

종교의 자유

- 침해의 유형과 그 구제를 중심으로 -

崔潤哲

(建國大學校 法科大學 助教授)

< 目 次 >

I. 서론	3. 종교적 집회 및 결사의 자유
II. 종교의 자유의 개념	4. 선교와 종교교육의 자유
1. 종교의 자유의 연혁	V. 종교의 자유의 한계
II. 종교의 자유(Religionsfreiheit)	VI. 종교의 자유에 대한 침해와 구제
1. 종교의 개념	1. 국가기관으로부터의 침해
2. 종교의 자유의 의의	2. 사인간의 침해
3. 종교의 자유의 성격 및 효력	VII. 결 론
III. 종교의 자유의 내용	參考文獻
1. 신앙의 자유 (Glaubensfreiheit)	Zusammenfassung
2. 종교행사의 자유	

I. 서론

우리 헌법 제20조는 제1항에서 모든 국민은 종교의 자유를 가진다고 규정하고 제2항에서 국교는 인정되지 아니하며 종교와 정치는 분리됨을 규정하여 종교의 자유, 국교의 부인 및 정교의 분리를 선언하고 있다.

우리나라의 경우는 아직 까지 종교를 둘러싼 종교 간의 갈등 및 분쟁 등이 눈에 띄는 만큼 두드러지게 나타난 경우는 아직 없다. 하지만 우리의 역사에서도 왕조의 교체 및 국왕의 성향 등에 따라 특정 종교가 우대를 받거나 특정 종교를 신봉하는 사람들에게 대한 박해들이 있었음을 역사를 통해 알 수 있다. 현대에 있어서도 세계 각지에서는 국가에 의한 특정종교의 우대 또는 박해 등의 예는 많이 보이고 있고(예를 들면, 외국의 특히 이슬람 국가들의 경우와 인도와 파키스탄

사이의 힌두교도와 이슬람교도 사이의 분쟁 또는 필리핀, 인도네시아 등 여러 국가에서 벌어지고 있는 종교의 차이를 이유로 하는 내전 등) 그러한 경향은 최근 이슬람 근본주의의 대두 등으로 갈등 내지 분쟁의 정도가 감소되기 보다는 오히려 확대되지 않을지 우려가 되고 있는 상황이다.

이 글에서는 종교의 자유에 대한 일반적인 이해와 일상에서 일어날 수 있는 종교의 자유의 갈등(침해)의 종류 및 우리나라 및 독일에서 실제 문제가 되었던 사례들을 중심으로 살펴 본 뒤 점차 다원화되고 있는 우리나라사회에서 현재 그리고 장래에서 종교세력 간에서 발생할 수 있는 갈등 및 침해의 해소를 위한 시사점을 찾는 것을 목적으로 한다¹⁾.

II. 종교의 자유의 개념

1. 종교의 자유의 연혁

종교의 자유는 기본권중 가장 오래된 기본권이다²⁾. 종교의 자유를 둘러싼 분쟁은 종교개혁이 그 주요한 동기가 되어 발생하였다. 경쟁관계가 되버린 신교와 구교세력은 자신들의 종교적 영향력을 국가권력의 힘을 통해 확대하고자 하였으며 그에 따라 지역의 영주 또는 국왕 및 일반인들의 경우 특정종교에 대한 선택을 강요받았으며 이를 거부하는 경우 해당 지역에서의 추방 또는 처형 등을 면치 못하였다. 이때까지의 종교를 둘러싼 분쟁은 종교의 자유를 개인의 기본권으로 인식하고 이를 쟁취하고자 하는 것이 아니었고 경쟁관계에 있던 신교와 구교, 또 종교를 통해 권력의 정당성을 확보 받고자 하던 세속권력의 이익이 맞아 떨어진 결과에 불과하였다³⁾. 하지만 무기를 통한 다른 종교 신앙자 들에 대한 절멸이 불가능하게 된 후 상호 종교 및 신앙에 대한 관용이라는 방식으로의 종교분쟁의 해결방식이 전환되게 되었고 우선은 다른 종파의 사람들에게 가정에서의 예배를 할 수 있는 권리가 인정되 되었다. 독일의 경우 이른바 1648년의 베스트팔리의 평화, (Westfälischen Frieden)가 그것이다. 이 당시의 종교의 자유에 대한 인식은 종교적 확신(신앙적 확신)과 종교의 외적인 행사의 자유간의 관계를 매우 밀접하게 보았고, 그에 따라 종교의 자유는 좁은 범위에서는 종교행사의 자유로 이해되어 졌다⁴⁾. 그러나 특정 종교가 국교로 지정되어 있는 곳에서 국교를 신앙하지 않는 다른 종파의 경우 공공연한 종교행사의

1) 이 글은 특정 종교 또는 종파와는 관계가 없음.

2) AlternativKommentar(Kommentar zum Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, Reihe Akternativkommentatre), Bd. 2, 2. Aufl., 1989, S. 353 f.

3) 주권적 권리로서의 신앙 및 양심의 자유는 영국의 급진적 공화정을 이끌었던 크롬웰 정부 하에서 기초된 1647년의 인민협정(Agreement of the People)이 처음으로 주장되었고 1663년 당시 잉글랜드 왕에 의해서 반포된 로드 아일랜드(Rhodes Island) 식민지헌장을 통해서 처음으로 성문법화 되었다. Vgl. AK, S. 344.

4) Vgl. E. Stein, Staatsrecht, 12. Aufl., Tübingen 1990, S. 293 f.

자유는 차단이 되어있었고 또한 현재는 종교의 자유의 내용으로 이해되고 있는 종교를 가지지 않을 자유(Konfessions-freiheit 또는 Konfessionslosigkeit)는 인정되지 않았으므로 누구든지 국교 또는 관용으로서 인정되고 있던 종파에 속하여야만 하였다⁵⁾. 특정 종파의 강요나 금지(유태교 등) 또는 특정 종파에 대한 공식적 종교행사의 제한과 무종교의 금지 등은 점차 무종교의 자유 등을 포함하여 전면적인 종교의 자유로의 방향으로 발전하였으며 현대에는 국가와 종교의 분리를 헌법에 규정하여 종교에 대한 국가의 중립성을 선언하거나⁶⁾ 또는 국교가 있으나 다른 종교에 대한 차별을 철폐하여 국교의 가입으로부터 완전한 자유를 보장하는 국가들이 대부분이다⁷⁾.

우리나라의 제헌헌법(1948년)은 제12조에서 종교의 자유라는 말 대신 신앙의 자유라는 문구를 사용하여 양심의 자유와 함께 보장을 하고 국교의 부인과 종교와 정치를 분리를 규정한 이래(제헌 헌법 제12조 참조) 1962년 제5차 개정 헌법(1962년)부터는 신앙의 자유라는 문구 대신 종교의 자유라는 문구를 채택하고 양심의 자유와 분리하여 독립된 조문에서 종교의 자유를 보장하는 형식을 취하였다(제 5차 개정헌법 제16조 참조). 제8차 개정헌법(1980년)에서는 종교의 자유에 관한 조문의 내용은 그대로 둔 채, 종전에 종교의 자유 뒤에 규정하였던 양심의 자유를 종교의 자유 앞쪽에 규정하고 있는 데 종교와 양심의 사이에 어떠한 중요한 차이점이 있어서 조문의 순서가 바뀌었는지는 알 수가 없다(동 헌법 제18조, 제19조). 이러한 규정방식은 현행 대한민국헌법(제9차 개정헌법, 1987년)에 그대로 이어져 헌법 제20조 제1항은 모든 국민들이 종교의 자유를 가지고 있음을 확인하고 있고, 제2항에서 국교의 불인정 및 종교와 정치의 분리를 규정하고 있다.

II. 종교의 자유(Religionsfreiheit)

1. 종교의 개념

종교란 인간의 형이상학적인 신앙을 그 내용으로 하는 것으로서 초인적인 절대자에 대한 귀의 또는 신과 내세(피안)에 대한 내적 확신의 집합체라고 할 수 있다⁸⁾. 그러한 점에서 개인의 단순한 주장 또는 사상과는 구별되어진다. 양심이 개인의 이념형성에 관계되는 내심에 있어서의 가치적·윤리적 판단을 말하고 또 그 형성의 기초가 현실 사회인 반면에 종교는 현실세계에

5) AK. a.a.O., S. 334 f.

