

## 대 법 원

### 제 2 부

### 판 결

|         |                             |
|---------|-----------------------------|
| 사 건     | 2013추98 조례안의결무효확인           |
| 원 고     | 교육부장관                       |
|         | 소송대리인 정부법무공단 담당변호사 최재정 외 3인 |
| 피 고     | 전라북도의회                      |
|         | 소송대리인 법무법인 지향 담당변호사 김진      |
| 피고보조참가인 | 전라북도교육감                     |
|         | 소송대리인 변호사 이연주               |
| 변 론 종 결 | 2015. 4. 9.                 |
| 판 결 선 고 | 2015. 5. 14.                |

### 주 문

원고의 청구를 기각한다.

소송비용은 보조참가로 인한 부분을 포함하여 원고가 부담한다.

### 청 구 취 지

피고가 2013. 6. 25. 전라북도 학생인권조례안에 관하여 한 의결은 효력이 없다.

## 이 유

### 1. 전라북도 학생인권조례안의 의결 경위와 내용

가. 갑 제1호증의 1, 2, 3, 갑 제2, 3, 4호증, 갑 제5호증의 1, 2의 각 기재에 변론 전체의 취지를 종합하면, 다음과 같은 사실을 인정할 수 있다.

(1) 피고는 2013. 6. 25. 그 소속 의원 9인에 의하여 발의된 전라북도 학생인권조례안(이하 '이 사건 조례안'이라 한다)을 의결하여 2013. 6. 26. 피고보조참가인에게 이송하였다.

(2) 원고는 2013. 7. 11. 피고보조참가인에게 이 사건 조례안 중 학생의 학습에 관한 권리를 정한 규정(제5조)을 비롯하여 아래에서 보는 바와 같은 여러 규정이 법령에 위반되고 피고보조참가인의 조례안 제ان권을 침해하였다는 등의 이유로 재의요구를 하도록 요청하였으나, 피고보조참가인은 이에 따르지 아니하고 2013. 7. 12. 전라북도 학생인권조례를 공포하였다.

(3) 이에 원고는 「지방교육자치에 관한 법률」 제3조에 의하여 준용되는 지방자치법 제172조 제7항에 따라 이 사건 조례안 의결의 효력 배제를 구하는 이 사건 소를 직접 제기하였다.

나. 이 사건 조례안은 대한민국헌법, 「국제연합 아동의 권리에 관한 협약」, 교육기본법, 초·중등교육법에 근거하여 학생의 인권이 학교교육과정과 학교생활에서 실현될 수 있도록 하는 것을 목적으로 하고 있다(제1조). 그 주요내용은 학생의 학습에 관한 권리(제5조), 정규교과 이외 교육활동의 자유(제6조), 폭력으로부터 자유로울 권리(제9조), 휴식을 취할 권리(제11조), 개성을 실현할 권리(제12조), 사생활의 자유(제13조), 정보에 관한 권리(제15조), 표현의 자유(제17조), 자치활동의 권리(제18조), 정책결정에

참여할 권리(제20조), 복지에 관한 권리(제21조), 급식에 대한 권리(제24조) 등 학교생활과 학교교육과정에서 보장되어야 할 학생의 권리를 확인하는 한편, 학생인권의 보장에 관한 학교의 설립자와 경영자, 학교의 장, 교직원의 의무(제27조, 제30조, 제31조)를 규정하고, 그 구체적 실현을 위한 조치로서 학생 인권교육을 실시하고 관련 행정기구 및 자문기관으로 학생인권심의회, 학생인권교육센터, 학생인권옹호관을 두도록 하는 것(제40조, 제42조, 제43조, 제47조) 등이다.

## 2. 본안 전 항변에 관한 판단

피고보조참가인은, 원고가 다른 지방자치단체의 학생인권조례에 관하여는 재의요구 요청을 하지 아니하였음에도 이 사건 조례안에 대하여만 재의요구 요청과 제소권을 행사하는 것은 국가기관으로서의 권한을 남용한 것이므로, 이 사건 소는 부적법하다는 취지로 주장한다.

