# 제1차 세계대전 전사자를 기리는 대형 십자가상의 국교설립금지조항 위반 여부1)

### 1. 사건개요

미국헌법 수정 제1조2)는 "연방의회는 국교를 수립하...는 법률을 제정할 수 없다."는 국교설립금지조항(Establishment Clause)을 포함하고 있다.

메릴랜드 주에는 제1차 세계대전에 참전해 전사한 49명의 군인들을 기리는 '블래이든스버그 평화의 십자가상'(Bladensburg Peace Cross)이라는 대형 십자가상이 있다. 이 십자가상은 1925년에 세워졌으며 높이는 32피트(약 10미터)이고, 현재 이 십자가상 주변은 번잡한 교차로가 되었다.

2012년, 미국인본주의자협회(American Humanist Association, AHA)는 이십자가상이 공공토지 위에 세워져 있고 이를 유지하는데 공공자금이 사용되는 것이 수정 제1조의 국교설립금지조항을 위반한 것이라고 주장하며 제소하였다. 제1심법원은 이 십자가상이 국교설립금지조항을 위반하지 않았다고 판결하였으나, 제2심에서 이 판결이 뒤집혀 위반이라고 판결하였다. 이에 이사건은 연방대법원의 판단을 받게 되었다. 연방대법원은 아래와 같은 이유로이 사건 십자가상이 위헌이 아니라고 판결하였다.

#### 2. 파결요지3)

#### 대법관 Alito의 법정의견(5인 의견) 및 상대다수의견(4인 의견)4)

# 2) 미국 수정헌법 제1조

<sup>1)</sup> American Legion v. American Humanist Assn., 588 U. S. \_\_\_ (2019)(No. 17-1717)(2019. 6. 20. 결정).

연방의회는 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.

<sup>3)</sup> 이 판결은 법정의견을 포함하여 총 7개의 의견으로 이루어져 있는데, 여기에서는 (법정의견을 지지하는 간략한 내용으로 구성된) 대법관 Breyer의 보충의견과 대법관 Kagan의 일부동조의견을 생략하고 5개의 의견만소개하도록 한다. 전체 판결요지는 '헌법재판연구원, 제1차 세계대전 전사자를 기리는 대형 십자가상의 국교설립금지조항 위반 여부, 세계헌법재판 조사연구보고서 2020 제3호'(2020년 5월 발간 예정) 참고.

<sup>4)</sup> Alito 대법관의 의견 중 파트 I, II-B, II-C, III, IV 부분에 대해서는 Roberts 대법원장과 Breyer, Kagan,

#### I. 서론

# A. 십자가의 상징

십자가는 약 4세기 경 그리스도교의 상징으로 널리 사용되게 되었고 그러한 의미는 지금까지 이어지고 있다. 그러나 십자가가 세속적인 의미를 지니는 경우도 많다. 현재에는 십자가가 거의 완전히 세속적인 메시지를 갖는 예시도 많이 있다.

십자가는 종종 기업이나 세속적인 기구의 상표로 이용된다. 이러한 상표들은 의료와 관련된 경우가 많은데 십자가와 치료의 연관은 종교에서 유래된 것으로 보인다. 그러나 현재 이러한 상표의 이용은 반박의 여지없이 세속적이다.

우리에게 익숙한 적십자의 심볼 - 흰 바탕에 붉은 십자가 - 은 종교적 기원을 가진 의미가 어떻게 변할 수 있는지 잘 보여준다. 국제적십자위원회는 1863년에 그 심볼을 선택하였는데 그 심볼이 중립국으로 널리 알려진 스위스를 상기시켰기 때문이었다. 스위스의 국기는 붉은 바탕에 흰 십자가로 되어 있다. 국제적십자위원회가 이 심볼을 선택한 것은 순전히 세속적인 이유에서였고, 이는 그리스도교가 극소수인 국가에서도 적십자 심볼이 사용되는 것을 보면 알 수 있다. 스위스 국기에 십자가 모양이 선택된 것의 기원은 종교적인 이유였지만, 신앙의 표현으로 시작된 이미지는 변하였다.

일반적인 라틴십자가(Latin Cross)<sup>5)</sup> 모양의 이 사건 십자가상 역시 제1차 세계대전 이후 새로운 의미를 갖게 되었다. 전쟁 기간과 전쟁 직후, 군인들 의 무덤은 임시적으로 나무 십자가나 다윗의 별<sup>6)</sup>로 표시되었다. 이는 군인묘

Kavanagh 대법관이 함께하여 5인 의견으로 법정의견이 되었고, 파트 II-A, II-D 부분에 대해서는 Roberts 대법원장과 Breyer, Kavanagh 대법관이 함께하여 4인 의견으로 상대다수의견이 되었다.

<sup>5)</sup> 가로 길이보다 세로길이가 더 길고, 세로의 아랫부분이 더 길며, 수평인 가로의 양 팔 부분의 길이가 거의 같은 십자가(†).

<sup>6)</sup> 육각별 모양의 유대교의 상징(♥).

지의 무덤을 동일한 직사각형 평판으로 표시하였던 이전의 관행과는 다른 것이었다. 대부분의 무덤 표식이 십자가로 이루어졌기 때문에 미국 국민들이이 묘지의 사진을 보았을 때 보이는 것은 줄지어 늘어선 흰 십자가들이었다. 결과적으로 단순한 흰색 십자가들의 이미지는 전쟁의 핵심적인 상징이 되었다. 당대의 문학, 시, 미술은 이 강력한 이미지를 반영하였다. 아마도 가장 유명한 것은 "줄지어 늘어선 십자가 사이로, 플랜더스 들판에 양귀비꽃 흩날리네."로 시작하는 존 매크래(John McCrae)의 시, '플랜더스 들판에서'(In Flanders Fields)일 것이다. 이 시는 대단히 유명했다. '줄지어 늘어선 십자가 사이로, 마지는 사람들의 뇌리에 박혔고, 오늘날에도 유럽에 있는 제1차 세계대전 묘지를 보면 그 이미지가 시선을 사로잡는다.

1918년 휴전 이후 전쟁부(War Department)<sup>7)</sup>는 나무 십자가와 다윗의 별을 이전과 같이 대리석 평판으로 교체한다고 발표하였다. 그러자 대중들은 격렬하게 반대하였고 많은 단체들이 당시의 임시 표식의 디자인을 유지하도록 촉구하였다. 미국전쟁기념비위원회(American Battle Monuments Commission)는 대중의 정서를 반영하여, 나무로 된 십자가와 다윗의 별을 대리석으로 소재만 교체하는 것으로 결정하였다. 이러한 십자가는 전쟁에서의 희생을 상징하는 것으로 널리 공감을 받았다.

#### B. 블래이든스버그 평화의 십자가상의 역사

1918년, 메릴랜드 주 프린스조지 카운티 주민들은 카운티 출신의 전사한 군인들을 기리기 위한 기념비를 세우기 위해 위원회를 조직하였다. 이 위원회에는 10명의 전몰자들의 어머니들도 있었다. 위원회는 기념비 모양을 십자가로 결정하였다. 위원회가 기념비를 십자가 모양으로 결정한 이유를 정확히알 수는 없지만, 이 비통한 사건과 널리 연결된 상징을 채택한 것은 놀라운일이 아니다.

<sup>7)</sup> 현재 국방부가 조직되기 전의 미국 군사기구.

디자인을 결정한 후, 위원회는 액수에 상관없이 기금을 모금하였는데 응답한 지역주민들의 대부분은 소액을 기부하여 25센트에서 1달러의 기부가 주를 이루었고, 지역 기업과 정치인들이 이러한 노력에 도움을 주었다.

십자가상은 또 다른 제1차 세계대전 기념물인 국방고속도로(National Defense Highway)의 종착점에 세우기로 하고, 두 기념물의 기공식은 1919년 9월 28일에 개최되었다. 그러나 1922년, 기금이 떨어져 십자가상 건립이 중단되었고, 미국재향군인회(American Legion) 지부가 이 프로젝트를 이어받아 1925년에 완공되었다.

완성된 십자가상은 넓은 받침대 위에 세워진 32피트(약 10미터) 높이의 라틴십자가 모양으로, 미국재향군인회의 엠블럼이 중앙에 새겨졌고, 각 4면의아래쪽에 '용맹'(Valor), '인내'(Endurance), '용기'(Courage), '헌신'(Devotion)이라는 단어가 새겨졌다. 받침대의 명판에는 "전세계의 자유를 위해 세계대전에서 목숨을 잃은 메릴랜드 주 프린스조지 카운티의 영웅들에게 바침"이라는 글과 함께 흑인, 백인을 불문하고 전쟁에서 목숨을 잃은 49명의 그 지역 군인들의 이름과 미국의 참전일이 적혔고, 우드로 윌슨 대통령이 의회에서 연설했던 선전포고 요청문》이 인용되었다.

이 십자가상의 준공식은 지역 가톨릭 신부의 기도와 연방하원의원의 기조연설 등으로 이루어졌으며 침례교 목사의 축복으로 마무리 되었다.

