

학생청소년 권리의 내용과 그 제한 근거에 관한 고찰

최 윤 진*

- I. 서론
- II. 학교의 제도적 특성과 제학관계의 성질
- III. 학생권리의 내용과 이론적 정당화
- IV. 학생권리 제한의 근거: 권리적 관점과
교육적 관점의 비교
- V. 교육현장에서의 적용문제
- VI. 결론

I. 서론

청소년은 단순히 미래의 효용가치를 지닌 국가나 부모의 소유물이 아니고 독립된 인격을 지닌 한사람의 인간으로 파악되어야 한다. 따라서 청소년은 성인과 마찬가지로 인간에게 부여되는 모든 기본적 권리를 소유하고 또 이를 행사할 수 있다고 볼 수 있다.

그러나 청소년에게도 성인과 똑같은 자유와 권리가 허용되어지는가에 대해서는 異論의 여지가 많이 나타나게 된다.

Mill은 자유와 권리는 능력이 충분히 성숙한 사람들에게만 적용될 수 있다고 주장하며 여기서 제외되는 집단으로 아동 *children* 과 미개인 *barbarians* 을 포함시키고 있다. 즉 능력이 부족하면 자유가 제한될 수 밖에 없다고 보고 있는 것이다(Chamberlin, 1989).

그러나 청소년이 자신과 관련된 일을 합리적으로 판단·결정하며 그에 대해 책임질 수 있는 능력, 또 경제적으로 자립할 수 있는 능력이 형성되어야 이에 상응하는 권리가 주어질 수 있다고 볼 때 어떻게 무엇으로 그 능력의 기준을 평가를 할 수 있을지에 대해서 쉽게 답하기 어려워진다.

제도적으로 일정 연령을 기준으로 성년자와 미성년자의 범위를 구분하기도 하지만 이러한 기준은 한 개인의 능력이나 성숙 여부에 대해 평가를 하는데 많은 곤란성을 야기시킨다.

어떤 연령을 기준으로 특정 권리의 부여를

* 한국청소년연구원 책임연구원

제도적으로 허용하거나 제한할 경우 이미 벌써 어려서 어른보다 더 나은 능력을 갖춘 아이나 혹은 아직 그 연령에 필요한 능력을 갖추지 못한 어른의 경우 제대로 그 기준에 적용되기 어렵기 때문에 함부로 부당하게 자신의 권리를 침해 당할 우려가 있다.

이러한 문제점은 인간의 발달이나 성숙에 관한 두가지 특성을 간과하는 데에서 비롯된다고 볼 수 있다. 즉 첫째로, 인간의 발달이나 성숙은 어떤 일정 기간에 불시에 이루어지는 것이 아니라 전 생애를 걸쳐 꾸준히 이루어지는 것이라는 점과 둘째로, 인간의 성숙이나 발달은 모든 개인에게 공통적인 면도 있으나 그것보다 각 개인, 집단 간에 따라 각기 다르게 나타날 수 있다는 점이다.

즉 인간의 성숙과 발달은 어떤 시점을 중심으로 있기도 하고 없기도 하다든지 또는 어떤 사람은 갖고 있고 다른 사람은 갖고 있지 않다든지하는 양면적인 것으로 판단되어질 수 없으며, 그것은 정도의 차이로써만 비교되어 질 수 있는 것이라고 볼 수 있다(Strike, 1982: 131).

따라서 우리는 어떤 기준으로 성인과 청소년을 가르치고 또 그에 따라 줄 수 있는 권리와 줄 수 없는 권리를 자르고자 하는 비생산적인 논의로부터 벗어나서, 청소년에게는 성인과 어떻게 다른 방식으로 권리가 부여되며, 또 권리를 향유하기 위해 청소년은 성인과 어떤 다른 요구를 하고 있는가에 관심이 돌려져야 한다.

즉, 청소년에게는 성인에 비해 적은 권리가 허용된다는 가정에서 벗어나서, 같은 권리가 다른 방식으로 적용되어진다는 관점에서 청소년 권리의 성격이 밝혀져야 한다.

이러한 관점에서 바라볼 때, 청소년에게 일차적으로 요구되어지는 것은 성인에 비해 미숙

하고 부족한 경험·지식·능력을 기르는 일이라고 볼 수 있으며 이는 곧 교육의 필요성을 의미한다.

교육은 개인으로 하여금 사회생활에 필요한 기술, 신념, 습관 등의 사회화를 통해 미래의 생활을 준비시키며 다양한 삶의 경험을 부여해서 민주시민의 자질을 키워준다고 볼 수 있다.

따라서 청소년은 교육을 통해 권리향유능력을 기를 수 있는 반면, 다시 교육은 청소년에게 부여되어야 할 기본 권리가 되어진다.

오늘날 많은 국가들이 국민의 교육받을 권리를 헌법에 명문화하여 기본권으로 보장하고 모든 국민에게 균등한 교육기회를 마련해 주기 위해 의무교육을 제도화하고 있는 근본 까닭도 이러한 국민의 교육적 권리를 충족시키고 또 이를통해 능력을 기르기 위함이라고 볼 수 있다.

학교는 국가에 의해 국민교육의 의무를 위임받은 제도교육기관이다. 따라서 학교의 목적도 국가의 교육목적과 다를 바 없으며 이는 곧 국민의 교육에 대한 권리를 충족시키고 또 국민의 권리향유능력을 함양시키는 일이라고 볼 수 있다.

그러나 오늘날 학교가 이러한 근본 교육 목적을 제대로 수행하고 있는가에 대해 회의적인 반응이 많이 나타나고 있다.

즉 학생의 교육적 권리를 보장하고 권리주체로서의 능력을 키워주기 위해 노력해야 할 학교가 도리어 청소년들을 일정기간 동안 노동시장이나 정치사회등 성인의 세계로 부터 분리시킨 채 고립시킴으로써 그들로부터 삶의 경험을 위한 기회를 박탈하는 결과를 초래하기도 하고, 또 교육활동의 효율적 수행이라는 명목 아래 학생들의 자유와 권리가 자주 제한되거나

그 교육과정이 비민주적으로 이루어짐으로써 학생들이 실제 배워야 할 자유, 평등, 책임과 권리 등 민주사회 속의 가치와 그에 필요한 능력을 습득할 기회를 잃게 만들고 있다는 비판들이다.

따라서 스스로 권리를 행사할 줄 아는 유능한 시민을 길러내야 할 학교가 수동적이고 무기력한 다수를 배출해 내는 결과를 초래할 가능성도 전혀 배제할 수 없는 것이다.

본 논문은 이러한 학교 교육의 역기능적 현상에 관심을 갖고 시작하게 되었으며 그러한 현상이 나타날 수 있는 가장 중요한 원인이 제도 교육 기관으로서의 학교가 갖고 있는 관료적, 제도적 특성과 이로 인한 학생 권리의 비합리적인 침해와 제한에 있다고 보고있다.

물론, 학교 안에서의 학생의 권리행사는 무제한적이거나 절대적인 것이라고 볼 수 없다. 학교는 교육활동을 계획적이고 체계적으로 수행해야 할 책임과 함께 이를위해 소속 구성원들을 관리하고 또 행위를 통제할 권한도 갖고 있다. 따라서 학생의 권리행사도 이와같은 학교 권한의 범위 안에서 제한되고 억제될 수 있다. 그러나 문제는 학교측이 권한의 범위를 넘어서서 합리적 근거나 이유없이 학생의 권리를 침해하게 된다는지 둘 사이의 이해관계가 대립되어 갈등을 일으키게 될 때 나타난다. 그러므로 양측의 권리와 이해관계가 대립될 때 어떻게 균형을 맞추느냐의 문제와 어떤 근거와 기준으로 그 균형점을 찾아야 하는가의 문제가 중요하게 대두된다.

이러한 기준은 학교의 제도적 특성, 학생권리의 성격, 그리고 교육목적 등과 관련하여 그 강조점을 달리하는 몇가지 다른 관점들에 의해 영향을 받게되고 어떤 관점을 적용시키느냐에

따라 학생 권리의 제한 범위와 근거가 달라진다고 볼 수 있다.

따라서 적절한 관점의 적용을 통해 학생권리의 합리적 제한 근거를 찾음으로써 권리의 부당한 침해가 없도록 하며 학교의 본래적 교육 목적에 따른 기능을 회복 시킬 수 있는 방향을 모색하고자 함이 본 논문의 목적이다.

본고에서는 우선 학교의 제도적 특성과 재학관계의 성질을 살펴봄으로써 이러한 특성과 성질이 학생의 권리를 제한하게되는 근거를 찾아 보고, 둘째로 학생의 권리란 어떤 내용과 의미를 갖고 있는지 알아보기 위해 이에 관한 법률적, 윤리적, 교육적인 이론적 가정들을 검토해 본다. 특히 학생권과 관련하여 빈번하고 중요하게 제기되어지는 표현의 자유에 관한 권리, 적법절차에 관한 권리, 부당한 압수, 수색에 관한 권리의 내용을 중심으로 검토한다.

