

“경기도 학생인권 조례 폐지조례(안)” 에 대한 검토의견서

성소수자차별반대 무지개행동과 사단법인 청소년
성소수자 지원센터 평동은 경기도교육청이 2023. 12. 6.
입법예고한 「경기도 학생인권 조례 폐지조례안」에
대하여 ‘적극반대’ 의견을 밝히며, 첨부와 같이
검토의견을 개진합니다.

성소수자차별반대 무지개행동
사단법인 청소년 성소수자 지원센터 평동

경기도 학생인권 조례 폐지조례(안)

검토의견서

1. 법안 개요 및 제안이유

경기도의회 여성가족평생교육위원회 서성란 의원이 추천하여 2023. 12. 6. 경기도의회에서 입법예고 한 「경기도 학생인권 조례 폐지조례안」은(이하 ‘개정안’이라 함) 현행 「경기도 학생인권 조례」를 전면 폐지하는 내용을 담고 있습니다.

개정안 제안이유로는 가. 「경기도 학생인권 조례」가 상위법령의 근거 없이 제정된 조례로서 법률 또는 상위법령의 구체적 위임 없이 주민의 권리를 제한하고 의무를 부과함으로써 「지방자치법」을 위반하고 있고, 나. 동 조례는 「대한민국 헌법」이 보장하는 표현의 자유, 종교의 자유 등을 침해하고 있으며, 다. 「교육기본법」에 상충되는 규정들로 인해 교육과 윤리의 측면에서 심각한 문제를 야기하고 있다는 것입니다.

2. 개정안에 대한 의견

개정안은 현행 경기도 학생인권 조례를 전면 폐지한다는 것이므로, 개정안에 대한 검토는 경기도 학생인권 조례의 구체적 내용과 존재 의미에 비추어 살필 수밖에 없고, 경기도 학생인권 조례를 폐지하는 것이 헌법과 법률에 위반되는 것은 아닌지, 폐지하려는 사유는 타당한지에 대해 검토하여야 합니다.

따라서 다음에서는 먼저 경기도 학생인권 조례의 내용과 의미에 대해 살펴본 후, 개정안의 제안이유를 검토하여 개정안의 위헌·위법성에 대해 설명하고자 합니다.

가. 경기도 학생인권 조례의 내용 및 의미

1) 경기도 학생인권 조례의 제정 배경 및 법적 근거

가) 학생인권조례 제정에 대한 헌법적 요청

학교는 「초·중등교육법」 제18조의4에 따라 「헌법」과 국제인권조약에 명시된 학생의 인권을 보장하여야 합니다. 또한, 학생은 법률에 의하지 않더라도 기본권의 주체로서 헌법상의 권리를 가지고 있습니다.

그러나 그동안 학생은 기본권의 주체이면서도, 학교에 학적을 두고 생활하는 학생의 신분이고, 미성숙한 존재라는 이유로 기본권의 침해와 제한을 받아왔고, 또 그것이 당연시되어 왔습니다. 즉, 학생은 권리의 주체보다는 보호의 객체 그리고 지도·감독을 받아야 하는 통제의 대상으로만 취급됐던 것입니다. 「헌법」은 존엄성을 가진 인격적 주체로서 자율적으로 삶을 결정하고 형성해나가는 인간상을 전제로 하며¹⁾, 이에 따라 「교육기본법」에서도 우리의 교육이념을 학생을 자주적 생활능력과 민주시민으로서 필요한 자질을 갖춘 인격체로 성장시키는 것이라고 선언하고 있습니다²⁾. 한편, 「헌법」 제10조는 국가가 개인의 기본적 인권을 확인하고 보장할 의무를 지닌다고 정하고 있습니다. 따라서 학생인권의 보장을 위한 별도의 법제화 작업은 학생 인권 침해 현실을 해결하고, 헌법적 가치를 교육 현장에 구현하기 위하여 반드시 필요하다고 할 것입니다. 경기도 학생인권조례는 학생인권을 도외시 해 온 과거에 대한 반성적 고려이자, 국가가 학생인권의 보장을 위해 최대한 노력해야 한다는 헌법적 요청에 따라 제정된 것입니다.

1) 김선택, “아동 청소년 보호의 헌법적 기초”, 헌법논총(헌법재판연구소), 제8집(1997), 77-79면 참조.

2) 「교육기본법」 제2조(교육이념) 교육은 홍익인간(弘益人間)의 이념 아래 모든 국민으로 하여금 인격을 도야(陶冶)하고 자주적 생활능력과 민주시민으로서 필요한 자질을 갖추게 함으로써 인간다운 삶을 영위하게 하고 민주국가의 발전과 인류공영(人類共榮)의 이상을 실현하는 데에 이바지하게 함을 목적으로 한다.

나) 국제인권조약으로부터의 요청

한국은 현재까지 자유권 규약을 비롯하여, 총 7개의 국제인권협약³⁾을 가입·비준하였고, 그 중에서 「유엔 아동권리협약」은 1989. 11. 20. 회원국 만장일치로 유엔에서 채택되었으며, 한국은 1991. 11. 20. 이를 비준하였습니다. 이에 따라 「유엔 아동권리협약」은 헌법 제6조 제1항에 따라 국내법적 효력⁴⁾이 인정되며, 가장 최근인 2023. 3. 23. 헌법재판소는 아동이 출생 즉시 출생등록될 권리를 인정하면서 동협약을 중요한 근거 규범으로 인용하기도 하였습니다(헌법재판소 2023. 3. 23. 선고 2021헌마975 결정). 특히, 동협약 전문에서 아동은 신체적 정신적 미성숙함으로 인해 적절한 법적 보호를 포함한 특별한 보호와 배려를 필요로 한다는 것을 밝히고 있으며,⁵⁾ 제1조에서는 ‘아동’을 아동에게 적용되는 법에 따라 보다 조기에 성인 연령에 달하지 아니하는 한 ‘18세 미만의 모든 사람’으로 정의⁶⁾하고 있습니다. 이를 한국 학제에 적용하면, 「유엔 아동권리협약」은 한국의 모든 초중고등학생에게 보장되어야 할 인권의 내용을 규정하고 있다고 할 수 있습니다⁷⁾.

「초·중등교육법」 제18조의4(학생의 인권보장) 규정이 2007. 12. 14에 신설된 것은 「유엔 아동권리협약」에 의해 설치된 유엔 아동권리위원회의 권고가 중요한 영향을 미친 것이라 할 수 있으며, 이 사건 학생인권조례의 주요한 내용들도 대부분 「유엔 아동권리협약」의 아동인권보호에 관한 규정의

3) 유엔 아동권리협약과 그 선택의정서 3개, 국제노동기구(ILO) 핵심협약 8개, 이주노동자 권리 협약, 모든 형태의 인종차별 철폐에 관한 국제협약, 경제·사회·문화권리에 관한 국제규약과 그 선택의정서 2개, 시민·정치권리에 관한 국제규약과 그 선택의정서 3개, 고문 및 기타 잔인하거나 비인도적이거나 인격을 모독하는 대우 또는 처벌 금지에 관한 협약과 그 선택의정서 2개.

4) 「헌법」 제6조 제1항은 “헌법에 의하여 체결·공포된 조약과 일반적으로 승인된 국제법규는 국내법과 같은 효력을 가진다.”라고 규정하고 있습니다. 국제법이 국내법 체계에 변형없이 수용된다는 이 규정은 제헌헌법부터 1987년 헌법까지 거의 그대로 유지되어 왔습니다. 제6조 제1항은 ‘국제법 존중주의’ 원칙도 선언하였다고 해석됩니다(헌법재판소 2011. 8. 30. 선고 2007헌가12등 결정, 헌법재판소 2011. 8. 30. 선고 2008헌가22등 결정 참조). 변형없이 수용한다는 것은 별도의 이행법을 입법하지 않고도 「헌법」이 정한 절차에 따라 비준된 국제법을 그대로 국내법과 동등하게 받아들인다는 의미입니다.

