

憲法上 宗教의 自由

桂 禧 悅

憲法裁判所 諮問委員

高麗大學校 法大 教授

- 目 次 -

I. 序論

II. 宗教의 自由와 概念

III. 宗教의 自由와 內容(=保護領域)

IV. 侵害形態

V. 宗教의 自由와 法的 性格

VI. 宗教의 自由와 主體

VII. 宗教의 自由와 效力

VIII. 宗教의 自由와 制限의 限界

IX. 國敎의 否認과 正敎分離의 原則

I. 序 論

인간은 肉體·心靈·精神의 總合體(Libe-seele-Geist-Einheit)로서 靈의 存在이기 때문에 영적 평안과 행복 없이 인간은 자유로울 수 없고 행복할 수도 존엄할 수도 없다. 그렇기 때문에 우리 헌법은 종교의 자유를 규정하고 이를 보장하고 있다. 종교의 자유는 기본권의 역사에 있어서 가장 오래된 것 중 하나일 뿐만 아니라 기본권 보장의 역사에 있어서 매우 중요한 역할을 하였고 양심의 자유와 함께 정신적 자유의 기초를 확립하였다. 더 나아가 공동체와 국가의 질서를 형성하는 기초가 되는 기본권이다.

인간은 生老病死의 有限한 인생, 능력의 한계, 공포, 비애 등 때문에 全知全能한 神의 존재를 믿고 신에 依存(歸依)하려는 것은 인간의 역사와 더불어 시작되었음을 볼 수 있다. 그런데 神에 대한 信奉이 항상 자유롭지만은 않았다. 여기에 정치권력의 介入과 密着은 많은 문제를 일으켜 왔음을 볼 수 있다.

특히 중세 유럽에서는 기독교가 國教로 공인되고 다른 종교의 신앙이 허용되지 않음으로 그에 반하는 者를 (때로는 정치적, 기타의 이유로) 이단자로 보고 가혹한 처벌을 가하는 등 많은 문제가 제기되었다. 즉 정치권력과 결합된 종교의 타락과 부패는 정치적·사회적으로 많은 문제를 야기 시켰다. 이와 같은 부당한 제도에 대항하여 종교의 자유를 확립하기까지는 오랜 시간과 많은 노력이 필요했다. 특히 종교를 국가권력으로부터 분리시키고 국가가 특정 종교에 대한 特惠나 差別待遇를 하지 못하도록 하는 것은 쉬운 일이 아니었다.

1517년 루터(M. Luther)에 의해 시작된 종교개혁은 유럽전역을 소용돌이로 몰아 넣었고 1555년의 아우그스부르크평화협정(Augusburger Religionsfrieden)과 1648년의 베스트팔리아평화협정(Westfälische Frieden)을 거치면서 新·舊교간 관용의 싹이 트이기는 했으나 개인의 권리로서의 종교의 자유는 보장되지 못하였다. 완전한 종교의 자유가 주장되면서 법적으로 보장되기 시작한 것은 17세기초부터 미국으로 이주한 식민지에서였다.¹⁾

1647년 영국의 인민(Agreement of the People)에도 종교의 자유가 규정되기는 했으나 발효하지 못하였다.²⁾ 종교의 자유가 법적으로 처음 인정된 것은 1647년 미국식민지(Rhode Island)의 법에서였고 명시적으로 처음 규정된 것은 1663년 영국의 왕에 의해 미국식민지(Rhode Island 등)에 부여된 식민지헌장에서였다.³⁾ 18세기말에 와서야 종교의 자유가 헌법과 인권선언에 본격적으로 채택되었고⁴⁾ 오늘날 세계각국의 헌법은 거의 예외 없이 종교의 자유를 규정하고 있다. 국제적 차원에서도 종교의 자유의 보호를 규정하고 있다.⁵⁾

우리 헌법은 건국헌법 이래 종교의 자유를 양심의 자유와 함께 규

1). 이 상에 관하여 자세한 것은 A.Freiherr von Campenhausen, Religionsfreiheit, in: J.Isensee und P.Kirchhof(hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Bd.VI 1989, §136, Rdnr.6ff., 특히 23ff.; G.Jellinek, Die Erklärung der Menschen- und Bürgerrechte (1.Aufl. 1895), in: R.Schnur (hrsg.), Zur Geschichte der Erklärung der Menschenrechte, 1964, 39ff. 또한 60ff. 참조.
 2). 1647년 10월 28일의 인민협약(Agreement of the People) VI 1. G.Jellinek, 위의 논문 (주 1), S.73 이하에 수록된 이 협약의 내용 참조.
 3). G.Jellinek, 위의 논문 (주 1), S.46; U.K.Preuß in: GG-AK, 2.Aufl. 1989, Art4 Abs.1 Rdnr.1 참조
 4). 1776년의 버지니아권리장전(제16조); 미약하게나마 1789년의 프랑스인권선언(제10조); 1776년의 버지니아주헌법(제16조); 1791년의 미국연방수정헌법(제1조). 자세한 것은 R.Zippelius, in: Bonner Kommentar, Art. 4(Drittbearbeitung) 1989, S.61f. 참조
 5). 1948년의 세계인권선언 제18조; 1966년의 국제인권규약(B규약) 제18조; 1950년의 유럽인권규약 제9조. 자세한 것은 R.Zippelius, 위의 글 (주 4), S.62f. 참조

