
칼뱅주의와 법에 대한 사상사*

: 윌리엄스의 정교분리원칙

김 철 | 숙명여자대학교 법과대학 교수

1. 들어가는 말

이 연구는 칼뱅주의자 로저 윌리엄스(Roger Williams, 1603~1683)¹⁾의 사상과 실천이 아메리카의 기본 법제도에 어떤 영향을 미쳤는가를 인문 사회과학자들로 구성된 칼뱅 연구자들에게 설명하고, 소통하기 위한 목적으로 씌어 졌다. 한국 인문사회과학회의 학술 대회(주제: 칼뱅주의 논쟁: 인문 사회과학회에서)는 총 3부로 구성되었는데, 제1부는 “칼뱅주의와 서구 사회”를 사회과학자들이 다루었고, 제 3부는 “칼뱅주의와 한국사회”의 주제로 한국에서의 칼뱅주의의 역사를 다루었다. 필자가 참여한 제2부는 칼뱅

* 이 논문은 한국인문사회학회 2009년도 봄 학술대회(주제: 칼뱅주의 논쟁: 인문사회과학에서/5월 30일/배재학술센터) 제 2부 “칼뱅주의와 학문적 소통”에서의 발표문, 원제 “칼뱅주의와 법에 대한 사상사: 로저 윌리엄스의 교회와 국가에 대한 분리주의 원칙”을 수정한 것이다. 당시 토론자들과 논문작성 후 심사자의 의견을 참조한 것이다. 고견을 말씀 해주신 토론자들과 심사자에게 감사를 표한다.

1) 윌리엄스의 생애에 대해서는 Morgan(1967)을 참조할 것.

주의와 학문적 소통을 주제로 해서, 인문주의와 칼뱅주의, 사회학과 칼뱅주의의 논쟁, 칼뱅주의와 교육문제를 다루고 있었다. 이러한 학술대회의 전체적 구성과 분담이라는 맥락에서, 필자는 “칼뱅주의를 둘러싼 해석의 맥락이 어느 한 학문 영역에 한정 되어 있지 않고, 신학과 역사학, 사회과학에 이르기 까지 광범위한 영역에 두루 걸쳐 있다”(박 영신: 2009)라는 문제 의식²⁾을 법학에서도 검토하기 위해서 아메리카에 있어서의 칼뱅주의자 로저 윌리엄스의 사상과 실천이 아메리카 헌법 제정과 해석에 미친 영향의 시론을 발표하기에 이른 것이다.³⁾

2. 아메리카 식민지에 있어서의 칼뱅주의의 전개

초기 아메리카 식민지에서의 칼뱅주의를 언급할 때면 플리머스와 매사추세츠만의 식민지에 미치게 된다. 양자는 서로 달랐으나 다 칼뱅주의자들인 것만은 분명했다.⁴⁾ 어떤 의미에서의 칼뱅주의자였던가. 1) 성경에 대한 철저한 순종, 2) 하나님과 양심에 관한 문제에 있어 자기들의 신앙에 따라 살려는 용기에 있어서 그러했다(맥닐, 1954).⁵⁾

2) “칼뱅주의를 둘러싼 해석의 문제는 어느 한 학문 영역에 한정되어 있지 않다. 신학과 역사학으로부터 사회 과학에 이르기까지 광범위한 영역에 두루 걸쳐 있다. 뿐만 아니라, 그 문제는 쉽게 결말이 나지 않고 있다. 칼뱅의 생각을 여러 갈래로 표출시켜온 집단들과 지역들 사이에서, 칼뱅에 대한 해석의 문제는 계속 논쟁의 대상이 되었다. 칼뱅과 칼뱅주의에 대한 연구가 지속되고 있는 것은 이 해석의 문제 때문이라고 할 수 있다... 이러한 해석의 역사 줄거리를 검토하는 데 그 뜻을 두지 않는다. 오히려 사회 과학 쪽에서 논의되어 온 항목 하나를 끌어들이고자 한다. 칼뱅의 생각을 이어받았다고 하는 칼뱅주의 교도들이 근대 사회의 형성에 무시하지 못할 영향을 미쳤다고 하는 논지에 새삼 들어서보고자 하는 것이 그것이다...” 박 영신, “칼뱅주의 해석의 오류 지점,” 한국인문사회과학회 불 학술모임: <칼뱅주의 논쟁: 인문사회과학에서> (배재학술센터/2009.5.30).

3) 필자의 발표에 대해서, 사회학자들, 신학자들이 토론에 참여해서, 아메리카 역사에 있어서의 칼뱅주의가 교회 문화에 미친 영향과 같은 유익한 조언을 해 주었다. 본격적인 신학과 역사학, 그리고 사회학적인 전망을 배울 수 있었던 기회를 감사하게 생각한다. 이 작은 논문은 아메리카 헌법의 역사에 있어서의 칼뱅주의자 로저 윌리엄스의 법학적 영향이라는 지극히 한정된 초점에 국한시켰다. 칼뱅주의 자체에 대한 논의는 다른 대가들의 영역이라고 생각해서 대부분 절제하였다.

4) 이들은 네덜란드의 라이덴(Leyden)에 있는 존 로빈슨의 총성스러운 제자들이었다. 그들은 원칙적으로 분리주의자들로서 개별교회의 완전한 자율권을 주장했다(맥닐, 1994: 382~383).

5) 라이덴의 존 로빈슨의 영향 범위는 프랑스, 네덜란드 그리고 스코트랜드 개혁 교회의 구성원들이

1) 매사추세츠 식민지(1628~1630시작)의 칼뱅주의적 청교도의 성격

매사추세츠의 살렘 식민지의 건설자였던 프란시스 히긴슨(Higginson)은 “우리가 뉴 잉글랜드로 가는 것은 영국 교회에서의 분리주의자로서가 아니라 그것의 부패로부터 분리되지 않을 수 없기 때문입니다. 우리는 영국 종교개혁의 긍정적 부분을 실천하고 아메리카에 복음을 전파하러 가는 것입니다”라고 말한 바 있다(윗글: 385).

1638년에 약 40~50명의 캠브리지 졸업생들이 정착민들 사이에 끼어있었고 이들이 목사들의 주류를 이루었다. 1630년대의 목사 중 가장 학자적인 사람들 중 존 카튼(John Cotton)과 토마스 후커(Thomas Hooker)가 이들 중에 있었고⁶⁾ 로저 윌리엄스는 이들을 모국에서 만난 뒤 그들보다 먼저(1631년) 아메리카로 건너왔다(윗글: 386).

매사추세츠에서는 제네바보다 영국 방식에 따라서 1647년까지 참정권이 성찬 참여자에게만 주어졌다(윗글: 386). 자유민에게 선거권을 주지 않는 이 제도에 반대가 있었다. 이 반대는 아메리카 식민지에 있어서의 정교 분리 원칙의 최초의 표현으로 보여진다.⁷⁾

2) 분리주의자 로저 윌리엄스

그는 교회와 국가가 분리된 영역이라는 칼뱅주의적 교리를 강조하는 바람에 매사추세츠의 보스턴에서 용납이 되지 않았고 살렘에서는 자기의 주장과 가르침 때문에 1636년 주의회에 의해서 추방당했다. 윌리엄스는 사실상 의회가 교회문제에 관해 행사하고 있던 권위에 도전한 셈이었다. 겨울

었다(윗글: 383).

