

# 공립학교 초중등교원의 헌법적 지위\*

## The Status of Elementary and Secondary Public School Teacher in Korean Constitutional Law

정 필 운(Jung Pilwoon)\*\*

### ABSTRACT

The typical school education which we imagine is that teachers and students are teaching and learning textbooks facing each other. Excellent teachers are needed for national education quality imposed by the Constitution. The Constitution of Republic of Korea provides that fundamental matters pertaining to the educational system, including in-school and lifelong education, administration, finance, and the status of teachers shall be determined by Act. However, everything about the status of teachers is not left to legislators. The Constitution outlines the baseline of the status of teachers as one of the parties who are responsible for training on spiritual foundation of human, job, and democratic citizenship.

Nevertheless, whilst our academia of public law and educational law mentioned the constitutional status of teachers, the constitutional position of them has never been reviewed with a full-scale perspective. Because the constitution and the act can be confrontational with the constitutional litigation aspect, a full-scale discussion on the constitutional status of teachers is needed.

This study aims to examine the constitutional status of elementary and secondary public school teachers. For this purpose, Constitution Article 31 Paragraph 6, Paragraph 4 related to elementary and secondary public school teachers are given constitutional status are examined(II). In addition, the derived status of teachers is looked into as teachers with the educational power and the subject of constitutional rights(III, IV). The discussion is concluded and wrapped up(V).

Key words: teacher, teacher's status in constitutional law, educational power, constitutional right

## 1. 문제의 제기

우리가 경험하고 생각하는 전형적인 학교교육은 선생님과 학생이 마주보고 교과서를 가르치고 배우는 것이다. 인간의 존엄과 가치를 향유하기 위한 정신적 기초와 직업생활을 할 수 있는 기초를 마련해 주며, 민주시민을 양성하여 헌법이 규범력을 갖도록 하기

\* 이 글은 2013년 6월 28일 고려대학교에서 한국행정학회와 한국부패학회가 공동주최한 2013년 행정학 공동학술회제 제5분과(주제: “법철학적 관점에서 본 교육환경의 개선방향”)에서 발제한 글(“교육공무원인 교원의 헌법상 지위”)을 수정하고 보완한 글입니다. 학술회제에서 지정토론자로서 발제문에 대하여 예리한 비판을 하여 주신 백석대학교의 이우진 교수님께 감사드립니다.

\*\* 한국교원대학교 일반사회교육과 조교수

위하여 헌법으로부터 교육 과제를 부과받은 국가(전광석, 2013: 388)가 이를 적절하게 수행하기 위해서는 교원이라는 인적 자원이 반드시 필요하다. “법철학적 관점에서 본 교육환경의 개선방향”이라는 주제로 개최된 이번 학술대회에서 교원의 헌법상 지위가 중요한 주제로 다루어지는 이유도 이 때문일 것이다.

이러한 교원의 지위와 관련하여 우리 헌법은 “학교교육 및 평생교육을 포함한 교육 제도와 그 운영, 교육재정 및 교원의 지위에 관한 기본적인 사항은 법률로 정한다.”(제 31조 제6항)고 규정하고 있다. 그러나 교원의 지위에 관한 모든 것이 입법자에 맡겨진 것은 아니다. 헌법은 교육을 담당하는 교육당사자의 하나로서 교원의 지위에 관한 윤곽을 제시하고 있다.

그럼에도 그간 우리 공법학계와 교육법학계에서는 교원의 법적 지위를 논하면서 헌법상 지위를 간간히 고찰하였을 뿐, 교원의 헌법상 지위를 본격적으로 검토한 적은 없다. 그러나 헌법소송의 국면에서 헌법과 법률은 위헌심판의 기준과 대상이라는 완전히 대립적인 위상으로 만난다. 이러한 측면에서 교원의 헌법적 지위에 대한 본격적인 논의가 필요하다.

이 글은 이 중에서 공립학교 초·중등교원의 헌법적 지위를 살펴보는 것을 그 목적으로 한다. 이러한 목적을 달성하기 위하여 우선 우리 헌법 제31조 제6항, 제4항 등 공립학교 초·중등교원의 헌법적 지위와 관련되는 조문을 살펴본다(Ⅱ). 그리고 여기서 도출된 교원의 지위를 교육권의 주체로서의 지위와 기본권의 주체로서 지위로 나누어 각각 고찰한다(Ⅲ, Ⅳ). 이상의 논의를 정리하며 글을 맺는다(Ⅴ).

## Ⅱ. 교원의 지위와 관련된 헌법 규정

### 1. 교원의 의의 및 관련 헌법 규정

교원이란 교육현장에서 학생을 교육하고 지도하는 자를 말한다(「초·중등교육법」 제20조 제4항, 「고등교육법」 제15조 제2항 참고). 따라서 국공립·사립의 유치원 및 초·중등학교의 교사(teacher), 대학의 교수(professor) 등을 포괄하는 개념이다. 따라서 교육기관에 근무하는 조교, 교육행정기관에 근무하는 장학관 및 장학사, 교육기관, 교육행정기관 또는 교육연구기관에 근무하는 교육연구관 및 교육연구사 등 교육전문직, 교육기관, 교육행정기관 또는 교육연구기관에서 근무하는 교육행정직 공무원을 제외한다(「교육공무원법」 제2조 참고).

그런데, 앞서 서술한 것처럼 이 글은 이러한 교원 중에서 공립학교 초·중등교원(이하 ‘초·중등교원’으로 줄이기도 하였다)만을 연구대상으로 삼았다.<sup>1)</sup> 따라서 설립주체를

1) 여기서 공립학교란 「초·중등교육법」 제3조에서 규정하는 국립학교(국가가 설립·경영하는

기준으로 한 분류에서 사립학교 교원은 제외되고, 학교급별 기준으로 유치원과 대학의 교원은 대상에서 제외된다. 이와 같은 교원은 헌법이론적 관점에서 또 다른 쟁점에 대한 검토를 필요로 하기 때문에 다른 기회에 본격적으로 다루고자 한다.

우리 현행 헌법에서 교원에 관한 명시적인 규정은 교육영역에 관한 기본적인 내용을 정하고 있는 제31조 중 제6항 “...교원의 지위에 관한 기본적인 사항은 법률로 정한다”는 규정이 유일하다. 한편 우리 헌법학계의 압도적 다수설은 제31조 제4항을 교육영역에서 기본원리로 이해하므로 교원의 헌법상 지위를 결정할 때도 의미있는 조항이다. 그 밖에 공립학교 초등교원은 공무원이므로 이에 관하여 규정하고 있는 제7조도 고찰이 필요하다.

## 2. 교원의 지위에 관한 기본적인 사항 법률주의

우리 헌법 제31조 제6항은 “학교교육 및 평생교육을 포함한 교육제도와 그 운영(이하 A로 줄이기도 하였다), 교육재정 및 교원의 지위(이하 B로 줄이기도 하였다)에 관한 기본적인 사항은 법률로 정한다”고 규정하고 있다. 우리 학계의 압도적 다수설과 헌법재판소는 “A와 B에 관한 기본적인 사항은 법률로 정한다”는 것은 A와 B에 관한 기본적인 사항은 법률에서 정하고, A와 B에 관한 기본적인 것이 아닌 사항은 명령 등 법률 이하의 법적 형식으로 정할 수 있다고 해석한다(헌재결 1992.11.12. 89헌마88). 이것은 하위법인 명령 등 법률 이하의 법적 형식과의 관계를 고려했을 때 도출될 수 있는 해석론으로, 헌법 제31조 제6항과 제75조, 95조 등을 종합적으로 고려하면 이와 같은 주장은 타당하다.

이 조항의 취지는 교육 내용의 형성과 변경은 그 시대의 공동체의 이념과 조화될 수 있어야 하며, 특정한 정치세력이나 행정기관이 교육에 대하여 부당한 간섭을 하는 것을 배제하여야 되므로, 교육의 중요한 사항을 국민의 대표기관인 국회가 법률의 형식으로 정하도록 규정한 것이다(정필운, 2009a: 294).

한편, 제31조 제6항은 상위법인 헌법과의 관계에서 보았을 때, A와 B에 관한 기본적인 사항 중 헌법에서 정하지 않은 것은 법률로 정한다는 것도 그 내용으로 한다(이하 정필운, 2012a에서 발췌). 헌법과 법률과의 관계에 대한 전통적인 견해에 따르면, 헌법은 한 사회의 근본규범으로 장기적인 목표를 제시한다. 법률은 그러한 헌법 안에서 그 사회가 당면한 문제를 해결하기 위하여 상대적으로 단기적인 처방을 담는다. 따라서 헌법은 국가공동체의 이념과 가치, 이를 실현하기 위한 각종 원리와 제도, 이를 구체화하기 위한 중요절차를 규정하는 반면, 이를 실현하기 위한 구체적인 것은 국민의 대표기관인 국회가 법률이라는 형식으로 채우도록 예정되어 있다(이상 전광석, 2013: 34-35). 이렇게 보면, “A와 B에 관한 기본적인 사항은 법률로 정한다”는 것은 A와 B에 관한

---

학교)와 공립학교(지방자치단체가 설립·경영하는 시립학교, 도립학교)를 포함하는 개념이다.

