

# 대학 학칙과 대학생인권\* \*\*

임 재 홍\*\*\*

## I. 서론

대학에서 학칙으로 인해서 법적 문제들이 많이 제기되고 있다. 학칙이 대학생들의 기본권을 침해하는 반인권적인 규정을 두고 있기 때문이다. 예를 들면 2010년 숙명여대에서 X파일 사건은 학교가 대학생들의 자치활동을 사찰하고 있는 것이었다. 중앙대의 경우에는 교지 내용에 대한 사전 검열이 이루어져 교지가 전량 회수 당하는 사례도 있었다.<sup>1)</sup> 이외에도 많은 사례들이 보고되고 있다.

비민주적인 학칙문제는 국회에서도 논란이 된 바 있다. 국회 교육위 최순영(민주노동당) 의원이 전국 국·사립대 275곳으로부터 제출받은 자료를 분석해 발표한 ‘대학학칙 인권침해 현황보고서’에 따르면, 헌법에 보장된 집회·결사의 자유를 침해하는 조항을 학칙에 담은 대학이 전체의 81%(223곳)에 달했다. 또 정치활동을 금지하는 학교가 67.6%(186곳), 학칙에 비상사태시 총학생회 활동을 정지하도록 규정한 학교가 60%(162곳)를 차지했다. 특히 일부 대학에서는 “국가 비상사태시 학생회는 학도호국단으로 교체된다”는 규정을 가지고 있는 것으로 나타났다. 최순영 의원은 국립대학이 사립대학보다, 4년제 대학이 2년제 대학보다 학칙에 인권침해적 요소가 많았고, 신설 대학일수록 인권침해 규정이 많이 발견됐다고 밝혔다.<sup>2)</sup>

학생이 정당 또는 정치적 목적의 사회단체에 가입하거나 그 단체를 위한 활동을 수행하는 등 제반 정치활동을 금지하고, 학내·외 집회를 위해서는 반드시 학교 측의 승

---

\* 투고일자 : 2012. 5. 27    심사일자 : 2012. 6. 11    게재확정일자 : 2012. 6. 18

\*\* 이 논문은 2011년도 한국방송통신대학교 학술연구비 지원을 받아 작성된 것임.

\*\*\* 방송통신대학교 법학과 교수

1) 21C한국대학생연합회, 대학 내 비민주 학생탄압 사례 증언대회, 2010.2.5., 2-6쪽.

2) 미디어오늘, 2005.10.06. <http://www.mediatoday.co.kr/news/articleView.html?idxno=40757>.

#### 4 \_ 인권 이론과 실천 제11호

인 혹은 허가를 받게 하는 등 학생활동을 제한하고 있는 대학교 학칙에 대해서 국가인권위원회는 “학생활동을 제한하는 국공립대학교의 관련 규정을 전면 개정 또는 삭제하거나, 학생활동 제한의 범위와 한계를 하위 규정에 위임하는 방식을 통하여 구체화할 것을 권고”했다. 또한 “정치활동을 금지하는 국공립대학교의 관련 규정을 전면 개정하거나 삭제할 것을 권고”했다. 이러한 판단을 내린 것은 학생이라는 이유만으로 학칙에 의하여 헌법과 법령이 보장하는 기본권을 제한할 수는 없다고 보았기 때문이다.<sup>3)</sup>

국가인권위원회의 결정에도 불구하고 사립대학들이 대학생들의 인권을 보장하기 위한 의미있는 변화를 시도한 사례는 별로 없는 것 같다. 지난 2010년 안민석 의원이 한국대학교육연구소와 함께 전국 198개 4년제 대학의 학칙 등을 분석한 자료를 보면, 전체 대학의 92.4%에 이르는 183개 대학이 간행물 발행·배포 때 학교 쪽의 사전 승인을 받도록 하는 학칙을 갖고 있었다. 집회를 열려면 사전에 승인을 받도록 규정한 대학도 162곳(81.8%)이나 됐다.<sup>4)</sup>

학칙으로 인한 문제는 개인의 신분상 불이익으로 연결되기도 한다. 즉 학칙위반을 이유로 졸업을 하지 못하거나 심지어 징계를 당하는 경우이다. 사립대학이 학생들로 하여금 일정한 내용의 종교교육을 받을 것을 졸업요건으로 하는 학칙을 제정할 수 있는지 여부가 다투어진 사건에서, 대법원은 “대학은 헌법상 자치권이 부여되어 있으므로 사립대학은 교육시설의 질서를 유지하고 재학관계를 명확히 하기 위하여 법률상 금지된 것이 아니면 학사관리, 입학 및 졸업에 관한 사항이나 학교시설의 이용에 관한 사항 등을 학칙 등으로 제정할 수 있으며” 그 근거로서 “학생들의 신앙을 가지지 않을 자유를 침해하지 않는 범위 내에서 학생들로 하여금 일정한 내용의 종교교육을 받을 것을 졸업요건을 규정하고 있는 학칙”을 근거로 들고 있다.<sup>5)</sup>

우리나라 대학이 서열화되어 있는 상황에서 이러한 판결은 학생들에게 과도한 요구나 다름없다. 그럼에도 단지 학칙의 규정만을 근거로 하여 “사립대학에서 교육과정을 이수하고 있을 당시 구 교육법시행령 제56조에서 학칙의 기재사항으로 규정한 교육과정이나 졸업·학위수여에 관한 사립대학의 학칙은 그 내용이 법령에 위배되거나 학교교육의 본질에 반하는 등의 특별한 사정이 없는 한 당연히 원고에 대하여 구속력”을 인정하는 것은 학교의 입장만을 바라본 것이지 교육권의 주체로서 학생의 입장에 대해

3) 국가인권위 05진차297 결정.

4) 학생들이 정당이나 정치적 목적의 사회단체에 가입할 수 없도록 금지한 학교도 67곳(33.8%)이었다. 대학생학칙개정운동준비위원회, 대학민주화, 학생자치권 신장을 위한 대학학칙포럼 자료집, 2010.11.13. 8쪽 이하.

5) 대법원 1998.11.10. 선고 96다37268 판결.

서는 전혀 배려가 없는 판결이라 하지 않을 수 없다. 우리 법원은 학칙에 대해서 법적인 구속력을 인정하고 있다. 그렇지만 그 이유에 대해서는 아직도 명확하게 설명을 하고 있지는 않다.

억압적인 재학관계는 우리 교육의 창의성을 무너뜨리는 요인이 되기도 한다. 재학관계에 내재한 갈등상황, 즉 학교 및 교사와 학생·학부모 사이, 그리고 학교 설치자와 학생·학부모 사이의 억압적이고 불평등한 관계 속에서 교육이 정상적으로 구현되기 힘들다. 권력적 통제와 관리된 학교는 학생들을 무권리 상태에 빠뜨림으로써 자기주도적 학습과 자율적인 학교생활을 불가능하게 만들고 있다.<sup>6)</sup>

오늘날 유럽의 대학들은 민주주의와 인권의 가치 실현을 고등교육의 제일 중요한 가치로 놓고 있다.<sup>7)</sup> 이러한 흐름에서 볼 때 우리 고등교육기관의 경우 선행적으로 해야 할 일은 대학의 학칙부터 변경하는 작업일 것이다. 학칙 자체가 비민주적인 상황에서 민주주의와 인권의 가치를 강조하는 것은 논리상 모순이기 때문일 것이다. 나아가 학칙의 제정이나 개정에서 교육권의 주체인 학생들의 인권이 보장되고 학생들의 이해관계가 반영될 수 있는 여건을 만드는 것도 중요한 작업이 될 것이다.<sup>8)</sup>

본 연구에서는 고등교육에서 대학생의 민주주의와 인권 신장을 위해서 학칙을 어떻게 변화시켜 나갈 것인지를 다룬다. 먼저 학칙의 법적 성격과 구속력을 검토하여 문제점을 도출한다(II). 그리고 학생들의 교육권과 인권을 보장해야 하는 근거에 대한 접근을 통해서 법령과 학칙간의 역할을 재정립, 학칙의 제·개정과 학생 참여의 대안을 제시해 본다(III).

학교규칙으로서의 학칙은 고등교육기관이나 초·중등교육기관 모두에 해당된다. 또한 국공립학교뿐만 아니라 사립학교에서도 문제된다. 그러나 이 글에서는 국·공립학교와 초중등교육기관은 제외하고 사립의 고등교육기관의 학칙을 주 연구대상으로 한다. 다만 관련성이 있는 경우에는 같이 다루도록 한다. 또한 우리나라처럼 사립대학이 일정 정도 비중을 차지하고 있는 일본이나 미국의 학설이나 판례도 같이 검토한다.

6) 송병춘, “재학계약에 관한 연구”, 교육법학연구, 제15권 제2호, 2003, 108쪽.

7) Council of Europe, Higher Education and Democratic Culture: Citizenship, Human Rights and Civic Responsibility, Council of Europe higher education series No.8, 2008.

8) 안민석 의원의 조사에 의하면 “군사독재정권 시절 대학교성원 탄압의 수단으로 활용되었던 학칙의 독소조항이 오늘날 그대로 남아있어 민주적인 학칙개정이 시급한 것”으로 나타나고 있다. 이는 헌법이 보장하고 있는 정치적 자유, 집회결사의 자유, 언론출판의 자유에도 전면적으로 위배되고 있는 상황이라 하지 않을 수 없다.

## II. 학칙의 법적 성격과 구속력

### 1. 학칙에 대한 법적 규정

학칙의 개념에 대해서는 명확한 학문적 정의는 없다. 사전적 의미로 보면, 학칙은 학교 경영의 기본이 되는 규칙(school discipline)<sup>9)</sup>이다. 법적으로 보면 고등교육법 제6조 및 동법시행령 제4조가 학칙에 대해서 규정하고 있다. 고등교육법에 의하면 법령의 규정에 의하여 대학의 장이 제정하는 것이 학칙이 된다.<sup>10)</sup> 그러나 법령에서 말하는 형식적 의미의 학칙에 근거하여 대학운영과 관련한 하위의 각종 규정이 만들어 진다. 이 역시 대학운영에 관한 규범이라고 할 수 있다. 광의로 보면 이 역시 학칙에 포함시켜 볼 수 있다. 종래의 연구는 학교의 내부규정 전체를 학칙에 포함시키고 있다.<sup>11)</sup> 판례 역시 학칙을 광의의 의미로 보고 있다.<sup>12)</sup> 학칙은 학교와 학생의 재학관계도 규율한다. 이 측면에서 학칙이란 학교가 학생의 재학관계를 규율하는 자치법규 혹은 계약으로 정의할 수 있다.

