

직권남용권리행사방해

[전주지법 2016. 8. 19. 2015고단2235]



【판시사항】

교육감인 피고인이, 교육과학기술부에서 소속 교육청과 고등학교 등에 대하여 학교생활기록부 작성 실태와 현황을 점검하기 위한 특정감사를 실시하자, 관내 고등학교 등에 학교폭력 사항과 관련된 감사자료 제출을 거부하도록 지시하는 내용의 공문을 발령하여 소속 교육청 공무원들 및 고등학교 학교장들이 교육과학기술부의 자료제출, 답변서·확인서 등 요구에 협력하지 않도록 하였다고 하여 직권남용권리행사방해로 기소된 사안에서, 피고인의 감사자료 제출 거부 지시행위가 직권남용에 해당한다거나 피고인에게 직권을 남용한다는 인식이 있었다고 단정할 수 없다는 이유로 무죄를 선고한 사례

【판결요지】

교육감인 피고인이, 교육과학기술부(2013. 3. 23. 교육부로 명칭 변경, 이하 '교과부'라 한다)에서 소속 교육청과 고등학교 등에 대하여 학교생활기록부 작성 실태와 현황을 점검하기 위한 특정감사를 실시하자, 관내 고등학교 등에 학교폭력 사항과 관련된 감사자료 제출을 거부하도록 지시하는 내용의 공문을 발령하여 소속 교육청 공무원들 및 고등학교 학교장들이 교과부의 자료제출, 답변서·확인서 등 요구에 협력하지 않도록 하였다고 하여 직권남용권리행사방해로 기소된 사안에서, 피고인은 교육감의 학교생활기록 작성에 관한 지도·감독 사무의 법적 성질, 교과부 훈령인 '학교생활기록 작성 및 관리지침'(2012. 6. 29. 교과부 훈령 제257호로 개정된 것, 이하 '훈령'이라 한다)이 법규적 효력이 있는지 또는 헌법상 과잉금지원칙 등을 위반하여 무효인지 등이 불명확한 상황에서, 학생의 인권을 보호한다는 명목으로 훈령을 축소하여 집행하는 수정지침을 하달하고, 이에 대한 교과부의 특정감사를 위법한 것으로 판단하여 교과부의 감사자료 제출 요구 중 학교폭력 사항에 관한 일부 자료에 대하여만 제출을 거부하도록 지시한 것으로서, 피고인의 직무행위의 목적, 필요성 및 상당성 등을 관련 법리, 특히 피고인과 같이 지방교육자치선거를 통해 주민 직선으로 선출된 공무원의 직무행위가 추후에 위법하다고 평가되는 경우 직권남용권리행사방해죄의 인정 여부는 신중하게 판단할 필요가 있다는 점에 비추어 보면, 피고인의 감사자료 제출 거부 지시행위가 직권남용에 해당한다거나 피고인에게 직권을 남용한다는 인식이 있었다고 단정할 수 없다는 이유로 무죄를 선고한 사례.

【참조조문】

헌법 제13조 제1항, 제37조 제2항, 형법 제123조, 학교폭력예방 및 대책에 관한 법률 제17조 제1항, 제21조, 구 초·중등교육법(2013. 3. 23. 법률 제11690호로 개정되기 전의 것) 제6조, 제25조, 제30조의6, 제30조의7, 국가공무원법 제56조, 구 지방교육자치에 관한 법률(2013. 3. 23. 법률 제11690호로 개정되기 전의 것) 제3조, 제27조, 구 지방자치법(2013. 3. 23. 법률 제11690호로 개정되기 전의 것) 제167조, 제171조, 제171조의2, 구 지방자치단체에 대한 행정감사규정(2013. 3. 23. 대통령령 제24425호로 개정되기 전의 것) 제11조 제1항 제1호, 제2호, 제3항, 제12조, 소년법 제30조의2, 제70조, 개인정보 보호법 제15조 제1항 제3호, 제18조 제2항 제2호, 형사소송법 제325조

【전문】

【피 고 인】

【검 사】 김태훈 외 1인

【변 호 인】 법무법인 백제 외 5인

【주문】

】

피고인은 무죄.

이 판결의 요지를 공시한다.

【이유】

】 1. 공소사실

가. 피고인의 지위

피고인은 2010. 7. 1. 전라북도 교육감에 취임하였고, 2014. 6. 4. 교육감선거에서 재차 당선되어 2014. 7. 1.부터 현재까지 전라북도의 교육, 학예에 관한 사무의 집행기관인 교육감으로서, 전라북도 교육청 및 관내 초·중·고등학교 및 특수학교 등에 소속된 공무원을 지휘, 감독하는 등 교육 및 학예에 관한 사무를 총괄하여 왔다.

나. 이 사건의 배경 및 경과

1) 교육과학기술부의 「학교생활기록 작성 및 관리지침」 개정

교육과학기술부(2013. 3. 23. 교육부로 명칭 변경, 이하 '교과부'라고 한다)는 2012. 1. 27. 학교생활기록부에 학교폭력예방 및 대책에 관한 법률 제17조 제1항 각 호에 규정된 학교폭력대책자치위원회의 학교폭력 가해학생에 대한 조치사항을 기록하여 생활지도 및 상급학교 진학 자료로 활용하도록 하기 위하여 교과부 훈령 제239호로 「학교생활기록 작성 및 관리지침」을 개정하였는데, 그 주요 내용은 다음과 같다.

가. 학교생활기록부 기재방법 '학적사항'의 특기사항란에 전학, 퇴학처분을, '출결상황'의 특기사항란에 사회봉사, 특별교육 이수 또는 심리치료, 10일 이내의 출석정지를, '행동특성 및 종합의견'에 서면사과, 접촉·협박 및 보복행위의 금지, 학교에서의 봉사, 학급교체를 각 기재한다.

나. 학교생활기록부 보존기간 학교생활기록부에 기록된 가해학생에 대한 자료를 초등학교와 중학교는 졸업 후 5년간 보존하고, 고등학교는 10년간 보존한다.

교과부는 2012. 6. 29. 교과부 훈령 제257호로 「학교생활기록 작성 및 관리지침」을 다시 개정하여, 고등학교의 경우에도 학교생활기록부 보존기간을 초등학교, 중학교와 마찬가지로 '졸업 후 10년'에서 '졸업 후 5년'으로 변경하였다(이하 '이 사건 훈령'이라 한다).

2) 전라북도 교육청의 자체 '기재요령 안내' 지침 하달 등 반발

이에 피고인은 이 사건 훈령은 '헌법 제13조 이중처벌금지 원칙에 위반되고, 가해학생들의 헌법상 기본권인 정보자기결정권을 헌법 제37조에 위반하여 법률에 근거 없이 교과부의 훈령으로 제한하는 것이며 기본권의 최소침해 원칙에도 반할 뿐만 아니라 교육정책적으로 바람직하지 않다.

