

변론기일

재판부 특별2부 주심 카

사 건 2012추15 제정조례안의결 무효확인청구
원 고 교육과학기술부장관
피 고 서울특별시의회
피고 참가인 서울특별시교육감

부분영수
2012. 3. .
인

준 비 서 면



2012. 3. .

원고 소송대리인 정부법무공단



대법원 특별2부 귀중



정부법무공단
Korean Government Legal Service

137-882 서울특별시 서초구 서초동 1685-4 서초 한샘빌딩 3~7층
Tel 02-2182-0000 Fax 02-2182-0007 www.kgls.or.kr

준 비 서 면

사 건 2012추15 제정조례안의결 무효확인청구
원 고 교육과학기술부장관
피 고 서울특별시의회
피고 참가인 서울특별시교육감

위 사건에 관하여 원고 소송대리인은 아래와 같이 변론을 준비합니다.

1. 제소요건에 관하여

가. 쌍방 주장의 요지

1) 원고 주장의 요지(재의요구 철회의 가부는 별론)

주위적으로, 원고는 이 사건 조례안이 확정되기 전(재의요구 철회요청에 대한 피고의 동의가 있기 전)까지는 지방교육자치에 관한 법률(이하 '교육자치법'이라 합니다) 제28조 제1항 후문에 따라 재의요구를 지시할 수 있다 할 것이므로 이 사건 조례안이 확정(2012. 1. 25.)되기 이전에 이루어진 원고의 재의요구지시(2012. 1. 20.)는 적법하게 기간을 준수하였다고 할 것이고, 피고 참가인(이하 '참가인'이라 합니다)이 재의요구 철회요청 즉시 재의요구지시를 받았음에도 이 사건 조례안을 공포한 것은 원고의 재의요구지시에 불응한 셈이므로 이는 결국 지방자치법 제172조 제7항의 '재의요구지시를 받은 지방자치단체의 장이 재의를 요구하지 아니하는 경우'에 준하는 경우로



볼 수 있다 할 것인데, 이 경우의 제소기간은 같은 항에서 주무부장관의 독자적인 제소기간을 지방자치단체장의 재의요구기간 경과일부터 7일로 규정한 취지에 비추어 참가인에 의한 재의요구 철회의 효력발생(피고 동의)을 안 날부터 7일 이내로 봄이 상당하므로, 재의요구 철회의 효력발생(2012. 1. 25.)을 안 날로부터 7일 이내에 제기된 이 사건 소(2012. 1. 27.)의 제소기간은 적법하게 준수되었습니다.

예비적으로, 가사 재의요구 철회요청만으로 그 철회의 효력이 발생한다고 하더라도, 참가인이 재의요구를 철회한 것은 그 철회의 효력에 의하여 재의요구를 하지 아니한 셈이고, 철회요청 이후 행하여진 원고의 재의요구지시도 효력이 없는 셈이므로, 이는 결국 지방자치법 제172조 제7항의 괄호부분(법령에 위반되는 지방의회의 의결사항이 조례안인 경우로서 재의요구지시를 받기 전에 그 조례안을 공포한 경우)에 준하는 경우로 볼 수 있다 할 것인데, 이 경우의 제소기간은 주위적 주장과 마찬가지로 참가인에 의한 재의요구 철회의 효력발생을 안 날부터 7일 이내로 봄이 상당하므로, 재의요구 철회의 효력발생(2012. 1. 20.)을 안 날로부터 7일 이내에 제기된 이 사건 소(2012. 1. 27.)의 제소기간은 적법하게 준수되었습니다.

2) 참가인 주장의 요지

한편, 참가인은, 이 사건 조례안이 이송된 후 20일 동안(2011. 12. 20. ~ 2012. 1. 9.) 원고가 지방자치법 제172조 제1항에서 정한 ‘재의요구지시’를 한 자체가 없을 뿐만 아니라 보도자료를 통하여 “재심의 권고를 검토한 바 없다”는 입장을 밝히기까지 하였는데, 재의요구 기간이 경과한 2012. 1. 20.자 참가인의 재의요구 철회를 이유로 갑자기 ‘재의요구 요청’을 하고 이 사건 소를 제기한 것은 같은 조 제7항에서 정한 제소요건을 갖추지 못한 것으로 부적법하다고 주장하나, 아래에서 보는 바와 같이 부당합니다.



나. 이 사건 조례안에 대한 재의요구 철회, 재의요구지시 및 공포의 경위

피고는 2011. 12. 19. 이 사건 조례안을 의결하였고, 참가인(부교육감)은 2011. 12. 20. 이 사건 조례안을 이송받은 다음 2012. 1. 9. 피고에게 교육자치법 제28조 제1항 전문에 의한 재의를 요구하였습니다.

그런데 참가인(교육감)이 이송받은 날부터 20일이 훨씬 지난 2012. 1. 20.경 재의요구를 철회하겠다는 의사를 대외적으로 표명하였고, 원고는 그 소식을 접한 즉시 재의요구지시절차를 진행하였지만, 결국 참가인이 먼저 의안번호 506호로 상정된 재의요구안의 철회를 요청(같은 날 16:45경)하였고(갑 제4호증의 1, 2 참조), 원고는 그보다 약 17분 정도 늦게 재의요구를 지시(같은 날 15:02경)하였으며(갑 제3, 5호증 참조), 피고는 2012. 1. 25. 참가인에게 재의요구안이 철회되었음을 통지하였습니다(갑 제6호증의 1 참조).

다. 주위적으로, 원고는 재의요구 철회의 효력이 발생하기 이전에 재의요구를 지시하였으므로 적법하게 재의요구지시 기간을 준수하였음.

1) 재의요구지시가 가능한 기간

재의요구지시가 가능한 기간에 대하여 교육자치법에 명시적으로 규정하지는 않았지만, 아래와 같은 사정을 종합하면 ‘의결이 확정되어 효력이 발생하기 전까지’로 봄이 상당합니다.

① 원고의 재의요구지시는 교육자치법 제28조 제1항 후문에 근거를 두고 있는 바, 현행 지방자치법 제172조 제1항은 지방자치단체장이 감독청의 재의요구지시를 받



은 경우 20일 이내에 재의를 요구하여야 한다고 규정하고 있는 것과 달리 교육자치법 제28조 제1항 후문은 아래 표와 같이 구 지방자치법(2005. 1. 27. 법률 제7362호로 개정되기 전의 것) 제159조 제1항과 동일한 점,

◎ **현행 교육자치법 제28조 제1항**

“교육감은 제11조 제2항의 규정에 따른 교육위원회의 의결 또는 교육·학예에 관한 시·도의회 의결이 법령에 위반되거나 공익을 현저히 저해한다고 판단될 때에는 그 의결사항을 이송받은 날부터 20일 이내에 이유를 붙여 재의를 요구¹⁾할 수 있다. 교육감이 교육과학기술부장관으로부터 재의요구를 하도록 요청받은 경우에는 교육위원회 또는 시·도의회에 재의를 요구²⁾하여야 한다.”

◎ **구 지방자치법(2005. 1. 27. 법률 제7362호로 개정되기 전의 것)**

• 제98조 제1항

“지방자치단체의 장은 지방의회의 의결이 월권 또는 법령에 위반되거나 공익을 현저히 해한다고 인정되는 때에는 그 의결사항을 이송받은 날부터 20일 이내에 이유를 붙여 재의를 요구할 수 있다.”

• 제159조 제1항

“지방의회의 의결이 법령에 위반되거나 공익을 현저히 해한다고 판단될 때에는 시·도에 대하여는 행정자치부장관이, 시·군 및 자치구에 대하여는 시·도지사가 재의를 요구하게 할 수 있고, 재의의 요구를 받은 지방자치단체의 장은 지방의회에 이유를 붙여 재의를 요구하여야 한다.”

◎ **현행 지방자치법**

• 제107조 제1항

“지방자치단체의 장은 지방의회의 의결이 월권이거나 법령에 위반되거나 공익을 현저히 해친다고 인정되면 그 의결사항을 이송받은 날부터 20일 이내에 이유를 붙여 재의를 요구할 수 있다.”

• 제172조 제1항

“지방의회의 의결이 법령에 위반되거나 공익을 현저히 해한다고 판단될 때에는 시·도에 대하여는 주무부장관이, 시·군 및 자치구에 대하여는 시·도지사가 재의를 요구하게 할 수 있고, 재의의 요구를 받은 지방자치단체의 장은 의결사항을 이송받은 날부터 20일 이내에 지방의회에 이유를 붙여 재의를 요구하여야 한다.”

- 1) 이하 교육자치법 제28조 제1항 전문, 지방자치법 제107조 제1항에 의한 재의요구를 '자율적 재의요구'라 합니다.
- 2) 이하 교육자치법 제28조 제1항 후문, 지방자치법 제172조 제1항에 의한 재의요구를 '타율적 재의요구'라 합니다.



② 구 지방자치법 제159조 제1항에 의한 지방자치단체장의 재의요구기간에 관하여 대법원은 ‘의결이 재의요구를 할 수 없는 상태로 확정될 때까지’로 판시하였는바(대법원 1992. 6. 23. 선고 92추17 판결³⁾ 참조), 위 판례의 취지에 따르면 원고의 재의요구지시 기간은 참가인에 의한 재의요구기간 이내(즉, 의결이 재의요구를 할 수 없는 상태로 확정될 때까지)로 제한되는 점,

③ 교육자치법 제28조 제1항 후문, 지방자치법 제172조 제1항의 재의요구지시는 지방의회에 대한 국가기관의 통제이자 지방자치단체장의 재의요구에 대한 감독의 성질을 가지므로, 지방자치단체장에 의한 자율적 재의요구에 대하여 ‘보충적’인 것인 점⁴⁾,

④ 가령 지방자치단체장에 의한 자율적 재의요구 사유(A)와 감독청이 재의요구를 지시할 사유(A)가 동일한 경우, 감독청은 지방자치단체장의 기습적인 재의요구 철회라는 비정상적인 사정에 대비하기 위하여 재차 재의요구할 것을 지시하여야 한다고 해석하는 것은 재의요구지시의 감독적·보충적 성질에 반할 뿐만 아니라 무용한 절차의 반복으로 인한 행정낭비, 감독청과 지방자치단체장 사이의 협동관계·신뢰관계가 훼손될 우려가 있는 점(이 사건의 경우에도 참가인의 재의요구 사유와 원고의 재의요구지시 사유가 동일하고, 참가인의 기습적인 재의요구 철회를 예상할 수 없었기 때문에 원고는 재의요구를 지시하지 않았던 것입니다),

⑤ 반면에 지방자치단체장에 의한 자율적 재의요구 사유(A)와 감독청이 재의요

3) 『 구 지방자치법 제19조 제3항, 제98조 제1항, 제99조 제1항의 규정에 의한 재의요구와 같은 법 제159조 제1항의 규정에 의한 재의요구는 그 요건과 대상 등을 달리 규정하고 있어 서로 별개의 것으로 보아야 할 것이므로 같은 법 제159조 제1항의 규정에 의한 재의요구에 대하여는 다른 조항에 규정된 재의요구기간을 적용하거나 준용할 수는 없다 할 것이나 같은 법 제159조 제3항이 대법원에 제소하였을 때에는 의결의 효력이 정지된다고 규정하고 있음에 비추어 같은 조 제1항에 의한 재의요구는 언제라도 할 수 있는 것이 아니라 의결이 재의요구를 할 수 없는 상태로 확정될 때까지로 제한된다고 할 것이다.』

4) 박균성, 행정법강의 제9판(전면보정) 제1052면 참조

구를 지시할 사유(B)가 서로 다른 경우, 조례안재의결 무효확인소송의 심판대상이 재의요구 당시 이의사항 및 재의결 당시 심의대상에 국한됨에 비추어 감독청이 지방자치단체장에게 이의사유를 추가(B)하여 재의요구를 지시하는 것은 감독적·보충적 성질에 반하지 않는 점,

⑥ 지방자치법 제172조 제1항 후단에서 지방자치단체장에게 의결사항을 이송받은 날부터 20일 이내에 재의를 요구하여야 한다고 규정한 것은, 의결사항(특히 조례안)이 확정되는 것을 방지하기 위한 것이므로, 비록 이송받은 날부터 20일이 경과하였다고 하더라도 그 의결사항이 확정되지 아니한 경우에는 ‘이송받은 날부터 20일 이내’라는 제한을 적용할 필요가 없는 점,

⑦ 재의요구의 대상은 효력이 확정되지 아니한 ‘의결사항’에 국한되는 점,

⑧ 교육감이 자율적 재의요구를 한 결과 재의결이 확정된 경우 그 재의결된 사항에 대해서도 감독청이 재차 재의요구지시를 할 수 있다고 해석한다면, 확정된 의결사항에 대하여 기간의 제한이 없이 언제라도 재의를 허용하는 결과가 되어 그 의결사항을 기초로 하여 형성된 법률관계의 법적 안정성을 해함은 물론 지방의회의 의결권을 지나치게 제한할 우려가 있는 점 등을 종합해 보면,

원고(감독청)는 피고가 재의결할 때까지 또는 의결이 확정되어 효력을 발생할 때까지⁵⁾ 참가인에게 재의요구를 지시할 수 있다고 보아야 할 것입니다.

