

대한민국 헌법의 기본권에 나타나는 생명개념과 종교적 양심에 대한 고찰

유경동

◆ 목 차 ◆

1. 들어가는 말
2. 기본권과 종교
3. 기본권의 특성
4. 기본권과 생명
5. 기본권과 종교의 양심과 자유
6. 나가는 말

1. 들어가는 말

종교와 법이 충돌할 때, 어떤 일이 벌어지는가? 이 질문에 대한 대답을 찾는 일은 종교와 법, 각 진영만의 과제가 아니라, 양 진영이 상호 소통과 협력을 통해 이루어야만 한다. 특별히 지난 수 십 년 간, 전 세계적으로 종교와 정치 공동체가 침묵하게 대립하는 상황이 증가하면서, 종교와 국가가 서로 협력할 수 있는 교두보를 마련해야 한다는 공감대가 형성되었다. 예를 들어, 폭력적 근본주의의 증가, 종교 이데올로기 간의 충돌, 종교적 박해의 증가와 전 세계적으로 종교를 빌미로 벌어지는 다양한 전쟁들은 종교와 법 사이의 갈등을 보여주고 있는 것이다.

결국 정치 체계와 종교의 가치 사이의 불균형이 초래하는 극심한 문제

들이 해결되지 않고서는 이 땅에 평화가 있을 수 없다. 더군다나 종교와 정치 사이의 끊임없는 갈등이 전 세계가 소중히 간직해 온 문화와 전통을 사라지게 할 수 있다는 우려를 낳는다. 따라서 이러한 걱정을 불식시키고 종교와 법, 양 체제 간의 평화와 연대를 이룩하기 위해서는 양자를 통합적이며 종합적으로 연구해야 할 필요성이 대두되었다.

법의 가치체계를 이해하기 위하여 헌법을 살펴보는 것은 매우 의미가 있다. 헌법이란 국가의 기본법으로서 국가를 유지하는 데에 필요한 정치적 공동체의 구성형태와 기본적인 가치질서를 표방하고 있으며, 이를 위한 국민적 합의를 법규범적인 논리체계로 정립한 것이다.¹⁾ 헌법은 역사 속에서 크게 세 가지 측면에서 발전하여 왔는데, 그것은 원래의 고유한 의미의 헌법과 근대입헌주의의 헌법, 그리고 복지사회에 초점을 맞추고 있는 현대 사회적 법치국가의 헌법으로서 자유민주주의의 헌법이라고도 불린다.

고유한 의미의 헌법이란 본래의 헌법을 의미하며 국가의 통치체제에 관한 기본사항과 기본법에 관한 것으로서 최고기관으로서의 국가의 조직, 권력기관, 그리고 권력의 범위를 다루고 있다. 근대 입헌주의에서 다루는 헌법은 시민국가의 헌법으로서 개인의 자유와 권리, 권력분립, 그리고 국가권력의 남용에 관한 법을 다룬다. 여기에서는 주로 국민주권과 기본권 보장, 그리고 권력분립에 대한 것이 중심을 이루고 있다. 한편, 현대 복지주의의 헌법은 실질적 평등과 재산권 행사, 그리고 경제 활동의 범위와 규제에 관한 내용이 중심이며 사회적 법치국가의 실현을 통하여 국민주권과 기본권 보장을 통한 사회정의의 구현, 그리고 사회적 시장경제질서 체제의 수립 등이 주요 핵심적인 내용이 된다. 실제 생활에서 헌법은 다양한 정치세력 간에 합의를 통하여 구성되기 때문에 정치성을 띠게 되며, 시대적인 정치개념과 아울러 가치 지향적이고 역사적 조건과 무관하지 않은 것이 특징이다. 즉 역사적 상황에서 구성되기 때문에 헌법은 역사성을 담재하면서 최고규범을 강행하는 규정이 되는 것이다.

1) 권영성, 『헌법학 원론』 (법문사, 2010), 6.

헌법의 궁극적인 목적은 국민의 기본권 보장에 있으며, 이를 위하여 국민의 자유와 권리를 위한 통치 구조를 전제하는 것이다. 따라서 헌법은 국가권력의 남용을 방지하는 역할을 하며, 과거 근대입헌주의에서는 국민소환이나 국민발안, 그리고 국민투표와 같은 직접적인 권력통제를 실현하려고 하였으나, 현대에서는 간접적인 권력통제 방법을 사용하여 국가기관 사이에서의 상호통제와 견제를 통한 대의민주주의를 지향하고 있다. 일반적으로 민법이 사건의 요건과 효과를 추구하는 조건규범이라고 한다면, 형법은 금지규범이 되지만, 반면 헌법은 전 생활영역을 아우르는 가치규범의 성격이 강하다. 따라서 헌법의 가치규범적 특성 안에서 종교적 가치개념이 어떻게 이해되는지 살펴보는 것은 헌법의 규범적 성격을 파악하는 데에 도움이 될 수 있을 것이다.

필자는 이 글에서 대한민국의 헌법에 나타나는 국민의 기본권의 핵심 내용을 살펴보고, 기독교적 관점에서 그 내용을 고찰하는 것을 목적으로 한다. 대한민국은 민주공화국이며 정교분리의 원칙 아래 양심과 종교의 자유가 보장되고 있다. 자유와 권리에 따르는 책임주의를 통하여 세계평화와 인류의 공영, 그리고 행복의 확보를 근간으로 하는 기본권의 정신을 통하여 외견으로는 법과 종교의 가치체계 사이의 갈등은 없어 보인다. 그러나 헌법이 포괄적인 기본권을 형성하고 있지만, 실제 기독교의 신앙체계의 관점에서 보면, 갈등의 여지가 없는 것이 아니다. 특히 생명이나 종교의 양심과 같은 주제는 기독교 자체도 수천 년의 기간 동안 구성된 신앙체계이며, 이를 교리와 신학적으로 정교하게 발전시켜 왔기 때문에 사안에 따라 해석의 차이는 다양하게 존재한다.

이 글은 기본권에 나타나는 법의 정신과 종교의 관점을 통전적으로 이해하는 데에 중점을 두었기 때문에, 기독교의 정신에 상반되는 다양한 판례들에 관하여 기독교적 원리를 일일이 열거하지 않았다. 대신 이 글은 위의 헌법 정신을 토대로 기본권의 정신이 판례를 통하여 어떻게 나타나는지 살펴보되, 특히 기독교적 관점에서 어떤 종교적 가치개념이 고려되

어야 할지 간략하게 분석하는 것을 목표로 삼았다.

