

상지대 판결을 통해 보는 사법개혁의 과제

사법부여, 부끄러운 판결을 멈추어라!

자료집순서

상지대 판결과 유훈통치	한상희 교수 (참여연대사법감시센터 소장, 건국대)	3p
서열에 충실한, 너무나 서열에 충실한 사법부	송기춘 교수(전북대, 헌법)	8p
상지대 판결과 사법 커넥션	홍성태 교수 (상지대, 참여연대 부정책위원장)	13p
상지대판결의 법적 문제	김명연 교수(상지대 법대)	22p
사립학교개혁과 사법개혁의 과제	김제완 교수(고려대 법대)	32p
이념적 성향이 그대로 드러난 판결	정현우 변호사(금속노조 법률원)	40p

발제1.

상지대 판결과 유훈통치

한상희(사법감시센터 소장, 건국대 법대 교수)

깨어진 '법의 상식'

사람들은 언어를 사용하여 서로 의사소통한다. 사전에 공통된 의미가 부여된 기호를 서로 주고 받으면서 생각들을 주고 받는 것이다. 하지만 가끔 기호의 의미를 의도적으로 바꾸거나 왜곡하여 사용하는 경우 그 상대방은 당혹감을 느끼게 된다. 그리고 그 의미왜곡이 국가 최고기관에 의하여 이루어진다면 그것은 전사회적인 혼란까지도 야기할 수 있는 질곡이 되기도 한다.

지난 5월 17일 상지대의 임시이사가 정이사를 선임한 것을 무효라고 선언한 대법원의 판결(이하 「상지대 사건」 또는 「상지대 판결」이라 함)은 이 점에서 차라리 당혹스럽다. 일반적으로 주식회사와 같은 영리법인이건 학교법인 같은 비영리법인이건 관계없이 법인은 그것을 만든 주주나 설립자의 개인적 재산이나 의사와는 독립된 별개의 존재로 취급되는 것이 원칙이다. 그래서 주주가 일단 회사에 투자를 하였다면 그 돈은 이미 주주의 것이 아니다. 동시에 어떤 사람이 정관을 정하고 이를 바탕으로 법인을 만들었다면 그 법인의 생각은 이미 그 사람의 생각과는 전혀 별개의 것이 되어 버리고 만다. 주주가 자기 돈으로 회사를 만들었다고 회사의 공금을 마음대로 가져가면 절도죄나 횡령죄로 처벌받는다. 마찬가지로 이사든 사원이든 법인을 구성하는 사람들은 법인의 결정이 자기의 개인적인 생각과 다르다고 해서 그것을 부정하거나 위반할 수는 없다. 그리고 이것이 법률에 있어서의 상식이다.

이는 학교법인의 경우에도 마찬가지다. 어떤 사람이 자신의 재산을 내어 놓아(물론 이 사건의 경우 소송을 제기한 사람은 설립자도 아니다) 학교법인을 만들었다면 그 재산과 법인은 이미 설립자의 개인적·주관적 의사로부터 독립한 어떠한 것이 되어 버린다. 그것은 법인을 만들 때 정해 놓은 정관에 따라 운영되며, 그 운용의 주체는 법인의 이사회이다. 즉 정관에서 정한 법인설립의 목표와 이념을 어떻게 해석하고 어떻게 실천하는가의 문제는 오로지 이사회가 의결로써 정할 것이며 이 부분에 대하여 설립자 개인이 어떻게 생각하고 무엇을 원하는가는 어떠한 법률적 관련도 갖지 못한다.

하지만 대법원의 상지대 판결은 이런 법률적 상식을 정면에서 위반한다. 정말 법률을 다루는 세계에서는 잘 알지도 못하는 논리들을 가지고 와서 설립자 혹은 그 후계자들이 직접·간접적으로 학교법인의 운영에 관여할 수 있는 권리가 있는 양 판결하고 있는 것이다.

학교법인은 (……) 그 설립 당시의 설립자의 의사, 즉 설립목적에 존중함이 마땅하고, 이러한 학교법인의 설립 목적은 그 의사결정기관 및 의사집행기관을 구성하는 자연인인 이사회에 의하여 실현된다

위의 인용은 상지대 판결에서 딴 것이다. 그러나 법률적 상식이 통하는 세계에서는 이런 식의 주장을 하지 않는다. 보다 정확하게 표현하자면

학교법인은 (……) 그 설립 당시의 설립자의 의사, 즉 설립목적에 존중함이 마땅하나, 이러한 학교법인의 설립 목적은 **정관에서 정하는 바에 따라야 하며 이 정관의 해석과 집행은 자연인인 이사들로 구성되는** 그 의사결정기관 및 의사집행기관에 의하여 실현된다

라고 하는 것이 법률적 상식에 맞는 것이 된다는 것이다. 환언하자면 자기 재산을 내어 학교를 운영하는 설립자가 있다면 그의 건학이념이나 어떤 세계관·가치관은 당연히 학교의 운영과정에서 존중하여야 한다. 그것은 일반적인 도덕적 요청이기도 하다. 하지만, 그 설립자가 학교법인을 만들고 이사회를 구성하여 학교를 운영한다면 이야기는 달라진다. 학교법인의 운영자-이사회를 구속하는 것은 설립자의 주관적·개인적 생각이 아니라 그가 만든 정관에 적혀 있는 학교법인의 존재목적 내지는 운영목표이다. 물론 이 양자가 일치한다면 더 할 나위 없이 좋겠지만, 혹여 양자가 서로 다른 경우라면 이사회(보다 정확하게는, 그리고 보다 정의롭게는, 이사회와 교직원, 학생, 학부모 및 지역공동체)는 설립자의 개인적 생각보다는 정관의 규정에 따라야 한다. 그것이 법이다.

요컨대, 대법원의 이 판결은 학교법인의 설립목적에 「정관-이사회」라는 재단법인 제도의 차원에서 검토하지 않고 「설립자-이사」라는 개별적 인간의 차원에서 처리한다. 그리고 그 과정에서, 장구한 역사를 거치며 개개의 사람들이 가지는 주관적인 의사와 사람들이 모여서 의논 끝에 내리는 집단적 의사를 엄격하게 구분해 왔던 법인제도를 그 본질에서부터 부정한다. 로마법 이래 수천년 동안 상식이 되어 왔던 이런 틀을 무참하게 깨어 버리고 만다.

텅 빈 법논리

하지만 이런 상식의 파괴보다 더 문제적인 것은 대법원이 취하고 있는 역지의 논리들이다. 이 판결의 논리구조는 비교적 간단하다.

①우리 헌법은 교육의 자주성을 보장한다 → ②사립학교법은 사립학교의 자주성을 보장한다 → ③사립학교의 자주성은 곧 학교법인(즉, 사학재단)의 자주성이다 → ④ 사학재단의 자주성은 그 사학재단의 정체성을 의미한다 → ⑤사학재단의 정체성은 그 설립자 또는 설립자에 의하여 순차적으로 선임된 이사들에 있다.

대법원은 이러한 논리에 따라, 교육부장관이 파견한 임시이사가 새로운 정이사를 선임한 상지대 사건은 설립자 또는 설립자에 의해 순차적으로 선임된 이사들에 의해 확립되어야 할 사학재단의 정체성을 침해한 것이고, 이는 헌법 제31조에서 보장하고 있는 교육의 자주성이라는 기본권을 침해한 것이 되어 무효라고 판결하였다. 과연 이런 논거가 타당한가?

위의 논거들 중에서 ①과 ②의 연결은 올바르다. 교육의 자주성은 당연히 학교의 자주성으로 이어져야 하기 때문이다. 반면 학교의 자주성이 곧장 사학재단의 자주성으로 연계된다고 보는 ③의 명제는 누가 봐도 역지논리에 지나지 않는다. 우리의 교육법상 학교법인-사학재단은 학교를 “설치·경영”하는 주체일 뿐 학교 “교육”의 주체는 아니다. 물론 교육의 주체에

관하여는 국가나 학교나 교사·학생등 학교구성원이나 등에 관하여 논란은 있지만 어떤 이론에 의하건 사학재단은 이러한 교육주체로부터 일부의 권한만 위임받았을 뿐 스스로가 교육의 주체로 인정될 수는 없다.

