

대중에 상품·서비스를 판매하는 사업자의 차별금지의무와 표현의 자유:
동성 결혼을 위한 웹사이트 제작 거부¹⁾

I. 사건개요

상고인 Lorie Smith(이하 ‘상고인’이라 한다)는 웹사이트 제작 관련 사업을 하고 있으며, 상고인 303 Creative LLC(이하 ‘상고인 회사’라 하고, 상고인과 상고인 회사를 합하여 ‘상고인들’)를 통해 앞으로 커플들을 위한 웨딩 웹사이트 제작 사업을 시작할 계획을 갖고 있다. 상고인은 종교적 신념에 따라 결혼은 한 남성과 한 여성의 결합이라고 믿고 있으며, 이에 따라 동성 커플을 위한 웨딩 웹사이트는 제작할 수 없다는 입장이다. 한편, 콜로라도 주 차별금지법(Colorado Anti-Discrimination Act)은 업체가 고객의 성적지향(sexual orientation)을 이유로 상품과 서비스의 제공을 거부하는 것을 금지하고 있다. 상고인들은 미국 헌법 수정 제1조²⁾상 표현의 자유 침해를 주장하며 콜로라도 주가 자신에게 원치 않는 표현을 강제하는 것을 금지해 달라는 취지의 소송을 제기하였다. 연방지방법원과 제10연방항소법원은 모두 상고인들의 주장을 받아들이지 않고 콜로라도 주의 손을 들어주었다. 연방대법원은 이 사건에 대한 상고를 허가하였다.

II. 쟁점 및 판단

1. Gorsuch 대법관의 법정의견(6인 의견)³⁾

1) 303 Creative LLC v. Elenis, 600 U. S. ____ (2023)(No. 21-476)(2023. 6. 30.).

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 개인의 권리 및 고충의 구제를 위하여 정부에 청원할 수 있는 권리를 제한하는 법률을 제정할 수 없다.

3) Gorsuch 대법관, Roberts 대법원장, Thomas, Alito, Kavanaugh, Barrett 대법관의 의견.

다른 많은 주들과 마찬가지로, 콜로라도 주 역시 사업체가 대중에 상품과 서비스를 판매할 때 차별을 해서는 안 된다는 법을 가지고 있다. 이러한 법들은 모든 미국인들의 민권(civil rights)을 보장하는 데 큰 기여를 해 왔다. 그러나 이 사건에서 콜로라도 주는 평등한 상품 또는 서비스의 판매를 보장하려고 한 것만이 아니라 개인에게 그가 믿지 않는 표현을 하도록 강요하려고 하였다. 우리가 대면한 문제는 이러한 방침이 미국 헌법 수정 제1조의 표현의 자유 조항에 위반되는지 여부이다.

가. 사건의 개괄

(1) 상고인의 웨딩 웹사이트 사업 계획

상고인은 그녀의 사업체인 상고인 회사를 통해 웹사이트와 그래픽 디자인, 마케팅 조언, 소셜 미디어 운영 서비스를 제공하고 있다. 최근 상고인은 영역을 확장하여 커플들을 위한 웨딩 웹사이트 서비스도 사업에 포함시키기로 결정하였다. 상고인은 웹사이트에서 커플의 결혼을 축하하고 이들의 특별한 사랑 이야기를 자세히 전하는 글, 그래픽 아트, 비디오를 제공할 계획이다. 이 웹사이트에서는 커플이 어떻게 만났는지 이야기하고, 그들의 배경, 가족, 장래 계획을 설명해주고, 다가올 결혼식에 대한 정보를 제공할 예정이다. 이 웹사이트의 모든 글과 그래픽은 독창적인(original) 주문제작형(customized) 맞춤형(tailored) 창작물이 될 예정이다. 웹사이트는 성격상 표현적(expressive)이며 특정 메시지를 전달하도록 만들어질 것이다. 그녀의 모든 웹사이트에는 그녀가 단독으로 소유하고 운영하는 회사의 이름이 게시될 것이어서 방문자들은 해당 웹사이트가 상고인의 독창적인 작품임을 알게 될 것이다.

상고인은 새로운 사업의 준비 작업을 해 왔지만 아직 계획을 실행하지는 않았다. 그녀는 새로운 사업을 시작할 경우, 콜로라도 주가 그녀가 동의하지

않는 관점을 표현하도록 강제할 것을 우려하고 있다. 상고인은 그녀의 웹사이트와 그래픽 서비스를 고객들의 인종, 신념, 성별, 또는 성적지향에 관계없이 그들에게 제공하고 있다. 그러나 그녀는 결코 자신의 관점에 반하는 표현 - 폭력을 조장하거나 타인을 비하하거나 무신론의 홍보 등으로 그녀의 종교적 신념을 거스르는 저작물의 제작 - 은 하지 않았다. 그녀는 웨딩 웹사이트 사업을 시작할 경우 콜로라도 주가 ‘결혼은 한 남성과 한 여성의 결합이어야 한다’는 그녀의 믿음에 반하는 메시지를 전하도록 강제할 것을 우려하고 있다. 그녀는 결혼에 대한 이러한 믿음이 모든 방면에서 인기 있는(popular) 것이 아님을 알고 있다. 하지만 그녀는 헌법 수정 제1조의 표현의 자유 조항이 믿지 않는 것을 표현하도록 강요받지 않을 권리를 보장한다고 주장하고 있다.

(2) 콜로라도 주 차별금지법

상고인은 자신의 권리를 분명히 하기 위해 연방지방법원에 이 소송을 제기하였다. 소송에서 상고인은 주가 그녀의 믿음에 반하는 결혼을 축하하는 웨딩 웹사이트의 제작을 강제하지 못하도록 하는 예비적 금지명령(preliminary injunction)을 구하였다.⁴⁾ 그녀는 우선 당사자적격을 충족하기 위해 콜로라도주가 실제로 그녀에게 원치 않는 표현을 강제할 것이라는 점에 대한 ‘믿을 만한 위협(credible threat)’⁵⁾이 존재함을 증명해야 했다.

이를 위해 상고인은 콜로라도 주 차별금지법을 문제 삼았다. 콜로라도 주 차별금지법은 ‘공공시설(public accommodation)’을 폭넓게 정의하여 주 내에서 대중이 접근 가능한 거의 모든 사업을 포함시키고 있다(Colo. Rev. Stat. §24 - 34 - 601(1) (2022)). 이 법은 ‘시설조항(Accommodation Clause)’⁶⁾으로도

4) 상고인은 1심 계속 중 연방지방법원에 예비적 금지명령(preliminary injunction) 신청과 약식판결(summary judgment) 신청을 하였다. 미국의 ‘약식판결’은 ‘약식재판’, ‘사실심생략판결’로도 번역되며, 당사자들 간에 주요사실에 대하여 진정한 다툼이 없는 경우, 공개된 법정에서 사실문제에 대하여 변론, 증거조사 등을 통해 결정하는 과정을 생략하고 법관이 서면으로만 간략히 판단하는 소송절차를 의미한다. 배심재판의 경우 사실문제에 대해서는 배심원이 판단하게 되는데 약식재판의 경우 불필요한 배심재판절차를 피하여 효율적인 사건해결을 도모할 수 있다.

5) Susan B. Anthony List v. Driehaus, 573 U. S. 149, 159 (2014).

불리는 규정을 두어, 공공시설이 고객의 인종, 신념, 장애, 성적지향, 기타 범으로 열거된 특성을 근거로 상품과 서비스의 완전하고 동등한 향유를 부정하는 것을 금지하고 있다(§24 - 34 - 601(2)(a)). 주 공무원이든 시민 개인이든 이 법률의 이행을 위해 소송을 제기할 수 있으며(§§24 - 34 - 306, 24 - 34 - 602(1)), 위반에는 다양한 제재가 따른다(위반 건당 \$500 이하의 벌금 §24 - 34 - 602(1)(a), 정지명령 §24 - 34 - 306(9), 다양한 차별시정조치 §24 - 34 - 605; §24 - 34 - 306(9)). 과거에는 교육 프로그램 참석을 강제하거나 주 공무원에게 지속적으로 준수 보고서를 제출하게 하기도 했다.⁷⁾

상고인은 만일 그녀가 웨딩 웹사이트 사업을 시작한다면 콜로라도 주가 차별금지법을 적용하여 그녀가 지지하지 않는 결혼을 축하하는 웹사이트의 제작을 강제할 것이라는 믿을 만한 위험에 직면해 있다고 주장하였다. 그 증거로 그녀는 5년 전 연방대법원이 선고하였던 *Masterpiece Cakeshop, Ltd. v. Colorado Civil Rights Comm'n*, 584 U. S. ___, ___ (2018) 판결⁸⁾을 포함하여 콜로라도 주의 차별금지법 이행 조치 기록들을 들었다.

(3) 하급심 법원의 판결

연방지방법원의 판결은 상고인들의 패소로 끝났고, 제10연방항소법원의 판결도 마찬가지로였다. 연방항소법원의 다수의견은 상고인에게 금지명령을 받을 권리가 없다고 판단하였다. 연방항소법원은 상고인이 계획한 웨딩 웹사이트가 헌법 수정 제1조의 보호를 받는 ‘순수한 표현(pure speech)’⁹⁾에 해당한다

6) 콜로라도 주 차별금지법 ‘시설조항’(Colo. Rev. Stat. §24-34-601(2)(a))

사람이 개인이나 그룹에 대하여 장애, 인종, 신념, 피부색, 성별, 성적지향, 젠더 정체성, 젠더 표현, 혼인 상태, 출신 민족, 또는 혈통을 이유로 공공시설에 해당하는 장소에서의 상품, 서비스, 시설, 특권, 혜택, 또는 편의의 완전하고 평등한 제공을 직·간접적으로 거절하거나, 보류하거나, 거부하는 것은 ... 차별적 관행이며 불법이다.

7) *Masterpiece Cakeshop, Ltd. v. Colorado Civil Rights Comm'n*, 584 U. S. ___, ___ (2018) (slip op., at 9).

8) 이 판결에 대해서는, 헌법재판연구원, 기독교인 제빵사의 동성결혼식 웨딩 케이크 판매 거부, 세계헌법재판동향 2018 제6호, 2018, 23-41쪽 참고.

9) ‘순수한 표현(pure speech)’은 구두나 문자로, 또는 생각의 전달을 위해 필요한 한도로 제한된 형태의 행위를 통해 생각을 전하는 것을 뜻하며 헌법 수정 1조의 가장 높은 수준의 보호를 받는다. 반면 ‘상징적 표현(symbolic speech)’은 비언어적 매체 또는 행위에 의한 사상·의사의 전달을 뜻한다.

