

# 서울특별시 학생인권 조례 폐지조례안 재의요구안

의안 번호	관련 1809
----------	---------

제출년월일 : 2024년 5월 16일

제출자 : 서울특별시교육감

2024년 4월 26일에 의결되어 4월 29일 서울특별시의회로부터 이송되어 온 「서울특별시 학생인권 조례 폐지조례안」(이하 “폐지조례안”이라 한다)에 대하여 다음과 같은 사유로 「지방교육자치에 관한 법률」 제28조 제1항의 규정에 따라 재의를 요구합니다.

## 1. 본 폐지조례안의 주요내용은 다음과 같습니다.

가. 「서울특별시 학생인권 조례」를 폐지함

나. 제안 이유

- 최근 일선 교육 현장에서 교권 추락의 주된 원인으로 학생인권조례가 지목되는 등 현행 학생인권조례의 폐해와 문제점에 대한 비판이 전국적으로 쏟아지고 있음.
- 또한, 현행 학생인권조례는 성적 지향·성별 정체성 등 사회적으로 합의되지 않은 항목들을 차별받지 않을 권리에 포함하고 있고, 학생들이 특정 권리를 남용하게 될 경우 견제 장치도 미비하여 학생의 권리와 책임에 대한 그릇된 인식을 조성한다는 비판 여론을 반영하여 주민조례 청구로 폐지조례안이 발의(2023.3.13.)된 바 있음.
- 그러나 소관 상임위원회에서 해당 안건 처리가 지연되며 갈등이 지속되고 있는 상황임. 이에 교육부는 지역 여건과 상황에 맞게 활용할 수 있도록 학교생활과 관련한 학생, 교원, 보호자의 권리와 책임을 균형 있게 담은 ‘학교구성원의 권리와 책임에 관한 조례 예시안’을 제시(2023.11.29.)하였고, 서울시의회에서도 이를 반영한 「서울특

별시교육청 학교구성원의 권리와 책임에 관한 조례안」이 발의되어 교육위원회의 의결을 거쳐 현재 본회의에 부의되어 있음.<sup>1)</sup>

- 해당 조례안은 서울특별시교육청이 관할하는 학교구성원이 학교생활을 함에 있어 각 주체의 권리와 권한을 보장하고, 의무와 책임을 명확히 하며, 학교구성원 간에 발생할 수 있는 갈등의 중재 및 해소 절차 등을 규정하고 있음.
- 따라서 현행 학생인권 조례가 갖고 있는 문제점 등을 보완하고, 「서울특별시교육청 학교구성원의 권리와 책임에 관한 조례안」과의 중복, 충돌되는 문제점 등을 개선하기 위해 「서울특별시 학생인권조례」를 폐지하고자 함.

## 2. 본 폐지조례안에 대한 재의요구 사유는 다음과 같습니다.

가. 본 폐지조례안은 「초·중등교육법」 제18조의4에 따른 학생의 인권을 보장해야하는 의무를 부정하고, 법령의 규정이 의도하는 목적과 효과를 저해하므로 법령에 위반됩니다.

- 「서울특별시 학생인권조례」(이하 ‘서울학생인권조례’라고 한다)가 교육 현장에서 교권 추락의 원인이라는 폐지조례안의 제안이유는 서울학생인권조례 자체는 위헌·위법성이 있지 않지만 사회적 공론이 있다는 것입니다. 그렇다면 그에 대한 대안이나 현행 조례의 개정에 대해 논의하여야 할 것입니다.
- 서울학생인권조례는 「대한민국헌법」, 「교육기본법」 제12조, 제13

---

1) 「서울특별시교육청 학교구성원의 권리와 책임에 관한 조례안」은 2024. 4. 26. 323회 서울시의회 임시회 제3차 본회의에서 의결되었음.

조, 「초·중등교육법」 제18조의4 및 「유엔 아동의 권리에 관한 협약」에 근거하여 학생인권을 보장하기 위하여(동 조례 제1조), 2012. 1. 26. 제정, 공포되었습니다.

- 학생의 기본적 인권은 학교교육의 과정에서 존중되고 보호되어야 하며(「교육기본법」 제12조 제1항), 학교의 설립자·경영자와 학교의 장은 「헌법」과 국제인권조약에 명시된 학생의 인권을 보장하여야 합니다(「초·중등교육법」 제18조의4).
- 서울학생인권조례는 학생의 인권을 보장함으로써 모든 학생이 인간으로서의 존엄과 가치를 실현하며 자유롭고 행복한 삶을 이루어나갈 수 있도록 하는 것을 목적으로(동 조례 제1조), 이러한 목적에 맞게 서울학생인권조례는 법률에서 추상적으로 정하고 있는 학생인권에 대하여, 학생인권 보장의 원칙을 천명하고(동 조례 제3조), 그 권리의 목록과 내용을 구체적으로 적시하여(동 조례 제5조 내지 제28조), 학생인권 업무를 독립적으로 수행하는 학생인권옹호관을 설치(제38조 내지 제41조)를 통해, 학생인권 침해 시의 구제절차(동 조례 제47조 내지 제49조)를 보장하고 있습니다. 서울학생인권조례는 개별적인 학생인권 침해 사안을 판단하고 그에 대한 조치를 결정하는 데 있어 중요한 근거 규범으로 활용되고 있습니다.
- 조례를 폐지하기 전에는 그 필요성을 검토하고, 다른 행정조치나 기존 조례 개정으로도 해결 가능한지를 고려해야 합니다. 또한 법적합성을 고려해야 합니다. 그러나 이러한 구체적인 고려 없이 객관성 있는 근거나 합리적 사유에 대한 검토 보고가 없었고<sup>2)</sup>, 서울학생인권조례 조항 중 교육활동의 침해에 관련한 상충되는 내용이나, 위법 또는 불법성에 대한 검토 없이 교권추락을 이유로 전부를 폐지하는

2) 구체적인 발의 절차 등에 대해서는 아래 사. 항 및 아. 항에서 검토

것은 「초·중등교육법」 제18조의4에 따른 학생의 인권을 보장해야 하는 의무를 부정하는 것으로 위법성이 있다 할 것입니다.

- 또한 조례의 적용에 의하여 법령의 규정이 의도하는 목적과 효과를 저해하는 때에는 그 조례는 국가의 법령에 위반된다고 할 수 있습니다. 그렇다면 본 폐지조례안은 서울학생인권조례를 전부 폐지하여, 교육기본법 제12조제1항, 초·중등교육법 제18조의 4, 아동권리협약 제2조제2호 등에서 의도하는 학생인권 보장과 증진의 목적과 효과를 심각하게 저해하는 것으로, 법령에 위반된다고 할 수 있습니다.

