



전국국공립대학교수회연합회

NewsLetter

제2011-02호 (2011.05.02)

국교련 회원교 교수님께.

오늘 5월 2일에 전국국공립대학교수회연합회(상임회장 김형기, 경북대 교수회 의장)는 학장 직선제 폐지에 대한 위헌소송을 헌법재판소에 청구하였습니다. 이와 관련된 소식을 신속히 전해드리오니, 많은 관심과 의견을 부탁드립니다.

- \* 국교련 보도자료 : 「학장직선제 폐지 위헌소송 청구」 ..... 1
- \* 헌법소원심판청구 ..... 3
- \* 효력정지가처분신청 ..... 25

### \* 국교련 보도자료 : 「학장직선제 폐지 위헌소송 청구」

# 보 도 자 료

수 신	대학 담당 기자님		발신일자	2011년 5월 2일
문의처	부서명	전국국공립대학교수회연합회	연락처	김형기 회장 ☎010-8566-5413
제 목	학장직선제 폐지 위헌소송 청구			

전국국공립대학교수회연합회(상임회장 김형기, 경북대학교 경제통상학부 교수)가 2011년 5월 2일 단과대학장 직선제를 폐지하고 임명제를 규정한 교육공무원임용령(2011. 2. 1. 대통령령 제22655호로 개정된 것) 제9조의4에 대하여 헌법소원심판청구서와 효력정지가처분신청서를 헌법재판소에 제출했다.

지난 2011년 2월 1일 공포되어 같은 날부터 시행되고 있는 교육공무원임용령에 신설 조항으로 추가된 제9조의4(단과대학장의 임용)는 “대학의 장이 단과대학장을 보할 때에는 그 대상자의 추천을 받거나 선출의 절차를 거치지 아니하고 해당 단과대학 소속 교수 또는 부교수 중에서 직접 지명하여 보한다.”라고 규정하고 있다.

국교련 상임회장 김형기 교수 등 청구인들은 교육공무원임용령 제9조의4가 기본권 제한의 법률유보원칙, 과잉금지의 원칙에 위반하여 헌법 제22조 제1항과 제31조 제4항 및 제25조에 규정된 청구인들의 기본권인 대학의 자치와 공무담임권을 침해한다고 헌법소원 청구의 이유를 밝혔다.

청구인들은 종래 대부분의 대학에서 총장이 단과대학 교수들의 선출 또는 추천을 존중하여 단과대학장을 임명함으로써 사실상 학장선거제를 실시해 왔고, 대학의 자치는 교원의 임명에 관한 사항까지도 포함한 전반적인 범위에 미치는 것이므로, 학장의 선출임명에 관여할 수 있는 청구인들의 권리는 헌법상 보장된 기본권인 대학의 자치에 포함된다고 주장했다.

청구인들은 또한 이 사건 조항의 시행 전까지는 대부분의 대학에서 학장직선제를 실시하여 국립대학의 교수로 재직 중인 청구인들은 누구든지 동료 교수들로부터 선출되거나 또는 추천을 받아 단과대학장으로 임명될 수 있는 기회가 보장되었지만, 이 사건 조항의 시행으로 단과대학 소속 교수들에 의한 추천 또는 선출의 절차가 금지되고, 대학의 장으로부터 직접 지명을 받지 않으면 단과대학장에 임명될 수 없게 되어 이 사건 조항은 청구인들의 공무담임권을 제한하고 있다고 주장했다.

청구인들의 대리인 법무법인(유한) 태평양의 한위수 변호사는 대통령령이 모법인 법률의 구체적인 위임 없이 국민의 기본권을 제한하는 내용을 규정할 경우 이는 기본권제한의 법률유보원칙에 반하는 위헌·무효의 규정이라고 하면서, 이 사건 조항은 모법인 교육공무원법의 위임 없이 단과대학장 임명의 절차에서 추천 또는 선출의 절차를 금지함으로써 근본적으로 신청인들이 단과대학장 임명에 관여하거나 직접 단과대학장으로 임명될 기본권을 중대하게 제한하고 있어 기본권제한의 법률유보원칙에 위반된다고 주장했다.

청구인들의 대리인 법무법인(유한) 태평양의 한위수 변호사는 교육과학기술부가 주장하는 이 사건 조항의 입법목적(대학의 과잉 정치화 방지, 대학운영의 효율성 제고)은 목적의 정당성·방법의 적절성·피해의 최소성·법익의 균형성을 모두 충족시키지 못하고 있기 때문에 기본권제한의 한계인 과잉금지원칙에 반하여 헌법에 위반된다고 주장했다.

국교련에서는 학장직선제 폐지 위헌청구 소송과 별도로, 곧이어 성과급적연봉제에 대한 위헌청구 소송도 제기할 예정이다.

## ※ 헌법소원심판청구

# 헌법소원심판청구서

청구인 1. 김형기

대구 수성구 범어동 [REDACTED]

2. 김형래

대구 북구 태전동 [REDACTED]

3. 전현수

대구 북구 산격3동 [REDACTED]

청구인들의 대리인 법무법인(유한) 태평양

서울 강남구 역삼동 647-15 한국타이어빌딩

(우편번호: 135-723)

담당변호사 한위수, 주한길, 주성준, 조아라

(전화: 3404-0541, 팩스: 3404-7688)

(전자우편: weesoo.han@bkl.co.kr)

## 청 구 취 지

교육공무원임용령(2011. 2. 1. 대통령령 제22655호로 개정된 것) 제9조의4  
는 헌법에 위반된다.

라는 결정을 구합니다.

## 침해된 권리

헌법 제22조 제1항, 제31조 제4항 대학의 자치, 제25조 공무담임권

## 침해의 원인

교육공무원임용령(2011. 2. 1. 대통령령 제22655호로 개정된 것) 제9조의4는 기본권제한의 법률유보원칙, 과잉금지의 원칙에 위반하여 청구인들의 기본권인 대학의 자치, 공무담임권을 침해합니다.

## 청 구 이 유

### 1. 사건의 개요

#### 1.1. 청구인들의 지위

청구인 김형기는 국립대학교인 경북대학교 경상대학 경제통상학부 교수, 청구인 김형래는 같은 대학교 사범대학 불어교육과 부교수, 청구인 전현수는 같은 대학교 인문대학 사학과 부교수로 각 재직 중이면서, 각 전국국공립대학교수회연합회 상임회장, 고등교육법개정추진실행위원장, 사무총장을 맡고 있습니다.

#### 1.2. 사건의 배경 및 경과

교육과학기술부장관은 2010. 9. 28. 운영체제 효율화를 통한 국립대학 경쟁력을 제고한다는 명분하에 “국립대학 선진화 방안”을 발표하였습니다(갑 제1호증의 1, 2).

위 방안은 ① 자율·책임 운영체제 구현을 위한 지배구조 선진화, ② 교·직원 경쟁력 강화를 위한 인사·보수 운영체제 개선, ③ 대학운영 시스템 효율화·자율화, ④ 경쟁적 환경 조성을 통한 국립대학 체질 개선 및 책무성 확보를 주요 내용으로 하고 있으며, “자율·책임 운영체제 구현을 위한 지배구조 선진화”의 일환으로 단과대학장 직선제를 폐지하고 총장이 직접 단과대학장을 임명하는 방식으로 전환할 것을 예고하였습니다.

교육과학기술부장관은 2010. 11. 24. 단과대학장 직선제 폐지를 내용으로 하는 교육공무원임용령 일부개정령안을 입법예고하였고(교육과학기술부 공고 제2010-392호, 갑 제2호증), 이후 일부 자구와 체계의 수정<sup>1)</sup>을 거쳐 2011. 2. 1. 교육공무원임용령(대통령령 제22655호)이 공포되어 같은 날부터 시행되었습니다.

이와 같이 시행된 교육공무원임용령에 신설 조항으로 추가된 제9조의4(단과대학장의 임용)는 “법 제27조 제1항 및 이 영 제3조 제2항 제1호에 따라 대학의 장이 단과대학장을 보할 때에는 그 대상자의 추천을 받거나 선출의 절차를 거치지 아니하고 해당 단과대학 소속 교수 또는 부교수 중에서 직접 지명하여 보한다.”라고 규정하고 있습니다(이하 교육공무원임용령 제9조의4를 ‘이 사건 조항’이라 합니다).

## **2. 이 사건 심판청구의 적법성**

### **2.1. 헌법소원심판청구의 적법요건**

---

1) 단과대학장 직선제 폐지에 관한 내용이 일부개정령안에서는 제4조의4에 규정되었으나, 실제 공포시에는 제9조의4에 규정되었습니다.

헌법재판소법 제68조 제1항에 의한 헌법소원심판을 청구하기 위해서는 ① 청구인의 기본권 주체성, ② 공권력의 행사 또는 불행사의 존재, ③ 헌법상 보장된 기본권의 침해, ④ 기본권 침해의 자기관련성·현재성·직접성, ⑤ 보충성, ⑥ 청구기간 준수의 요건을 모두 갖추어야만 합니다.

## 2.2. 청구인들의 기본권 주체성

자연인인 국민은 생존한 동안 기본권의 주체가 되므로 국립대학교 교수로 재직 중인 청구인들은 당연히 기본권의 주체성이 인정됩니다. 헌법재판소는 “대학의 자치의 주체를 기본적으로 대학으로 본다고 하더라도 교수나 교수회의 주체성이 부정된다고 볼 수는 없고, 가령 학문의 자유를 침해하는 대학의 장애 대한 관계에서는 교수나 교수회가 주체가 될 수 있고, 또한 국가에 의한 침해에 있어서는 대학 자체 외에도 대학 전 구성원이 자율성을 갖는 경우도 있을 것이므로 문제되는 경우에 따라서 대학, 교수, 교수회 모두가 단독, 혹은 중첩적으로 주체가 될 수 있다고 보아야 할 것이다.”라고 판시한 바 있습니다(헌법재판소 2006. 4. 27. 선고 2005헌마1047 결정). 이러한 헌법재판소 판례의 취지에 따라 교수인 청구인들은 대학의 자치의 기본권 주체성이 인정된다고 할 것입니다.

