

# 教育需要者法制에 관한 研究

姜 鉉 哲\*

## 차 례

### I. 서 론

### II. 교육수요자법제의 개념

1. 교육수요자의 의의와 그 범위
2. 교육수요자 법제의 의의와 본질

### III. 미국과 독일의 교육수요자법제에 대한 검토

1. 미 국
2. 독 일

### IV. 교육수요자중심법제의 내용과 그 방향

1. 서
2. 교육을 받을 권리
3. 부모 또는 친권자의 교육권
4. 학교자치와 학생의 참여권
5. 학생에 대한 징계처분에 대한 교육수요자의 권리

### V. 결 론

\* 韓國法制研究院 副研究委員, 法學博士

## I. 서론

그 동안 우리나라의 교육법제의 연구는 법학계에 있어서는 헌법에 규정된 교육관련조문을 중심으로 총론적인 법이론을 정립하고자 하는 것에 머물러 있었으며, 교육학계는 교육방법론적 관점에 머물러 있으므로 해서, 구체적인 교육법제에 관한 연구성과는 소홀했다고 하겠다. 그러나 최근 교육법에 관한 독자적인 영역을 인정하고, 이에 대한 체계적인 연구가 이루어지고 있음은 매우 의미있는 일이라 하겠으며,<sup>1)</sup> 특히 최근에는 헌법재판소의 판례 등을 통하여 교육권의 내용에 대한 헌법원칙을 밝히고 있다는 점은 교육법제연구에 있어서 중요한 이념과 기초를 제공하고 있다고 하겠다.<sup>2)</sup>

우리 헌법 제31조 제1항은 “모든 국민은 능력에 따라 균등하게 교육을 받을 권리를 가진다”라고 규정하여 국민의 교육을 받을 권리를 명문화하고 있으며, 동조 제2항은 “모든 국민은 그 보호하는 자녀에게 적어도 초등교육과 법률이 정하는 교육을 받게 할 의무를 진다”라고 규정하여 교육을 받게 할 의무를 또한 명문화하고 있다. 이는 헌법이 규정하는 교육의 주체는 근본적으로 교육을 받을 학생과 교육을 받게 할 친권자와 후견인이 그 중심주체임을 밝히고 있는 것이다. 그러나 우리의 교육법제는 그 동안 국가권력과 사립학교 설립주체뿐만 아니라 가르치는 자를 중심으로 이루어져 왔던 것이 사실이다. 이는 필연적으로 국가권력의 과도한 권력집중과 설립주체의 개입 및 교사의 과도한 권한행사 등의 문제점을 노출하고 있다. 또한 법제에 있어서도 학교중심의 교육법제를 기본편제로 하여 학생의 교육받을 권리와 교육을 받게 할 의무에 관하여는 최소한에 머물고 있는 것이 또한 현실이라고 하겠다.

이상과 같은 우리 교육법제의 문제점은 교육이 가지는 국가이념의 구현이라는 근본목적에 배치될 뿐만 아니라 근본적인 교육법제의 방향성에 대한 새로운 문제제기가 필요함을 의미한다고 하겠다. 이에 본 논문에서는 학생의 교육을 받을 권리와 학부모의 교육권의 내용을 ‘교육수요자의 권리’라는 관점에서 법률과 제도를 중심으로 살펴보고, 이에 기초하여 현행 교육법제의 문제점과

1) 허종렬, “교육법학의 독자성론”, 『서강법학』 제4권, 서강대학교 법학연구소, 2002.5, 241면 이하 참조.

2) 양건, “교육권에 관한 헌법재판소 판례 연구”, 『인권과 정의』 통권 제336호, 2004.8, 54면 이하 참조.

새로운 방향성에 대하여 살펴보고자 하는 것이다.

## II. 교육수요자법제의 개념

### 1. 교육수요자의 의의와 그 범위

우리나라에 있어서 교육수요자의 개념은 교육에 있어서의 경제적 가치개념의 도입으로 인하여 교육과정을 교육공급자와 교육수요자로 나누고, 후자를 중심으로 하는 교육개혁의 방법론을 정부에서 제시하면서 제기되기 시작하였다.<sup>3)</sup> 즉, 기존의 전통적인 교육방식을 공급자중심의 교육으로 정의하고 수요자중심으로 교육을 개혁하고자 하는 정부정책의 방향성을 제시하면서 수요자중심교육이 교육계의 커다란 화두로 등장하였다. 이때의 교육수요자는 교육서비스를 이용하는 학생, 학부모, 기업 등을 지칭하는 데 반해, 교육공급자는 교육서비스를 제공하는 교원, 학교, 교육행정당국 등을 지칭하는 것으로 나타나고 있다. 그러나 이러한 구분은 절대적인 개념이 아닌 상대적인 것으로 결정되지만, 학교교육과 관련하여서는 주로 학습자인 학생과 학부모를 그 대상으로 한다.

역사적으로 볼 때, 수요자중심교육은 최근에 새롭게 논의되는 사항이 아니라 코메니우스(J. A. Comenius)나 루소(J. Rousseau)의 아동중심교육사상과 미국의 듀이(J. Dewey), 킬패트릭(W. H. Kilpatrick) 등에 의한 진보주의 교육운동의 핵심으로서의 아동중심교육이었다. 즉, 루소의 아동중심교육의 교육원리는 ① 교육은 자연스러운 성장의 과정이어야 하며, ② 교육은 아동중심이어야 하고, ③ 교육은 아동의 자유와 행복을 위한 것이어야 하며, ④ 교육은 경험을 통해서 이루어져야 하고, ⑤ 교육은 개성의 계발이어야 하며, ⑥ 교육은 사회를 위하거나, 적어도 사회적 인식을 촉구하는 것이어야 한다는 것이다. 또한 진보주의 교육형태는 전통적인 형식주의 교육에 반기를 들고 민주주의적인 교육의 이념, 아동의 창의적 활동, 생활안의 교육의 소재, 그리고 학교와 사회와의 밀접한 관련의 구축 등을 강조한 혁신적인 교육이념이다. 진보주의자들이 추진했던 개혁운동의 주요내용은 ① 아동의 자연스러운 발달, ② 아동의 흥미와 욕구를 존중하는 학습, ③ 안내자로서의 교사역할, ④ 아동에

3) 교육수요자의 개념은 1995년 5월 31일 교육개혁위원회의 “신교육체제 수립을 위한 교육개혁방안”이 발표된 이후 우리나라 교육정책개혁의 기본적인 방향을 제시하는 것으로 나타나고 있다.

대한 전인적 이해, ⑤ 아동의 신체적 건강증시, ⑥ 가정과 학교의 유기적 협력, ⑦ 학교의 개혁적 실험성 등이다. 이상에서 살펴본 것과 같이 아동중심교육은 기존의 성인중심(혹은 교사중심)교육을 비판하고 아동중심(혹은 학생중심)교육을 대안으로 내세워 역설하는 것을 의미한다.<sup>4)</sup>

이상에서 살펴본 바와 같이 수요자중심교육은 교육활동을 경제논리로 이해하려는 관점에 있어서 학생을 교육수요자로 파악하고, 교사와 학교를 교육공급자로 파악하고자 정립된 것임을 알 수 있다. 따라서 수요자중심교육은 아동(혹은 학습자)중심의 교육을 의미하는 것으로 파악할 수 있으며, 교육수요자라 함은 곧 피교육자를 의미한다고 하겠다.

## 2. 교육수요자 법제의 의의와 본질

### (1) 교육수요자법제의 개념

현재 우리나라 교육법제의 체계는 헌법을 최고법으로 하여, 법률<sup>5)</sup>로서 교육기본법을 그 기본법률로 하면서, 학교교육법으로서 초·중등교육법, 고등교육법, 사립학교법으로 구성되어 있다. 또한, 학교교육법 이외에 평생교육법, 교원지위법, 교원노조법, 교육공무원법, 유아교육법 및 각종의 교육진흥법 등이 교육법의 중요한 법원으로서 기능하고 있다. 그러나 현행 교육법체계내에 있어서 교육수요자의 개념은 사용되지 않고 있으므로, 교육수요자관련 법제의 의미와 기준을 먼저 파악하는 것이 필요하다고 하겠다. 이는 교육학과 교육행정에서 보편적 개념으로 자리잡고 있는 교육수요자의 정의를 법제에 있어서 수용하는 것이 법제도와 현실의 괴리를 최소화하는 것이며, 교육법제가 추구하는 교육이념을 보다 충실하게 반영할 수 있을 것이라 생각되기 때문이다. 하지만 우리나라의 교육법령뿐만 아니라 연구분야에 있어서도 ‘교육수요자’의 개념은 여전히 수용되지 않고 있으며, 헌법상 보장되는 교육권의 일부분으로만 제한적으로 받아들이고 있는 것이 현실이다.

