

일본에 있어서의 家永教科書檢定第1次訴訟

卞 在 玉*

1. 개 설

家永(이에나가)教科書檢定訴訟이란 고등학교용 교과서 『新日本史』의 저자인 동경교육대학의 家永三郎 교수가 교과서검정제도는 위헌·위법이라 주장하여 제기한 일련의 소송사건을 말한다. 이 소송들은 제1차·제2차·제3차 소송으로 구성되어 있는데, 1965년 제1차 소송이 동경지방법판소에 제기되어, 1993년에 제3차 소송이 동경고등재판소의 항소심 판결로서 종결될 때까지 29년 동안 계속된 사건이며, 교과서의 내용에 일본군의 중국침략시의 중국인민의 학살 및 朝鮮侵略에 있어서 조선인의 항일에 관한 서술이 있었고, 이것에 대한 일본 문부성의 수정의견이 제시되어, 중국인 및 한국인을 자극하여 국제적 관심이 되기도 했다.

家永教科書檢定第1次訴訟이란 1965년에 제기된 것으로, 日本 문부대신의 교과서검정불합격처분(1962년)과 조건부검정합격처분(1963년)에 위헌·위법이 있음을 이유로, 1964년도 교과서를 출판하지 못함으로 인하여 발생한 逸失利益 87만여엔과 위자료 100万엔의 지불을 청구한 손해배상청구 소송이다. 동경지방법판소의 판결(1974년, 高律判決)은 교과서검정제도의

* 嶺南大學校 法科大學 教授, 法學博士

합헌성을 인정했으나, 검정의견의 일부에 재량권남용의 위법성을 인정하고, 10万엔의 청구를 인용했다. 동경고등재판소 항소심판결(1986년, 鈴木判決)은 재량권남용이 없다하여 청구를 기각했다. 최고재판소 상고심판결(1993년)은 상고를 기각하여 원고패소를 확정시켰다.

家永教科書檢定第2次訴訟은 1967년에 제기된 것으로, 같은 해의 개정 교과서검정불합격처분에 대한 취소소송이다. 동경지방법재판소 제1심판결(1970년, 杉本判決)은 개개의 검정처분의 위헌·위법을 인정하여 원고의 청구를 인용했다. 동경고등재판소 항소심판결(1975년, 峠上判決)은 불합격처분에 재량권유월의 위법성이 있음을 인정하여 취소를 면할 수 없다하여 항소를 기각했다. 上告審判決(1982년)은 교과서검정의 심사기준인 「학습지도요령」의 전면개정으로 재심이 필요하다하여 원판결을 파기환송했다. 재항소심판결(1989년, 丹野判決)은 소익이 없다하여 訴를 각하하고, 원고패소를 확정시켰다.

家永教科書檢定第3次訴訟은 1984년에 제기되었다. 1980년도 신규검정 신청에 있어서 改善意見 거부이유서의 강제제출, 1982년도 개정검정신청에 대한 거부처분 및 1983년도 개정검정신청에 대한 수정의견 부여 등의 위헌·위법성을 주장하고, 그것으로 인하여 교과서집필자가 사상·학문의 자유를 침해당하여 정신적 고통을 입었다하여 국가를 피고로 위자료 200万엔의 지불을 청구한 것이다. 동경지방법재판소의 제1심판결(1989년, 加藤判決)은 검정제도의 합헌성을 인정하고, 문부대신의 수정의견에는 재량권일탈이 있음을 인정하여 위자료 10엔만 인용했다. 동경고등재판소의 항소심판결(1993년, 川上判決)도 재량권일탈의 위법성이 있음을 인정하고, 항소인은 의사에 반한 記述制限·原稿改正 등으로 인하여 정신적 손해를 입었다하여 30만엔의 위자료청구를 인용했다. 국가는 상고를 포기함으로써 원고 일부승소로서 사건의 결말을 보게 되었다.

이상과 같은 교과서검정소송에 있어서 공통적인 논점은 교과서검정제도가 일본헌법 제26조 교육의 자유, 제21조 표현의 자유 및 검열금지, 제23조 학문의 자유 등에 위반하느냐의 여부에 있고, 또한 약간 기술적 측면을

떠는 것이지만, 검정제도가 일본 헌법 제13조·제41조·제73조 6호의 법치주의나 제31조 적정절차의 보장에 위반하지 아니하느냐는 문제도 논점의 대상이 되기도 했다. 또한 교과서검정제도가 위헌이라고 단정할 수 없다 할지라도, 구체적인 검정권한의 행사에 있어서 문부대신의 檢定裁量權의 성격과 그 한계가 어떠한 것이며, 어떠한 것이어야 하느냐가 중요한 논점으로 부상되게 되었다.

여기서는 제1차 소송에 대해서만 고찰하기로 한다.

