

해사대학 승선생활교육의 헌법상 기본권제한에 관한 연구 - 한국해양대학교 해사대학을 중심으로 -

이상일* · 유진호** · 최정환***†

* 한국해양대학교 해사대학 선박운항과, ** 한국선급, *** 한국해양대학교 해양정책학과

Constitutional Legitimacy of the Maritime Cadet Training System : Justifiable Restrictions on the Cadet's Fundamental Rights at the College of Maritime Science of the KMOU

Sang-Il Lee* · Jin-Ho Yoo** · Jung-Hwan Choi***†

* Department of Ship Operation, Korea Maritime and Ocean University, Busan 49112, Korea

** Korean Register of Shipping, Busan 46762, Korea

*** Department of Maritime Administration, Korea Maritime and Ocean University, Busan 49112, Korea

요 약 : 본 연구에서는 해사대학의 학칙에 근거한 승선생활교육이 학생의 기본권을 제한하게 되는 경우, 그 제한이 헌법상 기본권 제한에 관한 일반원칙의 테두리 내에서 이루어지고 있는지 여부를 연구하고자 하였다. 해사대학은 헌법 제31조 제4항에 근거하여 자율적으로 학칙을 제정하여 학생을 규율하고 있다. 하지만, 학생의 기본권을 제한하기 위해서는 기본권 제한 3단계인 ① 법적 근거가 있어야 하며, ② 비례성원칙을 통과하고, ③ 헌법 제37조 제2항에 따른 본질내용을 침해하지 않아야 한다. 이 논문에서 검토결과 첫째, 법적근거는 고등교육법과 국립학교설치령 및 학칙에 근거하고 있다. 둘째, 헌법의 비례성원칙을 위반한 것으로는 보이지 않으며, 셋째, 기본권제한의 한계인 본질내용의 침해가 없는 것을 확인하였다. 즉 해사대학생에 대한 승선생활교육이 헌법상 보장하고 있는 기본권 침해는 없는 것으로 확인되었다. 다만, 승선생활교육을 시행하는 과정에서 비례성원칙의 한계를 넘지 않도록 감독을 강화하고, 개별학생의 일탈이 발생하지 않도록 지도·감독을 철저히 해야 한다.

핵심용어 : 학칙, 승선생활교육, 기본권제한, 기본권침해, 비례성원칙

Abstract : This paper involves the constitutionality of the restrictive by-laws established by the 'College of Maritime Science' at the 'Korea Maritime and Ocean University' when they affect the cadet's fundamental rights, particularly, in connection with the training system of the 'Merchant Cadet Dormitory.' The issue in question is whether the school regulations may fall within a judicially permissible boundary in light of the general principles of constitutional rights in that the rules are enacted by the school itself in accordance with the Article 31, Section 4 of the Constitution and largely regulate the cadets' living conditions on a campus. However, the general scrutiny standard the courts apply requires the school enactments to pass three tests to be justified: (1) legislative authorization, (2) proportionality and (3) non-infringement on the essential elements of the fundamental rights as articulated under Article 37, Section 2 of the Constitution. The review in this paper shows that, first, the by-laws at issue find themselves statutorily authorized by the 'Higher Education Act' and the 'Decree of the Establishment of National Schools', with the proportionality as a second part observed within a justifiable scope and the essential elements of the fundamental rights as the third point not being marred. In conclusion, the school's dormitory training system is not found to cross the line and, however, the school authorities still need to keep overseeing the overall training course to secure the constitutional proportionality.

Key Words : Bylaws of a School Organization, Maritime Cadet Training System, Restriction of Fundamental Rights, Infringement on Fundamental Rights, Principle of Proportionality

* First Author : silee@kmo.ac.kr 051-410-5099

† Corresponding Author : roman2321@naver.com, 051-410-5099

1. 서론

해운산업은 우리나라의 수출입 물동량의 90% 이상을 담당하고 있다. 이러한 해운산업의 핵심인 선박을 운항하는 것은 상선사관(이하, '상선사관' 또는 '해기사'라 한다.)이며, 훌륭한 상선사관 양성 없이는 해운산업의 유지나 발전이 어렵다고 할 수 있다. 전쟁과 같은 유사시에는 상선사관은 육·해·공군에 뒤이어 제4군의 역할을 담당하여 군사작전에 필요한 물자 수송을 담당하는 중요한 인적자원이다. 즉, 상선사관은 바다를 이용한 물자의 수송을 책임질 뿐만 아니라 유사시에는 국가안보의 한 축을 담당하므로 투철한 국가관과 애국심을 보유한 인재가 필요하다. 이러한 상선사관을 양성하기 위한 특수한 목적을 달성하기 위하여 설립된 대학이 국립 해기사 양성대학²⁾이다.

한국해양대학교 해사대학(이하, '해사대학'이라 한다.)에 재학 중인 학생들은 4년간 제복을 착용하고 입학과 동시에 승선생활관에 입관하여 승선생활교육을 받아야 하며, 우수한 해기사 양성하기 위하여 국비지원으로 수업료 면제, 승선생활관비 및 식비, 피복비 면제, 승선근무예비역³⁾제도 등과 같은 혜택을 부여하고 있다. 반면, 일반 대학과는 달리 승선생활교육이라는 단체생활을 통하여 우수한 해기사를 양성해야 하는 목적을 위한 교육·훈련이 기본권을 제한한다는 논란이 일고 있다.

하지만 선박의 특성은 육상 조직과는 달리 당직사관 개개인에게 책임이 주어지는 특성이 있다. 오늘날 과보호 하에서 성장하여 인내, 자립심, 국가관 등이 부족한 젊은이들은 선박에 적응할 수 있도록 교육·훈련 등을 통하여 보완하여야 한다. 승선생활교육은 선박에서의 적응도를 높이기 위해 고안된 교육시스템이다. 많은 학자들은 바람직한 습관을 쌓아가는 데는 훈련 및 단체생활의 중요성을 강조하고 있다. 특히, 오천석은 개인의 자율성과 자제력은 개인의 수양만으로는 성취하기 어렵고 외부에서 훈련이 가해져야 한다(Oh, 1987)라고 하였고 아오이 카시오는 개인의 행동을 바꾸고자

한다면 기존 습관적 행동을 떨쳐 버리고 새로운 습관을 정착시키는 데는 집단의 힘을 빌리는 것이 효과적이라고 하였다. 이상노는 성격화는 개념의 이해나 필요성에 대한 인식은 물론이고 그것을 반복 실천하여 습관화에 이르기까지 지속적인 노력이 필요하다(Lee, 1982)라고 하였으며, Fiedler는 일단 몸에 특성화되어 있는 특성이나 행동을 빠른 시간 안에 고칠 수 없으며 특히 성인이 된 후에 내면화되어 있는 것을 고치기는 곤란하므로 성격의 구조에 지속적인 변화를 가져오게 하는 데에는 적어도 1-3년 정도의 집중적인 정신요법이 필요하다고 하였다(Kim, 1974). 해사대학에서는 단체생활의 교육·훈련인 승선생활교육을 통하여 바람직한 행동 양식을 습관적으로 키워가도록 함으로써 우수한 해기사를 양성하고자 한다. 해사대학에 입학하는 학생들은 의무적으로 승선생활관이라는 기숙사에서 3년간 생활하고, 1년은 상선(Merchant Ships) 및 학교실습선(Training Ships)에서 승선실습을 하도록 되어 있다. 승선생활관은 장차 상선에 승선해야 할 학생들에게 승선생활의 특수성에 적응 및 체화(體化)할 수 있도록 교육·훈련하는 교육시설로 국가의 지원에 따라 운영되고 있다.

이와 같은 특수한 목적을 유지하기 위하여 학칙에 관련 사항을 규정화하였고, 이를 바탕으로 복제 및 두발규정, 외박 및 외출규제, 상·벌점제도 운영, 벌점에 과실교육, 각종 점검교육 등의 승선생활교육을 실시하고 있다. 하지만 이러한 규정들이 우리나라 헌법에 규정되어 있는 개인의 기본권을 침해하는지에 대한 논란⁴⁾이 지속적으로 발생하고 있다. 국민의 기본권은 헌법 제10조 내지 제39조까지에 규정에 따라서 보호되어야 하며, 해사대학의 학생들의 복장 및 외모에 대한 표현의 자유, 두발에 대한 자기 결정권, 단체 훈련에 대한 신체의 자유, 외박 및 외출의 통제에 대한 사생활의 자유 등의 기본권 침해에 대한 문제점을 안고 있다.

이 논문에서는 해사대학의 승선생활교육을 규정한 학칙에 따라서 학생들의 기본권을 제한하는 것이 헌법의 기본권 제한의 일반원칙에 합치하는지를 살펴보고자 한다. 이를 위

1) 역사적으로 중상주의 시대의 세계 제국 선대의 선원들은 사관(Officer)과 부원(Rating)으로 구분하였고 영국에서는 오늘날에도 해군장교를 Royal navy officer, 상선사관은 Merchant navy officer라 부르며 미국에서는 상선사관을 Merchant marine officer라 한다. 우리나라의 경우 상선사관이란 선박직원법에 따른 해기사 면허를 가지고 선박에서 선박직원의 직무를 수행하는 선원을 말한다.
2) 국립 해기사 양성대학은 한국해양대학교의 해사대학과 목포해양대학교의 해사대학이 있으며, 이 논문에서는 한국해양대학교 해사대학을 중심으로 논하고자 한다.
3) 선박직원법 제4조 제2항 제1호 및 제2호에 따른 항해사 또는 기관사로서 비상대비자원 관리법 또는 국제선박등록법에 따라 전사·사변 또는 이에 준하는 비상시에 국민경제에 긴요한 물자와 군사물자를 수송하기 위한 업무 또는 이와 관련된 업무의 지원을 위하여 소집되어 승선 근무하는 사람을 말한다.(병역법 제2조 제9호)

4) 11-진정-0724100 국가인권위원회에 접수된 진정서로 ① 교수가 아닌 지도관, 조교가 학생을 지도함, ② 입학 전 적응교육을 강제하고 있음, ③기숙사 생활을 강제하고 있음, ④ 기상부터 취침까지 일과표를 강제하고 있음, ⑤ 인원점검을 매일 실시하고 있음, ⑥ 복장 및 두발을 강제하고 있음, ⑦ 외출 및 외박을 제한하고 있음이라는 내용으로 진정함.
12-진정-0949700에서는 ① 위법한 해사대학 승선생활규정에 따라 학생들의 기본권이 침해되고 있음, ② 해사대학 내에 군대조직의 규율을 도입하여 학생들의 일반적 행동자유권을 임의로 통제하고 있음, ③ 생활지도관의 집단적 훈련 및 학생이 학생을 교육 지도하는 것은 반 교육적임.
2016. 3. 31(목) 20:25 MBC 뉴스데스크 '현장M출동 일요일 밤마다 열차로, 대학들 왜 이리나?' 보도에서 해사대학의 과실훈련이 최근 다른 대학의 고학년들에 의한 신입생을 집합시켜 가혹행위를 한 것처럼 비추어지는 왜곡보도가 있었음.

