뉴욕주 예배인원제한 행정명령에 대한 집행정지 가처분 인용 결정[1)]

1. 사건개요

뉴욕주는 코로나19 위험지역의 심각성을 구분하기 위해 지역을 레드존(red zone), 오렌지존(orange zone), 옐로우존(yellow zone)으로 분류하였다. 레드존에서는 뉴욕주가 '필수' 영업장이라고 판단한 사업장은 입장제한이 없는 반면, 예배 참석자를 10인 혹은 최대수용인원의 25% 중 더 적은 수로 제한하였다. 오렌지존의 경우, 비(非)필수영업장도 입장제한이 없는 반면 예배 참석자는 25인 혹은 최대수용인원의 33% 중 더 적은 수로 제한된다. 이에 브루클린 교구의 가톨릭 교회와 Agudath Israel of America라는 정통파 유대교 단체가 뉴욕주지사의 긴급 행정명령이 미국 헌법 수정 제1조 종교의 자유[2)]를 침해한다는 취지로 소송을 제기하였다. 뉴욕 동부지구 연방지방법원은 가톨릭 교회의 한시적 금지명령(Temporary Restraining Order)[3)] 및 예비적 금지명령(Preliminary injunction)[4)] 신청을 기각하였다. 한편 정통파 유대교 단체도 동 지방법원에 한시적 금지명령과 예비적 금지명령을 신청하였으나, 역시 기각되었다. 이후 가톨릭 교회와 정통파 유대교 단체는 항소법원에 각각 가처분(injunction)[5)]과 신속심리절차(motion to expedite)[6)]를 신청하였다.

---

1) Roman Catholic Diocese of Brooklyn, New York v. Andrew M. Cuomo, Governor of New York, 592 U. S. ____ (2020)(No. 20A87)(2020. 11. 25. 결정).

2) 미국 헌법 수정 제1조
연방의회는 국교를 수립하거나 또는 자유로운 신앙 행위를 금지하는 법률을 제정할 수 없다. 또한 언론, 출판의 자유나 평화로이 집회할 수 있는 시민의 권리 및 고충의 구제를 위하여 정부에 청원할 수 있는 권리를 제한하는 법률을 제정할 수 없다.

3) 한시적 금지명령(Temporary Restraining Order)은 법원이 현상유지(status quo)를 위해, 예비적 금지처분 신청 심리 전 내리는 단기적인 명령으로, 피신청인에게 사전 공지하지 않고도 판결이 가능하다. 한시적 금지명령 신청 인용을 위해서 신청인은 1) 본안에서의 상당한 승소 가능성, 2) 신청이 기각되면 회복하기 어려운 즉각적인 손해 발생한다는 것, 3) 신청 인용과 공익과의 관계, 4) 형평법상 신청인과 피신청인의 법익을 비교했을 때 신청인의 법익이 크다는 것을 증명해야 한다.

4) 예비적 금지명령(Preliminary injunction)은 본안 심리전 법원이 특정 행위를 요구 혹은 방지하기 위해 내리는 명령으로 법원이 인용할 경우, 법원이 추후 변경하지 않는 한, 소송 계류 중 지속된다. 한시적 금지명령과 달리 피신청인에게 공지를 해야 한다. 인용을 위한 입증 요건은 한시적 금지명령과 같다.

5) 한시적 금지명령 및 예비적 금지명령을 포괄하는 개념으로, 상황에 따라 둘 중 하나를, 혹은 둘 다를 의미할 수 있다.

항소법원은 신속심리절차는 승인하였으나, 가처분 신청은 기각하였다. 가톨릭 교회와 정통파 유대교 단체는 연방대법원에 다시 가처분 신청을 하였고, 연방대법원은 다음과 같은 이유로 항소 판결이 나오기 전까지 예배 참석 인원을 제한하는 행정명령을 정지하도록 가처분 신청을 인용하였다.

2. 결정요지

법정의견

(1) 서론

본 사건과 Agudath Israel of America, et al. v. Cuomo 사건이 동일한 쟁점을 다루고 있기 때문에 두 건을 병합하여 다루고자 한다. 레드 혹은 오렌지존으로 지정된 지역에 있는 두 신청인 모두 예배 참석인원을 엄격하게 규제하는 뉴욕의 행정명령에 대한 구제를 요청하고 있다. 브루클린 교구와 Agudath Israel of America는 뉴욕주의 이러한 예배 참석인원 제한이 헌법 수정 제1조 종교의 자유를 위반하는 것이라고 주장하며, 항소심 심리기간 동안 해당 규제 이행을 금지해달라고 요청했다. Agudath Israel은 뉴욕주지사의 발언들을 인용하며 그가 정통파 유대교 공동체를 특별히 겨냥하여 정통파 유대교 회당이 밀집되어 있는 지역이 레드존과 오렌지존에 편입되도록 경계를 자의적으로 구획했다고 주장한다. 브루클린 교구와 Agudath Israel 모두 뉴욕주의 제한조치가 일반 시설에 비해 종교시설을 훨씬 더 강하게 규제하고 있다고 주장한다. 신청인들은 모든 공공보건지침을 준수해왔으며, 추가적인 예방조치를 실시했고, 지난 몇 달 동안 최대 수용인원의 25%나 33%가 예배에 참석했으나, 단 한명의 코로나19 확진자도 없었다고 주장한다.

신청인들은 항소심 심리기간 동안 권리구제를 받을 자격이 있다는 것을 분

6) 임박한, 회복하기 어려운 손해를 피하기 위해 신속하게 심리를 진행할 것을 법원에 청구하는 것

명하게 입증했다. 그들은 헌법 수정 제1조에 근거하여 그들이 본안에서 승소할 가능성이 높다는 것, 가처분 신청이 기각될 경우 회복하기 어려운 손해(irreparable harm)를 입는다는 것, 가처분 신청 인용이 공익을 해치치 않을 것이라는 것을 입증했다.[7] 우리는 가처분의 필요성에 대한 이유를 간략하게 제시하고자 한다.

(2) 긴급 금지명령의 요건과 필요성

1) 본안 승소 가능성

신청인은 뉴욕의 행정명령이 '중립성(neutrality)'이라는 최소요건을 충족하지 못한다는 강력한 증거를 보여주었다.[8] 하단의 반대의견에서 지적하듯이 뉴욕주의 행정 명령이 초-정통파 유대인 공통체를 겨냥한 것처럼 보일 수 있다. 그러나 이러한 발언을 차치하고라도, 본 행정명령은 특별히 가혹한 대우와 관련하여 예배당을 특정하고 있기 때문에 중립적이라 볼 수 없다.

레드존에 있는 회당이나 교회에는 10인 이상 예배 참석이 불가능한 반면, '필수(essential)' 사업장은 원하는 만큼 많은 인원을 입장시킬 수 있다. 필수 사업장에는 가령 화학제조공장, 마이크로 전자공학시설 및 운송시설뿐만 아니라 침술원, 야영장, 주차장 등도 포함된다. 차별적 대우는 오렌지존에서 더욱 두드러진다. 예배 참석 인원은 25명으로 제한되는데, 오렌지존에 위치한 사업장은, 비필수적인 사업장도, 스스로 수용인원을 결정할 수 있다.