Ⅱ. 제1차소송의 사건개요

원고는 1952년부터 고등학교용 교과서 「신일본사」를 집필하여 검정필교과서로서 발행해 왔다. 1960년 고등학교 「학습지도요령」의 개정에 따라 「신일본사」를 전면정정하여 1962년 출판사인 三省堂을 통하여 문부대신에게 교과서검정의 신청을 했으나 문부대신은 申請原稿에 323개소의 흠결이 있다하여 이를 불합격시켰다. 이에 원고는 수정을 가하여 1963년에 재차 검정을 신청하였던 바, 문부대신은 신청원고에 290개소의 흠결이 있으나 합격점에 도달하였다고 판단하여 흠결 수정후의 再審査를 條件으로 합격시켰다. 그리하여 1964년에는 内閣本에 대하여 17개소의 수정의견이 고지되었다. 원고는 이 修正指示에 따라 흠결을 수정하여 1964년도에는 출판하지 못하고 1965년도부터 교과서로서 발행했다.

본건 소송은 원고가 피고 국가를 상대로 본건 각 검정처분 즉 1962년도의 검정불합격처분, 1963년도의 검정조건부합격처분의 조건지시 및 수정의견고지는 위법이라 하여 위자료 100만엔과 1964년에는 교과서출판이 불가능했으므로 이로 인한 일실이익 875,785엔의 지불을 구하는 국가배상소송이다.

원고 주장의 요지는 본건 검정제도 자체가 헌법 제21조·제23조·제26조, 교육기본법 제10조 등에 위반하는 것이며, 설사 그렇지 아니하더라도 본건

각 검정처분에 있어서 문부대신의 검정의견에는 하자가 있어 재량권의 범위를 일탈한 위법한 것이라 하는데 있다.

Ⅲ. 제1심판결

1. 교육의 자유(헌법 제26조)

일본 헌법 제26조는 「① 모든 국민은 법률이 정하는 바에 의하여 그 능력에 따라서, 균등하게 교육을 받을 권리를 가진다. ② 모든 국민은 법률이 정하는 바에 의하여 그 보호하는 자녀에게 보통교육을 받게 할 의무를 진다. 의무교육은 이를 무상으로 한다」라고 규정하고 있는데, 원고는 교과서검정제도는 헌법 제26조에 의하여 보장된 교육의 자유 및 아동의 교육을 받을 권리(학습권), 국민의 교육권, 교사의 교육의 자유를 침해한 것이라 주장한다.

교육을 받을 권리에 있어서 교육의 시설·운영주체 여하 및 국가의 교육통제권의 범위여하에 관하여 國家教育權說과 國民教育權說이 대립되어 있고, 절충설로서 大綱的基準說이 있다.¹⁾ 前說에 의하면 오늘날 의회민주주의에 있어서 공교육은 옛날의 가정에 있어서 사적 교육에 대신하여 조직적·기능적으로 실시 운영되며, 국가는 국민의 신탁에 따라 교육행정을 추진할 책무를 지고 있으므로, 그 기능은 단순히 교육의 외적 조건의 확립에 그치는 것이 아니라 교육내용에도 미칠 수 있다. 교과서검정제도도 교육행정의 일환으로서 교육의 기회균등·교육수준의 유지향상 등의 교육목적을 달성하기 위하여 실시되는 것이므로 일본 헌법 제26조에 위반하는 것이 아니라 한다.

이에 대하여 國民教育權說에 의하면 교육을 받을 권리를 생존권의 문화

1) 일본 최고재판소는 北海道学力テスト 사건(1975.5.21 刑集 30권 5호 615면)에서 양설을 모두 국단적이라고 배척하고 절충설로서 大綱的基準說을 취했다. 이에 의하면 대강적 기준의 범위내에서 교육의 내용 및 방법에 관한 국가의 통제권능을 인정한다.

적 측면에서 보장한 것으로 보고, 어린이의 교육을 받을 권리와 아버이의 교육의 책무를 전제로, 국가에 대하여 公교육제도의 설치운영 등의 책임을 정한 것이므로, 국가는 교육의 외적 조건의 정비·확립에 대해서만 권한을 가지며, 교육내용에 개입할 수 없다고 한다.²⁾ 이 설에 의하면 교과서검정 제도는 본조 위반을 면할 수 없게 된다.

본 판결은 국가교육권설에 따라 교과서검정제도를 합헌으로 보았다.

2. 교육행정의 「부당한 지배」로부터의 해방

교육기본법 제10조는 「① 교육은 부당한 지배에 복종함이 없이, 국민 전체에 대하여 직접 책임을 지고 행하여져야 할 것이다. ② 교육행정은 이러한 자각하에서, 교육목적의 수행에 필요한 제조건의 정비확립을 목표로 행하여지지 아니하면 안된다」고 규정했다. 이 조항의 해석을 둘러싸고 양 당사자의 견해는 정면으로 대립된다.