위와 같이 해석하더라도, 재의결권은 여전히 지방의회에 보장되고 있는 점, 국가의 의사와 지방자치단체의 의사는 조화를 이루어야 하는 점, 법적 안정성을 해하지 않는 점 등에 비추어 보면 지방자치제의 핵심영역에 대한 침해는 아니라 할 것입니다.

5) 홍정선, 신지방자치법 제642면 ; 박균성, 행정법강의 제1053면 참조

2) 재의요구의 철회가 가능하다고 볼 경우에 있어 재의요구지시의 기간

뒤에서 보는 바와 같이 교육감은 법령위반에 관한 재의요구를 임의로 철회할 수 없다고 할 것이지만, 아래에서는 그 철회가 가능함을 전제로 재의요구지시의 기간을 살펴보겠습니다.

지방자치단체장(교육감)이 의결사항을 이송받은 날부터 20일 이내에 자율적 재의요구를 하였다가 20일이 경과하여 그 재의요구를 철회한 경우, 재의요구 철회의 효력이 지방자치단체장의 철회요청만으로 발생한다고 해석하는 것은 ① 지방자치단체장의 재의요구와 그 철회를 통제할 수 있는 감독수단(재의요구지시권 및 직접 제소권)이 박탈·상실되는 점, ② 감독권의 존부가 피감독청인 지방자치단체장의 재의요구 철회시기라는 주관적이고 우연한 사정에 좌우되는 주객이 전도되는 점, ③ 지방의회로 환부된 의결사항에 대하여 지방의회가 스스로 번복할 기회를 상실하는 점 등의 문제가 있습니다.

오히려 지방자치법 제71조6)에 따라 제정된 서울특별시의회 회의규칙 제25조 제2항에서 “시장이 본회의 또는 위원회에서 의제가 된 시장이 제출한 의안을 수정 또는 철회할 경우에는 본회의 또는 위원회의 동의를 받아야 한다.”고 규정하고 있는 점, 재의요구지시권 및 직접 제소권의 목적·취지 등에 비추어 보면, 참가인이 재의요구를 철회(요청)한 사실만으로는 철회의 효력이 발생하지 않고 피고의 동의를 얻은 경우에만 비로소 그 철회의 효력이 발생한다고 봄이 상당하므로, 이 사건 조례안은 참가인의 재의요구 철회요청 후 피고의 동의를 얻은 날 그 철회의 효력으로 인하여 조례로서 확정된다고 할 것입니다.

6) 제71조(회의규칙) 지방의회는 회의의 운영에 관하여 이 법에서 정한 것 외에 필요한 사항은 회의규칙으로 정한다.

따라서 참가인이 의결사항을 이송받은 날부터 20일이 지난 후에 재의요구의 철회를 요청한 경우에도, 원고는 그 철회요청 후 피고의 동의를 얻을 때까지 재의요구 지시를 할 수 있다 할 것입니다.

3) 이 사건의 경우 - 재의요구지시 기간의 준수

앞서 본 바와 같이 원고는 2012. 1. 20.경 참가인(교육감)이 재의요구를 철회할 것이라는 소식을 접한 즉시 재의요구지시절차를 진행하였지만, 결국 참가인의 재의요구안(의안번호 506호) 철회요청(같은 날 16:45)보다 약 17분 정도 늦게 재의요구를 지시(같은 날 15:02)하였고, 피고는 2012. 1. 25. 참가인에게 재의요구안이 철회되었음을 통지⁷⁾하였습니다.

따라서 참가인이 재의요구 철회를 요청한 경우에도 원고는 이 사건 조례안이 확정되어 효력을 발생하기 전까지(즉, 피고의 동의를 얻을 때까지) 재의요구지시를 할 수 있는바, 원고는 이 사건 조례안이 확정되지 아니한(피고의 동의를 얻기 전) 2012. 1. 20. 이 사건 재의요구지시를 하였으므로, 교육자치법에서 정한 재의요구지시의 기간을 준수하였다고 할 것입니다.

라. 예비적으로, 가사 참가인의 재의요구 철회요청만으로 그 철회의 효력이 발생하는 경우

7) 한편 위 통지서(갑 제6호증의 1)에는 “재의요구안은 ... 2012. 1. 20.자로 철회되었음을 통지합니다.”라고, 서울특별시 학생인권 조례안 재의요구안(갑 제6호증의 2)의 ‘본회의 사항’란에는 “상정일 2012-01-20, 의결일 2012-01-20, 처리결과 철회”라고 각 기재되어 있는데, 2012년도 의회운영 연간일정(갑 제6호증의 3)에 의하면, 피고가 2012. 1. 20. 전후에 회기 중이 아니었음에 비추어 납득하기 어렵습니다.

가사 재의요구 철회요청만으로 그 철회의 효력이 발생한다고 하더라도, 참가인이 재의요구를 철회한 것은 그 철회의 효력에 의하여 재의요구를 하지 아니한 셈이고, 철회요청 이후 행하여진 원고의 재의요구지시마저 효력이 없는 셈입니다.

이는 결국 지방자치법 제172조 제7항 괄호부분(법령에 위반되는 지방의회의 의결사항이 조례안인 경우로서 재의요구지시를 받기 전에 그 조례안을 공포한 경우)에 준하는 경우로 볼 수 있다 할 것이므로, 원고는 대법원에 직접 제소할 수 있다 할 것입니다.

마. 제소기간을 준수하였는지 여부

1) 제소기간에 관한 규정

지방자치법 제172조 제7항에 의하면, 제1항에 따라 ① 지방의회의 의결이 법령에 위반된다고 판단되어 감독청으로부터 재의요구지시를 받은 지방자치단체의 장이 재의를 요구하지 아니하는 경우(② 법령에 위반되는 지방의회의 의결사항이 조례안인 경우로서 재의요구지시를 받기 전에 그 조례안을 공포한 경우를 포함한다)에는 감독청은 ③ 제1항에 따른 기간이 지난날부터 7일 이내에 대법원에 직접 제소 및 집행정지 결정을 신청할 수 있습니다.

2) 재의요구를 철회한 경우 제소기간의 기산일

지방자치법은 지방자치단체장이 재의요구 후 그 의결사항을 이송받은 날부터 20일이 경과하여 이를 철회한 경우에 있어서의 제소기간에 대하여 명시적으로 규정하고 있지는 않지만, 아래와 같은 사정을 종합하면 이러한 경우 원고는 참가인에 의한

재의요구 철회의 효력발생을 안 날부터 7일 이내에 제소할 수 있다고 봄이 상당합니다.

① 앞서 본 바와 같이 감독청은 의결이 확정되기 전까지는 재의요구지시를 할 수 있는바, 참가인이 재의요구 철회요청 즉시 재의요구지시를 받았음에도 이 사건 조례안을 공포한 것은 원고의 재의요구지시에 불응한 셈이므로 이는 결국 지방자치법 제 172조 제7항의 ‘재의요구지시를 받은 지방자치단체의 장이 재의를 요구하지 아니하는 경우’에 준하는 경우로 볼 수 있는 점,

② 가령 재의요구 철회요청일과 피고의 동의일 사이로서 원고가 재의요구를 지시하기도 전에 참가인이 이 사건 조례안을 공포하였다면, 이는 결국 지방자치법 제 172조 제7항의 ‘재의요구지시를 받기 전에 그 조례안을 공포한 경우’에 준하는 경우로 볼 수 있는 점,

③ 위 ①②의 경우 감독청의 독자적 제소기간은, 지방자치법 제172조 제7항에서 감독청의 제소기간을 지방자치단체장의 재의요구기간 경과일부터 7일로 규정한 취지에 비추어 참가인에 의한 재의요구 철회의 효력발생(피고의 동의)을 안 날로부터 7일 이내로 봄이 상당한 점(대법원 2002. 5. 31. 선고 2001추88 판결 참조),

④ 가사 재의요구 철회요청만으로 그 철회의 효력이 발생한다 하더라도, 감독청의 독자적 제소기간은 철회의 효력발생을 안 날로부터 7일 이내로 봄이 상당한 점 등을 종합해 보면,

원고는 참가인에 의한 재의요구 철회의 효력발생(피고의 동의 또는 참가인의 재의요구 철회요청)을 안 날부터 7일 이내에 대법원에 직접 제소할 수 있다고 할 것입니다.

3) 이 사건의 경우 - 제소기간 준수

이 사건의 경우 원고는 참가인이 이 사건 조례안에 관한 재의요구 철회를 요청한 날(2012. 1. 20.) 재의요구를 지시하였지만 참가인은 그 지시에 불응한 채 피고의 동의가 도달한 다음날(2012. 1. 26.) 이 사건 조례안을 공포하였는바, 철회의 효력이 발생한 날(2012. 1. 25. 또는 2012. 1. 20.)부터 7일 이내인 2012. 1. 27. 이 사건 소를 제기하였음은 역수상 분명하므로, 이 사건 소의 제소기간은 적법하게 준수되었다고 할 것입니다.

바. 각 해명자료의 취지

1) 2011. 12. 20.자 보도참고자료

원고는 이 사건 조례안이 의결된 다음날(2011. 12. 20.) “교육현장에서는 교육적 가치를 우선적으로 고려해 학생인권조례 부결을 촉구하고 있고, 서울 학생인권조례 제정으로 학생의 학습권 침해, 교사의 지도권 위축으로 학교에서 학생지도의 혼란을 가중시키며, 학부모와 교육현장의 우려가 많으므로 조례추진에 대해 재검토가 필요하다.”는 내용의 ‘보도참고자료(갑 제7호증)’를 발표하였습니다.

2) 2011. 12. 23.자 한겨레신문 기사

한겨레신문은 2011. 12. 23. ‘교과부, 서울학생인권조례 재심의 압박’이라는 제목으로 “교육과학부가 이 사건 조례안에 대하여 서울시교육청에 재의를 권고할 것으로 알려졌다.”는 내용의 기사를 보도하였습니다(갑 제8호증의 1 참조).



3) 2011. 12. 24.자 서울신문 및 중앙일보 기사

서울신문은 2011. 12. 24. ‘서울시 교육청, 학생인권조례 재의요구 방침’이라는 제목으로 “서울시교육청 관계자는 내부적으로 재의요구가 불가피한 것으로 보고 있으며, 교육과학기술부로부터 재의를 요구할 것이라는 언질을 받았다고 밝혔고, 교과부 관계자는 대부분의 교육단체와 일선 교사들이 교권 추락에 대한 우려를 표명하고 있는데다 법적 움직임도 있어 재의요구를 하는 것이 현실적이라고 판단하고 있다고 강조했다”는 내용의 기사를 보도하였고(갑 제8호증의 2 참조), 중앙일 보도 같은 날 ‘교권 없는 학생인권조례 결국 손본다’는 제목으로 “교과부 담당과장은 시교육청이 시의회에 재의를 요구하지 않는다면 우리가 검토할 수밖에 없다는 입장을 밝혔다”는 내용의 기사를 보도하였습니다(갑 제8호증의 3 참조).