해 우선 해사대학 승선생활교육의 법원(法源) 및 그에 따른 해기사 양성을 위한 교육·훈련의 특수한 현황을 살펴보고 국·공립대학 제학관계의 법적 성질을 현대적으로 재해석할 필요가 있다.

2. 해사대학 승선생활교육의 법원(法源) 및 교육·훈련의 특수성

2.1 승선생활교육의 법원(法源)

국립 한국해양대학교는 국가가 주체가 되어 설립한 대학이다. 국립대학도 대학의 범주에 포함되므로 헌법 제31조에서 시작한다. 동조 제4항은 “교육의 자주성·전문성·정치적 중립성 및 대학의 자율성은 법률이 정하는 바에 의하여 보장된다.”고 규정하여 대학의 자율성은 법률에 따라 보장된다는 것을 명시하고 있다. 제6항은 “학교교육 및 평생교육을 포함한 교육제도와 그 운영, 교육재정 및 교원의 지위에 관한 기본적인 사항은 법률로 정한다.”라고 규정하고 있다. 따라서 우리나라 헌법은 대학의 법적 성격, 지위, 조직, 재정 등과 관련된 구체적 사항을 국회의 형식적 법률로 규정하도록 위임하고 있다. 수권된 사항에 따라 우리나라 입법부는 교육기본법, 고등교육법, 교육공무원법, 사립학교법 등을 제정하였다.

국립대학에 대하여 1차적으로 적용될 교육기본법은 대학을 포함한 학교교육의 공공성을 강조하고 있을 뿐이다(Lee, 2004). 그리고 대학의 기본 법률은 고등교육법인데 국립대학의 법적지위에 대한 특별한 규정을 두지 않고 있다. 단지 제19조 제1항에서는 “학교는 그 설립목적을 달성하기 위하여 대통령령으로 정하는 범위에서 필요한 조직을 갖추어야 한다.”라고 규정하고 있고, 동조 제2항에서는 “학교의 조직에 관한 기본적 사항은 국립학교는 대통령령과 학칙으로 정하고...”라고 하여 조직을 정해 ‘법형식’을 갖추도록 규정하고 있다(Lee, 2004). 이러한 법률에 따라 위임하여 대통령령으로 제정한 것이 고등교육법 시행령인데, 동법 시행령 제9조에서는 학교의 조직을 규정하고 있을 뿐 국립대학교의 법적지위나 성격을 파악하기는 어렵다. 또한 고등교육법 제3조에서는 국립·공립·사립을 구분하고, 제4조에서 학교의 설립 등의 사항을 규정하고, 제5조에서는 지도·감독에 관하여 단지 규정하고 있을 뿐이다.

해사대학의 설립 및 승선생활교육의 법적 근거는 교육기본법 제11조 제1항, 초·중등교육법 제3조 및 고등교육법 제18조-제19조에 따라 국가가 설립, 경영하는 학교의 설치·조직 및 운영 등에 관하여 제정된 국립학교설치령이 근거가 된다. 국립학교설치령 제16조 제2항은 해사대학의 수업료

면제, 동조 제3항에서는 승선생활관비, 피복비 및 그 밖의 학비 면제와 같은 혜택과 해사대학의 재학생들은 입학과 동시에 승선생활관에 입관하여 생활훈련을 받도록 규정하고 있으며, 제4항에서는 승선생활관에 입관한 학생 중 부적격자는 학칙이 정하는 바에 따라 승선생활관에서 퇴관할 수 있도록 규정하고 있다. 동조 제5항에서는 해사대학 재학생은 재학 중 학칙이 정하는 바에 따라 승선실습을 받아야 하며, 승선실습비는 국고에서 지급하도록 명시하고 있다. 이처럼 우수한 해기사를 양성하기 위해 필수적인 교육·훈련과정으로 승선생활관의 생활교육을 국립학교설치령에 강제하고 있고, 그 하부 규정인 한국해양대학교 학칙(이하, ‘학칙’이라 한다.), 해사대학 학생복장에 관한 규정, 승선생활관 규정 및 시행세칙에 따라 규정화 하고 있다.

학칙 제58조 제1항-제5항은 해사대학 학생들의 승선실습 및 교육·훈련에 관하여 규정하고 있다. 특히, 학칙 제58조 제2항은 해사대학 학생은 승선에 필요한 생활교육 및 상급안전교육을 받아야 한다고 규정하여 승선생활교육에 대한 근거를 마련하고 있다. 해사대학 학생들에 대한 입학금과 수업료 면제, 승선생활관비, 승선실습비, 피복비, 식비 등 학비 보조금을 국고에서 지급한다는 수익적 행정의 근거를 가지고 있는 국립학교설치령 제16조에 따라 학칙 제93조에도 위와 같은 내용을 명시해두고 있다. 학칙 제94조는 학비보조금의 지급정지에 관하여 규정하고 있으며, 제95조는 해사대학을 졸업한 학생이 졸업 후 국립학교설치령 제18조 제1항에 따라 수업연한에 해당하는 기간에 복무할 의무를 규정하고 있다. 학칙 제97조는 해사대학생의 학생복제에 관한 규정이며, 해사대학 제복 등의 착용에 관한 내용으로 실질적 학생 규율을 할 수 있는 승선생활관규정 및 실습선학생생활규정에 대한 수권하는 내용이 있다.

한국해양대학교 승선생활관 규정 제1조는 한국해양대학교 승선생활관의 조직, 운영 및 학생의 생활지도에 필요한 제반 사항을 규정함을 목적으로 하고 있으며, 제2조 교육목표, 학생당직제도, 제16조 승선생활교육, 제17조 적응교육, 비상훈련, 제식교육, 출입제한, 상벌사항 등을 규정하여 승선생활관 운영의 규범적 근거가 되고 있다. 승선생활관 시행세칙은 상위 규정인 승선생활관 규정의 구체적인 사항이 명시되어 있으며, 특히, 기본권 침해의 논란이 될 수 있는 복장점검, 외출·외박제도, 상·벌점에 따른 과실교육, 인원점검 및 각종 점검교육 등에 관한 내용들이 규정되어 있다.

해사대학의 승선생활교육에 관한 법적근거는 국립학교설치령 제16조에 따라 수권 받은 학칙, 승선생활관규정 및 시행세칙에서 구체적으로 규정하고 있으며, 학칙 및 규정이 가지는 법적지위에 대하여 다음과 같이 살펴보고자 한다.

2.2 해사대학 교육·훈련의 특수성

해사대학은 IMO(International Maritime Organisation, 이하 'IMO'라 한다.)에서 제정한 STCW협약(International Convention on Standards of Training, Certification and Watchkeeping for Seafarers, 이하 'STCW협약'이라 한다.)에 의거하여 국제적으로 표준화 된 해기교육프로그램이 만들어 우수한 해기사를 양성하여 우리나라 경제발전 및 해운발전에 이바지 해왔다. 해사대학은 선박직원법시행령 제16조, 제16조 2에 따라 3급 항해사·기관사를 양성할 수 있는 해양수산부의 지정교육기관으로 지정되어 있으며, 국제해사협약 및 선박직원법에 따른 해기사 양성을 위한 특수목적의 가진 대학으로 그에 따른 학칙과 규정을 제정하여 운영하고 있다.

해사대학 학생들은⁶⁾ 승선생활관이라는 특수한 형태의 교육·훈련시설에서 4년간 의무적으로 생활해야 한다. 승선생활관은 졸업 후 상선에서 근무해야 할 해사대학 학생들에게 승선생활의 특수성을 체험하고 습관화하기 위해 만들어진 일반대학의 복지형 기숙사가 아닌 교육·훈련형 기숙사⁷⁾이며, 승선생활관에서는 단체생활에 따른 통제 및 복제규제, 인원점검 및 각종 점검 교육, 외출·외박규제 등 의 해사대학 학생들이 의무적으로 준수해야 할 규정들이 있다. 특히 선박은 정해진 시간에 맞추어 운항되어야 하며, 승선 중에는 정해진 당직시간에 맞추어 본인의 업무를 수행해야 하므로, 선박에서의 업무를 훌륭하게 수행하기 위해서는 시간관념과 자기관리가 필수적이다. 또한 유사시에는 제4군으로서의 역할도 담당해야 하므로 군인과 같은 엄격한 지휘체계를 갖추어야 하며, 반드시 이에 대한 교육·훈련이 필요하다.

승선생활은 육상에서의 생활과는 달리 가족과 떨어져서 장기간 해상에서 단절된 생활해야 하는 어려움 등이 있으며, 이러한 어려움을 극복하기 위해서는 강한 정신력 및 승선생활에 대한 간접적인 경험과 훈련이 필수적이다. 해사대학은 우수한 해기사 양성이라는 특수한 교육 목적을 달성하기 위해서 학생 자치조직인 학생사관부, 명예사관부 및 당직사관제도 운영을 통해 리더십을 함양 하고 있으며, 승선생활교육의 효율적 교육운영을 위해 조교로 구성된 지도관과 생활지도교수를 임명하여 운영하고 있다.

- 5) 지정교육기관에 대한 상세한 규정은 선박직원법 시행규칙 제3조에서 제6조까지 규정하고 있다.
- 6) 1학년, 2학년, 4학년 학생은 총원 승선생활관에서 생활하며, 3학년 학생 중 항해계열 총원은 학교 실습선 또는 상선에서 1년간 승선실습을 하며, 기관계열은 기관공학부 학생을 제외한 학생들은 항해계열과 같이 1년 승선실습을 하고 기관공학부 학생들은 6개월은 승선실습을 하고 6개월은 공장실습을 하므로 공장실습을 하는 학생들은 6개월간 승선생활관에서 생활하고 있다.
- 7) 국가에서 승선생활관 기숙사비, 식비, 학비 등을 지원하는 것으로도 일반대학에서 보유하고 있는 기숙사와는 목적이 다른 것을 알 수 있다.

1) 적응교육

학칙 제58조 제5항에서는 ‘해사대학 입학예정자는 입학 전 지정된 기간에 승선생활관에서 적응교육을 받아야 한다’라고 규정하고 있다. 적응교육은 해사대학 입학 전에 실시하는 교육으로 승선생활관 생활에 필요한 교육 및 규정에 대한 숙지, 해사대학 학생으로서 갖추어야 할 협동심과 책임감, 기본 인성교육, 제식교육 등을 습득하는 것에 그 목적을 두고 있다. 적응교육은 승선생활관 적응력을 높이기 위한 교육으로 고등학교를 갓 졸업한 학생들에게 승선생활관의 승선생활교육과 예비 해기사로서 갖추어야 할 기본적 자질 및 체력향상을 목적으로 시행하고 있다. 적응교육은 해사대학의 특수교육으로 입학 후 해사대학 학생으로서 생활하기 위한 첫걸음이라 할 수 있다.