2. 기본권과 종교

인권이 인간의 속성을 통하여 형성되는 권리라고 한다면, 기본권은 헌법에 의하여 인정되는 권리라고 할 수 있다. 따라서 인권은 자연법적인 권리임에 반하여, 기본권은 실정법적인 권리라고 할 수 있다. 그러나 기본권은 인권에서 추론되는 것이므로 생명과 자유를 중시하는 종교의 가치는 여기서 기본권과 불가분의 관계를 가지게 되는 것이다.

국가의 의무가 기본권의 보장에 있다면 기본권의 제한이 필요한 경우 국가는 그 정당성을 입증하여야 하는데, 이때 기본권의 연원이 되는 인권이나 인권개념을 형성한 종교적 가치와의 관계성 확립과 조화는 필연적이라고 할 수 있다. 기본권은 주관적인 공권성을 가지는데, 이는 개인이 자신의 자유와 권리를 지키기 위하여 국가를 대상으로 국가가 해야 할 작위와 하여서는 안 되는 부작위를 요구할 수 있게 된다. 그러나 이 기본권의 공권적 성격은 개인의 권리가 침해되는 것을 막기 위한 것이기 때문에, 이 기본권은 구체적 입법을 통하여 현실적인 권리를 취득할 수 있게 된다. 이 기본권은 개인의 권리이면서도 사회구성원의 합의를 통하여 형성되기 때문에, 주관적이면서도 객관적이어야 하는 양면성을 가지게 된다. 물론 한 국가의 질서유지를 위하여 이 기본권의 주관적 특성과 객관적 특성이 사회통합의 차원에서 조화를 요구하지만, 현실적으로 그리 쉬운 문제는 아니다.

종교적 가치와 이념은 인간의 인권을 형성하는 데에 기여하고, 공권의 특성을 가지고 있는 기본권의 제정에 영향을 미치게 된다. 개인의 인권을 구성하는 주관적 의미의 기본권이나 객관적 기본권에 종교는 개인의 내면생활에 영향을 미치고, 또한 그 종교의 제도화를 통하여 사회에 영향을

미치게 된다. 따라서 정교의 분리를 원칙으로 하는 대한민국의 헌법에서도 종교의 영향이 완전히 배제되었다고 볼 수 없는 이유는 종교의 가치 또한 기본권의 주관적 객관적 가치에 깊게 관계하기 때문이다.

필자는 기본권과 종교적 가치개념은 국가 사회공동체의 질서를 위하여 통합적인 관점에서 조화가 되어야 한다고 본다. 물론 이를 전제하기 위하여서는 종교가 가지고 있는 보편적인 규범의 가치가 국가의 헌법가치와 연결되어야 하며, 아울러 이를 사회구성원이 공감할 수 있는 가치로서 공동체에 인식되어야 할 것이다. 그러나 기본권과 종교적 가치 양자 사이에서 경우에 따라서는 충돌할 수 있으며, 또한 개인의 신앙의 자유와 권리가 국가의 헌법차원에서 뿐만이 아니라 다양한 조직이나 사적단체에 의해서도 침해당할 수 있다.

따라서 법과 종교의 관계가 이상적이기 위하여서는 종교의 가치는 법에 정신을 부여할 수 있어야 한다. 때로 종교적 형식은 초월적이며 형이상학적인 관점을 취하지만, 인간의 정신세계와 가치를 신장하는 면에 큰 도움이 된다. 이와 같은 종교적 가치체계가 법의 구조화에 도움을 주면 법은 정의와 평등에 기반을 두어 행복한 복지사회의 건설을 위한 초석이 되어야 한다. 이렇게 될 때 법은 종교생활이 구성되는 현실에 정의로운 구조를 형성하는 데에 이바지하고, 종교는 사회의 질서 유지와 안정을 위하여 헌신할 수 있을 것이다, 아울러 종교의 가치와 법의 정신이 서로 균형을 이루며 사회 통합을 유지하는 데에 공헌 할 수 있는 것이다. 이제 다음에서 대한민국 헌법에 나타나는 기본권의 특성을 살펴보자.

3. 기본권의 특성

헌법은 사회구성원의 생활영역에 대한 생활규범과 가치규범을 다루기 때문에 이 생활영역에 종교적 가치규범과의 조화는 당연히 전제된다. 따

라서 종교적 가치와 생활규범에서의 헌법적 가치의 상관관계를 판례를 통하여 살펴보는 것은 매우 의미가 있다고 할 수 있다. 따라서 대한민국 헌법에서 포괄적 기본권을 담고 있는 헌법 10조부터 37조까지의 내용과 일부 판례를 중심으로 헌법에서 정의하고 있는 기본권의 정신을 정의하고, 이 기본권의 종교적 가치 중 생명과 종교적 양심, 그리고 자유에 대한 개념을 간략하게 살펴보도록 하겠다.

헌법 제 2장 ‘국민의 권리와 의무’ 제10조부터 ‘국방의 의무’ 39조에 이르는 내용을 간략하게 정리하면 아래와 같다.

- 헌법 제10조 인간의 존엄과 가치, 행복추구권, 국가의 기본권 보호의무
- 헌법 제11조 평등원칙
- 헌법 제12조 신체의 자유
- 헌법 제13조 소급입법금지원칙 일사부재리원칙 연좌제금지원칙
- 헌법 제14조 거주이전의 자유
- 헌법 제15조 직업선택의 자유
- 헌법 제16조 주거의 자유
- 헌법 제17조 사생활의 비밀과 자유
- 헌법 제18조 통신의 자유
- 헌법 제19조 양심의 자유
- 헌법 제20조 종교의 자유와 정교의 분리
- 헌법 제21조 표현의 자유
- 헌법 제22조 학문과 예술의 자유
- 헌법 제23조 재산권의 보장
- 헌법 제24조 선거권
- 헌법 제25조 공무담임권
- 헌법 제26조 청원권
- 헌법 제27조 재판받을 권리
- 헌법 제28조 형사보상청구권
- 헌법 제29조 손해배상청구권
- 헌법 제30조 범죄피해자에 대한 국가의 의무
- 헌법 제31조 교육권
- 헌법 제32조 근로의 권리와 의무