4) 2011. 12. 23.자 및 그 다음날 해명자료

위 한겨레신문, 서울신문 및 중앙일보 각 기사에 대하여 원고는 2011. 12. 23. 및 그 다음날 위 보도참고자료의 내용을 언급하면서 “재심의 요청 여부는 서울시교육청이 다양한 의견 수렴 및 여건을 감안하여 자체 판단할 사항이며, 교과부는 이 사건 인권조례에 대한 재심의 권고를 검토한 바 없음”이라는 내용의 ‘해명자료’를 각 발표하였습니다(을나 제1호증의 1, 2 참조).

5) 위 각 해명자료의 취지

원고가 위 각 해명자료를 발표한 시기는 이 사건 조례안이 의결된 후 참가인에게 이송된 무렵이었는데, 그 당시는 권한대행인 부교육감이 자율적으로 재의요구 여부를 판단할 시간적 여유(이송받은 날부터 20일 이내)가 충분하였고, 원고의 공식 입



장도 서울시 교육청의 1차적인 판단을 기다린다는 입장이었습니다.

그런데 위 각 신문이 서울시 교육청의 판단과 무관하게 재의요구지시를 하는 것이 마치 원고의 공식 입장인 것처럼 보도함에 따라 위 각 해명자료를 통하여 그 당시까지는 원고의 공식입장이 아직 결정되지 않았다는 점을 밝힌 것입니다.

만일 해명자료 발표 이후 서울시 교육청이 재의요구를 하지 않겠다는 입장을 밝혔다면, 원고는 곧바로 재의요구지시에 대하여 검토하였을 것인데, 위 보도참고자료의 내용에 비추어 보면 원고는 참가인에게 재의요구지시를 하였을 것이라고 봄이 상당합니다.

따라서 참가인의 재의요구 철회(2012. 1. 20.) 즉시 원고가 재의요구지시를 한 것이 그보다 약 1달 전에 발표한 위 각 해명자료의 입장과 배치된다거나 갑자기 이를 번복한 것도 아닙니다.

2. 심판대상에 관하여

가. 조례안‘재의결’ 무효확인소송에서의 심판대상의 범위

조례안재의결 무효확인소송에서의 심판대상은 ① 지방의회에 재의를 요구할 당시 ‘이의사항’으로 지적되어 ② 재의결에서 ‘심의의 대상’이 된 것에 국한됩니다(대법원 2007. 12. 13. 선고 2006추52 판결 등 참조).

피고는 위 법리에 기초하여 재의결이 이루어진 경우의 조례안재의결 무효확인소



송(지방자치법 제172조 제4항)과 조례안의결 무효확인소송(같은 조 제7항)의 심판대상을 다르게 판단할 이유가 없으므로, 이 사건 심판대상은 원고가 재의요구요청(갑 제3호증)에서 이의를 제기한 사항(참가인의 이의사항과 동일함)으로 한정되어야 한다고 주장합니다.

나. 조례안‘의결’ 무효확인소송에서의 심판대상의 범위

위 2006추52판결에 의하면, 심판대상은 지방자치단체장이 재의요구 당시 이의사항으로 지적한 것으로서 지방의회가 재의결에서 심의의 대상으로 한 것을 말하는데, 이 사건의 경우 참가인의 재의요구 철회로 인하여 피고의 재의결 자체가 존재하지 않으므로, 위 판례를 그대로 원용하기에는 부적절합니다.

① 지방자치법 제172조 제7항의 직접 제소는 지방자치단체장(교육감)의 재의요구 불응에 대한 감독(통제)권의 성질을 가짐과 동시에 지방의회에 대한 국가기관의 통제권의 성질을 가지는 점,

② ‘재의요구지시를 받기 전에 조례안을 공포한 경우’에 대한 소송은 일종의 추상적 규범통제의 성격을 가지는 점,

③ 지방자치단체장이 재의요구지시에 불응하여 재의요구를 하지 않는 경우 감독청이 직접 지방의회에 재의를 요구하는 것은 허용되지 않으므로, 재의요구 당시의 이의사항과 재의결에서의 심의대상이란 존재할 수 없는 점,

④ 가사 참가인처럼 교육감이 재의요구를 임의로 철회할 수 있다는 입장을 취하더라도, 재의요구 철회의 효력이 발생한 후에는 결국 재의를 요구하지 아니한 셈이므로, 재의요구 당시의 이의사항이라는 것이 존재할 수 없는 점 등을 종합해 보면,

감독청은 지방자치법 제172조 제7항에 의한 소송에서 의결사항(조례안)의 전부 또는 일부가 법령에 위반된다는 점을 청구원인으로 주장할 수 있다고 봄이 상당합니다.

다. 소결

따라서 원고는 청구원인으로 이 사건 조례안의 전부 또는 일부가 법령에 위반된다는 점을 주장할 수 있다고 할 것이므로, 피고의 위 주장은 이유 없습니다.

3. 이 사건 조례안의 절차적 위법성(재의요구 철회의 위법성)

앞서 본 바와 같이 참가인은 교육감이 조례안에 대한 재의요구기간이 경과한 후에도 재의요구의 철회가 당연히 가능하다는 입장에서 제소요건 불비 또는 제소기간 도과를 주장하고 있는바, 아래에서 보는 바와 같이 교육감을 비롯한 지방자치단체장은 법령위반을 이유로 한 재의요구를 철회할 수 없다고 할 것입니다.

가. 지방의회 의결사항에 대한 재의요구권

1) 조례안에 대한 재의요구

교육자치법 제14조 제4항, 지방자치법 제26조 제3항에 의하면, 교육감은 이송 받은 '조례안'에 대하여 '이의'가 있으면 20일 이내에 이유를 붙여 지방의회로 환부하고, 재의를 요구할 수 있고, 이 경우 조례안의 일부에 대하여 또는 조례안을 수정하여 재의를 요구할 수 없습니다(재량사항).



2) 위법한 의결에 대한 재의요구

교육자치법 제28조 제1항 전문에 의하면, 교육감은 교육·학예에 관한 시·도의 회의 '의결'이 '법령에 위반되거나 공익을 현저히 저해'한다고 판단될 때에는 그 의결사항을 이송받은 날부터 20일 이내에 이유를 붙여 재의를 요구할 수 있습니다(법령위반의 경우 형식은 재량사항으로 규정되어 있으나 해석상 의무사항으로 보아야 할 것입니다).

3) 감독청의 요구에 따른 위법한 의결에 대한 재의요구

교육자치법 제28조 제1항 후문에 의하면, 교육감이 교육과학기술부장관으로부터 재의요구를 하도록 요청받은 경우에는 시·도의회에 재의를 요구하여야 합니다(의무사항).

나. 재의요구의 법적 성격

교육감(지방자치단체장)의 재의요구가 행정행위인지 논란이 있는바, ① 재의요구는 교육감과 지방의회 사이의 대등한 관계에서 이루어지는 지방자치단체 내부의 문제인 점, ② 지방의회의 의결은 지방의회 의원들의 의사형성·표결, 조례안의 이송, 확정, 공포 등의 조례제정절차의 일련의 과정 중 하나이고, 재의요구는 이송된 조례안의 확정을 일시 중단하는 잠정적인 효력을 가질 뿐인 점, ③ 재의요구가 있는 경우에도 지방의회가 특별정족수의 요건으로 재의결할 수 있으므로 지방의회에 대하여 직접적인 법적 효력을 미치지 못하는 점, ④ 재의요구는 단순히 가처분적인 것이어서 의결의 집행에 대한 제3자의 주관적인 권리는 존재하지 않아 제3자에게 어떠한 권한을 주거나 박탈하지 않는 점 등을 종합해 보면, 교육감의 재의요구는 '행정행위'가 아니라 동일한 행정주체(지방자치단체)의 구성부분으로서 대등한 행정기관 사이에서 일방 행정기관

(교육감)이 타방 행정기관(지방의회)의 권한행사를 견제 또는 통제하기 위한 내부적 감독작용'으로 봄이 상당합니다.

구체적으로는 교육자치법 제14조 제4항, 지방자치법 제26조 제3항에 의한 재의요구는 지방의회에 대한 견제수단으로, 교육자치법 제28조 제1항 전문, 지방자치법 제107조 제1항에 의한 재의요구는 지방의회에 대한 내부적 통제수단으로, 교육자치법 제28조 제1항 후문, 지방자치법 제172조 제1항에 의한 재의요구는 감독청(국가기관)의 감독권(외부적 통제수단)의 대행으로 볼 수 있습니다.

다. 자율적 재의요구의 철회가 가능한지 여부

교육감이 자율적 재의요구를 한 경우 이를 임의로 철회할 수 있는지 여부가 문제되는바, 아래에서 보는 바와 같이 철회할 수 없다고 봄이 상당합니다.

① 재의요구의 법적 성격은 내부적 감독작용이므로, 재의요구 철회의 가능 여부에 관한 문제는 행정행위의 철회(법적 근거 불요)의 관점이 아니라 교육감의 의무, 지방자치단체의 행정기관인 교육감과 지방의회 사이의 권한배분(상호 독립, 견제와 균형, 협력) 등의 관점에서 해결되어야 하는 점,

② 교육감이 조례안에 법령위반이 있다고 판단한 경우 재의요구에 관한 재량은 영으로 수축되어 의무화되었다고 봄이 상당한 점,

③ 교육감은 행정조직의 일부로서 법치주의원칙에 입각해 자신의 업무를 합법적으로 집행하여야 하므로 의결을 단순히 집행하는 것이 아니라, 의결 후 또는 의결의 집행 전에 의결의 형식적이고 실제적인 적법성 여부를 심사하여 수행해야 할 의무가 있는 점,

④ 교육감에게 재의요구가 주는 의미는 그가 한낱 지방의회의 눈먼 도구로서 존재하는 것이 아니라 사전에 그 적법성을 심사하여야 한다는 것이고, 만일 이 경우에 재의요구를 하지 않아서 문제가 생겼다면, 지방자치단체장 자신이 책임지는 것이 타당한 점,

⑤ 교육감이 위법한 의결에 대해 재의요구를 하지 않은 것은 지방자치단체를 보호해야 할 의무를 다하지 못한 직무위반으로 볼 수 있는데, 지방공무원법상 교육감은 정무직공무원으로서 징계규정이 적용되지 않는 등 재의요구 의무규정의 실효성 확보를 위한 수단⁸⁾이 미비한 점,

⑥ 교육감의 재의요구권에는 그 철회권이 당연히 포함된다는 견해도 있을 수 있겠지만, 교육감이 조례안에 대하여 재의요구를 한 이상 그 조례안은 이미 지방의회에 환부되어 지방의회에서 재심의절차가 진행 중이므로, 재의요구의 철회는 재의결을 통하여 조례안을 확정할 수 있는 지방의회의 의결권(조례제정권), 지방의회의원의 표결권 등을 침해하게 되는 점,

⑦ 이송받은 날부터 20일이 경과한 후에도 재의요구의 철회가 가능하다고 볼 경우 “교육감은 이송받은 날부터 20일 이내에 공포하여야 하고, 그 기간에 공포하지 않거나 재의요구를 하지 않았을 때에는 조례안이 조례로서 확정된다.”는 교육자치법 제14조 제3항, 제4항, 지방자치법 제26조 제5항의 규정을 잠탈하게 되는 점,

⑧ 교육감이 교육자치법 제28조 제1항 전문에 따라 재의를 요구한 후 이송받은 날부터 27일이 경과하여 임의로 철회하는 경우, 제소기간이 도과함에 따라 지방자치법

8) 참고로 독일은 지방자치단체장이 재의요구 의무를 위반할 경우 복무규정 위반에 따라 징계를 받으며, 일부 주에서는 지방자치단체장에게 손해배상 의무를 규정하고 있습니다(김수진, 2002. 6. 공법연구 30집 5호, 지방의회의 위법한 의결에 대한 지방자치단체장의 재의요구 참조).