2) 승선생활교육

승선생활교육은 졸업 후 해기사가 될 해사대학 학생들에게 학칙 및 승선생활관 규정을 근거로 하여 실시하는 교육으로, 세부내용으로는 각종 규정교육, 간부화 교육, 인원점검 및 복장점검, 위생점검 등과 같은 각종 점검 교육, 비상대피 및 소화훈련, 제식교육, 인권 및 성교육 등과 같은 법정교육 등의 과업이 포함되어져 있다. 이는 졸업 후 선박의 운항을 책임지는 해기사의 자질 함양을 위해 갖추어야 할 필수 교육·훈련으로, 이러한 교육·훈련을 통해 자기절제력, 책임감 및 리더쉽 함양과 같은 특수한 환경에서도 이겨낼 수 있는 강인한 정신력을 배양한다고 할 수 있다. 특히, 외박 및 외출의 규제는 실제적으로 승선생활 시 며칠에서 몇 달까지 외부의 사람들과 단절된 상태에서 생활해야 하므로 규제에 대한 필요성이 있다. 요즘은 젊은 세대 청년들은 SNS(Social Network Services), 전화 통화, 각종 E-mail 등과 같은 통신매체를 접하는 경우가 빈번하지만 선박에서는 거의 이루어지지 않아 적응에 어려움을 겪는 경우가 빈번하게 발생하므로 훈련의 필요성이 대두되는 것이다.

3) 선행·과실 제도

승선생활관 학생생활 일과의 자율적 운영 및 조직관리를 위하여 학생자치기구인 학생사관부 및 명예사관부를 운영하고 있으며, 학생자치기구는 승선생활관 시행세칙에 따라서 승선생활관장이 추천하여 해사대학장이 임명한다. 모든 학생자치기구의 활동은 리더쉽 함양에 많은 도움을 주고 있으며 생활지도교수 및 지도관의 관리·감독 하에 운영되고 있다. 단체생활을 효율적으로 운영하기 위하여 선행·과실제도를 두고 있으며 상점 및 벌점을 받은 학생에 한하여 정하여진 방법과 장소를 최소 3일전 공고를 통하여 학생들에게 공포하여 실시하고 있다. 부당한 벌점에 대하여 이의가 있

는 학생들은 승선생활관 시행세칙에 따라 이의제기를 할 수 있는 제도를 둠으로써 부당한 벌점에 대한 구제제도를 두고 있다. 폭행사건이 발생하면 한국해양대학교 상벌에 관한 규정 및 승선생활관규정에 근거하여 처벌하고 있다.

4) 실습선 승선교육

해사대학은 우수한 해기사 양성을 가장 큰 교육 목적으로 실천하고 있으며, 이를 뒷받침하는 교육과정 중 필수적인 것이 3학년 기간에 선박에 승선하여 실무를 실습하는 과정으로, 선박직원법에 따른 3급 항해사 및 기관사 면허를 취득하기 위한 필수과정이다. 한국해양대학교는 2척의 실습선을 보유하고 있으며, 실습선에 승선하는 3학년 학생을 안전하게 교육·훈련하기 위하여 한국해양대학교 실습선 학생생활규정을 제정하여 운영하고 있다. 동 규정 제1조에서는 실습선에서 승선실습 중인 학생의 조직, 생활 및 상벌규정에 관한 제반 사항을 정함으로써 실습선의 면학분위기를 고취하고 효율적인 실습교육이 이루어지도록 하며 장차 선박직원으로서의 자질을 함양하기 위함을 목적으로 하고 있다. 실습선에서의 교육·훈련은 승선생활관에서 보다도 훨씬 엄격하게 이루어지고 있다.

실습선에 정당한 사유 없이 지정한 귀선시간에 2시간 이상 늦거나 또는 실습선 운항에 지장을 초래한자, 무단 하선한자, 비품 훼손, 폭력 행위 한자, 심한 음주를 한 자 등은 실습선에서 하선조치를 함으로써 실습기간을 채우지 못하여 3급 면허 시험을 볼 수 없도록 엄격하게 관리하고 있는데, 이러한 교육·훈련은 졸업 후 선박에 승선하게 될 예비해기사 양성을 위한 필수적인 제도이다.

3. 국·공립대학 재학관계의 법적성질

우리 헌법은 제10조 내지 제39조에 이르기까지 국민의 권리와 의무를 규정하면서 모든 국민을 권리를 누릴 수 있는 기본권의 주체로 규정하고 있다. 이 논문에서 논란이 되고 있는 해사대학생도 권리의 향유자가 되는 것은 의문의 여지가 없다. 해사대학생이 기본권 향유의 주체일지라도 헌법 제37조에 따라 기본권을 제한할 수 있다. 헌법 제37조 제2항⁸⁾은 국민의 모든 자유와 권리를 제한의 대상으로 법률로써 제한할 수 있다고 규정하고 있다. 그 법률은 국회가 제정한 형식적 의미의 법률을 의미하고, 다만 명령이라 할지라도 대통령의 긴급명령과 긴급재정경제명령은 법률적 효력을 갖는 이유로 그 명령에 의한 기본권제한은 가능하다. 또

한 법률의 위임이 있는 경우에는 구체적으로 위임받은 범위 내에서 명령에 의한 기본권제한이 가능하며, 법률의 근거나 위임이 없는 명령·조례나 관습법 등에 의한 기본권제한은 불가능하다(Kim, 2013).

학생의 기본권을 제한하는 것이 불가(不可)한 절대적 성질이 아님은 기본권제한 일반원리를 통해 알 수 있다. 다만 학생의 기본권제한 문제와 관련하여 검토해야 할 사항으로는 그 제한과 한계의 문제일 것이다. 해사대학 학생의 권리를 제한하는 규정은 학칙이며, 학칙은 상위법인 고등교육법과 시행령, 국립학교 설치령에 그 근거를 두고 있다. 해사대학 학생도 대한민국의 국민이고 당연히 헌법에 의하여 기본권이 보장되고 있다고 한다면 현재 기본권을 제한하고 있는 대학의 학칙의 근거와 그 한계에 대한 법리적 검토가 필요할 것이다.

3.1 국·공립대학 재학관계의 법적성질

1) 특별권력관계설

특별권력관계설은 전통적으로 국·공립학교의 재학관계를 특별권력관계의 일종으로 파악하는 견해인 바, 국·공립학교는 국민의 교화·육성을 목적으로 하여 국가나 지방공공단체에 의해 설치된 공공의 영조물⁹⁾로서의 교육시설로 파악되고 있다. 특별한 공행정상의 목적을 위해 특별한 관계에 놓이는 자에게 강화된 종속(Otto Mayer, 1985)을 의미하는 특별권력관계를 국민 또는 주민이 국가 또는 공공단체의 통치권에 복종하는 지위에서 당연시 성립되는 일반권력관계와 구분하고, 그러한 특별권력관계의 예로서 공법상 근로관계와 공법상 영조물이용관계 등이 제시되었고 아울러 영조물이용관계의 대표적인 예로서 국·공립학교 학생의 재학관계가 언급되었다고 할 수 있다(Hong, 1986). 그 설치 주체와 학생과의 사이에는 교육시설의 계속적인 이용관계가 존재하고 그 설치자는 그 설치 목적을 달성하기 위하여 이용자인 학생에 대하여 법률에 명시적 규정이 없는 경우에도 필요한 범위와 한도에서 포괄적인 지배권을 가지며, 학생 등은 포괄적으로 이에 복종해야 할 것을 내용으로 하는 관계가 성립된 것으로 해석하는 견해이다(Bae, 2004). 이 이론에 의해 학교와 학생의 관계는 사법적 판단으로부터 배제되는 영역으로 간주되었고, 이에 학교의 장에게는 광범위한 재량권을 인정하게 된다. 하지만 1960년대 발원지인 독일에서도 재량영역으로서의 학교관계의 설정이 정당화될 수 없다는 비판이 증가하였고, 독일 연방헌법재판소는 1972년 처음으로 법치국가원리와 민주주의 원리가 지배하는 학교제도에 있어서 본질적 내용은 입법자 스스로 결정하여야 하며 학교행정을 위임할 수 없음을 밝혔다.¹⁰⁾ 특별권력관계에 학생의 기

8) 국민의 모든 자유와 권리는 국가안전보장 질서유지 또는 공공복리를 위하여 필요한 경우에 한하여 법률로써 제한할 수 있다.

9) 영조물을 공적 목적에 제공된 인적·물적 시설의 종합체라 말한다.

본권제한이라는 이론은 더 이상 설 자리를 잃었다(Kim, 2013). 우리나라도 특별권력관계에 의한 학생의 기본권제한은 더 이상 정당화될 수 없으며, 기본권에 관한 모든 본질적 제한은 형식적·실질적 법률의 형태로 된 명시적인 수권을 필요로 한다고 보는 것이 합당하다.

2) 재학계약관계설

국·공립학교의 재학관계나 사립학교의 재학관계를 막론하고, 법 본질적으로 동일한 계약관계로 이해하는 견해로서 일반교육법학계의 통설이 되고 있다(Kaneko, 1978). 우리나라의 통설과 관례는 사립학교와 학생과의 관계를 사법상의 계약관계로 보아왔다고 할 수 있고, 또한 국·공립학교와 학생의 관계도 특별권력관계를 부인하는 경우에는 공법상의 계약관계로 파악하게 될 것이다(Hong, 1986). 예컨대 재학관계는 국·공립, 사립을 불문하고 공법적 요소와 사법적 요소를 동시에 갖는 계약이라 볼 수 있을 것이다. 재학관계는 개개인의 자아실현을 궁극의 목적으로 하고 개인의 선택권이 존중되기는 하지만 교육의 주요사항이 헌법의 교육조항을 기본원리로 하며 교육 관계법에 근거하고 제한된다고 본다. 이 점에서 재학관계를 교육법 고유의 계약관계로 해석한다(Ko, 1999). 즉, 대학의 본연의 임무는 국·공립, 사립을 불문하고 동일한 것이므로, 학생의 재학관계는 동일하게 다루어야 하고 이 때문에 재학관계는 주요사항이 헌법과 교육관계법 등에 의해 근거되고 제한되는 일종의 교육법상의 특수한 계약으로 파악함이 가능할 것이라 판단된다(Hong, 1986). 학계에서는 전통적인 특별권력관계 이론이 점차 배제되고 헌법상의 기본권제한에도 반드시 개별적 법규의 근거를 요한다는 것이 다수설이다. 학생이 특별권력관계에 있다고 해도 국민이 가질 수 있는 고유의 권리를 가지는 것은 당연하며, 일반권력관계와 동일하게 법치주의가 작동한다 하겠다(Pyo, 1997). 통상의 경우 계약은 사적 자치의 원칙에 따르지만, 재학계약의 경우는 대학의 자치적 성격, 공익적 특성, 학문연구의 자유 등을 고려하여 계약체결여부, 계약상대방의 선택 그리고 계약내용의 결정이 자유롭지 않은 집단적, 획일적인 성격을 가지는 점이 특징이라 할 수 있다(Hong, 1986).

