

# ‘국기에 대한 맹세’의 법리 Whether the Pledge of Allegiance is Constitutional or Not

박영철 (법률실무과)  
Young Chul Park (Department of Law)

Key Words : 국기에 대한 맹세, 종교의 자유, 국교금지조항, 3부 기준, 강제기준, 인증기준, *Newdow* 사건, *Lee* 사건, *Lynch* 사건, *Wallce* 사건.

ABSTRACT : The Pledge of Allegiance to the Flag of the United States was first given national publicity through the official program of the National Public School Celebration of Columbus Day in October 12, 1892. The Pledge had been published in the Youth's Companion for September 8, 1892, and at the same time sent out in leaflet form throughout the country. During the Celebration it was repeated by more than 12,000,000 public school pupils in every state in the Union. The Pledge included the 23 words: "I pledge allegiance to my Flag, and to the Republic for which it stands: one Nation indivisible, With Liberty and Justice for all." The wording of the Pledge has been modified three times. In 1923, the words "the flag of the United States" were substituted for "my flag" and in 1924, "of America" was added. The last change in the Pledge of Allegiance occurred on June 14 (Flag Day), 1954 when President Dwight D. Eisenhower approved adding the words "under God"; "I pledge allegiance to the Flag of the United States of America and to the Republic for which it stands, one nation under God, indivisible, with liberty and justice for all."

Since 1970s the US Supreme Court has used three interrelated tests to analyze alleged violations of the Establishment Clause in the realm of public education: the 'three-prong' test set forth in *Lemon*; the "endorsement" test, first articulated by Justice O'Connor in her concurring opinion in *Lynch*, and later adopted by majority of the Court in *County of Allegheny*; and the "coercion" test first used by the Court in *Lee*. US Court of Appeals for the Ninth Circuit used the three tests in *Newdow v. US Congress*. In conclusion, the Ninth Circuit Court held that (1) the 1954 Act adding the words "under God" to the Pledge, and (2) Elk Grove Unified School District's policy and practice of teacher-led recitation of the Pledge, with the added words included, violate the Establishment Clause.

Today Korea is facing similar situations to those of the U.S.A., where a religious pluralism flourishes. The freedom of religion is more important than any other spiritual freedom. Therefore it should be secured strictly and inclusively. In solving religious conflicts which are raised under the religious pluralism, there should be some general rules or guidelines based upon rationality. American's experiences, specially efforts of the US Court which developed some guidelines for the solution of religious conflicts will suggest us some lessons. At any rate, there are some differences comparing the conditions between Korea and the U.S.A.. What we have to learn from the U.S.A. experiences is not the contents of precedents themselves, but the attitude of the US Court to do its best to fulfill the freedom of religion.

## 1. 서 설

국가와 민족을 상징하는 신성한 상징물로서 태극기는 독립운동, 광복, 민주화운동, 그리고 올림픽이나 월드컵 등과 같은 현장에서 국민의 삶과 함께 하여 왔다. 1882년8월 특명전권대신 겸 수신사인 박영효 일행이 일본에 갈 때 태극도형과 4괘를 담아 최초로 사용한 이후, 1883년 음

력 1월 27일 고종의 명에 의하여 태극기가 공식적으로 제정·반포되었다. 대한민국 정부 수립 후 문교부에 사학자·미술가·언론인 등 42명으로 구성된 “대한민국국기시정위원회”가 설치되어 오늘날과 같은 태극기를 국기로 채택하기로 하고, 1949년 10월 15일에 정식으로 공포하였다.

‘국기에 대한 맹세’는 1972년 8월 9일에 문교부가 각급 학교에서 이를 실시하도록 지침<sup>1)</sup>을 시달하면서 시작되었고, 1980년 10월 15일에 국무총리의 지침에 따라 국기에 대한 경례시 ‘국기에 대한 맹세’를 병행 실시하게 되었다.<sup>2)</sup> 이후 1984년 2월 21일에 국기의 제작·게양 및 관리에 관한 사항을 정한 “대한민국국기에 관한 규정”<sup>3)</sup>이 제정·공포되어 6차에 걸쳐 개정되어 오늘에 이르고 있다. 제1차 개정에서는 국기의 게양 및 강하시각을 개정하였고,<sup>4)</sup> 제2차 개정에서는 국기의 실내게양방법 및 게양대 규격 등을 일부 자율화하였으며,<sup>5)</sup> 제3차 개정에서는 국기 하강식 및 각종 행사에서 국기에 대한 경례 시 애국가를 연주할 경우 국기에 대한 맹세문 낭독을 생략할 수 있도록 하였고,<sup>6)</sup> 제4차 개정에서는 학교나 군부대를 제외한 국기의 24시간 게양, 태극기 문양을 각종 생활용품 등에 활용 할 수 있도록 하였으며,<sup>7)</sup> 제5차 개정에서는 국제회의나 체육행사 개최 시 우리 나라를 승인하지 아니한 국가의 국기를 게양하고자 하는 경우에 행정자치부장관과의 사전협의 없이도 게양할 수 있도록 하였고,<sup>8)</sup> 10월 29일에 있는 제6차 개정에서는 태극기 디자인을 기업이나 개인이 각종 물품에 활용할 수 있도록 하였다.

현행 헌법 제20조는 국민의 종교의 자유와 국교부인 및 정교분리의 원칙을 규정하고 있다. 이 규정에 의하여 모든 국민은 신앙의 자유와 이에 수반되는 종교적 행위와 종교적 결사·선교·교육 등을 자유로이 할 수 있으며, 국가는 특정 종교를 우대하거나 종교교육 기타 종교활동을 할 수 없다. 그렇다면 자신의 신앙에 따라 ‘국기에 대한 맹세’를 거부하는 경우에 거부 행위로 인하여 처벌된다면, 그 처벌이 헌법상 인정될 수 있는가? 3차 개헌이래 모든 기본권이 ‘상대적 기본권’으로 변화되었으므로 헌법 제37조 2항에 의하여 법률에 의한 제한이 가능하다. 그렇지만, 신앙의 자유는 인간 내심의 세계에만 국한되는 문제이므로 내재적 한계에 의한 제한을 받는 것 외에는 성질상 이를 법률로써 제한할 수 없으므로,<sup>9)</sup> ‘국기에 대한 맹세’를 하지 않았다는 이유로 처벌하는 것은 신앙을 강제하는 것이므로 인정될 수 없다. 그럼에도 불구하고 우리 대법원은 이러한 행위의 적법성을 인정한 바 있다.<sup>10)</sup> 그런데 이러한 대법원의 태도는 미국 연방대법원의 태도와는 극히 대조적이다.

종교의 자유를 찾아 신대륙으로 이주한 미국민들은 종교와 국가의 결합은 종교의 타락 및 국가의 파멸은 물론 개인의 절대적 자유인 양심의 자유를 침해하는 것으로 인식하였다. 이러한 인식은 미국 법원에도 영향을 미쳐 종교의 자유를 최대한 보장하기 위하여 당시의 헌법환경을 고려하면서 다양한 판결을 내놓았다. 이들 판례는 규범적 헌법의 실현을 위한 공약수 발견에 노력하였고 이를 통하여 종교의 자유 보장을 위한 구체적 기준을 설정하였다. 특히 미국의 법원은 각급 학교에서 행하여지는 ‘국기에 대한 맹세’가 강제적으로 행하여지고 이를 이행하지

1) 문교부 장학 1011-688.

2) 국무총리지시 제23호(국기에 대한 경례 및 애국가 제창에 관한 지침). <<http://www.first21.com/kjw/국기3.htm>>.

3) 대통령령 제11361호.

4) 대통령령 제12148호 (1987.4.29).

5) 대통령령 제12642호 (1989.3.10).

6) 대통령령 제14943호 (1996.3.12).

7) 대통령령 제15182호 (1996.12.27).

8) 대통령령 제15948호 (1998.12.28).

9) 자세한 것은 윤명선, 2002, 인터넷 시대의 헌법학, 대명출판사, 서울, pp. 464-471 참조.

10) 대판 1976. 4. 27. 75 누 249.

않았다는 이유로 징계하는 것이 연방헌법 증보 제1조가 보장하고 있는 국교금지과 종교의 자유로운 행사를 침해하는 것이 아닌가에 대하여 끊임없는 고민을 하여 왔다. 지난 6월 26일 제9 순회연방항소법원은 국기에 대한 맹세문 중 “하느님의 보호 아래”(under God)라는 문구는 연방헌법 증보 제1조에 위반된다는 판결을 한 바 있다. 이 논문에서는 미국 법원의 판례를 통하여 ‘국기에 대한 맹세’의 위헌성 심사기준이 어떻게 변화되어 왔고, 맹세문이 종교의 자유를 침해하고 있는지 여부를 고찰하며, 이를 통하여 우리에게 던져주는 시사점이 무엇인지를 살펴보기로 한다.

