

변론기일 2013. 10. 31. 10:50

재판부 특별2부 주심 카

사 건 2012추15 제정조례안의결 무효확인청구
원 고 교육부장관
피 고 서울특별시의회

부분영수
2013. 10. .
인

준 비 서 면

2013. 10. .

원고 소송대리인 정부법무공단

대법원 특별2부 귀중



정부법무공단
Korean Government Legal Service

137-882 서울 서초구 서초중앙로 178(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 교육부장관
피 고 서울특별시의회

위 사건에 관하여 원고 소송대리인은 아래와 같이 변론을 준비합니다.

1. 학생인권조례는 현행 법체계에 부합되지 않습니다.

가. 학생인권조례의 입법화의 한계

학생의 인권을 보호하고 신장하여야 한다는 방향성에 대해서는 그 누구도 이의를 제기하지 않을 것입니다. 그러한 점에 있어서 전통적으로 인권의 사각지대로 인식되어 왔던 학생인권에 대한 규범화가 중요한 법적 문제로 되고 있으며, 그 결과로서 학생인권조례의 제정이 사회적 화두로 되고 있는 것은 어찌면 당연합니다.

그런데 법규범화는 그 법적 구속력으로 인하여 직접적인 행위규범으로서 기능하게 되므로, 사회현실적 측면에서의 검토는 물론 법체계적 측면에서의 신중한 검토가 필요합니다.



특히 교육의 장(場)은 학생뿐만 아니라, 교육행정주체, 교원, 학부모 등 다양한 교육당사자의 이해관계가 중첩되는 영역이므로, 특정한 이해집단에 대한 고려만이 아닌 이해관계자 전원에 대한 종합적인 이익형량의 문제가 중요하며, 더욱이 '조례'의 형식으로 규범화되는 경우에는 조례라는 규범적 본질로부터 비롯되는 다양한 한계가 존재합니다.

결국 학생인권조례는 원론적인 관점에서 학생인권의 확대라는 지극히 당연한 규범적 방향성에도 불구하고, 구체적인 법제화에 있어서는 교원의 교육권¹⁾과의 충돌가능성, 교육행정의 실효성 확보수단 등 교육법적 관점에서의 문제²⁾, 특히 학생인권조례는 그 규범적 본질이 조례인 점에서 조례제정권의 범위와 한계 등에 관련된 지방자치법적 문제 등이 학생인권조례의 입법화의 한계로 작용합니다.

나. 교육법적 관점에서의 한계

교육법적 관점에서 볼 때, 교육은 학생들에게 인간적 주체성을 확립시킴으로써 완전한 인격형성을 추구하는 것을 목표로 하므로, 교육은 단순한 지식의 전달에 그쳐서는 안 되고 적절한 교육을 위한 지도와 규제의 필요성이 수반됩니다.

- 1) 교원의 교육권이 헌법상 권리인지 여부는 다툼이 있지만 법적으로 보호되는 권리라는 점에 대해서는 이론이 없습니다(헌법재판소 2001. 11. 29. 선고 2000헌마278 결정 참조).
- 2) 미국 연방대법원의 Tinker 판결(Tinker v. Des Moines Independent Community School District)은 학생들의 인권증진에 획기적으로 기여하였지만, Tinker 판결 이후 학생관련 소송에서 하급심 대부분은 Tinker 판결을 인용했기 때문에 교원들의 학생지도는 힘들게 되었고, 그 결과 교실에서 “과잉 섹스표현, 미혼모, 폭력, 총기 사건, 마약매매 등”이 비약적으로 증가하여 학교에 경찰(school police)을 배치해야만 하는 상황이 되고 말았는데, 그와 같은 현상이 우리 학교에서 재현될 수 있다는 우려도 상당합니다.

학생인권조례의 옹호론에서도 학생인권의 보장이 단순히 방종이나 타인의 권리를 침해하면서도 제멋대로 행동하는 것을 방임하는 의미가 아니라고 인정하듯이 인간이 누리는 자유와 권리는 타인의 자유와 권리를 침해하지 않는 한에서 보장되는 것이고, 이에 더하여 교육의 영역에서는 교육목적상 필요한 경우 정당한 법적 근거 하에서 일정한 제약을 받는 것은 당연하며, 이러한 규범적 요구는 학생인권조례의 내용적 한계로 작용합니다.

학생인권조례가 목적지향적임을 밝히고 있음에도 목적에 대한 고려 없이 수단(가령 두발, 복장, 소지품검사, 체벌 등의 금지)만을 획일적으로 규제하는 것은 그 자체로 모순입니다.

다. 조례제정권의 관점에서의 한계

조례제정권의 관점에서 볼 때, 학생인권조례는 초중등교육법 등 법령이 학칙 등을 통하여 학생지도(특히 두발, 복장, 소지품검사 등)에 관하여 학교장·교원에게 부여한 재량권을 봉쇄하고 있다는 점³⁾에서 그 기본적 방향의 타당성에도 불구하고 상위 법령을 위반하고 있습니다.

- 3) 충청북도 학생인권조례안에 대한 각하처분취소사건에서 법원은 “두발과 복장 등에 관한 학칙의 제정은 학교의 장이 교육목적의 달성이나 학내 질서의 유지 등을 위하여 필요한 경우에는 학칙을 제정할 권한을 가지는데, 학생인권조례안은 어떤 경우라도 학교의 장이 두발과 소지품 검사에 대하여 규제하지 못하도록 규정하고 있어 법령에서 부여한 학교의 장의 학칙제정 재량권을 박탈하는 것이다”고 판시하였습니다(청주지방법원 2013. 8. 22. 선고 2013구합678 판결 참조).

또한 학생인권조례가 권리장전으로서의 선언적·확인적 의미를 넘어 교육현장에 대한 구체적인 행위규범으로 기능하는 경우, 이는 교원의 권리를 제한할 수밖에 없어 법령의 위임을 필요로 하는데, 교원의 교육권에 관하여 조례에 의한 규율을 위임하고 있는 법령은 찾아볼 수 없습니다.

라. 소결

따라서 학생인권조례가 지향하려는 방향성은 타당하지만 법률유보의 원칙 및 법률우위의 원칙에 위배되는 등 현행 법체계에 부합되지 않는 문제가 있습니다.

학생인권의 신장을 위하여 규범화가 필요한 경우에도 구체적 행위규범으로서 ‘조례’의 형식보다는 학생인권의 규범적 지향점으로서 ‘장전’, ‘헌장’ 등의 형태로 규정하고 그에 따른 구체적인 행위규범화는 교육당사자들의 합의를 통하여 학칙⁴⁾ 등의 형태로 규범화하는 것이 타당합니다⁵⁾.

4) 미국, 영국, 독일, 일본에서는 학생인권의 보장과 제한에 대한 ‘조례’는 없고, 학교가 합리적인 범위에서 학생들의 기본적 인권을 보장하거나 제한하는 내용을 ‘학칙’에 규정하고 있으며, 필요한 경우 국가나 지방자치단체가 ‘지침’을 하달하고 있습니다(선진국(미·영·독·일)의 학생인권 보장과 제한에 대한 비교 연구, 이석배, 송요원, 이준순, 한국교육개발원 참조).