셋째로 학교측과 학생측이 대립되어 학생의 권리가 제한되어야 할 때 그 범위와 정도를 결정하는 기준이나 근거가 관점에 따라 달라질 수 있음을 가정하고 두가지 대비되는 관점(관리적 관점과 교육적 관점)이 어떻게 다르게 영향을 주며 또 어떤 관점의 적용이 타당한가에 관해 검토해본다.

끝으로 앞장에서 제기한 관점의 변화가 실제로 교육현장에서 어떤 양상으로 적용될 수 있는지 알아보기 위해 미국 법원의 관련 판례의 내용과 그 법률적 기준을 소개하고 분석해 보고자 한다.

II. 학교의 제도적 특성과 재학관계의 성질

학생이 갖는 권리는 그 지위에 따라서 크게 두가지로 분류 될수 있는데 국법상의 지위에

따라서는 국가의 구성원, 즉 국민으로서 갖는 권리와 학교 조직체의 구성원, 즉 학생이라는 신분으로서 갖는 권리로 분류되어 질 수 있다. 국법상의 지위에 근거해서 학생의 권리를 논할 때 학생은 한 사람의 국민으로서 헌법상 인정되는 기본권을 소유하고 있다고 볼 수 있다. 그러나 이러한 기본권은 학교에서의 학생신분의 지위에 따라서 때로 보장되기도 하고 또 제한받게도 된다.

국민에게 절대적으로 보장된 기본적 권리와 자유가 학생의 지위에 있어서 제한될 수 있는 까닭은 학교라는 조직체가 갖게되는 제도적 특성과 청소년이 학교에 입학하고 구성원이 됨으로써 형성되는 재학관계에 따라 비롯된다고 볼 수 있다.

학교는 국가로부터 국민교육의 의무를 위임받은 기관이다. 따라서 주요 구성원이며 교육대상인 학생에 대한 보호와 교육이 학교의 일차적인 책임이라고 볼 수 있다. 학교는 자체의 소속 구성원들에게만 책임이 있는 것이 아니라 외부 바깥 사회의 구성원들에 대한 책임도 같이 갖고 있다고 볼 수 있다. 이점은 군대나 경찰과 같은 공공기관이 보여주는 기관적 특성과 일치한다고 볼 수 있다(Wringe, 1981: 123). 즉 바깥 사회 구성원들의 공공안전이나 이익을 위해 내부 구성원들에게 의무가 부과되기도 하고 또 그들의 이익이나 권리가 제한되기도 한다. 학교 역시 이러한 기관적 특성에 따라 외부의 전체 국가사회적 책임 수행을 위해 내부 직원에게 책임이 부과되기도 하고 또 그 구성원인 학생의 권리가 제한되기도 한다고 볼 수 있다.

학교의 설립주체가 국가인 경우 학교에게 부과한 의무수행을 촉구할 권리를 가지고 있다고 볼 수 있는 첫째 근거로서, 학교에 재원을 제

공함으로써 그것이 원래 의도한 목적에 효율적으로 쓰일 수 있도록 요구할 수 있다는 점이다. 국민의 재산을 보호하고 또 관리할 책임이 있는 국가가 학교에게 학생의 보호와 교육을 위해 안전하고 능률적인 학교의 운영을 책임지우고 또 감독할 권리가 있기 때문이다. 둘째로, 학교 행정가나 교사는 국가에 고용된公務員으로서 공무원이나 준공무원의 신분이 주어지게 되고, 이에 따라 이들에게 국가 목적의 수행을 위해 일해야 하는 법률적, 도덕적 의무가 부과된다고 볼 수 있다(Wringe, 1981: 125).

이러한 학교의 제도적 특성과 함께 학교와 학생간의 재학관계의 성질에 따라 학교에서의 학생의 권리가 제한되어 진다.

어떤 기관의 구성원이 된다고 함은 일종의 어떤 거래관계가 묵시적으로 성립됨을 의미한다. 즉 개인과 기관간의 관계에 권위의 체계가 나타나고 그에 따라 특별한 권리가 창출되며 또 복종의 의무를 동반한다고 볼 수 있는 것이다. 또한 기관의 목적에 의해 불가피한 경우는 명령에 대한 복종과 권리의 제한이 당연한 사실로 인정되기도 한다. 즉 군대에서 전쟁의 승리를 위해 상급자의 명령에 복종해야 함은 당연한 의무로 받아들여지고 있는 사실을 그 예로 들 수 있다. 모든 기관과 개인의 관계가 동일하다고는 볼 수 없으나 학교와 학생간의 재학관계도 비슷한 맥락에서 파악되어 질 수 있을 것이다.

홍정선(1986: 123~128)은 재학관계의 성질에 관해 크게 특별권력관계이론과 재학계약설 두 가지 설을 들고 있다.

첫째, 특별권력관계이론은 일반권력관계에 대비되는 개념으로서 공법상 근무관계와 영조물 이용관계에 관한 공·행정상의 목적을 위해

특별한 관계에 놓이는 자에게 강화된 증속을 의미한다. 이를 교육적 상황에 적용할 경우 교원은 그 임명권자인 국가나 지방자치 단체에 대하여 공법상의 근무관계에 따른 포괄적인 의무를 지게되며 학생, 아동은 공법상의 영조물 즉 공공시설 이용관계에 있고 이때 관리자와 이용자간에 특별권력관계가 성립한다.

특별권력은 명령권과 징계권을 가지며 구체적인 법률의 근거 없이도 목적달성을 위해 권력주체의 명령, 지시에 복종해야하는 포괄적 지배관계를 갖게된다. 따라서 학칙이란 영조물 이용상 필요한 명령을 문장화한 것을 뜻하게되고 동시에 학교의 장에게는 광범위한 재량이 인정되게 되는 것이다.

둘째로 재학계약설은 학생의 재학관계를 학교와 학생간에 이루어지는 특수한 계약으로 파악하는 입장이다. 재학관계를 계약관계로 파악하게되면 학칙은 그러한 계약의 내용을 정하는 하나의 문서로 이해되며, 학칙이 학생의 기본권을 제한하는 내용을 갖는다면 계약상의 구속력에 의해 학생이 복종해야 함이 정당화된다.

재학관계의 성질에 대한 두 이론 모두 근래에 들어와 그 부적합성과 문제점이 많이 제기되고 있으며 특히 이들이 학생 기본권을 제한하는데는 부적절함이 여러가지 면에서 입증되고 있다. 그러나 학생의 권리는 위에서 설명된 학교의 제도적 특성이나 재학관계의 성질에 따라 그 내용과 허용범위가 영향을 받는 것은 사실이다. 결국 학교의 책임은 모든 학생들에게 적절한 교육환경과 내용을 제공하는 일이며 이를위해 필요한 규율이나 규칙을 정하여 학생의 행동을 규제하게 되는 것이다.

그러나 이 과정에서 교육책임의 수행방법이 잘못 선택되거나 그 절차에 있어서 공정치 못

한 독단적인 힘에 의해 부당한 복종이 요구되는 경우, 함부로 학생의 권리를 침해할 위험성이 존재한다. 또한 일상적인 교육과정에 있어서도 보다 안전하고 체계적인 학교운영을 추구하는 학교측 이익과 보다 더 자유롭게 행동하고자하는 학생의 이익 사이에 마찰이 일어날 수 있으며 자칫 지나치게 학생의 권리를 제한함으로써 심각한 인권 침해 현상이 초래되어지기도 한다. 따라서 학교의 이익과 학생의 이익이 균형을 이루어야 하며 이 가운데 학생 권리의 범위가 설정되어야 한다.

III. 학생 권리의 내용과 이론적 정당화

1. 학생권의 법률적 기초

학생이 갖는 권리는 성질에 따라서 다음과 같이 분류되어 질 수 있다(홍정선, 1986: 119). 국법상의 지위에 따라서는 국가의 구성원(국민)으로서 갖는 권리와 학교라는 조직체의 구성원으로서 갖는 권리가 있고, 권리의 내용에 따라서는 실체적 권리와 절차적 권리로 구분되며, 권리의 인정 근거에 따라서는 헌법상의 권리와 비헌법상의 권리로 나뉘어 진다. 그밖에도 법관계의 성질에 따라서 공법상의 권리와 사법상의 권리의 구분이 가능하다.

헌법상 보장되는 대표적인 기본권들은 인간의 존엄권, 행복추구권과 평등권, 자유권적 기본권, 생존권적 기본권, 청구권적 기본권, 참정권 등이다.