그래서 우리 교육법은 사학재단과 학교를 구분해 놓고 학교법인은 학교를 “설치·경영”만 하는 것으로 규정한다. 또한 사학재단의 이사는 그에 의해 설치·경영되는 사립학교의 교원이나 직원을 겸할 수 없게 하고 있다. 뿐만 아니라 사립학교법은 오로지 사립학교의 자주성을 확보하기 위하여(제1조) 사학재단에 관한 사항과 학교 교직원의 인사나 재무·회계 등 “경영”에 관한 사항만 규정한다. 사학재단으로부터 사립학교의 교육의 자주성을 확보하는 것을 목표로 하고 있는 것이다. 그리고는 「교육」에 관한 사항은 철저히 교육기본법에서부터 초·중등교육법, 고등교육법 등으로 별도 법령을 만들고 있다.

이에 ①과 ②의 명제로부터 ③으로 넘어가는 것은 우리 교육법체계를 완전히 왜곡하는 것이 된다. 오히려 우리 교육법체계는 “사학재단의 자주성”을 보장하기는 커녕 일반적인 재단법인이나 사단법인에 비해 엄청나게 강한 국가규제의 장치를 마련하고 있다. 사학재단이 아닌 일반적인 재단법인 혹은 사단법인에 대해서는 별다른 국가규제장치가 없다는 점은 이를 대변한다(특히 이는 「사회단체등록등에관한법률」이 폐지된 것만 보아도 알 수 있다).

③에서 ④로 넘어가 자주성과 정체성의 문제를 동일시 하고 있는 부분은 더욱 가관이다. 물론 자주성의 개념에는 이사 선임의 자주성이 포함된다. 하지만, 그렇다고 해서 자주성으로부터 법률적인 용어도 아닌 “정체성”이라는 모호한 개념을 도출할 수 있는 것은 아니다. 오히려 이사회는 “동일성”이라는 개념이 보다 법률적이다. 하지만, 대법원은 이 용어를 사용하기를 거부한다. 왜냐하면 “동일성”의 개념에는 의연히 제도적 동일성이 포함되며 따라서 “동일성”이라는 말을 쓰는 순간 앞서 말한 법률적 상식의 구속을 받아야 하기 때문이다.

그리고 ⑤의 명제에 이르게 되면 판결문은 거의 회화의 수준에 이르게 된다. 북한의 저 유명한 “유훈통치”라는 신화가 이제 우리 대법원의 판결에서 완성되기 때문이다. 사학재단은 설립자의 의지에 따라 통치되어야 하며, 설립자가 사라진 때에는 그의 유훈을 이어 받은 그의 후계자에 의하여 통치되어야 한다는 장엄한 미사가 울려 퍼진다. 그리고 그것도 모자라 대법원은 이러한 유훈통치는 헌법상의 기본권이며 민법 제1조에서 말하는 조리이자 사물의 본질적 법칙이며 사람의 이성에 기하여 생각되는 규범이라 미화한다.

객관적인 제도로써 설립되는 학교법인이 설립자 또는 그에 의해 순차적으로 선임된 이사라는 주관적 인격에 의해 지배를 받아야 한다는 대법원의 결정은 여기서 여지없이 망가지고 만다. 법적으로 정당한 논리도 없을뿐더러, 이런 무리한 법판단을 통해 사학재단의 재산을 횡령하고 설치·경영하는 학교의 교육마저도 위태롭게 만들었던 바로 그 장본인들의 손을 들어 주었다는 점에서 실질적으로 이 판결은 부정의한 결과조차 내어놓고 있기 때문이다.

사법독재의 전조인가?

그래서 이 판결은 무섭다. 너무도 뻔한 억지논리를 쓰면서까지 대법원이 특정세력들의 손을 들어주고 있기 때문이다. 그래서 보기 나름으로는 이 상시대 판결은 최근 우리 사회의 보수

화국면을 선도하기 위한 정치적 의도와 연관짓는 우문(愚問)과 자답(自答)의 걱정에 빠지게 된다. 법공동체의 일반적인 이해와는 너무도 동떨어진 것이기에, 미리 결론을 정해놓고 그 결론에 짜맞추는 법해석을 창작해 낸 것일 수도 있다는 오해까지도 가능케 할 정도이기 때문이다. 그리고 이런 오해의 연장선상에서 이 판결이 새로운 사법독재의 전조일 수도 있다는 기우에 시달리게 된다.

우리 사법부를 두고 개혁의 대상으로 삼아야 한다는 주장에는 세 가지의 관점이 있다. 지난 날 권위주의시대에 그러하였던 사법부가 정치의 시녀가 되어 정치권력을 법률적으로 포장해 주던 정치사법의 문제가 그 첫째이며, 이런 정치권력의 주변에서 그 수혜자가 되어 스스로 하나의 폐쇄적 권력집단으로 성장해 왔던 관료사법의 문제는 그 둘째에 해당한다. 그리고 이 양자의 연장선상에서 사법권력이 자본권력과 결탁함으로써 나타나는 계급사법의 문제는 최근에 등장하는 유전무죄·무전유죄 현상이나 노동사건에 대한 법원의 보수적 성향 등에서 첨예화되기도 하였다.

물론 민주화 이래, 정치사법의 문제는 상당히 희석되기도 하였다. 하지만, 민주화과정에서 법치의 강화라는 국민적 요구에 편승하여 나름의 세력을 확보한 사법부가 그 권력을 국민의 것으로 되돌리지 않고 스스로의 권력으로 전용하고자 하는 현상은 아주 중차대한 문제를 야기한다. 마치 지난 1920년대 미국의 자본축적이 본격화되는 시기에 사법부가 보수적인 정치세력과 결탁하여 자본권력의 이익을 도모하는 하나의 정치권력으로 등장하였던 것과 유사한 상태가 촉발될 수도 있기 때문이다. 법치라는 이름으로 법권력을 장악하고 이를 통해 국가의 운영 자체를 법관들이 좌지우지하는 사법독재의 가능성이 빠치고 있는 것이다.

실제, 우리 사법체계는 이미 이런 “강한 사법”의 모습을 보이기도 하였다. 헌법재판소는 벌써 2001년도에 제주도 4·3사건의 진상규명을 위한 법률의 입법행위에 대한 헌법소원사건에서 그 청구를 각하하면서, 법판단과는 무관한, 4·3사건에 대한 역사적·정치적 해석까지 내어 놓는 무리를 범한 바 있다. 스스로 정치기관으로서 자리매김한 것이다. 그리고 이런 정치개입은 탄핵사건, 행정수도사건에까지 확대된다.

이번 상지대 판결은 이런 헌법재판소의 정치판단이 대법원판으로 재생산된 것이라 할 수도 있다. 어렵게 이루어낸 학원민주화의 성과들을 대법원이 이 판결로써 좌절시켜 버렸다는 그 사실만으로 이런 판단을 하는 것은 아니다. 오히려 이 판결의 내려지는 정치환경적 맥락이 특정 종교교단과 특정정파를 중심으로 완강하게 제기되고 있는 사립학교법 재개정 요구와 결착되어 있다는 점에서 이런 우려가 더욱 가중되는 것이다. 대법원이 중립적이고도 객관적인 법판단기관으로 뚜렷하게 서기보다는 특정한 이해관계의 대변자로서 혹은 자기 권력의 대변자로서 법을 남용·오용하는 사례들이 속출할 수도 있다는 걱정이 이 판결을 계기로 보다 설득력을 확보하게 되기 때문이다.