현재 우리나라의 교육법제에 있어서 논의되고 있는 교육주체로서의 개념인

4) <http://kr.search.yahoo.com/search?fr=kr-front&KEY=&p>. 강선보, “수요자 중심 교육의 문제점과 교권의 올바른 위상”.

5) 우리나라의 교육법체계는 1948년 12월 31일 제정된 교육법이 교육에 관한 일반법으로서 기능하여 왔으나, 1997년 11월 18일 ‘교육기본법’, ‘초·중등교육법’ 및 ‘고등교육법’ 등 3개 법률로 법체계가 개편되었으며, 개편된 법률은 1998년 3월 1일자로 시행되고 있다.

교육권은 학부모 또는 학생, 교원, 단위학교, 국가 등의 여러 교육 당사자가 교육에 관하여 갖는 권리와 권한을 총칭하여 말하는 것으로 이해되고 있다.<sup>6)</sup> 이는 교육권에 관한 광의의 개념으로서 본질적으로 헌법상 보장되는 기본권 내지 권리뿐만 아니라 교사와 학교 및 국가의 권한적인 측면을 포괄하는 개념으로 사용되고 있다. 그러나 앞서서도 언급하였듯이 우리 헌법은 ‘교육을 받을 권리’를 국민의 기본권으로서 규정하고 있고, 이는 교육에 관한 권리의 본질적 내용을 이루는 것으로 학부모와 학생의 ‘교육수요자권’과는 구별되어야 할 것으로 보인다.<sup>7)</sup> 따라서 현재 교육학계에서 논의되고 있는 교육수요자의 개념을 헌법체계적 관점에 있어서 학생의 ‘교육을 받을 권리’와 부모의 ‘교육권’을 ‘교육수요자권’으로 개념과 내용을 정의하고자 하는 것이다.

## (2) 교육수요자권의 본질

본질적으로 교육권의 개념에 대한 오해는 헌법상의 권리개념과 교육법상의 권한개념을 포괄적으로 이해함으로써 생기는 것으로 학생과 학부모의 교육권의 내용은 헌법상 보장된 국민의 권리이지만, 교원·단위학교·국가의 교육권은 그 본질에 있어서 법률에 의하여 부여된 교육권한이라는 점에서 그 차이가 있으며, 이를 동일한 교육권의 개념으로 포괄하는 것은 무리가 있다고 생각된다. 따라서 교육수요자권은 헌법과 교육법이 추구하는 이념과 목적에 대한 근본적인 내용이며, 학생과 학부모가 가지는 국민으로서의 기본적 권리로서의 성격을 가진다고 하겠다.

이는 포괄적 교육권의 개념에 의하여 교육의 각 주체간의 권리를 동열의 권리로 파악함으로써 교육이 추구하는 본질적인 이념과 목적에 배치되는 법제적 해석을 낳고 있음을 의미한다. 물론, ‘교육수요자권’의 개념을 인정한다고 하더라도 각 주체들의 교육에 있어서의 중요성과 역할이 축소되는 것은 아니며, 본질적으로 교육의 자주성·전문성·중립성 등은 보장되는 것이며, 국가의 교육에 관한 권한 역시 보장되는 것임에 틀림없다. 그러나 보다 본질적으로 교원·단위학교·국가의 교육권의 행사목적은 학생의 교육이 그 본질적 내용을

6) 양건, 전계논문, 54면.

7) ‘교육을 받을 권리’의 개념적 정의를 ‘교육권’으로 정의하는 것이 우리 헌법체계상 보다 정확한 표현으로 생각되지만, 현재 ‘교육권’의 개념을 헌법재판소는 물론 교육법학계에서도 광의로 이해하는 것이 통설적으로 자리잡고 있으므로 본 논문에서는 이러한 교육권의 개념과 구별되는 ‘교육수요자권’의 개념을 사용하고자 한다.

이루는 것으로 그 성격이 구별되어야 함을 의미하는 것이다. 즉, 학생과 학부모의 ‘교육수요자권’은 본질에 있어서 교육제도의 이념과 목적을 실현하기 위한 보다 중요한 요소로서 이에 기초하여 교원·단위학교·국가의 교육권이 이를 보충하는 권한을 행사하는 것이 교육제도의 본질적인 구조라는 점을 밝히고자 하는 것이다.

이와 관련하여 우리 헌법재판소는 부모의 교육권에 관하여 “부모의 자녀에 대한 교육권’은 비록 헌법에 명문으로 규정되어 있지는 아니하지만, 이는 모든 인간이 국적과 관계없이 누리는 양도할 수 없는 불가침의 인권으로서 혼인과 가족생활을 보장하는 헌법 제36조 제1항, 행복추구권을 보장하는 헌법 제10조 및 ‘국민의 자유와 권리는 헌법에 열거되지 아니한 이유로 경시되지 아니한다’고 규정한 헌법 제37조 제1항에서 나오는 중요한 기본권이다. … 부모의 자녀교육권은 다른 기본권과는 달리, 기본권의 주체인 부모의 자기결정권이라는 의미에서 보장되는 자유가 아니라, 자녀의 보호와 인격발현을 위하여 부여되는 기본권이다. 다시 말하면, 부모의 자녀교육권은 자녀의 행복이 부모의 교육에 있어서 그 방향을 결정하는 지침이 된다. 부모는 자녀의 교육에 관하여 전반적인 계획을 세우고 자신의 인생관·사회관·교육관에 따라 자녀의 교육을 자유롭게 형성할 권리를 가지며, 부모의 교육권은 다른 교육의 주체와의 관계에서 원칙적으로 우위를 가진다. 한편 자녀의 교육에 관한 부모의 ‘권리와 의무’는 서로 불가분의 관계에 있고 자녀교육권의 본질을 결정하는 구성요소이기 때문에, 부모의 자녀교육권은 ‘자녀교육에 대한 부모의 책임’으로도 표현될 수 있다. 따라서 자녀교육권은 부모가 자녀교육에 대한 책임을 어떠한 방법으로 이행할 것인가에 관하여 자유롭게 결정할 수 있는 권리로서 교육의 목표와 수단에 관한 결정권을 뜻한다<sup>8)</sup>”라고 판시하고 하고 있다.

이상과 같은 헌법재판소의 판례는 비록 ‘교육수요자권’이라는 표현을 사용하고 있지는 않지만 기본적으로 학생과 학부모의 교육권은 그 법리적 본질에 있어서 다른 교육권과는 차별화된 법적 성질을 가지고 있다는 점을 밝히고 있는 것이며, 이러한 교육수요자의 권리는 헌법적으로 보다 더 중요하게 보장되어야 한다는 것을 밝히고 있는 것으로 보인다. 이는 교육의 목적과 본질에 대한 접근에 있어서 우리 헌법이 추구하고자 하는 방향과 일치하는 것으로 매우 의미있는 것이라 하겠다.

8) 헌재 2000.4.27. 98 헌가 16, 98 헌마 429(병합).

### Ⅲ. 미국과 독일의 교육수요자법제에 대한 검토

#### 1. 미 국

미국 연방헌법은 교육에 관한 명문규정을 두고 있지 않으며, 교육문제에 관하여는 주정부에 부여된 정책적 과제로 인식하고 있다.<sup>9)</sup> 뿐만 아니라 교육의 전문성에 바탕한 자율보다는 정치적 통제의 필요성을 강조하여 정치기관인 주 의회의 입법권에 광범위한 형성권을 부여하고 있다.<sup>10)</sup> 그러나 미국의 교육관련판례들은 교육에 관한 내용을 주요한 헌법적 문제로서 다루고 있는 바, 교육수요자권의 내용과 관련된 사항은 관련 판례를 중심으로 그 내용을 살펴보고자 한다. 미국판례상 나타나는 교육수요자관련내용은 1) 학교선택의 권리, 2) 교육내용의 결정·선택에 관한 권리, 3) 징계처분에 대한 권리 등의 문제로 나타나고 있다.

##### (1) 학교선택의 권리

미국의 판례상 학교선택의 권리는 의무취학, 입학 및 교육과정의 차별에 관한 문제로 나타나고 있다.