## 2.3. 공권력의 행사 또는 불행사의 존재

헌법재판소는 “헌법재판소법 제68조 제1항은 공권력의 행사 또는 불행사로 인하여 헌법상 보장된 기본권을 침해받은 자는 법원의 재판을

제외하고는 헌법소원심판을 청구할 수 있다고 규정하고 있는바, 이 조항에서 말하는 공권력이란 입법권, 행정권 등 모든 공권력을 말하는 것으로서 행정부에서 제정한 명령·규칙도 이 사건 시행령 [별표 1]의 경우와 같이 그것이 별도의 집행행위를 기다리지 않고 직접 기본권을 침해하는 것일 때에는 모두 헌법소원심판의 대상이 될 수 있는 것이라고 판시한 바 있습니다(헌법재판소 1997. 6. 26. 선고 94헌마52 결정).

후술하는 바와 같이 이 사건 조항은 별도의 집행행위를 기다리지 않고 직접 청구인들의 기본권을 침해하므로, 헌법소원심판의 대상인 공권력의 행사에 해당됩니다.

## 2.4. 헌법상 보장된 기본권의 침해

### 2.4.1. 대학의 자치

대학의 자유 또는 대학의 자치라 함은 연구와 교육이라는 대학 본연의 임무를 달성하는데 필요한 사항은 가능한 한 대학의 자율에 맡겨야 한다는 것을 내용으로 하는 기본권으로서 대학, 교수, 교수회 모두가 단독 혹은 중첩적으로 그 주체가 될 수 있습니다(헌법재판소 2006. 4. 27. 선고 2005헌마1047 결정). 대학이 국가권력이나 설립자 등을 비롯한 외부세력의 간섭 또는 압력을 받게 되면 학문 활동이 외부의 가치판단에 영향을 받게 되기 때문에, 그러한 외부세력의 간섭을 배제하고 대학에서 자유로운 학문 활동을 실효적으로 보장하기 위해서는 대학의 자유 또는 대학의 자치가 보장되어야만 합니다. 이처럼 대학의 자치는 학문의 자유를 실효적으로 보장하기 위한 수단으로서 학문의 자유에 관한 헌법 제22조 제1항에 그 근거를 두고 있

으며, 헌법 제31조 제4항은 대학의 자율성의 보장에 관한 명문의 규정을 두고 있습니다.

헌법재판소 역시 “헌법 제22조 제1항에서 규정한 학문의 자유 등의 보호는 개인의 인권으로서의 학문의 자유뿐만 아니라 특히 대학에서 학문연구의 자유·연구 활동의 자유·교수의 자유 등도 보장하는 취지이다. 이와 같은 대학에서의 학문의 자유에 대한 보장을 담보하기 위하여는 대학의 자율성이 보장되어야 한다. 헌법 제31조 제4항도 ‘교육의 자주성·전문성·정치적 중립성 및 대학의 자율성은 법률이 정하는 바에 의하여 보장된다’고 규정하여 교육의 자주성·대학의 자율성을 보장하고 있는데, 이는 대학에 대한 공권력 등 외부세력의 간섭을 배제하고 대학구성원 자신이 대학을 자주적으로 운영할 수 있도록 함으로써 대학인으로 하여금 연구와 교육을 자유롭게 하여 진리탐구와 지도적 인격의 도야(陶冶)라는 대학의 기능을 충분히 발휘할 수 있도록 하기 위한 것이며, 교육의 자주성이나 대학의 자율성은 헌법 제22조 제1항이 보장하고 있는 학문의 자유의 확실한 보장수단으로 꼭 필요한 것으로서 이는 대학에게 부여된 헌법상의 기본권이다.”라고 판시하여 대학의 자치를 기본권으로 인정하고 있습니다 (헌법재판소 1998. 7. 16. 선고 96헌바33 결정).

대학의 자치의 범위에 관하여 위 헌법재판소 96헌바33 결정은 “여기서 대학의 자율은 대학시설의 관리·운영만이 아니라 전반적인 것이라야 하므로 연구와 교육의 내용, 그 방법과 대상, 교과과정의 편성, 학생의 선발과 전형 및 특히 교원의 임면에 관한 사항도 자율의 범위에 속한다.”라고 판시하였습니다. 또한, 헌법재판소 2006. 4. 27. 선고 2005헌마1047 결정은 “전통적으로 대학 자치는 학문 활동을 수

행하는 교수들로 구성된 교수회가 누려오는 것이었고, 현행법상 국립 대학의 장 임명권은 대통령에게 있으나, 1990년대 이후 국립대학에서 총장 후보자에 대한 직접선거방식이 도입된 이래 거의 대부분 대학 구성원들이 추천하는 후보자 중에서 대학의 장을 임명하여 옴으로써 대통령이 대학총장을 임명함에 있어 대학교원들의 의사를 존중하여 온 점을 고려하면, 청구인들<sup>2)</sup>에게 대학총장 후보자 선출에 참여할 권리가 있고 이 권리는 대학의 자치의 본질적인 내용에 포함된다고 할 것이므로 결국 헌법상의 기본권으로 인정할 수 있다.”라고 판시하였습니다.

이 사건의 경우 종래 학교에 따라 총장이 단과대학장을 직접 임명하는 경우도 없지 아니하였으나, 대부분의 대학에서는 총장이 단과대학 교수들의 선출 또는 추천을 존중하여 단과대학장을 임명함으로써 사실상 학장선거제를 실시해 왔고, 대학의 자치는 교원의 임면에 관한 사항까지도 포함한 전반적인 범위에 미치는 것이므로, 학장의 선출·임명에 관여할 수 있는 청구인들의 권리는 헌법상 보장된 기본권인 대학의 자치에 포함된다고 할 것입니다.

#### 2.4.2. 공무담임권<sup>3)</sup>

공무담임권이라 함은 선거직공무원을 비롯한 모든 국가기관의 공직에 취임할 수 있는 권리를 말하며, 국립대학에 근무하는 교원은 교

---

2) 위 헌법재판소 결정에서의 청구인은 국립대학교의 교수 및 교수회입니다.

3) 공직도 직업에 해당되므로 직업의 자유도 침해된다고 볼 수 있습니다. 그러나 헌법재판소는 “공무원직에 관한 한 공무담임권은 직업의 자유에 우선하여 적용되는 특별법적 규정”이라고 판시하였으므로(헌법재판소 1999. 12. 23. 선고 99헌마135 결정), 헌법재판소 판례의 취지에 따라 직업의 자유에 대한 별도의 검토는 생략하겠습니다.

육공무원에 해당되므로(교육공무원법 제2조 제1항 제1호, 제2항 제1호) 국립대학의 단과대학장에 취임할 수 있는 권리 역시 공무담임권에 의해 보장됩니다.

이 사건 조항의 시행 전까지는 대부분의 대학에서 총장이 단과대학 교수들의 선출 또는 추천을 존중하여 단과대학장을 임명함으로써 사실상 학장직선제를 실시해 왔으므로, 국립대학의 교수로 재직 중인 청구인들은 누구든지 동료 교수들로부터 선출되거나 또는 추천을 받아 단과대학장으로 임명될 수 있는 기회가 보장되어 있었습니다. 그러나 이 사건 조항의 시행으로 단과대학 소속 교수들에 의한 추천 또는 선출의 절차가 금지되고, 대학의 장으로부터 직접 지명을 받지 않으면 단과대학장에 임명될 수 없게 되었으므로 이 사건 조항은 청구인들의 공무담임권을 제한하는 규정이라고 할 것입니다.

## 2.5. 기본권 침해의 자기관련성·현재성·직접성

### 2.5.1. 자기관련성

헌법재판소 2006. 4. 27. 선고 2005헌마1047 결정은 “이 사건 법률조항<sup>4)</sup>의 수범자는 직접적으로는 대학이나 대학의장임용추천위원회(이하 ‘위원회’라고 한다)이긴 하나, 위 각 규정이 대학이 총장 후보자를 선출하는 절차나 방법에 일정한 제한을 가함으로써 근본적으로 교수들이나 교수회의 대학의 장 후보자선정에 관여할 기본권을 제약하고 있고, 위원회에는 교수들이 구성원으로 참여하고 있으며, 위 각 법규

---

4) 위 헌법재판소 결정의 심판대상 조항은 구 교육공무원법(2005. 5. 31. 법률 제7537호로 개정된 것) 제24조(대학의 장의 임용), 제24조의2(선거운동의 제한), 제24조의3(대학의 장 후보자 추천을 위한 선거사무의 위탁) 등이었습니다.

정의 목적 및 실질적인 규율대상, 법규정에서의 제한이나 금지가 제3자에게 미치는 효과나 진지성의 정도, 규범의 수규자에 의한 헌법소원의 제기가능성 등을 종합적으로 고려하여 판단할 때, 청구인들의 위 기본권이 직접적이고 법적으로 침해당하고 있다고 할 것이므로 청구인들의 자기관련성을 인정할 수 있다.”라고 판시한 바 있습니다.

이 사건 조항 역시 대학의 장이 단과대학장을 임용하는 방식을 규정하는 형식으로 되어 있어 직접적인 수범자는 대학의 장이지만, 단과대학장 임명의 절차에서 추천 또는 선출의 절차를 금지함으로써 근본적으로 청구인들이 단과대학장 임명에 관여하거나 직접 단과대학장으로 임명될 수 있는 기본권을 제약하고 있으므로 기본권침해의 자기관련성이 인정됩니다.

