

고등학교 미식축구 코치의 종교적 행위를 금지한 교육구 정책의 종교의 자유 침해¹⁾

I. 사건개요

Bremerton 교육구(School District)²⁾ 내의 Bremerton 공립 고등학교 미식축구 코치였던 상고인 Joseph Kennedy(이하 ‘상고인’)는 경기 후 경기장 중앙에서 무릎 꿇고 침묵 기도를 한 것으로 인해 징계를 받았다. 이 사건에서 연방대법원은 “헌법 수정 제1조의 표현의 자유와 종교의 자유 조항은 개인적인 종교 의식에 참여하는 개인을 정부의 보복으로부터 보호하고, 헌법은 정부가 해당 종교적 표현을 억압하도록 명령하거나 허용하지 않는다.”라고 판시하였다.

다른 미식축구 선수들이나 코치들과 마찬가지로, 상고인에게는 경기가 끝나고 경기장 중앙에서 감사기도를 하는 습관이 있었다. 상고인은 경기 후 코치와 선수들과 인사를 나누고 경기장 중앙에서 무릎을 꿇고 30초 정도 침묵 기도를 했다. 처음에는 상고인 혼자 기도했지만, 시간이 지나면서 몇몇 선수들이 기도에 참여하기 시작했다. 다수의 선수들이 기도에 참여하면서, 상고인은 선수들에게 동기를 부여하는 대화 시간에도 함께 기도하는 시간을 가지기 시작했다. 한편, 상고인의 미식축구 팀에는 상고인이 부임하기 전부터 경기 전후에 라커룸에서 기도를 하는 전통이 있었다. 상고인은 어떠한 학생에게도 위와 같은 종교적 행위에 참여할 것을 독려하지 않았다고 주장했다. 특히, 경기가 끝난 후 경기장에서 개인적인 기도를 드리는 것에 대해 학생들에게 전혀 부담을 주지 않았다고 주장했다.

이러한 종교적 행위가 계속 되던 중, 타 학교 직원이 Bremerton 교장에게

1) *Kennedy v. Bremerton School District*, 597 U. S. ____ (2022)(No. 21-418)(2022. 6. 27.).

2) 미국에서는 각 주마다 관할 지역을 교육구라는 행정 단위로 분할하여 각 교육구에게 초·중등 교육에 대한 권한을 위임한다.

이러한 사실을 알리고 나서야 교육구 감독관은 상고인의 종교적 행위에 대해 인지하게 되었다. 교육구는 상고인의 행위에 대해 빠르게 반응했다. 2015년 9월 17일, 교육구는 상고인에게 문제가 될 수 있는 두 가지 행위에 대해 서면으로 통지했다. 하나는 상고인이 학생들에게 동기를 부여하는 대화 시간에 공공연하게 종교적인 언급을 했다는 것이었고, 나머지 하나는 그가 학생들과 직원들로 하여금 라커룸에서 기도하도록 유도했다는 것이었다. 교육구는 상고인의 기도에 학생들이 동참하는 경우에는 해당 행위를 “비공개적(nondemonstrative)”으로 했어야 한다고 통보했다.

해당 서신을 받은 후, 상고인은 선수들에게 동기를 부여하는 대화 중 종교적 언급을 하던 것을 그만두었다. 또한 그가 부임하기 전부터 계속되어 온 라커룸에서 기도하던 전통을 중단시켰다. 하지만 그는 경기가 끝나고 경기장 위에서 혼자 하는 침묵 기도를 금지당한 것에 대해 불만을 느꼈고, 이에 대해 교육구에 서신을 보냈다. 상고인은 서신에 자신의 “신실한 신앙(sincerely-held religious beliefs)”으로 인해 경기장 위에서 혼자 침묵 기도를 하여야 할 의무감을 느낀다고 썼다. 그는 경기장 위에서 개인적인 종교적 표현을 계속할 수 있도록 허가해 달라고 요청하면서, 경기가 끝나고 선수들이 경기장을 떠난 후에 경기장에 올라 짧게 개인 기도를 하겠다고 강조했다.

교육구는 10월 16일 상고인에게 서면으로 보낸 회신에서, 상고인이 교육구가 이전 서면에서 지시한 사항을 제대로 이행했다고 인정했다. 하지만 선수들이 떠난 뒤 경기장에서 개인적인 기도를 하는 것 또한 명시적인 종교적 행위이기 때문에 금지한다고 통지했다. 해당 통지를 받은 후에도, 상고인은 경기가 끝난 뒤 경기장에 남아 혼자 기도를 했고, 그의 팀과 상대팀 선수들은 기도에 동참했다.

이후에도 교육구는 상고인에게 경기가 끝난 뒤 경기장 위가 아닌 개인적 공간에서 기도하도록 지시했지만 그는 계속해서 경기장 위에서 침묵 기도를 했다. 결국, 교육구는 상고인에게 유급 정직을 명하고 미식축구 프로그램에 참여하지 못하도록 막았다. 상고인은 코치 재직 기간 동안 꾸준히 긍정적인

업무 평가를 받아왔지만, 교육구는 이 사건 이후 그에게 낮은 업무 평가를 내렸다. 낮은 업무 평가의 근거는 상고인이 교육구의 정책을 따르지 않고 경기 후 선수들을 제대로 감독하지 못했다는 점이었다.

이 사건 이후, 상고인은 헌법 수정 제1조에 명시된 표현의 자유와 종교의 자유가 침해당했다고 주장하며 연방지방법원에 소를 제기했다. 또한 그는 교육구로 하여금 자신을 코치로 복직 시키도록 해달라는 가처분 신청을 했다. 연방지방법원은 이 신청을 기각했고 제9연방항소법원은 해당 결정을 유지했다.

II. 판결요지

1. Gorsuch 대법관의 법정의견(6인 의견)³⁾

가. 법정의견의 개괄

상고인은 교육구의 징계가 헌법 수정 제1조에서 보호하는 종교의 자유와 표현의 자유를 침해했다고 주장한다. 헌법에 따르면, 종교적 행위가 종교의 자유 조항의 보호영역에 속한다면 종교적 행위의 의사전달 여부와 관계없이 표현의 자유 조항도 해당 종교적 행위를 보호한다.⁴⁾ 즉, 헌법 수정 제1조는 종교적 표현을 중첩적으로 보호한다. 이는 정부가 종교를 통제하지 못하도록 한 헌법 제정자들의 의도가 발현된 것이다.⁵⁾

연방대법원의 선례에 따르면, 청구인은 종교의 자유 조항과 표현의 자유 조항에 의하여 보장되는 자신의 권리가 침해되었다는 사실을 입증할 책임을 부담한다. 만약 청구인이 권리 침해를 입증하는 데 성공한다면, 입증책임은

3) Roberts 대법원장, Gorsuch, Thomas, Alito, Barrett 대법관 전체의견, Kavanaugh 대법관 일부의견.

4) *Widmar v. Vincent*, 454 U.S. 263, 269 (1981); *Rosenberger v. Rector and Visitors of Univ. of Va.*, 515 U.S. 819, 841 (1995).

5) A Memorial and Remonstrance Against Religious Assessments, in *Selected Writing of James Madison* 21, 25 (R. Ketcham ed. 2006).

정부의 부담으로 전환된다. 정부는 침해 행위가 정당했고 판례법을 준수했다는 것을 입증하여야 한다.⁶⁾ 따라서 연방대법원은 이번 사건에서 상고인이 종교의 자유 조항과 표현의 자유 조항에서 보호하는 권리를 침해당했다는 사실을 입증했는지 먼저 확인한다.

나. 종교의 자유 침해 여부

종교의 자유 조항은 “연방의회는 자유로운 종교 활동을 금지하는 법을 만들 수 없다.”라고 명시하고 있다.⁷⁾ 연방대법원은 헌법 수정 제14조⁸⁾를 통해 해당 조항을 주(State) 정부에도 적용할 수 있다.⁹⁾

종교의 자유 조항은 내면의 종교적 신념뿐만 아니라, 종교적 신념을 가진 사람이 일상에서 물리적 행위를 통해 그 신념을 표현하는 것까지 보호하고 있다.¹⁰⁾ 연방대법원의 선례에 따르면, 원고는 예컨대 정부가 “중립적(neutral)”이지 않거나 “보편적으로 적용(generally applicable)”되지 않는 정책을 통해 신실한 종교적 행위를 제한하였음을 입증하는 것과 같이 다양한 방식으로 종교의 자유 침해를 입증할 수 있다.¹¹⁾ 만약 원고가 이와 같이 침해를 입증하고, 정부가 해당 침해 행위가 (i) “긴절한 국가 이익(compelling state interest)”에 의해 정당화되고, (ii) 그 이익을 위해 “면밀히 재단(narrowly tailored)”되었다는 점을 증명해야 하는 “엄격심사기준(strict scrutiny)”을 통과하지 못한다면, 연방대법원은 정부가 헌법 수정 제1조를 위반했다고 판단할 것이다.¹²⁾

6) *Fulton v. Philadelphia*, 593 U.S. __, __-__, __ (2021) (slip op., at 4-5, 13); *Reed v. Town of Gilbert*, 576 U.S. 155, 171 (2015); *Garcetti v. Ceballos*, 547 U.S. 410, 418 (2006); *Church of Lukumi Babalu Aye, Inc. v. Hialeah*, 508 U.S. 520, 546 (1993); *Sherbert v. Verner*, 374 U.S. 398, 403 (1963).

