

# 대 법 원

## 제 1 부

### 판 결

사 건	2013추517 직무이행명령(2013.4.10)취소
원 고	전라북도교육감
	소송대리인 변호사 전봉호
피 고	교육부장관
	소송대리인 정부법무공단
	담당변호사 김재학 외 2인
변 론 종 결	2015. 6. 11.
판 결 선 고	2015. 9. 10.

### 주 문

1. 피고가 2013. 4. 10. 원고에게 한 직무이행명령 중 '학교폭력 가해학생 학교생활기록부 기재 관련 업무 처리 부당'에 따른 징계의결요구 신청에 대한 부분을 취소한다.
2. 원고의 나머지 청구를 기각한다.
3. 소송비용은 각자 부담한다.

### 청 구 취 지

피고가 2013. 4. 10. 원고에게 한 직무이행명령을 취소한다.

## 이 유

### 1. 직무이행명령의 경위 및 그 내용의 요지

아래 사실은 당사자 사이에 다툼이 없거나 갑 제1 내지 16호증(가지번호 생략), 을 제1, 2호증의 각 기재와 변론 전체의 취지를 종합하여 인정할 수 있다.

#### 가. 피고의 「학교생활기록 작성 및 관리지침」의 개정

1) 피고는 2012. 1. 27. 학교생활기록부에 학교폭력예방 및 대책에 관한 법률 제17조 제1항 각호에 규정된 학교폭력대책자치위원회의 학교폭력 가해학생에 대한 조치사항을 기록하여 생활지도 및 상급학교 진학 자료로 활용하도록 하기 위하여 교육과학기술부 훈령 제239호로 「학교생활기록 작성 및 관리지침」을 개정하였는데, 그 주요 내용은 다음과 같다.

#### 가) 학교생활기록부 기재방법

'학적사항'의 특기사항란에 전학, 퇴학처분을, '출결상황'의 특기사항란에 사회봉사, 특별교육이수 또는 심리치료, 10일 이내의 출석정지를, '행동특성 및 종합의견'에 서면 사과, 접촉·협박 및 보복행위의 금지, 학교에서의 봉사, 학급교체를 각 기재한다.

#### 나) 학교생활기록부 보존기간

학교생활기록부에 기록된 가해학생에 대한 조치사항은 초등학교와 중학교는 졸업 후 5년간 보존하고, 고등학교는 10년간 보존한다.

2) 피고는 2012. 6. 29. 교육과학기술부 훈령 제257호로 「학교생활기록 작성 및 관리지침」을 다시 개정하여, 고등학교의 경우에도 학교생활기록부 보존기간을 초등학교, 중

학교와 마찬가지로 졸업 후 10년에서 졸업 후 5년으로 변경하였다.

나. 원고의 학교생활기록부 기재요령 안내

국가인권위원회는 2012. 7. 9. 전원위원회를 개최하여 '인권친화적 학교문화 조성을 위한 종합정책권고'결정을 하였고, 그 내용에는 '학교생활기록부 학교폭력 기록에 대하여 졸업 전 삭제심의제도나 중간삭제제도 등을 도입하는 등 학교생활기록부 학교폭력 기재가 또 다른 인권침해가 되지 않도록 개정하여야 한다'는 부분이 포함되어 있다.

이에 따라 원고는 2012. 8. 20. 관내 초·중·고등학교 및 특수학교에 '학교폭력대책 자치위원회 조치결과의 학교생활기록부 기재와 관련하여 기재대상과 방법을 다음과 같이 안내합니다'는 공문을 보냈는데, 원고가 안내한 내용은 다음과 같다(이하 '이 사건 기재요령 안내'라 한다).

- 1) 기재대상 : 법원에서 형사범죄 확정판결을 받은 학생
- 2) 기재방법 : 학교생활기록부를 출력, 해당 내용을 수기(手記)
- 3) 관리 : 인성인권부장, 교감 또는 교장이 대외비로 관리하고 해당 학생이 졸업하면 폐기
- 4) 정보공개 : 원칙적으로 학부모와 학생 본인의 동의 없이 외부에 제공할 수 없음

다. 시정명령 및 직권취소처분

피고는 2012. 8. 21. 원고에게, (1) 귀 교육청에서 학교에 안내한 학교생활기록부 기재 관련 대상과 방법 등을 즉시 취소하고, (2) 법령에 따라 학교폭력 가해학생 조치사항을 학교생활기록부에 기재하도록 관내학교 및 교육지원청에 2012. 8. 22.까지 안내 공문 시행 후, 이를 2012. 8. 23.까지 교육과학기술부에 제출하라는 내용의 시정명령을 하였다.