5) 조성규, “조례제정권의 관점에서 본 학생인권조례의 법적 쟁점”, 행정법연구(2013. 4.) 참조

2. 법률유보의 원칙 위반

가. 관련 법리

주민의 권리 제한 또는 의무부과에 관한 사항에 해당하는 조례를 제정할 경우에는 그 조례의 성질을 묻지 아니하고 법령의 위임이 있어야 하고(대법원 2007. 12. 13. 선고 2006추52 판결 참조), 국가사무(기관위임사무)에 관하여 제정되는 이른바 '위임조례'는 개별법령에서 일정한 사항을 조례로 정하도록 위임하고 있는 경우에 한하여 제정할 수 있으므로(대법원 1999. 9. 17. 선고 99추30 판결 참조), 이를 위반하여 제정된 조례는 효력을 가질 수 없습니다.

나. '조례'의 형식으로 학생의 권리와 사학의 자유를 제한하는 조항

(이 사건 조례안 제5조, 제9조, 제10조, 제12조 제항, 제13조 제4항, 제16조, 제17조 제3항, 제18조 내지 제22조, 제29조 등)

1) 헌법 제37조 제2항에는 "국민의 모든 자유와 권리는 ... 필요한 경우에 한하여 법률로써 제한할 수 있으며..."라고 규정하고 있으므로, '학생'을 포함한 모든 국민의 자유와 권리를 제한할 때에는 '법률'로써 제한해야 합니다.

2) 이 사건 조례안에서 규정하고 있는 학생의 개성을 실현할 권리, 사생활의 자유, 표현의 자유 등은 헌법에 명시된 기본권입니다.

또한 우리 헌법은 사학의 설립 및 운영의 자유에 대한 별도의 규정을 두지는



않고 있으나 헌법 제10조(일반적 행동의 자유), 제31조 제1항(교육받을 권리), 제31조 제4항(교육의 자주성·전문성·정치적 중립성 및 대학의 자율성) 등에 의하여 학교법인의 설립자, 학교법인 등의 사학의 자유, 즉 사학의 설립 및 운영의 자유를 두텁게 보장하고 있습니다(대법원 2007. 5. 17. 선고 2006다19054 전원합의체 판결 참조).

3) 그런데 이 사건 조례안 제12조 제2항, 제13조 제4항, 제17조 제3항은 일정한 사유가 있는 경우에 ‘학칙’으로 개성을 실현할 권리(복장), 사생활의 자유(휴대폰 등의 소지 및 사용), 표현의 자유(학교 내 집회)를 제한할 수 있다고 규정하고 있습니다.

또한 이 사건 조례안 제5조, 제9조, 제10조, 제16조, 제18조 내지 제22조, 제29조 등은 개별 사립학교의 특성을 살린 다양한 교육, 창의적인 운영, 구체적인 학교상황에서의 교육적 고려 등을 저해하여 사학의 자유를 제한하고 있습니다.

4) 따라서 이 사건 조례안 제5조, 제9조, 제10조, 제12조 제항, 제13조 제4항, 제16조, 제17조 제3항, 제18조 내지 제22조, 제29조 등의 목적이나 내용이 아무리 타당하다고 하더라도, ‘법률’이 아닌 ‘조례’의 형식으로 학생의 권리나 사학의 자유를 제한하는 것은 허용될 수 없습니다.

다. 교육의 자주성 및 교육제도 법정주의에 위반되는 조항

(이 사건 조례안 제29조 제1항, 제6항, 제7항)

1) 이 사건 조례안 제29조 제1항은 “교육감, 학교의 설립자·경영자, 학교의 장 및 교직원

은 모든 사람의 학생인권 의식을 깨우치고 향상시키기 위하여 필요한 학생인권교

육을 하여야 한다.”고, 같은 조 제6항은 “학교의 장은 학생들에게 학생인권에 관한 교육을 학기당 2시간 이상 실시하여야 한다.”고, 같은 조 제7항은 “학교의 장은 제6항에서 정한 교육을 실시할 경우에는 산업수요 맞춤형 고등학교 및 특성화 고등학교 현장실습, 근로 학생의 증가 등을 고려하여 노동권에 관한 내용을 포함시켜야 한다.”고 각 규정하고 있습니다.

2) 그런데 헌법 제31조 제4항은 “교육의 자주성·전문성·정치적 중립성 및 대학의 자율성은 법률이 정하는 바에 의하여 보장된다.”고, 같은 조 제6항은 “학교교육 및 평생교육을 포함한 교육제도와 그 운영, 교육재정 및 교원의 지위에 관한 기본적인 사항은 법률로 정한다.”고 각 규정하고 있습니다.

‘교육의 자주성’이란 교육이 정치권력이나 기타의 간섭 없이 그 전문성과 특수성에 따라 독자적으로 교육 본래의 목적에 기하여 조직·운영·실시되어야 한다는 의미에서 교육의 자유와 독립을 말한다고 일단 정의할 수 있습니다(헌법재판소 2002. 3. 28. 선고 2000헌마283, 778 결정 참조).

교육의 자주성 확립을 위하여 헌법 제31조 제6항에서 ‘교육제도의 법정주의’⁶⁾를 선언하고 있는바, 백년대계의 교육제도와 그 내용은 특정 정치권력 등에 의하여 영향을 받지 않도록 ‘법률’의 형식으로 보장되어 일관성 있는 제도로 유지되어야 합니다.

6) 교육제도 법정주의는, 교육제도가 한 시대와 국가사회공동체의 이념 및 윤리와 조화되는 가운데서 형성·발전되어야 할 성격을 지닌 것이기 때문에 그러한 제도의 구체적 형성과 변경은 국민의 대표기관인 입법부가 그 시대의 구체적인 사회적 여건과 교육의 특수성을 고려하여 민주적인 방법에 의하여 합리적으로 이루어 나가도록 하는 것이 적합하다는 데 근거를 두고 있습니다(헌법재판소 2006. 5. 25. 선고 2004헌마72 결정 참조).

헌법 제31조에 따라 국가는 학교제도를 통한 교육을 시행하도록 위임받았고, 이로써 국가는 학교제도에 관한 포괄적인 규율권한과 자녀에 대한 학교교육의 책임을 부여받았으므로, 국가는 모든 학교제도의 조직, 계획, 운영, 감독에 관한 포괄적인 권한, 즉, 학교제도에 관한 전반적인 형성권과 규율권(교육목표, 학습계획, 학습방법, 학교제도의 조직 등을 통하여 학교교육의 내용과 목표를 정할 수 있는 포괄적인 규율권한)을 가지게 된 것입니다(헌법재판소 2000. 4. 27. 선고 98헌가16 결정 참조).

3) 이러한 헌법정신을 이어받아 초중등교육법 제23조는 “학교는 교육과정을 운영하여야 한다. 교육부장관은 제1항에 따른 교육과정의 기준과 내용에 관한 기본적인 사항을 정하며, 교육감은 교육부장관이 정한 교육과정의 범위에서 지역의 실정에 맞는 기준과 내용을 정할 수 있다. 학교의 교과는 대통령령⁷⁾으로 정한다.”고, 같은 법 제20조 제4항은 “교사는 법령에서 정하는 바에 따라 학생을 교육한다.”고 각 규정하고 있습니다.

위 각 규정의 내용을 종합해 보면, 초중등학교의 교육과정은 학교의 설치·경영·재정지원 등에 관한 사항처럼 헌법 제117조 제1항에 의하여 ‘조례’로 정할 수 있

7) 초중등교육법 시행령

제43조(교과) 법 제23조제3항의 규정에 의한 학교의 교과는 다음 각 호와 같다.