비록 학생은 그 신분, 연령, 상황등에 의해 권리의 범위와 정도에 제한이 가해질 수 있으나, 한사람의 시민으로서 다른 일반인들이 소유한 모든 종류의 기본권이 그에게 주어진다고 볼 수 있다.

그러나 본고에서는 여러종류의 권리의 내용 중에서 특히 학생의 학교 생활 및 재반교육적 상황에서 빈번히 문제가 제기되고 또 중요성이 부각되어지는, 표현의 자유에 관한 권리, 적법 절차에 관한 권리, 부당한 압수, 수색에 대한 권리 등 3가지 내용에 초점이 주어질 것이다.

표현에 자유란 내면의 사상 양심, 지식, 경험등을 외부로 표현하는 자유를 말한다. 사상과 양심의 자유가 인간 내면에 대한 자유를 지칭하는데 비해 언론, 출판, 집회, 결사의 자유 등은 이를 외부로 표현하는 자유로 구분되어질 수 있다.

표현의 수단이 구두 형식인 경우 일반적으로 언론의 자유라고 하고 문서에 의한 형식의 경우 출판의 자유라고 한다. 또한 단체구성이나 집회를 통해 의사표현을 하는 경우 이에 관련된 집회 및 결사의 자유도 표현의 자유의 한 종류로 보기도 한다(표시열, 1988 : 150).

적법절차 *Due Process of Law*에 관한 권리는 개인 자유의 임의적 박탈을 금지하는 것으로서 정부나 행정부의 일방적인 권익침해를 막고 권익침해시 이해관계 당사자에게 부당한 시도나 결정에 항변하여 의사 결정에 참여할 수 있는 기회를 보장하는 권리라고 볼 수 있다. 이 권리는 주로 학생이 징계나 처벌을 받을 경우 처벌을 결정하는 절차가 적법해야 함을 의미한다고 볼 수 있는데 특히 적절한 통지와 청문의 기회제공, 그리고 공정한 위원회의 구성을 통해 학교와 학생 쌍방이 의견을 개진할 수 있는 기회를 주어 공정한 의사 결정을 확보하자는 것이 *Due Process*의 기본 원칙이다(표시열, 1987 : 144).

부당한 압수, 수색에 대한 학생의 권리는 헌법에서 금지하고 있듯이, 법률에 의하지 않거

나 사전 영장 없이 학생의 소지품등이 수색당하거나 압수당해서는 안됨을 의미한다고 볼 수 있다. 또 압수, 수색 등이 교육적 목적에 의해 부득이 행해질 경우라도 그 범위와 기준이 분명하여야 하며 지나친 압수나 수색 행위에 의해 학생개인의 사생활의 권리가 함부로 침해되어서는 안됨을 나타낸다.

2. 학생권의 윤리적 기초

학생을 권리의 주체로 인정하고 그들의 권리를 존중해 준다는 의미는 다시말해서 그들이 다른 사람의 수단적 존재가 아니며, 스스로 인간으로서의 내재적 가치와 존엄성을 지닌 자율적인 존재임을 인정하는 일이다. 따라서 학생도 신분, 지위, 능력의 고하간에 인간으로서 동등하고 정당한 대우를 받아야 함을 의미한다고 볼 수 있다.

이러한 이념은 서양의 전통적 인권사상의 내용과 그 맥을 같이하고 있다고 볼 수 있다. ‘인권’ 개념에 대해 뚜렷한 전통적 개념정의를 하고 있는 영국의 법률가 W. Blackstone에 의하면 인권이란 “자연적 個權” 전통을 그대로 이어받은 것으로, 인간 개개인의 옳고 그름을 판단하는 최종의 권위이며 따라서 그의 ‘자유·의지 *free will*’는 스스로의 포기(계약, 합의에 의한)에 의하지 않고는 국가나 사회의 어떠한 권위에 의해서도 침해될 수 없다”고 규정하고 있다(이봉철, 1989).

이러한 인권사상은 학생권을 정당화 시켜줄 수 있는 윤리적, 철학적 기초를 제공하여 주고 있지만 그 수준이 너무 추상적이기 때문에 각종 종류의 세부 권리의 구체적인 원리를 파악하는 것이 필요할 것이다.

앞서 논의된 주요 학생권 내용을 중심으로,

표현의 자유와 관련해서는 思想의 자유 *intellectual freedom*의 내용을 살펴보고, 그리고 적법절차의 원리와, 부당한 압수, 수색, 문제와 관련해서는 사생활의 자유 *right to privacy*에 관해 검토해 보고자 한다.

첫째, 개인이 자신의 생각을 자유롭게 표현할 수 있어야 함을 나타내는 표현의 자유에 관한 원리는 보다 더 근본적으로는 개인이 자유롭게 생각하고 새로운 사상이나 아이디어에 접하여 자신의 생각을 발전시켜 나갈 수 있는 사상의 자유 *intellectual freedom*가 보장되어야 한다는 도덕적 원리를 반영하는 것이라고 볼 수 있다(Moshman, 1989 : 60). 이 원리는 두가지 측면을 특히 강조한다고 볼 수 있는데 첫째로, 한개인 생각이나 판단은 다른 사람에 의해서 조작 *manipulation*되거나 교화 *indoctrination*되어서는 안된다는 것이며, 둘째로, 개인이 스스로 올바른 선택과 판단을 내릴 수 있기 위해 새로운 경험이나 사상과 쉽게 접할 수 있어야 하며 자신의 생각을 자유롭게 표현하고 또 다른 사람과 토론이나 의견교환을 자유롭게 할 수 있어야 된다는 점이다. 따라서 이와 같은 사유의 자유를 제한하는 것은 개인으로 하여금 어떤 특정의 사상과 신념을 강요함으로써 그를 목적으로서가 아닌 수단적 존재로 취급하는 것이 되며 또 개인의 사상의 표현을 억제시킴으로서 그의 존엄성과 자율성을 공격하는 것이 된다.

둘째, 적법절차 *due process*에 관한 권리는 어떤 독단적이거나 부당한 결정으로부터 개인을 보호하는 데 그 근본 원리가 있다. 증거가 부족하거나 일정한 기준없이 이루어진 결정은 합리적인 결정이 될 수 없다.

따라서 적법 절차의 기본 원리는 어떤 개인에 관한 결정에 있어서의 합리성, 일관성, 공

공성 등을 보장하고자 하는 것으로서 결정과정 이 합리적이고 그 결정기준이 일관되며 널리 알려져야 함을 강조하는 원리라고 볼 수 있다.

즉 개인을 징계하거나 벌을 줄 때는 적절한 기준과 절차가 따라야 함을 의미한다.

셋째, 사생활 자유 *privacy*의 권리는 한개인으로서 하여금 자신의 생활을 스스로 통제할 수 있도록 존중해 주어야 한다는데 그 도덕적 원리가 있다고 볼 수 있다. 이것은 한 개인의 결정에 간섭하지 말아야 한다는 점 뿐만 아니라 개인적인 사생활의 문제에 대해 본인이 동의하지 않는한 알려고 하거나 캐묻지 말아야 함을 시사한다고 볼 수 있다.

이것은 어떤 개인적 사실에 대한 발설 뿐만 아니라 사적 소유물이나 생활이 본인의 허락 없이 뒤지거나 압수될 수 없음을 의미한다고 볼 수 있다.

3. 학생권의 교육적 기초

한 개인이 권리의 주체가 되기 위해서는 자율적인 능력이 요청된다고 할 수 있다. 특히 독립적으로 생각하고 판단하며 선택할 수 있어야 하고 또 자신의 판단과 행동에 대해 스스로 책임질 수 있어야 한다. 개인적 차원에서 이러한 합리적 판단과 책임 능력은 곧 사회적 차원에서의 한사람의 민주적 시민으로서의 자질을 갖추는 일이라고도 볼 수 있다.

그러나 이러한 능력과 자질은 저절로 획득되는 것이 아니라 교육을 통해서 형성되어지고 또 습득된다고 볼 수 있다. 개인의 권리 행사를 위해서 교육은 그 필요조건이 된다고 볼 수 있으며 학교에는 이러한 교육적 역할을 충실히 수행할 의무가 부여 된다고 볼 수 있다.

학교가 이같은 역할, 즉 소속 학생들을 교육

시켜 합리적 판단 능력과 민주 시민적 자질을 키우는 일을 제대로 수행하려면 학교 교육 과정에서 다시 학생의 권리가 인식되고 존중되어야 한다는 순환론적인 논리가 성립된다. 즉 학교교육 목적의 수행과 달성을 위해서 민주적 교육방식과 학생 권리의 존중이 다시 필요조건이 된다고 볼 수 있다. 이것은 학교가 바깥 민주사회의 모델로서의 역할을 해야하고, 교실은 학생들의 자유로운 의견과 아이디어의 교환장소 *market place of idea*가 되어야 한다는 Tinker 판결¹⁾속의 견해를 반영하는 것이다.

