



문서번호 : 17-01-국정화저지TF-01

수 신 : 제 언론사

발 신 : 민주사회를 위한 변호사모임 국정화저지TF(단장 조영선 변호사)

[민변 국정화저지TF][보도자료] 교육부의 국·검정혼용 위한 행정조치 및

제 목 : 연구학교 지정의 법적 문제점 검토 의견서 발표

전송일자 : 2017. 1. 24.(화)

전송매수 : 총 19매 (의견서 17매)

## [보도자료] 교육부의 국·검정혼용 위한 행정조치 및 연구학교 지정의 법적 문제점 검토 의견서 발표

### - 역사교과서 국·검정 혼용 절차 및 연구학교 추진 강행은 위법하다

1. 정론직필을 위해 항상 노고가 많으십니다.
2. 지난 2016. 12. 27. 교육부는 국정 역사교과서의 시행을 1년 유예하되 국정교과서와 검정교과서를 혼용하고, 2017년 국정교과서 사용을 희망하는 학교를 '연구학교'로 지정하겠다는 계획을 발표하였습니다. 그후 '초·중등학교 교육과정 개정안'과 '중·고등학교 교과용도서 국·검·인정 구분' 수정 행정예고, 대통령령 개정을 위한 입법예고 등을 하였습니다. 오늘(1. 24.)이 대통령령 입법예고 기간 마지막 날입니다.
3. 교육부의 국·검정 혼용 방침과 그에 따른 고시, 대통령령 개정 예고 절차 강행, 연구학교 지정 강행은 국정화 강행을 위한 꼼수라는 지적과 함께 국민과 교육 현장의 강력한 반발을 사고 있습니다. 민변 국정화저지TF는 교육부가 진행하는 국·검정 혼용 및 연구학교 지정 절차가 법적 문제점이 없는지에 대하여 검토하여 오늘 의견서를 발표하고 이를 교육부에도 제출할 예정입니다.
4. 위 의견서의 주요 내용은 아래와 같습니다.(상세 내용 첨부 의견서 참조)

첫째, 국·검정 혼용은 현행 법률이 예정하고 있지 않은 제도이며, 검정교과서 제도에 반하는 것인바 허용되기 어렵다.

둘째, 현행 대통령령에 따르면 국정도서가 있을 경우에는 국정도서만 사용하여야 하므로, 대통령령이 개정되지 않은 상태에서 국검정 혼용을 위한 구분 고시 행정예고를 진행한 것은 절차의 위법이 있다.

셋째, 대통령 권한대행의 직무범위는 현상 유지적인 것으로 제한되고 이를 넘어선 적극적 정책의 실시는 직무범위를 넘어서는 것인데, 국검정 혼용을 위하여 대통령령을 개정하는 것은 기존 교과서 제도에 큰 변화를 가져오는 적극적인 새로운 정책으로서 권한대행의 직무범위를 넘어서는다.

넷째, 교육부가 고시 개정을 위한 행정예고 기간을 행정절차법(제43조, 제46조 제3항)이 정한 기간보다 단축한 것은 이를 정당화할 '특별한 사정'이 인정되기 어려우므로 행정절차법을 위반한 것이다.

다섯째, 연구학교 지정은 교육감에 속한 권한으로서 교육부가 희망하는 모든 학교를 연구학교로 지정하여 운영하겠다고 한 것은 연구학교 지정에 관한 교육감의 권한을 침해하는 것이다.

여섯째, 연구학교 지정은 교육감의 자치사무로 봄이 타당하고 교육감에게는 연구학교 지정을 거부할 특별한 사유가 있다고 할 것이므로, 교육감의 연구학교 지정 거부시 교육부가 직무이행명령을 할 경우 교육감이 이에 따라야 할 의무가 있다고 보기 어렵다.

일곱째, 국립대학 부설 중학교 및 고등학교는 교육감의 지정에 관계없이 상설 연구학교가 되므로 해당 중·고등학교는 학생, 교사, 교장의 의사와 무관하게 국정교과서로 수업을 해야 하는데, 이는 이들의 헌법상 권리를 침해하는 것이다.

5. 이러한 검토 결과에 따르면 교육부가 국·검정 혼용 및 연구학교 지정 절차를 강행하는 것은 학생과 학교의 혼란만 가중시키는 정책적 부당성을 넘어 위법성이 있는 것이므로, 중단되어야 하는 것입니다.(끝)

※ 첨부자료 : 교육부의 국·검정혼용 위한 행정조치 및 연구학교 지정의  
법적 문제점 검토 의견서

2017년 1월 24일

민주사회를 위한 변호사모임 국정화저지TF

[참부]

## 교육부의 국·검정 혼용 위한 행정조치 및 연구학교 지정의 법적 문제점 검토 의견서

2017. 1. 24. 민주사회를 위한 변호사모임 국정화저지TF

### <목차>

#### I. 문제 제기

1. 사건의 경과
2. 문제점과 검토 대상

#### II. 국·검정 혼용을 위한 고시개정, 대통령령 개정의 위법성

1. 국·검정 혼용이 현행법상 허용될 수 있는가
2. 대통령령 개정 이전 국·검정 혼용 고시 절차 진행이 가능한가
  - 가. 대통령령 개정 전에 진행한 행정예고 절차의 위법성
  - 나. 대통령령 졸속 개정 추진의 이유
3. 대통령 권한대행이 국·검정 혼용 위한 대통령령 개정을 할 수 있는가
4. 행정예고, 입법예고 기간을 단축을 정당화할 특별한 사정이 있는가
  - 가. 예고기간 단축이 허용되는 특별한 사정의 부존재
  - 나. 예고 기간 미준수의 효력

