

자치입법권의 한계와 학생인권조례*

A study on the authority and limits of the local assembly
in enacting the ordinance for human rights of students

조재현**
Cho, Jae-Hyun

목 차

- I. 들어가며
- II. 자치입법권과 조례제정권
- III. 자치입법권과 인권조례
- IV. 학생인권조례의 법적 한계
- V. 학생인권조례제정의 방향
- VI. 맺으며

국문초록

최근 들어 각 지방자치단체들은 학생들의 인권보호를 위한 학생인권조례의 제정에 적극적이다. 학생인권조례의 핵심적 내용은 체벌의 전면적 금지와 두발규제의 금지이다. 학생인권조례의 제정에서는 학생인권목록에 해당하는 권리들을 조례로 제정할 수 있는가하는 문제와 조례에서 정하는 내용이 상위법에 위반되는 경우에는 조례의 위헌·위법의 문제가 발생하는 것은 아닌지가 문제된다. 먼저 학생인권목록이 조례제정사항인지 의문의 여지가 있지만, 입법부

논문접수일 : 2012.06.28

심사완료일 : 2012.07.25

게재확정일 : 2012.08.02

* 이 논문은 동아대학교 학술연구비 지원에 의하여 연구되었음

** 동아대학교 법학전문대학원 부교수

가 법률로써 학생들의 인권보장을 위한 입법적 노력을 기울이지 않는 현 상황에서 학생인권목록에 해당하는 권리 등을 각 지방자치단체가 조례로서 제정하는 것은 가능할 것으로 판단된다. 다만 조례가 갖는 법률유보, 법 우위원칙이라는 법적 한계를 준수하는 범위에서 학생인권조례를 제정해야 한다. 그런 점에서 볼 때 학생인권목록에서 정하는 전면적 체벌금지와 두발의 자유화는 초중등교육법에서 정하는 교권과의 충돌가능성을 배제하기 어렵다. 체벌금지 등을 내용으로 하는 학생인권조례가 비록 수익초과조례에 해당하는 것으로 상위법의 위임 없이 제정될 수 있다고 하더라도, 그것이 상위법의 내용에 위반되는 것이어서는 안 된다. 초중등교육법에 근거하고 있는 교권 내지 교육권의 내용은 학생들의 생활지도를 그 내용으로 하고 있는데, 전면적 체벌금지 등은 그러한 교육권의 내용을 배제하는 것으로 상위법위반 가능성이 완전히 해소되지는 않는다. 그렇기 때문에 학생인권조례를 제정함에 있어서 그 동안의 판례의 태도나 기존의 법적 판단을 존중하면서, 학생인권목록을 절대적 기본권의 형식으로 규정할 것이 아니라, 인권의 제한가능성을 어느 정도는 열어두는 규정형식이 필요하다.

주제어 : 학생인권조례, 체벌금지, 두발규제, 교권, 표현의 자유, 수정헌법 제1조

1. 들어가며

경기도 학생인권조례를 시발점으로 각 지방자치단체는 학생인권조례의 제정에 적극적이다. 학생인권조례는 인권보호의 세계화의 흐름에 부합한다는 점에서 긍정적으로 평가되고 있다. 학교현장에서 학생인권은 자율이라는 미명하에 보장되기 보다는 침해되어 왔다는 경험적 이유로, 교사에 비하여 학생들은 자신들의 권리보호를 위한 제도적 장치가 미비된 사회적 약자라는 이유로 학생인권보장에 대한 끊임없는 요구가 있었고, 학생인권조례의 제정은 그러한 요구를 수용한 결과이기도 하다. 학생인권조례 제정에 대하여 부정적인 시각이 없는 것은 아니다. 학생인권에 관한 사항을 조례로 규율하는 것이 타당한지, 학

생인권조례가 규율하고자 하는 인권목록이 조례제정의 대상이 되는 자치사무에 해당하는지, 학생인권조례에 규정된 학생의 인권조항이 상위법에 해당하는 초중등교육법에 위반되는 것은 아닌지 등에 관한 의문의 제기가 그것이다.

조례는 지방자치단체의 자치법규이다. 자치법규는 지방자치단체의 존립의 목적이 되는 사무에 관하여 주민의 공공복리 증진 등을 목적으로 제정되는 것이기 때문에 지역적 특성이나 이해관계를 이유로 한 지역밀착형 권리 등을 조례로 제정하는 것이 가장 일반적이다. 그런 이유로 학생인권조례의 경우에는 학교와 학생의 관계에 국한된 것으로 과연 자치조례로 제정하는 것이 가능한지 여부가 다투어지고 있다. 또한 학생인권조례에서는 체벌을 절대적으로 금지하고, 두발규제를 할 수 없도록 정하고 있는데, 이는 초중등교육법에 근거를 둔 교권과 충돌의 양상을 띠게 된다. 여기서 학생인권조례의 규범중복·규범충돌·상위법위반의 문제가 발생한다.

이하에서는 자치입법권의 의의, 자치입법권으로서 조례제정권의 범위와 그 한계를 살펴보고, 학생인권조례의 조례제정 적합성, 상위법위반여부에 관하여 검토한다.

II. 자치입법권과 조례제정권

1. 자치입법권의 의의

자치입법권이라 함은 지방자치단체가 자치행정에 관하여 법률의 수권 없이 자율적으로 법규를 제정하는 권한을 말한다.¹⁾ 자치입법권에는 조례제정권과 규칙제정권이 있다. 조례는 지방자치단체가 지방의회의 의결로 제정하는 법규이다. 지방자치단체의 조례고권은 지방자치제도의 본질적 내용보장으로 자치기능의 중심적인 내용을 지방자치단체가 국가의 지시나 감독을 받지 않고 법이 정하는 바에 따라 독자적인 책임 하에 처리할 수 있는 권한 중의 하나이

1) 박군성, 『행정법강의』, 박영사, 2010, 996면.

다.²⁾ 조례는 자치법규로서의 성격을 갖기 때문에 그 지역에 국한되어 적용된다는 점에서 법령 등과는 구별되지만, 기본적으로 조례도 불특정 다수인에게 구속력을 갖는 법규로서 실질적 의미의 법률에 해당한다.³⁾ 조례 중에서 위임조례는 행정입법의 성질을 갖는다고 이해할 수 있지만, 자치조례는 행정입법과 구별되며, 주민의 대표기관인 지방의회가 제정하는 법규범이라는 점에서 준법률적 성질을 갖는 것⁴⁾으로 이해할 수 있다.

2. 조례제정의 한계

조례는 지방자치단체의 사무 중에서 고유사무와 단체위임사무에 관하여 제정할 수 있다. 이 경우 원칙적으로 법령의 위임을 요하지 않는다. 기관위임사무는 국가사무이므로 조례제정의 범위에 속하지 않는다.⁵⁾ 다만 기관위임사무에 있어서도 개별법령에서 일정한 사항을 조례로 정하도록 위임하고 있는 경우에는 위임받은 사항에 관하여 개별법령의 취지에 부합하는 범위 내에서 위임조례를 제정할 수 있다.⁶⁾

가. 법률의 우위

지방자치단체는 법령의 범위 안에서 그 사무에 관하여 조례를 제정할 수 있다. 법령의 범위 안에서라는 의미는 국가법령의 자치법규에 대한 우위를 의미한다. 국가법령에는 법률뿐만 아니라 헌법, 법의 일반원칙, 명령이 포함된다.⁷⁾ 법규명령도 법률의 범위 안에서 제정된 것이라면 법률과 일체가 되어

2) 허영, 『헌법이론과 헌법』, 박영사, 2009, 1033면.

3) 홍정선, 『행정법특강』, 박영사, 2009, 886면.

4) 박균성(주 1), 998면.

5) 대판 2001. 11. 27. 2001추57.

6) 대판 2000. 11. 24. 2000추29.

7) 박균성(주 1), 1005면. 그러나 조례를 준 법률적인 것으로 파악하여 조례를 위임명령보다 하위의 지위를 인정하려는 것에는 반대하는 입장이 있다. 조례는 주민의 민주적 정당성을 부여받은 지방의회에 의하여 제정된 자치법규로서 명령보다 상위에 있기 때문에 ‘법률의 범위 안’에서 조례를 제정할 수 있다는 내용으로 바꾸어야 한다는 것이다. 조정환, “자치입법권

구속력을 발생하므로 법률과 일체가 된 법규명령은 조례보다 우위에 있다고 할 수 있다.⁸⁾ 명령에는 대통령령, 총리령 및 부령과 같은 법규명령이 포함되는 것은 물론이며, 법규명령으로 기능하는 행정규칙도 포함된다는 것이 판례의 태도이다.⁹⁾

‘법령의 범위 안’에서라는 의미는 법률우위의 원칙에 따라 조례가 상위법령에 위반되지 않아야 한다는 의미로 이해한다.¹⁰⁾ 조례가 법령에 위반하는지의 여부는 법령과 조례가 각각의 규정 취지, 규정의 목적, 내용 및 효과 등을 비교하여 둘 사이에 모순·저촉이 있는지의 여부에 따라서 개별적·구체적으로 결정하여야 한다.¹¹⁾ 조례가 법령에 위반되는지 그 여부가 문제되는 경우는 i) 조례의 내용이 법령에 위반되는지의 문제, ii) 조례가 규율하고자 하는 대상에 관하여 법령상 규정이 없는 경우, iii) 법령에서 이미 정하고 있는 사항에 대하여 조례로 정할 수 있는지가 문제되는 경우로 나누어 볼 수 있다. 조례의 내용이 법령에 위반되는지의 여부는 크게 다투어지지 않는 문제이다. 다음으로 조례가 규율하고자 하는 대상에 관하여 법령상 규정이 없는 경우에는 지방자치법 제22조 단서의 법률유보 원칙에 반하지 않는 한 조례로서 규정할 수 있다.¹²⁾ 문제는 법령에서 이미 정하고 있는 사항에 대하여 과연 조례로 정할 수 있는가인데, 이에 관하여는 견해가 대립하고 있다.