## 2. 미국에서의 ‘국기에 대한 맹세’의 연혁

### 2.1. ‘국기에 대한 맹세’의 탄생

어린이 잡지 ‘청년의 동반자’(The Youth’s Companion)는 콜럼버스(Christopher Columbus)의 신대륙 도착 400주년을 기념하기 위하여 단문의 암송문을 1892년 9월 8일에 출판하였다. 지은 이는, 정확하게 누구인지에 대하여서는 많은 논쟁이 있지만, 일반적으로는 잡지 편집장의 보조자로서 일하고 있던 벨라미(Francis Bellamy)라고 알려져 있다. 침례교 목사로 기독교 사회주의자(Christian Socialist)인 벨라미는 전국교육협회(National Education Association) 산하 주교육감위원회(committee of state superintendents of education) 위원장으로 해리슨(Benjamin Harrison) 대통령의 지원을 받아 ‘콜럼버스의 날’(Columbus Day) 400주년 기념행사의 일환으로 모든 주의 공립학교에서 ‘국기제양 및 국기에 대한 맹세’를 하도록 하는 프로그램을 마련하였다. 그 결과 1,200만명 이상의 학생들이 ‘국기에 대한 맹세’를 암송하게 되었다. 그 내용은 “나는 나의 깃발과 그 국기가 상징하는, 나누어 질 수 없으며 모든 사람들에게 자유와 정의를 베푸는 공화국에 충성을 맹세합니다”(I pledge allegiance to my Flag and to the Republic for which it stands, one Nation indivisible, with liberty and justice for all)였다. 이러한 내용의 ‘국기에 대한 맹세’는 30년 동안 계속되었지만, 이민자들이 증가하면서 “나의 깃발”의 내용이 모호해졌다. 그래서 1923년에 개최된 제1회 국기회의(National Flag Conference)의 의결을 거쳐 “나의 깃발”은 “합중국 국기”(the flag of the United States)로 개정되었고, 1년 후에 “미국”(of America)이 추가되었다.<sup>11)</sup> 해가 거듭되면서 맹세문 낭독은 많은 학교에서 일상적인 활동이 되었다.

1940년에 연방대법원은 ‘국기에 대한 맹세’와 종교의 자유의 관계를 최초로 심사하게 되었다. 여호와의 증인(Jehovah’s Witness) 신도인 가정의 Gobitis 남매가 국기에 대한 경례 의식에 참여하지 않았다는 이유로 펜실바니아주 공립학교에서 퇴학을 당하였다. 이들은 국기에 대한 경례가 자신들의 종교에 따르면 금지되고 있음을 주장하였고, 미국 연방대법원은 이를 심판하게 되었다. 다수의견은 “정부는 신앙(belief) 또는 불신앙의 조직적 또는 개인적 표현을 강제하지 못한다”는 점은 인정하였지만, 그럼에도 불구하고 “자유사회의 궁극적 토대는 응집력 있는 감정의 구속적 결합(binding tie of the cohesive sentiment)”이라고 판결하면서 퇴학처분을 입법부 및 학교의 합리적 권한 행사로 보았다. 특히 스톤(H. F. Stone) 대법관은 “하나님의 보호 아래”(under God)를 맹세문에서 삭제하는 데 대하여 명백히 반대하면서 “일상적 인간 행동과정의 출발점으로 대다수 사람들이 거의 관용하지 않거나 관심을 기울이지 않는 경향이 있는 선의의 종교적 신념(religious belief)을 향유하는 소수자들이 있다. 그런 상황에서 바람직한 신

11) Bellamy는 개정에 반대하였지만, 그의 의견은 무시되었다. Baer, John W., *The Pledge of Allegiance : A Short History*, <<http://history.vineyard.net/pledge.htm>>.

양이 무엇인지 강제적으로 확인하여 이에 따라 신앙 및 의견의 적합성을 보장하려는 입법적 노력은 시민권이 어떤 보호를 받기 위해서라면 특히 필요하다”는 의견을 개진하였다.<sup>12)</sup>

## 2.2. ‘국기에 대한 맹세’의 공식적 인정

1942년 6월 22일에 ‘국기에 대한 맹세’는 새 역사를 맞이하게 되는데, 제2차 세계대전의 와중에서 민족주의의 자극을 받아 미국 역사상 최초로 공식적으로 인정받게 되었다. “미국 국기의 계양 및 이용에 관한 실정 규칙과 관행을 법제화하고 이를 강조하기 위한” 노력의 결과 제77회 연방의회는 8개조로 된 법률을 제정하였다.<sup>13)</sup> 동법 제7조는 맹세문과 암송의 방법을 규정하고 있었는데, 맹세문은 다음과 같다; “나는 미합중국 국기와 그 국기가 상징하는, 나누어질 수 없으며 모든 사람들에게 자유와 정의를 베푸는 공화국에 충성을 맹세합니다”(I pledge allegiance to the flag of the United States of America and to the Republic for which it stands, one Nation indivisible, with liberty and justice for all).<sup>14)</sup>

1943년에 연방대법원은 *Gobitis* 사건과 매우 유사한 사건을 다루게 된다. *West Virginia Board of Education v. Barnette*<sup>15)</sup> 사건에서 여호와의 증인은 자신들의 종교적 신념이 현재의 정부 상징물에 대한 경례를 허용하지 않는다고 주장하였다. 연방대법원은 *Gobitis* 판결과는 달리 피고인의 손을 들어주었는데, 잭슨(R. H. Jackson) 대법관은 다음과 같이 연방헌법 증보 제1조의 의미를 설명하였다. “권리장전의 순수한 목적은 일정한 주제를 정치적 논쟁으로부터 벗어나게 하고, 다수자와 공무원의 세력범위로부터 벗어나도록 함으로써 법원에 의하여 적용될 수 있는 법원칙을 확립하는 것이다. …연방헌법 증보 제1조상의 권리도 국가가 합법적으로 보장하는 이익에 대한 중대하고 급박한 위협을 방지하기 위하여서는 제한할 수 있는 것이다. …그리고 권리장전을 적용할 우리들의 의무는 권리침해가 발생한 경우 [이를 구제하기 위한] 우리들의 명백한 재판권에 의존하고 있다. …우리들은 본 사안에서 裁判權限(authority of competence)이 아닌 재판부의 힘(force)에 따라 행동한다. …헌법이라는 별자리에 恒星(fixed star)이 존재한다면, 어떤 고급 또는 하급 공무원도 정치, 민족주의, 종교, 또는 기타 의사문제에서 정설(orthodoxy)이 무엇인지를 규정하거나, 신념을 언어 또는 행동으로 고백하도록 시민을 강제할 수는 없다. 예외를 인정하여야 하는 상황이 있다고 하더라도 그런 상황은 우리에게 발생하지 않는다.”<sup>16)17)</sup>

1954년에 접어들면서 ‘국기에 대한 맹세’는 또 한 번의 변화를 경험하게 된다. 제2차 세계대전은 끝났지만 냉전(Cold War)이 시작되면서 미국은 공산주의에 대하여 적대감을 가지고 있었고, “적색 공포”(Red Scare)가 만연되어 있었다. 맥카시(Joseph McCarthy) 상원의원이 첩병 역할을 수행하면서 미국 역사상 가장 혐오스런 시대가 시작되었다. 시민들은 말하기를 두려워하

12) *Minersville v. Gobitis*, 310 U.S. 586 (1940).

13) Pub. L. No. 623, Ch. 435, §7, 56 Stat. 380 (1942) (codified at 36 U.S.C. §1972).

14) 36 U.S.C. 172.

15) 319 U.S. 624 (1943).

16) *West Virginia Board of Education v. Barnette*, at 639-641, 643.

17) 이에 대하여 프랑크퍼터(F. Frankfurter) 대법관은 “역사상 가장 많은 비판을 받고 박해받은 소수자에 속하는 사람은 우리 헌법에 의하여 보장된 자유에 무감각하지는 않은 것 같다. …그러나 당 법원의 구성원으로서 본 법관은 헌법에 대하여 개인적 관념을 기술하면서 정당화하지는 않겠다. …물론 애국심은 국기에 대한 경례에 의하여 강제될 수는 없다. 그러나 자유주의 정신은 비자유주의적 입법을 사법부가 무효로 선언한다고 하더라도 결코 강제될 수는 없는 것이다”(Id., at 647-648, 671)라는 의견을 개진하면서 다수의견에 반대하였다.

고, 서로를 감시하며, 소문에 따라 일자리를 잃기도 하였다. 또한 사람들은 유언비어를 유포하였다는 이유로 투옥되었고, 할리우드 블랙리스트(Hollywood blacklist)가 존재하였으며, 연방헌법 증보 제1조는 포기되었다.