6) 국가의 종교적 중립성을 헌법을 통해 밝히고 있는 국가는 대표적으로

7) 영국이 대표적인 국가라고 할 수 있다.

8) Von Münch, I/Kunig, P. (Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar, 4. Aufl., München 1992, S. 310 f.; 권영성, 헌법학 원론, 서울: 법문사, 2003, 458면; 허영, 한국헌법론, 서울: 박영사, 2002, 388면; 성낙인, 헌법학, 서울: 법문사, 2003, 346면; 강경근, 헌법, 서울: 법문사, 2003, 432면 등.

그 기초를 두는 것이 아니라는 점에서 그 차이가 있다.

2. 종교의 자유의 의의

종교의 자유는 자신이 신앙하는 종교를 자신이 원하는 방법으로 신봉하는 자유를 의미하므로 이를 위한 예배행위, 종교적 집회, 종교적 모임, 기도, 성사(Sakramente)의 수행, 행렬(Prozession), 종교의 표시, 타종과 같은 종교의 외적 행사뿐만 아니라 종교교육, 무종교적 또는 무신론적 축제 등까지도 종교의 자유의 개념에 포함 된다⁹⁾.

3. 종교의 자유의 성격 및 효력

가. 종교의 자유의 성격

종교의 자유는 인간 내면의 신앙인 인간의 자유로서 자연권이자 동시에 절대적 기본권이다. 절대적 기본권으로서의 종교의 자유는 개인의 인격적 질(personale Qualität)에 있어서 중요한 의미를 갖는다¹⁰⁾. 독일 연방헌법재판소는 신앙의 자유가 독일 기본법 제1조 제1항에 명시하고 있는 인간의 존엄의 한 표현이라고 한다¹¹⁾. 하지만 이와 같은 견해는 기본권을 단지 개인의 보호와 인격적 질의 보호를 위한 구상으로서 이해하고, 기본권의 또 다른 속성인 역사적 구조적인 조건들 속에서의 자유로운 사회관계의 보장이라는 점을 도외시 할 우려가 있다는 비판이 있다¹²⁾. 이에 따르면 인격적 질과 그것을 통한 개인의 존엄성을 종교의 자유의 성격으로 파악하는 한 종교의 자유는 단순히 "스스로(an sich)" 무한제인 개인적 자유의 구체화로 이해하게 된다고 한다¹³⁾. 즉 그러한 입장에서는 종교의 자유의 주체사이에서 무제한적인 절대적 종교의 자유만 주장되어질 뿐이고 그 결과는 사회 내에서 어느 누구도 자신의 기본권을 실질적으로 향수할 수 없게 될 것이라는 결론에 이른다.

나. 종교의 자유의 효력

종교의 자유는 대국가적 자유로서 국가에 대하여 개인의 신앙의 형성과 구성에 영향을 끼치는 행위를 금지하는 것을 의미 한다¹⁴⁾. 이는 국가가 다양한 종교집단들과의 관계에서 각각의 중

9) Vgl. BVerfGE 24, 236(246).

10) Vgl. AK, S. 356.

11) Vgl. BVerfGE 12, 45(53 f.); 48, 127(163).

12) Vgl. AK, S. 358.

13) Vgl. AK, S. 358.

14) E. Stein. aa.O., S. 194.

교집단에 대한 평등한 처우를 하여야하며 특정 종교적 편향을 가져서는 아니 된다는 것을 의미한다(헌법 제20조 제2항).

종교의 자유는 국가가 아닌 사인에 대해서도 사법상의 원칙 등을 원용하여 그 효력을 주장할 수 있다(간접적용). 예를 든다면 누군가에 대하여 특정한 신앙을 가지게 하거나 또는 특정한 신앙을 포기하게 하는 계약은 공서양속에 반하는 것으로 무효라고 새겨야 할 것이다(민법103조). 또한 신앙을 이유로 한 해고의 금지, 종교적 행사를 방해하는 등의 행위는 원칙적으로 금지된다 할 것이다¹⁵⁾.

III. 종교의 자유의 내용

헌법재판소에 따르면 종교의 자유는 일반적으로 신앙의 자유, 종교적 행위의 자유 및 종교적 집회·결사의 자유의 등을 그 내용으로 한다고 한다¹⁶⁾.

1. 신앙의 자유 (Glaubensfreiheit)

가. 신앙의 개념

신앙은 법질서를 통해서 만들어질 수 있는 대상이 아니다. 하지만 이것이 국가가 헌법에서 규정하고 있는 신앙의 개념에 대한 해석조차 금하는 것은 아니다. 종교적으로 중립인 국가는 신앙의 개념을 해석하는 경우에는 기본적으로 중립적이고 보편적인 관점에서 하여야 하며 특정 종파의 입장과 결부된 관점에서 행하여서는 않된다¹⁷⁾. 이러한 경우에도 교회, 종교집단 등의 종교적 당연성 등은 각자 헌법상 보호되고 있는 각자의 독자성의 관점에서 고려되어야만 한다¹⁸⁾. 이러한 중립성의 원칙에 따른다면 보면 신앙은 어떤 특정 종파(예를 들면, 기독교)적 시각에서 벗어나서 정의되어야 한다는 결론에 이르게 된다. 즉 신앙은 인격적 또는 비인격적 신성(神性)을 그 본질로 하는 초월적 힘에 대한 주관적 확신을 의미하며 유신론(有神論)과 이신론(理神論) 뿐만 아니라 불교나 힌두교와 같이 세계의 근원이 특정한 절대자로부터 기인하는 것을 인정하지 않는 관념 모두를 포괄하는 것으로 해석하게 된다¹⁹⁾.

15) 김철수, 헌법학개론, 서울: 박영사, 2002, 616면.

16) 헌재 2001.9.27. 2000헌마159 - 제42회 사법시험 제1차시험 시행일자 위원확인

17) BVerfGE 24, 236(247 f.).

18) BVerfGE 24, 235(248); 30, 415(422) usw.

19) Vgl. AK, S. 361.

나. 신앙의 자유의 내용

신앙의 자유는 신앙을 가질 자유와 신앙을 가지지 아니할 자유(소극적 신앙의 자유)도 포함한다²⁰⁾. 신앙을 가지지 아니할 자유는 다시 두 가지로 구성될 수 있는데 무종교적 또는 종교에 대한 회의적 확신의 자유 그리고 무종교, 반종교(反宗教) 또는 신앙과 관련된 일체의 어느 확신도 가지지 아니할 자유가 그것이다²¹⁾.

2. 종교행사의 자유

종교행사는 기도, 예배, 독경, 예불 등 신앙을 외부로 표명하는 의식을 의미한다. 일반적으로 신앙의 자유와 신앙을 외부로 표시하기 위한 행위는 상호 매우 밀접한 관계를 갖고 신앙을 가진 자들도 신앙을 외부로 표시하는 행위를 통하여 자신과 해당 종교사에서 일체감을 확인한다. 따라서 종교행사의 자유가 보장되지 않는 신앙의 자유는 상상하기 어렵다. 독일 연방헌법재판소도 신앙의 자유는 각각의 신앙에 따른 예배행위에 참가하는 것을 보장한다는 것을 밝히고 있다²²⁾. 동시에 그러한 예배참가의 보장은 반대의 경우에도 해당되어서 특정 되지 아니한 예식에 참가하지 않을 자유까지도 보장되어야 함을 밝히고 있다²³⁾.

3. 종교적 집회 및 결사의 자유

신앙의 외적 표현(종교행사)에는 여러 가지 형태가 있어서 일인만이 수행을 통하는 방식으로부터 집단적으로 종교의식을 행하는 경우 등 다양하다. 하지만 종교의 행사는 집단적으로 행하여지는 것이 일반적이라고 볼 수 있으며 이와 관련하여 특정 종교인들 간의 결사와 이러한 결사를 중심으로 이루어지는 종교의 집회는 종교의 자유의 실질적인 실현을 위해서 중요한 기능을 한다.