나. 본 조례안은 기존 학생인권 보장에 대한 법원과 헌법재판소의 입장을 부정하고, 법령의 목적과 효과를 저해하는 위법함이 있습니다.

- 본 조례안은 폐지의 이유로 ‘현행 학생인권조례는 성적 지향·성별 정체성 등 사회적으로 합의되지 않은 항목들을 차별받지 않을 권리에 포함하고 있고, 학생들이 특정 권리를 남용하게 될 경우 견제 장치도 미비하여 학생의 권리와 책임에 대한 그릇된 인식을 조성한다는 비판 여론을 반영’ 하였다고 하고 있습니다.
- 그러나 법원은 서울학생인권조례는 전체적으로 헌법과 법률의 테두리 안에서 이미 관련 법령에 의하여 인정되는 학생의 권리를 열거한 것으로, 그와 같은 권리가 학생에게 보장되는 것임을 확인하였습니다. 또한, 서울학생인권조례는 학교생활과 학교교육과정에서 학생의 인권보호가 실현될 수 있도록 그 내용을 구체화하고 있는데 불과하다고 하여 적법성이 있다고 판시하였습니다. (2017구합88640, 2018누65790 참조)
- 표현의 자유 침해와 관련하여 쟁점이 되고 있는 제5조 제3항의 차

별적 언사나 행동, 혐오적 표현 등의 제한에 대해서도 헌법재판소는 민주시민으로 올바른 가치관을 형성하고, 인권의식을 함양하게하기 위한 것으로 그 정당성이 인정되고, 수단의 적합성 또한 인정된다고 하였습니다. (2017헌마1356 참조)

- 본 조례안은 ‘서울특별시 학생인권조례를 폐지한다.’는 한 줄에 불과하나, 서울학생인권조례는 헌법과 법률을 위반하는 내용이 없다는 기존 법원과 헌법재판소의 입장을 부정하고, 학생에 대한 차별, 혐오의 논리를 사유로 하여 발의된 것이므로, 그 위헌·위법성이 중대하다고 할 것입니다.
- 또한 본 폐지조례안의 제안이유로, 학생들이 특정 권리를 남용하게 될 경우 견제 장치도 미비하여 학생의 권리와 책임에 대한 그릇된 인식을 조성한다는 비판 여론을 반영하였다고 하나, 서울학생인권조례 제5조(차별받지 않을 권리) 제1항 등은 학생 인권 보장 및 차별받지 않을 권리를 일반적으로 선언한 것에 불과할 뿐인바, 학생의 권리와 책임에 대한 그릇된 인식을 조성한다는 제안이유는 그 자체로 다른 사회구성원들에게 영향을 미쳐 학생들의 인권에 대한 혐오·적대감을 유발시키거나 학생의 인간으로서의 존엄성을 침해하여 회복하기 어려운 피해를 남길 수 있어 헌법상 인간의 존엄성 보장에 반할 수 있습니다. 특히 육체적·정신적으로 성장기에 있는 학생을 대상으로 한 차별·혐오표현은 그 대상자에 대한 인간으로서의 존엄성을 침해할 우려가 있습니다.
- 서울학생인권조례 제4조제4항은 교사를 비롯해 타인의 인권을 훼손하면 안 된다는 책무를, 같은 조 제5항은 학교 규범 준수 의무, 같은 조례 제13조제4항은 휴대전화 사용 제한 절차와 같은 규정을 동시에 두고 있습니다. 따라서 서울학생인권조례의 특정 문구만을 부

각하여 잘못된 해석을 하는 것은 법적 정당성이 없습니다. 즉, 서울 학생인권조례는 최상위법인 헌법에서 선언하고 있는 인권보호규정을 조금 더 구체화한 것에 지나지 않기에 조례에 대한 잘못된 해석에 기초한 문제제기는 온당하지 아니하며, 교사의 교권과 학생의 인권은 모순·대립하는 것이나 택일적 관계가 아니고, 교사에 대한 인권침해가 그간 학생 인권을 강조해 생겨난 문제라거나 학생인권조례가 제정된 탓이라는 입장은 법률적 근거가 없다 할 것입니다.

다. 본 폐지조례안은 소수자 학생에 대한 차별을 정당화하여, 헌법상 평등권, 균등하게 교육을 받을 권리를 침해하고 있습니다.

- 폐지조례안의 제안이유로 ‘현행 서울학생인권조례는 성적 지향·성별 정체성 등 사회적으로 합의되지 않은 항목들을 차별받지 않을 권리에 포함하고 있다’고 하고 있습니다.
- 그러나, ‘성적 지향’ 등을 이유로 한 차별행위는 「대한민국 헌법」과 「국가인권위원회법」, 국제인권조약 등에서 명백히 금지되어 있으며, 평등권은 집행권이나 사법권뿐만 아니라 입법권까지 기속한다 할 것입니다. 헌법재판소는 입법권이 평등권에 기속될 뿐 아니라 평등권이 기본권 제한 입법의 한계가 된다는 점을 분명히 밝히고 있습니다. (헌법재판소 1992. 4. 28. 선고 90헌바24 결정 등 참조)
- 서울학생인권조례 제5조 제1항은 ‘차별받지 않을 권리’를 규정하면서 “학생은 성별, 종교, 나이, 사회적 신분, 출신지역, 출신국가, 출신민족, 언어, 장애, 용모 등 신체조건, 임신 또는 출산, 가족형태 또는 가족의 상황, 인종, 경제적 지위, 피부색, 사상 또는 정치적 의견, 성적지향, 성별정체성, 병력, 징계, 성적 등을 이유로 차별받지

않는다” 고 규정하고 있습니다. 이는 헌법상 평등권 및 국제인권조약 및 법률규정에 따라 인정되는 평등권을 구체화한 것으로 평가할 수 있습니다. 이를 부정하는 것은 헌법 제11조의 평등권, 제31조의 균등하게 교육을 받을 권리를 부정하는 것입니다.

