

## 『教育機會均等の 法的性格에 關한 研究』

幼兒教育科 李 永 吉  
講 師

### I. 序 論

#### 1. 序 言

現代의 大部分의 國家들은 立憲主義와 法治主義의 原則에 따라 國民의 基本權을 保障하는 것을 最高理念으로 하고 있다. 그런데 現代國家의 基本權保障의 重點은 종래 自由權과 平等權으로부터 生存權의 基本權으로 전환되고 있다.

교육을 받을 權利는 생존권적기본권 중에서도 가장 원천적인 것으로 人間다운 生活을 할 權利 및 人間의 존엄과 가치, 행복추구권의 보장에 있어서 前提가 된다는 데는 異論이 없다 진정한 民主社會는 教育을 통해서만 個人의 基本的欲求를 充足시켜 줄 수 있는 까닭이며 따라서 教育을 받을 權利는 모든 사람에게 주어져야 한다는 原則, 이른바 教育에 있어서의 機會를 均等히 보장해야 한다는 것은 論理的歸結이다.

教育機會均等の 性質에 대한 탐색은 여러 學問分野에서 接近할 수 있고 또한 多學問的 接近을 할 수 있겠지만 여기에서는 단편적이거나 法的인 側面에서의 性格을 살펴보고자 한다.

公教育화된 現代의 教育은 國家權力의 意思여하에 따라 그 양상이 달라지는 바, 具體的 意思表示로서의 憲法과 教育法規에 教育기회균등이 어떻게 規定되어 있으며, 法的 實現過程으로서의 教育行政은 어떻게 이루어지고 있는가에 대한 탐색은 現代教育의 機會均等保障의 實態와 政策方向을 파악하는데 있어서 하나의 課題가 될 것이다. 그러나 行政過程에 대한 考察은 대략적인 언급에 그치고 주로 教育기회균등의 法的側面에서의 性格에 대한 法理論的인 고찰과 이를 바탕으로 우리나라의 立法現實을 살펴보고 그것이 안고있는 문제점을 개략적으로 지적하여 당면한 立法課題를 도출해 보는 것이 주요내용이 될 것이다.

#### 2. 國家와 教育

非正規的·非形式的으로 教育이 이루어지던 古代에는 教育에 對한 國家의 關與가 거의 없었다. 따라서 教育은 私的인 일에 지나지 않았다. 그러나 宗教改革과 絕對主義의 時代를 거처서 近世民族國家의 成立에 따라 公教育의 必要性이 강조되고 義務教育制度의 推進을 비롯하여 公立學校制度가 점차 확립되어 갔다. 마침내 近代 立憲主義國家가 成立됨에 따라 學校는 더욱 國家의 統制下에 들어가게 된다.

한편 近代的教育思想은 개방적인 學校教育制度를 주장한데서 비롯되었다. 근대적 公教育思想의 代表者였던 Condorcet는 민주사회에 있어서의 公教育에 關하여 教育의 平等과 無償制, 국가권력으로부터의 教育의 자유를 강조하였다. 이와같은 공교육의 자유와 평등은 유럽 각국의 憲法에 規定되기에 이르러, 대체로 19C는 教育의 國家主義의 전성기였으며 국민교육제도의 整備確立이 추진되었던 時期였다.<sup>1)</sup> 第一次世界大戰 후에는 公教育에 關한 教育權으로까지 宣言되기에 이르렀는바, 公教育이 社會的基本權의 하나로서 ‘교육을 받을 權利’로 규정된 것은 Weimar 憲法이 그 시초라 할 수 있다. 第二次世界大戰 후에는 自由主義諸國家의 憲法에 教育權을 國民의 權利로 規定하게 되었다.

그런데 教育을 받을 權利는 憲法內在의 權利이기 때문에 公教育은 教育의 國家管理를 前提로 하며 教育의 過程 전반에 걸친 국가의 關與는 점차 확대되고 있는 실정이다. 더구나 현대와 같이 大型化되고 大量化된 教育은 국가의 지원없이 유지할 수 없게 되었다. 그래서 國家의 教育에 對한 적극적개입은 불가피 하며, 이는 教育이 국가속에서 커다란 비중을 차지함을 보인다고 하겠다.

### 3. 教育과 法

教育에 對한 國家의 關與는 事實力에 의한 점도 없지 않으나 대체로 法律行爲와 法律的行爲에 의하여 이루어진다. 따라서 教育에 對한 國家行爲는 法의 根據에 의해 정당화되고 教育行政에 의해 구체화됨으로써 그 實效性을 확보하고 있다. 이러한 점에 비추어 教育의 法的性格에 대한 탐색은 現代教育의 過程을 理解함에 있어서 必須의이라 할 수 있다. 이는 現代教育의 全領域에 걸쳐서 法의 規程이 거의 완벽하게 이루어져 教育目標에서부터 教育內容에 이르기까지 각종 法規에 상세하게 정하여진 點에 비추어 수궁할 수 있다.

無意圖的·非形式的教育은 물론이지만 意圖的·形式的教育이 이루어지는 場에서도 法規만의 힘으로 이루어지지는 않는다. 教育은 文化의 傳承·社會改革·社會統合·社會充員·社會的移動促進<sup>2)</sup> 등의 機能을 함으로써 教育對象者의 社會化의 役割을 수행한다. 따라서 教育은 社會一般을 統制하는 것이며 또한 社會로부터의 통제도 받고있다. 이러한 점은 教育目標의 設定, 教育內容의 選定, 組織, 教育結果의 評價 등 教育의 諸過程에 있어서 法規 外에도 갖가지 社會規範이 準據가 되고있음에 비추어 알 수 있다.

教育의 諸過程의 準據로서의 社會規範에는 法 이외에 風習, 慣習, 倫理, 道德, 宗教 등이 있다. 法은 여타의 社會規範과 法律을 포괄하는 概念으로도 쓰이나 狹意로는 習俗이나 道德, 宗教 등과 구별되는 立法權에 의해 定立되거나 行政立法을 통해 成立되는 法規範만을 뜻한다. 그러나 法은 人間의 特定の 外部的 活動을 規律하는 것을 目的으로 한다. 法이 人間의 外部活動

<sup>1)</sup> 金鍾喆, 教育行政의 理論과 實際, 서울: 教育學社, 1983, pp.477~8.

<sup>2)</sup> 李錫在, 教育社學學, 서울: 正民社, 1985, pp.254~257.