엄격한 법률선점론은 국가법령이 이미 정한 사항에 대하여 조례로 정하는 것은 위법하다고 보는 견해이다. 국가법령의 조례에 대한 우위로부터 당연히 도출되는 것으로 본다. 이 견해에 의하면 지방자치단체의 자치사무에 속하는 사항일지라도 법률이 선점하고 있는 경우에는 조례제정권이 부인된다. 법률선점론에 의하면 조례가 규제하려는 사항에 대하여 법령의 규정이 종래에도 없었고, 현재에도 없는 경우에는 조례로 규율할 수 있으며, 법령의 규정이 종래

특히 조례제정권과 법률우위와의 관계문제”, 『공법연구』 제29권 제1호, 2000, 383면 이하.

8) 박찬주, “조례제정권의 근거와 범위”, 『서울대학교 법학』 제50권 제1호, 2009, 3, 493면.

9) 헌재 2002.10.31, 2001헌라1.

10) 최승원/양승미, “국가와 지방자치단체의 입법분담체계”, 『이화여자대학교법학논집』 제13권 제2호, 2009, 3, 85면.

11) 대판 2008. 6. 12. 2007추42.

12) 홍정선(주 3), 888면.

에는 존재하였으나 현재 없는 경우에는 당해 법령을 폐지한 취지에 따라 조례제정의 가능여부가 결정된다고 한다.¹³⁾ 법률선택론은 국가가 법률로 규제한 영역에 대하여 조례가 다시 법률과 동일한 규제대상에 대하여 동일한 규율목적으로 규제를 하는 것은 조례가 법률이 이미 선점한 영역을 침해하는 것이 되므로 법률에서 특별한 위임이 없는 경우에는 이것이 허용되지 않는다는 것이다. 그러나 이 이론은 환경행정이나 급부행정 등에 있어서 각 지역의 특수성에 맞는 환경규제나 급부수준의 선택을 배제하게 되어 문제가 있었다. 그래서 수정된 법률선택론이 지지를 받는다.¹⁴⁾ 지역의 실정에 맞는 공해규제 등 지방자치단체의 자치입법권을 보장하기 위하여 국가법령 등이 정한 사항이라도 지역의 특수성을 고려하여 조례로 달리 정할 수 있다는 것이다.¹⁵⁾ 판례는 수익초과조례의 경우 법령의 위임 없이 제정될 수 있는데, 법령이 최소한의 기준을 정하고 있고, 조례로 지방의 실정에 맞게 별도로 급부를 강화하는 규율을 허용하고 있다고 해석되는 경우에는 당해 조례는 법령에 반하지 않는다고 본다.¹⁶⁾ 조례와 법령이 동일한 사항을 규율하고 입법목적도 동일한 경우에 법령이 정한 요건을 강화하는 기준을 정하는 조례(침익 초과조례)는 침익적 행정에 대한 것이면 그러한 조례는 인정할 수 없다¹⁷⁾는 것이 판례의 태도이다. 다만 지역의 실정에 맞게 규제를 강화할 필요가 있는 사항에 관하여는 법령은 전국적으로 규율할 사항 또는 전국적으로 적용되는 최소한의 규제기준만을 정하고 조례로 지역의 특성에 맞게 법령에서 정한 사항을 초과하여 정할 수 있도록 그 사항에 관한 규율을 조례에 위임한 것으로 보이는 경우 초과조례는 법령에 반하지 않는다고 한다.¹⁸⁾

나. 법률유보

13) 조정환(주 7), 384면.

14) 최승원/양승미(주 10), 86면.

15) 법률선택론의 수정이론으로는 공해규제법률론, 필요한 공해시책금지법률 위헌론, 고유의 자치사무영역 규제법률론 등이 있으며, 자세한 내용은 조정환(주 7), 386면 이하 참조.

16) 대판 200610. 12. 2006추38.

17) 대판 1997. 4. 25. 96추251.

18) 대판 2007. 12. 13. 2006추52.

조례는 법령의 위임 없이 제정될 수 있다. 지방자치법 제22조 단서에서는 주민의 권리제한이나 의무부과에 관한 사항이나 벌칙을 정할 때에는 법률의 위임이 있어야 한다고 정하고 있는데, 동 조항의 위헌성 여부가 다투어진다. 위헌설은 헌법이 부여하는 지방자치단체의 자치입법권을 지나치게 제약하고 있다거나, 헌법이 지방자치단체에 포괄적인 입법권을 부여한 취지에 반한다는 입장이다. 지방자치법 제22조 단서는 지방자치단체의 사무에 있어서도 주민의 권리제한 등에 관한 사항에 관하여 법률의 위임이 있어야 조례가 제정될 수 있는 것이므로 헌법이 정하지 아니한 추가적 제한을 규정하고 있으므로 헌법 제117조 제1항에 반한다는 것이다. 합헌설에 의하면 지방자치단체는 지방행정의 주체이므로 국가행정과 이를 동일시 할 수 없고, 주민에 의해 선출된 자로 구성된 지방의회는 고유한 민주적 정당성을 갖지만, 그럼에도 불구하고 주민의 자유와 재산을 침해하거나 침해를 가능하게 하는 자치입법은 법률상의 근거를 요한다는 것이다.¹⁹⁾ 판례는 합헌설을 취한다.²⁰⁾ 헌법재판소도 지방자치법 제22조 단서가 합헌이라고 보고 있다. 그리고 위임의 범위가 문제되는데 동 조항에서 요구하는 위임의 정도는 구체적인 위임만을 뜻하는 것은 아니므로 포괄적 위임으로도 가능하다는 것이 판례의 태도이다.²¹⁾

Ⅲ. 자치입법권과 인권조례

1. 인권조례 제정의 의의

헌법이 지방자치단체에 자치입법권을 부여한 것은 지방분권을 통하여 권력

19) 홍정선(주 3), 894면.

20) 대판 1995. 5. 12. 94추28; 헌재 1995. 4. 20. 92헌마264.

21) 헌재 1995.04.20, 92헌마264. 조례의 제정권자인 지방의회는 선거를 통해서 그 지역적인 민주적 정당성을 지니고 있는 주민의 대표기관이고, 헌법이 지방자치단체에 대해 포괄적인 자치권을 보장하고 있는 취지로 볼 때 조례제정권에 대한 지나친 제약은 바람직하지 않으므로 조례에 대한 법률의 위임은 법규명령에 대한 법률의 위임과 같이 반드시 구체적으로 범위를 정하여 할 필요가 없으며 포괄적인 것으로 족하다고 할 것이다.

분립을 실현한다는 의미도 있지만, 지방의 문제는 당해 지방주민이 가장 잘 판단할 수 있다고 보기 때문이다. 지방 스스로의 책임 아래 지방의 문제를 규율하는 것이 국가운영에 있어서 상대적으로 설득력을 높일 수 있다는 데 있으며,²²⁾ 지역적 특성의 고려, 상황에 따른 탄력적 대응이라는 것도 자치입법권 부여에 대한 의의를 들 수 있을 것이다.

최근에 학생인권 등 소수자의 인권에 관한 사항을 각 지방자치단체가 조례로 제정하고 있다. 인권조례는 지역공동체 차원에서의 인권보호의 증진을 위해서 모색하는 다각적인 방안 중의 하나라고 평가된다.

지역공동체 내에서의 인권실현이라는 지향점을 실체화하는 방법으로는 인권선언의 채택, 포괄적 기본조례의 제정, 부분별 인권조례의 제정 등을 생각해 볼 수 있다.²³⁾ 우리나라에서 현재 시행되고 있는 인권조례와 관련해서 볼 때 인권선언을 채택하고 있는 인권조례나 포괄적 인권조례 등은 찾기가 어렵다. 장애인차별금지 및 인권보장조례는 이미 상당수 제정되어 시행중이며, 학생인권조례의 제정 움직임은 일부 지방자치단체를 중심으로 해서 활발하게 전개되고 있다. 경기도의 학생인권조례 제정을 시발점으로 총 11개의 시도에서 학생인권조례제정을 추진했거나 추진 중에 있다. 2010년 10월 경기도교육청이 경기도학생인권조례를 제정하면서 본격화 된 학생인권조례는 2011년 10월 5일 광주광역시교육청에서 광주광역시 학생인권보장 및 증진에 관한 조례를, 2011년 12월 19일 서울시교육청에서 서울학생인권조례를 제정하였다. 그 밖에 강원, 충북, 전북, 전남, 경남교육청 등에서 학생인권보장을 위한 조례제정을 추진하고 있다.²⁴⁾

2. 인권조례 제정의 필요성

인권조례 제정에 대하여 반대하는 입장이 없는 것은 아니다. 교육이라는 매

22) 조소영, "인권조례제정을 위한 제언", 부산대학교 『법학연구』 제50권 제1호, 2009, 6, 3면.

23) 조소영(주 22), 5면.

24) 학생인권조례제정현황 및 추이에 관한 자세한 내용은 정순원, "학생인권조례의 현황과 공법적 쟁점", 『교육법학연구』 제23권 제2호, 2011, 195면 이하.