이러한 규제는 문제를 야기할 수 있다. 뉴욕 동부지구 연방지방법원 심리에서 보건 당국 관계자는 브루클린의 대형 상점에서는 수 백 명의 사람들이 쇼핑을 할 수 있다고 증언한 바 있다. 하지만 인근의 교회나 회당에서는 10인 혹은 25명 이상이 예배에 참석하는 것이 금지된다. 또한 쿠오모 주지사는 공장과 학교가 코로나 바이러스 확산에 기여했다고 여러 차례 발언했지만,

---

7) Winter v. Natural Resources Defense Council, Inc., 555 U. S. 7, 20 (2008)
8) Church of Lukumi Babalu Aye, Inc. v. Hialeah, 508 U. S. 520, 533 (1993)

브루클린 교구의 교회들과 Agudath Israel은 공장이나 학교보다 더 가혹한 규제를 받았다.

뉴욕주의 규제가 '중립적'이지 않고, '일반적으로 적용되지(general applicability)'않기 때문에 해당 제한조치는 '엄격심사기준(strict scrutiny)'[9]을 만족시켜야 하고, 이는 해당 조치들이 '중대한(compelling)' 주의 이익을 달성하기 위해 '좁고 세밀하게(narrowly tailored)' 입안되어야 한다는 의미이다.[10] 코로나19 확산 방지는 '중대한' 주의 이익이지만, 해당 제한조치가 '좁고 세밀하다'고 보기 어렵다. 해당 규제는 본 법원이 기존에 심사한 코로나19 관련 조치에 비해 훨씬 더 규제가 심하고, 코로나19에 타격을 심하게 받은 다른 지역의 조치보다 훨씬 더 엄격하고, 예배당에서 코로나19의 확산을 방지하기 위해 필요한 것보다 훨씬 더 제한적이다. 지방법원은 "예배가 재개된 후 그 어떠한 브루클린 교구의 교회에서도 코로나 환자가 발생하지 않았다."라고 말하며, 브루클린 교구의 코로나 확산 방지 노력을 높이 평가했다. 또한 지방법원은 브루클린 교구가 지속적으로 '뉴욕주의 안전 수칙보다 더 엄격한 수칙을 시행해왔다'는 것을 확인했다. Agudath Israel도 "회당이 보건 관련 모든 규칙을 도입, 엄격하게 이행하였다는 점, 확진자가 없었다는 점에는 쿠오모 주지사도 이견이 없다."라는 것을 강조한다.

신청인들이 코로나19 확산에 기여했다는 증거가 없을 뿐만 아니라 예배참석자에 대한 위험을 최소화할 수 있는 덜 제한적인 조치가 많다. 가령, 예배참석 최대 인원을 교회나 회당의 크기와 연동시킬 수 있다. 뉴욕주 행정명령에 직접적인 영향을 받는 브루클린 26개 교회 중 거의 대부분이 최소 500명을 수용할 수 있으며, 약 14개 교회는 700명, 2개 교회는 1000명을 수용할 수 있다. 큐가든 힐스에 위치한 Agudath Israel도 400명까지 수용가능하다. 1000명, 400명을 수용할 수 있는 교회나 회당에서 10명 이상이 모여 예배드

9) 미국의 연방대법원은 위헌법률심판에 세 가지 심사기준을 활용하는데, 가장 낮은 기준인 합리성심사기준(rationality review), 중간 강도의 중간심사기준(intermediate scrutiny) 및 가장 높은 강도의 심사기준인 엄격심사기준(strict scrutiny)이 그것이다. 엄격심사기준을 만족시키기 위해서는 해당 행위가 중대한(compelling) 주의 이익을 달성하는 데 필요한(necessary) 조치임을 입증해야 한다. (이우영, 미국의 위헌 심사 기준으로서의 이중기준, 서울대학교 법학 50권 제1호, 2009, 420, 422면)

10) Church of Lukumi, 508 U.S., at 546.

리는 것이 기타 뉴욕주가 허용한 세속적인 활동들에 비해 더 심각한 보건 위험을 야기할 것이라고 보기 어렵다.

2) 회복하기 어려운 손해(irreparable harm)

뉴욕주의 규제가 시행이 될 경우 회복하기 어려운 손해(irreparable harm)가 발생할 것이라는 데 의문의 여지가 없다. 아무리 짧은 시간이라도 헌법 수정 제1조 종교의 자유에 대한 침해는 회복하기 어려운 침해이다.[11] 예배참석자가 10명으로 제한되면 주일이나 안식일 예배에 참여하고자 하는 대다수는 예배 참석이 불가능하다. 대면예배에 참석하지 못한 사람들 중 일부는 텔레비전을 통해 예배를 시청할 수 있겠지만, 이는 대면예배와는 같을 수 없다. 집에서 미사를 시청하는 가톨릭 신자들은 영성체를 할 수 없고, 정통유대교에는 직접 참여를 요하는 중요한 전통들이 있기 때문이다.

3) 공익(Public interest) 및 형평법상 고려

마지막으로, 본 신청이 인용될 경우 대중에 해를 끼친다는 것이 입증되지 않았다. 상술했듯, 뉴욕주는 신청인들의 예배가 코로나19 확산을 야기한다고 주장하지 않았다. 뉴욕주는 덜 제한적인 규제가 시행될 경우, 공중보건에 해를 야기할 것이라는 것도 입증하지 못했다.

본 재판관들은 공중보건 전문가가 아니기 때문에 보건 분야의 특별한 전문성과 책임을 가진 전문인들의 판단을 존중해야 한다. 그러나 헌법을 경시하거나 잊어서는 안 된다. 본 사건에서 문제가 되는 규제들은 예배참여를 사실상 금함으로써 종교의 자유를 보장하는 헌법 수정 제1조의 핵심을 뒤흔들고 있다. 이러한 사태가 발생하기 전에 본 재판관들은 이러한 규제들의 필요성을 진지하게 검토해야할 의무가 있다.

---

11) Elrod v. Burns, 427 U. S. 347, 373 (1976)

4) 권리보호이익

반대의견은 상황이 바뀌고 있기 때문에 가처분 결정을 보류해야 한다고 주장한다. 신청인들이 본 법원에 가처분 신청한 후에 쿠오모 주지사는 관련 지역을 오렌지존에서 옐로우존으로 재분류하였다. 옐로우존에 편입될 경우, 신청인들은 최대 수용인원의 50%까지 예배참석을 허용할 수 있다. 반대의견은 이번에는 금지명령구제 신청을 기각하고, 차후 다시 재분류가 시행되었을 때 브루클린 교구와 Agudath Israel이 다시 제소하는 것이 옳다고 주장한다.

