정부 사이의 가까운 협력 관계와 이라크의 ISIS[5]와의 전투에 대한 헌신을 고려하건대 이라크 국민에 대한 입국제한이 타당하지는 않다고 판단하였다.

다양한 국무위원들과의 협의를 거친 후, 트럼프 대통령은 제안을 받아들여 포고령을 공포하였다. 대통령은 이민국적법 §1182(f)와 §1185(a)[6]상의 대통령의 권한에 근거하여, 미국 정부에게 충분한 정보가 없는 외국인의 입국을 막고, 외국 정부로부터 개선된 신원정보관리(identity-management)와 정보공유의 규약 및 관행을 끌어내기 위하여 일정한 제한이 필요하다고 결정하였다. 포고령은 8개국의 각기 다른 상황에 근거하여 다양한 입국 제한의 범위를 정하였다. 포고령은 적법한 영주권자에게는 면제되고, 일부 상황에서는 사례별(case-by-case) 면제를 적용하였다. 또한 국토안보부에게 제한이 수정되어야 하는지 아니면 계속되어야 하는지를 지속적으로 평가하고, 대통령에게 180일마다 보고하도록 지시하였다. 대통령은 이러한 첫 번째 심사기간

5) IS(이슬람국가, Islamic State)의 전신인 ISIS는 이라크-샴 이슬람국가(Islamic State of Iraq and al-Sham)의 약자로 급진 수니파 무장단체가 2013년 4월에 설립을 발표하였고 2013년 8월 ISIL(이라크-레반트 이슬람국가, Islamic State of Iraq and the Levant)로 명칭을 변경하였다. ISIL은 2014년 6월에 IS로 개명하였다. ISIS와 ISIL은 IS가 국가 수립을 선언하기 이전의 명칭으로 IS는 이들의 영역을 전세계 이슬람국으로 확장함을 뜻하여 IS의 국가성을 부정하는 서방 국가들은 IS 대신에 ISIS 또는 ISIL이라는 이름을 사용하고 있다.

6) 이민국적법 §1185 - 시민과 외국인의 여행 통제
(a) (제한과 금지) 대통령에 의해 달리 명령되지 않는 한, 다음의 경우들은 불법이다.
(이하 (1)~(7) 생략)

을 마치며 차드에 대해서는 그 관행이 충분히 개선되었다고 판단하여 이에 따라 차드 국민들에 대한 제한을 풀도록 하였다.

원고들 — 하와이 주, 입국 중단으로 영향을 받는 외국인 친척을 둔 미국 시민권자 및 적법한 영주권자 3인, 그리고 하와이 무슬림 협회 — 은 포고령이 이민국적법을 위반하였다고 주장하였다. 또한 포고령이 국가 안보와 관계된 우려에서 비롯된 것이 아니라 이슬람에 대한 적대감에서 비롯된 것이므로 수정헌법 제1조[7]의 국교설립금지조항(Establishment Clause)을 위반하였다고 주장하였다. 제1심 법원은 입국 제한의 집행을 금지하는 전국적인 가처분(nationwide preliminary injunction)을 내렸고, 제2심 법원인 제9항소법원 또한 이를 유지하였다. 제9항소법원은 포고령이, 대통령이 외국인의 입국이 미국의 이익에 해가 될 것이라고 판단할 때마다 모든 외국인 또는 외국인 부류(class)의 입국을 유예할 권한을 대통령에게 부여한 이민국적법 §1182(f)과 누구도 개인의 인종, 성별, 국적, 출생지, 또는 거주지를 이유로 이민비자의 발급에 있어 차별을 받지 아니한다는 §1152(a)(1)(A)에 위반된다고 판결하였다. 그러나 국교설립금지조항에 관해서는 다루지 않았다.

이에 대하여 연방대법원은 아래와 같은 이유로 포고령을 적법하다고 판단하고 원심을 파기 환송하였다.

2. 판결요지

대법원장 Roberts의 법정의견(5인 의견)[8]

(1) 법규정 위반에 대한 판단

7) 미국 수정헌법 제1조
연방 의회는 국교를 수립하거나 또는 자유로운 신앙 행위를 금지하는 법률을 제정할 수 없다. 또한 언론·출판의 자유나 평화로이 집회할 수 있는 개인의 권리 및 고충의 구제를 위하여 정부에 청원할 수 있는 권리를 제한하는 법률을 제정할 수 없다.

8) 대법원장 Roberts와 대법관 Kennedy, Thomas, Alito, Gorsuch의 의견.

대통령은 외국인들의 미국 입국을 유예시키는데 있어 §1182(f)가 그에게 부여한 폭넓은 재량권을 적법하게 행사하였다.

1) 포고령은 §1182(f)의 법문에 부합함

§1182(f)의 규정은 다음과 같다.

"대통령이 모든 외국인(all aliens) 또는 모든 외국인 부류(any class of aliens)의 미국 입국이 미국의 이익에 해가 될 것이라고 판단할 때마다, 대통령은 포고령으로 그가 필요하다고 여기는 기간 동안, 이민자 또는 비이민자로서의 모든 외국인 또는 모든 외국인 부류에 대해서도 입국을 유예하거나, 외국인의 입국에 대해 그가 적절하다고 여기는 어떠한 제한도 부과할 수 있다."

이처럼 §1182(f)는 모든 절마다 대통령에 대한 존중이 흐르고 있다. 동 조항은 입국을 언제 유예시킬지, 누구의 입국을 유예시킬지, 얼마나 오랫동안 그리고 어떠한 조건에서 유예시킬지에 대한 판단을 대통령에게 맡기고 있다. 따라서 이 규정은 대통령에게 이민국적법의 다른 곳에 열거된 것들 외에도 입국 제한을 부과할 충분한 권한을 부여하고 있다. 이 사건 포고령은 이러한 포괄적인 위임 범위 내에 있다. §1182(f)의 유일한 전제조건은 대통령이 해당 외국인의 입국이 미국의 이익에 해가 될 것이라고 판단하는 것이다. 이 사건에서 대통령은 의심할 여지없이 이 요건을 충족하였다. 그는 국토안보부와 다른 기관에게 모든 국가들이 정보 및 위험 평가 기준에 부합하는지를 포괄적으로 평가하도록 지시하였다. 그리고 포고령을 공포하면서, 지정된 국가들의 관행이 미국 정부가 위험성을 판단하는데 필요한 충분한 정보를 확보하지 못하게 한다는 것을 보여주는 광범위한 결과들을 제시하였다. 이러한 검토들을 근거로, 트럼프 대통령은 적절한 정보를 가지고 심사를 받을 수 없는 외국인의 입국을 제한하는 것이 국익에 맞는다는 결론을 내렸다.