우 도덕적이고 윤리적 사항에 관하여 강제력을 수반하는 범규범으로 규제하는 것이 마땅한 것인가, 그리고 전통적으로 교육목적을 위해 필요한 교칙과 규정을 학교가 정할 광범위한 권한이 있고 학교 외부에서 교육내용이나 방법 또는 징계방법 등에 대하여 간섭하는 것은 교사의 교육권을 침해하는 것이며 교육정책적 사안을 조례로 해결할 것이 아니라는 점²⁵⁾, 그리고 학교와 학생의 관계는 특별권력관계로 바라보는 입장 등이 학생인권조례 제정에 부정적 근거로 작용하고 있다. 그렇지만 다수의 입장은 인권조례의 필요성을 역설하고 있다. 학교현장에서 학생인권은 자율이라는 미명하에 보장되기 보다는 침해되어 왔다는 경험적 이유로, 교사에 비하여 학생들은 자신들의 권리보호를 위한 제도적 장치가 미비된 사회적 약자로서,²⁶⁾ 학교에서의 학생인권의 보장을 단순히 교사 또는 학교의 자발성에만 의존해서는 인권과 관련한 교육의 근본적인 틀이 바뀌기 어렵다는 점²⁷⁾ 등을 이유로 인권조례 제정에 대하여 적극적이다. 우리 사회에서 인권은 이미 당연히 보장되어야 하는 삶의 본질적 내용이며 학교가 그 예외 영역이 될 수는 없다는 점, 과거의 특별권력관계이론은 낡은 것이 되어 특별권력관계이론에 의한 학생인권 제한의 정당성이 상실되었다는 점, 인권보장을 위한 학교에서의 자율적 노력에 관하여 보다 객관적인 지침이 필요하다는 것 등의 이유도 인권조례의 제정필요성에 박차를 가한다. 헌법이나 상위법에서 인권에 관한 근거를 두는 것이 가장 바람직한 현상이지만, 국회에서 학생인권의 보장을 위한 법률안을 마련하려는 시도가 구체화되지 않은 시점에서 초·중·등교육과정의 인권보장 문제를 각 지방교육자치단체에서 담당하는 것이 차선책이기 때문에,²⁸⁾ 지역사회 주민들의 인권의식을 높이고 지방자치단체가 정책수립과 집행을 인권 중심으로 하도록 규정해 놓은 인권조례가 필요하다는 것이다.²⁹⁾ 그리고 학생의 인권을 보장한다는 학생

25) 소병권, 전북학생인권조례제정에 대한 교총의 입장, 전라북도 학생인권조례제정을 위한 권역별 공청회(전북: 전라북도교육청, 2011. 4), 35면.

26) 최형찬, “인권, 학생인권, 학생인권조례, -학생인권조례는 학생인권을 보장하는가-, 『법한철학』 제61집, 2011. 여름, 420면 이하.

27) 송기춘, “학생인권조례의 제정과 시행에 관한 법적 논의”, 『교육법학연구』 제23권 제2호, 2011. 12, 57면 이하.

28) 송기춘(주 27), 57면 이하.

인권조례의 취지는 기본적 인권 보장을 규정한 헌법 제10조와 세계적 흐름에 부합하며, 인권에 대한 중첩적·최근거리 보장이라는 점을 고려한다면 인권조례의 제정을 반드시 부정적으로 볼 필요는 없을 것으로 보인다. 다만 학생인권조례는 그 법적 한계를 준수하면서 제정되어야 할 필요가 있다.

Ⅳ. 학생인권조례의 법적 한계

1. 학생인권조례의 주요 내용

인권조례가 보호하고자 하는 주체는 초중등학교에 재학 중인 학생이다.³⁰⁾ “학생의 인권”이라 함은 헌법과 법률에서 보장하거나 「유엔 아동의 권리에 관한 협약」 등 대한민국이 가입·비준한 국제인권조약 및 국제관습법에서 인정하는 인간으로서의 존엄과 가치 및 자유와 권리 중 학생에게 적용될 수 있는 모든 권리를 말한다.³¹⁾

경기도 학생인권 조례에서는 차별받지 아니할 권리, 폭력으로부터 자유로울 권리, 위협으로부터의 안전,³²⁾ 학습에 관한 권리, 정규교과 이외의 교육활동의 자유, 휴식을 취할 권리, 개성을 실현할 권리, 사생활의 자유, 사생활의 비밀을 보호받을 권리, 정보에 관한 권리, 양심·종교의 자유, 의사표현의 자유, 자치활동의 권리, 학교규정의 제·개정 참여할 권리, 정책결정에 참여할 권리, 학교

29) 김중섭, “인권조례 제정의 의미와 법적 근거: 진주시 사례를 중심으로”, 『현상과 인식』, 2009. 여름, 121면.

30) 경기도 인권조례 제2조 제1호, 제2호.

31) 경기도 인권조례 제2조 제4호.

32) 초중등교육법 제30조의8 (학생의 안전대책 등) ① 국립학교의 경우에는 학교의 장이, 공립 및 사립 학교의 경우에는 교육감이 시·도의 교육규칙으로 정하는 바에 따라 학교시설(학교 담장을 포함한다)을 설치·변경하는 경우에는 외부인의 무단출입이나 학교폭력 및 범죄의 예방을 위하여 학생 안전대책을 수립하여 시행하여야 한다. ② 학교의 장은 학생의 안전을 위하여 다음 각 호의 사항을 시행하여야 한다. 1. 학교 내 출입자의 신분확인 절차 등의 세부기준수립에 관한 사항, 2. 영상정보처리기기의 설치에 관한 사항, 3. 학교주변에 대한 순찰·감시 활동계획에 관한 사항. ③ 제1항 및 제2항에 따른 학생의 안전대책 등에 필요한 사항은 대통령령으로 정한다.

복지에 관한 권리, 교육환경에 대한 권리, 문화활동을 향유할 권리, 급식에 대한 권리, 건강에 관한 권리, 징계 등 절차에 참여할 권리, 권리침해로부터 보호받을 권리, 소수학생의 권리보장 등에 관하여 규정하고 있다.

경기도학생인권조례 외에 다른 지방자치단체의 학생인권조례의 내용도 이와 유사하다.³³⁾ 학생인권조례와 조례안의 비교분석 검토보고서에 의하면 대체로 조례의 내용에 있어서는 큰 차이를 보이지 않지만, 일부 권리의 보장범위에서 차이를 보이고 있다. 그 중에서도 쟁점이 되는 것으로 차별금지와 두발 및 복장규제에 관한 내용이다. 학생인권조례에서 차별로부터 자유로울 권리만을 규정하는 경우도 있고, 경기, 광주, 전북의 학생인권조례의 경우에는 차별이 금지된다고 규정하여, 차별의 절대적 금지를 규정하고 있다. 대부분의 학생인권조례에서는 학생의 의사에 반한 복장, 두발 등 용모의 규제를 금지하였으나, 광주와 서울의 인권조례는 복장에 대해 학교규칙으로 제한할 수 있도록 추가로 규정하였다. 학생인권조례가 보장하고자 하는 인권의 내용은 헌법상의 기본권이나 기본권 규정을 구체화하고 있는 법률상의 권리들을 다시 확인한다는 의미를 가지고 있다. 다만 차별금지조항과 복장·두발의 자유에 관한 규정은 인권조례에서 절대적으로 금지하면서 논란을 야기하고 있다.

2. 조례제정에 대한 사항적 한계와 학생인권목록

자치조례를 제정함에 있어서는 사항적 한계를 가진다. 조례는 지방자치단체의 사무에 대하여 제정할 수 있는데, 조례제정사무는 자치사무와 단체위임사무에 국한되며, 기관위임사무는 그 대상에서 제외된다. 국가사무에 대해서는 특별한 규정이 없는 한 조례를 제정할 수 없다. 또한 법령이 국가사무가 아님을 명시적으로 정하고 있지 않는 경우라고 하더라도 국가전체에 대하여 획일적인 제도에 의하는 것이 바람직하다고 여겨지는 사항, 사법질서 형성에 관한

33) 서울특별시 학생인권 조례의 주요 내용은 다음과 같다. 차별받지 않을 권리, 폭력으로부터 자유로울 권리, 정규교과 이외의 교육활동의 자유, 두발, 복장 자유화 등 개성을 실현할 권리, 소지품 검사 금지, 휴대폰 사용 자유 등 사생활의 자유 보장, 양심·종교의 자유 보장, 집회의 자유 및 학생 표현의 자유 보장, 소수자 학생의 권리 보장, 학생인권옹호관, 학생인권교육센터의 설치 등 학생인권침해 구제.

사항, 형사법의 창설 등에 관한 사항, 전 국민의 이해관계가 있는 것이나 규제 범위가 한 지방을 넘어 전국에 미치는 사항 등은 조례를 제정할 수 없다.³⁴⁾

자치사무는 지방자치단체의 존립목적이 되는 사무이다. 지역적 이해관계가 있는 지역의 고유한 사무를 자율적으로 처리하도록 한다는 점에 그 의의가 있다. 자치사무는 일반적으로 실정법령에 의하여 명시적으로 규정된 경우가 있고, 명문의 규정이 없는 경우라고 하더라도 지역적 이해관계가 있는 지역의 고유한 사무는 자치사무로서 지방자치단체의 권한에 속한다. 이러한 자치사무는 지방자치단체의 사무로서 법률의 수권 없이도 조례제정의 대상이 된다.

초중등학교와 관련되는 모든 사항을 자치사무라고 할 수 있는지는 의문이다. 특히 학생인권목록을 조례제정권의 범위 내에 있다고 볼 수 있는지 그 여부는 긍정하기가 쉽지 않다. 그렇지만 대체로 학설은 학생인권목록이 조례제정권의 범위에 해당한다고 보고 있다. 국가 또는 지방자치단체는 공적인 신뢰에 기초한 권력으로서 민주적 정당성을 확보하고 있고, 기본권보장의무를 지므로 학교에서의 학생과 교사의 인권을 신장시키기 위한 의무의 이행으로서 헌법과 법률에 저촉되지 않는 범위 안에서 학생인권보장에 관한 조례를 제정할 수 있다는 것이다.³⁵⁾ 만약 학생인권목록을 조례제정권의 범위 내에 있다고 이해한다면, 지방자치사무의 범위를 정하고 있는 지방자치법 제9조 제2항 제2호 라목의 “노인·아동·심신장애인·청소년 및 여성의 보호와 복지증진”, 제5호가목의 “유아원·유치원·초등학교·중학교·고등학교 및 이에 준하는 각종 학교의 설치·운영·지도” 등이 그 근거조항이 될 수 있을 것이다. 학생인권목록을 동 조항에 해당하는 자치사무로 보아서 조례제정권의 범위 내에 있는 자치사무의 범위에 해당한다고 이해할 수 있을 것이다. 그리고 헌법이나 법률에서 보장하고 있는 기본권의 유형들도 그것이 국가사무라고 이해되거나 전국적으로 일률적·확일적 규제의 필요성 있는 것으로 인정되지 않는 한 조례제정권의 범위 내에 있다고 할 것이다.