정치적 목적으로 형성된 이러한 상황 아래에서 연방의회는 헌법을 무시하였고 공산주의 체제 내지 무신론(atheism)의 가장 어두운 양상을 폭로하는 데 주력하였다. ‘카톨릭 포교단체’(proselytizing Catholic organization)인 ‘콜럼버스의 기사단’(Knights of Columbus)의 주장에 따라 연방의회는 맹세문에 “하느님의 보호 아래”(under God)라는 문구를 삽입하였는데, 그 취지는 다음과 같다; “역사적인 이 순간에서 우리들의 미국정부와 미국민의 생활방식의 기초가 되는 원칙은 우리들과는 다른 철학을 가진 체제에 의하여 공격당하고 있다. 우리들 미국정부는 인간의 개성과 존엄성의 개념에 기초하고 있다. 이 개념의 기초가 되는 것은 인간은 중요하다는 것이다. 왜냐하면 하느님에 의하여 창조되었고 어떤 시민정부도 침해할 수 없는 불가양(inalienable)의 권리를 하느님으로부터 부여받았기 때문이다. 그러므로 우리들의 맹세문에 하느님을 삽입하는 것은 국민과 정부가 창조주의 도덕적 명령에 따르고 있음을 인식하게 한다. 동시에 공산주의의 무신론적이고 유물론적인 개념인 개인의 굴종을 거부하는 것이기도 하다.”<sup>18)</sup>

아이젠하워(D. Eisenhower) 대통령에 의하여 법률로 서명·공포된 ‘국가에 대한 맹세’(Pledge of the Nation)는 정부가 결코 종교교리를 조달하지 않을 것을 시민에게 확신시켜주는 권리장전으로 현재 하느님을 구현하고 있다.<sup>19)20)</sup> 법률이 공포된 다음 해에 “우리들은 하느님을 신뢰한다”(In God We Trust)<sup>21)</sup>라는 문구가 합중국 주화와 통화에 삽입되었고, 1년 후에 국가의 모토가 되었다.

### 3. ‘국가에 대한 맹세’에 대한 연방대법원의 입장

#### 3.1. 상반된 의견

미국에서 가장 흥미를 끄는 문제 중의 하나는 학생이 ‘국가에 대한 맹세’ 의식에 참여하여야 하는가의 여부이다. 연방대법원은 1940년에 *Gobitis* 사건을 통하여 ‘국가에 대한 맹세’의 합헌성을 판결하였다. 동 사건은 *Gobitis* 남매가 국기에 대한 경례를 하지 않았다는 이유로 퇴학을 당하자 ‘국가에 대한 맹세’를 강제하는 것은 연방헌법 증보 제1조의 종교의 자유로운 행사의 권리를 침해하는 것이라고 주장하면서 제기된 사건이다. 1937년에 행하여진 제1심에서 루터포드(Joseph F. Routerford) 판사는 국기에 대한 경례를 강제하는 “법률이 공공의 안전, 보건, 도덕, 재산 또는 인격권을 위하여 필요하다는 것을 입증하지 [못하므로], 개인의 권리가 우월하다”고 판결함으로써 ‘국가에 대한 맹세’를 강제하는 것은 헌법에 위반된다고 판결하였다.<sup>22)</sup> 그런데 여기에서 주의할 점은 연방헌법 증보 제1조에 근거한 것이 아니라, 증보 제14조의 적법절

18) H.R.Rep. No. 83-1693, at 1-2 (1954).

19) Pub. L. No. 396, Ch. 297, 68 Stat. 249 (1954).

20) 1998년에 제36장이 개정되어 Pub. L. No. 105-225, §2(a), 112 Stat. 1494 (1998)에 의하여 재편찬되었으며, 그 결과 종래의 제36장 제172조는 폐지되었다.

21) 이러한 문구가 헌법에 합치되는가 여부에 대하여 *Aronow v. U.S.*(432 F.2d 242 (9th Cir. 1970))사건에서는 합헌으로 판단되었다. 그러나 주목할 것은 *Wooley v. Maryland* (430 U.S. 705 (1977)) 사건에서 렌퀴스트(W. H. Rehnquist)대법관은 반대의견으로 “신앙의 위헌적 확인”이라는 견해를 개진하였다.

22) *Gobitis v. Minersville School District*, 21 F.Supp. 581 (E.D.Pa. 1937). 이러한 판결은 제3 순회연방 항소법원에 의하여서도 지지되었다(*Minersville School District v. Gobitis*, 108 F.2d 683 (3d Cir. 1939)).

차(due process of law)조항에 근거하고 있다는 점이다. 왜냐하면 1791년 12월 15일 비준된 연방헌법 증보 제1조는 *Cantwell* 판결<sup>23)</sup>에 의하여 비로소 주에도 적용되었으며, 이 판결이 있기 전에는 증보 ‘제14조에 의하여 보장된 자유’<sup>24)</sup>에 근거하고 있었기 때문이다.

연방대법원은 이 사건을 심사한 후 사건이송명령(*certiorari*)을 발하여 ‘국기에 대한 맹세’를 강제하는 법률의 합헌성을 판결하였다.<sup>25)</sup> 다수의 대법관은 ‘국기에 대한 맹세가 증보 제14조에 의하여 보호되는 자유를 침해하는가의 여부를 판단하여야 한다’고 하면서 이를 구체화하기보다는 다소 모호한 의견을 개진하였다. 프랑크퍼터(F. Frankfurter) 대법관에 의하여 집필된 다수의 의견은 ‘국기에 대한 맹세’를 강제하는 것은 국가 안정의 핵심인 국민통합을 위한 것이지만, 최선의 방법은 아니라는 점을 인정하면서도, 국기에 대한 경례를 거부하는 학생에 대한 퇴학을 결정한 학교구의 행위가 위헌이라고 판단할 정도는 아니라고 판결하였다.<sup>26)</sup> 결국 연방대법원은 자유와 권위를 비교형량하여 국가통합을 형성하기 위한 학교 이익이 ‘국기에 대한 맹세’를 거부하는 학생들의 권리보다 중요하다고 판단하였다. 이러한 판결은 법학자와 언론기관, 그리고 종교단체로부터 신랄한 비판을 받았으며, 다수의견에 동조하였던 블랙(H. L. Black), 더글라스(W. O. Douglas), 머피(F. Murphy) 대법관은 1943년에 행하여진 *Jones v. Opelika* 사건<sup>27)</sup>에서 ‘잘못 판결하였다’는 의견을 개진하였다.<sup>28)</sup>

### 3.2 *Gobitis* 판결의 파기

연방대법원은 *Gobitis* 판결이 행하여진 3년 후에 *Barnette* 사건<sup>29)</sup>에서 8 대 1의 다수결로 그 견해를 변경하여 강제적으로 ‘국기에 대한 맹세’ 의식에 참여하게 하는 것은 위헌이라고 판결하였다. 웨스트버지니아(West Virginia)주 의회는 *Gobitis* 판결을 근거로 “애국주의(Americanism)의 이념, 원칙과 정신을 교육하고 장려하며 정부조직 및 기관에 대한 지식을 배양할 목적”으로 역사, 국민윤리, 그리고 연방헌법 및 주 헌법을 교육하도록 법률을 개정하였다.<sup>30)</sup> 1942년 1월 9일에 교육위원회는 공립학교와 사립학교에서 ‘국기에 대한 맹세’를 강제하는 내용의 결의안을 채택하였고, 참여하지 않은 학생들에 대하여서는 ‘무단결석’을 이유로 퇴학처분이 이루어졌으며, ‘국기에 대한 맹세’를 하지 않는 한 재입학이 불허되었다.<sup>31)</sup>

다수의견을 집필한 잭슨 대법관은 사건의 핵심을 표현의 자유로 인식하면서 법률의 목적이 명백하게 학생들의 종교적 신념을 선언하도록 강제하는 데 있다고 주장하면서 정부는 국기에 대한 경례를 강제할 수 없다고 판단하였다. 즉, “고위직 또는 하위직 공무원도 정치, 민주주의,

23) *Cantwell v. State of Connecticut*, 310 U.S. 296, 303 (1940).

24) 종교의 자유와 관련하여 루터포드 판사는 그 의미를 “공공의 안전을 위협에 빠뜨리지 않고, 도덕성 또는 재산 등과 관련된 법률을 위반하지 않으며, 어떤 종교적 신념을 향유하고, 실현하며, 어떤 행위를 행하거나 행하지 아니할 자유”로 정의하고 있다. *Gobitis v. Minersville School District*, at 587.

25) *Minersville School District v. Gobitis*, 310 U.S. 586 (1940).

26) *Id.*, at 591, 593-594,

27) 319 U.S. 624 (1943).