제172조 제7항에 의한 교육과학기술부 장관의 직접 제소권을 박탈하거나 지방의회의 재의결을 전제로 하는 교육자치법 제28조 제4항, 지방자치법 제172조 제4항9)에 의한 교육과학기술부 장관의 직접 제소권을 박탈하는 문제가 있는 점

⑨ 대통령의 법률안거부권의 법적 성격에 관하여 국내의 다수설인 정지조건부 거부권설에 따르면 대통령이 거부권을 행사하여 국회에 재의를 붙인 법률안일지라도 국회가 의결하기 전에는 언제든지 이를 철회할 수 있고, 국회도 이를 번복할 수 있지만, ‘법률안거부권’은 ㉠권력분립의 원리에 따라 대통령이 행정부수반의 지위에서 입법부를 견제하는 수단이고 ㉡대통령의 거부권 불행사에 대한 감독청의 통제장치가 존재하지 아니함에 반해, ‘재의요구’는 ㉢행정기관으로서의 성질¹⁰⁾을 가지는 교육감(집행기관)과 지방의회(의결기관) 사이의 내부적 감독작용으로서 권력분립의 원리가 적용되는 것은 아닌 점, ㉣기관대립형 구조 하에서 지방자치단체장과 지방의회 상호간의 견제와 균형을 도모하는 제도인 동시에 지방자치단체에 대한 자기책임성의 보장에도 불구하고 불가피한 적법성통제와 관련하여 감독청에 의한 외부적 적법성감독의 우선적 개입을 차

9) 교육자치법 제28조 제4항, 지방자치법 제172조 제4항은 같은 조 “제2항에 따라 재의결된 사항”이라고 규정하지 않고 단지 “재의결된 사항”이라고만 규정하고 있어 그 적용범위에 관하여 타율적 재의요구에 한정되는지, 자율적 재의요구에도 적용되는지 문제되는데, 지방자치법 제172조 제4항은 지방자치단체장이 지방의회와의 마찰을 피하기 위해 지방자치법 제107조 제3항에서 준용하는 제172조 제3항에 의한 제소권을 행사하지 않는 경우에 국가의 관여방법이 없어 1994. 3. 16. 법률 제4741호로 지방자치법을 개정하면서 도입된 조항이라는 점에 비추어 보면, 법령위반을 이유로 한 자율적 재의요구에 대하여 재의결되었으나 교육감(지방자치단체장)이 대법원에 제소를 하지 않은 경우에도 감독청은 그 재의결사항이 법령위반으로 판단하면 교육자치법 제28조 제4항, 지방자치법 제172조 제4항에 따라 직접 제소할 수 있다고 보아야 할 것입니다.

10) 전체로서 지방자치단체는 행정부의 한 구성부분이고 지방자치단체장과 지방의회는 이러한 지방자치단체의 구성부분으로서 지방행정권에 귀속되며, 지방의회에 주어지는 실질적인 입법권능은 시원적인 입법권이 아니라 명시적으로 법령에 의한 자치권의 승인에 근거하여 나오기 때문에 지방자치단체장과 지방의회는 모두 행정기관의 성질을 가집니다. 대법원도 지방의회가 행정기관의 지위를 가진다고 보고 있습니다(대법원 1994. 10. 11. 선고 94두23, 1993. 11. 26. 선고 93누7341판결 참조).



단할 수 있는 수단인 점, ㉔교육감의 재의요구에 대한 감독청의 통제장치(재의요구지시권)가 존재하는 점 등에 비추어 보면, 양자를 동일하게 취급할 수 없는 점 등을 종합해 보면,

비록 교육자치법 제28조 제1항 전문에서 법령위반을 이유로 하는 재의요구에 관하여 의무사항이 아니라 재량사항의 형식으로 규정하고 있다고 하더라도, 특별한 사정(재의요구 당시 명백한 사실오인, 법리오해가 있는 경우, 재의요구 당시의 위법사유가 해소된 경우 등 현저한 사정변경)이 없는 한, 교육감은 법령위반의 재량적 재의요구를 철회할 수 없다고 해석하여야 할 것입니다.

라. 타율적(의무적) 재의요구의 철회가 가능한지 여부

교육감이 교육자치법 제28조 제1항 후문의 규정에 의한 타율적 재의요구를 한 경우 이를 철회할 수 있는지 여부가 문제됩니다.

① 자율적 재의요구의 경우와 달리 교육과학기술부장관의 재의요구지시에 따른 타율적 재의요구의 경우에는 교육자치법이 교육감에게 재의요구 의무를 명문으로 부과하고 있는 점,

② 재의요구지시는 행정입법인 조례에 대한 법의 단일성, 동일성을 확보하기 위한 제도인 점,

③ 타율적 재의요구에 대한 철회가 가능하다면, 의무적 재의요구 규정은 실효성을 확보할 수 없게 되는 점,

④ 교육감이 의결사항을 이송받은 날부터 20일 이내에 타율적 재의요구를 하였다가 이송받은 날부터 27일이 경과한 경우에 그 재의요구의 철회가 가능하다고 해석

한다면, 제소기간의 도과로 지방자치법 제172조 제7항에 의한 교육과학기술부 장관의 직접 제소권을 박탈하게 되는 문제가 있는 점,

⑤ 위에서 본 자율적 재의요구 철회의 문제점 등을 종합해 보면,

교육감이 교육과학기술부 장관의 재의요구지시에 따른 타율적인 재의요구를 한 경우에도 이를 철회할 수 없다고 해석하여야 할 것입니다.

마. 이 사건 조례안에 대한 재의요구 철회·공포의 절차상 하자

1) 이상과 같이 교육감(지방자치단체장)은 법령위반을 이유로 재의를 요구한 경우에는 자율적이든 타율적이든 재의요구를 철회할 수 없다고 보아야 할 것입니다(가사 재의요구를 철회할 수 있다고 하더라도, 교육자치법 제28조 제1항 후문, 지방자치법 제172조 제1항, 제7항에서 감독청의 재의요구지시권, 직접 제소권 등 감독권을 규정하고 있음에 비추어 재의요구의 철회는 언제라도 할 수 있는 것이 아니라 의결사항을 이송받은 날부터 20일 이내로 제한된다고 할 것입니다).

2) 참가인은 법령위반을 이유로 자율적 재의요구를 하였다가 이를 철회하여 이 사건 조례를 공포하였는바, 그 철회는 법적 근거는 물론 특별한 사정도 인정되지 않으며 그 공포는 피고의 특별정족수의 요건을 갖춘 재의결로 확정되지도 아니한 조례안을 공포한 것이므로, 교육자치법 제28조 제1항, 제2항, 제14조 제4항, 지방자치법 제107조 제2항, 제26조 제4항, 제6항 등을 위반한 하자가 있습니다.

가사 재의요구의 철회가 허용된다고 하더라도, 이 사건 조례안을 이송받은 날부터 20일이 훨씬 지난 후에야 재의요구를 철회한 것은 감독청인 원고의 재의요구지시권(교육자치법 제28조 제1항 후문, 지방자치법 제172조 제1항), 직접 제소권(교육



자치법 제28조 제4항, 지방자치법 제172조 제4항, 제7항) 등을 원천적으로 봉쇄하는 결과를 초래한 하자가 있습니다.

4) 따라서 참가인이 이 사건 조례안에 대한 재의요구를 철회하고 이를 공포한 것은 절차상 하자가 있으므로 무효라 할 것입니다.

4. 이 사건 조례안의 실제적 위법성

가. 참가인의 '조례안 제안권' 침해

1) 이 사건 조례안의 내용

가) 학생인권위원회 및 학생참여단의 설치

이 사건 조례안에 의하면, 서울시교육청의 학생인권 증진 및 인권 친화적 교육문화 형성에 관한 중요 정책과 교육현장의 인권 침해 사안에 대한 구제방안을 '심 의'하고, 학생인권에 관한 지역사회의 공론을 형성하고 협력을 이끌어 내기 위하여 '학생인권위원회'를 설치하고(제33조), 그 위원은 피추천자(12명 이상), 공개모집, 학생인권 담당공무원(2명 이상) 중에서 교육감이 위촉하고(제34조), 공무원이 아닌 위원에 대해서는 예산의 범위 내에서 수당과 여비를 지급할 수 있으며(제35조), 교육감은 학생인권위원회의 심의를 거쳐 3년마다 학생인권종합계획을 수립하여 시행하여야 합니다(제44조).

또한 교육감은 학생인권 증진 및 인권친화적 교육 문화 조성을 위한 정책



수립에서 학생의 의견을 수렴하기 위하여 공개모집한 학생들 중에서 추첨으로 선발하는 등 100명 이내의 '학생참여단'을 설치하여야 하고, 참여단은 교육감의 교육정책에 관한 의견제시 등의 업무를 수행합니다(제37조).

나) 학생인권옹호관 및 학생인권교육센터의 설치

이 사건 조례안에 의하면, 학생인권 증진 및 인권 친화적 교육문화 조성의 업무를 집행하기 위하여 교육청에 직무를 독립적으로 수행하는 '학생인권옹호관'(1명)을 두고, 학생인권옹호관은 학생인권위원회의 동의를 얻어 교육감이 임명하고, 상임의 계약직공무원으로서 그 신분은 보장되고, 그 직무를 독립적으로 수행하며(제38조), 학생인권침해사건의 처리결과, 학생인권교육센터의 운영과 활동을 교육감과 학생인권위원회에 매년 분기별로 보고하여야 합니다(제40조, 제42조 제5항).

또한 학생인권옹호관의 효율적인 업무 수행을 위하여 학생인권옹호관을 장으로 하는 '학생인권교육센터'를 교육청에 두고, 학생인권옹호관은 그 센터의 업무를 총괄합니다(제42조).

다) 각 행정기구의 설치근거

학생인권위원회 및 학생참여단이 독립성을 갖고 그 업무를 수행한다고 하더라도 어디까지나 지방자치단체 사무 중 성질상 독립하여 처리할 필요가 있거나 전문가의 의견을 들어 결정할 필요가 있거나 신중하게 처리할 필요가 있는 일부 사무를 집행하기 위한 심의·자문기관(학생인권위원회) 또는 자문기관(학생참여단)으로서 집행기관에 속하는 합의제 행정기관¹¹⁾이라고 볼 것이지 의결기관에 속한 기관이라거나 집

11) 합의제 행정기관에는 의결권과 대외적인 표시권을 갖는 행정청인 경우(공정거래위원회, 금융위원회), 의결권만 갖는 의결기관인 경우(징계위원회), 동의기관인 경우(인사위원

행기관 및 의결기관의 어디에도 속하지 않는 독립된 제3의 기관을 의미하는 것은 아니라고 할 것이고, 교육청(본청)에 설치되는 학생인권옹호관 및 학생인권교육센터는 교육감에 소속되어 교육감의 권한행사를 보조하는 보조(보좌)기관이라 할 것이므로, 이 사건 각 기관의 활동에 대한 책임은 궁극적으로 교육감이 지게 됩니다(대법원 1994. 4. 26. 선고 93추175 판결, 1997. 4. 11. 선고 96추138 판결 참조).

이 사건 각 기관을 집행기관의 장인 교육감 소속으로 설치하는 근거는 분명하지는 않지만, ① 학생인권위원회 및 학생참여단의 경우 합의제 행정기관의 설치를 규정한 같은 법 제116조 제1항12), 같은 법 시행령 제79조13) 또는 자문기관의 설치를 규정한 같은 법 제116조의2 제1항14), 같은 법 시행령 제80조15)에서 그 설치근거를 찾을 수 있고, ② 학생인권옹호관 및 학생인권교육센터의 경우 보조(보좌)기관의 설치를 규정한 교육자치법 제30조 제5항16), 지방자치법 제112조 제2항17)에서 그 설치근

회), 심의권만을 갖는 심의기관인 경우(정보공개심의회), 자문권만 갖는 자문기관인 경우가 있습니다(박균성, 행정법강의 제920면 참조).