34) 강수경, “지방자치단체의 조례제정권의 한계”, 『법학연구』 제24집, 2006, 48면.

35) 송기춘(주 27), 55면 이하.

3. 학생인권조례와 법률유보

지방자치단체의 모든 자치사무는 아무런 제약 없이 조례의 제정이 가능한지가 문제된다. 명시적인 법률적 근거가 없는 상태에서 학생인권조례를 제정할 수 있는가의 문제이다. 학생인권조례에서 규정하고 있는 학생인권목록은 헌법과 법률에서 보장하고 있는데, 국가의 사무를 제외한 모든 사무는 법령에 위배되지 않는 한 조례로서 규정할 수 있다고 이해하면서, 학생인권조례는 법률의 위임을 필요로 하지 않는다는 견해가 있다. 학생인권조례는 학생의 인권을 제한하는 것이 아니라 학교와 교사의 직무에 관한 권한을 학생의 인권을 보호하는 범위 내에서 행사하도록 하는 것이기 때문에 법률의 위임을 필요로 하지 않는다는 것이다.³⁶⁾ 대법원도 주민의 권리의 제한 또는 의무의 부과에 관한 사항이나 벌칙에 관한 사항이 아닌 한 법률의 위임이 없더라도 조례를 제정할 수 있으며, 국가의 입법미비를 이유로 지방자치단체의 자주적인 조례 제정권의 행사를 가로막을 수 없다고 하였다.³⁷⁾

지방자치법에 의하면 조례제정권의 범위에 있다고 하더라도 그것이 권리의 제한이나 의무부과에 해당하는 사항일 경우에는 법률의 위임이 있어야 한다. 그런데 법률의 구체적 근거나 위임 없이 조례만으로 학생의 인권을 제한하는 것이 가능한지 그 여부도 논란이 있을 수 있다. 경기도 학생인권조례의 경우 헌법과 마찬가지로 인권의 본질적 내용을 침해하지 않도록 하되, 학교에서의 교육 목적상 필요한 경우에는 제한할 수 있는 근거를 마련하였다.³⁸⁾ 실제로 학생인권조례에 따라 학생의 인권을 제한하는 학생생활규정이 만들어지는 경우 문제가 발생할 수 있다. 법률의 구체적 위임 없이 조례에 의하여 인권제한

36) 오동석, “학생인권조례에 관한 몇 가지 법적 쟁점”, 『교육법학연구』 제22권 제2호, 2010. 12, 133면.

37) 대판 1992. 6. 23. 92추17.

38) 제3조(학생의 인권 보장원칙) ① 이 조례에서 규정하는 학생의 인권은 학생이 인간으로서의 존엄성을 유지하고 행복을 추구하기 위하여 반드시 보장되어야 하는 최소한의 권리이며, 학생의 인권은 이 조례에 열거되지 아니한 이유로 경시되어서는 아니 된다. ② 학생의 인권에 대한 제한은 인권의 본질적 내용을 침해하지 않는 최소한의 범위에서 교육의 목적상 필요한 경우에 한정하여 학생이 그 제·개정 참여한 학칙 등 학교 규정으로써 할 수 있다.

의 근거를 마련하고, 학교생활규정에 의하여 인권을 제한하는 것은 헌법과 지방자치법에서 정하고 있는 법률유보원칙에 반하는 것으로 허용되지 않는다고 보아야 한다.

4. 학생인권조례와 범우위원칙(상위법위반의 문제)

학생인권조례도 우리 법령체계 내에 있다는 점에서 상위 법령에 반해서는 안되며, 학칙 또한 법령과 조례의 범위 내에서 규율되어야 한다.

가. 학생인권조례의 상위법규정

학생인권조례는 상위규범과의 관련성 측면에서 법적 한계가 많이 논의되고 있다. 학생인권관련 상위규범으로는 헌법상의 기본권조항과 국가인권위원회법이 가장 직접적인 관련규범이다. 헌법상의 인간의 존엄과 가치, 행복추구권, 평등권을 비롯한 기본권조항은 학생인권목록에서 정하고 있는 대부분의 학생 인권을 포괄하고 있으며, 학생인권조례에서의 인권목록은 헌법상의 기본적 조항에 근거하고 있다. 국가인권위원회법 제2조 정의규정에서는 인권과 평등권 침해 차별행위를 규정하고 있다. “인권”이란 「대한민국헌법」 및 법률에서 보장하거나 대한민국이 가입·비준한 국제인권조약 및 국제관습법에서 인정하는 인간으로서의 존엄과 가치 및 자유와 권리를 말하며, “평등권 침해의 차별행위”란 합리적인 이유 없이 성별, 종교, 장애, 나이, 사회적 신분, 출신 지역, 출신 국가, 출신 민족, 용모 등 신체조건, 기혼·미혼·별거·이혼·사별·재혼·사실혼 등 혼인 여부, 임신 또는 출산, 가족 형태 또는 가족 상황, 인종, 피부색, 사상 또는 정치적 의견, 형의 효력이 실효된 전과, 성적 지향, 학력, 병력 등을 이유로 1) 고용과 관련하여 특정한 사람을 우대·배제·구별하거나 불리하게 대우하는 행위, 2) 재화·용역·교통수단·상업시설·토지·주거시설의 공급이나 이용과 관련하여 특정한 사람을 우대·배제·구별하거나 불리하게 대우하는 행위, 3) 교육시설이나 직업훈련기관에서의 교육·훈련이나 그 이용과 관련하여 특정한 사람을 우대·배제·구별하거나 불리하게 대우하는 행위, 4) 성희롱 행위 등에

해당하는 행위를 말한다. 그 밖에도 개별적 영역에서 인권보호를 목적으로 하고 있는 법률로는 고용상 연령차별금지 및 고령자고용촉진에 관한 법률, 장애인차별금지 및 권리구제 등에 관한 법률, 다문화가족지원법 등이 있다. 교육기본법에서는 국민의 학습권, 교육의 기회균등, 학습자의 기본적 인권의 보호, 남녀평등교육의 증진, 학생정보보호의 원칙, 교육관련 정보공개 등에 관하여 규정하고 있다.³⁹⁾

학생인권조례와 상위법위반의 문제를 제기하는 직접적 근거법률은 초중등교육법이다. 초중등교육법 제17조에서는 학생의 자치활동은 권장·보호되며, 그 조직과 운영에 관한 기본적인 사항은 학칙으로 정한다고 규정하고 있고, 제18조의4에서는 학교의 설립자·경영자와 학교의 장은 「헌법」과 국제인권조약에 명시된 학생의 인권을 보장하여야 한다고 규정하여 학생인권보장규정을 마련하고 있다. 초중등교육법 제18조에서는 학생의 징계와 관련하여 “학교의 장은 교육상 필요한 경우에는 법령과 학칙으로 정하는 바에 따라 학생을 징계하거나 그 밖의 방법으로 지도할 수 있다.”고 규정한다. 초중등교육법 시행령 제31조 제8항에서는 학교의 장은 법 제18조제1항 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 된다고 규정하고 있다.

나. 상위법령 위반 여부

39) 제3조 (학습권) 모든 국민은 평생에 걸쳐 학습하고, 능력과 적성에 따라 교육 받을 권리를 가진다. 제4조 (교육의 기회균등) ① 모든 국민은 성별, 종교, 신념, 인종, 사회적 신분, 경제적 지위 또는 신체적 조건 등을 이유로 교육에서 차별을 받지 아니한다. 제12조 (학습자) ① 학생을 포함한 학습자의 기본적 인권은 학교교육 또는 사회교육의 과정에서 존중되고 보호된다. 제17조의2 (남녀평등교육의 증진) ① 국가와 지방자치단체는 남녀평등정신을 보다 적극적으로 실현할 수 있는 시책을 수립·실시하여야 한다. ② 국가 및 지방자치단체와 제16조에 따른 학교 및 사회교육시설의 설립자·경영자는 교육을 할 때 합리적인 이유 없이 성별에 따라 참여나 혜택을 제한하거나 배제하는 등의 차별을 하여서는 아니 된다. 제23조의3 (학생정보의 보호원칙) ① 학교생활기록 등의 학생정보는 교육적 목적으로 수집·처리·이용 및 관리되어야 한다. 제26조의2 (교육 관련 정보의 공개) ① 국가와 지방자치단체는 국민의 알 권리와 학습권을 보장하기 위하여 그 보유·관리하는 교육 관련 정보를 공개하여야 한다.

학생인권조례의 대다수 인권목록은 헌법상의 기본권조항, 국가인권위원회법의 차별금지조항을 확인하는 규정이다. 이른바 규범의 중복문제를 발생시킨다. 학생인권조례는 체벌을 금지하면서 이를 예외적으로 허용하고 있는 초중등교육법 및 동법시행령과 상호 충돌문제가 제기된다. 초중등교육법 시행령 제9조 제7호에서는 학교규칙의 기재사항으로 “징계의외의 지도방법” 등 학생의 학교 생활에 관한 사항을 규정할 수 있도록 정하고 있으며, 2012. 4. 20. 시행된 시행령에서는 “두발·복장 등 용모”를 학교규칙의 기재사항으로 추가하였다.