28) 1942년에 연방지방법원은 비록 *Gobitis* 판결은 파기되지는 않았지만, 더 이상 구속력이 없다고 판결한 바 있다(*Barnette v. West Virginia State Board of Education*, 47 F.Supp. 251, 253 (S.D.W.Va. 1942)).

29) *West Virginia State Board of Education v. Barnette*, 319 U.S. 624 (1943).

30) 1734, West Virginia Code (1941 Supp.).

31) 이 사건은 당시에 많은 관심을 불러 일으켰는데, 그 이유는 3인의 연방대법관이 자신들의 판결에 대한 잘못을 시인한 *Jones v. Opelika* 사건 이후 처음으로 국기에 대한 경례를 다루고 있는 사건이었기 때문이다.

종교 등에서 정설이 무엇인지를 규정하거나 자신의 신념을 언어 또는 행동으로 고백하도록 시민을 강제할 수 없다”고 하여 국기에 대한 경례를 강제하는 법률은 연방헌법에 위배된다고 판결하였다.<sup>32)33)</sup> 이로써 *Gobitis* 판결은 파기되었고, 그 결과 연방대법원은 자신의 종교적 신념과 다르다고 주장하는 학생들에게 ‘국기에 대한 맹세’를 강제할 수 없게 되었다. 그런데 잭슨 대법관은 이러한 판단을 하는 데 있어서 첫째, ‘국기에 대한 맹세’를 강제하는 것은 입법재량이라는 전제에 기초하고 있지만, 권리장전의 목적은 입법부 다수파의 의사를 초월하는 문제이며, 둘째, 이 제도의 다른 목적은 국가적 통합의 증진 필요성이지만, ‘종교적 신념의 강제가 애국심의 기초가 될 수 없다’는 사실에 기초하고 있었다.<sup>34)</sup>

### 3.3. ‘하느님의 보호 아래’는 국교금지조항에 위반된다.

#### 3.3.1. 사건의 개요

2002년 6월 26일에 제9 순회연방항소법원(United States Court of Appeals for Ninth Circuit)은 국기에 대한 맹세문 중 ‘하느님의 보호 아래’라는 문구를 삽입한 1954년의 [국기에 대한 맹세]법과 교사 주도로 동 문구가 삽입된 맹세문을 암송하는 교육 정책과 관행은 연방헌법 증보 제1조의 ‘국교금지조항’(Establishment Clause)에 위반된다고 판결하였다.<sup>35)</sup>

캘리포니아주 엘크 그로브 통합학교구(Elk Grove Unified School District: EGUSD)의 공립 학교에 다니는 딸을 두고 있는 무신론자인 뉴다우(Michael Newdow)는 국기에 대한 맹세문 중 “하느님의 보호 아래”를 삽입한 1954년의 연방법과 공립학교 교사에 의하여 매일 교실에서 ‘국기에 대한 맹세’를 암송하는 행위는 연방헌법 수정 제1조의 국교금지조항을 위반한다고 주장하면서 ‘국기에 대한 맹세’의 합헌성을 판결한 1심 판결에 불복하면서 제9 순회연방항소법원에 항소하였다. 주법<sup>36)</sup>과 학교구 규정에 따라서 EGUSD의 교사들은 매일 ‘국기에 대한 맹세’를 하도록 학생들을 지도하였다. 그런데 뉴다우는 ‘국기에 대한 맹세’ 의식에 참여할 것을 강제 당하였다는 사실을 강력하게 주장하지는 않았다. 오히려 그는 자신의 딸이 “주 정부에 의하여 운영되는 학교에서 주 정부에 의하여 고용된 교사가 하느님은 존재하고, 우리들이 ‘신의 보호 아래에 있는 한 국가’라는 것을 선언하는 의식에 [참여하도록] 급우들을 지도하는 것을 보고 듣는” 것을 강제 당함으로써 상처를 입었다고 주장하면서 선언적·금지적 구제(declarative and injunctive relief)를 청구하였다.<sup>37)</sup>

#### 3.3.2. 국교금지조항

‘국기에 대한 맹세’가 연방헌법 증보 제1조의 ‘국교금지’에 위반되는가 여부를 판단하기 위하여 굿윈(Alfred T. Goodwin)판사는 연방대법원이 확립하여 온 ‘국교금지의 위헌성심사기준’ 모

32) 이러한 다수의견에 대하여 Frankfurter 대법관은 “...애국심은...강제될 수 없다. 그러나 자유주의 정신은 비자유주의적 입법을 사법부가 무효로 선언한다고 하더라도 결코 강제될 수는 없다”는 의견을 개진하면서 반대하였다(*West Virginia State Board of Education v. Barnette*, at 647-648, 671).

33) 이것은 *Street v. New York* (394 U.S. 576 (1969)) 판결과 *Wooley v. Maryland* (430 U.S. 705 (1977)) 판결에서 개진된 다수의견의 토대가 되었다.

34) *West Virginia State Board of Education v. Barnette*, at 639-641, 643.

35) *Newdow v. US Congress*, 292 F.3d 597 (2002).

36) Cal. Educ. Code §52720 (1989).

37) *Newdow v. US Congress*, at 601.

두를 통합하여 적용하고 있다.

### 3.3.2.1 국교금지조항의 의미

미국 연방헌법 증보 제1조는 “연방의회는 국교 수립에 관한 법률을 제정하거나 종교의 자유로운 행사를 금지하는 법률을 제정할 수 없다…”고 규정하고 있다. 본래 이 조항은 연방정부에만 적용되었지만, *Cantwell* 판결<sup>38)</sup>과 *Everson* 판결<sup>39)</sup>을 통하여 주에도 적용되었는데, 전자는 종교의 자유로운 행사 조항을, 후자의 판결은 국교금지조항을 각각 증보 제14조의 ‘자유’에 통합시키고 있었다.

증보 제1조는 ‘국교금지’(establishment) 및 ‘종교의 자유로운 행사’(free exercise)를 그 내용을 하고 있지만, 그 목적은 상이하다. 즉, 국교금지는 교회와 국가의 분리를 유지하기 위한 것인데 반하여, 종교의 자유로운 행사는 정부가 개인의 종교적 신념에 간섭하는 것을 방지하기 위한 것이다. 그 결과 양자는 목적상 충돌하는 경우가 있는데, 예를 들면, 웨이커교도들에 대하여 그들이 주장하는 평화주의를 이유로 병역을 면제하여 준다면, 한편으로는 웨이커교도들을 편애하는 것으로 국교금지에 위반하지만, 다른 한편으로는 그들의 종교적 신념을 보호하는 것이므로 종교의 자유로운 행사를 실현하는 것이다.

연방대법원은 증보 제1조의 종교조항을 해석하는 근본원칙으로 ‘자발주의’(voluntarism)와 분리주의(separatism)<sup>40)</sup>에 입각하고 있는데, 특히 전자를 근본원리로 보고 있다. 자발주의에 의하면 국교금지조항은 교회의 발전이 국가의 정치적 지원에 의해서가 아니라 종교인의 자발적인 활동에 의해서만 가능하고, 종교는 그 종교 자체의 신앙과 의식의 고유한 장점에 의하여 번성하거나 쇠퇴한다는 것을 의미한다. 또한 종교의 자유로운 행사 조항은 신앙에 관한 어떠한 강제도 금지함으로써 양심의 자유를 보장하는 것을 의미한다.<sup>41)</sup>

일반적으로 국교금지조항은 국교를 수립하여서는 아니 되고 종교의 자유를 해하지 않아야 한다는 것을 그 내용으로 하며, 이것은 주로 교회와 국가의 대립을 제한함으로써 실현된다고 보고 있다. 이것을 ‘제도적 분리원칙’(institutional separation doctrine)이라고 부르는데, 이것은 국가와 교회가 서로 간섭하여서는 안 된다는 것을 의미하며, 신앙인은 물론 비신앙인에게도 적용된다.<sup>42)</sup>

교회와 국가의 제도적 분리에 대해서는 이견이 없지만, 국가가 종교에 대하여 엄격한 중립을 지킨다는 것은 가능하지도 타당하지도 않다. 종교와 국가의 제도적 분리와 독립성, 그리고 종교적 편애를 배제한다는 의미에서 정부의 중립성 등은 종교조항의 목적을 위하여 추구되어야

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

39) *Everson v. Board of Education of Ewing TP.*, 330 U.S. 1 (1947).

40) 분리주의는 제퍼슨(T. Jefferson)이 창시한 “교회와 국가 사이의 분리의 벽”(wall of separation between church and state) 이론에 기초하고 있다. 분리주의는 엄격한 분리주의와 상대적 분리주의로 구분되는데, 전자는 *Reynolds v. U.S.* 사건(98 U.S. 145, 164 (1878))에서 최초로 적용되었고, *Everson v. Board of Education of Ewing TP.* 사건(330 U.S. 1, 28-74 (1947))을 통하여 확립되었다. 후자는 *McCullum v. Board of Education* 사건 (333 U.S. 203 (1948))에서 제시된 이후 *Zorach v. Clauson* 사건 (343 U.S. 306 (1952))에서 확립되었다.