그러나 차후 다시 소송을 제기하도록 할 명분이 없다. 분명히 권리보호이익이 아직 소멸하지 않았다.[12] 신청인들이 해당 지역에서 레드나 오렌지존으로 재분류될 수 있는 위협이 계속 존재하기 때문에 금지명령구제는 여전히 필요하다.[13] 쿠오모 주지사는 정기적으로 사전 공지 없이 특정 지역의 색상 코드를 변경한다. 만일 다시 그런 일이 발생한다면, 해당 지역에서 개인들은 사법판결을 받기 전까지 대면예배를 드리지 못할 것이다. 대부분의 가톨릭 교회에서 미사는 매일 행해지고, 정통유대교인들은 Agudath Israel의 회당에서 매일 기도한다. 더욱이, 과거에 그랬듯이, 재분류가 주말쯤 이루어지면 신청인들은 안식일이 지나기 전에 본 법원으로부터 가처분 결정을 받을 시간이 없을 것이다. 벌써 브루클린 교구가 가처분 신청을 한지 13일이 지났고, Agudath Israel이 신청을 한지도 1주일이 넘었다. 본 재판부가 향후 더 신속하게 결정을 내릴 수도 있겠지만 주말이 지나기 전에 결정을 내릴 수 있을 것이란 보장이 없다. 신청인들은 가처분 신청 인용을 위해 필요한 모든 것을 입증했고, 다시 한번 회복하기 어려운 손해의 위험을 감수해야 할 이유가 없다.

---

12) Federal Election Comm'n v. Wisconsin Right to Life, Inc., 551 U. S. 449, 462 (2007); Friends of the Earth, Inc. v. Laidlaw Environmental Services (TOC), Inc., 528 U. S. 167, 189 (2000)
13) Susan B. Anthony List v. Driehaus, 573 U. S. 149, 158 (2014)

대법관 Gorsuch의 보충의견

(1) 코로나19 시대 종교의 자유 침해

정부는 위기의 시간에도 헌법 수정 제1조를 무시할 수 없다. 최소한, 헌법 수정 제1조는, 중대한 주의 이익을 추구하고, 침해를 최소화할 수 있는 가용 수단을 활용하지 않는 한, 종교의 자유를 비견할만한 세속적 행위보다 홀대하는 것을 금지하고 있다.[14] 그러나 코로나19 사태 동안 일부 주는 이러한 유구한 원칙을 무시하는 듯한 모습을 보여주고 있다.

본 사건은 이러한 모습을 보여주는 한 가지 예에 지나지 않는다. 쿠오모 주지사는 뉴욕주를 색상코드로 분류, 운영했다. 레드존에 위치한 예배당에서 예배드릴 수 있는 사람은 최대 10명으로, 이는 사실상 예배당이 폐쇄된 것과 다를 바 없다. 정통유대교 공동체에서는 예배참석자를 10인으로 제한할 경우, 모든 여성이 예배에서 배제될 수 있다. 예배 정족수를 맞추기 위해서는 10명의 남성이 필요하기 때문이다. 오렌지존에서도 상황은 그리 다르지 않다. 교회와 회당에서 최대 예배참석자 수는 25명이다. 이러한 예배인원 제한은, 수용인원이 몇 백 명이 되는 교회와 회당에도 적용된다. 더욱이 예배참석인원 제한은 사회적 거리두기, 마스크 착용, 문과 창문 개방, 찬송 금지 및 예배 사이 방역 조치와 같은 예방조치를 취하는지 여부와 상관없이 적용된다.

동시에 쿠오모 주지사는 본인이 '필수적'이라고 여기는 특정 사업장에 대해서는 인원제한을 하지 않는다. 또한 주지사는 철물점, 침술원, 주류 판매점도 필수사업장이라고 판단했다. 자전거 수리점, 간판제작업체, 회계사, 변호사 및 보험대리점 등도 필수사업이다. 그렇다면 주지사는 교회에 가는 것은 안전하지 않을 수 있지만, 와인이나 자전거를 수리하러 가는 것은 항상 안전하다고 생각한다는 것이다. 누가 이 세상의 편의와 보건상의 안전이 완전히

14) Church of Lukumi Babalu Aye, Inc. v. Hialeah, 508 U. S. 520, 546 (1993)

일치한다고 말할 수 있을까?

거의 모든 대법관들은 뉴욕주의 행정명령을 헌법 수정 제1조와 조화시키기 쉽지 않다는 것을 인정한다. 사람들은 버스 정류장, 공항, 빨래방, 은행, 철물점 그리고 주류 판매점에서도 장시간 모여 있을 수 있다. 그렇다면 동일한 규제 하에서 교회나 회당에서는 모이면 안 될 분명한 이유가 없다. 특별히 종교시설이, '필수' 사업장에게 요구되는, 어쩌면 그 이상의, 안전 예방조치를 할 준비가 되어 있고, 능력이 있으며, 의사가 있다는 것을 분명히 밝힌 상황에서 예배당에서의 모임을 금지할 이유가 없다. 이러한 상황에서 종교시설을 차별대우하는 것을 설명할 수 있는 유일한 논리는 종교시설에서 일어나는 일들이 세속적인 장소에서 일어나는 일만큼 '필수적'이지 않다는 것이다. 사실, 쿠오모 주지사는 이에 대해 매우 솔직하게 입장을 밝혔다. 주지사의 입장에서 빨래, 주류, 여행 등은 모두 '필수적'이고 전통적인 종교행위는 필수적이지 않은 것이다. 이것이 바로 헌법 수정 제1조가 금지하는 것이다.

본 사건과 같은 문제는 다른 주에서도 나타난다. 최근 몇 달 동안, 일부 주지사들은 유사한 행정명령을 내렸다. 주지사들은 교회, 회당 및 사찰이 아닌 레스토랑, 마리화나 판매점과 카지노에 특권을 주었다.[15] 너무나 많은 곳에서, 너무나 오랫동안, 종교의 자유가 경시되었다.

(2) 반대의견에 대한 반박

이렇게 헌법 수정 제1조의 원칙에서 벗어난 상황을 어떻게 정당화할까? 우리 동료들은 두 가지 답을 제시한다.

1) 선례에 대한 오해

가) South Bay United Pentecostal Church 판결의 문제점

15) Calvary Chapel Dayton Valley v. Sisolak, 591 U. S. ___, ___ (2020) (대법관 Gorsuch 반대의견)

먼저, 그들은 South Bay United Pentecostal Church v. Newsom 판결[16]의 1인 보충의견을 지적한다. 이 판결에서 Roberts 대법원장은 팬데믹 사태 초기, 전례 없는 위기상황을 맞은 상태에서 코로나19에 대한 무지를 이유로 본 사건과 유사한 행정명령을 존중할 의사가 있음을 표명하였다. 당시는 코로나 사태가 본격적으로 시작된 지 3개월쯤이었다. 그 후 시간이 많이 흘렀기 때문에 당시 대법원장의 논리는 더 이상은 유효하지 않다. 구속력 없는 유통기한이 지난 South Bay 판결의 보충의견을 적용하기 보다는, 이제 종교의 자유를 다시 적용해야 한다. South Bay 판결의 보충의견은 오늘 우리의 상황과 상이한 상황을 다룬 것이며, 그 보충의견은 애초에 잘못 되었다.

나) Jacobson 판결에 대한 오해

South Bay의 보충의견을 정당화하기 위해 Roberts 대법원장은 100년 전 Jacobson v. Massachusetts 판결[17]을 검토하였다. 그러나 Jacobson 판결은 팬데믹 상황에서 헌법을 느슨하게 적용하는 것을 지지하지 않는다. Jacobson 판결은 완전히 다른 분석, 완전히 다른 권리, 완전히 다른 규제를 다루고 있다.

