

학교생활기록부 작성에 관한 사무의 법적 성질

- 대법원 2014. 2. 27. 선고 2012추183 판결 -

한양대학교 정책학과 교수(행정법, 법정책학), 법박 **李 虎 龍**

논문요약

2012년 학교폭력 가해 학생에 대한 조치사항을 학교생활기록부에 기재하라는 교육부의 조치는 5년이 지난 지금까지도 여전히 논쟁의 대상이 되고 있다. 그 후 4번의 법률개정안이 발의 되었으며, 조금이라도 불이익한 사항을 기재하지 않으려는 가해 학생 측의 학교폭력자치위원회의 처분에 대한 재심청구 건은 1,000건에 육박하고, 학교폭력 대책자치위원회 처분 관련 소송은 연간 100건을 넘어서고 있다(2015년 기준). 이 정책과 법제에 대한 재검토의 목소리가 더욱 높아졌다.

학교폭력 가해 학생에 대한 조치사항을 학교생활기록부에 기재하라는 교육부의 시정명령 등과 이에 불복한 경기도교육감의 취소소송을 다룬 이 관례에서는 학교생활기록의 작성에 관한 교육감의 지도·감독 사무는 국민 전체의 이익을 위하여 통일적으로 처리되어야 하는 사무로서 교육감에게 위임된 국가사무에 해당한다고 하면서 지방자치법 제169조 제2항은 자치사무에 관한 명령이나 처분의 취소 또는 정지에 대해서만 소를 제기할 수 있으므로 학교폭력 가해학생 조치사항을 학교생활기록부에 기재하도록 하기 위한 교육부장관의 시정명령이나 직권 취소처분을 취소해 달라는 소송은 허용되지 않는다고 하여 소를 각하하였다. 따라서 쟁점은 학교생활기록의 작성에 관한 교육감의 지도·감독 사무가 국가로부터 위임된 사무인가 아니면 자치사무인가에 있다. 관례는 학교생활기록은 시·도를 달리하여 또는 국립학교와 공립·사립학교를 달리하여 제출하는 경우에 통일적 관리가 필요하고 학교생활기록을 상급학교 입학전형에 반영될 뿐만 아니라 교육부가 지도·감독하는 대학교의 입학전형자료로 활용되므로 국민전체

의 이익을 위하여 통일적으로 처리되어야 할 사무이고 따라서 이에 대한 지도·감독 사무도 통일적으로 처리되어야 할 사무이므로 국가사무라고 결론 짓고 있다. 이 관례의 문제점은 지방자치단체 사무를 구분함에 있어서는 그 사무의 성질이 아니라 그 사무가 활용되는 상황을 기준으로 하였다는 점이다. 물론 사무의 성질이 지방자치단체의 사무를 구분하는 획일적이고 절대적인 기준은 아니나, 사회가 처한 상황에 따라 사무 구분을 달리할 때에는 그에 따른 합리적 이유로서 설득될 수 있어야 한다.

또한 이 논문에서는 관례에서는 다루지 아니한 쟁점으로서 학교폭력 가해학생에 대한 조치사항을 학교생활기록부에 기재하도록 한 근거를 법령이 아닌 교육부 훈령인 『학교생활기록 작성 및 관리지침』에 두고 있는 것의 법적 정당성과 학교 폭력의 근절이라는 행정 목적을 달성하기 위한 수단으로서 학교 폭력 가해 사실을 학교생활기록부에 의무적으로 기록하도록 하는 것의 비례원칙에 위반 여부에 대해서도 함께 검토하였다.

[주제어] 학교폭력 사항의 기재, 학교생활기록부 작성, 지방자치단체의 사무구분, 자치사무에 대한 적법성 통제, 법률유보원칙, 비례원칙
 describe matters of school violence, writing school life records, administrative division of local government, legality control of self-government affairs, statutory reservation principle of administrative rule, proportion principle

* 논문접수 : 2017. 2. 12. * 심사개시 : 2017. 2. 12. * 게재확정 : 2017. 2. 23.

目 次

I. 판결개요 1. 사건의 개요 2. 판결요지 II. 해 설 1. 쟁 점	2. 지방자치단체의 사무 구분과 자치사무에 대한 적법성 통제 3. 관례에서 다루지 아니한 관련 문제 III. 결 론
--	--

I. 판결개요

1. 사건의 개요

학교폭력이 사회적 문제가 되자 2012년 학교폭력을 근절하기 위한

대책으로서 학교폭력 가해 사실을 학교생활기록부에 기록하는 정책이 도입되었다. 상급학교 진학이나 취업에서 필수 서류로 요구하고 있는 학교생활기록부에 학교폭력과 같은 부정적 개인 정보를 기록하게 함으로써 학교폭력을 억제하겠다는 의도였다. 교육부는 2012.1.27. 학교생활기록부에 「학교폭력예방 및 대책에 관한 법률」 제17조 제1항 각 호에 규정된 학교폭력대책자치위원회의 학교폭력 가해학생에 대한 조치사항을 기록하여 학생에 대한 생활지도 및 상급학교 진학 자료로 활용하도록 하기 위하여 교육과학기술부훈령 제239호로 「학교생활기록 작성 및 관리지침」을 개정(‘이 사건 지침’이라 한다)하였다.

경기도교육감은 원고는 2012. 2. 15. 피고에게 학교폭력 징계사항의 학교생활기록부 기재를 재고하여 달라는 요청을 하였으며, 2012. 7. 9. 국가인권위원회가 ‘인권친화적 학교문화 조성을 위한 종합정책권고’에서 학교생활기록부 학교폭력 기록에 대하여 졸업 전 삭제심의제도나 중간삭제제도를 도입하는 등 학교생활기록부 학교폭력 기재가 또 다른 인권침해가 되지 아니하도록 개정하여야 한다는 결정을 하자, 이에 근거하여 2012. 8. 9. 관내 교육지원청과 각급 학교에 ‘교육과학기술부 및 경기도교육청의 향후 방침이 정해질 때까지 각급 학교에서는 학교생활기록부에 학교폭력 가해사실 기록을 보류하기 바란다’(이하 이 사건 ‘보류지시’라 한다)는 내용의 공문을 보냈다.

