

워크숍 자료집

제9회 비교교육법포럼/행정처분기준 정비방안연구(Ⅱ) - 12

# 선진외국의 교육행정법령상 행정처분기준의 이론과 실제

- 일시 : 2007. 7. 13 (금) 14:00~18:00
- 장소 : 한국교원단체총연합회 2층 소회의실

## 워크숍 일정

◇ 일 시 : 2007년 7월 13일(금), 14:00~18:00

◇ 장 소 : 한국교원단체총연합회 2층 소회의실

□□ 등 록 13:00-13:40

□□ 개회식 13:40-13:50

○ 전체사회 : 김재광 연구위원(한국법제연구원)

○ 개 회 사 : 이시우 회장(서울여자대학교)

□□ 주제발표

○ 사 회 : 이종근 교수(동아대학교)

제 1 주제 일본의 교육행정법령상 행정처분기준의 이론과 실제

14:00-14:50

○ 발표자 : 장교식 교수(건국대학교)

○ 토론자 : 노기호 교수(군산대학교)

○ 토론자 : 정명운 부연구원(한국법제연구원)

제 2 주제 프랑스의 교육행정법령상 행정처분기준의 이론과 실제

14:50-15:40

○ 발표자 : 전 훈 교수(경상대학교)

○ 토론자 : 한승준 교수(서울여자대학교)

○ 토론자 : 전학선 교수(광운대학교)

휴 식

15:40-16:00

제 3 주제 독일의 교육행정법령상 행정처분기준의 이론과 실제 16:00-17:10

- 발표자 : 문병효 교수(한경대학교)

제 4 주제 독일의 교육행정법령상 행정처분기준의 이론과 실제

- 발표자 : 김남철 교수(부산대학교)
- 토론자 : 이기우 교수(인하대학교)
- 토론자 : 황해봉 법제관(법제처 행정법제국)

제 5 주제 미국의 교육행정법령상 행정처분기준의 이론과 실제

17:10-18:00

- 발표자 : 김재광 박사(한국법제연구원)
- 토론자 : 조석훈 교수(청주교육대학교)
- 토론자 : 최호열 사무관(교육인적자원부)

□□ 폐 회 사

## 목 차

제 1주제 일본의 교육행정법령상 행정처분기준의 이론과 실제 .....	11
I. 들어가는 말 .....	13
II. 일본의 교육법제의 현황 .....	16
1. 헌법상교육행정 관련조항 및 국가적 개입 .....	16
2. 일본 교육법령의 분류와 교육기본법 .....	20
III. 개별법령을 통한 처분기준 .....	26
1. 학교 제도적 기준의 법정 .....	26
2. 의무교육 학교에 대한 지원 .....	30
3. 안전관리지침에 따는 감시카메라 설치 문제 .....	32
IV. 교육행정관련 판례를 통한 시사점 .....	35
1. 학교시설의 목적 외 사용에 있어서 재량권의 한계 ...	35
2. 사립대학이전 통합사건 .....	37
3. 신체장애아의 고교입학거부처분에 있어서 교장의 재량권 .....	39
V. 맺음말 .....	41
참 고 문 헌 .....	43
제 2주제 프랑스의 교육행정법령상 행정처분기준의 이론과 실제 .....	45

I. 시작하면서 - 교육 공공서비스에서의 행정청의 법적 행위의 기준 .....	48
(1) 교육과 공공서비스 .....	49
(2) 공교육에서의 공공서비스원칙의 발견 .....	50
II. 프랑스에서의 행정처분기준 형식 .....	56
1. 행정기관의 내부조치 .....	56
2. 행정규칙에 해당하는 시쿨레흐(circulaire) .....	56
III. 교육과 관련한 행정처분 기준의 예 .....	61
1. 수익적 성격의 급부처분의 선정기준에 관련된 경우 .....	62
2. 교육기관의 입학기준에 관련된 경우 .....	64
3. 교육기관장의 학생에 대한 징계처분에 관련된 경우 .....	67
IV. 마치면서 - “교육행정에서의 처분기준”에 관한 프랑스에서의 논의와 의문점 .....	71
1. 교육행정의 처분기준의 의미 .....	71
2. 프랑스 행정법원의 태도 .....	72
3. 교육행정에서의 처분기준 논의에 관한 의문점 .....	74
참 고 문 헌 .....	76

제 3주제 독일의 교육행정법령상 행정처분기준의 이론과 실제 .....	79
『독일의 교육행정분야 행정처분기준』	
I. 서 론 .....	81

II. 우리 교육행정처분기준의 현황 .....	82
1. 고등교육법의 예 .....	82
2. 초중등교육법 .....	84
3. 유아교육법의 예 .....	86
4. 사립학교법의 예 .....	90
5. 검 토 .....	94
III. 독일의 교육행정분야 관련 법체계 .....	95
1. 연방의 고등교육기본법(Hochschulrahmengesetz) 폐지 .....	95
2. 주의 교육행정에 있어서 형성의 여지 확대 .....	96
3. 학교, 교육영역에서의 본질성이론의 적용 .....	96
IV. 독일의 교육행정분야 행정처분의 기준 .....	97
1. 처분기준설정 .....	97
2. 법률의 형식 .....	97
3. 법규명령의 형식 .....	103
4. 행정규칙 형식 .....	105
V. 검토 및 시사점 .....	108
 제 4주제 독일의 교육행정법령상 행정처분기준의 이론과 실제 .....	 113
『독일 교육행정분야 행정처분의 유형 및 기준』	
I. 머리말 .....	115

II. 우리나라 교육행정분야 행정처분유형 및 기준 .....	116
1. 우리나라 교육행정분야 관련 법제 개관 .....	116
2. 초중등교육법 .....	117
3. 고등교육법 .....	121
III. 독일 교육행정분야 행정처분유형 및 기준 .....	123
1. 독일 교육행정분야 관련 법제 개관 .....	123
2. 독일 각 주(州) 교육행정분야 행정처분 유형 및 기준 .....	125
IV. 양국 법제의 비교 및 시사점 .....	140
1. 양국 교육행정분야 행정처분에 관한 규정의 비교 .....	140
2. 양국 법제의 비교 및 시사점 .....	153
V. 맺음말 .....	159
제 5주제 미국의 교육행정법령상 행정처분기준의 이론과 실제 .....	161
I. 교육행정법령체계 .....	163
1. 교육관련 연방정부의 역할과 권한 .....	163
2. 주정부의 역할 .....	164
3. 하위지방자치교육단체의 역할 .....	165
4. 사적 자치의 존중 - 사립학교의 자치 .....	165
5. 최근 미국교육정책의 변화방향 : 선택의 기회 확대, 교육의 질적 제고 .....	166

Ⅱ. 캘리포니아주와 미시간주의 교육법령상 행정처분기준 현황 .....	167
1. 캘리포니아주의 교육법령 행정처분기준 .....	168
2. 미시간주 교육법령 행정처분기준 .....	176
Ⅲ. 시사점 .....	188

# 제 1 주제

## 일본의 교육행정법령상 행정처분기준의 이론과 실제

장 교 식

(건국대학교 교수)

## 일본의 교육행정 처분기준에 관한 고찰

장 교 식  
(건국대학교 교수)

### I. 들어가는 말

교육부의 내신성적 반영율과 관련하여 주요대학이 반대하면서 제기된 작금의 교육행정은 세삼 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 어렵다할 것이다. 따라서 교육행정에 있어서도 교육과 관련된 행정을 수행하면서 법률적 근거에 의한 처분을 행하여야 하는 것은 법치행정의 당연한 귀결이라 할 것이다. 차체에 우리 교육행정분야 역시 행정처분기준에 대한 정비가 필요하다고 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 필요하다할 것이다. 이와 관련하여 교육행정이 갖는 특성이 무엇이며 교육행정상 행해지는 처분의 성

질이 무엇인가를 규명하는 것도 중요하다. 실제 교육행정 역시 국민의 교육에 관한 권리가 실현될 수 있도록 국가와 지방자치단체가 노력하여야 한다는 측면에서는 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 이 때에도 헌법에 의해 보장되는 교육관련 기본권과 개별법령의 취지를 고려하면서 당해 처분의 기준이 설정되어야 하리라 본다. 그리고 처분기준의 설정과 관련하여서도 입법형식이 문제될 수 있다. 이 역시 법률이하 행정입법 모두 그 개개의 특성이 있기에 입법의 전속소관사항의 원칙<sup>1)</sup>에 맞추어 입법되는 것이 바람직하다고 본다.

본고는 일본의 교육행정에 있어서의 처분기준에 대한 고찰인바, 일본의 교육행정분야의 법령의 구조와 개별법에 나타난 기준에 대하여 살펴보고 법원의 교육관련 판례를 통한 시사점을 도출하고자 한다. 일본의 행정절차법 역시 처분에 대한 기준설정<sup>2)</sup>에 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(행

---

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

정절차법 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 지우는 것에 의해 처분의 상대방으로서 어떠한 경우에 처분이 되느냐에 대하여 일정한 예견가능성이 부여되고 또한 행정청의 판단과정의 투명성의 확보에 도움이 된다하겠다. 이러한 일본의 행정절차법은 처분기준의 설정과 관련하여 불이익 처분에 한정하고 그 처분기준을 정함에 있어서도 불이익 처분의 성질에 비추어 가능한 한 구체적이어야 한다는 규정을 하고 있는 점에서 우리와 구별된다. 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. 헌법상<sup>2)</sup>교육행정 관련조항 및 국가적 개입

#### 가. 학문의 자유

일본 헌법은 헌법 제23조에서 학문의 자유를 보장하고 있다. 여기서 말하는 학문의 자유는 진리를 탐구하고 그 성과를 발표하는 정신활동을 가리킨다.<sup>3)</sup> 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 자유과의 관련에서는 학교교육법 제21조 및 교과용도서검정규칙에 의한 교과서검정제도의 합헌성이 다투

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.

3) 大石眞, 憲法講義 II, 有斐閣, 2007, 111면.

어졌다. 이에 대하여 교과용도서로 출판된 것이 아니라면 자유로운 발표가 인정되는 것이기에 일반적으로 헌법이 금지하는 검열(헌법 제 21조 제2항 전단)에는 해당하지 않는다. 더욱이 검정기준을 충족하지 않는 경우에 교과서라는 형태로 연구결과의 발표를 제한하는 것이기에 헌법 제23에도 위반되지 않는다고 판단하였다.<sup>4)</sup>

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

#### 나. 교육의 자유

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

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

4) 最高裁判所, 2003. 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, 포포로좌사건.

7) 大石眞, 前掲書, 114면 참조.

8) 大阪地判, 2000. 2. 17, 장애아보통학급편입사건.

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.<sup>9)</sup> 더욱이 교사의 교수의 자유라는 의미는 명확한 것은 아니지만 최고재판소는 국민의 교과서집필의 자유는 헌법 제23조에도 헌법 제26조에도 포함되지 않는다고 하면서도, 수업등의 구체적 내용 및 방법 등에 있어서는 어느 정도 재량이 인정된다는 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.<sup>10)</sup> 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·중학교 뿐만 아니라 고등학교의 경우에도 일반적으로 타당하다.

9) 最高裁判所, 1976, 5. 21, 창천학력테스트사건 참조.

10) 大石眞, 前掲書, 116면.

이점에 있어서 국가의 교육행정과 국가적 개입의 허용여부가 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 학교제도법정주의와 정치적·종교적 중립성이다.

#### (1) 학교제도법정주의

우선 현행법은 소위 학교제도법정주의의 사고에 서서 법률에 의하여 국공립·사학의 구별없이 취학의무·학교종류·취업년한·교원자격 등의 학교제도의 기본적 사항등에 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,<sup>11)</sup> 그 이외에는 일반적으로 부당한 제약은 아니라 할 것이다.<sup>12)</sup>

11) 사립학교법 제5조 참조.

12) 大石眞, 前掲書, 116면.

다음으로 학교교육법 제20조의 위임을 받은 학교교육법 시행규칙 제25조, 제54조의2등의 재위임에 기한 학습지도요강에 대하여 법적 구속력을 인정할 것이냐가 다투어진 사건에서 최고재판소는 법적 구속력을 인정하고 있다.<sup>13)</sup>

## (2) 정치적·종교적 중립성

국공립학교의 교육에 있어서는 현행법상 정치적인 중립성 외에 종교적인 중립성이 요구된다.<sup>14)</sup> 이는 소위 정교분리의 원칙에 기한 것으로 특정의 종교를 위하여 하는 종교교육은 국공립학교에서 행할 수는 없다. 그 결과 종교교육에 관한 친권의 자유는 사학선택의 자유로서만 보장되는 것이고는 부당한 제약이 아니라고 하지만, 이 역시 옳은지 아닌지는 문제된다 하겠다.<sup>15)</sup>

또한 현행법에서 정하고 있는 교과서 사용의무와 교과서 검정제도<sup>16)</sup>에 대하여는 공교육에 있어서 교사의 자유에 대한 부당한 제약에 해당하는가에 대하여 다투어진다. 그러나 이에 대하여 최고재판소는 합헌이라고 판단하고 있다.<sup>17)</sup>

## 2. 일본 교육법령의 분류와 교육기본법<sup>18)</sup>

### 가. 교육법의 분류

교육법규를 어떻게 분류하고 체계화시키고 있는가에 대해 다양한 인식이 전개되고 있는데, 이는 교육법규를 어떻게 이해하고 있는가에

13) 最高裁判所, 1989. 1. 18, 전습관고교사건.

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

15) 大石眞, 前掲書, 117면.

16) 학교교육법 제 21조 제1항, 제40조, 제51조, 제51조의 9 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.

따라 달라질 수 있다. 이하 일본에서 논의되는 교육법에 대한 분류방법은 다음과 같다.

### (1) 교육행정법규설

교육행정법규설에 의하면 “교육법규(교육법)는 교육행정에 관한 법규이다” 라는 관점에서 교육행정을 국가가 주도하는 것으로 즉 중앙정부가 실시하는 교육행정과 지방교육행정을 나누어 체계화하는 방법이다. 이러한 방법은 교육법을 국가의 교육법규와 지방공공단체의 교육법규로 이원화하여 분류한다.<sup>19)</sup> 이 견해의 특징은 교육과 교육행정을 분리하지 아니하고 교육을 국가와 지방공공단체의 사업 내지는 작용이라고 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 방법으로 ①헌법의 교육조항, 교육기본법 등 교육의 기본에 관한 법규, ②교육행정의 조직과 운영에 관한 법규 등 교육행정에 관한 법규, ③교육재정에 관한 법규, ④학교교육에 관한 법규, ⑤사회법규에 관한 법규, ⑥체육에 관한 법규, ⑦교직원의 신분·자격에 관한 법규 등으로 분류할 수 있다는 것이다.

19) 相良惟一·林部一二, 教育法規の基礎知識, 明治圖書, 1960, 12면.

## (2) 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.<sup>20)</sup> 이 견해의 특징은 교육과 교육행정을 분리하여 교육행정을 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 ①교육기본법규 - 일본국헌법(특히 전문, 제9조, 제13조 내지 제15조, 제19조 내지 제21조, 제23조 내지 제28조, 제89조, 제92조), 교육기본법, ②교육행정에 관한 법규 - (중앙교육행정) 문부성설치법, 학교교육법, (지방교육행정법) 지방자치법, 지방교육행정의 조직 및 운영에 관한 법률, 동법 시행령, 사립학교법, 동법시행규칙, (교육제정) 의무교육비국고부담법, 시정촌립(市町村立)학교직원급여부담법, 산업교육진흥법 등, ③교육제도에 관한 법규 - (학교제도) 학교교육법, 동법 시행령, 동법 시행규칙, 공립학교설치조례, 학교관리규칙 등, (사회교육제도) 사회교육법, 도서관법, 박물관법, 문화재보호법 등, ④교육직원에 관한 법규 - 교육직원면허법, 교육공무원특례법 등이다.

## (3) 교육인권법설

교육인권법설에 의하면 교육법이란 교육기본권(교육인권)을 보장하기 위한 법의 총체로 보고, 교육에 관한 국제인권법을 포함하여 현행

---

20) 兼子仁, 教育法, 有斐閣, 1978, 7면.

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.<sup>21)</sup>

- ① 교육의 기본에 관한 법·헌법, 교육기본법, 아동헌장, 어린이국제조약 등의 국제교육법
- 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 교과용도서의 무상에 관한 법률, 일본육영회법 등.
- ④ 교육유지에 관한 법체계 - (교직원에 관한 법체계) 교육직원면허법, 교육공무원특례법, 국가공무원법, 지방공무원법, 노동기준법, 노동조합법, 의무교육제학교에서의 교육의 정치적 중립확보에 관한 임시조치법, 학교교육의 수준유지향상을 위한 의무교육제학교의 교육직원의 인재확보에 관한 특별조치법, 국공립대학에서의 외국인교원의 임용 등에 관한 특별조치법, 의무교육제학교의 여자교

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

육직원 및 의료시설·사회복지시설 등의 간호사·보모 등의 육아 휴업에 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 교육행재정에 관한 법체계 - 문부성설치법, 문부성조직령, 사립학교진흥조성법, 일본사학진흥재단법, 지방교육행정조직 및 운영에 관한 법률, 중앙교육심의회령, 교육과정심의회령, 대학심의회령, 교과용도서검정조사심의회령, 대학입시센터조직운영규칙, 국립학교특별회계법, 의무교육비국고부담법, 공립양호학교정비특별조치법 등.

#### 나. 교육기본법의 개정과 주요내용

교육기본법은 2006년 법률 제120호로 전면 개정되었다. 그 주요내용을 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 지방

공공단체 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 지방공공단체와의 적절한 역할 분담 및 상호의 협력하에 공정하고 적정하게 행하여지지 않으면 안된다. 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.<sup>22)</sup>

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.<sup>23)</sup>

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

---

22) 교육기본법 제16조.

23) 교육기본법 제17조.

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.

동법 제4장(제18조)은 법령의 제정에 대하여 규정하는 바, 제18조는 “이 법률에서 규정하는 제조항을 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 학교내의 자치규칙이나 교육관습, 교육조리 및 재판에 따른 판례도 교육행정과 관련하여 중요한 의미를 갖는다 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, 고등학

교, 중등교육학교, 대학, 고등전문학교, 특별지원학교 및 유치원이다.<sup>24)</sup> 이러한 정규의 학교에 대하여 학교교육법은 각 학교의 목적 내지 교육목표, 수업년한 과 이에 따라 학교 구성단위를 법정하고 있다.

#### 나. 학교설치기준의 의의 및 법제정 상황

학교제도 법정의 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 교육조건인 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 외적사항을 정하는 것이다. 이 중 조직편제기준은 학교교육법과 동법 시행규칙에도 일부 규정되어 있지만 시설설비기준의 대부분은 각 학교별로 문부성령인 형식적 의미의 학교시설 설립기준에 따라 정하고 있다.<sup>25)</sup>

#### 다. 학교별 설립기준의 내용

학교를 설립하려는 하는 자는 학교의 종류에 따라 문부과학대신이 정하는 설비, 편제, 기타 설립기준에 따라 설립하여야 한다.<sup>26)</sup> 학교설립기준은 학교교육법 시행규칙과 시행규칙에 근거하여 문부과학대신인 별도로 규정하는 학교설립기준이 있다.

---

24) 학교교육법 제1조

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

26) 학교교육법 제3조.

### (1) 시설설비기준

학교교육법 시행규칙에 의하면 학교에는 그 학교의 목적을 실현하기 위한 필요한 교지, 교사, 교구, 운동장, 도서관 또는 도서실, 보건실 기타 설비를 설치하여야 한다.<sup>27)</sup> 학교시설설비에 관한 최저보장기준은 중요한 교육조건이며, 학교사고방지의 관점에서 학교안전기준을 이루는 것이다.<sup>28)</sup>

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

이러한 학교설립기준은 학교설립에 필요한 최저한도의 인가기준이며 설립후에도 계속적으로 노력하여야 할 노력기준이기도 하다. 따라서 학교의 수준을 높이는데 기여하였다 할 것이다.

### (2) 조직편제기준

학교설립기준에 있어서 물적 설비와 구별되는 인적 편제에도 교육외적사항인 학교조직규모와 교육내용적 관련을 갖는 혼합사항인 학교교육조직편제로 나뉜다.<sup>30)</sup>

#### (가) 학교조직규모기준

학교조직규모기준과 관련하여서는 학교규모, 학급규모 및 교직원수로 나누어 볼 수 있다.

우선 학교규모와 관련하여서는 소학교와 중학교의 적정기준에 대하여는 학교교육법 시행규칙에 12학급 이상 18학급 이하를 표준으로 한

---

27) 학교교육법 시행규칙 제1조 제1항.

28) 兼子仁, 前掲書, 374면 참조.

29) 학교교육법 시행규칙 제1조 제2항.

30) 兼子仁, 前掲書, 374면.

다. 단, 지역의 실태 기타 특별한 사정이 있는 때에는 그에 따른다고 규정하고 있다.<sup>31)</sup> 고교에 대하여는 시행규칙에는 규정하고 있지는 않다. 다만, 공립고등학교에 관해서는 고교교육의 보급과 기회균등을 도모하기 위해 도도부현은 구역내의 공립고등학교의 배치 및 규모의 적정화에 노력해야하고, 구역내의 사립고등학교와 공립·사립중등학교의 배치상황을 고려하여 공립고등학교의 규모는 본교에서는 학생수 270인, 분교에서는 정령으로 정한 수 이하로 되지 아니한다고 규정하고 있다.<sup>32)</sup>

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.<sup>33)</sup> 공립고등학교도 1학급 40인을 표준으로 하고 공립특수교육학교 고등부는 중복장애학급은 3인, 그 이외에는 8인을 표준으로 한다고 규정하고 있다.<sup>34)</sup>

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

#### (나) 학교교육조직편제의 기준

학교교육조직편제 기준은 입학·졸업자격과 학교교육편제단위로 나누어 볼 수 있다. 우선 입학·졸업자격과 관련하여 법령은 소학교는 각학년의 과정을 수료 또는 졸업을 인정함에 있어서는 아동의 평소의

31) 학교교육법 시행규칙 제17조 및 제55조.

32) 고교표준법 제 4조 및 제5조.

33) 의무표준법 제3조 내지 제5조.

34) 고교표준법 제6조 및 제14조.

성적으로 평가하여 정하도록 하고 있다. 또한 교장은 소학교의 전과정을 수료하였다고 인정하는 자에게는 졸업증서를 수여하여야 한다고 규정하고 있다.<sup>35)</sup>

## 2. 의무교육 학교에 대한 지원

일본은 의무교육 제학교 등의 시설에 대한 부담등에 관한 법령으로 ‘의무교육 제학교 등의 국고부담 등에 관한 법률’과 ‘동시행령’ 및 ‘동시행규칙’이 있다. 또한 지자체에 의한 조례가 있다.

의무교육 제학교 등의 시설비의 국고부담 등에 관한 법률은 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 시설정비 기본방침의 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.<sup>36)</sup>

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

동법률에 의하여 정하여진 국가의 부담기준은 정령에서 정한 한도에서 다음 각호에 따른 경비에 대하여 그 일부를 부담한다. 이 경우 그 부담비율은 다음 각호에 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

35) 학교교육법 시행규칙 제17조 및 제18조.

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

요하는 경비 1/2

2호2. 공립의 중학교에서 학교교육법 제51조의10의 규정에 의한 고등학교에 있어서 교육과 일관된 교육을 하는 것 및 공립의 중등교육학교의 전기관정의 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

제4호의 적정한 규모의 조건은 정령에서 정하고 있는 바, 다음 각호와 같다(동법시행령 제4조)

1호. 학급수가 12학급에서 18학급까지일 것

2호. 통상거리가 소학교에 있어서는 대개 4km이내, 중학교에 있어서는 대개 6km이내 일 것

이러한 일본의 국가의 지방공공단체에 대한 의무교육지원은 일본 지방재정의 개혁에 따른 삼위일체개혁<sup>37)</sup>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 불가

---

37) 삼위일체개혁이란 일본의 지방재정개혁에 따른 국고보조부담금 개혁, 지방교부세 개혁 및 세원이양을 포함한 세원배분 개선의 세 가지 개혁조치가 동시에 추진되는 개혁으로 2002년부터 본격화 되었다. 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.

피한 현상인 바, 이에 대한 기준의 설정과 관련된 입법적 대응에 대하여도 주시할 필요가 있다고 본다.

### 3. 안전관리지침에 따는 감시카메라 설치 문제

#### 가. 감시카메라 설치의 필요성

학교에서 어린이의 안전문제가 일본에 있어서도 중요한 문제이다. 학교안전에 있어서는 학교나 어린이를 불시의 침입자의 범죄로부터 지키는 학교방법의 필요성은 중요한 사회문제임과 동시에 그 구체적인 방안등이 논의 되고 있다. 학교방법의 문제는 이 같은 사회문제에 편승하여 교육행정이나 학교에서 다양하게 전개되고 있다.

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

#### 나. 학교감시카메라 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 ‘공립00소학교에의 감시카메라등의 설치·운용에 관한 세칙’모델(안)<sup>39)</sup>을 살펴보고자 한다.

38) 문부과학성, 2006년 6월 30일.

(1) 세칙안의 목적과 감시카메라의 정의

세칙안의 목적은 감시카메라의 설치의 유용성과 유해성에 입각하여 필요한 사항을 정하는 것에 의해 당해학교에 있어서 아동들이 안심하고 안전하게 교육을 받을 권리, 아동, 교직원 및 보호자, 시민등 학교에 관계된 모든이들의 프라이버시 등의 권리를 보장하는 것을 정하고 있다(동안 제1조).

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

(2) 학교방법의 원칙 및 그 판단기준

당해학교 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, 당해학교 및 당해학교의 교구등에 있어서 상황을 판단하여 다음 각호를 참고하면서 감시카메라 등의 설치 등을 검토하여야 한다.

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

제2호 경계시 ; 감시카메라의 신규설치 및 이미 설치한 경우에는 작동을 검토하는 것이 바람직하다.

---

39) 일본교육법학회 학교사연구회는 ‘공립소학교에의 감시카메라등의 설치·운용에 관한 세칙’모텔(안)을 마련하면서 선구적인 감시카메라의 유용성의 문제에 입각하여 제정된 ‘杉並區 방법카메라의 설치 및 이용에 관한 조례’를 참고하여 제정하였다.

제3호 긴급시 ; 감시카메라를 신규설치 및 이미 설치한 경우에는 조속하게 작동한다.

그리고 학교는 감시카메라의 설치·운용에 있어서는 학교안전위원회에서 협의함과 동시에 직원회의에서 동의를 얻어야 한다.<sup>40)</sup>

학교안전관리자는 다음 각호에 따라 당해학교 및 당해학교구등의 정보수집에 끊임없이 노력하여야 한다. 또한 학교관리자는 교육위원회나 경찰등의 통고가 있는 경우, 타 학교의 안전관리 및 교육의 전문성에 입각하여 다음 각호에 기하여 당해학교 및 당해 학교구(지역)등의 상황을 판단하여 필요한 방법의 대응 및 대책을 수립하여야 한다.

제1호 평상시 ; 당해학교 및 당해학교의 교구(지역)에 있어서 당해학교 및 아동에 대한 위해를 초래하는 범죄등이 없고, 아동 및 보호자로부터의 그에 대한 불안등이 다투어지지 않는 경우를 말한다.

제2호 경계시 ; 당해학교 및 당해학교의 교구(지역), 인접학교구에 있어서 아동 및 학교에 대한 위해를 초래한 사건·사안(약취·유인 미수, 공갈 미수등)이 있고, 그 사건·사안이 미해결로 당해학교 및 아동에 대한 안전이 위협되는 가능성이 있는 경우를 말한다.

제3호 긴급시 ; 당해학교 및 당해학교의 교구(지역), 인접교구에 있어서 아동 및 학교에 위해를 초래할 사건등이 발생한 경우나 그 사건이 해결된 후에도 모방사건이 발생할 우려가 있는 경우를 말한다.

위의 세척안에서는 학교에서 학교안전관리자를 두고 그 안전관리자가 그 학교와 교구(지역)의 상황에 대하여 끊임없이 정보등을 수집하여 <평상시><경계시><긴급시>를 판단하여 그 상황에 따라 감시카메라를 운용한다는 것이다. 결국 감시카메라를 상시 설치하여 작동하는

---

40) 동안 제3조 제3항.

것이 아니고 학교와 그 주위의 상황을 판단해 가면서 그때 그때 설치하고 작동한다는 것이다. 또한 그 같은 상황외에 감시카메라에 의해 지켜지는 이익(안심)을 받을 당사자인 어린이나 그 보호자, 교직원등의 마음(불안)의 상황을 판단기준의 하나로서 고려하는 것을 제안한 것이 이 세척안의 특징이다.<sup>41)</sup>

이러한 일본의 감시카메라의 설치 및 운용에 관한 상황판단의 기준은 분명 어렵기는 하겠지만 향후 충분히 검토할 필요가 있다. 학교가 자교나 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 교육연구집회개최를 위한 학교시설의 사용신청에 대한 불허가처분이 문제로 된 사건이다. 학교시설의 목적 외 사용의 허가여부의 판단이 그 쟁점이다. 사안은 히로시마 공립소·중학교등에 근무하는 교직원에 의하여 조직된 직원단체인 히로시마 교직원조합(이하 ‘히로시마교조’라 한다)은 1999년 11월 13일 14일에 제49차 히로시마 교육연구회집회의 개최를 예정하였다. 이 집회장으로 본건 중학교의 체육관등의 학교시설의 사용을 신청한 것이다. 교장은 일단 구두로 이것을 승인한다는 뜻을 회답하였다. 그 후 오시교육위원회의 위원장과 교장이 본건중학교의 학교시설의 허용여부에 대하여 협의하여 사용을 불허하였다. 히로시마교조로부터 제출된 사용허가 신청에 대하여 시

41) 堀井雅道, 學校にを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.

교육위원회는 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 불허가처분에 불복하여 히로시마 교조가 오시를 상대방으로 하는 손해배상청구를 한 사건이다.<sup>42)</sup>

본건 제1심의 히로시마 지방재판소는 교연집회가 교사의 자주적 연수의 측면에 기한 것을 중시하여 시교위가 주장하는 학교교육상의 지장이 구체적이지 않다는 것을 지적하여 본건 불허가 처분은 위법한 것이라는 판단을 하였다.<sup>43)</sup>

## 나. 판결의 요지

### (1) 재량권일탈·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 정도등의 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 남용으로 서 위법이 된다 할 것이라고 해석하는 것이 상당한다.

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

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

## (2) 본건 불허가처분의 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 있어서도 생도에 대한 영향은 간접적일 가능성이 높다하겠다.

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

따라서 본건 중학교 및 그 주변의 학교나 지역의 혼란을 초래하고 아동생도에게 교육상 악영향을 미치며, 학교 교육에 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.

## 2. 사립대학이전 통합사건

### 가. 사건의 개요

B시내에 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 이행해야할

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 기간중에는 교육을 받을 권리가 있다는 확인과 이행을 구한 사건이다.<sup>44)</sup>

#### 나. 판결의 요지

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 수업등의 교육을 행하는 등에 의무를 부담한다. 학생은 그 대가인 수업료 등을 대학에 지불하는 것은 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. 특정시설을 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 있다할 것이다. 그러나 이는 당해 자치체의 진흥이나 그 주민의 복지향상을 위한 수단에 지나지 않는다. 따라서 모집

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.

된 개개의 학생에게 수산캠퍼스에서 취학하는 구체적인 권리를 부여하는 것까지도 의도하여 그것을 내용으로 하는 제3자를 위한 계약을 하는 의사가 있었다고 해석하는 것은 곤란하다 할 것이다.

### 3. 신체장애아의 고교입학거부처분에 있어서 교장의 재량권

#### 가. 사건의 개요

진행성 난치병으로 신체에 장애가 있는 원고는 본건 시립고교에의 입학을 지원하였지만, 수검결과 불합격 하였기에 교장에 대하여 불합격 처분을 취소할 것과, 시에 대하여 위자료의 요구를 한 사안이다.<sup>45)</sup> 본건입학거부처분은 종합선발제도는 아니기에 입학자의 선발에 대하여는 관계 고등학교장이 조직한 합격판정위원회가 행한다. 원고는 학력검사 및 조사서에 학습평정의 합계에서는 좋은 성적이지만 신체적 상황이 심사 대상이 되고 합격판정위원회는 원고의 질환 및 그에 수반한 장애 때문에 고등학교 3년간의 통학은 곤란하고 본건 고교의 시설면 및 인원면에서 원고의 입교가 곤란할 뿐만 아니라 지원활동에 있어서도 3년간지속하는 것은 곤란하다는 것 등을 종합적으로 고려하여 불합격 시킨 것이다.

#### 나. 판결요지

고등학교의 입학은 생도와 고등학교의 설립자 간에 고등보통 교육을 실시하는 목적을 달성하기 위한 교육시설의 이용관계를 설정하는 행위이다. 입학선발의 방법이나 허가의 기준에 대하여는 정함이 없고 그 입학 여부의 처분 자체는 물론 어떠한 입학 선발 방법을 취할 것

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」, 제 1414호, 26면 참조.

이나에 대하여도 고등학교에 있어서 교육목적 실현을 위한 교육적 견지에서 하는 학교장의 재량적 판단에 맡겨져 있다고 해석 할 것이다.

입학여부의 처분이 교장의 재량에 맡겨져 있다고 할지라도 입학여부의 판단이 헌법 기타 법령으로부터 도출되는 제원칙에 반하는 경우 자치체의 교육위원회가 정하는 입학선발의 준칙으로서의 선발 요강에 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 이수 시킬 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 있는냐라는 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 효과에 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 전체 사실을 평가하는 때에 교육적 재량의 측면만을 중시하여 일상 경험적·의학적인 측면을 경시하는 등 그 평가과정의 현저히 불합리하다고 인정하는 경우에도 사실

의 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 이수가능성을 판단하는 때에 그 전제로 하는 사실 또는 평가에 있어서 중대한 과오를 한 것에 기한 처분으로, 피고 교장이 본건 고교에의 입학거부처분을 하는 권한의 행사에 대해 재량권의 일탈 또는 남용이 있다고 인정하는 것이 상당하다고 판시한 사안이다.

## V. 맺음말

일본의 교육행정 처분기준에 관한 검토를 행함에 있어서 헌법상 인정되고 있는 교육관련 조항의 이념을 실현하면서 각개별법령에 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 교육행정 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 할수 있는 체제를 구비하고 필요한 경우에는 그에 대한 입법적 정비도 강구해 가야 하리라 본다.

## 參考文獻

- 권영성, 헌법학원론, 박영사, 2006.
- 김철용, 행정법 I. 박영사, 2007.
- 박균성, 행정법론(상), 박영사, 2007.
- 홍정선, 행정법원론(상), 박영사, 2007
- 한국법제연구원, 행정처분기준 정비방안연구(I), 연구보고서 06-14.
- 大石眞, 憲法講義 II, 有斐閣, 2007.
- 仲正, 行政手續法のすべて, 良書普及會, 1995.
- 宇賀克也, 自治体行政手續の改革, ぎょうせい, 1996.
- 永井憲一, 行政法學の原理と體系, 日本評論社, 2000.
- 兼子仁, 教育法, 有斐閣, 1978.
- 相良惟一・林部一二, 教育法規の基礎知識, 明治圖書, 1960.
- 原田敬三, “熟中症事故와教師의安全配慮義務”, 「季刊 教育法」, 제151호, 2006.
- 古野博明, “教育基本法論からみた憲法改正問題”, 「日本教育法學會年報」, 제36호, 2007.
- 西澤潤一, “教育基本法改正に思う”, 教育と醫學, 제645호, 2007.

제 1주제 일본의 교육행정법령상 행정처분기준의 이론과 실제

寺川史郎, “教育基本法改正論とその効果”, 「日本教育法學會年報」, 제35호, 2006.

堀井雅道, “學校にをにおける防犯と監視カメラの運用指針の必要性和課題 -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, 2006.

藤原ゆき, “學校施設の目的外使用における裁量權の限界-廣島縣教研集會使用不許可事件-”, 「季刊 教育法」, 제152호, 2007.

## 제 2주제

# 프랑스의 교육행정법령상 행정처분기준의 이론과 실제

전 훈

(경상대학교 교수)

## 프랑스의 교육행정법령상 행정처분기준의 이론과 실제

전 훈  
(경상대학교 교수)

대학을 포함한 프랑스의 기본적인 교육체계는 국가와 밀접한 관련을 맺고 있다. 따라서 공교육의 범위를 어디까지 볼 것인가도 우리와는 다른 접근이 가능하다고 본다.

우리의 헌법은 교육과 구별하여 대학과 학문의 자유를 취급하고 있고, 본 발표문의 경우도 교육행정의 범위를 주로 중등교육을 대상으로 하여 논의하고 있다.

발표자는 교육행정을 하나의 행정적 성격을 가지는 공공서비스로 이해할 수 있다고 보고 이러한 행정적 공공서비스 활동과정에서 행정청이 내리는 의사결정의 기준에 대해 살펴보기로 한다. 일반 행정법에서는 이를 행정처분의 기준으로 설명하기도 하는데, 우리와는 비교적 법제의 유사성 정도가 멀다고 느껴지는 프랑스의 경우 그 법제나 현실의 모습이 어떠한 것인가를 소개하고 일정한 시사점을 찾는 점에 본 발표문의 의의를 두고자 한다.

따라서 국가가 (뒤이어 지방자치단체) 개입하는 공공서비스인 공공교육에서의 행정청의 법적 행위인 결정(décision)의 기준에 대한 의의를 우선 살펴보고(I.교육 공공서비스에서의 행정청의 법적 행위의 기준) 다음으로 교육행정의 처분기준 형식으로 나타나는 구체적인 행위 형식에 대해 알아보기로 한다(II.프랑스에서의 행정처분기준으로서의 내부조치와 행정규칙). 그리고 교육행정에서의 처분기준과 관련되는 구체적인 몇 가지 예를 검토하고(III.교육과 관련한 행정처분 기준의

예), 처분기준에 대한 검토를 법적 안정성(sécurité juridique)의 관점에 대한 이해할 수 있는지에 대한 의문을 제기하면서 정리해보기로 한다 (IV.마치면서- 프랑스 교육행정에서의 처분기준이 주는 시사점).<sup>1)</sup>

## I. 시작하면서- 교육 공공서비스에서의 행정청의 법적 행위의 기준

한 나라의 교육체계는 그 나라의 역사와 전통 및 문화적 맥락과 밀접한 관련을 가지고 정착될 뿐 아니라 시대적으로 변화를 거쳐 정착되고 있다. 교육의 목적이 무엇인가에 대한 연구에서부터 교육기관의 설립과 운영 및 교원들의 임면과정에서 나타나는 국가나 공공단체의 공권력 작용 등 접근하는 관점에 따라 매우 상이한 논의가 예상될 수 있다.

이하에서 논의되는 프랑스의 경우 ‘요람에서 무덤으로’ 라는 사회보장 제도의 기본정신에서 출발하는 전형적인 서구 교육제도와 프랑스의 독특한 요소를 결합시켜 비교적 모범적인 국가주도의 공교육(enseignement public)체제<sup>2)</sup>가 확립되었다고 할 수 있다.<sup>3)</sup>

프랑스에서도 사립교육이 비중을 차지하고 있고 이들 중 대부분은 가톨릭 교회와 다른 종교단체와 개인이 국가와 계약을 통해 운영하는

---

1) 본 발표문의 II.프랑스에서의 행정처분기준으로서의 내부조치와 행정규칙에 관한 부분과 III.교육과 관련한 행정처분 기준의 예에 관한 내용은 발표자가 법제연구원 워크샵에서 발표한 원고(프랑스의 교육행정분야 행정처분기준, 교육행정분야 행정처분기준의 법적 과제, 한국법제연구원, 2007.4.19.)의 내용과 대부분 동일하다.

