

교과서 국정제 및 검인정제에 대한 재검토: 1992. 11. 12., 89헌마88 결정에 대한 비판을 중심으로

이계수

사회과학부 법학전공

<요 약>

교육법이 법률 제86호로 처음 제정된 1949년 12월 31일 이후 현재의 초·중등교육법에 이르기까지, 적어도 교과서에 관한 한 50년전이나 지금이나 달라진 것은 하나도 없다. 대학·교육대학·사범대학·전문대학을 제외한 각 학교의 교과용 도서로는 교육부가 저작권을 가졌거나 검정 또는 인정한 것만 사용할 수 있다. 이것을 교과서 국정제 및 검인정제라고 한다. 현행 교과서제도의 문제점은 '전교조' 활동이 시작된 1980년대 후반부터 지적되기 시작하였다. 헌법재판소는 그러나 1992년의 판결에서 현행 교과서제도를 합헌으로 선언하였다. 이 논문에서는 위 헌법재판소의 판결을 중심으로 교과서 국정제 및 검인정제의 위헌성을 다루어 보았다. 현행 교과서제도에 대한 법학계의 비판으로는 크게 헌법학적 관점과 행정법학적 관점이 있다. 전자가 교과서제도와 학문의 자유 등 헌법상의 기본권과의 관계를 논의한다면, 후자는 교과서제도의 위헌여부 그 자체 보다는 '검정재량' 등 행정청의 재량권의 한계와 그에 대한 통제에 논의의 초점을 맞춘다. 이 논문에서는 전자의 입장을 취하여 현행 교과서제도가 위헌인 이유를 정리하였다. 끝으로 현행 교과서제도의 개혁방법에 대해서도 간단히 언급하였다.

Das koreanische Schulbuchwesen und seine Verfassungswidrigkeit

Yi, Kyesoo

Professor of Law

<Zusammenfassung>

Seit dem Jahr 1949 hat die koreanische Regierung die Auswahl und die Verwendung der Schulbücher in den Schulen kontrolliert. Die Regierung hat die Verwendung der staatlich verfaßten Schulbücher in den bestimmten Bereichen(z. B. Koreanisch, Geschichte) geboten bzw. die Auswahl und die Verwendung der amtlich nicht zugelassenen Bücher verboten.

Das Schulbuchkontrollsystem ist zwar unausweichlich. Aber dabei muß beachtet werden, daß die lehrerliche Erziehungsfreiheit wird gefährdet, wenn das Schulaufsichtsamt eine sachlich-inhaltliche Schulbuchkontrolle durchführt. Bei uns kam diese Gefahr erstmal an die Öffentlichkeit gekommen, als im Jahr 1989 ein Lehrer die Verfassungsmäßigkeit des koreanischen Schulbuchwesens in Frage stellte. Darauf antwortete das koreanische Verfassungsgericht, daß der Erziehungsauftrag in den Schulen unterschiedlich sei und die Lehrfreiheit in den Volks-, Realschulen und Gymnasien stärker eingegriffen werden könne als in den Hochschulen. Dieser Aufsatz setzt sich mit dieser Entscheidung(KVerfGE 89 heun-ma 88) auseinander.

Rechtsdogmatisch und Rechtspolitisch folgt die Entscheidung der traditionellen Erziehungsphilosophie und der autoritären Schulpolitik, die nicht mehr akzeptabel sind. Schüler sind Erziehungssubjekt. Ihr Selbstbestimmungsrecht muß im Rahmen der Lernfreiheit gewährleistet werden. Vor allem sollte man nicht vergessen, daß ohne einen offenen Schulunterricht die kritische Öffentlichkeit nicht funktionieren kann. Denn für sie werden die kritischen und partizipatorischen Bürger vorausgesetzt, die mit einer freien Erziehung gewachsen sind.

I. 이양하와 유홍준, 그리고 인권교재

“꽃보다 아름다운 신록의 계절입니다.” 주말이면 등산을 자주 다니는 어느 분이 보낸 편지의 첫 마디 인사말이다. “어린애의 웃음같이 깨끗하고 명량한 5월의 하늘” 아래에서 바라보는 신록의 아름다움이란! 그래서 그 5월의 어느 날 우리는 학창시절 국어시간에 배운 ‘신록예찬’을 한번씩 떠올리게 될지도 모른다. 비록 그 수필의 세세한 내용은 기억하지 못하더라도, “정신하고 발랄한 담록(淡綠)”을 예찬한 그 글의 ‘정감’ 만큼은 여전히 새롭지 않을까.

“사람은 아는 만큼 보게 된다”는 유행어를 만들며, 우리문화에 대한 지적 호기심을 불러 일으킨 유홍준 교수의 답사문 중 일부가 1997년 신학기부터 배포된 중학교 3학년 국어 교과서에 실렸다. 유 교수의 글이 교과서에서 살아남아 후세에도 계속 읽혀진다면, 먼 훗날에도 사람들은 유홍준이 ‘남도 1번지’에서 드러낸 문화적 안목과 시대평가를 떠올리며 해남과 강진의 바다와 땅, 그리고 지리산 휴게소에 세워진 전쟁기념비를 대할 법하다.

이처럼 교과서는, 특히 국가가 저자가 되는 독본(讀本)으로 나랏말을 배우고, 나라의 정서를 익히게 되는 곳에서 교과서는 사람들의 감성, 정치-문화적 오성(悟性)에 깊은 영향을

미치고 있다.

70년대가 끝날 무렵에도 이러한 현상에 대해 의심하는 이들은 드물었다. 이웃 일본에서는 이미 60년대 초부터 전범국의 과거사를 기술한 일본사교과서가 시민사회의 비판적 검토대상이 되었던 것과는 달리,¹⁾ 우리에게 교과서는 ‘배우고 익혀’ 선진조국의 창설에 기여할 인재들을 길러내는 성스러운 교본(敎本)으로 남아있었다. 그것은 민족문화의 자랑스러운 유산을 전달하는 매체였고, 세계자본주의 시장에 편입될 수 있는 기술을 각인에게 전수하는 지침서였으며, 때로는 대통령과 정부의 입적을 과시하는 홍보물이었다.

그러나 80년대의 개막은 이러한 과거를 한꺼번에 혼돈스럽게 만들었다. 자유민주주의 우방국 미국이 전두환·노태우 등의 군부쿠데타를 묵인했다는 사실은 도저히 교과서적 지식만으로는 이해할 수 없게 되었기 때문이다. 80년대를 지배한 그 엄혹했던 광포정치에 항의하고자 거리로 나선 사람들은 법을 준수하는 선량한 시민상을 가르친 도덕교과서와 결별해야 했다.

80년대는 의심의 여지가 없었던 교과서적 지식이 배반당한 시기였다.²⁾ 덩달아 국정 및 검인정 교과서를 바라보는 교사들의 시각도 변하기 시작했다. 그리고 그 80년대가 막을 내리기 전에 마침내 교과서는 새로 태어난 헌법재판소의 ‘심판목록’에 올랐다. 그 심판에서 8명의 재판관들은, ‘시비곡절(是非曲折)을 분별할 능력이 없는 초·중등·고교생들’을 국정 및 검인정 교과서로 가르친다고 해서 헌법적으로 문제가 되는 것은 아니라고 판단했다.

그리고 그로부터 다시 10년, 비판자들로부터 지켜낸 국정교과서, 검인정교과서세도가 다시금 ‘논의’의 대상이 될 조짐을 보이고 있다. 그것의 계기는 인권법의 제정과 그에 근거한 인권교육이 될 것 같다. 현재 국회에 계류 중인 인권법안에 따르면 교육부장관은 “각급 학교의 교육과정에 인권에 관한 교육이 포함되도록” 해야 할 책무를 지고 있다. 그렇다면 당연히 이를 위한 교재도 새로 만들어야 한다.

그렇다면 인권교재는 어떻게 만들 것인가? 국가가 지정한 공식 이데올로기만이 학습되는 학교현장을 그대로 방치한 채, ‘인권’이라는 교과목만을 따로 떼어내어 가르치는 일은 과연 가능할까? 필자는 이 문제에 대해서 진지하게 생각해보면서 교과서 문제는 이제 새로운 국면에 접어들고 있다는 느낌을 갖게 되었다.

‘교과서적’ 설명에 따르자면 인권이란 국가권력에 대한 일종의 대항적 개념이다. 무수히 존재하는 국민의 인간적 요구 중에서 특정한 것들만이 인권 혹은 국민의 기본권으로 표현되어 있는데, 그것들이 인권 또는 국민의 기본권으로 명시되기까지는 인권을 향한 ‘투쟁’의 역사가 있었다. 헤겔과 루돌프 폰 예링식으로 표현하자면, 그것들은 부지불식간 자연스럽게 이 땅위에 자리잡은 것이 아니라, 권리주장자의 전 인격을 건 싸움 끝에 쟁취된 것이었다.

그렇다면 그러한 인권의 존재를 국가가 나서서 가르치고, 그것을 자신에 대해 주장하려고 격려할 이유가 어디 있겠는가? 지배적 사상을 독점하고, 지배적 도덕·문화를 옹호·유

1) 우리와 달리 일본에서는 교과서 검인정 제도의 위헌을 다두는 소송이 오래 전부터 제기되어 왔다. 일제의 조선침략 및 중국침략과 그에 따른 반인륜적 범죄를 호도하는 문부성의 교과서 검정에 대항하여 ‘신일본사’를 저술한 농경교육대학의 이어나가 사부로(家永 二郎) 교수가 제기한 소송. 이 소송은 3차에 걸쳐 30여 년간 지속되었다. 자세한 것은, 변재욱, “일본에 있어서 가영 교과서검정 제1차소송의 재판결” (한국행정관례연구회 편, 행정관례연구 III, 서울대학교 출판부 1996년, 27-42쪽 수록) 참고; 30년간에 걸친 문제제기에도 불구하고 일본에서의 ‘교과서 소송’은 교과서 검정제도 그 자체의 위헌성을 끌어내지는 못했다.