4. 선교와 종교교육의 자유

가. 선교의 자유

20) Vgl. BVerfGE 24, 236(245); 33, 23(28) usw.

21) AK. S. 362 f. - 무신앙의 자유 또는 회의적 확신 등을 가지는 자유는 학설과 판례가 모두 인정하고 있으나 신앙과 관련한 일체의 어느 것으로부터 자유로울 수 있는 자유에 관하여는 견해가 나뉘고 있다. 즉, 종교 또는 신앙의 자유가 개인이 포기할 수 있는 성격(기본권 행사의 부작위)의 것인가를 둘러싸고 논쟁이 있다.

22) Vgl. BVerfGE 32,98(106); BVerfG Beschluss v. 16.05.1995 - 1 BvR 1087/91, NJW 1995, 2478 - 교실벽 십자가상 게시 결정.

23) Vgl. BVerfG Beschluss v. 16.05.1995 - 1 BvR 1087/91, NJW 1995, 2478 - 교실벽 십자가상 게시결정.

특정 신앙을 가진 자들은 자신이 신앙하는 내용을 타인에게 알리고 타인으로 하여금 동일한 신앙을 갖도록 권유하는 적극적인 활동을 한다. 따라서 종교의 자유의 실질적 보장을 위해서는 선교의 자유가 보장되어야만 한다. 다만 이러한 선교의 자유에 대응하여 반종교선전의 자유도 선교의 자유에 포함되어서 이해되어야 하는 지에 관한 문제와 선교의 자유와 관련하여 필연적으로 수반되는 적극적 행위들과 피선교의 대상이 되는 타인들과의 관계 등에 관한 것이 문제가 될 수 있다.

종교의 자유를 신앙을 가지는 자유와(positive Glaubensfreiheit)와 신의 존재를 부정하는 무신론(Atheist)을 포함하여 신앙을 가지지 아니할 자유(negative Glaubensfreiheit)를 포함하는 것으로 이해하는 한 신앙을 가질 것을 권유하는 적극적 의미의 선교의 자유에 대응하여 그러한 신앙에 반대하거나 신앙을 가지지 아니하도록 권유하는 형태의 선교의 자유도 인정될 수밖에 없다고 본다.

선교의 형식 또는 방법은 피권유자의 수인의 한도 내에 그쳐야 한다(선교의 자유의 내재적 한계). 피권유자의 수인의 한계를 넘어서는 형태의 선교의 방법과 형식은 개별적 사례의 구체적 내용에 따라 권유자가 해당 책임을 부담하여야 한다.

나. 종교교육의 자유

종교의 자유에는 종교를 위한 교육을 실시할 수 있는 종교교육의 자유가 포함된다. 국가나 지방자치단체가 국·공립학교에서 특정 종교를 위한 종교교육을 실시하는 것은 정교분리원칙에 반하여 금지된다(헌법 제20조 제2항, 교육기본법 제6조 제2항). 하지만 국교의 부인 및 정교의 분리가 국·공립학교에서의 종교교육을 전면 금하고 있는 것으로 보지는 않으며 - 실제로 교육기본법도 특정한 종교를 위한 종교교육만을 금지하고 있을 뿐이다 - 정규 교과목에 주요종교들에 대한 소개 및 교육의 내용을 포함하는 교과목의 편성은 가능하고 그러한 것은 이제 가치관을 형성하는 단계인 학생들, 특히 초·중·고교학생들에게 매우 의미가 있을 것이다. 다만 성인들을 그 교육대상으로 하는 대학에서의 종교교육의 경우는 초·중·고등학교의 학생들의 종교교육과는 그 성격을 구분하여야 할 것으로 보인다. 대학의 경우 자체의 교과과정을 자율적으로 편성할 수 있고(헌법 제22조, 제31조 제4항), 그에 따라 국·공립 대학의 경우는 모든 종파의 내용을 포괄적으로 소개하는 형식의 교양과목 등의 형태로 종교와 관련한 과목을 편성할 수 있다. 사립대학의 경우는 해당학교의 특성에 따른 특정 종교와 관련 된 교과를 자율적으로 편성할 수 있다²⁴⁾. 그러나 그러한 교과목의 수업을 강제하여, 예를 들면 특정 종교수업의 참석 및 학점취득을 졸업과 연관시키는 등 학생들로 하여금 본인의 의사에 반하여 특정 종교수업을 수강하게 하는 것은 학생들의 소극적 종교의 자유를 침해한다고 본다²⁵⁾. 대법원도 종교교육 및 종교지도

24) 참조, 대판 1989.9.26, 87도519.

자 양성이 종교의 자유의 한 내용으로 보장되지만, 그것이 학교라는 기관의 형태를 취할 때는 국민의 교육을 받을 권리와와의 관계 속에서 헌법 및 교육관계법의 각 규정의 규제를 받게 된다고 한다²⁶⁾.

독일기본법은 자녀에 대한 양육권을 부모의 자연적 권리로 규정하고 있으면서(독일 기본법 제6조 제2항) 그 내용으로 자녀에 대한 종교교육이 포함되는 것으로 이해하고 있다. 따라서 부모는 자신의 자녀에게 종교에 관한 교육을 행할 수 있으며 자신의 자녀가 다니는 학교에서의 특정종교에 관한 수업²⁷⁾ 및 학교 내에 설치되어 있는 특정종교에 관한 상징물²⁸⁾ 등으로부터 자신의 자녀들이 영향을 받지 않도록 국가(학교)에 요구할 수 있다.

독일 연방헌법재판소의 견해에 따르면 독일 기본법이 비록 국가의 종교적 중립성을 규정하고는 있지만 그것이 학교교육에 있어서 종교 및 가치관에 관한 일체의 교육으로부터 중립을 지켜서 종교적 내용을 담은 내용의 교과를 편성해서는 안된다는 것을 의미하는 것은 아니라고 한다²⁹⁾. 하지만 그러한 경우에도 교육의 내용은 특정종교 (이 결정에서는 기독교)의 선교 또는 특정 종교에 대한 구속력을 담은 내용이어서는 아니 되며, 그러한 교육 내용을 원치 않는 학생에 대한 배려가 있어야만 한다고 하였다³⁰⁾. 즉 종교의 자유를 포괄적으로 보호하고 종교 및 세계관적 중립성을 유지하는 것을 의무로 하는 국가의 경우도 공동체의 기초가 되고 국가의 과제수행과 직접연관이 되는 문화적으로 전달되어지고 역사적인 기원을 가지고 있는 가치관 및 태도들에 관한 부분을 도외시 할 수는 없다³¹⁾는 것이 연방 헌법재판소의 입장이다.

종교의 자유는 인간의 정신세계에 기초를 둔 것으로서 인간의 내적 자유인 신앙의 자유를 의미하는 한도 내에서는 밖으로 표현되지 아니한 양심의 자유에 있어서와 같이 제한할 수 없는 것이지만³²⁾ 이는 다시 밖으로 표현되지 않아서 종교의 침해여부를 인식할 수 없기 때문에 개인의 의사에 반하는 종교교육이 이루어지는 것이 가능하다는 이유로 여겨져서는 아니 된다고 본다. 이는 이른바 고교평준화 아래서 학생들이 스스로 학교를 선택하는 것이 아니고 외부에 의해서 학생들의 의사와는 무관하게 학교가 배정되고 있는 우리나라의 경우에는 더욱 중요하게 고려되어야 할 것으로 본다. 이는 비록 교육기본법이 국공립학교에의 특정종교교육의 금지를 명

25) 이러한 관점에서 본다면 대법원의 1998년 11월 10일에 있었던 이른바 학위수여이행에 관한 판결은 다시 한번 검토할 필요가 있다. 이에 관하여는 아래 종교의 자유의 침해 및 구제에서 자세히 보기로 한다.