5) 「유엔 아동권리협약」 전문“...(전략) 아동권리선언이 명시하는 바와 같이, “아동은 신체적 정신적으로 미성숙하므로 출생 전후 모두 적절한 법적 보호를 비롯해 특별한 보호와 돌봄이 필요하다”는 점에 유념하며...(후략)”

6) 제1조 (아동의 정의) 당사국의 법에 따라 성년에 이르는 연령이 더 빠르지 않은 한, 협약이 정하는 아동은 만 18세 미만의 모든 사람을 말한다.

7) 김형근, “학생인권 관련 법제의 쟁점-학생지도를 중심으로-”, 교육법학연구(대한교육법학회), 제25권 제2호(2013. 8), 31면.

내용과 제도적 장치를 인용한 것입니다⁸⁾.

「유엔 아동권리협약」에 따르면, 당사국은 동협약에서 인정된 아동의 권리를 실현하기 위하여 “모든 적절한 입법적, 행정적 및 여타의 조치”를 취해야 하고(제4조), 아동권리협약의 원칙과 규정을 적절하고 적극적인 수단을 통하여 성인과 아동 모두에게 널리 알릴 의무가 있습니다(제42조). 또한 동협약에서는 공공 또는 민간기관, 행정당국, 입법기관의 아동에 관한 모든 활동은 ‘아동의 최선의 이익을 최우선적으로 고려해야 한다(제3조)’고 규정하고 있는데, 이는 학생의 권리 보호에 관한 입법정책과 학교의 교육과정 운영이나 학교생활 규범의 원칙을 제시하는 것이라 할 수 있습니다. 이와 같이, 경기도 학생인권 조례는 아동권리협약에서 보장한 아동의 권리 보장의 요청에 따라 학생의 영역에서 학생의 인권의 목록과 그를 보장하기 위한 방안을 구체화한 것이라고 할 것입니다.

2) 경기도 학생인권 조례의 내용과 의미

경기도 학생인권 조례는 제1장 총칙에서 조례의 목적(제1조), 개념정의(제2조), 원칙(제3조)을 제시하며 제4조에서는 학생을 비롯하여 학교의 설립자·경영자, 학교의 장, 교직원, 보호자 등의 인권 존중 의무 및 침해금지 의무에 대한 내용들을 규정하고 있으며, 특히, 제4조 제2항에서는 교육감, 학교의 설립자·경영자, 학교의 장 및 교직원의 학생 인권보장 여건 마련 의무, 제4항에서는 교육감 및 학교의 장의 학생의 학습권 보장 대책 마련과 지원 의무에 대해서 규정하고 있습니다.

그리고 제2장에서는 학생 인권에 해당하는 구체적인 개별 권리와 그 내용들이 기술되어 있는바, 구체적으로는 제5조 차별받지 않을 권리, 제6조 폭력으로부터 자유로울 권리, 제7조 위협으로부터의 안전, 제8조 학습에 관한 권리, 제9조 정규교육과정 이외의 교육활동의 자유, 제10조 휴식권, 제11조 개성을 실현할 권리, 제12조 사생활의 자유, 제13조 개인정보를 보호받을 권리, 제14

8) 김형근, “학생인권 관련 법제의 쟁점-학생지도를 중심으로-”, 교육법학연구(대한교육법학회), 제25권 제2호(2013. 8), 31-32면.

조 개인정보를 열람할 권리 등, 제15조 양심·종교의 자유, 제16조 의사 표현의 자유, 제17조 자치활동의 권리, 제18조 학칙 등 학교규정의 제·개정에 참여할 권리, 제19조 정책결정에 참여할 권리, 제20조 학교복지에 관한 권리, 제21조 교육환경에 대한 권리, 제22조 문화활동을 향유할 권리, 제23조 급식에 대한 권리, 제24조 건강에 관한 권리, 제25조 징계 등 절차에서의 권리, 제26조 상담 및 조사 등 청구권, 제27조 소수자 학생의 권리 보장이 있습니다.

제3장에서는 학생인권 증진을 위한 체계에 대한 규정이 있는바, 제1절에서는 인권교육에 대한 내용을, 제2절에서는 학생인권심의위원회 및 학생참여위원회 관련 내용을 규정하고 있습니다.

그리고 마지막 제4장에서는 학생인권침해에 대한 구제에 대한 규정을 정하고 있는바, 학생은 인권침해를 당하거나 침해당할 위험이 있는 경우 학생인권옹호관에게 그에 관한 구제신청을 할 수 있는 신청할 수 있으며(제44조), 학생인권옹호관은 학생인권침해사건에 대한 조사를 진행할 수 있고(제45조), 그에 관한 처리 업무에 대해 규정하고 있습니다.

한편 경기도 학생인권 조례의 학생인권 목록에서 정하는 내용들은 기본적으로 미성년인 아동 청소년의 인권과 같은데, 특별히 한국에서 학생인권으로 분류하여 입법을 시도한 것은 “학생”이라는 신분으로 인하여 침해되는 권리들이 있기에 이를 특별히 보호하자는 의미에서 제정된 것이었습니다.

그러나 학생인권 조례는 제정 전부터 몇 가지 쟁점에 대하여 집요하게 공격 받아 왔습니다. 주로 공격 받는 조항과 그 취지를 자세히 살펴보면 아래와 같습니다.

가) 성적지향에 따른 차별의 금지

경기도 학생인권 조례는 차별금지의 사유로서 ‘성적지향’을 명시하고 있고(제5조 제1항), 차별금지 사유로 어려움을 겪고 있는 학생에 대한 학교의

인권보장 노력의무(제5조 제2항), 성적지향을 포함한 어떠한 이유로도 차별적 말이나 행동, 소수자에 대한 혐오적 표현 등을 통해 인권을 침해받지 않을 학생의 권리(제5조 제3항)를 규정하고 있습니다. 이는 헌법상 평등권 및 국제인권조약 및 법률규정에 따라 인정되는 평등권을 구체화한 것으로, 학생 중에서도 소수자성으로 인해 더욱 취약한 인권 상황에 놓여 있는 성소수자 학생을 보호하고, 더 나아가 소수자에 대한 차별없는 평등하고 포용적인 학교를 학교구성원 모두가 누릴 수 있도록 보장하려는 것입니다.

헌법 제11조는 ‘모든 국민은 법 앞에 평등하다. 누구든지 성별·종교 또는 사회적 신분에 의하여 정치적·경제적·사회적·문화적 생활의 모든 영역에 있어서 차별을 받지 아니한다.’고 규정하고 있습니다. 위 평등권 조문 중 ‘성별·종교 또는 사회적 신분’은 차별금지사유의 예시에 해당되므로 ‘누구든지 성적지향, 성별정체성에 의하여 차별을 받지 아니할 권리’ 역시 위 헌법 조문에 의해 보장되는 기본권입니다. ‘성적지향’과 ‘성별정체성’은 인간이 가지는 일반적인 사랑의 감정, 그리고 성과 관련한 특성으로서 개인의 근본적인 정체성을 구성하는 요소입니다. 이 때문에 개인의 성적지향성과 성별정체성을 있는 그대로 존중받느냐, 부정당하느냐의 문제는 한 개인의 존엄성과 밀접하게 관련된 문제가 됩니다.