고등교육법 제6조에 의하면, 학교의 장(학교를 설립하는 경우에는 학교를 설립하고자 하는 자를 말함)은 ‘법령의 범위 안에서’ 학교규칙(이하 “학칙”이라 함)을 제정 또는 개정할 수 있다(동조 제1항). 또한 학칙의 기재사항, 제정 및 개정 절차 등 필요한 사항은 대통령령으로 정하도록 하였다.<sup>13)</sup>

학칙에 기재해야 할 법정 사항은 매우 광범위하다. 먼저 고등교육법상 기재사항으로는 학생의 자치활동(동법 제12조), 학생의 징계(동법 제13조), 학교의 조직(동법 제19조), 학년도등(제20조), 교육과정의 운영(제21조), 수업등(제22조), 학점의 인정 등(제23조), 편입학(제23조의 2), 학생의 정원(제32조), 학위의 수여(제35조, 제54조, 제58조),

9) 네이버 백과사전의 정의이다. <http://100.naver.com/100.nhn?docid=185589>

10) 이를 형식적 의미의 학칙 혹은 협의의 학칙으로 이해하는 입장이 있다. 배영길, “대학의 학칙에 관한 연구 - 그 법적 지위 및 성질을 중심으로-”, 공법학연구 제5권 제1호, 2004, 299쪽.

11) 배영길, 위의 글, 299쪽.; 심지어 학내 관습법 또는 교육관행으로 널리 학내 구성원에 의해 학칙 규범으로 인식되고 있는 것이면 학칙으로 인정하는 입장도 있다. 김호정, “학칙의 법적 성질과 규율범위”, 외법논집 29집, 2008, 315쪽.

12) 대법원 1992.7.14. 선고 91누4737 판결.

13) 구교육법에서는 대학학칙에 대해서 인가제를 취하고 있었다. 또한 구고등교육법은 교육인적자원부장관에게 보고하도록 규정하여(제6조 제2항), 보고제를 규정하고 있었다. 그러나 법률 제10866호, 2011.7.21, 일부개정령으로 학칙 제·개정에 대한 보고의무제도 폐지되었다.

교육과학기술부장관은 학교가 시설, 설비, 수업, 학사(學事), 그 밖의 사항에 관하여 교육 관계 법령 또는 이에 따른 명령이나 학칙을 위반하면 기간을 정하여 학교의 설립자·경영자 또는 학교의 장에게 그 시정이나 변경을 명할 수 있다(동법 제60조 제1항). 이러한 시정이나 변경명령에 응하지 않는 경우 그 위반행위를 취소 또는 정지하거나 그 학교의 학생정원 감축, 학과 폐지 또는 학생 모집정지 등의 조치를 할 수 있다(동법 제60조 제2항).

고등교육법시행령 제4조 제1항은 15개에 달하는 학칙기재사항을 규정하고 있다(동행 제1호 내지 제17호 참조).<sup>14)</sup> 또한 국립의 교육대학 및 종합교원양성대학이 공모 방식으로 대학의 장 후보자를 선정하는 경우에는 그 선정에 관한 사항도 학칙에 기재하여야 한다(동법 시행령 제4조 제2항). 학교의 장이 학칙을 제정 또는 개정하고자 하는 때에는 학칙이 정하는 바에 따라 제정안 또는 개정안의 사전공고·심의 및 공포의 절차를 거치도록 규정하고 있다(동법 시행령 제4조 제3항).

## 2. 학칙의 법적 성격과 구속력

학칙의 법적 성격을 이해하기 위해서는 대학의 법적 성질과 재학관계와 대한 이해가 선행되어야 한다.

종래 우리나라의 경우 국립대학은 법인격이 없는 영조물로 이해되었다.<sup>15)</sup> 국공립대학을 영조물로 보게 되면, 학생의 재학관계의 법적 성질은 영조물 이용관계가 된다. 헌법재판소는 대학자치권을 인정하면서도<sup>16)</sup>, 국립대학의 법적 성질을 영조물로 이해하고 있다.<sup>17)</sup> 대법원 역시 큰 차이가 없다.<sup>18)</sup> 그렇다면 학칙의 법적 성질은 영조물이용규칙에 해당한다.

14) 여기에는 ① 전공의 설치와 학생정원, ② 수업연한·재학연한, 학기와 수업일수 및 휴업일, ③ 입학, 재·편입학, 휴·복학, 모집단위간 이동 또는 전과·자퇴·제적·유급·수료·졸업 및 징계, ④ 학위의 종류 및 수여, ⑤ 교육과정의 운영, 교과의 이수단위 및 성적의 관리, ⑥ 복수전공 및 학점 인정, ⑦ 등록 및 수강 신청, ⑧ 공개강좌, ⑨ 교원의 교수시간, ⑩ 학생회 등 학생자치활동, ⑪ 장학금지급 등 학생에 대한 재정보조, ⑫ 수업료·입학금 기타의 비용징수, ⑬ 학칙개정절차, ⑭ 대학 평의원회 및 교수회가 있는 경우에는 그에 관한 사항, ⑮ 기타 법령에서 정하는 사항 등이다.

15) 자세한 것은 임재홍, “대학 지배구조 개선방향”, 민주법학 제27호, 2005, 50쪽 이하 참조

16) 헌재 1992.10.1. 선고 92헌마68,76 결정.

17) 헌재 1992.10.1. 선고 92헌마68,76 결정; 헌재 1998.8.27. 선고, 97헌마372,398,4 결정.

18) 서울대학교는 국가가 설립·경영하는 학교임은 공지의 사실이고, 학교는 법인도 아니고 대표자 있는 법인격 없는 사단 또는 재단도 아닌 교육시설의 명칭에 불과하여 민사소송에 있어 당사자능력을 인정할 수 없다. 대법원 2001.6.29. 선고 2001다21991 판결.

## 8 \_ 인권 이론과 실천 제11호

사립대학의 경우에는 공법상의 영조물론에 대응하는 것이 사법상의 영조물론이다. 즉 사립학교는 학교법인이 경영하는 시설 즉 사적 영조물로 이해되고 있다.<sup>19)</sup> 사립학교의 학칙은 사립학교의 장이 일방적으로 정하는 사영조물의 이용규칙에 해당하게 된다.

재학관계란 학교와 학생(또는 학부모) 간에 맺게 되는 법률관계로서, 학생과 학교 또는 학교설치자(국가, 지방자치단체, 학교법인) 사이의 권리·의무관계를 말한다. 재학관계의 법적 성격에 대해서는 이를 행정법관계로 보는 입장, 사법관계로 보는 입장, 특수법관계로 파악하는 입장도 있다. 재학관계를 행정법관계로 본다는 것은 그것이 공법상의 원인에 의해 성립된다고 보는 것이고, 사법관계로 본다는 것은 그것이 당사자의 자유로운 의사에 의해 성립된다고 보는 것이다.

### 1) 행정법관계로 보는 입장

국가 등 행정주체가 우월한 지위에서 일방적으로 제공하는 것을 교육으로 본다면 재학관계는 행정법관계가 된다. 종래에는 이러한 재학관계를 특별권력관계<sup>20)</sup>로 파악하여 법치주의가 적용되지 않는다고 보았다. 오늘날에는 법치주의의 적용을 원칙적으로 인정하지만, 특별권력관계의 실체를 긍정하는 제한적 긍정설이 다수설의 입장이다. 다수설에 의하면 공법상 영조물 이용관계 등은 일반적인 행정법관계와는 다른 특성 즉 광범위한 재량과 같은 것이 있으므로 이를 특별행정법관계로 표현하고 있다.<sup>21)</sup>

일본에서도 과거에는 학교교육관계를 교원의 징계권을 중심으로 하는 권력작용 즉 국가의 권력작용으로 이해했다. 즉 학교교육에서의 윤리상, 기율성, 공법상의 영조물이 이용관계를 이유로 학교교육에 법적으로 우월성 내지 권력성을 인정하여 국공립학교의 학생의 재학관계를 특별권력관계라고 해석했다.<sup>22)</sup>

19) 원고가 학교법인인 조선대학교 병설의 공업고등전문학교의 졸업자임의 확인을 구하면서 피고를 위 공업고등전문학교장 “갑”으로 표시하고 있는 것이 위 학교를 피고로 한 소송이라면 이 학교는 학교법인 조선대학교가 경영하는 하나의 교육시설에 불과하여 당사자 능력이 없고 또 위 학교 교장인 “갑”을 피고로 한 소송이라면 이 교장은 위 학교법인의 기관의 하나로서 관계법령에 따라 학생의 입학 퇴학 전학 편입학 휴학 졸업 및 징계 등 소관 사무를 처리하는데 지나지 않으므로 교장이 이러한 학사사무를 처리할 권한이 있다고 해서 곧 교장에게 이러한 사항에 관한 민사소송상의 당사자적격이 있다고 단정될 수 없다. 대법원 1975.12.9. 선고 75다1048 판결.

20) 대륙법이론의 계승과정에서 발생한 독특한 현상으로 이해하는 입장도 있다. 최송화, “학칙의 법적 성격과 국가감독”, 서울대 법학 제37권 제1호(통권 제100호), 1996, 57쪽.

21) 홍정선, 행정법특강, 박영사, 2010, 76쪽.

