

워크숍 자료집

행정처분기준 정비방안연구(Ⅱ) - 8

# 프랑스의 교육행정분야 행정처분기준 현황과 시사점

2007. 6. 7.

## 워크숍 일정

◆ 주 제 : 프랑스의 교육행정분야 행정처분기준 현황과 시사점

◆ 일 시 : 2007년 6월 7일(목요일) 15:30 ~ 18:00

◆ 장 소 : 서울시 중구 소재 레스토랑 □□세실□□

◆ 구 성

◇ 사 회

박균성 (경희대학교 법과대학 교수)

◇ 주 제 발표

제 1 주제(발표 15:30 - 16:30)

:프랑스의 교육행정분야 행정처분기준의 현황과 특징

발 표 자 : Romaric Gegen (Aix-Marseille 정치대학 강사)

통 역 : 전 훈 (경상대학교 법과대학 교수)

- coffee break (16:30 - 16:40) -

◇ 토 론 (16:40 - 18:00)

토 론 자 : 정영조 (법제처 행정법제국 법제관)

토 론 자 : 송영선 (한국법제연구원 전문연구원)

토 론 자 : 강현철 (한국법제연구원 법령용어정비TF팀)

토 론 자 : 김재광 (한국법제연구원 연구위원)

## 목 차

◆ Les actes de l'administration et la sécurité juridique (Éléments du domaine de l'éducation et de l'enseignement) (Romaric Gueguen) .....	7
I.  Propos liminaires : Les lois et règlements .....	10
II.  Les directives .....	12
III.  Les circulaires .....	14
IV.  Les mesures d'ordre intérieur .....	21
V.  La recherche de solutions .....	30
Annexe .....	33
◆ 행정청의 행위와 법적 안정성 (교육과 학습분야의 요소를 중심으로)(번역 : 전훈) .....	43
I.  시작하는 말 : 법률(loi)과 명령(règlement) .....	45
II.  디렉티브(Directive) .....	46
III.  시클래흐(circulaire) .....	47
A.  일반론 .....	47
B.  국가(가 담당하는) 교육의 경우 .....	49
C.  시클래흐와 디렉티브의 차이점 .....	51
IV.  (조직)내부조치(Les mesures d'ordre intérieur) .....	52
A.  일반적인 내용 .....	52

B. 국가교육의 예 .....	55
V. 해결책의 검토 .....	58
부 록 .....	60

# Les actes de l'administration et la sécurité juridique

(Éléments du domaine de l'éducation et de l'enseignement)

Par Romaric Gueguen, Attaché temporaire d'enseignement et de  
recherche à l'Institut d'études politiques d'Aix-en-Provence

L'administration a nécessairement besoin d'édicter des règles juridiques pour encadrer les actions de ses fonctionnaires, mais aussi pour indiquer aux usagers quels sont leurs droits et leurs obligations.

Or s'il est une constante depuis l'avènement de l'administration, c'est bien celle du développement exponentiel de la technicité du droit avec, en corollaire, l'intensification de l'activité normative, qu'on qualifie souvent d'inflation normative. D'ailleurs, une double inflation est perceptible. D'une part, une inflation qualitative avec le développement de nouvelles catégories de normes (citons pêle-mêle les mesures d'ordre intérieur, les instructions, les circulaires, les directives) dont la valeur juridique est souvent incertaine et, d'autre part, une inflation quantitative avec un accroissement de la masse de normes. Comme le souligne

le rapport annuel du Conseil d'État, « *un droit souterrain, clandestin, inaccessible, asymétrique* »<sup>1)</sup> se développe.

Cet état de fait entre en contradiction totale avec la fiction juridique selon laquelle *nemo censetur ignorare legem* (nul n'est censé ignorer la loi). Ceux qui forgent le droit se heurtent à un obstacle insurmontable, à savoir comment porter à la connaissance de tous les sujets du droit l'ensemble des textes applicables à chacune des situations juridiques qu'ils sont susceptibles de rencontrer.

La réponse traditionnelle opposée aux justiciables consiste en une publication au journal officiel, qui, dit-on, est accessible à tous. On pourra alors faire référence à une autre locution latine, *nemo auditur propriam turpitudinem allegans* (nul ne peut se prévaloir de sa propre turpitude) en considération de laquelle on pourra reprocher aux justiciables de ne pas avoir cherché à établir l'état du droit applicable à leur situation. La question est de savoir si cet argument est recevable aujourd'hui, compte tenu du nombre de normes et de l'impératif de sécurité juridique. Car si effectivement publication il y a (ce qui n'est pas toujours le cas particulièrement pour les circulaires) est-elle efficace ? La

---

1) Conseil d'État, Rapport public 2006, *Sécurité juridique et complexité du droit*, La Documentation française, p. 276

publication - acte grâce auquel le public prend connaissance du droit - est la date à laquelle les droits ou les obligations sont opposables, c'est aussi la date à laquelle des droits acquis peuvent être modifiés.

C'est pourquoi de plus en plus, dans nos sociétés modernes, les juristes s'interrogent sur la nécessité d'édicter des normes, démarche qui conduit inéluctablement à effectuer un bilan coût-avantage<sup>2)</sup>. Et en poursuivant cette finalité ils tentent de persuader<sup>3)</sup> le pouvoir politique qu'il faut parfois sacrifier des normes surabondantes sur l'autel de la lisibilité et de la sécurité.

Toutes ces constatations conduisent à s'interroger sur les modes d'actions de l'administration en les mettant en rapport avec la problématique développée auparavant, c'est-à-dire la sécurité juridique, en émaillant les développements de références au domaine de l'éducation et de l'enseignement.

Nous allons donc examiner les différents moyens d'action de l'administration en allant du général vers le particulier. Cela

---

2) Ibid., p. 301, 344.

3) Ibid., p. 230 : « Malgré la détermination politique affichée par les circulaires successives des Premiers ministres appelant, depuis trois décennies, à l'évaluation rigoureuse, *ex ante*, des réformes législatives et à un effort de sobriété, et malgré les observations sans cesse réitérées du Conseil d'État, les trente dernières années se caractérisent par une accélération du rythme normatif, sous le regard désabusé du citoyen, et résigné de la doctrine ainsi que des praticiens ».

nous conduira d'abord à émettre quelques remarques concernant les normes générales que sont les lois et les décrets (I). Ensuite nous envisagerons successivement les directives (II), les circulaires (III) puis les mesures d'ordre intérieur (IV). En dernier lieu, nous prendrons en considérations quelques pistes de solutions (V).

## I- Propos liminaires : Les lois et règlements

Notre droit comprend pas moins de 61 codes<sup>4)</sup> et l'étude menée par le Conseil d'Etat sur la sécurité juridique en 1991 (rapport public pour 1991) avait évalué à 7.500 le nombre de lois applicables (sans compter les lois de codification, les lois purement modificatives et les lois portant approbation de traités et conventions internationales, lesquelles intègrent néanmoins des centaines d'articles dans le droit interne). La même étude estimait à 82.000 le nombre de décrets réglementaires<sup>5)</sup>. En outre, chaque année les autorités centrales émettent 10 à 15.000 circulaires relayées à deux ou trois niveaux successifs par les autorités déconcentrées.

---

4) Et En moyenne, plus de 10% des articles d'un code changent chaque année.

5) Une étude plus récente confirme l'inflation normative, attestée par le nombre de lois et de décrets en vigueur. Dans un recensement effectué en 2000, ont été enregistrés 9 000 lois et 120 000 décrets. Conseil d'État, Rapports publics annuels 1991 et 2000.

Le rapport rendu par le Conseil d'État en 2006 confirme que « *le droit devient tout aussi complexe, et parfois difficilement compréhensible pour les fonctionnaires chargés de l'appliquer quotidiennement et de le faire respecter. Les administrations centrales multiplient par conséquent les circulaires et instructions, qui constituent la référence essentielle. Celles-ci, pour la plupart, ne sont ni publiées, ni opposables. Il en résulte qu'elles échappent à l'information du législateur comme du citoyen, et au contrôle du juge de l'excès de pouvoir* »<sup>6)</sup>.

Ces propos ont pour but de faire comprendre que même si la codification participe de l'effort de sécurité et de lisibilité du droit, il n'en reste pas moins que la plupart des textes au niveau national sont régulièrement modifiés et sont relayés par des circulaires, des instructions ou autre textes administratifs à chaque modification.

La situation dans le domaine de l'éducation illustre parfaitement les propos tenus précédemment. En effet, bien que disposant d'un code de l'éducation comportant une partie législative et une partie réglementaire, les modifications sont fréquentes, pour ne pas dire rituelles puisque chaque nouveau titulaire d'une fonction souhaite imprimer sa marque, et les circulaires sont

---

6) Ibid., p. 276

pléthoriques. A titre d'exemple, le décret n°85-924 du 30 août 1985 (relatif aux établissements publics locaux d'enseignement) a été modifié 12 fois depuis son entrée en vigueur<sup>7)</sup>.

A des fins statistiques, l'annexe au bulletin officiel n° 3 du ministère de l'éducation nationale<sup>8)</sup> nous donne une bonne illustration de l'activité normative dans le domaine de l'éducation et de l'enseignement pour une seule année. On y dénombre pas moins d'une loi, dix décrets, onze arrêtés et dix-neuf circulaires.

## II- Les directives

Elles ont été définies par le Conseil d'État<sup>9)</sup>. C'est le pouvoir de définir des orientations générales en fixant une ligne

---

7) Fréquemment, un article a pu être :  
Modifié par Décret n°90-978 du 31 octobre 1990 ;  
Créé par Décret n°91-173 du 18 février 1991 ;  
Modifié par Décret n°92-1452 du 31 décembre 1992 ;  
Modifié par Décret n°93-530 du 26 mars 1993 ;  
Modifié par Loi n°94-1040 du 2 décembre 1994 ;  
Abrogé par Décret n°2000-338 du 14 avril 2000 ;  
Modifié par Décret n°2000-620 du 5 juillet 2000 ;  
Modifié par Décret n°2004-885 du 27 août 2004 ;  
Modifié par Décret n°2005-387 du 19 avril 2005 ;  
Modifié par Décret n°2005-1145 du 9 septembre 2005 ;  
Modifié par Décret n°2005-1178 du 13 septembre 2005 ;  
Modifié par Décret n°2006-1115 du 5 septembre 2006.

8) Pour le texte complet, se reporter en annexe du présent document.

9) C.E. 11 décembre 1970, *Crédit foncier de France*.

de conduite souple afin d'assurer la cohérence des décisions à prendre. La directive ne peut pas priver de son pouvoir d'appréciation l'autorité chargée de prendre, au vu d'une situation individuelle, une décision. De même, elle ne crée pas de règles juridiques nouvelles. Ainsi, elles n'ont pas de nature réglementaire même si elles doivent faire l'objet d'une publication d'après la loi du 17 juillet 1978. Elles sont insusceptibles d'annulation contentieuse<sup>10)</sup> parce que n'ayant pas d'effet direct immédiat à l'égard des administrés.

En revanche, elles ont des effets indirects et l'administré sera admis à demander l'annulation d'une mesure individuelle en se prévalant d'une directive. De plus, s'il ne peut en demander l'annulation, il pourra demander à ce qu'elle soit neutralisée au cas d'espèce par l'intermédiaire de l'exception d'illégalité.

On peut y déroger en raison de la situation particulière de l'intéressé ou de l'intérêt général.

Cette catégorie de norme est de peu d'intérêt pour le domaine de l'éducation et de l'enseignement car traditionnellement elle est plus utilisée pour les domaines sociaux et économiques.

---

10) C.E. 26 juin 1973, *Société Géa*.

### III- Les circulaires

Les circulaires font partie des actes administratifs unilatéraux les plus répandus, aussi la jurisprudence a eu l'occasion de se prononcer sur leur régime général (A). Il n'en reste pas moins qu'elles sont à l'origine d'insécurité juridique dans de nombreux domaines, y compris l'éducation nationale (B).

#### A- Régime général

Elles permettent la circulation de l'information entre les services en faisant connaître l'interprétation à donner à un texte, c'est un outil d'harmonisation. Toutefois, il peut arriver que l'autorité édictrice dépasse le cadre d'une simple interprétation.

En 1954, le juge a été saisi d'un recours pour excès de pouvoir à l'encontre d'une circulaire<sup>11)</sup> et a été amené à constater qu'elle contenait des dispositions à caractère réglementaire. En conséquence, il l'a annulée pour incompétence, l'autorité ne disposant pas de la compétence pour édicter des dispositions à caractère réglementaire. Ainsi, seules **les circulaires réglementaires**

---

11) C.E. 29 janvier 1954, *Institution Notre-Dame de Kreisker*, à propos d'une circulaire donnant des instructions pour l'octroi de subventions aux établissements privés d'enseignement secondaire. Les dispositions fixant des règles nouvelles furent annulées.

