

일본의 교육행정 처분기준에 관한 고찰

장 교 식*

목 차

I. 들어가는 말	3. 안전관리지침에 따른 감시카메라 설치 문제
II. 일본의 교육법제의 현황	IV. 교육행정관련 판례를 통한 시사점
1. 헌법상 교육행정 관련조항 및 국가적 개입	1. 학교시설의 목적 외 사용에 있어서 재량권의 한계
2. 일본 교육법령의 분류와 교육기본법	2. 사립대학 이전 통합사건
III. 개별법령을 통한 처분기준	3. 신체장애아의 고교입학거부 처분에 있어서 교장의 재량권
1. 학교 제도적 기준의 법정	V. 맺음말
2. 의무교육 학교에 대한 지원	

I. 들어가는 말

교육부의 내신성적 반영율과 관련하여 주요 대학이 반대하면서 제기된 작금의 교육행정은 새삼 교육행정에 있어서 처분기준의 법률적 정비의 필요성을 절감하게 한다. 과거 권위주의적 행정에 있어서는 교육부의 정책이 지시나 지침에 의해 일방적으로 학교에 의해 수용되었지만, 학교의 자율성과 독립성이 주장되는 현상황하에서는 교육부의 정책을 과거의 관행처럼 일방적으로 관철하기는 어렵다 할 것이다. 따라서 교육행정에 있어서도 교육과 관련된 행정을 수행하면서 법률적 근거에 의한 처분을 행하여야 하는 것은 법치행정의 당연한 귀결이라 할 것이다. 차제에 우리 교육행정분야 역시 행정처분기준에 대한 정비가 필요하다

* 건국대학교 법과대학 부교수

고 본다.

물론 우리 행정절차법은 투명성의 원칙을 구체화하여 행정청에게 처분기준의 설정·공표의무를 지우고 있다. 즉 행정청은 원칙적으로 필요한 처분기준을 당해 처분의 성질에 비추어 될 수 있는 한 구체적으로 공표하여야 한다(행정절차법 제20조 제1항). 여기서 말하는 구체성의 정도는 처분의 상황 적응성 내지 탄력성을 해하지 않는 범위 내에서 처분의 투명성·예측가능성을 확보할 수 있도록 구체적이어야 한다는 의미이다.

이에 따라 교육행정 역시 당해 처분의 성질에 비추어 가능한 한 구체적으로 처분기준을 마련하는 것이 필요하다 할 것이다. 이와 관련하여 교육행정이 갖는 특성이 무엇이며 교육행정상 행해지는 처분의 성질이 무엇인가를 규명하는 것도 중요하다. 실제 교육행정 역시 국민의 교육에 관한 권리가 실현될 수 있도록 국가와 지방자치단체가 노력하여야 한다는 지원행정적 측면에서 보면 수익행정으로서의 특징을 갖는다. 한편, 행정권은 교육행정을 행하면서 감독권을 행하며 시정명령, 감축조치, 인가취소, 폐쇄명령과 같은 강력한 불이익 조치를 취할 수 있다는 측면에서 교육행정은 침익행정이기에 양면성을 갖는다.

이러한 교육행정은 처분기준이 설정됨에 있어서 교육행정이 갖는 특성과 당해 처분이 갖는 성질에 따라 구체적으로 마련되는 것이 필요하다고 본다. 물론 이때에도 헌법에 의해 보장되는 교육관련 기본권과 개별법령의 취지를 고려하면서 당해 처분의 기준이 설정되어야 하리라 본다. 그리고 처분기준의 설정과 관련하여서도 입법형식이 문제될 수 있다. 이 역시 법률 이하 행정입법 모두 그 개개의 특성이 있기에 입법의 전속소관사항의 원칙¹⁾에 맞추어 입법되는 것이 바람직하다고 본다.

1) 성문법원은 각각 그 전속적 소관사항을 갖는바, 법률전속사항은 법률로 정해져야 하고 그 이하의 법령도 소관사항에 적합한 입법형식에 따라 정해져야 한다는 원칙을 말한다.

본고는 일본의 교육행정에 있어서의 처분기준에 대한 고찰인바, 일본의 교육행정분야의 법령의 구조와 개별법에 나타난 기준에 대하여 살펴 보고 법원의 교육관련 판례를 통한 시사점을 도출하고자 한다. 일본의 행정절차법 역시 처분에 대한 기준설정에 대한 일반적 규정을 두고 있다. 즉, 일본행정절차법은 제3장에서 불이익 처분을 정하고 있고, 제1절에서는 통칙사항으로 처분기준을 두고 있다. 이에 따르면 행정청은 불이익처분을 하느냐 마느냐 또는 어떠한 불이익 처분을 하느냐에 대하여 그 법령이 정함에 따라 판단하기 위하여 필요로 되는 기준(처분기준)을 정하고, 또한 이것을 공개하도록 노력하여야 한다(행정절차법 제12조 제1항). 행정청은 처분기준을 정함에 있어서는 당해 불이익 처분의 성질에 비추어 가능한 한 구체적이어야 한다(동조 제2항)는 규정을 두고 있다.

이러한 처분기준은 일반국민이 어떠한 경우에 또는 어떠한 내용· 정도의 불이익 처분이 이루어지느냐에 대하여 관심이 지대함에도 불구하고 불이익 처분의 요건 등에 관한 법령이 정하는 것은 추상적이고 행정청의 해석·재량의 여지가 있는 경우가 많다. 불이익 처분을 하느냐 마느냐에 대하여는 더욱이 행정청의 자의적 판단이 허용될 이유는 없지만 본조에서는 불이익 처분이 적정하게 행하여지는가의 중요성에 비추어 행정청에 대하여 불이익 처분을 하느냐 마느냐 또는 어떠한 불이익 처분을 하느냐에 대하여 그 법령이 정함에 따라 판단하기 위하여 필요로 되는 기준을 가능한 한 구체적인 것으로 정하고, 또한 이를 공개하기 위한 노력의무를 지우고 있다. 이는 처분의 상대방으로 하여금 어떠한 경우에 어떠한 처분이 행하여지느냐에 대하여 일정의 예견가능성이 부여되고 또한 행정청의 판단과정에 대한 투명성의 확보에 도움이 된다 하겠다.

일본의 행정절차법은 처분기준의 설정과 관련하여 불이익 처분에 한정하고 그 처분기준을 정함에 있어서는 불이익 처분의 성질에 비추어 가능한 한 구체적이어야 한다는 규정을 하고 있는 점에서 우리와 구별된

다. 그러나 일본 행정절차법이 일반적인 처분에 관한 절차에 대한 사항에 대하여 불이익 처분에 한정하여 처분기준의 설정·공표의무를 지우고 있지만 이익처분 역시 처분기준을 설정하고 공표하는 것을 막고 있는 것은 아니다. 따라서 일본 개별법령에 의한 처분기준의 설정 및 공표가 행하여지고 이에 따른 행정은 법치행정상 당연하다 할 것이다.

궁극적으로 일본의 교육행정분야 처분기준에 관한 사항을 고찰하기 위하여 우선 일본의 교육법제의 전반에 관한 사항을 살펴보고 이를 토대로 각 개별법상에 나타난 처분기준에 대하여 알아보고자 한다. 특히, 2006년에 일본의 교육기본법이 전면 개정되면서 여러 논의가 있었기에 개정된 일본 교육기본법의 내용을 고찰하여 우리에게 있어서의 시사점을 찾고자 한다. 아울러 학교교육법령을 중심으로 학교설립에 따른 기준에 대하여 살펴보고 최근 일본에서 중시되고 있는 학생들의 안전관리와 관련하여 학교에서의 감시카메라의 설치와 관련된 법령에 대하여 소개하고자 한다. 그리고 교육행정과 관련된 최근의 판례를 검토하여 우리에게 있어서의 시사점을 모색하여 보고자 한다.

II. 일본의 교육법제의 현황

1. 헌법상²⁾ 교육행정 관련조항 및 국가적 개입

가. 학문의 자유

일본은 「헌법」 제23조에서 학문의 자유를 보장하고 있다. 여기서 말하

2) 일본 헌법에 교육과 관련하여 직접 교육이라는 용어를 사용하는 조문은 제20조 제3항에서 국가 종교교육의 금지, 제26조 교육을 받을 권리, 제44조의 의원·선거인 자격에 있어서 교육에 따른 차별금지, 제89조 공공의 지배에 속하지 않는 교육사업에 공금지출·이용의 금지를 규정한 4개의 조문이 있다.