교육부는 2012. 8. 16. 국가인권위원회에 ‘인권친화적 학교문화 조성을 위한 종합정책권고’ 중 ‘학교생활기록부 학교폭력 기재에 관한 권고사항’에 대한 수용불가 방침을 통보한 후, 2012. 8. 23. 경기도교육감에게 ‘① 귀 교육청에서 학교에 안내한 학교생활기록부 기재 보류 지시를 취소하고, ② 법령에 따라 학교폭력 가해학생 조치사항을 학교생활기록부에 기재하도록 관내 학교 및 교육지원청에 2012. 8. 24.까지 안내 공문 시행 후, 이를 2012. 8. 27.까지 교육과학기술부에

제출하라'는 내용의 시정명령(이하 이 사건 '시정명령'이라 한다)을 하였다.

경기도교육감이 이 시정명령에 응하지 아니하자, 교육부장관은 2012. 8. 27. 해당 사안은 학교장이 초·중등교육법 제25조에 따라 작성·관리하여야 할 사안으로 교육감이 자의적으로 판단할 사항이 아니라는 등의 이유를 들어 원고의 이 사건 보류지시를 직권으로 취소하였다(이하 '이 사건 직권취소처분'이라 한다). 이에 대하여 경기도교육감은 2012. 8. 29. 지방자치법 제169조 제2항에 따라 교육부장관을 상대로 이 사건 시정명령 및 직권취소처분에 대한 취소를 구하는 소를 제기하였다.

2. 판결요지

가. 「지방교육자치에 관한 법률」 제3조에 의하여 준용되는 지방자치법 제169조 제2항은 자치사무에 관한 명령이나 처분의 취소 또는 정지에 대하여서만 소를 제기할 수 있다고 규정하고, 주무부장관이 지방자치법 제169조 제1항에 따라 시·도에 대하여 행한 시정명령에 대하여도 대법원에 소를 제기할 수 있다는 규정을 두고 있지 않으므로, 시정명령의 취소를 구하는 소송은 허용되지 않는다.

나. 학교생활기록에 관한 「초·중등교육법」, 「고등교육법」 및 각 시행령의 규정 내용에 의하면, 어느 학생이 시·도를 달리하여 또는 국립학교와 공립·사립학교를 달리하여 진출하는 경우에 학교생활기록의 체계적·통일적인 관리가 필요하고, 중학생이 다른 시·도 지역에 소재한 고등학교에 진학하는 경우에도 학교생활기록은 고등학교의 입학전형에 반영되며, 고등학생의 학교생활기록은 교육부장관의

지도·감독을 받는 대학교의 입학전형자료로 활용되므로, 학교의 장이 행하는 학교생활기록의 작성에 관한 사무는 국민 전체의 이익을 위하여 통일적으로 처리되어야 할 성격의 사무이다.

따라서 전국적으로 통일적 처리를 요하는 학교생활기록의 작성에 관한 사무에 대한 감독관청의 지도·감독 사무도 국민 전체의 이익을 위하여 통일적으로 처리되어야 할 성격의 사무라고 보아야 하므로, 공립·사립학교의 장이 행하는 학교생활기록부 작성에 관한 교육감의 지도·감독 사무는 국가사무로서 교육감에 위임된 사무이다.

II. 해 설

1. 쟁 점

판결요지에서 보는 바와 같이 관례에서는 학교생활기록부 작성에 관한 사무가 자치사무인지 기관위임사무인지만 보았고 기관위임사무에 해당한다는 결론 아래 시정명령에 대한 취소는 구할 수 없다고 하여 각하 판결을 내렸다. 이 글에서는 관례가 다른 지방자치단체의 사무구분에 대해서 알아본 다음 관례가 판단하지 않았던 다른 사항에 대해서도 검토해 보고자 한다. 학교생활기록부에 학교폭력 관련 사항을 기재하도록 한 것이 교육과학기술부훈령인 『학교생활기록 작성 및 관리지침』에 따른 것인데, 이것이 법률유보원칙에 위반되지 않는지 여부, 학교폭력 관련사항을 학교생활기록부에 기재하는 것이 학교폭력을 줄이고 예방하려는 교육행정의 목적상 적절한 것이었는지에 관한 비례원칙 위반 여부 등에 관해서도 함께 살펴보고자 한다. 끝으로 이 사건과 관련하여 교육부장관은 학교폭력 가해학생 학교생활기록부 기재 거부 등을 이유로 경기도교육청 소속 공무원 등에 대

한 징계조치를 요구하였는 바 이에 따르지 않자 이에 따르도록 하는 직무이행명령을 내렸고 경기도교육감은 이 명령에 대한 취소소송을 이 사건 소송과 함께 제기하였다. 그 판결(대법원 2014. 2. 27. 선고 2012추213 판결)에 대해서도 살펴보고자 한다.

2. 지방자치단체의 사무 구분과 자치사무에 대한 적법성 통제

가. 서

이 사건 판결에서는 학교생활기록부가 학생이 시·도를 달리하여 또는 국공립 혹은 사립학교를 달리하여 전학하는 경우에 학생지도를 위하여 통일적 체계적 관리가 필요하고 또, 상급 학교 진학시에도 입학전형자료로 활용되기 때문에 생활기록부 작성에 관한 사무는 국민 전체의 이익을 위해 통일적으로 처리되어야 할 국가사무에 해당하며 따라서 자치사무에 대해서만 이의제기 절차를 규정하고 있는 지방자치법 제169조를 근거로 소를 제기할 수 있는 대상에 해당하지 않는다고 판시하였다. 지방자치단체의 사무구분의 원칙과 지방자치법령상 사무구분 관련 규정의 해석을 통하여 판결의 적정성을 검토해 보기로 한다.

