

[논 문]

# 사립대학의 경영분규에 대한 국가 개입권의 한계\*

- 사립학교법상의 임시이사가 선임된 학교법인의 정상화 방안을 중심으로 -

이 종 근\*\*

《차 례》

- |   |  |
|---|--|
| I. 서 론  | 3. 임시이사체제 하의 학교법인의 정상화 방안                              |
| II. 대학 분규의 발생원인 - 대학 내 권력분립의 부재                 | 4. 비교판례 분석 — Trustees of Dartmouth College v. Woodward |
| 1. 대학 내에서의 권력분립의 의의와 적용범위                       | IV. 사립대학의 경영분규에 대한 국가개입권의 한계                           |
| 2. 대학 내에서의 권력분립의 구체적 표현                         | 1. 임시이사제도의 위헌성(違憲性) 여부에 대한 검토                          |
| 3. 대학 내에서의 권력분립의 미흡과 학내 분규의 발생                  | 2. 사학분쟁조정위원회 제도의 위헌성 여부에 대한 검토                         |
| III. 임시이사가 선임된 학교법인의 정상화의 법적 수단                 | 3. 시민법(계약법) 원리에 의한 사법적(司法的) 규율 가능성 검토                  |
| 1. 「임시이사가 선임된 학교법인의 정상화 방안」의 의미                 | V. 결 론   |
| 2. 「정상화 방안」과 사학의 자유 및 학교법인 운영권의 재산권으로서의 성격과의 관계 |  |

\* 이 논문은 2010년 정부(교육과학기술부)의 재원으로 한국연구재단의 지원을 받아 수행된 연구임(NRF-2010-332-B00527).

\*\* 동아대학교 법학전문대학원 교수

## I. 서론

이 글의 목적은 경영분규가 일어난 사립대학을 정상화시키는 과정에서 소홀히 다루어질 수 있는 학교법인 또는 설립자 및 경영분규 대학의 관련 이사진들의 법적 권리를 조명해보는 것이다. 지금까지 분규대학을 정상화시키는 과정에서의 법률관계를 다루는 관점을 보면 사학의 공공성을 전면에 내세운 나머지 임시이사제도 등 국가의 개입권에 초점을 둔 것이 사실이고 학교법인이나 설립자 및 현 경영진들의 이해관계가 관심을 모으지 못한 것이 사실이다.

우리 헌법 제31조 제4항은 “교육의 자주성·전문성·정치적 중립성 및 대학의 자율성은 법률이 정하는 바에 의하여 보장된다”고 하여 교육의 자주성 및 대학의 자율성(대학의 자치)을 보장하고 있다.<sup>1)</sup> 대학의 자치와 관련해서는 경찰권, 사법권, 그리고 교육행정권 등이 문제가 되며 오늘날 가장 중요한 문제 중의 하나로 부각되고 있는 것이 교육행정권이다.<sup>2)</sup>

사립대학과 관련하여 대학의 자치를 논의하는 경우에는 다음의 두 가지 관점을 염두에 둘 필요가 있다. 하나는, 사립대학 관련 문제에 대하여 계약의 자유를 중심으로 사적 자치에 입각한 시민법 원리를 적용할 것인가 아니면 헌법상의 기본권 내지 제도적 측면에서 접근하여 대학의 자치보장 측면에서 접근할 것인가 하는 점이고, 다른 하나는, 사립대학의 설립행위를 어떤 관점에서 이해할 것인가 하는 것이 사립학교 관련분쟁 해결에 중요한 기준을 제

1) 헌법재판소에 의하면, 대학의 자율성 보장의 이념은 “대학에 대한 공권력 등 외부세력의 간섭을 배제하고 대학구성원 자신이 대학을 자주적으로 운영할 수 있도록 함으로써 대학의 기능을 충분히 발휘할 수 있도록 하기 위한 것”이라고 한다. 헌재 1992. 10. 1. 92헌마68등, 판례집 4, 659, 670 ; 헌재 1998. 7. 16. 96헌바33등, 판례집 10-2, 116, 144.

2) 최근 대법원이 분규 사립학교법인인 상지학원의 임시이사에 의한 정식이사선임결의가 무효라고 판단함으로써 사립학교의 경영분규에 대한 국가 개입권의 한계의 하나를 설정하는 입장을 취하였고(대법원 2007.5.17. 선고 2006다19054 판결), 이 판결의 취지에 따라 상지학원의 새로운 이사진을 구성하여 경영을 정상화한 사학분쟁조정위원회의 후속 절차의 합법성과 정당성에 대하여 비판적 논의가 전개되고 있다. 이에 관하여 자세한 것은 송기춘, 김명연, “사학분쟁조정위원회의 대법원 판례 해석과 정이사 선임원칙 등의 문제점”, 민주법학 제46호, 2011; 임재홍, “사학분쟁조정위원회의 위헌성과 그 개편방향”, 민주법학 제46호, 2011; 김명연, “사학분쟁조정위원회의 법적 지위와 학교법인의 정상화”, 법학논총, 제31집 제1호, 2011 등 참조.

공하는 요소라는 점이다. 즉, 국가의 교육사업을 사인에게 특허하는 것을 사립대학의 설립으로 보게 되면 사학운영의 공공성을 강조하여 사학운영에 대한 국가의 개입권이 광범위하게 인정될 수 있지만, 사립대학의 설립을 국민의 교육의 자유의 일환으로 보게 되면 설립자나 경영자의 헌법적 자유가 우월적 지위를 접하게 될 것이다.

대학의 자치에 관한 지금까지의 논의의 동향을 살펴보면, 사립대학과 국·공립대학의 교육환경과 문제 상황이 동일하지 않다는 전제에 서면서도 학문연구·교육기능은 공공성을 강하게 띠는 것이기 때문에 그 설립주체의 공·사립에 따라 다른 것이 아니라는 측면에서 규제 중심으로 접근해 왔다. 또한 사립대학에 대한 국가의 정책방향도 재정지원은 국·공립대학에 비하여 미미한 수준에 머무르면서도 사립대학의 운영에 대한 지도감독권은 사립대학의 연구·교육기능의 공공성을 이유로 꾸준히 강화되어 왔다. 사학의 투명성 확보라는 이념 아래 개방이사제도를 도입하고 사학분쟁조정위원회를 설치하여 분규·비리 사립학교의 정상화 추진에 관한 사항을 심의하도록 하는 등 사립학교법의 개정을 추진해 온 것이 그 대표적인 예이다.

한편, 사립대학을 포함한 이른바 사학운영의 자유에 대한 지금까지의 접근 방식에서도 사학운영에 관한 기본권으로서의 ‘사학의 자유’를 중심으로 접근한 결과 사학의 자주성과 공공성이라는 이념적 논의에 치중함으로써 사립학교와 학생·학부모 사이의 계약관계라는 시민법원리에 입각한 접근은 소홀히 하였다. 즉, 사학의 설립자의 사학운영권에 대해서는 사학의 공공성이라는 측면에서 공의무적인 측면에서만 다루어졌으며 사학운영권의 재산권적인 측면이나 사학운영권 보장이라는 측면에서의 접근은 도외시되어 왔다는 점을 주목할 필요가 있다.

비교법적으로 살펴보면, 사립대학의 고등교육 담당률이 70%가 넘는 미국의 경우에는 국가(주정부)가 사립대학에 대한 재정지원을 하지 않는 대신 사립대학에 대하여 전혀 간섭하지 않는다. 그것은 사립학교측과 학생측간의 법률관계를 기본적으로 계약관계로 보고 있고 국가는 교육 당사자간의 계약관계 외부에 존재하는 제3자이기 때문에 원칙적으로 사립대학의 문제나 경영분규에 개입할 수 없는 것이다.

오늘날 지식기반사회의 도래, 정보통신기술의 발달, 고등교육의 국제경쟁력 제고의 필요성 등으로 인하여 고등교육의 정책적 환경이 급변하고 있다. 이에 따라 국가에 대한 고등교육기관의 지위도 바뀌지 않을 수 없는데 최근 OECD 회원국 중에 일부 국가들(예: 오스트리아, 일본, 미국의 일부 州)이 고등교육기관의 법적 지위를 정부 기관(state agency)에서 공기업으로 변화시킨 것은 그러한 변화를 수용하는 하나의 예가 될 수 있다. 우리 정부가 최근 국립대학의 자율성 확대와 효율적 운영을 위해서 법인화를 추진하고 있는 것도 이러한 경향과 무관하지 않다. 국립대학의 법인화가 본격적으로 추진될 경우에는 사립대학을 포함한 고등교육기관에 대한 국가의 관여에 대한 시각도 재검토되어야 할 것이다.

이러한 관점에서 이 글에서는 사학운영의 공공성 측면을 지나치게 부각하여 공권력이 사립대학의 운영에 전면적으로 관여하는 현행의 교육행정체계 패러다임의 전환이 필요하다고 보고, 분규사립대학의 정상화 패턴으로서 임시이사체제에서 정식이사체제로의 전환 과정에서 현행 사립학교법 체제 하에서의 국가의 개입권의 한계는 어디까지이어야 하는가 하는 문제를 분석하고자 한다. 그리하여 향후 사립학교법 개정문제, 학교법인과 이사회제도 등 사립대학 관련 주요 문제를 사학의 공공성이라는 이념적 논의의 틀 속에서 논의하던 지금까지의 경향에서 벗어나서 사립대학의 구성원간의 관련 문제를 시민법적 원리 하에서 사적 자치라는 이념으로 접근하는 경향을 선도하는 데 기여할 수 있으리라 믿는다.

## II. 대학 분규의 발생원인 - 대학 내 권력분립의 부재

### 1. 대학 내에서의 권력분립의 의의와 적용범위

현대 대학의 거버넌스(governance)<sup>3)</sup>는 교수, 행정직원, 그리고 정부(입법

3) 거버넌스는 '통치', '지배구조', '국정운영', '의사결정 구조' 등 매우 다양한 의미로 사용된다. 교

부) 사이의 적절한 권력분립에 기초를 두고 있으며 이러한 권력분립은 대학을 조직하고 운영하는 데 있어서 기본적인 이념이 되고 있다. 새로운 사상이나 쟁점 사상을 자유롭게 연구하는 준 공공기관으로서의 대학의 기능을 발휘할 수 있게 하는 대학 내부의 권력분립은 대학 당사자들 사이에 진리탐구라는 임무를 수행함에 있어서 역할의 충돌을 막고 서로 보완하는 기능을 한다. 이러한 학내의 권력분립 원칙을 무시하거나 위반하게 되면 대학은 자의적으로 운영되고 대학의 건학이념과 충돌하기 쉬우며, 극단적인 경우에는 대학운영이 정책 투쟁이나 이해 대립의 장(場)이 되기도 한다.<sup>4)</sup>

대학 내에서의 권력분립이라는 개념은 전통적인 개념이면서도 새로운 개념이라고 할 수 있다. 즉, 그것이 지난 수 백년 동안 대학이 운영되어 온 방식을 반영하고 있고, 대학의 목적과 대학의 기능에 대하여 확립된 이론과 이해를 바탕으로 하고 있다는 점에서 전통적이라고 할 수 있다. 다른 한편으로는 대학 내의 권력분립이라는 것이 대학의 지배구조에 관한 일관된 원칙을 명확하게 하는 도구개념이 되어야 한다는 점에서 새로운 개념이라고 할 수 있다. 대학의 역사적 기원과 이념 및 목적, 그리고 대학에 대한 현대사회의 신뢰는 대학의 경영에 있어서 권력분립의 원칙의 중대한 역할과 관련되어 있다. 그럼에도 불구하고 오늘날 대학 내에서의 권력분립의 원칙이 널리 인식되지 못하거나 오히려 인식되지 못하고 있는 것은 너무나 기본적인 원리이어서 오히려 간과되고 있거나 권력분립의 원칙이라는 것이 그 본질을 제대로 표현하지 못하는 용어 때문인 것으로 보인다.<sup>5)</sup>

대학은 그 구성원간의 관계가 “동족적 행위의 원칙(principles of tribal behavior)”으로 특징되는 가장 복잡한 인간집단 중의 하나이다.<sup>6)</sup> 그리하여 대

육 거버넌스는 “교육활동이 전개되는 다양한 장면에서 누가 어떤 수단과 방법을 동원하여 무슨 과정을 거쳐 교육(기관)을 통제하는지에 관한 의사결정을 내리고 정책을 개발하는 과정”으로서 이러한 거버넌스의 과정은 중앙정부와 지방정부 그리고 단위학교 수준에서 수많은 참여자들 간의 관계망 속에서 통치와 권력 작용의 형태로 전개된다. 신현석, “교육거버넌스 갈등의 쟁점과 과제”, 교육행정학연구, 제28권 제4호, 2010, 355쪽.

4) Bruce Pardy, Separation of Powers within the Ivory Tower - An Organizing Principle for University Governance, 5 Rutgers J. L. & Pub. Pol'y 372, 372 (2008).

5) *Id.*

6) J. DOUGLAS BROWN, THE LIBERAL UNIVERSITY: AN INSTITUTIONAL ANALYSIS 3 (1969).

학을 경영(governing)한다는 것은 내부적인 모순이나 충돌을 조정하는 행위 또는 융합될 수 없는 이해관계를 조정하는 행위라고 일컬어지기도 한다. 대학이라는 곳은 교수와 경영진, 그리고 교수진 상호간의 충돌의 장이고, 대학의 경영을 두고 마치 고양이 길들이기(cat-herding)와 같은 것으로 표현하기도 한다.<sup>7)</sup> 대학 경영의 특성에 대한 이러한 표현은 대학 내의 권력분립 원칙의 유연한 적용의 필요성을 두고 하는 말일 것이다. 즉, 대학 내부에서의 권력분립이라는 개념도 물론 헌법에서 나온 개념이지만, 대학에서의 권력분립의 원칙은 헌법적 원칙과 그 이념과 기능이 정확하게 일치하는 것은 아니므로 대학에서는 그 독특한 성격으로 인하여 권력분립원칙이 유연하게 적용되어야 한다는 의미라고 할 수 있다.