정했었다(제12조 1항). 그러나 1962년의 (제3공화국)헌법에서부터 종교의 자유가 분리되어 독자적 기본권으로 오늘에 이르고 있다. 현행헌법 제20조 1항은 『모든 국민은 종교의 자유를 가진다』 하고 하여 종교의 자유를 보장하고 있고, 제2항은 『국교는 인정되지 아니하며, 종교와 정치는 분리된다』 라고 하여 國敎의 否認과 政敎分離의 原則을 규정하고 있다. 이처럼 간결하게 규정된 종교의 자유를 어떻게 이해할 것인지에 관하여, 즉 종교의 자유의 개념, 내용, 법적 성격 등 여러 가지 헌법적 문제에 관하여 살펴보기로 한다.

II. 宗敎의 自由와 概念

종교의 개념은 관점에 따라 다양하게 정의할 수 있다.⁶⁾ 종래 전통적인 종교의 파악방법으로 超越的 存在(supreme being)를 전제하고 종교란 인간과 창조주와의 관계, 그 존재에 대한 畏敬과 順從이라고 하여⁷⁾ 종교의 본질을 인간관계에서 발생하는 것 보다 훨씬 숭고한 의무를 지는 인간의 신에 대한 관계라고 보는 것이다⁸⁾. 그러나 국가는 모든 종교에 대하여 중립적이어야 하기 때문에 이러한 기독교적 개념은 적절하지 못하다⁹⁾. 따라서 중립적인 관점에서 불

6). 종교의 개념을 파악하는데 있어서 국어사전적 개념이 도움이 될 수 있다.

종교란 신이나 초자연적인 것, 즉 자연의 합리적인 법칙을 초월한 신비적이고 초인간적 어떤 존재를 일정한 양식에 따라 신봉하고 이를 숭앙함으로써 마음의 안락과 행복을 얻으려고 하는 인간의 심정과 행위의 체계를 말한다. 韓國語大辭典, 현문사, 1981. Webster's New Collegiate Dictionary(7th ed.) 1975, p.724

7). Davis v. Beason, 133 U.S. 333(1890)

8). United States v. MacIntosh, 283 U.S.605(1931). 종교의 개념에 관하여 자세한 것은 지규철, 美國에서의 政敎分離에 관한 研究, 고려대학교 대학원 박사학위논문, 1992, 6쪽 이하 참조

9). 미국에서도 연방대법원은 신에 대한 신앙의 선서를 강제하는 행위는 타종교에 대한 차별이라

때 종교의 핵심을 이루는 信仰이란 초월적 세계의(彼岸의 세계의) 힘에 대한 주관적 확신을 말한다. 그러한 힘은 인격신이나 비인격신에 존재할 수 있고 超現世의 原因의 作用에 존재할 수 있기 때문에 신앙은 유신(일신)론적 관념이나 理神論(自然神論)적 관념만이 아니라 인간세계의 근원이 어떤 절대적인 것에서 시작되는 것이 아니라라는 관념도 포함한다(가령 불교나 힌두교).¹⁰⁾ 神과 彼岸의 세계와는 관련이 없는 주관적·내면적 확신은 신앙일 수 없다.

종교는 그 다양성에도 불구하고 대체로 다음과 같은 공통적 표지들이 그 구성요소들이다. i) 절대적 존재에 대한 신앙, ii) 초월적 실재에 대한 신앙, iii) 도덕률, iv) 우주에서 인간의 역할을 설명하는 세계관, v) 儀式와 祝日, vi) 禮拜와 祈禱, vii) 聖典, viii) 종교적 신앙을 촉진하는 사회적 조직 등이다.¹¹⁾

Ⅲ. 宗教의 自由와 內容(=保護領域)

종교의 자유의 보호영역은 누구든지 종교의 내용인 신앙을 가질 수 있고, 신앙을 고백하고 그 신앙에 따라 행동할 수 있는 자유를 포함한다.¹²⁾ 좀더 구체적으로 살펴보면 종교의 자유는 적극적으로 신앙을 갖고 신앙을 고백하고 동일한 신앙을 가진 사람들이 공동으

고 하였다. Torcaso v. Watkins, 367 U.S.488(1961)

10). U.K.Preußin: GG-AK, 2.Aufl. 1989, Art.4 Abs.1 Rdnr.14; 이밖에 종교 또는 신앙의 개념에 관하여는 R.Zippelius, 위의 글 (주 4), Rdnr.32f.; J.Kokott in: M. Sachs, Grundgesetz Kommentar, 1996, Art.4 Rdnr.14ff.; I.von Münch in: I.von Münch/Ph.Kuning (hrsg.), GG-Kommentar, Bd. I, 4.Aufl. 1992, Art.4 Rdnr.18gg. 참조

11). 지규철, 위의 논문 (주 8), 11-12쪽.

