

서울특별시교육감 행정권한의 위임에 관한 조례
일부개정조례안

검 토 보 고

I . 회부경위

1. 의안번호 : 제1078호
2. 발 의 자 : 조상호 의원
3. 발의일자 : 2019. 10. 16.
4. 회부일자 : 2019. 10. 22.

II . 제안이유

- 현재 교육지원청 교육장 및 학교장에게 위임된 행정권한을 공익적 목적을 위해 필요한 경우에는 교육감 및 교육장이 직접 행사하게 함으로써 서울시교육감 및 교육지원청 교육장의 권한과 책임을 강화하려는 것임.

III . 주요내용

- 현재 교육지원청 교육장 및 학교장에게 위임되어 있는 행정권한을 필요한 경우 교육감 및 교육장이 직접 행사할 수 있도록 단서를 신설함.(안 제5조 및 안 제6조 단서)

IV. 참고사항

1. 관계법규 : 「지방자치법」 및 「지방교육자치에 관한 법률」
2. 예산조치 : 해당 없음(조례안 [별첨] 참고)
3. 기 타
 - 입법예고(2019.10.25.~11.1): 의견 없음.

V. 검토 의견(수석전문위원 김창범)

1. 제안경위 및 주요내용

- 동 개정조례안은 2019년 10월 16일 조상호 의원에 의해 의안번호 제 1078호로 제출되어 2019년 10월 22일 우리 위원회로 회부되었습니다.
- 동 개정조례안은 현재 교육장과 소속 학교장에게 위임되어 있는 교육감 또는 교육장의 권한에 대해 교육감 또는 교육장이 필요에 따라 이를 직접 행사할 수 있는 근거를 마련하기 위해 발의되었습니다.

2. 주요 검토의견

가. 개정 취지에 대한 검토

- 「지방교육자치에 관한 법률」 제20조는¹⁾ 교육·학예에 관한 사무의 처리를 위해 교육감의 권한을 열거하고 있으며, 같은 법 제26조제1항에서는²⁾ 교육감에게 부여된 권한 중 일부를 조례 또는 교육규칙이 정하

1) 「지방교육자치에 관한 법률」

제20조(관장사무) 교육감은 교육·학예에 관한 다음 각 호의 사항에 관한 사무를 관장한다.

1. 조례안의 작성 및 제출에 관한 사항
2. 예산안의 편성 및 제출에 관한 사항
3. 결산서의 작성 및 제출에 관한 사항
4. 교육규칙의 제정에 관한 사항
5. 학교, 그 밖의 교육기관의 설치·이전 및 폐지에 관한 사항
6. 교육과정의 운영에 관한 사항
7. 과학·기술교육의 진흥에 관한 사항
8. 평생교육, 그 밖의 교육·학예진흥에 관한 사항
9. 학교체육·보건 및 학교환경정화에 관한 사항
10. 학생통학구역에 관한 사항
11. 교육·학예의 시설·설비 및 교구(教具)에 관한 사항
12. 재산의 취득·처분에 관한 사항
13. 특별부과금·사용료·수수료·분담금 및 가입금에 관한 사항
14. 기채(起債)·차입금 또는 예산 외의 의무부담에 관한 사항
15. 기금의 설치·운용에 관한 사항
16. 소속 국가공무원 및 지방공무원의 인사관리에 관한 사항
17. 그 밖에 당해 시·도의 교육·학예에 관한 사항과 위임된 사항

2) 「지방교육자치에 관한 법률」

제26조(사무의 위임·위탁 등) ①교육감은 조례 또는 교육규칙이 정하는 바에 따라 그 권한에 속하는 사무의 일부를 보조기관, 소속교육기관 또는 하급교육행정기관에 위임할 수 있다.

② 교육감은 교육규칙이 정하는 바에 따라 그 권한에 속하는 사무의 일부를 당해지방자치단체의 장과 협의하여 구·출장소 또는 읍·면·동(특별시·광역시 및 시의 동을 말한다. 이하 이 조에서 같다)의 장에게 위임할 수 있다. 이 경우 교육감은 당해사무의 집행에 관하여 구·출장소 또는 읍·면

는 바에 따라 보조기관, 소속교육기관 또는 하급교육행정기관에 위임할 수 있도록 규정하고 있습니다.