'는 이유로 반발하면서, 2012. 3. 26.경 전라북도 교육청 확대간부회의에서 '학생부에 기재할 가해학생의 학교폭력 조치 기재사항을 법원에서 형사범죄로 확정 판결된 사항에 한정'하는 등으로 교과부의 학생부 지침을 수정한 전라북도

교육청 기본방침을 마련하였다.

피고인은 2012. 8. 20.경 대학입시 수시전형을 앞두고 전라북도 교육청 명의로 「학교폭력 가해학생에 대한 학교생활기록부 기재요령 안내」라는 제목의 공문을 통해 관내 초·중·고등학교 및 특수학교에 학교생활기록부 작성 및 관리에 관한 자체 수정방침을 하달하였는데, 그 주요 내용은 다음과 같다.

가. 기재대상: 법원에서 형사범죄로 확정판결을 받은 학생나. 기재방법: 학교생활기록부를 출력, 해당 내용을 수기(手記)다.

관 리: 인성인권부장, 교감 또는 교장이 대외비로 관리하고 해당 학생이 졸업하면 폐기라. 정보공개: 원칙적으로 학부모와 학생 본인의 동의 없이 외부에 제공할 수 없음

3) 교과부 시정명령 및 제1차 특정감사 경과

교과부는 2012. 8. 21.경 피고인과 전라북도 교육청을 상대로 "① 귀 교육청에서 학교에 안내한 학교생활기록부 기재 관련 대상과 방법 등을 즉시 취소하고, ② 법령에 따라 학교폭력 가해학생 조치사항을 학교생활기록부에 기재하도록 관내 학교 및 교육지원청에 2012. 8. 22.까지 안내 공문 시행 후, 이를 2012. 8. 23.까지 교육과학기술부에 제출하라."라는 내용의 시정명령을 발령하였으나 피고인이 이에 불응하자, 2012. 8. 24.경 전라북도 교육청에서 하달한 위 '기재요령 안내'가 초·중등교육법 제25조, 「학교생활기록의 작성 및 관리에 관한 규칙」, 「학교생활기록 작성 및 관리지침」을 위반하였다는 등의 이유로 이를 직권 취소하는 한편, 2012. 8. 23.경부터 2012. 9. 13.경까지 전라북도 교육청에 대한 특정감사(이하 '제1차 특정감사'라 한다)를 실시하였다.

피고인은 위와 같은 교과부의 제1차 특정감사가 진행되는 기간 중인 2012. 9. 3.경 「학교생활기록부 기재 관련 전라북도 교육감 전달사항 알림」이라는 제목으로 "교과부 감사자료 제출 요구와 관련하여서는 전라북도 교육감의 지시사항으로 제출하지 않아도 되며, 교원의 징계권한은 교육감에게 있음을 다시 한번 강조하여 알려드립니다.

"라는 내용의 지시 공문을 관내 모든 학교에 시행하고, 2012. 9. 5.경 일선 단위 학교장들로부터 교과부의 특정감사 자료 제출거부 등으로 인한 징계책임 등에 대한 문의가 빗발치자 「학교생활기록부 기재 관련 전라북도 교육감 전달사항 재안내」라는 제목으로, "교육과학기술부의 감사자료 제출 요구와 관련하여서는 전라북도 교육감의 지시사항으로 제출하지 않아도 되며, 교원의 징계권한은 교육감에게 있음을 다시 한번 강조하여 알려드립니다.

"라는 내용의 공문을 재차 시달하였다.

교과부는 2012. 10. 16.경 제1차 특정감사 결과, ① 학교폭력 가해학생 학교생활기록부 기재 관련 업무 처리 부당, ② 학교폭력 가해학생 조치사항 학교생활기록부 기재 관련 공문서 처리 부당, ③ 학교폭력 가해학생 조치사항 학교생활기록부 기재 거부, ④ 감사자료 제출 거부 등 감사 방해를 지적하고, 피고인에게 특정감사 결과에 따라 관계 공무원들에 대하여 징계의결요구 또는 징계의결요구신청 등의 처분을 할 것을 요구하였다.

다.

직권남용권리행사방해 범죄사실

1) 제2차 특정감사 및 피고인의 자료제출 거부 지시

교과부가 대학입시 정시모집 전형을 앞두고, 2012. 12. 5.경부터 2012. 12. 14.경까지 전라북도 교육청과 관내 단위 고등학교 등의 학교생활기록부 작성 실태와 현황을 점검하기 위한 추가 특정감사(이하 '제2차 특정감사'라 한다) 실시 계획을 통보하자, 피고인은 2012. 12. 5. 11:00경 전주시 완산구 (주소 생략)에 있는 전라북도 교육청 홍보실에서, "지난 감사 때와 마찬가지로 오늘부터 시작되는 감사에서도 감사대응과 관련해 발생하는 모든 책임은 교육감이 부

담하며, 교육감 직을 걸고 이번 감사사태의 모든 책임을 지겠다.

교과부의 국가폭력에 대해 전라북도의 교육공동체 모든 구성원들이 결연히 저항함으로써 다시 한번 전라북도 교육의 자존감을 확인하고 우리 아이들의 인권을 사수해 달라.”라는 내용의 성명서를 발표한 후, 2012. 12. 5.경 관내 일선 고교 등에 교과부 감사와 관련하여 학교폭력 사항과 관련된 일체의 감사자료 제출을 거부하도록 하는 내용의 「학교생활기록부 감사와 관련한 교육감 지시사항 안내」(학교교육과 23462, 2012. 12. 5.) 공문에 위 교육감 명의 성명서를 첨부하여 관내 고교 등 모든 단위 학교에 시행하였는데, 그 주요 내용은 다음과 같다.

교과부의 우리 교육청 특정감사(2012. 12. 4.)와 관련하여 교육감의 지시사항을 아래와 같이 안내하오니 준수하여 주시기 바랍니다.