## 2. 대학 내에서의 권력분립의 구체적 표현

대학은 하나의 공동체이지만 뜻을 같이 하는 개인들로 구성된 공동체라고는 할 수 없다. 대학의 구성원들이 공유해야 할 가치 중의 하나인 학문적 다양성의 보장은 교수들로 하여금 학문적 판단 문제와 관련하여 의견이 강력하게 대립할 때 동료 교수의 입장을 존중할 것을 요구한다. 따라서 학문의 자유는 교수가 누리는 특권이라는 성격보다는 대학 내에서의 권력분립의 원칙의 중요한 특징 중의 하나라고 할 수 있다.

학문의 자유란 학문에 관한 문제를 독립적으로 결정할 수 있는 자유로서 교수에게는 학문적 재량과 교육적 재량을 독립적으로 행사할 권리와 책임이 있다. 따라서 대학에서 동료 간의 협력은 의견의 일치를 의미하는 것이 아니라 서로 독립적으로 협력하는 환경에서 교수들 간에 근본적인 의견의 불일치가 있을 수 있음을 의미한다. 다른 내·외부 기관이 보상이나 처벌로써 교수의 결정에 간섭하지 못하게 하는 제도가 확립됨으로써 비로소 교수들이 독자적인 결정을 할 수 있는 여건은 조성된다.<sup>8)</sup> 즉, 교수가 학문적으로 독자적인

7) Nancy B. Rapoport, Of Cat-Herders, Conductors, Tour-Guides, and Fearless Leaders, 33 U. TOL. L. REV. 161, 161-163 (2001).

8) PATRICK MONAHAN, CONSTITUTIONAL LAW 86 (2d ed. 2002).

판단을 할 수 있기 위해서는 대학 내의 권력분립의 원칙이 확립되어 대학경영진이나 정책결정권자의 선호도에 종속되지 않아야 하며, 해고를 포함한 직업적인 보복이나 인간적인 고초를 겪을 위험 없이 경영진이나 정책결정권자 등으로부터의 압력을 거절할 수 있어야 한다.<sup>9)</sup>

### 3. 대학 내에서의 권력분립의 미흡과 학내 분규의 발생

대학의 분쟁은 표면화되는 경우도 많지만 훨씬 많은 경우는 사회적으로 문제화되지 않고 내부적인 분쟁에 머물고 있는 실정이다. 대학이 실로 다양한 구성원의 집합체라고 하더라도 일부 사립대학의 경우처럼 구멍가게식의 운영 방식과 임시방편적인 전략이 아니라 대학의 역사적인 발전과정과 건학이념에 근거하여 투명하게 대학을 운영한다면 대학의 효율적 운영이 어려운 것도 아니다. 조화로운 대학경영이 이루어지지 않고 학내 분규가 빈번하게 발생하는 주된 이유는 특이한 학문적 개성이나 경영목표 내지 경영진과 교수진의 충돌 때문이라기보다는 대학의 지배구조 자체가 잘못 구상되어 있다는 점에 있다.<sup>10)</sup>

현대의 대학들은 이사회, 위원회, 패널 등 많은 내부적 집단을 두고 있어 복잡하고 혼란스러운 거버넌스 체계를 가지고 있다. 대학 거버넌스 체계를 구성하는 이들 내부적 집단 상호간에는 임무가 불확실하고 중복되는 경향으로 인하여 많은 캠퍼스에서 분쟁이 넘쳐나고 있으며, 경영진과 교직원들로 하여금 불필요한 일에 많은 시간을 소모시키고 있다. 그러나 대학의 내부적 거버넌스 체계를 이러한 많은 내부적 집단 사이의 권력분립의 원칙에 근거를 두게 되면 빈번한 법적인 분쟁이나 경영분규를 막을 수 있다.

대학 내에서의 권력분립의 원칙은 단순히 대학이 그 목표를 달성하고 그 임무에 충실할 수 있도록 해 준다는 의미에서만 중요한 것이 아니다. 오히려 대학에서의 권력의 분립은 대학의 의사결정권자들로 하여금 자기의 특별한 권한 영역 내에 머무름으로써 서로 조화를 이루게 하여 대학이 외부로부터

9) Pardy, *supra note 4*, at 373.

10) *Id.* at 374.

간섭받지 않는 대학의 자치를 실현할 수 있게 한다는 점이 더 중요하다.

### Ⅲ. 임시이사가 선임된 학교법인의 정상화의 법적 수단

사립대학의 의사결정권자 사이에 권력분립의 원칙이 지켜지지 않음으로써 학내 분규가 발생하여 대학이 본연의 연구·교육의 기능을 제대로 발휘하지 못하는 경우에는 대학의 기능회복을 위해 임시이사를 파견할 수 있다. 사립학교법상의 임시이사는 이사의 결원이 생겼음에도 학교법인이 이를 보충하지 아니하는 등 일정한 사유가 발생한 경우 학교법인의 목적 달성에 이바지하기 위한 목적으로 선임되어 그 사유가 해소될 때까지 임시적으로 학교법인을 운영할 지위와 권한을 가지는 기관으로, 1963. 6. 26. 법률 제1362호로 사립학교법이 제정될 당시 도입된 이래 선임사유가 추가되고, 임기조항 및 정상화 절차에 관한 조항이 변경 또는 추가되는 등의 개정 과정을 거쳐 현재까지 유지되어 오고 있다.<sup>11)</sup>

최근에는 학내의 권력 다툼을 기화로 임시이사 체제를 통한 정치권력 및 관료세력의 학내침투라는 새로운 현상이 나타남에 따라 임시이사의 선임 여부에는 신중을 기해야 하고, 부득이 임시이사가 선임이 된 경우에도 가능한 한 임시이사체제를 신속하게 해소하여 학교법인을 정상화하는 제도적 방안이 강구될 필요가 있다.<sup>12)</sup>

#### 1. 「임시이사가 선임된 학교법인의 정상화 방안」의 의미

현행 사립학교법 제25조에 의하면 학교법인이 이사의 결원보충을 하지 아니하여 학교법인의 정상적 운영이 어렵다고 판단되는 경우 임시이사를 선임

11) 현재 2009.04.30, 2005헌바101, 판례집 제21권 1집 하, 23, 33.

12) 배병일, “사립대학 임시이사의 선임에 관한 연구”, 교육법학연구 제17권 1호, 대한교육법학회, 2005, 116-117쪽.



하여야 한다. 또한 초·중등교육법 또는 고등교육법의 규정을 위반하거나 이에 의한 명령을 이행하지 아니하거나 임원간의 분쟁·회계부정 및 현저한 부당 등으로 인하여 당해 학교운영에 중대한 장애를 야기한 때 또는 학사행정에 관하여 당해 학교의 장의 권한을 침해하거나 학교의 장에 대한 관할청의 징계요구에 불응하는 등의 사유로 인하여 법 제18조 제1항에 따른 이사회의 의결정족수를 초과하는 이사에 대하여 임원취임 승인이 취소된 때에도 임시이사를 선임하여야 한다. 그리고 일정한 사유로 관할청이 임시이사를 해임한 경우에도 임시이사를 선임하여야 한다.<sup>13)</sup>

사립학교 학교법인 이사회는 법인이 설치한 사립학교의 경영에 관한 중요한 사항을 심의·의결하는 필요적 상설기관이므로 이사의 정수에 결원이 생긴 경우 학교법인이 이사의 결원을 보충하지 않아<sup>14)</sup> 학교법인의 정상적인 운영이 어려운 것으로 판단되는 경우에는 반드시 임시이사를 선임하여야 하나, 이사 정수에 결원이 생긴 경우에도 이사회가 정상적으로 운영되고 있는 경우에는 이사를 충원하면 될 것이므로 별다른 법적인 문제가 생기지 않는다. 그러나 회계부정 등 일정한 사유로 이사회의 의결정족수를 초과하는 수의 임원의 취임승인이 취소된 경우나, 임원간의 분쟁 등을 이유로 학교법인이 임시이사체제로 운영되는 경우에 있어서 임시이사가 해임된 경우 등에는 임시이사의 선임이 필요하다.

분규 사립대학이 임시이사체제로 전환되는 일반적인 경우를 보면, 학교운영상의 비리와 관련된 분쟁으로 관할청이 이사 전원의 취임승인을 취소하고 임시이사체제로 개편하는 경우이다. 1963년의 사립학교법 제정 이후 임시이

13) 사립학교법(법률 제10580호) 제25조(임시이사의 선임), 제20조의2(임원취임의 승인취소), 제25조의2(임시이사의 해임) 참조.

14) '학교법인이 이사의 결원을 보충하지 아니한 경우'에는 사립학교법상 정관에서 정한 이사정수에 결원이 생긴 경우 뿐 아니라 이사가 한 사람도 존재하지 않는 경우, 즉 이사전원에 결원이 생긴 경우에도 이에 해당한다고 할 것이다. 이사의 정수에는 결원이 없다고 하더라도, 사실상 또는 법률상 원인으로 이사의 업무를 집행할 수 없는 경우에도 이사의 결원이 있는 것으로 보아야 할 것이다. 이사의 업무를 집행할 수 없는 사실상의 원인으로서는 질병, 장기간 부재, 사임 또는 이사 스스로 이사회 참석을 거절하고 있는 경우가 이에 포함된다. 법률상 원인으로서는 임원취임의 승인취소(사립학교법 제20조의 2), 임원선임의 제한에 해당하는 경우(사립학교법 제21조), 임원의 결격사유에 해당하는 경우(사립학교법 제 22조), 임원의 겸직금지(사립학교법 제23조), 학교법인과 이해관계의 상반으로 의결에 참여하지 못하는 경우(사립학교법 제16조 제2항) 등을 들 수 있다.

사에 관한 규정이 존속하여 왔으나 그나마 임시이사의 임기를 처음 규정한 것이 1999년 8월의 사립학교법 정도였고, 2007년 7월 개정법에 와서야 비로소 임시이사의 선임요건, 선임방법 및 운영, 임시이사가 선임된 학교법인의 정상화 등에 관한 규정이 정비되었다.

이 글이 주목하는 것은 사립학교법 제25조의3(임시이사가 선임된 학교법인의 정상화)의 규정이다. 임시이사가 선임된 학교법인의 정상화라는 것은 곧 임시이사체제에서 정식이사체제로의 전환을 의미하는 것으로서 이에 관한 규정은 2005년 12월에 신설되었고, 그 후 2007년 7월에는 임시이사를 해임하고 정식이사를 선임하는 과정에서 학교법인의 정상화 방안 등을 심의하기 위하여 설치된 교육인적자원부장관(지금의 교육과학기술부장관) 소속의 사학분쟁조정위원회의 심의를 거치도록 개정되었다.

그런데 임시이사체제에서 정식이사체제로의 전환은 곧 학교법인의 운영주체의 변경을 의미한다. 학교운영상의 비리나 경영분규가 있었다는 이유로 임시이사체제를 거쳐 곧바로 사립대학의 경영주체의 변동으로 귀결될 수 있는 「임시이사가 선임된 학교법인의 정상화」 방안의 의미는 곧 학교법인의 운영진의 교체, 즉 사립학교법인의 사회화를 의미할 수 있다는 점에서 그 헌법적 근거와 정상화 방안으로서의 정식이사의 선임방식과 절차의 합헌성 규명이 필요하다.

## 2. 「정상화 방안」과 사학의 자유 및 학교법인 운영권의 재산권으로서의 성격과의 관계

근대국가의 형성·발전과 함께 공교육제도의 틀이 형성됨에 따라 사립학교도 공교육의 제도적 틀 안에 편입되면서 국가의 감독을 매개로 국가로부터 지원을 받게 되고 공공적 기능이 요구되게 되었다. 이처럼 사학제도의 공공성이 강조되고 있음에도 우리 헌법에는 사학의 자유는 물론 사립학교에 관한 규정은 두고 있지 않다. 그럼에도 불구하고 일반적으로 기본권의 포괄성을 선언한 헌법 제37조 제1항, 인간의 존엄과 행복추구권을 규정한 제10조, 교육을 받을 권리를 규정한 제31조, 학문의 자유를 규정한 제19조 등에서 사학의 자

유의 헌법적 근거를 구하고 있다.<sup>15)</sup>

또한 국가의 재정이 궁핍하여 국민교육을 국가가 홀로 감당할 수 없었기 때문에 사립학교의 설립을 권장하고 이에 따라 설립자가 사유재산을 출연하여 학교법인을 설립한 경우, 국가는 설립자와의 사이에 사학의 자유를 보장하고 학교법인 설립목적에 따른 독립적인 경영을 보장한다는 헌법상의 약속이 있다고 보아야 한다.<sup>16)</sup>

사학의 자유를 넓게 보면 학교법인의 설립·운영의 자유에 그치는 것이 아니라 학생·학부모 그리고 문화향유 주체로서의 전체국민의 사학선택의 자유 등 사학교육과 관련된 제반 기본권을 포함하는 것이다. 사학의 자유는 본질적으로는 학생, 학부모, 그리고 문화담당자로서의 모든 국민에게 속하는 기본권이지만, 통상 별도의 학교법인을 매개로 하여 그 행사의 실효성이 담보되기 때문에 기본권으로서 사학의 자유는 학교법인이 상당부분 실질적 행사주체가 된다고 보아야 한다.<sup>17)</sup>

따라서 「임시이사 선임된 학교법인의 정상화」 과정, 특히 정식이사를 선임함으로써 학교법인을 정상화시키는 과정에서 파생하는 법률적 문제를 사학의 공공적 기능을 훼손하지 않는 범위 내에서 학교법인 또는 그 설립자측의 기본권 보호라는 시각에서 검토하는 것은 중대한 의미가 있다. 즉, 임시이사 체제에서 정식이사체제로 전환되는 학교법인 정상화 과정에서는 해당 사립대학의 설립배경과 건학이념, 학사분규의 배경 및 진행경과 등 당해 학교법인의 구체적인 상황을 고려할 것이다.

임시이사제도가 학교법인의 재산권을 침해하는 것인지 여부에 대하여 헌법재판소는, “학교법인은 그 재산권을 행사함에 있어서 ‘정관으로 정한 목적의 범위 내’(사립학교법 제9조, 민법 제34조)라는 본질적 제약을 받고, 학교법인이 소유하는 재산은 학교의 운영 및 학생 교육의 물적인 토대가 되는 것으로, 그 재산권의 행사는 학교법인이 설립·운영하는 학교의 학생 및 교직원

15) 황준성, “‘사학의 자유’에 대한 재해석 연구”, 교육법학연구, 제19권 2호, 대한교육법학회, 2007, 157쪽.