을 規律한다함은 決코 法이 人間의 內部的 動機를 전혀 고려하지 않는다는 것은 아니다 法은 사실 道德·宗教·習俗 등과 밀접한 關係에 있는 것으로, 이는 사실상 裁判規範으로 效力이 있는 自然法思想이나 慣習法·條理의 인정에서 알 수 있다.<sup>3)</sup>

그러나 社會關係가 복잡해짐에 따라 엄격한 統制手段이 必要하게 되었다. 따라서 法規範은 社會規範으로부터 분리되고 強制力을 갖게 된다. 교육과 관련하여 보건데 教育의 自主性·專門性에 비추어 教育에 對한 法的統制의 범위는 어디까지가 正當한가의 문제가 있다. 이는 法規範이 갖고있는 一般抽象的 強制力의 確立적 性質에 비추어 教育의 多元性과의 調和가 어렵기 때문이다. 이는 法的 必要性에 관한 問題이기도 하다 國家와 같은 강력하고 組織化된 政治團體를 造成하기 위해서는 人間의 理性에 基한 共同生活의 예지가 正義를 찾고, 이 정의를 實現하는 手段으로서 法的 必要性이 요구되는 것이다.<sup>4)</sup> 이를테면 正義를 實現하기 위해서는 共同生活의 질서가 必要하며 이를 위해 社會統制가 要請된다. 이 점이 教育을 社會的인 일로 볼때 教育을 規律하는 法規의 存在根據를 妥當케 하는 理由이다.

個個의 法에는 각기 目的이 있으며 教育에 關連된 諸法規도 마찬가지이다. 여기서 法的 目的·理念이라는 觀念은 法이 實現되어야 할 궁극적인 價値를 評價하는 基準이라고 할 수 있다. 통상 正義·合目的性·法的安定性 등이 法的 理念으로서 보편적·절대적가치로 받아들여 진다.<sup>5)</sup> 이러한 法的 理念은 教育의 궁극적 目的과 脈을 같이하며, 特히 教育에 關한 諸法規는 法的 理念에서 逸脫된 것이며 그 妥當性을 상실하게 된다. 法的 理念으로서의 社會正義는 곧 人間平等의 福祉로서 法的 最高目的이라 할 수 있다. 때문에 正義의 本質은 平等이라 할 수 있다. 따라서 現代國家의 基本理念의 하나로서 平等과 복지의 實現은 正義와 같으며 國家機等의 一領域으로서의 教育의 理念과도 合致하게 된다.

正義의 要請이 人間平等의 福祉라면 平等·不平等을 判斷하는 準據는 合目的性에 있다. 人間은 대체로 公的·社會性的側面과 私的·個人性的側面을 아울러 가지고 있다. 그래서 人間의 完成은 社會性과 個人性的의 지속적인 調整에서 찾아야 한다. 그런데 社會性과 個人性은 모순·대립의 關係에 있으면서도 社會的 利益과 個人的利益을 통하여 充足되는 關係에 있다. 이러한 관계의 統合調整의 原理를 合目的性이라 할 수 있다. 이점은 法을 떠나서 教育 그 自體의 本質과 부합된다. 論理的歸結로서 教育關係法規 역시 合目的性을 추구하게 되는 것이다.

그러나 法은 正義나 合目的性的의 理念만 가지고 正當化되기 어렵다. 왜냐하면 正義의 理念은 보편적이기는 하지만 形式的일 수 있고 合目的性은 具體적이기는 하나 相對主義의일 수 있다. 그렇기 때문에 法的安定性的의 理念이 要請된다. 사실 正義의 理念은 具體的 파악이 곤란하여 正義에 合致하느냐의 여부에 異見이 있을 수 있다. 이러한 경우 정의만 중시하여 法的 改廢가 빈

<sup>3)</sup> 金鍾洙, 法學概論, 서울: 正和出版文化社, 1983, pp.31~32.

<sup>4)</sup> 金鍾洙, 上揭書, pp.40~41.

<sup>5)</sup> 金鍾洙, 上揭書, pp.45~46.

번하다면 法的安定성이 상실되어 오히려 큰 不正이 있을 수도 있다. 反面 안정성만 강조하면 正義의 具現에 장애가 될 수도 있다. 教育關係法規 역시 이러한 갈등을 어떻게 調整할 것인가에 關心을 가져야 한다. 特히 教育은 예로부터 안정성이 요구되는 領域인바 法的安定성의 理念을 중시해야 한다.

이상에서 法的性格·必要性·理念 등을 검토하였는바 教育이 社會的인 일이라고 볼 때 法으로부터 自由로울 수는 없으며 오히려 法에 의한 적절한 統制는 보다 효율적인 教育의 過程을 조장할 수도 있다는 點을 파악하였다. 또한 法的 理念으로서의 正義, 合目的性, 法的安定성은 教育의 基本理念과 상통하며, 그러한 脈絡에서 教育機會均等은 現代法治國家의 目的 중의 하나로서 以下에서는 教育機會均等の 法的性格을 살펴보고 正當한 立法方案 및 法執行方向을 모색하게 될 것이다.

## II. 教育機會均等の 法的性格

### 1. 教育機會均等の 法的性格

教育의 機會均等이란 모든 사람으로 하여금 教育받을 수 있는 機會와 權利를 均等하게 갖게 하는 것을 意味하며 平等과 自由를 표방하는 民主國家의 基本命題로 받아들여지고 있다.<sup>6)</sup> 封建社會와 專制君主社會에서의 教育이나 初期의 民主主義國家에서는 教育에 對하여 自由방임주의를 취하였으므로 실질적으로 教育이 均等하게 실시되지 못하였다. 따라서 그에 대한 反省으로 教育立法을 통한 國家의 統制가 가해졌다. 하지만 法은 자칫 教育의 自主성을 해치게 될 위험을 갖게 되었다. 여기서 教育機會均等を 法的側面에서 살펴보았을 때 平等權과 自由權의 괴리를 예측할 수 있다. 따라서 教育機會均等の 法的性格에 대한 고찰은 平等權과 自由權에 대한 理解가 先行되어야 한다.

平等思想은 그리스에 있어서 正義의 觀念과 結合되어 있었다.<sup>7)</sup> 한편 中世에는 神앞의 平等으로서 意義를 갖는 것이었다. 近世에 이르러 神앞의 平等은 法律앞의 平等으로 發展하였는바 國家權力에 對한 萬人의 平等 내지는 法앞의 萬人의 平等이란 點에 重點을 두고 있었다.<sup>8)</sup> 이러한 平等은 人間의 生來的인 자유와 平等으로 역설되었다. 그러나 18 C의 平等은 다만 機會의 平等 또는 出發點에 있어서의 平等만을 意味하는 形式的平等이었다. 現代의 平等思想은 平均的正義의 實現에 局限하지 않고 配分的正義의 理念에 根據하는 實質的平等을 주장하고 있다. 이러한 實質的平等思想은 바이마르憲法에 의해 確立되었다. 우리의 憲法 第10條1項은 一般의 平等의 原則을 規定한 것으로 우리 憲法의 根本規定의 하나이며, 이 규정은 모든 平等權의

<sup>6)</sup> 安圭哲, “教育法規의 妥當성과 實效性,” 金玉學術文化財團, 1985, p.22.

<sup>7)</sup> 權寧星, 崔大權, 憲法, 서울: 서울大學校出版部, 1982, p.131.

<sup>8)</sup> 金哲洙, 憲法學概論, 서울: 博英社, 1984, pp.300~301.