3) 부분사회론

일본의 판례를 중심으로 형성된 이론으로 일본최고재판소에 의하면, 대학은 국·공립 대학이든 사립대학이든지를 묻지 아니하고 학생의 교육과 학술의 연구를 목적으로 하는 교육연구시설로 그 설치목적에 달성하기 위하여 필요한 제 사항에 관해서는 법령에 특별한 규정이 없는 경우에도 학칙

등에 의하여 규정하고 실시하는 것이 자율적·포괄적인 권능을 가지고 있으며, 일반시민사회와는 서로 다른 특수한 부분사회를 형성하고 있기 때문에 이러한 특수한 부분사회인 대학에 있어서 법률상의 다툼은 일반시민법질서와 직접적 관계를 가지는 것만이 사법심사의 대상이 되고, 일반시민법질서와 직접적 관계를 가지지 않는 내부적인 문제는 사법심사의 대상이 되지 않는 것으로 전제하고 있다. 따라서 이러한 관점에서 일반시민사회법질서와 직접적 관계를 가지지 않는 경우에는 사법심사의 대상이 되지 않는다고 판시함으로써,¹¹⁾ 특수한 부분사회인 대학이 일반시민법질서와 직접적인 관련성이 없다면 원칙적으로 사법심사의 대상에 제외되고 있다.

3.2 해사대학 재학관계에 관한 법적판단

재학관계의 법적 성질에 대하여 우리나라의 학설 및 판례의 견해도 일본과 많이 다르지 않다. 헌법재판소의 결정¹²⁾은 서울대학교와 학생과의 재학관계를 공법상의 특별권력관계의 일종인 공법상 영조물이용관계임을 전제하고 있다. 이러한 특별권력관계로 보아온 법률관계를 공법상의 권력관계로 파악하는 것이 문제가 있다고 보아, 국·공립학교에서의 학생과 학교와의 관계는 원칙적으로 사립학교의 그것과 다르지 아니한 계약관계로 파악하는 견해가 있는가 하면, 재학생의 관계가 일반시민법질서와 관련이 없는 경우에는 사법심사의 대상이 되지 않는다는 부분사회설, 특별권력관계에 대한 긍정론적 입장에서 전통적인 특별권력관계 및 사립학교에서의 재학관계 등을 포괄적 지배권이 인정되는 특수관계 등이 존재한다(Bae, 2004).

종래의 특별권력관계이론에 대한 국내의 다수설은 제한적 긍정설이라고 말할 수 있고, 그 내용은 공무원관계·학교 교육관계·병역복무관계·수형자관계 등과 같이 헌법상의 기본권제한을 전제로 하는 특별신분관계가 실정법상 여전히 인정되고 있기 때문에 그러한 존재 자체를 부정하기는 어려운 것이 현실이다. 결론적으로 특별권력관계론을 제한적으로 긍정하는 견해의 특징을 요약하면, 특별권력관계도 법관계라는 점, 아울러 그것은 일반권력관계와 본질적인 차이가 없다는 점이고, 나아가 이들 관계는 자율적 부분법질서를 형성하는 법 관계로서 실정법상 특수한 규율을 하고 있는

11) 最高裁 第3小法廷 判決, 1977.3.15, 富山大學學位不認定事件, 判例時報 843號 22面; 배영길, 전계논문, 312쪽 재인용.
12) 서울대학교는 특정한 국가목적에 제공된 인적·물적 종합시설로서 공법상의 영조물이고, 서울대학교와 학생과의 관계는 공법상의 영조물이용관계로서 공법관계이며, 서울대학교가 대학입학고사 시행방안을 정하는 것은..... 공권력의 행사에 해당된다고 함(헌재 92헌마68, 76(병합), 1992.10.1., 1994학년도 신입생 선발입시안에 대한 헌법소원.)

10) BVerfGE 34, 165(192f.) 이후 동일한 취지의 판결로는 BVerfGE 41, 251(260).

경우가 적지 아니하나, 그러한 규정이 없는 경우에도 법 해석상 특별한 해석을 해야 할 경우를 상정할 수 있다는 것이다(Hong, 2016). 그러므로 해사대학의 승선생활교육을 받아야 하는 재학관계는 헌법상 대학의 자율권 행사보장과 교육·훈련의 특수성을 기초하여 살펴볼 때, 헌법상 기본권제한의 비례성 심사 시 다른 법률관계보다 특별한 신분관계 또는 특별한 학교교육관계에 기초한 보호법익에 보다 무게를 두는 형태의 심사가 정당화될 가능성이 높다고 볼 수 있다.

4. 국공립대학 학칙에 의한 승선생활교육 기본권 제한 심사

근대 입헌주의적 헌법은 인간의 존엄과 기본적 인권의 불가침성을 선언하고 기본권의 향유에 대하여 최대한 존중하고 있다. 우리나라 헌법은 제10조에서 모든 국민은 인간으로서의 존엄과 가치를 가지며, 행복을 추구할 권리를 가진다. 국가는 개인이 가지는 불가침의 기본적 인권을 확인하고 이를 보장할 의무를 가진다고 규정하고 제11조 내지 제36조에 걸쳐 국민의 개별기본권을 규정하고, 제37조 제1항에서 기본권의 포괄성을 선언하고 있다.

그러나 국민의 기본권이 그 본질에 있어서 전국가적·초국가적인 것이라고 할지라도 그 기본권은 결코 무제한의 것이 아니다. 국민의 기본권은 그 국민이 존재하고 있는 사회적 공동체서의 국가의 기본질서 내지 헌법질서의 하나를 이루고 있다. 기본권은 그 국가질서와 양립에서 한계가 발견되며, 기본권에 대한 제한의 문제가 발생하게 된다.

4.1 기본권제한의 일반원칙

기본권제한은 헌법에 명문의 규정을 두어 제한하는 것을 헌법유보(Kwon, 2010)라 한다. 헌법유보는 일반적 헌법유보와 개별적 헌법유보로 분류¹³⁾할 수 있다. 우리나라 헌법은 일반적 헌법유보를 두고 있지 않고, 개별적 헌법 유보는 제8조 정당의 자유에 대한 한계, 제21조 제4항의 언론·출판의 자유에 대한 한계, 제23조 제2항 재산권의 한계를 명시하고 있다.

개별적 헌법유보에 있어서는, 헌법이 특정의 기본권에 대한 법률에 의한 제한만을 규정하고 있을 뿐, 제한의 목적이나 방법 등에 대해서는 당해 조항에서 언급하고 있지 않다. 따라서 그 제한의 목적과 방법은 일반적 법률유보조항인 헌법 제37조 제2항¹⁴⁾에 찾아야 한다(Kwon, 2010). 제37조 제2항

은 일반적 법률유보조항을 규정하고 있으며, 기본권제한의 일반원칙을 규정하고 있는 것이다. 헌법에 명문으로 기본권을 제한하는 경우와는 다르게 헌법의 위임에 따라 법률로써 기본권의 제한이 가능한 경우에 헌법간접적 기본권제한이라고 한다. 기본권을 제한하는 헌법 하위 서열의 규범으로서 헌법간접적 기본권제한은 법률유보원칙에 따라 법률이다(Kwon, 2010). 헌법간접적 제한의 경우에도 기본권제한의 가능성은 이미 헌법에 의해 결정되었고, 단지 실제적인 기본권제한은 법률에 의해서 이루어진다(Lee, 2009).

기본권에 관한 논증의 3단계는 정당화의 단계로서, 구성요건에 포함되어 있던 제약행위가 제한의 근거가 존재하는가에 대한 심사를 통과한 후에 형식적 측면과 실질적 측면에서 정당화될 수 있는지를 심사하게 된다. 기본권에 대한 제한의 형식적 정당화는 기본권에 대한 제한의 권한, 형식, 절차와 관련된 정당화를 의미한다(Seung, 2016). 헌법직접적 제한에 의한 기본권의 제한은 권한 있는 주체가 헌법의 형식으로 제정·개정 절차에 따라서만 가능하다. 한편 헌법간접적 제한에 의한 기본권의 제한은 법률을 제정·개정할 수 있는 권한을 가진 주체(의회)에 의하여 법률의 형식으로써 절차에 따라서 가능하다. 헌법 제37조 제2항은 기본권이 원칙적으로 법률에 의해서만 제한될 수 있음을 규정하여, 그 법률은 국회가 제정한 형식적 의미의 법률을 의미하고 있다. 행정입법자에게 권한이 위임되는 경우에는 헌법에 따라 구체적인 위임이 있어야 하므로(헌법 제75조) 포괄위임입법금지원칙이 준수되었는지 여부가 형식적 정당화의 단계에서 심사되어야 한다(Lee, 2009).

기본권제한에 대한 실질적 정당화는 형식적 정당화의 단계를 통과한 후에 기본권에 대한 제한을 실질적으로 정당화하는 단계를 의미하고, 비례성원칙과 본질내용침해금지원칙에 따라 확인한다. 헌법 제37조 제2항은 국가안전보장·질서유지와 공공복리를 위하여 필요한 경우에 국민의 기본권을 제한할 수 있다고 규정하고 있다. 여기서 필요한 경우란 대체로 기본권제한이 국가안전보장·질서유지와 공공복리를 위하여 다른 방법으로서는 그 목적달성이 어려운 경우이어야 하며, 또한 그것은 필요최소한에 그쳐야 하는 한다는 것을 의미하는 것으로 해석되고 있다(Han, 1997). 즉 기본권에 대한 제한의 근거는 비례성의 원칙이 적용되어야만 한다. 헌법재판소는 비례의 원칙¹⁵⁾을 과잉금지원칙이라 하고 그 요소로서 목적의 정당성, 방법의 적절성, 피해의 최소성 그리고 법익의 균형성을 들고 있다. 즉 기본권을 제한하려는 입

13) 직접 기본권 전반에 대하여 제약을 규정하는 경우를 일반적 헌법유보라 하고 특정의 기본권에 대해서 제약하는 것을 개별적 헌법유보라 한다.

14) 제37조 제2항은 국민의 모든 자유와 권리는 국가안전보장·질서유지 또는 공공복리를 위하여 필요한 경우에 한하여 법률로써 제한할 수 있으며, 제한하는 경우에도 자유와 권리의 본질적인 내용을 침해할 수 없다.

15) 헌재결 1989. 9. 8.(88 헌가 6)

법의 목적이 헌법 및 법률의 체제상 그 정당성이 인정되어야 하고, 그 입법목적의 달성을 위한 그 방법이 효과적이고 적절해야 하며, 기본권의 제한은 필요한 최소한도에 그쳐야 하며, 보호하려는 공익과 침해되는 사익을 비교형량할 때 공익이 더 크거나 적어도 양자 간에 균형이 유지되어야 한다는 것이다.