나. 지방자치단체 사무 구분 관련 판례

판례는 구 「교원 등의 연수에 관한 규정」 제18조에 따른 교원능력개발평가가 국가사무로서 각 시·도 교육감에게 위임된 기관위임사무인지 여부를 판단함에 있어 ‘법령상 지방자치단체의 장이 처리하도록 하고 있는 사무가 자치사무인지 아니면 기관위임사무인지를 판단하기 위해서는 그에 관한 법령의 규정 형식과 취지를 우선 고려하여야 하지만, 그 밖에 그 사무의 성질이 전국적으로 통일적인 처리가

요구되는 사무인지, 그에 관한 경비부담과 최종적인 책임귀속의 주체가 누구인지 등도 함께 고려하여야 한다'고 판시하여(대법원 2013. 5. 23. 선고 2011추56 판결)¹⁾

당해 사무가 국가사무인지 지방사무인지의 구분은 먼저, 당해 사무에 관한 개별법령의 규정 형식과 취지를 고려하여 정하게 된다. 「지방자치법」 제9조 제1항은 지방자치단체는 그 관할구역의 자치사무를 처리한다고 규정하여 포괄적 수권방식을 채택하고 있다. 또한 「지방자치법」 제9조 제2항 본문은 지방자치단체의 사무를 6종 57항목을 구체적으로 예시하고 있다. 하지만 단서에서는 '다만 법률에 이와 다른 규정이 있는 경우에는 그러하지 아니하다'라고 하여 본문에 예시된 지방자치단체의 사무라고 하더라도 법률에 의하여 국가사무 또는 기관위임사무로 할 수 있도록 예외를 인정하고 있다. 같은 법 제11조 본문도 지방자치단체가 처리할 수 없는 국가사무를 열거하고 있지만, 단서에서는 같은 법 제11조 본문에 의하여 국가사무로 구분된다고 하더라도 법률로써 지방자치단체의 사무로 정할 수 있도록 하고 있다.

그러나 법령상 지방자치단체의 장이 행하도록 규정하고 있는 경우에도 그것이 기관위임사무인지 또는 자치사무인지 여부가 분명하지 않은 경우가 많다. 이러한 경우 개별 법령상의 취지와 내용을 구체적으로 판단하여 해당 사무가 전국적 통일성을 요하는 것으로 주무부장관의 적극적 통제를 받아야 하는 것인지 여부와 관련 규정 예컨대 비용부담규정, 수입의 귀속규정, 감독규정 등을 고려하여 종합적으로 판단하여야 하는 것이다.

1) 같은 취지 대법원 1999. 9. 17. 선고 99추30 판결 등.

다. 국가와 지방자치단체 간 사무 배분의 원칙

지방자치법 제9조에서는 지방자치단체의 사무범위를, 제10조는 시·도와 시·군 및 자치구의 지방자치단체 종류별 사무배분기준을, 제11조에서는 국가사무로서 지방자치단체가 처리할 수 없는 사무를 예시적으로 규정하고 있다.

한편, 지방자치법 제10조 제3항과 「지방분권 및 지방행정체제개편에 관한 특별법」 제9조 제2항에서는 광역자치단체와 기초자치단체간의 사무배분에 관하여 현지성의 원칙(기초지방자치단체 우선의 원칙)과 불경합의 원칙(행정책임 명확화의 원칙)을 제시하고 있으나, 중앙정부와 지방자치단체간의 사무배분에 관하여는 그 원칙을 명확히 규정하고 있지 않다. 다만 동법 제9조 및 제11조의 규정들을 통하여 간접적으로나마 국가사무와 지방자치단체 사무의 구별 기준을 추론할 수 있는데, 이에 따르면 국가사무에 해당하는 것은 국가의 존립과 관련된 사무, 국가적 통일성을 요하는 사무, 전국적 규모의 사무, 지방자치단체의 기술 및 재정능력으로 감당하기 어려운 사무 등이 있다. 따라서 이에 해당하지 않는 사무는 원칙적으로 지방자치단체의 사무로 보아야 한다. 그러나 행정실무에 있어서는 이러한 구별은 실제적으로는 매우 모호하며, 지방자치단체의 자치사무로 분류되는 것마저도 중앙정부의 적극적인 지도와 감독을 받는 경우가 빈번하여 분류의 실익이 없다는 지적이 있다.²⁾

이외에도 「지방분권 및 지방행정체제개편에 관한 특별법」 제9조에서는 사무의 중복배분 배제의 원칙, 보충성의 원칙, 포괄적 사무배분의 원칙, 민간의 행정참여기회 확대의 원칙 등을 제시하고 있다. 이

2) 김영수, “중앙과 지방정부간 사무배분에 관한 비판적 분석·평가”, 지방자치연구(제7권 제2호), (1995. 12.), 164쪽.

중 국가와 지방자치단체간의 사무배분에 관한 몇 가지 원칙에 대해서만 살펴보기로 하자.

(1) 보충성의 원칙

헌지성의 원칙을 정한 「지방분권 및 지방행정체제개편에 관한 특별법」 제9조 제2항3)은 보충성원칙의 근거로도 작동한다. 보충성의 원칙이란 사무 배분을 할 때 최하위 자치단체의 자율성과 결정권을 인정하여 우선순위를 부여하고 이를 상위 단체로부터 보호함으로써 기초 자치단체에 최우선권을 주는 것을 말한다. 이 원칙은 지방자치를 강화하는데 크게 기여한다. 국가, 광역자치단체, 기초자치단체의 순으로 사무를 배정하는 하향식 사무배분방식은 국가사무를 비대하게 하고 지방자치단체의 사무를 빈약하게 한다. 보충성의 원칙은 지방자치가 아래로부터의 단계화된 민주주의 실천을 내용으로 한다는 점에서 헌법적 본질에서 나오는 당위적 요구이며, 이로써 중앙정부는 지방자치단체의 기능을 지원하는데 그쳐야지 지방자치단체 우위에서

-
- 3) 제9조(사무배분의 원칙) ① 국가는 지방자치단체가 행정을 종합적·자율적으로 수행할 수 있도록 국가와 지방자치단체 간 또는 지방자치단체 상호간의 사무를 주민의 편익증진, 집행의 효과 등을 고려하여 서로 중복되지 아니하도록 배분하여야 한다.
- ② 국가는 제1항에 따라 사무를 배분하는 경우 지역주민생활과 밀접한 관련이 있는 사무는 원칙적으로 시·군 및 자치구(이하 “시·군·구”라 한다)의 사무로, 시·군·구가 처리하기 어려운 사무는 특별시·광역시·특별자치시·도 및 특별자치도(이하 “시·도”라 한다)의 사무로, 시·도가 처리하기 어려운 사무는 국가의 사무로 각각 배분하여야 한다.
- ③ 국가가 지방자치단체에 사무를 배분하거나 지방자치단체가 사무를 다른 지방자치단체에 재배분하는 때에는 사무를 배분 또는 재배분 받는 지방자치단체가 그 사무를 자기의 책임하에 종합적으로 처리할 수 있도록 관련 사무를 포괄적으로 배분하여야 한다.
- ④ 국가 및 지방자치단체는 제1항부터 제3항까지의 규정에 따라 사무를 배분하는 때에는 민간부문의 자율성을 존중하여 국가 또는 지방자치단체의 관여를 최소화하여야 하며, 민간의 행정참여기회를 확대하여야 한다.