근원이 되는 것으로서 모든 基本權을 制約한다.<sup>9)</sup>

그런데 平等原則에 關한 憲法規定이 法앞의 平等이라는 客觀的인 法原則을 意味함에 불과한가, 아니면 平等權이라고 하는 公權을 保障하는 것인가에 대한 異見이 있으나 平等은 客觀的이고 法秩序적인 同時에 主觀的公權으로서의 性質을 갖는다고 보겠다.<sup>10)</sup> 이와같은 立場에서 法앞의 平等의 概念을 確定할 必要가 있다. 法앞의 平等이라고 할 때 法은 議會의 議決을 거친 法律에 국한되지 않으며 自然法 뿐만 아니라 行政立法, 行政規則까지 포함한다. 따라서 法律이나 命令·規則이 平等原則에 違反되면 그 效力의 妥當性을 잃게 된다. 「法앞」이라는 意味에 대하여도 異見이 있다. 法適用平等說과 法平等說이 그것이다. 前者는 平等條項은 法の 平等 내지 모든 法에 대한 平等한 法을 정한 것이 아니고 단지 法律이 어떤 사람에게 대해서도 平等하게 적용되어질 것을 정한 것으로 法律앞의 平等을 命令할 뿐 法律의 平等을 要求하는 것은 아니라고 본다 반면 後者는 平等은 모든 法現象形態에 있어서의 法을 통한 同等한 취급을 뜻하며, 法制定도 실질적 의미의 法の 支配下에 있는 관계로 立法者는 法律의 制定에 있어서 이미 그러한 超實定的인 法原理에 의하여 拘束되어있다할 것이므로 行政·司法 뿐만 아니라 立法도 拘束한다고 본다. 이와같이 平等原則이 立法을 拘束한다는 立場은 平等이 絕對的平等이나 相對的平等이나 하는 問題가 중시된다. 前者는 平等원리의 立法權에 대한 拘束을 절대적으로 인정하는 것으로 항상 無差別均等하게 대우하려고 하는 無制限의 절대적평등설과 身分의事項에 관해서만 절대적평등을 認定하려는 제한적평등설이 있다. 後者는 平等原理의 立法權에 대한 拘束을 인정하되 절대적 무차별평등을 意味하는 것이 아니고 合理的인 根據에 基礎한 差別立法은 허용되는 것이라고 해석한다.

이상과 같은 相對的平等은 그 基準으로 正義, 恣意的 禁止, 民主主義의 理念, 社會의 法意識, 合目的性 혹은 合理性을 들 수 있으나 그 論據의 적용결과는 비슷하다고 하겠다. 다만 그러한 準據가 恣意的·主觀的으로 決定되어 差別이 合理的이라는 理由로 무한정하게 확대된다면 平等의 實質的인 意義를 상실하게 된다.<sup>11)</sup>

한편 現代各國의 憲法은 國民의 여러가지 自由權을 保障하고 있는데 이는 自然法思想에 基礎를 두고 있다. 자유권은 來末的인 것이며 憲法制定權力까지도 拘束한다고 생각하였다. 이 人權思想의 근거를 이루는 것은 個人主義이며 自由主義이다. 각 個人에게 尊嚴의 價値가 있다는 世界觀 위에서 國政上의 自由放任, 최소한도의 國家權力의 行事を 要求한 것이다. 그러나 英國의 영향아래 基本權은 實定憲法에 의해 保障되는 權利라는 견해가 강력해졌다. 그 결과 자유권은 유린되기에 이르렀다. 다행하게도 第二次大戰 以後에는 個人主義와 自然法思想이 부활하여 人身의 자유와 精神의自由의 自然權性이 강조되었다.<sup>12)</sup>

<sup>9)</sup> 金哲殊, 前揭書, p.302.

<sup>10)</sup> 金哲殊, 上揭書, pp.302~304.

<sup>11)</sup> 金哲殊, 上揭書, pp.303~305.

<sup>12)</sup> 權寧星, 崔大權, 前揭書, p.170.

그런데 이러한 自然權思想에도 불구하고 자유권에 대한 社會的制約性에 관한 論議도 활발해 졌다. 원래 自由權은 휴머니즘과 合理主義에 근거하고 있으며 자유방임주의 시대에는 自由가 平等에 우선했었다. 그러나 社會的·經濟的不平等이 심화되자 自由主義에 대한 비판이 일어났고 이에 따라 자유를 경제적평등에 우선시키는 立場과 社會的正義를 자유에 우선시키는 立場의 區別이 생겨났다. 現代의 사회경제적여건 아래서는 경제적·교육적 자유의 規制가 불가피하게 되었다. 이와같이 자유권에 대한 國家的統制가 불가피하다는 점에 있어서는 異見이 없지만 그 法的性格에 관해서는 自然權이나, 實定權이나 包括性을 가지느냐, 公權이나, 反射的利益이나에 대한 異論이 있다. 자유권은 積極的效果는 없다하더라도 消極的公權이라고 보아야 할 것이다.<sup>13)</sup> 자유권은 국가로부터의 자유인 점에서 그 消極性이 문제되는 것이요, 자유권이 침해된 경우에는 保護請求權이 따르게 되는 것이다. 그래서 自由權은 국가권력에 대한 방어권으로서 중요한 意義를 갖는 것이다.

이상에서 平等權과 自由權에 대해 살펴보았다. 自由權은 소극적권리인데 반하여 平等權은 국가의 平等保護를 請求하는 權利이며 다른 모든 基本權에 적용되는 것이므로 자유권과는 구별된다. 이와같은 論理에서 學問의 自由와 教育의 機會均等의 關係도 파악되어야 한다.

대체로 實質的平等을 위해서는 絕對的平等의 理想과 完全한 自由의 理想을 포기하고 兩權利의 調和와 均衡을 도모하고 있는 것이 法現實이다. 그러한 努力이 生存權의 基本權思想에의 接近으로 나타나고 있다. 이러한 경향은 教育에 있어서도 예외는 아니다. 원래 學問의 自由에 더해 생명을 갖는 教育은 그 自由가 상실될 때 그 근원을 잃게된다는 것은 論理的歸結이다. 그러나 教育에 대한 권리가 自由權으로서의 性格 뿐만 아니라 機會均等の 法理에서의 平等權의 要請이 강하다는 점은 否認할 수 없다. 그러나 教育에 對한 國家的統制는 自由權과 平等權에 국한되지는 않는다. 왜냐하면 教育의 機能과 役割은 法的權利로서의 生存權의 基本權으로서의 性格이 점차 강해지고 있기 때문이다. 물론 教育學의 立場에서 볼 때 平等權으로 주장되는 教育의 機會均 등과 學問의 自由의 相關性 그리고 生存權의 基本權의 問題등을 파악하는 것과 法的接近은 다른 면이 있기 때문에 教育學的方法을 배제하여 性格을 論하는 데는 무리가 있다 하지만 教育에 있어서의 法的問題는 平等權과 자유권에 基礎한 불가침성에 대한 理想을 더이상 고집할 수는 없다는 점은 그 해석의 결과에 따라 크게 달라질 수 없게 되었다. 이는 教育權·學習權·알權利 등을 포괄하는 教育에 對한 法的觀念의 生存權의 基本權性의 확대로 나타나고 있기 때문이다.