6) 기본적으로 그들은 다 칼뱅주의자였으나 그들의 칼뱅주의는 완고하고 고착된 체계가 아니었다. 그들은 칼뱅처럼 ‘진리가 어디에 나타나든지’ 그것을 추구하는 것을 주저하지 않았으며 어떤 한 사람의 종교 개혁자를 자기들의 유일한 스승으로 삼으려는 생각은 없었다. 그들은 「기독교 강요」와 제네바 교회법의 문구에서 탈피했다(윗글: 385).

7) 1635년의 코네티컷 주의회 발족식에서 토마스 후커는 ‘권위의 기초는 사람들의 자유로운 동의에 있다’는 견해를 표시했다.

도주의 심한 고생 끝에--그는 나라간세트의 인디언들 때문에 겨우 겨울 동안 목숨을 부지할 수 있었다--1636년 윌리엄은 프로비던스에 ‘양심의 문제로 고통당하는 사람들을 위한 피난처’로 로드 아일랜드 식민지를 세웠다(윌글).

3) 보스톤에서의 종교재판과 앤 허친슨(Anne Hutchinson) 사건

이단 재판에 있어서 교회가 재판하기 이전에 국가가 교회 구성원에 대해서 소추할 수 있는가 없는가에 관해 당시 청교도들 사이에는 이견이 있었다(Morgan, 1967: 72). 매사추세츠의 성직자들은, 교회의 판단을 기다리지 않고 식민지 정부는 명백하고 위험한 이단을 처벌할 수 있으나 의심스러운 경우에는 교회의 판단이 우선되어야 한다고 자문에 응했다. 이 의견은 물론 구속력은 없으나 교회와 세속 정부의 결정은 교회 구성원에 대한 소추에 있어서는 조정되어야 된다는 것으로 보인다. 1638년에 식민지 정부는 교회가 그 문제를 다룰 것이라는 생각으로 어떤 경범죄를 일부로 소추하지 않았다(윌글: 72). 앤 허친슨은 반율법주의적 가르침을 퍼뜨린 죄로 기소되었다. 1637년에 그녀는 추방되어 로저 윌리엄스의 로드 아일랜드의 ‘피난처’에서 안식을 얻었다.

4) 뉴 잉글랜드에 있어서의 정부와 교회 일치(entanglement)의 문화⁸⁾

뉴 잉글랜드는 주로 성직자들이 통솔했다. 그들이 학교를 만들어 주었고 법률을 통과시켰으며 백성들의 사회적 성격을 형성했다. 존 카튼으로부터 조난 에드워드까지 뉴 잉글랜드의 청교도 주의를 위대한 시기를 통과해서 공정하고 지식 있는 사람이라면 도저히 감탄하지 않을 수 없는 인간 유형을 배출해내었다. 코네티컷의 ‘엄격법’은 주일의 오락을 금했던 청교도 시대의 법이며 사치를 금하는 버지니아의 규제법들은 보스톤의 법

8) 버만은 초기 뉴 잉글랜드 식민지에서의 공동체주의의 엄격성은 마치 초기 소비에트 사회를 연상할 만큼 계율이 강했다고 한다(버만/김 철, 1992).

보다 더 가혹했다. 뉴 잉글랜드의 정교일치의 재판은 중세풍의 마녀사냥을 연상시키고⁹⁾ 1692년 매사추세츠의 살렘에서 행해졌다. 당시 마녀의 화형은 거의 1세기 동안 유럽 전역에서 행해지고 있었고 살렘에서 19명이 마녀로서 교수형을 당하고 1명이 압살당했다.¹⁰⁾ 침례교파들은 체포되어 보스턴에서 재판을 받았고 웨이커 선교사들은 투옥당하거나 교수형을 당했다. 1665년에 이르러서야 사정이 달라졌다(맥닐, 1954). 로드 아일랜드 식민지 외에는 영국 왕 찰스 1세의 압제와 종교적 불관용으로부터의 피난민이 자기들의 땅을 자신들 이외의 소수파들을 위한 피난처로 만든다는 것은 생각하지 못할 일이었다.

3. 아메리카 헌법에 나타난 칼뱅주의자 로저 윌리엄스의 분리원칙

1) 수정 1조 제정 이전의 상황¹¹⁾

식민지 시대의 정교분리 및 종교 행사 자유운동은 특정한 종파와 공인된 종파 그리고 식민지 정부사이에 생기는 문제였다. 이에 대하여 연합규약(1781), 아메리카 합중국 헌법(1787)의 제정을 지나 수정 헌법 1조(1791)에 의하여 아메리카 시민의 기본적 권리가 보장된 건국 이후에는 사정이 달라졌다. 건국시대에는 이제 기독교의 여러 종파와 합중국 정부와의 관계가 문제가 되었다.¹²⁾

9) 나다니엘 호손(Nathaniel Hawthorne, 1804~1864)의 '주홍글씨' (the Scarlet Letter)는 이런 재판의 기록이다(호손, 1993).

10) 바잉턴(E. H. Byington)은 네덜란드의 순례자(pilgrim)들의 기질이 뉴 잉글랜드 청교도들보다 더 온유했는데, 그 이유는 순례자(pilgrim)들이 '역경의 모진 학교에서 배웠기' 때문이라고 주장했다. 그러나 네덜란드에서 관용(tolerance)을 배웠다고 본다(맥닐: 389).

11) 여기에 대해서는 *Journal of Continental Congress* 1의 역사적 기록을 Stokes(1950)가 인용함.

12) 아메리카 헌법 수정 1조의 조항성립사와 해석 그리고 분리주의 원칙에 대해서는 김 철(1994) 참조.

(1) 합중국에서의 경건의 전통¹³⁾

의회에서의 기도는 1774년 대륙 회의로 거슬러간다. 이미 대륙회의에서는 1774년 9월 6일 그 제 1회기의 개회 때 기도를 하자는 제안이 행해져 기도로써 개회를 하였던 것이다. 동의는 실제로는 토마스 쿠싱(Thomas Cushing)이 제출했지만 이것은 존 제이(John Jay, 1745~1829), 존 루틀리지(John Rutledge, 1739~1800)의 반대를 받았다. 그 이유는 의회에서는 종교 의식에 관한 것은 행할 수 없고, 예배 행위를 할 수 없다는 것이었다. 거기에 사무엘 아담스(Samuel Adams)가 일어서 경건과 덕을 갖춘 사람에게서 기도를 받는 것은 누구도 할 수 있는 것이라고 주장하여 의회의 다수의 찬성을 받기에 이르렀다. 「아침의 기도」로 불리는 짧은 기도문은 의회 다수의 찬성을 받아서 낭독되었다.¹⁴⁾ 이 개회식의 기도 후 의회는 그날의 의식의 주재자에 대하여 감사의 뜻을 나타내는 표결(a vote of thanks)을 하였다. 초기의 의회 목사의 역할을 매 회기에 일정한 기도의 의식을 행하는 것이 아니라, 설교를 하고, 사망한 의원의 장의를 행하고 또 자기의 죄 많고 비천함을 자성하는 날(a day of humiliations), 감사절의 의식을 집행하고, 국가의 경축절 의식(Patriotic Celebrations)을 행하고, 미국관 성경의 준비 및 간행을 감독하였다. 그런데 대륙회의는 식민지 연합(Colonial Union)의 정식적 강화를 목적으로 하여 최초의 감사절을 행하기 위해서 이에 앞서 금식일의 선언(The fast day proclamation)을 발표하였다. 그런데 1787년 6월 28일 연방의회 내에서 기도의 문제가 토의되었는데 찬성과와 반대파 사이에 격론이 벌어졌다. 이러한 찬반양론을 거쳐 합중국 의회는 1789년 대륙회의에서 행했던 의회 개회의 기도의 관행을 인계받았다.