먼저 분석방법부터 살펴보자. Jacobson 판결은 오늘날의 위헌심사기준이 나오기 이전의 판결이지만, 법원은 본질적으로 합리성심사기준을 적용하였다. 당시 주법은 천연두 팬데믹 상황 속에서 개인들이 백신을 맞거나, 벌금 5달러를 지불하거나, 백신을 맞지 않아도 되는 자격(qualified)을 입증하도록 요구했다. 인종이나 기타 의심스러운 구분(suspect classification)[18]이 아닐 경우, 본 법원은 통상적으로 헌법 수정 제14조[19] 관련 소송이나 혹은 기본권

16) South Bay United Pentecostal Church v. Newsom, 590 U. S. ___ (2020)
2020년 5월 29일 캘리포니아 주지사의 예배참석가능 최대 인원 100명(수용인원 400 이하 예배당의 경우 25%까지) 제한 행정명령의 집행정지를 구하는 가처분 신청을 기각한 판결

17) Jacobson v. Massachusetts, 197 U. S. 11 (1905)

18) 특정 표지를 사용한 차별은 차별표지 그 자체만으로 위헌의 의심이 강하게 든다고 판단된다는 의미에서 의심스러운 구분(suspect classification)이라고 하며, 인종 및 출신국(national original)에 기한 구분이 의심스러운 구분에 속한다. (김지영, 외국인의 평등권 - 우리나라와 미국의 논의를 중심으로, 헌법재판연구원, 2015, 51-52면)

19) 공민권 관련 조항

관련 소송에 합리성심사기준을 적용한다. 반면, 헌법 수정 제1조는 전통적으로, 주가 엄격심사기준(strict scrutiny)을 충족시키지 못한다면 종교의 자유를 비견될 수 있는 세속적인 활동과 동등하게 대우할 것을 요구한다.[20]

다음으로 Jacobson이 주장한 권리를 살펴보자. Jacobson은 헌법 수정 제14조[21]에서 나온 '신체불가침성'에 대한 암묵적인(implied) '실체적 적법절차상의 권리(substantive due process)'가 있기 때문에 백신을 맞지 않을 뿐만 아니라, 5달러(현재 물가 기준 140달러)의 벌금을 내지 않아도 되며, 백신 면제 자격을 증명할 필요가 없다고 주장했다. 법원은 이에 동의하지 않았다. 그러나 헌법에 구체적으로 명시되지 않은 권리를 응급상황에서 규제한다고 하더라도, 종교의 자유라는 헌법상 명문 권리는 규제할 수 없다.

마지막으로 규제의 상이한 성격에 대해 생각해보자. Jacobson 판결에서 개인은 선택지가 있었다. 즉, 백신을 맞거나, 벌금을 내거나, 백신에서 면제될 근거를 제시하는 것 중 선택이 가능했다. 따라서 Jacobson이 주장한 신체불가침성에 대한 침해는 피할 수 있었고, 규제 정도도 상대적으로 심하지 않았다. 이러한 규제는 쉽게 합리성심사기준을 통과할 수 있었고, 백신에 반대하는 사람들에게 실용적인 선택지를 주었다는 것을 고려해보았을 때, 엄격심사기준도 충족시켰을 것이다. 대조적으로, 뉴욕주의 규제는 레드존과 오렌지존에서 모든 전통적인 형태의 예배를 사실상 금하고자 했다. Jacobson 판결은 헌법상의 확립된 권리를 이렇게 심각하고, 지속적으로 침해하는 것을 다루지 않았다.

그 어떤 대법관도 이에 대해 반박하지 않는다. 그 어떤 대법관도 오늘날의 코로나19 사태 중에 우리의 통상적인 헌법기준이 아닌 다른 무언가를 적용해야 하는 이유를 설명하려고 하지 않는다. 사실상, South Bay 판결의 보충의견을 낸 대법원장 Roberts는 오늘날 코로나19 사태 관련해 판결을 내리는

20) Church of Lukumi, 508 U. S., at 546

21) 미국 헌법 수정 제14조 제1항

합중국에서 출생하고 또는 귀화하고, 합중국의 관할권에 속하는 모든 사람은 합중국 및 그 거주하는 주의 시민이다. 어떠한 주도 합중국 시민의 특권과 면책권을 박탈하는 법률을 제정하거나 시행할 수 없다. 어떠한 주도 정당한 법의 절차에 의하지 아니하고는 어떠한 사람으로부터도 생명, 자유 또는 재산을 박탈할 수 없으며, 그 관할권내에 있는 어떠한 사람에 대하여도 법률에 의한 평등한 보호를 거부하지 못한다.

데 있어 Jacobson 판결의 의미를 경시한다. 이러한 모든 것들은 분명 환영할 만한 발전이다. 그러나 대법원장의 주장대로 South Bay 판결의 보충의견이 절대 Jacobson 판결에 상당히 의거하지 않았다고 주장하기 위해서는 역사를 상당부분 다시 써야할 것이다. Jacobson 판결은 South Bay 판결이 실체법적 문제와 관련하여 처음으로 인용한 판례이고, Jacobson 판결은 팬데믹과 관련하여 인용되는 유일한 판례이며, 많은 하급법원들이 코로나 상황이 지속되는 가운데 헌법적 자유 행사를 완화하기 위해 Jacobson 판결의 주문을 인용한다.[22]

그렇다면 왜 일부에서는 팬데믹 동안 헌법을 무색하게 하는 방식으로 Jacobson 판결을 오해하는 것일까? 나는 이것이 위기의 시간에 관여하지 않으려고 하는 '사법 충동(judicial impulse)'에 상당부분 기인한다고 추측한다. 이러한 충동은 이해가 되고, 또 어떤 상황에서는 훌륭한 선택일 수도 있지만, 헌법이 공격당하는 상황에서 우리는 집에 머물러서는 안 된다. 우리가 숨어있으면 상황이 제대로 돌아가지 않는다.

2) 지속되는 종교의 자유 침해 가능성

이제 두 번째 이유에 대해 생각해보자. 만약 선례를 통해 쿠오모 주지사의 행동을 정당화할 수 없다면? 주지사의 행동이 헌법을 위반했다면? 반대의견을 표명한 대법관들은 우리가 모두 행동을 멈추어야 한다고 말한다. 교회와 회당이 여러 달 동안 위헌적 규제를 받는다 하더라도 그것은 문제가 아니라고 한다. 주지사가 브루클린과 퀸즈의 색상 코드를 바꾸었기 때문이라고 한다. 이제 신청인들의 예배당은 "옐로우존"에 편입되어 '레드존'과 '오렌지존'에 적용되는 규제를 받지 않는다. 그래서 신청인들에게 필요하면 다시 오라는 초대장을 들려 집으로 돌려보내자고 한다. 내 생각에 이러한 답변은 우리가 개입할 이유를 강화시켜줄 뿐이다. 신청인들이 본 사건을 연방대법원까지

22) Elim Romanian Pentecostal Church v. Pritzker, 962 F. 3d 341, 347 (CA7 2020); Legacy Church, Inc. v. Kunkel, ___ F. Supp. 3d ___, ___ (NM 2020)