7) 헌법 수정 제1조.

8) 헌법 수정 제14조

“... 어떠한 주도 걱정한 법의 절차에 의하지 않고는 어떠한 사람으로부터도 생명, 자유, 또는 재산을 박탈할 수 없으며, 그 관할권 내에 있는 어떠한 사람에 대해서도 법률의 평등한 보호를 거부하지 못한다.”

9) *Cantwell v. Connecticut*, 310 U.S. 296, 303 (1940).

10) *Employment Div., Dept. of Human Resources of Ore. v. Smith*, 494 U.S. 872, 877 (1990).

11) *Employment Div., Dept. of Human Resources of Ore. v. Smith*, 494 U.S. 872, 879-881 (1990).

상고인이 종교의 자유 침해 주장에 관한 입증책임을 다하였다는 것에 대해서는 논란의 여지가 없다. 상고인은 경기가 끝나고 선수들이 모두 떠나간 뒤 경기장에서 짧은 사적인 기도를 하겠다고 반복해서 이야기했다. 쟁점이 되는 종교적 행위는 팀과 함께하는 기도를 이끌거나 관중들로 하여금 어쩔 수 없이 참여하도록 하는 것이 아니었다. 상고인은 학생들을 포함한 다른 사람들이 기도에 참여하도록 독려하지 않았다. 하지만 교육구는 그가 선수들이 없는 자리에서 조용히 기도하였다는 이유만으로 그에게 징계를 내렸다.

교육구는 상고인의 간단한 기도를 금지함으로써 정부의 정책이 “중립적”이고 “보편적으로 적용”될 수 있어야 한다는 원칙을 위반했다. 만약 정부의 정책이 특별히 종교적 행위를 겨냥한다면 “중립적”이라고 볼 수 없다.¹³⁾ 즉, 정부의 정책이 “표면적으로 차별적”이거나 종교적 행위를 “표적”으로 삼는다면 “중립성” 심사를 통과할 수 없다.¹⁴⁾ 또한 정부의 정책이 세속적 행위는 허가하면서 유사한 방식의 종교적 행위를 금지하거나, “개별적 예외를 두는 구조”를 제공한다면, “보편적 적용” 심사를 통과할 수 없다. 둘 중 어느 하나의 요건이라도 충족하지 못한 정부의 정책은 엄격심사기준의 대상이 된다.¹⁵⁾

이번 사건에서 대상이 되는 교육구의 방침은 중립적이지 않았고 보편적으로 적용된 것도 아니다. 교육구가 인정했듯이, 교육구는 종교적 성격을 근거로 상고인의 행위를 규제하려 했다. 합리적인 사람이라면 학생들이 자발적으로 기도에 참여한 것으로 보았을 경우에조차, 교육구는 이와 관련한 상고인의 명시적 행위를 금지했다. 즉, 상고인의 종교적 행위를 금지하는 것은 논란의 여지없이 교육구 당국의 “표적”이었다.

교육구의 방침은 보편적 적용 심사도 통과하지 못한다. 사건 이후 교육구는 상고인이 경기 후에 학생들을 제대로 감독하지 못했다고 평가했다. 하지만 사실 이는 상고인의 종교적 행위를 겨냥해 만들어진 평가기준에 따른 것

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

13) *Employment Div., Dept. of Human Resources of Ore. v. Smith*, 494 U.S. 872, 878 (1990).

14) *Church of Lukumi Babalu Aye, Inc. v. Hialeah*, 508 U.S. 520, 533 (1993).

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

이었다. 교육구는 다른 코치들이 경기 후 학생들을 감독하지 않고 다른 일
한 것에 대해서는 문제삼지 않았다. 즉, 경기 후 학생들을 제대로 감독했
는지에 대한 평가기준은 모든 코치들에게 보편적으로 적용되지 않았다.

다. 표현의 자유 침해 여부

연방대법원 선례들은 헌법 수정 제1조 표현의 자유 조항의 보호 대상이 교
사와 학생들까지 확장된다고 보았다.¹⁶⁾ 교사와 코치는 시민이면서 동시에 정
부를 대신해서 발언하고 정부의 의사를 전달하며 급여를 받는 정부기관의
직원이다. 표현의 자유와 정부기관의 직원 사이에 복잡하게 얽힌 관계를 설
명하기 위해, 연방대법원은 두 가지 단계의 심사기준(이하
'*Pickering-Garcetti* 심사기준')을 제시했다.¹⁷⁾

첫 번째 단계는 해당 표현의 본질에 대한 질문이다. 만약 정부기관의 직원
이 “그의 공적인 업무에 따른(pursuant to [his or her] official duties)” 발
언을 했다면, 연방대법원은 해당 표현을 정부 기관의 표현으로 보기 때문에 표
현 당사자인 개인을 정부의 징계나 규제로부터 보호하지 못한다. 하지만 정
부기관의 직원이 “공적인 주제에 대해 시민으로서 표현을 했다면(speaks as
a citizen addressing a matter of public concern)” 연방대법원은 두 번째 단
계로 넘어가야 한다.¹⁸⁾

두 번째 단계에서, 연방대법원의 선례는 법원이 “표현과 그 결과를 둘러싼
상충하는 이익들을 정교하게 형량해야 한다(a delicate balancing of the
competing interests surrounding the speech and its consequences).”라고 보
았다.¹⁹⁾ 이 단계에서 법원은 때때로 정부기관 직원의 표현의 자유가 “직원을
통하여 제공하는 공공서비스의 효율성을 제고하기 위한 정부의 공익”보다

16) *Tinker v. Des Moines Independent Community School Dist.*, 393 U.S. 503, 506 (1969);
Lane v. Franks, 573 U.S. 228, 231 (2014).

17) *Pickering v. Board of Ed. of Township High School Dist. 205, Will Cty.*, 391 U.S. 563
(1968); *Garcetti v. Ceballos*, 547 U.S. 410 (2006).

18) *Garcetti v. Ceballos*, 547 U.S. 410, 423 (2006).

19) *Garcetti v. Ceballos*, 547 U.S. 410, 423 (2006).

더 큰지를 고려한다.

Garcetti 판결²⁰⁾에서 연방대법원은 검사가 상급자에게 보고하는 내부 문건을 그의 공적인 업무에 따른 표현으로 보고 이는 헌법 수정 제1조에 의해 보호받지 못한다고 판단했다.²¹⁾ 해당 결론을 내리기 위해 연방대법원은 검사의 표현이 사건을 진행하는 방식에 대해 상급자에게 보고할 의무를 이행한 것이라는 사실에 주목했다.²²⁾ 다시 말하면, 해당 문건은 정부에서 만들었고 검사가 그 직무를 수행하는 과정에서 교부한 문건이었기 때문에 정부의 표현에 해당한다는 것이다.²³⁾

반면, *Lane* 판결²⁴⁾에서 정부는 정부기관의 직원이 형사재판에서 정부의 고용과 관련된 사항을 증언했다는 이유로 해당 직원을 해고하려 했다.²⁵⁾ 이에 대해 연방대법원은 해당 증언이 헌법 수정 제1조에 의해 보호된다고 판단했다.²⁶⁾ 연방대법원이 제시한 기준은 쟁점이 된 표현이 정부기관 직원의 통상적인 업무 범위 내에 있는 것인지 여부였다.

선례의 법리를 이번 사건에 적용한다면, 상고인의 표현이 정부의 표현이 아닌 사적 표현이라는 것은 분명하다. 상고인의 기도는 통상적인 코치 업무에 포함되는 것이 아니었다. 상고인이 기도했던 시점과 주변 상황이 이를 증명한다. 경기가 끝난 뒤 상고인이 기도하는 시간 동안 다른 코치들은 자유롭게 개인적인 용무를 봤고, 학생들은 응원가를 부르는 등 다른 활동을 하였다. 상황을 종합해보면 상고인의 표현은 코치의 공적인 업무로서 이루어진 것이 아니었다.

이와 달리 제9연방항소법원은 상고인이 코치로서 학생들에게 지식과 지혜를 전달하는 본보기 역할을 하므로 경기 후에도 계속해서 공적인 업무를 수행하는 것으로 간주해야 한다고 강조했다. 하지만 이러한 주장은 업무 공간

20) *Garcetti v. Ceballos*, 547 U.S. 410 (2006).

21) *Garcetti v. Ceballos*, 547 U.S. 410, 421 (2006).

22) *Garcetti v. Ceballos*, 547 U.S. 410, 421 (2006).

23) *Garcetti v. Ceballos*, 547 U.S. 410, 421-422 (2006).

24) *Lane v. Franks*, 573 U.S. 228 (2014).

25) *Lane v. Franks*, 573 U.S. 228, 233 (2014).

26) *Lane v. Franks*, 573 U.S. 228, 239-240 (2014).

에서 이루어지는 교사와 교치의 모든 표현이 정부의 통제를 받아야 한다는 것을 의미한다.²⁷⁾ 이에 따르면, 학교 당국은 교실에서 히잡을 썼다는 이유로 이슬람 교인인 교사를 해고하거나 학교 식당에서 조용히 식사기도를 드린다는 이유로 기독교 교인인 교사를 해고할 수 있게 된다.