## 2. 教育機會均等の 虛와 實

教育에 觀한 國民의 權利는 教育을 시킬 權利와 教育을 받을 權利로 나눌 수 있다. 教育權은 學習權에 代應하는 것으로서 國民의 人間性을 개발하고 그들에게 文化를 傳達하여 민주적인 國

<sup>13)</sup> 金哲洙, 前揭書, pp.321~322.

家社會의 담당자를 육성한다고 하는 국가적·국민적 義務와 責任 및 그를 다하기 위한 權限을 총괄하는 概念이다.<sup>14)</sup> 따라서 教育權의 權利主體는 教育을 받을 權利主體에 대한 義務主體이다. 이 教育權의 主體에 대하여는 國家教育權說과 國民教育權說의 對立이 있다. 前者는 國民의 學習權을 인정하면서 國家에 教育을 委任한 것이므로 國家는 教育의 過程에 關與할 수 있다고 하여 국가를 教育權의 主體로 본다. 後者는 부모를 中心으로한 國家全體는 어린이를 教育할 義務를 지고 있으며, 國民은 教育의 自由를 가지고 있고 教育의 義務主體는 兒童의 保護者라고 본다. 그런데 이와같은 教育權主體에 대한 理論은 극단적인 側面이 있다. 教育의 自由, 私學教育에 있어서의 自由, 教師의 教授의 自由는 일정한 範圍內에서만 이를 肯定하는 것이 상당하며, 國家는 必要하고도 상당한 범위에서 教育內容에 대해서도 이를 決定할 權能을 가진다고 보아야 할 것이다. 이는 곧 教育을 시킬 義務主體는 누구인가하는 問題와 직결된다.

한편, 教育을 받을 權利라 함은 教育을 받는 것을 國家로 부터 制約받지 않을 뿐만 아니라 教育을 받을 수 있도록 國家가 적극적인 配慮를 해줄 것을 要求할 수 있는 權利를 말한다.<sup>15)</sup> 모든 國民은 教育을 받아 學習하고 人間的으로 發達·成長하여 갈 權利를 갖고있다고 하는 것은 教育法理論에서 認定되고 있는 것이다. 民主政治는 識見이 있는 個人의 存在를 前提로 하여 운영되고, 個人의 文化的能力的 發展을 그 理想으로 하는 것이므로 教育을 받을 權利는 民主政治의 實現과 效率의 運營을 위해서도 불가결한 것이다.

이러한 教育을 받을 權利에 대한 法的性質에 대해서는 여러 學說이 對立되고 있다. 하나의 立場은 自由權說과 生存權說로 구분하는 것인데 自由權說은 教育을 받을 權利는 教育을 받을 것을 國家로부터 방해받지 않을 것을 內容으로 하며<sup>16)</sup> 生存權說은 모든 사람은 學習에 의해 人間的으로 成長·發達하여 갈 權利를 가지며 學習權·發達權은 國家에 대하여 적극적인 條件 整備를 요구할 生存權의 基本權으로 본다.<sup>17)</sup> 또다른 立場은 公民權說, 生存權說, 學習權說 등 3側面으로 분류하여 生存權 내지는 社會의 基本權의 하나로 파악하려는 것이다. 公民權說은 學習主體의 政治的批判力을 重視하는 見解이다. 生存權說은 教養과 知識을 갖는 것이 人間다운 生活유지의 前提가 되므로 적극적으로 확보해 주어야 한다는 見解이다. 學習權說은 人間能力的 개발은 教育을 통해서 可能하므로 能力을 전면적으로 개발하기 위한 條件을 마련해야 하는 見解이다.

위와같이 教育을 받을 權利의 法的性格에 관하여는 異論이 많다. 그런데 우리 憲法 第29條1項을 해석함에 있어서는 보다 어려운 점이 있다. 그것은 모든 國民은 能力에 따라 均等하게 教育을 받을 權利를 가진다라는 規定이 具體的權利를 宣明한 것이 아니라 단지 프로그램적 규정에 지나지 않는다는 견해도 설득력을 가지기 때문이다. 이 견해는 국가가 教育의 機會

<sup>14)</sup> 金哲洙, 前揭書, p.435.

<sup>15)</sup> 權寧星, 新稿憲性學概論, 서울: 法文社, 1981, p.496.

<sup>16)</sup> 金哲洙, 上揭書, p.432.

<sup>17)</sup> 文鴻柱, 第五共和國憲法, 서울: 海岩社, 1980, p.291.

均等に 대하여 배려할 것을 國民의 側面에서 權利로 파악한 것이라고 보고, 주로 경제적·사회적 약자에게 獎學措置 등에 의해 教育을 받을 機會의 均等を 파악하려는 국가에 대한 立法方針으로서의 프로그램적 규정이며, 具體의 內容을 갖는 請求權은 아니라는 것이다. 그 理論의 根據은 첫째 憲法이 抽象的인 形態로 生存權을 規定했기 때문에 法的權利가 되기 위하여는 必要한 具體的規定이 명확하지 아니하므로 憲法은 그 具體化를 法律에 맡긴 취지로 보아야 한다는 것과 둘째, 국가의 社會的經濟的 能力, 特別히 재정적 예산상의 能力에 의존하는 것으로서 현실적으로 國民의 경제력이 일정한 단계에 이르지 못한다면 단지 社會政策의 基本方針이나 社會國家의 基本原理로서 장애에 대한 정치적공약이라는 것 또는 예산상의 配分은 국가의 財政政策의 問題라고 보는 것 등이 그것이다.<sup>18)</sup>

이와같은 論據에서 볼 때 均等한 教育을 받을 權利를 規定한 憲法條項의 해석은 憲法規範과 憲法現實의 乘離現象으로 그 安定性을 잃게 된다. 그래서 教育에 관한 憲法條項에 根據한 下位法 즉 教育法 기타 教育關係法規의 適憲性에 대한 基準이 불투명해 질 수 밖에 없다. 따라서 教育機會均等の 法的性格은 統一된 論據를 갖기 어려워 立法者의 恣意를 막기 곤란하며 法的 理念이라는 抽象的準據는 制定法의 해석 여하에 따라 是非가 결정될 위험도 있다.

이러한 점에 비추어 教育機會均等の 保障은 그 前提로서 教育을 받을 權利의 具體的權利性과 權利請求權이 구체화되어야 實質的意義를 찾을 수 있다. 그래서 우리 憲法規定에 대한 해석은 자유권적이나 프로그램적 규정에서 生存權의 基本權으로서의 學習權으로의 確定이 시급하며 점차 具體的權利로서 請求權을 인정하는 방향으로 立法努力이 必要하다. 이를 바탕으로 教育에 있어서의 機會均等保障을 위한 立法과 政策이 이루어져야 할 것이다.

### 3. 教育機會均等の 可能條件

지금까지 機會均等の 教育的側面에서의 法理는 教育을 받을 權利임을 前提로 하여 具體的權利로서의 生存權의 基本權으로 파악 해야 한다는 점에 초점이 주어졌다. 여기서 生存權의 基本權의 意義를 살펴봄으로써 實質的 教育機會均等の 可能條件을 탐색하는 바탕을 마련할 必要가 생긴다.