기본적인 사항 중 헌법에서 정하지 않은 것은, 법률로 정한다고 해석할 수 있다. 따라서 A와 B에 관하여 헌법에 정한 것이 있으면 그에 따라야 한다. 요컨대, 우리 헌법이 명시적으로 규정하고 있지는 않지만, 헌법해석론으로 도출할 수 있는 것은 헌법 제31조 제6항에 의해서 규율할 수 없다고 해석하는 것이 타당하다. 예를 들어, 사립학교 교원의 노동 3권은 헌법 제33조 제1항과 헌법 제37조 제2항 단서를 결합하여 도출되는 해석론에 의하여 규율하는 것이 타당하므로, 제31조 제6항에 의해서 규율할 수 없다고 해석하는 것이 타당하다(박종보, 2005: 132).

### 3. 교육의 자주성·전문성·정치적 중립성의 보장<sup>2)</sup>

우리 헌법 제31조 제4항은 “교육의 자주성·전문성·정치적 중립성 및 대학의 자율성은 법률이 정하는 바에 의하여 보장된다.”라고 규정하고 있다. 우리 학계의 압도적 다수설과 헌법재판소는 이를 우리 헌법이 근대 교육의 본질을 충분히 인식하고 교육이 국가 및 정치영역 등 다른 영역의 영향을 받고 예속적으로 기능이 수행되는 것을 방지하기 위하여 특별히 규정한 중요한 원칙이라고 이해한다(전광석, 2013: 392; 정필운, 2009b: 502; 헌재결 1992.11.12. 89헌마88). 그리고 이를 교원의 기본권을 제한하는 근거로 인용하고 있다(정종섭, 2012: 778).

여기서 교육의 자주성이란 교육의 내용과 방법, 교육을 위한 조직, 운영 등을 국가가 부당하게 개입하여서는 안된다는 것을 말한다(헌재결 2002.3.28. 2000헌마283; 정종섭, 2012: 777; 표시열, 2008: 132). 손희권 교수(2008: 108-109)에 따르면, 교육의 자주성의 핵심은 교육에 대한 외부의 부당한 개입의 배제, 특히 국가의 부당한 개입의 배제이다. 따라서 교육의 본질을 구현하기 위한 정당한 개입은 허용된다. 이와 같은 부당한 개입의 배제의 결과 교육자가 교육통치의 주체가 되어야 하며, 분야는 교육내용, 교육기구, 교육조직·운영·실시 등이다.

교육의 전문성이란 교육정책의 수립과 집행이 교육에 관한 전문가가 담당하거나 이들이 참여하여 결정하여야 한다는 것을 말한다(정종섭, 2012: 778).

교육의 정치적 중립성이란 교육은 당파적 이해에 영향을 받지 않고 중립적으로 이루어져야 하므로, 국가나 특정 정치세력으로부터 부당하게 간섭을 받지 않아야 하는 한편, 교육도 정치에 부당하게 영향력을 행사해서는 안된다는 것이다(정종섭, 2012: 778; 표시열, 2008: 133-135). 원래 교육의 목적 중 하나는 민주시민의 양성이기 때문에 정치와 밀접한 연관을 갖는다. 따라서 교육의 정치적 중립성을 정치에 대한 무관심과 거리유지로 이해하여서는 안되며, 교육의 당파성 배제로 이해하여야 한다. 이러한 의미에서 헌법 제31조 제4항의 교육의 정치적 중립성은 헌법 제5조 제2항의 국군의 정치적 중립성과 구별된다. 예를 들어, 교육의 정치적 중립성은 한미 자유무역협정(FTA)의 타당성

2) 이에 대한 서술은 정필운, 2009b: 501-503.

에 관하여 교육과정에서 다를 필요가 있는 경우에도 이를 다루지 말라는 명령이 아니라, 이것을 다루되 이에 대한 여러 견해를 균형있게 제시하라는 명령이다(이상 정필운, 2012b에서 발췌).<sup>3)</sup>

우리 헌법이 제31조 제4항에서 교육의 자주성·전문성·정치적 중립성을 명시적으로 규정하였다고 하여 교육영역에서 적용되어야 할 헌법적 가치가 이것에 국한되거나, 교육영역에서 적용되어야 할 헌법적 가치 중 이것이 이론적으로 우월성을 지닌 가치이기 때문에 그렇다고 이해하여서는 안된다. 교육의 자주성·전문성·정치적 중립성이 우리 헌법 규정에 명시적으로 선언된 것은 우리 역사에서 이와 같은 가치들이 지켜지지 않아 이러한 가치를 특별히 지키도록 강조하는데 이유가 있을 뿐이다. 따라서 교육영역에서 헌법해석이나 입법정책을 결정할 때, 다른 헌법적 가치나 기본원칙도 충분히 고려하여 조화로운 해석이나 정책결정이 이루어져야 한다. 예를 들어, 교육영역에서 평등의 원칙은 근대 교육법의 출발과 더불어 교육영역에서 달성하여야 할 가장 중요한 원칙 중 하나이다(한국교육행정학회, 1995: 126; 김윤섭, 2003: 94). 그리고 종교적 중립성(한국교육행정학회, 1995: 126; 표시열, 2008: 144)<sup>4)</sup> 교육의 공공성(이에 관해서 자세한 것은 이치가와 쇼우고 저, 김용 역, 2013: 43-54) 등도 교육영역에서 적용되어야 할 중요한 기본원칙이다. 그 밖에 우리 헌법의 일반원리 중 민주주의원리, 법치주의원리, 복지국가원리 등도 교육영역에서 강조되어야 할 중요한 기본원리이다(이상 정필운, 2009a: 503에서 발췌).

#### 4. 공직제도와 공무원인 교원

우리 헌법 제7조는 “공무원은 국민전체에 대한 봉사자이며, 국민에 대하여 책임을 진다(제1항)”, “공무원의 신분과 정치적 중립성은 법률이 정하는 바에 의하여 보장된다(제2항)”고 규정하고 있다. 우리 헌법학계는 이를 공직제도 또는 공무원제도를 규정한 것으로 이해하고, 제1항은 공무원과 국민의 관계를 규정한 것으로, 제2항은 직업공무원 제도를 규정한 것으로 이해한다(전광석, 2013: 514-524; 정종섭, 2012: 942-954). 공립학교 초중등교원은 공무원으로 이 규정 및 이에 근거하여 제정한 각종 법령의 적용을 받는 것으로 해석된다.

우선 공무원은 헌법상 국민전체에 대한 봉사자로서 지위를 부여받고, 국민에 대한 정치적, 법적 책임을 부담하게 된다(정종섭, 2012: 942-943).

국민전체에 대한 봉사자로서 공무원은 소속 정당, 지역구, 직역 등의 부분이익을 넘어 국민 전체의 이익을 위하여 업무를 수행하여야 한다. 한편, 국민전체에 대한 봉사자

3) 이러한 의미에서 헌법 제31조 제4항에서 교원의 일체의 정치활동 금지, 나아가 교원노조의 일체의 정치활동 금지를 도출할 수는 없다.

4) 미국에서는 *McColum v. Board of Education* (333 U.S. 203, 1948) 판결에서 이 원칙을 확립하였다. Kern Alexander, M. David Alexander, 2005: 208-209.