## 2.5.2. 현재성

헌법재판소는 서울대학교가 1994학년도 대학입학교사주요요강에서 인문계열 대학별고사과목 중 일본어를 배제한데 대하여 당시 고등학교 2학년 재학생이 헌법소원심판을 청구한 사건에서 “서울대학교가 위 요강을 작성하여 발표하게 된 경위에 비추어 볼 때 그 요강은 1994학년도 서울대학교 신입생선발부터 실시될 것이 틀림없어 보이고 1995학년도 신입생선발에도 적용될 가능성을 충분히 예측할 수 있다. 그리고 고등학교에서 일본어를 배우고 있는 청구인들은 서울대학교 대학별 고사의 선택과목에서 일본어가 제외되어 있는 입시요강으로 인하여 그들이 94학년도 또는 95학년도에 서울대학교 일반계열 입학 을 지원할 경우 불이익을 입게 될 수도 있다는 것을 현재의 시점에서 충분히 예측할 수 있는 이상 기본권침해의 현재성을 인정하여 헌

법소원심판청구의 이익을 인정하는 것이 옳을 것이다. 기본권 침해가 눈앞에 닥쳐올 때를 기다렸다가 헌법소원을 하라고 요구한다면 기본권구제의 실효성을 기대할 수 없기 때문이다.”라고 판시하였습니다 (헌법재판소 1992. 10. 1. 선고 92헌마68 결정).

이 사건의 경우 비록 청구인들이 재직 중인 각 대학에서 현재 단과대학장 임용절차가 진행되고 있지 않다고 하더라도, 향후 단과대학장을 임용할 경우 이 사건 조항이 적용될 것을 충분히 예측할 수 있으므로 기본권침해의 현재성이 인정됩니다.

### 2.5.3. 직접성

법령헌법소원의 경우 직접성이란 “집행행위에 의하지 아니하고 법률 그 자체에 의하여 자유의 제한, 의무의 부과, 권리 또는 법적 지위의 박탈이 생긴 경우”를 말합니다(헌법재판소 2008. 4. 24. 선고 2004헌마440 결정).

이 사건 조항은 단과대학장 임용에 있어서 해당 단과대학 소속 교수들에 의한 추천 또는 선출의 절차를 금지함으로써 별도의 집행행위의 매개 없이 그 자체로 청구인들의 기본권을 제한하므로 기본권 침해의 직접성도 인정됩니다.

### 2.6. 보충성

공권력의 행사 또는 불행사로 기본권을 침해당한 경우에 다른 법률에 구제절차가 있는 경우에는 그 절차를 모두 거친 후가 아니면 헌법

소원심판을 청구할 수 없습니다(헌법재판소법 제68조 제1항 단서).

그러나 이 사건과 같이 법령 자체에 의한 직접적인 기본권 침해가 문제될 때에는 그 법령 자체의 효력을 직접 다투는 것을 소송물로 하여 일반법원에 소송을 제기하는 길이 없어 구제절차가 있는 경우가 아니므로 바로 헌법소원을 청구할 수 있다고 할 것입니다(헌법재판소 1996. 10. 4. 선고 94헌마68 결정 등).

## 2.7. 청구기간의 준수

법령에 대한 헌법소원심판청구의 경우 그 법령의 시행과 동시에 기본권의 침해를 받게 되는 경우에는 그 법률이 시행된 사실을 안 날부터 90일 이내에, 법령이 시행된 날부터 1년 이내에 헌법소원심판을 청구하여야 합니다(헌법재판소법 제69조 제1항, 헌법재판소 1999. 4. 29. 선고 96헌마352 결정 등).

이 사건 조항은 2011. 2. 1.부터 시행되어 가사 청구인들이 바로 시행 사실을 알았다 하더라도 그로부터 90일이 되는 날은 2011. 5. 1.이지만 위 날은 공휴일이므로 민법 제161조에 의하여 그 다음날인 2011. 5. 2.까지 심판청구를 할 수 있습니다. 따라서 이 사건 심판청구는 청구기간을 준수하였습니다.

## 2.8. 소결론

이 사건 심판청구는 헌법소원심판청구의 적법요건을 모두 갖추었습니다.

### 3. 이 사건 조항의 위헌성

#### 3.1. 기본권제한의 법률유보원칙 위반

##### 3.1.1. 기본권제한의 법률유보원칙의 의의

헌법 제37조 제2항은 “국민의 모든 자유와 권리는 국가안전보장·질서유지 또는 공공복리를 위하여 필요한 경우에 한하여 법률로써 제한할 수 있으며, 제한하는 경우에도 자유와 권리의 본질적 내용을 침해할 수 없다.”고 규정하고 있습니다. 즉, 기본권제한은 원칙적으로 국회가 제정한 형식적 의미의 법률에 의해서만 가능하며, 예외적으로 법률에 근거가 있을 경우에 한하여 대통령령 등 행정입법에 의한 제한이 가능한 것입니다.

이처럼 행정입법에 의한 기본권제한의 경우에는 법률유보의 원칙, 법률우위의 원칙, 포괄위임입법금지의 원칙 등 위임입법의 한계를 준수하여야 하는바, 헌법재판소는 법률의 근거 없이 미결수용자의 면회횟수를 제한한 군행형법 시행령에 대한 헌법소원사건에서 “헌법 제37조 제2항은 기본권제한에 관한 일반적 법률유보조항이라고 할 수 있는데 법률유보의 원칙은 ‘법률에 의한 규율’을 요청하는 것이 아니라 ‘법률에 근거한 규율’을 요청하는 것이기 때문에 기본권의 제한에는 법률의 근거가 필요할 뿐이고 기본권 제한의 형식이 반드시 법률의 형식일 필요는 없는 것이다. 그러나 비록 그렇다 하더라도, 헌법 제75조는 ‘대통령은 법률에서 구체적으로 범위를 정하여 위임받은 사항과 법률을 집행하기 위하여 필요한 사항에 관하여 대통령령을 발

할 수 있다.'라고 규정하여 위임입법의 근거를 마련함과 아울러 위임입법의 범위와 한계를 명시하고 있으므로, 대통령령으로 면회의 횟수를 제한하는 경우에는 반드시 그에 관한 법률의 위임이 있어야 하고 그 위임은 구체적으로 범위를 정하여 위임하는 것이 아니면 안 된다."라고 판시한 바 있습니다(헌법재판소 2003. 11. 27. 선고 2002헌마 193 결정).

대법원도 "대통령은 법률에서 구체적으로 범위를 정하여 위임받은 사항과 법률을 집행하기 위하여 필요한 사항에 관하여만 대통령령을 발할 수 있는 것이므로(헌법 제75조), 법률의 시행령은 모법인 법률에 의하여 위임받은 사항이나 법률이 규정한 범위 내에서 법률을 현실적으로 집행하는데 필요한 세부적인 사항만을 규정할 수 있을 뿐, 법률에 의한 위임이 없는 한 법률이 규정한 개인의 권리·의무에 관한 내용을 변경·보충하거나 법률에 규정되지 아니한 새로운 내용을 규정할 수는 없다고 할 것인바, 일정한 권리에 관하여 법률이 규정한 존속기간을 뜻하는 제척기간은 권리관계를 조속히 확장시키기 위하여 권리의 행사에 중대한 제한을 가하는 것이므로, 모법인 법률에 의한 위임이 없는 한 시행령이 함부로 제척기간을 규정할 수는 없다고 할 것이다."라고 판시한 바 있습니다(대법원 1990. 9. 28. 선고 89누2493 판결).

위와 같은 헌법재판소와 대법원 판례의 취지에 따르면, 대통령령이 모법인 법률의 구체적인 위임 없이 국민의 기본권을 제한하는 내용을 규정할 경우 이는 기본권제한의 법률유보원칙에 반하는 위헌·무효의 규정이라고 할 것입니다.

### 3.1.2. 이 사건 조항의 법률유보원칙 위반

앞서 검토한 바와 같이 이 사건 조항은 국립대학의 단과대학장 임용에 있어서 해당 단과대학 소속 교수의 추천 또는 선출의 절차를 금지하고 대학의 장에 의한 일방적인 지명을 규정함으로써 청구인들의 대학의 자유, 공무담임권에 대한 중대한 제한을 초래하고 있습니다. 따라서 이 사건 조항이 규정된 교육공무원임용령의 모법인 교육공무원법에 이에 관한 구체적인 위임의 근거규정이 존재하지 않는다면, 이 사건 조항은 기본권제한의 법률유보원칙위반으로 위헌·무효가 될 것입니다.

교육공무원법은 대학인사위원회의 구성·기능과 운영에 관하여 필요한 사항(제5조 제2항), 교사 신규 채용시 공개전형의 실시에 관하여 필요한 사항, 특정대학 출신자의 채용비율 제한 등(제11조 제2항, 제4항), 계약제 임용(제11조의3), 특별채용(제12조), 승진(제13조), 특별승진의 요건 기타 필요한 사항(제15조 제2항), 겸임(제18조 제1항), 전직 등의 제한(제21조 제3호), 대학의장임용추천위원회의 구성·운영 등에 관하여 필요한 사항(제24조 제7항) 등 교원의 임면에 관한 대부분의 사항들에 관하여 모두 대통령령에 위임하는 근거규정을 두고 있습니다.

그러나 교육공무원법은 단과대학장의 보직에 관하여 제27조 제1항에서 “부총장은 교수 중에서, 대학원장·단과대학장은 교수 또는 부교수 중에서 대학의 장의 제청으로 교육과학기술부장관이 보한다.”고 규정하고, 제2항에서 “대학의 장이 제1항의 교육공무원을 보직 제청하고자 할 때에는 당해 대학인사위원회의 동의를 얻어야 한다.”라고

만 규정하고 있을 뿐, 어디에서도 단과대학장 임용시 추천이나 선출의 절차를 금지한다거나 임용의 절차·방법 등을 대통령령에 위임한다는 내용의 규정을 두고 있지 않습니다.

따라서 이 사건 조항은 모법인 교육공무원법의 위임 없이 단과대학장 임명의 절차에서 추천 또는 선출의 절차를 금지함으로써 근본적으로 청구인들이 단과대학장 임명에 관여하거나 직접 단과대학장으로 임명될 기본권을 중대하게 제한하고 있으므로 기본권제한의 법률유보원칙에 위반된다고 할 것입니다.

