가톨릭 아동위탁지원기관의 종교행사의 자유[1)]

1. 사건개요

필라델피아 아동위탁보호 체계[2)]는 필라델피아시와 민간 위탁지원기관 간의 협조에 기반하고 있다. 필라델피아의 인적서비스부(Department of Human Services)는 아동학대 피해자 등 원가정에 머무를 수 없는 아이들이 발생하는 경우 이들을 위탁가정에 보내 일시적으로 보호하는데, 실질적으로 아동위탁보호 업무를 담당하는 민간 위탁지원기관과 표준계약을 체결한다.

아이를 위탁가정에 보내는 과정은 위탁희망가정을 심사하며 시작된다. 펜실베니아주 법은 위탁가정을 인증할 권한을 주의 라이센스를 받은 위탁지원기관에 부여하고 있다. 위탁희망가정을 인증하기 전에 위탁지원기관은 가정조사를 시행하는데, 이 기간 그 가족이 위탁아동을 양육하고, 교육할 능력이 있는지 여부, 기존의 가족 관계 및 위탁지원기관과 협력할 능력 등의 법정 기준을 고려한다. 이를 통하여 위탁지원기관은 위탁가정의 승인, 잠정 승인, 혹은 승인거부 여부를 결정해야 한다.

인적서비스부가 아동을 위탁가정에 맡기고자 할 때, 위탁지원기관에 추천요청서를 보낸다. 그러면 계약기관은 승인을 받은 가정이 있는지 보고하고, 인적서비스부는 가장 적절하다고 판단되는 가정에 아이를 위탁한다.

CSS(Catholic Social Services)는 결혼은 여성과 남성의 성스러운 결합이라고 믿는 가톨릭 단체로, 필라델피아시와 계약을 맺고 위탁지원기관으로 역할을 해왔다. CSS는 위탁희망가정을 인증하는 것은 그 가정 구성원들간의 관계를 승인하는 것이라고 믿고 있기 때문에, 비혼커플과 동성커플을 인증하지 않았다. 또한 그 어떤 동성커플도 CSS로부터의 인증을 받으려하지 않았다.

---

1) Fulton v. Philadelphia, 593 U. S. ____ (2021)(No. 19-123)(2021. 6. 21. 결정).
2) 아동학대 등으로 원가정에서 분리된 아동을 안전한 가정환경에서 보호하는 '일시적' 보호제도로서, '영구적' 보호제도인 입양과 함께 아동보호제도의 양대 축을 이룬다.

그러나 2018년 상황이 바뀌었다. 다른 위탁지원기관에 대한 불만을 접수한 한 뉴스매체가 필라델피아 교구의 대변인이 CSS는 동성커플을 위탁가정으로 고려하지 않을 것이라고 말한 것을 뉴스로 다루었다. 필라델피아시의회는 필라델피아에는 종교적 자유라는 미명하에 일어나는 차별로부터 사람들을 보호하기 위하여 법이 있는 것이라며 조사를 요청하였다. 이에 조사가 시작되었고, 인적서비스부는 CSS에게 더 이상 추천요청을 하지 않을 것이라고 공지하였다. 필라델피아시는 후에 CSS가 동성커플을 인증하지 않는 것은 필라델피아시의 공정관행조례(Fair Practices Ordinance)의 차별금지요건 뿐만 아니라 필라델피아시와의 계약서상 차별금지조항을 위반하는 것이라고 설명하였다. 필라델피아시는 CSS가 동성커플을 인증하는 데 동의하지 않으면 향후 CSS와 위탁계약을 맺지 않을 것이라고 말했다. 이에 CSS는 시가 추천요청을 정지한 것은 헌법 수정 제1조의 종교의 자유 및 언론의 자유를 침해하는 것이라고 주장하며 동성커플을 인증할 것에 동의하지 않아도 인적서비스부가 추천요청을 계속할 것을 명하는 한시적 금지 명령[3]과 예비적 금지명령[4]을 신청하였다.

지방법원은 가구제 인용을 거부하면서, 계약상 차별금지요건과 공정관행조례는 중립적이고 일반적으로 적용되기 때문에 선례인 Smith결정[5]에 따라 CSS의 종교행사의 자유에 대한 주장이 승소할 가능성이 낮다고 판시하였다. 제3순회 항소법원은 지방법원의 결정을 인용하였다. 이에 CSS는 연방대법원에 제3순회 항소법원의 결정에 이의를 제기하며, Smith결정을 재고해달라고 상고하였다.

---

3) 한시적 금지명령(temporary restraining order)은 법원이 현상유지를 위해, 예비적 금지처분 신청 심리전 내리는 단기적 명령으로, 피신청인에게 사전에 공지하지 않고도 판결이 가능하다. 한시적 금지명령 신청 인용을 위해서는 신청인은 1) 본안에서의 상당한 승소 가능성, 2) 신청이 기각되면 회복하기 어려운 즉각적인 손해가 발생한다는 것, 3) 신청 인용과 공익과의 관계 및 4) 형평법상 신청인과 피신청인의 법인을 비교하였을 때 신청인의 법익이 더 크다는 것을 증명해야 한다.

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

5) 북미 원주민 교회 교인 2명이 예배의 일환으로 환각 성분이 있는 페요테 선인장을 흡입하였고, 이에 해고당하였다. 오리건 주에 실업수당을 신청하려고 하자 마약관련 법률을 위반했다는 이유로 거절당하였고, 이에 종교행사의 자유가 침해되었다며 소를 제기한 사건이다.