로서 공무원은 법령을 준수하고, 국가 및 헌법에 충실한 의무가 있다(자세한 것은 전광석, 2013: 518-519; 명재진, 2013: 7-9). 이러한 의미의 공무원은 가장 넓은 의미의 공무원으로서 「국가공무원법」, 「지방공무원법」에서 규정하고 있는 공무원 뿐 아니라 공무원의 신분을 갖고 있지는 않지만 공무를 위탁받아 행하는 개인인 이른바 공무수탁사인도 포함하는 개념이다(전광석, 2013: 512). 국민전체의 봉사자로서 공무원이 구체적으로 어떻게 업무를 수행하여야 하는지는 공무원의 종류에 따라 차이가 있다. 예를 들어, 정치적 공무원은 정치적 대표성이 당해 업무의 기초이므로 정치적 이념과 정책의 방향을 제시하여야 한다. 헌법 제46조 제2항이 “국회의원은 국가이익을 우선하여 양심에 따라 직무를 행한다.”고 규정하고 있는 것은 국회의원의 경우에 이를 구체화하여 표현한 것이다. 그리고 직업공무원은 능력주의가 당해 업무의 기초이므로 전문적인 능력에 기반하여 이와 같이 제시된 정책의 방향을 실현가능하도록 구체화하여야 하는데, 그러한 구체화는 공무원의 종류에 따라 내용을 달리한다. 헌법 제103조가 “법관은 헌법과 법률에 의하여 그 양심에 따라 독립하여 심판한다.”고 규정한 것은 법관의 경우에 이를 구체화하여 표현한 것이다(전광석, 2013: 517-518). 공립학교 초중등교원도 직업공무원으로서 능력주의가 당해 업무의 기초이므로 전문적인 능력에 기반하여 제시된 교육정책의 방향을 실현가능하도록 구체화하고 학생들에게 가르치는 방법으로 국민 전체에 대해 봉사한다.

공무원은 국민전체에 대한 봉사자로서 의무를 위반하였을 때 정치적, 법적 책임을 진다. 구체적으로 어떤 책임을 지는지는 공무원의 종류와 당해 위반행위의 성질에 따라 차이가 있다. 우선 정치적 공무원은 정치적 책임을 진다. 반면 직업공무원은 정치적 책임을 지지 않는다. 한편, 모든 공무원은 법령준수의무가 있으므로 법적 책임을 진다. 일반적인 형사책임과 민사책임이 대표적이며, 행정법상 징계책임도 이에 해당한다. 한편, 대통령, 국무총리 등 고위직 공무원은 일반적인 사법절차로 법적 책임을 지우는 것이 어려운 경우가 있으므로 이와 별도로 헌법 제65조는 탄핵제도라는 특별한 법적 책임을 묻는 절차를 규정하고 있다(전광석, 2013: 523-524) 초중등학교 교원은 직업공무원으로서 정치적 책임은 지지 않고, 일반적인 형사책임과 민사책임, 행정법상 징계책임을 진다.

공무는 당파적 이해에 영향을 받지 않고 중립적으로 수행되어야 하므로, 특정 국가기관이나 정치세력으로부터 부당하게 간섭을 받지 않아야 하는 한편, 공무원도 정치에 부당하게 영향력을 행사해서는 안된다(정중섭, 2012: 947). 이러한 의미에서 헌법 제7조 제1항의 정치적 중립성은 헌법 제31조 제4항의 정치적 중립성과 궤를 같이 한다.

공무원이 이와 같은 정치적 중립성을 유지하며 직무를 수행하기 위해서는 신분 보장이 필요하기 때문에 헌법 제7조 제1항은 공무원의 신분을 법률이 정하는 바에 의하여 보장하고 있다. 우리 입법자는 이러한 명령에 따라 「국가공무원법」, 「지방공무원법」, 「교육공무원법」 등을 제정하여 이를 보장하고 있다. 이러한 의미에서 공무원은 좁은 의미의 공무원으로서 「국가공무원법」, 「지방공무원법」의 공무원 중에서 전문

지식에 기초하여 임용되고 직무를 수행하는 공무원, 즉 직업공무원을 말한다(전광석, 2013: 517). 공립학교 초중등교원도 직업공무원으로서 위의 여러 법령에 따라 신분을 보장받는다.

### Ⅲ. 교육권의 주체로서 교원

#### 1. 국가의 교육과제<sup>5)</sup>

국가는 우리 헌법이 부여한 입법권, 행정권, 사법권을 가지고 있으며, 이를 행사하여 교육영역에서 구체적인 질서를 형성할 수 있다. 이와 관련하여 우리 헌법은 제31조에서 이에 관하여 특별히 규율하고 있다.

근대에 들어서는 교육이 입헌민주주의를 가능하게 하는 시민을 양성하는 기능을 수행하기 때문에, 국민에게 최소한의 교육을 받도록 하여야 한다는 인식이 싹트게 되었다. 그런데 일반적으로 교육은 부모가 교육비를 부담할 수 있어야 가능하므로, 이러한 최소한의 교육을 받지 못할 염려가 있다. 따라서 이러한 문제를 해결하기 위하여 등장한 것이 의무교육제도이다. 우리 헌법은 제31조 제2항에서 “모든 국민은 그 보호하는 자녀에게 적어도 초등교육과 법률이 정하는 교육을 받게 할 의무를 진다.”라고 규정하여 의무교육제도를 도입하고, 제31조 제3항에서 “의무교육은 무상으로 한다”고 규정하고 있다.

현대 사회는 급속히 변화하고 있으므로, 교육은 개인이 이와 같은 사회에 적응할 수 있도록 조력하여야 한다. 한편 교육은 개인의 끊임없는 자기개발욕구를 충족하여야 한다. 이러한 측면에서 우리 헌법은 제31조 제5항에서 “국가는 평생교육을 진흥하여야 한다.”라고 규정하여 국가에게 평생교육진흥의무를 부과하고 있다(권영성, 2008: 665; 김철수, 2009: 845; 전광석, 2013: 387; 장영수, 2009: 829; 허영, 2008: 431)

한편 교육은 이와 같이 중요한 헌법적 기능을 수행하기 때문에 국가의 규율이 필요하지만, 그것이 개인에게 국가가 지시하는 가치를 주입하는 내용으로 형성되어서는 안 된다. 이와 같은 이유로 우리 헌법은 제31조 제4항에서 교육의 자주성·전문성·정치적 중립성을 보장하고 있다(권영성, 2008: 266-268; 전광석, 2013: 387; 허영, 2008: 433-434).

그리고 이와 같은 교육 내용의 형성과 변경은 그 시대의 공동체의 이념과 조화되어야 하고, 특정한 정치세력이나 행정기관이 교육에 대하여 부당한 간섭을 하는 것을 배제할 필요가 있다. 이러한 이유로 우리 헌법은 제31조 제6항에서 “학교교육 및 평생교육을 포함한 교육제도와 그 운영, 교육재정 및 교원의 지위에 관한 기본적인 사항은 법

5) 이하의 서술은 정필운, 2009a: 293-296.

물로 정한다.”라고 규정하여, 교육의 중요한 사항을 국민의 대표기관인 국회가 법률의 형식으로 정하도록 하고 있다(헌재결 1991.7.22. 89헌가106; 헌재결 1998. 7. 16. 96헌바33, 66, 68, 97헌바2, 34, 80, 98헌바39 병합).

요컨대, 국가는 우리 헌법이 부여한 입법권, 행정권, 사법권을 가지고 있으며, 이를 행사하여 교육영역에서 구체적인 질서를 형성하고, 학생의 교육기본권을 보장할 헌법상 의무가 있다.

## 2. 교원의 교육권의 근거

교원의 교육권의 근거가 어디 있느냐에 대하여 우리 교육학계의 전통적인 견해는 부모의 위임에 의하여 교육권을 가진다고 이해하여 왔다. 이는 미국의 인 로코 파렌티스 원칙(In Loco Parentis Doctrine)을 우리 해석론으로 수용한 것으로 이해할 수 있다. 이는 미국에서 커먼로(common law)의 대원칙으로 인정되는 것으로, 블랙스톤의 정의에 따르면 “부모는 부모로서의 권한을 교사에게 위임하므로, 교사는 부모의 입장에 있고, 교사는 자신이 고용된 목적을 달성하기 위하여 필요한 범위 내에서 자신의 책임하에 위임된 권한을 행사한다”(안성경, 2009: 250-251).

그러나, 우리 헌법 구조에서 교원의 교육권의 근거를 이와 같이 이해하는 것보다는 국가의 교육권한의 집행자로서 교육권을 가진다고 이해하는 것이 좀 더 정치하다. 즉, 국가는 헌법에 근거하여 교육과제를 가지며, 이에 따라 각종 학교를 설치한다. 교원은 국가와 근로관계를 맺는다. 이러한 근로계약과 각종 법령에 근거하여 교원은 국가의 교육권한의 집행자로서 교육권을 가진다. 부모는 이러한 국가와 공법상 계약을 한다. 따라서 부모와 교원간에는 직접적인 계약이 존재하지 않는다.<sup>6)</sup>

## 3. 교원의 교육권의 성격

이러한 교원의 교육권은 국가의 위임에 따라 인정되는 직무권한이다. 국가의 교육권한과 교원의 교육권은 헌법 제31조 제1항의 국민의 교육기본권을 보장하기 위하여 상호협력관계에 있다(헌재결 1992.11.12. 89헌마88). 그러나 때로는 국가의 교육권한과 교원의 교육권이 갈등을 빚을 수도 있다. 교육법 제157조에 관한 헌법소원(헌재결 1992.11.12. 선고, 89헌마88)이 그러한 갈등의 한 예이다. 이러한 갈등의 국면에서 교원은 국가에 대하여 자신의 교육권을 주장할 수 있는데, 이러한 국면에서 교원이 국가에 대하여 주장하는 교육권은 권리로서의 성격을 갖는다. 그렇다면, 이와 같은 권리가 헌

6) 이러한 의미에서 우리 헌법재판소가 교육법 제157조에 관한 헌법소원(헌재결 1992.11.12. 선고, 89헌마88)에서 “교사의 가르치는 권리를 …자연법적으로는 학부모에게 속하는 자녀에 대한 교육권을 신탁받은 것이고, 실정법상으로는 공교육의 책임이 있는 국가의 위임에 의한 것”이라는 표현은 적어도 이론적으로는 정확한 것이 아니다.