그 후 십자가상은 재향군인의 날(Veterans Day), 현충일(Memorial Day), 독립기념일(Independence Day) 등 참전용사를 기리는 행사의 장소로 이용되어왔다. 이러한 행사들은 준공식과 같이 일반적으로 기도, 기조연설, 축복이포함되었다. 시간이 흐르면서 십자가상 주변에는 제2차 세계대전, 진주만, 한국 및 베트남 전쟁 등 참전용사를 기리는 다른 기념비들이 추가되었다. 이사건 십자가상은 한정된 공간의 교통섬에 위치해있기 때문에 가장 가까운기념물과는 약 200피트(약 61미터) 떨어져 있다.

이 사건 십자가상 주변이 개발되면서 이 십자가상은 매우 혼잡한 교차로의

<sup>8)</sup> 미국헌법 제1조에 따라 전쟁선포권은 의회에게 있다.

중심부가 되었다. 1961년, '메릴랜드-국립 수도 공원 및 계획위원회'(Maryland-National Capital Park and Planning Commission, 이하 '국립 공원위원회')는 이 십자가상의 유지와 교통안전문제를 위해 십자가상을 인수하였다. 미국재향군인회는 다양한 기념식을 주최하기 위해 이 기념물을 계속사용할 권리를 보유하였다. 그 후 50여 년 동안 국립공원위원회는 약 \$117,000을 이 기념물의 유지비로 사용하였고, 2008년에는 십자가상의 수리와 보수를 위해 \$100,000을 추가 예산으로 할당하였다.

### C. 소송과정

십자가상이 세워진 때로부터 거의 90년, 국립공원위원회가 십자가를 인수한 때로부터 50년 이상이 지난 후인 지난 2012년, 미국인본주의자협회는 공공토지 위에 십자가상이 존재하는 것과 국립공원위원회가 이를 유지 관리하는 것이 수정 제1조의 국교설립금지조항을 위반한 것이라고 주장하며 제소하였다. 미국인본주의자협회는 십자가상을 철거하거나 십자가의 양 팔에 해당하는 부분을 제거하여 비종교적인 석판이나 오벨리스크 모양으로 만들 것을 요구하였다. 미국재향군인회는 십자가상을 지키기 위해 소송에 합류하였다.

지방법원은 이 사건 십자가상이 헌법에 위배되지 않는다고 판단하였다. Lemon v. Kurtzman, 403 U. S. 602 (1971) 판결에서 나온 심사기준인 Lemon 심사기준(Lemon Test)을 모두 충족한다고 판단한 것이다.

Lemon 심사기준에 따르면, 문제가 된 정부행위가 국교설립금지조항의 위반이 되지 않으려면 (1) 세속적인 법적 목적을 지니고, (2) 그 원칙적 또는 기본적 효과가 종교를 향상시키거나 억누르는 것이어서는 안 되며, (3) 정부가 과도하게 종교에 관계하는 것을 조장해서는 안 된다.

지방법원은 이 사건 십자가상이 이러한 기준을 모두 통과한다고 판단하였다. 그러나 제4항소법원은 지방법원의 1심판결을 뒤집었다. 항소법원의 다수

의견은 이 기념물에 대한 국립공원위원회의 소유권과 관리가 그리스도교에 대한 지지로 보이기 때문에 레몬 심사기준의 "효과" 부분을 통과하지 못한다고 보았다. 항소법원은 십자가가 지닌 그리스도교 상징으로서의 내재적인 종교적 의미를 강조하였다. 이 사건은 결국 상고심에 올라오게 되었다.

# II. Lemon 심사기준의 문제점과 새로운 기준

## A. Lemon 심사기준의 문제점

Lemon 판결은 야심차게 국교설립금지조항 사건을 결정하는데 있어 질서와 예측가능성을 가져올 수 있는 심사기준을 만들고자 하였다. Lemon 심사기준은 정부행위의 목적과 효과, 종교와 얽힌 관계를 검토하도록 하였다. 이후 연방대법원은 정부행위의 '효과'는 '합리적인 관찰자'(reasonable observer)라면 그 정부행위를 종교에 대한 지지라고 볼 것인가를 검토함으로써 평가할수 있다고 설명하였다.9)

만일 Lemon 판결을 내린 재판부가 이 심사기준이 모든 미래의 국교설립금지조항에 관한 결정에 적용될 수 있는 틀을 제공할 것이라고 생각했다면 그러한 기대는 빗나갔다. 많은 사건에서 연방대법원은 Lemon 심사기준을 명백히 거부하거나 단순히 무시하였다.10)

이러한 패턴은 Lemon 심사기준의 단점을 증명한다. 다수의 법률과 관행이 포함된 사건들이 연방대법원에 올라올수록 Lemon 심사기준으로는 해결될 수 없음이 점점 더 명백해졌다. Lemon 심사기준은 대법관들의 혹독한 비판 과 하급법원 판사들의 개탄, 다양한 학자들로부터의 문제제기를 받아왔다.

<sup>9)</sup> County of Allegheny v. American Civil Liberties Union, Greater Pittsburgh Chapter, 492 U. S. 573, 592 (1989); id., at 630 (O'Connor, J., concurring in part and concurring in judgment).

<sup>10)</sup> 예를 들면, Zobrest v. Catalina Foothills School Dist., 509 U. S. 1 (1993); Board of Ed. of Kiryas Joel Village School Dist. v. Grumet, 512 U. S. 687 (1994); Rosenberger v. Rector and Visitors of Univ. of Va., 515 U. S. 819 (1995); Capitol Square Review and Advisory Bd. v. Pinette, 515 U. S. 753 (1995); Good News Club v. Milford Central School, 533 U. S. 98 (2001); Zelman v. Simmons-Harris, 536 U. S. 639 (2002); Cutter v. Wilkinson, 544 U. S. 709 (2005); Van Orden, 545 U. S. 677; HosannaTabor Evangelical Lutheran Church and School v. EEOC, 565 U. S. 171 (2012); Town of Greece v. Galloway, 572 U. S. 565 (2014); Trump v. Hawaii, 585 U. S. \_\_\_ (2018).

이 사건과 같이 종교적 관련성이 있는 단어나 상징을 의례, 축하, 기념적 목적으로 사용하는 것에 관한 사건들에서, 적어도 네 가지 점에서 Lemon 심 사기준은 문제점을 가진다. 이를 함께 고려하건대, 그러한 사건을 Lemon 심 사기준으로 평가하려고 하지 말고, 오래된 기념비, 상징, 관행들에 대한 합헌 성 추정을 적용하는 것이 바람직할 것이다.

#### B. Lemon 심사기준의 네 가지 문제점 분석

첫째, 이러한 사건들은 종종 오래 전에 만들어진 기념비, 상징, 또는 관행에 관련되어 있고, 이 경우 그 원래의 목적을 식별하는 것은 특히나 어려운일이다.

둘째, 시간이 흐름에 따라 기념물이나 상징이나 관행에 관련된 목적은 종종 복합적인 것이 되곤 한다. 복합적인 목적은 오래된 기념비·상징·관행에만 존재하는 것은 아니지만, 그러한 것들에서 더 쉽게 찾아볼 수 있다. 비록 기념비의 원래 목적이 종교적인 것이었다 해도 시간이 흐름에 따라 그러한 정서는 흐려질 수 있다. 우리 사회가 종교적으로 점점 더 다양화되어감에 따라지역사회는 기념비·상징·관행을 역사적 중요성이나 공동문화유산에서 차지하는 자리를 위해서 유지할 수 있다.

셋째, 목적이 진화하는 것과 마찬가지로, 전달되는 '메세지' 또한 시간이 지남에 따라 변할 수 있다. 충분한 시간이 흐르면, 종교적으로 표현된 기념비·상징·관행도 지역사회의 풍경이나 정체성에 장착되어 있는 특징이 될 수 있다. 지역사회는 기념비·상징·관행의 종교적 뿌리를 꼭 포함시키지 않더라도그 가치를 인정할 수 있을 것이다. 최근 파리의 노트르담 성당 화재의 비극이 그 예이다. 프랑스에서 노트르담 성당은 종교적으로나 비종교적으로나 국가적으로 중요한 상징으로 남아있다. 노트르담 성당은 기본적으로 종교적 장소이고 종교적으로 중요한 의미를 갖지만, 그 의미는 확장되었다. 많은 사람들은 노트르담을 보고 바로 파리와 프랑스를 연상시킨다. 화재 직후 마크롱

프랑스 대통령은 노트르담 성당에 대해 "우리의 역사, 우리의 문학, 우리의 상상력이다. 우리가 전염병과 전쟁과 파리 해방에서 살아남은 장소이다. 지금껏 우리 삶의 중심점이었다."라고 말하였다.