41) Tribe, Laurence, 1978, *American Constitutional Law*, The Foundation Press, Inc., pp. 818-819.

42) 제도적 분리원칙은 3가지 요소 - 자유주의원칙, 평등주의원칙, 중립성원칙 - 로 구성되는데, 이러한 요소는 자유사회의 중심요소로서 종교의 자유 이념을 실현하는 데 필수적이다. Audi, Robert, 1989, “The Separation of Church and State and the Obligations of Citizenship,” 18 *Philosophy and Public Affairs* 259, 261-265.

할 가치임에 틀림없다. 그러나 이들은 모두 종교조항이 추구하는 일면적이고 수단적 가치일 뿐 근본원리가 될 수 없다. 이러한 점에서 국교금지조항과 종교의 자유로운 행사 조항은 상호의존적인 것으로 “종교의 자유로운 행사 조항은 종교적 정체성에 대한 개인의 선택을 보호하며, 국교금지조항은 그러한 선택이 의미 있는 것이 될 수 있도록 하는 데 필요한 사회제도의 다원적 구조를 보호한다.”<sup>43)</sup> 따라서 개인의 종교적 자유는 타인의 종교적 자치권의 행사를 보호하기 위하여 필요한 제도상의 구제수단을 위태롭게 할 때에만 정당하게 구속될 수 있다.

### 3.3.2.2. 위헌성 심사기준의 변천

연방헌법 증보 제1조는 “연방의회는 국교 수립(establishment of religion)에 관한 어떤 법률도 제정할 수 없다”고 규정하고 있으며, “증보 제14조를 통하여 주는 물론 학교구에 적용될 수 있다.”<sup>44)</sup> 연방대법원은 1970년대부터 공립학교에서 행하여지는 기도 등과 같은 행사가 소위 국교금지조항에 위반되는가 여부를 판단하기 위하여 3개의 상호 관련이 있는 기준을 이용하였다. 첫 번째 기준은 *Lemon v. Kurtzman* 판결<sup>45)</sup>에 의하여 확립된 ‘3부 기준’(three-prong test)이고, 두 번째 기준은 *Lynch* 사건에서 오코너(S. D. O’Connor)대법관이 동의의견에서 최초로 제시하여,<sup>46)</sup> *County of Allegheny v. ACLU* 사건<sup>47)</sup>에서 다수의견으로 채택된 ‘인증’(endorsement) 기준이며, 세 번째 기준은 *Lee* 사건<sup>48)</sup>에서 최초로 채택된 ‘강제’(coercion) 기준이다.

1971년에 연방대법원은 *Lemon* 사건에서 비공립학교에 대한 주 정부의 지원이 국교금지조항에 위반되는가 여부를 판단하기 위하여 3부 기준 - 또는 ‘레몬기준’(Lemon test) - 을 제안하였다. 즉, 당해 주 정부의 행위는 ① ‘세속적 목적’(secular purpose)을 가져야 하고, ② 종교를 장려하지도 금지하지도 않는 ‘원칙적 또는 주요한 효과’(principal or primary effect)를 가져야 하며, ③ 정부와 종교가 ‘과도한 관련성’(excessive entanglement)을 갖지 말아야 한다.<sup>49)</sup> 이러한 3부 기준은 1971년과 1984년 사이의 모든 국교금지에 관한 사건에 적용되었다.<sup>50)</sup>

로드아일랜드 주 포투켓(Pawtucket)시가 비영리단체의 부동산에서 크리스마스를 경축하기 위하여 행한 전시행위에 대하여 합헌성을 인정한 1984년의 *Lynch* 사건에서 오코너 대법관은 국교금지조항의 법리적 내용을 설명하기 위하여 동의의견을 개진하면서 ‘인증기준’을 제안함으로써 3부 기준 중 전 2자의 기준 - 목적기준 및 효과기준 - 을 붕괴시켰다. 즉, “국교금지조항은 정부가 어떤 방식으로든 정치적 공동체에서 개인의 지위와 관련 있는 종교를 지지하는 것을 금지하는 것이다. ...정부는 2가지 방식으로 [국교]금지에 저촉될 수 있다. 첫째, 종교단체와의 과도한 관련성이다. ...두 번째이며 보다 직접적인 침해는 정부가 종교를 인증하거나 불승인하는 것이다. 인증은 정치적 공동체의 전체 구성원이 아닌 외부인인 비신도들에게 메시지를 송부하고, 정치적 공동체의 호의적 구성원인 내부인인 신도들에게 첨부메시지(accompanying

43) Note, 1984, “Reinterpreting the Religion Clause,” 97 *Harv. L. Rev.* 1468, 1475.

44) *Lee v. Weisman*, 505 U.S. 577, 580 (1992).

45) 403 U.S. 602, 612-613 (1971)

46) *Lynch v. Donnelly*, 465 U.S. 668, 690 (1984).

47) 492 U.S. 783 (1989).

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

49) *Lemon v. Kurtzman*, at 612-613.

50) 오직 “[네브라스카] 주로부터 임금을 받는 목사(chaplain)의 기도로 회의를 개최하는 주의회의 관행은 연방헌법 증보 제1조의 국교금지조항에 위반하지는 않는다”고 판결한 *Marsh v. Chambers* 사건(463 U.S. 783 (1983))에서만 적용되지 않았다. *Wallce v. Jaffree*, 472 U.S. 38, 63 n.4 (파웰(L. F. Powell, Jr. )대법관의 동의의견).

message)를 송부하는 것이다.”<sup>51)</sup><sup>52)</sup>

1992년에 연방대법원은 공립학교 졸업식에서 “비종파적”(nonsectarian) 기도식의 형태로 감사 기도를 행하는 관행은 헌법에 위반된다고 판결된 *Lee* 사건에서 “강제기준”을 제안하였다.<sup>53)</sup> 동 사건에서 연방대법원은 3부 기준을 적용하는 것이 불필요하다고 판결하였는데, “최소한 연방헌법은 정부가 아무에게나 종교 또는 그 행사를 지지 또는 참여하도록 강제할 수 없음을 보장하고 있기” 때문이다.<sup>54)</sup> 연방대법원은 우선적으로 학교의 기도식과의 관련성을 심사하면서 “졸업 기도식은 주와 관련 있다는 흔적(imprint)을 보여주고 있으므로” 학생들은 참여를 강제 당하고 있다고 판결하였다.<sup>55)</sup> 두 번째로 연방대법원이 고려한 문제는 “기도식을 요구하는 학생과 그렇지 못한 학생들 모두의 입장”이었다. 이에 대하여 “초·중등 공립학교에서 미묘한 강제로부터 양심의 자유를 보호하려는 관심이 증폭되고 있다는 점을 지적하면서” 연방대법원은 졸업식에 대한 학교구의 감독 및 통제는 학생들에게 기도식 참여를 강제하는 것이며,<sup>56)</sup> 또한 초·중등학교 학생들은 종교의식에 참여할지 아니면 거부할지를 선택할 수 있는 지위를 가지고 있지는 않다고 판결하였다.<sup>57)</sup>

2000년의 학교 기도식 사건에서 연방대법원은 고등학교 풋볼 경기 전에 학생 주도의 “기도식”(invocation)을 인정하려는 학교구의 정책을 무효화하려고 3부 기준, 인증기준, 강제기준을 적용하였다.<sup>58)</sup> *Lee* 판결을 인용하면서 연방대법원은 “경기 전에 기도식을 실시하는 것은 종교적 위상숭배(religious worship)에 참여하도록 강제하는 것”이고(강제기준),<sup>59)</sup> 3부 기준을 적용하면서 학교구의 정책은 세속적 목적으로 가지고 있지 않기 때문에 형식적으로는 위헌이라고 판결하였다.<sup>60)</sup> 또한 인증기준을 적용하면서 “[학교구] 정책은 학교 기도식을 인증하려는 목적이 있다. …종교를 인증하려는 정부의 노력은 그러한 시도는 실패할 것이라는 막연한 가능성에 근거한 헌법적 비난을 피할 수 없다”고 판결하였다.<sup>61)</sup>

### 3.3.3. 제9 순회연방항소법원의 위헌성 판단

*Newdow* 사건에서 굿윈 판사는 연방대법원에 의하여 확립되어 온 “3개의 기준 중 어느 것이나 또는 모두를 적용하고 그 중 하나를 위반하는 조치를 무효로 선언하는 데 있어서 자유롭다”고 주장하면서도 “완벽성을 기하기 위하여” EGUSD의 정책과 1954년의 법률을 3개의 기준에 따라 분석하고 있다.<sup>62)</sup>

51) *Lynch v. Donnelly*, at 687-688.

