

영재에 대한 의무교육 제도의 교육법적 검토

박 창 연

부산대학교

서 혜 애

부산대학교

본 연구는 영재교육 대상자에게 부과되어 있는 의무교육 제도의 이론과 관련 판례의 분석을 통해 향후 영재교육에서 다루어야 할 과제를 제시하고, 법과 제도의 정비를 위한 토대를 마련하는데 목적을 두고 있다. 연구의 목적을 달성하기 위해 우선 의무교육이 권리 사상으로 발전해 왔으며 이를 보장하기 위한 법적 근거와 체제가 어떻게 구성되어 있는지의 교육권에 대해 고찰하였다. 다음으로 영재교육과 관련된 의무교육과 이의 법적 근거를 고찰하여 법적인 사항을 논의하였다. 마지막으로 영재와 의무교육에 대한 논의를 행하였다. 여기서는 의무교육의 관점을 소개하고 이들 관점에 대해 영재교육에서 추구하여야 할 대상을 논의하였다. 그리고 의무교육에 대한 영재교육 관련 법률의 검토를 행하여 법적인 정비과정과 더불어 현실적 제약이 무엇인가에 대한 논의를 수행하였다. 마지막으로 관련 판례의 경향성을 논의하였으며, 이들의 논거가 어떠한 것인가를 비판적으로 검토하였다. 논의 결과, 영재교육에서 연령주의를 채택하는 의무교육 제도는 실질적으로 영재의 교육을 받을 권리를 제약하는 주요 요인이 되었다. 그리고 판례는 주로 행정법적 조리에 의한 접근을 행함으로써 교육적 논리 정립에 따른 성과가 더 많이 구축되어야 함을 논의하였다.

주제어: 영재, 교육을 받을 권리, 의무교육 제도, 연령주의, 교육법

I. 연구의 필요성과 목적

교육은 인간의 성장에 대한 최대한의 기회를 제공하기 위해 존재한다.

교신저자: 서혜애(haseo@pusan.ac.kr)

* 이 논문은 부산대학교 자유과제 학술연구비(2년)에 의하여 연구되었음.

각 개인이 가진 개성과 소질을 최대한 발휘하여 이를 현실화시키는 것이 교육의 궁극적 본질에 해당된다. 교육은 모든 사람을 대상으로 획일적으로 이루어지기보다는 개별적 특성에 적절한 교육이 이루어져야 하는 특수성을 갖는다. 각 개인에게 적절한 교육내용과 방법을 제공함으로써 적절한 교육을 받을 수 있는 권리를 보장받는 것은 교육에서 해당 분야의 수월성을 추구하는 동시에 자신에게 적절한 교육의 기회가 제공됨으로써 평등성이 조화를 이루게 된다. 그러므로 교육은 외적인 압력에 의해 규제나 강제성을 지니고 이루어지기보다는 고도의 자율성을 요구받게 된다.

그러나 의무교육은 국가의 제도로서 일정한 교육을 받을 의무를 국민에게 부과하는 것으로서 비의무적 교육에 대립되는 개념으로 강제성을 띠고 있다. 교육에 대한 국가의 강제는 교육의 기회가 제대로 제공되지 않은 사람에게는 의미 있는 일이 될 수 있다. 그렇지만 강제적으로 국가가 교육에 관여하여 통제하는 체제는 자율성을 요구하는 교육의 성격과 배치되는 현상을 나타내게 된다. 의무교육에서는 의무교육의 시기와 범위, 의무취학의 연령, 유아교육의 의무화, 학교선택의 문제, 학교환경에 대한 사항, 의무교육의 무상성의 원칙 등과 관련해 다양한 문제가 제기되고 있다.

영재의 경우 다른 무엇보다도 의무교육의 취학연령이나 취학기간 등이 교육적으로 상당한 문제거리가 된다. 아직까지 국내·외에서 영재와 관련된 법적인 논의가 일반아동이나 신체적·정신적 손상을 입은 특수아동의 경우와 같이 활발하게 전개되고 있지는 않다. 그러나 영재의 경우 의무교육과 관련해 획일화되게 규정한 연령에 따른 입학과 교육기간을 정한 것에 대해 법적인 문제까지 비화되어 이에 대한 판단이 이루어졌다. 법적 문제에 대한 교육재판에서는 행정법적 조리에 의한 판단위주로 이루어지고 있어 교육의 본질적 가치에 의한 논의가 제대로 이루어지지 못하고 있다. 교육과 관련된 법적 문제는 교육적으로 해결하여야 할 문제와 복잡하게 얽혀있기 때문에 법조문의 문리적 해석만으로 한정하여 이해하는 것은 문제를 제대로 이해하는데 한계가 있다. 따라서 의무교육에서 영재에 대해 연령주의로 획일화하여 규정하고 있는 것은 또 다른 교육적 논란을 일으키게 된다.

의무교육에서 연령주의를 채택하는 것에 대해 영재교육에서는 실질적으로 속진이나 월반, 조기입학 여부 등의 문제와 밀접하게 연관되며, 이들은 헌법에 보장된 교육을 받을 권리의 침해를 가져올 수 있다. 연령주의를 취해 국가에서 획일적으로 통제하는 것은 개인의 성장을 방해하는 주요 요인이 될 수 있기 때문에 영재교육의 자율성을 훼손할 수 있다. 따라서 본 연구에서는 영재와 관련된 의무교육의 이론과 관례의 검토를 통해 향후 보다 심도있게 논의되어야 할 교육적 과제를 제시하고자 한다. 그래서 이들 논의를 토대로 교육적 성과를 보다 누적시켜 향후 법과 제도를 보완하기 위한 기초를 마련하는데 목적을 두고 있다.

II. 교육의 권리성과 의무교육

1. 의무교육의 발달과 기능

의무교육은 교육의 기회균등 사상에 입각한다고 볼 수 있으며, 각 국가의 경제적, 사회적, 문화적, 역사적 배경에 따라 달리 전개되었다. 우리나라에서 의무교육을 본격적으로 논의하기 시작한 것은 광복 이후라고 할 수 있다. 광복 이후 제헌 헌법 제16조 제2항에서 “적어도 초등교육은 의무적이며 무상으로 한다.”라고 규정하여 법적 근거를 확보하였다. 1949년 제정된 교육법 제8조는 “모든 국민은 6년의 초등교육을 받을 권리가 있다.”라 규정함으로써 초등교육에 대한 무상의 의무교육 원칙을 정립하였다. 이에 따라 1950년 6월 1일부터 초등학교 6년간을 의무교육으로 실시하기 시작했으며, 오늘까지 이 원칙은 그대로 지속되고 있다.

우리나라와 달리 일부 외국에서는 의무교육을 더 오래 전부터 발전시켜 왔다. 802년 프랑크 왕국의 칼 대제는 세계 최초로 의무 교육령을 공포하였다(강영웅, 1984: 251). 그러나 교육의 기회균등 사상에 입각한 의무교육은 16세기 독일의 루터(M. Luther)에 의해 처음 제기되었고, 1619년 바이마르 헌법에 명시되었으며, 1794년 프로시아 보통법에 의해 본격적으로 실시되었다(윤정일 외, 2002: 12). 근세 의무교육 제도는 18세기 독일 연방국가

인 프리시아에서 절대주의 체제를 유지·강화하기 위해 부국강병을 도모하고 민중을 순종시키려는 의도로 실시되었으며, 19세기 영국에서는 산업혁명을 배경으로 연소자 보호 및 치안을 유지하려는 목적으로 실시했으나, 권리로서의 교육을 보장하기 위한 사상으로 나타난 것은 18세기 프랑스 시민혁명기라고 볼 수 있다(김낙운, 1986: 107-108).

프랑스 혁명의 지도자들은 통치하기 위해서는, 시민들은 주권을 가지고, 주권자 개개인이 교육되어야 한다고 생각하였다. 대부분 사람들은 정신적 능력 부분에서 불평등하며, 사람들이 주권을 향유할 수 있도록 교육의 기회를 제공하는 것이 국가의 의무라고 생각하였다. 따라서 이들은 권리로서의 교육을 공교육의 중심 주제로 다루었다(伊藤秀夫, 吉本二郎, 1969: 62). 이와 같은 권리로서의 교육을 핵심으로 하여 의무교육 제도를 완성하게 된 것은 20세기에 이르러서였다.

