

사립학교에서 종교교육의 자유와 학생의 신앙의 자유

박종보*

<目 次>

I. 서론	III. 종교계 사립학교 설립의 자유
II. 종교의 자유의 의의와 보호영역	IV. 종교교육의 자유와 소극적 신앙의 자유의 충돌

I. 서론

헌법 제20조 제1항은 “모든 국민은 宗教의 自由를 가진다”고 규정하여 종교의 자유를 보장하고, 제2항은 “國教는 인정되지 아니하며, 宗教와 政治는 分離된다”고 규정하여 국교부인 및 정교분리(영어식 표현으로는 교회와 국가의 분리—separation between church and state)의 원칙을 선언하고 있다.¹⁾

* 한양대학교 법과대학 교수

1) 이러한 우리 헌법 제20조의 구조는 미국 연방헌법 개정 제1조의 종교의 자유 부분과 유사하다. 동조는 “연방의회는 종교를 설립하거나, 종교의 자유로운 행사를 금지하는 ... 법률을 제정할 수 없다”고 규정하고 있다. 미국에서는 앞 부분을 국교 부인 조항(Establishment Clause), 뒷 부분을 종교의 자유로운 행사 조항(Free Exercise Clause)이라고 부른다. 미국 헌법이론에서는 종교를 설립하지 말라는 명제와 종교를 방해하지 말라는 명제는 서로 긴장관계에 있는 것으로 이해된다. John E. Nowak & Ronald D. Rotunda, Constitutional Law, 7th ed., West(2004), p. 1408. 미국 헌법상 국교 부인 조항에 관한 연구로

국교(national church)의 부인과 정교의 분리란 일종의 동어반복이라고 할 수 있는데, 국가를 비롯한 공권력 주체가 종교에 대하여 중립성을 유지하여야 한다는 원칙이다. 즉 이 원칙에서 파생되는 대표적인 문제가 국가가 종교단체를 지원할 수 있는가 하는 것과, 국·공립학교에서 종교교육을 실시할 수 있는가 하는 것이다.

종교의 자유는 신이나 절대자 등 초월적 존재를 신앙할 자유를 말한다. 종교의 자유를 보장하는 국가는 개인에게 특정 종교를 믿으라고도 믿지 말라고도 강요할 수 없다. 아무 종교도 믿지 않는 것도 자유이다. 종교의 자유 보장과 관련하여 공권력 주체와의 관계에서 발생할 수 있는 문제의 예로는 신앙에 근거한 행위를 사기죄로 처벌할 수 있는가 하는 것과, 종교단체의 내부 문제를 법률로써 규율할 수 있는가 하는 것을 들 수 있다.

그런데 헌법이 보장하는 종교의 자유가 초월적 존재를 신앙하는 데 그치지 않고, 자기의 신앙을 전파하는 자유까지 포함한다면 이 선교의 자유는 제3자의 종교를 믿지 않을 자유와 충돌할 수 있다. 선교의 자유가 학교를 설립하여 종교교육을 할 자유를 포함한다면 이 종교교육의 자유는 학생의 종교교육을 받지 않을 자유와 충돌할 수 있다. 여기까지는 국가의 개입이 없는 순수한 사인 간의 기본권 충돌이다. 그러나 학생이 그 학교를 자발적으로 선택한 것이 아니라 공권력에 의해서 배정받았다면 이 사인간의 기본권 충돌의 원인제공자는 국가이다. 여기서 우리나라 사립학교에서의 종교교육 문제의 복잡성이 발생한다.

사립학교에서의 종교교육을 논하다 보면 필연적으로 중등학교 평준화 제도의 위헌 여부가 문제된다. 그러나 이 논문의 주목적은 중등학교 평준화 제도의 옳고 그름을 검토하는 것이 아니라 현재의 교육제도 하에서 허용되는 종교교육의 범위를 헌법이론적 차원에서 검토하는 것이다. 그러므로 평준화 제도 문제는 종교교육의 허용범위를 논증하는 데 필요한 한도 내에서만 다루기로 한다.

II. 종교의 자유의 의의와 보호영역

1. 종교의 자유의 개념과 보호범위

1) 종교의 자유의 개념

는 김영수, “종교의 자유와 정교분리원칙에 관한 헌법적 고찰: 미국연방대법원의 판례를 중심으로,” 『미국헌법연구』 제2호(1991), 185면 이하 참조; 종교의 자유로운 행사 조항에 관한 연구로는 윤명선·박영철, “종교의 자유로운 행사 조항,” 『미국헌법연구』, 제11호(2000), 83면 이하 참조.

동서양을 막론하고 종교는 법률 이전의 개념이기 때문에 다양한 의미로 사용될 수 있다. 헌법학자들은 대체로 종교를 인간의 상념의 세계에서만 존재할 수 있는 신이나 절대자 등 초월적 존재를 신봉하고 그것에 귀의하는 것이라고 이해한다.²⁾ 이러한 견지에서 종교의 자유는 절대자에 대한 귀의 또는 신과 내세(피안)에 대한 내적 확신의 자유이다. 그러므로 아무리 내적 확신에서 나온 것이라 하더라도 신과 피안에 대한 관련성이 없는 한 하나의 사상일 수는 있어도 종교는 아니라고 본다.³⁾

이러한 다소 기독교적 우주관에 근거한 종교개념에 비하여, 종교를 넓은 의미의 영적인 세계로 이해하는 견해도 있다. 즉 종교를 초자연적·초인격적 존재나 본질에 대하여 숭배하고 경외하는 개개인의 주관적 확신과 그에 기초한 행위라고 정의하며, 여기서 존재자는 인격적 존재일 수도 있고, 비인격적 존재일 수도 있으며, 영적인 삶이 현세적일 수도 있고, 내세적일 수도 있다는 것이다. 이런 견지에서는 신의 존재를 부정하는 무신론(humanism)을 믿는 것도 종교에 해당한다. 존재자는 太極, 無極, 無, 空 등과 같이 존재하지 않는 존재일 수도 있다.⁴⁾

종교의 개념 정의가 현실적으로 문제가 될 수 있는 예로 종교적 확신(religious belief)에 따라 형법을 위반한 경우에 처벌할 수 있는지 여부가 문제되는 사건을 들 수 있다.⁵⁾ 이와 관련하여 미국 연방대법원은 특정 약물이 종교적인 이유로 사용되는 경우에도 종교의 자유가 특정 약물을 금지하는 법률로부터 면책되는 사유가 될 수 없으므로, 정부는 금지 약물 사용자를 처벌할 수 있다고 판시하였다.⁶⁾ 그러나 미국 연방대법원은 종교의 개념 정의를 시도한 적이 없다. 즉, 신 중심의(theocratic) 확신이어야 종교적 확신인지, 아니면 전지전능한 존재의 관념에 근거하지 않아도 종교 체계라고 할 수 있는지를 판시한 바 없다. 합리적인 사람이라면 진실이라고 믿지 않을 신념은 종교가 아닌지도 분명히 밝힌 바 없다. 다만 진지한 종교적 확신에 따라 퇴직하였다는 이유만으로 실업수당을 받을 자격을 박탈할 수 없다고 판시하였을 뿐이다.⁷⁾

서양 헌법사에서 종교의 자유는 양심의 자유와 밀접한 관련을 가지고 있으나, 우리 헌법은 제19조에서 양심의 자유를 별도로 보장하는 체계를 가지고 있다. 신앙과 양심의 자유는 국가와 교회 및 종교개혁파간의 투쟁에서부터 점진적으로 발전해 온 것이다. 역사적 발전과정을 더듬어 보면 처음에 국가와 교회의 분리가 먼저 확립되고 이 원칙으로부터 종교의 자유가 도

2) 권영성, 『헌법학원론』, 법문사(2007), 481면.