12). U.K.Preuß, 위의 글 (주 10), Rdnr.15; Pieroth/Schlink, Religions-, Weltanschauungs und Gewissensfreiheit, in: Grundrechte Staatsrecht II, 11. Aufl. 1995, Rdnr.562 참조

로 宗教儀式을 거행하고 종교적 단체를 결성하여 宣敎와 教育活動 등을 자유롭게 행할 수 있는 자유를 보장할 뿐만 아니라 소극적으로 신앙을 갖지 않고, 종교의식의 행사, 선교·교육활동 또는 집회·결사에 참여하지(강제당하지) 않을 자유도 보장한다. 종교의 자유의 내용(=보호영역)을 편의상 i) 신앙의 자유와 ii) 宗教的 行爲의 자유로 나누어 살펴 보기로 한다¹³⁾

1. 信仰의 自由

종교의 자유는 우선 신앙의 자유를 보장한다. 신앙의 자유는 종교의 자유의 핵심을 이룬다.¹⁴⁾ 신앙의 자유란 신과 피안의 세계에 대한 내면적 확신을 의미하는 신앙을 갖거나 가지지 않을 자유를 말한다. 신앙의 자유는 신앙(적 확신)을 형성하는데 있어서 어떤 형태의 - 간접적 또는 사실상의 - 국가적 영향력행사도 금지하며 모든 형태의 국가에 의한 신앙의 강제를 금지한다.¹⁵⁾ 신앙의 자유는 또한 신앙의 선택의 자유, 즉 신앙을 變更(改宗)할 자유와 신앙을 포기할 자유도 보장한다. 신앙의 자유는 내심의 자유이기 때문에 제한할 수 없는 절대적 자유이다¹⁶⁾

2. 宗教적 행위의 自由

13). K.Hesse, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 20.Aufl. 1995, Rdnr.380 Anm.16비교 참조

14). 이하 자세한 것은 A.Freiherr von Campenhausen, 위의 글 (주 1), Rdnr.41ff. 참조

15). A.Freiherr von Campenhausen, 위의 글 (주 1), Rdnr.41; U.K.Preuß, 위의 글 (주 10), Rdnr.164 비교참조

16). 이상 A.Freiherr von Campenhausen, 위의 글 (주 1), Rdnr.41

종교적 자유는 종교적 행위의 자유를 보장한다.¹⁷⁾ 종교적 행위의 자유란 내심의 신앙을 여러 가지 형태로 외부에 표명하고 신앙에 따라 행동하고 신앙을 실천하는 자유를 말한다. 종교의 자유가 내심의 자유인 신앙의 자유에만 국한되지 않고 외부적 행위의 자유까지 보장할 때 비로소 종교의 자유는 완전한 것이 될 수 있다. 종교적 행위의 자유를 편의상 신앙고백의 자유, 宗教儀式的 자유, 宣敎와 宗教敎育의 자유 그리고 종교적 집회·결사의 자유로 나누어 살펴 보기로 한다.

가. 信仰告白의 自由

종교의 자유는 신앙고백의 자유를 보장한다.¹⁸⁾ 신앙고백의 자유는 신앙의 자유라는 내심의 영역을 넘어선다. 신앙고백의 자유는 신앙을 표명하거나 소극적으로 신앙에 대해 침묵할 자유를 포함한다.¹⁹⁾ 신앙고백이란 신앙적 확신을 밖으로 발표하고 발하는 것을 의미한다.²⁰⁾

신앙고백의 자유는 말로 고백하는 것을 보장하는데서 끝나지 않는다. 종교는 실생활에서의 실천을 지향하기 때문에 만약 헌법이 종교적 확신에 따라 생활하는 것을 보장하지 않는다면 그러한 신앙은

17). A.Freiherr von Campenhausen, 위의 글 (주 1), Rdnr.52ff., 61ff., 74f.참조

18). 국내학계에서는 신앙고백의 자유도 신앙의 자유에 포함시키는 것이 보통이지만 (가령 권영성, 헌법학원론, 1996, 436쪽; 허영, 한국헌법론, 1996, 383쪽) 원칙적으로 신앙고백은 신앙을 외부에 표현하는 것이기 때문에 신앙고백의 자유를 따로 독립시키는 것이 적절하다고 생각된다. 독일학계는 이를 구별하여 독립시키는 것이 일반적이다. 가령 A.Freiherr von Campenhausen, 위의 글 (주 1), Rdnr.52ff.; U.K.Preuß, 위의 글 (주 10), Rdnr.19; I.von Münch, 위의 글 (주 10), Rdnr.37ff.; R.Herzog in Maunz-Dürig, Komm. z. GG. Art.4 Abs.1 Rdnr.64 그러나 여기서는 편의상 종교적 행위의 자유에 포함시키기로 한다.