1. 초등학교 및 공민학교 : 국어, 도덕, 사회, 수학, 과학, 실과, 체육, 음악, 미술 및 외국어(영어)와 교육부장관이 필요하다고 인정하는 교과
2. 중학교 및 고등공민학교 : 국어, 도덕, 사회, 수학, 과학, 기술·가정, 체육, 음악, 미술 및 외국어와 교육부장관이 필요하다고 인정하는 교과
3. 고등학교 : 국어, 도덕, 사회, 수학, 과학, 기술·가정, 체육, 음악, 미술 및 외국어와 교육부장관이 필요하다고 인정하는 교과
4. 특수학교 및 고등기술학교 : 교육부장관이 정하는 교과

는 ‘자치영역’이 아니라, 국회가 헌법 제31조 제4항, 제6항에 의하여 ‘법률’의 형식으로 정하여야 하는 ‘국가영역’이라 할 것이므로, 설령 학생에 대한 인권교육을 학기당 2시간 이상 실시할 필요가 있다고 하더라도, 이는 법률에서 정하거나 법률의 위임을 받아 조례의 형식으로 정할 수 있을 뿐입니다.

4) 따라서 학교교육(교육과정)을 포함한 교육제도에 관한 기본적인 사항은 국민의 대표기관인 국회에서 ‘법률’의 형식으로 정하여야 할 것인데, 교육기본법, 초중등교육법 등 관계 법령 어디에도 교육과정을 ‘조례’로 정할 수 있도록 위임하고 있지 않으므로, 교육과정(인권교육 학기당 2시간)에 대하여 법률의 위임도 없이 제정된 이 사건 조례안 제29조 제1항, 제6항, 제7항은 교육의 자주성 및 교육제도 법정주의에 관한 헌법 제31조 제4항, 제6항에 위반됩니다.

라. 교원의 교육권을 제한하는 조항(이 사건 조례안 제4조 내지 제26조 등)

교원의 교육권은 교육기본법 제5조 제1항8), 제14조 제1항, 초중등교육법 제20조 제4항9), 교육공무원법 제43조 제1항10), 교원 지위향상을 위한 특별법 제2조11) 등에

8) 제5조(교육의 자주성 등) ① 국가와 지방자치단체는 교육의 자주성과 전문성을 보장하여야 하며, 지역 실정에 맞는 교육을 실시하기 위한 시책을 수립·실시하여야 한다.

9) 제20조(교직원의 임무) ① 교장은 교무를 통할(統轄)하고, 소속 교직원을 지도·감독하며, 학생을 교육한다.

④ 교사는 법령에서 정하는 바에 따라 학생을 교육한다.

10) 제43조(교권의 존중과 신분보장) ① 교권(敎權)은 존중되어야 하며, 교원은 그 전문적 지위나 신분에 영향을 미치는 부당한 간섭을 받지 아니한다.

11) 제2조(교원에 대한 예우) ① 국가, 지방자치단체, 그 밖의 공공단체는 교원이 사회적으로 존경받고 높은 긍지와 사명감을 가지고 교육활동을 할 수 있는 여건을 조성하도록



의하여 도출되는 '권리¹²⁾'임은 분명하고, 그 내용에는 단순한 지식의 전달 외에 학교생활 전반에 대한 교육의 자유를 포함하고 있으므로, 교육목적의 달성을 위하여 필요한 경우 적절한 정도의 규제권한도 당연히 포함됩니다.

학생의 인권(학습권)이 교원의 교육권(수업권)보다 우월한 지위에 있다고 하더라도, 법률유보의 원칙에서는 교원의 교육권이 존재한다는 그 자체가 조례의 본질적인 규범적 한계가 됩니다.

그런데 이 사건 조례안 제4조 내지 제26조 등은 단순히 학생의 권리만 보장하는 수익적 조례의 성격을 가진 것이 아니라 교육현장 자체에 대한 규율을 포함하고 있어 이중효적(복효적) 성격을 가지고 있으므로, 칙익적 효과가 발생하는 교육당사자(교원, 학교설립자·경영자)에 대해서는 지방자치법 제22조 단서에 따라 법률유보원칙이 적용된다 할 것인데, 교원의 교육권에 관하여 조례에 의한 규율을 위임하고 있는 법령은 찾아볼 수 없습니다.

따라서 이 사건 조례안 제4조 내지 제27조 등은 법령의 위임 없이 교원(학교의 장과 교사)의 교육권을 제한하고 있으므로, 법률유보원칙에 위반됩니다.

노력하여야 한다.

② 국가, 지방자치단체, 그 밖의 공공단체는 교원이 학생에 대한 교육과 지도를 할 때 그 권위를 존중받을 수 있도록 특별히 배려하여야 한다.

③ 국가, 지방자치단체, 그 밖의 공공단체는 그가 주관하는 행사 등에서 교원을 우대하여야 하며, 교원이 교육활동을 원활하게 수행할 수 있도록 적극 협조하여야 한다.

12) 교원의 교육권이 권리가 아니라 직무상 권한이라는 일부 견해가 있으나, 설령 권리가 아닌 권한으로 보더라도, 학생인권의 보호를 위해서는 교원의 권한을 아무런 제약 없이 침해할 수 있다는 논리는 타당하지 않습니다.

다. 국가사무에 관한 조항(이 사건 조례안 제2조 제1호, 제2호)

이 사건 조례안 제2조 제1호는 “학교란 서울특별시 내에 소재한 초중등교육법 제2조의 학교를 말한다.”고, 같은 조 제2호는 “유치원이란 유아교육법 제2조 제2호에 따라 설립·운영되는 유치원을 말한다.”고 각 규정하고 있습니다.

한편 초중등교육법 제2조, 제3조에 의하면, ‘학교’란 초등학교·공민학교, 중학교·고등공민학교, 고등학교·고등기술학교, 특수학교, 각종학교를 말하고, 국립학교, 공립학교, 사립학교를 구분되며, 유아교육법 제2조 제2호, 제7조에 의하면, ‘유치원’이란 유아의 교육을 위하여 유아교육법에 따라 설립·운영되는 학교를 말하고, 국립유치원, 공립유치원, 사립유치원으로 구분됩니다.

위와 같은 이 사건 조례안, 초중등교육법 및 유아교육법의 각 규정내용을 종합해 보면, 이 사건 조례안 제2조 제1호에서 말하는 학교에는 국립학교와 국립유치원이 포함되어 있습니다.

그런데 비록 각종 학교의 설치·운영·지도가 ‘자치사무’로 예시되어 있다고 하더라도(지방자치법 제9조 제2항 제5호 가목 참조), ①국가는 헌법 제31조 제5항, 제6항에 따라 학교제도에 관한 포괄적인 규율권한과 자녀에 대한 학교교육의 책임을 부여받아(헌법재판소 2000. 4. 27. 선고 98헌가16 결정 참조), 공교육의 조직, 편성, 운영권 등 교육권을 가지는 점, ②국립학교(유치원)의 설립자는 국가이므로, 국가는 설립자로서의 교육권(인적·물적 시설의 관리권)도 가지는 점, ③국립학교(유치원)는 교육부장

관의 지도·감독을 받는 점(초중등교육법 제6조, 유아교육법 18조 제1항 참조) 등에 비추어, 국립학교와 국립유치원에서의 학생지도 등은 '국가사무'라 할 것입니다.