는 학문의 자유는 진리를 탐구하고 그 성과를 발표하는 정신활동을 가리킨다.³⁾ 학문의 자유가 보장되는 것은 이러한 활동에 대한 공권력의 간섭을 배제하여 인간의 진리탐구의 욕구에 부응하고, 진리탐구의 성과가 공공재로서 국민의 복리에 기여하기 위한 것이다. 학문의 자유는 ① 국민일반에 의한 연구활동·성과발표의 자유, ② 대학에서의 연구·교수의 자유, ③ 대학에서의 연구·교수의 자유를 확보하기 위한 대학의 자치를 포함한다고 본다. 하지만 그 각각의 보장내용에 대하여는 해석상의 다툼이 있다.

우선, ① 연구활동·성과발표의 자유와의 관련에서는 「학교교육법」 제21조 및 교과용 도서검정규칙에 의한 교과서검정제도의 합헌성이 다투어졌다. 이에 대하여 교과용 도서로 출판된 것이 아니라면 자유로운 발표가 인정되는 것이기에 일반적으로 헌법이 금지하는 검열(헌법 제21조 제2항 전단)에는 해당하지 않는다. 더욱이 검정기준을 충족하지 않는 경우에 교과서라는 형태로 연구결과의 발표를 제한하는 것이기에 헌법 제23조에도 위반되지 않는다고 판단하였다.⁴⁾

다음으로 ②와 ③의 대학의 자유에 대하여는 전통적으로 대학이 전문의 학예와 교수연구하는 학술의 중심기관이었다는 것은 역사적으로도 인정되는 까닭이다.⁵⁾ 학문의 자유에 포함되어 있는 대학의 자치란, 학장·연구자의 인사, 학내질서의 유지나 학내시설의 관리·학생 등의 처우 등에 관하여 대학이 어느 정도의 자주적인 결정권을 갖는다는 것으로 해석된다.⁶⁾

3) 大石眞, 『憲法講義 Ⅱ』, 有斐閣, 2007, 111면.

4) 最高裁判所 1993. 3. 16. 第1次家永訴訟.

5) 구 제국대학령 제1조, 학교교육법 제52조 참조.

6) 最高裁判所 1963. 5. 22. 형집 제17권 제4호, 포포로좌 사건.

나. 교육의 자유

교육의 자유의 개념은 ① 광의의 의미에서는 자기의 사상이나 신조를 타인에게 교육하는 권리와 자신이 공부하는 권리(학습권)를 포함하여 사용된다. ② 협의로는 본래의 의미에서 전자의 교육의 자유에서 부모의 교육의 자유만을 의미한다.⁷⁾ 학습권이란 자유권이라기보다는 오히려 국가청구권으로서의 의미를 갖는다. 이러한 의미에서 하급심의 재판례 중에서는 소학교장이 부담하는 교육환경정비의무의 내용은 관계법령에 의하여 정하는 바에 의한다고 판시한 것도 있다.⁸⁾

협의의 의미에서 교육의 자유, 즉 자기의 사상이나 신조 등을 타인에게 교육하는 권리는 일반적으로 ㉠ 부모의 학교선택의 자유, ㉡ 사학교육의 자유, ㉢ 공교육에 있어서의 자유를 포함하는 것으로 해석된다.

교육의 자유에 대하여는 일본 헌법에 명시적인 규정이 없기에 이에 대한 해석이 분분하다. ① 헌법 제13조의 행복추구권에 내포되어 있다고 해석하는 견해, ② 헌법 제23조의 학문의 자유의 연장선에 있다는 견해, ③ 헌법 제24조에 의한 가족제도에 기초한다는 견해, ④ 사상·양심 또는 종교적 자유의 연장선이라는 견해 등이 그것이다. 이 점에 대하여 판례의 입장은 명확한 것은 아니다. 최고재판소는 헌법 제26조의 해석으로서 ① 부모의 아이에 대한 일정의 지배권이라는 의미에서 부모의 교육의 자유를 인정하는 것, ② 이것을 직업선택의 자유를 포함하고 있는 것을 시사함과 동시에, ③ 사립학교에 있어서 자유와, ④ 교사의 교수의 자유가 인정된다는 입장이다.⁹⁾ 더욱이 교사의 교수의 자유라는 의미는 명확한 것은 아니지만 최고재판소는 국민의 교과서 집필의 자유는 「헌법」 제23조나 제26조에도 포함되지 않는다고 하면서도, 수업 등의

7) 大石眞(2007), 앞의 책, 114면.

8) 大阪地判 2000. 2. 17. 장애아 보통학급 편입 사건.

9) 最高裁判所 1976. 5. 21. 창천학력테스트 사건 참조.

구체적 내용 및 방법 등에 있어서는 어느 정도 재량이 인정된다라는 의미에서 교사의 교수의 자유를 인정한다.

다. 교육행정과 국가적 개입

교육의 자유의 보장이라는 측면에서 보면 교육내용에 대한 국가적 개입은 가능한 한 제한적이어야 한다. 특히 어린이가 자유롭게 독립된 인격자로서 성장하는 것을 방해하는 국가적 개입은 허용되지 않는다 할 것이다.¹⁰⁾ 그러나 한편 국가는 국정의 일부로서 적정한 교육정책을 수립하여 실시하는 권능을 갖는다. 또한 어린이 자신의 이익을 옹호함과 동시에 어린이의 성장에 대한 사회공공의 이익·관심에 부응하기 위하여 필요·상당하다고 인정되는 범위에서 교육내용을 결정하여야 한다. 이는 보통교육의 장인 소·중학교뿐만 아니라 고등학교의 경우에도 일반적으로 타당하다.

이 점에 있어서 국가의 교육행정과 국가적 개입의 허용 여부가 문제되지만 「교육기본법」 제16조는 교육은 부당한 지배에 굴하지 않을 것과 교육행정은 국가와 지방공공단체와의 적절한 역할분담을 통하여 상호의 협력하에 공정하며 적절하게 행하여질 것을 정하고 있다. 이는 국가의 교육통제권을 전제로 하면서 교육의 자주성을 존중해야 할 것을 추구하고 있는 것이다. 따라서 교육의 내용 및 방법에 관한 필요하며 합리적인 국가의 개입까지 금하고 있는 것은 아니다. 실제로도 교육의 자유에 대한 제약은 다양하게 보이며 그 대표적인 것은 학교제도 법정주의와 정치적·종교적 중립성이다.

(1) 학교제도법정주의

우선 현행법은 소위 학교제도법정주의의 사고에 서서 법률에 의하여

10) 大石眞(2007), 앞의 책, 116면.

국공립·사학의 구별 없이 취학의무·학교종류·취업년한·교원자격 등의 학교제도의 기본적 사항 등에 대하여 정하고 있다(학교교육법·교육직원면허법 등). 또한 문부과학대신·도도부현 교육위원회 또는 지사에 대하여 학교의 설치·폐지의 인가제, 소정사항의 신고제, 법령위반에 대한 변경명령 등의 학교감독권을 인정하고 있다(학교교육법 제4조·제10조·제14조 등). 또한 법률로서는 문부과학성령인 ‘학교교육법 시행규칙’에 위임된 부분이 많다.

이 중 취학의무(학교교육법 제22조)에 대하여는 친권자의 양육의무(민법 제820조)의 강제력으로서 해석되기도 하지만, 이 규정은 오히려 부모의 교육의 자유 또는 사학교육의 자유에 대한 제약이라는 의미도 갖는다. 물론 사립학교에 대하여는 사학의 자치의 이념으로부터 학교감독권의 일부가 적용되지 않는 경우도 있지만,¹¹⁾ 그 이외에는 일반적으로 부당한 제약은 아니라 할 것이다.¹²⁾

다음으로 「학교교육법」 제20조의 위임을 받은 「학교교육법 시행규칙」 제25조, 제54조의2 등의 재위임에 기한 학습지도요강에 대하여 법적 구속력을 인정할 것이냐가 다투어진 사건에서 최고재판소는 법적 구속력을 인정하고 있다.¹³⁾

(2) 정치적·종교적 중립성

국공립학교의 교육에 있어서는 현행법상 정치적인 중립성 외에 종교적인 중립성이 요구된다.¹⁴⁾ 이는 소위 정교분리의 원칙에 기한 것으로 특정의 종교를 위한 종파교육은 국공립학교에서 행할 수는 없다. 그 결과 종교교육에 관한 친권의 자유는 사학선택의 자유로서만 보장되는

11) 사립학교법 제5조 참조.