원고가 위 시정명령에 응하지 아니하자, 피고는 2012. 8. 24. 이 사건 기재요령 안내

가 초·중등교육법 제25조, 「학교생활기록의 작성 및 관리에 관한 규칙」, 「학교생활기록 작성 및 관리지침」을 위반하였다는 등의 이유를 들어 원고의 이 사건 기재요령 안 내를 직권으로 취소하였다.

라. 특정감사의 실시와 처분 요구

1) 제1차 특정감사 및 선행 직무이행명령

피고는 2012. 8. 23.부터 2012. 9. 13.까지 전라북도교육청에 대한 특정감사를 실시하여, ① 학교폭력 가해학생 학교생활기록부 기재 관련 업무 처리 부당, ② 학교폭력 가해학생 조치사항 학교생활기록부 기재 관련 공문서 처리 부당, ③ 학교폭력 가해학생 조치사항 학교생활기록부 기재 거부, ④ 감사자료 제출 거부 등 감사 방해를 지적하고, 2012. 10. 16. 원고에게 특정감사 결과에 따라 관계 공무원들에 대하여 징계의결 요구 또는 징계의결요구신청 등의 처분을 할 것을 요구하였다.

원고가 위 처분 요구에 응하지 아니하자, 피고는 2012. 11. 22. 원고에게 지방자치법 제170조에 따라 2012. 11. 27.을 기한으로 교육과학기술부 특별징계위원회 관할 징계사건 대상자에 대하여 교육과학기술부에 징계의결 요구를 신청할 것을 내용으로 하는 직무이행명령을 하였다.

2) 제2차 특정감사의 실시

피고는 2012. 12. 5.부터 2012. 12. 14.까지 전라북도교육청에 대한 제2차 특정감사를 실시하여 다음과 같은 사항을 지적하였다.

가) 학교폭력 가해학생 학교생활기록부 기재 관련 업무 처리 부당

① 처분 내용 : 기관경고, 중징계

② 중징계 대상 : 교육국장 장학관 소외 1, 학교교육과장 장학관 소외 2, 학교교육과

장학관 소외 3, 학교교육과 장학사 소외 4

나) 학교폭력 가해학생 조치사항 학교생활기록부 기재 거부

① 처분 내용 : 중징계, 경고

② 중징계 대상 : ○○○○고등학교 교장 소외 5 등 15명, △△고등학교 교장 소외 6 등 12명

③ 경고 대상 : ○○○○고등학교 교감 소외 7 등 60명

다) 감사거부

① 전라북도교육청의 감사거부

㉠ 처분 내용 : 기관경고, 중징계

㉡ 중징계 대상 : 인성건강과장 장학관 소외 8, 인성건강과 장학관 소외 9, 인성건강과 장학사 소외 10, 교육국장 장학관 소외 1, 학교교육과장 장학관 소외 2, 학교교육과 장학관 소외 3, 학교교육과 장학사 소외 4

② 고등학교의 감사거부(구체적 내용은 생략함)

3) 제2차 특정감사에 따른 처분 요구

피고는 2013. 1. 11. 전라북도교육청에 제2차 특정감사 결과에 따라 기관경고 처분을 하고 그 외 처분사항에 대하여는 교육감 책임으로 조치한 후 그 결과를 제출하도록 하는 한편, ① 전라북도교육청 소속 징계대상자 중 일반징계위원회 관할 징계대상인 학교장 등을 전라북도교육청에 설치된 일반징계위원회에 1개월 이내에 징계의결 요구하여 징계조치하고, ② 교육과학기술부 특별징계위원회 관할 징계사건 대상자인 '교육장, 시·도 교육청 교육국장 및 그 하급자'에 대하여는 교육공무원법 제51조 제1항의 규정에 따라 지체 없이 교육과학기술부로 징계의결 요구를 신청하며, ③ 사립학교 교원에

대한 징계는 해당 학교법인에 징계 등 신분상 조치하도록 요구할 것 등의 처분 요구를 하였다.