22) 田中館照橘, “国公立大学学生の学生寮利用の法的關係(1)”, 明治大學 法律研究所, 法學論叢 第47卷 第2號, 1975, 116쪽. 재학관계를 특별권력관계로 보는 실익은 사회관계를 일반시민사회와 부분사회로 구별하고, 국공립학교의 학생의 재학관계는 부분사회에 해당하고, 학생은 특별한 포괄적 지

행정법학의 다수설은 학칙을 행정규칙으로 이해하고 있다.<sup>23)</sup> 즉 학칙을 영조물규칙의 일종으로서 행정규칙의 한 유형으로 파악한다. 특별권력관계론에 가장 충실한 해석이라고 할 수 있다. 그러나 교육관계를 권력관계로 이해하는 것은 교육의 본질에 반하는 것으로 문제가 있다. 또한 행정규칙인 학칙의 외부적 구속력을 인정하는 판례의 입장<sup>24)</sup>을 설명하기 어려운 난점이 있다.

반면 학칙을 자치규범으로 보는 입장<sup>25)</sup>도 있다. 대학의 자율권이 규범의 형식으로 구체화된 것이 학칙이라고 할 때, 대학자치의 영역에 속하는 사항에 대해서는 국가법령에 의하는 것보다는 학칙의 형식에 의하는 것이 헌법상 대학자치의 보장에 더 적합한 것은 물론이며, 그러한 점에서 학칙은 헌법상 보장된 자치권의 일 내용인 자치규범으로서 외부적 효력이 인정될 수 있다는 것이다.

헌법재판소도 이러한 자치규범설에 입각하고 있다. 즉 헌법 제31조 제4항이 보장하고 있는 대학자율성의 관점에서 학칙을 이해하는 입장이다. 즉 헌법이 보장하는 대학의 자율성에는 연구과 교육의 내용, 그 방법과 대상, 교과과정의 편성, 학생의 선발 등도 자율의 범위에 속한다고 보고 있다.<sup>26)</sup> 이러한 입장에 서면 학칙의 대외적 구속력을 인정할 수 있는 논리적 근거는 마련된다. 문제는 국공립대학을 영조물로 이해하면서 학칙에 대해서는 자치규범성을 인정하는 것이 논리적으로 모순되는 것은 아닌가 하는 이론상의 문제가 남는다. 이것은 논리상으로는 ‘병립불가능한 것의 결합’이지만, 그나마 헌법상의 대학자치론에 입각한 해석이라는 점에서 진일보한 것이라 평가할 수 있다.

배권에 복종한다는 것, 영조물이용관계는 윤리적 특질을 갖는 영조물의 이용관계이기 때문에 그 이용관계는 국공립학교의 이용자인 학생에 대하여 징계권등 인적인 기율을 부과할 수 있게 된다. 국공립학교 학생에 대해서는 법치주의의 원칙이 배제되기 때문에 법률의 근거가 없이도 기본권을 제한할 수 있는 영조물권력을 행사할 수 있다. 또한 학칙이나 고시 등에 의하여 법률의 근거 없이도 교육상 또는 학교관리상 필요한 범위에서 권리를 제한하거나 의무를 부과할 수 있다. 예를 들어 복장의 지정이나 집회의 제한 등이 가능하다. 의무위반의 제재는 사법심사의 대상이 되지 않으며, 재량권에 의하여 징계를 부과할 수 있게 된다.

23) 김동희, 행정법I, 박영사, 2007, 153쪽; 배영길, 앞의 글, 322쪽.

24) 판례는 학칙의 대외적 구속력을 인정하고 있다. 즉 학칙을 국민의 권리·의무에 관한 처분의 근거 또는 재판기준으로서 인정하고 있다. 구체적으로 보면, 학칙에 의한 퇴학처분을 항고소송으로 다루어(대법원 1992.7.14. 선고 91누4737 판결; 대법원 1991.11.22. 선고 91누2144 판결 등.), 학칙상의 절차에 위반한 징계처분은 위법하다고 보는 입장이나(대법원 1992.7.14. 선고 91누4737 판결), 학칙을 재판의 직접적 근거로 삼아 학칙에 따른 처분은 적법하다고 보고 있는 입장(대법원 1989.7.11. 선고 87누1123 판결)이 그러하다. “학교의 장은 교육상 필요한 때에는 법령 및 학칙이 정하는 바에 의하여 학생을 징계하거나 기타의 방법으로 지도할 수 있다.”(대법원 2004.6.10. 선고 2001도5380 판결).

25) 최송화, 앞의 글, 65쪽 이하.

26) 헌법재판소 1992.10.1. 선고 92헌마68,77 결정.

## 2) 부분사회론

학교는 국·공립이건 사립이건 관계없이 학생의 교육과 학술 연구 등을 목적으로 하는 교육연구시설이므로 그 설치목적 달성을 위해 필요한 제반 사항에 관하여 법령에 특별한 규정이 없는 경우에도 학칙 등을 제정하여 교육활동을 규율하고 학내 질서를 유지하기 위한 처분 등을 할 수 있다는 것이 부분사회론의 입장이다. 즉 학교는 일반시민사회와는 다른 특수한 부분사회를 형성하고 있으며, 교육관계의 포괄적, 유동적 성격으로 말미암아 학사·재정·인사 등에 대하여 자율적인 권능을 가질 필요가 있으므로, 이러한 자율적, 포괄적인 권능의 근거가 되는 법규범의 존재를 인정해야 한다는 것이다.<sup>27)</sup>

일본의 판례 중에는 이러한 입장에 선 것이 있다. 사립대학의 학칙제정권과 헌법상 시민적 자유권의 제한과 관련된 昭和女子大學事件에 관한 最高裁判所 判決<sup>28)</sup>이 있다. 이 판결은 사전 신고없이 교내에서 정치적 행위를 한 것과 허가 없이 학외단체에 가입한 것을 이유로 내려진 학교측의 퇴학처분을 다룬 것이다.

최고재판소는 “대학은 국공립·사립 여부를 불문하고 그 설치목적 달성을 위해 필요한 사항을 학칙 등에 의하여 일방적으로 제정하고, 학칙에 따라 재학하는 학생들을 규율하는 포괄적 권능을 가진다.” 특히 “사립학교는 그 독자성에 의하여 재학관계 설정의 목적과 관련하여 또한 그 내용이 사회적 통념에 비추어 합리적이라고 인정되는 범위에서 그러한 권능을 갖는다.”고 판시하고 있다.<sup>29)</sup>

이 사건의 원심에서는 부분사회론에 입각한 듯한 표현을 쓰고 있다. “일반 시민사회와는 다른 특별한 부분사회를 형성하고 있기 때문에 이러한 특수한 부분사회인 대학에 있어서 법률상 분쟁의 전부가 당연히 재판소의 사법심사의 대상이 되는 것은 아니며 일부 시민법질서와 직접 관계를 갖지 않는 내부적인 문제는 사법심사의 대상으로부터 제외되어야 할 것이다.”<sup>30)</sup>

일본에서 부분사회론은 종래의 이원적 파악, 즉 국공립대학의 재학관계는 영조물이용관계로서 특별권력관계론으로 보고, 사립대학의 재학관계는 사법상의 재학관계로서 파

27) 송병춘, 앞의 글, 120쪽.

28) 最高裁 昭和49.7.19.第3小法廷判決.

29) 이 판결에 대한 평식으로 다음을 참조하라. 高田敏, “大學在學關係と基本的人權”, 別冊 ジュリスト No. 64, 1979, 40-41쪽.

30) 名古屋高裁金澤支部1971.4.9.判決, 1970(行 コ).



악하는 입장을 극복하고 나온 이론이다. 그래서 국공립, 사립을 불문하고 일원적으로 자율성이 인정되는 부분사회로 보아 포괄적 권능을 대학에 인정하려는 입장이다. 사립 대학에 대해서도 공적 성질을 인정한 부분은 장점이지만, 학생의 기본적 인권을 배제할 수 있는 포괄적 권능을 대학에 부여한 것은 문제로 평가되고 있다.<sup>31)</sup>

부분사회론은 특별행정법관계로 보는 입장과 유사하면서도 상호 보완적인 역할을 한다고 평가할 수 있다. 왜냐하면 학칙이 법적인 근거가 없으면서도 학생들에게 구속력을 가질 수 있다는 근거를 부분사회의 법적 자율성에서 구함으로써 사법심사를 배제하거나 사법심사에 있어도 일반시민법질서의 적용을 거부하는 점에서 결론적으로 같다고 평가할 수 있다.

### 3) 계약관계로 보는 입장

교육법학계에서는 재학관계를 사법관계로 파악하는 것이 일반적인 입장으로 보인다. 학교와 학생·학부모 사이의 법률관계를 계약(=사적 자치)에 의해 자유롭게 설정되는 권리·의무관계로 보며, 권력관계가 아닌 대등한 당사자 사이의 관계로 본다. 따라서 재학관계에는 원칙적으로 민법이 적용되며, 다만 이러한 사적인 계약관계에 대하여 공법적 규율이 가해지는 것은 학생의 학습권 및 교육받을 권리 보장이라는 국가의 기본권 보장적 기능과 관련된 부분에 한정된다고 본다.<sup>32)33)</sup>

물론 구체적으로 들어가면 계약관계로 보더라도 차이는 있다. 예를 들면 교육법을 공법이나 사회법으로 파악하고, 재학계약이 일반 사법상의 계약과 다른 특수한 교육법계약으로 보는 입장이 있다. 신현직은 국공립학교를 불문하고 학교-학생의 법적 관계를 교육자치가 가능한 “교육법상의 재학계약관계”로 파악하고, 이러한 해석을 통해 종래의

31) 일본에서도 아동권리협약에 가입한 이후 부분사회론에 대한 비판이 거세지고 있다. 北川邦一, “子どもの権利と学校の規律権能 - 子どもの権利条約批准にあたっての「学校=法外特殊部分社会」論批判 -”, 大手前女子短期大学, 研究集録 第13号, 1993.; 市川須美子, 学校教育裁判と教育法, 三省堂, 2007 참조.

32) 송병춘, 앞의 글, 114쪽, 학교제도를 법정하고, 모든 국민이 보통교육과 일정한 중등교육을 받을 수 있도록 교육조건을 정비한다든지, 교육적 필요에 의한 학생에 대한 기본권 제한(=징계 등)의 한계를 설정하는 것이 그 예가 될 것이다.