상고인의 기도가 정부의 표현이 아닌 사적인 표현이라 하더라도, *Pickering-Garcetti* 심사기준에 따라 법원은 종교적 표현으로 인해 상충하는 이익들을 형량해야 한다.

종교의 자유 조항과 표현의 자유 조항 중 어느 조항에 의한 심사를 하더라도, 이 시점에서 입증책임은 교육구의 부담으로 전환된다. 종교의 자유 조항에 따라 정부의 침해 행위는 통상적으로 엄격심사기준을 통과해야 한다. 엄격심사기준을 통과하기 위해 정부는 (i) “긴절한 국가 이익(compelling state interest)”을 위해 (ii) “면밀히 재단(narrowly tailored)”된 방식으로 원고의 권리를 제한했다는 것을 입증해야 한다.²⁸⁾ 표현의 자유 조항에서도 유사한 심사를 적용한다.²⁹⁾

교육구는 상고인의 청구에 대하여 완화된 *Pickering-Garcetti* 2단계 심사기준 또는 중간심사기준(intermediate scrutiny)을 적용해 줄 것을 요청하였다. 그러나 결론적으로, 어떤 심사기준을 적용하든 교육구는 자신의 입증책임을 다하지 못하였다.

라. 국교설립금지 조항(Establishment Clause) 위반 여부

교육구는 정직 조치가 국교설립금지 조항을 지키기 위해 어쩔 수 없는 선택이었다고 주장한다. 상고인의 기도는 종교의 자유 조항과 표현의 자유 조항의 보호 대상이 될 여지가 있으나, 국교설립금지 조항과는 상충하는 긴장관계에 놓이게 된다. 이에 교육구 당국은 긴장관계를 해소하기 위해 상고인

27) *Garcetti v. Ceballos*, 547 U.S. 421, 424 (2006).

28) *Church of Lukumi Babalu Aye, Inc. v. Hialeah*, 508 U.S. 520, 533 (1993).

29) *Reed v. Town of Gilbert*, 576 U.S. 155, 171 (2015).

의 권리가 희생되어야 한다고 주장한다. 제9연방항소법원도 이와 같은 입장을 취했다.

연방대법원이 때때로 종교의 자유 조항, 표현의 자유 조항과 국교설립금지 조항을 별개의 요소로 언급해 온 것은 사실이다. 하지만 세 조항은 헌법 수정 제1조³⁰⁾에 함께 규정되어 있다. 헌법 수정 제1조를 자연스럽게 해석하기 위해서는 세 조항이 상충하는 것이 아니라 상호보완적인 목적을 가지고 있다고 보아야 한다.³¹⁾

교육구는 “합리적인 목격자(a reasonable observer)”가 정부가 종교를 “지지(endorse)”한다고 결론내릴 수 있는 경우라면 언제나 국교설립금지 조항 위반에 해당한다고 전제하고, 나아가 합리적인 목격자라면 교육구가 관행을 금지시키지 않음으로써 상고인의 종교적 행위를 지지하였다고 생각할 것이라는 관점을 취하였다. 교육구의 입장에서 종교의 자유 조항이 상고인의 기도를 보호하는지 여부나 그의 기도가 표현의 자유 조항에 의하여 보호되는 표현에 해당하는지 여부는 중요하게 여기지 않았다. 또한 교육구가 실제로는 상고인의 표현을 지지한 바 없고 이를 지지하였다고 지적받은 바도 없으며 오히려 상고인의 기도가 금지된 이후에야 대중의 강한 반응이 뒤따랐다는 점도 중요하지 않았다. 교육구는 합리적인 목격자가 ‘교육구가 상고인의 기도를 허용함으로써 이를 지지하였다’고 오해하여 받아들일 여지가 있다는 이유로, 헌법 수정 제1조를 통해 보호되는 다른 권리를 침해하더라도 상고인의 종교적 행위를 금지해야 한다고 보았다. 결국, 교육구 당국은 한쪽에는 국교설립금지 조항을, 다른 한쪽에는 종교의 자유와 표현의 자유 조항을 두고 스스로를 그 가운데에 위치시킨 후, 스스로 만든 함정에서 빠져나오기 위하여 어느 한 쪽을 선호하는 방식을 택한 것이다.³²⁾

30) “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.”

31) *Everson v. Board of Ed. of Ewing*, 330 U.S. 1, 13, 15 (1947).

32) *Capitol Square Review and Advisory Bd. v. Pinette*, 515 U.S. 753, 768 (1995) (다수의견); *Shurtleff v. Boston*, 596 U.S. __, __ (2022).

자신들의 주장을 뒷받침하기 위해 교육구는 *Lemon* 판결³³⁾ 및 그 후속 판결에 의지했고, 제9연방항소법원은 이에 동의했다. *Lemon* 판결에서, 연방대법원은 국교설립금지 조항에 대한 주장을 다루기 위한 심사기준을 제시했다.³⁴⁾ *Lemon* 심사는 법률의 목적, 효과 그리고 종교와의 잠재적인 연관성을 고려해 법률의 국교설립금지 조항 위반 여부를 가려야 한다는 것이었다.³⁵⁾ 이후 해당 심사는 합리적인 목격자가 쟁점이 된 정부의 행위를 종교에 대한 지지 행위로 간주하는지에 대한 평가로 발전하게 되었다.³⁶⁾

하지만 교육구와 연방항소법원이 근거로 하고 있는 *Lemon* 심사는 연방대법원이 이미 폐기한 이론이다.³⁷⁾ 연방대법원은 *Lemon* 심사가 하급심 법원들을 혼란스럽게 만들었고, 동일한 본질을 가진 문제들에 대해 다른 판결을 야기하는 결과를 가져왔다고 보았다.³⁸⁾ 공립학교나 공공기관이 개인의 종교적 표현을 검열하지 않는다고 해서 반드시 국교설립금지 조항을 위반하는 것은 아니다.³⁹⁾ 국교설립금지 조항이 정부로 하여금 합리적인 목격자가 종교에 대한 정부의 지지 또는 참여로 받아들일 만한 행위를 공공의 영역에서 추방하도록 하는 것도 아니다.⁴⁰⁾ 최근에도 연방대법원은 *Lemon* 판결을 근거로 종교적 표현을 검열하려는 정부기관의 주장을 전원일치의 의견으로 배척하였다.⁴¹⁾ *Lemon* 판결을 대신해서, 연방대법원은 국교설립금지 조항이 “역사적인 관행과 이해에 대한 참고(reference to historical practices and understandings)”를 바탕으로 해석되어야 한다고 판시했다.⁴²⁾ 법원과 정부는

33) *Lemon v. Kurtzman*, 403 U.S. 602 (1971).

34) *American Legion v. American Humanist Assn.*, 588 U.S. __, __ (2019) (다수의견).
(관련하여, 헌법재판연구원, 제1차 세계대전 전사자를 기리는 대형 십자가상의 국교설립금지조항 위반 여부, 세계헌법재판 조사연구보고서, 2020 제3호, 11-21쪽 참고.)

35) *Lemon v. Kurtzman*, 403 U.S. 602, 612-613 (1971).

36) *County of Allegheny v. American Civil Liberties Union, Greater Pittsburgh Chapter*, 492 U.S. 573, 593 (1989); *Lemon v. Kurtzman*, 403 U.S. 602, 630 (1971); *Shurtleff v. Boston*, 596 U.S. __, __ (2022).

37) *American Legion v. American Humanist Assn.*, 588 U.S. __, __ (2019) (다수의견); *Town of Greece v. Galloway*, 572 U.S. 565, 575-577 (2014).

38) *Capitol Square Review and Advisory Bd. v. Pinette*, 515 U.S. 753, 768-769 (1995) (다수의견).

39) *Board of Ed. of Westside Community Schools (Dist. 66) v. Mergens*, 496 U.S. 226, 250 (1990) (다수의견).

40) *Van Orden v. Perry*, 545 U.S. 677, 699 (2005) (보충의견).

41) *Shurtleff v. Boston*, 596 U.S. __, __ (2022).

허용되는 표현과 허용되지 않는 표현 사이의 경계를 나눌 때, 대상 표현이 역사와 부합하고 미국 헌법 제정자들의 이해를 충실하게 반영하는지 여부를 확인해야 한다.⁴³⁾ 하지만 교육구와 제9연방항소법원은 새로운 기준을 따르지 않았다.