군립하거나 지방자치단체의 기능을 흡수하려고 해서는 안 된다는 점을 전제로 하고 있다. 유럽자치정부 헌장 제4조의 3에서도 “공적 책임수행은 일반적으로 시민으로부터 가장 가까운 공공단체에 부여되는 것이 선호되어야 한다. ...”와 같이 규정하여 보충성의 원칙을 표시하고 있다.

(2) 전권한성의 원칙

전권한성의 원칙이란 헌법이 지방자치단체에 대하여 포괄적인 자치권을 부여한 취지에 따라 지방자치단체가 모든 권한을 행사할 수 있다는 원칙을 말한다. 헌법 제117조 제1항은 지방자치단체는 ‘주민의 복리에 관한 사무를 처리한다’라고만 하고 있고 사무배분의 기준에 관해서는 정하고 있지 않다. 이것은 지방자치단체의 관할에 관한 사무를 법률에 규정하여 결정하는 것이 아니라 법률에 특별한 규정이 없는 한 주민의 복리에 관한 사무에 대해 포괄적인 관할권을 갖는다는 의미한다.⁴⁾ 따라서 이 원칙으로부터 지방자치단체는 법률에 특별한 규정이 없는 한 모든 지역적 사무를 특별한 권한 부여 없이도 스스로 규율 권한을 가진다.⁵⁾ 즉 전권한성 원칙에는 국가의 관할권에 대하여 지방자치단체가 우위에 있다는 추정이 포함되는 것이다.⁶⁾

(3) 포괄배분의 원칙

『지방분권 및 지방행정체제개편에 관한 특별법』 제9조 제3항에서는 “국가가 지방자치단체에 사무를 배분하거나 지방자치단체가 사무

4) 이기우, “지방자치 기반강화를 위한 헌법개정”, 한국지방자치학회보(제17권 제4호), 한국지방자치학회(2005. 12.), 9쪽

5) 최환용, 『사회양극화해소정책 실현을 위한 중앙정부와 지자체간 역할 및 책임배분에 관한 법제개선방안 연구』, 한국법제연구원(2006), 20쪽

6) 최봉석 외, 『국가와 지방자치단체간의 사무구분 및 사무조사 연구』, 행정자치부 보고서, (2015), 11쪽

를 다른 지방자치단체에 재배분하는 때에는 사무를 배분 또는 재배분 받는 지방자치단체가 그 사무를 자기의 책임하에 종합적으로 처리할 수 있도록 관련 사무를 포괄적으로 배분하여야 한다.”라고 규정하고 있다. 포괄배분의 원칙이란 관련 기능이 총체적으로 배분되어 권한과 책임이 일치되도록 중·대 단위사무가 포괄적으로 배분되어야 한다는 원칙이다.

라. 자치사무에 대한 국가의 적법성 통제

헌법 제117조의 취지에 비추어 볼 때 지방자치단체는 자치사무라 하더라도 아무런 제약 없이 행할 수 있는 것은 아니고 ‘법령의 범위 안에서’ 이를 행할 수 있다. 따라서 지방자치단체의 자치사무에 대해서는 국가에 의한 법적 통제를 할 수 있다. 다만 자치사무는 당해 지방자치단체 자체의 사무이므로 인격을 달리하는 국가의 감독권이 미치는 범위는 원칙적으로 적법성통제에 한정된다. 지방자치법 제169조에서는 지방자치단체에 대한 국가의 감독 중 사후적·교정적 감독수단인 시정명령권, 취소·정지권을 규정하고 있으며 같은 조 제1항 후단에서는 “이 경우 자치사무에 관한 명령이나 처분에 있어서는 법령에 위반하는 것에 한한다.”고 규정하여 그 감독권의 범위를 제한하고 있다. 또 같은 조 제2항에서는 주무부장관이나 시·도지사가 자치사무에 관한 지방자치단체의 장의 명령이나 처분을 취소 또는 정지한 경우에 당해 자치단체의 장은 이에 무조건 따라야 하는 것은 아니고 이의가 있는 때에는 그 취소 또는 정지처분을 통보받은 날부터 15일 이내에 대법원에 소를 제기할 수 있게 하여 자치단체의 사무처리에 관한 적법성은 중국적으로 행정적 감독에 의해서가 아니고 사법적 판결에 의하도록 하고 있다. 또한, 같은 법 제171조에서는 행정자치부장관 또는 시·도지사는 지방자치단체의 자치사무에 관하여 보고

를 받거나 서류·장부 또는 회계를 감사할 수 있기는 하지만, ‘자치사무’에 대한 감사는 ‘법령위반’ 사항에 한하여 실시하도록 하고 있다. 이와 같이 지방자치단체의 자치사무에 대해서는 합법성 통제를 원칙으로 하지만 예외적으로 개별 법률에서 자치사무에 대한 합목적성 통제를 규정하고 있는 경우도 있다. 예컨대 시·도지사 또는 시장·군수·구청장의 위법하거나 부당한 명령 등에 대한 조치명령(건축법 제78조)이나 시·도지사가 국토교통부장관이 입안하여 결정한 도시·군관리계획을 변경하거나 그 밖에 대통령령으로 정하는 중요한 사항에 관한 도시·군관리계획을 결정할 때 하는 협의(국토의 계획 및 이용에 관한 법률 제30조제2항), 개발제한구역을 관할하는 시·도지사가 개발제한구역을 종합적으로 관리하기 위하여 5년 단위로 개발제한구역관리계획을 수립하여 국토교통부장관의 승인을 받도록 하는 규정(개발제한구역의 지정 및 관리에 관한 특별조치법 제11조 제1항) 등이 그러하다.