2) 12·12 및 5·17 사건과 관련한 중·고교 국사교과서의 기록은 전두환·노태우 두 전직 대통령에 대한 대법원의 확정판결을 계기로 일부 바뀌어지기도 했으나, 자구 수정에 그쳤다.

지시키는 국가권력이 먼저 나서서 대항적 사상과 대항문화의 뒷심이 될 인권마당을 열고, 그곳에서 반대자들에게 '나를 넘어서서 가라'고 선전하고 가르친다는 것은 그리 있을 법하지 않은 이야기이다.

그래서 인권교육은 처음부터 한계에 봉착해 있다. 여기에 국가에 의해 저술되고, 통제되는 인권교재까지 첨가된다면 인권교육은 더욱 어려운 처지에 놓이게 된다. 처음부터 절망하기에는 억울하지만, 턱없이 희망을 갖기에는 너무나 열악한 상황이다.

10년전 제기되었다가, 1992년 묵살된 '교과서' 집필 및 선택의 자유를 지금 이 시점에서 다시 거론해 보아야 할 이유가 여기에 있다.

II. 교육법 제157조에 관한 헌법소원의 쟁점

1989년 당시 서울 휘경여자 중학교의 국어교사로 재직 중이던—그리고 그해 9월 해직된—남기정 교사(청구인)는 1987년 3월에 결성된 '국어교육을 위한 교사모임'의 대표였는데, 이 모임에서 토론·연구한 내용을 묶어 "통일을 여는 국어교육"과 "개편교과서 지침서 중학 국어1-1" 등의 저작을 출판하였다. 그리고 가까운 장래에 새로운 형태의 중학교 국어교과서를 저작·출판하기로 하고 이를 준비해왔다. 그런데 이러한 그들의 계획 앞에는 국정교과서제도라는 거대한 장벽이 가로놓여 있었다. 그래서 마침 새로 출발한 헌법재판소에 큰 기대를 갖고 교과서 국정제 및 검인정제의 근거가 되는 교육법 제157조 등에 대한 헌법소원을 제기하기에 이르렀다.

위 소송의 본안에서 다투어진 쟁점들은 여럿이다. 그것들은 다시 교육에 대한 헌법의 이념 및 원리적 측면을 둘러싼 논의와 기본권 침해여부를 둘러싼 논의 등 두 개로 크게 나누어지는데, 헌법재판소의 본안판단 순서를 기준으로 그 쟁점을 살펴보면 다음과 같다.

첫째, 청구인은 교육법 제157조와 교과서규정 제5조가 대학 등을 제외한 각 학교의 교사용 도서의 저작을 원칙적으로 교육부로 한정하여 포괄적으로 위임하고 있으므로 교육제도 법률주의·교과서제도 법률주의(헌법 제31조 제4항)에 위반된다고 주장하였다. 위헌법률심사 및 법령에 대한 헌법소원에서 가장 빈번히 지적되는 '위헌입법'의 한계문제가 여기서도 제일 먼저 거론되었는데, 헌법재판소는 이 문제에 대한 명시적 판단은 회피한 채 국정제 및 검인정제의 필요성만 장황하게 나열하였다. 반대의견을 개진한 변정수 재판관만이 이 문제에 대해 간단히 언급했다. 뒤에서 보듯이 이 쟁점은 이른바 '본질성설'과 관련하여 중요하게 다루어졌어야 했다.

둘째, 청구인은 헌법 제22조 제1항에 근거하여 학문의 자유를 주장하였다. 교사도 교육에 관한 자신의 학문연구결과를 자유롭게 가르칠 수 있어야 하는데, 국정교과서에 의한 교육 때문에 교육에 관한 다양한 학문적 연구의 포기가 강요되고 있다는 것이다. 이에 대해 교육부장관은 교사 개인이 갖는 학문의 자유는 수업과 무관한 학문의 자유라고 하였고, 헌법재판소도 대학에서의 교수의 자유와 초·중등·고교에서의 수업의 자유는 다르며, 교사의 '수업'의 자유는 권리라기 보다는 권한이라는 입장을 취하였다. 이러한 논리와 함께 헌법재판소는 학생의 수학권³⁾과 교사의 수업권을 비교형량하여 양자의 관계를 '기본권 충돌'

3) 수학권이라는 표현은 학습자의 지위를 수동적으로 묘사하는 약점이 있다. 따라서 수학권이라는 표현보다는 학습권이라는 표현이 더 적합하지만 이하에서는 일단 헌법재판소의 표현대로 수학권이라고 표기한다.

의 양상으로 다루고 있다.

셋째, 청구인은 교육법 및 교과서규정의 위 각 조항이, 전문적인 직업교사로서 교과용 도서를 저작·출판하는 것을 불가능하게 만드므로 교과용도서의 검인정제도는 실질적으로 '검열'에 해당하며, 헌법 제21조 제1항이 보장하고 있는 청구인의 출판의 자유를 침해한다고 주장하였다. 이에 대해 교육부장관은 교과용도서의 검인정제도는 교과용도서로 적합하다고 인정되는 도서에 대해 교과서로 사용될 지위를 부여하는 행위일 뿐이고, 검인정을 받지 않은 도서의 출판 자체를 금하는 것이 아니므로 헌법상의 출판의 자유를 침해하지 않는다고 하였다. 헌법재판소는 교과서의 검인정제도가 출판의 자유와 관련된 것임은 인정하고 있다. 다만 교과서 출판이 출판의 자유에 의해 보호되는 행위임에는 틀림없으나, 검인정이 그를 침해한 것은 아니라는 논리를 펴고 있다. 또한 "교과서제도는 ...그 기준에 합당하지 않은 도서의 출판 자체를 원천적으로 금지하는 것은 아니기 때문에 출판의 자유를 침해하는 것이라고 할 수 없다."고 판시하고 있다. 그러나 헌법재판소는 여기서 국가에 의한 '의도적이고 직접적인 법적 권력작용'에 의해서 뿐만아니라, 비의도적이고 간접적인 사실적 작용에 의해서도 기본권이 침해될 수 있음을⁴⁾ 간과하고 있다. 즉 '기본권이 보호하는 행위불 행사하지 못하게 하거나, 그 행사를 현저하게 어렵게 만드는 모든 국가작용을 통해 초래된 결과'는 모두 기본권 침해에 해당하는데,⁵⁾ 검인정제도는 바로 이에 해당한다.

넷째, 청구인의 주장과 교육부장관의 의견에서는 주장되지 않았지만, 교과서에 관련된 국정 또는 검인정제도의 법적 성질이 문제되었다. 헌법재판소는 국정제 및 검인정제는 "인간의 자연적 자유의 제한에 대한 해제인 허가의 성질을 갖는다기보다는 어떠한 책자에 대하여 교과서라는 특수한 지위를 부여하거나 인정하는 제도이기 때문에 가치창설적인 형성적 행위로서 특허의 성질을 갖는 것으로 보아야 할 것이며, 그렇게 본다면 국가가 그에 대한 재량권을 갖는 것은 당연하다."⁶⁾고 하였다. 국정 및 검인정제도가 행정법상 '특허'의 성격을 갖는 것인지는 의문이다. 우리 행정법 교과서들이 교과서 검인정을 하나같이 준법률 행위적 행정행위인 확인의 한 예로 들고 있기 때문이다.⁷⁾ 유사한 교과서 재판에서 일본 최고재판소는 이를 허가로 보았다. 독일에서는 '교과서승인'(Schulbuchzulassung)을 인가로 보고 있다.⁸⁾ 한편 교과서의 검인정 행위의 법적 성격이 특허이기 때문에 국가는 교과서의 검정에서 당연히 재량권을 갖는다는 논리는 타당한가? 이 문제와 관련해서는 행정법학에서도 최근에는 특허라 하여 반드시 재량행위(혹은 자유재량행위)가 되는 것은 아니라는 반론이 제기되고 있다는 점을 우선 지적해 두고 싶다.⁹⁾

한편 교과서 국정제 및 검정제를 둘러싼 우리 나라와 일본 공법학의 논의를 살펴 보면 두 개의 이론적 다툼이 눈에 띈다. 그 하나는 국정제 및 검정제 자체의 합헌성 여부를 문

4) Bodo Pieroth/ Bernhard Schlink, Staatsrecht II: Grundrechte, 11판, Heidelberg 1995, 65-68쪽(각번호 256-272번) 참고.

5) Dieter Grimm, "Der Wandel der Staatsaufgaben und die Krise des Rechtsstaats"(같은이, Die Zukunft der Verfassung, Frankfurt 1991, 159 175쪽 수록), 171쪽.

6) 헌법재판소 판례집 제4권(1992), 759-760쪽

7) 김동희, 행정법 I, 제5판, 박영사 1999년, 264쪽; 김철용, 행정법 I, 개정판, 박영사 1999년, 141쪽 등 참고.

8) 이시우, "교사의 교육의 자유와 교과서 채택권", 고시계 95/9, 65쪽.

9) 김철용, 행정법 I, 138쪽; 한편 '교사지도용 지도서에 대한 검정불합격 판정처분 취소소송'(1988. 11. 8. 86누618)의 원심판결은 "교과용 도서를 저작, 발행하는 것은 헌법이 보장하는 표현의 자유에 속한다 할 것이고 교과용도서검정은 도서관 교과용 도서로서 발행하는데 대한 사전허가적 성격을 지닌 것으로, 많은 검정신청도서 중 그 합·불합격의 결정(은) ...기속재량행위에 해당한다"고 하였다. 서울고법 1986. 8. 12, 83구910

제삼는 논의이고, 다른 하나는 검정제 그 자체의 헌법적 평가는 유보하되 그것의 재량한계를 문제삼는 논의이다(이른바 검정재량론). 그런데 홍준형 교수의 지적대로 검정제도의 위헌여부를 일단 접어두고 검정재량 또는 판단여지를 논의하는 것이 ‘전선을 일보 후퇴시키는 것’을 의미할 수 있으므로¹⁰⁾ 이하에서는 교과서 검정행위의 한계를 논하는 행정재량론이 아니라, 교과서제도의 운영을 전적으로 국가의 재량에 맡기는 일종의 ‘통치행위론적’ 반상에 대한 비판에 논의를 집중하고자 한다.