3) 허영, 『한국헌법론』, 박영사(2007), 401면.

4) 정종섭, 『헌법학원론』, 박영사(2007), 460~61면.

5) Nowak & Rotunda(2004), p. 1481.

6) Employment Division v. Smith, 494 U.S. 872 (1990). 그러나 연방대법원은 종교의 개념 정의는 회피하였다.

7) Thomas v. Review Board, 450 U.S. 707, 715 (1981).

출되었다. 양심의 자유는 종교의 자유를 매개로 하여 발전하다가 다시 세속화되면서 종교와 분리되었다.⁸⁾

신앙의 자유, 즉 종교나 세계관적 신념과, 양심의 자유를 독일의 이론은 다음과 같이 구별한다.⁹⁾ 종교와 세계관적 신념은 형이상학적 사유체계, 즉 인간의 본질과 인간을 둘러싼 세계를 ‘더 높은’ 차원에서 이해하는 사유체계이다. 이와는 달리 양심은 윤리의 영역에 속하는 것으로서, 일정한 정황이나 과정을 ‘더 높은 곳에서’ 이해하는 방법을 명하는 것이 아니라 오히려 인간이 일정한 상황에서 ‘바르게’ 자기구속을 하는 방법을 명하는 인간 ‘내면의’ 법정이다.¹⁰⁾ 구체적인 양심상 결정이 반드시 일반적이고 포괄적인 형이상학적 사유체계로 귀속하여야 하는 것은 아니기 때문에 많은 경우에 양심이 종교나 세계관과 결합하지 않는다고 한다.¹¹⁾

2) 종교의 자유의 보호범익

종교의 자유는 인격권의 중요 요소이다.¹²⁾ 양심의 자유와 더불어 신앙의 자유는 우리 헌법 제10조(독일기본법 제1조)의 인간 존엄성의 핵심요소를 보장하는 것이며,¹³⁾ 인간 존엄성을 구체화하는 것이다.¹⁴⁾ 또한 종교의 자유는 자유민주주의의 기능적 전제조건이기도 하다.¹⁵⁾

2. 종교의 자유의 보호영역과 제한: 종교교육의 자유와 소극적 신앙의 자유

8) 독일과 미국을 중심으로 종교 및 양심의 자유가 헌법에 의하여 보장된 역사를 개관한 것으로 박종보, “양심의 자유의 규범구조와 보호범위—준법서약제를 중심으로,” 『민주법학』 22호(2002), 244-246; Axel Freiherr von Campenhausen, “Religionsfreiheit,” Isensee/Kirchhof, hrsg., Handbuch des Staatsrechts, Bd. VI, 2. Aufl., C. H. Beck(2001), §136, Rn. 6ff.; Martin Morlok, “Art. 4,” Horst Dreier, hrsg., Grundgesetz Kommentar, Bd. I, 2. Aufl., Mohr Siebeck(2004), Rn. 1f.; Reinhold Zippelius, “Art. 4,” Dolzer/Vogel, hrsg., Bonner Kommentar von Grundgesetz, Bd. I, C. F. Müller(2004), Rn. 2f. 및 17f.; Christian Starck, “Art. 4,” v. Mangoldt/Klein/Starck, hrsg., Das Bonner Grundgesetz Kommentar, Bd. I, 5. Aufl., Vahlen(2005), Rn. 1f. 등 참조.

9) 독일기본법 제4조는 “(1) 신앙(Glauben)과 양심(Gewissen)의 자유 그리고 종교적 및 세계관적 신념고백(Bekenntnis)의 자유는 불가침이다. (2) 방해받지 않는 종교실행(Religionsausübung)이 보장된다. (3) 누구도 양심에 반하여 징총병역(Kriegsdienst mit der Waffe)을 강제 당하지 않는다. 자세한 것은 연방법률로 정한다”고 규정하고 있다. 신념고백의 자유와 종교실행의 자유가 신앙의 자유에 포함되는 것으로 이해되고, 종교와 세계관도 하나의 권리로 통합될 수 있기 때문에 기본법 제4조는 세 기본권, 즉 종교와 세계관의 자유, 양심의 자유 그리고 병역거부의 자유의 복합체로 이해된다.

10) Roman Herzog, “Art. 4,” Maunz/Dürig, hrsg., Grundgesetz Kommentar, Bd. I, C. H. Beck(2005) Rn. 125 및 주 97. 원칙적으로 확립된 판례이자 통설이라고 한다.

11) Starck(2005), Rn. 13.

12) Morlok(2004), Rn. 41.

13) Herzog(2005), Rn. 11.

14) Zippelius(2004), Rn. 56.

15) Morlok(2004), Rn. 46.

종교 및 세계관의 자유와 양심상 결정의 자유는 객관적으로 정할 수 없다. 종교의 자유의 보호영역도 구체적인 경우에 주관적 기준, 즉 기본권 주체의 자기이해(Selbstverständnis)에 따라 정할 수밖에 없다.¹⁶⁾

헌법학자들은 대체로 종교의 자유를 내심의 영역인 신앙의 자유(Glaubensfreiheit)와 외부적 표현행위인 신앙실행(종교적 행위)의 자유로 대별하고,¹⁷⁾ 신앙실행의 자유를 다시 다양하게 분류한다. 이렇게 구분한다면 신앙실행의 자유에는 종교적 행사(종교적 의식·집회)의 자유, 종교적 결사의 자유, 그리고 선교와 종교교육의 자유가 포함된다. 그런데 신앙고백의 자유에 관하여는 견해가 일치하지 않는다. 신앙고백의 자유가 헌법상 종교의 자유의 일부로서 보호받는다든 데는 이견이 없지만, 대체로 그것을 신앙의 자유의 내용으로 보는데¹⁸⁾ 비하여, 신앙고백의 자유를 종교적 행위의 자유의 일부로 분류하는 견해도 있다.¹⁹⁾ 독일에서는 대체로 신앙고백의 자유를 별도로 분류하여, 종교의 자유를 신앙의 자유, 신앙고백의 자유, 신앙실행의 자유로 대별하거나,²⁰⁾ 여기에 종교적 결사의 자유를 별도로 구분하여 덧붙이기도 한다.²¹⁾

한편 기본권은 일차적으로 국가에 대한 방어권이므로 소극적 권능은 행동자유 개념에 내재하는 것이다. 종교의 자유에 있어서도 적극적 자유뿐만 아니라 소극적 자유가 보장되며 이것은 신앙의 자유와 신앙실행의 자유 모두에 적용된다.