마찬가지로 종교적인 이름을 가진 미국 전역의 수많은 도시와 마을들을 생각해보자. 수많은 지명들이 종교에 그 뿌리를 두고 있지만 그러한 역사를 이유로 이들 지명을 지도에서 지워야 한다고 주장하는 사람은 거의 없다. 'Ditat Deus'(신께서 풍요롭게 하신다)라는 애리조나 주의 모토나 두 개의 십자가를 포함한 메릴랜드 주의 깃발도 마찬가지이다. 친숙함 그 자체로 이를 유지하는 이유가 될 수 있다.

넷째, 종교적으로 표현된 기념비·상징·관행이 시간이 흐름에 따라 친숙함과역사적 중요성으로 물들게 된 경우, 이를 제거하는 것은 더 이상 중립적으로보이지 않을 수 있다. 특히 이를 특별한 의미를 가지고 맡아온 지역사회에게는 더욱 그러하다. 종교적 상징을 지닌 기념비를 해체하여 종교적 부분들을모두 제거하는 것은 많은 사람들에게 종교에 공격적으로 적대적인 모습으로보일 것이다.

이러한 네 가지 고려사항들은 이미 만들어진 종교적 표현의 기념비·상징· 관행의 경우 새로운 것을 세우거나 선택하는 경우와는 상당히 다르다는 것 을 보여준다. 시간의 경과는 강한 합헌성 추정을 낳는다.

## C. 이 사건에의 적용

제1차 세계대전 기념비에서 십자가의 역할은 앞서 언급한 네 가지 고려사항들의 예증이 된다. 전쟁 직후, 미국 전역의 지역사회들은 세계의 안전과민주주의를 위해 싸웠던 사람들을 기리는 기념비를 세웠다. 십자가는 전쟁에밀접하게 관련된 상징이 되었다. 전쟁 이후 미국은 1918년에 수훈십자훈장을, 1919년에 해군십자훈장을 만들어 십자가를 군사훈장의 일부분으로 채택하였다. 끝없이 늘어선 흰색 십자가의 침통한 이미지는 116,000명의 군인들

이 치렀던 궁극의 가치를 상징하게 되었다. 십자가와 전쟁의 이러한 관계는 의심의 여지없이 전국에 세워진 기념비들의 디자인에 영향을 끼쳤다.

제1차 세계대전 기념비들에 새겨진 상징들에 대해 왜 그러한 상징이 포함 되었던 것인지 그 지배적인 동기를 오늘날에 밝히는 것은 거의 불가능하다. 시간이 흘러 당시 의사결정에 참여했던 사람들의 증언을 거의 들을 수 없게 되었고, 무성한 추측만 불러일으킬 뿐이다. 기념비를 세웠던 원래의 목적이 무엇이든 간에 지역사회는 매우 다양한 이유로 - 이 사건에서 국립공원위원 회가 밝혔던 역사적 보존이나 교통안전문제 등과 같은 이유 - 이를 보존하 기를 원할 수 있다.

또한 시간의 경과에 따라 기념비 주변의 환경이 바뀌어 그 의미를 변화시키고 기념비를 보존해야 할 새로운 이유를 제공할 수도 있다. 그러한 변화는이 사건에도 적용된다. 블래이든스버그 십자가상은 현재 매우 혼잡한 교차로에 위치하게 되었고 근처에 수많은 기념비들이 추가되었다.

이 사건의 피상고인인 미국인본주의자협회도 십자가 형태로 된 전쟁기념비가 받아들여질 수 있는 경우도 있다는 점을 인정하였다. 미국인본주의자협회는 알링턴 국립묘지에 있는 '아르곤 십자가'나 '캐나다 희생의 십자가'는 둘다 라틴십자가 형태이지만 묘지에서의 그 위치가 개인의 묘비와 매장된 군인들과 밀접한 관련성이 있어 피해를 주지 않는다고 하였다. 그러나 묘지에서의 기념비 배치는 반드시 그러한 연결을 만들지는 않는다. 전사자의 부모와 친지들 중 많은 이들은 유럽에 있는 그들의 무덤을 방문할 방법이 없고, 거의 4,400명의 미군들은 미발견되었거나 식별되지 못하였다. 따라서 애도하는 많은 친지와 친구들에게 기념비는 묘비를 대신하였다. 블래이든스버그 십자가상이 기리는 젊은이 중 한 명의 어머니가 그 십자가상을 아들의 묘비라고 생각했다는 점을 상기해야 한다. 국립묘지든 도시공원이든 제1차 세계대전 십자가상은 전사한 군인들을 위한 기념비로 남아있다.

마지막으로, 제1차 세계대전 기념비들은 오랜 시간을 거쳐왔고, 이제는 문화경관의 친숙한 일부가 되어, 그 제거를 요구하는 것은 많은 사람들에게 중

립적이지 못한 것으로 여겨질 것이다. 그리고 많은 사람들에게 있어 십자가의 양 팔 부분을 절단하여 개조하는 것은 몹시 무례한 일로 받아들여질 것이다. 이러한 주장은 블래이든스버그 십자가상이 세속적인 목적을 갖는다는 주장과 모순된다는 비판이 있지만, 그러한 비판은 기념비가 지닌 복합적 특성을 잘못 이해한 것이다. 기념비는 세속적일 수도 있고 종교적일 수도 있는 많은 목적을 표현하고 다양한 메시지를 전할 수 있다.

예를 들어, 원래 스페인 정착민들이 지었던 도시명 - 샌디에고, 로스엔젤레스, 산타바바라, 산호세, 샌프란시스코 등 - 을 캘리포니아 주가 계속 유지한다고 해서 주가 종교적인 메시지를 전하려고 한다고 보는 사람은 거의 없다. 그러나 주가 이 도시들의 이름을 모두 바꾸려고 한다면 그것은 완전히 다른문제가 될 것이다. 한 세기 전에 자신의 목숨을 희생하였던 군인들을 기리는기념비도 마찬가지이다.

### D. 입법회의 전 시작기도의 관행에 대한 선례 검토

Lemon 심사기준은 국교설립금지조항의 통일된 대이론을 찾아내고자 했던 반면, 이후 사건들에서 연방대법원은 주어진 특정 쟁점에 초점을 두는 보다 겸손한 접근법을 취하였다. 입법부의 입법회의 전에 기도 순서를 넣는 것에 대한 선례들이 그 예가 될 것이다.

Marsh v. Chambers, 463 U. S. 783 (1983) 사건에서 연방대법원은 네브라스카 주의회가 각 입법회의를 시작하기에 앞서 목사가 주재하는 기도로 시작하는 관행이 합헌이라는 판결을 내렸다. 이 판결에서 연방대법원은 명백히 Lemon 심사기준을 무시하였다. 대신 연방대법원은 연방의회가 200년이 넘는 동안 입법회의를 기도로 시작해왔고 많은 주의회들이 이를 따라왔다는 점을 매우 중요한 논거로 들었다. 최근에도 우리는 Town of Greece v. Galloway, 572 U. S. 565 (2014) 사건에서 비슷한 접근법을 취한 바 있다.

기도의 정의는 분명히 종교적임에도 불구하고 우리는 이러한 결론에 다다

랐다. 이러한 사건들을 통해 알 수 있는 것은 국교설립금지조항은 역사적 관행과 이해를 참고하여 해석되어야 한다는 것이다. 최초의 연방의회 때부터이어온 기도의 관행은 입법회의를 엄숙하게 만들고 참석자들을 결속시키기위해 만들어진 것이었다.

이러한 목적을 달성하기 위해서 의회의 기도는 배타적이기보다 포용적일 필요가 있었고, 오늘날보다 종교적으로 동질적이었던 사회에서조차 확고한 노력이 요구되었다. 당시 미국은 개신교가 압도적이었지만 개신교 교파 간에 도 상당한 갈등이 있었다. 그러나 다른 교파의 목사가 주재하는 기도도 서로 받아들였으며, 세월이 흐르면서 시작기도를 맡는 종교인들의 종교도 감리교, 장로교, 미국 성공회, 침례교, 조합교회주의, 로마 가톨릭, 유대교 등으로 점 점 더 다양해졌고, 그 후로 연방의회는 이슬람교, 힌두교, 불교, 아메리카 원 주민 토속종교 등 다양한 신앙을 가진 종교인들을 초대해왔다.

최초의 연방의회 때부터 시작된 이러한 관행은 다른 관점에 대한 존중과 관용을 나타내는 예시이자 포용력과 비차별을 달성하고자 하는 성실한 노력, 그리고 많은 미국인들의 삶에서 종교가 갖는 중요한 역할에 대한 인정을 나타낸다. 긴 역사를 가진 기념비·상징·관행이 그러한 전통을 따르는 경우, 마찬가지로 이들도 합헌이다.

#### III. 블래이든스버그 십자가상의 의미

이러한 원칙을 적용하건대, 우리는 이 사건 블래이든스버그 십자가상이 국교설립금지조항에 위반되지 않는다고 판결하는 바이다.