교육구는 상고인의 종교적 행위를 규제하지 않으면 학생들에게 기도를 강요한 것에 대한 책임을 져야 하므로 국교설립금지 조항에 의해 종교적 행위에 대한 규제가 정당화된다고 주장한다. 하지만 증거는 이러한 주장을 뒷받침하지 못한다. 국교설립금지 조항의 역사적 이해에 부합하게, 연방대법원은 정부가 종교의식에 대한 참여를 강요할 수 없다고 판시해 왔다.⁴⁴⁾ 정부는 시민들로 하여금 교회에 참석하도록 하거나 공식적인 종교 행사에 참여하도록 강요할 수 없다.⁴⁵⁾ 하지만 이번 사건에서 상고인의 종교적 행위는 금지된 정부의 강요 행위와는 거리가 멀다. 교육구가 상고인에게 보낸 회신에서 강요 행위에 관련한 부분은 전혀 찾아볼 수 없다. 학생들이 상고인의 기도에 참여하도록 직접적으로 강요당하였다는 점에 관한 증거가 없다는 것이 공식 문서에서 드러난다. 상고인 또한 자신이 학생들에게 어떠한 종교적 행위에도 참여하도록 강요하거나 요청한 적이 없다고 반복적으로 주장했다. 오히려 그는 교육구 당국이 라커룸에서의 기도와 동기를 부여하는 대화 중 종교적 발언의 중단을 요청했을 때 기꺼이 그 요청을 받아들였다. 상고인은 오직 학생들이 응원가를 부르는 데 집중하고 있거나 라커룸이나 버스로 돌아간 후에 혼자 경기장 위에서 기도하기를 원했다. 다시 말해 상고인은 다른 학생들이 자신의 종교적 행위에 동참하도록 강요한 적이 없다는 것이다.

물론 상고인이 경기장 위에서 조용히 기도를 하게 된다면 몇몇 사람들이 그의 종교적 표현을 목격하게 될 것이다. 하지만, 다른 사람의 표현이나 기도를 용인하는 것은 다원주의 사회에서 살아가면서 배워야 하는 것이다. 연

42) *Town of Greece v. Galloway*, 572 U.S. 565, 576 (2014); *American Legion v. American Humanist Assn.*, 588 U.S. __, __ (2019) (다수의견).

43) *Town of Greece v. Galloway*, 572 U.S. 565, 577 (2014).

44) *Zorach v. Clauson*, 343 U.S. 306, 314 (1952).

45) *Lee v. Weisman*, 505 U.S. 577, 589 (1992).

방대법원은 “중학생들은 종교를 차별하지 않기 위해 허용되는 표현들이 곧 종교를 지지하거나 강요하는 것이 아니라는 것을 이해할 정도로 충분히 성숙했다.”라고 판단한 바도 있다.⁴⁶⁾ 어떤 사람들은 어느 표현이나 기도에 대해 불쾌감을 느낄 수 있지만, 그렇다고 해서 이를 그 행위에 참여할 것을 강요당하는 것과 동일시할 수는 없다.⁴⁷⁾

교육구는 이에 대해 상고인이 코치로서 학생들에게 엄청난 권위와 영향력을 행사하였고, 학생들이 기도에 참여해야 한다는 부담감을 느꼈을 가능성이 있다고 반박한다. 이를 뒷받침하기 위해 교육구는 상고인이 정직당한 후 몇몇 학부모들이 자신의 자녀가 오직 팀에서 고립되지 않기 위해 종교행위에 참여했다고 교육구의 직원들에게 말했다는 내용의 증거를 제시했다. 하지만 교육구의 이러한 주장은 잘못되었다. 교육구는 입증을 위해 전문 증거(hearsay)를 증거로 삼고 있다. 또한 학부모들이 진술하였다는 종교적 행위는 라커룸에서 했던 기도와 경기 후에 했던 동기를 부여하는 대화 중의 종교적 언급으로, 상고인이 오기 전부터 전통적으로 행해졌던 것이거나 상고인이 정직되기 전 이미 그만두었던 것이다. 상고인이 경기 후 조용히 혼자 기도하는 것에 대해 학생들이 부담을 느꼈다는 증거는 어디에서도 찾아볼 수 없다. 오히려 상고인이 2015년 10월에 했던 세 번의 침묵 기도에는 어떠한 Bremerton 학생도 참여하지 않았다. 따라서 상고인의 침묵 기도에 의해 학생들이 부담감을 느꼈다는 교육구의 주장은 받아들일 수 없다.

마지막으로, 교육구는 교사나 코치에 의해 보여지는 모든 종교적 행위는 허용될 수 없는 강요 행위로 보아야 한다고 주장한다. 교육구는 본질적으로 교사나 코치의 모든 공개적인 종교적 표현은 허용될 수 없다고 주장한 것이다. 이러한 주장은 국교설립금지 조항의 법리가 정상적으로 기능하지 못하고 있다는 점을 확실하게 보여준다. 교육구는 종교의 자유를 보호한다는 미명하에 법원으로 하여금 오히려 종교의 자유를 억압하도록 하고 있다. 헌법 수정

46) *Board of Ed. of Westside Community Schools (Dist. 66) v. Mergens*, 496 U.S. 226, 250 (1990) (다수의견).

47) *Town of Greece v. Galloway*, 572 U.S. 565, 589 (2014).

제1조가 이중으로 보호하는 종교적 표현을 보호하는 것이 아니라, 법원으로 하여금 세속적 표현을 선호하도록 유도하고 있다. 교육구가 주장하는 법리에 따르면, 학교는 점심시간에 조용히 식사 기도를 하는 교사, 학교에서 야물커(yarmulke)⁴⁸⁾를 쓰고 있는 교사, 쉬는 시간에 기도를 드리는 교사를 모두 징계할 수 있을 뿐만 아니라, 징계해야 한다. 교육구의 주장은 사적인 표현을 허용하는 것이 다른 사람들을 그 표현에 참여하도록 강요하는 것은 아니라고 보는 연방대법원의 전통적인 관점에 반하는 것이다.⁴⁹⁾ 또한 다양한 표현 행위를 용인하는 것이 다원주의 사회에서 배워야 할 것들 중 일부라는 헌법적 전통을 무시하는 것이다.⁵⁰⁾

이번 사건은 공립학교에서의 기도가 학생들에게 강압적이었다고 판단한 선례들과는 매우 다르게 보인다. *Lee* 판결⁵¹⁾에서, 연방대법원은 학교 졸업식에서 성직자가 기도를 낭독하도록 한 것은 학생들의 참여를 직접적으로 강요한 것으로 국교설립금지 조항 위반에 해당한다고 보았다. 또한, *Santa Fe* 판결⁵²⁾에서 연방대법원은 미식축구 경기 전에 매년 공공 방송 설비를 통해 기도를 방송한 것이 국교설립금지 조항 위반에 해당한다고 판단했다. 상고인이 받은 징계의 원인이 된 종교적 행위는 위 판결들의 사안과는 구별된다. 그의 기도는 방송되지도, 대중들 앞에서 낭독되지도 않았다. 또한 이번 사건에서 학생들은 종교적 행위에 참여하도록 요구받거나 기대되지 않았다. 사실 상고인의 학생들은 징계의 원인이 된 2015년 10월의 세 번의 기도 중 어느 것에도 참여하지 않았다.

마. 법정의견의 결론

교육구의 주장은 종교의 자유와 표현의 자유를 포함하는 헌법 수정 제1조의 자유와 같은 조문에 규정된 국교설립금지 조항에서 명시하는 의무 사이

48) 유대인 남자들이 머리 정수리 부분에 쓰는, 작고 둥글납작한 모자이다.

49) *Town of Greece v. Galloway*, 572 U.S. 565, 589 (2014).

50) *Lee v. Weisman*, 505 U.S. 577, 590 (1992).

51) *Lee v. Weisman*, 505 U.S. 577 (1992).

52) *Santa Fe School Dist. v. Doe*, 530 U.S. 290 (2000).

의 갈등 관계와 왜 헌법 수정 제1조의 어느 한 조항이 다른 두 조항보다 우위에 있는지에 대한 논거를 제시하는 데 집중했다. 하지만 어떠한 논거도 국교설립금지 조항에 따른 의무가 종교의 자유 및 표현의 자유보다 중대하다는 것을 보여주지 못했다. 위와 같은 갈등은 국교설립금지 조항에 대한 잘못된 이해를 바탕으로 형성된 것으로, 사실은 존재하지 않는 것이다.⁵³⁾

자유롭고 다원적인 국가에서 종교적 표현에 대한 존중은 그 표현이 사적인 공간에서 이루어진 것이든 경기장 위에서 이루어진 것이든 관계없이 필수적이다. 이번 사건에서 정부는 짧고 개인적인 종교 의식을 근거로 개인을 제재하려 했다. 정부가 제시한 유일한 근거는 종교 의식을 색출하고 이를 규제하여야 한다는 - 이에 상응하는 세속적 표현이 허용되는 경우라 하더라도 - 잘못된 관점에서 비롯되었다. 연방헌법은 그러한 차별을 강제하지도 용인하지도 않는다. 따라서 상고인의 헌법 수정 제1조 위반에 관한 청구는 약식판결(summary judgment) 절차를 통해 인용되어야 한다. 연방항소법원의 판결을 파기한다.

2. Thomas 대법관의 보충의견(1인 의견)

법정의견이 Bremerton 교육구가 상고인의 헌법 수정 제1조의 권리를 침해했다고 판단한 것에 동의한다. 하지만 법정의견은 상고인의 종교의 자유 침해 주장에 관한 두 가지 쟁점을 해결하지 못했다.