- 법원은 “성적 지향은 선택이 아닌 타고난 본성으로, 이를 근거로 성격, 감정, 지능, 능력, 행위 등 인간의 삶을 구성하는 모든 영역의 평가에 있어 차별받을 이유가 없다는 점에 대한 인식이 확산되고 있고, 그에 따라 성적 지향을 이유로 한 기존의 차별들은 국제사회에서 점차 사라져가고 있으며, 남아 있는 차별들도 언젠가는 폐지될 것이다. 우리나라 역시 국가인권위원회법 제2조 제3호에서 성적 지향을 이유로 한 차별을 전형적인 평등권 침해 차별행위 유형 중 하나로 열거하는 등 사법적 관계에서조차도 성적 지향이 차별의 이유가 될 수 없음을 명백히 하고 있으므로, 사회보장제도를 포함한 공법적 관계를 규율하는 영역에서 성적 지향을 이유로 한 차별은 더 이상 설 자리가 없다” 고 판결하였습니다. (서울고등법원 2023. 2. 21. 선고 2022누32797 판결)

- 「시민적·정치적 권리에 관한 국제규약」 과 「경제적· 사회적· 문화적 권리에 관한 국제규약」 은 차별금지와 평등을 인권보장의 기본 원칙이자 국가의 의무로 규정하고 있습니다. 유엔 국제인권조약 기구들은 조문의 유권해석을 통해 성적지향· 성별정체성이 조약이 규정한 차별금지사유에 해당한다는 점을 분명히 하고 있으며, 성적지향· 성별정체성에 따른 폭력과 차별을 방지해야 할 국가의 의무를 강조하고 있습니다. 「유엔 아동권리협약」 의 차별금지사유에도 성적지향· 성별정체성이 포함된다는 법리도 조약위원회들의 일반논평을 통해 형성되어 있습니다. 위 국제인권조약들은 모두 한

국이 가입하고 비준한 조약들로서 「헌법」 제6조에 따라 국내법과 동일한 효력이 있습니다.

- 「교육기본법」에서도 “모든 국민은 성별, 종교, 신념, 인종, 사회적 신분, 경제적 지위 또는 신체적 조건 등을 이유로 교육에서 차별을 받지 아니한다(제4조제1항).” 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(제4조제5항).” 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 의해서도 ‘성적 지향’ 등을 이유로 한 차별행위는 명백히 금지되어 있으며, 서울학생인권조례는 이를 구체화하고 있는 것입니다.
- 따라서, 본 폐지 조례안은 소수자 학생에 대한 차별을 정당화하여 헌법과 법령, 국제인권규범을 위반하는 것입니다.

라. 폐지 조례안은 서울학생인권조례를 전부 폐지하는 내용으로, 교육감의 헌법과 법률, 협약 등에서 규정하고 있는 학생인권 보장 의무와 권한을 침해하는 것입니다.

- 「대한민국헌법」 제10조에서는 “모든 국민은 인간으로서의 존엄과 가치를 가지며, 행복을 추구할 권리를 가진다. 국가는 개인이 가지는 불가침의 기본적 인권을 확인하고 이를 보장할 의무를 진다.” 라

고 규정하고 있으며 ‘모든 국민’의 범주에는 학생들도 기본적인 권의 주체입니다.

- 「교육기본법」 제12조 제1항에서는 “학생을 포함한 학습자의 기본적인 인권은 학교교육 또는 사회교육의 과정에서 존중되고 보호된다.” 라고 규정하고 있으며, 제2항에서는 “교육 내용·교육 방법·교재 및 교육 시설은 학습자의 인격을 존중하고 개성을 중시하여 학습자의 능력이 최대한으로 발휘될 수 있도록 마련되어야 한다.” 라고 규정하여 학생 인권 보장을 명시하고 있습니다.
- 「초·중등교육법」 제18조의 4(학생의 인권 보장 등)에서는 “학교의 설립자, 경영자와 학교의 장은 헌법과 국제인권조약에 명시된 학생의 인권을 보장하여야 한다.” 라고 규정하여 학생 인권 보장에 대한 의무를 명시하고 있습니다.
- 헌법재판소는 2019년 ‘서울시 학생인권조례 위헌 확인 소송’에서 “교육감은 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 인정되는 것이다. 그렇다면 이 사건 조례는 교육감이 각급 학교의 운영에 관한 사무를 지도·감독함에 있어 헌법과 법률, 협약 등에서 규정, 선언하고 있는 바를 구체적으로 규범화하여 마련한 학교 운영 기준 중의 하나로서, 위와 같은 법률상 근거에 기인한 것이라 할 수 있다” 고 합헌 결정을 한 바 있습니다. (헌법재판소 2019. 11. 28. 선고 2017헌마1356 결정)
- 그런데 폐지조례안은 서울학생인권조례를 전부 폐지하는 내용으로, 교육감의 헌법과 법률, 협약 등에서 규정하고 있는 학생인권 보장

의무와 권한을 침해하는 것입니다.

다. 서울학생인권조례 폐지로 인한 학생인권옹호관 및 학생인권교육센터 폐지는 조례에 근거해 설치된 교육감 소속 행정기구 설치권한(조직편성권)을 침해하고 있습니다.

- 서울학생인권조례가 폐지하면 동 조례에 근거하여 설치된 학생인권 옹호관 및 학생인권교육센터가 폐지되는 결과가 초래됩니다. 이는 「지방교육자치에 관한 법률」 제32조에서 규정한 교육감의 교육기관 설치 권한을 침해하는 것입니다.
- 「지방교육자치에 관한 법률」에 의하면, 시·도의 교육·학예에 관한 사무의 집행기관으로 시·도에 교육감을 두며(제18조 제1항), 교육감은 그 소관 사무의 범위 안에서 필요한 때에는 대통령령 또는 조례가 정하는 바에 따라 교육기관을 설치할 수 있습니다(제32조). 교육감은 시·도의 교육·학예에 관한 사무를 집행하는 데 필요한 때에는 법령 또는 조례가 정하는 바에 따라 기구를 직접 설치할 권한과 이를 위한 조례안의 제안권을 가지며, 설치된 기구 전반에 대하여 조직편성권을 가지고 있습니다.
- 이에 따라 서울특별시교육감은 서울학생인권조례에서 규정하고 있는 학생인권교육 기획·운영, 학생인권 상담 및 권리구제 관련 업무를 수행하기 위해 학생인권옹호관 및 학생인권교육센터를 교육감의 권한으로 설치하였습니다.
- 또한 별도의 조례인 「서울특별시교육감 소속 학생인권옹호관 조례」로 학생인권옹호관을 임명(제2조)하여 독립적으로 운영하도록 하고 있습니다.

- 따라서 학생인권옹호관 및 학생인권교육센터는 교육감의 행정기구 설치 권한에 의해 설치된 행정기구입니다.
- 지방자치법상 지방자치단체의 집행기관과 지방의회는 서로 분리되어 각기 그 고유 권한을 행사하되 상호 견제의 범위 내에서 상대방의 권한 행사에 대한 관여가 허용됩니다. 하지만 그 견제의 범위는 합리적인 범위에서 소극적·사후적인 개입으로 그쳐야 합니다.
- 본 폐지조례안은 서울특별시교육감의 소관 사무인 학생인권 정책의 근간이 되는 학생인권옹호관 및 학생인권교육센터의 설치 근거를 전부 폐지하는 것으로서, 교육감의 지방교육행정기관 조직편성권을 부당하게 침해하고 있습니다.