가져오는 데 수 주가 걸렸다. 이 시간동안 신청인들은 위헌적인 규제를 받았다. 본 법원이 그들의 신청에 대한 판결을 준비하는 동안, 주지사는 규제를 완화했고, 상황에 따라 규제를 다시 강화하겠다는 발언을 계속하는 상황이다. 만일 우리가 본 신청을 기각한다면 쿠오모 주지사가 다시 규제를 할 때 막을 방법이 없다. 연방대법원에 새로운 소송이 제기되면 주지사가 그때 다시 규제를 완화할 수도 있다. 종교지도자들의 구제 신청을 주지사가 색상 코드를 바꿨다고 해서 기각한다면, 사법 온건주의라는 명목 하에 기본권을 희생시키는 결과를 가져올 것이다. 반대의견을 낸 대법관들조차 본 사건의 권리보호이익이 소멸했다거나, 우리 권한 밖의 일이라고 주장하지 않는다. 그들은 단지 코로나19 관련 상황이 급변하기 때문에 판단을 늦추어야 한다고 조언한다.[23] 그러나 쿠오모 주지사와 디블라지오 시장은 뉴욕시 5개 모든 자치구가 엘로우존에서 오렌지존으로 바뀌는 건 시간문제라고 말한다. 뉴욕주의 규제가 다시 연방대법원에 올라오는 건 불가피해 보인다.

3) 결론

당사자들에게 나중에 재차 소송을 제기할 것을 요구하는 것은 별 일이 아니라고 말하기 쉽다.[24] 그러나 우리 중 그 누구도 크리스마스 기간을 준비하며 예배가 중단될지 몰라 걱정하는 성직자가 아니다. 그리고 우리는 뉴욕주의 위헌적 조치 하에서 예배에 참여하지 못하는 신자들의 부담을 무시해서도 안 된다. 본 법원이 새로 사건이 접수되었을 경우 신속하게 결정을 내릴 수 있다는 것은 논점에서 벗어난 이야기다. 본 사건의 당사자들은 이미 그들이 구제를 받을 자격이 있다는 것을 입증했다. 이에 따라 결정을 내리는 것이 분명한 법의 원칙을 세우는 길이며, 신청인과 피신청인 모두, 끝없는 송사에 힘을 낭비하기 보다는, 생산적인 것에 에너지를 쓸 수 있도록 도와주는 길이다. 본 신청을 인용하는 것은 또한 위기의 시기에 헌법의 역할에 대한

23) 대법관 Breyer 의견
24) 대법관 Breyer 의견

오해를 불식시킬 것이다.

팬데믹으로 인해 심각한 문제가 산적한 상황에서도, 주류 판매점, 자전거 수리점은 영업을 허용하고 교회, 회당, 서원은 문을 닫게 하는 행정명령을 헌법이 용인할 일은 없다는 것을 분명히 해야 할 때다.

대법관 Kavanaugh 보충의견

나는 가톨릭 브루클린 교구와 Agudath Israel of America의 가처분 신청 인용에 찬성했다. 가처분 신청 인용에 찬성한 것은 뉴욕주가 예배 참석자 수를 엄격하게 제한하는 것이 헌법 수정 제1조를 위반할 가능성이 높기 때문이다. 중요한 것은 본 법원의 인용결정이 본안의 심판이 아니라는 것이다. 대신, 본 법원은 12월 항소 법원이 본안을 충분히 심사할 수 있을 때까지 임시적 구제를 허용하는 것이다.

먼저, 뉴욕주가 레드존과 오렌지존에서 예배 참석 인원을 10인, 25인으로 제한한 것은 South Bay United Pentecostal Church 판결과 Calvary Chapel Dayton Valley 판결에서 문제가 된 캘리포니아 네바다를 포함한 다른 주들의 규제에 비해 훨씬 더 제한적이다. South Bay 판결에서 예배 참석 가능 최대 인원은 100명(수용인원 400 이하의 예배당의 경우 25%까지)이었고, Calvary 판결에서 예배 참석 가능 인원은 50명이었다.

뉴욕주 규제는 훨씬 더 제한적이다. 레드존에서 예배참석 허용인원은 10명, 오렌지존의 경우 25명이다. 통상 수용인원이 수 백 명인, 사회적 거리두기와 마스크 착용을 하더라도 10, 25명 보다 훨씬 더 많은 인원을 수용할 수 있는 큰 교회나 회당에도 이러한 규제가 적용된다.

더욱이 뉴욕주의 예배 참석인원 제한은 가혹할 뿐만 아니라 차별적이다. 레드존과 오렌지존에서 예배참석자는 각각 10, 25명으로 제한되지만, 같은 동네에 있는 일반적인 건물에는 이러한 규제가 적용되지 않는다. 가령 레드존에 위치한 교회나 회당은 예배 참석인원을 10명으로 제한해야 하지만, 동

네의 식료품점, 애완동물 전문점이나 대형 할인마트는 이런 규제를 받지 않는다. 오렌지존에서 종교에 대한 차별은 더욱 두드러진다. 필수사업장과 비필수적인 많은 사업장들은 인원제한을 전혀 받지 않는다.

뉴욕주의 종교에 대한 차별은 헌법 수정 제1조의 문제를 야기하고, 더 엄격한 심사를 요구한다. 즉, 뉴욕주는 차별을 정당화하기 위한 충분한 근거를 제시해야 하는 것이다.[25] 그러나 뉴욕주는 세속적인 사업장에 비해 예배당을 더 엄격하게 규제하는 것을 정당화할 수 있는 충분한 근거를 제시하지 못했다.

뉴욕주는 영화관과 같은 세속적인 사업장들을 폐쇄했기 때문에 예배당을 덜 우호적으로 대우한 것이 아니고, 그렇기 때문에 허용되지 않을 정도로 종교를 차별한 것은 아니라고 주장한다. 그러나 본 법원의 선례에 따르면 예배당과 비교해서 세속적인 사업장들이 유사하게 혹은 더 엄격한 규제를 받고 있다는 것을 보여준다고 해서 입증책임이 끝나는 것이 아니다. [26] 오히려, 주가 특정 사업장을 우호적으로 대우하면, 왜 예배당이 우호적인 대우를 받지 못하는지를 정당화해야 한다. 따라서 뉴욕주는 10, 25인 인원수 제한을 다른 세속적인 사업장이 아니라 예배당에 적용한 정당한 이유를 입증해야 하는 것이다.[27]

분명 코로나19 사태는 여전히 매우 심각하고 치명적인 상태다. 적어도 백신을 쉽게 맞을 수 있을 때까지 상황은 미국 전역에서 더 악화될 수 있다. 헌법은 원칙적으로 국민들의 안전과 보건관리 사항들을 정치적 책임을 지는 공직자(politically accountable officials)에게 위임한다.[28] 따라서 연방법원들은 코로나19 사태 동안 주와 지방 정부들이 경합하는 정책의 균형을 맞추는 방식에 대해 판단을 자제해야 한다. 그러나 응급상황이나 위기에 사법심사 자제(judicial deference)가 사법 포기(judicial abdication)를 의미하는 것은 아

---

25) Church of Lukumi Babalu Aye, Inc. v. Hialeah, 508 U. S. 520, 537–538 (1993), Employment Div., Dept. of Human Resources of Ore. v. Smith, 494 U. S. 872, 884 (1990)
26) Lukumi, 508 U. S., at 537–538; Smith, 494 U. S., at 884; Calvary, 591 U. S., at ___ (대법관 Kavanaugh의 반대의견)
27) Lukumi, 508 U. S., at 537–538; Smith, 494 U. S., at 884
28) South Bay, 590 U. S., at ___ (대법관 Roberts 보충의견)

니다. 특히 종교, 인종 차별, 언론의 자유 등과 같은 중요한 문제가 제기되었을 때는 더욱 그렇다.