다시 사법개혁-대법원개혁의 기치를!

최근 10여년간 시민사회를 중심으로 지속되어 왔던 사법개혁의 논의들은 정치권력에 의해 찌들어져버린 사법부를 제대로 세우는 것에 초점을 맞추어 왔다. 법치의 실현이 그 핵심이

있던 것이다. 그래서 안기부·국정원, 보안경찰 등의 유사사법권력을 공격하고 검찰권력의 위세를 꺾어내면서 그 잉여의 법권력을 법원에 귀속시키고자 노력하였고 그 일부는 나름의 성과를 거두기도 하였다.

하지만, 이제부터는 이와 동시에 법원권력의 통제도 주요한 의제가 되어야 한다는 요청이 현실적 힘을 가지게 된다. 법치의 실현 그 자체만으로는 국민의, 국민에 의한 국민을 위한 사법이 되지 못한다는 인식이 이 사건 판결로써 구체화되기 때문이다. 형식적인 법률도그마로 어느 누구로부터도 도전받지 아니하는 자신의 권력을 구축하고 이를 바탕으로 국민 위에 군림하는 권력을 구축하고자 하는 관료사법의 폐해가 이 상지대 판결을 대표단수 삼아 적나라하게 드러나고 있는 것이다.

87년 6월의 민주항쟁은 이제 20주년을 맞이 하고 있다. 하지만, 그 민주항쟁의 결실은 여전히 국가기구들이 추수해 버리거나 혹은 신자유주의의 위세를 빈 자본권력의 희생물로 전락하고 있는 것이 현재의 실정이다. 여기에 대법원까지 끼어들어 법의 이름을 내세우며 또다른 추수자가 되고자 나선다.

이에 사법개혁의 논의는 이제 대법원의 개혁으로 집중되지 않을 수 없다. 우리 법원체계의 중심을 차지하면서 정치사법, 관료사법, 계급사법을 주도하고 있는 대법원 자체를 개혁과 변혁의 대상으로 삼아야 한다는 것이다. 민주적 법치와 민중의 사법이 실현되는 그 지점을 향해서 말이다. □

토론1.

서열에 충실한, 너무나 서열에 충실한 사법부 -과연 법원은 국민의 신뢰를 받을 수 있는가-

송기춘(전북대 교수, 헌법)

연수원 몇 기?

법원의 인사이동 때면 언제나 연수원 몇 기가 승진했다느니, 정기인사를 앞두고 어느 판사가 사임했다느니, 어떤 판결을 내린 판사가 어디로 전보되었다느니 하는 식의 보도를 접한다. 얼마 전 있는 법원의 인사에서는 연수원 15기가 차관급인 고등법원 부장판사로 승진했다 한다. 후배기수가 선배를 앞지르기라도 하면 그것 자체가 뉴스거리가 된다. 법조인을 소개할 때면 어느 신문 할 것 없이 연수원 몇 기 또는 고시 몇 회가 따라붙는다. 기수에 따라 움직이는 조직, 서열에 따라 움직이고 뒤지면 후배를 위해 용퇴하는 곳이 이 나라의 사법부다. 너무나 당연하게 여겨지는 이 풍경은 참으로 평화롭다. 적어도 그 조직에 속한 사람들에게는 그럴 것이다. 그러나 그 풍경은 국민들에게 무엇일까?

법관인사의 법칙(?)

법관의 인사에는 몇 가지 법칙(?)이 있는 것으로 보인다.

첫째, 철저하게 서열을 매우 중시한다는 점이다. 물론 사법연수원 기수가 제일 중시된다. 같은 연수원 동기라 해도 사법시험과 연수원 성적에 의해 결정된 등수는 법원에 근무하는 동안 인사에 결정적인 요인이 된다고 한다. 서울중앙지법을 필두로 등수에 따라 배치된다. 최근에는 여성 합격자의 성적이 좋아 법관 배치 방법이 일부 변하고 있다 한다. 대법원의 대법관 임명과정에서도 서열이 중시되는 점은 전혀 다르지 않다. 지금까지 대법원장은 대법관을 자신보다 몇 기수 아래의, 법원에 근무하는 판사 또는 법원근무경력을 가진 변호사 가운데서 제청해 오고 있다.

둘째, 승진이라는 개념이 자리잡고 있다는 점이다. 법원이 최고법원인 대법원과 각급법원으로 조직되어 있긴 하지만, 어느 법원이나 재판에서는 독립되어 있다. 심급이 있을 뿐 어느 법원이 어느 법원의 상위 또는 하위에 있는 것은 아니다. 그러나 법관은 대법원장, 대법관, 고등법원장, 지방법원장, 고등법원 부장판사 등으로 서열화되어 승진이라는 관념이 여전히 강하게 자리잡고 있다. 법관의 서열화는 법원의 서열화를 가져와 국민은 대법원의 최종적인 판단에 의해 비로소 설득된다. 재판을 받을 권리의 내용으로 대법원의 재판을 받을 권리를 언급하는 입장에서 이러한 서열화된 법원구조를 염두에 두고 있음을 부인할 수 없다. 대법원장이 대법관임명제청권을 실질적으로 또한 결정적으로 행사하면 대법관도 ‘승진’ 임명되는 것이고, 대법원장이 지명한 헌법재판관후보자에 대한 국회의 청문절차가 의례적인 것이 되면 헌법재판관도 대법원장이 ‘승진’ 임명하는 꼴이 된다.

셋째, 승진에서 동기 또는 후배에게 ‘밀린’ 법관은 대부분 사표를 내고 변호사 개업을 한다

는 것이다. 판사급여가 변호사 개업을 하는 것보다 ‘박봉’임이 분명하니 사임은 또 다른 기회가 되겠지만, 승진되었더라면 사표를 쓰지 않았을 법관들에게는 서열에 충실한 법원을 위한 희생이라 할 법하다.

넷째, 법원내의 엘리트코스로 법원행정처를 거친다는 점이다. 전도양양한 법관 상당수가 법원행정처에 발령받아 재판보다는 법원행정을 담당한다. 오랜 기간 동안 법원행정처에서 근무하다가 대법관이 된 분 가운데는 재판으로부터 너무 오래 떠나 있다보니 재판에 부담을 느끼게 되는 경우도 있다 한다. 1970년대 이래 임명된 대법관의 약 40%가 법원행정처의 고위직을 맡은 적이 있고, 법원행정처 차장(최근까지만 해도 법원행정처장은 대법관이 겸직하였다)의 경우 대법관으로 승진한 경우는 70%를 넘고, 한 명의 예외도 없이 헌법재판관, 고등법원장 등 상급의 직위로 승진한 것으로 나타난다.

다섯째, 법원행정에 종사하는 법관이 더 우대된다는 점이다. 법원행정처에서 근무한 법관들이 우대되는 것은 물론, 대법관으로 ‘승진’ 임명된 법관의 대부분은 법원행정에 종사하던 법관들이다. 고등법원 부장판사로 재판을 담당하다가 대법관에 임명된 경우는 극소수(김영란 대법관, 윤일영 대법관, 안병수 대법원판사 등)이고 대부분은 법원장 등 행정에 종사하던 법관들이다. 사법부가 대법원과 법원행정처를 중심으로 통합되고 통제되는 결과라 할 수 있을 것이다.

