

발간등록번호

11-1371000-000137-14

2009. 12

국내외 종교차별 사례연구



문화체육관광부
Ministry of Culture, Sports and Tourism

< 연 구 진 >

■ 연구책임자 : 정종섭(서울대학교 법학전문대학원 교수)

▷ 공동연구자 : 이정훈(울산대학교 법학과 교수)

박종원(한국법제연구원 부연구위원)

▷ 연구보조원 : 김정현(서울대학교 법과대학 박사과정)

■ 감 수 자 : 신광철(한신대학교 중국문화정보학부 교수, 종교학 박사)

☞ 본 연구물은 2009년 문화체육관광부의 연구용역을 서울대학교 산학협력단이 수임하여 수행한 것입니다.

☞ 이 연구에서 제시된 이론과 사례에 대한 평가, 정책 대안이나 의견 등은 문화체육관광부의 공식의견이 아니라 본 연구진의 개인적 견해를 밝혀둡니다.

목 차

제1장 서 론

1. 연구의 목적 | 1
2. 연구의 범위 및 방법 | 3

제2장 종교차별 판단의 기준

- 제1절 종교의 개념과 판단 5
 - 1. 종교의 개념 | 5
 - 2. 종교개념의 적용 | 6
- 제2절 차별의 개념과 판단 9
 - 1. 평등권의 내용 | 9
 - 2. 직·간접 차별과 괴롭힘(harassment) | 10
 - 3. 종교를 이유로 한 차별의 판단 | 11
- 제3절 종교의 자유 침해의 판단 14
 - 1. 종교의 자유의 내용과 보장 | 14
 - 2. 종교의 자유의 한계 | 16
- 제4절 정교분리 위반의 판단 19
 - 1. 미국의 정교분리 | 19
 - 2. 일본의 정교분리 | 22
 - 3. 한국의 정교분리 | 24
 - 4. 정교분리 위반 여부의 판단기준 | 26

제3장 종교차별의 유형과 사례분석

- 제1절 입법과 정책 영역 29
 - 1. 종교인에 대한 과세 | 29
 - 2. 군종제도 | 32
 - 3. 종교적 기념일의 공휴일 제도 | 34
 - 4. 공휴일 시험제도 | 36
 - 5. 납골시설의 설치·운영 장소의 제한 | 39
- 제2절 공권력 행사 영역 42
 - 1. 경찰서·교도소에서의 종교의 자유 | 42
 - 2. 군대에서의 종교의 자유 | 46
 - 3. 국공립병원에서의 종교의 자유 | 53
 - 4. 종교적 공간에 대한 법집행 유보 | 54
 - 5. 여권의 사용제한 등에 관한 고시 | 55
 - 6. 기타 | 57
- 제3절 정치·문화·복지와 종교 관련 영역 61
 - 1. 문화유산 등과 관련이 깊은 경우 | 61
 - 2. 종교기관에서 행해지는 보건·교육의 지원 | 67
 - 3. 국가·지방자치단체의 정치 영역 | 72

contents

4. 공공기관의 종교적 장식 및 지원 76	
5. 종교행사의 지원 80	
제4절 종교시설에서의 공적 행사 영역	81
1. 종교시설에서의 투표소 설치 81	
2. 특정 종교시설에서의 공공기관 행사 83	
3. 종교시설에서의 문화·복지 프로그램에 대한 재정 지원 85	
제5절 종교적 표현의 자유 보장과 제한 영역	86
1. 공공장소에서의 종교적 집회 86	2. 종교적 표현 91
3. 공공장소에서의 종교적 전파 행위 96	4. 종교적 의상 101
제6절 공무원의 직무관련 영역	106
1. 공직자의 종교의 자유 106	2. 공직자와 종교적 집회 110
제7절 교육 영역	120
1. 교육 영역의 특수성 120	2. 기도 등의 강제 122
3. 종교 내용의 수업 또는 훈화 124	4. 종교적 상징물 126
5. 크리스마스 카드 제작 등 수업 127	
6. 대학에서의 종교시설 및 종교동아리 지원 128	
7. 학생의 국기에 대한 경례 거부 징계 131	
8. 종교계 사립학교에서의 예배와 헌금 강요 133	
9. 사립대학에서 종교관련 졸업필수 과목의 설치 137	
제8절 성직자의 정치적 활동 등 기타	139
1. 성직자의 정치적 활동 139	2. 무허가 종교시설의 철거 140

제4장 요약 및 결론

1. 연구의 요약 | 143
2. 종교의 자유 침해 판단과 해결 모델 | 144
3. 정교분리 위반의 판단과 해결 모델 | 147
4. 결어 | 148

참고문헌

151

종교차별 사례 색인

155

제1장 서론

1. 연구의 목적

최근 우리나라에서 이른바 ‘종교편향’ 논란이 정치·사회적 문제로 제기되고 있다. 우리 헌법이 종교의 자유를 인정하면서 정치와 종교를 분리하고 있거니와, 이에 앞서 시민의 자율성을 기본으로 하는 민주주의와 다원주의의 측면에서도 이러한 문제의 제기가 우리 사회에 유익한 것은 아니다. 일부 공직자의 종교편향 문제가 일부 사실일 수도 있고 종교 간 과잉된 관심의 결과일 수도 있겠지만, 그 동안 우리 사회에서 사실 종교간 갈등이 크지 않았던 점에 비추어 볼 때 종교 간 갈등까지 일어나게 된다면 지역갈등, 이념갈등 외에 또 다른 심각한 문제가 아닐 수 없다.

우리 사회는 일찍부터 정치와 종교의 분리가 크게 인식되어 온 것은 아니라고 본다. 역사적으로도 종교가 사회를 통합하는 기초 역할을 했고, 다만 해방 이후 우리 헌법을 제정하면서 정치와 종교의 분리가 명시된 것이다. 그래서 사실 종교의 자유가 어떠한 중요성을 갖는지, 그리고 공직자의 종교적 중립성과 정치와 종교의 분리가 무엇을 의미하는지, 나아가 공직자의 경우 종교의 자유가 어떻게 보장되는 것인지에 관한 진지한 고민이 없었던 것도 사실이다. 따라서 최근의 종교차별 논란이 논란만으로 더 확대되지 않고 공직자의 종교적 중립성을 확립함으로써 종교 간 갈등을 치유하고 오히려 종교를 통한 민주주의의 발전과 사회적 통합에 기여하는 방향으로 논의가 전개되어 나가야 할 것이다.

이와 관련하여 최근 관련 법령이 정비되고 판례 및 사례가 집적되고 있다. 헌법이 규정한 종교의 자유와 정교분리 조항 이외에도 국가공무원법과 지방공무원법에 공무원의 종교적 중립성을 다시 확인하였다. 그리고 2008년 9월 18일 개정된 공무원복무규정에 따라 문화체육관광부에 공무원에 의한 직무상 종교차별행위에 대해 신고를 접수하는 신고센터를 두었

2 국내외 종교차별 사례연구

고, 신고된 건에 관하여 공직자종교차별자문회의의 자문을 거쳐 처리해 오고 있다. 또한 2008년 문화체육관광부가 「공직자종교차별 예방업무 편람」을 제작하여 종교차별의 개요와 공직자 종교차별 관련 국내외 판례를 일부 소개한 바 있다.

이러한 사회적 문제제기에 올바른 헌법적 판단을 제공하고 공직자의 종교차별 예방 노력에 부응하기 위하여 본 연구에서는 공직자종교차별신고센터 설치 이후 제기된 종교편향과 관련된 사례를 수집하고 국내외 사례와 비교·정리함으로써 일정한 판단기준을 제시하고자 한다. 이를 통해 종교차별 사례집을 발간함으로써 공직자들이 업무추진 과정에서 발생할 수 있는 종교차별적 언행을 사전에 예방하는 한편 오해와 관점의 차이로 인해 불필요하게 제기되는 종교편향 논란도 피할 수 있도록 자료로 제공할 필요가 있는 것이다.

이를 위하여 이 보고서에서 제시하는 사례들은 종교차별로 주장된 사례를 최대한 포함하여 소개하고자 하였다. 즉 최근 문제가 된 공직자의 언행 외에도 사적 영역에서도 공적 개입을 요구하면서 나타날 수 있는 종교의 자유 침해와 정교분리 위반 여부가 문제되는 사례를 함께 다루고자 하였다. 이에 따라 유의할 것은 여기에 소개한 것만으로 종교편향 또는 종교차별에 해당하는 것은 아니다. 종교편향은 아직 법적으로 정립된 개념이 아니고 사적 영역에서 감정의 문제로 발생할 수도 있으며, 종교차별의 개념도 평등과 차별의 판단이 어려운 것처럼 종교를 이유로 한 차별의 개념 정립이 쉽지 않기 때문이다. 종교의 자유를 침해하고 정교분리를 위반하는 경우에도 종교차별은 아닌 경우가 있을 수 있다는 점을 유의해야 한다.

2. 연구의 범위 및 방법

이 연구에서는 종교차별이라고 논의되는 상황들을 정리하여 공직자의 종교적 중립성이 사전에 준수될 수 있도록 일정한 판단지침을 마련하는데에 목적이 있다. 따라서 종교에 관한 일반적 논의, 즉 종교의 현황이나 종교에 관한 이론, 종교의 사회적 기능 등에 관한 논의는 배제하고 종교차별 논란이 되는 사례를 중심으로 논의하고자 한다. 이에 따른 연구의 범위는 다음과 같다.

첫째, 종교차별 사례 분석을 위한 기본적 개념 및 법리를 제시한다.

이를 위하여 종교차별 사례 분석의 전제가 되는 종교의 자유 및 정교분리의 법리, 종교차별 방지를 위한 법령과 그 해석을 연구하여 제시한다. 또한 종교차별 방지를 위한 외국의 대표적인 차별 방지 사례 혹은 우리의 현실과 실태조사 결과에 비추어 적용 가능한 범위에서 제시한다. 이를 위해 필요한 경우 다른 영역에서의 차별이나 공직자의 부적절한 언행을 예방하기 위한 법적 개념을 비교 분석한다.

둘째, 종교차별의 영역과 사례를 유형화하고 판단 기준을 제시한다.

공직자의 업무 집행과정에서 발생할 수 있는 종교차별적 언행과 정책결정 과정에서 제기될 수 있는 사례들을 영역별로 체계화하고 분석하고자 한다. 과거 사례화 되어 판례로 집적된 종교차별 관련 사례들을 분석하고 종교차별 사례로 문화체육관광부나 각종 종교, 사회단체에 제기된 사례들을 유형화하고 종교차별 여부의 법적 판단의 기준과 판단 내용을 제시한다. 그리고 종교의 자유의 보장과 정교분리의 관계를 적실성 있게 분석하고 사례에 대입하여 종교차별 판단의 기준을 유형에 따라 적용할 수 있도록 정리한다.

셋째, 우리나라의 사례와 유사한 외국 사례와 비교분석하고 모델화 하며 우리나라의 경우와 비교 분석한다.

외국의 유사한 경우 혹은 모델이 될 수 있는 사례와 비교분석하여 사례

4 국내외 종교차별 사례연구

분석의 타당성을 제고하기 위한 것이다. 이를 통해 보다 합리적이고 설득력 있는 종교차별의 여부를 판단할 수 있는 판단 기준을 제시할 수 있을 것이다. 종교차별의 이론과 사례가 연결될 수 있도록 법리와 사례를 유기적으로 분석한다.

이를 통해 각 공직자의 활동 영역별로 종교차별 예방 교육 업무에 활용할 수 있도록 사례에 대한 각각의 판단 내용을 제시하고자 하였다. 공직자의 언행이나 종교에 대한 예산 지원 등이 종교차별 논란의 주요 대상이 되지만, 이 외에도 종교의 자유를 침해하거나 정교분리에 위반될 소지가 있는 문제들은 가급적 논의의 대상으로 삼았다. 이를 통해 다른 영역에서의 종교차별 문제를 능동적으로 판단할 수 있도록 도움을 주고자 하였다. 또한 우리나라에서 종교차별 문제가 예방될 수 있도록 유사 사례를 함께 제시하고 종교차별 예방교육 교재에 활용되는 점을 유의하여 내용을 구성하였다.

연구방법에 있어서 본 연구는 실태조사와 문헌연구를 기본으로 하였다. 실태조사에 있어서는 국내외의 종교의 자유 및 정교분리와 관련된 주요 판결을 수집하였고 문화체육관광부에 설치된 종교차별신고센터에 신고된 사례도 참조하였다. 이러한 내용을 연구의 기본내용으로 하되 종교 영역의 특수성을 감안하여 법률 전문가와 종교학 전문가 등 다양한 전문가를 연구에 참여시켰고 연구 결과에 대하여는 자문회의를 수차례 가졌다. 다만 각 종교계의 입장은 언론 등 지면을 통한 논의를 참조하였고 이 보고서의 결론을 도출하는데 있어 직접적인 논의를 진행하지는 않았다. 이러한 결과를 통해 국내외 종교차별 사례와 관련 법규, 판례를 종합하고 유기적으로 구성하여 제시하고자 하였다.

제 2 장 종교차별 판단의 기준

제 1 절 종교의 개념과 판단

1. 종교의 개념

법해석의 전단계로서 종교의 개념을 정의하는 것은 법의 영역에서 종교 관련 문제(종교차별을 포함)를 논의하는데 필수불가결한 것이다. 종교의 자유가 침해된다고 했을 때 어느 특정 행위가 종교적인 것인지 판단이 전제되어야 그 행위를 방해하는 것이 헌법상의 기본권인 종교의 자유를 침해하는 것인가 여부를 판단할 수 있고, 공직자의 행위가 정교분리에 위반된다고 할 때에도 그 목적이나 결과가 종교적인지를 판단한 후에야 정교분리 위반이 확정될 수 있기 때문이다.

그런데 종교의 개념은 종교학자들이나 사회학자, 그리고 헌법학자들 간에 다양하게 정의되고 있고, 사실 정의되기 어려운 측면도 있다. 정교분리를 규정하고 있는 헌법을 가진 서양에서는 종교의 개념을 정의할 때에는 주로 신(절대자 및 초월적 존재포함)에 대한 확신과 내세적 확신을 종교성의 중요한 개념표지로 들고 있다. 우리나라의 헌법학도 대체로 이러한 영향을 받았다.¹⁾ 그러나 이 경우 종교와 미신을 구별하면서 미신을 비과학적인 현세구복행위라고 정의하는 입장도 있는데 한국사회에서 나타나고 있는 수많은 종교현상들이 기복적인 신앙행위로 나타나고 있는 점을 감안하면 현세구복행위를 종교와 구별하는 것은 심각한 개념상의 문제를 야기하게 된다.²⁾

또한 우리나라의 종교현황을 고려한다면 서양의 헌법학에서 유래한 중

1) 허영, 『한국헌법론』, 박영사, 2007, 401면; 권영성, 『헌법학원론』, 법문사, 2007, 481면; 권영성은 종교란 인간의 형이상학적인 신앙을 내용으로 하며, 종교이기 위해서는 신과 피안에 대한 우주관적 확신을 필요로 한다라고 정의하고 있다.

2) 허영, 위의 책, 402면.

교개념을 그대로 적용하기에는 어려움이 따른다. 예컨대 신과 인간의 관계가 전제된 종교개념에 입각하면 그러한 관념이 분명하게 존재하지 않는 불교와 유교 같은 종교가 종교범주에서 배제되는 문제가 발생한다. 이러한 논란을 피하기 위해 이 연구에서는 베이커(Don Baker)의 종교분류방법에 주목하고자 한다. 베이커는 다양하고 복잡한 한국의 종교현상을 설명하면서, 새로운 종교분류기준을 제시한다. 그것은 바로 인간중심적(anthropocentric) 종교와 인격신을 전제로 한(anthropomorphic) 종교를 구분하는 것이다.³⁾ 베이커의 분류법에 기초하면 불교와 유교 등의 초월적 절대자를 전제로 하지 않는 종교를 헌법해석상 종교의 개념에 포함하여 동등하게 존중하는 종교이해가 필요하다.

이렇게 본다면 종교학에서 다루는 종교의 본질과 개념에 관한 모든 논의들을 모두 포괄하는 종교개념은 법학이든 종교학이든 사실상 가능하지 않다. 그러나 이러한 개념 설정이 종교개념의 포기를 의미하는 것은 아니다. 헌법해석상 종교의 개념은 ‘관용’과 ‘상호이해’라는 민주적 헌정질서가 지향하는 가치를 추구해야 한다. 종교 간 대립이나 분쟁을 조장하는 종교개념을 지양하는 동시에 국가와 법이 종교의 내용을 심사하거나 규제하는 것을 중심으로 해서도 안 된다. 종교의 사회적 순기능을 보호육성하고 관용이 전제된 자유민주적 헌정질서에 도움이 되며, 종교 간 화합을 추구할 수 있는 종교개념과 이 개념의 현실적인 적용이 필요하다고 하겠다.

2. 종교개념의 적용

(1) 관습화된 문화 현상과의 구별

사실 문화와 종교는 분리할 수가 없다. 주술적인 것이든 기복적인 것이든 신앙의 차원에서 발달되어 온 문화가 많고, 한편 종교를 소재로 하지

3) Don Baker, *Korean Spirituality* (Univ. of Hawaii Press, 2008), 96-97면.

나 종교 자체가 문화의 발전에 기여한 것을 생각해 본다면 종교와 문화는 분리될 수 없다. 그러나 종교에 연원을 둔 것이라 하더라도 종교성의 상당 부분을 상실한 채 문화의 일부로서 우리 삶 자체가 된 경우도 많다. 이에 따라 비록 전혀 비종교적인 것은 아니라 하더라도 문화적인 대부분의 현상이 더 이상 종교적 성질을 띠지 않고 하나의 문화로서 우리 삶에 들어와 있다면, 이를 종교적인 것으로 보아서 정교분리의 원칙을 적용되어야 할 필요성은 없다고 본다. 이 부분은 종교의 자유로 국가가 보장하거나 정교분리 원칙에 따라 중립을 지켜야 하는 것이 아니라, 문화의 일부로서 국가가 육성하고 지원해야 하는 성격을 갖게 된다.

이와 관련하여 대법원은 종교현상과 문화현상을 다음과 같이 구분하고 있다. 즉 오늘날 종교적인 의식 또는 행사가 하나의 사회공동체의 문화적인 현상으로 자리 잡고 있으므로 어떤 의식, 행사, 유형물 등이 비록 종교적인 의식, 행사 또는 상징에서 유래되었다고 하더라도 그것이 이미 우리 사회공동체 구성원들 사이에서 관습화된 문화요소로 인식되고 받아들여질 정도에 이르렀다면, 이는 정교분리원칙이 적용되는 종교의 영역이 아니라 헌법적 보호가치를 지닌 문화의 의미를 갖게 된다고 본다.⁴⁾

헌법재판소도 이와 유사한 취지에 입각해 있는 것으로 보인다. 헌법재판소는 한국은행이 발행하는 5천원 권에 있는 주역의 4괘와 태극무늬가 종교의 자유 및 종교적 평등권을 침해한다는 이유로 위헌확인을 구하는 헌법소원을 제기한 것에 대하여 “도안이 종교적 숭배의 대상 또는 종교적 상징으로 된다면 이를 사용한 복점의 결과가 종교적으로 신앙된다고 볼 수는 없다”라고 하면서 공권력의 행사로 보지 않고 헌법소원을 각하한 바 있다.⁵⁾ 이러한 차원에서 본다면 우리나라의 지폐나 동전에 있는 불탑이나 서원은 종교성을 갖는다고 하기보다는 문화재로서 문화적 요소를 더 많이 갖는다고 할 수 있다. 다시 말해, 종교적 상징이나 의미에서 유래된 것이라고 해도, ‘성현’의 요소에 기초한 경외감이 없는 상징물이나 대상들은

4) 대법원 2009. 5. 28. 선고 2008두16933.

5) 헌법재판소 1997. 3. 27. 선고 96헌마68.

‘종교성’이 있다고 볼 수 없다.

따라서 비록 종교적 기원을 갖거나 종교적 상징에서 비롯된 경우라 하더라도 우리 사회에서 관습적인 것으로 통용되고 있다면 이에 대한 지원과 배려가 있는 경우라 하더라도 이를 통해 특정 종교를 공인하거나 특혜를 베풀었다고 하기는 어렵다고 본다.

(2) 문화·정치·복지·교육 영역과의 혼재

우리나라에서는 종교가 문화적 현상으로 정치, 복지, 교육 영역에서 다양한 사회적 기능을 담당하고 있다. 전술한 바와 같이 종교가 하나의 관습이나 문화로 인식되는 경우가 있는데, 각종 종교적 건물과 종교부지가 현재에는 문화적 유산으로 인정받는 경우가 다수 있다. 종교는 각 사회 영역에서 사회공동체를 이루고 있고 민주주의를 교육하기도 한다. 실제로 교육 사업과 복지 사업에 큰 역할을 감당하고 있다. 국가도 국가가 전적으로 교육과 복지를 담당할 수는 없고 사회 공동체의 각 영역에서 진행되는 정치와 교육, 복지를 지원한다. 이때 국가가 종교의 문화, 정치, 교육, 복지를 지원하는 것은 종교적 목적을 갖는 것이 아니라 각 영역의 법령이 규정한 목적에 합당하도록 하는 것이다.

따라서 이러한 영역에서 각 종교 간의 기능과 활동에 따라 종교 간의 차별이 있는 것처럼 보이는 경우도 있을 수 있으나, 국가와 지방자치단체의 지원이 종교적 목적으로 수행하거나 특정 종교를 공인하기 위해 수행되는 것은 아니므로 국가의 종교적 중립성에 위반되는 것은 아니라고 하겠다.

물론 이러한 경우를 이용하여 특정 종교를 지원하는 경우도 나타날 수 있는데, 이는 각 사례를 입법목적에 비추어 편법적인 수단을 사용한 것은 아닌지 판단해야 한다. 의도적이거나 혹은 종교적 문제를 인식하지 못하고 차별적인 지원을 하는 경우에는 종교 간 형평의 문제가 발생할 수 있다. 또한 세속적인 목적으로 지원하는 경우에도 지나치게 정치와 종교가 유착한 경우에는 정교분리에 위반될 소지도 있다.

제 2 절 차별의 개념과 판단

1. 평등권의 내용

헌법 제11조 제1항은 “누구든지 성별·종교 또는 사회적 신분에 의하여 정치적·경제적·사회적·문화적 생활의 모든 영역에 있어서 차별을 받지 아니한다.”라고 규정하고 있다. 이 조항에서 예시하고 있는 차별금지사유는 성별, 종교, 사회적 신분이다. 이러한 차별금지사유는 예시적인 것으로 성별, 종교, 사회적 신분 외의 기타 어떠한 이유로도 차별은 허용되지 않는다. 또한 차별금지사유에 해당하는 것이라 할지라도 합리적인 차별은 평등원칙에 반하지 않는다.⁶⁾ 따라서 종교를 이유로 한 차별의 경우에도 합리적 이유가 있다면 차별에 해당하지 않는다. 이러한 현상은 각 종교의 교리와 활동 영역 등이 다른 경우 쉽게 발견될 수 있다.

평등권은 매우 추상적인 권리인 동시에 논란의 여지가 많은 기본권으로 헌법재판소에 의해 그 내용이 구체화 되고 있다. 헌법재판소는 평등원칙과 평등권을 엄밀하게 구별해서 사용하고 있지는 않다. 헌법재판소는 헌법 제11조 제1항에 따른 평등의 요청을 때로는 평등원칙으로, 때로는 평등권으로 표현하면서 그 내용을 ‘자의의 금지’를 중심으로 정리해 왔다. 그리고 사례에 따라 엄격한 심사척도에 의할지, 완화된 심사척도에 의할 것인지는 입법자의 입법형성권을 인정하고 있다. 예를 들어, 사회복지를 위한 시혜적인 법률과 같이 입법형성의 자유가 인정되는 경우에는 현저하게 합리성이 결여되어 있는 것이 아닌 한 헌법에 위반된다고 할 수 없다. 독일과 영국에서도 특정종교가 설립한 자선단체 등을 지원하는 것은 평등의 원칙을 위반한 것으로 보지 않는 예외를 인정하고 있다.⁷⁾ 반대로 종교를 이유로 중대한 기본권(예: 공직에 취임할 기본권)을 차별적으로 침해하는 경우 엄격한 심사척도에 의해 판단할 수 있을 것이다.

6) 장영수, 『기본권론』, 홍문사, 2003, 252면.

7) 영국의 「평등법」(Equality Act 2006) 제56조 내지 제64조, 독일의 「일반동등처우법」(Allgemeines Gleichheitsgesetz) 제20조 참조.

2. 직·간접 차별과 괴롭힘(harassment)

우리나라의 각종 법률에서는 종교를 이유로 한 차별을 금지하고 있는데, 이렇게 차별금지를 선언한 법령에서 말하는 차별은 무엇인가? 각 법령은 차등적 행위에 대해 무조건 차별이라고 말하지 않는다. 법령에 의해 금지되는 차별행위는 모두 합리적인 이유가 없음을 요건으로 한다.⁸⁾ 다시 말해, 합리적 차등행위는 적법한 행위라는 것이다.

예를 들어, 복지시설을 위탁경영할 단체를 선정하는 과정에서 지방자치단체가 특정종교재단이 객관적 경영능력 지표를 충족하는 뛰어난 자격을 갖추고 있을 때 이 단체를 선호하여 다른 단체와 차등하게 대우하는 것은 차별이 아니다. 소방관을 선발하는데 신체조건이 뛰어나고 체력이 강한 사람을 우대하는 것과 같은 ‘합리적 차등’은 차별에 해당되지 않는다.

구체적으로 차별의 유형과 내용을 살펴보면 다음과 같다. 차별은 직접차별과 간접차별, 그리고 괴롭힘을 포함하는 개념이다.

- 1) 직접차별이란 합리적 이유 없이 성이나 연령, 신체조건, 성적 지향 등 개인의 태생적 또는 후천적 속성을 기준으로 그 개인에 대해 불이익한 대우를 하는 것을 의미한다. 예를 들어 장애인에 대한 편견으로 주택 임대시 장애인이라는 것을 이유로 임대를 거부하였다면 이는 신체적 조건을 이유로 한 직접차별이 된다.⁹⁾
- 2) 간접차별의 개념은, 한 사회에서 지배적인 차별의 성격이 직접적이고 의도적인 차별에서 점차 비가시적이고 간접적인 차별로 변화됨에 따라 직접차별에 대한 규제만으로는 평등의 실현이 실질적으로 어렵게 되었기 때문에 등장한 개념이다. 직접차별이 합리적 이유 없이 개인이나 집단이 가지고 있는 속성을 이유로 그 개인이나 집단에 대한

8) 박찬운, 『인권법』, 한울, 2008, 418면.

9) 윤문희, “차별의 법적 개념”, 『노동리뷰』 제21호, 한국노동연구원, 2006. 9, 68면.

불이익한 대우를 하는 것을 의미한다면, 간접차별은 중립적인 기준을 적용하였으나 그러한 중립적인 기준이 특정 소수자 집단에게 불이익한 결과를 야기하는 경우를 차별로 보는 개념이다.¹⁰⁾

- 3) 위법한 차별행위로서의 괴롭힘은 성별, 종교, 장애, 나이, 사회적 신분, 출신지역 인종, 사상, 정치적 의견 등을 이유로 개인으로 하여금 그 개인의 의사에 반하여 그로 하여금 수치감, 모욕감, 모멸감, 혐오감, 위협감을 느끼게 하거나, 그를 신체적·정신적·정서적으로 공격하는 모든 종류의 행위를 말한다.¹¹⁾

3. 종교를 이유로 한 차별의 판단

종교에 의한 차별의 금지는 종교를 이유로 한 직접차별, 간접차별, 괴롭힘의 금지를 의미한다. 차이를 인정하지 않고, 모든 종교를 동일하게 처우하는 것이 종교적 평등을 의미하는 것은 아니다. ‘같은 것은 같게, 다른 것은 다르게’라는 고전적 정의의 원칙을 이해하는 것은 중요하다.

종교 간의 차이가 있다면 그 차이에 합당하게 대우하는 것도 평등일 수 있고 종교와 비종교의 차이도 존재하기 때문에 일의적으로 종교 간의 평등을 말하기란 어렵다. 물론 차별금지 규정 외에도 헌법에서 국교를 금지하고 있기 때문에 특정한 종교를 국교로 할 수 없을 뿐만 아니라, 국가는 다양한 종교들 가운데 특정 종교에 대하여 우대하거나 차별할 수 없다.¹²⁾ 이는 국가와 법이 특정종교의 내용을 심사하거나 가치판단의 차원에서 특정종교의 내용을 선호하는 것을 금지하는 것을 의미한다.

직접적 차별은 필요에 따라 법률로 금지하고 있는 경우가 많다. 위법한 차별행위로서의 괴롭힘은 형법상의 모욕죄나 폭행죄로 처벌할 수 있다. 일반적으로 국가 또는 지방자치단체가 특정 종교를 우대하는 과정에서 다

10) 윤문희, 위의 논문, 69면.

11) 차별연구모임, 『국가인권위원회법의 ‘차별’판단을 위한 지침』, 2002, 11-13면.

12) 정종섭, 『헌법학원론』, 박영사, 2006, 347면.

른 종교에 대한 간접적인 차별의 결과가 발생하는 상대적인 종교차별의 문제가 논란이 되는 경우가 많다.

그런데 독일과 영국의 입법례를 통해 볼 때, 사회복지와 자선을 목적으로 하는 종교단체를 국가 또는 지방자치단체가 지원하는 것은 차별로 볼 수 없다. 우리나라의 경우도 직접적으로 특정 종교를 우대하기 위한 적극적인 우대조치가 아니라 공공복리의 증진을 위한 국가 또는 지방자치단체와 종교단체 간의 협력 또는 재정지원을 무조건 간접적 종교차별로 볼 수는 없다.

예를 들어, 재외국민 중 외국인과의 접촉이 많으나 현지에서 출생하여 성장한 관계로 한국문화를 잘 이해하지 못하는 기독교 선교사의 자녀들에게 한국문화와 역사를 교육하기 위해 문화체육관광부가 비영리 시민사회단체를 지원하는 경우는 간접적 종교차별로 볼 수 없다. 반대로 우리나라에 정주하는 외국인 가운데 그들의 한국 정착을 지원하기 위하여 이들과 종교적으로 관련이 깊은 시민사회단체를 지원하는 경우도 간접적 종교차별로 볼 수 없다. 모두 종교적 목적이 없기 때문이다.

해외동포 자녀 대학생들을 선발해서 교육하는 것을 지원하는 것과 선교사 자녀들의 교육을 지원하는 것을 놓고 볼 때, 전자는 용인되고 후자는 종교를 이유로 한 차별로 본다면 이는 부당하다. 전자 역시 대학생이라는 신분으로 자격을 제한하기 때문에 대학생이 아닌 청년들에 대한 간접차별이라고 주장할 소지는 충분하기 때문이다. 이렇듯 모든 재정지원은 수혜대상을 제한할 수밖에 없기 때문에 이 제한을 문제 삼는 것은 비합리적인 주장이 된다. 여성의 생리휴가를 인정하는 것과 같은 합리적인 차이의 존중이 생리를 하지 않는 남성에게 대한 간접차별이 될 수 없는 것과 같은 맥락에서 종교차별문제를 판단할 수 있다고 본다.

또한 성직자를 양성하기 위한 종교교육의 특수성을 보장하는 것과 사적자치의 차원에서 종교재단 설립의 사립학교 구내에 있는 종교시설을 허용하는 것 등도 특정종교를 우대하는 것으로 볼 수 없다. 한국의 교육법 체

계에서 사립 초·중·고교를 비롯한 사립대학들이 정부의 재정 지원을 받고 있는 동시에, 그 법적 지위가 공교육기관의 성격을 갖는다고 하더라도 설립목적은 보호하는 것은 사립학교법에 규정되어 있고 사적 자치의 차원에서 필요한 부분이라고 하겠다.

결국 헌법이 지향하는 평등은 획일적 평등이 아니며, 종교의 영역에서도 모든 종교를 동일하게 대하는 것이 종교적 평등을 의미하는 것은 아니라고 해야 한다. 이러한 이유에서 북미와 유럽에서도 종교간 차별 또는 종교간 평등의 관점에서 판단하기 보다는, 소수 종교의 자유가 침해되었는지 혹은 다수 종교가 정교분리에 위반하여 국교수립을 하였는지의 관점에서 주로 판단하고 있다.

제 3 절 종교의 자유 침해의 판단

1. 종교의 자유의 내용과 보장

종교의 자유는 인간의 권리이므로 자국민만이 아니라 외국인에게도 그 주체성이 인정된다. 종교의 자유의 내용으로는 1) 신앙의 자유, 2) 종교행사의 자유, 3) 종교적 집회·결사의 자유, 4) 선교의 자유가 있다. 신앙의 자유는 종교의 자유의 최소한을 의미하고, 그것은 자유로운 종교적 행사에 의하여 확대·강화되며 종교적 집회·결사의 자유와 선교·종교교육의 자유를 통해 완전한 형태를 구비하게 된다.¹³⁾

우리 헌법 제20조 제1항은 “모든 국민은 종교의 자유를 가진다.”라고 하여 종교의 자유(freedom of religion)를 보장하고, 제2항은 “국교는 인정되지 않으며, 종교와 정치는 분리된다.”라고 하여 국교의 부정과 정교분리를 정하고 있다. 우리나라는 1948년 헌법에서부터 종교의 자유를 보장하였는데 ‘양심의 자유’와 ‘종교의 자유’를 분리하지 않고 동일조항에서 두 기본권을 보장하는 형태를 취했다. 1962년 헌법부터 양심의 자유와 독립된 조항으로 종교의 자유를 보장하는 형태로 개정되어 현재에 이르고 있다.¹⁴⁾

미국은 ‘국교금지’(no establishment)를 처음으로 헌법에 명시했다.¹⁵⁾ 수

13) 권영성, 앞의 책, 482면.