세계 각국은 권리로서의 교육과 관련하여 의무교육을 규정해 왔으며, 세계적 차원에서도 이에 대한 규정을 제시하게 된다. 1948년 제3회 UN 총회에서 채택된 세계인권선언 제26조는 “누구든지 교육을 받을 권리를 가진다. 교육은 적어도 초등 또는 기초의 과정은 무료로 하지 않으면 안 된다. 초등 교육은 의무로 한다.”라고 명시하였다. 따라서 의무교육 제도는 단순히 부국강병이나 경제적으로 불우한 처지에 있는 사람들에게 대한 복지적 차원뿐만 아니라, 교육의 기회를 균등하게 제공하고자 하는 권리로서의 사상으로 발전되었다고 볼 수 있다. 그러므로 현대적 의미에서 의무교육의 이해는 교육에의 권리 사상과 더불어 논의되어야 한다.

2. 교육권의 구조와 의무교육의 주체

권리로서의 교육을 핵심 구조로 하여 의무교육 제도가 완성되고 발전되었다면, 교육에 대한 권리의 구조에 대한 이해는 의무교육에 대한 권리성을 이해하는데 전제가 된다. 법률상의 개념으로 보았을 때, 의무는 권리라는 용어와 대응적으로 존재하고 있다. 일정한 사항에서 어떤 주체가 권리가 있다면, 다른 상대방이 의무를 지녀야 하는 구조를 갖게 되는 것이다. 의무교

육도 교육과 관련된 사항에 대해 권리적 측면과 의무적 측면이 동시에 등장하게 된다. 의무교육은 교육행위에 대해 권리·의무 관계의 한 표현인 것이다. 그러므로 의무교육에 대한 논의에서는 교육에의 권리를 표현하는 것에 대한 이해가 선행되어야 하는 것이다.

교육에 대한 권리는 실정법상의 개념으로 논의되기 보다는 학설상으로 제기되었다. 교육의 권리 논쟁은 1960년대 초부터 일본에서 본격적으로 시작되었다. 일본에서의 교육권 논쟁은 교과서 재판(杉本判決, 1970.7.17)과 관련해 교육에 대한 국가 통제의 비판적 논리로 정립된 것이다.

국가 교육권설의 주요 논거는 의회민주주의 원리에 두고 있다. 공교육에서 의회민주주의는 국민의 총의가 법률에 반영되어 있으므로, 법률이 정하는 바에 따라 국가가 교육내용에 관여하는 것은 인정되어야 한다는 것이다. 그리고 법을 집행하는 행정권이 법률에 구체화된 교육내용에 대해 관여하는 것은 당연하다는 논리를 전개하고 있다(渡辺孝三, 下村哲夫, 1983: 13). 이에 비해 국민 교육권설은 통일적으로 설명하기 어려운 점이 있다. 국민 교육권설에서 국민이라는 개념이 추상적이며, 교육 역시 학교교육 이외 사회교육, 가정교육 등 교육의 장이 다양하기 때문이다. 국민 교육권설에 대한 의견이 다양함에도 불구하고 여기에는 교육의 본질로서의 교육의 자유, 즉 국가 권력의 자유가 나온다는 점이다. 다만 교육의 자유를 구하는 헌법상의 조문에서 차이가 나타나고 있다(市川昭午, 1975: 131-145).

국가 교육권설과 국민 교육권설은 서로 대립되지만, 공통적으로 학생의 학습권을 보장하는데 핵심적 가치를 두고 있다. 다만 교육내용의 결정권에 대해서는 국가와 교사는 서로 대립 구도에 있다. 우리나라의 이와 관련된 학설이나 판례에서는 일본의 사례가 도입되어 논의가 일어났으며, 시간이 지나면서 보다 체계화되었다. 과거에는 일본에서 논의된 사항을 도입하여 논의가 전개되었다(강인수, 1994; 안기성, 1994). 그러다가 학습권과 교육권을 포괄하는 상위 개념으로서 구체적인 당사자의 권리 관계를 명확하게 제시해 주기 위해 교육 기본권이라는 종합적 시각으로 정립하기도 하였다(신현직, 2003: 21-41).

이와 같은 교육관련 당사자의 권리나 권한 관계에 대한 규율이 어떻게 정립되는가는 1997년에 교육기본법의 제정과 더불어 보다 법에 구체적으로 규정되었다. 교육기본법은 제3장 29조와 부칙으로 구성되어 있다. 총칙에서는 헌법 제31조에 제시된 사항을 보다 구체적으로 규정하고 있으며, 제2항에서는 교육당사자로서 학습자, 보호자, 교원, 교원단체, 학교 등의 설립자·경영자, 국가 및 지방자치단체 등에 대해 구체적으로 규정함으로써 기존의 헌법 조문에서 해석이나 이론의 여지가 많았던 사항이 상당부분 해소되었다고 볼 수 있다.

우리나라나 일본에서의 논의는 교육에 대한 권리 가운데 학습에 대한 권리를 가장 중요하게 간주하고 이를 보장하기 위해 학부모, 교사, 지자체, 국가 등의 권리나 권한 관계를 규율하는 데 중점을 두고 있다. 따라서 교육에 대한 권리의 구조는 학생의 학습권을 핵심에 두고 이에 대한 권리를 보장하고자 교사, 학부모, 국가 등의 관련 주체가 등장하게 되는 것이다. 교육권의 구조와 의무교육에 대한 관계에서 학생의 개성과 소질에 따른 교육을 제대로 하기 위해서는 교사 한 사람의 힘만으로는 불가능한 것이 현실이다. 따라서 교사가 학생의 잠재력을 최대한 발전시키기 위해 적극적으로 관여해야 하는 근거가 생기게 된다. 취학의 기회를 균등하게 제공하는 것뿐만 아니라 교원 수, 교육시설, 교육환경, 학급당 학생 수 등 교육행정에 대한 책무성도 국가에게 부과되어 있는 것으로 이해되어야 한다.

따라서 의무교육 제도는 교육을 받을 권리를 보장하기 위해 취학의 기회를 제공하려는 사상에 근거한다고 볼 수 있다. 종합적으로 보면, 의무교육은 교육행위에 대한 권리·의무의 관계를 나타내는 것이고, 여기서 권리의 핵심은 아동의 교육을 받을 권리에 일차적인 초점이 있게 되는 것이다. 그리고 그 권리를 보장하기 위해 아동 이외의 교육관련 주체로서 국가, 학부모, 교사 등의 권리나 권한의 관계가 주어지게 된다. 그렇지만, 이들 권리는 아동의 권리와는 관계에서는 의무적 관계가 보다 강하게 나타나게 되며, 권리성의 표현은 아동의 교육에 대한 권리를 보장하기 위한 부차적인 것으로 이해되어야 한다.

III. 의무교육의 법적 근거와 영재교육 관련법

1. 의무교육에 대한 법적 근거와 내용

우리나라에서 의무교육과 관련된 기본 조항은 헌법 제31조에 있으며, 교육에 관한 기본이 되는 법으로서 교육기본법, 초·중등교육법 등에 규정되어 있다. 우선 헌법에서 교육과 관련된 직접 조항은 제31조이다. 헌법 제31조는 6개 항으로 구성되며, 이 가운데 의무교육과 직접적으로 관련된 내용은 제2항 및 제3항에 제시되어 있다. 제2항은 “모든 국민은 그 보호하는 자녀에게 적어도 초등교육과 법률이 정하는 교육을 받게 할 의무를 진다.”라고 하여 의무교육에 대한 부모의 의무를 부과하고 있다. 제3항은 “의무교육은 무상으로 한다.”라고 하여 의무교육의 무상성에 대한 국가의 의무를 밝히고 있다. 제1항은 “모든 국민은 능력에 따라 균등하게 교육을 받을 권리를 가진다.”라고 규정하여 헌법 제31조의 기본 조항의 역할을 하고 있다.

헌법 제31조의 규정은 헌법의 최고 규범이라고 할 수 있는 헌법 제10조의 인간의 존엄과 가치, 행복추구권, 그리고 헌법 제11조의 평등권에 귀속된다. 헌법의 기본적 핵심 조항으로서 인간의 존엄과 가치의 실현을 위해 교육을 받을 권리가 보장되는 것이다. 따라서 의무교육은 헌법 제10조의 인간의 존엄과 가치의 실현을 위해서 교육을 받을 권리가 보장되고, 이를 구현하기 위해 등장한 권리·의무 관계를 나타낸 것이며, 교육을 받을 권리를 보장하기 위해 헌법 제11조에 교육의 기회를 균등하게 제공하고자 하는 평등 조항이 규정되어 있는 것이다.