16) 대법원 2007.5.17. 선고 2006다19054 전원합의체판결.

17) 황준성, 앞의 논문, 158쪽.

그리고 학부모 다수의 생활에 큰 영향을 미친다는 점에서 그 사회적인 연관성과 기능이 대단히 크다 할 것이므로, 입법자는 학교법인의 재산이 외부에 유출되거나 교육 외의 목적으로 사용되는 것을 막기 위하여 적절한 규제를 마련함에 있어 상당한 재량을 가진다 할 것"이라고 하면서, "임시이사체도가 수행하는 제도적 기능에는 파행운영으로 인한 학교법인의 손해를 방지하고 학교법인이 정관으로 정한 목적에 따라 정당하게 재산권을 행사할 수 있는 상태를 회복시킴으로써 오히려 실질적으로는 학교법인의 재산권을 보호하는 것도 포함되어 있다고 볼 것이므로, 이 사건 법률조항이 학교법인의 재산권에 대한 과잉 제한이라고 할 수 없다"고 함으로써 학교경영에 대한 학교법인의 재산권적 성격을 확인한 바 있다.<sup>18)</sup>

### 3. 임시이사체제 하의 학교법인의 정상화 방안

학교법인 운영의 정상화 방안은 학교법인 운영의 정상화가 이루어지는 시점에서 효력을 갖는 사립학교법, 민법 등을 종합적으로 고려한 일반원칙에 따라 강구되어야 한다. 학교법인 운영의 정상화가 이루어지는 시점은 임시이사의 선임사유가 해소되는 시점이다. 임시이사체제로 운영되는 학교법인을 정식이사체제로 전환하는 학교법인의 정상화 방안으로 생각해 볼 수 있는 것은 임시이사에 의한 정식이사의 선임을 통한 정상화, 법인의 「정관의 보충」에 의한 정식이사의 선임을 통한 정상화, 관할청에 의한 정식이사의 선임을 통한 정상화 등이다.

#### 가. 임시이사에 의한 정식이사의 선임을 통한 정상화

먼저, 학교법인이 임시이사체제로 운영되어 온 경우 임시이사의 선임사유가 해소되어 역할을 다한 임시이사가 정식이사를 선임함으로써 학교법인의

18) 헌재 2009.04.30, 2005헌바101, 판례집 제21권 1집 하, 23. 그러나 헌법재판소의 이 결정은 학교법인 그 자체의 재산권이 침해된 바 없음을 인정한 것이고, 법인설립자가 최초의 법인이사를 선임한 이후 임시이사 체제 이전까지 연속성을 유지해 온 법인의 이사회가 임시이사체제로의 전환시점부터 연속성을 상실하게 됨으로써 학교법인 운영에 대하여 가지는 권리, 즉 법인설립자측의 재산권의 침해 여부에 대해서 직접적으로 판단한 것은 아니라고 보아야 한다.

운영을 정상화할 수 있는지가 문제된다. 대법원은 구 사립학교법 제25에 의하여 교육인적자원부장관이 선임한 임시이사는 특히 장관의 결정에 의하여 그 권한에 제한이 없는 이상 정식이사와 동일한 의결권이 있다 할 것이므로 그 임시이사로 구성된 이사회에서 정식이사를 선임하였다 하더라도 무효로 볼 수 없다고 함으로써<sup>19)</sup> 임시이사에 의한 정식이사의 선임을 통하여 분규 사립학교법인의 정상화를 지지해 왔다. 그러나 2007.5.17. 대법원은 이른바 상지대 사건<sup>20)</sup> 판결에서 당시까지 임시이사가 정식이사를 선임하는 것이 법리적으로 유일한 해결책이었음에도 불구하고 임시이사에 의한 정식이사의 선임을 무효라고 함으로써 임시이사체제 하의 학교법인의 정상화 방안을 새로이 강구할 수밖에 없도록 하였다.

대법원은 이 사건에서 사립학교의 학내 분규를 이유로 교육인적자원부 장관에 의하여 학교법인 이사 전원에 대한 이사취임승인 취소가 행하여지고, 이를 대신하는 임시이사가 선임되어 임시이사체제로 학교법인을 운영하던 중, 임시이사 선임사유가 종료하여 임시이사들이 정식이사를 선임하는 이사회 결의를 한 경우에 임시이사들로 구성된 이사회에서 학교법인의 정식이사를 선임할 권한이 있는지 여부를 다루었다.<sup>21)</sup> 이 사건 판결에서 대법원의 다수의 견은 학교법인의 기본권과 구 사립학교법(2005. 12. 29. 법률 제7802호로 개정되기 전의 것)의 입법목적,<sup>22)</sup> 그리고 같은 법 제25조가 민법 제63조에 대한

19) 대법원 1970.10.30. 선고 70누116 판결.

20) 대법원 2007.5.17. 선고 2006다19054 판결. 10년 이상 임시이사체제로 운영되어 오던 학교법인 상지학원(피고 학원)의 임시이사들이 2003. 12. 18. 이사회를 개최하여 변형윤 등 9인을 정식이사로 선임하여 교육인적자원부장관에게 이사취임 승인신청을 하였고, 관할청인 교육인적자원부장관이 2003. 12. 24. 위 선임이사들의 이사취임을 승인하자, 사립학교법 제25조에 의하여 선임된 임시이사는 법인의 통상적인 사무에 속하는 행위만을 할 수 있을 뿐이어서 임시이사들이 정식이사를 선임한 2003. 12. 18.자 이사회결의는 무효라는 이유로, 임시이사가 선임되기 전에 적법하게 선임되었다가 퇴임한 최후의 정식이사인 원고 김문기 등이 종전의 이사로서 위 이사회 결의의 무효 확인을 구한 사건이다.

21) 대법원(다수의견)은 임시이사가 선임되기 전에 적법하게 선임되었다가 퇴임한 최후의 정식이사(즉, 종전이사)들은 학교법인의 자주성과 정체성을 대변할 지위에 기하여 임시이사 선임사유가 종료한 때에 학교법인의 설립목적에 구현함에 적절한 정식이사를 선임하는 문제와 관련하여 법률상의 이해관계를 가진다고 할 수 있으므로 임시이사들이 정식이사를 선임하는 내용의 이사회결의의 무효 확인을 구할 소의 이익이 있다고 보았다.

22) 헌법상 학교법인에게는 사학의 자유가 인정되고, 사립학교는 설립자의 의사와 재산으로 독자적인 교육목적에 구현하기 위하여 설립되는 것이므로 사립학교 설립의 자유와 운영의 독자성을 보장하는 것은 그 무엇보다도 바꿀 수 없는 본질적 요체이기 때문에 이러한 헌법정신은 법률

특칙으로서 임시이사의 선임사유, 임무, 재임기간 그리고 정식이사로의 선임 제한 등에 관한 별도의 규정을 두고 있는 점 등에 비추어, 구 사립학교법 제 25조 제1항에 의하여 교육인적자원부장관이 선임한 임시이사는 이사의 결원으로 인하여 학교법인의 목적을 달성할 수 없거나 손해가 생길 염려가 있는 경우에 임시적으로 그 운영을 담당하는 위기관리자로서, 민법상의 임시이사와는 달리 일반적인 학교법인의 운영에 관한 행위에 한하여 정식이사와 동일한 권한을 가지는 것으로 제한적으로 해석하여야 하고, 따라서 정식이사를 선임할 권한은 없다고 보았다.

대법원에 의하면, 임시이사에게 정식이사 선임권을 부여하는 것은 아무런 법적근거도 없이 구 사립학교법 제25조가 임시이사 재임기간의 기준으로 삼는 임시이사의 선임사유 해소 여부에 대한 판단권을 임시이사 자신에게 부여하는 결과가 되고, 국가기관이 파견한 임시이사에 의해 학교법인의 이사회의 조직이 전면 개편될 수 있다면 사학의 자율성은 근본적으로 훼손되어 결국 헌법이 보장하는 교육의 자주성은 무너지게 된다는 것이다. 나아가 임시이사가 정식이사를 선임함으로써 사학의 운영 주체를 변경하는 것은 학교법인이 소유하고 있는 기본재산의 귀속 주체에 실질적인 변경을 가져오는 것이어서 결국 헌법 제23조가 보장하는 재산권에 관한 침해로서 허용되어서는 아니 된다는 것이다.<sup>23)</sup>

한편으로, 학교법인에 대하여는 사립학교법이 우선 적용되나 그 외 사립학교법에 규정되지 않은 사항에 관하여는 민법의 재단법인에 관한 규정이 적용되어야 하므로 임시이사들로 구성된 이사회에서 정식이사를 선임한 이사회결의를 무효라고 볼 수 없다는 반대견해가 있다. 즉, 민법 제63조에 의하여 법

해석시 기본원칙이 되어야 하고 따라서 구 사립학교법 제1조의 해석시 위와 같은 헌법원칙에 충실하게 학교법인의 공공성을 해치지 않는 범위 내에서 그 자주성이 최대한 존중되어야 한다는 것이 상시대 판결의 다수의견이다.

23) 물론 그 기본재산은 개인의 재산이 아니라 학교법인의 소유로서 공적인 성격의 재산이지만, 정 부기관이 학교법인의 의사를 배제한 채 선임한 임시이사가 다시 정식이사를 선임하여 학교법인의 이사회를 전혀 새로이 구성할 수 있다면 그 전후의 법인 사이에 동일한 정체성이 유지되는지 심히 의문이 아닐 수 없고, 이러한 경우 비록 그 재산의 소유자가 형식상 동일한 학교법인이라 하여도 실질적으로는 귀속주체가 달라진 것에 다름없다 할 것이므로 결국 헌법 제23조가 보장하는 재산권에 대한 침해인 것이다. 다수의견에 대한 대법관 양승태의 보충의견 참조.

원이 선임한 임시이사는 일반 이사와 동일한 의결권이 있는 것이므로, 비록 그 선임 주체가 다르다 하더라도 사립학교법 소정의 임시이사들 역시 정식이사와 동일한 권한이 있는 것으로 해석하여야 하고,<sup>24)</sup> 사립학교에서의 교육의 자주성 및 학교운영의 자율성은 교육의 공공성에 저촉되지 아니하는 한도 내에서만 존중될 수 있는 것이며, 우리 헌법, 구 사립학교법, 그리고 공익법인의 설립·운영에 관한 법률에는 구 사립학교법 제25조 제1항에 의하여 교육인적 자원부장관이 선임한 임시이사의 권한을 정식이사의 권한보다 제한하는 규정은 존재하지 아니하므로 법의 일반 원칙에 따라서 구 사립학교법상의 임시이사는 민법상의 임시이사와 마찬가지로 정식이사와 동일한 권한을 가진다고 해석하여야 한다고 한다.<sup>25)</sup>

학교법인의 공공성을 해치지 않는 범위 내에서 사학의 자유와 자주성은 최대한으로 존중되어야 한다는 점에서 다수의견이 옳다고 판단된다.

이와 같이 구 사립학교법상의 학교법인의 임시이사의 권한범위를 일반적인 학교법인의 운영에 관한 행위에 한하여서만 정식이사와 동일한 권한을 가지는 것으로 제한적으로 해석하는 경우 학교법인의 정상화가 이루어지는 시점에서 임시이사에게 정식이사를 선임하는 권한이 없다고 보게 되므로, 어떻게 정식이사를 선임하여 학교법인 운영의 정상화를 도모할 것인가 하는 문제가 제기되었다. 2005. 12. 29. 개정 사립학교법에서 임시이사의 선임사유가 해소되었다고 인정할 때에는 지체 없이 임시이사를 해임하고 이사를 선임하여야 한다는 제25조의3을 신설하였으나 구체적인 방안으로 기능하지 못하다가, 2007. 7. 27. 개정 사립학교법은 임시이사의 선임사유가 해소되었다고 인정할 때에는 관할청은 사학분쟁조정위원회의 심의를 거쳐 지체 없이 임시이사를 해임하고 이사를 선임하여야 한다는 것으로 제25조의3을 개정함으로써 임시

24) 또한 비영리 공익법인인면서 공법관계와 사법관계가 혼합되어 적용되는 특수법인인 학교법인의 임시이사의 지위와 권한을 명시적인 법적 근거도 없이 자의적인 해석에 의하여 제한하는 것은 법 해석의 한계를 일탈한 위법한 해석이라고 한다. 대법관 김영란, 박시환, 김지형, 이홍훈, 전수안의 반대의견 참조.

25) 이 견해는 지금까지의 사학운영의 자유에 대한 접근방식에 있어서 기본권적 측면에서의 '사학의 자유'를 중심으로 접근한 결과 사학의 자주성과 공공성이라는 이념적 논의에 치중함으로써 사립학교와 학생·학부모 사이의 계약관계라는 시민법원리에 입각한 접근은 소홀히 하는 입장이라고 할 수 있다.

이사가 선임된 학교법인의 정상화에 관하여 구체적으로 정하고 있다.

#### 나. 법인의 「정관의 보충」에 의한 정식이사의 선임

다음으로, 학교법인의 설립목적은 그 의사결정기관 및 의사집행기관을 구성하는 자연인인 이사에 의하여 실현되는 것이다. 대법원에 의하면, 설립자가 최초의 이사를, 그 다음에는 그 이사가 후임이사를, 또 그 다음에는 그 후임이사가 자신의 후임이사를 선임하는 방식으로 순차적으로 이사를 선임함으로써 학교법인의 설립목적이 영속성 있게 실현되도록 하는 것이 학교법인의 이사제도의 본질이다.<sup>26)</sup> 그런데, 위에서 본 바와 같이, 임시이사체제에서 정식이사체제로의 전환방법에 관하여 2005. 12. 29. 개정 사립학교법 이전에는 규정이 없었다.<sup>27)</sup> 여기서 임시이사 선임사유가 해소된 경우에 정식이사의 구체적 선임방법이 존재하지 않음으로써 학교법인 설립목적의 영속성 있는 실현이 어렵게 될 수 있다. 이러한 경우 설립목적의 영속적 실현방안 중의 하나로서 민법 제 44조<sup>28)</sup> 및 사립학교법 제11조<sup>29)</sup>에 의한 「정관의 보충」 규정 등을 유추하여 관찰청이 학교법인 설립자 또는 관계자를 포함한 이해관계인의 의사를 반영하는 이사 임면방식으로 정식 이사진을 구성하는 방법을 고려해 볼 수 있다.