원고들은 이러한 대통령의 판단이 불충분하다고 생각하였다. 그들은 포고령이 왜 국적만으로 해당 외국인에게 안보위험을 부과하는지에 대한 설득력

있는 근거를 제시하지 못하였다고 주장하였다. 또한 포고령이 지정된 국가에서 온 많은 외국인에 대해서 비이민비자로 입국하는 것을 허용하기 때문에 대통령의 우려가 무의미하다고 주장하였다.[9] 그러나 대통령의 판단에 충분한 근거가 없다는 원고들의 주장은 인정되지 않는다. 절차, 기관 평가, 대통령이 선택한 제한들의 근간을 이루는 의견들이 충분히 담긴 12페이지 분량의 이 포고령은 §1182(f)에 따라 대통령이 공포하였던 이전의 어떤 명령들보다도 구체적이다. 원고들은 대통령 판단의 충분성에 대한 면밀한 조사를 요구하고 있지만 이는 광범위한 법문에도 일치하지 않고, 이 영역에 있어 전통적으로 대통령에게 부여된 존중에도 부합하지 않는다.

그리고 포고령은 §1182(f)의 나머지 법문상의 한도에도 합치된다. '유예하다(suspend)'라는 용어가 종종 '이후로 미루다'는 뜻을 함축하지만, 대통령이 미리 고정된 입국 제한 종료일을 규정해야 함을 뜻하지는 않는다. 그리고 이 사건 포고령은 이전의 포고령들과 마찬가지로, '조건부 제한'이 해당 국가 내의 불충분성과 위험에 대해 검토하는데 필요한 한에서만 시행됨을 분명히

9) 7개국의 국민들이 받는 포고령상의 제한들

Country	Nonimmigrant Visas	Immigrant and Diversity Visas
Iran	No nonimmigrant visas except F, M, and J visas	No immigrant or diversity visas
Libya	No B-1, B-2, and B-1/B-2 visas	No immigrant or diversity visas
North Korea	No nonimmigrant visas	No immigrant or diversity visas
Somalia		No immigrant or diversity visas
Syria	No nonimmigrant visas	No immigrant or diversity visas
Venezuela	No B-1, B-2 or B-1/B-2 visas of any kind for officials of the following government agencies Ministry of Interior, Justice, and Peace; the Administrative Service of Identification, Migration, and Immigration; the Corps of Scientific Investigations, Judicial and Criminal; the Bolivarian Intelligence Service; and the People's Power Ministry of Foreign Affairs, and their immediate family members.	
Yemen	No B-1, B-2, and B-1/B-2 visas	No immigrant or diversity visas

출처: 미국 국무부 영사사업부
https://travel.state.gov/content/travel/en/us-visas/visa-information-resources/presidential-proclamation-archive/june_26_supreme_court_decision_on_presidential_proclamation9645.html

하였다. 그 목적을 위해 포고령은 180일마다 입국 제한이 수정되거나 종료되어야 하는지를 평가하는 절차를 마련하였고, 실제로 차드의 경우 입국 유예가 면제되었다. 마지막으로 포고령은 입국이 유예되는 '외국인 부류(class of aliens)'를 적절하게 식별하였다. 원고들은 '부류(class)'라는 말이 국적이 아닌 공통의 '특징(characteristic)'을 공유하는 개인들로 이루어진 명확한 그룹을 지칭해야 한다고 주장하였다. 그러나 §1182(f)의 법문은 그러한 말을 하지 않았고, '부류'라는 용어는 문제없이 국적으로 연결된 사람들의 그룹을 아우른다. 또한 원고들은 부류가 너무 넓어서는 안 된다고 주장하였지만, 모든 외국인 부류뿐만 아니라 모든 외국인에 대하여 입국을 유예할 수 있도록 의회가 부여한 권한 어디에서도 그러한 요건은 찾아볼 수 없다.

요컨대, §1182(f)의 표현은 분명하며, 포고령은 대통령의 권한에 대한 법문상의 한계를 넘지 않았다.

2) 이민 체계와 §1182(f)의 역사 및 관행 — 포고령을 제한하지 않음

원고들은 법규의 구조와 입법목적에 초점을 두어, 이민국적법에 반영된 이민 제도와 §1182(f)의 역사와 역사적 관행에서 포고령을 부정하는 주장의 근거를 찾으려고 하였으나 모두 법규의 분명한 문언을 벗어나 정당화될 수는 없다.

i) 개별화된 심사 시스템과 비자면제 프로그램을 포고령을 부정하는 근거로 삼을 수 있는지 여부 — 포고령과 갈등관계가 아니므로 부정의 근거가 아님

원고들은 대통령이 이민국적법을 보충할 수는 있지만 대체할 수는 없다고 주장하며, 미국에 충분한 정보를 공유하지 않는 국가에서 입국하고자 하는 외국인들에 대해서는 의회가 이미 두 가지 해결책을 명시하였기 때문에 이 사건 포고령은 이민국적법을 보충하는 것이 아닌 대체하는 것이 되어 인정할 수 없다고 주장하였다. 원고들이 주장하는 의회의 두 가지 해결책은 첫

째, 외국인에게 그의 입국허용성(admissibility)을 증명할 부담을 지우는 개별화된 심사 시스템과 둘째, 비자면제 프로그램을 통한 정보공유의 촉구이다.

그러나 포고령은 이 두 가지 해결책과 갈등을 일으키지 않는다. 오히려 포고령은 의회의 개별화된 방식을 지지하며 정보의 유효성을 보장함으로써 이 심사과정의 효율성을 도모한다. 어떤 국가가 신뢰할만한 정보를 제공하지 않으면 미국 정부는 외국인의 입국허용성을 정확히 판단할 수 없다. 또한 포고령은 비자면제 프로그램과도 갈등을 일으키지 않는다. 많은 미국의 동맹국들에게 혜택을 부여하는 의회의 결정이 행정부가 고위험국의 국민에게 더 엄격한 제한을 부과하는 것을 배제하지는 않는다.

대통령은 §1182(f)에 따른 그의 권한을 넘어서지 않았다.

ii) 입법의 역사 및 행정부의 관행을 근거로 포고령의 범위가 제한되는지 여부 — 제한되지 않음

원고들은 규정의 배경과 입법의 역사에서 §1182(f)의 범위에 대한 제한을 찾고자 하였다. 그러나 명확한 법문을 고려하건대, 우리는 그러한 법문 외의 증거들을 고려할 필요가 없다. 그리고 원고들이 제시한 주장은 오히려 이 규정의 명백한 의미를 뒷받침할 뿐이다.