2) 프랑스에서의 공교육 과정은 대체로 유치원(école maternelle)-초등학교(école primaire)-중학교(collège)-고등학교(lycée)-바카로레아(Baccalauréat)-대학교(Université)로 이해해도 무리가 없다고 본다. 그리고 비교적 엘리트 직업인 양성기관인 그랑제콜(Grands écoles)이 있으며, 기술계학교 등이 다양한 명칭으로 있다. 이하의 발표문의 경우 프랑스의 예는 주로 바카로레아라고 고등학교 학위자격 취득에 해당하는 일종의 국가고시의 시기 이전의 공교육기관의 교육과정에서의 행정처분에 대해 살펴보기로 한다.

3) 광동준, 프랑스 교육제도 연구, 한국프랑스학논집 제42집, 한국프랑스학회, 2003, p.382.

형태로 있으나 우리와는 달리 공립교육이 더 많은 비중을 차지하고 있다. 프랑스의 교육제도는 인종과 종교를 초월한 보통교육과 의무교육 그리고 무상교육을 3원칙으로 삼고 있다고 한다. 물론 이러한 요청에는 교육의 특수한 성격도 핵심이 되겠지만 교육을 하나의 공공서비스로 파악하고 공공서비스의 계속성과 평등성에서 나오는 무상성과 중립성이라는 점이 담겨있다고 할 수 있다.<sup>4)</sup> 다만 최근에는 종교적 중립성을 의미하는 라이시테(laïcité)의 의미가 프랑스의 사회통합과 관련해 매우 현실적인 주제로 등장하고 있다.

### (1) 교육과 공공서비스<sup>5)</sup>

구체제(Ancien régime) 하에서, 학교는 주로 교회에 의해 설립되고 통제되었다(대학의 경우 1203년 교황 Innocent III세에 의해 설립되었다).<sup>6)</sup> 하지만 정치권력 또한 교육에 대한 관심을 가지고 있음을 알 수 있다. 그 예로는 “우리는 모든 소교구(敎區· tous les paroisses)에서 남녀 아이들에게 종교의 신성함을 가르치고, 마찬가지로 아동들을 미사에 이끌도록 읽고 쓰는 법을 배우기 위해 (남·녀) 교사들이 임명되어 지기를 원한다”는 루이 14세의 1698년 오르도낭스(Ordonnance)를 통해 알 수 있다. 대혁명기의 Talleyrand의 보고서(1791)는 “모든 서민들에게 모든 인간들에게 필수불가결한 교육의 일부에 대해 무상이며 공통된 공공교육이 창설될 것이고 조직되어질 것이다”고 선언했다. 국민의회(Asemblée Nationale)는 주민 1000명당 1개의 초등학교, 3년간의 의무교육을 규정하였다. 이러한 제 규정들은 다른 경우와 마찬가지로 실행되지는 않았다.<sup>7)</sup>

4) 전훈, 국가가 개입하는 공공서비스의 기능과 역할, 법학연구 제14집 제2호, 경상대학교 법학연구소, 2006.12., p.156.

5) 이하 부분은 전훈, 위의 논문, pp. 155-158의 내용의 상당부분을 재인용하였다.

6) J.-M. Pontier, Les service publics, Hachette, 1996, Paris, p.121.

7) Guizot(초등교육 조직에 관한), Falloux(일시적으로 교육분야에서 교회와 국가간의

프랑스에서는 1932년에 와서야 공공교육이 국가(공공)교육이 되었다. 1946년 헌법전문은 “국가는 아동과 성인의 교육, 직업교육 및 문화에 대한 평등한 접근을 보장한다. 공공교육의 조직, 모든 단계에서 무상교육과 종교적 중립성은 국가의 의무이다”라고 선언하고 있다.

그리고 이러한 의무는 단지 도덕적인 것만이 아니라, 국가로 하여금 이러한 교육이 가능하도록 교육기관을 창설하고, 조직하며, 관련 법규를 제정하고, 활동의 재정을 담당하는 법적인 의무를 부과한다. 국가(공)교육이라는 표현은 업무의 다양성을 지칭한다. 따라서 현재의 국가(공)교육은 하나의 공공서비스 이상인 여러 공공서비스들의 통일체라 할 수 있다.<sup>8)</sup>

## (2) 공교육에서의 공공서비스원칙의 발견

### 1) 의무교육<sup>9)</sup>과 무상교육

예전에 교육의 임무는 읽고, 쓰고, 계산하는 3가지 기본적 활동을 완전하게 함으로써 모든 시민들을 사회에 편입시키고 시민으로서, 노동자로서, 소비자로서의 기능을 수행하도록 하는 관심과 일치한다. 1882년 이래로 6세에서 13세까지이던 의무교육이 1959년에는 16세로 연장되었고, 1989년 교육에 관한 법률은 모든 아동들은, 3세부터, 유아원 내지 유치원에서 입학이 허용되어야 한다고 정하고 있다. 한편 부모가 교육의 의무를 이행하지 않는 경우에는, 금전적인 질서벌이 부과되어질 수 있다(일정한 사회급여의 정지)<sup>10)</sup>. 그렇지만 16세 규

---

관계를 규정한다), Durry(빈곤한 가정을 돕기 위한 장학기금(영조물)을 조직하는) 법률 이후에 교육 공공서비스를 자리 잡게 만든 것은 Jules Ferry가 (초등교육의 무상 1881년, 6세에서 13세 아동의 교육의무 1882년, 교육의 중립성 1882, 정교분리 1886) 주동한 1882년과 1887년상간에 표결된 법률들이다.

8) A. de Laubadère, *Traité élémentaire de droit administratif*, t.3, LGDJ, Paris, 1971; J.-M. Pontier, *op.cit.*, p.122.

9) 종전에는 *Ecole obligatoire*이라고 했으나 현재 *Obligation scolaire*로 표현한다.

정은, 관대함을 의미할 수도 있지만 사회생활을 일찍부터 시작하기를 원하는 이들에게는 불편함을 내포한다고 할 수 있다.

의무교육은 무상성과 관련해 초기에는 빈곤계층의 아동들을 돕기 위해서, 이후에는 의무교육의 이행을 가능하도록 유지되었다. 무상교육은 먼저 초등교육에서 인정되었고(1881년, 코핀에 대한 영조물인 학교기금 조성의무), 이어서 1927년에 중등교육에서도 무상교육이 실시되었다.

## 2) 교육과 Laïcité(정치와 종교의 중립성)<sup>11)</sup>

프랑스에서는 학교에서의 교육은 정치, 종교 혹은 철학에 있어 중립적(neutre)이어야 한다는 점을 들고 있다. 전통적인 공공서비스 영역인 교육에서의 중립성은 종교적 신앙표현의 자유차원에서 라이시떼 원칙(Principe de laïcité)의 이름으로 종종 침해한 상황을 야기한다.

2004년 이슬람 여학생들의 종교적 상징인 두건(foulard)착용금지조치에 관한 사회적 논쟁은 공립 초·중·고등학교에서의 종교적 상징의 착용 내지는 옷차림에 관한 중립성원칙의 적용에 관한 3월 15일 법률과 11월 8일의 공립 초·중·고등학교에서의 중립성 적용에 관한 법률제정의 결과를 가져왔다. 그렇지만 프랑스에서조차도 종교적 중립성에 대한 법적 접근은 철학·역사·사회학 부분에 비해 매우 제한적이고 조심스럽게 이루어지고 있다.

후술하는 교육행정에서의 처분기준을 소송으로 다룰 수 있는가와 관련해 프랑스 국사원(Conseil d'Etat)은 교육부장관이 2004년 5월 18일 제정한 라이시떼(laïcité) 원칙의 실행에 관한 2004년 3월 15일 법률<sup>12)</sup>

10) C. E., 5 janvier 1966, Caisse d'allocation familiales de Lyon, Rec. p.3.

11) 특히 Laïcité에 관한 부분은 전훈, 공공서비스활동에서의 중립성원칙, 공법학연구 제8권 제2호, 한국비교공법학회, 2007.5., pp.92-102.

12) 초등학교, 중학교, 고등학교에서의 종교적 소속을 드러내는 상징이나 복장착용에 관한 법률은 교육법전(Code d'Education)에 삽입되었는데 이를 위반한 학생에 대

의 시행규칙(시클레흐, *circulaire*<sup>13)</sup>)의 취소청구에 대해 원고청구를 기각하였다. 이러한 법원의 입장은 국사원이 내렸던 1989년 Avis(아비·의견서)의 견해와는 차이가 있다. 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 학교 시설 안에서 종교적 믿음을 표현하고 실행하는 권리를 가진다”고 하였다. 다시 말해 1989년의 국사원의 입장은 학교에서 학칙을 통해 라이시테 원칙에 반하는 학생들의 행동에 대한 제재수단을 강구할 수 있다고 했지만 원칙적으로 학생들의 종교적 자유를 인정해야 한다는 입장을 견지하였다.

물론 2004년 판결의 경우 법률의 시행규정에 관한 것이어서 법문의 취지상의 구속을 받아야 하지만 15년간의 시간의 변화만큼 프랑스 사회 내부의 정치적 상황과 입법자의 정책적·실천적 의지를 보여준다

---

한 징계조치에 관한 규정은 2004년 9월 1일부터 효력을 발생하도록 하였다(Code d'Education, L.141-5-1). 그리고 동 법률은 발효 후 1년뒤 평가대상이 된다고 제4조에서 규정한다.

- 13) 일반적으로 시클레흐는 대외적 구속력이 없는 행정규칙을 말한다. 실무상 지시(instruction) 혹은 업무지침(notes de service)이라 불린다. 시클레흐는 위계적 통제권(pouvoir hiérarchique)을 가진 행정조직 내의 발령권자(특히 각부의 장관, les ministres)가 하위기관의 행위를 지시하기 위해(pour guider) 발령한다. 소속 공무원에게는 구속적이나 행정의 상대방에 대해서는 법적인 효력을 가지지 않으므로 월권소송을 통해 다룰 수 없다. 그렇지만 일정한 경우 새로운 법적 규율을 하는 시클레흐도 가능한데, 이 경우 월권소송을 통한 취소소송의 대상이 된다. 후술하는 II.의 내용을 참조.

고 본다.

## 2. 행정처분의 기준의 의미에 대해

행정절차법은 행정작용의 적법성 보장을 실체적 관점보다는 절차적으로 통제하자는 점에서 행정의 상대방의 권익의 보호제도의 기능을 수행한다. 독일과 일본의 법제의 영향을 받은 우리 행정절차법은 제20조에서 처분기준의 설정과 공표에 대해 규정하고 있다.

### ● 행정절차법 제20조 (처분기준의 설정 · 공표)

①행정청은 필요한 처분기준을 당해 처분의 성질에 비추어 될 수 있는 한 구체적으로 정하여 공표하여야 한다. 처분기준을 변경하는 경우에도 또한 같다.

②제1항의 규정에 의한 처분기준을 공표하는 것이 당해 처분의 성질상 현저히 곤란하거나 공공의 안전 또는 복리를 현저히 해하는 것으로 인정될만한 상당한 이유가 있는 경우에는 이를 공표하지 아니할 수 있다.

③당사자들은 공표된 처분기준이 불명확한 경우 당해 행정청에 대하여 그 해석 또는 설명을 요청할 수 있다. 이 경우 당해 행정청은 특별한 사정이 없는 한 이에 응하여야 한다.

처분기준의 설정과 공표는 독일 연방행정절차법에는 규정되지 않았지만 일본의 행정수속법(行政手續法)에는 규정된 제도이다.<sup>14)</sup> 행정청이 처분을 위한 “기준”을 설정하고 공표한다는 것은 행정의 ‘투명성’과 ‘공정성’을 높인다는 것을 의미한다. 행정절차법상의 처분기준제도는 오랫동안 우리 법원에서 해온 “행정청의 재량권 행사에 대한 실체법적 통제가 불확정개념인 ‘사회통념’ · ‘일탈’ · ‘남용’ 내지 ‘부당’에 의존하는 경우가 많고, 법관이 제시하는 법의 일반원칙 또한 주관적

14) 일본행정수속법 제12조 제1항은 “행정청은 불이익처분을 할 것인지 여부 또는 어떠한 불이익처분을 할것인지에 관하여 그 법령이 정하는 바에 따라 판단하기 위하여 필요한 기준을 정하여 이를 공개하기 위하여 노력해야 한다”고 규정하고 제2항은 “행정청은 처분기준을 정함에 있어 가능한 한 구체적인 기준을 정해야 한다”고 규정하고 있다.

이라는 점을 부인하기는 어렵기 때문에 객관적 판단근거에 의한 재량 통제 방법으로 처분기준의 설정과 그 준수여부의 심사를 통한 통제로 전환되어야 한다는 점에서 의의를 찾을 수 있다”는 평가가 가능하다.<sup>15)</sup>

그런데 본 발표문의 비교대상인 프랑스의 경우 우리와 같은 ‘처분’ 개념이 별도로 존재한다고 보기는 어렵고 “처분기준”이라는 용어가 있는지는 의문이라고 본다. 그렇지만 행정행위(acte administratif)로 인해 피해를 입었다고 주장하는 국민에 대해 행정소송으로서 월권소송 제도가 행정의 적법성의 보장과 개인의 권리구제를 위해 제도화 되어 있고, 행정청의 개별적인 일방적인 의사결정의 근거기준은 문서형식으로 존재한다고 할 수 있다. 프랑스의 행정법원은 행정청의 행위가 원고에게 “faisant grief” 해야만 (월권)소송의 문을 열어주고 있고, (월권)소송의 대상이 되는 행정청의 행위가 반드시 개별적인 구체적 결정이어야만 하는가에 대해 우리와는 달리 명령(acte réglementaire)에 대해서도 직접 적법성통제가 이루어진다는 점에서 차이가 있다.

그리고 법규성을 일반적으로 인정받는 데크레(décret)와는 달리 행정조직 내부의 규율에 해당하는 시클래흐(circulaire)는 우리의 ‘행정규칙의 법규성’ 논의처럼 일률적으로 법규성 유무를 논의하기는 어렵고 행정법원의 판례에서 많은 예를 제공하고 있다. 다만 종전에는 시클래흐의 ‘형식적’ 기준에 따라 법문이 단순히 해석기준을 정하고 있는가 그렇지 않고 새로운 권리나 의무사항을 규율하는 것인가 하는 점에 비중을 두었다면 2002년 전원합의체(Assemblée) 판결 이후에는 ‘실질적’으로 규정이 그 형식이 비록 단순히 상위법령의 기준을 그대로 따르는 경우라도(다시 말해 새로운 권리·의무 사항을 부가하지 않더라도) 법문의 수범자에게 구속적(caratère impératif)인가에 따라 결정되어야 한다고 입장을 정리하고 있다.

15) 임재홍, 행정절차법상의 처분기준에 관한 연구, 인하대학교 박사학위 청구논문, 1998.8, pp.250-256.

실제로 ‘월권소송의 대상이 된다’는 것과 ‘처분의 기준으로서의 행정작용 형식에 해당하는 행정규칙’은 다른 관점에 있다. 하지만 프랑스의 경우 행정청의 일방적인 의사결정이라 하더라도 사전(事前)에 우월한 지위(privilège du préalable)를 부여받고 (행정청의) 상대방에게 의무나 부담하는 법질서를 변경하는 (집행)결정(décision exécutoire)<sup>16)</sup>만이 행정소송의 대상이 되는 상대방에 대한 침해행위(acte faisant grief)가 된다고 보고 있기 때문에 양자가 전혀 동떨어졌다고 할 수는 없다고 본다. 행정청의 일방적 의사결정이지만 그 상대방에게는 침해상태를 야기하지 못하는 경우가 있는데 그 유형의 대표적인 경우가 ① Avis(견해 혹은 권고)나 제안서(propostions) 등과 같은 결정의 준비행위나 이전에 내린 결정의 확인(건축허가거부처분의 반복확인· réitération d'un refus de permis de construire)의 유형과 ②후술하는 행정기관의 내부조치(mesures d'ordre intérieur)와 ③행정규칙으로 흔히 소개되는 시클래흐(circulaire)와 ④유럽연합이 제정하는 규범형식인 directive와 명칭이 동일한 일종의 재량준칙에 해당하는 디렉티브(directive)가 있다. 따라서 이하에서는 행정처분의 기준이 되지만 위의 (집행)결정에 해당하는 경우와 그렇지 않은 경우로 구별하되 우리의 행정규칙에 가까운 뒤의 것에 대한 내용을 일반론으로 소개하고 교육과 관련된 처분기준 형식으로 검토될 수 있는 내용에 대해 소개하고자 한다.

16) 발표자는 우리 행정법 교재에서 설명하는 정상적인(적법하고 유효한 행정행위) 행정행위가 상대방에게 일정한 의무를 부과하고 불이행시 이를 행정상대방의 동의에 관계없이 이를 이행하려고 하는 의미에서의 행정청의 일방적 (개별적인) 의사결정으로 이해해도 큰 오류는 없다고 보며 이를 굳이 사전식으로 ‘집행결정’으로 번역할 필요는 없다고 본다.

## II. 프랑스에서의 행정처분기준 형식

### 1. 행정기관의 내부조치

행정기관의 내부조치<sup>17)</sup>는 행정기관 내부의 조직과 운영을 정하기 위해 제정되기 때문에 모리스 오리유(M. Hauriou)는 “행정기관의 내부적 삶”이라고 표현하기도 했다.<sup>18)</sup> 행정기관의 공무원이 수범자가 되는 행정기관의 내부조치는 위계상의 복종관계에 있는 관계에서 발령되며 원칙적으로 행정청의 상대방에 대해 아무런 구속력을 주지 않으며 달리 말하면 행정의 상대방은 월권소송에서 이를 공격의 대상으로 주장하지 못한다. 오래된 행정법원의 판례는 계서적 권한(*pouvoir hiérarchique*)에 속하는 내부조치의 발동은 상급기관이 전적인 재량에 속하며 별도의 근거규정이 필요하지 않다고 판시하고 있다(C.E. 1950. 6. 30. Quéralt판결).

### 2. 행정규칙에 해당하는 시클래흐(*circulaire*)<sup>19)</sup>

프랑스 행정법상의 행정규칙의 기본적 특징은 법규적 성질을 가지지 않는다는 점과 그 형식의 엄격함보다는 실질에 있어 행정내부의

---

17) 국내 행정법 교재에서는 행정규칙의 종류로 조직규칙을 들고 있다. 행정규칙의 규율대상 및 내용에 따라 분류할 경우 조직규칙은 “행정조직의 내부에서 행정기관의 구성 및 권한배분 및 업무처리절차를 정하는 행정규칙으로 실질적으로 법률 및 명령으로 규율되지 않는 경우에만 제정된다”고 한다(박균성, 행정법론(상), 제6판, 박영사, 2007, p.198)

18) J. Morand-Deville, Cour de droit administratif, 9<sup>e</sup> édition, Montchrestien, Paris, 2005, p.330.

19) 시클래흐(*circulaire*)에 관한 국내논문으로는 박균성, 프랑스 행정법상의 행정규칙에 관한 고찰, 공법연구 제19집, 한국공법학회, 1991; 한건우, 프랑스 행정판례상 행정규칙의 성질, 행정판례연구(I), 한국행정판례연구회(편), 서울대학교 출판부, 1992; 전훈, 행정규칙의 법규성의 이해, 법학논고 제21집, 경북대학교 법학연구소, 2004.12.

일정한 지시적 내지는 유도적 성격의 판단기준이 법원에서 명쾌하게 논리적으로 구분되고 있지 않다는 점이다.

행정규칙의 법규성과 관련해 국사원은 2002년 12월 18일의 Duvignère 부인 판결<sup>20)</sup>을 통해 종전과는 다른 입장을 취하게 되었다.<sup>21)</sup> 국사원은 “적용규정(textes applicables)이 구속성(caractère impératif)을 가지지 않는 경우에는 사법심사의 대상이 될 수 없다(“ne doivent pas être regardée comme faisant grief”)는 새로운 기준을 제시하고 있다.

### (1) 법규(명령)적 / 해석적 행정규칙

1991년에 간행된 국사원의 보고서(EDCE)에 의하면 프랑스에서는 매년 각 중앙부처는 적게는 10에서 많게는 15000여 개의 행정규칙(circulaire)을 발한다고 한다<sup>22)</sup>. 따라서 법관으로서는 이들 행정규칙이 단순히 해석적 규칙에 불과한 것인가 또는 법규적 성격을 가지는 월권소송의 대상이 되는가를 판단하기는 쉽지 않다. 그럼에도 일반적으로 행정규칙이 법규성을 가진다고 말할 수 있는 경우가 현실적으로 나타나고 있는데, 법률 상태에 대한 일정한 변화나 시클래흐가 법률이나 법적 규율내용의 추가하거나 행정의 상대방에게(반대로 행정청에 대해) 새로운 의무의 부과 또는 보호를 요구할 수 있는 변화가 생기는 경우에는 동 행정규칙은 법규적(réglementaire)이라고 한다. 앞서 언급한 circulaire의 법규성판단에 관한 대표적 사례인 노트르담 크레스케르 학교 판결의 논고담당관 Tricot 판사의 논고에서 나타난 이러한 전통적 설명은 크레스케르 판결 이후<sup>23)</sup> 점차적으로 엄격하게 해석

20) C.E. Sect., 18 décembre 2002, Rec. p. .

21) 이전에는 행정규칙(circulaire)의 규정이 행정결정의 특성인 "월권소송의 대상이 되는 외부적으로 효력을 가진다(faisant grief)"라고 하는 성격을 가지고 있는 가 유무가 우선적으로 고려되었다. 따라서 법규성 판단의 해결은 그 효과(그 적용이 의무적이거나 구속적인가)보다는 대상(대상 시클래흐가 해석적인가 법규명령적인가)에 있었다.

22) M. Lombard · G. Dumont, Droit administratif, 6<sup>e</sup> édition, Dalloz, Paris, 2005, p.44.

23) 구체적 내용은 후술하는 III. 부분을 참조.

되어져 왔다.

명령적 성격을 가지는 시쿨레흐의 인정은 사인의 법적보호(Protection juridique)의 개선의 성격을 가지는 경우로 좁게 해석되어져 왔다. 그렇지만 프랑스내의 불법체류자의 적법화(양성화)(régularisation)에 관한 절차를 규정한 1997년 6월 24일의 내무부령인 일명 “슈베느망(Chevènement)”규칙의 경우에도 명령적 성격을 인정하고 있지 않다<sup>24)</sup>.

샤뤼(R. Chapus)교수의 설명처럼 1983년 테크레<sup>25)</sup>에도 불구하고 행정규칙의 법규성은 판례에 의하여 결정되며 판례의 입장은 비교적 간단하다고 할 수 있는데, 행정규칙(시쿨레흐)에 대해 월권소송을 통한 취소제기를 할 수 없다는 점과 사인(les administrés)은 시쿨레흐 위반을 이유로 관련 처분의 취소를 주장하지 못한다는 점이다. 따라서 행정청은 사인에 대해 시쿨레흐 규정을 들어 자신의 행정결정의 적법성을 주장할 수도 없다.<sup>26)</sup>

행정규칙의 법규성에 관한 기본 판례였던 1954년의 노트르담 크레스케르 판결은 문제의 행정규칙(교육부장관의 시쿨레흐)에서 법령이 별달리 정하고 있지 않은 사인(원고)에게 새로운 추가의무를 부과하는 규정을 담고 있다는 점에서 ‘법질서를 추가하는(qui ajouter à l'ordonnement juridique)

---

24) A. de Laubadère· J.-C. Venezia · Y. Gaudemet, *Traité de Droit administratif*, T.1, 15e édition, LGDJ, Paris, 1999, p. 753.

25) 1983년 11월 28일자 테크레는 제1조에서 모든 이해관계인은 *circulaire*가 법률과 법규명령에 반하지 않는 경우 행정에 대해 공포된 시쿨레흐를 주장할 수 있다는 내용을 규정하고 있다. 이러한 규정은 해석적 성격의 *circulaire*에 관한 행정판례와 반대되는 견해를 취하고 있다. 전기한 박균성 교수의 논문에서는 프랑스 학설이나 판례는 이러한 1983년 테크레에 대해 소극적인 입장을 취하는 결론을 취한다. 박 교수님의 견해가 타당하며 1983년 테크레의 입법화라 할 수 있는 2000년 4월 12일의 행정에 관한 시민의 권리에 관한 법률(*loi relative aux droits des citoyens dans leur relations avec les les administrations*)에서도 동 규정의 내용은 규정되지 않았다. 다만 동 법률 제9조는 실정법 규정의 해석이나 행정절차의 예시를 담고 있는 시쿨레흐의 공포에 대해 규정하고 있다.

26) R. Chapus, *Droit administratif général*, t.1, 14<sup>e</sup>édition, Montchrestien, Paris, 2000, pp. 503-504.

새로운(*circulaire innovatoire*)경우’에 해당한다고 평가 내릴 수 있다. 행정규칙에 해당하는 시클래흐는 한편으로는 해석적으로 또 다른 한편으로는 명령적으로 해석될 수 있는 점을 고려해 본다면 행정규칙이 새로운 상황을 가져오는 경우라면 그 시클래흐는 법규명령적 성격을 가진다고 해석될 수 있다<sup>27)</sup>. 그리고 노트르담 크레스케르 판결에서 국사원이 문제의 행정규칙의 법규성을 일부 인정한 점도 행정규칙 규정내용이 학교장(원고)에게 보조금 신청서류를 준비하고 관련행정기관에 대해 심사를 할 권한을 부여하는 것이라면 이는 법규성을 인정할 수 있는 법질서 추가의 새로운 상황에 해당한다고 할 수 있다.

## (2) 구속적 성격의 행정규칙

국사원은 2002년 12월 마담 뒤비네르 판결을 통해 행정규칙의 법규성 판단기준에 관한 앞서 살핀 *Institution Notre-Dame du Kreisker* 판결에서 등장한 해석적/법규적 판단기준을 대체하는 새로운 입장을 전개하였다. *Mme. Duvignère* 사건의 경우 ‘법률구조에 관한 1997년 3월 26일 시클래흐’의 해석에 관한 판결이다. 사건에서 법률구조에 관한 ‘1991년 7월 10일 법률’은 법률구조 대상자의 선정기준과 관련해 1991년 12월 19일의 국사원의 데크레(*décret*)가 구체적으로 정한 자는 그 수혜제의 대상자로 한다고 규정하고 있다. 그리고 문제의 행정규칙의 경우도 전기한 데크레 규정을 그대로 다시 규정하고 있다. 위의 데크레에 따르면 가족수당보조금 수급자와는 달리 주택보조금 수급자의 경우 그 보조금을 법률구조 수혜자 판단을 위한 소득기준에 산입하도록 규정하고 있었다. 주택보조금 수급대상자인 뒤비네르 부인은 자신이 받고 있는 주택보조금이 법률구조를 받기위한 소득산정 기준에 포함되어 자신이 법률구조 혜택을 받지 못하게 되자 전술한 데크레<sup>28)</sup>와 시클래흐의 폐

27) R. Chapus, *op.cit.*, p.505.

28) 데크레(*décret*)의 법규명령적 성격에 대해서는 의문의 여지가 없다.

지(abrogation)를 법무부장관(Garde des sceaux)에게 신청하였다.

법무부장관의 거부결정에 대해 원고는 월권소송<sup>29)</sup>을 통해 동 거부결정의 취소를 주장하게 되었다. 국사원은 원고의 청구를 인용하였다. 물론 뒤비네르 판결에서도 이전 노트르담 크레스케르 판결에서 밝히고 있는 바와 같이 이전의 결정을 다시 취하는 결정은 어떤 새로운 법효과를 창출하지 않으며, 외부적인 법효과를 가지지 않으며 소송의 대상이 되지 않는다(ne fait pas grief)고 언급하고 있다.

전통적인 판례입장에 따른다면 1997년 제정된 법률구조에 관한 행정규칙(시클래흐)에서 규정된 수혜 대상자의 판단기준인 소득공제에 관한 규정은 이미 유효하게 효력을 발생중인 1991년 법규명령(테크레)에서 규정사항을 그대로 옮겨온 것이어서 어떤 새로운 규정을 둔 것은 아니므로 이를 해석적 행정규칙(circulaire interprétative)으로 보아야 하고, 따라서 월권소송의 대상이 될 수 없다고 해야 한다. 그러나 행정규칙이 실체상(au fond) 새로운 사항을 추가하지 않고 있다고 하더라도 그 조치가 이전에 제정된 상위법규정의 적용을 위해 취해진 것이라면 새로운 상황을 나타내는 것이며 행정규칙은 향후 구속적 성격을 가지게 된다.

Conseil d'Etat는 Mme. Duvignère 판결에서 상위법령규정을 해석하고, 시행을 지시하는 시클래흐상의 규정의 실체적 내용의 변화 없이 다시(상위법령에서 정한) 그 사항을 그대로 규정하고 있더라도(이를 처리하는) 공무원들로서는 더 주의를 요하고 신중할 수밖에 없으며 현실적이고 효율적으로 기능한다면 단지 규정을 반복할 뿐이라도 월권소송의 대상이 된다고 하였다. 엄밀히 말하자면 국사원은 법규정(테크레)의 위법성의 반복에 대해 위법하다고 판단한 것이라 할 수 있다. 사건에서 시클래흐의 위법성에 대한 판단은 무엇보다도 반복된 규정의 위법한 규정보다는 그 행정규칙의 구속적 성격에 있다고 본 점이 특기할 만하다.

---

29) 프랑스 월권소송의 경우 국사원이 상고심 판단을 하는 것이 일반적이거나 법규명령인 테크레에 관한 월권소송은 제1심 최종심으로 판단하게 된다.

요약해본다면 국사원은 주택보조금을 법률구조 수혜대상 판단을 위한 (신청인의) 소득에 포함하고 있는 1991년 12월 19일의 법규명령인 국사원 데크레와 1997년 3월 26일 행정규칙(시클레흐)의 폐지요구에 대한 법무부장관의 거부결정을 취소하였다. 왜냐하면 동 시클레흐는 (법규명령인) 데크레의 규율내용을 반복하고 있고 일반적 성격의 구속적 규정 (disposition impératif à caractère général)으로서 (데크레의) 위법한 내용을 (반복을 통해) 규정하고 있기 때문이다.

### Ⅲ. 교육과 관련한 행정처분 기준의 예

우리의 현행 행정소송 법제<sup>30)</sup>아래에서 처분기준을 다투는 소송은 ‘구체적 사건성’ 이나 주장하는 자의 구체적이고 직접적인 ‘법률상 이익’의 요건을 채우기에는 어려움이 많다고 할 수 있다. 이하에서 발표자가 검토하는 몇 가지 예의 경우에서도 법원의 사법심사에서 직접 다루어지지 않은 지극히 발표자의 개인적 판단에 의한 것도 있고, 교육과 관련성을 가진 전형적인 불이익 처분이자 재량처분인 학생에 대한 학교장의 징계처분의 기준의 경우 각 학교의 학칙에 대한 구체적 접근이 어려운 상황에서 추상적 논의로 흐를 우려가 없지 않으나 프랑스에서의 학생징계에 관한 문서와 우리의 예를 비교함으로써 일정한 행정처분의 기준의 표지를 검토해보기로 한다.

---

30) 대법원의 행정소송법(개정)안에서는 항고소송의 대상을 “처분 등”으로 하되, “처분 등”은 “처분 및 명령 등 또는 그 거부와 행정심판에 대한 재결”이라고 함으로써 “명령 등”에 해당하는 “국가기관의 명령·규칙 및 지방자치단체의 조례·규칙”에 대한 취소소송이 가능하다. 다만 프랑스의 예와 비교하면서 본다고 해도 현재 인정되지 않는 실질적인 의미의 행정규칙(행정명령)에 대한 취소소송을 인정하기는 어려우며 프랑스 월권소송에서 우리의 행정규칙에 해당하는 시클레흐(*circulaire*)의 취소(폐지)를 구하는 소송은 결국 문서형식이 비록 시클레흐(*circulaire*)라고 하더라도 실질적으로 명령적(구속적)이어야 하므로(다시 말해 “*faisant grief*”가 되는 (집행)결정(*décision exécutoire*)으로 평가되는) 현재의 행정규칙의 법규성에 관한 논의의 결론이 달라지는 것은 아니라고 본다.

## 1. 수익적 성격의 급부처분의 선정기준에 관련된 경우

정부(여성가족부)는 2007년 시행사업에서 영유아보육 지원의 폭을 넓히고 있다. 여성가족부장관은 보육시설을 이용하고 있거나, 향후 이용하고자 하는 아동이 있는 가구에 대한 소득·재산을 파악하여 2007년도 만5세아 무상 보육료, 저소득층 보육료 지원대상자 등의 선정을 위한 지침을 정하고 있다. 2007년 1월에 나온 여성가족부 보육정책국의 ‘2007 보육사업안내’에서 매우 상세한 일종의 처분‘기준’을 정하고 있다.

### ● 영유아보육법 제34조 (비용의 부담)

①국가 또는 지방자치단체는 국민기초생활보장법에 의한 수급자와 여성가족부령이 정하는 일정소득 이하 가구의 자녀 등의 보육에 필요한 비용의 전부 또는 일부를 부담하여야 한다.

②제1항의 규정에 의한 보육에 필요한 비용은 가구의 소득수준·거주지역 등을 고려하여 차등 지원할 수 있다.

### 제36조 (비용의 보조 등)

①국가 또는 지방자치단체는 대통령령이 정하는 바에 의하여 제10조의 규정에 의한 보육시설의 설치, 보육교사의 인건비, 초과보육 운영경비 등 운영에 소요되는 경비 또는 보육정보센터의 설치·운영, 보육시설종사자의 복지증진, 취약보육의 실시등 보육사업에 소요되는 비용의 전부 또는 일부를 보조한다.

### ● 영유아보육법 시행규칙 제35조 (보육료 지원대상)

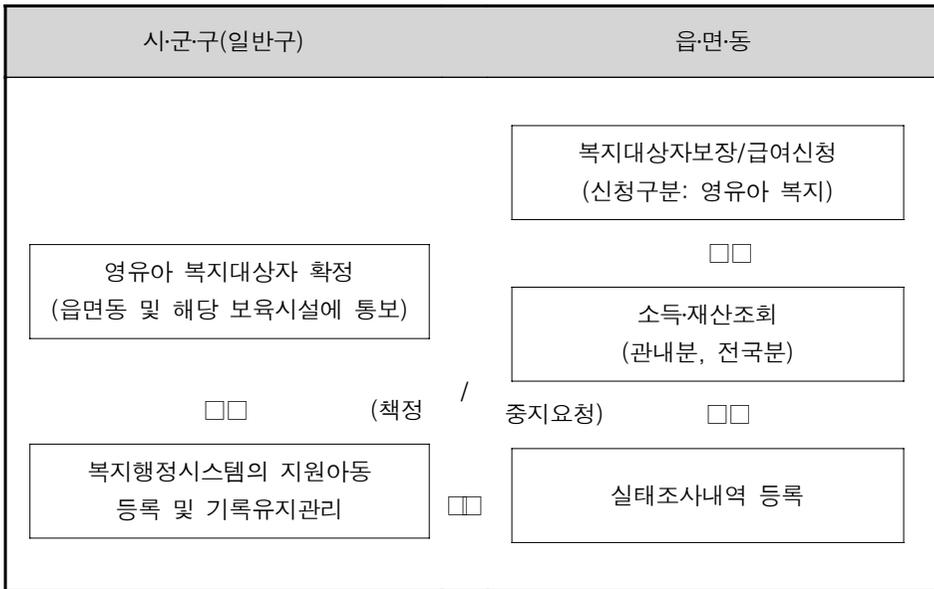
법 제34조 제1항의 규정에 의하여 국가 또는 지방자치단체가 보육에 필요한 비용을 부담하여야 하는 가정의 소득수준 및 보조범위는 재산 등을 고려하여 여성가족부장관이 매년 정한다.

위의 지침<sup>31)</sup>에 의하면 보육료 지원이 필요한 아동의 보호자 또는 그 친족 기타 보호자 등 이해관계인이 신청서(별첨 ‘복지대상자 보장/

31) 보건복지부 홈페이지 참조(<https://www.mogef.go.kr/dev/dept/deptcode=8&action=simple&idx=24>)

급여 신청서' [서식 1호] )를 읍·면·동사무소에 제출하는 데, 조사 기관(읍·면·동사무소)은 민원창구에 신청서식을 비치하여야 하고 시장·군수·구청장 및 읍·면·동장은 자체 홍보계획을 수립하여 반상회, 읍·면·동 게시판 공고, 지역신문 등을 적극 활용 홍보해야 한다.

선정절차(업무 흐름도)



그런데 일선 행정기관에 비치된 서식에서 나타난 소득기준에 비해 실제로 지침에서 정하는 소득산정기준은 매우 정교하고 복잡하게 되어있고, 위의 보육료지급의 경우 재량적 성격보다는 행정청을 구속하는 기속적 성격의 처분이어서 재량준칙적 성격을 가진 처분기준이라고 보기는 어렵다고 본다.

한편 전기한 프랑스 국사원의 Notre-Dame du Kreisker 판결<sup>32)</sup>은 사립 학교에 대한 지방자치단체의 보조금지급과 관련해 교육부장관이 제정한 행정규칙(circulaire)의 법적 평가에 관한 것이다. 문제의 규칙은 사립학

32) C.E. Ass. 29 janvier 1954, Rec.p.64.

교의 보조금신청과 심사기준에 관련된 것으로 근거 법률(1850년 3월 15일 제정된 일명 Falloux법)에서는 교육부장관이 이에 관해 별도의 지침 명부(liste des propre renseignement)를 제정할 권한이 있다고 규정하였다.

그런데 위의 행정규칙에 의하면 ①보조금신청서류는 당해 사립학교의 신청의 타당성을 판단하기에 충분한 정도의 자료를 구비하여야 하고 ②교육(행정)행정청장(Recteur)은 전기한 제출자료가 불충분 한 경우 이를 거부하여 하며 ③보조금을 신청한 학교장(directeur)은 보조금이 교부될 경우 행정당국의 교육·재정운영에 관한 행정 및 교육상의 감독을 받을 것을 약속하고 ④지방자치단체(의회)의(conseils municipaux)의 결정에 앞서 고등교육위원회의 자문을 거쳐야 한다고 규정하고 있었다.

아마도 프랑스 국사원은 동 규정은 해석적 성격의 본래의 행정규칙(circulaire)이라기보다는 (정부가) 보조금 신청과 관련해 상대방에게 새로운 규정(règle)을 정한 것에 해당하며 국민에 대해 새로운 절차 또는 의무를 법률상 근거 없이 부과하는 것으로 명령적(법규적?) 성격을 가진다고 판단한 것으로 평가된다. 실제로 1954년에 나온 동 판결은 월권소송의 대상이 문제가 된 circulaire의 성격이 법규적(a caractère réglementaire)인가 또는 단순히 해석적인가(다시 말해 월권소송의 대상이 되는 “faisant grief” 하지 못한)에 관해 일정한 기준을 제시하였다는 점에서 기술한 Mme. Duvignaire판결(2002년)이전까지는 중요한 의미를 가지고 있었다.

## 2. 교육기관의 입학기준에 관련된 경우

행정을 공공서비스와 관련시켜 검토한다면 헌법상의 평등원칙은 공공서비스의 이용과 접근에 있어서도 당연히 요청된다고 할 수 있다. 특히 대학원과 같은 고등교육기관의 입학모집요강에서 선발기준에 관한 학력에 의한 차별적 취급이 없어야 함은 당연하다. 이와 관련해 국

립대학교인 경상대학교 의학전문대학원 입학모집요강<sup>33)</sup>의 경우 지원자격에 대한 기준을 인터넷 홈페이지에 게시하고 있다. 2007학년도 경상대학교 의학전문대학원 모집요강에 의하면 석사학위과정 지원자는 “국내·외 4년제 정규 대학 학사학위 취득(예정)자, 또는 관련 법령에 의하여 이와 동등 이상의 학력을 갖추었다고 인정되는 자”라야 한다.