이상의 논의를 본격적으로 전개하기에 앞서 먼저 현행 교과서제도를 합헌이라고 하는 헌법재판소의 판단이 기초로 삼고 있는 전제들에 대해 살펴보자.

III. 헌법재판소의 잘못된 가정

교과서 국정제 및 검인정제를 합헌이라고 하는 헌법재판소의 판단은 다음과 같은 가정에 근거하고 있다.

“교사 개개인이 저술한 도서가 내용의 여하에 관계없이 교과서가 될 수 있다거나 교사 개개인이 자신의 학문적 소신에 따라 교과서 내용과 전혀 판이한 내용의 수업을 학생들에게 아무런 제약 없이 행할 수 있다고 한다면,”¹¹⁾ 그리고 “만일 보통교육의 단계에서 개개인의 교사에 따라 어떠한 서적이든지 교과서로 선정될 수 있고 또 어떤 내용의 교육이라도 실시될 수 있다면,”¹²⁾ (1) 보통교육의 과정에 있는 학생들의 특성에 비추어 보건대—그들은 사물의 시비, 선악을 합리적으로 분별할 능력이 미숙하다—그들의 전인적 성장을 위한 요구는 충족될 수 없을 것이다. (2) 수업의 자유를 내세워 교사들은 자신의 확신을 함부로 학생들에게 여과 없이 전파하게 될 것이다. 그렇게 되면 헌법과 법률이 지향하고 있는 자유 민주적 기본질서를 침해하는 가치 편향적 교육, 사회상규나 윤리도덕을 일탈하는 반도덕적 교육이 행해지게 될 것이다. (3) 교육의 기회균등을 위한 전국적으로 일정한 수준의 교육은 불가능하게 되며, 그 결과 국어교육에서 철자법 같은 것이 책자나 교사에 따라 전혀 다르게 교육되어 큰 갈등과 혼란이 야기될 수 있다.

법률가들의 법해석은 검증되지 않은 일련의 철학적 가정들(책임, 의무, 인과관계, 개인의 자율성 등), 정치적 가정들에 기초하고 있는데 이러한 가정들은 오늘날처럼 정치적·사회적 상황의 변화가 심한 때에는 한층 더 그 검증이 요구된다.¹³⁾

교과서 국정제 및 검인정제에 대한 헌법재판소의 해석이 일련의 가정에 기초해 있다면 이러한 가정들이 과연 현재의 교육현실에 비추어 보아 타당한 것인지에 대해 먼저 따져보아야 한다. 검토결과 그 가정들이 더 이상 근거가 없는 것이면 그에 기초한 판단 또한 잘못된 것으로 판명될 것이다. 이러한 관점에서 헌법재판소가 내세운 몇 가지 가정을 검토해 보자.

헌법재판소가 내세운 첫 번째 가정은 이른바 ‘교육철학’과 관련되어 있다. 헌법재판소는 국가에 의해 저술되거나 검증되지 않은 교과서에 의한 교육은 보통교육과정에 있는 학생들의 전인적 성장을 방해한다고 보았다. 그러나 과연 그럴까?

10) 홍준형, 판례행정법, 두성사 1999년, 302쪽.

11) 헌법재판소 판례집 제4권(1992), 757쪽.

12) 헌법재판소 판례집 제4권(1992), 758쪽.

13) 로저 코터렐/김광수 외 옮김, 법사회학 입문, 터 1992년, 15쪽.

전인적 성장 혹은 전인교육이라는 용어로 지칭되는 교육의 이상적인 상태는 현 교육의 근본적인 문제점을 파악하는 기준이 된다. 전인교육을 통하여 배출될 것으로 기대되는 '전인'(whole person)은 모든 것을 갖춘 온전하고 원만한 인간이다. 따라서 전인적 성장을 방해한다는 말은 어떤 교육이 그 모든 것 중에서 어느 특정한 부분 또는 측면만을 편파적으로 발달시키게 될 것임을 뜻한다.¹⁴⁾ 교육을 통해 인간이 가져야 할 그 모든 것이란 '교과서적'으로 말하면 '지·덕·체'이며, 전인적 성장이란 '지·덕·체를 갖춘 인격체로 자라나는 것'이라고 풀어볼 수 있다. 이것을 헌법학적으로 풀이하면 교육은 곧 각 개인을 하나의 존엄한 인격체로 성장시키는 것이라고 할 수 있다. 그러므로 전인적 성장·전인교육의 헌법적 독해는 민주공화국의 정치질서를 형성해 나갈 '주체적' 인간교육이 된다.¹⁵⁾ 그렇다면 그간의 교육이 과연 주체적 인간을 만들어내는 것이었을까? 그렇지 않다.

'유엔 어린이·청소년 권리조약'과 헌법이 학생을 권리의 '주체'로 인정했다면, 그간 학교당국은 학생을 단지 훈육과 통제의 '대상'으로만 간주했을 뿐이다.¹⁶⁾ 학교는 학생들이 학교규율에 복종하고 학교가 요구하는 지식을 그대로 습득할 때만 '학생답다'고 보는 신화에 기반해 있으며, 권위주의적 교육행정과 입시위주의 교과과정이 학교를 지배하고 있다.¹⁷⁾ 이 모든 것을 가능케 한 것은 교육제도형식에 대한 국가의 독점적 권한이었지 국가의 통제로부터 자유로운 교사의 '교육권'과 '교재선택권'은 아니었다. 우리의 현실에서 국정교과서와 자유로운 교과서 중 어느 것이 더 전인적 성장에 기여할 것인지 실증적으로 비교 검토할 수는 없다. 자유로운 교과서에 의한 교육은 이제껏 가능하지 않았기 때문이다.¹⁸⁾ 그래서 우리는 간접적인 형태로만 양자를 비교할 수 있을 뿐인데 지금껏 나온 연구들은 통제된 교육을 답습하는 오늘 우리학교의 부정적 모습을 우물하게 그리고 있다.¹⁹⁾ 그렇다면 교사의 자유로운 교육이 아니라 강요된 교과서적 지식이 학생들의 전인적 성장을 방해하는 것이 아닌가 하는 의구심을 갖지 않을 수 없다. 그러나 헌법재판소는 '교사의 자유로운 교육'이 반대로 학생의 수락권을 침해할 것이라는 가정을 택했고, 또한 그로부터 자신의 결론을 이끌어냈다.

교사의 교육의 자유와 자유로운 교재선택권이 '자유민주적 기본질서'를 위협하게 될 것이라는 헌법재판소의 두 번째 가정은 우리 사회의 정치질서가 가져야 할 당위적 모습에 대한 일정한 실험적 판단을 기초로 하고 있다. 그것은 반공산주의적 '자유 민주적' 질서를 지향하며, 다원주의적 가치 대신에 '국가(적 가치)의 통일성'을 강조한다.²⁰⁾

14) 이용우, "전인교육론"(한상진 편저, 21세기 한국교육정책의 전략, 대한교과서 1997년, 67-90쪽 수록), 68쪽.

15) 같은 취지의 주장이 Ekkehart Stein, Staatsrecht, 15판, Tübingen 1995년, 447쪽에 개진되어 있다.

16) 인권교육과 관련하여 '유엔 어린이·청소년 권리조약'에 대한 정부 이행사항을 모니터 한 결과는 이를 잘 보여준다. 교육부는 아동권리 교육을 교과 과정에 반영하여 실시하고 있다고 말하고 있지만, 초등학교 도덕교과과정을 아무리 눈 씻고 살펴봐도 조약에 관련된 사항은 찾아볼 수 없다. 어느 학년에서나 국가에 대한 맹세와 국가계약법으로 시작되는 교과서에는 학교에서 지킬 일, 남에게 피해를 주면 안되는 일, 예절교육 등 '시켜야 할 의무'에 관한 얘기로 가득 차 있을 뿐 조약내용은 물론 '권리'라는 단어조차 발견하기 힘들다. 초등학교 5학년 도덕교과서에서 10여 쪽을 차지하고 있는 '사람의 기본권리'가 초등학교 권리교육의 유일한 예라고 한다. 인권하루소식, 1997년 6월 7일자 참고.

17) 배경내, 학생 인권 침해에 관한 연구: 고등학교를 중심으로, 연세대 교육학과(석사) 1998. 참고.

18) 해방이후 우리 나라 교과서 정책은 몇 번의 수정을 거치기는 했으나 기본적인 틀은 변함이 없이 오늘에 이르고 있다. 몇 번에 걸친 변화에서 초점은 국정교과서의 종류선정에 맞추어져 있었다. 교과서제도의 변천에 대한 보다 자세한 정리는 다음을 참고하라. 이석태, "국정교과서제도 헌법소원 사건"(민주사회를 위한 번론, 제2호(1993), 175-207쪽 수록).

19) 이석태, 앞의 논문, 여기저기.

20) 헌법재판소는 1990. 4. 2, 89헌가113 판결에서 처음으로 자유민주적 기본질서의 내용을 밝힌 바 있다.

자유민주적 기본질서는 그 표현과는 달리 국민들에게 자유를 보장하는 헌법이념은 아니었다. 즉 자유민주적 기본질서는 우리 법원과 헌법재판소가 반공이데올로기를 그럴싸하게 포장할 때 늘 써오던 문구이다. 따라서 “자유 민주적 기본질서를 침해하는 가치 편향적 교육”을 배제한다는 말은 체제 비판적·체제 적대적 사상은 교육될 수 없다는 뜻이다. 자유롭게 가르칠 수 있는 것은 반공산주의일 뿐, 그 밖의 다른 이념이나 사상은 품질과 관계없이 전천후 감시체제의 매서운 눈초리를 피하기가 사실상 어렵다.²¹⁾ 이러한 상황인데도 불구하고 헌법재판소는 현행 교과서 제도를 자유 민주적 기본질서에 적합한 것으로 받아들여, 사상의 자유시장을 전제로 하는 정치적 관용의 정신이 교육현장 내로 배어들 틈을 전혀 허용하지 않았다.