- 헌법 제33조 근로권
- 헌법 제34조 인간다운 생활의 보장
- 헌법 제35조 환경권
- 헌법 제36조 가족생활과 보건
- 헌법 제37조 자유와 권리의 제한과 한계
- 헌법 제38조 납세의 의무
- 헌법 제39조 국방의 의무

위의 헌법 2장의 포괄적 기본권에 나타나는 주요 개념들은 ‘국민의 권리와 의무’에 관한 것인데, 대한민국의 헌법에서 인권에 관한 권리장전이라고 할 수 있다. 이 기본권의 내용은 크게 인간의 존엄성, 법 앞의 평등, 자유권적 기본권, 경제적 기본권, 정치적 기본권, 청구권적 기본권, 사회적 기본권, 그리고 국민의 기본적 의무로 분류할 수 있는데, 그 내용을 간략하면 아래와 같다.

포괄적 기본권의 대 원칙은 인간을 중시하는 것이다. 인간은 이성적 존재로서 가치가 있으며, 개별 인간으로서가 아니라 사회 구성원들과 사회적 관계를 형성함으로써 그 인격적 주체권을 가지게 된다. 인간의 존엄과 가치 자체는 헌법의 최고원리가 되며, 이를 위하여 국가 권력은 그 가치에 반하는 헌법 개정을 할 수 없다. 또한 인간의 존엄과 가치는 제한할 수 없으나 구체적 권리 내용은 제한할 수 있다. 그리고 인간이 행복을 추구할 권리를 가지기 위하여서는 자기 결정권과 행동의 자유권이 전제되며, 따라서 이성적이고 책임적인 사고와 행위가 전제된다.

이러한 행복의 추구가 목적하는 것은 국민 모두가 평등권을 가지며, 이는 국가가 국민 모두를 평등하게 대하여야 하는 주관적 공권의 특성이 있다. 평등은 무엇보다도 법 앞의 평등을 의미하며, 여기서는 성문법, 불문법, 국내법, 그리고 자연법을 포함하는 개념이다. 그리고 평등이 실현되기 위하여서는 비례의 원칙을 전제로 한다.

기본권은 생명권에 근거하며 신체자유와 실체적 자유를 전제로 한다. 실체적 보장을 위하여서는 죄형법정주의와 일사부재리의 원칙, 연좌제

를 금지하며 신체자유와 절차적 보장을 위하여 형사절차와 행정절차, 입법절차와 탄핵절차를 따라야 한다. 그리고 적법절차에 침해가 있을 경우 구제가 이루어져야 한다. 아울러 과잉금지의 원칙이 지켜져야 하며, 또한 기본권은 사생활의 자유를 전제로 한다. 이를 위하여서는 주거의 자유와 사생활의 자유가 전제되며, 거주 이전과 통신이 자유가 보장되어야 한다. 따라서 기본권이 형성되기 위하여서는 자유의 개념이 상당히 포괄적이어야 하는 것이다.

특히 기본권은 정신적 자유를 보장하여야 한다. 이 글에서 주요 주제로 삼고 있는 양심의 자유는 인간의 윤리적이고 도덕적인 내면의 문제로 시작되지만, 추상적인 영역에 제한되지 아니하고 사회 규범과 법질서를 전제하는 객관성과 합리성도 수반하게 된다. 양심은 강제당하지 않을 자유가 있으며, 법질서와 충돌할 경우 침묵보다는 언어를 통하여 자신을 설명할 수 있어야 한다. 따라서 소극적이 아닌 적극적 양심실현의 자유가 한국 사회에서는 용인된다고 할 수 있다.

정신적 자유가 표방하는 종교의 자유는 주관적 공권이면서도 동시에 객관적인 가치질서란 측면에서 매우 중요하다. 신앙의 자유는 절대적인 자유로서 법률로 제한할 수 없다. 그러나 종교적 행위로 수행될 경우 대외적인 자유로 나타나기 때문에, 사회의 질서 유지와 공공복리를 위하여서는 법률로서 제한될 수 있는 것이 판례의 태도이다. 따라서 한국 사회는 종교의 자유에 이어서 정교분리와 국교분리의 원칙이 판례에 나타나고 있다. 즉, 종교의 자유는 헌법상의 권리이지만, 실정법과 충돌한 경우 그 한계를 가질 수밖에 없는 것이다.

한편, 정신적 자유에서 학문의 자유는 진리탐구를 통한 연구의 자유를 전제로 하며, 이를 위하여서는 교수의 자유와 학문 활동을 위한 집회 결사의 자유가 보장이 되어야 하며, 학문이 발전하기 위하여 대학의 자율성이 보장되어야 한다. 아울러 정신적 자유의 영역이 확산되기 위하여서 지적재산권의 보장과 예술의 자유, 언론 출판의 자유, 그리고 집회 및 결사

의 자유가 보장되어야 한다.

위와 같은 종교와 정신적 자유의 기본권이 보장되기 위하여서는 인간의 실제 생활에 경제적 기본권은 당연히 지켜져야 한다. 이를 위하여 재산권과 직업선택의 자유, 그리고 경제적 소비행위의 권리를 통하여 모든 국민은 행복을 추구할 수 있어야 한다. 모든 국민의 재산권은 보장되어야 하되, 재산권의 행사에 있어서 공공의 복리는 항상 염두에 두어야 한다. 아울러 경제적 기본권의 보장을 위하여 근로자의 권리와 근로조건의 기준이 준수되어야 하고, 근로자의 단결권과 단체교섭권, 그리고 단체행동권이 보장되어야 한다.

기본권은 정치적 자유를 보장하며 국민은 국가 조직과 의사형성에 참여하기 위하여 참정권을 가지며, 국민 주권론에 근거하여 주요 정책에 대의원제를 통하여 참여할 수 있다. 기본권에는 헌법에 보장된 공권력을 견제할 수 있는 청원권을 가지는데, 그 주요내용으로서 국민은 민사, 형사, 행정, 헌법 재판청구권을 가질 권리가 있다. 아울러 국민은 군사재판을 받지 아니하며, 신속한 공개재판이 이루어져야 하고, 형사보상 청구권과 국가배상 청구권의 권리를 가진다.