19). A.Freiherr von Campenhausen, 위의 글 (주 1), Rdnr.56; U.K.Preuß, 위의 글 (주 10), Rdnr.23 참조

20). 이상 A.Freiherr von Campenhausen, 위의 글 (주 1), Rdnr.52.

자유로운 것이 되지 못할 것이다. 그렇기 때문에 신앙고백은 주변 세계에서 신앙적 확신을 실천하는 것도 포함한다는 것이 일반적으로 인정되고 있다.²¹⁾ 독일연방헌법재판소에 따르면 종교의 자유는 “모든 사람에게 그의 모든 태도를 신앙의 교리에 맞추고 그의 내적인 신앙적 확신에 따라 행동하는 것을 보장한다” 고 한다²²⁾

나. 宗教儀式의 自由²³⁾

종교의 자유는 종교의식의 자유를 보장한다.²⁴⁾ 종교의 핵심인 신앙은 내심의 영역에만 머무는 것이 아니라 여러 가지 형태의 행위를 통해 밖으로 표현된다. 우선 동일한 신앙을 가진 사람들이 공동으로 宗教儀式을 행하고 이를 통해 그들의 신앙을 증진시키고 신앙을 실천하게 된다. 종교의식의 자유란 예배, 기도, 독경, 예불 등 모 근 종교적 의식과 축전을 자유롭게 행할 수 있는 것을 말한다. 즉 종교적 의식을 임의로 행할 수 있을 뿐만 아니라 강요당하지 않을 자유 또한 방해나 금지 당하지 않을 자유를 말한다.

다. 宣敎와 宗教敎育의 自由

종교의 자유는 선교의 자유를 보장한다. 宣敎의 자유란 자신의 종교적 확신을 다른 사람에게 선전하고 전파하는 자유를 말한다. 선교(또는 希敎의) 자유는 동신자의 규합을 위한 활동으로서 무종교인에 대해서만이 아니라 다른 종교의 신자에 대해서도 선전할 수 있는 자유를 포함한다. 즉 다른 신앙을 가진 사람에 대하여 개종을

21). A.Freiherr von Campenhausen, 위의 글 (주 1), Rdnr.52.

22). BVerfGE 32, 98(106); 33, 23(28)

23). 宗教儀式의 자유는 宗教의 行事的 자유와 동의어로 사용된다. 가령 I.von Münch, 위의 글 (주 10), Rdnr.41ff.; U.K.Preuß, 위의 글 (주 10), Rdnr.24ff 그런데 A.Freiherr von Campenhausen 에 따르면 宗教的 行事的 자유는 신앙고백의 자유에 포함되는 것으로 본다. A.Freiherr von Campenhausen, 위의 글 (주 1), Rdnr.61, 36 참조.

24). 자세한 것은 U.K.Preuß, 위의 글 (주 10), Rdnr.24ff. 참조.

권고할 수 있으며 다른 종교에 대해 비판할 수 있는 자유도 포함한다.

종교의 자유는 또한 宗教教育의 자유를 보장한다. 종교교육의 자유란 종교적 교리에 기초하여 가정이나 학교에서 교육할 수 있는 자유를 말한다. 특히 종교교육을 목적으로 사립학교를 설립하거나 이러한 사립학교에서 특정종교교육을 실시하는 것은 허용된다. 그러나 국가나 지방자치단체가 國·公立學校에서 특정종교교육을 실시하는 것은 政·教分離의 原則에 따라 금지된다(교육법 제5조 2항).²⁵⁾ 사립학교의 경우에도 자유선택에 의해서가 아니라 강제로 배정된 사립학교에서 특정종교교육을 실시하는 것은 다른 종교를 가진 학생의 종교의 자유를 침해하는 것이 된다. 따라서 교육권을 가진 부모의 동의 또는 묵인 없이 특정종교교육을 실시하는 것은 위헌이다.

라. 宗教的 集會·結社의 自由

종교의 자유는 종교적 集會·結社의 자유를 보장한다.²⁶⁾ 종교적 집회의 자유란 종교적 목적으로 같은 신앙을 가진 사람들이 일시적인 모임을 자유롭게 가질 수 있는 것을 말하고 종교적 결사의 자유란 종교적 목적으로 동 신자들이 결합하여 단체를 결성할 수 있는 자유를 말한다. 자유로운 집회의 개최와 자유로운 단체의 형성은 물론 여기에 참가 또는 가입 및 탈퇴의 자유가 보장된다. 종교적 집회·결사의 자유는 일반적 집회·결사의 자유(제21조)에 대해 특별법(*lex specialis*)에 해당한다.²⁷⁾ 따라서 종교적 집회와 결사는 일

25). 국·공립대학에 종교학과를 두어 종교학을 강의하고 연구하는 것은 특정 종교교육과 다르기 때문에 종교의 자유에 반하지 않는다.