14) 정종섭, 앞의 책, 422면.

15) 김중서는 명문 상 국교금지(no establishment)만이 지적되어 있을 뿐 정교분리가 미국헌법에 명문화되어 있지 않음을 주의할 것을 지적하고 있다(김중서, “미국적 신앙의 뿌리와 국민종교의 성립”, 『미국사회의 지적 흐름 : 정치·경제·사회·문화』, 서울대출판부, 2004, 357면). 김영수는 ‘정교분리’가 실정헌법에 명시된 국가들에 대해 설명하면서, 미국수정헌법 제1조를 언급하고 있어 미국헌법에 정교분리가 직접 명시되어 있는 것으로 이해할 논란의 여지가 있다(김영수, “종교의 자유와 정교분리에 관한 헌법적 고찰”, 『미국헌법연구』 제2호, 1991, 187면). 이를 종합하면 미국헌법은 적어도 문언상으로는 ‘정교분리’를 직접규정하지 않고 있는 것으로 보아야 한다. 그러나 헌법전에 직접 명시되어 있지 않다고 해서 ‘정교분리’ 원칙이 헌법상의 원칙이 아닌 것은 아니다. 즉 헌법해석을 통해 헌법의 내용이 확인될 수 있기 때문이다. 이 경우에도 ‘정교분리’의 내용은 직접적인 헌법규정이 아닌 헌법해석론으로 확립되었다고 보는 것이 적절하다. 또한 국교금지 조항이 ‘정교분리’를 포함하는 것으로 해

정헌법 제1조는 “의회는 국교를 존중하거나 종교 실행의 자유를 제한하는 어떠한 법도 입법할 수 없다.”라고 명시하고 있다. ‘국교부인’과 ‘종교실행의 자유’로 구성된 이 조항은 상보적인 관계로 인식된다.¹⁶⁾ 국교를 부인하는 것은 국가가 특정종교를 우대하거나 차별하는 것을 금지하는 것인데 개인의 종교 실행의 자유가 보장되기 위해서는 이러한 특정종교 우대행위나 제한행위가 배제되어야 하기 때문이다. ‘종교실행의 자유’에는 개념상 신앙의 자유가 전제되며 종교행사의 자유, 종교적 집회·결사의 자유, 선교의 자유 등이 포함된다.

국제인권법의 관점에서 종교의 자유는 ‘세계인권선언’과 ‘시민적·정치적 권리규약’ 등에 규정되어 있다. 특히 1981년 UN총회에서는 ‘종교적 신념에 기한 어떠한 형태의 불관용과 차별의 철폐에 관한 선언’을 채택하였다.¹⁷⁾

시민적 권리는 국가나 타인의 간섭으로부터 삶의 특정부분을 보호하기 위한 권리로서, 사상·양심·종교의 자유, 언론의 자유 등이 포함되며, 정치적 권리는 정치사회 구성원들이 국가업무에 대한 참여와 국가업무에 대한 통제를 보장하기 위한 권리로서 여러 정치적 결정과 업무에 직접 또는 간접적으로 참여할 권리를 말한다.¹⁸⁾ 시민적·정치적 권리는 이 둘을 포괄하는 개념이며 국가의 통치권에 대항하여 발전해 온 고전적인 인권이다.¹⁹⁾

양심은 주관적 도덕의식으로 종교와 구별된다. 인간이 각자 지니고 있는

석할 수도 있다(정종섭, 앞의 책, 429면). 연구자들도 이 해석을 따른다. 결국 ‘정교분리’가 미국헌법상의 원칙이 분명한 이상 이 원칙이 직접 명시되었는가 여부는 법리상 다룰 실익이 없다고 할 수 있다.

정교분리와 관련 주요판례로는 *Lemon v. Kurtzman*, 403 U.S. 602, 91 S. Ct. 2105, 29 L. Ed. 2d 745 (1977)와 *Lynch v. Donnelly*, 465 U.S. 668, 104 S. Ct. 1355, 79 L. Ed. 2d 604 (1984) 등이 있다.

16) Erwin Chemerinsky, *Constitutional Law : Principles and Policies* (NY : Aspen, 2006), 1181-1182면.

17) 송기춘, “시민적·정치적 권리”, 『인권법』, 아카넷, 2006, 111면.

18) 양심·종교·사상의 개념 구분은 이정훈, 『열린사회와 양심의 자유: 대체복무제도입을 위한 법이론의 기초』, 세창출판사, 2007 참조.

19) 송기춘, 앞의 글, 98-99면.

내면의 강력하고 전인격적인 도덕준칙을 양심으로 본다. 물론, 이러한 도덕준칙과 종교성이 혼재해 있는 경우가 많지만 양자의 비중에 따라 양심과 종교를 구분할 수 있다.

시민적·정치적 권리는 인간존재 자체와 관련하여 인간의 완전성에 관한 권리, 평등권(차별금지), 인간의 신체적 활동과 관련한 권리, 인간존재의 물적 조건(경제활동)에 관한 권리, 정신적 활동에 관한 권리, 인간의 사적 영역 및 가족에 관한 권리, 정치활동에 관한 권리, 권리구제를 받을 권리 등이다.²⁰⁾

‘시민적·정치적 권리에 관한 국제규약’(자유권 규약) 제18조 제2항은 “어느 누구도 스스로 선택하는 종교나 신념을 가지거나 받아들일 자유를 침해하게 될 강제를 받지 아니한다.”라고 명시하고 있다.²¹⁾ 아동의 권리에 관한 협약 제14조 제1항은 “당사국은 아동의 사상·양심 및 종교의 자유에 대한 권리를 존중하여야 한다.”라고 명시하고, 제16조 제1항에서는 “어떠한 아동도 사생활, 가족, 가정 또는 통신에 대하여 자의적이거나 위법적인 간섭을 받지 않는다.”라고 명시하고 있다.²²⁾

2. 종교의 자유의 한계

종교의 자유도 외부로 표출되는 경우에는 다른 이익과 충돌될 수 있다. 종교의 자유 가운데 신앙의 자유는 절대적 기본권인 내심의 자유에 해당하므로 어떠한 경우에도 이를 제한할 수 없으나, 신앙의 자유가 외부로 나타난 종교적 의식·집회의 자유나 종교적 전파·교육의 자유는 상대적 기본권으로서 다른 이익과 충돌하는 경우에는 이익들 간에 조화를 유지하고 실현하는 필요에 따라 헌법 제37조 제2항에 의하여 제한될 수 있다. 물론 법률에 의한다면 기본권을 얼마든지 제한할 수 있다는 뜻은 아니

20) 송기춘, 앞의 글, 102면.

21) 정인섭 편역, 『국제인권조약집』, 사람생각, 2000, 47면.

22) 정인섭 편역, 위의 책, 223면. 이 협약에서 ‘아동’은 18세 미만의 모든 사람을 의미한다.

다.²³⁾

예를 들어 ① 정신질환을 치료하는 종교적 방법에 폭행과 상해가 수반되어 결과적으로 피해자를 사망에 이르게 하거나 폭행이나 상해의 피해를 입힌 경우에는, 특별한 기도행위 또는 종교의식이라고 주장하는 경우에도 종교의 자유로 보호되지 않고, 민·형사책임 등 법적인 책임을 진다.

② 종교인(예: 승려, 목사, 신부)이 범죄를 범한 자를 종교적인 교화·인도와 구제의 목적으로 숨겨준 행위는 종교활동의 일환으로 인정할 수 있기 때문에 형사상의 책임이 인정되지 않는다고 보는 견해가 있으나, 종교인이라고 하더라도 진지한 종교적 신념하에 행한 것이 아니라 단순히 범인을 은닉한 경우에는 범인은닉죄의 책임을 진다.²⁴⁾ 개인이 종교적인 신념이나 사상, 양심에 기초하여 범인을 은닉한 경우에도 범인은닉죄의 책임을 진다.

③ 일요일에 국가가 시험을 시행하여 종교적 예배를 보아야 하는 사람으로 하여금 결시를 하게 하거나 국가시험을 봄으로 인하여 예배행위를 할 수 없게 하는 것이 종교의 자유를 침해하는가 하는 문제도 있었다. 헌법재판소는 이 문제에 대하여 한국에서는 일요일이 종교적 축일이 아니라 일반적인 공휴일이므로 일요일에 예배를 보아야 하는 사람을 다른 종교와 차별대우하는 것이 아니고, 일요일에 국가시험을 실시하여야 하는 이익과 비교하여 볼 때, 헌법 제37조 제2항의 한계를 벗어난 것이 아니라고 판시하였다.²⁵⁾

④ 또한 해외위난지역에서의 여권사용을 제한하는 외교통상부의 고시가 종교전파(선교활동)의 자유를 침해하는지와 관련한 문제에 대하여, 헌법재판소는 “국민의 생명·신체 및 재산을 보호하기 위한 것으로 그 목적의 정당성과 수단의 적절성이 인정되며, 대상지역을 당시 전쟁이 계속 중이던 이라크와 소말리아, 그리고 실제로 한국인에 대한 테러 가능성이 높았던 아프가니스탄 등 3곳으로 한정하고, 그 기간도 1년으로 하여 그다지

23) 허영, 앞의 책, 277면

24) 대법원 1980. 9. 24. 선고 79도1387.

25) 헌법재판소 2001. 9. 27. 선고 2000헌마159.

장기간으로 볼 수 없을 뿐 아니라, 부득이한 경우 예외적으로 외교통상부장관의 허가를 받아 여권의 사용 및 방문·체류가 가능하도록 함으로써 국민의 거주·이전의 자유에 대한 제한을 최소화하고 법익의 균형성도 갖추었다.”라고 판시하였다.²⁶⁾

이러한 사례와 헌법재판소의 입장을 통해 볼 때, 종교적 행위의 자유는 국민의 생명과 재산을 보호하기 위한 목적의 공공복리 및 사회질서유지 등을 위하여 제한할 수 있는 것이다.

26) 헌법재판소 2008. 6. 26. 선고 2007헌마1366.

제 4 절 정교분리 위반의 판단

1. 미국의 정교분리

1620년 영국청교도단(Pilgrims)은 종교적 박해를 피해 신대륙의 플리머스 바위(Plymouth Rock)에 도착했다. 유럽의 고향을 떠나 더 나은 삶을 찾기 위한 행로를 “탈유럽은 출애굽”이라는 극적인 표현으로 설명하기도 한다.²⁷⁾ 청교도들은 신교(Protestant)진영의 ‘퓨리탄’(Puritans)이라고 불리는 사람들이었다.²⁸⁾ 영국의 의회는 영국국교회(성공회)의 기도서(The Book of Common Prayer) 만을 공인했고, 국교회회원이 아닌 청교도들은 종교적 차별을 당했다.²⁹⁾

이러한 상황에서 청교도들은 종교적 박해로부터 자유를 찾는 것과 동시에 평등한 시민적 권리를 찾는 것을 갈구했다. 청교도들은 영국에서 잘못된 종교를 신봉하는 “이등 시민”(second class citizen)의 법적 지위를 갖게 되었다. 수정헌법 제1조를 구성한 미국의 헌법작성자들이 종교자유조항을 수정헌법 제1조에 명시한 것은 이러한 정치·종교사적 배경과 무관하지 않다.

김중서에 따르면, 초창기 청교도들은 종교적 박해를 피해 온 사람들이었으므로 자기들 나름대로의 새로운 종교적 통일성을 추구하기도 하였다. 이것은 국교화(establishment)로 이어졌고, 독립 후 헌법 상, 국교금지가 명시되었으나(1833년 메사추세츠 주가 국교를 포기할 때까지) 실제로는 국교가 용인되었다. 그러나 일단 비국교화(disestablishment) 되면서부터 미국에서는 하나의 광적인 신앙에 편협된 몰입을 거부하는 이른바 ‘종교다원주

27) 김중서, “미국적 신앙의 뿌리와 공민종교의 성립”, 『미국사회의 지적 흐름 : 정치·경제·사회·문화』, 서울대출판부, 2004, 351면.

28) 16세기 후반에 영국국교회 내부에서 일어난 신교도의 한 파를 “Puritans”라고 지칭한다. 번역할 때 “Pilgrims”도 청교도로, “Puritans”도 청교도로 번역하였는데 결국 영국청교도들을 일컫는 용어이다.

29) John J. Meng · E. J. Gergery, *American History*, pp.52-53(1959), Lawrence F. Rossow · Jacqueline A. Stefkovich, *Education Law : Case and Materials* (Durham, North Carolina : Carolina Academic Press, 2005), p.771 재인용.

의’(religious pluralism)적 풍토가 빠른 속도로 전개되었다고 한다.³⁰⁾

제퍼슨(Thomas Jefferson), 메디슨(James Madison), 헨리((Patrick Henry)와 같은 미국의 헌법초안자들은 종교적 교설(Doctrine)이 정치적 영향력을 갖는 것은 공공질서(public order)에 위협이 된다고 판단했다. 따라서 종교는 정부와 반드시 분리되어야 하며, 종교는 사적 선택의 문제임을 명확히 하고자 하였다.³¹⁾

미국에서 ‘정교분리’의 기준을 밝힌 기념비적 판례는 Lynch v. Donnelly 사건이다.³²⁾ 미국의 포터킷(Pawtucket)시는 해마다 비영리단체가 소유하고 있는 공원에서 크리스마스 장식을 설치하였으며, 이 공원은 시의 상업지구 중심부에 위치하고 있다. 설치물은 산타클로스의 집, 크리스마스트리, “SEASONS GREETING”의 현수막 그리고 ‘구유 속 아기에수상’(creche) 또는 성탄화(nativity scene)였다. 이러한 전시행위가 정교분리 원칙을 위반하여 위헌이라는 소송이 제기되었다. 1심은 원고 승소판결을 했고, 피고는 항소했다. 항소심 역시 1심과 같은 결론을 내린다. 그러나 미연방대법원은 항소심의 결정을 파기 환송한다.

이 때 주목해야 할 미연방대법원의 입장은 다음과 같다. 연방대법원은 “행정적 유착에 관해, 교회와 시당국이 전시물의 내용 또는 전시물의 디자인에 대해 혐의를 한 증거가 없고, 아기에수상의 보존·유지에도 비용이 발생하지 않았다.”라고 판시 하였다. 따라서 교회와 당국이 전시물의 내용 등에 관해 사전 협의(행정유착)를 하였다면 명백한 ‘정교분리’ 위반으로 위헌이라는 것이다.³³⁾

Lynch v. Donnelly 사건을 통해 제시된 정교분리 판단 기준은 ① 중앙 정부 또는 지방자치단체와 종교단체 간의 행정적 유착 여부, ② 특정 종교 단체에 대한 재정지원 여부 이다. 이것은 국가가 특정 종교에 특혜를

30) 김종서, 앞의 글, 357-358면.

31) Lawrence F. Rossow · Jacqueline A. Stefkovich, 위의 책, p.712.

32) Lynch v. Donnelly, 465 U.S. 668, 104 S. Ct. 1355, 79 L. Ed. 2d 604 (1984).

33) 이정훈, “학생인권 중심의 종교교육법제 도입의 필요성”, 교육부 교육과정 개정고시 종교교육 개선 세미나 발표문(종교자유정책연구원 자료집) 인용.

제공하거나, 억압하는 것을 금지하는 것을 내용으로 한다. 국가의 특정 종교단체의 재정지원이 무조건 정교분리 원칙 위반이 되는 것은 아니다. 중요한 것은 공권력행사의 목적이다. 종교적 목적이 아닌 세속적 목적(공공복리 등의 목적)을 위한 공권력과 특정 종교와의 협력은 정교분리 원칙 위반으로 볼 수 없다.

Lemon v. Kutzman 사건에서 제시된 ‘Lemon Test’의 내용은 정부의 행위가 특정 종교를 재정지원 등을 통해 우대하거나 또는 제한하는 목적을 갖는다면, 국교부인조항을 위반한 것이며 지나치게 행정적으로 특정 종교 집단과 유착하는 것도 당해 조항을 위반하는 것이라는 입장이다.³⁴⁾

이와 관련한 판례는 코취란(Cochran) 사건과 에버슨(Everson) 사건이다. 코취란 사건은 주(州)에서 입법한 법이 교회관련 학교에 등록된 학생들을 포함한 취학 아동들에게 교과서를 주정부 예산을 사용하여 공급하는 내용을 명시했다. 당해 법령에 대한 소송에서 원고는 수정헌법 제14조를 위반하여 납세자의 돈이 종교계 사립학교를 원조하는데 사용될 수 있으므로 이 법령이 위헌이라고 주장한다. 이에 대해 연방대법원은 종교계 사립학교는 수익자가 아니고 주와 아동의 이익을 위한 공익적 목적이므로 위헌이 아니라고 판시했다.³⁵⁾ 에버슨 사건 역시 학교통학을 위해 교통수송 비용을 주법령에 의거하여 지원하는 것에 대해 카톨릭 학교를 포함시킨 것에서 발단이 된다. 이 경우에도 법원은 이 법이 종교를 돕거나 종교적 활동과 종교기관을 돕는 것이 아니라 아동들의 공공복리를 증진하는 것이므로 수정헌법 제1조의 정교분리원칙에 반하는 것이 아니라고 판시했다.³⁶⁾

34) Erwin Chemerinsky, 앞의 책, 1183면.

35) *Cochran v. Louisiana State Board of education*, 281 U.S. 370, 74 L.Ed. 913, 50 S.Ct.335 (1930).

36) *Everson v. Board of Education of the Township of Ewing*, 330 U.S. 1,91 L.Ed. 711, 67 S.Ct. 504 (1947).

2. 일본의 정교분리

일본에서 정교분리 논란은 크게 발생하지 않고 한정된 문제로만 제기되고 있다. 이와 관련하여 야스쿠니신사(靖國神社) 참배문제, 기독교교도의 자위대원 호국신사합사에 대한 유족회의 거부문제, 자민당의 지지단체에 신도계의 단체가 포함 되어있는 문제, 공명당의 지지모체로 종교단체가 존재한다는 것 등이 문제 되고 있다. 일부 신흥종교를 어떻게 처우할 것인가도 일본에서 문제가 되고 있으며 특히 일부 신흥종교단체에 집단적 자살(오진리교) 등도 사회문제가 되고 있다.

일본헌법은 헌법 규정만으로는 엄격한 분리 모델에 속하는 것으로 해석되지만, 일본 최고재판소는 신앙이 광범위한 사회생활에 관련되기 때문에 국가와 종교와 완전한 분리는 불가능하고, 완전히 분리하려고 하면 사립학교의 설립과 사찰과 불당 등의 문화재에 공금지출이 곤란하게 되고, 오히려 사회생활상 불합리한 사태가 생기게 된다는 이유로 엄격히 분리하는 입장을 취하지 않고 있다(津地鎮祭 최고재판소판결 1977년 7월 13일). 이에 따라 학설 중에서도 국가가 일정 종교현상과 관련된 것을 인정하고 완전분리인가 한정분리인가 하는 논쟁은 무익하다고 보는 견해도 있다.³⁷⁾

이렇게 일본의 경우에도 헌법 규정상으로는 국가와 종교와의 엄격한 분리라고 하여도, 현실적으로는 국가와 종교 간의 관계를 일체 배제할 수는 없다고 본다. 이것은 현대국가가 복지국가로서 종교단체에 대하여도 타단체와 같이 평등한 사회적 급부를 하여야 하는 경우, 예를 들어, 종교단체에서 설치한 사립학교에 대하여 보조금 교부 등을 하는 경우도 있기 때문이다. 따라서 국가와 종교와 연결되는 경우를 상정할 수밖에 없고, 따라서 이러한 경우 어느 정도까지 허용할 수 있는가의 문제로 귀결되고 있다.

일본 헌법에서 정한 정교분리원칙의 구체적 판단 기준으로는 미국 판례의 영향을 받아 “목적·효과기준론”을 취하고 있다. 즉 정교분리 원칙 위

37) 笹沼弘志, “信教の自由と政教分離”, 法学セミナー (2008. 3), 81頁.

반의 심사기준으로서 최고재판소는 津地鎮祭사건에서 미국 헌법판례를 참조하여 ‘목적·효과기준’을 채용하였다.³⁸⁾

이 기준은 ① 문제가 된 국가행위가 세속적 목적(Secular purpose)을 갖는가, ② 그 행위의 주요 효과(primary effect)가 종교를 진흥하거나 억제하는가, ③ 그 행위가 종교와의 과도한 관련성(excessive entanglement)을 충족하는가, 하는 세 가지 요건을 개별적으로 검토하여 정교분리 원칙 위반의 유무를 판단하며, 하나의 요건이라도 통과하지 못하면 위헌으로 결정하게 된다.³⁹⁾

일본에서도 이것이 변용되어 어느 공권력 행사가 일본 헌법 제20조 제3항에 금지된 ‘종교 활동’에 해당 하는가 판단을 할 때, 津地鎮祭에서 적용한 목적·효과기준을 최고재판소판결 등에서 원용하고 있다. 그 결과 일본의 최고재판소 등에서는 이를 상당히 유연하게 적용하여 관련사건 대부분을 합헌·합법 판결을 함으로서 사법부의 종교적 인권 보장의 역할을 충실히 해 오지는 못했다는 비판도 받고 있다.

이와 반대로 지방공공단체가 야스쿠니신사, 호국신사에 공금을 지출하는 것을 둘러싼 소송에서, 위의 기준을 엄격히 적용하여 위헌 결론을 내거나 내각총리대신의 야스쿠니신사 공식 참배에 위헌의견을 표명한 하급심 판결도 존재한다.

이에 따라 목적·효과기준론을 보다 엄격하게 적용해야 한다는 견해는 다음과 같이 주장한다. 즉 위에서 언급한 미국 판례 이론 중 ①에서 말하는 목적은 행위자의 종교적 의식 등의 주관적 요건이 아니라 객관적 의미를 중시해야한다. ②에 대하여는 국가의 행위 성질, 그것을 받은 종교단체의 목적·성격 등을 고려하여, 국가의 행위가 특정 권위를 부여 하는 것이 되는가, 당해 종교와의 상징적인 관련을 초래하는가를 엄격히 검토해야한다. ③에 대하여는 국가의 행위에 의해 국가의 행정상의 감독이 필요

38) 笹沼弘志, 上掲論文, 81頁.

39) 芦部信喜, 『憲法学 III』, 有斐閣(2006), 150頁.

하게 되는 관계라든가 정치적인 분열 등이 생길 가능성이 있는가 등을 신중히 고려해야 한다고 본다.⁴⁰⁾

한편 일본은 주요 정당이 종교적 배경을 갖고 있고 특히 신교의 경우 하나의 문화로 인식되고 있다. 이에 따라 신사참배가 종교차별이라는 문제인식이 전혀 없는 것은 아니지만, 법적 규율이 필요할 만큼 분쟁이 발생하고 있는 것은 아니다. 정치 과정에서 종교단체의 개입도 있지만(예: 선거운동), 실제 종교단체에 유리한 정책이 수립되지는 않고, 선거 이후에는 종교가 정당정치에 개입하는 것은 자제하고 있다. 종교단체에 대한 예산 지원은 상당히 엄격하게 제한되고 있다.

3. 한국의 정교분리

한국은 미국이나 일본과 유사하게 정교분리를 헌법에 명시하고 있다. 종교의 자유가 보장되는 헌법질서 내에서는 국교가 인정될 수도 없고, 국가 권력이 종교에 대한 간섭을 하거나 특정 종교를 우대 또는 차별하는 정책 수립 내지 정치활동을 하는 것은 금지된다는 것이 헌법학계의 통설이다.⁴¹⁾ 정교분리는 국가의 비종교성, 종교에 대한 국가의 중립, 국가에 대한 종교의 중립을 그 내용으로 한다.

그런데 사실 정교분리와 관련한 사례가 판례로 정리된 경우는 많지 않다. 최근의 군종장교와 관련된 한 사례가 이에 대한 일정한 시사를 주는 정도이다. 이 사건은 공무원인 군종장교가 군내에서 참모총장의 지시로 특정종교를 비판하는 내용의 책자를 발간하여 배포한 것이 정교분리 위반인가 여부를 다툰 것이다. 대법원의 입장은 다음과 같다.

군대 내에서 군종장교는 국가공무원인 참모장교로서의 신분뿐 아니라

40) 芦部信喜, 上掲書, 150頁. 종교단체인 야스쿠니신사에 총리대신이 국민의 대표로 공식참배를 하는 것은 목적은 세속적이라도 그 효과에 있어 국가와 종교단체와의 깊은 관련을 초래하는 상징의 의미를 갖고, 정교분리 원칙의 근간을 흔드는 것이라고 한다.

41) 허영, 앞의 책, 407면; 권영성, 앞의 책, 485면; 정중섭, 앞의 책, 429면; 성낙인, 『헌법학』, 2007, 법문사, 410면.

성직자로서의 신분을 함께 가지고 소속 종단으로부터 부여된 권한에 따라 설교·강론 또는 설법을 행하거나 종교의식 및 성례를 할 수 있는 종교의 자유를 가지는 것이므로, 군종장교가 최소한 성직자의 신분에서 주재하는 종교 활동을 수행함에 있어 소속종단의 종교를 선전하거나 다른 종교를 비판하였다고 할지라도 그것만으로 종교적 중립을 준수할 의무를 위반한 직무상의 위법이 있다고 할 수 없다. 공군참모총장이 전 공군을 지휘·감독할 지위에서 수하의 장병들을 상대로 단결심의 함양과 조직의 유지·관리를 위하여 계몽적인 차원에서 군종장교로 하여금 교계에 널리 알려진 특정 종교에 대한 비판적 정보를 담은 책자를 발행·배포하게 한 행위가 특별한 사정이 없는 한 정교분리의 원칙에 위반하는 위법한 직무집행에 해당하지 않는다.⁴²⁾

위의 사건은 소위 개신교 교단이 이단이라고 규정한 한 종교단체의 군내 종교활동을 군종장교인 목사들이 공군참모총장의 지시로 통제하고, 설교와 출판을 통해 이단의 내용을 적시한 것을 원고가 군종목사의 신분이 국가공무원이라는 점을 들어 정교분리 원칙을 위반했다고 주장한 것을 대법원이 기각한 내용이다. 또한 대법원은 위의 판결을 통해 특정 종교의 이단 여부를 판단하는데 국가가 개입할 여지가 없음을 명확히 하였으나, 군이라는 조직의 특수성과 군종장교의 직역 상의 특수성을 고려했을 때 위법행위가 없었다고 판시했다.

다시 말해, 미국의 헌법해석론과 마찬가지로 국가와 종교가 완전히 분리되는 것을 ‘정교분리’ 원칙의 내용으로 보는 것은 아니다. 군종장교 제도를 국방부가 유지하고 있는 것이 정교분리 위반이 아닌 것은 바로 이러한 측면 때문이다. 만약 종교와 국가 간, 사실 상의 모든 관계를 정교분리 위반이라고 주장한다면 군종장교가 존재하는 것 자체가 문제가 되어야 한다. 그러나 이러한 과도한 분리주장은 합리성과 현실성을 결여한 것이다.

미국의 경우처럼, 한국의 헌법해석론도 공공복리와 같은 세속적 목적이

42) 대법원 2007. 4.26. 선고 2006다87903.

아닌 종교적 목적을 갖는 공권력과 종교의 유착 관계는 정교분리 위반이라고 판단한다. 그러나 군종장교의 경우, 이들의 임무 중 일부는 명백히 종교목적에 갖는다. 군종장교의 존재가 정교분리 위반이 아닌 것은 대법원의 입장처럼, 군조직의 특수성에 있다. 넓게 보면, 군종장교 제도의 목적은 종교목적 자체에 있는 것이 아니라 생명의 위협이 상존하는 군조직의 특수성 상, 군조직의 유지와 구성원의 정신건강 내지 이동의 자유가 제한되는 군장병들의 종교의 자유 보장 등 세속적 목적에 있다고 평가할 수 있다. 즉 국가의 ‘종교관련성’ 여부가 정교분리 위반 여부를 판단하는 무조건적 기준이 될 수 없다는 것이다.

위의 두 가지 판례와 헌법학계의 통설을 통해 확인할 수 있는 우리나라의 ‘정교분리’ 원칙의 내용은 국가의 특정 종교에 대한 우대와 차별을 금지하는 것이지만, 정치와 종교의 완전한 관계 차단이 ‘정교분리’를 의미하는 것은 아니다. 정교분리 위반의 판단 기준은 그 목적과 결과, 그리고 정치와 종교의 유착 정도를 기준으로 판단하여야 한다.

4. 정교분리 위반 여부의 판단기준

위의 미국과 일본, 한국의 정교분리에 관해 논의한 내용을 기초로 정교분리 위반 여부의 판단기준을 제시하면 다음과 같다. ① 공권력 행사의 목적이 종교적인가 세속적인가 여부, ② 공권력 행사를 통해 특정종교가 이익을 얻거나 차별을 받는가 여부, ③ 공권력행사의 주체와 특정 종교단체와의 유착 여부가 그것이다.

특정 종교가 공권력 행사를 통해 간접적인 이익을 얻거나 제한을 받는다 하더라도 그 공권력 행사가 공공복리와 같은 세속적 목적을 지닌 것이라면, 정교분리 위반이 아니라고 보아야한다.

정교분리에 관해 공적영역에서 종교와 관련된 모든 행위를 철저히 배제한다는 의미로 이해해서는 안 된다. 오히려 정교분리를 내세워 공무원

개인의 종교의 자유를 과도하게 제한하거나 국민의 종교실행의 자유를 지나치게 제한한다면, 이러한 기본권의 침해가 오히려 헌법정신에 반하는 것이다. 세속국가의 이념과 세속적 목적을 이유로 종교 실행이 외부로 표현되는 것을 막게 된다면 종교의 자유를 보장해야 할 국가가 종교의 자유를 침해하고, 종교 간의 감시가 종교의 자유를 억제하게 되는 결과가 초래된다.

따라서 중요한 가치기준은 ‘민주적 헌정질서’라고 하는 이념의 실현이다. 다종교사회에서 종교 간 화합과 평화를 이루어 내고, 국가와 법이 종교영역에 적극개입하고 판단하는 것이 아니라, 종교의 자율성이 존중되는 것이 자유민주주의 헌정질서의 지향점이라고 하겠다.

‘관용’이라는 자유민주주의 체제의 가치가 잠식당하고 종교 간 대립과 충돌을 ‘정교분리’ 문제로 전환시키고자 시도한다면, 국가와 법이 종교를 판단하고 종교를 통제하도록 유도하게 되는 불합리한 결과를 초래하게 된다. 종교와 국가 또는 지방자치단체간의 모든 협력과 우호관계를 단절시키는 것이 헌법상의 정교분리를 실현하는 것이 될 수 없으며, 현실적으로 이러한 협력관계를 완전히 차단할 수도 없다.

종교적 목적이 아닌 세속적 목적으로 지방자치단체 등과 종교가 협력하는 경우, 종교가 담당하는 사회적 순기능의 과정으로 볼 수 있으므로 적극 권장할 사항이라고 할 수 있다. 지역사회의 복지공백을 최소화하기 위해 지방자치단체와 종교가 손잡고 소년소녀가장이나 한부모 가정 등을 지원하는 것은 ‘공익’을 목적으로 하는 것이므로 정교분리위반으로 볼 수 없다. 이러한 공익목적 사업 과정에서 특정 종교가 선교효과와 같은 부수적이고 간접적인 이익을 얻는다 하더라도 이는 법이 금지할 성질의 것이 아니다. 종교단체가 공익증진 사업에 참여하면서 상대적으로 얻게 되는 이익은 합리적 차등의 차원에서 얼마든지 법리상 정당화 될 수 있다.

제 3 장 종교차별의 유형과 사례분석

제 1 절 입법과 정책 영역

1. 종교인에 대한 과세

■ 사 례

사회에서 종교단체 또는 종교인에 대해 과세를 하지 않는 것이 정교분리에 위반되지 않는지 문제된다.

■ 우리나라의 경우

종교인에 대한 과세는 과거 논의된 바가 많았지만 현재까지 해결되지 못하고 적어도 종교인에 대한 근로소득세는 부과하지 않는 것이 사실상의 관행으로 되어 있다.

이 문제에 대해서는 현행 소득세법은 제12조에서 ‘비과세 소득’을 열거해놓고 있다. 여기에는 ‘신탁법’ 제65조의 규정에 따른 공익신탁의 이익, 사업소득 중 대통령령이 정하는 농가부업소득, 대통령령이 정하는 복무 중인 병(兵)이 받는 급여 등이 포함돼 있다. 그런데 이 규정에서는 사실 종교인들의 소득에 대해서는 따로 규정해놓은 게 없다. 법규대로라면 이처럼 종교인들이 소득세를 면제받을 명시적인 근거가 없는 것이다. 그러나 한편에서는 국세청이 종교인들에게 과세하고 있지 않다는 점에 주목하여 국세청장을 고발한 사건에서, 검찰은 “종교인에 대한 과세 의무가 명문화돼 있지 않고 ‘건국 이후 성직자에게 세금을 물리지 않은 관행’ 등에 비춰 비과세를 국세청장의 고의적 직무 태만으로 볼 수 없다”며 무혐의 처리했다.

이 문제는 종교계 내에서도 많은 논란을 일으키고 있는데, 이를 반대하는 입장에서는 종교적 헌금은 기부금과 마찬가지로 이미 납세자들이 납

세한 부분이 있으므로 이중과세할 수 없다는 점과 종교인들의 소득의 경우 근로소득으로 보기 어렵다는 점, 실제 과세하는 경우에도 소득이 면세점 이하인 경우가 많아 실효성이 없다는 점 등이 제기되고 있다. 정부의 경우 종교탄압으로 비추어질 것을 염려하여 종교인 과세에 대해서는 신중한 입장을 보이고 있다.