#### III. 연구학교 지정 강행의 위법성

1. 희망하는 모든 학교를 연구학교로 지정하는 교육부의 방침은 적법한가
  - 가. 교육부의 방침
  - 나. 교육부의 방침은 교육감의 권한을 박탈하는 것임
  - 다. 연구학교 지정 요청이 '필요하다고 인정되는 때'에 해당하지도 아니함
  - 라. 교육감이 불응할 '특별한 사유'가 존재함
  - 마. 초·중등학교 교육과정 총론 역시 연구학교 운영 근거가 될 수 없음

2. 교육감이 지정을 거부할 경우 예상되는 상황과 이에 대한 대응 방안  
가. 현재 대다수 교육청의 입장 - 지정 거부  
나. 교육감이 지정을 거부할 경우 교육부가 지정을 강제할 수 있는가  
(1) 예상되는 교육부의 대응  
(2) 연구학교 지정은 교육감의 자치사무에 해당함  
(3) 교육부가 지정할 것을 명령하더라도 교육감은 불응할 수 있음  
3. 상설 연구학교는 선택권조차 없이 국정교과서제도가 적용되어 헌법상 권리를 침해당함  
IV. 결론

## I. 문제 제기

### 1. 사건의 경과

2016. 12. 27. 교육부는 국정 역사교과서의 현장 적용 방침을 발표함. 국정교과서 시행을 2018년 3월로 1년 유예하고 국정교과서와 검정교과서를 혼용하고, 2017년 국정교과서 사용을 희망하는 학교를 ‘연구학교’로 지정해 교과서를 배포하겠다는 것임. 교육부는 그 후속절차로 아래와 같은 행정 절차를 진행함.

(1) 2016. 12. 29. 초·중등학교 교육과정 개정안(이하 “교육과정 개정안”라 함)에 대한 행정예고를 함(제출 기간 2017. 1. 5. 까지 7일)

(2) 2016. 12. 30. 중·고등학교 교과용도서 국·검·인정 구분(이하 “교과용도서 구분 개정안”이라 함) 수정(안)에 대한 행정예고를 함(의견 제출 기간 2017. 1. 6. 까지 7일)

(3) 2017. 1. 4. 교과용도서에 관한 규정 일부 개정령(안)을 입법예고함.(의견 제출 기간 2017. 1. 24. 까지 20일)

(4) 2017. 1. 10. 2015 개정 교육과정에 따른 역사교육 연구학교 운영계획 발표함. 희망하는 모든 학교를 연구학교로 지정하여 운영하고, 학교장, 운영위원회 심의(또는 자문)를 거쳐 2월 10일까지 희망 여부 판단하고, 시도교육청은 희망하는 모든 학교를 연구학교로 지정하도록 하는 내용이며, 연구학교에는 운영비 1,000만원 범위 내에서 지원, 승진 가산점은 교육감 자율 판단 관련 내용임.

## 2. 문제점과 검토 대상

위와 같은 교육부의 국·검정혼용 방침과 그에 따른 고시, 대통령령 개정 예고 절차 강행, 연구학교 지정 강행은 국정화 강행을 위한 꼼수라는 지적과 함께 국민과 교육 현장의 강력한 반발을 사고 있음. 이에 민주사회를 위한 변호사모임 국정화저지TF는 위 절차 진행의 절차적, 내용적 위법성 여부를 검토하였음. 구체적으로 아래 사항에 대하여 구체적인 검토의견을 제출함.

(1) 국·검정 혼용이 현재 초·중등교육법 제29조에서 예정하고 있는 것인지. 즉 국정제, 검정제 외에 두 개를 혼합한 국·검정 혼용제가 현행법상 가능한 것인지 여부

(2) 대통령의 탄핵이 의결되어 직무가 정지된 상태에서 권한대행을 하는 국무총리가 국·검정 혼용을 내용으로 하는 대통령령의 개정을 의결, 시행할 권한이 있는지

(3) 국·검정혼용을 내용으로 한 위 교과용도서 구분 고시 개정이 상위 근거법령인 [교과용도서에 관한 규정](대통령령)에 반하는 것이 아닌지, 그리고 대통령령의 개정 전에 위 고시 개정을 위한 행정절차를 진행하는 것이 위법한 것이 아닌지

(4) 행정절차법에 따르면 특별한 사정이 없는 한 입법예고는 40일, 행정예고는 20일 이상으로 하도록 규정되어 있는바, 위 입법예고나 행정예고에 위법이 있는 것은 아닌지, 위법이 있다면 그 효력은 어떻게 되는지

(5) 특히 교육부가 시행하려는 ‘연구학교 지정’과 관련하여, 연구학교 지정 강행이 적법한지 여부, 연구학교 지정 권한을 가지고 있는 교육감이 연구학교 지정을 거부할

경우 법적 상황이 어떻게 되는지, 연구학교 규칙에 따르면 국공립대학 부설 중고등학교는 당연히 ‘상설 연구학교’가 되는바 이는 어떤 문제가 있는지.

## II. 국·검정혼용을 위한 고시개정, 대통령령 개정의 위법성

### 1. 국·검정 혼용이 현행법상 허용될 수 있는가

초중등교육법은 교과용 도서에 대하여 아래와 같이 규정하고 있음.