그런데 평등권은 집행권이나 사법권뿐만 아니라 입법권까지 기속합니다. 헌법재판소도 입법권이 평등권에 기속될 뿐 아니라 평등권이 기본권 제한 입법의 한계가 된다는 점을 분명히 밝히고 있습니다(헌법재판소 1992. 4. 28. 선고 90헌바24 결정 등 참조). 또한 헌법재판소는 평등권과 관련하여 “헌법 제11조 제1항의 ‘모든 국민은 법 앞에서 평등하다’는 규정은 기회 균등 또는 평등의 원칙을 선언하고 있는 바, 평등의 원칙은 국민의 기본권보장에 관한 우리 헌법의 최고 원리로서 국가가 입법을 하거나 법을 해석 및 집행함에 따라야 할 기준인 동시에, 국가에 대하여 합리적 이유 없이 불평등한 대우를 하지 말 것과 평등한 대우를 요구할 수 있는 모든 국민의 권리로서, 국민의 기본권 중의 기본권이다.(헌법재판소 1989. 1. 25. 선고 89헌가7 결정)”라고 판시하였습니다.

한편, 세계인권선언을 구체화한 「시민적·정치적 권리에 관한 국제규약」과 「경제적·사회적·문화적 권리에 관한 국제규약」에서 차별금지과 평등을 인권보장의 기본 원칙이자 국가의 의무로 규정하고 있는데, 조문의 유권해석을 통해 성적지향·성별정체성이 조약이 규정한 차별금지사유에 해당한다는 점을 분명히 하고 있으며⁹⁾, 성적지향·성별정체성에 따른 폭력과 차별을 방지해야 할 국가의 의무를 강조하고 있습니다. 「유엔 아동권리협약」¹⁰⁾, 「고문방지협약」, 「여성차별철폐협약」의 차별금지사유에도 성적지향·성별정체성이 포함된다는 법리도 조약위원회들의 일반논평을 통해 형성되어 있습니다. 위 국제인권조약들은 모두 한국이 가입하고 비준한 조약들이므로 「헌법」 제6조에 따라 국내법과 동일한 효력이 있습니다.

그리고, 「국가인권위원회법」은 “합리적인 이유 없이 성별, 종교, 장애, 나이, 사회적 신분, 출신 지역(출생지, 등록기준지, 성년이 되기 전의 주된 거주지 등을 말한다), 출신 국가, 출신 민족, 용모 등 신체 조건, 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(前科), 성적(性的) 지향, 학력, 병력(病歷) 등”을 이유로 한 고용, 재화용역·교통수단·상업시설·토지·주거시설의 공급이나 이용, 교육시설이나 직업훈련기관에서의 교육·훈련이나 그 이용과 관련하여 특정한 사람을 우대·배제·구별하거나 불리하게 대우하는 행위 및 성희롱 행위를 “평등권 침해의 차별행위”로 규정하고 있으며(제2조 제3호), ‘차별행위’가 금지되는 것이라는 취지에서 차별행위에 대한 조사와 구제 업무를 수행한다는 규정(제19조 제3호), 차별행위를 당한 사람 등이 진정을 할 수 있도록 하는 규정(제30조 제1항) 등을 두고 있습니다.

9) 경제적, 사회적, 문화적 권리 위원회, 일반논평 20, 2009년

- 당사국들은 개인의 성적 지향 때문에 ... 이 규약 상의 권리를 실현하는데 어려움을 겪지 않도록 보장해야 한다. 또, 성별 정체성도 차별금지 사유의 하나로 인정된다.

10) 아동권리위원회, 일반논평 4, 2003년

- 당사국들은 18세 이하의 모든 사람이 동 협약상의 모든 권리를 “인종, 피부색, 성별, 언어, 종교, 정치적 혹은 기타의 의견, 민족적, 인종적 혹은 사회적 출신, 재산, 무능력, 출생 혹은 기타의 신분”에 관계없이 차별받지 않고 누릴 것(제2조)을 보장해야 할 의무를 진다. 이러한 근거에는 청소년들의 성적 지향과 건강 상태(HIV/AIDS와 정신보건상태를 포함)도 포함된다. 차별의 대상이 되는 청소년들은 학대 및 다른 형태의 폭력과 착취에 더욱 취약하며, 그들의 건강과 발달은 큰 위협에 처하게 된다.

「교육기본법」에서도 “모든 국민은 성별, 종교, 신념, 인종, 사회적 신분, 경제적 지위 또는 신체적 조건 등을 이유로 교육에서 차별을 받지 아니한다(제4조 제1항).” 고 정하고 있으며, 아동복지법에서도 “아동은 자신 또는 부모의 성별, 연령, 종교, 사회적 신분, 재산, 장애유무, 출생지역, 인종 등에 따른 어떠한 종류의 차별도 받지 아니하고 자라나야 한다(제3조 제1항).” 고 정하고, “국가와 지방자치단체는 아동이 자신 또는 부모의 성별, 연령, 종교, 사회적 신분, 재산, 장애유무, 출생지역 또는 인종 등에 따른 어떠한 종류의 차별도 받지 아니하도록 필요한 시책을 강구하여야 한다(제4조 제5항). ” 고 하여 국가의 의무를 정하고 있습니다.

즉, 「헌법」 및 국제인권조약과 각종 법률에 의해서 이미 ‘성적 지향’ 등을 이유로 한 차별행위는 명백히 금지되어 있으며, ‘차별받지 않을 권리’ 는 학생에게도 당연히 보장되어야 하는 기본권입니다.

나) 폭력으로부터 자유로울 권리(체벌)

경기도 학생인권 조례 제6조에서는 폭력으로부터 자유로울 권리를 보장하여, 특히 체벌 등의 물리적 폭력과 언어적 폭력으로부터 자유로울 권리 가진다는 점을 명확히 하고, 교육감, 학교의 장 및 교직원은 체벌 등의 물리적 및 언어적 폭력을 방지할 의무를 구체적으로 명시하고 있습니다.

「헌법」 제12조와 제10조는 각 신체의 자유, 인간으로서의 존엄과 가치를 모든 국민의 기본권으로 규정하고 있습니다. 또한 「유엔 아동권리협약」 제19조 제1항은 당사국은 모든 형태의 신체적·정신적 폭력, 상해나 학대로부터 아동을 보호하기 위하여 모든 적절한 입법적·행정적·사회적 및 교육적 조치를 취하여야 한다고 규정하고 있으며, 2011. 10. 유엔 아동권리위원회는 「유엔 아동권리협약」의 이행에 관한 한국의 제3·4차 통합정기보고서에 대한 최종견해에서, “가정, 학교 및 모든 여타 기관에서 체벌을 명백히 금지하도록 하라는 국가인권위원회의 권고를 이행할 것, 아동학대의 부정적인 결과에 대한 대중교육 캠페인

을 실시하고, 학교체벌에 대한 대안인 그린마일리지 제도를 포함, 가정과 학교에서의 긍정적이고 비폭력적인 형태의 훈육을 장려할 것”을 정부에 권고한 바 있습니다. 아울러 「초·중등교육법 시행령」 제31조 제8항 역시 도구, 신체 등을 이용하여 학생의 신체에 고통을 가하는 것을 금지하고 있습니다.

학생인권조례 시행 이후 이루어진 학생인권실태조사 등을 통해 학생인권조례의 시행을 통해 학교 내 체벌이 통계적으로 유의미하게 감소한 것도 확인할 수 있습니다.

다) 개성을 실현할 권리

경기도 학생인권 조례에서는 두발 등 용모에 있어 개성을 실현할 권리를 명문으로 인정하고 있고(제11조 제1항), 학교는 학생의 의사에 반하여 두발 등의 용모 규제를 할 수 없도록 하고 있습니다(제11조 제2항).