① 독립선언에 나타난 경건의 전통과 종교적 관용의 문제

1776년 독립선언에서는 ‘자연의 신의 법’ (Laws of Nature’s God), ‘창조주’ (Creator), ‘세계의 지고한 심판자’ (Supreme Judge of the World), ‘신성한 섭리’ (Divine Providence) 등의 표현이 사용되고 있다. 그러나 대조적으

13) Stokes(1950: 448)은 Journal of the Continental Congress I: 26을 인용하고 있다.

14) “신이여, 우리와 대립하는 것에 대해서 나의 입장을 옹호해 주시고, 또 나와 적대하는 자들에 대해 싸워 주소서.” Gaillard Hunt (*History of the Seal of the United State*, 1909)를 Stokes(1950)가 인용하고 있다.

로 1778년에 공식적으로 성립된 성문헌법으로서의 합중국 헌법에서는 이러한 표현이 사라졌다.¹⁵⁾ 이러한 절대자에 관한 언급의 결여는 헌법을 비준할 때 까지 종종 비난의 대상이 되었다. 예컨대 당시 예일대 총장 드와이트(Timothy Dewight, 1752~1817)는 당시 보수적 크리스찬의 대표자로 “우리의 헌법에 절대자를 인정하지 않는 것은 우리들에게 명백한 불명예이다”라고 하였다(A. Stokes, 1950: 523). 그러나 합중국 헌법은 메이 플라워 서약서, 독립선언서, 그리고 대륙 회의의 결의들에서 보여지는 신의 영광, 가호, 감사에 관하여 조금도 언급하지 않고, 오히려 당시 남아있던 종교적 선서를 금지하는 규정을 담고 있었다. 이것은 합중국에 있어서 신교의 자유, 정교분리의 역사에 있어서 하나의 이정표로서의 의미를 갖는 현상이라고 할 수 있다. 즉, 식민지 형성 이래의 공인교회(Establishment Church)와 교과를 가지고 있던 주들 가운데 헌법회의 개최에 이르기까지 다섯 주(뉴저지, 뉴욕, 노스 캐롤라이나, 조지아, 버지니아)는 공인교회 제도를 폐지하고 있었지만 뉴 잉글랜드의 다른 주에서는 조합 교회파 또는 감독파의 공인교회를 가지고 있었다. 또 공인교회 제도를 폐지하고 있는 주에서도 공직 취임의 요건으로서 ‘신학적 테스트’는 여전히 남아있는 상황에서 헌법회의에서 결의한 대로의 공직 취임에 있어서의 종교적 선서 금지를 실제로 헌법에 규정한다는 것은 많은 어려움을 가지고 있었다.

경건의 전통은 사라지지 않았으나, 다양한 종파가 각축하거나 또는 특정 기독교가 공인됨으로서 가지는 소수파의 불이익과 부자유를 제도적으로 해결하려는 의도는 종교적 선서 금지에서부터 보여지는데 이러한 취지에 가장 열의를 보여준 것이 핑크니(Charles Pinkney, 1757~1824)였다.¹⁶⁾ 그

15) 메이플라워 서약서, 독립선언서, 대륙회의의 결의에서 보여지는 신의 영광, 가호, 감사에 관해서는 성문헌법에서는 사라지고 오히려 그때까지의 관행이었던 종교적 선서를 금지하는 규정을 담고 있다(덧글).

16) 1787년 연합규약을 개정하기 위해서 모인 대표자 회의에서 그 이후 약 2세기 이상 지속된 정치적 지혜의 기적이라 할 수 있는 미합중국 헌법을 만들었다. “정치적 지혜의 기적”으로서의 합중국 헌법이라고 할 수 있는 것은 최초로 종교적 관용이라 할 만한 가치가 표현되었다는 것이다. 현재로 봐서는 이 자유는 당연하게 여겨지지만 당시의 지구상에서 팽배하고 있던 방식으로부터는 생각지도 못하던 급격한 전회였기 때문에, 이 종교적 관용의 제안은 미합중국 헌법이라는 기적의 최초의 것으로 평가되는 것이다. 핑크니는 “미합중국의 어떤 공직이나 공적인 임무의 자격 요건으로서 어떤 종교적 심사도 필요하지 않도록 한다.”라는 조항을 제안하여 10일 뒤에 미합중국 헌법 3

의 「정부의 계획(Plan of Government)」에 의하면 종교상의 선서의 금지는 인신보호영장, 배심재판, 출판의 자유와 함께 새 국가를 조직하는 중요한 요소라고 생각되어졌다(김 철, 1994: 6).¹⁷⁾

2) 수정 1조의 성립에 있어서의 여러 사정

그러나 이러한 공직 취임 때의 종교상의 선서요구를 봉쇄함으로써 종교의 자유를 확보하려는 소극적 선언을 만족할 수 없는 입장에서는 다시 적극적으로 종교의 자유를 보장하는 헌법조항을 요구하고 나섰다(Corwin, 1956: 758).

이러한 권리선언을 요구하는 움직임은 대륙회의에서도 보이지만 거기에서는 조합교회파 또는 감독교회파를 주의 공인 종교로 하고 있기 때문에 종교의 자유를 둘러싼 권리 선언의 문제를 취급하는 데까지는 이르지 못하였다(熊本信夫, 1972: 150~152).

㉠매디슨안(추가방식)의 패배(Story, 1833)

2년 뒤인 1789년 6월 8일 매디슨(J. Madison)¹⁸⁾은 의회에 대하여 신고 조항을 포함한 권리선언을 채택할 것을 요구하였다. 그는 제안 이유로서 새로운 합중국 헌법이 개개의 권리 침해에 대한 충분한 보장규정을 갖고 있지 않으며, 많은 국민이 헌법에 만족하지 않고 있다고 설명했다. 그리고

조 6항(Clause 3 of Article 6)이 성립되었다. 1787년의 환경은 종교적 자유에 관한 한 오늘날과 엄청나게 다르다. 모든 나라는 정부가 공식적으로 설정한 종교가 있었으며 종교적 소수자나 국가공인 종교를 따르지 않는 사람들에게는 아무런 법적 보호가 없었다. 국가 종교를 갖고 있는 나라들은 제1급의 시민권을 단지 공인 종교 집단의 구성원에게만 부여하였다. 통치자나 공직자들은 모두 국가공인 종교의 구성원이 되지 않으면 안되었다. 예외자는 나설 수가 없었다. 여기에 대해서는 Menendez(1987)를 참조할 것.

17) Charles Pinkney의 1787년 헌법 회의에서의 역할에 대해서는 Christopher Collier and James Lincoln Collier, "The Puzzle of Charles Pinkney" *Decision in Philadelphia—The Constitutional Convention of 1787*(N.Y.: Random House, 1986)을 참조할 것.

18) 제헌 헌법 회의에 있어서의 종교 자유에 대한 매디슨의 입장에 대해서는 Christopher Collier and James Lincoln Collier, *Decision in Philadelphia—The Constitutional Convention of 1787*(N.Y.: Random House, 1986), 53~54를 참조할 것.