기본권제한의 한계로서 헌법 제37조 제2항은 기본권을 제한하는 경우에도 자유와 권리의 본질적인 내용을 침해할 수 없다고 규정하고 있다. 여기서 본질적 내용이 무엇인가 하는 것이 중요한 문제가 되고 있다. 본질적 내용이란 그 기본권의 근본요소만을 말하고, 기본권의 내용 중에서 당해 기본권의 핵이 되는 실체(Grundsubstanz)를 말하고, 본질적인 내용의 침해란 그 침해로 말미암아 당해 자유나 권리가 유명 무실한 것이 되어 버리는 정도의 침해를 말하는 것으로 해석된다. 따라서 법률의 제한에 의하여 그 기본권이 그 본래의 기능을 상실했을 때에는, 그것은 본질적인 내용의 침해를 의미한다(Seung, 2016). 인간의 존엄과 가치를 기본권의 본질적 내용으로 보는 견해에 의하여 인간의 존엄과 가치를 침해하는 것은 곧 본질적 내용의 침해를 의미한다(Kwon, 2010, Kim, 2013). 일반적 법률유보조항에 의하여 모든 자유와 권리가 그 제한의 대상이 된다고 할지라도 성질상 제한할 수 없는 절대적 기본권이 있다. 양심의 자유, 신앙의 자유, 학문 연구의 자유와 예술창작의 자유 등과 같은 내심의 자유가 그것이다. 이러한 내심의 자유는 본질적 내용만으로 구성되기 때문에 그 제한은 불가능하다(Kwon, 2010). 이러한 최종적인 판단은 사법기관의 사법적 판단에 의해서 밝혀질 것이다.

4.2 형식적 정당화 심사 - 국·공립대학 학칙 법적성질 규명

학칙에 대한 주요 규정으로서의 고등교육법, 고등교육법 시행령 등에 있으며, 대학에 있어서 중요사항이라 할 수 있는 교과과정의 편성이나 이수단위를 비롯하여 입학·전학·편입학·재입학의 기준, 학교 및 학생자치조직 등에 대해서는 이를 학칙으로 규율할 수 있음을 전제로 하고 있다. 그리고 대통령이 정하는 범위 내라는 단서조항을 삽입하여 규정한 경우도 있지만, 그 밖의 많은 경우에 있어서 이러한 규정이 없는 상태 즉, 상위법의 수권규정이 없는 학칙에 의한 규율을 받아들이고 있는 사실을 주목할 필요가 있다. 상위법령의 구체적인 위임이 없는 경우에도 학칙에 의한 규율이 가능하다면, 과연 학칙의 법규성을 인정할 수 있을 것인지 보는 시각에 따라 달라진다(Bae, 2004). 학칙의 법적 성질이나 그 구속력의 근거 등에 관해서는 지배적인 학설이 정립되지 않았으며, 관례도 학칙에 의한 구속력은 인정하면서도 그 구속력의 인정 근거 등에 대해서는 아직 명확한 태도를 취하고 있지 않다.¹⁶⁾ 헌법 및 고등교육관련법령, 국립학교설치

령에 의하면 학칙에 대한 많은 위임규정을 됴으로써 학칙이 학생의 권리·의무 관련사항을 규율할 수 있는 법규성을 가지고 있다는 것을 당연시 하는 것으로 보인다. 학칙의 규범성 및 인정 근거에 학설을 살펴보기로 한다.

1) 행정규칙설

국·공립학교의 재학관계를 특별권력관계의 일종인 영조물이용관계로 보고 학칙을 행정규칙의 한 유형인 영조물 이용규칙의 일종으로 파악하는 것이 종래의 통설이었다(Kim, 2001). 특별권력관계이론이 더 이상 통설이 아닌 현 상황에서 새로운 견해는 재학관계와 같은 영조물이용관계에서도 법률유보가 전면적으로 타당하다는 점을 인정하면서 재학관계에 대한 법률유보의 증거로서 현행 교육법령을 들고 있다.

실정법상 법인격이 인정되지 아니하는 국공립대학의 법적 지위를 현재는 단순히 행정기관으로 인정할 수밖에 없고, 만일 행정규칙에도 법규성을 인정하는 전제에 서게 되면 국공립대학의 학칙의 법적 성격을 행정규칙(영조물이용규칙)으로 파악하더라도 큰 무리가 없다는 것이 그 논거이다(Bae, 2004). 그러나 행정규칙은 법규성이 없는 행정내부규범이라는 통설에 따르면 학칙(행정규칙)으로 재학관계의 본질적인 사항을 규율하는 것은 위헌적이라고 할 수 있는데 행정규칙설은 이 점에 대하여 명백한 논거를 들지 못하고 있다. 즉 행정규칙설의 난점은 학칙이 이론상 법률유보사항에 해당하는 것도 규율하고 있는 현실이 행정규칙은 법규성을 가지지 못한다는 일반적인 이론체계와 모순된다는 점에 있다(Choi, 1996). 행정규칙이 법규성을 가질 수 있는 것은 법령에 의하여 위임을 받았기 때문인데 학칙¹⁷⁾은 법령에 의한 수권을 받지 않은 경우에도 양면적 구속력을 가지고 재판규범이 될 수 있다는 점을 간과하고 있다는 점도 지적될 수 있을 것이다(Kim, 2008).

2) 특별명령설

특별권력관계이론에 근거를 둔 것으로서, 특별명령이란 특별권력관계의 규율을 위해 행정권이 발하는 특별한 행정규칙으로서의 법규범을 의미한다. 일반적인 행정규칙과 달

16) 대판 1998. 11. 10. 96다37268.; 대판 1991. 11. 22. 91누2144.; 서울고법 1989. 10. 20. 89나19119.

17) 학칙에는 광의와 협의의 두 가지 개념이 존재한다. 광의의 학칙이란, 국공립, 사립을 막론하고 학교가 교육목적 달성을 위하여 학교의 조직이나 운영 기타 이용관계 등에 관하여 정하는 일체의 내부 규칙·규정이라고 정의할 수 있다. 즉 광의의 학칙은 내부적 규정으로서 성문의 규정에 한정할 필요가 없고, 학내관습법 내지 학내교육관행으로서 널리 학내 구성원에 의해 학칙 규범으로 인식되고 있는 것이면 학칙으로 인정한다. 반면, 협의의 학칙은 고등교육법 시행령 제2조 제2항 제4호에서 규정하는 바와 같이 학교설립인가 신청 시 그 인가신청서에 첨부해야 할 대상으로서의 학칙이라고 정의할 수 있다. 보통 학칙은 광의의 학칙을 의미한다.

리 단순히 행정기관 내부를 규율하는 것이 아니라, 그 수범자는 권리주체로서의 자연인을 대상으로 하고 있다는 점에서 구별되며, 따라서 행정규칙과는 달리 범규성을 가진다는 것이다. 특별명령설의 효력의 근거를 관습법에서 찾는 견해(관습법적 수권설)와 행정권의 독자적 입법권에서 찾는 견해, 이와는 반대로 헌법에 근거 없는 특별명령은 인정할 수 없다는 견해 등이 각각 존재하지만, 특별권력관계이론의 쇠퇴와 더불어 이 이론에 대한 지지자도 점차 줄어들고 있는 상황이다(Ko, 1999).

3) 자치규범설

학칙은 학교와 학생 사이에 재학관계를 규율하는 자치규범이고, 재학계약에 의해 형성되는 당사자 사이의 법률관계(권리·의무)의 근거로 되는 것이나, 동시에 그것은 개개의 학교가 자주적·자율적으로 정하는 규범이고 그것은 학교라는 특수한 부분적 사회의 자치적 범규범이라고 이해하는 견해이다. 이 견해에 따르면 학칙의 구속력은 학생이 스스로의 재학계약 체결의사에 의하여 발생하며, 일단 학교에 입학한 이후에는 그 자치규범¹⁸⁾의 구체적 규율내용의 항목에 대한 사전의 인지여부와 관계없이 구속된다는 것이다. 학칙을 자치법규설로 이해하려는 주장에 대하여 난제는 헌법적 근거를 어디에서 구할 것인가 하는 점이 본질적 문제이다. 우리 헌법의 규정에 의하면 자치법규로서 조례와 규칙 이외에 달리 특별한 규정을 두고 있지 아니하기 때문이다(Bae, 2004). 일부 학자는 학칙의 경우 헌법 제31조 제4항 및 제22조 제1항에 의해 도출되는 대학의 자치 및 교육의 전문성, 자주성, 정치적 중립성 등의 비추어 학칙의 범규성을 인정할 만한 입법형식 창설의 헌법적 요구가 있다고 해석하며, 이러한 해석은 우리 헌법에 충실한 해석일 뿐 아니라 다소 불명확한 학칙의 법적 성격을 분명히 하는 데에 있어서도 다소의 장점이 있다고 본다고 함으로써, 학칙의 자치규범성을 인정하는 견해가 있다(Cho, 2002). 그러나 조례·규칙 등과 지방자치법의 관계에 준하여, 고등교육법 등 관련 법률에 학칙에 대한 일반적 수권규정이 명시되지 않아 학칙의 자치 규범성을 인정하기는 사실상 어렵다(Bae, 2004).

4) 약관설

사립학교 학칙에 대한 학설로서 학칙의 성격을 보통거래약관과 같이 취급하는 견해이다. 유력한 견해로 부합계약이론과 자치법 이론이 있는데, 어느 견해에 의하든 학칙의 구

속성이 재학계약에 있어서 학생 측의 계약의사를 매개로 하고 있는 점에서 동일하다. 부합계약이란 독점적·필수적인 색채를 가진 영리적 기업 내지 조직이 계약내용과 관련하여 바꿀 수 없는 조항을 일방적으로 설정하고, 상대방이 포괄적으로 승인하는 것으로, 不可動 조항이 바로 약관을 이루는 것이라고 해석한다. 이 설에 의하면 학칙의 구속성은 재학계약이 학칙을 약관으로 하는 부합계약이라는 것이다. 그러나 학생이 학칙에 대하여 정확하게 인지하지 않고 있음에도 일괄적으로 학칙을 받아들이고 구속당한다고 말하는 것은 계약의 실질에 반하고, 재학계약관계 성립된 후 학생은 학교에서 일방적으로 정한 학칙의 지배를 받는다는 점에서 계약에 의한 구속이라고 보기 어렵다는 비판을 받는다(Bae, 2004).

자치법은 기업이 다수의 계약을 체결하기 위하여 전형적인 계약내용을 설정하여 두고 장래의 계약을 획일적으로 체결하게 하는 것이다. 이 견해는 학교의 구성원이 되지 아니하고 또 학칙의 작성에 참여하고 있지도 않은 학생이 어떤 근거로 학칙에 구속되는지 설명하지 못한다는 비판을 받고 있다(Nishihara Kan'ichi, 1973).

5) 판례의 입장

학칙의 법적성질 내지 그 구속력에 우리나라 판례의 태도는 명확하지는 않으나, 국·공립학교든 사립학교든 구별하지 않고 학칙이나 그 시행세칙 등이 재판의 준거가 될 수 있음은 분명히 하고 있다. 즉, 대법원은 학교장이 행한 징계와 관련하여 학칙의 선도규정에 규정된 절차를 어기고 징계처분을 한 것은 학교장도 학칙 등에 기속된다고 명시적으로 인정하고 있다.¹⁹⁾ 또한 하급심 법원도 사립대학의 학생 신분을 얻기를 희망하는 자는 학칙이나 규정 등이 입학안내 시험요강 등에 기재되어 있지 않아 이를 미리 인지하지 못했더라도, 학칙이나 규정 등의 내용을 일괄하여 포괄적으로 승인한 것이 되므로 그 내용에 기속한다²⁰⁾고 하여 일방적으로 제정된 학칙의 구속력을 인정하여 재판규범으로서 기능하고 있는 사실에 대하여는 異論은 없는 실정이다. 하지만, 학칙의 규범적 효력이 타당한가가 구체적으로 어디에서 유래하는가에 대해서 다른 견해들이 있다.