33) 이렇게 재학관계가 계약에 의해 성립된다고 보고, 교육관계를 권력관계가 아닌 대등한 당사자 사이의 관계로 보는 견해는 교육(또는 교육급부의 내용)이 가르치는 자에 의해서 일방적으로 결정·제공되는 것이 아니라, 학교 교사의 전문적 판단과 학생·학부모의 참여라는 상호협력에 의해 이루어지는 것이라는 교육원리를 전제로 하는 것이다. 즉 교육현상은 교육하는 자와 교육받는 자 사이의 일방통행식 주입과정이 아니라, 상호작용이며, 나아가 학습자의 (자기)학습을 중심에 놓고 교사는 이에 조력하는 것으로 교육현상을 바라보는 것이다. 송병춘, 위의 글, 114-115쪽.

## 12 \_ 인권 이론과 실천 제11호

특별권력관계, 공법상 계약관계론, 사법상 계약관계론을 극복하고 “교육법상 특수한 계약관계”로 설정한다. 이 견해에 의하면 학교내부나 재학관계 내부라도 소송대상에서 배제할 이유는 없고, 학교당국의 교육권행사가 학생의 학습권과 기타 권리를 일방적으로 제한하는 경우에는 사법심사의 대상이 되는 것이고, 재학관계의 내부적 사항이어서 교육적 재량에 맡겨야 할 사항이더라도 소를 각하해서는 안되고 소송의 본안판결로서 고려해야 한다고 본다.<sup>34)</sup>

반면 재학계약을 순수한 사법계약으로 보려는 입장도 있다. 송병춘은 대등한 계약으로 이론 구성할 때 재학관계로부터 권력작용성을 배제하고 학생과 학교와의 사이에 자유의사에 기초한 대등한 교육관계를 형성할 수 있다고 본다. 즉 교육의 자유는 교육에 대한 자기결정권이 보장될 때, 즉, 교육서비스를 목적으로 하는 계약의 자유가 보장될 때 가능하다는 것이다. 물론 대등한 당사자 사이에 계약을 체결한다 하여도 구체적인 내용에 대해서까지 당사자 쌍방이 개별적으로 협의 내지 합의할 수 있는 것은 아니라고 한다. 그래서 재학계약은 학교측이 계약 내용을 일방적으로 결정하고 학생 측이 이것을 포괄적으로 승인함으로써 비로소 성립하는 것이며(부합계약성), 재학관계는 역사적으로 형성된 특수한 부분사회로서의 학교사회에 편입된다고 하는 신분취득의 의미가 있으므로 그 사회에 특유한 법률관계가 이미 존재하고 있고, 그로부터 일종의 포괄적 지배권이 성립되어 있다는 것을 부인할 수 없다고 한다.<sup>35)</sup>

국공립학교나 사립학교 모두 공교육에 포섭된다는 점에서 하나의 이론으로 재학관계를 설명하려고 하는 것은 유의미한 시도라 할 수 있다. 실제 학생과 학교의 관계를 파악하는 데 있어서, 국공립학교와 사립학교를 구별하여, 전자는 공법관계로, 후자는 계약관계로 파악하는 것 자체가 모순을 내포하고 있다. 재학관계를 근거 지우는 교육기본법, 초·중등교육법, 고등교육법 등의 교육관계법이 국·공·사립 불문하고 학교관계에 적용되고 있고, 교육 목적에도 아무런 차이가 없기 때문에 그 주체나 교육시설의 귀속이 한쪽은 국가, 지방자치단체이고, 다른 한쪽은 학교법인이라는 사정만으로 다른 관계로서 파악하는 것은 타당하지 않다.<sup>36)</sup>

계약관계로 보는 입장은 오늘날 일본에서의 다수설이자 판례의 입장이다. 대학과 학생의 재학관계를 재학계약관계로 보면 다음과 같은 해석상의 실익이 있다. 교육관련법은 그 법적용이 국공립학교·사립학교를 불문하고 동일하게 적용되고 있다. 따라서 그

34) 신현직, 교육기본권에 관한 연구, 서울대학교 박사학위논문, 1990, 168-169쪽.

35) 송병춘, 앞의 글, 121쪽.

36) 송병춘, 위의 글, 122쪽.

재학관계를 동일하게 계약관계로 구성하고 학교영조물의 이용관계에 대해서는 가스나 공영주택 등과 같은 경제적 영조물의 이용관계와 비슷한 것으로 파악하게 된다. 이 설에 의하면 교육 역시 기업이고, 기업의 권한으로서 학교관리주체는 학생이나 그 보호자에 대해서 어느 정도 포괄적인 권력을 행사할 수 있기 때문에 법령의 근거가 없어도 학칙·지시·명령 등에 의하여 계약관계를 일방적으로 형성할 수 있고, 이런 의미에서 일종의 부합계약관계로 이해한다.<sup>37)</sup>

재학관계를 계약으로 이해하면, 학교·교원·학생의 사이에 구체적인 권리의 대립관계가 인정되어, 학생의 권리를 구체적으로 침해하는 경우 법원에 소송을 제기할 수 있게 된다. 예를 들어 입학, 진급, 졸업의 거부, 징계처분 등 권리침해를 발생시키는 교육조치에 대해서는 소송제기가 가능하다. 학교교육을 일반적으로 비권력적인 작용으로 이해하여 학생에 손해를 끼치는 경우에는 민법상의 불법행위를 구성하고, 징계처분은 그것이 국공립학교이든 사립학교이든 재학계약상의 법률행위이고, 그에 대해서는 가처분을 행하고 민사소송을 제기할 수 있다.

그러나 계약관계라고 하더라도 계약내용을 당사자간의 자유로운 의사합치로 하는 사법상의 계약관계와는 구별되어야 한다. 문화적 서비스를 제공하는 것을 내용으로 하는 학교는 그 이용이나 가입관계에 대해서 교육관련법령에 의하여 광범위한 공법적 규제를 받고 있고, 다수의 학생과 직원 그리고 시설을 포괄하는 특수한 기능적 부분사회에서 필요한 범위에서 일방적으로 구성원의 권리의무를 대학 측이 형성하고 규율하는 포괄적 권능이 법적으로 인정되고 있는 점, 그 이용자는 법령 및 학교관리자가 일방적으로 정한 학칙 등에 의하여 사전에 정할 수 있다는 점 등을 고려할 때 특수한 내용을 가진 이용관계를 통상적인 계약관념으로 설명하는 것은 곤란하다.<sup>38)</sup>

#### 4) 평가

학칙의 경우에 문제가 되는 것은 두 가지 측면이다. 하나는 법률의 위임이 없이 대외적 구속력을 갖는 법규범으로 기능한다는 것이고, 다른 하나는 학칙이 대외적 구속력을 갖는 법규범으로 기능하기 위한 요건이 무엇인지를 찾는 작업일 것이다.

먼저 전자와 관련해서 중요한 것은 법률의 근거없이 학교의 장이 일방적으로 제정한 학칙이 법규범으로서 대외적 구속력을 갖는다는 점인데 종래의 이론 중에는 그 근거를

37) 田中館照橋, 앞의 글, 117쪽.

38) 田中館照橋, 위의 글, 121쪽.

## 14 \_ 인권 이론과 실천 제11호

법리적으로 설명하는데 초점을 맞추고 있다. 특별권력관계론(특별행정법관계론)이나 부분사회론이 그 역할을 수행하고 있다. 그러나 특별권력관계론(특별행정법관계론)은 교육의 본질에 부합하지 않는다. 부분사회론은 교육영역의 특수성을 설명하는 장점이 있으나, 법적 근거도 없이 학교자치도 부정되는 상황에서 만들어진 학칙의 대외적 구속력을 인정하기 위한 수단으로만 기능한다면 이 또한 특별권력관계론과 다를 바 없게 된다.<sup>39)</sup>

만약 학교를 자치를 주된 특성으로 하는 부분사회로, 대학의 경우 대학자치가 인정되는 부분사회라는 점을 전제한다면 부분사회론이 틀린 것은 아니다. 즉 자치조직을 법적으로 허용하고 학교의 구성원들이 합의하는 학칙을 제정하는 것이 법적으로 허용된다면, 그리고 헌법과 법률의 틀 안에서 합의를 이루어야 한다고 하면 문제되지 않는다. 다만 이 경우 법률의 개정이 선행되어야 함은 당연한 일이다. 즉 법률에서 학칙에의 구체적 개별적 위임을 명확하게 규정해야 한다.

두 번째 쟁점으로 넘어간다면 상황은 좀 더 복잡해진다. 왜냐하면 교육에 대한 헌법적 규정으로부터 시작하여 학칙을 이해할 필요가 있기 때문이다. 여기서 사립대학에 적용되는 헌법원리를 확인할 필요가 있다. 먼저, 학생은 교육권의 주체라는 점을 상기할 필요가 있다. 둘째, 사립대학도 헌법상의 대학자치가 인정되는 공교육기관이라는 점이다. 이들 설명에 대해서는 장을 바꾸어 접근한다.

### III. 대학자치 관점에서 학칙의 새로운 이해

#### 1. 교육권의 주체로서의 학생

##### 1) 학생 권리의 이중성

학교에서 학생은 이중적 지위를 갖는다. 하나는 일반 국민으로서의 지위이고 다른 하나는 학생의 신분으로서 지위이다. 두 관계가 중첩될 때 학생의 권리가 확장되는 측면

---

39) “학생이 사립대학학교에 입학이 허가됨으로써 그 학교법인과 사이에 발생하는 법률관계는 학생이 학교법인의 학칙과 규정 등을 승인하는 것을 내용으로 한 사법상의 재학계약관계라 할 것이고 학교법인은 인적, 물적 수단을 포함한 교육시설으로써 학생들에 대하여 교육을 실시하는 것을 본질로 하는 것이므로 그 교육시설의 질서를 유지하고, 그 이용관계를 명확히 하기 위하여 일방적으로 학칙과 규정 등을 제정하여 학생들에게 지시·명령을 발할 수 있다 할 것이며 입학허가를 받은 학생은 재학 중 입학 당시에 그 학교법인이 일방적으로 정한 학칙과 규정 등에 기속된다.” 서울고등법원 1989.10.20. 선고 89나19110 판결.