- 이는 행정권한의 내부위임에 관한 사항으로, 서울특별시교육감은(이하 ‘교육감’이라 함) 이러한 상위법과 「서울특별시교육감 행정권한의 위임에 관한 조례」에 따라 그 권한 중 일부를 교육지원청의 교육장(하급교육행정기관) 또는 소속 학교장(소속교육기관)에게 위임하고 있습니다.
- 이와 같은 법령체계에 따라 교육장 또는 소속 학교장에게 위임된 교육감의 권한은 「서울특별시교육감 행정권한의 위임에 관한 조례」 제3조에 따라³⁾ 그 권한에 속하는 사무를 처리함에 있어 사전승인이나 협의를 구하지 않도록 규정하고 있고, 교육감 또는 교육장은 동 조례 제2조에⁴⁾ 따라 위임한 권한의 사후적 관리에 대해 ‘그 처분이 위법 또는 부당하다고 인정될 때’에만 이를 취소하거나 중지시킬 수 있을 뿐이라 할 것입니다.
- 그러나 일선학교 현장에서는 「서울특별시립학교 시설의 개방 및 이용에 관한 조례」에 따라 학교시설을 이용하기 위해 허가신청을 할 경우 해당 학교장이 교육활동 및 학생안전과 재산관리에 지장이 없음에도 불구하고 이를 거부하는 경우가 빈번히 발생하고 있는 상황임에도 불구하고, 교육감은 학교시설 허가권을 학교장에게 위임하였다는 이유로 이를 취소하거나 중지시키지 못하고 있는 실정입니다.⁵⁾

· 동의 장을 지휘·감독할 수 있다.

③ 교육감은 조례 또는 교육규칙이 정하는 바에 따라 그 권한에 속하는 사무 중 조사·검사·검정·관리 등 주민의 권리·의무와 직접 관계되지 아니하는 사무를 법인·단체 또는 그 기관이나 개인에게 위탁할 수 있다.

④ 교육감이 위임 또는 위탁받은 사무의 일부를 제1항 내지 제3항의 규정에 따라 다시 위임 또는 위탁하고자 하는 경우에는 미리 당해사무를 위임 또는 위탁한 기관의 장의 승인을 얻어야 한다.

3) 「서울특별시교육감 행정권한의 위임에 관한 조례」

제3조(사전승인의 억제) 교육감과 교육장은 위임한 사항의 처리에 관하여는 사전승인이나 협의를 요구할 수 없다.

4) 「서울특별시교육감 행정권한의 위임에 관한 조례」

제2조(지휘·감독) 교육감과 교육장은 위임한 사무의 처리에 대하여 일반적인 기준에 따라 지휘·감독하고 그 처분이 위법 또는 부당하다고 인정될 때에는 이를 취소하거나 중지시킬 수 있다.

5) 「서울특별시교육감 행정권한의 위임에 관한 조례」

제6조(소속학교장에게 위임하는 사항)

- 이런 점에서 동 개정조례안이 교육감 또는 소속 학교장에게 위임된 교육감 또는 교육장의 권한에 대해 위임권자의 요구가 있는 경우 그 범위에서 위임의 예외를 두도록 규정한 것은 내부위임에 대한 사후적 관리·감독권을 강화시킬 수 있다는 점에서 의미가 있는 것으로 사료됩니다.

나. 개정 조문에 대한 검토

1) 안 제5조 및 제6조에 대한 검토의견

- 현행 조례 제5조와 제6조는 교육감의 권한 중 교육장에게 위임하는 사항과 소속 학교장에게 위임하는 사항을 각각 규정하고 있습니다.

동 개정조례안은 이러한 위임사항에 대해 교육감 또는 교육장이 요구하는 경우 그 권한의 위임은 정지되고 교육감 또는 교육장이 직접 그 권한을 행사할 수 있는 예외규정을 단서로 명시하는 것입니다.

- 이는 앞서 개정 취지에서 살펴본 바와 같이 교육감 또는 교육장이 위임한 권한의 사후적 관리·감독을 강화하여 위임된 권한에 따른 사무처리의 실효성을 담보할 수 있다는 순기능이 있습니다.

이와 관련하여 서울특별시의회 입법·법률고문 자문의견의 경우도 교육감 또는 교육장이 요구하는 경우에 교육감 또는 교육장이 위임한 권한을 직접 행사할 수 있도록 규정하는 것은 ‘조례간의 충돌이나 상위법 위반과 같은 문제를 가져오는 경우가 아니라, 동일 조례 내에서 교육감 및 교육장의 권한을 위임하는데 있어 그 범위를 제한하는 것에 불

9. 제5조제27호 각급학교의 소관 행정재산의 운용·유지·보존 및 사용 허가

「서울특별시립학교 시설의 개방 및 이용에 관한 조례」

제5조(사용허가 신청) ① 학교시설을 일시사용하고자 하는 자는 별지 제1호 서식의 학교시설 일시사용(변경) 허가 신청서를 작성하여 사용시작일 7일 전까지 학교장의 허가(이하 “사용허가”라 한다)를 받아야 하며, 허가받은 사항을 변경하고자 하는 경우에도 또한 같다. 다만, 단기사용의 경우에는 학교시설 일시사용 허가 신청 기일 제한이 적용되지 아니한다.