12) 大石眞(2007), 앞의 책, 116면.

13) 最高裁判所 1989. 1. 18, 전습관고교 사건.

14) 헌법 제20조 제3항, 교육기본법 제8조 제2항, 제9조 제2항 참조.

것으로는 부당한 제약이 아니라고 하지만, 이 역시 옳은지 아닌지는 문제된다 하겠다.¹⁵⁾

또한 현행법에서 정하고 있는 교과서 사용의무와 교과서 검정제도¹⁶⁾에 대하여는 공교육에 있어서 교사의 자유에 대한 부당한 제약에 해당하는가에 대하여 다투어진다. 그러나 이에 대하여 최고재판소는 합헌이라고 판단하고 있다.¹⁷⁾

2. 일본 교육법령의 분류와 교육기본법¹⁸⁾

가. 교육법의 분류

교육법규를 어떻게 분류하고 체계화시키고 있는가에 대하여는 교육을 특수법으로 보는 교육특수법설과 교육을 교육인권을 보장하기 위한 교육인권법설과 교육행정으로 보는 교육행정법규설로 나뉜다. 그리고 이러한 학설에 따르는 경우 일본의 교육법령의 구분은 다음과 같다.

(1) 교육특수법설

교육특수법설에 의하면 교육법이란 교육과 교육제도에 관한 고유한 법이론의 체계로 이해하려는 것이다. 즉, 현행법제에서 교육과 교육행정과는 법적으로 분류할 수 있으며 교육법의 일부인 교육행정법은 일반행정법과 비교하여 교육법적인 특색을 가지고 있다고 보고, 엄밀한 의미에서 교육법은 교육제도에 대한 독특한 법이론을 갖는 하나의 특수법이라고 한다.¹⁹⁾ 이 견해의 특징은 교육과 교육행정을 분리하여 교육행정을

15) 大石眞(2007), 앞의 책, 117면.

16) 학교교육법 제21조 제1항, 제40조, 제51조, 제51조의9 등.

17) 最高裁判所 1997. 8. 29, 제3차 家永訴訟 참조.

18) 교육기본법은 여러 난항 끝에 2006년 법률 제120호로 전면 개정되었다. 동법률은 전문과 제1장 교육의 목적 및 이념, 제2장 교육의 실시에 관한 기본, 제3장 교육행정, 제4장 법령의 제정 및 부칙으로 구성되어 있다.

포함한 교육제도를 기반으로 하는 교육법의 특수성을 강조하려는 점에 있다. 이는 과거의 행정법학적인 방법론에 대해 비판적인 시각을 가지고 접근하려는 태도가 있다.

이 견해에 의하면 교육법규를 내용적으로 4가지로 나누고 있다. 즉 ① 교육기본법규: 일본국헌법(특히 전문, 제9조, 제13조 내지 제15조, 제19조 내지 제21조, 제23조 내지 제28조, 제89조, 제92조), 교육기본법, ② 교육행정에 관한 법규: (중앙교육행정) 문부성설치법, 학교교육법, (지방교육행정법) 지방자치법, 지방교육행정의 조직 및 운영에 관한 법률, 동법 시행령, 사립학교법, 동법시행규칙, (교육재정) 의무교육비국고부담법, 시정촌립(市町村立)학교직원급여부담법, 산업교육진흥법 등, ③ 교육제도에 관한 법규: (학교제도) 학교교육법, 동법 시행령, 동법 시행규칙, 공립학교설치조례, 학교관리규칙 등, (사회교육제도) 사회교육법, 도서관법, 박물관법, 문화재보호법 등, ④ 교육직원에 관한 법규: 교육직원면허법, 교육공무원특례법 등이다.

(2) 교육인권법설

교육인권법설에 의하면 교육법이란 교육기본권(교육인권)을 보장하기 위한 법의 총체로 보고, 교육에 관한 국제인권법을 포함하여 현행 교육법의 체계를 이해하려고 하고 있다. 이른바 헌법학적 이해에 따라 교육법을 해석하려고 하는 입장이다. 광의로는 국제인권법 내에서 교육인권을 확인하고 보장받는 것으로 보고 있기도 하고, 협의로는 일본의 헌법·교육기본법의 총체로 이해하여 일본의 현행 국내교육법규에 대한 체계를 다음과 같이 분류하여 정리하고 있다.²⁰⁾

① 교육의 기본에 관한 법: 헌법, 교육기본법, 아동헌장, 어린이국제조약 등의 국제교육법

19) 兼子仁, 「教育法」, 有斐閣, 1978, 7면.

20) 永井憲一, 「行政法學の原理と體系」, 日本評論社, 2000, 22-24면.

② 생애학습에 관한 법체계: (학교교육에 관한 법체계) 학교교육법, 국립학교설치법, 사립학교법, 학교도서관법, 학교보건법, 학교급식법, 이과교육진흥법, 일본체육학교건강센터법, 의무교육제학교에서의 교육의 정치적 중립확보에 관한 임시조치법, 대학심의회법, 대학설치기준, 고등학교설치기준, 교과용도서검정규칙, 학칙, 교칙 등. (사회교육에 관한 법체계) 생애학습진흥정비법, 사회교육법, 도서관법, 박물관법, 청소년학급진흥법, 스포츠진흥법, 청소년보호육성조례 등.

③ 교육을 받을 권리로서 경제적 측면을 보장하기 위한 법체계: 아동복지법, 생활보호법, 소년법, 근로청소년복지법, 심신장애자대책기본법, 취학곤란한 아동 및 학생의 취학장려를 위한 국가원조에 관한 법률, 맹학교·농학교 및 양호학교의 취학장려에 관한 법률, 의무교육제학교의 교과용 도서의 무상에 관한 법률, 일본육영회법 등.

④ 교육유지에 관한 법체계: (교직원에 관한 법체계) 교육직원면허법, 교육공무원특례법, 국가공무원법, 지방공무원법, 노동기준법, 노동조합법, 의무교육제학교에서의 교육의 정치적 중립 확보에 관한 임시조치법, 학교교육의 수준유지향상을 위한 의무교육제학교의 교육직원의 인재확보에 관한 특별조치법, 국공립대학에서의 외국인교원의 임용 등에 관한 특별조치법, 의무교육제학교의 여자교육직원 및 의료시설·사회복지시설 등의 간호사·보모 등의 육아휴업에 관한 법률, 공립의무교육제학교의 학교편제 및 교직원정수의 표준에 관한 법률, 교육직원에 대한 시간외근무를 명하는 경우에 관한 규정, 도도부현(都道府縣)교육직원정수조례, 도도부현교육직원급여조례 등. (학술·문화 등의 교육환경에 관한 법체계) 일본학술회의법, 학술심의회령, 유네스코활동에 관한 법률, 문화재보호법, 고도(古都)에서 역사풍토보존에 관한 특별조치법, 공해대책기본법, 대기오염방지법 등.

⑤ 교육행정재정에 관한 법체계: 문부성설치법, 문부성조직령, 사립학교진흥조성법, 일본사학진흥재단법, 지방교육행정조직 및 운영에 관한

법률, 중앙교육심의회령, 교육과정심의회령, 대학심의회령, 교과용도서
검정조사심의회령, 대학입시센터조직운영규칙, 국립학교특별회계법,
의무교육비국고부담법, 공립양호학교정비특별조치법 등.

(3) 교육행정법규설

교육행정법규설에 의하면 “교육법규(교육법)는 교육행정에 관한 법
규이다.”라는 관점에서 교육행정을 국가가 주도하는 것으로, 즉 중앙정
부가 실시하는 교육행정과 지방교육행정을 나누어 체계화하는 방법이
다. 이러한 방법은 교육법을 국가의 교육법규와 지방공공단체의 교육법
규로 이원화하여 분류한다.²¹⁾ 이 견해의 특징은 교육과 교육행정을 분리
하지 아니하고 교육을 국가와 지방공공단체의 사업 내지는 작용이라는
시각을 가지고 있다.