뉴욕주의 규제는 헌법 수정 제1조의 측면에서 보면 세밀하지 않다. 다시 말해, 뉴욕주의 규제는 South Bay와 Calvary 판결의 캘리포니아 및 네바다주의 규제보다 훨씬 더 심각하고, 다른 주의 예배 참석 관련 규제보다 훨씬 제한적이다. 그리고 뉴욕주가 예배당을 세속적인 사업장과 비교해 더 심하게 규제한 것은 종교에 대한 차별이다.

이러한 이유로, 나는 대법원장의 '10인, 25인 예배인원 제한은... 부당한 규제'이고, '이러한 규제는 헌법 수정 제1조를 위반할 가능성이 높다'라는 의견에 동의하는 바이다. 다만, 나는 가처분 신청 인용의 시기와 관련한 '세밀한' 절차 관점에 대해서는 대법원장과 의견을 달리한다. 대법원장은 이 시점에서 가처분 신청을 인용하지 않을 것이다. 대법원장이 주지했듯, 뉴욕주는 며칠 전 주의 색상 코드 구획을 변경하였고, 이제 본 사건의 어떤 교회와 회당도 레드존이나 오렌지존에 포함되지 않는다. 내가 이해한 바에 따르면 가처분 신청 인용 전에 예배당이 레드존이나 오렌지존에 속해있지 않다면 대법원장은 가처분 신청을 인용하지 않을 것이다. 그러나 뉴욕주는 관련 행정명령을 철회 혹은 수정하지 않았다. 그리고 뉴욕주는 신청인들이 행정명령에 의해 부여된 레드존 및 오렌지존 인원제한에 이의를 제기할 당사적격이 없다고 주장하지도, 이 사건들에서 권리보호이익이 소멸되었다거나, 쟁점이 충분히 성숙하지(ripe) 않았다고 주장하지 않았다. 즉, 뉴욕주는 신청인들의 침해가 임박했다는 것을 부인하지 않았다. 특별히, 뉴욕주는 신청인의 예배당을 포함, 일부 예배당이 매우 가까운 미래에 레드나 오렌지 존으로 편입될 가능성이 높다는 것을 부인하지 않았다. 따라서 나는 지금 가처분 신청을 인용하지 않을 이유를 찾지 못하겠다.

또한 예배당이 레드나 오렌지존으로 구분될 일이 없다면, 본 법원이 오늘 가처분 신청을 인용한다고 해서 뉴욕주에 해를 미칠 일도, 뉴욕주의 코로나 대응에 영향을 미칠 일도 없다. 예배당이 레드존이나 오렌지 존으로 구분된

다면 향후 종교 기관이 헌법에 위배되는 10인, 25인 예배참석자 수 제한에 노출되는 일도 없을 것이다. 더욱 며칠 뒤가 아닌 오늘 가처분 신청을 인용하는 것은 신청인들의 헌법적 권리를 보호할 뿐만 아니라 뉴욕주와 종교 기관에게 분명한 메시지를 전달하게 될 것이다.

대법원장 Roberts의 반대의견

나는 가처분 신청을 현 상황에서 인용하지는 않을 것이다. 그렇게 할 필요가 없기 때문이다. 브루클린 교구와 Agudath Israel이 가처분 신청을 한 후, 쿠오모 주지사는 해당 지역의 색상코드를 변경하였다. 이제 신청인의 그 어떤 예배당도 참석자 수 제한을 받지 아니한다. 신청인들의 예배당에서 수용인원의 50%까지 예배 참석이 가능하고, 이는 현재 가처분 신청이 요구하는 바와 같다.

지역에 따라 예배 참석자 수를 10, 25인으로 제한하는 것은 부당한 제한으로 보인다. 그리고 이러한 제한은 아마도 종교의 자유를 침해할 것이다. 그러나 우리가 지금 이렇게 심각하고 어려운 질문에 대한 결정을 내려야할 필요는 없다. 뉴욕주지사가 어쩌면 다시 이러한 규제를 부과할 수도 있지만 그러지 않을 수도 있다. 그리고 치명적인 코로나19 사태의 한복판에서 공공보건 관리자가 내린 보건을 위한 결정을 뒤집는 것은 중대한 문제이다. 쿠오모 주지사가 예배 참석자 수를 다시 제한한다면 신청인들은 다시 소를 제기할 수 있고, 본 법원은 재신청을 신속하게 심리할 수 있다. 그러나 현재 신청인들은 가처분 결정을 받을 자격이 있다는 것을 입증하지 못했다.

주지했듯이, 예배 참석인원 제한은 헌법 관련 심각한 우려를 제기하며, 나도 예배 참석인원 제한은 South Bay 판결 및 Calvary Chapel 판결과는 상이하다는 점에 대해 대법관 Kavanaugh와 의견을 같이한다. 나는 이런 점에서 다른 반대의견을 제시한 대법관들과 다른 접근을 취하고 있다.

분명히 밝히자면 나는 반대의견을 제시한 대법관들이 ‘팬데믹 기간동안 헌

법을 느슨히 적용한다', '위기의 시간에 관여하지 않으려고 하는 사법 충동'에 굴복한다거나, '헌법이 공격당하는 상황에서 집에 머무른다'라고 생각하지 않는다.[29] 그들은 최선을 다해 연구, 분석을 한 후에 상황을 다르게 보고 있을 뿐이라고 생각한다.

보충의견 중 하나가 내가 South Bay 판결에 쓴 보충의견을 겨냥했다. 그 보충의견이 주지하듯, Jacobson 판결은 'South Bay가 실체법적 문제와 관련하여 처음으로 인용한 판례'이고, 'Jacobson 판결은 팬데믹과 관련하여 인용되는 유일한 판례'이다. 그리고 보충의견은 South Bay 판결 이후 일부에서 팬데믹 동안 헌법을 무색하게 하는 방법으로 Jacobson 판결을 오해하고 있다고 지적했다. Jacobson 판결은 보충의견의 상당한 지면을 차지하고 있지만, South Bay 판결은 정확히 한 문장 인용되었다. 그렇다면 그 한 문장은 무엇인가? 우리의 헌법이 원칙적으로 '국민들의 안전과 보건 문제'를 정치적으로 책임을 지는 공직자들에게 위임했다는 것이다. 이 한 문장의 인용문을 보충의견이 왜 그렇게 불편하게 여기는지는 분명치 않다. 그 보충의견은 다른 해석도구 중에 '첫 번째 인용된 판결'이라는 새로운 규칙을 이야기하며, 보이는 것보다 더 많은 것이 있다고 여긴다. 그러나 그 문장은 논쟁이 될 것이 없다. 문자 그대로를 살펴보면 된다.