étaient soumises au contrôle du juge de l'excès de pouvoir, les vraies circulaires, purement interprétatives, ne l'étaient pas même si en vertu de la loi du 17 juillet 1978 elles doivent (devaient) être publiées.

Récemment, en 2002, la haute assemblée a apporté d'importantes précisions au régime de l'annulation des circulaires. La disposition impérative à caractère général est susceptible de recours si l'interprétation des textes qu'elle donne méconnaît leur sens et leur portée<sup>12)</sup>. De plus, le Conseil d'État a ajouté<sup>13)</sup> que les dispositions impératives à caractère général « *d'une circulaire ou d'une instruction doivent être regardées comme faisant grief, tout comme le refus de les abroger* ».

Ce qui est certain, c'est que le juge a substitué la distinction des **circulaires impératives** et des **circulaires non impératives** (ou **indicatives**) à celle des circulaires interprétatives et des circulaires réglementaires. Certains auteurs<sup>14)</sup> estiment qu'on s'oriente vers une distinction entre circulaires interprétatives indicatives et circulaires interprétatives impératives (seules susceptibles de faire l'objet d'un recours pour excès de pouvoir).

---

12) C.E. 28 juin 2002, *Villemain*.

13) C.E. 18 décembre 2002, *Mme Duvignères*.

14) Notamment Jean-Claude RICCI, *Droit administratif*, 5<sup>ème</sup> édition, Hachette, Les Fondamentaux, p.49.

Pour terminer il faut préciser qu'un rapport du Conseil d'État de 1991 a établi que chaque année 10 000 à 15 000 circulaires sont émises par les seules autorités centrales et que par conséquent, la tâche du juge consistant à distinguer les circulaires normatives des autres est ardue. Deux exemples suffisent à illustrer ces statistiques alarmantes.

- Le premier est relatif à une circulaire qui, suprême ironie, était destinée à rationaliser le recours aux circulaires. Le Premier ministre de l'époque, Monsieur Jacques Chirac avait adressé à ses ministres une circulaire du 15 juin 1987<sup>15)</sup> relative aux circulaires ministérielles. Aux termes de cette circulaire, il apparaît que, de manière générale, cette norme est affectée de trois vices. Un nombre excessif, une qualité laissant à désirer, une recherche rendue malaisée par la disparité des méthodes retenues pour assurer leur identification et leur diffusion.
- Le second est relatif à une circulaire<sup>16)</sup> prévoyant la constitution, au sein du ministère de l'intérieur et de l'aménagement du territoire, d'une mission chargée de réunir les circulaires et instructions applicables aux préfets.

## B- L'exemple de l'éducation nationale

L'article 1<sup>er</sup> du décret du 28 novembre 1983 concernant les relations entre l'administration et les administrés entendait apporter quelques améliorations au régime juridique défaillant des circulaires.

---

15) JORF, 17 juin 1987, p. 6460.

16) Circulaire 4203 du 19 avril 1995, publiée au Bulletin officiel des services du Premier Ministre du 20 juillet 1995, p. 21.

Cette disposition visait à généraliser la technique de l'invocabilité<sup>17)</sup> des circulaires et instructions quel que soit leur caractère (réglementaire ou interprétatif, critères jurisprudentiels en usage à l'époque). Cette nouveauté contentieuse a été toutefois neutralisée par la jurisprudence qui, en continuant à lier l'invocabilité de la circulaire à la reconnaissance de son caractère réglementaire, a vidé de son contenu la portée de cet article<sup>18)</sup>.

On ne dispose pas de nombreux exemples, mais les circulaires contenant des instructions précises peuvent être invoquées par les particuliers, comme par exemple celle permettant l'ouverture dans les collèges de cours d'occitan quand quinze élèves l'ont demandée (TA Rennes 29 janvier 1987, *Mme Louarn*).

Cependant, ces solutions dégagées par les tribunaux administratifs sont bien circonscrites et elles ne sont pas relayées par le Conseil d'Etat. Ce dernier maintient une position de principe selon laquelle les instructions et circulaires ne sont pas invocables quand elles ont un caractère indicatif, et ce en dépit de l'intervention du décret de 1983. Ainsi juge-t-il, pour les notes de

---

17) L'invocabilité des circulaires et instructions peut se définir comme le fait pour un administré de revendiquer devant un juge soit le bénéfice, soit la violation, soit l'illégalité de ces actes. L'invocation de l'illégalité devant le juge revient alors à soulever l'exception d'illégalité.

18) Pascal COMBEAU, *Un oubli dans la réforme : l'invocabilité des circulaires et instructions administratives*, A.J.D.A. 2000, p. 495 et s.

services fixant un nombre de points de bonification à prendre en compte pour opérer les mutations des enseignants, qu' « *eu égard au caractère indicatif dudit barème, la note de service attaquée est dépourvue de caractère réglementaire* » (C.E., 5 juin 1989, *Syndicat national de l'enseignement de l'éducation physique et sportive*).

Il en va de même pour les circulaires fixant un régime de priorité ou un barème de mutation du personnel d'enseignement d'éducation sportive, dès lors que, « *ces circulaires adressées aux recteurs et inspecteurs d'académie n'ont eu pour objet que de donner à ceux-ci des indications pour l'établissement du travail de mutation* » et qu'elles ne sont donc pas invocables (CE 26 octobre 1992, *Jonquet*).

Heureusement, les apports de la jurisprudence *Duvignères* rejaillissent sur le domaine de l'éducation nationale. En effet, dans un arrêt récent (C.E., 30 déc. 2002, *Fédération des syndicats généraux de l'éducation nationale et de la recherche publique*), le juge administratif confirme que le refus d'abroger une circulaire interprétative impérative illégale fait grief.

Avant d'en finir avec cette catégorie, il convient de noter les inconvénients qui peuvent s'attacher à leur édicition en lien avec

la jurisprudence. En effet, il arrive fréquemment que les autorités promulguent des circulaires en explicitant les normes réglementaires qu'elles traduisent à la lumière des applications jurisprudentielles. Cela peut entraîner deux effets pervers.

Le premier, qui part d'une bonne intention, est que l'autorité peut se sentir dans l'obligation de promulguer une nouvelle circulaire dès lors qu'une jurisprudence nouvelle intervient.

Le second, plus condamnable, consiste pour l'autorité réglementaire à édicter une nouvelle circulaire afin de contourner, de dénaturer le sens d'une jurisprudence. Pourtant « *il ne faut pas exagérer la portée de cette substitution car, en définitive, le juge pourra toujours avoir le dernier mot* »<sup>19)</sup>.

---

19) Voir en ce sens Pascal COMBEAU, *Réflexions sur les fonctions juridiques de l'interprétation administrative*, R.F.D.A., 2004, p. 1069 : « comme nous le montre d'ailleurs le contentieux récent de l'enseignement bilingue par immersion dans les écoles, l'affaire des écoles *Diwan*. A la suite de la suspension par le Conseil d'Etat d'un arrêté du 31 juillet 2001 et d'une circulaire du 5 septembre 2001 relatifs à la mise en place de ce type d'enseignement, le ministre a édicté un nouvel arrêté le 19 avril 2002 suivi de plusieurs circulaires dont celle du 30 avril 2002 qui contournent littéralement l'ordonnance du juge et confirment la mise en place de ces écoles.

Dans un premier temps, le juge des référés a suspendu ces nouveaux textes sur la base du même type de raisonnement qu'en 2001 ; dans un second temps, procédant à une analyse sur le fond, il annule ces dispositions en les jugeant illégales, se fondant sur les règles relatives à l'usage du français dans les services publics ».

C- Différences entre circulaire et directive<sup>20)</sup>

	<i>CIRCULAIRE</i>	<i>DIRECTIVE</i>
	Pratique très ancienne	Pratique récente
<i>Domaines d'intervention</i>	Intervient dans tous les secteurs de l'activité administrative	Intervient essentiellement dans le domaine économique et social
<i>Effets à l'égard de l'administration</i>	Les instructions données sont précises et lient les agents qui doivent les respecter	Il ne s'agit que de normes d'orientation, fixant une ligne de conduite générale qui doit inspirer l'action de l'administration tout en lui laissant une grande marge de liberté
<i>Caractère réglementaire</i>	Certaines circulaires ou certaines de leurs dispositions peuvent avoir un caractère réglementaire (C.E. Notre-Dame du Kreisker 1954)	Les directives n'ont pas de caractère réglementaire (C.E. <i>Distillerie Brabant</i> 1969)
<i>Effets à l'égard des administrés</i>	Les circulaires indicatives n'ont pas d'effet sur les administrés	Les directives ont <i>indirectement</i> des effets sur les administrés : l'administration peut se fonder sur une directive pour prendre une mesure individuelle d'autre part
<i>Recours en excès de pouvoir</i>	Impossible contre une circulaire indicative, possible contre une circulaire impérative	Impossible contre la directive elle-même, possible contre les décisions individuelles découlant de la directive
<i>Recours en exception d'illégalité</i>	Impossible	Possible

20) Jacqueline MORAND-DEVILLER, *Cours de droit administratif*, Montchrestien, 8<sup>o</sup> édition, 2003, p. 326.

<i>Invocabilité par les administrés</i>	La circulaire interprétative indicative n'est pas invocable par les administrés	L'administré peut se prévaloir d'une directive pour contester une décision le concernant
---	--	--

#### IV- Les mesures d'ordre intérieur

La catégorie des mesures d'ordre intérieur subit depuis 1995 de profonds bouleversements que nous envisagerons au travers de son régime général (A), puis nous pourrions constater que le domaine de l'éducation et de l'enseignement a un impact majeur sur cette catégorie (B).

##### A-Régime général

Elles sont destinées à régir l'organisation et le fonctionnement interne des services. Elles n'ont, en principe, aucune force obligatoire envers les administrés, par conséquent ils ne peuvent s'en prévaloir. Mais, sous l'impulsion de la Cour européenne des droits de l'homme et toujours sous couvert de sécurité juridique, le juge administratif infléchit sa jurisprudence dans trois domaines particuliers : les prisons (2), les casernes (1) et les établissements scolaires<sup>21</sup>).

---

21) Voir infra.

Par les arrêts *Hardouin* et *Marie*<sup>22</sup>), l'Assemblée du contentieux a opéré un revirement de jurisprudence qui réduit considérablement l'étendue de la catégorie des mesures d'ordre intérieur.

En effet, en vertu d'une jurisprudence ancienne et réaffirmée encore peu de temps auparavant (27 janvier 1984, *Caillol*), le Conseil d'État considérait que les sanctions disciplinaires prononcées à l'encontre des détenus et des militaires constituaient des mesures d'ordre intérieur qui ne pouvaient être discutées devant le juge administratif. Cette jurisprudence se fondait à la fois sur le souci du juge de ne pas fragiliser l'autorité nécessaire au respect de la discipline dans les institutions en cause et sur le caractère souvent bénin des sanctions infligées. Elle était toutefois contestée car elle écartait toute possibilité de recours, même dans le cas de sanctions particulièrement lourdes.

#### 1- Le cas des casernes

Dans l'affaire *Hardouin*, le Conseil d'État a admis la recevabilité de la requête d'un marin dirigée contre la sanction de dix jours d'arrêts qui lui avait été infligée au motif que, rejoignant l'unité navale sur laquelle il servait, il avait manifesté des signes

---

22) 17 février 1995 - *Hardouin* et *Marie* - Rec. Lebon p. 82 et 85.

d'ébriété et avait refusé de se soumettre à l'alcootest. Il a cependant rejeté la requête au fond, estimant que les faits reprochés à l'intéressé étaient de nature à justifier une sanction.

De même, le Conseil d'État n'a admis de connaître des sanctions prononcées à l'encontre des militaires que si elles présentaient un caractère de gravité particulier en raison de leurs « *effets directs sur la liberté d'aller et venir du militaire, en dehors du service* » ou de leurs « *conséquences sur l'avancement ou le renouvellement des contrats d'engagement* ». Ce dernier critère conduit cependant à admettre la recevabilité de recours dirigés contre la plupart des sanctions, car il est rare qu'une telle mesure ne soit pas susceptible d'avoir des effets sur la carrière du militaire auquel elle est infligée. Le Conseil d'État a ainsi été amené à connaître, par un arrêt *Maufroy* du 12 juillet 1995, d'une requête dirigée contre un blâme infligé à un sous-officier.