의무취학에 관하여 미국의 각주는 개별적인 의무취학법에 의하여 강제규정을 두고 있는 바, 이에 대한 법적인 근거는 ‘보호자로서의 국가(parens patriae)’라는 관습법의 원리에 두고 있다. 그러나 교육의 공적인 조직화를 원칙으로 하는 의무교육은 종래의 사적자치에 맡겨진 교육에 대하여 교육의 공공성의 측면을 강조하는 것이지만, 부모의 교육권에 대한 배타적 수행권과의 충돌현상이 나타남을 의미하는 것이다. 이에 따라 미국에서는 의무취학법에 관한 위헌성

9) 예를 들면, Texas Constitution, Art. 7 Sec 1 “A general diffusion of knowledge being essential to the preservation of the liberties and rights of the people, it shall be the duty of the Legislature of the State to establish and make suitable provision for the support and maintenance of efficient system of public free school”.

10) 교육권을 기본권의 측면에서 주의 교육에 관한 헌법적 보장의무로서 접근하는 경우는 Wyoming주헌법 Art. 97-1-023이 유일한 것으로 규정되어 있으며, 주로 공교육재정의 조달방법에 관한 규정을 됴으로써 교육의 중요성에 대한 주의 헌법적 의무와 통제권을 염두에 두고 있음을 나타내는 것이다. 헌법재판소, 『교육제도의 헌법적 문제에 관한 연구』, 2003.12.12, 129면 참조.

여부가 문제되었으며, 그 구체적인 문제점은 1) 의무취학법에 의해 공립학교에 취학을 강요하는 것은 자식의 교육에 대한 부모의 권리를 부당하게 간섭하는 것이 아닌가의 여부, 2) 의무취학법은 공립학교교육 이외에 사립학교와 마찬가지로 가정의무교육(home instruction)을 인정하는지의 여부, 3) 수정헌법 제 1조를 이유로 특정 종교에 대한 신념에 따라 어린이를 의무취학시키지 않았을 경우에 의무취학법의 적용과 범위에 관한 문제 등이었다.

이와 관련하여 사립학교에의 취학이 의무취학에 위반되지 않다는 것이 법원의 판단이다.<sup>11)</sup> 이는 공립학교에 취학을 강요하는 것은 사립학교의 권리와 자식의 교육에 대한 부모의 권리를 부당하게 침해하는 것이며, 학령기 어린이들에게 공립학교 교사의 교수만을 강요하는 법령은 주의 일반적 권능으로 어린이를 규격화하려는 것으로서 이는 자유의 기본원리에 어긋난다는 것을 확인하는 것이다. 또한 공립학교교육 이외의 사립학교와 유사한 가정에서의 교수 활동은 미국 각주의 의무취학법에서 인정되고 있지만, 이러한 교수행위는 실제적으로 공교육체계에 적용되는 교육과 양립할 수 있어야만 인정되고 있다. 따라서 의무교육과정의 교육프로그램에 대한 주당국의 검열권이 인정되며, 정규의 사립학교와 주의 영역내에서 이루어지는 모든 의무교육 프로그램에 대하여 주당국의 책임을 인정한 것이다. 그러나 주당국은 사립학교에 추가 인정하는 여러 가지 기준과 자격있는 교사 및 규정된 교재의 사용을 강제할 수 없다.<sup>12)</sup> 또한 종교적 신념에 따른 의무취학거부에 대하여는 수정헌법 제1조의 규정을 적용하여 이를 인정하고 있다.<sup>13)</sup>

입학 및 교육과정의 차별에 관하여는 주로 인종, 성별, 결혼과 임신, 심신장애 등을 원인으로 하여 공립학교의 입학과 교육과정에 차별을 두는 것에 대한 판례를 중심으로 이루어지고 있다. 학교교육에 있어서 인종차별의 문제는 *Brown v. Board of Education of Topeka* 사건에서 문제된 이후 공립학교에서의 인종차별은 위헌이며, 교육의 기회는 실질적인 평등의 의미로서 모든 어린이에게 적용되어야 하는 권리로서 파악하고 있다.<sup>14)</sup> 이 판결은 1896년 미연방대법원이 흑백인 입학문제에 관하여 ‘분리하되 평등(separate but

11) *Pierce v. Society of Sisters*, 268 U. S. 510(1925); *Meyer v. Nebraska*, 262, U. S. 390(1923).

12) *Kentucky State Bd. for Elementary and Secondary Educ. v. Rudasill*, 589 S.W.2d 877(ky, 1979).

13) *Wisconsin v. Yoder*, 406 U. S. 205(1972).

14) *Brown v. Board of Education of Topeka*, 347 U. S. 483, 493(1954).



equal)의 이론'에 따라 '교사·교육과정·교원봉급 기타 유형적인 것은 동등하고, 교육의 장소만을 분리하는 것은 합헌이다<sup>15)</sup>'라고 판시한 내용을 '헌법이 보장하는 평등이라는 것은 흑인에 대한 차별의 의도에서 나온 것으로, 헌법에 위배되기 때문에 흑백인 공학은 실질적으로 인정되어야 한다'라고 함으로써 '분리하되 평등의 원칙'이 위헌임을 판시하여 판례변경을 하였다. 하지만 여전히 성별에 따른 분리는 '분리하되 평등의 원칙'이 유지되고 있지만,<sup>16)</sup> 이는 교육기회와 내용의 불평등을 인정하는 것이 아님은 명백하다고 하겠다. 또한 결혼과 임신을 이유로 한 퇴교조치 및 교육기회의 차별에 관하여는 1960년대 이전에는 이를 인정한 판례<sup>17)</sup>가 존재하지만, 이후 위헌임이 확인되고 있으며,<sup>18)</sup> 장애아의 교육에 있어서도 장애아를 공립학교교육에서 제외하는 것은 위헌이며, 공교육 프로그램에서 장애아의 능력에 다른 교육을 제공하여야 하며, 심신장애아동에게 있어서 정상아와 장애아를 교육에 있어서 차별하지 않는다는 것이 미국 법원의 확립된 판례로 자리잡고 있다.<sup>19)</sup>

## (2) 교육내용의 결정·선택에 관한 권리

교육내용의 결정·선택에 관한 권리에 있어서 미국의 판례는 교육과정선택에 대한 학생·부모의 권리여부, 국가행사참여에 대한 학생의 권리인정여부, 종교교육에 대한 학생·부모의 권리여부에 관하여 논의되었다.

교육과정선택에 대한 학생·부모의 권리에 관하여는 미국의 교육과정통제에 관한 권한이 주의 교육내용의 통일성확보를 위하여 주헌법에 의하여 주입법부에 일원적으로 수권되어 있고, 이에 따라 주입법부에 의한 교육과정통제의 권한은 주교육위원회와 지방교육위원회에만 존재하는 것이며, 교사·학생 및 부모는 그 권한이 없다는 것으로 파악되고 있다. 따라서 주교육위원회와 지방교육위원회의 교육과정결정권의 범위내에서 학생과 부모의 헌법적 권리를 부당하게 침해한 경우에 문제되고 있다. 이 문제와 관련하여 교육과정 관계법령에서

15) Plessy v. Ferguson, 163. U. S. 537(1896).

16) Vorchheimer v. School District of Philsdelphia, 532 F. 2d 880(3d Cir., 1976).

17) State v. Marion Country Board of Education, 302 S.W. 2d 57(Tenn. 1957).

18) Board of Education of Harrodsburg v. Bentley, 383 S.W. 2d 677(Ct. App. Ky., 1964).

19) San Antonio Independent School District v. Rodriguez, 411 U. S. 1 (1973).