헌법재판소에서는 “우리 헌법 제10조는 모든 국민이 인간으로서의 존엄과 가치를 가지고 있으며 행복추구권을 가진다고 규정하고 있고, 행복추구권은 그 구체적인 표현으로서 일반적인 행동자유권과 개성의 자유로운 발현권을 포함한다(헌법재판소 1995. 12. 28.자 91헌마80 전원합의체 결정 참조).”고 해석하고 있어 개성의 자유로운 발현권을 헌법상 권리로 인정하고 있습니다. 특히, 두발을 어떤 상태로 유지할 것인지를 결정하는 것은 개성을 자유롭게 발현할 권리이며 타인에게 피해를 미치지 않는 범위 내에서 간섭을 받지 않고 자신의 생활양식을 스스로 결정할 수 있는 자기결정권의 영역에 해당하는 것으로서 헌법적 기본권이라고 할 것입니다. 그럼에도 불구하고 두발 등 용모의 자유에 대한 침해 행위가 학교 현장에 만연해 있었으므로, 경기도 학생인권 조례에서는 용모의 자유를 개성을 실현할 권리로서 학생에게도 보장되어야 함을 명시적으로 인정하였던 것입니다.

라) 소결론

이와 같이 경기도 학생인권 조례는 특히 헌법상 보장된 기본권 중 청소년·

학생의 영역에서 기본권으로 인정되어 보장받아야 하는 권리의 목록을 구체화한 것으로서 그 독자적인 의미를 지니고 있습니다. 경기도 학생인권 조례는 2023년 현재까지 13년 동안 학교구성원들은 물론 사회 전반의 학생 인권 감수성을 높여왔고, 학교 현장을 인권 친화적으로 바꾸어 나가는 과정과 노력이 현재도 계속되고 있습니다.

나. 개정안 제안이유의 위법·부당성

1) 「지방자치법」 위반이라는 개정이유에 대하여

개정안의 제안이유는, 경기도 학생인권 조례가 「지방자치법」 제22조를 위반하여 법률 또는 상위법의 근거 없이 제정되었고 상위법령의 구체적 위임 없이 주민의 권리를 제한하고 의무를 부과하고 있으므로 폐지되어야 한다는 것입니다.

그러나 경기도 학생인권 조례는 앞서 설명드린 바와 같이 「헌법」, 「교육기본법」 제12조 및 13조, 「초·중등교육법」 제18조의4, 「유엔 아동권리협약」 등 구체적인 상위법령에 근거하여 학생의 인권을 보장하고 증진시키기 위해 제정되었음이 명백하므로, 법률 또는 상위법의 근거가 없다는 제안이유는 사실과도 다르며 타당하지 않습니다.

또한 「지방자치법」 제13조 제2항 제5호에 따라 “교육·체육·문화·예술의 진흥” 사무는 지방자치단체가 처리할 수 있는 사무이며, 그 내용은 “어린이집·유치원·초등학교·중학교·고등학교 및 이에 준하는 각종 학교의 설치·운영·지도” 등입니다. 교육감은 「초·중등교육법」 제6조에 따라 공립·사립학교를 지도·감독할 권한이 있고, 「교육자치법」 제20조 제1호에 따라 학생의 인권이 헌법과 법률, 협약 등에서 규정하고 있는 바와 같이 존중되고 보장될 수 있도록 관할 구역 내 학교의 운영에 관한 사무를 지도·감독할 수 있는 권한을 갖고 있으며, 이를 적절히 수행하기 위한 방편으로 교육에 관한 조례안의 작성 및 제출 권한이 있습니다.

학생의 기본적 인권은 학교교육 또는 사회교육의 과정에서 존중되고 보호되며(「교육기본법」 제12조 제1항), 학교의 설립자 등은 헌법과 국제인권조약에 명시된 학생의 인권을 보장하여야 합니다(「초·중등교육법」 제18조의4). 이러한 관련 법률의 각 규정을 종합하면, 교육청에 학생옹호관을 두고 학생인권센터를 설치하는 등 학생인권 관련 사무는 각 학교의 운영, 지도에 해당하는 지방자치단체의 자치사무이고, 교육감의 관장사무입니다.

이미 서울행정법원 2021. 5. 27. 선고 2020구합64446 판결[학생인권센터 예산 지원 중지 등 주민소송] 및 대법원 2015. 5. 14. 선고 2013추98 판결[조례안의결무효확인]은 학생인권 사무(인권교육의 편성 및 실시, 학생인권옹호관, 학생인권교육센터의 설치 등)가 지방자치단체의 사무에 해당함을 확인한 바 있습니다.

또한 이미 경기도 학생인권 조례와 동일한 취지의 서울특별시 학생인권 조례에 대하여 위헌 확인을 구하는 헌법소원에 대하여, 헌법재판소 2019. 11. 28. 자 2017헌마1356 전원합의체 결정은, “교육감이 관할 구역 내 학교의 운영에 관한 사무를 지도·감독하는 것은 단지 교육과정이나 교육행정 등에 관하여 지역실정에 맞는 기준과 내용을 정하여 지도·감독하는 것뿐만 아니라, 근본적으로 교육내용, 교육방법 등이 헌법과 법령이 정한 범위 내에서 운영될 수 있도록 지도·감독하는 권한 역시 포함된 것이라 할 것이고, 실제로 이 사건 조례 제5조 제3항에서 규정한 내용이 헌법과 법령에서 정한 ‘평등’ 혹은 ‘인권 존중’ 등의 가치와 배치된 것이라고 보기도 어려우므로, 차별·혐오표현에 기하여 타인의 인권 침해를 금지하도록 규정한 이 사건 조례 제5조 제3항이 반드시 법률의 위임 범위를 벗어난 것이라고 보기도 어렵다.” 고 판시한 바 있습니다.

2) 헌법상 기본권을 침해한다는 개정이유에 대하여

개정안은 「경기도 학생인권 조례」가 국민의 표현의 자유, 종교의 자유, 부

모의 양육권 등을 침해한다고 주장하면서도 구체적으로 경기도 학생인권 조례의 어떤 점으로 인해 헌법상 기본권들이 침해되는지 구체적인 설명을 하고 있지 않습니다.

2023. 12. 현재 경기도 학생인권 조례와 유사한 「서울특별시 학생인권 조례」, 「충청남도 학생인권 조례」에 대하여 「주민조례발에 관한 법률」에 따른 주민조례안(이하 ‘서울학생인권조례 폐지조례안’, ‘충남학생인권조례 폐지조례안’)으로 위 조례들을 전면 폐지하는 내용의 조례안이 의회에 제출되었습니다. 그러면서 각 폐지조례안의 청구사유에서, 다음과 같은 이유를 들고 있는데 이는 개정안의 제안이유와도 거의 유사한 것으로 보입니다. .

● 우선 표현의 자유를 침해하는 이유로는, 학생인권 조례가 ‘차별받지 않을 권리’ 조항을 통해 혐오적 표현을 금지하고 있어 종교와 양심에 근거한 표현조차도 혐오표현으로 간주하기 때문이라고 합니다. 또한 학생의 양심·종교의 자유를 보장하면서, 이를 위해 학교의 설립자·경영자, 학교의 장 및 교직원이 학생의 종교의 자유를 침해하는 종교적 행사 참여 등의 강요, 특정 종교과목의 수업을 강요하는 행위, 포교 행위 등을 금지하고 있는데, 이것이 종립학교의 종교의 자유를 침해하는 것이라고 주장하는 것으로 보입니다.

● 더 나아가 부모가 자녀에 대해 ‘성윤리, 복장, 두발, 신앙과 관련된 교육을 하거나, 동성애 성향의 자녀와 성별정체성의 혼란을 겪는 자녀에게 상담, 치료를 받게 하면’ 학생인권조례에 따라 인권침해에 해당하므로 부모의 양육권을 침해하는 것이라는 주장을 하기도 합니다.