6) 소결

특별한 행정목적 달성하기 위하여 형성된 행정상의 법률관계가 특별권력관계인데, 이러한 법률관계에 있는 국민에게 상대적으로 일반국민에 비하여 특별한 제한을 가하고 있는 것이 현실이다. 그러나 실정법이 특수한 생활관계라는 사실 때문에, 실정법에 근거를 두지 않은 영역까지 확대하

18) 서울고법 1990. 10. 23. 90나22792 판결에서 학칙의 법적 성질과 관련하여, 사립학교인 연세대학교의 학칙을 명시적으로 자치법규라고 관시한 바 있다. 하지만 자치법규의 의미나 근거에 대해서는 구체적으로 언급하고 있지 않다.

19) 대판 1992. 7. 14. 91누4737.

20) 서울지법 1995. 7. 6. 95가합30135.

여 적용하는 것은 법치주의에 대한 정당성을 유지하기 어렵다. 특별권력관계도 법에서 인정되는 범위 내에서만 법적인 의미를 부여하는 것이 헌법 제37조 제2항의 취지와 맞다고 보아야 할 것이다. 결국 기본권을 제한하기 위해서는 법률의 근거가 필요하고 특별권력관계가 더 이상 유효하지 않다고 보는 것이 타당하다. 대학의 재학관계에 관한 고등교육법 및 동법 시행령 등이 이미 법률에 상당한 규정을 두고 있으므로 특별권력관계이론을 적용할 필요성 또한 사라졌으므로, 상기 특별명령설은 더 이상 유지할 필요가 없어졌다.

최송화 교수의 견해와 같이 헌법 제31조 제4항 및 제22조 제1항에 의해 도출되는 대학의 자치에 비추어 법규성을 인정받을 만한 입법형식의 창설의 헌법적 요구가 있다고 할 수 있다. 고등교육법 제6조 제1항에서 “학교의 장은 법령의 범위 안에서 학교의 교칙을 제정 또는 개정할 수 있다.”고 하여 학칙의 제정 및 개정에 관한 규정을 두고 있는데, 동 규정을 학칙에 대한 수권규정으로 본다면 자치규범으로 인정하는데 문제가 없을 것으로 생각된다. 그러나 지방자치법에 준하여, 고등교육법 등에 수권규정이 명시되지 않아 자치 규범으로 보기는 어렵다고 생각한다.

우리나라 현행법령 하에서 국·공립대학은 그 본질상 행정기관에 불과하며, 독립한 법인격이 부여되어 있지 않으므로, 자주입법권이 부여된 것으로 보기는 어렵다. 결국 학칙의 규범성을 인정하기 위해서는 헌법에 별도의 규정을 두거나 고등교육법 등 관련 법률에 학칙에 대한 일반적 수권규정을 명시적으로 규정하는 것이 옳고, 이러한 규정을 두고 있는 않은 상황에서 학칙의 자치규범성을 긍정하는 것은 입법론 으로서는 몰라도 해석론이로서는 무리한 주장이라고 아니 할 수 없다(Bae, 2004).

결론적으로 상술하는 바와 같이 국·공립대학의 학칙의 법적성질은 현 실정법 체계에서 특별명령설, 자치규범설로 유지하기 어렵고, 행정기관의 명령(행정규칙 내지 영조물규칙)으로 판단하는 것이 적절할 것이다. 다만, 약관설에 있어서는 오늘날 사립학교와 국·공립학교와의 학칙 내용의 차이뿐만 아니라 공공시설성과 교수 및 교직원들의 지위 등에서 현격한 법적 차이가 존재하기 때문에 학칙 전체를 계약에 의한 구속으로 보기는 어렵다. 다만, 입학 시 국·공립학교와 학생 사이에 일종의 공법상의 계약관계가 성립되어 입학 시 법률행위의 하자가 존재하는 경우 계약법 규범에 의한 무효, 취소, 철회, 해제나 해지 등이 가능하다는 점을 고려할 때, 최소한 입학과 직접적으로 관련된 학칙은 행정규칙이면서 동시에 입학생과의 계약의 일부를 구성한다고 보는 것도 가능할 것이다. 그러므로 학칙의 재판규범성의 근거는 법규성을 가지는 행정규칙이라는 성질을 주로 가지되, 입학생과의 계약에 기한 학칙의 계약적 구속력도 부수적으로 기여한

다고 볼 수도 있다. 따라서 국·공립대학의 학칙은 ‘일부 계약적 성질을 수반하는 특수한 행정규칙’으로 파악해 볼 수 있다.

4.3 실질적 정당성 심사 - 한국해양대학교 학칙의 비례성

해기사를 양성하기 위해 설립된 특수목적 대학인 해사대학에서의 복장규정, 외출 및 외박의 제한, 상·벌점에 따른 과실교육, 당직제도 등의 기본권제한이 과연 적법한 것인지 아니면 헌법에 보장된 기본권을 침해하는지 확인해 볼 필요가 있다. 국·공립대학의 자치에 관련하여 헌법 제22조 제1항이 규정하는 학문의 자유는 대학의 자치를 인정하고, 헌법 제31조 제4항도 사회적 기본권 측면에서 대학의 자치 내지 자율성을 인정하지만, 헌법 제37조 제2항의 규정에 따라 본질적인 내용을 침해할 수 없고 제한하더라도 필요한 최소한에 그쳐야 한다고 한다는 데에 대학 자치의 한계가 있다고 하겠다.

해사대학생의 승선생활교육이 학칙에 의한 기본권제한을 가한다고 한다면 과연 이것이 헌법상에 보장된 권리인 기본권의 침해는 없는가? 법규성을 가진 학칙에 의한 기본권제한의 한계가 어디까지 가능한 지 살펴볼 필요가 있다.

1) 제복착용·두발제한과 표현의 자유

해사대학생들은 졸업 후 상선에서 책임사관으로 근무하게 되며 선박은 군대와 유사한 수직적 관계로 이루어져 있다. 대부분의 선박회사들은 복장규정을 가지고 있으며, 해기사들에게 근무 중 제복을 착용하도록 요구하고 있다. 제복을 입음으로써 얻을 수 있는 효과는 구성원들 간의 동질감을 형성하고, 동료의식이 더욱 강해진다고 한다. 또한 제복을 입은 사람들은 신뢰감을 주며, 질서 유지 등에 도움이 되므로 군인, 경찰, 소방관, 경비원, 스텐디스 등은 제복을 착용하고 있다.²¹⁾

헌법 제10조 제1항은 모든 국민은 인간으로서의 존엄과 가치를 가지며, 행복을 추구할 권리를 가진다고 규정하여 생활양식에 대한 자기결정권 혹은 인격적 자율권이 포함되어 있다(Kim, 2013). 용의와 복장의 자유를 보장하는 것이 생활양식의 중요한 요소임을 인정한다면, 용의·복장의 자유를 보장하는

21) 2011헌마187, 여객자동차운송사업에 종사하는 청구인이 지정된 복장을 착용해야 하는 것은 개인의 기본권을 과도하게 제한한다고 하여 헌법재판소에 심판 청구를 하였다. 하지만 헌법소원의 대상이 될 수 없다면, 구체적인 집행행위를 기다리지 아니하고 법령 그 자체에 의하여 자유의 제한, 의무의 부과, 권리 또는 법적 지위의 박탈 등 직접 기본권을 침해받아야 하나, ‘여객자동차 운수사업법 시행규칙’ 제44조 제2항 [별표4] 중 ‘2. 차’의 규정 자체에 의한 것이 아니라, 위 규정에 의한 구체적 집행행위인 관할관청의 복장지정 등 행위에 의한 것으로 기본권 침해의 직접성이 없는 법령조항을 대상으로 한 것으로 이 사건에 대한 심판 청구를 기각하였다.

것은 곧 헌법의 가치를 보호하는 일이 된다. 용의·복장의 헌법 제21조 제1항에서 보장하고 있는 표현의 자유권을 행사하는 한 가지 방법이 될 수 있다는 점에서 또 다른 헌법적 가치를 가지고 있다. 용의·복장은 단순히 개인의 취향이나 선호에 따라 결정될 수도 있지만 때로는 특정한 자신의 주장이나 의견을 표현하는 적절한 수단이 될 수 있다(Cho, 2002).

제복을 착용하고 두발을 단정하게 하도록 하는 것이 헌법에 규정된 기본권을 제한하는 요소는 있지만 해사대학에서 추구하는 교육목표가 분명하고, 학칙에 따라 제한하는 것은 가능할 것이다. 교도소내의 두발규제에 대한 헌법재판소의 판결을 보면 재소자의 두발규제는 피청구인(교도관 및 관리자)의 우월적 지위에서 일방적으로 청구인에게 이발을 강제한 것이 아니므로, 헌법소원심판의 대상인 공권력의 행사라고 보기 어려우므로, 관련 심판청구를 기각하였다.²²⁾ 국·공립학교 재학생에 대한 기본권을 제한하고자 할 경우 여러 학설이 있지만, 상술하였던바와 같이 현 실정법에서는 법률 근거가 명확해야 한다. 해사대학의 설립근거는 교육기본법, 고등교육법의 위임을 받아 국립학교설치령 제16조에 규정하고 있다. 국립학교설치령에 피복비를 지급하도록 명시되었으며, 국립학교설치령에 따른 학칙 제97조를 근거로 하여 해사대학 복장에 관한 규정을 바탕으로 학생들의 복제 및 용모를 규제하고 있다. 또한 학칙을 근거로 하여 입학과 동시

에 승선생활관에 입관하여 생활교육을 받도록 하고 있다. 이러한 근거에 따라 기본권을 제한하는 것은 타당하다고 할 수 있으나, 이 규정의 합헌성에 대해서는 비례성 심사가 이루어져야 한다. 제복착용으로 인하여 자유권의 축소는 없는지, 공동체의식 배양 및 졸업 후 상선사관을 체험하는 목적을 달성하기 위한 더 완화된 수단이 있는지에 대한 검토와 기본권적으로 보호되는 학생의 사익과 제복착용의 목적 사이의 법익형량도 함께 이루어져야 하며, 본질적 내용의 침해는 이루어지면 안 된다. 용의·복장의 자유를 제한하는 것이 양심의 자유, 신앙의 자유 또는 학문연구의 자유와 같은 본질적 내용인 내면적 내용을 침해하는 것은 아니다.