2. 결정요지

법정의견 (6인 의견)[6]

(1) 선례 재논의 필요성 여부

헌법 수정 제14조[7]를 통해 주에 적용되는 헌법 수정 제1조는 "연방의회는...자유로운 신앙 행위를 금지하는 법률을 제정할 수 없다"라고 규정하고 있다. 먼저, 필라델피아의 행위가 CSS의 미션을 축소하거나 CSS의 믿음과 상치되는 관계를 인정하도록 함으로써 CSS의 신앙 행위에 부담을 주었다는 것은 명백하다. 필라델피아는 인증을 한다는 것은 단지 위탁부모가 위탁에 필요한 법적 기준을 만족시켰다는 것을 증명하는 것일 뿐 CSS가 그들의 관계를 지지한다는 의미는 아니라고 주장하였다. 그러나 CSS는 인증을 하는 것은 그들의 부부로서의 관계를 지지하는 것과 같은 것이라고 생각하고 있다. "헌법 수정 제1조상의 보호를 누리기 위해 종교적 믿음이 타인에게 용인되거나, 논리적이나, 일관적이거나 이해될 만한 것일 필요는 없다."[8] 따라서 우리는 필라델피아가 CSS의 신앙 행위에 부담을 준 것이 헌법상 허용되느냐를 판단하면 된다.

Smith결정[9]은 종교를 타깃으로 한 것이 아니지만 부차적으로 부담을 주는 법률이 중립적(neutral)이고, 일반적으로 적용되는(generally applicable)한 일반적으로 종교행사의 자유상의 엄격심사(strick scrutiny)를 받지 않는다고 판시하였다. CSS는 본 법원에게 Smith결정을 뒤집어 달라고 요청하였고, 보

---

6) 대법관 Roberts, 대법관 Breyer, 대법관 Sotomayor, 대법관 Kagan, 대법관 Kavanaugh, 및 대법관 Barrett의견

7) 헌법 수정 제14조 제1항은 "합중국에서 출생하거나 귀화하고, 합중국의 관할권에 속하는 모든 사람은 합중국 시민이자 그 거주하는 주의 시민이다. 어떠한 주도 합중국 시민의 특권과 면책권을 제한하는 법률을 제정하거나 시행할 수 없다. 어떠한 주도 적정한 법의 절차에 의하지 아니하고는 어떠한 사람으로부터도 생명, 자유 또는 재산을 박탈할 수 없으며, 그 관할권 내에 있는 어떠한 사람에 대해서도 법률의 평등한 보호를 거부하지 못한다."다고 명시하고 있다.

8) Thomas v. Review Bd. of Ind. Employment Security Div., 450 U. S. 707 (1981)

9) Employment Division, Department of Human Resources of Oregon v. Smith, 494 U.S. 872 (1990)

충의견을 통해 일부 재판관들은 이에 찬성하였다[10]. 그러나 우리는 Smith결정을 재논의할 필요가 없다고 생각한다. 본 사건에서 필라델피아는 일반적으로 적용되지 않는 정책을 통해 CSS의 종교행사의 자유에 부담을 주었기 때문에 Smith결정이 적용되지 않는다.[11]

정부가 종교적 믿음을 관용하지 않는 방식으로 일을 처리하고, 종교적 특성으로 인해 관행을 제한한다면 정부는 중립적으로 행동하는 것이 아니다.[12] CSS는 필라델피아가 중립적으로 행위하지 않았다는 증거를 지적하였지만, 본 사건은 일반적 적용성을 근거로 하여 해결하는 것이 더 확실하다고 여겨진다.

법률이 예외를 개별적으로 허용할 수 있도록 함으로써 정부가 개인의 행위에 대한 특정한 이유를 고려하도록 한다면 이 법률은 일반적으로 적용되는 것이 아니다. 가령, Sherbert사건[13]에서 제칠일안식일예수재림교회 교인 Sherbert는 토요일에 근무를 하지 않는다는 이유로 해고당했다. 그녀는 안식일을 지킬 수 있는 일자리를 찾지 못하여 실업급여를 신청하였다. 주정부는 그녀의 실업급여 신청을 거부하였는데, 법률상 가용할 수 있는 적절한 일자리가 있음에도 합당한 이유(good cause)없이 이러한 일자리를 수용하지 않는 사람에게는 실업급여 수급 자격이 부여되지 않기 때문이었다. 본 법원은 주정부가 Sherbert의 실업급여 신청을 거절한 것은 그녀의 종교의 자유를 침해한 것이고, 주의 중대한 이익(compelling)을 보여야 정당화 될 수 있다고 판시하였다.

이후에 Smith결정에서 본 법원은 Sherbert사건에서 문제가 된 실업급여법은 '합당한 이유'라는 요건을 통해 주 정부가 각 신청자의 상황에 따라 예외를 허용할 수 있도록 하기 때문에 일반적으로 적용되지 않는 법률이라고 설명하였다. 나아가 본 법원은 개별적으로 예외를 허용하는 체계가 있을 경

10) p.12 대법관 Alito의 의견 (3인 의견) 참조
11) Church of Lukumi Babalu Aye, Inc. v. Hialeah, 508 U. S. 520 (1993)
12) Masterpiece Cakeshop, Ltd. v. Colorado Civil Rights Comm'n, 584 U. S. ___, (2018). 이 결정에 대해서는 헌법재판연구원, 기독교인 제빵사의 동성결혼식 웨딩 케이크 판매 거부, 세계헌법재판동향 2018 제5호, 23-41면 참고.
13) Sherbert v. Verner, 374 U. S. 398 (1963)

우, 주는 중대한 이유 없이 '종교로 인한 어려움'과 관련한 사건에 개별적으로 예외를 허용하는 것을 거부해서는 안 된다고 설시하였다.