법에서 인정하는 기본권인지, 법률상의 권리인지가 문제된다. 그러한 권리가 기본권이라면 당해 권리를 제한하는 법률은 헌법 제37조 제2항의 요건을 갖추었는지 심사를 하여야 한다. 그러나, 그것이 법률상의 권리라면 이를 얼마나 인정할 것인지는 원칙적으로 입법형성권의 문제로 인정될 것이기 때문이다.

이에 대하여 우리 헌법학계와 교육법학계에서는 상당한 논란이 있다(이하 정필운, 2009a: 299-304에서 발췌). 압도적인 다수설은 대학의 교수는 헌법 제22조 학문의 자유에 근거한 ‘교수의 자유’를 가지므로 대학의 교수의 교육권은 헌법상 기본권인 반면, 초중등학교 교사는 헌법 제31조 각 조항에 따라 국회에서 제정하는 법률에 근거하여 보장하는 법률상의 권리를 가진다는 입장을 취하고 있다(전광석, 2013: 319; 정종섭, 2012: 568).

한편 초중등학교 교사에게도 기본권성을 인정하는 유력한 견해도 있다. 이들은 인격이 완성되지 못한 초·중등학생을 대상으로 하는 교사의 교육의 자유는 많은 제한을 받는다고 전제하면서도, 일정한 범위에서 이를 긍정하는 것이 타당하다고 주장하거나(김철수, 2009: 822), 교사의 교육권이 학생의 교육기본권에 의하여 많은 제약을 받기는 하지만 대학교수의 교수의 자유와 본질적으로 차이가 없기 때문에 이를 긍정하는 것이 타당하다고 주장한다(신현직, 1990: 178-183; 허종렬, 2005: 43-45). 우리 헌법재판소는 교육법 제157조에 관한 헌법소원 결정에서 교사의 교육권이 기본권에 해당하는지 여부를 명시적으로 판단하지는 않았지만 우회적으로 부정적인 견해를 제시한 바 있다.

필자는 다른 기회에 이에 대하여 집중적으로 검토한 후, 우리 헌법상 초중등학교 교원의 교육권은 기본권이 아니라 법률상의 권리라고 해석하는 것이 타당하다는 결론을 제시한 바 있다(정필운, 2009a: 304).

#### 4. 교원의 교육권의 내용

직무권한으로서 교원의 교육권은 교원이 학생을 교육하고 지도하는데 필요한 일체의 내용을 포섭한다. 한편, 교원이 국가에 대하여 주장할 수 있는 법률상 권리로서 교육권의 내용은 교육과정 편성권, 교재의 작성 및 선택의 자유, 교육방법의 선택의 자유 등이 포함되는 것으로 이해된다(헌재결 1992.11.12. 89헌마88).

## IV. 기본권의 주체로서 교원

### 1. 개관

교원도 한 사람의 국민으로서 모든 기본권의 주체가 된다. 따라서, 우리 헌법 제10조부터 제37조 제1항까지에서 규정하고 있는 여러 기본권의 주체가 되며, 제38조와 제39조에서 규정하는 여러 의무를 부담한다. 그러나, 교원이라는 신분이나 직무상 특성으로 인하여 일정한 기본권을 향유하는 것에는 일반 국민과 다른 제한이 따르는 경우가 있다. 이러한 대표적인 예가 노동3권과 정치적 기본권이다. 따라서 이 글에서는 이 두 기본권에서 교원이 그 신분이나 직무상 특성으로 인하여 일반 국민과 어떻게 다른 취급을 받고 있으며 그것이 헌법이론적으로 타당한지에 관하여 살펴본다.<sup>7)</sup>

### 2. 교원의 노동3권의 제한

#### 1) 우리 헌법 규정과 현행 법령의 내용

우리 헌법 제33조 제1항은 “근로자는 근로조건의 향상을 위하여 자주적인 단결권·단체교섭권 및 단체행동권을 가진다.”고 규정하여 근로자에게 노동3권을 보장하고 있다. 여기서 근로자란 종속노동에 생활을 의존하는 자를 개념표지로 하므로(전광석, 2013: 407) 임금·기타 이에 준하는 수입에 의하여 생활하는 자로 정의된다(「노동조합 및 노동관계조정법」 제2조 제1호 참고). 초중등학교의 교원도 이에 해당하므로 교원이 노동3권의 주체가 되는 것은 의심의 여지가 없다(헌재결 1991.7.22. 89헌가106; 대판 2006.5.26. 2004다62597). 그러나, 교원은 몇 가지 측면에서 일반적인 근로자와 다르다.<sup>8)</sup> 이러한 이유로 우리 입법자는 「교원의 노동조합설립 및 운영 등에 관한 법률」(이하 ‘교원노조법’으로 줄이기도 하였다)을 제정하여 교원의 단결권·단체교섭권 및 단체행동권에 관하여 특별한 제한을 하고 있다. 우선 교원노조법 제4조 제1항은 “교원은 특별시·광역시·도·특별자치도(이하 “시·도”라 한다) 단위 또는 전국 단위로만 노동조합을 설립할 수 있다”고 노동조합의 설립 단위를 제한하고 있다. 그리고 제6조 제1항에서는 “노동조합의 대표자는 그 노동조합 또는 조합원의 임금, 근무 조건, 후생복지 등 경제적·사회적 지위 향상에 관하여 교육과학기술부장관, 시·도 교육감 또는 사립학교 설

7) 이외에도 교원의 신분이나 직무상 특성과 관련하여 일반 국민과 다른 취급을 받는 기본권은 사생활의 비밀과 자유, 종교의 자유 등이 있다. 이에 관하여 자세한 것은 Kern Alexander, M. David Alexander, 2005: 862-884.

8) 이에 대하여 자세한 것은 김진곤, 2007: 80-83. 우리 헌법재판소는 국민 전체에 대한 봉사자로서 공무원이며, 직무상의 공공성, 주권자인 국민의 공공복리 등을 그 이유로 제시하고 있다. 헌재결 1992.4.28. 90헌바27등.

립·경영자와 교섭하고 단체협약을 체결할 권한을 가진다. 이 경우 사립학교는 사립학교 설립·경영자가 전국 또는 시·도 단위로 연합하여 교섭에 응하여야 한다”고 규정하여, 단체교섭 및 체결의 대상도 제한하고 있다. 한편, 제8조는 “노동조합과 그 조합원은 파업, 태업 또는 그 밖에 업무의 정상적인 운영을 방해하는 일체의 쟁의행위를 하여서는 아니 된다”고 규정하여 쟁의행위를 전면적으로 금지하고 있다.<sup>9)</sup>

## 2) 현행 법령의 헌법적 타당성에 대한 논쟁<sup>10)</sup>

우리가 잘 알고 있는 것처럼, 현행 법령이 교원노조를 명시적으로 인정하고 있는 것도 입법자의 반성에 의한 개선 입법 노력에 의해서가 아니라, 전국교직원노동조합(이하 ‘전교조’로 줄이기도 하였다)의 투쟁에 의한 산물로 생취한 것이다.<sup>11)</sup> 1989년 전국교사협의회(전교협)가 모태가 되어 설립된 전교조는 약 10년간 불법투쟁을 한 끝에 1999년 1월 6일 「교원의 노동조합 설립 및 운영 등에 관한 법률」이 제정되어 합법적인 지위를 얻었다. 그리고 현재는 전교조 외에도 한국교원노동조합, 자유교원조합, 대한민국교원조합 등의 노조가 설립되어 운영되고 있다.

이러한 현실적 타협에 따라 제정된 법률인 교원노조법에 대해서는 헌법이론적 관점에서 다양한 문제가 제기되었다.