- 12) 제116조(합의제행정기관) ① 지방자치단체는 그 소관 사무의 일부를 독립하여 수행할 필요가 있으면 법령이나 그 지방자치단체의 조례로 정하는 바에 따라 합의제행정기관을 설치할 수 있다.
- 13) 제79조(합의제 행정기관의 설치) 지방자치단체는 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 법 제116조에 따라 합의제 행정기관을 설치할 수 있다.
1. 고도의 전문지식이나 기술이 요청되는 경우
 2. 중립적이고 공정한 집행이 필요한 경우
 3. 주민 의사의 반영과 이해관계의 조정이 필요한 경우
- 14) 제116조의2(자문기관의 설치 등) ① 지방자치단체는 그 소관 사무의 범위에서 법령이나 그 지방자치단체의 조례로 정하는 바에 따라 심의회·위원회 등의 자문기관을 설치·운영할 수 있다.
- 15) 제80조(자문기관의 설치요건) ① 지방자치단체는 법 제116조의2 제1항에 따라 심의회·위원회 등의 자문기관을 설치할 경우에는 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 요건을 갖추어야 한다.
1. 업무 특성상 전문적인 지식이나 경험이 있는 사람의 의견을 들어 결정할 필요가 있을 것
 2. 업무의 성질상 다양한 이해관계의 조정 등 특히 신중한 절차를 거쳐 처리할 필요가 있을 것



거를 찾을 수 있을 것으로 보입니다.

한편, 피고는 학생인권옹호관의 설치근거가 교육자치법 제32조18)라고 주장하나, 위 조항에서 말하는 '교육기관'이란 소속 교육기관(예: 학교)으로서 지방자치단체의 행정기구와 정원기준 등에 관한 규정(이하 '행정기구규정'이라 합니다) 제2조 제4호, 제5호에 따라 '직속기관'에 해당하므로, 보조기관(보좌기관)으로서 본청(교육청)에 설치되는 학생인권옹호관의 설치근거가 될 수 없습니다.

2) 관련 법리

지방자치법상 지방자치단체의 집행기관과 지방의회는 서로 분리되어 각기 그 고유권한을 행사하되 상호 견제의 범위 내에서 상대방의 권한 행사에 대한 관여가 허용되나, 지방의회는 집행기관의 고유권한에 속하는 사항의 행사에 관하여는 견제의 범위 내에서 소극적·사후적으로 개입할 수 있을 뿐 사전에 적극적으로 개입하는 것은 허용되지 아니합니다(대법원 2001. 12. 11. 선고 2001추64 판결 참조).

또한 지방자치법 제101조19), 제103조20), 제112조21), 제127조22), 교육자치법

-
- 16) 제30조(보조기관) ⑤ 교육감 소속하에 보조기관을 두되, 그 설치·운영 등에 관하여 필요한 사항은 대통령령이 정한 범위 안에서 조례로 정한다.
- 17) 제112조(행정기구와 공무원) ① 지방자치단체는 그 사무를 분장하기 위하여 필요한 행정기구와 지방공무원을 둔다.
② 제1항에 따른 행정기구의 설치와 지방공무원의 정원은 인건비 등 대통령령으로 정하는 기준에 따라 그 지방자치단체의 조례로 정한다.
- 18) 제32조(교육기관의 설치) 교육감은 그 소관 사무의 범위 안에서 필요한 때에는 대통령령 또는 조례가 정하는 바에 따라 교육기관을 설치할 수 있다.
- 19) 제101조(지방자치단체의 통할대표권) 지방자치단체의 장은 지방자치단체를 대표하고, 그 사무를 총괄한다.
- 20) 제103조(사무의 관리 및 집행권) 지방자치단체의 장은 그 지방자치단체의 사무와 법령에 따라 그 지방자치단체의 장에게 위임된 사무를 관리하고 집행한다.
- 21) 제112조(행정기구와 공무원) ① 지방자치단체는 그 사무를 분장하기 위하여 필요한 행



제18조²³⁾, 제30조 제5항, 제33조 제1항²⁴⁾, 행정기구규정 제5조²⁵⁾, 제7조, 제36조 제2항²⁶⁾의 각 규정을 종합하면, 지방자치법령(교육자치법)은 지방자치단체장(교육감)으로 하여금 지방자치단체의 대표자로서 당해 지방자치단체의 사무와 법령에 의하여 위

정기구와 지방공무원을 둔다.

② 제1항에 따른 행정기구의 설치와 지방공무원의 정원은 인건비 등 대통령령으로 정하는 기준에 따라 그 지방자치단체의 조례로 정한다.

④ 지방공무원의 임용과 시험·자격·보수·복무·신분보장·징계·교육훈련 등에 관하여는 따로 법률로 정한다.

22) 제127조(예산의 편성 및 의결) ① 지방자치단체의 장은 회계연도마다 예산안을 편성하여 시·도는 회계연도 시작 50일 전까지, 시·군 및 자치구는 회계연도 시작 40일 전까지 지방의회에 제출하여야 한다.

③ 지방의회는 지방자치단체의 장의 동의 없이 지출예산 각 항의 금액을 증가하거나 새로운 비용항목을 설치할 수 없다.

④ 지방자치단체의 장은 제1항의 예산안을 제출한 후 부득이한 사유로 그 내용의 일부를 수정하려면 수정예산안을 작성하여 지방의회에 다시 제출할 수 있다.

23) 제18조(교육감) ① 시·도의 교육·학예에 관한 사무의 집행기관으로 시·도에 교육감을 둔다.

② 교육감은 교육·학예에 관한 소관 사무로 인한 소송이나 재산의 등기 등에 대하여 당해 시·도를 대표한다.

24) 제33조(공무원의 배치) ① 제30조 제5항의 보조기관과 제32조의 교육기관 및 제34조의 하급교육행정기관에는 제38조의 규정에 따른 해당 시·도의 교육비특별회계가 부담하는 경비로써 지방공무원을 두되, 그 정원은 법령이 정한 기준에 따라 조례로 정한다.

25) 제5조(기구의 설치시 고려사항) ① 지방자치단체의 장이 기구를 설치하거나 개편하려는 때에는 다음 각 호의 사항을 고려하여야 한다.

1. 기구의 목적과 기능의 명확성·독자성·계속성
2. 기구가 수행하여야 할 사무 또는 사업의 성질과 양에 따른 규모의 적정성
3. 규모와 기능이 유사한 다른 기관과의 균형성
4. 주민편의, 행정능률 등을 고려한 효율성
5. 통솔범위, 기능의 중복유무 등 기구의 능률성
6. 사무의 위탁가능성

③ 지방자치법 시행령 제80조에 따라 설치되는 자문기관에는 상설의 사무처나 사무국·과·담당관을 둘 수 없다.

26) 제36조(기구와 정원조례의 제안과 의결) ② 지방의회는 지방자치단체의 장이 제안한 기구와 정원에 관한 조례안을 의결할 때 지방행정조직의 합리적 운용과 건전한 재정운동을 위하여 기구를 축소하거나 기구를 하나로 묶어서 합치거나 폐지하여 합치는 것, 정원을 감축하는 것을 의결할 수 있다. 이 경우 미리 지방자치단체의 장의 의견을 들어야 한다.



임된 사무를 관리·집행하는 데 필요한 행정기구를 설치할 고유권한과 이를 위한 조례안의 제안권을 가지도록 하는 반면 지방의회로 하여금 지방자치단체장(교육감)의 행정기구 설치권한을 견제하도록 하기 위하여 지방자치단체장(교육감)이 조례안으로써 제안한 행정기구를 축소·통폐합할 권한을 가지도록 하고 있습니다(대법원 2005. 8. 19. 선고 2005추48 판결 참조).

나아가, ① 지방자치법 제112조 제2항, 교육자치법 제30조 제5항에 그 설치근거가 마련된 보조기관(보좌기관)은 집행기관에 속하는 점, ② 지방자치법 제116조, 제116조의2에 그 설치근거가 마련된 합의제 행정기관(심의기관, 자문기관)은 지방자치단체장(교육감)이 통할하여 관리·집행하는 지방자치단체의 사무를 일부 분담하여 수행하는 기관으로서 그 사무를 독립하여 수행한다 할지라도 이는 어디까지나 집행기관에 속하는 것이지 지방의회에 속한다거나 집행기관이나 지방의회 어디에도 속하지 않는 독립된 제3의 기관에 해당하지 않는 점, ③ 행정기구규정 제3조 제1항27), 제38조28)의 규정에 비추어 지방자치단체장(교육감)은 집행기관에 속하는 행정기관 전반에 대하여

27) 제3조(기구와 정원의 관리목표) ① 지방자치단체의 장은 지방자치단체의 행정기구와 지방공무원의 정원을 관리할 때 다음 각 호의 기준에 따라야 한다.

1. 소관 행정사무를 효율적으로 수행할 수 있도록 지역여건·업무의 성질과 양 등에 따라 정원을 적정하게 관리하여야 한다.
2. 지방행정기관의 조직은 서로 기능상의 중복이 없도록 하여야 하며, 종합적이고 체계적으로 편성하여야 한다.
3. 지방행정기관의 기능과 업무량이 변경될 경우에는 그에 따라 지방행정기관의 조직과 정원도 조정하여야 한다.

28) 제38조(기구와 정원에 관한 조례·규칙의 입법예고) ① 지방자치단체의 장은 기구나 정원의 조정을 내용으로 하는 조례·규칙의 제정·개정안을 마련한 경우에는 입법예고를 하여야 한다. 다만, 추가적인 경비가 소요되지 아니하거나 기구·정원의 감축 또는 하위직으로의 직급 조정을 내용으로 하는 경우(추가적인 경비가 소요되지 아니하지만 상위직으로의 직급 조정을 내용으로 하는 경우는 제외한다)에는 입법예고 절차를 생략할 수 있다.

② 지방자치단체의 장은 기구와 정원의 조정으로 추가로 경비가 드는 조례안을 제1항에 따라 입법예고하는 경우 그 추가로 드는 경비를 나타내야 한다.



조직편성권을 가진다고 해석되는 점 등을 종합해 보면, 지방자치단체장(교육감)은 보조(보좌)기관 및 합의제 행정기관을 설치할 고유의 권한을 가지며 이러한 고유권한에는 그 설치를 위한 조례안의 제안권이 포함된다고 봄이 상당합니다.

따라서 지방의회가 보조(보좌)기관 및 합의제 행정기관의 설치에 관한 조례안을 발의하여 이를 그대로 의결, 재의결하는 것은 지방자치단체장(교육감)의 고유권한에 속하는 사항의 행사에 관하여 지방의회가 사전에 적극적으로 개입하는 것으로서 지방자치법령(교육자치법)에 위반되어 허용되지 않습니다(대법원 2009. 9. 24. 선고 2009추53 판결 참조).

3) 이 사건의 경우

위에서 본 사실관계와 관련 법리에 비추어 보면, 피고가 지방자치법 제116조, 제116조의2에 근거하거나 교육자치법 제30조, 지방자치법 제112조 제2항에 근거하여 참가인 소속의 합의제 행정기관(학생인권위원회, 학생참여단) 또는 보조(보좌)기관(학생인권옹호관, 학생인권교육센터)을 설치하는 내용의 이 사건 조례안을 의결한 것은 참가인의 고유권한에 속하는 사항의 행사에 관하여 사전에 적극적으로 개입하여 이를 침해한 것이므로 지방자치법령 및 교육자치법이 정한 의결기관과 집행기관 사이의 권한분리 및 배분의 취지에 위반됩니다.

나. 참가인의 '인사권' 및 피고의 '견제권' 침해

1) 이 사건 조례안의 내용



가) 학생인권위원회 위원의 위촉·해촉

교육감은 ①인권에 관하여 올바른 관점을 가지고 있으며 소수자들이 겪는 차별문제에 대하여 높은 감수성을 가지고 있는 자로서, ②전문가 추천자(5명 이상), 학생참여단 선출자(2명 이상), 공개모집, 학생인권 담당 교육청공무원(2명 이상), 교원단체 추천자(2명 이상), 학부모단체 추천자(2명 이상), 피고 교육위원회 추천자(1명 이상) 중 ③특정성별이 2/3를 넘지 않는 20인 이내의 학생인권위원회 위원을 위촉하고(제34조 제2항 내지 제4항), 학생인권위원회 위원장(1명) 및 부위원장(1명)은 위원 중에 호선하며(같은 조 제1항), 교육감은 지방공무원법 제31조²⁹⁾에 해당하는 자, 본인이 희망하여 사임서를 제출한 자, 품위를 손상하여 위원회 활동에 부적당하다고 학생인권위원회가 인정하는 자에 해당하는 경우 반드시 해촉하여야 합니다(같은 조 제7항).