즉 학교가 학생을 유능한 민주사회 시민으로 키우려면 그 안에서 적절한 역할, 행동 양식, 가치관들을 배울 수 있어야 하며 이를 위해 권위적인 한 목소리에 의해서가 아닌 다양한 의견과 아이디어의 교환과 창출이 이루어져야 하는 것이다.

또한 학교의 핵심 멤버들인 학생의 권리가 존중되지 못하고 무시되면 교육과정의 각 부분에서 학생을 소외시키는 현상을 초래하게 되고, 경험과 시행착오를 통해 자율적인 능력을 습득할 수 있는 교육의 기회를 박탈할 우려가 있으며 민주시민의 가장 기본적 자질이라고 볼 수 있는 자신의 권리존중과 이에 따르는 책임 수행 능력을 키우기 어려울 뿐 만 아니라 타인의 의사와 권리를 존중할 줄 아는 상호 신뢰의 태도나 양식을 키우기 어렵게 된다(Haller & Strike, 1986: 119). 따라서 학교가 원래의 교육 목적과 또 기능을 적절히 수행하기 위해서는 학교에서 학생의 권리가 제대로 인식되고 존중되어야 하며 학창시절에서부터 권리, 의무 수행능력과 이에 따르는 민주주의 원리 습득이

자연스럽게 이루어져야 할 것이다.

그러면 보다 구체적으로 앞서 제시한 학생의 표현의 자유에 관한 권리, 적법절차에 관한 권리, 또 부당한 압수, 수색 등에 관한 권리들이 실제로 학교교육과정에서 어떤 의미를 주고 어떻게 존중되어야 하는지 살펴 보고자 한다.

첫째로, 표현의 자유는 교육의 성격상 매우 중요한 학생의 권리라고 볼 수 있다. 학생들이 창의적 사상이나 객관적 진리를 발견하고 합리적인 판단과 선택을 할 수 있는 능력을 기르기 위해서는 무엇보다도 자신의 의견과 타인의 의견을 이해하고 또 자유롭게 서로 비판 및 교환할 수 있는 자유가 충분히 주어져야 한다.

학생들은 학교에서 다양한 방법으로 그들의 의사를 표현하게 되는데 말로서 표현하는 구두적 표현 방식 *oral expression*과 글이나 출판물로서 표현하는 문서적 표현방식 *written expression*, 상징적 행위나 상징물로 표현하는 상징적 표현 방식 *symbolic expression* 등으로 구분될 수 있다(Moshman, 1989: 93).

이러한 학생들의 다양한 의사 표현들은 그것이 학교운영이나 다른 학생들에게 실질적이고 막대한 피해를 주지 않는한 허용되어야 한다.

간혹 학생 능력의 미성숙성을 이유로 학생의 의사 표현 정도나 혹은 비판 행위가 억제되어야 한다고 주장되기도 하나 이는 성장과정에 있는 학생들에게 잠재능력을 개발 시킬 수 있는 기회를 박탈하는 결과를 초래하기 때문에 타당한 견해라고 보기 어렵다(표시열, 1988: 165).

1) Tinker V. Des Moines Independent School District, 393 U.S. 503 (1969).

둘째로, 학생의 적법절차에 관한 권리는 교육적 상황에서 특히 학생 징계의 문제와 관련하여 제기되어진다. 어떤 행동으로 인해서 학생을 징계하려면, 학생이 실제로 징계받을 행동을 하였는지 확인해야 하며 학생이 자신이 왜 징계를 받는지 그 이유를 알아야 한다. 또한 징계행위에 대한 자신의 입장을 밝힐 기회가 주어져야 하며 학생도 학교의 규정을 알고 자신의 행동에 대한 처벌이 타당한지 알 권리가 있다고 볼 수 있다.

학교에서 학생의 이러한 적법절차의 권리를 보장해 줌으로써 학생으로 하여금 조직이나 기관의 규칙, 규정을 알고 이에 위반되지 않는 책임있는 행동을 할 수 있도록 하며 법이나 규칙의 집행 과정에 스스로 참여함으로써 민주주의의 기본 원리를 습득하는데 도움을 줄 수 있다(Nazario, 1988: 280). 또한 이것은 학교행정의 편의주의를 지양하고 학생에게 자기측 이야기를 할 수 있는 기회를 줌으로써 성장을 촉진시켜주는 역할을 한다고도 볼 수 있다(표시열, 1987: 145).

권리의 내용 뿐만아니라 권리가 보호되고 주장되는 적절한 절차도 마찬가지로 중요하기 때문에 이러한 공정한 절차를 지킴으로써 기관 행정부에 의한 고의적이고 비합리적이거나 차별적인 처벌로부터 스스로의 권익을 보호할 줄 아는 능력을 키우기 위한 학생의 적법절차에 관한 권리는 학교에서 중요하게 인식되고 보장되어야 한다고 볼 수 있다.

셋째로, 학생의 생활이나 소지품 등이 함부로 부당하게 수색되거나 압수당해서는 안된은 학교 안에서의 학생의 사생활이 보장될 수 있어야 함을 의미한다고도 볼 수 있다.

학교의 공동생활 속에서 개인의 한쪽 모습이

노출되거나 또는 잘못 비취짐으로써 받게되는 편견이나 고정관념 등으로 인해 당사자의 공동생활 적응에 많은 어려움을 야기시킬 수 있다.

특히 학창시절은 아직 자아개념이나 정체감이 제대로 형성되어 있지 못하기 때문에 다른 어떤 시기 보다는 자신에 대한 타인의 판단, 평가가 행동과 가치관 형성에 중요한 영향을 미친다고 볼 수 있다. 따라서 학생이 외부에 알려지기를 원치 않는 개인적 차원의 사사로운 문제나 사항은 스스로 간직하고 보호할 수 있는 권리가 주어져야 한다.

이는 비단 학생의 물건이나 소지품을 함부로 뒤지면 안된다는 의미뿐만이 아니라 교사가 수업시간에 특정학생을 지적해 질문하는 일에도 주의를 기울여야 하고 개별적인 가족사항이나 학생 개인의 고민을 물어보는 일도 신중을 기해야 한다. 함부로 사적인 문제를 들춰서 외부에 발설시킴으로써 학생이 정서적, 심리적으로 받는 피해는 지대할 수 있으며 이로인해 학생을 일탈화시키는 비교육적 결과를 초래할 수도 있는 것이다.

IV. 학생권리 제한의 근거: 관리적 관점과 교육적 관점의 비교

앞서 서술된 II장, III장의 내용을 간단히 요약하면 다음과 같다.

학교는 국가로부터 국민교육의 의무를 위임받은 제도교육기관으로서 학교운영의 일차적 책임을 갖게되며 학생과의 재학관계에 있어서 기관의 목적에 따라 규율과 규칙이 성립되고 또한 권위체계가 등장하게된다. 따라서 학교는 이와같은 제도적, 구조적 특성에 따라서 기관운영의 책임과 함께 목표달성을 위해 소속 구

성원들을 통솔하고 또 때로는 행동을 규제할 권위와 권리도 갖게된다고 볼 수 있다.

학생은 한사람의 권리 주체로서 기본적인 권을 소유하고 또 행사할 수 있다. 이점은 법률적으로, 윤리적으로, 또 교육적으로 정당화 될 수 있음을 알 수 있으며 특히 표현의 자유에 관한 권리, 적법절차에 관한 권리, 부당한 압수, 수색 등에 대한 권리들은 학생신분과 관련해 그 중요성이 강조되는 내용이고 이들이 각각 법률적, 윤리적, 교육적으로 어떤 의미를 갖고 어떻게 정당화 되어지는지 밝힌 바 있다.

따라서 개인으로서 학생의 권리와 또 기관으로서 학교의 권리는 모두 정당화 되어진다고 볼 수 있다. 그러나 학교의 교육적 상황속에서 양측의 이익이 대치되어 갈등을 일으키게 되고 또 한편이 다른 한편의 권리를 제한하려 할 때 문제가 발생하게 된다.

특히 학교와 학생의 관계는 대등한 입장에서 대립이라고 보기는 어렵고 학교측에 학생 권리를 제한할 수 있는 권위가 인정되어 있는 상황속에서 어느정도로 제한할 수 있는지가 문제가 되게된다. 즉 어떤 근거로 어떤 범위까지 가능한가의 문제가 되며 그 제한의 정도가 지나칠 경우 학생의 권리를 함부로 침해하는 결과를 초래하게 되는 것이다.

학생의 권리는 어떤 근거로 어느 범위까지 제한될 수 있는가? 이 물음에 앞서서 학생의 권리는 왜 제한되어야 하는가 밝혀져야 하며

이는 곧 학생 권리의 제한 근거가 무엇인지 밝히는 일일 것이다.