따라서 국립학교 및 국립유치원에서의 학생지도 등은 법령의 위임이 없는 한 조례제정의 대상이 될 수 없습니다.

바. 소결

그렇다면 이 사건 조례안 제5조, 제9조, 제10조, 제12조 제항, 제13조 제4항, 제16조, 제17조 제3항, 제18조 내지 제22조, 제29조 등은 '법률'의 형식이 아닌 '조례'의 형식으로 학생과 사학의 자유를 제한하고 있고, 이 사건 조례안 제29조 제1항, 제6항, 제7항은 교육의 자주성 및 교육제도 법정주의에 위반되고, 이 사건 조례안 제4조 내지 제26조 등은 법령의 위임 없이 교원의 교육권을 제한하고 있으며, 이 사건 조례안 제2조 제1호, 제2호는 법령의 위임 없이 국가사무에 관하여 규율하고 있는바, 법률유보의 원칙에 위반되어 그 효력을 인정할 수 없습니다.

3. 법률우위의 원칙 위반

가. 관련 법리

자치사무에 관하여 조례도 상위 법령을 위반할 수는 없고, 특별한 규정이 없는 한 지방자치법이 규정하고 있는 지방자치단체의 집행기관과 지방의회의 고유권한에 관

하여는 조례로 이를 침해할 수 없으며, 나아가 지방의회가 지방자치단체장의 고유권한이 아닌 사항에 대하여도 그 사무집행에 관한 집행권을 본질적으로 침해하는 것은 지방자치법의 관련 규정에 위반되어 허용될 수 없습니다(대법원 2001. 11. 27. 선고 2001추57 판결 참조).

나. 학교생활의 규제 및 학생지도에 관한 학교의 자율성 침해

1) 관계 법령

국가와 지방자치단체는 교육의 자주성을 보장하여야 하고 학교운영의 자율성을 존중하며(교육기본법 제5조 참조), 사립학교의 다양하고 특성 있는 설립 목적을 존중하여야 합니다(같은 법 제25조 참조).

학교의 장은 법령의 범위에서 학칙을 제정 또는 개정할 수 있고, 그 학칙에 ‘학생 포상, 징계, 징계 외의 지도방법, 두발·복장 등 용모, 교육목적상 필요한 소지품 검사, 휴대전화 등 전자기기의 사용 및 학교 내 교육·연구활동 보호와 질서 유지에 관한 사항 등 학생의 학교생활에 관한 사항’을 반드시 기재하여야 합니다(초중등교육법 제8조, 같은 법 시행령 제9조 제1항 제7호 참조).

학교의 장은 교육상 필요한 경우 법령과 학칙이 정한 바에 따라 훈육·훈계 등의 방법으로 학생을 지도하되, 도구, 신체 등을 이용하여 학생의 신체에 고통을 가하는 방법을 사용해서는 아니 됩니다(초중등교육법 제18조 제1항 전문, 같은 법 시행령 제31조 제8항 참조).

2) 학교장의 학칙제정의 재량권 침해

(이 사건 조례안 제6조, 제9조, 제13조, 제16조, 제17조, 제19조, 제20조 등)

위와 같이 교육기본법 및 초·중등교육법은 교육의 자주성 및 학교운영의 자율성을 보장하기 위하여 학교생활의 규제 및 학생지도에 관한 사항을 '학칙'에 위임하고 있는데, 이 사건 조례안 제9조, 제11조 내지 제13조, 제17조 등은 학교생활의 규제 및 학생지도에 관한 학교장(교사)의 재량권을 침해하고 있습니다.

물론 법령과 학칙 사이에 조례가 개입한다고 하여 그 자체만으로 곧바로 위법한 것은 아니지만, 조례가 교육현장에서의 학교생활의 규제 및 학생지도에 관한 사항을 확일적으로 규제함으로써 초·중등교육법령이 학칙을 통하여 학교에 부여한 자율성(즉 학교생활의 규제 및 학생지도에 관한 자율성)을 침해하는 경우에는 상위법령을 위반한 것으로 보아야 합니다.

그런데 이 사건 조례안(13)은, 개별 학교가 관계 법령에 따라 제정된 '학칙'으로 자율적으로 규율하고 있는 사항에 관하여 지방자치단체가 '조례'의 형식으로 일률적·확일적으로 규율하고 있습니다.

특히 이 사건 조례안 제6조 제1항, 제3항은 “학생은 체벌 등 모든 물리적 및

- 13) 예를 들어 체벌로부터 자유로운 권리(제6조 제1항, 제3항), 정규교육과정 외의 교육활동을 자유롭게 선택할 권리(제9조 제1항), 휴대폰 소지 및 사용금지 불가(제13조 제4항), 특정 종교의 교육 강요 금지 및 대체과목 마련(제16조 제3항, 제4항), 집회의 자유(제17조 제3항), 학칙 제·개정에 참여할 권리(제19조), 학교운영에 참여할 권리(제20조 제1항) 등에 대해서는 개별 사립학교가 상위 법령의 범위 안에서 학칙에서 자율적으로 정할 수 있는 사항입니다.

언어적 폭력으로부터 자유로울 권리를 가진다. 학교의 장 및 교직원은 체벌 등 모든 물리적 및 언어적 폭력을 방지하여야 한다.”고 규정하고 있는바, 체벌의 당·부당에 대한 논의를 떠나¹⁴⁾ 위 조항은 체벌금지를 확일적으로 규범화하여 신체적 체벌 이외의 체벌까지 전면적으로 금지함으로써, 학교장의 학칙제정의 재량권을 원천 봉쇄하고 있으므로, 초중등교육법 제18조, 같은 법 시행령 제31조 제8항을 위반한 것입니다.

조례제정권의 관점에서 바라본 체벌금지조항의 위법성은 규율내용 자체에 있는 것이 아니라 규율체계상의 문제에서 비롯된 것입니다. 즉 학교생활의 규제 및 학생 지도와 관련하여 법률에서 학칙으로 위임하여 학교장이 재량으로 정하게 된 사항을 이 사건 조례안이 기속화시켰다는 점에서 위법하다는 것입니다.

3) 사립학교 운영의 자율성, 독자성 침해

(이 사건 조례안 제5조, 제9조, 제10조, 제16조, 제18조 내지 제22조, 제29조 등)

사립학교는 설립자의 의사와 재산으로 독자적인 교육목적을 구현하기 위해 설립되는 것이므로 사립학교 설립의 자유와 운영의 독자성을 보장하는 것은 그 무엇과도 바꿀 수 없는 본질적 요체입니다.

사립학교법 제1조는 “이 법은 사립학교의 특수성에 비추어 그 자주성을 확보하고 공공성을 양양함으로써 사립학교의 건전한 발달을 도모함을 목적으로 한다.”라고

14) 체벌에 관하여 대법원의 입장은 원칙적 금지라 할 것이나 이는 절대적 금지라기보다는 구체적 상황 하에서 제한적으로 허용될 수 있는 것으로 보는 입장이고(대법원 1991. 5. 28. 선고 90다17972 판결, 2004. 6. 10. 선고 2001도5380 판결 참조), 헌법재판소 역시 학교체벌은 일정한 기준 하에서 제한적으로만 허용된다는 입장입니다(헌법재판소 2006. 7. 27. 선고 2005헌마1189 결정 참조).