교육감 지시사항”학교폭력 사실, 가해학생, 징계의결 등 학교폭력 사실에 관한 구체적인 내용을 알 수 있는 자료에 대한 일체의 조회 및 자료요청에 응하지 말 것”

피고인이 직무상 발령한 위 지시 공문에 따라, 전라북도 교육청 교육국장 장학관 공소외 1을 비롯한 학교교육과장, 인성건강과장, 학교교육과 중등교육담당 장학관 등 교육청 소속 공무원들은 ㉠ 2012. 12. 4. 교과부로부터 학교별 폭력대책자치위원회 회의결과 등 감사자료의 제출을 요구(감사총괄담당관-6152)받고도 이를 제출하지 아니하였으며, ㉡ 2012. 12. 5. 교과부 특정감사단으로부터 감사자료의 제출을 요구(특정감사단-1)받고도 이를 거부하였고, ㉢ 2012. 12. 12. 교과부 특정감사단으로부터 ‘관내 고등학교가 교육청에 보고한 3학년 학교폭력 관련 자료 등’ 감사자료를 지참하여 출석할 것을 요구(특정감사단-13)받고도 이에 응하지 아니하였으며, ㉣ 교과부 특정감사단이 2012. 12. 14. 교육국장 등 7명에게 발부한 질문서에 대한 답변서를 제출하지 않는 등 특정감사 자료제출 요구, 확인서·답변서 등의 작성 및 제출 요구를 거부하였고, 관내 군산상고, 무주고, 원광고, 장수고, 전북체고, 정읍제일고 등을 비롯한 전라북도 교육청 관내 27개 고등학교 전·현직 학교장 30명 등도 별지 1 「특정감사 자료제출 거부 현황」에 기재된 바와 같이, ㉤ ‘학교폭력대책자치위원회 회의결과, 학교생활기록부 등’ 자료제출 요구 및 ㉥ 교과부 특정감사단에서 각 학교에서 학교폭력이 발생하였는지 여부, 가해학생 인원, 학교폭력 조치사항의 학생부에 기재 여부 등에 대해 작성을 요구한 ‘현장방문확인서’, ‘확인서’ 등의 제출 및 서명·날인을 각각 거부하였다.

2) 피고인의 감사자료 제출 거부 지시의 위법·부당성

(가) 학교생활기록부 작성 및 관리 사무의 성질

학교생활기록에 관한 구 초·중등교육법, 구 고등교육법(각 2013. 3. 23. 법률 제11690호로 개정되기 전의 것) 및 그 각 시행령(각 2013. 3. 23. 대통령령 제24423호로 개정되기 전의 것)의 규정 내용에 의하면, 어느 학생이 시·도 상호 간 또는 국립학교와 공립·사립학교 상호 간 전출하는 경우에 학교생활기록의 체계적·통일적인 관리가 필요하고, 중학생이 다른 시·도 지역에 소재한 고등학교에 진학하는 경우에도 학교생활기록은 고등학교의 입학전형에 반영되며, 고등학생의 학교생활기록은 그 시·도교육청의 지도·감독을 받는 대학교의 입학전형자료로 활용되므로, 학교의 장이 행하는 학교생활기록의 작성에 관한 사무는 국민 전체의 이익을 위하여 통일적으로 처리되어야 할 성격의 사무라고 할 것이므로 국립·공립·사립학교의 장이 행하는 학교생활기록부 작성에 관한 교육감의 지도·감독 사무는 국가사무로서 시·도교육감에 위임된 사무에 해당한다.

(나) 교과부 특정감사 요구자료 제출에 관한 법령상 협조의무

국가공무원법 제56조는 “모든 공무원은 법령을 준수하며 성실히 직무를 수행하여야 한다.

"라고 규정하고, 지방교육자치에 관한 법률 제3조에 의하여 준용되는 구 지방자치법(2013. 3. 23. 법률 제11690호로 개정되기 전의 것, 이하 같다) 제167조, 제171조, 제171조의2 규정에 따르면, 교과부장관의 시·도교육청에 대한 감사는 기관위임사무에 대해서만 가능한 것이 아니라 자치사무의 법령위반 사항에 대해서도 허용되며, 구 지방자치법 제171조의2 제3항의 위임에 따라 마련된 구 지방자치단체에 대한 행정감사규정(2013. 3. 23. 대통령령 제24425호로 개정되기 전의 것, 이하 같다)은 감사제도의 실효성을 제고하기 위하여, ① 교과부장관의 '출석·답변의 요구, 관계 서류·장부 및 물품 등의 제출 요구'에 관한 조치권한(제11조 제1항 제1호, 제2호), ② 감사활동 수행자의 확인서 징구 권한, 문답서 작성 권한(제12조 제1항, 제2항), ③ 교과부장관의 질문서에 기초한 답변서 징구 권한(제12조 제3항)을 각각 규정하고 있고, 교과부장관으로부터 '출석·답변의 요구, 관계 서류·장부 및 물품 등의 제출 요구'를 받은 자는 정당한 사유가 없으면 그 요구에 따라야 할 의무를 규정하고 있다(제11조 제3항).

따라서 이와 같은 감사절차에 관한 관계 법령의 규정 내용, 형식 및 입법 취지 등을 고려할 때 감사대상 시·도교육청 소속 공무원은 교과부장관이나 감사활동 수행자의 감사활동에 협조할 의무를 부담한다고 할 것이고, 특별한 사정이 없는 한 직무상 상관인 교육감의 지휘·감독에 따라야 할 의무를 지는 소속 공무원들에 대하여 발령한 특정감사 자료제출 거부 지시는 이러한 법령상 협조의무에 위반하여 법령상 의무 없는 일을 하게 한 것으로 위법·부당하다.

(다) 소년법, 개인정보 보호법 등과 관련 피고인 주장 검토

그 밖에 피고인이 이 사건 훈령이 헌법에 위반된다거나 현행 법률과 체계 부조화 등의 문제점을 주장한 바 있는 소년법 제70조, 개인정보 보호법 제61조 규정 및 학교폭력예방 및 대책에 관한 법률 제21조 등의 사유들은 모두 각 법률 규정의 내용 및 입법 취지 등을 고려할 때 전라북도 교육청 및 관내 소속 학교에 대한 이 사건 특정감사 자료제출 요구에 대하여 직접 적용될 수 없는 규정들로서, 자료제출 등 거부의 정당한 사유로 볼 수 없다.

라. 결론

따라서 피고인은 전라북도 교육감의 일반적 직무사항에 속하는 직권의 행사에 가탁(假託)하여 위법·부당한 직무상 지시를 발령함으로써 직권을 남용하여 전라북도 교육청 소속 공무원들 및 산하 27개 고교 학교장들로 하여금 특정감사 자료제출, 답변서, 확인서 등의 요구에 협력하지 않도록 하게 함으로써 의무 없는 일을 하게 하거나 권리행사를 방해하였다.

2. 공소장일본주의 위반 여부에 관한 판단

피고인 및 변호인은 위 공소사실 중 '이 사건의 배경과 경과' 부분을 불필요하게 장황하게 기재함으로써 마치 피고인이 징계권한을 이용하여 전라북도 교육청 소속 공무원에게 특정감사 기간 중 모든 감사자료 제출 거부를 지시한 것처럼 여길 수 있는 예단을 갖도록 하고, '피고인의 감사자료 제출 거부 지시의 위법·부당성' 부분은 법관에게 유죄의 심증을 불러일으키게 하는 사실로, 이 사건 공소장 기재 방식이 공소장일본주의에 위반된다고 주장한다.

형사소송 법령의 내용과 그 개정 경위, 공소장일본주의의 기본취지, 우리나라 형사소송법이 당사자주의와 공판중심주의 원칙 및 직접심리주의와 증거재판주의 원칙 등을 채택하고 있다는 점 등을 아울러 살펴보면, 공소장일본주의는 위와 같은 형사소송절차의 원칙을 공소제기의 단계에서부터 실현할 것을 목적으로 하는 제도적 장치로서 우리나라 형사소송구조의 한 축을 이루고 있다고 보아야 한다.