그런데 ‘학사학위 취득예정자’의 범위에 “독학에의한학위취득에관한법률”(1990. 4. 7.제정, 2004. 1. 20개정, 이하 일반 맞춤법에 따라 표기)에 의한 독학사시험 응시자가 포함되는가 하는 점이 문제가 될 수 있다. 실제로 2006년에 실시했던 입시의 1단계 합격자 발표에 앞선 자체감사(2006. 11. 8.)에서 합격처리 한 것이 잘못된 것이라고 지적되어 불합격 통보를 받은 이 모군(88년생)의 경우 독학사자격을 취득한 경우가 아니라 독학사시험 응시자 상태에서 지원서류(독학사시험 응시(지원)사실 확인서)를 제출하였다. 경상대학교측에서 이 모군을 독학에 의한 학위취득에 관한 법률 시행규칙 제10조<sup>34)</sup>에 규정된 독학사 자격취득 예정자가 아니라고 판단한 것은 독학사 시험은 4차에 걸쳐 시험이 진행되는데, 4차 시험 일정(11. 2.)은 응시원서시간 (10. 16.-10. 20.)보다 늦고 그 합격자 발표도 12. 14.에 있어서 의학대학원의 입시일정에 비추어 볼 때 이 모군을 학사학위취득예정자로 인정할 수 없다고 보았기 때문이다. 실제로 의학대학원의 입시행정상 ‘부록2’에서 보는 것처럼 1차 합격자는 최종합격자의 150%를 뽑게 되어 있어서 이 모군과 다른 유형의 김 모씨(대학졸업예정 증명서가 아닌 졸업 예정확인서만 제출한 경우)를 합격처리 한다면 150%를 넘어 뽑는 것이고 입학전형위원회에서 이들에게 응시 기회를 부여할 경우 또 다른 경쟁자들의 의혹이나 항의가 있을 수 있었다. 한편 경상대학교에 대

33) 후기하는 부록1. 부분을 참조바람.

34) 한국방송통신대학교 “총장은 학위취득종합시험을 실시한 때에는 그 합격자에 대한 학위수여(예정)자 명부를 작성·관리하여야 한다”고 규정하고 있다.

해 이의신청을 제기한 이 모군의 부모는 이를 국가인권위원회에 ‘학력을 이유로 한 교육시설의 이용차별’로 진정하였고, 인권위원회는 사건(06-진차-0000721)에 대해 경상대학교의 “독학사 종합시험 응시확인서를 학위 취득 예정증명서로 인정하지 아니하고 피해자에게 대학원 서류 전형 응시자격을 부여하지 아니한 것은 불합리한 차별행위가 아니므로” 이를 기각한다고 결정하였다.<sup>35)</sup>

대한민국의 현실에서 ‘의학전문대학원’의 입학의 가·부는 당사자 개인에게는 장차 ‘의사’라는 직업을 가지고 경제적 여유와 사회적 신분의 평가를 누릴 수 있는 갈림길에 놓여있을 뿐 아니라 특별한 사유가 없는 한 ‘의학전문대학원’에 입학한 다음에는 대부분 ‘의사’가 되는 가능성이 보장된다고 할 수 있으므로 이와 유사한 예는 충분히 재연될 가능성이 높다고 본다. 다만 국립대학인 경상대학교가 이 모군에 대한 의학전문대학원의 응시자격 부여 거부처분을 한 것은 “모집요강에 명시되지 않은 기타 사항은 경상대학교 학사관련 제반규정과 본 대학원 입시전형위원회의 결정에 따른다”는 입학전형공고의 내용에서 명기된 일종의 “처분기준”으로부터 벗어난 것은 아니라고 본다. 그리고 재량처분의 공정성과 투명성의 요청에도 불구하고 규정에서 재량을 인정한 취지에 대한 의미도 평가되어야 하므로 위의 사례와 같이 세부적이고 구체적인 상황을 문서형식으로 사전에 규정화할 필요성은 없다고 본다. 그러나 이러한 생각에 대해서 전기한 사안처럼 이해당사자의 국가인권위원회의 진정과 (혹시 예상될 수 있는) 그 결정에 대한 사법심사에서 법원이 전통적으로 취해온 대학측의 재량권 행사에 대한 실체적인 위법성 판단이 이루어진다면 결국에는 “처분기준” 설정을 통한 행정작용에 대한 절차적 통제 목소리는 그만큼 줄어들 여지가 있다고 지적할 수 있다고 본다.

---

35) 국가인권위원회, 2007. 2. 28. 사건번호 06-진차-0000721.

### 3. 교육기관장의 학생에 대한 징계처분에 관련된 경우

#### (1) 우리의 학생징계처분의 경우

일반적으로 교육기관의 학생의 체벌이나 징계가 어떻게 구별되는지 혹은 그에 관한 절차나 근거규정을 당사자나 징계권자가 인식하고 구별하기는 어렵다.

우리 대법원은 교사의 학생체벌의 법적 성격에 대해 초기에는 이를 학생징계의 성격으로 파악하다가<sup>36)</sup> 교육법이 교육기본법, 초·중등교육법, 그리고 고등교육법으로 분리되고 초·중등교육법시행령 제31조 제7항에서 체벌을 학생지도로 규정한 뒤에는 이를 학생지도로 파악하고 있다. 헌법재판소도 학생체벌을 학생교육으로 파악하다가<sup>37)</sup> 대법원 판결을 토대로 최근에는 이를 학생징계<sup>38)</sup>로 파악한다.<sup>39)</sup> 현재 학생징계처분에 관한 근거 법령은 초·중등교육법 제18조 제1항과 동법시행령 제31조 제1항을 들 수 있다. 초·중등교육법 제18조는 학생의 징계나 지도가 학교장의 재량처분임을 밝히고 있고, 학생징계처분의 기준과 관련해 초·중등교육법 시행령 제31조에서 징계의 종류(제1항)·단계적적용(제2항)·특별교육이수에 필요한 시설과 퇴학처분의 경우의 직업교육을 포함한 교육기회의 보장(제3항 내지 제6항)을 규정하고, 학생지도의 경우 신체체벌의 보충성(제7항)을 규정한다고 보인다. 그렇지만 위의 시행령이 과연 징계처분의 구체적인 기준으로 볼 수 있는가에 대해 쉽게 그렇다고 인정하기에는 어려움이 있다고 본다.

36) 대법원 1979. 9. 11. 선고 79다522 판결

37) 헌법재판소 1992. 12. 24. 선고 92헌마206 결정

38) 헌법재판소 2000. 1. 27 선고 99헌마481 결정; 헌법재판소 2006. 7. 27. 선고 2005헌마1189결정.

39) 손희권, 현행 초·중·고등학생 징계제도의 헌법적합성 검토, 한국교육 제33권 제4호, 2006, p.202.

제 2주제 프랑스의 교육행정법령상 행정처분기준의 이론과 실제

● 초·중등교육법 제18조 (학생의 징계)

①학교의 장은 교육상 필요한 때에는 법령 및 학칙이 정하는 바에 의하여 **학생을 징계하거나 기타의 방법으로 지도할 수 있다.** 다만, 의무교육과정에 있는 학생을 퇴학시킬 수 없다.

②학교의 장은 학생을 징계하고자 하는 경우 해당 학생 또는 학부모에게 의견진술의 기회를 부여하는 등 적절한 절차를 거쳐야 한다.

● 초·중등교육법 시행령 제31조 (학생의 징계 등)

①법 제18조제1항 본문의 규정에 의하여 학교의 장은 교육상 필요하다고 인정할 때에는 학생에 대하여 다음 각 호의 1의 **징계를 할 수 있다.**

1. 학교 내의 봉사
2. 사회봉사
3. 특별교육이수
4. 퇴학처분

②학교의 장은 제1항의 규정에 의한 징계를 할 때에는 학생의 인격이 존중되는 교육적인 방법으로 하여야 하며, 그 **사유의 경중에 따라 징계의 종류를 단계별로 적용**하여 학생에게 개선의 기회를 주어야 한다.

③교육감은 제1항 제3호의 규정에 의한 특별교육이수의 징계를 받은 학생을 교육하는데 필요한 교육방법을 마련·운영하고, 이에 따른 교원 및 시설·설비의 확보 등 필요한 조치를 하여야 한다.

④제1항 제4호의 규정에 의한 퇴학처분은 의무교육과정에 있는 학생외의 자로서 다음 각 호의 1에 해당하는 자에 한하여 행하여야 한다.

1. 품행이 불량하여 개선의 가망이 없다고 인정된 자
2. 정당한 이유 없이 결석이 잦은 자
3. 기타 학칙에 위반한 자

⑤학교의 장은 퇴학처분을 하기 전에 일정기간동안 **가정학습을 하게 할 수 있다.**

⑥학교의 장은 퇴학처분을 한 때에는 당해 학생 및 보호자와 진로상담을 하여야 하며, 지역사회와 협력하여 다른 학교 또는 직업교육훈련기관 등을 알선하는데 노력하여야 한다.

⑦학교의 장은 법 제18조제1항 본문의 규정에 의한 지도를 하는 때에는 교육상 불가피한 경우를 제외하고는 학생에게 신체적 고통을 가하지 아니하는 훈육·훈계 등의 방법으로 행하여야 한다.

## (2) 프랑스의 경우

교육기관의 내부조치(mesures d'ordre intérieur)와 관련해 1992년 11월 2일의 국사원 케루아(Kherouaa)판결은 이른바 “이슬람 두건”과 관련한 사건으로서 한 중학교의 내부조치 규정에 대해 법원의 심사를 인정하였다. 위의 사례의 경우 몽페흐메이(Montfermeil) 장 조레(Jean Jauré)중학교의 학칙 제13조는 학교 교실 안에서 이슬람두건을 착용하는 것을 금지하고 있었는데 이를 위반한 학생에 대한 징계위원회의 징계조치(exclusion)에 대한 취소소송에 관한 것이다. 종래 프랑스 행정법원은 학교 학칙의 경우 행정기관의 내부조치(mesures d'ordre intérieur)로 인정하였으나, 동 판결에서는 징계를 받은 학생에 대한 침해(“faisant grief”)가 되는 (집행)결정이라고 인정하고 있으며 동 학칙에 따른 종교적 상징의 착용금지조치는 위법(illégal)하다고 판시하고 있다.

위 사건은 프랑스에서 사회적 문제가 된 종교적 중립성(laïcité)<sup>40)</sup>에 관한 것으로 오래되긴 했지만 정치적 상징의 착용을 금지한 고등학교 당국의 학칙(내부조치)은 법원에 대해 월권소송으로 주장할 수 없다는 Lote(1938년 10월 21일)판결과는 달리 내부조치인 경우에도 학교 내의 구성원의 권리와 의무에 관한 규정하고 있는 경우에는 적법성의 통제의 대상이 될 수 있음을 분명히 한 예라 할 수 있다.

프랑스에서 의무교육이자 공교육인 중등교육은 공공서비스의 계속성과 평등성이 강하게 요청되는 영역이라 할 수 있다. 따라서 원칙적으로 교육기관에서의 학생의 퇴출조치는 인정되지 않으며 교칙위반 학생에 대한 벌(punition)과 제재인 징계(sanction disciplinaire)의 경우 비록 학교장의 재량적 조치이긴 하나 일정한 기준 하에서 운용되고 있다. 특히 이와 관련해 제정된 2000년 7월 11일 시클레호<sup>41)</sup>에서 자

40) 이에 관해서는 전훈, 공공서비스활동에서의 중립성원칙, 한국비교공법학회 제41회 학술발표회(2007. 3. 9.) 발표논문집, pp. 75-92.

세히 나타나고 있다. 동 규칙은 전문, 일반원칙(이하의 1. 과 2.), 징계와 벌(이하 3. 내지 7.), 교육적 부분(학생관련서류 · 예방적 조치와 부대조치· 교육적 평가와 징계), 징계기관 부분으로 규정되어 있는데, 2000-2001년 학년도부터 적용되지만 2001년 1월 1일부터 순차적으로 적용되었다.

● 프랑스 2000년 7월 11일 시클래흐에서 나타난 학교에서의 징계규정의 제정에 관한 원칙과 지침

1. 학생에 대한 벌과 학생징계

(1) 학생징계(sanction)

- 경고(Avertissement)
- 견책(Blâme)
- 유기정학(최대 1월· Exclusion temporaire)
- 퇴학(종국적Exclusion définitive)

(2) 학생에 대한 벌(punition)

- 통지(성적)표에 기재(Inscription sur le carnet de correspondance)
- 구두와 서면사과(Excuse orale ou écrit)
- 추가적인 과제물부여(Devoir supplémentaire assorti )
- 수업중 퇴실조치(Exclusion ponctuelle d'un cours)
- 숙제나 과제불이행에 대한 방과후 학교에 남도록 하는 조치(Retenue pour faire un devoir ou exercice non fait)

2. 대심주의(Principe de contradictoire)

2000년 7월 11일 시클래흐 제 2000-105호- Titre I. 1.2

3. 제재의 개별화와 비례성(Individualisation et proportionnalité de la sanction)

2000년 7월 11일 시클래흐 제 2000-105호- Titre I. 1.3 과 1.4

---

41) 이중 학생징계에 관한 5번째 파일(fiche N°5)의 경우 부록2에서 Caen(강) 교육구의 가이드라인에서 도표화된 동 규칙의 내용을 수록하였다.

4. 어떻게 제재조치를 취하는가?

2000년 7월 11일 시쿨레흐 제 2000-105호- Titre I.

5. 징계조치의 사면(Amnestie)과 소멸(삭제· Effacement administratif des sanction disciplinaire)

2000년 7월 11일 시쿨레흐 제 2000-105호- Titre I.

- 퇴학조치를 제외한 징계조치 1년 후 (징계)행정서류의 자동말소(사실기록은 보존함)
- 제재의 사면(사면법의 적용을 받는다)
- 행정소송을 통한 취소

6. 보상(Réparation)

2000년 7월 11일 시쿨레흐 제 2000-105호- Titre I.

7. 퇴출(L'exclusion)

2000년 7월 11일 시쿨레흐 제 2000-105호- Titre I.

- 별로는 수업에서의 배제
- 징계로는 유기정학 내지는 퇴학

## IV. 마지면서 - “교육행정에서의 처분기준”에 관한 프랑스에서의 논의와 의문점

### 1. 교육행정의 처분기준의 의미

우리 행정절차법에 마련된 행정처분기준 제도는 “불필요한 재량권의 제거와 필요한 재량권의 적당한 조절”을 위해서이지만 “행정기관의 재량권의 범위가 지나치게 좁아지는 경우 불충분한 개별화로 인한 문제가 발생할 수 있다”고 할 수 있다.<sup>42)</sup>

한편 교육행정 분야의 경우 교육이 가지고 있는 공공서비스로서의 공공성·전문성·중립성<sup>43)</sup> 및 평등성의 다양한 사회적 요구 내지는

42) K. C. Davis, Discretionary Justice: A preliminary Inquiry, Louisiana State Univ. Press, 1969, p.52, 57; 임재홍, 앞의 논문, p.261의 각주126에서 재인용.

43) 많은 경우에 정치적 중립성에 언급하고 있으나 실제로 말로 내뱉기 조심스러운 부분은 종교적 중립성인 라이시테에 관한 문제가 더 예민하다고 본다. 법원은 학칙

가치를 충족시켜야 하기 때문에 실제로 그 가치를 주장하는 쪽이 누구냐에 따라 현행 행정절차법이 예정하는 수익적/ 제재적 처분기준의 양단적 대별로는 설명이 어렵다고 본다.

일반적으로 행정처분기준에 관한 논의는 제재적(침익적)처분에서 더 의미를 가진다고 생각되지만 수익적 처분의 경우도 (만일 여성가족부 관할 사항이기 때문에 교육행정이 아니라고 한다면 논의가 될 수 있으나) 보육료지원의 경우나 사립학교에 대한 보조금지원이나 대학이나 대학원의 응시지원 자격과 관련한 경우에 구체적으로 문제가 될 수 있다고 본다.

발표문에서 소개한 프랑스의 사례는 대체로 교육시설 내에서의 침익적이라 할 수 있는 징계처분 과정에서 나타난 기준으로 나타나는 행정처분 기준형식을 접근하는 예로 주로 다루었다. 특히 학생의 징계의 경우는 비교적 학생의 기본권의 존중이라는 시각과 학교기관의 조치에 관해 논의가 이루어지며 특히 우리의 항고소송(취소소송)에 해당하는 월권소송의 대상이 되는 일종의 처분(프랑스에는 처분이란 표현이나 개념형식은 없다)기준 형식으로서 내부조치와 시클레흐가 검토되고 있으나 교육행정의 행정기준에 대한 일정한 표준을 제시하기에는 부족함이 많다고 생각한다. 다만 행정법원이 이전과는 달리 학생들의 징계조치가 권리·의무에 관한 것으로서 내부조치임에도 불구하고 월권소송의 대상이 되는 “acte faisant grief”로 평가하고 있다는 점에서는 주목할 필요가 있다고 본다.

## 2. 프랑스 행정법원의 태도<sup>44)</sup>

국사원은 징계조치와 관련한 판결에서 상급반으로의 진급을 거부하는 것(1949년 7월 6일, 앙드라드판결)과 같은 학생의 수학의 장애를 가

을 종교재단이 설립한 학교의 학칙을 종교의 자유의 내용으로 접근하고 있다.

44) 이하에 소개된 행정법원의 판례는 R. Gueguen, Les actes de l'administration et la sécurité juridique -Éléments du domaine de l'éducation et de l'enseignement-, 제8차 행정처분기준 정비방안연구(교육행정분야) 발표문(법제연구원, 2007.6.7.)에서 재인용 하였다.

저오는 결정<sup>45)</sup>이나 초등학교의 산악동계훈련 참여 거부조치<sup>46)</sup>는 예전부터 내부조치의 유형에서 제외되었고 따라서 (월권)소송의 대상이 된다고 보았다. 다만 앞서 설명한 라이시테와 관련한 종교적 상징의 착용에 관한 조치는 동일하지 않다. 널리 알려진 국사원의 케루아(Kherouaa) 판결(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 로트(Lote)판결)을 재검토하게 되었다. 사건에서(1992년 케루아 판결) 내부규정 제 13조의 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.

행정법원이 어떤 기준에서 종교적 상징의 착용의 금지를 인정하고 있는 예는 1995년 아우키리(Aoukili)부부 판결(1995년 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>47)</sup>이 적법하다고 판단하였다.

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

46) C.E., 1<sup>er</sup> avril, Section, Epoux Deleersnyder.

47) 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 퇴학조치가 이루어졌다. 이러한 퇴학조치는 교육청의 소청에서도 정당성이 인정되었다.

마찬가지로 행정법원이 드물게 “학교시설에 들어간다면”<sup>48)</sup>, 스키복을 입고 학교 교실에 오는 여고생에 대한 출입금지조치(1954년 10월 20일, 샤푸(Chapou)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(Attard)판결) 혹은 같은 유치원에서의 여러분 반에서 아동을 분반하는 조치(1994년 9월 30일, 쉬즈르(Sulzer)판결)은 항상 내부조치로 보았다. 국사원은 교내의 체벌은 내부조치이고 단체기합은 기합을 받는 전체 학생들이 세부적으로 인식된다면 내부조치의 범위 안에 해당한다고 보고 있다<sup>49)</sup>.

### 3. 교육행정에서의 처분기준 논의에 관한 의문점

이러한 접근은 매우 행정법 총론적이며 평면적이라는 의문을 제기할 수 있다. 왜냐하면 교육행정 과정에서의 처분기준의 설정과 공포라는 요청은 결국 종래 전통적으로 월권소송의 대상의 대상이 되지 않는 일종의 내부규정에 관한 것이고 대부분의 행정의 내부규정 혹은 내부조치는 주된 수범자인 공무원들의 인식과 판단에 대한 하자를 규명하는 방법으로 접근하였다. 그렇지만 내부규정의 경우라도 실질적으로 그 상대방인 일반국민의 입장에서는 그 내용이 수익적 혹은 침익적 성격을 가지는 경우가 일반적이고 일종의 법규범에 대한 법적 안정성의 요청의 관점에서의 접근이 요망된다고 본다.

프랑스에서 처분기준 형식의 많은 부분을 차지하는 시클래흐(circulaire)의 경우 공포(publication)가 의무적이지 않는 사항의 경우라도 국민의

---

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

49) C.E., 8 mars 2006, Fédération des conseils de parents d'élèves des écoles publiques; R. Gueguen, 전계발표문에서 재인용.

법적 안정성의 보장차원에서 이를 알려줄 요구가 증가하고 있다. 따라서 행정청의 소속 직원의 행위를 지휘하기 위해서 뿐만 아니라 (행정의) 상대방에게 (상대방의) 권리와 의무를 알려주기 위해 당연히 법규제정의 필요성을 가진다. 그런데 새로운 규범의 유형의 발전과 함께 양적인 팽창으로 법적 카테고리가 발전하였고 (프랑스의 경우 내부조치, 지침, 시클래흐, 디렉티브 등 매우 다양하다) 그 법적 평가가 불확실하다. 그리고 다른 한편으로 규범의 대량화의 증가와 함께 양적인 팽창을 통해 “숨어있는, 접근하기 어려운 불균형한 법”<sup>50)</sup>이 발전하면서 “어느 무엇도 법률을 무시하지 못한다(nemo censetur ignorare legem)”는 경구와 모순되는 상황이 발생하게 된다.

많은 규범과 법적안정성의 요구를 고려해볼 적에 이러한 주장이 현제도 받아들여질 수 있는가 하는 의문이 생겨난다. 왜냐하면 만일 공포(게재· publication)가 유효하게 있다고 하더라도(프랑스의 경우 특별히 시클래흐의 경우에만 해당하는 것은 아니다) 이러한 것이 효과적인가하는 점이다. 물론 이러한 의문의 제기는 법적 안정성(sécurité juridique)과 관련을 가지며, 교육과 학예 분야의 기준의 발전과 밀접하게 전개되고 있다고 생각한다.

---

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

## 참 고 문 헌

- 곽동준, 프랑스 교육제도 연구, 한국프랑스학논집 제42집, 한국프랑스학회, 2003.
- 박균성, 프랑스 행정법상의 행정규칙에 관한 고찰, 공법연구 제19집, 한국공법학회, 1991.
- 손희권, 현행 초·중·고등학생 징계제도의 헌법적합성 검토, 한국교육제33권 제4호, 2006.
- 임재홍, 행정절차법상의 처분기준에 관한 연구, 인하대학교 박사학위 청구논문, 1998. 8.
- 전 훈, 행정규칙의 법규성의 이해, 법학논고 제21집, 경북대학교 법학연구소, 2004. 12.
- \_\_\_\_, 국가가 개입하는 공공서비스의 기능과 역할, 법학연구 제14집 제2호, 경상대학교 법학연구소, 2006.12.
- \_\_\_\_, 프랑스의 교육행정분야 행정처분기준, 교육행정분야 행정처분기준의 법적 과제, 한국법제연구원, 2007.4.19.
- \_\_\_\_, 공공서비스 활동에서의 독립성원칙, 공법학연구 제8권 제2호, 한국비교공법학회, 2007.5.
- 한건우, 프랑스 행정관례상 행정규칙의 성질, 행정관례연구(I), 한국행정관례연구회(편), 서울대학교 출판부, 1992.

R. Chapus, Droit administratif général, t.1, 14<sup>e</sup>édition, Montchrestien, Paris, 2000.

J. Morand-Deville, Cour de droit administratif, 9<sup>e</sup> édition, Montchrestien, Paris, 2005.

A. de Laubadère · J.-C. Venezia · Y. Gaudemet, Traité de Droit administratif, T.1, 15<sup>e</sup> édition, LGDJ, Paris, 1999.

● 국내 웹사이트:

<https://www.mogef.go.kr/dev/dept/deptcode=8&action=simple&idx=24>(여성가족부 2007년 업무지침 관련)

● 프랑스 웹사이트:

[http://www.conseil-etat.fr/ce/jurisp/index\\_ju\\_la46.shtml](http://www.conseil-etat.fr/ce/jurisp/index_ju_la46.shtml)

[http://www.conseil-etat.fr/ce/jurisp/index\\_ju\\_aj9209.shtml](http://www.conseil-etat.fr/ce/jurisp/index_ju_aj9209.shtml)

<http://www.ac-caen.fr/doc/fiche5.doc> (캉(Caen)교육행정청의 내부규정-학생징계관련-)

<http://mentor.adc.education.fr> (교육부 중등교육국)

[http://www.ac-nancy-metz.fr/VieScolaire/Textes\\_circ/discipline\\_acc.htm](http://www.ac-nancy-metz.fr/VieScolaire/Textes_circ/discipline_acc.htm)(학교에서의 징계처분에 관한 규정관련)

<http://www.legifrance.gouv.fr/texteconsolide/MCHCX.htm> (지방교육기관에 관한 1985년 테크레)

<http://www.education.gouv.fr/bo/2004/39/MENE0402340C.htm> 및

제 2주제 프랑스의 교육행정법령상 행정처분기준의 이론과 실제

[http://www.vie-lyceenne.education.fr/textes/circ\\_2000\\_105.php](http://www.vie-lyceenne.education.fr/textes/circ_2000_105.php) (중·고등학교  
및 지역교육인정기관의 징계규정 제정에 관해 준수해야 하는  
시클래흐)

[http://www.legifrance.gouv.fr/WAspad/UnDocument?base=JADE&nod=JGXA  
X2006X03X00000021](http://www.legifrance.gouv.fr/WAspad/UnDocument?base=JADE&nod=JGXA<br/>X2006X03X00000021) (교육기관에서의 처벌에 관한 시클래흐  
규정과 최근 아레테).

## 제 3주제

# 독일의 교육행정법령상 행정처분기준의 이론과 실제

문 병 효

[한경대학교 교수]

# 독일의 교육행정분야 행정처분기준

문 병 효  
(한경대학교 교수)

## I. 서론

우리 헌법 제22조는 학문의 자유를 규정하고 있고, 교육과 직접 관련하여서는 헌법 제31조가 교육을 받을 권리를 규정하고, 교육의 자주성, 전문성, 정치적 중립성, 대학의 자율성을 보장하며, 같은 조 제6항은 "학교교육 및 평생교육을 포함한 교육제도와 그 운영, 교육재정 및 교원의 지위에 관한 기본적인 사항은 법률로 정한다"고 함으로써 학교교육에 관한 국가의 권한과 책임을 규정하고 있다.<sup>1)</sup> 교육을 받을 권리는 헌법상의 문화국가, 민주국가, 사회복지국가의 이념을 실현하는 의의와 기능을 가지고 있다.<sup>2)</sup> 따라서 교육과 관련한 입법뿐만 아니라 행정도 이러한 헌법이념을 실현하는 방향으로 행해져야 한다. 본 논문에서 대상으로 다루는 교육행정처분의 기준을 살펴봄에 있어서는 교육문제의 본질과 특성에 대한 고찰을 전제로 해야 할 뿐만 아니라 교육에 관한 헌법의 이념에서 출발함을 전제로 하여야 한다.

처분기준과 관련하여 우리 행정절차법 제20조는 행정청의 행정처분에 대한 절차법적 규율로서 처분기준의 설정·공표제도를 두고 있다. 일본의 행정절차법에서도 제12조에 처분기준의 설정·공표제도를 규

---

1) 헌법재판소 전원재판부 2000. 4. 27. 98헌가16,98헌마429(병합) 학원의설립·운영에관한법률 제22조 제1항 제1호 등 위헌제청, 학원의설립·운영에관한법률 제3조 등 위헌 확인.

2) 교육기본법 제2조도 "교육은 弘益人間의 이념아래 모든 국민으로 하여금 인격을 도야하고 自主的 생활능력과 民主市民으로서 필요한 자질을 갖추게 하여 인간다운 삶을 영위하게 하고 민주국가의 발전과 인류공영의 이상을 실현하는데 이바지하게 함을 목적으로 한다" 고 규정하고 있다.

정하고 있는데 이는 행정청의 자의적인 권한행사를 방지하고 처분 상대방에게는 예측가능성을 부여함으로써 행정의 공정성과 투명성을 확보하기 위한 것이다.<sup>3)</sup>

처분기준은 법률이나 행정입법의 형식 또는 조례 등 자치입법의 형식으로도 가능하다. 처분기준이 행정규칙으로 행해질 수도 있으나 행정규칙과 처분기준은 구별되어야 한다. 즉, 설정·공표의무의 존부, 위법사유의 구성유무에 따라 구별된다.

독일행정절차법에는 이러한 처분기준의 설정·공표제도는 규정되어 있지 않다.

처분기준의 설정 및 공개제도는 일본의 판례들 및 미국의 적정절차법리 및 미국판례법의 경향 등이 이론적 배경을 이루고 있다.<sup>4)</sup> 특히 미국판례법 경향가운데서도 기준의 설정을 통해서 재량을 통제하려는 연방항소법원과 데이비스교수의 입장을 일본행정절차법이 채택하였고 이로부터 우리 행정절차법도 영향을 받았다.<sup>5)</sup>

이하에서는 먼저 우리의 교육행정처분기준의 현황을 대략적으로 살펴보고 독일의 교육행정처분기준에 관해 논의한 후 시사점을 얻을 수 있는지 검토를 거치도록 한다.

## II. 우리 교육행정처분기준의 현황

### 1. 고등교육법의 예

#### (1) 고등교육법

##### 第13條 (學生의 懲戒)

---

3) 김철용, 행정법 I, 2006, 357쪽; 박근성, 행정법론(상), 2006, 468쪽; 김재광 외, 행정처분기준 정비방안 연구(I), 2006, 94쪽.

4) 임재홍, 행정절차법상 처분기준의 민주적 운용방안, 민주법학 제14호, 154쪽 참조.

5) 임재홍, 앞의 글, 154쪽 이하.

①學校의 長은 教育상 필요한 때에는 法令과 學則이 정하는 바에 의하여 學生을 懲戒할 수 있다.

②學校의 長은 學生을 懲戒하고자 하는 경우 해당 學生에게 意見陳述의 기회를 부여하는 등 적절한 節次를 거쳐야 한다.

#### 第60條 (是正 또는 變更命令)

①教育人的資源部長官은 學校가 施設·設備·授業 및 學事 기타 사항에 관하여 教育關係法令 또는 이에 의한 命令이나 學則을 위반한 경우에는 기간을 정하여 學校의 設立·經營者 또는 學校의 長에게 그 是正 또는 변경을 명할 수 있다. <개정 2001.1.29>

②教育人的資源部長官은 第1項의 規定에 의한 是正 또는 變更命令을 받은 者가 정당한 사유없이 지정된 기간내에 이를 이행하지 아니한 경우에는 大統領令이 정하는 바에 의하여 그 위반행위를 取消 또는 正지하거나 당해 學校의 學生定員의 감축, 學科의 廢止 또는 學生의 모집정지등의 措置를 할 수 있다. <개정 2001.1.29>

#### 第61條 (休業 및 休校命令)

①教育人的資源部長官은 災害등의 긴급한 사유로 正常授業이 불가능하다고 인정하는 경우에는 學校의 長에게 休業을 명할 수 있다. <개정 2001.1.29>

②第1項의 規定에 의한 命令을 받은 學校의 長은 지체없이 休業을 하여야 한다.

③教育人的資源部長官은 學校의 長이 第1項의 規定에 의한 命令에 불구하고 休業을 하지 아니하거나 특별히 긴급한 사유가 있는 경우에는 休校處分을 할 수 있다. <개정 2001.1.29>

④第1項 및 第2項의 規定에 의하여 休業된 學校는 休業期間중 授業과 學生의 登校가 정지되며, 第3項의 規定에 의하여 休校된 學校는 休校期間중 단순한 管理業務를 제외하고는 學校의 모든 機能이 정지된다.

第62條 (學校등의 閉鎖)

①教育人的資源部長官은 學校가 다음 各號의 1에 해당하여 정상적인 學事運營이 불가능한 경우에는 당해 學校의 學校法人에 대하여 學校의 閉鎖를 명할 수 있다. <개정 2001.1.29>

1. 學校의 長 또는 設立·經營者가 故意 또는 重過失로 이 法 또는 이 法에 의한 命令을 위반한 경우
2. 學校의 長 또는 設立·經營者가 이 法 또는 기타 教育關係法令에 의한 教育人的資源部長官의 命令을 數回에 걸쳐 위반한 경우
3. 休暇期間을 제외하고 계속하여 3月 이상 授業을 하지 아니한 경우

②教育人的資源部長官은 第4條第2項의 規定에 의한 學校設立認可 또는 第24條의 規定에 의한 分校設置認可를 받지 아니하고 學校의 명칭을 사용하거나 學生을 모집하여 施設을 사실상 學校의 形態로 운영하는 者에 대하여 그 施設의 閉鎖를 명할 수 있다. <改正 1999.8.31, 2001.1.29>

(2) 고등교육법 시행령

제72조 (학교의 폐쇄) 학교설립자는 교육인적자원부장관이 법 제62조의 규정에 의하여 학교의 폐쇄를 명한 때에는 당해 명령을 받은 날부터 3월이내에 재학생과 학교기본재산의 처리상황을 기재한 서류와 학적부를 각각 교육인적자원부장관에게 제출하여야 한다. <개정 2001.1.29>

2. 초중등교육법

(1) 초중등교육법

第18條 (學生의 懲戒)

①學校의 長은 教育상 필요한 때에는 法令 및 學則이 정하는 바에 의하여 學生을 懲戒하거나 기타의 방법으로 指導할 수 있다. 다만, 義務教育過程에 있는 學生을 退學시킬 수 없다.

②學校의 長은 學生을 懲戒하고자 하는 경우 해당 學生 또는 學父母에게 意見陳述의 기회를 부여하는 등 적정한 節次를 거쳐야 한다.

### 第63條 (是正 또는 變更命令)

①管轄廳은 學校가 施設·設備·授業·學事 및 기타 사항에 관하여 教育關係法令 또는 이에 의한 命令이나 學則을 위반한 경우에는 學校의 設立·經營者 또는 學校의 長에게 期間을 정하여 그 是正 또는 變경을 명할 수 있다.

②管轄廳은 第1項의 規定에 의한 是正 또는 變更命令을 받은 者가 正當한 사유없이 지정된 기간내에 이를 이행하지 아니한 경우에는 大統領令이 정하는 바에 의하여 그 위반행위를 取消 또는 正지하거나 당해 學校의 學生定員의 감축, 學級·學科의 감축·廢止 또는 學生募集의 정지등의 措置를 할 수 있다.

### 第64條 (休業 및 休校命令)

①管轄廳은 災害등의 긴급한 사유로 正常授業이 불가능하다고 인정하는 경우에는 學校의 長에게 休業을 명할 수 있다.

②第1項의 規定에 의한 命令을 받은 學校의 長은 지체없이 休業을 하여야 한다.

③管轄廳은 學校의 長이 第1項의 規定에 의한 命令에 불구하고 休業을 하지 아니하거나 특별히 긴급한 사유가 있는 경우에는 休校處分을 할 수 있다.

④第1項 및 第2項의 規定에 의하여 休業된 學校는 休業期間중 授業과 學生의 登校가 정지되며, 第3項의 規定에 의하여 休校된 學校는 休校期間중 단순한 管理業務를 제외하고는 學校의 모든 機能이 정지된다.

第65條 (學校등의 閉鎖)

①管轄廳은 學校가 다음 各號의 1에 해당하여 정상적인 學事運營이 불가능한 경우에는 學校의 閉鎖를 명할 수 있다.

1. 學校의 長 또는 設立·經營者가 故意 또는 重過失로 이 法 또는 이 法에 의한 命令을 위반한 경우
2. 學校의 長 또는 設立·經營者가 이 法 또는 기타 教育關係法令에 의한 管轄廳의 命令을 數回에 걸쳐 위반한 경우
3. 休暇期間을 제외하고 계속하여 3月이상 授業을 하지 아니한 경우

②管轄廳은 第4條第2項의 規定에 의한 學校設立認可 또는 第49條의 規定에 의한 分校設置認可를 받지 아니하고 學校의 名칭을 사용하거나 學生을 모집하여 施設을 사실상 學校의 形態로 運營하는 者에 대하여 그가 設置·運營하는 施設의 閉鎖를 명할 수 있다.

(2) 초중등학교법시행령

제106조 (학교의 폐쇄) 학교의 설립·경영자는 관할청이 법 제65조제 1항의 규정에 의하여 학교의 폐쇄를 명한 때에는 당해 명령을 받은 날부터 3월 이내에 재학생과 학교기본재산의 처리상황을 기재한 서류와 학적부를 관할청에 제출하여야 한다.

3. 유아교육법의 예

(1) 유아교육법

제26조 (비용의 부담 등)

①국가 및 지방자치단체는 제24조제1항의 규정에 따른 무상교육 대상이 아닌 유아 중에서 국민기초생활보장법의 규정에 따른 수급권자와 대통령령이 정하는 저소득층 자녀의 유아교육에 필요한 비용

의 전부 또는 일부를 예산의 범위안에서 부담하되, 유아의 보호자에게 지원하는 것을 원칙으로 한다.

②제1항의 규정에 따른 지원방법 등에 관하여 필요한 사항은 교육인적자원부령으로 정한다.

③국가 및 지방자치단체는 대통령령이 정하는 바에 따라 사립유치원의 설립 및 유치원교사의 인건비 등 운영에 소요되는 경비의 전부 또는 일부를 보조한다.

제27조 (종일제 운영 등에 대한 지원) 국가 및 지방자치단체는 종일제를 운영하거나 제12조제3항의 규정에 따라 대통령령이 정하는 수업일수를 초과하여 운영하는 유치원에 대하여는 대통령령이 정하는 바에 따라 운영에 소요되는 경비를 보조할 수 있다.

제28조 (보조금의 반환) 국가 및 지방자치단체는 사립유치원의 장이 다음 각호의 1에 해당하는 때에는 이미 교부한 보조금의 전부 또는 일부의 반환을 명할 수 있다.

1. 유치원의 목적외에 보조금을 사용한 때
2. 거짓 그 밖의 부정한 방법으로 보조금의 교부를 받은 때
3. 제22조의 규정에 따른 교원자격기준을 갖추지 아니한 자를 교원으로 임용한 때

제30조 (시정 또는 변경 명령)

①관할청은 유치원이 시설·설비, 교육과정 운영 및 그 밖의 사항에 관하여 교육관계법령 또는 이에 의한 명령이나 유치원규칙을 위반한 경우에는 원장 또는 그 설립·경영자에게 기간을 정하여 그 시정 또는 변경을 명할 수 있다.

②관할청은 제1항의 규정에 따른 시정 또는 변경 명령을 받은 자가 정당한 사유없이 지정된 기간 이내에 이를 이행하지 아니한 경우에

는 대통령령이 정하는 바에 따라 당해 유치원의 정원의 감축, 학급의 감축 또는 유아모집의 정지 등의 조치를 취할 수 있다.

#### 제31조 (휴업 및 휴원 명령)

- ①관할청은 재해 등의 긴급한 사유로 정상적인 교육이 불가능하다고 인정하는 경우에는 원장에게 휴업을 명할 수 있다.
- ②제1항의 규정에 따른 명령을 받은 원장은 지체없이 휴업을 하여야 한다.
- ③관할청은 원장이 제1항의 규정에 따른 명령에 불구하고 휴업을 하지 아니하거나 특별히 긴급한 사유가 있는 경우에는 휴원처분을 할 수 있다.
- ④제1항 및 제2항의 규정에 따라 휴업된 유치원은 휴업기간중 원아의 등교와 교육이 정지되며, 제3항의 규정에 따라 휴원된 유치원은 휴원기간중 단순한 관리업무를 제외하고는 유치원의 모든 기능이 정지된다.