52) 이러한 의견에 대하여 케네디(Anthony M. Kennedy) 대법관은 *Allegheny* 사건에서 반대하고 있다. 즉, “법률에 따르면, 국기에 대한 맹세는 합중국이 ‘하느님의 보호 아래에 있는 한 국가’로 묘사되고 있다. 확실한 것은 이러한 구절의 암송을 강제 당하지 않는다는 것이다. …그러나 합리적 무신론자(atheist)가 애국심과 나라 사랑의 표현으로 거짓이라고 믿는 구절을 동료 미국민들이 암송할 때마다 정치적 공동체의 전체 구성원 보다 열등하다고 느끼지는 않는다고 보는 것은 궤변에 가깝다”(County of Allegheny v. ACLU, 492 U.S. 573, 672 (1989) (케네디 대법관의 반대의견)).

53) *Lee v. Weisman*, at 599.

54) *Id.*, at 587.

55) *Id.*, at 590.

56) *Id.*, at 593.

57) *Id.*, at 593-594.

58) *Santa Fe Independent School District v. Doe*, 530 U.S. 290, 310-316 (2000).

59) *Id.*, at 312.

60) *Id.*, at 314-316.

61) *Id.*, at 315, 317.

62) *Newdow v. US Congress*, at 607.

### 3.3.3.1. 인증기준에 의한 판단

곳원 판사는 우선적으로 인증기준에 따라 분석하여, 국기에 대한 맹세문 중 합중국이 “하느님의 보호 아래”에 있는 한 국가라는 부분은 유일신앙(belief in monotheism)을 공표하고 있는 것으로 종교의 인증이라고 판단하였다.<sup>63)</sup> 즉, “하느님의 보호 아래”에 있는 국가를 암송하는 것은 많은 미국민들이 신을 믿고 있다는 것만을 인정하는 것이 아닐 뿐만 아니라, 미국을 건설하는 데 기초가 된 종교의 역사적 중요성을 단순히 설명하는 것도 아니다. 오히려 이것은 규범적<sup>64)</sup>인 것으로 ‘국기에 대한 맹세’를 암송하는 것은 미국이라는 국가를 표현하는 것이 아닌 국기가 상징하는 가치 - 통합, 불가분성, 자유, 정의, 그리고 1954년 이후로는 유일신 - 에 충성을 맹세하는 것이다. 이러한 점에서 맹세문을 연방법률로 제정한 것은 하느님의 존재를 인정하고 그 정체성을 확립하는 것으로 정부가 “종교에 대한 중립성”<sup>65)</sup>을 침해하는 것이다. 더욱이 교사 주도로 맹세문을 암송하도록 한 학교구의 정책은 맹세문에 담겨 있는 이념을 학생들에게 주입할 목적을 가지고 있는 것이므로, 학생들이 맹세문 암송 참여를 강제받고 있지는 않다고 하더라도, 이것 또한 종교를 인증하는 것이다.<sup>66)</sup>

### 3.3.3.2. 강제기준에 의한 판단

*Newdow* 사건은 *Lee* 사건처럼 정책과 법률이 학생들에게 참여 여부를 선택할 수 있는 권리를 인정하고 있지는 않다. 연방대법원은 *Lee* 사건에서 “대다수 신앙인들에게는 비신앙인들에게 자신들의 종교의식을 존중할 것을 요구하는 것이 합리적이라고 생각하는 것도 학교라는 환경에서 비신앙인이나 반대자들에게는 정통 신앙(religious orthodoxy)을 강제하기 위하여 국가 기관을 이용하는 것으로 볼 수 있다”고 판단한 바 있다.<sup>67)</sup> 비록 피고인들이 “하느님의 보호 아래에 있는 한 국가”는 최소한의 종교적 내용을 지니는 것이라고 주장하고 있지만, ‘비유대 기독교도’(non Judeo-Christian)나 철학을 가진 무신론자나 신앙인들에게는 정통 신앙을 강제하려는 시도로 볼 수 있으므로 허용될 수 없다.<sup>68)</sup> 또한 학생들의 연령과 감수성(impressionability), 그리고 학칙에 따라야 한다는 인식과 교실 내부에 충분한 “미묘하고 간접적인” 사회적 압력<sup>69)</sup>에

63) 이에 대하여 페르난데스 판사는 종교조항은 ‘종교적 표현이라기 보다는 차별을 피하기 위하여’ 규정된 것이라고 하면서, 동 조항은 “일종의 평등한 보호조항으로 정부가 종교를 이유로 차별하여서는 아니된다 것을 보장하는 것이고”(Newdow v. US Congress, at 613; Goerhring v. Brophy, 94 S.Ct. 1294, 1306-1307 (9th Cir. 1996) (페르난데스 판사의 동의의견)), “신의 보호 아래”라는 문구에 의하여 神政(theocracy)이나 개인의 신앙이 제한될 위험성은 최소화되며, 국교의 확립 가능성이나 종교의 자유로운 행사의 제한이 최소화되는 것이 명백하므로 ‘국기에 대한 맹세’에서 “신의 보호 아래”부분을 삭제하는 것에 반대하는 의견을 개진하고 있다(Newdow v. US Congress, at 613-615).

64) 연방대법원은 *Barnette* 사건에서 이미 맹세문이 규범적이고 이데올로기적 성질을 지니고 있으며, 맹세문의 암송과 국기에 대한 경례를 거부하는 학생들을 처벌한 학교구의 정책은 위헌이라고 판결한 바 있다(*West Virginia Board of Education v. Barnette*, at 642).

65) *Wallace v. Jaffree*, 472 U.S. 38, 60 (1985).

66) *Newdow v. US Congress*, at 608.

67) *Lee v. Weisman*, at 592.

68) *Newdow v. US Congress*, at 609.

69) “기도의 ‘간접적 강제’의 위험”은 초·중등 공립학교에서 특히 나타난다. 왜냐하면 학생들은 공연한 강제(overt compulsion)만큼 실제적인 동료의 압력 및 대중적 압력에 지배되기 때문이다”(*Lee v. Weisman*, at 592-593).

기초한 학교 환경에서 정책이 강제되었고, 더욱이 학생들의 참여가 강제되지 않았다고 하더라도 매일 반복되는 “하느님의 보호 아래에 있는 한 국가”라는 맹세문을 계속 들어야 하기 때문에 결국 강제되는 것이다.<sup>70)</sup> 법률이 강제성을 지닌다는 것은 그 내용이나 입법 연혁에 비추어 볼 때 명백하다. 즉, 법률은 학교 교실에서 “하느님의 보호 아래”라는 말을 “수 백만 명의 학생들이 매일 모든 학교에서 [암송하여] 전능하신 하느님을 위하여 우리나라와 국민이 헌신할 것을 선언”하게 할 목적으로 제정되었다.<sup>71)</sup> 따라서 정책과 법률은 강제기준에 위반된다.

### 3.3.3.3. 3부 기준에 의한 판단

연혁적으로 1954년의 법률의 주요 목적은 종교를 장려하기 위한 것으로 3부 기준 중 제1 기준 - 세속적 목적 - 과 상충한다. *Newdow* 사건에서 피고는 “하느님의 보호 아래”라는 문구는 무신론적 공산주의 국가와 구별하기 위한 것이고, 맹세문은 전체적으로(as a whole) 평가되어야 하며, 맹세문이 “공식행사를 엄숙하게 하고, 미래에 대한 확신을 표현하며, 그리고 사회에서 감사하여야 할 가치가 있는 것을 인식하도록 하는”<sup>72)</sup> 세속적 목적을 가지고 있다고 주장하고 있다.