또한 법률이 정부가 주장하는 중요한 이익을 해하는 세속적 행위를 허용하면서 유사한 방식으로 정부의 이익을 해하는 종교적 행위는 금지한다면 그 법률은 일반적으로 적용되지 않는 법이다. Church of lukumi Babalu Aye결정[14]을 살펴보자. 하이얼리어시는 산테리아교의 예배관행인 동물로 제사를 드리는 행위를 금지하는 여러 조례를 재정하였다. 하이얼리어시는 개방된 공공장소에서 동물의 사체를 처리하는 것은 공중보건에 위해가 되기 때문에 이 조례들이 필요하다고 주장했다. 그러나 이들 조례들은 비슷한 위험을 야기하는 사냥꾼이 사냥한 동물을 처리하는 것이나 식당이 쓰레기를 제대로 처리하지 않는 것은 규제하지 않았다. 본 법원은 이렇게 규제대상을 제대로 포괄하지 못하는 방식으로 재정된 조례는 일반적으로 적용되는 법률이 아니라고 결론을 내렸다.

(2) 표준계약의 일반적 적용성

필라델피아시는 CSS의 관행이 표준계약 제3조 제21항을 위반한 것이라고 주장했다. 그러나 본 법원은 이 조항이 일반적으로 적용되지 않는다고 결론을 내리는 바이다. 표준계약 제3조 제21항에서 문제가 되는 것은 다음과 같다. "추천요청 거부. 위탁지원기관은 시의 재량으로 예외를 허용한 경우를 제외하고 서비스 제공에 있어 ... 성적지향 등에 근거하여 .... 위탁 혹은 입양 희망부모를 포함한 ... 아동이나 가족을 거부해서는 아니 된다."

이 조항은 위탁지원기관이 '위탁 계약 하에서 수행하는 서비스'를 위탁희망부모의 성적지향과 상관없이 제공할 것을 요구하고 있다. Sherbert결정의 '합당한 이유' 요건과 마찬가지로, 표준계약 제3조 제21항은 개별적으로 예외를 허용하고 있다. 즉, 시의 재량에 따라 예외가 허용된다. 필라델피아시는

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

CSS에게 예외를 허용할 의도가 없다는 것을 분명하게 밝혔다. 그러나 개별적 예외를 허용하는 조항이 있기 때문에 시는 중대한 이유 없이 '종교로 인한 어려움'과 관련한 사건에 예외를 허용하는 것을 거부해서는 안 된다.

필라델피아시는 여러 가지 이유로 이러한 결론에 반대하였다. 첫째, 일반대중을 규제할 때보다 계약 당사자 간 규칙을 설정함에 있어 정부가 종교행사의 자유조항과 관련하여 더 많은 재량을 누려야 한다고 주장하였다. 필라델피아시는 정부는 내부운영과 관련하여 더 많은 권한을 가진다고 주장하였다.[15] 또한 정부와 계약을 맺을 때 타방 당사자는 계약의 일부로서 특정 자유의 제한을 수용하는 것[16]이라고 주장하며, 이러한 맥락에서 필라델피아시는 CSS와 같은 계약 당사자를 다룸에 있어 더 큰 재량을 누려야 한다고 주장하였다.

이러한 사안들을 고려한다고 해도 필라델피아의 주장은 받아들일 수 없다. 첫째, 중립성과 일반적 적용성의 원칙은 관리자로서의 정부 권한도 제한하기 때문이다. 본 법원은 정부가 관리자 역할을 할 때 종교를 차별해도 된다고 제안한 적이 없다. 또한 Smith결정은 정부 내부 사안과 관련한 판례들에서 중립성과 일반적 적용성이라는 기준을 도출하였다.[17] 그렇다면 필라델피아시는 법원이 계약의 맥락에서 한 정책이 중립적인지 또 일반적으로 적용되는지를 여부를 판단함에 있어 정부를 더 존중해야 한다고 요청한 것이다. 우리는 이 사건에 있어 그렇게 좁은 사안을 해결할 필요성을 느끼지 못하였다. 시의 결정을 얼마나 존중하는지 여부와 무관하게, 표준계약 제3조 제21항에 재량을 통한 예외조항을 삽입하였기 때문에 해당 계약의 차별금지 요건은 일반적으로 적용되지 않게 되었다.