여섯째, 법원 내의 (인사)문제에 대한 비판이 자유롭지 못하다는 점이다. 얼마 전 책을 출판한 어느 변호사는 20년이 다 된 지금도 기억이 생생한 「인사유감」이란 글을 썼다가 서울민사지방법원 발령 하루 만에 다시 울산지원으로 좌천당하는 일도 있었다. 당시 과썸죄에 걸려 좌천당했다는 얘긴 들었지만, 본인이 증언하는 내용은 더 충격적이다. 책에 실려 있다는 내용을 빌자면, 당시 대법원장이 “나는 이 나라에서 나보다 높은 사람은 대통령밖에 없는 사람이다, 새까맣게 아래에 있는 젊은 판사가 나를 모욕에 가깝게 비판하는 것을 가만들 수 없었다. 그런데 실제로 보니 순하게 생겼구먼. 서 판사가 비판한 인사는 다 이유가 있었다.……서 판사도 자숙하면 선처할 수 있다.”는 취지의 발언을 했다고 한다. 「법관조직의 과도한 관료화, 계급화는 사법부 만악의 근본」이라는 글을 썼다가 재임용에서 탈락하고 지금은 어느 대학에서 학생을 가르치는 분도 비슷한 경우이다. ‘대통령 다음으로 높은’ 대법원장의 인사에 대해 감히 유감이라니 불경죄에 해당할 법하다. 아하, 대법원장이 그런 자리였던가? 며칠 전에는 2월 법원인사에 대해 현직 판사가 비판하는 글이 법원내부통신망에 올라 보도되기도 한 걸 보면 예전만큼은 아니라 생각되지만, 대법원장의 여전한 인사권 앞에서 근본적인 변화가 있었을지는 의문이다.

서열에 충실한 법원

이런 인사법칙에 나타나는 공통점은 아무래도 서열에 충실하다는 것이라고 정리할 수 있을 것이다. 아마 법원에 근무하는 분들에게는 그 모습이 자연스럽게 여겨질지 모르겠다. 그러나 밖에서 보면 참으로 이상하기 그지없는 것이 법원의 조직이고 인사이다. 냄새나는 방안에 오래 있는 사람은 그 냄새를 맡지 못하지만 방에 새로 들어온 사람은 그 냄새를 쉽게 맡는 것과 같은 이치이다.

대법원장이 판결의 잘못에 대해 말을 해도 무반응인 까닭은?

이용훈 대법원장이 취임하면서 과거 사법부의 인권옹호노력이 부족했던 데 대한 반성과 사과를 하였고, 이에 대해 많은 국민들이 그 용기를 칭송하였다. 사법부의 수장이 그런 발언을 한 것은 참으로 시대가 변하고 있음을 피부로 느끼게 한 사건이라 할 법하다. 그러나 과연 그게 그렇게 긍정적으로만 바라봐야 할 일일까? 누군지를 특정하지도 않은 채 과거 정권의 압력에 저항하지 못하고 국민의 기본권보장에 충실하지 못한 때가 있었고 그런 잘못된 판결이 있었다고 한다면, 그런 판결이 한 두건도 아니고 천여 건이 넘는다고 한다면 그런 발언에 대해 법원의 법관들은 또는 과거에 법관이었던 사람들은 그저 대법원장님의 말씀이라고 경청만 하고 있어야 옳은 것일까? 그런 혐의를 받는 판결을 한 판사는 자존심도 없나? 헌법적으로 독립이 보장되는, 아니 요구되는 법원의 판결에 대해 재심을 거치지 않고 대법원장이라는 자격으로 판결이 잘못되었다고 말한다면 이는 법원의 독립을 심각하게 훼손하는 발언임이 분명하지 않은가? 결론이야 옳다지만 이런 발언의 맥락은 결코 적절하지 않을 뿐 아니라 헌법에 반할 위험도 있는데 말이다. 필자는 이런 무반응이 이러한 법원의 서열화와 결코 무관하지 않다고 생각한다.

서열화의 원인

이러한 서열화는 어디에서 비롯되는가? 다양한 분석이 가능하겠지만, 필자는 대법관의 임명 방식, 대법원장의 인사권과 법관양성제도에서 그 원인을 찾을 수 있다고 생각한다.

대법원장의 대법관 임명제청권

첫째, 대법원의 구성방식의 문제이다. 우리 대법원은 세계적으로 유례가 없는 특이한 방식을 취하고 있다. 대법원은 현재 13인의 대법관으로 구성되는 최고법원이다. 대법원장은 대통령이 국회의 동의를 받아 임명하고, 대법관은 대법원장이 제청하면 대통령이 국회의 동의를 받아 임명한다. 대법원장 임명에 국회와 대통령이 관여하는 것은 모든 권력이 국민으로부터 나온다는 국민주권주의원리의 실현이라 할 수 있다. 국민이 직접 선출하는 것은 아니지만 국민의 대표기관의 관여를 통하여 대표성을 얻는 방식이라 할 수 있다.

대법관의 임명에 대통령과 국회가 관여하는 것도 같은 맥락에서 이해할 수 있다. 여기서 문제가 되는 것은 대법원장이 왜 대법관의 임명제청권을 갖느냐는 것이다. 대법원장이 사법부의 수장으로서 능력 있는 법률가를 잘 알 수 있기 때문에 정치적 입김보다는 법원의 전문성을 확보하는 데 장점이 있기 때문이라 할 수도 있을 것이다. 그러나 왜 이러한 제도를 취하는 예가 없는가? 그것은 대법원이 합의부 법원이라는 점에서 기인한다. 합의제 기관은 구성원 사이의 대등성과 독립성을 그 본질로 하기 때문이다. 대부분의 법관들이 소망하는 대법관을 임명하는 과정에서 제청권을 가지는 대법원장에 대해 대법관이 얼마나 대등하며 독립될 수 있을까?

오랜 법조경력 가진 분들이 대법원장에 대해 종속적이라고 하기는 어렵겠지만 이런 임명 과정을 거친 경우 적어도 대등하거나 독립적이라고 할 수 있을까? 어느 법관은 대법원장과 그의 제청을 받아 임명된 대법관의 관계를 합의부의 부장판사와 배석판사의 관계에 비유하

기도 하였다. 대법원장의 대법관 임명제청권이 악법 중의 악법으로 지목되는 1972년 유신헌법에서 처음 채택된 제도라고 하면 좀 더 설득력이 있을까? 현재 대법원이 13인으로 구성되는 합의부인 최고법원이라는 점은 대법원장의 임명제청권과 어울리지 않는다.

대법원장의 인사권

둘째, 대법원장의 인사권이다. 대법원장은 결코 대등하지 않은 대법원을 구성하고, 대법관전원으로 구성되는 대법관회의의 의결을 거쳐 법관에 대한 인사를 한다. 대법원이 앞에서 말한 방식으로 구성된다면 대법관회의에서 대법원장의 영향력은 결코 무시할 수 없을 것이다. 철저하게 행정조직으로 관료화된 법원은 이러한 인사권에 의해 조직된다. 자문위원회를 두고 있지만 활동은 미미하다. 대법원장의 강력한 인사권은 서열화를 촉진하고 강화한다. 대법원장의 사법행정을 보좌하는 법원행정처에 우수한 법관들이 임명되고 인사에서 우대됨으로써 법원의 관료화도 강화된다.

법관양성과정과 연수원

셋째, 법관의 양성과정의 문제이다. 사법연수원 과정을 통해 변호사가 양성되고, 이 중 예비판사가 임명되고 배석판사를 거쳐 법관이 양성된다. 합의부의 배석판사는 합의부 부장판사에 의해 법관으로 훈련되고 양성된다. 업무상의 지도와 함께 인간적 관계도 돈독해진다고 한다. 합의부는 배석판사 2인 중 한 명이 주심을 맡고 부장판사와의 '합의'를 통해 합의부의 의견이 나온다. 합의부라지만 판사는 둘뿐인 셈이다. 사법연수원 과정에서도 이러한 법원의 분위기를 반영해서인지 서열에 매우 충실하다. 전부는 아니겠지만, 간혹 접하는 연수원 선배들의 모습을 보면 군대보다 엄격하게 돌아가는 모습을 본다. 연수원 교수와 연수생들의 관계는 고려시대 과거제에서 지공거와 과거급제자의 좌주와 문생의 관계라 할 모습이 나타난다. 스승을 공경하는 아름다운 모습이라 할 수도 있겠지만 그리 좋게만 보이지 않는 것은 필자의 시각이 삐딱해서일까? 법원의 판사가 판사로만 일로매진하는 것이 아니라 대부분 때가 되면 변호사로 개업하려 하고 연수생들도 법원에 가거나 변호사로 개업하거나 선배법관들과 가까워져야 하는 처지에서 서로가 좋은 관계를 맺는 것이 단지 법률가로서의 공부와 관련해서만 아니라 현실적인 필요성을 가지고 있지 않다고 잘라 말할 수 있겠는가?