그리하여 교육법의 체계를 ‘형식적 체계’와 ‘실질적 체계’로 나누어
분류하는 방법을 시도하고 있다. 형식적 체계는 법규의 법원(法源)에
의한 분류방법으로 체계화하려는 것으로 성문법과 불문법으로 나눈다.
성문법은 성문의 법규이며 이에 속하는 것으로는 헌법, 법률, 정령, 부령,
성령, 조약, 조례, 규칙, 교육위원회규칙 등이며, 불문법으로는 문장의
형식을 갖추지 않은 관습법, 판례법, 조리 등이 포함된다고 한다. 이와
같은 체계에서는 교육법규 내에 불문법을 포함할 수 있다는 점이 하나의
특징이라고 할 수 있다.

실질적 체계라는 것은 교육법규를 실질적 내용에 따라 분류하는 방법
으로 ① 헌법의 교육조항, 교육기본법 등 교육의 기본에 관한 법규, ②
교육행정의 조직과 운영에 관한 법규 등 교육행정에 관한 법규, ③
교육재정에 관한 법규, ④ 학교교육에 관한 법규, ⑤ 사회법규에 관한
법규, ⑥ 체육에 관한 법규, ⑦ 교직원의 신분·자격에 관한 법규 등으로

21) 相良惟一・林部一二, 『教育法規の基礎知識』, 明治圖書, 1960, 12면.

분류할 수 있다는 것이다.

(4) 검 토

일본의 교육법의 체계에 대하여는 대체로 위와 같이 세가지 학설로 대별되는데, 실제 각 나라의 교육관련 법령은 각 나라의 헌법하에 보장되는 교육관련 법규로 볼 때 교육행정법규설이 타당하다고 본다. 따라서 이하에서는 교육행정법규설에 따라 일본의 교육기본법의 주요 내용을 살펴보고, 교육관련법규에서 개별법상의 행정처분기준에 관한 사항을 검토하고자 한다.

나. 「교육기본법」의 개정과 주요 내용

「교육기본법」은 2006년 법률 제120호로 전면 개정되었다. 그 주요 내용을 살펴보면 다음과 같다. 우선, 동법 제1장(제1조 내지 제4조)은 교육의 목적 및 이념을 정하고 있는바, 제1조는 교육의 목적조항으로, “교육은 인격의 완성을 목적으로 평화로우며 민주적인 국가 및 사회의 형성자로서 필요한 자질을 구비한 심신과 함께 건강한 국민의 육성을 기하도록 행하여져야 한다.”고 규정하고 있다. 제2조는 교육목표, 제3조는 생애학습의 이념에 관한 조항을 신설하여 평생교육을 강조하고, 제4조는 교육의 기회균등에 관하여 정하고 있다.

동법 제2장(제5조 내지 제15조)은 교육의 실시에 관한 기본사항을 정하고 있다. 제5조에서는 의무교육에 관한 사항을 정하고, 제6조에서는 “법률에서 정하는 학교는 공공의 성질을 갖는 것으로 국가와 지방공공단체 및 법률이 정하는 법인만이 설치할 수 있다”고 규정하고 있다. 그리고 제7조 대학, 제8조 사립학교, 제9조 교원, 제10조 가정교육, 제11조 유아기의 교육, 제12조 사회교육을 정하고, 제13조에서는 학교와 가정 및 지역주민 등의 상호의 유대 협력을 위한 노력의무를 지우고 있다. 그리고 제14조에서는 정치교육과 제15조에서는 종교교육에 관한 사항을 담고

있다.

동법 제3장(제16조 및 제17조)은 교육행정에 대하여 규정하는 바, 제16조에서는 “교육은 부당한 지배에 복종하지 않고 이 법률 및 다른 법률에 정하는 바에 의하여 행하여지는 것이며, 교육행정은 국가와 지방 공공단체와의 적절한 역할 분담 및 상호의 협력하에 공정하고 적정하게 행하여지지 않으면 안 된다. 국가는 전국적인 교육의 기회균등과 교육수준의 유지 향상을 꾀하기 위하여 교육에 관한 시책을 종합적으로 책정하고 실시하여야 한다. 지방공공단체는 그 지역에 있어서 교육의 진흥을 꾀하기 위하여 그 실정에 따라 교육에 관한 시책을 책정하고 실시하여야 한다. 국가 및 지방공공단체는 교육이 원활하고 계속적으로 실시되도록 필요한 재정상의 조치를 강구하여야 한다.”고 규정하고 있다.²²⁾

아울러 교육진흥기본계획에 대하여 동법은 “정부는 교육의 진흥에 관한 시책의 총합적·계획적인 추진을 꾀하기 위하여 교육의 진흥에 관한 시책에 대한 기본적인 방침 및 강구해야 할 시책 그 타의 필요한 사항에 대하여 기본적인 계획을 정하여 이를 국회에 보고함과 동시에 공표하도록 하고 있다.²³⁾

또한 지방공공단체는 정부의 계획을 참작하고 그 지역의 실정에 따라 당해 지방공공단체에 있어서 교육의 진흥을 위한 시책에 관한 기본적인 계획을 정하도록 노력하여야 한다고 규정하여 지방공공단체의 노력의무를 지우고 있다.

이러한 일본의 교육기본법에 따른 교육행정은 국가와 지방공공단체의 역할분담을 도모함과 동시에 상호협력을 통한 공정하고 적정한 행정을 요구하고 있다. 아울러 국가에게는 전국적인 교육의 기회균등 차원에서 교육에 관한 시책을 강구하도록 하고 있으며 지방공공단체에게는 지역실정에 맞는 교육시책을 책정하도록 하고 있다.

22) 교육기본법 제16조.

23) 교육기본법 제17조.

동법 제4장(제18조)은 법령의 제정에 대하여 규정하는바, 제18조는 “이 법률에서 규정하는 제 조항을 실시하기 위하여 필요한 법령이 제정되어야 한다.”고 정하고 있다. 이에 따라 교육관련 법령은 정비되어야 함은 당연하다.

이러한 교육기본법은 다른 모든 교육관계법규의 준칙으로서의 의미를 가지며, 다른 교육관계법규는 교육기본법의 시행법으로서의 의미를 갖는다 하겠다. 이에 따라 일본의 교육법제는 현행의 일본국 헌법과 교육기본법 및 교육기본법의 이념을 실현하기 위하여 제정된 법률과 이들 법률을 집행하기 위한 행정입법 및 지방공공단체의 조례 및 규칙을 들 수 있다. 물론, 이외에도 학교 내의 자치규칙이나 교육관습, 교육조리 및 재판에 따른 판례도 교육행정과 관련하여 중요한 의미를 갖는다고 할 것이다.

III. 개별법령을 통한 처분기준

1. 학교 제도적 기준의 법정

가. 전학교 제도적 기준의 법정

법정의 학교제도는 학교체계를 정하는 것을 중심으로 한다. 국공립이나 사립학교를 가리지 않고 공교육기관으로서의 정규의 학교체계에 속하는 학교는 학교교육법 제1조에서 말하는 소학교, 중학교, 고등학교, 중등교육학교, 대학, 고등전문학교, 특별지원학교 및 유치원이다.²⁴⁾ 이러한 정규의 학교에 대하여 학교교육법은 각 학교의 목적 내지 교육목표, 수업연한과 이에 따라 학교 구성단위를 법정하고 있다.

24) 학교교육법 제1조.

나. 학교설치기준의 의의 및 법제정 상황

학교제도 법령의 일환으로서 공교육기관인 학교종별에 따라 학교의 설치·존속의 법정요건을 정하고 있다. 실질적 의미의 학교설치기준은 국가에 의한 학교설치 감독행정의 요건이지만 본래 아동의 교육을 받을 권리를 충분히 보장하기 위한 최저의 교육조건의 기준이라는 의의를 갖는다. 국가와 자치체는 이에 따라 학교의 교육조건 정비를 위하여 노력해야 한다. 학교설치기준은 각 학교의 자치에 맡겨야 할 교육내적 사항을 직접 정하는 것은 아니고 시설설비나 학교의 조직편제라는 외적 사항을 정하는 것이다. 이 중 조직편제기준은 학교교육법과 동법 시행규칙에도 일부 규정되어 있지만 시설설비기준의 대부분은 각 학교별로 문부성령인 형식적 의미의 학교시설 설립기준에 따라 정하고 있다.²⁵⁾

다. 학교별 설립기준의 내용

학교를 설립하려 하는 자는 학교의 종류에 따라 문부과학대신이 정하는 설비, 편제, 기타 설립기준에 따라 설립하여야 한다.²⁶⁾ 학교설립기준은 학교교육법 시행규칙과 시행규칙에 근거하여 문부과학대신이 별도로 규정한다.