민법 제44조는 정관작성에 관하여 재단법인의 경우는 사단법인과 달리 「재단법인의 정관의 보충」 규정을 두고 있다.<sup>30)</sup> 즉, 정관의 보충제도는 재단법인

26) 2007.5.17. 선고 2006다19054 전원합의체판결.

27) 이사의 임면방법은 정관에 의한다(민법 제40조 제5호, 제43조, 사립학교법 제20조 제1항). 그런데 대부분의 학교법인의 정관을 보면, 이미 정관상에 존재하는 이사회가 이사회 감사 등의 임원을 선임하는 절차에 대하여는 규정하고 있으나 최초의 이사회 구성에 대한 규정은 존재하지 않는다. 따라서 민법·사립학교법 및 정관상의 이사 임면규정은 임시이사의 선임사유가 해소되어 정식이사 전원을 새로 선임해야 하는 경우를 적절하게 규율하지 못한다.

28) 다만, 사립학교법 제25조의3 제1항에서 “관할청은 제20조에도 불구하고 제25조에 따라 선임된 임시이사의 선임사유가 해소되었다고 인정할 때에는 조정위원회의 심의를 거쳐 지체 없이 임시이사를 해임하고 이사를 선임하여야 한다”라고만 규정하고 있다.

29) 사립학교법 제11조(정관의 보충) ① 학교법인을 설립하고자 하는 자가 제10조제1항 각호에 규정된 사항 중 그 목적과 자산에 관한 사항을 정하고 사망한 경우에는 교육과학기술부장관은 이해관계인의 청구에 의하여 그 외의 사항을 정할 수 있다. ② 제1항의 경우에 이해관계인이 없거나 그 청구가 없을 때에는 교육과학기술부장관이 직권으로 제1항의 사항을 정할 수 있다.

30) 민법 제44조(재단법인의 정관의 보충) 재단법인의 설립자가 그 명칭, 사무소 소재지 또는 이사 임면의 방법을 정하지 아니하고 사망한 때에는 이해관계인 또는 감사의 청구에 의하여 법원이



의 설립자가 정관의 필요적 기재사항 중 목적과 자산에 관해서만 정하고 나머지 사항, 특히 이사의 임면방식을 정하지 않고 사망한 경우에 이해관계인 또는 검사의 청구에 의하여 법원이 나머지 사항을 정하여 정관을 보충함으로써 재단법인을 성립시키는 제도이다. 이는 재단법인의 공익성·비영리성을 고려한 규정이고 학교법인은 사립학교를 설치·경영하기 위한 목적으로 설립된 재단법인의 일종이라는 점에서 유추가능한 규정이라고 할 수 있다.

사립학교법 제11조도 민법 제44조와 같은 취지의 규정을 두고 있다. 즉, 동조 제1항은 학교법인을 설립하고자 하는 자가 제10조 제1항 각 호에 규정된 사항 중 그 목적과 자산에 관한 사항만을 정하고 사망한 경우에는 교육과학기술부장관은 이해관계인의 청구에 의하여 그 외의 사항을 정할 수 있다고 하여 이사의 임면방식 등을 정하지 않고 설립자가 사망한 경우에 학교법인의 공공성을 살려 그 설립을 완성시키는 제도를 규정하고 있다.

선임사유가 해소되어 임시이사의 직무수행의 기능이 다하였음에도 불구하고 정식이사가 선임되지 않은 경우를 설립자가 정관작성행위를 마무리하지 못하고 사망한 경우와 동일시 할 수 있다면, 임시이사의 선임사유가 해소된 후 정식 이사의 선임방법이 구체화되어 있지 않은 경우에 「정관의 보충」 규정을 유추하여 새로운 이사회를 구성할 수 있을 것이다. 즉, 이 경우는 재단법인 설립자가 그 목적, 명칭, 사무소 소재지, 자산에 관한 규정 등과 같은 정관의 필요적 기재사항을 다 정하였으나, 이사의 임면에 관한 규정을 정하지 아니하고 사망한 경우와 법인설립의 목적을 달성할 수 없다는 점에서는 같기 때문이다.

다만, 이 경우 사립학교법 제11조와 민법 제44조 중 어느 조항에 근거하여 정관을 보충할 것인가 하는 문제가 제기될 수 있다. 학교법인은 기본적으로 민법상 재단법인에 해당하는 것이고, 다만 그 조직·운영에 관하여 법적 규제와 행정감독을 강화함으로써 사학의 공공성을 높이기 위하여 사립학교법이라는 특별법에 의하여 설립·운영되는 특수법인으로 규정하고 있는 것으로 보아야 한다.<sup>31)</sup> 따라서 일반적으로는 학교법인에 대하여는 사립학교법이 우선

이를 정한다.

31) 대법관 김영란, 박시환, 김지형, 이홍훈, 전수안의 반대의견 참조.

적용되나 그 외 사립학교법에 규정되지 않은 사항에 관하여는 민법의 재단법인에 관한 규정이 적용되어야 한다. 따라서 형식논리적으로는 사립학교법 제11조가 우선적으로 적용된다고 할 것이나, 분규 사립학교에 대한 정식이사 선임제도의 미비점을 보완하기 위해 정관보충제도를 이용하는 경우에는 행정기관인 관할청이 정관을 보충하여 정식이사를 임명하는 것 보다는 공익의 대표자인 감사의 청구에 의하여 법원이 정식이사를 선임하여 정관을 보충하는 것이 당사자의 이해관계를 공정하게 조정하는 합리적인 법률 적용이라고 할 것이다. 따라서 민법 제44조에 의하여 학교법인의 운영에 관한 이해관계인 또는 공익의 대표자인 감사의 청구에 의하여 법원이 이사의 선임방법을 정하고 그 방법에 따라 정식이사를 선임하여 학교법인의 운영을 정상화시키는 것이 옳다고 하여야 한다.

문제는 정이사의 선임방법에 대하여 사립학교법이 사학분쟁조정위원회제도를 도입하여 임시이사의 선임사유가 해소된 경우 정이사체제로 이행하는 학교법인 운영의 정상화제도를 마련해 놓은 지금의 상황에서도 법인의 「정관의 보충」에 의한 정식이사의 선임을 통한 정상화 방안이 선택 가능한 방법인가 하는데 있다. 위에서 논의한 바와 같이 민법 제44조에 의할 경우 감사의 청구에 의하여 법원이 이사의 선임방법을 정한다는 점에서 선택이 가능한 방안이라고 할 수 있을 것이다.

#### 다. 사학분쟁조정위원회의 심의를 통한 정식이사의 선임

끝으로, 2007.7.27. 사립학교법의 개정을 통하여 임시이사의 기능이 다한 경우 관할청이 사학분쟁조정위원회<sup>32)</sup>의 심의를 거쳐 정식이사를 선임하여 학교법인을 정상화시킬 수 있는 방안이 도입되어 있다. 즉, 사립학교법 제25조의3은 정관이 정하는 바에 따라 이사회가 임원을 선임한다는 제20조의 규정에도 불구하고 제25조에 따라 선임된 임시이사의 선임사유가 해소되었다고 인정한

32) 사학분쟁 조정기구의 도입 필요성에 관해서는 이미 문민정부의 교육개혁위원회에서 제안(1996.8.20)하였으며, 1997년과 2005년 2차례에 걸쳐 법제화를 추진하다가 실패하였다. 그러다가 2007년 사립학교법의 재개정 문제에 관하여 여·야가 논의하다가 합의를 이루어 사학분쟁조정위원회가 법제화되기에 이르렀다. 김보엽, “사학분쟁조정위원회의 법제화 과정에 대한 역사적 제도적 분석”, 교육법학연구 제20권 1호, 2008, 2쪽.

때에는 사학분쟁조정위원회의 심의를 거쳐 지체 없이 임시이사를 해임하고 이사를 선임하여야 한다고 규정하여 관할청이 정식이사를 선임할 수 있는 길을 마련해 놓고 있다.

관할청은 다음과 같은 요건 하에서 정식이사를 선임할 수 있다. 즉, 실질적 요건으로서 임시이사의 선임사유가 해소되어야 하고, 절차적 요건으로서 사학분쟁조정위원회의 심의를 거쳐야 한다. 또한 시간적 요건으로서는 임시이사를 지체 없이 해임하고 정식이사를 선임하여야 한다. 관할청이 정식이사를 선임함에 있어서 당해 학교법인의 정식이사 선임요청이 필요한 것은 아니나 학교법인은 정식이사를 선임해 줄 것을 요청할 수 있다. 학교법인의 정식이사 선임요청은 바로 관할청의 직권발동을 촉구하는 의미가 있기 때문이다

이렇게 관할청이 정식이사를 선임함에 있어서는 반드시 사학분쟁조정위원회의 심의를 거쳐야 한다. 사학분쟁조정위원회는 임시이사의 선임과 해임, 특히 임시이사 체제 하의 학교법인의 정상화 방안, 즉 정식이사의 선임기준의 선결과 밀접한 관련이 있기 때문에 우선 문제가 되는 것은 사학분쟁조정위원회의 법적 지위 내지 법적 성격이다.<sup>33)</sup> 사학분쟁조정위원회는 관할청의 의사를 결정함에 그치고 이를 외부에 표시할 수 있는 권한은 없기 때문에 정부조직법 제5조에서 말하는 독립행정위원회인 합의제행정기관은 아니나, 교육과학기술부장관의 소속기관으로서 그 심의결과가 관할청을 구속하므로 단순한 자문기관이 아니라 행정청의 의사를 기속하는 의결기관이다. 나아가 사학분쟁조정위원회가 대체적 분쟁해결기관으로서의 법적 지위를 갖느냐에 대해서는 견해가 나누어진다.<sup>34)</sup>

사학분쟁조정위원회는 스스로를 이해관계가 첨예하게 대립하는 분쟁을 조정하는 것을 목적으로 하는 준사법기관적인 대체적 분쟁해결기관으로 이해하는 견해가 있으나 이는 옳지 않다.<sup>35)</sup> 여기서 ‘준사법기관적’이라는 용어의 의

33) 사학분쟁조정위원회의 법적 지위를 행정위원회로 이해할 경우 사학분쟁조정위원회의 심의에는 기본적으로 ‘직권주의’가 적용되는 반면에 사학분쟁조정위원회를 대체적 분쟁해결기관으로 볼 경우 사학분쟁조정위원회의 심의에는 직권주의가 아니라 원칙적으로 ‘대심주의’의 적용을 받아 사학분쟁조정위원회는 객관적 제3자인 조정자의 지위에 있게 된다. 김명연, “사학분쟁조정위원회의 법적 지위와 학교법인의 정상화”, 법학논총, 제31집 제1호, 2011, 393쪽.

34) 김명연, 앞의 논문, 387쪽.

35) 사학분쟁조정위원회, 「상지학원 정상화 결정에 대한 참고자료」, 2010. 8. 11쪽; 「사학분쟁조정

미는 사법기관에 준한다는 의미이고 어떤 기구가 사법기관에 준한다는 것은 그 본질적 기능수행에 사법절차가 준용되어야 한다는 의미일 것이나, 사립학교법에는 사학분쟁조정위원회를 준사법적 분쟁해결기구로 볼만한 법적 근거 규정이 존재하지 않는다. 즉, 사립학교법은 대심(對審)적 심리구조 등 사학분쟁조정위원회의 심리에 적용할 준사법적인 절차나 사학분쟁조정위원회의 결정의 효력 등에 대하여 전혀 규정하고 있지 않다. 사립학교법 제24조의2 규정을 보면, 사학분쟁조정위원회의 심의사항으로 열거되어 있는 것은 임시이사의 선임·해임에 관한 사항, 임시이사가 선임된 학교법인의 정상화 추진에 관한 사항, 그 밖에 관할청이 조정위원회에 심의를 요청한 사항 등으로서, 이러한 사학분쟁조정위원회의 심의사항은 모두 관할관청의 권한사항에 관한 것이고 학교법인의 설립자, 종전이사 또는 학교구성원 상호간의 분쟁이 아니므로 사학분쟁조정위원회를 ‘분쟁’을 ‘조정’하는 준사법기관적인 대체적 분쟁해결기관으로 보기는 어렵다.<sup>36)</sup> 따라서 사학분쟁조정위원회는 행정절차상 관할청의 감독권의 신중하고 적절한 행사를 확보하기 위한 교육과학기술부장관 소속의 합의제 의결기관인 행정위원회로 보는 것이 옳다.<sup>37)</sup>

사학분쟁조정위원회는 준사법기관적 대체적 분쟁해결기관으로서 교육의 공공성과 사학의 자주성을 조화롭게 보장하는 것이 임무라고 하면서, 그 결정은 ‘강제조정결정’이라는 전제 하에서, 상지대 사건 판결의 취지에 따라 종전이사 측에 적어도 지배구조의 큰 틀을 변경시키지 않는 최소한의 정식이사 추천권을 보장하되, 비리·도덕성·학교경영능력 등 사회상규와 국민의 법감정에 비추어 도저히 용납할 수 없는 때는 예외<sup>38)</sup>로 한다는 상지대 ‘정상화대원칙’을 수립하였다.<sup>39)</sup>

위원회 성명서], 2010. 9. 9.

36) 임재홍, “사학분쟁조정위원회의 위헌성과 그 개편방향”, 민주법학, 제46호, 2011, 276쪽.

37) 김명연, 앞의 논문, 391쪽.

38) 예외사유는 “이른바 학사행정으로 인한 단순 업무방해 정도의 비리를 말하는 것이 아니라 ‘파렴치범’, ‘반인륜범’, ‘강력범죄 행위자’ 등을 지칭하며 이러한 기준을 적용하여 배제할 것이나 하는 것은 사학분쟁조정위원회가 정상화를 심의하는 시점 현재 존재하는 사정을 기준으로 결정하는 것이며, 이미 사면 복권이 된 과거의 사정에 대하여 소급적으로 적용하는 것은 아니다”라고 한다.