그러나 공소장일본주의는 공소사실 특정의 필요성이라는 또 다른 요청에 의하여 필연적으로 제약을 받을 수밖에 없는 것이므로, 양자의 취지와 정신이 조화를 이룰 수 있는 선에서 공소사실 기재 또는 표현의 허용범위와 한계가 설정되어야 한다는 점, 공판준비절차는 공판중심주의와 집중심리의 원칙을 실현하려는 데 그 주된 목적이 있으므로 공소

장일본주의 위배를 포함한 공소제기 절차상의 하자는 이 단계에서 점검함으로써 위법한 공소제기에 기초한 소송절차가 계속 진행되지 않도록 하는 것이 바람직하다는 점, 형사소송법상 인정되는 공소장변경제도는 실체적 진실발견이라는 형사소송이념을 실현하기 위한 직권주의적 요소로서 형사소송법이 절차법으로서 가지는 소송절차의 발전적·동적 성격과 소송경제의 이념 등을 반영하고 있는 것이므로, 이러한 점에서도 공소장일본주의의 적용은 공소제기 이후 공판절차가 진행된 단계에서는 필연적으로 일정한 한계를 가질 수밖에 없다는 점 등을 종합하여 보면, 공소장일본주의의 위배 여부는 공소사실로 기재된 범죄의 유형과 내용 등에 비추어 볼 때에 공소장에 첨부 또는 인용된 서류 기타 물건의 내용, 그리고 법령이 요구하는 사항 이외에 공소장에 기재된 사실이 법관 또는 배심원에게 예단을 생기게 하여 법관 또는 배심원이 범죄사실의 실체를 파악하는 데 장애가 될 수 있는지 여부를 기준으로 당해 사건에서 구체적으로 판단하여야 한다(대법원 2009. 10. 22. 선고 2009도7436 전원합의체 판결 등 참조).

이 사건 공소사실의 요지는 피고인이 전라북도 교육감으로서 교과부의 전라북도 교육청과 관내 단위 고등학교 등의 학교생활기록부 작성 실태와 현황을 점검하기 위한 제2차 특정감사에 관하여 관내 일선 고교 등에 학교폭력 사항과 관련된 일체의 감사자료 제출을 거부하도록 하는 내용의 공문을 발송하여 전라북도 교육청 소속 공무원들 및 산하 27개 고교 학교장들로 하여금 특정감사 자료제출, 답변서, 확인서 등의 요구에 협력하지 않도록 하게 함으로써 의무 없는 일을 하게 하거나 권리행사를 방해하였다는 것이다.

이와 같이 공소사실로 기재된 직권남용권리행사방해죄는 피고인이 직권을 남용하였음을 구성요건으로 하고 있으므로, 피고인의 지시행위가 위법한지 여부에 관한 판단을 기재할 수밖에 없고, 피고인의 지시행위가 위법한지 여부를 기재하기 위하여는 교과부의 「학교생활기록 작성 및 관리지침」개정 경위와 이에 대한 피고인과 전라북도 교육청의 입장, 교과부의 특정감사가 이루어지게 된 경위 등의 배경사실 및 이 사건 학교생활기록부 작성 및 관리 사무의 성질, 특정감사 자료 제출에 관한 법령상 협조의무 등 피고인의 지시행위가 위법하다는 검찰의 근거를 기재할 필요가 있으므로, 이 사건 공소사실의 기재에 관하여 장황하거나 불필요한 부분이 포함되어 있다고 하더라도, 법관에게 예단을 생기게 하여 범죄사실의 실체를 파악하는 데 장애가 될 정도에 이르렀다고 보기 어렵다.

따라서 이 사건 공소사실의 기재가 공소장일본주의를 위반하였다는 피고인 및 변호인들의 이 부분 주장은 받아들이지 아니한다.

3. 직권남용권리행사방해죄의 성립 여부에 관한 판단

가. 양측 주장과 쟁점의 정리

검찰이 이 사건 공소사실이 유죄라고 보는 근거는 다음과 같다.

- 즉 ① 피고인은 학교생활기록부에 학교폭력예방 및 대책에 관한 법률 제17조 제1항 각 호에 규정된 학교폭력대책자치위원회의 학교폭력 가해학생에 대한 조치사항을 기록하도록 한 이 사건 훈령에 반발하여 관내 학교에 위 훈령의 적용을 축소하는 자체 수정방침을 하달하고, 이에 관한 교과부의 특정감사에 대하여 관내 고등학교 등에 학교폭력 사항과 관련한 일체의 감사자료 제출을 거부하도록 하는 지시를 하였다.
- ② 학교의 장이 행하는 학교생활기록의 작성에 관한 사무는 국민 전체의 이익을 위하여 통일적으로 처리되어야 할 성격의 사무라고 할 것이므로 국립·공립·사립학교의 장이 행하는 학교생활기록부 작성에 관한 교육감의 지도·감독 사무는 국가사무로서 시·도교육감에 위임된 사무에 해당하고, 교과부장관의 시·도교육청에 대한 감사는 자치사무의 법령위반 사항에 대하여도 가능하므로, 교과부의 전라북도 교육청과 관내 단위 고등학교 등의 학교생활기록부 작성 실태와 현황을 점검하기 위한 추가 특정감사(제2차 특정감사)는 적법하다.

③ 따라서 전라북도 교육청 소속 공무원들 및 산하 학교는 구 지방자치법 제171조의2 제3항 및 구 지방자치단체에 대한 행정감사규정에 따라 교과부의 감사자료 제출 요구에 따라야 할 의무가 있음에도, 피고인이 이를 거부하도록 지시한 것은 직권을 남용하여 위 공무원들에 대하여 의무 없는 일을 강요한 것이다.

④ 피고인은 소년법, 개인정보 보호법, 학교폭력예방 및 대책에 관한 법률 등에 의하여 교과부의 감사자료 제출 요구에 불응하는 것이 적법하다고 주장하나, 교과부를 개인정보 보호법상의 제3자로 보기 어려운 점, 감사자료가 소년법상의 소년보호사건의 사건내용으로 보기 어려운 점, 감사자료 제출을 학교폭력예방 및 대책에 관한 법률상 누설행위로 보기 어려운 점 등에 비추어 보면, 감사자료 제출을 위 법률들에서 금지하고 있는 경우에 해당한다고 보기 어려우므로, 피고인의 감사자료 제출 거부 지시는 위법하다.

이에 대하여 피고인과 변호인들은 다음과 같이 주장한다.

즉 ① 피고인의 지시행위가 위법할 경우 이는 상관의 위법한 명령에 해당하여 교육청 소속 공무원들과 일선 고등학교 교장들은 이에 복종할 의무가 없으므로, 직권남용죄를 구성하지 않는다.