첫째, 노동조합 설립단위를 제한하고 있는 제4조 제1항의 위헌성이다(김진곤, 2007: 100-102; 정필운, 2012b). 이와 같이 설립단위를 제한한 것은 교원의 임금, 근무조건 등이 전국단위로 일률적으로 정해지고, 공립교원의 임용권을 교육감이 가지며, 학교단위의 노조를 허용할 경우 노조 활동으로 학생의 교육권이 침해될 우려가 있기 때문인 것으로 알려져 있다(김진곤, 2007: 101). 그런데, 당해 근로조건을 개선하기 위하여 어떠한 단위로 노조를 설립하여 교섭에 임하는 것이 가장 효율적일지는 근로자 스스로 결정할 문제이다. 우리 노동법이 노조설립단위에 대하여 어떠한 제한도 두고 있지 않은 이유이다. 그런데, 공립학교도 교장의 학교운영에서 발생하는 문제, 학교운영에 참여, 개별학교 단위의 근무조건의 상이 등 개별학교 단위로 교섭하여야 하는 사항이 있기 마련이다. 위의 언급 중 교원의 임금, 근무조건 등이 전국단위로 일률적으로 정해진다는 것은 잘못된 가정이다. 따라서, 공립학교, 사립학교 모두 개별 학교 단위로 노동조합이 구성되어야 할 필요가 있다. 그리고 이미 공립학교, 사립학교 공히 많은 경우 분회의 형태로 각 학교별로 노동조합이 구성되어 있다. 이렇게 보았을 때, 노동조합 설립단위의 제

9) 교원노조는 교원노조법 제3조에 따라 정치활동을 할 수 없으며, 정치자금법 제31조 단체의 정치자금기부 금지에 따라 정치자금기부를 할 수 없고 공직선거법 제87조 제1항 제5호에 해당하여 선거운동을 할 수 없다. 이와 같은 교원노조 그 자체의 헌법적 지위와 연관된 쟁점은 이 글에서 다루지 않는다.

10) 이에 대한 서술은 정필운, 2012b에서 발췌.

11) 전교조가 우리 역사상 최초의 교원노조는 아니다. 이에 대하여 자세한 것은 윤달원 외, 2011: 29 이하 참고.

한 규정은 노동3권 중 단결권을 과도하게 제한한 위헌적인 규정이므로 삭제하는 것이 타당하다(정필운, 2012b).

둘째, 제3자에게 교섭권을 위임할 수 없도록 규정한 것의 위헌성이다. 교원노조법 제6조 제2항은 “노동조합의 교섭위원은 해당 노동조합의 대표자와 그 조합원으로 구성하여야 한다.”고 규정하고 있다. 반면, 「노동조합 및 노동관계조정법」 제29조 제3항은 “노동조합과 사용자 또는 사용자단체로부터 교섭 또는 단체협약의 체결에 관한 권한을 위임받은 자는 그 노동조합과 사용자 또는 사용자단체를 위하여 위임받은 범위안에서 그 권한을 행사할 수 있다.”고 규정하고 있다. 따라서, 교원노조는 일반적인 노조와 다르게 교섭권을 위임할 수 없다는 해석이 가능해진다.<sup>12)</sup> 이러한 입법은 교원은 전문성을 갖춘 특수한 근로자여서 제3자가 참여하면 입법자가 예정한 교섭이 이루어지기 어렵고, 노조 측에서는 이른바 상급노조에 위임하는 경우가 많은데 교원노조는 설립단위가 제한되어 있어 위임의 필요성이 없다는 고려에 의한 것으로 추측해 볼 수 있다(김진곤, 2007: 105). 그러나, 교원노조를 일반적인 노조와 비교하여 이를 차별적으로 취급할 설득력 있는 이유가 없는데 유독 교원노조만 이러한 위임을 금지하는 것은 헌법 제11조 평등권을 위반한 것이므로 이러한 해석은 위헌이라고 해석하는 것이 타당하다.

셋째, 단체협약의 대상과 효력을 규정하고 있는 제6조 제1항과 제7조의 위헌성이다. 교원노조법 제6조 제1항에서 “노동조합의 대표자는 그 노동조합 또는 조합원의 임금, 근무 조건, 후생복지 등 경제적·사회적 지위 향상에 관하여” 하도록 규정하고 있다. 그러면서도, 단체협약의 효력을 규정하는 제7조에서 “제6조 제1항에 따라 체결된 단체협약의 내용 중 법령·조례 및 예산에 의하여 규정되는 내용과 법령 또는 조례에 의하여 위임을 받아 규정되는 내용은 단체협약으로서의 효력을 가지지 아니한다(제1항)”, “교육과학기술부장관, 시·도 교육감 및 사립학교 설립·경영자는 제1항에 따라 단체협약으로서의 효력을 가지지 아니하는 내용에 대하여는 그 내용이 이행될 수 있도록 성실하게 노력하여야 한다(제2항)”고 규정하여, 단체협약의 대상이 어디까지인지 모호하게 하는 결과를 가져왔다. 이러한 이유로 단체협약 현장에서 교원노조는 단체협약의 대상을 매우 폭넓게 해석하여 요구하는 반면, 교육과학기술부장관 등은 단체협약의 대상을 제한적으로 해석하려는 경향을 보이고 있다. 이러한 결과, 교섭 이전에 그 대상성 여부로 인한 대립과 파행이 만연해 있다. 이러한 문제를 야기하는 법 제6조 제1항과 제7조는 무엇보다 그 모호성으로 인하여 헌법이론적 문제를 야기한다.<sup>13)</sup> 따라서, 단체교섭의 대상과 효력을 연계하여 좀 더 명확하게 규정하는 것이 타당하다.

넷째, 쟁의행위의 전면적 금지에 대한 위헌성이다. 이에 대하여 우리 헌법 제33조 제

12) 김진곤, 2007: 105의 해석론. 그러나, 이와 다른 해석도 가능하다. 예를 들어, 교원노조법 제6조 제2항의 규정이 명시적으로 교섭 또는 단체협약의 체결에 관한 권한의 위임을 금지한 것은 아니다, 따라서 교원노조법과 노동조합법은 특별법, 일반법 관계이므로, 이 경우 특별법에 규정이 없으므로 일반법으로 돌아가 교원노조법 제29조 제3항을 적용하여 위임이 가능하다고 해석할 수도 있다.

13) 이에 대한 헌법이론적 관점에서 평가에 관해서는 김진곤, 2007: 117-120.

2항은 “공무원인 근로자는 법률이 정하는 자에 한하여 단결권·단체교섭권 및 단체행동권을 가진다”고 규정하고 있고, 공무원의 단체행동권 제한을 정당화하는 여러 주장(자세한 것은 김진곤, 2007: 168-172)에 의하여 공무원인 교원의 단체행동권을 제한하는 것은 가능하다는 주장도 있다.<sup>14)</sup> 그러나 쟁의행위의 전면적 금지는 헌법적 정당성이 약하다고 주장하며 과잉금지의 원칙 등 헌법정신에 반한다는 주장도 있다(김유환·이상윤·박종보·김종철, 2005: 79).

### 3. 교원의 정치적 기본권의 제한

#### 1) 우리 헌법 규정과 의의

우리 헌법은 제25조에서 “모든 국민은 법률이 정하는 바에 의하여 공무담임권을 가진다.”고 규정하여 공무담임권을, 제24조에서 “모든 국민은 법률이 정하는 바에 의하여 선거권을 가진다.”고 규정하여 선거권을, 제8조 제1항에서 “정당의 설립은 자유이며, 복수정당제는 보장된다.”고 규정하여 정당의 자유를, 제21조 제1항에서 “모든 국민은 언론·출판의 자유와 집회·결사의 자유를 가진다.”고 규정하여 표현의 자유 등을 보장하고 있다. 공립학교 초중등교원도 이러한 정치적 기본권의 주체인 것은 의심의 여지가 없다. 그러나, 공립학교 초중등교원은 그 신분과 직무의 특성상 일반 국민보다 강한 제한을 받을 수 있다. 이와 관련하여 우리 헌법은 제31조 제4항과 제7조 제2항에서 “교육의 자주성·전문성·정치적 중립성 및 대학의 자율성은 법률이 정하는 바에 의하여 보장된다.”, “공무원의 신분과 정치적 중립성은 법률이 정하는 바에 의하여 보장된다”고 규정하고 있다.