이 문제가 종교인들에게 특혜를 주는 것처럼 비추어지기는 하지만, 과세를 하는 것이나 하지 않는 것이나 어느 경우에도 정교분리 위반 문제가 제기될 가능성은 적다고 본다. 과세의 경우에도 성직자들의 종교의 자유를 침해하는 것으로 보기는 어렵고, 모든 종교의 성직자들에게 과세하는 것인 이상 정교분리에 위반되는 것은 아니다. 현재처럼 과세하지 않는다고 하더라도 사실상의 면세 정책이 종교적 목적을 띠고 있거나 결과적으로 국가가 특정 종교를 공인하는 것을 의미하는 것도 아니기 때문에 어떠한 정책이나 입법을 하는 경우에도 그것이 비례원칙에 입각한 것인 한 종교차별의 문제는 발생하지 않을 것이라고 본다.

■ 미국의 경우

미국의 경우 연방최고법원은 부동산세금 면제를 종교적 기관뿐만 아니라 다른 비영리단체에게도 인정하는 주 법률에 대하여는 합헌이라고 판단한다.⁴³⁾ 즉 비영리기관들에 대한 납세의무 감면을 위한 일반정책의 일부로서 교회에 대해 재산세를 면제해주는 것은 결과적으로는 종교에 대한 간접지원이지만 합헌이라고 한다. 이는 면세의 역사가 종교기관에 한정된 것이 아니라 비영리기관들에게 공통적으로 행해져 왔고 그 결과 특정 종교에 대한 후원이 아니기 때문이다. 또한 면세의 혜택을 부여하는 것이 세액의 사정이나 과세를 위한 유치권 설정 과정에서 나타나는 것보다 정부와 종교 간의 행정적 유착을 덜 가져왔다는 점도 하나의 근거가 된다. 이를 ‘호의적 중립’(benevolent neutrality)라고 한다.

43) *Walz v. Tax Commission of City of New York*, 397 U.S. 664 (1970).

그러나 세금면제를 특히 종교적 출판물에 대해서만 허락하는 법률은 위헌이라고 하였다.⁴⁴⁾ 즉 주 정부가 종교단체에서 발간하는 정기간행물에만 판매 및 사용 관련 세금을 면제해주는 것은 특정 종교의 신앙을 주 정부가 승인하는 것이 되기 때문에 정교분리 원칙에 위반되는 것으로 보았다.

44) *Texas Monthly, Inc. v. Bullock*, 489 U.S. 1 (1989).

2. 군종제도

■ 사례

기독교(가톨릭·개신교), 불교(조계종)와 원불교의 성직자만을 군종장교로 임관시켜 각급 부대에 배치한다. 소수종교의 교단과 성공회 등이 군종장교 임관 대상에서 배제된 것이 종교차별인지 문제된다.

군대에 입대한 사람들은 국방의 의무를 이행하기 위한 것이지만, 반대로 거주·이전의 자유를 포함하여 신체의 자유에 큰 제한을 받게 된다. 비록 신체의 자유에 대한 제한에도 불구하고 내심에 머무는 양심이나 종교와 같은 경우 제한받지 않는 것처럼 인식될 수도 있지만, 내심의 자유들도 결국 표현될 때에 자아를 실현하는 것이 되고 온전한 자유의 회복이 되므로 국가는 이러한 자유의 보장에 각별히 유의하고 있다. 특히 종교의 자유의 경우 자신이 속한 종교의 집회에 참석할 수 있는 자유는 거주·이전의 자유로 제한될 수 있어, 군부대 내에서 종교의 자유를 행사할 수 있도록 어느 나라에서도 보편적으로 인정받고 있다. 이것은 개인의 종교의 자유 보장 뿐만 아니라 군대라는 특수한 환경에서의 군대조직의 유지를 위해서도 필요한 것으로 인식되고 있다. 이에 따라 다른 국가에서도 군대 내에서는 정교분리 원칙에도 불구하고 정부의 종교 시설 지원을 인정하고 있다.

우리나라에서도 군종업무를 인정하고 있으며 이것이 국가에 의한 종교의 개입으로 보지는 않고 있다. 국방부 군종업무훈령에 따르면 군종업무는 종교활동·교육활동·선도활동·대민활동 및 기타활동을 통하여 장병의 정신무장을 강화하고 사기를 진작시켜 부여된 임무를 완수하게 하며 건전한 모범 시민으로 육성하는데 있다. 그리고 군종장교는 국군장교단의 일원으로 참모장교로서의 신분과 소속 종단으로부터 파송된 성직자로서의 신분을 함께 가진다. 군종장교는 비전투요원으로서 군사적 지휘권이 없으

며, 무기를 휴대하지 않고 당직 임명의 대상 및 군사법원의 심판관이 되지 아니한다.

그런데 군중제도는 국방이라는 특수임무의 완수를 보조하기 위해 만든 제도이지만 모든 종교를 동시에 무제한적으로 인정하기에는 현실적으로 무리가 따른다. 그래서 일반적으로는 국방부가 어떤 종단에서 군중장교를 파송 받을 것인가를 결정할 수 있는 권한이 있다고 할 수 있다. 이때 군내 신자 수나 기타 군의 특수한 상황에 따라 군중정책을 결정할 수 있다.

이 경우 국방부가 일부 종교에 대해서만 군중을 인정하는 현상도 나타난다. 모든 종교와 종단, 종파에 대하여 동등하게 군중장교를 파송하게 하는 것은 불가능할 뿐만 아니라 우리 헌법이 이러한 획일적 평등을 지향한다고 볼 수도 없기 때문이다. 만약 군중제도의 목적이 ‘종교’ 자체에 있다면 군중장교를 파송할 수 없는 종단들에 대한 간접차별이 될 수 있으나, 군중제도는 국방이라고 하는 세속적 목적에 기인하는 것이므로 합리적 범위에서 특정 종단만이 군중장교를 파송할 수 있게 하는 것은 종교차별의 위법성이 없다고 해야 한다.

물론 이러한 군중제도를 이유로 소수종교를 가진 사람과 종교를 갖지 않은 사람에 대하여 국방부가 배치한 군중장교에 속한 종교만 강요한다면 종교의 자유를 침해하는 것이 된다. 소수종교나 종교를 갖지 않은 사람에 대하여는 어떤 종교적 강제도 있어서는 안 될 것이다. 아울러 군대 내의 종교인구에 대한 정기적인 실태조사와 종교계의 협력을 얻어 소수자의 종교도 최대한 보장받을 수 있는 방향으로 군중제도를 운영해야 할 것이다.

3. 종교적 기념일의 공휴일 제도

■ 사 례

현재 우리나라는 석가탄신일과 개천절, 성탄절을 공휴일로 정하고 있어 다른 종교를 가진 사람들을 차별적으로 대우하는 것은 아닌지 문제되고 있다.

종교적 의미를 가지는 공휴일로는 개천절, 성탄절(기독교탄신일), 석가탄신일 등을 들 수 있다(「관공서의 공휴일에 관한 규정」 제2조). 이 가운데 개천절과 성탄절은 대한민국 건국초기에 관공서의 공휴일로 지정되었으며,⁴⁵⁾ 석가탄신일은 1975. 1. 27.에 공휴일로 지정되었다. 개천절의 경우 국가의 기원에 관한 기념일로 인식되고 있어 정교분리 원칙 위반문제가 제기되지 않으나 그것이 특정한 종교와 관련되어 있다는 점, 단군의 건국이 신화적 성격을 가지고 있다는 점을 강조한다면 정교분리의 원칙 위반의 문제가 제기될 수 있다.

이 문제는 사실 우리나라가 특정 종교를 공인한 것이 아닌가 하는 문제로 많이 제기되었다. 그러나 다른 한편 공휴일 제도가 시대 상황에 따라 문화적 배경을 가지고 형성되는 것이라는 점을 고려한다면, 비록 공휴일의 지정된 기념일 자체는 종교적인 것과 관련이 깊겠으나 현재의 운영은 종교적 성격이 다소 완화되었다고 보여진다. 또한 공휴일 제도와 관련이 있는 종교인구가 모두 합하면 80-90%가 되고, 이들에 대한 배려가 국가가 종교에 대해 배려하고 관련성을 갖게 되기는 하지만 종교적 목적으로 가입한 것으로 보기만은 어려운 점도 있다고 본다.

아울러 기왕의 공휴일을 없앴으로써 일어날 수 있는 종교적 논란을 생각한다면 기존의 제도는 존중하면서 다른 문제들을 해결하는 방안이 더 바람직하다고 본다. 예를 들어 일반인이나 공무원이 직장에서 자신이 속

45) 1949. 6. 4. 관공서의휴일에관한건[대통령령 제124호].

한 종교의 종교적 기념일을 이유로 휴가를 신청하는 경우 특별한 사유가 없는 한 이를 허가하는 방식으로 해결하는 것도 하나의 방법이라고 생각한다.

4. 공휴일 시험제도

■ 사 례

시행하는 각종 공무원 시험 가운데 일요일에 치루는 경우가 많다. 그런데 일요일은 종교에 따라서는 종교적 의식을 거행하는 기념일이기 때문에 일요일의 시험 제도가 종교의 자유를 침해한 것이 아닌지 문제된다.

특히 이러한 사례와 관련하여 실제 헌법재판소에 헌법소원이 제기된 바 있다. 즉 정부는 2000년도 공무원임용시험 시행계획을 공고하면서 사법시험 제1차 시험의 시행일자를 일요일로 정하였는데, 기독교를 신봉하는 사람의 경우 기독교 교리상 일요일에는 교회에 출석하여 예배행사에 참석하는 것이 신앙적 의무이기 때문에 그 신앙적 의무를 위반하지 않고는 위 시험에 응시할 수 없게 되었다고 주장한 사례이다. 따라서 사법시험의 시험일자를 일요일로 정한 것이 관련된 사람의 종교의 자유, 평등권 등을 침해한 것이 아닌지 문제된다.

이 사례는 공휴일, 특히 일요일에 공무원 시험을 치루는 것이 기독교인들의 예배에 참여하는 종교의 자유를 침해하는 것이 아닌지 문제가 되어, 헌법재판소에서 결정한 사례이다. 헌법재판소는 일요일에 시험을 치루는 것이 다른 응시생들의 편의와 시험관리 등 공공복리를 이유로 제한할 수 있다고 보았고, 일요일이 우리나라에서는 종교적 기념일로 보기 어렵다는 취지로 결정하였다. 결정 요지 가운데 종교의 자유를 침해하였는지 판단한 부분만 살펴보면 다음과 같다.

- ① 위 공고가 기독교를 신봉하는 청구인의 종교의 자유를 침해하고 평등의 원칙에 위배되는지 여부(소극)

“이 사건에서 청구인은 자신의 신앙적 의무를 지키기 위하여 사법시험 응시를 포기하고 예배행사에 참여하였다는 것이므로 사법시험 시행일을 일요일로 정한 피청구인의 처분이 직접적으로 청구인의 종교의 자유를 침

해하였다고 보기는 어렵다. 다만 매년 반복하여 시행되는 사법시험의 시행일을 일요일로 정하는 것이 청구인의 일요일에 예배행사에 참석할 종교적 행위의 자유를 제한하는 것으로 볼 수 있는지가 문제이나, 종교적 행위의 자유는 신앙의 자유와는 달리 절대적 자유가 아니라 질서유지, 공공복리 등을 위하여 제한할 수 있는 것으로서 사법시험 제1차 시험과 같은 대규모 응시생들이 응시하는 시험의 경우 그 시험장소는 중·고등학교 건물을 임차하는 것 이외에 특별한 방법이 없고 또한 시험관리를 위한 2,000여 명의 공무원이 동원되어야 하며 일요일 아닌 평일에 시험이 있을 경우 직장인 또는 학생 신분인 사람들은 결근, 결석을 하여야 하고 그밖에 시험당일의 원활한 시험관리에도 상당한 지장이 있는 사정이 있는바, 이러한 사정을 참작한다면 피청구인이 사법시험 제1차 시험 시행일을 일요일로 정하여 공고한 것은 국가공무원법 제35조에 의하여 다수 국민의 편의를 위한 것이므로 이로 인하여 청구인의 종교의 자유가 어느 정도 제한된다 하더라도 이는 공공복리를 위한 부득이한 제한으로 보아야 할 것이고 그 정도를 보더라도 비례의 원칙에 벗어난 것으로 볼 수 없고 청구인의 종교의 자유의 본질적 내용을 침해한 것으로 볼 수도 없다.

또한 기독교 문화를 사회적 배경으로 하고 있는 구미 제국과 달리 우리나라에서는 일요일은 특별한 종교의 종교의식일이 아니라 일반적인 공휴일로 보아야 할 것이고 앞서 본 여러 사정을 참작한다면 사법시험 제1차 시험 시행일을 일요일로 정한 피청구인의 이 사건 공고가 청구인이 신봉하는 종교를 다른 종교에 비하여 불합리하게 차별대우하는 것으로 볼 수도 없다.”

② 위 공고가 공무원임권을 침해하는지 여부(소극)

“사법시험은 원칙적으로 자격시험의 성격이 있고 그 시험에 합격하여 사법연수원의 소정 과정을 마친 사람 중에서 판사나 검사를 임용하고 있으므로 그 한도에서 공무원임용시험의 성격을 가지고 있는바, 피청구인이 사법시험 제1차 시험의 시행일을 일요일로 정하였다고 하여 청구인의 공

무담임권이 침해되었다고 볼 수는 없다. 즉 청구인이 자신이 신봉하는 종교의 특별한 교리를 이유로 일요일에는 예배행사 참여와 기도와 선행 이외의 다른 행위를 할 수 없다는 것일 뿐이므로 다수 국민의 편의를 위하여 시험 시행일을 일요일로 정한 피청구인의 이 사건 공고가 특별히 청구인의 사법시험 응시 기회를 차단한다고 볼 수 없다.”

결국 헌법재판소는 우리나라에서의 일요일은 특별한 종교의 종교의식일이 아니라 일반적인 공휴일이라는 관점에서 판단하였고, 특히 일요일이 아니면 시험장을 마련하기 어려운 점을 참작하여 종교행위의 자유의 경우에도 공공복리를 위하여 제한 가능한 것으로 판단한 것으로 보인다.

5. 납골시설의 설치·운영 장소의 제한

■ 사 례

납골시설의 경우 학교정화구역 등 특정 지역 내에는 설치가 불가능하다. 이 경우 종교시설로 볼 수 있는 납골시설에 대해 자유를 제한한 것이 아닌지 문제된다.

즉 문제가 된 사례를 구체적으로 본다면, 구 학교보건법(2005. 12. 7. 법률 제7700호로 개정되고, 2007. 12. 14. 법률 제8678호로 개정되기 전의 것) 제6조 제1항 본문 제3호에 따르면 학교정화구역 내에서는 납골시설의 설치·운영이 절대적으로 금지되었다. 이에 따라 경우에 따라서는 종교적 성격이 있다고도 볼 수 있는 납골시설의 설치장소를 법률로 제한하는 것이 종교의 자유 내지 그 밖에 행복추구권·직업의 자유 등 기본권을 침해하는 것인지 여부가 된 사안이다.

이 사건과 관련된 구 학교보건법의 법률조항은 정화구역 내의 납골시설 설치·운영을 일반적으로 금지하고 있다. 그런데 종교단체의 납골시설은 사자의 죽음을 추모하고 사후의 평안을 기원하는 종교적 행사를 하기 위한 시설이라고 할 수 있다. 종교단체가 설치·운영하고자 하는 납골시설이 금지되는 경우에는 종교의 자유에 대한 제한 문제가 발생한다. 그리고 개인이 조상이나 가족을 위하여 설치하는 납골시설 또는 문중·종중이 구성원을 위하여 설치하는 납골시설이 금지되는 경우에도 행복추구권 제한의 문제가 발생한다. 납골시설의 설치·운영을 직업으로서 수행하고자 하는 자에게는 이 사건 법률조항이 직업의 자유를 제한하게 된다.

우리 사회는 전통적으로 사망한 사람의 시신이나 무덤을 경원하고 기피하는 풍토와 정서를 가지고 살아왔다. 입법자는 학교 부근의 납골시설이 현실적으로 학생들의 정서교육에 해로운 영향을 끼칠 가능성이 있다고 판단하고 학생들에 대한 정서교육의 환경을 보호하기 위하여 학교 부근의 납골시설을 규제하기로 결정한 것이다. 납골시설을 기피하는 풍토와 정서

가 과학적인 합리성이 없다고 하더라도, 그러한 풍토와 정서가 현실적으로 학생들의 정서발달에 해로운 영향을 끼칠 가능성이 있는 이상, 규제하여야 할 필요성과 공익성을 부정하기 어렵다.

그런데 한편 헌법은 학교교육 등 교육제도에 관한 기본적인 사항을 법률로 정하도록 규정하였다(제31조 제6항). 이에 따라 국가는 학생들에 대한 학교교육의 책임과 함께 학교교육제도에 관한 전반적·포괄적인 형성권과 규율권을 가진다.

학교 정화구역 내에 납골시설을 금지할 필요성은 납골시설의 운영주체가 국가·지방자치단체 등의 공공기관이거나 개인·문중·종교단체·재단법인이든 마찬가지라고 할 것이다. 따라서 납골시설의 유형이나 설치주체를 가리지 아니하고 일률적으로 금지한다고 하여 불합리하거나 교육환경에 관한 입법형성권의 한계를 벗어났다고 보기 어렵다.

나아가 이러한 규정이 대학 부근의 정화구역까지 적용되는 것도 문제가 되었다. 이에 대해 헌법재판소는 대학의 경우에도 납골시설의 설치·운영을 제한할 수 있는 것으로 보았다.

즉 납골시설을 기피하는 정서는 사회의 일반적인 풍토와 문화에서 비롯된 것이어서 대학생이 되면 완전히 벗어나게 된다고 단정하기 어렵고, 이에 따라 대학 부근의 정화구역에서도 납골시설의 설치를 금지하는 것이 불합리하거나 불필요하다고 보기 어렵다고 보았다. 또한 이 사건 법률조항에 의하여 금지되는 것은 학교 부근 200m 이내의 정화구역 내에 국한되는 것이므로, 그로 인하여 기본권이 침해되는 정도는 크지 않다고 할 수 있다고 하였다.

결국, 헌법재판소는 이 사건 법률조항은 입법목적을 달성하기 위하여 필요한 한도를 넘어서 종교의 자유, 행복추구권 및 직업의 자유를 과도하게 제한하여 헌법 제37조 제2항에 위반된다고 보기 어렵다고 결론내렸다.⁴⁶⁾

46) 헌법재판소 2009. 7. 30. 선고 2008헌가2.

이러한 내용을 토대로 보건대 종교시설의 설치 장소가 국가안보나 사회 질서, 공공복리를 이유로 일정한 지역에는 설치할 수 없도록 하는 것도 가능하다고 본다. 다만, 가능하다는 것 자체와 어느 지역에 설립, 운영을 금지하는 것인지는 개별적으로 살펴보아야 한다. 일반적인 종교시설은 납골시설과는 성격이 매우 다르고 외부적으로 어떤 해로운 정서를 끼칠 것은 아니기 때문에 현존하고 급박한 위협, 예컨대 군사시설로 특히 중요한 지역 등 일반 사회단체의 시설도 설치, 운영이 금지될 수 있는 지역에서는 동일한 수준으로 종교시설의 설치, 운영도 제한될 수 있다고 본다.

제 2 절 공권력 행사 영역

1. 경찰서·교도소에서의 종교의 자유

(1) 경찰서 유치인에 대한 종교행사 강요

■ 사 례

甲은 ○○경찰서의 유치장에 입감되었는데 □□교회 소속 교인들이 찾아와 성경과 찬송가를 나누어 주고 큰소리로 예배를 보는 바, 甲은 기독교인이 아니므로 예배 보기를 원하지 않는다고 밝혔음에도 불구하고 함께 예배드리게 되어 종교의 자유를 침해당하였다고 주장하여 문제가 되었다.

피구금 상태에 있거나 군복무 중인 경우, 이동의 제한이 있으므로 종교의 자유뿐만 아니라 포괄적인 기본권 침해가 가능하다. 특히 종교행사 참석을 금지하는 조치가 기관장의 결정으로 가능(성경, 불경 등의 경전반입 금지도 가능)하고, 이동이 불가능한 상태에서 일방적인 종교행위의 강요가 가능함으로 인해 ‘종교의 자유’침해 사건 발생 가능성이 매우 높다고 할 수 있다.

사례에서 ○○경찰서는 ‘유치인 인성교육 계획’에 따라 매주 일요일 주일예배를 실시하였다. 이때 甲을 포함한 유치인의 참여의사와 무관하게 또는 종교가 없는 사람이나 타종교 신앙인을 구분하지 않고 특정 종교집회나 예배에 참석하도록 강요당하게 된다. 이러한 경우는 종교차별로 논의하는 것보다 종교적 자유를 침해한 것인지 문제된다. 왜냐하면 다른 종교에 속한 사람에게 어떤 차별적 행위를 가함으로써 평등권을 침해한 것에 이른 것은 아니기 때문이다.

이러한 사례의 경우 유치장에 입감된 경우 종교적 집회를 허가하는 자체는 종교에 대한 특혜는 아니라고 볼 것이다. 군대와 같이 구금시설에서 이동의 자유가 제한되는 만큼 시설 내에서의 종교의 자유 보장을 위해 그

리고 교화 목적으로 종교적 집회를 허가하는 것은 외국에서도 일반적이다.

그러나 종교적 집회에 참여를 거부하는 사람까지 강제로 참여하게 하는 것은 종교의 자유를 침해하게 된다. 국가인권위원회에서도 이와 유사한 취지의 진정 사건에서 기본권 침해에 해당한다고 결정하였다(국가인권위원회 06진인952).

경찰서 유치장뿐만 아니라 구치소와 교도소에서도 동일한 측면에서, 피구금자의 ‘종교의 자유’ 침해 사건이 발생할 개연성이 매우 높다. 또한 교도소 등에서 성직자를 초청한 인성교육이 있을 경우, 당해 기관이 종교의 구분 없이 또는 신앙이 없는 사람을 구분하지 않고 참석을 강제하면 이 행사에 참석하는 것만으로도 기본권침해가 될 수 있다. 이러한 경우 대부분 분리가 가능하기 때문에 참석을 원하는 사람에 한해서 교육을 실시해야 할 것이다.

반대로 종교집회의 참석을 강제하는 것이 아니라 개인적 종교행위를 금지하는 것도 종교의 자유를 침해한 것이 된다. 이와 관련하여 국가인권위원회는 종교강요 행위뿐만 아니라 종교집회 및 종교교육 참여를 불허한 경우에 대해서도 인권침해로 판단 권고결정을 했다(03진차535). 국가인권위원회는 “미결수용자에 대해 종교집회 및 종교교육의 참여를 불허할 법적 근거는 없으며, 미결수용자는 무죄추정을 받기 때문에 기본권이 일부 제한될 수밖에 없는 기결수용자보다 기본권이 확대되어야 함에도 종교집회 등이 일체 불허되어 온 관행은 평등권 침해의 차별행위로 판단된다.”라고 했다.

따라서 성경과 불경 등 종교경전과 천주교수첩 등 성물 등의 소지를 불허하는 것은 인권침해가 될 수 있다. 국가인권위원회는 구치소장에게 여러 종류의 기도문이 적혀있는 천주교 수첩을 소지하는 것을 허용하도록 권고한 바 있다(08진인494).

결국 이러한 시설에서의 종교집회 자체는 특정 종교를 우대하거나 차별한 것은 아니고, 정교분리에 위반한 사례에 해당하지는 않는다. 수용시설

에서 종교적 집회 역시 군대와 유사한 상황에서 수용시설에 있는 사람들이 요구할 경우 종교적 집회를 최대한 배려해야 할 것이다. 무죄추정을 받는 경우에는 더더욱 그러하다.

그런데 이 경우 군중제도와 마찬가지로 모든 종류의 종교적 집회를 허락하는 것은 현실적으로 어렵기 때문에 주요 종교에 대해서만 종교적 집회를 허락하는 것이 종교차별은 아니라고 할 것이다. 그러나 이러한 경우에 해당 종교를 믿지 않는 사람이나 종교가 없는 사람에게 권유를 넘어서 종교적 집회를 강제해서는 안 된다. 반대로 소수종교의 경우 개인 스스로의 종교적 행위(예: 코란 등 경전의 소지, 기도 등)를 하는 것을 금지해서는 안 될 것이다. 소수 종교에 속한 사람이나 무종교인 사람의 종교의 자유를 침해할 소지가 많기 때문이다.

(2) 교도소에서의 소수종교의 종교집회 불허

■ 사 례

甲은 형사상 죄를 범하고 법원의 확정판결을 받아 교도소에 수용되어 형의 집행을 받고 있었다. 그런데 甲은 자신의 종교인 ○○○ 신도들과 함께 집회를 하고자 하였으나 교도소 측이 종교집회를 허용하지 않아 문제가 되었다.

교도소의 경우에서도 수형자들의 종교의 자유는 최대한 존중되어야 한다. 물론 소수 종교의 경우 국가가 종교의 자유는 보장하지만 교도 행정상 종교를 위한 시설을 제공하거나 집회를 전면적으로 보장할 수는 없다. 다만 종교적 모임과 같은 경우 교도소의 질서 유지 등 교도행정에 영향을 미칠 특별한 사유가 없다면 다른 종교적 모임과 동등한 수준에서 이를 허용하는 것이 바람직할 것이다. 또한 어느 종교에 대해서는 모임을 허용하면서 다른 종교에 대해서는 정당한 사유 없이 모임을 불허한다면 이는 종교의 자유를 침해할 소지가 많다고 본다.

사례와 같은 경우 특히 소수 종교나 이단으로 지목받은 종교가 문제된 경우인데 국가인권위원회는 이렇게 소수 종교의 신도들의 종교집회를 불허한 교도소에 대해 다음과 같이 권고결정을 하였다.

“교도소 측이 ○○○(종교) 수용자들에 대하여 종교집회를 허용하지 않고 있는 행위가 헌법 제11조 제1항에 보장한 평등권을 침해한 차별행위이다. 국가의 구금시설에서 특정 종교에만 종교집회를 허용하는 것은 국가의 종교에 대한 중립성의 원칙으로 볼 때 위헌시비의 소지가 있다(01진차 2).”

2. 군대에서의 종교의 자유

(1) 군대 영역의 특수성

경찰서, 군대, 학교, 국립병원 등 특별행정법관계 또는 특별권력관계라고 할 수 있는 곳에서의 종교의 자유와 정교분리는 일반적인 국가와 국민관계와는 다른 특수성을 띤다. 그런데 이 가운데에서도 군대와 학교는 유사하면서도 다른 특성이 있어 별도로 검토한다. 군대의 경우 외부와의 연결이 차단되고 거주·이전의 자유가 제한되기 때문에 군인의 종교의 자유를 보장하기 위해서는 군시설 내에 종교시설을 설치해주어야 한다. 외국의 경우 정교분리를 어느 수준에서라도 시행하고 있는 국가의 경우에도 공적용지인 군시설에 종교시설을 설치해 주는 것이 일반화되어 있다.

반면에 군대는 사회의 다른 조직과 달리 상명하복의 관계가 보다 분명하고 요구되기 때문에 일반적인 행동의 자유가 어느 정도 제한되는 것이 일상적이기도 하다. 이러한 경우 종교의 자유도 침해될 가능성이 보다 높기 때문에 특별한 고찰이 필요하다.

교육의 경우 후술하듯이 국립학교와 사립학교가 다르게 판단될 수 있는데 우리나라 중립학교가 많으면서도 학교선택권이 제약되어 있다는 점에서 다른 나라와 다른 특징이 있어 별도로 서술한다.

(2) 육군 3사관학교 가입교 기간 종교활동 금지

■ 사 례

군의원후보생인 甲은 훈육장교에게 종교행사 참석에 대해 문의하였으나, 가입교 기간에는 종교행사에 참석할 수 없다는 답변을 들었다. 입교식 전 4일간 가입교 기간에는 예배 등 종교활동을 할 수 없다는 육군3사관학교의 규정에 따라 사관후보생들의 종교활동이 제한된 사건이다.

육군규정 제179 종교업무규정에 따라 각 급 지휘관은 부대 임무수행에 지장이 없는 범위에서 군종장교가 실시하는 종교의식(종교예식)에 장병들이 참석할 수 있도록 편의를 제공해야 한다. 육군3사관학교의 사관후보생 규정에는 군종병과의 경우만 가입교 기간의 종교활동을 보장하고 나머지 병과의 경우 가입교 기간의 종교활동을 불허하고 있어 문제가 된 사례이다.

그러나 학사일정상 사관후보생 교육에 종교의식 참여가 아무런 지장을 초래하지 않음에도 불구하고 획일적으로 가입교기간 종교활동을 금지한 것은 기본권침해에 해당된다. 이 경우 종교 간의 차별은 아니고 획일적으로 금지한 것이지만 종교적 행위에 해당하는 경우에만 종교의 자유를 침해한 것이 된다.

이와 동일한 사례에서 국가인권위원회도 육군3사관학교장에게 가입교 기간에도 학사일정 조정 등을 통해 사관후보생들에게 종교활동을 보장해 줄 것을 권고 했다(08진인480).

(3) 군대 내 이단에 관한 책자 제작·배포

■ 사 례

공군참모총장의 지시로 군종장교가 군대 내 이단을 비판하는 내용의 책자를 제작·배포한 행위가 정교분리 위반의 위법성이 없는지 문제가 되었다.

이 사례는 공무원에 해당하는 군종장교가 특정 종교를 옹호하는 것을 넘어서 이단을 비판하는 교육과 관련 내용의 책자를 배포한 것이 문제가 되었다. 일반적인 공무원이라면 특정 종교의 옹호뿐만 아니라 국가가 이단에 대해 판단하는 것이 정교분리에 위반된다고 보는 것이 보통이다. 물론 외국의 사례의 경우 사회질서를 해치는 종교단체를 형사적으로 처벌하는 경우는 종종 있다. 나아가 특정 국가에서는 법률을 통하여 특정 종교를 이단으로 인정하는 경우도 있다. 그러나 이는 아주 예외적인 사례로서 극히 세속주의를 표방하거나 국교가 인정되는 경우에 한정된다. 일반적으로 법원의 경우에도 종교 교리가 국가안전보장, 사회질서, 공공복리에 위반되는 것을 판단하는 것을 별론으로 하되 종교 교리 자체를 판단하여 이단이라고 할 수는 없다고 하겠다.

그런데 이 사례에서는 비록 군대의 장교이지만 군종장교의 지위에서 행해진 것이기 때문에 일반공무원과는 다른 차원에서 논의가 이루어질 수 있겠다.

즉 군대 내에서 군종장교는 참모장교로서의 신분 뿐 아니라 성직자로서의 신분을 함께 가지고 소속종단으로부터 부여된 권한에 따라 설교·강론 또는 설법을 행하거나 종교의식 및 성례를 할 수 있는 지위에 있다. 따라서 비록 군종장교가 국가공무원으로서의 신분을 가지고 있다 하더라도 최소한 성직자의 신분에서 주재하는 종교활동을 수행함에 있어서는 특수한 지위를 갖는다. 군종장교에게는 특정한 종교를 선전하거나 비판하여서는 안 된다고 하는 종교상의 중립의무를 기대할 수 없는 반면, 일반 민간공

동체에서와 마찬가지로 종교적 선전 및 타 종교에 대한 비판할 권리를 포함하는 종교의 자유를 가진다고 볼 것이다.

따라서 군종장교는 자신이 속한 종교를 갖는 군인들의 신앙생활을 돕기 위하여 일반적으로 받아들여지는 종교교리를 해설함과 아울러 교리해석상 잘못된 부분을 지적함으로써 그 교리를 지키거나 신앙상의 혼란을 막고 신자들의 신앙을 보호하는 일은 군종장교의 핵심적 직무사항에 해당된다고 보아야 한다. 이에 따라 군종장교들이 자신의 종교의 교리를 해설하고 이에 위반되는 이른바 이단의 경우를 설명하는 책자를 발행·배포하거나 해설을 하는 등으로 특정 종교와 그 단체를 비판하였다고 하더라도 이것만으로 직무상 위법행위, 즉 종교를 차별하였거나 정교분리에 위반한 것으로 볼 수는 없다.

실제 사례가 법적으로 문제된 사안에서 서울고등법원에서 이와 같은 취지로 판결하였다.⁴⁷⁾ 이 판결에서는 군종장교의 특성상 국가공무원의 신분을 갖고 있지만 이단으로 지목된 다른 종파에 대해 비판한 것을 종교의 자유에 포함되는 것으로 보았고 정교분리 위반으로 보지는 않았다.

47) 서울고등법원 2006. 11. 16. 선고 2006나21639.

(4) 군종장교의 기도 및 종교의식 강요

■ 사 례

군종장교의 업무 상 성직자로서의 종교업무 외에 참모장교로서의 임무 수행 과정에서 병사들에게 기도를 강요한 것이 공권력 행사에 의해 종교의 자유를 침해한 것이라고 볼 수 있는지 문제가 된다.

군종장교는 격오지부대방문, 군병원 위문, 인격지도교육 등 성직자로서의 종교업무 외에도 참모장교로서 지휘관을 보좌하는 동시에 장교로서 수행해야 하는 업무가 있다. 그러나 군종장교가 종교업무에 관한 자신의 업무수행 자체는 적법하겠지만 이를 빙자하여 타인의 종교의 자유를 침해할 수 있는 것은 아니다.

즉 군종장교의 임무수행과정에서 이동이 불가능하고 상급자인 군종장교에게 명시적으로 거부의를 밝힐 수 없는 병사들에게 특정 종교의 의식을 강요하거나 기도문과 경전 등을 외우게 하는 것은 공권력 행사에 의한 종교의 자유 침해에 해당된다.

특히 종교와 무관한 인격지도 교육 시 교육 전 또는 교육 후 집단으로 특정 종교의 의식이나 예식을 강행하는 것은 종교의 자유를 침해하는 것이 될 수 있다.