1) 신앙의 자유

신앙의 자유는 종교의 자유의 핵심이다. 신앙의 자유는 내심(forum internum)을 보호한다.²²⁾ 신앙의 자유는 적극적으로 믿을 자유뿐만 아니라 소극적으로 믿지 않을 자유도 보장한다.²³⁾ 소극적 신앙의 자유는 신앙의 자유의 출발점이자 핵심이다.²⁴⁾ 신앙고백의 자유를 신앙의 자유와 구별한다면, 신앙의 자유에는 신앙의 형성, 변경, 포기 및 불신앙의 자유가 포함된다.

이러한 신앙의 자유는 인간의 내심의 영역에 속하기 때문에 어떠한 경우에도 제한될 수 없다는 것이 통설적 견해이다.²⁵⁾ 대법원은 “종교의 자유는 인간의 정신세계에 기초를 둔 것으

16) Morlok(2004), Rn. 55.

17) 허영(2007), 403면; 정종섭(2007), 463면.

18) 권영성(2007), 482면; 김철수(2007), 803면; 허영(2007), 403면.

19) 정종섭(2007) 463면.

20) Juliana Kokott, “Art. 4,” Michael Sachs, hrsg., Gundgesetz Kommentar, 3. Aufl., C. H. Beck(2003), Rn. 25ff.; Morlok(2004), Rn. 67ff.

21) v. Campenhausen(2001), Rn. 41ff.

22) v. Campenhausen(2001), Rn. 41.

23) Kokott(2003), Rn. 26.

24) BVerwG DVBl. 1999, 1581 (1586).

25) 권영성(2007), 482~83면; 정종섭(2007), 463면.

로서 인간의 내적 자유인 신앙의 자유를 의미하는 한도 내에서는 밖으로 표현되지 아니한 양심의 자유에 있어서와 같이 제한할 수 없는 것이지만 그것이 종교적 행위로 표출되는 경우에 있어서는 대외적 행위의 자유이기 때문에 질서유지를 위하여 당연히 제한을 받아야 하며 공공복리를 위하여서는 법률로서 이를 제한할 수도 있다”는 것을 근거로 삼아 “기망당한 신도들로부터 헌금명목으로 고액의 금원을 교부받은 것을 형법상 사기죄에 해당한다고 하여 처단한 것이 헌법상 종교의 자유나 양심의 자유에 관한 법리를 잘못 오해한데 기인한 것이라고 할 수 없다”고 판시한 바 있다.²⁶⁾ 그러나 이러한 논증 방식에는 다소 문제가 있어 보인다. 인간의 내적 자유인 신앙의 자유가 제한할 수 없는 권리라는 설명은 무방하지만, 사기죄로 처벌하는 부분은 위와 같은 내심-표현 이분론보다는, 미국 판례법에서와 같이 종교가 일반적으로 적용되는 법적 책임을 면제받는 이유가 될 수 없다는 원칙에서 접근했어야 한다.²⁷⁾

2) 신앙고백의 자유

내면적 신앙을 적절하게 보호하기 위해서는 표현의 자유도 보장되어야 한다. 신앙고백의 자유는 내심의 신앙을 적극적으로 외부에 표출하는 자유와 소극적으로 자신의 신앙을 외부에 나타내지 않을 자유를 포함한다. 신앙의 자유는 “믿거나 믿지 않는지 여부와 무엇을 믿거나 믿지 않는지를 말하거나 침묵할 수 있도록” 허용한다.²⁸⁾ 소극적 신앙고백의 자유는 자기의 신앙에 대하여 침묵할 자유이다.

양심의 자유의 제한에 관하여 대법원과 마찬가지로 헌법재판소도 내심-표현 이분론을 적용한다. 헌법재판소는 “양심의 자유 중 양심형성의 자유는 내심에 머무르는 한, 절대적으로 보호되는 기본권이라 할 수 있는 반면, 양심적 결정을 외부로 표현하고 실현할 수 있는 권리인 양심실현의 자유는 범질서에 위배되거나 타인의 권리를 침해할 수 있기 때문에 법률에 의하여 제한될 수 있는 상대적 자유”라는 판시를 반복하고 있다.²⁹⁾ 종교의 자유에 고내히셔도 “종교적 행위의 자유는 신앙의 자유와는 달리 절대적 자유가 아니다”고 본다.³⁰⁾ 대법원도 “종교의 자유, 양심의 자유, 학문 예술의 자유 등 인간의 정신생활에 관한 기본권은 인간의 내적

26) 대법원 1995. 4. 28. 95도250(승리재단 사기죄 사건).

27) 대법원이 “종교교육 및 종교지도자 양성은 종교의 자유의 한 내용으로서 보장되지만 그것이 학교라는 교육기관의 형태를 취할 때에는 교육기관 등을 정비하여 국민의 교육을 받을 권리를 실질적으로 보장하고자 하는 교육제도 등에 관한 법률주의에 관한 헌법규정 및 이에 기한 교육법상의 각 규정들에 의한 규제를 받게 된다고 본 것은 이런 점에서 타당하다. 대법원 1989. 9. 26. 87도519. 비슷한 사례로 대법원 2001. 2. 23. 99두6002.

28) BVerfGE, 12, 4.

29) 헌법재판소 1998. 7. 16. 선고 96헌바35 결정(불고지죄 사건); 2004. 8. 26. 2002헌가1(양심적 집총거부 사건).

30) 헌재 2001. 9. 27. 2000헌마159(일요일 사법시험 시행 사건).

정신적 면을 규제할 수 없으므로 그 성질상 어떠한 법률에 의하여서라도 이를 제한할 수 없다고 할 것이나 이미 정신적, 내적영역을 떠나 외부적으로 나타나는 종교적 행위, 종교적 집회의 결사 또는 학문 예술 활동 학술 및 예술적 집회와 결사 등에 이르러서는 이는 이미 인간간의 내적 정신적 문제가 아니라 대외적인 것이며 ... 헌법이 보장하는 신앙과 양심 그리고 학문의 자유에 관한 것이라고 하여 국가보안법의 적용을 배제할 수 없"다고 판시해 왔다.³¹⁾ 만약 이런 기준을 신앙고백의 자유에 그대로 적용한다면, 신앙고백의 자유는 상대적 자유가 될 것이다.