규정하여 사립학교의 특수성·자주성·공공성을 선언하고 있는데, 헌법 정신에 충실하자면 학교법인의 공공성을 해치지 않는 범위 내에서 그 자주성은 최대한 존중되어야 할 것입니다(위 2006다19054 전원합의체 판결 참조).

그런데 이 사건 조례안 제4조, 제5조, 제9조, 제10조, 제16조, 제18조 내지 제22조, 제29조 등은 개별 사립학교의 특성을 살린 다양한 교육, 창의적인 운영, 구체적인 학교상황에서의 교육적 고려 등을 저해하고 있는바, 헌법과 법령에서 보장하고 있는 사립학교 운영의 자율성, 독자성을 심각하게 침해하고 있습니다.

다. 교육감의 행정기구 설치권, 조직편성권 및 조례안 제안권 침해

(이 사건 조례안 제33조 내지 제42조)

의원발의로 의결된 이 사건 조례안 중 제33조 내지 제42조는 학생인권위원회, 학생참여단, 학생인권옹호관, 학생인권교육센터 등 ‘집행기관’에 속하는 행정기구(합의제 행정기관, 자문기관, 보조·보좌기관)의 설치·운영에 관하여 규정하고 있습니다.

그런데 교육자치법 제18조, 제20조, 제30조 제5항, 제32조, ‘지방교육행정기관의 행정기구와 정원기준 등에 관한 규정’(이하 ‘교육행정기구규정’이라 합니다) 제5조, 제25조, 제27조의 각 규정을 종합하면, 교육자치법은 교육감으로 하여금 지방자치단체 교육·학예사무의 집행기관으로서 당해 사무와 법령에 의하여 위임된 사무를 관리·집행하는 데 필요한 행정기구를 설치할 고유권한과 이를 위한 조례안의 제안권을 가지도록 하는 반면, 지방의회로 하여금 지방자치단체장의 행정기구 설치권한을 견제하도록 하기 위하여 교육감이 조례안으로써 제안한 행정기구를 축소·통폐합할 권한을 가지도

특 하고 있습니다(대법원 2005. 8. 19. 선고 2005추48 판결 참조).

이에 더하여 교육자치법 제30조 제5항, 제32조 등에 그 설치근거가 마련된 직속 기관, 보조기관, 합의제행정기관 및 자문기관은 교육감이 통할하여 관리·집행하는 사무를 일부 분담(보조, 자문)하여 수행하는 기관으로서 실령 그 사무를 독립하여 수행한다 할지라도 이는 어디까지나 집행기관에 속하는 것이지 지방의회에 속한다거나 집행기관이나 지방의회 어디에도 속하지 않는 독립된 제3의 기관에 해당하지 않는 점, 교육행정기구규정 제3조 제1항의 각 규정에 비추어 교육감은 집행기관에 속하는 행정기관 전반에 대하여 조직편성권을 가진다고 해석되는 점 등을 종합해 보면, 교육감은 직속기관, 보조기관, 합의제행정기관 및 자문기관을 설치할 고유의 권한을 가지며 이러한 고유권한에는 그 설치를 위한 조례안의 제안권이 포함된다고 봄이 상당하므로, 지방의회가 직속기관, 보조기관, 합의제행정기관 및 자문기관의 설치에 관한 조례안을 발의하여 이를 그대로 의결 또는 재의결하는 것은 교육감의 고유권한에 속하는 사항의 행사에 관하여 지방의회가 사전에 적극적으로 개입하는 것으로서 교육자치법령에 위반되어 허용되지 않습니다(대법원 2009. 9. 24. 선고 2009추53 판결 참조).

따라서 집행기관에 속하는 행정기구의 설치·운영에 관하여 규정한 이 사건 조례안 제33조 내지 제42조는 교육감의 행정기구 설치권, 조직편성권 및 조례안 제안권을 침해하여 교육자치법령에 위반됩니다.

라. 소결

그렇다면 이 사건 조례안 제6조, 제9조, 제13조, 제16조, 제17조, 제19조, 제20



조 등은 학교장의 학칙제정의 재량권을 침해하고, 이 사건 조례안 제5조, 제9조, 제10조, 제16조, 제18조 내지 제22조, 제29조 등은 학교법인의 사학운영의 자유를 침해하며, 이 사건 조례안 제33조 내지 제42조는 교육감의 행정기구 설치권, 조직편성권 및 조례안 제안권을 침해하는 등 상위법령에 위배되므로, 그 효력을 인정할 수 없습니다.

4. 제소요건 및 제소기간에 관하여

가. 관계 법령

1) 지방교육자치에 관한 법률(이하 '교육자치법'이라 합니다)

제3조(「지방자치법」과의 관계) 지방자치단체의 교육·학예에 관한 사무를 관장하는 기관의 설치와 그 조직 및 운영 등에 관하여 이 법에서 규정한 사항을 제외하고는 그 성질에 반하지 않는 「지방자치법」의 관련 규정을 준용한다. 이 경우 "지방자치단체의 장" 또는 "시·도지사"는 "교육감"으로, "지방자치단체의 사무"는 "지방자치단체의 교육·학예에 관한 사무"로, "자치사무"는 "교육·학예에 관한 자치사무"로, "안전행정부장관"·"주무부장관" 및 "중앙행정기관의 장"은 "교육부장관"으로 본다.

제28조(시·도의회 등의 의결에 대한 재의와 제소)

① 교육감은 제11조 제2항의 규정에 따른 교육위원회의 의결 또는 교육·학예에 관한 시·도의회 의 의결이 법령에 위반되거나 공익을 현저히 저해한다고 판단될 때에는 그 의결사항을 이송받은 날부터 20일 이내에 이유를 붙여 재의를 요구할 수 있다.

교육감이 교육과학기술부장관으로부터 재의요구를 하도록 요청받은 경우에는 교육위원회 또는 시·도의회에 재의를 요구하여야 한다.

2) 지방자치법

제107조(지방의회의 의결에 대한 재의요구와 제소)

① 지방자치단체의 장은 지방의회의 의결이 월권이거나 법령에 위반되거나 공익을 현저히 해친다고 인정되면 그 의결사항을 이송받은 날부터 20일 이내에 이유를 붙여 재의를 요구할 수 있다.

제172조(지방의회 의결의 재의와 제소)

① 지방의회의 의결이 법령에 위반되거나 공익을 현저히 해친다고 판단되면 시·도에 대하여는 주무부장관이, 시·군 및 자치구에 대하여는 시·도지사가 재의를 요구하게 할 수 있고, 재의요구를 받은 지방자치단체의 장은 의결사항을 이송받은 날부터 20일 이내에 지방의회에 이유를 붙여 재의를 요구하여야 한다.

⑦ 제1항에 따라 지방의회의 의결이 법령에 위반된다고 판단되어 주무부장관이나 시·도지사로부터 재의요구지시를 받은 지방자치단체의 장이 재의를 요구하지 아니하는 경우(법령에 위반되는 지방의회의 의결사항이 조례안인 경우로서 재의요구지시를 받기 전에 그 조례안을 공포한 경우를 포함한다)에는 주무부장관이나 시·도지사는 제1항에 따른 기간이 지난 날부터 7일 이내에 대법원에 직접 제소 및 집행정지결정을 신청할 수 있다.