이러한 경우 교육 시작 전의 기도 등은 양해를 구하거나 공지한 후 자율적이고 자발적인 상황에서 진행되어야 하고, 교육 이후에는 교육을 일단 마무리 한 후 교육 이후의 예식의 순서에 관해서는 참여한 군인들에게 공지한 후 별도의 순서로 시간을 가지는 것이 바람직하다. 이렇게 함으로써 교육에 참여한 사람들에게 자발적으로 교육 이전이나 이후의 순서를 선택하거나 불참할 수 있는 기회를 주어야 할 것이다.

(5) 군지휘관의 하급자에 대한 기도 강요

■ 사 례

군지휘관이 군대 내 종교집회나 종교행사가 아닌 일상적인 회의나 공식 임무 수행 중 군종장교나 민간인 성직자에게 특정 종교의 기도를 요청하는 행위가 종교의 자유를 침해하는 것인지 문제된다.

군조직의 특성 상 상급자인 지휘관이 일상적인 임무수행(상황회의나 작전회의 등) 중 하급자들이 배석한 가운데 특정 종교의 기도를 강요할 경우, 하급자들 중 타종교를 신앙하는 사람이나, 종교를 갖지 않은 사람이 이를 명시적으로 거부하는 것은 매우 어렵다. 따라서 이러한 행위는 참석자들에게 회의 참석 또는 불참의 자유가 보장되지 않는 경우라면, 종교의식을 강요당하지 않을 권리를 침해하는 것으로 볼 수 있다.

이러한 경우에는 앞의 사례에서 살펴 보았듯이 공적인 회의와 사적·종교적 모임을 분리하는 것이 옳다. 공무원의 경우에도 사적 모임으로서 종교적 모임은 허용된다. 다만 원하지 않는 사람들에게는 그러한 종교적 순서와 절차에는 불참할 자유를 주어야 하는 것이다.

(6) 군대 내 종교행사에 병사를 강제로 동원하기

■ 사례

군지휘관이나 상급자가 군대 내 종교집회나 종교행사에 다른 종교를 신앙하는 병사들이나 종교가 없는 병사들을 강제로 동원하는 행위가 문제가 되었다.

군대 내에서도 종교집회의 자유, 종교행사의 자유, 선교의 자유는 인정된다. 따라서 합리적인 방법으로 상대방이 수긍하는 상황에서 이루어지는 개인적인 전도와 선교는 헌법적으로 보장받는 행위이다.

일반적으로 대등한 지위에서 혹은 하급자가 상급자에게 종교를 전파하는 행위는 강제성이 없다고 할 것이다. 그러나 전도의 행위가 군조직의 특수성에 비추어 볼 때 병사들이 거부하고 싶지만 명시적으로 상급자의 명령을 거부할 수 없는 상황을 이용한 것이라면 병사들의 종교의 자유를 침해하는 행위가 될 수 있다.

따라서 상급자가 하급자 또는 선임병이 후임병에게라도 종교행사 참석이나 종교의식을 권유할 경우는 종교전파의 자유로 인정될 수 있겠으나, 합리적 수준의 권유를 넘어서 군대 내 지위를 이용한 강제에 이른 경우에는 종교의 자유를 침해한 것이 된다.

3. 국공립병원에서의 종교의 자유

■ 사례

○○병원 정신과 병동에서는 정신분열증 등 정신질환을 앓고 있는 환자에 대해 목사, 스님 등 성직자의 면회를 금지하고 성경과 불경 등 종교경전 및 성물을 반입하지 못하도록 하는 것이 종교차별이 아닌지 문제된다.

국공립병원은 공공기관에 해당하고 국공립병원 스스로 종교적 행위를 할 수는 없다. 다만 외부의 종교단체를 초청하여 특정한 날 종교행사를 갖게 하거나 합리적 범위에서 종교단체들의 종교전파를 허용하는 것은 환자들의 종교적 활동을 보장하는 차원에서 가능하다.

그러나 반대로 치료의 목적을 갖고 있는 기관이므로 기관 목적에 위반되면서 종교활동을 무제한 용인할 수는 없을 것이다. 예를 들어 치료에 방해가 될 것을 염려하여 국공립병원에서 종교인의 면회금지조치나 성경 등 종교 경전과 성물의 반입을 금지하는 조치가 있을 수 있다.

이 사례는 국공립병원에서 치료의 목적으로 종교인의 면회를 금지하는 조치를 내리고 종교경전과 성물의 반입을 금지시킨 사례이다. 이러한 경우 면회금지나 성물반입금지의 목적이 무엇인가에 따라 종교의 자유 침해 여부에 관한 판단을 할 수밖에 없다.

즉 일반적으로 의학적인 관점에서 정신분열증 등 정신질환자들은 종교적인 의식이나 지식에 노출되었을 때 환상이나 환청 등의 문제가 악화되어 치료가 어려워지는 문제가 있다고 한다. 따라서 치료목적으로 종교활동을 제한하는 것은 용인될 수 있다.

4. 종교적 공간에 대한 법집행 유보

■ 사례

특정 종교에 속한 종교부지에 피신해 있는, 영장이 발부된 수배자를 검거하지 않는 행위가 종교에 특혜를 준 것인지 문제가 된 사례이다.

종교부지는 다른 용지와 달리 그 종교에서는 특별히 성스러운 곳으로 취급을 받는다. 따라서 국가도 종교 부지 또는 종교 건물에 대하여는 다소 신축적인 법집행을 하여 왔다. 예컨대 우리나라의 경우 과거 민주화 운동 당시부터 명동성당 등 특정 종교의 구역 내로 실정법을 위반한 사람들이 피신한 경우 해당 종교의 입장을 존중하면서 시간을 두고 사태를 원만히 해결한 사례들이 있다.

물론 국가의 법을 집행하는데 비록 특정 종교의 영역에 속한 지역일지라도 성역이 있을 수는 없으나, 특정 종교 부지 내에 피신해 있는 수배자들의 경우 경찰이 고의로 검거하지 않았다고 보기보다는 국민의 정서와 해당 종교의 입장을 존중하여 자진출두를 유도하거나 검거시기를 조정해 온 것으로 보는 것이 합당할 것으로 보며 이러한 방법 역시 국가 법집행의 하나의 방법이고 국민통합을 위한 목적이 있으므로 종교차별로 보기는 어렵다.

따라서 특정 종교의 부지에 피신해 있는 경우라 하더라도 그 범죄의 내용에 따라 법집행이 달라질 수 있다. 즉 살인·강도·강간 등 상식적으로 용서받을 수 없는 현행범이나 파렴치범의 경우에는 사회통합의 목적보다 범죄자 체포·구속이 더 중요한 공익이므로 종교부지에 대한 고려는 상대적으로 줄어들 것이다. 이러한 법집행이 허용되는 경우는 종교가 사회와 국가 간의 중재적 기능을 담당하는 경우와 국민통합에 기여하는 경우로서 종교 목적이 없는 경우에 한한다.

5. 여권의 사용제한 등에 관한 고시

■ 사례

외국의 특정 지역에 전쟁 등 테러위험이 있는 경우 정부는 해외 위난지역으로 보고 해당 지역에 대해 여권사용을 제한하거나 방문 또는 체류를 금지하는 고시를 제정하게 된다(예: 2007년 8월 아프가니스탄 지역에 대한 여권 사용 제한 및 방문과 체류를 금지하는 외교통상부 고시). 이 경우 이 지역에 선교를 위해 출국하려는 사람들의 거주이전의 자유와 특히 종교의 자유와 평등권을 침해하는 것이 아닌지 문제된다.

종교의 자유에는 신앙의 자유, 종교적 행위의 자유가 포함되며, 종교적 행위의 자유에는 신앙고백의 자유, 종교적 의식 및 집회·결사의 자유, 종교전파·교육의 자유 등이 있다. 이러한 사례에서 문제되는 종교의 자유는 종교전파의 자유로서 누구에게나 자신의 종교 또는 종교적 확신을 알리고 선전하는 자유를 말하며, 포교행위 또는 선교행위가 이에 해당한다.

그러나 이러한 종교전파의 자유의 경우에도 국민에게 그가 선택한 임의의 장소에서 자유롭게 행사할 수 있는 모든 권리까지 보장한다고 할 수는 없다. 예컨대 지진의 위험이 있는 지역, 전염병의 위험이 있는 지역 등에 대한 종교전파의 자유는 해당 국민의 안전과 생명을 위해 일정한 제한을 할 수 있다. 더욱이 그러한 장소가 우리나라의 주권이 미치지 아니하는 지역 나아가 국가에 의한 국민의 생명·신체 및 재산의 보호가 강력히 요구되는 해외 위난지역인 경우에는 더욱 그러하다.

이러한 경우에 제한되는 기본권은 종교의 자유에 앞서 이전의 자유 혹은 국외이전의 자유가 제한되는 것으로 보아야 한다. 그것도 위난 지역인 기간 동안에 한정되는 것이므로 일시적 제한에 머문다고 해야 하겠다. 따라서 종교의 자유 또는 종교전파의 자유를 일반적으로 제한하는 것은 아니라고 할 것이다. 결국 이러한 사례가 종교의 자유를 침해하였다고 보기

는 어렵다. 헌법재판소도 이와 동일한 사례에서 같은 취지로 결정하였다.⁴⁸⁾

이렇게 위난지역에서의 국민을 보호하고자 이전의 자유를 제한하거나 여권사용, 방문 또는 체류를 금지하는 경우는 국민의 생명·신체 및 재산을 보호하기 위한 것으로 그 목적의 정당성과 수단의 적절성이 인정된다. 다만, 이러한 경우 대상지역과 제한 기간은 정당한 범위에 한정되어야 하고 종교적인 목적과 아울러 의료 등의 목적 등 부득이한 경우가 있다면 예외적으로 허가를 받아 방문·체류가 가능하도록 하게 하는 것이 바람직하다. 문제가 된 사례에서도 이러한 경우 대상 지역을 3개국으로 한정하였고 제한 기간은 1년으로 하였으며 예외적인 경우 외교통상부 장관의 허가를 받아 국민의 거주·이전의 자유에 대한 제한을 최소화하고 법익의 균형성도 갖추도록 하였다.

48) 헌법재판소 2008. 6. 26. 선고 2007헌마1366.

6. 기타

(1) 특정 종교의 상징과 유사한 공적 기호

■ 사례

소포 우편물에 십자(十) 디자인의 부착물을 사용한 경우 종교적 상징이 아닌지 문제가 되었다.

우리 사회에서 십자(十) 디자인으로 사용하는 것은 여러 가지가 있으므로 관련 규정과 유래, 공식디자인 등을 구체적으로 검토할 필요가 있다. 십자 디자인이 전 세계적으로 보편적으로 통용되는 것이라면 종교 이전에 문화적인 것으로 인정할 수 있을 것이다(예: 병원, 약국, 적십자 등).

사례의 디자인은 우정사업본부에서 발행한 우편업무편람 지침에 따른 것으로 보인다. 이 지침이 어떤 의도를 갖는지 분명하지는 않지만, 종교적 목적과 의도를 가진 것으로 보이지는 않는다. 이 경우는 외국의 사례와도 비교가 가능하다. 그러나 단순히 공식적인 십자(十) 디자인이 아니라 기독교를 상징하는 십자 모양으로 인쇄가 되었다면 종교적 상징물이 될 수 있으므로 유의해야 한다.

이와 유사한 사례에서는 일부 지역에서 가로보다 세로가 더 긴 십자 디자인을 사용한 것이 문제가 되었는데, 편람을 통해서 보다 분명한 디자인을 제시하여야 할 것이다.

(2) 도로명에 종교시설이 포함된 경우

■ 사례

종교 시설의 명칭이 도로명에 포함된 경우 해당 종교시설을 우대한 것이 아닌지 문제된다.

도로명주소법 시행령 제7조(도로명의 부여·변경 기준)에 의하면 “도로명은 주된 명사에 … ‘대로’, ‘로’ 또는 ‘길’을 붙여서 부여·변경한다. 이 경우 주된 명사는 지역적 특성, 역사성, 위치 예측성, 영속성, 지명(地名)과 지역주민의 의견 등을 종합적으로 고려하여 정하며, 주된 명사 뒤에 숫자나 방위를 붙일 경우 그 숫자나 방위도 주된 명사의 일부분으로 본다.”라고 규정하고 있다.

도로명에 특정 종교시설의 명칭이 포함된 경우(예: 강남구 봉은사)만으로 종교차별을 한 것으로 볼 수는 없다. 대체로 종교적 목적이 아니라 근거 법령의 목적에 맞게 정한 것이라면 특정 종교를 우대한 것으로 볼 수 없다.

종교적 목적이 있는지 여부의 판단은 지역적 특성, 역사성, 위치 예측성, 영속성, 지명과 지역주민의 의견들을 종합적으로 판단할 수 있을 것이다.

(3) 대국민 정보제공 서비스에서 특정 종교기관 표시의 누락

■ 사례

민간업체가 제작한 정보제공서비스 시스템이지만 이를 정부가 공식적으로 제공하는 경우가 있는데, 이러한 정보제공에서 특정 종교기관의 표시가 누락된 경우가 있어 종교차별이 아닌지 문제가 된 사례이다.

이 사례는 종교의 자유를 침해하거나 정교분리에 위반되는 사례는 아니지만, 종교계에서는 특정 종교에 대한 홀대와 차별로 크게 인식된 사례이다. 공직자로서는 비록 종교와 관련이 없는 듯한 공적 업무에서도 국민들에 대한 편의 제공이 일부 누락되지 않도록 최선의 노력을 다해야 함을 보여준 사례라고 할 수 있다.

국가는 국민의 편의를 위해 각종 정보를 제공하는 사례가 많다. 그런데 정보를 가공하거나 제공하는 과정에서 특정 종교만이 누락되는 경우가 발생하였다면, 그러한 정보를 수집, 관리, 가공하는 것이 비록 위탁을 받은 민간업체인 경우에도 최종적으로 정보를 제공하는 것이 정부일 경우 정보 시스템의 최종적 점검의 책임은 정부에 있다고 할 것이다.

다만 문제가 된 사안에서 종교차별이 있었는지 단순한 업무상 과실이거나 중대한 과실인지는 판단하기 쉽지 않다. 의도적으로 공무의 과정에서 특정 종교의 정보를 제공하지 않음으로써 그 종교에 대해 불이익을 줄 목적이었다면 공직자의 종교적 중립성 혹은 정교분리에 위반되는 것은 분명하다. 그러나 반면에 무관심과 무지로 인한 단순한 업무상 과실이었던 성실의무에 위반될 소지는 있지만 종교를 차별하였다고 보기는 어렵다. 이는 정보 누락의 과정과 원인, 과실 가능성, 반복성 등을 종합적으로 판단해야 할 것이다.

그러나 이것이 순전히 과실이라고 한 경우에도 무관심, 무지로 인한 업무상 책임을 회피할 수는 없다. 특히 결과적으로 종교간 차별 논란을 야

기할 수 있는 경우라면 국민의 입장에서 볼 때 보다 정부가 사전에 지도 감독을 철저히 할 필요가 있었을 것이고, 치밀하게 사전확인과 점검을 거쳤어야 할 일이었다. 사례와 같은 경우에도 관련 부처에서 공식적인 사과와 담당자들의 징계가 이루어졌다.

제 3 절 정치 · 문화 · 복지와 종교 관련 영역

1. 문화유산 등과 관련이 깊은 경우

(1) 종교유적지

■ 사 례

이미 문화적 가치로 성숙한 종교적인 의식, 행사, 유형물에 대한 국가 등의 지원이 헌법상의 정교분리원칙에 위배되는지 여부가 문제되었다. 보다 구체적으로 본다면 지방자치단체가 유서 깊은 천주교 성당 일대를 문화관광지로 조성하기 위하여 상급 단체로부터 문화관광지 조성계획을 승인받은 후 사업부지 내 토지 등을 수용재결한 사안에서, 문화관광지 조성계획 승인과 그에 따른 토지 등 수용재결이 헌법의 정교분리원칙이나 평등권에 위배되지 않는지 문제가 된 사례이다.

오늘날 종교적인 의식 또는 행사가 하나의 사회공동체의 문화적인 현상으로 자리잡고 있으므로, 어떤 의식, 행사, 유형물 등이 비록 종교적인 의식, 행사 또는 상징에서 유래되었다고 하더라도 그것이 이미 우리 사회공동체 구성원들 사이에서 관습화된 문화요소로 인식되고 받아들여질 정도에 이르렀다면, 이는 정교분리원칙이 적용되는 종교의 영역이 아니라 헌법적 보호가치를 지닌 문화의 의미를 갖게 된다. 그러므로 이와 같이 이미 문화적 가치로 성숙한 종교적인 의식, 행사, 축제, 유형물에 대한 국가 등의 지원은 일정 범위 내에서 전통문화의 계승·발전이라는 문화국가원리에 부합하며 정교분리원칙에 위배되지 않는다.

지방자치단체가 유서 깊은 천주교 성당 일대를 문화관광지로 조성하기 위하여 상급 단체로부터 문화관광지 조성계획을 승인받은 후 사업부지 내 토지 등을 수용재결한 사안에서, 위 성당을 문화재로 보호할 가치가 충분

하고 위 문화관광지 조성계획은 지방자치단체가 지역경제의 활성화를 도모하기 위하여 추진한 것으로 보인다. 따라서 특정종교를 우대·조장하거나 배타적 특권을 부여하는 것으로 볼 수 없어, 그 계획의 승인과 그에 따른 토지 등 수용재결이 헌법의 정교분리원칙이나 평등권에 위배되지 않는다.

아울러 문화적으로 인정받는 영역인 이상 비록 종교적 성격이 일부 남아 있다 하더라도, 선정 절차나 지원의 절차 내용이 관련 법률의 근거 하에 특정한 종교의 지원 목적이 없이 수행되는 것이라면 간접차별에도 해당하지 않는다. 다른 종교 관련 문화적 유산이 있을 경우에도 같은 요건과 절차 하에서 지원이 가능할 것이다. 근대문화유산일 경우 현재 종교시설로 활용되고 있는 경우에도 마찬가지이다.

물론 이상과 같은 경우에도 합리적인 범위의 지원을 넘어서 관련 종교에 과도한 예산지원을 하거나 종교시설 거주자와 이용자의 편의를 위한 입법과 지원은 해당 종교를 지원하는 목적이 있으므로 정교분리에 위반된다고 하겠다.

(2) 문화적 상징

■ 사 례

甲은 한국은행이 2006. 1. 2.부터 발행하는 5천원 권 지폐에 특정종교(주역 내지 주역을 사용하여 점을 치는 일)에서 사용되는 문양인 4괘 즉, 건·이·감·곤과 태극무늬가 도안되어 있어 청구인의 종교의 자유 및 종교적 평등권을 침해한다는 이유로 위헌 여부를 문제 삼았다.

정부나 지방자치단체가 사용하는 상징이나 문양 등에는 우리 전통과 관련이 깊은 것이 많은데 그 가운데는 상징이나 문양의 기원이 종교적인 것도 포함되어 있다. 이러한 경우 특정 종교를 공인한 것인지 정교분리에 위반된 것은 아닌지 문제될 수 있다. 예를 들어 우리 화폐에 특정 종교가 현재 주로 사용하고 있는 상징물을 도안으로 포함시키는 것은 정교분리에 위반되는 것이다. 그러나 그것이 다보탑과 같이 문화유산일 경우 비록 종교적인 기원에 따라 제작된 것이라 하더라도 세계적인 문화유산으로 인정받고 있고 종교적 목적 없이 도안된 것이라면 위헌적 요소가 없다고 하겠다.

사례는 5천원 권의 지폐에 사용된 도안에 대해 실제 헌법재판소에 헌법소원이 제기된 사안이다. 이에 대해 헌법재판소는 “도안이 종교적 숭배의 대상 또는 종교적 상징으로 된대거나 이를 사용한 복점의 결과가 종교적으로 신앙된다고 볼 수는 없다”라고 하였다.

결정 이유는 다음과 같다.⁴⁹⁾

“위 도안들은 무슨 종교적 의미가 있다고 보기 어렵다. 청구인이 문제 삼은 주역의 4괘나 태극무늬는 우리나라의 전통문화의 한 요소를 이루고 있는 고래의 주역철학에서 사용되는 도안이고 이 도안들은 심지어 우리나라 국기의 모양을 형성하는 데 사용될 정도로 국가나 민족의 전통문화의 일부로 받아들여지고 있으며 여기에 무슨 특별한 종교적 인식이 결부되어

49) 헌법재판소 2006. 2. 7. 선고 2006헌마20.

있는 것은 아니다.

일부 민간에서는 점을 치는 사람들이 4괘나 태극을 사용하는 일이 있지만 비록 그렇다고 하여도 이들 도안이 종교적 숭배의 대상 또는 종교적 상징으로 된다면 이를 사용한 복점의 결과가 종교적으로 신앙된다고 볼 수는 없다.

뿐만 아니라 이들 도안을 국가의 기본통화에 사용하는 행위는 그 성질상 국민 개개인의 구체적인 권리나 의무에 객관적으로 무슨 구체적인 제한을 가져오는 그런 공권력의 행사라고 보기 어렵다.

그렇다면 위 도안들을 포함한 5천원 권 지폐를 피청구인이 발행하였다고 하여도 이것은 청구인이 주장하는 종교의 자유나 종교적 평등권 등과는 아무런 관계가 없고 따라서 이들 기본권이 침해될 가능성은 아예 없다고 봄이 상당하므로 청구인의 이 소원은 부적법한 것임을 면할 수 없다.”

위 헌법재판소 결정에 비추어 볼 때 상징물이 문화의 일부로 받아들여지는 정도가 중요한 판단요소가 될 것이다. 단순히 상징물이 종교적으로 사용되어진다는 점만으로 정교분리에 위반되는 것은 아니고, 종교적 숭배의 대상 정도와 문화적 가치의 정도를 고려하되 특히 정부가 이를 세속적 목적이 아닌 종교적 목적으로 사용하는 것이 정교분리에 위반된다고 하겠다.

(3) 문화행사의 전시 포스터

■ 사례

문화 행사의 일환으로 특정 종교 행사 또는 장소의 관련 사진 등이 게시되는 경우가 있는데, 해당 종교를 우대하는 것이 아닌지 문제되었다.

정부나 지방자치단체는 문화행사를 개최할 수 있으며 국민과 주민들의 참여를 위해 이를 홍보할 수 있다. 그러한 과정에서 행사와 관련된 문화재, 문화유산 등을 홍보할 수 있고 행사를 안내하는 과정에서 주민들이 알기 쉽도록 여러 내용을 부가적으로 안내할 수 있다. 이러한 과정에서 종교적 장소와 내용이 일부 홍보물에 포함되는 경우에도 그것이 특정 종교만을 안내하거나 신앙을 전파하기 위한 것이 아니라면 정교분리에 위반되지 않는다. 물론 홍보에 관계없는 내용임에도 불구하고 이에 편승하여 종교를 홍보하기 위한 내용을 포함시키는 것은 안 된다.

예를 들어 문화유산을 활용한 축제를 홍보하는데 있어 문화유산에 해당하는 사찰, 성당 등이 함께 사진으로 홍보되는 것은 종교적 목적에 따른 것은 아니라고 보여진다. 이와 관련된 사진을 포함한 홍보 포스터가 특정한 축제 기간 동안 도시 곳곳에 포스터 등으로도 활용이 가능할 것이다. 이렇게 문화적인 것에 해당하는 경우 국가가 종교와 밀접한 관련성을 갖는다는 의미를 내포하지 않는 한 정교분리에 위반된다고 할 수 없다.

한편 문화행사 관련 책자 등과 관련하여 광고물을 싣는 경우가 있다. 이때 종교단체의 후원을 받고 광고를 실어주는 경우 다른 단체로부터 동일한 수준으로 받는 것이고 그러한 기회가 동일하게 주어지며, 특히 행사 목적과 관련하여 종교적 목적보다 종교의 사회참여적 기능의 일환이라면

(예: 자선행사, 바자회 행사, 복지행사, 주민축제 등) 정보제공 등 합리적 수준에서의 종교시설물 등의 홍보가 정교분리에 위반되는 것은 아니라고 하겠다.

2. 종교기관에서 행해지는 보건·교육의 지원

(1) 서설

각 지역 단위로 이루어지는 문화 축제, 무료 진료 등 보건의료 봉사 행사 등이 있다. 이러한 경우 관련 규정에 따라 신청이 있는 경우 국가나 지방자치단체의 지원이 있게 된다. 그런데 이러한 재정적 지원은 종교단체에 대한 것이 아니라 ‘세속적’인 목적을 위해 지급되고 그 효과도 종교를 선전하거나 다른 종교를 방해하는 등 차별적인 조치로 취해지는 것은 아니므로 정교유착의 관계라고 볼 수 없다.

문화 축제나 무료 진료가 종교시설에서 행하여지는 경우에도 그 참여 여부가 강제되는 것이 아니기 때문에 정교분리에 위반되지 않는다. 이를 간접차별로 보아서는 안 되는 것이다. 영국이나 독일의 차별금지법에서도 이렇게 사회·종교단체에서 수행하는 비종교적 보건, 복지 사업에 대하여 정부가 지원하는 것을 차별로 보지 않는다.

이 경우 이러한 기능을 수행하는 종교단체가 부수적으로 사회적 신망을 얻거나 관련 영역에서 경제적인 혜택을 받게 되는데, 그것만으로 정교분리에 위반되는 것은 아니다. 국가는 사회에 기여하는 여러 단체들의 활동과 기능이 보다 국민들에게 잘 전달되게 지원할 책임이 있다. 국가가 모든 보건과 복지, 교육 등의 사업을 할 수 없으며 사회에서 자발적으로 이루어지는 사업에 대하여 이를 지원하는 방식으로 업무를 수행하는 것이 훨씬 더 경제적이며 정부의 역할에 부합하는 경우가 많기 때문이다.

다만, 이러한 경우에 예산과 재정이 한정되어 있어 일부 단체에는 지원이 되고 다른 단체에는 지원이 되지 않을 수 있다. 그러한 과정에서 지원단체의 선정과 지원 내용, 절차 등은 관련 법령의 요건과 절차에 따라 정당하게 지원되어야 할 것이다. 관련 규정의 절차에 위반하여 특정 종교단체에게 지원을 몰아주는 것은 해당 규정의 위반일 뿐만 아니라 기회 균등에 위반되게 되고 특정 종교를 지원하는 것이 되어 정교분리에 위반된다.

■ 미국의 경우

미국의 경우에도 세속적이고 일반적으로 적용되는 정부의 사회복지 프로그램에 종교기관이 참여하면서, 참여자로서 종교기관들이 부수적으로 혜택을 받는다고 해서 그것이 정교분리원칙에 위배되는 것은 아니라고 한다. 그러나 만약 특정 사회복지 기금의 상당부분이 특정 종파적 기관들에게 광범위하게 전달된다면, 이 경우에는 관련 프로그램과 법률이 그 특정 종교를 장려하게 되는 효과를 가질 수 있어 위헌이라고 본다.⁵⁰⁾ 이러한 논리는 우리나라에 있어 문화·사회복지 프로그램에도 동일하게 적용된다고 본다. 기본적으로 관련법이 종교적 목적이 없고 그 법률이 정한 요건에 따라 지원이 이루어지는 경우라면 종교단체와 어느 정도 밀착되어 있는 경우라 하더라도 종교 자체에 대한 지원이 아니기 때문에 위헌은 아니라고 본다.

■ 영국의 경우

영국은 2006년 평등법을 제정하였다. 「평등법」(Equality Act 2006)은 ‘평등 및 인권 위원회’(the Commission for Equality and Human Rights)를 설립하는 것을 주요 내용으로 하고, 일반적인 공·사적 생활관계에서의 차별을 금지하기 위한 법률이다. 평등법은 종교 내지 신념을 이유로 한 차별금지에 관하여 규정하고, 이 외에도 성적 경향을 이유로 한 차별금지에 관하여 규정하고 있다.

평등법 제46조 내지 제49조에서는 금지된 차별부문 목록을 제시하고 있는데, 상품, 설비 제공 및 서비스(제46조), 주거(제47조), 교육시설(제49조), 공적 기관(제52조)을 열거하고 있다. 이 부문에서는 차별적 공급이 금지된다. 제53조 내지 제55조에서는 일반적인 차별관행의 대표적 예를 제시하고 있다. 예를 들어 차별적 관행(제53조), 차별적 광고(제54조), 차별의 교시나 유발(제55조) 등이 그것이다.

50) *Bowen v. Kendrick*, 487 U.S. 589 (1988)

그리고 제56조 내지 제64조는 차별금지의 예외를 규정하고 있다. 국가의 입법을 준수하기 위한 경우(제56조), 그 자체 종교나 신념에 관련된 조직(제57조), 종교나 신념 관련 자선기관(제58조), 종교학교(제59조), 교육·훈련 등의 자격요건(제61조), 연소자나 고령자 등에 대한 가족내 특별처우(제62조), 국가안보(제63조) 등을 위해서는 차별금지의 예외가 허용된다. 제64조에서는 국무장관이 명령으로 예외사유를 제·개정할 수 있음을 규정하고 있다.

영국의 평등법에서도 종교나 신념을 토대로 설립된 자선단체를 정부가 지원하는 것은 차별에 해당되지 않는다는 예외규정을 두고 있는데 종교관련 법제정비와 법리해석과 관련하여 참고할 수 있는 사례이다.

■ 독일의 경우

독일의 「일반동등처우법」(Allgemeines Gleichheitsgesetz)에도 “5. 허용되는 상이한 대우”(제20조)를 명시하고 있다. 종교, 장애, 연령, 성적 동질성 또는 성을 이유로 상이한 대우를 하기 위해서는 공정한(sachlich) 근거가 존재하여야 하며, 이러한 경우에는 차별금지위반에 해당하지 않는다.

복지의 사각지대를 없애기 위해 종교단체와 국가 또는 지방자치단체가 협력하는 것은 차별이 아니라고 보아야 한다. 우리나라의 경우도 법제 정비 시 독일과 영국의 법제를 참고하여 위와 같은 조항을 명시하는 것이 바람직하다고 본다.

(2) 종교재단위탁운영 복지시설에서의 종교 강요

■ 사례

국가 또는 지방자치단체가 운영을 종교재단에 위탁한 복지시설에서 특정종교를 강요하는 행위가 종교의 자유를 침해한 것이 아닌지 문제되었다.

국가 또는 지방자치단체가 특정종교단체에 복지시설 운영을 위탁하는 것 자체는 공공복리의 증진이라는 측면에서 종교차별에 해당되지 않는다. 복지시설의 이익은 부수적으로 종교재단에 돌아갈 수 있으나 궁극적으로는 복지시설의 수용자에게 돌아가기 때문이다. 이러한 과정에서 나타나는 경제적 부작용이 있다면 이는 종교의 문제가 아니라 국가와 지방자치단체의 관리·감독의 문제에 해당한다.

한편 종교재단의 경우 종교전파의 목적이 있을 것이므로 복지시설의 운영에 있어서도 종교전파를 전제로 하는 것이 일반적이다. 종교전파의 자유도 원칙적으로 인정되겠으나 그 시설을 이용하는 복지 수혜자들이 다른 종교인이거나 무종교자일 경우 기본권의 충돌이 발생할 수 있다. 이 경우 양자의 종교의 자유가 조화롭게 보장이 되어야 한다. 따라서 종교전파가 허용되는 경우에도 종교전파 행위가 시설 수용자들의 종교의 자유를 침해하는 수준에 이르거나 시설사용을 조건으로 종교집회 등에 참석을 강제해서는 안 될 것이다.

국가 또는 지방자치단체의 위탁이 없는 사설 복지시설의 경우에도, 이동의 자유가 제한된 장애인수용시설이나 노인복지시설에서 특정종교의 종교실행의 자유를 제한하거나 특정 종교를 강요하는 행위는 종교의 자유 및 양심의 자유를 침해할 수 있다. 이러한 문제들은 사적 영역에서 일어나는 것이므로 종교차별, 정교분리 위반에 바로 해당되는 것은 아니다. 다만 사인에 의한 종교의 자유의 침해가 일어나는 것이므로 종교의 자유의 침해에 해당하고 국가인권위원회에 진정할 수 있다.

이에 대해 종교단체가 운영하는 복지·교육·문화 시설 등이 본래 종교 전파의 목적을 함께 갖고 있는 경우가 많다(예: 종교기관 부설 어린이 집, 종교기관 부설 문화센터 등). 이러한 경우 복지·교육·문화 시설에 복지·교육·문화 서비스를 받을 때부터 종교의식 또는 부분적으로 종교적 문화가 있음을 고지하는 경우가 있는데, 이러한 경우까지 정교분리 위반이나 종교의 자유를 침해하는 것으로 보기는 어렵다. 왜냐하면 이러한 시설을 선택하고 이용하는 경우 해당 시설의 프로그램을 고려하여 선택할 것이기 때문에 그 프로그램에 종교적인 것이 포함될 경우 사람에 따라 선택하지 않을 수 있기 때문이다. 이러한 단체에 대해 정부가 지원하는 것은 종교적 목적으로 지원하는 것이 아니라 다른 복지·교육·문화 단체와 동일한 조건으로 지원하는 것이기 때문에 정교분리에 위반하는 것이 아니다.

3. 국가·지방자치단체의 정치 영역

(1) 국가 또는 지방자치단체의 특정종교에 대한 재정 지원

■ 사례

장관 또는 지방자치단체장이 예산을 특정 종교의 종교목적 운동에 지원하고자 하는 계획을 발표한 것이 정교분리 위반이 아닌지 문제된다.

장관 또는 지방자치단체장은 해당 부처와 자치단체의 예산 편성에 영향력을 행사할 수 있는 지위에 있다. 해당 자치단체에 포함된 종교인들과 종교단체들도 지역 주민이기 때문에 합리적 목적이 있다면 이들에 대한 지원 자체가 위헌이거나 위법은 아닐 것이다. 이들과의 만남도 특정 종교에 한정되었다고 해서 위헌이나 위법은 아니다.

그러나 종교단체나 종교시설에 대한 재정적 지원은 세속적인 합당한 목적이 있어야 한다. 세속적인 목적 없이 특정 종교의 전파를 위한 재정적 지원과 종교운동의 지원은 해당 종교를 육성하기 위한 것으로 정교분리에 위반된다.