生存權의 基本權이라 함은 國民이 生存을 유지하거나 生活을 향상시키기 위하여 國家에 대해 積極적인 配慮를 要求할 수 있는 權利를 말한다.<sup>19)</sup> 이것이 實定憲法에 등장한 것은 제 1 차 세계 대전 이후의 일이다. 그러나 資本主義의 進進과 더불어 憲法上의 自由권적 기본권의 保障이 形式化되어 生活에 必要한 最低條件조차 확보되지 않았기 때문에 生存權 그 自體를 위협받는 對象에게는 自由권은 公허한 句호에 불과하였다. 이에 모든 社會構成員의 최저의 生存을 보장하고 實質的平等이라고 하는 社會正義의 구현을 위한 生存權의 基本權思想이 市民的自由權의 補

<sup>18)</sup> 尹鍾健外, 教育法規, 서울: 甲乙出版社, 1983, pp.309~311.

<sup>19)</sup> 權寧星, 崔大權, 前揭書, p.251.



完 내지 修正으로서 대두된 것이다.<sup>20)</sup> 따라서 現代國家에서 생존권적 기본권을 保障하려는 것은 국가권력의 의무인 동시에 국가권력의 내용을 이루고 있다고 하겠다.<sup>21)</sup> 그러나 자본주의 경제가 전제로 되어있는 한에 있어서는 이러한 權利가 완전한 형태로 實現될 수는 없을 것이다. 설령 憲法 第29條의 教育條項이나 教育法 第一章이 生存權의 基本權으로서 그 權利性을 선언하고 있고 각종 教育法規가 그것을 구체화하고 있다하더라도 이와같은 한계를 벗어나기 어렵다. 물론 국민의 教育을 받을 權利의 確保와 그 機會均等を 위하여 憲法 第29條를 具體化하는 下位法으로 教育法등 많은 法規가 있어서 權利의 實質化를 도모하고 있다. 그러나 이러한 諸法規는 強制力을 갖고 있어서 對國民은 물론 國家自身에게도 拘束力이 인정되기는 하지만 프로그램적規定이 많을 뿐더러 立法事項의 實效性을 確保하기 위해서는 財源의 確保가 이루어져야 함에 따라 財政上의 問題에 직면했을 때의 法施行의 회피 내지는 留保가 많고 경우에 따라서 變칙적 法運用이 이루어지고있다. 그럼에도 國家權力이 法規에 따른 義務를 이행하지 않았을 때 그 移行을 要求할 수 있는 請求權의 規定이 거의 없는 現實下에서는 그에 대한 制裁수단이 없다.

위와같은 점으로 미루어보아 法の 理念과 目的에 알맞은 法規가 權限있는 機關에 의하여 合法的으로 定立되는 것이 教育機會均等を 保障하는 수단이기는 하지만 그것만으로는 불충분하다. 教育을 받을 權利의 具體的權利化立法에도 난점은 있으나 定立된 法을 執行함에 있어서의 問題는 生存權의 基本權으로서 必然的으로 要求되는 財政의 問題와 教育의 自由性·政治的中立·專門性에 관련된 教育行政의 問題를 내포하고 있어 法治行政上의 난점이 있다. 이는 教育行政의 法律適合性의 問題로서 고도의 行政立法處분에 대한 知識 및 技術이 요구되며 각종 教育政策의 법률적합성 또한 教育行政에 있어서 난해한 측면이다. 이러한 諸問題가 곧 法治行政에 관련된다.

法治行政은 法治主義를 行政의 側面에서 파악한 것인데 法律은 國民만이 아니라 國家權力의 담당자도 規律하는 原理를 法治主義라 한다. 이것은 國家權力에 대하여 國民의 自由와 權利를 保障하는 것을 理念으로 하며 合理的 支配의 原理를 實現하기 위하여는 먼저 法の 制定이 議會에 의하여 이루어져야 한다는 것을 前提로 하고 이 法은 獨立된 法院에 의하여 그 法에 따라서 적용되어야 하며 行政은 소경의 法에 근거하여 집행되어야 함이 요구된다. 그래서 오늘날 法治國家主義는 行政과의 관계에서 法律에 의한 行政의 原理로 나타났다.<sup>22)</sup> 이러한 法治主義를 獨逸에서 法治國家의 理論으로 전개되었는 바 여기에서의 法治主義는 形式的法律의 支配를 뜻하게 되었다. 이는 法律과 行政과의 關係를 形式的으로 規律하는 것에 그치고 個人的 權利保障도 形式的인 것에 그친다. 이러한 意味에서의 法治主義를 形式的法治主義라 한다.<sup>23)</sup>

<sup>20)</sup> 金哲洙, 前掲書, p. 245.

<sup>21)</sup> 金哲洙, 上掲書, p. 246.

<sup>22)</sup> 朴執, 最新 行政法講義(上) 서울: 國民書館, 1981, p. 50.

<sup>23)</sup> 李尙圭, 新行政法論(上) 서울, 法文社, 1983. pp. 98~99.

形式的法治國家는 그 內容에 있어서 어떠한 國家形態와도 결합할 수 있는 可能性을 내포하고 있었던 동시에 法律을 절대시함으로써 國家권력에의 無條件의인 복종을 강요할 수 있는 가능성을 내포하고 있었다.<sup>24)</sup>

한편 英美法界 國家에서도 形式的法治主義를 前提로 하고 더 나아가 단순히 議會가 制定한 法律의 行政拘束性을 內容으로 하는데 그치지 않고 個人의 權益을 보장하는 法の 支配를 그 課題로 하는 것이라고 인정하였다. 이는 실질적으로 個人의 權益을 보장하는 內容의 法の 支配를 要求한다. 그러므로 法の 支配의 뜻에서의 法治主義는 실질적 의미의 法治主義라 한다.<sup>25)</sup> 이러한 觀念을 바탕으로 英國에서는 法の 支配가 人權保障을 理念으로 하고 法の 內容이 人權을 침해함이 없도록 보장하려는 原理이며 美國에서는 基本權의 保障을 理念으로 하고 法の 實質的內容도 憲法上의 基本權保障과 憲法의 立法權에 대한 우위를 통하여 人權이 침해됨이 없도록 보장하려는 實質的 原理이다.<sup>26)</sup>

제 2 차대전 후의 독일에서는 實質的法治主義를 채택하고 있다. 이러한 전환은 行政의 形式的合法性만으로는 충분하지 않고 行政은 憲法과 法律에 적합해야 한다는 自覺과 行政의 適憲法性과 適法性의 原則은 소극적의의에 있어서의 적법성의 원칙으로서의 法の 우월성, 이러한 원칙에서 나오는 여러 基本權을 침해할 경우의 法律의 근거와 법률의 留保, 이러한 행정의 적법성의 보장으로서의 재판에 의한 行政作用의 법적 통제 등 여러 原理를 바탕으로 이루어졌다.<sup>27)</sup>

이상에서 논의한 실질적 법치행정의 原理들은 教育行政에 물론 그대로 타당하다. 그러나 教育이 하나의 장기적 투자이며 그 成果를 評價하기가 지극히 곤란하다는 점, 教育에 參與하는 社會集團이 특이하다는 점<sup>28)</sup> 手段的·技術的 성격이 강하다는 점, 非強制的·非權力的 성격이 강하다는 점, 政治的인 성격이 있다는 점 등에 있어 一般行政과 다른 면이 많기 때문에 그 原理의 적용에 있어서 많은 난점이 있다. 또한 教育行政의 근거가 되는 教育法規의 대부분이 組織法的인 면과 作用法的인 면을 아울러 갖고 있기 때문에 教育行政上의 法適合性的 確保에는 곤란이 따르기 마련이다. 그럼에도 불구하고 教育機會均等の 實質化的 課題에 있어서의 重點은 法規의 整備에 못지않게 實質的意味의 法治行政의 실시와 權利保護請求制度의 保障이 요망된다.