39) 사학분쟁조정위원회, 앞의 쟁점 검토, 1-2쪽; 교육과학기술부장관·사학분쟁조정위원회, 『상지대 정이사 선임 관련 교육과학기술위원회 의원 공개 질의에 대한 답변』, 2010. 8. 20, 2쪽. 同원

그런데 이 정상화 원칙이 상지대 사건 판결의 의도적 왜곡이라는 거센 비판이 가해지고 있다. 즉, 사학분쟁조정위원회가 『상지학원 정상화 결정에 대한 참고자료』에서 “상당액의 사비를 들여 학교법인을 설립한 건학주체가 학교운영 중에 과오를 저질렀을 경우(입시부정 또는 교비횡령 등), 그 건학주체를 학교법인 운영에서 완전히 배제시킬 것인가 또는 건학주체의 정체성과 학교법인의 자주성을 존중하여, 그 과오가 시정되거나 치유될 경우 학교법인 운영권을 보장해 줄 것인지가 핵심논점”이라고 한 지적<sup>40)</sup>을 두고, 이러한 내용은 다수의견에 대한 2인의 보충의견에만 등장하는 것이고 판결의 구속력 있는 다수의견의 주장이 아니라는 이유로 상지대 판결의 왜곡이라는 것이다. 나아가 사학분쟁조정위원회의 정상화 원칙이 상지대 사건 판결의 왜곡이라고 보는 구체적인 이유로서 “보충의견이 결국은 다수의견을 좀 더 풀어쓴 것이고 다수의견과 함께 이해되어야 한다는 것이 사분위의 입장이나 이는 보충의견이 무엇인지를 모르고 하는 소리이고”<sup>41)</sup>, “판결의 구속력은 판결주문 및 그 전제가 된 요건사실의 인정과 효력의 판단에만 미치고, 판결의 결론과는 직접 관련이 없는 방론이나 간접사실의 판단에는 미치지 않는 바, 보충의견에는 판결의 구속력이 미치지 않기 때문”이라고 한다.<sup>42)</sup>

그러나 이러한 비판은 타당하지 않다. 우선 비판의견에서 “보충의견에는 판결의 구속력이 미치지 않는다”고 할 때의 ‘판결의 구속력’이 무엇을 의미하는지를 분명히 할 필요가 있다. 민사소송의 판결의 효력에는 판결이 선고되면 선고와 동시에 판결법원에 대한 관계에서 생기는 기속력(羈束力), 판결의 확정에 의하여 당사자에 대한 관계에서 생기는 형식적 확정력(形式的 確定力), 법원 및 당사자에 대하여 생기는 실질적 확정력(實質的 確定力), 즉 기판력

칙에 입각하는 경우 부정입학이나 회계부정 등으로 당해 학교법인의 설립목적은 달성할 수 없게 하여 임원취임승인이 취소된 종전이사들에게까지 학교경영권이 보장된다는 비판이 쏟아지고 있다. 김명연, 앞의 논문; 임계홍, 앞의 논문, 송기춘, 김명연, 앞의 논문(“사학분쟁조정위원회의 대법원 판례 해석과 정이사 선임원칙 등의 문제점”, 민주법학 제46호, 2011) 등이 대표적인 비판적 시각이다.

40) 사학분쟁조정위원회, 『상지학원 정상화 결정에 대한 참고자료』, (2010. 8). 1쪽.

41) 송기춘, 김명연, “사학분쟁조정위원회의 대법원 판례 해석과 정이사 선임원칙 등의 문제점”, 민주법학 제46호, 2011, 241쪽.

42) 김명연, 앞의 논문, 395-396쪽; 송기춘, 김명연, 앞의 논문, 241-242쪽.

(既判力), 그 외에 확정판결에는 집행력, 형성력 등의 효력이 따른다.

통상의 민사소송에서는 대립하는 당사자 간의 분쟁을 상대적으로 해결하는 것으로 만족하여 판결의 효력이 당사자에게만 미치는 것이 원칙이다. 따라서 기판력은 판결을 한 법원과 소송의 당사자 사이에 미치는 것이 원칙이기 때문에 상지대 사건에서 소송의 당사자가 아닌 사학분쟁조정위원회에게는 기판력이 미치지 않으므로 비판의견에서 말하는 “판결의 효력”은 기판력을 의미하는 것으로 볼 수 없다. 그러나 신분관계나 단체관계, 또는 공법상의 법률관계에서까지 상대적 효력을 관철하는 경우에는 이해관계인의 법률생활에 혼동을 야기할 우려가 있으므로, 예외적으로 기판력을 일정 범위의 제3자(한정적 확장)<sup>43)</sup> 또는 제3자 일반(일반적 확장 또는 對世效<sup>44)</sup>)에까지 확장시켜 법률관계의 확실적 해결을 도모하는 경우가 있다. 대법원에 의하면, 판결의 효력이 제3자 일반에까지 미치는 회사관계소송의 경우조차도 이사회결의무효확인 소송의 경우에는 대세적(對世的) 효력이 인정되지 않는다. 즉, 이사회결의 무효사유에 해당하는 하자(瑕疵)가 있는 경우에 이해관계인은 언제든지 또 어떤 방법으로든지 그 무효를 주장할 수 있지만 무효를 주장하는 방법으로서 이사회결의무효확인소송을 제기하여 승소확정판결을 받은 경우에도 그 판결의 효력에 관하여는 주주총회결의무효확인소송 등과는 달리 대세적 효력은 인정되지 않는다.<sup>45)</sup>

따라서 상지대 사건의 경우는 이사회결의무효확인청구로서 민사소송의 일반원칙에 따라 그 판결의 효력인 기판력이 원고(중전이사)와 피고(학교법인 상지학원) 사이에만 미치고 소외(訴外) 제3자인 사학분쟁조정위원회에게까지 미치지 않으므로 소위 사학분쟁조정위원회에 대하여 기판력은 인정되지 않는

43) 일정한 이해관계인에 기판력이 확정되는 경우로는 파산채권자확정소송의 판결이 파산채권자 전원에게, 회사정리채권 또는 정리담보권확정소송의 판결이 정리채권자, 정리담보권자 또는 주주 전원에게 기판력이 미치는 경우를 들 수 있다.

44) 일반 제3자에게 기판력이 확장되는 예로는 가사소송·회사관계소송·행정소송을 들 수 있다. 회사관계소송의 판결의 경우 기판력이 제3자에게 미치나, 청구인용의 판결에 한하고 청구기각의 판결의 경우에는 일반원칙에 의하여 당사자에게만 기판력이 미칠 뿐이다. 여기서 회사관계소송의 청구인용 판결의 기판력이 일반 제3자에게 미치는 경우에도 이사회결의무효확인청구의 소의 경우에는 그러하지 아니하다. 대법원 1988.4.25. 선고 87누399.

45) 대법원 1988.4.25. 선고 87누399.

다. 따라서 비판의견에서 말하는 “판결의 구속력”을 기관력으로 이해할 수는 없다.

한편, 비판의견에서 말하는 “판결의 구속력”을 판결의 기속력(羈束力)으로 이해할 수도 없다. 왜냐하면, 기속력이란 판결이 일단 선고되어 성립되면, 판결을 한 법원 자신도 그 판결에 구속되며 스스로 판결을 철회하거나 변경하는 것이 허용되지 않는 효력을 의미하는 것이고, 사학분쟁조정위원회는 상지대 판결을 내린 법원이 아니어서 기속력이 미칠 수 없기 때문이다. 원래의 기속력은 이와 같이 판결법원에 대한 구속력이지만 다른 법원에 대한 구속력을 뜻하는 경우도 있기는 하다.<sup>46)</sup> 그러나 어느 경우에도 민사소송의 판결의 기속력이 사학분쟁조정위원회와 같은 기구에 미치는 경우는 없다.

또한 비판의견은 “판결의 구속력은 판결주문 및 그 전제가 되는 요건사실의 인정과 효력의 판단에만 미친다”고 주장하는 바, 이러한 주장은 처분 등을 취소하는 행정소송에 있어서의 확정판결이 갖는 효력인 기속력의 객관적 범위에 관한 것으로는 타당한 주장일 수 있다.<sup>47)</sup> 즉, 처분 등을 취소하는 확정판결이 갖는 효력인 기속력은 판결주문 및 그 전제가 된 요건사실의 인정과 효력의 판단에 미친다.<sup>48)</sup> 행정소송의 취소판결에 인정되는 이러한 기속력이, 원칙적으로 판결의 주문에만 효력을 미치는 민사소송의 기관력과는 달리,<sup>49)</sup> 판결주문 뿐 아니라 그 전제가 되는 요건사실의 인정과 효력의 판단에까지 미치는 이유는 바로 행정소송법상의 기속력은 당사자인 행정청과 관계행정청

46) 예컨대, 상고법원이 법률심이기 때문에 원심판결의 사실판단에 구속되는 경우, 상급법원의 재판에 있어서의 판단이 하급심을 기속하는 경우, 이송(移送)재판이 수이송(受移送)법원을 기속하는 경우, 헌법재판소의 위헌결정이 법원을 기속하는 경우 등이다.

47) 행정소송에서는 처분 등을 취소하는 확정판결이 그 사건에 관하여 당사자인 행정청과 그 밖의 관계행정청을 기속하는 바(행정소송법 제30조 제1항), 이를 기속력이라고 부른다. 기속력은 처분 등을 취소하는 판결에만 인정되는 기속력은 무효등확인소송과 부작위위법확인소송에 준용되고 있다(행정소송법 제38조 제1항·제2항). 그리고 행정소송에 있어서의 기속력을 기속력이라고 부르는 학자도 있다(이상규, 신행정법론(상), 법문사, 1997, 883쪽). 그러나 이러한 설명은 어디까지나 행정소송에 관한 것이고 상지대 사건과 같은 민사소송인 학교법인 이사회결의무효확인청구의 설명에 해당하는 것이 아님을 주의하여야 한다.

48) 홍정선, 『행정법원론(상)』, 박영사, 2011, 1015쪽.

49) 행정소송에서는 기속력의 성질에 대하여 기관력과 동일하다는 견해(기관력설)와 취소판결의 실효성을 확보하기 위해 행정소송법이 취소판결에 특히 인정하는 특유한 효력이라는 견해(특수효력설)로 나뉜다.

에 대하여 판결의 취지에 따라야 할 실체법상의 의무를 발생시키기 때문이다.<sup>50)</sup>

따라서 사학분쟁조정위원회의 정상화 원칙이 상지대사건 판결을 왜곡한 결과라고 주장하는 것은 행정소송법의 기속력의 의미를 민사소송 판결의 효력과 혼동함으로써 “판결의 구속력”의 의미를 잘못 이해한 데서 비롯된 오해로 보인다. 또한 비판의견이 주장하는 논리, 즉 다수의견에는 구속력이 인정되지만 다수의견에 대한 보충의견에는 구속력이 인정되지 않는다는 논리는, 설사 비판의견이 말하는 “판결의 효력”을 민사소송법상의 기판력의 의미로 파악한다고 하더라도 옳지 않다. 기판력의 객관적 범위에는 원칙적으로 판결의 주문만이 포함되므로, 판결의 결론인 주문에 이르게 된 이유는 다수의견이든 다수의견에 대한 보충의견이든 기판력은 미치지 않는다. 따라서 판결의 주문에 이르는 이유에 보충의견이 있다면 다수의견과 보충의견을 통합하여 판결 주문의 법적 의미를 이해하여야 한다는 사학분쟁조정위원회의 견해가 옳다. 그러나 비판의견에서 말하는 “판결의 효력”을 행정소송법상의 기속력의 의미로 파악한다면 어느 정도 의미가 있는 주장일 수 있을지도 모르지만 민사소송인 상지대 사건에서 이사회결의무효확인청구소송의 “판결의 효력”을 행정소송법상의 기속력으로 이해할 수 없음을 위에서 본 바와 같다. 그렇다면 사학분쟁조정위원회가 “정상화 원칙”을 수립함에 있어서 보충의견에서 아이디어를 얻었다는 사실이 이른바 “판결의 구속력”에 어긋나는 것은 결코 아니다.

사학분쟁조정위원회의 심의와 관련하여 상지대의 정상화 과정을 살펴보면, 사학분쟁조정위원회가 사립학교법 제24조의3에 근거하여 상지대 정상화 방안을 심의한 결과는 2007.5.17. 상지대 판결을 참조한 바가 크다는 것을 알 수 있다. 사학분쟁조정위원회는 동 판결 중 “중전이사는 보통 학교법인의 자주성과 정체성을 확보하는 임무와 가장 근접한 위치에 있는 자라 할 수 있으므로, 이처럼 학교법인의 정체성과 자주성을 대변할 지위에 있다고 할 수 있는 중전이사”라고 한 것<sup>51)</sup>과 “비리를 저지른 학교법인의 임원이라도 그에 합당한 민·형사상의 책임을 묻고 행정적 제재를 부과 받는 것 이외에 이를 시정하

50) 홍정선, 앞의 책, 1010쪽.

51) 대법원 2007.5.17. 선고, 2006다19054 전원합의체판결의 다수의견.



기 위한 수단이 지나쳐 학교법인의 정체성을 뒤바꾸는 단계에 이르면 위험적인 상태를 초래”하는 것이 된다고 한 것<sup>52)</sup>을 근거로 하여 김문기씨 측을 종전이사로 보고 이사 정수의 5/9에 해당하는 이사의 추천권을 할당하기로 함으로써<sup>53)</sup> 상지학원의 정체성과 자주성을 구현하는 방안을 선택하였다.