인정되지 아니하는 과목의 교수행위에 대하여 연방대법원은 가르칠 교사의 권리와 자녀를 교사에게 지도받도록 하는 부모의 권리 및 유용한 지식을 얻을 학생의 권리는 수정헌법 제14조의 적법절차에 의해 보호되어야 하는 자유라고 판시하였다.<sup>20)</sup> 또한 종교를 이유로 진화론수업을 금지한 주법률은 연방수정헌법 제1조의 종교의 자유에 위배된다고 하였으며,<sup>21)</sup> 특정교과에 대한 수업거부행위에 대하여도 교과에 대한 부모의 권리는 학교직원과 교사의 권리보다 상위의 개념임을 인정하면서 이를 위헌이라고 하였다.<sup>22)</sup> 그러나 주와 교육위원회가 부모의 권리를 침해하는 교육과정을 제공하거나 금지하는 것은 위헌이지만, 학생의 일반복지에 필요한 교육내용을 제공하기 위하여 교육과정을 결정한다는 합리성을 입증하는 한 학교의 교과목 결정권은 합법적임을 인정하고 있다.<sup>23)</sup>

국가행사참여에 대한 학생의 권리인정여부에 관하여는 국기에 대한 경례와 충성서약을 규정한 주법령과 지방교육위원회의 정책에 대한 것으로 교육활동에 대한 자유재량권의 한계와 학생의 신념에 대한 진술의 강요가 처벌의 합헌성여부에 관한 것이다. 이에 관하여 미연방대법원은 국기에 대한 경례와 충성의 서약과 같은 사회적 행사가 어떤 종교적 신념에 의하여 문제로 제기되는 경우에 있어서 학생은 그 행사에 참여하지 않을 수 있지만 공립학교의 교육과정으로부터 사회적 행사 자체를 금지시킬 수 없다고 판시하고 있다.<sup>24)</sup> 종교교육에 관하여는 공립학교의 종교교육은 이를 인정하지 않고 있으며,<sup>25)</sup> 종교학교에 대한 종교적 행위와 교수에 대한 주정부의 지원 역시 이를 인정하지 않고 있다.<sup>26)</sup> 그러나 공립학교 학생의 종교선택에 영향을 주는 교육활동은 위헌으로 인정되지 않지만, 교양으로서 성서와 종교적 내용을 가르치는 것은 허용하고 있다.

20) Meyer v. Nebraska, 262 U. S. 390(1923).; 이 사건에 있어서 주고등법원은 초등학교 학생에게 독일어 교본을 교수하였다는 이유로 사립학교 교사를 해고한 학교당국의 조치를 지지하였으나, 연방대법원은 이를 파기하였다.

21) Epperson v. Arkansas, 393 U. S. 97. 89. S. Ct. 266, 21. L. ed. 2d 228 (1968).

22) School Board District No. 18 v. Thompson, 24 Okla. 1,1103 p.578(1909).

23) Reutter, Jr. E. E. & Hamilton, R. R., *The Law of Public Education*, Mineola, N. Y.: The Foundation Press, Inc., 1976, p.153.

24) Minersville School District v. Gobitis, 310 U. S. 586(1940); West Virginia State Board of Education et. al. v. Barnette et al., 393 U. S. 624(1943).

25) Murray v. Culett et. al., 371 U. S. 203, 10 L. ed. 2d. 884, 83 S. Ct. 1560(1963).

26) Everson v. Board of Education of Ewing TP., 330 U. S. 1, 67 S. Ct. 504, 91 L Ed. 711(1947).

### (3) 징계처분에 대한 권리

징계처분에 대한 권리의 문제는 징계자체에 대한 학생의 헌법적 권리, 두발과 복장에 대한 학생의 권리, 체벌에 대한 학생의 권리 등이 문제되었다.

징계자체에 대한 학생의 헌법적 권리에 관하여는 먼저 징계에 적용한 교칙의 타당성이 평가되고, 징계과정에 있어서의 절차에 관한 문제제기와 교외활동에 관하여는 다른 학생 및 학교교육활동을 저해하는 명시적인 증거를 요구하고 있다. 그러나 방과 후 학생들간의 싸움이나 교사에 대한 모욕적인 언행 또는 공격적인 행위에 대한 징계는 이를 인정하고 있다. 구체적인 사례를 살펴보면, 학교당국이 학생의 비위행위 및 학교의 이익에 해가 되는 행위에 대한 처벌규정을 구체적으로 세분하여 규정하지 아니한 것은 위헌이라거나,<sup>27)</sup> 학생의 비행이 다른 학생과 학교의 일반적 이익에 위해가 되는 명시적인 규정과 증거를 요구함으로써 학교당국의 재량권을 제한하고 있다.<sup>28)</sup> 또한 학생처벌에 있어서도 수정헌법 제14조의 적법절차가 지켜져야 하며, 가능한 범위에서 청문의 절차는 처벌행위 이전에 선행되어야 하며, 부당한 처벌로 인한 학생의 명예와 생활기록부상의 손해에 대한 구제권리가 보호되어야 한다는 것을 명백히 하고 있다.<sup>29)</sup>

두발과 복장에 대한 학생의 권리에 관하여는 주로 1960년대 판례에서 나타나고 있는 바, 학생들의 용모가 학교의 교육프로그램에 정서적, 실제적으로 관계가 없다는 학생과 부모의 주장에 대하여 학교당국은 두발, 복장의 통제는 학교의 질서와 규율의 유지에 도움이 되는 적절한 조치로서 필요한 교육적 방법에 속하는 문제라고 주장하였다. 이에 대하여 법원은 학생의 두발과 복장에 대한 논쟁의 개입을 자제하였으며, 단지 연방순회항소심만이 학교에서 취한 조치의 합법성에 대해 서로 다른 판결을 하였다. 즉, 두발과 복장에 대한 제한에 대하여 수정헌법 제1조의 상징적 언론표현의 자유, 수정헌법 제14조의 개인의 자유 및 법에 의한 평등한 보호 및 수정헌법 제9조의 헌법에 열거되지 아니한 권리의 부인 또는 경시금지 등을 위반한 헌법적 권리의 침해라거나,<sup>30)</sup> 학생수업의 선행요건으로서 단정한 두발에 대한 학교의 요구는 자유재

27) *Soglin v. Kauffman*, 418 F. 2d 163(7th Cir. 1969).

28) *O'rourke v. Walker*, 102 Conn, 130. 128A. 25(1925).

29) *Goss v. Lopez*, 419 U. S. 565(1975).

30) *Massie v. Henry*, 455 F. 2d. 279(4th. Cir., 1972).

량이고 비이성적인 것이 아니며, 학교당국은 효과적인 학교체제를 유지하기 위해서 학생의 용모에 관한 권리를 제한할 수 있다라는 것이다. 이러한 판례의 불일치는 두발과 복장의 제한은 원칙적으로 헌법적 권리를 침해하는 것이지만, 두발과 복장이 다른 학생의 안전과 건강에 유해하다거나, 다른 학생의 학교생활을 방해한다는 것을 두발과 복장을 규제하는 학교당국에 그 입증책임을 전가하고 있는 것으로 보인다.<sup>31)</sup>

체벌에 대한 학생의 권리에 관하여 법원은 일반적 경향으로 교사의 이성적인 행위로서의 체벌은 인정하며, 그 반대의 증거는 학생 자신이 입증하여야 하지만, 악의와 분노에 의한 체벌은 비합법적인 것으로 간주하였다. 이를 위하여 ① 학생은 어떠한 행동이 체벌의 대상이 되는가를 고지받아야 하며, ② 교직원 은 체벌 전에 다른 가능한 수단을 시도하여야 하며, ③ 체벌은 다른 교사의 입회하에서 이루어져야 하며, ④ 체벌에 대한 성문의 근거는 부모의 요청이 있을 경우 제시되어야 한다는 것을 그 요건으로 하고 있다. 이러한 요건하에서의 체벌은 수정헌법 제8조의 잔인하고 비정상적 처벌(cruel and unusual punishment)이 아니며, 체벌에 대한 부모의 동의나 합의는 필요하지 않으며,<sup>32)</sup> 수정헌법 제14조의 적법절차가 일반적으로 요구하고 있는 고지와 청문도 필요하지 않다.<sup>33)</sup>

## 2. 독일

독일에 있어서 교육관련법제는 독일기본법상 인정되고 있는 국가의 교육고권과 학생의 교육을 받을 권리를 그 중심축으로 하여 논의되고 있다. 국가의 교육고권이란 학교라고 하는 생활영역에 입법행위와 행정행위 및 사법권 행사의 형태로 작용하는 국가권력의 한 부분으로서 국가의 학교법상의 권한을 말한다.<sup>34)</sup> 반면에 교육을 받을 권리는 독일기본법에 명문의 규정이 없으나, 학생의 기본권에 관한 헌법적 근거로서 기본법 제2조 제1항의 자유로운 인격발

31) 이와 관련된 것으로 “교실 내외에서 여하한 이유에서도 실제로 교실의 수업을 방해하고, 다른 학생의 권리를 침해하는 행위는 언론·표현의 자유에 대한 헌법적 권리에 의해 무죄가 되지 않는다”는 것을 분명히 하고 있다. *Bannister v. Paradis*, 316 F. Supp. 185(1971).