이 점은 教育行政의 핵심적 영역중의 하나라고 할 수 있는 教育計劃의 非合理性과 불안정성이 많이 있어 막대한 손실을 가져오고 있는 우리나라의 문교정책을 볼 때 더욱 절실히 진다.

24) 金道稔, 一般行政法論(上) 서울: 靑雲社, 1983. pp.109~111.

25) 李尙圭, 前揭書, p.99.

26) 金道稔, 上揭書, pp.112~113.

27) 金哲洙, 前揭書, p.161.

28) 金鍾喆, 教育行政의 理論과 實際, 서울: 教育科學社, 1982, p.20

### Ⅲ. 教育機會均等の 實現課題

#### 1. 우리나라의 立法現實

教育은 國家의 公的事業으로서 公共性을 띠고 있으므로 強制力을 가진 法規範의 制裁가 必要하다는 것은 주지의 사실이다. 우리나라도 많은 教育法規를 가지고 있는데 教育法規는 教育政策이나 教育制度 및 그 운영에 관한 事項을 規定한 諸法規를 뜻하며 또한 教育行政에 關한 公法으로서 그 法源은 一般行政法의 法源과 同一한 形式을 갖게 된다. 現行 教育法規의 法源으로는 憲法, 法律命令, 規則, 自治立法중 教育에 關한 명령과 관습법, 관례, 조리 등에서 教育에 關한 것을 들 수 있다.

憲法은 國家의 基本法<sup>29)</sup>으로서 教育法을 비롯한 모든 教育法規의 母法으로서 法源 중에서도 가장 基本的인 것이다.

먼저 憲法上 教育條項을 살펴보면 第29條에서 規定하고 있다. 同條에서는 포괄적으로 教育을 받을 權利의 一般을 規定하고 있는바, 第1項이 教育의 機會均 등과 직접 關聯된다. 同條項은 “모든 國民은 能力에 따라 均等하게 教育을 받을 權利를 가진다.”라고 되어있다. 이는 能力에 應한 教育請求權과 教育의 機會均等を 保障하고 있다. 여기에는 ‘能力에 따라’ 權利를 갖는다는 規定內容이 機會均等の 前提로 되어 있는데 能力은 精神的·肉體의 能力등 一身專屬의 性質을 말하며 財產, 家庭, 環境, 性別, 人種 기타에 의한 不合理的 差別은 違憲을 構成한다.<sup>30)</sup>

한편 ‘均等하게’ 教育을 받을 權利에서의 均等の 內容은 消極的平等權說에 의한 것이 아닌, 國家가 모든 國民이 平等하게 教育을 받을 수 있도록 教育시설을 整備하여 國民이 國家에 대하여 그가 원하는 均等한 教育을 시켜줄 것을 請求하는 積極的인 것을 意味한다. 생각컨대 同條 2項의 義務教育條項, 同3項의 義務教育의 無償制, 同5項의 平生教育振興, 同6項의 教育制度의 制度的保障規定 등으로 미루어 보아 均等하게 教育을 받을 權利도 소극적인 것이 아니고 國家가 모든 國民에게 均等하게 教育을 받을 수 있도록 학교교육시설을 확장하고 義務교육을 시행 하되 경제적 이유에 의하여 進學이 방해받지 않도록 獎學政策 등을 시행하여야 한다는 것을 規定한 것이라 할 수 있다.<sup>31)</sup> 이와같은 憲法規定 및 해석은 教育의 本質에서 由來하는 制限點, 즉 自由權의 性質과 憲法 그 자체가 가진 性格인 정치성, 이념성, 역사성, 組織觀念性 등으로 인해 그 實質化는 具體化法으로서의 行政法의 定立을 기초로 현실화되는 약점이 있다.

<sup>29)</sup> 金哲洙, 前揭書, p.3.

<sup>30)</sup> 權寧星, 崔大權, 前揭書, p.260.

<sup>31)</sup> 金哲洙, 上揭書, p.434.

그렇다면 憲法具體化法으로서의 教育行政을 포함한 모든 教育活動을 規律하는 教育法에는 어떻게 教育機會均 등이 規定되어 있는가 살펴 보자.

教育法은 우리나라 教育制度에 關한 基本法이며 教育行政의 基本指針이 된다. 同法第一條의 弘益人間的 理念은 憲法上基本權인 人間的 존엄과 가치, 행복추구권, 법앞의 평등, 인간다운 생활을 할 권리 등의 精神과 같으며 그 根本은 教育에 있어서 기회균등의 保障으로서 가장 적절하게 파악할 수 있다. 또한 憲法 第29條 2,3項의 規定에 따라 教育法 第8條와 第8條의 2에 의무교육조항을 두고 있다. 이는 가장 基礎的인 教育機會均 등의 制度的保障이라 할 수 있다.

教育法에는 이 밖에도 第10條 學령초과자 또는 一般國民에게 民主國家의 公民으로서 必要한 教養을 주기 위하여 적절한 教育施策을 請求, 實施해야 한다는 規定이 있고 同法第137條以下 142條까지의 公民學校와 高等公民學校規定이 이를 뒷받침하는 制度的 保障을 하고 있는 것 그리고 同法第158條以下 162條까지의 獎學과 獎學金規定이 교육기회균등의 일환이라고 볼 수 있다. 물론 교육법에는 上記의 規定들 외에도 간접적으로 機會均等化에 關係된 規定이 많으나 全體的으로 볼 때 憲法上 教育條項의 具體化法으로서의 性格에 비추어 대단히 미흡하다고 할 수 밖에 없다. 이러한 點을 감안하여 教育法을 전면 改正해야 한다는 소리가 높지만 教育法과는 別個의 教育法規를 制定함으로써 法律의 不備를 補完하여 왔다.

그러한 法規가 곧 도서·벽지교육진흥법, 특수교육진흥법, 사회교육법, 유아교육진흥법, 산업교육진흥법, 산업체의 근로청소년들의 교육을 위한 특별학급 등의 설치 기준령 등등이다.