原告의 주장에 의하면 동조항의 취지에 따라 교사는 아버이의 신탁에 의하여 아동·생도의 교육을 맡는 것이므로, 교육은 전문지식을 갖춘 교사의 자주적 판단에 맡겨지고, 교사는 공권력에 의하여 제약되지 아니하는 교육의 자유를 가지는 반면, 국가의 교육행정은 교육목적수행에 필요한 외적 조건의 정비에 한정되고 교과과정 등 교육내용에의 권력적 개입은 허용되지 아니한다고 한다. 이러한 주장에 따르면 국가의 교과서검정은 본조항위반이라 할 수 있다.

이에 대하여 裁判所는 다음과 같은 판단을 했다. 즉, 교육은 일반행정과 달리 교사의 주체적·자주적 활동없이 교육효과를 올릴 수 없으므로, 교사의 창의를 존중되고 외부세력의 「부당한 지배」로부터 독립해야 한다. 그렇다고 하여 공교육에 있어서 그 방법·내용에 대한 교육행정이 원칙으로 배제되고 다만 전국적 기준의 설정이나 지도조언을 할 수 있는데 그칠 정

2) 이러한 주장은 교과서검정제2차소송에 있어 교과서검정을 위헌으로 판시한 동경지방법판소의 제1심판결(杉本判決)의 취지이기도 하다.

도로 교사의 교육의 자유·독립이 배타적 절대적이라고 할 수 없다. 국가는 복지국가로서 교육의 책무를 수행하기 위하여 국민전체에 대하여 교육의 기회균등과 교육수준의 유지향상을 기해야 하므로, 법령에 의한 행정권의 행사는 그것이 교육의 본질을 침해하지 아니하는 한, 「부당한 지배」에 해당되지 않고, 허용되는 것이라 할 수 있다.

3. 학문의 자유(헌법 제23조)

일본 헌법 제23조는 국민의 기본권으로서 학문의 자유를 보장하고 있는 바, 원고는 학문연구의 성과를 교과서의 형태로 발표하는 것을 검정하는 것은 본조위반이라고 주장한다.

그러나, 학문의 자유 속에 교육의 자유도 포함되느냐의 여부는 검토를 요한다. 학문의 자유 자체는 일반국민에게 보장된 것이라 할지라도, 학문의 자유와 교수의 자유 내지 교육의 자유는 반드시 동일물은 아니며, 대학 등 고등교육기관에는 학문의 자유의 범주에 연구·교수의 자유를 포함하는 것이라 해석할 수 있다 할지라도, 그보다 下級 教育機關에 대해서는 교육의 본질상 일정한 제약이 수반하는 것은 당연하며, 양자를 달리 취급하여도 학문의 본질에 반하는 것은 아니다.

학문의 자유는 하급교육기관의 교육의 자유를 포함하지 아니한다는 또 하나의 이유로서 하급교육기관에 있어서의 교육의 본질에서 유래한다. 하급교육기관에 있어서의 교육의 대상은 심신의 발달이 불충분한 아동·생도이며, 그 교육 또한 보통교육으로서 교육의 기회균등·교육수준의 유지향상을 꾀하기 위한 적당한 범위에 있어서의 교육내용·교재·교수방법의 획일화 및 교육의 중립성 확보가 필연적으로 요청되며, 대학생과는 달리 아동·생도는 비판력도 없으므로 교실은 교사 자신의 학설·연구결과를 발표하는 장이 아니라는 점 등이 교육의 자유를 제약하는 요소가 된다. 따라서 하급교육기관에서 쓰이는 교과서에 검정제도를 실시하여도 학문의 자유에 위배하는 것이라 할 수 없을 것이다.

4. 각국에 있어서 교육의 자유 (생 략)

5. 표현의 자유(헌법 제21조)

原告는 교과서 검정은 공권력에 의하여 일반국민의 표현의 자유를 침해하고, 검열제를 실시하는 것이라 주장했다. 이에 대하여 被告는 교과서검정은 교과서로서의 사용제한에 관한 사항이며 표현의 자유와는 무관계하다고 한다. 즉 교과서검정은 행정청이 특정의 저작물에 대하여 교과서로서의 자격을 부여하는 일종의 特許行爲이며, 이것은 행정청의 자유재량에 속하는 사항으로서, 검정신청자에게는 그러한 특권의 부여를 청구할 권리가 없을 뿐 아니라, 신청자는 신청도서를 교과서로서는 불합격하더라도 일반시판도서로 발행하는 것을 금지하는 것이 아니므로, 교과서검정은 표현의 자유와 관계없는 별개의 제도이라고 주장한다.