도 있지만 반대로 교육목적을 위해서 학생의 기본적 권리가 제한되는 경우도 발생할 수 있다. 그럼에도 고등교육법 제12조처럼 학생의 자치활동의 “조직과 운영에 관한 기본적인 사항”을 포괄적으로 학칙으로 정하도록 하는 방식은 타당하지 않다. 교과과정의 운영이나 수업에 관한 사항(동법 제19조 내지 제23조)은 “대통령령이 정하는 범위 내”라는 제한을 두고 있지만, 상위법의 수권이 없이 학칙에 의한 규율을 인정하고 있는 것은 문제이지 않을 수 없다.<sup>40)</sup>

학생은 대학관계에서 보호의 대상으로서의 지위 이전에 교육의 주체로서의 지위를 갖는다. 교육주체란 교육의 생성·발전·소멸의 과정을 주도적으로 이끌어 가는 교육집단 내지는 개인을 말한다. 법률적 측면에서 교육주체는 “어떠한 교육이 어떻게 이루어져야 할 것인가를 결정하는데 있어서 발언권 혹은 참여권으로서의 교육권을 행사할 수 있는 힘을 법적으로 인정받은 자”로 규정되고 있다.<sup>41)</sup> 종래에는 교육자를 교육의 주체로 보았다. 그래서 학생은 교육의 객체로만 다루었다.<sup>42)</sup> 이러한 사고는 국가교육권설의 입장에 서있을 때 가능하다. 교사는 국가의 신탁을 받아 학생을 지도·감독하는 권한을 행사할 수 있는 것이다. 그러나 국민교육권설을 취하게 되면 학생의 교육을 받을 권리가 교육권의 핵심적인 내용이 된다.

교육받을 권리의 주체는 아동(국민)이며, 아동의 친권자로서의 학부모가 교육권의 주체가 된다. 성년으로 보아야 하는 대학생은 스스로가 교육의 주체성을 가지게 된다. 교육관계에 있어서 교사의 교육활동뿐만 아니라 학생의 학습활동도 중요하다. 따라서 교육과정에서의 학생의 참여권을 인정해야 한다.<sup>43)</sup> 현행 교육기본법은 제2장 교육당사자에서 학습자, 보호자, 교원, 교원단체, 학교등의 설립자·경영자, 국가 및 지방자치단체를 규정하고 있고, 각 주체의 권리·의무관계를 정해 놓고 있다.<sup>44)</sup> 학습자의 경우 “학생을 포함한 학습자의 기본적 인권은 학교교육 또는 사회교육의 과정에서 존중되고 보호된다.”(동법 제12조 제1항)라고 하여 권리를 규정하고 “학생은 학습자로서의 윤리의식을 확립하고, 학교의 규칙을 준수하여야 하며, 교원의 교육·연구활동을 방해하거나 학내의 질서를 문란하게 하여서는 아니 된다.”(동법 동조 제3항)라고 하여 학교교육과

40) 배영길, 앞의 글, 314-315쪽.

41) 강영혜, 교육관련 주체들의 이념적 좌표분석 연구, 한국교육개발원, 2003, 28쪽.

42) 하운수, “현행 교육법상 교육주체 개념을 둘러싼 교육권의 재검토”, 교육법학연구 제12호, 2000, 230쪽.

43) 이러한 참여의 논리는 교육권의 주체로서의 지위뿐만 아니라 대학자치의 구성원이라는 점에서도 인정되어야 한다.

44) 1949년에 제정된 교육법(1949.12.31 법률 제86호)뿐만 아니라 이 이후의 개정과정에서 교육당사자 특히 학습자의 권리·의무에 대한 규정을 두고 있지 않았다. 동 조항이 입법화된 것은 1997년 12월 13일 교육기본법이 제정되면서부터이다.

## 16 \_ 인권 이론과 실천 제11호

정에서의 의무를 규정하고 있다.<sup>45)</sup>

이러한 교육주체로서 학생의 지위인정이 이루어져 구체적인 학생인권의 보장이 제도화된 부분이 초·중등교육기관에서 체벌의 제한(초·중등교육법 제18조 제1항)과 고등교육기관에서 학생자치활동의 보장(고등교육법 제12조)과 징계시 절차적 권리의 보장 조항(동법 제13조)이다. 학생을 교육주체로 보는 교육기본법 취지가 개별 법률에서 제대로 반영되고 있지 못하다.<sup>46)</sup> 따라서 사립학교에서의 재학계약을 순수한 사법상의 계약으로 보아서는 안된다.<sup>47)</sup> 무엇보다 학습자의 교육을 받을 권리를 보장하기 위해 사법에 일정한 수정을 가한 것이기 때문에 반드시 사법의 법리가 모두 적용될 수는 없는 것이다. 이런 맥락에서 재학관계의 법적 성질을 재검토할 필요가 있다. 재검토를 위해서는 우선 대학과 교육서비스 제공에 관한 부분과 국민으로서 보장되는 기본권의 주체로서의 측면을 나누어서 고찰할 필요가 있다.

---

45) 제13조는 보호자의 권리·의무를, 제14조는 교원의 권리·의무를 규정하고 있다. 현실에서 사실상의 주체로서 막강한 권한을 누리고 있는 학교등의 설립자·경영자는 권한이 없는 것은 아니나, 주로 의무중심으로 규정이 되고 있다. 즉 설립자·경영자는 교육을 위한 시설·설비·제정 및 교원 등을 확보하고 운용·관리할 의무(제1항), 교육내용의 학습자에 대한 사전 공개의무(제3항) 등이 그것이다. 이것은 국가나 지방자치단체가 공교육의 의무부담자로서 가지는 지위로부터 유래하는 것으로 이해해야 할 것이다. 동법상 국가 및 지방자치단체는 학교와 사회교육시설을 지도·감독(동법 제17조)할 권한을 갖지만, 내용적으로는 주로 교육권에 대응하여 주로 의무부담자로서 자리잡는다. 예를 들면 남녀평등교육의 증진의무(동법 제17조의 2), 학습윤리의 확립의무(동법 제17조의 3), 건전한 성의식 함양의무(동법 제17조의 4) 등이 그것이다.

46) 무엇보다 학생을 포함한 교육주체의 기본권의 보장보다 고도의 지식기반사회에 적응하기 위한 신자유주의적 교육개혁의 한계가 아닌가 싶다. 즉 학생중심의 교육, 학습자의 주도적·창의적 수업 형태라는 열린교육의 사고라는 명분보다 이면에 있는 교육서비스의 소비자로서의 학생을 염두에 둔 결과가 아닌가 한다. 하윤수는 이 때문에 교권과 학습권의 충돌과 기능을 우려하기도 한다. 하윤수, 앞의 글, 237쪽.

47) 판례는 사법상의 계약으로 이해하고 있다. 서울고등법원은 사립대학교에 입학이 허가된 학생과 학교법인과의 법률관계는 사법상의 계약이라고 판단하고 있다. 서울고법, 1989.10.20. 선고 89나19110 판결: 사립대학교에 입학이 허가됨으로써 그 학교법인과 사이에 발생하는 법률관계는 학생이 학교법인의 학칙과 규정 등을 승인하는 것을 내용으로 한 사법상의 재학계약관계라고 할 것이고 학교법인은 인적, 물적 수단을 포함한 교육시설로서 학생들에 대하여 교육을 실시하는 것을 본질로 하는 것이므로 그 교육시설의 질서를 유지하고 그 이용관계를 명확히 하기 위하여 일방적으로 학칙과 규정 등을 제정하여 학생들에게 지시, 명령을 발할 수 있다 할 것이며, 입학허가를 받은 학생은 재학 중 입학당시에 그 학교법인이 일방적으로 정한 학칙과 규정 등에 기속한다. 대법원 역시 비슷한 입장이다. 대법원 2006.9.8. 선고 2004다18859 판결: 사립학교측이 학생모집을 위해 공고한 입시요강은 사립학교측과 학생 사이에 형성된 재학계약상의 법률관계를 형성하기 위한 방법, 요령, 조건 등을 정하는 것으로서, 입학시험에 응시하고자 하는 사람들은 공고된 입시요강에 따라 그에 맞는 필요한 준비를 거쳐 입학시험에 응시할 수밖에 없으므로, 공고된 입시요강에서 정한 내용에 따른 공정한 사정절차를 거쳐 합격 여부가 결정될 것이라는 응시자들의 신뢰는 법적으로 보호받아야 할 이익이다.

## 2) 계약의 주체로서의 학생

학생이 학교에 입학하여 재학하는 관계는 학생에 대하여 집단적으로 교육을 실시하는 것을 목적으로 하는 인적·물적시설인 학교라는 교육기관을 이용하고, 이로부터 교육이라는 문화적 역무의 제공을 받는 것을 내용으로 하는 법률관계이어서 기본적으로는 대등 당사자간의 합의를 계기로 하여 성립하는 계약관계로 보는 것이 타당하다. 이런 의미에서 국공립학교의 경우와 사립학교는 거의 다를 것이 없다.<sup>48)</sup>

일본의 판결은 재학계약에서 사적인 성격이 주를 이룬다고 본다. 그래서 재학계약을 “대학이 학생에 대해서 학생으로서의 신분을 취득시켜, 법령이 정한 일정의 기준에 따라 교육시설을 제공하고, 이미 설정된 교육과정에 따라서 수업 등의 교육을 행하는 등의 의무를 부담하고, 타방 학생은 그 대가인 수업료 등을 학교에 지불할 의무를 부담하는 것을 주된 내용으로 하는 계약으로서 주로 준위임계약, 부수적으로 시설이용계약등의 성질을 아울러 가지는 유상쌍무의 계약”<sup>49)</sup>으로 이해한다. 그래서 입학시험에 합격한 자가 합격발표시부터 바로 재학계약관계의 구속을 받는다고 해석하는 것은 당사자의 합리적인 의사에 합치하지 않는 것으로서 상당하지 않고, 사회통념상 학생이 입학금을 납부한 경우에는 그 시점에서 해당 대학에 입학할 의사를 표시한 것으로 이해할 수 있기 때문에 입학금 지불 시부터 재학관계가 성립했다고 본다.<sup>50)</sup>

다만 학생은 교육권의 주체라는 점을 인정하여 언제든지 재학계약을 해제할 수 있다. 만약 재학계약이 순수한 사법상의 계약이라면 계약불이행의 책임과 그로 인한 손해배상의 문제가 발생한다. 더하여 대학입학시험합격자와 대학간의 재학계약에서 수업료 등을 반환하지 않는다는 취지의 특약<sup>51)</sup>이 있다는 대학측의 주장은 법원에 의하여 받아들여질 가능성이 있게 된다.<sup>52)</sup> 그러나 학생의 학습권이 헌법상 보장되기 때문에 이러한 해석이 가능한지에 대해서는 종래 의문이었다.