셋째, 국가에 의해 통제되지 않는 교육은 전국적으로 통일된 교육을 불가능하게 하여 교육의 기회균등을 해친다는 염려가 과연 근거가 있는가 하는 점이다. 헌법재판소는 여기서 그런 염려의 한 예로 국어교육에서 철자법 같은 것이 책자나 교사에 따라 전혀 다르게 교육되어 발생할 수 있는 혼란을 들고 있다. 정말 그것이 염려되는 일일까? 국가가 통제하지 않는다고 해서 동화책이나 소설책을 내는 출판사들이 공인된 철자법과 다른 책을 출판하는 일이 일어날까? 철자법이 바뀐 직후에는 그런 현상이 얼마간 나타날 수도 있다.²²⁾ 그러나 장기적으로 볼 때 그런 책을 내는 출판사는 살아 남을 수 없게 될 것이다. 이것이 시장의 법칙이다.

한편 국립국어연구소는 최근, 국정교과서에도 맞춤법·띄어쓰기·부호 등의 표기에서 무수한 오류가 발견된다는 놀라운 조사결과를 발표한 바 있다.²³⁾ 맞춤법 등의 통일을 위해 국정교과서가 필요하다고 주장한 헌법재판소는 이에 대해 어떻게 답할 것인가? 지금이라도 교과서 무오류 신화는 깨어져야 한다.

나아가 헌법재판소의 논리는 교육자치의 관점에서도 비판해 볼 수 있다. 교육자치는 지방자치단체가 교육행정뿐만이 아니라 교육내용을 자주적으로 결정할 수 있을 때 달성될 수 있으며, 그것은 지방의 정서와 현실에 맞는 교과서의 제작과 밀접하게 연관되어 있다. 그래서 헌법재판소 스스로도 “교과서제도에 대해서 국가가 어느 정도까지 관여할 수 있느냐 하는 정도와 한계의 문제는 …정부가 지방의 교육자치체제를 어느 정도로 허용하느냐에 따라”²⁴⁾ 달라질 것이라고 한 것이다.

우리 나라처럼 모든 것이 중앙집권화 되어 있고, 유행조차 서울의 경향을 따라가는 곳에서는 교과서의 내용도 서울중심적일 수밖에 없다. 가뜰이나 서울로 향해져있는 사람들의 시각을 교과서가 더욱 조장하는 셈이다. 지방화시대는 자기가 사는 고장의 역사, 풍물과 정서, 그리고 경제생활에 깊은 관심을 갖는 ‘보통시민’의 적극적인 정치참여를 전제로 한다. 현재의 교과서제도는 그점에서 지방화시대에 걸림돌이 되고 있다.

21) 국순옥, “자유 민주적 기본질서란 무엇인가”(민주법학 8 (1994), 125-165쪽 수록), 63쪽

22) 한편 ‘한글 맞춤법 통일안’이나 철자법을 국가—우리의 경우에는 행정부가 일방적으로 제정하는 것을 당연시하는 것도 문제이다. 맞춤법 통일안 등은 국민의 언어생활에 ‘중요한’ 영향을 미친다. 나아가 출판사들은 바뀐 맞춤법에 따라 기존의 책을 새롭게 출판해야 한다는 점에서, 맞춤법 통일안의 변경은 헌법 제23조 제1항의 재산권 보호와도 관련이 있다. 따라서 맞춤법 통일안 등은 의회법률에 의해서만 변경되어야 한다.

23) 이 보고서에 따르면 국정교과서 6종 16권에 1,260여개의 오류가 있다고 한다. 경향신문, 1999. 5. 12. 참고.

24) 헌법재판소 판례집 제4권(1992), 755쪽.

IV. 국가의 중립성 원리에 대한 잘못된 해석

교과서 국정제 및 검인정제에 대한 헌법재판소의 판결은 법이론적으로 볼 때 몇 가지 점에서 잘못을 저지르고 있다. 첫째로 헌법재판소는 ‘국가 중립성 원리’를 오해하여 교육 내용의 결정에 대한 의회의 역할을 부당하게 축소시켜 버렸다.

헌법재판소는 위의 판결에서 ‘교육은 국가의 백년지대계’라는 오래된 관념을 되풀이하고 있다. 교육제도에 관한 판단과 결정은 긴 안목을 가진 것이어야 한다는데 반대 할 이는 아무도 없을 것이다. 그러나 그렇다고 해서 그것이 의회주의적-민주주의적 결정을 대체하는 전문가의 지배를 곧바로 정당화하는 것은 아니다. 이러한 비판을 보다 분명히 하기 위해 잠시 ‘의회주의의 위기’에 대해 짚어 보자.

흔히들 20세기에 들어서면서 의회는 위기를 맞이하게 되었다고 한다. 칼 슈미트는 정당 정치 하에서 의원의 창조적인 토론은 처음에는 위원회, 그리고 끝내는 밀실 내에서의 비밀스러운 논의, 당파간의 협의, 전문가나 경제계와의 논의의 무대 뒤로 후퇴하고,²⁵⁾ 본회의에서의 공개 토론이 더이상 의미가 없게 되었다고 보았다.²⁶⁾ 이것이 의회주의 자체의 위기인지(칼 슈미트), 아니면 단지 의회의 구조상의 변화인지(리하르트 토마)는 일찍이 논쟁되었다.

어쨌건 의회의 위기가 ‘논란’이 되면서부터 전문가가 정치가를 대체하는 현상이 나타나게 되었다. 미래에 대한 정확한 예측과 진단능력을 갖는 ‘전문가’들은 토론이나 일삼는 정치가보다 유능한 존재로 부각된다. 이러한 경향을 지지하는 입장을 기술 관료적 보수주의라고 한다. 이 이론은 탈 이데올로기·탈 정치를 강조하는 엘리트 이론의 계열에서 있다. 그것은 행정관료의 지배를 정당화하는 이론적 근거로 등장했으며 전문가에 의한 정치가의 대체를 자연스러운 현상으로 바라본다. 또한 이 이론은 법과 행정을 정치적 이데올로기나 사회적 이해관계와 무관한 것으로 바라보기 시작했다는 점에서 사회적 이해관계를 반영하는 의회권력의 존재와 기능에 중요한 영향을 미쳤다.²⁷⁾

그러므로 무릇 전문가에 의한 지배를 정당화하는 논리는 대체로 의회주의적-절차적 정당성을 배제하려는 의도와 밀접하게 관련되어 있다. 헌법재판소의 논지도 바로 이러한 의도로부터 자유롭지 못하다.

“교육의 자주성·전문성·정치적 중립성을 헌법이 보장하고 있는 이유는 교육이 국가의 백년대계의 기초인 만큼 국가의 안정적인 성장 발전을 도모하기 위해서는 교육이 외부세력의 부당한 간섭에 영향받지 않도록 교육자 내지 교육전문가에 의하여 주도되고 관할되어야 할 필요가 있다는 데서 비롯된 것이라고 할 것이다. 그러기 위해서는 교육에 관한 제반정책의 수립 및 시행이 교육자에 의하여 신담되거나 식어도 그의 적극적인 참여 하에 이루어져야 함은 물론 교육방법이나 교육내용이 종교적 종파성과 당파적 편향성에 의하여 부당하게 침해 또는 간섭 당하지 않고 가치 중립적인 진리교육이 보장되어야 할 것이다.”²⁸⁾

“교육의 자주성이 보장되기 위하여서는 교육행정기관에 의한 교육내용에 대한 부당한 권력적 개입

25) Carl Schmitt, Die geistesgeschichtliche Lage des heutigen Parlamentarismus, Berlin 1991 (1923), 62쪽

26) 같은 곳.

27) 바로 이점에서 기술 관료적 보수주의의 실질은 과학기술문명의 현대사회에서 인간에 의한 인간의 지배를 보다 세련된 형태로 실현하는 방식이라는 비판이 제기된다. 국순옥, “헌법해석의 기본사각(I)”(민주법학 6 (1993), 12-24쪽 수록), 23쪽.

28) 헌법재판소 판례집 제4권(1992), 762쪽.

이 배제되어야 할 이치인데, 그것은 대의정치, 정당정치 하에서 다수결의 원리가 지배하는 국정상의 의사결정방법은 당파적인 정치적 관념이나 이해관계라든가 특수한 사회적 요인에 의하여 좌우되는 경우가 많기 때문이다. 인간의 내면적 가치증진에 관련되는 교육문화 관련분야에 있어서는 다수결의 원리가 그대로 적용되는 것이 바람직하지 않다는 의미에서 국가의 교육내용에 대한 권력적 개입은 가급적 억제되는 것이 온당하다...²⁹⁾(이하 인용문의 밑줄은 모두 필자의 것임).

헌법재판소는 “대의정치, 정당정치 하에서 다수결의 원리가 지배하는 국정상의 의사결정 방법은 당파적인 정치적 관념이나 이해관계라든가 특수한 사회적 요인에 의하여 좌우되는 경우가 많으므로, 교육이 외부세력의 부당한 간섭에 영향받지 않도록 교육자 내지 교육전문가에 의하여 주도되고 관할되어야 할 필요가 있다”고 지적하고 있다. 그러나 헌법재판소는 여기서 괜한 우려를 하고 있다. “대학·교육대학·사범대학·전문대학을 제외한 각 학교의 교과용 도서는 교육부가 저작권을 가졌거나 검정 또는 인정한 것에 한한다”고 규정된 교육법 제157조 제1항은 교육법이 법률 제86호로 처음 제정된 1949년 12월 31일 이후 전혀 변함없이 유지되어 왔기 때문이다.³⁰⁾ 말하자면 의회는 50년 동안 적어도 교과서 제도를 당파적 이해관계에 따라 ‘좌지우지’하지 않았다(디 정확히 말하면 못했다). 이것이 현행 교과서제도의 위헌성을 강하게 추정케하는 가장 기본적인 상황이다. 뒤에서 지적하게 될 ‘본질성’이론을 꺼낼 것도 없이 우리 나라 의회는 자기의 입법재량이 무엇인지도 모르고 있었다. 다시 말해 의회는 교과서제도의 법제화와 관련하여 최초의 의사표명 이후 참으로 ‘우직하게’ 침묵을 지켜왔던 셈이다. 초·중등·고교의 교과서가 어떤 식으로 집필·선택되어야 하는지에 대해 대한민국 의회는 그간 어떠한 입법재량(=입법권자의 형성의 자유)도 행사한 바가 없다. 재량하자론에 따르면 재량권의 일탈 외에도 재량권의 불행사는 재량하자=위법이 된다. 입법재량의 하자를 판단할 때 행정법상의 재량하자론을 그대로 적용할 수는 없지만, 우리 의회가 50년동안 한 번도 교과서 문제에 대해 진지하게 생각해 보지 않았다는 것은 입법재량의 ‘위헌적인’ 불행사가 아닌가 생각된다.³¹⁾

그럼에도 불구하고 헌법재판소는 이러한 사실을 모르는 것일까? 헌법재판소는 왜 여기서 느닷없이 교육의 중립성을 내세워 ‘대의정치’의 문제점을 지적하고 있는 것일까?