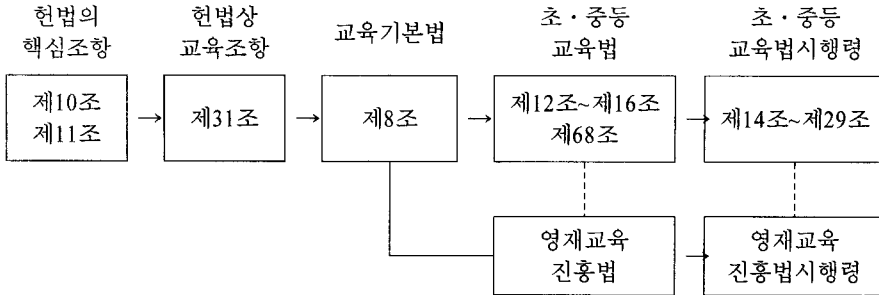
교육기본법 제8조에서는 헌법정신을 보다 구체화시키고 있다. 교육기본법 제8조 제1항은 “의무교육은 6년의 초등교육과 3년의 중등교육으로 한다.”고 규정하고 있다. 의무교육의 연한을 9년으로 밝히고 있다. 제2항에서는 “모든 국민은 제1항에 따른 의무교육을 받을 권리를 가진다.”라고 하여 의무교육을 받을 권리를 규정하고 있다. 이처럼 교육기본법에서는 의무교육을 받을 권리와 동시에 의무교육의 연한을 9년으로 한다고 규정하고 보다 구체적인 것은 초·중등교육법과 동법시행령에 위임하고 있다. 기본법이라는 용어는 법제 실무상 사용되는 개념으로 같은 법률이면서도 다른 법률의 상위에 위치하는

법이라고 볼 수 있다. 교육기본법은 교육에 대한 법령의 분류기준이 되고 있으면서 초·중등 교육법보다는 상위에 위치하는 법이라고 볼 수 있다.

초·중등교육법은 제12조부터 제16조까지, 그리고 제68조에 의무교육과 관한 내용을 규정하고 있다. 제12조는 의무교육, 제13조는 취학의무, 제14조는 취학의무의 면제, 제15조는 고용자의 의무, 제16조는 친권자 등에 대한 보조를 제시하고 있다. 우선 제12조에서의 의무교육은 제1항에서 의무교육을 실시할 때, 이에 따른 국가의 의무 부담, 제2항에서는 지방자치단체의 학교설치의무, 제3항에서는 지방자치단체 상호간의 합동노력, 제4항에서는 의무교육의 수업료 무상성을 규정하고 있다.

제13조는 일정한 취학연령의 대상자를 취학시킬 의무를 규정하고 있다. 취학의무를 9년으로 부과하여 연령주의와 연수주의를 채택하고 있으나, 만 6세를 기준으로 1년 내외의 조기진급이나 졸업에 해당되는 탄력성을 부과하고 있다. 제14조는 질병, 발육 상태 등을 고려한 취학의무의 면제에 대한 예외를 규정하고 있지만, 취학연기나 재취학 등으로 연수주의를 적용하고 있다. 제15조는 의무교육 대상자를 고용하는 고용자에 대한 규정을 제시하며, 제16조는 경제적 사유로 취학이 곤란한 경우에는 취학에 대한 교육비를 보조한다는 점을 규정하고 있다. 제68조는 취학의무의 이행이나 독려의 불이행자와 의무교육대상자의 의무교육 방해자 등에 대해 100만원이하의 과태로 처벌 규정을 두고 있다.

초·중등교육법시행령은 제2장에서 의무교육에 대한 사항을 구체적으로 규정하고 있다. 제2장은 제14조에서 제29조에 이르기까지 상세하게 정해져 있다. 제14조는 위탁시의 협의, 제15조는 취학아동명부의 작성 등, 제16조는 입학기일 등의 통보, 제17조는 취학의 통지 등, 제18조는 취학학교의 변경, 제19조 재외국민 자녀의 입학절차 등, 제20조는 2008년 5월 27일자로 삭제, 제21조는 초등학교의 전학절차, 제22조는 미입학아동 등의 통보, 제23조는 중학교 의무교육 대상자, 제24조는 중학교 의무교육 대상자의 입학절차, 제25조는 독촉·경고 및 통보, 제26조는 취학의 독촉 등, 제27조는 취학독려조치, 제28조는 취학의무의 면제 등, 제29조는 유예자 등의 학적관리에 대해 규정하고 있다. 이와 같은 의무교육에 대한 규정을 도식화하면 [그림 1]과 같다.



[그림 1] 의무교육과 관련된 법의 단계구조

이와 같은 관련 법 체계에 의할 때, 의무교육과 관련된 내용은, 교육의 기회를 균등하게 제공하기 위해 교육을 받을 권리를 일차적인 내용으로 하고 있다. 그리고 교육을 받을 권리를 충족시키기 위해 교육내용과 방법에 대한 차별화가 다른 내용으로 등장하게 된다. 교육내용과 방법이 차별화된다면, 교과서나 교재 등에 대한 자율성도 동시에 포함된다. 그리고 학교에 대한 선택권, 적절한 환경과 시설에서 교육을 받을 수 있는 지원 체제의 측면도 등장하게 된다.

2. 영재교육진흥법과 의무교육

영재교육은 헌법 제31조에서 규정하는 교육에 대한 권리의 일환으로서 누구나, 능력에 따라, 균등하게 교육을 받을 권리를 국가차원에서 보장하기 위한 수단이어야 할 것이다. 공교육 제도에서 신체적·정신적 장애를 가진 학생들에게 장애의 정도에 적합한 교육시설, 교육여건, 교육과정을 마련하여 특수교육을 실시하는 것과 같이, 영재교육도 공교육 제도 하에서 능력을 충분히 발휘하지 못하며 타고난 잠재력을 사장시킬 우려가 있는 학생들에게 가장 적합한 교육의 기회를 균등하게 제공하는 차원에서 접근하는 교육이어야 할 것이다. 따라서 영재교육진흥법의 입법취지는 개인의 타고난 잠재력을 계발하여 소질을 최대한 발휘하게 하는 헌법의 교육에 대한 권리에 충실하고, 그 결과 우수인재를 통한 국가경쟁력 강화를 함께 도모하려는 것이어야 한다.

1970년대 우리나라에서 영재교육의 필요성에 대한 논의는 교육적·사회적 요구의 측면에서 시작되어 왔다. 그러나 국가차원에서 제도적 장치를 마련하여 본격적으로 시도한 것은 1995년 5.31 교육개혁의 일환으로서 교육개혁위원회 대통령보고서에서 영재교육을 강화해야 한다고 제안한 이후부터로 볼 수 있다. 이 대통령보고서는 ‘각 분야별 영재를 판별할 수 있는 과학적인 도구를 개발·적용하여 영재를 조기에 발견하도록 하고, 영재가 영재로서 교육받을 수 있도록 정규학교 내의 영재교육과 영재교육기관을 통한 영재교육을 활성화하며, 연구소 또는 대학에 영재교육센터의 설치·운영을 지원한다.’라고 제안하였다(교육개혁위원회, 1996).

이 제안으로 교육부는 1996년도부터 영재교육의 시행을 위한 체제를 구축하고자 한국교육개발원에 기초연구, 정책연구, 선발도구 개발, 교수·학습자료, 교육과정 개발 등을 위한 ‘영재교육활성화체제구축연구’를 위탁하게 되었다. 1997년 12월 21일을 개정일자로 기존 교육법을 교육기본법, 초·중등교육법, 고등교육법으로 전면 개편하면서 영재교육 의무조항을 신설·규정하게 된다. 교육의 이념과 제도에 관한 기본원칙을 규정한 교육기본법에서 ‘제12조(학습자) ① 학생을 포함한 학습자의 기본적 인권은 학교교육 또는 사회교육의 과정에서 존중되고 보호된다. ② 교육내용·교육방법·교재 및 교육시설은 학습자의 인격을 존중하고 개성을 중시하여 학습자의 능력이 최대한으로 발휘될 수 있도록 마련되어야 한다.’에 근거하여, ‘제19조(영재교육) 국가와 지방자치단체는 학문·예술 또는 체육 등의 분야에서 재능이 특히 뛰어난 자의 교육에 필요한 시책을 수립·실시하여야 한다.’라고 새 조항을 신설·개정하였으며, 이 신설된 조항으로 국가와 지방자치단체의 책무로서 영재교육에 관한 시책을 수립·시행할 의무규정을 두게 되었다.