## 2- Le cas des prisons

Quant à l'affaire *Marie*, le requérant contestait pour sa part le bien-fondé d'une sanction de huit jours de cellule de punition avec sursis qui lui avait été infligée par le directeur de la maison d'arrêt pour avoir formé une réclamation jugée injustifiée à l'encontre du fonctionnement du service médical de l'établissement.

Dans cette affaire, le Conseil d'État a considéré que la réclamation formée par le détenu, qui ne parvenait pas à se faire donner les soins nécessaires, ne comportait ni outrage, ni menace, ni imputation calomnieuse et ne correspondait pas à un cas de multiplication de réclamations injustifiées, hypothèses dans lesquelles, en vertu de l'article D. 262 du code de procédure pénale, les détenus encourent une sanction disciplinaire. Il en a déduit que les faits reprochés à M. Marie n'étaient pas de nature à justifier une sanction et a annulé la décision attaquée.

Le Conseil d'État n'a toutefois pas entendu abandonner entièrement la notion de mesure d'ordre intérieur. Celle-ci continue de s'appliquer à certaines mesures qui ne présentent pas de caractère disciplinaire et demeure pertinente, en matière disciplinaire, pour les sanctions les moins graves, et sont par conséquent insusceptibles de recours contentieux. Cette distinction opérée par le juge peut sembler quelquefois arbitraire, mais elle est en grande partie motivée par la conciliation de l'impératif de sécurité juridique et de la règle *de minimis non curat praetor*. En effet, le juge ne doit pas se préoccuper des vétilles afin de ne pas encombrer le prétoire. C'est la raison pour laquelle il appréhende au cas par cas les mesures d'ordre intérieur devant faire l'objet d'une garantie juridictionnelle.

L'Assemblée du contentieux n'a en effet admis de connaître des sanctions prises à l'encontre des détenus que si elles emportaient, « *eu égard à [leur] nature et à [leur] gravité* », des **effets sensibles sur la situation des intéressés**. En l'espèce (C.E. *Marie*), ce critère était rempli : la punition de cellule, qui consiste dans le placement du détenu dans une cellule aménagée à cet effet qu'il doit occuper seul, entraîne :

- la privation de « cantine » et de visite ;
- des restrictions à la correspondance ;
- des conséquences sur l'octroi de réductions de peines.

En revanche, il a été jugé quelques mois plus tard que tel n'était pas le cas pour la « *mise à l'isolement d'un détenu* », qui n'aggrave pas les conditions de détention et n'est pas susceptible d'exercer une influence sur la situation juridique de l'intéressé (28 février 1996, *Fauqueux*). Sont aussi considérées comme des mesures d'ordre intérieur, les décisions de transfert et d'affectation et la soumission du détenu au régime cellulaire (CE, 8 décembre 1967, *Kayanakis*), le fichage d'un détenu comme détenu dangereux (CE, 12 novembre 1986, *Winterstein*), l'interdiction faite au détenu de porter des gants en détention (CE, 10 janvier 1986, *Rougetet*), le placement d'un détenu dans un quartier de plus haute sécurité

(CE, 27 janvier 1984, *Caillol*), le refus de faire bénéficier le détenu du régime applicable aux détenus politiques (CE, 1er mars 1939, *Troncaso*).

Cette solution s'inscrit dans l'évolution générale de la jurisprudence, qui restreint progressivement la catégorie des mesures d'ordre intérieur. Le Conseil d'État avait ainsi accepté d'examiner les recours dirigés contre les notes attribuées aux fonctionnaires (Section 23 novembre 1962, *Camara*, p. 627), puis aux magistrats et aux militaires, contre les mesures prises en matière de résultats de compétitions sportives (Section 25 janvier 1991, *Vigier*).

Le champ des mesures d'ordre intérieur s'est donc considérablement réduit, sans que cette notion disparaisse toutefois. Le Conseil d'État juge ainsi que constituent de telles mesures l'autorisation de sortie d'essai accordée à un malade hospitalisé dans un centre hospitalier spécialisé (17 novembre 1997, *Centre hospitalier spécialisé d'Erstein*).

## B- L'exemple de l'éducation nationale

Les mesures d'ordre intérieur n'ont pas pour unique destinataire la catégorie des agents administratifs, bien au contraire de nombreux usagers sont ciblés par ces mesures, et ce,

particulièrement dans les établissements publics. Les mesures d'ordre intérieur sont alors les mesures susceptibles d'être mises en œuvre par le représentant de l'autorité contre la personne qui a enfreint le règlement intérieur (acte administratif unilatéral), norme légitimée par l'article 3 du décret n° 85-924.

Si les décisions de nature à perturber la scolarité des élèves<sup>23)</sup> comme le refus de passage dans la classe supérieure (C.E., 6 juillet 1949, *Andrade*) et même, pour le refus d'admettre un enfant en classe de neige (CE, Sect., 1<sup>er</sup> avril 1977, *Epoux Deleersnyder*) sont depuis longtemps exclues de la catégorie des mesures d'ordre intérieur et sont donc susceptibles de recours, il n'en va pas de même concernant le port de signes d'appartenance religieuse.

C'est ainsi que le célèbre arrêt du Conseil d'État *Kherouaa*, du 2 novembre 1992, fait du règlement intérieur d'un collège une décision faisant grief et donc soumise au recours pour excès de pouvoir. La haute assemblée revient ainsi sur une ancienne jurisprudence qui rangeait l'interdiction par les autorités d'un lycée de port de signes d'appartenance politique, furent-ils aux couleurs nationales, au nombre des mesures d'ordre intérieur, insusceptibles

---

23) Patrick FRYDMAN, Conclusions sous Conseil d'Etat, Assemblée, 17 Février 1995 - MM *Hardouin* et *Marie*, R.F.D.A./, 1995, p. 353.

d'être attaquées devant le juge administratif (21 octobre 1938, *Lote*).

En l'espèce (C.E. *Kherouaa* 1992), à l'examen de l'article 13 du règlement intérieur, le juge administratif constate que l'interdiction qu'édictait la disposition attaquée présentait un caractère général et absolu et ne comportait aucune référence aux troubles ou difficultés que le port de certains signes aurait pu engendrer au sein de la communauté scolaire. On peut en déduire que l'interdiction générale et absolue du port de signes d'appartenance religieuse par le règlement intérieur d'un collège est illégale.

Le Conseil d'Etat avait, dans son avis du 27 novembre 1989 rendu public par le Gouvernement, rappelé « *qu'il résulte des textes constitutionnels et législatifs et des engagements internationaux de la France que le principe de la laïcité de l'enseignement public, qui est l'un des éléments de la laïcité de l'Etat et de la neutralité de l'ensemble des services publics, impose que l'enseignement soit dispensé dans le respect d'une part de cette neutralité par les programmes et par les enseignants et d'autre part de la liberté de conscience des élèves (...). La liberté ainsi reconnue aux élèves comporte pour eux le droit d'exprimer et de manifester leurs croyances religieuses à l'intérieur des établissements scolaires, dans*

*le respect du pluralisme et de la liberté d'autrui, et sans qu'il soit porté atteinte aux activités d'enseignement, au contenu des programmes et à l'obligation d'assiduité* ».

Un exemple porté à la connaissance du juge administratif permet de comprendre dans quelle hypothèse il est permis d'interdire le port de signes religieux. En effet, dans un arrêt du 10 mars 1995, *M. et Mme Aoukili*, le juge a confirmé la décision d'exclusion d'élèves<sup>24)</sup> ayant refusé d'ôter le foulard islamique pendant les enseignements d'éducation physique, la demande du professeur étant motivée par des raisons de sécurité.

Et même si depuis peu « *le juge administratif est entré dans les établissements scolaires* »<sup>25)</sup>, améliorant de fait la sécurité juridique des administrés, sont toujours considérées comme des mesures d'ordre intérieur l'interdiction opposée aux élèves d'un lycée de jeunes filles de venir en classe en pantalon de ski (C.E. 20 octobre 1954, *Chapou*), la décision de transférer ou d'affecter un élève dans telle ou telle classe si le contenu des études y est

---

24) Après une première mesure d'exclusion temporaire, le retour des intéressées dans l'établissement provoqua divers incidents dont la presse se fit l'écho. Les jeunes filles persistant dans leur refus d'ôter le foulard, une procédure disciplinaire fut engagée à leur encontre, aboutissant à une exclusion définitive confirmée par le recteur, sur recours hiérarchique.

25) Laurent TOUVET, Jacques-Henri STAHL, *Rétrécissement de la notion d'ordre intérieur*, A.J.D.A., 1995, p.379 et s.

identique dès lors qu'une telle affectation n'a pas d'incidence sur les possibilités d'orientation ultérieure de l'élève (C.E., 5 novembre 1982, *Attard*), ou encore la répartition des enfants d'une même école maternelle entre les différentes sections de cette école (C.E., 30 septembre 1994, *Sulzer*). Plus récemment<sup>26)</sup>, le Conseil d'État a rappelé que les punitions scolaires sont des mesures d'ordre intérieur et qu'une punition collective est envisageable si le groupe d'élèves est précisément identifié.

#### V- La recherche de solutions

Des solutions doivent être recherchées afin de rendre l'activité normative efficace. De nombreuses études ont été menées<sup>27)</sup> et un guide pour l'élaboration des textes législatifs et réglementaires a été publié le 6 juin 2005. Très logiquement, toutes les réflexions

---

26) C.E., 8 mars 2006, *Fédération des conseils de parents d'élèves des écoles publiques*.

27) Voir notamment :

- Dieudonné MANDELKERN, *La qualité de la réglementation*, La Documentation française, 2002 ;
- Bruno LASSERRE, *Pour une meilleure qualité de la réglementation*, La Documentation française 2004 ;
- Conseil d'état, Rapport annuel, *Sécurité juridique et complexité du droit*, La Documentation française 2006 ;
- Secrétariat général du gouvernement, *Rapport au Premier ministre du groupe de travail chargé d'une réflexion sur les suites du rapport public 2006 du Conseil d'Etat*, La Documentation française, 2007.

conseillent de s'interroger sur la nécessité et l'impact potentiel des normes, mais jusqu'à présent aucune solution satisfaisante n'a pu être trouvée en France.

Deux circulaires du Premier ministre, en date du 26 août 2003 et du 30 septembre 2003, relatives à la maîtrise de l'inflation normative et à l'amélioration de la qualité de la réglementation, prévoient notamment l'organisation, très en amont, de réunions interministérielles de programmation afin de « *vérifier l'opportunité politique et la nécessité juridique* » des projets de loi et des projets de décret dont l'importance le justifie, d'« *étudier les alternatives à la réglementation* », et de « *décider s'il est nécessaire de procéder à une étude d'impact, la forme que celle-ci doit prendre et les conditions dans lesquelles elle doit être réalisée* ». Elles prescrivent en outre la désignation dans chaque ministère d'un « *haut fonctionnaire en charge de la qualité de la réglementation* », et l'élaboration d'une Charte de la qualité de la réglementation détaillant les mesures prises. Ces dernières circulaires se sont traduites par des progrès, notamment dans l'organisation des départements ministériels. Mais elles n'ont pas eu les effets escomptés sur la production de normes. Cet échec est à attribuer aux délais souvent tronqués qu'appelle une réforme, ne laissant pas le temps pour des études d'impact.

M. Bruno Lasserre, dans un rapport au Premier ministre de mars 2004, suggérait que toute proposition ministérielle susceptible de déboucher sur un texte normatif soit précédée d'une étude d'options<sup>28</sup>), le cas échéant suivie d'une étude d'impact. L'étude d'impact devrait, selon le rapport, être réservée aux réformes les plus importantes au regard de la portée du texte, appréciée en termes d'enjeu financier – plus de 50 millions d'euros–, du nombre de destinataires directs – plus d'un million–, ou de l'importance des conséquences de la réforme pour un secteur économique et social ou une profession déterminés. Elle ne doit intervenir que lorsque la mesure traduit un choix en opportunité.

Récemment de nombreux efforts ont été produits. Depuis le printemps 2006, le gouvernement rend publics sur le site Internet Legifrance des indicateurs de l'évolution du volume des textes actualisés à un rythme trimestriel<sup>29</sup>). Et dans une étude publiée en 2006, le Conseil d'État recommande notamment l'ouverture d'un portail numérique susceptible d'améliorer rapidement, hors de toute codification formelle, l'accessibilité et l'intelligibilité du droit.