원고들은 대통령의 입국 유예 권한이 의회가 즉각 대응하기 어려운 긴급상황으로 한정되어야 한다고 주장하였다. 제1차 및 제2차 세계대전 당시에 제정되었던 이 규정의 시초가 된 규정은 대통령의 입국 차단 권한을 전쟁과 국가위기시로 국한하였고, 1952년에 의회가 §1182(f)를 제정할 당시, 앞선 규정을 '거의 글자 그대로' 가져왔다는 것이 원고 측의 논거였다. 그러나 이것은 오히려 반대의 의미를 갖는다. 의회가 기존의 규정을 거의 글자 그대로 가져오면서 한 가지 중요한 변화를 둔 것이 국가위기 기준을 삭제한 것이고, 이는 의회가 대통령의 해당 권한을 국가위기시로 한정하지 않고 대신 '미국의 이익에 해'가 될 때라고 채택한 것이기 때문이다.

또한 원고들은 행정부의 관행에서 한계를 추론해보고자 하였지만 이 또한

설득력이 없다. §1182(f)에 따른 입국 유예 명령은 대부분 위험 행위에 가담한 외국인 그룹을 대상으로 하지만, 해당 국적 전체를 제한하기도 하였다. 그리고 전임 대통령들은 해당 국민들이 위험 행위에 가담하였기 때문이 아니라 미국 외교정책상의 이익에 있어 갈등을 일으키는 외국 정부의 행위에 보복하기 위해 입국을 유예시키곤 하였다. 그리고 이러한 조치들이 위급상황에서만 이루어진 것도 아니었다.

3) §1152(a)(1)(A)에 위반되지 않음

원고들은 대통령의 입국 유예 조치가 '누구도 개인의 인종, 성별, 국적, 출생지, 또는 거주지를 이유로 이민비자의 발급에 있어 차별을 받지 아니 한다.'는 §1152(a)(1)(A) 규정을 위반하였다고 주장하였다. 그러나 이러한 주장은 입국허용성(admissibility)과 비자 발급(visa issuance) 사이의 기본적인 차이를 무시하는 것이다. §1182가 일단 미국에 입국이 허용되는 범위를 정하면, §1152(a)(1)(A)가 이민비자의 배분에 있어 차별을 금지한다. 입국허용성과 비자 발급은 규정의 문언상으로도 분명히 구분되는데 §1152(a)(1)(A)는 이민비자의 발급에만 적용될 뿐이고 입국허용성이나 입국에 대해서는 언급하지 않는다. 만일 의회가 입국이 가능한 사람을 정할 대통령의 권한을 §1152(a)(1)(A)로 제약하고자 하였다면, 직접적인 언어로 표현하였을 것이다. 상식과 역사적 관행을 살펴보아도 §1152(a)(1)(A)가 §1182(f)에 따라 대통령에게 위임된 권한을 제한하지 않는다는 것을 확인할 수 있다. 역대 대통령들은 반복적으로 국적을 근거로 입국을 유예시키는 자신들의 권한을 행사해왔다. 원고들의 해석에 따른다면, 대통령은 전염병에 대응하여 특정 국가로부터의 입국을 유예시키는 조치를 취할 수 없을 것이고, 미국이 전쟁에 임박한 상황에서도 그러할 것이다.

이처럼 이 사건 포고령은 정확하게 이민국적법상의 대통령의 권한의 범위 내에 있다. 이에 대해서는 반대의견들도 — 원고들의 주된 주장이 포고령의

법규정 위반이었음에도 불구하고 — 크게 반박하지 않았다.

(2) 수정헌법 제1조 국교설립금지조항 위반에 대한 판단

원고들은 포고령이 수정헌법 제1조의 국교설립금지조항을 위반하였다는 자신들의 주장에 대한 본안승소가능성(likelihood of success on the merits)을 입증하지 못하였다.

1) 본안 전 판단 - 청구인적격 인정됨

미국에 들어오고자 하는 친척들의 입국이 유예되어 친척과 떨어져 지내야 하는 시민권자 또는 영주권자인 개인 원고들의 청구인적격이 인정되므로 국교설립금지조항을 근거로 친척들의 입국 유예를 다툴 수 있다.[10)]

2) 국교설립금지조항의 명령과 대통령의 발언

수정헌법 제1조는 "연방 의회는 국교를 수립하거나 또는 자유로운 신앙행위를 금지하는 법률을 제정할 수 없다."고 규정하고 있다(국교설립금지조항). 선례들에 따르면 국교설립금지조항의 가장 분명한 명령은 한 종교 교파를 다른 종교보다 공식적으로 선호할 수 없다는 것이다. 원고들은 포고령이 무슬림을 지목하여 괄대함으로써 이러한 특정 종교 우대 금지를 위반하였다고 생각하였다. 원고들은 포고령의 주된 목적이 종교적 적대감에서 비롯된 것이고, 대통령이 언급하였던 입국심사 규약과 국가안보에 대한 우려는 무슬림에 대한 차별을 위한 구실에 불과하다고 주장하였다. 이 사건의 중심에는 선거운동 기간과 취임 이래로 있었던 대통령과 그의 고문단의 일련의 발언들이 있었다. 무슬림에 대한 반감이 담긴 발언들은 포고령의 공식적 목적에 의심을 들게 하였다. 그러나 문제는 대통령의 발언을 비난할 것인가가 아니라, 행정 책임의 핵심적 문제를 다루는, 표면적으로는 중립적인, 대통령령(Pr

10) 청구인적격 논의는 이 사건에서 헌법적으로 중요하게 다뤄진 부분이 아니고, 판결문에서 차지하는 분량도 적으므로 여기에서도 자세한 논의는 생략한다.

esidential directive)을 검토하는데 있어 그러한 발언들이 갖는 의미이다. 그렇게 함으로써 우리 연방대법원은 특정 대통령의 발언뿐만 아니라 대통령직의 권한 그 자체를 고려해야 한다.