실제로 과거 지방자치단체장이 해당 지방자치단체의 이른바 성시화 발언을 한 경우가 있다. 이러한 발언이 사적 모임에서 개인적 차원에서 이루어졌다면 개인의 종교의 자유에 해당한다고 보아야 할 것이고 다만 자신의 공적 지위를 염두에 두지 못한 정치적·도의적 책임은 지게 될 것이다. 그러나 지방자치단체장이 자신의 지위와 권한을 이용하여 예산을 특정 종교에 종교적 목적으로 배정을 하거나 종교전파에 사용하게 하는 것은 정교분리에 위반되는 행위이다. 지방자치단체의 예산을 특정종교의 전파를 위해 사용하는 것은 공권력행사가 특정 종교를 우대해서는 안 되는 정교분리 원칙을 위반한 것으로 볼 수 있다.

(2) 지방자치단체장 등 고위공직자가 주관하는 간담회

■ 사례

지방자치단체장 등 고위공직자가 종교지도자를 초청하여 간담회 및 공식적인 행사를 하는 경우, 초청대상이 되지 못한 종단에 대한 간접차별이 되는지 문제된다.

지방자치단체장 등 정치적 지도자들은 사회통합 등 정치적 목적을 위해 사회 각계 각층의 사람들과 만나거나 모임을 여는 경우가 많다. 이러한 모임을 통해 여론을 청취하고 해당 사람들을 격려하는 것은 정치지도자의 도리이자 임무라고 할 수 있다.

그런데 이러한 과정에서 특정 종교지도자만을 초청하거나, 주요 종단의 지도자로 한정하여 초청하는 경우 정치적 논란의 여지는 있을 수 있다. 그러나 법리 상 정교분리 위반이나 차별이 성립되지는 않는다. 가령 운동선수들을 격려하거나 기타의 목적으로 특정인들을 초청할 수 있는데 이때 마다 초청대상이 되지 못한 집단을 간접차별한 것으로 볼 수는 없다. 초청의 목적이나 시간, 대상, 장소 등을 종합적으로 고려하여 정무적인 판단에 따라 초청 대상을 정하는 것은 상당한 재량을 갖게 된다.

다만, 간담회 등의 과정에서 특정 종교나 소수종단을 직접적으로 지목하여 비난하거나 공무원의 직무와 관련하여 우대 또는 차별할 것임을 공포하는 등의 행위는 위법성이 있다고 할 수 있다.

(3) 국가 또는 지방자치단체와 특정 종교의 유착 여부의 판단

■ 사 례

지방자치단체가 시목위원회, 교동협의회 등을 구성하는 것이 종교차별 사례가 아닌지 문제되었다.

지방자치단체장들이 해당 지역의 종교적 지도자들과 정기적인 모임을 주선하거나 협의체를 구성하는 경우가 있다. 이 경우 예컨대 교회와 구청 관내 동사무소 간의 협의체를 구성했다는 것만으로 정교분리 위반이라고 볼 수 없다. 정치적 지도자들이 여론을 청취하거나 업무를 효율적으로 추진하기 위해 사회지도자들의 동의를 얻고 취지를 설명하는 등의 모임을 구성하는 것은 정치적인 행위로 필요한 것이고 인정되어야 한다.

이러한 경우 앞에서 이미 검토한 바와 같이, 협의체를 구성한 목적이 중요한 판단기준이 된다. 예를 들어 교동협의회 설립의 목적이 공공복리 증진을 위한 것이라면, 즉 해당 지역의 복지 사각지대를 없애고, 종교단체의 개별적이고 산발적인 저소득층 지원사업을 체계적, 지속적으로 지원할 수 있도록 하기 위해 ‘교(教)·동(洞)협의회’를 구성한 것이라면 목적에 있어 정교분리에 위반한 것이 아니다. 나아가 교동협의회의 추진사업이 의료비, 생필품 지원 등을 위한 저소득층과 자매결연하기, 쌀 지원하기, 독거노인 도시락 배달하기, 소년소녀가정 등 불우청소년 장학금지급하기, 도배 및 집수리지원하기 등이라면, 세속적 목적에 따른 것이고 지역주민의 복지 서비스에 유용한 수단으로서 지방자치단체장이 선택할 수 있는 정책 수단 중의 하나라고 보아야 한다.

복지혜택의 사각지대를 없애기 위한 지방자치단체와 종교단체의 협력은 간접적으로 종교전파의 이익을 수반한다고 할지라도, 그 목적이 공공복리의 증진이라는 세속적 목적에 있으므로 위법성이 없다고 하겠다. 또한 지방자치단체장이 이를 정치적으로 활용하는 경우도 있겠으나 이는 부수적인 부작용에 불과하다고 본다.

다만, 이러한 경우에도 특정 종교외만 유착하여 해당 복지 서비스 재정의 대부분을 그 종교에만 지원하여 해당 종교를 장려하게 된다면, 앞에서 논의한 것과 같은 맥락에서 정교분리에 위반한 것으로 보아야 한다. 따라서 정부나 지방자치단체는 이러한 정책 수단을 채택할 경우 종교차별이나 종교편향의 논란이 발생하지 않도록 유의하여 기회를 동등하게 제공하고 세속적인 목적을 분명히 해야 할 것이다.

4. 공공기관의 종교적 장식 및 지원

■ 사례

종교적 기념일에 관공서 앞에 설치된 종교적 장식 또는 종교단체에서 하는 장식에 대한 공공기관의 물적·인적 지원(예: 시청 앞 광장에 크리스마스 시즌에 크리스마스 트리, 산타클로스 등을 설치하여 장식하는 행위 또는 부처님 오신날에 아기부처상이나 연꽃 등의 장식물을 공공장소에 설치하는 행위)이 정교분리 위반이 아닌지 문제된다.

■ 미국의 경우

미국은 시청 크리스마스 장식의 일부로서 예수 강탄(降誕, nativity: 구유 속의 아기예수상) 장면을 포함시키는 것이 문제가 되었다. 즉 포터킷(Pawtucket)시는 해마다 비영리단체가 소유하고 있는 공원에서 크리스마스 장식을 설치하였으며, 이 공원은 시의 상업지구 중심부에 위치하고 있다. 설치물은 산타클로스의 집, 크리스마스 트리, “SEASONS GREETING”의 현수막 그리고 ‘구유 속 아기예수상’(creche) 또는 성탄화(nativity scene)였다.⁵¹⁾ 이에 대해 Donnelly를 포함한 Pawtucket 주민들이, 시당국이 크리스마스 장식으로 아기 예수 탄생 장면을 포함하여 설치하는데에 시 예산을 사용하는 것이 정교분리 위반이 아닌지 다툰 사건이다. 이 사건에서 연방 최고법원은 1984년 Lynch v. Donnelly 판결에서 이를 합헌이라고 결정하였다.⁵²⁾

연방지방법원과 연방항소법원은 이들의 청구를 받아들여 크리스마스 장식에 아기 예수 탄생 장면을 금지하였지만, 연방최고법원은 합헌의견 5인 대 위헌의견 4인으로 하급심 판결을 파기하였다. Burger대법원장에 의해 집필된 5인의 다수의견은 헌법상의 정교분리조항이 예수 강탄 장면을 지방자치단체의 크리스

51) Lynch v. Donnelly, 465 U.S. 668, 104 S. Ct. 1355, 79 L. Ed. 2d 604 (1984).

52) Lynch v. Donnelly, 465 U.S. 668 (1984).

마스 전시에 포함시키는 것을 금지하지 않는다고 판시했다. 다음은 그 추론의 요지이다.⁵³⁾

“크리스마스 장식의 예수 강탄 장면은 우리 사회에서 종교의 존재를 인정하는 다른 무해한 상징물들이 그러하듯 기독교에 특혜를 주려는 것이 아니다. 시당국이 전시물에 그 장면을 포함시킨 목적은 크리스마스 휴일의 기원을 기념하고 묘사하기 위한 것이다. 그것은 분명히 정당한 세속적 목적에 의한 것이었다. 따라서 예수 강탄 장면을 크리스마스 장식에 포함시키는 것은 위헌이 아니다”

이 판결을 통해 연방최고법원은 예수 강탄 장면을 크리스마스 장식에 포함시킨 목적이나 기대효과가 시당국을 크리스마스와 관련된 기독교 신앙과 연관시키기 위한 것은 아니라고 보았다. 다수의견은 크리스마스 장식의 의미를 시당국이 국가 공휴일을 기념하기 위한 것이라는 문맥 속에서 파악하고자 했고 따라서 예수 강탄 장면이 크리스마스 휴일의 역사적 기원을 상징적으로 묘사하려는 정당하고 세속적인 목적을 지향하고 있을 뿐이라고 결론 내렸다. 연방최고법원은 1970년의 *Lemon v. Kurtzman* 판결에서 선언된 *Lemon* 삼단계 심사기준을 이 사건에서도 일단 적용하려 했다. 즉 ① 첫째, 그 정부행위가 세속적 목적을 가지고 있는지, ② 둘째, 그것이 종교를 장려하거나 금지하는지, ③ 셋째, 그것이 지나친 정교유착을 발생시키는지를 따져서 정교분리조항 위배 여부를 판단하려 했다. 그러면서도 이 사건 판결을 통해 연방최고법원은 그러한 심사기준이 맹목적으로 엄격히 준수될 필요는 없고 때로는 이를 다소간 변형해서 유연하게 적용할 수도 있고 또 그래야 함을 언급하고 있다는 점에 주목을 요한다.

53) 임지봉, “미국 헌법상의 정교분리원칙”, 『미국헌법연구』 제18권 제2호, 미국헌법학회, 2007.
9. 이 판결에서 O'Connor대법관은 정교분리조항 위배 여부의 전통적인 판단기준을 버리고 정부가 특정종교를 승인하려는 의도를 가졌는지 혹은 특정 종교를 승인하려한 것으로 파악될 수 있는지를 새로운 판단기준으로 삼고자 했다.

▣ 우리나라의 경우

우리나라의 경우 문화적으로 종교적 배경이 미국과 같지는 않지만, 불교와 기독교의 종교적 기념일에 대하여는 공휴일로 지정되어 있다. 물론 이러한 공휴일 제도가 특정 종교를 우대한다는 비판도 없지 않지만, 우리나라의 종교 현황과 문화적 배경에 비추어 볼 때, 이러한 제도가 특별히 특정 종교에 대해 특혜를 베푼다고 하는 점보다 다종교 국가에 있어 국가가 국민의 종교적 활동을 배려한다는 관점과, 해방 이후 하나의 문화로서 형성되고 있다는 점, 그리고 이외의 다른 종교에 대해서도 국가가 유사한 방식으로 축하하고 있다는 점에서 전적으로 배제할 것은 아니라고 본다.

나아가 크리스마스트리도 과연 우리나라에서 종교적인 것으로 받아들여지는지도 검토되어야 한다. 미국의 경우 연방최고법원은 미국역사 상 크리스마스의 전통을 거론하였고, 시청과 비영리단체 간 행정유착이 없었던 점 등을 근거로 원고의 청구를 기각했다. 우리나라의 경우, 크리스마스가 기독교인이 아닌 사람들에게 축제나 연말연시의 문화행사의 성격으로 자리 잡은 점 등을 감안하면 크리스마스트리가 종교 상징물로서의 의미보다는 비종교적 장식물에 가깝다고 보아야 한다.

이러한 장식물들은 우리나라와 같은 다종교사회에서는 한계를 넘지 않는 한 관용과 배려의 차원에서 인정하는 것이 하나의 전통과 문화가 아닌가 한다. 가령, 국공립병원로비의 크리스마스트리나 아동병동의 크리스마스트리를 강제로 철거하게 하는 것은 과잉금지에 해당한다고 하겠다. 비록 해방 이후의 짧은 역사와 문화라 할지라도 하나의 형성되어가는 문화로서 국민들이 받아들이고 있다면, 이를 불편해 하는 지나치게 특수한 주관적인 종교감정 까지도 법이 보호할 의무는 없다. 이러한 종교적 상징물의 설치가 소수종교에 간접적인 차별의 결과를 초래한다는 주장은 그 근거의 합리성이 희박하다고 할 수 있다.

팔관회나 연등회 등의 전통도 현대사회에 까지 지속되었다고 보기는 어려우나, 새롭게 형성된 종교문화라는 차원에서 부처님 오신날에 설치하는

종교상징물을 용인하는 것은 종교적 관용과 종교문화 발전이라는 측면에서 의의가 크다고 할 수 있다. 이러한 종교적 관용 역시 불교도 외의 다른 종교를 신앙하는 이들에 대한 간접차별이라고 보기 어렵다. 자유민주사회의 미덕은 관용이라고 할 수 있다.

그러나 이러한 경우에도 종교적 장식은 세속적인 정부가 과거와 현재의 관행적인 부분을 통해서 종교의 권위를 존중하는 차원에서 머물러야 한다. 정부가 직접적이고 차별적으로 상당한 예산을 들여 특정 종교의 종교적 장식을 지원하는 것은 해당 종교를 우대하는 것이기 때문에 위헌의 소지가 있다.

5. 종교행사의 지원

■ 사례

부처님 오신날 행사를 위해 해마다 서울시를 비롯하여 많은 지방자치단체가 도로를 통제하고 불교행사를 진행할 수 있도록 지원한 것이 정교분리 위반이 아닌지 문제된다.

종교적 경축일의 행사를 위해 일정 지역의 도로의 차량을 통제하고 종교행사를 진행하는 경우가 있다. 원칙적으로 종교단체의 종교적 행사에 지출되는 비용의 일부를 국가나 지방자치단체의 재정에서 지원하는 행위는 정교분리 위반으로 허용되지 않는다.

그러나 이러한 경우에도 우리나라가 다종교사회인 것을 고려하고 국민이 신앙하는 주요 종교의 행사의 경우 새롭게 형성되는 문화축제의 성격을 지니고 있다면, 필요 최소한의 범위에서 배려할 필요가 있다고 할 수 있다. 상대적으로 불교도가 아닌 다른 종교 신앙인들에게 박탈감을 줄 수 있다고 주장할 수 있으나, 이 역시 크리스마스 시즌의 크리스마스트리 등의 장식과 마찬가지로 관용의 차원에서 용인될 수 있다고 하겠다.

다만, 이 경우도 지방자치단체와 불교 간, 행사준비와 내용에 관한 행정적 유착이 없고, 해당 종교를 장려하려는 목적이 없는 수준일 경우에 한해 정교분리 위반으로 보지 않는 것이다. 어느 경우에든지 특정 종교를 진흥할 정도에 이르는 예산 지원과 지나친 유착은 정교분리에 위반된다.

제 4 절 종교시설에서의 공적 행사 영역

1. 종교시설에서의 투표소 설치

■ 사 례

중앙선거관리위원회의 자료에 따르면, 지난 제17대 대통령선거에서 총 투표소 13,178개소 가운데 1,050(8.0%)개소가 특정 종교시설 내에 설치되었다. 이렇게 종교시설에 투표소를 설치하는 것이 해당 종교를 갖지 않은 사람이 종교시설을 강제적으로 방문하게 하는 것이 되어 종교의 자유를 침해하거나 종교차별에 이른 것이 아닌지 문제가 되었다.

선거관리위원회의 경우 주민의 접근성 등 공익상의 요청을 충족하기 위하여 종교시설에 투표소를 설치하였으며 또한 투표소 설치에 필요한 충분한 시간확보로 인해 학교 등의 공공시설을 빌리기가 어려운 현실적인 고충이 있다고 한다. 또한 투표소로 지정된 종교시설도 신도들의 불편함이나 시설관리 등의 부담에도 불구하고 공익상의 요청에 부응하기 위해 투표소의 개설에 협조한 것 역시 선의로 이해된다.

그러나 국가인권위원회는 위와 같은 사정에도 불구하고 선거관리위원회가 종교시설 내에 투표소를 설치하는 행위는 다음과 같은 이유로 기본권(종교의 자유)을 침해할 소지가 있다고 판단하였다.

첫째, 우리 헌법 제20조가 보장하고 있는 종교의 자유 가운데 하나인 종교적 행위의 자유에는 국민이 종교상의 이유로 출입하기 원하지 아니한 특정종교시설에 출입을 강제당하지 아니할 자유도 포함될 것이다. 그런데 국가가 종교시설 내에 투표소를 설치할 경우 다른 종교를 가지거나 종교를 갖고 있지 않은 유권자가 투표를 하기 위하여는 반드시 특정 종교시설에 출입을 할 수 밖에 없다. 이러한 경우 종교상의 이유로 특정 종교시설

에 출입하기를 원하지 아니한 유권자는 특정 종교시설이 아닌 그 밖의 인근투표소에서 투표를 할 수 있는 기회가 주어지지 아니한 이상 자신이 원하지 아니한 특정 종교시설에 출입을 강제당하게 된다. 이러한 사정은 우리 헌법이 보호하고 있는 종교의 자유를 침해하는 결과에 이르게 된다.

둘째, 종교시설 내에 투표소를 설치하는 것은 선거관리위원회의 행정효율성, 다른 유권자들의 접근용이성 등의 공익상의 요청이 있다고 하더라도 이러한 행위로 인하여 유권자의 일부가 투표권의 행사를 꺼리거나 거부하게 된다면 이러한 사태는 민주주의의 신장을 위하여 교정되어야 할 것이다. 다시 말하면 종교시설 내에 투표소를 설치함으로써 충족할 수 있는 공익상의 요청보다 이로 인하여 발생될 수 있는 투표권 행사의 제한이 더욱 더 신중하게 대처해야 할 문제이다.

이러한 이유로 국가인권위원회는 투표구 내에 종교시설 이외에는 투표소를 설치할 적당한 장소가 없다는 등의 불가피한 사정이 있는 경우를 제외하고는 선거관리위원회가 특정 종교시설을 투표소로 지정함으로써 인하여 국민들의 일부라도 종교상의 이유로 민주주의 실현에 가장 기본이 되는 투표권을 행사하는 데에 어려움을 겪지 않아야 한다고 결정하였다.

이러한 국가인권위원회의 판단은 기본적으로 타당하다고 하겠다. 따라서 불가피한 사정의 입증은 선관위에서 부담해야 하고 선관위가 학교 등을 우선 검토하되 불가피한 사정이 있는 경우에 한해 종교시설을 투표장소로 검토할 수 있을 것이다. 이에 관해서는 헌법재판소에서 사건이 진행 중이다(2008헌마207).

2. 특정 종교시설에서의 공공기관 행사

■ 사례

공공기관의 행사를 특정 종교시설의 장소를 대여 또는 이용하여 개최하는 경우

예컨대 해당 기관 또는 공무원이 참여하는 회의 등을 당해 관공서 건물 내에서 하지 않고 외부에서 하는 경우가 있을 수 있다. 이 경우 회의의 성격과 규모에 맞게 적당한 회의장소를 마련할 수 있을 것이다. 이때 종교시설에 방문해야 하는 행정적·세속적 목적이 있는 경우에는 해당 장소에서 회의가 가능하다. 그러나 특별한 사정없이 종교시설을 이용한 행위는 다른 종교를 가진 사람이나 종교를 갖지 않은 사람으로 하여금 종교시설에 출입하게 하는 것이므로 타인의 종교의 자유를 침해할 수 있다. 따라서 종교적 목적이 있는 것은 아니라 하더라도 다른 종교를 가진 공무원이 특정 종교시설의 출입을 강제할 염려가 있는 경우에는 자제하는 것이 바람직하다.

그러나 공공기관의 행사가 자선행사, 예술행사, 축제 등으로 이루어질 때 종교기관과 공동으로 개최하는 경우나 단독으로 개최하는 경우에도 적당한 장소가 없어 종교시설을 이용하는 경우가 있다. 이러한 경우 종교적 장소를 대여한 것 자체가 정교분리 위반은 아니라고 할 것이다. 세속적 목적으로 지방자치단체의 예술행사의 장소를 빌리는 것은 오히려 공익 목적에 부합한다. 이 경우 행사 장소로서 종교시설을 사용하는 것을 원칙적으로 금지할 것은 아니지만 행사의 성격 등을 충분히 고려하여 국가가 특정 종교를 지원하는 듯한 인상을 주어서는 아니 될 것이다. 예를 들어 다른 곳에 더 적당한 장소가 있음에도 특정 종교시설을 지속적으로 대여하여 그 종교의 전파를 지지하는 경우에는 정교분리 위반이 된다. 따라서 공적인 행사가 세속적 목적으로 종교기관에서 행해지는 경우 가급적 종교의 특성이 드러나지 않도록 하되, 세속적·공익적 목적에 부합하도록 이용하여야 한다.

그 밖에 해당 지역에서 이루어지는 사업의 설명회 또는 투자설명회를

종교시설을 활용하여 개최하는 경우가 있는데, 이 경우 사업의 성격, 사업 설명회의 주체, 설명회 참석 인원의 수용 가능성, 인근 공적 시설의 부족이나 이용 가능 혹은 불가능한 사정을 종합적으로 검토하여야 할 것이다. 단순히 장소 대여만으로 정교분리 위반은 아닐 것이며 종교적 목적을 갖고 활용된 것인지 검토되어야 한다.

3. 종교시설에서의 문화·복지 프로그램에 대한 재정 지원

■ 사례

종교단체가 종교시설에서 문화·복지 프로그램을 진행하는 경우 일정한 법령의 조건에 따라 재정적 지원을 하는 경우 종교차별이 아닌지 문제된다.

공공기관에서 종교적 시설을 대여하는 것이 아니라, 특정 종교단체가 주체가 되어 문화행사, 복지프로그램 등의 행사를 하는 경우 지방자치단체 등이 적극 지원하는 사례도 있을 수 있다. 이러한 경우는 사회통합 또는 지역주민에게 일정한 편익을 제공하는 것으로 세속적 목적이 강하고, 정부와 지방자치단체가 사회단체가 행하는 여러 가지 행사를 지원하는 것과 같은 수준에서 행해질 수 있다. 따라서 지원 자체가 정교분리 위반은 아니며 지원의 근거, 사유, 규모, 기간, 성격, 종래의 관례 등을 종합적으로 검토하여 합리적인 범위 내에서 이루어지는 것이라면 종교차별이 아니다.

종교적 조형물의 조성·복원을 문화재보호의 차원에서 지원하거나 발주하는 행위도 국가나 지방자치단체의 문화재 보호의무를 수행하는 것에 해당하므로 인정된다.

그러나 국가나 지방자치단체가 관광진흥의 목적이라고 하더라도 특정 종교의 상징물이나 숭배의 대상이 되는 조형물(예: 불상, 십자가 등)을 건립하거나 주로 종교적 집회와 결사를 위한 건물 건축에 예산을 지원하는 것 등은 특정 종교를 진흥·조장하는 것이므로 허용되지 않는다. 이러한 내용을 법령에 규정할 경우 법령도 정교분리 위반으로 위헌이 된다.

제 5 절 종교적 표현의 자유 보장과 제한 영역

1. 공공장소에서의 종교적 집회

공공장소에서의 종교적 표현도 종교의 자유로서 보장된다. 종교적인 표현이라고 해서 다른 정치적 기타 표현보다 제약을 받는다면 이는 종교의 자유를 침해한 것이 된다. 그러나 종교의 자유도 절대적·우선적으로 무제한 보장되는 것은 아니므로, 특히 공공장소의 경우 타인의 기본권도 존중되어야 하는 한계가 있다.

(1) 공공시설에서의 종교 집회

■ 사 례

체육관 등에서의 종교 집회를 허가하는 것이 종교차별이 아닌지 문제된다.

개인들이나 종교단체가 종교집회를 하는 것은 종교행위, 종교집회의 자유로 보장된다. 이때 특정한 공공장소를 대여하여 종교집회를 개최하는 것도 종교의 자유의 한 내용이 된다. 집회시위의 자유가 보장되듯이 공공장소에서 집회의 자유도 보장된다. 종교집회의 자유의 경우 다른 집회의 자유보다 신고의무가 없이 보다 폭넓게 보장된다. 대여규칙 등을 따라서 장소대여 계약을 맺고 대여하는 경우 종교집회라는 이유로 이를 거절할 수 없다. 물론 종교라는 이름으로 사회질서를 해치거나 공공복리에 반하는 행사 등 대여규칙 등에서 금지하는 행위를 하려는 경우 이를 거절하는 것은 타당하다.

따라서 대여규칙에 부합하여 종교집회의 장소로서 대여하는 것은 정교분리에 위반되는 것이 아니다. 오히려 시설대여규칙에서 종교를 이유로 거절하는 것은 종교단체를 다른 단체와 차별하는 것이 된다.

해당 시설의 목적이 특정 목적을 갖고 있는 경우(예: 예술의 전당) 종교 단체의 활동이나 집회 허가 신청(대관 신청)에 대해 특정 목적(예: 예술성)에 부합하지 않음을 이유로 거절하는 것은 종교를 차별한 것은 아니다.

(2) 종교집회를 위한 학교시설의 사용

■ 사 례

학교시설대여규칙에 따라 학교 시설(예: 체육관, 강당 등)을 대여하여 종교 집회의 개최를 도운 것이 정교분리 위반이 아닌지 문제된다.

원칙적으로 상품, 설비, 서비스와 관련된 공급을 종교를 근거하여 거부하는 것은 차별에 해당한다. 따라서 학교 시설 대여 규칙에 따라 절차에 맞게 대여한 것이라면 종교차별이라고 할 수 없다. 반대로 종교단체임을 이유로 대여를 거절한 경우 다른 단체와 달리 종교단체를 이유로 차별한 것이 된다.

국립대학 강당에서 개강 혹은 종강기념으로 미사를 집전하고 예배를 드리는 일이 있다. 이 경우 국립대학의 특정한 장소에서 종교의식을 행하도록 하는 것이 정교분리에 위반되는 것이 아닌지 논란이 있을 수 있다. 그러나 국립대학의 경우에 학생들의 종교의 자유를 보장하고 종교집회의 자유를 인정하는 것 자체로 정교분리에 위반하는 것이 아니다. 더욱이 그 장소가 문화관이나 체육관 등의 공간에서 같은 종교를 가진 사람들끼리 모이도록 관련 규칙에 따라 장소 사용을 허가하는 것이 특정 종교를 지지한 것으로 볼 것은 아니다. 오히려 다른 서클의 모임은 허가하면서 종교적 모임을 불허하는 것은 세속적인 것에 비해 종교적인 것을 차별하는 것이 된다. 공공시설의 대여가 종교적 목적이 아니라 구성원들의 종교적 활동을 원활하게 하도록 돕는 것이므로 정교분리 위반이 아니다.

일요일에 국립이든 사립이든 초중고등학교의 체육관이나 강당의 시설을 외부 단체에 대여하는 규칙이 있는 경우, 관련 시설을 종교단체에 대여하였다고 하여 정교분리에 위반되는 것은 아니다. 해당 종교의 경우 일요일에 종교집회를 하는 관습이 있는 것이고 특별한 사정으로 일정한 기간 학교시설 대여규칙에 따라 휴일에 정당하게 대여한 것이라면 해당 종교를

우대한 것이 아니다.

오히려 학교 시설이 휴일이나 방학 등으로 활용하지 않는 때에 지역주민들의 모임과 활동을 위해 대여하는 것이 지역사회에 기여하는 것이 될 수 있다. 초등학교 운동장 같은 경우 방과 후 일정시간 개방되기도 한다. 이러한 경우 학교가 학교의 형편과 학생들의 활동 영역, 강당이나 체육관의 위치와 규모, 대여료로 인한 경제적 수익성 등을 종합적으로 고려하여 외부에 개방하게 될 것이므로 이는 대여규칙의 합리성과 정당성을 심사하면 된다. 물론 이 경우 다수 학생이 학교에서 학업을 진행하고 학교시설이 학생들과 접촉 가능성이 높은 경우라면 대여규칙에 따라 거부하는 경우는 타당하다. 이러한 내용은 이미 대여규칙에 마련되어 있을 것이고 다른 사회단체에도 동일하게 적용될 것이므로 학교가 특정 종교를 차별하는 것이 아니다.

평일에 학교시설을 대여하여 학생들의 학습권을 침해한 경우가 있는데, 이 경우 학교시설의 대여규칙에 문제가 있거나, 대여 허가를 하는 판단 과정에 문제가 있거나, 종교단체의 이용 과정에서 문제가 있었던 것이다. 이러한 경우 종교의 자유 침해나 종교차별의 문제가 아니라, 학교가 학교시설의 대여규칙에 따라 학생들의 학습권을 보장해야 하는 관계로 문제를 해결해야 할 것이다. 따라서 이 문제를 종교차별의 문제로 접근하는 것은 옳지 않다.

물론 공립학교가 중립적인 입장에서 학교 공간을 대여하는 것을 넘어서 학생들을 종교집회에 참여하도록 권유하는 것은 중립적인 것이 아니므로 정교분리에 위반된다.

■ 미국

1993년의 *Lamb's Chapel v. Center Moriches Union Free School District* 사건에서는, 일반 종교단체가 학교시설을 이용하는 것이 문제되었다.⁵⁴⁾ 즉

54) 508 U.S. 384 (1993).

교육위원회가 야간과 주말에 지역사회와 시민단체에게 학교를 개방하도록 하면서 국교설립금지 규정을 준수한다는 이유로 학교시설을 종교적인 목적을 가진 단체에 대하여는 사용을 금지하는 규정을 제정하였고, 종교단체가 일반인을 위하여 가정과 자녀양육에 관한 영화를 상영하기 위하여 학교시설의 이용을 신청하였지만 위 규정에 따라 허용되지 않았다. 이에 대하여 연방최고법원은, 이는 종교적 표현을 이유로 한 차별에 해당하므로 엄격한 심사기준을 통과하지 못하면 위헌이 되는데, Widmer 사건에서 판시한 바와 같이 Lemon test에 의할 때 공공시설을 종교단체가 사용하도록 하는 것만으로는 국교설립금지 규정에 위배되는 것도 아니므로 그와 같은 차별을 할 만한 필요 불가결한 이익이 없어서 표현의 자유를 침해하여 위헌이라고 판시하였다.

최근의 Good News Club v. Milford 사건에서는, 초등학교가 학생들의 방과 후에 학교시설을 지역사회단체에 개방하면서도 종교단체에 대하여는 이를 금지한 것이 다투어졌다.⁵⁵⁾ 이 사건에서 연방최고법원은 학교가 학교시설을 지역사회에 개방함으로써 학교가 제한적인 공공장소(public forum)가 되었으므로 학교는 표현내용에 대하여는 중립적이어야 하는데, 종교단체에 대하여 학교를 개방하지 않는 것은 종교단체의 표현의 자유를 침해하는 것이고, 중립적인 입장에서 종교단체에 대하여 학교시설을 개방한다고 하여 국교설립금지 규정에 위배되지도 않는다고 판시하였다. 이 판시에 의하더라도, 만약 학교가 수업시간 중에 학생들의 종교활동의 참여를 권장하거나 종교적인 활동을 하는 등 종교단체의 활동을 강요하는 측면이 인정되는 경우에는 결론이 달라질 수 있을 것이다.

55) 533 U.S. 98 (2001).

2. 종교적 표현

(1) 도로변 대형광고판 등

■ 사례

도로변 또는 건물옥상 등에 설치된 대형광고판에 종교전파를 위한 광고를 하는 행위

종교는 자신의 종교를 전파하기 위해 자신의 종교적 모임과 교리를 광고할 수 있다. 광고의 방법은 사회질서와 공공복리를 해하지 않는 범위에서 광고 관련 법령을 준수하는 방법으로 가능하다.

그런데 광고 가운데에는 공공장소의 공간을 차지하는 경우가 있고 사적 장소에서 하는 경우들이 있다. 후자의 경우 권리를 남용하여 타인의 권리를 해하지 않는 한 크게 문제되지 않겠으나, 전자의 경우 공공장소라는 특성에 따라 종교전파의 자유가 제한되지 않는지 문제된다.

원칙적으로 본다면 공공장소에서도 다른 표현의 자유와 마찬가지로 종교전파의 자유는 인정된다. 음란성이 있는 광고 등 공서양속(公序良俗)을 해칠 수 있는 광고에 대해서만 관련 법규로 규제하고 있는 바, 법적 근거 없이 종교적 내용을 규제하는 것은 위헌·위법이라고 할 수 있다.

이와 관련하여 옥외광고물 등 관리법에는 금지되는 광고물에 대하여 다음과 같이 규정하고 있다.

「옥외광고물 등 관리법」 제5조 (금지광고물등) ① 누구든지 다음 각호의 1에 해당하는 광고물등을 표시하거나 설치하여서는 아니된다.

1. 신호기 또는 도로표지등과 유사하거나 그 효용을 방해하는 형태의 광고물등
2. 기타 도로교통의 안전을 저해할 우려가 있는 광고물등
- ② 누구든지 광고물에 다음 각호의 1에 해당하는 내용을 표시하여서는 아니된다.
 1. 범죄행위를 정당화하거나 잔인하게 표현하는 것
 2. 음란 또는 퇴폐적 내용등으로 미풍양속을 해칠 우려가 있는 것
 3. 청소년의 보호·선도를 저해할 우려가 있는 것

4. 내국인용 카지노·복권 등의 광고물중 사행심을 불러일으키는 것
5. 인종차별 또는 성차별적 내용으로 인권침해의 우려가 있는 것
6. 기타 법령의 규정에 위반되는 것

관련 규정에 따르면 종교차별의 내용은 없으며, 혹 제5호에 종교차별적 내용으로 인권침해의 우려가 있는 것을 개정하여 포함시키는 경우에도 여기서 말하는 종교차별과 인종차별은 다른 종교나 인종에 대해 공격적인 것을 말한다. 따라서 종교차별적 내용이 아닌 전도를 위한 광고는 법상으로 금지되지 않는다. 그리고 현재에도 종교차별적인 내용으로 다른 종교나 종교에 속한 사람들의 명예를 훼손하거나 모욕적인 경우 형법상 명예훼손죄 또는 모욕죄에 해당하여 제6호에 해당할 수는 있을 것이다.