사학분쟁조정위원회의 이러한 선택에 대하여, 상지대 사건 판결의 다수의견이 “임시이사에 의한 정이사 선임을 무효로 하고 이에 대해 종전이사가 학교법인의 정체성을 대변할 지위에서 소를 제기할 이익이 있다는 것뿐이고 종전이사가 법인운영권을 갖는지 등에 대해서는 명확하게 말하고 있지 않다”면서 “종전이사의 비리가 심각한 것이 아닐 경우 복귀가 가능하다는 취지의 사학분쟁조정위원회의 주장은 다수의견 어디에서도 찾아볼 수 없는 내용이며, 사학분쟁조정위원회 결정의 주된 근거는 2인 대법관의 보충의견에 있음을 알 수 있다”고 함으로써 사학분쟁조정위원회의 선택이 다수의견이 아닌 보충의견에 기초하고 있다는 비판이 있다.<sup>54)</sup> 그러나 위에서도 살펴본 바와 같이 판결의 결론인 주문에 이르는 논리의 구성에 있어서 다수의견에 대한 보충의견은 다수의견에 대하여 보완적인 것으로 파악해야 하므로 이러한 비판은 옳지 않다. 설사 보충의견에서 아이디어를 차용하였다 하더라도 다른 법령에 위반되는 것이 아니라면 사립학교법 제24조의3의 임시이사가 선임된 학교법인의 정상화 방안의 선택에 대한 사학분쟁조정위원회의 권한 범위 내에 속하는 것이라고 보아야 한다. 또한 상지대 사건 판결의 다수의견이 종전이사에게 학교법인의 정체성을 대변할 지위에 있다고 했을 뿐 그것이 이사회 관반수라거나 다른 어떤 방식을 특정하지 않았다는 이유로 사학분쟁조정위원회의 선택을 비난할 수는 없는 것이다. 왜냐하면 대법원은 권리관계의 존부 및 적법성 여부를 최종적으로 판단하는 사법기관이지 행정적 지침을 정할 권한을 보유하는 감독기관으로서의 상급 행정청의 지위를 갖지 않기 때문에 학교법인의 정

52) 위 다수의견에 대한 김황식, 박일환의 보충의견.

53) 그러나 현재의 제반사정을 고려할 때 종전이사측이 추천한 이사 후보들만으로 5/9의 이사 비율을 충족하기에는 심히 미흡하다고 판단하여 종전이사측이 추천한 이사 후보 중에서는 4/9의 정이사만을 선임하고 그 1/9은 정당하고 합리적으로 학교운명을 할 수 있는 신뢰할만한 인사가 추천될 때까지 관할청이 추천한 중립적 인사를 임시이사로 파견하였다.

54) 송기춘, 김명연, 앞의 논문, 245쪽.

체성을 실현하는 방법을 지정해 줄 수 없기 때문이다.

따라서 사학분쟁조정위원회의 정식이사 선임원칙을 대법원 판결이 구체적으로 명시하지 않고 있다는 이유로 사학분쟁조정위원회의 정식이사 선임원칙의 결정이 위법하다고 할 수는 없다. 결론적으로 현행 사립학교법 하에서는 상지대와 관련한 사학분쟁조정위원회의 정식이사 선임원칙은 위법하지 않다고 보아야 한다.

#### 4. 비교판례 분석 — Trustees of Dartmouth College v. Woodward<sup>55)</sup>

이 사건은 뉴햄프셔(New Hampshire)주 의회가 1769년 영국의 George III에 의해 설립허가 된 다트머스대학(Dartmouth College)의 정관(Corporate Charter)의 내용을 개정하여 이사(trustee)의 수를 12인에서 21인으로 증원함과 동시에 새로이 증원된 9인의 이사에 대하여는 주가 임명권을 갖도록 하고, 이사들의 중요한 업무에 관한 의사결정을 조사하고 통제하기 위해 주지사가 임명하는 자로 구성하는 감사위원회(Board of Overseers)를 신설하는 내용의 법률안을 통과시키자, 현직 이사들은 새로운 법률 하에서의 이사들로부터 법인의 회계기록(Corporate Books), 직인(Seal) 기타 재산을 회복하기위하여 Wheelock총장의 측근인 Woodward (비서 겸 재무이사)를 상대로 소송을 제기함으로써 전·현직 경영진 사이에 벌어진 경영권 다툼이다.

쟁점은 다트머스대학의 설립근거가 된 설립허가서(Royal Charter)는 미연방헌법의 “계약조항(Contract Clause)”<sup>56)</sup>의 의미에 포함되는 계약인가, 계약조항의 계약에 포함되는 것이라면 뉴햄프셔주 입법행위가 그 계약의 내용을 훼손한 것으로서 위헌인가 하는 문제와, 현직 이사들은 뉴햄프셔주 헌법 하에서 보상 없이는 박탈당하지 않는 기득권을 가지고 있는가 하는 것이다.

이에 대하여 미연방대법원은 뉴햄프셔주의 관련입법은 미연방헌법에 어긋난다는 판결을 내림으로써 미국 법체계에서의 사학의 자주성의 기틀을 확립

55) 17 U.S. (4 Wheat) 518 (1819).

56) 이른바 계약조항은 “어떤 주도 . . . . 처분법률(Bill of Attainder)이나 소급입법(Ex Post Facto Law) 또는 계약상의 의무를 훼손하는 법률(Law impairing the Obligation of Contracts)을 제정할 수 없다”고 규정하고 있다. U.S. CONST. art. I, sec. 10. 참조.

하는 선례를 남긴 바 있다.

미연방대법원은 다트머스대학은 공립대학이 아니라 사립의 자선단체(Charitable Institution)이기 때문에 비록 국가가 그 당사자일지라도 헌법상의 사적계약에 불과하며, 국가가 인허한 대학 법인정관은 미연방헌법 제1조 제10항이 의미하는 계약의 범위 내에 속한다고 하였다.

따라서 州 입법부는 州가 인허한 법인정관에 명시적으로 변경권을 유보하지 않았으면 공공의 이익을 추구하기 위한 경우에도 그 조항을 변경할 수 없다고 하여 사립대학의 공공성의 한계를 제시하였다.

연방대법원의 다트머스대학 사건에서의 법률적 추론을 보면,<sup>57)</sup> 대학의 설립자들은 출연재산으로부터 절연되고, 그 대표자들(즉 이사들, trustees)도 그 재산에 대한 아무런 이해관계를 갖지 않으며, 자선목적의 신탁에 있어 출연자들과 설립자들도 역시 그 자선단체가 설립되는 순간에 모든 권리가 박탈되는 것이므로, 연방대법원은 개별적 이사들은 그 책임 하에 자선단체(Dartmouth College)를 경영하지만, 개인적으로나 사적으로 아무런 혜택(Beneficial Interest)도 갖지 않는다고 보았다. 따라서 뉴햄프셔주의 입법에 의하여 보상을 필요로 하는 사유재산권 침해가 있었다는 주장은 이유가 없다고 하였다.

사립대학을 운영하는 학교법인의 설립을 신탁관계의 설정으로 보는 미국 법제의 경우와 대학을 설치·경영하는 것을 법인설립의 본질적인 목적으로 하는 우리 법제상의 차이에도 불구하고, 다트머스대학 사건 판결에서 사학의 공공성을 근거로 하는 학교법인 운영권을 규제하는 헌법적 근거의 범위를 밝히는 데 시사점을 찾을 수 있을 것이다. 즉, 다트머스대학 사건은 대학을 관리하는 모든 권한을 대학이사회로부터 뉴햄프셔 주정부로 이관시킨 것과 관련하여 사립대학의 운영에 대한 국가의 개입권의 한계를 다룬 사건<sup>58)</sup>으로서 사립학교 운영주체의 변경을 초래해가면서까지 그 운영의 투명성과 공공성의 제고를 위한 법적장치를 제도화한 우리 사립학교법 제25조의 3(임시이사

57) David Villar Patton, The Queen, the Attorney General, and the Morden Charitable Fiduciary: A Historical Perspective on Charitable Enforcement Reform, 11 U. FLA. J. L & PUB. POL'Y 131, 162 (Spring, 2000).

58) David P. Currie, The Constitution in the Supreme Court: State and Congressional Powers, 1801-1835, 49 U. CHI. L. REV. 887, 907 (Fall, 1892) 참조.

선임된 학교법인의 정상화)의 규정과 기초적 사실관계가 유사한 사건으로 볼 수 있다.

물론 다트머스대학 사건의 경우는 특정 학교법인의 정관을 변경시키는 뉴햄프셔주 입법부의 행위 자체가 연방헌법상의 계약보호조항에 어긋난다는 것이지, 감사위원회의 신설이나 9명의 추가적 이사에 대한 주지사의 임명권 부여 등 뉴햄프셔주 입법내용이 헌법질서에 어긋난다는 내용의 판결이 아니다. 그러나 결론적으로 감사위원회의 신설, 9명의 추가적 이사에 대한 주지사의 임명권 부여 등의 입법적 조치가 위헌이라는 결론에 도달한다. 연방헌법상으로 교육에 관한 권리는 개인 또는 단체의 근본적인 권리(fundamental right)에 속하지 않는다. 또한 교육에 관한 문제는 “일반적 공권력(general police power)”의 대상이 되는 문제인바, 미연방헌법 수정 제10조에 의하여 일반적 공권력은 연방헌법에 특별한 규정이 없는 한 개별 주정부에 부여되어 있다. 따라서 미연방대법원은 교육의 공적 기능에 착안한 국가의 규제가 과도하여 비례원칙에 어긋난다 하더라도 위와 같은 이유로 그러한 규제가 연방헌법에 위반된다는 판단을 할 수는 없다. 다트머스대학 사건에서 사립대학을 규제하는 문제의 뉴햄프셔주 법률이 헌법에 어긋나는 이유는 바로 국가가 사인 상호간의 계약 또는 국가와 사인 사이의 계약의 내용을 침해해서는 아니 된다는 연방헌법상의 계약조항에 위반하였기 때문이다.

#### IV. 사립대학의 경영분규에 대한 국가개입권의 한계

##### — 학교법인의 정상화 과정에서의 국가개입권의 한계

위에서 살펴본 바와 같이 임시이사가 선임된 학교법인의 정상화 방안 중, 임시이사에 의한 정식이사 선임을 통한 정상화는 상시대 사건 판결로 인하여 더 이상 통용되기 어렵다. 사립학교법 제11조 및 민법 제44조에 의한 정관보충제도를 통한 정상화가 가능할 수 있으나 임시이사가 선임된 학교법인의 정

상화에 관한 규정인 사립학교법 제25조의3이 사립학교법 제11조 및 민법 제44조에 대한 특별법의 성격을 띠고 있다. 따라서 현행법체제 하에서는 우선적으로 사학분쟁조정위원회의 심의를 통하여 관할청인 교육과학기술부장관이나 교육감이 정상화 방안을 결정하는 구조라고 할 수 있다.<sup>59)</sup> 이러한 관점에서 이하에서는 사립학교법 제25조의3에 의한 임시이사가 선임된 학교법인의 정상화 방안을 중심으로 사립대학의 경영분규에 대하여 국가가 개입하는 권한의 한계에 대하여 검토해 보기로 한다.

### 1. 임시이사제도의 위헌성(違憲性) 여부에 대한 검토

우리 사립학교법상의 임시이사제도의 연혁을 살펴보면, 1963. 6. 26. 제정 사립학교법 제25조에 “문교부장관은 학교법인이 이사의 결원보충을 하지 아니한 경우<sup>60)</sup>, 이로 인하여 당해 학교법인의 목적을 달성할 수 없거나 손해가 생길 염려가 있다고 인정할 때에는 이해관계인의 청구 또는 직권에 의하여 임시이사를 선임하여야 한다”고 규정한 이래 2005. 12. 29. 개정 사립학교법 이전까지는 커다란 변화 없이 비슷한 내용을 유지해 왔다.<sup>61)</sup>

2005. 12. 29. 개정 사립학교법에서는 임시이사의 선임사유를 “학교법인이 이사의 결원보충을 하지 아니한 경우”에서 “학교법인이 이사의 결원보충을 하지 아니하여 학교법인의 정상적 운영이 어렵다고 판단될 때”로 변경하고 “제20조의2의 규정에 의하여 학교법인의 임원취임 승인을 취소 한 때”와 “제25조의2의 규정에 의하여 임시이사를 해임한 때”를 임시이사의 선임사유에 추가 하였고, 임시이사의 재임기간을 임시이사의 선임사유가 해소될 때까지

59) 앞에서 본 바와 같이 민법상의 정관보충제도에 의하여 학교법인을 정상화하는 것은 감사의 청구에 의하여 법원이 이사의 선임을 결정할 수 있다는 점에서 공정성이 확보될 수 있는 방안이라는 점에서 선택이 불가능한 방안은 아니다. 그러나 현실적으로는 사립학교법 제25조의3에 의하여 학교법인을 정상화하는 것이 일반적이라 할 것이다.

60) 1963. 6. 26. 제정 사립학교법부터 2012. 1. 26. 개정 사립학교법까지 일관되게 “이사 또는 감사 중에 결원이 생긴 때에는 2월 이내에 이를 보충하여야” 하는 것으로 하고 있다. 임원보충에 관한 규정은 그 내용 뿐 아니라 조문의 위치(제24)도 50여년의 사립학교법의 역사에도 불구하고 동일하다.

61) 다만, 1990. 12. 27. 개정 사립학교법에서 이사보충의 주체가 ‘문교부장관’에서 ‘교육부장관’으로 바뀌었고, 1999. 8. 31. 개정 사립학교법에서 임시이사의 자격제한 조항, 재임기간 조항, 임시이사 선임사유의 조속한 해소를 위한 노력의무 조항이 추가된 정도이다.

재임하도록 하면서 임시이사체제가 장기화 되는 것을 막기 위하여 재임기간을 2년 이내로 하되 1차에 한하여 연임할 수 있도록 한 단서규정(1999. 8. 31. 개정 사립학교법 제25조 제3항)을 삭제하여<sup>62)</sup> 사실상 재임기간을 무한정으로 연장하였다(제25조). 또 2005. 12. 29. 개정법에서는 일정한 경우 임시이사의 전부 또는 일부를 해임할 수 있는 임시이사 해임제도를 신설하였으며(제25조의2), 무엇보다도 중요한 내용으로서 선임된 임시이사의 선임사유가 해소되었다고 인정할 때에는 지체 없이 임시이사를 해임하고 이사를 선임하여야 한다고 함으로써 임시이사가 선임된 학교법인의 정상화에 관한 규정을 신설하였다(제25조의3).