블래이든스버그 십자가상은 제1차 세계대전을 기리는 특별한 중요성을 지니고 있다. 전쟁에서 죽은 미군들의 무덤을 흰 십자가로 표시했던 이미지로인해, 십자가는 그들의 희생을 상징하는 것이 되었고 이 사건 십자가상의 디자인도 그러한 배경의 관점에서 이해되어야 한다. 이 십자가상이 그리스도교상징에서 유래된 것이고 그러한 의미를 담고 있다고 해도 제1차 세계대전

기념비로 사용될 때에는 추가적으로 세속적인 의미도 지닌다는 사실은 변함 없다.

게다가 시간이 경과함에 따라 블래이든스버그 십자가상은 역사적인 중요성도 얻게 되었다. 이 십자가상은 블래이든스버그와 주변지역 주민들에게 앞서간 사람들의 공로와 희생을 상기시킨다. 또한 이 십자가상은 거의 한 세기전에 이 기념비를 세우고 계속 유지해온 지역사회에 대해서도 이야기하고있다. 이 기념비는 당시 전사한 군인들의 친지, 친구, 이웃들이 무엇을 느꼈는지, 어떻게 그들의 감정을 표현하기로 선택하였는지를 나타낸다. 그리고시간이 흐름에 따라 역사적 의미도 더해졌다. 이제 이 십자가상은 그 이후의전쟁들에 참전한 군인들을 기리는 기념비들 사이에 서있다. 이제 지역사회의일부가 된 것이다.

유대교 군인들이 이 기념비의 이름에서 고의적으로 제외되었는지 또는 가족들의 반대에도 불구하고 십자가상에 포함되었는지는 증명된 바가 없다. 다만 이 십자가상의 건립을 맡았던 미국재향군인회 지부의 대표 중 한 명은 유대인 참전용사였다.

기려지는 사람에게 죽음이 뜻하는 바를 나타내는 상징을 사용하는 것은 세상을 떠난 자를 예우하고자 하는 사람들에게는 자연스럽고 적절한 일이다. 이것은 홀로코스트 기념비에는 어김없이 다윗의 별이나 기타 유대교 상징들이 포함되는 이유를 잘 설명해준다. 워싱턴 D.C.에 있는 아메리카 원주민 참전용사 기념비가 '창조주가 사는 하늘의 구멍'을 나타내는 철로 된 원형으로 묘사된 것도 이러한 이유에서이다. 마찬가지로 블래이든스버그 지역의 군인들을 기리는 기념비가 - 그들이 죽은 전쟁터 부근에 수많은 전우들의 무덤을 표시했던 상징과 같은 - 십자가 모양인 것도 그러한 이유에서이다.

#### IV. 결론

십자가는 의심의 여지없이 그리스도교의 상징이지만 그 사실이 블래이든스

버그 십자가상이 나타내게 된 다른 모든 의미들을 가려버려서는 안 된다. 어떤 사람들에게 그 기념비는 다시는 집에 돌아올 수 없었던 조상들을 위한 상징적인 안식처를 뜻한다. 어떤 사람들에게는 모든 참전용사와 국가를 위한 그들의 희생을 예우하기 위해 모이는 그 지역사회의 장소를 뜻한다. 또 어떤 사람들에게는 역사적인 랜드마크를 의미한다. 이러한 많은 사람들에게 있어 거의 한 세기동안 평온하게 서있던 이 십자가상을 파괴하거나 훼손하는 일은 중립적이지도 않고, 수정 제1조가 나타내는 존중과 관용의 사상을 증진시키는 것으로 여겨지지도 아닐 것이다. 이러한 모든 이유들을 근거로 이 사건십자가상은 헌법에 위반되지 않는다.

우리는 항소법원의 판결을 파기·환송한다.

# 대법관 Kavanagh의 보충의견(1인 의견)

나는 법정의견의 설득력 있는 의견에 전적으로 동의한다. 내가 따로 보충 의견을 쓰는 이유는 두 가지 점을 강조하기 위해서이다.

# I. Lemon 심사기준의 불인정 및 새로운 원칙의 적용

오늘 법정의견은 블래이든스버그 십자가상의 합헌성을 검토하고 인정함에 있어 '역사와 전통 심사기준'(history and tradition test)을 적용하였다.<sup>11)</sup>

이 사건이 다시금 입증하였듯이 Lemon 사건에서 상술되었던 옛 심사기준은 더 이상 적용되지 않는다. Lemon 심사기준은 정부행위가 종교를 향상시키거나 지지하는 주된 효과를 갖는지 여부를 검토하는 것이다. 그러나 Lemon 심사기준은 국교설립금지조항의 해석에 제대로 지침을 주지 못하였으며, 지난 48년여 동안 연방대법원은 Lemon 심사기준과 무관하게 판결하였다.

<sup>11)</sup> Marsh v. Chambers, 463 U. S. 783, 787-792, 795 (1983); Van Orden v. Perry, 545 U. S. 677, 686-690 (2005) (plurality opinion); Town of Greece v. Galloway, 572 U. S. 565, 575-578 (2014).

국교설립금지조항 사건의 유형들은 다섯 가지로 나누어볼 수 있다. (1) 정부재산에 새겨진 종교적 상징물 및 정부행사에서의 종교적 연설, (2) 종교에 대한 편의제공 및 일반적으로 적용되는 법률의 적용 면제, (3) 종교단체에 대한 정부혜택과 면세, (4) 공립학교에서의 종교적 표현, (5) 공적광장(public forum)에서의 사적인 종교적 연설의 규제가 그 유형들이다.

Lemon 심사기준은 이 다섯 가지 유형의 연방대법원 판결 중 어떠한 것도 설명하지 못한다.

첫 번째 유형의 경우, 연방대법원은 역사와 전통 심사기준에 기대어 정부 재산에 새겨진 종교적 상징물이나 정부행사에서의 종교적 연설들을 유지시키는 판결들을 많이 해왔다.12) 오늘 법정의견도 다시금 이러한 결정을 내렸다. Lemon 심사기준은 이러한 결과를 설명하지 못한다.

두 번째 유형의 판결들의 경우, 연방대법원은 종교적 활동에 대한 입법적 편의제공을 허용해왔고, 일반적으로 적용되는 법률의 적용의 면제도 인정해 왔다.<sup>13)</sup> 그러나 편의의 제공과 규제의 면제는 정의대로라면 종교를 다소간 향상시키거나 지지하는 효과를 갖는다. 따라서 Lemon 심사기준은 이러한 판 결들의 근거가 될 수 없다.

세 번째 유형의 판결들의 경우에도 마찬가지로 종교를 향상시키거나 지지하는 효과가 있음에도 불구하고 연방대법원은 종교단체를 위한 정부혜택과 면세를 인정한 바 있다.<sup>14)</sup> 이러한 결과들은 Lemon 심사기준과는 쉽게 조화되지 않는다.

네 번째 유형의 판결들의 경우, 연방대법원은 공립학교에서 정부가 후원하는 기도를 금지해왔다. 그러나 이는 Lemon 심사기준 때문이 아니라 공립학교에서 이루어지는 정부 후원의 기도는 학생들에 대한 강요가 될 위험이 있

<sup>12)</sup> 예를 들어, Marsh, 463 U. S., at 787-792, 795; Van Orden, 545 U. S., at 686-690 (plurality opinion); Town of Greece, 572 U. S., at 575-578.

<sup>13)</sup> 예를 들어, Corporation of Presid-ing Bishop of Church of Jesus Christ of Latter-day Saints v. Amos, 483 U. S. 327 (1987); Cutter v. Wilkinson, 544 U. S. 709 (2005).

<sup>14)</sup> 예를 들어, Walz v. Tax Comm'n of City of New York, 397 U. S. 664(1970); Mueller v. Allen, 463 U. S. 388 (1983); Mitchell v. Helms, 530 U. S. 793 (2000) (plurality opinion); Zelman v. Simmons-Harris, 536 U. S. 639 (2002); Trinity Lutheran Church of Columbia, Inc. v. Comer, 582 U. S. (2017).

기 때문이었다. 이러한 주제에 관한 가장 중요한 판례인 Lee v. Weisman, 505 U. S. 577 (1992)은 Lemon 심사기준에 기대지 않았다. 즉, Lemon 심사기준은 이 유형에 대한 연방대법원의 결정에 꼭 필요한 것은 아니었다.

다섯 번째 유형의 경우, 연방대법원은 공적광장에서의 사적인 종교적 연설을 세속적 연설과 대등하게 허용해왔다.15) 연방대법원은 이러한 관행은 국교설립금지조항에 위반되지 않는다고 판결해왔는데, Lemon 심사기준은 이러한 판결들을 설명하지 못한다.

오늘 법정의견은 첫 번째 유형의 사건에 Lemon 심사기준이 적용되지 않음을 다시금 명백히 하였다. 이는 다섯 가지 유형 모두에 마찬가지이다.