26) 참조, 대판 1989.9.26, 87도519

27) Vgl. BVerfGE 41, 29 (44, 47 f.); BVerfG Beschluss v. 16.10.1979 - 1 BvR 647/70, 7/74, NJW 1980, 575 ff. - 공립학교에서의 기도시간의 합헌성에 관한 결정; BVerfG Beschluss v. 16.05.1995 - 1 BvR 1087/91, NJW 1995, 2477 - 교실벽 십자가상 게시 결정.

28) Vgl. BVerfG Beschluss v. 16.05.1995 - 1 BvR 1087/91, NJW 1995, S. 2477 ff.

29) Vgl. 위의 결정, NJW 1995, S. 2479 ff.; BVerfG Beschluss v. 16.10.1979 - 1 BvR 647/70, 7/74, NJW 1980, S. 578.

30) Vgl. 위의 결정, NJW 1995 S. 2480.

31) Vgl. 위의 결정, NJW 1995, S. 2479. 국가의 종교중립성과 종교교육관의 관계에 관한 내용은 최근 독일 연방헌법재판소에 바데뷔르템베르크 교육청이 한 독일국적의 이슬람교도인 여교사의 교사자질부족을 이유로 교사임용을 거부한 사건에 대한 헌법소원에서 임용거부를 당한 헌법소원 신청인에 의해서 주장되어 지기도 하였다. 이와 관련한 사건의 자세한 내용은 Spiegel 2003. 9. 29. S. 82 ff. 참조.

32) 대판 1995.4.28, 95도250

문으로 규정하고 있지만(동법 제6조 제2항)그 대상을 국공립학교에만 범위를 한정시킬 것이 아니라 사립학교들에게도 준용하여야 할 것으로 본다.

V. 종교의 자유의 한계

종교의 자유는 인간의 정신세계에 기초를 둔 것으로서 인간의 내적 자유인 신앙의 자유를 의미하는 한도 내에서는 밖으로 표현되지 아니한 양심의 자유에 있어서와 같이 제한할 수 없는 것이지만 그것이 종교적 행위로 표출되는 경우에 있어서는 대외적 행위의 자유이기 때문에 법률로써 이를 제한할 수 있다. 즉 신앙이 외부로 표출되면서 타인의 기본권을 침해하거나 헌법질서에 저촉되는 경우 헌법 제37조 제2항에 따라 국가안전보장, 질서유지 또는 공공복리 등을 위하여 법률로서 제한할 수 있는 것이다(상대적 자유)³³⁾. 전염병예방 및 확산을 막기 위하여 종교적 집회를 하지 못하도록 하는 것(전염병예방법 제39조 제1항 제2호) 등의 예를 들 수 있으며, 집회를 알리는 타종은 일정시간대에는 하지 못하도록 하는 것, 상대방의 명시적 의사에 반하는 방법을 사용하는 종교선전 행위 등을 그 예로 들 수 있겠다.

VI. 종교의 자유에 대한 침해와 구제

1. 국가기관으로부터의 침해

가. 적극적 침해

적극적 침해는 국가기관이 특정 종교에 대한 차별, 또는 특정 종교를 가진 국민들에 대한 종교의 자유의 행사를 제한하는 형태 등으로 나타나게 된다. 예를 든다면 특정종교를 가진 자들에 대한 공직 취임을 금지하거나 제한하는 행위³⁴⁾, 공립학교에서 수업시작 전 특정 종교의 경전이나 기도를 하는 행위³⁵⁾, 공립학교에서 특정 종교에 관한 수업과정만을 편성하는 행위³⁶⁾, 또는

33) 헌재 2001.9.27. 2000 헌바 159; 대판 1995.4.28. 95도250.

34) Vgl. BVerfG, 2 BvR 1436/02 vom 24.9.2003, http://www.bverfg.de/entscheidungen/rs20030924_2bvr143602.html - 차도르 착용을 거부한 이슬람교도의 교사채용을 교육청이 법률의 구체적 수권 없이 재량으로 교사 자격 부적격으로 임용을 거부한 것은 종교의 자유를 침해한 것으로 임용거부처분이 무효라고 결정하였음.

35) Engel v. Vitale, 370 U.S. 421(1962) stc. 미국 연방대법원은 위 사건에서 공립학교에서의 일과개시 전 이루어지는 기도문 성서낭독을 위헌이라고 결정하였으나 독일의 경우 이와 유사한 사건에서 일반 공립학교에서 일과시작 전 자율적이면서, 초교파적인 기도시간의 제공은 독일 기본법 제7조 제1항이 보장하는 학교고권(Schulhoheit)에 의해서 보장이 된다고 한 바 있다. 다만 학생들이나 그 부모들이 기도에 대하여 반대를 한다면 그러한 학교에서의 기도시간은 헌법에

교정 시설 등에 피수용인의 교화를 목적으로 종교시설을 설치한 뒤 피수용인으로 하여금 피수용인의 의사에 반하여 해당 종교교육에 참가를 강제하는 것, 국가에서 설치한 정신질환 치료시설 등에서 치료의 목적으로 특정 종교교육을 하는 것 또는 종교적 목적으로 설립된 단체로 하여금 교정시설을 운영하게 하고 교정 및 교육의 방법을 해당 기관에게 위임하는 것 등을 들 수 있겠다.

나. 차도르 포기를 거부한 이슬람여교사의 교사임용거부처분에 관한 헌법소원 사건³⁷⁾

(1) 사건의 개요 및 쟁점

1972년 아프가니스탄의 카불에서 태어나 1987년부터 독일에 거주하던 중 1995년 독일 국적을 취득한 이슬람교도인 루딘은 1998년 초등학교 교사자격을 위한 1차 시험과 소정의 준비기간을 거친 뒤에 2차 국가시험을 합격하여 바덴-뷔르템베르크주의 한 초등학교에서 교사임용신청을 하였으나 슈트트가르트 교육청이 신청인이 교사로서의 자질이 없다는 이유로 임용신청을 거부하자 이러한 거부처분이 청구인의 종교의 자유를 침해하며 종교를 이유로 공직에 취임을 거부하는 것은 평등권에 반한다는 이유로 헌법재판소에 헌법소원을 제기한 사건이다.

연방헌법재판소는 신청인의 헌법소원을 인용하여 임용거부처분이 부당하다는 결정과 함께 종교의 자유와 같은 사항은 각 주 입법자들이 보다 구체적인 내용을 입법을 통해서 정하여야 한다는 취지의 결정을 내 놓았다. 이러한 연방헌법재판소의 결정은 독일사회를 종교의 자유에 관한 논쟁과 타 종교인, 특히 이슬람교도의 독일사회로의 통합 등의 문제에 관한 논쟁 속에 휩싸이게 하는 계기가 되었다. 각 주정부 와 각 이익단체들은 각자 다른 의견을 보이고 있는 데 바덴-뷔르템베르크와 같이 기독교 민주연합(CDU)이 집권하고 있는 주와 사회민주당(SPD)가 집권하고 있는 주의 경우에는 위의 결정에 불만을 표시하고 있으며 조속한 시일 내에 공직에서, 특히 교직에서의 종교적 표시착용 금지를 골자로 하는 법률을 제정하겠다는 의사를 밝히고 있다. 자유민주당(FDP)이 정부에 참여하고 있는 주의 경우는 위의 연방헌법재판소의 결정을 지지하면서 종교의 자유와 같은 절대적 기본권은 다른 기본권과의 충돌 또는 이를 제한하는 조치에 대하여 우선하여 보호되어야 한다는 의견을 제시하는 등 위 사건과 관련하여 독일의 여론이 분열되는 양상을 보이고 있다.

반한다고 하면서, 참가자들이 자유롭게 외적 강제가 없이 학교 기도에 참석 하는 한에서는 소극적 신앙의 자유를 침해한다고 볼 수 는 없다는 결정을 하였다 - 이와 관련하여서보다 자세한 내용은 Vgl. NJW 1980, S. 575 ff.

36) 대부분의 학교가 국공립인 독일은 최근에 이슬람교에 관한 내용을 학교 정규과목으로 채택하여야 하는 지에 대한 논란이 있었다. 이에 관하여는 Der Spiegel Nr.40/29.9.03, S. 82 ff.