먼저, 연방대법원은 정부기관 직원의 종교의 자유가 일반 시민의 종교의 자유와 다른지, 다르다면 어떻게 다른지에 대해 설명하지 않았다. 정부기관 직원의 헌법상 권리와 고용 상황의 현실 사이의 균형을 맞추기 위해 연방대법원은 쟁점이 된 해당 직원의 권리가 관련 헌법 조항의 근본적인 문제를 내포하고 있는지 또는 그 권리가 고용주로서의 정부의 요건보다 후순위가

53) *School Dist. of Abington Township v. Schempp*, 374 U.S. 203 (1963).

될 수 있는지 여부를 고려해 왔다.⁵⁴⁾ 위와 같은 질문은 연방대법원으로 하여금 예컨대 표현의 자유 측면에서는 표현의 종류를 나누어 보도록 했다. 연방대법원은 헌법 수정 제1조가 정부기관 직원의 표현 중 공적인 주제를 다루는 표현만을 보호한다고 판시한 바 있다.⁵⁵⁾ 하지만 이와 유사한 분류기준이 종교의 자유에 관한 청구에도 적용되는지 또는 적용되어야 하는지 여부는 여전히 미결의 문제로 남아있다.

다음으로, 이 사건에서는 어느 심사기준이 적용되는지 여부와 관계없이 교육자가 상고인에 대한 징계를 정당화할 수 있는 헌법적 근거를 전혀 제시하지 못하였기 때문에, 연방대법원은 정부가 정부기관 직원의 종교적 표현 제한을 정당화하기 위해 정부가 어떠한 입증책임을 부담하는지를 정하지 않았다. 연방대법원은 많은 판결에서 표현의 자유와 관련하여 *Pickering-Garcetti* 심사기준을 적용했지만, 종교의 자유와 관련해서는 해당 심사기준을 적용한 적이 없다. 그러므로 고용주인 정부기관의 입증책임은 정부기관 직원의 청구가 헌법 수정 제1조 중 어느 조항에 기초한 것인지에 따라 달라질 수 있다.

3. Alito 대법관의 보충의견(1인 의견)

이번 사건의 대상이 되는 표현은 이전의 정부기관 직원의 표현의 자유와 관련한 판례에서의 표현과는 다른 것이다. 이번 청구인의 표현은 업무 공간에서 이루어졌지만 업무 시간이 아닌 잠깐 주어지는 사적인 시간에 발생했다. 해당 표현 행위 당시 청구인은 완전히 사적인 영역에 있었다. 연방대법원은 이러한 표현에 대해 어떠한 심사기준을 적용할지 결정하지 않았고 어떠한 심사기준에 의하더라도 해당 표현에 대한 징계가 어떠한 기준에도 정당화되지 않는다고만 판결했다. 이러한 이해를 전제로, 법정의견에 모두 동

54) *Engquist v. Oregon Dept. of Agriculture*, 553 U.S. 591, 600 (2008).

55) *Engquist v. Oregon Dept. of Agriculture*, 553 U.S. 591, 600 (2008).

의한다.

4. Sotomayor 대법관의 반대의견(3인 의견)⁵⁶⁾

가. 반대의견의 개괄

이번 판결의 쟁점은 공립학교가 학교 직원이 학교 행사 중 무릎 꿇고 머리 숙이고 기도를 하도록 허락해야 하는지에 관한 것이다. 미국 헌법은 공립학교가 해당 행동을 수용할 수 없도록 하고 있다.⁵⁷⁾ 연방대법원은 지금까지 학교 직원이 기도를 인도하는 것은 위헌이라고 일관되게 판단해 왔다. 학교 직원이 인도하는 기도는 헌법 수정 제1조의 학생들과 학부모들의 종교의 자유에 대한 헌법적 보호를 깨뜨리는 것이다.

최근 연방대법원은 이전과는 다른 논증으로 개인의 종교적 표현을 보호하는 종교의 자유 조항에 거의 배타적인 초점을 맞추고 있다. 반면, 국교 수립을 금지하는 국교설립금지 조항에 대해서는 소홀히 하고 있다.⁵⁸⁾ 법정의견은 상고인의 기도를 조용하고 개인적인 것으로 묘사하고 있지만, 이는 사실을 잘못 해석하는 것이다. 사건 기록은 상고인이 미식축구 경기장 중앙에서 남들에게 보이는 기도를 오랜 시간 동안 해 왔다는 것을 보여준다. 상고인은 학생들이 기도에 참여하도록 독려해 왔고 같은 시간에 같은 장소에서 다년간 학생 선수들의 기도를 인도해 왔다. 법정의견은 이러한 사실들을 무시하고 있다. 만약 이 사건에서 교육구가 종교를 지지하는 것으로 비춰지는 것을 피하기 위해서 상고인을 징계한 것이 아니라 그가 반복적으로 학교 프로그램을 방해하고 학교 정책을 위반하여 징계한 것이라고 주장하였다면 이번 판결은 달라졌을 것이다.

이번 판결은 단순히 사건 기록을 잘못 해석한 것을 넘어, *Lemon* 판결을

56) Sotomayor, Breyer, Kagan 대법관의 의견.

57) *Engel v. Vitale*, 370 U.S. 421 (1962).

58) *Carson v. Makin*, 596 U.S. __, __ (2022) (Breyer 대법관 반대의견).

뒤집고 수십 년 동안 쌓인 판례들에 대하여 의문을 제기했다. 이 과정에서 법정의견은 정부가 종교를 지지하는 것에 대한 오랜 논의들을 무시하고 “역사와 전통” 심사(“history and tradition” test)라는 것으로 판단의 기준을 만들어버렸다. 또한 법정의견은 국교설립금지 조항이 정부가 종교 활동에 참여하도록 강요하는 것을 금지한다는 것을 확인하면서도 강요 해당 여부에 대해서는 학생들이 학교 지원 활동에 참여함에 있어 직면하게 되는 고유한 부담감을 간과한 채 형식적인 심사만을 하였다. 이번 판결은 학교와 학생들뿐만 아니라 국교 분리를 약속한 우리 국가에 대한 폐해이다. 이에 법정의견에 정중히 반대한다.

나. 법정의견과 다른 사실관계

교육구가 상고인을 처음 고용할 때, 그의 업무는 경기가 끝나고 학생들이 집에 돌아갈 때까지 그들의 활동을 감독하는 것을 포함했다. 교육구는 상고인이 코치로서 항상 체육인다운 모습을 보여주며 선수들의 조언자나 모범이 될 것과 교육구의 정책과 규정을 준수할 것을 요청했다. 교육구의 “종교 관련 활동과 관행” 정책에 따르면, 학교 직원은 학생들이 기도나 다른 종교적인 활동에 참여하는 것을 독려하거나 금지하지 말아야 한다. 또한, 교육 시간동안 학교 시설에서 행해지거나 학교의 지원을 받는 활동이나 학교와 관련된 활동과 연계된 일체의 종교 행사나 모임은 금지된다.

이번 사건에서 상고인은 경기가 끝나고 상대팀과 악수를 하자마자 경기장 중앙에서 무릎을 꿇고 기도했다. 상고인은 처음에는 혼자 기도했고, 학생들에게 참여를 요구한 적이 없다고 주장했다. 하지만 시간이 지나며 팀의 대부분이 기도에 참여하기 시작했다. 상고인의 종교적 행위는 경기 후 동기를 부여하는 대화 시간 중에 학생들이 주변에 무릎을 꿇고 있는 동안 공개적으로 종교적 언급을 하는 정도까지 확장되었다. 또한 상고인은 자신이 부임하기 전부터 이어져 오던 라커룸 기도를 인도하기 시작했다.

이에 9월 17일 경기가 시작되기 전, 교육구 감독관은 상고인이 경기장과 라커룸에서 기도를 인도하는 것이 국교설립금지 조항을 위반할 위험이 있다는 내용의 의견을 서면으로 전달했다. 교육구는 상고인이 학생들을 종교적 행위에 참여하도록 직접적으로 요구하거나 독려하지는 않았다는 것은 인정했지만, 학교 직원이 간접적으로라도 학생들이 종교적 행위에 참여하도록 요구하거나 독려하면 안 된다고 강조했다. 또한 업무시간 동안 항상 종교적인 중립성을 유지해야 한다고 말했다. 교육구는 종교적 행위가 업무를 방해하지 않는 선에서는 자유롭게 행해질 수 있다고 설명했다. 하지만 상고인은 교육구 감독관과 팀 수석코치의 제지를 받은 이후에도 2경기 동안 경기장 위에서 계속해서 기도했고 교육구는 이에 대해 우려를 제기했다.

이후 상고인은 라커룸에서 기도를 이끌던 것을 멈췄고, 경기 후 동기부여 대화를 하는 동안 종교적 언급을 하지 않았다. 그리고 그는 업무가 모두 끝나고 다른 사람들이 경기장을 떠난 후 경기장에 돌아가 혼자 기도를 했다. 교육구는 이에 대해 아무런 이의를 제기하지 않았다. 하지만 상고인은 10월 14일 변호사를 통해 자신의 기도가 신실한 신앙에서 비롯된 것이라고 설명하는 서신을 교육구에 보냈다. 해당 서신에는 상고인이 경기가 끝난 뒤 다시 경기장 위에서 기도를 할 것이라는 내용이 포함되어 있었다. 그리고 다음 경기가 있기 전, 상고인은 다수의 기자들을 초청해 자신이 경기가 끝나고 경기장 위에서 계속해서 기도할 것이라고 발표했다. 이에 대해 교육구는 10월 16일 회신을 통해 상고인이 중대한 오해를 하고 있다고 반박했다. 해당 회신에서 교육구는 상고인이 9월 17일 경기에서는 다른 학생들이 기도에 참여하도록 독려하지는 않았지만 이전에 이미 다른 학생들을 기도에 참여하도록 한 사실이 있다고 인정하였음을 확인하였다. 또한 경기가 끝나더라도 학생들이 모두 해산할 때까지는 상고인에게 학생들을 감독할 책임이 있다는 것을 지적하였다. 하지만 상고인이 학생들이 해산한 뒤 경기장으로 돌아와서 기도를 하는 것에 대해서는 전혀 반대하지 않는다고 언급하였다.