마지막으로 기본권에는 인간다운 생활을 할 사회적 기본권이 있는데, 주 내용은 사회보장과 교육을 받을 권리, 근로의 권리, 근로3권(단결권, 단체교섭권, 단체행동권), 환경권, 보건권, 그리고 혼인의 자유와 모성이 보호받을 권리가 포함된다. 그리고 기본권의 의무로서 납세의 의무, 국방의 의무, 교육의 의무, 그리고 근로의 의무가 있다.

지금까지 살펴보았듯이, 기본권은 양심과 정신의 자유, 그리고 종교의 자유를 포함한 인간의 인권과 존엄성을 중시하고 있으며, 이는 기독교적인 관점에서 신앙의 자유와 종교생활의 자유를 포함하는 개인의 행복권과 긴밀하게 연관이 된다. 비록 정교분리의 원칙이 있지만, 하나님의 인격적인 부르심에 응답하는 개인의 양심과 자유로운 결단은 헌법에 의하여 보장되는 기본권이다. 외부의 강제력에 의하여 좌우되지 아니하는 신

앙의 자유는 개인 주체에게 있어서 최고의 행복추구권이기도 하다.

그러나 이와 같은 포괄적 기본권이라고 할지라도 사안에 따라서는 종교적 가치체계와 갈등을 빚게 된다. 다음에서 생명과 관련하여 기본권과 종교적 가치체계 사이의 차이를 살펴보자.

4. 기본권과 생명

기본권 중 종교의 가치와 연관된 몇 가지 주요 개념을 판례를 통하여 살펴보도록 하겠다. 판례는 위헌소원의 경우 사안에 따라서 다수설과 소수설로 나뉘지는데, 이 글에서는 다수설의 관점을 살펴보되 필요에 따라서는 소수설의 입장도 부각시키도록 하겠다.

헌법 제10조는 “모든 국민은 인간으로서의 존엄과 가치를 가지며, 행복을 추구할 권리를 가진다. 국가는 개인이 가지는 불가침의 기본적 인권을 확인하고 이를 보장할 의무를 진다.”는 내용이다. 이 10조는 인간의 존엄과 가치를 정의하고 있으며, 특히 국가는 헌법에 명시되어있는 개별적 기본권은 물론 명시되어 있지 않은 자유와 권리까지도 보장하여야 한다. 만약 인간의 자유와 권리에 있어서 그 존엄과 가치가 침해되거나 훼손된다면, 헌법 제10조를 위반하는 것이다. 이는 범죄를 다루는 형사 처분에 있어서도 형벌 체계상의 정당성과 균형이 이루어져야 하며, 평등의 원칙이 지켜져야 하는 것이다.

헌법 제10조의 해석은 헌법 제34조 1항의 “모든 국민은 인간다운 생활을 할 권리를 가진다.”는 내용과 연관이 되며, 이 행복추구권은 국민이 행복 추구에 필요한 급부를 국가에게 적극적으로 요구할 수 있는 권리이기 보다는 “국민이 행복을 추구하기 위한 활동을 국가권력의 간섭 없이 자유롭게 할 수 있다는 포괄적인 의미의 자유권으로서의 성격을 가진다.”고 할 수 있다.²⁾

이 행복추구권은 생활세계 전반에 적용이 될 수 있다. 예를 들어 태아의 생명권의 경우 그 주체성을 인정하고 있으며, “생명권은 비록 헌법에 명문의 규정이 없다 하더라도 인간의 생존본능과 존재목적에 바탕을 둔 선형적이고 자연법적인 권리로서 헌법에 규정된 모든 기본권의 전제로서 기능하는 기본권 중의 기본권”의 성격을 가지는 것이다.³⁾ 특히 형법(낙태죄에 관한 형법 제269조, 제270조)과 모자보건법(제14조, 제15조)에 근거하는 입법의 취지는 태아의 생명이라 할지라도 원칙적으로는 그 생명을 보호하기 위한 침해위험을 규범적으로 방지하고 있다.

그러나 태아를 사망에 이르게 하는 행위가 유발되어도 판례에서는 태아를 임신부 신체의 일부로 보지 않으며, 임신부에 대한 상해죄가 성립되지 않는다고 보았다.⁴⁾ 이는 태아의 자기 결정권보다는 임신부의 결정권을 더 중시하고 있는 것이다. 특히 태아 이전의 배아의 경우에서 판례는 원시선이 출현하는 14일이라는 기준을 세우거나, 또는 모태에 착상되는 시점을 생명의 출현으로 보는 관점 등이 다양하게 있어서 생명에 관한 기본권의 해석이 제한되어 있는 것을 알 수 있다.⁵⁾

혼인과 가정생활과 연관된 행복추구권의 경우에도 점차적으로 성적 행복추구권과 개인의 자기운명결정권이 더 중시되어가고 있다. 현재는 국가와 사회, 그리고 공공복리를 염두에 두기 때문에 공동체의 목적을 위하여 성적 행복추구권의 제한이 불가피한 경우도 있다.⁶⁾ 즉, 선량한 성도덕과 일부일처주의의 혼인제도, 가족생활의 보장과 부부쌍방간의 성적

2) 현재 1995. 7. 21. 93헌가14, 판례집 7-2, 1, 32. 이하 판례는 인터넷 헌법재판소의 인터넷 사이트를 참고하였다. <http://www.ccourt.go.kr/cckhome/kor/main/index.do>, 참고로 별도의 인터넷 사이트의 출처 표기가 없는 경우는 현재의 판례임을 밝힌다.

3) 현재 1996. 11. 28. 95헌바1, 판례집 8-2, 537, 545 참조.

4) 대법원 2009.7.9. 선고 2009도1025 판결, 종합법률정보 판례. <http://glaw.scourt.go.kr/>

5) 현재 2010. 5. 27. 2005헌마346, 판례집 22-1하, 275.

6) 1990. 9. 10. 89헌마82 全員裁判部. 이 사안은 간통죄의 규정이 남녀평등처벌주의의 평등의 원칙에 반하는가에 대한 판례로서 법 앞에서 평등하다는 사안이다.