### 3.1.3. 소결론

이 사건 조항은 기본권제한의 법률유보원칙에 반하여 모법의 위임 없이 청구인들의 기본권을 제한하고 있으므로 헌법에 위반된다고 할 것입니다.

## 3.2. 과잉금지원칙 위반

### 3.2.1. 과잉금지의 원칙의 의의

헌법재판소는 “국가작용 중 특히 입법작용에 있어서의 과잉입법금지의 원칙이라 함은 국가가 국민의 기본권을 제한하는 내용의 입법 활동을 함에 있어서 준수하여야 할 기본원칙 내지 입법활동의 한계를 의미하는 것으로서, 국민의 기본권을 제한하려는 입법의 목적이 헌법 및 법률의 체제상 그 정당성이 인정되어야 하고(목적의 정당성), 그 목적의 달성을 위하여 그 방법이 효과적이고 적절하여야 하

며(방법의 적절성), 입법권자가 선택한 기본권제한의 조치가 입법목적 달성을 위하여 설사 적절하다 할지라도 보다 완화된 형태나 방법을 모색함으로써 기본권의 제한은 필요한 최소한도에 그치도록 하여야 하며(피해의 최소성), 그 입법에 의하여 보호하려는 공익과 침해되는 사익을 비교 형량할 때 보호되는 공익이 더 커야한다(법익의 균형성)는 법치국가의 원리에서 당연히 파생되는 헌법상의 기본원리의 하나인 비례의 원칙을 말하는 것이다.”라고 판시하여, 과잉금지의 원칙이 기본권제한입법의 한계임을 명확히 밝히고 있습니다(헌법재판소 1992. 12. 24. 선고 92헌가8 결정).

따라서 국민의 기본권을 제한하는 입법이 목적의 정당성·방법의 적절성·피해의 최소성·법익의 균형성 중 어느 하나라도 충족시키지 못한다면 과잉금지원칙에 위반하여 위헌·무효라고 할 것입니다.

### 3.2.2. 이 사건 조항의 과잉금지원칙 위반 여부

#### ① 목적의 정당성

교육과학기술부는 보도자료에서 “그간 단과대학장을 2년마다 소속 교수의 직선으로 선출함에 따라 대학이 과잉 정치화되어 교육·연구 분위기가 저해되고 단과대 이기주의로 대학 차원의 의사결정에도 어려움이 있었다. 학장직선제 폐지는 총장의 의향이 반영된 학장이 총장의 의사결정을 보좌하고 결정사항을 집행하도록 함으로써, 대학 운영의 효율성을 제고하기 위한 것이다.”라고 밝힌 바 있습니다(갑 제1호증의 1 제2면, 갑 제1호증의 2 제2면, 제6면). 즉, 이 사건 조항의 입법목적은 대학의 과잉 정치화 방지, 대학운영의 효율성 제고라고

할 것입니다.

국립대학 선진화 방안을 입안한 교육과학기술부는 단과대학장 선거 과정에서 대학의 운영에 관한 입장과 비전을 달리하는 여러 후보자들과 그 지지자들이 서로 경쟁하는 것을 과잉 정치화라고 이해하고 있는 것으로 보입니다. 그러나 이는 민주적 선거제도를 운영하는 모든 경우에 나타날 수밖에 없는 당연한 현상으로서 이로 인해 국립대학의 교육·연구 분위기가 실제로 저해되었다거나 단과대 이기주의로 대학 차원의 의사결정에도 어려움이 있었다는 등의 실증적인 자료에 의하여 객관적으로 뒷받침되는 논거로 보기는 어려우므로, 막연히 대학의 과잉 정치화를 방지한다는 목적은 선뜻 그 정당성을 인정하기 어렵습니다.

또한 교육과학기술부는 추천이나 선출의 절차를 거치지 않고 총장 개인의 의사결정에 따라 직접 임명한 단과대학장이 총장을 보좌하고 결정사항을 집행하는 것이 대학 운영의 효율성 제고에 도움이 되는 것으로 이해하고 있는 것으로 보입니다. 그러나 총장이 직접 지명하지 않고 추천이나 선출의 절차를 통해 임명된 단과대학장이 총장을 보좌한다고 해서 대학 운영의 효율성이 떨어진다는 것은 아무런 논리적 근거가 없습니다. 또한 단과대학장은 총장의 단순한 보좌기관이나 집행기관이 아니라 각 소속 단과대학을 대표하는 지위에 있다고 보아야 하고, 학문의 전당으로서 헌법상 기본권인 자치권을 향유하는 대학의 운영에 있어서는 계량적 평가에 의거한 효율성만을 추구하기 보다는 각 단과대학의 이익이 자유롭게 대변되는 가운데 균형과 조화를 추구하는 것이야말로 진정한 대학의 발전을 가져올 수 있다는 점을 감안한다면, 대학 운영의 효율성 제고라는 목적 역시 지나치게

추상적이고 막연하여 그 목적의 정당성을 인정하기에 어려움이 있다고 할 것입니다.

따라서 이 사건 조항은 목적의 정당성 요건을 충족하였다고 보기 어렵습니다.

## ② 방법의 적절성

가사 대학의 과잉 정치화 방지, 대학운영의 효율성 제고라는 이 사건 조항의 입법목적이 정당하다고 하더라도, 단과대학장 직선제의 폐지는 그러한 목적을 달성하기 위한 적절한 방법이라고 볼 수 없습니다.

과잉 정치화의 의미를 단과대학장 선거과정에서 나타나는 각 후보자 및 그 지지자들의 경쟁으로만 이해한다면 단과대학장 직선제의 폐지를 통해 이를 방지할 수는 있을 것입니다. 그러나 총장(대학의 장)이 자신만의 의사결정에 따라 직접 단과대학장을 임명할 경우에는 이체는 단과대학장으로 임용되고자 하는 수많은 교수들 사이에서 총장의 선택을 받기 위해 치열한 물밑 경쟁이 벌어질 것이고, 이는 필연적으로 출세우기, 파벌 형성, 뇌물수수 등의 또 다른 부작용을 초래할 것으로 예상됩니다. 결국 단과대학장 직선제 폐지는 선거라는 공개된 절차에서 자유로운 경쟁을 통해 단과대학장을 선출하는 경우보다 오히려 더 심한 과잉 정치화를 초래할 가능성이 매우 높습니다.

또한 의사결정이나 집행의 신속성 외에, 의사결정의 합리성, 공정성, 투명성을 확보하고 각 단과대학의 이익을 균형 있고 조화롭게 추

구하는 것이야말로 진정 바람직한 대학 운영의 효율성 제고라는 점을 고려한다면, 총장이 직접 임명하고 총장의 의사결정에 따라 단순히 집행하기만 하는 단과대학장의 존재는 대학 운영의 효율성 제고에 아무런 도움이 되지 않는다고 할 것입니다. 특히 대학 운영의 효율성 제고는 학문의 자유를 신장하고 대학 자치를 확대함으로써 대학이 성장·발전하는데 기여하는 것이어야 할 터인데, 총장이 비민주적이고 독단적인 방식으로 대학을 운영하려 할 때 이에 대해 직언을 하고 제지할 수 있는 단과대학장들이 없다면 이는 대학을 총장의 1인 독재체제하에 두는 것과 다를없는바, 이럴 경우 대학 운영의 효율성 제고라는 목적은 전혀 달성할 수 없다고 할 것입니다.

따라서 이 사건 조항은 방법의 적정성 요건을 충족시키지 못하였습니다.

### ③ 피해의 최소성

대학의 과잉 정치화 방지, 대학 운영의 효율성 제고라는 목적달성을 위해서는 단과대학장 직선제를 폐지하는 방안 외에도 기존의 직선제를 유지하면서 선거기간이나 선거운동의 방법을 제한하는 방안, 후보자의 자격요건을 제한하는 방안, 복수의 후보자를 추천 또는 선출한 후 후보자들 중에서 총장이 단과대학장을 임명하는 방안, 총장의 단과대학장에 대한 지시·감독권한을 규정하는 방안 등이 있을 수 있습니다.

그러나 이 사건 조항은 입법목적 달성을 위하여 위와 같이 보다 완화된 형태나 방법을 모색함으로써 청구인들의 기본권에 대한 제한

을 필요한 최소한도에 그치게 할 수 있었음에도 불구하고, 단과대학 장 직선제의 폐지라는 극단적인 방법을 선택함으로써 청구인들의 기본권인 대학의 자치와 공무담임권에 대한 심각한 침해를 야기하였습니다.

따라서 이 사건 조항은 피해의 최소성 요건을 충족시키지 못하였습니다.

#### ④ 법익의 균형성

이 사건 조항이 보호하려는 공익인 대학의 과잉 정치화 방지, 대학 운영의 효율성 제고는 위 ①항에서 검토한 바와 같이 지나치게 추상적이고 막연하여 그 실체가 무엇인지조차 쉽게 이해할 수 없습니다. 반면 이로 인해 침해되는 법익은 청구인들의 대학의 자치와 공무담임권이라는 중요한 헌법상 기본권입니다. 결국 이 사건 조항은 다양한 의견과 이해관계의 표출이 가장 장려되어야 할 대학이라는 공간에서 효율성이라는 미명하에 대학의 자치와 공무담임권의 본질적 내용을 침해하는 것으로서, 이를 통해 추구하는 공익보다 침해되는 법익이 훨씬 중대하다고 할 것입니다.

따라서 이 사건 조항은 법익의 균형성 요건을 충족시키지 못하였습니다.

### 3.2.3. 소결론

이 사건 조항은 목적의 정당성·방법의 적절성·피해의 최소성·법익의

균형성을 모두 충족시키지 못하였으므로 기본권제한의 한계인 과잉 금지원칙에 반하여 헌법에 위반된다고 할 것입니다.