결국 정부나 지방자치단체와 종교단체 또는 선교를 하고자 하는 광고주 간 행정적 유착관계 없이 광고를 허용한 경우는 정교분리 위반이라고 보기 어렵다. 물론 정부나 지방자치단체가 선교를 목적으로 종교적 내용을 광고에 삽입할 광고주를 우대하였거나 광고주 선정 과정에 특혜를 제공하였다면 위법성이 있다고 할 수 있다.

한편 공공성이 매우 강한 공공장소의 경우 이러한 내용을 일률적으로 적용하기는 어렵다. 국공립 초등학교에서 교문에 광고판을 설치하는 경우 수익성 있는 광고를 한다고 하더라도 종교관련 광고는 정부의 종교적 중립성에 위반될 소지가 많다. 반면에 국립대학의 진입로 등에서 학내 종교서클을 광고하는 현수막을 거는 것이 정교분리에 위반된다고 볼 수는 없다. 다른 예로 고속도로나 국도 상에서 광고물을 설치하는 경우가 있는데 이러한 광고물을 통해 종교를 전파하는 경우는 정부가 이들 종교에 대한 지지를 한다는 오해를 줄 수 있기 때문에 종교적 중립성에 위반될 소지가 있다. 이러한 경우에는 종교적 광고물을 전면 금지할 수는 없고 광고물이 설치된 장소, 광고의 크기, 종교성의 정도, 게시 기간이나 게시 목적(예: 종교적 기념일을 축하하기 위하여 단기간 게시한 경우), 정부나 지방자치단체의 특정 종교의 전파를 지지하는 것으로 비쳐지는지 등을 종합적으로 검토하여야 할 것이다.

상업적 광고에 자신이 신봉하는 종교 관련 문구를 삽입하는 경우도 마찬가지이다. 상업적 광고임에도 불구하고 종교 관련 문구를 삽입한 것 자체로 이를 국가가 금지할 권한이나 책무는 없다. 사실 종교 관련 문구도 일반인들이 인식하지 못하는 경우도 있고, 정부가 개인의 표현에 종교성이 있는지 없는지를 심사하는 것 자체가 국가가 종교에 개입하는 것이 되기 때문이다. 따라서 앞에서 본 것과 같이 그러한 상업적 광고도 원칙적으로 가능하되, 설치된 장소, 광고의 크기, 종교성의 정도, 게시 기간이나 게시 목적, 공공기관의 광고의 지지 정도 등을 종합적으로 검토하여 국가의 종교적 중립성이 위반된 것이 없는지 판단하면 될 것이다.

(2) 버스나 지하철에서의 종교적 광고물

■ 사례

버스 광고나 지하철에서의 종교 광고물을 부착하는 것이 정교분리 위반이 아닌지 문제된다.

이러한 사례의 경우도 앞에서 설명한 것이 동일하게 적용된다. 원칙적으로는 공공장소에서의 종교전파 행위와 유사하다. 원칙적으로 표현의 자유로서 보장된다.

자칫 종교적 광고물을 규제할 경우 ‘종교적’인지 심사하는 것 자체가 국가의 종교 판단 혹은 종교에 대한 개입이라고 할 수 있다. 이 경우 예컨대 점, 사주 등까지 종교에 포함할 것인지, 광고 내용이 사찰이나 성당, 교회 등의 위치, 특정 행사를 위한 광고일 경우에도 제한할 것인지, 종교적인 단체가 다른 문화·예술·자선행사 등의 이유로 광고를 하는 경우 종교적인 것인지 등 판단하기 어려운 부분이 발생한다. 종교적 경축일을 광고하는 것까지 규제하게 될 수도 있다.

이러한 경우에도 원칙적으로는 전술한 바와 같이 관계 법률에 의하여만 제한이 가능하다. 음란하거나 사회질서를 해치는 경우 제한이 가능하다. 다른 표현은 저속한 경우에도 광고가 허용되면서 유독 종교적인 것만 규제하는 것은 종교를 이유로 차별하는 결과가 나오게 된다. 지하철 역사에 있는 많은 광고물이 경우에 따라서는 학생들이 보면 저속하거나 윤리에 반하는 것이 있음에도 허용되는 것과 견주어 보아도 종교적인 이유만으로는 규제하기는 어렵다.

버스 광고의 경우 버스회사에 대한 정부나 지방자치단체의 지원을 들어 공적 장소라고 보는 시각도 있다. 그러나 정부의 재정지원은 일반 시민의 공공의 이익을 위한 것이므로 종교적 목적과 결부된 것이 아니다. 따라서 버스 회사에 공적인 지원이 있다고 하여 버스의 광고판이 공적인 장소라고 하기는 어렵다.

버스 회사에 대한 지원은 공적 서비스 제공에 대한 지원이기 때문이다. 물론 일반인들이 쉽게 목격할 수 있다는 점에서 다른 사람들이 불쾌할 수 있으나 이는 사적인 감정에 해당하고 다원적 민주주의 사회 혹은 우리나라와 같은 다종교 사회에서는 어느 정도 용인해야 하는 것이 아닌가 생각된다. 나아가 종교적인 것을 이유로 광고주에게 정부가 계약을 금지시키는 것 자체가 계약의 자유가 침해될 소지가 많다.

다만 버스회사나 철도공사 등이 특정 종교단체의 광고만을 취급하거나 차별적으로 거절하는 경우에는 문제의 소지가 있다. 반대로 계약 절차상 요건이나 절차의 미비로 계약을 거절하거나 취소, 해제하는 것은 종교차별과는 관계가 없다.

3. 공공장소에서의 종교적 전파 행위

(1) 전동차 내에서의 종교전파 행위

■ 사 례

전동차 내에서 자신의 종교를 전파하는 행위를 과도하게 하여 다른 사람에게 불쾌감을 줄 수 있는데, 이에 대해 정부나 지방자치단체, 공공기관이 어떻게 규제할 수 있는지가 문제된다.

공공장소에서 과도한 종교 전파행위를 할 경우 다른 종교를 가진 사람이나 종교가 없는 사람의 경우 불쾌할 수 있다. 이들은 공공장소에서의 종교전파행위에 대해 국가가 나서서 규제해 줄 것을 요청하기도 한다. 이 경우 전동차 내에서의 종교를 전파할 자유와 전동차 안에서 평온하게 있을 수 있는 자유가 충돌할 수 있다.

일반적으로 전동차 내에서 불쾌한 행위나 다른 사람에게 폐를 끼치는 행위는 시민윤리적으로 자제되어야 옳다. 그 가운데 사회질서를 해치는 몇 가지 행위들은 신고대상이 되기도 한다. 그런데 전동차의 경우에도 우리나라 현실은 다양한 이야기들이 서로 오가기도 하고 자신의 의사를 표현할 수 있는 공간이 되기도 한다. 이러한 자유는 다른 사람의 자유를 침해하지 않는 범위 내에서 가능하다.

전동차 내에서의 종교전파 행위는 종교의 자유로서 그리고 표현의 자유로서 보장된다. “헌법 제20조 제1항이 보장하는 종교의 자유에는 자기가 신봉하는 종교를 선전하고 새로운 신자를 규합하기 위한 선교의 자유가 포함되고(대법원 1996. 9. 6. 선고 96다19246, 19253 참조), 공공장소 등에서 자신의 종교를 선전할 목적으로 타인에게 그 교리를 전파하는 것 자체는 이러한 선교의 자유의 한 내용을 당연히 이루는 것이라고 볼 것”이기 때문이다.

그런데 전동차 내부 등 일반인들이 통행하거나 함께 이용하는 장소에서의 종교전파 행위는 경우에 따라서는 다른 사람들에게 불편을 끼칠 수 있고, 이 경우 어느 정도가 한계가 이루는지 문제가 될 수 있다. 전적으로 종교전파 행위를 금지하는 것은 종교의 자유를 침해하거나 국가가 세속주의를 다른 차원의 종교로서 강요하게 되는 것이 되고, 반면에 무제한 허용하는 경우 다른 사람들의 평온권을 침해하게 된다. 이러한 기본권 충돌 현상이 나타날 경우 양자의 조화가 문제되는데, 이 경우에는 기존의 법률이 종교전파의 자유도 외부로 나타나 사회질서를 해칠 경우 제한될 수 있다는 점을 전제로 법률이 제정되어 있어 이를 기준으로 판단할 수 있는 바, 일반적으로 「경범죄처벌법」이 하나의 판단 기준으로 작용한다.

구체적으로 문제가 된 사례는 다음과 같다.

피고인은 ① 서울시 소재 지하철 2호선 전동차 내에서 선교활동을 하기 위해 큰 소리로 “하나님을 믿으면 천국에 갈 수 있고 하나님을 믿어라”라는 등의 말을 하여 인근을 소란하게 하고, ② 1년 후 같은 장소에서 위와 같은 방법으로 인근을 소란하게 하였다. 피고인은 이러한 사실로 공소제기 되었고, 제2심 판결에서는 피고인의 법정 및 경찰에서의 진술과 수사기록에 편철된 단속경위서 및 범칙자적발 보고서를 종합하여 위 사실을 인정하여 피고인의 행위가 경범죄처벌법 제1조 제26호 소정 인근소란행위에 해당한다고 판단하자, 피고인이 대법원에 상고한 사례이다.

이에 대해 대법원에서는 “헌법이 보장하고 있는 이러한 종교의 자유의 허용범위와 내용에 더하여 경범죄처벌법의 적용에 있어서 국민의 권리를 부당하게 침해하지 아니하도록 세심한 주의를 기울여야 한다는 경범죄처벌법 제4조 소정의 입법정신을 아울러 고려할 때, 불가불 타인의 주목을 끌고 자신의 주장을 전파하기 위하여 목소리나 각종 음향기구를 사용하여 이루어지는 선교행위가 경범죄처벌법 제1조 제26호 소정의 인근소란행위의 구성요건에 해당되어 형사처벌의 대상이 된다고 판단하기 위해서는 당해 선교행위가 이루어진 구체적인 시기와 장소, 선교의 대상자, 선교행위

의 개별적인 내용과 방법 등 제반 정황을 종합하여 그러한 행위가 통상 선교의 범위를 일탈하여 다른 법익의 침해에 이를 정도가 된 것인지 여부 등 법익간의 비교형량을 통하여 사안별로 엄격하게 판단해야 할 것이다.”라고 하였다.

나아가 사례의 사실관계에 관한 대법원의 구체적 판단은 다음과 같다.

“그러나 원심이 유죄의 증거로 삼은 피고인의 법정 진술이나 경찰 피의자신문조서의 기재내용은 피고인이 위 일시 장소에서 자신이 신봉하는 기독교를 선교할 목적으로 전동차 탑승객들을 상대로 공소사실과 같은 내용의 선교활동을 하였다는 점을 인정한 것에 불과할 뿐, 더 나아가 자신의 행위가 그러한 선교활동의 범위를 넘어서서 경범죄처벌법 제1조 제26호에서 예정하고 있는 인근소란행위에 해당된다는 사실까지 인정한 것은 아니라고 보아야 할 것이고, 나머지 증거들인 단속경위서 및 범칙자적발보고서를 살펴보더라도 과연 피고인이 위 일시장소에서 한 선교행위의 구체적 내용과 목소리의 크기, 소란의 정도가 어떠한 것이었는지 도무지 알 수 없을 뿐더러, 달리 기록상 피고인에 대한 공소사실을 인정할 증거를 찾아 볼 수 없다.

그럼에도 불구하고, 위 공소사실에서 적시한 일시 장소에서 피고인이 한 구체적인 선교행위의 내용과 방법, 소란의 정도, 피고인의 선교행위로 인하여 그 전동차에 탑승한 승객들의 평온한 공공시설 이용권이 어느 정도로 침해되었고 그 수인한도를 얼마나 초과한 것인지 여부, 피고인의 선교행위가 공공질서의 유지에 현존하는 명백한 위험을 초래한 것인지 여부 등에 관하여 이를 심사할 아무런 자료도 없는 이 사건에 있어서, 막연히 전동차 구내에서 선교활동을 하였다는 정도만으로 피고인에 대하여 유죄를 인정한 원심판결에는 종교와 선교의 자유 및 경범죄처벌법에 관한 법리를 오해하여 심리를 다하지 아니한 위법이 있다”⁵⁶⁾

대법원 판결을 종합하여 본다면 전동차에서의 종교전파 행위가 인근을

56) 대법원 2003. 10. 9. 선고 2003도4148.

소란하게 하고 타인의 평온권, 공공시설이용권 등을 침해하거나, 공공질서 유지에 필요한 명백한 위험을 초래한 경우에는 경범죄처벌법에 해당한다고 보지만, 상대방에게도 평온권 등을 침해하지 않은 한도에서는 수인의 무를 갖고 이러한 수인한도를 초과하지 않은 것이라면 처벌할 수 없다는 취지라고 할 수 있다. 따라서 통상 종교전파의 범위를 일탈하지 않은 것이라면 종교전파의 자유로 보장된다.

(2) 공공장소에서의 전도 행위

■ 사 례

주민센터 직원들에게 특정종교 교인들이 커피를 주는 등 전도 활동에 대한 시정을 요구하여 문제가 된 경우이다.

이 사례에서 문제가 된 행위도 앞서 설명한 바와 같이 종교의 자유 가운데 종교전파의 자유로 보장되는 하나의 내용이다. 다만 문제가 되는 것이 공공장소에서 공무원을 상대로 한 전도활동이라는 점이다. 따라서 공직자의 종교차별행위로는 보기 어렵다.

주민센터의 경우 일반인들의 출입이 자유롭고 특정종교 교인들이 잠시 들어가 자신들의 종교전파 혹은 이에 대한 전도의 방법으로 커피를 나누어 준 것은 우리 사회상규상 크게 공무를 방해하였거나, 주민센터에 온 다른 주민들의 업무를 방해했다고 보기 어렵다.

물론 이러한 전도활동이 일반인의 출입을 어렵게 하거나 상당한 불편을 줄 경우 공무집행방해죄나 경범죄처벌법 위반에 해당할 여지는 있다. 그러나 이 경우 경범죄처벌법에 의한 처리는 별론으로 하고 전도 활동을 금지하는 것이 오히려 종교의 자유를 침해할 수 있다. 이 경우 공공기관 건물에서 종교단체의 활동이 일반인들에게 거부감을 주지 않는 범위 내에서 할 수 있도록 전도의 장소나 방법에 있어 협조요청을 하는 것이 바람직할 것이다.

4. 종교적 의상

■ 사례

종교에 따라서는 독특한 의상을 입기도 하는데, 외국에서도 경우에 따라서는 종교적 전통의상의 착용을 금지하는 경우가 있어 종종 문제가 되었다.

▣ 독일의 경우: 히잡(Kopftuchurteil) 판결⁵⁷⁾

독일 연방헌법재판소는 2003년 9월 24일에 소위 히잡판결을 내렸는데 동 사건은 학교와 수업 중에 히잡을 착용하려는 의도를 가진 무슬림 예비 여성교사에게 고등학교청(Oberschulamt)이 학교공무원으로서의 채용을 거부할 수 있는가 하는 것에 관한 것이었다.

사실관계는 다음과 같다.

① 사실관계

무슬림 예비 여교사인 페레쉬타 루딘(Fereshta Ludin)은 아프가니스탄의 카불에서 출생하여 1987년 이후 독일에서 거주하다가 1995년 독일국적을 취득하였다. 그녀는 바덴-뷔르템베르크 주에서 학교업무를 시험(auf Probe)적으로 담당하는 학교공무원으로 채용되고자 했다. 그러나 슈투트가르트의 고등학교관청은 그녀가 수업 중 히잡을 벗는 것을 거부했기 때문에 개인적인 자격의 부족을 이유로 그녀의 채용신청을 거절했다. 이에 대해 그녀는 채용의 거부를 통하여 기본법 제4조 제1항이 보장하고 있는 종교의 자유를 침해되었다고 주장하였다. 그녀가 제기한 행정소송은 모두 기각되었고 이에 따라 기본법 제1조 제1항(인간의 존엄), 제2조 제1항(인격권), 제3조 제1, 3항(평등권), 제4조 제1, 2항(종교의 자유), 제33조 제2, 3항(국가공무원제도)의 침해를 들어 연방헌법재판소에 헌법소원을 제기한 것이다.

57) BVerfGE 108, 282.

이에 대해 연방헌법재판소는 헌법소원을 허용하고 행정재판소의 판결이 기본법 제4조와의 관련하여 기본법 제33조 제2항을 침해한다고 하였다.

② 판결의 주요 내용

연방헌법재판소는 교사인력에 대한 학교와 수업시간 중의 히잡착용 금지는 현재 유효한 바덴-뷔르템베르크의 주법 속에서 충분하고 확실한 근거를 찾아볼 수 없다고 하면서, 연방행정재판소의 판결을 파기하고 사건을 다시 연방행정재판소에 환송하였다. 연방헌법재판소의 결정에 따르면 바덴-뷔르템베르크 주 행정재판소와 연방행정재판소는 여선생의 공무담임권을 종교의 자유보장과 관련하여 침해하였다. 즉 동 사건에서 히잡의 착용은 헌법소원 제기자의 무슬림종교단체의 소속을 표현하고 그녀의 무슬림으로서의 정체성을 확실히 보여주는 것으로, 교사직의 자격을 평가하는데 법적 근거 없이 종교의 자유를 근거로 한 행위를 판단 기준으로 삼을 수 없다고 하였다. 특히 수업 중에 히잡착용을 금지하는 것은 기본법 제4조 제1항에서 법률유보 없이 보장되는 종교의 자유를 침해한다고 하였다. 이렇게 보장되는 종교의 자유를 제한하기 위해서는 법률상의 근거가 필요하다고 보았기 때문이다.

반면에 연방헌법재판소는 법률에 충분히 명확한 근거가 있으면 국립학교에서의 히잡착용이 금지될 수 있다고 하여 이를 금지할 여지도 주었다. 즉 점점 더 증가하는 종교적 다양성과 결부된 현대의 사회적인 변화는 입법자에게 학교에서 종교와 관련하여 허용되는 범위를 위해 새로운 결정을 내리도록 하는 동기가 될 수 있다고 한 것이다. 이에 따라 바덴-뷔르템베르크 주는 관계법을 제정하여 국립학교에서 히잡의 착용을 금지하고 있다. 그 결과 이러한 판결은 오히려 히잡의 착용을 종교의 자유의 관점에서 허용할 것인가의 문제를 완전히 해결하지 못하였다는 점에서 비판을 많이 받고 있다.

■ 프랑스의 경우

프랑스는 헌법에서부터 세속국가를 선언하고 있다. 가톨릭과 공화파의 격렬한 대립을 거치면서 공화주의와 세속주의를 헌법 제1조에서 규정하고 엄격한 정교분리를 채택하고 있으며 최근 2004년에는 이른바 「종교적 표장법」을 제정하였다. 법률의 정식명은 「라이시테의 원칙을 적용하여 공립학교, 코레주 및 리세에 있어 종교에의 소속을 표명하는 표장(signes) 또는 복장(tenues)의 착용을 규제하는 2004년 3월 15일의 법률」이다.

법률에 말하는 ‘종교에의 소속을 표명하는 표장’(종교적 표장) 등이 가리키는 것은, 주로 여성 이슬람교도가 머리 등을 감추기 위해 몸에 두르는 이슬람의 스카프(또는 베일)이다.⁵⁸⁾ 그 때문에 법률은 ‘이슬람 스카프 방지법’이라고도 불리고 있다. 이 스카프의 착용은 일부의 교단에서 코란에 기초하는 의무로 간주된다. 이 법률의 제정은 다른 국가에도 큰 주목을 불러일으켰다.

이 법률은 4개조뿐이다. 그 중심인 1조의 주요부분은 다음과 같다.

“공립학교, 코레주 및 리세에서, 학생이 자랑하듯이 자기의 종교에의 소속을 표명하는 표장을 착용하는 것은 금지된다.

교칙은 징계절차의 개시 전에 학생과의 대화가 행해질 것을 분명히 한다.”

이 법은 의회에서 압도적 다수의 찬성을 얻어 제정되었지만, 프랑스 국내에서도 인권단체나 사회학자 등을 중심으로 비판이 적지 않았다. 전국인권자문위원회가 의회심의가 계속되는 2004년 2월 2일에 스카프 금지의 입법화는 ‘반생산적’이라 하여 법안에 부정적인 보고서를 발표했다. 또한 헌법학자들로부터 비판이 제기되었는데, 헌법위원회 판사이기도 했던 자크

58) 이것이 문제된 것은 1989년부터인데, 이와 관련하여 국사원(콘세이유데타)은 모든 종교적 표장의 착용을 포괄적으로 금지하는 교칙은 위법이라고 하면서도, 문제의 학생이 체육 수업에서도 스카프를 벗지 않은 경우, 학생이 스카프를 착용했기 때문에 교내의 질서가 혼란한 경우, 특정수업을 장기결석하거나 한 경우에는 그것을 이유로 하는 학생의 퇴학처분이 적법하다고 되었다.

로베르는 ① 공립학교에서 실질적으로 이슬람교도를 차별하고 있는 점, ② 동법이 신앙을 외부에 표현하는 것도 포함하는 종교적 자유를 침해하는 점에서 법률을 헌법위반이라고 보았다.

■ 터키의 경우

터키에서도 히잡 착용 금지법이 제정되어 존속하였으나, 터키 의회는 2008년 세속주의 세력의 거센 반대에도 불구하고 이슬람 전통 스카프(히잡)의 대학 내 착용금지 규정을 폐지하는 헌법개정안을 통과시켰다.

의회는 의회에서 실시된 최종 투표에서 “모든 국민이 공공기관에서 동등한 대우를 받을 권리가 있다”는 조항을 헌법에 포함하는 개정안을 전체 550명의 의원 가운데 찬성 411표로 통과시켰다. 터키 의회의 헌법 개정은 재적 의원 3분의 2(367명) 이상의 찬성이 필요하다. 그동안 친 이슬람 성향인 터키의 정의개발당 정부는 히잡 착용 금지법이 개인의 종교적 자유를 침해한다고 주장하면서 이 규정의 폐지를 추진해왔으나 세속주의 세력은 대규모 시위 등을 통해 강력한 반대 의사를 표명해왔다.

특히 세속주의 야당인 공화인민당은 헌법개정안이 통과된다면 헌법재판소에 위헌 심판을 제기할 계획이라고 밝힌 바 있어 개정안 통과 뒤에도 논란이 예상된다.

인구의 99%가 무슬림인 터키의 공공장소에서 히잡 착용이 금지된 것은 지난 1980년대 군부 쿠데타 이후로, 세속주의자들은 공공장소에서 히잡을 착용하는 행위는 정치적인 상징성을 가지고 있어 정교분리의 원칙에 어긋난다고 주장해왔다.

그러나 최근 터키에서 실시된 여론조사 결과 전체 여성의 과반수가 금지 규정의 완화를 희망하고 있는 것으로 나타났으며 터키 여성 3분의 2 가량은 히잡을 착용하고 있다.⁵⁹⁾

59) 연합뉴스, 2008년 2월 8일.

■ 우리나라의 경우

우리나라의 경우 종교적 복장으로 인한 규제는 아직 없다. 그러나 향후 다종교사회 또는 다문화사회에서 정주외국인이 증가할 경우 종교적 복장에 대한 문제제기가 있을 수 있다. 현재 일반적으로 보았을 때 종교인들의 경우 종교적 복장으로 일상생활을 하거나 공적 장소에 나올 수 있다. 이러한 현상에 대해 다른 종교에서도 크게 문제제기를 하지는 않는 상황이다. 앞으로는 외국의 경우와 같이 학생이나 교사로서 종교적 복장으로 학교생활에 참여한 경우도 나타날 수 있다. 이러한 경우 지역사회에서 수용 가능한 정도라면 관용과 배려라는 입장을 유지하는 것이 바람직하다고 본다.

제 6 절 공무원의 직무관련 영역

1. 공직자의 종교의 자유

(1) 개인 공간에서의 종교의 자유

■ 사 례

공무원 개인 책상에 종교 경전을 두고 있는 것, 개인적 장신구를 착용하는 것이 허용되는지 문제된다.

미국에서는 수정헌법 제1조의 표현의 자유에 근거하여 공무원의 경우에도 직장 내에서 표현의 자유를 보호한다는 것이 확립되어 있다. 표현의 자유에는 종교적 표현의 자유도 포함되기 때문에 공무원은 직장 내에서 종교적 주제에 관한 표현을 할 수 있는 권리를 가진다. 정부는 다른 사회·문화·정치·경제 등의 주제와 달리 종교적 표현만을 불리하게 취급할 수 없다.

공무원의 경우에도 직장에 출근한 이후에도 사적으로 종교적 표현을 할 수 있으며 그것은 세속적인 내용에 관한 사적인 표현과 동일한 수준에서 보호를 받는다. 따라서 공무원이 직장에서의 표현이나 행동이 종교적 성격을 가졌다는 이유만으로 제한될 수 없고 다른 세속적인 표현보다 엄격하게 취급받아서도 안 된다.

종교를 가진 사람들은 일반적으로 직장에서도 종교적인 삶을 살아야 한다고 믿고 가르침을 받고 있다. 또한 다른 사람에 대한 개종의 권유도 삶의 현상이라면 어느 곳에서든지 해야 한다고 믿는다. 따라서 공무원이 직장에 출근한 경우에도 이러한 종교적 믿음은 실천될 수 있다.

그러나 공무원인 경우 일반 시민에 비하여서는 상대적으로 강화된 제한도 받을 수 있다. 이는 공무원의 역할과 임무가 국민을 위한 봉사이며 공적인 서비스를 국민에게 제공해야 하기 때문이다. 이렇게 공공의 이익과

이를 실현해야 할 정부의 의무를 고려했을 때, 정부는 공무원을 통하여 적절한 공적 서비스를 제공해야 하고 따라서 이러한 업무를 위해서 정부는 공무원에 대하여 직장 내에서 언론의 자유, 표현의 자유, 행동의 자유 등에 대하여 시간이나 장소, 방식 등에 대하여 제한을 하는데 일정한 재량을 가진다. 즉 업무 시간 내에는 장소 이동의 자유나 업무 외 토론의 자유 등이 제한 될 수 있다. 마찬가지로 종교적 표현의 자유도 다른 언론이나 행동의 자유와 마찬가지로 국민에 대하여 공적 임무를 수행하기 위해서는 공익의 우월한 이익이 인정되는 범위 내에서 규제될 수 있다. 그러한 범위는 공무원의 언론의 자유, 표현의 자유, 종교의 자유 등이 최대한 존중되면서 공적 서비스의 제공을 통한 공익의 실현이 해치지 않을 것을 전제로 최대한 조화되어야 한다.

같은 취지에서 일과 전후 시간이나 점심시간을 활용하여 빈 공간에서 종교적 모임을 갖는 것은 허용된다.

(2) 개인적 선교

■ 사례

기관장이 기관 모임에서 전 직원에게 종교적 교리를 강론하거나 기관 내 전 자우편으로 기도문 등을 발송한 것이 정교분리 위반이 아닌지 문제된다.

■ 미국의 경우

미국에서 럼스펠드가 국방장관 시절, 부시 대통령에게 매년 브리핑 할 때 마다 바이블 구절들을 앞장에 넣었다는 것을 미국의 GQ지가 입수 보도했다. 이라크 전쟁당시 성경 구절들을 보고서 앞에 넣음으로서 이라크 전쟁을 기독교와 이슬람 사이의 성전(聖戰, Crusade)으로 오해할 소지가 있었다고 분석했다. 당시 회의에 참석했던 국방관련 보좌진 중에는 무슬림도 있었는데 회의 자료에 성경 구절들이 올라오는 것에 대해 불편함을 느꼈으나 공직 사회의 특성 상 이의제기를 하지 못했다고 한다.⁶⁰⁾

■ 우리나라의 경우

특정 종교 신우회(불자회, 기독교 선교회 등)의 회원들에게 전자메일을 발송하는 것 등은 문제가 되지 않는다. 그러나 공직자의 직무와 관련 된 공식문서나 보고서 등에 성경이나 코란, 불경 등의 구절을 삽입하는 것은 문제가 있다. 공식문서를 통해 특정 종교를 공인하는 것처럼 보일 수 있고 공직 사회의 특성 상 하급자가 고통을 수인할 가능성이 크기 때문이다.

60) <http://news.bbc.co.uk/2/hi/americas/8056207.stm>

(3) 종교적 소모임의 활동과 공직을 이용한 종교행위 구별

■ 사 례

자치단체 직원으로 구성된 종교 모임에서 회비를 이용하여 부활절 계란을 제공하는 것이 종교의 자유로 보장되는지 문제된다.

단순한 전도활동이나 종교의 안내는 공무원의 경우에도 종교의 자유로서 가능하다. 자신이나 가족의 축하할 일, 또는 자신이 속한 서클에서의 행사 등을 홍보하거나 표현하는 것과 마찬가지로 자신이 속한 종교기념일 등에 선물을 제공하는 것은 종교의 자유, 종교전파의 자유, 표현의 자유로서 인정된다.

그러나 공문서를 통해 하급 공무원들에게 종교적 목적을 가진 특정 종교집회의 참석을 권유하거나 종교전파를 위한 모임, 이른바 이단 척결을 위한 종교집회에 근무복을 입고 참석한 경우 혹은 이러한 모임에 참석하여 근무복을 입고 사진을 함께 촬영한 경우 등은 종교적 중립성을 인정받기 어렵다.

2. 공직자와 종교적 집회

(1) 공직자의 종교집회 참석

■ 사례

공직자가 종교집회에 개인적인 이유로나 공무수행의 일환으로 특정 종교의 집회에 참석하는 경우가 있는데, 종교차별이 아닌지 문제된다.

공직자는 공무수행의 일환으로 특정 종교의 집회에 참여하는 경우가 있다. 일반공무원이 종교단체와 공동행사를 주관하는 경우 사실 종교적 집회를 공동주관하는 것은 아니지만 공동행사 가운데 종교단체에서 간단히 하는 종교적 의식에 형식적으로나마 참석하는 수가 있다. 혹은 고위공직자가 특정 종교에 축하 또는 예우를 목적으로 종교기념일 등의 종교의식에 참여하는 경우가 있다. 이러한 경우 모든 종교의 의식에 참여할 수 없고 대표적인 몇몇 종교 혹은 목적에 따라 선별하여 참석하게 되는데 이러한 경우 종교차별이 아닌지 문제된다.

그러나 공직자가 종교의식에 참여하는 경우가 일반적으로는 종교적 목적을 가진 것이 아니라, 국민의 다수가 믿는 종교에 대하여 그 종교를 믿는 사람들 혹은 그들의 대표에 대하여 예우를 갖추고 여론을 청취하는 등 사회통합의 차원에서 참석하는 것이므로 정교분리에 위반되지 않는다. 따라서 다른 관례와 종교행사의 사회적 중요성, 참여 방식 등이 사회적으로 수용가능하고 종교적 중립성을 지키는 방법이라면 일반적으로는 세속적 목적으로 볼 수 있고 종교적 목적이 인정되지 않을 것이다. 물론 특수한 상황에 따라 종교적 목적이 개입되는 경우 혹은 종교와 정치의 과도한 밀착이 인정되는 경우에는 달리 판단될 여지도 있다.

그 외에 공직자가 개인적으로 직무 외의 시간에 종교집회에 참석하는 것은 가능하다. 공직자가 개인적 신분으로 종교집회에 참석하는 것은 개

인의 종교의 자유로 보장된다. 이를 종교단체에서 선전하는 것은 사실 그 자체로 신앙적인 것인지 논란이 있을 수 있겠으나 개인이나 종교단체가 어떠한 사실을 자랑하는 것이든 그것 자체로 법적 책임을 부담해야 하는 것은 아니다. 다만 고위공직자일수록 자신의 모든 정치적 혹은 개인적 행위도 일반 시민들에게는 공적인 것으로 보여질 수 있으므로 자신의 행동에 정치적·도의적 책임은 염두에 두어야 할 것이다.

(2) 종교적 기념일의 행사에 참석하는 경우

■ 사 례

고위공직자가 불교계 행사인 석가탄신일 행사에만 참석하는 것이 종교차별이 아닌지 문제된다.

우리나라는 다종교사회로서 공직자가 사회통합을 위해 특정 종교의 중요 행사시에 적절한 예우를 표시할 수 있다. 우리 사회에서 종교는 사회에 적극적인 기여를 하고 있으며 고위공직자가 문화적 차원에서 예우를 취하는 경우에 종교적 목적은 없다고 보아야 한다. 이러한 경우 종교적 목적이 없으므로 정교분리에 위반되지 않는다고 보아야 한다.

또한 고위공직자가 불교행사에만 참석한다면 종교편향이라는 오해를 살 수도 있지만 여타 종교의 행사에도 그 중요성을 감안, 직접 참석하거나 적절한 예우(축하인사, 축하화환 등 조치)를 표시하고 있어 종교편향적 행동이라고 단정할 수 없다.

또한 종교적 기념일에 참석하여 예컨대 공직자가 축사 가운데 불교계 행사시 불기를 사용하는 것은 해당 행사에 1회적인 것으로 해당 종교에 대한 예우차원이므로 정교분리에 위반되지 않는다. 그 외에 각 종교계가 사용하는 기원도 각 종교계의 자율적인 결정 사항으로 존중되어야 할 것이다. 공직자가 불교계 행사시 불기를 사용하는 것 역시 종교적 목적이 있는 것이 아니라 예우의 차원이므로 문화현상으로 이해할 수 있다.

(3) 종교적 기념일에 축전, 격려금 등을 전달하는 행위

■ 사 례

특정 종교나 특정종교 지도자에 대하여 고위공직자가 공직명칭을 사용하여 불교의 헌등이나, 기독교의 헌금 등 선물이나 격려금 등을 전달하는 행위가 종교차별이 아닌지 문제된다.