나) 학생참가단의 선출·위촉

참여단은 100명 이내로 구성하고, 원칙적으로 공개모집을 통하여 모집한

29) 제31조(결격사유) 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 사람은 공무원이 될 수 없다.

1. 금치산자 및 한정치산자
2. 파산선고를 받고 복권되지 아니한 사람
3. 금고 이상의 형을 선고받고 그 집행이 끝나거나 집행을 받지 아니하기로 확정된 후 5년이 지나지 아니한 사람
4. 금고 이상의 형을 선고받고 그 집행유예기간이 끝난 날부터 2년이 지나지 아니한 사람
5. 금고 이상의 형의 선고유예를 선고받고 그 선고유예기간 중에 있는 사람
6. 법원의 판결 또는 다른 법률에 따라 자격이 상실되거나 정지된 사람
- 6의2. 공무원으로 재직기간 중 직무와 관련하여 형법 제355조 및 제356조에 규정된 죄를 범한 사람으로서 300만원 이상의 벌금형을 선고받고 그 형이 확정된 후 2년이 지나지 아니한 사람
7. 징계로 파면처분을 받은 날부터 5년이 지나지 아니한 사람
8. 징계로 해임처분을 받은 날부터 3년이 지나지 아니한 사람



학생들 중에서 추첨을 통하여 선발하되, 참여단의 구성을 다양하게 하고 소수자 학생의 의견을 반영하기 위하여 20명 이내의 범위 내에서 별도의 절차를 밟아 교육감이 위촉할 수 있습니다(제37조 제2항, 제3항).

다) 학생인권옹호관의 임명·해촉

교육감은 인권에 대한 올바른 관점과 차별에 대한 높은 감수성을 가지고 있으며 학생인권에 관한 학식이나 경험이 풍부한 사람 중에서 ‘학생인권위원회의 동의’를 얻어 임명하고(제38조 제2항), 학생인권옹호관은 상임의 계약직공무원³⁰⁾으로서 그 신분은 보장되며, 교육감은 학생인권옹호관이 학생인권 및 다른 사람의 인권을 중대하게 침해하여 더 이상 학생인권옹호관으로서의 직무를 수행하는 것이 적절하지 않음이 명백하게 된 경우와 학생인권옹호관이 금고이상의 형을 받았을 경우‘에만’ ‘학생인권위원회의 동의’를 얻어 해촉할 수 있습니다(같은 조 제3항, 제4항).

2) 관련 법리

지방의회가 집행기관의 인사권에 관하여 견제의 범위 내에서 소극적·사후적으로 개입하는 것은 허용되나, 집행기관의 인사권을 독자적으로 행사하거나 동등한 지위에서 합의하여 행사할 수는 없고, 그에 관하여 사전에 적극적으로 개입하는 것도 원칙적으로 허용되지 아니합니다(대법원 1994. 4. 26. 선고 93추175 판결 등 참조).

3) 이 사건의 경우

30) 지방자치단체의 행정기구와 정원기준 등에 관한 규정 제22조(정원책정의 일반기준)

① 정원은 정원의 관리기관별로 직급을 정하여 책정하되, 다음 각 호의 기준에 따라야 한다.

5. 1개의 직위에 전임계약직공무원을 채용하는 경우에는 그 전임계약직공무원의 채용기간 동안 그 직위에 상응하는 직급의 정원을 결원으로 유지하여야 한다.



위에서 본 사실관계와 관련 법리에 비추어 보면, 학생인권위원회, 학생참가단, 학생인권옹호관은 참가인에게 소속된 기관으로 학생인권과 관련된 업무를 수행하므로, 그 활동에 대한 궁극적인 책임을 지고 있는 참가인이 위 각 기관에 대한 인사권을 가짐은 분명합니다.

그런데 담당공무원(2명 이상)을 제외하고는 외부의 추천을 받은 자(12명 이상)와 공개모집에 신청한 자 중에서만 학생인권위원회 위원(20명 이내)을 위촉하여야 하고, 위원장과 부위원장을 위원 중에서 호선하고, 위원회 활동에 부적당(품위손상)하다고 학생인권위원회가 인정하는 사람을 반드시 해촉하여야 하며, 공개모집한 학생 중에서 추천을 통하여 학생참여단을 선발하도록 규정한 것은 참가인의 인사권을 외부인 또는 학생인권위원회와 '공동'으로 행사하도록 하는 것이며, 1명 이상의 위원을 반드시 피고(교육위원회)가 추천하는 자로 위촉하도록 규정한 것은 지방의회가 집행기관의 인사권에 사전에 '적극적'으로 개입하는 것입니다.

또한 학생인권옹호관이 보조(보좌)기관으로서 상임의 계약직 지방공무원임에도 그 임명·해촉에 심의기관의 성격을 가지는 학생인권위원회의 '동의'를 얻어야 하고, 단 2가지 사유가 있을 경우에만 '해촉'하도록 규정한 것은 참가인의 인사권을 학생인권위원회와 '공동'으로 행사하도록 하는 것입니다.

한편, 피고는 학생인권옹호관 임명·해촉에 학생인권위원회의 동의를 받도록 규정한 것은 그 직무의 특성에 근거하여 위원회가 사후적, 소극적으로 인사에 관여하도록 한 것으로 교육감의 인사권을 침해하지 않는다고 주장합니다.

가령 학생인권옹호관 임명에 피고의 동의를 얻도록 규정하였다면 이는 지방의

회가 교육감의 인사권에 관하여 사후에 소극적으로 개입하는 것으로서 지방의회의 집행기관에 대한 견제권의 범위에 드는 적법한 규정이라고 할 것입니다(대법원 2000. 11. 14. 2000추36 판결 등 참조).

반면에 학생인권옹호관 임명·해촉에 합의제 행정기관인 학생인권위원회의 동의를 얻어야 하고 해촉사유를 극히 제한한 것은 지방의회의 견제권과 전혀 무관하고, 오히려 교육감의 인사권에 관한 지방의회의 '견제권을 제한·박탈'하거나 그 권한을 학생인권위원회에게 '일임'하는 위법한 규정이라고 할 것입니다.

따라서 이 사건 조례안은 참가인의 인사권을 침해할 뿐만 아니라, 그 인사권에 관한 피고의 견제권을 제한·박탈한 것이므로, 법령에 위반됩니다.

다. 참가인의 '정책결정권' 침해

1) 이 사건 조례안에 의하면, 학생인권위원회는 업무 수행에 있어 교육감에게 관련 자료의 제출을 요구하거나 회의에 출석하여 의원의 질의에 답변할 것을 요구할 수 있으며(제33조 제3항), 교육감은 조례나 정책을 입안할 경우 학생인권영향평가서를 작성하여 위원회에 검토를 요청하여야 하고, 학생인권위원회는 교육감이 특별한 사유 없이 학생인권영향평가서를 제출하지 않거나 추진 중인 조례나 정책 등이 학생인권의 보장에 반한다고 판단할 경우 이의 개선 또는 중단을 권고할 수 있고, 교육감은 학생인권위원회 권고를 받은 경우 특별한 사유가 없는 한 이에 따라야 하며(제43조 제2항 내지 제4항), 교육감은 인권 친화적 교육문화를 실질적으로 증진시키기 위한 종합계획(이하 '학생인권종합계획'이라 합니다)을 학생인권위원회의 심의를 거쳐 3년마다 수립하여 시행하여야 하고(제44조 제1항), 학생인권종합계획을 기초로 하여 매년 연도별

시행계획을 수립하고 평가하여야 하고, 평가결과를 학생인권위원회에 보고하여야 하며 (제45조 제1항 제4항), 학생인권옹호관의 직무사항에는 학생인권위원회가 결정한 사항의 '집행'이 포함되어 있습니다(제39조 제9호).

2) 통상 심의기관과 자문기관의 결정은 법적 구속력이 없고, 행정청은 심의기관의 결정에 대해서는 이를 존중하여야 하지만, 자문기관의 결정에 대해서는 전적으로 자유로우며, 심의기관의 심의를 거치지 아니한 하자는 취소사유가 됩니다(대법원 2007. 3. 15. 선고 2006두15806 판결 참조).

3) 그런데 교육감에게 학생인권위원회의 개선 또는 중단의 권고를 특별한 사유가 없는 한 따라야 한다는 의무를 부과한 점³¹⁾, 학생인권옹호관은 학생인권위원회의 결정을 집행하는 직무를 수행하는 점, 교육감은 학생인권위원회의 심의를 거쳐 학생인권종합계획을 3년마다 수립하고 연도별 시행계획을 수립하여 평가한 후 그 평가결과를 학생인권위원회에 보고하여야 하는 점 등을 종합하면, 학생인권위원회는 단순히 교육감의 학생인권에 관한 정책결정을 심의·자문하는 기관에 그치는 것이 아니라, 교육감의 학생인권에 관한 정책결정에 사전 또는 사후에 적극적으로 개입하고 있다고 봄이 상당합니다.

4) 따라서 이 사건 조례안은 기관대립형 구조를 채택하고 있는 지방자치의 원리에 반하여 학생인권에 관한 참가인의 고유권한(정책결정권) 행사에 관하여 사전에 적극적으로 개입하여 이를 침해한 것이므로, 법령에 위반됩니다.

31) 이에 대하여 피고는 학생인권위원회의 의견의 실효성을 높이려는 취지의 규정이고, 교육감이 반드시 이에 기속되는 것이 아니므로 교육감의 정책결정권을 침해하는 것이 아니라고 주장하나, 피고의 주장은 위 조항을 '특별한 사유가 없는 한 존중하여야 한다.'고 규정한 경우이나 설득력이 있을 뿐입니다.

5. 결론

가. 제소요건에 관하여

재의요구 철회요청(2012. 1. 20.) 즉시 재의요구지시를 하였음에도 참가인이 피고로부터 의안철회통지(2012. 1. 25.)를 받은 후 이 사건 조례안을 공포(2012. 1. 26.)함에 따라 원고는 이 사건 소를 제기(2012. 1. 27.)하였는바, 재의요구 철회의 가부는 별론으로 하고, (주위적 주장)재의요구 철회는 피고의 동의를 얻어야만 효력이 발생하므로, 이 사건은 지방자치법 제172조 제7항의 '재의요구지시를 받은 지방자치단체장이 재의를 요구하지 아니하는 경우'에 준하는 경우로 볼 수 있고, (예비적 주장)가사 철회요청만으로 효력이 발생한다고 하더라도, 이 사건은 같은 항 괄호부분의 '법령에 위반되는 지방의회의 의결사항이 조례안인 경우로서 재의요구지시를 받기 전에 그 조례안을 공포한 경우'에 준하는 경우로 볼 수 있으므로, 어느 모로 보나 이 사건 소의 제소요건과 제소기간은 적법하게 준수되었습니다.

나. 심판대상에 관하여

감독청은 지방자치법 제172조 제7항에 의한 소송에서 의결사항의 전부 또는 일부가 법령에 위반된다는 점을 청구원인으로 주장할 수 있으므로, 원고는 청구원인으로 이 사건 조례안의 전부 또는 일부가 법령에 위반된다는 점을 주장할 수 있다고 할 것입니다.