는 점은 인정하였지만, 콜로라도 주가 엄격심사기준을 충족하였다고 판단하였다. 엄격심사기준에 따르면 콜로라도 주는 상고인에게 표현을 강요하는 것이 긴절한 정부의 이익(compelling governmental interest)에 이바지하고, 그러한 이익을 보장하기 위한 덜 제한적인 대안이 존재하지 않는다는 점에 대하여 입증책임을 진다. 연방항소법원은 콜로라도 주가 ‘대중이 이용 가능한(publicly available) 상품과 서비스에 대한 평등한 접근권’을 보장할 긴절한 이익을 갖는다고 보았고, 상고인이 다른 곳에서는 이용 불가능한 ‘특유의(unique) 서비스’를 제공할 계획이기 때문에 그녀에게 표현을 강제하는 것 외에 그러한 이익을 충족할 다른 선택지는 없다고 판단하였다. 반면 반대의견을 낸 제10연방항소법원장은 특정인의 목소리, 표현, 또는 예술적 재능에 대한 접근권을 보장하는 것은 연방대법원 선례상 긴절한 주의 이익으로 인정된 바 없다고 주장하였다. 그는 연방항소법원의 다수의견의 접근법은 정부가 모든 예술가들이 전달하는 메시지를 규제할 수 있게 할 것이라고 경고하였다.

이에 연방대법원은 제10연방항소법원의 판단을 심사하기 위해 상고를 허가하였다.

나. 표현의 자유의 의의와 연방대법원 선례

헌법 제정자들은 ‘바라는 대로 생각하고 생각한 대로 표현할 자유’를 보호하기 위해 헌법 수정 제1조의 표현의 자유 조항을 만들었다.¹⁰⁾ 왜냐하면 그들은 표현의 자유를 ‘목적이자 수단’으로 보았기 때문이다.¹¹⁾ 생각하고 표현할 자유는 양도할 수 없는 인권 중 하나이므로 ‘목적’이며,¹²⁾ 정치적 진실의 발견과 전파에 필수적이므로 ‘수단’이다.¹³⁾ 헌법 제정자들은 모든 관점이 번

10) *Boy Scouts of America v. Dale*, 530 U. S. 640, 660–661 (2000).

11) *Whitney v. California*, 274 U. S. 357, 375 (1927) (Brandeis, J., concurring); 12 *The Papers of James Madison* 193–194 (C. Hobson & R. Rutland eds. 1979).

12) 4 *Annals of Cong.* 934 (1794) (Rep. Madison).

성하도록 함으로써 우리가 개인으로서 그리고 국민으로서 우리 자신의 생각을 시험하고 발전시킬 수 있다고 생각하였다. 만일 우리 헌법의 별자리에 불박이별(fixed star)이 있다면¹⁴⁾ 그것은 정부가 제약 받지 않는 ‘사상의 자유시장(marketplace of ideas)’에 간섭해서는 안 된다는 원칙이다.¹⁵⁾

때때로 이 나라 정부는 이러한 기본원칙을 시험하곤 하였다. 예를 들어, West Virginia Bd. of Ed. v. Barnette, 319 U. S. 624 (1943) 사건에서 웨스트버지니아 주는 어린 학생들에게 국기에 대한 경례를 강제하고 국기에 대한 맹세를 암송하도록 하였다. 그리고 학생이 이를 거부할 경우 퇴학시키거나 학부모에게 벌금 또는 감금형이 부과될 수 있다고 위협하였다. 이 사건에서 여호와의 증인 신앙을 가진 가족들은 주가 신앙에 어긋나는 관점을 아이들에게 강요하고 있다고 주장하였고, 연방대법원은 이를 인정하여 주 당국이 그 권한의 헌법적 한계를 넘어섰다고 판단하였다.¹⁶⁾

Hurley v. Irish-American Gay, Lesbian and Bisexual Group of Boston, Inc., 515 U. S. 557 (1995) 사건에서는 보스턴에서 성 패트릭의 날(St. Patrick's Day) 퍼레이드를 조직하는 재향군인들이 그들의 행사에 게이, 레즈비언, 양성애자 그룹의 참여를 거부한 것이 문제되었다. 성소수자 그룹은 매사추세츠 주 공공시설법에 따라 그 퍼레이드에 참여할 권리가 있다고 주장하였으나, 연방대법원은 이 주장을 받아들이지 않았다. 연방대법원은 주법이 어떠한 간에 퍼레이드는 헌법상 보호되는 표현이며, 재향군인들에게 그들이 배제하기 원하는 목소리를 포함시키도록 요구하는 것은 퍼레이드의 표현적 내용을 바꾸도록 요구하는 것으로 허용될 수 없다고 판단하였다.¹⁷⁾ 무엇을 말하고 무엇을 말하지 않을지에 대한 재향군인들의 선택이 인기 없는 것일 수는 있으나 그들은 자신들의 메시지를 보여줄 헌법 수정 제1조상의 권리를 갖고 있다.

13) Whitney, 274 U. S., at 375 (Brandeis, J., concurring).

14) West Virginia Bd. of Ed. v. Barnette, 319 U. S. 624, 642 (1943).

15) McCullen v. Coakley, 573 U. S. 464, 476 (2014).

16) Barnette, 319 U. S., at 642.

17) Hurley, 515 U. S., at 572-573.

Boy Scouts of America v. Dale, 530 U. S. 640 (2000) 사건에서는 보이 스카우트가 피상고인이 게이라는 것을 알게 된 후 그를 제명하였고, 피상고인은 뉴저지 주의 공공시설법에 따라 보이 스카우트가 그를 다시 복귀시켜야 한다고 주장하였다. 연방대법원은 피상고인의 주장을 받아들이지 않았다. 연방대법원은 피상고인을 제명시키는 결정은 순수한 표현을 포함하지는 않지만 보이 스카우트는 헌법 수정 제1조의 보호를 받는 표현적 단체(expressive association)이며, 피상고인을 복귀시킬 것을 강요하는 것은 단체의 믿음에 반하는 관점을 내세우지 않겠다는 보이 스카우트의 선택에 간섭하는 것이 될 것이라고 판시하였다.

이러한 판결들에서 보듯이 헌법 수정 제1조는 정부가 개인의 표현이 합리적이고 좋은 의도를 갖고 있다고 여기든 매우 잘못된 것이고 고통과 막대한 비난을 야기할 것이라고 여기든 상관없이 자신의 생각을 표현할 개인의 권리를 보호한다. 마찬가지로 헌법 수정 제1조는 표현적 단체의 행위도 보호한다.¹⁸⁾ 일반적으로 정부는 개인에게 정부가 선호하는 메시지를 표현할 것을 강제해서는 안 된다.¹⁹⁾ 정부가 개인이 침묵하기를 원함에도 정부의 메시지를 표현하도록 개인에게 강요하거나 개인의 표현에 그가 포함시키고 싶지 않은 다른 생각을 포함시키도록 강요해서도 안 된다.²⁰⁾ 이는 모두 마찬가지로 헌법 수정 제1조를 위반하는 것이다.

다. 하급심 판결 분석

제10연방항소법원은 상고인이 만들고자 하는 웨딩 웹사이트가 ‘순수한 표

18) Dale, 530 U. S., at 647-656; Hurley, 515 U. S., at 568-570, 579.

19) Tinker v. Des Moines Independent Community School Dist., 393 U. S. 503, 505-506 (1969); Miami Herald Publishing Co. v. Tornillo, 418 U. S. 241, 256 (1974); Wooley v. Maynard, 430 U. S. 705, 714 (1977); National Institute of Family and Life Advocates v. Becerra, 585 U. S. ___, ___ (2018) (NIFLA) (slip op., at 8).

20) Hurley, 515 U. S., at 568-570, 576; Rumsfeld v. Forum for Academic & Institutional Rights, Inc., 547 U. S. 47, 63-64 (2006) (FAIR).

현'에 해당한다고 판단하였고 우리도 이에 동의한다.

100년 전이었다면 상고인은 펜과 종이를 이용하여 서비스를 제공했을 것이다. 이러한 서비스는 오늘날에도 역시 보호를 받는다. 모든 방식의 표현은 - 사진, 영화, 그림, 판화부터 구두발언과 인쇄된 말까지²¹⁾ - 헌법 수정 제1조의 보호를 받으며 상고인의 웨딩 웹사이트와 같이 인터넷을 통해 전달되는 표현에 대해서도 마찬가지이다.

또한 우리는 상고인이 만들고자 하는 웨딩 웹사이트가 상고인 자신의 표현을 포함하고 있다는 제10연방항소법원의 판단에도 동의한다. 물론 최종 산물에는 그녀의 표현이 커플들의 표현과 결합되어 있을 수 있다. 하지만 헌법 수정 제1조의 목적상 그러한 사실은 중요하지 않다. 개인은 하나의 메시지에 다양한 목소리가 결합되어 있다는 이유만으로 헌법상의 보호를 빼앗기지 않는다.²²⁾

우리가 제10연방항소법원과 입장이 갈라지는 것은 뒤따르는 법적 결론에 관해서이다. 연방지방법원은 상고인에게 표현을 강제하는 것이 헌법에 부합할 수 있다고 보았지만, 앞에서 살펴본 연방대법원의 선례들은 입장을 달리한다. Hurley 판결에서 연방대법원은 퍼레이드 조직자에게 그들의 메시지에 영향을 주는 참가자를 받아들이도록 강제하는 것이 헌법 수정 제1조의 위반이라고 보았다. Dale 판결에서는 뉴저지 주가 보이 스카우트 제명 결정에 개입하여 해당 단체의 믿음에 반하는 관점을 표현하게 하는 것은 헌법 수정 제1조의 위반이라고 판단하였고, Barnett 판결에서는 웨스트버지니아 주가 어린 학생들에게 처벌이나 퇴학으로 위협하여 학생들의 신념에 반하는 국기에 대한 맹세를 암송시키는 것이 허용될 수 없다고 판단하였다. 이 사건에서 콜로라도 주는 상고인에게 비슷한 선택을 강요하려고 한다. 만일 그녀가 표

21) Kaplan v. California, 413 U. S. 115, 119-120 (1973); 그 외에도 Shurtleff v. Boston, 596 U. S. ___, ___-___ (2022) (slip op., at 7-8) (깃발); Brown v. Entertainment Merchants Assn., 564 U. S. 786, 790 (2011) (비디오 게임); Hurley, 515 U. S., at 568-570 (퍼레이드); Ward v. Rock Against Racism, 491 U. S. 781, 790 (1989) (음악); Joseph Burstyn, Inc. v. Wilson, 343 U. S. 495, 501-502 (1952) (영화).