그런데 이러한 논증 방식은 기본권의 분류방법으로서 법률로써 제한할 수 없는 절대적 기본권을 논하는 것이 아니라, 특정 기본권의 내용을 '질적으로' 분해하여 그 기본권의 어떤 부분(예컨대 양심상 결정, 종교선택, 연구와 창작 자체 등 "침해할래야 침해할 수 없는" 내심의 작용)은 절대적 권리이고 나머지 부분(예컨대 양심상 결정, 신앙 등 내심의 외부적 표현, 연구 결과의 발표, 예술작품의 전시)은 상대적 권리이므로 제한가능하다는 논리형식이다. 그런데 "기본권의 행사가 국가공동체 내에서의 타인과의 공동생활을 가능하게 하고 국가의 법질서를 위태롭게 하지 않는 범위 내에서 이루어져야 한다는 것은 모든 기본권의 원칙적인 한계"라는³²⁾ 의미에서 모든 기본권은 상대적이다. 모든 기본권이 절대적 자유(무제한의 자유)가 아니라는 것은 자명한 것인데, 특별히 인간 존엄성의 핵심요소이자 자유민주주의의 기능적 전제조건인 종교(양심)의 자유의 보호영역을 '법질서'와 '타인의 권리'의 한계 내에서 강조하는 것은 오해의 소지가 있다. 질적으로 구명되어야 할 것은 사실상 침해가 거의 불가능한 내심의 결정이나 아니냐가 아니라, 외부적 표현도 포함하여 보호받아야 할 기본권의 본질적 내용이 어디까지인가 하는 것이다.³³⁾

3) 선교와 종교교육의 자유

우리나라 헌법학계의 통설적 견해는 자신의 종교적 확신을 남에게 전파함으로써 실현하는 선교의 자유가 종교의 자유에 포함된다고 보는 데 이론이 없다. 대법원도 헌법 제20조 제1항이 보장하는 종교의 자유에는 자기가 신봉하는 종교를 선전하고 새로운 신자를 규합하기 위한 선교의 자유가 포함되고 선교의 자유에는 다른 종교를 비판하거나 다른 종교의 신자에 대하여 개종을 권고하는 자유도 포함되고,³⁴⁾ 공공장소 등에서 자신의 종교를 선전할 목적으로

31) 대법원 1982. 7. 13. 선고 82도1219 판결.

32) 헌법재판소 2004. 8. 26. 2002헌가1. 헌법재판소공보(2004) 805.

33) 절대적 권리성을 강조하는 이러한 논리구성이 일견 내심의 자유를 적극적으로 옹호하는 것 같지만, 사실은 기본권의 보호범위를 축소시키는 위험한 이론이 될 수 있다는 비판은 박종보, "양심의 자유와 병역거부," 『민주사회와 정책연구』, 제7호(2005), 301~304면 참조.

34) 대법원 1996. 9. 6. 96다19246. 기도원의 운영에 이단적 요소가 있음을 들어 한 비판 행위 및 이에 맞

타인에게 그 교리를 전파하는 것은 이러한 선교의 자유의 한 내용을 당연히 이루는 것이라고 판시한 바 있다.³⁵⁾

종교의 자유에는 종교교육의 자유가 포함된다고 보는 것에도 이론이 없다. 국가나 지방자치단체가 국·공립학교에서 특정 종교를 위한 종교교육을 실시하는 것은 정교분리의 원칙에 따라 금지되지만, 종교이념에 입각해서 설립된 사립학교 기타 육영기관에서 종교교육을 실시하는 것은 선교활동의 일환으로서 허용된다는 것이다.³⁶⁾ 대법원도 종교의 자유에는 종교를 위한 선전 포교의 자유가 포함되며 정교분리 원칙상 국·공립학교에서의 특정종교를 위한 종교교육은 금지되나, 사립학교에서의 종교교육 및 종교지도자 육성은 선교의 자유의 일환으로서 보장된다고 본다.³⁷⁾

그러나 사립학교라 하더라도 자신의 자발적 의사에 반하여 강제로 배정되어 입학한 경우에 그 학생에게 특정 종교를 교육하는 것은 그 학생의 종교의 자유를 침해할 가능성이 크다고 보는 견해가 있다.³⁸⁾ 나아가 종교(계 사립)학교에 입학하기를 원하지 않는 학생을 종교학교에 강제 배정하는 것도 같은 이유로 헌법에 위반된다고 본다.³⁹⁾ 문제는 이런 양비론이 우리의 복잡·미묘한 현실 문제를 해결하는 데 적합한 지침이 되어 주지 못한다는 데 있다. 종교계 사립학교에서의 종교교육 문제는 주관적 권리로서의 종교의 자유뿐만 아니라 헌법상 교육제도와의 체계적인 관련 속에서 이해되어야 한다.⁴⁰⁾

III. 종교계 사립학교 설립의 자유

1. 교육의 자주성

헌법 제31조 제4항은 교육제도에 관한 기본원리로 “교육의 자주성, 전문성, 정치적 중립성”

선 상대방의 광고행위가 모두 허용되는 종교적 비판의 표현행위에 해당하여 위법성이 없다고 본 사례이다.

35) 대법원 2003. 10. 9. 2003도4148. 지하철 전동차 구내에서 한 선고행위를 경범죄처벌법상 인근소란행위로 본 원심의 판단에 심리미진의 위법이 있다는 이유로 원심판결을 파기한 사례이다.

36) 권영성(2007), 483~84면; 허영(2007), 405면.

37) 대법원 1989. 9. 26. 87도519; 대법원 1998. 11. 10. 96다37268.

38) 허영(2007), 405면.

39) 정종섭(2007), 466면.

40) 교육에 관한 헌법의 기본이념과 체계에 관해서는 박종보, “법학전문대학원법안의 설치·운영상 문제점,” 『법과 사회』, 제28호(2005), 31면 이하; 박종보, “교원단체의 법적 지위와 관련한 헌법적 문제,” 『한국교육법연구』, 제8권 제2호(2005), 107면 이하 참조.

을 규정하고 있다. 여기서 자주성이란 외부의 지배를 받지 않는다는 독립성, 즉 부당한 간섭의 배제를 의미한다. 교육의 자주성은 우선 공교육제도 하에서도 국가는 교육내용에 대하여 지배권을 행사할 수 없다는 것을 뜻한다. 그러므로 사립학교의 설립은 원칙적으로 자유로워야 한다.

교육의 자주성이 유지되기 위해서는 교육행정기관의 교육내용에 대한 권력적 개입이 배제되어야 하며,⁴¹⁾ 국가는 피교육자가 인간으로서의 존엄과 가치를 누리기 위하여 교육을 받을 수 있는 환경을 조성할 의무를 지고 그를 위한 감독권만을 가진다. 그러나 국가의 감독권은 필요 이상으로 또 합리적인 범위를 넘어서 교육의 자주성을 유린하는 것이어서는 안 된다.⁴²⁾

아무튼 우리 헌법상 사립학교 설립의 자유는 이러한 교육의 자주성 원칙에 근거하고 있다고 본다. 사립학교법 제1조는 “이 법은 사립학교의 특수성에 비추어 그 자주성을 확보하고 공공성을 양양함으로써 사립학교의 건전한 발달을 도모함을 목적으로 한다”고 규정하고 있다.

2. 교육의 종교적 중립성 배제

사립학교법 제1조가 말하는 사립학교의 특수성이란 본래 국·공립학교와 달리 사립학교에만 고유한 특수성을 의미하는 것이다.⁴³⁾ 사립학교의 특수성으로 들 수 있는 대표적인 것이 종교적 중립성의 요청을 받지 않는다는 것이다.