당사자의 이러한 주장에 대하여 법원은 다음과 같이 판단했다. 교과서검정의 법적 성격에 관하여는 확인행위설, 특허행위설(피고주장), 허가행위설(원고주장)이 있다. 교과서검정이란 아동·생도에게 필요하고도 적절한 교육을 실시하고, 교육의 기회균등·교육수준의 유지향상을 꾀하는 교육적 견지에서 실시되는 것이므로, 이 한도에서 일반국민이 가지는 표현의 자유가 제한되는 경우가 있다고 보아야 할 것이다. 교과서검정의 취지를 이와 같이 보면, 그 법적 성격에 관한 여러 학설 중, 특허행위설은 교과서 검정권자가 교과서 발행에 관한 절대적 권한을 가지고, 이를 검정신청자에게 分與하는 것으로 풀이되므로 타당하지 않다.

또한 교과서검정의 절차를 보면 확인행위적 성격이 없는 것은 아니나, 검정기준(절대조건·필요조건)에의 해당성 여부에 대하여 교육전문적 배려에서 재량권이 예정되어 있다는 점에서 확인행위라 보기 어려운 점이 있다. 따라서 교과서검정은 신청도서에 대하여 교과서로서의 발행·채택을 許可하는 제도라고 해야 할 것이다.

교과서검정을 위와 같이 볼 때에 과연 이 제도가 표현의 자유를 침해하며, 검열금지의 규정에 저촉되는가가 문제된다. 판단컨대, 교과서검정은 허가행위로서 검정에 합격하므로써 교과서로서의 자격을 취득하며, 국민은 표현의 자유를 가졌다하여 특정저작물을 교과서로 인정해줄 것을 요구할 권리를 가지는 것은 아니다. 또한 국민은 이미 출판된 도서를 교과서로서 검정해 줄 것을 신청할 수 있고, 또한 검정불합격 저작물을 일반시판도서로서 출판함에 있어서도 제약을 받는 것은 아니다. 이와 같이 보면 교과서검정은 사상심사도 출판물사전검열도 아니라 할수 있다.

6. 적정절차의 보장(헌법 제31조)

원고는 교과서검정제도는 기본권 침해적인 행정처분임에도 절차적 보장규정이 정비되어있지 아니하므로 헌법 제31조 「누구든지 법률의 정한 절차에 의하지 아니하고는 생명 또는 자유를 박탈당하거나 또는 기타의 형벌을 받지 아니한다」에 위반된다고 한다. 그러나 헌법 제31조의 문헌은 「처벌을 받지 아니한다」고 규정한 점 등을 감안하면, 동조는 주로 형벌권의 발동에 대하여 인신의 자유를 보장하는 기본적 원리로 보아야 할 것이다.

7. 법치주위(헌법 제13조, 제41조, 제73조 6호)

법치주의와 관련하여 교과서검정제도는 다음과 같은 문제점이 있다하여 다투어 졌다.

(1) 교과서검정제도의 법적 근거 원고는 교과서검정제도에 법적 근거가 없는 것으로 법치주의에 반한다고 주장한다. 현행교과서검정제도에 대한 정면적인 명문으로 검정내용·기준·절차 등을 정한 법률이 없음은 원고가 지적한 대로이다. 그러나 현행법상 그 권한의 조직법상의 근거 및 절차 등을 정한 법규는 다음과 같다.

학교교육법 제21조, 제88조

문부성설치법 제5조, 제8조, 제27조.

교과서의 발행에 관한 임시조치법

학습지도요령

교과용도서검정규칙

교과용도서검정기준

(2) 학습지도요령의 법적 구속력

(생 략)

(3) 절차적 보장 교과서검정은 국민의 기본적 인권인 표현의 자유에 중대한 관계가 있으므로, 그 검정권한행사는 실제적으로 정당할뿐 아니라 절차적 공정성이 제도적으로 담보되어야 한다는 것이 법치주의의 요청이라 할 수 있다. 원고는 이러한 교과서검정을 위한 절차적 공정성이 보장되어있지 않다고 주장한다.

그러나 법원은 이 주장을 배척했다. 현행 교과서검정에 대해서는 교과서검정기관의 조직과 검정기준이 구체적으로 정하여지고, 그 내용은 일반에 공시될뿐 아니라, 검정절차의 운용에 대해서도 검정실시년차계획을 수립하여 시행한다. 검정심사의 공정성확보를 위한 심의기관의 설치, 검정결과통지 및 그 이유의 고지, 검정에 있어서의 의견개진의 기회부여, 검정불합격처분에 대한 이의신청의 방법 등등이 정비되어, 당사자예의 고지, 청문등의 절차적 보장이 실현되어있다고 할 수 있다.