[초중등교육법] 제29조(교과용 도서의 사용) ① 학교에서는 국가가 저작권을 가지고 있거나 교육부장관이 검정하거나 인정한 교과용 도서를 사용하여야 한다.

② 교과용 도서의 범위·저작·검정·인정·발행·공급·선정 및 가격 사정(査定) 등에 필요한 사항은 대통령령으로 정한다.

위 2항에 따라 대통령령인 [교과용도서에 관한 규정]이 마련되어 있는데, 교과용도서에 관한 규정은 국정도서와 검정도서를 개념적으로 엄격히 구분하고 있음(제2조, 제4조, 제6조). 그리고 위에 본 바와 같이 국정도서가 있는 경우에는 국정도서 사용을 강제하고 있음(제3조 제1항)<sup>1)</sup>. 이러한 법령 체계에 따르면 현행 법률과 대통령령은 국정제와 검정제, 인정제를 구분하고 하나의 교과 안에서는 한 제도만을 선택하여 독립적으로 운영할 것을 예정하고 있을 뿐이고 국·검정 혼용을 예정하고 있지 않은 것으로 볼 수 있음.

제도적 관점에서 국정제는 본질상 국가가 저작권을 가지고 교과서의 내용과 사용을 독점적으로 강제하는 것이므로 검정제와 혼용되기 어려운 것임. 만약 국정교과서를 만들어놓고 민간의 검정교과서와 혼용하여 경쟁시키는 경우, 형식은 검정교과서 시장에 국정교과서가 추가되는 것이지만 내용적으로는 우월적 지위를 가진 국가가 이를 활용하여 검정교과서와 경쟁하겠다는 것으로서 사실상 검정제도의 취지에 반할 수 있

---

1) 관한 규정 제3조 ① 학교의 장은 국정도서가 있을 때에는 이를 사용하여야 하고, 국정도서가 없을 때에는 검정도서를 선정·사용하여야 한다. 다만, 국정도서·검정도서가 없는 경우 또는 이를 선정·사용하기 곤란하거나 보충할 필요가 있는 경우에 제16조의 규정에 의하여 인정받은 인정도서를 선정·사용하는 경우에는 그러하지 아니하다.

음.

따라서 국·검정 혼용은 현행 법률이 예정하고 있지 않은 제도이고 검정교과서 제도에 반하는 것인바 허용되기 어려움.

## 2. 대통령령 개정 이전 국·검정 혼용 고시 절차 진행이 가능한가

### 가. 대통령령 개정 전에 진행한 행정예고 절차의 위법성

교육부는 교과용도서 구분 개정안을 1. 6.까지 행정예고하였는데, 위 개정안은 국정도서와 검정도서 항목에 중학교 역사, 고등학교 한국사 교과를 모두 기재함으로써 역사 교과의 국·검정 혼용의 근거를 만드는 내용임.

그런데 위 고시안의 근거법령인 현행 [교과용도서에 관한 규정]은 제3조 제1항에서 ‘학교의 장은 국정도서가 있을 때에는 이를 사용하여야 하고, 국정도서가 없을 때에는 검정도서를 선정(교육과정의 전면개정 또는 부분개정에 따라 발행된 교과용도서를 최초로 선택하는 경우를 말한다. 이하 같다) ·사용하여야 한다. 다만, 국정도서·검정도서가 없는 경우 또는 이를 선정·사용하기 곤란하거나 보충할 필요가 있는 경우에 제16조의 규정에 의하여 인정받은 인정도서를 선정·사용하는 경우에는 그러하지 아니하다.’ 라고 규정하고 있음. 따라서 현행 대통령령에 따르면 국정도서가 있을 경우에는 국정도서만 사용하여야 함. 중학교 역사 및 고등학교 한국사 교과를 국정도서와 검정도서에 모두 기재한 재고시 안은 현행 대통령령 상 허용되지 않는 것임. 그럼에도 불구하고 대통령령이 개정되지 아니한 상태에서 행정예고를 한 것은 절차의 위법이 있는 것임.

### 나. 대통령령 졸속 개정 추진의 이유

통상적으로 대통령령의 개정 절차는 아래와 같음(법제처 홈페이지 참조).

<정부입법절차>2)



<단계별 소요기간>

입법과정	소요기간
법령안의 입안	약 30 ~ 60일
부패영향평가	약 15 ~ 30일
관계기관과의 협의 및 당정협의	약 30 ~ 60일
입법예고	약 40 ~ 60일
규제심사	약 15~20일
법제처 심사	약 20 ~ 30일
차관회의 심의	약 7 ~ 10일
국무회의 심의	약 5일
대통령 재가	약 7 ~ 10일
공포	약 3 ~ 4일

- 법령의 종류 및 내용 등에 따라 소요기간이 달라질 수 있습니다.
- 행정부 내에서의 입법과정에 소요되는 기간은 약 5개월~7개월 정도 소요되는 것이 보통이나 단축, 연장될 수도 있습니다.
- 입법과정에 대하여 자세한 것은 **법제교육포털**에서 법령체계와 입법과정을 참고하시기 바랍니다.

위와 같이 대통령령의 개정 절차는 통상 5~7개월 정도 소요된다고 설명함. 그런데 정부는 입법예고 절차까지 단축하여 가며 대통령령 개정을 서두르고 있음. 이는 대통령령이 개정되지 않은 상태에서 위와 같이 국·검정 혼용을 내용으로 하는 고시를 시행하는 것이 위법이라는 것을 정부도 인식하고 있기 때문이고 그런 이유로 대통령령 개정절차를 줄속적으로 급히 진행하려는 것으로 보임.