② 사용신청자가 둘 이상으로 사용시간대가 겹칠 때에는 학교장이 추첨 등으로 정할 수 있다.

③ 학교장은 학교시설의 사용을 허가할 수 없는 경우에는 사용신청자에게 「민원처리에 관한 법률」 제27조에 따라 그 결과를 통지하여야 한다.

과'하다면서 조례 개정에 문제가 없다는 의견을 제출한 바 있습니다(입법담당관-3384, 2019.9.30.)

- 다만, 위임권자인 교육감 또는 교육장이 요구하는 경우가 포괄적이고 불분명하여 동 규정이 자의적으로 해석되거나 남용될 우려도 있는바, 동 개정조례안의 실효성을 보장하기 위해서는 '요구하는 경우'에 대한 구체적인 기준이 마련될 필요가 있을 것으로 사료됩니다.

2) 교육청 의견 및 법제처 의견제시 사례에 대한 검토의견

가) 교육청 의견 및 법제처 의견제시 사례

- 교육청은 동 개정조례안과 관련하여 총 156건의 의견이 있음을 제출하였는바(〔붙임1〕 행정관리담당관-17047, 2019.11.18.),

- 교육청이 제출한 주요의견을 살펴보면, 교육청은 ① 현행 「지방교육자치에 관한 법률」 제35조가⁶⁾ 명시적으로 교육장의 분장 사무로서 각급 학교의 운영·관리에 관한 지도·감독을 규정하고 있기 때문에 교육감이 위임한 권한에 대한 예외를 인정하는 것은 상위법령에 위반될 소지가 있다고 하였습니다.

또한 ② 현행 조례 제2조에서 교육감 또는 교육장에게 일반적인 지휘·감독권과 처분의 위법·부당 시 취소·중지권을 부여하고 있기 때문에 동 개정조례안과 같은 단서는 불필요하다는 의견을 밝혔으며, ③ 동 개정조례안이 규정하려는 '요구하는 경우'가 불명확하고 포괄적이고 ④ 학교자치의 관점에서 단위학교 위임사무의 자율적 권한 침해 및 행정능률 저항에 따른 민원 및 교원 노조의 반발이 우려된다는 의견을 제

6) 「지방교육자치에 관한 법률」

제35조(교육장의 분장 사무) 교육장은 시·도의 교육·학예에 관한 사무 중 다음 각 호의 사무를 위임받아 분장한다.

1. 공·사립의 유치원·초등학교·중학교·고등공민학교 및 이에 준하는 각종학교의 운영·관리에 관한 지도·감독
2. 그 밖에 조례로 정하는 사무

출하였습니다.

따라서 교육청은 이러한 사유를 종합하여 동 개정조례안의 단서 규정 신설이 불필요하며 현행과 같이 조례를 유지하는 것이 타당하다는 의견을 밝힌바 있습니다.

○ 또한 동 개정조례안과 관련해서 교육청이 법제처에 요청한 자치법규 의견제시 사례에서도 위임기관이 수임기관에게 위임한 권한을 직접 행사할 수 있도록 하는 내용을 규정할 수 없을 것으로 보인다고 하였습니다(〔붙임2〕 법제처 의견 19-0354, 2019.12.2.).

○ 법제처의 의견제시 주요내용을 살펴보면, 법제처는 지방교육행정기관의 행정권한 위임에 대해 대통령령인 「행정권한의 위임 및 위탁에 관한 규정」을 근거로 설명하면서 “권한의 위임은 위임기관이 특정한 권한을 수임기관에 이전하여 그 수임기관의 권한으로 행사하도록 하는 것이어서, 권한의 위임이 행하여지면 권한의 법적인 귀속을 변경시키게 되고(대법원 1992. 4. 24. 선고 91누5792 판결 참조),

위임기관은 사무처리 권한을 잃게 되는 것(대법원 1992. 9. 22, 선고, 91누11292 판결, 대법원 1996. 11. 8. 선고 96다21331 판결 참조)”임을 이유로 “권한을 위임하였음에도 불구하고 필요에 따라 위임기관이 그 권한을 직접 행사할 수 있도록 하는 것은 권한의 위임의 속성과 모순되어 불가능한 것으로 보이므로 이와 같은 내용을 조례에 규정할 수는 없을 것”이라고 하였습니다.