그러나 원고가 다른 지방자치단체의 의회가 의결한 유사한 조례안에 대하여 재의요구 요청을 하지 아니하였다는 사정만으로 이 사건 조례안에 대한 재의요구 요청과 이 사건 소 제기가 그 소관 사무의 조례안에 관한 원고의 감독 권한이나 조례안 의결에 대한 제소권을 남용한 것이라고 볼 수 없다. 이 부분 주장은 받아들일 수 없다.

## 3. 본안에 관한 판단

### 가. 조례제정권의 한계를 벗어났는지에 관하여

(1) 원고는, 교과편성은 초·중등교육법 제23조 제3항에 의하여 대통령령으로 정하여야 할 국가사무이므로, 이 사건 조례안 제30조 제1항이 학기당 2시간의 인권교육을 실시하도록 규정한 것은 조례 제정의 대상이 될 수 없는 사항을 정한 것으로서 위법하다고 주장한다.

(2) 초·중등교육법에 의하면, 교육부장관은 학교가 운영하여야 할 교육과정의 기준과 내용에 관한 '기본적인 사항'을 정하며, 교육감은 교육부장관이 정한 교육과정의 범위에서 지역의 실정에 맞는 기준과 내용을 정할 수 있고, 학교의 교과(敎科)는 대통령령으로 정하도록 되어 있다(제23조). 그리고 초·중등교육법 제23조 제2항에 따라 교육부장관이 고시한 「초·중등학교 교육과정」에 의하면, 학교는 위와 같은 교육과정을 바탕으로 학교 실정에 맞는 학교 교육과정을 편성·운영할 수 있고[위 고시 Ⅱ.4.가.(1)항], 교육과정에서 제시되지 아니한 교과목을 설치·운영하는 경우에 대비하여 교육청은 관련지침을 학교에 제시하여 주고 학교로 하여금 필요한 사전 절차를 밟도록 지원한다고 규정하고 있다[위 고시 Ⅲ.1.나.(15)항]. 한편 교육감은 관할 구역의 학교를 대상으로 교육과정 운영과 교수(敎授)·학습방법 등에 대한 장학지도를 할 수 있다(초·중등교육법 제7조).

이러한 관련 법령의 내용 및 체계와 아울러, 거기에서 알 수 있는 다음과 같은 사정, 즉 학교는 교육과정을 운영하는 주체로서 대통령령이 정하는 교과를 포함하여 교육부장관이 고시하는 기본적인 교육과정을 구성하는 과목 외의 내용을 교육내용에 포함시킬 수 있는 재량이 있다고 보이는 점, 교육감은 지방자치단체의 교육·학예에 관한 사무를 담당하는 주체로서 교육부장관이 정한 교육과정의 범위 안에서 지역의 실정에 맞는 교육과정의 기준과 내용을 정할 수 있을 뿐만 아니라 관할 구역 내 학교의 교육과정 운영에 대한 장학지도를 할 수 있는 점, 교육부장관이 정한 기본적인 교육과정과 대통령령에 정한 교과 외의 교육내용에 관한 결정 및 그에 대한 지도는 전국적으로 통일하여 규율되어야 할 사무가 아니라 각 지역과 학교의 실정에 맞는 규율이 허용되는 사무라고 할 것인 점 등에 비추어 보면, 학기당 2시간 정도의 인권교육의 편성·실시

는 지방자치법 제9조 제2항 제5호가 지방자치단체의 사무로 예시한 교육에 관한 사무로서 초등학교·중학교·고등학교 등의 운영·지도에 관한 사무에 속한다고 볼 수 있다.

(3) 따라서 이에 관한 이 사건 조례안 규정(제30조 제1항)은 조례제정권의 범위 내의 사항을 정한 것이므로, 원고의 위 주장은 이유 없다.