② 구 지방자치법 제171조의2 제3항 및 구 지방자치단체에 대한 행정감사규정에 의하면 정당한 사유가 있는 경우 감사자료 요구에 불응할 수 있는 점, 초·중등교육법 제30조의6에 의하면 학교의 장은 학교생활기록부를 학생과 학생 부모의 동의 없이 제3자에게 제공할 수 없고, 제공하더라도 사용방법 등 필요한 제한을 할 수 있도록 규정하고 있어 학교생활기록부 제출 요구에 대하여 제한을 할 수 있는 재량권이 있고, 같은 법 제30조의7에 의하면 교육감은 이에 관한 사항을 지도·감독할 수 있도록 규정하고 있는 점, 교과부의 감사자료 제출 요구는 소년법 제70조 제1항, 제30조의2에 의한 열람 등의 제한 규정, 개인정보 보호법상의 개인정보보호 규정, 학교폭력예방 및 대책에 관한 법률 제21조 제1항의 누설금지 의무규정 등과 충돌하는 점 등에 비추어 보면, 피고인의 감사자료 제출 거부 지시가 위법하다고 볼 수 없다.

③ 전라북도 교육청 소속 공무원들과 소속 학교장들은 피고인의 지시에 의한 것이 아니라 이 사건 훈령이 부당하다는 교육적 소신에 의하여 스스로 감사자료 제출을 거부한 것이기 때문에 현실적이고 구체적인 권리행사방해나 의무 없는 일을 하게 한 결과가 발생하지 않았다.

④ 피고인은 이 사건 훈령이 헌법상 법률유보 원칙의 위반, 법률우위 원칙의 위반, 이중처벌금지 원칙의 위반, 과잉금지 원칙의 위반, 체계정당성 원칙에 위반되어 위헌이라고 인식한 점, 피고인은 위와 같이 교과부의 감사자료 제출 요구에 대하여 거부할 재량이 있다고 생각한 점, 피고인은 교과부의 감사자료 제출 요구가 위와 같이 관련 법 규정과 충돌된다고 인식한 점, 피고인은 자신의 지시로 인하여 부당한 이익을 얻으려는 것이 아니라 학생들의 인권을 보장하기 위한 조치라고 생각한 점, 피고인의 지시를 따르지 아니한 교장들에게 불이익을 주지 않았고, 추후에 감사자료 제출을 거부한 교장들을 징계하도록 한 조치를 수용한 점 등에 비추어 보면, 피고인에게 직권남용권리행사방해의 범의가 있었다고 보기 어렵다.

이 사건 공소사실과 양측의 주장을 통해 쟁점을 정리하면 다음과 같다.

즉 ① 피고인이 소속 교육청 공무원들과 학교 교장들에게 교과부의 특정감사에 대하여 학교폭력 사항에 관한 감사자료 제출을 거부하도록 한 지시가 직권을 행사한 것인지 여부, ② 피고인의 위 지시행위가 위법한지 여부, ③ 피고인의 위 지시행위로 인하여 전라북도 교육청 소속 공무원들과 27개 교장들의 권리행사를 방해하였거나 의무 없는 일을 하도록 하는 결과가 발생하였는지 여부, ④ 피고인의 위 지시행위가 직권남용에 해당하고, 피고인에게 위 지시행위 당시 직권남용권리행사방해의 범의가 있었는지 여부이다.

나. 관련 규정

별지 2 기재와 같다.

다.

관련 법리

공소가 제기된 범죄사실의 주관적 요소인 고의의 존재에 대한 입증책임 역시 검사에게 있고, 유죄의 인정은 법관으로 하여금 합리적인 의심을 할 여지가 없을 정도로 공소사실이 진실한 것이라는 확신을 가지게 하는 증명력을 가진 증거에 의하여야 하므로, 그러한 증거가 없다면 설령 피고인에게 유죄의 의심이 간다고 하더라도 피고인의 이익으로 판단하여야 한다(대법원 2015. 10. 29. 선고 2015도5355 판결 등 참조).

형법 제123조의 직권남용권리행사방해죄에 있어서 '직권의 남용'이란 공무원이 일반적 직무권한에 속하는 사항을 불법하게 행사하는 것, 즉 형식적, 외형적으로는 직무집행으로 보이나 그 실질은 정당한 권한 이외의 행위를 하는 경우를 의미하고, 남용에 해당하는가의 판단 기준은 구체적인 공무원의 직무행위가 그 목적, 그것이 행하여진 상황에서 볼 때의 필요성·상당성 여부, 직권행사가 허용되는 법령상의 요건을 충족했는지 등의 제반 요소를 고려하여 결정하여야 한다(대법원 2011. 2. 10. 선고 2010도13766 판결 등 참조).

직권남용권리행사방해죄의 일반적 직무권한은 반드시 법률상의 강제력을 수반하는 것임을 요하지 아니하며, 그것이 남용될 경우 직권행사의 상대방으로 하여금 법률상 의무 없는 일을 하게 하거나 정당한 권리행사를 방해하기에 충분한 것이면 된다(대법원 2015. 3. 26. 선고 2013도2444 판결 등 참조).

직권남용권리행사방해죄에서 말하는 '의무'란 법률상 의무를 가리키고, 단순한 심리적 의무감 또는 도덕적 의무는 이에 해당하지 아니한다(대법원 1991. 12. 27. 선고 90도2800 판결 등 참조).

직권남용권리행사방해죄가 기수에 이르려면 의무 없는 일을 시키는 행위 또는 권리를 방해하는 행위가 있었다는 것만으로는 부족하고, 피해자의 의무 없는 행위가 이룩된 것 또는 권리방해의 결과가 발생한 것을 필요로 한다(대법원 1978. 10. 10. 선고 75도2665 판결 등 참조).

직권남용권리행사방해죄에 관한 주관적 구성요건으로서의 범의에는 권리행사를 방해한다는 인식 이외에 직권을 남용한다는 인식도 포함되는 것이므로, 직권남용의 인식이 없는 경우에는 단지 위법성에 대한 인식이 없었던 것에 불과한 것이 아니라 애초부터 직권남용에 대한 범의 자체가 없어 범죄를 구성하지 아니한다(대법원 1993. 7. 26.자 92모 29 결정 등 참조).

한편 직권남용권리행사방해죄를 통하여 피고인과 같이 지방교육자치선거를 통해 주민 직선으로 선출된 공무원에 대한 권한통제를 쉽게 인정하게 되면 형벌권의 행정권에의 과도한 개입 및 남용 문제를 일으킬 수 있고 지방자치와 민주주의를 위축시키며 사회 내 새로운 갈등을 유발하는 원인이 될 수 있으므로, 이러한 경우 직권남용권리행사방해죄의 인정 여부는 신중하게 판단할 필요가 있다.