둘째, 필라델피아시의 표준계약 제3조 제21항의 해석이 잘못 되었다. 필라델피아시는 제3조 제21항은 '인증을 받은 위탁가정'에 아이들을 맡기기 위

15) NASA v. Nelson, 562 U. S. 134 (2011) 및 Engquist v. Oregon Dept. of Agriculture, 553 U. S. 591 (2008)
16) Garcetti v. Ceballos, 547 U. S. 410 (2006) 및 Board of Comm'rs, Wabaunsee Cty. v. Umbehr, 518 U. S. 668 (1996)
17) Lyng v. Northwest Indian Cemetery Protective Assn., 485 U. S. 439 (1988)

한 추천요청을 거부할 권리에 관한 조항이라고 주장한다. 그러나 계약 제3조 제21항의 표제가 “추천요청 거부”이지만, 문면은 더 많은 것을 다루고 있다. 즉, 제한없이 ‘위탁희망부모에게’ ‘서비스’를 제공하는 것을 거부하는 것을 금지하고 있다고 해석해야 한다. 필라델피아시는 인증업무는 민간위탁지원업체가 계약상 수행해야 할 ‘서비스’ 중 하나라고 주장했다. 더욱이 필라델피아시는 CSS가 동성커플을 인증해야 할 의무를 향후 계약에서 명백하게 할 것이라고 선언한 직후 현행 계약 제3조 제21항을 도입했다. 이러한 사실은 우리가 이 조항의 문면을 제대로 해석한 것이라는 것을 확인시켜준다.

셋째, 필라델피아시는 계약 제15조 제1항이 위탁부모 인증에 있어 차별을 독립적으로 금지하고 있다고 주장한다. 분명 계약 제15조 제1항은 성적지향에 근거한 차별을 금지하고, 문면상 예외를 허용하고 있지 않다. 그러나 펜실베니아주 법은 계약을 해석함에 있어 계약의 한 조항이 다른 조항을 무효화시키는 방식으로 해석되어서는 안 된다고 명시하고 있다.[18] 따라서 계약 제3조 제21항에 따라 예외를 허용할 수 있는 필라델피아시의 권한을 무효화하지 않기 위해서는 제3조 제21항이 제15조 제1항에 우선하여 적용되어야 한다. 따라서 표준계약에는 일반적으로 적용되는 차별금지 요건이 없다.

마지막으로 필라델피아시는 예외를 인정한 적이 없기 때문에 계약 제3조 제21항하에서 예외를 허용한다는 조문이 의미가 없다고 주장하였다. 이러한 주장은 사안을 잘못 이해한 데에 기인한다. 개별적 예외를 허용하는 체계가 있으면 예외를 기존에 허용했는지 여부와 무관하게 그 정책은 일반적으로 적용되지 않는 정책이다. 이는 정책을 준수하지 않는 사유가 합당한지를 정부가 재량에 따라 판단할 수 있도록 하기 때문이다.

보충의견은 그 어떠한 당사자도 이러한 주장을 하지 않았다며 반대의사를 표명했다. 그러나 CSS는 필라델피아가 CSS를 겨냥하여 도입한 표준계약 현행 제3조 제21항은 아동이나 가족을 성적지향에 근거하여 거절하지 못하도록 하는 차별금지조항에 대하여 정부가 재량에 따라 예외를 허용할 수 있

18) Shehadi v. Northeastern Nat. Bank of Pa., 474 Pa. 232 (1977) 및 Commonwealth ex rel. Kane v. UPMC, 634 Pa. 97 (2015)

도록 허가하고 있기 때문에 엄격 심사기준을 적용해야 한다고 주장하였다. 반대의견은 표준계약 제3조 제21항과 관련하여 필라델피아의 해석이 더 합리적이라고 판단하였지만, 우리는 CSS의 입장이 더 설득력이 있다고 생각한다.

(3) 공정관행조례의 적용가능성

필라델피아는 동성커플의 인증을 CSS가 거부하는 것은 공정관행조례(Fair Practices Ordinance)를 위반한 공공시설불법관행이라고 주장하였다. 공정관행조례는 "인종, 민족, 피부색, 성별, 성적지향 ... 장애 등을 이유로 개인의 공공시설 사용 기회를 부정하거나 혹은 차별해서는 안 된다"고 명시하고 있다. 필라델피아시는 위탁지원기관은 공공시설이고 그렇기 때문에 위탁부모를 인증할 때 성적 지향에 따라 차별하는 것이 금지된다고 주장하였다.

CSS는 이에 위탁지원기관이 필라델피아에서 공공시설로 여겨진 적은 없다고 반박하였다. 또한 CSS는 필라델피아시가 CSS의 종교행사에 대해서는 예외를 허용하지 않지만, 세속적인 목적에는 예외를 허용하기 때문에 공정관행조례는 일반적으로 적용되지 못한다고 주장하였다. 그러나 이러한 헌법적 문제는 조례가 CSS에 적용될 때에만 발생한다. 그러나 우리는 인증업무를 수행함에 있어 위탁지원기관은 공공시설의 역할을 수행하는 것이 아니기 때문에 이러한 문제는 발생하지 않는다고 결론을 내리는 바이다.

공정관행조례는 공공시설을 "라이센스 획득 여부와 무관하게 공공의 이용이나 거래를 요청 또는 제공하거나 상품, 서비스, 기기, 권리, 혜택 혹은 시설 등을 대중에게 제공 또는 판매하거나 대중이 이용 가능한 장소, 사람, 공공수송기관"이라고 정의하고 있다. 인증(certification)은 일반적 의미에서 대중의 사용이 가능하지 않다. 서비스가 '사용 가능'하다는 것은 '접근할 수 있다'거나 '획득할 수 있다'는 것을 의미한다. 관련 주법도 같은 점을 보여주고 있다. 펜실베니아의 차별금지법률도 공공시설을 일반대중이 이용할 수 있거

나, 이용을 수용하거나, 요청하는 시설이라고 정의하고 있다. 이러한 정의는 호텔, 식당, 약국, 수영장, 이발소 및 공공수송기관의 예를 생각하면 더 확실해진다. 이들의 공통점을 고려해보았을 때, 공공시설은 일반 대중에게 혜택을 제공하여야 하며, 개인이 이러한 혜택을 누리기를 원한다면 공공시설을 이용함으로써 공공시설이 제공하는 혜택을 누릴 수 있어야 한다.