島嶼·僻地學校振興法은 도서·벽지의 의무교육을 진흥함을 목적으로 한다고 규정되어 있다. 한편 특수교육진흥법은 心身障礙者에 대한 特殊教育을 진흥하여 그들에게 生活에 必要한 知識과 기능에 關한 教育을 實施함을 목적으로 한다. 유아교육진흥법은 교육기회를 학령아동 이전까지 넓힌 점에 의의가 있으며 산업교육진흥법은 우리나라 教育現實上 實業界在學生을 위한 배려에서 나온 것으로 機會均 등의 實質化에 하나의 관건이 된다. 이 法律과는 다르지만 產業體의 勤勞靑少年의 教育을 위한 特別學校 등의 설치기준령이 있어 산업기준체에 근무하는 청소년의 교육을 위하여 야간제 특별학급 및 산업체부설 중·고등학교 설치기준 기타 운영에 관하여 필요한 규정을 하고 있다. 또한 憲法第29條5項은 國家는 平生教育을 진흥하여야 한다고 규정하고 있는데 누구든지 平生을 통한 教育이 요구되는바 모든 국민에게 平生을 통한 社會教育의 機會를 부여하여 교육기회균등의 實質化의 한 방편으로서 社會教育法이 制定·公布되었다. 이는 복지국가를 指向하는 社會에서 실질적평등을 근원적으로 保障하는 중요한 의미를 가지고 있다.

教育機會均 등의 理念을 확장하는 法規가 단지 上記한 것에 불과한 것은 아니다. 우선 放送通信高等學校設置基準令, 韓國放送通信大學設置令이 있어 설치, 조직, 운영 등 제반사항을 규정하고 있는 점에서 正規學校에 진학하지 못한 사람들에게 教育의 機會를 넓혀주고 있다. 또한 開放大學設置運營規定이 있어서 國民의 平生教育機會保障의 일익을 담당하고 있다.

## 2. 教育機會均等の 實現을 위한 課題

이제까지의 論議에서 教育機會均等の 保障은 理論的인 面에서나 實際的인 面에서 자칫 形式化되기 쉽다는 것을 보아왔다. 이는 教育機會均等の 概念의 正當化로부터 始作하여 教育結果에서의 均等を 保障하는 方向으로의 점진적 改革을 이루어나감으로써 극복될 수 있다. 그 과정은 教育에 關한 포괄적이고 장기적인 綜合計劃을 마련함으로써 충족될 수 있다.

먼저 教育機會均等の 概念의 正當化부터 살펴보기로 하자. 均等한 教育을 받을 權利는 더 이상 平等權이 아니다. 그것은 人間다운 生活을 할 權利의 前提로서 가장 根源的權利로 파악되어야 한다. 곧 生存權의 基本權으로서 均等한 教育을 받을 權利를 파악해야 한다는 것이다. 물론 生存權의 基本權도 抽象的權利로 밖에 받아들일 수 없는 現立法狀態下에서는 問題가 없는 것은 아니나 점차 具體的權利에로의 전환이 모색되어야 한다.

教育機會均等を 生存權으로 파악한다면 그것은 단순히 機會의 均等に 局限되는 것은 아니다. 점차 結果의 均等<sup>32)</sup>까지 보장하는 方向으로 立法이 되어져야 한다는 것이다. 그런데 結果의 均等を 保障한다는 것은 立法政策만으로 가능한 것은 아니다. 各 領域에 있어서 機會均等を 法的으로 보장한다는 것도 중요하지만 行政過程이 그에 못지않은 重要性을 갖고 있다. 특히 오늘날 行政國家化傾向은 行政計劃, 行政指導 등의 行政領域이 확대되고 또 法的 執行이상의 機能과 役割이 요구되는 실정이다. 이는 教育行政의 영역에 있어서는 더욱 절실한 問題이다. 우리나라의 現實을 보아도 教育에 있어서 教育政策은 教育法規以上の 效力을 갖고 있다. 그렇기 때문에 教育政策의 수립과 實現過程에서의 行政은 자칫 法으로부터 자유로운 行政領域이 되어 恣意에 빠질 위험이 있다. 行政計劃과 行政指導 등의 行政行爲가 形式的法治主義의 觀念下에 自由裁量行爲의 영역의 확대는 衡平을 상실하기 쉬우며, 더우기 教育行政의 助長의 性格은 이러한 點에 있어 法治行政의 實質化 없이는 심한 불균형을 초래하기 쉽다. 관료주의 행정 질서하에서 벗어나지 못하고 있는 各급의 教育行政은 實質的法治行政의 觀念을 구현하는 것이 매우 시급하다는 것이다.

結果에 있어서 均等の 保障은 적절한 立法과 實質的法治行政의 구현외에도 또한가지의 課題가 있다. 學校中心教育體制로부터 平生教育體制의 전환이 바로 그것이다. 이는 正規學校 以外の 教育의 機會를 확대해야 한다는 것인바 이는 學校教育만으로는 教育에의 需要를 감당할 수 없는 현실에서 實質的인 기회균등을 보장한다는 것이라 매우 편협한 것에 지나지 않는다는 論理이다. 學校教育體制가 일정한 場所에서 一定한 內容을 學習하는 形式性에 따른 제한점은 극복하는데 한계가 있기 마련이다. 따라서 平生教育의 理念에 입각하여 가정교육, 사회교육, 현장교육과 학교교육 사이의 유기적관련성을 제고하려는 노력이 結實을 맺게될 때 비로소 教育機會均等の 實質化가 가능할 것이다.<sup>33)</sup>

<sup>32)</sup> 유인중, “能力主義와 平等主義,” 韓國教育開發院, 教育開發, 제 6권 4호, 1984, p.8.

<sup>33)</sup> 韓國教育開發院, 教育發展의 展望과 課題, 1978, pp.201~206.

마지막으로 봐야 할 것은 교육에 있어서 平等主義와 能力主義의 問題이다. 사실 教育의 機會均等은 종래에는 平等主義의 立場에서 論議되어 왔고 能力主義를 指向하는 것은 階級재생산의 도구밖에 되지 않는다는 입장을 견지하였다. 그러나 平等權을 實質의概念으로 파악할 때 平等主義와 能力主義를 해결하는 방향은 종래와는 달라진다. 平等權을 實質의으로 保障한다는 것은 각 個人의 差異에 따른 合理的差別이 오히려 社會正義나 合目的性의 理念에 비추어 합당하다는 論理이다. 이는 곧 教育을 받을 同等한 權利와 同等한 教育을 받을 權利 사이의 差를 認識<sup>34)</sup> 하는 것이다. 환언하면 個人差를 인정하여 각 個人의 能力과 必要와 적성에 相應하는 教育의 過程을 제공할 수 있도록 하는 것<sup>35)</sup> 이 진정한 의미의 平等이라는 것이다. 機會均等의 意味를 이와같이 파악한다면 教育의 平等主義는 能力主義의 概念에 모든 能力의 절대적 차를 인정하지 않고 同價値로 파악한다는 命題가 첨가될 때 결국 區別이 없어지게 된다. 이것을 教育의 秀越性이라는 觀念에 포섭시키는 것이 教育機會均等의 實質化의 궁극적 목표가 될 것이다. 여기서의 教育의 秀越性이란 能力主義와는 다른 觀念形態이며 보다 포괄적개념이다.