라. 피고인의 이 사건 지시가 직권을 행사한 것인지 여부에 관한 판단

피고인은 전라북도 교육감으로서 지방교육자치에 관한 법률 제27조에 따라 소속 공무원들에 대한 일반적인 지휘·감독권을 가지고 있고, 초·중등교육법 제6조에 따라 공립·사립학교에 대하여 지휘·감독권을 가지고 있다.

따라서 피고인이 교육감으로서 소속 공무원들과 관내 학교장들에게 교과부의 특정감사에 대하여 학교폭력 사항에 관한 감사자료를 제출하지 말도록 한 지시행위는 피고인의 일반적 직무권한에 속하는 것으로서 직권의 행사로 봄이 타당하다.

한편 피고인 및 변호인들은 피고인의 지시행위가 위법한 경우 이는 상관의 위법한 명령에 해당하여 교육청 소속 공무원들과 일선 고등학교 교장들은 이에 복종할 의무가 없으므로 직권남용죄를 구성하지 않는다고 주장하나, 직권남용권리행사방해죄에 있어서 '직권의 남용'이란 공무원이 일반적 직무권한에 속하는 사항을 불법하게 행사하는 것, 즉 형식적, 외형적으로는 직무집행으로 보이나 그 실질은 정당한 권한 이외의 행위를 하는 경우를 의미하는 것인바, 피고인의 지시행위는 교육감의 지시사항으로 공문의 형태로 행사되어 형식적·외형적으로 직무집행의 모습을 갖추고 있으므로, 복종의무가 없어 직권남용죄를 구성하지 않는다는 피고인 및 변호인들의 이 부분 주장은 받아들여지지 않는다.

마. 피고인의 이 사건 지시행위가 위법한지 여부에 관한 판단

국가공무원법 제56조는 "모든 공무원은 법령을 준수하며 성실히 직무를 수행하여야 한다.

"라고 규정하여 공무원에게 법령을 준수하여 직무를 수행할 의무를 부여하고 있다.

그리고 구 지방교육자치에 관한 법률(2013. 3. 23. 법률 제11690호로 개정되기 전의 것, 이하 같다) 제3조에 의하여 준용되는 구 지방자치법 제167조, 제171조, 제171조의2 규정에 따르면, 교육부장관의 시·도교육청에 대한 감사는 기관위임사무에 대해서만 가능한 것이 아니라 자치사무의 법령위반 사항에 대해서도 허용된다.

또한 구 지방자치법 제171조의2 제3항의 위임에 따라 마련된 구 지방자치단체에 대한 행정감사규정은 감사제도의 실효성을 제고하기 위하여 ① 교육부장관의 '출석·답변의 요구, 관계 서류·장부 및 물품 등의 제출 요구'에 관한 조치권한(제11조 제1항 제1호, 제2호), ② 감사활동 수행자의 확인서 징구 권한, 문답서 작성 권한(제12조 제1항, 제2항), ③ 교육부장관의 질문서에 기초한 답변서 징구 권한(제12조 제3항)을 각각 규정하고 있고, 교육부장관으로부터 '출석·답변의 요구, 관계 서류·장부 및 물품 등의 제출 요구'를 받은 자는 정당한 사유가 없으면 그 요구에 따라야 할 의무를 규정하고 있다(제11조 제3항).

이러한 감사절차에 관한 관계 법령의 규정 내용, 형식 및 입법 취지 등을 고려할 때, 감사대상 시·도교육청 소속 공무원은 교육부장관이나 감사활동 수행자의 감사활동에 협조할 의무를 부담한다고 해석함이 타당하고, 이러한 법령상 의무에 반하여 감사자료 제출을 거부하도록 한 피고인의 이 사건 지시행위는 위법하다고 할 것이다.

피고인 및 변호인들은 교과부의 감사자료 제출 요구가 학교폭력 사항에 관한 것으로서 관련 법령과 충돌하여 위법하다고 주장하나, ① 초·중등교육법 제30조의6 제1항 제1호에서는 학교생활기록부를 제공할 수 있는 경우로 "학교에 대한 감독·감사의 권한을 가진 행정기관이 그 업무를 처리하기 위하여 필요한 경우"를 명시하고 있는 점, ② 소년법 제30조의2, 제70조는 소년 보호사건의 기록 및 내용의 공개에 관한 것으로 학교생활기록부의 제출을 요구하는 이 사건 교과부의 감사자료 제출 요구에 직접 적용될 수 없는 점, ③ 개인정보 보호법 제15조 제1항 제3호에서는 개인정보를 수집할 수 있는 경우로서 "공공기관이 법령 등에서 정하는 소관 업무의 수행을 위하여 불가피한 경우"를 규정하고 있고, 같은 법 제18조 제2항 제2호는 개인정보를 제공할 수 있는 경우로서 "다른 법률에 특별한 규정이 있는 경우"를 규정하고 있으므로, 교과부의 감사자료 제출 요구가 개인정보 보호법에 위반된다고 보기 어려운 점, ④ 학교폭력예방 및 대책에 관한 법률 제21조의 비밀누설금지의무는 학교폭력에 관한 업무를 수행하면서 알게 된 비밀을 타인에게 누설하는 것을 금지하고 있으나, 앞서 본 바와 같이 공무원에게는 감사활동에 협조할 의무가 있는 점 및 교과부의 감사자료 제출 요구가 기관위임사무인 학교생활기록부의 작성에 관하여 학교폭력예방 및 대책에 관한 법률에 의한 처분 사항이 충실히 기재되고 있는지를 감사하기 위한 목적인 점에 비추어 보면, 교과부의 감사담당자를 '타인'에 해당한다거나 감사자료의 제출을 '누설'에 해당한다고 보기 어려운 점 등을 종합하여 보면, 교과부의 감

사자료 제출 요구가 관련 법령과 충돌하여 위법하다고 볼 수 없다.

바. 피고인의 이 사건 지시행위로 인하여 전라북도 교육청 소속 공무원들과 27개 교장들의 권리행사를 방해하였거나 의무 없는 일을 하도록 하는 결과가 발생하였는지 여부에 관한 판단

① 피고인이 전라북도 교육감으로서 교육청 소속 공무원들과 관내 학교에 대하여 일반적인 감독권한을 가지고 있는 점, ② 피고인이 이미 이 사건 훈령에 반발하여 이를 축소하는 내용의 수정방침을 관내 학교에 배포한 상황에서 교과부가 이 사건 훈령에 따른 학교생활기록부 작성이 이루어지는지 여부를 점검하기 위한 감사를 실시하자, 피고인이 이에 대하여 학교폭력 사항과 관련된 자료의 제출을 거부하도록 하는 내용의 지시를 공문의 형식으로 관내 학교에 발령한 점, ③ 위 감사 당시 고산고등학교 교장 공소외 2, 군산동고등학교 교장 공소외 3, 남원제일고등학교 교장 공소외 4, 여산고등학교 교장 공소외 5, 원광정보예술고등학교 교장 공소외 6, 전라고등학교 교장 공소외 7, 전주고등학교 교장 공소외 8, 전주공업고등학교 교장 공소외 9, 전주성심여자고등학교 교장 공소외 10, 전주영상미디어고등학교 교장 공소외 11은 수사기관에서 "직속 상급기관인 피고인이 이 사건 훈령을 수정하는 방침과 학교폭력 사항에 관한 감사자료의 제출을 거부하도록 하는 지시를 하여 이를 따르게 된 것이다.