22) Hurley, 515 U. S., at 569.

현하고자 한다면, 주가 요구하는 대로 표현하거나 아니면 자신의 믿음대로 표현하고 벌칙을 감수해야 한다. 우리의 선례에 따르면 이는 자유롭게 표현할 헌법 수정 제1조상의 권리를 침해하여 허용될 수 없다.

반대의 접근법이 무엇을 의미하는지 생각해보자. 콜로라도 주의 논리에 따르면, 어떤 주제가 ‘법적으로 보호받는 고객의 특성’(예를 들면, 성적지향)을 어떻게든 간에 내포하고 있는 경우 보수를 받고 해당 주제를 표현하는 모든 사람에게 정부가 동일 주제에 대한 모든 의뢰를 수용할 것을 강제할 수 있다. 이러한 원칙은 정부가 예술가, 원고 작성자, 기타 표현을 포함하는 서비스 제공자에게, 따르지 않으면 처벌이 따른다고 위협하며, 그들이 믿지 않는 내용을 표현하도록 강제하는 것을 허용하게 될 것이다. 정부는 원치 않는 무슬림 영화감독에게 시온주의²³⁾ 메시지를 담은 영화를 만들도록 요구하거나 무신론자 벽화가에게 복음주의적 열의를 기념하는 의뢰를 받아들이도록 요구할 수 있을 것이다. 마찬가지로 정부는 동성과 결혼한 웹사이트 디자이너에게 동성결혼을 반대하는 단체의 웹사이트를 디자인할 것을 강요할 수도 있다. 정부는 수많은 다른 전문 창작자들이 침묵하든지, 아니면 그들의 신념에 반하는 표현을 하든지, 아니면 그들의 생각을 말하고 그에 대한 벌칙을 받든지 중에 선택하도록 강요할 수 있을 것이다. 우리 선례가 인정하였듯이, 헌법 수정 제1조는 이 중 어느 것도 용납하지 않는다.

우리는 공공시설법이 모든 미국인들의 민권을 실현하는 데 있어 갖는 중요한 역할에 이의를 제기하지 않는다. 연방대법원은 이 나라의 정부가 공공시설에서의 차별을 없애는 데 긴절한 이익을 갖고 있음을 인정해 왔다.²⁴⁾

시간이 흐르며 이 나라의 정부는 공공시설법을 눈에 띄게 확장시켰다. 이러한 법률은 처음에는 기존의 일반 운수업자 및 호텔이나 식당과 같은 전통적인 공공시설에 적용되는 것으로 시작되었다. 종종 이들 기업들의 서비스는

23) 시온주의(Zionism)는 유대인이 시온의 땅 팔레스타인에 귀환하여 유대 국가를 재건하려는 유대 민족주의 운동을 일컫는다.

24) *Roberts v. United States Jaycees*, 468 U. S. 609, 628 (1984); *Hurley*, 515 U. S., at 571-572.

독점권의 행사와 유사하거나 수탁자에 가까운 것이었다.²⁵⁾ 시간이 흐르며 콜로라도 주를 포함한 몇몇 주들은 공공시설법의 범위를 사실상 대중을 대상으로 판매업을 하는 모든 사업장에 적용되도록 확장하였다.

중요한 것은 주들이 더 많은 형태의 차별을 금지하는 것으로 법을 확장하였다는 것이다. 예를 들어, 오늘날 전체 주들의 거의 절반이 콜로라도 주와 같이 성적지향에 근거한 차별을 명시적으로 금지하는 법률을 갖고 있다. 상고인은 콜로라도 주와 다른 주들이 동성애자를 보호하는 조항을 포함하여 그들의 공공시설법을 광범위한 사업 영역에 자유롭게 적용하고 있음을 인식하고 있다.

동시에 연방대법원은 어떠한 공공시설법도 헌법의 요구를 벗어날 수 없다고 밝혀 왔다. Hurley 판결에서 연방대법원은 매사추세츠 주의 공공시설법을 우호적으로 평했지만 위 법이 표현을 강제하기 위해 표현적 행위에 적용될 수는 없음을 분명히 하였다.²⁶⁾ Dale 판결에서는 뉴저지 주의 공공시설법이 적법하게 적용된 경우가 많지만 보이 스카우트의 표현적 결사의 자유를 그토록 심각하게 침해하는 것을 정당화하지는 못한다고 밝혔다. 이 사건도 마찬가지이다. 주의 공공시설법과 헌법이 충돌할 때 어느 쪽이 우위인지는 분명하다.²⁷⁾

상고인의 서비스가 특유성(unique)을 가진다고 해서 주가 그것을 주의 목적을 위해 마음대로 쓸 수 있다는 뜻은 아니다. Hurley 사건에서 재향군인들의 퍼레이드는 눈에 띄고 두드러진 행사였고,²⁸⁾ Dale 사건에서 보이 스카우트는 누군가는 독자적이라고 생각할 경험을 제공하였다.²⁹⁾ 그러나 두 사건에서 연방대법원은 자신의 메시지의 내용을 선택할 화자의 권리를 부인하는

25) Liverpool & Great Western Steam Co. v. Phenix Ins. Co., 129 U. S. 397, 437 (1889); Primrose v. Western Union Telegraph Co., 154 U. S. 1, 14 (1894).

26) Hurley, 515 U. S., at 571, 578.

27) 미국 헌법 제6조 제2문

이 헌법과 이 헌법에 준거하여 제정되는 합중국의 법률 그리고 합중국의 권한에 의하여 체결되었거나 체결될 모든 조약은 이 국가의 최고법이며, 모든 주의 법관은, 어느 주의 헌법이나 법률 중 이에 반하는 규정이 있을지라도, 이 헌법에 구속된다.

28) Hurley, 515 U. S., at 560, 577-578.

29) Dale, 530 U. S., at 649-650.

공공시설법을 적용할 수 없다고 판단하였다.³⁰⁾ 만일 그렇지 않았다면, 예술가와 작가들이 더 훌륭할수록, 그들의 재능이 더 특별할수록 그들의 목소리는 더 쉽게 정부의 선호 메시지를 퍼뜨리는 데 동원되었을 것이다. 이는 헌법 수정 제1조를 존중하는 것이 아니라 그 종말을 의미했을 것이다.

라. 콜로라도 주의 주장

상고심에서 콜로라도 주는 제10항소법원의 논증과는 거리를 두려는 것으로 보인다. 콜로라도 주는 상고인에게 동성결혼을 지지하거나 그녀가 동의하지 않는 여타의 메시지를 표현하는 웹사이트의 제작을 강요하는 것은 헌법 수정 제1조에 의해 금지된다는 것을 알고 있는 것으로 보인다. 대신 콜로라도 주는 대부분의 노력을 대안적 이론을 전개하는 데 기울이고 있다.

주의 대안적 이론에 따르면, 콜로라도 주법을 준수하기 위해서는 상고인은 자신이 지지하는 결혼을 축하하기 위해 만든 웹사이트를 자신이 지지하지 않는 결혼도 축하하는 웹사이트로 용도변경해야 한다. 콜로라도 주의 논리에 따르면 그녀는 상품을 일부 사람들에게 판매하기 때문에 같은 상품을 모든 사람들에게도 판매해야 한다. 실지로 콜로라도 주는 제10연방항소법원이 이 사건을 순수한 표현에 관한 것이라고 본 것부터 틀렸다고 생각하고 있다. 콜로라도 주는 이 사건을 단지 일반적인 상업적 제품의 판매에 관한 것이라고 보며, 상고인의 표현이 순전히 부수적인(incidental) 것에 불과하다고 말하였다. 따라서 표현은 사라지고 헌법 수정 제1조의 심사는 필요 없게 된다. 반대의견은 곳곳에서 이러한 주장을 펼치고 있는 것으로 보인다.

그러나 이러한 대안적 이론은 연방지방법원에서 양 당사자가 본안 해결을 용이하게 하고자 다툼이 없는 것으로 합의하였던 사실들(stipulations)³¹⁾과

30) Hurley, 515 U. S., at 573; Dale, 530 U. S., at 650-656.

31) stipulation은 약식판결을 신청할 때 다투지 않기로 합의한 사실을 뜻한다. 이렇게 다투지 않기로 합의한 사실은 약식판결 신청서에 자료로 첨부되어 제출된다.

맞지 않는다. 콜로라도 주는 상고인이 일반적인 상업 제품을 판매하고자 하는 것이 아니라 각 커플을 위해 주문제작으로 맞추어 표현을 만들어내고자 하였음에 동의하였다. 또한 그녀의 웨딩 웹사이트가 성격상 표현적이 될 것이라는 점도 확인하였다. 콜로라도 주는 강제하고자 하는 표현이 자신의 권한 범위 밖에 있음에 암묵적으로 동의하고 있는 것이다.

콜로라도 주가 강조하였듯이 상고인은 보수를 받고 표현을 제공하였고, 이는 자신이 단독 구성원이자 소유자로 있는 상고인 회사를 통해 이루어졌다. 그러나 이러한 사실들 중 어느 것도 결론에는 영향을 미치지 못한다. 전 세계 수많은 위대한 문학과 예술 작품들이 보상을 기대하고 만들어졌다. 또한 연방대법원은 표현을 전파하기 위해 회사의 형태를 취하였다고 해서 화자가 헌법 수정 제1조상의 보호를 잃는다고 판시한 바가 없다.

콜로라도 주는 상고인이 표현을 거부하는 이유에 초점을 두어야 하며 그 이유는 특정 고객의 ‘보호 대상이 되는 특성(protected characteristics)’에 반대하기 때문이라고 보았다. 그러나 이는 연방지방법원 제1심 당시 양 당사자가 합의하였던 내용과 다르다. 당사자들은 상고인이 그녀의 믿음에 반하는 것이 아닌 한 게이, 레즈비언, 양성애자 고객이나 이들에 의해 운영되는 단체를 위해 그래픽과 웹사이트를 기쁘게 제작할 것이라는 점에 동의하였다. 당사자들이 인정하였듯이 이는 ‘모든 고객들’에게 적용되는 조건이다. 헌법 수정 제1조상의 보호는 정부가 가치 있다고 생각하는 동기를 가진 화자에게만 적용되는 것이 아니라 다른 사람들이 불쾌하게 생각하거나 잘못 알고 있다고 생각하는 동기를 가진 화자에게까지도 모두 적용된다.³²⁾

콜로라도 주는 하는 수 없이 연방대법원의 *Rumsfeld v. Forum for Academic & Institutional Rights, Inc.*, 547 U. S. 47 (2006) 판결(이하 ‘FAIR’ 판결이라고 한다)을 원용하였다. FAIR 사건에서 몇몇 학교들은, 연방

32) *Federal Election Comm'n v. Wisconsin Right to Life, Inc.*, 551 U. S. 449, 468-469 (2007) (opinion of ROBERTS, C. J.) (“화자의 동기는 전혀 무관하다.”); *National Socialist Party of America v. Skokie*, 432 U. S. 43, 43-44 (1977) (per curiam) (나치 퍼레이드 참가자의 표현의 자유 인정); *Snyder*, 562 U. S., at 456-457 (군인 장례식의 시위자의 표현의 자유 인정).