헌법원안 제 1조 9절과 10절에 신앙 또는 예배를 이유로 기본권을 침해해 서도 아니 된다는 뜻이 추가되어야 한다고 하였다. 이 매디슨의 제안은 하원의 전체 위원회에 회부되어 7월 21일에는 각 주 1인의 대표로 구성된 11인 위원회에서 검토하였다. 이 특별 위원회는 텔라웨어의 바이닝(John Vining, 1758~1862)을 위원장으로 하여 7월 28일 보고서를 제출하였다. 이 보고서는 다시 전체 위원회에 송부되었다. 하원에서는 이 수정제안에 대하여 많은 논의가 이루어졌지만 반대가 많아 결국 매디슨은 그의 제안을 철회하였다.

㉠서면이 다시 제안함(분리방식)

이렇게 합중국 헌법에 신교조항을 둘러싼 수정을 해보려는 최초의 시도가 실패로 끝났는데, 그러나 이러한 논의를 통하여 종교조항이 다수의 의원의 강한 관심을 불러일으키게 되었다. 이러한 경과를 지나서 8월 19일 헌법 수정문제는 다시 코네티컷 주의 로저 셔먼(Roger Sherman)의 제안에 의하여 재연되었다. 그의 제안은 매디슨의 경우와는 달리 수정조항도 헌법원안의 각 조항에 삽입할 것이 아니라 따로 분리하여 추가조항을 설치해야한다고 하였다. 이 제안은(Corwin, 1956: 758) 상당한 지지를 받았다. 8월 20일 이 「추가」수정안도 채택되었다. 이때, 종교의 자유에 관한 수정조항은 매사추세츠의 에임즈(Fisher Ames, 1758~1805)의 동의에 의하여 다음과 같이 규정되었다.

의회는 국교를 정하는 법률, 또는 자유로운 종교 활동을 방해하는 법률, 또는 양심의 권리를 침해하는 법률을 제정해서는 아니된다(Stokes, I, 1950: 544~546).¹⁹⁾

8월 22일에는 수정조항의 용어의 표현에 관하여 뉴욕 출신이며, 대륙회의 의원이었던 벤슨(Egbert Benson, 1746~1833)을 위원장으로 하고 디오더 세즈위치(Theodore Sedgewich)를 위원으로 하는 소위원회가 설치되

19) "Congress shall make no law establishing religion, or to prevent free exercise there of, or to infringe the rights of conscience" (Stokes: 544).

어 문제의 수정조항의 표현을 검토하였다. 이 심의 결과 하원안의 “to prevent(방지한다)”라는 표현을 “prohibiting(금지한다)”로 고쳤다.

8월 24일 벤슨은 하원제안을 포함하는 합중국 헌법 수정조항의 문체와 조항에 관한 결의를 보고하였다. 이것을 하원결의라 하는데 이 결의는 각 주의 입법부에서 3/4의 찬성을 얻어 비준된 경우에는 당해 조항이 합중국 헌법의 일부로서 효력을 가진다고 하는 것이다. 하원은 위 결의와 위원장에 의하여 보고된 수정조항을 승인하고 상원에 송부하였다.

8월 25일 상원은 위의 하원제안을 수리하고 토론에 들어갔는데, 제안된 수정조항 12개안의 제 3안의 표현이 취급되었다. 이 하원 제안의 조항 가운데 “국교를 정하는 법률, 혹은 자유로운 종교 활동을 금지하는 법률”²⁰⁾을 삭제하고 “다른 종파 혹은 종교단체에 대하여 한 종파 혹은 한 종교단체를 우선하여 취급하는 법률”²¹⁾을 삽입하자는 동의가 있었다. 그러나 이것도 부결되었다. 그러다가 이 동의에 관하여 재고려를 구하는 동의가 나와서 가결되었다. 이에 기초하여 다음의 문제의 수정 원안 3조 전문을 삭제해야 한다는 동의가 나와서 이것도 다시 부결되었다.

다음에 수정 원안 3조 대신에 의회는 “양심의 권리를 침해하는 법률을 제정하거나, 어떠한 종파 또는 종교단체를 공식적으로 국가의 종교로 정하는 법률을 제정할 수 없다”²²⁾로 규정하자는 동의가 나왔다(Stokes, I, 1950: 544~546). 이 동의도 부결되었다. 다음의 수정 원안 3조를 다시

의회는 다른 것에 우월하여 특정한 종교의 교파를 국교로 정하는 법률을 제정하거나, 자유로운 종교 활동을 금지하는 법률을 제정할 수 없다. 또한 양심의 권리는 침해되어서는 아니된다(Stokes, I, 1950: 544).²³⁾

20) “...religion, or prohibit the free exercise there of”(덧글).

21) “One religious sect or society in preference to others”(덧글).

22) “Congress shall not make any law infringing the rights of conscience, or establishing any religious sect or society”(덧글).

23) “Congress shall make no law establishing any particular denomination of religion in preference to another, or prohibiting the exercise there of, nor shall the right of conscience be infringed”(덧글).

로 하자는 제안이 나왔다. 그러나 이 제안도 부결되었다. 이러한 경과를 볼 때 결국 상원은 다른 종파 내지 교파의 이익 또는 특전을 부여하는 것을 금지하자는 제안에 만족하지 아니하고 다시 널리 종교와 국가의 결합을 금지하고 종교의 자유를 구체적으로 보장하려는 의도를 가지고 있었다고 추측된다. 이것이 바르다고 생각할 수 있는 것은 나중에 수정 1조를 둘러싼 해석과 결부되기 때문이다.

㉔ 상원 원안과 하원 제안

9월 9일 상원은 하원 결의에 대한 심의에 들어갔다. 그 후 상원은 수정 원안 3조나 수정원안 4조를 결합하여 나중에 보는바 대로의 1796년의 수정 헌법 1조에 관한 다음과 같은 상원안을 정하였다.

의회는 신앙에 관한 조항 또는 예배의 방법을 공식적으로 정하는 법률을 정하거나, 자유로운 종교 활동을 금지하는 법률을 정하거나, 언론 또는 출판의 자유 또는 평온한 집회, 불만의 구제를 위하여 정부에 청원하는 국민의 권리를 제약하는 법률을 제정할 수 없다”(Stokes, I, 1950: 544-546).²⁴⁾

종교조항에 관하여 하원 제안에 대한 상원 원안은 위에서 본바와 같이 표현에 있어서 다르다. 이 상원 원안은 하원 제안과 비교해 볼 때 다음과 같은 두 가지 특색이 있다. 하나는 종교의 자유를 하원은 양심의 권리와 함께 규정하고 있는데, 상원은 언론, 출판의 자유, 집회, 청원의 자유와 함께 규정하고 있다는 점이다. 또 하나는 종교 조항을 하원은 국교를 공식적으로 정하는 법률 제정의 금지, 종교 활동을 자유롭게 행하는 권리의 보장이라는 형태로 규정하는데 대하여 상원은 신앙에 관한 조항 제정의 금지, 예배의 방법을 공식적으로 정하는 법률 제정의 금지, 더 나아가 자유로운 종교 활동의 보장이라는 형태로 규정하고 있다는 점이다. 또 “양심의 자

24) “Congress shall make no law establishing articles of faith or a mode of worship, or prohibiting the free exercise of religion or abridging the freedom of speech, or the press, or the right of the people peaceably to assemble and petition to the government for the redress of grievances” (윗글).