다. 이 사건 조례안의 절차적 위법성

교육감이 법령위반을 이유로 재의를 요구한 경우에는 자율적이든 타율적이든 재



의요구를 철회할 수 없다고 보아야 할 것인데, 참가인이 이 사건 조례안을 이송받은 날부터 20일이 지난 후 재의요구를 철회(요청)한 것은 교육자치법 제28조 제1항, 제2항, 제14조 제4항, 지방자치법 제107조 제2항, 제26조 제4항, 제6항 등을 위반한 하자 와 원고의 재의요구지시권(교육자치법 제28조 제1항 후문, 지방자치법 제172조 제1항), 직접 제소권(교육자치법 제28조 제4항, 지방자치법 제172조 제4항, 제7항) 등을 원천적으로 봉쇄하는 결과를 초래한 하자가 있다 할 것이므로, 참가인이 이 사건 조례안에 대한 재의요구를 철회하고 공포한 것은 절차상 하자가 있어 무효라 할 것입니다.

라. 이 사건 조례안의 실체적 위법성

1) 참가인의 '조례안 제안권' 침해

피고가 지방자치법 제116조, 제116조의2에 근거하거나 교육자치법 제30조, 지방자치법 제112조에 근거하여 참가인 소속의 합의제 행정기관(학생인권위원회, 학생참여단) 또는 보조(보좌)기관(학생인권옹호관, 학생인권교육센터)을 설치하는 내용의 이 사건 조례안을 의결한 것은 참가인의 고유권한에 속하는 사항의 행사에 관하여 사전에 적극적으로 개입하여 이를 침해한 것이므로 지방자치법령 및 교육자치법이 정한 의결기관과 집행기관 사이의 권한분리 및 배분의 취지에 위반됩니다.

2) 참가인의 '인사권' 및 피고의 '견제권' 침해

① 학생인권위원회의 구성(제34조 제1항, 제3항, 제7항) 및 학생참여단의 선발(제37조 제3항) 규정은 참가인의 인사권을 외부인 또는 학생인권위원회와 '공동'으로 행사하도록 하는 것이고, ② 특히 1명 이상의 위원을 피고가 추천하는 자로 위촉하도록 규정(제34조 제1항 제7호)한 것은 지방의회가 집행기관의 인사권에 사전에 '적극



적'으로 개입하는 것이며, ③ 학생인권옹호관이 보조(보좌)기관으로서 상임의 계약직 지방공무원임에도 그 임명·해촉에 합의제 행정기관인 학생인권위원회의 동의를 얻어야 하고 해촉사유를 극히 제한한 규정(제38조 제2항 내지 제4항)은 참가인의 인사권을 학생인권위원회와 '공동'으로 행사하도록 하고, 참가인의 인사권에 관한 피고의 '견제권을 제한·박탈'하거나 그 권한을 학생인권위원회에게 '일임'하는 위법한 규정이라고 할 것입니다

3) 참가인의 '정책결정권' 침해

학생인권위원회는 단순히 참가인의 학생인권에 관한 정책결정을 심의·자문하는 기관에 그치는 것이 아니라, 참가인의 학생인권에 관한 정책결정에 사전 또는 사후에 적극적으로 개입하고 있다고 봄이 상당하므로, 이 사건 조례안은 기관대립형 구조를 채택하고 있는 지방자치의 원리에 반하여 학생인권에 관한 참가인의 고유권한(정책결정권) 행사에 관하여 사전에 적극적으로 개입하여 이를 침해한 것입니다.

※ 학교의 자율성 침해 등 헌법, 초중등교육법 등 상위법령 위반의 문제와 법률의 위임 없이 권리를 제한하거나 의무를 부과하는 법률유보의 문제 등에 대해서는 다음 준비서면에서 자세히 살펴보겠습니다.



입 증 방 법

- | | |
|-------------------------|---|
| 1. 갑 제4호증의 1 | 부의안건(재의요구안) 철회요청
(참가인 → 피고) |
| 1. 2 | 서울시교육청 업무관리시스템 화면출력
(철회요청 전자문서 접수시간) |
| 1. 갑 제5호증 | 문서발송현황
(재의요구 요청시간 : 원고 → 참가인) |
| 1. 갑 제6호증의 1 | 서울특별시교육감 제출 의안 철회 통지
(피고 → 참가인) |
| 1. 2 | 서울특별시 학생인권조례안 재의요구안
(피고의 접수의안 처리경과) |
| 1. 3 | 2012년도 의회운영 연간일정 |
| 1. 갑 제7호증 | 서울시의회 학생인권조례 통과에 대해 우려표명
(원고의 보도참고자료) |
| 1. 갑 제8호증의 1 | 교과부, 서울학생인권조례 재심의 압박
(2011. 12. 22.자 한겨레신문) |
| 1. 2 | 서울시교육청, 학생인권조례 재의요구 방침
(2011. 12. 24.자 서울신문) |
| 1. 3 | 교권 없는 학생인권조례 결국 손본다
(2012. 12. 24.자 중앙일보) |



서울특별시교육청

수신자 서울특별시 의회사무처장(의사담당관)
(경유)

제목 부의안건(재의요구안) 철회 요청

1. 관련 : 교육자치담당관-167(2012.1.9)
2. 2012.1.9호 서울특별시의회에 제출한 「서울특별시 학생인권 조례안 재의요구안」(의안번호 506번 관련)을 철회하고자 하오니 처리하여 주시기 바랍니다.

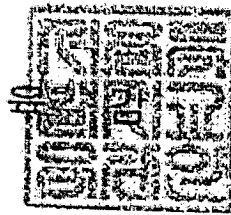
가. 재의요구안 철회사유

- 1) 서울특별시의회의 결정을 존중하고, 서울 학생의 인권 신장과 학생인권을 존중하는 학교문화 풍토를 조성하기 위함.
- 2) 대한민국헌법, 교육기본법 제12조 및 제13조, 초·중등교육법 제18조의4 및 「유엔아동의 권리에 관한 협약」에 근거한 인권 존중의 보편적 정신을 구현하기 위한 법적 장치임.

붙임 "서울특별시 학생인권 조례안 재의요구안" 1부. 끝.

갑제 4호증 /

서울특별시교



주무관	안병렬	의회협력담당사무관	신재홍	교육자치담당관	전길 01/20
발주자					이규성
시행	교육자치담당관-471	(2012.01.20.)	접수		()
우	110-780	서울특별시 종로구 송월길 28(신촌로2가 2-77)	/	http://www.sen.go.kr	
전화	02-3999-362	전송 02-3999-744	/ an6267@sen.go.kr	/	공개

「시민으로부터 신뢰받는 투명한 서울교육」

서울특별시 학생인권 조례안 재의요구안

의안 번호	관련 506
----------	--------

제출년월일 : 2012년 1월 9일

제출자 : 서울특별시교육감

2011년 12월 20일자로 서울특별시의회로부터 이송되어온 「서울특별시 학생인권 조례안」(이하 “조례안”이라 한다)에 대하여 다음과 같은 이유로 「지방교육자치에 관한 법률」 제28조 제1항 및 「지방자치법」 제107조 제1항에 따라 재의를 요구합니다.

1. 「초·중등교육법」 제8조, 「초·중등교육법 시행령」 제9조의 취지는 학교에 자율성을 부여하고 있는데, 조례로 학교규칙을 일률적으로 규제함으로써 상위법과 충돌 가능성이 있음.
2. 「헌법」 제117조 제1항, 「지방자치법」 제 22조 및 관련 판례에 의하면 지방의회는 자치사무에 관하여 법률에 특별한 규정이 없는 한 지방자치단체장의 고유 권한을 침해하지 않은 범위 내에서만 조례를 제정할 수 있으나, 조례안은 「교육기본법」, 「초·중등교육법」, 「지방교육자치에 관한 법률」에서 직접 정한 바도 없고 조례에 위임하고 있지도 않은 ‘학생인권위원회’, ‘학생인권옹호관’의 설치를 의무화하고, 독립적으로 직무를 수행하게 함으로써 교육감의 인사권 및 정책결정권을 제한할 소지가 있음.

3. 조례안 제17조 제3항 학생 집회의 자유는 경기도 및 광주광역시 인권조례에 논란이 되어 포함시키지 않았으나, 서울특별시 조례안은 포함하고 있음.

이는 특정 이념에 의해 학생들의 집회·시위가 주도될 경우 학교를 혼란에 빠뜨릴 수 있으며, 이로 인해 학생의 학습권을 침해하거나 교사의 학생 교육권을 크게 약화시킬 수 있음.

4. 조례안 제5조 제1항의 임신 또는 출산, 성(性)적 지향 등을 이유로 차별받지 않을 권리를 가진다는 규정 중 '성(性)적 지향'은 서울특별시교육청 생활지도정책자문위원회 공청회에서 발표한 시안에도 논란 끝에 제외되었던 규정으로 성(性) 가치관이 확립되지 않은 청소년에게 그릇된 성(性) 인식을 심어줄 우려가 있음.

5. 조례안 제6조의 폭력으로부터 자유로울 권리를 가진다는 규정은 모든 교육벌을 금지하는 것으로 오해될 수 있고, 조례안 제12조의 두발 자유 등 개성을 실현할 권리를 부여한 규정과 제13조의 휴대 폰 소지 및 사용 자체를 금지할 수 없도록 한 규정 등은 사회적 합의가 충분히 이루어지지 않아 학교 현장에서 교원들의 교육활동에 혼선을 초래할 우려가 있음

이상과 같은 이유로 서울특별시의회가 지난 2011년 12월 19일 의결하고 12월 20일자로 이송한 「서울특별시 학생인권 조례안」을 「지방교육자치에관한법률」 제28조 제1항 및 「지방자치법」 제107조 제1항의 규정에 따라 서울특별시의회로 재의를 요구함.

문서발송현황 - Microsoft Internet Explorer

문서발송현황

문서제목: 서울특별시 학생인권조례안 재의요구 요청

발송자명: 학교문화과 남부영

수신자 (1)

전체발송 | 전체처리상태

<input checked="" type="checkbox"/>	구분	수신자	처리일시	처리상태	처리자명	처리부서	비고
<input type="checkbox"/>	대외	서울특별시교육감	2012.01.20 17:02:37	접수	정호진	서울특별시교육청	

발송이력 | 발송의견 | 인쇄 | 닫기

감제 5호증



서울특별시의회

창의시정
시민을 생각하는 정치

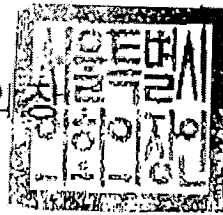
수신자 수신자참조
(경유)

제 목 서울특별교육감 제출 의안 철회 통지

1. 교육자치담당관-471(2012. 1.20)호와 관련입니다.
2. 서울특별시교육감이 제출한 「서울특별시 학생인권 조례안 재의요구안」(의안번호 506관련)은 서울특별시교육감의 요청에 따라 2012. 1. 20일자로 철회되었음을 통지합니다. 끝.