기금 지급을 전제로 다른 고용주들의 경우와 같은 조건하에 군대 신병 모집자들의 캠퍼스 내 공간 사용을 허용하게 하는 법률을 문제 삼았다. 여기서 로스쿨들에게 요구된 표현적 행위는 단지 “미군 모집자는 오전 11시에 123호에서 관심 있는 학생들을 만날 것입니다”라는 공고를 게시하는 것뿐이었다. 연방대법원은 이러한 종류의 표현은 ‘부수적’인 성격을 가질 뿐이며, ‘표현의 자유는 정부가 사람들에게 무엇을 말해야 할지 정해주는 것을 금지한다’는 원칙을 확립한 대표적인 헌법 수정 제1조 선례들의 표현들과는 전혀 다른 것이라고 실시하였다.³³⁾

그리고 FAIR 사건의 표현은 이 사건의 표현과도 전혀 다른 것이다. 정부는 때때로 순수하게 사실적이고 논쟁의 여지가 없는 정보를 전파할 것을 요구할 수 있고 특히 상업적 광고에서 그러하다.³⁴⁾ 그러나 이 사건은 전혀 그러한 경우가 아니다. 이 사건에서 콜로라도 주는 표현에 대해 어떤 부수적인 부담을 주는 것이 아니라, 정치적·종교적 중요성을 가진 문제에 대해 개인의 마음에 없는 내용을 말하도록³⁵⁾ 강요하려고 한다. 이는, FAIR 판결도 재확인하였듯이, 헌법 수정 제1조가 용납하지 않는 것이다. 어떠한 정부도 화자에게 다른 관점에 부응하도록 강요함으로써 화자의 메시지에 영향을 주어서는 안 된다.³⁶⁾ 어떠한 정부도 화자의 메시지의 표현적 내용을 바꾸어서는 안 되며, 화자가 원하는 메시지에 개입해서도 안 된다.³⁷⁾

마. 반대의견에 대한 비판

반대의견은 많은 부분을 공공시설법의 발전과정과 법 앞의 평등 보장을 향한 미국 동성애자들의 발걸음에 초점을 맞추었다. 물론 여기서 갈채를 보내

33) *Forum for Academic & Institutional Rights, Inc. (FAIR)*, 547 U. S., at 61-62.

34) *Hurley*, 515 U. S., at 573; *NIFLA*, 585 U. S., at ___ (slip op., at 8); *Riley v. National Federation of Blind of N. C., Inc.*, 487 U. S. 781, 795-796 (1988).

35) *Barnette*, 319 U. S., at 634.

36) *Forum for Academic & Institutional Rights, Inc. (FAIR)*, 547 U. S., at 63.

37) *Id.*, at 64.

야 할 부분은 많지만, 오늘 우리가 직면한 문제 - 주가 표현적 서비스를 제공하는 사람에게 그 사람의 양심을 포기하고 대신 주의 선호 메시지를 표현하도록 강제할 수 있는가? - 에 대한 답은 아니다.

반대의견은 콜로라도 주가 상고인의 표현이 아니라 ‘행동’을 규제하려는 것이라고 주장하였다. 그러나 콜로라도 주는 상고인의 행위가 표현적이라고 인정하였고, 제10연방항소법원도 ‘순수한 표현’이라고 판단하였다. 반대의견은 주가 법을 집행하기 전에 제기된 사건에 대해 결정하는 것을 비판하였지만 이는 상고인이 주의 관점에 따르지 않으면 제재를 받을 것이라는 믿을 만한 위협에 직면해 있다는 제10연방항소법원의 판단을 무시하는 것이다. 반대의견은 이 사건에서 표현에 가해지는 부담이 ‘부수적인’ 것이라고 반복하여 주장하였지만, 제10연방항소법원은 콜로라도 주가 주의 생각과 다른 생각을 제거하려는 바로 그 목적을 가지고 상고인에게 그녀가 믿지 않는 메시지를 전달케 하고자 하는 것이라고 판단하였다.

반대의견은 법정의견이 “연방대법원의 역사상 처음으로, 대중에 개방된 사업체가 보호의 대상이 되는 집단(protected class)의 구성원에게 서비스의 제공을 거부할 권리를 부여하였다”라고 주장하였다. 우리는 그러지 않았으며, 콜로라도 주 자신도 상고인은 (콜로라도 주 차별금지법이 요구하듯이) 성적 지향에 관계없이 모든 사람들과 함께 일하고자 한다고 인정하였다. 오히려 진정으로 연방대법원에 처음인 일을 하게 하려 했던 것은 정부의 생각과 다른 생각을 제거하기 위해 개인의 신념이 관련된 중요한 문제에 대해 개인의 믿음과 상반되는 표현을 하도록 강요할 수 있게 하는 반대의견이다.

반대의견은 오늘 우리의 결정이 ‘분리평등(separate but equal)³⁸⁾ 제도를 지지하는 것과 유사하다고 주장하기까지 하며, 이는 여성을 파트너로 인정하지 않는 로펌, 흑인들에게 서비스를 거부하는 식당, 직원에게 ‘백인만 지원

38) 오늘날 잘못된 미국 연방대법원 판결로 비판받는 Plessy v. Ferguson, 163 U.S. 537 (1896) 사건에서 연방대법원이 인종 분리정책에 대하여 각 인종에게 제공되는 시설이 질적으로 동등하다면 ‘분리하되 평등하다(separate but equal)’는 개념에 따라 분리정책이 위헌이 아니라고 판단한 것을 일컫는다.

가능'과 같은 글을 게시하게 하는 사업체를 허용할 것이라고 주장하였다. 그러나 이는 순전히 허구이다.

반대의견은 실제로 우리에게 주어진 사건에 대해 당사자들이 다툼이 없는 것으로 합의한 사항들에 대해 살펴보는 대신 가설의 바다를 표류하며 이러한 표현적 서비스들도 헌법 수정 제1조의 적용을 받는지 묻는 데 많은 시간을 쏟았다. 그러나 그러한 사건들은 이 사건이 아니다. 물론 무엇이 헌법 수정 제1조의 보호를 받는 표현적 행위가 될 수 있는지를 결정하는 일은 때때로 어려운 문제를 제기한다. 그러나 이 사건은 그러한 어려운 문제가 아니다. 당사자들은 상고인의 표현을 표현적 행위로 인정하였고, 제10연방항소법원은 이를 순수한 표현으로 인정하였다. 반대의견이 이를 바꿀 수는 없으며, 뒤따르는 헌법 수정 제1조상의 보호를 박탈할 수도 없다.

반대의견은 주요 선례들인 *Barnette*, *Hurley*, *Dale* 판결이 어린 학생들이나 비영리단체에게 한정된 것이고 상고인의 상업적 행위에도 적용되는 것은 아니라고 주장하였다. 그러나 헌법 수정 제1조는 영리를 추구하는 사람들을 포함하여 표현적 행위를 하는 모든 사람들에게 미친다.

아마도 반대의견은 정부가 '계몽된(enlightened)' 표현만을 강제하므로 원치 않는 표현의 강제가 문제될 것이 없다고 생각할 것 같다. 그러나 만약 그렇다면 이는 정말 위험한 것이다.

반대의견은 연방대법원이 몇 번이고 되풀이하여 인정해 온 것 - 단지 일부의 메시지와 일부의 사람을 위한 표현에 대한 약속은 아무 약속도 아니다 - 을 포기하고 있다. 반대의견은 화자의 메시지가 호감이 간다고 생각되는 경우에만 헌법 수정 제1조의 가치를 보호하려는 유감스러운 경향을 상징적으로 보여준다. 그러나 “자유에 어떤 의미가 있다면, 그것은 사람들에게 그들이 듣고 싶지 않은 것을 말할 수 있는 권리를 의미한다.”³⁹⁾

39) 조지 오웰(George Orwell)의 말 - “If liberty means anything at all, it means the right to tell people what they do not want to hear.” - 을 인용한 것이다.

바. 법정의견의 결론

이 사건에서 콜로라도 주는 개인에게 주의 관점을 지지하는, 하지만 개인의 양심에는 반하는 방식으로 표현을 강제하려고 한다. 과거 *Barnette*, *Hurley*, *Dale* 사건에서 다른 주들도 당시 중요하다고 생각하였던 표현을 강제함으로써 비슷하게 헌법 수정 제1조의 경계선을 시험하였다. 그러나 오랫동안 연방대법원이 판시해 왔듯이, 스스로 생각하고 이 생각을 자유롭게 표현할 기회는 우리의 가장 소중한 자유 중 하나이며 우리 공화국을 강하게 유지시키는 한 부분이다. 물론 표현의 자유에 대한 헌법의 약속을 지키다 보면, 우리 모두 매력 없거나, 잘못 되거나, 해롭기까지 하다고 생각되는 생각과 마주칠 것이다. 그러나 우리 국가의 답은 강요가 아니라 관용이다. 헌법 수정 제1조는 미국을 모든 사람들이 정부가 요구하는 대로가 아니라 자신이 원하는 대로 자유롭게 생각하고 표현하는 풍요롭고 복합적인 곳으로 그렸다. 콜로라도 주가 이러한 약속을 부정하려 했기 때문에, 원심을 파기한다.

2. Sotomayor 대법관의 반대의견(3인 의견)⁴⁰⁾

오늘 법정의견은 연방대법원의 역사상 처음으로, 대중에 개방된 사업체에 보호의 대상이 되는 집단의 구성원에 대한 서비스 제공을 거부할 권리를 부여하였다. 구체적으로는, 헌법 수정 제1조에 따르면 웹사이트 디자인 회사로 하여금 대중을 대상으로 웨딩 웹사이트를 판매하기로 선택한 이상 동성 커플에 대한 웨딩 웹사이트의 판매를 거부하지 못하도록 한 주법이 해당 회사에 적용되는 것을 배제한다고 판단한 것이다.