서열화, 획일주의가 국민에게 미치는 영향은?

결국 대법관임명, 법관양성과정, 사법연수원 과정 등 여러 장치를 통하여 법원은 대법원장을 필두로 지방법원합의부 좌배석판사까지 철저하게 서열화되고 있다고 할 수 있다. 이러한 서열화를 깨는 것은 각 법원이 독립성을 확보함으로써 국민의 기본적 인권을 보장하는 재판을 하는 길이라 생각한다. 개개의 판결에 직접적인 영향을 미치지 않는 않지만 이러한 서열화, 관료화된 법원의 상하위계질서 속에서의 획일주의적 압력은 결코 무시할 수 없을 것이다. 이러한 법원의 서열문화는 법관의 사고와 행동에까지 영향을 미치고 있다고 생각되기 때문이다. 그 결과 민사재판에서는 억울한 피해자가 나오고 형사재판에서도 적절한 제재를 하지 못함으로써 정의를 실현하지 못하게 되는 경우는 없겠는가?

대법원의 구성방식 개선이 필요하다

법원의 서열화를 깨려면 대법원의 구성방식을 바꿔야 한다. 대법원장과 대법관의 임명방식을 같게 해야 한다. 대법원장이 제청권을 가지는 방식은 그야말로 대통령 다음의 권력을 대법원장에게 주는 위험한 구상이다. 이제 그만 같아 치울 제도이다. 대법원장과 대법관을 국민이 직접 선출하는 제도도 생각해볼 직하다. 선거에 따른 부작용도 있으므로 그게 어렵다면 대법원장과 대법관 모두 국회의 동의와 대통령의 임명이라는 방식도 가능하다고 생각한다. 대법원장이나 대법관은 법원만의 대표가 아니므로 법원의 판사 또는 법원의 판사와 직원이 선출하는 방식은 국민주권주의에 반한다고 생각한다. 법률가들만이 참가하여 선출하는 방식도 안된다. 국민으로부터의 대표성을 확보해야 한다.

법조인의 수를 늘려라

법조인의 양성과정도 문제이다. 근본적으로 법조인이 1만여 명에 불과한 현실에서 변호사개업이 고소득을 보장해준다면 법원의 판사가 나중에 변호사개업을 하지 말라는 것은 요구하기 어려울 것이다. 법관들이 대법관이 되려 하고 헌법재판소 재판관보다 대법관을 선호하는 이유가 그 명예보다는 현실적인 것에 있을지 모른다는 것은 필자만의 어리석은 추측일까? 단 한 군데뿐인 법률가 양성기관을 통하여 일원화된 제도는 이러한 서열화된 시스템을 유지시키는 기능을 한다. 법원을 개혁하기 위해서는 적어도 법조인의 수가 획기적으로 증가되어야 할 것이다. 이 점은 사법개혁의 핵심이기도 하다. 그러나 또 하나 중요한 것은 적어도 법률가 양성기관이 한 곳이어서는 안된다는 것이다. 독립성을 가지는 여러 기관을 통해 법률가가 양성되어야 한다. 사법시험제도를 유지하든 법학전문대학원제도를 도입하든 법률가의 수는 획기적으로 증가되어야 하며 법률가 양성기관은 다원화되지 않으면 안된다.

서열화를 불식하는 것은 국민의 신뢰를 받는 길

법원의 서열문화를 혁파하는 것은 법원에 대한 국민의 신뢰를 확보하는 길이다. 개헌논의가 활발한 요즘, 굳이 개헌을 하자면 국민에게 절실한 문제부터 접근해야 한다. 모든 논의의 시작과 끝은 국민의 자유와 권리의 신장이어야 한다.□

발제2.

상지대 판결과 사법 커넥션 - ‘연줄결속체’의 관점 -

홍성태(상지대 사회학과 교수, 참여연대 부정책임위원장)

1. 머리말

2007년 5월 17일 대법원은 상지대의 정이사¹⁾가 무효라는 판결을 내렸다. 상지대는 15년에 걸친 오랜 세월 동안 모든 구성원이 큰 노력을 쏟은 끝에 ‘비리사학의 모델’에서 ‘사학개혁의 모범’으로 거듭날 수 있었다. 그러나 대법원의 판결에 따라 상지대의 이러한 노력은 크게 훼손되고 말았다. 반면에 여러 비리혐의로 상지대 이사장에서 물러났을 뿐더러 대법원의 확정판결을 받고 옥살이를 했던 김문기 전 이사장은 큰 힘을 얻게 되었다.²⁾

대법원의 ‘상지대 판결’은 시민사회와 학계에 커다란 충격을 주었다. 2006년 2월에 고등법원에서 김문기 전 이사장에게 유리한 판결을 내렸으나, 그 문제가 명백했으므로 대법원에서 바로잡힐 것으로 기대했기 때문이다. 그러나 그것은 결국 잘못된 기대였다.

이에 관해 참여연대 사법감시센터는 대법원의 ‘상지대 판결’을 열다섯 번째 ‘판결비평’ 대상 판결로 선정하고 5월 31일에는 이 판결을 비판하는 글들을 묶어서 『광장에 나온 판결 2007-3』을 발행했다.³⁾ 이 판결은 ‘부패사학의 개혁에 대한 희망 자체를 짓밟은 것’(홍성태, 2007)이자 ‘법리적으로도 억지로 점철된 것’(박병섭, 2007)으로서 심지어 ‘북한의 ‘유훈통치’를 연상하게 하는 것’(한상희, 2007)으로 비판되었다. 참여연대 사법감시센터는 ‘이용훈 대법원장을 비롯한 8명의 대법관이 제출한 다수의견이 비법률적인 무모한 논리’이며, ‘이번 판결의 문제점은 매우 심각하고 대법원에 대한 감시와 견제의 필요성이 재차 확인’되었다고 천명했다(참여연대 사법감시센터, 2007).

우리는 여기서 상식적 질문을 던질 필요가 있다. ‘비리사학의 모델’을 ‘사학개혁의 모범’으로 만드는 것이 도대체 왜 이렇게 어려운 것일까? 대법원은 왜 당연한 상식적 기대를 충족시켜 주지 못하는 것일까? 우리의 상식적 기대가 잘못된 것일까? 여기서 우리가 무엇보다 주목할 것은 이번의 ‘상지대 판결’, 정확히는 대법원의 다수의견이 법리적으로 대단히 많은 문제를 안고 있다는 것이다. 그렇다면 그들은 왜 그런 판결을 냈을까? ‘사법커넥션’이라고 부를 수 있는 인적 연결망이 작동하고 있는 것일까? 여기서 ‘전관예우’에 관한 의혹이 다시 제기되고

1) 변형윤 이사장을 비롯해서 최장집 교수, 박원순 변호사 등 한국의 민주화와 발전을 이끈 주요한 인사들로 구성되었다.

2) 2004년 10월에 대법원은 김문기 이사장이 상지대의 설립자가 아니며 상지대와 아무런 관련도 없는 사람이라는 판결을 내렸다. 따라서 이번 판결로 김문기 전 이사장이 ‘복귀’할 수 있는 것은 아니다. 엄밀히 말해서 이번 판결은 ‘신 정이사는 기존의 사학법에 따랐을 때 무효’라는 뜻일 뿐이다. 그러나 그것은 그 자체로 상지대의 개혁을 저지하는 것을 넘어서 ‘사학개혁’의 희망을 가로막는 판결이라는 점에서 대단히 중대한 의미를 갖는다.