#### 4. 결론

이상 살펴본 바와 같이, 이 사건 조항은 기본권제한의 법률유보원칙, 과잉 금지의 원칙에 위반하여 청구인들의 기본권인 대학의 자치, 공무담임권을 중대하게 침해하고 있습니다. 그러므로 청구인들은 위헌인 이 사건 조항에 대하여 청구취지와 같은 위헌결정을 구하고자 이 사건 청구에 이른 것입니다.

### 입 증 방 법

갑 제1호증의 1	보도자료
갑 제1호증의 2	국립대학 선진화 방안
갑 제2호증	교육공무원임용령 일부개정령안

### 첨 부 서 류

1. 위 입증방법	각 1통
1. 청구서부분	1통
1. 위임장	1통
1. 담당번호사지정서	1통

2011. 5. 2.

위 청구인들의 대리인

범무법인(유한) 태평양

담당변호사 한위수

담당변호사 주한길

담당변호사 주성준

담당변호사 조아라

헌 법 재 판 소

귀 중

## ※ 효력정지가처분신청

### 효력정지가처분신청서

신청인 1. 김형기

대구 수성구 범어동 [REDACTED]

2. 김형래

대구 북구 태전동 [REDACTED]

3. 전현수

대구 북구 산격3동 [REDACTED]

신청인들의 대리인 법무법인(유한) 태평양

서울 강남구 역삼동 647-15 한국타이어빌딩

(우편번호: 135-723)

담당변호사 한위수, 주한길, 주성준, 조아라

(전화: 3404-0541, 팩스: 3404-7688)

(전자우편: weesoo.han@bkl.co.kr)

### 신 청 취 지

교육공무원임용령(2011. 2. 1. 대통령령 제22655호로 개정된 것) 제9조의4의 효력은 헌법재판소 2011헌마\*\*\* 사건의 종국결정 선고시까지 이를 정지한다.

라는 결정을 구합니다.

## 침해된 권리

헌법 제22조 제1항, 제31조 제4항 대학의 자치, 제25조 공무담임권

## 침해의 원인

교육공무원임용령(2011. 2. 1. 대통령령 제22655호로 개정된 것) 제9조의4는 기본권제한의 법률유보원칙, 과잉금지의 원칙에 위반하여 신청인들의 기본권인 대학의 자치, 공무담임권을 침해합니다.

## 신청이유

### 5. 사건의 개요

#### 5.1. 신청인들의 지위

신청인 김형기는 국립대학교인 경북대학교 경상대학 경제통상학부 교수, 신청인 김형래는 같은 대학교 사범대학 불어교육과 부교수, 신청인 전현수는 같은 대학교 인문대학 사학과 부교수로 각 재직 중이면서, 각 전국국공립대학교수회연합회 상임회장, 고등교육법개정추진실행위원장, 사무총장을 맡고 있습니다.

#### 5.2. 사건의 배경 및 경과

교육과학기술부장관은 2010. 9. 28. 운영체제 효율화를 통한 국립대학

경쟁력을 제고한다는 명분하에 “국립대학 선진화 방안”을 발표하였습니다(소갑 제1호증의 1, 2).

위 방안은 ① 자율·책임 운영체제 구현을 위한 지배구조 선진화, ② 교·직원 경쟁력 강화를 위한 인사·보수 운영체제 개선, ③ 대학운영 시스템 효율화·자율화, ④ 경쟁적 환경 조성을 통한 국립대학 체질 개선 및 책무성 확보를 주요 내용으로 하고 있으며, “자율·책임 운영체제 구현을 위한 지배구조 선진화”의 일환으로 단과대학장 직선제를 폐지하고 총장이 직접 단과대학장을 임명하는 방식으로 전환할 것을 예고하였습니다.

교육과학기술부장관은 2010. 11. 24. 단과대학장 직선제 폐지를 내용으로 하는 교육공무원임용령 일부개정령안을 입법예고하였고(교육과학기술부 공고 제2010-392호, 소갑 제2호증), 이후 일부 자구와 체계의 수정<sup>5)</sup>을 거쳐 2011. 2. 1. 교육공무원임용령(대통령령 제22655호)이 공포되어 같은 날부터 시행되었습니다.

이와 같이 시행된 교육공무원임용령에 신설 조항으로 추가된 제9조의4(단과대학장의 임용)는 “법 제27조 제1항 및 이 영 제3조 제2항 제1호에 따라 대학의 장이 단과대학장을 보할 때에는 그 대상자의 추천을 받거나 선출의 절차를 거치지 아니하고 해당 단과대학 소속 교수 또는 부교수 중에서 직접 지명하여 보한다.”라고 규정하고 있습니다(이하 교육공무원임용령 제9조의4를 ‘이 사건 조항’이라 합니다).

---

5) 단과대학장 직선제 폐지에 관한 내용이 일부개정령안에서는 제4조의4에 규정되었으나, 실제 공포시에는 제9조의4에 규정되었습니다.

## 6. 신청인들의 헌법소원심판청구

### 6.1. 헌법소원심판청구의 적법요건

헌법재판소법 제68조 제1항에 의한 헌법소원심판을 청구하기 위해서는 ① 청구인의 기본권 주체성, ② 공권력의 행사 또는 불행사의 존재, ③ 헌법상 보장된 기본권의 침해, ④ 기본권 침해의 자기관련성·현재성·직접성, ⑤ 보충성, ⑥ 청구기간 준수의 요건을 모두 갖추어야만 합니다.

### 6.2. 신청인들의 기본권 주체성

자연인인 국민은 생존한 동안 기본권의 주체가 되므로 국립대학교 교수로 재직 중인 신청인들은 당연히 기본권의 주체성이 인정됩니다. 헌법재판소는 “대학의 자치의 주체를 기본적으로 대학으로 본다고 하더라도 교수나 교수회의 주체성이 부정된다고 볼 수는 없고, 가령 학문의 자유를 침해하는 대학의 장에 대한 관계에서는 교수나 교수회가 주체가 될 수 있고, 또한 국가에 의한 침해에 있어서는 대학 자체 외에도 대학 전 구성원이 자율성을 갖는 경우도 있을 것이므로 문제되는 경우에 따라서 대학, 교수, 교수회 모두가 단독, 혹은 중첩적으로 주체가 될 수 있다고 보아야 할 것이다.”라고 판시한 바 있습니다(헌법재판소 2006. 4. 27. 선고 2005헌마1047 결정). 이러한 헌법재판소 판례의 취지에 따라 교수인 신청인들은 대학의 자치의 기본권 주체성이 인정된다고 할 것입니다.

### 6.3. 공권력의 행사 또는 불행사의 존재

헌법재판소는 “헌법재판소법 제68조 제1항은 공권력의 행사 또는 불행사로 인하여 헌법상 보장된 기본권을 침해받은 자는 법원의 재판을 제외하고는 헌법소원심판을 청구할 수 있다고 규정하고 있는바, 이 조항에서 말하는 공권력이란 입법권, 행정권 등 모든 공권력을 말하는 것으로서 행정부에서 제정한 명령·규칙도 이 사건 시행령 [별표 1]의 경우와 같이 그것이 별도의 집행행위를 기다리지 않고 직접 기본권을 침해하는 것일 때에는 모두 헌법소원심판의 대상이 될 수 있는 것”이라고 판시한 바 있습니다(헌법재판소 1997. 6. 26. 선고 94헌마52 결정).

후술하는 바와 같이 이 사건 조항은 별도의 집행행위를 기다리지 않고 직접 신청인들의 기본권을 침해하므로, 헌법소원심판의 대상인 공권력의 행사에 해당됩니다.

## 6.4. 헌법상 보장된 기본권의 침해

### 6.4.1. 대학의 자치

대학의 자유 또는 대학의 자치라 함은 연구와 교육이라는 대학 본연의 임무를 달성하는데 필요한 사항은 가능한 한 대학의 자율에 맡겨야 한다는 것을 내용으로 하는 기본권으로서 대학, 교수, 교수회 모두가 단독 혹은 중첩적으로 그 주체가 될 수 있습니다(헌법재판소 2006. 4. 27. 선고 2005헌마1047 결정). 대학이 국가권력이나 설립자들을 비롯한 외부세력의 간섭 또는 압력을 받게 되면 학문 활동이 외부의 가치판단에 영향을 받게 되기 때문에, 그러한 외부세력의 간섭을 배제하고 대학에서 자유로운 학문 활동을 실효적으로 보장하기

위해서는 대학의 자유 또는 대학의 자치가 보장되어야만 합니다. 이처럼 대학의 자치는 학문의 자유를 실효적으로 보장하기 위한 수단으로서 학문의 자유에 관한 헌법 제22조 제1항에 그 근거를 두고 있으며, 헌법 제31조 제4항은 대학의 자율성의 보장에 관한 명문의 규정을 두고 있습니다.

헌법재판소 역시 “헌법 제22조 제1항에서 규정한 학문의 자유 등의 보호는 개인의 인권으로서의 학문의 자유뿐만 아니라 특히 대학에서 학문연구의 자유·연구 활동의 자유·교수의 자유 등도 보장하는 취지이다. 이와 같은 대학에서의 학문의 자유에 대한 보장을 담보하기 위하여는 대학의 자율성이 보장되어야 한다. 헌법 제31조 제4항도 ‘교육의 자주성·전문성·정치적 중립성 및 대학의 자율성은 법률이 정하는 바에 의하여 보장된다’고 규정하여 교육의 자주성·대학의 자율성을 보장하고 있는데, 이는 대학에 대한 공권력 등 외부세력의 간섭을 배제하고 대학구성원 자신이 대학을 자주적으로 운영할 수 있도록 함으로써 대학인으로 하여금 연구와 교육을 자유롭게 하여 진리탐구와 지도적 인격의 도야(陶冶)라는 대학의 기능을 충분히 발휘할 수 있도록 하기 위한 것이며, 교육의 자주성이나 대학의 자율성은 헌법 제22조 제1항이 보장하고 있는 학문의 자유의 확실한 보장 수단으로 꼭 필요한 것으로서 이는 대학에게 부여된 헌법상의 기본권이다.”라고 판시하여 대학의 자치를 기본권으로 인정하고 있습니다 (헌법재판소 1998. 7. 16. 선고 96헌바33 결정).