아마도 헌법재판소는 교육의 중립성을 이야기하면서 무언가 큰 오해를 하고 있거나, 아니면 적어도 국가의 중립성 원리를 대단히 곡해하였음에 틀림없다. 국가의 중립성 원리는 다원주의적 가치를 거부하는 ‘실체적-윤리적’ 국가관, 사상의 자유시장을 거부하는 ‘후견적 국가관’에 대한 방어 원리인 것이지, 절차적 민주주의의 장으로서 의회와 의회에 의한 대의정치, 다수결 원리를 부정하는 논리는 아니다. 오히려 국가의 중립성이란 타자규정성에 해방된 구체적 이익들이 공적인 의사형성과정에서 토론되고 그 결과들이 표결에 붙여질 때 담보되는 것이다. 그럼에도 불구하고 헌법재판소는 ‘가치 중립적 진리교육’=의회개입의

29) 같은 곳.

30) 신각철, “교과서검정에 관한 법적 고찰: 외국의 입법례·판례·학설을 중심으로”(법제, 제279호, 1989, 19-47쪽 수록), 21쪽

31) 물론 헌법재판소는 입법재량의 하자를 엄격한 조건하에서만 인정하고 있다: “...국가의 (기본권-침가는 필자)보호의무를 입법자가 어떻게 실현하여야 할 것인가 하는 문제는 입법자의 책임범위에 속하므로, 헌법재판소는 권력분립의 관점에서 소위 과소보호금지원칙을, 즉 국가가 국민의 법익보호를 위하여 적어도 적절하고 효율적인 최소한의 보호조치를 취했는가를 기준으로 심사하게 되어, 설국 헌법재판소로서는 국가가 특정조치를 취해야만 당해 법익을 효율적으로 보호할 수 있는 유일한 수단인 특정조치를 취하지 않은 때에 보호의무의 위반을 확인하게 된다. 교통사고처리특례법 제4조 등에 대한 헌법소원. 1997. 1. 16, 90헌마110·136(병합).

배세라는 등식으로 환원시키는 잘못을 지지하고 있다. 가치 중립적 진리교육을 내세워 대의제도와 다수결 원리를 부정하기 이른 헌법재판소의 논리가 도달한 것은 결국 치자와 피치자의 부대개적 '자동성'과 대통령 독재를 주장한 칼 슈미트적 헌법학이었고, '공동선, 공동가치'를 내세워 개인적 자유를 억압하는 결코 중립적이지 않은 국가관념이었다. 그것은 또한 다원주의적 질서에 수반할 수밖에 없는 충들을 '특정한 인간상'의 형성을 통해 억제하는 '윤리적 국가관'이었다.³²⁾

통치자와 피치자가 이념적으로 자동적(自動的)인 민주국가에서 수확권의 보장을 통한 국민의 능력과 자질의 향상은 바로 그 나라의 번영과 발전의 토대요 원동력이므로 현대의 모든 민주국가는 교육의 진흥과 창달을 행정의 주요한 지표로 수립하고 있으며 헌법도 제31조 제1항에서 이를 명시하고 있는 것이다.³³⁾

중학교 국어교과서의 내용에 어떠한 것이 수록되어야 할 것인가에 대하여서는 국민 개개인이 구구한 견해를 제시할 수 있겠으나 중학교 교육의 목적과 목표를 실현하고 공동선, 공동가치를 추구하기 위하여서는 모든 잡다한 이론이 검증되지 않은 채 그대로 교과내용으로 반영될 수는 없는 것이라고 할 것이다.³⁴⁾

V. 본질성설—교육법 제157조와 위임입법의 한계

헌법재판소는 교육제도의 형성에서 의회의 역할을 제한적으로 바라보았을 뿐만아니라, 교육제도에 대한 의회의 입법적 관여 또한 형식적인 것으로 이해하고 말았다. 이것이 두 번째 잘못이다.

전문가에 의한 정치가의 대체 즉 의회주의의 변질은 의회입법에도 큰 변화를 가져왔다. 의회입법 중에는 불확정법개념을 사용하는 예가 늘어가고, 그 내용 즉 입법 상의 불확정법개념에 대한 해석 및 보충권한이 행정기관 및 심지어는 개인 전문가들의 손으로 넘어간다.³⁵⁾ 계획(법)의 발달과 처분적 법률의 증가도 같은 현상이다. 반의회주의자들은 의회법률이 너무 많다(법률의 홍수)고 비판하기도 했다.

독일에서 '본질성설(중요사항유보설)'이 등장한 것은 바로 이러한 상황과 무관하지 않다. 이 학설은 의회의 입법권을 부력화시키는 이들 입법들에 대한 반격을 시도했다. 그러나 그 반격은 불철지했으며, 주장내용이 모호하여 행정에 대한 규범적 통제에 큰 영향을 미치지 못했다. 그럼에도 불구하고 이 학설은 1970년대 독일의 시대적 분위기와 결합하여 학교법 개혁에 일정한 공헌을 하였다.

독일연방헌법재판소는 1972년 이른바 '대학입학정원제도'(numerus clausus) 판결에서 다음과 같은 중요한 논점을 끌어냈다.

32) Günter Frankenberg, Die Verfassung der Republik: Autorität und Solidarität in der Zivilgesellschaft, Baden-Baden 1996, 109-110쪽 참고.

33) 헌법재판소 관례집 제4권(1992), 751-752쪽.

34) 헌법재판소 관례집 제4권(1992), 760쪽.

35) 독일에서 이와 관련하여 특히 '규범구제화 행정규칙'이 많이 문제가 되었다. 이에 대한 교과서적 설명으로는 우선 다음을 참고하라. 김동희, 앞의 책, 144-147쪽.

대학입학의 경우에도 법률의 유보 원칙이 그대로 적용되며, 따라서 기본권의 제한은 법률에 근거해서만 이루어질 수 있다. 함부르크 3개 대학법은 징원제한의 가능성을 일반적으로 규정하고 있지만, 그 구체적인 사항에 대해서는 전혀 규율하고 있지 않다. 그 대신 어떤 기준으로 학생을 선발할 것인지를 대학당국에게 전적으로 위임하고 있는데, 이는 위헌이다. 입법자가 물론 모든 개별사항을 규율해야 하는 것은 아니지만, 본질적인 사항, 중요한 사항은 입법자가 규율해야 한다. 어떤 기준으로 학생을 선발할 것인지에 대한 아주 기본적인 지침이 그러한 중요사항에 해당된다. 그래서 아비투어 점수가 중요한 기준인지, 아니면 다른 어떤 기준들이 중요한지, 아니면 아주 단순하게 추천으로 학생을 선발할 지에 대해 입법자가 그 방침을 설정해주어야 한다.³⁶⁾

이렇게 해서 본질성설(중요사항유보설)이 탄생했다.³⁷⁾ 한편 본질성설의 반격은 불철저한 것이었다고 지적했는데, 그것은 무엇이 본질적인 것인가 하는 문제가 분명하게 밝혀지지 않았기 때문이다. 또한 법률이 사실상 행정부에 의해 입안되는 현실을 생각할 때 중요사항, 본질적인 사항은 반드시 의회입법자가 법률로 규정해야 한다는 본질성설의 유용성에 대해서도 의문이 들지 않을 수 없다. 다수당과 정부간의 연대 속에 제정되는 법률이 관료들의 결정사항을 '본질적'으로 변화시킬 수 있을까하는 회의가 당연히 생기는 것이다. 그럼에도 불구하고 일정한 사항은 형식적 법률에 의해서만 결정되어야 한다는 요청이 갖는 의회주의적-민주주의적 측면을 완전히 무시할 수는 없다. 어떤 사항을 법률로 규율하자면 의회 내에서 토론도 거쳐야 할 테고, 늦어도 법률초안이 제시되는 시점부터는 그 내용이 일반에 공개되어 여론형성의 기회도 갖게 될 것이기 때문이다. 또한 그 과정은 법률과 그 법률이 예정하고 있는 개혁조치들에 대해 국회와 국회의원들이 지는 일정한 책임을 분명히 할 수 있다.³⁸⁾ 그래서 법률제정이라는 과정을 통한 여론형성은 행정부가 주도하는 관료주의적 정부운영에 어느 정도 제동을 걸 수 있게 된다.

한편 본질성설에서 가장 쟁점이 되는 부분은 무엇이 본질적인 사항이어서 의회의 제정 법률에 의해 규율되어야 하는가 하는 점이었다. 다소 모호하지만 독일의 학설은 이때 본질적 사항에 대한 판단—즉 어떠한 것이 구체적·세부적 사항에 이르기까지 법률에 의해 규율되어야 할 본질적인 사항이며, 어떤 것이 위임입법의 제정자가 규율하도록 맡겨둘 사항이며, 또 어떤 것이 전혀 법률에 의한 규율을 필요로 하지 않는 사항인가—은 당해 사항에 대한 규율이 국민 일반이나 당사자 개인에 대하여 가지는 의미나 중요성에 따라 내려지게 된다고 보고 있다.