나) 교육청 의견 및 법제처 의견제시 사례에 대한 검토

○ 먼저 앞의 ①의 의견과 관련하여 교육감과 교육장 사이의 사무권한의 분장에 대해서 살펴보면, 교육지원청은 「지방교육자치에 관한 법률」 제34조에⁷⁾ 따른 교육청의 하급교육행정기관으로, 교육감이 교육장에

7) 「지방교육자치에 관한 법률」

게 행정권한을 위임하는 것은 행정권한의 내부위임에 해당하는 것이라 하겠습니다.

다만 내부위임임에도 불구하고 동 법률이 ‘분장’이라고 명시하고 있다는 점에서 외부적 권한 위임과 같이 동 사무에 대해 위임권자가 해당 사무의 권한을 잃는 것인지에 대해서는 법령 해석상 논란의 여지가 있을 수 있는바, 교육청 의견에 대한 법제처의 법령해석이 필요할 것으로 사료됩니다.

- 다음으로 ②의 의견에 대해서 살펴보면, 학교시설 이용허가를 학교장이 거부한 경우, 그 재량권 행사가 위법 또는 부당하였는지에 대한 민원이 빈번하게 발생하고 있음에도 불구하고 교육감 또는 교육장이 위법하거나 부당함을 이유로 학교장의 거부처분을 취소하거나 정지한 사례가 전무하다는 점에서 현행 조례 제2조의 교육감과 교육장의 지휘·감독권은 유명무실한 것으로 생각됩니다.
- ③의 의견에 대해서 동 개정조례안의 ‘요구하는 경우’라는 표현이 불분명하다는 문제점은 있으나, 그 기준은 교육감이 교육규칙 또는 훈령 등으로 구체화할 수 있다는 점에서 충분히 보완할 수 있을 것으로 사료됩니다.
- ④의 의견은 단위학교의 자율적 권한을 침해하는 등 학교자치를 저해할 것을 우려하고 있으나, 동 개정조례안은 교육·학예에 관한 사무의 처리에 있어 교육감 또는 교육장이 위임한 권한의 사후적 관리·감독과 책임을 명확히 함으로써 권한의 실효적 행사를 담보하기 위한 것인바, 반드시 학교자치를 저해한다고 단정할 수는 없을 것으로 보입니다.

제34조(하급교육행정기관의 설치 등) ①시·도의 교육·학예에 관한 사무를 분장하기 위하여 1개 또는 2개 이상의 시·군 및 자치구를 관할구역으로 하는 하급교육행정기관으로서 교육지원청을 둔다.

② 교육지원청의 관할구역과 명칭은 대통령령으로 정한다.

③ 교육지원청에 교육장을 두되 장학관으로 보하고, 그 임용에 관하여 필요한 사항은 대통령령으로 정한다.

④ 교육지원청의 조직과 운영 등에 관하여 필요한 사항은 대통령령으로 정한다.

- 다음으로 법제처 의견에 대해서 살펴보면, 법제처는 교육감과 교육장 또는 소속 학교장과의 관계를 내부위임이 아닌 외부적 권한 위임에 대한 판결을 근거로 교육감 또는 교육장은 위임 사무의 범위에서 사무처리 권한을 잃는 것으로 의견을 밝힌바 있으나,

이는 교육감과 교육장 또는 학교장과의 관계를 시·도지사와 시장·군수·구청장과의 관계와 같이 별개의 독립된 법인의 관계로 오인한 것은 아닌지 의문인바, 행정권한의 내부위임에 관한 법리에 대해 세심한 검토가 필요할 것으로 생각합니다.

따라서 교육청은 동 개정조례안과 관련하여 교육감 권한의 내부위임에 대한 법리와 사실관계를 법제처에 명확하게 제시하고 재차 자치법규 의견제시를 요청할 필요가 있을 것으로 사료됩니다.

다. 종합 검토의견

- 동 개정조례안과 관련하여 교육청이 제시한 「지방교육자치에 관한 법률」 제35조에 따른 교육장 분장사무의 경우, 앞서 살펴본 바와 같이 교육감이 내부위임임에도 불구하고 그 위임 사무에 대한 권한을 상실하는 것인지 여부에 대해 법령해석이 필요할 것으로 생각되고,

교육청이 법제처에 요청한 자치법규 의견제시의 경우도 내부위임의 법리와 사실관계에 대한 구체적인 설명이 결여되어 있다는 점에서 추가적인 자치법규 의견제시가 필요할 것으로 사료됩니다.