마. 판결에 대한 평가

판례는 학교생활기록의 작성에 관한 교육감의 지도·감독 사무는 국민 전체의 이익을 위하여 통일적으로 처리되어야 하는 사무로서 교육감에게 위임된 국가사무에 해당한다고 하면서 지방자치법 제169조 제2항은 자치사무에 관한 명령이나 처분의 취소 또는 정지에 대해서만 소를 제기할 수 있어서 교육부장관이 지방자치법 제169조 제1항에 따라 시·도에 대해 행한 시정명령에 관하여도 대법원에 소를 제기할 수 있다는 규정을 두고 있지 않으므로 교육부장관의 시정명령이나 직권 취소처분에 대한 취소를 구하는 소송은 허용되지 않는다고 하여 소를 각하하였다. 따라서 쟁점은 학교생활기록의 작성에 관한 교육감의 지도·감독 사무가 국가로부터 위임된 사무인가 자치

사무인가에 있다. 관례는 학교생활기록은 시·도를 달리하여 또는 국립학교와 공립·사립학교를 달리하여 진출하는 경우에 통일적 관리가 필요하고 학교생활기록을 상급학교 입학전형에 반영될 뿐만 아니라 교육부가 지도·감독하는 대학교의 입학전형자료로 활용되므로 국민전체의 이익을 위하여 통일적으로 처리되어야 할 사무이고 따라서 이에 대한 지도·감독 사무도 통일적으로 처리되어야 할 사무이므로 국가사무라고 결론짓고 있다. 그러나 학교생활기록의 작성에 관한 사무는 다음과 같은 이유에서 자치사무로 봄이 타당하다.

첫째, 지방자치법 제9조 제2항 제5호에서는 ‘교육’에 관한 사무를 대표적인 자치사무로 예시하고 있고, 같은 호 가목에서는 유아원·유치원·초등학교·중학교·고등학교 및 이에 준하는 각종 학교의 설치·운영·지도에 관한 사무를 규정하고 있으며, 이를 받아 「지방교육자치에 관한 법률」 제2조에서는 ‘지방자치단체의 교육·과학·기술·체육 그 밖의 학예(이하 “교육·학예”라 한다)에 관한 사무는 특별시·광역시 및 도의 사무로 한다’라고 규정하고 있다. 학생의 학교생활에 관한 기록은 학교의 운영·지도에 관한 가장 전형적이고도 중요한 사항이다.

둘째, 어떤 사무가 국가사무인지 자치사무인지 분명하지 않은 것은 기본적으로는 이를 명백히 하지 않는 법률의 입법태도에 있다. 그런데 헌법 제117조가 주민의 ‘복리’에 관한 사무를 지방자치단체의 대표적 사무로 규정하고 있을 뿐만 아니라 교육에 관한 사무는 국민들이 체감하듯이 대표적인 복리 사무이다. 또한 사무배분에 관한 제 원칙 즉, 전술한바 보충성의 원칙, 전권한성의 원칙 등에 비추어 볼 때 국가사무인지 자치사무인지 명확하지 아니한 경우 특별히 국가사무로 규정하지 않는 한 자치사무로 봄이 원칙이고 포괄배분의 원칙에 따라 교육에 관한 사무는 널리 자치사무라고 이해해야 한다.

셋째, 어떤 사무가 국가사무인지 자치사무인지를 결정함에 있어서는 그 사무의 '성질'에 따를 것이지 그 사무가 어떻게 '활용'되고 있는가에 따를 것은 아니다. 판례는 학생생활기록의 작성에 관한 사무의 '성질'이 자치사무에 해당하는지 여부를 판단한 것이 아니라 학생생활기록이 상급학교 진학 특히 중앙정부인 교육부가 지도·감독하는 대학교의 입학전형에 '활용'된다는 점에 착안하여 통일적 처리가 필요하기 때문에 국가사무라고 결론짓고 있다.

먼저, 학교생활기록의 작성에 관한 사무가 어떤 사무인지 판단해보면, 본 사건에서 문제가 된 학교폭력에 관한 기록과 관련하여 학교폭력의 발생 원인이 무엇이며 어떤 제재나 지도가 필요한지에 대한 판단은 교사가 가지는 권한이며 그것이 향후 학생들에게 어떤 영향을 미칠 것인지에 대한 판단도 교육의 일환으로서 교사가 갖는 권한이라고 보아야 한다. 이와 같이 보면 학교폭력에 관한 사항을 어떻게 기록할지에 관하여 이것이 국가적 사무로서 통일적으로 처리되어야 한다는 것은 타당하지 않다. 또 이러한 기록 사무를 지도·감독하는 교육감의 사무도 당연히 자치사무이다.

다음으로 어떤 사무가 국가사무인가 지방자치단체 자치사무인가를 그 사무의 성질에 따라 결정하지 않고 그 사무가 어떻게 활용되고 있는가 또는 그 활용을 용이하게 하기 위한 방법과 관련하여 결정하는 것이 타당성에 관하여 살펴보자. 생각건대 어떤 사무를 국가가 맡을 것인가 지방자치단체가 맡을 것인가가 원칙적으로는 사무의 성질에 의해 정해진다고 하여 이 원칙이 당해 사회가 처한 상황에 따라 반드시 지켜지는 것은 아닐 것이다. 다만 중요한 것은 원칙은 가능한 준수되어야 한다는 점과 구체적인 '상황'에서 원칙을 지키지 않게 될 때에는 '합리적인 이유'가 있어야 한다. 대학교 입학전형에 학교생활기록부를 활용하도록 하는 교육부의 정책 자체가 대학의 학생 선발

에 관한 자율권을 침해하는 것이어서 이것은 결국 대학자치를 침해하는 것이어서 타당하지 않다.⁷⁾

3. 판례에서 다루지 아니한 관련 문제

판례는 학교생활기록부 작성에 관한 사무가 자치사무가 아니라 국가에 의한 위임사무이기 때문에 자치사무에 관한 명령이나 처분의 취소 또는 정지에 대해서만 소를 제기할 수 있다고 규정한 지방자치법 제169조 제2항에 따라 이러한 시정명령의 취소를 구하는 소송은 허용되지 않는다고 하였다. 이것이 국가사무라고 하여도 이에 관한 지시를 받는 시·도의 교육감은 무조건 이에 따라야 하는 것은 아니다. 이러한 지시가 법률에 위반된다고 판단되는 경우 이를 거부할 수 있다.