32) *Baker v. Owen*, 395 F. Supp. 294. aff'd mem 423 U. S. 907(1975).

33) *Ingraham v. Wright*, 430 U. S. 651(1977).

34) 허종렬, “교육에 관한 국가의 권한과 그 한계 - 독일기본법상 교육고권에 관한 학설과 판례를 중심으로 -”, 성균관대학교 박사학위논문, 1993, 17면.

현권 및 제12조의 자유로운 직업선택권, 제20조 제1항의 사회국가의 원리를 근거로 하여 이 권리가 기본법적으로 인정되고 있는 것으로 해석하고 있다.

독일 학교법상 학생의 권리로서 논의되는 것으로는 학교에서의 사상 및 신앙의 자유, 정치적 활동과 집회 및 결사의 자유로서의 자치활동 또는 특별활동(학생회의 학생참가), 사생활보호, 학교사무로부터 보호 등이 있다. 반면에 학생의 일반적인 행동의무 즉, 수업참가, 교직원의 지시에 대한 복종의무 등과 징계처분의 수인의무 등도 학생의 권리문제와 더불어 논의되고 있다.<sup>35)</sup> 한편 독일에 있어서 학생의 권리는 본질적으로 재학관계라는 법률관계에 의해 규율되며, 이러한 재학관계는 학생의 학교 또는 국가에 대한 권리·의무관계를 규제하는 법률관계이다. 따라서 독일에 있어서 교육관련법제의 논의는 이를 기본권으로서의 성격에 근거한 자유권적 기본권과 사회권적 기본권의 성격에 대하여 논의되고 있다. 특히, 사회권적 기본권으로서의 성격에 기초한 구체적 급부청구권의 인정여부가 그 논의의 중심에 있다고 하겠다.<sup>36)</sup>

부모의 교육권에 관하여는 기본법 제6조 제2항에서 “자녀의 양육과 교육은 부모의 자연적 권리이며, 그에게 부과된 일차적 의무이다. 국가공동체는 그 실행을 감독한다”고 규정하여, 부모의 교육권을 자녀에 대한 지배권이지만 법적으로는 자녀의 신탁에 의한 신탁권이며, 자녀가 성년이 됨으로써 소멸하는 한시적 권리로 파악하고 있다.<sup>37)</sup> 이를 근거로 하여 부모는 학생의 적성에 맞추어 다양한 학교종류와 학교형태 사이에서 자녀의 능력과 적성 및 진로에 맞추어 적당한 학교를 선택하고, 학교에서의 교육과정의 운영에 일정한 범위에서 참가할 수 있다(교육진로결정권). 또한 부모는 그들의 교육권이 행사되어야 할 모든 과정에 대해서 학교로부터 정보를 얻을 권리가 있다(교육정보청구권), 학교는 학생 및 부모의 다양한 세계관과 종교에 대해서 관용하여야 할 의무가 있으며, 부모는 학교가 부모에 의해 결정된 교육조치를 존중할 것을 요구할 권리를 가진다(방어권). 또한 부모는 자녀의 보호와 교육을 위해 법률이 정하는 바에 따라 학교운영에 참여할 권리가 있다(학교참여권).<sup>38)</sup>

부모의 교육진로결정권은 교육에 관한 부모의 소관사항으로서 첫째, 기본법

35) 허종렬, 전계논문, 104면 참조.

36) 구체적 급부청구권에 관하여는 허종렬, 전계논문, 107면 이하 참조.

37) U. Fehenmann, “Zur näheren Bestimmung des grundgesetzlichen Elternrechts”, DÖV 1982, S. 42.

38) 허종렬, 전계논문, 121~122면.

제7조 제4항에 따른 공립학교와 사립학교 사이의 선택권 및 공립학교제도내의 다양한 학교유형 사이의 선택권, 둘째, 기본법 제7조 2항에 따른 종교수업에의 학생의 참석결정권, 셋째, 법률상 예정된 규정학교의 실제적이고 충분한 시설의 제공에 대한 청구권 등을 그 구체적 내용으로 한다.<sup>39)</sup> 그러나 이러한 부모의 권리는 독일민법 제1631의 a조에 의하여 제한된다.<sup>40)</sup> 동조 제2항은 “부모가 공연히 학생의 적성과 경향을 배려하지 않고 그 때문에 학생의 발전이 지속적이고 중요하게 방해받을 우려가 제기되면, 그때는 후견재판소가 결정을 내린다. 동재판소는 부모의 의사표시를 대신할 수 있다”라고 규정하고 있다. 동조항의 취지는 부모의 명백한 권리남용으로부터 학생을 보호하자는 의미로서 후견재판소의 결정에는 엄격한 제한이 따른다.

부모의 교육정보청구권은 가정과 학교가 공동교육과제를 협력해서 해결해가기 위해 인정되는 것이며, 자녀교육의 전반적인 계획에 대한 부모의 책임을 실효성 있게 하기 위한 제도적 장치이다. 부모의 정보권에는 자녀의 성적과 행동에 대한 정보 및 학교활동의 내용적·방법적·교육적 입장에 관한 정보, 외부조직에 대한 정보 등이 포함되어 있는 것으로 본다.<sup>41)</sup> 또한 부모의 정보권은 학교유형의 선택, 성적평가, 심사행위에 있어서의 견해, 수업내용과 수업방법에 관한 정보를 포함한다. 뿐만 아니라 교사, 교육심리학자, 학생담당자 등은 부모의 정보청구권에 반대하여 그의 비밀유지의무를 주장해서는 아니 되며, 자녀가 육체적 또는 정신적으로 직접적이고 현재하는 침해당할 경우에는 진실에 관한 모든 정보를 청구할 권리가 있으며, 교사 및 학생상담자 등은 그에 관한 통지의무를 이행하여야 한다.<sup>42)</sup>

부모의 방어권은 부모의 다른 권리행사의 근거가 되는 권리로서 학교의 행위에 의해 부모의 교육권 및 자녀의 기본권이 침해당한 경우 이에 반대하는 권리이다. 방어권의 내용으로는 첫째, 원칙적으로 학생과 가정의 사적권리의 방어를 그 핵심으로 하는 것으로 기본법 제1조 제1항(인간의 존엄성)과 제2조 제1항(자유로운 인격발현권) 및 제6조 제2항 제1문(부모의 교육권)에 근

39) H. Heckel u. H. Avenarius, Schulrechtskunde, Luchterhand, 1986, SS. 304~309.

40) 동조 제1항은 “학생의 교육과 직업의 선택에 있어서 부모는 특히 그 적성과 경향을 고려하여야 한다. 적성판단에 의심이 드는 경우에는 교사나 다른 전문가의 조언을 받아야 한다”라고 규정하고 있다.

41) H. Heckel u. H. Avenarius, a.a.O., S. 308.

42) BVerfGE 59, 360(382).

거하고 있다. 둘째, 학교가 부모에 의해 내려진 교육적 결정을 존중하도록 요구할 권리이다. 셋째, 국가의 교육권한남용에 의하여 학생에게 특정한 정치이념을 주입하려고 시도할 때에 이를 저지할 권리를 포함하고 있다.<sup>43)</sup>

부모의 학교참가권은 학부모집단의 권리로서 인정되는 것으로 기본법에 명문의 규정은 없으나 주헌법에 부모의 학교에서의 집단적 참가권으로 규정되어 있다. 학부모집단의 조직은 각 주마다 다르지만, 대체로 학급과 학년, 전체학교 수준에서의 3단계조직을 갖추고 있으며, 학교를 구성하고 있는 각 조직간의 이익갈등을 피하고 균형을 도모하기 위하여 여러 가지 제도가 창출되어 있다. 학부모대표기관에 의해 행사되는 참가권은 학교활동의 형성과 학교목적의 실현을 그 목적으로 하지만, 직접적으로는 부모의 이익을 대변하고 학교협의회에서 직접적 의사형성의 한 축을 이루는데 그 목적이 있다. 즉, 학부모의 참가권은 첫째, 학교교육활동의 격려, 둘째, 지체부자유 등의 보호, 다른 주 또는 외국출신 어린이들의 배려, 특별한 재능을 가진 학생의 격려와 학교밖에서의 학생들의 보호업무의 인수, 셋째, 놀이터조성에서의 협력 등 학교시설 증·개축에 대한 협조, 넷째, 학교설립자의 횡포로부터의 학교의 보호 등이 그것이다.<sup>44)</sup>

#### IV. 교육수요자중심법제의 내용과 그 방향

##### 1. 서

이상에서 살펴본 바와 같이 교육수요자중심의 법제는 아직 교육정책적 논의만이 무성할 뿐, 이를 법제화하는 작업은 우리나라는 물론 외국의 법제에 있어서도 아직 이루어지지 않고 있다. 또한 교육수요자중심의 내용은 이미 법제의 내용속에 산재해 있지만, 이를 체계화하는 노력 역시 이루어지지 않고 있다고 하겠다. 따라서 본 논문에서는 교육수요자중심법제의 내용을 살펴봄에 있어서 이미 교육법제에 산재하고 있는 학생과 학부모의 권리에 대하여 살펴보고, 이를 중심으로 법제에 있어서 교육수요자중심에 관한 체계화가 가능한지 여부와 기존의 교육법제에서 논의되는 체계와의 차이점과 그 방향에 대하여 살펴보고자 하는 것이다.