2007.7.27. 개정법에서는 임시이사가 선임된 학교법인의 정상화 절차에 관하여 사학분쟁조정위원회의 심의를 거치도록 함으로써 사학분쟁조정위원회의 설치근거를 마련하였다. 즉, 2005.12.29. 개정법상의 학교법인 정상화 과정에서는, 관할청은 선임된 임시이사의 선임사유가 해소되었다고 인정할 때에는 지체 없이 임시이사를 해임하고 이사를 선임하여야 하고, 정이사를 선임함에 있어서는 상당한 재산을 출연하거나 학교 발전에 기여한 자 및 학교운영위원회 또는 대학평의위원회의 의견을 들어 이사의 3분의1 이상은 초·중등학교는 학교운영위원회가, 대학은 대학평의위원회가 추천하는 자로 선임하도록 하였다(제25조의3). 그러나 2007.7.27. 개정법상의 학교법인 정상화 과정에서는 우선, 임시이사의 선임사유를 보완하였고(제25조 제1항 제2호),<sup>63)</sup> 임시이사의 재임기간에 대해서는 2005.12.29. 개정법에서 임시이사 선임사유가 존재하는 한 사실상 무제한으로 하였던 것을 다시 3년을 초과할 수 없도록 하였다. 무엇보다도 2007.7.27. 개정법에서는 임시이사가 선임된 학교법인의 정상화 과정에서는 임시이사의 해임 뿐 아니라 정이사의 선임에 관할청은 반드시

62) 이 사건 법률조항이 “임시이사의 재임기간은 2년 이내로 하되, 1차에 한하여 연임할 수 있다”고 규정한 것은 임시이사제도의 본질을 벗어나 임시이사의 재임기간을 불합리하게 장기화하는 것이고, 교육인적자원부장관으로 하여금 학교법인의 운영을 장기간 지배하게 함으로써 학교법인의 자주성과 자율성을 근본적으로 침해하므로 헌법에 위반된다는 헌법재판소의 결정이 있었다. 헌재 2009.04.30, 2005헌바101, 판례집 제21권 1집 하, 23, 24.

63) 즉, 제20조의2에 따라 임원취임승인을 취소하더라도 제18조에 따른 이사회 의결정족수를 초과하는 이사에 대하여 임원취임 승인이 취소된 경우가 아니면 임시이사의 선임사유에 해당하지 않음을 명시하였다(제25조 제1항 제2호).

사학분쟁조정위원회의 심의를 거치도록 한 것이 획기적인 변화이다. 그리고 임시이사의 선임사유가 해소되었다고 인정한 때에는 사학분쟁조정위원회의 심의를 거쳐 지체 없이 임시이사를 해임하고 이사를 선임하도록 함으로써 시간적인 요건을 새로이 부과한 것이 특징이다. 그리고 지난 2012. 1. 26.에도 임시이사의 선임사유에 관한 사립학교법의 개정이 있었다.<sup>64)</sup>

학교법인은 민법상 재단법인의 일종으로서 재단법인법의 영역에서는 사적 자치의 자유를 누리고, 또한 국가에 대한 관계에서는 기본권을 주장할 수 있는 사법인(私法人)으로서의 성격을 갖고 있으며, 학교법인에게는 구체적으로 사학의 설립 및 운영의 자유, 재산권 등이 인정되는데, 우리 헌법은 사학의 설립 및 운영의 자유에 대한 별도의 규정을 두지는 않고 있으나 헌법 제10조(일반적 행동의 자유), 제31조 제1항(교육받을 권리), 제31조 제4항(교육의 자주성·전문성·정치적 중립성 및 대학의 자율성) 등에 의하여 인정되는 기본권이라 할 수 있다. 학교법인의 이러한 지위를 보장하기 위하여 그 운영 시 설립 당시의 설립자의 의사, 즉 설립목적에 존중함이 마땅하고, 이러한 학교법인의 설립목적은 그 의사결정기관 및 의사집행기관을 구성하는 자연인인 이사들에 의하여 실현되는 것이므로, 설립자가 최초의 이사들을, 그 다음에는 그 이사들이 후임이사들을, 또 그 다음에는 그 후임이사들이 자신의 후임이사들을 선임하는 방식으로 순차적으로 이사를 선임함으로써 학교법인의 설립목적이 영속성 있게 실현되도록 하는 것이 학교법인의 이사 제도의 본질임은 앞에서 본 바와 같다.<sup>65)</sup> 따라서 임시이사제도가 설립목적 실현의 영속성을 확보하는 수단인 이사선임의 순환과정을 학교법인으로부터 박탈한다는 측면에서 위헌성 논란이 제기될 수 있다.

헌법재판소는 사립학교법 제25조 제3항(임시이사의 임기조항)에 대한 위헌 소원에서 임시이사제도는 위기사태에 빠진 학교법인을 조속한 시일 내에 정상화시킴으로써 학생들의 수험권이 침해되는 것을 방지하려는 데 그 제도적

64) 제25조 제1항 제2호. “제20조의2에 따라 학교법인의 임원취임 승인을 취소한 때. 다만, 제18조 제1항에 따른 이사회 의결정족수를 초과하는 이사에 대하여 임원취임 승인이 취소된 때에 한한다.”

65) 2007.5.17. 선고 2006다19054 전원합의체 판결.

취지가 있으므로 그 입법목적의 정당성을 인정할 수 있고, 임시이사는 설립 목적의 본질적인 변경이나 임시이사 선임사유 해소 시의 정식이사 선임과 같이 학교법인의 일반적인 운영을 넘어서는 사항을 결의할 수 없는 등 그 권한에 내재적인 한계가 있으며, 학교법인의 이해관계인은 교육인적자원부장관에게 임시이사 해임신청을 하고 그 거부처분에 대하여 항고소송으로 다룰 수 있는 등 임시이사 체제가 부당히 장기화되는 것을 방지하기 위한 법적 수단들이 마련되어 있다고 함으로써 임시이사제도 자체의 합헌성을 간접적으로 인정하고 있다.<sup>66)</sup>

그러나 현실적으로 임시이사제도의 위헌성이 문제되는 것은 임시이사제도 그 자체보다는 임시이사제도가 관할청의 폭넓은 재량을 제어하기 어려운 방식으로 운용된다는 운용의 메커니즘 측면이다. 즉, 제25조의 임시이사제도가 제20조의2의 임원취임 승인취소제도와 연계되어 운용됨으로써 제20조의2의 규정에 의거하여 이사 전원을 해임하고 제25조에 의해 임시이사를 선임하게 되면, 그 다음의 과정으로서 학교법인의 정상화가 어떤 방식으로 이루어지느냐에 따라 결과적으로는 사립학교법인을 사실상 사회화할 위험성이 없지 않다.<sup>67)</sup> 그렇게 되면 학교법인의 공공성을 해치지 않는 범위 내에서 그 자주성은 최대한 존중되어야 한다는 헌법 정신에 어긋나서 임시이사제도 자체의 위헌성을 배제할 수 없게 된다.

## 2. 사학분쟁조정위원회 제도의 위헌성 여부에 대한 검토

2005.12.29. 개정 사립학교법에는 사학운영의 민주성·공공성·투명성을 높인다는 취지하에 개방이사제도의 도입, 비리임원 복귀제한 강화를 비롯하여 임시이사 선임 주체의 장관에서 관할청으로의 변경, 임시이사의 임기제 폐지(제25조 제1항), 임시이사 파견법인의 정상화 방법 규정(제25조의3) 등 임시

66) 2009. 4. 30. 2005헌바101 전원재판부.

67) 강경근, 헌법적 관점에서 본 대법원 '상지학원판결'의 의미, 고시계, 2007.7, 5쪽. 강경근 교수는 더 나아가 임원취임승인취소 내지 임시이사제도는 학교법인 설립자와 학교법인에게 설립 당시에 헌법적으로 인정되었던 교직원 인사권, 재정권, 규칙제정권, 감사권 등을 사후에 법률로 박탈하여 법치주의의 한 내용인 신뢰보호원칙에 위배된다고 한다.



이사 관련조항들이 많이 포함되어 있었다. 그러나 종교계와 사학법인측의 거센 반발에 부딪혀 제대로 시행조차 되지 못한 채 임시이사와 관련된 규정의 재개정, 특히 임시이사의 선임주체를 법원으로 할 것을 내용으로 하는 사립학교법 재개정안이 발의되었고,<sup>68)</sup> 마침내 타협의 산물로서 2007.7.27. 개정법에서 사학분쟁조정위원회가 법제화되기에 이르렀다.

위에서 검토한 바와 같이 사학분쟁조정위원회가 상시대 정상화와 관련하여 수립한 정식이사 선임원칙은 위법하지 않다. 그러나 사학분쟁조정위원회의 결정이 헌법상 위법하지 않다는 것과 그 구성이나 운영이 합헌적 내지 합법적이나 하는 것은 별개의 문제이다.

우선 사학분쟁조정위원회의 구성에 문제가 있다. 법 제24의2 제4항은 사학분쟁조정위원회의 심의결과가 관할청을 구속하도록 하여 사학분쟁조정위원회를 합의제 의결기관으로 구성하고 있다. 즉, 관할청은 사학분쟁조정위원회의 심의결과에 따라야 하고, 다만, 심의결과에 이의가 있는 경우에는 조정위원회에 재심을 요청할 수 있으며 그 재심 결과를 수용하여야 한다. 그 결과 교육과학기술부의 교육에 관한 권한 중 임시이사의 임면, 임시이사 파견법인의 정식이사 선임에 대해서는 사학분쟁조정위원회가 행사하는 결과가 된다.<sup>69)</sup> 여기서 법 제24조의3에 의하여 사학분쟁조정위원회는 대통령이 추천하는 자 3인, 국회의장이 추천하는 자 3인, 대법원장이 추천하는 자 5인 등 11인으로 구성되며, 위원장은 대법원장이 추천하는 자 5인 중에서 호선으로 한다는 사학분쟁조정위원회의 구성의 위헌성이 문제되지 않을 수 없다. 즉, 적어도 임시이사의 임면과 정상화 학교법인의 정식이사 선임에 관하여는 사실상 사법부가 이니셔티브를 쥐는 것이 되어 권력분립의 원칙과 행정의 책임성 확보라는 측면에서 사학분쟁조정위원회의 구성은 헌법에 위반될 소지가

68) 한나라당 이재오 의원의 대표발의 개정안(2006. 2. 24)으로서 임시이사의 선임주체를 법원으로 제안한 것은 행정부에 대한 불신에서 비롯된 것이다. 즉, 임시이사제도는 이사의 결원이나 분규 등으로 학교의 경영이 불가능한 경우에 최소한으로 개입할 수 있는 한시적·임시적 제도임에도 불구하고 지금까지의 임시이사제도의 운용현황을 보면, 임원취임의 승인취소 및 임시이사 선임권의 행사가 관할청에 의하여 남용됨으로써 사학의 자율성·독자성을 확보할 수 없었다는 것이다. 김보엽, 사학분쟁조정위원회 법제화 과정에 대한 역사적 제도적 분석, 교육법학연구, 제20권 제1호, 2008, 17쪽.

69) 임재홍, 앞의 논문, 276쪽.

크다.<sup>70)</sup>

또한 사학분쟁조정위원회는 사립학교법에 따라 대통령·국회의장·대법원장 등 3부 요인의 제청으로 임명된 11인의 위원으로 구성되는 준사법기관적 독립위원회이며, 사분위의 조정결정은 재판절차에 준하는 합법적 절차에 따라 내려지는 창설적·준사법적 성격의 강제조정결정이라고 함으로써<sup>71)</sup> 스스로의 법적 지위를 준사법적 분쟁해결기구라고 보고 있다. 사학분쟁조정위원회가 준사법적 기구라면 그 심리절차에는 사법적 절차가 적용되어야 하고, 대심적 심리구조, 당사자의 절차적 권리보장 등의 면에서 사법절차의 본질적 요소가 갖추어져야 한다. 그러나 사립학교법에는 학교법인의 정상화 절차에 관한 대심적 심리구조나 당사자의 절차적 권리 보장 등 준사법적 절차에 대한 규정이 없을 뿐 아니라<sup>72)</sup> 사법절차의 준용에 관한 규정도 없는 점에서 사학분쟁조정위원회의 법적 성격에 따른 운용 절차상의 합헌성을 담보하기가 어려울 것이다.

### 3. 시민법(계약법) 원리에 의한 사법적(司法的) 규율 가능성 검토

학교법인의 운영권을 재산권적 측면에서 바라보게 되면 사립학교법인의 법률관계는 민법에 의한 규율이 타당하다는 주장이 가능하다. 이러한 시각에 의하면 임시이사 임면이나 임시이사 선임된 학교법인의 정상화에 관해서는 법원의 관할 하에서 민법이나 민사소송절차에 의하여 해결되어야 하는 것으로 보게 된다.<sup>73)</sup> 또한 재산권 보장에 관한 헌법 제23조와 계약의 자유 내지는 사적 자치의 헌법적 근거가 되는 일반적 행동의 자유에 관한 헌법 제10조는 사립학교에 대한 국가의 감독권의 한계를 엄격하게 설정할 것을 요구한다고 할 수 있다.

또한 비교법적으로 보면, 미연방대법원은 다투머스대학 사건에서 “다트머

70) 임재홍, 앞의 논문, 277쪽.

71) 사학분쟁조정위원회, 『상지학원 정상화 결정에 대한 참고자료』, 2010. 11쪽

72) 사학분쟁조정위원회의 심의절차에 당사자가 존재하는지 여부가 의문이다. 특히, 임시이사 파견된 학교법인에 임시이사의 선임사유가 해소되어 정이사를 선임하는 학교법인의 정상화 절차에는 애당초 분쟁의 당사자조차 존재하지 않는다.

73) 임재홍, 앞의 논문, 295쪽.