우리나라의 경우 다종교사회로 공직자가 특정 종교에 대하여 형식적인 예우를 하였다고 하여, 그것이 곧바로 정교분리에 위반된다고 할 수 없다. 장관 등 고위공직자가 공직 명칭을 사용하여 불교의 헌등이나 기독교의 헌금 등을 하는 행위 외에도 다른 종교를 대상으로 그 중요성 등을 감안하여 실시하고 있고 이는 종교적 목적보다 사회통합의 목적이 우선하고 우리 사회에서 하나의 문화적 현상으로 받아들일 수 있으므로 정교분리에 위반되지 않는다.

또한 장관 및 기타 기관을 대표하는 고위공직자가 종교지도자들에게 선물이나 격려금을 전달하는 행위, 축하화환 지원, 축사 지원 등도 국가와 기관을 대표하여 관행적으로 실시해 오고 있는 의례적 인사로 특별히 종교차별이라고 하기는 곤란하다. 현재 종교단체의 요청이 있을 경우 종교단체별 특성을 고려하여 여러 가지 형태의 지원을 하고 있으므로 다른 종교를 차별하고 있다고 볼 수 없다. 그러나 이 경우에도 특정 종교에 한정하여 상당한 보조금을 지원하여 해당 종교를 진흥시킬 목적이나 긴밀한 유착에 이른 경우에는 위헌의 소지가 있음은 물론이다.

(4) 조찬기도회

■ 사 례

고위공직자들이 조찬기도회를 개최하거나 참석하는 것이 다른 종교에 대해 종교차별이 아닌지 문제된다.

예컨대 (사)대한민국국가조찬기도회는 비영리법인으로 종교단체의 성격을 지니고 있다. 이 단체는 정기적으로 고위공무원을 초청하여 기독교계가 주도하는 기도회를 열고 있다. 이에 대해 다른 종교를 가진 사람들은 해당 종교에 대한 우대로 다른 종교를 차별하는 것이 아닌지 문제를 제기한 바 있다. 특히 해당 종교를 신앙하지 않는 다수 국민에게 소외감과 박탈감을 주거나 간접차별의 결과를 야기하는가 여부가 쟁점이 된다.

앞에서 설명한 바와 같이 고위 공직자들이 종교계 행사에 참여하는 것이나 종교인사들을 초청하여 모임을 갖는 것은 세속적 목적을 갖고 행사를 통해 특정 종교를 진흥하는 것이 아니며 해당 종교와 과도한 밀착을 가지지 않는 한 정교분리에 위반되지 않는다고 본다. 만약 정치지도자와 종교지도자의 만남 자체를 금지한다면 이는 오히려 세속주의가 종교의 자유를 침해하거나 국민의 삶의 일부인 종교에 대해 정치가 무관심해지는 결과로 이어질 수 있다.

따라서 정치지도자와 종교지도자 간의 모임은 중요한 국사에 대해 정치지도자들이 종교계 지도자들을 설득시키고 지원을 받는 등의 형태로 가능하다. 이러한 모임을 금지하여 형평을 찾는 것보다 종교적 지도자와의 만남을 특정 종교에 한정하지 않고 다른 종교에게도 함께 참여하게 하거나 형평에 맞게 운영하는 것이 보다 바람직한 것이 아닌가 한다.

그러나 조찬기도회나 이와 유사한 모임에서 공직자로서 하게 되는 발언은 정치적·도덕적·법적 책임이 수반된다고 하겠다. 특히, 특정 종교를 지목하여 비난하거나 자신의 직무와 관련하여 우대 또는 차별하겠다는 취

지의 발언을 해서는 안 된다. 반대로 종교적 지도자들도 이를 정치적으로 이용하거나 정치적 거래로 이용하는 것은 법적 책임 이전에 국민통합에 저해가 되므로 유의해야 할 것이다.

(5) 종교집회에서의 고위공직자의 언행

■ 사 례

특히 선출직 공무원(국회의원, 지방자치단체장, 지방의회 의원 등)이 지역행사에서 축사를 한 것 또는 특정 종교의 노래를 부른 것이 정교분리 위반이 아닌지 문제된다.

일반적으로 공직자가 세속적 목적(예: 정치적 선전과 홍보, 행사에서 지역주민과의 만남 등)으로 종교행사에 참석하여 축사 등을 하는 경우 행사의 성격, 참여 목적, 참여 시간, 발언 내용 등을 고려하여 사회통념에 벗어난 것이 아닌 경우에는 종교차별행위로 보기 어렵다.

특히 선출직의 고위공직자들의 경우 보다 민주적 정당성을 가지므로 그 행위의 자유 범위도 보다 넓게 인정된다고 하겠다. 지역의 대표적인 종교 지도자들을 만나야 하는 경우도 상대적으로 많다고 할 수 있다. 종교지도자들과 만난 자리에서 간단한 종교의식이나 종교 노래 등은 그 공직자가 실제 속한 종교이든 아니든 관계없이 일률적으로 금지되는 것이라고는 할 수 없다.

이러한 경우에도 결국에는 개개의 사안을 구체적으로 판단하여 종교집회에서의 공직자의 언행이 ① 세속적 목적에서 벗어났는가, ② 행위 결과 특정 종교의 신앙이나 종교전파 등을 진흥하거나 반대로 억제하였는가, ③ 해당 공직자가 종교와 지나친 밀착을 가졌는가 등으로 평가하여야 할 것이다.

보다 구체적으로 본다면 판단기준은 다음과 같다.

- 1) 첫째, 공직자가 공적인 업무를 실행하고 있는 입장에서 종교집회에 참석했는지 여부이다. 만약 공직자이지만 개인적 신분으로 종교집회에 참석하는 것이라면 발언할 수 있는 범위가 상대적으로 넓어질 수 있다. 물론 고위공직자의 경우 개인 신분인지 공직의 신분인지 구분

하기 어려운 경우가 있으므로 정치적·도덕적 책임은 질 수 있겠다. 직무집행과정에서 참석한 것이라면 공직자가 세속적인 목적을 가지고 종교집회에 참석한 것이므로 그러한 세속적 목적에 한정된 발언만 할 수 있게 된다.

- 2) 둘째, 종교집회에서 참석하여 발언한 내용이 특정 종교를 진흥시키고 다른 종교를 억제하는 경향이 강하였다면 정교분리에 위반될 소지가 많다. 예를 들어 공직자의 신분으로 참석하여 특정 종교에 종교 진흥 목적의 특혜를 약속하거나 이른바 다른 종교를 이단으로 발언하는 것, 다른 종교에 대해 불이익을 줄 것을 약속하는 것은 차별행위로서 공직자의 종교적 중립성에 위반된다고 하겠다.

따라서 공직 수행의 일환으로 종교행사에 참석하여 종교 교리와 관련된 내용을 홍보하는 경우는 정교분리에 위반될 위험이 높고, 반면에 자선행사 등에 참석하여 단순히 관련 종교단체의 치적을 치하한 경우, 종교의 특성이 공동체의 통합에 기여하는 면을 강조한 경우는 정교분리 위반의 가능성이 적다고 하겠다.

그러나 어떠한 경우에도 공직자 스스로도 종교차별로 인식되지 않도록 종교적 중립성을 지키는 자세가 필요하다. 또한 고위공직자로서 정치적·도덕적 책임이 있으므로 다른 종교에 대하여도 언제든지 형평에 맞도록 하는 자세가 요청된다고 하겠다.

(6) 개인적 종교집회 참석과 발언

■ 사 례

공직자가 개인적으로 종교집회에 참석하여 해당 종교의 교리를 전파하는 등의 행위를 하는 경우 종교차별이 아닌지 문제된다.

사실 고위공직자가 개인적으로 종교집회에 참석하는 경우에도 언론이나 일반국민의 입장에서는 종교적 편향성을 느끼기 쉽다. 나아가 특정 종교의 전파를 위해 노력한다면 아무리 개인적 활동이라고 하는 경우에도 다른 종교에 속한 사람의 시각은 다를 수 있다.

그런데 종교의 자유 중에서 내면적 자유에 해당하는 신앙의 자유는 법률에 의한 규제나 제한이 불가능하다. 내심의 신앙을 외부로 표현하는 자유에 대해서는 헌법의 목적 상 일부 제한될 수 있다. 그러나 공직자로서의 직무수행과 관계없는 개인적 차원의 종교선전의 자유와 종교의식의 자유, 종교교육의 자유, 종교적 집회·결사의 자유 등의 신앙실행의 자유는 공직자가 아닌 사람과 동일하게 보장 된다. 특히 자기의 종교적인 확신을 언어, 예술 등의 행동형식으로 표시하는 신앙고백의 자유는 공직자라는 신분상의 이유로 제한될 수 없다.

예를 들어, 공직자가 퇴근 후 교회에서 전도 활동에 참여 한다든지 사찰의 법회에 참석하거나 참선수행을 하는 것을 제한할 수 없다는 것이다. 또한 교회의 직분을 수행하거나, 사찰 신도회의 간부가 되어 자신이 신앙하는 종교의 교설이 옳다고 고백하고 타종교를 비판하는 것 역시 제한할 법리상의 근거는 없다.

문제는 선출직 공무원이나 정무직 공무원 등 일상생활과 공무집행이 구분이 잘 안 되는 경우들이 있다는 점이다. 개인적인 차원에서 종교집회에 참석하여도 해당 종교나 국민들의 시각에서는 공직을 전제하고 바라보게 된다. 공직자의 사적인 신앙고백을 공직자라는 신분으로 인해 법으로 제한하거나 정치적 불이익을 고지하여 제한하고자 한다면 개인에 대한 기본권의 침해가 되겠으나, 다른 한편 고위공직자의 특성상 법적 문제를 야기

하지 않는다 하더라도 정치적·도덕적 문제가 되고 사회통합에 저해가 될 수 있으므로 유의해야 할 것이다.

물론 공직자가 개인적으로 참여한 경우라도 자신의 직무 상, 자신의 권한을 이용하여 특정 종교에 특혜를 주거나 차별하는 것은 정교분리 위반의 위법성이 있다고 할 수 있다.

제 7 절 교육 영역

1. 교육 영역의 특수성

헌법 제20조에 근거하여 모든 국민은 종교의 자유를 가지며 헌법 제20조 제2항과 교육기본법 제6조 제2항에 따라 국공립학교는 종교적 중립성을 유지하여야 한다. 교육기본법 제6조에서는 이를 다음과 같이 표현하고 있다.

「교육기본법」 제6조 ① 교육은 교육 본래의 목적에 따라 그 기능을 다하도록 운영되어야 하며, 어떠한 정치적·파당적 또는 개인적 편견의 전파를 위한 방편으로 이용되어서는 안 된다.

② 국가 및 지방자치단체가 설립한 학교에서는 특정 종교를 위한 종교교육을 하여서는 안 된다.

그러나 다른 한편 종교의 자유는 종교전파 또는 종교교육의 자유를 포함한다. 이에 따라 사립학교 재단의 경우 종교전파의 자유를 갖고 종교를 가진 학부모들도 종교교육을 하는 학교에서 자녀를 교육시킬 권리를 갖는다. 이와 관련하여 교육기본법은 다음과 같이 규정하고 있다. 이에 따라 사립학교는 종교 교육의 자유를 갖는다.

「교육기본법」 제25조 국가 및 지방자치단체는 사립학교를 지원, 육성하여야 하며, 사립학교의 다양하고 특성있는 설립목적이 존중되도록 하여야 한다.

그러나 우리나라의 경우 고등학교 평준화 정책으로 고등학교 진학희망자가 무작위 추첨 제도를 통해 학교에 진학하게 되고, 사립학교의 경우에도 국가적 재정 지원이 상당한 특수성을 고려한다면, 결국 학생의 종교의 자유와 사립학교의 종교의 자유가 상호 침해되지 않는 조화로운 방향으로 인정되어야 할 것이다. 따라서 사립학교에서 종교교육의 자유가 인정되는 경우에 따라 학생의 종교 교육의 선택의 자유도 존중되어야 한다고 본다.

즉 사립학교의 종교교육을 제한하는 법령이나 행정부의 지침도 경우에 따라서는 위헌이 되고, 반대로 학교에서 학생의 선택권을 배제하고 종교 행사에 강제로 참여시키는 것도 위헌이 된다.

2. 기도 등의 강제

■ 사례

공립중학교에서 수업시간에 교사가 학생들에게 순번으로 기도를 강요한 것이 종교의 자유를 침해한 것이 아닌지 문제된다.

공립학교에서는 종교교육이 금지되고 엄격한 종교적 중립성이 요청되므로 기도를 강제하게 하는 것은 다른 종교를 가진 학생 또는 무종교인 학생의 종교의 자유를 침해한다. 특히 공립학교에서 이러한 종교 강요 행위가 있었다면 정교분리 위반의 위법성도 있다고 하겠다.

■ 미국의 경우

미국의 경우 공립학교에서의 기도는 원칙적으로 금지된다. 관련 사례를 소개하면 다음과 같다.

① 자발적 1분 묵념시간 강제 법률 - 위헌

Wallace v. Jaffree, 472 U.S. 38 (1985)에서 공립학교에서 학생들의 자발적인 침묵기도(voluntary silent prayer)를 명시적으로 규정한 주 법률이 위헌선언을 받았다. 즉, 알라배마 주법률은 1분의 침묵시간(silent period)을 매일 학교 시작 전에 갖도록 규정하였고 그 시간이 개인적 명상(meditation)이나 자발적 기도(voluntary prayer)를 위해 학생의 선택에 따라 사용될 수 있다고 하였음에도 6:3의 의견으로 위헌이 되었다.

② 공공행사에 성직자를 초대하여 기도하는 행위 - 위헌

Lee v. Weisman, 505 U.S. 577 (1992)에서 공립학교 졸업식에 학교장이 성직자를 초대되어 기도를 주관한 행위에 대해 연방최고법원은 공립학교가 명백하게 그 기도를 지원(endorse)했다고 하여 국교금지조항위반을 선언했다. 그 기도 내용이 특별히 종파적이지 않고, 다만 주로 하나님에 대한 감사만으로 구성되

있음에도 불구하고 연방최고법원 5 : 4의 1표차 다수의견에 의해 국교금지조항 위반이 인정되었다.

③ 공립학교 풋볼게임전 학생기도 - 위헌

Santa Fe Independent School District v. Doe, 530 U.S. 290 (2000) 사건에서 본 공립학교는 학생들의 투표로 선출된 학생이 마이크로 학교대표팀 홈 풋볼게임시작 전 참석 관중 및 선수 앞에서 기도하는 것을 내용으로 하는 정책(policy)을 가지고 있었다.⁶¹⁾ 이러한 풋볼게임에서 이루어진 학생이 주도하고 학생이 시작한 기도(student led, student initiated prayer)가 과연 국교금지조항에 위반하는가에 대해서 연방최고법원은 그 정책 및 실행을 위헌이라고 하였다. 그 이유는 학교가 지원한 스포츠 행사(school sponsored sporting events)에서 학교가 소유한 연설장비 시스템을 가지고 기도가 이루어졌고, 이러한 행위는 기도가 개인적 기도가 아닌 학교의 지원에 의한 것이라는 인상(impression)을 주게 한다는 것이었다.

61) 소 진행 중 학교측은 “경기에서 기도를 해야 할 것인지 여부와 누가 기도를 할 것인가에 대해서 학생들 스스로 투표해서 결정할 수 있도록” 정책을 변경했다. 하지만 이러한 변경 정책도 위헌판결을 받았다.

3. 종교 내용의 수업 또는 훈화

■ 사례

초등학교 담임선생님이 수업시간에 자신의 신앙심을 내세워 경전을 인용하는 것, 또는 교장선생님이 훈화 시간에 특정 종교의 경전을 자주 인용하는 것이 종교차별 사례가 아닌지 문제된다.

수업이나 훈화 가운데 종교적 내용이 포함되어 있는 경우, 획일화하여 위법성을 판단하기 어렵고 우선 교육적 목적과 사실관계 확인이 우선되어야 한다. 왜냐하면 인류의 대표적 지적유산인 각 종교의 경전들의 경구들을 소개하거나 이를 인용하는 것은 매우 자연스러운 일이다. 또한 어디까지가 경전인지 아닌지 구분하기 어려운 경우도 존재한다.

그러나 교육적 목적에서 벗어나 특정 종교의식을 강요하거나 특정 종교를 비방 또는 비판하는 것은 위법성이 있다고 할 수 있다.

공립학교 교사가 종교전파의 자유를 갖는 것은 매우 한정된 범위에서 가능하다. 예를 들어 학습 외의 시간에 교사와 학생이 대등한 지위에서 강요에 의하지 않고 권유를 하는 것은 가능하다고 하겠다. 예컨대 국립대학에서 강의에 이어서 자율적인 참석을 전제로 교수나 강사가 자신의 종교적 체험과 믿음에 대해 이야기 하는 것은 종교적 중립성에 위반된다고 보기 어렵다. 반대로 초등학교 학생의 경우 수업 전후의 경우에도 학생들에게 특정 종교의 내용에 대해 전하는 것은 종교적 중립성에 위반될 가능성이 높다고 하겠다.

물론 교사가 생활지도 차원에서 휴일 동안의 일을 물어보면서 학생의 종교를 알고 있는 경우 종교활동에 대해 묻는 것까지 금지하는 것은 아니

다. 법적으로 금지되는 것은 종교적 의식에 참여하는 것을 강제하는 것, 학생의 연령이나 지적 능력을 고려하였을 때 사회와 종교에 대한 단순한 교육이 아니라 종교적 강제가 될 염려가 있는 경우 등이다.

4. 종교적 상징물

■ 사례

각급학교 정문에 설치된 단군상이 학생들의 종교의 자유를 침해하는지 문제된다.

단군에 관한 신앙이 아니라 교육부의 교육 내용에 따라 단군에 관한 교육을 위해 설치한 경우 원칙적으로 종교적 목적이 없으므로 정교분리 위반은 아니라고 본다.

다만, 단군상의 경우에도 특정 종교의 단군상인지 표준영정인지 구분할 필요는 있다. 특정 종교를 홍보할 염려가 있는 경우에는 종교분리 원칙에 위배되는지 판단할 필요가 있다. 그리고 교육목적이라도 단순히 교육자료로 설치한 것을 넘어서, 단군상에 대한 예의를 표하게 하는 것은 종교의 자유를 침해하고 정교분리에 위반된다.

■ 독일의 십자가상 판결

독일연방헌법재판소는 1995년 5월 16일에 학교교실에 하나의 십자가상(Kruzifix)이나 적어도 십자가(Kreuz)를 비치할 것을 정하고 있는 바이에른 주의 국립학교명령(Volksschulverordnung)이 연방헌법에 위반된다고 선언하였는데 이는 독일에서 종교와 국가의 관계 및 종교의 자유에 대한 관점에서 볼 때 매우 큰 반향을 일으켰던 사건이었다.

연방헌법재판소는 종교학교(Bekenntnisschule)가 아닌 국립 의무학교의 교실에 십자가상이나 십자가를 비치하는 것은 기본법 제4조 제1항에 위배된다고 하면서, 이러한 경우 학생들에 대해서는 종교 및 신앙의 자유가 침해되고, 그들의 부모에게는 부모의 교육권과 이와 연결되는 종교 및 신앙의 자유가 침해된다고 보았다.

5. 크리스마스 카드 제작 등 수업

■ 사례

12월중 크리스마스 트리와 카드를 만들고 학예회 때 학생으로 하여금 산타역을 맡겨 산타 복장을 입도록 한 사례가 정교분리 위반이 아닌지 문제된다.

크리스마스카드와 산타복장이 성탄절을 중심으로 이루어지는 행위인 것은 맞지만 종교적 색채가 강한 것인지는 의문이 있다. 공영방송에서도 산타복장과 크리스마스카드는 자주 나오고 있는 실정이다. 그리고 문화적 차원을 넘어 상업적 차원에서 활용되고 있으므로 이를 단순히 종교적인 것이라고 판단하기에는 무리가 따른다.

따라서 산타 복장을 활용한 학예회를 금지할 근거가 없으며, 크리스마스카드도 일상생활에서 흔히 이루어지고 있는 문화적, 상업적인 것이므로 미술 등 교육목적으로 학교 수업에서 행하여졌다고 해서 문제가 되는 것은 아니다. 오히려 이를 금지하는 것이 교육의 자율성과 교육 목적에 위반된다고 하겠다.

물론 해당 학생이 이를 종교 또는 다른 사유로 거부하는 경우 그 의견은 종교든 다른 이유든 존중될 필요가 있다. 따라서 해당 학생이 산타복장을 하지 않는 것으로 충분하다고 본다. 또는 크리스마스카드와 연하장을 선택적으로 만들 수 있게 하는 것도 하나의 방법이 될 수 있을 것이다.

6. 대학에서의 종교시설 및 종교동아리 지원

■ 사 례

국립대학이나 사립대학에 종교시설이 있는 경우들이 있는데 이러한 내용이 종교차별이 아닌지 문제된다. 한편 종교적 내용의 학생자치활동을 지원하는 것도 문제된다.

사립대학은 그 자율성을 헌법이 보장하고 있으며 사적 자치의 차원에서 그 건학이념의 추구는 법이 보장하고 보호해야 한다. 따라서 대학 구성원의 종교실행의 자유와 교육적 목적으로 설치되는 종교시설은 허용되는 것이 큰 문제는 아니다.

국립대학의 경우 학생들의 종교적 자유를 보장하는 차원에서 종교적 활동을 보장하거나 종교적 시설에 대한 배려를 하는 것이 바로 위헌은 아니라고 본다. 이는 군대보다는 신체적 자유의 제한이 없지만 특별행정법관계에 속한 지위에 있어 국가가 학내 구성원들의 종교의 자유를 보장하는 차원에서 시설을 대여하거나 활동을 지원할 수 있기 때문이다.

한편 이와 관련하여 국가로부터 재정지원을 받는 사립대학에 종교시설 설치를 불허하는 내용의 교육과학기술부 고시를 둘러싼 논란이 있었는데, 사립학교에 대한 재정지원이 종교시설 지원에 전용되는 것이 아닌 한 이러한 지원은 학생 전체의 교육을 위한 것이므로 종교시설의 설치와는 무관하다고 하겠다. 재정지원은 대학생 일반에 대한 교육을 위하여 지원되는 것이므로 국가가 특정 종교를 지원하는 것으로 보이지 않는다. 오히려 이러한 고시는 종교의 자유를 침해하고 부당결부금지 원칙에 반할 염려가 있다. 나아가 이러한 문제 해결방식은 지나치게 각 종교계의 전략에 좌지우지 되는 것이어서 오히려 헌법해석 체계에 부합하지 않을 염려가 있다. 대학의 자율성과 사립대학의 건학이념의 실행을 존중해야 하므로,

이러한 고시의 성급한 시행은 갈등과 법적 분쟁을 야기할 수 있다. 국공립학교의 경우에도 종교시설의 설치 방법이나 활동의 지원 방법이 매우 다양하고, 학교 내 강당이나 체육관 등을 대여하여 실시하는 종교적 집회도 허용 가능한 것이므로 일률적으로 판단하는 방식은 찬성하기 어렵다.

■ 미국의 경우

미국의 연방최고법원은 버지니아 주립대가 종교적 내용을 담은 출판물에 대해 다른 학생출판물과 차별하여 대학의 지원금을 지급하지 않을 것을 위헌이라고 판시했다.

대학 내의 학생 동아리 등 각종 학생단체들은 보통 대학 측의 재정지원에 의해 운영되고 유지된다. 그런데 이때 국공립대학들의 학교 내 학생단체에 대한 재정적 지원이 그 단체의 종교적 표현 내용을 이유로 차별적으로 행해진다면 그것은 그 학생단체의 종교행위의 자유에 대한 침해문제를 야기할 수 있다.

미국에서 많은 주립대학들이 등록금의 한 항목으로 재학생들로부터 강제적으로 비용을 징수해 재학생들의 의사와 관계없이 이를 학생단체들에 지원하는 일이 많았다. 그리고 대학 측의 이러한 재정지원이 그 학생단체의 종교적 표현 내용에 따라 거부되는 일도 있었다. 이때마다 이러한 차별적 재정지원이 학생단체의 종교행위의 자유나 표현의 자유를 침해한다는 논란이 일었다. 1995년 연방최고법원의 *Rosenberger v. Rector and Visitors of the University of Virginia*(515 US 819) 사건도 이러한 현상을 배경으로 하고 있다.

학생들은 철학적이고 종교적인 표현을 담은 학생잡지를 발행하기 위해 ‘Wide Awake Productions’이라는 이름의 출판사를 세웠다. 이 출판사의 요청이 ‘종교적 활동’에의 비용 지불을 금하는 대학지침에 의해 대학 측으로부터 거부당했다. 이에 따라 *Rosenberger* 등은 언론의 자유, 종교의 자유, 평등권 침해를 주장하며 대학 측을 상대로 소송을 제기했다. 연방지방법원은 대학 측에 승소판결을 내렸다. 연방항소법원도 대학지침이 내용을

근거로 한 차별에 해당되지만 연방지방법원의 판결은 헌법상의 정교분리 조항에 의해 정당화된다고 판시했다.

이에 Rosenberger가 연방최고법원에 상고했다. Kennedy 대법관이 집필한 다수의견은 정부가 표현의 실질적 내용이나 그것이 전달하고자 하는 메시지에 근거해 어떤 표현을 규율할 수는 없다고 다음과 같이 판시했다.

Virginia 주립대학은 종교를 중요한 문제에서 제외하지 않으나 종교적인 편집 관점을 가진 언론물을 만드는 학생들에게 비우호적인 대우를 하고 있다. 금지된 종교적 관점은 제3자인 학교 측의 대금 지불 거부라는 결과를 낳았다. 발간물의 내용이 종교적인 것이 아니었다면 그 발간물이 학교 측으로부터 발간 승인과 재정지원을 얻을 수 있었을 것이기 때문이다. 그들 자신의 메시지를 전하는 사적(私的) 표현자들을 대신해서 제3 계약당사자인 학교가 돈을 지불해왔기 때문에 대학 측이 특정한 관점의 표현을 못하게 할 수는 없다.

따라서 학생활동기금 지원을 부정하려는 대학 측의 규제는 수정헌법 제1조에 의해 보장된 Rosenberger의 표현의 자유를 침해하는 것이 된다. 더 나아가, 특정종교에 대한 어떤 특해도 종교중립적 입장에서는 대학 측의 세속적 목적을 위한 세속적 봉사조항에 부수하여 발생하는 것이다. 정교분리조항을 철저히 따른다는 이유로, 대학 측이 학생들의 종교적 관점 때문에 특정 표현물 출간을 막는 것은 불필요한 일이기까지 하다. 이에 하급심 판결을 파기한다.⁶²⁾

62) 임지봉, “내적인 종교의 자유 v. 외적인 종교의 자유”, 인터넷법률신문(2008. 5. 19), <http://www.lawtimes.co.kr/LawSeries/SeriesNews/ScmnNewsContents>

7. 학생의 국기에 대한 경례 거부 징계

■ 사 례

국기에 대한 경례가 종교상 우상숭배에 해당한다는 이유로 이를 거부하여 학칙을 위반한 학생에 대하여 제적처분을 하자 제적처분 취소소송을 제기한 경우이다.

종교의 자유에는 소극적으로 자신의 종교를 표현하지 않거나 다른 종교의식을 거부할 자유가 포함된다. 일반적으로 국기에 대한 경례가 종교적 행위는 아니지만 종교 교리에 따라서는 이를 거부하는 경우가 있을 수 있다. 이러한 사례에서는 우선 국기에 대한 경례를 거부하는 것을 종교의 자유로 포함시킬 수 있는지의 문제가 된다. 포함되지 않는다고 하면 제적처분이 정당하거나 과도한 것이 문제가 된다. 반대로 포함된다고 하면 오히려 제적처분이 종교의 자유를 침해한 것이 된다.

이에 대해서 대법원은 “원심이 피고의 이 사건 징계처분은 원고들 주장의 신앙 양심 즉 우상을 숭배하여서는 아니된다는 종교적인 신념을 그 처분의 대상으로 삼은 것이 아니고 나라의 상징인 국기의 존엄성에 대한 경례를 우상숭배로 단정하고 그 경례를 거부한 원고들의 행위자체를 처분의 대상으로 한 것이므로 헌법이 보장하고 있는 종교의 자유가 침해되었다고 할 수 없다고 하는 동시에 원고들은 위 학교의 학생들로서 모름지기 그 학교의 학칙을 준수하고 교내질서를 유지할 임무가 있을진데 원고들의 종교의 자유 역시 그들이 재학하는 위 학교의 학칙과 교내질서를 해치지 아니하는 범위 내에서 보장되는 것이라는 취지에서 원고들이 그들의 임무를 저버림으로써 학교장인 피고로부터 이견 징계처분을 받음으로 인하여 종교의 자유가 침해된 결과를 초래하였다 하더라도 이를 감수할 수밖에 없다 할 것이고 그들의 신앙에 의하여 차별대우를 받은 것도 아니라고 볼 것이라고 하였음은 그대로 수긍되어 정당한 판단이라 할 것이고 종교의 자

유와 평등의 원칙에 관한 헌법의 규정을 위반하였거나 그 법리를 오해한 위법 있다고 볼 수 없다.”라고 결정하였다(대법원 1976. 4. 27. 선고 75누 249).

그러나 이에 관해서는 과거 민주화 시기 이전의 판례로서 학생의 기본권과 절차적 정당성을 확보하지 못하였다는 비판이 있다. 나아가 학생의 잘못에 비하여 제재처분이 지나치게 중하다는 점에서, 제적처분은 비례의 원칙에 위반된다는 견해도 있다. 종교적 교리를 이유로 양심적 거부를 한 것은 다원적 민주사회에서는 최대한 존중되고 관용을 베풀 필요가 있다고 본다. 사회질서 위반이나 학내질서 위반에 큰 위해를 준 것이 아니라면 제적처분은 무리가 있었다고 판단된다.

8. 종교계 사립학교에서의 예배와 헌금 강요

■ 사례

종교계 사립 중·고등학교에서 기도와 예배, 헌금 등을 강요하였다고 주장하고 종교를 이유로 학생대표 피선거권을 제한한 것이 문제가 되었다.

종교계 사립학교에서의 종교교육은 우리 교육 체계에서 상당히 오래된 문제라고 할 수 있다. 종교학교의 종교전파의 자유도 인정되지만 학생의 종교의 자유도 존중되어야 하므로 이들 간의 조화는 종교의 자유에서 매우 중요하다. 그런데 우리나라의 경우 종교계 사립학교가 상당한 비율에 이르지만, 반대로 교육제도는 추첨에 의한 강제배정을 취하고 있어 문제 해결을 어렵게 하고 있다. 더욱이 학교와 학생의 관계에서 종교의 자유를 침해하는 것에 대하여 문제제기를 하는 것은 쉽지 않고, 반대로 종교계 사립학교에서도 자율적인 종교교육을 실시하고 있다고 주장할 것이어서 사실 법리보다 현실에서 어느 정도 강제를 했는지가 중요한 문제이고 이를 판단하는 것은 쉽지 않아 문제해결이 어려운 것이다. 따라서 원론적으로 중립학교이든 누구이든 사인이 제3자의 종교의 자유를 침해하는 것은 위헌·위법이었으나 그 침해했는지를 판단하는 것이 중요하다고 하겠다.

최근에 문제가 된 사례와 같은 경우에 있어서도 법원은 같은 취지로 판결하였다. 즉 종교행위를 강제한 것은 위법하다는 법리에는 크게 차이가 없었다. 다만 같은 사례에서 제1심 판결과 제2심 판결이 서로 달랐는데 이를 살펴보면 다음과 같다.

1) 제1심 판결의 내용

피고 □□학원이 위와 같이 기독교 정신에 입각한 교육을 목적으로 설립된 이상 원칙적으로 선교나 종교실행의 자유를 누린다 할 것인데, ○○고등학교가 입학식이나 개학식, 졸업식을 거행함에 있어서 기독교의식을

일부 포함시켰다 하더라도 그러한 입학식 등은 어느 학교나 시행하는 통상적인 행사로서 그에 포함된 기독교의식도 그 자체가 주목적은 아니고 입학식 등에 부수된 의례적인 것일 뿐인 점과 그에 포함된 기독교의식의 내용도 ‘찬송 및 기도와 목사의 설교’ 등으로서 기독교의식에 따라 진행되는 결혼식 등에서도 흔히 볼 수 있는 정도인 점을 고려하면 그로 인하여 침해되는 신앙의 자유의 정도는 그리 크다고 할 수 없고, 따라서 ○○고등학교가 입학식 등을 거행함에 있어서 의례적인 절차로 위와 같은 기독교의식을 일부 포함시켰다 하더라도 그것이 합리적인 이유 없이 사회적인 허용한도를 초과하여 타인의 기본권을 침해한 위법한 행위에 해당한다고 단정하기는 어렵다.

○○고등학교가 매일아침 각 반에서 진행되는 ‘경건회 시간’을 두고 학생들이 참석하지 않으면 담임선생님이 학급지각으로 처리하고 주의를 주기도 하였고, ‘수요예배’의 참석이 강제된 것이라 보지 않을 수 없고, 또 위와 같은 ‘경건회 시간’이나 ‘수요예배’는 어느 학교나 시행하는 통상적인 학교의 행사라기보다는 그 내용상 특정 교리와 의식을 주입하는 종교적인 색채가 강한 것이므로, 앞서 본 법리에 비추어 보면 이는 피고 □□학원의 선교나 신앙실행의 자유보다 더 본질적이며 인격적 가치를 지닌 상위의 기본권에 해당하는 원고의 신앙의 자유를 위법하게 침해한 것에 해당한다 할 것이다.

나아가, 학생회 회칙에 ‘학생회 회장, 부회장은 교회에 다니는 자여야 한다’는 취지의 규정을 둔 것도 누구든지 종교 등에 의하여 정치적·경제적·사회적·문화적 생활의 모든 영역에 있어 차별을 받지 아니한다는 헌법상의 평등 의 원칙에 어긋나는 것일 뿐만 아니라, 학생회 회장 등에 출마하기 위해서는 자신이 신봉하지도 않는 종교기관에 다녀야 한다는 결과가 되어 양심의 자유도 침해하게 되므로, 그 규정이 비록 기독교 정신에 입각하여 설립된 학교의 건학이념을 구현하기 위한 목적에서 비롯된 것이라 하더라도 합리성을 결하여 마찬가지로 위법하다 봄이 상당하다.