- **이상으로 「서울특별시교육감 행정권한의 위임에 관한 조례 일부개정조례안」에 대한 검토보고를 마치겠습니다.**

의원발의 조례안 의견서

○ 제명: 서울특별시교육감 행정권한의 위임에 관한 조례 일부개정조례안

개 정 안	의 건	
	수 정 안	사 유
<p><u>제5조(교육장에게 위임하는 사항)</u> _____ _____. 다만, 교육감이 요구하는 경우에는 제외한다.</p> <p><u>제6조(소속학교장에게 위임하는 사항)</u> _____ _____. 다만, 교육감과 교육장이 요구하는 경우에는 제외한다.</p>	<p><현행 유지></p> <p><u>법제처 유권해석 결과 이후로 개정안 상정 보류 요청</u></p>	<ul style="list-style-type: none"> ■ 상위법령 위반소지 <ul style="list-style-type: none"> - 지방교육자치에 관한 법률 제35조 (교육장의 분장사무) - 지방교육자치에 관한 법률 시행령 제6조 (교육장의 분장사무의 범위) ■ 단서 규정 불필요 <ul style="list-style-type: none"> - 조례 제2조(지휘·감독)에 의거, 단서 불필요 ■ 교육감 요구 근거 불명 <ul style="list-style-type: none"> - ‘요구하는 경우’ 제외 한다 의 요구할 수 있는 근거가 불명하고, 포괄적·일반적 ■ 학교 자율운영체제 구축 동력 감소 <ul style="list-style-type: none"> - 학교자치, 교육사무 권한이양 및 위임 확대로 학교자치 강화를 통한 교육자치 시대적 흐름 구축 동력 감소 - 단위학교 자율성 침해에 따른 집단 민원 및 교원 노조 반발 우려 ■ 타 시·도교육청 위임 조례 : 단서 조항 없음

의원 발의 권한 위임 조례 개정안 의견서 검토

【행정관리담당관 조직·정원팀】

I. 개정 조례(안) 개요

1. 건 명: 서울특별시교육청 행정권한 위임에 관한 조례 일부개정조례(안)
2. 발 의 일: 2019. 10. 15.
3. 대표발의: 조상호 의원
4. 신·구 조문 대비표

현 행	개 정 안
제5조(교육장에게 위임하는 사항) 교육감은 다음의 권한을 교육장에게 위임한다. <단서 신설>	제5조(교육장에게 위임하는 사항) - ----- ----. 다만, 교육감이 요구하는 경우에는 제외한다.
제6조(소속학교장에게 위임하는 사항) 교육감과 교육장은 다음의 권한을 소속 학교장에게 위임한다. <단서 신설>	제6조(소속학교장에게 위임하는 사항) ----- ----- . 다만, 교육감과 교육장이 요구하는 경우에는 제외한다.

5. 제안 이유

현재 교육지원청 교육장 및 학교장에게 위임된 행정권한을 공익적 목적을 위해 필요한 경우에는 교육감 및 교육장이 직접 행사하게 함으로써 서울시교육감 및 교육지원청 교육장의 권한과 책임을 강화하려는 것임

II. 기관 의견 제출

1. 기 간: 2019. 11. 6.(수) ~ 11. 12.(화)
2. 방 법: 공문과 게시판으로 본청 각과, 교육지원청, 학교에 의견 제출 안내
3. 제출기관: 75기관(본청 2, 교육지원청 6, 초등학교 58, 중학교 7, 고등학교 2)
4. 제출의견

의견	상위법령 위반	단서 불필요	'요구하는 경우' 불명	자율성 침해	타사도교육청 사례 없음	기타 의견	계
제출건수	16	31	7	18	2	82	156

Ⅲ. 검토 의견

1. 상위법령 위반 소지 (16건)

지방교육자치에 관한 법률

제35조(교육장의 분장 사무) 교육장은 시·도의 교육·학예에 관한 사무 중 다음 각 호의 사무를 위임받아 분장 한다.

1. 공·사립의 유치원·초등학교·중학교·공민학교·고등공민학교 및 이에 준하는 각종학교의 운영·관리에 관한 지도·감독
2. 그 밖에 조례로 정하는 사무

지방교육자치에 관한 법률 시행령

제6조(교육장의 분장사무의 범위)법 제35조 제1호에 따라 교육장이 위임받아 분장하는 각급학교의 운영·관리에 관한 지도·감독사무의 범위는 다음 각 호와 같다. -----

2. 단서 규정 불필요 (31건)

현행 위임 조례 제 2조에서 교육감(장)에게 일반적 지휘·감독권과 처분의 위법·부당 시 취소·중지권을 부여하고 있으므로 단서 불필요

서울특별시교육감 행정권한의 위임에 관한 조례

제2조(지휘·감독) 교육감과 교육장은 위임한 사무의 처리에 대하여 일반적인 기준에 따라 지휘·감독하고 그 처분이 위법 또는 부당하다고 인정될 때에는 이를 취소하거나 중지시킬 수 있다.