10월 16일 상고인은 경기가 끝나고 상대팀과 악수를 마친 뒤, 학생들이 응

원가를 부르는 동안 경기장 위에 올라가 기도하기 위해 무릎을 꿇었고, 상대 팀 선수들과 코치들이 상고인의 기도에 합류했다. 이후 10월 23일 교육구는 10월 16일 경기 후 상고인이 한 행동이 자신들의 지시사항과 맞지 않는다는 내용의 서신을 보냈다. 상고인이 경기 후에 학생들을 제대로 지도하지 않았다는 것과 상고인의 기도가 국교설립금지 조항을 위반할 수 있다는 것이 그 이유였다. 교육구는 다시 한 번 상고인에게 업무에 방해되지 않고 국교설립 금지 조항에 어긋나지 않는 선에서 기도할 것을 요청했다. 또한 더 이상 지시사항을 어기게 된다면 징계나 해고가 있을 것이라고 경고했다. 이후 상고인은 언론을 통해 자신은 경기 직후에 경기장 위에서 계속해서 기도할 것이라고 발표했고, 이후 10월 23일 경기와 26일 경기에서 경기 후 활동이 이루어지는 동안 경기장 위에서 기도를 했다. 10월 23일에는 선수들이 근처에 서 있는 동안 혼자 기도를 했고, 10월 26일에는 관중들에 둘러싸여 기도를 했다. Bremerton 학생들은 상고인이 기도를 마치고 자리에서 일어난 후에 합류했다. 결국 10월 28일 서신에서, 교육구는 상고인이 10월 16일, 10월 23일, 10월 26일 경기 후에 경기장 위에서 무릎 꿇고 기도한 것을 근거로 유급 징직 명령을 내렸다. 교육구는 상고인과 종교적 행위에 관해 논의하기를 원했지만 상고인이 이를 거부했기 때문에 이런 결정을 내린 것이라고 설명했다.

다. 국교설립금지 조항의 위반 여부

이번 사건은 단순히 직장에서 하는 개인적인 기도를 제한하는 것에 관한 것이 아니다. 이번 사건은 학교 직원이 학교 행사에서 개인적인 종교적 신념을 드러내고 그것이 학생들에게 종교를 옹호하는 오랜 전통으로 비추어질 가능성이 있을 때, 교육구가 직원이 해당 행위를 하도록 허락해야 할지에 관한 것이다.

국교설립금지 조항은 국가가 국교를 설립하는 법을 제정하는 것을 금지하고 있다.⁵⁹⁾ 헌법 수정 제1조의 종교의 자유 조항은 국가가 종교의 자유를 억

59) *Wallace v. Jaffree*, 472 U.S. 38, 49 (1985).

압하는 법을 만드는 것을 금지하고 있다. 두 조항을 함께 보면, 종교적 신념과 행위는 매우 중요하기 때문에 국가가 규정하거나 금지할 수 없다는 관점이 드러난다.⁶⁰⁾ 대신, 종교적 신념이나 예배를 지키고 전파하는 것은 소명을 추구할 자유가 있는 개인의 영역에 있다는 것을 알 수 있다.

국교설립금지 조항은 국가와 종교의 분리를 명함으로써 자유를 보호하고 있다.⁶¹⁾ 연방대법원은 초등학교와 중학교에서 국교설립금지 조항을 준수하는 것에 대해 특별한 관심을 기울이고 있다.⁶²⁾ 그 이유는 학교의 본질과 그들이 교육하는 학생들 때문이다. 먼저, 공립학교가 사회에서 하는 역할로 인해 공립학교에서의 종교적 중립성은 매우 중요하다. 공립학교에서 학부모는 학생들이 개인의 종교적 신념에 반하는 종교적 관점을 주입시키는 교육이 이루어지지 않을 것이라는 믿음에 기반하여 학교에 자녀들의 교육을 맡긴다. 두 번째 이유로, 학교는 다른 정부기관의 경우에 비하여 학생들을 종교나 종교적 행위에 위협적으로 참여시킬 위험성이 더 높다.⁶³⁾ 학교는 미묘한 압박감에 취약한 어린 학생들에게 큰 영향력을 행사하기 때문이다.⁶⁴⁾ 이러한 점들에 비추어 볼 때, 지금까지 연방대법원이 공립학교의 활동에 기도를 결합시키는 행위에 대해 학생의 참여가 필수적인 경우가 아니거나 해당 기도가 침묵 속에서 이루어진 경우라 하더라도 이를 위협이라고 판단한 것은 당연하다.⁶⁵⁾ 심지어 연방대법원은 학교 미식축구 경기에서 직원이 아니라 학생들이 자발적으로 시작한 기도에 대해서도 위협이라는 판결을 내렸다.⁶⁶⁾

이러한 선례들에 따르면 이번 사건에서 국교설립금지 조항이 위반되었다는 것은 분명하다. 연방대법원은 학교 행사에서 종교적 행위를 지시하는 정부기관의 직원은 학생들의 기도와 관련한 법을 위반한 것이라고 판단한 바 있다.⁶⁷⁾ 이번 사건에서 상고인은 정부가 후원하는 학교 관련 행사에서 공개적

60) *Lee v. Weisman*, 505 U.S. 577, 589 (1992).

61) *Cutter v. Wilkinson*, 544, U.S. 709, 719 (2005).

62) *Edwards v. Aguillard*, 482 U.S. 578, 583-584 (1987).

63) *Lee v. Weisman*, 505 U.S. 577, 587 (1992).

64) *Lee v. Weisman*, 505 U.S. 577, 588 (1992).

65) *Wallace v. Jaffree*, 472 U.S. 38 (1985); *School Dist. of Abington Township v. Schempp*, 374 U.S. 203 (1963); *Engel v. Vitale*, 370 U.S. 421, 424 (1962).

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

으로 단체 기도를 하는 동안 학교 직원으로서 국유지에 있었다.⁶⁸⁾ 비록 미식 축구 경기 자체는 끝났다고 하더라도 행사는 종료된 것이 아니었고, 상고인 스스로 선수들이 집으로 돌아갈 때까지 자신의 직무에 충실해야 한다는 점을 인정했다. 경기가 끝난 직후 경기장 위에서 기도를 하는 것은 학교 당국의 허가를 받은 학교의 전통으로 보일 수밖에 없다.

또한 상고인의 기도는 연방대법원의 국교설립금지 조항 관련 법리의 핵심인 강요성을 내포하고 있다. 연방대법원은 이전부터 학교 직원과 관련된 사건에서 더 큰 강요의 위험성을 인식해 왔다. 학교 직원들이 기도를 관찰·감독하는 것이 학생들에게는 다른 경우였다면 참여를 거절하였을 기도를 이끄는 것처럼 느껴질 수 있기 때문이다.⁶⁹⁾ *Santa Fe* 판결에서, 연방대법원은 선수들이 미국 고교 미식축구 행사를 통해 동료로부터 더 큰 사회적인 압박감을 받는다는 것을 인정했다.⁷⁰⁾ 연방지방법원은 몇몇 학생들이 사회적인 압박감으로 인해 상고인의 기도에 참여했다는 증거를 발견했다. 상고인은 혼자서 조용히 기도를 했다고 주장했지만, 다수의 학생들이 참여하며 상고인의 종교적 행위는 다른 학생들에게 부담감을 주게 되었다.

한편, 상고인은 정직당하기 전 마지막 3경기에서의 공개적인 기도는 혼자 침묵하며 했기 때문에 사적인 것으로 국교설립금지 조항을 위반하지 않는다고 주장했다. 하지만 연방대법원의 선례는 쟁점이 되는 정부의 행위를 전후 사정과 분리해서 보지 않는다. 오히려 연방대법원은 국교설립금지 조항과 관련된 심사는 사실인정에 중점을 두는 것이고(fact specific), 행위의 원인과 실질적인 현실을 고려해야 한다고 보았다.⁷¹⁾ *Santa Fe* 판결에서, 연방대법원은 미식축구 경기에서의 기도와 관련한 정책을 새로 시행하는 것이 “해당 기도의 재개를 헌법적 심사로부터 배제(insulates the continuation of such prayers from constitutional scrutiny)”하는지 여부를 결정하는 방법에 대하

67) *Lee v. Weisman*, 505 U.S. 577, 586-587 (1992).

68) *Santa Fe Independent School Dist. v. Doe*, 530 U.S. 290, 302 (2000).

69) *Lee v. Weisman*, 505 U.S. 577, 590 (1992).