43) 자세한 내용은 허종렬, 전계논문, 129~130면 참조.

44) 학교조직에서의 학부모대표의 일반적 법적 상황과 권한, 직업학교에서의 부모대표 및 위원회, 학교차원 이상에서의 조직형태, 주의 특수성에 대해서는 H. Heckel u. H. Avenarius, a.a.O., SS. 92~100 참조.

먼저, 교육수요자중심법제의 내용은 헌법이 명문으로 보장하고 있는 교육을 받을 권리를 기초적 근거로 하여 부모의 교육권의 성격과 그 내용에 대하여 살펴보고, 보다 폭넓은 교육수요자의 법제적 관점에서의 교육참여에 대한 방법을 강구하고자 하는 것이다. 특히, 부모의 교육참가권은 교육수요자중심법제의 핵심적 내용이 될 것이며, 이를 기초로 한 학교참여의 범위와 내용 및 학생징계에 대한 부모의 권리 및 학교 및 국가에 대한 교육조건정비요구에 대한 학교와 국가에 대한 요구권 내지는 청구권의 내용을 어떠한 범위에서 인정할 것인가 등의 다양한 문제제기가 가능하다고 하겠다. 다만, 본 논문에서 다루어지는 모든 교육수요자중심법제의 문제를 언급하기는 어려울 것이며, 교육수요자중심법제의 본질과 의미에 관련된 범위에 한정하여 헌법상 보장된 교육을 받을 권리와 부모의 교육권 및 학생참여와 징계에 관한 내용에 한정하여 살펴보고자 한다. 특히, 학교와 교원의 학생참여 및 징계와 체벌에 대한 문제는 사회적 문제로 끊임없이 제기되고 있을 뿐만 아니라 기존의 학생징계와 체벌이 학교와 교원의 징계권한과 체벌의 내용을 중심으로 이루어짐으로써 그 법제적 본질에 대한 이해가 있다는 점에서 본 논문에서 함께 다루고자 하는 것이다.

## 2. 교육을 받을 권리

헌법상 교육을 받을 권리라 함은 개개인이 능력에 따라 균등하게 교육을 받을 수 있는 수락권뿐만 아니라 학부모가 그 보호하에 있는 자녀에게 적절한 교육기회를 제공하여 주도록 요구할 수 있는 교육기회제공청구권을 포괄하는 개념이며, 좁은 의미의 교육을 받을 권리는 교육을 받는 것을 국가로부터 방해받지 아니함은 물론 교육을 받을 수 있도록 국가가 적극적으로 배려하여 주도록 요구할 수 있는 권리로써의 수락권을 말한다.<sup>45)</sup>

교육을 받을 권리는 능력에 상응하는 교육을 요구할 수 있는 권리와 교육의 기회균등을 보장하는 것이며, 교육에는 학교교육·사회교육·공민교육·가정교육 중 가장 일반적인 학교교육을 의미하는 것이다. 또한 헌법 제31조 제2항은 “모든 국민은 그 보호하는 자녀에게 적어도 초등학교와 법률이 정하는 교육을 받게 할 의무를 진다”라고 규정하고, 제3항은 “의무교육은 무상으로 한다”라고 규정하여 의무교육과 그 무상성에 대하여 규정하고 있다. 이러한 헌법상의 교육을 받을 권리에 근거하여 제정된 교육기본법은 교육의 기회균등

45) 권영성, 『헌법학원론』, 박영사, 2003.



(제4조), 교육의 자주성 및 전문성(제5조), 교육의 중립성(제6조) 등을 교육의 기본적 성격으로써 분명히 하고 있다.

이러한 헌법과 법률의 교육을 받을 권리의 보장은 교육수요자로서의 학생과 학부모의 권리를 교육제도에 있어서 가장 중요한 요소로서 보호하고자 하는 것이며, 이것은 곧 교육제도와 법제의 중심적 내용이 교육수요자여야 한다는 것을 의미한다고 하겠다. 따라서 교육관련법률에 의하여 인정되는 교육제도의 기본적 구조는 교육수요자의 요구와 입장을 중심으로 구성되어야 하며, 교육의 당사자로서의 교원 및 교원단체, 학교의 설립경영자, 국가 및 지방자치단체의 교육권한은 이러한 교육수요자의 권리를 최대한으로 보장하는 방향에서 결정되고 집행되어야 함을 의미한다고 하겠다.

또한 헌법상 보장되는 교육을 받을 권리의 법적 성격은 주관적 공권인 동시에 객관적 가치질서로서의 이중성 성격을 가지는 것이며, 자유권적 측면과 사회권적 측면을 동시에 가지는 구체적 권리로서의 성격을 가진다.<sup>46)</sup> 따라서 학생이 교육을 받고자 하는 것을 제한하여서는 아니되고 능력에 상응하는 교육을 요구할 수 있는 적극적 권리와 원하지 않는 교육을 받지 아니할 소극적 권리를 동시에 가진다고 하겠다.<sup>47)</sup>

### 3. 부모 또는 친권자의 교육권

부모 또는 친권자의 교육권은 학생을 양육, 감독, 보호, 교육하는 범위에 있어서 인정되는 자연법 및 실정법적 권리이며, 의무이다. 자연권으로서의 부모의 교육권은 교육을 받을 권리를 보장함에 있어서의 일차적 의무이행의 권리이며, 친자관계에 근거하여 권리를 ‘공유’하는 것이다. 이와 관련하여 유엔 아동권리선언(1959) 제7조는 “아동은 교육을 받을 권리를 가진다. 아동의 교육 및 지도에 책임을 지는 자는 아동의 최선의 이익을 그 지도원칙으로 삼지 않으면 안된다. 그 책임은 일차적으로 아동의 양친에게 있다”라고 규정하여 부모의 교육권에 관한 권리와 책임에 관하여 규정하고 있다. 따라서 부모의 교육할 권리는 아동에 대한 자연법상의 양육·교육할 의무와 실정법상의 감호·교육할 의

46) 권영성, 전거서, 612~613면; 허영, 『한국헌법론』, 박영사, 2003, 413~414면.

47) 교육을 받을 권리의 소극적 측면과 관련하여 최근 고등학교에서의 종교교육의 자유보장과 관련하여 문제되고 있는 바, 이는 개인의 종교의 자유와 교육을 받을 권리를 학교가 명백히 침해하는 것으로 학교는 학생의 자유로운 종교교육 선택권을 보장하는 것이 바람직하다고 하겠다. 한겨레신문 2004.7.12. 관련기사 참조.

무를 제1차적으로 이행할 권리 또는 의무이행의 우선적 권리라고 하겠다.<sup>48)</sup> 현행 교육기본법 제13조는 보호자를 교육의 당사자로서 인정하고 있으며, 교육할 권리와 책임 및 교육에 관한 의견제시권을 인정하고 있다.

