학교에서 히잡 착용을 금지하는 법에 대한 위헌결정[1)]

1. 사건개요

오스트리아의 학교수업법[2)]은 학교조직법에 규정된 공립학교 및 공인된 사립학교에 적용된다(동법 제1조 제1항). 청구인들은 2019년에 도입된 학교수업법 제43a조[3)]에 대해 위헌법률심판을 청구하였다.

취학 의무가 있는 제3청구인과 제6청구인은 초등학생이며 아직 10세가 되지 않았다. '아동의 종교교육에 관한 연방법률' 제5조에 따르면 아동이 14세가 되기 전까지는 아동의 종교교육에 관해 부모가 자유롭게 합의하여 결정할 수 있다.

제1청구인과 제2청구인은 오스트리아 국적의 부부이자 제3청구인의 부모이다. 제3청구인의 어머니인 제1청구인은 로만 가톨릭 신앙인이며 직업은 교사이다. 제3청구인의 아버지인 제2청구인은 오스트리아 이슬람 종교공동체에서 종교교사로 재직 중이다. 제3청구인은 부모의 동의하에 이슬람 수니파 종교교육을 받아 왔으며, 아버지의 나라의 관습에 따르고자 하는 동기에서 자발

---

1) 2020. 12. 11.자 사건번호 G4/2020-27.

2) 정식 명칭은 '학교조직법에 규정된 학교의 수업과 교육 규칙에 관한 연방법률' (Bundesgesetz über die Ordnung von Unterricht und Erziehung in den im Schulorganisationsgesetz geregelten Schulen, Schulunterrichtsgesetz - SchUG).

3) **[오스트리아 학교수업법 제43a조]**

(1) 모든 학생들이 가능한 한 최고의 발전과 계발을 할 수 있도록 10세의 연령에 다다르는 학년말까지는 머리를 가리는 것과 관련된 세계관적이거나 종교적인 특징을 갖는 의복을 착용하는 것이 금지된다. 이는 아동을 지역의 관습과 풍속에 따라 사회적으로 통합하고, 헌법상의 기본가치 및 연방헌법의 교육목표를 보장하며, 남성과 여성을 동등하게 대우하는 것에 기여한다.

(2) 제1항에 따른 금지를 위반하는 경우 학교장은 지체 없이 (해당 사실을) 관할 교육감에게 알려야 한다. 관할 교육감은 지체 없이 적어도 4 수업일 이내에 양육권자를 의무적인 담화에 초청해야 한다. 담화에서는 위반에 대한 이유를 상론한다. 위반이 계속되는 것을 방지하기 위해 양육권자에게 그의 책임에 관해 설명해야 한다. 이는 서면으로 확인되어야 하며 학교장에게 통지해야 한다.

(3) (상기의) 담화 이후에도 제1항에 따른 금지의 위반이 계속되는 경우나 의무적 담화 초청 요청에 양육권자가 재차 응하지 않는 경우에는 양육권자의 행정위반이므로 관할 행정청이 최고 440 유로 이내의 과료를 부과하거나 과료를 낼 수 없는 경우에는 2주 이내의 대체적 자유형을 통해 처벌한다.

적으로 머리 전체를 가리는 히잡[4]을 착용하고자 하는 의지를 표명하였다. 제1청구인과 제2청구인은 이를 금지하려 하지 않는다. 청구인들은 아동이 의복을 선택할 자유를 제한하는 것이 기본권에 기속되는 민주적 법치국가의 원칙에 합치되지 않는다고 여긴다. 하지만 이들은 교육 분야에서 종사하고 있으므로 학교수업법의 규정을 존중하며, '머리를 가리는 것'을 금지하는 규정도 존중한다. 그럼에도 불구하고 그들은 이러한 규정이 자유적 가치 및 자신의 딸을 이슬람 종교에 따라 양육하려는 결정과 합치되기 어렵다고 느낀다.

제4청구인과 제5청구인은 부부이며, 제6청구인의 부모이다. 오스트리아 국적자인 제4청구인은 제6청구인의 어머니이며 이슬람 시아파 신자이다. 제4청구인은 사립학교에서 교사로 재직하고 있다. 제6청구인의 아버지인 제5청구인은 유럽연합 영주권이 있는 이란 국적자이다. 제5청구인도 이슬람 시아파 신자이다. 오스트리아 국적자인 제6청구인은 부모의 동의하에 이슬람 시아파 종교교육을 받아왔다. 제6청구인은 의지가 강하며 여가 시간이나 학교에서 종종 머리 전체를 가리는 히잡을 착용하고 있다. 제4청구인과 제5청구인은 자신의 딸에게 히잡을 착용하라는 압력을 행사하지 않았고, 이를 착용하는 것은 제6청구인의 자발적 의지에서 비롯되었다. 제4청구인과 제5청구인은 히잡을 착용하는 것이 종교의 자유의 표현이라고 생각하므로 딸이 이를 착용하는 것을 금지하고 싶은 마음이 없다.