---

28) L'étude d'options de quelques pages, réalisée par le ministère à l'origine du projet, devrait présenter les diverses possibilités d'action, parmi lesquelles au moins une proposition non réglementaire. L'exploration des différentes voies susceptibles de s'offrir au décideur, normatives ou non normatives, viendrait alors éclairer le choix de l'autorité politique. Une telle étude des solutions alternatives appelle au préalable la définition claire et précise des objectifs poursuivis.

29) [http://www.legifrance.gouv.fr/html/statistiques\\_normatives/liste\\_stats.htm](http://www.legifrance.gouv.fr/html/statistiques_normatives/liste_stats.htm)

## Annexe

Références réglementaires de l'année 2006 pour l'éducation l'enseignement et la recherche

1 - Circulaire n° 2006-051 du 27 mars 2006 -B.O. n° 13 du 31 mars 2006 : Rentrée scolaire (RLR : 510-0 ; 520-0) - Préparation de la rentrée 2006.

### Apprentissages fondamentaux

2 - Socle commun de connaissances et de compétences : Décret n° 2006-830 du 11 juillet 2006 - JO du 12 juillet 2006 - Encart B.O. n°29 du 20 juillet 2006 : Socle commun de connaissances et de compétences (RLR : 191-1).

3 - Circulaire n° 2006-003 du 3 janvier 2006 - B.O. n° 2 du 12 janvier 2006 : Mise en œuvre des programmes de l'école primaire (RLR : 514-4) - Apprendre à lire.

4 - Arrêté du 24 mars 2006 - JO du 30 mars 2006 - B.O. n° 13 du 31 mars 2006 : Apprentissage de la lecture (RLR : 514-4) – Programmes d'enseignement de l'école primaire.

5 - Circulaire n° 2006-093 du 31 mai 2006 - B.O. n° 23 du 8 juin 2006 : Enseignement des langues vivantes (RLR : 514-6 ; 525-4) - Rénovation de l'enseignement des langues vivantes étrangères.

6 - Décret n° 2006-533 du 10 mai 2006 - JO du 12 mai 2006 - B.O. n° 22 du 1er juin 2006 : vie scolaire (RLR : 520-3 ; 541-1a) - Note de vie scolaire.

7 - Arrêté du 10 mai 2006 - JO du 12 mai 2006 - B.O. n° 22 du 1er

juin 2006 : Vie scolaire (RLR : 551-2) - Conditions d'attribution d'une note de vie scolaire.

8 - Arrêté du 1er juin 2006 - JO du 14 juin 2006 - B.O. n° 26 du 29 juin 2006 : Diplômes (RLR : 541-1a) - Modalités d'attribution du diplôme national du brevet.

9 - Circulaire n° 2006-105 du 23 juin 2006 - B.O. n° 26 du 29 juin 2006 : Vie scolaire (RLR : 551-2) - Note de vie scolaire.

10 - Arrêté du 22 août 2006 - B.O. n° 31 du 31 août 2006 : Conseils, comités et commissions (RLR : 122-0) - Comité consultatif auprès du Haut Conseil de l'éducation.

11 - Circulaire n° 2006-169 du 7 novembre 2006 - Encart B.O. n° 42 du 16 novembre 2006 : Brevet informatique et internet (B2i) - (RLR : 549-2) - Brevet informatique et internet (B2i) école, collège, lycée (lycées d'enseignement général et technologique et lycées professionnels).

#### Formation des maîtres

12 - Arrêté du 19 décembre 2006 - JO du 28 décembre 2006 - Encart B.O. n° 1 du 4 janvier 2007 : Cahier des charges de la formation des maîtres en institut universitaire de formation des maîtres (RLR : 438-5).

#### Éducation prioritaire

13 - Circulaire n° 2006-058 du 30 mars 2006 - B.O. n° 14 du 6 avril 2006 : Éducation prioritaire (RLR : 510-1 ; 520-0) - Principes et modalités de la politique de l'éducation prioritaire.

14 - Arrêté du 14 novembre 2006 - B.O. n°43 du 23 novembre 2006 : Éducation prioritaire (RLR : 510-1 ; 520-0) - Liste des établissements

scolaires des réseaux "ambition réussite".

15 - Circulaire n° 2006-129 du 21 août 2006 - B.O. n° 32 du 7 septembre 2006 : Dispositifs relais (RLR : 523-3d) - Organisation et pilotage des dispositifs relais.

#### Handicapés

16 - Décret n°2005-1617 du 21 décembre 2005 - JO du 23 décembre 2005 - B.O. n° 3 du 19 janvier 2006 : Candidats handicapés (RLR : 430-9 ; 540-4) - Aménagements des examens et concours de l'enseignement scolaire et de l'enseignement supérieur pour les candidats présentant un handicap.

17 - Décret n°2005-1752 du 30 décembre 2005 - JO du 31 décembre 2005 et du 25 février 2006 - B.O. n° 10 du 9 mars 2006 : Scolarisation des enfants handicapés (RLR : 501-5 ; 516-1) - Parcours de formation des élèves présentant un handicap.

18 - Décret n° 2006-509 du 3 mai 2006 - JO du 5 mai 2006 - B.O. n° 20 du 18 mai 2006 : Enseignement spécialisé (RLR : 516-3) – Éducation et parcours scolaire des jeunes sourds.

19 - Arrêté du 17 août 2006 - JO du 20 août 2006 - B.O. n° 32 du 7 septembre 2006 : Élèves handicapés (RLR : 501-5 ; 516-3) - Les enseignants référents et leurs secteurs d'intervention.

20 - Circulaire n° 2006-126 du 17 août 2006 - B.O. n° 32 du 7 septembre 2006 : Élèves handicapés (RLR : 501-5 ; 516-3) - Mise en œuvre et suivi du projet personnalisé de scolarisation.

### Parents d'élèves

21 - Décret n° 2006-935 du 28 juillet 2006 – JO du 29 juillet 2006 - Encart B.O. n° 31 du 31 août 2006 : Les parents d'élèves et l'École (RLR : 191-1) - Décret relatif aux parents d'élèves, aux associations de parents d'élèves et aux représentants des parents d'élèves et modifiant le code de l'éducation (partie réglementaire).

22 - Circulaire n° 2006-137 du 25 août 2006 - Encart B.O. n° 31 du 31 août 2006 : Les parents d'élèves et l'École (RLR : 191-1) - Le rôle et la place des parents à l'École.

### Santé publique

23 - Circulaire n° 2006-085 du 24 mai 2006 – JO du 16 juillet 2006 - B.O. n° 30 du 27 juillet 2006 : Éducation à la sécurité (RLR : 553-2) – Sensibilisation à la prévention des risques, aux missions des services de secours, formation aux premiers secours et enseignement des règles générales de sécurité.

24 - Décret n°2006-1386 du 15 novembre 2006 - JO du 16 novembre 2006 - B.O. n° 43 du 23 novembre 2006 : Santé publique (RLR : 420-3 ; 505-0 ; 610-8) - Conditions d'application de l'interdiction de fumer dans les lieux affectés à un usage collectif.

25 - Circulaire n° 2006-197 du 30 novembre 2006 - B.O. n° 45 du 7 décembre 2006 : Protection du milieu scolaire (RLR : 552-4 ; 505-7) - Comité d'éducation à la santé et à la citoyenneté (CESC).

26 - Circulaire n°2006-198 du 4 décembre 2006 - JO du 5 décembre 2006 - B.O. n° 46 du 14 décembre 2006 : Santé publique (RLR : 451-2)

- Réglementation relative à la lutte contre le tabagisme dans les établissements d'enseignement supérieur.

27 - Circulaire n° 2006-196 du 29 novembre 2006 - JO du 5 décembre 2006 - B.O. n°46 du 14 décembre 2006 : Santé publique (RLR : 505-0)

- Interdiction de fumer pour les personnels et les élèves dans les établissements d'enseignement et de formation.

28 - Circulaire n° 2006-204 du 11 décembre 2006 - B.O. n° 46 du 14 décembre 2006 : Éducation à la santé (RLR : 505-7) – Installation des distributeurs automatiques de préservatifs dans les lycées d'enseignement général et technologique et les lycées professionnels.

#### Prévention de la violence

29 - Circulaire interministérielle n°2006-125 du 16 août 2006 - B.O. n° 31 du 31 août 2006 : Lutte contre la violence (RLR : 552-4) - Prévention et lutte contre la violence en milieu scolaire.

#### Orientation

30 - Décret n°2006-1137 du 11 septembre 2006 - JO du 12 septembre 2006 - B.O. n° 35 du 28 septembre 2006 : Orientation (RLR : 123-0b) - Délégué interministériel à l'orientation.

31 - Circulaire n° 2006-213 du 14 décembre 2006 - B.O. n° 47 du 21 décembre 2006 : Orientation (RLR : 523-0) - Mise en place d'un entretien d'orientation au bénéfice des élèves de troisième.

#### Bourses au mérite

32 - Décret n° 2006-730 du 22 juin 2006 – JO du 24 juin 2006 - Encart B.O. n° 26 du 29 juin 2006 : Mise en œuvre de la loi d'orientation et

de programme pour l'avenir de l'école (RLR : 573-3) - Modalités d'attribution d'une bourse au mérite.

33 - Arrêté du 22 juin 2006 - JO du 24 juin 2006 - Encart B.O. n° 26 du 29 juin 2006 : Mise en œuvre de la loi d'orientation et de programme pour l'avenir de l'école (RLR : 573-3) – Majoration du montant de la bourse au mérite pour l'année scolaire 2006-2007.

#### Collège

34 - Arrêté du 6 avril 2006 - JO du 22 avril 2006 - B.O. n° 18 du 4 mai 2006 : Horaires des enseignements (RLR : 524-0a) - Organisation des enseignements du cycle central de collège (classes de cinquième et de quatrième).

35 - Circulaire n° 2006-139 du 29 août 2006 - B.O. n° 32 du 7 septembre 2006 : Enseignements adaptés (RLR : 516-5) – Enseignements généraux et professionnels adaptés dans le second degré (EGPA).

#### Lycées

36 - Arrêté du 1er septembre 2006 - JO du 28 septembre 2006 - B.O. n° 36 du 5 octobre 2006 : Enseignements en lycée (RLR : 524-0e ; 524-0f) - Organisation et horaires des enseignements des classes de première et terminale des lycées sanctionnés par le baccalauréat technologique de la série "sciences et technologies de la santé et du social (ST2S)".

37 - Arrêté du 1er septembre 2006 - JO du 28 septembre 2006 - B.O. n° 36 du 5 octobre 2006 : Programmes (RLR : 524-9) - Programme de la série "sciences et technologies de la santé et du social (ST2S)".

38 - Note de service n° 2006-177 du 10 novembre 2006 - B.O. n° 42

du 16 novembre 2006 : Baccalauréat (RLR : 544-1a) – Baccalauréat technologique série STG : définition des épreuves obligatoires de langues vivantes applicables à la session 2007 de l'examen.

39 - Note de service n° 2006-178 du 10 novembre 2006 - B.O. n° 42 du 16 novembre 2006 : Baccalauréat (RLR : 544-1a) – Baccalauréat technologique série STG : évaluation de la compréhension de l'oral des langues vivantes 1 et 2 mise en place de façon expérimentale pour l'année scolaire 2006-2007.

#### Formations par apprentissage

40 - Loi pour l'égalité des chances - loi n°2006- 396 du 31 mars 2006 (Titre 1er : Mesures en faveur de l'éducation, de l'emploi et du développement économique - section 1 : Apprentissage) - JO du 2 avril 2006 - Dispositions relatives à la formation d'apprenti junior.

41 - Décret n° 2006-764 du 30 juin 2006 - JO du 1er juillet 2006 - Encart B.O. n° 27 du 6 juillet 2006 : La formation d'apprenti junior (RLR : 527-4).

42 - Circulaire n° 2006-108 du 30 juin 2006 - Encart B.O. n°27 du 6 juillet 2006 : La formation d'apprenti junior (RLR : 527-4).

43 - Engagement en faveur de la promotion auprès des entreprises du parcours d'initiation aux métiers dans le cadre de l'apprentissage junior - Encart B.O. n° 27 du 6 juillet 2006.

44 - Circulaire n° 2006-042 du 14 mars 2006 - Encart B.O. n° 12 du 23 mars 2006 : Mise en œuvre de la loi d'orientation et de programme pour l'avenir de l'école (RLR : 527-3b) - Unités de formation par

Les actes de l'administration et la sécurité juridique

apprentissage (UFA).

Coopération franco-allemande

45 - Plan de relance de l'allemand en France et du français en Allemagne dits Accords de Sarrebrück du 12 novembre 2004.