26). 이에 관하여 자세한 것은 A.Freiherr von Campenhausen, 위의 글 (주 1), Rdnr.74f; U.K.Preuß, 위의 글 (주 10), Rdnr. 23; U.Steiner, Der Grundrechtsschutz der Glaubens und Gewissensfreiheit(Art.4 I, II GG), JuS 1982, S.157ff.(159f.) 참조

반적 집회와 경사보다 특별한 보호를 받는다. 가령 종교적 집회에 대하여는 屋外集會 및 示威의 申告制 등의 규정을 적용하지 않고 (集會 및 示威에 관한 법률 제13조) 社會團體申告에 관한 法律은 종교단체를 그 적용대상에서 제외하고 있다(社會團體申告에 관한 法律 제2조).

IV. 侵害形態

종교의 자유의 침해형태는 내심의 자유인 신앙의 자유와 신앙고백의 자유 및 종교적 행위의 자유로 나누어 살펴보는 것이 적절하다.²⁷⁾ 신앙의 자유는 만약 국가가 종교적으로 확신을 형성하고 유지하는데 영향을 행사하는 경우 침해된다. 신앙고백의 자유는 만약 신앙을 고백하거나 침묵할 의무나 강제가 존재하는 경우 침해된다. 종교적 행위의 자유는 특히 - 개인이든 단체이든 - 신앙에 반하는 행위를 할(작위) 또는 하지 못할(부작위) 의무나 강제가 존재하는 경우 침해된다. 신앙의 자유, 신앙고백의 자유 그리고 종교적 행위의 자유의 여러 가지 행사형태와 또한 적극적 및 소극적 자유의 행사간에는 어느 정도의 상호관련성이 존재한다는데 주의해야 한다. 가령 국가적 행위나 不作爲義務에 대해 신앙의 자유를 주장하는 사람은 자신의 신앙에 대한 침묵의 권리를 동시에 관철시킬 수 없다.

V. 宗教의 自由의 法的 性格

27). K.Hesse, 위의 책 (주 13), Rdnr.381 Anm.16 참조

28). 이하 Pieroth/Schlink, 위의 책 (주 12), Rdnr.580ff. 참조

종교의 자유에 있어서 기본권의 二重的 性格은 특히 명백하게 나타난다.²⁹⁾ 우선 신앙의 자유나 종교적 행위의 자유는 국가에 의한 간섭이나 영향 또는 침해에 대한 방어권, 즉 주관적 원리로서의 성격을 갖는다. 종교의 자유는 주관적 원리로서 신앙의 형성이나 유지에 국가가 간섭하거나 영향을 행사하는 것을 방어하고 신앙을 고백하거나 침묵할 자유를 비롯하여 여러 가지 종교적 행위의 자유를 침해하거나 영향을 행사하는데 대한 방어권이다.

또한 종교의 자유는 객관적 질서의 기본요소로서의 성격을 갖는다.³⁰⁾ 즉 종교의 자유는 객관적인 민주주의질서 그리고 법치국가질서의 기본요소로서 국가의 종교적 및 세계관적 중립성의 근거가 된다. 그러한 중립성은 자유로운 정치과정의 전제이며 또한 법치국가의 기초이다. 종교의 자유는 자유로운 정신적 과정을 보장해 줌으로써 중요한 가치관들이 국가적 영향으로부터 벗어나서 자유롭게 형성되게 해 준다. 이러한 보장을 통해 ‘하나의 신앙’ 또는 ‘하나의 세계관’ 만이 존립하는 것을 막아준다. 신앙 또는 세계관은 복수적으로 존재할 때에만 헌법이 중요시하고 있는 자유로운 정치적·정신적 과정의 요소로서 작용할 수 있다.

VI. 宗教의 自由의 主體

종교의 자유의 주체는 모든 자연인이다. 즉 內國人만이 아니라 외국인이나 無國籍人도 그 주체가 되는 人間의 權利이다. 미성년자도

29). 이하 K.Hesse, 위의 책 (주 13), Rdnr.381 참조

30). 이하 K.Hesse, 위의 책 (주 13), Rdnr.382; A.Freiherr von Campenhausen, 위의 글 (주 1), Rdnr.5; U.K.Preuß, 위의 글 (주 10), Rdnr.11f. 참조

주체가 되지만 태아는 그 주체가 될 수 없다. 미성년자는 언제부터 부모의 교육원에서 독립하여 종교의 자유의 행사능력을 갖게 되는가의 문제에 대하여 우리 나라에서는 아무런 규정을 두고 있지 않다. 독일에서는 만14세가 되면 신앙선택의 자유를 법적으로 보장하고 있다.³¹⁾ 법인의 경우에는 그 성질상 내심의 자유인 신앙의 자유의 주체는 될 수 없지만 종교적 행위의 자유의 주체는 될 수 없다고 보는 것이 일반적이다.³²⁾

VII. 宗教의 自由의 效力

종교의 자유는 우선 주관적 권리로서 대국가적 효력을 갖는다. 즉 신앙(적 확산)을 형성하는데 있어서 또한 종교적 행위를 하는데 있어서 국가의 간섭이나 영향 또는 침해에 대한 방어권이다.