(1) 규범중복의 문제

학생인권조례에서 조례로 규율하려는 사항이 이미 법령에 의하여 규율되고 있는 경우에 조례와 법률의 규범중복의 문제가 발생한다. 법률선점론에 의하면 국가가 법률로 규제한 영역에 대하여 조례가 다시 법률과 동일한 규제대상에 대하여 동일한 규율목적으로 규제를 하는 것은 조례가 법률이 이미 선점한 영역을 침해하는 것이 되므로 법률에서 특별한 위임이 없는 경우에는 이것이 허용되지 않는다. 그러나 이 이론은 환경행정이나 급부행정 등에 있어서 각 지역의 특수성에 맞는 환경규제나 급부수준의 선택을 배제하게 되어 문제가 있었다. 그래서 수정된 법률선점론이 지지를 받게 되었다.⁴⁰⁾ 판례는 당해 사항이 법령으로 이미 규율되어 있는 경우에도 법령상의 목적과는 다른 목적에 따라 조례로 규율하거나 또는 법령과 동일한 목적으로 당해 사항을 규율하는 경우에도 법령의 취지가 전국에 걸쳐 일률적으로 규율하려는 것이 아닌 것인 때에는 조례에 의한 별도의 규율도 허용된다고 한다.⁴¹⁾ 조례와 법령이 동일한 사항을 규율하고 입법목적도 동일한 경우, 침익적 초과조례는 인정할 수 없다.⁴²⁾ 다만 법령은 전국적으로 규율할 사항 또는 전국적으로 적용되는 최소한의 규제기준만을 정하고 조례로 지역의 특성에 맞게 법령에서 정한 사항을 초과하여 정할 수 있도록 그 사항에 관한 규율을 조례에 위임한 것으로 보이는 경우 초과조례는 법령에 반하지 않는다.⁴³⁾

40) 최승원/양승미(주 10), 86면.

41) 대판 1997. 4. 25. 96추244.

42) 대판 1997. 4. 25. 96추251.

학생인권조례는 대부분이 학생들의 인권을 보장하기 위한 조항으로서 침익적 초과조례로 보기 어렵다는 점에서 규범중복은 크게 문제되지 않는다. 그럼에도 불구하고 조례에서 정하는 인권목록 중 대다수의 학생인권목록은 헌법상의 기본권조항, 국가인권위원회법의 차별금지조항에서 찾을 수 있기 때문에, 헌법과 법률로 보장되는 내용을 조례로 규정하는 것은 불필요한 규범의 반복이라는 비판은 여전히 제기되고 있다. 헌법과 법률에 규정된 사항을 반복하는 것은 형식적·선언적·장식적 수준에 그치는 측면이 크다는 것이다.⁴³⁾ 그러나 학교생활에서 학생과 교사가 가장 가까이에서 접하는 규범일수록 그 규범력이 강하다는 점, 헌법과 법률에 의하여 구체화되는 부분보다 현실적으로 구체적 의미를 가지는 부분을 규정하여 교육현장에서의 행위결정규범으로 작용하게 하는 것은 무의미한 규범의 중복이라고 할 수는 없다는 반론도 있다. 규범의 중복이 아닌 규범의 구체화라고 할 수 있으며, 학교나 지역별로 그 구성원의 합의에 따라 헌법과 법률의 틀 안에서 논란이 있는 세부적인 내용을 구체화하여 적절하게 조정함으로써 사전에 분쟁을 예방하는 한편 인권보장을 강화할 수 있다는 것이다.⁴⁵⁾ 생각건대, 헌법에서 법률사항으로 정하고 있는 것을 조례로 정하는 것은 문제될 수 있으나, 그렇지 않은 경우에는 법률에 근거를 두고, 하위규범에서 구체화하는 것은 상위법에 저촉되지 않는 한 가능하다고 보아야 한다.

(2) 상위법 저촉의 문제

수익초과조례의 경우 법령의 위임 없이도 제정될 수 있으며, 법령이 최소한의 기준을 정하고 있고, 조례로 지방의 실정에 맞게 별도로 급부를 강화하는 규율을 허용하고 있다고 해석되는 경우에는 당해 조례는 법령에 반하지 않는다고 본다.⁴⁶⁾ 대부분의 학생인권조례에서는 체벌을 절대적으로 금지하고 있다. 두발·복장규정에서도 개성을 신장할 권리의 내용으로 두발규제를 금지하

43) 대판 2007. 12. 13. 2006추52.

44) 정순원(주 24), 205면.

45) 송기춘(주 27), 57면 이하

46) 대판 200610. 12. 2006추38.

고 있다. 2012년 4월 시행된 초·중·등교육법 시행령에서는 두발복장규정을 학교 규칙의 기재사항으로 신설하였다. 그 때문에 체벌금지, 두발·복장규제를 금지하고 있는 학생인권조례는 초·중·등교육법 및 시행령에서 정하는 교권과의 충돌을 일으킬 수 있다.

(가) 학생인권과 교권의 충돌의 문제

학생인권조례와 상위법령의 위반여부는 주로 교권과의 관계에서 문제되고 있다. 교권과 교육권은 흔히 동일시하기도 하지만, 교권은 교사의 교육을 할 권리(교육권), 전문직종사자로서의 권리, 인간으로서의 기본적 권리 등 교사가 누려야 할 권리로 이해하거나,⁴⁷⁾ 학생교육을 위하여 법이 인정한 교사의 권리와 힘, 그리고 사회적·윤리적으로 교사의 지위와 전문적인 능력에 기초한 권한·권위라고 이해⁴⁸⁾ 하는 등 다양한 의미를 내포하고 있다. 초·중·등교육법 제20조에서는 교장과 교사의 교육권을 정하고 있다.⁴⁹⁾ 교사 개인이 가지는 교육과 관련한 자치권한으로는 수업내용 편성권, 교과서 사용재량권, 교육평가권, 생활지도권, 징계권 등을 들 수 있다.⁵⁰⁾ 학생인권조례의 제정과정에서 가장 큰 반대논리는 교사의 교육권 침해할 위험성이 있다는 것인데, 학생인권조례와 갈등관계에 있을 수 있는 권리는 교육권의 내용으로서 생활지도권이라 할 수 있다.

(나) 교권과 학생인권의 일반적 관계

교권과 학생의 인권을 대립하는 것으로 보아서는 안된다. 교사의 가르칠 권리는 자신의 이익이 아닌 학생의 이익을 위한 직무상의 권한이다. 교권에 대

47) 최형찬(주 26), 426면.

48) 최인화, “교원의 교육권 보장과 그 한계”, 『미국헌법연구』 제22권 제3호, 2011, 447면.

49) 제20조(교직원의 임무) ① 교장은 교무를 통할하고, 소속 교직원을 지도·감독하며, 학생을 교육한다. ② 교감은 교장을 보좌하여 교무를 관리하고 학생을 교육하며, 교장이 부득이한 사유로 직무를 수행할 수 없을 때에는 교장의 직무를 대행한다. 다만, 교감이 없는 학교에서는 교장이 미리 지명한 교사(수석교사를 포함한다)가 교장의 직무를 대행한다. ③ 수석교사는 교사의 교수·연구 활동을 지원하며, 학생을 교육한다. ④ 교사는 법령에서 정하는 바에 따라 학생을 교육한다.

50) 오동석(주 36), 159면; 최인화(주 48), 447면.

한 침해는 교육과학기술부, 교육청, 학교관리자 등 외부의 힘에 의하여 발생하는 것은 별론으로 하더라도, 학생에 의해 침해될 가능성은 크지 않다. 교사의 교육권이 문제되는 경우는 학생의 인권주장, 예컨대, 교사의 행동을 경찰에 신고하거나, 교사에게 모욕적 언행 등으로 교사의 교육이 제대로 이루어지지 못하는 경우일 것이다. 이러한 경우에는 학생의 인권의 개념을 올바르게 이해함으로써 문제해결을 도모할 수 있다. 학생의 인권을 보장한다는 것이 단순한 방종이나 타인의 권리 침해에 대한 방임을 의미하는 것은 아니기 때문에 일반적인 학생인권조례나 학생의 권리보장의 강화가 바로 교권의 침해로 연결되지는 않으며, 학생인권과 교권을 대립적 구도로 파악할 필요는 없다.

(다) 학생인권조례의 교권침해문제

학생인권조례의 교권침해문제는 일부 인권조항이 상위법에 위반하는 것인지의 여부와 관련되어 있다. 예컨대 체벌금지는 상위법인 초중등교육법과 동법 시행령의 해석상 예외적으로 허용되는 것으로 해석되고 있으나, 학생인권조례에서는 일부 조례를 제외하고는 체벌을 전면적으로 금지하고 있다. 또한 학생교육 및 지도권인 이른바 교권을 교장·교감 및 교사에게 부여하면서 생활지도권으로서의 교권에 속하는 두발규제·복장규제 등을 학생인권조례에서는 이를 금지하고 있다. 이러한 학생인권조례의 내용이 상위법의 규정에 비추어 저촉여부가 문제될 수 있다. 특히 초중등교육법 시행령 제9조의 위임에 따라 학교규칙에서 학생인권조례와 상이한 내용을 정하는 경우 법령과 조례의 충돌이 발생할 수 있다.

1) 체벌조항의 경우

서울시 학생인권조례에서는 체벌을 절대적으로 금지하는 것으로 규정하지 않고, 체벌로 부터 자유로울 권리를 보장하고 있다. 그것을 위하여 교육감·학교장의 체벌 방지 의무를 규정하였다. 서울시 학생인권조례의 경우에는 구체적으로 방지해야 할 체벌의 범위를 명시하지 않고 있으므로 학칙에 따라 학생을 혼육·훈계하되 '직접체벌'을 금지한 「초·중등교육법 시행령」 제31조 제8항에 상충된다고 보기 어렵다.⁵¹⁾ 그러나 대부분의 학생인권조례는 대체로 학생

체벌을 전면적으로 금지하고 있다는 점⁵²⁾에서 상위법에 위반여부가 문제된다.

초중등교육법 제18조에 학생의 징계에 관해 규정하고 있고, 초중등교육법시행령 제31조 제8항은 학칙이 정하는 바에 따라 훈육·훈계 등의 방법으로 하되, 도구, 신체 등을 이용하여 학생의 신체에 고통을 가하는 방법을 사용해서는 아니된다고 규정한다. 이 조항의 해석을 둘러싸고 논란이 있다. 간접적 체벌을 가능하게 하고자 한 것이 초중등교육법시행령의 의도이지만, 시행령 상으로는 간접적 체벌이 가능하다는 결론이 당연히 나오는 것도 아니라는 견해,⁵³⁾ 간접적 체벌이 허용되는지의 여부는 초중등교육법 제18조 제1항의 “법령 및 학칙이 정하는 바에 의하여 학생을 징계하거나 기타의 방법으로 지도”의 해석에 따르는 것이라는 견해,⁵⁴⁾ 초중등교육법과 동법 시행령에 대하여 체벌의 예외적 허용을 규정한 것으로 해석하는 것은 올바른 법령해석이 아니라는 견해⁵⁵⁾ 등이 있다.