46 - Conseil des ministres franco-allemand du 12 octobre 2006 : feuille de route pour les ministres chargés de l'éducation.

# **행정청의 행위와 법적 안정성**

## **(교육과 학습분야의 요소를 중심으로)**

로마릭 그갱 (엑상프로방스 IEP 소속 시간강사)

번역 : 전 훈 (경상대학교 법과대학 교수)

## 행정청의 행위와 법적 안정성 (교육과 학습분야의 요소를 중심으로)

로마릭 그갱 (엑상프로방스 IEP 소속 시간강사)

번역 : 전 훈 (경상대학교 법과대학 교수)

행정은 소속 직원의 행위를 지휘하기 위해서 뿐만 아니라 (행정의) 상대방에게 (상대방의) 권리와 의무를 알려주기 위해 당연히 법규제정의 필요성을 가진다.

그런데 행정의 등장 이래로 일정한 경향이 있다면 이러한 것은 규범적 활동의 심화와 결과와 더불어 법적 기술(법)의 비례적 발전으로서 우리는 이를 규범의 홍수라고 평가한다. 우선 2가지 인플레이션(팽창)에 대해 알 수 있다.

한편으로는 새로운 규범의 유형의 발전과 함께 양적인 팽창으로 법적 카테고리(내부조치, 지침, 시클레흐, 디렉티브 등 혼란스럽다) 그 법적 평가가 불확실하다. 그리고 다른 한편으로 규범의 대량화의 증가와 함께 양적인 팽창이 나타났다. 국사원의 연례 보고서에게 강조하듯이 “땅속의, 숨어있는, 접근하기 어려운 불균형한 법”<sup>1)</sup>이 발전했다.

이러한 사실 상태는 어느 무엇도 법률을 무시하지 못한다(*nemo censetur ignorare legem*)는 법적 허구와 완전히 모순된다. 법을 형성

---

\*\*이하에 인용되는 프랑스 단어는 문법상 원칙(특히 부(정)관사나 복수형)에 충실하지 않음을 밝힙니다.

1) Conseil d'État, Rapport public 2006, Sécurité juridique et complexité du droit, La Documentation française, p. 276.

하는 자는 어떻게 모든 법주체가 각각의 법적 상황에 적용되는 규범 전체를 알 수 있게 하는 극복할 수 없는 장애에 봉착하게 된다.<sup>2)</sup>

(이에 대한) 전통적인 대답은 관보를 통해 공포함으로써 모든 사람이 접근할 수 있도록 하는 것이다. 따라서 자신의 상황에 적용되는 법 상태를 만들려고 애쓰지 않는 사람을 비난할 수 있다는 고려하여 누구도 자신이 저지른 비행을 자랑하지 못한다(nemo auditur propriam turpitudinem allegans)는 라틴어 표현을 인용할 수 있다. 많은 규범과 법적안정성의 요구를 고려해볼 적에 이러한 주장이 현재도 받아들여질 수 있는가 하는 의문이 생겨난다. 왜냐하면 만일 공포(게재·publication)가 유효하게 있다고 하더라도(특히 시쿨래흐의 경우에만 해당하는 것은 아니다) 이러한 것이 효과적인가하는 점이다. 공포(게재)는-이 행위를 통해 대중은 법을 알게 된다- 이 날부터 권리나 의무를 대항 할 수 있고, 역시 마찬가지로 공포한 날로부터 기득권은 변경될 수 있다.

이러한 때문에 왜 현대사회의 법률가들이 규범제정의 필요성, 비용-편익대차표<sup>3)</sup>를 불가피하게 실행하는 출발에 대한 질문을 점점 더 제기하고 있다. 그리고 이러한 목표를 추구하면서 법률가들은 정치권을 설득하려고<sup>4)</sup> 애쓰는데, 종종 넘쳐나는 규범의 이해가능성과 안정성을 제물로 희생해야 한다.

모든 이러한 주장은 행정의 행동방식에 대한 의문을 제기하는데 후자는 이전부터 제기되어 왔던 문제점, 다시 말해 법적 안정성과 관련을 가지며, 교육과 학예 분야의 기준의 발전을 여기저기 끼워넣고 있다.

---

2) 이하의 \_\_\_친 부분은 역자가 의역한 부분이어서 발표자의 진의를 정확히 전달하지 못할 가능성이 있음을 밝힙니다. 이하 번역문에서는 원문의 각주번호 보다 한 번호씩 밀리게 됨을 알립니다.

3) 전게서, p.301. 344.

4) 전게서, p.230.

이하에서는 행정의 작용(행동·action)방식의 상이한 수단에 대해 일  
반론에서 출발하여 개별적인 경우로 살펴보기로 한다. 이러한 점에서  
우선 일반적인 규범에 관한 언급으로 법률과 데크레에 관해 약간의  
언급을 하고자 한다(I). 다음으로 순차적으로 디렉티브(II), 시클래흐  
(III) 다음으로 내부조치(IV)에 대해 살펴보기로 한다.

마지막으로 몇 가지 해결의 실마리에 검토를 제시하고자 한다(V).

## I. 시작하는 말 : 법률(loi)과 명령(règlement)

프랑스 법은 61개가 넘는 법전(code)<sup>5)</sup>을 포함하고 법적안정성에 관  
한 1991년 국사원의 연구보고서에 의하면 7,500개의 법률이 적용가능  
하다고 평가되고 있다(법전화된 법률, 순수하게 개정된 법률과 국제조  
약과 협약의 승인으로 국내법의 일부규정으로 삽입된 법률을 제외한).  
동 보고서는 82,000개의 법규명령 데크레<sup>6)</sup>가 있다고 추정한다.

국사원이 2005년 제출한 보고서는 “법은 매우 복잡하고 종종 일상  
적으로 이를 지키고 집행하는 공무원이 이해하기 어렵게 되고 있다.  
따라서 중앙의 행정기관은 핵심적인 준거기준(準據基準·référence)을  
충족하는 시클래흐와 지시(instructions)를 증가시키고 있다. 대부분의  
경우 이러한 준거기준은 공포되지 않거나 대항력을 가지지 않는다.  
이러한 준거기준은 입법자와 마찬가지로 시민들에게 정보제공을 회피  
할 수 있도록 결과를 가져오며 월권소송을 통한 법원의 통제로부터  
벗어나는 결과를 가져온다.”<sup>7)</sup>

이러한 설명은 만일 법전화작업(codification)이 법의 안정성과 이해  
가능성을 위한 노력에 참여한다고 하더라도 국가차원의 대부분의 규

5) 그리고 평균적으로 법전의 10%가 넘는 규정이 매년 바뀌고 있다.

6) 최근 보고서는 효력을 발생중인 법률과 데크레의 숫자를 통해 규범의 인플레이션상  
을 주장한다. 2000년의 조사보고서에 의하면 9,000개의 법률과 120,000개의 데크레  
가 있다고 한다. Conseil d'Etat, 1991-2000 정기보고서.

7) 전게서, p.276.

정은 정기적으로 개정되어야 하고 매 개정 시 마다 시클래흐, 지시(지침·훈령·instruction)나 다른 행정청의 규정에 의해 대체되어야하는 점은 분명하다는 목표를 가진다는 점이다.

교육 분야에서의 상황은 앞의 설명을 완벽하게 설명한다고 할 수 있다. 왜냐하면 교육법전에서 법률과 명령에 관한 규정을 두고 있지만 개정이 빈번하고, 관례를 말하는 것이 아니라 각 새로운 업무수행자가 자신의 표시를 나타내기 위하여, 시클래흐는 과대해진다. 예로서 지방 공공교육기관에 관한 1985년 8월 30일 데크레는 효력을 발한 후 12차례나 개정되었다.<sup>8)</sup>

통계상으로 본다면 교육부공보 부칙 제3호<sup>9)</sup>는 한 해 동안의 교육과 학습(예)분야에서의 규범제정의 태양을 잘 나타내고 있는데, 1개의 법률과 10개의 데크레 그리고 11개의 아레테와 19개의 시클래흐 이상을 셀 수 있다.

## II. 디렉티브(Directive)

국사원은 디렉티브에 관한 정의를 내린바 있다<sup>10)</sup>. 디렉티브는 취하게 될 결정의 일관성을 보장하기 위해 융통성 있는 집행방향을 정하는 일반적인 지침을 결정하는 권한(pouvoir)이다. 디렉티브는 개별적인 상황을 보고 결정을 내리는 (권한 행정청)의 해석권을 박탈할 수는 없다. 또한 디렉티브는 새로운 법규를 창설하지 못한다. 따라서 디렉티브는 1978년 7월 17일 법률이래로 관보에 게재해야 하지만 법규명령

---

8) 한 조문은 너무 자주 개정되었는데 1990년 10월 31일 데크레에 의해 개정되고, 1991년 2월 18일 데크레에서 규정되었다가, 1992년 12월 31일 데크레에 의해 개정되고, 1993년 3월 26일 데크레에 의해 개정되었다가, 1994년 12월 2일 법률에 의해 개정되었다. 2000년 4월 14일 데크레에 의해 삭제되었다가, 2000년 7월 5일 데크레에 의해 개정되고, . . . . 2006년 9월 5일 데크레에 의해 개정되었다.

9) 텍스트전문은 본 발표문의 부록부문을 참조하십시오.

10) 국사원 1970년 12월 11일, *Crédit foncier de France* 판결.

적 성질을 가지지는 않는다. 디렉티브는 사인에 대해 직접적이고 즉각적인 효력을 가지지 못하므로 취소소송<sup>11)</sup>을 제기할 수 없다.

반대로 디렉티브는 간접적인 효과를 가지고 행정의 상대방은 디렉티브를 주장하면서 개별적인 조치의 취소를 주장할 수 있다. 그밖에도 사인이 취소를 주장할 수 있는 경우에는 (그 사인은) 예외적 위법성 심사를 통해 당해 사건에서 디렉티브는 대항력을 상실한다고 주장할 수 있다.

이해당사자의 개별적인 상황이나 공익을 이유로 디렉티브에 반할 수 있다.

(디렉티브와 같은) 이러한 규범유형은 교육과 학습(예)분야에는 별다른 실익을 가지지 못하는데 전통적으로 디렉티브는 경제나 사회분야에서 더 빈번하게 이용되었다.

### Ⅲ. 시클래흐(circulaire)

시클래흐는 가장 널리 알려진 일방적 행정행위의 일부를 구성하며 또한 행정법원의 판례는 시클래흐에 관한 일반적 내용(제도)에 관해 밝히고 있다(A).

또한 시클래흐는 국가교육을 포함한 많은 영역에서 법적 안정성에 대한 의문의 기원이 된다는 점도 틀린 것은 아니다(B).

#### A. 일반론

시클래흐는 규정에 대한 해석을 통해 그 의미를 알 수 있게 하고 (행정)부서간에서 정보의 소통 혹은 유통(circulation)을 가능하게 하는, 다시 말해 조화를 위한 도구라 할 수 있다. 그렇지만 시클래흐의 발령기관이 단순한 해석차원을 넘어서는 결과를 가져오기도 한다.

---

11) 국사원 1973년 6월 26일, Société Géa 판결.

1954년에 행정법원은 한 시쿨래흐에 관한 월권소송<sup>12)</sup>에서 동 시쿨래흐가 법규명령적 규정을 포함하고 있다고 판시하게 되었다. 결론적으로 (사건의 피고) 행정청은 법령적 성격의 규정을 제정할 수 있는 권한을 가지고 있지 않기 때문에(행정청의) 무권한을 이유로 동 시쿨래흐의 취소(폐지)하였다. 왜냐하면 법규명령적 시쿨래흐만이 월권소송의 대상이 될 수 있고, 순수하게 해석적 성격을 갖는 진정한 의미의 시쿨래흐는 비록 1978년 7월 17일 법률에 따라 (관보에) 게재되었더라도 동일하지 않기 때문이다.