성실의무를 전제로 한다. 성적 자기결정권과 같은 특정한 인간행위에 대하여 국가가 규제할지, 아니면 도덕률에 맡길지는 인간과 인간, 그리고 인간과 사회의 상호관계를 고려하는 입장이 다수설이다. 이 성적 행복추구권은 시대적인 상황과 사회구성원들의 의식에 근거하여 정당성을 가진다고 보고 있다.⁷⁾

기본권에서 다루는 사형제도와 연관된 생명권 또한 매우 중요한 문제라고 할 수 있다. 판례의 근본적인 입장은 모든 인간의 생명은 자연적 존재로서 동등한 가치를 가진다고 예시하고 있다. 그러나 이 가치가 생명의 침해에 못지않은 중대한 공익을 침해하는 경우, 국가는 생명에 관계된 법익에 대하여 그 균형을 제시하여야 한다고 보고 있다.⁸⁾ 사형제도에 대한 결정요지는 이 제도가 인간의 생명을 부정하는 범죄행위에 대한 불법적인 효과로 보고 있으며, 지극히 한정적인 경우에 부과되며 인간에게 공포심을 유발함으로써 범죄에 대한 응보욕구를 억제할 수 있는 ‘필요악’으로 보고 있다. 따라서 형법 제250조(살인, 존속살해)의 1항의 “사람을 살해한 자는 사형, 무기 또는 5년 이상의 징역에 처한다.”는 내용을 근거로 인간생명을 부정하는 범죄행위에는 극악한 유형의 것들이 포함되어 있기 때문에 생명을 부정하는 사형을 통하여 다수의 생명을 보호하기 위한 수단은 합헌으로 보고 있다.

한편 사형제도에 대한 반대의견도 매우 설득력이 있다. 헌법 제10조의 존엄성을 유린하는 악법의 제정은 결국 국민의 생명과 자유를 박탈하는 것이기 때문이다. 따라서 헌법 제37조 2항의 “국민의 모든 자유와 권리는 국가안전보장·질서유지, 또는 공공복리를 위하여 필요한 경우에 한하여 법률로써 제한할 수 있으며, 제한하는 경우에도 자유와 권리의 본질적인 내용을 침해할 수 없다.”는 단서가 침해되지 않았다고 하더라도 사형

7) 위 판례에 대한 재판관 조규광, 재판관 김문희의 의견. 참고로 소수의견은 간통과 같은 사안을 사생활의 비밀에 속하는 사생활 은폐권으로 보는 입장도 있다.

8) 이하 현재 1996. 11. 28. 95헌바1, 판례집 8-2, 537, 545.

은 필요이상으로 생명권을 제한한다고 보고 있다.⁹⁾

인간의 죽음과 연관된 ‘연명치료 중단에 관한 자기 결정권’에 대하여서 현재는 의학적인 관점에서 죽음에 임박한 환자, 즉 전적인 기계장치에 의존하여 연명하거나 전혀 회복가능성이 없는 경우, 이는 이미 죽음의 과정이 시작되었다고 판시하였다. 따라서 죽음에 임박하였을 때, “존엄과 가치를 지키기 위하여 연명치료의 거부 또는 중단이라는 환자의 결정은 헌법상 기본권인 자기결정권의 한 내용으로서 보장된다.”고 결정하였다.¹⁰⁾ 한편 연명치료에 대한 반대의견의 입장에서는 사망의 단계에 들어선 회복이 불가능한 환자의 경우, 자기결정권은 실제 존재하지 않거나 이를 확인할 방법이 없으며 삶과 죽음의 의미를 선택할 수 없기 때문에, 자율적이라고 볼 수 없다고 보았다. 따라서 이는 헌법상의 자기결정권과는 무관하다고 본 것이다.¹¹⁾

지금까지 몇 판례를 통하여 살펴보았듯이, 대한민국의 헌법에 나타나는 기본권의 내용 중 생명에 관한 판시는 사안에 따라 매우 다양하게 나타난다. 그러나 한 가지 공통적인 것은 개인의 행복추구권과 관련하여 개인의 자유를 지속적으로 신장하여 나가고 있다는 점이다.

그러나 종교의 양심과 자유가 무제한 허용되고 있지 않다는 것을 발견하게 된다. 예를 들어, 사형제도의 경우, 기독교는 생명이 하나님이 주신 절대적 선물로 믿지만, 국가는 생명에 관한 법익을 고려하고 있다. 연명치료중단에 있어서도 자기결정권을 허용함으로써 인간이 생명에 대한 주권을 인정하는 방향으로 흐르고 있음을 알 수 있다. 성적 자기결정권의

9) 반대의견은 재판관 김진우와 조승형의 입장이었다.

10) 현재 2009. 11. 26. 2008헌마385, 판례집 21-2하, 647, 658-660. 특히 재판관 조승형은 사형제도의 폐지를 종교적 관점에서 당위적이라고 보았다. 그의 요지는 사람의 생명은 창조주의 전적인 권리가기 때문에 인간의 생명권은 선택적이며 자연법적인 권리로 박탈할 수 없다는 점에 있다. 아울러 형벌이 목적인 범죄자에 대한 개선의 여지를 사형은 부정하며 재판의 오판과 죽음이라는 형벌을 통한 공포본능의 이용은 시대에 맞지 않는다고 보았다.

11) 재판관 이공현의 의견이었다.

내용도 선량한 도덕적 근거에 두는 관습적 입장에서 점차적으로 개인의 결정을 더 중시하는 입장이 대두되고 있으며, 낙태문제와 연관된 태아의 경우도 임부의 자기결정권을 더 고려하는 방향으로 흐르고 있다.

따라서 앞으로 생명과 연관된 기본권의 방향은 점차적으로 전통적인 기독교적 관점, 즉, 생명의 근원이며 주체이신 하나님의 은총에 근거한 육체적 생명의 불가침성이나 생명문화의 중심인 가정의 의미도 약화될 수 있다. 성의 순결과 정결한 믿음에 근거한 기독교적 관점의 인간의 성(性) 개념과 정체성에 관한 내용도 점차적으로 기본권과 충돌할 수 있다. 따라서 기독교는 생명의 문제에 관하여 신앙의 자유와 믿음의 차원에서 의 정신적 자유의 권리를 유지하도록 노력하여야 하며, 믿음이나 이에 근거한 양심이 반하는 행위가 강제당하지 않도록 힘써야 할 것이다. 이제 다음에서 종교적 양심의 내용들을 살펴보자.