대학의 자치의 범위에 관하여 위 헌법재판소 96헌바33 결정은 “여기서 대학의 자율은 대학시설의 관리·운영만이 아니라 전반적인 것이라야 하므로 연구와 교육의 내용, 그 방법과 대상, 교과과정의 편

성, 학생의 선발과 전형 및 특히 교원의 임면에 관한 사항도 자율의 범위에 속한다.”라고 판시하였습니다. 또한, 헌법재판소 2006. 4. 27. 선고 2005헌마1047 결정은 “전통적으로 대학 자치는 학문 활동을 수행하는 교수들로 구성된 교수회가 누려오는 것이었고, 현행법상 국립대학의 장 임명권은 대통령에게 있으나, 1990년대 이후 국립대학에서 총장 후보자에 대한 직접선거방식이 도입된 이래 거의 대부분 대학 구성원들이 추천하는 후보자 중에서 대학의 장을 임명하여 옴으로써 대통령이 대학총장을 임명함에 있어 대학교원들의 의사를 존중하여 온 점을 고려하면, 신청인들<sup>6)</sup>에게 대학총장 후보자 선출에 참여할 권리가 있고 이 권리는 대학의 자치의 본질적인 내용에 포함된다고 할 것이므로 결국 헌법상의 기본권으로 인정할 수 있다.”라고 판시하였습니다.

이 사건의 경우 종래 학교에 따라 총장이 단과대학장을 직접 임명하는 경우도 없지 아니하였으나, 대부분의 대학에서는 총장이 단과대학 교수들의 선출 또는 추천을 존중하여 단과대학장을 임명함으로써 사실상 학장선거제를 실시해 왔고, 대학의 자치는 교원의 임면에 관한 사항까지도 포함한 전반적인 범위에 미치는 것이므로, 학장의 선출·임명에 관여할 수 있는 신청인들의 권리는 헌법상 보장된 기본권인 대학의 자치에 포함된다고 할 것입니다.

#### 6.4.2. 공무담임권<sup>7)</sup>

---

6) 위 헌법재판소 결정에서의 청구인은 국립대학교의 교수 및 교수회입니다.

7) 공직도 직업에 해당되므로 직업의 자유도 침해된다고 볼 수 있습니다. 그러나 헌법재판소는 “공무원직에 관한 한 공무담임권은 직업의 자유에 우선하여 적용되는 특별법적 규정”이라고 판시하였으므로(헌법재판소 1999. 12. 23. 선고 99헌마135 결정), 헌법재판소 판례의 취지에 따라 직업의 자유에 대한 별도의 검토는 생략하겠습니다.

공무담임권이라 함은 선거직공무원을 비롯한 모든 국가기관의 공직에 취임할 수 있는 권리를 말하며, 국립대학에 근무하는 교원은 교육공무원에 해당되므로(교육공무원법 제2조 제1항 제1호, 제2항 제1호) 국립대학의 단과대학장에 취임할 수 있는 권리 역시 공무담임권에 의해 보장됩니다.

이 사건 조항의 시행 전까지는 대부분의 대학에서 총장이 단과대학 교수들의 선출 또는 추천을 존중하여 단과대학장을 임명함으로써 사실상 학장직선제를 실시해 왔으므로, 국립대학의 교수로 재직 중인 신청인들은 누구든지 동료 교수들로부터 선출되거나 또는 추천을 받아 단과대학장으로 임명될 수 있는 기회가 보장되어 있었습니다. 그러나 이 사건 조항의 시행으로 단과대학 소속 교수들에 의한 추천 또는 선출의 절차가 금지되고, 대학의 장으로부터 직접 지명을 받지 않으면 단과대학장에 임명될 수 없게 되었으므로 이 사건 조항은 신청인들의 공무담임권을 제한하는 규정이라고 할 것입니다.

## 6.5. 기본권 침해의 자기관련성·현재성·직접성

### 6.5.1. 자기관련성

헌법재판소 2006. 4. 27. 선고 2005헌마1047 결정은 “이 사건 법률조항<sup>8)</sup>의 수범자는 직접적으로는 대학이나 대학의장임용추천위원회(이하 ‘위원회’라고 한다)이긴 하나, 위 각 규정이 대학이 총장 후보자를

---

8) 위 헌법재판소 결정의 심판대상 조항은 구 교육공무원법(2005. 5. 31. 법률 제7537호로 개정된 것) 제24조(대학의 장의 임용), 제24조의2(선거운동의 제한), 제24조의3(대학의 장 후보자 추천을 위한 선거사무의 위탁) 등이었습니다.

선출하는 절차나 방법에 일정한 제한을 가함으로써 근본적으로 교수들이나 교수회의 대학의 장 후보자선정에 관여할 기본권을 제약하고 있고, 위원회에는 교수들이 구성원으로 참여하고 있으며, 위 각 법규정의 목적 및 실질적인 규율대상, 법규정에서의 제한이나 금지가 제3자에게 미치는 효과나 진지성의 정도, 규범의 수규자에 의한 헌법소원의 제기가능성 등을 종합적으로 고려하여 판단할 때, 신청인들의 위 기본권이 직접적이고 법적으로 침해당하고 있다고 할 것이므로 신청인들의 자기관련성을 인정할 수 있다.”라고 판시한 바 있습니다.

이 사건 조항 역시 대학의 장이 단과대학장을 임용하는 방식을 규정하는 형식으로 되어 있어 직접적인 수범자는 대학의 장이지만, 단과대학장 임명의 절차에서 추천 또는 선출의 절차를 금지함으로써 근본적으로 신청인들이 단과대학장 임명에 관여하거나 직접 단과대학장으로 임명될 수 있는 기본권을 제약하고 있으므로 기본권침해의 자기관련성이 인정됩니다.

## 6.5.2. 현재성

헌법재판소는 서울대학교가 1994학년도 대학입학교사주요요강에서 인문계열 대학별고사과목 중 일본어를 배제한데 대하여 당시 고등학교 2학년 재학생이 헌법소원심판을 청구한 사건에서 “서울대학교가 위 요강을 작성하여 발표하게 된 경위에 비추어 볼 때 그 요강은 1994학년도 서울대학교 신입생선발부터 실시될 것이 틀림없어 보이고 1995학년도 신입생선발에도 적용될 가능성을 충분히 예측할 수 있다. 그리고 고등학교에서 일본어를 배우고 있는 신청인들은 서울대학교 대학별 고사의 선택과목에서 일본어가 제외되어 있는 입시요강으로

인하여 그들이 94학년도 또는 95학년도에 서울대학교 일반계열 입학  
을 지원할 경우 불이익을 입게 될 수도 있다는 것을 현재의 시점에  
서 충분히 예측할 수 있는 이상 기본권침해의 현재성을 인정하여 헌  
법소원심판청구의 이익을 인정하는 것이 옳을 것이다. 기본권 침해가  
눈앞에 닥쳐올 때를 기다렸다가 헌법소원을 하라고 요구한다면 기본  
권구제의 실효성을 기대할 수 없기 때문이다.”라고 판시하였습니다  
(헌법재판소 1992. 10. 1. 선고 92헌마68 결정).

이 사건의 경우 비록 신청인들이 재직 중인 각 대학에서 현재 단  
과대학장 임용절차가 진행되고 있지 않다고 하더라도, 향후 단과대학  
장을 임용할 경우 이 사건 조항이 적용될 것을 충분히 예측할 수 있  
으므로 기본권침해의 현재성이 인정됩니다.

### 6.5.3. 직접성

법령헌법소원의 경우 직접성이란 “집행행위에 의하지 아니하고 법  
률 그 자체에 의하여 자유의 제한, 의무의 부과, 권리 또는 법적 지  
위의 박탈이 생긴 경우”를 말합니다(헌법재판소 2008. 4. 24. 선고 20  
04헌마440 결정).

이 사건 조항은 단과대학장 임용에 있어서 해당 단과대학 소속 교  
수들에 의한 추천 또는 선출의 절차를 금지함으로써 별도의 집행행  
위의 매개 없이 그 자체로 신청인들의 기본권을 제한하므로 기본권  
침해의 직접성도 인정됩니다.

### 6.6. 보충성

공권력의 행사 또는 불행사로 기본권을 침해당한 경우에 다른 법률에 구제절차가 있는 경우에는 그 절차를 모두 거친 후가 아니면 헌법소원심판을 청구할 수 없습니다(헌법재판소법 제68조 제1항 단서).

그러나 이 사건과 같이 법령 자체에 의한 직접적인 기본권 침해가 문제될 때에는 그 법령 자체의 효력을 직접 다투는 것을 소송물로 하여 일반법원에 소송을 제기하는 길이 없어 구제절차가 있는 경우가 아니므로 바로 헌법소원을 청구할 수 있다고 할 것입니다(헌법재판소 1996. 10. 4. 선고 94헌마68 결정 등).

#### 6.7. 청구기간의 준수

법령에 대한 헌법소원의 청구기간은 그 법령의 시행과 동시에 기본권의 침해를 받게 되는 경우에는 그 법률이 시행된 사실을 안 날부터 90일 이내에, 법령이 시행된 날부터 1년 이내에 헌법소원심판을 청구하여야 합니다(헌법재판소법 제69조 제1항, 헌법재판소 1999. 4. 29. 선고 96헌마352 결정 등).

이 사건 조항은 2011. 2. 1.부터 시행되어 가사 신청인들이 바로 시행 사실을 알았다 하더라도 그로부터 90일이 되는 날은 2011. 5. 1.이지만 위 날은 공휴일이므로 민법 제161조에 의하여 그 다음날인 2011. 5. 2.까지 심판청구를 할 수 있습니다. 신청인들은 2011. 5. 2. 귀 재판소에 헌법소원심판을 청구하였으므로 청구기간을 준수하였습니다.

#### 6.8. 소결론

신청인들은 헌법소원심판청구의 요건을 모두 갖추어 이 사건 조항에 대하여 귀 재판소에 적법한 헌법소원심판을 청구하였습니다.