스대학은 공립대학이 아니라 사립의 자선단체(Charitable Institution)이기 때문에 비록 국가가 그 당사자일지라도 헌법상의 사적계약에 불과하며, 국가가 인허한 대학 법인정관은 연방헌법 제1조 제10항이 의미하는 계약의 범위 내에 속한다”고 하면서 州 입법부는 법인정관에 명시적으로 변경권을 유보하지 않았으면 공공의 이익을 추구하기 위한 경우에도 그 조항의 내용을 변경할 수 없다고 하여 사립대학의 공공성의 한계를 제시하였다.<sup>74)</sup>

우리 대법원도, 구 사립학교법 제25조<sup>75)</sup>는 민법 제63조의 내용과 비교해 볼 때 학교법인의 임시이사에 대한 특칙이라 할 수 있는데, 이처럼 기본적으로 민법상의 재단법인의 일종으로 이해되는 학교법인에 대하여 민법 제63조에 대한 특칙으로서 임시이사의 선임사유, 임무, 재임기간 그리고 정식이사로의 선임제한 등에 관한 별도의 제한적인 규정을 두고 있는 것은, 궁극적으로는 교육의 자주성·전문성·정치적 중립성 및 대학의 자율성을 보장한다는 헌법 제31조 제4항에 따라 인정되는 학교법인의 설립자 및 학교법인, 그리고 그 운영주체인 이사들의 사학의 자유, 즉 사학의 설립 및 운영의 자유를 두텁게 보장하려는 취지라고 이해할 수 있으며, 따라서 학교법인은 민법상 재단법인의 일종으로서 재단법인법의 영역에서 사적 자치의 자유를 누린다고 한 바 있다.<sup>76)</sup> 이렇게 학교법인의 영역을 사적 자치의 영역으로 보는 경우에는 행정적인 감독보다는 사후적으로 사법적(司法的) 통제를 하는 것이 권리주체의 자율성 보장을 위하여 보다 바람직한 것으로 보이기 때문에 사립학교의 공공성을 강조하여 이사의 선임 등 학교법인의 운영에 관하여 국가가 처음부터 개입하는 것은 타당하지 않다고 보게 된다.<sup>77)</sup>

한편, 사학분쟁조정위원회 산하의 법률특위도 “사학의 설립자가 생존해 있더라도 ..... 설립자 이후 정상적인 승계과정을 거쳐 종전이사가 취임하였다가 임시이사가 파견된 경우에는 설립자의 의견을 최우선으로 여길 것이 아니라 종전 이사의 의견을 일응의 기준으로 삼아야 함은 각종 민사법상 분쟁 해결

74) Trustees of Dartmouth College v. Woodward, 17 U.S. (4 Wheat) 518 (1819).

75) 구 사립학교법(2005. 12. 29. 법률제 7802호로 개정되기 전의 것).

76) 대법원 2007. 5. 17. 선고 2006다19054 전원합의체 판결.

77) 임재홍, 앞의 논문, 297쪽.

의 원칙상 너무나 당연한 것”이라고 함으로써 임시이사가 선임된 학교법인의 정식이사 선임문제를 민사분쟁으로 이해하고 있다.<sup>78)</sup>

물론 다트머스대학 사건에서 보는 바와 같이 미국의 경우에는 사립학교의 설립·운영이 신탁의 법리에 의하여 규율되고 있다는 점에서 학교법인의 형태로 운영되는 우리의 사립학교 제도와는 상당한 차이가 있다. 따라서 사립대학의 법률관계를 계약관계로 규율하는 다트머스대학 사건 판결의 법리를 그대로 수용하기는 어려우나, 관할청에 의한 정식이사 선임행위에는 공법적 측면 뿐 아니라 사법적 측면도 있으므로, 적어도 사립대학의 경우에는 자율성의 보장이라는 측면에서 임시이사제도의 운용과 학교법인 정상화 방안에 대한 규율을 시민법적·계약법적 법리로 전환하는 것이 하나의 과제라고 본다.

## V. 결 론

국가가 사립학교의 경영분류에 개입하는 주된 수단으로 이용되는 사립학교법 제20조의2 및 제25조의 규정에 의한 임원취임승인 취소의 제도 및 임시이사제도는 법 제25조의3의 규정에 의한 임시이사가 선임된 학교법인의 정상화 규정과 결합하면 학교법인의 경영권을 과도하게 제한함으로써 학교법인의 사회화까지 초래할 가능성이 있다. 학교법인의 자주성과 공공성을 조화한다는 차원에서, 굳이 상지대 사건 판결의 법리를 원용하지 않더라도, 비리를 저지른 학교법인의 임원에 대하여 그에 합당한 민·형사상의 책임을 물음과 동시에 행정적 제재를 부과함으로써 사학의 공공성을 확보하는 수준을 넘어서 자의적(恣意的)인 정식이사 선임을 통하여 학교법인의 정체성까지 바꾸는 단계에 이르면 위헌적인 상태가 된다고 보아야 한다.

사학분쟁조정위원회의 심의절차에서의 자의성을 억제할 제도적인 장치가 미흡하기 때문에 임시이사의 임면 및 학교법인의 정상화, 즉 정식이사 체제로

78) 사학분쟁조정위원회 산하 법률특위, 「학교법인 정상화 추진 관련 쟁점 검토」, 5쪽.

의 전환 등을 법원의 관할로 하는 것이 바람직하다고 할 수 있다. 이러한 문제를 법원의 관할로 하기 위해서는 법률을 개정하는 것이 가장 확실한 방법일 것이나 사학의 공공성을 해치지 않는 범위에서 학교법인의 법률관계를 민사문제로 범리구성을 하는 것도 하나의 방법이라고 본다. 예컨대, 비리 임원에 대하여 엄격한 민·형사 책임을 부과하여 비리를 억제함으로써 사학의 공공성을 확보하는 한편, 임원자격의 결격제도를 엄격하게 활용하여 비리임원을 경영진에서 배제한다면 학교법인 경영의 권리·의무에 관한 법률관계를 순수한 민사문제로 처리할 수 있는 기반이 될 수 있을 것이다.

투고일 : 2012. 3. 31.

심사일 : 2012. 4. 28.

게재확정일 : 2012. 5. 3.

## 참고문헌

- 강경근, 헌법적 관점에서 본 대법원 '상지학원판결'의 의미, 고시계, 2007.7.
- 고영남, 학교법인의 정상화에 관한 종전이사의 이해관련성, 민주법학 통권42호, 민주주의법학연구회, 2007.
- 교육과학기술부장관·사학분쟁조정위원회, 『상지대 정이사 선임 관련 교육과학기술위원회 의원 공개 질의에 대한 답변』, 2010. 8.
- 김명연, 사학분쟁조정위원회의 법적 지위와 학교법인의 정상화, 법학논총, 제31집 제1호, 전남대 법학연구소, 2011.
- 김보엽, 사학분쟁조정위원회의 법제화 과정에 대한 역사적 제도적 분석, 교육법학연구, 제20권 1호, 대한교육법학회, 2008.
- 배병일, 사립대학 임시이사의 선임에 관한 연구, 교육법학연구 제17권 1호, 대한교육법학회, 2005.
- 사학분쟁조정위원회, 상지학원 정상화 결정에 대한 참고자료, 2010.
- 송기춘, 김명연, 사학분쟁조정위원회의 대법원 판례 해석과 정이사 선임원칙 등의 문제점, 민주법학 제46호, 민주주의법학연구회, 2011.
- 이상규, 신행정법론(상), 법문사, 1997.
- 이시우, 사립학교운영과 사립학교법, 교육법학연구, 제13호, 대한교육법학회, 2001.
- 임재홍, 사학분쟁조정위원회의 위헌성과 그 개편방향, 민주법학 제46호, 민주주의법학연구회, 2011.
- 조상희, 학교법인의 임원해임청구 대표소송 도입 검토, 교육법학연구, 제22권 2호, 대한교육법학회, 2010 .
- 홍정선, 행정법원론(상), 박영사, 2011.
- 황준성, '사학의 자유'에 대한 재해석 연구, 교육법학연구, 제19권 2호, 대한교육법학회, 2007.

Bruce Pardy, Separation of Powers within the Ivory Tower - An

Organizing Principle for University Governance, 5 Rutgers J. L. & Pub. Pol'y 372 (2008).

David P. Currie, The Constitution in the Supreme Court: State and Congressional Powers, 1801-1835, 49 U. Chi. L. Rev. 887 (Fall, 1892).

David Villar Patton, The Queen, the Attorney General, and the Morden Charitable Fiduciary: A Historical Perspective on Charitable Enforcement Reform, 11 U. Fla. J. L. & Pub. Pol'y 131 (Spring, 2000).

J. Douglas Brown, The Liberal University: An Institutional Analysis (1969).

Nancy B. Rapoport, Of Cat-Herders, Conductors, Tour-Guides, and Fearless Leaders, 33 U. Tol. L. Rev. 161 (2001).

Patrick Monahan, Constitutional Law (2d ed. 2002).

<국문요약>

**사립대학의 경영분규에 대한 국가 개입권의 한계**  
**- 사립학교법상의 임시이사가 선임된 학교법인의**  
**정상화 방안을 중심으로 -**

이 중 근

이 글의 목적은 경영분규가 일어난 사립대학을 정상화시키는 과정에서 소홀히 다루어질 수 있는 학교법인 또는 설립자 및 경영분규 대학의 관련 이사진들의 법적 권리를 조명해보는 것이다. 우리 헌법 제31조 제4항은 “교육의 자주성·전문성·정치적 중립성 및 대학의 자율성은 법률이 정하는 바에 의하여 보장된다”고 하여 교육의 자주성 및 대학의 자율성(대학의 자치)을 보장하고 있다. 대학의 자치와 관련해서 오늘날 가장 중요한 문제 중의 하나로 부각되고 있는 것이 교육행정권이다.

사립대학과 관련하여 대학의 자치를 논의하는 경우에는 다음의 두 가지 관점을 염두에 둘 필요가 있다. 하나는, 사립대학 관련 문제에 대하여 계약의 자유를 중심으로 사적 자치에 입각한 시민법 원리를 적용할 것인가 아니면 헌법상의 기본권 내지 제도적 측면에서 접근하여 대학의 자치보장 측면에서 접근할 것인가 하는 점이고, 다른 하나는, 사립대학의 설립행위를 어떤 관점에서 이해할 것인가 하는 것이 사립학교 관련분쟁 해결에 중요한 기준을 제공하는 요소라는 점이다.

권력분립의 원칙에 근거한 대학의 내부적 거버넌스 체계는 임시방편적인 경영과 빈번한 법적인 분쟁을 막을 수 있다. 현대의 많은 대학들은 이사회, 위원회, 패널 등 많은 내부적 집단을 두고 있어 복잡하고 혼란스러운 거버넌스 체계를 가지고 있다. 대학 내에서의 권력분립의 원칙은 단순히 대학이 그



목표를 달성하고 그 임무에 충실할 수 있도록 해 준다는 의미에서만 중요한 것이 아니다. 오히려 어떤 의미에서는 권력의 분립이 교수에게 자유롭게 새로운 사상 또는 논쟁거리가 되는 사상을 연구할 시간과 공간을 제공한다는 대학의 임무 그 자체이기 때문이다.

국가가 사립학교의 경영분규에 개입하는 주된 수단으로 이용되는 사립학교법 제20조의2 및 제25조의 규정에 의한 임원취임승인 취소의 제도 및 임시이사제도는 법 제25조의3의 규정에 의한 임시이사가 선임된 학교법인의 정상화 규정과 결합하면 학교법인의 경영권을 과도하게 제한함으로써 학교법인의 사회화까지 초래할 가능성이 있다. 사학분쟁조정위원회의 심의절차에서의 자의성을 억제할 제도적인 장치가 미흡하기 때문에 임시이사의 임면 및 학교법인의 정상화, 즉 정식이사 체제로의 전환 등을 법원의 관할로 하는 것이 바람직하다고 할 수 있다.

다트머스대학 사건의 쟁점은 다트머스대학의 설립근거가 된 설립허가서(Royal Charter)는 미연방헌법상의 “계약조항(Contract Clause)”의 의미에 포함되는 계약인가, 계약조항의 계약에 포함되는 것이라면 뉴햄프셔주 입법행위가 그 계약의 내용을 훼손한 것으로서 위헌인가 하는 문제와, 현직 이사들은 뉴햄프셔주 헌법 하에서 보상 없이 박탈당하지 않는 기득권을 가지고 있는가 하는 것이다. 이에 대하여 미연방대법원은 뉴햄프셔주의 관련입법은 미연방헌법에 어긋난다는 판결을 내림으로써 미국 법체계에서의 사학의 자주성의 기틀을 확립하는 선례를 남긴 바 있다.

주제어: 이사와 설립자의 법적 권리, 사립학교법인, 대학의 자율성, 교육행정권, 대학분규, 사적 자치의 원칙, 권력분립의 원칙, 임시이사, 다트머스대학 사건, 계약조항

<Abstract>

**The Limits of Government Intervention in the  
Disputes of Private College Running  
- Focused on the Ways for Normalization of the School  
Foundation Corporation  
Run by the Board of Interim Directors -**

Lee, Jong-Geun

The purpose of this writing is to cast light on the legal rights of trustees and founders of incorporated educational private institutions involved in complications in the normalization process of those troubled institutions. Article 31 (4) of the Korean Constitution provides that independence, professionalism, and political impartiality of education and the autonomy of institutions of higher learning shall be guaranteed under the conditions as prescribed by act. Concerning infringement of the autonomy of institutions of higher education, one of the most important problem is the abuse of education administration.

Discussing the autonomy of private institution of higher learning, we must keep two points of view in mind. One is a standpoint of applying to campus disputes of private institutions the principle of private autonomy of which center the freedom of contract is. The other is a perspective that how we should understand the establishment of private institutions, which provides the key to the solution of campus strives.

Campus troubles are symptoms that arise when the separation of powers is applied in the university. Separation of powers within the

university is important not merely because it allows the university to achieve its goals and to be consistent with its mission. Rather, in a sense, separation of powers is the mission of the university, providing time and space for the free inquiry of new ideas. Many modern universities have extraordinarily complicated and muddled systems of internal governance. However a system of internal governance based upon a separation of powers avoids ad hoc administration and the frequent legalistic wrangling that accompanies it.

In Korea, the measures prescribed in the article 20-2(revocation of approval of officer's taking office) and article 25(appointment of temporary director) of private school act are mostly used for government intervention. If those measures are combined with a mean stipulated in the article 25-3 of private school act(normalization of school juristic person for which temporary directors are selected and appointed), it may be possible for the nation to socialize the private institutions, which is unconstitutional.

The result of Dartmouth College signaled the beginning of the contemporary regime of charitable regulation in American law. Despite the academic infighting, the substantive importance of the case was the constitutionality of state legislative amendments to corporate charters. The U.S. Supreme Court held that the New Hampshire legislative amendments are unconstitutional in violation of the Contract Clause of the U.S. Constitution. The result of Dartmouth College signaled the beginning of the contemporary regime of charitable regulation in American law. The Dartmouth Court has great implications for us.

Key Words: legal rights of trustees and founders, incorporated educational private institutions, autonomy of institutions of higher learning, education administration, campus disputes, principle of private autonomy, separation of powers, temporary director, Dartmouth College, Contract Clause