8. 결론

제1심은 본건 검정제도자체는 위헌·위법이 아니나, 문부대신의 검정의견 중 1962년도의 11개소, 1963년도의 8개소는 부당하며, 1963년도의 해당개소에 대한 수정지시는 위법으로서 위자료 10만엔의 한도에서 원고의 청구를 일부 인용했다.

IV. 제2심판결

제2심에 있어서도 家永교수의 주장의 기본적 시점에 달라진 것은 없으나, 제1심에 있어서보다 그 주장에 이론적 정비가 되어 있고, 특히 재량권 남용의 주장은 더욱 명확하게 되었다.

제1심판결에 있어서는 교과서검정제도의 위헌성 주장을 배척하고, 다만 문부대신의 일부 검정의견에 있어서 條件指示 및 修正指示를 붙인 것은 위법이라 하여 위자료청구의 일부인 10만엔만 인용했다. 이에 대하여 본판결은 家永교수의 주장을 모두 배척하고, 항소를 기각했다.

본판결은 그 이유의 일부에 관하여 제1심판결의 說示를 引用했으나, 憲法判斷에 관한 부분 등 중요부분에 대하여서는 새로운 판단을 했다. 그 중에서 다음 몇 가지만 고찰하고자 한다.

1. 표현의 자유(헌법 제21조) 위반의 주장에 대하여

항소인의 주장에 의하면, 教科書原稿의 심사는 단순한 形式審査가 아닌 내용심사로서 思想審査에 연결된다. 따라서 교과서검정은 檢閲에 해당하는 것으로서 違憲이라 한다. 검정제도가 검열에 해당하지 아니한다 할지라도 사전억제에 해당되어 위헌이다. 또한 교과서검정제도를 구성하는 여러 법령은 그 내용이 전체로서 극히 漠然하고 多義的·包括的이며, 검정권한의 행사에 있어서 검정권자의 자의를 배제함에 족할 정도로 객관적으로 명확한 기준을 미리 제시했다고 할 수 없으며 法文의 明確性의 原則에 반하므로, 검정제도는 위헌이라 한다.

여기서 교과서검정제도가 검열에 해당하는가를 검토하기 전에 항소심 재판소에서는 동제도의 법적 성격을 검정신청자에 대하여 교과서출판의 자격을 부여하는 設權處分 즉 강학상 特許行爲라고 먼저 밝히고 있다. 그것은 교과서검정의 합격은 학교에서 교과서로서 사용할 수 있는 법률상 자격을 부여·설정하는 행위이기 때문이라 한다.³⁾ 이것을 許可行爲라고 본다면 검

검정불합격처분을 받은 圖書 또는 原稿는 교재 또는 기타 서적으로서 발행되는 것이 금지되고, 이렇게 되면 교과서검정은 검열에 해당되기 때문이다.

교과서검정의 법적 성격을 이와 같이 보고, 그것이 검열에 해당되는 여부를 고찰하면 다음과 같은 결론을 얻을 수 있다고 한다. 즉 교과서검정에 있어서 사상내용 등을 심사하는 경우가 있다할지라도 그것은 교과서용도서의 특성상 中立·公正을 유지하기 위한 심사일뿐이며, 교과용도서로서 신청대상이 될 수 있는 것은 출판전의 원고에 한하지 않고, 이미 市販되고 있는 도서도 신청대상이 될 수 있는 바, 이것은 교과서검정이 출판전의 事前審査가 아님을 의미하며, 또한 검정불합격 도서일지라도 일반시판용으로서 출판·판매할 수 있는바, 이것은 검열제에 해당되지 아니함을 의미한다.

또한 항소인은 검정관계법령이 法文의 明確性의 原則에 반하므로 위헌이라 한다. 상기 법령중 教科用圖書檢定基準에 의하면, 예컨대 絕對條件 3항(공정성)에 「특정의 정당이나 종파에의 편중」이나 「그 주의나 신조를 선전 또는 비난」이라는 문언은 극히 다의적이며, 또한 必要條件 2항(정확성)에서는 「오류」, 「부정확」, 「일면적」이라는 문언 등을 사용한바, 이것은 검정권자의 주관에 의한 恣意를 허용한 것이라 주장한다.

이에 대한 抗訴審 判決은 다음과 같다. 즉 차세대의 담당자인 어린이의 건전한 육성에 기간이 되는 교과서에 대하여 국가는 관심을 갖지 않을 수 없으며, 교과서 내용은 執筆者의 創意와 연구에 의존되는 바이나, 타면으로는 교과서검정의 공정성을 위하여 미리 그 기준을 마련하여 공고하고 있다. 그런대 교과서검정은 사상 등 표현물에 대한 심사라는 특질상 이에 상응한 裁量性을 인정할 필요가 있다. 모든 경우를 상정하여 이에 타당한 劃一的·一義的 基準을 마련함은 극히 어려울뿐 아니라, 이러한 기준을 둔다면 국가가 국정교과서를 저작하는 결과가 된다. 이와 같이 본다면, 오히려 획일적 기준을 마련하지 아니하므로써 집필자에 自由로운 發想의 여지를 남겨주는 것이라 할 수 있고, 교과서검정의 특질상 검정기준은 어느 정도

3) 항소심의 이러한 판단은 제1심판결이 교과서검정을 허가라고 본 것과 대조적이다. 그러나 이러한 상이점은 교과서검정이 위헌이 아니라는 결론을 도출하기 위한 이론전개에는 아무런 차이점이 없다.