나. 재의요구지시(요청) 권한과 재의요구 권한의 관계

1) 주무부장관의 재의요구지시(요청) 권한

지방자치단체(고유사무)에 대한 국가의 후견적 감독은 지방자치와 양립하지 않지만, 지방자치단체의 자치행정은 국가통치질서 내에서 인정되므로 지방자치는 국가법질서의 한계 내에서 인정되어야 하며 최소한 자치행정의 국가법질서에 대한 위반은

통제되어야 합니다.

국가의 통제·감독수단의 하나로서 주무부장관은 지방의회의 의결에 대하여 시·도지사에게 재의요구를 지시(요청)할 수 있는바, 주무부장관의 재의요구지시(지방자치법 제172조 제1항 전단, 교육자치법 제28조 제1항 제2문)는 ①지방의회에 대한 국가기관의 통제권이고, 동시에 ②지방자치단체장의 재의요구에 대한 국가기관의 감독권의 성질을 가집니다.

2) 지방자치단체장의 재의요구 권한

지방자치단체의 장과 지방의회는 상호 독립되어 있으며 견제와 균형을 도모하는 관계에 있는바, 지방자치단체장의 재의요구(지방자치법 제26조 제3항, 제107조 제1항, 교육자치법 제28조 제1항 제1문)는 지방의회에 대한 통제수단이 아니라 견제수단입니다.

한편 주무부장관의 지시(요청)에 따른 재의요구 권한(지방자치법 제172조 제1항 후단) 및 제소권(같은 법 제172조 제5항)은 지방의회에 대한 견제권이 아니라 국가기관의 통제권을 대행하는 것입니다¹⁵⁾.

3) 양자의 관계

헌법재판소는 “교육감의 재의요구 권한은 교육감과 지방의회 사이의 상호 견제

15) 박균성, 행정법강의 제9판(전면보정) 제1003면 참조

와 균형을 위한 것이고, 교육부장관의 재의요구요청 권한은 국가와 지방자치단체 사이의 권한 통제 또는 국가의 지도·감독을 위한 것으로, 교육감의 재의요구 권한과 교육부장관의 재의요구요청 권한은 중복하여 행사할 수 있는 별개의 독립된 권한이다.”고 판단하였습니다(헌법재판소 2013. 9. 26. 선고 2012헌라1 결정 참조).

그러나 재의요구 권한과 재의요구지시 권한이 별개의 독립된 권한이라는 부분은 타당하지만, ①재의요구지시는 지방자치단체장의 재의요구에 대한 감독의 성질을 가지고 있는 점, ②재의요구지시는 지방자치단체장에 의한 재의요구에 대하여 보충적인 성질을 가지고 있는 점¹⁶⁾, ③이미 지방자치단체장이 재의요구를 한 경우에 있어 재의요구 당시 이의사항으로 지적되어 재의결에서 심의의 대상이 되는 사항에 대하여 재차 중복하여 재의요구지시를 한다는 것은 행정의 합목적성이나 능률성에 어긋나는 점 등에 비추어, 주무부장관의 재의요구지시 권한은 지방자치단체장의 재의요구를 보충하는 범위(재의요구 자체를 하지 않거나, 재의요구를 하였더라도 불충분한 경우 등)에서 행사되어야 할 것입니다.

따라서 재의요구지시 권한과 재의요구 권한은 별개의 독립한 권한이기는 하지만 주무부장관이 재의요구지시는 지방자치단체장의 재의요구에 대하여 보충적인 것이므로 항상 중복하여 행사할 수 있는 권한으로 볼 수 없고, 재의요구를 보충하는 범위에서만 행사될 수 있다고 할 것입니다.

16) 박균성, 행정법강의 제9판(전면보정) 제1052면 참조

다. 재의요구 철회와 재의요구지시 기간

1) 위 2012헌라1 결정의 요지

헌법재판소는 “①조례안에 대한 교육감의 재의요구 권한은 조례안의 확정에 대한 조건부의 정지적인 권한에 지나지 않으므로, 교육감은 지방의회가 재의결을 하기 전까지 언제든지 재의요구를 철회할 수 있다(이런 법리에 따라 대통령은 법률안의 재의요구를 철회한 전례¹⁷⁾도 있다). ②교육자치법 제28조 제1항과 헌법이 지방자치를 보장하는 취지 등을 유기적·체계적으로 종합하여 보면, 교육감이 재의요구를 할 수 없다면 교육감에 대한 교육부장관의 재의요구 요청도 무의미하므로, 교육부장관의 재의요구 요청과 관계없이 교육감이 재의요구를 할 수 있는 기간은 조례안을 이송받은 날부터 20일로 보아야 한다. ③재의요구가 철회된 이상 처음부터 재의요구가 없었던 것과 같게 된다.”는 점을 처음 헌법적으로 명확히 해명하였다고 밝히고 있습니다(위 2012헌라1 결정 요약문 참조).

2) 헌법재판소의 법률해석에 법원이 구속되는지 여부

구체적 분쟁사건의 재판에 즈음하여 법률 또는 법률조항의 의미·내용과 적용 범위가 어떠한 것인지를 정하는 권한, 곧 법령의 해석·적용 권한은 사법권의 본질적 내용을 이루는 것이고, 법률이 헌법규범과 조화되도록 해석하는 것은 법령의 해석·적용상

17) 대통령의 법률안 거부권에 대해서는 제3의 기관에 의한 감독수단이 존재하지 않지만, 지방자치단체장의 재의요구권에 대해서는 국가기관의 감독수단(재의요구지시권, 제소권)이 존재하고 있으므로, 법률안 재의요구에 관한 전례를 곧바로 조례안 재의요구에 대하여 원용할 수는 없습니다.

대원칙이므로, 합헌적 법률해석을 포함하는 법령의 해석·적용 권한은 대법원을 최고법원으로 하는 법원에 전속합니다.

따라서 헌법재판소가 법률의 위헌 여부나 법률상 권한의 침해 여부를 판단하기 위하여 불가피하게 법원의 최종적인 법률해석에 앞서 법령을 해석하거나 그 적용 범위를 판단하더라도 헌법재판소의 법률해석에 대법원이나 각급 법원이 구속되는 것은 아닙니다(대법원 2008. 10. 23. 선고 2006다66272 판결 등 참조).

3) 관련 대법원 판례(대법원 1992. 6. 23. 선고 92추17 판결)

【구 지방자치법(1994. 3. 16. 법률 제4741호로 개정되기 전의 것) 제19조 제3항18), 제98조 제1항19), 제99조 제1항20)의 규정에 의한 재의요구와 같은 법 제159조 제1항21)의 규정에 의한 재의요구는 그 요건과 대상 등을 달리 규정하고 있어 서로 별

- 18) 제19조 (조례와 규칙의 제정절차등) ② 지방자치단체의 장이 제1항의 조례안을 이송받은 때에는 15일 이내에 이를 공포하여야 한다.
③ 지방자치단체의 장은 이송받은 조례안에 대하여 이의가 있는 때에는 제2항의 기간 내에 이유를 붙여 지방의회로 환부하고 그 재의를 요구할 수 있다. 이 경우 지방자치단체의 장은 조례안의 일부에 대하여 또는 조례안을 수정하여 재의를 요구할 수 없다.
- 19) 제98조 (지방의회의 의결에 대한 재의요구와 제소) ① 지방자치단체의 장은 지방의회의 의결이 월권 또는 법령에 위반되거나 공익을 현저히 해한다고 인정되는 때에는 그 의결사항을 이송받은 날부터 15일 이내에 이유를 붙여 재의를 요구할 수 있다.
- 20) 제99조 (예산상 집행 불가능한 의결의 재의요구) ① 지방자치단체의 장은 지방의회의 의결이 예산상 집행할 수 없는 경비가 포함되어 있다고 인정되는 때에는 그 의결사항을 이송받은 날부터 15일 이내에 이유를 붙여 재의를 요구할 수 있다.
- 21) 제159조 (지방의회 의결의 재의와 제소) ① 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 지방자치

개의 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) 재의요구를 철회한 경우 재의요구지시의 기간

설령 헌법재판소의 결정과 같이 재의요구 권한이 조례안의 확정에 대한 조건의 정지적인 권한에 지나지 않아 지방자치단체장이 지방의회의 재의결 전에 언제든지 재의요구를 철회할 수 있다고 하더라도, 논리필연적으로 그 철회의 의사표시가 지방의회에 도달됨과 동시에 조례안이 확정된다고 해석하여야 하는 것은 아닙니다.