37) Vgl. BVerfG, 2 BvR 1436/02 vom 24.9.2003, http://www.bverfg.de/entscheidungen/rs20030924_2bvr_143602

(2) 청구인의 주장

청구인은 차도르 착용을 이유로 교육청이 청구인의 교사임용을 거부한 것은 각각 독일 기본법 제1조 제1항 (인간의 존엄의 불가침과 국가의 의무로서 인간존엄의 확인 및 보호), 기본법 제2조 제1항 (인격의 자유로운 발현권), 기본법 제3조 제1항 및 제3조 (법 앞의 평등 및 불합리한 차별의 금지), 기본법 제4조 제1항 및 제2항 (신앙의 자유 및 그 행사의 자유) 그리고 기본법 제33조 제2항, 제3항 (능력에 따른 공직취임 및 종교를 이유로 한 공직취임거부 금지)에 반하는 처분이라는 것을 주장하였다.

청구인은 “차도르는 개인의 인격의 표시일 뿐 아니라 종교적 확신의 표시이기도 한 것이며 이슬람교도로서의 정체성을 나타내는 것”이라고 주장하였고 국가의 종교문제에 관한 중립성 유지의 원칙도 국가가 교육의 부문에서 전적인 종교적-세계관적 문제에 관하여 그 역할을 포기하는 것을 의미하는 것이 아니고 서로 충돌하거나 반대되는 이익사이에서 화해 또는 타협이 가능하도록 하는 것이 교육의 과제라고 주장하였다. 특히 1995년에 있었던 바이어른 주의 교실내의 십자가 계시³⁸⁾와는 달리 차도르 착용은 어떤 종교적 상징물이 아니라 기본권주체로서 기본권 주체의 개인적이고 종교적인 동기에서 이루어진 것이므로 이를 착용하지 못하게 하는 것은 개인의 종교의 자유를 침해한다는 것이라고 한다³⁹⁾.

(3) 슈트트가르트 교육청 및 행정법원의 주장

청구인의 임용신청을 거부한 해당 교육청과 행정법원의 견해는 신청인이 교사에게 요구되는 자질이 충분하지 못하다고 하면서 그 이유로서 신청인은 수업 중 차도르를 받는 것을 거부하고 있는 데 차도르는 문화적 분리(단절)의 표시이며 따라서 이는 종교적인 상징일 뿐 아니라 정치적 상징이고, 차도르에 결부되어 있는 문화적 단절의 객관적 효과는 국가의 중립성 원칙과도 맞지 않는다고 주장을 하였다. 또한 기본법 제33조 제3항과 관련하여서도 단순히 종교적 이유만으로 임용을 거부하는 것은 기본법에 반하는 조치이지만 해당공직의 성격과 임용희망자의 신조와의 관계에서 그러한 신조가 해당공직과 부합하지 않는 경우에는 그 적용을 배제할 수 있다고 보고 있다. 또한 종교의 자유를 보장하고 있는 기본법 제4조 제1항과 관련하여서도 신앙의 자유에 근거한 차도르의 착용이 신앙의 자유로서 당연히 보호되는 것이지만 차도르의 착용이 수업 중에도 행하여진다면 기본법이 보호하는 소극적 신앙의 자유를 침해하는 것이며 (여기서는 수업에 참가하고 있는 학생들의 소극적 종교의 자유) 기본법 제6조 제2항에서 근거하는 부모들의 자녀들에 대한 양육 및 교육의 권리도 침해한다. 그 밖에 공무원인 수업 중 교사의 차도르 착용

38) BVerfG Beschluss v. 16.05.1995 - 1 BvR 1087/91, NJW 1995, 2477 ff.

39) 위 전과 관련한 자세한 내용은 Spiegel 2003. 9. 29. S. 82 ff 참조.

행위는 국가의 종교적·가치관적 중립성도 해하는 것이어서 신청인의 주장은 이유가 없다는 것이다⁴⁰⁾.

(4) 연방헌법재판소의 견해

연방헌법재판소는 위의 헌법소원을 인용하는 결정을 하였다. 즉 슈트트가르트 고등교육청과 슈트트가르트 행정법원은 헌법소원 신청인의 공직 취임권(독일 기본법 제33조 2항)을 침해하였고 그에 따라 임용거부처분은 효력을 상실하게 되었다. 연방헌법재판소의 견해에 따르면 바뎀-뷔르템베르크 주 법률은 교사의 수업 중 차도르 착용금지에 관한 충분한 근거를 가지고 있지 않으므로 그러한 법률을 근거로 교사의 신앙을 이유로 한 교직취임거부는 행정청의 재량의 범위를 넘어서었다고 판단하였다. 또한 증대되고 있는 종교적 다양성의 복잡해지고 다원화되고 있는 사회는 학교내부에서의 종교와 관련한 문제들의 허용여부에 대하여서도 입법자의 새로운 입법의 주요한 동기가 된다는 의견을 밝히면서 각 주의 입법자에게 해당 관련 법률의 제정을 할 필요성이 있다고 하였다⁴¹⁾.

(5) 비판

연방헌법재판소의 이러한 결정에 대하여 수많은 비판(비난을 포함)과 지지하는 견해들이 표시되었다. 비판의 견해는 첫째, 종교적 표시와 관련하여 연방헌법재판소 제1원이 1995년 이른바 교실 벽에 게시된 십자가 철거를 명한 결정에서 밝힌 견해와 충돌되는 점이 있다는 것과⁴²⁾ 둘째, 연방헌법재판소는 주문에서 종교관련 사항들의 학교 내에서의 허용여부의 문제는 입법자가 법률을 통해서 규정하도록 하여 입법자에게 그 과제를 떠 넘겼는데 입법자가 그러한 사항과 관련한 일반적인 법률을 제정이 가능한 지 여부에 집중되어 있다⁴³⁾.

첫 번째 문제를 살펴보면 연방헌법재판소의 결정은 신청인의 적극적 종교의 자유를 보호하면서 학생들과 학생들의 교육권을 가지고 있는 부모들의 소극적 종교의 자유를 고려하지 않았다는 것이다. 1995년 십자가 철거 결정에서 연방헌법재판소는 십자가는 기독교라는 종교의 상징물이고 그것이 교실 내에 걸려있어서 기독교와 다른 신앙을 가지고 있는 학생들과 그 부모들이 항상 그러한 상징물을 볼 수밖에 없는 상황은 학생들과 부모들의 소극적 종교의 자유를 침해하는 것이며 또 국가의 종교로부터의 중립성에도 반하는 것이라고 결정한 바 있다. 그러나 위 결정에

40) Vgl. BVerfG, 2 BvR 1436/02 vom 24.9.2003, http://www.bverfg.de/entscheidungen/rs20030924_2bvr_143602.html. Rdnr. 8 ff.

41) Vgl. BVerfG, 2 BvR 1436/02 v. 24.9.2003, http://www.bverfg.de/entscheidungen/rs20030924_2bvr_143602.html. LZ 1. 2.

42) 차도르 결정은 연방헌법재판소 제2원에서 결정하였음.

43) Vgl. Ipsen, J., Karlsruhe locuta, causa non finita. Das BVerfG im so genannten "Kopftuch-Streit", NVwZ 2003, Heft 10, S. 1211 ff.

서는 차도르가 비록 종교적 상징물에는 해당되지만 십자가처럼 비인격적 또는 객관화 되어 있는 것이 아니고 착용자의 인격성과 밀접히 결부되어 있는 것이라는 이유에서 교실벽의 십자가와는 다른 성격을 가진다고 보았다. 하지만 이러한 연방헌법재판소의 견해는 종교적 상징물을 착용한 공무원인 교사(사람)에 의해서 실질적인 영향을 받을 수밖에 없는(비인격체인 단순한 상징물인 십자가와는 달리) 학생들의 소극적 종교의 자유를 침해한 부분은 고려하지 않았다는 비판을 면치 못할 것이다⁴⁴⁾.