70) *Santa Fe Independent School Dist. v. Doe*, 530 U.S. 290, 311 (2000).

71) *Lee v. Weisman*, 505 U.S. 577, 597 (1992).

여 구체적으로 다루었다. 해당 판결에서 정부의 종교적 행위가 국교설립금지 조항을 위반했는지 여부는 개별 사실이 아닌 사회적 사실관계(social facts)를 법적으로 해석한 것을 기초로 판단되어야 한다고 보았다.⁷²⁾ 연방대법원은 이러한 쟁점을 검토함에 있어서는 반드시 정책 변화를 둘러싼 주변상황, 정책 변화 전의 전통, 그리고 해당 학교의 특별한 상황을 고려해야 한다고 판시했다.⁷³⁾

상고인의 마지막 세 번의 기도는 완전히 새로운 것이 아니라 이전부터 있었던 전통의 동일 선상에 있었다. 학생들은 마지막 세 번의 경기에서 상고인이 지난 몇 년 동안 그들의 기도를 이끌었던 것과 같은 시간에 같은 장소에서 기도를 하는 것을 목격했고, 상대팀 선수들이 자신들이 했던 것처럼 상고인의 기도에 참여하는 것을 보았다. 세 번의 기도에서 Bremerton 학생들이 참여하지 않았다는 사실이 위 기도들을 국교설립금지 조항을 준수한 것으로 만들지는 않는다. 상고인의 기도가 학생들에게 부담감을 주었다는 것이 분명하기 때문이다. 상고인 스스로도 그의 계속되는 기도 관행이 학생들의 참여를 유도할 것을 분명히 예상하였고, 그는 교육구에 앞으로 학생들이 자신의 기도에 참여하는 것을 방해하지 말 것을 요청하였다.

마지막으로 상고인은 자신이 명시적으로 학생들에게 기도에 참여도록 독려하지 않았음을 강조한다. 하지만 연방대법원의 선례는, 특히 학생들이 관련되어 있을 때에는 강요가 반드시 명시적일 필요는 없다고 보고 있다. 오히려 연방대법원의 국교설립금지 조항에 대한 법리는 정부가 종교를 강요하기 위해 사회적 압력을 이용해서는 안 된다는 것을 확인한다.

헌법상 권리는 절대적인 것이 아니다. 권리는 때때로 충돌하고 권리를 보호하기 위해 이익형량을 해야 하는 경우도 있다.⁷⁴⁾ 이번 사건에서 드러난 표현의 자유와 관련한 정부의 이익과 직원의 이익 사이에서의 갈등관계, 그리

72) *Santa Fe Independent School Dist. v. Doe*, 530 U.S. 290, 315 (2000).

73) *Lee v. Weisman*, 505 U.S. 577, 597 (1992).

74) *Dobbs v. Jackson Women's Health Organization*, 597 U.S. __, __ (2022). (Bremeyer, Sotomayor, Kagan 대법관의 반대의견).

고 공공기관의 종교적 중립성과 개인의 종교적 표현의 갈등관계는 전혀 새로운 것이 아니다. 연방대법원의 선례에 비추어 볼 때, 국교설립금지 조항을 위반하지 않으려는 교육구의 이익은 상고인의 표현과 종교적 자유의 행사를 시간적, 공간적으로 규제하는 것을 정당화한다. 먼저, 상고인의 표현의 자유 주장과 관련하여, 상고인은 정부에 고용되는 시점부터 자신의 표현의 자유에 대한 일정한 제한을 수락한 것이다.⁷⁵⁾ 연방대법원은 다른 사적 고용주와 같이 정부도 공공 서비스의 효율적인 제공을 위하여 직원들의 표현과 행동에 대하여 상당한 정도의 통제를 할 권한이 있다고 보았다.⁷⁶⁾ 선례는 ‘공적인 주제에 대한 언급과 관련한 교사의 시민으로서의 이익과 직원들을 통해 공공서비스의 효율성을 제고하기 위한 정부의 고용주로서의 이익’을 형량하여 어느 쪽의 이익이 우선해야 할지를 결정할 것을 요구한다.⁷⁷⁾ 마찬가지로, 상고인의 종교의 자유 주장을 판단함에 있어서는 그가 학교의 직원이라는 점과 따라서 그의 종교적 표현이 국교설립금지 조항 위반에 해당할 수 있다는 점을 염두에 두어야 한다. 다시 말해, 그가 직무를 수행하고 있는 동안 그가 원하는 시간에 그가 원하는 장소에서 기도할 자유는 절대적인 것이 아니다.⁷⁸⁾

이번 사건에서 상고인의 종교적 행위를 금지하는 교육구의 지침은 국교설립금지 조항을 준수하기 위해 면밀하게 재단되었다. 교육구의 정직 조치는 상고인의 오랜 시간 계속된 행동에 따른 것이었다. 교육구는 상고인이 계속 일을 할 수 있도록 방안을 찾아보고 그가 경기 관련 업무 중 또는 이후에 기도할 수 있도록 허락했지만, 상고인은 교육구의 제안을 거절하고 소통하기를 거부했다.

따라서 교육구의 조치는 엄격심사기준의 요건을 충족하는바, 상고인의 종교의 자유 침해 주장은 배척되어야 한다.

75) *Garcetti v. Ceballos*, 547 U.S. 410, 418 (2006).

76) *Garcetti v. Ceballos*, 547 U.S. 410, 418 (2006).

77) *Pickering v. Board of Ed. of Township High School Dist. 205, Will Cty.*, 391 U.S. 563, 568 (1968).

78) *Lee v. Weisman*, 505 U.S. 577, 587 (1992).

라. 법정의견에 대한 비판

이번 연방대법원의 판결은 국교설립금지 조항 및 종교의 자유 조항에 대한 잘못된 이해에서 비롯된 것이다. 이번 사건은 헌법 수정 제1조에 규정된 세 가지 조항과 관련되어 있다. 문제를 다루기에 앞서, 법정의견은 두 가지 오해로부터 출발한다.

먼저, 법정의견은 종교의 자유와 표현의 자유가 협력적인 관계(*working in tandem*)로서 종교적 표현에 대한 중첩적인 보호를 제공한다고 설명한다. 하지만 헌법 수정 제1조는 종교의 자유와 표현의 자유를 각각 상당히 다른 방식으로 보호한다.⁷⁹⁾ 헌법 수정 제1조는 정부가 표현에 참여한 경우라 하더라도 모든 표현을 보호함으로써 표현의 자유를 보호한다.⁸⁰⁾ 하지만 종교의 자유를 보호하는 방식은 그 반대이다. 정부가 종교적 논쟁이나 표현의 영역에서는 주된 참여자가 아닌 반면, 표현의 자유 영역에서는 중요한 표현의 대상이 된다는 점에서 그러하다.⁸¹⁾ 국교설립금지 조항으로 인해, 헌법 수정 제1조가 종교의 자유를 보호하는 방식은 표현의 자유를 보호하는 방식과 다르다고 보아야 한다.

두 번째로, 법정의견은 하급심 법원이 종교의 자유 조항과 국교설립금지 조항의 긴장관계를 언급한 것이 잘못되었다고 보았다. 하지만 연방대법원은 오랫동안 두 조항이 상호보완적인 가치를 표현하면서도 종종 갈등을 일으킨다고 보아 왔다.⁸²⁾ 법정의견은 상고인의 종교의 자유 주장에 집중하기 위해 갈등관계에 있는 다른 권리들을 인정하지 않았다. 두 조항 간의 긴장관계가 문제가 될 때 적절한 대응은 이를 무시하는 것이 아니라, ‘문제가 되는 행위가 종교적 신념이나 행위를 지지하거나 방해하기 위해 의도된 것인지 또는 그러한 효과를 가져오는 것인지 여부’에 대한 면밀한 심사를 통해 긴장관계

79) *Lee v. Weisman*, 505 U.S. 577, 591 (1992).

80) *Lee v. Weisman*, 505 U.S. 577, 591 (1992).

81) *Lee v. Weisman*, 505 U.S. 577, 591 (1992).

82) *Cutter v. Wilkinson*, 544, U.S. 709, 719 (2005).

를 확인하고 갈등하는 이익 사이의 균형을 맞추는 것이다.⁸³⁾

수십 년간 연방대법원은 국교설립금지 조항에 따라 이익형량을 할 때, 객관적인 목격자가 그 행위를 정부가 공립학교에서 기도를 지지한 것으로 인식할 것인지를 기준으로 판단해 왔다.⁸⁴⁾ 하지만 이번 사건에서 법정의견은 처음으로 이 기준이 중요하지 않다고 하며 *Lemon* 판결에서 정립된 심사기준을 폐기했다. 하지만 선례에 의해 확립된 정부의 지지 여부에 관한 심사기준은 상충하는 이익들을 처리할 수 있도록 고안된 명확하고, 실용적이고, 적용가능한 것이다.