재의요구 철회의 효력이 발생하는 시점, 조례안을 이송받은 후 20일이 경과하여 철회된 경우에도 재의요구지시가 가능한지 여부 등은 관계 법령의 문언, 지방자치단체에 대한 국가의 통제의 필요성, 지방자치단체장과 지방의회 사이의 권한의 분리 및 배분의 취지 등을 고려하여 판단하여야 할 것입니다.

아래와 같은 사정을 종합해 보면, 서울특별시교육감이 조례안을 이송받은 후

단체의 장은 지방의회에 이유를 붙여 재의를 요구하여야 한다.

③ 제2항의 규정에 의하여 재의결된 사항이 법령에 위반된다고 판단되는 때에는 시·도지사는 내무부장관의, 시장·군수 및 자치구의 구청장은 시·도지사의 승인을 얻어 재의결된 날로부터 15일 이내에 대법원에 소를 제기할 수 있다. 이 경우 의결의 효력은 대법원의 판결이 있을 때까지 정지된다.

20일이 경과한 후 재의요구를 철회한 경우에도 그 철회의 효력은 서울특별시의회가 재의요구안의 철회에 동의한 시점에 발생하고, 그때 조례안은 조례로서 확정된다고 할 것이므로, 교육부장관은 지방의회가 재의요구의 철회에 동의하기 전까지 재의요구지시를 할 수 있다고 해석하여야 할 것입니다.

① 지방자치법은 2005. 1. 27. 개정되기 이전에는 재의요구지시의 기간에 대하여 명문으로 규정하고 있지 않았고, 2005. 1. 27. 개정된 후에야 현행 지방자치법 제172조 제1항²²⁾처럼 재의요구지시의 기간을 명문으로 규정하였습니다.

그런데 교육자치법은 1991. 3. 8. 제정된 이래 현재까지 재의요구지시의 기간에 대하여 명문으로 규정하고 있지 않으므로, 교육자치법 제28조 제1항 제2문의 해석에 대해서는 구 지방자치법(1994. 3. 16. 법률 제4741호로 개정되기 전의 것)에 관한 대법원 1992. 6. 23. 선고 92추17 판결이 적용되어야 합니다.

위 92추17 판결에 의하면 주무부장관은 지방자치단체장이 조례안을 이송받은 날부터 20일이 경과하더라도 조례안이 재의요구를 할 수 없는 상태로 확정되기 전까지는 재의요구지시를 할 수 있습니다.

② 교육부장관의 재의요구지시, 제소지시 및 직접 제소는 교육감의 재의요구 및 제소에 대한 감독권으로서 보충적인 성질을 가지므로, 교육감이 재의요구를 한 경

22) 제172조(지방의회 의결의 재의와 제소) ① 지방의회의 의결이 법령에 위반되거나 공익을 현저히 해친다고 판단되면 시·도에 대하여는 주무부장관이, 시·군 및 자치구에 대하여는 시·도지사가 재의를 요구하게 할 수 있고, 재의요구를 받은 지방자치단체의 장은 의결사항을 이송받은 날부터 20일 이내에 지방의회에 이유를 붙여 재의를 요구하여야 한다.

우에는 재의요구의 내용이 불충분한 경우를 제외하고 재차 동일한 내용으로 재의요구 지시를 할 이유도 필요도 없다고 할 것입니다.

헌법재판소처럼 교육감이 재의요구를 한 경우에도 교육부장관은 항상 이송받은 날부터 20일 이내까지 중복하여 재의요구지시를 하여야 한다고 해석하는 것은, 재의요구지시의 보충적 성질에 반할 뿐만 아니라, 국가는 교육감의 권한행사를 더 이상 신뢰할 수 없게 되므로 국가와 지방자치단체 사이의 협동·신뢰관계는 심각하게 훼손될 것입니다.

더욱이 지방자치는 국가법질서의 한계 내에서 인정되어야 하고, 자치행정의 국가법질서에 대한 위반은 통제되어야 하는데, 교육감이 재의요구를 한 후 20일이 경과하여 철회한 경우에는 더 이상 재의요구지시를 할 수 없다는 것은 지방자치에 대한 국가의 최소한의 통제권마저 잠탈하고자 하는 탈법행위를 정당화하게 됩니다.

따라서 교육부장관은 교육감이 재의요구를 철회한 경우에도 일정한 기간 동안에는 재의요구를 지시할 수 있다고 해석하여야 할 것이고, 그렇다고 하더라도 지방의회는 여전히 조례안을 재의결하여 조례안을 확정할 기회가 보장되고 있으므로 지방자치단체의 조례제정권에 대한 지나친 제약이라고 할 수도 없습니다.

③ 서울특별시의회 회의규칙 제25조 제2항에는 “시장이 본회의 또는 위원회에서 의제가 된 시장이 제출한 의안을 수정 또는 철회할 경우에는 본회의 또는 위원회의 동의를 받아야 한다.”고 규정하고 있는바, 서울특별시의회는 교육감의 재의요구안 철회에 동의하는 대신 재의요구를 받은 조례안을 번복(override)할 수도 있습니다.

교육감과 지방의회가 상호 독립되어 있음에 비추어, 서울특별시교육감이 조례안을 이송받은 후 20일이 경과한 후 재의요구를 철회한 경우 그 철회의 효력은 서울특별시의회가 재의요구안의 철회에 동의한 시점에 발생하고, 그 때 조례안은 조례로서 확정된다고 할 것이므로, 교육부장관은 재의요구 철회의 효력이 발생하기 전까지는 서울특별시교육감에게 재의요구지시를 할 수 있다고 할 것입니다.

④ 따라서 원고는 서울특별시교육감의 재의요구 철회(2012. 1. 20. 16:45) 후 곧바로 재의요구를 지시(2012. 1. 20. 17:08)하였고, 피고는 2012. 1. 25. 서울특별시교육감에게 재의요구안이 철회되었음을 통지하였는바, 재의요구 철회의 효력이 발생(2012. 1. 25.)하기 전에 이루어진 원고의 재의요구지시는 적법하다 할 것입니다.