영재교육 정책추진을 위한 보다 구체적인 법적 기반은 2000년 1월 28일자로 국회에서 이상희 의원이 대표·발의한 영재교육진흥법이 제정·공포됨으로서 마련되었다. 영재교육진흥법은 영재교육에 관한 기본사항을 규정하는 일반법의 성격을 가짐과 동시에 현행 초·중등교육법에 적용되는 일반교육의 규정을 준용하지 않고 이를 시행령에 위임함으로써, 영재교육에 관해서는 초·중등교육법 규정과 달리 적용할 수 있는 가능성을 내포하는 대통

령령으로써 특별법의 성격을 가진 법률로 제정되었다(교육인적자원부·한국교육개발원, 2001). 이어 영재교육진흥법은 2001년 1월 29일자로 교육부가 교육인적자원부로 확대·개편되면서 개정되었고, 이 개정된 법에 대한 영재교육진흥법시행령이 2002년 4월 18일자로 제정·공포되었다.

영재교육진흥법은 제정된 지 5년이 지난 2005년 4월, 국회 이군현, 이주호, 권철현의원이 각각 대표·발의로 시행기간 동안 제기된 미흡한 점을 보완하기 위해 동년 12월 7일자로 상당히 많은 부분이 개정된다(정현철, 서혜애, 김미숙, 2006). 이 개정의 주된 이유는, 언론에 빈번히 보도된 송유근 사건이 계기가 되었으며, 개정의 주요내용은 영재교육 진흥을 위한 지방자치단체의 임무를 강화하고, 영재교육을 위한 우수교원을 확보하며, 영재 가운데 현저한 두각을 나타내는 특별한 영재들에 대한 학습권을 보장하는 등 영재의 발굴 계발과 지원 및 관리 활용을 체계적으로 수행하는 데 필요한 사항들을 개선·보완하려는데 있었다.

특히 학습권 보장과 관련하여 개정된 조항으로서, “제2조 제8호”영재교육 특례자”(이하 “특례자”라 한다)라 함은 이 법이 정한 영재교육 대상자 중에서 하나 또는 그 이상의 분야에서 타고난 재능과 잠재력이 현저히 뛰어나 특별한 교육적 지원을 필요로 하는 자를 말한다.”를 신설하고 이에 따른 제16조(특례자 선정 등), 제17조(특례자 선정에 관한 재심 등), 그리고 제18조(특례자의 전학·배치 등)도 신설하였다. 이 개정법령에 따른 동법시행령의 일부개정은 2006년 12월 21일자로 공포되었다. 그리고 최근 2008년 2월 29일자로 영재교육진흥법은 교육인적자원부가 교육과학기술부로 통합·개편되면서 개정되었으며, 동년 2월 29일자와 10월 14일자로 이에 따른 동법시행령이 2차례에 걸쳐 개정되었다. 2008년 12월 기준, 영재교육진흥법은 2000년 1월 28일자로 제정된 후 2001년 1월 29일, 2005년 12월 7일 및 2008년 2월 29일의 3차에 걸쳐 개정되었다. 그리고 이에 따른 동법시행령은 2002년 4월 18일자로 공포된 후, 2004년 12월 3일, 2006년 6월 12일, 2006년 12월 21일, 2008년 2월 29일 및 2008년 10월 14일의 5차례에 걸쳐 개정되었다.

영재교육진흥법은 제3조(국가 및 지방자치단체의 의무)에서 영재교육 진흥을 위한 사회적 책무를, 이 책무를 효과적으로 추진하기 위해 제4조(영재

교육진흥위원회), 제5조(영재교육대상자의 선정), 제6조, 제7조, 제8조의 영재교육기관의 설립 및 운영 등과, 제12조(교원의 임용·보수 등) 등을 포함하고 있다. 이러한 영재교육진흥법의 내용들은 영재교육이라는 특별한 영역의 교육을 공교육 차원에서 실시하기 위한 기본적인 사항들을 규정하며, 이로서 영재교육진흥법은 영재교육에 관한 일반법적 성격을 가진다.

그러나 영재교육진흥법이 다른 법률과 차별화되는 부분은 이러한 일반법적 성격과 동시에 특별법적 성격을 가진다는 점이다. 영재교육진흥법에서 규정하고 있는 영재교육 대상자의 선발, 영재교육기관의 설치·운영 등은 새로운 교육대상자를 발굴하거나, 새로운 교육기관을 설립하는 것이 아니라, 현재 초·중등교육법의 적용을 받고 있는 학생들을 대상으로 영재교육 대상자를 선발하고, 기존의 교육기관인 학교 가운데 영재학교로 전환하거나, 신설하도록 규정하고 있는 것이 바로 영재교육진흥법이 가지는 특별법적 성격이라 할 수 있다.

한편 현 ‘유아교육진흥법’이나 2007년 4월 ‘장애인 등에 대한 특수교육법’으로 대체되기 이전의 ‘특수교육진흥법’은 각각 교육목적을 위한 학교로서 유치원이나 특수학교를 그 법률에 규정하지 않고 초·중등교육법의 규정을 따른다. 반면, 영재교육진흥법은 새로운 종류의 학교로서 영재학교를 설정하지 않고 영재교육기관의 종류로서 영재학교를 설정하면서도 기존의 학교를 전환하거나 새로이 학교를 설립할 수 있도록 규정하고 있다. 따라서 영재학교는 초·중등교육법에 따라 설립된 기존의 초등·중·고등학교의 성격을 가지면서 영재교육진흥법에 따른 영재교육기관의 한 형태로서 영재교육을 위한 새로운 학교가 되고 이 법에 따라 운영된다. 이 영재학교는 영재교육진흥법 하에서 영재교육의 목적을 달성하도록 초·중등교육법에 대한 특례를 자율적으로 규정할 때, 비로소 영재교육진흥법 본래의 입법취지를 살릴 수 있다고 해석된다.

이러한 논리는 영재교육 대상자 선정에서도 적용되어야 할 것이다. 이는 영재교육진흥법이 초·중등교육법과 달리 적용될 수 있음을 의미한다. 즉, 영재교육진흥법은 초·중등교육법에 대한 특별법적 성격을 지닌다는 것이다. 이러한 특별법적 성격이 큰 의미를 지니는 것은, 초·중등교육 체제에 일반적으로 적용되는 교육관계 법령으로 예를 들면 의무교육 제도의 연령

주의를 영재교육의 영역에서는 다르게 적용할 수 있다는 것을 의미하고 있다. 이는 영재교육진흥법이 입법권자의 의지에 따라 영재교육정책을 초·중등교육정책과 차별화하여 추진해 나갈 수 있다는 자율성을 보장하고 있는 것이다.

IV. 영재와 의무교육에 대한 논의

1. 의무교육의 관점과 영재교육

현재까지 의무교육에 대한 관점이 부분적으로 등장하기는 하지만, 학설에 대한 심도 있는 논의나 다양한 이론을 찾아보기가 쉽지 않다. 드물기는 하지만, 의무교육에 대한 관점을 설명하고 있는 내용에 의하면, 과정주의(課程主義), 연령주의(年齡主義), 연수주의(年數主義)로 구분하여 설명하고 있다(伊藤秀夫, 吉本二郎, 1969: 67-68). 과정주의는 일정한 교육내용을 통달하지 않으면, 의무교육을 이수했다고 인정하지 않는 제도를 말한다. 연령주의는 일정하게 정한 연령으로부터 다른 연령까지 한정하지만, 상한 연령대까지 교육내용을 어느 정도까지 이수하였느냐와 관련 없이 의무를 완료하는 제도이다. 연수주의는 학령을 정하여 몇 년간을 의무로 하여 그 연수 동안 재학을 하는 것에 의해서 의무가 완료되는 제도를 말한다.

이들 제도 가운데 의무교육의 기간을 규정하는 방식과 관련하여 아동의 능력을 최대한 계발하기 위해 일정한 연령대의 범위에 있는 아동에게 필수 교육과정을 성취하도록 하는 연령주의를 취하는 것이 일반적이다(헌법재판소, 1995: 179). 연령주의는 일정범위의 모든 아동에게 취학의 의무를 부과함으로써 저소득층 아동을 노동으로 해방시켜려는 인도주의적 빈민구제 정책을 배경으로 하여 등장한 것이다. 따라서 아동의 취학에 대한 기회를 부여하는데 일차적인 목적이 있으며, 실질적으로 어떠한 교육내용을 어느 정도 이수하였는가에 대한 사항은 부차적인 것이 된다. 국가의 교육정책에 따라 상이하게 논의할 수 있지만, 일반적으로 보았을 때, 국가의 교육에 대한 관여의 정도가 비교적 약한 것으로 볼 수 있다.