이러한 권리의 제한 근거는 관점에 따라 다르게 나타날 수 있을 것이다.

본장에서는 관리적 관점 *management perspective* 과 교육적 관점 *educational perspective* 의 두 가지 관점을 비교해 봄으로써 그에 따라 학생 권리에 대한 관점과 또 그 제한 근거가 어떻게 다르게 나타나는지 알아보고자 한다.

1. 관리적 관점과 교육적 관점²⁾

관리적 관점의 대표적인 특성은 다음과 같다.

첫째, 관리적 관점에 있어서는 그 기본적인 관심이 행정적 효율성에 있다. 현재의 상태와 비교되는 일정한 목표가 설정되고 이 목표 달성을 위해 가장 효율적인 수단이 선택된다.

둘째, 관리적 관점에 있어서는 과정이나 수단, 절차 보다는 결과가 중요시된다. 선택되는 수단과 행위는 궁극적인 결과에 영향을 미치는 정도에 따라 그 타당성이 평가된다.

셋째, 관리적 관점에서는 목표의 달성과 이에 따르는 효율적인 수행을 위해서 법, 규칙, 규율 등이 중요시된다. 법, 규칙 등에 권위가 부여되고 또 이에따른 강력한 수행과 통제가 정당화된다.

이러한 관리적 관점의 특성과 대비하여 교육적 관점의 특성을 요약하면 다음과 같다.

2) 참조: E.J. Haller & K.A. Strike, 'Student Control and Ethics of Punishment' in An Introduction to Educational Administration.

이들에서 Haller와 Strike은 학생징계나 처벌에 있어서 관리적 관점(management perspective)과 도덕적 관점(moral perspective)이 어떻게 다르게 적용될 수 있는지 그 관점의 특성을 통해 논술하고 있다.

그러나 필자는 본장에서 학생의 권리와 관련해 관리적 관점(management perspective)과 교육적 관점(educational perspective)을 대비시켜 보고자 한다.

첫째, 교육적 관점에 있어서는 행정적 효율성보다는 도덕성이 강조된다고 볼 수 있다. 주어진 목표의 효율적 달성 뿐만 아니라 목표의 방향 및 과정과 절차가 도덕적으로 타당하고 정의로운 것인지에 관심을 갖는다.

둘째, 교육적 관점에 있어서는 초래되는 결과나 효과뿐만 아니라 그 과정, 수단, 절차가 같이 강조되어진다. 비록 결과가 학생의 성장이나 발달 등 교육목표에 대한 효과를 극대화시켰다 할지라도 그 과정이나 절차에 비교육적 방법이 적용되었다든지, 적절치 못한 수단이 사용되었다면 교육적 효과의 타당성을 인정받기 어렵다.

셋째, 교육목적의 효과적 수행을 위해서 학생들의 기본 권리에 관심을 갖는다. 민주시민적 자질과 합리적 판단능력의 함양을 위해서 학교에서부터 학생들에게 어떤 권리가 부여되어야하고 또 그에 따라 어떻게 자율적인 생활능력을 기를 수 있을 것인가에 관심을 갖는다.

2. 학생권리 제한에 있어서 두관점의 적용

학교에서의 학생의 권리행사가 제한될 경우 왜 제한되어야 하는가에 대해 앞서 비교한 두가지 관점에 따라서 다른 설명이 나타날 수 있다.

학교의 교육적 상황에 관리적 관점이 적용될 경우 학교의 주요목표는 안전하고 질서 정연한 교육체제를 확립하고 유지하는데 놓여지게 되며 이러한 효과를 극대화 하기 위해 학교 교칙과 규율이 학생통제의 중요한 수단으로 사용되어진다.

기관의 목표달성과 효과의 극대화가 일차적 목표이기 때문에 학생도 이에 따라 위급되며 교육과정에서 학생의 개인적 특성이나 편

리가 크게 고려되지 못하게 된다.

예를들어 몇몇학생의 잘못으로 인한 결과를 두고 한 학급의 질서를 바로 잡기 위해서 학급 학생 전체를 단체로 벌을 줄 경우 많은 무고한 학생들이 당하는 개별적 권리의 침해 문제는 별로 고려되지 않게되고 학급질서 학림이라는 목표의 효율적 달성을 위해 정당화 되어질 수 있게 된다.

교육적 관점에서는 학생의 권리행사가 敎育的인 것인가에 일차적 관심을 둔다. 학생의 권리행사가 그의 교육적 성장을 위해 필요한 것인가? 권리주장의 내용과 방법이 교육적으로 타당한 것인가? 학생의 연령, 발달정도에 비추어 권리의 허용이 교육적 효과를 줄 수 있는가? 교칙이나 규정 자체가 교육적으로 타당하며 그 적용절차나 방법이 합리적인지에 관한 것이 학생의 권리를 제한하는데 있어서 같이 고려된다.

그렇다면 학생의 권리가 학교의 교육상황에서 제한되어져야 한다고 할 때 어떤 관점에 근거하여 그 합리적 기준을 찾는 것이 타당하겠는가?

이 질문에 답하기 앞서서 과연 두가지 관점은 서로 대립되는 다른 관점인가? 혹시 절충하거나 종합할 수 있는 여지는 없는가에 대해 검토해 볼 필요가 있다.

이 점은 학교제도의 출현 근거나 그 성립·운영의 근본목적이 바로 국민의 기본권리 보장에 있다는 사실을 상기함으로써 그 합치점을 찾을 수 있다. 즉 국민은 인간다운 생활을 위한 행복추구권과 함께 이를 위한 능력을 키우기 위한 학습권을 가지고 있고, 이것은 교육의 필요성과 함께 교육은 가치로운 일이라는 가정을 전제하고 있다고 볼 수 있다.

따라서 학교는 학교관리의 주체로서 질서있고 효율적 행정운영의 책임과 또 이에 따르는 권한을 갖고 있다고 볼 수 있지만 학교의 이러한 행정적 권한은 다시 학교성립의 근본원리이자 상위원리라고 볼 수 있는 국민의 기본권 보장과 교육목적에 합치되어야 하고 또 이러한 상위원리에 의해 제한되어야 한다고 볼 수 있다.

교육기관인 학교가 한편으로는 유능하고 권리를 향유할 수 있는 민주시민을 기르고자하면서 다른 한편으로 효율적 관리와 운영 때문에 학생의 능력향상의 기회를 박탈하고 권리를 침해하는 이율배반적인 현상을 초래한다면 이는 학교가 원래 취지나 목적대로 제기능을 하지 못하고 있다는 결론에 도달하게 된다.

따라서 이러한 학교의 역기능적이고 비교육적 현상을 바로잡기 위해서는 학교의 모든 교육 및 행정운영과정이 민주적이어야 하고 습교육의이어야 한다.

그러나, 이 말은 학교가 갖는 제도적 특성이나 관리·행정적 권한을 의식하지 않거나 무시할 수 있다는 의미는 아니다.

이는 자칫 행정편의주의나 법률제일주의에 흐르기 쉬운 관리적 관점이 교육적 관점과 절충 및 균형을 이루어야 하고 또 때로는 교육적 관점에 의해 제한 받을 수도 있다는 것을 의미한다.

따라서 앞서 제기한 질문의 답은 자연스럽게 도출되어진다. 학생의 권리는 학교의 효율적 운영에 지장을 초래하였다거나 정해진 규정, 규칙을 어겼다는 관리적 관점에 입각한 근거에 의해서만 쉽게 침해되어서는 안되며, 학생의 행위나 권리주장이 실질적으로 학교의 교육행위에 어떤 영향을 미쳤으며 교육내용·방법에

비추어 어떤 문제가 있고 교육목표와 효과에 어떤 결과를 주었는가에 관한 포괄적인 교육적 관점이 같이 신중히 고려되어야 한다.

V. 교육현장에서의 적용 문제

학생의 권리가 관리적 관점에 치중하여 함부로 침해되거나 제한되어서는 안되며 습교육의 원리에 입각한 교육적 관점에 근거해야 한다고 할 때 실제로 학교의 교육현장에서 이러한 논리가 어떤 방법으로 적용되어질 수 있는지 알아볼 필요가 있을 것이다.

본장에서는 교육현장에서 빈번히 이슈가 되는 학생의 권리 내용 중 앞서 II장에서 선택적으로 소개된 표현의 자유에 관한 권리, 적법절차에 관한 권리, 부당한 압수, 수색에 대한 권리의 내용을 중심으로 관리주체인 학교측과 권리주체인 학생의 이해관계가 대립되어 법률적 쟁송이 일어날 때 어떤 기준으로 학생의 권리가 제한되고 있는지 알아보려 한다. 특히 IV장에서 논의된 관리적 관점에 대비된 교육적 관점이 어떤 식으로 반영되고 있으며 또 그 쟁송의 해결과정에 어떤 결과로서 반영되는지 알아보고자 한다. 관련 사례들은 학생의 권리에 관한 미국 법원의 판례들에 나타난 판결내용과 또 설정된 기준 *guideline* 을 중심으로 소개하고자 한다.