2) 홈페이지.

<http://www.moleg.go.kr/lawinfo/governmentLegislation/process/processSchedule?sId=2>



### 3. 대통령 권한대행이 국·검정 혼용을 위한 대통령령 개정을 할 수 있는가

위와 같이 현행 대통령령 하에서 진행된 재고시 절차는 위법함. 여기서 또 다른 문제는 대통령령의 개정은 대통령의 권한인바, 대통령 권한대행이 국·검정 혼용을 위한 대통령령 개정을 할 직무 권한이 있는가 여부임. 대통령 권한대행의 직무 범위에 대해서는 현행법상 직접적 규정은 없음. 그러나, 대통령의 권한은 국민에 의해 직접 선출된 민주적 정당성에 기초한 것인 점, 권한대행은 대통령의 직무가 정지된 상태에서 탄핵심판 기간 동안 임시적, 잠정적으로 권한을 대행하는 것인 점에 비추어 대통령과 동일한 직무범위를 가진다고 볼 수는 없으며, 따라서 적극적 권한을 행사할 수는 없고 현상 유지적인 직무 만을 수행할 수 있다는 것이 타당하며 이것이 헌법학계의 다수 의견이기도 함.

교과용도서에 관한 규정 개정을 통하여 국·검정혼용 제도를 도입하는 것은 종래 국정, 검정, 인정 교과서 등으로 운영되어 온 교과서 제도에 큰 변화를 가져오는 것으로서 적극적인 새로운 정책 추진인바, 현상 유지적 직무 범위를 넘어서는 것임. 또한 국민 대다수가 국정교과서를 반대하고 국회에서 국정교과서 금지법이 상임위를 통과하여 법사위에 계류되어 있는 상황이고 이미 국정화 폐지 국회결의안이 국회에서 통과된 상황인바, 국회의 결의안에 반하는 내용으로 하위법령을 개정하는 것은 정책 추진의 정당성과 긴급성이 더욱 인정되기 어려운 상황임. 따라서 현 황교안 권한대행이 대통령령 개정 필요 통상적 논의와 일정을 단축하면서까지 대통령령을 개정하는 것은 그 직무범위를 넘어서는 것으로서 위법한 것임.

### 4. 행정예고, 입법예고 기간 단축을 정당화할 특별한 사정이 있는가

#### 가. 예고기간 단축이 허용되는 특별한 사정의 부존재

한편 입법예고에 대한 행정절차법 제43조에 의하면 '입법예고기간은 예고할 때 정하되, 특별한 사정이 없으면 40일 이상으로 한다.'고 규정되어 있음. 한편 행정예고에 대한 행정절차법 제46조 제3항에 의하면 '행정예고기간은 특별한 사정이 없으면 20일 이상으로 한다.'고 규정되어 있음.

입법예고제도는 국민의 권리·의무 또는 일상생활과 밀접한 관련이 있는 법령 등을 제정·개정 또는 폐지하고자 할 때에 법령안의 내용을 국민에게 미리 예고하여 국민의 다양한 의견을 수렴하여 입법에 반영함으로써 입법과정에 대한 국민의 참여기회를 확대하고 입법내용의 민주화를 도모하며 법령의 실효성을 높여 국가정책을 효율적으로 수행하기 위한 제도임(법제처 홈페이지 참조). 이는 행정예고도 마찬가지임.

위와 같은 취지에서 입법예고는 40일, 행정예고는 20일의 기간을 최소한으로 두어 이 기간 국민의 참여기회를 최대한 보장하려는 것임. 따라서 행정절차법 규정 취지 상, 행정예고 또는 입법예고의 경우 충분한 의견 수렴 절차를 양보해서라도 예고 기간을 단축해야만 하는 ‘특별한 사정’이 있다는 사정에 대한 소명의 책임은 사전에 당해 정책 시행 및 입법을 예고하고자 하는 교육부에서 하여야 할 것으로 해석됨. 특히 입법예고 기간의 단축을 위해서는 [법제업무 운영규정] 제14조에서 ‘특별한 사정이 있어 입법예고기간을 행정절차법 제43조에서 정한 법령의 최단 입법예고기간 미만으로 줄이려는 경우에는 법제처장과 협의하여야 한다.’고 규정하고 있는바, 이는 기간 단축을 하는 경우 더욱 엄격한 절차적, 실제적 통제를 받아야 한다는 취지인 것임.

본건 대통령령의 경우 역사 국정교과서 시행에 대하여 2015년 하반기 이후 1년 넘도록 국민과 전문가의 반대가 압도적이었던 점, 그런 상황에서 2016. 12. 27. 교육부가 내놓은 ‘국·검정 혼용 방안’의 적절성과 법적 타당성에 대해서 논란이 매우 큰 점, 교육부가 국정교과서 시행을 1년 유보하여 국·검정 혼용 실시 시기도 1년 뒤인 2018. 3. 1.로 늦춘 상황에서 그 근거를 마련하기 위한 대통령령 개정이 시급을 다룬다고 볼 수 없고 오히려 충분한 의견 수렴이 필요한 점을 종합할 때, 대통령령 개정에 대한 의견 수렴 기간을 단축하여야 할 특별한 사정이 있다고 보기 어렵다고 할 것임.