대법관 Breyer의 반대의견 (3인 의견)[30]

먼저, 이렇게 가처분 신청을 인용할 필요가 없음을 밝히고 싶다. 브루클린 교구의 교회들과 회당이 위치한 브루클린과 퀸즈 지역은 더 이상 레드 혹은 오렌지존이 아니다. 이제 예배당은 최대 수용인원의 50%까지 예배 참여가 가능한 옐로우존에 속한다. 그리고 신청인들은 옐로우존으로 편입되면 가처분 신청에서 요구한 것보다 더 큰 자유를 누릴 수 있다. 그래서 신청인들은 옐로우존의 예배참석자 인원 규제에 대해서는 소를 제기하지 않았다. 대신에

29) 대법관 Gorsuch 의견
30) 대법관 Breyer, 대법관 Sotomayor와 대법관 Kagan 의견

신청인들은 주가 향후 다시 레드 및 오렌지존 규제를 할 수 있다고 지적한다. 그러나 만일 그런 일이 발생한다면 신청인들은 가처분 신청을 다시 할 수 있다. 그리고 본 법원은 필요하다면 하루 혹은 이틀 안에, 어쩌면 몇 시간 내로 결정을 내릴 수 있을 것이다. 그렇다면 왜 본 법원이 법적, 실질적 필요가 없는 상황에서 통상적인 과정의 완전 심리(full consideration)없이 결정을 내려야 할까? 나는 이 질문에 대한 설득력 있는 대답을 찾지 못했다.

둘째로, 오늘의 결정은 통상적인 준거법에 반한다. 우리는 이전에 가처분결정이 '예외적인 구제'라고 말했다.[31] 신청인들은 하급심에서 완전히 주장을 다 펼치기 전에, 또 하급법원의 결정에 반하여 가처분결정을 요청하고 있다. 본 사건에서 우리는 예배 참석자 수를 10, 25인으로 제한하는 규제에 대해 고려하고 있다. 예배에 참여할 수 있는 인원이 적은 것은 사실이다. 그러나 현재 상황에서 이렇게 적은 수의 인원만 예배에 참석할 수 있다는 것이 헌법상 종교의 자유를 위반하는 것인지는 불분명하며, 신청인들은 예외적 구제조치인 가처분결정을 받을 자격이 있다는 것을 입증해야 한다.

코로나19에 감염된 미국인은 1천 2백만 명 이상이며, 미국 전역의 사망자도 25만 명이 넘는다. 이중 2만 6천 명이 뉴욕주에서 사망했으며, 뉴욕시 사망자는 1만 6천명이나 된다. 뉴욕주의 감염자 수는 사망 자 수의 몇 배이다. 그리고 우리는 2차 유행을 경험하고 있다. 하루 확진자 수가 기존보다 훨씬 많다. 동시에 과학 및 의학계에서는 코로나19가 대화, 노래, 호흡을 할 때 비말을 통해 전파된다고 한다. 전문가들의 의견에 따르면 사람들이 장시간 가까이 모여 있을 때 감염의 위험이 높아지며, 특별히 폐쇄된 실내에서 감염위험이 높다고 한다. 코로나19의 특성, 급증, 불확실성, 신속한 조치의 필요성을 모두 고려했을 때, 뉴욕주가 고려하는 보건, 안전 및 행정적인 사안과 헌법 수정 제1조상의 권리가 형량되어야 한다. 이러한 모든 사정들은 나중에 통상적인 소송에서 고려 및 논의되어야 한다. 동시에, 대중의 건강 및 안전을 위해 정부가 상황에 따라 신속하게 움직여야 한다는 사실은 형평법상이

31) Nken v. Holder, 556 U. S. 418, 428 (2009)

나, 공익적인 측면에서 가처분 신청 인용이 옳은 것인지 불분명하다는 것을 보여준다.

선례도 같다. 우리는 의료 및 과학적 불확실성이 가득한 상황을 다룰 때는 법원이 선출직 공무원들에게 '넓은 재량'을 주어야 한다고 판시한 바 있다.[32] 이는 헌법이 원칙적으로 국민들의 안전과 보건 문제를 미국의 정치적 책임을 지는 공직자들에게 위임했다는 의미다. 주와 정부 관리들은 과학전문지식을 통해 '변화하는 상황'에 대응하기 위해 정책을 입안할 수 있다. 그리고 그들은 법원보다 더 빨리 움직일 수 있다. 이들은 특히 본 법원보다 빨리 움직일 수 있다. 이는 특별히 즉각적인 행동이 필요하고, 정보는 제한되어 상황 예측 어렵고, 질병과 관련한 환경이 빠르게 변화할 때 더욱 그렇다. 여기에 덧붙여 나는, 항소법원이 앞으로 신속하게 행동할 것이고, 또 그렇게 행동해야 한다고 생각한다. 뉴욕주는 본 사안과 관련하여 뉴욕주의 주민들의 건강과 안전을 해치지 않으면서 종교의 이익도 적절하게 인정하는 방법을 마련할 것이고, 또 마련해야 한다고 생각한다. 그러나 이러한 목표를 달성하기 위해 가처분 신청을 인용해야할 실질적인 필요성을 느끼지 못한다. 그보다는 즉각적으로 가처분 신청을 인용할 필요성을 발견하지 못했다. 나는 현행법 하에서 가처분 신청이 인용되어서는 안 된다고 믿는다. 그래서 나는 본 법원의 결정에 반대하는 바이다.

대법관 Sotomayor의 반대의견 (2인 의견)[33]

이미 25만 명 이상의 미국인의 목숨을 앗아간 코로나19 사태를 겪고 있는 와중에 본 법원은 오늘 코로나19 확산 방지를 위한 뉴욕주의 보건 정책 중 하나를 중단시켰다. 올해 초 본 법원은 코로나19 관련 가처분 신청에 대해 판단을 자제했다.[34] 나는 본 법원이 마음을 바꿔야 할 이유를 발견하지 못했

32) South Bay United Pentecostal Church v. Newsom, 590 U. S. ___, ___ (2020)(대법원장 Roberts의 보충의견)
33) 대법관 Sotomayor, 대법관 Kagan 의견
34) South Bay United Pentecostal Church v. Newsom, 590 U. S. ___ (2020); Calvary Chapel

으며, 가톨릭 브루클릭 교구의 가처분 신청을 인용하면 상황이 악화일로를 걷지 않을까 두려운 마음이 든다.

South Bay와 Calvary Chapel 판결은 코로나19 확산을 통제하려는 관리들에게 분명한 규칙을 제공해주었다. 최소한, 비견할만한 세속적인 제도들이 동일한 규제를 받는다면 예배 참석인원을 제한할 수 있다는 것이다. 뉴욕주의 안전 조치는 이러한 제한에 부합한다. South Bay와 Calvary Chapel 판결 속 주들과 마찬가지로 뉴욕주는 유사한 혹은 더 엄격한 규제를, 다수가 밀접거리에 모이게 되는, 강연, 콘서트, 영화관, 스포츠 경기장, 연극공연과 같이 비견할만한 모임에 부과하고 있다. 마찬가지로 뉴욕주는 종교모임과 다른 행동들, 가령 식료품점, 은행, 빨래방 등만 덜 엄격하게 다루고 있다. 이러한 장소에서 사람들은 대규모로 모이거나, 장시간 다른 사람들과 근접해서 머무르지 않는다. 이 정도면 충분하다.