1. 표현의 자유에 관한 권리

학생들은 학교 안이나 밖에서 교육내용에 관련된 것이거나 혹은 관련없는 사항들에 대해서 연설, 토론, 대화와 같은 구두적 표현방식이나 신문, 잡지등의 출판을 통한 문서적 표현방식, 혹은 집회나 결사 활동들을 통한 집단적 표현

방식 등에 의해 자신의 의사를 표현하게 된다.

이와같이 다양한 방식으로 자신의 의사를 자유롭게 표현함으로써 이성적인 판단능력과 창의적인 사고력을 발달시킬 수 있고 다른사람과의 자유로운 의사교환을 통해 가능한 대안을 모색하고 사상을 발전 시킬 수 있다. 따라서 학생의 표현의 자유에 관한 권리는 민주시민의 자질 및 능력 함양을 위해 기초적이고 필수적인 권리라고 볼 수 있다.

그러나 이러한 표현의 권리는 절대적일 수 없으며 특히 학생에게 있어서 그 내용, 방식, 정도가 학교의 교육행위나 다른 학생의 이익에 피해를 줄 경우 제한이 가해지게 된다.

하지만 학교가 학생으로 하여금 그들 의사의 표현을 막거나 제한하려고 할 때 어떤 근거와 이유로 어느정도 제한할 수 있는지 불분명하여 함부로 학생의 권리를 침해하는 결과를 초래하기 쉽다.

중고교생들에게도 성인과 같은 표현의 자유가 허용되는가? 제한된다면 어떤 기준과 범위가 적용되는가에 관한 문제들을 학생의 표현의 자유권과 관련해 미국의 대표적인 판례라고 볼 수 있는 Tinker 사건³⁾의 판결내용을 통해 알아보도록 한다.

1965년 미국 아이오와주 한 중고등학교의 학생들이 팔에 검은 완장을 두르고 월남전 반대시위를 한 것이 사건의 발단이 되었다. 학교측의 만류에도 불구하고 몇몇 학생이 감행하자 결국 이들이 정학 당하게 되었다. 정학당한 학생들이 학교를 상대로 학교의 징계처분이 그들의 헌법상 보장된 표현의 자유를 침해하였다고 반발하여 소송을 제기하게 된 것이다. 미 연방

대법원이 이 사건을 처리하면서 제기하였던 중요 이슈는 다음과 같다.

- ① 헌법상 보장된 표현의 자유가 교실의 학생에게도 적용되는가?
- ② 학생의 표현의 자유는 어떤 상황에서 제한되는가?
- ③ 상징적 표현도 다른 표현과 마찬가지로 자유가 보장되어야 하는가?

첫번째 물음에 대해서 법원은 비록 학교가 학생의 행위를 통제할 권한을 갖고 있지만 “교사나 학생의 언론이나 표현의 자유에 관한 헌법상의 권리가 학교 문 안에서 포기되어 질 수 없다.”고 밝힘으로서 학생에게도 헌법적인 표현의 자유가 보장되어야 함을 분명히 하였다.

둘째로, 학생의 표현의 자유는 학교운영과 지도에 중대하고도 본질적인 *materially and substantially* 피해를 주었거나 다른 학생들의 권리를 침해한 경우에 한해서 제한될 수 있다고 하였다. 여기서 중대하고 본질적이라 함은 단순히 소란의 우려만을 가지고 권리를 제한할 수 없으며 실질적인 혼란이 있었거나 혼란이 일어날 가능성을 명백하게 증빙할 수 있어야 한다. 즉 수업에 대한 명백하고, 직접적이며 급박한 소란행위 *clearly, directly and immediately disruptive behaviors*가 있었거나 이에 대한 합리적 예측 *reasonable forecast* 이 가능하여야 한다.

셋째로, 학생들의 상징적 표현 *symbolic speech* 도 순수 표현 *pure speech* 과 마찬가지로 헌법상 보장된 표현의 자유가 부여되어야 한다고 법원은 밝히고 있다.

이와 같은 내용의 Tinker 판결의 기준은 그

3) Tinker V. Des Moines Independent School District, 393 U.S. 503(1969).

이후 학생의 표현의 자유와 관련된 다른 판결에 적용되어 표현의 권리 제한의 근거를 밝혀주게 되었다. 그 이외에도 학생의 표현 내용이 문제가 되는 경우 지나치게 외설적이거나 음란적인 것, 또 모욕적인 것들은 금지되어지며 그 방법, 시간, 장소 등의 적절성들도 같이 고려되어지는 경우가 많다.

이상과 같은 법원의 견해를 요약해 보면 학생들의 자유로운 의사표현은 그것이 학교의 정상적인 운영이나 다른 학생의 권리에 본질적이고도 중대한 피해를 주지 않는 한, 그리고 그 내용, 방법, 시간, 장소등이 지나치게 비교육적이거나 비정상적인 경우를 제외하고는 학교 안에서도 최대한 보장되어야 한다는 것이다.

따라서 학교의 효율적, 능률적 운영을 이유로 학생의 표현의 자유가 함부로 침해될 수 없으며 학생의 권리를 최대한 보장함으로써 민주 시민의 능력과 자질을 키울 수 있도록 하고자 하는 법원의 노력이 비추어진 판결내용이라 볼 수 있다.

이 점은 학생의 선택능력이 충분치 못하다는 이유로 성인과 똑같은 권리를 향유할 수 없다는 견해를 제시한 Tinker 판결의 소수의견에 대해 반대입장을 표명한 Fortas 판사의 다음의 판결 내용의 의견을 통해 학생 표현의 권리에 관한 법원의 관점을 읽을 수 있다.

“교실, 식당, 교정등에서 다른 사람과 다른 의견을 말하는 것은 논쟁의 시작이 되고 또 혼란을 초래할 수 있다. 그러나 우리의 헌법은 우리가 이러한 위험을 감수해야만 한다고 말하고 있다. 이러한 위험스러운 자유야말로 우리 국력과 독립의 근원이며 또 보다 더 허용적이

고 논쟁적인 사회에서 사는 미국인의 정력의 원천인 것이다.”

2. 적법 절차에 관한 권리

적법절차는 개인에게 공정한 절차를 보장해 줌으로써 부당한 행정처분으로부터 개인의 권리침해를 막기 위한 권리이다. 이것은 행정적 징계처분의 근거가 되는 법률이나 규정이 합리적이고 공정해야 할 것을 요구하는 실체적 권리 *substantive right* 와 징계 절차가 체계적이고 공정할 것이 요구되는 절차적 권리 *procedural right*의 두 부분으로 구분될 수 있다.

그러나 이것이 교육현장에서 학생 징계와 관련하여 문제가 될 때 일반인에게 적용되는 적법절차의 권리가 학교라는 교육기관에 소속되어 있는 학생에게도 적용될 수 있는가, 적용된다면 최소한 어떤 절차가 요구되는지가 주로 제기되는 문제들이다.

오하이오주의 한 학교에서 아홉명의 학생들이 학교식당에서 소란을 피우고 기물을 파괴하며, 테모에 참석했다는 등의 이유로 학교로부터 정학처분을 받아 그 절차가 제대로 이루어지지 않았다는 이유로 학부모들에 의해 소송이 제기되었다.

이 사건⁴⁾에서 학교측은 적법절차의 권리는 개인의 생명, 재산권등 헌법상 기본권이 침해당했을 때 적용된다고 볼 수 있는데 학생의 의무교육에 관한 권리는 헌법상 보장된 권리라고 볼 수 없기 때문에 학생의 정학처분에 적법절차권이 보장될 필요가 없다고 하며 설혹 적용된다 하더라도 ‘가혹한 손해나 부당한 손실 *severe detriment or grievous loss*’의 경우에만 적

4) Goss V. Lopez, 419 U.S. 565(1975).

용될 뿐 10일간의 정학처분은 이러한 경우에 적용될 수 없다고 주장하였다.

이러한 학교측 주장에 대해 미 연방 대법원은 학생에 대한 정학처분은 그의 재산권과 자유권을 침해한 것으로 인정할 수 있기 때문에 학생에게도 적법 절차의 권리가 적용되어야 하며 열흘간의 정학처분이라 할지라도 최소한의 징계절차를 밟아야한다고 판시하였다.