5. 기본권과 종교의 양심과 자유

헌법 제10조의 행복추구권에서 헌법이 보호하려는 양심은 막연하고 추상적인 개념이 아니라 공익목적을 위한 경우 인격적 주체성이나 인간의 존귀성을 박탈하는 것이 아니라고 보는 입장으로 나타난다.¹²⁾ 또한 행복추구권 속에는 일반적인 행동자유권과 아울러 개성의 자유로운 발현권이 포함되어있지만, 국가안전보장, 질서유지 또는 공공복리의 관점이 최대한 존중하여야 한다고 보았다.¹³⁾

헌법 제19조에서 다루는 ‘양심’은 도덕과 가치문제를 판단하는 윤리적

12) 헌재 1990. 9. 10. 89헌마82, 판례집 2, 306, 310. 이 판례는 음주측정을 자신의 양심에 반하여 할 수 있는지에 관한 내용이다.

13) 1991. 6. 3. 89헌마204 全員裁判部. 이 판례는 화재로 인한 재해보상 가입여부에 관한 내용이다.

내심영역으로서 이 양심이 보호받기 위하여서는 개인의 소신과 다양성이 보장되어야 하며, 특히 이 양심의 형성과정에서 외부적인 개입이나 억압과 강요가 있어서는 안 된다고 판시하고 있다.¹⁴⁾ 아울러 양심의 영역에 있어서 판례는 개인의 인격형성과 관계가 없는 사건은 보호대상이 아니라고 판단하고 있고, 개인의 윤리적 판단이 국가에 의하여 외부로 표명이 강제되어서는 안 된다고 보고 있다.¹⁵⁾

그러나 헌법 제19조에 의하여 보호되는 양심의 자유는 양심형성과 그리고 결정 과정에 자유를 포함하는 ‘내심적 자유(forum internum)’와 양심적 결정을 외부로 표현하고 실현하는 ‘양심실현의 자유(forum externum)’를 포함한다고 할 수 있다. 이렇게 나누는 이유는 양심형성의 자유와 양심적 결정의 자유가 되는 내심적 자유는 내심에 머무르는 한 절대적 자유이지만, 양심실현의 자유의 경우 타인의 기본권이나 다른 헌법적 질서와 저촉되는 경우에는 법률에 의하여 제한될 수 있는 상대적 자유이기 때문이다.¹⁶⁾

양심의 자유와 관련하여 주요 판례를 보면, 양심 형성에 있어서 민주적이어야 함을 전제로 하는 일반 다수의 양심은 정치적 의사와 도덕적 판단이 사회의 질서와 함께 형성된다고 보고 있다. 문제로 삼는 것은 국가의 법질서나 사회의 도덕률과 갈등을 빚는 소수의 양심에 관한 것인데, 현재는 이러한 소수의 양심상의 결정은 원칙적으로 가치관이나 종교관, 그리고 세계관과 관계없이 양심의 자유에 의하여 보장되어야 한다고 현재는 판단하고 있다.

그러나 여기서 양심의 자유는 국가에 대하여서는 개인의 양심이 고려되고 보호받아야 할 것을 요구하는 권리일 뿐, 양심상의 이유로 법적 의무의 이행을 지키지 아니하면 위반이 된다. 예를 들어서 양심의 자유와

14) 헌재 2002. 1. 31. 2001헌바43, 판례집 14-1, 49, 56.

15) 헌재 1991. 4. 1. 89헌마160, 판례집 3, 149, 153; 1997. 3. 27. 96헌가11, 판례집 9-1, 245, 263; 1997. 11. 27. 92헌바28, 판례집 9-2, 548, 571.

16) 헌재 1998. 7. 16. 96헌바35, 판례집 10-2, 159, 166.

연관된 병역의무의 문제에 있어서 현재는 양심 대신 병역의 의무를 우위에 두고 있다. 현재는 양심의 자유의 경우, 공익과 관련하여 각 양심에 따른 비례의 원칙을 적용하게 되면 양심을 상대화하는 것이 되기 때문에, 양심의 자유의 본질을 훼손한다고 판단하고 있다.

양심상의 결정은 법익교량과정에서 공익에 부합하는 상태로 축소되거나 또는 왜곡된다면, 이는 이미 ‘양심’이 아니라고 보는 것이다. 따라서 양심의 자유와 연관된 법의 관점은 법익교량을 통하여 양심의 자유와 공익 양자의 조화와 균형을 실현하려는 법익에 관한 것이 아니라, 단지 ‘양심의 자유’와 ‘공익’ 중 양심에 반하는 작위나 부작위를 법질서에 의하여 “강요받는가 아니면 강요받지 않는가?”의 양자택일의 문제가 있을 뿐이라고 현재는 판단하고 있다.¹⁷⁾

이 사안과 연관된 소수설에서 강조하는 것은 다수가 공유하는 생각과 다르다는 이유로 소수가 선택한 가치가 열등하다고 할 수 없다는 입장을 강조하고 있다.¹⁸⁾ 양심적 병역거부자를 국가공동체에 대한 기본의무를 이행하지 않는 자로 규정하기 전에 종교적 이념을 포함한 평화에 대한 이상과 이를 지키기 위한 양심의 영역이 있음을 간과해서는 안 된다는 것이다. 따라서 대체복무와 같은 보충적 법률이 필요하다고 보고 있다.

판례에서는 아울러 양심의 자유와 종교의 자유를 따로 구별하여 규정하고 있는 헌법의 취지를 강조하고 있는데, 양심이 윤리적 도덕적인 사유라면 신과 피안에 대한 종교적 양심은 신의 소리로 정의하고 있다.¹⁹⁾ 문제는 이 두 양심이 많은 경우 일치하지만, 그렇지 않은 경우 헌법상의 종교의 자유는 절대적인 자유에 속하기 때문에 종교의 자유에 관하여 국가가 개입할 여지가 없다고 보고 있다. 다만 헌법질서에 미치는 영향을 현실적으로 고려하는 것이 주요 쟁점으로 보인다. 따라서 종교의 자유는 인

17) 헌재 2004. 8. 26. 2002헌가1, 판례집 16-2상, 141, 151-152.