우선적으로 전반적으로 평가되어야 한다는 주장에 대하여 제9 순회연방항소법원은 *Wallace* 사건에서 연방대법원이 취한 접근방법을 고려하면서 문제점을 지적하였다. *Wallace* 사건에서 연방대법원은 “묵상 또는 자발적 기도”(meditation or voluntary prayer)를 위하여 침묵의 순간을 규정한 엘라베마주 법을 무효로 선언하였다. 그 이유는 “전체적으로” 최종 규정이 세속적 목적을 결여하였기 때문이 아니라, 주 의회가 “또는 자발적 기도”라는 문구를 삽입할 목적으로 특별히 법률을 개정하였기 때문이다.<sup>73)</sup> 제9 순회연방항소법원은 *Newdow* 사건을 *Wallace* 사건과 유사한 사건으로 이해하면서, 맹세문에 “하느님의 보호 아래”라는 문구를 삽입하기 위하여 개정된 “1954년의 법률은 공산주의의 지배를 받는 국가와 합중국을 구별하기 위하여 종교를 장려하기 위한 목적만을 가지고 있으[므로]...종교를 장려할 목적으로 [개정된 것이므로] 당해 법률은 무효이어야 한다”고 판단하였다.<sup>74)</sup>

그런데 1954년의 법률은 헌법소송을 방지하기 위하여 종교적 목적을 명백하게 부인하였다. 즉, “이 법은 종교를 확립하기 위한 법률이 아니다. ...구별은 제도로서의 종교의 존재와 하느님의 주권에 대한 신념 사이에서 이루어져야 한다. ‘하느님의 보호 아래’라는 문구는 國事を 처리하는 데 있어서 신의 지도를 받는다는 것만을 인정하는 것이다.”<sup>75)</sup> 그렇지만 이러한 구별은 부적절한 것인데, “하느님의 주권에 대한 신념”(a belief in sovereignty of God)을 확인하는 것과 “신의 지도”(the guidance of God)를 인정하는 것은 정부가 종교적 신념을 인증하는 것이기 때문이다. 또한 국교금지조항은 “제도로서의 종교”에 국한되는 것이 아니며, “제도로서의 종교”의 확립을 반대할 뿐만 아니라, 정부에 의한 종교적 이데올로기의 인증도 거부하는 것이므로 1954년의 법률은 3부 기준 중 목적기준을 위반하고 있다.<sup>76)</sup>

70) *Newdow v. US Congress*, at 609. 이러한 형태의 강제 효과는 “국가는 국교금지조항에 따르면 초·중등학교 학생들이 이러한 지위에 있도록 하지 말아야 한다”고 판결한 *Lee* 사건에서 지적된 바 있다 (*Lee v. Weisman*, at 593).

71) 100 Cong. Rec. 8618 (1954).

72) *Lynch v. Donnelly*, at 592-593.

73) *Wallace v. Jaffree*, at 59-60.

74) *Newdow v. US Congress*, at 610; *Wallace v. Dennelly*, at 56.

75) H.R.Rep. No. 83-1693, at 3 (1954).

76) *Newdow v. US Congress*, at 611.

제9 순회연방항소법원은 *Newdow* 사건에서 문제가 된 공립학교에서의 ‘국기에 대한 맹세’는 “신자들에게는 인증이라고 명명하는 것을 통제하는 것으로, 비신도들에게는 개인의 종교적 선택을 인정하지 않는 것으로 인식될 가능성이 있는지”를 판단하고 있다.<sup>77)</sup> 이것은 3부 기준 중 2번째 기준인 ‘효과’기준에 해당하는 것으로 이에 대하여 순회연방항소법원은 “교실이라는 제한된 환경에서 학생들의 연령과 감수성을 고려한다면, [학교구의] 정책은 ‘일신교적 하느님’(monotheist God)은 인증하고 학생들의 신앙 중 [이것과는] 다른 신앙을 부인하는 감수성 강한 메시지를 전달할 가능성이 크다”고 함으로써 ‘효과’기준을 위반하고 있다고 판결하였다.<sup>78)</sup> 결국 정책과 법률 모두는 인증 및 강제기준은 물론 3부 기준을 위반한다.

### 3.3.4. 심사기준의 강제성

‘국기에 대한 맹세’의 합헌성 여부에 대하여 연방대법원이 직접적으로 다룬 사건은 존재하고 있지 않다. 단지 부수의견(dicta)으로 그 합헌성을 다룬 것은 있다.<sup>79)</sup> 따라서 맹세문 암송에 관한 법률이나 학교 정책에 대하여 3개의 기준은 결코 적용된 바 없다. 이러한 점에서 제9 순회연방항소법원의 판단은 처음으로 이들 기준을 동시에 적용하여 “하느님의 보호 아래”라는 문구의 위헌성을 밝히고 있다는 점에서 그 의의를 찾을 수 있다.

*Newdow* 판결 이전에 제7 순회연방항소법원은 *Sherman v. Community Consolidated School District 21* 사건<sup>80)</sup>에서 “하느님의 보호 아래에 있는 한 국가”라는 문구가 포함된 ‘국기에 대한 맹세’가 합헌이라고 판결한 바 있다. 동 사건에서 법원은 “*Barnette* 판결과 같이 어떤 주도 맹세문을 암송하도록 강제할 수 없다면, 그리고 기도 사건처럼 교사나 랍비(rabbi) 주도의 암송이 강제적이라면, 어떤 학교도 수업을 시작하면서 성서(holy scripture)를 읽지 못하는 것과 같이, ‘국기에 대한 맹세’는 어떤 상황에서도 위헌이다. 그렇지만, 이러한 추론은 문제가 있다. 왜냐하면 증보 제1조는 언론이나 학교에 대하여 종교를 상이하게 대우하여야 한다는 일반원칙을 확립할 수 없기 때문이다. 당 법원은 이러한 주장을 이해하는 데 어려움을 가지고 있다. [즉] 연방헌법이 *Barnette* 판결에서처럼 강제적 애국을 금지하는 것이 아니라, [*Sherman*] 사건에서 보는 바와 같이 종교의 강제를 인정하는 것으로 믿는다. 정부가 인증하는 종교를 정부가 인증하는 애국심과 다르게 대우한다면 그 대우는 덜 호의적인 것으로 그 이상도 아니다”고 판결하였다.<sup>81)</sup>

그렇지만, *Sherman* 판결은 중요한 오류를 범하고 있다. 즉, 순회연방항소법원은 *Lee* 사건의

77) *Grand Rapids School District v. Ball*, 473 U.S. 373, 390 (1985). 이러한 *Ball* 판결은 *Agostini v. Felton* 사건(521 U.S. 203 (1997))에 의하여 부분적으로 파기되었다. 즉, “국교금지조항 위반을 결정하는 데 이용된 일반원칙과 기준에 대한 *Ball* 판결의 취지는 변하지 않는다. [그러나 사건의] 기초가 되는 사실의 추정과 가정은 변화하였다. 특히 당 법원은 다음과 같은 3가지 *Ball* 사건의 가정을 거부한다. (i) 종교학교에서 근로하는 공공근로자는 직장에서 教化되는 것으로 추정된다. (ii) 사립학교의 공공근로자는 교회와 국가 사이의 상징적 연대를 창설한다. (iii) 직접적으로 종교학교의 교육기능을 돕는 공적 지원은 교화(religious indoctrination)를 위하여 재정을 지원하는 것이다”(*Id.*, at 222, 236).

78) *Newdow v. US Congress*, at 611.

79) 예를 들면 다음과 같다. *Allegheny County v. Greater Pittsburgh ACLU*, 492 U.S. 573, 602-603 (1989); *Lynch v. Donnelly*, 465 U.S. 668, 676 (1984); *Abington School District v. Schempp*, 374 U.S. 203, 303-304 (1963) (Brennan 대법관의 동의의견); *Id.*, at 306-308 (Goldberg 대법관, Harlan 대법관의 동의의견); *Engel v. Vitale*, 370 U.S. 421, 435 (1962).

80) 980 F.2d 437 (7th Cir. 1992).

81) *Sherman v. Community Consolidated School District 21*, 980 F.2d at 444.

기준 - 강제기준 - 에 대한 연방대법원의 비판론 때문에 3부 기준을 적용하기를 거부하였을 뿐만 아니라, 강제기준이나 *Lynch* 사건의 인증기준의 적용을 거부하고 있다. 그러나 선례구속의 원칙에 따라 순회연방항소법원은 연방대법원의 기준에 따라야 하므로,<sup>82)</sup> 어떤 정책이 국교금지조항에 위반되는가 여부를 판단하기 위하여서는 기존의 심사기준에 따라 판단하여야 한다. 이러한 점을 기초로 3개의 기준을 개별적으로 검토한 결과 제9 순회연방항소법원은 “하느님의 보호 아래”라는 문구를 삽입한 1954년의 법률과 이러한 문구가 삽입된 국기에 대한 맹세문을 교사 주도로 암송하게 하는 학교구의 정책과 관행은 국교금지조항에 위반된다.<sup>83)</sup>

#### 4. 결 어

미국의 제9 연방순회항소법원은 2002년 6월 26일에 국기에 대한 맹세문 중 “하느님의 보호 아래”(under God) 부분이 종교의 자유를 침해한다는 판결을 하면서, 그 동안 연방대법원이 확립하여 왔던 3개의 기준에 기초하여 판단하였다. 우선적으로 ‘인증기준’에 따라 공립학교에서 교사 주도로 맹세문을 암송하게 하는 것은 국기가 상징하는 가치 - 통합, 불가분성, 자유, 정의, 그리고 유일신 - 에 충성하도록 강제하는 것이고, 맹세문을 연방법률로 규정하고 있는 것은 특정 종교를 인증하는 것으로 국교수립을 금지하고 있는 연방헌법 증보 제1조를 위반한다고 판단하고 있다. 그리고 ‘강제기준’에 따라 맹세문은 무신론자나 비유대 기독교도들에게 소위 정통 신앙을 강제하는 것이고, 교실이나 동료, 또는 대중으로부터의 사회적 압력으로 인하여 학생들의 참여를 강제하고 있으며, 원치 않더라도 매일 맹세문을 들어야 하므로 결국 강제되는 것으로 종교의 자유를 침해하는 것으로 판단하였다. 또한 맹세문에 “하느님의 보호 아래”라는 문구를 삽입한 것은 종교를 장려하기 위한 것으로 ‘세속적 목적’을 가지고 있으며, 개인의 신앙 선택의 자유를 침해하는 ‘세속적 효과’를 지니고 있으므로 3부 기준도 위반한다고 판결하였다.