3) 2006년 2월의 고등법원 판결도 역시 ‘판결비평’의 대상 판결로 다루어졌다. 똑같은 문제가 고등법원에 이어 대법원에서 되풀이된 것이다.

있는 것을 우리는 어떻게 봐야 할 것인가?

2. 한국 사회와 ‘연줄결속체’

흔히 ‘연줄’은 전근대의 유산으로 여겨진다. 그러나 ‘전통과 근대’에 관한 근대화론의 이분법은 사실과 잘 들어맞지 않는다. ‘연줄’의 문제는 그 좋은 예이다. ‘연줄’은 전근대 사회의 특징인 것이 아니라 근대 사회를 포함한 모든 사회의 일반적 현상이다. 전근대 동양사회뿐만 아니라 근대 서양사회에서도 ‘연줄’은 사라지지 않았다. 연줄의 성격과 강도, 그리고 사회적 관리방식에서 차이가 있을 뿐이다. 폴 크루그만은 한국을 비롯한 동아시아 각국에서 발달한 자본주의의 특징을 각종 ‘연줄’에 기반을 둔 ‘정실 자본주의’라고 비난했지만 ‘엔론사태’에서 잘 드러났듯이 미국의 자본주의도 온갖 연줄이 횡행하는 ‘정실 자본주의’이다.

일찍이 김진균은 ‘전통과 근대’에 관한 근대화론의 이분법을 비현실적인 것으로 비판했다. 그는 한편에서 실학과 같은 전근대의 학문적 유산에서 우리가 많은 것을 배워야 한다고 주장했으며, 다른 한편에서 ‘전통과 근대’의 이분법으로 근대 사회를 전근대 사회와 분리하는 것의 잘못을 지적했다. 이러한 이론적 관점에서 그는 현대 한국사회를 분석하기 위한 핵심적 개념으로 ‘연줄결속체’를 제시했다.⁴⁾ 그는 이것을 다음과 같이 설명했다.

사람들이 상호의존하는 삶의 연줄망은 비단 혈연, 지연과 같은 요소만이 아니라 여러 요소에 의하여 복합적으로 형성되고 그 연줄망이 한 단위를 이루면 연줄결속체가 되는데, 이 연줄결속체는 일종의 삶의 공동체와 같은 의미를 갖고 있다. 연줄결속체는 사람들의 상호의존성만을 의미하는 것이 아니라 거기에 일체감을 느끼고 안착해서 삶의 정서적 기반을 형성하는 것이기 때문에, 삶에 필요한 자원을 획득하기 위한 경쟁에서 이 연줄결속체가 하나의 집단이나 세력으로 등장해서 다른 집단이나 연줄결속체와 경쟁하고 투쟁하기도 하고, 자기 결속체를 방어보호하고 자기자신과 자신의 삶의 연줄망을 이루어주는 그 결속체 자체의 생존과 존속을 위하여 경쟁적이거나 위협적인 다른 연줄결속체를 공격하거나 패퇴시키기도 한다. 이 연줄결속체는 복합적인 연줄망의 복합체이기 때문에 비단 혈연·지연 또는 학연과 같은 요소뿐만 아니라 연줄을 만들어줄 수 있는 모든 계기와 단서에 의하여 복합적으로 구성될 수 있는 것이다. 경제적인 활동, 즉 직업활동이나 국가생활에서 어떤 위치에 있느냐 하는 것도 중요한 계기가 될 것이다. 따라서 연줄망은 사회의 어느 영역 하나에만 국한되는 것이 아니라 여러 영역에 걸쳐서 짜여져 나간다. 경제·정치·종교·친족·군부 등등 뿐만 아니라 그 연결망이 국가단위 이상의 범위로도 뻗어서 하나의 연줄결속체를 형성할 수 있다. 그리고 연결망의 연결고리는 그 연줄결속체의 지도자일 수 있는 동시에, 이 연줄망 단위가 중첩적으로도 연결될 수 있으므로 더 큰 연줄망과 연결해주는 고리는 보다 독특한 위치를 나타내 줄 것이다(김진균, 1983: 189-190).

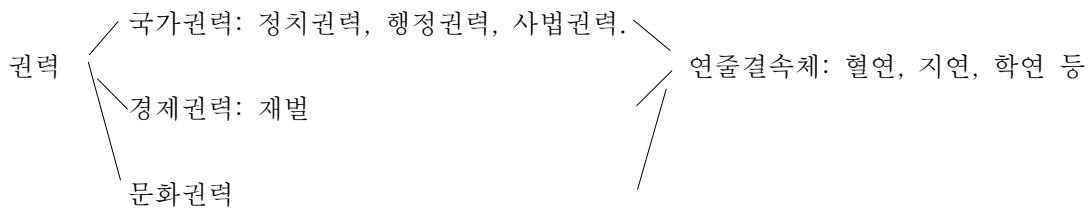
4) 이에 대한 최초의, 그리고 중요한 해석은 이기홍(2003)을 참조. 그는 ‘김진균의 연줄결속체 이론은 한국의 사회세계에 존재하는 실체들 가운데 하나에 대한 개념화로서의 한국사회이론의 탁월한 범례를 보여준다’고 평한다(이기홍, 2003: 231). 김진균은 한국 사회학의 이론적 정체성에 관한 자의식이 그 누구보다 강한 사회학자였다.

무엇보다 중요한 것은 이러한 ‘연줄결속체’를 전근대적인 것으로 여기고 무장적 없애려고 하거나, 혹은 근대화가 되면서 자연스럽게 없어질 것으로 여겨서는 안 된다는 것이다. 아무리 근대화가 된다고 하더라도 ‘연줄결속체’는 없어지지 않는다. ‘연줄결속체’는 다만 모습을 바꿀 뿐이다. 그러므로 사회의 발전을 위해서 우리는 ‘연줄결속체’가 ‘공공의 적’이 되지 않도록 올바르게 규제하는 데 최선을 다해야 한다.

‘연줄결속체’는 이 사회의 곳곳에서 쉽게 찾아볼 수 있다. 한국 사회가 공공연히 ‘정실 자본주의’라고 불리는 것은 이 사회의 운영을 좌우하는 ‘상층’에서 특히 ‘연줄결속체’가 큰 영향을 미치고 있기 때문이다. 바로 이 때문에 한국 사회는 ‘이중질서사회’라고 할 수 있으며, 따라서 불신이 만연한 ‘불신사회’라고 할 수 있다(홍성태, 2006). ‘이중질서사회’란 공식적 질서와 비공식적 질서가 다른 사회를 뜻한다. 엄연히 법이 제정되어 있지만, 그것이 제대로 지켜지지 않는 것이다. 많은 시민에게 한국은 여전히 ‘법 따로, 현실 따로’의 ‘이중질서사회’이다.⁵⁾ 이런 사회에서 ‘신뢰’라는 ‘사회적 자본’이 형성되지 않는 것은 당연하다. ‘이중질서사회’는 법에 대한 신뢰가 극히 낮은 ‘불신사회’이다.

‘상층’은 사회의 구성과 운영에 큰 영향을 미친다. 따라서 사회의 정상적 발전을 위해서는 ‘상층’의 ‘연줄결속체’에 대한 감시와 비판이 잘 이루어져야 한다. ‘상층’이 자기이익을 위해 ‘법’을 교묘히 회롱한다면, 사회는 근원에서부터 흔들릴 수밖에 없다. 그것은 다음과 같은 틀로 살펴볼 수 있다.