包括的 表現으로 정할 수밖에 없다 할 것이다. 항소인이 지적인 용어들은 가치판단을 수반하는 것들이므로, 심사에 있어서 주관적 요소가 개입될 여지가 있음을 부인할 수 없으나, 집필자가 양식으로써 時代의 常識에 따라 심사숙고하면 스스로 각 사항에 대한 표준적 해석 판단을 도출할 수 있을 정도라고 할 수 있으며, 결국 검정의 특질을 고려하면 검정기준이 불명확하다하여 위헌·무효라 할 수 없을 것이다.

2. 교과서검정처분에 있어서 檢定權限濫用的 違法

抗訴人은 문부대신이 교과서검정처분을 함에 있어서 재량권남용 및 유월의 위법이 있음을 주장한다. 그 취지는 다음 여러가지이다.

첫째, 교과서검정처분에 있어서 재량권행사 한계로서 검정목적의 消極性과 조사범위의 大綱性을 들 수 있다. 이것은 학교교육법 등의 입법목적에 내재하는 한계이다. 또한 검정기준의 각조항의 해석적용도 이와 같이 소극성·대강성·명백성의 테두리 안에서 객관적·한정적으로 하여야 하는바, 여기에는 정확성, 내용의 선택, 조직·배열·분량 및 표기·표현의 항목이 있는데 이들은 모두 엄격히 縮小解釋되어야 한다고 주장한다.

둘째, 재량권행사의 한계로서 平等原則을 든다. 동일한 검정기준하에서는 동일한 내용의 처분이 행하여져야만 하며, 이 경우에 있어서의 比較對象은 동일인의 타년도 신청도서와의 상호비교뿐 아니라, 다른 신청인의 신청도서와의 비교도 포함된다 할 것이다. 이와 같은 평등의 원칙에 반하는 검정처분은 「행정행위에 있어서의 一貫性의 결여」라는 하자를 띠게 된다.

셋째의 재량권행사의 한계로서 比例原則을 주장하는데, 행하여져야 할 행정처분과 의도된 목적의 실현과의 사이에는 합리적인 비례관계가 유지되어야 한다는 것이다. 이를 교과서검정에 적용하면 검정의 목적은 교과서로부터 결함을 제거하는데 있으며, 이 목적실현을 위하여 불합격처분 또는 수정명령(조건부합격처분)이 必要不可缺한 것인가를 較量해 보아야 한다. 그런데 항소인의 신청원고는 합계 약 20만자로 구성되는데, 그 중 불합격

의 이유로 되는 323개소의 기술분량은 전체 원고의 1% 미만이며, 이 부분의 당부를 이유로 원고 전체가 불합격처분이 되었다. 이러한 사정하에서 문부대신은 指導助言을 하거나 또는 條件處分으로 바꾸어야 할 것인데도 바로 불합격처분을 행한것은 비례원칙에 위반하는 것이다.

이러한 항소인의 주장에 대하여 법원은 다음과 같이 판단하였다.

첫째 항소인의 비례원칙위반의 주장을 판단하건대, 비록 1% 미만이라 할지라도 그것이 致命的이라고 인정되는 결함이거나, 또는 대소의 결함이 많은 경우에는 「X」부호를 붙이게 되고, 이 부호가 있을 때에는 다른 부분이 아무리 좋아도 전체로서 불합격이 된다. 교과서검정의 본래 목적은 교육상 유해한 도서를 배제하는데 있으므로, 신청원고 중 불합격부분이 차지하는 분량으로서 결정하는 것은 아니다. 따라서 1% 미만임을 이유로 비례원칙에 반한다는 주장은 이유가 없다.

둘째 문부대신의 검정재량권의 消極性·大綱性的의 限界에 대해서는 다음과 같이 판단했다. 학교교육법 제21조 1항이 문부대신에게 교과서검정권을 부여했으나 그 권한이 어느 정도 법령에 기속되는가를 밝힌 규정은 없다. 그리하여 검정의 대상이 교과서의 기술내용이며, 아동·생도의 심신발달의 단계나 學習의 適時性이 고려되어야 하는 등, 고도의 教育專門性·기술성 등의 교육적 배려가 요구되며, 또한 문부대신이 교과서검정에 있어서 행하는 각종 처분(검정의견·합격여부처분·조건부합격처분 등)은 사안의 성질상 본래 재량에 맡겨지는 것이라고 봄이 타당하다. 따라서 항소인이 주장하는 교과서검정의 소극성·대강성의 원칙에 입각하여, 심사대상인 교과서의 오류가 객관적으로 명백한 경우에 한하여 검정권행사가 허용된다는 이론은 채택할 수 없다.