"라는 취지로 진술한 점, ④ 위 감사 당시 전라북도 교육청 교육과장으로 근무하였던 공소외 1도 수사기관에서 "교육감인 피고인의 지시로 인하여 감사자료 중 학교폭력 사항에 관한 자료를 제출하지 아니하였다.

"라고 진술한 점 등을 종합하면, 피고인의 위법한 이 사건 지시행위로 인하여 전라북도 교육청 교육과장 공소외 1, 고산고등학교 교장 공소외 2, 군산동고등학교 교장 공소외 3, 남원제일고등학교 교장 공소외 4, 여산고등학교 교장 공소외 5, 원광정보예술고등학교 교장 공소외 6, 전라고등학교 교장 공소외 7, 전주고등학교 교장 공소외 8, 전주공업고등학교 교장 공소외 9, 전주성심여자고등학교 교장 공소외 10, 전주영상미디어고등학교 교장 공소외 11이 감사자료 제출에 관한 법령상 협조의무에도 불구하고 교과부의 감사자료 제출 요구에 불응하는 의무 없는 일을 하게 되었음을 인정할 수 있다.

그러나 ① 교과부가 이 사건 감사를 진행하면서 전라북도 관내 각 고등학교에 감사자료 제출 요구 공문을 직접 발송하면서 감사자료 제출 요구를 거부할 경우 과태료나 징계 등의 불이익을 받을 수 있음을 경고하였으므로, 전라북도 관내 고등학교의 각 교장들은 감사자료 제출 의무를 인식할 수 있었고, 교과부의 지침과 피고인의 지침이 상충됨을 알 수 있었던 점, ② 위와 같은 상황에서, 이 사건 공소사실에 포함되지 않은 김제자영고등학교 교장 공소외 12, 남원고등학교 교장 공소외 13, 성일고등학교 교장 공소외 14, 함열고등학교 교장 공소외 15는 수사기관에서 "불이익을 고려하여 피고인의 지침을 따른 것이 아니라 학생들의 이익을 생각하여 피고인의 지침을 따르기로 결정했다.

"라거나 "교육자의 양심에 의한 결정이다.

", "통일된 지침이 내려오지 않아 스스로 결정하여 학교폭력 사항을 학교생활기록부에 기재하지 않았다.

"라는 취지로 진술하고 있어(수사기록 제1358쪽, 제1435쪽, 제1547쪽), 각 학교의 교장들이 스스로의 소신에 의하여 이 사건 훈령을 따르지 않거나 감사자료를 제출하지 않았을 가능성이 있는 점, ③ 이 사건 감사 당시 전라북도 교육청 학교교육과 중등교육담당 장학관으로 근무한 공소외 16은 이 법정에서 "자신의 교육경험에 비추어 이 사건 훈령이 적정하지 않다고 판단하여 피고인의 지침을 따르게 되었다.

"라고 진술하고 있는 점, ④ 전주술내고등학교 교장 공소외 17에 대한 확인서(제875쪽)는 공소외 17의 서명 날인이 없어 믿기 어려운 점 등을 종합하면, 앞서 본 전라북도 교육청 교육과장 공소외 1 및 각 고등학교장(별지 1 기재 순번 1 내지 9번, 11번)을 제외한 나머지 교육청 소속 공무원들 및 각 고등학교장(별지 1 기재 순번 10번, 12 내지 27번)의

감사자료 제출 거부행위가 피고인의 지시행위로 인한 것이 아니라 이 사건 훈령이 부당하다는 각자의 소신에 의한 것일 가능성이 있어, 이 사건 공소사실인 직권남용권리행사방해의 인과관계나 의무 없는 일을 하게 한 결과가 발생하였는지 여부에 관하여 합리적 의심의 여지가 있고, 검사가 제출한 증거만으로는 이를 인정하기에 부족하므로, 전라북도 교육청 교육과장 공소외 1 및 각 고등학교장(별지 1 기재 순번 1 내지 9번, 11번)을 제외한 나머지 교육청 소속 공무원들 및 각 고등학교장(별지 1 기재 순번 10번, 12 내지 27번)에 대한 직권남용권리행사방해의 공소사실은 그 증명이 없는 때에 해당한다.

사. 피고인의 이 사건 지시행위가 직권남용에 해당하는지, 피고인에게 위 지시행위 당시 직권남용권리행사방해의 범의가 있었는지 여부에 관한 판단

직무행위가 위법하다고 평가되는 모든 경우가 형법상 직권남용에 해당한다고 볼 수 없고, 직무행위의 목적, 그것이 행하여진 상황에서 볼 때의 필요성·상당성 여부 등의 제반 요소를 고려하여 판단하여야 하는바, 다음과 같은 사정들을 종합하여 고려하면, 피고인의 이 사건 지시행위가 직권남용에 해당한다거나 피고인에게 위 지시행위 당시 직권남용의 인식이 있었음이 합리적 의심의 여지없이 입증되었다고 보기 부족하다.

- 1) 이 사건의 발단이 된 이 사건 훈령에 관하여 피고인은 학교생활기록부 작성에 관한 지도·감독 사무가 자치사무라고 판단하여 위 훈령의 적용을 축소하는 내용의 수정방침을 시행하였고, 이에 대하여 교과부가 특정감사를 실시하자 자치사무에 관한 감사로 법령의 위반이 없다고 판단하여 교과부의 특정감사가 부당하므로 학교폭력 사항에 관한 감사자료 제출을 거부하기로 결정한 것이다.

학교생활기록부 작성에 관한 지도·감독 사무는 국민 전체의 이익을 위하여 통일적으로 처리되어야 할 성격의 사무로서 기관위임사무에 해당하지만, 자치사무와 기관위임사무의 구분이 법령의 규정 내용 자체만으로 언제나 명백한 것은 아니고(대법원 2015. 9. 10. 선고 2012추220 판결 등 참조), 대법원이 2014. 2. 27. 피고인이 지방자치법 등에 의하여 교과부장관을 상대로 제기한 직권취소처분 취소소송(이 사건 훈령에 관하여 교과부가 2012. 8. 24. 피고인의 수정지침을 직권취소하는 처분을 하자 위 처분의 취소를 구하는 소송)에 관하여 “학교생활기록의 작성에 관한 사무에 대한 감독관청의 지도·감독사무는 기관위임사무에 해당한다.