유”와의 관계에서 양원에서는 다음과 같은 차이점을 보여주었다. 하원의 제안에서는 “종교의 자유” 즉, 국교를 정하는 법률, 자유로운 종교 활동을 금지하는 법률 제정의 금지와 “양심의 자유” 즉, 양심의 권리를 침해하는 법률 제정의 금지를 구별하여 취급하고, 후자를 독립한 것으로 생각하는 데 의미가 있었다. 이러한 사고방식은 이미 하원에서 매디슨과 같은 사람들에서 보여진 것인데 이 제안에 대한 동의에서 점점 더 뚜렷해졌다. 여기에 대해서 상원의 원안에서는 양심의 자유를 특히 따로 특정하지 않는 것이었다. 그러나 이것은 위의 원안이 정하는 “신교의 자유”에 “양심의 자유”를 포함시킨다는 취지라고 생각된다. 상원 원안이 양심의 자유를 “신앙에 관한 조항” 속에 위치하고 있다고 생각하는 것은 동의를 심의하는 과정에서 자연스럽게 보여졌다. 이런 의미에서 상원이 신앙에 관한 조항이 양심의 자유를 포함하고 있다고 생각하고 종교자유에 관한 역사적이고도 넓은 입장에 서있었던데 비하여 하원은 양심의 자유를 명확히 구별하여 독립한 권리로 위치지우려는 입장에 서서 종교의 자유를 오로지 좁은 의미의 신앙의 자유로 사용하고 있다는 점이 대조된다(Corwin, 1956: 758). 이러한 양원의 불일치에 대하여 하원은 합동 위원회의 개척을 구하고 상원은 이것에 동의하였다. 이 합동위원회는 상원에서 코네티컷의 올리버 엘스워드(Oliver Ellsworth, 1745~1807), 메릴랜드의 찰스 캐롤(Charles Carrol, 1727~1822), 뉴 저지의 윌리엄 패터슨(William Paterson)이 선출되었고, 하원에서는 버지니아의 제임스 매디슨(James Madison), 코네티컷의 로저 셔먼(Roger Sherman), 델라웨어의 존 바이닝(John Vining)이 선출되었다.

하원의 매디슨은 정교분리와 종교의 자유에 관한 가장 열심있는 추진자였는데, 상원의 엘스워드도 특정한 교회에 우월한 지위를 주고 종교의 자유를 제약하는 불합리에 반대하는 입장을 취하였다. 이 합동 위원회에서는 주로 매디슨이 지도적 역할을 담당하였다.

㉔ 상원 법안의 채택²⁵⁾

9월 24일의 상원에서 합동 위원회를 대표하여 행한 엘스워드의 보고에

25) *Journal of the First Session of the Senate*(1820)을 Stokes가 인용한 것이다(같은 사람, 같은 책).

서 상원에 의하여 제안된 수정조항에 대하여 하원이 동의하는 것이 적당하다는 취지였다. 상원 제안의 조항은 수정 원안 3조를 다음과 같이 규정하고 있었다.

의회는 국교를 정하는 법률, 자유로운 종교 활동을 금지하는 법률, 또는 언론 출판의 자유를 빼앗거나 평온한 질서 또는 고충의 구제를 정부에 청원하는 권리를 빼앗는 법률을 제정할 수 없다.²⁶⁾

하원은 같은 날 상원에 대한 메시지 가운데서 이와 같은 규정에 따를 것을 결의하고 같은 문장의 수정 3조를 제안하는 뜻을 정하였다. 후에 이 수정 원안 3조는 수정 10개조 가운데 제 1조로 되었다. 이 수정 제 1조의 최종 초안의 구성자가 누구인가 하는 것은 분명하지 않지만 매디슨 의원이었다는 설이 유력하다²⁷⁾(I. Brant, 1941~1956: 353~355).

종교의 자유에 관한 이 수정조항은 매사추세츠의 에미스(Ames, 1758~1805)의 동의에 의해서 채용되었다. 이 규정에 대해서 문구 수정이 제의되었는데 “다른 종파 혹은 종교단체에 대하여 한 종파 혹은 한 종교단체를 우선하여 취급하는 법률을 제정하지 못한다.”라는 문구를 삽입하는 동의가 있었다. 여러 가지 경과를 볼 때 결국 상원은 다른 종파 내지 교파에 이익 또는 특전의 부여를 금하자는 것에 만족하지 아니하고 다시 널리 정부가 어떤 종교와의 결합을 금지하고 신교의 자유를 구체적으로 보장하려는 의도를 가지고 있었다고 추측된다. 그것은 1791년 수정 1조에 대한 상원의 안을 보면 알 수 있다.

“의회는 신앙에 관한 조항 또는 예배의 방법을 공식적으로 정하는 법률을

26) “Congress shall make no law respecting an establishment of religion, or prohibiting the free exercise thereof; or abridging the freedom of speech or of the press; or the right of the people peaceably to assemble, and petition the government for the redress of grievance”(윗글).

27) 브란트(I. Brant)는 매디슨(James Madison)의 *The Nationalist*를 1941년부터 1956년 사이에 총 5권을 정리, 편집하였다.

정하거나 자유로운 종교 활동을 금지하는 법률을 제정할 수 없다.”²⁸⁾

3) 수정 1조에 대한 해석론으로서의 로저 윌리엄스(Roger Williams)의 정교분리(Mark Howe, 1965)

Howe에 의하면 정교분리에 있어서의 가장 큰 영향은 로저 윌리엄스에 게서 찾아볼 수 있다. 그는 “만약 성속의 엄격한 분리가 행해지지 않으면, 세속의 부패가 교회를 물들이게 된다.”고 하였다. 이 말은 국가에 대해서 교회를 보호하는 수단으로 분리의 개념을 파악하고 있는 견해라고 할 수 있다. 이것은 절대적 분리와는 거리가 있는 것으로 국가의 관여나 통제 없이 국가의 원조는 받을 수도 있다는 정도의 내용이라고 해석할 수도 있다고 한다(윌클)(김 철, 1994: 13). 다시 말하면 로저 윌리엄스는 종교적 예배와 행사에 있어서는 국가는 이를 지원하고 후견하며 복돋아 주는 역할을 해야 한다고 하여 이런 면에서의 ‘적극적 협조’를 대변해 주었다고 볼 수 있다. 로저 윌리엄스의 견해를 폭넓게 해석하면 국가에 대해서 모든 종교에 대한 우호적인 분위기를 조성해야 하는 의무를 지우고 있는 것이다. 이것은 ‘종교적 다원주의’와 관련된다.

(1) 토마스 제퍼슨의 정교분리-“교회와 국가의 엄격한 분리의 벽”

제퍼슨은 교회로부터 정부를 보호하는 방법으로 분리를 주장하고 있다. 세금에 의해 지탱되는 영국의 당시 국교회를 해체하는 법안을 1779년에 제출했으며 목회자는 공직에 취임할 수 없음을 강조하였다. 이것은 ‘제퍼슨식 민주주의 사상’과 관계가 있다. 이 견해는 오늘날에는 종교 행사자유(free exercise of religion)의 위반으로 받아들여지기도 한다. 제퍼슨은 정

28) 이것은 상원의 안이다. 그러나 마지막 채택된 조항의 표현은 다음과 같다. 의회는 종교를 공식적으로 채택하거나 종교의 자유로운 행사를 금지하는 법률을 정할 수 없다(Congress shall make no law respecting an establishment of religion, or prohibiting the free exercise thereof). 인용은 *ARTICLES IN ADDITION TO, AND AMENDMENT OF, THE CONSTITUTION OF THE UNITED STATES OF AMERICA, PROPOSED BY CONGRESS, AND RATIFIED BY THE LEGISLATURES OF THE SEVERAL STATES PURSUANT TO THE FIFTH ARTICLE OF THE ORIGINAL CONSTITUTION.*

치의 종교에 대한 영향을 제거하고 공중에게 정치적 견해의 자유로운 선택을 제공하려는 신념에서 나온 것으로 보인다. 따라서 그는 “교회와 국가의 엄격한 분리의 벽(strict wall of separation between church and state)”을 강조하는 이른바 엄격분리론의 시조로 알려져 있다(熊本信夫, 1972).