(1) 시설설비기준

학교교육법 시행규칙에 의하면 학교에는 그 학교의 목적을 실현하기 위해 필요한 교지, 교사, 교구, 운동장, 도서관 또는 도서실, 보건실 기타 설비를 설치하여야 한다.²⁷⁾ 학교시설설비에 관한 최저보장기준은 중요

25) 학교를 설치하려고 하는 자는 학교의 종류에 따라 문부과학대신이 정한 설비, 편제 및 기타 설치기준에 따라 설치하여야 한다(학교교육법 제3조).

26) 학교교육법 제3조.

27) 학교교육법 시행규칙 제1조 제1항.

한 교육조건이며, 학교사고방지의 관점에서도 학교안전기준을 이루는 것이다.²⁸⁾

또한 학교의 위치는 교육상 적절한 환경에 위치하여야 한다.²⁹⁾ 이 같은 학교 환경기준의 설정·실시는 현대에 있어서 학교제도법제로서 중요성이 크다.

이러한 학교설립기준은 학교설립에 필요한 최저한도의 인가기준이며 설립 후에도 계속적으로 노력하여야 할 노력기준이기도 하다. 따라서 학교의 수준을 높이는 데 기여하였다 할 것이다.

(2) 조직편제기준

학교설립기준에 있어서 물적 설비와 구별되는 인적 편제에도 교육의 적 사항인 학교조직 규모와 교육내용적 관련을 갖는 혼합사항인 학교교육조직편제로 나뉜다.³⁰⁾

우선, 학교조직 규모기준과 관련하여서는 학교 규모, 학급 규모 및 교직원수로 나누어 볼 수 있다.

우선 학교 규모와 관련하여서는 소학교와 중학교의 적정기준에 대하여 『학교교육법 시행규칙』에 12학급 이상 18학급 이하를 표준으로 한다. 단, 지역의 실태 기타 특별한 사정이 있는 때에는 그에 따른다고 규정하고 있다.³¹⁾ 고교에 대하여는 시행규칙에는 규정하고 있지는 않다. 다만, 공립고등학교에 관해서는 고교교육의 보급과 기회균등을 도모하기 위해 도도부현은 구역 내의 공립고등학교의 배치 및 규모의 적정화에 노력해야 하고, 구역 내의 사립고등학교와 공립·사립중등학교의 배치 상황을 고려하여 공립고등학교의 규모는 본교에서는 학생수 270인, 분

28) 兼子仁(1978), 앞의 책, 374면.

29) 학교교육법 시행규칙 제1조 제2항.

30) 兼子仁(1978), 앞의 책, 374면.

31) 학교교육법 시행규칙 제17조 및 제55조.

교에서는 정령으로 정한 수 이하로 되지 아니한다고 규정하고 있다.³²⁾

다음으로 학교의 기초단위인 학급규모에 대하여는 모든 학교에 적용되는 일반기준과 공립학교에 대한 구체적인 표준에 대한 규정이 있고 고등학교의 경우는 공립학교의 구체적 표준만 있다. 즉, 공립의무학교의 학급은 동학년 학생수에서 편제하는 것으로 1학급 소·중학교 모두 40인, 특수학교는 8인을 표준으로 하고, 공립특수교육학교 소·중학부는 6인을 표준으로 하고 있다.³³⁾ 공립고등학교도 1학급 40인을 표준으로 하고 공립특수교육학교 고등부는 중복장애학급은 3인, 그 이외에는 8인을 표준으로 한다고 규정하고 있다.³⁴⁾

그리고 교직원에 관한 규정은 소학교에는 교무주임 및 학년주임을 두는 것으로 규정하고 있으며 학교의 직원배치 등에 관한 기준은 별도의 법령에서 정하고 있다.

다음으로, 학교교육조직편제 기준은 입학·졸업자격과 학교교육편제단위로 나누어 볼 수 있다. 우선 입학·졸업자격과 관련하여 법령은 소학교는 각 학년의 과정을 수료 또는 졸업을 인정함에 있어서는 아동의 평소의 성적으로 평가하여 정하도록 하고 있다. 또한 교장은 소학교의 전 과정을 수료하였다고 인정하는 자에게는 졸업증서를 수여하여야 한다고 규정하고 있다.³⁵⁾

2. 의무교육 학교에 대한 지원

일본은 의무교육 제학교 등의 시설에 대한 부담 등에 관한 법령으로 「의무교육 제학교 등의 국고부담 등에 관한 법률」과 「동시행령」 및

32) 고교표준법 제4조 및 제5조.

33) 의무표준법 제3조 내지 제5조.

34) 고교표준법 제6조 및 제14조.

35) 학교교육법 시행규칙 제17조 및 제18조.

『동시행규칙』이 있다. 또한 지자체에 의한 조례가 있다.

『의무교육 제학교 등의 시설비의 국고부담 등에 관한 법률』은 공립의 의무교육 제학교 등의 시설의 정비를 촉진하기 위하여, 공립의 의무교육 제학교의 건물의 건축에 요하는 경비에 대하여 국가가 그 일부를 부담하는 것을 정하고 있다. 또한 문부과학대신에 의한 시설정비기본방침의 책정 및 지방공공단체에 의한 시설정비계획에 기한 사업의 충실을 위하여 교부금의 교부 등에 대하여 정하고, 나아가 의무교육 제학교 교육 등에 있어서 교육의 원활한 실시를 확보하는 것을 목적으로 한다.³⁶⁾

동법률에서 ‘의무교육 제학교’란 학교교육법에 규정하는 소학교, 중학교, 중등교육학교의 정기과정 및 지원학교의 소학부 및 중학부를 말한다.

동법률에 의하여 정하여진 국가의 부담기준은 정령에서 정한 한도에 서 다음 각 호에 따른 경비에 대하여 그 일부를 부담한다. 이 경우 그 부담비율은 다음 각 호에 따른 비율로 한다.

1호. 공립의 소학교 및 중학교 교실부족을 해소하기 위한 교사의 신축 또는 증축에 요하는 경비 1/2

2호. 공립의 소학교 및 중학교의 실내 운동장의 신축 또는 증축에 요하는 경비 1/2

2호2. 공립의 중학교에서 학교교육법 제51조의10의 규정에 의한 고등학교에 있어서 교육과 일관된 교육을 하는 것 및 공립의 중등교육학교의 전기·관정의 건물의 신축 또는 증축에 요하는 경비 1/2

3호. 공립의 특별지원학교의 소학부 및 중학부의 건물의 신축 또는 증축에 요하는 경비 1/2

4호. 공립의 소학교 및 중학교를 적정한 규모로 하기 위하여 통합하려고 하는 것에 수반하여 또는 통합한 것에 수반하여 필요로 된 교사 또는 옥내 운동장의 신축 또는 증축에 요하는 경비의 1/2

36) 『의무교육 제학교 등의 시설비의 국고부담 등에 관한 법률』 제1조.

제4호의 적정한 규모의 조건은 정령에서 정하고 있는 바, 다음 각 호와 같다(동법 시행령 제4조)

1호. 학급수가 12학급에서 18학급까지일 것

2호. 통상거리가 소학교에 있어서는 대개 4km 이내, 중학교에 있어서는 대개 6km 이내일 것

이러한 국가의 지방공공단체에 대한 의무교육지원은 일본 지방재정의 개혁에 따른 삼위일체 개혁³⁷⁾의 일환으로 국고부담금의 대폭적인 삭감을 예정하고 있다. 이에 의하면 향후 의무교육 제학교에 대한 부담금은 현행 1/2에서 1/3로 삭감되고, 지방공공단체에 의하여 삭감된 부분에 대한 부담금이 지원될 것을 예정하고 있다. 따라서 향후 지방공공단체의 의무교육 제학교에 대한 조례의 제·개정이 불가피한 현상인바, 이에 대한 기준의 설정과 관련된 입법적 대응에 대하여도 주시할 필요가 있다고 본다.