교육부는 2012. 3. 1. 초·중·고등학생의 학교생활기록부에 학교폭력대책자치위원회의 학교폭력 가해학생에 대한 조치사항을 기록하여 학생에 대한 생활지도 및 상급학교 진학 자료로 활용하도록 하라고 전국 교육청에 교육과학기술부훈령 제239호로 「학교생활기록 작성 및 관리지침」을 내렸다. 이에 경기, 전북, 광주 등 지방 교육청 교육감은 이러한 조치가 학생인권에 심각한 침해를 가져 온다고 판단하여 시행을 보류하자, 교육부장관은 학교생활기록부 기재 보류 지시를 취소하고, 학교폭력 가해학생 조치사항을 학교생활기록부에 기재하도록 하는 시정명령을 하였다.

이와 관련하여 학교폭력대책자치위원회의 학교폭력 가해학생에 대한 조치사항을 학교생활기록부에 기재하도록 한 근거를 법령이 아닌

7) 같은 의견, 김종서, “학교폭력에 관한 교육과학기술부 지침의 위헌성”, 공법연구(제41집 제2호), 한국공법학회(2012), 292쪽

교육부 훈령인 「학교생활기록 작성 및 관리지침」에 두고 있는 것의 법적 정당성과 학교 폭력의 근절이라는 행정목적의 달성하기 위한 수단으로서 학교 폭력 가해 사실을 학교생활기록부에 강제로 기록하도록 하는 것이 비례원칙에 위반하는 것은 아닌지에 관한 검토를 해 보고자 한다.

가. 학교폭력 사항의 기재와 법률유보원칙 위반 여부

헌법 제37조 제2항은 “국민의 모든 자유와 권리는 국가안전보장·질서유지 또는 공공복리를 위하여 필요한 경우에 한하여 법률로써 제한할 수 있으며, 제한하는 경우에도 자유와 권리의 본질적인 내용을 침해할 수 없다”라고 규정하고 있다. 학교폭력에 관한 개인의 기록이 국민의 자유와 권리 중 어디에 해당하는지, 학교폭력의 근절이라는 행정 목적이 기본권 제한 사유인 국가안전보장·질서유지 또는 공공복리의 어느 하나에 해당하는지, 이 자유와 권리를 제한하는 경우에도 법률에 의해서 제한하고 있는지, 이 자유와 권리를 제한하는 경우에도 본질적인 내용이 침해되지는 않는지(비례원칙 위반) 등에 대해 간단히 살펴보기로 하자.

최근 학교폭력은 우리나라 교육문제 중 가장 관심을 많이 받는 사항이고 이에 국가에 의한 정책적 노력이 경주되어야 한다는 점을 고려하면 학교폭력의 근절이라는 행정 목적은 기본권 제한 사유 중 질서유지 혹은 공공복리에 해당함은 긍정된다. 학교폭력은 가장 중요한 사회문제중의 하나이며 피해자에게는 회복하기 어려운 피해를, 주변 학생들에게는 불안감이나 공포감을 줌으로써 학생의 가장 큰 권리인 학습권이 침해될 수 있기 때문에 학교폭력의 예방과 근절이라는 행정목적은 정당하다고 판단된다.

그런데, 학교폭력에 관한 기록은 개인의 프라이버시에 관한 것으로

범죄에 관한 기록과 유사하게 ‘매우 민감한 개인정보(highly sensitive personal information)’로 다루어진다. 개인정보보호법 제23조와 같은 법 시행령 제18조에서는 범죄경력자료에 해당하는 정보를 민감한 정보라고 하여 이를 수집하거나 제공하는 때에도 정보주체에게 그 사항을 알리고 다른 개인정보의 처리에 대한 동의와 별도로 ‘동의’를 받은 경우나 ‘법령’에서 구체적으로 고유식별정보의 처리를 요구하거나 허용하는 경우에만 처리할 수 있도록 하고 있다. 따라서 학교폭력에 관한 사항을 기재할 근거는 적어도 ‘법령’에 있어야 한다.

그렇다면 학교폭력에 관한 사항을 학교생활기록부에 기재하도록 하는 근거인 「학교생활기록 작성 및 관리지침」이 법규명령이어야 한다. 이 지침은 교육부훈령으로 발해진 것이어서 기본적으로는 행정규칙이다. 행정규칙도 그것이 근거하는 상위법령과 결합하여 법규성을 가질 수 있다. 이렇게 되면 소위 ‘법령보충규칙’으로 법규명령으로 인정된다. 그런데 법령보충규칙은 상위법령에서 위임을 받으면 그로써 법규성을 가지는 것이 아니라⁸⁾, 개별적이고 구체적으로 위임될 것이 요청된다.⁹⁾ 그 때만 근거된 상위법령과 결합하여 법규성을 가질 수 있기 때문이다. 개별적이고 구체적으로 위임되지 않고 단지 개괄적으로 위임의 근거만 두고 있는 경우에는 백지위임이 될 수 있어 자유와 권리에 관한 중요한 부분에 대해서도 행정에 법형성력을 주는 결

8) 「학교생활기록 작성 및 관리지침」이 「초·중등교육법」 제25조에서 위임된 「학교생활기록의 작성 및 관리에 관한 규칙」(교육부령)에 근거하고 있다는 점에서 법률로부터 적법하게 위임되었으므로 (그것만으로) 법률유보원칙에 위배되지 않는다는 견해(박주형 외, “학교폭력 사안의 학교생활기록부 기재에 관한 법적 쟁점분석”, 교육법학연구(제25권 제1호), (2013), 139~140쪽)도 있으나 이 견해는 행정규칙의 법규성에 관한 법리를 충분히 이해하지 못한 것 아닌가 한다.

9) 이호용, 『행정법입문』, 삼영사(2016), 140쪽.

과가 되기 때문이다. 행정규칙은 법규명령과 같은 엄격한 제정 또는 개정 절차를 거치지 않는다는 점도 위임의 개별성 또는 구체성을 요하는 근거가 된다. 판례에서도 이런 이유로 ‘법률이 입법위임을 할 때에는 가능한 한 대통령령, 총리령, 부령등 법규명령으로 하고 고시와 같은 형식으로 입법위임을 할 때에는 적어도 행정규제기본법 제4조 제2항 단서에서 정한 바와 같이 법령이 전문적·기술적 사항이나 경미한 사항으로서 업무의 성질상 위임이 불가피한 경우에 한정된다’라고 하고 있다(헌재 2006. 12. 28. 2005헌마59; 헌재 2004. 10. 28. 99헌마91). 따라서 예컨대 ‘학교생활기록부에 관한 사항을 행정규칙으로 정할 수 있다’라고 하는 정도만으로는 구체적이고 개별적인 위임이라고 하기 어렵다.