또한 종교의 자유는 전체법질서의 객관적 요소로서 私人에 대하여도 효력을 갖는다. 즉 종교의 자유는 사인상호간의 관계에 있어서도 적용되고 보장된다. 다만 종교의 자유가 법률에 의해 충분히 보장되지 못하는 경우에만 이 기본권규정은 직접 또는 간접적으로 적용되어야 한다. 종교의 자유를 직접 또는 간접 적용하느냐의 문제는 구체적 상황에 따라 그때 그때 종교의 자유의 임무와 기능을 고려하여 헌법질서의 테두리내에서 판단할 문제이지 획일적으로 정할 수 없는 문제이다.³³⁾

31). 兒童의 宗教教育에 관한 法律 (Gesetz über die religiöse Kindererziehung vom 15. Juli 1921) 제5조 참조. 이에 관하여 자세한 것은 A.Freiherr von Campenhausen, 위의 글 (주 1), Rdnr.77f; I.von Münch, 위의 글 (주 10), Rdnr.8ff. 참조

32). 자세한 것은 A.Freiherr von Campenhausen, 위의 글 (주 1), Rdnr.78; I.von Münch, 위의 글 (주 10), Rdnr.8ff. 참조

VIII. 宗教의 自由의 制限과 限界

종교의 자유의 제한의 문제는 신앙의 자유와 종교적 행위의 자유를 나누어 살펴보아야 한다. 신앙의 자유는 내심의 자유이기 때문에 제한할 수 없는 절대적 자유이다. 국가가 신앙(적 확산)을 형성하는데 있어서 어떤 형태이든 - 간접적 또는 사실상의 - 영향력을 행사하는 것은 금지되며 국가가 어떤 형태로든 신앙을 강제하는 것도 금지된다.

종교적 행위의 자유는 그 행위가 밖으로 표현되기 때문에 다른 법익과 충돌을 일으킬 수 있으며 따라서 제한이 불가피하다.³⁴⁾ 종교의 자유는 양심의 자유와 함께 정신적 자유의 根源을 이루는 기본권이기에 때문에 - 독일기본법처리³⁵⁾ - 그 내재적 한계(가령 사이비종교)이외에 헌법자체에 의한 제한만이 허용되도록 하는 것이 바람직스럽지만 우리 헌법체계상 종교의 자유는 제37조 2항에 따라 法律로써 제한할 수 있게 되어 있다.³⁶⁾

33). 이와 관련하여 U.K.Preuß, 위의 글 (주 10), Rdnr.32f. 참조.

34). 대법원도 같은 견해이다. 『종교의 자유는 인간의 정신세계에 기초를 둔것으로서 인간의 내적 자유인 신앙의 자유를 의미하는 한도내에서는 밖으로 표현되지 아니한 양심의 자유에 있어서와 같이 제한할 수 없는 것이지만 그것이 종교적 행위로 표출되는 경우에 있어서는 대외적 행위의 자유이기 때문에 질서유지를 위하여 당연히 제한을 받아야 하며 공공복리를 위하여서는 법률로써 이를 제한할 수도 있다.』(大判 1995.4.28, 95 도 250; 또한 大判 1982.7.13, 82 도 1219 참조).

35). 이에 관하여는 K.Hesse, 위의 책(주 13), Rdnr: A.Freiherr von Campenhausen, 위의 글 (주 1), Rdnr.79ff; U.K.Preuß, 위의 글 (주 10), Rdnr.28ff. 참조

36). 대법원은 비과학적인 종교적 질병치료행위나 제물을 약취하는 사이비종교적 행위를 형법위반으로 판시하였다. 大判 1980.9.24, 79 도 1387(유기치사죄); 大判 1995.4.28, 95 도 250(사기죄). 일본의 판례도 정신장애자의 치료를 위해 안수기도를 행하고 그로 인해 사망한 경우 이를 상해치사죄로 처벌하였다(最高裁判 1963.5.15)

그러나 법률로써 종교적 행위의 자유를 제한하는 경우에도 - 종교적 집회·경사의 자유에서 본 바와 같이 - 특별한 배려가 요청될 뿐만 아니라 그 본질적 내용은 제한할 수 없다.³⁷⁾ 즉 제한에는 한계가 있다. 그러한 제한의 한계는 實際的 調和의 原理(Prinzip praktischer Konkordanz, =規範調和的 解釋)에 따라 그어져야 한다. 다시 말하자면 제한의 법익과 보호의 법익이 동시에 최적의 실효성을 나타낼 수 있는 경계가 그 한계이다. 그러한 경계는 양법익이 동시에 최대한으로 실현 될 수 있도록 比例的으로 整序하는 것이다.