헌법 제31조 제4항이 규정하는 교육의 정치적 중립성은 특정 정치세력에게 유리하거나 불리한 내용을 교육해서는 안 되며 교육전문가로서의 양심에 따라 공정한 교육을 하여 객관적인 진리를 추구하여야 한다는 의미로 이해된다.⁴⁴⁾ 이러한 헌법정신은 “교육은 교육본래의 목적에 기하여 운영·실시되어야 하며 어떠한 정치적·파당적(派黨的) 기타 개인적인 편견의 선전을 위한 방편으로 이용되어서는 아니 된다”고 규정한 교육기본법 제6조 제1항에 반영되어 있다. 이러한 정치적 중립성의 요구는 사립학교에도 그대로 적용된다고 보아야 한다. 그러나 종교적 중립성의 경우는 그렇지 않다.

헌법재판소는 사립학교의 특수성으로 일반적으로 국·공립학교는 보편적인 교육이념과 교육의 기회균등 원칙에 따라 표준화된 교육을 실시하여야 할 책무가 있으므로 학교 나름의 특성을 개발·배양하는데 본질적인 한계가 있는데 반하여, 사립학교는 그 설립자의 특별한 설립이념을 구현하거나 독자적인 교육방침에 따라 개성 있는 교육을 실시할 수 있을 뿐만 아니라

41) 김철수(2007), 978면.

42) 권영성(2007), 266면.

43) 이 문제에 관하여 자세한 것은 허종렬, “사립학교의 특수성 범리에 대한 헌법재판 동향 분석,” 『교육법학연구』, 제12호(2000), 285면 이하 참조.

44) 표시열, 『교육정책과 법』, 박영사(2002), 103면.

공공의 이익을 위한 재산출연을 통하여 정부의 공교육실시를 위한 재정적 투자능력의 한계를 자발적으로 보완해 주는 역할을 담당한다고 판시하였다.⁴⁵⁾

교육제도를 규정하고 있는 독일 기본법 제7조 제4항은 사립학교 설립권의 보장을, 제5항은 그러한 사립학교의 종교교육과의 관계를 규정하고 있다. 독일 교육관례법상 교육의 기본원칙은 중립성의 원칙과 관용의 원칙이다. 이 중 중립성의 원칙은 국가가 교육의 본질을 규정하는 기본적 가치에 대한 논쟁에서 당파성을 가져서는 아니 된다는 원칙이다. 교육에 있어서의 국가의 중립성은 세 가지 측면에서 요구된다. 세계관적 측면, 정당정치적 측면, 종교적 측면이 그것이다. 국가는 세계관적으로나 정치적으로나 종교적으로 중립적이어야 한다. 그런데 국가의 중립성이 문제되는 곳은 공립학교이다. 사립학교의 경우에는 설립자의 선교목적에 따른 학교설립의 자유가 보장된다.⁴⁶⁾

사립학교는 원래 사인에 의해 설립되고 운영되는 학교이며, 교육이 자신의 책임 하에서 이루어지고 부모와 학생이 자유로이 선택할 수 있는 학교이다.⁴⁷⁾ 독일에서는 기본법 제7조 4항 1문에 의해 사립학교 설립자는 사립학교 운영의 자유를 가진다. 학교 운영의 자유에는 교과과정의 자유로운 형성과 교사의 자유로운 임용 및 학생의 자율적 선발에 대한 권리가 포함된다. 교과과정의 자유로운 형성이란 사립학교 설립자가 자신의 교육적·종교적·세계관적 운영구도에 따라 교과과정을 자유로이 운영해 갈 수 있는 자유를 의미한다.⁴⁸⁾ 그러므로 종교계 사립학교에서 종교교육을 할 자유는 제도의 본질적 요소이다.

IV. 종교교육의 자유와 소극적 신앙의 자유의 충돌

1. 기본권의 충돌 일반

이상 살펴본 바와 같이 종교계 사립학교가 가지는 종교교육의 자유는 교과과정에서 포기할 수 없는 본질적 부분이다. 그런데 학생이 종교교육을 거부하는 경우 학교의 종교교육의 자유

45) 헌법재판소 1991. 7. 22. 89헌가106.

46) 이광윤 외, “교육의 자주성·전문성·정치적 중립성 원리의 비교법적 검토,” 『헌법재판연구』, 제14권 (2003), 50면.

47) 이광윤 외(2003), 133면.

48) 이광윤 외(2003), 139면 이하. 다만, 처음부터 기존의 공립학교를 대신하기 위해 설립된 사립학교의 자유에는 일정한 한계가 있다. 자세한 것은 Hans Heckel/Hermann Avenarius, Schulrechtskunde, Luchterhand(1986), S. 145ff. 참조.

와 학생의 종교의 자유가 정면으로 충돌한다. 이것은 전형적인 기본권 충돌의 한 유형을 보여 준다.

기본권의 충돌이란 ‘복수의 기본권주체가 동일한 생활관계에서 서로 대립되는 기본권을 적용해 달라고 국가에 대하여 주장하는 경우’를 말한다. 여기서는 사립학교의 적극적 종교교육의 자유와 학생의 소극적 신앙의 자유가 충돌한다.

기본권의 충돌은 넓은 의미의 규범충돌의 한 경우라고 이해할 수 있으나, 이 경우에 통상 적용되는 상위법우선·특별법우선·신법우선의 원칙을 기본권 상호 간에 적용할 수는 없기 때문에 문제된다. 기본권 충돌을 해결하기 위한 방법으로는 입법자유영역 이론, 기본권의 위계질서 이론, 이익형량 이론, 실제적 조화 이론, 규범영역분석 이론 등이 제시되고 있으나, 보편 타당한 원칙은 발견하기 힘들다. 우리나라 대법원과 헌법재판소가 채택하는 대표적인 방법은 기본권의 위계질서 이론과 실제적 조화 이론이다.

헌법재판소는 공중이 이용하는 시설 중 시설의 관리자가 당해 시설의 전체를 금연구역으로 지정하거나 당해 시설을 금연구역과 흡연구역으로 구분하여 지정하도록 하고, 시설이용자와 이와 같이 지정된 금연구역에서 흡연하는 것을 금지하는 법규명령의 위헌 여부를 심사하면서 기본권간의 위계질서로 해결하였다. 즉, 흡연자가 비흡연자에게 아무런 영향을 미치지 않는 방법으로 흡연을 하는 경우에는 기본권의 충돌이 일어나지 않으나 흡연자와 비흡연자가 함께 생활하는 공간에서의 흡연행위는 필연적으로 흡연자의 기본권과 비흡연자의 기본권이 충돌하는 상황이 초래된다. 그런데 흡연권은 사생활의 자유를 실질적 핵으로 하는 것이고 흡연권은 사생활의 자유뿐만 아니라 생명권에까지 연결되는 것이므로 흡연권이 비흡연권보다 상위의 기본권이라는 것이다. 이처럼 상하의 위계질서가 있는 기본권끼리 충돌하는 경우에는 상위 기본권 우선의 원칙에 따라 하위 기본권이 제한될 수 있으므로, 결국 흡연권은 흡연권을 침해하지 않는 한에서 인정되어야 한다고 판시하였다.⁴⁹⁾

그런데 우리의 문제는 충돌하는 기본권이 둘 다 종교의 자유이므로 이와 같이 기본권의 위계질서에 의하여 해결할 수 없다. 적극적 종교의 자유와 소극적 종교의 자유가 충돌하는 경우 적극적 자유가 또는 소극적 자유를 항상 우선적으로 보호할 수 없다.⁵⁰⁾

대법원은 종교의 자유의 충돌이라고 볼 수 있는 사례에서 원칙적으로 실제적 조화 이론을 채택해 왔다. “다른 종교나 종교집단을 비판할 권리는 최대한 보장받아야 할 것인데, 그로 인하여 타인의 명예 등 인격권을 침해하는 경우에 종교의 자유 보장과 개인의 명예보호라는 두 법익을 어떻게 조정할 것인지는, 그 비판행위로 얻어지는 이익, 가치와 공표가 이루어진 범위의 광협, 그 표현 방법 등 그 비판행위 자체에 관한 제반 사정을 감안함과 동시에 그 비판에

49) 헌법재판소 2004. 8. 26. 2003헌마457.