‘교육과정 개정’ 역시 그 내용이 2015 교육과정에서 예외로 하였던 중학교 역사, 고등학교 한국사 교과서의 교육과정 시행시기를 애초의 2018. 3. 1.로 늦추는 내용으로서 현 시점에서 예고기간을 1주일로 제한하여야 할 만큼 긴급한 상황이라고 보기 어려움.

‘교과용도서 구분 개정안’은 위 대통령령과 마찬가지로 종전 고시에서 중학교 역사, 고등학교 한국사 교과를 모두 ‘국정도서’로만 구분하였던 것을, ‘검정도서’ 항목에도 사회과에 중학교 역사, 고등학교 한국사 교과를 추가함으로써 국·검정 혼용의 근거를 만들기 위한 것인바, 이 역시 위 대통령령의 경우에서와 같이 오히려 더욱 충분한 의견 수렴이 필요한 경우이지 반대로 예고기간을 단축하여야 할 특별한 사정이 있다고 보기 어려울 것임. 게다가 교육부의 입법예고 및 행정예고에는 기간을 단축하여야 할 사정에 대한 소명이 없음. 또한 대통령령 입법예고 기간 단축을 위하여 ‘법제업무 운영규정’ 제14조에 따라 법제처장과 협의절차를 거쳤는지 확인되지 않음.

따라서 교육부에서 행한 일련의 행정예고 및 입법예고는 그 예고기간 설정에 있어서 행정절차법 제46조 제3항 및 제43조의 위반이 있다고 보아야 할 것임.

#### 나. 예고 기간 미준수의 효력

위와 같은 행정예고 기간 및 입법예고 기간 미준수의 하자가 있는 경우, 예고 후에 이루어지는 본 행정행위(고시 또는 대통령령)에 어떠한 효력을 미치는지 문제될 수 있음. 행정절차법이 정한 행정절차에 하자가 있는 경우 이를 이유로 그 행정행위를 취소할 수 있는지가 쟁점임.

행정절차법에 정해진 행정절차의 위법성을 이유로 행정행위를 취소할 수 있는지에 관하여, 종래 학설은 대립이 있고 판례는 행정절차법에 정해진 청문이나 이유부기의 절차에 하자가 있는 경우 이를 이유로 행정행위를 취소할 수 있다는 입장임(청문의 경우 대판 1984. 5. 9. 84누116, 1991. 7. 9. 91누971 판결, 이유부기 하자의 경우 대법원 1990. 9. 11. 선고 90누1786판결 등). 행정예고의 경우에도 행정예고 절차 하자가 있는 경우 해당 고시 전체가 취소사유에 해당하는지에 대해서는 아직 직접적인 법원 판례나 논의가 없으나 위와 같은 일반적 논리에 비추어볼 때 고시 전체 효력에 하자가 생길 여지가 있으며, 고시의 취소 사유에 해당하는지 여부에 상관없이 행정절차를 준수할 의무가 있는 행정청이 특별한 사정이 없음에도 불구하고 예고기간을 단축하는 것은 매우 부적절한 행위로 판단됨.

### Ⅲ. 연구학교 지정 강행의 위법성

#### 1. 희망하는 모든 학교를 연구학교로 지정하는 교육부의 방침은 적법한가

##### 가. 교육부의 방침

(1) 교육부는 보도자료를 통해 “교육부가 추진하는 연구학교는 연구학교에 관한 규칙 제3조에 따라 ‘교육과정·교육방법·교육자료 및 교과용도서 등의 연구 개발·검증을 목적으로 하는 정책연구학교’로, 초·중등학교 교육과정 총론에 근거하여 2009 개정 교육과정이 아닌 2015 개정 역사과 교육과정을 적용하고, 기 개발된 2015 국정도서를 주교재로 사용한다. 연구학교는 교실 수업 모델을 개발하고, 평가 방법을 개선하는 등 개정 역사과 교육과정의 적용 모델을 개발·제시하고 2015년 개정 교육과정에 따라 개발된 국정도서를 적용하는 과정에서 노출된 문제점과 개선사항을 제시함으로써 향후 역사교육 개선에 크게 기여할 것으로 기대된다”고 밝힘.

(2) 교육부는 연구학교에 관한 규칙 제4조 제6항에 근거하여 각 시도교육청에 연구학교에 응모한 관내 모든 학교를 시설, 규모 등과 관계 없이 2. 15.까지 연구학교로 지정할 것을 지시하였음.

##### 나. 교육부의 방침은 교육감의 권한을 박탈하는 것임

연구학교에 관한 규칙 제4조는 지정권이 교육감에게 있음을 명시하고 있음. 제4조 제6항은 지정을 ‘요청’할 수 있다고 하여 지정권을 여전히 교육감에게 두고 있음. 특별한 사유가 없는 한 요청에 응하도록 하고 있지만 특별한 사유에 대한 검토가 가능하므로 위 규정으로 인하여 지정권이 박탈되는 것은 아님. 연구학교 운영의 내실화와 효율적 운영을 위해서는 연구학교 수가 적정해야 하므로 연구학교를 지정할 경우에는 당해 학교의 연구수행 능력 및 연구 계획 등을 고려하여 결정하여야 함(규칙 제4조 제3항).