연방대법원에서뿐만 아니라 전국적으로 성적 소수자들의 자유와 평등을 향한 운동에 대하여 반발이 있었다. 새로운 형태의 포용은 반동적 배제를 맞닥

40) *Sotomayor*, *Kagan*, *Jackson* 대법관의 의견.

뜨리게 되었다. 마음 아픈 일이다. 또한 슬프게도 익숙한 일이기도 하다. 시민과 여성의 권리를 위한 운동이 공적 생활에서의 평등을 추구하였을 때 일부 공공시설은 이를 거부하였다. 일부는 신실한 종교적 믿음에 근거하여 헌법상 차별할 권리를 주장하기도 하였다. 한때 이 연방대법원에 자리했던 용감한 대법관들은 결단력 있게 이러한 주장들을 배척하였다.

오늘 연방대법원은 유사한 시험을 마주하게 되었다. 이 사건의 사업체와 법정의견은 이 사업체가 주문제작 되는 표현적 서비스를 제공하기 때문에 헌법 수정 제1조의 표현의 자유 조항의 보호를 받아, 대중이 이용 가능한 상품과 서비스의 판매 시 차별을 금지한 법률의 적용이 배제된다고 주장하였다. 이는 매우 틀린 것이다. 이 사건 법률은 표현이 아니라 상품을 대상으로 한다. 그리고 차별 행위는 헌법 수정 제1조하에서 보호의 대상이 되는 표현이 된 적이 없다. 우리 헌법에는 비선호 집단에 대하여 서비스를 거부할 권한이 내포되어 있지 않다. 따라서 나는 법정의견에 반대한다.

가. 공공시설법의 의의, 역사, 관련 선례

(1) 공공시설법의 의의

공공시설법은 모든 사람들이 공공시설에 해당하는 장소를 부당한 차별 없이 완전하고 평등하게 누릴 수 있도록 보장한다. 미국인들은 그들이 선출한 대표를 통해 정부의 모든 단계마다 그러한 법률을 제정하였다. 1964년 연방민권법과 1990년 장애인법은 인종, 피부색, 종교, 출신민족, 또는 장애를 근거로 한 공공시설에 해당하는 장소에서의 차별을 금지한다. 5개 주를 제외한 모든 주에서 이러한 특성 및 나이, 성별, 성적지향, 젠더 정체성과 같은 특성들을 근거로 차별하는 것을 금지하는 비슷한 법률들을 갖고 있다. 그리고 수많은 지역의 법률들이 비슷한 보호를 제공하고 있다.

콜로라도 주민들도 콜로라도 주 차별금지법을 제정하였다. 이 주법은 “사

람이 개인이나 그룹에 대하여 장애, 인종, 신념, 피부색, 성별, 성적지향, 젠더 정체성, 젠더 표현, 혼인 상태, 출신 민족, 또는 혈통을 이유로 공공시설에 해당하는 장소에서의 상품, 서비스, 시설, 특권, 혜택, 또는 편의의 완전하고 평등한 제공을 직·간접적으로 거절하거나, 보류하거나, 거부하는 것은 차별적 관행이며 불법이다(Colo. Rev. Stat. §24 - 34 - 601(2)(a))”라고 규정하고 있다. 이 규정은 ‘시설조항(Accommodation Clause)’으로도 알려져 있으며, 대중을 대상으로 하는 모든 판매업에 적용된다.

공공시설법은 두 가지 핵심적인 목적을 갖는다. 첫째, 이 법률은 대중이 이용 가능한 상품과 서비스에 대한 ‘평등한 접근권’을 보장한다.⁴¹⁾ 차별을 받는 사회적 집단에 그러한 접근권은 필수적이다. 그 집단의 인원수가 적거나 그 집단에 대한 차별이 만연한 경우에는 더욱 그러하다.

둘째, 공공시설법은 시장 공동체(common market)에서 ‘평등한 존엄성’을 보장한다. 이 목적은 상품이나 서비스가 다른 곳에서도 이용 가능한지 여부에 달려있는 것이 아니다. 차별은 단순히 달러와 센트, 햄버거와 영화가 아니다. 차별은 그의 사회적 정체성 때문에 공공 구성원으로 받아들여질 수 없다는 이야기를 들었을 때 당연히 느낄 수밖에 없는 굴욕, 좌절, 당혹감이다. 동시에 어린이에게, 교육, 예의, 공손, 도덕과 무관하게, 평등한 대우를 받을 권리가 거부될 것이라고 설명해야 하는 무력감이다.⁴²⁾ 어린 유대인 소녀와 그녀의 부모가 “개와 유대인은 출입금지”라는 간판이 붙은 업체를 마주쳤을 때 다른 업체는 그 가족에게 서비스를 제공할 것이라는 사실로는 낙인의 상처가 치유되지 않는다.

대중이 이용 가능한 상품, 서비스, 기타 혜택의 공급에 있어 부당한 차별 행위가 야기하는 특별한 피해를 방지하는 것은 주의 긴절한 이익 중 최상위의 이익에 속한다.⁴³⁾ 또한 대중 사업체의 그러한 행위만을 금지하는 법률은

41) Roberts v. United States Jaycees, 468 U. S. 609, 624 (1984).

42) Heart of Atlanta Motel, Inc. v. United States, 379 U. S. 241, 292 (1964) (Goldberg, J., concurring).

43) Roberts, 468 U. S., at 624, 628; Board of Directors of Rotary Int'l v. Rotary Club of Duarte, 481 U. S. 537, 549 (1987).

긴절한 이익을 달성하기 위해 면밀하게 차단된 것이다.

이 부분은 특히 강조될 필요가 있다. 해당 법률은 오직 상품과 서비스를 “일반 대중에” 판매하기로 선택한 업체만을 규제한다. 공공시설법은 어떠한 업체에 대해서도 특정한 상품이나 서비스를 판매하도록 강요하지 않는다. 하지만 만일 업체가 주에 의해 만들어지고 유지되는 공공시장에서 수익을 얻기로 선택하였다면, 주는 그 업체에 대하여 ‘비차별’이라는 법적 규범을 따를 것을 요구할 수 있다. 특히 주는 역사적으로 열등한 지위로 낙인찍혔던 집단에 상품과 서비스의 평등한 제공이 거부되지 않도록 보장할 수 있다.

따라서 공공시설의 개념에는 단순하지만 강력한 사회적 계약이 담겨 있다. 대중을 대상으로 판매하기로 결정한 업체는 부당한 차별 없이 대중에 상품과 서비스를 제공할 의무를 진다는 것이다.⁴⁴⁾

(2) 공공시설의 평등한 제공 의무의 역사

대중에 개방된 사업체가 부당한 차별 없이 대중에 서비스해야 할 법적 의무는 우리 역사에 깊이 뿌리를 둔 것이다. 그러나 이 원칙의 진정한 힘은, 사회가 더 다양한 형태의 부당한 차별을 인식함에 따라 진화하는 능력, 그럼으로써 보다 많은 사람들을 ‘대중’의 완전하고 평등한 구성원으로 포함시키는 능력에 있다.

(가) 미국 초기의 커먼로

커먼로(common law)에서 여관 주인, 대장장이 등 공공 직업(public employment)을 업으로 하는 사람들은 정당한 이유 없이 고객을 거부하는 것이 금지되었다.⁴⁵⁾ 공공직업은 사업주가 거래 행위를 함으로써 대중에 제공할 준비가 되었음을 드러낸 사업을 의미한다.⁴⁶⁾ 원하는 모든 사람들에게 서비스

44) J. Singer, No Right To Exclude: Public Accommodations and Private Property, 90 Nw. U. L. Rev. 1283, 1298 (1996) (Singer).

45) Hurley v. Irish-American Gay, Lesbian and Bisexual Group of Boston, Inc., 515 U. S. 557, 571 (1995) (quoting Lane v. Cotton, 12 Mod. 472, 485, 88 Eng. Rep. 1458, 1465 (K. B. 1701) (Holt, C. J)).

46) Singer 1307; see, e.g., Gisbourn v. Hurst, 1 Salk. 249, 91 Eng. Rep. 220 (K. B. 1710).

해야 할 사업체의 의무는 대중에 서비스할 준비가 되었음을 드러내기로 한 자신의 결정에서 유래된 것이다. 이러한 원리는 초기 미국 법률에 확고하게 자리 잡게 되었다.⁴⁷⁾ 따라서 공공시설 또는 일반 운송업자가 역사적으로 원하는 모든 사람들에게 서비스할 의무를 진 것은 그들이 독점권을 행사하거나 다른 시장 지배력을 가졌기 때문이라는 법정의견의 분석은 잘못된 것이다.

(나) 공공시설법 확대의 역사

남북전쟁 이후 일부 주들은 원하는 모든 사람에게 서비스할 커먼로상 공공시설의 의무를 성문화하였다.⁴⁸⁾ 1885년, 콜로라도 주는 ‘모든 시민들의 민권보호법(An Act to Protect All Citizens in Their Civil Rights)’을 채택하였다. 연방의회도 1875년 민권법을 통과시켰다. 그러나 연방대법원은 1875년 민권법을 위헌으로 파기하였고,⁴⁹⁾ 남부 주들은 공공시설법들을 폐지하고 짐크로우(Jim Crow)⁵⁰⁾ 법들로 대체하였다. 주법원들은 남아 있는 공공시설 접근권을 법률상·사실상의 인종분리정책을 도모하는 방식으로 해석하였다. 시설의 완전하고 평등한 향유는 ‘분리하되 평등한’ 향유를 의미하게 되었다.

이윽고 20세기 중반이 되자 민권운동이 다시금 공공장소에서의 인종적 평등을 요구하였다. 1963년 연방의회는, 연방대법원이 이전에 공공시설법을 위헌으로 선언했음에도 불구하고, 다시 한 번 공공시설에서의 차별을 없애고자 하였다. 연방의회는 공공시설에 해당하는 장소에서의 차별은 용광로(melting pot)의 나라이자 평등권의 나라, 한 국가 한 국민의 나라에서는 들어설 자리가 없다고 믿었다.⁵¹⁾ 이에 연방의회는 1964년 민권법 제2장을 제정하여 “모든 사람은 인종, 피부색, 종교, 또는 출신민족에 근거한 차별을 받지 않고 완

47) 2 J. Kent, Commentaries on American Law 464-465 (1827); J. Story, Commentaries on the Law of Bailments §§495, 591 (1832); Markham v. Brown, 8 N. H. 523, 528 (1837); Jencks v. Coleman, 13 F. Cas. 442, 443 (No. 7,258) (CC RI 1835) (Story, J.); Dwight v. Brewster, 18 Mass. 50, 53 (1822).