3) 행정부 행위의 심사기준 — 합리성 심사

외국인의 입국을 인정하거나 차단하는 것은 주권적 속성을 가지며, 대체로 사법통제의 면제를 받는 정부의 정치부처에 의해 행사된다. 비록 입국하고자 하는 외국인은 입국에 대한 헌법상의 권리는 없지만, 우리 연방대법원은 비자의 거부가 미국 시민의 헌법상의 권리에 부담을 줄 경우에는 제한적인 사법 심리에 관여하여왔다. 이러한 심사는 행정부가 그 행위에 대한 '표면적으로 정당하고 선의의(facially legitimate and bona fide)' 이유가 있는지 여부에 국한된다.[11] 그러나 정부는 이 사건에서 명령의 표면적 중립성을 넘어선 범위까지 심리해야 한다고 제안하였다. 우리는 이를 받아들이고 합리성 심사(rational basis review) — 즉, 입국 정책이 정부가 언급한 국가의 보호와 심사과정의 개선이라는 목적에 타당하게 연결되는지 여부 — 를 적용한다. 원고 측의 외부적 증거는 고려될 수 있지만, 위헌적이지 않은 이유에서 정책이 비롯된 것이라고 합리적으로 이해될 수 있다면, 그 정책은 유지될 것이다.

4) 합리성 심사의 통과

연방대법원이 합리성 심사기준(rational basis scrutiny)을 적용하여 정책을 폐지한 예는 거의 없다. 거의 없는 폐지 사례들의 공통점은 문제가 된 법률이 '순전히 정치적 비인기 집단을 해하려는 의도(bare desire to harm a politically unpopular group)' 외에는 어떠한 목적도 없는 경우[12]였다는 것이다. 우리 연방대법원은 주헌법의 개정이 정당한 국가이익과의 관련성을 포착할 수 있는 사실적 맥락으로부터 완전히 동떨어져 있을 때 이를 파기하기도 하

11) Kleindienst v. Mandel, 408 U. S. 753, 769.
12) Department of Agriculture v. Moreno, 413 U. S. 528, 534 (1973).

였다.[13] 하지만 이 사건 포고령은 그러한 패턴에는 맞지 않는다. 이 사건 포고령은 명백하게 정당한 목적을 전제로 하고 있으며, 종교에 대한 어떠한 언급도 하지 않고 있다. 무슬림이 대다수인 국가들에 대한 입국 제한은 앞서 의회나 이전 행정부들이 국가 안보에 위험을 끼친다고 지정하였던 국가들로 한정된다. 게다가 포고령은 다양한 국무위원들과 그 기관들에 의해 수행된 범세계적인 심사과정의 결과를 반영한 것이다. 원고 측은 입국 유예의 효율성과 타당성에 대한 자신들의 통찰을 근거로 이에 대해 다투고 있지만, 우리 연방대법원은 그들 나름의 평가로 그러한 문제에 대한 행정부의 예측 판단을 대체할 수는 없다.

입국 정책의 세 가지 추가적인 특징들은 정부의 정당한 국가안보 이익의 주장을 뒷받침한다. 첫째, 대통령이 2017년 1월 입국 제한을 도입한 이래로 무슬림이 대다수인 세 국가들 — 이라크, 수단, 차드 — 은 목록에서 제외되었다. 둘째, 여전히 입국 제한을 받고 있는 국가들에 대해서 포고령은 다양한 유형의 외국인들에 대하여 많은 예외들을 인정하고 있다. 셋째, 포고령은 이민자 또는 비이민자로서 입국하고자 하는 모든 해당 외국인들에게 열려 있는 면제 프로그램을 만들었다.

이러한 상황에서 정부는 합리성 심사를 통과할 만큼 충분한 국가안보상의 이유를 개진하였다고 볼 수 있다. 우리는 정책의 건전성에 대한 입장을 밝힌 것이 아니며, 단지 원고가 자신의 헌법적 주장에 있어 본안승소가능성을 입증하지 못하였다고 판결하는 바이다.

(3) 결론

원고가 본안승소가능성을 입증하지 못하였으므로 가처분을 파기하고, 이 사건을 적절한 추가적 소송절차를 위하여 하급법원으로 돌려보낸다. 원심을

13) Romer v. Evans, 517 U. S. 620, 635.

파기 환송한다.

대법관 Kennedy의 보충의견(1인 의견)

법정의견에 전적으로 동의한다. 국가공무원들의 발언과 행위는 사법적 심사나 관여에 구속되지 않는 경우가 많다. 그러나 그것은 공무원들이 헌법과 헌법이 선언하고 보호하는 권리들을 무시해도 된다는 뜻은 아니다. 모든 공무원들이 행하는 헌법을 충실히 지키겠다는 선서는 사법부가 통제할 수 있는 범위에 국한되지 않는다. 공무원이 사범심사에서도 자유로운 폭넓은 재량을 갖는다는 사실은 더더욱 그 공무원이 헌법 및 헌법의 의미와 약속을 충실히 지켜야 함을 의미한다.

수정헌법 제1조는 종교의 자유와 표현의 자유를 보장한다. 공무원이 그의 모든 행위에서 — 외교의 영역에 있어서까지도 — 이러한 헌법적 보장과 명령을 지키는 것은 당면한 급무이다.

대법관 Thomas의 보충의견(1인 의견)

나는 법정의견에 동의하며 몇 가지 사실을 덧붙인다. §1182(f)는 대통령을 제약하는 사법적 강제력이 있는 어떠한 제한도 제시하지 않을 뿐만 아니라 그렇게 할 수도 없다. 대통령은 외국인의 입국을 거부할 수 있는 고유한 권한을 갖기 때문이다. 또한 이 사건에서 원고들이 주장하는 종교적 차별은 해외에 있는 외국인을 겨냥한 것이기 때문에 수정헌법 제1조상의 여타의 주장도 제기할 수 없다. 게다가 원고들이 내놓은 반(反)무슬림적 차별의 증거들도 설득력이 없다.

이러한 본안 판단은 논외로 하고, 나는 가처분에 대해 논의하고자 이 보충의견을 쓴다. 지방법원은 정부가 대통령 포고령을 원고들뿐만 아니라 누구에게도 시행하지 못하도록 금지하는 가처분을 내렸다. 행정부로 하여금 법이

나 정책을 누구에게도 적용하지 못하게 막는 가처분 — 종종 '일반적(universal)' 또는 '전국적(nationwide)' 가처분이라고 부름 — 이 점점 일반적이 되고 있다. 이 사건의 경우를 포함하여 지방법원들은 그러한 전면적인 법적 구제를 부여할 수 있는 자신들의 권한에 대한 고려 없이 일반적 가처분을 내리기 시작하였다. 이러한 가처분은 연방법원들이 법적 문제들에 대해 충분히 다루지 못하게 하고, 포럼쇼핑(forum shopping)[14]을 부추기며, 모든 사건을 법원과 행정부에게 국가긴급상황으로 만들면서 연방법원 체계에 큰 타격을 주기 시작하고 있다.