국교설립금지조항 사건의 각 유형은 역사, 전통, 선례를 근거로 각자의 원칙을 갖는다. 이러한 사건들을 모두 고려해보면 다음과 같은 가장 중요한 원칙들이 나온다. 만일 정부행위가 강제적이지 않고(and) (i) 역사와 전통에 뿌리를 두고 있거나, (ii) 종교인, 종교단체, 종교적 연설, 또는 종교적 활동을 세속적인 것들과 비교하여 대등하게 대우하고 있거나, (iii) 허용가능한 입법적 편의제공이나 법률 적용의 면제에 해당하는 경우, 대개는 국교설립금지조항의 위반이 되지 않는다.

공공토지에 종교적 기념비, 특히 종교적 전쟁기념비를 드러내는 관행은 강제적이지 않고 역사와 전통에 뿌리를 두고 있는 것이다. 따라서 블래이든스 버그 십자가상은 국교설립금지조항에 위반되지 않는다.

# II. 반대자들을 위한 대안의 존재

나는 블래이든스버그 십자가상이 합헌이라는 법정의견에 동의하면서도, 공 공토지에 십자가상을 보이는 것에 반대하는 원고의 입장에 깊은 존중을 표 한다. 공공토지 위의 십자가상은 배제의 메시지를 던진다는 법정조언자 의견

<sup>15)</sup> 예를 들어, Lamb's Chapel v. Center Moriches Union Free School Dist., 508 U. S. 384 (1993); Capitol Square Review and Advisory Bd. v. Pinette, 515 U. S. 753 (1995); Rosenberger v. Rector and Visitors of Univ. of Va., 515 U. S. 819 (1995); Good News Club v. Milford Central School, 533 U. S. 98 (2001).

서의 유대인 참전용사의 말도 깊이 존중한다. 나는 그들이 느끼는 고통과 소외감을 인정한다. 그리고 십자가상이 지닌 깊은 종교적 본질도 전적으로 이해한다. 십자가가 종교적이지 않다는 것은 종교인에게나 비종교인에게나 비하적인 것이 될 수 있다. 이러한 사건은 진심어리고 매우 중요한 이해관계의충돌에 해당하기 때문에 매우 어렵다. 우리의 선례를 적용하여 십자가상의합헌성을 인정함에 있어, '어떠한 종교이든, 또는 아예 종교가 없든, 모든 국민은 평등하다.'라는 기본적인 헌법 원칙을 재차 강조함이 마땅할 것이다.

십자가상이 국교설립금지조항의 위반이 아니라는 결론이 반드시 이에 반대하는 사람들에게 다른 수단이 없음을 의미하는 것은 아니다. 연방대법원의 판결은 주가 공공토지에 십자가상을 유지할 수 있다고 *허용*한 것이지, 이를 요구한 것은 아니다. 메릴랜드 주의회는 십자가상의 제거나 이전을 요구하는 새로운 법률을 제정할 수 있다. 메릴랜드 주정부나 여타 주행정공무원은 현행 메릴랜드 주법에 따라 그렇게 할 권한이 있다. 그렇지 않다면 주의회가 그러한 집행을 승인하는 새로운 주법을 제정할 수도 있다. 메릴랜드 주헌법은 이 문제를 거론해야 하고 만일 그렇지 않다면, 메릴랜드 주민들이 주헌법을 개정할 수도 있다.

이러한 대안들은 우리 헌법 체계의 기본적 특징을 묘사하고 있다. 미국에서 연방대법원은 개인의 기본권의 유일한 수호자가 아니다. 연방대법원은 미국 연방헌법이 보장하는 기본권을 맹렬히 보호한다. 그러나 연방헌법은 기본권 보호를 위한 밑바닥을 만들 뿐이다. 미국 연방헌법이 보장하는 권리 이상의 기본권을 수호할 권한은 일반적으로 다른 연방, 주, 지방 정부기관들이지닌다.

## 대법관 Thomas의 별개의견(1인 의견)

미국헌법 수정 제1조의 국교설립금지조항은 "연방의회는 국교를 수립하... 는 법률을 제정할 수 없다."고 규정하고 있다. 설사 국교설립금지조항이 주에 적용가능한 기본권<sup>16)</sup>을 나타낸다 하더라도 이는 법문에 따르면 입법부가 제정한 '법률'에 국한된다. 따라서 블래이든스버그 십자가상이 주에도 적용가능한 권리에 관한 것인지는 불분명하다. 설사 그렇다 하더라도, 이 사건의 십자가상은 실제적인 법적 강요의 유형을 포함하지 않으므로 명백하게 합헌이다.

#### I. 국교설립금지조항의 적용 범위와 법문의 해석

나는 다른 판결들에서도 설명해왔듯이17) 국교설립금지조항을 (연방이 아닌) 주(state)에도 적용하는 것에 반대해왔다.18) 게다가 수정 제1조의 법문에따르면 이 규정은 연방의회가 제정한 '법률'에만 적용된다. 기념비는 분명히법률이 아니다. 피상고인은 그들이 위헌이라고 주장하는 특정한 법률을 밝힌적이 없다. 따라서 피상고인들은 국교설립금지조항이 연방의회가 제정한 법률보다 더 넓게 적용되는 국민의 기본권으로 해석되는 경우에만 승소할 수있다.

# II. 실제적인 법적 강요의 유무

설사 국교설립금지조항이 주와 지방정부에도 적용된다 하더라도, 피상고인 이 지나는 길에 기념비가 단순히 존재한다는 사실만으로 강요가 되지는 않으며 따라서 이 조항의 위반이 되지 않는다.<sup>19)</sup>

실제적인 법적강요는 국교설립의 필수요소이다.20) 건국 당시의 전형적인

<sup>16)</sup> 미국에서 권리장전(헌법 수정 제1조~제10조)이 비준될 당시, 이 규정은 연방정부의 행위에만 적용되었고 주와 지방정부를 제한하지는 않았다. 그러나 수정 제14조와 제15조를 통해 권리장전의 많은 부분들이 주와 지방정부에도 적용되게 되었다.

<sup>17)</sup> Town of Greece v. Galloway, 572 U. S. 565, 604-607 (2014) (opinion concurring in part and concurring in judgment); Elk Grove Unified School Dist. v. Newdow, 542 U. S. 1, 49-51 (2004) (opinion concurring in judgment); Van Orden v. Perry, 545 U. S. 677, 692-693 (2005) (concurring opinion); Zelman v. Simmons-Harris, 536 U. S. 639, 677-680 (2002) (same).

<sup>18)</sup> 일반적 학설이 아닌 Thomas 대법관의 의견이다.

<sup>19)</sup> Van Orden, 545 U.S., at 694 (opinion of THOMAS, J.).

<sup>20)</sup> Id., at 693.

예를 살펴보면, 국교 교회에의 참석은 의무적이고, 교회의 수입을 조성하기 위해 세금이 징수되었다. 반대하는 성직자들은 설교를 금지당하고, 정치적 참여는 국교를 믿는 사람들에게만 열려있었다.<sup>21)</sup> 위헌적인 국교설립이라고 주장하는 소송에서 원고는 - 건국 당시에 국교설립의 특징으로 이해된 특징을 공유하는 - 정부행위로 인해 실제로 강요를 받았다는 것을 입증해야 한다.

이 사건에서 피상고인은 정부가 세금을 블래이든스버그 십자가상 유지에 사용하는 것이 강요에 해당한다는 뜻을 비쳤지만, 공공물에 종교적인 전시를 유지하는 것이 국교설립의 특징 중 어느 하나에라도 해당된다는 입증은 한 바가 없다. 이 사건에서 위원회는 종교적 교리를 통제하려고 하거나, 종교의식을 강제하거나, 특정 교파를 골라 독점적인 보조금을 지급하거나, 국교에 반대하는 예배를 처벌한 적이 없다. 단지 건국 당시와 미국헌법 수정 제14조의 비준 당시의 세대들이 흔히 했듯이 정부재산에 종교적 상징을 전시했을뿐이다. 건국 당시에 존재했던 강압적인 국교설립의 특징이 없기 때문에 블래이든스버그 십자가상은 합헌이다.

블래이든스버그 십자가상은 그리스도교의 핵심적인 상징으로서 종교적인 중요성을 가짐에도 불구하고 합헌이다. 피상고인의 주된 주장은 이러한 십자가의 특성이 이 사건 십자가상을 종파적인 것으로 만든다는 것이었다. 그러나 종교적인 전시나 연설은 판사가 비종파적이라고 여기는 것만 허용될 필요가 없다. 오히려 종교적 표현에 비종파성을 요구하는 것은 법원이 종교적표현에 대한 감독자나 검열관이 되도록 하는 것이다.

# III. Lemon 심사기준에 대한 비판

이 사건과 같이 공공 기념비·상징·모토·전시·행사에서 종교적 언급이나 이미지를 사용하는 경우 Lemon 심사기준의 적용을 거부한 상대다수의견은 옳

<sup>21)</sup> Town of Greece, supra, at 608 (opinion of THOMAS, J.) (citation omitted).