48) M. Konvitz & T. Leskes, A Century of Civil Rights 155-157 (1961).

49) Civil Rights Cases, 109 U. S. 3, 25 (1883).

50) 과거 미국의 흑인 차별 정책을 의미한다.

51) S. Rep. No. 872, at 8-9 (quoting President Kennedy, June 19, 1963).

전하고 평등하게 공공시설에 해당하는 장소에서 상품, 서비스, 시설, 특권, 혜택, 편의를 누릴 권리를 갖는다(42 U. S. C. §2000a)”라고 선언하였다.

미국은 곧 공공시설에 관하여 사회의 절반인 여성이 오랫동안 배제되어 왔다는 것을 깨달았다. 여성해방운동에 대응하여 많은 주들이 공공시설에서 성별에 근거한 차별을 금지하였다. 콜로라도 주는 이를 실행한 첫 번째 주였다.⁵²⁾

이후 수십 년간, 국가는 다른 불의에 눈을 떴다. 장애인들이 공공 생활의 많은 영역에서 배제되어 온 것이다. 이러한 배제는 그들의 생활수준뿐만 아니라 존엄성에도 해를 끼쳤다. 이에 연방의회는 다시 사회운동에 응답하여 장애에 근거한 차별을 금지하고 법으로 공공장소에 대한 장애인의 평등한 접근권을 보장하였다.⁵³⁾ 이러한 정치적, 사회적 조치의 가장 중요한 결실은 1990년 미국 장애인법(Americans with Disabilities Act of 1990)이었다.

공공시설법은 인종, 성별, 장애 등 보다 많은 형태의 부당한 차별을 인정하는 방향으로 확장되었을 뿐만 아니라, 보다 많은 상품과 서비스를 공공시설로 포함하는 방향으로도 확장되었다. 오늘날 콜로라도 주법과 같은 법들은 대중에 판매하거나 서비스하는 모든 사업 장소에 적용되고 있다.⁵⁴⁾

이와 같이 더 넓어진 범주는 ‘부당한 차별 없이 서비스할 의무는 모두에게 있으며, 스스로 대중에 서비스할 준비가 되었음을 드러낸 모든 사업체에게 미친다’는 - 커먼로에 뿌리를 두었으나 성문법에서 꽃을 피운 - 기본적인 원칙에 부합된다.

(다) LGBT로의 확대

레즈비언, 게이, 양성애자, 트랜스젠더(LGBT)들은 다른 모든 사람들과 마찬가지로 존엄과 자유를 누릴 자격이 있다. LGBT 권리를 향한 운동과 그

52) 1969 Colo. Sess. Laws ch. 74, p.200.

53) e S. Bagenstos, Law and the Contradictions of the Disability Rights Movement 13-20 (2009); R. Colker, The Disability Pendulum 22-68 (2005).

54) Colo. Rev. Stat. §24-34-601(1); 그 외의 주법들은 예를 들어, Ohio Rev. Code Ann. §4112.01(9). Ariz. Rev. Stat. Ann. §41-1441(2); Mass. Gen. Laws, ch. 272, §92A.

결과 젠더 및 성적 소수자들이 완전하고 평등하게 대중이 이용 가능한 상품과 서비스를 누릴 권리를 보장하는 주 및 지방 법률의 확대는 이 위대한 미국 이야기의 가장 최근 챕터이다.

LGBT는 모든 인류 역사에 존재해 왔으나, 그들의 존재가 분명하였던 만큼 그들의 존재는 부정되고 공공 생활에서 배제되어 왔다. 그리고 그러한 배제에는 종종 법의 지원이 있었다. 미국 역사의 대부분 동안 동성 간 성행위를 처벌하는 법이 있어 왔고,⁵⁵⁾ 주 차원의 차별은 공공시설에서의 차별로 더욱 악화되었으며, 차별의 사회적 시스템은 성소수자들에게 안전하지 못한 환경을 조성하였다.

사회적으로 따돌림 받는 사람으로 살지 않기로 결심한 LGBT들은 결기하였다. 성적지향과 젠더 정체성이 공공시설법에 추가된 것은 중요한 변화였다. 2008년 콜로라도 주는 주 차별금지법을 개정하여 대중이 이용 가능한 상품이나 서비스를 ‘성적지향’을 근거로 거부할 수 없도록 하였다.⁵⁶⁾ 현재 미국 주들의 약 절반이 이와 같은 보호를 규정하고 있다. LGBT들이 원하는 것은 어떠한 특별대우가 아니다. 그들이 원하는 것은 대중으로 존재하는 것이다. 다른 모든 사람들과 같은 조건으로 공공장소에 있는 것이다.

(3) 인종 및 성 차별과 표현 및 결사의 자유에 관한 선례

사업체들은 공공시설법의 적용을 면제받고자 했다. 민권과 여성해방 시대가 두드러진 예시이다. 인종과 성 평등에 대한 반발(backlash)은 차별할 권리를 법적으로 주장하기에 이르렀고 여기에는 헌법 수정 제1조상의 표현 및 결사의 자유에 근거한 주장들도 있었다. 연방대법원은 확고하게 그러한 주장들을 거부하였다. 특히 특정 사람들과의 거래나 서비스를 거절하는 것은 헌법 수정 제1조에 의해 보호되는 표현적 이익이 아니다.

(가) 인종차별 관련 선례

55) Obergefell v. Hodges, 576 U. S. 644, 660-661 (2015).

56) 2008 Colo. Sess. Laws. ch. 341, pp. 1596-1597.

1964년 민권법의 반대자들은 이 법률이 사업주가 스스로의 신념을 거스르게 만들 것이라고 주장하였다. 그들은 이 법률이 그들의 종교적 신념이나 특정 부류의 사람들과 어울리거나 어울리지 않는 데 대한 그들의 뿌리 깊은 선호에 근거하여 표현하고 행동할 자유를 부정할 것이라고 주장하였다.⁵⁷⁾ 연방의회는 이와 같은 주장을 받아들이지 않았다. 특히 1964년 민권법 제2장이 적용되는 시설은 대중에 일반적으로 개방된 것이기 때문에 연방의회는 이 법률이 프라이버시권이나 결사의 자유를 침해하지 않는다고 판단하였다.⁵⁸⁾

연방의회를 설득하는 데 실패하자 반대자들은 연방법원으로 방향을 돌렸다. *Heart of Atlanta Motel, Inc. v. United States*, 379 U. S. 241 (1964) 사건에서 모텔 주인은 1964년 민권법 제2장이 고객 선택 및 서비스 제공과 관련하여 그가 옳다고 생각하는 대로 사업을 운영할 자유를 빼앗음으로써 헌법 수정 제5조⁵⁹⁾상 적법절차의 권리가 침해되었다고 주장하였다. 연방대법원은 공공시설에서의 인종차별 금지는 개인의 자유를 방해하지 않는다고 판단한 여러 사건들을 근거로 이러한 주장을 받아들이지 않았다.

Katzenbach v. McClung, 379 U. S. 294 (1964) 사건에서 바베큐 식당 주인은 마찬가지로 민권법 제2장을 자신의 사업에 적용하는 것은 흑인들에 대한 테이블 서비스를 거부하는 자신의 신념을 지킬 권리에 위반된다고 주장하였다. 그가 흑인과의 거래를 모두 거부한 것은 아니었음에 주목하자. 그는 분리된 카운터에서 테이크 아웃 서비스는 기꺼이 제공하고자 하였다. 그는 흑인들에게 제한된 메뉴를 제공할 헌법상의 권리를 주장하였지만, 연방대법원은 이 주장을 받아들이지 않았다.

57) 110 Cong. Rec. 7778 (1964) (remarks of Sen. Tower).

58) H. R. Rep. No. 914, 88th Cong., 1st Sess., pt. 2, p. 9 (1963); see also S. Rep. No. 872, at 92.

59) 수정헌법 제5조 (생명·신체·자유·재산의 보호)

누구라도, 대배심에 의한 고발 또는 기소에 의하지 않는 한 사형에 해당하는 죄 또는 중죄에 대하여 처벌받지 않는다. 다만, 전이나 사변(事變) 시 복무 중에 있는 육군이나 해군에서 또는 민병대에서 발생한 사건에 관해서는 예외로 한다. 누구라도 동일한 범행에 대하여 생명이나 신체에 대한 위협을 재차 받지 않으며, 어떠한 형사사건에 있어서도 자기에 불리한 증언을 강요당하지 않고, 적법절차에 의하지 않고는 생명, 자유 또는 재산을 박탈당하지 않는다. 또 정당한 보상 없이, 사유 재산을 공공용(公共用)으로 수용당하지 않는다.

Newman v. Piggie Park Enterprises, Inc., 390 U. S. 400 (1968) 사건에서 드라이브인(drive-in) 식당 주인은 자신에게 인종 통합에 기여할 것을 요구하는 것은 그의 종교적 자유를 침해하여 헌법 수정 제1조의 위반이 된다고 주장하였다. 그는 민권법 제2장을 자신의 사업에 적용하는 것은 신의 뜻에 위반되므로 적용할 수 없다고 주장하였다.⁶⁰⁾ 연방대법원은 이러한 주장을 매우 말도 안 되는 것으로 보았다.

마지막으로 Runyon v. McCrary, 427 U. S. 160 (1976) 사건에서 연방대법원은 영리적으로 운영되는 학교들이 인종차별을 금지하는 연방법률에도 불구하고 흑인 어린이들을 배제할 헌법 수정 제1조상의 권리를 갖는가 하는 문제를 맞닥뜨렸다. 해당 학교들은 판매를 목적으로 교육 서비스를 제공하였다. 그들은 인종차별을 금지하는 연방법률이 헌법 수정 제1조상 표현 및 결사의 자유에 대한 권리를 침해한다고 주장하였다. 그러나 연방대법원은 두 가지 이유에서 학교의 소수인종에 대한 교육 서비스의 거부 관행은 헌법 수정 제1조에 의해 보호되지 않는다고 설명하였다. 첫째, 헌법은 차별에 아무런 가치를 두지 않는다.⁶¹⁾ 둘째, 행위에 대한 정부의 규제는 학교가 자신이 선호하는 생각이나 신조를 가르칠 능력에 제약을 가하지 않는다.⁶²⁾ 학교에 차별금지법을 따르도록 요구하는 것은 학교에 ‘인종분리정책이 바람직하다’는 학교의 신실한 믿음에 위반되게 가르칠 것을 강요하는 것과는 같지 않다.