나는 지방법원들이 일반적 가처분을 내릴 권한을 갖는다는데 회의적이다. 이러한 가처분은 형평법상 구제(equitable relief)[15]와 헌법 제3조[16]상의 법원의 권한에 대한 오랜 제한에 부합하지 않는 것으로 보인다. 일반적 가처분은

---

14) 원고가 소송을 제기할 때 자신에게 유리한 관할권을 찾아 선택하는 것.

15) 영미권에서의 구제책(또는 청구취지)의 하나로, 손해보상이나 징벌적손해배상과는 별개로 어떤 행위를 금지하거나 유지하는 명령 등이 이에 해당한다.

16) 미국 헌법에서 사법부에 관한 부분.

미국 헌법 제3조

제1항

합중국의 사법권은 1개의 대법원(one supreme Court)에, 그리고 연방 의회가 수시로 제정·설치하는 하급 법원들에 속한다. 연방 대법원 및 하급 법원의 판사는 부적절하게 처신하지 않는 한 그 직을 유지하며, 그 직무에 대하여는 일정한 시기에 보수를 받으며, 그 보수는 재임 중에 감액되지 않는다.

제2항

<1문> 사법권은 이 헌법과 합중국 법률 그리고 합중국의 권한에 의하여 체결되었거나 체결될 조약으로 인하여 발생하는 모든 보통법상 및 형평법상의 사건, 대사와 그 밖의 외교 사절 및 영사에 관한 모든 사건, 해사 재판 및 해상 관할에 관한 모든 사건, 미국이 한 편의 당사자인 쟁송, 2개의 주 및 그 이상의 주 사이의 쟁송, <한 주와 다른 주의 시민 사이의 쟁송>(수정헌법 제11조에 의해 개정됨), 상이한 주의 시민 사이의 쟁송, 다른 주로부터 부여받은 토지의 권리를 주장하는 같은 주의 시민 사이의 쟁송, 그리고 어떤 주나 그 주의 시민과 외국, 외국 시민 또는 외국 신민과의 사이의 쟁송에 미친다.

<2문> 대사와 그 밖의 외교 사절 및 영사에 관한 사건과, 주가 당사자인 사건은 연방 대법원이 제1심 재판관할권을 가진다. 앞서 언급된 그 밖의 모든 사건에서는 연방 의회가 정하는 예외의 경우를 제외하고, 연방 의회가 정하는 규정에 따라 법률 문제와 사실 문제에 관하여 상소심 재판관할권을 가진다.

<3문> 탄핵 사건을 제외한 모든 범죄의 재판은 배심제로 한다. 재판은 그 범죄가 행하여진 주에서 이루어진다. 다만, 범죄지가 어느 주에도 속하지 않는 경우에는 연방 의회가 법률에 의하여 정하는 장소에서 재판한다.

제3항

<1문> 합중국에 대한 반역죄는 합중국에 대하여 전쟁을 일으키거나 또는 적에게 가담하여 원조 및 지원을 할 경우에만 성립한다. 누구라도 명백한 위 행동에 대하여 증인 2명의 증언이 있거나, 또는 공개 법정에서 자백하는 경우 이외에는 반역죄의 유죄를 선고 받지 않는다.

<2문> 연방 의회는 반역죄의 형벌을 선고하는 권한을 가진다. 다만, 반역죄로 인한 사권박탈선고는 그 선고를 받은 자의 생존 중을 제외하고 혈통 오손(血統汚損: Corruption of Blood)이나 재산몰수를 초래하지 않는다.

법적으로나 역사적으로나 의심스러우며, 연방법원들이 계속하여 일반적 가처분을 내린다면, 우리 연방대법원은 그 적법성에 대하여 판단을 해야 할 것이다.

대법관 Breyer의 반대의견(2인 의견)[17]

문제는 이 사건 포고령이 적법한가이다. 만일 포고령의 공포나 내용이 무슬림에 대한 종교적 적대감의 영향을 크게 받은 것이라면 이는 관련 법규정이나 수정헌법 제1조 자체를 위반한 것이 될 것이다. 그러나 만일 유일한 이유가 국가안보라면, 이는 법규정이나 헌법의 위반이 되지 않을 것이다. 대법관 다수는 종교적 적대감이 포고령의 공포나 내용에서 중요한 역할을 했는지, 또는 어느 범위에서 그러했는지에 대한 질문에 답하지 않았다.

나는 포고령의 정교한 면제 시스템이 이 질문에 대한 답을 하는데 도움을 줄 것이라고 생각한다. 이 시스템은 포고령의 일반적인 입국 금지 조치에도 불구하고 비자를 받을 수 있는 사람들에 대해 사례별로 고려한다. 법무부 송무차관(Solicitor General)은 우리에게 포고령을 '기술된 대로' 그리고 '적용된 대로' 고려해줄 것을 요청하였다. 그는 포고령의 적법성을 평가함에 있어 포고령의 실제와는 다른 가상적인 상황을 전제로 판단하지 말 것을 충고하며, 면제 규정은 포고령이 면제 기준을 충족하면 개인의 미국 입국을 차단하지 않음을 보여준다고 말하였다.

만일 정부가 면제 규정을 기술된 대로 적용하고 있다면, 포고령의 적법성에 대한 정부의 논거는 강화될 것이다. 더 나아가, 개인의 종교와 상관없이 사례별 면제가 적용되고 있다면, 포고령이 안보위험이 없는 수많은 무슬림 개인들에게 비자를 거부하는 것이 아님을 분명히 하는데 도움이 될 것이다.

그러나 만일 정부가 포고령의 면제 시스템을 적용하지 않고 있다면 포고령의 적법성에 대한 그들의 논거는 매우 약해질 것이고, 포고령은 안보를 위

17) 대법관 Breyer, Kagan의 의견.

한 입국 금지가 아니라 무슬림에 대한 입국 금지라는 주장이 더욱 힘을 받을 것이다. 동시에 포고령의 안보 조건을 충족하는 무슬림에 대한 비자의 거부는 정부가 그들의 종교를 이유로 입국을 차단하는 것이라는 입장을 뒷받침할 것이다.