마. 이 사건 직무이행명령의 내용

1) 원고는 2013. 2. 8. 피고에게 제2차 특정감사에 따른 처분 요구에 대하여 재심의 신청을 하였으나, 피고는 2013. 2. 28. 원고의 재심의신청을 기각하였다. 그리고 피고는 2013. 4. 10. 원고에게 '학교폭력 학교생활기록부 기재 관련 제2차 특정감사 결과, 교육공무원 특별징계위원회 관할 징계사건 대상자인 도교육청 교육국장 및 그 하급자에 대하여는 교육공무원법 제51조 제1항의 규정에 따라 지체 없이 우리 부로 징계의결 요구를 신청하도록 요청한 바 있으나, 원고가 이에 응하지 않는다'는 이유로 지방자치법 제170조에 따라 2013. 4. 18.을 기한으로 교육부 특별징계위원회 관할 징계사건 대상자에 대해 교육부에 징계의결 요구를 신청할 것을 내용으로 하는 이 사건 직무이행명령을 하였다.

2) 위 '도교육청 교육국장 및 그 하급자'에 대한 구체적인 징계사유는 다음과 같다.

가) 학교폭력 가해학생 학교생활기록부 기재 관련 업무 처리 부당

① 중징계 대상 : 전라북도교육청 교육국장, 그 하급자인 학교교육과 소속 장학관, 장학사

② 구체적 징계사유 : 이 부분 징계대상자들은, ㉠ 2012. 11. 22. 교육부로부터 학교폭력 조치사항 학교생활기록부 기재 안내 문서를 관내 학교에 안내해 달라는 요청을 받고도, 교육감의 부당한 지시에 따라 이를 이첩·시행하지 않는 등 교육부의 3개 문서를 정당한 이유 없이 관내 교육지원청 및 학교로 이첩·시행하지 않았고, ㉡ 2012. 12. 4. '학교폭력 가해학생에 대한 학교생활기록부 기재 관련 재안내' 문서(학교교육과

-23360)를 통하여 '교육부의 어떠한 공문에도 불구하고 전라북도교육청의 학교생활기록부 기재요령 안내 지침을 준수'하도록 관내 학교에 지시함으로써 전라북도교육청 관내 27개 고등학교로 하여금 학교폭력 가해학생 조치사항에 대한 학교생활기록부 기재를 하지 못하게 함으로써, 국가공무원법 제56조, 「국가공무원 복무규정」 제2조의2, 제3조, 지방자치법 제8조 제3항을 위반하였다.

#### 나) 감사거부

① 징계 대상 : 전라북도교육청 교육국장, 그 하급자인 학교교육과 또는 인성건강과 소속 장학관, 장학사

② 구체적 징계사유 : 이 부분 징계대상자들은 교육부의 학교폭력 가해학생 조치사항의 학교생활기록부 기재실태 확인을 위한 제2차 특정감사를 수감하면서, ㉠ 2012. 12. 5. '학교생활기록부 감사와 관련한 교육감의 지시사항 안내' 문서(학교교육과-23462)를 통하여 '학교폭력 사실에 관한 자료에 대한 일체의 조회 및 자료 요청에 응하지 말라'는 지시사항을 관내 모든 학교에 시달하였고, ㉡ 2012. 12. 4. 교육부로부터 학교별 폭력대책자치위원회 회의결과 등 감사자료의 제출을 요구(감사총괄담당관-6152)받고도 이를 제출하지 아니하였으며, 2012. 12. 5. 교육부 특정감사단으로부터 감사자료의 제출을 요구(특정감사단-1)받고도 이를 거부하였고, ㉢ 2012. 12. 12. 교육부 특정감사단으로부터 '관내 고등학교가 교육청에 보고한 3학년 학교폭력 관련 자료 등' 감사자료를 지참하여 출석할 것을 요구(특정감사단-13)받고도, 교육국장 소외 1 등 교육국 소속 직원 7명이 이에 응하지 아니하였으며, ㉣ 교육부 특정감사단이 2012. 12. 14. 교육국장 장학관 소외 1 등 관련자 7명에게 발부한 질문서(발부번호 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9)에 대한 답변서를 제출하지 않는 등 정당한 이유 없이 교육부의 특정감사를 거부함으로써, 국

가공무원법 제56조, 「지방자치단체에 대한 행정감사규정」 제11조 및 제12조를 위반하였다.