#### 2) 공무담임권의 제한과 그에 대한 헌법적 논쟁

우리 공직선거법 제53조 제1항은 “다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 사람으로서 후보자가 되려는 사람은 선거일 전 90일까지 그 직을 그만두어야 한다”고 규정하고, 제1호에서 “「국가공무원법」 제2조(공무원의 구분)에 규정된 국가공무원과 「지방공무원법」 제2조(공무원의 구분)에 규정된 지방공무원. 다만, 「정당법」 제22조(발기인 및 당원의 자격)제1항 제1호 단서의 규정에 의하여 정당의 당원이 될 수 있는 공무원(정무직공무원을 제외한다)은 그러하지 아니하다.”, 제7호에서 “「정당법」 제22조제1항 제2호의 규정에 의하여 정당의 당원이 될 수 없는 사립학교교원”을 규정하여 공립, 사립 초중등학교 교원이 공직선거에 입후보하기 위해서는 선거일 전 90일전까지 그 직을 그

14) 미국에서도 국·공립학교 교원의 단체행동권을 금지하는 입법은 연방헌법이나 주헌법에서 보장하는 평등권을 침해하는 것이 아니라는 것이 일반적인 견해이다. Kern Alexander, M. David Alexander, 2005: 985.

만두도록 하고 있다. 이것은 제1호 단서에 의하여 그 직을 유지하며 입후보할 수 있는 대학의 교수와 비교되는 태도이다.

이러한 우리 공직선거법의 태도는 아마도 교육의 연속성을 보장하여 그 기간 동안 교육공백을 막는다는 공익을 중요시 여긴 것으로 추측된다(오동석, 2013: 6). 그러나, 과연 대학교수와 초중등학교 교원의 이러한 차별이 합리적인 이유가 있는지 의심스럽다는 견해가 조금 더 우세한 것으로 보인다(오동석, 2013: 6-7). 이러한 견해에 따르면 초중등학교 교원에게도 그 직을 유지하며 입후보할 수 있도록 하는 것이 타당하다(오동석, 2013: 6-7). 미국(김경윤, 2013: 129), 프랑스(전학선, 2013: 171) 등 주요국에서도 교원의 공무담임권을 이와 같이 과도하게 제한하지 않는다. 따라서, 당선 후 휴직 등을 통한 겸직 금지 등의 좀 더 덜 제한적인 방법으로 입법목적을 달성하는 것이 타당하다.

### 3) 선거운동의 제한과 그에 대한 헌법적 논쟁

우리 공직선거법 제60조 제1항은 “다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 사람은 선거운동을 할 수 없다.”고 규정하며 제4호에서 “「국가공무원법」 제2조(공무원의 구분)에 규정된 국가공무원과 「지방공무원법」 제2조(공무원의 구분)에 규정된 지방공무원. 다만, 「정당법」 제22조(발기인 및 당원의 자격)제1항 제1호 단서의 규정에 의하여 정당의 당원이 될 수 있는 공무원(국회의원과 지방의회의원외의 정무직공무원을 제외한다)은 그러하지 아니하다.”, 제5호에서 “제53조(공무원 등의 입후보)제1항 제2호 내지 제8호에 해당하는 자(제4호 내지 제6호의 경우에는 그 상근직원을 포함한다)”고 규정하여 공립, 사립 초중등학교 교원이 선거운동을 할 수 없도록 규정하고 있다. 한편, 공립 초중등학교 교원은 “공무원 기타 정치적 중립을 지켜야 하는 자(기관·단체를 포함한다)는 선거에 대한 부당한 영향력의 행사 기타 선거결과에 영향을 미치는 행위를 하여서는 아니된다.”는 제9조 제1항에 따라 중립의무도 부담하고 있다.

우리 공직선거법은 교육의 정치적 중립성을 관철하고자 이와 같이 규율하고 있는 것으로 짐작된다. 그러나, 민주주의 원리를 구현하는 제도로 대의제를 취하고 주요한 공직자를 선거로 선출하는 현대 입헌민주국가에서 일체의 선거운동을 금하는 것은 정치적인 영향력을 무력화시키는 과도한 입법이다. 미국(김경윤, 2013: 130), 프랑스(전학선, 2013: 173) 등 주요국에서도 교원의 선거운동을 이와 같이 과도하게 제한하지 않는다. 좀 더 덜 제한적인 방법으로 개선이 필요하다.

### 4) 정당 활동의 제한과 그에 대한 헌법적 논쟁

우리 국가공무원법 제65조 제1항은 “공무원은 정당이나 그 밖의 정치단체의 결성에 관여하거나 이에 가입할 수 없다.”고 규정하고, 정당법 제22조 제1항은 “국회의원 선거

권이 있는 자는 공무원 그 밖에 그 신분을 이유로 정당가입이나 정치활동을 금지하는 다른 법령의 규정에 불구하고 누구든지 정당의 발기인 및 당원이 될 수 있다. 다만, 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 자는 그러하지 아니하다. 1. 「국가공무원법」 제2조(공무원의 구분) 또는 「지방공무원법」 제2조(공무원의 구분)에 규정된 공무원. 다만, 대통령, 국무총리, 국무위원, 국회의원, 지방의회의원, 선거에 의하여 취임하는 지방자치단체의 장, 국회 부의장의 수석비서관·비서관·비서·행정보조요원, 국회 상임위원회·예산결산특별위원회·윤리특별위원회 위원장의 행정보조요원, 국회의원의 보좌관·비서관·비서, 국회 교섭단체대표의원의 행정비서관, 국회 교섭단체의 정책연구위원·행정보조요원과 「고등교육법」 제14조(교직원의 구분)제1항·제2항의 규정에 의한 총장·학장·교수·부교수·조교수인 교원을 제외한다. 2. 총장·학장·교수·부교수·조교수를 제외한 사립학교의 교원. 3. 법령의 규정에 의하여 공무원의 신분을 가진 자”라고 규정하여 공립, 사립 초중등학교 교원은 정당가입, 정당의 발기인 및 당원이 될 수 없다. 그리고 공직선거법 제57조의6 제1항은 “제60조 제1항에 따라 선거운동을 할 수 없는 사람은 당내경선에서 경선운동을 할 수 없다. 다만, 소속 당원만을 대상으로 하는 당내경선에서 당원이 될 수 있는 사람이 경선운동을 하는 경우에는 그러하지 아니하다.”, 제2항은 “공무원은 그 지위를 이용하여 당내경선에서 경선운동을 할 수 없다”고 규정하여 당내경선에서 경선운동도 할 수 없다.

우리 국가공무원법과 공직선거법은 아마도 교육의 정치적 중립성을 관철하고자 이와 같이 규정한 것으로 짐작된다. 그러나, 민주주의 원리를 구현하는 제도로 정당제도를 취하고 있는 현대 입헌민주국가에서 정당을 설립하고 활동하는 것은 정치적인 영역에서 매우 중요한 의미를 갖는다. 이러한 의미에서 교원에게 정당설립과 가입, 일체의 활동을 금지하고 있는 현행 법령은 그 목적에 비추어 과도한 입법이다. 미국(김경운, 2013: 129), 프랑스(전학선, 2013: 173) 독일(배건이, 2013: 83-84) 등 주요국에서도 교원의 정당활동을 이와 같이 과도하게 제한하지 않는다. 좀 더 덜 제한적인 방법으로 개선이 필요하다.

##### 5) 정치자금 제공의 제한과 그에 대한 헌법적 논쟁

우리 정치자금법 제8조 제1항은 “누구든지 자유의사로 하나 또는 둘 이상의 후원회의 회원이 될 수 있다. 다만, 제31조 제1항의 규정에 의하여 기부를 할 수 없는 자와 「정당법」 제22조의 규정에 의하여 정당의 당원이 될 수 없는 자는 그러하지 아니하다.”고 규정하고 있어 공립, 사립 초중등학교 교원은 후원회의 회원이 될 수 없다. 다만, 제22조 제1항에서 “기탁금을 기탁하고자 하는 개인(당원이 될 수 없는 공무원과 사립학교 교원을 포함한다)은 각급 선거관리위원회(읍·면·동선거관리위원회를 제외한다)에 기탁하여야 한다.”고 규정하여 기탁금은 기탁할 수 있다.

요컨대, 공립 초중등학교 교원은 제한적으로만 정치자금을 기부할 수 있다. 그러나,

미국(김정운, 2013: 130), 프랑스(전학선, 2013: 173-174) 등 주요국에서는 교원의 정치자금 기부를 이와 같이 과도하게 제한하지 않는다. 정당가입을 전제로 하는 당비는 별론으로 하더라도 후원회의 회원이 되어 특정 정치인을 후원하는 것조차 전면적으로 금지하는 것은 과도하다. 현행 정치자금법상 기탁금은 특정 정치세력에게 자금을 제공하는 것이 아니므로, 적어도 교원 개인이 특정 정치세력에게 제한된 범위에서 자금을 제공할 수 있는 길은 열어주는 것이 타당하다. 그렇다면 입법목적은 충분히 달성될 수 있다.