① 제임스 매디슨의 정교분리론

제임스 매디슨은 종교와 정부는 각자가 그 개별적 영역에 자유롭게 내버려둘 때 가장 높은 목적을 달성할 수 있다고 주장한다. 한쪽이 다른 한쪽을 탈권하는 것은 부패나 뒤영김을 가져온다고 한다(Kauper, 1964).

(2) 절대 분리론

절대 분리론(Pfeffer, 1951)은 “분리는 분리이다. 그 외는 아무것도 아니다(Separation is separation, Anything else is nothing)”라고 주장되었다. “어느 특정 종교에 대한 지원 뿐 아니라 종교 일반에 대한 지원을 모두 금한다”라고 만약 주장하게 되면 이것은 “종교 일반에 대한 적의(hostility against religion in general)”를 뜻한다는 비판이 생기게 된다. 또는 “신앙과 무신앙에 대한 국가의 중립(neutrality of state against belief and unbelief)”에 대한 우려를 야기한다는 논의도 있게 된다. 그렇지만 종교의 사적인 문제로 전환(privatization of religion)이라는 미국적 전통의 한 갈래가 수정 제1조라는 형태로 성문화 되었다고 설명하는 견해도 있다(Pfeffer, 1951).²⁹⁾ 이러한 입장이 판례로 나타난 것은 ‘에버슨 대 교육위원회 사건’³⁰⁾에서 보인다. 같은 취지는 맥컬럼 판결(McCollum v. Board of Education 333 U. S. 203, 231(1948))이다.³¹⁾

29) 종교문제를 개인적인 문제로 보는 것의 정신적 배경으로는 로크, 윌리엄스, 토마스 페인, 제퍼슨 등이 있다고 설명된다(Pfeffer, 1951).

30) ‘Everson v. Board of Education, 330 U. S. 1, 18(1947)’에서 휴고 블랙(Hugo Black) 판사가 종교 단체뿐만 아니라 신앙자와 비신앙자 사이의 문제에 있어서도 조그만 예외도 인정할 수 없다는 견해로 표현되었다(Lockhart/Kamisar/Choper, 1975: 1212).

31) 이 판결에서 프랑크퍼터 판사가 “분리는 분리이며 쉽사리 넘을 수 있는 선이 아니다”라는 표현이다.

(3) 비우선 원칙 또는 중립의 원칙

여기에 대해서 한걸음 물러서서 비우선 원칙(“No Preference” Doctrine) 또는 중립(Neutrality)의 원칙(Kurland, 1963: 112)을 내세울 수도 있다.

매디슨에 의해서 국가와 종교는 어느 일방의 탈권 또는 부패적 유착, 연합에 반대하는 것으로 국가와 종교는 각각 자기의 영역에 자유롭게 방임되어야 한다는 원리이다.³²⁾ 따라서 수정 제 1조의 종교조항은, 만약 모든 종교에 대해서 동일한 지원을 한다면 이 조항의 정신에 부합한다고 할 수 있다. 즉 조세지출의 경우와 비종교적 목적을 촉진하고 정부의 행사를 허용하는 입장에서는, 종교를 정부활동의 표준으로 사용하는 것을 포기함으로써³³⁾ 비로소 정부는 종교적으로 중립을 지킬 수 있다고 해석한다.³⁴⁾ 이러한 이론에 따르면 어떤 법률이 헌법에 저촉되는냐는 다음의 심사기준을 거쳐야 한다.³⁵⁾

1. 명백한 비종교적 목적으로 행해지는가.
2. 일차적으로 비종교적 효과를 발생하는가.
3. 정치와 종교가 과도한 유착(excessive entanglement)을 이루지 아니하는가의 여부가 그것이다.

(4) 분리하되 협조

분리하되 협조의 이론에 의하면(separation but distinction and cooperation)의 이론(O' Neill, 1949; Konvitz, 1949: 47) 헌법 수정 1조의 분리는 비유 또는 헌법상 존재하지 않는 표상이라고 한다. 이러한 입장에서는

32) 스토리(Joseph Story)에 의하면 수정 제1조의 종교조항은 연방 정부와 주정부에 대한 훈시적 규정(informative clause)이며 따라서 단지 특정 종교를 처벌하거나 혜택을 주는 것만 금지된다고 해석된다. Story의 고전인 코멘타리의 인용은 Kurland(1963: 112)가 한 것이다.

33) 중립성의 개념을 종교 조항 해석의 중심으로 삼는 것은 컬랜드(Kurland, 1963)이다. 그는 종교를 정부활동의 표준으로 사용하는 것을 포기함으로써 비로소 정부는 종교적으로 중립을 지킬 수 있다고 해석한다.

34) 판례는 Abington school district v. Schempp, 347, U.S. 1 (1968).

35) 학교교육구 대 셸프 사건에서 보여지는 이런 입장은 정부 활동의 세속적 목표, 종파적으로 중립적인 양상 그리고 중립적인 효과가 관건이 된다(Kurland, 1963: 112).

종교문제에 대한 정부의 중립을 전제로, 의료 교육 분야에 있어서의 정부의 행위에 의한 종교 자체의 권고를 인정한다. 컨비츠(Milton Konvitz)는 레오 13세(Leo XIII)와 비오 9세(Pius IX) 교황이 이러한 교시를 내린바 있다고 지적하면서 교회의 입장에서도 받아들일 수 있다고 설명한다.

4. 자발주의

수정 1조의 해석에 있어서 판례의 연구는 자발주의(Voluntarism)(Tribe, 1978)와 분리주의(Separatism)(Kauper, 1964)를 강조한다. 이 견해에 의하면 헌법상 종교자유의 조항은 최소한 양심의 자유를 보장하기 위해서 고안되었으며 이것은 신앙의 문제에 있어서는 어떠한 강제도 방지되어야 한다는 취지로 발상되었다. 직접적인 강제뿐만 아니라 차별을 함으로써 가져오는 간접적 강제까지도 포함해서 금지한다는 뜻이다. 따라서 종교자유 조항은 ‘종교적 자발주의’를 고취한다는 뜻이다. ‘국교부인의 조항’(Non-establishment Clause)도 광범위하게 해석되고 주에 적용될 때 교회의 발전은 국가의 정치적 지지에 의해서가 아니라 회중과 신도의 자발적 지지에 의해서 이루어질 수 있다는 것이다. 종교집단은 그들 신도들과 관행의 내부적 장점에서 번영하고 소멸하여야 한다는 믿음의 표시라고 할 수 있다. 이렇게 본다면 국교부인의 조항은 종교적 자발주의의 법률적 표현이라고 표현하여도 잘못이 아닐 것이다(Tribe, 1978).