둘째, 연방헌법재판소는 각 주의 입법자에게 학교에서의 종교관련 사항들의 허용여부에 관한 법률을 직접 제정하도록(의회유보) 하고 있다. 하지만 종교의 자유는 절대적 자유권으로서 유보가 무의미한 것이 그 성질상 특징이다. 또한 법률은 일반성과 추상성을 가져야 하는 데, 즉 누구에게나 그리고 모든 사안에 차별없이 적용되어야 한다. 따라서 입법자가 학교 내에 종교적 상징물 등의 허용과 관련한 법률을 제정한다면 그 법률은 누구에게나 그리고 모든 종교적 상징물에 적용되어야만 할 것이다. 그렇게 된다면 적어도 학교 내에서는 신앙을 가진 자에게 신앙과 관련한 일체의 요구를 할 수 있는 권리가 차단되어야만 할 것인데⁴⁵⁾ 과연 그러한 것이 연방헌법재판소가 위 결정을 통하여 의도하였던 것인지 의문이 들지 않을 수 없다.

나. 소극적 침해

국가기관에 의한 종교의 자유의 소극적 침해도 생겨날 수 있는 데 예를 든다면 특정 종교 또는 교파에 대해서만 물적 지원 등을 하는 것 등을 들 수가 있다. 하지만 성탄절과 석가 탄신일을 공휴일로 지정하여 축제일로 하고 있는 것은 특정 종교에 대한 우대가 아니며 추석이나 설날처럼 특별한 종교적 의미가 없는 하나의 습속을 보아야 한다. 헌법재판소도 제42회 사법시험 제1차 시험 시행일자 위헌확인에 관한 헌법소원에서 같은 취지의 결정을 한 바가 있다⁴⁶⁾.

하지만 국가가 국가시설에, 예를 들면 수용시설 또는 병영 등에 일정한 목적으로 종교시설을 설치하는 경우에 특정한 종교시설 만을 설치하면 그렇지 아니한 타종교에 대하여 차별을 하는 행위가 될 것이다. 위에서 언급한 교실벽 십자가 게시의 경우도 해당 종교를 가지지 아니한 학생 및 부모들의 소극적 종교의 자유를 침해한 사례가 될 것이다⁴⁷⁾. 이러한 점을 고려하여 우리나라의 경우는 소위 주요 종교라고 하는 기독교(구교와 신교를 포함)와 불교시설 등을 병영 등의 내부에 모두 설치하여 각 종파 간에 차별이 없도록 하고 있다. 그러나 대표적 3대 종파 이외의 신앙을 가진 자가, 예를 들면 이슬람교도인 병사가 병영내부에 자신의 종교행사의 자유를 주장하면서 모셰(Moschee, 이슬람교도의 사원)를 설치하여 주기를 요구한다거나, 또는 금요일에

44) Vgl. Ipsen, J., aa.O., S. 1211.

45) Ipsen, J., aa.O., S. 1212.

46) 헌재 2001. 9. 27. 2000 헌마 159.

47) BVerfG Beschluss v. 16.05.1995 - 1 BvR 1087/91, NJW 1995, 2477 ff.

와 일과 중 기도시간의 보장을 요구하는 경우가 생긴다면 국가가 이에 응하여 극히 소수인 사병을 위하여 시설물을 설치하여 주어야만 하는 지 등의 문제도 생겨날 수 있다. 나아가서 각 종파에 따른 시설의 설치에 대하여 평등하게 지원하였다 하더라도 이는 어떠한 종교도 가지지 아니한 국민들을 차별하는 것이 될 수 있으며 그러한 측면에서만 본다면 그러한 지원이 국가의 종교적 중립성을 해하는 결과까지도 생각 할 수 있다⁴⁸⁾.

2. 사인간의 침해

과거의 종교의 자유의 침해는 국가나 영주 등으로부터 이루어지는 것이 대부분이었으나 국교의 부인 또는 국가의 종교에 대한 불간섭 내지는 중립이 보편화되고 있는 현대국가에서는(일부 종교와 정치가 일치 또는 일원화 되어 있는 국가들을 제외하고) 종교의 자유침해의 문제는 국가로부터의 침해보다는 사인들 사이에서 발생하는 경우가 오히려 심각하게 대두되고 있다. 예를 들면, 작업장에서의 종교적 표지의 착용금지하게 하는 것⁴⁹⁾, 사립학교에서의 특정종교에 대한 학생들의 의사에 반하는 일방적 수업⁵⁰⁾, 종교행사의 자유 중에 발생하는 행사에 참가하지 않는 사람들의 기본권의 침해, 선교의 자유와 다른 기본권사이의 충돌 등, 종교적 목적으로 설립되지 아니한 회사에서 특정종교인들에 대한 취업 또는 취업이후 승진기회에서의 차별 등 대부분의 경우에 사적 영역에서 이루어지고 있다.

사인에 의한 종교의 자유의 침해의 경우는 기본권의 대사인적 효력(간접적용설)을 통하여 해결하고 있는 데 독일 연방헌법재판소도 사법관계에서의 기본권은 그 효력을 예를 든다면 사법상의 일반조항 등 각각의 법 영역을 지배하고 있는 규정을 매개로 하여 펼친다고 하면서⁵¹⁾ 종교의 자유도 그러한 예에 속한다고 본다. 다만 어떤 자가 주장하는 종교의 자유로 인하여 다른 사인이 자신의 기본권이 침해되었다고 주장하는 경우, 예를 든다면 아래에서 예시한 사건들 처럼 학생들의 신앙선택의 자유 또는 소극적 종교의 자유에 대하여 종교적 목적으로 설립된 교육기관의 종교선전의 자유와 교육의 자유간의 충돌, 또는 종업원의 종교의 자유의 보장 또는 주장이 사업주의 영업의 자유를 침해한다고 하는 경우 이러한 기본권의 충돌문제를 어떻게 해결할 것인가의 문제 등이 생겨난다.

나. 승실 대학교 학칙관련 대법원 판결에 대한 비판

48) 권영성, 전거서, 463면.

49) 예를 들면, BVerfG, 1 BvR 792/3 vom 30.7.2003, http://www.bverfg.de/entscheidungen/rk20030730_1bvr079203.html

- 독일 연방헌법재판소는 차드르를 착용하고 손님을 맞이한 화장품 판매원을 해고한 조치가 종교의 자유를 침해한 것이어서 해고가 부당하다고 한 연방노동재판소의 판결에 불복하여 연방노동재판소의 판결은 사업주의 영업의 자유를 침해한 것이라는 취지의 헌법소원을 제기한 사업주의 헌법소원을 기각한 바 있다

50) 예를 들면, 대판 1998.11.10, 96다37268 학위수여이행판결

51) Vgl. BVerfGE 7, 198(205 f.); 42, 143(148); 103, 89(100).

(1) 사건의 개요 및 쟁점

대법원은 1998년 11월 10일 이른바 학위수여이행판결에서 종교재단이 운영하는 대학교(사립 대학교)가 일정 학기동안 대학예배에 참가할 것을 졸업요건으로 하는 학칙을 정하고 이를 이수하지 않은 학생에 대하여 졸업을 인정하지 않아 이러한 종교수업을 이수하지 못하여 졸업을 하지 못한 학교의 학생이 해당 학교의 졸업을 조건으로 하는 학교예배 및 종교관련 수업의 이수를 강제하는 것은 학생들의 종교의 자유를 침해한 것이라는 것을 이유로 한 사건에 대한 판결에서 “종교단체가 설립한 사립대학은 종교의 자유의 내용으로서 종교교육 내지 종교선전을 할 수 있다”고 하면서 또한 “학교는 인적·물적 시설을 포함한 교육시설로써 학생들에게 교육을 실시하는 것을 본질로 하며, 특히 대학은 헌법상 자치권이 부여되어 있으므로 사립대학은 교육시설의 질서를 유지하고 재학관계를 명확히 하기 위하여 법률상 금지된 것이 아닌 사항 등을 학칙으로 정할 수 있다”고 한다. 따라서 “사립대학이 종교교육 및 종교선전을 위하여 학생들의 신앙을 가리지 아니할 자유를 침해하지 않는 범위 내에서 학생들로 하여금 일정한 내용의 종교교육을 받을 것을 졸업요건으로 하는 학칙을 제정하여 학생들에 수강을 하도록 할 수 있으며” 또한 학생들이 그러한 사립학교에 입학하게 되면 해당 학교의 학칙에 기속되게 되며 그러한 범위 내에서 학칙이 해당 학교의 학생들에게 우선 적용된다면서(이른바 특수신분관계) 이는 학생들의 종교의 자유를 침해한 것은 아니라고 하는 판결을 하였는데 이 판결은 다음과 같은 비판을 면할 수 없을 것 같다.