50) Kokott(2003), Rn. 27.; 허영(2007), 405면.

의하여 훼손되거나 훼손될 수 있는 타인의 명예 침해의 정도를 비교·고려하여 결정하여야 한다”고 본 것을⁵¹⁾ 그 예로 들 수 있다.

헌법재판소도 반론보도청구권을 보장하는 법률이 신문사의 언론의 자유를 침해한 것인지 여부를 심사하면서 실제적 조화 이론을 적용하였다. 헌법재판소는 먼저 반론권이 단순히 법률상의 권리에 그치지 않고, 헌법상 보장된 인격권에 바탕을 둔 것이라는 점을 분명히 한 다음, 반론권은 보도기관이 사실에 대한 보도과정에서 타인의 인격권 및 사생활의 비밀과 사유에 대한 중대한 침해가 될 직접적 위험을 초래하게 되는 경우 이러한 법익을 보호하기 위한 적극적 요청에 의하여 마련된 제도이지 언론의 자유를 제한하기 위한 소극적 필요에서 마련된 것이 아니라면서 반론권에 따라 언론기관이 누리는 언론의 자유에 대한 제약은 피해자의 반론권과 서로 충돌하는 관계에 있는 것으로 보았다. 이와 같이 두 기본권이 서로 충돌하는 경우에는 헌법의 통일성을 유지하기 위하여 상충하는 기본권 모두가 최대한으로 그 기능과 효력을 나타낼 수 있도록 하는 조화로운 방법이 모색되어야 한다는 것이다.

헌법재판소는 반론의 범위에 대하여 합리적인 일정한 한계를 설정하는 것은 보도의 자유를 무리하게 침해하지 않도록 하는 안전장치의 역할을 담당하므로 과잉제한의 여부와 관련하여 그 내용을 종합적으로 판단할 필요가 있다고 보아, 이법이 첫째, 반론의 대상을 사실적인 주장에 국한함으로써 의견의 진술 등 가치판단의 표현에 관한 언론의 자유를 보장하고 있고, 둘째, 사실적 주장이라고 하더라도 피해자가 정정보도청구권의 행사에 정당한 이익을 갖지 아니하거나 청구된 정정보도의 내용이 명백히 사실에 반하는 경우 또는 사업적인 광고만을 목적으로 하는 경우에는 정정보도문의 게재를 거부할 수 있도록 하여 청구권의 행사범위를 축소하여 있으며, 셋째, 정정보도청구권의 행사는 일간신문 또는 통신의 경우에는 14일 이내, 그 밖의 정기간행물인 경우에는 1월 이내로 제한하여 단기의 제청기간을 채택하여 언론기관이 장기간 불안정한 상태에 빠져 있는 위험을 방지하고 있고, 넷째, 정정보도는 사실적 진술과 이를 명백히 전달하는 데 필요한 설명에 국한되고 위법한 내용을 포함할 수 없으며, 정정보도문의 자수는 이의의 대상이 된 공표내용의 자수를 초과할 수 없고, 다섯째, 정정보도사건의 심판청구의 진심절차로서 언론중재위원회의 중재를 필요적으로 규정함으로써 당사자 간의 자율적인 교섭에 의한 해결의 기회를 보장하고 있다는 점을 직시한 다음, 결론적으로 이러한 반론보도청구권은 언론의 자유를 일부 제약하는 성질을 가지면서도 반론의 범위를 필요·최소한으로 제한함으로써 양쪽의 법익 사이의 균형을 도모하고 있다고 판시하였다.⁵²⁾

이와 같이 기본권 간의 실제적 조화를 추구할 때에는 그 기본권이 적용되는 구체적 사실관계를 고려하여 두 기본권이 조화되는 접점을 모색하여야 한다. 그런데 사립학교의 종교교육의

51) 대법원 1996. 9. 6. 96다19246.

52) 헌법재판소 1991. 9. 16. 89헌마165; 1996. 4. 25. 95헌바25.

자유와 학생의 소극적 신앙의 자유가 실제적 조화를 이루는 접점은 학생에게 학교선택권이 있는가에 따라 위치가 달라진다.

2. 자발적 입학의 경우

학생에게 학교선택권이 주어진 경우 사립학교의 종교교육의 자유와 학생의 소극적 신앙의 자유가 실제적 조화를 이루는 접점은 바로 입학의 자발성에서 찾을 수 있다. 이 경우 입학관계는 포괄적 학칙을 준수하겠다는 부합계약의 성격을 띤다. 미국 사립대학의 경우 학생의 입학 및 재학관계는 모두 이러한 계약상의 합의(contractual agreement)로 간주되며, 학교는 학칙 제정을 통하여 학생의 시민적 자유(civil rights)를 제한할 수도 있고, 종교행사 침식을 의 무화할 수도 있다.⁵³⁾

대법원은 대학예배 6학기 참석을 졸업요건으로 정한 사립대학교의 학칙이 학생들의 신앙을 가지지 않을 자유를 침해하는 위헌무효의 학칙인지 여부가 문제된 사건에서, 사립학교는 국·공립학교와는 달리 종교의 자유의 내용으로서 종교교육 내지는 종교선전을 할 수 있고, 학교는 인적·물적 시설을 포함한 교육시설로써 학생들에게 교육을 실시하는 것을 본질로 하며, 특히 대학은 헌법상 자치권이 부여되어 있으므로, 사립대학은 종교교육 내지 종교선전을 위하여 학생들의 신앙을 가지지 않을 자유를 침해하지 않는 범위 내에서 학생들로 하여금 일정한 내용의 종교교육을 받을 것을 졸업요건으로 하는 학칙을 제정할 수 있다고 보았다. 그런데 여기서 “학생들의 신앙을 가지지 않을 자유를 침해하지 않는 범위 내에서” 대학이 종교교육의 자유를 행사할 수 있다는 논지는 논란의 여지가 있다. 학생들의 소극적 신앙의 자유가 항상 사립대학의 종교교육의 자유보다 항상 우위에 있다는 논리로 볼 수도 있기 때문이다.