이에 비해 과정주의는 절대주의나 국가주의 교육체제를 기본적 배경으로

하여 성립된 개념으로 볼 수 있다. 연령이 중요하기 보다는 일정수준의 교육내용을 이수하지 못할 경우에는 의무교육을 이수하였다고 인정하지 않기 때문이다. 따라서 국가가 교육내용에 깊이 관여하게 되어 연령주의에 비해 국가권력이 상대적으로 강하게 작용한다고 볼 수 있을 것이다. 연수주의는 복지적 차원에서 신체적으로나 정신적으로 손상을 입은 아동에 대해 일정기간을 채우지 않으면 의무교육을 완료하지 못한 것으로 보고 있어, 국가적인 책무성이 보다 중요하게 등장한다고 볼 수 있다.

이러한 의무교육 제도를 보는 관점에서 우리나라는 연령주의를 기본 원칙으로 하고 있으며, 예외적으로 연수주의를 채택하고 있다. 그러나 이러한 연령주의에 기초하고 있는 제도가 영재교육에서는 어느 정도의 타당성을 인정받을 수 있는지가 논의의 대상이 된다. 그리고 여기에서는 당연히 국가의 관여 정도와 관련하여 교육의 자율성이 동시에 논의되어야 하는 부분이기도 하다.

연령주의를 취할 경우 사회·경제적으로 약자인 경우는 보호를 받을 수 있다. 그러나 수학능력이 탁월함에도 불구하고, 일정한 연령에 도달할 때까지 교육을 받을 수 없기 때문에 교육을 받을 권리에 대한 침해가 가져올 소지가 다분하다. 연령주의는 교육에서의 취학의 기회를 균등하게 제공한다는 의미에서 부분적인 타당성을 지닐 수 있지만, 그것만으로 교육의 기회가 균등하게 확보되었다고 볼 수 없다. 아동의 능력에 따른 교육내용이나 방법 등이 유용하게 제공되지 못한다면 실질적인 의미에서 교육을 받을 기회가 차단되게 되는 현상이 발생할 수 있다.

따라서 영재와 관련해서는 연령주의의 타당성이 떨어진다고 볼 수 있다. 그러나 사회·경제적으로 약자인 영재를 위해서 어떻게 하여야 할 것인가에 대한 배려를 위해서는 유용한 시사점을 제공받을 수 있을 것이다. 일반적으로 연령주의가 국가의 관여가 상대적으로 적다고 하지만, 우리나라와 같이 교육과정이나 교과서 제도 등이 엄격한 국가적 통제에 놓여있는 상황에서는 실질적으로 교육에 대한 국가적 통제가 보다 강화될 소지가 더욱 더 클 수 있다.

과정주의는 연령보다는 능력에 의해 다른 교육을 받을 권리와 관련해 영

재에 보다 적절한 것으로 볼 수 있다. 영재의 조기발굴로 월반이나 무학년제 등을 통해 개인의 능력을 최대한 발휘할 수 있다는 점에서 강점이 있다. 그러나 과정주의의 기원에 따를 경우 엄격한 국가적 통제가 작용한다는 점에서 교육의 자율성이 훼손될 우려가 있다. 엄격한 성취기준이나 과정에 대해 국가가 표준화된 검사로 한정할 경우, 실질적으로 영재교육에 제한을 가져올 수 있기 때문이다. 따라서 표준화된 검사는 영재를 판별하기 위한 하나의 수단에 불과한 것으로 보아야 하며, 다차원화된 판별도구가 필요할 것이다. 연수주의는 일정한 기간을 채워야한다는 점에서 영재교육과 관련해서는 그 타당성이 떨어진다고 할 수 있을 것이다.

이들 의무교육의 관점에 따를 경우 영재교육에 보다 유용한 관점은 과정주의라고 볼 수 있지만, 이것을 현대적 의미에서 해석하지 않고 이 개념이 발생한 연원에 집착한다면 교육에 대한 국가의 관여를 보다 정당화할 수 있게 된다. 그렇게 되면 교육의 자율성이 훼손될 수 있으며, 영재의 경우는 일반아동에 비해 더욱 더 심각한 제약을 받게 된다. 따라서 의무교육이 현대적으로 발전하면서 권리성의 개념으로 발전되어 왔음을 중요하게 이해하여야 한다.

과거 신분제 사회에서는 고전을 중심으로 하는 인문학이 주류를 이루면서 지력이 엘리트의 중심이 되었다. 그러나 신분제 사회가 붕괴되고, 일반대중에게 교육이 개방되며, 실용적 학문이 등장하면서 학문 분야가 더욱더 세분화되어 교육내용은 더욱더 확대되었다. 따라서 현대적 영재의 개념은 모든 분야에서 탁월성의 지닌 영재로 보아야 할 것이 아니라, 부문별 영재로 개념적 전환이 이루어져야 한다. 그리고 영재교육에 대한 연령주의의 적용의 타당성 여부를 제대로 검토하기 위해서는 영재의 판별에 대한 교육적 논의와 근거가 보다 충분히 성숙되어야 할 필요가 있을 것이다. 이들 교육적 논의에 따라 교육에서 영재에 대한 국가의 관여를 최소화하면서 자율성을 확보할 수 있도록 해야 할 것이다.

2. 의무교육에 대한 영재 관련 법률 논의

영재에 대한 연령주의를 적용하는 것의 타당성 여부와 관련하여 예외가

인정되는 법적 규정도 정비되어 현재에 이르고 있다. 과거 영재에 대한 논의가 있었다고 하더라도 실질적인 법적 장치가 제대로 마련되지 못하였다. 그러나 1995년에 이르러 이에 대한 법적 근거가 마련되었고, 이 법에 근거하여 ‘조기진급 및 조기졸업에 관한 규정’이 마련됨으로써 영재에 대한 의무교육에 대한 확실적인 연령주의를 탈피할 수 있는 제도적 장치가 마련되었다. 우선 법적인 근거를 살펴보면 다음과 같다. 1995년 1월 5일자 교육법 제154조의 2항(현행 초·중등교육법 제154조의 2)이 신설되었다.

- 제154조의2 (조기진급 및 조기졸업 등) ① 초등학교·중학교 및 고등학교와 이에 준하는 각종학교는 재능이 우수한 자에 대하여 제95조·제102조·제106조 및 제150조 내지 제154조의 규정에 불구하고 수업연한의 단축(수업상의 특례를 포함한다)에 의하여 조기진급 및 조기졸업을 할 수 있도록 하거나 상급학교로의 조기입학을 위한 자격을 부여할 수 있다.
- ② 제1항의 규정에 의한 재능이 우수한 자의 선정과 조기진급·조기졸업 및 상급학교 입학자격의 부여 등에 관하여 필요한 사항은 대통령령으로 정한다.

이 법 조문이 신설된 배경은 영재성이 있는 우수한 학생에게 능력에 따라 조기진급 또는 조기졸업 등을 할 수 있는 기회를 부여하여 교육의 수월성을 추구할 수 있도록 함으로써 미래의 첨단지식·정보사회에 대비한 인재를 육성하려는 데 있다. 그리고 의무교육과 관련해서는 1995년 12월 29일 법률5069호로 교육법 제96조를 개정하게 된다. 그 내용은 다음과 같다.

- 제96조 (초등학교에 취학시킬 의무) ① 모든 국민은 그 보호하는 자녀가 만6세가 된 다음날 이후의 최초 학년초부터 만12세(제154조의2 규정에 의하여 조기진급 또는 조기졸업을 하는 자의 경우에는 만12세에 해당 연수를 뺀 연령을 말한다)가 되는 날이 속하는 학년말까지 그 자녀를 초등학교에 취학시켜야 한다.
- ② 제1항의 규정에 불구하고 초등학교의 학생수용능력에 여유가 있는 경우에는 만5세 아동의 취학을 허용할 수 있다. 이 경우 만5세에 취학한 자녀를 보호하는 자는 그 자녀가 만11세(제154조의2의 규정에 의하여 조기진급 또는 조기졸업을 하는 자의 경우에는 만11세에 해당 연수를 뺀 연령을 말한다)가 되는 날이 속하는 학년말까지 그 자녀를 초등학교에

취학시켜야 한다.

- ③ 제1항 및 제2항의 규정에 의한 의무의 독려 및 취학에 관한 사항은 대통령령으로 정한다.

위와 같은 내용의 교육법의 개정으로 인해 만6세로 일률적으로 정해져 있는 초등학교의 취학연령을 최근 조기교육의 추세에 부응하여 만5세 아동의 경우에도 보호자가 희망하는 때에는 학교의 수용능력의 범위 안에서 취학이 가능하도록 한 것이다.