(나) 성차별 관련 선례

성차별을 금지하는 법률에 대해서도 헌법 수정 제1조상의 표현과 결사의 자유에 관한 문제가 제기되었다.

Roberts v. United States Jaycees, 468 U. S. 609, 624 (1984) 판결에서 미국 청년회의소(United States Jaycees)는 성별에 근거한 차별을 금지하는 미네소타 주법의 적용을 면제받기 원하였다. 시민단체인 미국 청년회의소는 당시까지 여성의 가입을 거부하여 왔다. 미국 청년회의소는 여성을 포함하도록

60) Piggie Park Enterprises, 390 U. S., at 402-403, n. 5.

61) McCrary, 427 U. S., at 176.

62) Ibid.

요구하는 법률을 적용하는 것은 단체 구성원의 헌법상 표현 및 결사의 자유를 침해하는 것이라고 주장하였다. 연방대법원은 미네소타 주법이 헌법 수정 제1조상 표현적 결사의 자유를 침해하지 않는다고 판단하였다.⁶³⁾ 왜냐하면 주의 공공시설법은 표현의 억압을 목적으로 하지 않으며, 관점에 근거하여 금지된 행동과 허용된 행동을 구분하지 않기 때문이었다.⁶⁴⁾ 해당 법률의 목적은 차별을 없애고 대중이 이용 가능한 상품과 서비스에 대한 평등한 접근권을 시민들에게 보장하는 것이다.⁶⁵⁾ 연방대법원은 그러한 목적이 표현의 억압과는 무관하며, 명백하게 긴절한 주의 최상위의 이익을 도모하는 것이라고 설명하였다.⁶⁶⁾

Hishon v. King & Spalding, 467 U. S. 69, 78 (1984) 사건에서 연방대법원은 민권법 제7장에 따라 로펌의 파트너에서 여성을 배제할 수 없도록 한 것은 헌법상 표현 및 결사의 자유를 침해하지 않는다고 보았다. 민권법의 준수는 특정 생각이나 믿음을 지지할 파트너십의 능력을 제약하지 않기 때문이었다.⁶⁷⁾

나. 이 사건에 대한 판단

차별과 싸우는 일은 히드라와 싸우는 일과 같다.⁶⁸⁾ 차별의 한 형태를 이길 때마다 다른 차별이 그 자리에 나타난다.⁶⁹⁾ 사업체와 상업적 기업들은 몇 번이고 헌법상 차별할 권리를 주장해 왔다. 그리고 연방대법원은 몇 번이고 용감하게 이러한 주장에 맞서 왔다. 오늘까지는 말이다. 오늘 연방대법원은 뒷걸음질을 쳤다. 법정의견은 사업체에게 폭넓은 주법의 면제를 허용하였고,

63) Roberts, 468 U. S., at 622.

64) Id., at 623-624.

65) Ibid.

66) Ibid.

67) Hishon, 467 U. S., at 78.

68) Shelby County v. Holder, 570 U. S. 529, 560 (2013) (Ginsburg, J., dissenting).

69) Ibid.

게이와 레즈비언들에게는 웨딩 웹사이트를 판매하지 않는다는 공고를 게시할 수 있게 하였다. 서비스의 거부와 보호 받는 표현을 하나로 합친 법정의견의 결정은 중대한 오류이다.

(1) 상고인 주장의 문제점

상고인은 웨딩 웹사이트를 아직 누구에게도 판매한 적이 없다. 따라서 콜로라도 주도 해당 회사에 차별금지법을 집행한 적이 없다. 상고인의 집행전 소송(pre-enforcement challenge)의 폭은 경악할 만하다. 상고인의 주장에 따르면 헌법 수정 제1조상 표현의 자유 조항은 그녀의 업체에 동성 결혼을 위한 모든 웹사이트의 판매를 거절할 권리를 부여한다. 즉, 업체는 표현적 서비스를 판매한다는 이유만으로 공공시설법의 전면적인 면제를 주장한다. 법정의견은 이러한 주장의 지나치게 광범위한 속성을 거부했어야 한다.

(2) 공공시설법의 적용

주법은 모든 사람들에게 똑같이 서비스를 제공할 것을 요구할 뿐이며, 헌법 수정 제1조는 상고인에게 특별히 이 주법의 적용을 면제받을 자격을 부여하지 않는다. 그러한 법은 직접적으로 상고인의 표현을 전혀 규제하지 않으며, 상고인은 차별에 관한 표현적 이익을 주장하며 해당 법의 적용으로부터 빠져나갈 수 없다.

(가) 행위에 대한 규제에 따르는 부수적 부담

연방대법원은 오랫동안 “헌법 수정 제1조는 상거래나 행위에 대한 제한이 표현에 대한 부수적인 부담을 주는 것을 막지 않는다”라고 판단해왔다.⁷⁰⁾

United States v. O'Brien, 391 U. S. 367 (1968) 사건에서 연방대법원은 베트남 전쟁에 반대하기 위해 징집영장을 불태운 것과 관련하여 징집영장의 파손을 금지하는 법률의 적용을 옹호하였다. 징집영장을 불태운 행위는 분명

70) Sorrell v. IMS Health Inc., 564 U. S. 552, 567 (2011).

히 정치적 표현이었다. 그러나 연방대법원은 행위를 규제하는 정부의 이익이 표현에 부담을 주는지 여부에 초점을 두었다. 그리고 그렇지 않았기 때문에 해당 규제는 약한 헌법적 심사의 적용을 받았다.⁷¹⁾ O'Brien 기준은 규제가 표현의 억압과 무관하고, 그러한 규제 없이는 중요한 정부의 이익(substantial government interest)이 덜 효과적으로 달성⁷²⁾될 경우에 충족된다.

FAIR 사건에서 문제가 된 법률은 고등교육기관이 비군사 채용 모집자에게 제공하는 가장 좋은 수준의 접근권과 동일한 접근권을 군대 신병 모집자에게도 제공하지 않으면 연방 기금을 지급받을 수 없다고 규정하였다.⁷³⁾ 몇몇 로스쿨들은 이러한 법률이 헌법 수정 제1조상 표현의 자유를 침해한다고 주장하였다. 학교들은 모집을 도와 이메일, 게시판 공지, 전단지 등을 제공하였고, 연방대법원은 이러한 서비스들이 명백하게 표현을 포함한다고 보았다.⁷⁴⁾ 설사 학교가 이러한 표현을 하는 것에 깊이 반대하더라도 법률은 학교가 평등한 서비스를 제공할 것을 요구하였다. 그러나 서비스의 평등한 제공이 헌법 수정 제1조상 금지된 '강요된 표현'으로 바뀌는 것은 아니다. 오직 학교가 그러한 표현을 다른 모집자들에게도 제공하는 경우에만, 그 범위 내에서 학교의 표현이 강제되기 때문이다. 따라서 표현의 강요는 행위에 대한 법률의 규제에 부수적인 것일 뿐이다.⁷⁵⁾

(나) 이 사건에의 적용

이 사건도 같은 원칙으로 해결된다.

콜로라도 주 차별금지법의 시설조항은 행위를 규제하는 것이다. 시설조항과 같은 공공시설법은 표현을 표적으로 하거나 내용을 근거로 차별하지 않는다는 것이 확립되어 있다.⁷⁶⁾ 오히려 공공시설법이 금지하는 것은 대중이

71) O'Brien, 391 U. S., at 376-377, 381-382; Clark v. Community for Creative Non-Violence, 468 U. S. 288, 294, 299 (1984).

72) FAIR, 547 U. S., at 67 (quoting United States v. Albertini, 472 U. S. 675, 689 (1985)).

73) Id., at 55; 10 U. S. C. §983(b).

74) FAIR, 547 U. S., at 60-61.

75) Id., at 62.

76) Hurley, 515 U. S., at 572.

이용 가능한 상품, 특권, 서비스의 제공에 있어 개인을 차별하는 행위에 맞춰져 있다.⁷⁷⁾

법률의 이러한 특성을 이해하면, 상고인의 표현의 자유는 유의미하게 침해되지 않았다는 것이 분명해진다. 상고인은 동성결혼이 신의 법에 어긋난다는 생각을 계속 자유롭게 지지할 수 있다.⁷⁸⁾ 상고인은 대중에 상품이나 서비스를 제공하더라도 어떤 메시지를 포함시킬지 또는 포함시키지 않을지 결정할 수 있다. 업체가 할 수 없는 것은 단지 대중에 웹사이트를 제공하면서 게이어나 레즈비언 커플들에게는 같은 웹사이트의 제공을 거부하는 일이다.

다른 예를 들면, 사진가는 무엇을 찍든 자유롭게 찍을 수 있지만, 만일 인물 사진관을 연다면 인종, 성별, 출신민족 또는 기타 보호의 대상이 되는 특성 때문에 고객을 거부할 수 없다.

이는 성적지향에 근거한 차별에 있어서도 마찬가지이다. 사진사가 시청 밖에 사진 부스를 열고 “방금 결혼했어요”라는 문구를 넣은 신혼부부 사진을 판매한다면, 사진사가 동성결혼이 거짓된 것이라고 생각하더라도 신혼인 게이어나 레즈비언 커플에게 서비스의 판매를 거절할 수 없다.

(다) O'Brien 심사기준의 적용

상고인의 표현에 대한 모든 부담은 상업적 행위에 대한 콜로라도 주 차별금지법의 중립적인 규제에 부수적인 것일 뿐이므로, 그러한 규제는 앞서 O'Brien 기준에서 제시된 기준의 적용을 받는다. 그러한 기준은 쉽게 충족된다. 규제 없이는 덜 효과적으로 달성되는 중요한 정부 이익을 해당 법률을 적용함으로써 도모할 수 있기 때문이다.⁷⁹⁾ 실제로 연방대법원은 ‘차별을 제거하고 대중이 이용 가능한 상품과 서비스에 대한 시민들의 평등한 접근권을 보장하는’ 주의 목적은 표현의 억압과는 무관하고 가장 높은 수준의 주의 긴절한 이익을 분명히 도모한다⁸⁰⁾고 보았다.

77) Ibid.

78) FAIR, 547 U. S., at 60; Hishon, 467 U. S., at 78; Runyon, 427 U. S., at 176.

79) FAIR, 547 U. S., at 67.

80) Roberts, 468 U. S., at 624.