그러나 위와 같은 주장은 학생의 인권을 보장하는 것을 바로 일반 국민과 학교의 장 및 교직원, 부모의 권리를 침해하는 것으로 보고 있어, 매우 인권 침해적이고 위헌적인 주장입니다. 또한 위와 같은 취지의 주장은 이미 2019년 헌법재판소의 전원합의체 결정에서 아래와 같이 기각된 바 있습니다¹¹⁾.

11) 학생인권조례의 내용과 관련하여 ① 전라북도학생인권조례에 대한 교육부의 조례안의결무효확인소송 (대법원 2015. 5. 14. 선고 2013추98판결) ② 서울특별시학생인권조례에 대한 무효확인청구소송 (서울행정법원 2018. 9. 14. 선고 2017구합88640판결, 서울고등법원2018누65790판결등) ③ 서울특별시학생인권조례 제5조제3항

이 사건 조례 제5조 제3항¹²⁾은 그 표현의 대상이 되는 학교 구성원의 존엄성을 보호하고, 학생이 민주시민으로서의 올바른 가치관을 형성하도록 하며 인권의식을 함양하게 하기 위한 것으로 그 정당성이 인정되고, 수단의 적합성 역시 인정된다.

차별적 언사나 행동, 혐오적 표현은 개인이나 집단에 대한 혐오·적대감을 담고 있는 것으로, 그 자체로 상대방인 개인이나 소수자의 인간으로서의 존엄성을 침해하고, 특정 집단의 가치를 부정하므로, 이러한 차별·혐오표현이 금지되는 것은 헌법상 인간의 존엄성 보장 측면에서 필요하다.

특히, 육체적·정신적으로 성장기에 있는 학생을 대상으로 한 차별·혐오표현은 교육의 기회를 통해 신장시킬 수 있는 학생의 정신적·신체적 능력을 훼손하거나 파괴할 수 있어 판단능력이 미성숙한 학생들의 인격이나 가치관 형성에 부정적인 영향을 미치므로, 학내에서 이러한 행위를 규제할 필요가 크다. 이 사건 조례 제5조 제3항에서 금지하는 차별·혐오표현은 자유로운 의견 교환에서 발생하는 다소 과장되고, 부분적으로 잘못된 표현으로 민주주의를 위하여 허용되는 의사표현이 아니고, 그 경계를 넘어 '타인의 인권을 침해'할 것을 인식하였거나 최소한 인식할 가능성이 있고, 결과적으로 그러한 인권침해의 결과가 발생하는 표현으로, 이는 민주주의의 장에서 허용되는 한계를 넘는 것으로 민주주의 의사형성의 보호를 위해서도 제한될 필요가 있다. 또한, 이 사건 조례 제5조 제3항을 위반한 경우 구제신청을 받은 학생인권옹호관이 구제조치 등을 권고할 수 있고, 이를 받은 가해자나 관계인 또는 교육감은 그 권고사항을 존중하고 정당한 사유가 없는 한 이를 성실히 이행하여야 하지만, 이를 이행하지 아니할 경우 이유를 붙여 서면으로 통보할 수 있는 절차 역시 마련하고 있는바, 차별·혐오표현에 의한 인권침해가 가지는 해악에 비추어 그 구제적인 측면에서 이러한 조치보다 덜 기본권 제한적인 수단은 쉽게 발견하기 어렵다. 이와 같은 점을 종합할 때, 이 사건 조례 제5조 제3항은 침해의 최소성도 충족하였다.

이 사건 조례 제5조 제3항으로 달성되는 공익이 매우 중대한 반면, 제한되는 표현은 타인의 인권을 침해하는 정도에 이르는 표현으로 그 보호가치가 매우 낮으므로, 법익 간 균형이 인정된다.

에 대한 위헌확인헌법소원 (헌법재판소 2019. 11. 28. 2017헌마1356결정) ④ 서울특별시학생인권센터예산지원증지등주민소송 (서울행정법원2020구합6446판결등) 등의 판결과 결정이 있는데, 이 사건 조례폐지안 청구 사유의 대부분은 위 판결과 결정에 의하여 반박되고 해명된바 있습니다.

따라서 이 사건 조례 제5조 제3항은 과잉금지원칙에 위배되어 학교 구성원인 청구인들의 표현의 자유를 침해하지 아니한다.

한편, 청구인들은 이 사건 조례 제5조 제3항이 종교, 나이, 임신 또는 출산, 성적 지향, 성별 정체성 등의 사유를 이유로 한 차별·혐오표현을 금지하고 있는 것이 표현의 자유와 더불어 양심의 자유, 종교의 자유, 행복추구권도 침해한다고 주장하나, 헌법 제21조의 표현의 자유는 종교의 자유, 양심의 자유 등 정신적 자유를 외부적으로 표현하는 자유인 것이고(헌재 1989. 9. 4. 88헌마22; 헌재 2010. 2. 25. 2008헌마324등), 그 주장취지 역시 표현의 자유 침해 주장과 내용상 동일하다 할 것이므로, 이 부분 주장에 대하여는 별도로 판단하지 아니한다.

3) 「교육기본법」에 상충된다는 개정이유에 대하여

개정안은 경기도 학생인권 조례가 교육기본법에 상충되는 조항이 있다고 설명합니다. 이 역시 구체적으로 어떻게 상충되는지에 대한 설명은 없으나, 앞에서 설명드린 바와 같이 서울시 및 충청남도 학생인권조례 폐지조례안 청구사유에서도 교육기본법 위반을 주장하고 있으므로 이에 비추어 반박하고자 합니다.

교육기본법 제12조 제3항은 ‘학생은 학습자로서의 윤리의식을 확립하고, 학교의 규칙을 준수하여야 하며, 교원의 교육·연구 활동을 방해하거나 학내의 질서를 문란하게 하여서는 아니 된다’고 규정하고 있는데, 학생인권조례 폐지를 주장하는 쪽에서는 동 규정이 ‘학생인권 제한의 근거’라고 설명하면서, 학생인권조례에 이와 상충 되는 내용이 대거 포함되어 있어 문제라고 주장합니다. 그러면서 예시로 자주 제기되는 문제는 다음과 같습니다.

1) 학교와 교사가 학생에 대하여 동성애, 성전환, 혼전 성행위(임신과 출산 관련)

12) 이 사건 학생인권조례 제5조 제3항은 “학교의 설립자경영자, 학교의 장과 교직원, 그리고 학교의 학생은 제 1항에서 예시한 사유를 이유로 차별적 언사나 행동, 혐오적 표현 등을 통해 다른 사람의 인권을 침해하여서는 아니 된다”는 규정입니다.

에 대한 보건적, 윤리적 유해성을 교육하거나 올바른 성윤리 교육을 하는 것이 차별행위가 될 수 있음.

2) 학생이 법령과 학칙 위반을 하였을 때 징계할 수 있는 조항이 없음. 예를들어 남학생이 자신이 트랜스젠더라고 주장하며 여자 화장실에 들어가 여학생을 성폭행할 수 있음.

3) 학교와 교사가 학생에 대해 동성애, 동성혼이 정상이라는 인권교육을 초등학교 때부터 실시하도록 되어 있어 청소년의 성전환 및 에이즈가 증가하는 폐해가 발생할 수 있음.

4) 미성숙하고 분별력이 없는 미성년자들에게 학칙 등 학교 규정 제.개정예 참여할 권리를 보장할 뿐 아니라, 정치 참여 권리를 보장하여 청소년들이 정치적으로 이용당할 우려가 있음.

위와 같은 주장은 명목상 「교육기본법」 제12조 제3항을 근거로 들고 있으나, 실질적으로는 성소수자와 아동·청소년에 대한 심각한 수준의 편견과 혐오를 정당화하려고 한 것에 불과하므로, 그 자체로 위헌적인 주장입니다. 이러한 주장은 오히려 경기도 학생인권 조례가 존재해야 하는 이유를 보여준다고 할 것입니다.