나. 이 사건 조례안이 법률유보원칙 및 법률우위원칙에 위배되는지에 관하여

(1) 원고는, 이 사건 조례안 규정들이 법령의 위임 없이 교사의 수업권을 제한하는 한편(제5, 6, 11, 12, 13, 15, 17, 18, 20, 21, 24, 27조), 학생의 권리를 법률이 아닌 학칙에 의하여 제한할 수 있도록 규정함으로써(제12조 제3항, 제13조 제4항, 제17조 제3항) 법률유보원칙에 위배되고, 교육의 자주성·전문성에 관한 헌법 규정과 교육기본법 및 초·중등교육법의 관련 규정으로부터 도출되는 교사의 자유를 침해하고, 학칙 제정권을 통하여 학교에 부여된 자율성과 학생지도에 관한 재량을 침해함으로써(제2조 제2호, 제9조, 제11, 12, 13조, 제17조) 법률우위원칙에도 위배된다고 주장한다.

(2) (가) 교육기본법 제12조 제1항은 "학생을 포함한 학습자의 기본적 인권은 학교교육 또는 사회교육의 과정에서 존중되고 보호된다."고 규정하고, 제2항은 "교육내용·교육방법·교재 및 교육시설은 학습자의 인격을 존중하고 개성을 중시하여 학습자의 능력이 최대한으로 발휘될 수 있도록 마련되어야 한다."고 규정하고 있다. 또한 초·중등교육법 제18조의4는 "학교의 설립자·경영자와 학교의 장은 헌법과 국제인권조약에 명시된 학생의 인권을 보장하여야 한다."고 규정하고 있다.

(나) 한편 이 사건 조례안은 제1조에서 "이 조례는 대한민국헌법, 「국제연합 아동의 권리에 관한 협약」, 교육기본법, 초·중등교육법에 근거하여 학생의 인권이 학교교육과

정과 학교생활에서 실현될 수 있도록 함을 목적으로 한다."고 밝히고, 나아가 그 구체적인 내용으로, 정당한 사유에 의하지 아니하고는 학습에 관한 권리를 침해받지 아니할 권리(제5조), 정규교과 시간 이외 교육활동을 자유롭게 선택하여 학습할 권리(제6조), 따돌림·집단 괴롭힘·성폭력 등 모든 물리적·언어적 폭력으로부터 자유로울 권리(제9조), 건강하고 개성 있는 자아의 형성·발달을 위하여 과중한 학습 부담에서 벗어나 적절한 휴식을 취할 권리(제11조), 복장, 두발의 길이·모양·색상 등 용모에서 자신의 개성을 실현할 권리(제12조), 학교의 부당한 간섭 없이 사생활의 자유를 가질 권리(제13조), 자유롭게 의사를 표현하고 집회의 자유를 누릴 수 있는 권리(제17조) 등을 규정하고 있다. 그 내용은 모두 헌법에 보장된 기본권에서 당연히 도출되는 학생의 권리를 학교생활의 영역에서 구체화하여 열거한 것이거나, '국민의 모든 자유와 권리는 국가안전보장·질서유지 또는 공공복리를 위하여 필요한 경우에 한하여 법률로써 제한할 수 있다'고 규정한 헌법 제37조 제2항과 학교 또는 교사와 학생 사이의 특수한 법률관계에서 이를 구체화한 초·중등교육법 제8조 제2항 및 그 위임에 따른 같은 법 시행령 제9조 제1항 제7호의 규정에 맞추어, 교육목적상의 정당한 필요가 있는 경우 등에는 그 권리를 학칙에 의하여 제한할 수 있도록 규정한 것이다(제5조 제1항, 제12조 제3항, 제13조 제4항, 제17조 제3항 등).