”라는 취지로 판시한 판결(대법원 2012추190 판결)을 선고함으로써, 피고인이 비로소 위 사무가 기관위임사무에 해당함을 명확히 인식할 수 있었던 것으로 보인다.

- 2) 나아가, 자치사무에 관하여도 법령의 위반이 있는 경우에는 교과부의 감사가 가능하다.

그러나 피고인은 학생기록부에 학교폭력 사항을 기재하도록 한 이 사건 훈령이 헌법상 법률유보 원칙의 위반, 법률우위 원칙의 위반, 이중처벌금지 원칙의 위반, 과잉금지 원칙의 위반, 체계정당성 원칙에 위반되어 위헌이라고 판단하였고, 당시 이 사건 훈령에 대하여는 위와 같은 사유로 학계 등의 위헌 문제가 제기되고 있던 상황이었으며(피고인도 법학교수 등으로부터 같은 취지의 자문을 받았다), 학생에 대한 낙인효과를 우려한 다른 교육청에서도 이 사건 훈령의 위헌문제를 제기하며 적용에 반발하였던 것으로 보인다.

한편 이 사건 훈령이 법률유보 원칙과 과잉금지 원칙 등을 위반하여 위헌이라는 이유로 제기된 헌법소원에 관하여 헌법재판소는 2016. 4. 28. 이를 기각하는 결정(헌법재판소 2012헌마630 전원재판부 결정)을 하였으나, 위 결정은 아래서 보는 바와 같이 교과부의 훈령 개정으로 인하여 학교폭력 사항을 기재한 학교생활기록부의 보존기간을 단축하는 것으로 개정된 개정훈령에 대한 위헌 여부의 판단이 이루어진 결정이고, 위 결정 전인 이 사건 당시에는 이 사건 훈령이 법규적 효력이 있는지 여부 또는 헌법을 위반하여 효력이 없는지 여부 등이 불명확한 상황이었던 것으로

보인다.

- 3) 이 사건 훈령은 별지 2 관련 규정과 같이 2012. 6. 29. 개정으로 상급학교 입학전형 자료로 활용할 수 있는 학교생활 기록부에 대한 보존기간이 10년에서 5년으로 변경되었고, 2013. 2. 15. 개정으로 학교생활기록부의 행동특성으로 기록된 학교폭력예방 및 대책에 관한 법률의 조치사항 중 일부(제1호, 제2호, 제3호, 제7호)는 해당 학생의 졸업과 동시에 삭제하는 것으로 변경되었으며, 2014. 1. 16. 개정으로 위 조치사항 중 일부(제4호, 제5호, 제6호, 제8호)도 학생이 졸업한 날부터 2년이 지난 후에는 삭제하여야 하고, 해당 학생의 반성 정도와 긍정적인 행동변화를 고려하여 졸업과 동시에 삭제할 수 있도록 순차 변경되었는바, 이는 피고인이 주장하는 위헌요소가 감소하는 방향으로 개정된 것이다.
- 4) 피고인 및 전라북도 교육청 소속 공무원들도 2013년경부터는 개정된 위 교과부의 훈령에 따라 학생기록부 작성에 관한 지도·감독을 하고 있고, 직무이행명령취소 등에 관한 대법원의 판결(대법원 2012추220 판결 등)에 따라 소속 교원에 대한 징계의결을 하였으며, 피고인은 이 법정에서 이 사건 훈령에 대한 대법원과 헌법재판소의 판단에 따라 직무집행을 할 것이라고 진술하고 있다.
- 5) 피고인은 이 사건 훈령이 학생들의 인권에 반한다는 견해를 밝히고 이 사건 지시행위를 하였는데, 일부 교원들은 피고인의 위 견해에 동조하는 소신을 가지고 감사자료 제출을 거부한 것으로 보인다.
- 6) 피고인은 교과부의 2012. 10. 16.경 제1차 특정감사와 관련하여 "교육과학기술부의 감사자료 제출 요구와 관련하여서는 전라북도 교육감의 지시사항으로 제출하지 않아도 되며, 교원의 징계권한은 교육감에게 있음을 다시 한번 강조하여 알려드립니다.
"라는 공문을 전송하였으나, 위 내용은 교과부의 감사자료 제출 거부에 대한 징계안내에 대하여 피고인이 책임을 지겠다는 취지로 보이고, 피고인의 이 사건 지시행위를 따르지 않은 교장 등에 대하여 불이익이 가해지지 않은 것으로 보인다.
- 7) 피고인은 교과부의 이 사건 훈령에 대하여 형사범죄 확정판결을 받은 학생에 대하여 수기로 학교생활기록부에 기재하고, 졸업하면 기록을 폐기하는 내용으로 그 적용을 축소하는 수정지침을 지시하였고, 이 사건 특정감사에 관하여도 학교폭력 사항에 대한 자료만 제출을 거부하도록 하는 등 필요하다고 생각하는 범위를 특정하여 직권을 행사하였는바, 이는 피고인이 그 직무행위의 상당성을 갖추도록 노력한 것으로 보인다.

결국, 피고인은 교육감의 학교생활기록의 작성에 관한 사무에 대한 지도·감독 사무의 법적 성질, 교과부의 이 사건 훈령이 법규적 효력이 있는지 여부 또는 헌법상 과잉금지원칙 등을 위반하여 무효인지 여부 등이 불명확한 상황에서, 학생의 인권을 보호한다는 명목으로 이 사건 훈령을 축소하여 집행하는 수정지침을 하달하고, 이에 대한 교과부의 특정감사를 위법한 것으로 판단하여 교과부의 감사자료 제출 요구 중 학교폭력 사항에 관한 일부 자료에 대하여만 그 제출을 거부하도록 지시한 것인바, 이러한 사정들을 통하여 알 수 있는 피고인의 직무행위의 목적, 필요성 및 상당성 등을 앞서 본 법리, 특히 피고인과 같이 지방교육자치선거를 통해 주민 직선으로 선출된 공무원의 직무행위가 추후에 위법하다고 평가되는 경우 이에 대한 직권남용권리행사방해죄의 인정 여부는 신중하게 판단할 필요가 있다는 점에 비추어 보면, 피고인의 이 사건 감사자료 제출 거부 지시행위가 직권남용에 해당한다거나 피고인에게 당시 직권을 남용한다는 인식이 있었다고 단정할 수 없다.

4. 결론

그렇다면 이 사건 공소사실은 범죄의 증명이 없는 경우에 해당하므로 형사소송법 제325조 후단에 의하여 피고인에게 무죄를 선고하고, 형법 제58조의 제2항에 의하여 이 판결의 요지를 공시하기로 하여 주문과 같이 판결한다.

[[별 지 1] 특정감사 자료제출 거부 현황: 생략]

[[별 지 2] 관련 규정: 생략]

판사 정윤현