이와 같은 법률의 개정에 따라 ‘조기진급 및 조기졸업에 관한 규정’이 마련되게 된다. 이 규정은 1995년 9월 13일 대통령령 제14761호로 제정되었으며, 제정 이유는 교육법의 개정(1995.1.5, 법률 제4879호)으로 재능이 우수한 자가 조기진급 또는 조기졸업을 할 수 있는 제도가 도입됨에 따라 조기진급 및 조기졸업의 방법 및 절차와 그 대상자의 선정 및 교과목별 조기이수의 인정 등 동 제도의 시행에 필요한 사항을 정하려는데 있었다. 그리고 1995년 12월 29일자로 개정된 교육법 제8조에 따라 1996년 2월 22일 대통령령 제14920호로 일부 개정되었다. 개정 이유는 만5세 아동의 조기취학을 허용할 수 있도록 교육법이 개정됨에 따라 조기취학의 절차 및 방법을 정하고, 세계화 지향의 전문인을 양성하기 위하여 관련분야의 특수목적 고등학교를 설치할 수 있도록 하며, 일반계·실업계 및 특수목적고등학교간의 전·편입학을 허용하는 등 동법의 시행에 필요한 사항을 정하고 교육의 경쟁력과 자율성을 높이기 위한 제도를 마련하려는데 두었다(법제처 홈페이지).

그리고 1998년 12월 19일자 대통령령 제15945호로 일부 개정이 있었다. 개정 이유는 행정규제기본법에 의한 규제정비 계획에 따라 조기진급 및 조기졸업의 회수와 교과목별 조기이수 대상자의 비율을 제한하고 있는 규정을 삭제하려는데 두었다. 그리고 1999년 7월 23일에는 대통령령 제16479호로 일부 개정이 다시 이루어졌다. 개정 이유는 조기진급 및 조기졸업에 관한 제도를 시행함에 있어서 종전에는 학교의 장이 그에 관한 계획을 작성하여 교육감의 승인을 받도록 하였으나, 앞으로는 학칙이 정하는 바에 따라 자율적으로 필요한 계획을 수립·집행할 수 있도록 하려는데 두었다. 1999년 개정된 규정 이후 현재까지 이 규정은 지속되고 있다.

이와 같은 법률의 개정과 이에 따른 규정의 제·개정은 영재교육을 위한 뒷받침을 제공해 주고, 단위학교로의 자율성을 보다 많이 부여하는 방향으로 전개되고 있다. 의무교육 제도와 관련해서도 획일적인 연령주의에 비해 만5세까지 낮춤으로써 보다 탄력적으로 적용하기 위한 여러 조치를 취하고 있다. 그러나 이들 규정이 의무교육 제도와 관련하여 연령주의를 배제하고, 과정주의나 성취기준주의에 입각한 것으로 변경되었다고 볼 수는 없다. 현실적으로는 여전히 연령주의에 입각하고 있으며, 다만 보호자의 희망과 학교의 수용 능력에 따라 예외적으로 1년을 탄력적으로 적용할 수 있도록 하고 있다.

이들 법적 정비에 따라 조기진급 및 조기졸업 학생 수 비율은 시행한 시점부터 점차적으로 증가하는 추세로 보이나, 이는 주로 과학고등학교 학생들의 조기졸업자 수가 증가한 결과로 고찰되었다. 2001년부터 2005년까지 전국 과학고등학교의 연도별 총졸업자 수 가운데 2학년 조기졸업자의 비율은 2001년 41%(14개교, 369명), 2003년 50%(15개교 497명), 2005년에는 64%(16개교 744명)로 증가하였으며(서혜애 외, 2006), 초등학교와 중학교는 오히려 감소하는 경향을 보이는 것으로 보고된 바 있다(조석희 외, 2006). 2005년도 교육인적자원부 조사 자료에 의하면(교육인적자원부, 2005), 2005년 조기졸업자 수는 초등학교는 충북 1명뿐이며, 중학교는 서울 2명, 대전 1명의 총3명으로 초등 및 중학교 수준에서는 거의 없다고 해도 과언은 아니다. 2005년 조기진급자는 초등학교 12명(인천 1명, 대전 1명, 충북 1명, 전북 6명, 전남 1명, 경북 2명)과 고등학교 25명(강원 24명, 충남 1명)의 총 37명으로 전체 7백여만 명의 학생 수에 비해 매우 미미한 숫자이다. 여전히 초등학교 및 중학교가 의무교육 제도의 연령주의와 관련하여 상당한 제약을 받고 있는 것으로 볼 수 있다.

다른 한편, 영재교육진흥법시행령 제14조(영재학교의 입학자격 등)는 “영재학교에 입학할 수 있는 자는 중학교를 졸업한 자 또는 법령에 의하여 이와 동등 이상의 학력이 있다고 인정하는 자로 한다.”로 규정하고 있다. 이 규정에서 ‘법령에 의하여 이와 동등 이상의 학력이 있다고 인정하는 자’의 의미는 영재교육진흥법이 영재교육대상자 선발에서 초·중등교육법에 따른 의무교육의 연령주의를 준용하지 않고 영재교육진흥법의 특례가 적용되어 선발할 수 있다는 것으로 볼 수 있다. 그러나 이와 같은 다양한 입법적 노

력에도 불구하고 조기진급이 조기졸업을 회피하거나 제재하려는 의도는 여전히 존재하고 있다. 이에 대해 조석희 외(2006)의 연구에서는 다음과 같은 이유를 들고 있다. 첫째, 교육 평등성 개념에 근거할 때, 우수한 학생을 조기에 진급하고 조기에 졸업하도록 하는 것은 사회적 위화감을 조성할 수 있다. 둘째, 어린 학생들이 나이 많은 학생들 사이에서 정서적·사회적 부적응을 초래할 수 있다. 셋째, 과중한 학업부담으로 인하여 학습동기가 감소되고 학력이 떨어질 수 있다. 넷째, 조기진급 및 조기졸업 대상자를 정확하게 판별하기 어렵다. 다섯째, 과열 과외학습을 조장할 수 있다.

이러한 우려들이 논의된다는 것은, 법과 제도적 뒷받침이 점진적으로 개방되고 있다고 하지만, 교육 관계자의 의지와 사회적 분위기가 적극적으로 뒷받침되지 않는다는 것으로 이해된다. 교육에 대한 국가적 통제가 이완됨에도 불구하고 교육적 논의에 따른 개방적 의식의 부족으로 영재교육에 대한 자율성이 제한을 받고 있는 것이다. 그러므로 이에 대한 보다 많은 논의가 구축되고, 이러한 우려를 배제할 수 있는 보호 장치를 마련하여야 하는 과제를 안겨주고 있다.

3. 영재에 대한 의무교육 관련 판례의 동향과 평가

영재와 의무교육에 대한 관련 판례는 우리나라나 외국에서 많이 찾아보기 어렵다. 여기서는 비록 한정적이지만, 영재교육과 관련된 법제정이 이루어지기 이전의 판례, 법 제정이 이루어진 후의 판례, 그리고 교육정책 전반에 영향력을 행사하는 헌법재판소의 판례를 검토하여 그 동향과 과제에 대해 논의하고자 한다.

가. 1976년 서울고등법원 ‘졸업인정취소처분의 취소청구사건’

우선, 1976년의 서울고등법원의 ‘졸업인정취소처분의 취소청구사건’(서울고법 제2특별부 1976.1.21. 선고 75구172 판결)이 있다. 이 사건의 경우는 영재교육 관련 법이 제정되기 이전에 해당되며, 입학 후 월반을 통한 조기졸업이 허용되는지의 여부에 대한 사건이다. 이 사건은 원고가 초등학교 1학년에 입학해 가정에서 6학년의 전 과정을 마쳤다. 2학년에 재학중이면서, 학력이 우수하다고 하여 학교에서 2회의 시험을 거쳐 6학년으로 월반하여

졸업하였다. 이 사건에서 법원은 초등학교 6년간의 전 과정을 수료하지 아니한 원고에게 졸업인정을 한 처분은 교육법상 아무런 근거가 없이 한 처분으로 위법한 행정처분으로 판시하였다. 이에 원고는 대법원에 상고하였으며, 대법원은 고등법원의 판결을 파기 환송하였다. 대법원의 판결은 원고의 졸업인정처분에 대해서는 고등법원의 경우와 마찬가지로 피고의 원고에 대한 위 졸업인정처분에 원판시와 같은 범규위반의 하자가 있음을 인정하였다. 그러나 그 처분을 취소함으로써 말미암아 원고에 대하여 기득권을 박탈하는 결과가 됨이 명백한 이상, 위 졸업인정처분을 취소함에 있어서는 앞서 살펴본 바와 같은 조리상의 제한이 있음을 들어 원심을 파기 환송하였다.(대법원 1977.7.12. 선고 76누30 판결). 이에 서울고등법원은 졸업인정취소처분을 취소한다고 판결하였다(서울고등법원 1978.1.17. 선고 77구449 판결).