일본에서는 소비자계약법의 시행과 더불어 학납금의 반환<sup>53)</sup>을 둘러싸고 재학관계의

48) 人見剛, “在學關係の法的性質”, 行政法の争点(新版), 有斐閣, 1990, 307쪽.

49) 平成18年11月27日第二小法廷判決 平成17年(受)第1158号, 第1159号.

50) 大阪地方裁判所平成15年10月6日判決, 判例時報 1838号, 104쪽.

51) 대부분의 대학은 학칙으로 “일단 납입된 학납금은 어떤 이유에 의하든 반환하지 않는다”는 취지의 규정을 두고 있었다.

52) 시행전의 판례는 불반환특약을 전면적으로 유효하다고 하고 있다. 이런 판결로 다음을 참조하라. 大阪地方裁判所 平成14年(ワ)第9608号; 大阪地方裁判所 平成14年(ワ)第9609号; 大阪地方裁判所 平成14年(ワ)第9615号; 最判平成9年3月20日判決. 반면 인정한 사례가 전혀 없는 것은 아니다. 大阪高等裁判所 平成15年(ネ).

## 18 \_ 인권 이론과 실천 제11호

법적 성질에 대해 많은 판결<sup>54)</sup>이 내려졌다. 특히 소비자계약법의 시행 후 2006년 11월 27일 최고재판소의 판결<sup>55)</sup>이 내려졌다. 최고재판소 판결의 요점은 입학금은 반환의 필요가 없지만, 수업료·시설사용료 등은 원칙적으로 입학일의 전일인 3월 31일까지 입학의 사퇴서를 제출하면 전액 반환해야 한다는 것이다. 즉 재학계약은 준위임계약을 요소로 하는 것은 아니고, 복합적인 요소를 가지는 것이므로 학교교육법에서 정한 대학의 목적이나 대학의 공공성 등으로부터 교육법규나 교육의 이념에 의하여 규율되는 것이 예정되어 있고, 계약법의 원리가 친숙하지 않다고 한다. 결론적으로 재학계약은 유상의 쌍무계약의 성질을 갖는 사법상의 무명계약이라고 보았다.

물론 하급심 판결이나 학설 중에는 재학계약의 성질을 민법상의 위임계약을 유추하는 경우가 많지만, 이럴 경우 대학측의 계약해제가 제한되는 것을 설명할 수 없게 된다. 그래서 계약법의 원리가 당연히 적용될 수 없다고 보아야 한다.<sup>56)</sup>

학생측의 자유해제권은 교육을 받을 권리를 보장한 헌법의 취지로부터 인정되지만, 대학은 합리적인 이유 없이 재학계약을 해제할 수 없는 제한을 받는다. 이 역시 민법의 위임의 규정을 그대로 적용하는 것이 타당하지 않은 이유이기도 하다. 藤野博行은 대학이 재학계약을 합리적인 이유 없이 해제할 수 이유로 일본의 교육기본법이 개인의 존엄을 보장하고 학습권 나아가서 대학선택의 자유도 보장하고 있기 때문이라고 한다.<sup>57)</sup>

### 3) 헌법상 권리의 주체로서 대학생

대학생은 재학계약의 주체일뿐만 아니라 헌법상의 권리주체이기도 하다. 그럼에도 학칙은 학교장이 일방적으로 제정할 수 있으며, 사립대학의 경우 학칙을 통해 대학생들의 권리를 제한하는 것이 가능하다는 입장이 법원에 의하여 받아들여지고 있다.<sup>58)</sup> 이러한

53) 학납금반환소송이란 학교(주로 대학)에 합격후 일단 지불한 학납금(입학금 수업료 등)을 그 학교를 입학사퇴한 후에 반환청구를 하는 소송을 말한다.

54) 京都地判平成15年7月16日判決, 判例時報 1825号, 46쪽; 大阪地方裁判所15年10月16日判決; 東京地方裁判所平成15年10月23日判決 등.

55) 平成18年11月27日第二小法廷判決 平成17年(オ)第886号.

56) 그 근거로서 교육의 본질의 드는 입장(東京地裁平成15年10月23日判決)도 있다. 다수 학설도 준위임계약을 유추하는 것에는 부정적이다. 平野裕之, “在学契約の成立, 法的性質及び入学金をめぐる総合判例研究”, 慶應法学 1号, 2004, 331쪽 이하; 窪田充見, “入学金・授業料返還訴訟における契約の性質決定問題と消費者契約法”, JURIST 1255号, 2003, 92쪽.

57) 藤野博行, “學納金返還請求訴訟の再検討”, 國際大学法学論集 第18卷 第1・2合併号, 2011, 149쪽.

58) 일본의 사례에 대해서는 다음을 참조하라. 이성호, “헌법상 종교의 자유와 사립대학의 학칙제정 및 학생규율에 관한 권한”, 인권과 정의 250호, 1997, 37쪽 이하.



해석의 배경에는 국공립대학과 사립대학 사이에는 헌법의 적용이 다르다는 전제가 깔려 있다. 즉 국립대학은 헌법이 직접 적용되므로 헌법에 반하는 학칙은 무효가 된다. 그러나 사립대학은 헌법이 직접 적용되지 않고 간접적으로 적용되므로 민법상의 공서양속에 위반하지 않는 한 학칙은 대학생을 구속한다는 것이다.

대학과 학생의 재학계약은 민법상의 계약이다. 그런데 학칙에 대한 헌법의 적용은 국공립대학과 사립대학 사이에 차이가 발생한다. 이것이 사립대학에서 적용되는 공법과 사법의 이중적 지위에 기인하는 것으로 해석한다. 민법 학생은 입학할 때 이 학칙을 승인하고, 대학과 계약을 체결한 것이다. 그리고 법령에 의하여 대학이 학칙을 정한 것이므로 학생이 학칙을 위반하는 경우에는 그에 해당하는 징계도 가능하다. 이런 식으로 논리가 연결되면 헌법상의 기본권조항은 민법 앞에 굴복하는 결과가 된다. 물론 이러한 상황은 우리의 경우에도 별 차이는 없다.

실제 학칙의 역사를 보면 1980년대까지 국공립·사립을 불문하고 학칙은 마치 법의 규제를 넘어 대학을 통제하는 기능을 가지고 있었다. 그러나 1990년대 이후 대학의 학칙은 국가법령의 영향을 받게 되었다. 법에 반하는 학칙을 통제하는 것은 당연히 학칙의 규정을 무효로 하고, 학칙의 존재의의가 의심받는 단계에 이르게 된다.<sup>59)</sup>

최근 일본에서 주목받는 판결의 하나가 「中学校生徒心得」이라는 교칙에 대해서 법적 효력을 부정적으로 본 최고재판소의 판결이다.<sup>60)</sup> 이 판결전까지 일본 법원은 교칙 제정에 있어서 부분사회론에 입각하여 학교측의 재량권을 포괄적으로 인정하는 편이었다. 그러나 이 사건에서는, 해당 교칙 그 자체의 법적 구속력을 부정함으로써 학생이 이에 따를 법적 의무가 도 부정하는 판단을 내리고 있다.<sup>61)</sup>

문제는 대학이 학칙을 정할 때, 그 내용에 어떠한 제약도 없는 것인가 하는 점이다. 즉 민법상의 계약자유의 원칙이 법체계상 최고법규인 헌법의 인권보장에 기초한 제한을 받는다는 것을 잊어서는 안된다. 아직 이 부분은 법리적으로 해결되고 있지는 않다. 그러나 점차적으로 극복이 되어가고 있음을 느낄 수 있다.

일본 최고재판소는 2007년 판결에서 사립대학의 학칙보다 헌법상 학문의 자유가 우선적으로 적용된다는 판결을 내렸다.<sup>62)</sup> 이 사건에서 쟁점은 “학교법인이 그가 설치 운

59) [http://www.erp.sophia.ac.jp/Projects/ocw/research/fes/080930fes/poster/080930fes\\_poster\\_P4.pdf#search=高等教育における各種の有用性研究](http://www.erp.sophia.ac.jp/Projects/ocw/research/fes/080930fes/poster/080930fes_poster_P4.pdf#search=高等教育における各種の有用性研究).

60) 最判平八(一九九六)年二月二二日, 判例時報 1560号, 72쪽.

61) 大野拓哉, “最高裁校則判決の合意”, 弘前學院大學社會福祉學部研究紀要 創刊號, 2001, 5쪽 이하 참조.

62) 最高裁平成19年7月13日第二小法廷判決(裁判集民事225号117項, 判例時報1982号152項, 判例タイムズ1251号133項).

영하는 대학에 근무하는 교수에 대하여 동교수의 신문사와의 인터뷰 발언을 문제삼아 행한 계고처분과 교수에 대하여 업무명령으로서 교수회에의 출석 기타 교육활동을 중단하라고 한 직무상 명령”의 적법 여부이었다. 원심은 법인에 승소판결을 내렸지만 최고재판소는 학문의 자유와 고용관계의 대립점에서 학문자유 우선성을 강조하여 교수의 승소판결을 내렸다.<sup>63)</sup>

현재 일본의 사립대학은 학칙이나 각종 규정을 검토할 때 헌법의 위반여부를 우선적으로 판단하는 관행을 만들고 있다. 예를 들어 일본 上智大學의 경우 헌법을 근거로 현행 학칙의 문제점을 파악하고 개정하는 모습이나<sup>64)</sup>, 컴퓨터 부정이용자에 대한 제재를 가할 때 헌법이나 형법과의 관계에서 문제점을 파악하고 규정을 제정하는 사례<sup>65)</sup> 등을 찾아 볼 수 있다.