## 7. 이 사건 조항의 위헌성

### 7.1. 기본권제한의 법률유보원칙 위반

#### 7.1.1. 기본권제한의 법률유보원칙의 의의

헌법 제37조 제2항은 “국민의 모든 자유와 권리는 국가안전보장·질서유지 또는 공공복리를 위하여 필요한 경우에 한하여 법률로써 제한할 수 있으며, 제한하는 경우에도 자유와 권리의 본질적 내용을 침해할 수 없다.”고 규정하고 있습니다. 즉, 기본권제한은 원칙적으로 국회가 제정한 형식적 의미의 법률에 의해서만 가능하며, 예외적으로 법률에 근거가 있을 경우에 한하여 대통령령 등 행정입법에 의한 제한이 가능한 것입니다.

이처럼 행정입법에 의한 기본권제한의 경우에는 법률유보의 원칙, 법률우위의 원칙, 포괄위임입법금지의 원칙 등 위임입법의 한계를 준수하여야 하는바, 헌법재판소는 법률의 근거 없이 미결수용자의 면회횟수를 제한한 군행형법 시행령에 대한 헌법소원사건에서 “헌법 제37조 제2항은 기본권제한에 관한 일반적 법률유보조항이라고 할 수 있는데 법률유보의 원칙은 ‘법률에 의한 규율’을 요청하는 것이 아니라 ‘법률에 근거한 규율’을 요청하는 것이기 때문에 기본권의 제한에는 법률의 근거가 필요할 뿐이고 기본권 제한의 형식이 반드시 법률

의 형식일 필요는 없는 것이다. 그러나 비록 그렇다 하더라도, 헌법 제75조는 '대통령은 법률에서 구체적으로 범위를 정하여 위임받은 사항과 법률을 집행하기 위하여 필요한 사항에 관하여 대통령령을 발할 수 있다.'라고 규정하여 위임입법의 근거를 마련함과 아울러 위임입법의 범위와 한계를 명시하고 있으므로, 대통령령으로 면회의 횟수를 제한하는 경우에는 반드시 그에 관한 법률의 위임이 있어야 하고 그 위임은 구체적으로 범위를 정하여 위임하는 것이 아니면 안 된다."라고 판시한 바 있습니다(헌법재판소 2003. 11. 27. 선고 2002헌마 193 결정).

대법원도 "대통령은 법률에서 구체적으로 범위를 정하여 위임받은 사항과 법률을 집행하기 위하여 필요한 사항에 관하여만 대통령령을 발할 수 있는 것이므로(헌법 제75조), 법률의 시행령은 모법인 법률에 의하여 위임받은 사항이나 법률이 규정한 범위 내에서 법률을 현실적으로 집행하는데 필요한 세부적인 사항만을 규정할 수 있을 뿐, 법률에 의한 위임이 없는 한 법률이 규정한 개인의 권리·의무에 관한 내용을 변경·보충하거나 법률에 규정되지 아니한 새로운 내용을 규정할 수는 없다고 할 것인바, 일정한 권리에 관하여 법률이 규정한 존속기간을 뜻하는 제척기간은 권리관계를 조속히 확장시키기 위하여 권리의 행사에 중대한 제한을 가하는 것이므로, 모법인 법률에 의한 위임이 없는 한 시행령이 함부로 제척기간을 규정할 수는 없다고 할 것이다."라고 판시한 바 있습니다(대법원 1990. 9. 28. 선고 89누2493 판결).

위와 같은 헌법재판소와 대법원 판례의 취지에 따르면, 대통령령이 모법인 법률의 구체적인 위임 없이 국민의 기본권을 제한하는 내용

을 규정할 경우 이는 기본권제한의 법률유보원칙에 반하는 위헌·무효의 규정이라고 할 것입니다.

### 7.1.2. 이 사건 조항의 법률유보원칙 위반

앞서 검토한 바와 같이 이 사건 조항은 국립대학의 단과대학장 임용에 있어서 해당 단과대학 소속 교수의 추천 또는 선출의 절차를 금지하고 대학의 장에 의한 일방적인 지명을 규정함으로써 신청인들의 대학의 자유, 공무담임권에 대한 중대한 제한을 초래하고 있습니다. 따라서 이 사건 조항이 규정된 교육공무원임용령의 모법인 교육공무원법에 이에 관한 구체적인 위임의 근거규정이 존재하지 않는다면, 이 사건 조항은 기본권제한의 법률유보원칙위반으로 위헌·무효가 될 것입니다.

교육공무원법은 대학인사위원회의 구성·기능과 운영에 관하여 필요한 사항(제5조 제2항), 교사 신규 채용시 공개전형의 실시에 관하여 필요한 사항, 특정대학 출신자의 채용비율 제한 등(제11조 제2항, 제4항), 계약제 임용(제11조의3), 특별채용(제12조), 승진(제13조), 특별승진의 요건 기타 필요한 사항(제15조 제2항), 겸임(제18조 제1항), 전직 등의 제한(제21조 제3호), 대학의장임용추천위원회의 구성·운영 등에 관하여 필요한 사항(제24조 제7항) 등 교원의 임면에 관한 대부분의 사항들에 관하여 모두 대통령령에 위임하는 근거규정을 두고 있습니다.

그러나 교육공무원법은 단과대학장의 보직에 관하여 제27조 제1항에서 “부총장은 교수 중에서, 대학원장·단과대학장은 교수 또는 부교

수 중에서 대학의 장의 제청으로 교육과학기술부장관이 보한다.”고 규정하고, 제2항에서 “대학의 장이 제1항의 교육공무원을 보직 제청하고자 할 때에는 당해 대학인사위원회의 동의를 얻어야 한다.”라고만 규정하고 있을 뿐, 어디에서도 단과대학장 임용시 추천이나 선출의 절차를 금지한다거나 임용의 절차·방법 등을 대통령령에 위임한다는 내용의 규정을 두고 있지 않습니다.

따라서 이 사건 조항은 모법인 교육공무원법의 위임 없이 단과대학장 임명의 절차에서 추천 또는 선출의 절차를 금지함으로써 근본적으로 신청인들이 단과대학장 임명에 관여하거나 직접 단과대학장으로 임명될 기본권을 중대하게 제한하고 있으므로 기본권제한의 법률유보원칙에 위반된다고 할 것입니다.

### 7.1.3. 소결론

이 사건 조항은 기본권제한의 법률유보원칙에 반하여 모법의 위임 없이 신청인들의 기본권을 제한하고 있으므로 헌법에 위반된다고 할 것입니다.

## 7.2. 과잉금지원칙 위반

### 7.2.1. 과잉금지의 원칙의 의미

헌법재판소는 “국가작용 중 특히 입법작용에 있어서의 과잉입법금지의 원칙이라 함은 국가가 국민의 기본권을 제한하는 내용의 입법활동을 함에 있어서 준수하여야 할 기본원칙 내지 입법활동의 한계

를 의미하는 것으로서, 국민의 기본권을 제한하려는 입법의 목적이 헌법 및 법률의 체제상 그 정당성이 인정되어야 하고(목적의 정당성), 그 목적의 달성을 위하여 그 방법이 효과적이고 적절하여야 하며(방법의 적절성), 입법권자가 선택한 기본권제한의 조치가 입법목적 달성을 위하여 설사 적절하다 할지라도 보다 완화된 형태나 방법을 모색함으로써 기본권의 제한은 필요한 최소한도에 그치도록 하여야 하며(피해의 최소성), 그 입법에 의하여 보호하려는 공익과 침해되는 사익을 비교 형량할 때 보호되는 공익이 더 커야한다(법익의 균형성)는 법치국가의 원리에서 당연히 파생되는 헌법상의 기본원리의 하나인 비례의 원칙을 말하는 것이다.”라고 판시하여, 과잉금지의 원칙이 기본권제한입법의 한계임을 명확히 밝히고 있습니다(헌법재판소 1992. 12. 24. 선고 92헌가8 결정).

따라서 국민의 기본권을 제한하는 입법이 목적의 정당성·방법의 적절성·피해의 최소성·법익의 균형성 중 어느 하나라도 충족시키지 못한다면 과잉금지원칙에 위반하여 위헌·무효라고 할 것입니다.

## 7.2.2. 이 사건 조항의 과잉금지원칙 위반 여부

### ① 목적의 정당성

교육과학기술부는 보도자료에서 “그간 단과대학장을 2년마다 소속 교수의 직선으로 선출함에 따라 대학이 과잉 정치화되어 교육·연구 분위기가 저해되고 단과대 이기주의로 대학 차원의 의사결정에도 어려움이 있었다. 학장직선제 폐지는 총장의 의향이 반영된 학장이 총장의 의사결정을 보좌하고 결정사항을 집행하도록 함으로써, 대학 운

영의 효율성을 제고하기 위한 것이다.”라고 밝힌 바 있습니다(소갑 제1호증의 1 제2면, 소갑 제1호증의 2 제2면, 제6면). 즉, 이 사건 조항의 입법목적은 대학의 과잉 정치화 방지, 대학운영의 효율성 제고라고 할 것입니다.

국립대학 선진화 방안을 입안한 교육과학기술부는 단과대학장 선거 과정에서 대학의 운영에 관한 입장과 비전을 달리하는 여러 후보자들과 그 지지자들이 서로 경쟁하는 것을 과잉 정치화라고 이해하고 있는 것으로 보입니다. 그러나 이는 민주적 선거제도를 운영하는 모든 경우에 나타날 수밖에 없는 당연한 현상으로서 이로 인해 국립대학의 교육·연구 분위기가 실제로 저해되었다거나 단과대 이기주의로 대학 차원의 의사결정에도 어려움이 있었다는 등의 실증적인 자료에 의하여 객관적으로 뒷받침되는 논거로 보기는 어려우므로, 막연히 대학의 과잉 정치화를 방지한다는 목적은 선뜻 그 정당성을 인정하기 어렵습니다.