3. 교육감(장)이 요구할 수 있는 근거 불명 (7건)

조례에 신설하고자 하는 단서의 교육감이 ‘요구하는 경우’ 교육감(장)이 직접 수행할 수 있는 근거가 불명확하고 포괄적·일반적

4. 학교자율운영체제 확립을 위한 구축 동력 감소 (18건)

가. 새 정부 출범 이후 유·초·중등교육 사무의 시·도 이양에 따라 학교 운영의 자율성이 확대되고 있는바, 학교자치 강화를 통한 교육자치 시대적 흐름 구축 동력 감소

나. 교육 활동 중심 단위학교 위임사무의 자율적 권한 침해 및 행정능률 저하에 따른 민원 및 교원 노조 반발 우려

5. 타 시·도교육청 사례 (2건)

17개 시·도 교육청 확인 결과, 행정 권한 위임 조례 단서 조항 없음

6. 기타 의견 (82건)

- 서울시 교육감 행정권한 위임 조례제정 취지에 부합하지 않음(35건)
- 현행 조례 제3조(사전승인의 억제) 조항과 모순되는 단서 신설임(22건)
- 단서 신설로 인해 제5조, 제6조의 세부적인 위임사항에 포괄적으로 적용함으로써 조례 개정 취지를 무색하게 함(18건)
- 형식 위반: 행정권한의 위임은 그 권한의 귀속을 변경하는 것으로 위임과 그 해제는 같은 형식으로 이루어져야 함
- 「지방교육 자치에 관한 법률」에 따라 교육감의 권한 일부가 교육장에게 위임되었으므로 그 권한 위임의 해제도 직접 동법 개정으로 행하여야 함
- ‘교육감이 요구하는 경우’에 위임한 권한을 제외한다는 규정은 권한의 귀속 주체와 행정행위 책임 귀속이 불분명해지므로 행정의 안정성을 명백하게 해함
- 조례 개정 시 권한과 책임은 함께 부여되어야 하므로 권한 위임 및 제한을 요구한 자에게 제반 책임이 있음을 병행 명기하여야 함
- 교육감, 교육장 요구에 따른 시설개방 등에 따른 안전사고는 요구자가 책임지며 학교장이 책임지지 않는다는 내용이 포함되어야 함
- 법령에 규정이 없는 새로운 견제장치를 만드는 것은 집행기관의 고유권한을 침해하는 것이 되어 허용할 수 없다(대법원 판례 2012. 11. 29. 선고 2011추87 판결 등 다수).
- 행정권한의 위임이 행하여진 때에는 위임관청은 그 사무를 처리할 권한을 잃음(대법원 판례 1992. 9. 22. 선고 91누 11292 판결)

IV. 종합 의견

이상 제출 기관의 의견을 검토한 바와 같이, 개정안 단서 규정 신설은 상위 법령 위반 소지, 교육감(장)의 요구 근거 불명, 학교자율운영체제 동력 감소 등으로, 현행 조례를 유지하는 것이 타당할 것으로 사료됨

[붙임2]

질의제목 : 「서울특별시교육감 행정권한의 위임에 관한 조례」
에 위임기관이 수임기관에게 위임한 권한을 직접 행
사할 수 있도록 하는 내용을 규정할 수 있는지(「행
정권한 위임 및 위탁에 관한 규정」 제7조 등 관련)

관련문서 : 행정관리담당관-16927(2019. 11. 11.)

1. 질의요지

「서울특별시교육감 행정권한의 위임에 관한 조례」에 위임기관이 수임
기관에게 위임한 권한을 직접 행사할 수 있도록 하는 내용을 규정할 수
있는지?

2. 의견

이 사안의 경우, 「서울특별시교육감 행정권한의 위임에 관한 조례」에
위임기관이 수임기관에게 위임한 권한을 직접 행사할 수 있도록 하는 내
용을 규정할 수 없을 것으로 보입니다.