나아가 사립대학인 日本大学은 헌법의 이념에 맞추어 대학생의 인권침해를 방지하기 위한 “人權侵害防止ガイドライン”<sup>66)</sup>을 만들어 시행하고 있다. 이 지침은 인권침해를 “헌법이 보장하고 있는 법률상의 평등, 사상·신조·양심의 자유 및 언론의 자유에 관한 차별적 취급, 프라이버시의 침해, 취학·취업에 관한 기회균등이나 환경확보, 기타 기본적 인권을 침해하는 차별적 취급에 의하여 개인의 존엄을 부당하게 훼손하는 행위”로 폭넓게 정의하고 있다. 또한 성희롱도 이 지침이 금지하는 인권침해에 포함시키고 있다.

## 2. 대학자치의 구성원으로서 학생

사립대학의 경우에도 헌법상의 대학자치가 적용된다. 그러나 이를 보장하는 법이론이나 실정법제는 없는 것 같다. 독일의 이론에 의하면 특허기업에 유사한 것으로 보고 있다.<sup>67)68)</sup> 우리 법체계 역시 공공성이 인정되는 고등교육기관도 공교육의 하나로 규정하

63) 山岸喜久治, 最高裁判平成19年7月13日第二小法廷判決(裁判集民事225号117項, 判例時報1982号152項, 判例タイムズ1251号133項)―私立大学教員の二重的法關係=教育法關係と労働法關係―, 研究論文集 112号, 2011, 58쪽.

64) [http://www.erp.sophia.ac.jp/Projects/ocw/research/fes/080930fes/poster/080930fes\\_poster\\_P4.pdf#search='高等教育における各種の有用性研究'](http://www.erp.sophia.ac.jp/Projects/ocw/research/fes/080930fes/poster/080930fes_poster_P4.pdf#search='高等教育における各種の有用性研究').

65) <http://www.kisc.meiji.ac.jp/~skondo/ethics/1111f2.pdf#search='ネットワーク利用に関する学内罰則規定のあり方'>.

66) [http://www.nihon-u.ac.jp/about\\_nu/effort/human\\_right/guideline/](http://www.nihon-u.ac.jp/about_nu/effort/human_right/guideline/).

67) Achterberg/ Püttner, Besonderes Verwaltungsrecht Bd. I, 1990, 811쪽; Azzola(Hrsg.), Kommentar zum Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, Art. 7, Rdnr. 25; Lee See-Woo, Verfassungsrechtliche Grundprobleme des Privathochschulwesens(Diss. Tübingen), 1993, 100쪽 이하; 박윤훈, 최신 행정법강의(하), 박영사, 2001, 437쪽 참조.

고 있고<sup>69)</sup>, 대학교육기관은, 그것이 국공립학교이든 아니면 사립학교이든<sup>70)</sup>, 교육기본법상의 학교에 해당하기 때문에 사립대학 역시 국립대학에 준하는 법적 지위를 갖는다고 보아야 한다. 따라서 헌법이 규정하는 학문의 자유와 대학의 자율성으로부터 대학자치와 그 제도적 형태는 사립대학에도 적용된다. 따라서 사립대학의 자치나 자율성의 개념은 국가로부터의 자유뿐만 아니라 설립자인 학교법인으로부터의 자유까지도 포함하는 것이고 사립대학의 법적 성격도 이러한 자치의 지위를 인정할 수 있는 것이어야 한다.<sup>71)</sup>

대학자치의 주체와 관련하여서는, 종래 교수주체설(교수와 연구자의 조직이 주체라는 견해)과 전구성원주체설(학생을 포함한 전구성원이 주체라는 견해)이 대립하고 있었다. 우리나라에서 이 문제는 총장선거 및 대학의사결정과정에의 학생·직원 등 참여허용문제와 더불어 매우 심각하게 다루어진 바 있다. 대학분쟁의 과정을 통하여 등장한 새로운 대학자치론에서는 교육을 받을 권리를 가지는 학생과의 관계(학생참가론) 내지 대학의 사회적 책임과의 관계에서(열린대학론), 이들의 참여를 일부 허용하는 쪽으로, 새로운 대학자치의 방향이 모색되고 있는 것이 사실이다.<sup>72)</sup>

우리나라의 경우 헌법상 대학의 자치와 자율의 제도보장이 인정됨에도 불구하고 실정법률은 대학자치와 정면으로 배치되는 규정들을 두고 있다. 따라서 대학자치의 구성원으로서 교수나 학생의 존재를 인정하기는 쉽지가 않다. 대학의 본질을 ‘공법상 사단’으로 이해하는 독일<sup>73)</sup>에서는 대학자치의 구성원으로서 학생을 인정할 수 있고<sup>74)</sup>, 대학

68) 그러나 이러한 이론전개는 우리의 경우에는 큰 의미를 둘 필요는 없다. 독일의 고등교육이 거의 국립대학 위주이고 사립대학의 비중이 적은 반면 우리의 경우에는 사립대학의 비중이 압도적으로 크기 때문이다.

69) 교육기본법은 제1조에서 “교육은 홍익인간의 이념아래 모든 국민으로 하여금 인격을 도야하고 자주적 생활능력과 민주시민으로서 필요한 자질을 갖추게 하여 인간다운 삶을 영위하게 하고 민주 국가의 발전과 인류공영의 이상을 실현하는 데 이바지하게 함을” 목적으로 한다고 규정하고 있다. 이 조항이 적용되는 교육이란 초·중등교육뿐 아니라 고등교육을 거쳐 심지어 사회교육에까지 적용됨을 명백히 밝히고 있다.

70) 사립대학의 경우에도 사립학교법이 제1조에서 “사립학교의 특수성에 비추어 … 그 공공성을 양양함으로써 사립학교의 건전한 발달을 도모”함을 목적으로 규정하고 있는 만큼 공공성이 적용되는 것은 당연하다.

71) 임재홍, 앞의 글, 64쪽.

72) 배영길, 앞의 글, 301쪽.

73) 독일에서는 1968년의 대학구조개선을 위한 노력과 1972년 그리고 1973년의 대학관련 연방헌법 재판소의 판결 등의 영향으로 1976년에 독일 대학기본법이 제정되었고 1987년에 대폭 개정되어 대학의 자치적이고 구성원참여적인 지배구조가 정착되었다. 먼저 대학의 법적 성격에 대해서 독일 대학기본법 제58조 제1항 1문에서 대학의 법적 성격에 관한 명문 규정을 두고 있다. “대학은 공법상의 사단임(Körperschaften des öffentlichen Rechts)과 동시에 국가시설(staatliche Einrichtung)이다”. 중요한 것은 위 2가지 성격중 집단관리대학의 성격을 인정함으로써 국가시설의 성격보다 사단으로서의 성격이 강화되었다는 점이다. 임재홍, 앞의 글, 61쪽.

## 22 \_ 인권 이론과 실천 제11호

자치의 일부로 자주입법권을 포함시킬 수 있을 것이다.<sup>75)</sup> 해석론상 학칙은 계약의 약관 정도로 이해될 수도 있으나<sup>76)</sup>, 입법론상으로 보면 학칙의 자치규범성을 인정할 필요가 있으며, 이를 위해 법적인 정비가 필요하다.<sup>77)</sup> 무엇보다 대학자치의 입장에서 학칙의 자치규범성을 보다 강화시키기 위해서는 대학행정에 학생의 참여를 보장해야 한다.

학생의 참여보장의 방식은 다양할 수 있다. 예를 들어 미국의 럿거스대학의 경우 15인으로 구성된 이사회(Board of Governors)가 최고 의사결정기구가 된다. 이중 대학평의회에서 선출하는 교수대표(Faculty Representative) 2인과 학생대표(Student Representative) 1인이 참여한다.<sup>78)</sup> 미국의 유명 사립대학의 하나인 코넬대의 경우에도 64명으로 구성되는 이사회에 교수 대표 2인, 총학생회 대표 2인, 직원대표 1인이 참여하고 있다.<sup>79)</sup> 이외에도 참여형 대학자치구조를 취하고 있는 다수의 미국대학들이 학생참여를 허용하고 있다.<sup>80)</sup>

미국외에도 독일이나 영국의 대학에서도 학생의 참여를 보장하고 있다. 독일의 국립대학에서는 학생들은 대학의 구성원의 신분으로 대학의 운영에 참여하는 권리를 부여

---

74) 학생의 참여를 인정한 독일의 대학자치론으로서 대표적인 것이 3자동권론과 독일 대학기본법에 제도화된 집단관리대학론이 있다. 자세한 것은 임재홍, 위의 글, 59쪽 참조.

75) 독일 대학기본법은 대학은 주의 승인을 필요로 하는 학칙(Grundordnung)을 제정한다고 규정하고 있었다(독일 대학기본법 제58조 2항). 국가(연방)의 승인을 필요로 하지만 대학은 스스로 정관(Satzung)을 제정할 수 있다. 국가가 거부하는 경우의 조건은 법정되어 있다. 이 자주적 제정권도 중요한 전통적 자치권의 하나이었다. 물론 대학기본법의 폐지와 더불어 변화가 없는 것은 아니다. 2007년 연방의회는 독일에서 대학의 자치권을 더욱 확대하기 위해 대학기본법의 폐지를 의결했다. 대학기본법의 폐지는 대학의 자유를 보다 확대하고 연방정부의 규제로부터 대학을 벗어나게 함으로써 주에게 대학과 관련된 보다 많은 자율적 권한을 부여하는 조치로 해석된다. 대학기본법의 폐지와 함께 연방은 대학에 관한 입법적 관여를 더 이상 할 수 없게 되었다. 대학기본법을 폐지함으로써 생기는 입법의 공백은 주 단위의 입법을 통해 처리하도록 조치했다. 대학기본법의 폐지는 독일의 대학정책이 경쟁과 차별을 촉진한다는 본격적인 신호로 해석되고 있다. 영남대학교 교수회, 2010 총장 선출제도 연구, 2011, 31쪽.