브루클린 교구는 예배에 참석하는 것이 대형 할인몰에서 쇼핑을 하는 것보다 더 위험하다는 뉴욕주의 결론을 반박함으로써 South Bay와 Calvary Chapel 판결을 우회하려고 한다. 그러나 지방법원은 브루클린 교구의 주장이 사실에 기반을 두고 있지 않다며 기각했다. 대법관 Gorsuch는 그의 생각에 종교 모임과 유사한 위험을 가졌지만 뉴욕주의 규칙이 덜 엄격하게 규제하는 세속적인 활동을 열거했다 (가령, 주류점 방문이나 자전거 수리) 그러나 대법관 Gorsuch는 그의 예를 전문가들이 코로나 확산을 용이하게 한다고 말하는 상황, 즉, 사람들이 장시간 실내에서 가까이 모여 이야기하고, 노래하는 상황과 비교해보려는 노력도 하지 않는다.

이러한 위험 요소들을 모두 가지고 있는 예배와 달리, 자전거 수리점이나 주류 판매점에서 고객들은 한데 모여 한 시간 이상 노래를 부르거나 말을 하지 않는다. (유행병학자들과 의사들은 일반적으로 예배가 가장 위험한 행동 중 하나라는 데 동의한다). 본 법원의 대법관들은 이미 보건 관리들이 코로나19 확산을 용이하게 하는 환경에 대해 내린 전문적인 판단을 비판하는

Dayton Valley v. Sisolak, 591 U. S. ___ (2020)

위험한 게임을 시작했다.

사실상, 본 사안은 South Bay와 Calvary Chapel 판결보다 더 쉽다. South Bay와 Calvary Chapel 판결에서 주의 규제들은 일반적으로 사람들이 많이 모이는 세속적인 공간과 예배당에 동일하게 적용되었지만, 뉴욕주의 경우는 유사한 활동이 일어나는 세속적인 공간보다 예배당을 덜 엄격하게 규제했다. 네바다주는 영화관과 예배당에 갈 수 있는 인원을 50명으로 제한했다. 뉴욕주는 영화관, 콘서트장, 스포츠 경기장을 완전히 폐쇄했지만, 예배당은 인원 규제를 하면 예배를 드릴 수 있다. 그리고 South Bay and Calvary Chapel 판결의 규제는 주 전체에 적용되었지만, 뉴욕주의 예배 참여인원 제한은 코로나19 감염자가 급등하는 지역에만 적용되었다.

브루클린 교구는 뉴욕주가 예배당을 특정했기 때문에 규제가 중립적이지 않다고 주장한다. 따라서 규제가 엄격심사기준을 충족시켜야 한다고 주장한다. 뉴욕주의 정책이 표면적으로 종교를 언급하고 있는 것은 사실이다. 그러나 상술했듯, 뉴욕주가 세속적인 활동과 비교하여 종교를 특정한 것은 우대조치를 위한 것이지, 종교를 차별하기 위함이 아니었다. 교구가 이미 비교할 만한 세속적인 제도들에 비해 우대조치를 받고 있다 것을 인정하면서 덜 엄격한 규제를 요청할 수는 없는 것이다.

마지막으로 브루클린 교구는 쿠오모 주지사의 특정 발언이 뉴욕주가 종교 활동을 겨냥하고 있는 증거라고 지적한다. 쿠오모 주지사는 뉴욕주의 전통 유대교 공통체에서 코로나19 환자가 많다고 발언했다. 교구는 이러한 발언들이 엄격심사기준이 독립적으로 적용될 근거라고 주장한다. 그러나 쿠오모 주지사의 발언만으로는 엄격심사기준이 적용되어야 할 이유가 되지 못한다. 얼마 전 본 법원은 트럼프 대통령이 행정명령을 '무슬림 금지'라고 표현했음에도 무슬림이 대다수인 국가에서 이민을 금지하는 행정명령에 더 높은 단계의 심사기준을 적용하지 않았다. 만약 대통령의 발언이 종교에 대한 최소한의 중립성 요건을 위반하지 않았다면 쿠오모 주지사의 발언이 중립성 요건을 위반했다고 보기 힘들다.

종교의 자유는 가장 소중하고, 우리가 지키기 위해 매우 힘쓰는 헌법상 권리다. 주들은 오늘날과 같은 치명적인 위기상황에서도 종교를 차별해서는 안된다. 그러나 오늘날 이러한 원칙들이 위험에 빠진 것은 아니다. 헌법은 주들이 보건 위기 속에서 규제를 통해 종교를 세속적인 제도들과 동등하게, 혹은 더 우대하는 것을 금지하지 않는다. 특히, 이러한 규제가 사람들의 생명을 살린다면 더욱 그렇다. 뉴욕주의 규제가 바로 사람들의 생명을 살리고 있는 규제이며, 그렇기 때문에 나는 반대의견을 표명하는 바이다.

3. 결정의 의의

코로나19로 인한 팬데믹 상황에서 국민의 건강·안전을 보호하기 위한 공익과 종교행사의 자유 사이에 갈등 상황이 발생하는 것은 미국 뿐 아니라 각국에서 발생하는 문제 중 하나일 것이다. 우리나라에서도 종교단체 등이 기초자치단체장의 행정명령 중 종교행사 제한 관련 부분에 대하여 헌법소원을 제기한바 있어(2021년 4월말 현재 심리 중), 코로나19 바이러스 확산 방지와 종교활동의 자유 보장 사이의 조화에 관한 헌법적 판단이 요청되고 있다.

본 결정은 코로나19 확산으로 인한 팬데믹 상황에서 종교의 자유 보장을 강조하여 행정명령의 집행정지신청을 인용한 판결로, 우리가 참고를 함에 있어서는 본안판결이 아니라 가구제 사건이었다는 점을 감안하여야 할 것이다. 다만 연방대법원은, 가구제의 요건들(① 본안에서의 승소가능성, ② 회복하기 어려운 손해 발생, ③ 신청 인용과 공익과의 관계, ④ 형평법상 신청인의 법익이 피신청인의 법익보다 클 것) 중 ① 요건을 판단함에 있어서도 본안과 유사하게 엄격심사기준(strict scrutiny)이 적용되어야 한다고 판시하였고, 종교의 자유에 대한 제한이 좁고 세밀하게(narrowly tailored)되어야 하였다. 또한 연방대법원은 해당 예배참가자수 제한보다 덜 제한적인 조치들(가령 예배참석 최대 인원을 정수로 정하는 것이 아니라 교회나 회당의 크기와 연계하여 정하는 방안 등)이 가능하다는 점도 고려하여 본안 승소가능성이 있다

고 인정하였고, 나아가 가처분 신청을 인용하였다.