은 것이었다. 나는 모든 면에서 Lemon 심사기준을 뒤집고자 한다. 첫째, Lemon 심사기준은 헌법의 원뜻에 아무런 근거가 없다. 둘째, Lemon 심사기준은 시작부터 연방대법원이 달성하고자 하는 어떤 결과에든지 맞도록 조작되어왔다. (22) 셋째, 이 심사기준은 지속적으로 주와 하급법원에 엄청난 혼란을 초래하고 있다. (23) 최근 수십 년간 연방대법원은 Lemon 심사기준을 적용하기를 거부해왔다. Lemon 심사기준은 국교설립금지조항을 판단하는데 있어확고한 기준을 제공하지 못한다. 그러나 하급법원은 Lemon 심사기준을 적용하는 것이 적절하다고 본다. 법이 무엇인지를 밝히는 것은 연방대법원의 일이다. Lemon 심사기준은 좋은 법이 아니기 때문에 우리는 그렇게 이야기해야 한다.

\* \* \*

유감스럽게도 나는 법정의견에 함께할 수 없다. 법정의견이 국교설립금지 조항 사건에 대한 적절한 기준을 충분히 밝히지 않았기 때문이다. 그러므로 그 결론에만 동의하는 바이다.

# 대법관 Gorsuch의 별개의견(2인 의견)24)

오늘 법정의견은 원고에게는 오래된 기념비의 파괴를 요구할 권리가 없다고 설명하였고 나는 그 의견의 많은 부분에 설득력이 있다고 생각한다. 그러나 나의 판단으로는, 이 사건과 같은 소송은 당사자적격(standing)의 결여로 각하되어야 한다고 생각한다. 따라서 항소법원의 판결을 파기·환송하는 결과에는 동의하지만 이 사건을 각하해야 한다는 설명을 덧붙이고자 한다.

\*

미국인본주의자협회는 그 회원들이 메릴랜드 주 블래이든스버그 지역을 운

<sup>22)</sup> McCreary County v. American Civil Liberties Union of Ky., 545 U. S. 844, 900 (2005) (Scalia, J., dissenting); see Lamb's Chapel v. Center Moriches Union Free School Dist., 508 U. S. 384, 398–399 (1993) (Scalia, J., concurring in judgment).

<sup>23)</sup> Utah Highway Patrol Assn. v. American Atheists, Inc., 565 U. S. 994 (2011) (THOMAS, J., dissenting from denial of certiorari).

<sup>24)</sup> 대법관 Gorsuch. Thomas의 의견.

전할 때 정기적으로 제1차 세계대전 기념 십자가상과 반갑지 않은 대면을 해야 한다고 주장하였다. 그리고 이것으로 기념비의 제거를 명하는 연방법원의 판결을 내려달라고 주장할 수 있는 충분한 근거가 된다고 생각하였다. 아마도 이 협회는 십자가상에 불쾌감을 덜 느낀 사람이나 이 기념비를 아주드물게 마주치게 되는 사람들에게는 당사자적격이 없다는 것에 동의할 것이다. 그러나 협회는 자기 회원들의 경우 자주, 충분히 불쾌감을 느꼈으므로소송이 가능하다고 확신하였다.

당사자적격에 관한 이러한 "불쾌한 관찰자"(offended observer) 이론은 법에 아무런 근거가 없다. 연방법원은 헌법과 연방의회가 허용하는 범위에서만사건과 쟁송을 심리할 수 있다.<sup>25)</sup> 헌법에 따라 당사자적격이 성립되기 위해서 원고는 (1) 사실상의 이익침해(injury-in-fact), (2) 이익침해의 야기(causation), 그리고 (3) 구제가능성(redressability)을 입증해야 한다. 사실상의 이익침해 기준은 원고가 법적으로 보호되는 이익에 대한 침해가 (a) 구체적이고 특정되어야 하고 (b) 추측이나 가설적인 것이 아닌 실제적이고 임박한 것임을 입증하도록 요구한다.<sup>26)</sup>

연방대법원은 기분을 해치는 것만으로는 당사자적격을 인정할 만큼 구체적이고 특정된 충분한 이익침해가 되지 않는다고 보았다. 만일 경찰의 단속에의해 불편을 겪은 행인이 수정 제4조의 소송을 걸고, 사형의 적용에 화가 난종교단체가 사형을 막기 위해 계속해서 소송을 건다고 상상해보자. 이러한사건들은 신속하게 당사자적격의 결여로 처리되어 버릴 것이다.

이러한 소송을 인정하지 않는 이유는 어렵지 않게 알 수 있다. 단지 우리가 싫어한다는 이유로 모든 소송을 인정하면 사법경제와 삼권분립에 해를 끼칠 것이다.

이러한 원칙에 따라 연방대법원은 유사한 - 그리고 어쩌면 더 공감이 되는 - 상황임에도 불구하고 기분을 해치는 것만으로는 당사자적격을 인정할

<sup>25)</sup> 연방법원은 미국헌법 제3조상의 사건(case)과 쟁송(controversy)에 대하여만 관할권을 갖는다. 연방대법원 판례들에 따르면 구체적인 이해관계를 가지는 사람들에게만 소송이 허용된다.

<sup>26)</sup> Luian v. Defenders of Wildlife. 504 U. S. 555, 560 (1992)

만큼 충분하지 않다고 판결한 바 있다. 예를 들어, Allen v. Wright, 468 U. S. 737 (1984) 사건에서 흑인 자녀의 부모들이, 인종차별을 하는 학교에게 면세의 혜택을 주는 것을 멈춰달라고 국세청에 소송을 건 경우, 연방대법원은 당사자적격은 문제가 된 차별행위로 인해 개인적으로 평등대우를 받지 못한사람에게만 부여된다며 이를 인정하지 않았다. 유사한 경우인데 어느 때는 인정되고 어느 때는 인정되지 않는 것은 정당성이 없는 일이다. 이 결과는마치 주의회 의사당 꼭대기에 남부연합기가 게양되어 있어 불쾌감을 느낀흑인에게는 당사자적격이 없음을 이유로 평등보호조항에 기한 소송을 허용하지 않으면서, 같은 경우 십자가기가 게양되어 있어 불쾌감을 느낀 무신론자에게는 국교설립금지조항에 따라 소송을 허용하는 것이 된다. 누가 이를법이라고 받아들일 수 있겠는가?

연방대법원은 이미 불쾌한 관찰자의 당사자적격 이론을 명시적으로 거부한 바 있다.27) 간혹 연방대법원이 종교적 전시에 대한 국교설립금지조항 상의소송에 대해 당사자적격을 검토하지도 않고 본안판단을 한 적도 분명히 있다. 그러나 당사자적격을 고려하지 못한 것이 당사자적격을 인정하는 것으로오해되어서는 안 된다. 연방대법원이 검토하지 않아 생긴 재판관할권상의 결함은 선례적 효과를 갖지 않는다.28)

불쾌한 관찰자 이론은 다른 많은 오래된 원칙 및 선례들과도 맞지 않는다. 예를 들어, 연방대법원은 지속적으로 정부행위에 대한 일반적 고충에 대한 소송을 인정하지 않아왔다.<sup>29)</sup> 또한 제3자 소송담당을 인정하지 않아왔다.<sup>30)</sup> 그런데 불쾌한 관찰자에 의한 소송이 인정된다면 이러한 원칙들은 무의미해지고 만다.

\*

불쾌한 관찰자 이론은 헌법 제3조의 제한에 관한 연방대법원의 오랜 가르

<sup>27)</sup> Valley Forge Christian College v. Ameri-cans United for Separation of Church and State, Inc., 454 U. S. 464 (1982).

<sup>28)</sup> Steel Co. v. Citizens for Better Environment, 523 U. S. 83, 91 (1998); Lewis v. Casey, 518 U.S. 343 (1996).

<sup>29)</sup> Schlesinger v. Re-servists Comm. to Stop the War, 418 U. S. 208, 217 (1974).

<sup>30)</sup> Whitmore v. Arkansas, 495 U. S. 149 (1990).

침에도 들어맞지 않는다. 그런데 왜 이 사건을 비롯하여 하급법원들은 원고들이 주장하는 이 이론을 받아주는 것일까?

하급법원들은 연방대법원의 Lemon v. Kurtzman, 403 U. S. 602 (1971) 판결에 응답하기 위해 1970년대의 국교설립금지조항 사건들에서 불쾌한 관찰자의 당사자적격 이론을 만들어내었다. Lemon 심사기준은 (1) 목적, (2) 효과, (3) 정부와 종교의 과도한 관계 가능성을 살핀다.

(1) 정부행위가 세속적인 법적 목적을 지니고, (2) 그 원칙적 또는 기본적효과가 종교를 향상시키거나 억누르는 것이어서는 안 되며, (3) 정부가 과도하게 종교에 관계하는 것을 조장해서는 안 된다. 이에 대해 연방대법원은 '정부는 합리적인 관찰자라면 종교에 대한 지지로 인식할 어떤 일도 해서는 안 된다'는 것으로 해석하게 되었다.31) 그리고 하급법원은 그렇다면 그러한 관찰자가 소송할 수 있어야 한다고 추론하였다.32) 이 사건만을 놓고 봤을때, 연방대법원이 허용한 적이 없음에도 불구하고 하급법원은 관찰자의 불쾌 감이 국교설립금지조항 상의 제소를 정당화하기에 충분하다고 결론지었다.