이것을 이제 학교행정에 대해 적용해 보자. 학교행정은 침해행정 뿐만 아니라 급부행정의 면모도 아울러 가지고 있다. 침해유보설에 따르면 급부행정(교과과정의 결정, 수업방식

36) BVerfGE 33, 303쪽 아래.

37) 파버는 이미 1958년 연방헌법재판소의 판결(BVerfGE 7, 282 (301))은 기본법 제80조의 해석과 관련하여 본질성 이론의 단초를 드러냈다고 한다. Heiko Faber, Verwaltungsrecht, 4판, Tübingen 1995, 43쪽; 한편 독일에서는 위의 '대학입학정원관결'이 이후 이른바 특별권력관계의 영역 특히 학교의 영역에서 행정은 어떠한 자유로운 활동여지를 갖는가라는 질문에 대한 일종의 지침이 되었다. 학교교육행정과 관련하여 다루어진 또다른 사례로는 이른바 '성교육' 사건—공립학교에 성교육수업을 도입·시행하는 문제와 관련하여 헌법재판소에 제소된 사건—이 있다. BVerfGE 47, 46.

38) Hartmut Maurer, Allgemeines Verwaltungsrecht, 9판, München 1994년, 제6장, §19, 107쪽; 그래서 리하르트 토마는 의원의 창조적인 토론이 끝나는 각 당파의 밀실 내에서의 비밀스러운 논의, 당파간의 협의, 전문가나 경제계와의 논의의 부대 뒤로 후퇴하고, 본회의에서의 공개 토론이 본회의에 대해서는 더이상 의미가 없었는지 모르나, 적어도 그러한 토론은 저널리스트나 다른 정치가에 의해 위혀지고 의식적이건 무의식적이건 이런 저런 방식으로 고려됨으로써 본회의 밖에서의 의견형성에 일정한 영향을 미친다고 지적하였다. Richard Thoma, "Zur Ideologie des Parlamentarismus"(Kurt Kluxen (Hg.), Parlamentarismus, 5., erw. Aufl. Königstein/Ts 1980, 54-58쪽 수록), 56쪽.

의 선정 등) 부분에 대해서는 법적 규율이 필요 없게 된다. 그러나 본질성설에 따르면 학교행정은 그것이 침해행정이든 급부행정이든 일단은 법적 규율의 대상이 될 수 있고, 다만 그 경우에도 모든 사항을 법률로 규율해야 하는 것은 아니나 국민의 권리, 특히 기본권과 관련하여 중요한 부분만큼은 법률로 규율해야 한다. 입학·퇴학·시험·진급 등 학생의 법적 지위와 관련된 조치 등은 학생의 권리에 대해 중요한 의미를 갖고 있으므로 법률에 의해 규율되어야 하며, 교과과정도 그것이 학부모의 교육권 등과 관련하여 중요한 사항이면 법률에 의해 그 결정과정이 기본적으로 규율되어 있어야 한다.

이처럼 본질성설은 행정작용의 내용·목적과 관련 없이—즉 그것이 질서행정이든 급부행정이든 무관하게 ‘일정한’ 사항은 반드시 의회입법자에 의해 규율되어야 한다는 사실을 강조한다. 그와 동시에 이 학설은 또다른 제한을 하나 더 붙이고 있는데 그것은 바로 규율의 강도이다. 즉 당해 사항이 국민 일반이나 당사자 개인에 대하여 가지는 의미나 중요성이 커지면 커질수록 그것은 입법자에 의해 구체적이고 세부적으로 규율되어야 한다는 사실이다. 이로써 위입입법의 범리에 대한 새로운 제한이 추가된 셈이다.

본질성설은 법률유보에 관한 한 학설로 1980년대 중반이후 우리나라에도 도입되었다. 그러나 독일에서처럼 우리나라에서도 이 학설이 실무에 미친 영향은 미미하다.³⁹⁾ 즉 우리 대법원과 헌법재판소는 위입입법의 한계를 점차 개별·구체적으로,⁴⁰⁾ 그리고 기본권과 관련시켜 판단하고 있지만, 판단의 대상이 된 위입입법이 침해행정과 관련된 것인가 아니면 급부행정과 관련되어 있는가 하는 이분법적 도식만은 여전히 유지하고 있다.

헌법 제75조에 의하면 대통령령은 법률에서 구체적으로 범위를 정하여 위임받은 사항과 법률을 시행하기 위하여 필요한 사항에 관하여 발할 수 있는데 교육법 제8조의2는 중학교 의무교육의 대통령령에의 위임의 범위를 구체적으로 정하지 않고 있어 위헌이 아닌가 하는 의문이 생긴다. 이러한 위임의 구체성·명확성의 요구정도는, 규제대상의 종류와 성격에 따라 달라진다. 기본권침해영역에서는 급부행정영역에서보다는 구체성의 요구가 강화되고, 다양한 사실관계를 규율하거나 사실관계가 수시로 변화된 것이 예상될 때에는 위임의 명확성의 요건이 완화되어야 한다. 따라서 중학교 의무교육의 구체적인 실시시기와 절차 등을 하위법령에 위임하여 정하도록 함에 있어서는 막대한 재정지출을 수반하는 무상교육의 수익적 성격과 규제대상의 복잡다양성을 고려하여 위임의 명확성의 요구정도를 완화하여 해석할 수 있는 것이다. 따라서 교육법 제8조의 2는 포괄적 위임금지를 규정한 헌법 제75조에 위반하지 아니한다.⁴¹⁾

위입입법의 한계판단에 대한 헌법재판소의 이러한 태도는 ‘교과서 판결’에서도 되풀이되고 있다. 즉 헌법재판소는 교육제도법률주의에 대한 판단에서 교육을 받을 권리를 “...통상 국가에 의한 교육조건의 개선·정비와 교육기회의 균등한 보장을 적극적으로 요구할 수 있는 권리”로 이해하고, 공교육제도의 시행에서 “국가나 공공단체는 교원·학제·교재·교

39) 파버는 본질성설이 학문적으로는 아무런 설득력이 없는 이론이라고 평한다. H. Faber, 앞의 책, 44쪽.

40) 법원과 헌법재판소는 위입입법의 한계를 판단할 때 이른바 ‘예측가능성’을 그 징표로 삼기도 한다: “...법률규정 자체에 위임의 구체적 범위를 명확히 규정하고 있지 아니하여 외형상으로는 일반적·포괄적으로 위임한 것처럼 보이더라도, 그 법률의 전반적인 체계와 취지·목적, 당해 조항의 규정형식과 내용 및 관련 법규를 살펴 이에 대한 해석을 통하여 그 내재적인 위임의 범위나 한계를 객관적으로 분명히 확정될 수 있는 것이라면 이를 일반적·포괄적인 위임에 해당하는 것으로 볼 수는 없다.” 대법 1996. 3. 21. 95누3640; 아울러 1994. 7. 21. 93헌가12 판결 참조. 같은 취지의 독일 연방헌법재판소의 판례로는 BVerfGE 29, 198 (211) 참조. 파버는 ‘예측가능성설’은 매우 개인주의적인 접근법이라고 비판한다. H. Faber, 앞의 책, 43쪽.

41) 1991. 2. 11, 90헌가27; 또한 1995. 11. 30, 93헌바32; 1993. 5. 13, 92헌마80; 대판1994.1.28. 93누17218 참고.

육시설환경 등 제반사항에 대하여 적극적으로 계획을 수립하고 이를 시행하는 의무와 책임을” 진다고 하여 교육제도=급부행정-따라서 일반적·포괄적 위임이 가능하다는 식의 논리를 펴고 있다.⁴²⁾ 그러나 본질성설적 접근을 받아들인다면 전통적인 침해/급부의 구별은 더 이상 의미가 없음은 이미 지적하였다.

헌법재판소는 교육을 받을 권리가 학생의 입장에서는 ‘가치 개방적’ 교육을 받을 권리이고, 교사의 입장에서는 ‘열린’ 교육을 할 수 있는 교육의 권리여서, 국가의 일방적인 교육 형성권은 곧 이들이 보유한 기본권의 본질적 부분을 침해한다는 사실을 외면한다. 그 결과 헌법재판소는 “...국가는 ...상당한 범위 내에서 교육내용에 대한 결정권을 (갖고 있으며), 의회민주주의의 제도하에서 그 기준은 국회가 법률의 형태로 제정할 수밖에 없다.”⁴³⁾고 지적해 놓고도, 현행 교과서제도를 위헌이라고 판단하지는 못했다.

그러나 재판관 변정수의 반대의견이 지적하듯이 헌법 제31조 제6항에서 규정한 교육제도 법정주의는 기본권의 제한과 형성에 관한 본질적 사항은 반드시 법률로 정해야 한다는 법률유보의 원칙을 구체화한 것이고, 이러한 교육제도의 법정주의에 따라 제정된 교육법 제157조 등에는 교육제도의 본질적 사항에 속하는 교과서의 저작·출판·선택 등에 대한 구체적 기준과 방법 및 절차 등의 사항을 규정했어야 했다. 그것이 “교육제도와 그 운영에 관한 기본적인 사항은 법률로 정한다.”고 한 헌법 제31조 제6항의 문언에도 충실한 해석이다.

VI. 학문의 자유와 초·중등·고등학교 교사의 수업의 자유

위 판결에서 헌법재판소는 학문의 자유의 ‘보호범위’를 부당하게 좁게 해석하는 독일 헌법학의 태도를 무비판적으로 수용하였다. 이것이 세 번째 잘못이다.