대조적으로 위탁부모 인증은 대중이 쉽게 접근할 수 없다. 인증이라는 것은 개별화, 선별화된 평가다. 호텔 숙박, 식당에서의 식사, 버스 타기 등과 유사점이 거의 없다. 인증과정은 3~6개월이 소요된다. 지원자들은 신원조사와 신체검사를 통과해야 한다. 위탁지원기관은 집중적인 가정조사를 시행하여, 신청인의 정신적·감정적 상태, 가족, 친구 및 이웃과 공동체의 유대관계 및 기존의 가족 관계 태도 및 신청자의 자녀들과 부모자식간의 관계와 관련한 기대에 대해 평가한다. 버스 정류장에서 이러한 조사를 한다면 사람들은 이상하게 생각할 것이다. 그리고 각 위탁지원기관들은 이러한 민감한 과정을 서로 다른 각도에서 접근할 것이다. 필라델피아시가 위탁희망부모에게 설명하였듯이, 모든 민간 위탁지원기관이 요구하는 사항이 조금씩 차이가 있고, 그들의 전문성이나 위탁가족 훈련 프로그램도 조금씩 다르다. 이 모든 것을 고려해보았을 때, 위탁지원기관은 공공시설의 정의에 맞지 않는다.

필라델피아시는 CSS가 조례상 공공시설이라고 판단한 지방법원의 결정을 본 법원이 고수해줄 것을 요청하였다. 보충의견은 시의 주장을 받아들였다. 본 법원은 일반적으로 하급심 법원의 주법 해석을 존중한다. 하지만 본 사안에서 지방법원의 결정을 존중하는 것은 적절하지 않다.[19] 지방법원은 인증과정의 독특한 선별 특성을 고려하지 않았다. 이러한 특성은 조례가 이번 사안에 적용될 것인지 여부와 관련이 있음에도 지방법원은 고려하지 않은 것이다. 우리는 위탁지원기관은 공공시설이 아니라는 CSS의 입장에 동의하며, 조례의 구속을 받지 아니한다고 결론을 내리는 바이다. 따라서 본 법원은 공정관행조례가 일반적으로 적용되는지 여부를 판단할 이유가 없다.

---

19) Frisby v. Schultz, 487 U. S. 474 (1988)

(4) 엄격심사기준 적용

계약상의 차별금지요구조항은 CSS의 종교행사의 자유에 부담을 부과하였으며, 일반적으로 적용되지 않는다. 보충의견은 본 법원이 본 사건의 상고를 허가한 것은 Smith결정을 뒤집을지를 판단하기 위한 것인데, 법정의견이 이 사안을 다루는 것을 회피하였다고 비판하였다. 그러나 본 법원은 또 다른 이유 즉, 필라델피아시의 행위가 선례에 비추어 허용될 수 있는지를 결정하기 위하여 상고를 허용하였다. CSS는 선례에 따라 필라델피아시의 행위가 '가장 엄격한 심사'를 받아야 한다는 것을 입증하였다. 이에 우리는 Smith결정을 적용하지 않고, 가장 엄격한 심사로 평가하였다. 따라서 Smith결정을 재고할 이유가 없다. 정부 정책이 엄격심사를 통과하기 위해서는 정부의 중요한 이익을 발전시키고, 달성하기 위해 세밀하게 고안되어야 한다. 그럴 때만 엄격심사를 통과할 수 있다. 즉, 정부가 종교에 부담을 주지 않는 방식으로 이익을 달성해야 엄격심사를 통과한다는 것이다.

필라델피아시는 차별금지정책이 위탁부모를 가능한 최대로 늘리고, 법적 책임으로부터 시를 보호하며, 위탁희망부모를 동등하게 대우한다는 3가지 중요한 이익을 위한 것이라고 주장했다. 필라델피아시는 일반적인 차원에서 이러한 세 가지 목표를 설명하였다. 그러나 헌법 수정 제1조는 더 정확한 분석을 요구한다.[20] 일반적으로 정의된 이익에 근거하기 보다는 정부가 특정 종교인에게 예외를 허용하게 되면 발생할 수 있다고 주장한 위험을 면밀히 분석해야 한다. 그렇다면 쟁점은 필라델피아시가 차별금지정책을 시행하는 데 중요한 이익을 가지는지가 아니라, CSS에게 예외를 허용하지 않는 데 중요한 이익을 가지느냐는 것이다.