불행하게도 이 사건 포고령의 경우 후자 — 정부가 포고령을 기술된 대로 적용하지 않고 있는 경우 — 임을 뒷받침하는 증거가 있다. 정부는 영사관 직원들에게 면제 부여를 위한 안내를 도입할 것이라고 하였지만 그러한 안내는 발부되지 않았다. 또한 통계를 살펴보아도 기준을 충족하는 지원자들에 비해 실제로 면제가 된 사례는 극히 적다. 포고령은 망명신청자나 난민에게는 적용되지 않음에도 불구하고 포고령의 실시 이후 입국이 허용된 난민은 거의 없었다. 포고령은 대다수의 학생과 교환방문자들에게는 제한을 두지 않음에도 불구하고, 2018년 첫 3개월 동안 이란, 리비아, 예멘, 소말리아에서 온 지원자들 중 학생비자가 발급된 수는 2016년에 비하여 1/4도 되지 않았다. 뇌성마비 환자이지만 전쟁으로 약을 받을 수 없게 된 예멘 어린이의 입국이 거부된 사례도 있었다. 뉴욕 동부 법원에 계류 중인 사건에서는 '면제를 부여할 재량권의 행사가 허용되지 않았고 면제절차는 단지 겉치레에 불과했다'는 영사관 직원의 선서진술서도 제출되었다.

이러한 사실들은 사법부의 사실인정은 아니다. 정부는 이에 대하여 대답할 기회가 없었으며, 법원은 판단할 기회가 없었다. 그러나 이 사건에서 이에 대한 판단의 중요성과 포고령이 무슬림에 대한 입국 금지가 아니라는 보장의 필요성을 고려하건대, 나는 이 사건을 추가적인 소송을 위하여 지방법원에 돌려보내고, 소송이 진행되는 동안 가처분을 유지하고자 한다. 어떻든지 간에 법정의견은 지방법원이 환송심에서 이 문제에 대해 다루는 것을 막지 않는다.

만일 이러한 추가적 소송 없이 결정해야 한다면 나는, 모든 것을 감안할 때, Sotomayor 대법관의 반대의견에서 제시한 다른 발언들과 더불어, 대통령이 포고령에 앞서 내린 두 개의 행정명령을 공포한 직후 웹사이트에서 삭제

한 발언들을 포함한 반종교적 편향의 증거들을 잡아낼 것이고, 이는 포고령을 폐지하는데 충분한 근거가 된다. 그러므로 나는 정중히 법정의견에 반대한다.

대법관 Sotomayor의 반대의견(2인 의견)[18]

미국은 종교의 자유에 대한 약속 위에 세워진 나라이다. 미국의 건국자들은 종교적 중립성의 원칙을 수정헌법 제1조에 새겨 넣음으로써 그 핵심적인 약속을 지켰다. 법정의견은 그러한 근본적인 원칙을 지켜내지 못하였다. 법정의견은, 처음 홍보되기를 '미국에 들어오는 무슬림들에 대한 전면적이고 완전한 폐쇄'라고 공개적이고 명백하게 밝힌 정책을 그대로 놔두었다. 지금 그 정책은 국가안보에 대한 우려라는 허울로 가장하고 있기 때문이다. 그러나 이러한 재포장도 대통령 포고령 제9645호에서 차별의 외관을 지워내지는 못하고 있다. 합리적인 관찰자(reasonable observer)라면 기록 속의 증거들을 근거로 이 포고령이 무슬림에 대한 적대감에서 비롯된 것이라고 결론지을 것이다. 그것만으로도 원고들이 국교설립금지조항의 주장에 대하여 본안승소 가능성이 있음을 충분히 보여준다. 법정의견은 사실을 무시하고, 우리의 선례를 잘못 해석하고, 포고령이 수많은 가족과 개인들 — 그 중 많은 사람들은 미국 시민들 — 에게 끼친 아픔과 고통을 외면함으로써 달리 판결을 내렸다. 그러한 문제가 많은 결론은 우리 헌법과 선례에 반하기 때문에 나는 법정의견에 반대한다.

(1) 포고령의 국교설립금지조항 위반을 보여주는 대통령의 발언들

원고들은 법규정과 헌법상의 다양한 근거들을 바탕으로 포고령을 문제 삼았다. 하지만 원고의 복잡한 법규정상의 주장들이 무엇이든 간에 포고령은

18) 대법관 Sotomayor, Ginsburg의 의견.

보다 근본적인 이유로 인해 금지되어야 한다. 바로 종교적 중립성을 보장한 헌법상 국교설립금지 조항에 저촉된다는 점이다.

1) 국교설립금지조항의 명령과 그 위반여부 판단에 있어서의 고려사항

국교설립금지조항의 가장 분명한 명령은 정부가 한 종교를 다른 종교보다 우대하거나 괄대할 수 없다는 것이다. 이러한 분명한 명령에 부합하도록 우리 연방대법원은 오랫동안 '한 종교를 우대하는 정부의 행위는 불가피하게 반대의 신앙을 가진 사람들에 대한 증오와 무시와 경멸을 키운다.'[19]고 인정해왔다. 그러한 행위가 소수 종교를 믿는 사람들에게 '그들이 아웃사이더이고 정치적 공동체에서 완전한 구성원이 아니라는'[20] 메시지를 주기 때문이다.

원고가 국교설립금지조항의 위반을 입증하였는지를 결정함에 있어 연방대법원은 합리적인 관찰자라면 정부의 행위가 한 종교를 괄대할 목적으로 제정된 것이라고 생각하는지를 물을 것이다. 그러한 질문에 대답함에 있어 우리 연방대법원은 일반적으로 정부 정책의 문언과 그 운용, 역사적 배경과 그러한 정책을 낳은 일련의 사건들을 고려하였다.

2) 대통령의 무슬림에 대한 적대적인 발언들

법정의견이 간략하게 몇몇 대통령의 발언이나 배경이 된 사건들을 언급하기는 하였지만 이는 절반도 말하지 않은 대단히 축약된 기술에 불과하다. 전체 기록은 훨씬 더 참혹하며, 이를 근거로 합리적인 관찰자라면 기꺼이 포고령이 무슬림 신앙에 대한 적개심과 적대감에서 비롯되었다고 결론지을 것이다.[21]

---

19) Engel v. Vitale, 370 U. S. 421, 431 (1962).

20) Santa Fe Independent School Dist. v. Doe, 530 U. S. 290, 309 (2000).

21) Sotomayor 대법관의 반대의견은 도널드 트럼프 대통령이 대통령 후보시절부터 근래까지 여러 차례 공개적으로 언급하였던 무슬림에 대한 적대적인 발언들을 나열하였는데, 2017년 5월까지 그의 선거운동 웹사이트에 게시되어 있었던 2015년 12월 7일의 공식발언, 2015년 12월 8일 TV 인터뷰 발언, 2016년 1월 공화당 프라이머리 토론의 발언, 2016년 3월의 발언들, 2016년 6월, 2016년 당선 한 달 전의 발언들, 2016년 12월 21일 당시 대통령 당선자로서의 발언, 대통령 취임 1주 후인 2017년 1월 27일의 발언들, 2017년 4월 집회, 2017년 6월 트위터, 2017년 8월 트위터, 2017년 9월 트위터의 발언들, 2017년 11월 29일의 리트윗 등이 포함되었다.