이 판결은 초등학교에서 월반제도가 합법이 아니지만, 학생의 기득권을 존중하고, 보호해야 한다는 점을 들어 학생의 권리를 인정한 판례이다. 그러나 “교육재판에서 행정법적인 조리에 의한 판시로 일관하고 있어서 학생의 학습권 보장, 월반제의 교육적 평가 등에 대한 판단은 없으므로 교육조리로서 의미있는 판시라고 보기에는 부족하다”(강인수, 1994: 56). 따라서 월반에 대한 문제에 대한 분석과 더불어 이의 보완책에 대한 교육적 논의가 보다 많이 필요함을 말해주는 사건이라고 볼 수 있다.

나. 1994년 헌법재판소 ‘교육법 제96조 제1항 위헌확인 결정’

둘째, 1994년 2월 헌법재판소의 ‘교육법 제96조 제1항 위헌확인 결정’이 있다. 이 사건은 비록 영재교육에 관한 법적 기반이 갖추어지기 이전에 이루어진 결정이지만, 헌법재판소의 결정은 하위법에 미치는 영향이 크고, 교육정책을 선도하는 입장에 있다는 점에서 다른 일반 법원과 다르다. 따라서 헌법재판소의 결정이 어떻게 내려졌는지는 입법 여부와 관계없이 매우 중요하다고 하겠다. 1994년에 있었던 이 사건은 만 4세 9개월 된 어린이가 유치원에서 수학하여 집단생활을 경험하면서 언어교육, 표현력을 배워왔고, 한글 해독은 물론 일기까지 작성하는 습관을 익혀왔기 때문에 국민생활에 필요한 기초적인 초등보통교육을 받을 충분한 능력이 있음에도 불구하고 취학하지 못하였다. 당시 교육법 제96조 제1항이 초등학교 의무교육의 취학

연령을 만6세로 획일적으로 규정하여 수학능력이 있지만, 조기입학에 대한 규정이 없어 헌법 제31조에서 규정한 교육을 받을 권리를 침해한 위헌 법률이라고 주장하면서 헌법소원심판을 청구한 사건이다.

이 사건에서 헌법재판소는 헌법 제31조 제1항에서 말하는 능력에 따른 교육을 받을 권리를, 법률이 정하는 일정한 교육을 받을 권리를 전제조건으로서의 능력을 갖추었을 경우 차별 없이 균등하게 교육을 받을 기회가 보장된다는 것으로 보았다. 그래서 의무교육 제도를 실행함에 있어 연령을 기준으로 하지 않고 일정한 능력이 있다고 해서 제한 없이 다른 사람과 차별 없이 어떠한 내용과 종류와 기간의 교육을 받을 권리가 보장되는 것은 아니라고 하였다. 그래서 의무교육은 연령주의에 입각하여 규정한 교육법은 능력에 따라 균등하게 교육을 받을 권리를 본질적으로 침해한 것은 아니라고 결정하였다.

헌법재판소의 결정에서 평가해 볼 수 있는 것은 능력의 개념 규정성, 의무교육 대상자의 판별성, 의무교육 관점의 전반적 검토 등으로 살펴볼 수 있다. 우선 능력의 개념 규정에 대해 살펴보면, 헌법재판소의 결정에서도 능력의 개념 규정성에 대한 해석이 제대로 이루어지지 못하였고 판단된다. 일반적으로 헌법학자들은 교육을 받을 권리에서 ‘능력’의 개념을 정신적·육체적 능력으로 정의하며, 재산·가정·환경·성별·인종·기타에 의한 불합리한 차별을 인정하지 않는 것으로 보고 있다(권영성, 2004: 653; 성낙인, 2006: 84). 그러나 이와 같은 능력의 개념은 다소 추상적이어서 보다 구체화시켜야 할 필요가 있다(정재황, 1994: 371).

각 개인의 능력은 개인 내에서도 차이가 있으며, 개인 간에서도 차이가 있다. 또한 시간적으로 차이가 있으므로 이에 대한 해석을 보다 구체화시킬 필요가 있다. 우리나라와 유사한 헌법 규정을 지닌 일본의 경우도 능력의 개념에 대해 일반학자의 경우 능력의 개념을 지력이나 학업성취도를 기준으로 하는 것에 대해 보다 구체적인 분석이 필요함을 지적하면서, “어린이의 능력의 다양성과 발전성에 따라 그 능력을 최대한으로 발전시킬 수 있는 교육”(有倉遼吉, 1978: 191)으로 정의하고 있다. 헌법재판소에서는 헌법의 유권해석을 하는 중요한 기관이기 때문에 능력에 대해 보다 구체적인 판단이 있어야 했다.

다음으로 영재의 판별에 대한 기준과 관련된 사항에 대한 본격적 논의도 개진되어야 했다. 연령이 아니면 수학능력을 기준으로 의무교육 대상자를 확정하는 것이 논리적이고, 이러한 자격인정시험을 일일이 부과하여 의무교육 대상자를 선정하는 것의 어려움을 지적하고 있다. 그러나 영재의 범위가 어디까지이며, 그 판별에 대한 구체적인 기준이 어떠한가 하는가에 대한 다양한 의견을 구하고, 이에 대한 종합적 판단을 행하였어야 했다. 이들 사항이 미비된 경우는 이에 대한 입법적 불비나 제도 개선 등에 대한 내용을 지적하는 것이 보다 설득력이 있었을 것이다.

마지막으로 의무교육에 대한 관점에 대한 논의와 더불어 영재에 대한 타당한 결론을 내렸어야 했다. 연령주의의 기본취지의 입장을 들어 이에 대한 옹호 입장에서 논리를 전개하는 것은 타당하지 못한 것으로 볼 수 있다. 의무교육에 대한 제 관점에 대한 검토와 더불어 현재의 입장에서 어떻게 해석하는 것이 보다 올바른 것인지에 대한 보다 충분한 논리가 전개되었어야 했다. 그래서 영재와 관련하여 각 관점별 장·단점을 보다 면밀히 분석하고, 현재의 입장에서 해석되어야 하는 것이 올바른 것인지에 대한 판단이 없었다. 현재의 법을 폐지하고, 새로운 법을 만드는 방향까지 제시할 수 있는 헌법재판소의 결정이 이와 같은 여러 가지 측면을 고려하지 못한 것이 아쉬운 부분이다.

다. 2005년 의정부지방법원 입학취소 처분 무효 확인 청구소송'

셋째, 2005년에 경기도 남양주시 심석초등학교를 상대로 낸 '입학취소 처분 무효 확인 청구소송'이다. 이 사건은 송유근 학생이 만6세에 영재성을 인정받아 초등학교 1학년부터 입학하지 않고 2004년 11월 곧바로 초등학교 6학년으로 입학하였으며, 곧 졸업을 할 즈음이었다. 그러나 교육인적자원부는 초·중등교육법 하에서 조기졸업은 저학년에 입학한 후 조기진급을 통한 형식을 취해야 하는 데 송군은 6학년 후반부에 일시 입학한 뒤 졸업하려고 하였으며, 이 행위는 규정에 벗어난다고 유권 해석하였고, 이 초등학교는 송군의 입학 취소를 취소하게 되었다.

이에 송군 측은 중학교 입학 앞두고 학교 측이 절차상의 하자를 이유로 입학취소 처분을 해 졸업을 못하게 되자 교육을 받을 권리를 침해받았

다며 소송을 내었다. 재판부는 “의무교육은 교육을 받을 권리를 근본 취지로 하고 있다. (6학년으로 입학한) 기득권을 보호하는 차원에서 송군을 졸업시키는 것이 타당하다”(조선일보, 2005)고 밝혔다. 이에 따라 심석초등학교 측에서는 사법부의 판단을 존중해 송군의 초등학교 졸업을 소급적용해 졸업장을 교부하였다.

이 판례는 영재교육과 관련된 법안들이 제·개정되고 난 후의 판단이라는 점에서 앞의 고등법원 판단과는 다른 성격을 지니고 있으며, 조기졸업에 해당되지만, 조기입학이 아닌 초등학교 고학년 입학에서 바로 졸업을 한 사건이기에 앞의 사건과는 구분된다. 이 사건의 판단 역시 앞의 경우와 마찬가지로 볼 수 있다. 그러나 이 판단 역시 행정 절차상의 흠결은 있지만, 학생의 기득권을 보호한다는 취지에서 내려진 판단인 것이다. 따라서 권리로서의 인식이나 의무교육에 대한 연령주의에 대한 근본적인 변화나 다른 대안을 적극적으로 제시하지 못하고 있다.