2) 생활교육·지도와 신체의 자유성

해기사 양성을 목적으로 설립된 해사대학은 일반 대학생들과는 다르게 승선생활관에서 단체생활을 하며, 학칙 및 승선생활 규정에 따라 엄격하게 유지되고 있다. 해사대학은 선박직원법에 따르는 항해사, 기관사 양성이라는 특수한 목적으로 설립되어 승선생활관의 승선생활교육 및 규정에 따른 엄격한 지도, 훈련 등이 일반대학과 많이 다르다. 승선생활교육이 헌법에서 보장하고 있는 인간으로서의 존엄성을 보장받을 권리와 행복을 추구할 권리(헌법 제10조), 법률에 의하지 아니한 체포·구속·압수·수색 또는 심문을 받지 않을 권리(헌법 제12조), 사생활의 비밀을 가질 권리(제17조), 법률로서 정해진 근거에 의하지 않고서는 재산을 침해당하지 않을 권리(제23조) 등의 기본권제한이 합헌인지에 대하여 검토해 볼 필요가 있다. 단체생활에 따른 과실교육, 당직사관 제도 등으로 인한 학생 자치에 의한 간부학생이 후배를 지도하는 근거는 학칙 제16조, 승선생활규정, 승선생활관 시행세칙에 상세하게 규정되어 있으며, 승선생활관 시행세칙에는 과실교육, 인원점검, 아침운동 등에 대하여 상세히 명시하고 있다. 이러한 교육·훈련은 분명 헌법에 명시되어 있는 기본권을 일부 제한하는 것은 명백하다.

하지만 사관학교, 경찰대학 등 특수하게 설립된 대학은 대부분 학칙에 의해서 기본권을 제한하고 있다. 해사대학과 유사한 시스템을 가지고 있는 미국의 상선사관학교²³⁾는 4년간 학비와 기숙사비, 교재비는 무상이며 제복을 착용하며, 승선생활관에서 의무적으로 생활교육을 받으며 단체생활을 하고 있다. 대다수 특수한 목적을 가지고 설립된 대학들은 헌법에 명시된 기본권을 명확한 법적 근거에 따라 일부 제

22) 2016헌마243.; 2016헌마327.; 2010헌마107.; 2010헌마751, 교도소내 두발규제 위한 확인에 관한 심판청구로 청구인은 머리카락을 자르지 않는다는 이유로 징벌사동으로 옮겨 조사수용하고, 이발할 것을 조건으로 하여 훈계조치한 것은 두발을 자르지 않을 자유를 침해한다고 주장하며 심판청구를 하였다. 헌법재판소법 제68조 제1항에 따르면 ‘공권력의 행사 또는 불행사로 인하여’ 헌법상 보장된 기본권을 침해받은 자는 헌법소원심판을 청구할 수 있는데, 여기서 공권력의 행사라고 하기 위해서는 그로 인하여 청구인에 대하여 법률관계의 변동이나 이익의 침해가 생기는 경우라야 한다(헌재 1996. 12. 26. 96헌마51 참조). 이 사건 훈계조치는 ‘형의 집행 및 수용자의 처우에 관한 법률’ 시행규칙 제220조 제2항 제3호에 따라 행한 것으로서, 징벌처분에 해당하지 아니하므로 청구인의 법적 지위나 교도소 내의 처우에 있어 어떠한 불이익한 영향을 끼치지 않는다. 이 사건 훈계조치의 내용도 두발 등을 단정하게 유지할 것을 지도·교육한 것에 불과할 뿐 피청구인의 우월적 지위에서 일방적으로 청구인에게 이발을 강제한 것이 아니므로, 헌법소원심판의 대상인 공권력의 행사라고 보기 어렵다(헌재 2012. 4. 24. 2010헌마751 참조). 따라서 이 부분 심판청구는 헌법소원심판의 대상이 될 수 없는 것을 상대로 한 것으로서 부적법하다. 또한 조사수용은 수용자는 위생을 위하여 두발 또는 수염을 단정하게 유지하여야 한다고 규정한 ‘형의 집행 및 수용자의 처우에 관한 법률’ 제32조 제2항 및 지정된 거실에 입실하기를 거부하는 등 정당한 사유 없이 교도관의 직무상 지시나 명령을 따르지 아니하는 행위를 징벌의 근거로 삼는 ‘형의 집행 및 수용자의 처우에 관한 법률’ 시행규칙 제214조 제17호에 근거하여 적법하게 행해졌다. 뿐만 아니라 교도소내의 두발규제는 교도소의 위생 유지나 부정 물품을 낀 머리카락을 이용하여 은폐하는 것을 방지하는 등 내부질서를 유지하는 차원에서 필요하다. 따라서 위 조사수용행위에 대한 헌법적 해명이 필요하여 예외적으로 심판청구의 이익을 인정하여야 할 경우라고 보기도 어렵다(헌재 2012. 4. 24. 2010헌마751 참조)고 판시하였다.

23) United States Merchant Marine Academy는 미국의 5개 사관학교 중 제일 규모가 작은 사관학교로 미국 뉴욕주 킹스포인트에 있으며, 여러 면에서 해군사관학교와 유사한 성격을 가지고 있습니다. 미국정부는 해양, 상선분야의 교육과 이에 종사할 전문인재를 양성하고자 1943년 설립하였다.(참조: <http://www.usmma.edu>, 검색일자: 2016.06.30)

한다고 있다. 우리나라의 경우 육군3사관학교의 징계처분 관련 소송²⁴⁾에서 육군3사관학교의 규율에 따른 징계처분은 정당하며, 3급제도(금주, 금연, 금혼)이 위헌이 아니라고 판시하였다. 따라서 해사대학의 승선생활교육은 국가에서 필요로 하는 우수 해기사 양성이라는 특수한 목적을 위해 시행하는 훈육의 한 방편이므로, 이것이 현저하게 개인의 기본권을 침해하는 것이 아니고서는 위헌이라 보기 어렵다.

3) 외출·외박의 제한과 자기 행동결정권 및 사생활의 자유

국제항해에 종사하는 선박은 통상적으로 일주일 내지 한 달여간 선박에서 외출을 할 수 없이 선박 내에서 생활해야 하는 특징을 가지고 있다. 이러한 목적에 부합하기 위하여 해사대학의 승선생활교육은 외출·외박을 제한하고 있다. 특히 실습선에서는 주중에는 특별한 사정이 없는 한 정박 중 일지라도 상륙이 금지되고 있다. 외박 및 외출규제에 대한 규정은 승선생활관 규정 및 시행세칙에 근거를 두고 있으며 구속받기 싫어하는 현 세대의 자유분방 성을 일부 반복된 훈련을 통해서 습관화할 수 있을 것이다. 최근에는 상선에서 고립되어 있는 상황을 견디지 못하고 자살하는 사례가 종종 발생하고 있으며, 사고를 예방 및 특수한 교육목적을 달성하기 위하여 생활교육²⁵⁾을 하고 있다. 나아가 선원법상의 선원의 징계수단으로 외출을 규제하는 상륙금지라는 용어를 사용하고, 규정화 하여 선장에게 선원의 징계권을 부여하고 있다.²⁶⁾

외출·외박의 제한은 헌법 제10조가 보장하는 행복추구권의 일반적 행동의 자유와 제17조 사생활의 대한 기본권의 침해에 대한 논란이 있다. 특수대학의 교육목적에 비추어 법률에 수권이 있으며, 헌법의 비례성 심사에서 위헌이 아니고 본질적인 내용을 침해하지 말아야 한다. 해사대학의

외출 및 외박의 제한은 과도한 침해²⁷⁾가 아닌 이상은 기본권 침해가 아닌 것으로 판단된다.

4) 소결

승선생활에 따른 학교 측의 두발제한 등 일체의 기본권 제한 행위는 ① 대학이 우월적 지위에서 일방적으로 강제한 것이 아니라 학칙에 따른 권면 또는 지도행위에 가깝다는 점, ② 입학 시부터 학생에게 제복착용, 두발제한, 생활교육, 단체생활, 외출외박 제한 등에 대한 사전설명 등에 의하여 학교와 학생 사이에 명시적 또는 묵시적 합의 절차를 밟고 학생의 자기선택이었다는 점, ③ 차치 선상에서 생명을 잃을 수도 있는 해상근무를 사전에 대비한 절제와 극기 교육의 절대적 필요성은 충기를 다루는 군인 신분관계와 비교하여 약하지 않다는 점, ④ 선상이라는 지극히 좁은 공간에 상선 사관으로서 다수의 선원을 지도하고 이끌어야 하는 지휘관의 품격이 고도로 요청된다는 점, ⑤ 국내 뿐 아니라 외국 해사대학의 승선생활교육 상 이러한 수준의 학칙에 기한 기본권 제한이 상당한 공통점을 가지는 등 일반성을 띄고 있다는 점, ⑥ 해사대학에서의 승선생활교육에 수반하는 학생의 자기행동결정권에 대한 제약 형태가 졸업 후 해운회사 선박에 승선하여 직장생활을 하는 경우 민간회사로부터 요청되는 두발, 제복, 선내 단체생활 규율 등에 대한 지도감독 수준 등과 큰 격차를 가지고 있지 않다는 점 등을 종합해서 고려할 때, 해사대학의 상선사관 배출을 위한 목적의 정당성을 확보하고, 학칙에 근거한 객관적이고 공평한 방법으로 학생 전체를 대상으로 인격적인 지도감독을 염두에 두고 실시한다는 점에서 수단의 정당성을 보유할 뿐만 아니라 불필요한 행동제한을 최소화하여 최대한 학생의 행복추구권과 행동의 자유를 보장하는 방식으로 외출외박제도, 상벌제도 등을 운영하여 허용 가능한 범위에서 보장해주고, 피해의 최소성을 준수하는 등 우리 헌법규범이 상정하는 과잉금지의 원칙을 따른 것으로 평가된다.

하지만, 승선생활교육의 운영이 학칙과 규정 이외에도 생활지도관 등을 고용하여 이루어지는 만큼 개별적인 학생의

24) 대구지방법원 제1행정부 판결, 2015구합24132 퇴학처분취소소송으로 “육군 3사관학교는 육군 장교를 배출하기 위하여 국가가 모든 재정을 부담하는 특수교육기관으로서, 올바른 가치관과 도덕적 품성을 갖춘 지휘관을 양성하는 데에 그 교육 목표가 있다. 위와 같은 교육목표를 달성하기 위한 훈육의 한 방편으로서 교육기간 2년 동안 청백한 기풍을 유지하고 스스로 절제와 극기의 미덕을 습관화할 수 있도록 일명 3급제도(금주, 금연, 금혼)라는 기본적인 규율을 두어 그 규율을 준수하도록 하는 것이다. 이 사건 징계처분은 원고들이 한 음주나 흡연이 범죄에 해당하거나 사회적으로 비난받을 만한 행동 또는 부도덕한 행동이기 때문은 아니다. 원고들 스스로 맹세한 규율임에도 절제심과 인내심을 발휘하지 못하고 규율을 위반한 잘못에 대한 징계인 것이다. 또한, 3급 제도의 취지, 규율내용, 준수해야 하는 기간, 교육 목적 등에 비추어 보면 종전 규정내용이 생도들의 기본권을 현저히 침해하는 위헌이거나 위법한 것으로는 보이지 않는다고 판시하였다.