바. 본 폐지조례안은 학생 및 보호자들이 인권침해 발생 시 권리구제를 요청할 수 있는 청구권을 박탈하여 조례 제정권한의 한계를 벗어나 공익을 현저히 침해하고 있습니다.

- 서울학생인권조례는 학생이 인권을 침해당했거나 침해당할 위험이 있는 경우에는 누구든지 학생인권옹호관에게 구제를 신청할 수 있다고 규정하고 있습니다(동 조례 제47조). 구제신청이 있는 경우 학생인권옹호관은 학생인권침해사건을 조사하며(동 조례 제48조 제1항), 조사를 위하여 교육청 및 학교 등에 자료를 요청할 수 있고, 학교의 설립자·경영자, 학교의 장, 교직원, 학생의 보호자, 학생 및 관계 공무원 등에게 질의할 수 있습니다(동 조례 제2항). 그리고 학생인권옹호관은 인권침해가 있었다고 판단한 경우에는 가해자·관계인·교육감에게 학생인권침해 행위의 즉시 중지, 학생인권 회복 등 필요한 구제조치 등을 권고할 수 있습니다(동 조례 제49조 제2항).

- 서울특별시교육청은 서울학생인권조례에 따라 학생인권옹호관의 효율적인 업무 수행을 위해, 2024. 4. 26. 현재 학생인권옹호관 1명, 사무관 1명, 장학사 1명, 노동인권전문관 1명, 인권조사관 4명, 주무관 1명 등 9명으로 구성된 학생인권교육센터를 민주시민생활교육과의 직제 상 부서로 하여 학생인권 침해에 대한 구제 활동과 학생, 교직원, 보호자를 대상으로 하는 학생인권교육, 인권친화적 학교문화 조성을 위한 사업을 추진하고 있습니다.
- 학생인권교육센터는 2024. 3. 31. 기준 12년 동안 10,167건을 상담하였으며, 이 중 1,481건이 구제신청으로 접수되어 196건의 학생인권 침해 사건에 대해 개선 권고를 하였습니다. 침해 사건의 주요 유형으로는 언어폭력(227건), 체벌(214건), 사생활 침해(144건), 개성(142건), 징계 절차(140건) 등으로 서울학생인권조례를 근거로 학교에서 인권침해 사안을 개선하고 예방할 수 있도록 인권 증진을 위한 구제 활동을 하고 있습니다.
- 본 폐지조례안은 서울학생인권조례를 전부 폐지하는 내용으로, 결국 서울학생인권조례에 근거한 학생인권 침해 권리구제를 이행할 수 없도록 하고, 조례의 제정권한의 한계를 벗어나, 학생이 자신의 인권이 침해당했을 때 이에 대한 구제신청을 할 수 있는 청구권을 박탈하는 것입니다.

사. 본 폐지조례안과 동일한 내용의 조례안이 행정소송법 제23조에 따라 집행정지 상태로 위 효력이 기속되고 있는 동안에 의결된 폐지조례안은 법령 위반입니다.

- 본 폐지조례안과 동일한 내용의 서울특별시의회 의장 명의로 발의

된 「서울특별시 학생인권 조례 폐지조례안」(2023. 3. 15.)에 대해 서울행정법원은 2023. 12. 18. 피신청인(서울특별시의회)이 서울특별시 학생인권조례 폐지조례안에 관하여 2023. 2. 14. 자 수리처분 및 2023. 3. 13. 자 발의처분은 각 법원 2023구합60773 사건의 판결 선고일로부터 30일이 되는 날까지 그 효력을 정지한다고 결정한바 있습니다(서울행정법원, 2023아13639, 2023. 12. 18. 집행정지 결정).

- 서울행정법원은 집행정지의 이유로 신청인(학생, 보호자)들에게 사회관념상 금전보상으로는 참고 견딜 수 없거나 또는 참고 견디기가 현저히 곤란한 경우의 유·무형의 손해, 즉 회복하기 어려운 손해가 발생한 우려가 있다고 하였습니다.
- 행정소송법 제23조 제6항은 집행정지의 결정에 제30조 제1항의 규정을 준용하도록 규정하고 있고, 같은 법 제29조 제2항은 집행정지의 결정에 제29조 제1항의 규정을 준용하도록 규정하고 있는바, 본 폐지조례안을 발의한 「특별위원회」에도 서울행정법원 2023아13639호 결정의 효력이 미친다고 할 것인데, 만일 위 「특별위원회」의 본 폐지조례안의 발의가 위 결정의 효력에 반한다면, 폐지조례안에 관한 발의 및 의결은 당연 무효라고 할 것이므로(대법원 1961. 11. 23 선고 4294행상3 판결 참조), 위 폐지조례안은 법령에 위반된다고 할 것입니다.
- 기속력의 경우 본 폐지조례안의 제안이유 앞 부분에는 명시적으로 제안의 경위에 관하여, 2023. 3. 13. 발의된 선행 폐지조례안(이하 ‘선행 폐지조례안’이라 한다)에 대한 처리가 지연되어 갈등이 지속되고 있기에 본 폐지조례안을 상정하게 되었다는 취지로 기재되어 있는 점, 선행 폐지조례안과 본 폐지조례안의 내용은 (1) 「학생인권조례」를 전면적으로 폐지하는 내용으로 완전히 동일하다는 점,

(2) 본 폐지조례안의 경우, 서울특별시의회 회의규칙(이하 ‘회의규칙’이라 합니다) 제19조의2에 의무사항으로 규정하고 있는 입법예고 절차도 거치지 아니한 채, 2024. 4. 26. 당일 발의되어 같은 날 바로 의결된 조례안일 뿐만 아니라, 본 폐지조례안에 관하여는 별도의 검토보고서나 심사보고서도 작성되지 아니한 점<sup>3)</sup> 및 (3) 「서울특별시교육청 학교구성원의 권리와 책임에 관한 조례」(이하 ‘학교구성원조례’라고 한다) 조례 제7조 제1항의 학생의 권리 규정 역시 동항 제6호에서 보는 바와 같이 한정적 열거 규정이라고 보기는 어렵고, 서울학생인권조례 제4조 제5항 및 제6항4)에서 보듯, 서울학생인권조례가 「학교구성원조례」 제7조 제2항과 모순·충돌하는 내용도 아니어서, 「학교구성원조례」와 본 폐지 조례안과는 별다른 관련이 없는 점 등을 종합하여 볼 때, 본 폐지 조례안의 경우, 처분 이후 별다른 사정변경 없이 선행 폐지조례안과 동일한 취지에서 발의된, 선행 폐지조례안과 실질적으로 동일한 조례안이라고 할 것이므로, 서울행정법원 2023아13639호 집행정지 결정의 효력에 반하는 발의 및 의결 절차를 거친 조례안입니다.