문부대신의 검정권한의 행사는 그 재량에 속한다 할지라도 교과서검정관계법령의 취지에 따라 그 재량권을 행사해야 한다. 따라서 그 권한행사가 그 취지에 적합한 합리적 범위에 머물고 있는 한, 당·부당의 문제는 발생 할지라도 國家賠償法上的 違法性的의 문제는 발생할 여지가 없다 할 것이다. 그러나 문부대신의 판단이 사실의 기초의 결여, 재량목적에의 위배 또는

평등원칙에의 위반 등이 있을 때에는, 재량권의 유월 또는 그 남용이 있다 하여 동법상의 위법이라고 해석해야 할 것이다.

재량권행사에 있어서 평등원칙에의 위반여부에 대하여서 232개소의 결함에 대하여 비교평가하고 있으므로 본고에서는 이를 생략하도록 한다.

3. 결론

제2심은 검정제도에 위헌·위법이 없으며, 검정치분과 검정의견에도 재량 일탈의 위법이 있다할 수 없다하여 원고의 청구를 전부 기각했다.

V. 상고심판결

상고심에 있어서 最高裁判所는 원심의 판단을 유지하고 원고의 上告를 棄却했다. 교과서검정소송에 있어서 모두 9개의 판결이 나왔으나 본판결은 검정제도의 합헌성에 관한 最高재판소의 最初의 실질적인 판결이다. 그 취지는 다음과 같다.

1. 교육의 자유(헌법 제26조, 교육기본법 제10조) 위반에 대하여

상고인은 본건 검정은 국가의 教育內容에의 介入은 위헌·위법이라 주장하는데, 이에 대하여 상고심은 다음과 같이 판결했다. 헌법 제26조는 어린이에 대한 교육내용을 누가 어떻게 결정할 것인가에 대하여 직접 규정하지 아니했다. 아버지는 가정교육에 있어서 교육의 자유를 가지며, 교사는 수업 등의 구체적 내용 및 방법에 있어서 어느 정도 재량이 인정된다는 의미에서 일정 범위에 있어서의 교육의 자유가 인정된다. 그러나 그 이외의 영역에 있어서 국가는 어린이의 이익보호를 위하여 또는 어린이의 성장에 관한 사회공공의 관심에 보답하기 위하여 필요하고도 상당하다고 인정되는

범위에서 교육내용을 결정할 권능을 가지며, 이 권능을 행사한다고 하여 교육의 자유를 침해하는 것은 아니다. 그러나 교육내용에의 국가적 개입은 가능한 한 抑制的인 것이 요청되며, 특히 어린이가 자유·독립의 인격으로 성장하는 것을 방해하는 개입, 예컨대 틀린 지식이나 일방적 관념을 심어 주는 것 같은 내용의 교육을 강제하는 것은 용납되지 아니한다.

따라서 본건 검정은 헌법 제26조나 교육기본법 제10조에 반하는 것은 아니다.

2. 표현의 자유(헌법 제21조) 위반에 대하여

본건 검정에서 합격한 도서는 교과서로서 사용될 수 있고, 교사는 합격된 교과서를 사용해야할 의무를 진다. 불합격된 도서는 이와 같은 특별한 취급을 받지 못하나, 일반도서로서 발행하여 교사·아동·생도 등을 포함하는 일반국민에게 발표할 수 있으며, 따라서 思想의 自由市場에 등장하는데 아무런 방해를 받지 아니한다. 원심이 확정한 사실관계에 의하면 上告人은 불합격처분을 받은 교과서를 「檢定不合格日本史」라는 이름으로 일반도서로 출판하여 판을 거듭했다고 한다.

헌법 제21조 2항에서 말하는 檢閱이란 행정권이 주체로 되어 사상내용 등의 표현물을 대상으로 하여, 그 전부 또는 일부의 발표의 금지를 목적으로 하여, 그 표현물에 대하여 망라적 일반적으로 발표전에 그 내용을 심사한 후, 부적당하다고 인정되는 것의 발표를 금지하는 것을 특질로 한다고 볼 수 있다. 본건 검정은 전술한 바와 같이 일반도서로서의 발행을 방해하지 아니하며, 발표금지나 발표전심사 등의 특질이 없으므로 검열에 해당되지 아니한다.