#### 제32조 (유치원의 폐쇄)

- ①관할청은 유치원이 다음 각호의 1에 해당하여 정상적인 교육과정 운영이 불가능한 경우에는 그 폐쇄를 명할 수 있다.
  1. 원장 또는 설립·경영자가 고의 또는 중과실로 이 법 또는 이 법에 따른 명령을 위반한 경우
  2. 원장 또는 설립·경영자가 이 법 또는 그 밖의 교육관계법령에 따른 관할청의 명령을 3회 이상 위반한 경우
  3. 휴업기간을 제외하고 계속하여 3월 이상 교육과정을 운영하지 아니한 경우
- ②관할청은 제8조제2항의 규정에 따른 유치원 설립인가를 받지 아니하고 유치원의 명칭을 사용한 자에 대하여 그 시설의 폐쇄를 명할 수 있다.

## (2) 유아교육법시행령

제31조 (저소득층 자녀의 범위) 법 제26조제1항에서 "대통령령이 정하는 저소득층 자녀"라 함은 가구유형·소득수준·재산 등을 고려하여 매년 교육인적자원부장관이 기획예산처장관과 협의하여 정하는 기준에 해당하는 자를 말한다.

제32조 (사립유치원에 대한 지원)

①교육인적자원부장관 및 교육감은 법 제26조제3항의 규정에 의하여 다음 각호의 사항에 소요되는 경비의 전부 또는 일부를 예산의 범위안에서 사립유치원에 지원한다.

1. 사립유치원 설립비
  2. 사립유치원 교사의 인건비 및 연수경비
  3. 교재·교구비
  4. 그 밖에 교육인적자원부장관 및 교육감이 필요하다고 인정하는 경비
- ②특별시장·광역시장·도지사 및 시장·군수·자치구의 구청장은 조례가 정하는 바에 따라 제1항 각호의 사항에 소요되는 경비의 전부 또는 일부를 사립유치원에 지원할 수 있다.

제33조 (종일제 운영 등에 대한 지원)

①교육인적자원부장관 및 교육감은 법 제27조의 규정에 의하여 다음 각호의 사항에 소요되는 경비의 전부 또는 일부를 종일제를 운영하거나 제12조의 규정에 의한 수업일수를 초과하여 운영하는 유치원에 대하여 예산의 범위안에서 지원할 수 있다.

1. 교육환경 개선비
2. 인건비

3. 교재·교구비

4. 그 밖에 교육인적자원부장관 및 교육감이 필요하다고 인정하는 경비

②특별시장·광역시장·도지사 및 시장·군수·자치구의 구청장은 조례가 정하는 바에 따라 제1항 각호의 사항에 소요되는 경비의 전부 또는 일부를 중일제를 운영하거나 제12조의 규정에 의한 수업일수를 초과하여 운영하는 유치원에 대하여 지원할 수 있다.

제36조 (유치원의 폐쇄) 유치원의 설립·경영자는 관할청이 법 제32조제1항의 규정에 의하여 유치원의 폐쇄를 명한 때에는 당해 명령을 받은 날부터 3월 이내에 재원생과 유치원기본재산의 처리상황을 기재한 서류와 학적부를 관할청에 제출하여야 한다.

4. 사립학교법의 예

第20條의2 (任員就任의 承認取消)

①任員이 다음 各號의 1에 해당하는 행위를 하였을 때에는 管轄廳은 그 就任承認을 取消할 수 있다. <개정 1990.4.7, 2005.12.29>

- 1. 이 법과 「초·중등교육법」, 「고등교육법」의 규정을 위반하거나 이에 의한 명령을 이행하지 아니한 때
  - 2. 任員間의 紛爭·會計不正 및 顯著한 부당등으로 인하여 당해 학교 운영에 중대한 장애를 야기한 때
  - 3. 學事行政에 관하여 당해 學校의 長의 權限을 侵害하였을 때
  - 4. 제1호 내지 제3호의 규정에 의한 행위를 방조한 때
  - 5. 학교의 장의 위법을 방조한 때
  - 6. 관할청의 학교의 장에 대한 징계요구에 불응한 때
  - 7. 취임승인이 취소된 자가 학교의 운영에 간여하는 것을 방조한 때
- ②第1項의 規定에 의한 就任承認의 取消는 管轄廳이 당해 學校法人

에게 그 事由를 들어 是正을 要求한 날로부터 15日이 경과하여도 이에 응하지 아니한 경우에 限한다. 다만, 시정을 요구하여도 시정할 수 없는 것이 명백하거나 회계부정, 횡령, 뇌물수수 등 비리의 정도가 중대한 경우에는 시정요구 없이 임원취임의 승인을 취소할 수 있으며, 그 세부적 기준은 대통령령으로 정한다. <개정 1981.2.28, 1990.4.7, 2005.12.29>

제20조의3 (임원의 직무집행정지)

①관할청은 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 60일의 범위 안에서 해당임원의 직무를 정지할 수 있으며, 부득이한 사유가 있을 때에는 60일의 범위 안에서 그 기간을 연장할 수 있다.

1. 제20조의2제1항의 규정에 의한 임원취임의 승인취소를 위한 조사 또는 감사가 진행 중일 때
2. 제20조의2제2항의 규정에 의한 시정요구 기간중 해당임원이 계속 직무를 집행할 경우 법인 또는 학교운영상 중대한 손해가 생길 우려가 있다고 인정되는 때

제25조의2 (임시이사의 해임) 관할청은 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에 임시이사의 전부 또는 일부를 해임할 수 있다.

1. 임시이사가 「국가공무원법」 제33조 각 호의 어느 하나에 해당하게 된 때
2. 임시이사가 그 직무를 현저히 태만한 때
3. 제20조의2제1항 각 호의 어느 하나에 해당하는 행위를 한 때

第46條 (收益事業의 停止命令) 管轄廳은 第6條第1項의 規定에 의하여 收益事業을 하는 學校法人에 다음 各號의 1에 해당하는 事由가 있다고 인정할 때에는 당해 學校法人에 대하여 그 事業의 정

지를 命할 수 있다. <개정 1990.4.7>

1. 당해 學校法人이 당해 事業으로부터 생긴 收益을 그가 設置한 私立學校의 經營 이외의 目的에 사용한 때
2. 당해 事業을 계속함이 당해 學校法人이 設置·經營하는 私立學校의 教育에 支障이 있을 때

第47條 (解散命令)

①教育人的資源部長官은 學校法人에 다음 各號의 1에 해당하는 事由가 있다고 인정할 때에는 당해 學校法人에 대하여 解散을 命할 수 있다. <개정 1990.12.27, 2001.1.29>

1. 設立許可條件에 違反한 때
2. 目的의 達成이 불가능한 때

②第1項의 규정에 의한 학교법인의 해산명령은 다른 방법으로는 감독의 목적을 달성할 수 없을 때 또는 管轄廳이 시정 지시한 후 6월이 경과하여도 이에 응하지 아니한 때에 한하여야 한다.<개정 1973.3.10, 1981.2.28, 1990.4.7>

第53條의2 (學校의 長이 아닌 敎員의 任免)

①各級學校의 敎員은 당해 學校法人 또는 私立學校經營者가 任免하되, 다음 各號의 1에 의하여야 한다. <개정 1990.4.7>

1. 學校法人 및 法人인 私立學校經營者가 設置·經營하는 私立學校의 敎員의 任免은 당해 學校의 長의 提請으로 理事會의 議決을 거쳐야 한다.
2. 私人인 私立學校經營者가 設置·經營하는 私立學校의 敎員의 任免은 당해 學校의 長의 提請에 의하여 행하여야 한다.

②大學教育機關의 敎員의 任免權은 당해 學校法人의 定款이 정하는 바에 의하여 학교의 장에게 委任할 수 있다. <개정 1990.4.7, 2005.12.29>

③大學教育機關의 敎員은 定款이 정하는 바에 따라 勤務期間·給與·勤務條件, 業績 및 成果約定등 契約條件을 정하여 任用할 수 있다. 이 경우 勤務期間에 관하여는 國·公立大學의 敎員에게 적용되는 관련規定을 準用한다.<개정 1999.8.31>

④제3항의 規定에 의하여 任用된 敎員의 任면권자는 당해 敎員의 任用기간이 만료되는 때에는 任用기간 만료일 4월전까지 任用기간이 만료된다는 사실과 재임용 심의를 신청할 수 있음을 당해 敎員에게 통지(문서에 의한 통지를 말한다. 이하 이 조에서 같다)하여야 한다. <개정 2005.1.27>

⑤제4항의 規定에 의하여 통지를 받은 敎員이 재임용을 받고자 하는 경우에는 통지를 받은 날부터 15일 이내에 재임용 심의를 任면권자에게 신청하여야 한다. <신설 2005.1.27>

⑥제5항의 規定에 의한 재임용 심의를 신청받은 任면권자는 제53조의3의 規定에 의한 敎員인사위원회의 재임용 심의를 거쳐 당해 敎員에 대한 재임용 여부를 결정하고 그 사실을 任用기간 만료일 2월전까지 당해 敎員에게 통지하여야 한다. 이 경우 당해 敎員을 재임용하지 아니하기로 결정한 때에는 재임용하지 아니하겠다는 의사와 재임용 거부사유를 명시하여 통지하여야 한다. <신설 2005.1.27>

⑦敎員인사위원회가 제6항의 規定에 의하여 당해 敎員에 대한 재임용 여부를 심의함에 있어서는 다음 각호의 사항에 관한 평가 등 객관적인 사유로서 학칙이 정하는 사유에 근거하여야 한다. 이 경우 심의과정에서 15일 이상의 기간을 정하여 당해 敎員에게 지정된 기일에 敎員인사위원회에 출석하여 의견을 진술하거나 서면에 의한 의견제출의 기회를 주어야 한다. <신설 2005.1.27>

1. 학생교육에 관한 사항
2. 학문연구에 관한 사항
3. 학생지도에 관한 사항

⑧재임용이 거부된 교원이 재임용 거부처분에 대하여 불복하고자 하는 경우에는 그 처분이 있음을 안 날부터 30일 이내에 교원지위향상을위한특별법 제7조의 규정에 의한 교원소청심사위원회에 심사를 청구할 수 있다. <신설 2005.1.27>

⑨고등학교 이하 각급학교 교원의 신규채용은 공개전형에 의하도록 하며, 공개전형에 있어서 담당할 직무수행에 필요한 자격요건과 공개전형의 실시에 관하여 필요한 사항은 대통령령으로 정한다. <신설 2005.12.29>

## 5. 검 토

앞에서 보듯이 우리의 고등교육, 초중등교육, 유아교육에서 학교가 교육관계법령 또는 이에 의한 명령이나 학칙을 위반한 경우 그 시정 또는 변경을 명할 수 있고 이를 이행하지 아니한 경우에는 그 위반행위를 취소 또는 정지하거나 당해 학교의 학생정원의 감축, 학과의 폐지 또는 학생의 모집정지등의 조치를 할 수 있다고 규정하고 있다. 또한 고등교육법과 초중등교육법에서는 학생의 징계에 대해서 규정하고 있다. 그러나 학교나 유치원의 폐쇄 등에 대해서는 대통령령으로 정하면서 시정, 변경명령, 휴업, 휴교명령 등에 대해서는 대통령령에 위임했음에도 불구하고 대통령령으로 규정하지 않고 교육인적자원부 장관의 훈령으로 행정제재의 원칙과 절차, 제재의 내용 등을 규정하고 있다.<sup>6)</sup>

그 밖에 유아교육법에서는 국가 및 지방자치단체가 무상교육 대상이 아닌 유아 중에서 국민기초생활보장법의 규정에 따른 수급권자와 대통령령이 정하는 저소득층 자녀의 유아교육에 필요한 비용의 전부 또는 일부를 예산의 범위안에서 부담하도록 규정하고 있고, 종일제

6) 최호열, 실무에서 본 교육행정처분기준 - 훈령상 행정처분기준을 중심으로 -, 법제연구원 2007년 제3차 워크샵, 12쪽 참조.

운영의 경우 일정한 경비를 부담하도록 규정하고 또한 일정한 경우 사립유치원장에 대하여 보조금의 반환을 명할 수 있도록 규정하고 있고 대통령령에서 이를 구체화하고 있다.

교육행정은 고등교육법을 예로 보더라도 학교의 설립, 운영, 학사관리 등 학교행정의 전반적인 사항을 규율하고 있고, 그 기준 또한 다양하고 비유형적이다. 교육인적자원부로서는 개개의 사유에 대응하는 처분기준을 마련하기 보다는 포괄적인 기준을 설정하고 사안에 따라 구체적인 사정을 감안하여 대응하는 것이 훨씬 효율적이라고 판단한 듯하다. 또한 처분기준의 법적 형식에 있어서 행·재정제재의 포괄적인 기준조차도 법률이 예정하고 있는 대통령령이 아닌 훈령의 형식으로 규율하고 있다.<sup>7)</sup> 그러나 전체적으로 볼 때, 교육행정은 일부 전향적으로 변하고 있는 것으로 보인다. 이것은 물론 사회 및 그 구성원의 인식의 발전에 기인한 것이긴 하지만 무엇보다도 헌법재판소의 결정도 한몫하고 있는 듯하다. 최근 헌법재판소 결정들은 교육관계법령의 일정한 변화를 가져오고 있다.<sup>8)</sup>

### Ⅲ. 독일의 교육행정분야 관련 법체계

#### 1. 연방의 고등교육기본법(Hochschulrahmengesetz) 폐지

2006년 9월 1일 자로 효력을 발생하는 독일기본법개정으로 연방의 고등교육기본법(Hochschulrahmengesetz)이 폐지된다. 즉, 연방주의 개혁의 결과 연방의 기본법률(Rahmengesetz)제정권한이 폐지됨으로써 고등교육에 있어서 국가의 세세한 조정에서 벗어나 대학에게 더 많은 자치가 부여된다. 따라서 대학은 스스로 시대의 필요에 따라 스스로의 구조를 맞춰나갈 수 있어야 한다. 향후 연방의 역할은 연구촉진을 통

7) 최호열, 앞의 글, 22쪽.

8) 헌법재판소 2003. 2. 27, 2000헌바26; 2003. 12. 18, 2002헌바14등.

한 학문체질 강화에 중점이 두어진다.<sup>9)</sup>

## 2. 주의 교육행정에 있어서 형성의 여지 확대

연방의 고등교육기본법이 폐지됨에 따라 각 주들은 교육입법에 있어서 더 넓은 형성의 자유를 누리게 되었다. 각 주들은 각자 주고등교육법(LHG)이나 학교법(SchulG) 등을 연방과 독립하여 제정할 수 있으며 그러한 법률의 범위 내에서 명령(Verordnung)이나 행정규칙을 발할 수 있다.

## 3. 학교, 교육영역에서의 본질성이론의 적용

기본법의 법치국가원리 및 민주주의원리는 입법자에게 교육영역에서 본질적인 결정은 입법자 스스로 하도록 하고 교육행정에 넘겨서는 안 되도록 의무를 부과한다는 견해가 최근 관철되고 있다.<sup>10)</sup> 교육분야에서 무엇이 법규범의 규율을 필요로 하고 법규명령제정자에게 떠넘겨서는 안 되며 법률규정은 어느 정도 정확하여야 하는지 하는 문제는 본질성이론(Wesentlichkeitstheorie)에 따라 결정된다. 이와 관련하여 "본질적"이라는 말은 기본권의 실현을 위해 본질적이라는 것을 의미한다. 따라서 학생이나 부모의 기본권이 관련되는 경우에 입법자는 교육, 학교영역에 대하여 직접 규율하여야 한다. 교육내용이나 학습목표, 교과목, 학교의 조직, 학생의 법적 지위, 징계조치 등은 학교영역

---

9) Mit dem Ersten Gesetz zur Umsetzung der Föderalismusreform im Hochschulbereich (EHFRUG) macht Baden-Württemberg von den neuen landesrechtlichen Gesetzgebungskompetenzen in Fortführung der bisherigen Hochschulrechtsreformen in einer ersten Stufe Gebrauch. Daneben werden das Hochschulrecht, das Hochschulzugangs- und das Hochschulzulassungsrecht weiterentwickelt. Der entsprechende Gesetzentwurf wurde vom Ministerrat am 3. April 2007 gebilligt und zur Anhörung freigegeben. Die Anhörungsfrist endet am 18. Mai 2007.

10) Maurer, Allg. Verwaltungsrecht, 16. Aufl., § 6 Rn. 19.

에서 본질적인 문제에 속하게 된다.<sup>11)</sup>

## IV. 독일의 교육행정분야 행정처분의 기준

### 1. 처분기준설정

앞에서 보았듯이 독일행정절차법에 처분기준의 설정·공표제도는 규정되어 있지 않으며, 독일은 절차법적 접근이 아니라 실체법적 접근을 하고 있다는 점에서 미국의 학설과 판례에서 연유하는 처분기준의 설정공표제도를 논의하는 것은 자칫 무의미한 노력이 될 수 있다. 그러나 독일의 경우에도 이미 법령에 처분기준이 설정되어 있거나 행위지도규칙, 즉 규범해석규칙, 재량준칙, 간소화규칙 등에 의해 처분기준이 마련되어 있는 경우에는 처분기준에 대해서 탐구함이 가능할 것이다.

독일의 경우 중요성 내지 기본권실현과의 관련성에 따라 가급적 법률에 중요사항을 규정하고 법규명령에서 보다 구체적인 규정들을 두고 있다. 경우에 따라서는 행정규칙의 형식으로 구체적인 행위지침을 마련하고 있다.

### 2. 법률의 형식

#### (1) 바덴-뷔르템베르크주 고등교육법의 예<sup>12)</sup>

##### 1) 대학입학허가(Zulassung)

대학입학허가와 관련하여 바덴-뷔르템베르크주 고등교육법<sup>13)</sup> 제60조는 허가거부사유를 매우 상세히 규정하고 있다. 즉, 허가가 제한되

11) Maurer, a.a.o., § 6 Rn. 20.

12) Gesetz über die Hochschulen und Berufsakademien in Baden-Württemberg (Landeshochschulgesetz - LHG).

13) Gesetz über die Hochschulen und Berufsakademien in Baden-Württemberg (Landeshochschulgesetz - LHG).

어 있는 학업과정에 입학하려는 경우, 1. 법 제58조 및 제59조에 규정된 요건이 존재하지 않는 경우, 2. 동일한 학업과정에서의 시험에 최종합격하지 못했거나 시험청구권이 더 이상 존재하지 않는 경우, 3. 그 학업과정에 대해 허가받는 수가 확정되어 있고 그 사람이 어떠한 정원내의 자격을 획득하지 못했거나 주어진 자격을 적시에 사용하지 않은 경우, 4. 직업활동을 하는 자가 동시에 다른 학업과정에 입학허가를 받았거나 받으려 하는 경우, 5. 어떤 학업과정을 3학기 또는 그 이상의 학기로 전환하려 하면서 가려고 하는 과정과 관련된 전문적인 조언을 받았다는 문서상의 증거를 제출하지 않는 경우 등에는 허가가 거부되어야 한다(제2항). 또한 다음과 같은 경우에는 위의 허가를 거부할 수 있는 바, 그러한 경우로는 1. 각 학업과정에 필요한 어학지식이 입증되어 있지 않은 경우, 2. 신청을 위해 규정된 절차규정이 준수되지 않은 경우를 들고 있다(제3항). 제2항의 경우 외에도 다음과 같은 경우에는 입학이 거부되어야 하는 바, 1. 박사과정생으로 받아들여지지 않은 경우, 2. 공과금을 납부하지 않은 경우, 3. 군복무 또는 민간역 복무의 소집을 받은 자, 4. 외국인으로서 체류허가장을 받지 않은 경우, 5. 고의에 의한 범죄로 인하여 최소 1년의 자유형을 선고받은 경우, 입학을 거부하도록 규정하고 있다.

## 2) 학생의 제명(Exmatrikulation)

바덴-뷔르템베르크주 고등교육법 제62조에 의하면 학생의 신청 또는 직권에 의한 제명에 의해 학생자격이 소멸됨을 규정하고 있다(제62조 1항).

직권으로 제명되어야 할 사유로서, 1. 졸업시험합격증서가 제출되어 있지만 졸업시험합격 후 1개월이 지난 경우로서 다른 학업과정에 허가를 받았거나 더 나은 점수를 얻기 위해 재시험을 보려고 하거나 재적상태의 계속을 신청하지 않은 경우,

2. 제32조1항5문에 의해 학업과정에 대한 허가가 소멸하였고 다른 학업과정에 대한 허가도 없는 경우,

3. 학업과 관련된 공과금을 지불기간 경과 후 경고 및 제명경고에도 불구하고 납부하지 않은 경우(제62조 2항).

직권으로 제명될 수 있는 사유로는, 1. 제60조 5항 및 6항에 의하여 사후에 재적장애사유가 발생한 때, 2. 20학기가 경과할 때까지 합리적인 근거없이 졸업시험을 지르지 않은 경우, 3. 학교내에서 고의에 의한 성적 추행으로 인하여 타인의 존엄을 해친 경우(제62조 3항).

### 3) 비국가 교육기관에 대한 국가승인의 취소, 철회, 소멸

바덴-뷔르템베르크주 고등교육법 제71조에 의하면 비국가 교육기관에 대한 국가의 승인(staatliche Anerkennung)은 다음과 같은 경우에는 소멸한다(Erlöschen).

- 승인결정의 고지후 1년 이내에 대학운영을 하지 않은 경우,
- 교육부장관의 동의 없이 1년 이상 대학운영을 하지 않는 경우,
- 대학운영이 종국적으로 중단된 경우(제1항).

또한 국가 승인은 승인의 요건이 탈락하거나 보정을 요구했음에도 불구하고 승인요건을 보정하지 않은 경우 철회되어야 한다(Widerruf, 제2항 1문). 국가승인은 승인시점에서 승인요건이 존재하지 않았거나 보정을 요구했음에도 불구하고 승인요건을 보정하지 않은 경우 취소되어야 한다(Rücknahme, 제2항 2문).

## (2) 바이에른 주고등교육법(Hochschulgesetz)<sup>14</sup>의 예

### 1) 등록금 및 수수료(Gebuehren)

대학은 학생들로부터 등록금(Studienbeitraege)을 징수할 수 있다. 등록금은 학업조건의 개선에 쓰여진다. 대학교(Uni.)와 예술대학의 경우

14) Bayerisches Hochschulgesetz. in der Fassung vom 23.5.2006.

등록금은 매학기 최저 300Euro에서 최고 500Euro이다; 전문대학(Fachhochschule)의 경우 매학기 최저 100Euro, 최고 500Euro이다. ... 대학은 개별학업과정에 대하여 등록금을 상이하게 확정할 수 있다. ..(제71조 제1항)

제1항에 의한 수입의 사용에 관하여 결정함에 있어 학생들은 적합한 방식으로 참여하여야 한다. 수입액과 그 사용에 관하여 대학은 매년 별도로 계상하여야 한다(제2항).

바이에른주는 등록금의 징수를 제5항과 7항의 기준에 따라 행한다(제4항).

제71조 제5항에 의하면, 먼저 등록금납부의무가 면제되는 경우로서: 전학기 휴학인 학기, 학업목표달성을 위해 필요한 직업 또는 직업교육 관련 활동만을 하거나 또는 지배적으로 그러한 활동을 하는 학기, 의사실무수습학기, 박사학위과정을 목적으로 등록한 경우 6학기까지, 제43조 8항을 이유로 등록한 학기.

신청에 의하여 등록금납부가 면제되는 경우로서: 각 학기초에 10세가 되지 않은 아이를 키우거나 장애인 아이를 키우는 학생, 민법에 따라 셋 또는 네명의 아이에 대한 부양의무 EU회원국의 하나에서 자녀보조금(Kindergeld) 또는 유사의 보조금을 받는 학생, 국가간 협정이나 국제법상 협정의 범위내에서 또는 대학협정의 범위내에서 공과금납부면제가 보장된 외국인 학생이 등록한 경우, 등록금의 징수가 개별적인 경우의 특별한 사정을 근거로 제7항의 규정을 고려하더라도 그에 대해 수인불가능한 불이익인 학생.

대학은 특별한 성과를 가진 데 대해 학생의 10퍼센트까지 등록금납부의무로부터 전부 또는 일부 면제될 수 있음을 규정할 수 있다(제71조 5항).

더 자세한 것은, 특히 등록금의 액수 및 징수, 사용 등에 대해서는 대학이 정관(Satzung)으로 정한다(제6항).

동법 제71조 8항과 9항은 또한 대학이 일정한 경우 수수료(Gebuehren) 등을 징수할 수 있음을 규정하고 있다.

### 2) 주에 의한 학교의 승인 및 그 소멸, 취소, 철회

바이에른주 고등교육법도 바텐뷔르템베르크 주고등교육법과 거의 유사하게 주에 의한 학교의 승인 및 그 소멸, 취소, 철회를 규정하고 있다(제76조, 제78조).

### 3) 학교시설운영금지(Untersagung) 및 질서위반

바이에른 주고등교육법(Hochschulgesetz) 제87조에 의하면, 대학이 동법 제76조에 의한 주의 승인없이 또는 제86조에 의한 확정 또는 허가 없이 대학학업과정을 실시하거나 대학시험을 치르거나 학위를 수여하는 경우 주교육부는 학교시설운영을 금지할 수 있다. 또한 어떤 학교 시설이 정당한 권한없이 대학교(Universitaet)나 대학(Hochschule), 전문대학(Fachhochschule), 예술대학, 종합대학, 기타 혼동될 수 있는 표시를 쓴 경우 주교육부에 의해 표시의 사용이 중단될 수 있다. 주의 승인을 받지 않거나 허가를 받지 않은 교육기관이 수여한 학위의 사용은 금지된다(제2항).

다음의 자는 100,000Euro까지의 벌금이 부과될 수 있다(제2항):

- 권한없이 대학교 또는 대학, 기타 혼동될 수 있는 명칭을 행사하는 자,
- 법 제2조 1항의 과제를 수행하는 교육기관을 제76조에 의한 주의 승인 없이 설치하거나 운영하는 자
- 제76조에 의한 주의 승인없이 또는 제86조에 의한 확정 또는 허가 없이 대학학업과정을 실시하거나 대학시험을 치르거나 학위 또는 학위와 혼동되도록 하기 위한 학위 유사를 수여하는 자.

권한없이 제79조 1항 5문 내지 7문의 직업표시를 행사한 자는 5,000Euro까지의 벌금이 부과될 수 있다(제3항).

### (3) 니더작센주 고등교육법의 예

#### 1) 대학의 승인과 그 소멸 및 철회

니더작센주 고등교육법<sup>15)</sup>도 앞의 바덴-뷔르템베르크주와 같이 대학의 승인과 승인 소멸 및 철회를 규정하고 있다. 다만 동법 제65조 3항에는 국가의 승인없이 대학시설이 운영되거나 승인요건을 충족하지 않은 경우 주교육부는 시설운영을 금지할 수 있도록 규정되어 있고 또한 법 제64조 1항 3문과 4문에 의해 요구되는 허가 없이 제공된 학업과정을 주교육부는 폐쇄할 수 있도록 규정되어있다(제65조 제3항).

#### 2) 질서위반(Ordnungswidrigkeit)

고의 또는 과실로 다음의 행위를 하는 자는 질서위반하여 행위하는 것이다(제71조 1항):

- 외국의 학위나 제목(Titel), 대학활동표시를 금전을 댓가로 매개하는 자,
- 대학(Hochschule)으로서의 주의 승인없이 비국가적인 교육기관을 대학교, 대학, 전문대학, 또는 상응하는 외국어표시로 운영하는 자, 대학의 학위, 유사한 표시 또는 혼동을 위해 대학학위에 유사한 표시를 수여하는 자,
- 제64조 2항에 따라 적시에 신고하지 않고 대학의 소재지이전 또는 이전된 소재지의 학업제공을 확장하는 자 등.

질서위반에 대해서는 250,000Euro까지의 벌금(Bußgeld)에 처해질 수 있다(제2항).

---

15) In der Fassung der Bekanntmachung vom 26. Februar 2007 (Nds. GVBl. S. 69 - VORIS 22210 -).

### 3. 법규명령의 형식

#### (1) 지원학생을 위한 자리배정(Studienplätze)에 관한 령16)

바덴뷔르템베르크주의 령에 의하면 대학에 지원하는 학생에 대한 인원을 배정하는 중앙부서(중앙국, Zentralstelle)가 중앙의 인원배정절차의 대상이 되는 학업과정의 제1학기 인원을 배정한다(제1조). 대학 지원학생을 위한 자리는 독일인, 외국국적을 가진 자, 무국적자에게 배정된다(제2조).

입학허가는 일정한 신청을 통해 행해지는데, 명령 제3조에 신청의 기간 및 형식, 절차종료 등이 규정되어 있다. 인원배정할당, 배정절차종료, 대학의 선발절차 등은 제6조 이하에 규정되어 있다. 중앙국은 학생의 입학허가 신청에 대하여 배정거부(Ablehnungsbescheid) 또는 배정허가(Zulassungsbescheid) 결정을 내린다. 학생자리의 배정으로 배정절차는 종료되고 대학의 선발절차가 개시된다.

중앙국은 각 대학에 여름학기에는 2월 10일까지, 겨울학기에는 8월 10일까지 어떤 지원자가 대학의 선발절차에 참여하는지 알려준다(제10조 3항).

대학의 선발은 지원자의 적성의 등급(Grad) 및 학과에 대한 지원동기, 얻고자 하는 직업에 따라 결정된다. 대학은 다음의 선발 기준 가운데 최소한 2가지를 기초로 한다(제10조 4항): 대학입학지원자들의 평균성적, 대입지원자의 핵심과목(독일어, 수학, 외국어)의 개별성적, 대입지원자의 두드러지는 과목과 소질있는 과목 기타 과목에서 개별 성적, 입학허가신청을 한 학업과정에 대한 적성에 대하여 특별한 해명을 하는 과목 또는 특별한 학업성과가 있는 과목의 개별 성적, 직

---

16) Verordnung des Wissenschaftsministeriums über die zentrale Vergabe von Studienplätzen (Vergabeverordnung ZVS) vom 23. April 2006.

업교육 및 직업활동의 종류, 특별한 기초지식이나 실습활동, 학업의 성과 및 자질, 전공학습능력테스트의 결과, 선택한 전공에 대한 동기 및 적성과 얻고자 하는 직업에 관한 선발시의 구술결과.

(2) 교재, 학습도구의 선정

교재, 학습도구의 선정과 관련하여 라인란트팔츠 주의 문화부장관령17)에 의하면 학습교재는 다음과 같은 액수가 적용되도록 하고 있다. 즉,

학년	종합학교(Haupt-)	실업계(Realschule) 또는 인문계학교(Gynasium)
5	165,-DM	165,-DM
6	65,-DM	65,-DM
7	150,-DM	185,-DM
8	80,-DM	105,-DM
9	100,-DM	175,-DM
10	130,-DM	70,-DM

메클렌부르크-포퐁머른주의 수업 및 학습교재조달에 있어서 교육권자의 비용부담에 관한 령18)에 의하면 교육권자가 메클렌부르크-포퐁머른주의 교육법(Schulgesetz) 제54조 2항 3문에 명시된 학습대상 및 자료의 조달에 있어서 최고액은 매 학생당 60 DM으로 확정된다고 규정하고 있다(1 (1) Verordnung).<sup>19)</sup>

17) Erste Landesverordnung zur Änderung der Landesverordnung über die Lernmittelfreiheit vom 9. Mai 1981.

18) Verordnung der Kostenbeiträge der Erziehungsberechtigten bei der Beschaffung von Unterrichtsmitteln und Lernmitteln - Grenzbetragsverordnung -.

19) 우리의 경우 교육교재인정규정 및 시행규칙은 1981년도에 폐지됨.

## 4. 행정규칙 형식

### (1) 일반학교의 IT장비 지원을 위한 지침<sup>20)</sup>

일반학교의 IT장비 지원을 위한 지침은 각 학교에 대한 IT장비를 지원하는 목적, 지원대상, 지원요건, 지원의 유형과 범위, 액수, 절차를 상세히 규정하고 있다.

지원대상에 관해서는 수업을 위해 필요한 컴퓨터 하드웨어와 소프트웨어 등 장비로서

- 전공과목수업에서 이용하기 위한 교실의 컴퓨터
- 미디어교육을 위한 공간시설
- 컴퓨터실
- 컴퓨터테크닉의 상호연결망구축
- 김나지움 상급반이나 아비투어시험에의 CAS시스템(Computer Algebra Systemen)
- 학습용소프트웨어 등이 해당된다(2.1 Richtlinie).

지원의 유형과 범위, 액수에 관해서는

목적, 금전적 지원의 유형으로(5.1 Richtlinie),

학교지원을 위한 산정의 기초는

- a) -각 학교에 대하여 3800 EUR 까지의 IT기술
  - 추가로 학교의 각 학급당 1300 EUR
  - 추가로 초등학교를 제외한 일반학교에 대하여 최대 25000EUR
- b) - 추가로 각 학교의 기존 PC의 연결망을 구축하기위한 하드웨어 지원 최대 5000EUR

---

20) Richtlinie über die Förderung der IT-Medienausstattung der allgemein bildenden Schulen, Verwaltungsvorschrift des Ministeriums für Bildung, Wissenschaft und Kultur vom 5. Oktober 2004 - 280D-3211-05/463 -.

- c) - 학습용 소프트웨어 장비를 위하여 1회의 금전지원  
초등학교에 대해서는 1000EUR까지  
지진아를 위한 특수학교에 대해서는 1500EUR까지  
그 밖의 중상급학교에 대해서는 2000EUR까지

(2) 학문연구지원을 위한 지침<sup>21)</sup>

메클렌부르크-포퓰머른의 학문연구지원을 위한 지침은 독일기본법 제91a 및 91b에 따른 지원 외에 연구활동의 강화를 목적으로 하며, 교육부장관이 의무에 적합한 재량에 근거하여 가능한 예산의 범위에서 지원하는 것으로 지원에 대한 법적인 청구권은 지원을 받는 자에게 존재하지 않는다.

지원대상은 기초연구계획 및 응용연구계획이다.

이 지침에 따른 지원대상자는 교육, 학문, 문화부 장관의 업무영역 내에서 공적으로 지원되는 연구기관, 메클렌부르크-포퓰머른에 소재하는 회사나 단체, 동 지역에 소재하고 동 지역에서 연구계획을 수행하는 학자(3 Richtlinie)로 하고 있다.

지원유형과 범위, 액수를 보면,

a) 지원은 프로젝트 지원의 범위내에서 반환불가한 보조금(Zuschuss)으로서 부분별 재정지원(Anteilfinanzierung)의 형식으로 행해진다.

b) 지원은 다음과 같은 최대, 최소 한계로 행해진다.

지원가능한 전체액수 최소 50000DM

부분별 재정지원은 100분의 50의 액수까지

예외적인 경우 1999년 100분의 60까지

c) 지원가능한 개별지출항목은

- 인건비

---

21) Richtlinie für die Gewährung von Zuwendungen zur Förderung von Wissenschaft und Forschung in Mecklenburg-Vorpommern, Erlaß des Ministeriums für Bildung, Wissenschaft und Kultur vom 26. Februar 1999.

- 사항별 지출 즉, 소비재, 우편료, 10000DM까지의 장비 및 시설, 임대료 등 사무실 운영비, 여행경비 등,
  - 시설투자
- d) 지원에 의해서 획득되거나 제조된 것으로서 개별적인 경우 800DM을 넘는 물건은 승인기간 동안 또는 기간경과 후에도 학문의 목적으로 사용되어야 한다(5 Richtlinie).

### (3) 전일제학교(Ganztagsschule)의 설치 및 확대를 위한 투자지원지침<sup>22)</sup>

메클렌부르크-포퓰머른주는 2003년 4월 29일 연방과 주들간의 미래의 교육 및 보호에 대한 2003년 내지 2007년까지의 투자프로그램에 관한 행정협정에 기초하여 이 지침과 주예산법(LHO) 제44조에 관한 행정규칙의 기준에 따라 전일제학교의 설치 및 확대를 위한 투자에 대해 지원함을 규정하고 있다. 이 지원을 통해 수요를 기준으로 하고 지역적으로 균형을 갖춘 전일제의 현대식 학교를 육성하게 된다. 이 투자지원지침에는 물론 신청자의 지원금에 대한 청구권은 없는 것으로 규정되어 있지만, 지원대상이나 지원기준, 요건, 지원유형, 범위 지원액, 지원절차 등이 상세히 규정되어 있다. 이 행정규칙은 2008년 12월 31일에 효력을 상실하게 되는 한시적인 지침이다.

### (4) 기타의 지침

그 밖에도 교육문화영역에서의 지침으로서 문화분야에서의 프로젝트지원에 관한 지침<sup>23)</sup>, 음악학교지원에 관한 지침<sup>24)</sup>, 어린이와 청소년

---

22) Richtlinie über die Förderung von Investitionen zur Errichtung und zum Ausbau von Schulen in Ganztagsform, Verwaltungsvorschrift des Ministeriums für Bildung, Wissenschaft und Kultur Mecklenburg-Vorpommern vom 8. September 2003.

23) Richtlinie über die Gewährung von Zuwendungen zur Projektförderung im kulturellen Bereich durch das Land Mecklenburg-Vorpommern, Verwaltungsvorschrift des Ministeriums für Bildung, Wissenschaft und Kultur vom 23. August 2005 - VII 460 -.

24) Richtlinie über die Gewährung von Zuwendungen zur Förderung der Musikschulen in

년 예술학교 지원에 관한 지침,<sup>25)</sup> 제3재원(Drittmittel)의 승인 및 사용에 관한 행정규칙<sup>26)</sup> 등이 있으며, 이들 지침은 교육문화영역에서의 지원 목적이나, 요건, 대상, 지원유형, 범위, 액수, 절차 등 지원에 관한 상세한 지침을 마련하고 있다.

## V. 검토 및 시사점

지금까지 독일의 교육행정처분의 기준을 중심으로 개괄적으로 살펴 보았다. 독일의 경우는 중요한 사항, 입학허가나 학생의 제명, 등록금과 수수료, 비국가 교육기관에 대한 국가승인의 취소, 철회, 소멸 등 특히 기본권실현과 관련되거나 의무나 부담을 지우는 사항에 대하여는 가급적 법률로 구체적인 처분요건을 규정하고 있고 구체적인 수권에 따라 명령에 위임하고 있으며, 행정규칙으로는 제재의 내용보다는 교육에 대한 지원이 주를 이루고 있는 것으로 보인다. 이러한 점에서, 독일의 경우 제재 보다는 자율성을 보장하고 지원위주의 교육정책을 취하고 있으며, 다만 일정한 한계를 넘을 때 개입하되 규제 내지 제한하는 경우에도 반드시 법률과 구체적인 수권을 위임받은 명령에 의해 행해진다. 독일은 최근 연방주의 개혁의 결과 독일기본법개정으로 연방의 고등교육기본법(Hochschulrahmengesetz)을 폐지함으로써 고등교육에 있어서 국가의 세세한 조정에서 벗어나 대학에게 더 많은 자치가 부여되었고 각 주들은 교육입법에 있어서 더 넓은 형성의 자유를 누리게 되었으며 이는 우리에게도 시사하는 바가 크다. 그러나 이러

---

Mecklenburg-Vorpommern, Erlaß des Kultusministeriums vom 5. Dezember 1996 - VII 410 - 3500-05/001 -.

25) Richtlinie über die Gewährung von Zuwendungen zur Projektförderung der Kinder- und Jugendkunstschulen in Mecklenburg-Vorpommern, Verwaltungsvorschrift des Ministeriums für Bildung, Wissenschaft und Kultur vom 24. Februar 2006 - VII 430 -.

26) 바덴뷔르템베르크주의 제3재원의 승인 및 사용에 관한 행정규칙, Verwaltungsvorschriften zur Annahme und Verwendung von Mitteln Dritter (Drittmittelrichtlinien - DMRL) zu §§ 8 und 59 UG, vom 21. März 2001 - Az.: 318.0/283 -.