대법원은 기독교 재단이 설립한 이 사립대학의 대학예배가 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 적시한 다음, 대학예배에의 6학기 참석을 졸업요건으로 정한 위 대학교의 학칙은 헌법상 종교의 자유에 반하는 위헌무효의 학칙이 아니라고 판시하였다.⁵⁴⁾ 대법원의 논지를 요약하면 선교를 직접 목표로 하지 않고 보편적 교

53) 이성호, “헌법상 종교의 자유와 사립대학의 학칙제정 및 학생규율에 관한 권한,” 『판례실무연구』, 제2집(1998), 68면 이하, 특히 71면.

54) 대법원 1998. 11. 10. 96다37268.

양인을 양성하기 위한 종교교육을 실시했기 때문에 합헌이라는 것이다.

그러나 대법원은 이 사건에서 대학생들에게 학교선택권이 주어져 있기 때문에 종교의 자유의 보호밀도가 낮아진다는 사실은 고려하지 않았다. 이 문제에 관하여 대학교육의 80% 이상이 사학에 의존하고 있는 현실에 학생들에게 종교문제까지 고려한 실질적인 학교선택권이 보장되어 있지 않다는 이유로 학생의 재학관계를 단순히 사법상의 계약관계로 이해할 수 없다는 견해가 있다.⁵⁵⁾ 반대로 사립대학에서의 의무적 종교교육은 허용되어야 하지만 허용기준은 이 교육이 학생의 무신앙의 자유를 침해하는지 여부가 아니라, 종교의식 및 종교교육에 불참할 자유를 침해하는지 여부이어야 하고, 이 자유의 침해 여부는 대학이 학칙을 학생에게 고지하였는지 여부로 판단하여야 한다는 견해도 있다.⁵⁶⁾

만약 순수한 종교행사에 참석하는 것을 졸업요건으로 하는 것이 허용될 수 있는가에 관한 법원의 판단은 아직 내려지지 않은 셈이다.⁵⁷⁾

3. 강제 배정의 경우

정교분리의 원칙 때문에 국·공립학교에서는 종교교육을 실시할 수 없다. 그러므로 국·공립학교에 학생을 강제 배정하더라도 종교의 자유 침해 문제는 발생하지 않는다. 그런데 사립학교에 학생을 강제 배정하는 때에는 학교의 종교교육의 자유와 학생의 소극적 신앙의 자유 간에 심각한 충돌이 일어날 수 있다.

첫째, 이 충돌은 사립학교가 국가나 지방자치단체로부터 보조금을 받는지 여부에 따라 해결될 수 없다. 사립학교가 보조금을 받는 것은 그 학교가 공교육의 일부를 담당하는 데 대한 일종의 반대급부에 불과하고, 사립학교를 공립학교로 전환하는 것은 아니기 때문이다. 종교계 사립학교가 정부 보조금을 수령한다 하더라도 사립학교로서의 특수성은 여전히 유지하며, 설립이념에 입각한 종교교육을 실시할 자유는 이 사립학교의 종교의 자유의 핵심적 부분이다.

둘째, 이 충돌의 근본 원인은 학생의 강제 배정이라는 공권력의 개입이다. 학생에게 학교선택권이 없기 때문에 소극적 신앙의 자유의 보호밀도는 높아질 수밖에 없다. 그러므로 특정 종교교육을 필수로 하는 것이 학생의 종교의 자유와 양립되기 힘들어진다. 그러나 학생의 소극적 신앙의 자유를 보장하기 위하여 일체의 종교교육을 실시하지 못한다고 하면 종교계 사립학교의 본질적 특수성인 종교교육의 자유를 완전히 부정하게 된다. 그런데 학생의 소극적 신

55) 성낙인, “종교의 자유와 학교에서의 종교교육,” 『판례실무연구』, 제2집(1998), 48면 이하.

56) 손희권, “사립학교에서의 의무적 종교교육의 헌법 위반 여부 검토,” 『교육행정학연구』, 제22권 제4호(2004), 149면 이하.

57) 전광석, 『한국헌법론』, 법문사(2006), 264면, 주82.

앙의 자유를 부인하는 것은 사실은 종교교육을 실시하는 사립학교가 아니라 원치 않는 종교계 학교에 학생을 강제로 배정한 공권력이다. 그러므로 이 문제를 근원적으로 해결하려면 사립학교 학생의 강제 배정 제도를 폐지하여야 한다. 그런 의미에서 종교계 사립학교에 입학하기를 원하지 않는 학생을 종교학교에 강제 배정하는 것은 헌법에 위반된다는⁵⁸⁾ 주장은 납득할 수 있다. 그러나 이러한 견해가 관철되려면 공립학교 시스템이 완비된 상태에서 설립된 사립학교의 특수성을 충분히 추구할 수 있는 교육환경이 갖추어져 있는가 하는 현실 여건도 고려하여야 한다. 아무튼 이 논제는 이 논문의 범위 밖이므로 더 이상 논하지 않는다.

셋째, 현 제도 하에서 종교교육의 자유와 소극적 종교의 자유 중 일방이 희생되지 않으면서 양방이 실제적 조화를 이루는 접점을 찾을 수 없는가? 종교교육과 종교행사를 구별하는 데서 실마리를 찾을 수 있을 것으로 보인다. 먼저 사립학교는 종교인을 양성하거나 좁은 의미의 포교를 시도하는 데까지 종교교육의 자유를 행사할 수 없다. 반면에 소극적 종교의 자유 보장이 학생이 일체의 종교관련 교과를 거부하는 데까지 이르지 않는다고 본다. 종교란 원래 인간 본성의 중요한 요소이므로 일정 범위의 종교교육은 전인교육의 내용에 포함될 수 있다. 그러므로 포교와 교육이념으로서의 종교적 가치를 구분하여, 보편적인 전인교육 차원에서 실시하는 종교교육은 필수로 부과하여도 무방하다고 생각된다. 다만, 여기에 특정 종교의 교리를 집중적으로 가르치는 내용을 정규교과에 포함시키는 것은 소극적 신앙의 자유를 침해하므로 허용되어서는 안 된다. 사립학교에서 특정 종교의 교리를 배우고자 희망하는 학생들에게는 특별활동 시간을 통하여 따로 교육하는 것은 아무 문제가 없다.

넷째, 종교행사에 참여하는 것을 필수로 해서는 안 된다. 종교학교가 아닌 일반학교에서 특정 종교의 전례에 따르도록 강요하는 것이 소극적 신앙의 자유를 침해하는 것이 아니라, 소극적 신앙고백의 자유를 침해하는 것이라는 지적은⁵⁹⁾ 타당하다. 그런데 포교가 아닌 전인교육으로서의 일반 종교교육이 소극적 신앙의 자유를 침해할지 않을 수 있는 것과는 달리, 소극적 신앙고백의 자유는 특정 종교의식에 참여함으로써 바로 침해된다. 그러므로 종교행사 참여는 필수로 부과하여서는 안 된다.