76) 배영길교수는 고등교육법등 관련 법률에 학칙에 대한 일반적 수권규정이 명시되지 않은 상태에서, 학칙의 자치법규성을 인정하기는 사실상 어렵다고 본다. 배영길, 앞의 글, 319쪽. 반면 조성규교수는 현행법의 해석론상 학칙의 자치규범성을 인정할 수 있다고 본다. 즉 지방자치에서 자치입법권이 명시적으로 규정되고 있고 대학의 자치입법권이 명시적으로 규정되지 않아 규정형식상 차이는 있으나 지방자치에서 자주입법권이 헌법이나 법률에 의하여 창설되는 것이 아니고 지방자치의 본질상 당연히 내포되어 있다고 이해한다면 대학의 자주입법권도 명문규정이 없더라도 해석론상 가능하다고 보고 있다. 조성규, 대학 학칙의 법적 성격, 행정법연구 제17호, 2007, 79쪽.

77) 자치가 허용되고 있는 지방자치단체의 경우 법령의 범위 안에서 자치에 관한 규정을 제정할 수 있도록 한 헌법 제117조 제1항과 같은 조항이 필요하다. 헌법에 별도의 규정을 두지 못한다면 고등교육법 등 관련 법률에 학칙에 대한 일반적 수권 규정을 명시적으로 규정하는 것이 옳다. 배영길, 위의 글, 322쪽.

78) <http://ruweb.rutgers.edu/governance/>.

79) <https://trustees.cornell.edu/>.

80) 자세한 것은 박정원, “공존을 위한 사학 거버넌스의 개혁”, 사학문제 해결을 위한 연구회, 사학문제 해결을 모색한다, 2012.6.8, 192쪽 이하 참조.

받고 있다. 독일의 국립대학은 교원, 학생, 직원 등을 구성원으로 하는 공법상의 사단으로서의 법적 지위를 가진다. 따라서 교원, 학생, 직원들은 참여비율에 차이가 있지만 사단인 대학의 구성원으로서 대학의 자치행정에의 참여가 법적 권리로 보장된다. 영국의 대학들도 교원과 학생은 물론이요 동문과 지역사회의 인사들까지도 구성원으로 하는 사단법인의 성격을 갖는다. 따라서 학생들도 대학의 구성원으로서 대학 운영에의 참여가 보장되고 있다. 또한 1992년 이후에 대학의 지위를 획득한 대학에 있어서도 비록 학생들이 법적으로 대학의 구성원의 지위를 갖지는 못하지만 법률에 의해 이사회에의 참여가 허용되고 있다.<sup>81)</sup>

외국의 사례를 볼 때 대학자치를 위한 선결과제로서 국립대학의 경우 공법상 사단으로서의 성격이 입법화되고, 사립대학의 경우에도 사단적 실체를 인정하여야 한다. 대학의 사단적 실체를 인정하는 것은, 법논리적으로 대학의 자유를 보장하기 위한 전제조건일 뿐만 아니라, 나아가 소송상 당사자적격의 인정, 법기술적으로도 권리주장을 위한 필수적인 전제조건이 되기 때문이다.<sup>82)</sup> 이럴 경우 의결기관으로 중앙합의제 기관이 설치되고<sup>83)</sup> 여기서 학칙에 대한 제정권을 통해 학생인권과 학생의 교육과정참여권이 보장될 수 있을 것이다. 이 경우 학칙은 전형적인 자치규범으로서의 성격을 가지게 될 것이다.

## IV. 결론

우리나라에서 학생은 전통적 의미의 학문공동체의 구성원으로 인정받지 못하고 있다. 특히 사립대학은 법인이사회와 총장만이 의결권을 행사하고 있고, 대학의 구성주체인 교수나 학생은 학교시설의 이용자에 불과한 존재로 인식되고 있다. 당연히 대학생으로서의 기본적 인권이 존중될 리가 없다. 물론 헌법에 반하는 이러한 학칙을 법인이나 총장이 개선시켜 줄 여지가 없는 것은 아니다. 그러나 더욱 중요한 것은 위로부터의 지배라는 파시즘적 교육관이 고등교육관련 법률에 규정되어 있는 현실을 개선하지 않고서는 안된다는 점이다.

81) 황홍규, 대학의 거버넌스에 관한 비교법적 연구 - 일본, 미국, 독일, 영국 및 한국 -, 한양대학교 대학원 박사학위논문, 2010, 24-25쪽.

82) 임재홍, 앞의 글, 61쪽; 배영길, 앞의 글, 329쪽.

83) 현행 사립학교법은 제26조의 2에서 학칙의 제정 또는 개정에 관한 사항을 대학평의위원회의 심의사항으로 규정하고 있다. 그러나 대학평의위원회가 구성되었더라도 형식화되는 경우가 많고 심지어 구성 자체가 되고 있지 않은 대학도 많다.

앞서 본 것처럼 국민으로서의 권리뿐만 아니라 대학에서 교육권의 주체로서 역할을 할 수 있기 위해서는 대학자치를 실현하기 위한 입법적 개선이 필요함을 인정하지 않을 수 없다. 일본의 경우에는 법적인 형태는 아니나 대학생의 인권을 보장하기 위한 대학내부의 개선노력을 엿볼 수 있다. 반면 미국이나 독일의 대학은 법적·제도적 보장방안을 가지고 있다. 이러한 맥락에서 우리나라의 경우에도 대학의 사단적 실체를 인정해야 한다. 물론 이것은 장기적인 입법론적 과제에 해당할지 모른다. 그러나 적어도 학생이 참여하는 참여형 대학자치구조의 확립을 위해서는 이사회와 같은 의결기구에 학생 참여의 관행적인 보장 역시 고려해 볼만 하다.

## 참 고 문 헌

- 21C한국대학생연합회, 대학 내 비민주 학생탄압 사례 증언대회, 2010.2.5.
- 강영혜, 교육관련 주체들의 이념적 좌표분석 연구, 한국교육개발원, 2003.
- 고전, “학교법규상 기본적 인권 보장제도와 과제”, 교육법학연구 11호, 1999.
- 김동희, 행정법I, 박영사, 2007.
- 김용일, “신자유주의 교육개혁의 성과와 한계”, 교육연구, 37권 제3호, 1999.
- 김호정, “학칙의 법적 성질과 규율범위”, 외법논집 29집, 2008.
- 대학생학칙개정운동준비위원회, 『대학민주화, 학생자치권 신장을 위한 대학학칙포럼 자료집』, 2010.11.13.
- 박윤훈, 최신 행정법강의(하), 박영사, 2001.
- 박정원, “공존을 위한 사학 거버넌스의 개혁”, 사학문제 해결을 위한 연구회, 사학문제의 해법을 모색한다, 2012.6.8.
- 송병춘, “재학계약에 관한 연구”, 교육법학연구, 제15권 제2호, 2003.
- 신현직, 교육기본권에 관한 연구, 서울대학교 박사학위논문, 1990.
- 영남대학교 교수회, 2010 총장 선출제도 연구, 2011.
- 이성호, “헌법상 종교의 자유와 사립대학의 학칙제정 및 학생규율에 관한 권한”, 인권과 정의 250호, 1997.
- 임재홍, “대학 지배구조 개선방향”, 민주법학 제27호, 2005.
- 조성규, “대학 학칙의 법적 성격”, 행정법연구 제17호, 2007.
- 최송화, “학칙의 법적 성격과 국가감독”, 서울대 법학 제37권 제1호(통권 100호), 1996.
- 하갑수·하운수, 교육과 법률, 세종출판사, 1999.
- 하운수, “재학계약론에 관한 고찰”, 경성법학 제12호, 2003.
- 하운수, “현행 교육법상 교육주체 개념을 둘러싼 교육권의 재검토”, 교육법학연구, 제12호, 2000.
- 황홍규, 대학의 거버넌스에 관한 비교법적 연구 - 일본, 미국, 독일, 영국 및 한국 -, 한양대학교 대학원 박사학위논문, 2010.
- 홍정선, 행정법특강, 박영사, 2010.
- 배영길, “대학의 학칙에 관한 연구 - 그 법적 지위 및 성질을 중심으로 -”, 공법학연구

## 26 \_ 인권 이론과 실천 제11호

제5권 제1호, 2004.

高田敏, “大學在學關係と基本的人權”, 別冊 ジュリスト No. 64, 1979.

大野拓哉, “最高裁校則判決の合意”, 弘前學院大學社会福祉學部研究紀要 創刊號, 2001.

藤野博行, “學納金返還請求訴訟の再検討”, 國際大學法学論集 第18卷 第1・2合併号, 2011.

北川邦一, “子どもの権利と学校の規律権能 - 子どもの権利条約批准にあたっての「学校 = 法外特殊部分社会」論批判 -”, 大手前女子短期大学, 『研究集録』第13号, 1993.

山岸喜久治, “最高裁平成19年7月13日第二小法廷判決(裁判集民事225号117項, 判例時報1982号152項, 判例タイムズ1251号133項)-私立大学教員の二重的法関係=教育法関係と労働法関係-”, 研究論文集 112号, 2011.

桑原敏明, “教育權”, 眞野宮雄編, 現代教育制度, 第一法規, 1977.

市川須美子, 学校教育裁判と教育法, 三省堂, 2007.

窪田充見, “入学金・授業料返還訴訟における契約の性質決定問題と消費者契約法”, ジュリスト 1255号, 2003.

人見剛, “在学關係の法的性質”, 行政法の争点(新版), 有斐閣, 1990.

田中館照橘, “国公立大学学生の学生寮利用の法的關係(1)”, 明治大學 法律研究所, 法學論叢 第47卷 第2號, 1975.

平野裕之, “在学契約の成立, 法的性質及び入学金をめぐる総合判例研究”, 慶應法学 1号, 2004.

Achterberg/ Püttner, Besonderes Verwaltungsrecht Bd. I, 1990.

Council of Europe, Higher Education and Democratic Culture: Citizenship, Human Rights and Civic Responsibility, Council of Europe higher education series No.8, 2008.

Lee See-Woo, Verfassungsrechtliche Grundprobleme des Privathochschulwesens(Diss.), Tübingen, 1993.