그런데 교육부의 운영계획에 따르면 희망하는 모든 학교를 연구학교로 지정하여 운영

하겠다고 밝히고 있음. 이에 따르면 학교가 신청할 경우 교육감은 관내 모든 학교를 연구학교로 지정해야 하는바, 지정에 관한 권한이 아니라 오히려 의무를 지는 결과가 발생함. 이는 교육감에게 연구학교 지정권을 부여한 연구학교에 관한 규칙 제4조에 반하는 조치임.

#### 다. 연구학교 지정 요청이 ‘필요하다고 인정되는 때’에 해당하지도 아니함

또한 위 규칙 제4조 제6항은 교육부장관은 교과용도서 검증 등의 목적을 위하여 필요하다고 인정되는 때에는 교육감에게 연구학교 지정을 요청할 수 있다고 규정하고 있으므로, “필요하다고 인정되는 때”에 해당하는지 여부를 판단해야 함. 현재 교육부는 교과용도서 검증을 목적으로 희망하는 모든 학교를 연구학교로 지정할 것을 요청하고 있으므로, ①교과용도서 검증을 목적으로 연구학교 지정이 필요한지, ②희망하는 모든 학교를 연구학교로 지정하는 것이 필요한지 검토해보아야 함.

① 현재 국정교과서 제도의 위헌성과 관련하여 고시 위헌 등 헌법소원 및 효력정지가 처분신청, 고시 등 처분 취소소송 및 효력정지신청이 제기되어 있고, 공개된 교과서 초안에 대한 비판의견이 거센 상황에서 역사 국정교과서 검증의 목적을 위하여 연구학교를 지정할 필요가 있다고 보기 어려움. 특히 헌법재판소에서 효력정지가처분신청 또는 행정법원에서 효력정지신청이 인용될 경우 연구학교로 지정된 학교는 수업을 중단해야 하는 상황이 초래될 수 있음.

② 설령 교과용도서 검증이 필요하다고 하더라도, 교육부 방침대로 희망하는 모든 학교를 연구학교로 지정할 필요는 없음. 교육부의 기본방향대로 ‘국정도서를 적용하는 과정에서 도출된 문제점과 개선사항을 제시’하기 위한 것이라면 문제가 있을 수 있는 교과서가 학생들에게 끼칠 부정적 영향을 고려하여 연구학교 지정은 필요 최소한으로 이루어지는 것이 타당함. 특히 연구학교에 관한 규칙 제4조 제5항에 따라 국립대학 부설 중, 고등학교는 교육감의 지정에 관계없이 상설 연구학교가 되는데, 위 상설 연구학교 외에 추가로 연구학교가 필요하다고 보기 어려움. 이는 교육부 스스로 가능한 상설연구학교를 우선 활용하고, 불가피한 경우에 한하여 교육감에 연구학교 지정을 요청할 수 있다고 한 연구학교 운영계획에 반하는 것임(교육과학기술부, ‘연구학교에

관한 규칙' 일부개정에 따른 연구학교 운영 계획 3쪽).

시.도교육감 지정 연구학교 운영

• 교과부 요청 연구학교 운영(규칙 제4조제6항)

- 연구학교 지정권의 이양에 따라 교육과학기술부 장관이 교육정책 추진 및 교과용 도서 검증 등의 목적을 위하여 필요한 경우 연구학교 지정 요청 가능

※ 가능한 상설연구학교를 우선 활용하고, 불가피한 경우에 한함

또한 불법찬조금 수수 등 사회적 물의를 일으킨 학교는 연구학교 지정에서 제외하도록 운영되어 왔는데(국가청렴위원회 제도개선3팀-729, 2005.12.30), 이번 교육부의 방침에 따르면 사회적 물의를 일으킨 학교라도 희망할 경우 연구학교로 지정될 수 있다는 점에서 위 운영 계획과 배치됨(5쪽).

#### 라. 교육감이 불응할 '특별한 사유'가 존재함

연구학교에 관한 규칙 제4조 제6항 후문은 교육부장관의 연구학교 지정 요청시 교육감은 특별한 사유가 없는 한 요청에 응하여야 한다고 규정하고 있음. 요청에 응하지 아니할 특별한 사유에 해당하는지 검토 필요함.

① 교육청의 자율성을 침해하였음. 국민권익위원회에서는 2012. 11. 19. 연구학교 문제점을 검토하여 교육부에 “연구학교 지정 요청 전 시도교육청에 연구과제별, 학교급별 수요조사를 실시할 것”을 권고하였음(국민권익위원회 2012. 11. 19.자 의결). 교육부는 위 권고를 수용하여 ‘시도교육청 연구학교 총괄부서와 사전 협의를 통해 시도 연구학교 지정의 자율성을 제고’하겠다는 지침을 시도교육청에 보냈으며, 시도교육청에서는 국민권익위원회 권고 사항 이행으로 ‘교육부에 의한 연구학교라 하더라도 학교정책과에서 적정 수준으로 지정학교 수 조정 가능’하다는 세부 운영 계획을 마련하기도 하였음(경기도교육청 2015 연구학교 운영 계획 3쪽). 따라서 사전협의를 거치지 아니한 채 희망하는 모든 학교를 지정하라고 하는 교육부의 요청은 시도교육청의 자율성을 침해한 것이므로 이를 거부할 특별한 사유가 존재함.