(다) 이러한 관련 법령과 이 사건 조례안의 내용에 비추어 보면, 이 사건 조례안은 전체적으로 헌법과 법률의 테두리 안에서 이미 관련 법령에 의하여 인정되는 학생의 권리를 열거하여 그와 같은 권리가 학생에게 보장되는 것임을 확인하고 학교생활과 학교 교육과정에서 학생의 인권 보호가 실현될 수 있도록 그 내용을 구체화하고 있는 데 불과할 뿐, 법령에 의하여 인정되지 아니하였던 새로운 권리를 학생에게 부여하거나 학

교운영자나 학교의 장, 교사 등에게 새로운 의무를 부과하고 있는 것이 아니다.

또한 교육의 자주성·전문성·정치적 중립성에 관한 헌법 규정에 비추어 이 사건 조례안에서 규율하고 있는 학교생활에서의 학생지도와 교육과정에서의 교사의 교육내용 및 교육방법의 선택은 교육감 등의 권력적인 지도·감독의 대상이 아니라 조언·권고 등 비권력적인 장학지도의 대상이 될 뿐이라고 새겨지고, 이 사건 조례안도 인권옹호관의 시정권고 외에 그 내용을 강제하는 어떤 제재수단을 두고 있지 아니한 점 등에 비추어 볼 때, 정규교과 시간 이외 교육활동의 강요 금지, 학생인권 교육의 실시 등의 규정 역시 교육의 주체인 학교의 장이나 교사에게 학생의 인권이 학교교육과정에서 존중되어야 함을 강조하고 그에 필요한 조치를 권고하고 있는 데 지나지 아니한다고 보아야 한다.

(라) 이와 같이 이 사건 조례안 규정들이 헌법과 관련 법령에 의하여 인정되는 학생의 권리를 확인하거나 구체화하고 그에 필요한 조치를 권고하고 있는 데 불과한 이상 그 규정들이 교사나 학생의 권리를 새롭게 제한하는 것이라고 볼 수 없으므로, 국민의 기본권이나 주민의 권리의 제한에 있어 요구되는 법률유보원칙에 위배된다고 할 수 없고, 그 내용이 법령의 규정과 모순·저촉되어 법률우위원칙에 어긋난다고 볼 수도 없다.

(마) 그리고 더 나아가 아래에서 보는 바와 같이 이 사건 조례안 규정의 내용을 구체적으로 살펴보더라도 그 내용이 교육기본법과 초·중등교육법 등 관련 법령에 위배된다고 볼 수 없다.

#### ① 학생의 정의에 관한 부분

이 사건 조례안 제2조 제2호는, 학생의 정의에 '학교 또는 유치원에 재학 중인 사람'

뿐만 아니라 '입학과 퇴학 여부를 다투고 있는 사람'을 포함시키고 있다. 그런데 교육기본법과 초·중등교육법 등 관련 법령에서 입·퇴학 여부를 다투는 사람을 학생의 범위에서 명시적으로 배제하는 규정을 두고 있지 아니할 뿐 아니라, 관련 법령이 학교에 재학 중인 사람 외에 입·퇴학 여부를 다투는 사람의 학습권 보호를 적극적으로 금지하는 것이라고 볼 수는 없으므로, 이러한 조례안 규정이 법령에 모순·저촉되는 것이라고 할 수 없다.

## ② 체벌금지에 관한 부분

초·중등교육법 제18조 제1항 본문은 "학교의 장은 교육상 필요한 경우에는 법령과 학칙으로 정하는 바에 따라 학생을 징계하거나 그 밖의 방법으로 지도할 수 있다."고 규정하고, 같은 법 시행령 제31조 제8항은 "학교의 장은 법 제18조 제1항 본문에 따라 지도를 할 때에는 학칙으로 정하는 바에 따라 훈육·훈계 등의 방법으로 하되, 도구, 신체 등을 이용하여 학생의 신체에 고통을 가하는 방법을 사용해서는 아니 된다."고 규정하고 있다.

그런데 이 사건 조례안 제9조 제2항은 체벌의 정의나 범위를 구체적으로 정하지 아니한 채 "학교교육과정에서 체벌은 금지된다."고만 규정하고 있으므로, 이 조례안 규정은 초·중등교육법 제18조 제1항과 같은 법 시행령 제31조 제8항의 범위 내에서 학생에 대한 체벌을 금지하는 취지로 해석된다. 따라서 이 조례안 규정 역시 관련 법령에 모순·저촉된다고 보기 어렵다.