(2) 비판

종교관련 학점이수를 자율적으로 하도록 하고 이를 이수한 경우 졸업을 위한 소정의 학점으로 인정하는 등 일종의 이익을 주는 경우는 문제가 되지 않으나 종교관련 수업을 반드시 듣게 하고 이를 졸업을 위한 강행규정으로 두는 경우는 해당 종교를 가지지 않고 있는 학생 또는 타 종교를 가지고 있는 학생들로 하여금 수인의 한계를 넘는 것이 된다고 볼 것이다. 판례는 비록 학생들로 하여금 단순히 예배시간의 참석만을 요구하고 그 결과에 대한 평가를 하지 않으므로 학생들의 종교의 자유를 침해하지는 않는다고 하지만 예배의 참석여부가 기록이 되고 이러한 결과가 졸업을 위한 요건이 된다면 학생들은 본인의 내심적 의사와 무관하거나 반하게 예배에 참석하여 특정종교에 관한 선전을 수강할 수밖에 없어서 학생들의 종교의 자유를 침해한다고 본다. 특정 종교이념을 표방하고 이를 기초로 세워진 학교의 경우라 하더라도 해당 학교가 특정 종교의 교육을 통해 해당 종교관련 사제 등을 양성하는 것이 아니라 여타의 학교와 크게 다름 없이 다양한 가치관과 학문 관에 따른 분야들이 수업이 이루어지거나 또는 그러한 수업이 사실상 지배적으로 이루어지고 있는 경우라고 한다면 학교 설립취지에 따른 해당 종교에 대한 선전

을 위한 다양한 프로그램에 학생들로 하여금 자유롭게 선택할 수 있도록 하지 않고 이러한 프로그램에 강제로 참가하게 하는 것은 종교의 자유를 침해한다고 볼 수 있다. 대학의 자치를 이유로 하거나 또는 대학과 학생과의 사적 계약이라고 하는 것도 절대적 자유권이라고 할 수 있는 종교의 자유를 침해하지 않는 범위 내에서 그 효력이 있다고 본다.

또한 “학생들이 사립대학에 입학함과 동시에 학교 당국이 일방적으로 정한 학칙, 규정 등의 내용 등을 일괄하여 포괄적으로 승인한 것이 되므로 그 내용에 기속 된다”라고 하여 종교교육 및 수업이수를 졸업요건으로 하는 학칙이 종교의 자유를 침해하지 않는다고 하는데 이는 마치 공법상 기본권제한의 한 유형으로 논의가 되었던 이른바 ‘특수신분관계’이론과 유사한 논리를 펴고 있는 것으로 보인다. 하지만 특수신분관계가 아직 특수한 공법적 목적을 달성하기 위한 필요 최소한 범위 내에서 제한적으로 논의되고 있다⁵²⁾라는 것은 별론으로 하고 공법관계에서 주장되어 진 특수신분관계의 경우에서도 절대적 기본권은 어떠한 경우에도 제한이 불가능하다는 것이 정설로 받아들여지고 있는 것을 감안한다면⁵³⁾ 법원이 인용하고 있는 주장은 종교의 자유의 성격과 비추어 볼 때 설득력이 없다고 본다.

특별히 사회의 자율성 및 사인간의 계약의 자유 및 자율성을 그 이유로 하여 학생들이 해당 학칙에 스스로 복종하기로 하였으므로 당연히 그 학칙을 준수하지 않는 경우 받게 되는 불이익도 당연한 귀결이라고 주장한다 하더라도, 합의의 내용(여기서는 학칙)이 처음부터 일방에게 부당한 권리의 포기를 강요하는 내용을 담고 있다고 한다면 그러한 합의(학칙)은 무효일 수밖에 없을 것이고 그러한 한에서 해당학칙은 학생들의 종교의 자유의 본질적 내용을 침해한 것으로 볼 수 있다(간접적용설).

다. 종교적 표시(차도르)를 한 채 객장에서 근무를 한 점원을 해고한 사례

(1) 사건의 개요 및 쟁점

독일 연방헌법재판소는 한 회사가 차도르를 착용하고 객장에서 손님을 접대한 이슬람점원을 해고하였으나 연방 노동법원에 의해서 해고조치가 부당하다고 한 판결에 불복하여 자신의 해고조치가 정당하며 연방 노동법원의 판결은 독일 기본법 제12조 제1항의 영업의 자유를 침해하는 것이라는 이유로 제기한 헌법소원에서 청구인의 신청이 헌법소원의 청구요건인 기본권 침해가⁵⁴⁾ 없다는 이유로 각하를 하였다.

연방헌법재판소는 이 결정에서 기본법이 보장하는 영업의 자유는 고용주에게는 자신의 기호에 맞는 피고용자를 고용하고 사용할 수 있는 이익을 보호하지만 피고용자에게는 동시에 이미

52) 참고, 권영성, 전게서, 342면.

53) 권영성, 전게서, 343면.

54) Vgl. BVerfG, 1 BvR 792/03 v. 30.7.2003, http://www.bverfg.de/entscheidungen/rk20030730_1bvr_079203.html.

얻은 일자리를 지킴으로서 얻는 경제적 이익도 동시에 보장하는 것이라고 하였다⁵⁵⁾. 따라서 이 경우는 영업의 자유를 둘러싼 기본권의 충돌문제로 볼 수 있고 또한 종교의 자유의 문제와 관련하여서는 종교의 자유가 독일 기본법상 어떠한 유보를 할 수 없는 기본권이라는 하지만 무한 제인 것은 아니라고 하면서 종교의 자유는 종교의 행사가 자신과 다른 신앙을 가진 사람의 기본권과 충돌하는 곳이 그 한계가 될 것이라고 하였다⁵⁶⁾. 그리고 위의 사건에서는 고용자의 영업의 자유에 의해서 보호되는 경제적 이익이 된다고 보았다.

연방헌법재판소는 이와 같은 기본권의 충돌의 경우는 일반적으로 충돌하는 양자의 기본권간의 조화를 찾아야 하는 것이 일반적인 해결책이고 여기에서도 그러한 관점에서 문제가 해결되어져야만 한다고 하였다⁵⁷⁾. 결론적으로 연방헌법재판소는 피고용자의 종교의 행사의 자유를 사용자의 영업의 자유에 기초한 경제적 이익보다는 우선한다고 보았다. 자세히 설명하면, 연방헌법재판소에 따르면 기본법 제12조 제1항의 영업의 자유는 피고용자의 입장에서 해고로부터 보호받을 권리(Kündigungsschutz)의 근거가 되며 따라서 사용자가 근로자를 해고할 때에는 해당 피고용자가 해당 업무와 배치되는 합당하고 직접적인 근거가 있어야만 해고가 정당화 될 수 있다(독일 해고보호법 제1조 제2항)고 하면서 이 사건에서의 피고용자의 종교의 자유는 고용자의 영업의 자유와의 관계에서 볼 때 고용자가 주장하는 영업이익의 구체적이고 심각한 지장을 초래한 것도 아니어서 해고는 부당 하는 입장을 표명하였다⁵⁸⁾.