3. 안전관리지침에 따른 감시카메라 설치 문제

가. 감시카메라 설치의 필요성

학교에서 어린이의 안전문제가 일본에 있어서도 중요한 문제이다. 학교안전에 있어서는 학교나 어린이를 불시 침입자의 범죄로부터 지키는 학교방범의 필요성은 중요한 사회문제임과 동시에 그 구체적인 대책

37) 삼위일체개혁이란 일본의 지방재정개혁에 따른 국고보조부담금 개혁, 지방교부세 개혁 및 세원이양을 포함한 세원배분 개선의 세 가지 개혁조치가 동시에 추진되는 개혁으로 2002년부터 본격화되었다. 삼위일체개혁의 주된 내용은 첫 번째로 국고보조금 중에서 의무적 경비 및 기타 경비를 삭감하고 이에 상당한 금액을 지방세원으로 하여 지방자치단체에 이양하는 것과, 두 번째로 중앙정부로부터 지방자치단체의 세원 이양은 소득세·소비세 등 기본세를 대상으로 하고 있다. 그리고 세 번째로 지방교부세 산출의 근거가 되는 지방재정계획상 세출을 철저히 개선함으로써 지방의 투자경비를 억제하는 동시에 교부세 총액을 억제하고 재원보장기능을 축소하는 개혁이다.

방안 등이 논의되고 있다. 학교방법의 문제는 이 같은 사회문제에 편승하여 교육행정이나 학교에서 다양하게 전개되고 있다.

그 전국적인 상황에 대하여는 문부과학성이 ‘학교의 안전관리의 구조 상황에 관한 조사결과’로서 공표하고 있다.³⁸⁾ 이러한 학교방법의 구조 중에서도 특히 주목되는 것은 감시카메라이다. 감시카메라에 대하여는 학교방법의 대책으로서 사회적 필요가 크다고 생각한 동경도에서 2006 년도에 ‘소중학교등방법설비정비사업’으로서 동경도의 공립소중학교에 감시카메라를 설치하기 위한 예산을 책정하였다. 하지만 감시카메라는 설치의 필요성이 높은 반면 그 폐해나 문제점도 많다. 특히 프라이버시의 침해를 포함한 운용상의 방법 및 과제 등의 문제이다.

나. 학교 감시카메라 운용기준

동경도의 많은 공립소중학교에서는 감시카메라가 설치되었다. 감시카메라가 설치된 후의 운용·이용 등의 방법이 금후에는 중요한 과제이다. 이를 위하여는 감시카메라의 운용기준이 필요하다. 여기서는 일본교육법학회의 학교사연구회에서 마련한 ‘공립○○소학교의 감시카메라등의 설치·운용에 관한 세칙’ 모델(안)³⁹⁾을 살펴보고자 한다.

(1) 세칙안의 목적과 감시카메라의 정의

세칙안의 목적은 감시카메라의 설치의 유용성과 유해성에 입각하여 필요한 사항을 정하는 것에 의해 당해 학교에 있어서 아동들이 안심하고 안전하게 교육을 받을 권리와 아동, 교직원 및 보호자, 시민 등 학교에 관계된 모든 이들의 프라이버시 등의 권리를 보장하는 것을 정하고

38) 문부과학성, 2006년 6월 30일.

39) 일본교육법학회 학교사연구회는 ‘공립○○소학교의 감시카메라 등의 설치·운용에 관한 세칙’ 모델(안)을 마련하면서 선구적인 감시카메라의 유용성의 문제에 입각하여 제정된 ‘杉並區 방법카메라의 설치 및 이용에 관한 조례’를 참고하여 제정하였다.

있다(동안 제1조).

그리고 감시카메라에 대하여는 당해 학교 및 아동, 교직원, 당해 학교를 방문하는 자에 대한 외부자로부터의 범죄피해를 방지할 목적으로 설치·이용되는 카메라 장치로서 영상표시장치(모니터) 및 영상기록장치를 비치한 것이라고 정의하고 있다(동안 제2조).

(2) 학교방법의 원칙 및 그 판단기준

당해 학교 등은 감시카메라 등의 설치·이용이 아동의 자주적이며 자유로운 학습활동 및 교직원의 자율적인 교육활동 등의 방해나 개방적 학교 만들기에 방해되지 않도록 공립소학교에 있어서 방법에 관한 지침을 따르면서 적절한 조치를 하여야 한다(동안 제3조 제1항). 또한 학교는 공립소학교에 있어서 방법에 관한 지침 제4조에 따라, 당해 학교 및 당해 학교의 교구 등에 있어서 상황을 판단하여 다음 각 호를 참고하면서 감시카메라 등의 설치 등을 검토하여야 한다.

제1호 평상시: 감시카메라 등은 설치하지 않는다. 단 이미 설치한 경우에는 작동하지 않는 것이 바람직하다.

제2호 경계시: 감시카메라의 신규 설치 및 이미 설치한 경우에는 작동을 검토하는 것이 바람직하다.

제3호 긴급시: 감시카메라를 신규 설치 및 이미 설치한 경우에는 조속하게 작동시킨다.

그리고 학교는 감시카메라의 설치·운용에 있어서 학교안전위원회에서 협의함과 동시에 직원회의에서 동의를 얻어야 한다.⁴⁰⁾

학교안전관리자는 다음 각 호에 따라 당해 학교 및 당해 학교구 등의 정보수집에 끊임없이 노력하여야 한다. 또한 학교관리자는 교육위원회나 경찰 등의 통고가 있는 경우, 타 학교의 안전관리 및 교육의 전문성에

40) 동안 제3조 제3항.

입각하여 다음 각 호에 기하여 당해 학교 및 당해 학교구(지역) 등의 상황을 판단하여 필요한 방법의 대응 및 대책을 수립하여야 한다.

제1호 평상시: 당해 학교 및 당해 학교의 교구(지역)에 있어서 당해 학교 및 아동에 대한 위해를 초래하는 범죄 등이 없고, 아동 및 보호자로 부터의 그에 대한 불안 등이 다투어지지 않는 경우를 말한다.

제2호 경계시: 당해 학교 및 당해 학교의 교구(지역), 인접 학교구에 있어서 아동 및 학교에 대한 위해를 초래한 사건·사안(약취·유인 미수, 공갈 미수 등)이 있고, 그 사건·사안이 미해결로 당해 학교 및 아동에 대한 안전이 위협되는 가능성이 있는 경우를 말한다.

제3호 긴급시: 당해 학교 및 당해 학교의 교구(지역), 인접 교구에 있어서 아동 및 학교에 위해를 초래할 사건 등이 발생한 경우나 그 사건이 해결된 후에도 모방사건이 발생할 우려가 있는 경우를 말한다.

위의 세칙안에서는 학교에서 학교안전관리자를 두고 그 안전관리자가 그 학교와 교구(지역)의 상황에 대하여 끊임없이 정보 등을 수집하여 ‘평상시’ ‘경계시’ ‘긴급시’를 판단하여 그 상황에 따라 감시카메라를 운용한다는 것이다. 결국 감시카메라를 상시 설치하여 작동하는 것이 아니고 학교와 그 주위의 상황을 판단해 가면서 그때 그때 설치하고 작동한다는 것이다. 또한 그 같은 상황 외에 감시카메라에 의해 지켜지는 이익(안심)을 받을 당사자인 어린이나 그 보호자, 교직원 등의 마음(불안)의 상황을 판단기준의 하나로서 고려하는 것을 제안한 것이 이 세칙안의 특징이다.⁴¹⁾

이러한 일본의 감시카메라의 설치 및 운용에 관한 상황판단의 기준은 분명 어렵기는 하겠지만 향후 충분히 검토할 필요가 있다. 학교가 자교나

41) 堀井雅道, “學校における防犯と監視カメラの運用指針の必要性と課題 — 東京都及び政令指定都市等のカメラの現状をふまえて”, 『季刊 教育法』, 제151호, 33-42면 참조.

지역의 실정을 고려하면서 감시카메라의 설치·운용을 자율적이며 주체적으로 행한다는 측면에서도 시사하는 바가 크다 하겠다.