#### 아. 적절한 대체 입법 없이 서울학생인권조례 전부를 폐지하는 것은 법

- 3) 본 폐지조례안의 발의는, 「특별위원회」의 제안에 따라 이루어졌는데, 「특별위원회」가 교육자치법 제3조, 지방자치법 제67조, 서울특별시의회 기본 조례(이하 ‘기본 조례’라 합니다) 제37조 제1항 및 회의규칙 제20조 등에 따라 조례안 제안이 가능하다고 하더라도, 기본 조례 제30조 내지 제33조에서 서울특별시의회 운영과 관하여, 상임위원회 중심주의를 채택하고 있는 이상, 「특별위원회」의 경우, 구성결의안의 명칭이나 주문에 명시되어 있는 법률안에 한정하여 조례안 제안권 및 심의권을 가진다고 봄이 상당하다고 할 것인데, 위 「특별위원회 구성안」 주문에는 “다양한 계층의 인권과 권익증진을 위해 관련 규정과 제도를 정비하고”라고만 규정하고 있을 뿐이고, 교육위원회 소관으로 현재 「학생인권조례 일부개정조례안」이 2건이나 계류 중이라는 점까지 더하여 볼 때, 교육위원회 소속 의원들의 심의·표결권을 침해하는 위법한 조례안 제안에 해당할 가능성이 매우 높아 보이기도 합니다(국회사무처, 국회의안편람 해설편, 2021. 12, 48면 및 85면 등 참조).
- 4) **학생인권조례 제4조(책무)** ⑤ 학생은 인권을 학습하고 자신의 인권을 스스로 보호하며, 교사 및 다른 학생 등 다른 사람의 인권을 침해하여서는 아니 된다.  
 ⑥ 학생은 학교의 교육에 협력하고 학생의 참여하에 정해진 학교 규범을 존중하여야 한다.

령에 위반됩니다.

- 본 폐지조례안은 폐지의 이유로 「서울특별시교육청 학교구성원의 권리와 책임에 관한 조례안」(2024. 4. 26. 의결, 이하 ‘학교구성원조례’라고 함)과의 중복, 충돌되는 문제점 등을 개선하기 위해서라고 하고 있습니다.
- 그러나 서울학생인권조례와의 목적, 성격, 권리구제의 방법이 상이하여 대체할 수 있는 입법이라고 볼 수 없어 전면적 폐지를 하여야 할 근거가 될 수 없습니다.
- 「학교구성원조례」은 학생뿐만 아니라 교직원, 학부모 등 학교구성원 전체를 규율대상으로 하면서 그 권리와 책임을 포괄적으로 선언하고 있어, 학생인권에 특화된 현행 학생인권조례와는 규율 목적과 체계를 달리하고 있습니다. 학생인권조례가 보장하고 있는 차별받지 않을 권리, 폭력으로부터 자유로울 권리 등 학생의 구체적인 권리들과 인권침해 구제절차 등의 내용을 「학교구성원조례」에서는 담고 있지 않습니다.
- 앞서 살펴본 바와 같이 본 폐지조례안은 검토보고서나 심사보고서도 작성되지 않았고, 서울학생인권조례에 의해 형성된 법질서를 폐지하면서도 그에 대한 경과조치 규정을 두지 아니하는 것은 위법, 무효라 할 것입니다.
- 「학교구성원조례」 조례 제7조 제1항의 학생의 권리 규정 역시 동항 제6호에서 보는 바와 같이 한정적 열거 규정이라고 보기는 어렵고, 서울학생인권조례 제4조 제5항 및 제6항에서 보듯, 서울학생인권조례가 「학교구성원조례」 제7조 제2항과 모순 · 충돌하는 내용도 「학교구성원조례」와 본 폐지 조례안과는 별다른 관련이 없

습니다. 또한 제12조(민원의 처리절차)에서는 보호자만 민원을 제기할 수 있도록 하고 있고 학생들의 청구권을 인정하지 않고 있어 학생인권침해 발생 시 권리구제는 서울학생인권조례에 비해 후퇴하는 측면이 있습니다.

- 헌법재판소는 서울학생인권조례의 법률유보원칙 위반 여부를 판단하면서, “이 사건 조례 제5조 제3항은 위와 같은 법률, 협약에 근거하여 제정된 것이라고 할 것이며, 이러한 위임에 의하여 학교운영에 관한 사무를 지도·감독하는 준칙을 구체적으로 확인하기 위하여 마련” 하였다고 서울학생인권조례의 법적 성격과 근거를 밝혔습니다. (헌법재판소 2017헌마1356 결정 참조)
- 최근 법원 국제인권법연구회가 발간한 『국제인권법의 이론과 실무 2023 II』에서도 위 헌법재판소 결정에 대해 “한편 서울특별시 학생인권조례 제3조 제1항 등에 관한 헌법재판소 ... 전원재판부 결정은 (아동권리) 협약을 초·중등교육법등과 동등하게 해당 조례에 대한 위임의 근거로 보았다” 고 서술하고 있습니다. (국제인권법연구회, 『국제인권법의 이론과 실무 II』, 사법연수원(2023), 1053쪽. 참조) 이러한 판단에 의하면 서울학생인권조례는 교육기본법 제12조 제1항, 초·중등교육법 제18조의4, 아동권리협약 제2조 제2호, 지방자치법 제9조 제2항 제5호, 지방교육자치에 관한 법률 제20조 제1호의 ‘위임’에 따라 제정된, ‘위임조례’의 성질을 지니며, 위 각 법령은 교육감과 지방의회로 하여금 학생의 인권에 관한 조례를 제정하도록 할 의무를 부여하는 위임규정이라고 할 것이며, 교육감과 지방의회는 위 각 법령에 근거하여 학생의 인권에 관한 조례를 제정할 의무가 있다고 볼 수 있습니다. 그럼에도 서울시의회는 적절한 대체입법을 마련하지 아니하고, 서울학생인권조례를 전면 폐지하는

본 폐지조례안을 의결하여 입법부작위상태를 초래하였는데, 이는 위 각 법령이 교육감과 지방의회에게 부여한 조례 제정 의무를 위반하는 것으로 위법하다고 볼 수 있습니다.