위탁가족의 수를 최대한 늘리고, 법적 책임을 최소화하는 것은 중요한 목표이지만, CSS에게 예외를 허용하게 될 경우 왜 이러한 목표를 달성하는 데 문제가 발생하는지를 필라델피아는 보여주지 못했다. CSS와 계약을 체결하

20) Gonzales v. O Centro Espirita Beneficente Uniao do Vegetal, 546 U. S. 418 (2006)

면 위탁부모의 수가 더 늘어나지 않을까? 법적 책임과 관련하여서도 필라델피아는 CSS의 인증 관행으로 인해 시가 고소를 당할 수 있다는 추측만을 내놓았을 뿐이다. 이러한 추측만으로는 엄격심사를 만족시키지 못한다.[21]

마지막으로 주가 주장한 이익 중 위탁희망부모 및 위탁아동에 대한 평등한 대우에 대해 고려해보자. 본 법원은 이러한 이익이 중대하다는 것을 의심하지 않는다. 우리 사회에는 동성애자 및 동성커플을 사회적 소외자(social outcast)나 하등한 사람으로 대해서는 안 된다는 인식이 자리 잡았기 때문이다.[22] 그러나 본 사건에 있어서 이러한 이익이 CSS에게 예외를 허용하지 않는 것을 정당화하지 못한다. 또한 계약서상 개별적 예외 허용 문구가 차별금지정책에 있어 예외가 없다는 필라델피아의 주장을 약화시켰다. 필라델피아시는 다른 단체에게 예외를 허용하면서 CSS에게는 허용하지 않는 데 있어 특정한 이익을 가지는 이유를 설명하지 못했다.

필라델피아시도 인정하였듯, CSS는 필라델피아 아동위탁보호 체계에 빛과 같은 역할을 담당해왔다. CSS는 자신의 신앙과 일치하는 방식으로 필라델피아의 아동들을 섬기는 역할을 하는 기관이기를 원할 뿐, 그 누구에게도 이러한 믿음을 강요하려고 하지 않는다. 필라델피아가 CSS가 동성커플을 위탁부모로 인증하는 것에 동의하지 않아 CSS와 계약을 거절하는 것은 엄격심사를 통과하지 못하고, 헌법 수정 제1조를 위반한 것이다. 이에 원심판결을 파기하여 환송하는 바이다.

대법관 Barrett의 의견 (3인 의견)[23]

Smith결정에서 본 법원은 중립적이고, 일반적으로 적용되는 법률은 종교행사의 자유에 주는 부담의 크기와 무관하게 종교의 자유 조항을 침해하지 않는다고 판시하였다. 상고인들과 본 법원의 일부 대법관들은 Smith결정을

---

21) Brown v. Entertainment Merchants Assn., 564 U. S. 786 (2011)
22) Masterpiece Cakeshop, 584 U.S., at ____ (slip op., at 9)
23) 대법관 Barrett, 대법관 Kavanaugh 및 대법관 Breyer 의견

뒤집어야 한다고 주장한다. 그러나 본 사안에서 이러한 질문들과 씨름을 할 이유가 없다. Smith결정을 뒤집느냐와 무관하게 같은 기준이 적용되기 때문이다. 종교행사의 자유에 관한 본 법원의 오랜 논리는 신앙의 자유에 부담을 주는 법률이 정부에게 개별적으로 예외를 허용할 재량을 부여한다면 엄격심사를 통과해야 한다는 것이다.[24] 오늘 법정의견이 설명하듯이, 필라델피아시 계약은 차별금지원칙에 대한 개별적 예외를 규정하고 있기 때문에 엄격심사를 통과해야 한다. 9명의 대법관은 필라델피아가 엄격심사를 만족시키지 못했다는 데 동의한다. 따라서 본 사안에서 Smith결정을 재고해야할 이유가 없다.

대법관 Alito의 의견 (3인 의견)[25]

(1) Smith결정의 재고

본 사건은 본 법원의 심사를 긴급하게 필요로 하는 중요한 헌법적 문제를 제기하고 있다. 즉, 본 법원의 종교행사의 자유에 대한 해석이 근본적으로 잘못되어 수정되어야 하는지 여부를 묻고 있다.

Smith결정에서 본 법원은 돌연 근 40년간의 선례를 제쳐놓고, 헌법 수정제1조의 종교행사의 자유는 법률이 종교관행을 타깃으로 하지 않는 한 특정 행위를 금하는 것을 허용한다고 판결하였다. Smith결정에 따르면 법률이 중요한 목적을 수행하는 데 도움이 되지도 않고, 종교의 자유에 심각한 타격을 준다고 하더라도 헌법이 이를 보호하지 않는다는 것이다.

Smith결정은 문제가 있다. 가령, 본 법원이 법정 내에서 변호사들이 어떤 형태이든 머리를 가리는 것을 금지하는 엄격한 규칙이 있다고 하자. 이 규칙으로 인해 정통 유대교 남성들 및 무슬림 여성 등은 법정에 서지 못할 것이다. 하지만 Smith결정에 따르면 이 규칙은 합헌이다.

---

24) Smith, at 884 (citing Sherbert, 374 U.S., at 401, n. 4)
25) 대법관 Alito, 대법관 Thomas, 대법관 Gorsuch 의견

Smith결정이 가져올 수 있는 위험은 가상적인 것이 아니다. 필라델피아시는 CSS에게 전통적인 결혼에 대한 가톨릭의 믿음에 반한다고 여기는 행위에 동참하던지, 교회가 수 백 년 동안 자신들의 미션이라고 믿고 행한 버려진 아이들을 돌보는 미션을 그만두던지 결정하라고 하였다.

필라델피아시는 Smith결정에 따라 시의 행위가 허용된다고 주장하였고, 하급심 법원들도 이러한 주장을 수용하였다. 상고인이 던진 질문은 Smith결정이 재고되어야 하냐는 것이었고, 상고를 허용한 우리는 이 질문에 답을 해야하지만 법정의견은 이를 거부하였다. 그러면서 시의 표준계약의 특징을 기반으로 원심을 파기하였다. 필라델피아시가 오늘의 결정을 우회하고 싶다면, 계약서에서 예외 허용 조항을 삭제하고 다시 소를 제기할 수 있을 것이다. 왜 이런 일을 반복해야 하는가? 우리는 Smith결정을 재고해야 한다.