체벌의 유형은 상당히 폭넓은 범위를 가지고 있기 때문에 이를 정당화 할 수 있는 근거 또한 다양하다. 체벌은 주로 직접적인 신체적 접촉을 의미하지만, 예를 들어 그 밖에도 엎드려뻥쳐, 운동장 돌기, 팔 들고 서 있기 등과 같은 간접적인 방법도 신체상의 불편함이나 고통을 수반한다면 체벌의 범주에 해당한다⁵⁶⁾고 이해된다. 간접적 체벌의 경우 그 범위를 훈계, 방과 후에 공부시키기 등과 같이 의무 없는 일을 하게 함으로써 신체적 고통을 느끼게 하는 경우까지 넓게 이해한다면⁵⁷⁾ 초중등교육법 및 동법 시행령은 체벌을 예외적으로

51) 이덕난, “서울시 학생인권조례의 주요 내용 및 쟁점분석”, 『이슈와 논점』 제379호, 국회입법조사처, 2012. 2. 9.

52) 제6조(폭력으로부터 자유로울 권리) ① 학생은 따돌림, 집단 괴롭힘, 성폭력 등 모든 물리적 및 언어적 폭력으로부터 자유로울 권리를 가진다. ② 학교에서 체벌은 금지된다. ③ 학교와 교육감은 따돌림, 집단 괴롭힘, 성폭력 등 학교폭력 및 체벌을 방지하기 위하여 최선의 노력을 다하여야 한다.

53) 송기춘(주 27), 69면.

54) 한상희, “체벌 및 초중등교육법시행령 개정안의 위헌성”, 『민주법학』 제45호, 2011. 3, 213면.

55) 오동석(주 36), 138면. 오동석 교수는 초중등교육법 제18조 제1항과 시행령 제31조 제7항이 이른바 체벌의 법적 근거로 이해되는데, 시행령에서 정하는 ‘기타의 방법’은 징계 이외의 지도의 방법을 제시한 것이며 징계보다 더 가혹한 체벌의 근거일 수 없다는 것이다.

56) 오동석(주 36), 137면.

57) 박찬걸, “교원에 의한 체벌행위의 정당성과 그 허용범위”, 『형사정책연구』 제22권 제1호,

허용하고 있는 것으로 해석할 수 있다. 헌법재판소와 대법원도 학생체벌이 원칙적으로 금지되지만, 예외적으로 허용된다고 하면서, 원칙적 금지와 예외적 허용을 인정하는 현행법률을 위법하다고 보지 않는다.⁵⁸⁾ 대법원은 초·중·등교육법과 동법 시행령 규정들에 따르면, 교사는 학교장의 위임을 받아 교육상 필요하다고 인정할 때에는 징계를 할 수 있고 징계를 하지 않는 경우에는 그 밖의 방법으로 지도를 할 수 있는데, 지도에 있어서는 교육상 불가피한 경우에만 신체적 고통을 가하는 방법인 이른바 체벌로 할 수 있고 그 외의 경우에는 훈육, 훈계의 방법만이 허용되는 것⁵⁹⁾으로 판시하였다. 미국의 연방대법원도 체벌이 잔인한 정도에 이르지 않는다면 어느 정도 허용되는 것으로 이해한다. 유럽이 사회, 유럽연합, 유엔은 교사나 부모로부터 학생이 체벌로부터 자유로울 권리를 기본적 인권(fundamental human right)이라고 보고 있으나, 미국의 연방대법원은 *Ingraham v. Wright* 사건⁶⁰⁾에서 체벌로부터 자유로울 권리의 성격에 그러한 기본적 인권의 지위를 부여하지 않고 있는데, 판례의 그러한 태도가 어느 정도 체벌의 가능성을 열어두고 있는 것이다. 물론 체벌의 정도가 지나쳐 잔인한 정도에 이른다면 체벌로부터 자유로울 권리의 기본적 인권성을 부정하면서 체벌가능성을 열어두고 있는 그러한 판례는 번복될 것이다.⁶¹⁾

2011. 봄호, 42-43면.

58) 헌재 2006. 7. 27. 2005헌마1189. 교육기본법 제12조 제1항은 “학생을 포함한 학습자의 기본적 인권은 학교교육 또는 사회교육과정에서 존중되고 보호된다”고, 제2항은 “교육내용, 교육방법, 교재 및 교육시설은 학습자의 인격을 존중하고 개성을 증진하여 학습자의 능력이 최대한으로 발휘될 수 있도록 강구되어야 한다”고 규정하고 있고, 초·중·등교육법 제18조 제1항은 “학교의 장은 교육상 필요한 때에는 법령 및 학칙이 정하는 바에 의하여 학생을 징계하거나 기타의 방법으로 지도할 수 있다”라고 규정하고, 그 시행령 제31조 제7항은 “학교의 장은 법 제18조 제1항 본문의 규정에 의한 지도를 하는 때에는 교육상 불가피한 경우를 제외하고는 학생에게 신체적 고통을 가하지 아니하는 훈육·훈계 등의 방법으로 하여야 한다”라고 규정하였다. 즉, 징계방법으로서의 체벌은 허용되지 않으며, 기타 지도방법으로서도 훈육·훈계가 원칙이고 학생에게 신체적 고통을 가하는 체벌은 교육상 불가피한 경우에 예외적으로만 허용된다는 취지다. 이러한 법령들에는 시대적인 조류에 따라 교육과정에서 학생들의 기본적 인권을 특별히 존중하겠다는 입법자의 결단이 서려있다.

59) 대법원 2004. 6. 10. 2001도5380.

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

61) Timothy John Nolen, “Smacking lesson: How the Council of Europe’s ban on corporal punishment could serve as model for the United States”, *Cardozo Journal of Law & Gender Spring*, 2010, p. 548.

헌법재판소, 대법원, 일부학설에 따라 상위법에서는 차별을 예외적으로 허용하고 있는 것으로 본다. 하더라도, 조례제정권의 한계에 관한 원리에 입각해서 조례에서 차별금지를 수익적 조치급부로서 규정하는 것이라면 상위법 위반은 아니라는 견해가 있다.⁶²⁾ 그러나 차별을 예외적으로 허용하고 있는 상위법인 초·중·등교육법의 규정을 고려한다면, 차별을 절대적으로 금지하는 조례의 위법성문제는 완전히 해소되기는 어렵다. 차별을 절대적으로 금지하고 있는 조례가 비록 학생들의 인권에 대한 보장적·시혜적 성격을 가지고 있다고 하더라도, 그것이 상위법을 변경하거나 저촉되는 내용을 정하고 있다면, 예컨대 교사의 학생지도권이나 생활지도권을 제약하는 것이라면 규범이 충돌하는 경우에 해당하고, 조례가 상위법인 법령의 내용을 배척하는 것으로 상위법 위반의 문제가 남는다.⁶³⁾

2) 두발규제 및 복장규정

경기도 학생인권조례 제11조에서는 개성을 실현할 권리를 규정한다. 제1항에서 학생은 복장, 두발 등 용모에 있어서 자신의 개성을 실현할 권리를 가진다고 규정하면서, 제2항에서는 학교는 두발의 길이를 규제하여서는 아니 된다고 규정하고 있다. 제3항에서 학교는 정당한 사유와 제18조의 절차를 따르지 아니하고는 학교의 규정으로써 제1항의 권리를 제한할 수 없다고 규정하고 있어, 두발의 길이에 관하여는 규제할 수 없도록 정하고 있다.

두발규제의 목적은 학생다움의 유지, 학습 집중, 탈선방지 및 예방 등일 것이다. 실제로 두발이 자유화되면 학생과 성인의 구별이 어려워 생활지도에 어

62) 정순원(주 24), 207면.

63) 학생인권조례의 무효확인소송이 제기되어 현재 대법원에 계류 중이다. 상위법 위반의 문제가 조례무효확인소송의 주요 이슈로 되어 있다. 최근에는 서울시의회에서 재의결되어 서울시 교육청이 공포한 교권조례의 무효확인소송도 제기되었다. 학생인권조례, 교권조례의 상위법 위반의 문제는 대법원의 판단을 기다리고 있다. 새로운 대법관의 임명동의안이 처리됨으로써 학생인권조례의 상위법위반의 문제는 곧 대법원의 판단이 있을 것으로 생각된다. 학생인권조례의 상위법 위반의 문제 외에도 성적 정체성이나 지향성을 이유로 한 차별금지 등은 윤리의식이나 가치관 등을 훼손할 우려가 있다는 이유로, 그리고 왜곡된 인권개념의 조장이나 학교폭력을 방지할 우려가 있다는 등 여러 가지 이슈가 제기되고 있지만, 이 논문의 논지전개상 이러한 이슈에 대한 논리전개는 상론을 피하기로 한다.

려움이 있고, 학생의 탈선을 조장할 위험성이 있으며, 학습방해, 수업집중력 저하를 통한 교실의 붕괴를 촉진시킬 위험성이 크다는 우려가 있다. 두발이나 복장을 규제하는 것은 미성숙한 존재로서 학생의 인권을 침해하기보다는 오히려 유해환경으로부터의 보호하는 측면이 있다는 것이다.⁶⁴⁾ 그 때문에 합리적 범위 내에서 제한이 불가피하며,⁶⁵⁾ 두발 및 복장규제를 찬성하기도 한다. 물론 두발규제를 찬성하는 입장에서도 강제삭발은 어떠한 경우에도 허용되지 않으며 신체의 자유를 침해하는 것으로 위헌⁶⁶⁾라고 이해한다.