최근에는, 2002년에, 국사원은 시쿨래흐의 취소(폐지)에 관한 내용에 대해 중요하고 분명하게 언급한 바 있다. (국사원은) 시쿨래흐의 해석이 그 의미나 범위가 불분명하다면 일반적 성격의 구속적(명령적) 규정은 취소소송의 대상이 된다고 하였다.<sup>13)</sup> 게다가 국사원은 “시쿨래흐나 지시(지침·훈령·instruction)의 일반적 성격의 구속적(명령적) 규정은 월권소송이 되어야 한다고 보며, 이에 대한 폐지의 거부도 동일하다”고 첨언하였다.<sup>14)</sup>

여기서 분명한 것은 법원이 (이전의) 해석적 시쿨래흐와 명령적 시쿨래흐의 구분을 구속적(명령적) 시쿨래흐와 비구속적(혹은 지시적)시쿨래흐로 대체하였다는 점을 들 수 있다. 리치 교수는 해석적이고 지시적인 시쿨래흐와 해석적이고 구속적인 시쿨래흐로 나아가고 후자만이 월권소송의 대상이 될 수 있다고 예견하고 있다.<sup>15)</sup>

마치면서 국사원의 1991년 보고서를 언급할 필요가 있는데 중앙부처에서 연간 약 10,000개에서 15,000개의 시쿨래흐가 제정되고 있으며

---

12) 국사원, 1954년 1월 29일 Institution Notre-Dame de Kreisker판결. 동 사건은 사립 교육시설에 대한 보조금지원에 관한 지시(침·훈령)을 정한 시쿨래흐에 관한 것이다. 새로운 규정을 정하는 동 규정은 폐지되었다.

13) 국사원, 202년 6월 28일 Villemain판결.

14) 국사원, 2002년 12월 18일, Duvernères 판결.

15) 특히 Jean-Claude RICCI, Droit administratif, 5èmeédition, Hachette, Les Fondamentaux, p.49.

결과적으로 행정법원은 규범적인 시클래흐와 그렇지 않은 경우를 구별하는데 힘들어하고 있다. 2가지 예는 이러한 놀랄만한 통계를 보여줌에 충분하다고 본다.

-첫 번째 가장 최고의 아이러니는 시클래흐에 대한 소송을 완화하는 것을 목적으로 하는 시클래흐를 들 수 있다. 당시 총리인 자크 시락은 1987년 6월 15일 발령된 각부 시클래흐(circulaires ministérielles)에 관한 시클래흐<sup>16)</sup>를 부처장관에게 내렸다. 동 시클래흐에서는 일반적인 관점에서 3가지 하자 - 동 시클래흐의 특징과 전달을 보장할만한 방법의 부조화에 의한 과도한 (조문)수(數), 불완전한 수준의 질, 곤란한 추구(실행 · recherche) -가 나타난다.

-두 번째는 내무 및 국토개발 부 산하에 프레페에 대한 시클래흐와 지시(침 · 훈령)의 통합담당부서를 설치하는 내용의 시클래흐<sup>17)</sup>를 들 수 있다.

## B. 국가(가 담당하는) 교육의 경우

행정청과 사인간의 관계에 관한 1983년 11월28일 데크레 제1조는 시클래흐에 대한 결함 있는 법제의 일부 개선책을 담고 있다. 동 규정은 시클래흐와 지시(침 · 훈령)의 성질이 당시 기준에 따르면 명령적이거나 해석적이거나 간에 이들에 대한 원용(invocabilité)<sup>18)</sup> 방법을 일반화하도록 하고 있다. 그렇지만 이러한 소송상의 새로운 방법은 판례가 계속해서 시클래흐의 원용을 법규적 성격의 인정과 결부시킴으로 인해서 동 데크레 규정의 범위와 내용을 텅 비게 만들었다.<sup>19)</sup>

16) JORF(프랑스 정부관보), 1987년 6월 17일, p. 6460.

17) 1995년 4월 19일 시클래흐 4203호, 총리실 공보 1995년 7월 20일 p.21에 게재.

18) 시클래흐와 지시(침 · 훈령)에 대한 원용은 사인이 동 행위의 특권, 위반, 위법성을 법원에서 주장하는 사실에 의해 나타날 수 있다. 위법성의 원용은 법원의 부수적 통제로 귀착된다.

19) Pascal COMBEAU, Un oubli dans la réformel'invocabilité des circulaires et

별로 예가 많지 않지만 세부적인 지시사항을 담은 시쿨래흐는 개인에 의해 원용될 수 있으며, 예로써 중학교에서 15명의 학생이라도 이를 요구하는 경우에는 오크어 수업 개설을 허가하는 시쿨래흐가 있다(헨느 행정법원 1978년 1월 29일, 로우아르느 부인 판결).

그러지만 행정법원(1심)이 취한 이러한 해결방식은 매우 제한적이고 국사원은 이를 받아들이지 않았다. 국사원은 지시(지침·훈령)나 시쿨래흐가 지시적 성격을 가지는 경우에는 앞의 1983년 데크레에도 불구하고 이를 원용할 수 없다는 원칙적 입장을 견지하였다. 따라서 판사는 교원의 승진이동을 위해 고려하는 가산점의 점수를 정하는 업무지침(*notes de services*)에 대해 “전기한 채점표의 지시적 성격과 관련해, 다툼이 된 업무지침은 명령적 성격을 상실한다”고 판시하고 있다.(국사원 1989년 6월 5일, 체육교사노조 판결)

체육교사의 우선채용이나 승진기준을 정하는 시쿨래흐의 경우도 마찬가지인데 “교육감(*recteurs*)이나 장학사(*inspecteurs d'académie*)에 대해 내려진 이러한 시쿨래흐가 단지 이들에게 승진(이동) 업무의 착수를 위한 지시에 불과하다면” 동 시쿨래흐를 원용할 수 없다고 판시하고 있다(1992년 10월 26일, Jonquet 판결).

다행히도 뒤비네르 판결이 가져온 결과는 국가교육분야에도 미치게 되었다. 실제로 최근 판례에서(2002년 12월 30일, *Fédération des syndicats généraux de l'éducation nationale et de la recherche publique* 판결) 행정법원의 판사는 해석적이고 구속적인 시쿨래흐의 취소(폐지)의 거부는 행정소송의 대상이 되는 위법한 것이라고 인정하였다.

이러한 시쿨래흐에 대한 유형을 마치기에 앞서 판례와 관련해 불적에 시쿨래흐의 발령과 관련해 문제점들이 관련되어 있음을 언급해야 할 것 같다. 실제로 시쿨래흐를 발하는 권한행정청은 판례가 제시한 적용에 의거한(법규)명령적인 규범을 명확히 설명하는 시쿨래흐를 공

---

instructions administratives, A.J.D.A. 2000, p. 495 et s.

포하고 있다. 이러한 점은 다음 2가지의 역효과를 가져올 수 있다.

하나는 좋은 의미에서 나온다고 보는데 권한행정청이 새로운 판례가 등장할 때 마다 새로운 시쿨래흐를 공포해야 하는 의무감을 가진다는 점이다.

다른 하나는 비난받을 부분인데 새로운 판례를 회피하고 무력화시키는 새로운 시쿨래흐를 공포한다는 것이다. 그렇지만 “이러한 대체의 범위를 과장할 필요는 없는데, 왜냐하면 결국 법관이 항상 최후의 말을 하기 때문이다”.<sup>20)</sup>

### C. 시쿨래흐와 디렉티브의 차이점<sup>21)</sup>

	CIRCULAIRE	DIRECTIVE
	아주 오래전부터 이용	최근에 이용
분야	모든 행정활동 분야	실질적으로 경제 및 사회분야
행정청에 대한 효력	발령된 지시나 훈령은 공무원이 준수할 의무를 구체화하거나 관련성을 가진다.	광범한 선택의 자유여지를 부여 받은 행정청이 반영해야 할 행정작용의 일반적 가이드라인을 정하는 유도적 규범에 불과하다.
법규성 여부	일정한 시쿨래흐나 시쿨래흐의 규정은 법규적 성격을 가지기도 한다(C.E. Notre Dame du Kreisker 1954).	디렉티브는 법규적 성격을 가지지 않는다(C.E. Distillerie Brabant 1969).
사인에 대한 효력	해석(지시)적 성격의 시쿨래흐는 사인에 대해 효과	디렉티브는 간접적으로 사인에 게 효력을 가진다 : 행정청은

20) Pascal COMBEAU, Voir en ce sens Pascal COMBEAU, Réflexions sur les fonctions juridiques de l'interprétation administrative, R.F.D.A., 2004, p. 1069.

21) J . MORAND-DEVILLER, *Cours de Droit administratif*, Montchrestien, 8<sup>e</sup>édition, 003, p. 326.

	를 가지지 못한다.	개별 행정처분의 정당성의 근거로서 디렉티브를 원용하는 경우 사인도 마찬가지로 디렉티브를 주장할 수 있다.
월권소송	해석적 규칙의 경우는 월권소송을 주장하지 못하지만, 구속적(명령적)적 성격의 시쿨래흐는 가능하다.	디렉티브 자체에 대해서는 월권소송이 불가능하지만 디렉티브를 실행하는 개별처분을 상대로 월권소송이 가능하다.
부수적 규범통제	불가능	가능
사인에 의한 주장	사인은 해석적이거나 지시적 시쿨래흐를 주장할 수 없다.	사인은 디렉티브와 관련된 처분(결정)을 다투기 위해 이를 주장할 수 있다.

#### IV. (조직)내부조치(Les mesures d'ordre intérieur)

1995년 이래로 (행정청의) 내부조치(유형)는 근본적인 변화를 맞이하는데, 이하에서 일반적 내용(A)을 검토하고, 교육과 학습(예)에 관한 분야에서 이러한 내부조치(유형)이 중요한 영향을 미치고 있음을 알 수 있게 된다(B).

##### A. 일반적인 내용

내부조치는 행정기관 내부의 기관구성과 업무를 규율하는 것을 목적으로 한다. 원칙적으로 내부조치는 사인에 대해서는 어떠한 의무를 부담지우지 않으며 그 결과 사인도 이를 주장할 수 없다. 그러나 유럽인권법원의 영향과 항상 법적 안정성의 비호하에 (프랑스) 행정법원

의 법관은 다음 3가지 특별한 영역에서 자신의 판례의 입장을 굽히게 되었다 : 교도소(2), 군부대(1)와 학교시설<sup>22)</sup>.

Hardouin et Marie판결<sup>23)</sup>에서 국사원 전원재판부는 내부조치 유형의 범위를 놀랄정도로 제한하는 판례의 변경을 시도하였다.

왜냐하면 이전의 전통적인 판례와 이를 재차 확인한 불과 얼마 전 판례에서 (1984년 1월 27일 Caillol 판결) 국사원은 재소자나 군인에 대한 징계조치는 법원에 소송의 대상이 되는 조치가 되지 않는다고 판단했었다. 이러한 판례는 관련기관에서 필요한 징계조치를 법관이 흔들지 않는다는 점과 중동 가해진 제재조치가 관대하다는 점에 기초하고 있었다. 그러나 특별히 중한 제재조치의 경우에 서조차 이러한 내부조치에 대한 모든 구제가능성이 배제되었기 때문에 소송이 제기되었다.

### 1. 군부대의 경우

국사원은 Hardouin 사건에서 자신이 근무하고 있는 함대에 귀환하면서 음주징표를 나타내자 음주테스트를 받을 것을 거부한 한 해군병사에 대한 10일간 구류조치에 대해 제기한 소장의 접수를 인정하였다. 그렇지만 국사원은 본안에서 관련당사자가 비난한 사실은 제재처분을 정당성을 입증한다고 판단하여 청구를 기각하였다.

마찬가지로 국사원은 군인에 대해 내려진 제재처분이 “업무 외의 군인의 왕래의 자유에 대한 직접적 효력을 가지거나” “승진결과나 근무계약의 갱신”을 이유로 하는 특별한 중대한 성질을 가지는 경우에만 인정하고 있다. 그렇지만 이러한 기준은 대부분의 징계에 대한 소송의 청구를 인정하게 되는데 왜냐하면 어떤 조치가 그 징계조치를 받은 군인의 경력에 영향을 미치지 않는 경우는 매우 드물기 때문이

---

22) 후술 참조.

23) 17 février 1995 - Hardouin et Marie - Rec. Lebon p. 82 et 85.

다. 국사원도 마찬가지로 **Maufroy**판결(1995년 7월 12일)을 통해 한 하사관에게 내려진 징계처분에 대한 소송에서 이를 인정하고 있다.

## 2. 감옥의 경우

**Marie** 사건에서 원고는 구치소의 의무서비스 업무에 대해 근거 없는 항의를 한 이유로 구치소 소장이 내린 8일간의 독방 제재를 받았다고 주장하였다. 동 사건에서 국사원은 수감자가 제기한 항의는 필요한 조치를 제공하기까지는 이르지 못하였고, 형사소송법 D.262조에 따라 수감자에게 징계처벌이 내려지는 모욕, 협박이나 비방을 구성하지 않는다고 보았다. 국사원은 **Marie**씨에 대해 비난된 사실은 제재를 정당화하는 성질을 구비하지 못한다고 보고 다툼의 대상이 된 제재 결정을 취소하였다.