(3) 문제의 성격 - ‘상업적’ 행위에 대한 ‘내용중립적’ 규제에 ‘부수되는’ 부담

연방대법원은 이 사건에서 잘못된 대답을 내놓았다. 왜냐하면 잘못된 질문을 했기 때문이다. 문제는 업체의 상품이 표현의 요소를 포함하느냐가 아니다. 업체가 표현을 대중에 제공하기로 결정한 경우, 콜로라도 주 차별금지법이 업체의 진정한 반대에도 불구하고 그에게 표현을 형성하고 판매하도록 요구하느냐의 문제도 아니다. 대신 주 행위의 성격과 표현과의 관계에 초점을 맞추는 것이 적절하다. 업체의 표현은 업체가 그 표현을 대중에 제공하기로 결정한 경우에만 강제되므로, 표현에 가해지는 부담은 행위에 대한 내용중립적(content-neutral) 규제에 명백히 부수적인 성격을 띠 뿐이다.

법정의견은 FAIR 사건(군대 신병 모집자)의 이러한 분명한 판시를, FAIR 사건에서의 강요된 표현이 ‘군수적(logistical)’이므로 ‘부수적’이라고 주장하며 구별 짓고자 하였다. 이러한 시도는 두 가지 면에서 잘못되었다. 첫째, 법정의견은 왜 표현의 강제가 행위에 대한 법률의 규제에 부수적인가에 관한 연방대법원의 핵심적인 논증을 무시하였다. 표현의 강제는 규제를 받는 업체가 그러한 표현을 다른 사람들에게도 제공하는 경우에만 그 범위 내에서 일어난다는 것이다. 둘째, 법정의견은 이 사건 상고인이 주장하는 공공시설법 적용 면제의 전면적인 성격을 완전히 무시하였다. 상고인은 동성 커플에게는 모든 웨딩 웹사이트의 제작을 거부할 것이라고 주장하였다. (FAIR 사건의 예시와 비슷하게) 결혼식 시간과 장소를 공지하는 것조차 표현의 자유를 침해하는 것이라고 주장하였다. 실제로 상고인은 동성 커플이 이 업체의 이성 커플 웨딩 웹사이트에서 이름과 결혼식 날짜만 바꾸고 동일하게 제작해줄 것을 요청해도 이를 거절할 것이라고 밝혔다. 이것은 지위에 근거한(status-based) 차별이다.

법정의견은 상고인이 동성결혼 웹사이트를 판매하지 않을 뿐, 그녀의 상품과 서비스를 동성 커플에게도 기쁘게 판매할 것이라고 주장하였다. 물론 게이나 레즈비언 커플이 이성애자 친구들을 위해 웨딩 웹사이트를 구입할 수

도 있겠지만 이러한 논리는 당혹스럽다. 이런 논리라면 Heart of Atlanta Motel은 흑인들이 여전히 그들의 백인 친구들을 위해 방을 빌릴 수 있다고 주장하였을 수 있다. 상고인이 게이와 레즈비언 고객에게 다른 웹사이트는 판매 가능하다고 대답했지만 이는 바베큐 식당이 흑인들에게 테이블 서비스는 거부하고 테이크 아웃 서비스만 제공한 것과 다를 것이 없다.

법정의견이 원용한 Hurley 판결(퍼레이드)과 Dale 판결(보이 스카우트)은 대중이 이용 가능한 상품의 제공에 있어 ‘명백히 상업적인 업체’에 의한 차별행위에 대한 것이 아니라 사적이고 비영리적인 표현적 단체에 대해 표현에 직접적으로 부담을 주는 방식으로 공공시설법이 적용된 것이므로 FAIR 사건과는 대비된다.

그러나 이 사건에서 상고인 회사는 명백히 상업적인 단체이다. 이 업체는 대중에 서비스를 판매하는 경우에만, 그리고 성적지향을 근거로 그러한 서비스의 평등한 제공을 거부하는 경우에만 콜로라도 주 차별금지법의 규제를 받게 될 것이다. 주는 이 업체가 어떤 서비스를 제공하기로 결정하든지 그 안에 어떤 메시지도 자유롭게 포함시키거나 뺄 수 있다고 확인하였다. 그리고 이 업체는 지위에 근거한 차별행위를 할 예정이라고 밝혔다. 따라서 업체의 표현에 가해지는 부담은 상업적 행위에 대한 주의 내용중립적 규제에 부수적인 것일 뿐이다.

법정의견은 콜로라도 주가 주법을 적용하고자 하는 목적을 ‘동성결혼에 대한 반대적 생각의 강압적 제거’라고 보았다. 그러나 이 주장과 반대로, 대중을 대하는 사업체는 원하는 모든 사람들을 받아들여야 한다고 규정한 법률은 중립적인 관점의 교본⁸¹⁾이다.

법정의견은 이 사건이 Barnette 판결(국기에 대한 맹세)과 닮았다고 주장하였지만, 평등한 접근권에 관한 내용중립적인 정책은 정부가 선택한 맹세를 지지하도록 강제하는 것과는 전혀 다르다.

81) Christian Legal Soc. Chapter of Univ. of Cal., Hastings College of Law v. Martinez, 561 U. S. 661, 695 (2010).

다. 법정의견이 가져올 폐해에 대한 비판

오늘은 미국 헌법과 LGBT의 삶에 있어서 슬픈 날이다. 연방대법원은 특정 종류의 사업이, 비록 대중에 개방되었을지라도, 보호의 대상이 되는 집단의 구성원에게 서비스를 거부할 헌법상의 권리를 갖는다고 선언하였다. 연방대법원의 역사상 처음 있는 일이다. 동성 커플에게 완전하고 평등한 서비스의 제공을 거부하는 업체가 제기한 소송에서 새로운 차별 허가증을 발급해 줌으로써 나타나는 즉각적이고 상징적인 효과는 게이와 레즈비언들을 열등한 지위로 낙인찍는 것이다. 이러한 낙인적 피해는 서비스의 거절이 야기할 수 있는 가장 높은 수준의 폐해이다.

LGBT 운동은 역사적인 발걸음을 해 왔고, 나는 그 역사에서 연방대법원이 최근 해온 역할을 자랑스럽게 생각한다. 그러나 오늘 우리는 뒷걸음질을 했다.

LGBT 공동체에게 가장 긴급한 것은 아마도 오늘 판결의 결과이겠지만, 그 논리는 성적지향이나 젠더 정체성에 근거한 차별에만 한정되지 않을 수 있다. 이 판결은 시장을 분열시키고 다른 집단을 많은 서비스에서 배제시킬 수 있다. 예를 들어, 웹사이트 디자이너는 마찬가지로 인종이 서로 다른 커플을 위한 웨딩 웹사이트의 제작을 거부할 수도 있다. 우리는 “전능하신 신께서 인종이 섞이는 것을 의도하지 않으셨다”⁸²⁾라는 이유로 인종 간 결혼에 대한 반대가 빈번했던 것을 얼마나 빨리 잊었는가. 문구점 주인은 장애인 커플에게 그들의 출산을 반대한다는 이유로 출생 알림 용품을 판매하지 않을 수 있다. 대형 소매점이 가족사진 서비스를 전통적인 가족들에게만 제공할 수도 있다.

웨딩 웹사이트, 출생 알림, 가족사진, 묘비. 이것들은 단순히 글과 이미지만

82) *Loving v. Virginia*, 388 U. S. 1, 3 (1967).

이 아니다. 이들은 인간의 일생에서 가장 심오한 순간들이며, 삶에 개인적, 문화적 의미를 주는 순간들이다.

그러나 우리는 연방대법원의 판결에 무기력한 것만은 아니다. 우리 헌법의 의미는 법학 책이 아니라 헌법에 따라 살아가는 사람들의 정신에서 찾을 수 있다. 미국의 모든 사업주들은 헌법의 가치에 따라 살아갈지를 선택할 수 있다. 분명히 말하지만, 부당한 차별은 헌법의 가치가 아니다.

법정의견의 유쾌하지 못한 교훈은 내 것은 내 것이고 네 것은 네 것이라는 것이다. 그러나 공공시설법의 역사가 주는 교훈은 다르다. 자유롭고 민주적인 사회에서 사회적 계급제도는 존재할 수 없다. 이는 공공시장에서도 마찬가지여야 한다. 정부가 한 사람의 손에 쥐어진 1달러로 다른 사람의 손에 쥐어진 1달러와 같은 것을 살 수 있게 보장할 힘이 없다면 ‘자유 의 약속’은 공허한 것이기 때문이다.⁸³⁾ 오늘 법정의견은 이 약속에서 후퇴하였기에 나는 법정의견에 반대한다.

III. 판결의 의의

이 판결은 연방대법원의 5년 전 판결인 Masterpiece Cakeshop 판결⁸⁴⁾의 후속 판결이다. Masterpiece Cakeshop 사건에서 독실한 기독교인인 제빵사는 동성커플에게 결혼식 피로연을 위한 웨딩 케이크의 판매를 거부하였고, 콜로라도 주 민권위원회는 이를 콜로라도 주 차별금지법 위반으로 판단하였다. 연방대법원은 7대 2의 결정으로 민권위원회가 ‘법률은 종교에 중립적인 방식으로 적용되어야 한다’는 헌법 수정 제1조상의 원칙을 위반하여 종교적 적대감을 갖고 제빵사의 표현의 자유를 침해하였다고 판단하였다. 다만, 위 사건에서는 콜로라도 주 민권위원회가 종교에 중립적인 방식으로 주법을 적용하였는지 여부가 주된 쟁점이었고, 당시 연방대법원은 성소수자의 권리도

83) Jones v. Alfred H. Mayer Co., 392 U. S. 409, 443 (1968).

84) Masterpiece Cakeshop, Ltd. v. Colorado Civil Rights Comm’n, 584 U. S. ___, ___ (2018).

강조하며 종교적 신념이 차별금지법의 적용 면제 사유가 될 수 있는지에 대해서는 구체적인 판단을 유보하였다. 따라서 Masterpiece Cakeshop 판결에 대해서 양 당사자들은 모두 자신들의 승리로 해석하였다.

그러나 5년 후 이 판결을 통해 연방대법원은 표현의 자유의 손을 들어주었다. 콜로라도 주 차별금지법이 웹사이트 디자이너의 종교적 신념에 반하여 동성 커플에게도 맞춤형 웨딩 웹사이트를 제작해 주도록 강제하는 것은 표현의 자유를 침해한다고 판단한 것이다. 연방대법원의 이번 판결은 일부 사람들에게는 표현의 자유와 종교의 자유를 규정한 헌법 수정 제1조의 승리로, 일부 사람들에게는 공공시설에의 평등한 접근권과 성소수자 권리의 후퇴로 받아들여지고 있다.