이슬람 교의에서는 여성들이 머리를 가리는 두건을 착용할 것을 명하고 있다. 시아파는 여자 아이가 음력에 따라 9세가 되면, 즉 8년 8개월 약 23일의 연령에 달하면 머리를 두건으로 가려야 한다고 설파하고 있다. 제6청구인은 시아파 교리에 따라 양육되었으며 2020년 7월 23일이면 음력에 따라 9세가 된다.

4) 이슬람의 여성들이 머리와 목 등을 가리기 위해 착용하는 두건의 일종.

부모인 청구인들은 문제된 학교수업법 제43a조에 따른 머리를 가리는 복장 금지가 한편으로 자신들의 교리에 위배되고, 다른 한편으로 관용과 세상에 대한 개방성을 가르치려는 노력에도 위배된다고 주장한다. 문제된 조항의 규범적 내용이 청구인들에게 양심의 갈등을 초래하며, 자신들의 양육 방침에 어긋난다는 것이다.

2. 결정주문

(1) 학교수업법 제43a조는 위헌이므로 폐지한다.
(2) 이전의 법조문은 다시 효력을 갖지 않는다.
(3) 폐지된 조항은 더 이상 적용하지 않는다.
(4) 연방 총리는 이 판결문을 연방 법률관보 Ⅰ에 지체 없이 게재할 의무를 갖는다.

3. 결정이유

(1) 헌법재판소는 학교수업법 제43a조의 금지 규정에 관해 판단함에 있어서 다음과 같은 입장을 바탕으로 하였다.

1) 학교수업법 제43a조 제1항 제1문에 따라 학생들은 10세가 되는 학년말까지 머리를 가리는 것과 관련된 세계관적이거나 종교적인 특징을 갖는 의복을 착용하는 것이 금지된다. 이러한 금지를 어길 시에는 학교수업법 제43a조 제2항에 따라 양육권자가 관할 교육감과의 의무적 담화에 초청되며, 담화에서는 양육권자에게 그러한 금지와 이를 준수해야 할 책임에 대해 설명해

야 한다. 이러한 담화 이후에도 금지를 어길 시에는 학교수업법 제43a조 제3항에 따라 양육권자가 최고 440유로 이내의 과료를 부담하거나 과료를 부담하기 어려운 경우에는 최고 2주 이내의 대체적 자유형을 통해 처벌된다.

이러한 금지 규정의 목적은 수업금지법 제43a조 제1항 제2문에 따르면 아동을 지역의 관습과 풍속에 따라 사회적으로 통합하고, 헌법상의 기본가치 및 연방헌법의 교육목표를 보장하며, 남성과 여성을 동등하게 대우하는 것에 기여하는 것이다.

2) 학교수업법 제43a조 제1항 제1문은 다양한 방식의 해석이 가능하도록 규정되었다. 해당 조항에 따른 금지는 명시적으로 이슬람의 두건을 착용하는 것을 금지하지 않는다. 그렇지만 해당 조항의 입법자료를 살펴보면 제한적인 해석이 필요함이 드러난다. 국민의회의 수업위원회(Unterrichtsausschuss des Nationalrates)는 이에 대하여 다음과 같이 명시적으로 확인하였다(AB 612 BlgNR 26. GP, 3). "학교수업법 제43a조 제1항상의 머리를 가리는 것과 관련된 세계관적이거나 종교적인 특징을 갖는 의복은 머리 전체나 대부분을 가리는 모든 형태의 의복으로 이해된다. 따라서 예를 들어 유대교의 키파(Kippa)[5]나 해당 연령대의 시크교도들이 착용하는 파트카(Patka)[6]는 이 규정에 해당하지 않는다."

이를 통해 입법자가 학교수업법 제43a조 제1항 제1문의 규정을 통해 구체적으로 이슬람의 두건을 금지하려 했다는 의도가 명백해진다. 이에 따라 헌법재판소는 '머리를 가리는 것' 이라는 구성요건을 이슬람 전통에 따른 가림형태, 특히 히잡으로 제한하여 해석한다.