최소한의 절차로서 ① 징계처분의 이유와 증거에 관한 통지를 받아야하고 ② 학생의 의견을 설명할 수 있는 청문의 기회가 주어져야 함을 명시하고 있다. 이 판결을 통해 학생에게도 행정처분에 대한 적법절차의 권리가 보장됨으로써 효율성이나 법률 중심의 행정 편의주의를 방지하고, 학생도 자신의 신상에 관련된 주요 결정에 관해 알고 대처하며, 또 결정과정에 참여하는 권리가 보장됨으로써 학창시절에서부터 민주시민의 능력을 기를 수 있는 기회를 확장하는데 중요한 공헌을 하였다고 볼 수 있다.

3. 부당한 압수 수색에 대한 권리

학생이 학교 사물함이나 책상속 혹은 자신의 가방, 호주머니 등에 불법적이거나 위험한 물건을 소지할 경우 학교는 그 위험성을 고려해 소지품을 뒤지거나 또 발견했을 때 압수할 수 있다. 그러나 함부로 부당하게 수색하거나 압수할 경우 학생의 사생활의 권리를 침해하게 되어 불법적인 처사가 된다.

뉴욕의 한 고등학교에서 두 학생의 사물함을 수색한 결과 마리화나가 발견되었다. 징계를 당하게된 학생들이 수색이 불법적이었다고 주장하며 소송을 제기한 Overton 사건⁵⁾에서 법원

은 수색의 적법성을 인정하면서 두가지 점을 제시하고 있다.

첫째, 학생이 독자적으로 사물함을 사용하여 사생활의 침해를 막고자하는 것은 다른 친구들과의 관계속에서는 성립될 수 있지만 학교와의 관계에서는 다르다.

즉 학교시설물의 하나인 사물함의 관리의 권리와 또 학교의 안전을 위해 사물함 속에 위험물의 소지를 막아야 할 책임이 학교측에 있기 때문이다.

둘째, 개인의 소지품을 수색하거나 압수하기 위해서는 그에 대한 상당한 이유 *probable cause* 나 합리적인 이유 *reasonable cause* 가 있어야 하는데, 학생이 아닌 일반인들에게는 보다 엄격한 상당한 이유가 있어야 하지만 학교의 학생들에게는 학교의 운영이나 교육목적상 덜 엄격한 수준의 합리적 이유만으로도 학생 소지품의 수색이나 압수가 가능하다.

그러나 이러한 기준은 간혹 상황에 따라서 달리 적용되기도 하는데 학생의 사물함이나 책상을 뒤질 경우는 합리적 이유만으로도 정당화되지만 학생의 몸이나 옷을 뒤질 경우는 그 사생활 침해의 정도가 크기 때문에 보다 더 엄격한 상당한 이유가 있음이 증명되어야 하는 경우가 많다.

이와같이 미국의 법원이 교육목적이나 학교 운영상 요구되는 학생의 소지품이나 사물함의 수색과 압수의 행위를 적법화 하고 있지만 그것을 위해서는 이유나 근거, 또 정도에 있어서 합리적이고 타당해야 함을 강조함으로써 학교측 권한의 남용을 막고 학생의 권리를 보호하고자 노력한다.

5) People V. Overton, 249 N.E.2d 366(N.Y. 1969)

미국 뉴저지의 한 여고생 화장실에서 두여고생이 담배 피우는 것이 교사에게 적발되었다. 학교 교칙상 흡연을 못하게 되어있기 때문에 부교장실에 불려가 추궁을 당하게 되자 학생들은 사실을 부인하였다.

결국 학생의 지갑을 압수하여 수색하게 되자 그 안에서 담배 뿐만 아니라 해로운 약품이 같이 발견되었으며, 결국 학교에서 부모와 경찰측에 알리게 되었다. 학생측에서 학교측 처사에 반발해 소송을 제기한 이 사건⁶⁾에서 법원은 학교측의 수색과 압수 행위가 합리적 근거와 기준, 정도에 따라 행해졌는가를 엄밀히 검토하였다. 이러한 합리성은 두가지 측면에서 파악될 수 있는데 첫째, 학생 소지품을 꼭 수색해야 할 상황이었는지에 관한 것이다. 즉 학생의 소지품을 수색하면 그의 잘못된 행위가 판명될 수 있다고 생각될 수 있는 충분한 이유와 또 증거들이 있었는가에 관한 점이다.

둘째로 수색의 과정이나 방법이 상황에 비추어 적절했는지에 관한 것으로서 원래 취지나, 학생행위에 비추어 방법이 적절한 것이었는지, 또 학생의 나이, 성 등에 비추어 타당한 정도의 것이었는지에 관한 검토를 의미한다.

위의 사건에서 법원은 학생이 부인했던 흡연 사실이 지갑 검사를 통해 확인될 수 있었던 점에 비추어 학생지갑점사가 정당했던 것으로 판시하였다.

위에서 소개된 미국 대법원의 대표적 판결내용을 통해서 법원이 어떤 근거와 기준으로 학생의 권리를 보호하고 또 제한하는지 시사받을 수 있다.

학생의 행위가 학교의 효율적 운영에 지장을

주었다거나 학생에게는 적법절차의 권리가 적용될 수 없다거나 학교에서는 상당한 이유없이도 수색하고 압수할 수 있다는 학교측 주장에 대해서 법원은 학교운영에 중대하고 본질적인 지장을 주지않는 한 학생의 권리가 보장되어야 하고, 징계기간이 짧더라도 최소한의 적법절차가 학생에게도 보장된다고 하며, 학생의 소지품을 수색할 때는 그럴만한 충분한 이유나 증거가 있어야 하고 또 그 절차상에 학생의 연령성 등을 고려해야 한다고 함으로써 학교측의 처분에 학생의 이익과 권리가 신중히 배려되고 또 보호되어야 함을 강조하고 있다.

즉 이러한 법원측의 노력은 학교측이 행정과 관리적 관점에 따라 학생의 권리를 제한하고자 할 때 이를 교육적 관점에서 재검토하여 학생의 권리를 한층 더 보장해 줌으로써 본래의 학교 교육 목적과 부합시키고자 하는 노력을 보여준다고 볼 수 있다.

VI. 결 론

청소년에게는 성인에 비해 기본권이 덜 허용되는 것이 아니라, 다만 그들의 욕구, 필요에 근거해서 다른 방식으로 허용된다고 볼 때, 청소년들에게 가장 중요하게 요구되고 또 필요한 권리중의 하나가 교육을 받을 권리라고 볼 수 있다.

교육받을 권리는 우리가 교육의 의미를 무엇으로 보느냐에 따라 그 성격이 구별되어 질 수 있는데 Snook 와 Lankshear(1991: 94-95)에 의하면 교육권은 그 보는 시각에 따라 두가지 종류의 권리로 분류될 수 있는데, 즉, 아동이나

6) New Jersey V. T.L.O., 105 S.Ct. 733(1985)

청소년의 생존과 양육의 보장이라는 입장에서의 국가의 복지권적 성격과 교육을 통해 다양한 삶의 양식을 경험할 수 있는 기회를 제공해 준다는 입장에서의 개인자유와 불간섭의 권리적 성격을 갖고 있다고 본다.

또한 이러한 교육권의 보장은 개인적 차원과 국가사회적 차원의 두갈래 방식으로 나타나게 된다. John Boli(1987: 133)는 근대사회에서 인권이념의 확산이 두방향으로 나뉘어진다고 보며 한편에서는 전통문화의 약화에 따른 개인주의 이데올로기의 확장속에서 드러나며 다른 한편에서는 사회적 힘과 권한의 총체로서의 국가차원의 양태들 속에서 나타난다고 본다. 이때 국가사회적 차원에서 인권보장을 위한 제도화 현상이 드러나며, 국민의 교육적 권리를 보장하기 위해 국가적으로 제도화시킨 교육기관이 바로 학교라고 볼 수 있다.

학교에서 보장하고자하는 국민의 교육권은 앞서 소개한 Snook 와 Lankshear 의 분류에 따르면 복지권적 성격이 강하다고 볼 수 있다. 그러나 개인주의적 관점에서 교육권을 요구할 때는 복지권적 성격 뿐만이아니라 불간섭의 권리적인 특성이 더욱 강조된다고 볼 수 있다. 즉 교육을 통해 자신의 능력과 잠재성을 키우기 위한 다양하고 풍부한 경험을 얻고자 하는 측면이 강하기 때문이다. 이때 요구되는 것이 생각, 행동 등의 자유와 그에따른 충분한 기회와 확보이다. 따라서 학교의 교육활동 속에서도 이러한 개인이 기본권이 보장되고 권리를 행사할 수 있어야 한다고 볼 수 있다.

Snook 와 Lankshear 도 이런 점에서 교육을 복지권으로 보기보다는 불간섭의 권리로 보는 것이 타당하며 이를 위해서 모든 교육과정과 형식에 있어서 학생의 자율성이 확산되어야 함

을 주장하고 있다(I. Snook & C. Lankshear, 1991: 101).