이것에 비교해서 분리주의는 ‘중립’, ‘비개입’ 또는 ‘비유착’의 원리라고 할 수 있다. 국가와 종교는 각자의 분야에서 독립하여 활동할 때 가장 잘 기능한다고 주장한 매디슨의 견해에서 잘 나타났다. 그리고 이 이상을 요구하는 것은 국가와 교회의 기능적 분리를 넘어서는 것을 요구하는 것으로 해석된다. 즉, 국가는 종교문제에는 개입하지 말아야 하며 종파 또는 교파의 차이가 불공정하게 정치를 분열시키도록 허용하여서는 안된다는 것이다. 따라서 종교조항을 기초한 자들에게 있어서 종교의 국교화는 후원-재정적 지원-종교 활동에 있어서의 주권의 능동적 개입을 의미하는 것으로 해석되는 것이다.³⁶⁾ 종교의 자유행사조항(free exercise clause)과 국

교부인 조항(Non-establishment clause)를 에머슨 사건에 있어서의 블랙과 루트리지(Black and Rootridge)판사가 의미하는 대로 본다면 상당한 정도 자발주의와 분리주의의 시각으로 파악할 수 있다. 그렇지만 국교부인 조항에 관한 실제적인 역사는 이미 수정 1조의 채택 이후의 사정에서도 반대되는 해석을 가능케 하는 방향으로 흘러져 왔다는 사실도 부인할 수 없다. 1868년의 수정 14조의 채택과 1947년에 종교조항이 수정 14조로 통합됨으로써 그러한 변화는 불가피했다고 볼 수도 있다.

5. 조정(Accommodation)³⁷⁾

(Walz v. Tax Commission, 397 U.S. 1970).

국교부인과 종교 행사 자유조항의 관계에 있어서 긴장 관계는 교육구 대 셴퍼 사건의 케이스처럼 국교부인 조항은 강력한 교파와 정부기능이 융합할 때 소수 종파에 대해서 불행한 결과를 가져온 역사적 교훈과 함께, 또한 종교 교육과 종교적 교훈의 보편적 가치를 인정할 때 각자가 자유롭게 종교를 선택하는 가치를 인정할 수 있다. 양조항의 갈등에 대한 조정의 문제는 여러 입장을 가능하게 하고 최초의 성립된 견해는 엄격 분리론이었다. 엄격 분리론은 최초에는 국가와 교회의 벽을 강조하였으나 차츰 종교 교육과 종교적 교훈의 보편적 가치를 인정하는 입장에서는 분리의 벽을 완화하려는 방향으로 나아갔다. 지도적 원리에 동의한 판사들도 결론에 있어서는 의견이 분열되어 “분리의 벽”이라는 언어는 비유 이상의 것이 아니라고 주장되었다. 이러한 논지는 블랙 판사에 의해서 개진되었고 루틀리지, 프랑크퍼터(Frankfurter), 잭슨(Jackson), 버튼(Burton) 판사들은 반대 입장에서 있었다.

36) 이러한 해석은 Walz v. Tax Commission, 397 U.S. (1970)에서 나타난다.

37) 일반적인 뜻은 타자에 대한 호의로써 행해지는 낙성계약이 아닌, 계약 기타를 뜻한다. 또한 우호적인 동의 또는 이견의 집성을 의미한다(Black's Law Dictionary, 1983).

1) 무원조의 이론(No-aid Theory)(Wilber G. Katz, 1964: 9)에서 완화된 분리론(Gianella, 1968)으로 진행해서 현실적이고 유연한 태도(Abington School District v. Schempp, 374 U. S. 203/1963)를 채택하게 됨

일반적으로 국가가 종교를 돕기 위해서 아무것도 할 수 없다는 것을 의미하는 분리는 ‘무원조 이론’으로 표현된다. 그러나 무원조 이론은 ‘원조(aid)’ 또는 ‘무원조(no-aid)’가 무엇을 의미하는가의 해석에 있어서 결코 명확하지 않다고 보는 경우도 있다(Katz, 1964: 9). 이 이론 역시 교육문제에 관해서 다양한 판례를 발전시키게 되었다. 맥컬럼 대 교육위원회 사건³⁸⁾에서 법원은 국교부인 조항에 위반된다고 판결하였다. 반대의견에서 리이드(Reed) 판사는 무원조 이론의 “도움(aid)”은 단지 “교회 그 자체나 혹은 어떤 종교적 기능을 행하는 종교단체에 대한 목적적 원조를 뜻하는 것으로 엄격히 해석해야 한다.”고 주장하였다. 그러나 블랙, 프랑크퍼터, 루틀리지, 버튼 판사와 다수의견은 “도움”은 위 사항과 같이 종교를 진작시키는데 고안된 정부행위 일반을 뜻한다고 해석하였다. 어떠한 패턴과 정도에 경제적 혜택이 종교에 대한 ‘허용되지 않는 도움’ 인가는 결정하는데 있어 엄격분리이론이나 무원조 이론이 어떠한 확실한 지침도 주지 않았기 때문에 법원은 중립성이나 중립이론이라는 개념을 써왔으나 결코 엄격중립이론이라고 불리는 것을 채택한 것도 아니라고 한다(Kurland, 1963). 이 이론의 요점은 정부행동 결정에 있어서 종교를 그 분류 표준으로 삼는 것을 그만두는 것이라고 할 수 있다. 다소 완화된 분리론은 정부의 계획이 종교적인 것이 아니고 세속적인 목적을 가지는 한 어떤 정부계획에 종교적 결사가 포함된다고 해석하여도 무방하다는 견해이다(Gianella, 1968). 아빙턴 교육구 대 켐프(Abington School District v. Schempp, 374 U. S. 203/1963) 사건에서 나타난 보다 현실적이고 유연한 태도는 다음과 같이 요약될 수 있다. 즉 진정한 종교의 자유의 최고의 실현을 위해서는

38) McCullum v. Board of Education, 333 U.S. 203(1948), 공공학교시설 내에서의 종교교육프로그램에 관한 것으로 비참가 학생의 경우가 문제가 되었다.

1. 정부는 종교적 관행에 간여하거나 강요하지 않을 것이다
2. 교파 간에 있어서나 신앙과 불신앙에 있어서 어떤 편애의 효과도 없게 하는 것이며
3. 어떠한 종교적 신조도 저해하지 않도록 정책을 수행하는 것이다.

이러한 해석의 접근 방법은 ‘조정’의 개념을 중요시 하는 것으로서 정부와 종교 사이에는 필요한 관계가 존재한다는 사실, 정부는 국민생활에서의 종교의 역할에 무관심할 수 없다는 사실, 그리고 더 나아가서 적대적이거나 무관심과는 달리 정부의 기구와 계획을 국민의 종교적 이익에 조정 또는 조화하여야 한다는 사실을 인정하는 데에 있다. 이러한 조정과 조화의 관념은 조라크 대 크로선(Zorach v. Clausen)판결에서의 윌리엄 다글라스 판사가 공립학교 밖에서의 방과 후 기도 프로그램을 지지하는 입론에서 나왔다고 볼 수 있다(김철, 1994: 65).

6. 결론

이 연구는 칼뱅주의자 로저 윌리엄스의 사상과 실천이 아메리카의 기본 법제도에 어떤 영향을 미쳤는가를 인문 사회과학자들로 구성된 칼뱅 연구자들에게 설명하고, 소통하기 위한 목적으로 씌어 졌다. 한국 인문사회과학회의 “칼뱅주의 논쟁: 인문사회과학회에서” 학술대회에서 필자가 참여한 제2부는 칼뱅주의와 학문적 소통을 주제로 해서, 인문주의와 칼뱅주의, 사회학과 칼뱅주의 논쟁, 칼뱅주의와 교육문제를 다루고 있었다. 이러한 학술대회의 전체적 구성과 분담이라는 맥락에서, 필자는 칼뱅주의를 둘러싼 해석의 맥락이 광범위한 학문 영역에 두루 걸쳐 있다는 문제 의식을 법학에서도 검토하기 위해서 로저 윌리엄스의 사상과 실천이 아메리카 헌법 제정과 해석에 미친 영향을 시론으로 발표하게 되었다.