이미 지적한 대로 청구인은 교육행정권력에게 교과서 집필 및 선택권을 맡기고 있는 현행의 교육법이 헌법 제22조 제1항의 학문의 자유의 한 내용인 교사의 교육의 자유—특히 수업의 자유를 침해한다고 주장하였으나 헌법재판소는 대학에서의 교수의 자유와 초·중등·고교에서의 수업의 자유는 다르다고 잘라 말했다. 이런 단호함 뒤에는 보통교육의 단계에서 개개인의 교사에 따라 어떠한 서적이든지 교과서로 선정될 수 있고 또 어떤 내용의 교육이라도 실시될 수 있다면, 사물의 시비, 선악을 합리적으로 분별할 능력이 미숙한 학생들의 전인적 성장은 가능하지 않다는 선협적 판단이 자리잡고 있었음은 이미 살펴보았다.⁴⁴⁾

이미 지적한 것처럼 공교육제도하에서 학습자는 수학권을 가진 권리주체이다. 마찬가지로 교사도 수학권의 보장과 관련하여 전문직업인으로서 학문의 자유 등 기본적 인권 및 직무상의 자율성을 보장받고 있으며, 교육노동자로서 노동기본권의 주체이기도 하다. 그러

42) “국가는 문화복지정책의 일환으로 교육정책을 입안, 연구, 시행할 책임이 있음을 전제로 할 때 그 범위는 단순히 교육의 외적 제조건의 정비·확보에 그치는 것이 아니라 수학권의 보호와 사회공공의 이익의 증진을 위하여 필요하다고 인정되는 상당한 범위 내에서 교육내용에 대한 결정권을 포함한다...” 헌법재판소 판례집 제4권(1992), 766쪽.

43) 헌법재판소 판례집 제4권(1992), 766쪽.

44) 헌법재판소 판례집 제4권(1992), 754-755쪽 참고; 또한 보통교육을 받는 자들은 사물의 시비, 선악을 합리적으로 분별할 능력이 없으므로, 국가가 지정해주는 교육만을 받으라고 한다면, 고등학교 졸업자는 시비, 선악을 합리적으로 분별할 교육을 평생 받지 못하게 된다. 스스로 노력해서 그러한 능력을 갖게 되는 것은 별개의 문제다. 그렇다면 이것이야말로 헌법재판소가 지적하듯이 교육의 기회균등을 해치는 것이다.

나 기존의 특별권력관계론은 학생들이 영조물의 이용자로서 관리권자의 포괄적 지배에 복종해야 한다고 하며, 교사들도 여전히 신분·근무관계에서 포괄적 지배권에 복종하고 있다고 이해하였다.⁴⁵⁾ 독일의 경우 이러한 사고는 1972년의 이른바 '수형자 판결'⁴⁶⁾을 계기로 더 이상 회복할 수 없는 지명타를 받았지만, 그럼에도 불구하고 새로운 재생의 길을 여러 방식으로 찾고 있는 것도 사실이다. 학교법만 이야기하자면 학문의 자유—특히 그 중에서도 강의의 자유를 대학교수에게만 한정하는 독일의 학설도 그러한 시도 중의 하나라 할 수 있다.

독일에서는 전통적으로 교사의 수업의 자유를 기본법 제5조 제3항의 학문의 자유와 무관한 것으로 이해해왔다. 독일의 통설적 견해는 기본법 제5조 제3항의 '학문의 자유', 그 중에서도 특히 교수의 자유를 좁게 해석하여 대학 이외의 학교영역에서는 이 자유를 적용하기 어렵다고 보고 있다. 교수의 자유에서 '교수'의 의미는 좁게 해석되어야 하는데, 교수란 고유한 연구활동을 통해서 얻은 인식의 전달에 한정되므로 대학 이외의 학교영역에 이 개념을 적용하기는 어렵기 때문이라고 한다. 따라서 학교에서의 수업은 학문적인 교수의 자유의 보호영역에서 애당초 배제된다.⁴⁷⁾ 우리 헌법학의 학설도 예외없이 이에 동조하고 있다.⁴⁸⁾

반면 헌법재판소는 초·중등·고교에서는 학문의 자유가 인정될 수 없고, 수업의 자유도 없다는 식으로 말하고 있지는 않다. 그러나 결론에서는 독일과 우리나라의 통설적 주장과 다르지 않다. 즉 헌법재판소 또한 교수의 자유와 달리 수업의 자유는 폭넓게 제한될 수 있다는 논리를 따르고 있다.⁴⁹⁾

학문의 자유라 함은 진리를 탐구하는 자유를 의미하는데, 그것은 단순히 진리탐구의 자유에 그치지 않고 탐구한 결과에 대한 발표의 자유 내지 가르치는 자유(편의상 대학의 교수의 자유와 구분하여 수업의 자유로 한다) 등을 포함하는 것이라 할 수 있다. … 물론 수업의 자유는 두텁게 보호되어야 함당하겠지만 그것은 대학에서의 교수의 자유와 완전히 동일할 수는 없을 것이며 대학에서는 교수의 자유가 더욱 보장되어야 하는 반면, 초·중·고교에서의 수업의 자유는 후술하는 바와 같이 제약이 있을 수 있다고 봐야 할 것이다.⁵⁰⁾

그러나 학문의 자유의 내용 중 '가르칠 자유'를 교수의 자유와 수업의 자유로 나누는 이분법은 문제가 있다. 교육이란 어떤 단편적 지식의 단절적(斷絶的) 전달로 자신의 목적을 다할 수 없다고 했을 때, 대학에서의 교수의 자유는 그에 상응하는 초·중등·고교에서의 교육의 자유 없이는 그 실효성이 확보될 수 없다는 사실을 인식해야 한다. 또한 대학에서의 교수와 학교에서의 수업 간에 어떤 절대적인 차이가 있는 것도 아니다.⁵¹⁾

45) 군대, 감옥, 행정기구와 마찬가지로 학교관계를 특별권력관계로 이해한 19세기 독일의 법학자들에게 학교는 프로이센 군국주의의 전조기였다. 학교법은 공법인 행정법의 일부로 간주되었고 교육은 권력행정작용의 하나로 취급받았다. 허종렬, "해외 법학계의 교육법 연구동향: 독일·미국·일본의 경우를 중심으로"(법과 사회, 제12호, 158-179쪽 수록), 162-164쪽 참고; 영조물(營造物)이란 독일말 Anstalt를 일본사람이 번역한 것이다. 법률적 의미를 따지기 전에 우리는 학교, 감옥, 군대, 행정기구 등을 모두다 일종의 병영(兵營)으로 보았던 군국주의의 잔재를 이 단어에서 쉽게 발견해낼 수 있다.

46) BVerfGE 33, 1.

47) 이시우, 앞의 논문, 58쪽.

48) 권영성, 헌법학원론, 법문사 1998년, 472쪽; 허영, 헌법이론과 헌법, 박영사 1998년, 538-542쪽, 특히 541쪽.

49) 교수와 교사의 차이를 인정하는 이러한 논리는 그 후의 판결에서도 유지되고 있다. 1993. 7. 29, 91헌마 69 참고.

50) 헌법재판소 판례집 제4권(1992), 756쪽.

또한 대다수 헌법학자들은 (초·중등·고교에서의) 교육의 자유-특히 수업의 자유는 학문의 자유가 아니더라도 헌법 제31조 제4항의 교육의 자주성 조항을 근거로 인정될 수 있다고 한다.⁵²⁾ 그러나 다수학설은 헌법 제31조가 이른바 '제도보장'으로 이해되고 있다는 점—따라서 우리 헌법재판소의 논리대로라면 그것에는 기본권과는 달리 '최소보장'의 원칙이 적용된다는 사실⁵³⁾, 헌법 제22조 제1항이 개별적 법률유보를 두고 있지 않고 있는데 비해⁵⁴⁾, 교육의 자주성은 법률에 의해 구체화되게 되어있다는 점등을 고려하지 않고 있다.

학문의 자유를 좁게 해석하는 태도의 문제점은 학문의 자유에 얽힌 과거를 돌이켜보면 보다 분명해 진다. 익히 잘 알려져있듯이 학문의 자유라는 관념은 매우 독일적인 것이다.⁵⁵⁾ 독일의 학교제도는 신앙·양심의 자유 혹은 표현의 자유⁵⁶⁾와 별개로 학문의 자유를 기본권으로 주장해야했을만큼 관련적 교육권력의 지배 아래 놓여있었다. 보통교육은 지금도 국가의 학교감독권에 의해 통제된다.⁵⁷⁾ 우리의 경우도 상황은 마찬가지이다. 그래서 이에 대한 방어막으로 학문의 자유가 버티고 있는 것이고, 또한 그러한 기본권의 필요성은 법적으로 그 자율성(헌법 제31조 제4항)을 보장받고 있는 대학의 경우보다 대학 이하의 학교에서 훨씬 커지는 것이다.

다음, '가르칠 자유'를 교수의 자유와 수업의 자유로 가를 때 다수 학설이 근거로 삼은 '학문' 및 '교수'의 의미해석은 자유주의 헌법이 추구하는 헌법(과 헌법문언)의 개방성과 부합되지 않음을 지적할 필요가 있다. 무릇 학문의 자유가 방어권으로서 의미를 갖기 위해서는 헌법적으로 보호되는 학문 '개념'을 확정짓는 국가의 힘에 대해서도 방어막을 칠 수 있어야 한다. 종교와 예술의 개념이 국가에 의해 확정될 수 없듯이 학문의 개념도 국가의 '개념정립권력'으로부터 자유로와야 한다.⁵⁸⁾ 예술의 자유에서 예술개념이 그러하듯이 헌법적으로 보호되는 학문개념은 개방적 기준에 의해 구체화되어야 한다. 그것은 어떠한 연구가 대학교수에 의해 수행되고, 연구의 공표(강의를 포함하여)가 대학에서 이루어진다는 우연적 요소에 좌우될 일이 아니다. 나아가 대학교수만이 학문의 자유를 누려야 한다면 이는 '특수계급'을 창설해서는 안된다는 헌법적 요청(헌법 제11조 2항)에도 반한다.

학문의 자유에서 학문의 개념을 대학에서의 '연구와 강의'로 한정하는 해석은 학문의 자유를 최초로 규정한 1848년 독일프랑크푸르트 헌법의 '정신'에 충실한 '역사적·발생사적' 해석으로는 타당할 지 모르나, 학문의 자유에 대한 '목적론적' 해석에는 부합하지 않는다. 우리 헌법의 제정자도 학문은 '대학에서의' 연구와 강의로 이해했을 수 있다. 그러나 '전교조'가 합법화된 현재의 교육환경에서는 개방적 수업을 주장하는 교사들의 '교육의 자유',

51) 이시우, 앞의 논문, 58쪽 참고.