<그림 1> 권력의 구성과 연줄결속체



이러한 ‘연줄결속체’의 형성을 위해 고대로부터 가장 애용되는 수법은 ‘결혼’이다. 그것은 남남을 ‘핏줄’이라는 일차적 관계로 맺어주는 수단이기 때문이다. 우리는 권력의 주체들이 온갖 ‘혼맥’으로 복잡하게 연결되어 있는 것을 잘 알고 있다.

‘연줄결속체’는 ‘삶의 공동체’로서 자기의 사익을 위해 사회의 공익을 심각하게 위협한다. 이런 점에서 권력의 ‘연줄결속체’는 일반 시민의 그것과 비교할 수 없을 정도로 위험하다는 것은 다시 말할 필요가 없다. 민주화는 이러한 권력의 ‘연줄결속체’를 걸어서 드러내서 그 위험성을 해소하는 과정이기도 했다. 그런데 ‘사법권력’은 그 영향력에 비해 시민의 감시와 비판을 제대로 받지 않았다.⁶⁾ 이른바 ‘전관예우’에 대한 비판과 의혹이 줄어들지 않는 것은

5) 2006년의 2차 사법시험에서 한 응시생이 ‘법보다 주먹이 가깝다’고 답했던 것을 한국의 사법부는 정말로 깊이 반성해야 한다.

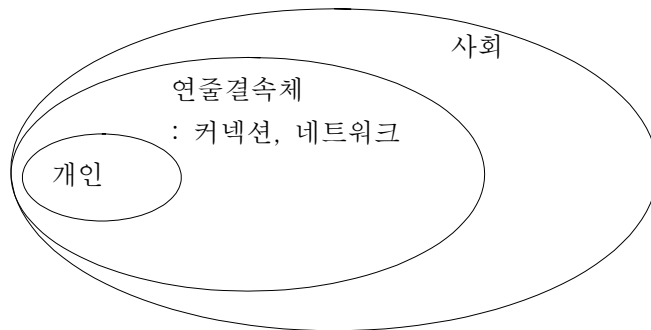
6) 일부 법조계 인사들은 사기, 위증, 무고 등 ‘거짓말 범죄’가 한국에서 유난히 높게 나타난다는 것을 개탄한다. 확실히 한국은 ‘거짓말 범죄’가 유난히 많이 발생하는 나라이다. 그러나 이 현상은 ‘상층’의 ‘연줄결속체’가 빚어내는 ‘이중질서사회’와 ‘불신사회’의 문제를 떼어놓고는 올바르게 이해할 수 없다. 한국의 ‘상층’은 흔히 ‘노블리스 오블리제’를 얘기하고는 하지만 그것은 사실 전혀 어울리지 않는 말이다. ‘노블리스 오블리제’는 법을 잘

이 때문이기도 하다. 이제 이런 관점에서 ‘상지대 판결과 사법커넥션’에 대해 살펴보자.

3. 사법커넥션의 문제

‘커넥션’이란 ‘연줄결속체’의 한 양상을 뜻하는 것이다. 대체로 커넥션은 비교적 좁은 범위의 인적 연관을 뜻한다. 사실 사회는 복잡한 인적 연관의 연쇄라고 할 수 있으며, 이 점에서 커넥션은 좁은 범위의 사회라고 할 수 있겠다. 또한 커넥션이 사회적으로 더욱 확장된 것을 가리켜서 보통 ‘네트워크’라고 부른다. 이것은 흔히 ‘연줄망’이라고 번역되는 데, ‘연줄결속체’는 사실 ‘연줄망’의 다른 표현이라고 할 수 있다. 이러한 연관관계를 그림으로 나타내면 다음과 같다.

<그림 2> 개인, 연줄결속체, 사회



여기서 알 수 있듯이 커넥션이나 네트워크는 사회의 하위 유형이다. 우리는 누구나 많은 커넥션과 네트워크 속에서 살아간다. 그런데 문제는 커넥션과 네트워크가 ‘삶의 공동체’로서 자신의 ‘사익’을 추구하기 위해 사회의 ‘공익’을 위협할 수 있다는 것이다. ‘상층’의 연줄결속체일수록 그렇게 할 수 있는 위험이 크기 때문에 ‘상층’일수록 ‘사민권’(privacy)의 제약을 감수하는 것은 물론이고 그 연줄결속체에 대해 엄중한 감시와 제재가 이루어질 수 있도록 해야 한다. ‘이중질서사회’와 ‘불신사회’는 ‘상층’의 연줄결속체에 대한 감시와 제재가 제대로 이루어지지 않는 사회이다.

잘 알다시피 민주화와 함께 정치권력과 경제권력에 대한 감시는 크게 강화되었다.⁷⁾ 그러나 행정권력과 사법권력에 대한 감시는 아직 일천한 수준이다. 특히 사법권력은 ‘사시’라는 ‘최고 권위’의 시험을 일종의 ‘방패막’으로 삼아서 ‘성역화’되어 있다. 이른바 ‘전문성 이데올로기’가 가장 강력하게 위력을 발휘하는 곳이 바로 사법권력의 영역이다. 민주화에 따라 위임받지 않은 ‘비민주적’ 권력인 사법권력이 위임받은 ‘민주적’ 권력보다 더 강력한 위력을 발휘하는 ‘민주화의 역설’이 갈수록 강화되고 있기도 하다. 이번의 ‘상지대 판결’도 그 한 예로 비판받고 있다(박병섭, 2007).

지키고, 그 이상의 것을 ‘자발적 의무’로 행하는 것을 뜻한다. 그러나 한국의 상층은 법을 지키지 않는 것을 당연한 권리처럼 여기는 존재로 널리 알려져 있다. 한국의 ‘거짓말 범죄’는 사실 한국의 ‘상층’이 주도하고 있다.

7) 예컨대 정치권력에 대해서는 온갖 보고서가 다양하게 제출되고 있으며, 경제권력에 대해서는 참여연대에서 발표한 ‘삼성보고서’ 등의 예가 있다.

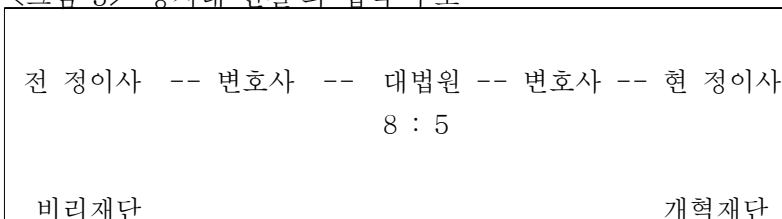
이른바 ‘전관예우’는 사법커넥션의 문제를 보여주는 대표적 예이다. 사법권력이 자신의 이익을 위해 연줄결속체를 어떻게 악용하고 있는가를 세상에 널리 보여주고, 그 결과 ‘유전무죄 무전유죄’라는 ‘불신사회’의 절규가 터져나오게 한 것이 바로 전관예우이다. 한국의 사법부는 전문성의 이면에서 독점성과 폐쇄성의 문제를 낳고 있다. 전관예우는 이러한 사법부의 특성에서 비롯된 것이면서 노골적인 ‘이익공동체’로 작동하는 연줄결속체의 문제를 보여준다. 전관예우는 단지 전임자에 대한 ‘예의’를 보이는 문제가 아니다. 그것은 국가의 사법질서를 왜곡하고 파괴하는 것이면서, 그 대가로 법조인의 ‘이익공동체’를 형성하고 유지하는 것이다.

민주화에도 불구하고 전관예우의 문제는 사실상 전혀 개선되지 않았다. 사법부의 수장을 지낸 사람들은 변호사로 활동하지 못하도록 하자는 시민사회와 학계의 최소한의 제안마저도 받아들여지지 않고 있다(김동현, 2006). 최소한 수입료와 이른바 ‘성공보수’를 투명하게 공개해야 전관예우의 문제가 완화될 수 있을 것이다. 그렇지 않다면, 전관예우는 ‘예의를 가장한 거래’로서 언제까지나 사라지지 않을 것이다. ‘상지대 판결’은 과연 이러한 ‘전관예우’의 문제로부터 자유로운가? 우리는 이에 대해 깊이 성찰해 볼 필요가 있을 것이다.