IX. 國政의 否認과 政敎分離의 原則

우리 헌법 제20조 제2항은 『국교는 인정되지 아니하며, 종교와 정치는 분리된다』라고 하여 국교의 부인과 정교분리의 원칙을 규정하고 있다.

1. 宗教의 自由와 政敎分離의 原則의 關係

헌법이 國敎의 否認과 政敎分離의 原則을 규정하고 있는 것은 종교와 국가의 결합이 종교의 타락과 국가의 파멸을 초래하였다는 역사적 교훈과 체험에서 비롯된다. 진정으로 종교의 자유가 확립되기 위하여는 國敎의 否認과 政敎分離는 필수적이다

그런데 우리 헌법상 제20조 1항의 종교의 자유규정은 제2항의 國

37). 대법원도 이렇게 파악하고 있다. 大判 1993.9.28. 93 도 173 참조.

敎의否認과 政敎分離의 原則을 당연히 포함하고 있는가 아니면 제 2항은 독자적 원칙인가에 관하여 견해가 갈리고 있다. 즉 종교의 자유는 그 연혁상 國敎制度를 중심으로 한 대립과 투쟁에서 성립하였기 때문에 종교의 자유에는 당연히 政敎分離의 原則이 포함된다는 견해와³⁸⁾ 정교분리의 원칙은 制度保障으로서 국교제도에 의한 역사적 폐해를 고려하여 완전한 종교의 자유를 보장하기 위해 正敎의 分離가 필수적이기 때문에 이를 규정하여 종교의 자유를 간접적으로 보장한 것이라고 본다.³⁹⁾ 종교의 자유와 정교분리의 원칙은 각기 다른 목적을 가진 것처럼 보인다. 종교의 자유가 개인의 자발성(voluntarism)을 존중하는데 목적이 있다면 정교분리의 원칙은 국가와 종교단체의 중립성의 존중에 있다고 볼 수 있다. 이런 시각에서 종교의 자유는 주관적 공권인데 반해 정교분리의 원칙은 제도적 보장이라는⁴⁰⁾ 주장이 가능해 보인다. 그러나 오늘날 자유와 제도를 구별하는 낡은 이론에 따라 양자의 관계를 설명하는 것은 더 이상 적절하지 못하다. 자유권은 모두 이중적 성격을 갖고있기 때문이다.⁴¹⁾ 정교의 분리없이 종교의 자유가 보장될 수 없다는 것은 분명하기 때문에 종교의 자유만을 규정하는 경우에도 정교의 분리는 당연히 포함되는 것으로 보는 것이 옳다.⁴²⁾

38). 김기범, 韓國憲法, 敎文社, 1973,191쪽; 허영, 한국헌법론, 박영사, 1996, 388쪽 (시각은 약간 다르지만 결과적으로 같은 견해이다)

39). 김철수, 헌법학개론, 박영사, 1996, 481쪽; 권영성, 헌법학원론, 법문사, 1996, 438-9쪽

40). 제도보장설에 따르면 정교분리의 원칙을 위반하는 것은 직접 개인의 종교의 자유에 대한 침해가 되지 않고 침해한다고 해도 소송상 원고적격이 인정되지 않는다고 한다.

41). 이에 관하여 자세한 것은 K.Hesse, 위의 책 (주 13), Rdnr.279ff. 참조.

42). 독일적인 제도보장이란 관념이 없는 미국에서는 미국헌법수정제1조가 규정하고 있는 종교의 자유행사조항(free exercise clause)과 國敎定立禁止條項(nonestablishment clause)의 관계, 즉 자유와 분리의 관계를 二元論과 一元論으로 설명하고 있다. 二元論에 따르면 종교의 자유는 목적이고 정교 분리의 원칙은 수단이며 정교분리는 종교의 자유의 政治組織原理라는 것이다 (W.G.Katz, Freedom of Religion and State Neutrality, University of Chicago Law Review 20,

2. 國敎의 否認과 政敎分離의 原則의 內容

가. 國敎의 否認

國敎란 국가가 특정종교를 지정하여 특별히 보호하고 각종의 특권과 특혜를 부여하는 것을 말한다. 이러한 국교는 헌법 제20조 제2항에 따라 인정되지 않는다. 즉 국가는 특정종교를 특별히 보호하거나 특권을 부여할 수 없다.

나. 正敎의 相互 不干涉

(1) 國家의 宗敎에 對한 不干涉(=中立)

國家의 宗敎에 對한 不干涉이란 국가와 종교가 아무런 관계도 가져서는 안된다는 것을 의미하지는 않는다. 國家의 宗敎에 對한 不干涉이란 국가는 종교에 대해 중립을 지켜야 한다는 것을 말한다. 그 내용은 이미 國敎의 否認가운데 포함되어 있다.