### 3. 보충 사유

#### 가. 헌법상 기본 원리인 실질적 법치주의 위반

- 헌법의 기본원리인 법치주의 원리는 법적 형식을 갖추는 데에 그치는 것이 아니라 그 내용까지도 헌법, 법률 나아가 보편적 정의 관념에 부합하는 실질적 법치주의를 의미함에는 의문의 여지가 없습니다.
- 본 폐지조례안이 조례 제정의 요건을 갖추었다 하더라도 헌법과 교육 관련법 상 요구되는 학교 내 학생 인권 보호를 오히려 후퇴시키는 내용인 점에서 헌법의 기본원리인 실질적 법치주의에 반하는 것입니다.
- 서울학생인권 조례가 교육 현장에서 교권 추락의 원인이라는 폐지조례안의 제정 이유는(합리적 근거의 존부 논의는 차치하더라도), 서울학생인권조례 자체의 위헌·위법성이 아님이 분명합니다. 서울학생인권 조례가 규정한 학생 인권은 헌법상 도출되는 기본적 인권에 관한 것이고, 위 조례가 학생 인권 침해 시 교내에서 실질적 구제의 근거로 현재까지 시행되어 왔으며, 더 이상 인권 보호 및 침해 구제의 필요성이 없어진 것이 아닌 점을 고려할 때, 위 폐지조례안 제정 이유는 학생 인권을 보호하는 것, 학생 인권침해를 구제하는 것이 문제라는 것에 다름 아니라 할 것입니다.
- 결국 폐지조례안은 학생 인권을 후퇴시킬 목적에서 제정되는 것으로서 헌법과 교육 관련법에 반한다 할 것입니다.
- 백번 양보하더라도 일부 규정이 문제라면 일부를 개정하는 방식으로

로 이루어져야지 대안조례도 없이(「서울특별시교육청 학교구성원의 권리와 책임에 관한 조례안」 수정안에서 부칙 2조를 삭제한 것에 보듯이 이는 서울학생인권조례와 그 목적, 내용, 대상이 달라 서울학생인권 조례의 대체가 아님은 물론 될 수도 없습니다) 서울학생인권 조례 자체를 폐지함은 실효성 있는 학생인권 보호를 위한 근거 자체를 소멸시키는 것으로 실질적으로 학생 인권 보호에 반한다 할 것입니다.

- 이상과 같이, 폐지조례안은 헌법과 교육 관련법에 근거한 학생 인권 존중 및 보호를 종전보다 퇴행토록 만드는 내용인바, 이는 입법자가 법률 제정, 개정 시 준수하여야 할 헌법상의 기본원리인 실질적 법치주의에 위반된다 할 것입니다.

#### 나. 사회적 갈등 및 인권보장의 후퇴/ 재량권의 남용

- 본 폐지조례안은 제안이유와 달리 학생인권 관련 제도적인 변화가 필요하다고 불만한 사정은 찾기 어렵고, 교육현장의 혼란 및 학생들의 인권에 대한 혐오·적대감을 유발하거나 학생인권보호의 후퇴를 초래하는 등 헌법상 인간의 존엄성 보장에 반할 수 있어, 의회에 부여된 조례 제정에 대한 권한 남용으로서 재량권의 일탈·남용에 해당합니다.
- 서울학생인권조례의 폐지는 단순히 학생인권조례의 부재를 의미하는 것을 넘어, 학교의 설립자·경영자 및 학교의 장으로 하여금 학생 인권을 보장하기 위한 의무를 이행하는 것이 아니라 그와 반대되는 행위(차별, 두발 및 용모 등을 제한하는 등 행위)를 하도록 조장하는 효과를 야기할 수 있습니다.
- 인권 친화적인 학교문화가 뿌리내리기 시작한 시점에서 학생인권조

례가 폐지된다면 학교에서의 체벌 감소, 두발과 복장 자율화, 사생활 보호, 학생들의 자치권 확대, 소수자 차별금지과 보호 등 학생들의 기본적 인권 증진이라는 성과가 퇴행할 수 있습니다.

#### 다. 대체입법에 대한 보충적 의견

- 「서울특별시교육청 학교구성원의 권리와 책임에 관한 조례안」(이하 ‘학교구성원조례’ 이라고 함)의 제정을 이유로 조례의 입법목적, 성격, 권리구제 수단 등이 상이한 서울학생인권조례를 폐지하는 것은 법령 및 법체계를 오해하고, 입법상 자의금지 원칙을 위반한 것으로 조례제정에 있어 법적합성 내지 체계정당성의 원리라는 헌법적 요청에 반하는 것입니다.
- 또한 법령이나 조례를 제정 또는 개정하여 법질서를 변경하는 경우 어떤 시점부터 새로운 법령을 무조건 적용해서 기존의 법률관계를 새로운 법률관계로 전환시키는 것은 물리적으로 그렇게 할 수 없는 경우도 있고, 상당한 혼란이 야기하는 등 위법의 문제를 야기할 수 있습니다. 따라서 본 조례폐지안은 서울학생인권조례에 의해 형성된 법질서를 폐지하면서도 그에 대한 경과조치 규정을 두지 아니하는 것은 위법, 무효라 할 것입니다.
- 학교구성원조례가 서울학생인권조례와 목적, 성격, 권리구제의 방법 등이 상이하여 서울학생인권조례를 온전히 대체하기 어려움에도 이를 내세워 대한민국 헌법, 교육기본법 제12조, 초·중등교육법 제18조의4, 우리나라에서 비준되어 발효된 ‘아동의 권리에 관한 협약’ 제2조 제2호 등에 근거한 서울학생인권조례를 개정하는 것이 아닌 전면 폐지하는 조례안을 제정하는 것은 정당성과 법적합성의 요구를 충족하지 아니합니다.

#### 4. 결 론

이상에서 살펴본 바와 같이 「서울특별시 학생인권 조례폐지 조례안」의결은 헌법과 국제인권규범, 교육관계법령에서 천명하고 있는 학생인권 보장 의무에 반하고, 교육감의 행정기구 설치권한을 침해하는 등 상위법령에 위배됨이 명백합니다.

또한 학생인권 구제와 인권교육 시스템 전반을 와해시켜 학생인권 보호에 심각한 공백을 초래하고, 학생 인권을 존중하는 교육환경 조성과 학생의 인격 발달이라는 교육의 본질적 가치 실현에도 역행하는 결과를 낳을 것입니다. 이는 우리 사회의 교육적·사회적 공익을 현저히 침해하는 경우에 해당합니다.