18) 재판관 김경일, 재판관 전효숙의 반대의견이 이 입장이다.

19) 재판관 권성의 별개의견이다.

정하되, 양심의 자유의 경우 헌법질서에 부합하지 않는 경우에는 보편타당성의 관점에서 살펴보아야 한다고 보았다.²⁰⁾

따라서 헌법 제20조의 ‘종교의 자유’는 신앙의 자유, 종교적 행위의 자유, 그리고 종교적 집회와 결사의 자유를 구성하는 3대요소를 내용으로 하지만, 현재는 종교적 행위의 자유는 신앙의 자유와는 달리 절대적 자유가 아니기 때문에 질서유지와 공공복리 등을 위하여 제한받을 수 있다고 판단하고 있다.²¹⁾

예를 들어서 종교법인과 조세에 관한 판례에 있어서도 종교의 자유에 관한 내용이 쟁점이 되고 있다.²²⁾ 한 판례의 경우 종교법인에 대한 특별부가세 면제제도의 취지는 종교법인에 조세부담의 경감을 통하여 종교법인의 선교활동을 촉진시키도록 하는 것인데, 법인이 소유토지를 양도하여 양도차익을 얻게 되었다면, 법인세와 함께 특별부가세를 납부하는 것은 납세자군의 조세평등주의에 합치한다고 보았다. 반대의견으로서는 비과세대상을 세액면제신청 대상으로 변경하는 것은 문제 삼을 수 없지만, 세법규정의 예고 없는 개정은 이익을 추구하는 조직이 아닌 종교법인의 경우에는 불이익이 생기므로 위헌이라고 보았다.²³⁾

최근에도 사회적 이슈가 되고 있는 종교인 과세의 문제에 있어서도 원칙적으로 헌법 제11조 제1항의 “모든 국민은 법 앞에 평등하고 누구든지 합리적 이유 없이는 생활의 모든 영역에 있어서 차별을 받지 아니한다.”는 평등의 원칙을 유지하고 있다. 전반적으로, 합리적 이유 없는 차별적

20) 이 사안의 경우 권 성 재판관은 인(仁), 의(義), 예(禮), 지(智)와 같은 한국적 가치를 언급하였다.

21) 현재 2001.09.27, 2000헌마159, 판례집 제13권 2집, 353. 이 사안은 제42회 사법시험 제1차 시험 시행일자 위헌확인에 관한 판례이다.

22) 현재 2000. 1. 27. 98헌바6, 판례집 12-1, 42, 53-54. 이 사안의 쟁점은 입법자가 부동산양도차익이 특별부가세 면제대상인 사실과 면제를 희망하는 의사를 사전에 확인하기 위하여 종교법인 등으로 하여금 면제신청을 통하여 이를 밝히도록 한 것에 대한 판례로서 이는 조세법률주의에 위반되지 않는다고 보았다.

23) 이 사안에 대한 재판관 이영모, 재판관 하경철의 반대의견이다.

과세나 차별대우를 금지함으로써 조세평등주의를 지향하고 있지만 종교인 과세의 문제에서 보는 바와 같이 관습법과 법익 사이에서 현재의 의견이 나뉠 가능성이 크다고 할 수 있다.

종교교육에 있어서도 현재는 제20조의 “모든 국민은 종교의 자유를 가진다”, “국교는 인정되지 아니하며, 종교와 정치는 분리된다”는 종교의 자유를 중시하고 있다. 다만 이 판례의 경우에는 특정 종교단체가 그 종교의 지도자와 교리자를 자체적으로 교육시킬 수 있는 종교교육의 자유를 전제하면서도 교육법 제81조상의 학교나 학원법상에 저촉되어 교육질서가 훼손되는 경우에는 헌법 제31조 제6항의 입법재량에 속한다고 보았다.²⁴⁾

한편 아프가니스탄에서의 선교행위 제한에 대한 위헌청구에서 현재는 대한민국의 주권이 미치지 아니하는 지역에서의 종교 활동에 대하여 제한할 수 있음을 판시하였다. 특히 국민의 생명과 신체 및 재산의 보호가 강력히 요구되는 해외 위난지역인 경우 여권의 사용제한 등과 같은 국민의 국외 이전의 일시적 자유의 제한은 기독교를 전파하는 종교의 자유를 제한하는 것이 아니라고 하였다.²⁵⁾

지금까지 살펴보았듯이, 기본권에 있어서 종교의 자유와 양심의 자유는 ‘내심적 자유’로서 무제한이지만, ‘양심실현의 자유’는 제한적임을 알 수 있다. 내심적 자유는 절대적 자유이지만, 양심실현의 자유는 실제 생활에 있어서 타인의 기본권이나 다른 헌법적 질서 안에서 형성되는 자유이기 때문에 만일 법에 저촉되는 경우에는 법률에 의하여 제한될 수밖에 없다.

기독교적인 관점에서는 법과 연관된 양심의 문제는 개인의 판단이 아

24) 학교교육 및 평생교육을 포함한 교육제도와 그 운영, 교육재정 및 교원의 지위에 관한 기본적인 사항은 법률로 정한다. 이 사항은 특정종교단체의 종교교육에 있어서 교육법에 저촉되어 폐쇄명령처분을 다룬 경우이다. 헌재 2000. 3. 30. 99헌바14, 판례집 12-1, 325, 337.

25) 헌재 2008. 6. 26. 2007헌마1366, 판례집 20-1하, 472, 482.

나라 하나님께서 세우신 질서에 따르는 것이 원칙이다(롬13:5). 그리고 신앙의 양심은 헌법의 규제를 받아서는 안 되는 기본권이지만, 사회에 대한 책임과 의무를 잊지 말아야 하는 것이 기독교적인 전통에서 형성된 규범이다. 다만 종교의 자유는 그 누구에 의하여서 파기될 수 없는 권리이며 하나님이 우리에게 허락하신 권리이기 때문에, 국가는 종교의 양심에 반하는 행동을 하도록 강요할 수 없으며, 동시에 기독교인의 경우 양심에 어긋나는 행위를 해서는 안 될 것이다.