## 2. 직무이행명령의 대상사무에 해당하는지 여부

지방교육자치에 관한 법률 제3조, 지방자치법 제170조 제1항에 따르면, 교육부장관이 교육감에 대하여 할 수 있는 직무이행명령의 대상사무는 교육감 등에 위임된 국가사무, 즉 기관위임 국가사무의 관리와 집행을 뜻한다.

원고는, 도교육청 교육국장 및 그 하급자들에 대한 징계의결요구의 신청은 지방자치단체의 교육·학예에 관한 자치사무일 뿐, 기관위임 국가사무로 볼 수 없어 직무이행명령의 대상사무에 해당하지 아니하므로, 이 사건 직무이행명령은 위법하다고 주장한다.

그러나 교육공무원 징계사무의 성격, 그 권한의 위임에 관한 교육공무원법령의 규정 형식과 내용 등에 비추어 보면, 국가공무원인 도교육청 교육국장 및 그 하급자인 장학관, 장학사에 대한 징계는 국가사무이고, 그 일부인 징계의결요구의 신청 역시 국가사무에 해당한다고 봄이 타당하다. 따라서 교육감이 담당 교육청 소속 국가공무원인 도교육청 교육국장 및 그 하급자들에 대하여 하는 징계의결요구 신청 사무는 기관위임 국가사무라고 보아야 하고(대법원 2014. 2. 27. 선고 2012추213 판결 참조), 이 사건 직무이행명령은 지방자치법 제170조 제1항에 정한 직무이행명령의 대상사무에 해당하므로, 원고의 이 부분 주장은 받아들일 수 없다.

## 3. 학교폭력 가해학생 학교생활기록부 기재 관련 업무 처리 부당에 관한 징계의결요구 신청 부분에 대한 직무이행명령의 적법 여부

가. 학교생활기록에 관한 구 초·중등교육법, 구 고등교육법 및 그 각 시행령의 규정 내용에 의하면, 어느 학생이 시·도 상호간 또는 국립학교와 공립·사립 학교 상호간

전출하는 경우에 학교생활기록의 체계적·통일적인 관리가 필요하고, 중학생이 다른 시·도 지역에 소재한 고등학교에 진학하는 경우에도 학교생활기록은 고등학교의 입학전형에 반영되며, 고등학생의 학교생활기록은 피고의 지도·감독을 받는 대학교의 입학전형자료로 활용되므로, 학교의 장이 행하는 학교생활기록의 작성에 관한 사무는 국민 전체의 이익을 위하여 통일적으로 처리되어야 할 성격의 사무라고 할 것이다.

따라서 전국적으로 통일적 처리를 요하는 학교생활기록의 작성에 관한 사무에 대한 감독관청의 지도·감독 사무도 국민 전체의 이익을 위하여 통일적으로 처리되어야 하므로, 공립·사립 학교의 장이 행하는 학교생활기록부 작성에 관한 교육감의 지도·감독 사무는 국립학교의 장이 행하는 학교생활기록부 작성에 관한 교육부장관의 지도·감독 사무와 마찬가지로 국가사무로서, 시·도 교육감에 위임된 사무라고 해석함이 타당하다.

나. 한편 이 사건에서 교육감인 원고는 학교생활기록의 작성에 관한 사무에 대한 지도·감독 사무가 자치사무라고 보아 그 사무를 처리하였고, 이 사건 직무이행명령은 이러한 교육감의 사무 처리를 보좌한 이 부분 징계대상자들의 직무수행 행위가 징계사유를 구성한다는 점을 전제로 하고 있다.

그런데 법령상 지방자치단체의 장이 처리하도록 하고 있는 사무가 자치사무인지 아니면 기관위임사무인지 여부를 판단함에 있어서는 그에 관한 법령의 규정 형식과 취지를 우선 고려하여야 할 것이지만, 그 밖에 그 사무의 성질이 전국적으로 통일적인 처리가 요구되는 사무인지, 그에 관한 경비부담과 최종적인 책임귀속의 주체가 누구인지 등도 함께 고려하여 판단하여야 하므로, 자치사무와 기관위임사무의 구분이 법령의 규정 내용 자체만으로 언제나 명백한 것은 아니다.