② 연구학교 지정으로 인한 학교 현장의 혼란과 학생들의 학습 부담 가중됨. 연구학

교 학생들과 학부모들은 수능에서 불이익을 당하게 될 우려를 염려할 수 밖에 없음. 불이익을 피하기 위해서는 2009년 개정 교육과정과 2015년 개정 교육과정에 해당하는 교과서를 함께 학습해야 하므로 학습부담이 커짐. 이에 대해 교육부는 2009 개정 교육과정과 2015 개정 교육과정의 공통 성취 기준의 범위 내에서 문항을 출제한다면 문제가 없을 것이고, 3월 중 공통 성취 기준을 정리한 참고자료를 일선 학교에 배포해 해당 학교 학생과 학부모가 불안해 하지 않도록 할 예정이라고 밝힘. 이 경우 교육은 공통 성취 기준을 정리한 참고자료를 중심으로 이루어질 것이므로 연구학교로 지정하여 국정 교과서를 검증하려는 취지가 퇴색될 것임.

③ 교육현장에서의 혼란을 감당할 국가적, 사회적 필요성이 없음. 위험성이 문제가 되고 있는 국정교과서를 학교 현장에 투입하여 문제를 검증하기 보다는, 먼저 역사학계 전문가, 교사들로부터 철저한 검증과 비판을 받는 것이 우선되어야 함.

④ 국정교과서를 이용한 연구학교 운영은 '다양한 형태의 학생활동을 통해 역사적 사고력과 문제해결 능력을 함양할 수 있도록 교과서를 구성한다'는 2015년 교육과정 역사과 일반 편찬기준 기준에도 명시적으로 위배됨.

⑤ 현재 대통령의 탄핵심판이 진행 중이고, 탄핵심판이 인용될 경우 현직 대통령은 바로 권한을 상실하고 새로운 정부가 들어서게 됨. 이 경우 현 정부에 의해 독단적으로 추진되어 온 국정교과서 편찬 작업은 폐기되거나 대폭 수정될 가능성이 높음.

위와 같은 상황들은 교육감이 연구학교 지정을 거부할 수 있는 특별한 사정에 포함된다고 볼 수 있음.

#### **마. 초·중등학교 교육과정 총론 역시 연구학교 운영 근거가 될 수 없음**

한편, 교육부는 연구학교 운영의 근거로 <초·중등학교 교육과정 총론>을 제시하면서 2015 개정 역사과 교육과정을 적용하고, 기 개발된 2015 국정도서를 주교재로 사용한다고 밝힘.

<초·중등학교 교육과정 총론>은 교육과정의 연구 등을 위해 새로운 방식으로 교육과정을 편성, 운영하고자 하는 학교에 대하여 교육부 장관의 승인을 거쳐 교육과정의 기준과 다르게 학교 교육과정을 편성·운영할 수 있도록 한 것임. 따라서 교육부장관의 승인을 받을 경우 교육과정 운영을 달리하는 근거가 될 수는 있지만, 이에 근거하여 연구학교를 지정하거나 2015 국정도서를 주교재로 삼을 수는 없음

## 2. 교육감이 지정을 거부할 경우 예상되는 상황과 이에 대한 대응 방안

### 가. 현재 대다수 교육청의 입장 - 지정 거부

교육부는 교육청에 연구학교 운영계획 안내 및 지정(공모) 요청을 하고, 2017. 1. 12. 까지 교육청으로 하여금 단위학교에 연구학교 공모 안내 공문을 발송하도록 하는 방침을 밝혔음. 언론보도에 따르면 대다수(17곳 중 13곳)의 교육감이 교육부의 방침을 따르지 않을 것이라는 입장임. 교육감의 거부는 ① 2017. 1. 12.까지 단위학교에 연구학교 공모 안내 공문을 발송하지 않는 경우와 ② 안내 공문은 발송하여 응모를 받되 응모한 학교를 연구학교로 지정하지 않는 경우를 생각해 볼 수 있음. 현재 교육부는 희망한 모든 학교를 연구학교로 지정한다는 입장이고, 규정상 지정 요청은 연구학교 지정이 공모절차로 진행되는 경우 공모의 진행을 요청하는 것으로 보아야 하므로 공모 안내를 발송하지 않는 것부터 지정거부로 보아야 할 것임

### 나. 교육감이 지정을 거부할 경우 교육부가 지정을 강제할 수 있는가

#### (1) 예상되는 교육부의 대응

지정거부에 대한 교육부의 대응은 연구학교 지정이 교육감의 자치사무인지, 국가기관 위임사무인지에 따라 달라질 것임.

연구학교 지정이 기관위임사무에 해당하는 경우에는 위 사무의 집행을 명백히 게을리하고 있다고 인정되면 교육부장관이 교육감에 대하여 기간을 정하여 서명으로 이행할 사항을 명령(이행명령)할 수 있고, 위 기간 내에 이행하지 아니하면 교육부장관은 대



집행 또는 행정상·재정상 필요한 조치를 할 수 있음. 교육감은 위 이행명령에 이의가 있으면 이행명령서를 접수한 날로부터 15일 이내에 대법원에 소를 제기하고 15일 이내에 집행정지결정을 신청할 수 있음(지방교육자치에 관한 법률 제3조, 지방자치법 제170조). 구체적으로 교육감이 연구학교 공모를 하지 아니하면 교육부장관은 교육감에게 기간을 정하여 서면으로 공모할 것을 명하고 이를 이행하지 아니하면 교육부장관이 공모를 할 수 있고, 행정상 필요한 조치로 공모 절차를 이행하지 아니한 담당공무원에 대한 징계 요구를 예상해볼 수 있음.