그렇지만 국사원이 완전히 내부조치 개념을 포기한 것은 아니었다. 내부조치는 징계적(*disciplinaire*) 성격을 나타내지 않는 일정한 조치에 대해서는 계속해서 적용되고 있고 징계분야에서도 경미한 제재에서는 적절하게 이루어지고 있으며 그 결과 소송의 대상에서 제외되고 있다. 법원의 이러한 구별은 어느 정도 임의적인 것으로 보일 수 있으나, 이러한 구별은 법적 안정성의 요구(*impératif*)와 *minimis non curat praetor* 원칙의 조정을 통해 대부분 이유가 인정된다. 왜냐하면 법관은 법정을 복잡하게 만들지 않기 위해 사소한 일에 몰두해서는 안되기 때문이다. 이러한 이유로 해서 법관은 각 사건마다 내부조치가 사법적 보장의 대상이 되는 가를 판단한다.

실제로 국사원 전원재판부는 수감자에 대해 내려진 제재가 그 성질 및 중요성에 비추어 **이해당사자의 상황에 민감한 효과**를 가지는 경우에는 이를 인정할 수 없다고 한다. 사건에(국사원, **Marie**판결)서 이러한 기준은 구비되었다 : 수감자를 혼자서만 있게 하는 효과를 가지는 다른 감방으로의 이송하는 독방처분은 다음의 결과를 가져온다 :

- “(재소자들이 공동으로 식사하는)식당”과 접견의 박탈
- 서신의 제한
- 형의 감량조치에 대한 결과.

반면에, 국사원은 몇 개월 후에 구금요건을 가중하는 것은 아닌 “수감자에 대한 격리조치”는 위의 경우가 아니며 이해당사자의 법적 상황에 영향을 주는 경우가 아니라고 하였다(1996년 2월 28일, Fauqueux판결). 국사원은 또한 수감자를 독방수감제도로 이송 및 적용하는 결정은 역시 내부조치로 보고 있으며(1967년 12월 8일, Kayanski 판결) 위협한 재소자라는 재소자명부 작성(1986년 1월 10일, Rouget 판결)이나 수감자를 보다 더 높은 안전구역으로 옮기는 조치(1984년 1월 27일, Caillol판결), 재소자를 정치적 재소자에게 적용되는 제도로의 변경요구의 거절(1939, 3월 1일, Troncaso 판결) 등도 내부조치로 보고 있다.

이러한 해결방식은 판례의 일반적 발전에 산입되고 점차적으로 내부조치 유형을 제약하였다(법원의 심사대상이 확대되어갔다). 국사원은 공무원에게 전달된 지침(notes)에 대한 소청을 심사하게 되었고(1962년 11월 23일, 부(section), Camara, p.627) 다음에는 법관과 군인, 스포츠 경기의 결과에 대해 내려진 조치에 대해서도 판단하게 되었다(1991년 1월 25일, 부(section), Vigier 판결).

조직)내부조치의 분야는 놀랄정도로 감소되고 있지만 이러한 개념이 어쨌든 사라지지 않는다고 본다. 국사원은 전문병원의 입원환자의 퇴원시에 요구되는 허가조치는 이러한 내부조치에 해당한다고 보고 있다( 1997년 11월 17일, Centre hospitalier spécialisé d'Erstein판결).

## B. 국가교육의 예

행정의 조직내부조치는 행정공무원만을 수범자로 하는 것은 아니며 동 조치가 대상으로 하는 다양한 이용자, 특히 공공영조물(법인)에서

도 이루어진다. 따라서 내부조치는 1985년 데크레(85-924호)에 의해 적법성을 갖춘 규범인 내부규율(règlement intérieur · 일방적 행정행위)을 위반한 사람에게 권한을 대표하는 자가 취하는 조치에 해당한다고 할 수 있다.

상급반으로의 진급을 거부하는 것(1949년 7월 6일, 앙드라드판결)과 같은 학생의 수학의 장애를 가져오는 결정<sup>24)</sup>이나 마찬가지로 초등학교의 산악동계훈련 참여 거부(국사원, 1977년 4월 1일, 부판결, 드리흐스니테르 부부 판결)조치 등은 왜전부터 내부조치의 유형에서 제외되었고 따라서 (월권)소송의 대상이 되었지만 종교적 상징의 착용에 관한 조치는 이와 같지 않았다.

마찬가지로 널리 알려진 국사원의 케루아판결(1992년 11월 2일)의 경우에서도 중학교의 내부조치가 (월권소송의 대상이 되는) 침해행위를 구성한다고 보았고 월권소송의 심사대상으로 인정하였다. 국사원은 (동 판결에서) 고등학교에서 정치적 상징(사건에서는 국기의 색깔)의 착용금지를 내부적 조치로 포함시켜 행정법원에 제소할 수 없다고 오래된 판결(1938년 10월 21일 로트판결)을 재검토하게 되었다.

사건에서(1992년 케루아 판결) 내부규정 제13조의 검토와 관련해 행정법원은 다툼이 된 동 규정이 명하는 금지(조치)는 일반적이고 절대적인 성격을 나타내며, 학교공동체 안에서 특정한 상징의 착용이 위험을 야기할 수 있는 위험이나 문제점에 관한 어떠한 언급도 포함하고 있지 않다고 판단하였다. 동 판결에서 우리는 중학교에서 내부규정을 통해 종교적 상징표시의 착용을 일반적이고 절대적으로 금지하는 것은 위법하다고 추론할 수 있다.

---

24) Patrick FRYDMAN, 국사원 2월 17일 전원합의체 판결(M.Hardouin et M.Marie 판결)의 논고, R.F.D.A/, 1995, p. 353.

국사원은 정부의 요청에 대한 1989년 11월 29일 의견서(Avis)에서 “프랑스의 헌법과 법률 그리고 국제조약에서 나오는 국가의 종교적 중립성(라이시테·Laïcité)과 공공서비스 전체의 중립성(네투랄리테·Neutralité)원칙의 한 요소인 공교육에서의 종교적 중립성(라이시테)원칙은 교육이 한편으로 교사의 교육(학사)일정에 의한 (교육이라는 공공서비스의) 중립성(네투랄리테·Neutralité)과 다른 한편으로 학생들의 신앙의 자유를 존중하는 가운데 이루어져야 하고 (· · ·).

학생들은 다원주의와 타인의 자유를 존중하는 가운데 교육활동이나 교육내용 및 출석의무에 대한 피해를 주지 않는다면 학교시설 안에서 종교적 믿음을 표현하고 실행하는 권리를 가진다”고 하였다.

행정법원이 어떤 기준에서 종교적 상징의 착용의 금지를 인정하고 있는 예는 1995년 아우키리 부부 판결(1005년 3월 10일)이 있다. 사건에서는 체육시간에 안전을 이유로 교사가 여학생에게 이슬람 두건을 벗을 것을 요구한 데에 대해 이를 거부한 학생에 대한 수업배제(퇴출) 결정(처분)<sup>25)</sup>이 적법하다고 판단하였다.

마찬가지로 행정법원이 드물게 “학교시설에 들어간다면”<sup>26)</sup>, 스키복을 입고 학교 교실에 오는 여고생에 대한 출입금지조치(1954년 10월 20일, 샤푸 판결), 한 학생을 수업내용이 동일한 경우에 어떤 배정이 학생의 향후 진로가능성에 대한 결과를 가져오지 않는 경우에 (다른) 어떤 반으로 옮기거나 배정하는 결정(1982년 11월 5일, 아타르 판결) 혹은 같은 유치원에서의 여러분 반에서 아동을 분반하는 조치(1994년 9월 30일, 쉬즈르 판결)은 항상 내부조치로 보았다. 가장 최근에<sup>27)</sup>, 국

25) 일시적인 수업참가 배제 조치 이후에 관련당사자가 수업에 돌아간 다음에 여러 결과가 뒤따랐는데 언론의 반향을 야기하였다. 여학생들은 두건을 벗지 않을 것을 고집하였고, 징계조치가 이러한 (여학생의) 행동에 대해 주어졌고 최종적으로 퇴학 조치가 이루어졌다. 이러한 퇴학조치는 교육청의 소청에서도 정당성이 인정되었다.

26) Laurent TOUVET, Jacques-Henri STAHL, Rétrécissement de la notion d'ordre intérieur, A.J.D.A., 1995, p.379 et s.

27) C.E., 8 mars 2006, Fédération des conseils de parents d'élèves des écoles publiques.

사원은 교내의 체벌은 내부조치이고 단체기합은 기합받는 전체 학생들이 세부적으로 인식된다면 내부조치의 범위 안에 해당한다고 보고 있다.

## V. 해결책의 검토

효율적인 규범을 모색하기 위한 해결책이 검토되어야 하는데 많은 연구<sup>28)</sup>가 있어 왔고, 2005년 6월 6일의 법률과 명령규정의 입안을 위한 지침이 공표되었다. 논리상 당연히 규범의 잠정적 평가와 필요성에 관한 연구검토에 대한 건의가 있었으나 현재까지 프랑스에서 어떠한 만족스러운 해결방안은 찾지 못하고 있다.

2003년 8월 26일 제정된 규범의 인플레이에 대한 대처와 법령제정의 질적 개선에 관한 2개의 총리(명의회) 시클래흐는 특히 “정책의 적정성과 법적 필요성을 검정하고”, “법령제정에 대한 대안을 검토하며” 이를 통해 법률안과 데크레안의 중요성을 증명하는, 그리고 “(법령의) 영향평가를 진행하는 것이 필요한가를 결정하고, 영향평가가 이루어지는 방식과 이를 통해 실행되는 요건을 결정하기 위한” 정부부처간의 회의계획기구의 사전설치를 규정하고 있다.

이러한 시클래흐는 그 밖에도 (중양의) 각 부는 “양질의 법령을 위한 고위공무원”을 둘 것을 규정하고 있고, 이러한 조치를 세부적으로 규정한 법령제정 (질을 위한) 헌장의 제정에 관해 규정하고 있다. 동시클래흐는 각 부처의 국(局·département)조직을 통해 점차적으로 추

---

28) 특히 다음의 경우를 참고하시오: Dieudonné MANDELKERN, La qualité de la réglementation, La Documentation française, 2002; Bruno LASSERRE, Pour une meilleure qualité de la réglementation, La Documentation française 2004; Conseil d'état, Rapport annuel, Sécurité juridique et complexité du droit, La Documentation française 2006; Secrétariat général du gouvernement, Rapport au Premier ministre du groupe de travail chargé d'une réflexion sur les suites du rapport public 2006 du Conseil d'Etat, La Documentation française, 2007.

진되고 있으나 규범의 생산에 비해 기대효과를 거두고 있지는 않고 있다. 이러한 실패는 개혁이라 불리는 (입법)영향평가를 위한 기간을 주지 않는 훼손된 기간을 자주 부여한다.

부뤼노 라세르는 2004년 총리보고서에서 정부부처의 모든 법령규정 (texte normatif)에 대해 선택평가<sup>29)</sup>를 하고, 필요한 경우 영향평가가 이루어져야 한다고 제안하였다. 동 보고서에 의하면 영향평가는 규정의 범위, 재정규모-5천만 유로 초과-의 평가, 직접적인 수법자의 수 -1백만 초과- 나 경제·사회영역이나 지정된 업종에 대한 개혁의 결과의 중요성에 대한 가장 중요한 개혁부분에 대해 이루어져야 한다. 영향평가는 (상기)조치가 적시성에 따른 선택의 경우에만 이루어진다.

최근에 많은 노력들이 이루어졌고, 2006년 봄 이래로 정부는 3개월마다 새롭게 갱신되는 (법령)규정의 불륨에 대한 지시사항들을 인터넷 사이트(레지프랑스·Legifrance)<sup>30)</sup>를 통해 알리고 있다. 그리고 2006년 보고서에서 국사원은 특히 모든 형식적 법전화 외에도 법에 대해 접근하고 알 수 있는 보다 빠르고 개선된 디지털 창구의 개방을 권고하고 있다.

---

29) (법령)안의 주관 부서가 작성하는 몇 장 분량의 선택평가(서)는 행동(action)에 대한 다양한 가능성에 대해 제시해야하며 이들 중 적어도 1개의 비법규적(non réglementaire) 제안이 있어야 한다. 결정자에게 열린 상이한 선택의 탐색은 규범적이든 비규범적이든 정책당국의 선택을 명료하게 한다. 해결책에 대한 어떤 대안적 평가는 추진되는 대상의 명료하고 상세한 개념을 사전에 요구한다.