앞서 본 바와 같이 관계 법령의 해석에 의하면 교육감의 학교생활기록의 작성에 관한 사무에 대한 지도·감독 사무는 기관위임 국가사무에 해당하지만, 구 지방자치법 제169조에 규정된 취소처분에 대한 이의소송의 입법 취지 등을 고려할 때, 교육감이 위와 같은 지도·감독 사무의 성격에 관한 선례나 학설, 판례 등이 확립되지 않은 상황에서 이를 자치사무라고 보아 사무를 집행하였는데, 사후에 사법절차에서 그 사무가 기관위임 국가사무임이 밝혀졌다는 이유만으로는 곧바로 기존에 행한 사무의 구체적인 집행행위가 위법하다고 보아 징계사유에 해당한다고 볼 수는 없다.

이 부분 징계대상자들은 도교육청 소속 교육공무원으로서 직무상 상관인 교육감에 대하여 복종의무를 지고, 교육감의 지시나 명령이 명백히 위법하여 직무상의 지시명령이라고 할 수 없는 등의 특별한 사정이 없는 이상 직무상 상관인 교육감의 지휘·감독에 따라 직무를 수행하여야 하는바, 교육감의 학교생활기록의 작성에 관한 사무에 대한 지도·감독 사무의 법적 성질, 피고의 이 사건 지침이 법규적 효력이 있는지 여부 또는 헌법상 과잉금지원칙을 위반하는 등 상위 법령에 위반하여 무효인지 여부가 불명확한 상황에서, 학교생활기록부 작성에 관한 지도·감독 사무를 집행하면서 그 사무의 법적 성질을 자치사무라고 보고 직무상 상관인 교육감의 방침에 따라 이 사건 지침의 시행을 보류하는 내용으로 직무를 수행한 것이므로, 비록 그 행위가 결과적으로 법령을 위반한 것이라는 평가를 받게 되더라도, 그러한 사정만으로 이 부분 징계대상자들의 직무집행 행위가 징계사유를 구성한다고 보기는 어렵다(위 2012추213 판결 참조).

다. 그렇다면 이 부분 징계대상자들에 대한 징계사유가 인정되지 아니하여 원고에게 징계의결요구 신청을 할 의무가 없으므로, 이 부분 직무이행명령은 위법하다.

#### 4. 감사거부에 관한 징계의결요구 신청 부분에 대한 직무이행명령의 적법 여부

가. 국가공무원법 제56조는 "모든 공무원은 법령을 준수하며 성실히 직무를 수행하여야 한다."고 규정하여 공무원에게 법령을 준수하여 직무를 수행할 의무를 부여하고 있다. 그리고 구 지방교육자치에 관한 법률 제3조에 의하여 준용되는 구 지방자치법 제167조, 제171조, 제171조의2 규정에 따르면, 교육부장관의 시·도교육청에 대한 감사는 기관위임사무에 대해서만 가능한 것이 아니라 자치사무의 법령위반 사항에 대해서도 허용된다. 또한 구 지방자치법 제171조의2 제3항의 위임에 따라 마련된 구 지방자치단체에 대한 행정감사규정(2013. 3. 23. 대통령령 제24425호로 개정되기 전의 것, 이하 '행정감사규정'이라 한다)은 감사제도의 실효성을 제고하기 위하여, ① 교육부장관의 "출석·답변의 요구, 관계 서류·장부 및 물품 등의 제출 요구"에 관한 조치권한(제11조 제1항 제1호, 제2호), ② 감사활동 수행자의 확인서 징구 권한, 문답서 작성 권한(제12조 제1항, 제2항), ③ 교육부장관의 질문서에 기초한 답변서 징구 권한(제12조 제3항)을 각각 규정하고 있고, 교육부장관으로부터 "출석·답변의 요구, 관계 서류·장부 및 물품 등의 제출 요구"를 받은 자는 정당한 사유가 없으면 그 요구에 따라야 할 의무를 규정하고 있다(제11조 제3항).