이는 종교적 자유가 개인의 수준을 넘어서 시민적 자유를 요청하며, 나아가 국가와 사회를 향한 공동선을 위하여 함께 노력하여야 하는 것을 전제한다. 이를 위하여서는 정치적 권위가 전제되어야 하며, 이를 위한 시민적 주체성이 확립이 되어 기독교인도 자발적인 정치참여를 통하여 성숙한 도덕률의 정착을 위하여 함께 노력하여야 하는 것이다.

5. 나가는 말

지금까지 간략하게 살펴보았지만, 인간의 존엄과 가치에 대한 국가의 기본권 보호의무(10조), 양심의 자유(19조), 종교의 자유(20조), 표현의 자유(21조), 학문과 예술의 자유(22조), 재산권(23조), 교육권(31조), 납세의 의무(38조), 그리고 국방의 의무(39조)의 해석에 있어서 종교적 가치와 기본권에 대한 해석이 다수설이나 소수설, 그리고 보충설 등 사안에 따라서 다양한 입장이 나타나고 있는 것을 알 수 있다.

위와 같은 현재의 판례를 통하여 기독교 윤리학적인 맥락에서 의의를 찾는다면 다음과 같다.

첫째, 비록 기본권이 헌법에 의하여 규정을 받는다고 할지라도 기본권의 방향을 제시하는 인권의 사항은 역사와 문화적 상황에서 형성되는 것이기에 인권의 연원이라고 할 수 있는 종교적 가치를 소중히 여기고

세상 속에서 그 가치를 실현하는 도덕적 삶이 요구된다. 특히 기독교적 관점에서는 사랑과 행복을 추구하는 공동체의 원리에 있어서 법보다 더욱 더 인간의 존엄성과 가치를 신장하는 일에 앞장서야 함을 강조하고 싶다. 행복 추구의 권리는 현대 민주주의에 있어서 가장 기본이 되는 개인적 권리 수준이다. 이러한 행복 추구 원리는 고대 문화와 종교에 그 근원을 가진다. 예를 들어, 다양한 히브리, 그리스-로마, 기독교, 계몽주의 전통은 모두 신-인 관계에 근거한 행복 추구라는 주제를 다루고 있다. 기독교가 제시하는 행복이란 이타적 사랑에 근거하여 현대의 법적 민주주의의 새로운 자유 개념을 확장하도록 도움을 지속적으로 제공하는 정신적 기제이다.

기독교의 행복추구는 예수 그리스도의 사랑에 그 핵심이 있다. 자신을 희생하여 인류의 죄를 대속하신 예수 그리스도의 사랑은 종교적 가치로서 이타주의의 원리로 매우 중요하다. 행복 추구에 있어서 이타주의적 사랑에 대한 강조는 ‘좋은 삶(good life)’을 구성하는 원리로서 용서와 감사 같은 덕(virtues)이 포함된다. 아울러 타자에 대한 관심은 그 주체의 존재를 완성하고, 변혁하는 도덕적 규점의 내면화이며, 기독교는 이를 역사 속에서 신앙생활로 구현하여 왔다. 특히 현대 사회에서 지속적으로 반복되는 인간의 개인적, 집단적, 사회적 수준에서의 폭력성의 증가는 용서와 회복적 정의를 필요로 한다. 따라서 용서와 감사, 그리고 회개와 회복적 정의를 강조하는 기독교의 가치 실현을 통하여 행복과 번영의 사회를 위하여 기독교도 공헌할 수 있다.

둘째, 종교인이 가지고 있는 신앙의 가치는 삶의 세계를 구성하며 주관과 객관을 통합하는 역할을 하기 때문에 종교적 가치를 공적인 영역에서 실현하는 정치적 참여가 요청이 된다. 기독교의 경우 하나님의 사랑과 예수 그리스도를 믿는 믿음으로 형성된 ‘신 중심적 윤리’가 사적영역에 머무르지 않고 공적영역에서 실현될 수 있는 교회의 참여도 매우 절실하다고 할 수 있다. 헌법의 정신은 국가가 국민의 평등과 자유의 가치를 보호

하는 것이기 때문에 국가가 올바른 역할을 수행하기 위하여서는 종교인의 정치참여와 문화의 선도로 이어지는 노력이 아울러 요구된다.

따라서 법에 대한 이해를 강화시키며, 법과 연관된 인권에 대한 종교적 의미를 강조하여야 한다. 이는 기독교가 법 자체의 근본적 사안들을 소홀히 하거나 법의 구성원리 자체를 희석시키는 것이 아니라, 기독교의 가치에 담겨있는 인권중심의 정신이 법의 정신과 조우하여야 된다는 점을 강조하기 위함이다. 이러한 법과 종교 간의 가치체계를 신장하기 위하여 종교교육의 지평을 넓히는 기회가 있어야 하며, 아울러 종교와 법의 대화를 통한 사회통합을 이루는 연구가 지속되어야 할 것이다. 이러한 연구의 결과가 특정한 종교적 의미를 변질시키거나 종교적 근본주의적 선전에 이용되어서도 안 될 것이며, 사회 통합의 차원에서 법의 규정과 이를 지지하는 기독교적 정신이 상호 열린마음으로 협력하여야 할 것이다.

셋째, 포괄적 기본권의 현재 판례에서 나타나듯이, 사안에 따라서 다수설과 소수설, 또는 개별설로 나누어지고 있는데, 이는 역설적으로 자유민주주의 가치가 실현되는 헌법의 정신이 그대로 드러나고 있다고 본다. 그러나 법적안정성을 위하여 다양한 가치를 통합하는 차원에서 법의 균형을 염두에 둘 때, 종교적 보편성을 강조하는 것은 매우 중요하다고 할 수 있다. 아울러 인권이나 생명의 가치에 대한 종교적 가치의 차이가 생길 때, 이를 공적 차원에서 법의 규범으로 논할 수 있는 소통의 구조가 강조되어야 할 것이다. 이와 같은 노력을 통하여 세상 속에서 종교의 가치가 법의 규범과 조화되며 또한 선도할 수 있는 실체적인 영역을 확보하기 위하여 다양한 가치의 실현에 서로 소통하고 차이를 배려할 수 있는 건강한 사회가 이루어져야 한다. 따라서 기독교도 신앙의 중심이 흔들리지 않으면서 전통적인 교리와 가치체계가 현대의 다양한 관점을 포용할 수 있는 열린 복음주의로 전환하는 것이 필요하다고 본다.