## ③ 복장·두발 규제, 소지품 검사·압수의 제한 및 정규교과 이외 교육활동 편성에 관한 제한 부분

이 사건 조례안 제12조의 복장·두발 규제의 제한 부분, 제13조의 소지품 검사·압



수의 제한 부분, 제17조의 집회 및 표현의 자유의 제한에 관한 부분은 헌법 제10조, 제17조, 제21조에서 보장하고 있는 인격의 자유로운 발현과 일반적인 행동자유권, 사생활의 비밀과 자유, 집회와 표현의 자유로부터 도출되는 학교생활영역에서의 학생의 권리를 구체적으로 확인한 다음, 교육목적상 정당한 사유가 있거나 학생의 학습권 보장을 위하여 필요한 경우 이를 학칙에 의하여 제한할 수 있도록 하고 있다. 그런데 이는 '두발·복장 등 용모, 교육목적상 필요한 소지품 검사, 휴대전화 등 전자기기의 사용, 학교 내 교육·연구활동 보호와 질서 유지에 관한 사항 등 학생의 학교생활에 관한 사항'을 학칙의 기재사항으로 규정하고 있는 초·중등교육법 제8조 및 그 위임에 따른 같은 법 시행령 제9조 제1항의 내용과 그 제한 범위를 일치시켜 규정한 것에 불과하고, 이 조례안 규정들 중 학칙에 의한 제한 규정이 없는 부분도 초·중등교육법 시행령에 의하여 허용된 학칙에 의한 규율을 제한하는 취지라고 볼 것은 아니다.

따라서 이 조례안 규정들이 법령에 위반하여 학칙 제정권을 통하여 학교에 부여된 자율성과 교사의 학생지도에 관한 재량을 침해한 것이라고 보기 어렵다.

그리고 이 사건 조례안 제11조 중 정규교과 시간 이외 교육활동 편성에 관한 제한 부분 역시 원래 교육감의 학교에 대한 일반적인 지도·감독권한 또는 장학지도의 대상이 되는 사항을 규정한 것에 불과하므로 법령에 위반된다고 할 수 없다.

(3) 따라서 이 사건 조례안 규정들이 법률유보원칙이나 법률우위원칙에 위배된다는 원고의 주장은 받아들일 수 없다.

다. 지방자치단체의 장의 조례안 제안권 등을 침해하여 위법한지에 관하여

(1) 원고는, 이 사건 조례안 중 학생인권심의위원회, 학생인권교육센터, 학생인권옹호관 등에 관한 부분은 집행기관에 속하는 행정기구 또는 자문기관의 설치·운영에 관한

규정으로서, 지방의회 의원에 의하여 발의된 이 사건 조례안은 교육감의 행정기구 등 설치에 관한 고유권한과 그에 관한 조례안 제안권을 침해한 것이라고 주장한다.

(2) (가) 지방자치법령은 지방자치단체의 장으로 하여금 지방자치단체의 대표자로서 당해 지방자치단체의 사무와 법령에 의하여 위임된 사무를 관리·집행하는 데 필요한 행정기구를 설치할 고유한 권한과 이를 위한 조례안의 제안권을 가지도록 하고 있으므로, 지방의회가 합의제 행정기관 또는 행정기구의 설치에 관한 조례안을 발의하여 이를 그대로 의결, 재의결하는 것은 지방자치단체 장의 고유권한에 속하는 사항의 행사에 관하여 지방의회가 사전에 적극적으로 개입하는 것으로서 관련 법령에 위반되어 허용되지 아니하는 것이 원칙이다(대법원 2005. 8. 19. 선고 2005추48 판결, 대법원 2009. 9. 24. 선고 2009추53 판결 등 참조).