문제가 되는 것은 학교생활규정으로 머리길이, 모양, 색깔 등에 대한 학생의 선택권을 일률적으로 제한하는 경우이다. 법령상 두발의 규제에 관한 직접적 근거규정은 없다. 종래에는 두발이나 복장규제 등은 교사의 생활지도 교권에 속하는 것으로 보고, 두발 및 복장규제의 근거를 초중등교육법에서 찾는 것이 일반적이었다. 하지만 최근에는 초중등교육법 제9조에서 복장 및 두발에 관한 사항을 학교규칙으로 정할 수 있도록 하였다. 그렇기 때문에 두발의 자유를 규정하고 있는 학생인권조례는 생활지도권의 근거조항인 초중등교육법 내지는 학교규칙사항으로 정하고 있는 초중등교육법 시행령과 충돌하는 양상을 띠게 된다.

두발규제가 단지 단정함을 요하는 것이 아니라 일률적인 두발형태를 유지할 것을 강요하는 방식은 과잉금지원칙을 충족시키기 어렵다는 견해가 있다. 그 목적이 가령 학습의 집중이나 학생다움의 유지에 있다고 하더라도 원하지 않는 두발스타일을 강요받는 것은 긍정적인 자아정체성 확립에 방해가 받거나 학습에도 방해가 받는 경우가 있다는 것이다.⁶⁷⁾ 이처럼 두발규제에 관하여 헌법상 행복추구권의 침해로 보는 견해가 압도적이다.⁶⁸⁾ 또한 두발은 상징적

64) 손희권, “중·고등학교 두발규제의 헌법적 검토”, 『교육행정학연구』 제23권 제3호, 2005, 235면, 표시열, “학생의 기본권과 두발·복장의 규제정책”, 『교육법학연구』 제12호, 2000, 12, 218면 찬반논거 참조.

65) 표시열(주 64), 223면.

66) 표시열(주 64), 216면.

67) 윤영미, “학생의 기본권에 관한 몇 가지 문제”, 『헌법학연구』 제14권 제3호, 2008, 9, 439면.

68) 윤영미(주 67), 438면 이하; 이준일, “어린이와 청소년의 기본권”, 『공법연구』 제30집 제5호, 2002, 225면 이하

표현수단으로서의 가치를 지니고 있기 때문에 두발규제는 기본권 제한 요건 중 형식요건과 방법요건에 위반되고 두발규제를 정당화할 공중도덕이나 사회윤리를 발견하기 힘들며, 이중기준의 원칙 및 명백·현존위험의 원칙에 위반되므로 학생의 자기결정권, 사생활의 자유, 의사표현의 자유를 침해한다는 견해도 있다.⁶⁹⁾

2005년 두발규제와 관련하여 제기된 3건의 진정사건과 관련하여 국가인권위원회는 교육인적자원부장관 및 시·도교육감에게 i) 두발규제는 교육현장의 질서유지를 위해 제한할 필요성이 인정되는 극히 한정적인 경우에 한하여 교육의 실현을 방해하는 상태나 행위만을 대상으로 해야 하며, ii) 두발규제의 내용과 절차는 학생들의 자기결정권이 충분히 보장된 합리적인 과정과 시스템에 의해서 결정이 이루어져야 하고, iii) 강제이발의 재발방지를 위한 적극적인 조치의 마련, iv) 각급 학교의 두발규제와 관련된 학칙 또는 학교생활규정 제·개정 때 인권침해가 있다고 인정되는 경우에 지도·감독기관이 시정을 요구해야 한다는 점 등을 권고 한 바 있다.

미국에서 두발규제와 관련하여 하급심법원에서 여러 차례 판단을 한 바 있다. 대법원에서는 두발규제에 대하여 직접적 판단을 한 예는 찾기가 어렵고, 하급심법원의 판단을 기각한 예는 있다. 1969년의 *Breen v. Kahl* 판례⁷⁰⁾에서 미국연방항소법원은 공립 고등학교 남학생의 머리길이를 일정기준으로 제한한 학교규정을 위헌이라고 결정하였다. 개인의 머리 스타일 및 길이의 결정은 미연방헌법이 보장하고 있는 개인의 사생활 자유의 본질적 요소임을 지적하였다. *Alabama and Coushatta Tribes of Texas* 사건에서는 인디언 학생이 머리를 기를 자유는 교육과정을 지나치게 방해한다거나 다른 학생의 권리를 간섭하지 않는 표현적 행동이라고 판시하였다.⁷¹⁾ 아울러 그것은 자신의 자녀의 종교적 교육에 대한 부모의 양육권을 지나치게 제약하는 것이라고 판시하였

69) 손회권(주 64), 250면.

70) *Breen v. Kahl*, 419 F . 2d. 1034. 7th cir . 1969.

71) 복장규정은 상징적 표현으로 수정헌법 제1조 표현의 자유에 근거하여 심사가 이루어져야 한다고 주장된다. Wendy Mahling, "Secondhand codes: An analysis of the constitutionality of dress codes in the public schools", *Minnesota Law Review February*, 1996, p. 742.

다.⁷²⁾ 이와 반대취지의 판결도 있었다. *Karr v. Schmidt* 사건에서 미국 연방항소법원은 공립학교에서 머리를 기를 어떠한 헌법상의 권리도 보장되지 않는다고 하였다. 두발길이를 규제하는 법률은 수정헌법 제1조의 표현의 자유도 침해하지 않으며, 수정헌법 제14조 평등보호조항에도 반하지 않는다고 판시하였다.⁷³⁾ *Blau v. Fort Thomas Public School Dist* 사건에서도 연방항소법원은 수정헌법 제1조는 학교의 복장규정(dress code)의 제한으로부터 학생을 보호하는 규정은 아니라고 판시하였다. 복장규정은 수정헌법 제1조하에서 지나치게 광범위하지도 않으며, 복장규정의 위반여부의 심사에서는 엄격한 심사보다는 합리성심사가 적용되어야 한다고 하였다. 복장규정은 학생들의 권리를 침해하지 않으며, 복장규정으로부터 자신의 자녀를 면제시킬 기본적인 권리를 갖지 않는다고 판시하였다.⁷⁴⁾

미국 법원의 입장을 분석해보면 두발규제와 같이 학생의 권리를 제한하는 학생생활규정이 표현의 자유를 제한하거나 사생활의 자유를 제한할 위험이 있다는 점은 지적하고 있다. 하지만 그것이 일률적인 규제나 과도한 규제가 아닌 한 복장규정에 의한 두발규제 등은 수정헌법 제1조에 위반되는 것은 아니라는 것으로 판단된다. 그러나 학교생활을 방해하지 않거나 다른 학생들의 권리를 침해하지 않는 범위 내에서 자유로운 복장이나 두발을 선택할 수 있는 학생들의 권리를 제한하는 것은 위헌이라는 지적이 있다.⁷⁵⁾

복장이나 두발 등으로 인한 개성신장의 자유⁷⁶⁾도 헌법상의 기본권 규정을 확인하는 조항으로 차별금지조항과 마찬가지로 수익초과조례로 이해할 수 있다. 그렇게 이해한다면 두발의 자유 및 복장규제의 금지조항은 조례제정권의 범위 내에 있는 것으로 보게 된다. 다만 학생생활 지도권을 그 내용으로 하고

72) *Alabama and Coushatta Tribes of Texas v. Trustees of Big Sandy Independent School Dist.* 817 F.Supp. 1319, 82 Ed. Law Rep. 442.(1993).

73) In *Karr v. Schmidt*, 460 F.2d 609 (5th Cir.), at 616.

74) *Blau v. Fort Thomas Public School Dist.* 401 F.3d 381, 196 Ed. Law Rep. 118, (2005).

75) Natalie Smith, "Eliminating gender stereotypes in public school dress codes: The necessity of respecting personal preference" *Journal of Law and Education* January, 2012, p. 259.

76) 제11조(개성을 실현할 권리) ① 학생은 복장, 두발 등 용모에 있어서 자신의 개성을 실현할 권리를 가진다. ② 학교는 두발의 길이를 규제하여서는 아니 된다. ③ 학교는 정당한 사유와 제18조의 절차를 따르지 아니하고는 학교의 규정으로써 제1항의 권리를 제한할 수 없다.

있는 교권과의 충돌문제 및 상위법 위반의 문제는 체벌조항과 마찬가지로 완전히 해소되지는 않는다.

V. 학생인권조례제정의 방향

학생인권조례의 제정을 통하여 학생들의 인권과 권익을 신장하려는 각 지방자치단체의 노력은 긍정적으로 평가할 수 있다. 하지만 법리적으로 볼 때 조례제정권의 한계를 준수하려는 노력도 기울여야 할 것으로 생각된다. 자치법규인 조례는 지역의 특수성과 주민자치의 보장이라는 자치법규로서의 성격이 고려되어야 한다. 학생인권목록에서 정하는 인권조항들이 조례제정사항으로 반드시 금지되는 것이 아니라고 하더라도 지역적 특성, 지역적 관련성을 갖고 조례로 제정되는 것이 적합한 것이 아닌 한 법률로 제정되는 것이 가장 바람직하다. 캘리포니아 교육법(CALIFORNIA EDUCATION CODE)에는 '어느 누구도 장애, 성별, 국적, 인종, 민족, 종교, 성적 지향에 근거한 차별을 받지 아니한다'라고 규정하면서⁷⁷⁾, 교육법 제2장에서 우리의 학생인권조례에서 정하는 차별금지법, 교육에서의 성적 평등, 폭력방지법 등에 관한 사항을 규정하고 있다. 학생인권조례는 단순히 학생과 학교와의 관계에 한정되어 적용되기 때문에⁷⁸⁾ 지방의회가 지방자치단체의 주민을 대표하는 기관이라면 해당 지역사회 전반에 걸쳐 가정에서의 인권, 학교에서의 인권, 사회에서 아동·청소년의 인권과 관련된 사항을 조례로 정하는 것이 타당하다고 할 수 있고, 학교에 한정된 내용만을 조례로 제정하는 것은 매우 근시안적인 해법이라는 지적이 있는 것⁷⁹⁾도 그 때문이다.