---

5) 키파는 유대인 남성들이 쓰는 작고 테두리 없는 원형의 모자로 머리 뒷부분을 가리는 방식으로 착용한다.
6) 파트카는 성인 남성들이 쓰는 터번의 약식 형태로서 사각형의 천으로 머리를 감싸서 착용한다.

3) 학교수업법의 규정은 동법 제1조 제1항에 따라 학교조직법에 규정된 공립학교 및 공인된 사립학교에 적용된다. 이러한 이해에 따르면 학교수업법 제43a조 제1항 제1문은 공립학교나 공인된 사립학교에 재학중인 10세 미만의 여학생이 자신의 머리를 이슬람 전통에 따라 두건으로 가리는 것을 금지한다.

(2) 청구인들은 학교수업법 제43a조의 규정이 사상과 양심 및 종교의 자유를 보장하는 유럽인권협약 제9조, 국가기본법 제14조, 생제르맹 조약 제63조 제2항과 평등의 원칙을 규정한 연방헌법 제7조와 국가기본법 제2조, 표현의 자유를 보장하는 유럽인권협약 제10조 및 법치국가의 원리를 규정한 연방헌법 제18조에 위배될 수 있다는 의문을 제기하였다.

헌법재판소는 결과적으로 학교수업법 제43a조에 대한 청구인들의 의문에 동의한다.

1) 평등의 원칙은 입법자에게 부적절하거나 사실적인 차이를 통해 정당화될 수 없는 차별 및 서로 다른 것들을 부적절하게 동등하게 취급하는 것을 금지함으로써(VfSlg. 17.315/2004, 17.500/2005 참조), 그리고 객관적으로 정당화될 수 없는 규정을 제정하는 것을 금지함으로써(VfSlg. 14.039/1995, 16.407/2001 참조) 내용적인 한계를 부여한다. 이러한 한계 내에서 입법자가 적절하다고 여기는 방식에 따라 정책적인 목적의식을 추구하는 것은 헌법상 평등원칙에 따라 금지되지 않는다(VfSlg. 16.176/2001, 16.504/2002).

2) 유럽인권협약 제9조 제1항에 따르면 모든 사람은 사상, 양심 및 종교의 자유에 대한 권리를 갖는다. 이 권리는 개인이 개종하거나 세계관을 변경할 자유 또는 자신의 종교나 세계관을 개별적으로 또는 공동체 내에서 다른 이들과 함께 공개적으로 또는 사적으로 예배, 수업, 기도 및 종교적 관습을 행

사하는 것을 지킬 자유를 포함한다. 유럽인권협약 제9조 제1항은 종교적이거나 세계관적 신념으로부터 비롯된 모든 행위 또는 행동양식을 보호한다(VfSlg. 15.394/1998). 그러한 신념은 어느 정도의 기속성과 진지함, 결단성 및 중요성을 지녀야 한다.[7]

3) 연방헌법 제7조와 국가기본법 제2조에 명문화된 평등원칙은 유럽인권협약 제9조 제1항 및 국가기본법 제14조 제2항과 연계하여 국가의 종교와 세계관에 대한 중립의무의 근거가 된다.

학교제도를 형성함에 있어서 입법자는 이러한 종교 및 세계관적 중립의무에 부합하도록 다양한 종교와 세계관적 신념을 평등원칙에 따라 동등하게 대우해야 한다. 연방헌법 제14조 제5a항에 규정된 헌법상 교육과제에서는 이를 '학교는 다른 사람의 종교적이고 세계관적인 생각에 대해 열린 마음을 가질 수 있는 능력을 전달해 주어야 한다.'고 구체화하고 있다. 이처럼 학교는 개방성과 관용이라는 기본가치에 기반을 두고 있다.

이러한 헌법적 기준의 보장은 학교의 영역에서 유럽인권협약 제9조를 통해 보장되는 학생들의 권리 및 그들의 양육권자의 권리를 제한하는 것을 정당화할 수 있다. 그러한 제한은 비례의 원칙에 부합하고 객관적으로 형성되어야 한다. 이에 따라 특정 종교나 세계관적 신념을 선택적으로 골라내어 특권을 부여하거나 불이익을 부과하는 규정은 종교 및 세계관적 중립의무의 관점에서 특별한 객관적인 정당화를 요구한다.

4) 유럽인권재판소의 판례에 따르면 학교수업법 제43a조에서 규정하고 있는 '학교에서 머리를 이슬람 전통에 따라 가리는 것에 대한 금지'는 학생

7) 유럽인권재판소 1976. 12. 7. Fall *Kjeldsen ua.* Appl. 5095/71 ua. [Z 54]; 1982. 2. 25., Fall *Campbell u. Cosans*, Appl. 7511/76 [Z 36 f.]; 1993. 5. 25., Fall *Kokkinakis*, Appl. 14.307/88 [Z 31]; 1996. 12. 18., Fall *Valsamis*, Appl. 21.787/93 [Z 27, 31].