그렇다면, 피고 □□학원은 위와 같은 여러 가지 위법한 행위를 통하여 원고의 기본권인 신앙의 자유나 학습권 등을 침해하였고, 이는 특별한 사정이 없는 한 사법상 인격권의 침해로서 불법행위를 구성한다 할 것이므로

로 원고에게 이로 인한 손해를 배상할 의무가 있다.⁶³⁾

2) 제2심 판결의 내용

그러나 서울고등법원은 위의 학교법인 □□학원의 패소부분을 취소하고, 위 취소부분에 해당하는 원고의 청구를 기각했다. 서울고등법원은 판결문에서 우선 기독교적 교육관에 입각하여 설립된 학교라고 할지라도, 소속 학생에게 학교선택의 자유가 보장되지 아니한 현행 교육제도 하에서는, 이를 운영함에 있어서 교리나 종교적 진리를 객관적으로 소개하는 것은 별론으로 하되 예배와 같이 내면적 인상을 외부에 표출하는 종교의식을 강제하는 것은, 신앙의 본질상 합당하지 아니하며 경우에 따라서는 정당한 교육의 범위를 일탈하는 행위로 종교의 자유를 침해하는 위법한 행위라고 하였다. 다만 청구에 대한 판단에 있어서는 원고가 입학 당시 기독교 교육과 함께 모든 교과교육을 충실히 받겠다고 선서하였고, 피고 □□학원의 종교의식과 종교교육에 대하여 명시적으로 거부의 의사를 표시하지 않았을 뿐만 아니라 기독교의식이 포함된 각종 학교행사에 적극적으로 참여해 온 점을 근거로 들었으며 원고가 기독교의식이 일부 포함된 개학식 등 행사, 경건회 시간, 수요예배, 생활관교육, 부활절예배 및 심령수양회 등에 참가한 것을 두고 원고의 의사에 반하여 강제로 이루어진 것이라고 단정하기 어렵다고 밝히고 있다.⁶⁴⁾

3) 검토

이 문제는 종교의 자유 문제 외에도 교육기본법, 사립학교법, 교과과정, 고등학교입학제도, 입시제도 등 많은 복잡한 문제를 내포하고 있어 어느 하나의 관점에서만 해결하는 것이 거의 불가능해 보인다. 원칙적으로 사립학교의 경우 설립목적에 부합하는 종교전파의 자유가 인정되지만, 학교선택권이 없는 우리나라의 현실상 학생에게 선택의 여지가 없는 종교행사

63) 서울중앙지방법원 2007. 10. 5. 선고 2005가단305176.

64) 서울고등법원 2008. 5. 8. 선고 2007나102476.

참석 강제나 종교실행 행위의 강제, 헌금강요 행위, 정규의 수업시간을 파행적으로 종교의식으로 대체한 행위 등의 경우에는 위법성이 있다고 하겠다. 정책적으로는 특히 자신의 종교와 신앙에 배치되는 학교에 배정되는 경우 배정 직후 적극적으로 재배정을 해 주거나 재학 중 종교를 이유로 한 전학할 수 있는 권리를 부여하는 것이 하나의 해결 방법이라고 생각된다.

9. 사립대학에서 종교관련 졸업필수 과목의 설치

■ 사례

종교재단이 설립한 사립대학에서 (1) 학생들로 하여금 일정한 내용의 종교교육을 받을 것을 졸업요건으로 하는 학칙을 제정할 수 있는지, (2) 일정 학기 동안 대학의 종교의식에 참석할 것을 졸업요건으로 하는 학칙을 정한 경우, 헌법상 종교의 자유에 반하는 것은 아닌지 문제가 된 사례이다.

사립대학의 경우 학칙으로 종교교육(예: 채플, 자아와 명상 등)을 받을 것을 졸업요건으로 정하고 있는 경우가 많다. 그런데 사립대학의 경우 고등학교와 달리 추첨에 의한 강제 배정이 아니라 지원에 의한 입학이어서 고등학교보다는 문제의식이 덜하다. 다만 이와 관련하여 법원에서 판결한 내용은 다음과 같다.⁶⁵⁾

“사립학교는 국·공립학교와는 달리 종교의 자유의 내용으로서 종교교육 내지는 종교선전을 할 수 있고, 학교는 인적·물적 시설을 포함한 교육시설로서 학생들에게 교육을 실시하는 것을 본질로 하며, 특히 대학은 헌법상 자치권이 부여되어 있으므로 사립대학은 교육시설의 질서를 유지하고 재학관계를 명확히 하기 위하여 법률상 금지된 것이 아니면 학사관리, 입학 및 졸업에 관한 사항이나 학교시설의 이용에 관한 사항 등을 학칙 등으로 제정할 수 있으며, 또한 구 교육법시행령 제55조는 학칙을 학교의 설립인가신청에 필요한 서류의 하나로 규정하고, 제56조 제1항은 학칙에서 기재하여야 할 사항으로 ‘교과와 수업일수에 관한 사항’, ‘고사(또는 시험)와 과점수료에 관한 사항’, ‘입학·편입학·퇴학·전학·휴학·수료·졸업과 상벌에 관한 사항’ 등을 규정하고 있으므로, 사립대학은 종교교육 내지 종교선전을 위하여 학생들의 신앙을 가지지 않을 자유를 침해

65) 대법원 1998. 11. 10. 선고 96다37268.

하지 않는 범위 내에서 학생들로 하여금 일정한 내용의 종교교육을 받을 것을 졸업요건으로 하는 학칙을 제정할 수 있다.”

“기독교 재단이 설립한 사립대학이 학칙으로 대학예배의 6학기 참석을 졸업요건으로 정한 경우, 위 대학교의 대학예배는 목사에 의한 예배뿐만 아니라 강연이나 드라마 등 다양한 형식을 취하고 있고 학생들에 대하여도 예배시간의 참석만을 졸업의 요건으로 할 뿐 그 태도나 성과 등을 평가하지는 않는 사실 등에 비추어 볼 때, 위 대학교의 예배는 복음 전도나 종교인 양성에 직접적인 목표가 있는 것이 아니고 신앙을 가지지 않을 자유를 침해하지 않는 범위 내에서 학생들에게 종교교육을 함으로써 진리·사랑에 기초한 보편적 교양인을 양성하는 데 목표를 두고 있다고 할 것이므로, 대학예배에 6학기 참석을 졸업요건으로 정한 위 대학교의 학칙은 헌법상 종교의 자유에 반하는 위헌무효의 학칙이 아니”라고 보았다.

제 8 절 성직자의 정치적 활동 등 기타

1. 성직자의 정치적 활동

■ 미국의 경우

미국 연방최고법원은 성직자를 주 헌법의회 대의원 또는 주의회 의원으로 입후보하는 것을 금지하는 테네시(Tennessee)주 헌법은 위헌이라고 보았다.⁶⁶⁾

■ 일본의 경우

일본의 내각법제국은 일본 헌법 제20조에 대해 “신앙의 자유보장을 실질적인 것으로 하기위해 국가 및 그 기관이 공권력 행사에서 종교에 개입하거나 관여하는 것을 배제하는 취지를 갖는다. 그러나 종교단체가 정치적 활동을 하는 것을 배제하는 취지는 아니”라고 하고 있다.⁶⁷⁾ 실제로 일본의 경우 종교를 기반으로 한 정당(공명당)이 매우 활발하게 활동하고 있고, 선거운동에 종교 교단이 참여하고 있다.

66) *McDaniel v. Paty*, 435 U.S. 618 (1978)

67) 일본의 내각법제국은 프랑스의 참사원(Conseil d'Etat)을 모델로 한 것으로 1885년에 설치되었다. 현재 입안사무와 정부제출 법안의 심사 역할을 할 뿐만 아니라 법제의견을 제시하는 의견 사무를 통해 최고행정재판소의 역할도 하고 있다.

2. 무허가 종교시설의 철거

■ 사 례

도립공원 관리소장이 공원 안의 무허가 종교시설을 행정대집행법에 따른 계고처분 등의 절차 없이 철거한 행위가 불법행위에 해당한다고 인정하고, 증명 곤란 등의 이유로 재산상 손해액의 확정이 불가능하여 배상을 받을 수 없는 사정을 위자료 증액사유로 참작한 사례.

도립공원 관리소장이 그 공원 안에 무허가로 설치된 천막의 철거에 관한 대집행을 실시하기 위해서는 적어도 법률 또는 행정청의 명령에 의한 철거의무가 전제되어야 하는데, 법률의 규정으로부터 바로 철거의무가 발생한다고 볼 수는 없고, 위 관리소장이 법률의 규정에 근거하여 위 천막의 철거를 명하지도 아니하였으므로 위 천막의 소유자에게는 천막을 철거할 구체적인 의무가 발생하였다고 볼 수 없음에도, 관리소장이 행정대집행법에 따른 계고처분 등 별도의 절차 없이 위 천막을 철거한 행위는 위법하여 불법행위에 해당함을 인정하고, 그 소유자가 입은 정신적 고통에 대한 위자료액을 산정함에 있어 재산상 손해의 발생이 인정되지만 입증 곤란 등의 이유로 그 손해액의 확정이 불가능하여 배상을 받을 수 없는 사정을 위자료 증액사유로 참작한 사례이다.⁶⁸⁾

종교시설이라 하더라도 무허가 시설의 경우, 행정대집행법에 따른 계고처분 등을 이행하면 불법행위로 볼 수 없으며 종교의 자유 침해와 무관하다.

이와 다른 사례로서, 사찰이나 교회 등 종교부지로서 신성시 하는 지역을 공익적 차원에서 개발하는 경우 종교의 자유를 침해하는 것이 아닌지 문제된다. 이는 종교부지의 역사성, 전통적 성격과 도시계획을 해야 하는

68) 서울동부지법 2008. 6. 19. 선고 2007가합17879.

공익적 필요, 또는 종교부지를 도시계획에서 제외할 수 있는 가능성 등을 종합적으로 판단해야 할 것이다. 종교부지에 대해 일정한 배려를 하는 것이 타당성이 인정된다면 종교에 대한 특혜는 아니라고 할 것이다.

제 4 장 요약 및 결론

1. 연구의 요약

우리나라는 세계적으로 유례가 없는 다종교사회인 동시에 헌법에 정교분리를 명시한 나라이다. 이러한 독특한 종교사회적 배경에도 불구하고 과거 서로 관용하는 모습으로 종교간 화합을 이루어왔다. 그러나 최근 종교편향이 이슈화되면서, 종교세력간 갈등을 비롯하여 국가 또는 지방자치단체와 종교단체 간 법적·정치적·사회적 갈등이 빚어지고 있다. 공권력 행사와 입법 및 정책수립과정에서 나타나는 종교편향 논란도 문제이거니와, 다른 종교에서의 ‘종교차별’ 주장도 경우에 따라서는 서로 감시와 감정대립으로 이어지거나 사회통합을 어렵게 만들어 국가적 문제가 되기도 한다.

그러나 종교영역에 법이 개입해 줄 것을 종교단체들 스스로 요청하고 적극적인 공권력 행사를 통해 차별을 시정해 줄 것을 요구하는 것은 피해의 예방이라는 목적도 있지만, 이와 다르게 의도하지 않은 ‘정교분리’ 위반을 요구하게 된다. 즉 이 과정에서 ‘정교분리’를 명시한 헌법정신에 반해, 오히려 법과 국가가 종교의 내용과 종교관련 사회문제를 판단하고 규율하게 되는 역설이 발생하게 된다. 이러한 역설로 인해 종교가 사회적으로 갖게 되는 긍정적인 순기능을 저해하게 되거나, 공무원의 종교의 자유를 지나치게 제한하게 되는 것과 같은 부작용이 우려된다.

따라서 이러한 법리오해의 부작용을 최소화하는 연구의 필요성이 제기되었고, 본 연구가 각 장에서 제시한 헌법해석상 종교의 개념 및 종교차별의 개념, 정교분리의 개념과 그 법리, 그리고 유형별 종교차별 사례제시와 그 법리분석은 종교차별을 둘러싼 불필요한 사회갈등과 중앙정부 및 지방자치단체의 공무원들이 업무 상 종교차별행위 예방을 위한 중요한 지

침이 될 수 있다고 본다.

본 연구는 선출직 공무원들을 포함한 고위 공무원들의 종교단체에 대한 예산 지원 등의 유착 또는 종교적 발언 등과 같은 차별의 위법성이 있는 행위에 대해서도 권리침해유형이나 차별행위의 유형으로 분류하여 그 법적 판단기준과 법리를 기존의 판례를 중심으로 정리하였다. 또한 국가 또는 지방자치단체와 특정 종교단체간의 공익을 목적으로 한 협력사업까지 정교분리 위반이라고 주장하는 것과 같은 극단적이고 비합리적인 종교관련 법리오해를 바로잡고자 하였다.

고위 공직자들의 경우, 개인적 차원의 종교 실행행위와 공무원 신분상 직무수행의 차원에서 종교집회에 참석하거나 성직자들과의 간담회 또는 조찬기도회 참석 등의 종교관련 문제들을 나누어 분석했다.

입법과 정책의 영역에서는 군중제도 등의 문제를 분석하였으며 공권력 행사의 영역에서는 종교시설에 투표소 설치하는 문제와 종교시설에서의 공공행사 등의 이슈들을 다루었다.

중앙정부와 지방자치단체의 경우, 종교단체와의 협력사업이나 복지시설 등의 종교재단 위탁경영 등의 문제들을 다루었다. 학교와 교육의 영역에서는 사립대학의 종교동아리 지원이나 종교시설의 문제를 비롯하여 종교계 사립 중고등학교의 종교강요 행위나 종교에 따른 학생대표 피선거권 제한 등의 위법성에 대해 분석했다.

2. 종교의 자유 침해 판단과 해결 모델

(1) 국민의 종교의 자유의 보장

‘차별’과 ‘강요’는 가장 대표적인 인권침해 유형에 속한다. 특히 종교의 자유라고 하는 헌법상의 기본권은 차별과 강요에 의해 쉽게 침해될 수 있는 구조를 지니고 있다. 가령, 지방자치단체에서 경영을 위탁받은 종교재단의 복지시설에서 이동이 자유롭지 못한 장애인들이나 고령의 노인들에

게 특정 종교의 의식을 강요한다든지, 식사 시간에 특정 종교의 기도문을 암송하게 강제할 경우, 종교의 자유뿐만 아니라 양심의 자유와 행복추구권 등 다른 기본권도 침해할 수 있다.

특히, 차별은 직접적 차별을 비롯하여 간접적 차별과 괴롭힘의 유형이 있고 간접적 차별에 관해서는 사실관계에 따른 법리해석이 용이하지 않아 분쟁발생의 소지가 높다고 할 수 있다. 종교차별에 관한 박탈감은 피해자의 주관적인 요인이 크게 작용하는 관계로 객관적인 기준제시의 어려움이 있다. 또한 인권감수성의 부족 등으로 사회적으로 종교차별과 종교강요에 대해 권리침해라는 인식이 부족한 것도 사실이다.

국가 또는 지방자치단체와 국민간의 관계에서 불필요한 종교관련 분쟁이 발생하는 것을 예방하기 위해서는 첫째, 공무원들이 차별과 강요의 개념을 이해하고 종교와 관련하여 이러한 차별이나 강요의 행위를 하지 않도록 조심하는 것이다. 둘째, 업무관련성이 있는 경우, 특정 종교를 우대하거나 차별해서는 아니 되며 자신이 관리감독하고 있는 복지시설이나 각 기관에서 이러한 ‘차별’이나 ‘강요’가 이루어지고 있는지 확인하여 적절한 절차에 의한 대응을 해야 한다.

또한 국가 또는 지방자치단체와 국민간의 관계 외에도 공무원 상호간에 상급자가 하급자에 대해 공적인 정보통신망이나 공문 등을 이용하여 특정 종교 집회 참석을 강요하거나 회의 시 사전기도 등의 종교의식을 강요해서는 안 된다. 종교에 따른 우대 또는 하급자에 대한 차별도 금지됨은 물론이다.

종교의 자유는 정신적 기본권인 동시에 자유권적 기본권으로 공권력행사 등을 통해 특정행위를 제한하지 않으면 충족되는 전형적인 소극적 자유권에 해당한다. 그러나 종교의 자유를 침해하는 유형으로 등장하는 차별과 강요행위는 간접적인 양상을 띠는 경우, 판단이 용이하지 않는 점 등으로 인해 사회문제로 대두되고 있다. 국민의 기본권을 수호하는 책무를 맡고 있는 공무원의 경우, 이러한 차별과 강요에 대한 올바른 이해를

기초로 자신의 업무에 임함으로서 불필요한 법적 분쟁이나 사회적 갈등을 예방해야 할 것이다.

고위 공무원의 경우, 공무원의 신분으로 공무원의 직무수행의 차원에서 종교집회나 종교행사에 참석할 때 특정 종교를 이단으로 규정하거나 자신의 직무와 관련하여 특정종교를 차별하겠다는 등 또는 공적 예산을 사용하여 우대하겠다는 등의 차별적 발언을 하여서는 안 된다. 국민들로 하여금 종교로 인하여 불필요한 갈등이나 박탈감을 촉발하는 행위는 스스로 자제해야 할 것이다.

국민들 역시 종교의 자유는 성숙한 민주적 헌정질서 하에서 상호 존중과 관용으로 향유되는 것이지 법의 개입이나 국가의 판단에 의해 충족되는 것이 아님을 깊이 자각해야 한다.

(2) 공무원의 종교의 자유의 보장

헌법에 명시된 정교분리 원칙에 따라, 국가는 원칙적으로 종교에 관한 중립적 입장을 견지해야 한다. 그러나 공무원은 개인적 차원에서 공무원이 아닌 국민과 동일한 종교의 자유를 향유할 수 있어야 한다.

공무원의 기본권을 지나치게 축소하거나 쉽게 제한 할 수 있다고 판단하는 것은 구시대 공법학의 유물로 헌법정신에 부합하지 않는다. 특히 국가공무원법 일부개정안 등에서 공무원의 종교차별 행위에 대한 처벌조항을 둘러싸고 법리 공방이 있었는데 ‘처벌조항’은 지나치게 공무원의 종교의 자유를 위축시킬 수 있어 과잉금지 위반에 해당할 수 있다.

공무원은 개인의 직무공간에 종교적 상징물을 두거나 성서를 읽는 등의 종교실행의 자유를 누리고, 휴식시간에 자유롭게 동료 신앙인과 종교신행 활동을 즐길 수 있는 권리를 향유해야 한다. 직무관련성이 없는 사적 영역까지 공무원이라는 신분으로 인해 종교의 자유가 제한되어서는 안 된다. 그러나 자신의 직무에 있어서는 법적·사회적 분쟁을 야기할 만한 차별이나 강요행위가 있어서는 안 되겠다.

3. 정교분리 위반의 판단과 해결 모델

‘정교분리’ 위반여부에 관한 판단은 국가와 종교의 엄격한 분리만을 의미하는 것은 아니다. 종교와 정치, 문화, 복지는 상당히 복잡하게 관계를 형성하고 있고 종교의 사회통합기능과 민주시민 양성 기능, 복지 기능 등을 무시할 수가 없다. 정치지도자들도 국민이 갖는 종교에 대해 관심을 갖고 배려하는 것이 그들의 임무이기도 하다. 따라서 종교와 관련이 있고 종교단체가 부수적인 혜택을 받는 경우에도 국가가 세속적 목적에 따라 특정 종교를 진흥할 목적 없이 정치, 문화, 복지 등의 차원에서 종교단체를 지원하는 것이 정교분리에 위반되는 것은 아니다. 또한 ‘합리적 차등행위’(자격을 갖춘 종교재단에 복지시설 등의 위탁을 맡기는 것과 같은 행위)의 경우 한정된 예산과 종교별 특성으로 인하여 모든 종교를 엄격하게 동등하게 지원하지 못하는 것도 특정 종교에 대한 우대나 차별이라고 할 수 없다.

다만 이러한 차원이 아니라 세속적 목적이 없이 특정 종교를 진흥하거나 배제할 목적으로 하는 국가행위는 정교분리에 위반된다. 또한 세속적 목적으로 이루어지는 국가행위의 경우에도 정부와 종교가 지나치게 유착하여 특정 종교에게만 혜택을 베푸는 것도 정교분리에 위반된다. 이러한 행위는 공직자의 언행으로 나타날 수도 있고 예산의 지원으로 나타날 수도 있다.

한편 정교분리를 이유로 종교에 대해 간섭하는 것도 오히려 정교분리에 위반된다고 하겠다. 가령, ‘허가’나 ‘인가’ 등의 행정행위를 하는 과정에서 종교와 유착하여서도 안 되지만 세속적 목적을 빙자하여 종교적 내용에 관여해서도 안 된다. 행정청이나 공무원은 법령에 근거한 중립적 관점에서 행정적·정책적 판단을 하는 것으로 족하다.

공무원에게 정교분리 위반의 예방을 위해 필요한 것은 종교현상이나 종교의 본질에 관한 깊이 있는 이해가 아니다. 종교행위 가운데 무엇이 되고 무엇이 안 된다고 하는 판단 자체가 종교의 자유를 침해하고 정교분리에 위반된다. 공

무원에게 요구되는 것은 종교의 내용에 관한 심사나 개인의 종교적 선호도에 따른 행정적 유착이 아닌, ‘공적 이성’의 차원에서 이루어지는 가치중립적인 행정적 판단이다.

4. 결어

종교의 자유와 정교분리는 보완적 관계이다. 정교분리는 종교의 자유를 보장하기 위해 고안된 것이지만 종교의 자유를 침해하기 위해 규정된 것이 아니다. 국가는 국민의 종교의 자유를 보장해야 할 의무를 지니며 정교분리라는 명목으로 이들의 자유를 침해할 수 없다. 공직자의 종교의 자유도 마찬가지이다. 공직자는 자신의 업무 집행과정에서 종교나 다른 어떤 이유로도 국민을 불합리하게 차별할 수 없고 종교적 중립성을 유지해야 한다. 반대로 이러한 이유로 공직자의 종교의 자유가 침해되는 것은 아니다.

종교차별의 개념과 사례는 엄격히 종교의 자유를 침해하는 부분, 종교를 이유로 한 차별로 평등권의 침해가 일어난 부분, 정교분리에 위반되어 정치가 종교에 관해 중립성을 잃는 부분, 공직자가 종교적 중립성에 위반되는 부분 등으로 명확히 규정되어야 한다. 그렇지 않으면 무리하게 정치적, 도덕적, 감정적인 부분과 규범적인 부분을 혼동하여 논의하게 된다. 또한 정교분리를 규정한 대부분의 나라에서도 이렇게 논의하는 것이 일반적이다.

물론 국가가 종교에 호의적 중립을 전제로 지원을 하는 것은 세속주의의 한계를 인정하고 종교의 위대성에 대한 배려의 차원이라고 할 수 있다. 이는 종교에 대한 지원이 아니라 종교를 신앙하는 국민과 그러한 국민이 모인 사회공동체에 대한 지원이다. 따라서 지원하는 것 자체가 문제가 아니라 중립을 지키는 것이 중요하다고 할 수 있다. 그래서 미국의 판례에서도 중립과 배려·수용 사이에서 종교에 대한 지원을 인정하고 있는 것이다. 그러나 종교에 대한 지원과 배려라고 하더라도 종교적 목적을 갖

거나 종교에 대한 지지 또는 다른 종교에 대한 배제의 결과를 낳는 경우, 또는 중립적 지원이라 하더라도 특정 종교에 해당 예산의 대부분을 지원하는 등 긴밀한 유착관계가 형성되는 경우는 정교분리 위반이라고 하겠다.

이 보고서에서는 문제가 제기된 주요한 사례에 관해 검토하였는데, 이에 관한 논의는 보다 지속적으로 이루어질 필요가 있다. 이 문제들은 단순히 법적 차원에서만 다루어진 것이 아니라 종교적 관점, 그리고 해당 사례뿐만 아니라 그 외에 다른 사회공동체의 전체 체계와 사회적 기능을 고려한 것임을 새삼 밝혀두고자 한다. 그리고 공직자의 엄정한 중립의무에 의해 사전에 이러한 문제가 발생되지 않는 것이 바람직하겠지만, 발생하는 경우에도 법적으로만 해결하기는 쉽지도 않고 바람직하지도 않은 점을 지적해두고자 한다.

나아가 ‘관용’이라는 자유민주주의 체제의 가치가 잠식당하고 종교 간 대립과 충돌을 ‘정교분리’ 문제로 전환시키고자 시도한다면, 국가와 법이 종교를 판단하고 종교를 통제하도록 유도하게 되는 불합리한 결과를 초래하게 될 수 있음을 다시 한번 강조하고자 한다. 종교와 국가 또는 지방자치단체간의 모든 협력과 우호관계를 단절시키는 것이 헌법상의 ‘정교분리’를 실현하는 것이 될 수 없으며, 현실적으로 이러한 협력관계를 완전히 차단할 수도 없기 때문이다.

참고문헌

〈국내문헌〉

- 강승식, “미국헌법상 종교의 자유”, 『미국사연구』 제22집, 한국미국사학회, 2005. 11.
- 김남국, “영국과 프랑스에서 정치와 종교: 루시디 사건과 헤드스카프 논쟁을 중심으로”, 『국제정치논총』 제44권 제4호, 한국국제정치학회, 2004.
- 김상겸, “종교의 자유와 정교분리원칙에 관한 연구”, 『공법연구』 제35집 2호, 한국공법학회 2006.
- 김영수, “종교의 자유와 정교분리에 관한 헌법적 고찰”, 『미국헌법연구』 제2호, 미국헌법학회, 1991.
- 김중서, “미국적 신앙의 뿌리와 공민종교의 성립”, 『미국사회의 지적 흐름 : 정치·경제·사회·문화』, 서울대출판부, 2004.
- 박종보, “사립학교에서 종교교육의 자유와 학생의 신앙의 자유”, 『법학논총』 제24권 제3호, 한양대학교 법학연구소, 2007.
- 송기춘, “시민적·정치적 권리”, 『인권법』, 아카넷, 2006.
- 송기춘, “종교 관련 제도의 헌법적 문제점과 그 개선방안”, 『헌법학연구』 제12권 제5호, 한국헌법학회, 2006. 12.
- 송기춘, “사학의 종교교육의 자유와 학생의 종교의 자유: 서울고등법원 2008. 5. 8. 선고 2007나102476 판결 비판”, 『민주법학』 제37호, 민주주의법학연구회, 2008.
- 이부하, “종교의 법적 개념과 국가의 종교적 중립성”, 『헌법학연구』 제14권 제2호, 한국헌법학회, 2008. 6.
- 임지봉, “미국 헌법상의 정교분리원칙”, 『미국헌법연구』 제18권 제2호, 미국헌법학회, 2007. 9.

- 임지봉, “미국헌법상 종교행위의 자유”, 『미국헌법연구』 제19권 제1호, 미국헌법학회, 2008. 2.
- 윤문희, “차별의 법적 개념”, 『노동리뷰』 통권 제21호, 한국노동연구원, 2006. 9.
- 최윤철, “종교의 자유와 국가의 종교적 중립성 : 교사의 머리수건 착용에 관한 독일 연방헌법재판소의 결정을 중심으로”, 『공법연구』 제32집 제3호, 한국공법학회, 2004. 2.
- 강돈구 외, 『한국 종교교단 연구』 I ~ V, 한국학중앙연구원 문화와 종교연구소, 2007~2009.
- 권영성, 『헌법학원론』, 법문사, 2007.
- 박영길 외, 『종교관련법 조사 및 입법방향 연구: 종교관련 판례 및 입법사례를 중심으로』, 문화관광부, 2004.
- 박찬운, 『인권법』, 한울, 2008.
- 성낙인, 『헌법학』, 법문사, 2007.
- 이준일, 『차별금지법』, 고려대학교 출판부, 2007.
- 장영수, 『기본권론』, 홍문사, 2003.
- 정인섭 편역, 『국제인권조약집』, 사람생각, 2000.
- 정종섭, 『헌법학원론』, 박영사, 2006.
- 허영, 『한국헌법론』, 박영사, 2007.
- 차별연구모임, 『국가인권위원회법의 ‘차별’판단을 위한 지침』, 국가인권위원회, 2002.

<해외문헌>

- Erwin Chemerinsky, Constitutional Law : Principles and Policies (NY : Aspen, 2006)
Don Baker, Korean Spirituality (Univ. of Hawaii Press, 2008)
Lawrence F. Rossow · Jacqueline A. Stefkovich, Education Law : Case and
Materials (Durham, North Carolina : Carolina Academic Press, 2005)

- 芦部信喜, 『憲法学 Ⅲ』, 有斐閣(2006)
笹沼弘志, “信教の自由と政教分離”, 法学セミナー (2008. 3)

<국내주요판례>

- 서울중앙지방법원 2007. 10. 5. 선고 2005가단305176.
서울고등법원 2008. 5. 8. 선고 2007나102476.
서울동부지법 2008. 6.19. 선고 2007가합17879.
서울고등법원 2006. 11. 16. 선고 2006나21639.
대법원 1998. 11. 10. 선고 96다37268.
대법원 2003. 10. 9. 선고 2003도4148.
대법원 2007. 4. 26. 선고 2006다87903.
대법원 2009. 5. 28. 선고 2008두16933.
헌법재판소 2001. 9. 27. 선고 2000헌마159.
헌법재판소 2006. 2. 7. 선고 2006헌마20.
헌법재판소 2008. 6. 26. 선고 2007헌마1366.

〈미국주요판례〉

Cochran v. Louisiana State Board of education (1930)

Everson v. Board of Education of the Township of Ewing (1947)

Walz v. Tax Commission of City of NewYork (1970)

Lemon v. Kurtzman (1977)

McDaniel v. Paty (1978)

Lynch v. Donnelly (1984)

Bowen v. Kendrick (1988)

Goldman v. Northwest Indian CPA (1988)

Texas Monthly, Inc. v. Bullock (1989)

Rosenberger v. Rector and Visitors of the University of Virginia (1995)

▶ 종교차별 사례 색인 ◀

영역	사 례	쪽 수	
입법과 정책 영역	종교인에 대한 과세	29	
	군종제도	32	
	종교적 기념일의 공휴일 제도	34	
	공휴일 시험제도	36	
	납골시설의 설치·운영 장소의 제한	39	
공권력 행사 영역	경찰서 ·교도소	경찰서 유치인에 대한 종교행사 강요	42
		교도소에서의 소수종교의 종교집회 불허	45
	군대	군대 영역의 특수성	46
		육군 3사관학교 가입교 기간 종교활동 금지	47
		군대 내 이단에 관한 책자 제작·배포	48
		군종장교의 기도 및 종교의식 강요	50
		군지휘관의 하급자에 대한 기도 강요	51
		군대 내 종교행사에 병사를 강제로 동원하기	52
	국공립병원에서의 종교의 자유		53
	종교적 공간에 대한 법집행 유보		54
	여권의 사용제한 등에 관한 고시		55
	기타	특정 종교의 상징과 유사한 공적 기호	57
		도로명에 종교시설이 포함된 경우	58
		대국민 정보제공 서비스에서 특정 종교기관 표시의 누락	59

영역	사례		쪽수
정치·문화·복지 영역	문화유산	종교유적지	61
		문화적 상징	63
		문화행사의 전시 포스터	65
	종교기관에서 행해지는 보건·교육의 지원		67
	정치영역	국가 또는 지방자치단체의 특정종교에 대한 재정 지원	72
		지방자치단체장 등 고위공직자가 주관하는 간담회	73
		국가 또는 지방자치단체와 특정 종교의 유착 여부의 판단	74
	공공기관의 종교적 장식 및 지원		76
	종교행사의 지원		80
	종교시설에서의 공적행사	종교시설에서의 투표소 설치	
특정 종교시설에서의 공공기관 행사		83	
종교시설에서의 문화·복지 프로그램에 대한 재정 지원		85	
종교적 표현의 자유	공공장소에서의 종교적 집회	공공시설에서의 종교 집회	86
		종교집회를 위한 학교시설의 사용	88
	종교적 표현	도로변 대형광고판 등	91
		버스나 지하철에서의 종교적 광고물	94
	공공장소에서의 종교적 전파 행위	전동차 내에서의 종교전파 행위	96
		공공장소에서의 전도 행위	100
	종교적 의상		101

영역	사 례		쪽 수
공무원의 직무 관련 영역	공직자의 종교의 자유	개인 공간에서의 종교의 자유	106
		개인적 선교	108
		종교적 소모임의 활동과 공직을 이용한 종교행위 구별	109
	공직자와 종교적 집회	공직자의 종교집회 참석	110
		종교적 기념일의 행사에 참석하는 경우	112
		종교적 기념일에 축전, 격려금 등을 전달하는 행위	113
		조찬기도회	114
		종교집회에서의 고위공직자의 언행	116
		개인적 종교집회 참석과 발언	118
교육 영역	교육영역의 특수성	120	
	기도 등의 강제	122	
	종교 내용의 수업 또는 훈화	124	
	종교적 상징물	126	
	크리스마스 카드 제작 등 수업	127	
	대학에서의 종교시설 및 종교동아리 지원	128	
	학생의 국기에 대한 경례 거부 징계	131	
	종교계 사립학교에서의 예배와 헌금 강요	133	
	사립대학에서 종교관련 졸업필수 과목의 설치	137	
기타	성직자의 정치적 활동	139	
	무허가 종교시설의 철거	140	

연구책임

정 종 섭 (서울대학교 법학전문대학원 교수)

국내외 종교차별 사례연구

발행처 문화체육관광부

인쇄일 2009년 12월

발행일 2009년 12월

인쇄처 사단
법인 남북장애인교류협회

ISBN 978-89-7820-262-6 93340