한 개혁은 독일의 대학이 그동안 교육의 공공성과 투명성을 확보하기 위해 노력해 왔고 그만큼 성숙했기 때문에 그 대가로서 성취된 것으로 봄이 옳을 것이다.

교육행정도 법치행정의 원칙을 벗어날 수는 없는 것이므로 처분기준의 법률유보, 처분기준의 명확화는 교육행정분야의 과제이다. 교육인적자원부가 법제처와의 협조를 통하여 재량행위의 투명화 작업, 처분기준의 구체화 작업을 할 예정이고 실제로 최근 개정법령에서는 이러한 기준을 엄두에 두고 처분기준을 구체화, 명확화하고 있는 추세라고<sup>27)</sup> 한다. 그러나 교육행정처분은 일방적인 제재적 행정처분과는 근본적으로 다르다. 교육행정처분에 있어서는 교육의 본질과 헌법의 교육에 관한 이념을 반영하여야 한다. 또한 교육관계법령도 교육의 본질에 합당한 규정들을 가지고 있는지 근본적인 점검이 필요하다. 교육은 주체적 자아의 형성발전에 기여하여야 한다. 그러나 우리의 교육현실은 그렇지 않다. 교육은 주체적 인격체로서 독립적이고 자율적인 행위능력을 소유한 개인들을 길러내도록 패러다임을 전환해야 한다.<sup>28)</sup> 우리 헌법은 제31조에서 교육을 받을 권리를 규정하면서 가정과 국가의 교육책임을 강조하고, 교육의 자주성, 전문성, 정치적 중립성, 대학의 자율성을 보장하며 행정권에 의한 임의적인 교육형성을 막기 위해 교육제도의 법률주의를 채택하고 있다.<sup>29)</sup> 교육을 받을 권리는 헌법상의 문화국가, 민주국가, 사회복지국가의 이념을 실현하는 의의와 기능을 가지고 있다.<sup>30)</sup> 교육관계법령은 교육의 자주성, 전문

27) 최호열, 앞의 글, 23쪽.

28) 김덕영, 입시공화국의 종말, 인물과 사상사, 2007, 46쪽.

29) 허영, 한국헌법론, 박영사, 2005, 428쪽.

30) 우리 헌법재판소에 의하면, 교육을 받을 권리는, 첫째 교육을 통해 개인의 잠재적인 능력을 계발시켜 줌으로써 인간다운 문화생활과 직업생활을 할 수 있는 기초를 마련해 주고, 둘째 문화적이고 지적인 사회풍토를 조성하고 문화창조의 바탕을 마련함으로써 헌법이 추구하는 문화국가(文化國家)를 촉진시키고, 셋째 합리적이고 계속적인 교육을 통해서 민주주의(民主主義)가 필요로 하는 민주시민의 윤리적 생활철학(을 어렸을 때부터 습성화시킴으로써 헌법이 추구하는 민주주의의 토착화에

성, 중립성, 대학의 자율성 등 헌법의 이념을 실현할 수 있도록 규정되어야 한다. 우리의 교육관계법령을 살펴보면 과연 그러한 헌법의 이념에 맞는지 의문시되는 규정들이 많을 뿐만 아니라 교육부나 교육관계부처의 권한도 지나치게 막강하다. 그리고 행정청이 내리는 처분도 학교의 폐쇄, 휴업이나 휴교명령, 시정 또는 변경명령 등 일방적인 조치 위주로 되어 있다. 더욱 문제되는 것은 교육과 관련된 기준을 정함에 있어서 교육에 관여하는 주체들(교원, 학부모나 피학생자)의 참여가 결여되어 있다는 점이다. 물론 최근 들어 교육관련 헌법재판소의 판결 등을 통해 달라지고는 있지만 아직은 갈 길이 멀다. 교육문제에 있어서는 입법뿐만 아니라 행정(처분)에 있어서도 교육의 자율성, 공공성, 민주성이 상호 조화를 이루는 방향으로 행해져야 한다. 그리고 여건이 성숙한다면 가급적 교육권한을 지방자치에 맡기고, 학교에 이양하되, 교육의 공공성, 민주성이 훼손되는 경우에는 개입하고 다만 개입 내지 규제하는 경우에도 헌법 제37조 2항의 규정에 따라 법률에 의하되 필요 최소한으로 하고 교육의 본질적 내용을 침해하지 않도록 행해져야 한다.

교육행정과 관련되는 모든 사항에 대하여 구체적인 행정처분기준을 정하게 되면 물론 형식적으로 교육행정의 투명성과 공정성은 확보할 수 있을 것으로 생각될 것이다. 그러나 이것은 다른 한편 또한 단점도 있다. 교육행정의 경직성을 초래할 우려가 있다는 점이다. 그러므로 독일의 예에서처럼 교육행정 가운데서도 중요사항, 특히 국민의 기본권과 관련되는 본질적인 사항이나 국민 또는 교육주체에게 의무나 부담을 지우는 사항에 대해서는 법률이나 법률의 수권을 받은 명령으로 처분기준을 설정하여 공표하는 것이 필요하지만 그렇지 않은

---

이바지하고, 넷째 능력에 따른 균등한 교육을 통해서 직업생활과 경제생활(의 영역에서 실질적인 평등(平等)을 실현시킴으로써 헌법이 추구하는 사회국가(社會國家), 복지국가(福祉國家)의 이념을 실현한다는 의의와 기능을 가지고 있다. 헌법재판소 1994.2.24. 93헌마192 全員裁判部.

영역에서는 교육행정에게 형성 내지 재량의 여지를 부여함이 바람직한 것으로 보인다.

행정처분에 대한 실체법적 통제에 중점이 있는 독일의 경우는 절차법적 통제를 통해서 행정의 투명성과 공정성을 확보하려는 데 더 중점이 있는 우리의 제도와는 맞지 않은 면이 있다. 그러나 독일의 경우도 실체법령에 처분의 목적, 대상, 요건, 내용, 절차 등에 대하여 명확히 규정하고, 특히 기본권관련사항에 대해서는 더욱 신중하게 법률에 규정하거나 법률의 범위 내에서 법규명령으로 규정하고 있다. 또한 법령에 규정된 일정한 사항에 대해서는 행정내부지침 등의 행정규칙형식으로 제정하고 있는 바, 이로써 행정의 공정성을 유지하면서도 탄력성을 확보할 수 있는 것이다. 물론 행정규칙에 대해서는 원칙적으로 대외적인 구속력을 부인하고 일정한 경우에만 행정의 자기구속 등을 근거로 간접적인 구속력을 인정하거나 규범구체화행정규칙 등에 외부적 구속력을 부여하려는 시도가 있다.

다만 행정처분에 대하여 절차법적 통제를 하는 경우의 장점은 설정·공표된 처분기준에 대해서는 사전적 통제가 가능하게 되며, 행정절차법 제20조가 있기 때문에 법원 역시 사법심사에 있어서 행정청이 처분기준을 준수했는가를 판단해야 할 것이다. 따라서 실제 처분기준이 행정규칙형식으로 규정되어 있어서 실체법상 대외적인 구속력이 없다하더라도 절차법적 규율로 인하여 법령에 준하는 대외적 구속력을 가질 수 있게 된다. 행정절차법 제20조에 의해 처분기준을 설정공표하게 함으로써 종래의 독일식 실체법적 접근이 갖는 문제점을 보완하는 기능을 가질 수 있게 된다.<sup>31)</sup>

---

31) 임재홍, 앞의 글, 163쪽 이하.

## 제 4주제

# 독일의 교육행정법령상 행정처분기준의 이론과 실제

김 남 철

[부산대학교 교수]

# 독일 교육행정분야 행정처분의 유형 및 기준

김 남 철  
(부산대학교 법과대학 부교수)

## I. 머리말

본 발표는 우리나라의 교육행정분야의 행정처분의 유형이나 기준의 문제점을 연구하기 위한 비교법적인 자료로서 독일 교육행정분야의 행정처분에 관한 규정을 검토하는 데 그 목적이 있다.

이와 같은 목적 아래에서 독일법상의 행정처분에 관하여 검토를 함에 있어서는 먼저 ‘처분유형’과 ‘처분기준’에 관한 개념적인 구별이 필요할 것으로 생각된다. 즉 처분유형은 어떠한 종류의 처분들이 존재하는가에 관한 문제이고 처분기준은 어떠한 기준에 의하여 처분이 행하여지는가에 관한 문제라는 점에서 양자는 구분되어야 한다는 것이다. 처분기준의 경우에는 이러한 기준이 법률에서 직접 처분의 요건으로 규정되어 있는 경우도 있을 것이고 또는 시행령·시행규칙 또는 재량준칙과 같이 별도의 행정입법을 통하여 구체적인 기준이 설정되어 있는 경우도 있을 것이다. 행정처분이 행하여지는 경우 어떠한 요건이나 기준 하에서 처분이 행하여지는가 하는 것만이 의미 있는 것이 아니라, 나아가 어떠한 처분이 내려지는가 하는 점도 중요한 의미를 가지기 때문에, 이러한 관점에서 행정처분에 관한 검토는 유형 및 기준에 관한 검토가 모두 의미를 가진다고 생각한다. 이러한 점에서 본 발표에서는 교육행정분야 행정처분을 검토함에 있어서는 이와 같은 유형 및 기준이라는 요소를 모두 고려하였음을 밝힌다.

그 다음으로 언급할 점은 교육행정분야의 관련법령이 매우 다양하고 무수히 많다는 점이다. 이를 분야별로만 검토하더라도, 예컨대 교

육행정분야의 행정조직, 학교교육에 있어서의 학력인정·각급 학교의 설치 및 시설·사립학교·교원·장학·교육재정·교육진흥, 학교보건, 학술진흥, 사회교육, 국외유학·재외국민교육, 체육·청소년육성 등 다양한 분야에 걸쳐 많은 법률이 제정되어 시행되고 있다.<sup>1)</sup> 따라서 이와 같은 방대한 양의 법률상의 행정처분에 관한 규정을 모두 살펴볼 수는 없는 것이기 때문에, 본 발표에서는 이 가운데 각종 학교법을 중점적으로 검토하기로 한다.

이에 따라 이하에서는 독일법제와의 비교를 위하여 먼저 우리나라의 초중등교육법, 고등교육법상의 행정처분 유형이나 기준에 관한 규정들을 검토하고, 그 다음으로 독일의 각종 학교법상의 행정처분에 관하여 중점적으로 검토하기로 한다. 독일의 경우 학교법으로는 우리나라의 고등교육법에 해당하는 대학법과 우리나라의 초중등교육법에 해당하는 학교법이 있는데 이들은 모두 주의 입법권에 속한다. 이에 따라 독일에서는 16개 주마다 대학법 및 학교법이 제정되어 있다. 이 가운데 본 발표에서는 주로 바덴뷔르템베르그주(州)의 입법례를 중점적으로 검토하고, 그 외 메클렌부르크포어포메른주(州)와 노르트라인베스트팔렌주(州)의 대학법 및 학교법의 경우는 보충적으로 살펴보기로 한다. 끝으로 이상에서의 양국 법제의 검토를 바탕으로 양국의 각종 학교법상의 처분에 관한 규정에 나타난 처분유형이나 처분기준들의 비교·고찰을 통하여 우리나라 법제에의 시사점을 살펴보기로 한다.

## II. 우리나라 교육행정분야 행정처분유형 및 기준

### 1. 우리나라 교육행정분야 관련 법제 개관

이미 언급한 바와 같이 우리나라의 경우 교육행정과 관련하여서는 다양한 분야에 걸쳐 수많은 법률들이 존재한다. 이 가운데 학교교육

1) 국회 법률정보시스템(<http://likms.assembly.go.kr/law/jsp/main.jsp>) 참조.

과 관련하여서는 교육의 기본이 되는 법률로는 교육기본법이 있고, 그 외에 유아교육법, 초중등교육법, 고등교육법, 사립학교법이 있다. 법률 이외에도 이들 법률에 대한 시행령이나 시행규칙 이외에 고등학교 이하 각급 학교 설립·운영 규정, 고등학교이하각급학교설립·운영규정시행규칙, 국립학교 설치령, 기술대학설립·운영규정, 기술대학설립·운영규정시행규칙, 대학설립·운영 규정, 대학설립·운영 규정 시행규칙 등 수많은 법규명령들이 존재한다.

이하에서는 독일 법률과의 효율적인 비교를 위하여 이 가운데 초중등교육법, 고등교육법상의 행정처분 유형과 기준에 관한 규정만을 검토한다. 이하에서는 별도의 설명 없이 해당 조문만을 열거하기로 한다.

## 2. 초중등교육법

제6조(지도·감독) 국립학교는 교육인적자원부장관의 지도·감독을 받으며, 공·사립학교는 교육감의 지도·감독을 받는다.

제18조(학생의 징계)

- ①학교의 장은 교육상 필요한 때에는 법령 및 학칙이 정하는 바에 의하여 학생을 징계하거나 기타의 방법으로 지도할 수 있다. 다만, 의무교육과정에 있는 학생을 퇴학시킬 수 없다.
- ②학교의 장은 학생을 징계하고자 하는 경우 해당 학생 또는 학부모에게 의견진술의 기회를 부여하는 등 적절한 절차를 거쳐야 한다.

제29조(교과용도서의 사용)

- ①학교에서는 국가가 저작권을 가지고 있거나 교육인적자원부장관이 검정 또는 인정한 교과용도서를 사용하여야 한다.
- ②교과용도서의 범위·저작·검정·인정·발행·공급·선정 및 가격사정에 관하여 필요한 사항은 대통령령)으로 정한다.

제63조(시정 또는 변경명령)

①관할청은 학교가 시설·설비·수업·학사 및 기타 사항에 관하여 교육 관계법령 또는 이에 의한 명령이나 학칙을 위반한 경우에는 학교의 설립·경영자 또는 학교의 장에게 기간을 정하여 그 시정 또는 변경을 명할 수 있다.

②관할청은 제1항의 규정에 의한 시정 또는 변경명령을 받은 자가 정당한 사유없이 지정된 기간내에 이를 이행하지 아니한 경우에는 대통령령이 정하는 바에 의하여 그 위반행위를 취소 또는 정지하거나 당해 학교의 학생정원의 감축, 학급·학과의 감축·폐지 또는 학생모집의 정지등의 조치를 할 수 있다.

제64조(휴업 및 휴교명령)

①관할청은 재해등의 긴급한 사유로 정상수업이 불가능하다고 인정하는 경우에는 학교의 장에게 휴업을 명할 수 있다.

②제1항의 규정에 의한 명령을 받은 학교의 장은 지체없이 휴업을 하여야 한다.

③관할청은 학교의 장이 제1항의 규정에 의한 명령에 불구하고 휴업을 하지 아니하거나 특별히 긴급한 사유가 있는 경우에는 휴교처분을 할 수 있다.

④제1항 및 제2항의 규정에 의하여 휴업된 학교는 휴업기간중 수업과 학생의 등교가 정지되며, 제3항의 규정에 의하여 휴교된 학교는

---

2) 이에 관한 대통령령으로는 “교과용도서에관한규정”이 제정되어 있다. 이 규정에서는 교과서의 검·인정에 관하여 40개의 조문에 걸쳐 구체적으로 규정하고 있는데, 이 규정에 의하면 검정기준은 교육인적자원부장관이 공고하도록 되어 있고(영 제7조), 인정기준은 교육인적자원부장관이 제14조의 규정에 의하여 인정신청을 받은 경우에 제18조의 규정에 의한 교과용도서심의회 심의를 거쳐 정하도록 규정하고 있어서(영 제15조), 결국 교과서의 검·인정의 구체적 기준은 법령에서 규정되지 않고 있다.

휴교기간중 단순한 관리업무를 제외하고는 학교의 모든 기능이 정지된다.

제65조(학교등의 폐쇄)

①관할청은 학교가 다음 각호의 1에 해당하여 정상적인 학사운영이 불가능한 경우에는 학교의 폐쇄를 명할 수 있다.

1. 학교의 장 또는 설립·경영자가 고의 또는 중과실로 이 법 또는 이 법에 의한 명령을 위반한 경우
2. 학교의 장 또는 설립·경영자가 이 법 또는 기타 교육관계법령에 의한 관할청의 명령을 수회에 걸쳐 위반한 경우
3. 휴가기간을 제외하고 계속하여 3월이상 수업을 하지 아니한 경우

②관할청은 제4조제2항의 규정에 의한 학교설립인가 또는 제49조의 규정에 의한 분교설치인가를 받지 아니하고 학교의 명칭을 사용하거나 학생을 모집하여 시설을 사실상 학교의 형태로 운영하는 자에 대하여 그가 설치·운영하는 시설의 폐쇄를 명할 수 있다.

제67조(벌칙)

①다음 각호의 1에 해당하는 자는 3년이하의 징역 또는 2천만원이하의 벌금에 처한다.

1. 제4조제2항의 규정에 의한 학교설립인가 또는 제50조의 규정에 의한 분교설치인가를 받지 아니하고 학교의 명칭을 사용하거나 학생을 모집하여 시설을 사실상 학교의 형태로 운영한 자
2. 제4조제3항의 규정에 위반하여 폐지인가 또는 변경인가를 받지 아니한 자
3. 허위 기타 부정한 방법으로 제4조제2항 또는 제4조제3항의 규정에 의한 학교의 설립인가·폐지인가 또는 변경인가를 받거나 제50조의 규정에 의한 분교설치인가를 받은 자

4. 제30조의6제1항 또는 제3항의 규정을 위반하여 동의권자의 동의 없이 제3자에게 학생 관련 자료를 제공하거나 제공받은 자료를 그 본래의 목적 외의 용도로 이용한 자

②다음 각호의 1에 해당하는 자는 1년이하의 징역 또는 500만원이하의 벌금에 처한다.

1. 제63조제1항의 규정에 의한 명령을 위반한 자

2. 제65조제1항의 규정에 의한 명령을 위반한 자

#### 제68조(과태료)

①다음 각호의 1에 해당하는 자는 100만원이하의 과태료에 처한다.

1. 제13조제4항의 규정에 의한 의무이행의 독려를 받고 이를 이행하지 아니한 자

2. 제15조의 규정에 위반하여 의무교육대상자의 의무교육을 방해한 자

3. 제53조의 규정에 위반하여 학생을 취학시키지 아니하거나 등교 및 수업에 지장을 주는 행위를 한 자

②제1항의 규정에 의한 과태료는 대통령령이 정하는 바에 의하여 당해 교육감이 부과·징수한다.

③제2항의 규정에 의한 과태료처분에 불복이 있는 자는 그 처분의 고지를 받은 날부터 60일 이내에 교육감에게 이의를 제기할 수 있다.

④제2항의 규정에 의한 과태료의 처분을 받은 자가 제3항의 규정에 의하여 이의를 제기한 때에는 교육감은 지체없이 관할법원에 그 사실을 통보하여야 하며, 그 통보를 받은 관할법원은 비송사건절차법에 의한 과태료의 재판을 한다.

⑤제3항의 규정에 의한 기간내에 이의를 제기하지 아니하고 과태료를 납부하지 아니한 경우에는 지방세체납처분의 예에 의하여 이를 징수한다.

### 3. 고등교육법

#### 제5조(지도·감독)

- ① 학교는 교육인적자원부장관의 지도·감독을 받는다.
- ② 교육인적자원부장관은 학교에 대한 지도·감독을 위하여 필요한 경우에는 학교의 장에 대하여 대통령령이 정하는 바에 따라 관련 자료의 제출을 요구할 수 있다.

#### 제13조(학생의 징계)

- ① 학교의 장은 교육상 필요한 때에는 법령과 학칙이 정하는 바에 의하여 학생을 징계할 수 있다.
- ② 학교의 장은 학생을 징계하고자 하는 경우 해당 학생에게 의견진술의 기회를 부여하는 등 적절한 절차를 거쳐야 한다.

#### 제60조(시정 또는 변경명령)

- ① 교육인적자원부장관은 학교가 시설·설비·수업 및 학사 기타 사항에 관하여 교육관계법령 또는 이에 의한 명령이나 학칙을 위반한 경우에는 기간을 정하여 학교의 설립·경영자 또는 학교의 장에게 그 시정 또는 변경을 명할 수 있다.
- ② 교육인적자원부장관은 제1항의 규정에 의한 시정 또는 변경명령을 받은 자가 정당한 사유없이 지정된 기간내에 이를 이행하지 아니한 경우에는 대통령령이 정하는 바에 의하여 그 위반행위를 취소 또는 정지하거나 당해 학교의 학생정원의 감축, 학과의 폐지 또는 학생의 모집정지등의 조치를 할 수 있다.

#### 제61조(휴업 및 휴교명령)

- ① 교육인적자원부장관은 재해등의 긴급한 사유로 정상수업이 불가

능하다고 인정하는 경우에는 학교의 장에게 휴업을 명할 수 있다.

②제1항의 규정에 의한 명령을 받은 학교의 장은 지체없이 휴업을 하여야 한다.

③교육인적자원부장관은 학교의 장이 제1항의 규정에 의한 명령에 불구하고 휴업을 하지 아니하거나 특별히 긴급한 사유가 있는 경우에는 휴교처분을 할 수 있다.

④제1항 및 제2항의 규정에 의하여 휴업된 학교는 휴업기간중 수업과 학생의 등교가 정지되며, 제3항의 규정에 의하여 휴교된 학교는 휴교기간중 단순한 관리업무를 제외하고는 학교의 모든 기능이 정지된다.

#### 제62조(학교등의 폐쇄)

①교육인적자원부장관은 학교가 다음 각호의 1에 해당하여 정상적인 학사운영이 불가능한 경우에는 당해 학교의 학교법인에 대하여 학교의 폐쇄를 명할 수 있다.

1. 학교의 장 또는 설립·경영자가 고의 또는 중과실로 이 법 또는 이 법에 의한 명령을 위반한 경우
2. 학교의 장 또는 설립·경영자가 이 법 또는 기타 교육관계법령에 의한 교육인적자원부장관의 명령을 수회에 걸쳐 위반한 경우
3. 휴가기간을 제외하고 계속하여 3월 이상 수업을 하지 아니한 경우

②교육인적자원부장관은 제4조제2항의 규정에 의한 학교설립인가 또는 제24조의 규정에 의한 분교설치인가를 받지 아니하고 학교의 명칭을 사용하거나 학생을 모집하여 시설을 사실상 학교의 형태로 운영하는 자에 대하여 그 시설의 폐쇄를 명할 수 있다.

#### 제64조(벌칙)

①다음 각호의 1에 해당하는 자는 3년 이하의 징역 또는 2천만원

이하의 벌금에 처한다.

1. 제4조제2항의 규정에 의한 학교설립인가 또는 제24조의 규정에 의한 분교설치인가를 받지 아니하고 학교의 명칭을 사용하거나 학생을 모집하여 시설을 사실상 학교의 형태로 운영하는 자
2. 제4조제3항의 규정에 위반하여 폐지인가 또는 변경인가를 받지 아니한 자
3. 허위 기타 부정한 방법으로 제4조제2항 또는 제4조제3항의 규정에 의한 학교의 설립인가, 폐지인가 또는 변경인가를 받거나 제24조의 규정에 의한 분교설치인가를 받은 자

②다음 각호의 1에 해당하는 자는 1년 이하의 징역 또는 500만원 이하의 벌금에 처한다.

1. 제60조제1항의 규정에 의한 명령을 위반한 자
2. 제62조제1항의 규정에 의한 명령을 위반한 자
3. 제33조 및 제57조의 규정에 해당되지 아니한 자에게 입학을 허가한 자
4. 제35조제1항(제59조제4항의 규정에 의하여 준용되는 경우를 포함한다) 내지 제3항, 제50조제1항(제59조제4항의 규정에 의하여 준용되는 경우를 포함한다), 제54조제1항·제2항 또는 제58조제1항·제2항의 규정에 위반하여 학위를 수여한 자

### Ⅲ. 독일 교육행정분야 행정처분유형 및 기준

#### 1. 독일 교육행정분야 관련 법제 개관

독일의 경우도 우리와 마찬가지로 교육행정분야에서는 각 분야별로 다양한 법률이 제정되어 있다. 이 가운데 학교에 관한 법률로는, 우리나라의 대학에 해당되는 고등교육기관을 규율하는 대학법(Hochschulgesetz)과 우리나라의 초·중·고등학교를 규율하는 학교법(Schulgesetz)을 들 수 있다.

먼저 대학법과 관련하여서는 독일의 경우 우리와는 달리 연방국가이므로 연방과 주 사이의 입법권의 분배에 따라 종래에는 연방차원에서는 대학교육의 기본을 규율하는 대학기본법(Hochschulrahmengesetz)이 있었고, 각 주에서는 이 대학기본법의 내용을 구체화하는 대학법을 제정하여 시행하여 왔다. 이러한 각 주의 대학법의 경우에도 각종 고등교육기관을 통일적으로 규율하는 대학법을 제정한 경우도 있고, 대학교와 전문대학, 예술대학의 경우를 구분하여 각각의 법률을 제정한 경우도 있었다.<sup>3)</sup> 그런데 2006년 9월 1일자로 효력을 발생하게 되는 독일기본법의 개정으로 인하여 연방의 대학기본법이 폐지되게 되었다. 이는 독일에서의 연방주의에 대한 개혁의 결과로 연방의 기본법률(Rahmengesetz) 제정권한이 폐지되는 데에 따른 것으로 이로써 독일의 경우 고등교육에 있어서 국가의 세세한 조정에서 벗어나 대학에게 더 많은 자치가 부여되게 되었다. 이와 같이 연방의 대학기본법이 폐지됨에 따라 각 주들은 교육입법에 있어서 더 넓은 형성의 자유를 누리게 되었다. 아울러 대학은 스스로 시대의 필요에 따라 대학의 구조를 맞추어 나갈 수 있게 되었고, 향후 연방은 연구축진을 통한 학문체질을 강화하는 데에 그 역할의 중점을 두게 되었다.

한편 학교법의 경우는 이에 대한 각 주의 입법권으로 인하여 연방차원에서의 법률은 없고 각 주마다 학교법을 제정하여 시행하고 있다. 학교법 이외에도 보충적으로 사립학교법이 제정되어 있는 주도 있다. 이러한 학교법상의 규정들은 수많은 법규명령을 통하여 보다 구체적으로 규율되고 있다.<sup>4)</sup>

아래에서는 바덴뷔르템베르그주(州)의 입법례를 중심으로 메클렌부르크포어포메른주(州), 노르트라인베스트팔렌주(州)의 학교법 및 대학법

3) Bethge, Wissenschaftsrecht, in: Achterberg/Püttner/Würtenberger(Hrsg.), Besonderes Verwaltungsrecht, Bd. I, 2. Aufl., Heidelberg, 2000, S. 1053.

4) Püttner/Rux, Schulrecht, in: Achterberg/Püttner/Würtenberger(Hrsg.), Besonderes Verwaltungsrecht, Bd. I, 2. Aufl., Heidelberg, 2000, S. 1128.

상의 행정처분에 관한 규정을 살펴보기로 한다.

## 2. 독일 각 주(州) 교육행정분야 행정처분 유형 및 기준

### (1) 바덴뷔르템베르크주(州)의 경우

#### 1) 바덴뷔르템베르크주(州) 학교법<sup>5)</sup>

##### § 32 학교감독의 원칙

###### (1) 국가의 학교에 대한 감독은

1. 모든 학교와 관련된 사항에 대한 계획, 지도, 규율, 지원,
2. 공공학교로서의 수업 및 교육 그밖에 이와 관련된 모든 사무에 대한 결정권,
3. 학교에 대한 전문감독, 즉
  - a) 학교의 전문분야에 대한 감독,
  - b) 제5호에 속하지 아니하는 법적·행정적 사무에 대한 감독,
4. 학교장 및 교원에 대한 근무감독,
5. 지방자치법 제120조에 의한 정보권을 포함하여 학교주체에게 주어진 의무의 수행에 관한 감독,
6. 건축 중인 김나지움이나 기숙특수학교(Heimsonderschulen)에 속하는 학생기숙사에 대한 감독을 포함한다.

학교감독은 조언을 포함한다.

##### § 35a 수업교재의 허가(Zulassung von Lehr- und Lernmitteln)

---

5) Schulgesetz für Baden-Württemberg (SchG), in der Fassung vom 1. August 1983 (GBl. 1983, S. 397; KuU S. 584), zuletzt geändert durch Änderungsgesetz vom 11. Oktober 2005 (GBl. S. 669). 출처: <http://www.leu.bw.schule.de/bild/SchG.pdf>.

(1) 교육부장관은, 학교에서의 교육목적의 달성 및 각종 학교의 자주적 사무의 수행에 필요한 경우에, 법규명령<sup>6)</sup>을 통하여 수업교재의 사용, 특히 교과서의 사용을 위하여 허가를 받도록 할 수 있다.

(2) 허가요건은 특히

1. 기본법, 주 헌법 및 학교법상의 교육목적에의 부합,
2. 학습계획 및 적정한 교수법상의 소재의 선별의 목적 및 내용에의 부합,
3. 내용선별에 있어서 연령부합성 및 언어형태,
4. 각각의 교수법상의 목적설정과 관련된 그림이나 도표의 삽입이다.

#### § 90 교육적·법적 조치(Erziehungs- und Ordnungsmaßnahmen)

(1) 교육적·법적 조치는 학교교육의 실현, 출석의무의 이행, 학교규정의 준수, 학교 내에서의 인적·물적 보호에 기여한다.

(2) 교육적·법적 조치는 교육적인 교육조치로는 충분하지 아니할 때에만 고려의 대상이 된다; 여기에는 학생들의 태도변화에 대한 함의도 포함된다. 모든 교육적·법적 조치는 비례원칙을 준수하여야 한다.

---

6) 이 규정에 의하여 Verordnung des Kultusministeriums über die Zulassung von Schulbüchern (Schulbuchzulassungsverordnung) vom 4. Juni 2004가 제정되어 있다 (<http://www.leu.bw.schule.de/bild/SchulbuchzulassungsVO.pdf>). 교육부령인 이 교과서허가규정에는 허가로부터 자유로운 경우, 법률이 정하는 허가요건에 관한 규정을 보다 구체화하는 허가요건, 허가절차 및 허가결정이 규정되어 있다.

(3) 다음과 같은 교육적·법적 조치가 행하여질 수 있다:

1. 학급교사 또는 수업을 하는 교사를 통하여: 수업시간으로 2시간 까지 방과후 별로 남아 있기;
2. 학교장을 통하여:
  - a) 수업시간으로 4시간까지 방과후 별로 남아 있기,
  - b) 학교 내에서 같은 형태의 다른 학급으로 이송,
  - c) 잠정적인 수업제외(정학)<sup>7)</sup>에 대한 경고,
  - d) 수업일수로 5일까지의 수업제외, 직업학교의 경우에는 학급회의 또는 학년회의 소속의 구성원이 학생에게 독자적으로 수업하는 한, 이 회의의 의견을 들어 파트타임형태로 수업일수 1일의 수업제외,
  - e) d)에서 정한 수업제외를 넘어서는 수업주간으로 4주 수업제외,
  - f) 학교로부터의 제외(퇴학)<sup>8)</sup>에 대한 경고,
  - g) 학교로부터의 제외.

제2호 a)목에 의한 방과후 별로 남기 또는 타학급으로의 이송은 잠정적인 수업제외의 경고와 병행될 수 있다; 잠정적인 수업제외의 경고는 학교로부터의 제외에 대한 경고와 병행될 수 있다. 이의신청 및 취소소송에서의 정지효가 적용되지 아니한다.<sup>9)</sup> 체벌(die körperliche Züchtigung)은 배제된다.

(4) 학교에서의 제외조치 이전에 학생이 원하면, 미성년자의 경우 교육권자가 원하면 학교회의의 의견을 들어야 한다. 퇴학후 새로 학생을 전입받는 학교는 전입여부를 학생의 태도변화에 대한 합

---

7) 수업으로부터의 제외(Ausschluss vom Unterricht)는 “정학”을 의미하는 것으로 이해된다.

8) 학교로부터의 제외(Ausschluss aus der Schule)는 “퇴학”을 의미하는 것으로 이해된다.

9) 독일은 행정쟁송이 제기되면 처분이 집행이 정지되는 것이 원칙이다.

의와 관련시킬 수 있고, 6개월까지의 수습기간(Probezeit)을 정할 수 있다. 기간은 학교장이 정한다.

- (5) 상급 학교감독행정기관은, 특수학교의 경우를 제외하고는, 학교로부터의 제외조치를 학교지역, 군, 구역의 모든 학교로, 그리고 최상급 학교감독행정기관은 주의 모든 학교로 확대할 수 있다. 제외조치를 확대하는 경우 청소년청(Jugendamt)에 보고한다.
- (6) 잠정적인 수업제외, 이에 대한 경고, 학교로부터의 제외조치는 학생이 중대하고 반복적인 잘못된 행동으로 인하여 자신의 의무를 해하고 이를 통하여 학교의 사무수행이나 다른 학생의 권리를 해치는 경우에만 허용된다. 학교로부터의 제외조치는 제1문의 요건 외에도 학생이 학교에 있는 것이 동료학생들의 교육 및 수업, 도덕적 발전, 건강 또는 안전에 대한 위험을 초래할 우려가 있을 경우에만 허용된다.
- (7) 방과후 별로 남아있기에 대한 결정 전에 학생의 청문은 충족된다. 그밖에는 학교장은 학생에게, 미성년자의 경우는 교육권자에게도 청문의 기회를 준다; 학생과 교육권자는 조력을 받을 수 있다.
- (8) 잠정적인 수업제외는 청소년청에 보고할 수 있으나, 반복적인 잠정적인 수업제외는 보고하여야 한다; 학교로부터의 제외는 청소년청에 보고한다. 잠정적인 수업제외 또는 이에 대한 경고는 학생의 직업교육에 공동책임이 있는 자에게 보고한다.
- (9) 학교장은, 잠정적인 수업제외가 예상되는 경우에, 긴급한 때에는 잠정적으로 5일까지의 출석을 거부할 수 있거나 또는, 학교로부터의 제외가 예상되는 경우에, 잠정적으로 2주까지의 출석을 거

부할 수 있다. 사전에 학급교사로부터 들어야 한다.

## § 92 규정위반(Ordnungswidrigkeiten)

### (1) 고의 또는 과실로

1. 제72조 제3항의 의무를 이행하지 않거나 제85조에 의하여 부여된 의무를 침해한 자,
2. 이 법이 범칙금규정을 명문으로 언급하고 있는 한, 제87조에 근거하여 학교의무를 수행하기 위하여 발령된 법규명령 또는 교육권자로서 학교규정에 의하여 부여된 의무를 침해한 자는 규정에 위반하여 행위한 것이다.

### (2) 규정위반에 대해서는 범칙금이 부과된다.

### (3) 질서위반법(Gesetz über Ordnungswidrigkeiten) 제36조 제1항 제1호에서 말하는 행정청은 하급 행정기관이다.

## 2) 바덴뷔르템베르크주(州) 대학법<sup>10)</sup>

### 가. 입학허가

## § 60 입학허가; 등록

- (1) 학생의 등록(Immatrikulation)은 대학구성원의 신분을 창설한다. 독일 대학에서 일정한 부분 동안만을 학습하고자 하는 외국학생

---

10) Gesetz über die Hochschulen und Berufsakademien in Baden-Württemberg (Landeshochschulgesetz - LHG) vom 1. Januar 2005 (GBl. S. 1), zuletzt geändert durch Artikel 2 des Gesetzes vom 19. Dezember 2005 (GBl. S. 794, 2006 S. 15). 출처: [http://mwk.baden-wuerttemberg.de/fileadmin/pdf/gesetze/2\\_Hochschul\\_Gesetzblatt010105.pdf](http://mwk.baden-wuerttemberg.de/fileadmin/pdf/gesetze/2_Hochschul_Gesetzblatt010105.pdf)

은 일반적으로 2학기의 기간을 등록할 수 있다; 외국학생은 선거권 및 피선거권이 없으며, 첫 번째 대학졸업시험에 지원할 권리가 없다. 입학허가가 제한된 학업과정의 경우 등록에는 특별한 입학허가를 전제요건으로 한다. 입학허가제한이 없는 학업과정의 경우는 등록이 입학허가를 포함한다.

(2) 입학허가가 제한된 학업과정에서의 입학허가는,

1. 제58조 및 제59조에서 또는 이를 근거로 하는 일정한 요건이 제출되지 않은 경우,
2. 동일한 학업과정에서의 시험에 최종합격하지 못했거나 시험청구권이 더 이상 존재하지 않아서 기존의 입학허가가 소멸된 경우(제34조 제2항, 제3항) …,
3. 학업과정에 대한 입학허가의 수가 확정되어 있는 상태에서(정원제한) 입학허가정원에 대한 배당을 받지 못하였거나 또는 배정받은 정원자격을 기간에 적합하게 사용하지 않은 경우,
4. 근무-, 근로- 또는 교육관계에 있거나 그밖에 직업활동을 하는 자 또는 동시에 다른 학업과정에 입학허가를 받았거나 받으려 하는 자로서 시간적으로 아무런 제한 없이 학업에 전념할 수 있다는 것, 특히 필요한 강의를 수강할 수 있다는 것을 증명하는 것이 아닌 경우; 상응하는 유사학업에서 지금까지의 학업성적을 근거로 통상적인 학업시간내에 학업과정을 성공적으로 마칠 수 있다는 것을 증명할 수 있는 경우가 아닌 경우; 이는 파트타임학업과정에 대해서도 유효하다,
5. 3학기 또는 그이상의 학기에서 학업과정을 전환하고자 하면서 제2조 제2항에 의한 전환하고자 하는 학업과정과 관련된 학과적인 조언을 받았다는 문서상의 증거를 제출하지 않은 경우에 거부되어야 한다.

(3) 입학허가가 제한된 학업과정에서의 입학허가는,

1. 각 학업과정에 필요한 어학지식이 입증되지 않은 경우,
2. 신청을 위해 규정된 절차규정이 준수되지 않은 경우에는 거부될 수 있다.

(4) ……

(5) 제2항의 경우 이외에도 등록은

1. 박사과정생으로 받아들여지지 아니한 자,
2. 학업과 관련하여 발생한 공과금 및 보수를 지불하지 아니한 자,
3. 군복무 또는 민간역 복무의 소집을 받은 자,
4. 외국인으로서 학업에 대한 권한을 부여하거나 학업을 배제하지 아니하는 체류증을 받지 않거나 또는 EU-체류허가를 소지하지 아니한 자,
5. 고의에 의한 범죄행위로 인하여 최소 1년의 자유형을 선고받았고, 형벌이 아직 무제한의 정보제공(Auskunft)상태에 있으며 행하여진 범죄행위로 볼 때 학업운영에 위협이나 방해가 염려되는 자에 대하여는 거부되어야 한다.

(6) 제3항의 경우 이외에도 등록은

1. 다른 학생들의 건강에 중대한 해를 끼치거나 규정에 적합한 학업운영이 중대하게 침해될 우려가 있는 병을 앓고 있는 자,
2. 자유형에 처해진 자에 대하여는 거부될 수 있다.

나. 학생의 제적

§ 62 제적(Exmatrikulation)

(1) 대학에서의 학생구성원으로서의 신분은 제적에 의하여 소멸된다. 제적은 학생의 신청 또는 직권으로 행하여진다.

(2) 학생은

1. 학생에게 졸업시험 합격증서가 교부되었지만, 졸업시험합격 후 늦어도 1개월 안에 다른 학업과정을 허가받았거나, 외국대학에서의 학업체류를 마치거나 의도하거나, 성적행상을 위한 시험을 반복하거나 재적상태의 지속을 신청하지 않은 경우,
2. 제32조 제1항 제5문에 의한 학업과정에 대한 허가가 소멸되었고 다른 학업과정에 대한 별도의 허가도 없는 경우,
3. 학업과 관련하여 발생한 공과금 및 보수를 지불기간 경과후 경고 및 제적경고에도 불구하고 지불하지 않은 경우 직권에 의하여 제적된다.