#### 6) 그 밖의 정치적 표현의 제한과 그에 대한 헌법적 논쟁

우리 현행 법령상 초중등학교 교원의 일반적인 정치적 표현을 직접적으로 제한하는 법령은 없다. 다만, 교육기본법 제6조 제1항에서 “교육은 교육 본래의 목적에 따라 그 기능을 다하도록 운영되어야 하며, 정치적·파당적 또는 개인적 편견을 전파하기 위한 방편으로 이용되어서는 아니 된다.”고 규정하여 교원의 일반적인 정치적 표현의 내용과 한계를 설정할 수 있는 기준을 제시하고 있을 뿐이다. 그리고 공무원으로서 일반적인 정치적 표현을 제한하는 각종 법령의 제한을 받는다. 따라서 「국가공무원 복무규정」 제3조 제2항 “공무원(「국가공무원법 제3조 제3항의 공무원의 범위에 관한 규정」에 따른 공무원은 제외한다)은 집단·연명(連名)으로 또는 단체의 명의를 사용하여 국가의 정책을 반대하거나 국가정책의 수립·집행을 방해해서는 아니 된다.”, 제8조 제2항 “공무원은 직무를 수행할 때 제3조에 따른 근무기강을 해치는 정치적 주장을 표시하거나 상징하는 복장 또는 관련 물품을 착용해서는 아니 된다.” 등에 따른다.

이러한 교원의 일반적인 정치적 표현과 관련해서 지난 2012년 4월 19일 대법원은 중요한 판결을 하였다(대법원 2012.4.19. 2010도6388).

2009년 6월 9일 전국교직원노동조합(이하 ‘전교조’라고 한다)은 이명박 정부 정책의 비판과 국정운영 쇄신요구를 담은 6월 정국관련 시국선언(이하 ‘1차 시국선언’이라고 한다)을 추진하기로 결의하고, 전교조 본부와 전국 16개 지부 조직을 이용하여 조합원들 및 비조합원 교사들이 1차 시국선언에 참여하였다. 이러한 1차 시국선언문에는 사교육비 부담 가중, 입시경쟁교육, 교육 양극화를 비롯한 교육정책의 문제점을 지적하고 비판하는 내용이 포함되어 있으며, 촛불집회, 피디수첩과 관련한 수사가 무리한 수사이고, 2009년 1월에 발생한 용산4구역 철거 현장 화재 사고도 경찰의 무모한 진압이며, 국토개발사업과 대북정책을 잘못된 정책이라는 취지로 비난하면서, 독선적 정국운영으로 인하여 민주주의의 위기를 맞고 있고 민생과 생태와 평화 등 미래지향적인 가치도 위협당하는 등 국민의 생존과 국가의 미래가 총체적 위험에 직면하고 있으며 이에 대하여 국민적 저항이 이루어지고 있고 정부가 국민의 버림을 받는 불행한 역사가 되풀이되지 않기를 바라며, 국정 운영의 전면 쇄신을 촉구하는 내용을 담고 있었다. 그 후 6월 28일 중앙집행위원회 및 지부 회의를 열어 ‘표현의 자유 사수 및 전교조 시국선언

징계 대응 투쟁계획(안)'을 채택하는 등 고발 및 징계에 관한 정부의 방침에 맞서 다양한 유형의 투쟁행위를 하기로 결의하였다. 그 주요 내용은 ㉠ 전교조 본부를 투쟁본부 체제로 전환하여 현 상황을 노조, 교육관련단체, 시민사회단체, 진보단체, 종교단체에 전파하고 공동대응 태세를 구축하는 등의 역할을 조직적으로 수행하고, ㉡ 2009. 6. 29. 청운효자동 주민센터(구 청운동사무소) 앞에서 기자회견을 한 후 청와대로 이동하여 항의서한을 전달하고, 연대단체 항의성명을 조직하며, ㉢ 2009. 7. 5. 서울역에서 3,000명 이상의 조합원이 참가하여 전국교사결의대회를 개최하고, ㉣ 지부별 긴급 임시지부집행위원회를 개최하여 지회별 투쟁 사업을 진행하며, 투쟁본부는 국가인권위원회 활동을 촉구하는 항의 농성을 하고, 전교조 위원장이 길거리 교실, 촛불집회 등과 결합해서 상징적인 거점에서 농성하며, ㉤ 2009. 6. 29.부터 같은 해 7. 15.까지 1차 시국선언 참여자를 포함하여 최대 3만 명 이상이 참여하는 민주주의 사수, 표현의 자유 보장, 시국선언 탄압 중지 촉구 교사 2차 시국선언(이하 '2차 시국선언'이라고 한다)을 조직하여 이를 발표하며, ㉥ 2009. 7. 19. 공무원과 교사들이 최대한 참가하여 연대하여 항의 집회(이후 '교사·공무원 시국선언 탄압 규탄대회'로 추진되었다. 이하 '규탄대회'라고 한다)를 개최하는 것이었다. 그리고 위 결의에 따라 다음 날 전교조 소속 교사들에게 이메일을 발송하여 2차 시국선언에 참여하여 주도록 요청하고 7월 19일 서울광장에서 '전교조는 시국선언의 정당함을 확인하기 위한 지속적인 노력과 고발 및 징계를 철회하기 위한 강력한 투쟁을 전개할 것이다'라는 내용이 포함된 기자회견문을 낭독하고, 28,634명의 교사 명의로 된 2차 시국선언문을 발표하였다. 2차 시국선언문은 1차 시국선언의 정당성을 전제로 이에 대한 정부의 대처방안을 비판하는 것이었다.<sup>15)</sup>

이에 대하여 대법원은 교사인 피고인들이 전국교직원노동조합 간부들과 공모하여 2009년 1, 2차 시국선언과 '교사·공무원 시국선언 탄압 규탄대회'를 추진하고 적극적으로 관여한 것은 국가공무원법 제66조<sup>16)</sup> 제1항에서 금지하는 '공무 외의 일을 위한 집단 행위'에 해당하므로 피고인들에게 유죄를 인정한 원심판단을 정당하다고 결론지었다.<sup>17)</sup>

학계에서는 현행 법령과 이를 집행하는 집행부, 사법부의 태도가 교원의 일반적인 정치적 표현의 자유를 지나치게 제한하고 있다고 보는 것이 조금 더 우세하다(오동석,

15) 이상 위 판결문의 일부를 발췌하여 인용.

16) 국가공무원법 제66조(집단 행위의 금지) ① 공무원은 노동운동이나 그 밖에 공무 외의 일을 위한 집단 행위를 하여서는 아니 된다. 다만, 사실상 노무에 종사하는 공무원은 예외로 한다.

② 제1항 단서의 사실상 노무에 종사하는 공무원의 범위는 국회규칙, 대법원규칙, 헌법재판소 규칙, 중앙선거관리위원회규칙 또는 대통령령으로 정한다.

③ 제1항 단서에 규정된 공무원으로서 노동조합에 가입된 자가 조합 업무에 전임하려면 소속 장관의 허가를 받아야 한다.

④ 제3항에 따른 허가에는 필요한 조건을 붙일 수 있다.

17) 한편, 대법관 박일환, 전수안, 이인복, 이상훈, 박보영은 피고인들의 행위는 국가공무원법 제66조 제1항이 금지하는 집단행위에 해당한다고 볼 '공익에 반하는 목적을 위한 행위'가 아니고 '직무전념의무를 해태하는 등의 영향을 가져오는 집단적 행위'도 아니므로, 그 조항이 금지하고 있는 '공무 외의 일을 위한 집단행위'에 해당하지 않으므로 공소사실을 모두 유죄로 인정한 원심판결은 그 전부를 파기하여야 한다고 판단하였다(반대의견). 대법관 신영철은 또 다른 논리로 반대의견을 제시하였다.

2013: 9-10). 그러나, 구체적으로 어떻게 법령을 개정하고 이를 집행하는 것이 타당할지에 관해서는 아직 정치한 이론이 제시되지 못하고 있다. 미국의 판례 등 주요국가에서 정립된 이론(김영천, 2002: 244; Kern Alexander, M. David Alexander, 2005: 830 이하참고) 등을 동원하여 좀 더 정치한 이론을 제시하여야 할 것이다.

## V. 결론

이상의 논의를 정리하면 다음과 같다.