3. 이유

「지방교육자치에 관한 법률」 제26조제1항에서는 교육감은 조례 또는 교
육규칙이 정하는 바에 따라 그 권한에 속하는 사무의 일부를 보조기관, 소
속교육기관 또는 하급교육행정기관에 위임할 수 있다고 규정하고 있고, 이
에 따라 서울특별시교육감(이하 “교육감”이라 함)과 교육지원청 교육장
(이하 “교육장”이라 함)의 권한 중 일부를 각각 교육장, 소속 학교장, 직속
기관장에게 위임하는 사항에 관한 「서울특별시교육감 행정권한 위임에

관한 조례」(이하 “서울시조례”라 함)가 제정되었습니다. 서울시조례 제5조 각호 외의 부분에서는 “교육감은 다음의 권한을 교육장에게 위임한다”고 규정하고 있고, 같은 조례 제6조 각호 외의 부분에서는 “교육감과 교육장은 다음의 권한을 소속학교장에게 위임한다”고 규정하고 있는데, 이 사안은 이렇게 위임기관이 수임기관에게 행정의 권한을 위임한 경우에 필요에 따라 위임기관이 수임기관에게 위임한 권한을 직접 행사할 수도 있도록 하는 내용으로 조례를 개정할 수 있는지에 관하여 질의하고 있는 것으로 보입니다.

「행정권한의 위임 및 위탁에 관한 규정」(이하 “행정위임위탁규정”이라 함)이 지방자치단체의 자치사무의 위임이나 위탁에 적용되는 규정은 아니지만, 「지방자치법」에서는 그 개념에 관한 명시적인 규정을 두지 않고 있고, 행정위임위탁규정도 「정부조직법」 제6조에 근거한 대통령령인바 그 정의규정도 「정부조직법」상의 위임 및 위탁에 관한 규정의 체제 등을 고려한 개념규정이며, 국가법령체계와 지방법령체계에서 위임 및 위탁의 개념을 달리 구상할 특별한 이유도 발견되지 않으므로(법제처 발간 2018. 자치법규 입안 길라잡이 232쪽 참조) 행정위임위탁규정 제2조제1호를 살펴보면, 행정권한의 위임이란 법률에 규정된 행정기관의 장의 권한 중 일부를 그 보조기관 또는 하급행정기관의 장이나 지방자치단체의 장에게 맡겨 그의 권한과 책임 아래 행사하도록 하는 것이라고 정의하고 있습니다. 또한, 같은 령 제6조에서는 위임 및 위탁기관은 수임 및 수탁기관의 수임 및 수탁사무 처리에 대하여 지휘·감독하고, 그 처리가 위법하거나 부당하다고 인정될 때에는 이를 취소하거나 정지시킬 수 있다고 규정하고 있고, 같은 령 제7조에서는 수임 및 수탁사무의 처리에 관하여 위임 및 위탁기관은 수임 및 수탁 기관에 대하여 사전승인을 받거나 협의를 할 것을 요구할 수 없다고 규정하고 있으며, 같은 령 제9조에서는 위임 및 위탁기관은 위임 및 위탁사무 처리의 적정성을 확보하기 위하여 필요한 경우에는 수임 및 수탁기관의 수임 및 수탁사무 처리 상황을 수시로 감사할 수

있다고 규정하고 있는바, 위임기관이 수임기관에게 권한을 위임하면 위임기관은 수임기관의 사무 처리에 대하여 사전승인 또는 협의를 요구하는 방법으로 관여할 수는 없고, 수임기관의 사무 처리에 대하여 지휘·감독하여 그 처리가 위법하거나 부당하다고 인정될 때에는 이를 취소하거나 정지시킬 수 있으며, 필요한 경우에 감사를 할 수 있을 뿐입니다.

즉, 권한의 위임은 위임기관이 특정한 권한을 수임기관에 이전하여 그 수임기관의 권한으로 행사하도록 하는 것이어서, 권한의 위임이 행하여지면 권한의 법적인 귀속을 변경시키게 되고(대법원 1992. 4. 24. 선고 91누5792 판결 참조), 위임기관은 사무처리 권한을 잃게 되는 것입니다(대법원 1992. 9. 22, 선고, 91누11292 판결, 대법원 1996. 11. 8. 선고 96다21331 판결 참조).

따라서, 이와 같은 권한의 위임에 관한 법령과 대법원 판례의 내용을 종합해 볼 때, 권한을 위임하였음에도 불구하고 필요에 따라 위임기관이 그 권한을 직접 행사할 수 있도록 하는 것은 권한의 위임의 속성과 모순되어 불가능한 것으로 보이므로 이와 같은 내용을 조례에 규정할 수는 없을 것입니다.

【관계 법령 및 자치법규 등】

「행정권한의 위임 및 위탁에 관한 규정」

제2조(정의) 이 영에서 사용하는 용어의 뜻은 다음과 같다.

1. "위임"이란 법률에 규정된 행정기관의 장의 권한 중 일부를 그 보조기관 또는 하급행정기관의 장이나 지방자치단체의 장에게 맡겨 그의 권한과 책임 아래 행사하도록 하는 것을 말한다.