(2) Sherbert결정의 이해

Smith결정을 제대로 이해하기 위해서는 Smith결정 이전 40년 동안 일반적으로 적용되는 법률에 대한 종교의 예외 원칙을 형성한 Sherbert결정을 먼저 살펴보아야 한다. Sherbert결정에서 본 법원은 일반적으로 적용되는 법률에 대한 종교적 예외를 주장한 사건들을 검토하였다. 이 사건들에서 본 법원은 이러한 문제를 해결하는 분명한 기준을 제시하지 않았지만, 종교적 예외 주장을 배격한 사건에서는 항상 문제 행위가 공공의 안전, 평화, 질서에 상당한 위협을 끼쳤다는 것을 확인할 수 있었다.

이러한 결정들에 주목하면서 본 법원은 실업급여 지급을 거절한 것은 Sherbert의 종교행사의 자유에 상당한 부담을 부과하였다고 판결한 것이다. Sherbert는 종교의 계율을 따르고 실업 급여를 받지 못하거나, 일을 하기 위해 종교의 가르침을 포기하는 것 중 하나를 선택하도록 강요받았다는 것이다. 그래서 본 법원은 해당 정부 정책은 상당한 주의 이익에 의해서만 정당화된다고 판결하였고, 종교행사의 자유에 상당한 부담을 주는 법률은 중대한

정부 이익을 달성하기 위하여 세밀하게 고안되어야 한다는 원칙을 정립하였다.

(3) Smith결정과 그 영향

40여 년이 지나 본 법원에 Smith사건이 당도하였다. Smith사건의 기본 상황은 Sherbert사건과 매우 유사하다. 당시 대법원은 Sherbert원칙을 폐기할 것인가 여부에 대해 논의하지 않고, 법률이 종교행사의 자유를 침해하는 것을 목적으로 하지 않지만 부차적인 효과로 인해 종교행사의 자유가 침해된다면, 그 법률이 일반적으로 적용되는 한 종교행사의 자유를 침해하지 않는다고 판시하였다.

Smith결정의 영향력은 확산되었고 의회에는 이에 대한 보고가 홍수를 이루었다. 그리하여 의회는 종교자유회복법(Religious Freedom Restoration Act: RFRA)과 종교적 토지 이용 및 수용자법(Religious Land Use and Institutionalized Persons Act: RLUIPA)을 제정하게 된 것이다. RFRA와 RLUIPA은 Smith결정으로 인해 보호받지 못했던 종교행사의 자유를 회복했다. 하지만 두 법률 모두 그 범위에 따라 한계가 있으며, 의회에 의해 약화되거나 폐기될 수도 있다.

(4) Smith결정의 헌법 해석 오류

본 법원은 헌법 문면의 최우수성을 존중하여 왔다.[26] 그러나 Smith결정은 종교행사의 자유 조항의 문면에 대해 충격적일 정도로 관심을 두지 않았다. 우리는 종교행사의 자유 조항의 문면의 '통상적이고 일반적인' 의미를 고려해야 한다. 미국 헌법 권리장전(헌법 수정 제1조～제10조)이 발표된 1791

26) Chiafalo v. Washington, 591 U. S. ___ (2020), Knick v. Township of Scott, 588 U. S. ___, (2019), Gamble v. United States, 587 U. S. ___, (2019) 및 City of Boerne v. Flores, 521 U.S. 507 (1997) 참조

년 당시 자유로운 종교행위를 금지한다는 것은 1755년 판 Dictionary of the English Language라는 사전 속 단어의 뜻을 종합해보면 '속박 없는 종교행위 또는 예배를 하지 못하도록 하거나 방해하는 것'을 의미하였다. Smith결정은 동일한 행위를 하고 있는 사람들에게 동일한 제한을 두지 아니하는 한 연방정부나 주들은 종교행위를 제한해서는 안 된다고 판시한 반면 종교행사의 자유 조항은 그 문면상 종교행위에 참여하고자 하는 특정 집단의 사람들에게 방해를 받지 않고 종교행위에 참여할 권리를 부여한다.

또한 헌법 수정 제1조가 작성되었을 당시 예측하지 못하였지만 시간이 지나면서 보호하게 된 종교행사의 자유의 권리가 존재할 수 도 있다. 종교행사의 자유가 보호하는 권리가 무엇인가에 대한 역사적 논의는 길고 복잡하다. 그러나 분명한 것은 의회와 주 의회가 선호한 해석은 종교의 자유는 광범위하게 보호를 하지만, 공공 평화나 안전에 위해를 가하는 종교행위는 보호하지 않는다는 것이다. 이는 일반적으로 적용되는 법률에 대한 종교적 예외를 허용하지 않은 Smith결정의 해석과는 정반대이다.

(5) Smith결정의 폐기

마지막으로 Smith결정을 폐기할 것이냐를 논의하고자 한다. 과거의 결정을 뒤집어야 하는지를 판단함에 있어 대법원은 다양한 요인을 고려해왔는데, 다음 4가지의 측면에서 Smith결정에 불리하다.