(나) 그런데 앞에서 본 증거와 변론 전체의 취지를 종합하면, ① 피고보조참가인은 2011. 10. 5. 및 2012. 9. 28. 두 차례에 걸쳐 이 사건 조례안과 같이 학생인권위원회, 학생인권옹호관 등의 설치 등이 포함된 전라북도 학생인권조례안을 발의하였다가 그 조례안이 피고의 교육위원회 및 본회의에서 부결된 사실, ② 피고 소속 의원 발의로 이루어진 이 사건 조례안이 본회의에서 의결되어 피고보조참가인에게 이송된 후인 2013. 7. 11. 원고가 피고보조참가인에게 피고보조참가인의 조례안 제안권 침해 등을 이유로 이 사건 조례안에 대하여 재의요구를 할 것을 요청하였으나, 피고보조참가인은 재의요구 요청을 거부하고 다음날인 2013. 7. 12. 전라북도 학생인권조례를 공포한 사실, ③ 이에 원고가 이 사건 조례안 의결에 대한 효력배제를 구하는 이 사건 소를 직접 제기하자, 피고보조참가인은 피고를 위하여 보조참가신청을 한 후 원고의 조례안 제안권 등 침해 주장을 반박하는 취지로 다투고 있는 사실 등이 인정된다.

(다) 이러한 사실에 비추어 보면, 행정기구와 자문기관의 설치에 관한 내용이 포함된 이 사건 조례안이 지방의회 의원에게 의하여 발의되었다고 하더라도, 행정기구를 설치할 권한을 가진 피고보조참가인이 그 조례안의 내용에 동의한 사정이 분명하게 드러났다고 할 것이다. 따라서 조례안 제정에 관하여 지방자치단체 장의 의사와 지방의회의 의사가 일치되는 이러한 경우까지 형식적·기계적으로 그 조례안의 제안권의 소재를 따져 이 사건 조례안이 피고보조참가인의 행정기구 설치권한이나 조례안 제안권을 침해하였다고 볼 수는 없다.

라. 원고는 그 밖에 재의요구 요청 당시 이의사항으로 지적하지 아니하였던 이 사건 조례안 제2조 제1호, 제4조, 제7조, 제8조, 제10조, 제14조, 제16조, 제19조, 제22조, 제23조, 제25조, 제26조, 제41조 등의 위법·무효도 주장하고 있다.

그러나 조례안재의결 무효확인소송에서의 심리대상은 지방자치단체의 장이 지방의회에 재의를 요구할 당시 이의사항으로 지적하여 재의결에서 심의의 대상이 된 것에 국한된다(대법원 1992. 7. 28. 선고 92추31 판결, 대법원 2007. 12. 13. 선고 2006추52 판결 등 참조). 이러한 법리는 주무부장관이 지방자치법 제172조 제7항에 따라 지방의회의 의결에 대하여 직접 제소함에 따른 조례안의결 무효확인소송에도 마찬가지로 적용된다고 할 것이므로, 조례안의결 무효확인소송의 심리대상은 주무부장관이 재의요구 요청에서 이의사항으로 지적한 것에 한정된다.

원고가 이 사건 소에서 새로이 위법·무효를 주장하는 이 사건 조례안의 위와 같은 규정들은 모두 이 사건 심리대상에 해당하지 아니하므로, 더 나아가 살필 것 없이 원고의 이 부분 주장은 받아들일 수 없다.

#### 4. 결론

그러므로 원고의 청구는 이유 없어 기각하고, 소송비용은 보조참가로 인한 부분을 포함하여 원고가 부담하도록 하여 관여 대법관의 일치된 의견으로 주문과 같이 판결한다.

|     |     |     |
|-----|-----|-----|
| 재판장 | 대법관 | 김창석 |
|-----|-----|-----|

|    |     |     |
|----|-----|-----|
| 주심 | 대법관 | 이상훈 |
|----|-----|-----|

|  |     |     |
|--|-----|-----|
|  | 대법관 | 조희대 |
|--|-----|-----|