「유엔 아동권리협약」 등 국제인권조약에 따라 국가는 학교에 다니는 학생들에게 성적지향 및 성별정체성을 적절히 포괄하여 각 연령에 적합한 성교육을 제공할 의무¹³⁾, 성별정체성에 관한 사회적 낙인을 제거하기 위해 교육과 감수성 개발, 이행 및 평가 등 필요한 모든 조치를 취할 의무¹⁴⁾, 청소년을 포함한 모든 개인과 집단은 성과 재생산 건강의 모든 측면에 대한 증거에 기반한 정보를 받을 권리가 있고, 따라서 국가는 성과 재생산 건강에 대한 최신의 정확한 정보를 모든 개인이 적절한 언어와 형식으로 공개적으로 이용하고 접근할 수 있도록 보장해야 하는 의무¹⁵⁾가 있습니다. 또한 청소년 참정권은 헌법상 기본권이자 인권으로서, 동협약이 밝히고 있는 아동참여권

13) 「유엔 아동권리협약」 대한민국 정부에 대한 제5-6차 최종견해(CRC/C/KOR/CO/5-6)

14) 성적지향 및 성별정체성에 근거한 폭력 및 차별로부터의 보호에 관한 독립전문가 보고서 (A/HRC/38/43)

15) 소녀와 여성의 교육에 대한 권리에 관한 일반논평 제36호

의 구체적 실현 방안입니다.

경기도 학생인권 조례는 위와 같은 학생의 기본적 인권 보장을 구체화한 것입니다. 개정안은 학생의 인권주체성을 부정하는 것이며, 특히 최근 공직선거법 등의 개정으로 선거권 및 피선거권 연령이 하향된 등의 사회적 변화를 철저히 외면하는 것입니다.

다. 개정안의 위법성

개정안은 경기도 학생인권 조례를 전면 폐지하는 내용으로, 결국 경기도 학생인권 조례에 근거한 학생인권 보장 의무를 이행할 수 없도록 하고, **학생이 자신의 인권이 침해당했을 때 이에 대한 구제신청을 할 수 있는 청구권을 박탈하며, 결과적으로 「초·중등교육법」 제18조의4에 따라 학교의 설립자·경영자와 학교의 장이 학생의 인권을 보장해야하는 의무를 위반하게 만듭니다.** 다음에서는 항을 바꾸어 개정안 자체가 갖고 있는 위법성에 대해 설명드리겠습니다.

1) 조례제정권의 내용 및 한계에 관한 법리

가) 조례와 법령의 관계

「지방자치법」 제22조는 “지방자치단체는 법령의 범위 안에서 그 사무에 관하여 조례를 제정할 수 있다.”고 규정하고 있는바, 이때 ‘법령의 범위 안에서’는 ‘법령에 위반되지 않는 범위 안에서’를 의미하므로 지방자치단체가 제정한 조례가 법령에 위반되는 경우에는 효력이 없습니다. 또한 조례가 법령에 위반되는지 여부는 법령과 조례의 각 규정 취지, 규정의 목적과 내용 및 효과 등을 비교하여 양자 사이에 모순·저촉이 있는지 여부에 따라 개별적·구체적으로 판단하여야 합니다(대법원 2020. 2. 13. 선고 2017추5039 판결 참조).

나) 법률유보의 원칙

지방자치단체는 법령의 범위 안에서 그 사무에 관하여 조례를 제정할 수 있지만, 주민의 권리 제한 또는 의무 부과에 관한 사항 등을 정할 때에는 법률의 위임이 있어야 하므로(「지방자치법」 제22조), 지방자치단체의 고유사무인 자치사무와 개별법령에 의하여 지방자치단체에 위임된 단체위임사무에 관하여 자치조례를 제정하는 경우라 하더라도 주민의 권리 제한 또는 의무 부과에 관한 사항이나 별칙은 법률의 위임이 있어야 합니다(대법원 2004. 6. 11. 선고 2004추41 판결 등). 즉, 주민의 권리 제한 또는 의무부과에 관한 사항이나 별칙에 해당하는 조례를 제정할 경우에는 그 조례의 성질을 묻지 아니하고 법률의 위임이 있어야 하고, 그러한 위임 없이 제정된 조례는 효력을 가질 수 없습니다(대법원 2007. 12. 13. 선고 2006추52 판결 참조).

다) 법률우위의 원칙

지방자치단체가 그 자치사무에 관하여 조례로 제정할 수 있다고 하더라도 상위 법령에 위배할 수 없고(「지방자치법」 제22조), 특별한 규정이 없는 한 지방자치법이 규정하고 있는 지방자치단체의 집행기관의 고유권한에 관하여는 조례로 이를 침해할 수 없으며, 나아가 지방의회가 지방자치단체장의 고유권한이 아닌 사항에 대하여도 그 사무집행에 관한 집행권을 본질적으로 침해하는 것은 지방자치법의 관련 규정에 위반되어 허용될 수 없습니다(대법원 2001. 11. 27. 선고 2001추57 판결 참조).

라) 소결론

이러한 법리를 종합하면, 경기도 학생인권 조례의 폐지가 법령에 위반되는지 여부는 법령과 조례의 각 규정 취지, 규정의 목적과 내용 및 효과 등을 비교하여 양자 사이에 모순·저촉이 있는지 여부에 따라 개별적·구체적으로 판단하여야 합니다.

2) 개정안의 「초·중등교육법」 제18조의4 위반 여부

가) 「초·중등교육법」 제18조의4의 규정과 경기도 학생인권 조례의 관계

경기도 학생인권 조례 총칙 이하 제5조 내지 제28조의 개별 학생 인권을 증진·보호하기 위한 규정에서는 학교의 설립자·경영자, 학교의 장의 의무를 정하고 있으며, 제3장에서는 학생인권교육, 학생인권실태조사 등을 시행할 의무를 정하고 있습니다. 각 규정에 근거하여 교육감, 학교의 장·경영자에게 학생의 학습권 보장을 위한 대책 마련과 필요한 지원, 그리고 학생 인권의 실질적인 보장이 될 수 있는 여건 마련은 법적인 구속력을 갖는 구체화된 의무로서 정해졌습니다.

그리고 학생인권조례의 상위법인 「초·중등교육법」 제18조의4의 규정을 살펴보면, 해당 규정에서는 ‘학교의 설립자·경영자와 학교의 장은 「헌법」과 국제인권조약에 명시된 학생의 인권을 보장하여야 한다’고 규정하고 있습니다. 즉, 의무주체를 학교의 설립자·경영자와 학교의 장으로 의무의 내용을 「헌법」과 국제인권조약에 명시된 학생의 인권을 보장 의무로 정하고 있는데, 이러한 의무의 주체, 의무의 내용에 비추어 본다면, 경기도 학생인권 조례에서 규정된 학교의 설립자·경영자와 학교의 장의 학생인권 보호의무는 학생인권조례의 상위법인 「초·중등교육법」 제18조의4에서 정해진 의무를 구체화한 것이라고 해석함이 타당합니다.

나) 법률에 의해 경기도 학생인권 조례에 규정된 학교의 설립자·경영자와 학교의 장의 학생인권보장의무

경기도 학생인권 조례는 전체적으로 헌법과 법률의 테두리 안에서 인정되는 학생의 권리를 열거하여 학교생활과 학교교육과정에서 학생의 인권보호가 실현될 수 있도록 그 내용을 구체화하고 있습니다. 그리고 그 내용은 단순히 학교의 구성원들에게 적용되는 일반적이고 추상적인 내용이 아니라, 매우 구체적인 의무의 내용으로서 규정되고 있습니다.