문제가 되는 「학교생활기록 작성 및 관리지침」의 체계적 지위를 살펴보자. 「초·중등교육법」 제25조 제1항에서는 학교생활의 기록에 관하여 기록 대상에 관한 사항을 열거하면서 제7호에서는 그 밖에 교육목적에 필요한 범위에서 ‘교육부령’으로 정할 수 있도록 하고 있고, 이 법 교육부령인 「초·중등교육법 시행규칙」 제22조 제2항에서는 대상 자료의 구체적인 항목 및 작성기준 등에 관하여 필요한 사항은 교육부장관이 정하도록 하고 있다. 여기서 교육부장관이 정한 규칙 중 하나가 바로 「학교생활기록 작성 및 관리지침」이다. 학교폭력이라는 매우 민감한 개인적 정보에 관한 사항을 구체적 개별적으로 정함이 없기 때문에 「학교생활기록 작성 및 관리지침」은 법규성을 갖는 행정규칙이라고 보기 어렵다.

나. 비례원칙 위반 여부

전술한 헌법 제37조 제2항의 행정규제기본법 제5조 제1항에서도 규제를 정하는 경우에도 그 본질적 내용을 침해하지 아니하도록 하

여야 한다고 규정하고 있다. 국민의 자유와 권리에 대한 침해가 그 본질적인 내용을 침해하는지의 여부는 행정법상 비례원칙에 따른 심사에 따른다. 즉 수단이 행정 목적에 부합하는 것이어야 하고(적합성의 원칙), 침해하더라도 필요한 최소한의 침해에 그쳐야 하며(최소 침해성의 원칙), 침해가 요구되는 공익상의 필요와 침해되는 법익 사이에 균형(비례관계)이 유지되어야 한다(상당성의 원칙).

이 비례원칙의 위반 여부에 대해서는 견해가 많이 갈린다. 왜냐하면 당시나 지금이나 학교폭력은 해결해야 할 가장 중요한 교육문제 중 하나이고, 이 문제를 해결할 해법을 찾기란 쉽지 않기 때문이다. 또 교육의 방법과 그에 따른 효과에 대한 인식도 학자들 간에 차이가 있을 수밖에 없다.

비례원칙에 위반되지 않는다는 견해¹⁰⁾에서는 학생의 인권을 보호하고 학습권을 실질적으로 보장하기 위해서는 사소한 장난도 학교폭력이 될 수 있다는 인식을 심어 줄 필요가 있고, 학생부 기재 이외의 다른 정책들은 학교폭력 문제를 해결하지 못하였으므로, 이를 달성하는데 가장 효과적인 수단은 학교폭력 사항의 학생부 기재라고 하고(적합성 원칙), 학교폭력 조치의 학생부 기재 보존기간은 초등학교와 중학교의 경우 5년, 고등학교의 경우 10년이었으나 이 기간이 고등학교에서의 학교폭력 사안을 달리 처리할 이유나 근거가 없다는 점, 졸업 후 10년 동안 학교폭력에 관한 사항이 보존되는 것은 과도하다는 견해가 있어 교과부가 초·중·고등학교 모두 보존기간을 5년으로 하고, 졸업 후에는 학교 폭력 관련 기재사항을 삭제하는 방식으로 변경하였으므로 가해 학생의 기본권을 최소화하고 있다고 하며(최소 침해의 원칙), 학교 폭력의 피해 학생의 보호되어야 할 인권이 매우

10) 박주형 외, 앞의 논문, 143~147쪽.

중하고 예방의 필요성이 크다는 점을 고려할 때 5년간 보존하는 것은 행정기관의 재량이고 학교폭력 예방 및 근절을 위한 정책목표를 위해 필요하다고 한다(상당성 원칙).

그런데 학교폭력 사항을 학교생활기록부에 기재하는 것이 비례원칙에 반하는가를 판단함에 있어 교육의 가장 기본적 원리로 돌아가서 이해할 필요가 있다. 학교 폭력을 근절하기 위하여 학교폭력 가해 학생들의 학교생활기록부에 관련 사항을 기재하는 것이 과연 교육적인 방법인가 하는 것이다. 비례원칙의 첫째 기준은 행정 목적의 정당성과 그에 따른 수단의 적합성이다. 전술한 바와 같이 학교폭력의 예방과 근절이라는 행정 목적의 정당성은 긍정된다. 그렇지만 그에 따른 수단이 매우 비교육적 방법인 개인의 매우 민감한 정보를 공개하는 것이라면 수단의 적합성을 긍정하기는 어렵다. 형법상 형벌제도를 두고 그에 따라 전과기록을 남기는 것은 위하(威嚇)효과로서 범죄 억제효과가 있다. 그러나 이런 제도는 성인에게나 적합한 방식이다. 미성숙한 학생들에게 어릴 때부터 주홍글씨를 지우는 것은 적합하지 않다(적합성의 원칙 위반). 또한 학교폭력 가해 학생의 조치사항을 학교생활기록부에 기재된다고 해서 학교폭력이 억제되는 효과는 기대하기 어렵고 피해학생의 인권을 보호하기에도 적합하지 아니하다.¹¹⁾ 학교폭력을 억제하는 방법으로 가해 학생을 범죄자로 낙인하는 방법보다 다소 효과가 더딜지라도 더 교육적이고, 덜 인권침해적인 지도 방법들이 존재한다. 학교폭력을 예방하기 위하여 가해 학생 정보가 모두 관리될 필요는 없다. 이런 방식은 국가가 정보 감옥 속에 국민을 가두는 결과가 될지도 모른다. 또 학생을 지도하는 것은

11) 김천기, “학교폭력 학생부 기재 정책의 합리성에 대한 비판적 고찰”, 교육사회학연구(제23권 제4호), (2013), 145쪽.