‘秀越性’이라는 어휘는 상호관련된 것을 意味한다. 學生 個人의 立場에서 볼 때 수월성이란 學校와 職場에서 個人의 능력한계를 파악하고 이를 극복하여 個人能力의 最高水準에서 일할 수행함을 뜻한다. 學校 또는 大學의 立場에서 볼 때 수월성은 모든 學生들에게 높은 水準의 기대 및 目標을 設定하고 學生들이 이에 도달하도록 가능한 모든 방법을 동원하여 돕는 것을 뜻한다. 수월성을 추구한다는 것은 급변하는 世界의 도전에 대처할 수 있도록 국민들에게 教育과 기술언어를 시키는 정책을 채택하는 社會를 의미한다. 이러한 의미에서 우리 國民을 비롯한 各級學校 및 大學은 수월성을 成功的으로 지켜나가야 할 것이다.

教育의 수월성을 이와같이 個人의 能力을 최고한도로 개발시켜나갈 수 있도록 도와주는 것으로 파악할 때 教育機會均等化의 政策方向은 秀越을 지향하는 것이어야 하며, 앞에서 언급한 結果에서의 平等化의 評價準據도 수월성에서 찾아야 할 것이다.

#### IV. 要約 및 結論

現代國家의 基本權保障의 重點은 生存權의 基本權이다. 教育을 받을 權利는 生存權의 基本權 가운데서도 가장 元初적인 것이다. 그런데 教育을 받을 權利는 憲法內在的 權利이기 때문에 今 教育은 教育의 國家管理를 전제로 하며 教育의 과정 전반에 걸친 國家의 關與는 점차 확대되고 있다. 教育에 대한 國家의 關與는 사실 法律行爲와 法律的行爲에 의하여 이루어진다. 따라서 教育에 대한 國家행위는 法의 根據에 의해 정당화되고 教育行政에 의해 具體化됨으로써 그 實效性을

<sup>34)</sup> 吳天錫, 教育哲學新請, 서울; 教學社, 1980, p.250

<sup>35)</sup> 吳天錫, 上揭書, p.251.

확보하고 있다. 법규범이 여타의 社會規範으로부터 분리되었다는 것은 社會集團의 중심권력이 形成되어 그 중심권력이 규범의 위반자에게 제재를 가한다거나 분쟁을 심판할 수 있게 되었음을 뜻한다. 이것이 곧 法的 강제력이다. 법규범은 강제력을 갖고 있다는 점에서 여타의 社會規範과 다르다.

국가와 같은 강력하고 組織化된 정치단체를 조성하기 위해서는 人間의 理性에 基礎한 共同生活의 예지가 正義를 찾고 이 正義를 實現하는 수단으로서 法的 必要性이 요구된다. 正義를 實現하기 위해서는 社會統制가 요구되는데 이점이 교육을 사회적인 일로 볼 때 教育을 法規의 存在根據를 타당하게 하는 理由이다.

教育에 關한 權利가 자유권으로서의 성격 뿐만 아니라 機會均等の 法理에서의 平等權의 요청이 강하다는 점은 부인할 수 없다. 그러나 교육에 대한 국가의 統制는 自由權과 平等權에 통제되지 않는다. 왜냐하면 교육의 기능과 역할은 法的權利로서의 生存權의 基本權으로서의 성격이 점차 강해지고 있기 때문이다. 教育에 대한 平等權은 教育의 本質上 學問의 自由 領域을 무시할 수 없다. 特히 抽象的平等은 具體的不平等을 초래하기 쉬우며 教育은 더욱 그러하다. 法은 또한 一般抽象的인 規範이므로 教育에 關한 立法도 그 한계를 벗어나기 힘들다. 그 중에서도 機會均等的 側面을 고려해야 하는 立法은 그 理念을 구현함에 있어서 社會的正義, 教育에의 合目的性 등에 관한 올바른 판단이 서지않으면 不合理的하거나 形式化되기 쉽다. 그러므로 機會均等的의 교육에의 적용은 교육에 관한 국민의 權利의 性格을 규명함으로써 그 虛와 實, 나아가서는 타당성과 실효성을 변별할 수 있을 것이다.

教育의 機會均等的의 保障은 그 前提로서 教育을 받을 權利의 구체적권리성과 그에 따른 權利請求權이 具體化되어야 實質的意義를 찾을 수 있다. 教育의 公共性이 一般化된 복지국가지향의 社會에서 教育機會均等的의 實質化는 가장 원초적이고 기본적인 課題이다. 그러므로 教育에 關한 立法은 特히 法的 理念을 고려해야 하며 適用過程上 法治主義原理의 實質化를 위한 끊임 없는 노력이 요청된다. 또한 그러한 맥락에서 立法現實에 대한 진지한 검토가 이루어져 올바른 방향으로의 立法政策의 유도가 法適用의 적절성을 유지할 수 있는 理論的·實踐的 基盤造成이 教育機會均等を 實質化하는 契機가 될 것이다.

### 參 考 文 獻

1. 金哲洙, 憲法學概論, 서울:博英社, 1983.
2. 權寧星, 新稿憲法學原論, 서울:法文社, 1981.
3. 權寧星, 崔大權, 憲法, 서울:서울大學校出版部, 1982.
4. 文鴻柱, 第五共和國韓國憲法, 서울:海岩社, 1980.
5. 朴一慶, 第五共和國憲法, 서울:一明社, 1980.
6. 韓泰淵, 憲法學, 서울:法文社, 1977.
7. 金道昶, 一般行政法論(上) 서울:靑雲社, 1983.
8. 朴銳旻, 行政法講義(上) 서울:民衆書館, 1982.

9. 李尙圭, 新行政法論(上) 서울: 法文社, 1983.
10. 吳天錫, 教育哲學新講, 서울: 教學社, 1980.
11. 金鍾喆, 教育行政의 理論과 實際, 서울: 教育科學社, 1982.
12. 金洛貞, 韓國教育行政論, 서울: 教學社, 1976.
13. 河仁鏡, 教育政策과 行政, 서울: 文佑社, 1982.
14. 韓京珠, 教育法講義, 서울: 法文社, 1983.
15. Hodgkinson, Christopher, *Towards a philosophy of Administration*, New York: St Martin's press Inc., 1978.
16. Hamilton, R.R. & Paul R. Mort, *The Law and Public Education*, Brooklyn: The Foundation Press, Inc., 1959.



**The Study on Legal Character about  
Equality of Educational Opportunity**

**Lee Young Gil**  
*Kwangju Health Junior College*

>Abstract<

The right to study is fundamental human rights.

Public education is depend on management of nation, therefore, the participation of a nation is being magnified.

The participation of a nation about education is achieved by a legal action.

Educational right is not only civil liberty but also equal right, but participation of a nation about education is not controlled by civil liberty or equal right.

The security of Educational opportunity emerges its practical significance from a right of claim.

Substantial equality of educational opportunity is fundamental subject in every society, therefore, lawmaking about education should pay attention to the idea of law.

Modern nation should make every effort to put in practice the equal educational opportunity.

The nearer way of security of equal educational opportunity is theoretical and practical lawmaking.