헌법재판소는 판례<sup>49)</sup>를 통하여 부모의 자녀에 대한 교육권을 다른 교육당사자보다 원칙적인 우위를 가짐을 확인하고 있다. 그러나 동판결에 있어서 원칙적인 부모교육권의 우위원칙에 대하여 선언하고 있지만, 동시에 국가의 학교제도에 관한 전반적인 형성권과 규율권을 인정함으로써 여전히 국가우선의 교육권을 인정하고 있음은 헌법이론적 관점에 있어서 상호모순되는 것이 아닌 가하는 의문이 있다.<sup>50)</sup> 다만, 학교교육 이외의 사교육에 있어서는 부모의 교육권이 우선함을 밝히고 있다. 또한 부모의 교육권과 교원의 교육권에 관하여 헌법재판소는 교원의 수업권은 “자연법적으로는 부모의 교육권을 신탁받은 것”이고, “실정법적으로는 국가의 위임에 의한 것”으로서 국민의 수락권이 우선한다고 판시하고 있다.<sup>51)</sup> 따라서 부모의 교육권이 국가나 교원의 교육권에 우선하는 것이지만, 실제에 있어서는 부모와 국가 및 교원간의 교육권이 충돌하는 경우, 원칙적으로 어느 한쪽이 우선한다고 볼 수 없고 개별적인 경우에 따라 법익형량에 따라 판단하는 것이 헌법재판소의 입장이라고 하겠다.<sup>52)</sup> 이와 관련하여서는 부모의 학교참여권에 있어서 보다 문제가 되고 있다.

부모의 학교참여권의 문제에 관한 헌법재판소의 판례는 학교운영위원회에 관한 사항이었다.<sup>53)</sup> 이를 살펴보면, 학부모의 교육참여권의 당위성은 인정하지만, 헌법상의 기본권은 아니라는 것이며, 학교운영위원회 설치여부는 입법자의 입법재량에 속하는 것임을 분명히 하고 있다. 그러나 위의 판례는 부모의 ‘교육참여권’과 ‘학교참여권’에 대한 오해에서 비롯된 것으로 전자는 부모의 교육권의 핵심적 내용으로서 헌법상 보장되는 기본권이며, 그 본질적 내용을

48) 堀尾輝久, 現代教育の思想と救助, 東京: 岩波書店, 1980, 199頁.

49) 현재 2000.4.27. 98 헌가 16, 98 헌마 429(병합).

50) 양건, 전개논문, 59~60면 참조.

51) 현재 1992.11.12. 89 헌마 88.

52) 양건, 전개논문, 66면.

53) 1999년(현재 1999.3.25. 97 헌마 130)과 2001년(현재 2001.11.29. 2000 헌마 278)의 학교운영위원회 설치에 관한 헌법소원의 내용은 전자는 구지방교육자치에관한법률에서 국·공립의 초·중·고등학교의 경우에만 의무화하고 사립학교의 경우에는 임의적인 것으로 규정한 것에 대한 문제제기였으며, 후자는 초·중등교육법의 개정으로 사립학교에 학교운영위원회를 의무화한 것에 대하여 사립학교 설립경영자들에 의하여 위헌 여부를 묻는 것이었다.

이루는 것이라 하겠다. 또한 교육참여권의 내용으로서의 ‘집단적 학교참여권’은 ‘학교참여권’의 주요내용을 이루는 것으로 이에 대한 불인정은 학교참여회를 원천적으로 봉쇄할 수 있다는 점에서 핵심적인 내용을 이루는 것이라 하겠다. 따라서 부모의 교육참여권을 보장하기 위하여 부모의 집단적 학교참여권을 보장하는 것은 당연하다고 할 것이며, 부모의 교육권의 우선원칙에 의해서도 인정되어야 할 것으로 보인다. 현행 초·중등교육법 제31조제1항은 “학교운영의 자율성을 높이고 지역의 실정과 특성에 맞는 다양한 교육을 창의적으로 실시할 수 있도록 하기 위하여 국·공립 및 사립의 초등학교·중학교·고등학교 및 특수학교에 학교운영위원회를 구성·운영하여야 한다”라고 규정하여 모든 학교에 있어서의 학교운영위원회의 설치를 의무화하고 있다.

#### 4. 학교자치와 학생의 참여권

학교규칙 또는 학칙은 학교자치의 실현을 위한 자치규범임에도 불구하고 여전히 학교장만을 그 제정권자로 규정함으로써 다른 학교구성원의 학교참가를 회피하는 근거로 악용되고 있는 것이 현실이다. 현행 초·중등교육법 제8조는 “학교의 장은 법령의 범위안에서 지도 감독기관의 인가를 받아 학교규칙을 제정할 수 있다”고 규정하고 있다. 물론 학교운영위원회가 설치됨으로써 그에 관한 심의권을 보장하고 있으나, 학칙에 관한 규정은 규범으로써의 역할보다는 여전히 형식적인 절차로만 인식하고 있는 것이 또한 현실이다.

그러나 학칙의 내용이 학생의 포상과 징계 및 학생자치활동의 조직과 운영에 관하여 규정하도록 하고 있는 바, 학생의 학교생활과 활동에 관한 직접적인 내용을 담고 있다는 점에서 학생들의 의견을 수렴하고 반영할 수 있는 방법에 관한 검토가 필요하다고 하겠다. 또한 포상과 징계에 관한 내용을 학생들에게 분명하게 알리는 것이 법치주의에 적합하다고 하겠으며, 자치활동의 조직과 운영에 관한 내용을 학교장이 일방적으로 정하는 것 역시 매우 부자연스러운 것이라 하겠다. 이는 학생이 교육의 한 주체이며, 교육수요자로서의 법적 지위에 적합한 의견수렴과 참여를 보장하는 것이 학생의 학습권 보장에 필수적이라는 점에서 매우 중요한 출발점이라 하겠다.<sup>54)</sup>

54) 학생의 참여권을 단지 미성년이란 이유만으로 ‘보호’의 미명아래 실질적으로 박탈되고 있는 것은 기본권 제한의 본질적 내용침해금지조항에 위배되는 위험적인 것이라는 견해도 있다. 신현직, 『교육법과 교육기본권』, 청년사, 2003, 415면.

최소한 학생의 자치활동의 조직과 운영은 학생자치에 맡겨져야 하며, 학교장과 교사의 역할은 학생들의 일탈에 대한 최소한의 간여와 방향성에 대한 지도에 한정하는 것이 바람직하다는 점에서 볼 때, 보다 열린 마음으로서의 접근이 필요할 것으로 생각된다. 그 동안의 학생자치활동이 학교장과 교사중심으로 이루어지고 학생들의 자치활동참여가 형식적이었다는 점에서 제도적으로 이를 뒷받침할 수 있는 장치를 마련하는 것이 적절하다고 생각된다. 이를 위하여 학교장과 교사 및 학생자치기구 그리고 학교운영위원회가 참가하는 학칙 제정과 개정을 위한 학칙제·개정위원회와 같은 기관을 만들어 학교의 학칙에 관한 내용을 심의·의결할 수 있도록 제도화하는 것이 필요할 것이라 생각된다. 뿐만 아니라 학생과 학부모에게 교칙의 내용을 분명히 인식시키도록 교육과 홍보를 병행하여 교칙의 준수사항과 위반에 대한 징계의 내용을 명확히 함으로써 학교장의 자의적 판단에 의한 포상과 징계 및 학생자치활동에 대한 적극적인 보장 등이 이루어져야 할 것으로 생각된다.

## 5. 학생에 대한 징계처분에 대한 교육수요자의 권리

학생의 징계와 체벌은 학교와 교원이 행하는 별도로 징계가 학교장이 행하는 법적 처분으로서 학생으로서의 신분에 일정한 영향을 미치는 것이지만, 체벌은 각 교원에 의해 이루어질 수 있는 사실행위라는 점에서 차이가 있다. 또한, 징계에 관하여 이에 불복할 경우 학생은 법원에 징계의 취소나 무효를 청구할 수 있으나, 체벌에 대해서는 취소나 무효를 구하는 소송이 가능하지 않으며, 다만 체벌에 의하여 손해가 발생한 경우 손해배상청구를 할 수 있을 뿐이다. 징계와 체벌에 관한 법률적 근거는 초·중등교육법 제18조 제1항에서 “학교의 장은 교육상 필요한 때에는 법령 및 학칙이 정하는 바에 의하여 학생을 징계하거나 기타의 방법으로 지도할 수 있다”라고 규정하고 있는 바, 징계에 관하여는 명문의 규정을 두고 있으나 체벌에 관하여는 ‘기타의 방법으로 지도’에 일반적으로 체벌을 포함하는 것으로 해석하고 있다.<sup>55)</sup> 동조 제2항은 징계에 관하여 “학교의 장은 학생을 징계하고자 하는 경우 해당 학생 또는 학부모에게 의견진술의 기회를 부여하는 등 적절한 절차를 거쳐야 한다”라고 규정하고 있고, 동법시행령 제37조 제7항은 “학교의 장은 법 제18조 제1항 본문의 규정에 의한 지도를 하는 때에는 교육상 불가피한 경우를 제외하고는 학

55) 조석훈, 『학교와 교육법』, 교육과학사, 2002, 192면 참조.