(3) 학생은

1. 제60조 제5항 및 제6항에 의한 등록장애사유가 사후에 발생한 경우,
2. 20학기가 경과할 때까지 자기 자신에 해당되는 이유로 졸업시험을 치르지 않은 경우,
3. 학교 영역에서 고의로 종업원보호법(Beschäftigtenschutzgesetz) 제2조 제2항에서 의미하는 성추행으로 인하여 타인의 존엄을 해친 경우에는 직권에 의하여 제적될 수 있다. 제적과 더불어 2년까지의 기간이 확정될 수 있으며, 이 기간 내에는 대학에서의 새로운 등록은 배제된다.

(4) ……

(5) ……

다. 국가의 협력 및 감독

제7장 국가의 협력, 감독

§ 66 국가의 협력권(Staatliche Mitwirkungsrechte)

(1) 조례의 제정, 변경, 폐기 그 밖의 이 법에 의한 대학의 결정에 학술부장관의 동의가 필요한 경우에, 이 동의는 제2항의 법적 사유로 거부되거나 또는 제3항의 사유로 거부될 수 있다. 동의는 부분적으로 부관과 더불어 이루어질 수 있다.

(2) 동의는

1. 법규,
2. 연방, 다른 주 또는 다른 공법인에 대한 주의 의무를 위반하는 경우 거부된다.

(3) 동의는 구조적, 재정적, 설비와 관련된 관점에서 주의 목적 및 기준에 합치되지 아니하는 경우에는 거부될 수 있다.

(4) 제2항 및 제3항에 열거된 이유로 학술부장관은 조례제정 및 개정 그 밖의 대학의 결정을 요구할 수 있다. 대학의 해당기관은 이에 대하여 조언하고 결정하여야 한다. 요구시에는 기관의 장에게 설명하여야 한다. 요구에는 필요한 결정에 대한 적정한 기간이 설정될 수 있다. 대학의 해당 기관이 요구를 이행하지 않거나 적시에 이행하지 아니하는 경우에는 학술부장관은 대학을 대신하여 필요한 명령(Anordnung)을 할 수 있다.

§ 67 감독(Aufsicht)

(1) 대학은 학술부의 법적 감독(Rechtsaufsicht)하에 사무를 담당한다.

(2) 학술부의 전문감독(Fachaufsicht)에는

1. 다른 법률의 규정이 없는 한, 인적 사무,
2. 예산 및 경제사무; 대학계약 등에 규정되어 있는 경우에는 그 집행,
3. 예산, 출납, 회계, 수수료,
4. 경비- 및 지불계산의 통일적인 원칙 및 보고,
5. 제2조 제6항 및 제7항에 의한 다른 위임된 사무,
6. 학년의 구분, 대학입학에 관한 규정, 교육능력에 대한 조사, 허가 정원수의 책정이 속한다.

전문감독의 범위 내에서의 지시(Weisung)는 기관의 장에 대하여 행하여야 한다; 지시는 기관, 위원회, 공무원을 구속한다.

#### § 68 정보권(Informationsrecht); 감독수단(Aufsichtsmittel)

(1) 학술부는 모든 대학사무에 대해서 보고받을 수 있다. 학술부는 특히 대학 및 그 시설을 시찰할 수 있고, 업무수행 및 현금출납을 검사할 수 있으며, 보고서 및 서류를 제출하도록 할 수 있다. 학술부는 전문평가인이 관여하도록 할 수 있다.

(2) 학술부장관은 법이 정한 통계 이외에 재정부와의 협의를 거쳐 그 밖의 통계적 조사를 명령할 수 있다; 여기에서 조사요건은 대학과 관련된 것이어야 한다. 자연인의 인적 물적 관계에 대한 개별적인 요소들은 조사되지 않는다.

(3) 학술부는 위법한 결정이나 조치에 대하여 이의를 제기할 수 있

다. 학술부는 위법한 조치의 취소를 요구할 수 있다.

- (4) 대학의 해당 기관이 법적 또는 전문적 감독과 관련된 학술부의 명령을 정해진 기간 내에 이행하지 아니하거나 또는 그밖에 학술부가 정한 기간 내에 법이나 조례에 의하여 주어진 의무를 이행하지 아니하는 경우에는 학술부는 그 기관에 대하여 필요한 명령이나 조치를 취할 수 있다.
- (5) 대학교, 대학 및 기관의 기능을 보장하기 위하여 제3항 및 제4항의 권한으로 충분하지 아니한 경우에는 학술부는 대학교 및 대학의 기관 또는 위원회의 사무 및 대학기관의 지도를 필요한 범위 내에서 담당하는 수임자(Beauftragte)를 임명하거나 기관의 장으로 하여금 임명하도록 할 수 있다.

라. 비국립학교에 대한 승인의 취소, 철회, 소멸 및 감독

§ 71 승인의 철회, 취소, 소멸(Rücknahme, Widerruf und Erlöschen der staatlichen Anerkennung)

(1) 대학이

1. 승인결정의 고지후 1년 이내에 대학운영을 하지 않은 경우,
2. 학술부장관의 동의 없이 1년 이상 대학운영을 하지 않는 경우,
3. 대학운영이 종국적으로 중지된 경우에는 승인은 소멸된다.

학술부는 제1항의 기간을 적정하게 연장할 수 있다.

(2) 국가의 승인은 승인의 요건이 누락되고 이러한 하자가 보정의 요구에도 불구하고 적정기간 내에 치유되지 아니하는 경우에는

철회되어야 한다. 국가의 승인은 승인시점에서 승인요건이 존재하지 아니하거나 이러한 하자가 보정의 요구에도 불구하고 적정기간 내에 치유되지 아니하는 경우에는 취소되어야 한다. ……

## § 72 감독(Aufsicht)

- (1) 학술부는 제70조 제2항의 요건을 준수하는지를 감독한다.
- (2) 대학교원의 사무를 수행하여야 하는 주직의 교수들의 고용은 사전에 학술부에 보고되어야 한다. 학술부는 제70조 제2항 제5호 및 제6호의 요건을 충족하지 못하거나 또는 국립대학교수의 경우에 해고나 면직을 정당화할 수 있는 사실이 존재하는 경우에는 채용을 거부할 수 있다. ……
- (3) 국가로부터 승인된 대학의 주체는 학술부에 정보를 제공하고 감독에 필요한 모든 서류를 열람할 수 있도록 하여야할 의무가 있다. 학술부의 수입자를 통한 개설된 강좌에 대한 시찰 및 방문은 국가로부터 승인된 대학과의 협의를 통하여 이루어진다. …

### (2) 메클렌부르크포어포메른주(州)의 경우

#### 1) 메클렌부르크포어포메른주(州) 학교법<sup>11)</sup>

메클렌부르크포어포메른주 학교법도 행정처분과 관련하여서는 바덴뷔르템베르크주 학교법의 경우와 대동소이한 규정을 두고 있다. 구체적으로는 제10조에서 학교교재(교과서)의 허가와 도입(§ 10 Zulassung

---

11) Schulgesetz für das Land Mecklenburg-Vorpommern(Schulgesetz - SchulG M-V) vom 13. Februar 2006. 출처: [http://www.mv-regierung.de/laris/index\\_volltext.htm](http://www.mv-regierung.de/laris/index_volltext.htm)

und Einführung von Schulbüchern)을 규정하고 있고, 징계조치와 관련하여서는 제60조에서 교육적 징계조치(§ 60 Erziehungsmaßnahmen), 제60a조에서 법적 징계조치(§ 60a Ordnungsmaßnahmen)를 규정하고 있다. 나아가 제95조에서는 학교에 대한 감독(§ 95 Aufgaben der Schulaufsicht)에 관한 규정을 두고 있다.

## 2) 메클렌부르크포어포메른주(州) 대학법<sup>12)</sup>

메클렌부르크포어포메른주 대학법도 행정처분과 관련하여서는 바덴뷔르템베르크주 대학교과 크게 다르지 않다. 구체적인 규정을 살펴보면, 먼저 제2장에서는 국가와 학교와의 관계에 관한 기본적인 규정을 두고 있는데, 구체적으로 제11조(§ 11 Zusammenwirken von Staat und Hochschule)에서는 학업과정, 학교규정, 입학허가, 재정적 지원, 교수선발, 학교의 기관장의 임명, 대학계획 등에서 국가와 대학이 서로 협력하여야 한다고 규정하고 있고, 제12조(§ 12 Selbstverwaltungs- und staatliche Angelegenheiten)에서는 국가로부터 위임된 사무에 관하여 규정하면서 그 외의 사무는 대학 당국이 자치사무로서 수행함을 규정하고 있다, 아울러 자치사무에 대해서는 법적 감독을, 위임사무에 대해서는 전문감독을 받는다고 규정하고 있다. 제13조(§ 13 Anhörungsrecht, Anzeige- und Genehmigungspflicht)에서는 대학 및 학생단체의 청문권, 대학조례의 제정, 변경, 폐지시의 대학의 보고의무, 위법한 조례에 대한 교육·학술·문화부의 시정요구권, 기본규정(Grundordnung)에 대한 교육·학술·문화부의 승인권 등을 규정하고 있다. 나아가 제14조에서는 감독수단으로서 주 행정부의 보고권에 관하여 규정하고 있는데, 이에 의하면 교육·학술·문화부는 모든 대학 사무에 대하여 보고하도록 할

---

12) Gesetz über die Hochschulen des Landes Mecklenburg-Vorpommern(Landeshochschulgesetz - LHG M-V) vom 5. Juli 2002(GVOBl. M-V 2002, S. 398), zuletzt geändert durch Gesetz vom 10.7.2006(GVOBl. M-V 2006, S. 539). 출처: [http://www.mv-regierung.de/laris/index\\_volltext.htm](http://www.mv-regierung.de/laris/index_volltext.htm)

수 있고, 위법한 조치나 결정에 대하여는 이의를 제기하고 시정을 요구할 수 있으며, 시정이 이루어지지 않을 경우 직접 필요한 조치를 하거나 필요한 조례나 규정을 제정할 수 있다. 그리고 전문감독과 관련하여 지시를 할 수 있는 권한에 대해서도 규정하고 있다.

그 밖에도 제17조(§ 17 Immatrikulation und Exmatrikulation)에서는 입학허가와 제적에 관하여 규정하고 있고, 그 외에도 국립대학이 아닌 대학에 대한 국가의 승인과 관련하여 제13장(Teil 13 Anerkennung von Hochschulen)에서 제108조에서 제112조에 걸쳐 비국립대학에 대한 국가의 승인에 관한 규정을 두고 있다.

### (3) 노르트라인베스트팔렌주(州)의 경우

#### 1) 노르트라인베스트팔렌주(州) 학교법<sup>13)</sup>

노르트라인베스트팔렌주의 학교법의 경우에도 행정처분과 관련하여서 바덴뷔르템베르그주나 메클렌부르크포어포메른주의 경우와 거의 유사한 정도의 규정을 두고 있다. 구체적으로는 제30조(§ 30 Lernmittel)에서는 장기간에 걸쳐 학생들이 사용하게 되는 학교교재 및 그밖의 학습도구는 중앙행정부의 허가를 받아야 하면, 학교로 도입되기 위해서는 학교위원회의 허가를 받아야 한다고 규정하고 있다. 그리고 학생들에 대한 징계와 관련하여서는 제53조(§ 53 Erzieherische Einwirkungen, Ordnungsmaßnahmen)에서 교육적, 법적 조치에 관하여 규정하고 있고, 제86조(§ 86 Schulaufsicht)에서는 학교에 대한 감독을, 제126조(§ 126 Ordnungswidrigkeiten)에서는 규정위반에 대한 사항을 규정하고 있다.

---

13) Schulgesetz für das Land Nordrhein-Westfalen(Schulgesetz NRW - SchulG) vom 15. Februar 2005 (GV NRW. S. 102), geändert durch Artikel 1 des Gesetzes v. 13. Juni 2006 (GV. NRW. S. 270). 출처: [http://sgv.im.nrw.de/lmi/owa/lr\\_bs\\_bes\\_text?gld\\_nr=2&ugl\\_nr=223&ugl\\_id=735&bes\\_id=7345&aufgehoben=N](http://sgv.im.nrw.de/lmi/owa/lr_bs_bes_text?gld_nr=2&ugl_nr=223&ugl_id=735&bes_id=7345&aufgehoben=N)

## 2) 노르트라인베스트팔렌주(州) 대학법<sup>14)</sup>

노르트라인베스트팔렌주 대학법도 행정처분과 관련하여 위 두 개 주의 대학법과 대동소이한 규정을 두고 있다. 다만 노르트라인베스트팔렌주 대학법의 경우 제4조(§ 4 Freiheit in Wissenschaft, Forschung, Lehre und Studium)에서 명문으로 학문, 연구, 강의, 학습의 자유를 천명하고 있다는 점에서 특색이 있다.

행정처분과 관련하여서는 제5장(Fünfter Abschnitt Studierende und Studierenden-schaft) 제1절(1. Zugang und Einschreibung)에서 입학허가와 등록, 제적 등에 관하여 규정하고 있는데, 구체적으로는 등록(§ 48 Einschreibung), 자격 및 그밖의 입학허가요건(§ 49 Qualifikation und sonstige Zugangsvoraussetzungen), 필수적 및 재량적 등록거부사유(§ 50 Einschreibungshindernisse), 제적(§ 51 Exmatrikulation)을 규정하고 있다.

제9장(Neunter Abschnitt Anerkennung als Hochschulen und Betrieb nichtstaatlicher Hochschulen)에서는 제72조에서 제75조에 걸쳐 국립대학이 아닌 대학에 대한 국가의 승인과 승인소멸 등에 관하여 규정하고 있다.

그리고 제76조(§ 76 Aufsicht )에서는 다른 주의 대학법에서와 마찬가지로 대학에 대한 국가의 감독에 관하여 규정하고 있는데, 이에 의하면 대학은 대학의 기본규정을 발령·변경·폐지할 때에는 중앙정부에 보고하여야 할 의무가 있고, 정부는 위법한 조치, 결정, 부작위에 대하여 이의를 제기하고 시정을 요구할 수 있으며, 시정이 이루어지지 않는 경우 직접 필요한 조치를 할 수 있다. 정부는 대학위원회가 기능을 하지 못하는 경우 이를 해산하고 새로운 선거를 명할 수 있고, 이것으로 충분치 않은 경우 수입자를 임명할 수 있다. 나아가 전문감독과 관련하여 정부는 대학에 대하여 지시권을 행사할 수 있다.

---

14) Gesetz über die Hochschulen des Landes Nordrhein-Westfalen(Hochschulgesetz - HG) vom 31. Oktober 2006 (GV. NRW. S. 474). 출처: [http://sgv.im.nrw.de/lmi/owa/lr\\_bs\\_bes\\_text?gld\\_nr=2&ugl\\_nr=221 &ugl\\_id=733&bes\\_id=9796&aufgehoben=N](http://sgv.im.nrw.de/lmi/owa/lr_bs_bes_text?gld_nr=2&ugl_nr=221 &ugl_id=733&bes_id=9796&aufgehoben=N)

## IV. 양국 법제의 비교 및 시사점

### 1. 양국 교육행정분야 행정처분에 관한 규정의 비교

이하에서는 양국 법제의 비교를 돕기 위하여 이상에서 살펴본 양국 교육행정분야 행정처분에 관한 규정을 표를 통하여 정리해 보기로 한다. 독일의 경우는 바덴뷔르템베르그주의 경우만 고려하였다.

<표1 한·독 초·중·등교육행정분야 행정처분에 관한 규정 비교>

바덴뷔르템베르그주 학교법	우리나라 초·중·등교육법
<p>§ 32 학교감독의 원칙</p> <p>(1) 국가의 학교에 대한 감독은</p> <ol style="list-style-type: none"> <li>1. 모든 학교와 관련된 사항에 대한 계획, 지도, 규율, 지원,</li> <li>2. 공공학교로서의 수업 및 교육 그밖에 이와 관련된 모든 사무에 대한 결정권,</li> <li>3. 학교에 대한 전문감독, 즉                     <ol style="list-style-type: none"> <li>a) 학교의 전문분야에 대한 감독,</li> <li>b) 제5호에 속하지 아니하는 법적·행정적 사무에 대한 감독,</li> </ol> </li> <li>4. 학교장 및 교원에 대한 근무감독,</li> <li>5. 지방자치법 제120조에 의한 정보권을 포함하여 학교주체에게 주어진 의무의 수행에 관한 감독,</li> <li>6. 건축 중인 김나지움이나 기숙특수학교에 속하는 학생기숙사에 대한 감독을 포함한다.</li> </ol> <p>학교감독은 조인을 포함한다.</p>	<p>제6조(지도·감독) 국립학교는 교육인적자원부 장관의 지도·감독을 받으며, 공·사립학교는 교육감의 지도·감독을 받는다.</p> <p>제63조(시정 또는 변경명령)</p> <ol style="list-style-type: none"> <li>①관할청은 학교가 시설·설비·수업·학사 및 기타 사항에 관하여 교육관계법령 또는 이에 의한 명령이나 학칙을 위반한 경우에는 학교의 설립·경영자 또는 학교의 장에게 기간을 정하여 그 시정 또는 변경을 명할 수 있다.</li> <li>②관할청은 제1항의 규정에 의한 시정 또는 변경명령을 받은 자가 정당한 사유없이 지정된 기간내에 이를 이행하지 아니한 경우에는 대통령이 정하는 바에 의하여 그 위반행위를 취소 또는 정지하거나 당해 학교의 학생정원의 감축, 학급·학과의 감축·폐지 또는 학생모집의 정지등의 조치를 할 수 있다.</li> </ol>
<p>§ 35a 수업교재의 허가</p> <p>(1) 교육부장관은, 학교에서의 교육목적의 달성 및 각종 학교의 자주적 사무의 수행에 필요한 경우에, 법규명령을 통하여 수업교재의 사용, 특히 교과서의 사용을 위하여 허가를 받도록 할 수 있다.</p>	<p>제29조(교과용도서의 사용)</p> <ol style="list-style-type: none"> <li>①학교에서는 국가가 저작권을 가지고 있거나 교육인적자원부장관이 검정 또는 인정한 교과용도서를 사용하여야 한다.</li> <li>②교과용도서의 범위·저작·검정·인정·발행·공급·선정 및 가격사정에 관하여 필요한 사</li> </ol>

바덴뷔르템베르그주 학교법	우리나라 초·중등교육법
<p>(2) 허가요건은 특히</p> <ol style="list-style-type: none"> <li>1. 기본법, 주 헌법 및 학교법상의 교육목적에의 부합,</li> <li>2. 학습계획 및 적정한 교수법상의 소재의 선별의 목적 및 내용에의 부합,</li> <li>3. 내용선별에 있어서 연령부합성 및 언어형태,</li> <li>4. 각각의 교수법상의 목적설정과 관련된 그림이나 도표의 삽입이다.</li> </ol>	<p>항은 대통령령으로 정한다.</p>
<p>§ 90 교육적·법적 조치</p> <p>(1) 교육적·법적 조치는 학교교육의 실현, 출석의무의 이행, 학교규정의 준수, 학교 내에서의 인적·물적 보호에 기여한다.</p> <p>(2) 교육적·법적 조치는 교육적인 교육조치로는 충분하지 아니할 때에만 고려의 대상이 된다; 여기에는 학생들의 태도변화에 대한 함의도 포함된다. 모든 교육적·법적 조치는 비례원칙을 준수하여야 한다.</p> <p>(3) 다음과 같은 교육적·법적 조치가 행하여질 수 있다:</p> <ol style="list-style-type: none"> <li>1. 학급교사 또는 수업을 하는 교사를 통하여: 수업시간으로 2시간까지 방과후 별도로 남아 있기;</li> <li>2. 학교장을 통하여:             <ol style="list-style-type: none"> <li>a) 수업시간으로 4시간까지 방과후 별도로 남아 있기,</li> <li>b) 학교 내에서 같은 형태의 다른 학급으로 이송,</li> <li>c) 잠정적인 수업제외(정학)에 대한 경고,</li> <li>d) 수업일수로 5일까지의 수업제외, 직업학교의 경우에는 학급회의 또는 학년회의 소속의 구성원이 학생에게 독자적으로 수업하는 한, 이 회의의 의견을 들어 파트타임형태로 수업일수 1일의 수업제외,</li> <li>e) d)에서 정한 수업제외를 넘어서는 수업주간으로 4주 수업제외,</li> <li>f) 학교로부터의 제외(퇴학)에 대한 경고,</li> <li>g) 학교로부터의 제외.</li> </ol> </li> </ol>	<p>제18조(학생의 징계)</p> <p>①학교의 장은 교육상 필요한 때에는 법령 및 학칙이 정하는 바에 의하여 학생을 징계하거나 기타의 방법으로 지도할 수 있다. 다만, 의무교육과정에 있는 학생을 퇴학시킬 수 없다.</p> <p>②학교의 장은 학생을 징계하고자 하는 경우 해당 학생 또는 학부모에게 의견진술의 기회를 부여하는 등 적절한 절차를 거쳐야 한다.</p>

제 4주제 독일의 교육행정법령상 행정처분기준의 이론과 실제

바덴뷔르템베르그주 학교법	우리나라 초중등교육법
<p>제2호 a)목에 의한 방과후 별로 남기 또는 타학급으로의 이송은 잠정적인 수업제외의 경고와 병행될 수 있다; 잠정적인 수업제외의 경고는 학교로부터의 제외에 대한 경고와 병행될 수 있다. 이의신청 및 취소소송에서의 정지효가 적용되지 아니한다. 체벌은 배제된다.</p> <p>(4) 학교에서의 제외조치 이전에 학생이 원하면, 미성년자의 경우 교육권자가 원하면 학교회의의 의견을 들어야 한다. 퇴학후 새로 학생을 전입받는 학교는 전입여부를 학생의 태도변화에 대한 합의와 관련시킬 수 있고, 6개월까지의 수업기간을 정할 수 있다. 기간은 학교장이 정한다.</p> <p>(5) 상급 학교감독행정기관은, 특수학교의 경우를 제외하고는, 학교로부터의 제외조치를 학교지역, 군, 구역의 모든 학교로, 그리고 최상급 학교감독행정기관은 주의 모든 학교로 확대할 수 있다. 제외조치를 확대하는 경우 청소년청에 보고한다.</p> <p>(6) 잠정적인 수업제외, 이에 대한 경고, 학교로부터의 제외조치는 학생이 중대하고 반복적인 잘못된 행동으로 인하여 자신의 의무를 해하고 이를 통하여 학교의 사무수행이나 다른 학생의 권리를 해치는 경우에만 허용된다. 학교로부터의 제외조치는 제1문의 요건 외에도 학생이 학교에 있는 것이 동료학생들의 교육 및 수업, 도덕적 발전, 건강 또는 안전에 대한 위협을 초래할 우려가 있을 경우에만 허용된다.</p> <p>(7) 방과후 별로 남아있기에 대한 결정 전에 학생의 청문은 충족된다. 그밖에는 학교장은 학생에게, 미성년자의 경우는 교육권자에게도 청문의 기회를 준다; 학생과 교육권자는 조력을 받을 수 있다.</p>	

바덴뷔르템베르크주 학교법	우리나라 초·중·등교육법
<p>(8) 잠정적인 수업제외는 청소년청에 보고할 수 있으나, 반복적인 잠정적인 수업제외는 보고하여야 한다; 학교로부터의 제외는 청소년청에 보고한다. 잠정적인 수업제외 또는 이에 대한 경고는 학생의 직업교육에 공동책임이 있는 자에게 보고한다.</p> <p>(9) 학교장은, 잠정적인 수업제외가 예상되는 경우에, 긴급한 때에는 잠정적으로 5일까지의 출석을 거부할 수 있거나 또는, 학교로부터의 제외가 예상되는 경우에, 잠정적으로 2주까지의 출석을 거부할 수 있다. 사전에 학급교사로부터 들어야 한다.</p>	
	<p>제64조(휴업 및 휴교명령)</p> <p>①관할청은 재해등의 긴급한 사유로 정상수업이 불가능하다고 인정하는 경우에는 학교의 장에게 휴업을 명할 수 있다.</p> <p>②제1항의 규정에 의한 명령을 받은 학교의 장은 지체없이 휴업을 하여야 한다.</p> <p>③관할청은 학교의 장이 제1항의 규정에 의한 명령에 불구하고 휴업을 하지 아니하거나 특별히 긴급한 사유가 있는 경우에는 휴교처분을 할 수 있다.</p> <p>④제1항 및 제2항의 규정에 의하여 휴업된 학교는 휴업기간중 수업과 학생의 등교가 정지되며, 제3항의 규정에 의하여 휴교된 학교는 휴교기간중 단순한 관리업무를 제외하고는 학교의 모든 기능이 정지된다.</p> <p>제65조(학교등의 폐쇄)</p> <p>①관할청은 학교가 다음 각호의 1에 해당하여 정상적인 학사운영이 불가능한 경우에는 학교의 폐쇄를 명할 수 있다.</p> <p>1. 학교의 장 또는 설립·경영자가 고의 또는 중과실로 이 법 또는 이 법에 의한 명령을 위반한 경우</p> <p>2. 학교의 장 또는 설립·경영자가 이 법 또는 기타 교육관계법령에 의한 관할청의 명령을 수회에 걸쳐 위반한 경우</p>

제 4주제 독일의 교육행정법령상 행정처분기준의 이론과 실제

바덴뷔르템베르그주 학교법	우리나라 초중등교육법
	<p>3. 휴가기간을 제외하고 계속하여 3월이상 수업을 하지 아니한 경우</p> <p>②관할청은 제4조제2항의 규정에 의한 학교 설립인가 또는 제49조의 규정에 의한 분교설치인가를 받지 아니하고 학교의 명칭을 사용하거나 학생을 모집하여 시설을 사실상 학교의 형태로 운영하는 자에 대하여 그가 설치·운영하는 시설의 폐쇄를 명할 수 있다.</p>
<p>§ 92 규정위반</p> <p>(1) 고의 또는 과실로</p> <p>1. 제72조 제3항의 의무를 이행하지 않거나 제85조에 의하여 부여된 의무를 침해한 자,</p> <p>2. 이 법이 범칙금규정을 명문으로 언급하고 있는 한, 제87조에 근거하여 학교의무를 수행하기 위하여 발령된 법규명령 또는 교육권자로서 학교규정에 의하여 부여된 의무를 침해한 자는 규정에 위반하여 행위한 것이다.</p> <p>(2) 규정위반에 대해서는 범칙금이 부과된다.</p> <p>(3) 질서위반법(Gesetz über Ordnungswidrigkeiten) 제36조 제1항 제1호에서 말하는 행정청은 하급 행정기관이다.</p>	<p>제67조(벌칙)</p> <p>①다음 각호의 1에 해당하는 자는 3년이하의 징역 또는 2천만원이하의 벌금에 처한다.</p> <p>1. 제4조제2항의 규정에 의한 학교설립인가 또는 제50조의 규정에 의한 분교설치인가를 받지 아니하고 학교의 명칭을 사용하거나 학생을 모집하여 시설을 사실상 학교의 형태로 운영한 자</p> <p>2. 제4조제3항의 규정에 위반하여 폐지인가 또는 변경인가를 받지 아니한 자</p> <p>3. 허위 기타 부정한 방법으로 제4조제2항 또는 제4조제3항의 규정에 의한 학교의 설립인가·폐지인가 또는 변경인가를 받거나 제50조의 규정에 의한 분교설치인가를 받은 자</p> <p>4. 제30조의6제1항 또는 제3항의 규정을 위반하여 동의권자의 동의없이 제3자에게 학생 관련 자료를 제공하거나 제공받은 자료를 그 본래의 목적 외의 용도로 이용한 자</p> <p>②다음 각호의 1에 해당하는 자는 1년이하의 징역 또는 500만원이하의 벌금에 처한다.</p> <p>1. 제63조제1항의 규정에 의한 명령을 위반한 자</p> <p>2. 제65조제1항의 규정에 의한 명령을 위반한 자</p> <p>제68조(과태료)</p> <p>①다음 각호의 1에 해당하는 자는 100만원 이하의 과태료에 처한다.</p>

바덴뷔르템베르그주 학교법	우리나라 초·중·등교육법
	1. 제13조제4항의 규정에 의한 의무이행의 독려를 받고 이를 이행하지 아니한 자 2. 제15조의 규정에 위반하여 의무교육대상자의 의무교육을 방해한 자 3. 제53조의 규정에 위반하여 학생을 취학시키지 아니하거나 등교 및 수업에 지장을 주는 행위를 한 자 ②제1항의 규정에 의한 과태료는 대통령령이 정하는 바에 의하여 당해 교육감이 부과·징수한다. ③제2항의 규정에 의한 과태료처분에 불복이 있는 자는 그 처분의 고지를 받은 날부터 60일 이내에 교육감에게 이의를 제기할 수 있다. ④제2항의 규정에 의한 과태료의 처분을 받은 자가 제3항의 규정에 의하여 이의를 제기한 때에는 교육감은 지체없이 관할법원에 그 사실을 통보하여야 하며, 그 통보를 받은 관할법원은 비송사건절차법에 의한 과태료의 재판을 한다. ⑤제3항의 규정에 의한 기간내에 이의를 제기하지 아니하고 과태료를 납부하지 아니한 경우에는 지방세체납처분의 예에 의하여 이를 징수한다.

<표2 한·독 대학행정분야 행정처분에 관한 규정 비교>

바덴뷔르템베르그주 대학법	우리나라 고등교육법
§ 60 입학허가; 등록 (1) 학생의 등록은 대학구성원의 신분을 창설한다. 독일 대학에서 일정한 부분 동안만을 학습하고자 하는 외국학생은 일반적으로 2학기의 기간을 등록할 수 있다; 외국학생은 선거권 및 피선거권이 없으며, 첫 번째 대학졸업시험에 지원할 권리가 없다.	제33조(입학자격) ①대학(산업대학·교육대학·전문대학 및 방송·통신대학을 포함하며, 대학원대학을 제외한다)에 입학할 수 있는 자는 고등학교를 졸업한 자 또는 법령에 의하여 이와 동등 이상의 학력이 있다고 인정된 자로 한다. ②대학원의 석사학위과정과 석사학위 및 박사

제 4주제 독일의 교육행정법령상 행정처분기준의 이론과 실제

바덴뷔르템베르그주 대학법	우리나라 고등교육법
<p>입학허가가 제한된 학업과정의 경우 등록에는 특별한 입학허가를 전제요건으로 한다. 입학허가제한이 없는 학업과정의 경우는 등록이 입학허가를 포함한다.</p> <p>(2) 입학허가가 제한된 학업과정에서의 입학허가는,</p> <ol style="list-style-type: none"> <li>1. 제58조 및 제59조에서 또는 이를 근거로 하는 일정한 요건이 제출되지 않은 경우,</li> <li>2. 동일한 학업과정에서의 시험에 최종합격하지 못했거나 시험청구권이 더 이상 존재하지 않아서 기존의 입학허가가 소멸된 경우(제34조 제2항, 제3항) …,</li> <li>3. 학업과정에 대한 입학허가의 수가 확정되어 있는 상태에서(정원제한) 입학허가정원에 대한 배당을 받지 못하였거나 또는 배정받은 정원자격을 기간에 적합하게 사용하지 않은 경우,</li> <li>4. 근무-, 근로- 또는 교육관계에 있거나 그 밖에 직업활동을 하는 자 또는 동시에 다른 학업과정에 입학허가를 받았거나 받으려 하는 자로서 시간적으로 아무런 제한 없이 학업에 전념할 수 있다는 것, 특히 필요한 강의를 수강할 수 있다는 것을 증명하는 것이 아닌 경우; 상응하는 유사학업에서 지금까지의 학업성적을 근거로 통상적인 학업시간내에 학업과정을 성공적으로 마칠 수 있다는 것을 증명할 수 있는 경우가 아닌 경우; 이는 파트타임학업과정에 대해서도 유효하다.</li> <li>5. 3학기 또는 그이상의 학기에서 학업과정을 전환하고자 하면서 제2조 제2항에 의한 전환하고자 하는 학업과정과 관련된 학과적인 조언을 받았다는 문서상의 증거를 제출하지 않은 경우에 거부되어야 한다.</li> </ol> <p>(3) 입학허가가 제한된 학업과정에서의 입학허가는,</p> <ol style="list-style-type: none"> <li>1. 각 학업과정에 필요한 어학지식이 입증되지 않은 경우,</li> <li>2. 신청을 위해 규정된 절차규정이 준수되지 않은 경우에는 거부될 수 있다.</li> </ol>	<p>사학위의 과정이 통합된 과정에 입학할 수 있는 자는 학사학위를 가지고 있는 자 또는 법령에 의하여 이와 동등 이상의 학력이 있다고 인정된 자로 한다.</p> <p>③대학원의 박사학위과정에 입학할 수 있는 자는 석사학위를 가지고 있는 자 또는 법령에 의하여 이와 동등 이상의 학력이 있다고 인정된 자로 한다.</p> <p>제34조(학생의 선발방법)</p> <ol style="list-style-type: none"> <li>①대학(산업대학·교육대학 및 전문대학을 포함하며, 대학원대학을 제외한다)의 장은 제33조제1항의 규정에 의한 자격이 있는 자중에서 일반전형 또는 특별전형에 의하여 입학할 학생을 선발한다.</li> <li>②제1항의 규정에 의한 일반전형 또는 특별전형의 방법, 학생선발일정 및 그 운영에 관하여 필요한 사항은 대통령령으로 정한다.</li> <li>③교육인적자원부장관은 입학전형자료로 활용하기 위하여 대통령령이 정하는 시험을 시행할 수 있다.</li> <li>④제3항의 규정에 따른 시험에서 부정행위를 한 자에 대하여는 당해 시험을 무효로 하고, 당해 시험의 시행일이 속한 연도의 다음 연도 1년간 시험의 응시자격을 정지한다. 다만, 시험의 공정한 관리를 위하여 금지된 물품의 소지 또는 반입, 감독관 지시사항의 불이행 등 교육인적자원부장관이 정하는 경미한 부정행위를 한 자에 대하여는 응시자격을 정지하지 아니한다.</li> <li>⑤제4항의 규정에 따라 응시자격이 정지중에 있는 자는 그 기간 중 제3항의 규정에 따른 시험에 응시할 수 없다.</li> <li>⑥제4항의 규정에 따라 응시자격이 정지된 자가 정지기간이 종료된 후 제3항의 규정에 따른 시험에 응시하고자 할 경우에는 교육인적자원부장관이 정하는 바에 따라 20시간 이내의 인성교육을 이수하여야 한다.</li> </ol>

바덴뷔르템베르크주 대학법	우리나라 고등교육법
<p>(4) ……</p> <p>(5) 제2항의 경우 이외에도 등록은</p> <ol style="list-style-type: none"> <li>1. 박사과정생으로 받아들여지지 아니한 자,</li> <li>2. 학업과 관련하여 발생한 공과금 및 보수를 지불하지 아니한 자,</li> <li>3. 군복무 또는 민간역 복무의 소집을 받은 자,</li> <li>4. 외국인으로서 학업에 대한 권한을 부여하거나 학업을 배제하지 아니하는 서류증을 받지 않거나 또는 EU-체류허가를 소지하지 아니한 자,</li> <li>5. 고의에 의한 범죄행위로 인하여 최소 1년의 자유형을 선고받았고, 형벌이 아직 무제한의 정보제공상태에 있으며 행하여진 범죄행위로 볼 때 학업운영에 위협이나 방해가 염려되는 자에 대하여는 거부되어야 한다.</li> </ol> <p>(6) 제3항의 경우 이외에도 등록은</p> <ol style="list-style-type: none"> <li>1. 다른 학생들의 건강에 중대한 해를 끼치거나 규정에 적합한 학업운영이 중대하게 침해될 우려가 있는 병을 앓고 있는 자,</li> <li>2. 자유형에 처해진 자에 대하여는 거부될 수 있다.</li> </ol>	
<p>§ 62 제적</p> <p>(1) 대학에서의 학생구성원으로서의 신분은 제적에 의하여 소멸된다. 제적은 학생의 신청 또는 직권으로 행하여진다.</p> <p>(2) 학생은</p> <ol style="list-style-type: none"> <li>1. 학생에게 졸업시험 합격증서가 교부되었지만, 졸업시험합격 후 늦어도 1개월 안에 다른 학업과정을 허가받았거나, 외국대학에서의 학업체류를 마치거나 의도하거나, 성적행상을 위한 시험을 반복하거나 제적상태의 지속을 신청하지 않은 경우,</li> <li>2. 제32조 제1항 제5문에 의한 학업과정에 대한 허가가 소멸되었고 다른 학업과정에 대한 별도의 허가도 없는 경우,</li> <li>3. 학업과 관련하여 발생한 공과금 및 보수를 지불기간 경과후 경고 및 제적경고에도 불구하고 지불하지 않은 경우 직권에 의하여 제적된다.</li> </ol>	<p>제13조(학생의 징계)</p> <ol style="list-style-type: none"> <li>① 학교의 장은 교육상 필요한 때에는 법령과 학칙이 정하는 바에 의하여 학생을 징계할 수 있다.</li> <li>② 학교의 장은 학생을 징계하고자 하는 경우 해당 학생에게 의견진술의 기회를 부여하는 등 적정한 절차를 거쳐야 한다.</li> </ol>

제 4주제 독일의 교육행정법령상 행정처분기준의 이론과 실제

바덴뷔르템베르그주 대학법	우리나라 고등교육법
<p>(3) 학생은</p> <ol style="list-style-type: none"> <li>제60조 제5항 및 제6항에 의한 등록장애 사유가 사후에 발생한 경우,</li> <li>20학기가 경과할 때까지 자기 자신에 해당되는 이유로 졸업시험을 치르지 않은 경우,</li> <li>학교 영역에서 고의로 종업원보호법 제2조 제2항에서 의미하는 성추행으로 인하여 타인의 존엄을 해친 경우에는 직권에 의하여 제적될 수 있다. 제적과 더불어 2년까지의 기간이 확정될 수 있으며, 이 기간 내에는 대학에서의 새로운 등록은 배제된다.</li> </ol>	
<p>§ 66 국가의 협력권</p> <p>(1) 조례의 제정, 변경, 폐기 그 밖의 이 법에 의한 대학의 결정에 학술부장관의 동의가 필요한 경우에, 이 동의는 제2항의 법적 사유로 거부되거나 또는 제3항의 사유로 거부될 수 있다. 동의는 부분적으로 부관과 더불어 이루어질 수 있다.</p> <p>(2) 동의는</p> <ol style="list-style-type: none"> <li>법규,</li> <li>연방, 다른 주 또는 다른 공법인에 대한 주의 의무를 위반하는 경우 거부된다.</li> </ol> <p>(3) 동의는 구조적, 재정적, 설비와 관련된 관점에서 주의 목적 및 기준에 합치되지 아니하는 경우에는 거부될 수 있다.</p> <p>(4) 제2항 및 제3항에 열거된 이유로 학술부장관은 조례제정 및 개정 그 밖의 대학의 결정을 요구할 수 있다. 대학의 해당기관은 이에 대하여 조연하고 결정하여야 한다. 요구시에는 기관의 장에게 설명하여야 한다. 요구에는 필요한 결정에 대한 적정한 기간이 설정될 수 있다. 대학의 해당 기관이 요구를 이행하지 않거나 적시에 이행하지 아니하는 경우에는 학술부장관은 대학을 대신하여 필요한 명령을 할 수 있다.</p> <p>§ 67 감독</p> <p>(1) 대학은 학술부의 법적 감독하에 사무를 담당한다.</p> <p>(2) 학술부의 전문감독에는</p>	<p>제5조(지도·감독)</p> <p>① 학교는 교육인적자원부장관의 지도·감독을 받는다.</p> <p>② 교육인적자원부장관은 학교에 대한 지도·감독을 위하여 필요한 경우에는 학교의 장에 대하여 대통령령이 정하는 바에 따라 관련 자료의 제출을 요구할 수 있다.</p> <p>제60조(시정 또는 변경명령)</p> <p>① 교육인적자원부장관은 학교가 시설·설비·수업 및 학사 기타 사항에 관하여 교육관계 법령 또는 이에 의한 명령이나 학칙을 위반한 경우에는 기간을 정하여 학교의 설립·경영자 또는 학교의 장에게 그 시정 또는 변경을 명할 수 있다.</p> <p>② 교육인적자원부장관은 제1항의 규정에 의한 시정 또는 변경명령을 받은 자가 정당한 사유없이 지정된 기간내에 이를 이행하지 아니한 경우에는 대통령령이 정하는 바에 의하여 그 위반행위를 취소 또는 정지하거나 당해 학교의 학생정원의 감축, 학과의 폐지 또는 학생의 모집정지등의 조치를 할 수 있다.</p>