이러한 감사절차에 관한 관계 법령의 규정 내용, 형식 및 입법 취지 등을 고려할 때, 감사대상 시·도교육청 소속 공무원은 교육부장관이나 감사활동 수행자의 감사활동에 협조할 의무를 부담한다고 해석함이 타당하다. 따라서 이 부분 징계대상자들이 이러한 법령상 의무를 위반하여 감사를 거부한 행위는 징계사유를 구성한다고 보아야 한다. 한편, 이 부분 징계대상자들이 교육감의 지시에 따라 이 부분 감사거부 행위를 하였다고 하여도 이러한 지시는 앞서 본 행정감사규정의 각 규정내용에 반하여 위법하다고 보아야 하므로, 이 부분 징계대상자들의 징계책임 성립에 아무런 영향을 줄 수 없다.

나. 그리고 행정감사규정 제18조 제1항, 제5항, 제22조에 따르면, 교육부장관은 감사 활동 수행기간이 종료된 날부터 60일 이내에 징계 등의 처분 요구나 조치사항을 결정하여야 하고, 교육감은 감사결과를 통보받은 때에는 정당한 사유가 없으면 60일 이내에 감사결과의 조치사항을 이행하고, 그 이행결과를 교육부장관에게 통보하여야 한다.

이 부분 징계대상자들의 감사거부 행위가 국가공무원법 제78조 제1항 제1호 등의 징계사유에 해당한다고 판단되고 달리 원고에게 감사결과의 조치사항을 이행하지 아니할만한 정당한 사유가 없는 이상, 원고로서는 국가공무원법 제78조 제1항 제1호 등이 규정한 징계사유에 해당함을 이유로 국가공무원인 이 부분 징계대상자들에 관하여는 관할 징계위원회에 징계의결요구를 신청할 의무가 있다고 보아야 한다. 그리고 이 부분 징계대상자들에 대한 징계사유가 인정되고 교육감의 징계의결요구 신청 의무가 인정되는 이상, 피고가 직무이행명령 권한을 남용하였다고 볼 수도 없다.

앞서 본 것처럼 지방교육자치에 관한 법률 제3조, 지방자치법 제170조 제1항에 따르면, 교육부장관은 교육감이 그 의무에 속하는 국가위임사무의 관리와 집행을 명백히 게을리하고 있다고 인정되면 해당 교육감에게 이행할 사항을 명할 수 있다.

여기서 '국가위임사무의 관리와 집행을 명백히 게을리하고 있다'는 요건은 국가위임사무를 관리·집행할 의무가 성립함을 전제로 하는데, 교육감은 그 의무에 속한 국가위임사무를 이행하는 것이 원칙이므로, 교육감이 특별한 사정이 없이 그 의무를 이행하지 아니한 때에는 이를 충족한다고 해석하여야 한다. 여기서 특별한 사정이란, 국가위임사무를 관리·집행할 수 없는 법령상 장애사유 또는 지방자치단체의 재정상 능력이나 여건의 미비, 인력의 부족 등 사실상의 장애사유를 뜻한다고 보아야 하고, 교육감이 특정 국가위임사무를 관리·집행할 의무가 있는지 여부에 관하여 교육부장관과 다

른 견해를 취하여 이를 이행하고 있지 아니한 사정은 이에 해당한다고 볼 것이 아니다.

따라서 원고에게 이 부분 징계대상자들에 대한 징계의결요구 신청이라는 국가위임사무를 관리·집행할 수 없는 법령상 장애사유 또는 사실상의 장애사유가 있다고 보기 어려운 이상, 원고가 그 의무에 속하는 국가위임사무의 관리와 집행을 명백히 게을리하고 있다고 보아야 한다.

다. 그렇다면 이 부분 징계대상자들에 대한 징계사유가 인정되고 원고에게 징계의결요구 신청을 할 의무도 있으므로, 이 부분 직무이행명령은 적법하다.

#### 5. 결론

그러므로 원고의 이 사건 청구를 위 인정범위 내에서 일부 인용하고 나머지 청구는 기각하며, 소송비용은 각자 부담하도록 하여, 관여 대법관의 일치된 의견으로 주문과 같이 판결한다.

재판장            대법관            고영한

주    심            대법관            이인복

                      대법관            김용덕

                      대법관            김소영