그러나 개인의 기본권은 학교라는 제도적 기관속에 들어오면서 그 기관 고유의 목적에 따라 제한을 받을 수 밖에 없다. 학교는 일시에 여러 사람을 대상으로 그들의 복지적 권리인 교육활동을 차질없이 수행해야 할 책임이 있으며 또 그에따라 학생들의 자유를 제한할 권한을 갖고 있기 때문이다.

또한 학생은 학교에서의 교육활동이 가치로운 것이며 학교는 자신의 교육적 기본권을 보장해 주기 위한 기관이라는 가정 아래 재학관계 성립당시에 이미 자신의 자유와 권리 일부가 제한될 수 있음을 받아들였다고도 볼 수 있다.

그러나 문제는 그 제한의 범위와 근거에 관한 것이라고 볼 수 있다. 학교가 합리적인 근거도 없이 자신의 권한을 넘어서 학생의 자유를 구속하고 제한하게되면 이는 부당한 권리침해 일뿐만 아니라 학교의 본래 목적과는 다른 비교육적 효과를 발생시키게 되는 것이다.

학교의 목표에 근거해서 학생의 권리가 제한되어 질 수 있다고 할 때, 제도교육기관인 학교는 두가지 목표를 가지고 있다고 볼 수 있다. 하나는 교육적 기관으로서의 목표이고 다른 하나는 제도적 기관으로서의 목표이다. 학생들에게 양질의 교육을 제공해서 그들의 교육권을 보장하고 유능한 민주시민으로 길러내는 일이 전자의 목표라면 국가로부터 부여받은 책임을 효율적이고 순서있게 운영하고 관리하는 일이 후자의 목표라고 볼 수 있다.

두가지 목표가 서로 상반적인 것이라고 볼 수는 없지만 전자는 후자의 상위목표가 되며 또 학교의 본래적이고 근본적인 목표라고 볼

수 있다. 따라서 제도기관으로서 학교가 갖는 특성과 권한이 교육기관으로서의 학교의 기능과 목적을 위배하거나 침해해서는 안될 것이다.

학교가 그 제도적 특성과 권한을 강조하게 되면 관료화, 형식화 현상을 드러내게되고 행정편의주의나 법률제일주의로 흘러서 본래의 교육적 기능과 목적을 퇴색시키거나 약화시킬 가능성이 크다.

학교에서 학생의 권리를 제한하는데 있어서도 행정적 효율성을 중시하는 관리적 관점만 강조되어서는 안되고, 교육목적, 과정, 효과 등을 고려하는 교육적 관점에 입각해서 권리가 제한되어져야 한다고 본 논문에서는 주장하고 있다. 이러한 본 논문의 논지는 바로 학교가 그 제도적, 행정적 특성으로 인해 본래적인 교육목적과 기능이 가려지거나 왜곡되어서는 안된다는 점을 강조하고 있다고 볼 수 있다.

학교의 목표와 기능을 행정중심, 관리중심 시각으로 부터 교육중심의 시각으로 전환할 수록 우리는 학생 권리의 중요성을 더욱 인식하게 되며, 학교의 교육활동 수행에 중대하고 본질적인 피해를 주지 않는 한 그들의 권리를 최대한 보장해 주고자 노력하게 된다.

왜냐하면 교육이란 어른의 보호와 간섭아래 아동을 빚어내는 과정이 아니라, 아동 스스로 다양하고 풍부한 삶의 경험을 통해 자율적인 성장을 이끌어 주는 과정으로 보는 것이 타당하기 때문이다. Snook와 Lankshear도 주장했듯이 이런 의미에서 교육권은 복지권적 성격보다도 불간섭의 권리로서의 성격이 강하다고 볼 수 있으며, 이러한 학생의 불간섭의 권리를 보호한다고 함은 학교가 표현의 자유, 적법절차의 보장, 사생활의 자유 등, 학생의 기본권을

최대한 보장해 줌으로써 스스로 경험하고 판단하며 권리 주체로서의 능력을 키워나갈 수 있는 학습의場이 되어야 함을 의미하는 것이다.

행정 관리적 이유로 학생의 기본권을 함부로 제한하거나 침해하면, 학생 개개인의 성장기회를 박탈함으로써 본래의 교육적 목적을 수행할 수 없을 뿐만 아니라 학교가 도리어 비인간화, 비교육화 등 역기능적 현상을 초래하게 될지도 모른다.

우리나라에서는 교육법 자체가 행정법의 일부분으로 발달해 왔으며, 행정주체의 행위에 公正性, 不可爭性과 주체 의사의 強制性을 인정하는 행정법 관계의 원리가 교육법에도 그대로 적용되어 왔다. 따라서 국가와 학교, 학교와 학생 사이의 권력관계가 행정주체중심, 행정 효율성 중심으로 형성됨으로써 실제 교육적 특수성에 비주어 많은 부적합성을 드러내어 왔다. 이에 대한 문제점이 근래에 들어와 제기되고 있으며 교육법 이론은 교육 자체로부터 우려나오는 교육조리로서 생성되어야 그 특수성과 적합성에 부합된다고 보고 合教育的인 새로운 교육법 논리가 세워져야 한다는 주장도 나타나고 있다(정태수, 1988).

이러한 움직임은 비단 실정법 차원에서 뿐만 아니라 교육현장에서 교육활동의 운영과 전개 속에서도 반영될 수 있어야 할 것이다.

앞서 소개한 미국 대법원의 관련 판례들 내용을 통해서 법원이 교육사건의 심사에 있어서 교육적 목적과 특수성을 적극적으로 고려함으로써 학생들의 권리를 보호하고자 하는 노력들을 엿볼 수 있었다.

이제 우리나라에서도 교육적 특수성에 기초를 둔 合教育的인 새로운 원리와 관점이 교육정책, 행정, 현장을 막론하고 개발되고 적용될

으로서 학생의 권리를 더욱 중시하고 또 보호하고자 하는 인식과 노력이 요청되며 이에따라 학교가 본래적인 교육기관으로서 제기능을 다

할 수 있는 풍토의 마련이 시급하다고 할 수 있겠다.

참 고 문 헌

- 이봉철(1989), “현대인권사상”, 대우재단, 학계소식 28호.
- 정태수(1987), “독자적 교육법리로서의 교육권론”, 대한교육법학회편, 교육법학연구 창간호.
- 표시열(1988), “자유민주사회에서의 교육법의 기본원리”, 교육개혁심의회편, 구체화과제 보고서(IV) -교육재정 및 행정부분.
- 표시열(1988), “학생의 표현의 자유에 관한 연구: 표현의 자유의 역사적 발전과정을 중심으로”, 대한교육법학회편, 교육법학연구 창간호.
- 홍정선(1986), “학생의 법적 지위에 관한 소고”, 한국교육법학회편, 교육의 자유와 대학의 자치, 서울: 대학출판사.
- Boli, J. (1987), “Human Rights or State Expansion? Cross-National Definitions of Constitutional Rights, 1870-1970” Thomas, G.M., Meyer, J.W., Ramirez, F.O., eds(1987), *Institutional Structure: Constituting State, Society and the Individual*, London: SAGE Publications.
- Chamberlin, R. (1989), *Free Children and Democratic Schools*, London: The Falmer Press.
- Fischer, L., Schimmel, D. & Kelly, C. (1987), *Teachers and the Law*, New York & London; Longman.
- Haller, E.J. & Strike, K.A.(1986), *An Introduction to Educational Administration-social, legal, and ethical perspectives*, New York & London; Longman.
- Moshman, D. (1989), *Children, Education and the First Amendment*, London: University of Nebraska Press.
- Nazario, T.A.(1988), *In Defense of Children*, New York: Charles Scribner's Sons.
- Ohio State Dept of Education(1983), *Code of Conduct, Minimum Standard Implementation Series*, Columbus, Div. of Elementary and Secondary Education.
- Reutter, E.E.(1985), *The Law of Public Education*, New York: The Foundation Press, Inc.
- Schrag, F. (1979), “From Childhood to Adulthood: assigning rights and responsibilities” Strike, K.A. & Egan, K. eds.(1979), *Ethics and Educational Policy*, London: Routledge & Kegan Paul.
- Seattle Public Schools(1981), *Discipline Seminar Report*, Seattle, Washington.
- Snook, I & Lankshear, C.(1979), *Education and Rights*, 김대현/김인용역(1991), 교육과 권리, 서울: 양서원

Strike, K.A. (1982), *Educational Policy and the Just Society*, London; University of Illinois Press.

Tarrow, N.B.(1987), *Human Rights and Education*, New York: Pergamon Press.

Walter, F.B.(1983), *Rights and Responsibilities*, Columbus, Ohio.

Wringe, C. (1981), *Children's Rights*, London; Routledge & Kegan Paul.