또한 교육과학기술부는 추천이나 선출의 절차를 거치지 않고 총장 개인의 의사결정에 따라 직접 임명한 단과대학장이 총장을 보좌하고 결정사항을 집행하는 것이 대학 운영의 효율성 제고에 도움이 되는 것으로 이해하고 있는 것으로 보입니다. 그러나 총장이 직접 지명하지 않고 추천이나 선출의 절차를 통해 임명된 단과대학장이 총장을 보좌한다고 해서 대학 운영의 효율성이 떨어진다는 것은 아무런 논리적 근거가 없습니다. 또한 단과대학장은 총장의 단순한 보좌기관이나 집행기관이 아니라 각 소속 단과대학을 대표하는 지위에 있다고 보아야 하고, 학문의 전당으로서 헌법상 기본권인 자치권을 향유하는 대학의 운영에 있어서는 계량적 평가에 의거한 효율성만을 추구하기

보다는 각 단과대학의 이익이 자유롭게 대변되는 가운데 균형과 조화를 추구하는 것이야말로 진정한 대학의 발전을 가져올 수 있다는 점을 감안한다면, 대학 운영의 효율성 제고라는 목적 역시 지나치게 추상적이고 막연하여 그 목적의 정당성을 인정하기에 어려움이 있다고 할 것입니다.

따라서 이 사건 조항은 목적의 정당성 요건을 충족하였다고 보기 어렵습니다.

## ② 방법의 적절성

가사 대학의 과잉 정치화 방지, 대학운영의 효율성 제고라는 이 사건 조항의 입법목적이 정당하다고 하더라도, 단과대학장 직선제의 폐지는 그러한 목적을 달성하기 위한 적절한 방법이라고 볼 수 없습니다.

과잉 정치화의 의미를 단과대학장 선거과정에서 나타나는 각 후보자 및 그 지지자들의 경쟁으로만 이해한다면 단과대학장 직선제의 폐지를 통해 이를 방지할 수는 있을 것입니다. 그러나 총장(대학의 장)이 자신만의 의사결정에 따라 직접 단과대학장을 임명할 경우에는 이제 단과대학장으로 임용되고자 하는 수많은 교수들 사이에서 총장의 선택을 받기 위해 치열한 물밑 경쟁이 벌어질 것이고, 이는 필연적으로 출세우기, 파벌 형성, 뇌물수수 등의 또 다른 부작용을 초래할 것으로 예상됩니다. 결국 단과대학장 직선제 폐지는 선거라는 공개된 절차에서 자유로운 경쟁을 통해 단과대학장을 선출하는 경우보다 오히려 더 심한 과잉 정치화를 초래할 가능성이 매우 높습니다.

또한 의사결정이나 집행의 신속성 외에, 의사결정의 합리성, 공정성, 투명성을 확보하고 각 단과대학의 이익을 균형 있고 조화롭게 추구하는 것이야말로 진정 바람직한 대학 운영의 효율성 제고라는 점을 고려한다면, 총장이 직접 임명하고 총장의 의사결정에 따라 단순히 집행하기만 하는 단과대학장의 존재는 대학 운영의 효율성 제고에 아무런 도움이 되지 않는다고 할 것입니다. 특히 대학 운영의 효율성 제고는 학문의 자유를 신장하고 대학 자치를 확대함으로써 대학이 성장·발전하는데 기여하는 것이어야 할 터인데, 총장이 비민주적이고 독단적인 방식으로 대학을 운영하려 할 때 이에 대해 직언을 하고 제지할 수 있는 단과대학장들이 없다면 이는 대학을 총장의 1인 독재체제하에 두는 것과 다를없는바, 이럴 경우 대학 운영의 효율성 제고라는 목적은 전혀 달성할 수 없다고 할 것입니다.

따라서 이 사건 조항은 방법의 적정성 요건을 충족시키지 못하였습니다.

### ③ 피해의 최소화

대학의 과잉 정치화 방지, 대학 운영의 효율성 제고라는 목적달성을 위해서는 단과대학장 직선제를 폐지하는 방안 외에도 기존의 직선제를 유지하면서 선거기간이나 선거운동의 방법을 제한하는 방안, 후보자의 자격요건을 제한하는 방안, 복수의 후보자를 추천 또는 선출한 후 후보자들 중에서 총장이 단과대학장을 임명하는 방안, 총장의 단과대학장에 대한 지시·감독권한을 규정하는 방안 등이 있을 수 있습니다.

그러나 이 사건 조항은 입법목적 달성을 위하여 위와 같이 보다 완화된 형태나 방법을 모색함으로써 신청인들의 기본권에 대한 제한을 필요한 최소한도에 그치게 할 수 있었음에도 불구하고, 단과대학장 직선제의 폐지라는 극단적인 방법을 선택함으로써 신청인들의 기본권인 대학의 자치와 공무담임권에 대한 심각한 침해를 야기하였습니다.

따라서 이 사건 조항은 피해의 최소성 요건을 충족시키지 못하였습니다.

#### ④ 법익의 균형성

이 사건 조항이 보호하려는 공익인 대학의 과잉 정치화 방지, 대학 운영의 효율성 제고는 위 ①항에서 검토한 바와 같이 지나치게 추상적이고 막연하여 그 실체가 무엇인지조차 쉽게 이해할 수 없습니다. 반면 이로 인해 침해되는 법익은 신청인들의 대학의 자치와 공무담임권이라는 중요한 헌법상 기본권입니다. 결국 이 사건 조항은 다양한 의견과 이해관계의 표출이 가장 장려되어야 할 대학이라는 공간에서 효율성이라는 미명하에 대학의 자치와 공무담임권의 본질적 내용을 침해하는 것으로서, 이를 통해 추구하는 공익보다 침해되는 법익이 훨씬 중대하다고 할 것입니다.

따라서 이 사건 조항은 법익의 균형성 요건을 충족시키지 못하였습니다.

### 7.2.3. 소결론

이 사건 조항은 목적의 정당성·방법의 적절성·피해의 최소성·법익의 균형성을 모두 충족시키지 못하였으므로 기본권제한의 한계인 과잉 금지원칙에 반하여 헌법에 위반된다고 할 것입니다.

## 8. 가처분의 필요성

### 8.1. 효력정지 가처분의 사유<sup>9)</sup>

행정소송법 제23조 제2항과 민사집행법 제300조 제2항을 고려해 볼 때 가처분의 사유는, ① 중대한 불이익의 방지, ② 긴급성, ③ 이익형량이라고 할 수 있습니다.

중대한 불이익이란 침해행위가 위헌으로 판명될 경우 발생하게 될 회복하기 어려운 현저한 손해 또는 회복 가능하지만 중대한 손해를 의미하고, 긴급성이란 가처분으로 규율하고자 하는 현상이 이미 발생하였거나 시간적으로 매우 근접해 있음을 의미하며, 이익형량이란 가처분신청을 인용한 뒤 본안에서 청구가 기각되었을 때 발생하게 될 불이익과 가처분신청을 기각한 뒤 본안에서 청구가 인용되었을 때 발생하게 될 불이익에 대한 비교형량을 하여 후자의 불이익이 전자의 불이익보다 커야 함을 의미한다고 할 것입니다.

### 8.2. 중대한 불이익의 방지

---

9) 헌법재판실무제요, 헌법재판소, 2008년, 제71면 이하

이 사건 조항으로 인하여 청구인들에게 발생하는 손해는 대학의 자치 및 공무담임권에 대한 중대한 침해일 뿐만 아니라, 일단 침해가 발생하고 난 후에는 현실적으로 회복이 어렵다고 할 것입니다.

### 8.3. 긴급성

이 사건 조항은 이미 2011. 2. 1.부터 시행되어 현재 청구인들의 기본권을 직접적으로 침해하고 있으므로 그 효력을 정지할 긴급성이 당연히 인정된다고 할 것입니다.

### 8.4. 이익형량

이 사건 신청을 인용한 뒤 본안에서 청구가 기각되었을 때 발생하게 될 불이익은 이 사건 조항의 입법목적인 대학의 과잉 정치화 방지와 대학 운영의 효율성 제고의 실현이 다소 지연되는 것입니다. 반면 가처분신청을 기각한 뒤 본안에서 청구가 인용되었을 때 발생하게 될 불이익은 그 기간동안 청구인들을 비롯한 모든 국립대학교 교수들의 대학의 자치와 공무담임권이라는 기본권에 대한 중대한 침해로서, 전자의 불이익에 비해 훨씬 심각하다고 할 것입니다.

### 8.5. 소결론

이 사건 신청은 ① 중대한 불이익의 방지, ② 긴급성, ③ 이익형량이 라는 가처분의 요건을 모두 갖추었습니다.

## 9. 결론

이상 살펴본 바와 같이, 이 사건 조항은 기본권제한의 법률유보원칙, 과잉금지의 원칙에 위반하여 신청인들의 기본권인 대학의 자치, 공무담임권을 중대하게 침해하고 있습니다. 또한, 이 사건 조항의 효력을 정지할 가처분의 필요성도 충분히 인정되므로, 이 사건 신청을 인용하여 주시기 바랍니다.

## 소 명 방 법

소갑 제1호증의 1	보도자료
소갑 제1호증의 2	국립대학 선진화 방안
소갑 제2호증	교육공무원임용령 일부개정령안

## 첨 부 서 류

1. 위 소명방법	각 1통
1. 신청서부분	1통
1. 위임장	1통
1. 담당변호사지정서	1통
1. 소제기증명원	1통

2011. 5. 2.

위 신청인들의 대리인

법무법인(유한) 태평양

담당변호사 한위수

담당변호사 주한길

담당변호사 주성준


담당변호사 조아라

헌 법 재 판 소

귀 중

## \* 관련 사진



 전국국공립대학교수회연합회

(702-701) 대구 북구 대학로 80 경북대학교 복지관 3층 Tel. 053-957-2011 Fax. 053-959-5266 E-mail. nupa@knu.ac.kr