30) [http://www.legifrance.gouv.fr/html/statistiques\\_normatives/liste\\_stats.htm](http://www.legifrance.gouv.fr/html/statistiques_normatives/liste_stats.htm)

## 부 록

### 2006년 교육과 학습(예) 및 연구에 관한 관련규정

1 - **Circulaire** n° 2006-051 du 27 mars 2006 -B.O. n°13 du 31 mars 2006 : Rentrée scolaire (RLR : 510-0 ; 520-0) - Préparation de la rentrée 2006.

#### 기초학습

2 - Socle commun de connaissances et de compétences : **Décret** n° 2006-830 du 11 juillet 2006 - JO du 12 juillet 2006 - Encart B.O. n°29 du 20 juillet 2006 : Socle commun de connaissances et de compétences (RLR : 191-1).

3 - **Circulaire** n° 2006-003 du 3 janvier 2006 - B.O. n° 2 du 12 janvier 2006 : Mise en œuvre des programmes de l'école primaire (RLR : 514-4) - Apprendre à lire.

4 - **Arrêté** du 24 mars 2006 - JO du 30 mars 2006 - B.O. n° 13 du 31 mars 2006 : Apprentissage de la lecture (RLR : 514-4) - Programmes d'enseignement de l'école primaire.

5 - **Circulaire** n° 2006-093 du 31 mai 2006 - B.O. n° 23 du 8 juin 2006 : Enseignement des langues vivantes (RLR : 514-6 ; 525-4) - Rénovation de l'enseignement des langues vivantes étrangères.

6 - **Décret** n° 2006-533 du 10 mai 2006 - JO du 12 mai 2006 - B.O. n° 22 du 1er juin 2006: vie scolaire (RLR : 520-3 ; 541-1a) - Note de vie scolaire.

7 - **Arrêté** du 10 mai 2006 - JO du 12 mai 2006 - B.O. n° 22 du 1er juin 2006 : Vie scolaire (RLR : 551-2) - Conditions d'attribution d'une note de vie scolaire.

8 - **Arrêté** du 1er juin 2006 - JO du 14 juin 2006 - B.O. n° 26 du 29 juin 2006 : Diplômes (RLR : 541-1a) - Modalités d'attribution du diplôme national du brevet.

9 - **Circulaire** n° 2006-105 du 23 juin 2006 - B.O. n° 26 du 29 juin 2006 : Vie scolaire (RLR : 551-2) - Note de vie scolaire.

10 - **Arrêté** du 22 août 2006 - B.O. n° 31 du 31 août 2006 : Conseils, comités et commissions (RLR : 122-0) - Comité consultatif auprès du Haut Conseil de l'éducation.

11 - **Circulaire** n° 2006-169 du 7 novembre 2006 - Encart B.O. n° 42 du 16 novembre 2006: Brevet informatique et internet (B2i) - (RLR : 549-2)

#### 교사연수

12 - **Arrêté** du 19 décembre 2006 - JO du 28 décembre 2006 - Encart B.O. n° 1 du 4 janvier 2007 : Cahier des charges de la formation des maîtres en institut universitaire de formation des maîtres (RLR : 438-5).

#### 특별(우선)교육

13 - **Circulaire** n° 2006-058 du 30 mars 2006 - B.O. n° 14 du 6 avril 2006 : Éducation prioritaire (RLR : 510-1 ; 520-0) - Principes et modalités de la politique de l'éducation prioritaire.

14 - **Arrêté** du 14 novembre 2006 - B.O. n°43 du 23 novembre 2006

행정청의 행위와 법적 안정성(교육과 학습분야의 요소를 중심으로)(전훈)

: Éducation prioritaire (RLR : 510-1 ; 520-0) - Liste des établissements scolaires des réseaux "ambition réussite".

15 - **Circulaire** n° 2006-129 du 21 août 2006 - B.O. n° 32 du 7 septembre 2006 : Dispositifs relais (RLR : 523-3d) - Organisation et pilotage des dispositifs relais.

#### 장애학우교육

16 - **Décret** n°2005-1617 du 21 décembre 2005 - JO du 23 décembre 2005 - B.O. n° 3 du 19 janvier 2006 : Candidats handicapés (RLR : 430-9 ; 540-4) - Aménagements des examens et concours de l'enseignement scolaire et de l'enseignement supérieur pour les candidats présentant un handicap.

17 - **Décret** n°2005-1752 du 30 décembre 2005 - JO du 31 décembre 2005 et du 25 février 2006 - B.O. n° 10 du 9 mars 2006 : Scolarisation des enfants handicapés (RLR : 501-5 ; 516-1) - Parcours de formation des élèves présentant un handicap.

18 - **Décret** n° 2006-509 du 3 mai 2006 - JO du 5 mai 2006 - B.O. n° 20 du 18 mai 2006 : Enseignement spécialisé(RLR : 516-3) - Éducation et parcours scolaire des jeunes sourds.

19 - **Arrêté** du 17 août 2006 - JO du 20 août 2006 - B.O. n° 32 du 7 septembre 2006 : Élèves handicapés (RLR : 501-5 ; 516-3) - Les enseignants référents et leurs secteurs d'intervention.

20 - **Circulaire** n° 2006-126 du 17 août 2006 - B.O. n° 32 du 7 septembre 2006 : Élèves handicapés (RLR : 501-5 ; 516-3) - Mise en œuvre et suivi du projet personnalisé de scolarisation.

### 학부모회

21 - **Décret** n° 2006-935 du 28 juillet 2006 - JO du 29 juillet 2006 - Encart B.O. n° 31 du 31 août 2006 : Les parents d'élèves et l'École (RLR : 191-1) - **Décret** relatif aux parents d'élèves, aux associations de parents d'élèves et aux représentants des parents d'élèves et modifiant le code de l'éducation (partie réglementaire).

22 - **Circulaire** n° 2006-137 du 25 août 2006 - Encart B.O. n° 31 du 31 août 2006 : Les parents d'élèves et l'École (RLR : 191-1) - Le rôle et la place des parents à l'École.

### 공중위생

23 - **Circulaire** n° 2006-085 du 24 mai 2006 - JO du 16 juillet 2006 - B.O. n° 30 du 27 juillet 2006 : Éducation à la sécurité (RLR : 553-2) - Sensibilisation à la prévention des risques, aux missions des services de secours, formation aux premiers secours et enseignement des règles générales de sécurité.

24 - **Décret** n°2006-1386 du 15 novembre 2006 - JO du 16 novembre 2006 - B.O. n° 43 du 23 novembre 2006 : Santé publique (RLR : 420-3 ; 505-0 ; 610-8) - Conditions d'application de l'interdiction de fumer dans les lieux affectés à un usage collectif.

25 - **Circulaire** n° 2006-197 du 30 novembre 2006 - B.O. n° 45 du 7 décembre 2006 : Protection du milieu scolaire (RLR : 552-4 ; 505-7) - Comité d'éducation à la santé et à la citoyenneté (CESC).

26 - **Circulaire** n°2006-198 du 4 décembre 2006 - JO du 5 décembre 2006 - B.O. n° 46 du 14 décembre 2006 : Santé publique (RLR :

행정청의 행위와 법적 안정성(교육과 학습분야의 요소를 중심으로)(전훈)

451-2) - Réglementation relative à la lutte contre le tabagisme dans les établissements d'enseignement supérieur.

27 - **Circulaire** n° 2006-196 du 29 novembre 2006 - JO du 5 décembre 2006 - B.O. n°46 du 14 décembre 2006 : Santépublique (RLR : 505-0) - Interdiction de fumer pour les personnels et les élèves dans les établissements d'enseignement et de formation.

28 - **Circulaire** n° 2006-204 du 11 décembre 2006 - B.O. n° 46 du 14 décembre 2006 : Éducation à la santé (RLR : 505-7) - Installation des distributeurs automatiques de préservatifs dans les lycées d'enseignement général et technologique et les lycées professionnels.

#### (학교)폭력예방

29 - **Circulaire** interministérielle n°2006-125 du 16 août 2006 - B.O. n° 31 du 31 août 2006 : Lutte contre la violence (RLR : 552-4) - Prévention et lutte contre la violence en milieu scolaire.

#### 오리엔테이션

30 - **Décret** n°2006-1137 du 11 septembre 2006 - JO du 12 septembre 2006 - B.O. n° 35 du 28 septembre 2006 : Orientation (RLR : 123-0b) - Délégué interministériel à l'orientation.

31 - **Circulaire** n° 2006-213 du 14 décembre 2006 - B.O. n° 47 du 21 décembre 2006 : Orientation (RLR : 523-0) - Mise en place d'un entretien d'orientation au bénéfice des élèves de troisième.

#### 장학제도

32 - **Décret** n° 2006-730 du 22 juin 2006 - JO du 24 juin 2006 - Encart B.O. n° 26 du 29 juin 2006 : Mise en œuvre de la loi d'orientation et de programme pour l'avenir de l'école (RLR : 573-3) - Modalités d'attribution d'une bourse au mérite.

33 - **Arrêté** du 22 juin 2006 - JO du 24 juin 2006 - Encart B.O. n° 26 du 29 juin 2006 : Mise en œuvre de la loi d'orientation et de programme pour l'avenir de l'école (RLR : 573-3) - Majoration du montant de la bourse au mérite pour l'année scolaire 2006-2007.

#### 중학교

34 - **Arrêté** du 6 avril 2006 - JO du 22 avril 2006 - B.O. n° 18 du 4 mai 2006 : Horaires des enseignements (RLR : 524-0a) - Organisation des enseignements du cycle central de collège (classes de cinquième et de quatrième).

35 - **Circulaire** n° 2006-139 du 29 août 2006 - B.O. n° 32 du 7 septembre 2006 : Enseignements adaptés (RLR : 516-5) - Enseignements généraux et professionnels adaptés dans le second degré (EGPA).

#### 고등학교

36 - **Arrêté** du 1er septembre 2006 - JO du 28 septembre 2006 - B.O. n° 36 du 5 octobre 2006: Enseignements en lycée (RLR : 524-0e ; 524-0f) - Organisation et horaires des enseignements des classes de première et terminale des lycées sanctionnés par le baccalauréat technologique de la série "sciences et technologies de la santé et du

social (ST2S)".

37 - **Arrêté** du 1er septembre 2006 - JO du 28 septembre 2006 - B.O. n° 36 du 5 octobre 2006: Programmes (RLR : 524-9) - Programme de la série "sciences et technologies de la santé et du social (ST2S)".

38 - **Note de service** n° 2006-177 du 10 novembre 2006 - B.O. n° 42 du 16 novembre 2006 : Baccalauréat (RLR : 544-1a) - Baccalauréat technologique série STG : définition des épreuves obligatoires de langues vivantes applicables à la session 2007 de l'examen.

39 - **Note de service** n° 2006-178 du 10 novembre 2006 - B.O. n° 42 du 16 novembre 2006 : Baccalauréat (RLR : 544-1a) - Baccalauréat technologique série STG : évaluation de la compréhension de l'oral des langues vivantes 1 et 2 mise en place de façon expérimentale pour l'année scolaire 2006-2007.

#### 비정규학습과정

40 - **Loi** pour l'égalité des chances - loi n°2006- 396 du 31 mars 2006 (Titre 1er : Mesures en faveur de l'éducation, de l'emploi et du développement économique - section 1: Apprentissage) - JO du 2 avril 2006 - Dispositions relatives à la formation d'apprenti junior.

41 - **Décret** n° 2006-764 du 30 juin 2006 - JO du 1er juillet 2006 - Encart B.O. n° 27 du 6 juillet 2006 : La formation d'apprenti junior (RLR : 527-4).

42 - **Circulaire** n° 2006-108 du 30 juin 2006 - Encart B.O. n°27 du 6 juillet 2006 : La formation d'apprenti junior (RLR : 527-4).

43 - **Engagement** en faveur de la promotion auprès des entreprises du

parcours d'initiation aux métiers dans le cadre de l'apprentissage junior -  
Encart B.O. n° 27 du 6 juillet 2006.

44 - **Circulaire** n° 2006-042 du 14 mars 2006 - Encart B.O. n° 12 du  
23 mars 2006 : Mise en œuvre de la loi d'orientation et de programme  
pour l'avenir de l'école (RLR : 527-3b) - Unités de formation par  
apprentissage (UFA).

#### 프랑스-독일 협력사업

45 - **Plan** de relance de l'allemand en France et du français en  
Allemagne dits Accords de Sarrebrück du 12 novembre 2004.

46 - **Conseil** des ministres franco-allemand du 12 octobre 2006 : feuille  
de route pour les ministres chargés de l'éducation.