첫째, Smith결정의 이유 때문이다. Smith결정은 헌법 문면의 '통상적이고 일반적인 의미'를 무시하고, 헌법 수정 제1조가 채택되었을 당시의 종교행사의 자유에 대한 이해를 살펴보지 않았다. 둘째, 선례와의 일관성 문제다. Smith결정은 선례들과 불협화음을 낸다. Smith결정은 1963년에서 1990년까지 Sherbert결정에 의한 선례를 뒤집지 않았고, 최근 결정들과 조화를 이루지 못한다. 셋째, 적용성(workability)의 문제다. Smith결정의 장점이 적용의 편의성이라는 주장이 있었으나, 현실적으로는 그렇지 못했다. Smith결정 이

후 법률이 종교행사의 자유를 타깃으로 하였는지, 종교행사의 자유를 제한할 목적으로 입안되었는지 여부를 판단하는 데 법원들은 많은 어려움을 겪었다. 넷째, Smith결정 이후 전개된 상황을 고려해보자. Smith결정에서 다수의견은 Sherbert결정을 고수하면 '무정부 상태'가 될 것이라고 생각했지만, 지금까지 상황은 이러한 두려움이 근거가 없다는 것을 보여준다. RFRA와 RLUIPA 모두 Sherbert결정과 동일한 사항을 요구하고 있으며, 법원들도 이러한 원칙을 잘 적용하고 있다.

본 법원이 판례법을 폐기하는 데 있어 고려하는 여러 요소 중에 Smith결정을 옹호하는 요소는 하나도 없다. Smith결정은 잘못되었으며, 해당 결정을 뒤집지 않는 한 종교행사의 자유를 위협하게 될 것이다. 우리는 이제 Smith 결정의 오류를 바로 잡아야한다.

대법관 GORSUCH의 의견 (3인 의견)[27]

본 법원은 Smith결정을 뒤집을 것인지 여부를 판단하기 위해 상고를 허가하였다. Alito대법관이 기술하였듯 Smith결정은 본 법원의 선례를 따르지 않았고, 헌법의 본래적 의미를 착각한 판결이며, 제대로 작동할 수 없는 원칙임이 증명되었다. 그러나 과반의 대법관들은 이 질문을 비껴가길 원했다.

지방법원은 필라델피아의 공공시설법(공정관행조례)이 일반적으로 적용되고, CSS에게도 적용된다고 판결하였다. 법정의견은 공정관행조례의 '공공시설'에 대한 넓은 정의를 무시하였고, CSS가 공공시설에 속한다는 지방법원의 해석도 무시했다. 그러면서 펜실베니아주의 공공시설 법을 살펴보라고 요청하였다. 왜 우리는 필라델피아시 법을 무시하고, 펜실베니아주의 법을 살펴보아야 하는가?

그러나 법정의견의 논리를 따라간다고 해도 우리는 문제를 해결하지 못한다. 주법은 호텔, 수영장 이외에도 40여종의 시설을 열거하였는데, 이는 이

27) 대법관 Gorsuch, 대법관 Thomas, 대법관 Alito 의견

예시들이 열거규정이 아닌 예시규정이라는 것을 강조하는 것이다. 예시목록에는 대학도 들어있다. 대학도 고객(학생)과 직원(교수)에 대한 개별화되고 선별적인 평가를 시행한다. 주 법 하에서 대학이 공공시설이라면, 위탁지원기관이 공공시설이 되지 않을 이유가 없다.

문제는 여기서 끝나지 않는다. 필라델피아시는 공정관행조례와 더불어 일반적으로 적용되는 차별금지원칙이 표준계약 제15조 제1항에 명시되어 있다고 주장하였다. 그러나 법정의견은 표준계약 제15조 제1항이 일반적으로 적용되지 않는다고 주장하며, 그 이유가 표준계약 제3조 제21항과 충돌하기 때문이라고 설명하였다. 즉, 펜실베니아 법원들은 계약서의 조항을 해석할 때 다른 조항을 '무효화'하는 방식으로 해석하면 안 된다는 원칙을 두고 있기 때문에 계약 제15조 제1항과 제3조 제21항이 충돌하지 않기 위해서는 계약 제15조 제1항과 관련하여서도 시가 개별적 예외를 허용할 권한을 가져야 한다고 결론지었다. 그들은 구체적인 계약 조항과 일반적인 계약 조항이 양립할 수 있다는 일반적인 규칙은 무시한 것이다.

본 법원의 오늘 결정은 문제를 해결하지 못했다. 그로 인해 앞으로도 동일한 소송이 반복될 것이다. Alito대법관의 설명처럼 필라델피아시의 규칙은 중립적이고 일반적으로 적용되어도 엄격심사를 통과하지 못한다고 본 법원이 판시했다면 이러한 사건은 오늘로서 끝이 났을 것이다.

3. 결정의 의의

본 결정에서 연방대법원은 9-0으로 필라델피아의 행위가 헌법 수정 제1조 종교행사의 자유를 위반하였다고 판단하였으나, 그 이유에 대하여 견해를 달리하였다. 특별히 종교행사의 자유와 관련한 원칙인 Smith결정과 관련하여 의견이 첨예하게 달랐다. 법정의견은 필라델피아의 행위는 CSS의 종교행사의 자유에 부담을 주었고, 필라델피아의 차별금지 요구사항은 일반적으로 적용되지 않기 때문에, Smith결정과 무관하게 종교행사의 자유상 엄격심사를 적용하였다. 반면 대법관 3인은 상고인이 Smith결정의 재고를 요청하였고,

하급심도 Smith결정에 따라 결정을 내렸기 때문에 당해 결정에 대해 재고를 해야 한다고 주장하였다.