라. 지방자치법 제172조 제7항의 유추적용

1) 관련 대법원 판례(대법원 2002. 5. 31. 선고 2001추88 판결)

【지방자치법 제159조 제4항은, 행정자치부장관 또는 시·도지사(이하 '시·도지사 등'이라 한다)는 재의결된 사항이 법령에 위반된다고 판단됨에도 당해 지방자치단체의 장이 소를 제기하지 아니하는 때에는 당해 지방자치단체의 장에게 제소를 지시하거나 직접 제소할 수 있도록 규정하고 있는바, 지방자치단체의 장이 재의결된 사항이 법령에 위반된다고 판단됨에도 재의결된 날부터 20일 이내에 대법원에 소를 제기하지 아니하던 중 시·도지사 등의 제소지시를 받고 제소를 하였다가 시·도지사 등의 동의 없이 이를 취하하였다면 소취하의 소급효에 의하여 처음부터 소가 제기되지 아니한 셈이므로, 이는 결국 지방자치법 제159조 제4항의 '당해 지방자치

단체의 장이 소를 제기하지 아니하는 때'에 준하는 경우로 볼 수 있고, 따라서 시·도지사 등은 직접 제소할 수 있다 할 것인데, 이 경우의 제소기간은 지방자치법 제159조 제6항에서 시·도지사 등의 독자적인 제소기간을 당해 지방자치단체의 장의 제소기간 경과일부터 7일로 규정한 취지에 비추어 지방자치단체의 장에 의한 소취하의 효력 발생을 안 날로부터 7일 이내로 봄이 상당하다 할 것이다.】

2) 재의요구지시를 받은 서울특별시교육감이 재의를 요구하지 아니한 경우

위에서 본 바와 같이 원고가 이 사건 조례안이 확정(2012. 1. 25.)되기 전인 2012. 1. 20. 재의요구지시를 하였음에도 서울특별시교육감이 재의요구를 하지 않아 이 사건 조례안이 확정되게 한 것은 원고의 재의요구지시에 불응한 셈입니다.

이러한 경우 위 2001추88 판결의 법리에 비추어 보면, 이는 지방자치법 제 172조 제7항의 ‘재의요구지시를 받은 지방자치단체의 장이 재의를 요구하지 아니하는 경우’에 준하는 경우로 볼 수 있습니다.

3) 재의요구지시를 받기 전에 조례안을 공포한 경우

설령 재의요구 철회 즉시 조례안이 확정된다고 하더라도, 서울특별시교육감의 재의요구 철회로 인하여 처음부터 재의요구가 없었던 셈이고, 철회 이후 행하여진 원고의 재의요구지시도 효력이 없으므로 서울특별시교육감은 이 사건 조례안을 공포할 수 있습니다.

이러한 경우에도 위 2001추88 판결의 법리에 비추어 보면, 이는 지방자치법

제172조 제7항의 괄호부분(법령에 위반되는 지방의회의 의결사항이 조례안인 경우로서 재의요구지시를 받기 전에 그 조례안을 공포한 경우)에 준하는 경우로 볼 수 있습니다.

4) 유추적용되는 경우의 제소기간

위와 같이 서울특별시교육감이 이 사건 조례안을 이송받은 후 20일이 경과하여 재의요구를 철회하고 원고의 재의요구지시를 무시한 채 이 사건 조례안을 공포한 것은 재의요구지시를 받은 서울특별시교육감이 재의를 요구하지 아니한 경우에 준하거나 재의요구지시를 받기 전에 조례안을 공포한 경우에 준한다고 볼 수 있고, 이 경우의 제소기간은 지방자치법 제172조 제7항에서 주무부장관의 독자적인 제소기간을 지방자치단체장의 재의요구기간 경과일부터 7일로 규정한 취지에 비추어 서울특별시교육감에 의한 재의요구 철회의 효력발생을 안 날부터 7일 이내로 봄이 상당합니다.

마. 소결

이 사건에서 원고는 재의요구 철회의 효력발생(2012. 1. 25.)을 안 날로부터 7일 이내인 2012. 1. 27. 이 사건 소를 제기하였으므로, 그 제소기간은 적법하게 준수되었다고 할 것입니다.

5. 결론

학생인권조례의 제정을 통해 지향하려는 방향성은 지극히 타당하며, 여기에 대해서는 누구도 이의를 제기하지는 않을 것이지만, 학생인권의 증진과 보호를 위한 규범적 수단이 반드시 ‘조례’이어야 하는 점에 대해서는 논란이 있고(귀 원에 제출된 탄원서, 신문스크랩자료 등 참조), 논란이 있다는 것은 옳고 그름을 떠나 그 자체로 사회적 갈등과 문제의 소지가 있다는 것인데, 이를 단순히 비생산적인 이념적 논쟁으로 치부해서는 안 됩니다.

인권의 본질을 고려할 때, 규범화라는 수단의 문제보다는 인권의 증진 및 보장을 위한 교육환경, 사회적 인식의 전환이 보다 중요합니다. 이미 학생인권조례가 시행되고 있는 경기도와 광주광역시에서 학생인권조례가 제정되기 이전보다 과연 학생인권의 보장이 급격하게 신장되었다거나 학생인권의 규범적 보장을 제도화함으로써 교육현장이 학생인권에 대한 문제의 소지 없는 교육환경으로 자리매김하였는지 의문입니다²³⁾.

학생인권조례 옹호론자들은 “학생의 인격적 주체성과 자율성을 신뢰한다면 금지와 규제만이 학교 내의 문제를 해결하는 데 능사가 아니라고 할 수 있다”는 표현을 즐겨

23) 2013. 1. 23. 동아일보 기사(교사 99% 학생인권조례 보완-폐기해야)에 의하면, 「동아일보와 한국교원단체총연합회가 21, 22일 서울 지역 초중고교 교사 705명을 대상으로 설문조사한 결과 87.2%가 인권조례가 학교 현장에 부정적인 영향을 미쳤다고 답변했다. ‘매우 부정적’이라고 답한 교사가 절반이 넘는 55.7%에 이르렀고 ‘부정적’이라는 대답도 31.5%에 이르렀다. ‘보통’이라는 응답은 9.8%였고 ‘긍정적’이라거나 ‘매우 긍정적’이라는 반응은 각각 1.6%, 0.3%에 그쳤다. ... 이에 따라 응답자의 58.9%가 “인권조례를 보완·수정해야 한다”고 밝혔고 40.0%는 “인권조례를 폐기해야 한다”고 요구했다.」 고 보도하였습니다.

사용하는데, 이에 대해서는 “교사의 인격적 주체성과 전문성·자율성을 신뢰한다면 금지와 규제만이 학생인권의 문제를 해결하는 데 능사는 아니다.”는 표현으로 반문하지 않을 수 없습니다.

학생인권의 신장을 위하여 규범화가 현실적으로 필요하다고 하더라도, 구체적 행위 규범으로서 ‘조례’의 형식보다는 학생인권의 규범적 지향점으로서 ‘장전’, ‘헌장’ 등의 형태로 규정하고 그에 따른 구체적인 행위규범화는 교육당사자들의 합의를 통하여 ‘학칙’ 등의 형태로 규범화하는 것이 올바른 길이라 할 것입니다.

이상과 같이 이 사건 조례안은 현행법체계에 부합되지 않고 법률유보의 원칙과 법률우위의 원칙에도 위배되므로 그 효력이 없고, 이 사건 소의 제소요건과 제소기간은 적법하게 준수되었습니다.

2012. 10. .

원고 소송대리인 정부법무공단

담당변호사 조민현

담당변호사 서규현

담당변호사 이재정

대법원 특별2부 귀중