생에게 신체적 고통을 가하지 아니하는 훈육·훈계 등의 방법으로 행하여야 한다”라고 규정하고 있다.

징계의 종류에는 학교내의 봉사, 사회봉사, 특별교육이수, 퇴학처분 등이 있으며, 징계는 반드시 ‘교육상 필요’에 한하여 행하여지는 바, 일반적으로 이는 ‘교육·연구의 정상적 운영’, ‘학교질서유지’, ‘학생품행유지’ 등으로 해석되고 있다.<sup>56)</sup> 또한 징계권의 발동과 징계 양정(量定)에 대한 판단은 학교의 교육적 자유재량으로 파악하고, 학생징계에 관하여는 학교의 판단을 가급적 존중하는 것이 그 동안의 우리나라의 관례로 보고 있다. 그러나 이러한 재량행위는 징계의 낙인효과, 헌법상 가치로서의 교육을 받을 권리, 질풍노도의 시기로서의 청소년기의 특성, 교육적 수단으로서의 징계의 적합성 등에 따른 내적 한계와 비례성과 형평성이라는 외적 한계를 지닌다.<sup>57)</sup> 전자의 한계는 위법의 문제는 제기되지 않지만 교육적으로 부적합하다는 비판을 받지만, 후자의 한계는 위법한 재량행위의 남용으로서 징계취소의 사유가 된다.

체벌은 지도의 수단으로서 포함시키고 있지만, 불가피한 경우에 한하여 행하도록 제한되고 있다. 그러나 체벌이 지도의 수단으로 인정된다고 할지라도 외형상 학생의 신체를 상해하거나 폭행을 가하는 행위는 형법상의 처벌의 대상이 되지만, 교사의 체벌행위에 관하여는 일반적인 경우보다는 폭넓게 정당행위의 범위를 인정하고 있다. 또한 형사처벌이외에 민법상 손해배상의 책임에 있어서도 불법행위로 인정될 경우 학생안전사고의 한 유형으로서 교원은 물론 사용자로서의 학교의 설립·경영자도 손해배상책임을 부담할 수 있다. 학생체벌의 법적 판단은 형법 제20조의 ‘사회상규’가 그 기준이 되며, 교육적 필요에 한하여 제한적으로 이루어질 것을 요구하고 있다. 체벌의 방법과 정도는 객관적 기준이 마련되어야 할 것이며, 체벌시의 교원은 민·형사상의 주의의무를 위반하여서는 아니된다.

이상에서 살펴본 바와 같이 학생에 대한 징계와 체벌은 그 동안 학교와 교원의 교육적 자유재량에 방치된 점이 있으며, 법률과 관례 역시 이에 대한 간여와 감독을 자율에 맡기고 있다. 이러한 교육적 자율은 일견 교육목적의 달성이라는 원칙에 부합하는 것으로 보이지만, 헌법상 보장되는 법률과 적법절차에 의하여 보장되는 신체의 자유의 보장의 정도에 비하여 매우 미흡한 실정이라고 하겠다. 따라서 교육목적의 징계와 체벌이 그 타당성과 객관성을 담보

56) 조석훈, 전계서, 172면 이하 참조.

57) 조석훈, 전계서, 182~183면 참조.

하기 위하여는 비교육적 징계와 체벌에 대한 엄격한 제한과 규제가 동시에 이루어져야 할 것이다. 이를 위하여 징계에 있어서는 학교장이 징계권자임은 분명하나 외부의 학부모단체나 학교운영위원회의 구성원이 참여하는 학생징계위원회와 같은 객관적 기관에 의하여 학생징계에 대한 타당성과 객관성을 확보하는 노력이 이루어져야 할 것이다. 또한, 퇴학처분은 학교가 학생의 교육을 완전히 포기하는 것으로 교육목적에 명백히 위반되는 것으로 그러한 징계결정은 최소한에 그쳐야 할 것이며, 단순한 퇴학처분에 의한 교육의 포기가 아닌 퇴학 이후의 교육문제를 위한 사회적 공감대와 제도적 장치를 마련하는 것이 필요하다고 생각된다.

또한 체벌은 그 법률적 근거마저 불명확한 것으로 적법절차의 원리에 위반하는 것이 아닌가하는 의문이 있으나, 교육현실에 있어서 나타나는 교육목적의 정당한 체벌은 제한적이고 최소한의 범위에서만 인정되어야 할 것이다. 또한 체벌에 있어서 교원의 개인적 감정에 의한 일시적이고 순간적인 체벌은 엄격히 제한되어야 할 것이며, 체벌을 함에 있어서 학교장의 승낙 혹은 학부모의 동의절차 등을 통하여 합리적인 체벌의 정도와 방법을 강구하는 노력을 기울여야서는 아니될 것으로 생각된다.

## V. 결 론

이상에서 교육수요자중심법제에 관한 개념과 본질 및 비교법적 고찰과 그 내용에 관하여 살펴보았다. 앞서서도 언급하였듯이 아직 우리나라 교육법제에 있어서 교육수요자중심법제는 그 개념적 일체성을 가지고 있지 않지만, 교육의 본질적 목적이 학생의 교육이라는 점에서 교육권의 주체로서의 학생과 학부모의 권리를 체계화·규범화하는 것은 매우 의미있는 일이라 하겠다. 더구나 교육학 및 교육정책에 있어서 이미 보편화된 개념을 법제에서 받아들임으로써 학문적 연구성과와 정책집행의 결과에 대한 법제적 보완책을 마련한다는 점에서도 매우 중요한 의미를 지니는 것으로 생각된다.

우리나라의 교육법제는 그 동안의 연구와 노력으로 많이 정비되고 체계화된 것은 사실이나 여전히 국가중심의 교육법제에서 크게 벗어나지 못하고 있으며, 특히 학생과 학부모의 교육관련내용에의 참여의 폭은 매우 제한적인 것이 현실이다. 이는 교육수요자중심의 교육정책의 집행에 있어서도 국가나 행정부가 그 주도적 역할을 담당함으로써 스스로의 정책집행의 목적을 망각

하는 문제까지도 나타나고 있다는 점에서 교육에 있어서의 참여를 확대할 수 있는 새로운 대안들을 마련하는 노력이 무엇보다도 필요하다고 생각된다. 따라서 법제적 관점에 있어서도 교육수요자에 관한 법제적 내용을 규율함으로써 교사와 학교경영자 및 국가의 교육에 관한 권한과 구분함으로써 교육의 목적과 이상을 실현하기 위한 장치를 마련하고자 하는 노력을 기울여야 할 것으로 생각된다.

이제까지 우리의 교육법제는 사실상 교육의 주체로서 가장 중요하고 핵심적인 역할을 담당하여야 할 학생과 학부모를 형식적 참가자에 머물게 함으로써 교육의 법제적 내용과 권한을 국가중심의 교육체계와 학교경영자 및 교사중심의 법제를 형성하여 온 것 또한 사실이다. 또한 최근에 각 교육주체들의 사회적 영향력과 법제에 대한 압력은 조직화·거대화되고 있는 반면에 상대적으로 학생과 학부모의 간여와 참여는 개인의 영역에 여전히 머물고 있다고 하겠다. 따라서 교육의 목적과 이상을 실현하기 위하여 교육의 각 주체들이 대등하게 참여하고 이에 따른 공교육의 붕괴를 방지하고자 하는 노력의 일환으로서, 또한 법제적 관점에서의 역할과 참여를 보장하고자 하는 하나의 방법으로서 독립된 교육수요자법제의 내용을 정립하고자 하는 것이 본 논문의 목적임을 밝히고자한다.

## Study on Legal System of Student-Centered Education

Kang, Hyun-Cheol\*

“Study on legal system of student-centered education” explain legal system of new education in Korea. Primary, explain concept and nature of student-centered education for right of education. This concept and nature don't use in legal system but only pedagogics. Therefore, it's important to make a thesis of student-centered education and a limits of student-centered education.

The second, in comparative law explain in America and Germany about legal system of student-centered education. The third, a table of contents is right of education of student and parents, a disciplinary punishment of student. This table include how guarantees right of student-centered education and parents.

In conclusion, this paper wrights how guarantees right of student-centered education and parents in legal system. Also, this subject use to how explain to be under discussion in legal system about student-centered education.

---

\* Associate Research Fellow, Korea Legislation Research Institute, Ph.D in law