및 그들의 양육권자의 유럽인권협약 제9조를 통해 헌법상 보장되는 법적 영역에 대한 제한에 해당한다.[8] 이슬람교 내에서 이슬람 여성이 몸을 덮어 가려야 하는 의무에 대해 다양한 의견이 존재하는 것, 가령 몇 살부터 두건을 써야 하는지에 대해 의견이 갈리는 상황은 연방정부의 설명과 달리 이러한 판단에 있어서 중요하지는 않다. 종교 또는 세계관을 동기로 하는 행위나 행동양식이 유럽인권협약 제9조의 보호범위에 포함되는지를 판단하는 경우에 특정 종교단체나 세계관적 공동체 내부에서 다양한 의견이 존재한다는 점은 문제되지 않는다(VfSlg. 15.394/1998).

학교수업법 제43a조는 이슬람의 전통에 따라 특히 이슬람의 두건으로 머리를 가리는 것을 금지함을 목적으로 하고 있다. 이 규정을 통해 입법자는 특정한 형태의 종교적 또는 세계관적인 의미를 담고 있는 복장을 선택적으로 금지하고 있는 것이다.

(3) 이러한 선택적 금지규정은 특수한 객관적 정당화를 요한다.

1) 학교수업법 제43a조 제1항 제2문에 따르면 해당 금지는 '아동을 지역의 관습과 풍속에 따라 사회적으로 통합하고, 헌법상의 기본가치 및 연방헌법의 교육목표를 보장하며, 남성과 여성을 동등하게 대우하는 것에 기여' 한다고 한다. 학교수업법 제43a조의 입법자료에 따르면 몇몇 이슬람 교파나 전통의 추종자들에게 있어서 머리를 가리는 것이 성적으로 성숙함을 나타내기 위해 행해진 관습이라고 한다. 육체적인 성숙 상태를 누구나 알 수 있도록 공개적으로 드러내는 관습이라는 것이다. 학교수업법 제43a조의 규정은 이러한 배경하에서 성별에 따른 분리를 방지하고자 제정되었다고 한다(ⅠA 495/A 26. GP, 2). 초등학교에서 이슬람 두건을 착용함으로써 여학생들이 너

8) 유럽인권재판소 2008. 12. 4., Fall *Dogru*, Appl. 27.058/05 [Z 48]; 2017. 1. 10., Fall *Osmanoğlu und Kocabaş*, Appl. 29.086/12 [Z 90], 1976. 12. 7., Fall *Kjeldsen ua*. Appl. 5095/71 ua. [Z 51, 54]; 1996. 12. 18., Fall *Valsamis*, Appl. 21.787/93 [Z 27, 31].

무 일찍 성적 대상화되고, 의도치 않게 성별에 따른 분리를 유발할 수 있어서 교육의 목적인 성공적인 사회 통합 및 성별 간의 동등한 대우에 위배되므로 연방정부는 해당 규정을 통해 이를 방지하려 했다고 한다.

2) 의도치 않은 성별에 따른 분리에 대해 작용하여 교육의 목적인 사회 통합 및 성별 간의 동등한 대우에 기여하는 규정은 헌법상 일반적으로(연방헌법 제7조 제2항) 교육상 특수하게(연방헌법 제14조 제5a항) 규정된 목표를 추구한다. 그러나 이러한 규정은 비례의 원칙에 부합하고 객관적이어야 하며, 특히 학교의 다른 기본가치와 부합하도록 형성되어야 한다.

먼저 이슬람의 두건을 착용하는 것이 다양한 이유에서 행해진다는 점이 중요하다. 두건을 착용함으로써 단순히 이슬람에 속한다는 것을 표현하거나 이슬람의 종교적 가치에 따라 살아간다는 점을 표현할 수 있다. 또한 두건의 착용은 이슬람 문화에의 소속을 표시하거나 자신이 유래한 사회의 전통을 지킨다는 의미로 해석할 수도 있다. 따라서 이슬람의 두건에는 일률적이고 명백한 의미가 부여되지 않는다. 헌법재판소는 종교 및 세계관의 자유와 관련된 문제에 있어서 종교 또는 세계관의 상징을 여러 의미로 해석할 수 있는 경우에 특정한 의미를 택하여 이를 국가의 교육기관에서 허용할 수 있는지 여부를 판단하는 판단의 근거로 삼을 수 없다(VfSlg. 19.349/2011).