그러나 오늘 상대다수의견이 파트 II-A에서 지적하였듯이 Lemon 심사기준은 잘못된 것이었다. 상대다수의견은 파트 II-D에서 Lemon 심사기준 대신, 국교설립금지조항은 역사적인 관행과 이해를 참조하여 해석되어야 한다고 밝혔다.

나는 이에 동의하고 이 사건의 십자가상이 합헌이라는 것을 믿어 의심치 않는다. 그러나 상대다수의견은 더 나아가 오래된 기념비·상징·관행들이 합헌성 추정을 받는다고 주장하였다. 여기서 의문이 들지 않을 수 없다. 합헌성 추정을 받으려면 얼마나 오래되어야 하는가? 94년은 충분한 기간으로 보인다. 그렇다면 2001년에 홀로코스트의 희생자들을 기리기 위해 사우스캐롤라이나에 세워진 다윗의 별 기념비나 2004년에 캘리포니아 해병대가 테러와의 전쟁에서 전사한 전우들을 예우하기 위해 만든 십자가는 어떠한가? 이러

<sup>31)</sup> County of Allegheny v. American Civil Liber-ties Union, Greater Pittsburgh Chapter, 492 U. S. 573, 620-621 (1989) (opinion of Blackmun, J.); id., at 631 (O'Connor, J., concurring in part and concurring in judg-ment).

<sup>32)</sup> Moore v. Bryant. 853 F. 3d 245, 250 (CA5 2017).

한 합헌성 추정은 정확히 헌법 어디에서 도출된 것인가? 기념비·상징·관행에 관한 한 중요한 것은 얼마나 오래되었냐가 아니라 시간이 지나도 변치 않는 원칙에 부합하는지이다. 헌법의 의미는 오늘만 유효한 쿠폰같은 것이 아니라 변치 않는 것이다. 국가의 전통에 부합하는 관행은 오늘 시작하든 94년 전에 시작되었든 상관없이 허용될 수 있다.

\*

불쾌한 관찰자의 당사자적격 이론을 부정하더라도 큰 문제는 없다. 당사자 적격을 인정하지 않더라도 주는 주법과 주헌법에 부합하는 다른 형태의 구 제책을 제공할 수 있다. 불쾌한 관찰자 이론을 버리는 것은 단지 원래의 일 반적인 헌법 제3조의 요건으로 돌아가는 것을 뜻할 뿐이다. 그리고 불쾌감을 줄 수 있는 이 나라의 모든 공공전시물에 대해 판결을 내리는 답답한 일에 서 연방법원을 구해주는 반가운 부수효과도 가져올 것이다.

Lemon 심사기준이 가져올 수 있는 잠재적인 소송은 한참 많이 남았다. 우리 법정 내부와 출입문의 장식에 새겨진 십계명, 국회도서관의 모세상과 사도 바오로상, 법무부와 국가기록원에서 찾아볼 수 있는 십계명, 연방국회의사당 건물에서 찾아볼 수 있는 십자가들은 어떠한가? 오늘의 판결에 비추어우리는 이런 일들에서 손을 떼야 하고, 하급법원의 동료들도 사태를 오히려악화시킬 것이 분명한 다루기 힘든 분쟁에 수년간 말려들기보다는 각하를해야 한다.

\*

크고 다양성을 가진 국가에서 불쾌감은 쉽게 찾아볼 수 있다. 실제로 거의모든 정부행위는 아마도 누군가에게는 불쾌할 것이다. 물론 불쾌감도 진지하고 때로는 정당하며, 지혜롭기까지 할 수 있음은 분명하다. 그러나 의견차이와 불쾌감으로 인한 소송은 연방소송에 포함되어 있지 않다. 대신 상호존중, 관용, 자치, 민주적 책임을 지닌 사회에서 불쾌한 관찰자는 눈을 돌리거나정치적 해결을 추구할 수 있다. 오늘의 판결은 연방대법원이 다시 이러한 진실을 인정하는 반가운 발걸음이었으며, 정중하게 그 결론에 찬성한다.

## 대법관 Ginsburg의 반대의견(2인 의견)33)

거대한 라틴십자가상이 매릴랜드 주 블래이든스버그의 번잡한 교차로의 교통섬에 서있다. 십자가는 낮이면 선명하고 뚜렷하며, 밤에는 조명이 비추어 더욱 크게 솟아보인다. 평화의 십자가상으로 알려진 이 기념비는 1925년에 시민들이 제1차 세계대전에서 전사한 지역 군인들을 기리기 위해 세웠으며 현재는 모든 전쟁에서의 희생을 기리기 위한 것이라고 한다. 이 십자가상과 교통섬은 모두 메릴랜드 주정부 기관인 국립공원위원회의 소유이다.

수십 년 전 연방대법원은 국교설립금지조항이 종교들 사이의 중립과 종교와 무교(nonreligion) 사이의 중립을 요구한다고 인정하였다.34) 그 후로 연방대법원은 헌법이 약속한 중립성을 재차 확인해왔다. 오늘 법정의견은 개인의자유와 시민 화합을 지키기 위해 나왔던 선례들을 깎아내리며 이러한 중립의 약속을 무너뜨렸다.

라틴십자가는 - 하느님의 아들이 십자가 위에서 죽었고, 죽음에서 다시 살아났으며, 그의 죽음과 부활이 영원한 삶의 가능성을 준다는 - 그리스도교의핵심적인 이론적 주장을 담은 가장 중요한 그리스도교 신앙의 상징이다. 바로 이러한 상징 때문에 십자가가 그리스도교 군인들의 일반적인 무덤표식인것이다. 같은 이유로, 십자가를 전쟁기념비로 사용한다고 해서 십자가가 세속적인 상징으로 변하지는 않는다. 다윗의 별이 국가를 위해 목숨을 바친 그리스도교인을 예우하는데 적절하지 않은 것과 마찬가지로, 십자가도 다른 신앙을 가진 전사자들을 예우하는데 적절하지 않다.

평화의 십자가상을 공공고속도로 위에 유지함으로써, 국립공원위원회는 다른 종교들보다 그리스도교를, 무교보다 종교를 높이 올리는 것이 된다. 미국 군인들의 희생을 기리는 것은 훌륭하고 세속적인 목적이지만, 이 사건 국립 공원위원회는 완전히 종파적인 메시지를 담는 상징을 전시하는 방식을 취하

<sup>33)</sup> 대법관 Ginsburg, Sotomayor의 의견.

<sup>34)</sup> Everson v. Board of Ed. of Ewing, 330 U. S. 1, 15 (1947).

여 그러한 목적에 이바지하지 않는다.

## I. 국교설립금지조항의 유래 및 중립성의 원칙

## A. 국교설립금지조항의 탄생 및 지침

헌법 수정 제1조는 "연방의회는 '국교를 수립'하거나 또는 '자유로운 신앙행위를 금지'하는 법률을 제정할 수 없다."고 규정하고 있다. 이러한 상호보완적 조항의 채택은 국교로 지정된 교파가 그들의 절대적인 정치적 종교적최고우위성을 유지하고자 하면서 수세기 동안의 사회적 갈등, 박해를 거친끝에 나온 것이다. 이 조항은 종교의 문제에 있어서 개인의 양심의 온전성을지켜준다.35) 그리고 정부가 종교적 논쟁의 어느 한 편만을 거드는 경우 일어날 수 있는 분노, 어려움, 심한 투쟁을 막아준다. 그리고 정부와 종교를 통합시키는 것은 정부를 파괴하고 종교를 타락시키기 쉬운 반면, 이 둘을 분리하는 것은 각자의 정통성을 지켜준다.

국교설립금지조항은 본질적으로 '정부는 한 종교를 다른 종교보다, 또는 종교를 무종교보다 우대해서는 안 된다'36)는 지침을 주고 있다.

#### B. 중립성의 원칙에 위배되는지 여부의 판단

정부가 종교적 상징을 전시하는 것에 대한 사건들에서 연방대법원은 중립성의 원칙이 지켜졌는가를 판단함에 있어 그 전시가 종교를 지지하는 효과를 갖는지를 살펴보았다.37) 만일 그 전시가 객관적으로 종교 또는 특정한 신앙을 선호하는 메시지를 전하는 경우 중립성이 지켜지지 못한 것이다.

십자가상이 공공토지 위에 전시된 경우 정부는 그 종교적 내용을 지지하는

<sup>35)</sup> McCreary County v. Ameri-can Civil Liberties Union of Ky., 545 U. S. 844, 876 (2005).

<sup>36)</sup> McCreary County, 545 U.S., at 875.

<sup>37)</sup> County of Alleghenv. 492 U.S., at 592.