교사의 중요한 권한이고 지도 방식의 선택은 교사의 재량이기도 하다. 학교 폭력 사항을 기재하도록 의무화하는 것은 교사의 지도권을 침해하는 것이 된다(최소 침해성 원칙 위반). 끝으로 학교 폭력 관련 사항을 기재함으로써 학교폭력이 어느 정도 억제된다고 해도 이런 공익상 효과보다 가해 학생이 입게 되는 침해는 너무 가혹하다. 2016년 기준 고등학생의 대학 진학률은 77%에 달한다. 대학 진학은 인생의 본격적인 시작점이며 그 후 취업 등과도 연동된다는 점에서 학교 폭력 사항의 의무적 기재는 공익과 침해되는 법익 간 균형을 잃은 방법이다. 또한 청소년이 범죄를 저질러 처벌을 받더라도 공포되지 않으며 전과기록에도 남기지 않는 것은 소년범의 교정가능성과 건전한 성장을 염두에 두었기 때문이다. 형사범죄를 저지른 학생에 대한 처우와도 균형을 이루어야 한다.

Ⅲ. 결론

이 논문은 학교생활기록부 작성 사무가 국가사무인가 자치사무인가를 정함에 있어 그 사무의 성질이 아니라 그 사무가 활용되는 상황을 중심으로 판단한 판례를 비판적으로 검토하면서 이 사건과 관련하여 판례에서 쟁점으로 삼지 않았던 이 사무의 근거인 「학교생활기록부 작성 및 관리지침」의 범규성 유무 및 비례원칙 위반 여부의 법적 문제에 대해서도 함께 다루었다.

2012년 시작된 학교폭력 관련 사항에 대한 학교생활기록부 기재 의무화에 관한 논란은 지금도 계속되고 있다. 학교폭력 가해 학생의 조치사항의 학교생활기록부 기재 기간은 현재는 2년으로 단축되었다. 국회 교육문화체육관광위원회 김병욱 더불어민주당 의원이 2016년 국정감사 당시 교육부로부터 제출받은 ‘학교폭력대책자치위원회 처분

관련 소송 현황'에 따르면 징계에 불복해 학교·교장·교사 등을 상대로 제기한 행정소송이 지난 2012년 50건에서 매년 증가 되어 2015년에는 109건으로 3년 만에 2배 넘게 증가했으며, 학교폭력자치위원회의 처분에 불복해 재심을 청구한 건수도 2013년 764건에서 2015년 979건으로 늘었다고 한다. 학생부종합전형 확대 등 상급학교 진학에 학생부가 차지하는 비중이 커지면서 학생부 기재를 피하기 위한 가해학생의 행정소송이 이어지면서 학교가 쟁송의 공간으로 전락했다는 지적도 나오고 있다. 지난 제19대 국회에서는 이런 문제의식 하에 제안된 「학교폭력 예방 및 대책에 관한 법률 일부개정법률안」만 4건¹²⁾이다. 이에 2016. 5. 국회 입법조사처가 발행한 「이슈와 논점」 “학교폭력 조치사항 학교생활기록부 기재 관련 개선과제”에서는 학교폭력대책자치위원회(학폭위) 심의 결과가 나오면 즉시 학생부에 기재하도록 돼 있는 현행 교육부 훈령을 일정 기간 기재를 유예할 것과 아울러 학교폭력에 대해 적용해야 할 조치를 행정규칙인 훈령이 아니라 법률로 명시할 것을 제안하고 있다. 국민적 공감대가 이 정도라면 이 정책과 법제의 개편을 시도할 때이다.

12) 박홍근의원안(2014. 9. 12. 의안번호 1911672), 배재정의원안(2014. 3. 5. 1909625), 김태년의원안(2013. 3. 21. 의안번호 1905398), 정진후의원안(2013. 3. 21. 의안번호 1904201)

▣ abstract ▣

The Legal Nature of the Affair on Writing School Life Records

Lee, Ho Yong

The Ministry of Education's action in 2012 to include measures on school violence students in school life records is still controversial five years later(2017). Thereafter, four legal amendments were proposed, the number of appeals for the dismissal of the School Violence Authority Committee is close to 1,000, and the number of lawsuits related to the dismissal of the School Violence Autonomy Committee exceeds 100 cases per year(as of 2015). The voice of the review of the policy and legislation has become even more vocal.

In this case, it was decided as follows. First, the supervision of the superintendent of the school record is equivalent to the national affairs entrusted to the superintendent, which should be handled uniformly for the benefit of the whole people. Second, Article 169 Paragraph 2 of the Local Autonomy Law can only be filed for cancellation or suspension of order or disposition of self-government affairs. Therefore, No lawsuit is required to cancel the order of the Minister of Education or the order for cancellation of the delegation. Therefore, this lawsuit is dismissed. The issue of this case is whether the superintendent's supervision of school life records is delegated from the state or self-governing. The criterion that determines whether it is a national affairs or an autonomous affairs is in the nature of office work, But this case was based on the situation in which that affair was utilized, not the nature of office work. This is the problem of this case. Only the nature of office work is not a decision criterion, if want to follow exceptions that are not principles, you should

give a reasonable reason, but this case did not.

And in this paper, it is contrary to statutory reservation principle to prescribe violation of school violence based on the “Guidelines for the preparation and management of school life records(Ministry of Education Directive)” it also contradicts the proportional principle.

[참고문헌]

단행본

- 이호용, 『행정법입문』, 삼영사(2016)
- 최봉석 외, 『국가와 지방자치단체간의 사무구분 및 사무조사 연구』, 행정자치부 보고서, (2015).
- 최환용, 『사회양극화해소정책 실현을 위한 중앙정부와 지자체간 역할 및 책임배분에 관한 법제개선방안 연구』, 한국법제연구원(2006).

논문

- 김영수, “중앙과 지방정부간 사무배분에 관한 비판적 분석·평가”, 지방자치연구(제7권 제2호), (1995.12).
- 김종서, “학교폭력에 관한 교육과학기술부 지침의 위험성”, 공법연구(제41집 제2호), 한국공법학회(2012).
- 김천기, “학교폭력 학생부 기재 정책의 합리성에 대한 비판적 고찰”, 교육사회학연구(제23권 제4호), (2013).
- 이기우, “지방자치 기반강화를 위한 헌법개정”, 한국지방자치학회보(제17권 제4호), 한국지방자치학회(2005.12).