바덴뷔르템베르그주 대학법	우리나라 고등교육법
<p>1. 다른 법률의 규정이 없는 한, 인적 사무,                  2. 예산 및 경제사무; 대학계약 등에 규정되어 있는 경우에는 그 집행,                  3. 예산, 출납, 회계, 수수료,                  4. 경비- 및 지불계산의 통일적인 원칙 및 보고,                  5. 제2조 제6항 및 제7항에 의한 다른 위임된 사무,                  6. 학년의 구분, 대학입학에 관한 규정, 교육 능력에 대한 조사, 허가정원수의 책정이 속한다.</p> <p>전문감독의 범위 내에서의 지시는 기관의 장에 대하여 행하여야 한다; 지시는 기관, 위원회, 공무원을 구속한다.</p> <p>§ 68 정보권; 감독수단</p> <p>(1) 학술부는 모든 대학사무에 대해서 보고 받을 수 있다. 학술부는 특히 대학 및 그 시설을 시찰할 수 있고, 업무수행 및 현금출납을 검사할 수 있으며, 보고서 및 서류를 제출하도록 할 수 있다. 학술부는 전문평가인이 관여하도록 할 수 있다.</p> <p>(2) 학술부장관은 법이 정한 통계 이외에 제정부와의 협의를 거쳐 그 밖의 통계적 조사를 명령할 수 있다; 여기에서 조사요건은 대학과 관련된 것이어야 한다. 자연인의 인적 물적 관계에 대한 개별적인 요소들은 조사되지 않는다.</p> <p>(3) 학술부는 위법한 결정이나 조치에 대하여 이의를 제기할 수 있다. 학술부는 위법한 조치의 취소를 요구할 수 있다.</p> <p>(4) 대학의 해당 기관이 법적 또는 전문적 감독과 관련된 학술부의 명령을 정해진 기간 내에 이행하지 아니하거나 또는 그밖에 학술부가 정한 기간 내에 법이나 조례에 의하여 주어진 의무를 이행하지 아니하는 경우에는 학술부는 그 기관에 대하여 필요한 명령이나 조치를 취할 수 있다.</p> <p>(5) 대학교, 대학 및 기관의 기능을 보장하기</p>	

제 4주제 독일의 교육행정법령상 행정처분기준의 이론과 실제

바덴뷔르템베르크주 대학법	우리나라 고등교육법
<p>위하여 제3항 및 제4항의 권한으로 충분하지 아니한 경우에는 학술부는 대학교 및 대학의 기관 또는 위원회의 사무 및 대학기관의 지도를 필요한 범위 내에서 담당하는 수입자를 임명하거나 기관의 장으로 하여금 임명하도록 할 수 있다.</p> <p>§ 71 (비국립대학에 대한) 승인의 철회, 취소, 소멸</p> <p>(1) 대학이</p> <ol style="list-style-type: none"> <li>1. 승인결정의 고지후 1년 이내에 대학운영을 하지 않은 경우,</li> <li>2. 학술부장관의 동의 없이 1년 이상 대학운영을 하지 않는 경우,</li> <li>3. 대학운영이 중국적으로 중지된 경우에는 승인은 소멸된다.</li> </ol> <p>학술부는 제1항의 기간을 적정하게 연장할 수 있다.</p> <p>(2) 국가의 승인은 승인의 요건이 누락되고 이러한 하자가 보정의 요구에도 불구하고 적정기간 내에 치유되지 아니하는 경우에는 철회되어야 한다. 국가의 승인은 승인시점에서 승인요건이 존재하지 아니하거나 이러한 하자가 보정의 요구에도 불구하고 적정기간 내에 치유되지 아니하는 경우에는 취소되어야 한다. ……</p> <p>§ 72 (비국립대학에 대한) 감독</p> <ol style="list-style-type: none"> <li>(1) 학술부는 제70조 제2항의 요건을 준수하는지를 감독한다.</li> <li>(2) 대학교원의 사무를 수행하여야 하는 주직의 교수들의 고용은 사전에 학술부에 보고되어야 한다. 학술부는 제70조 제2항 제5호 및 제6호의 요건을 충족하지 못하거나 또는 국립대학교수의 경우에 해고나 면직을 정당화할 수 있는 사실이 존재하는 경우에는 채용을 거부할 수 있다. ……</li> </ol>	

바덴뷔르템베르크주 대학법	우리나라 고등교육법
<p>(3) 국가로부터 승인된 대학의 주체는 학술부에 정보를 제공하고 감독에 필요한 모든 서류를 열람할 수 있도록 하여야할 의무가 있다. 학술부의 수입자를 통한 개설된 강좌에 대한 시찰 및 방문은 국가로부터 승인된 대학과의 협의를 통하여 이루어진다. ...</p>	
	<p>제61조(휴업 및 휴교명령)</p> <p>①교육인적자원부장관은 재해등의 긴급한 사유로 정상수업이 불가능하다고 인정하는 경우에는 학교의 장에게 휴업을 명할 수 있다.</p> <p>②제1항의 규정에 의한 명령을 받은 학교의 장은 지체없이 휴업을 하여야 한다.</p> <p>③교육인적자원부장관은 학교의 장이 제1항의 규정에 의한 명령에 불구하고 휴업을 하지 아니하거나 특별히 긴급한 사유가 있는 경우에는 휴교처분을 할 수 있다.</p> <p>④제1항 및 제2항의 규정에 의하여 휴업된 학교는 휴업기간중 수업과 학생의 등교가 정지되며, 제3항의 규정에 의하여 휴교된 학교는 휴교기간중 단순한 관리업무를 제외하고는 학교의 모든 기능이 정지된다.</p> <p>제62조(학교등의 폐쇄)</p> <p>①교육인적자원부장관은 학교가 다음 각호의 1에 해당하여 정상적인 학사운영이 불가능한 경우에는 당해 학교의 학교법인에 대하여 학교의 폐쇄를 명할 수 있다.</p> <ol style="list-style-type: none"> <li>1. 학교의 장 또는 설립·경영자가 고의 또는 중과실로 이 법 또는 이 법에 의한 명령을 위반한 경우</li> <li>2. 학교의 장 또는 설립·경영자가 이 법 또는 기타 교육관계법령에 의한 교육인적자원부장관의 명령을 수회에 걸쳐 위반한 경우</li> <li>3. 휴가기간을 제외하고 계속하여 3월 이상 수업을 하지 아니한 경우</li> </ol> <p>②교육인적자원부장관은 제4조제2항의 규정에 의한 학교설립인가 또는 제24조의 규</p>

제 4주제 독일의 교육행정법령상 행정처분기준의 이론과 실제

바덴뷔르템베르크주 대학법	우리나라 고등교육법
	<p>정에 의한 분교설치인가를 받지 아니하고 학교의 명칭을 사용하거나 학생을 모집하여 시설을 사실상 학교의 형태로 운영하는 자에 대하여 그 시설의 폐쇄를 명할 수 있다.</p>
	<p>제64조(벌칙)</p> <p>①다음 각호의 1에 해당하는 자는 3년 이하의 징역 또는 2천만원 이하의 벌금에 처한다.</p> <ol style="list-style-type: none"> <li>1. 제4조제2항의 규정에 의한 학교설립인가 또는 제24조의 규정에 의한 분교설치인가를 받지 아니하고 학교의 명칭을 사용하거나 학생을 모집하여 시설을 사실상 학교의 형태로 운영하는 자</li> <li>2. 제4조제3항의 규정에 위반하여 폐지인가 또는 변경인가를 받지 아니한 자</li> <li>3. 허위 기타 부정한 방법으로 제4조제2항 또는 제4조제3항의 규정에 의한 학교의 설립인가, 폐지인가 또는 변경인가를 받거나 제24조의 규정에 의한 분교설치인가를 받은 자</li> </ol> <p>②다음 각호의 1에 해당하는 자는 1년 이하의 징역 또는 500만원 이하의 벌금에 처한다.</p> <ol style="list-style-type: none"> <li>1. 제60조제1항의 규정에 의한 명령을 위반한 자</li> <li>2. 제62조제1항의 규정에 의한 명령을 위반한 자</li> <li>3. 제33조 및 제57조의 규정에 해당되지 아니한 자에게 입학울 허가한 자</li> <li>4. 제35조제1항(제59조제4항의 규정에 의하여 준용되는 경우를 포함한다) 내지 제3항, 제50조제1항(제59조제4항의 규정에 의하여 준용되는 경우를 포함한다), 제54조제1항·제2항 또는 제58조제1항·제2항의 규정에 위반하여 학위를 수여한 자</li> </ol>

## 2. 양국 법제의 비교 및 시사점

### (1) 독일 학교법과 우리나라 초중등교육법

#### 1) 감독규정

독일 학교법은 학교에 대한 감독과 관련하여 합법성 여부만을 감독하는 법적 감독과 전문적인 분야에 대한 전문감독을 구분하고 있다. 반면 우리나라의 경우에는 단순히 감독주체의 감독권에 관한 법적 근거만을 규정하고 있을 뿐, 어떠한 분야에 대하여 어떠한 감독을 행한다는 구체적인 규정이 결여되어 있다.

#### 2) 시정명령

독일의 경우 학교법에서는 별도의 시정명령에 관하여 규정하고 있지 않은데, 이는 법적 및 전문감독권에 관한 규정에 포함되는 것으로 이해될 수 있기 때문으로 보인다.

반면 우리나라의 경우 법적 감독과 전문감독의 구분이 규정되어 있지 않으므로, 별도의 시정명령에 관한 규정을 둘 필요가 있고, 이 규정을 통하여 시정명령의 구체적인 사유와 명령권이 규정되고 있는 것이라고 생각된다.

한편 초중등교육법 제63조 제2항에는 시정명령을 이행하지 않는 경우 관할청은 위반행위의 취소·정지뿐 아니라 학생정원의 감축, 학급·학과의 감축·폐지 또는 학생모집의 정지등의 조치를 할 수 있다고 규정하여 독일에 비하여 상대적으로 행정부의 권한이 폭넓게 규정되어 있고, 내용적으로도 독일보다는 규제중심적이라고 할 수 있는데, 생각해 보아야 할 점은, 이러한 감독조치들은 법령위반에 대한 시정을 통한 적법한 행정(법치행정)의 회복이라고 하는 행정목적에 적합한 것이어야 하는데, 정원감축·학급 및 학과의 감축 및 폐지·학생모집정지와

같은 조치들은 다분히 행정적 편의를 위한 수단으로 작용할 가능성이 매우 높다고 하는 점이다. 그러나 이러한 조치들이 위와 같은 행정목적에 부합하지 않는 한 부당결부의 문제가 발생할 수 있다는 점에서 법률에서 이와 같은 강력한 조치를 규정하여야 할 현실적인 필요가 있는 경우가 아니라면, 시정명령에 관한 규정을 두는 것에 그치는 것이 바람직하다고 생각된다.

### 3) 수업교재의 허가

독일의 경우에도 교과서허가규정이라는 법규명령이 있기는 하지만, 허가요건의 중요사항은 법률에서 규정되고 있고, 법규명령에서는 허가로부터 자유로운 경우, 법률이 정하는 허가요건에 관한 규정을 보다 구체화하는 허가요건, 허가절차 및 허가결정이 규정되고 있을 뿐이다.

반면 우리나라의 경우 법률에서는 교육인적자원부장관이 검정 또는 인정한 교과용도서를 사용하여야 한다는 것만 규정되어 있고, 교과용도서의 범위·저작·검정·인정·발행·공급·선정 및 가격사정에 관하여 필요한 사항은 모두 대통령령에 위임되고 있다. 나아가 대통령령인 교과용도서에관한규정에서는 검정기준은 교육인적자원부장관이 공고하도록 되어 있고, 인정기준은 교육인적자원부장관이 교과용도서심의회 심의를 거쳐 정하도록 규정하고 있어서, 결국 교과서의 검·인정의 구체적 기준이 법령 자체에서는 규정되지 않고 있다는 문제가 있다. 차체에 법률에서 개괄적이거나 검인증의 기준이 직접 규율되도록 하는 것이 바람직할 것이다.

### 4) 학생의 징계

징계와 관련하여 먼저 독일의 경우는 비례원칙준수를 명문으로 규정하고 있다는 점에서 특색이 있다고 생각된다. 아울러 제재적 성격을 띠는 점에서 징계유형이 비교적 상세하게 법률에서 규정되고 있

고, 징계의 유형도 비교적 강도가 완화된 형태를 띠고 있다. 이러한 점에서 체벌배제가 명문으로 언급되고 있는 점도 눈여겨볼 점이라고 생각된다. 아울러 제재적 처분이라는 점에서 의견청취, 청문, 엄격한 요건규정, 보고의무 등이 규정되고 있다.

반면 우리나라의 경우는 징계에 대한 법적 근거와 의견청취에 관하여서만 규정하고 있고, 구체적인 징계는 법령이나 학칙에 위임되고 있다. 법률유보와 관련된 본질성이론의 관점에서 보더라도, 기본적인 징계의 유형과 절차에 관한 본질적인 사항들은 법률에서 직접 언급하는 것이 바람직할 것이다.

#### 5) 휴교명령과 학교폐쇄

우리나라의 경우 시정명령 이외에도 재해 등을 이유로 하는 휴교명령, 법규 또는 명령위반을 이유로 하는 학교폐쇄에 관한 규정도 두고 있다. 이미 언급한 처럼, 이와 같은 조치들은 대단히 강도가 높은 제재적 성격을 띠고 있다는 점에서 그 요건을 규정함에 있어서는 보다 명확하고 구체적으로 규정할 필요가 있다. 그럼에도 불구하고 이러한 조치들은 행정적 편의를 위한 수단으로 활용될 가능성이 매우 높다는 점에서 보면, 이와 같은 강력한 조치를 규정하여야 할 현실적인 필요가 존재하는 경우가 아니라면, 시정명령에 관한 규정에 부가하여 필요한 명령을 할 수 있다고 규정하는 것으로 축소하는 것이 바람직하다고 생각된다.

#### 6) 벌칙 및 과태료규정

독일의 경우 규정위반에 대한 범칙금에 대해서만 규정하고 있는 반면, 우리나라의 경우 징역이나 벌금형과 같은 행정형벌과 행정질서벌인 과태료가 모두 규정되어 있다. 아울러 형벌의 경우 징역 3년까지도 규정되어 있다.

오늘날 선진국의 추세가 행정형벌을 범칙금이나 질서벌로 전환하는 것이라는 점에서 생각해 보면, 교육행정관련법령을 위반한 것이, 예컨대 징역형으로 처벌하는 것이 타당할 정도의 범행인가 하는 점은 생각해 볼 필요가 있다고 생각한다. 아울러 과태료의 경우에도 이를 독일과 같이 범칙금으로 통일한다거나 또는 과태료로 통일하는 것과 같은 방안을 고려해 볼 필요가 있다.

## (2) 독일 대학법과 우리나라 고등교육법

대학에 관한 법률과 관련하여서는 먼저 독일 대학법들은 대학의 자유를 기본적인 전제로 하고 있다는 점에 특색이 있다. 나아가 노르트라인베스트팔렌주 대학법 제4조는 이를 명문으로 규정하고 있다는 점은 우리에게도 시사하는 바 크다고 생각한다.

### 1) 입학허가

독일의 경우 입학허가와 관련하여 허가 및 등록의 거부사유에 관하여 중점적으로 규정하고 있다. 거부사유의 경우에도 거부되어야 하는 경우와 거부될 수 있는 경우가 구분되어 규정되고 있다.

우리나라의 경우는 독일과는 달리 국·공·사립대학이 혼재되어 있어 고등교육법에서 이들 대학의 입학허가나 허가거부에 관하여 일률적으로 규정하기 어려운 점이 있다. 따라서 이에 대한 규정은 없고, 다만 선발시험과 관련하여 부정행위에 대한 응시자격의 정지에 관하여만 규정하고 있다.

학생선발과 관련하여 고등교육법은 4년제 이상의 일반대학의 장은 일반전형 또는 특별전형에 의하여 입학할 학생을 선발하도록 규정하면서 일반전형 또는 특별전형의 방법, 학생선발일정 및 그 운영에 관하여 필요한 사항은 대통령령으로 정하도록 규정하고 있다. 그런데 이는 원칙적으로 말하자면 포괄적인 위임이라고 여겨진다. 이

와 같은 위임을 통하여 국회가 아닌 행정부가 입학에 관련된 중요한 사항을 결정할 수 있도록 되어 있기 때문이다. 따라서 위임입법의 남발을 방지하는 의미에서도, 이 가운데 본질적인 내용, 기본적인 내용들은 법률로 환원되도록 하여야 할 것이다.

## 2) 학생의 징계

우리나라 고등교육법은, 초중등교육과 고등교육의 차이를 전혀 고려하지 않은 채, 초중등교육법에서의 징계에 관한 규정과 거의 동일한 징계규정을 두고 있다는 점이 우선 문제로 지적될 수 있다. 그리고, 위에서 언급한 바처럼, 현재의 규정만 보면 구체적인 징계사유나 징계의 유형에 대한 언급이 없는 점도 문제로 지적될 수 있다.

한편 독일의 경우는 징계유형으로서 제적에 관하여만 규정하고 있고, 이 경우에도 직권으로 제적되는 사유와 제적될 수 있는 사유가 구분되어 비교적 상세히 규정되고 있다.

## 3) 감독 및 감독상의 조치

초중등학교의 경우에서와 마찬가지로 독일의 경우 대학법이 대학에 대한 법적 감독과 전문감독을 구분하고 있고, 전문감독의 범위도 구체적으로 규정되어 있다. 반면 우리나라의 경우는 법적 감독과 전문감독의 구분이 규정되어 있지 않고 단순한 감독주체의 감독권에 관한 법적 근거만 규정되어 있다. 따라서 어떠한 행정분야에서 어떠한 감독이 행하여지는지가 분명하지 않다는 문제가 있다.

감독권과 관련하여 행정청이 취할 수 있는 조치와 관련하여서는 독일의 경우 전문감독과 관련하여 학술부는 지시를 할 수 있고, 그 외에 대학사무에 대해 보고를 요구할 수 있으며, 위법한 결정에 대하여 이의를 제기하고 취소를 요구할 수 있고, 이를 이행하지 아니하는 경우 필요한 명령이나 조치를 할 수 있다. 그리고 이러한 수단으로 충

분치 않을 경우는 수임자를 임명할 수 있다. 이상과 같이 독일의 경우 대학행정에 대한 감독권을 바탕으로 위법한 대학행정에 대한 시정을 위하여 행정부에 이의제기, 취소요구, 명령 등의 권한을 인정하고 있다.

우리나라의 경우는 이와 관련하여 고등교육법 제60조에서 시정 및 변경명령에 관하여 규정하고 있는데, 이에 따르면 학교가 교육관계법령이나 명령을 위반한 경우 시정명령을 할 수 있고, 이를 이행하지 않는 경우 교육인적자원부장관은 위반행위의 취소·정지뿐 아니라 학생정원의 감축, 학과의 폐지 또는 학생의 모집정지등의 조치를 할 수 있다고 규정하고 있다. 독일과 비교해 보면 우리나라의 경우가 상대적으로 행정부의 권한이 폭넓고 내용적으로도 훨씬 규제중심적이라고 할 수 있다. 헌법상 대학의 자유가 보장된다는 점에서 보면, 이러한 조치가 대학의 자유에 대한 과잉침해가 아닌가 하는 점을 고려해 볼 필요가 있고, 아울러 이러한 감독조치들은, 이미 언급한 바와 같이, 법령위반에 대한 시정을 통한 적법한 행정의 회복이라고 하는 행정목적에 적합한 것이 아닌 한, 부당결부의 문제가 발생할 수 있다. 따라서 위에서도 언급한 바와 같이, 이와 같은 조치가 반드시 필요한 경우가 아니라면, 시정명령에 관한 규정을 두는 것에 그치는 것이 바람직하다.

한편 독일의 경우, 우리나라 고등교육법에는 없는 규정으로서 국가의 협력권에 관하여 규정하고 있는데, 이에 의하면 대학이 정하는 규정(조례)의 제정·변경·폐지가 법령 등에 반하는 경우는 조례의 제정이나 변경을 요구할 수 있고, 이를 이행하지 않으면 학술부장관이 필요한 명령을 할 수 있다고 규정하고 있다. 이러한 명령권에 관한 규정은 위법한 조례의 적법성을 회복하기 위한 것임은 물론이다.

#### 4) 기 타

우리나라 고등교육법은 초중등교육법과 마찬가지로 휴교명령과 학교폐쇄에 관한 규정을 두고 있는데, 그 규정의 내용이 초중등교육법의 경우와 거의 대동소이하다. 따라서 여기에서는 별도의 설명을 하지 않기로 한다. 독일의 경우는 학교법에서와 마찬가지로 대학법의 경우 이러한 규정을 두고 있는 입법례는 없다.

벌칙규정과 관련하여 우리나라 고등교육법은 징역과 벌금과 같은 행정형벌에 관한 규정이 있는데 반하여, 독일의 경우는 아무런 벌칙규정을 두고 있지 않다. 벌칙규정에 대한 설명도 위에서 언급한 바와 같으므로 생략하기로 한다.

### V. 맺음말

이상에서 독일의 학교법과 대학법상의 행정처분에 관한 규정을 중심으로 우리나라 초중등교육법과 고등교육법상의 규정과의 비교를 통하여 행정처분의 유형이나 기준의 문제점이나 시사점 등을 검토해 보았다.

이를 간략하게 요약하면, 먼저 행정부의 학교에 대한 감독의 경우 독일의 경우는 학교의 자치를 인정하는 부분에서는 합법성의 감독을 하고, 위임된 사무에 대해서는 합목적성의 감독에 해당되는 전문감독을 하면서, 전문감독의 구체적인 범위와 내용을 상세히 규정하고 있다. 이와 같은 감독을 구분하는 것과 감독권의 내용을 규정하는 것은 감독권행사의 투명성과 적법성 및 학교의 자율권 존중이라는 관점에서 바람직한 것으로 생각한다.

그 다음으로는 제재적 행정처분의 경우는 처분의 침익적 성격 때문에 처분의 요건이나 기준을 보다 상세히 규정할 것이 요구된다는 점이다. 아울러 본질성이론의 관점에서 침익적 성격의 처분의 경우 중

요한 사항은 하위 법령이나 고시 등을 통하여 정하여질 것이 아니라 법률에서 직접 규정하도록 하여야 한다는 점이다. 그리고 제재적 성격을 가지는 처분의 경우 비례원칙의 관점에서 행정목적 달성을 위하여 반드시 필요한 처분유형만 법률에서 규정하도록 하여야 할 것이다. 이러한 점에서 우리나라의 교육법령은 제재적 처분에서의 처분유형의 적정성이라는 관점에서 지나치게 강도가 높은 처분유형은 처분의 정도를 다소 완화하여야 할 필요가 있다고 생각한다.

끝으로 처벌규정의 경우에도, 행정범은 일반적으로 법정범이라는 점에서 징역형과 같은 행정형벌에 관한 규정은 이를 벌금형이나 범칙금으로 완화할 필요가 있고, 나아가 독일은 규정위반행위에 대한 범칙금만 규정하고 있다는 점에서 범칙금과 과태료의 통합문제에 대해서도 적극 고려해볼 필요가 있다고 생각한다.

## 제 5주제

# 미국의 교육행정법령상 행정처분기준의 이론과 실제

김 재 광

[한국법제연구원 박사]

# 미국의 행정처분기준의 이론과 실제

김재광  
(한국법제연구원 연구위원)

## I. 교육행정법령체계

미국의 법은 우선 연방법과 주법으로 구분할 수 있으며 연방법의 관할은 연방에 공통된 것으로서 주간통상(interstate commerce), 국방, 외교 등의 분야를 담당하며 입법수요의 측면에서 볼 때 소수이며 예외적인 경우에 해당한다. 그에 비하여 주법은 그 관할이 상당히 광범위하며 일반적이며 구체적이다. 전통적으로 교육(education), 복지(welfare), 치안(police)에 관한 법은 주(state)에게 입법권한이 있다. 따라서 교육행정과 관련된 법은 주로 주법에서 발견할 수 있다.

### 1. 교육관련 연방정부의 역할과 권한

#### (1) 연방정부의 역할과 권한

미국 연방헌법에는 교육이라는 용어가 사용되고 있지 않다. 그러나 법원에 의한 헌법전의 해석을 통해 미국 교육정책에 막대한 영향을 미치고 있다. 미연방의회는 교육관련 법률을 제정할 수 있는데, 그 근거는 헌법 제1조 제8항 일반복지(general welfare) 규정에 근거하고 있다(US Constitution Art. I Sec.8).

#### (2) 연방정부의 교육관련 권한

초중등교육(K-12)의 경우 다양한 연방법률에 근거한 프로그램들이 존재하며 전체 초중등교육비 지출액 중 7%를 차지하고 있다. 미국연

방 교육부는 1980년도에 내각 수준의 부처로 승격되었다. 4,500명의 직원이 있고, 715억 달러의 예산을 집행한다.<sup>1)</sup> 주정부 및 지방자치단체는 교육에 관한 자율적인 규율권을 가지나 연방정부의 예산지원을 받으려면 연방정부가 정하는 통일적인 법령 사항을 준수하여야 한다.

## 2. 주정부의 역할

### (1) 주정부의 교육관련 권한

공공교육(public education)은 주정부의 고유영역이다. 각 주의 헌법, 법률들 그리고 행정입법들에 의해 각 주의 교육문제가 다루어지고 있다.

### (2) 각 주헌법

모든 주의 헌법들은 교육을 제공할 주의 책임을 규정하고 있다. 각 주마다 주의 책무는 다르나 일반적으로 주의회가 통일적이고 충실하며 효율적인 학교시스템을 수립하고 유지해야 한다는 내용을 담고 있다. 교육의 문제가 주의 고유문제라는 점을 분명히 하고 있다. 각 주의 헌법은 주의 교육기구, 예를 들면 주교육감(state superintendent of schools), 주교육위원회(state school board) 등에 관한 규정을 두기도 하고 또한 지방의 학교시스템의 창설, 지방교육위원회의 위원의 선출방법, 지방교육장의 후보요건과 선출방법, 학교의 운영을 위한 교육제도의 권한과 제한 등에 관한 규정을 세부적으로 두고 있는 경우도 있다.

### (3) 교육에 관한 세부적인 규율

교육에 관한 세부적인 규율은 각주의 법률에 의한다. 주의 법률에서 규율하고 있지 아니한 사항은 각 시군구 단위의 기초교육위원회가 정

---

1) 참고로 2004-2005회계년도 미국 전체의 1년 학교교육 지출액은 9,090억 달러에 달함.

하는 것으로 추정된다. 예를 들면, 학령아동의 연령 등이 그것이다.

### 3. 하위지방자치교육단체의 역할

한 주 안에서도 기초교육청(우리나라의 시군구 교육청에 해당) 단위로 각각 독특한 교육을 할 수 있는 지방교육자치를 시행하고 있다. 전국에 이런 기초단위 교육청이 15,000개 정도된다. 중앙의 미국교육부, 주교육부, 지방교육청의 교육에 대한 영향력의 비중은 8:50:42 정도가 된다고 한다(자치교육구의 경우 교육구 내의 재산세 징수로 충당함). 예를 들면, 교사자격증과 교장자격증은 주교육부 사항이지만 채용과 보수는 기초단위 교육청의 소관사항이다. 그래서 교원의 연봉과 계약사항은 기초교육청별로 다르다.

### 4. 사적 자치의 존중 - 사립학교의 자치

#### (1) 초중등교육의 경우

초중등교육의 경우에는 사립학교의 비중이 작다. 미국 학생의 7%가 사립-교회관련 학교에 재학하고 있고, 2%는 사립-비교회관련 학교에 재학하고 있다.

#### (2) 사립학교에 대한 정부의 규제권한

사립학교에 대한 주의 규제는 각 주마다 다양하다. 일부 주는 사립학교에서 제공되는 교육의 질이 공립학교에서 제공되는 것과 본질적으로 동일할 것을 요구하면서 세부적으로 인증된 교사 및 특정교과과정의 개설을 요하기도 한다. 일부 주의 경우 건강, 안전 그리고 위생만을 주로 규율하기도 한다.

### (3) 의무교육

모든 주는 의무교육에 관한 법률을 제정하고 있다. 사립학교에 진학하는 것도 주의 의무교육제도를 충족시키므로 주정부는 적어도 주민들의 사립학교에서의 진학사항을 확인할 합법적인 권한을 가진다.

### (4) 사립학교에 대한 주의 승인권과 종교자유의 충돌문제

종교의 자유에 기초하여 세속적인 정부에 의한 심사 및 승인을 거부한 종교학교에 대하여 사립학교 승인을 위한 교육위원회의 절차(서류조사, 교사 학문적 자질 검토, 교육의 질 평가를 위한 학교 방문)는 정당하다고 판시하였다. 주정부는 학생들이 적절한 비종교적 과목의 교육을 받도록 할 중대한 이해관계를 가지고 있으므로 해당 종교기관의 종교의 자유를 침해하는 것이 아니라고 판시하였다.

### (5) 사립학교 교사의 채용관계

사립학교 교사의 채용관계는 국가의 행위에 해당되지 않으므로 적법절차의 적용을 받지 아니한다.

### (6) 연방정부 보조금관계

사립학교도 연방정부로부터 보조금을 지원받을 수 있으므로 연방정부의 교육정책을 자발적으로 존중하고 따를 동기가 있다.

## 5. 최근 미국교육정책의 변화방향 : 선택의 기회 확대, 교육의 질적 제고

최근 미국교육정책의 변화방향은 선택의 기회 확대, 교육의 질적 제고로 요약할 수 있다. 구체적으로 보면, 첫째는, 교육구내 또는 교육

구간 공립학교 선택권 인정이다. 단, 해당 교육구에 빈 자리가 있어야 하고 인종통합교육에 장애가 되지 않아야 한다. 둘째는, 교육구내 특별학교 설치 또는 전환 허용이다(magnet school, minischool or schools within schools). 셋째는 Voucher제도이다. 저소득층 자녀부모에게 학교 선택권 및 사교육기회를 부여하였다. 수업료보조(tuition aid)하고 있다. 그래서 부모의 선택에 따라 공립학교 또는 사립학교에 다닐 수 있도록 하였다. 개인교습보조(tutorial aid)하고 있다. 이는 공립학교에 남아있기로 결정한 학생에게 지급한다. 넷째는 Shater school이다. 학교위원회가 아닌 교사들, 학부모들, 박물관이나 대학 등 공공기관이 교육위원회 또는 교육청의 인가를 받아 공립학교를 설립할 수 있도록 하였다. 다섯째는 민간기업에 의한 학교운영(Education service Provider)이다. 영리목적의 회사와 학교운영에 관한 계약을 체결하는 것이다. Edison Schools Inc 등 23개 주에서 150개의 학교가 운영되고 있고, 학생수도 84,000명에 이르고 있다.

## II. 캘리포니아주와 미시간주의 교육법령상 행정처분기준 현황

미국은 50개의 주로 구성되어 있는 연방국가이며 각주마다 다른 입법을 하고 있는 경우가 대부분이므로 일률적으로 모두를 분석하기는 쉽지 않은 작업임에 틀림없다. 또한 한 두개의 주법을 분석하여 전체가 그렇다고 평가하기도 곤란한 어려움이 있는 것이 사실이다. 그럼에도 불구하고 이하에서는 분석의 편의와 우리제도와의 구체적 비교를 위하여 부득이 대표적인 주인 캘리포니아의 교육법령과 미시간주 교육법령에 한정하여 고찰하고자 한다.

## 1. 캘리포니아주의 교육법령 행정처분기준

캘리포니아주의 입법이 다른 주에 상당히 많은 영향을 미치고 있는 것이 미국의 현실이다.

이하에서는 교육행정분야의 행정처분기준이 구체적으로 소개되어 있는 캘리포니아주의 1992년 차터 스쿨법(Charter Schools Act of 1992)과 1989년 사립 고등교육기관 및 직업 교육 개혁법(Private Postsecondary and Vocational Education Reform Act of 1989)의 행정처분 기준을 자세히 살펴보고, 이에 따른 구체적 행정처분을 살펴보고, 우리의 교육행정 처분 기준과 비교하여 미국의 교육행정처분 기준을 평가하고자 한다.

### (1) 1992년 차터 스쿨법

1992년 차터 스쿨법에 의한 행정처분의 대표적 유형으로 취소(revocation)를 들 수 있으며 이는 캘리포니아 교육법전(Education code) 섹션 47607에 자세히 규정되어 있으며 아래와 같다.

**47607.** (a)(1) 차터 스쿨은 캘리포니아 교육법전 섹션 47605, 47605.5, 그리고 47606에 의거하여 5년을 초과하지 않는 한도에서 허가될 수 있다. 학구 운영위원회(school district governing board), 군 교육위원회(county board of education), 또는 주 교육위원회(state board of education)로부터 받은 허가(charter)는 그 기관에 의하여 일회 혹은 수회의 계속적 갱신을 부여받을 수 있다. 각 갱신은 5년의 기간이다. 허가 신청 규정에 대한 실질적 수정은 허가를 부여한 기관의 승인에 의해서만 이루어질 수 있다. 허가를 부여한 기관은 언제든지 차터 스쿨의 어느 부분에 대해서도 검사(inspect)하거나 관찰(observe)할 수 있다.

(2) 허가의 갱신 및 실질적 수정은 교육법전 섹션 47605에 있는 기준과 표준에 의한 지배를 받으며 이것에 한정하지 않고 허가가 최초로 부여된 이후 또는 최후로 개정된 차터 스쿨의 새로운 요건에 대한 합리적으로 광범위한 기술을 포함한다.

(b) 2005년 1월 1일 이후 또는 차터 스쿨이 4년 이상 운영된 경우 중 나중에 발생한 것에 대하여, 차터 스쿨은 (a)(1) 규정에 의거한 허가 갱신을 부여받기 전에 다음의 기준 중 최소한 하나를 충족하여야 한다.

(1) 전년도 또는 최근 3년 중 2년 동안, 또는 이전 3년간의 총계에 있어서 학업성취지수(Academic Performance Index) 성공 목표 달성

(2) 전년도 또는 최근 3년 중 2년 동안의 학업성취지수가 십분위 4에서 10사이에 포함되는 순위

(3) 전년도 또는 최근 3년 중 2년 동안 인구지정학적으로 상당한 학교에서 학업성취지수가 십분위 4에서 10사이에 포함되는 순위

(4)(A) 허가를 부여하는 기관은 차터 스쿨의 학업성취도가 차터 스쿨이 운영되는 학생 인구의 구성을 고려하여 차터 스쿨이 소재하는 학구에서의 학업성취도 뿐만 아니라 그렇지 않으면 차터 스쿨 학생이 재학하도록 요구되는 공립학교에서의 학업성취도와 최소한 동등한 학업성취도를 가지고 있는지를 판단한다.

(B) 이 규정에 의거한 판단은 다음을 기초한다.

(i) 문서화되고 확신할 수 있는(clear and convincing) 데이터

(ii) 비교 대상 학교와 인구학적으로 유사한 학생 인구를 위하여 (섹션 60640에서 시작) 제4조에 의하여 설치된 표준화된 시험 및 보고 프로그램을 포함하며, 그러나 이것에 한정하지 않은 평가로부터의 학생 성취 데이터

(iii) 차터 스쿨로부터 제출된 정보

(C) 허가를 부여하는 기관은 교육감(Superintendent)에게 지지하는 문서의 사본과 이 규정에 의거한 결정을 위한 근거의 문서 요약을 제출한다. 교육감은 자료를 검토하고 그러한 검토를 기초로 허가를 부여하는 기관에 권고(recommendation)를 한다. 검토는 섹션 47604.5에 의거한 권고를 위한 근거이다.

(D) 허가 갱신은 차터 스쿨이 이 규정에 의거하여 자료를 제출한 후 30일 이전에는 차터 스쿨에게 부여되지 않을 수 있다.

(5) 섹션 52052 (h)에 의거한 대안적 책임 시스템을 충족

(c) 만약 이 장에 의하여 허가를 부여하는 기관이 차터 스쿨이 다음 중 어느 하나에 해당하는 경우를 상당한 증거(substantial evidence)를 제시함으로써 인정하는 경우, 이 장에 의하여 허가를 부여하는 기관에 의하여 허가가 취소될 수 있다.

(1) 허가에 규정된 조건, 기준, 또는 절차의 어느 것을 실질적으로 위반하는 행동을 한 경우

(2) 허가에 정의된 학생 성취도의 어느 것을 충족하거나 추구하는 것을 실패한 경우

- (3) 일반적으로 인정된 회계 원칙을 충족하지 못하거나 회계 부정에 개입한 경우
- (4) 어떠한 법 규정을 위반한 경우
- (d) 위반이 학생의 건강 또는 안전에 심각하고 급박한 위협을 가하는 것이라고 허가를 부여한 기관이 결정하지 않는 한, 취소를 하기 전, 허가를 부여한 기관은 차터 공립학교에 이 조항 위반을 통지하고 차터 스쿨에 위반을 치유할 합리적 기회를 제공한다.
- (e) 차터 스쿨이 (d)에 의거한 위반의 치유에 실패하고, 위반을 성공적으로 치유하지 않은 채 위반을 치유할 합리적 기회가 경과한 이후, 허가를 취소하기 전에, 허가를 부여한 기관이 차터 스쿨에 허가 취소 의사와 취소 사유를 서면으로 통지한다. 허가 취소 의사를 통지한 후 30일 이내에 허가를 부여한 기관은 증거가 허가를 취소할 수 있을 정도인지 여부에 대한 문제에 관하여 정상적 과정의 청문을 실시한다. 허가를 부여한 기관과 차터 스쿨이 추가적으로 30일 동안 결정을 연장하지 않는 한, 청문 이후 30일 이내에 허가를 부여한 기관은 허가를 취소하거나 또는 허가 취소를 거부하는 결정을 내린다. 취소가 그러한 결정을 지지하는 상당한 증거에 의하여 차터 스쿨에 구체적으로 서면의 사실적 결정으로 제공되지 않는 한, 허가를 부여하는 기관은 취소할 수 없다.
- (f)(1)학구(school district)가 허가를 부여하는 기관이며, 이 조항에 의거하여 허가를 취소하는 경우, 차터 스쿨은 허가를 부여하는 기관의 최종 결정이 있는 후 30일 이내에 군 교육위원회에 취

소를 이의신청할 수 있다.