또한 본건 검정은 심사기준의 不明確性으로 인하여 헌법 제21조 1항 위반이라 주장하나, 교과과 목표·내용 등에 관한 각 규정은 학술적·교육적 관점에서 계통적으로 작성되어 있는 것이므로, 당해 교과목의 전문지식을 가진 교과서 집필자가 이를 전체로서 이해하면 구체적 기술에 있어서 판단을

할 수 없을 정도로 불명확한 것은 아니다. 따라서 위헌의 주장은 근거가 없다할 것이다.

3. 헌법 제23조(학문의 자유) 위반에 대하여

(생 략)

4. 법치주의(헌법 제13조·41조·73조 6호) 위반에 대하여

(생 략)

5. 절차적 보장(헌법 제31조) 위반에 대하여

(생 략)

6. 교과서검정 재량권행사의 위법성에 대하여

본건 검정의 심사기준을 직접 규정한 법률은 없으나, 전술한 헌법상의 요청과 교육기본법·학교교육법의 취지에 맞도록 행사해야 하며, 기타 검정 관계법규의 취지에 맞도록 행사되어야 한다.

그리하여 이들에 의한 본건 검정의 심사·판단은 신청도서의 내용이 학문적으로 정확한가, 중립·공정한가, 교과목의 목표달성에 적합한가, 아동·생도의 심신발달의 단계에 적합한가 등등 여러 가지 관점에서 다각적으로 행하여지는 것으로서, 학술적·교육적·전문기술적 판단이므로, 사물의 성질상 문부대신의 합리적 재량에 맡겨져야 할 것이다. 따라서 합격여부의 판정... 등의 판단과정에 原告의 흠결지적의 근거인 학설상황·교육상황에 대한 인식이나, 검정기준에 위반한다는 평가 등에 간과하기 어려운 과오가 있고, 문부대신의 판단이 이에 의거하고 있다고 인정되는 경우에는, 그 판단은 재량권의 범위를 일탈한 것으로서, 국가배상법상의 위법이 된다고 해석하는 것이 상당하다.

검정의견은 원고의 개개의 기술의 결함(323개소에 이르는)을 구체적 이

유를 부쳐 지적하는 것이므로, 검정의견마다 그 근거인 학설상황·교육상황이 다르다. 예컨대 기술의 정확성은 학설상황에 의하여, 내용의 선택·정도 등은 교육적 상당성에 의하여 판단되는 것이다.

원심의 판단은 그 설시의 일부에 있어서 타당성을 결하는 점이 없는 바는 아니나, 상기 각 검정의견에는看過할 수 없는 過誤가 있다고는 할 수 없다.

따라서 문부대신의 본건 각검정처분에는 재량권범위의 일탈의 위법이 있었다고 할 수 없고, 이와 같은 취지의 원심판단도 타당하다.

7. 결론

재판관 전원의 의견일치로 주문(본건 상고를 기각하며, 상고비용은 상고인의 부담으로 한다)과 같이 판결한다.

VI. 맺으면서 - 어떤 평석 -

家永 교과서검정제1차소송의 최종판결에 대한 室井 力 교수의 견해를 소개하면 다음과 같다.⁴⁾

현대국가에 있어서 행정재량권의 존재는 모든 행정영역에 있어서 불가피하다. 그러나 그 재량권은 그 목적·요건·내용 등에 있어서 각종 행정 영역에 따라 다르다. 재량통제에 있어서 재량권행사에 관계되는 국민의 권익이나 그 행정행위의 성실을 주목하지 아니하는 一般抽象論은 무의미하다. 그런 의미에서 행정재량론에 있어서 인권론 또는 헌법적 가치론의 도입은 필요할 것이다.

현대행정은 인권존중의 원칙에 대응하여 소극행정과 적극행정으로 대별

4) 室井 力, 教科書檢定裁量權の性格と限界, JURIST 1003호, p.32이하(1992); 同교수, 教科書檢定裁量論, 下在玉博士華甲記念論文集, 現代公法論叢, p.42이하(1994).

된다. 전자는 행정활동이 가능한 한 억제될 것이 요구되는 것(예, 경찰행정)을 말하고, 후자는 적극적인 활동이 요구되는 분야(예, 환경규제행정)이다. 이를 교육행정에 비추어 보면, 교육행정점압(謙壓)의 원칙이라 말할 수 있다. 즉 교육기본법 제10조의 「부당한 지배」가 되지 않기 위하여 교육행정기관은 법규가 특정적으로 명령한 경우가 아니면 부당한 지배가 되지 아니하도록 자제할 구속을 받는다고 한다. 교과서검정제량은 교육의 자유, 표현의 자유 등 헌법상 높은 가치를 가지는 人權을 제한하는 성질을 가지기 때문에 더욱 이러한 태도가 요구된다.

이상의 室井 力교수의 견해에 필자도 동감한다.