따라서 본 폐지조례안은 지방교육자치법 제28조 제1항이 규정한 재의요구 사유인 '법령 위반' 및 '공익 현저 저해'에 모두 해당하므로 「지방교육자치에 관한 법률」 제28조 제1항에 따라 재의를 요구합니다.

□ 대한민국헌법

**제6조 ①**헌법에 의하여 체결·공포된 조약과 일반적으로 승인된 국제법규는 국내법과 같은 효력을 가진다.

**제10조** 모든 국민은 인간으로서의 존엄과 가치를 가지며, 행복을 추구할 권리를 가진다. 국가는 개인이 가지는 불가침의 기본적 인권을 확인하고 이를 보장할 의무를 진다.

**제11조 ①**모든 국민은 법 앞에 평등하다. 누구든지 성별·종교 또는 사회적 신분에 의하여 정치적·경제적·사회적·문화적 생활의 모든 영역에 있어서 차별을 받지 아니한다.

**제31조 ①**모든 국민은 능력에 따라 균등하게 교육을 받을 권리를 가진다.

□ 교육기본법

**제4조(교육의 기회균등 등)**

① 모든 국민은 성별, 종교, 신념, 인종, 사회적 신분, 경제적 지위 또는 신체적 조건 등을 이유로 교육에서 차별을 받지 아니한다.

**제12조(학습자)**

① 학생을 포함한 학습자의 기본적 인권은 학교교육 또는 평생교육의 과정에서 존중되고 보호된다.

② 교육내용·교육방법·교재 및 교육시설은 학습자의 인격을 존중하고 개성을 중시하여 학습자의 능력이 최대한으로 발휘될 수 있도록 마련되어야 한다.

③ 학생은 학습자로서의 윤리의식을 확립하고, 학교의 규칙을 지켜야 하며, 교원의 교육·연구활동을 방해하거나 학내의 질서를 문란하게 하여서는 아니 된다.

## □ 초·중등교육법

### 제7조(장학지도)

교육감은 관할 구역의 학교를 대상으로 교육과정 운영과 교수(교수)·학습방법 등에 대한 장학지도를 할 수 있다.

### 제18조의4(학생의 인권보장 등)

- ① 학교의 설립자·경영자와 학교의 장은 「헌법」과 국제인권조약에 명시된 학생의 인권을 보장하여야 한다.
- ② 학생은 교직원 또는 다른 학생의 인권을 침해하는 행위를 하여서는 아니 된다.

## □ 유아교육법

### 제21조의2(유아의 인권 보장)

- ① 유치원의 설립자·경영자와 원장은 헌법과 국제인권조약에 명시된 유아의 인권을 보장하여야 한다.
- ② 교직원은 제21조에 따라 유아를 교육하거나 사무를 담당할 때에는 도구, 신체 등을 이용하여 유아의 신체에 고통을 가하거나 고성, 폭언 등으로 유아에게 정신적 고통을 가해서는 아니 된다.

## □ 국가인권위원회법

### 제2조(정의)

이 법에서 사용하는 용어의 뜻은 다음과 같다.

1. “인권“이란 「대한민국헌법」 및 법률에서 보장하거나 대한민국이 가입·비준한 국제인권조약 및 국제관습법에서 인정하는 인간으로서의 존엄과 가치 및 자유와 권리를 말한다.
3. “평등권 침해의 차별행위“란 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 출

산, 가족 형태 또는 가족 상황, 인종, 피부색, 사상 또는 정치적 의견, 형의 효력이 실효된 전과(전과), 성적(성적) 지향, 학력, 병력(병력) 등을 이유로 한 다음 각 목의 어느 하나에 해당하는 행위를 말한다. 다만, 현존하는 차별을 없애기 위하여 특정한 사람(특정한 사람들의 집단을 포함한다. 이하 이 조에서 같다)을 잠정적으로 우대하는 행위와 이를 내용으로 하는 법령의 제정·개정 및 정책의 수립·집행은 평등권 침해의 차별행위(이하 “차별행위“라 한다)로 보지 아니한다.

다. 교육시설이나 직업훈련기관에서의 교육·훈련이나 그 이용과 관련하여 특정한 사람을 우대·배제·구별하거나 불리하게 대우하는 행위

#### □ 아동복지법

##### 제4조(국가와 지방자치단체의 책무)

⑤ 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.

#### □ 지방교육자치에 관한 법률

##### 제18조(교육감)

① 시·도의 교육·학예에 관한 사무의 집행기관으로 시·도에 교육감을 둔다.

② 교육감은 교육·학예에 관한 소관 사무로 인한 소송이나 재산의 등기 등에 대하여 해당 시·도를 대표한다.

##### 제28조(시·도의회 등의 의결에 대한 재의와 제소)

① 교육감은 교육·학예에 관한 시·도의회 의결이 법령에 위반되거나 공익을 현저히 저해한다고 판단될 때에는 그 의결사항을 이송받은 날부터 20일 이내에 이유를 붙여 재의를 요구할 수 있다. 교육감이 교육부장관으로부터 재의요구를 하도록 요청받은 경우에는 시·도의회에 재의를 요구하여야 한다.

② 제1항의 규정에 따른 재의요구가 있을 때에는 재의요구를 받은 시·도의회는 재의에 붙이고 시·도의회 재적의원 과반수의 출석과 시·도의회 출석의원 3분의 2이상의 찬성으로 전과 같은 의결을 하면 그 의결 사항은 확정된다.

③ 제2항의 규정에 따라 재의결된 사항이 법령에 위반된다고 판단될 때에는 교육감은 재의결된 날부터 20일 이내에 대법원에 제소할 수 있다.

### 제32조(교육기관의 설치)

교육감은 그 소관 사무의 범위 안에서 필요한 때에는 대통령령 또는 조례로 정하는 바에 따라 교육기관을 설치할 수 있다.

## □ 지방자치법

### 제28조(조례)

① 지방자치단체는 법령의 범위에서 그 사무에 관하여 조례를 제정할 수 있다. 다만, 주민의 권리 제한 또는 의무 부과에 관한 사항이나 벌칙을 정할 때에는 법률의 위임이 있어야 한다.

② 법령에서 조례로 정하도록 위임한 사항은 그 법령의 하위 법령에서 그 위임의 내용과 범위를 제한하거나 직접 규정할 수 없다.

## □ 행정소송법

### 제23조(집행정지)

① 취소소송의 제기는 처분등의 효력이나 그 집행 또는 절차의 속행에 영향을 주지 아니한다.