우리 현행 헌법에서 교원의 지위에 관한 명시적인 규정은 제31조 제6항이 유일하며, 헌법 제31조 제4항과 제7조가 직접적으로 관련되어 있어 이 규정에 대한 우리 헌법학계와 교육법학계, 헌법재판소의 해석론을 살펴보았다. 그리고 교원의 헌법상 지위를 교육권의 주체로서 지위와 기본권의 주체로서 지위로 나누어 각각 고찰하였다. 이러한 연구를 통하여 우리 헌법학계와 교육법학계에서 그간 명확하게 밝히지 못하였던 교원의 헌법상 지위를 도드라지게 드러내었다. 교원의 지위에 관하여 규율하고 있는 우리 현행 법령과 해석론은 대체로 우리 헌법을 충실하게 구현하고 있지만 일부 문제가 있는 것으로 드러났다. 특히 교원의 교육권에 관해서는 그 법적 성격을 좀 더 분명하게 해석론적으로 정립하고, 이에 따라 교육권의 내용을 명확하게 입법하여야 한다. 한편 교원의 노동3권과 정치적 기본권을 제한하고 있는 현행 법령은 헌법이론적 관점에서 재검토되어야 할 점이 적지 않은 것으로 드러났다. 필자가 감당하기 힘들어 이 논문에서 제기한 현행 법령과 해석론적 쟁점에 대하여 적절한 처방을 제시하지 못하거나, 처방에 이르는 논증을 치밀하게 하지 못한 부분도 있다. 앞으로의 연구 과제이다.

“인사는 만사다.” 이런 의미에서 교육 현장에서 고군분투하는 공립학교 초중등교원의 지위를 헌법에 충실하게 규율하는 것은 국가에게 부과된 교육 과제 중 가장 우선적인 과제 중 하나이다. 입법자가 이러한 헌법의 명령과 의미를 깨닫고 이에 충실하게 기능하기를 기대하며 글을 맺는다.

## 참 고 문 헌

- 권영성. (2010). 「헌법학원론」, 법문사.
- 김경윤. (2013). “미국 교원의 정치적 기본권과 시사점”, 「법치주의와 교원의 정치활동의 제한: 비교법적 관점에서의 고찰」, 한국교육법학회·한국법제연구원·한국외국어대학교 법학연구소 공동학술대회 자료집, 2013.5.4
- 김영천. (2002). “교원의 지위와 권리”, 「한국교육법연구」, 한국교육법학회.
- 김유환·이상운·박종보·김종철. (2005). “교원단체의 법적 지위”, 한국교육개발원.
- 김윤섭. (2003). 「한국교육법」, 한울출판사.
- 김진곤. (2007). “헌법상 노동3권의 보호와 제한에 관한 연구”, 연세대학교 대학원 법학과 박사학위논문.
- 김철수. (2009). 「헌법학신론」, 박영사.
- 노기호. (2008). 「교육권론」, 집문당.
- 명재진. (2013). “공무원의 헌법상 지위”, 2013년 행정학 공동학술대회 제5분과 한국부패학회 자료집, 2013.6.28.
- 박종보. (2005). “교원단체의 법적 지위와 관련된 헌법적 문제”, 「교육법연구」 제8집 제2호.
- 배건이. (2013). “독일교원의 정치활동의 자유와 제한”, 「법치주의와 교원의 정치활동의 제한: 비교법적 관점에서의 고찰」, 한국교육법학회·한국법제연구원·한국외국어대학교 법학연구소 공동학술대회 자료집, 2013.5.4.
- 신현직. (1990). “교육기본권에 관한 연구, 서울대학교 대학원 법학과 박사학위논문.
- 손희권. (2008). 「교육과 헌법: 헌법 제31조의 구조와 해석」, 학지사.
- 안성경. (2009). “미국 공립학교에서 학생의 복장 규제에 관한 연구”, 「법학연구」, 제19권 제1호, 연세대학교 법학연구원, 2009.3.
- 오동석. (2013). “한국의 법치주의와 교원의 정치활동의 제한”, 「법치주의와 교원의 정치활동의 제한: 비교법적 관점에서의 고찰」, 한국교육법학회·한국법제연구원·한국외국어대학교 법학연구소 공동학술대회 자료집, 2013.5.4.
- 윤달원 외. (2011). 「주요국의 교원단체 현황 분석 및 시사점」, 한국교육개발원, 미간행 보고서.
- 이치가와 쇼우고 저, 김용 역. (2013). 「교육의 사사화와 공교육의 해체」, 교육과학사.
- 장영수. (2009). 「헌법학」, 홍문사.
- 전광석. (2013). 「한국헌법론」, 집현재.
- 전학선. (2013). “프랑스 법치주의와 정치활동의 제한”, 「법치주의와 교원의 정치활동의 제한: 비교법적 관점에서의 고찰」, 한국교육법학회·한국법제연구원·한국외국어대학교 법학연구소 공동학술대회 자료집, 2013.5.4
- 정종섭. (2012). 「헌법학원론」, 박영사.
- 정필운. (2009a). “교육영역에서 당사자의 권리·의무·권한에 대한 헌법이론적 고찰”, 「법학연구」, 제19권 제3호, 연세대학교 법학연구원, 2009.9.
- 정필운. (2009b). “교육영역에서 자치의 본질 및 국가와 지방자치단체의 권한배분의 원리에

- 대한 헌법해석론적 검토”, 「토지공법연구」, 제46집, 한국토지공법학회, 2009.11.
- 정필운. (2012a). 「헌법상 교육제도 법정주의에 관한 연구」에 대한 지정토론문, 대한교육법학회 정기학술대회 자료집, 2012.4.21.
- 정필운. (2012b). “교원단체 규율에 대한 비판적 검토: 헌법이론적 관점에서”, 강원대학교 비교법연구소 주최 2012년 춘계 학술대회 자료집, 2012.5.11.
- 표시열. (2008). 「교육법: 이론·정책·판례」, 박영사.
- 한국교육행정학회. (1005). 「교육법론」, 한국교육행정학회.
- 허영. (2008). 「한국헌법론」, 박영사.
- 허종렬. (2005). “한국 헌법상 교육기본권에 대한 논의와 일본 헌법과의 비교분석”, 「성균관법학」, 17권 1호.
- Erwin Chemerinsky. (2005). *Constitutional Law*, Aspen.
- Kern Alexander & M. David Alexander. (2005). *American Public School Law*, Thomson West.

투고일자 : 2013. 08. 09

수정일자 : 2013. 09. 23

게재일자 : 2013. 09. 28

국문초록

## 공립학교 초중등교원의 헌법적 지위

정필운(한국교원대)

헌법으로부터 교육 과제를 부과받은 국가가 이를 적절하게 수행하기 위해서는 교원이라는 인적 자원이 반드시 필요하다. 우리 헌법 제31조 제6항은 교원의 지위와 관련하여 학교교육 및 평생교육을 포함한 교육제도와 그 운영, 교육재정 및 교원의 지위에 관한 기본적인 사항은 법률로 정하도록 규정하고 있다. 그러나 교원의 지위에 관한 모든 것이 입법자에 맡겨진 것은 아니다. 헌법은 교육을 담당하는 교육당사자의 하나로서 교원의 지위에 관한 윤곽을 제시하고 있다.

우리 헌법학계와 교육법학계는 그동안 교원의 법적 지위를 논하면서 헌법상 지위를 간간히 고찰하였을 뿐, 교원의 헌법상 지위를 본격적으로 검토한 적은 없다. 그러나 헌법소송의 국면에서 헌법과 법률은 위헌심판의 기준과 대상이라는 완전히 대립적인 위상으로 만난다. 이러한 측면에서 교원의 헌법적 지위에 대한 본격적인 논의가 필요하다.

이 글은 이 중에서 공립학교 초중등교원의 헌법적 지위를 살펴보는 것을 그 목적으로 하였다. 이러한 목적을 달성하기 위하여 우선 우리 헌법 제31조 제6항, 제4항 등 공립학교 초중등교원의 헌법적 지위와 관련되는 조문을 살펴보았다(Ⅱ). 그리고 여기서 도출된 교원의 지위를 교육권의 주체로서의 지위와 기본권의 주체로서 지위로 나누어 각각 고찰하였다(Ⅲ, Ⅳ). 끝으로 이상의 논의를 정리하며 글을 맺었다(Ⅴ).

이러한 연구를 통하여 우리 헌법학계와 교육법학계에서 그간 명확하게 밝히지 못하였던 교원의 헌법상 지위를 도드라지게 드러내었다. 교원의 지위에 관하여 규율하고 있는 우리 현행 법령과 해석론은 대체로 우리 헌법을 충실하게 구현하고 있지만 약간의 문제가 있는 것으로 드러났다. 특히 교원의 교육권에 관해서는 그 법적 성격을 좀 더 분명하게 해석론적으로 정립하고, 이에 따라 교육권의 내용을 명확하게 입법하여야 한다. 그리고 교원의 노동3권과 정치적 기본권을 제한하고 있는 현행 법령은 헌법이론적 관점에서 재검토되어야 할 점이 적지 않은 것으로 드러났다.

주제어: 교원, 헌법적 지위, 교육권, 기본권