법정의견이 언급하였듯 문제는 이러한 공격적인 발언들을 비난할 것인가가 아니다. 오히려 문제는 합리적인 관찰자라면, 이 모든 공개적으로 접근 가능한 데이터와 포고령의 문언과 역사적 맥락, 그리고 포고령으로 이어진 특정한 일련의 사건들을 바탕으로, 이 포고령의 주된 목적이 이슬람과 그 지지자들을 차단함으로써 이들을 괄대하는 것이라고 결론지을 것인가이다. 관련된 모든 증거들을 참작하건대, 합리적인 관찰자는 포고령이 정부가 주장하는 국가안보보다는 무슬림에 대한 적대감에서 비롯된 것이라고 생각할 것이다. 취임 전에도 당시 대통령 당선자였던 트럼프 대통령은 "이슬람은 우리를 증오한다."고 말하며, "우리는 무슬림들과 문제가 있고 우리나라에 들어오는 무슬림들과 문제가 있다."고 경고하며, "미국에 들어오는 무슬림들에 대한 전면적이고 완전한 폐쇄"를 시행할 것을 약속하였고, 자신의 고문단 중 한 명에게 무슬림 금지를 제정할 합법적인 방법을 찾아내라고 지시하였다. 대통령은 취임 이후로도 유사한 발언을 계속하였다.

게다가 몇 번의 기회가 있었음에도 불구하고 트럼프 대통령은 이슬람에 대한 자신의 발언들을 절대 부인하지 않았고, 무슬림에 대하여 끊임없이 공격적 발언들을 계속하였다.

미국에 들어오는 무슬림들에 대한 전면적이고 완전한 폐쇄를 명시적으로 요청하는 정책은 국가안보에 대한 우려를 근거로 한(다고 추정되는) '포고령'으로 형태를 바꾸었다. 이러한 겉치레가 논쟁의 여지가 없는 사실 — 대통령과 그의 고문단의 발언으로 인해 포고령이 차별적 적대감으로 오염되었다고 인식된다는 사실 — 을 숨길 수는 없다.

(2) 법정의견에 대한 반박

정부는 대통령의 문제 있는 발언을 옹호하기보다는 연방대법원이 이를 고려하지 말고 이민과 국가안보에 관한 문제에 대해서는 대통령의 의견을 따르도록 촉구하였다. 다수의견은 이를 따르고 약화된 심사기준을 적용하는 오

류를 범하였다. 법정의견은 설명이나 선례의 뒷받침 없이 포고령의 검토를 합리성 심사로 제한하였다. 종교적 적대감이나 차별에 대한 주장이 담긴 사건들을 비롯하여 기타 국교설립금지조항 사건들의 경우에는 우리 연방대법원이 보다 엄격한 심사기준을 적용해왔던 것을 고려하건대, 그러한 접근법 — 합리성 심사로의 제한 — 은 곤란하다.

강화된 심사기준에 따르면 포고령은 명백하게 위헌이다. 그리고 합리성 심사에 따르더라도 포고령은 폐지되어야 한다. 포고령은 우리가 정당한 국가이익과의 관련성을 포착할 수 있는 어떠한 사실적 맥락과도 동떨어져 있고, 적대감 외에는 달리 설명할 수 없는 정책이기 때문이다. 너무도 강력한 무슬림에 대한 적대감의 증거들을 고려하건대, 포고령이 정당한 근거를 갖고 있다고 할 수는 없다.

법정의견은 포고령이 두 가지 밀접한 연관이 있는 국가안보 이익을 증진시킨다고 주장하였다. 하나는 적절히 심사될 수 없는 사람들의 입국을 막는 것이고, 다른 하나는 다른 국가들로 하여금 그들의 관행을 개선시키도록 유도하는 것이다. 그러나 법정의견은 입국 유예가 어떠한 종교적 적개심 없이 국가안보의 우려에 바탕을 둔 것이라는 입장을 충분히 뒷받침하지 못하였다. 실제로 정부가 주장하는 국가안보라는 근거에 대한 피상적인 심사는 포고령이 '종교적 게리맨더링'에 불과하다는 것을 밝힐 뿐이다.

법정의견은 우선 포고령이 종교에 대한 어떠한 언급도 하지 않았다고 강조하였다. 그렇더라도 포고령은 무슬림 국가들을 표적으로 하고 있음이 분명하다. 포고령을 대통령의 무슬림에 대한 명백한 적대감과 연결시키는 그의 모든 발언들과 기록을 고려하건대, 포고령이 무슬림 국가가 아닌 두 국가들 — 즉 북한과 베네수엘라 — 에 대한 작은 제한을 포함하고 있다는 것이나, EO-1이 공포된 이후 정부가 소수의 무슬림 국가들을 해당 국가 목록에서 삭제하였다는 사실은 그리 중요하지 않다. 북한과 베네수엘라에 미치는 포고령의 영향은 전적으로 상징적이거나 대단찮은 것에 불과하다. 이전의 제재 명령이 이미 북한 사람들의 입국을 제한하고 있으며, 포고령이 표적으로 하는

베네수엘라인들은 몇 안 되는 정부 공무원들과 그의 직계가족들뿐이기 때문이다. 북한과 베네수엘라를 포함한 것은 포고령에 스며있는 무슬림에 대한 적대감을 경감시키는 데는 거의 도움이 되지 않는다.

다음으로 법정의견은 포고령이 다양한 국무위원들과 그 기관들에 의해 수행된 범세계적인 심사과정의 결과를 반영한 것이라고 주장하였다. 그러나 적어도 그 과정에 관여한 사람들 중 한 명인 Frank Wuco는 무슬림에 대한 편견을 보여왔고, 그러한 사실은 차치하고라도 범세계적인 심사 역시 포고령과 대통령의 반(反)무슬림 발언 사이의 분명한 연관성을 깨뜨리는 데는 도움이 되지 못한다.

법정의견은 대통령에게 정부가 대중에 공개하기를 거부하는 행정부의 심사과정 뒤에 숨을 권한을 부여하고 있다. 게다가 다양한 기관들에 의해 수행된 심사과정은 그다지 철저하지는 못한 것으로 보인다. 정부가 심사과정 후에 만든 2017년 9월 보고서는 단지 17페이지에 불과했다. 정부가 수백 개의 국가들의 심사 관행을 분석한 것을 그렇게 짧은 서류로 압축했다는 사실은 대통령이 주장하는 국가안보라는 근거의 정당성에 대해 심각한 의문을 제기한다.