77) It is the policy of the State of California to afford all persons in public schools, regardless of their disability, gender, gender identity, gender expression, nationality, race or ethnicity, religion, sexual orientation, or any other characteristic that is contained in the definition of hate crimes set forth in Section 422.55 of the Penal Code, equal rights and opportunities in the educational institutions of the state. The purpose of this chapter is to prohibit acts that are contrary to that policy and to provide remedies therefor.

78) 정순원(주 24), 204면.

학생인권목록의 대부분의 권리들은 법률사항으로 보는 것이 타당하다. 헌법상의 기본권 조항은 법률로 구체화되는 것이 바람직하고, 지역적 특성이나 이해관계를 이유로 지역밀착형 권리로 인정되는 경우에는 조례로 제정하는 것이 적절할 것으로 생각된다. 다만 전국에 걸쳐 일률적으로 규율하려는 사항이 아니면서, 수익적 조치인 학생의 인권보장은 조례로서 제정하는 것이 반드시 불가한 것을 아니라는 전제에서, 지금처럼 입법부가 법률로써 학생들의 인권보장을 위한 입법적 노력을 기울이지 않는다면, 학생인권목록에 해당하는 권리 등을 조례로서 제정하는 것은 가능할 것으로 생각된다. 다만 조례가 갖는 법률유보, 법우위원칙이라는 법적 한계를 준수하는 범위에서 학생인권조례를 제정해야 할 것으로 보인다. 무엇보다도 법우위원칙을 준수하는 범위 내에서 상위법령에 위반하지 않는 내용을 조례의 내용으로 포함시켜야 할 것이다. 그러기 위해서는 그 동안의 판례의 태도나 기존의 법적 판단을 존중하는 태도가 필요하다.

헌법재판소는 구체적으로 현행 교육관련 법령 아래서 사회통념상 체벌의 객관적 타당성 여부를 판단하는 기준으로 다음과 같은 기준을 제시하고 있다. 1) 체벌은 "교육상 불가피한 경우"에만 행해져야 한다. 2) 체벌의 절차를 준수해야 한다. 3) 방법이 적정해야 한다. 체벌은 부득이한 사정이 없는 한 정해진 체벌 도구를 사용해야 하고 위험한 도구나 교사의 신체를 이용하여서는 아니 된다. 체벌의 장소는 가능한 한 비공개 장소에서 개별적으로 행해야 한다. 체벌 부위는 상해가 발생할 위험이 적은 둔부 등이어야 한다. 4) 그 정도가 지나치지 않아야 한다.⁸⁰⁾ 학생의 성별·연령·개인적인 사정에 따라 수인할 수 있는 정도이어야 하고, 특히 견디기 어려운 모욕감을 주어서는 아니된다는 것이 그것이다.

헌법재판소, 대법원 모두 체벌의 가능성을 열어놓고 있으며, 두발규제 또한 법적 근거를 찾을 수 있기 때문에 이러한 내용을 조례로 담을 경우에는 반드시 상위법에 의한 제한의 가능성을 열어두어야 할 것으로 생각된다. 그것이 물론 학생인권에 대한 경시나 침해의 가능성을 개방하자는 의미는 아니다.

79) 정순원(주 24), 204면 이하.

80) 헌재 2006.07.27, 2005헌마1189.

Ⅵ. 맺으며

그 동안 인권의 사각지대라고 할 수도 있었던 학교에서의 인권에 대하여 각 지방자치단체들이 조례로서 인권보장을 위해 발 벗고 나서는 것은 늦은 감은 있지만 환영할 만한 일이다. 물론 헌법이나 법률 등 상위법에서 학생들의 인권 보호를 명문화하는 것이 가장 바람직한 것이라고 생각되지만, 아직 입법부에서는 학생들의 인권을 위한 움직임을 보이지 않는 상황에서 지방자치단체가 지역의 사무로서 학생들의 인권을 보장하다는 것은 그것이 차선책일 수는 있다.

학생인권조례의 긍정적 평가에도 불구하고 몇 가지 아쉬운 점은 조례를 제정하면서 조례제정의 법적 한계를 준수하는데 있어서 세심한 주의를 기울이지 못한 점이다. 자치법규로서의 조례는 법령의 범위 안에서 제정할 수 있으므로 상위법령에 위반하지 않아야 한다. 그런데 몇몇 학생인권조례의 조항들은 상위법과의 위반여부에 관한 의문점을 완전히 해소해 주지 못하고 있다. 체벌금지나 두발의 자유 등 복장규정은 초중등교육법에서 허용하고 있는 예외적 경우의 체벌을 수용하지 못하거나 생활지도권으로서의 교사의 교권과의 마찰을 야기하고 있다.

향후 학생인권조례의 제정움직임을 계속될 것으로 보인다. 이 논문에서는 학생인권조례제정의 법적 의미와 한계를 살펴보았다. 이 논문을 통하여 제시하고자 하는 바는 학생들의 인권을 법률사항으로 하는 것이 가장 바람직하다는 점이다. 다만 조례로 제정하고자 한다면 상위법의 위반여부를 살펴서 상위법령과 저촉되지 않도록 조례제정의 법적 한계를 준수하려는 노력이 필요할 것이다.

참고문헌

- 박근성, 『행정법강의』, 박영사, 2010.
허영, 『헌법이론과 헌법』, 박영사, 2009.
홍정선, 『행정법특강』, 박영사, 2009.

- 강수경, “지방자치단체의 조례제정권의 한계”, 2006, 『법학연구』 제24집.
- 김중섭, “인권조례 제정의 의미와 법적 근거: 진주시 사례를 중심으로”, 『현상과인식』, 2009. 여름.
- 박찬걸, “교원에 의한 체벌행위의 정당성과 그 허용범위”, 『형사정책연구』 제22권 제1호, 2011. 봄호.
- 박찬주, “조례제정권의 근거와 범위”, 『서울대학교 법학』 제50권 제1호, 2009. 3.
- 소병권, 전북학생인권조례제정에 대한 교총의 입장, 전라북도 학생인권조례제정을 위한 권역별 공청회(전북: 전라북도교육청, 2011. 4)
- 손희권, “중·고등학교 두발규제의 헌법적 검토”, 『교육행정학연구』 제23권 제3호, 2005.
- 송기춘, “학생인권조례의 제정과 시행에 관한 법적 논의”, 『교육법학연구』 제23권 제2호, 2011. 12.
- 오동석, “학생인권조례에 관한 몇 가지 법적 쟁점”, 『교육법학연구』 제22권 제2호, 2010. 12.
- 윤영미, “학생의 기본권에 관한 몇 가지 문제”, 『헌법학연구』 제14권 제3호, 2008. 9.
- 이덕난, “서울시 학생인권조례의 주요 내용 및 쟁점분석”, 『이슈와 논점』 제379호, 국회입법조사처, 2012. 2. 9.
- 이준일, “어린이와 청소년의 기본권”, 『공법연구』 제30집 제5호, 2002.
- 정순원, “학생인권조례의 현황과 공법적 쟁점”, 『교육법학연구』 제23권 제2호, 2011.
- 조소영, “인권조례제정을 위한 제언”, 부산대학교 『법학연구』 제50권 제1호, 2009. 6.
- 조정환, “자치입법권 특히 조례제정권과 법률우위와의 관계문제”, 『공법연구』 제29권 제1호, 2000.
- 최형찬, “인권, 학생인권, 학생인권조례, -학생인권조례는 학생인권을 보장하는가-, 『법한철학』 제61집, 2011. 여름.
- 최승원/양승미, “국가와 지방자치단체의 입법분담체계”, 『이화여자대학교법학논집』 제13권 제2호, 2009. 3.

최인화, “교원의 교육권 보장과 그 한계”, 『미국헌법연구』 제22권 제3호, 2011.
표시열, “학생의 기본권과 두발·복장의 규제정책”, 『교육법학연구』 제12호,
2000. 12.

한상희, “체벌 및 초중등교육법시행령 개정안의 위헌성”, 『민주법학』 제45호,
2011. 3.

Natalie Smith, “Eliminating gender stereotypes in public school dress codes:
The necessity of respecting personal preference” *Journal of Law and
Education January, 2012.*

Timothy John Nolen, “Smacking lesson: How the Council of Europe’s ban
on corporal punishment could serve as model for the United States”,
Cardozo Journal of Law & Gender Spring, 2010.

Wendy Mahling, “Secondhand codes: An analysis of the constitutionality of
dress codes in the public schools”, *Minnesota Law Review February,*
1996.

[Abstract]

A study on the authority and limits of the local assembly in enacting the ordinance for human rights of students

Cho, Jae-Hyun

Professor, Faculty of Law, donga Univ.

A handful of local government have already enacted ordinances for
human rights of students. A local assembly can enact the ordinances within
the limits of law and statutory instrument(administrative legislation) by the

Local Government Act.

It is enacted in the ordinances for human rights of students that many kind of human rights of student inclusive of the ban on physical punishment and dress code should be protected.

With regard to human rights of students, it has been discussed whether the code of ban on physical punishment and regulations on hair length, style and dress is against the law. Ban on physical punishment liberalization of the regulations on hair length and style is against the teacher's authority that is based on the Elementary and Secondary Education Act. It has been held that the hair length restriction did not violate the students' First Amendment right to free speech, nor did it discriminate against male students in violation of the Fourteenth Amendment equal protection clause by the district court in the United States. Also it has been held that the First Amendment free speech clause did not protect student from restrictions of school's dress code and dress code was not overbroad under the First Amendment.

In this paper, I have attempt to hold the following. 1. It is desirable to protect the human rights of students in the ordinance of local government, but it should be enacted the law by the The National Assembly. 2. It must be banned to inflict the physical punishment on student and protected the liberalization of the regulations on hair length and style, but the possibility of restrictions on the human rights of students has to be open because it is not only absolutely unlimited right, but also against the teacher' authority.

Key words : ordinances for human rights of students, ban on physical punishment, regulations on hair, teacher's authority, right to free speech, First Amendment