② 취소소송이 제기된 경우에 처분등이나 그 집행 또는 절차의 속행으로 인하여 생길 회복하기 어려운 손해를 예방하기 위하여 긴급한 필요가 있다고 인정할 때에는 본안이 계속되고 있는 법원은 당사자의 신청 또는 직권에 의하여 처분등의 효력이나 그 집행 또는 절차의 속행의 전부 또는 일부의 정지(이하 “執行停止”라 한다)를 결정할 수 있다. 다만, 처분의 효력정지는 처분등의 집행 또는 절차의 속행을 정지함으로써 목

적을 달성할 수 있는 경우에는 허용되지 아니한다.

- ③ 집행정지는 공공복리에 중대한 영향을 미칠 우려가 있을 때에는 허용되지 아니한다.
- ④ 제2항의 규정에 의한 집행정지의 결정을 신청함에 있어서는 그 이유에 대한 소명이 있어야 한다.
- ⑤ 제2항의 규정에 의한 집행정지의 결정 또는 기각의 결정에 대하여는 즉시항고할 수 있다. 이 경우 집행정지의 결정에 대한 즉시항고에는 결정의 집행을 정지하는 효력이 없다.
- ⑥ 제30조제1항의 규정은 제2항의 규정에 의한 집행정지의 결정에 이를 준용한다.

**제29조(취소판결등의 효력)** ① 처분 등을 취소하는 확정판결은 제3자에 대하여도 효력이 있다.

② 제1항의 규정은 제23조의 규정에 의한 집행정지의 결정 또는 제24조의 규정에 의한 그 집행정지결정의 취소결정에 준용한다.

**제30조(취소판결등의 기속력)** ① 처분 등을 취소하는 확정판결은 그 사건에 관하여 당사자인 행정청과 그 밖의 관계행정청을 기속한다.

**헌법**

- 1) 우리 헌법이 선언하고 있는 인간의 존엄성과 법앞에 평등 “은 행정부나 사법부에 의한 법적용상의 평등만을 의미하는 것이 아니고, 입법권자에게 정의와 형평의 원칙에 합당하게 합헌적으로 법률을 제정하도록 하는 것을 명하는 법내용상의 평등을 의미하고 있기 때문에 그 입법내용이 정의와 형평에 반하거나 자의적으로 이루어진 경우에는 평등권 등의 기본권을 본질적으로 침해한 입법권의 행사로서 위헌성을 면하기 어렵다. (헌법재판소 1992. 4. 28. 선고 90헌바24 결정)

**지방자치법**

- 1) 지방자치법 제22조, 행정규제기본법 제4조 제3항에 의하면 지방자치단체가 조례를 제정함에 있어 그 내용이 주민의 권리제한 또는 의무부과에 관한 사항이나 벌칙인 경우에는 법률의 위임이 있어야 하므로, **법률의 위임 없이 주민의 권리제한 또는 의무부과에 관한 사항을 정한 조례는 그 효력이 없다.** (대법원 2007. 12. 13. 선고 2006추52 판결, 대법원 2009. 5. 28. 선고 2007추134 판결, 대법원 2012. 11. 22. 선고 2010두19270 판결)
- 2) 지방자치법은 지방의회와 지방자치단체의 장에게 독자적 권한을 부여하고 상호견제와 균형을 이루도록 하고 있으므로, 법률에 특별한 규정이 없는 한 조례로써 견제의 범위를 넘어서 **상대방의 고유권한을 침해하는 규정을 할 수 없다.** (대법원 1996. 5. 14. 선고 96추15 판결, 2001. 11. 27. 선고 2001추57 판결, 대법원 2007. 2. 9. 선고 2006추45)
- 3) “지방자치법상 지방자치단체의 집행기관과 지방의회는 서로 분립되어 제각각 그 고유권한을 행사하되 상호견제의 범위 내에서 상대방의 권한 행사에 대한 관여가 허용되는 것이므로, 집행기관의 고유권한에 속하는 인사권의 행사에 있어서도 지방의회는 견제의 범위 내에서 소극적·사후적으로 개입할 수 있을 뿐 사전에 적극적으로 개입하는 것은 허용되지 않는다” (대법원 2000. 11. 10. 선고 2000추36 판결)
- 4) 지방자치법은 지방자치단체의 의사를 내부적으로 결정하는 최고의결기관으로 지방

의회를, 외부에 대하여 지방자치단체의 대표로서 지방자치단체의 의사를 표명하고 그 사무를 통할하는 집행기관으로 단체장을 독립한 기관으로 두고, 의회와 단체장에게 독자적인 권한을 부여하여 상호 견제와 균형을 이루도록 하고 있으므로, 법률에 특별한 규정이 없는 한 조례로써 견제의 범위를 넘어서 상대방의 고유권한을 침해하는 규정을 제정할 수 없다. (대법원 2011. 4. 28. 선고 2011추18 판결 등)

- 5) 지방의회는 집행기관의 고유 권한에 속하는 사항의 행사에 관하여는 견제의 범위 내에서 소극적·사후적으로 개입할 수 있을 뿐 사전에 적극적으로 개입하는 것은 허용되지 아니한다. (대법원 2001. 12. 11. 선고 2001추64 판결 등)

## 행정소송법

### 1) 집행정지 결정의 형성력

집행정지결정이 있게 되면 ① 처분의 효력정지의 경우에는 행정처분의 효력을 일응 정지시킴으로써 당해 처분이 없었던 것과 같은 상태가 되고, ② 처분의 집행정지의 경우에는 당해 행정처분이 가지는 집행력을 저지함으로써 그 내용의 실현을 저지하며, ③ 절차의 속행정지의 경우에는 후속절차의 속행을 제지한다는 점에서 형성력을 가진다. 따라서 집행정지결정에 반하는 행정처분은 발할 수 없고, 만일 다른 행정기관이 집행정지결정에 위배되는 내용의 처분을 하면 그 처분은 하자가 중대하고 명백하여 무효가 된다. (대법원 1961. 11. 23, 4294행상3)

### 2) 집행정지 결정의 기속력

집행정지결정은 당사자인 신청인과 피신청인인 행정청은 물론, 판결의 효력에 준하여 그 밖의 관계행정청을 기속(행정소송법 제23조제6항)한다. 또한 제3자효 있는 행위의 경우 집행정지결정의 효력은 제3자에 대하여도 미친다.(행정소송법 제30조)

\* 법제논단, 집행정지제도에 대한 고찰, 방극봉(법제처 사무관) 참조

〈 의안 소관 부서명 〉

민주시민생활교육과	
연 락 처	02-399-9081