감제 6호증 1

서울특별시의회



수신자 교육위원장, 서울특별시교육감(교육자치담당관)

주무관 이외재 의사당담당관 최경주 시의회사무처장 장정우 의장 *이외재*

협조자 의안팀장 심말숙

시행 의사당담당관-☎ 4108 (2012. 1. 25) 접수

우 100-101 서울 중구 태평로1가 60-1 / http://www.smc.seoul.kr

전화 02)3702-1283 / 전송 02)3702-1288 / teewj542@seoul.go.kr / 대시인공개

접수의안

HOME > 의안검색 > 접수의안 > 현재 의안자료

서울특별시 학생인권 조례안 재의요구안						
· 의안번호	08-00506	· 의안종류	조례안	· 의안구분	재의안	
· 제안일	2012-01-09	· 제안자	교육감			
· 소관위원회	본회의					
· 심사경과	소관위원회 사항	회부일		심사보고 일		
		상정일		상정일	2012-01-20	
		심사일		의결일	2012-01-20	
		처리결과		처리결과	철회	
· 결과요지	○ 2011년 12월 20일자로 서울특별시의회로부터 이송되어온 「서울특별시 학생인권 조례안」(이하 "조례안"이라 한다)에 대하여 다음과 같은 이유로 「지방교육자치에 관한 법률」 제28조 제1항 및 「지방자치법」 제107조 제1항에 따라 재의를 요구합니다					
· 집행기관 이송일	· 공포번호					
· 공포일	· 철회일자					
· 첨부파일	재의안_서울특별시 학생인권 조례안 재의요구안					

목록

감제 6호증 2



연간 의사일정

☰ > 의정활동 > 의사일정 > 연간 의사일정

2012년도 의회운영 연간일정

* 총 115일 : 정례회 2회 60일, 임시회 4회 55일 [다운로드]

회수	회기	주요일정	비고
제236회 임시회	02월 13일(월) ~ 02월 27일(월) [15일간]	- 2012년도 업무보고 - 안건처리	※ 설연휴 : 1.22~1.24
제237회 임시회	04월 18일(수) ~ 05월 02일(수) [15일간]	- 시정질문 - 안건처리 - 결산감사위원 선임	※ 제19대 국회의원 및 재보궐선거 : 4.11 ※ 결산감사 : 5월~6월
제238회 정례회	06월 20일(수) ~ 07월 09일(월) [20일간]	- 시정질문 - 안건처리 - 2011년 결산승인	
제239회 임시회	08월 27일(월) ~ 09월 10일(월) [15일간]	- 시정질문 - 안건처리	※ 을지훈련 : 8.20~8.24 ※ 추석연휴 : 9.29~10.1
제240회 임시회	10월 04일(목) ~ 10월 13일(토) [10일간]	- 안건처리	※ 국정감사 : 10월초~10월중순
제241회 정례회	11월 02일(금) ~ 12월 11일(화) [40일간]	- 교섭단체 대표연설 - 행정사무감사 - 시정질문 및 안건처리 - 예산안 심의·의결	※ 예산안처리 : 12.11 ※ 제18대 대통령 및 재보궐선거 : 12.19

* 본 의정은 의장이 운영위원회 및 각 대표위원회 협의한 결과에 따라 변경될 수 있습니다.

감제 호증 3

보도 참고자료

2011.12.20.(목)



함께하는 공정사회 더 큰 희망 대한민국

교육과학기술부

Ministry of Education, Science and Technology

홍보담당관실 ☎ 2100 - 6580

<자료문의> ☎ 02-2100-6642 학교문화과장 : 오승걸 사무관 : 이진영

서울시의회 학생인권조례 통과에 대해 우려 표명

- 교육과학기술부(장관 이주호)는 '11.12.19(월) 서울시 의회에서 현장의 여론을 고려하지 않고 조급하게 수정·의결한 주민발의 학생인권조례에 대해 우려를 표명하였다.
- 교육현장에서는 “학생인권조례 저지 범국민연대(교원단체, 학부모 단체 등 63개 단체)” 및 종교계를 중심으로 교육적 가치를 우선적으로 고려해 학생인권조례 부결을 촉구하고 있다.
- 서울 학생인권조례 제정으로 학생의 학습권 침해, 교사의 지도권 위축으로 학교에서 학생지도의 혼란을 가중시키고,
 - 학부모와 교육현장의 우려가 많으므로 조례 추진에 대해 재검토가 필요하다는 의견을 표명하였다.

갑제
7
호
증

한겨레 > 뉴스 > 사회 > 교육

교과부, 서울학생인권조례 '재심의 압박'

“시교육청 수용땀 재의 권고”...시의회 재의결 불가피
대법에 제소 가능성도...“지방자치 흔들기 월권” 비판

[한겨레]

김민경 기자

“시교육청 수용땀 재의 권고”...시의회 재의결 불가피
대법에 제소 가능성도...“지방자치 흔들기 월권” 비판

교육과학기술부가 서울시의회에서 의결된 서울학생인권조례에 대해 서울시교육청에 재의를 권고할 방침인 것으로 알려졌다. 교과부 장관이 재의요구를 요청할 경우 시교육감은 재의를 요구할 수밖에 없어, 학생인권조례가 시의회에서 다시 논의될 가능성이 높아졌다.

교과부 학교문화과 오승걸 과장은 21일 <한겨레>와의 통화에서 “시교육청이 학생인권조례를 수용하면 재의 요청 권고를 하겠다”고 밝혔다. 오 과장은 “시교육청과 시의회의 문제이기 때문에 현재는 교육청의 자율적인 판단에 맡기고 있다”면서도 “학생인권조례를 재검토할 필요가 있다는 교과부의 의견을 이미 공식적으로 밝혔기 때문에 이를 시교육청이 종합적으로 판단할 거라고 본다”고 말했다. 교과부는 인권조례가 통과된 지난 19일 보도자료를 통해 “현장의 여론을 고려하지 않고 조급하게 수정·의결한 주민발의 학생인권조례에 대해 우려를 표명한다”며 “조례 추진에 대해 재검토가 필요하다”는 뜻을 밝혔다.

학생인권조례는 지난 19일 서울시의회 본회의에서 의결됐다. 조례는 시교육청에 이송됐으며, 시교육청은 20일 이내에 공포하거나 재의를 요구해야 한다. 그러나 ‘지방교육자치에 관한 법률’ 제28조는 ‘교육감이 교육과학기술부장관으로부터 재의요구를 하도록 요청받은 경우에는 시·도의회에 재의를 요구하여야 한다’고 규정해, 교과부가 재의를 요구할 경우 시교육청은 자동적으로 재의를 요구해야 한다. 그 뒤 시의회가 재적의원 과반수 출석과 출석의원 3분의 2이상의 찬성으로 인권조례를 다시 통과시키면 조례가 확정된다. 그러나 19일 본회의에서 민주당 합당 일부 시의원이 이탈해 찬성(출석의원 87명 중 54명)이 3분의 2가 안 됐다. 재의결 되더라도 교과부장관이나 시교육감이 ‘법령에 위반된다고 판단’하면 재의결된 날부터 20일 이내에 대법원에 제소할 수 있다.

서울학생인권조례 통과 뒤 일정

12월19일	서울학생인권조례 시의회 의결 (87명 중 54명 찬성)
5일 이내	서울시교육감에게 이송
20일 이내	시교육감 공포 또는 재의요구 (※재의 요구시 시의회 출석의원 3분의 2 이상 찬성이면 확정)
20일 이내	시교육감 대법원에 제소가 가능

갑
제
8
호
증
1

교과부 재의 방침이 알려지자, 인권조례에 찬성한 시민단체와 시의회 쪽에서 반발이 나오고 있다. 학생인권조례제정운동 서울본부는 22일 성명을 내어 “적법한 민주주의 절차를 거쳐 제정된 학생인권조례에 대해 교과부가 재심의를 하도록 압력을 가하는 것은 민주주의와 지방자치를 훼손하는 월권”이라고 비판했다. 김형태 서울시 교육의원도 “경기와 광주 학생인권조례 제정 때는 가만히 있다가 서울에만 문제를 삼는 이유를 모르겠다”며 “이대영 시교육청 권한대행은 ‘시의회 의견을 존중하겠다’는 행정감사 때의 약속을 지켜야 한다”고 지적했다. 김민경 기자 salmat@hani.co.kr

기사등록 : 2011-12-22 오후 09:03:14

© 한겨레 (<http://www.hani.co.kr>). 무단전재 및 재배포금지

[기사 프린트하기](#)

서울시교육청, 학생인권조례 재의 요구 방침

서울시의회가 의결한 서울학생인권조례에 대해 서울시교육청이 '재의 요구' 방침을 굳힌 것으로 알려졌다. 시의회가 통과시킨 조례안이 당초 시교육청의 권고안보다도 수위가 높고, 논란의 여지가 있다는 판단에서다. 조례안 철회를 요구하는 일부 교육단체와 보수 진영의 극심한 반발도 무시할 수 없는 변수가 됐다. 그러나 조례가 재의에 붙여질 경우 재석의원 3분의2 이상의 찬성표를 얻어야 해 통과 여부는 장담할 수 없다.

23일 시교육청 고위 관계자는 "동성 연애 등 성적 지향이나 임신·출산 학생 차별 금지 등 당초 시교육청이 검토하지 않았던 내용이 시의회 의결 과정에서 포함되면서 내부적으로도 재의 요구가 불가피한 것으로 보고 있다."고 밝혔다. 이어 "교육과학기술부로부터 재의를 요구할 것이라는 언질도 받았다."고 덧붙였다.

시교육청은 이날 시의회에서 서울학생인권조례안을 전달받은 것으로 알려졌다. 이대영 교육감 권한대행은 20일 이내에 이를 공포하거나 재의를 요구해야 하지만 재의 요구가 확실하다는 것이 시교육청 관계자들의 설명이다.

교과부 관계자는 "지방자치법에 교과부 장관이 재의를 요청할 경우 교육감은 무조건 재의를 요구하도록 규정하고 있다."면서 "대부분의 교육단체와 일선 교사들이 교권 추락에 대한 우려를 표명하고 있는 데다 법적 움직임도 있어 재의 요구를 하는 것이 현실적이라고 판단하고 있다."고 강조했다.

박건형기자 kitsch@seoul.co.kr

기사일자: 2011-12-24 1

Copyright © 서울신문사 All rights reserved.

갑제 8호증 2

교권 없는 학생인권조례 결국 손본다

교과부·교육청 재심의 요청키로
서울시의회 표결서 부결될 수도

논란 끝에 제정된 서울 학생인권조례가 재심의될 것 같다. 교육과학기술부가 조례안 재심의
를 서울시교육청에 요청키로 내부 방침을 정했기 때문이다. 교과부가 시교육청에 재심의를
요청하면 시교육청은 자동적으로 시의회에 재의요구안을 제출해야만 한다.

교과부 오승걸 학교문화과장은 23일 “정부는 학생인권조례에 대한 재검토 입장을 분명히
표명했다”며 “시교육청이 시의회에 재심의 요구를 하지 않는다면 우리가 검토할 수밖에 없
다”고 말했다. 교과부는 학생인권조례 통과 직후 “현장 여론을 고려하지 않고 조급하게 수정
의결한 학생인권조례는 재검토돼야 한다”는 입장을 밝힌 바 있다. 19일 시의회를 통과한 학
생인권조례는 교내집회 허용과 체벌금지, 두발·복장 자율화, 동성애 허용 등의 내용을 담고
있어 논란이 돼 왔다.

시교육청도 교과부가 재심의를 요구해 오면 수용한다는 입장이다. 시교육청 관계자는 “성
적 지향 등 시교육청이 검토하지 않았던 내용이 포함됐으므로 재의 요구를 검토 중”이라며
“교과부가 재심의를 결정하면 시교육청은 이를 따를 것”이라고 말했다. 지방자치법상 교육감
은 교과부 장관이 이미 통과된 안건에 대해 재의를 요구할 경우 시·도의회에 재의요구안을 제
출하도록 돼 있다.

학생인권조례가 재심리에 들어가면 시의회 표결에서 부결될 가능성이 작지 않다. 재심의
안건이 다시 통과되려면 출석의원 3분의 2 이상이 찬성해야 한다. 하지만 조례 통과 당시 출
석의원 87명 중 54명이 찬성, 3분의 2가 안 됐기 때문이다.

재심리와 더불어 교권 보호 방안을 추진해야 한다는 주장도 나온다. 교육위 정문진(한나라
당) 부위원장은 “학생인권뿐 아니라 교권보호 조항도 함께 만들어야 한다는 여론이 높아지고
있다” 고 밝혔다.

윤석만·이한길 기자

감제 8호증 3

서울 서대문구 합동

116 SK리첵블 701호 공익인권변호사모임 희망을 만드는법

피고대리인

변호사 조혜인, 서선영, 류민희, 김동현



120-030

2097314 - 276707 ↓

(민사과 특별2부(카))

2012-043-15-073

이 사건의 사건번호는 대법원

2012추 15 제정조례안의결 무효확인 청구의 소

예정 기일 :

담당재판부 : 특별2부(카)

법원사무관 김정태

직통 전화 : 3480-1364

팩 스 :

e-mail :

재판부 이메일 주소는 문의사항을 연락하기 위한 연락처이므로 재판부 이메일 주소로 전자 문서를 전송하는 경우에는 서면을 제출한 효력이 발생하지 아니함을 유의하시기 바랍니다.