이제까지 다른 세 가지 판례의 경우는 사건의 경우가 다르지만, 의무교육에 대해 연령주의를 취하는 입장에서 변화가 없다. 조기입학의 시기 결정에 대한 사항, 영재의 판별에 대한 사항, 단순히 입학시기가 아닌 편입이나 영재의 범위 등에 대한 교육적 논리가 제대로 반영·논의되지 않았다. 또한 현대사회가 총체적 영재가 아닌 부문별 영재를 고려하는 시기라 하더라도 각 부문에만 출중하면 되는 것인지, 각 영역별 최소한의 기초적이면서도 공통적인 교육을 고려하고 난 후, 각 부문별 영재에 대해 적극적으로 대처할 것인지에 대한 과제를 남기고 있다.

V. 결 론

2000년 영재교육진흥법이 제정된 이래 우리나라 영재교육은 더욱 본격적으로 실천되어 왔으며, 국민전체 및 학부모의 영재교육 및 영재교육대상자에 대한 관심은 더욱더 높아지고 있다. 본 연구에서는 우리나라 헌법 및 교육기본법이 규정하고 있는 법적 체계를 고찰하고 의무교육 제도의 연령주의에 입각한 법률적 한계를 논의하였다. 이를 위해 의무교육의 발전 및 교육의 권리성을 고찰하고, 현행 의무교육과 관련된 법체계와 영재교육 관련

법체계를 살펴보았다. 그리고 영재교육과 의무교육 제도의 관계에 대한 논의를 전개하였다.

현재 우리나라의 의무교육에 대한 기본 관점은 연령주의를 채택하고 있으며, 예외적으로 신체적·정신적 장애 등의 특수 아동을 대상으로 연수주의를 채택하고 있다. 특수아동과 같이 예외적으로 취급되어야 할 영재교육 대상자의 경우에도 일반아동과 마찬가지로 의무교육 제도의 연령주의에 입각한 결정이나 판결이 지속되고 있다. 그러나 영재교육 대상자에 대한 의무교육 제도는 일반아동과 다른 관점을 채택해야 할 필요가 있다. 일반아동의 발달 수준 등을 고려해 사회·경제적으로 배려하고자 하는 연령주의의 취지는 영재교육 대상자에게는 적절하지 않은 것이다. 아동들의 영재성이 드러나는 연령별로 서로 차이가 있으므로, 실질적으로 영재교육 대상자가 일정한 교육과정을 이수했거나 일정한 성취기준을 보인다면, 의무교육을 이수한 것으로 간주할 수 있는 과정주의 관점을 보다 적극적으로 검토할 필요가 있다.

의무교육 제도는 교육을 받을 권리를 보장하기 위한 중요한 수단임에는 틀림이 없다. 사실상 의무교육 제도는 권리로서의 인식과 더불어 출현했다고 해도 과언이 아니다. 교육의 본질이 인간의 성장이나 발달에 있다면, 일반아동이든 영재이든 구분하지 않고 이를 위해 국가는 최선의 노력을 기울여야 할 필요가 있다. 의무교육 제도라는 명목으로 일반아동과 달리 영재는 각자 서로 영재성이 발견되는 시기나 발휘되는 영역이 획일적이지 않음에도 불구하고 영재에 대해 획일적으로 연령주의를 채택해야 한다고 단정할 수는 없다. 취학연령 전에 조기발굴되는 영재나 의무교육 단계에서 영재성을 발휘하는 영재에 대한 교육적 권리를 보장해 주어야 할 것이다. 이를 위해 현행 의무교육 제도의 연령주의를 탄력적으로 채택할 수 있다는 법의 허용범위는 점진적으로 확대되어 왔다. 그러나 교육현장에 적용되는 실천범위는 여전히 한정적임이 드러났다. 의무교육 제도의 연령주의의 예외성에 대한 법적 허용범위를 적극적으로 실천하려는 교육행정의 실천적 의지와 이를 지원하는 교육인프라를 강화하고 사회적 공감대를 형성할 필요가 있을 것이다.

참 고 문 헌

- 강영웅 (1984). 우리나라 의무교육제도. *고시계*. 325. 251-252.
- 강인수 (1994). *교육법 연구*. 서울: 문음사.
- 교육개혁위원회 (1996). *세계화·정보화 시대를 주도하는 신교육체제 수립을 위한 교육개혁방안(II)*.
- 교육인적자원부 (2005). 2005년도 시·도별 조기진급 및 조기졸업 대상자 조사 자료.
- 교육인적자원부·한국교육개발원 (2001). *영재교육 추진방안 해설. 영재교육 정책자료(II)*. 2001년 12월 21일자 시·도교육청 영재교육 담당자 협의회 자료.
- 권영성 (2004). *헌법학 원론*. 서울: 법문사.
- 김낙운 (1986). *현행 교육법 해설*. 서울: 하서출판사.
- 대법원 (1977.7.12). 선고 76누30판결 【졸업인정취소처분취소】
- 법제처 홈페이지. <http://www.moleg.go.kr>(검색일 2008.10.7).
- 서울고등법원 (1978.1.17). 선고 77구449 제3특별부판결: 상고 【졸업인정취소처분취소 청구사건】
- 서혜애, 정현철, 손정우, 곽영순, 김주후, 구외철 (2006). *과학고등학교 발전 방안 연구*. 수탁연구 CR 2006-17. 서울: 한국교육개발원.
- 성낙인 (2006). *헌법학*. 서울: 법문사.
- 신현직 (2003). *교육법과 교육기본권*. 서울: 청년사.
- 안기성 (1994). *교육법학연구*. 서울: 고려대학교출판부.
- 윤정일, 송기창, 조동섭, 김병주 (2002). *한국 교육정책의 쟁점*. 서울: 교육과학사.
- 정재황 (1994). 교육권·교육제도에 관한 헌법재판소 판례의 경향. *세계헌법연구*. 1. 363-429.
- 정현철, 서혜애, 김미숙 (2006). *영재교육진흥법 일부개정법률에 따른 시행령(안) 개발*. 기술보고 TR 2006-42. 서울: 한국교육개발원.
- 조석희, 이미순, 박성익, 이현주 (2006). *조기진급 및 조기졸업 활성화 방안*. 수탁연구 CR 2006-3. 서울: 한국교육개발원.
- 조선일보 (2005.4.18). 7세에 초등6학년 입학생 법정 승리.
- 헌법재판소 (1995). *헌법재판소 판례집*. 제6권 제1집. 서울: 헌법재판소.
- 渡辺孝三, 下村哲夫 (1983). *教育法規の争点*. 東京: 教育開發研究所.
- 市川昭午 (1975). *教育行政の理論と構造*. 東京: 教育開發研究所.
- 有倉遼吉 (1978). *國民の教育と憲法*. 伊藤正己 編. 日本國憲法の考え方(下). 東京: 有斐閣. 187-202.
- 伊藤秀夫, 吉本二郎 (1969). *教育制度論序説*. 東京: 第一法規.

= Abstract =

Discussion of Education Laws on Compulsory Education and its Limitations for the Gifted

Changun Park

Pusan National University

Hae-Ae Seo

Pusan National University

The study attempted to articulate standpoints towards compulsory education system based on schooling age and year in careful considerations with the gifted. For these ends, literatures were reviewed and various education laws, regulations and documents and related law reports and judicial decisions were investigated. Literature review was conducted to develop that ideas of rights to compulsory education for regular students are closely related to those for gifted. Structures of general education laws and gifted education law and regulations were compared. Later, limitations of compulsory education were discussed when it was applied for the gifted. In conclusions, it is inappropriate that the gifted are ruled by compulsory education system based on schooling age. If compulsory education system is designated to provide an effective opportunity for all students, it should be duties and rights to enter elementary schools at schooling age. However, it appeared that the duties and rights to enter elementary schools at certain schooling ages function as inhibitors against the gifted with giftedness and potentials far beyond those of regular students. Therefore, the gifted should be separately ruled under flexible systems of compulsory education if their achievement level is assessed as sufficient to enter elementary schools before schooling age. On the other hand, legal systems of compulsory education are gradually evolved to flexible systems. However, it is necessary to establish social atmosphere and support system of educational administration in order to practice the flexible system of compulsory education for the gifted.

Key Words: Gifted child, Rights to receive education, Compulsory education, Educational law

1차 원고접수: 2008년 11월 7일
수정원고접수: 2008년 12월 9일
최종게재결정: 2008년 12월 23일