52) 우선 허영, 앞의 책, 558쪽 참고.

53) 1994. 4. 28, 91헌바15, 19(병합) 등 참고.

54) 물론 개별적 법률유보가 없더라도 헌법 제37조 제2항의 일반적 법률유보에 의해 학문의 자유도 제한될 수 있다. 그러나 학문의 자유가 갖는 자유주의적·방어권적 성격에 주목한다면, "국가안전보장, 질서유지, 공공복리"에 의한 제한 중 학문의 자유를 제한할 수 있는 사유는 '질서유지'에 국한된다고 보아야 하고, 질서유지를 이유로 학문의 자유를 제한하더라도 자유와 권리의 본질적 내용을 침해해서는 안된다.

55) 1848년 프랑크푸르트에서 집회한 자유주의파 '교수(의원)'들은 대학에서의 언론의 자유, 곧 강의의 자유를 억압한 '칼스바트 결의'를 떠올리며 학문의 자유를 바울교회 헌법의 한 조항에 집어넣었다. 권영성, 앞의 책, 471쪽 참고.

56) "...다만, 진리탐구의 자유와 결과발표 내지 수업의 자유는 같은 차원에서 거론하기가 어려우며, 전자는 신앙의 자유·양심의 자유처럼 절대적인 자유라고 할 수 있으나, 후자는 표현의 자유와도 밀접한 관련이 있는 것으로서..." 헌법재판소 판례집 제4권(1992), 756쪽.

57) 독일기본법 제7조 제1항은 모든 학교에 대해 국가가 여전히 감독권을 행사한다고 명시하고 있다.

58) E. Stein, 앞의 책, 386쪽 참고.

즉 수업의 자유를 포괄하는 개념으로 학문의 자유를 이해하는 것이 ‘헌법의 의사’에 충실한 해석이다. 헌법제정자의 의사와 헌법의 의사가 상치될 때, 헌법의 의사를 앞세우는 것이 민주주의적 헌법해석에 합당하다. 민주주의란 무릇 ‘여기 그리고 지금의’(hic et nunc) 다수의사에 의한 지배이기 때문이다.

같은, 교사의 교육의 자유—교사의 가르치는 권리—를 일종의 권한으로 이해하는 헌법재판소의 태도에 대해서도 간단히 언급해 보자.

그것은 교사의 지위에서 생기는 학생에 대한 일차적인 교육상의 직무권한(직권)이지만, 학생의 수학권의 실현을 위하여 인정되는 것으로서 양자는 상호협력관계에 있다고 하겠으나, 수학권은 헌법상 보장된 기본권의 하나로서 보다 존중되어야 하며, 그것이 왜곡되지 않고 올바르게 행사될 수 있게 하기 위한 범위 내에서는 수업권도 어느 정도의 범위 내에서 제약을 받지 않으면 안될 것이다.⁵⁹⁾

이러한 해석도 독일학설의 영향을 받은 것이다. 교육의 자유를 학문의 자유에서 도출해 내는 대신, 교육의 자유의 법직 근거를 교사의 교육임무(Erziehungsaufgabe)에서 찾으려는 시도가 그것인데, 교사의 교육의 자유는 자기목적적인 자유는 아니며 오히려 교사라는 지위 때문에 주어지는, 그 기능을 수행하기 위해 보장되는 것이라고 한다.⁶⁰⁾ 이 말은 교사의 교육의 자유가 기본권이 아니라 권한이라는 뜻으로 풀이된다.

그러나 이러한 해석은 옳지 않다. 근대법질서에서 (법)의무는 주관적 자유의 제약의 결과로 이해된다. 즉 실체적 의무관념이 지배했던 전근대사회와 달리 근대사회에서 (헌법적) 의무는 각 개인의 자유권을 사회적으로 조정한 결과로 이해된다.⁶¹⁾ 따라서 일정한 자유에 ‘의무성’이 존재한다고 하여 그것이 곧바로 주관적 권리로서의 성격을 잃어버리는 것은 아니다. 학생의 수학권과의 관계에서 교사의 교육의 자유는 일정하게 제약될 수 있다. 그러나 그렇다고 해서 그것이 권리가 아닌 것은 아니다.

한편 학교법관계처럼 권리·의무관계가 복합적으로 얽혀 있는 경우에는 어떤 하나의 자유에서 어느 한 측면만을 강조하는 해석은 옳지 않다. 다시 말해 교사의 교육의 자유가 학생과의 관계에서는 ‘혹시’ 권한의 측면을 떨 수 있다고 하더라도, 적어도 국가에 대한 관계에서는 분명 방어권이라는 사실이다. 그것은 마치 공영방송국이 시청자에 대해서는 기본권 의무자가 되지만, 동시에 방송통제를 시도하는 국가권력에 대해서는 기본권주체가 되는 것과 같은 논리이다.⁶²⁾ 그런데 쟁점이 되고 있는 교과서 국정제 및 검인정제가 결국 대국가적 관계에서 논란이 되고 있다는 점을 생각한다면 수업권=직무권한이라는 등식이 곧바로 성립할 수는 없음을 알 수 있다.

59) 헌법재판소 판례집 제4권(1992), 756쪽.

60) 이시우, 앞의 논문, 59쪽.

61) Jürgen Habermas, “Über den internen Zusammenhang von Rechtsstaat und Demokratie”(Ulrich K. Preuß(번), Zum Begriff der Verfassung: die Ordnung des Politischen, Frankfurt a. M. 1994, 83-94쪽 수록), 86쪽 참고; 이 논문은 이재승, “하버마스의 법철학”(민주법학, 제12호, 1997, 385-422쪽 수록), 402-412쪽에 수록되어 있다.

62) B. Pieroth/ B. Schlink, 앞의 책, 45쪽(각번호 173-174번) 참고.

Ⅶ. 결론—교과서제도개혁과 국회의 역할

의무교육, 특히 국정 및 검인정 교과서를 통해 뒷받침된 의무교육은 국가의 권위에 박수와 갈채로 답하는 체제 순응적 인간을 길러내는 수단이 되어왔다. 또한 그러한 교육은 한국 자본주의가 필요로 했던 단순노동형 노동자들을 육성 재배하는데 중요한 역할을 했다.

그러나 한국 자본주의가 위기를 맞이 하면서 현행 교과서 제도에 대한 비판의 목소리는 오늘날 그 어느 때보다도 커지고 있다. 그것은 단지 일부 비판적 교육이론가들만의 외침만이 아니며, 교육관료들에 의해서도 자인되고 있다. 그렇다면 이제 남은 문제는 교과서제도의 개혁방법이다.

필자는 해결의 실마리를 국회의 주도적 활동에서 찾아야 한다고 생각한다. 국회는 집행부의 들러리라 된 경우가 많았으며, 반항 없는 정치적 비판의 토론장에 머물기도 했다. 그러나 좋은 삶은 의회는 국민의 대표기관이다. 국회는 현행 교과서제도—그리고 나아가서는 교과과정 전체의 문제점을 김도·연구할 전문가를 활용할 수도 있고(국회법 제43조), 교육위원회(동법 제37조 8호) 혹은 소위원회(동법 제57조)를 동원할 수도 있다. 이들의 활동을 통해 현행 교과과정에 대한 종합적 분석·평가를 내리는 일이 우선 급하다. 학부보단체·학생대표기구, 교사단체, 교육자치기구(교육위원회 등) 등의 의견을 널리 수용하는 절차도 필요하다.⁶³⁾ 이러한 작업의 바탕 위에서 교육법제의 개혁이 추진되어야 한다. 나아가 국회는 교육예산에 대한 통제권을 강화하는 방법을 통해 교육행정관료를 견제해야 한다.

국회가 이러한 노력을 보여줄 수 있을 때에만 현행 '교과서제도'의 변화를 어느 정도 기대할 수 있다. 국회에 의한 교과서제도 개혁논의와 같은 외적인 충격이 없다면 헌법재판소도 교과서 국정제·검인정제에 대한 현재의 판결에서 한 발짝도 더 나아갈 것 같지 않기 때문이다.⁶⁴⁾

초·중등·고교생들은 교사의 주장을 스스로 새겨들을 능력이 없으므로 교사들은 국가가 감독·검열한 뒤 인정해준 내용만 교육해야 한다는 식의 전근대적 교육관에 근거해서는 창의력 있는 교육은 가능하지 않다. 또한 교육이 국민의 권리의 측면에서 이해되는 것이 아니라, 국민의 절대적무로만 계속 인식된다면 국가가 요구하는 인간형의 재생산은 가능할 지 모르나, 주체적으로 자기 삶을 꾸려가고 자기를 둘러싼 환경에 대해 발언하는 시민은 자라나지 못한다. 공교육은 더 이상 사적 교육을 대체하는 국가의 금부적 행위로만 이해될 수 없다. 그것은 국민의 정치적·문화적 자유를 보장하는 제도적 장치가 되어야 한다. 그렇게만 된다면 '헌법이 추구하는 문화국가'는 우리 앞에 싱크 다가서게 될 것이다. 많은 사람들이 '열린 교과서'⁶⁵⁾를 기대하는 이유도 바로 여기에 있다.

63) 입법사의 재량(입법자의 형성의 자유)은 행정재량에 비해 실체적-내용적 통제가 어렵다는 점을 생각할 때, 사회 각 계층의 의견·이해관계를 의회의 논의과정에 충실히 반영하는 '절차'의 중요성을 알 수 있다.

64) 이 논문이 분석대상으로 삼은 89헌마88 판결에서는 중학교 국어교과서가 문제되었으므로, 국사 교과서 등 다른 국정교과서의 위헌성을 주장하는 또다른 헌법소원은 얼마든지 다시 제기될 여지가 있다. 그러나 국민의 정치적 기본권과 관련된 분야에서 그간 헌법재판소는 사태의 변화를 추종해 가는데 급급했음을 생각할 때 의회의 주도에 의한 '상황개혁노력'이 우선 요청되는 것이다.

65) 열린 교과서에 대비되는 개념은 '닫힌 교과서'이다. 이석태, 앞의 논문, 195-197쪽 참고.