IV. 교육행정관련 판례를 통한 시사점

1. 학교시설의 목적 외 사용에 있어서 재량권의 한계

가. 사건의 개요

본건은 교육연구집회 개최를 위한 학교시설의 사용신청에 대한 불허가처분이 문제로 된 사건이다. 학교시설의 목적 외 사용의 허가 여부의 판단이 그 쟁점이다. 사안은 히로시마 공립소·중학교 등에 근무하는 교직원에 의하여 조직된 직원단체인 히로시마 교직원조합(이하 ‘히로시마 교조’라 한다)은 1999년 11월 13일, 14일에 제49차 히로시마 교육연구회집회의 개최를 예정하였다. 이 집회장으로 본건 중학교의 체육관 등의 학교시설의 사용을 신청한 것이다. 교장은 일단 구두로 이것을 승인한다는 뜻을 회답하였다. 그 후 오시교육위원회의 위원장과 교장이 본건 중학교의 학교시설의 허용 여부에 대하여 협의하여 사용을 불허하였다. 히로시마 교조로부터 제출된 사용허가 신청에 대하여 시교육위원회는 우익단체에 의한 방해활동의 우려가 있다는 점을 들어 본건 중학교 및 주변의 학교나 지역의 혼란을 초래하고 아동생도의 교육상 악영향을 미치며 학교교육에 지장을 초래될 것이 예상된다는 것 등을 이유로 불허가 처분을 하였다. 이 불허가 처분에 불복하여 히로시마 교조가 오시를 상대방으로 하는 손해배상청구를 한 사건이다.⁴²⁾

본건 제1심의 히로시마 지방재판소는 교원집회가 교사의 자주적 연수

42) 最高裁判所, 2006. 2. 7, 『判例時報』, 제1936호, 63면 참조.

의 측면에 기한 것을 중시하여 시교위가 주장하는 학교교육상의 지장이 구체적이지 않다는 것을 지적하여 본건 불허가 처분은 위법한 것이라는 판단을 하였다.⁴³⁾

나. 판결의 요지 및 시사점

(1) 재량권 일탈·남용의 판단기준

관리자의 재량판단은 허가신청에 관계된 사용에 일시·장소·목적 및 태양 그리고 사용자의 범위, 사용의 필요성의 정도, 허가를 함에 있어서 지장 또는 허가를 한 경우에 폐해 혹은 영향의 내용 및 정도, 대체시설 확보의 곤란성 등 허가를 하지 않는 것에 의한 신청자측의 문제 또는 영향의 내용 및 정도 등의 제반 사정을 고려하여 행하는 것이다. 또한, 그 재량권의 행사가 일탈·남용에 해당하느냐에 대하여는 사법심사에 있어서는 그 판단이 재량권의 행사로서 행하여지는 것을 전제로 하는 상에서, 그 판단요소의 선택이나 판단과정에 합리성이 결여되지 아니하였느냐를 검토하여야 한다. 그리고 그 판단이 중요한 사실에 기초를 결여했거나 또는 사회통념에 비추어 현저히 타당성이 결여되었다고 판단되는 경우에 한하여 재량권의 일탈 또는 남용으로서 위법이 된다 할 것이라고 해석하는 것이 상당한다.

(2) 본건 불허가 처분의 위법성

본건 불허가 처분의 시점에서, 본건 집회에 대하여 구체적인 방해 움직임이 있었던 것은 인정되지 않는다. 본건 집회가 예정되었던 날은 휴교일인 토요일과 일요일이며 생도의 등교는 예정된 것이 아니다. 설령 방해행동이 있어도 생도에 대한 영향은 간접적일 가능성이 높다 하겠다.

43) 廣島地方裁判所 1975. 11. 25, 『判例時報』, 제817호, 60면 참조.

교육연구 집회 중에도 학교 교과항목의 연구토론을 행하는 분과회의 장소로서 실험대·작업대 등의 교육설비나 실험기구·체육기구 등 많은 교과에 관한 교육연구 및 비품이 비치되어 있는 학교시설을 이용하는 것에 필요성이 높은 것은 명확하고 학교시설을 이용하는 것과 타의 공공시설을 이용하는 경우와 비교할 때, 본건 집회에 분과회 활동으로서는 편리성의 커다란 차이가 있다는 것은 부정할 수 없다.

따라서 본건 중학교 및 그 주변의 학교나 지역의 혼란을 초래하고 아동생도에게 교육상 악영향을 미치며, 학교교육에 지장을 초래하는 것이 예상된다는 이유로 행하여진 본건 불허가 처분은 중시할 필요가 없는 고려 요소를 중시하는 등, 고려한 사항에 대한 평가가 명확히 합리성이 결여되어 있고, 한편 당연 고려할 사항을 충분히 고려하지 않아 그 결과 사회통념에 비추어 현저히 타당성을 결한 것이라 할 것이다.

이는 학교시설의 공공시설로서의 지역주민에 의한 이용권의 보장이 라는 측면에서도 의미가 있다 할 것이다. 특히, 주관적 판단에 기반 우려나 단순한 사고의 위험과 같은 주장만으로는 공공시설의 이용권을 불허하는 것은 학교장의 재량을 일탈·남용하였다는 것으로, 우리에게 있어서도 학교시설의 이용과 관련하여 일정한 기준으로 작용하는 데 시사하는 바가 크다.

2. 사립대학 이전 통합사건

가. 사건의 개요

B시 내에 위치한 4년제 대학에 학부를 설치하기로 한 학부법인이 재정상황이 악화됨에 따라 본건 학부를 다른 캠퍼스에 통합하는 것을 이사회가 결정했다. 이에 대하여 본건 학부에 재적하는 원고 학생이, 1) 원고가 본건 캠퍼스에서 수업 등의 교육을 받는 것은 대학이 이행해야 할 책무의 본지라는 것, 2) 대학은 시 및 현에 보조금의 교부를 받기

때문에 원고를 제3자로 하는 제3자를 위한 계약을 체결하고 상당한 장기간 본건 캠퍼스를 존속시켜 여기서 수업을 행할 책무를 부담하는 것으로 하여 본건 캠퍼스에 있어서 재적 기간 중에는 교육을 받을 권리가 있다는 확인과 이행을 구한 사건이다.⁴⁴⁾

나. 판결의 요지 및 시사점

1에 대하여 대학에 재학 계약은 대학이 학생에 대하여, ① 학생으로서의 신분을 취득시켜, ② 문부과학성이 정한 일정의 기준에 따라서 교육시설을 제공하고, ③ 미리 설정된 교육과정에 따라 수업 등의 교육을 행하는 등의 의무를 부담한다. 학생은 그 대가인 수업료 등을 대학에 지불하는 것을 주된 내용으로 하는 계약이다. 이 계약은 시설이용계약의 성질도 있는 것으로 그 시설은 일정한 기준에 따른 시설이고 특정된 시설을 이용시키는 것까지 내용으로 하는 것은 아니라 할 것이다. 특정 시설을 이용하는 것은 학생이 계약을 체결하기에 이른 주관적 기대이고 동기이기에, 그에 기한 이행청구가 가능하도록 하는 법적인 권리가 발생하는 것은 인정하기 어렵다. 이에 대하여 보조금의 교부에 따라 지방자치단체가 기대한 것은 …… 지방자치체의 발전이나 그 주민의 이익이며 그 목적을 위하여 피고대학을 시내 중심부에 위치시키고 그 대학의 내용이나 규모가 4년제 여대 현대문화학부의 1학년의 정원 28명인 것을 전제로 하여 그에 맞추어 보조금 교부를 결정한 것으로 인정할 수 있다. 따라서 여기서 자치체가 기대한 내용은 수산캠퍼스에 취학시켜 수산시내를 중심으로 학생생활을 하는 것을 포함하고 있다 할 것이다. 그러나 이는 당해 자치체의 진흥이나 그 주민의 복지향상을 위한 수단에 지나지 않는다. 따라서 모집된 개개의 학생에게 수산캠퍼스에서 취학하는 구체적인 권리를 부여하는 것까지도 의도하여 그것을 내용으로 하는 제3자를

44) 大津地方裁判所 2005. 5. 23(就學權確認等請求事件), 『判例時報』, 1917호, 126면 참조.

위한 계약을 하는 의사가 있었다고 해석하는 것은 곤란하다고 판시한 사항이다.

우리의 경우에도 대학의 구조조정에 따른 통폐합이 이루어지고 있는데, 이때 대학의 통합에 있어 학생들의 특정장소에 대한 수업권의 주장과 관련하여 주목되는 판결이다. 물론 개개의 구체적인 상황에 따라 다르겠지만 일방적으로 학생의 수업권이 특정장소와 결부시켜 주장할 수는 없다는 점에서 참고가 된다.