25) 국가인권위원회 13진정0960400 진정사건에서 과실교육 등은 도입된 목적과 취지로 볼 때 인권이 침해되었다고 보기 어려워 각각으로 결정함.

26) 선원법 제22조 제2항은 징계는 훈계, 상륙금지 및 하선으로 하며, 상륙금지는 정박 중에 10일 이내로 한다고 규정하고 있다.

27) 국가인권위원회 15진정0885500-16진정0156600(병합) 토익성적 기준 미달 학생 외출·외박 제한한 결정에 대하여 진정한 사건으로, 인권위는 기숙사 생활을 하는 학생에게 토익성적이 일정한 수준을 넘지 못할 경우 외박을 5주간 제한한 것은 헌법 제10조의 행복추구권의 일반적 행동의 자유와 제17조 사생활의 자유를 침해한 것으로 판단하였다. 토익성적 향상이라는 교육적 목적에 비추어 외출 및 외박의 자유로 피해자들 자신이 침해받는 자기행동결정권의 제한이 더욱 클 뿐 아니라 5주 동안 사실상 외박이 어려워 멀리 있는 가족, 친구 등을 방문하여 휴식하는 등의 사생활의 자유 또한 제한이 되었던 점을 종합하여 볼 때 침해의 최소성과 법익의 균형성에 반하여 그 제한의 정도가 지나쳐 헌법 제10조에서 보장하는 행복추구권에 바탕을 둔 일반적인 행동의 자유와 제17조 사생활의 자유를 침해한 것으로 판단하였다.

인격존중, 학생 개개인의 구체적인 가정 사정, 생활관 전체에 형성되는 학생들 내부의 형성 문화, 전통적으로 이의가 제기되지 않았으나 기본권 위협의 소지가 있는 관행 등에 대해서는 세밀한 관찰과 주의가 필요하다 하겠다.

5. 결론

우수 해기사 양성이라는 특수 목적을 가진 해사대학은 우리나라가 처한 분단의 특수성과 해운산업을 뒷받침하기 위하여 승선근무예비역 제도를 실시하고 있으며, 해운산업의 핵심인 우수한 해기사 양성을 위하여 실습선 운영, 수업료·기숙사비·피복비·승선실습비 등을 지원하고 있다. 해사대학은 일반대학과는 다른 특수한 교육과정, 해사대학 입학과 동시에 맺어지는 특수한 계약관계로 항해사, 기관사로서의 자질 함양을 위한 자기절제력 및 인내심, 비상상황에 대처하는 능력 등 우수 해기사가 되기 위한 덕목을 갖추도록 교육·훈련하고 있다. 모든 해사대학생은 입학과 동시에 승선생활관에서 승선생활교육을 받아야 하며, 학칙 및 규정에 따른 복제규제, 각종 교육이수 및 승선실습 등의 규정을 따라야 한다. 일반대학에 비교하면 대한민국 국민이면 누릴 수 있는 헌법에 근거한 기본권이 제한되는 것에 대하여 위헌여부에 대하여 꾸준히 문제가 제기 되어 왔다.

개인의 자유와 권리는 헌법에 규정된 기본권들을 통하거나, 권력 상호간의 견제와 균형을 통하여 보호된다. 헌법상 보호되어야 할 국민의 기본권을 보호하는 것이 중요한 것이지, 기본권제한이 중요한 요소가 되지는 않는다. 하지만 국민의 기본권을 제한하려는 국가가 왜 국민의 기본권제한이 필요한 것인지, 국민의 기본권을 최소 제한하면서도 국가가 필요한 목적을 달성할 수 있는지를 입증해야만 비로소 기본권제한의 정당성이 확보된다.

헌법 제22조 제1항 ‘모든 국민은 학문과 예술의 자유를 가진다.’를 근거로 하는 학문의 자유에는 대학의 자치가 포함된다고 보는 것이 국내외의 통설이다. 또한 헌법 제31조 제4항 ‘교육의 자주성·전문성·정치적 중립성 및 대학의 자율성은 법률이 정하는 바에 의하여 보장된다’라며 대학의 자치 내지 자율성을 인정하고 있는 등 대학이 연구와 교육이라는 대학 본연의 임무를 달성하는데 필요한 사항은 자율적으로 정하여 수행할 수 있도록 보장하고 있으므로 대학이 교육목적 실현과 내부질서 유지를 위하여 자율적으로 교육과정 프로그램과 학칙을 제정하는 것은 존중되어야 한다고 판단된다. 헌법 제31조 제4항의 ‘대학의 자율 또는 자치를 논하고 대학의 운영에 관한 모든 사항을 외부의 간섭 없이 자율적으로 결정할 수 있는 자유를 말한다’는 우리나라 헌법재판소의 결정문에 인용하여 대학의 자율성을 강조하는

측면이 있다.

대학의 자치를 아무리 강조한다고 할지라도 실정법상으로 국·공립대학은 국가의 법령에 의하여 설립·조직·운영된다는 것을 판단해보면, 국가의 통치권이나 지배권으로부터 완전히 해방될 수 없는 한계를 가진다고 볼 수 있다. 그렇다고 할지라도 학생과 학교와의 관계를 19세기 후반기의 독일입헌군주제하에서 발달한 특별권력관계로 설명하기에는 법치주의에 역행하는 것이라고 생각된다. 특별권력관계는 목적달성을 위해 필요한 합리적인 범위에서 구체적인 법률의 근거 없이도 권력 주체의 명령·지시에 따라 복종해야 하는 포괄적 지배관계를 의미한다(Hong, 1986). 그러므로 기본권에 대한 제한은 법률에 근거해야 한다는 것이 전통적인 기본원칙이다.

학칙은 실정법상 행정규칙설이 타당한 것으로 보이고, 입학관련 학칙처럼 일부 공법상 계약의 성질을 포함하는 “특수한 행정규칙”으로 보는 것이 바람직한 것으로 보인다. 해사대학생의 기본권을 제한하는 학칙은 헌법과 법률의 수권을 가지고 학생을 규율하고 있다고 볼 수 있으므로 재판의 근거가 될 수 있는 법규성을 가지고 있다고 생각된다. 법률유보에 의한 기본권제한을 인정하는 것이 통설일지라도 기본권을 제한하기 위해서는 기본권제한의 일반원칙에 따라 논증의 3단계를 거쳐야 한다. 우선 헌법으로부터 직접적 제한규정이 없다면 법률에서 근거규정을 찾아야 한다. 해사대학생에 대한 기본권제한의 근거는 고등교육법과 국립학교설치령에 이어 학칙에 법률적인 근거규정을 찾을 수 있다. 둘째, 법률에 근거가 있을지라도 헌법의 비례성 원칙을 제시할 수 있다. 적합성원칙에 따라 기본권제한을 위한 수단은 목적에 부합해야 하고, 제한되는 기본권은 최소한 제한되어야 하며, 기본권제한의 목적과 제한되는 목적은 조화롭고 균형 있게 실현되어야 한다. 마지막으로 기본권제한의 한계로서, 법률에 근거하고 비례성원칙 심사에 통과하였다면, 헌법 제37조 제2항에 따른 본질내용에 침해되지 않아야 한다.

해사대학은 해기사 양성을 위한 특수한 교육시스템을 운영하고 있다. 적응교육, 상·별점에 따른 과실교육, 승선실습, 비상대피 및 소화훈련, 각종 점검교육 등의 승선생활교육으로 군대와 유사한 수직적인 체계에 따른 교육시스템으로 구성되어 있다. 해사대학의 특수성 및 해기사 양성이라는 교육목적 달성을 위해 승선생활교육이 필연적으로 시행할 수밖에 없는 교육이라면, 과연 개인의 기본권제한이 위헌인지에 대한 판단을 국립대학과 재학생의 재학관계, 학칙이 가지는 법원(法源) 및 법적지위, 기본권제한에 관한 논증 단계 등을 살펴 보면서 고찰해 보았다. 또한 해사대학의 승선생활교육이 제반 관행 등의 실무적 요소까지 포함하여 고려해본

결과, 과잉금지의 원칙을 위반한 것으로는 보이지 않는다. 다만, 과실교육, 외출·외박규제, 각종 점검교육, 당직사관 제도를 시행하는 과정에서 학생의 기본권제한 정도가 비례성과 과잉금지의 원칙의 한계를 넘어 기본권 침해가 발생하지 않도록 감독을 강화하고 개별 학생의 일탈이 발생하지 않도록 지도·감독을 철저히 할 필요가 있다.

Compilation of Legal Studies, YUHIKAKU, p. 49.

- [18] Oh, C. S.(1987), Philosophy of Education, pp. 172-173.
 [19] Otto Mayer, *Deutsches Verwaltungsrecht*, Bd. I, 1985.
 [20] Pyo, S. Y.(1997), Major issues in special legislation of education regarding dispute settlement Vol. 3, The Journal of educational law, p. 137.
 [21] Seung, N. I.(2016), Constitutional Law 16 ed., p. 952, 975.

References

- [1] Bae, Y. K.(2004), A Study of University Regulations Vol. 5, No. 1, p. 311, 312, 313, 314, 315, 317, 318, 319, 320, 322.
 [2] Cho, S. H.(2002), School and Educational Law, p. 150.
 [3] Choi, S. H.(1996), Legal Status and Control of State for University Regulations, Journal of Law of Seoul National University, Vol. 37. No. 1, p. 59.
 [4] Han, C. L.(1997), Restriction and Limitation of Constitutional rights, Journal of Law of Chosen University Vol. 3, p. 122.
 [5] Hong, J. S.(1986), A study on the Legal Status of College Students, The Journal of Educational Law, Vol. 1, p. 123, 126, 127.
 [6] Hong, J. S.(2016), Administrative Law 24 ed., p. 138.
 [7] Kaneko(1978), Law of Education (Compilation), YUHIKAKU, p. 216.
 [8] Kim, C. S.(2013), Constitutional Law 21 ed., pp. 370-371, p. 346, 395.
 [9] Kim, C. Y.(2001), Administrative Law, p. 130.
 [10] Kim, H. J.(2008), The Legal character and Purview of University Regulations, The journal of Law of Korea Foreign language Uni., Vol. 29. p. 264.
 [11] Kim, N. H.(1974), Management of organizational behavior, p. 241.
 [12] Ko, J.(1999), Fundamental human rights and Assignment according to school regulations, Journal of the Korean Society of educational law, Vol. 11, No. 11, p. 31.
 [13] Kwon, Y. S.(2010), Constitutional Law, p. 346, 350, 347, 356.
 [14] Lee, J. I.(2009), The new configuration of logical system for Human rights, Journal of Judicial Examination Vol. 54, No. 4, p. 14, 15.
 [15] Lee, K. U.(2004), Legal Status and Incorporation of National Universities, The Journal of educational law Vol. 16, No. 2, p. 166.
 [16] Lee, S. N.(1982), Personality and Teaching behavior, pp. 15-16.
 [17] Nishihara Kan'ichi(1973), Law of Commercial Activities,

Received : 2016. 08. 04.

Revised : 2016. 08. 26.

Accepted : 2016. 08. 29.