3) 학교수업법 제43a조의 선택적 금지규정은 입법자가 서술한 목적을 원천적으로 달성할 수 없다. 도리어 그러한 선택적 금지는 무슬림 여학생들이 교육을 받을 기회를 저해하거나 이들을 사회적으로 배제되게 하여 해당 학생들의 통합에 부정적으로 작용하며 차별을 야기할 수 있다. 해당 조항을 통해 이슬람의 유래와 전통이 배제된다. 단 하나의 종교 또는 세계관에 근거하여 이슬람의 두건만을 떼어내어 금지하는 것은 특정한 집단의 사람을 낙인찍는 일이다.

또한 학교의무법(Schulpflichtgesetz) 제11조 제1항과 제2항에 따라 학생들이 일반적인 취학의무를 홈스쿨링이나 공인되지 않은 사립학교의 수업을 통해 대체할 수 있다는 점을 상기해야 한다. 문제된 학교수업법 제43a조는 공립학교와 공인된 사립학교에만 적용 가능하다. 따라서 금지를 피하기 위해 학생이 해당 규정이 적용되지 않는 사립학교로 전학하거나 가정에서 교육을 받을 가능성이 있다. 학교수업법 제43a조에 따른 금지는 이러한 이유에서도 사회적 배제를 초래할 수 있으며, 해당 학생들이 연방헌법 제14조 제5a항에 따른 헌법적 교육가치에 접근하는 기회를 막을 수 있다.

(4) 입법자료에 따르면 해당 금지규정은 개인적인 이유에서 머리를 가리지 않는 무슬림 여학생들을 보호하고 이를 통해 종교의 자유에 대한 자유로운 결정을 보장하기 위해서도 필요하다고 하였다(ⅠA 495/A 26. GP, 2). 연방정부는 해당 규정이 학교 내에서 머리를 가려야 한다는 동료 학생들의 사회적 압박으로부터 여학생들을 보호하기 위해서 필요하다고 하였다.

1) 헌법재판소는 학교 내에서 세계관적 또는 종교적인 이유로 갈등 상황이 일어날 수 있다는 점을 간과하지 않는다. 하지만 이러한 상황이 학교수업법 제43a조의 선택적 금지를 정당화하지는 않는다. 그러한 갈등상황을 해결하기 위해 해당 학생에게 압력을 행사하는 사람이 아니라 학교의 평화를 직접 방해하지 않는 학생에게 학교수업법 제43a조의 금지가 적용되기 때문이다.

2) 중립의무와 헌법상 교육의 과제를 준수하면서 갈등을 해결하기 위해 적합한 수단을 마련하고 그에 필요한 자원을 제공하는 것은 입법자의 의무이다. 학교수업법 제43a조에 따른 선택적 금지는 무슬림 여학생에게만 해당되며 이를 통해 차별적인 방식으로 그들을 다른 학생들로부터 배제한다. 국가의 종교 및 세계관에 대한 중립의무는 원칙적으로 개인의 법적 영역에 대한 제한을 정당화할 수 있다. 그렇지만 특정한 종교나 세계관 및 이들의 특수한

표현으로서의 의복 양식을 금지하는 것은 중립의무에 합치되지 않는다. 따라서 특정한 집단의 여학생에게만 적용되는 선택적인 규정은 그 규정목적에 위배되며 객관성이 결여되어 있다. 학교수업법 제43a조는 연방헌법 제7조와 국가기본법 제2조와 연계한 유럽인권협약 제9조 제1항 및 국가기본법 제14조 제2항에 위배된다.

4. 결정의 의의

오스트리아 헌법재판소의 히잡 착용 금지법에 대한 결정은 2015년 독일 연방헌법재판소의 '무슬림 여교사의 머리스카프 금지에 대한 위헌 결정'[9]과 비교하여 살펴볼 수 있다. 두 결정 모두 학교에서의 두건 착용 금지를 다루고 있지만, 독일의 경우는 국가의 중립성에 기속되는 교사의 업무 중 모자 또는 머리스카프 착용이 문제되었고, 오스트리아의 경우는 이러한 중립의무에 기속되지 않는 학생과 그 부모의 권리가 문제되었다는 점에서 차이가 있다.

9) 자세한 내용은 헌법재판연구원, 무슬림 여교사의 머리스카프 금지에 대한 재판소원, 세계헌법재판동향 2015 제4호, 17-25쪽 참고.