(2) 비판

위의 결정은 사인 간에 나타날 수 있는 전형적인 기본권의 충돌문제이다. 위 사건에서 고용주는 우선은 해당 점원의 기본권(여기서는 종교의 자유)과 자신이 주장하는 영업의 자유 등 사이에서 충돌을 완화 내지는 방지할 수 있는 차선의 수단을 선택하고, 예를 든다면 점원을 다른 작업장에 배치하는 등, 그러한 차선의 선택에도 점원이 자신의 기본권만을 주장한다면 해당 점원의 종교의 자유(종교적 표시의 자유)의 주장에도 불구하고 해당 점원을 해고할 수 있었을 것으로 본다. 따라서 위의 사건에서 연방노동재판소가 판단하고 연방헌법재판소가 지지한 견해는 위의 경우에 있어서는 정당하다고 볼 수 있다. 그러나 그것이 연방헌법재판소의 견해가 다른 경우에까지 일반적으로 적용되어야만 한다고 의미하는 것은 아니다. 종교의 자유는 법률유보를 통해서 제한이 어려운 기본권이라는 하지만 그 행사가 무제한 보장되는 것은 아니라고 보아야 한다. 특히 종교의 자유가 외적으로 표현되어 타인의 기본권과의 충돌이 발생하는 경우에도 종교의 자유의 절대성만을 주장하여 타인의 기본권을 희생하게 하는 것은 부당하다고 볼 수 있다.

55) Vgl. 위의 결정, Rdnr. 16.

56) 위의 결정, Rdnr. 19.

57) 위의 결정, Rdnr. 16 u. 25.

58) 위의 결정, Rdnr. 25.

절대적 기본권이라고 이해되는 기본권의 경우에도(예를 들면, 양심의 자유 등) 그것이 외부로 표출되는 한 타인의 기본권을 의식하여야만 하며 그러한 관계 하에서 제한을 피할 수는 없다고 할 것이다.

VII. 맺는말

최근 다양한 종교들이 사회의 개방화를 통해서 우리나라에 소개되고 있고 특히 외국인 노동자들의 한국으로의 유입이 늘어나면서 그들이 신앙하는 종교(이슬람교)가 동시에 유입되거나 확산되는 중에 있어서 외국인뿐만 아니라 대한민국국민들 가운데서도 이슬람교를 신앙하는 수가 증가하고 있을 것으로 생각되며 이러한 경향은 계속 확대될 것으로 본다. 이러한 경향은 장차 국가의 종교에 대한 정책에도 큰 영향을 미치리라고 보는 데 예를 든다면 이슬람교를 신앙하는 대한민국 국민이 병역의 의무를 이행하기 위해 입영을 한 뒤 종교행사의 자유를 이유로 국가에게 그에 적절한 시설을 하여 줄 것을 요구하거나 또는 기도를 이유로 군내의 일과를 거부하는 경우 등에 대하여 국가가 이러한 기본권행사를 위한 요구에 어떻게 대응할 것인가 하는 문제 또는 사기업에 근무하는 이슬람교도가 일과 중에 기도시간의 보장 또는 종교집회참석을 요구하거나 이슬람교도임을 나타내는 특정 표식을 주장하는 경우에 고용주는 이에 응하여야 하는 지 등의 문제들이 생겨날 수 있다.

우리나라의 경우 종교의 차이에 따르는 각 종교 및 종파들 간의 심각한 갈등은 아직은 없는 것으로 보이지만 우리 주위에서도 종교의 자유의 침해사례 또는 종교의 자유의 남용사례 등이 의식적이든 또는 무의식적이든 많이 발생하고 있다. 예를 든다면 사립학교 교원 임용시에 특정 종교인만을 그 임용기준으로 하는 것, 각급 학교 내에서 학교의 교칙이나 특정 종교를 가진 교사에 의해서 학생들의 소극적 종교의 자유의 침해는 없는 지 또는 성직자에 대한 각종 세제상의 혜택이 다른 일반 근로자와의 사이에서 불합리한 차별적 우대는 아닌 지 등이 있을 수 있고 이러한 문제들에 대한 조망과 해결방안을 찾는 것은 기본권의 실질적 보장과 사회의 통합 등을 위해서도 의미가 있다고 본다⁵⁹⁾.

59) 독일(서독)의 경우 1970년대까지도 구교도와 신교도가 전체인구의 93.6%를 차지하고 있었으나 1996년도에는 그 비율이 70% 이하로 감소하였다. 여기에는 물론 독일 통일로 인한 통일독일의 통계적인 인구의 증가와 구 동독의 종교적 적대정책으로 인한 종교를 가지지 아니한 구 동독인들이 그 숫자에 포함되기는 하였지만 약 30년이 지나는 동안 상당수의 인구가 기존의 기독교(구교, 신교를 포함)를 포기하고 무종교, 또는 아시아의 새로운 종교로(이슬람교, 불교 등) 개종을 한 것으로 파악 된다. 특히 1970년대의 경제부흥기에 부족한 노동력을 확보하기위해 대거 유입된 대부분 이슬람교도인들인 터키인들로 인하여 이슬람교도의 수가 폭발적으로 증가하였고 이제 이슬람교의 교리에 충실한 독일인(독일 국적을 취득한 이슬람국가 출신 또는 독일에서 태어난 이슬람국가 출신노동자의 자녀 등)들과 전통적 기독교의 교리사이에서의 충돌이 독일사회 곳곳에서 발생되고 있다. 자세한 내용은 Der Spiegel, 2003.9.29, S82 ff.

〈參考文獻〉

권영성, 헌법학원론, 서울;법문사 2003.

허 영, 한국헌법론, 서울;박영사 2003.

강경근, 헌법, 서울;법문사 2003.

성낙인, 헌법학, 서울;법문사 2003.

김철수, 헌법학개론, 서울;박영사 2003.

AlternativKommentar(Kommentar zum Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, Reihe Alternativkommentare), 2. Aufl., Neuwied 1989.

Stein, Ekkehart, Staatsrecht, 12. Aufl., Tübingen 1990.

Janz, Norbert/Radenmacher, Sonja, Islam und Religionsfreiheit, NVwZ 1999, S.706-713.

Bertrams, Michael, Lehrerin mit Kopftuch?, Islamismus und Menschenbild des Grundgesetzes, DVBl 2003, Heft 19, 2003, S.1225-1234.

Ipsen, Jörn, Karlsruhe locuta, causa non finita, Das BVerfG im so genannten "Kopftuch-Streit", NVwZ 2003, Heft 10, S. 1210-1213.

Zusammenfassung

Religionsfreiheit

Chol, Yoon-Cheol

(A Assistant Professor, Department of Law, College of Law, Konkuk University)

Die in Art. 20 Abs. 1 nach dem koreanischen Verfassungsrecht verbürgte Glaubensfreiheit ist vorbehaltlos gewährleistet, es sei denn, dass der Glaube ausgeübt wird(Art. 37 Abs. 2). Sowie erklärt es die religiöse Neutralität des Staats(Art. 20 Abs. 2).

Korea befindet sich zur Zeit in Hinblick auf die religiöse Prägung seiner Gesellschaft in einem ruhigen Stand. Korea hat derzeit keine schwierige Begegnung der Religionskonflikt. Aber es bedeutet nicht unbedingt, dass Korea als ein Land, wo alle Glaubensgemeinschaften ihre Bekenntnisse friedlich miteinander Einflüsse geben können, betrachtet wird. Die Konflikt ist vielleicht in der Gesellschaft noch immanent. In Korea sind schon einige Fälle, in denen die Konflikte um eigenen Glauben behauptet werden, bekannt. Z. B. die Zwang, an einem religiösen Unterricht teilzunehmen (Sungsil Universitätsfall). der Staatsexamenfall (Korea VerfGE 2000 heonma 159) usw.

Unter anderem nimmt die Zahl der Islamisten in Korea zur Zeit rasant zu, indem viele Gastarbeitnehmer aus Islamstaaten nach Korea gekommen sind, um bessere Jobs zu suchen. Es ist absehbar, dass der Anteil der Islamisten sowohl ausländischen als auch heimischen in kürzer Zeit deutlich anwachsen werde.

Bei dieser Arbeit wird ein Versuch genommen, eine effektive Methode zu finden, mit derer absehbare Konflikte zwischen verschiedenen Religionsgemeinschaften in unserer Gesellschaft erfolgreich gelöst werden können. Es hat deshalb einen Sinn, wenn die Konfliktsfälle zwischen anderen Glauben im Ausland untersucht wird, wie die Lösung um des Kompromisse zwischen Streitenden willens gefunden wird.