그 외에도 의회는 이미 다양한 단계와 방법으로 국가안보에 대한 대책을 세워 규정하였다. 의회는 정부가 포고령을 정당화하기 위해 주장한 국가안보 이익을 충족할 법규정 체계를 이미 수립하였고, 포고령이 없어도 현재 법규정 체계에 의해 다루어지지 않을 국가안보 이익은 없을 것이다. 또한 정부는 현재의 심사 체계가 포고령이 주장하는 목적 — 적절히 심사될 수 없는 사람들의 입국을 막는 것과 다른 국가들로 하여금 그들의 관행을 개선시키도록 유도하는 것 — 을 달성하는데 부적절하다는 어떠한 증거도 제공하지 못하였다.

포고령은 불충분한 정보를 제공하는 국가의 국민들을 차단함으로써 국가안보의 위험을 경감시키는 것을 목적으로 한다. 그러나 포고령은 정보의 결함이 없는 사람들 — 예를 들면, 아기들이나 포고령이 지정한 국가의 국민이

지만 포고령에 해당되지 않는 국가의 장기 거주자이자 그 국가로부터 온 사람 등 — 을 포함한 해당 국가의 모든 국민들에게 이민비자를 거부한다. 게다가 포고령은 포고령이 지정한 국가의 국민 일부에게는 비이민비자를 허용하고 있는데, 이는 정부가 이러한 개인들을 적절히 심사할 능력과 충분한 정보를 갖추고 있지 않다는 정부의 주장을 약화시킨다.

포고령의 면제 프로그램 또한 가식에 불과한 것으로 보인다.

요컨대, 법정의견이 강조한 포고령의 특징들 중 어떤 것도 포고령이 진정으로 그리고 주요하게 정당한 국가안보의 이익에 뿌리를 두고 있다는 정부의 주장을 뒷받침하지 못한다. 합리적인 관찰자라면 포고령의 주된 목적과 기능이 무슬림의 입국을 금지함으로써 이슬람을 괄대하는 것이라고 매우 쉽게 결론 내릴 것이다.

(3) 가처분에 대한 판단

원고들은 가처분의 요건[22]을 모두 충족한다. 앞서 말한 분석들은 원고들에게 본안승소가능성이 있음을 분명히 한다. 그리고 원고들은 나머지 요건들(가처분이 없다면 회복할 수 없는 손해를 입고, 이익형량이 원고에게 유리하며, 공익에 반하지 않음)도 충족한다.

(4) 결론

수정헌법 제1조는 공식적인 종교적 편견으로부터의 방어벽으로서 서있으며, 종교적 다양성과 관용에 대한 우리 국가의 깊은 약속을 담고 있다. 이러한 헌법상의 약속은 사람들이 수 세기 동안 종교적 자유의 축복을 나누기 위해 세계 곳곳에서 이 나라로 왔던 이유이다.[23] 법정의견은 이러한 원칙들

22) 가처분의 요건은 다음과 같다. ① 본안승소가능성(likely to succeed on the merits), ② 회복할 수 없는 손해(likely to suffer irreparable harm in the absence of preliminary relief), ③ 당사자 사이의 이익형량(the balance of equities tips in [its] favor), ④ 공익(an injunction is in the public interest).

의 정당성을 입증하는 대신 이를 내던져버렸다. 합리적인 관찰자라면 무슬림에 대한 적대감에서 비롯된 것이라고 보았을 행정부의 정책에 수정헌법 제1조를 양보하는 판결을 내림으로써, 법정의견은 우리 연방대법원의 선례를 뒤집고, 과거의 비극적 실수를 되풀이하며, 수많은 사람들의 종교적 자유라는 기본권을 부정하고 있다.

단지 몇 주 전에 우리 연방대법원은 Masterpiece Cakeshop, 584 U. S. ___ 판결[24]에서 정부의 행위에 대한 수정헌법 제1조상의 주장을 고려함에 있어 종교적 중립성과 관용의 원칙을 적용하였다. 그러한 원칙은 이 사건에도 동일하게 적용되어야 한다.

법정의견은 Korematsu v. United States, 323 U. S. 214 (1944) 판결[25]과 완전히 유사하다는 점에서 더욱 문제이다. Korematsu 판결의 다수의견은 국가안보라는 결실 없는 탄원에 근거한 정부의 행위를 기꺼이 유지하고자 하였지만, 반대의견을 낸 대법관들은 그러한 결정이 우리 헌법의 기본구조에 가하는 위해에 대하여 경고하였다. Korematsu 판결 이후 우리나라는 그 추악한 유산을 뒤로하기 위해 무척 애써왔다. 그리고 오늘 마침내 우리 연방대법원은 Korematsu 판결을 뒤집는 중요한 조치를 취하였다.[26] 부끄러운 선례에 대한 이러한 공식적인 절연은 한참 전에 행해졌어야 할 일이다. 피상적인 국가안보의 주장이라는 미명하에, 괄대받는 그룹에 대한 반감에서 비롯된 차별적인 정책을 승인하도록 이끄는 정부의 잘못된 초대를 맹목적으로 받아들임으로써, 법정의견은 Korematsu 판결의 근간을 이루었던 위험한 논리를 재배치시키고 있으며, 하나의 중대하게 잘못된 결정을 또 다른 결정으로 대체하고 있을 뿐이다.

우리 헌법은 입법부와 행정부가 우리의 가장 성스러운 법적 약속을 거역

---

23) Town of Greece v. Galloway, 572 U. S., at ___ (KAGAN, J., dissenting) (slip op., at 1).

24) 기독교인 제빵사의 동성결혼식 웨딩 케이크 판매 거부, 세계헌법재판동향 2018 제5호 23~41쪽 참고(https://ri.ccourt.go.kr/cckri/cri/study/selectPublishList.do?searchCategory=003).

25) Korematsu 판결은 제2차 세계대전 당시 일본이 진주만을 폭격하자 루즈벨트 대통령이 일본계 미국인을 강제로 집단수용소에 감금하도록 한 행정명령을 합헌이라고 판단한 판결로서 매우 수치스러운 판결로 평가되고 있다.

26) 미국연방대법원은 이 판결(Trump v. Hawaii)이 내려진 날과 같은 날(2018년 6월 26일)에 1944년 Korematsu 판결을 뒤집는 판결도 내렸다.

할 때 사법부가 이들에게 기꺼이 책임을 물을 것을 명령하고 있으며, 우리나라는 마땅히 그러해야 한다. 법정의견은 이러한 면에서 실패하였기 때문에 나는 깊은 유감과 함께 법정의견에 반대한다.