조례의 내용은 ① 그 내용이 ‘OO권을 침해하지 않도록 하여야 한다’ 라고 규정되어 있는 등 단순히 일반적, 추상적 의무를 규정한 것이 아니고, ② ‘노력하여야 한다.’ 고 규정되어 있는 혼시적인 규정과도 다르며, ③ 나아가 ‘적절한 조치를 취하여야 한다’, ‘자의적이고 부당한 간섭’ 이라는 등 그 내용상 학교의 설립자 및 학교의 장의 재량이나 해석의 여지가 있는 규정과도 다르다.

예를 들면 제11조의 복장, 두발 등 용모 규제 금지, 제12조의 개인휴대전화 소지 제한 금지 등은 일반적이고 선언적인 정도에 그치는 내용이 아니며, 일반 법률이나 헌법에서 바로 도출되지 않고 법령의 내용을 구체화하고 시행하기 위해 조례를 통해 정한 매우 구체적이고 명확한 부작위 의무라고 할 수 있습니다. 또한, 학교의 장의 재량에 따라 부작위 의무의 내용이 달라질 여지도 없습니다. 제19조의2의 유권자 교육을 위한 교육자요 및 교육 프로그램 마련 의무, 제27조 및 제30조 등에 정해진 인권교육의무 및 의무교육시간 또한 구체적인 작위의무라고 할 수 있을 것입니다.

나아가, 비록 이 사건 학생인권조례의 내용 및 그 상위법인 「초·중등교육법」 제18조의4 위반에 대하여 처벌 규정이나 의무이행을 강제하는 규정이 없다고 할지라도, 학교의 장은 학생인권조례에서 규정하고 있는 학생인권옹호관의 시정명령을 통해 행정처분에 의한 구체적인 의무가 발생할 수도 있으며, 이러한 시정명령 등 처분의 대상이 되는지, 혹은 학교의 설립자, 학교의 장 등이 법률에 위반되는 위법한 인권침해행위를 하였는지 판단하는 데 있어서 이 사건 학생인권조례에서 정의하고 있는 위 구체적인 의무들의 이행 여부가 중요한 판단기준으로 작용합니다.

이러한 점들에 비추어 본다면, 경기도 학생인권 조례에 구체적으로 명시된 학생인권보장의무 조항은, 상위법인 「초·중등교육법」 제18조의4에 규정된 학교의 설립자·경영자와 학교의 장이 지켜야 할 학생의 인권보장의무를 구체화하여, 학교의 설립자·경영자와 학교의 장이 학생의 인권보장이라는 법률상 의무를 이행할 수 있도록 마련된 장치라고 보아야 합니다.

(다) 개정안은 학교의 설립자·경영자와 학교의 장의 학생인권보장의무를 부인하는 결과를 초래함

이처럼 학생인권조례 중 학교의 설립자·경영자와 학교의 장의 의무규정들은 「초·중등교육법」 제18조의4에서 정한 학교의 설립자·경영자와 학교의 장의 학생인권보장의무를 이행하기 위하여 제정되었습니다. 만일 개정안이 의결되어 경기도 학생인권 조례가 폐지된다면, 헌법과 법률로부터 도출된 경기도 학생인권 조례의 구체적인 의무 부과 규정들이 사라지고, 학생인권의 실현이 학교의 설립자·경영자와 학교의 장의 재량에 따라 좌우되는 상황이 되어, 결국 경기도 학생인권 조례에 명시되어 있던 학교의 설립자·경영자와 학교의 장의 구체적인 학생인권보장의무들을 사실상 이행될 수 없는 상황에 놓이게 됩니다.

실제로, 국가인권위원회에서 발표한 “학교생활에서 학생의 인권보장 실태조사”에 따르면, 위 2)항에서 예시로 기재한 학교의 설립자·경영자와 학교의 장의 의무 중 “학교의 장 및 교직원들은 학생의 의사에 반하여 복장, 두발 등 용모에 대해 규제하여서는 아니된다(경기도 학생인권 조례 제12조 제2항)”는 의무와 관련하여, 학생인권조례가 없는 지역에서의 복장, 두발 등 용모에 대한 규제는 학생인권조례가 있는 지역에 비해 더욱 빈번하게 발생하고 있습니다(4.가.(3)항 참조). 또한, “학교의 장은 학생의 휴대폰을 비롯한 전자기기의 소지 및 사용 자체를 금지하여서는 아니 된다(동조례 제13조 제4항)”는 의무와 관련해서는, 수업외시간/기숙사생활동안 핸드폰 사용을 제한하는 사례가 학생인권조례가 없는 지역에서 더욱 빈번하게 발생한다는 사실을 확인할 수 있습니다¹⁶⁾(갑제6호증 참조).

이처럼 몇 가지 예시만 보더라도 경기도 학생인권 조례의 폐지는 학교의 설립자·경영자 및 학교의 장에게 부여된 각종 학생인권보장 의무의 이행과 반대되는 결과를 초래한다는 것을 확인할 수 있습니다.

16) 기타 학생인권조례가 있는 지역과 없는 지역에서의 학생인권보장을 위한 의무이행여부가 어떻게 차이 나는지에 대한 실증적 결과는 4.가.(3)항 및 갑 제6호증의 보고서에서 자세히 기재되어 있습니다.

그렇기에 경기도 학생인권조례를 폐지하는 것은 그 자체로 사실상 법률에서 정한 학교의 설립자·경영자와 학교의 장의 학생인권보호의무의 이행을 방해하는 결과를 초래합니다. 따라서 개정안은 학교의 설립자·경영자, 학교의 장의 학생인권 보장 의무를 형해화시키는 조례로서 학교의 설립자·경영자, 학교의 장의 학생인권 보장 의무를 규정한 「초·중등교육법」 제18조의4를 정면으로 위반하는 것입니다.

3) 「헌법」 및 국제인권조약의 위반

개정안은 앞에서 상세히 살펴본 바와 같이 경기도 학생인권 조례를 폐지함으로써 학생의 성적지향 등에 대한 차별과 배제를 초래하고, 교권의 침해를 막기 위한다는 명분¹⁷⁾으로 우리 「헌법」 및 국제인권조약 그리고 「초·중등교육법」상 보장되는 권리인 학생의 인권에 반하는 결과를 가져오게 됩니다.

학생의 폭행이나 폭언 등은 학생의 인권이 아니라 학생의 ‘인성’의 문제와 관련되는 것입니다. 학생의 권리 의식이 높아지면서 과거와 달리 학생들이 교사의 지도에 무조건 순응하거나 복종하지 않는 교육현장의 분위기를 두고, ‘학생인권의 신장으로 교권이 추락한 것’ 이라고 보는 시각은 심각한 오해에 불과합니다. 교권의 침해는 학생의 잘못된 인성이나 갈등관계에서 이루어지며, 이는 학생 인성교육이나 교사와 학생 간의 관계 개선으로 해결할 문제입니다. 학생인권이 교사의 정당한 지도에 응하지 않아도 될 권리를 의미하는 것도 아닙니다¹⁸⁾. 요컨대, 학생인권 조례를 폐지하는 것과 교권의 추락은 아무런 연관이 없습니다.

17) ‘서울특별시 학생인권조례 폐지청구서’(갑제1호증)에는 학생인권조례로 인한 교권침해 주장이 담겨있지 않았으나, 2022년 지방선거 이후 학생인권조례 폐지를 주장하는 단체들 중심으로 학생인권 보장이 마치 교권을 침해하는 것처럼 주장되기 시작했습니다. 그러나 본문에서 설명드리는 바와 같이 학생인권과 소위 ‘교권’은 상충되는 개념이 아닙니다.