Lemon 판결을 뒤집으면서, 법정의견은 새로운 기준을 제시한다. 그 기준은 국교설립금지 조항의 위반 여부를 판단하기 위해서 “역사적 관행과 이해를 참고”해야 한다는 것이다. 하지만 연방대법원은 역사적 관행을 구체적 사건에서 국교설립금지 조항의 위반 여부를 판단하기 위한 하나의 요소로 고려하여 왔을 뿐, 이것을 일반적인 심사기준이나 배타적인 기준으로 공표한 적이 없다.⁸⁵⁾ 법정의견은 ‘역사와 전통 심사’에 대한 의미 있는 설명을 장래로 미루고 이번에는 제대로 된 설명을 제시하지 않고 넘어갔다. 현재로서는 연방대법원의 역사와 전통 심사가 본질적으로는 학교 직원들에게 아무런 지침도 제공하지 않는다고 봐야 한다.

마지막으로, 법정의견은 국교설립금지 조항이 정부가 시민들에게 종교적 행위에 참여하도록 강요하는 것을 금지한다는 점을 확인하였으나, 강요 여부를 심사함에 있어서 기록과 선례를 잘못 해석했다. 교육구가 ‘학생들이 종교적 행위에 참여하도록 직접적으로 강요당하였다고 인정할 만한 증거는 없다’고 인정하였다는 이유만으로, 법정의견은 교육구가 강요성에 관한 주장을 하지 않았다고 보았다. 국교설립금지 조항 위반 여부가 문제되려면 강요가 직접적이어야 한다는 법정의견의 설명은 지금까지의 선례들과는 상반되는 것이다. 연방대법원은 지금까지 간접적인 강요 또한 국교설립금지 조항에 위반

83) *Walz v. Tax Comm'n of City of New York*, 397 U.S. 664, 668 (1970).

84) *Santa Fe Independent School Dist. v. Doe*, 530 U.S. 290, 308 (2000).

85) *American Legion v. American Humanist Assn.*, 588 U.S. __, __ (2019) (보충의견).

될 가능성이 있다고 판단해 왔다. 특히, 초등학교와 중학교에서 이루어지는 간접적인 강요에 대해서는 더 높은 수준의 우려를 보여 왔다.⁸⁶⁾

법정의견은 상고인의 기도가 ‘공개적으로 방송되거나 그 자리를 뜰 수 없었던 관중들을 대상으로 한 것’이 아니었다는 이유로 이 사건과 *Santa Fe* 판결을 구분하였다. 그러나 기도는 반드시 다른 사람들에게 전파되어야만 강요적인 것이 아니다. 이번 사건에서 상고인의 행동은 그의 말보다 더 큰 영향력을 갖는다. 그의 기도는 학생들이 경기 후 대화를 위해 기다리는 동안 의도적으로 관중들에게 영향을 주었고 학생들은 어쩔 수 없이 영향을 받는 상황에 처했다. 특히, 상고인의 기도는 학생의 기도가 아니라 경기 후 활동을 위해 여전히 직무를 수행하고 있던 코치의 기도였기 때문에 학생들에게 더 강요적일 수 있었다.

이번 사건은 코치가 경기장에서 무릎을 꿇고 기도한 것이 어떠한 상황에서도 국교설립금지 조항 위반에 해당하는지 여부에 대한 것이 아니라, 상고인이 종전에 수년간 부적절하게 학생들을 기도로 인도하여 학생들에게 참여를 강요한 바로 그 시간에, 바로 그 장소인 미식축구 경기장에서 공개적인 기도를 계속할 수 있도록 허용하는 것이 국교설립금지 조항에 위반되는지 여부에 관한 것이다. 법정의견은 이러한 맥락을 무시한 채 단순히 상고인의 세 번의 기도가 혼자 조용히 한 것이라는 이유만으로 다른 판례의 사안들과 이를 달리 취급하였다.

마. 반대의견의 결론

종교의 자유 조항과 표현의 자유 조항은 공동체에서 종교적 자유를 지키는데 동등하게 필수적인 역할을 한다. 종교의 자유 조항은 정부로부터의 약속이고, 표현의 자유 조항은 정부가 자유를 억압하지 못하도록 막는 방어벽이다.⁸⁷⁾

86) *Lee v. Weisman*, 505 U.S. 577, 592 (1992).

87) *Trinity Lutheran Church of Columbia, Inc. v. Comer*, 582 U.S. __, __ (2017) (반대의견).

이번 판결로 인해 법정의견은 그 방어벽을 약화시켰다. 한 개인의 종교적 자유를 증진시키기 위해 종교와 정부를 분리하는 사회 전체의 이익을 후퇴시켰다. 이번 판결은 공적 고용과 그로 인해 수반되는 제한에 자발적으로 동의한 공립학교 직원의 종교적 자유를, 공립학교에 출석하도록 강제되고 연방 대법원이 오랫동안 특별히 보호해야 할 필요가 있다고 인정하여 온 학생들의 자유보다 우선하였다는 점에서 특히 잘못되었다. 이번 판결은 종교의 자유를 위한 승리가 아니다. 이에 법정의견에 정중히 반대한다.

III. 판결의 의의

미국 헌법은 헌법 수정 제1조에서 “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.”라고 명시하고 있다. 이는 국교설립금지 조항과 종교의 자유 조항, 표현의 자유 조항으로 분리해서 볼 수 있다. 이번 판결에서 연방대법원은 청구인의 표현의 자유 조항 침해 여부를 판단하는 과정에서 국교설립금지 조항 위반 여부를 판단하기 위한 기준을 재정립한다. 정부는 표현의 자유 침해를 정당화하기 위해 국교설립금지 조항이 위반되었다는 것을 입증하는 과정에서 *Lemon* 판결을 인용하였지만, 연방대법원은 이를 받아들이지 않았다.

국교설립금지 조항은 정부가 특정한 종교를 보호하거나 특권을 부여하지 못하도록 한다. 위 조항의 위반 여부를 판단하기 위해 그동안 연방대법원은 *Lemon* 판결에서 제시한 3가지 심사기준을 따라왔다. *Lemon* 판결에 따르면, 정부의 정책이 국교설립금지 조항을 위반하지 않기 위해서는 그 목적이 세속적이어야 하고, 주요 효과가 특정 종교를 발전시키거나 금지시키는 것이 아니어야 하며, 종교와 정부의 과도한 연관성을 조성해서는 안 된다. 하지만

이번 판결을 통해 연방대법원은 약 40년간 적용해오던 *Lemon* 심사를 명시적으로 폐기했다. 대신 “역사적 관행과 헌법 제정자들의 이해”에 근거한 심사를 도입할 것을 선언했다. 하지만 연방대법원은 반대의견에서 Sotomayor 대법관이 언급한 것처럼 해당 심사에 대한 상세한 지침을 제시하지 않고 있다. 이번 판결에서는 상고인의 종교적 행위에 강요성이 없었다는 것을 근거로 국교설립금지 조항을 위반하지 않다고 설명하며, 역사와 전통에 근거한 심사기준이 종교적 행위의 강요성에 관한 것이라는 것을 보여준다. 하지만 이번 판결에서 강요성이 없다고 판단된 이유는 관련된 증거가 법원에 제출되지 않았기 때문이었다. 즉, 연방대법원은 어떤 기준으로 종교적 행위의 강요성을 판단할지에 대해 구체적으로 제시하지 않았다. 결론적으로 연방대법원은 이후 판결을 통해 국교설립금지 조항에 대한 심사 기준을 제시할 것으로 보인다.

우리나라에서는 헌법 제20조 제2항에서 정교분리의 원칙을 규정하고 있다.⁸⁸⁾ 이를 근거로 교육기본법 제6조 제1항에서는 “교육은 교육 본래의 목적에 따라 그 기능을 다하도록 운영되어야 하며, 정치적·과당적 또는 개인적 편견을 전파하기 위한 방편으로 이용되어서는 아니 된다.”라고 명시하고 있다.⁸⁹⁾ 즉, 공립학교에서 교사는 학생들에게 본인의 종교적 신념을 전파할 수 없는 것이다. 대법원은 2010. 4. 22. 선고 2008다38288 전원합의체 판결⁹⁰⁾에서 공교육체계에 편입된 종립학교의 학교법인이 가지는 종교교육의 자유의 한계에 대하여 판시한 바 있지만, 공립학교에서 금지되는 종교적 표현에 대한 기준을 법률이나 판례에서 구체적으로 정하고 있지는 않다.

88) 헌법 제20조 2항

국교는 인정되지 아니하며, 종교와 정치는 분리된다.

89) 성낙인, 헌법학 제20판, 법문사, 2020, 1225쪽.

90) 대법원은 위 판결에서, 공교육체계에 편입된 종립학교에서 신앙과 무관한 학생들을 상대로 종교교육을 실시할 경우에는 “그 종교교육의 구체적인 내용과 정도, 종교교육이 일시적인지 아니면 계속적인 것인지 여부, 학생들에게 그러한 종교교육에 관하여 사전에 충분한 설명을 하고 동의를 구하였는지 여부, 종교교육에 대한 학생들의 태도나 학생들이 불이익이 있을 것을 염려하지 아니하고 자유롭게 대체과목을 선택하거나 종교교육에 참여를 거부할 수 있었는지 여부 등의 구체적인 사정을 종합적으로 고려하여 사회공동체의 건전한 상식과 법감정에 비추어 볼 때 용인될 수 있는 한계를 초과한 종교교육이라고 보이는 경우에는 위법성을 인정할 수 있다.”라고 보았다.