- (2) (e)항에 의거하여 허가를 부여하는 기관이 행한 결정이 상당한 증거에 의하여 지지되지 않는다고 군 교육위원회가 판단하는 경우, 군 교육위원회는 취소 결정을 번복할 수 있다. 학구는 주 교육위원회에 번복에 대하여 이의신청할 수 있다.
- (3) 만약 군 교육위원회가 이의신청을 접수한지 90일 이내에 결정을 하지 않거나 군 교육위원회가 취소를 지지하는 경우, 차터 스쿨은 주 교육위원회에 취소를 이의신청할 수 있다.
- (4) (e)항에 의거하여 허가를 부여하는 기관이 행한 결정이 상당한 증거에 의하여 지지되지 않는다고 주 교육위원회가 판단하는 경우, 주 교육위원회는 취소 결정을 번복할 수 있다. (e)항에 의거하여 허가를 부여하는 기관이 행한 결정이 상당한 증거에 의하여 지지된다고 주 교육위원회가 판단하는 경우, 주 교육위원회는 취소 결정을 지지할 수 있다.
- (g)(1) 군 교육청(County Office of Education)이 허가를 부여하는 기관이며, 군 교육위원회가 이 조항에 의거하여 허가를 취소하는 경우, 차터 스쿨은 허가를 부여하는 기관의 결정이 있는 후 30일 이내에 주 교육위원회에 취소를 이의신청할 수 있다.
- (2) (e)항에 의거하여 허가를 부여하는 기관이 행한 결정이 상당한 증거에 의하여 지지되지 않는다고 주 교육위원회가 판단하는 경우, 주 교육위원회는 취소 결정을 번복할 수 있다.
- (h) 허가를 부여하는 기관의 취소결정이 이의신청에서 번복되면,

허가를 수여한 기관이 허가를 부여하는 기관으로 취급되는 것이 계속된다.

- (i) 이 조항에 의거하여 제기된 이의신청이 계속되는 동안, 취소 절차가 (c)항의 (1) 또는 (2)에 기초하여 이루어지고 있는 경우의 차터 스쿨은 자금지원과 이 파트의 모든 다른 목적을 위하여 차터 스쿨의 자격을 계속 유지하며, 그리고 학교에 등록된 학생의 교육이 좌절되지 않도록 보장하기 위하여 기존의 교부금, 자원, 및 시설을 유지할 수 있다.
- (j) 군 교육위원회가 학구의 허가 취소 결정을 반복하는 결정을 하는 경우 즉시, 다음이 적용된다.
  - (1) 차터 스쿨은 자금지원과 이 파트의 모든 다른 목적을 위하여 차터 스쿨로서 자격을 갖는다.
  - (2) 차터 스쿨은 기존의 모든 교부금, 자원, 및 시설을 유지할 수 있다.
  - (3) 허가의 취소의 결과로서 차터 스쿨로부터 유보되었거나 또는 차터 스쿨이 다른 한편으로 사용을 거절당한 자금지원, 기존의 모든 교부금, 자원, 및 시설은 즉시 반환되거나 사용가능하게 된다.
- (k) (c)에 의거한 취소 또는 취소의 이의신청에 대한 최종 결정은 허가를 부여한 기관, 군 교육위원회, 및 주 교육부에 통보된다.

**47607.5.** 허가 기관으로서 학구 운영위원회 또는 군 교육위원회가 섹션 47607에 의거하여 차터 스쿨에 갱신을 부여하지 않는 경

우, 차터 스쿨은 섹션 47605(j)에서 언급된 바와 같이 차터 스쿨 설립 신청 거부에 관한 절차에 준하여 갱신 신청을 제출할 수 있다.

**47608.** 허가, 취소, 이의신청, 또는 허가 신청의 갱신이 논의되는 학구 운영위원회 또는 군 교육위원회의 모든 회의는 랠프 엠 브라운 법(정부 법전(Government Code) 타이틀 5의 디비전(Division) 2의 섹션 54590에서 시작하는 9장)을 준수하여야 한다.

## (2) 1989년 사립 고등교육기관 및 직업 교육 개혁법

사립 고등교육기관 및 직업교육기관의 남발과 관리 부실이 커다란 사회 문제로 부각되자 캘리포니아주는 1989년 사립 고등교육기관 및 직업 교육 개혁법을 개정하여 엄격한 관리 감독을 실시하도록 하였다. 그럼에도 불구하고 사회적 문제가 빈발하자 더욱 강력하고 광범위한 행정처분을 할 수 있는 2007년 사립 고등교육기관법(Private Postsecondary Institution Act of 2007)안이 캘리포니아주 의회에 제출되어 입안을 기다리고 있다. 이 법에 의하면 주 교육부가 아니라 주 소비자부가 관리가 부실한 사립 고등교육기관 및 직업학교에 대하여 행정제재로서 광범위한 행정처분을 할 수 있는 기준을 제시하고 있다. 교육법전 94774.5에 자세히 규정되어 있으며 그 내용은 아래와 같다.

**94774.5.** (a) 이 장의 관리와 집행을 위하여, 소비자부(Department of Consumer Affairs), 소비자국(bureau), 소비자부 및 소비자국의 책임자, 고위관리 및 종업원은 이 장과 비즈니스 및 직업법전(Business and Profession Code) 디비전 1(섹션 100부터 시작), 그리고 디비전

1.5(섹션 475부터 시작)에 의거하여 수여된 모든 권한과 권능을 보유한다. 이 장의 승인, 준수, 집행 규정의 충족에 더하여, 소비자국은 비즈니스 및 직업법전 디비전 1(섹션 100부터 시작), 그리고 디비전 1.5(섹션 475부터 시작)에 의거하여 수여된 모든 권한을 준수하고 행사하여야 한다.

(b) 소비자국은 불시 검사(unannounced inspection)를 포함하여 정기 검사 프로그램을 수립한다.

(c) 만약 조사 이후 교육기관(institution)이 이 장 또는 소비자국이 채택한 규정의 어느 것을 위반하였다고 소비자국이 결정하는 경우, 소비자국은 다음의 어느 하나 또는 모두를 행사할 수 있다.

- (1) 기관에 대한 관찰(on probation) 조치
- (2) 신입생 등록 금지 명령 발표
- (3) 교육법전 섹션 94957 또는 비즈니스 및 직업법전 섹션 146, 147, 또는 148에 따르고 그에 의하여 허용된 행정적 소환(administrative citation) 조치 또는 행정 벌금(administrative fine) 부과
- (4) 비즈니스 및 직업법전 섹션 125.9 또는 148에 따라 중지(abatement) 또는 소환 명령
- (5) 기관 운영 승인을 취소하거나 정지하기 위하여 행정절차법 또는 이 장에 의거하여 절차의 개시
- (6) 기관의 동의 하에, 행정 청문국(Office of Administrative Hearings), 소비자부, 또는 소비자국의 규정에 따라 조정 혹은 구속적 또는

비구속적 중재를 위한 행정절차 회부

- (7) 교육법전 섹션 94935 또는 비즈니스 및 직업법전 섹션 125.3에 따라 조사와 집행 비용의 상환 명령. 기관은 하나의 조사 기관을 초과하는 비용을 지불할 필요가 없다.
- (8) 전화회사에 비즈니스 및 직업법전 섹션 149에 의하여 허용된 바에 따라 기관의 전화를 차단할 것을 통지

## 2. 미시간주 교육법령 행정처분기준

### (1) 교육관련 행정처분에 관한 법조항

1) MCL<sup>2)</sup> 380. 개정 학교관련 법(The Revised School Code of 1976)

가. 주요내용

**제507조 1항.** 공립학교의 인증기관(authorizing body, 예: 학교위원회)은 공립학교의 회계 담당자(fiscal agent)이다. 주정부 공립학교 보조금은 회계 담당자를 통하여 공립학교로 전달된다. 이러한 인증기관, 회계 담당자는 공립학교가 주정부와의 계약과 해당법률을 준수하는지 관리·감독할 의무가 있다. 만약 아래의 사항 중 1개 이상 적용되는 해당 공립학교는 회계 담당자에 의하여 계약이 해지된다.

- (a) 계약상의 명시된 교육의 목적에 부합하지 않을 경우
- (b) 해당법령을 준수하지 않을 경우
- (c) 일반적으로 허용되는 공공분야 회계원칙(public sector accounting principle)을 위반하였을 경우
- (d) 1 혹은 그 이상의 계약해지 사항이 존재하는 경우

2) Michigan Complied Law

**제528조 3항.** 도시고등학교(urban high school academy)의 인증기관은 해당고등학교의 회계 담당자이다. 주정부 학교보조금은 회계 담당자에게 납부되고 담당자는 이를 다시 도시고등학교로 전달한다. 인증기관에 의해 계약서가 제출된 날로부터 30일 이내에 교육부(the department of education)는 학군코드(district code)를 도시고등학교에 발급하여야 하며 재무부(state treasurer)는 해당고등학교가 주정부 학교보조금을 받을 수 있도록 임시학군코드를 부여하여야 한다.

**제528조 4항.** 인증기관은 도시고등학교가 주정부와의 계약과 해당법률을 준수하는지 관리·감독할 의무가 있다. 만약 아래의 사항 중 1개 이상 적용되는 해당 공립학교는 회계대표에 의하여 계약이 해지된다.

- (a) 계약상의 명시된 교육의 목적에 부합하지 않을 경우
- (b) 해당법령을 준수하지 않을 경우
- (c) 일반적으로 허용되는 공공분야 회계원칙을 위반하였을 경우
- (d) 1 혹은 그 이상의 계약해지 사항이 존재하는 경우

**제528조 5항.** 인증기관의 계약의 발행, 재발행 또는 해지는 오로지 인증기관의 재량이며 모든 결정은 법원 또는 다른 주정부 행정기관에 의해 심사받지 않는다. <후략>

**제528조 6항.** 계약 취소 전에 인증기관은 계약을 취소하지 않는 선에서 수정조치가 가능한지 고려해야 한다. 인증기관은 도시고등학교 학생의 교육 수행능력을 향상시키거나 혹은 교육진행을 방해하지 않기 위한 마지막 노력으로 해당학교를 재구성할 수 있다. <후략>

**제619조 1항.** 주지사(governor)는 중급학교 위원회(intermediate school board) 위원의 직무태만, 업무비리(corrupt) 또는 직권남용(misfeasance)의 충분한 증거를 확보했을 경우 해당위원을 직위해지(remove) 할 수 있다.

**제619조 3항.** 이 법에 의해서 직위해지 된 위원은 학교위원회 또는 중급학교 위원회의 직위해지 된 날로부터 3년 동안 출마 또는 임명자격을 상실한다.

**제922조 2항.** 중급학교 위원회 또는 주위원회(state board)의 명령을 수행하지 않은 학군에 대해 학교보조의 목적으로 법적으로 보장된 모든 재정적 수익을 압수(forfeit)하여야 한다.

**제1107조 1항.** 주지사(governor)는 교육위원회(boards of education)

위원의 직무태만, 업무비리(corrupt) 또는 직권남용(misfeasance)의 충분한 증거를 확보했을 경우 해당위원을 직위해지(remove)할 수 있다.

**제1107조 3항.** 이 법에 의해서 직위해지 된 위원은 학교위원회 또는 중급학교 위원회의 직위해지 된 날로부터 3년 동안 출마 또는 임명자격을 상실한다.

**제1171조 1항(Chase Edwards Law)<sup>3)</sup>.** 공립학교 위원장 또는 학군의 장은 자살과 우울증의 위험요인과 경고신호에 관한 사항을 학생이나 학교관계자들에게 적절한 교육이나 전문적 지식 등을 통하여 알려야 하며 자살과 우울증을 미연에 예방할 수 있도록 모든 노력을 기울여야 한다. 다음은 이법의 세부 목적이다.

(a) 청소년들의 자살(fatal & nonfatal suicide) 예방

(b) 학생들에게 자살과 우울증(depression) 위험요인과 경고신호(warning signs)를 알려준다.

(c) 취약한 청소년집단 적절한 예방대책을 제시한다.

**제1171조 5항.** 학군이나 공립학교가 이법에서 규정하고 있는 적절한 교육을 실시하지 않았더라도 이는 자살의 원인이 될 수 없으며 민사소송(civil action)에 대해 책임을 지지 않는다.

**제1230b조 5항.** 학군, 공립학교, 중등학교 또는 사립학교 등의 취업을 위한 지원서에 기재된 정보는 지원자의 자격심사로만 사용되어야 한다. 별도의 법에서 정하고 있지 않는 한, 학군, 공립학교, 중등학교 또는 사립학교의 위원 또는 직원은 기재된 정보를 지원자 외의 취업심사에 직접적 관련이 없는 자에게 유출하지 않는다. 이 조항을 위반한 자는 경범죄로 간주하여 \$10,000 미만의 벌금(fine)을 부과 받을 수 있다.

**제1230d조 1항.** 학군, 공립학교, 중등학교 또는 사립학교의 직원이 1535a(1)와 1539(b)에 규정된 범죄 행위로 인해 기소된 경우, 해당자는 아래와 같이 근무기관에 보고하여야 한다.

(a) 해당자는 담당 기관의 소정의 양식의 보고서를 제출하여야 한다.

(b) 해당자는 보고서를 담당기관과 학군, 중등학교, 공립학교 또는 사

3) 비록 본 조항은 행정처분의 조항은 아니지만 근래 들어 급증하고 있는 청소년 자살 문제에 대한 법규로 적용 가능하겠다.

립학교의 장에게 제출하여야 한다.

(c) 해당자는 공소 후 3일 이내에 보고서를 제출하여야 한다.

**제1230d조 2항.** 학군, 공립학교, 중등학교 또는 사립학교의 직원이 1535a(1)와 1539(b)에 규정된 범죄 행위로 인해 기소된 경우, 해당자는 즉시 근무지 소재 관할법원에 법원이 정한 소정의 양식의 보고서를 제출하여야 한다. 또한 사본을 사건 관할 검찰, 학군, 중등학교, 공립학교 또는 사립학교의 장에게 제출하여야 한다.

**제1230d조 3항.** 위의 1항과 2항의 사항을 위반한 자는 범죄로 간주하여 아래와 같이 행정조치 한다.

(a) 1항 또는 2항을 위반한 자로 성범죄 등록자(listed offense) 또는 중범죄(felony)에 해당하는 위법행위일 경우 2년 이하의 징역<sup>4)</sup>이나 \$2,000 이하의 벌금 또는 징역과 벌금을 부과한다.

(b) 1항 또는 2항을 위반한 자로 성범죄 등록자가 아닌 경범죄에 해당하는 위법행위일 경우 1년 이하의 징역이나 \$1,000 이하의 벌금 또는 징역과 벌금을 부과한다.

**제1280조 13항.** 3년 연속 해당학교가 담당 교육감(superintendent of public instruction)에게 인증을 받지 못하면(unaccredited) 다음과 같은 행정조치를 취한다.

(a) 교육감은 해당학교의 비용부담을 전제로 인증을 받을 때 까지 지명인(designee)을 임명할 수 있다.

(b) 해당학교에 통학하는 자녀를 둔 부모, 법적 보호자, 부모 대리인은 인증된 공립학교에 해당 학년으로 전학시킬 수 있다.

**제1280조 13항.**

(c) 교육감의 인가를 받은 해당학교는 학교개선안을 도입하거나 지역에 위치한 대학 또는 전문대학과 학교개선을 위한 제휴를 체결할 수 있다.

(d) 교육감은 해당학교를 폐교 처리할 수 있다.

**제1311조 2항.** 학생이 무기금지구역(a weapon free zone)에서 위험한 무기를 소지하였을 경우, 학교 시설물에 방화(arson)한 경우, 교내에서 성추행(sexual misconduct)한 경우에는 학교위원회나 위원회를 대표

4) 이 글에서 징역(imprisonment)이라 함은 구금의 개념을 포함하는 광의의 개념이다.

하여 위원회에서 임명한 사람이 해당학생을 영구 퇴학 조치하여야 한다. 단, 아래와 같은 경우에는 퇴학조치를 취하지 않아도 된다.

- (a) 학생이 소지한 물건이 무기로 사용하기 위해 소지한 것이 아니라 타인이 무기로 사용하기 위해 직접 혹은 간접적으로 배달하는 경우
- (b) 학생이 고의로 무기를 소지하지 않은 경우
- (c) 학생이 무기소지를 인지하지 못하거나 무기로 사용할 이유가 없는 경우
- (d) 학생의 무기 소지가 학교 또는 경찰의 허가를 받은 경우

**제1316조 1항.** 학교직원 또는 학군 위원회는 남학생 클럽(fraternity), 여학생 클럽(sorority), 비밀단체(secret society)를 인정, 후원 또는 허가할 수 없다.

**제1807조.** 제1316조 규정된 사항을 위반한 자는 경범죄로 간주하여 \$25이상 \$100미만의 벌금을 부과한다.

**제1317조 1항.** 공립학교 직원이나 자원봉사자는 아래와 같은 행위를 할 수 없다.

- (a) 직원이나 자원봉사자는 근무지 학생에게 성적향상물질(performance-enhancing compound)을 함유한 보충제(dietary supplement)를 판매, 유통, 장려할 수 없다.
- (b) 직원이나 자원봉사자는 근무지 학생에게 성적향상물질을 함유한 보충제를 섭취 또는 흡입하도록 제안 또는 추천할 수 없다.

\* 이항을 위반한 자는 제1804조에서 규정하는 처벌에 준하여 조치한다(\$500미만의 벌금 또는 3월 미만의 징역).

**제1535조 1항.** 유효한 교사자격증(teaching certificate)을 소지한 자가 아래에 규정하는 범죄로 인해 기소된 경우 해당 교육감은 10일 이내에 해당 교사에게 서면으로 교사 자격이 정지(suspension)될 수 있음과 이에 대해 이의신청을 할 수 있다는 내용을 알려야 한다. (중략) 서면 통지를 받은 후 15일 이내에 별다른 이의 신청이 없을 경우 교사 자격은 정지된다. 이의신청에 따른 심리가 진행될 경우 이의신청을 받은 날로부터 120일 안에 모든 조사와 결정을 해야 한다.

**제1535조 1항.**

- (a) 중범죄(any felony)
- (b) 아래에 해당하는 경범죄(any misdemeanor)

- i) 4급 성추행(criminal sexual conduct) 또는 성추행 미수
- ii) 3급 또는 4급 아동학대(child abuse) 또는 아동학대 미수
- iii) 아동과 관련된 학대, 고문, 또는 공개적 음란(indecent exposure)
- iv) 공공건강법 제7410조 위반 (금지약물)
- v) 미시간 형법전 제115조, 141a조, 335a조, 또는 359조 위반 외..
- vi) 미시간 주류법 제701조 위반 (미성년자 음주)
- vii) 성범죄(listed offense)

(c) 이와 유사한 타주의 법이나 행정기관의 법규를 위반하였을 경우

**제1539b조 1항.** 주 위원회의 승인(state board approval)을 받은 자가 아래에 규정하는 범죄(제1535조 1항 참조)로 인해 기소된 경우 해당 교육감은 10일 이내에 해당 인에게 서면으로 위원회의 승인이 정지(suspension)될 수 있음과 이에 대해 이의신청을 할 수 있다는 내용을 알려야 한다. (중략) 서면 통지를 받은 후 15일 이내에 별다른 이의 신청이 없을 경우 위원회의 승인은 정지된다. 이의신청에 따른 심리가 진행될 경우 이의신청을 받은 날로부터 120일 안에 모든 조사와 결정을 해야 한다.

**제1586조 2항.** 학생이 합당한 이유 없이 계속하여 학교를 결석하거나 학업과제를 하지 않을 경우 또는 품행에 문제(behavioral problems)가 있는 경우 또는 부모와 문제 학생에 대한 상담이 필요한 경우에는 교육감 혹은 부교육감(intermediate superintendent)은 출석담당자(attendance officer)로 하여금 문제 학생에 대해 논의할 수 있도록 해당 부모 혹은 보호자에게 장소, 일시 등을 명시한 학교 출석 요구서를 발송하도록 요구할 수 있다.

**제1587조.** 부모 또는 보호자가 자신의 통제 하에 자녀들을 섹션1561에 규정된 학교에 보내지 못할 경우에는 출석담당자는 자녀의 출석을 요구하는 서면 통지서를 해당 부모 또는 보호자에게 발송하여야 한다.

**제1599조.** 부모 또는 보호자가 이 섹션(Compulsory school attendance, 의무출석: 1561 ~ 1589조)의 사항을 위반하였을 경우 경범죄로 간주하여 \$5 이상 \$50 미만의 벌금이나 2일 이상 90일 이하의 징역 또는 벌금과 징역을 부과할 수 있다.

**제1801조 1항.** 군구(township)의 서기(clerk)가 해당 법에 따라 정해진 시간 내에 군구 소속 학군들에 대한 연례보고서를 작성하여 배포하지 않음으로 인해 발생한 손해와 정상 복구를 위해 발생한 비용에 대해 해당 군구가 책임을 지어야 한다.

**제1802조.** 구(county)서기 또는 부교육감이 주 위원회 보고서를 작성하여 배포하지 않을 경우 발생한 손해와 비용을 각 학군이 전액 보상하여야 한다.

**제1804조.** 다른 법으로 규정하고 있지 않는 한, 학교 직원, 학교위원회 혹은 중급학교위원회의 위원 또는 관련자가 고의적으로 학교관련법을 준수하지 않거나 거절한 경우 또는 법의 규정된 업무를 수행하지 않는 경우에는 경범죄로 간주하여 \$500 이하의 벌금이나 3개월 미만의 징역 또는 벌금과 징역을 부과할 수 있다.

**제1805조 1항, 2항.** 교육감, 부교육감, 학교 직원, 교장 또는 교사는 저자, 출판사 또는 교과서 또는 학교 정치조직(apparatus)의 대리인이 될 수 없고 교과서, 정치조직 또는 가구 등과 같은 구입을 추천하는 등에 영향을 줄 수 있는 금품이나 보답을 받아서는 안된다. 이 조항을 위반하였을 경우 \$500 미만의 벌금이나 3월 이하의 징역 또는 벌금과 징역을 부과할 수 있다.

**제1806조.** 학군 위원회 또는 중급학군 위원회는 이법을 준수하지 않는 교육감, 교장 또는 교사를 직위해지 하거나 계약 해지 할 수 있다.

**제1808조 2항.** 회의 추방명령을 받은 자가 이를 거절하거나 무례한 방법을 동원하여 의도적으로 학군회의(school district meeting)를 방해하는 경우에는 경범죄로 간주하여 \$2 이상 \$50 미만의 벌금이나 30일 미만의 징역 또는 벌금과 징역을 부과할 수 있다.

**제1809조 1항.** 취소·무효·중지 또는 불법적으로 획득된 가짜 교사자격증을 가지고 교육업무를 수행하거나 수행하려고 한 자는 경범죄로 간주하여 아래와 같은 처벌을 받는다.

- (a) 초범의 경우, 93일 이하의 징역이나 \$500이하의 벌금 또는 징역과 벌금
- (b) 재범 또는 연속범의 경우, 93일 이상 6월 미만의 징역이나 \$500 이상 \$1,000 미만의 벌금 또는 징역과 벌금

**제1809조 2항.** 취소·무효·중지 또는 불법적으로 획득된 가짜 학교관리 자격증을 가지고 행정 업무를 수행하거나 수행하려고 한 자는 경범죄로 간주하여 제1809조 1항 (a) 또는 (b)와 같은 처벌을 받는다.

**제1809조 3항.** 취소·무효·중지 또는 불법적으로 획득된 주위원회 자격증을 가지고 업무를 수행하거나 수행하려고 한 자는 경범죄로 간주하여 제1809조 1항 (a) 또는 (b)와 같은 처벌을 받는다.

**제1809조 4항.** 교사자격증, 학교관리 자격증, 또는 주위원회 자격증을 발부받기 위하여 불법적으로 획득되거나 위조된 대학졸업장이나 자격증 또는 다른 자격증명서(credential)을 사용한 자는 경범죄로 간주하여 제1809조 1항 (a) 또는 (b)와 같은 처벌을 받는다.

**제1811조.** 합법적 자격이 없는 자가 학교 선거 또는 회의에 참여한 경우에는 경범죄로 간주하여 168.931(선거법)에 의거하여 처벌 받는다.

**제1812조.** 인구센서스 조사를 위한 학교센서스 정보를 조사원(enumerator)에게 제공하지 않거나 고의적으로 학생들의 성명, 나이, 부모 등과 관련한 정보를 허위로 제공한 경우 또는 학교센서스 조사원이 부주의하게 실제 거주 하지 않는 학생의 이름 등의 정보를 포함하는 경우에는 경범죄로 간주하여 \$5 이상 \$50 미만의 벌금이나 20일 이하의 징역 또는 벌금과 징역형을 부과할 수 있다.

**제1814조 1항.** 중급학군 기금 또는 다른 공공기금을 주류, 금품, 선물, 골프비용 또는 불법적으로 다른 물품을 구입하는데 사용할 수 없다.

**제1814조 3항.** 위의 1항을 고의적으로 위반한 자는 경범죄로 간주하여 93일 미만의 징역이나 벌금 또는 징역과 벌금을 부과할 수 있다.

- (a) 불법 유용한 금액의 합이 \$5,000 미만일 경우, \$1,000 미만의 벌금
- (b) 불법 유용한 금액의 합이 \$5,000 이상 \$10,000 미만일 경우, \$1,000 이상 \$2,000미만의 벌금
- (c) 불법 유용한 금액의 합이 \$10,000 이상 \$15,000 미만일 경우, \$2,000 이상 \$3,000 미만의 벌금
- (d) 불법 유용한 금액의 합이 \$15,000 이상 \$25,000 미만일 경우, \$3,000 이상 \$4,000 미만의 벌금
- (e) 불법 유용한 금액의 합이 \$25,000 이상일 경우, \$4,000 이상의 벌금

**제1815조.** 개인이 고의 또는 의도적으로 제1267조의 경쟁입찰(competitive bidding)의 조항을 위반하거나 동 조항을 위반하도록 묵인하거나 동의한 경우에는 경범죄로 간주하여 사업수행 비용의 10%가 넘지 않는 벌금이나 1년 이하의 징역 또는 벌금과 징역형을 부과할 수 있다.

**제1816조.** 채권(bonds)의 본래 발행 목적이 아닌 다른 목적으로 고의 또는 의도적으로 유용한 경우나 유용할 수 있도록 묵인하거나 동의한 경우에는 중범죄로 간주하여 사업수행 비용의 10%가 넘지 않는 벌금이나 4년 이하의 징역 또는 벌금과 징역형을 부과할 수 있다.

## 나. 특 징

지금까지 MCL 380장 개정학교 관련법을 살펴보았다. 위의 범조항에서 살펴볼 수 있듯이 미시간 주법은 관습법에 의거하여 교육자의 자격, 학교 또는 학교관련 주위원회, 학군위원회 등의 업무수행과 수행절차에 대해 상세하게 규정하고 있다. 제1816조의 경우를 제외하고 대부분의 행정처분은 경범죄로 간주되어 업무정지, 면허정지, 면허취소 또는 사안에 따른 벌금과 징역을 부과하고 있는 것으로 조사되었다. 특히, 제1317조와 제1535조에서 볼 수 있듯이 일선교사에 대한 자격에 대한 규정을 엄격히 하여 해당 교육기관의 교육의 질을 유지하려는데 힘쓰고 있는 것으로 보인다.

미시간 주 형법전(Michigan Penal Code) 제8조에 따르면, 경범죄(misdemeanor)는 중범죄(felony)가 아닌 벌금, 벌칙(penalty)이나 몰수(forfeiture) 또는 징역·구금형을 말한다. 이에 반해 한국 경범죄 처벌법 상의 경범죄라 함은 10만원 이하의 벌금, 구류 또는 과료의 형의 부과가 가능한 위반행위를 지칭한다. 처벌의 정도라는 측면에서 보았을 때, 미시간 주의 행정절차법 상의 위반 행위는 우리나라 법으로서의 형사처분에 해당하는 10만원 이상의 벌금, 1월 이상의 징역 혹은 구금까지 포함하는 의미로써 그 처벌의 정도가 강하며 그 처벌의 범위 또한 한국법과 비교하여 보다 폭넓다고 하겠다.

### 2) MCL 388. 학교 및 학교보조에 관한 법(School and School Aid)

#### 가. 주요내용

**제402조.** 교육기관, 전문대학 또는 대학교가 이 법에 반하는 불법 고용을 한 경우에는 아래와 같이 조치한다.

- a) 기관이 주정부의 보조를 부분적 또는 전체적으로 지원 받을 경우, 주 정부 지원을 중단한다.
- b) 세금 감면 혜택을 받는 사설, 자선, 혹은 종교관련 교육기관일 경

우, 세금 감면 혜택의 권리를 즉각 박탈한다.

**제515조.** 고등과정(postsecondary) 교육기관에 등록된 학생은 대학부 운동경기(intercollegiate athletics)에 참가할 수 없다. 만약 이 조항을 위반하였을 경우, 고등과정 자격을 상실한다.

**제852조 1-2항.** 면허 소지 건축사 또는 기술자는 모든 관련 법규, 기준, 규범에 부합하게 학교건물에 대한 구조물의 강도의 확보와 화재예방을 할 수 있는 상세한 설계도를 준비하여야 할 책임이 있다. 건축 감독관은 건축사 또는 기술자가 모든 관련 법규, 기준, 규범에 부합하게 학교 건물에 대한 구조물의 강도의 확보와 화재예방을 할 수 있는 상세한 설계도를 준비하는 지 여부를 철저히 감독하여야 한다.

**제852조 3항.** 만약 1항과 2항의 사항을 위반한 자는 아래와 같이 조치한다.

(a) 민사관련 규칙위반으로 간주하여 \$10,000 이하의 민사상의 벌금을 부과한다.

(b) 만약 해당인의 고의적으로 위의 항목을 위반한 경우에는 경범죄로 간주하여 \$10,000 벌금이나 180일 미만의 징역 또는 벌금 및 징역을 부과한다.

**제854조.** 이 법을 위반한 건축사 또는 기술자의 면허와 등록을 취소하고 직원, 위원회 위원이 이 법에서 규정한 업무를 고의적으로 수행하지 않을 경우에는 경범죄로 간주하여 \$500 미만의 벌금이나 3월 미만의 징역 또는 벌금 및 징역을 부과할 수 있다.

**제936조.** 개인이 학자금 대출을 받기 위해 정보를 숨기거나 허위 정보를 기재한 경우에는 중범죄로 간주하여 처벌한다.

**제1761조.** 학교 직원, 위원회 위원 또는 관련자가 이 법에서 규정하고 있는 업무를 수행하지 않거나 수행을 거부한 경우 또는 고의적으로 수행하지 못하도록 방조하는 경우에는 경범죄로 간주하여 90일 미만의 징역이나 \$1,500 미만의 벌금 또는 징역 및 벌금을 부과한다.

**제1762조.** 학군 또는 중급학군이 담당 직원의 근무태만으로 인해 보고서를 작성을 하지 않은 경우에는 보고서의 지연 보고한 일 수 만큼의 기금을 압수한다.

**제1763조 3항.** 학교 직원이 해당 부서로부터 무자격 교사 또는 상담원을 고용하고 있다고 연락을 받은 후 고의적으로 해당 무자격 교사와

상담원을 계속 고용하는 경우에는 경범죄로 간주하여 사건 당 \$1,500의 벌금을 부과한다.

**제1764e조.** 학군 또는 학군의 직원이 교직에 종사하거나 종사하려는 자를 차별한 경우, 기금의 10%에 상응하는 금액을 압수한다.

**제1766조.** 직원, 위원회 위원 또는 관계자가 가족계획(family planning) 약물 또는 장치를 공립학교에 유통하거나 가족계획 또는 낙태를 위한 약물의 처방전을 유통시킨 경우에는 해당 학군의 주정부 보조금의 5%를 압수한다.

**제1766e조.** <전략> 학교 직원, 위원회 위원 또는 관련자가 이 섹션(신축건물 계약, 증축, 또는 보수에 관한 계약은 경쟁 입찰을 통해서 이루어져야 한다)에서 규정하고 있는 업무를 수행하지 않거나 수행을 거부한 경우 또는 고의적으로 수행하지 못하도록 방조하는 경우에는 경범죄로 간주하여 3월 미만의 징역이나 \$500 미만의 벌금 또는 징역 및 벌금을 부과한다.

**제1905조.** 직업 혹은 기술 교육기관에 등록된 학생은 대학부 운동경기(intercollegiate athletics)에 참가할 수 없다. 만약 이 조항을 위반하였을 경우, 관련 자격을 상실한다.

**제1937조.** 개인이 채권발행 또는 대출 자격을 얻기 위해 정보를 숨기거나 허위 정보를 기재한 경우에는 중범죄로 간주하여 4년 이하의 징역 또는 \$5,000 미만의 벌금 또는 징역 및 벌금을 부과한다.

## 나. 특 징

MCL 388장 학교 및 학교보조에 관한 법에서의 행정조치는 개정학교법과 마찬가지로 자격정지, 기금압수, 벌금 형태의 처분이 대부분이었다. 이 중 불법 고용(제402조, 제1763조 3항)이나 허위 정보기재(제1937조)에 대해서는 엄격한 행정조치를 취하고 있는 것으로 조사되었다. 그러나 제936조와 같이 구체적인 처벌기준이나 조치사항을 기입하지 않는 조항도 존재하나 경범죄가 아닌 중범죄로 간주하는 것으로 보아 4년 이하의 징역 또는 \$5,000 이하의 벌금형에 부과한다고 생각해 볼 수 있겠다.

3) MCL 390. 대학교 및 대학에 관한 법과 MCL 395. 직업훈련법  
가. 주요내용

① MCL 390. 대학교 및 대학에 관한 법(Universities and Colleges)

**제158조.** Oakland 대학의 위원회는 이 법과 일치하지 않더라도 대학시설을 이용하는 개인의 복지, 안전, 건강을 위해 필요한 경우에는 조례(ordinances)를 제정, 수정, 또는 폐지할 수 있다.

**제158조.** 제정된 조례는 위원회 위원의 과반수 찬성이 있어야 한다. 만약 조례를 위반하였을 경우 \$100 미만의 벌금이나 90일 미만의 징역 또는 벌금 및 징역을 부과할 수 있다.

**제363조.** 미시간공업대학의 위원회는 개인의 복지, 안전, 건강과 대학시설을 보호하기 위하여 합당한 규칙과 규정을 제정할 수 있다. <중략> 제정된 규칙을 위반한 경우 경범죄로 간주하여 \$100 미만의 벌금이나 60일 미만의 징역 또는 벌금 및 징역을 부과할 수 있다.

**제892조.** 제891조(주차, 교통, 보도, 통행 등에 관한 규정)에 상응한 조례를 위반한 경우 \$25 미만의 벌금을 부과할 수 있다. <후략>

**제1502조 1-4항.** 개인이 금품이나 다른 종류의 선물을 아래의 목적으로 운동선수(student athlete) 혹은 가족에게 제공할 경우에는 경범죄로 간주하여 \$50,000 미만 또는 제공한 금품에 3배에 해당하는 금액의 벌금을 부과할 수 있고 1년 이하의 징역 또는 벌금 및 징역을 부과할 수 있다.

(a) 운동선수를 해당 대학의 경기에 출전시키기 위해 해당선수에게 대학에 지원, 등록, 또는 참석을 장려, 권유, 또는 보상하는 경우

(b) 운동선수를 경기에 출전할 수 있도록 장려, 권유, 또는 보상하는 경우

**제1503조 1-3항.** 운동선수 혹은 가족들은 제1502조의 (a) 와 (b)의 목적으로 금품을 제공받거나 요구하지 말아야 한다. 이를 위반할 경우 경범죄로 간주하여 \$1,000미만 또는 제공받은 금품에 상응하는 금액 중 큰 금액만큼의 벌금을 부과한다.

② MCL 395. 직업훈련법(Vocational Training)

**제103조.** 개인이 직업훈련법에서 정하는 규정을 위반한 경우에는 \$1,000 미만의 벌금이나 90일 미만의 징역 또는 벌금 및 징역을 부과한다.

나. 특 징

MCL 390. 대학관련 법과 MCL 395. 직업훈련법 또한 전술한 법들과 마찬가지로 벌금과 징역이 주요 행정처분인 것으로 드러났다. 특히, 학생운동선수들을 모집하는데 있어서 금품을 제공하거나 금품을 제공받을 경우 매우 높은 벌금을 부과하는 것으로 나타났다. 이는 대학 간의 공정한 경쟁을 유도하는 하나의 방법으로 보인다.

### Ⅲ. 시사점

전통적으로 미국 행정법은 행정권의 재량권행사는 입법과 사법의 본질적 영역을 침해하지 않는 범위 내에서 행정권이 독자적으로 행사할 수 있는 것으로 전제한 다음, 이러한 재량권의 행사가 독단적이고 남용된 경우에 구체적 사건성과 성숙성이 충족된 사건을 사법적으로 사후통제하는 시스템을 견지해 왔으나, 최근에는 사전적으로 준칙이나 기준의 마련을 강제하는 입법적 규정을 정비하는 경향을 보이고 있다. West Law와 Lexis-Nexis 등의 검색을 통하여 본 미국의 연방 및 주의 법률과 판례 등에 나타난 재량행위의 준칙과 기준에 대한 실태 분석 자료가 그것을 입증하고 있다. 연방 법률뿐만 아니라 주 법률에서 재량행위의 준칙이나 기준을 마련하여 재량권행사에 대한 예측가능성을 확보하려는 노력을 보이고 있음을 알 수 있다. 종래의 사후적 사법적 통제시스템만으로는 재량행위의 투명성을 확보하기가 곤란하다는 것을 인식하기 시작한 것을 반증하는 것으로 분석된다.

그러나 재량통제를 위한 준칙이나 기준의 설정이 절차적으로 복잡한 법규명령의 제정을 회피하는 수단으로 악용되어지는 것을 경계하고 있으며, 이러한 준칙이나 기준 역시 사후적 사법적 통제의 대상이 되고 있음을 알 수 있다.

주 법률에 반영된 재량준칙 또는 기준 관련 규정의 수가 주의 크기(면적의 크기가 아닌 인구 또는 경제규모 등을 고려한 크기)에 비례함을 알 수 있다. New York, California, Florida 등과 같이 정치·경제의 규모가 큰 주는 Alaska, Nevada, Nebraska 등과 같이 비교적 규모가 작은 주에 비하여 최고 20배 가까이 규정 수가 많음을 알 수 있다. 그만큼 행정현상이 복잡 다양할수록 행정권의 재량영역은 넓을 수밖에 없고 따라서 이를 통제하는 준칙이나 기준의 설정이 불가피함을 반증하는 결과라고 분석된다.

미국의 교육행정법령상 행정처분기준의 특징을 보면 다음과 같이 몇 가지를 들 수 있다. 첫째, 법적 형식면이다. 행정처분 기준의 법적 인 형식이 행정기관이 제정하는 시행령 또는 시행규칙인 행정규칙(code of regulations)이 아닌 법률(act)에 규정되어 있다. 국민의 권리와 의무에 영향을 미치는 부분은 원칙적으로 행정규칙이 아닌 법률에 규정된다. 둘째는 처분기준의 구체화이다. 내용면에서 행정처분의 기준과 절차가 법률에 상당히 자세히 구체화되어 있다. 법률에 규정되어 있는 처분기준만 보더라도 우리의 법률, 시행령, 시행규칙을 합한 것보다도 더욱 자세히 그리고 구체적으로 규정되어 있다. 따라서 이에 의하면 별도의 시행령 또는 시행규칙이 필요 없을 정도이다. 셋째, 사전절차의 준수이다. 행정처분 기준에 따른 구체적 행정처분을 발하기 전에 반드시 사전절차로 청문과 이의신청을 반드시 거치도록 하고 있다. 행정처분의 기준에 사전절차를 강조하고 이의 준수를 부과한 것은 미국법의 특색인 적법절차(due process of law)를 행정처분에 구현

한 것이라 할 수 있다. 넷째, 광범위한 재량이다. 행정처분 기준이 법에 상당히 구체적으로 규정되어 있고, 또한 사전절차를 준수할 것을 전제로 행정기관에 구체적 행정처분의 광범위한 재량을 부여하고 있다.