18) 신강숙, “학생인권 보장 현황과 입법 개선 방향에 대한 연구:학생인권조례를 통하여 본 학생인권의 나아갈 길”, 교육법학연구, 제33권 2호(2021), 135-136쪽

개정안과 같은 취지의 서울특별시 학생인권 조례 폐지조례안이 현재 서울시 의회에 발의되어 있는데, 이에 대해 2023. 1. 25. 유엔 인권이사회는 대표적인 인권보호 제도인 ‘특별절차’를 거쳐 한국 정부에 서한을 보내, “학생 인권조례를 폐지해 국제인권기준, 특히 차별금지 원칙에 반해 성적 지향과 성별 정체성 때문에 겪는 차별에 대한 보호를 축소하려는 시도에 심각한 우려를 표한다”고 밝히면서 이 사건 학생인권조례가 폐지되면 다른 지역의 학생인권조례도 폐지될 수 있는 길이 열릴 것으로 우려된다는 의견을 표명 하였습니다. 유엔 인권특별보고관 등은 한국 정부가 성적지향과 성별정체성이 국제법에 따라 차별의 근거가 될 수 없다고 일관되게 밝힌 유엔기구의 일반 논평 및 최종 견해 등을 참고하기를 희망한다고 밝혔습니다(갑제8호증의 1 내지 2 유엔 인권이사회 특별절차 서한 영문본 및 국문본).

유엔 자유권위원회는 2015년 한국의 제4차 정기 국가보고서에 대한 최종견해에서, 성적지향 및 성별정체성 등을 이유로 한 차별을 정의하고 이를 금지하는 포괄적인 차별금지법의 채택을 권고하였고, 폭력과 혐오표현 등 성소수자에 대한 차별이 확산되는 것에 대한 우려를 표명하였으며, 한국 정부가 성적지향이나 성별정체성에 따른 어떠한 형태의 사회적 낙인이나 차별도 용납하지 않는다는 사실을 공식적으로 밝힐 것을 권고하였다는 점도 분명히 하였습니다¹⁹⁾.

이처럼, 개정안은 성소수자 학생에 대한 차별과 배제 등을 그 핵심으로 하고 있어, 이를 명시적으로 금지하고 있는 헌법과 국제인권조약을 위반하고 있습니다.

19) 2023. 1. 유엔 인권특별보고관 등은 대한민국 정부에 대한 서한에서 다음과 같은 내용도 강조하였습니다. ‘유엔 아동권리위원회는 대한민국이 비준한 아동권리협약 제2조의 비차별에 대한 권리가 성적지향을 포함하는 것으로 해석하고 있고, 여성차별실무그룹은 성별정체성 및 다양성과 관련된 권리를 보호받지 못하는 것의 위험성을 강조한 바 있음’, ‘대한민국이 비준한 사회권규약 제12조가 모든 사람이 정신적, 육체적 건강의 최고 수준을 차별없이 누릴 권리를 규정하고 있고, 제13조는 모든 사람의 교육에 대한 권리를 규정함에 근거해, 교육권 특별보고관의 성교육에 관한 보고서에서는 국제인권기준이 교육권과 분리할 수 없는 포괄적 성교육에 대한 인권을 명확히 규정하고 있음’, ‘유엔 아동권리위원회는 청소년 성소수자들이 일반적으로 성과 재생산 보건 서비스와 정보에 대한 접근이 부족한 상황에 직면하고 있다고 보고 있으며, 여성차별실무그룹은 포괄적인 성교육을 포함하여 편견없는 양질의 교육에 대한 접근의 필요성을 강조하였음’. 유엔 인권특별보고관등은 위 서한에 관한 한국 정부의 의견, 국제인권협약에 따른 의무와의 합치여부, 현행 정책이 국제인권기준과 불합치할 경우 이를 시정하기 위한 단계별 조치계획, 성적지향 및 성별정체성에 따른 차별을 포함한 차별 피해자에 대한 보호 및 구제를 위한 정부 차원의 조치 등에 대하여 2월 24일까지 답변을 할 것을 요청하면서 해당 답변은 48시간 후에 웹사이트를 통해 공개될 것이고 유엔 인권이사회에 제출될 통상적인 보고서에서 인용될 수 있게 할 예정이라고 밝혔습니다. 또한 유엔 인권특별보고관등은 이번 서한에 대하여 서울시의회는 물론 충청남도의회와도 공유할 것을 특별히 요청하였습니다.

4) 소결론

지방의회는 조례제정에 대해 입법형성권을 가지고 있더라도 헌법과 법률을 위반해서는 안 되며 법령의 범위 안에서 자치에 관한 규정을 제정할 수 있습니다. 이 사건 폐지조례안은 자치사무나 단체위임 사무에 관한 내용을 적극적으로 규정한 것이 아니라 기존에 있던 조례를 폐지하는 것을 그 내용으로 하지만, 이러한 경우에도 그 폐지의 실질적인 내용이나 절차가 헌법과 법률 및 국제인권조약을 위반해서는 안 되는 것은 동일합니다.

또한 「초·중등교육법」 제18조의4에서는 ‘학교의 설립자·경영자와 학교의 장은 헌법과 국제인권조약에 명시된 학생의 인권을 보장하여야 한다’고 규정하고 있습니다. 그렇다면 개정안은 「헌법」과 국제인권조약에 명시된 학생의 인권을 보장하여야 할 의무를 위반한 위법한 조례안입니다.

3. 개정안 발의의 의도

개정안은 경기도의회 의원 서성란이 제출한 것인데, 앞에서 살펴본 바와 같이 경기도 학생인권 조례를 전면 폐지의 이유로 든 헌법과 지방자치법 위반 등의 쟁점은 이미 유사 학생인권조례에 관한 헌법재판소와 대법원 판단 등을 통해 위법하지 않음이 여러 차례 확인되었습니다(①전라북도학생인권조례에 대한 교육부의 조례안의결무효확인소송 (대법원 2015. 5. 14. 선고 2013추98판결 ② 서울특별시학생인권조례에 대한 무효확인청구소송 (서울행정법원 2018. 9. 14. 선고 2017구합88640판결, 서울고등법원2018누65790판결등) ③ 서울특별시학생인권조례 제5조제3항에 대한 위헌확인헌법소원 (헌법재판소 2019. 11. 28. 2017헌마1356결정) ④ 서울특별시학생인권센터예산지원중지등주민소송 (서울행정법원2020구합6446판결등)). 따라서 서성란 의원이 이와 같이 위법성이 짙은 개정안을 발의한 배경으로, 서울학생인권조례 및 충남학생인권조례에 대한 최근의 흐름을 고려하지 않을 수 없습니다.

그동안 학생인권, 성소수자 인권을 포함한 소수자 인권에 대한 무지와 혐오를 바탕으로 서울을 비롯한 지방자치단체의 학생인권 조례에 대한 공격이 계속되어 왔고 제정된 조례의 위헌위법성을 문제 삼는 소송이 다수 제기되었으나 학생인권을 반대하는 진영의 주장 자체가 보편적 인권에 반하는 것이고 법리적으로도 학생인권 조례에 위법적인 부분이 없어 주장이 받아들여지지 않았습니다.

개정안은 위와 같이 일부 진영의 학생인권에 대한 차별, 혐오적인 공격이 이루어지는 흐름에 편승하여, 제대로 된 근거와 사유 없이 제출된 것이며, 만에 하나라도 위법한 개정안이 정치적 흐름에 따라 통과될 경우 학생인권을 포함한 사회 인권보장 정도가 매우 하락하고 열악해 질 것입니다.

4. 결론

이상과 같은 이유로 우리 모임은 이 사건 개정안에 대하여 ‘적극반대’ 입장이며, 개정안을 폐기하여 혐오에 편승해 도민과 국민 전체의 인권보장 정도를 크게 후퇴시키고 차별을 입법하는 일이 없도록 할 것을 경기도의회에 강력하게 주장합니다.