다섯째, 학생 강제 배정을 폐지하지는 않더라도 종교의 자유에 부담을 덜 주는 방향으로 완화할 필요가 있다. 그 하나는 종교계 사립학교에 배정받은 후 종교교육을 원하지 않는 학생을 배려하여, 배정 후에 종교를 이유로 하는 전학을 허용하는 방안이다. 다른 하나는 애초 배정 시 학생의 종교를 제도적으로 고려하는 등 학생의 학교선택권을 부분적으로 인정하는 방안이다.⁶⁰⁾ 두 방안 모두 다소 복잡한 학군 조정, 공동 학군의 인정, 종교적 진정성의 확인 등

58) 정종섭(2007), 466면.

59) 허영(2007), 403면.

60) 성낙인, 『헌법학』, 법문사(2007), 409면.

의 제도적 뒷받침이 있어야 실현되겠지만, 위와 같이 복잡한 종교의 자유 충돌 문제를 더 합
현적으로 해결하는 데 필수적인 조치라고 할 수 있다.

(논문게재확정일자 : 2007. 8. 20.)

주제어 : 종교의 자유, 신앙의 자유, 종교교육, 사립학교, 평준화, 기본권의 충돌

< 참고문헌 >

- 권영성, 『헌법학원론』, 법문사(2007).
- 김영수, “종교의 자유와 정교분리원칙에 관한 헌법적 고찰: 미국연방대법원의 판례를 중심으로,” 『미국헌법연구』 제2호(1991).
- 김철수, 『헌법학개론』, 박영사(2007).
- 박종보, “양심의 자유의 규범구조와 보호범위—준법서약제를 중심으로,” 『민주법학』 제22호(2002).
- 박종보, “양심의 자유와 병역거부,” 『민주사회와 정책연구』, 제7호(2005).
- 박종보, “법학전문대학원법안의 설치·운영상 문제점,” 『법과 사회』, 제28호(2005).
- 박종보, “교원단체의 법적 지위와 관련한 헌법적 문제,” 『한국교육법연구』, 제8권 제2호(2005).
- 성낙인, “종교의 자유와 학교에서의 종교교육,” 『판례실무연구』, 제2집(1998).
- 성낙인, 『헌법학』, 법문사(2007).
- 손희권, “사립학교에서의 의무적 종교교육의 헌법 위반 여부 검토,” 『교육행정학연구』, 제22권 제4호(2004).
- 윤명선·박영철, “종교의 자유로운 행사 조항,” 『미국헌법연구』, 제11호(2000).
- 이광윤 외, “교육의 자주성·전문성·정치적 중립성 원리의 비교법적 검토,” 『헌법재판연구』, 제14권(2003).
- 이성호, “헌법상 종교의 자유와 사립대학의 학칙제정 및 학생규율에 관한 권한,” 『판례실무연구』, 제2집(1998).
- 전광석, 『한국헌법론』, 법문사(2006).
- 정중섭, 『헌법학원론』, 박영사(2007).
- 표시열, 『교육정책과 법』, 박영사(2002).
- 허영, 『한국헌법론』, 박영사(2007).
- 허중렬, “사립학교의 특수성 법리에 대한 헌법재판 동향 분석,” 『교육법학연구』, 제12호(2000).
- von Campenhausen, Axel Freiherr, “Religionsfreiheit,” Isensee/Kirchhof, hrsg., *Handbuch des Staatsrechts*, Bd. VI, 2. Aufl., C. H. Beck(2001)
- Heckel, Hans/Avenarius, Hermann, *Schulrechtskunde*, Luchterhand(1986).
- Herzog, Roman, “Art. 4,” Maunz/Dürig, hrsg., *Grundgesetz Kommentar*, Bd. I, C. H. Beck(2005).
- Kokott, Juliana, “Art. 4,” Michael Sachs, hrsg., *Grundgesetz Kommentar*, 3. Aufl., C. H. Beck(2003).
- Morlok, Martin, “Art. 4,” Horst Dreier, hrsg., *Grundgesetz Kommentar*, Bd. I, 2. Aufl., Mohr Siebeck(2004).
- Nowak, John E. & Rotunda, Ronald D., *Constitutional Law*, 7th ed., West(2004).
- Starck, Christian, “Art. 4,” v. Mangoldt/Klein/Starck, hrsg., *Das Bonner Grundgesetz Kommentar*, Bd. I, 5. Aufl., Vahlen(2005).
- Zippelius, Reinhold, “Art. 4,” Dolzer/Vogel, hrsg., *Bonner Kommentar von Grundgesetz*, Bd. I, C. F. Müller(2004).

<Abstract>

Private Schools' Freedom of Religious Education and Students' Right to Refuse Religious Education

Jong-Bo PARK

Freedom of religion guaranteed by Art. 20 Para. 1 of Korean Constitution comprises three elements: freedom of faith, freedom of confession of faith, and free exercise of religion. The respective elements have both active and passive aspects. The passive freedom of religion guarantees the freedom to refuse religious education, the freedom not to confess one's faith and the freedom not to participate in religious activities that one does not want to. The active freedom to exercise religion covers the freedom of religious education. Meanwhile the principle of educational independency prescribed in Art. 31 Para. 4 also guarantees the establishment of religion-based private schools and the freedom of religious education.

The freedom of the religion-based private schools to educate students in religion may collide with the freedom of the students to refuse religious education. If this type of collision of constitutional rights occurred between purely private parties, it could be solved in accordance with the character of the relation between them(eg. admission contract to a school). Middle and high school students in the urban regions in Korea where the "equalization policy" applies, however, cannot voluntarily choose the school to attend, but the school district allocates students without distinction to public and private schools including religion-based schools. Therefore the collision of rights is caused by the government.

The Constitutional Court, as well as the Supreme Court, applies either "the doctrine of hierarchy of constitutional rights" or "the doctrine of practical harmony" to solve the problem of collision between constitutional rights. The former cannot be applied here, because those rights which collide are the same freedom of religion. The latter requires that a harmonious way be sought to allow both colliding rights to show maximum effectiveness.

According to the opinions of both Courts, the point of contact which harmonizes the colliding rights is to be found in the factual context where those rights apply. From my perspective, the point varies with the fact whether the students have the right to choose schools.

If the students have such right, the point of contact might be the voluntariness of entrance to the school. In this case, the admission contract comprehends the agreement to comply with the school regulations including religious education, while the general educational law applies. Therefore I believe that religion-based private schools in the "non-equalized school districts" may educate the students in specific religion and require them to participate in compulsory rituals.

In the "equalized school district", however, the students' passive religious freedom should be respected more and the private schools enjoy only qualified freedom of religious education. The private schools cannot educate the students for the purpose of training religious persons or of missionary work in the narrow meaning. On the other hand the private schools may educate their students in religion as a course of education for a whole person. But the schools may not impose upon the students compulsory course of specific faith. If the schools are to open a religious subject, they should also open alternative elective courses. The students should never be obliged to participate in religious ceremonies.

In the long term the school lottery system should be abolished. In the short term the school district should allow the students to exclude schools established on specific faith or to be transferred to other schools. The more right of choice the students have, the more right of religious education the schools have.

Key words : freedom of religion, religious education, private school, equalization policy, collision of constitutional rights