1628년 매사추세츠 식민지에 정착하기 시작한 칼뱅주의자들 중 로저 윌리엄스는 교회와 국가가 분리된 영역이라는 칼뱅주의적 교리를 강조하는 바람에 당시 ‘정교일치’의 매사추세츠에서는 추방당해서 1636년 “양심의 문제로 고통당하는 사람들을 위한 피난처”로 로드 아일랜드 식민지를 세

왔다. 그는 뉴 잉글랜드에 있어서의 정부와 교회융합의 문화에 대해서 비슷한 시기 유럽 전역에서 행해지고 있었던 마녀사냥에 대해서와 마찬가지로 양심의 자유와 종교의 자유를 추구하게 되었다. 종교의 자유를 찾아서 신대륙에서 건국한 신교도들은 이윽고 권리 장전과 독립선언을 거쳐 세계 최초의 성문헌법인 아메리카 헌법을 제정하기에 이른다(1787). 1791년에 이 헌법에 최초의 수정 1개조가 첨가되었는데 이 수정 헌법 1조에 종교의 자유가 규정되기에 이른다. 입법과정에서 상원이 신앙에 관한 조항은 양심의 권리를 포함하고 있다고 결의하고 종교 자유에 관한 역사적이고도 폭넓은 입장에서 있었던 데 비해서, 하원은 양심의 자유는 별개의 독립된 권리로 위치 지우고 종교의 자유를 좁은 의미의 신앙의 자유로 사용하였다. 상원은 하원에 동의하였다. 1636년 이후의 로저 윌리엄스의 정교분리의 사상은 이와 같이 1791년 수정 헌법 1조에 의해서 실현되게 된 것이다. 그러나 정교분리에 따른 국교부인의 원칙 또는 ‘국교설립금지’(Non-Establishment)의 원칙과 종교 활동 자유의 원칙은 그 이후 구체적인 사건에서 대법원을 구성하는 대법관과 법학자들에 의해서 다양한 스펙트럼의 원칙으로 발전되고 마침내 현실적이고 유연한 몇 개의 심사기준을 확립하게 된다.

칼뱅주의자 로저 윌리엄스의 사상과 실천은 이와 같이 아메리카 합중국의 헌법과 헌법해석을 둘러싼 관행 아래에서 현재까지 326년에 걸쳐서 살아 움직이고 있는 것이다.

■ 도움 받은 글

김철, “수정 제 1조에 관한 연구-조항성립사와 해석의 문제,” 『해체기의 비교제도론 / 가치와 제도』 (사간본) (서울: Myko International 1994).

맥닐, 존 T., 칼뱅주의 역사와 성격 (정 성구/양 낙홍 옮김) (서울: 크리스찬 다이제스트, 1994). 원제는 John T. McNeill, *The History and Character of Calvinism* (New York: Oxford University Press, 1954).

박영신, “칼뱅주의 해석의 오류지점,” 한국인문사회과학회 봄 학술모임, <칼뱅주의 논쟁: 인문사회과학에서> (배재학술센터/2009.5.30).

버만, 헤롤드 / 김 철, 「종교와 제도—문명과 역사적 법이론」(서울: 민영사, 1992).
호손, 나다니엘, 「朱紅글씨」(世界文學大全集 30) (이 정기 옮김) (서울: 금성사, 1993).

熊本信夫, 「アメリカにおける政教分離の原則」(札幌: 北海島大學圖書刊行會, 1972).

- Black, Henry Cambell, *Black's Law Dictionary* (St. Paul: West, 1983).
Brant, I. / James Madison, *The Nationalist* 전 5권 (Indianapolis: Bobbs-Merrill, 1941~1956).
Collier, Christopher/James Lincoln Collier, *Decision in Philadelphia—The Constitutional Convention of 1787* (New York: Random House, 1986).
Corwin, Edward S. (역음), *The Constitution of the U. S. A.* (Washington: Government Printing Office, 1956).
Gianella, “Religious Liberty, Non-establishment and Doctrinal development”, *Harvard Law Review*, 1968년.
Howe, Mark De Wolfe, *The Garden and the Wilderness—Religion and Government in American Constitutional History* (Chicago: University of Chicago, 1965).
———: *Cases on Church and States in the United States* (Cambridge: Harvard University Press, 1952).
Katz, Wilber G., *Religion and American Constitutions* (Evanston: Northwestern University Press, 1964).
Kauper, Paul G., *Religion and Constitution* (Baton Rouge: Louisiana State University, 1954).
Konvitz, Milton, “Separation of Church and State: The First Freedom”, *Law and Contemporary Problems*, 14권(1949년).
Kurland, Philip, *Religion and Law* (Chicago: University of Chicago Press, 1963).
Laurence, Tribe, *American Constitutional Law* (Mineola: Foundation Press, 1978).
Lokart, William B. /Yale Kamisar/Jesse H. Choper, *Constitution Law* (St. Paul: West Publishing Company, 1975).
Menendez, Albert J., “No Religious Test: Mr. Pinkney’s Forgotten Freedom,” *Church & State*, 40권 3호(1987년 3월).
Morgan, Edmund S., *Roger Williams—The Church and the State* (New York: W. W. Norton, 1967).
O’Neil, J. M., *Religion and Education under the Constitution* (New York: Harper & Bros, 1949)
Pfeffer, Leo, “Church and State: Something less than Separation,” *University of Chicago Law Review*, 19권(1951년).
Stokes, Anson Phelps, *Church and States in the United States* 전 3권 (New York: Harper & Brothers, 1950).

< 관련판례 >

- Abington School District v. Schempp, 374 U. S. 203(1963).
Everson v. Board of Education, 330 U. S. 1, 18(1947)
McCullum v. Board of Education, 333 U.S. 203(1948).

A History of Calvinism & American Constitution

Chull Kim

Professor, College of Law, Sookmyung Women's University

First, This paper begins with the historical development of Calvinism in colonial Massachusetts in 1628-1630. Among early settlers from Cambridge, England, Roger Williams insisted on separation between Church and State in the overall atmosphere of fusion of church and state. Roger Williams was ousted to build up a new shelter for people who had suffered from “freedom of religion and right of conscience” in Rode Island in 1636.

Later, Roger Williams' freedom of religion and separation doctrine lead to 1st Amendment to U. S. Constitution in 1791.

This paper deals with the historical process of senate proposals & congress proposals leading to adoption of 1st Amendment Freedom of Religion Clause.

Then, various positions of interpretation matter. “Strict wall of

Separation between Church & State” by Thomas Jefferson, “No Preference” Doctrine of Neutrality doctrine by James Madison, “Separation but Distinction and Cooperation” doctrine by Leo XIII and Pius IX are discussed. Finally Voluntarism in the area of religion and separatism, between politics and religion are suggested to avoid non-entanglement by Lawrence Tribe & Paul Kauper. In McCullum Case, “No-aid theory” was adopted whereas what means no-aid is incorrect. In Abington Case, The Court adopted more realistic and flexible position toward Separation between Church and State.

Key Words Calvinism & law, Roger Williams, church and state, separation, freedom of religion, right of conscience, strict wall between church and state, non-establishment clause, free-exercise clause, religious voluntarism.