㉠ 國家에 의한 特定宗敎의 優待 또는 差別의 禁止

國家의 宗敎에 對한 不干涉이란 우선 국가가 특정종교를 優待하거나 差別하는 것은 금지된다는 것을 말한다.⁴³⁾ 정교분리의 원칙은

1953, p.426). 이에 비해 一元論에 의하면 자유와 분리는 별개의 개념이나 원리가 아니고 동일한 권리의 양면이기 때문에 분리는 자유를 보장하고 자유는 분리를 요청한다는 것이다. 즉 一元論은 양자를 통일적으로 파악하고 정교분리의 원칙은 종교의 자유를 裏面에서 보장하는 表裏一體의 불가분의 관계로 파악한다(L. Pfeffer, Church, State and Freedom, 1967). 이상 지규철, 위의 논문(주 8), 23쪽 이하에서 인용

43). 특정종교의 우대나 차별금지과 관련하여 모든 종교를 동등하게 우대 내지 보호하는 것은 무방하다는 견해(분홍주, 한국헌법, 해암사, 19 쪽)에 대하여 무종교의 자유를 고려하면 그 불균형 때문에 부당하다는 견해(김철수, 헌법학개론, 박영사, 1996, 482쪽; 권영성, 헌법학원론, 법문사, 1996, 439쪽; 안용교, 한국헌법, 고시연구사, 1992, 406쪽) 대립되어 있다. 그러나 이 문제를 이처럼 일반화하여 막연하게 말하는 것은 무의미하다. 우선 무엇을 어떻게 평등하게 우대 내지 보호하느냐가 문제이고 다음으로 이 문제는 평등의 문제로서 구체적으로 비교의 대상이 무엇인가가 확정되어야 평등 또는 불평등하다는 판단을 할 수 있는 문제이다.

국가가 특정종교를 특별히 보호하거나 종교에 간섭 또는 종교말살 정책을 하지 못하도록 의무를 부여한다. 그러나 종교법인이 일정한 면세조치를 받는 것은 內國公益法人·기타 법인에 대한 면세조치의 일환으로(민법 제32조의 非營利法人에 대한 法人稅免除) 허용되는 것일 뿐이며 특별한 우대조치가 아니다. 또한 문화재보호를 위해 寺刹에 국고를 지출하는 것은(문화재보호법 제 28조 1항) 결과적으로 사실상 우대가 되지만 이는 문화재보호라는 별개의 이익 때문에 허용된다.

㉠ 國家에 의한 宗教敎育과 宗教的 活動의 禁止

종교의 자유는 종교교육의 자유를 보장하지만 國·公立學校에서 특정한 종교교육을 실시하는 것은 금지된다(교육법 제5조 2항). 그러나 종교학의 강의와 같이 일반적 종교교육은 금지되지 않으며 사립 학교에서의 종교교육은 물론 보장된다.⁴⁴⁾ 국가나 지방자치단체는 적극적으로 종교적 행사를 하거나 그 소속공무원에 대하여 종교적 활동을 강제할 수 없다. 국가나 지방자치단체가 행하는 모든 행사는 특정종교의 儀式에 따를 수 없다.

(2) 宗教의 政治(國家)에 대한 不干涉

정교분리의 원칙은 國家가 宗教에 간섭하지 못하는 것처럼 宗教도 정치(국가)에 간섭하는 것을 금지한다.⁴⁵⁾ 즉 과거 國敎制度下에서 또는 祭政一致制下에서 종교가 정치에 간섭하고 관여하던 것은 말할 것도 없고 종교적 정당이 아닌 종교단체가 단체의 존립목적과는 달리 전적으로 또한 모든 정치적 문제에 관여하는 것도 금지된다.

그러나 종교단체도 모든 이익단체나 사회단체와 마찬가지로 국민

44). 위III 2) iii 참조.

45). 독일의 헤센(Hessen)주헌법 제50조 2항은 명시적으로 국가적 사항에 간섭하는 것을(...jeder Einmischung in die Angelegenheiten des andern Teiles...) 금지한다.

의 정치의사형성과정에 참여하는 것 자체가 금지되지는 않는다. 즉 종교가 종교적 이해관계에 관련되는 문제 또는 국민적 관심사에 관해 정치의 사형성과정에서 활동하는 것은 금지되지 않는다. 그러한 활동은 오늘날과 같은 민주주의국가에서 오히려 요청된다. 물론 이러한 활동은 종교의 자유의 차원에서 보장되는 것이 아니라 일반 국민들과 마찬가지로 정치적 자유권에 의해 보장될 뿐이다. 다만 구체적 사안에 따라서는 정치의사형성과정에서도 종교의 자유에 따라 보호되어야 할 때가 있다.