2.~5. (생략)

제6조(지휘·감독) 위임 및 위탁기관은 수임 및 수탁기관의 수임 및 수탁 사무 처리에 대하여 지휘·감독하고, 그 처리가 위법하거나 부당하다고 인정될 때에는 이를 취소하거나 정지시킬 수 있다.

제7조(사전승인 등의 제한) 수임 및 수탁사무의 처리에 관하여 위임 및 위탁기관은 수임 및 수탁 기관에 대하여 사전승인을 받거나 협의를 할 것을 요구할 수 없다.

제9조(권한의 위임 및 위탁에 따른 감사) 위임 및 위탁기관은 위임 및 위탁 사무처리의 적정성을 확보하기 위하여 필요한 경우에는 수임 및 수탁기관의 수임 및 수탁사무 처리 상황을 수시로 감사할 수 있다.

「서울특별시교육감 행정권한의 위임에 관한 조례」

제5조(교육장에게 위임하는 사항) 교육감은 다음의 권한을 교육장에게 위임한다.

1.~36. (생략)

제6조(소속학교장에게 위임하는 사항) 교육감과 교육장은 다음의 권한을 소속 학교장에게 위임한다.

1.~18. (생략)

관계 법령

지방교육자치에 관한 법률

[시행 2019. 12. 3.] [법률 제16672호, 2019. 12. 3., 타법개정]

제26조(사무의 위임·위탁 등) ①교육감은 조례 또는 교육규칙이 정하는 바에 따라 그 권한에 속하는 사무의 일부를 보조기관, 소속교육기관 또는 하급교육행정기관에 위임할 수 있다.

② 교육감은 교육규칙이 정하는 바에 따라 그 권한에 속하는 사무의 일부를 당해지방자치단체의 장과 협의하여 구·출장소 또는 읍·면·동(특별시·광역시 및 시의 동을 말한다. 이하 이 조에서 같다)의 장에게 위임할 수 있다. 이 경우 교육감은 당해사무의 집행에 관하여 구·출장소 또는 읍·면·동의 장을 지휘·감독할 수 있다.

③ 교육감은 조례 또는 교육규칙이 정하는 바에 따라 그 권한에 속하는 사무 중 조사·검사·검정·관리 등 주민의 권리·의무와 직접 관계되지 아니하는 사무를 법인·단체 또는 그 기관이나 개인에게 위탁할 수 있다.

④ 교육감이 위임 또는 위탁받은 사무의 일부를 제1항 내지 제3항의 규정에 따라 다시 위임 또는 위탁하고자 하는 경우에는 미리 당해사무를 위임 또는 위탁한 기관의 장의 승인을 얻어야 한다.

제34조(하급교육행정기관의 설치 등) ①시·도의 교육·학예에 관한 사무를 분장하기 위하여 1개 또는 2개 이상의 시·군 및 자치구를 관할구역으로 하는 하급교육행정기관으로서 교육지원청을 둔다.

② 교육지원청의 관할구역과 명칭은 대통령령으로 정한다.

③ 교육지원청에 교육장을 두되 장학관으로 보하고, 그 임용에 관하여 필요한 사항은 대통령령으로 정한다.

④ 교육지원청의 조직과 운영 등에 관하여 필요한 사항은 대통령령으로 정한다.

제35조(교육장의 분장 사무) 교육장은 시·도의 교육·학예에 관한 사무 중 다음 각 호의 사무를 위임받아 분장한다.

1. 공·사립의 유치원·초등학교·중학교·고등공민학교 및 이에 준하는 각종학교의 운영·관리에 관한 지도·감독
2. 그 밖에 조례로 정하는 사무

지방교육자치에 관한 법률 시행령

[시행 2017. 6. 14.] [대통령령 제27667호, 2016. 12. 13., 일부개정]

제6조(교육장의 분장사무의 범위) 법 제35조제1호에 따라 교육장이 위임받아 분장하는 각급학교의 운영·관리에 관한 지도·감독사무의 범위는 다음 각 호와 같다.

1. 교수학습활동, 진로지도, 강사 확보·관리 등 교육과정 운영에 관한 사항
2. 과학·기술교육의 진흥에 관한 사항
3. 특수교육, 학교 부적응 학생 교육, 저소득층 학생 지원 등 교육복지에 관한 사항
4. 학교체육·보건·급식 및 학교환경 정화 등 학생의 안전 및 건강에 관한 사항
5. 학생 통학 구역에 관한 사항
6. 학부모의 학교 참여, 연수·상담, 학교운영위원회 운영에 관한 사항

7. 평생교육 등 교육·학예 진흥에 관한 사항

8. 그 밖에 예산안의 편성·집행, 수업료, 입학금 등 각급학교의 운영·관리에 관한 지도·감독 사항