이러한 판결이 있는 다음 날 연방의회의원들은 의사당 앞에서 ‘국기에 대한 맹세’를 소리 높여 암송하면서 판결을 맹비난하였고, 기독교도들도 기독교적인 전통과 토대 위에 성립된 미국이라는 나라에서 ‘국기에 대한 맹세’는 애국심은 물론 전통과 토대를 재확인 시키는 것이므로 이를 위헌이라고 판결하는 것은 부당하다고 주장하고 있다. 그렇지만, 헌법학자를 비롯한 반대자들은 이러한 판결로 인하여 기독교가 아닌 종교를 믿는 사람이나 무신론자들의 인권의 중요성이 재확인되었고, 연방법에 ‘국기에 대한 맹세’를 규정한 입법배경에 비추어볼 때, 이를 금지하거나 개정하여야 한다는 목소리를 높이고 있다. 그 결과 공립학교나 공공장소에서의 기독교식 기도를 폐지하거나 보편적 신성을 의미하는 “절대자”(Almighty)나 “신”(Deity)이라는 용어로 개정할 것을 주장하고 있다.<sup>84)</sup>

연방헌법 제정자들은 식민지 경험을 토대로 종교와 국가의 결합은 종교의 타락 및 파멸을 초래하여 궁극적으로 인간의 존엄성을 해하는 것으로 인식하고 있었다. 이러한 인식은 미국 법원의 판결에도 영향을 미쳐 종교의 자유를 최대한 보장하기 위하여 당시의 헌법환경을 고려하면서 규범적 헌법의 실현을 위한 많은 기준을 제시하고 있다. 이러한 미국 법원의 태도와는 달

82) 즉, 연방대법원은 “...순회연방항소법원은 판결을 파기할 수 있는 특권을 지닌 연방대법원의 기준에 따라야 한다”고 판결한 바 있다(*Rodriguez de Quijas v. Shearson/Am. Exp., Inc.*, 490 U.S. 477, 484 (1989)).

83) *Newdow v. US Congress*, at 612.

84) 이와 같은 상황 하에서 백악관도 크리스마스트리의 옥외설치를 하지 않고 있으며, 앞으로도 미국 화폐에 주조되어 있는 “우리는 하느님을 신뢰한다”는 문구나 10계명을 공공장소에 부착하는 행위, 그리고 대통령 취임식에서 성경에 손을 얹고 선서하는 관행에 대한 위헌성 논란이 있을 것으로 예상된다.

리 우리 법원은 헌법 제20조가 보장하고 있는 종교의 자유를 판단하는 데 있어서 국가를 중심으로 정권수호적인 태도를 보이거나 그 판단을 회피하고 있다. 예를 들면 도피중인 대학생에게 도피자금을 마련해 준 성직자의 적극적인 은닉행위에 대하여 “성직자의 직무상 행위가 사회상규에 반하지 아니한다하여 그에 적법성이 부여되는 것은 그것이 성직자의 행위이기 때문이 아니라, 그 직무로 인한 행위에 정당, 적법성을 인정하기 때문이다. …적극적으로 은신처를 마련하여 주고 도피자금을 제공하는 따위의 일은 이미 그 정당한 직무의 범위를 넘는 것이며, 이를 가리켜 사회상규에 반하지 아니하여 위법이 조각되는 정당행위라고 할 수 없다”고 판단하여 일반인의 행위와 동일한 기준으로 성직자의 행위의 적법성 여부를 판단하고 있다.<sup>85)</sup>

또한 1976년에 대법원은 ‘여호와의 증인’인 여고생이 국기에 대한 경례를 거부하였다는 이유로 김해여자고등학교로부터 제적처분을 당하자 제기한 제적처분의 취소를 구하는 소송에서 다음과 같은 판결하였다; “원고들은 위 학교의 학생들로서 모름지기 그 학교의 학칙을 준수하고 교내질서를 유지할 임무가 있을진대 원고들의 종교의 자유 역시 그들이 재학하는 위 학교의 학칙과 교내질서를 해치지 아니하는 범위 내에서 보장되는 것이므로 …원고들이 그들의 임무를 저버림으로써 학교장인 피고로부터 이견 징계처분을 받음으로 인하여 종교의 자유가 침해된 결과를 초래하였다하더라도 이를 감수할 수밖에 없다.”<sup>86)</sup> 이 판결은 당시의 유신체제 하에서는 당연한 결과일지는 몰라도 ‘헌법상의 종교의 자유가 학칙보다 하위에 있다’고 한 대법원의 판단은 매우 놀랍다. 이와 아울러 종교적 신념에 기초하여 병역을 거부한 행위에 대하여 “종교의 교리를 내세워 법률이 규정한 병역의무를 거부하는 이른바 ‘양심상의 결정’은 헌법에서 보장한 종교와 양심의 자유에 속하는 것이 아니다”고 판단하고 있다.<sup>87)</sup>

이와 같은 판결은 실정법을 중심으로 그 내용을 현실과 부합할 수 있도록 그 내용을 구체화하기 보다는 ‘있는 규범’만을 단순히 적용하는 데 머물고 있는 것으로, ‘헌법규범과 헌법현실의 괴리’라는 우리의 문제를 단적으로 보여주고 있는 예이다. 법원의 판결은 현실에 대한 정확한 인식을 기초로 기본권 보장을 목적으로 이루어져야 한다. 이러한 점에서 기본권의 핵심영역이라고 할 수 있는 정신적 자유권, 특히 종교의 자유에 대하여 국가이익을 우선적으로 고려하여 판단하는 법원의 태도는 수용하기 어렵다. 이에 종교의 자유를 실질화하기 위하여 합리적 기준을 제시하고 있는 미국 법원의 태도는 우리에게 많은 것을 시사하고 있다.

#### 참고문헌

- (1) 윤명선, 2002, 인터넷 시대의 헌법학, 대명출판사, 서울.
- (2) 지규철, 1992, “미국에서의 정교분리에 관한 연구,” 고려대학교대학원박사학위논문.
- (3) 황환교, 1985, “종교적 자유에 관한 연구,” 건국대학교대학원박사학위논문.
- (4) Audi, Robert, 1989, “The Separation of Church and State and the Obligations of Citizenship,” 18 *Philosophy and Public Affairs* 259.
- (5) Baer, John W., *The Pledge of Allegiance : A Short History*, <http://history.vineyard.net//pledge.htm>.
- (6) Choper, Jesse, H., 1982, *1982 Law and Religion* 579.
- (7) Curry, Thomas J., 1986, *The First Freedoms: Church and State in America to the Passage of the First Amendment*, Oxford University Press, New York.
- (8) Emanuel, Steven, 1996, *Constitutional Law*, Emmanuel Law Outlines, Inc., New York.

85) 대판 1983. 3. 8. 82 도 3248.

86) 대판 1976. 4. 27. 75 누 249.

87) 대판 1992. 9. 14. 92 도 1534; 대판 1969. 7. 22. 69 도 934; 대판 1976. 4. 27. 75 누 249; 대판 1985. 7. 23. 85 도 10949 등.

- (9) Fisher, Louis, *Constitutional Rights: Civil Rights and Civil Liberties*, McGraw-Hill, Inc., New York.
- (10) Goldwin, Robert A. and Kaufman, Art (eds.), 1987, *How Does the Constitution Protect Religious Freedom ?*, American Enterprise Institute for Public Policy Research, Washington D.C..
- (11) Kurland, Philip B., 1975, *Church and State: The Supreme Court and the First Amendment*, The University of Chicago Press, Chicago.
- (12) Levy, Leonard W., 1986, *The Establishment Clause*, Macmillan Publishing Co., New York.
- (13) Note, 1984, "Reinterpreting the Religion Clause," 97 *Harv. L. Rev.* 1468.
- (14) Rotunda, Ronald D. and Nowak, John F., 1992, *Treatise on Constitutional Law*, West Publishing Co., St. Paul, Minn..
- (15) Stone, Geoffrey R. and Seidman, Louis M. (et al.), 1991, *Constitutional Law*, Little, Brown and Co., Boston.
- (16) Tribe, Laurence, 1978, *American Constitutional Law*, The Foundation Press, Inc., New York.