3. 신체장애아의 고교입학거부 처분에 있어서 교장의 재량권

가. 사건의 개요

진행성 난치병으로 신체에 장애가 있는 원고는 본건 시립고교에의 입학 지원을 하였지만, 수검결과 불합격하였기에 교장에 대하여 불합격 처분을 취소할 것과, 시에 대하여 위자료의 요구를 한 사안이다.⁴⁵⁾ 본건 입학거부 처분은 종합선발제도는 아니기에 입학자의 선발에 대하여는 관계 고등학교장이 조직한 합격판정위원회가 행한다. 원고는 학력검사와 조사서에 학습평정의 합계에서는 좋은 성적이지만 신체적 상황이 심사대상이 되고 합격판정위원회는 원고의 질환 및 그에 수반한 장애 때문에 고등학교 3년간의 통학은 곤란하고 본건 고교의 시설면 및 인원 면에서 원고의 입교가 곤란할 뿐만 아니라 지원활동에 있어서도 3년간 지속하는 것은 곤란하다는 것 등을 종합적으로 고려하여 불합격시킨 것이다.

나. 판결요지 및 시사점

고등학교의 입학은 생도와 고등학교의 설립자 간에 고등보통 교육을

45) 神戸地方裁判所, 2002. 3. 13(入學不許可處分取消等請求事件), 『判例時報』, 제1414호, 26면 참조.

실시하는 목적을 달성하기 위한 교육시설의 이용관계를 설정하는 행위이다. 입학선발의 방법이나 허가의 기준에 대하여는 정함이 없고 그 입학 여부의 처분 자체는 물론 어떠한 입학 선발방법을 취할 것이냐에 대하여도 고등학교에 있어서 교육목적 실현을 위한 교육적 견지에서 하는 학교장의 재량적 판단에 맡겨져 있다고 해석할 것이다.

입학 여부의 처분이 교장의 재량에 맡겨져 있다고 할지라도 입학 여부의 판단이 헌법 기타 법령으로부터 도출되는 제 원칙에 반하는 경우 자치체의 교육위원회가 정하는 입학선발의 준칙으로서의 선발요강에 정하여진 절차를 현저히 일탈하는 경우, 처분이 사실의 오인에 기인하고 있거나 그 내용이 사회통념에 비추어 현저히 불합리하다고 여겨지는 경우에는 재량권의 일탈 또는 남용으로서 그 처분은 위법하다.

일정의 학력을 갖추었다 할지라도 다른 이유에 의해 고등학교의 전 과정을 이수시킬 수 없다고 인정되는 경우에 그 사정을 고려하여 불합격을 판정하는 것이 바로 학교장의 재량권을 일탈 또는 재량권을 남용하였다고 해석되는 것은 아니다 할지라도, 신체의 장애를 갖는 수험자에 대하여 다음과 같은 기준을 적용하여 장애 때문에 학점인정이 곤란하다는 이유로 불합격의 판정을 하는 등 장애자에 대한 부당한 차별을 초래하지 아니하도록 유의하여야 한다.

원고의 신체적 상황이 고등학교의 전 과정을 무사히 종료할 수 있느냐라는 것은 일정의 평가를 하는 상에서 처음부터 인정할 수 있는 평가적인 사실이다. 그리고 그 평가에는 교육적인 전문지식이 필요하고 또한 장애의 예측을 포함하고 있다는 점에서 피고 교장의 교육적 관점에서 하는 전문적·기술적 재량의 여지가 있는 것은 부정할 수 없다. 그러나 이 사실은 교육적 효과의 유무나 교육 환경·조건의 우열 등의 구조에 교육적인 평가가 필요한 사실과는 다르고 신체적 상황이라는 일상적인 경험적 요소도 강하며 또한 의학적 견지에서 하는 평가도 중요한 요소를 이루는 사실이라 할 것이다. 따라서 본건 인정이 사실에 기하지 않는

경우는 물론 전제 사실을 평가하는 때에 교육적 재량의 측면만을 중시하여 일상 경험적·의학적 측면을 경시하는 등 그 평가과정이 현저히 불합리하다고 인정하는 경우에도 사실의 오인이 있다고 할 것이다.

원고의 중학시절의 학습상황, 본건 고교에 있어서 A(과거 재학한 장애를 가진 학생)의 학습상황, 본건 고교에 있어서 신체장애자의 입학에 대한 열의, 더욱이 원고의 신체 상황 등을 종합하면 원고가 본건 고교의 전 과정을 이수하는 것은 충분하며 가능하다고 인정하는 것이 상당하다.

본건 처분은 고등학교에서 전 과정의 이수 가능성을 판단하는 때에 그 전제로 하는 사실 또는 평가에 있어서 중대한 과오를 한 것에 기한 처분으로, 피고 교장이 본건 고교에의 입학거부 처분을 하는 권한의 행사에 대해 재량권의 일탈 또는 남용이 있다고 인정하는 것이 상당하다고 판시한 사안이다.

우리 교육행정에 있어서도 장애인의 학교입학과 관련하여서는 예전에 비하면 개선되어 있는 것도 사실이지만 아직도 일반학생과 같이 교육을 받을 환경이나 여건이 열악한 것도 사실이다. 하지만 본인이 일반학생과 같은 학교에서 공부할 수 있는 능력이 된다면 이에 대하여는 학교입학을 전향적으로 받아들여야 한다는 측면에서 본 판결은 시사하는 바가 크다.

V. 맺음말

일본의 교육행정 처분기준에 관한 검토를 행함에 있어서 헌법상 인정되고 있는 교육관련 조항의 이념을 실현하면서 각 개별법령에 의한 교육행정이 담보되어야 하는 것은 당연하다. 또한 교육행정에 관련된 처분기준이 설정되고 공표됨에 있어서도 전속소관사항의 원칙에 따라

입법형식에 있어서도 다양하게 처분기준이 설정되고 있다. 아울러 일본의 경우에는 자치체의 활성화에 따라 교육행정과 관련하여서도 국가와 공히 지방자치단체에게도 상호협력에 의하여 교육을 진흥하고 발전시킬 책무가 부여되어 있고, 이에 따라 자치체의 조례를 통하여 교육행정 처분기준 역시 선도적으로 이루어지고 있는 실정이다.

우리 교육행정 분야에 있어서 행정처분기준 역시 행정의 투명성과 공정성의 확보라는 차원에서 좀 더 정치하게 정비되어 나가야 하리라 본다. 특히 작금의 교육부와 사립대학의 내신성적의 반영률에 대한 마찰에 따른 제재의 발언이나, 대학의 구조조정과 관련된 교육부의 지원에 대한 제재 등은 좀 더 명확한 처분기준에 따라 행하여지는 것이 바람직하다. 더욱이 교육부에 의한 대학을 비롯한 각 학교에 대한 제재는 불이익 행정임을 감안할 때 그러한 입법적 정비는 보다 강하게 요구되는 바이다. 아울러 우리 교육행정에 있어서 자치체의 중요성도 크다 할 것인바, 지방자치단체에 있어서도 지역의 실정과 특성에 맞는 교육행정을 할 수 있는 체제를 구비하고 필요한 경우에는 그에 대한 입법적 정비도 강구해 가야 하리라 본다.

(투고일 2007년 7월 29일, 심사일 2007년 8월 3일, 게재확정일 2007년 8월 6일)

주제어 : 행정처분, 교육행정, 행정처분기준, 교육기본법, 교육체계

[Abstract]

A Study on the Standard for Educational Administrative Disposition of Japan

Kyo-Sik Jang*

Japan puts the duties of establishment and promulgation of the standard for administrative disposition on the Office of Administration to materialize the principle of transparency of administration. Thus, the standard for educational administrative disposition of Japan is also established by various legislation types. Looking into the standard for administrative disposition of Japan, this study considered the education-related clauses under the constitution of Japan and also reviewed the standard for administrative disposition appeared in individual enforcement decrees. The standards for administrative disposition of the revised Educational Basic Act and of the Enforcement Decree of the School Education Law especially were analyzed and at the same time, the precedents of the educational administrative dispositions were also reviewed to seek suggestions for Korea.

The standard for administrative disposition in the field of the educational administration of Korea should also be rearranged on the dimension of securing the transparency and fairness of administration. In the educational administration, especially, the establishment of the standard for administrative disposition, regarding disfavored or important areas, is strongly demanded.

* Associate Professor, College of Law, Konkuk University

Additionally, the importance of the local autonomy is high in the educational administration of Korea so that the educational system fitting the local situation and characteristics of the region should be established, and if necessary, a legislation should be made to support the system.

Key Words : administrative disposition, educational administration, the standard for administrative disposition, Educational Basic Act, educational system