연구학교 지정이 자치사무에 해당하는 경우에는 교육감의 명령이나 처분이 법령에 위반하는 경우에 한하여 교육부장관이 기간을 정하여 서면으로 시정을 명하고 위 기간 내에 이행하지 아니하면 이를 취소하거나 정지할 수 있음(지방자치법 제169조 제1항). 본 사안은 지정거부라는 부작위가 문제되므로 이에 대해서는 취소나 정지를 할 수 없으므로 위 규정을 적용하기가 어려움

## (2) 연구학교 지정은 교육감의 자치사무에 해당함

자치사무와 기관위임사무의 구별에 있어서는 대법원은 “법령의 규정 형식과 취지를 우선 고려하여야 할 것이지만, 그 밖에 그 사무의 성질이 전국적으로 통일적인 처리가 요구되는 사무인지, 그에 관한 경비부담과 최종적인 책임귀속의 주체가 누구인지 등도 함께 고려하여 판단하여야” 한다는 입장임. 위 판례의 입장과 더불어 ① 연구학교 지정은 교육감의 권한으로 명시되어 있으며 교육부 장관은 필요하다고 인정되는 경우에 교육감에게 연구학교 지정을 요청할 수 있도록 그 절차를 명시하고 있고, 직접적인 지정권한은 가지지 아니한 것으로 되어 있는 점, ② 지방자치법상 학교의 설치·운영·지도는 자치사무로 예시되어 있고(제9조 제2항 제5호 가목), 지방교육자치에 관한 법률에서도 교육과정의 운영에 관한 사항은 위임사무와 별개로 교육감의 사무로 규정되어 있는 점(제20조 제6호), ③ 연구학교 지정은 교육과정·교육방법·교육자료 및 교과용도서 등의 연구·개발·검증을 목적으로 하는 것’으로서 전 국민의 이해관계 보다는 지역별 교육상황과 관련이 있다고 볼 수 있고, 일률적으로 시행하여야 할 필요가 있는 사안이 아니라는 점, ④ 교육 자치의 정신에 입각하여 그와 같은 정책연구는 각 자치단위인 교육청 차원에서 재량으로 결정해서 수행하는 것이 바람직하

다는 점, ⑤ 교육부 요청 연구학교 지정에 관한 사무 역시 특별한 사정이 있으면 거부할 수 있고, 위 특별한 사정은 지역 교육상황과 교육청의 여건에 따라 다를 수 있는 점 등을 종합적으로 고려하면, 연구학교 지정은 교육감의 자치사무로 보는 것이 타당함.

### (3) 교육부가 지정할 것을 명령하더라도 교육감은 불응할 수 있음

따라서 교육부가 연구학교 지정에 관한 직무이행명령을 내리더라도 연구학교 지정은 자치사무임을 점을 들어 위 명령에 불응할 수 있고, 교육부장관이 대집행을 하거나 행정상 재정상 필요한 조치를 하는 경우 교육감은 위법한 직무이행명령임을 이유로 대법원에 소를 제기하고 15일 내에 집행정지결정을 신청할 수 있을 것임.

### 3. 상설 연구학교는 선택권조차 없이 국정교과서제도가 적용되어 헌법상 권리를 침해 당함

연구학교에 관한 규칙 제4조 제5항에 따르면 국립대학 부설 중학교 및 고등학교는 교육감의 지정에 관계없이 상설 연구학교가 됨. 위 중·고등학교는 학생, 교사, 교장의 의사와 무관하게 국정교과서로 수업을 하고 연구해야 함.

국립대학 부설 중학교 및 고등학교 학생들은 연구학교로 자동 지정되어 국정 역사교과서로 공부해야 하므로 국정 교과서를 적용하는 상설 연구학교 지정은 국정교과서 제도를 강행한 고시의 위헌성을 그대로 가지고 있다고 볼 수 있음. 특히 헌법 제31조 제4항 교육의 자주성·전문성·정치적 중립성을 위반하고, 헌법 제31조 학생의 교육을 받을 권리, 헌법 제10조에 근거한 인격권, 자기결정권, 행복추구권 및 위 권리들에서 도출되는 교재선택권 등을 침해하는 것임.

전국 20여 곳의 국립대 부설 중·고등학교들의 연구주제는 해마다 교육부와 협의를 통해 배정되는데, 이미 연구과제를 수립하여 추진 중인 곳에는 추가로 연구과제를 부과하는 것이 무리한 요구가 될 수 있음. 이는 교사의 수업권과 학생의 학습권에 대한 침해가 될 수 있음.

#### IV. 결론

위에 본 바와 같이 교육부의 국검정 혼용 계획은 현행 법령상 허용되기 어렵고, 대통령령 개정 전에 진행된 행정예고 절차는 위법함. 나아가 대통령 권한대행이 국검정 혼용을 위한 대통령령 개정을 할 권한이 있다고 보기 어려움. 연구학교는 교육감의 자치사무로서 교육감의 권한이며 교육부가 연구학교를 희망하는 모든 학교를 연구학교로 지정하도록 강요하는 것은 교육감 권한을 침해하는 것으로 허용될 수 없음. 나아가 국립대 부설 중고등학교는 선택의 여지 없이 사실상 국정교과서 시행을 강제받는 것이므로 헌법상 권리를 침해당함. 이처럼 교육부의 국검정 혼용 및 연구학교 지정 절차의 위법성이 적지 않으며 게다가 학생과 학교의 혼란만 가중시키는 것으로서 중단될 필요가 있음.