것으로 추정될 수 있다. 장소는 분명히 주와 관련된 장소이고, 해당 상징과 그 의미는 확실히 배타적으로 그리스도교와 연관되어 있다. 미국 인구의 거의 30%를 차지하는 비그리스도교인들에게 있어 주가 공공건물이나 공공장소에 십자가를 전시하기로 결정하는 것은 그들이 아웃사이더들이고 정치적 공동체의 정회원이 아니라는 배제의 메시지를 전한다.

물론 종교에 대한 지지의 추정은 뒤집어질 수 있다. 상황적으로 정부가 종교적 메시지를 채택하거나 전도하려고 하지 않는다는 것이 잘 나타나는 경우 그러한 전시는 중립성의 원칙에 저촉되지 않는다. 전형적인 예로 미술관의 경우 종교적인 그림의 내용을 중화시키지 않더라도 그러한 종교적 내용을 지지하는 메시지를 전하는 것이 아니다.38) 마찬가지로 공립학교의 역사과목 교사가 종교개혁을 논할 때 교사의 목적은 전도가 아닌 교육임이 분명하다. 그러나 이 사건 평화의 십자가상은 이러한 유형에 속하지 않는다.

#### II. 십자가의 종교적 의미

#### A. 라틴십자가의 상징과 공공전시의 부당성

거의 2천년 동안 라틴십자가는 그리스도교의 본질적인 의미를 규정하는 상징이었다. 라틴십자가는 그리스도교의 독점적 상징으로 다른 신앙을 표상하지 않는다. 십자가와 그 의미는 그리스도교를 다른 종교와 구별짓는다. 전세계 그리스도교의 주된 상징인 십가가가 주요 공공도로에 세워진다면 그 종교의 최고성을 공식적으로 인정하는 것이 되기에 허용되어서는 안 된다.

## B. 추모에 이용되는 십자가의 종교적 의미

국립공원위원회는 이 사건 기념비를 보호하며 라틴십자가가 단순히 그리스

<sup>38)</sup> Lynch v. Don-nelly, 465 U. S. 668, 692 (1984) (O'Connor, J., concurring).

도교 신앙을 재확인한 것이 아니라, 오히려 전쟁기념의 맥락에서 사용되었을 때에는 전사한 사람들의 희생을 의미하는 보편적인 상징이라고 주장하였다. 국립공원위원회가 의문의 여지없이 신성한 상징을 세속화하려고 시도함으로써 신뢰성을 저버리고 신앙인들에게 해를 입혔다. 그들이 주장하는 십자가의 추모적 의미는, 예수의 십자가형과 그의 수난과 죽음을 통한 구원, 부활, 영원한 생명에의 약속이라는 그리스도교적 의미와 뗄 수 없고 그 의미에 의존하고 있다.

십자가는 군인들이 그리스도교를 받아들임으로써 영원한 생명으로 보상받을 것을 확인한다. 십자가가 그리스도교인 군인들을 예우한다는 것은 십자가의 세속적 의미와 동일시될 수 없다. 십자가는 희생의 보편적인 상징이 아니라 하나의 특정한 희생의 상징이다.

항소법원은 라틴십자가를 전쟁기념비로 만드는 것은 십자가를 세속적인 것으로 만드는 것이 아니라 전쟁기념비를 종파적으로 만드는 것이라고 판결하였다.

이 사건 평화의 십자가상도 마찬가지이다. 그것은 시작부터 분명하였다. 준 공식에서 기조연설자는 평화의 십자가상을 예수가 십자가에 못 박힌 장소인 Calvary(갈보리, 골고타)의 상징이라고 부르며 추모되는 군인들의 희생을 예 수의 희생에 비유하였고 지역 기자들도 그러한 표현들을 사용하였다. 이 기 념물의 특징은 시간이 흘렀어도 변하지 않았다.

# C. 라틴십자가가 제1차 세계대전의 보편적 상징인지 여부 - 부정

그럼에도 불구하고 국립공원위원회는 라틴십자가가 특히 제1차 세계대전에서 군인들의 용기와 희생을 추모하는 확립된 세속적 상징이라고 주장하였다. 줄지어 늘어선 십자가 표식으로 된 해외의 미군묘지들의 이미지를 상기시키면서, 국립공원위원회는 다음의 사실을 간과하였다. 유대교나 다른 종교를 믿는 군인들에게 십자가는 적절한 묘비나 기념비로 인식된 적이 전혀 없다

는 것이다.

# ① 제1차 세계대전 이후 미군묘지의 조성 과정

1918년 11월 11일 세계대전이 끝나자 전사한 군인들의 유족들은 시신을 찾아 그 유해를 어떻게 해야 할지 결정하고자 했다. 유족들은 유해를 미국에 송환하도록 선택하거나 해외의 몇 몇 미군묘지에 묻히도록 선택할 수 있었다. 결과적으로 46,000구의 유해는 송환되었고, 30,000구의 유해는 유럽에 묻혔다.

해외묘지가 조성되는 동안 유럽에 있는 미군들의 묘지는 목재로 된 흰색임시 표식으로 식별되었는데 그리스도교 군인들은 십자가, 유대교 군인들은 다윗의 별 모양이었다. 양쪽 종교가 아닌 군인의 유해는 미국에 송환되어 적절한 묘비 아래 묻힐 수 있었다. 전쟁부(War Department)가 영구적인 묘비의 디자인을 준비하기 시작하자 종교적 상징의 이용은 많은 논쟁을 일으켰지만, 누구도 라틴십자가를 보편적이거나 세속적인 것으로 보지 않았다. 라틴십자가는 그리스도교의 상징으로 받아들여졌고, 라틴십자가나 다윗의 별이나 종과적인 묘지표식이며, 둘다 각각의 신앙을 갖고 있는 군인에게만 적절하다는데 누구도 의심하지 않았다. 모든 미국인들의 마음은 하나였다. 우리를 위해 희생한 그들은 그들이 원했을 방식대로 예우되어야 한다는 것이었다.

예상할 수 있듯이 해외 미군묘지에는 다윗의 별보다 십자가가 훨씬 더 많았다. 제1차 세계대전 당시 유대인들은 미국 전체인구의 3%에 불과하였고, 미군의 약 6%인 250,000명이었으며 그중 3,500명이 전사하였다.

#### ② 라틴십자가가 보편적 상징이라는 주장에 대한 반박

국립공원위원회가 라틴십자가가 제1차 세계대전 희생의 보편적인 상징이라고 반복하여 주장하며 미국에 세워진 40개의 제1차 세계대전 기념비가 십자가 모양을 포함하고 있다고 언급하였다. 그러나 40개의 기념비는 제1차 세계

대전을 기리는 948개의 야외 조형물의 4%에 불과한 숫자이다. 법정의견은 단독으로 서있는 7개의 십자가상 기념비를 언급하였지만 이는 총 제1차 세계대전 기념비의 1%도 되지 않는 수이다. 즉, 십자가 모양은 특이한 경우에 해당하는 것이다. 제1차 세계대전 기념비의 압도적 다수가 라틴십자가를 포함하고 있지 않다.

사실 제1차 세계대전 후 가장 유명하고 지속적인 기념물은 대량생산된 '미군보병의 정신(Sprit of the American Doughboy) 조각상'이었다. 미군보병을 묘사한 이 조각상은 전 미국 지역사회에 널리 받아들여졌다. 실제로 제1차세계대전을 기리는 프린스조지 카운티의 첫 번째 기념물은 보병을 형상화한 것이었다. 평화의 십자가상은 그 십자가상이 세워지고 준공된 당시에조차 예외적인 것이었다.

미군은 국가를 위해 군복무를 하는 군대의 모든 구성원들을 동등하게 존중하는 것이 중요하다는 것을 이해하고 있으며, 따라서 라틴십자가를 기념비에 포함시키는 것을 피하였다. 즉, 라틴십자가가 비그리스도교인들에게도 세속적인 상징으로 널리 받아들여진다는 것은 증명된 바 없는 주장에 불과하다.

#### D. 십자가상의 훼손 없이도 문제 해결 가능

국립공원위원회의 평화의 십자가상 전시가 위헌이라는 판결이 반드시 전국 의 십자가 기념물을 파괴해야 한다는 의미는 아니다.

국립묘지에서 개인적으로 선택된 종교적 상징이 개인 무덤 위에 놓이는 것은 각 참전용사들의 개인적 표현으로 가장 잘 이해될 수 있다. 그러한 전시는 추모를 받는 개인의 신앙과 믿음에 대한 존중을 보여주는 것이고, 그 종교에 대한 정부의 지지를 보여주는 것이 아니다.

라틴십자가가 공공고속도로나 공공건물에 포함되어서는 안 된다는 것이 이러한 기념비가 파괴되어야 한다는 것을 뜻하지는 않는다. 어떤 경우에는 기념비를 사유지로 이전하거나 기념비와 그 땅의 소유권을 사인에게 이전함으

로써 문제를 해결할 수 있다.

\* \*

국교설립금지조항의 목표가 진정으로 정부를 교회에서 떼어놓는 것이라면, 이 조항은 블래이든스버그 평화의 십자가상의 전시를 허용하지 않을 것이다.