4. ‘상지대 판결’의 경우

연줄결속체의 관점에서 ‘상지대 판결’을 살펴보기 위해서는 이번 판결에서 큰 이익을 본 김문기 전 이사장과 변호사, 그리고 대법관의 구성과 관계에 대해 살펴보아야 할 것이다.⁸⁾ 여기서 핵심적 질문은 8명의 대법관이 왜 무리한 법리적 해석을 해서 상지대의 개혁을 일단 무효화하고 김문기 전 이사장에게 유리한 판결을 내렸는가 하는 것이다(박병섭, 2007; 참여연대, 2007). 그러나 사실 이 질문에 대한 정확한 답을 찾는 것은 대단히 어려운 일이다. 여기서 연줄결속체의 개념은 가능성에 관한 큰 시사를 제공할 뿐이다. 이런 사실을 염두에 두고 ‘상지대 판결’의 법적 구도를 간략히 제시하자면 다음과 같다.

<그림 3> ‘상지대 판결’의 법적 구도



8) 연줄결속체는 다양하고 복잡하게 구성된다. 3대 연줄은 혈연, 지연, 학연이지만, 혈연은 ‘혼맥’으로 복잡해지며, 지연과 학연도 여러 차원으로 복잡해진다. 당연히 가족과 친척의 연관도 긴밀히 검토해야 한다. ‘삼성보고서’와 같은 예에서 잘 알 수 있듯이 ‘연줄결속체’를 밝히는 것은 대단히 고된 작업이다. 이 글에서는 대법원과 언론에서 확인할 수 있는 몇몇 자료만 다룬다. 본격적 연구는 이후의 과제가 될 것이다. 대법원의 변화와 관련된 최근의 보도로 한국일보 기획취재팀(2006), 김영화(2007)를 참조. 또한 몇몇 대법관은 과거의 정치적 판결과 관련해서 큰 논란을 불러일으켰다. 이에 관해서 한겨레신문 1월 30일치와 미디어오늘 1월 30일치를 참조.

이와 관련해서 먼저 대법관의 구성을 살펴보면, 13명 중에서 12명이 서울대 법대 출신이고, 한 명은 원광대 법대 출신이다. 대법관들의 학연이 너무나 밀접한 것이다.⁹⁾ 따라서 대학 학연은 대법관의 의견이 8 대 5로 나뉜 것에 영향을 미치지 못했다고 할 수 있다. 고등학교로 보자면, 광주제일고 2명과 경기고 2명이 눈에 띈다. 이것도 역시 판결에 직접 큰 영향을 미친 것으로 보이지는 않는다.

<표 1> 다수의견 대법관의 주요 이력

이용훈(대법원장)

1942년 2월 전남 보성 출생. 1959년 광주제일고 졸업 1963년 서울대 법대 졸업. 1962년 사시 합격. 1994년 7월 대법관. 2005년 9월 대법원장.

고현철

1947년 2월 대전 출생. 대전고. 1969년 서울대 법대 졸업. 같은 해 사시 합격. 2003년 2월 대법관.

김용담 1947년 11월 서울 출생. 서울고. 1970년 서울대 법대 졸업. 같은 해 사시 합격. 2003년 9월 대법관.

양승태 1948년 1월 부산 출생. 경남고. 1970년 서울대 법대 졸업. 같은 해 사시 합격. 2005년 2월 대법관.

김황식 1948년 8월 전남 장성 출생. 광주제일고. 1971년 서울대 법대 졸업. 1972년 사시 합격. 2005년 11월 대법관.

박일환 1951년 1월 경북 군위 출생. 경북고. 1973년 서울대 법대 졸업. 같은 해 사시 합격. 2006년 7월 대법관.

김능환 1951년 10월 충북 진천 출생. 경기고. 1975년 서울대 법대 졸업. 같은 해 사시 합격. 2006년 7월 대법관.

안대희 1955년 3월 경남 함안 출생. 경기고. 1976년 서울대 법대 졸업. 1975년 사시 합격. 2006년 7월 대법관.

한국일보에서는 2007년 3월말에 9건의 대법원 전원합의체 판결을 대상으로 대법관의 ‘성향’을 분석했다. 이에 따르면, 진보는 김영란, 박시환, 김지형, 전수안, 진보와 중도 사이는 이용훈, 중도는 이용훈, 보수는 김황식, 안대희, 보수에 가까운 대법관은 김용담, 중도에 가까운 대법관은 고현철, 양승태, 박일환, 김능환으로 나타났다. 또한 가장 영향력이 큰 대법관은 역시 이용훈 대법원장으로 나타났다(김영화, 2007). 결국 ‘상지대 판결’은 ‘중도와 보수’가 일치해서 다수의견을 낸 판결이었다고 할 수 있다. 다시 말해서 ‘상지대 판결’은 ‘이념적 판결’의 성격을 갖는 것이다.¹⁰⁾

그런데 우리는 여기서 변호사에도 주목하지 않을 수 없다. 이것은 이른바 ‘전관예우’의 문제

9) 역대 대법관들에 관한 분석에 따르면 서울대 법대 출신이 67.2%로 압도적이다(한국일보 기획취재팀, 2006). ‘서울대 대법원’이라고 부를 만하다.

10) 이 점에서 사학법을 둘러싼 ‘보수’와 ‘진보’의 대립이 반영되었다고 할 수 있겠다. 그러나 사학법을 둘러싼 더욱 근본적인 대립은 부패와 개혁의 대립이다. ‘보수’가 부패를 옹호하고 있다는 비판을 받지 않으려면 ‘소유권’만이 아니라 부패에 대해서도 입장을 명확히 밝혀야 한다.

와도 연관된다. ‘상지대 판결’이 단순히 ‘이념적 판결’에 그치는 것인가? 그렇지 않고 변호사를 통해 연출결속체가 형성된 결과인가? ‘상지대 판결’의 의혹은 새로운 ‘사법불신’의 원인이 될 것이다. 다시 말해서 판결의 내용이 커다란 의문을 낳고 있기 때문에 변호사의 능력에 더 많은 관심이 쏠리지 않을 수 없다. 김문기 전 이사장은 그야말로 ‘화려한’ 변호사진을 꾸렸는데, 대법원 판결을 앞두고 이것을 더욱 강력하게 보강했던 것이다

김문기 전 이사장은 대법원 판결을 앞두고 윤영철 변호사를 새로운 변호사로 추가로 선임했다. 그는 1937년 전라북도 순창 출생으로 1956년 광주고 졸업, 1959년 사시 합격, 1961년 서울대 법대 졸업, 1988년 대법관, 2000년-2006년 9월 현재소장 등의 경력을 가지고 있다. 한국 사법부를 대표하는 인물이라고 할 만하다. 현재소장에서 물러난 뒤에는 법무법인 로고스의 고문변호사로 활동하고 있다. 한 나라의 사법부를 대표하는 경력을 가진 사람이 법무법인의 고문변호사로 활동한다는 것은 사실 쉽게 납득할 수 없는 일이다. 더군다나 ‘공익’과 관련해서 심각한 문제를 지닌 소송을 수임했다는 것에 대해서는 더욱 더 고개를 갸웃거리게 된다. 가장 큰 문제는 그가 이용훈 대법원장과 지연과 학연에서 대단히 밀접한 관계에 있다는 사실이다.¹¹⁾ 이 때문에 법적으로는 ‘전관예우’에 해당되지는 않지만 그가 사건을 맡았다는 것 자체가 ‘전관예우’와 같은 영향을 행사할 수 있으리라는 우려가 제기되었다(김효섭, 2007; 이경기, 2007; 김유정, 2007).

‘상지대 판결’은 법리적으로 커다란 문제를 안고 있다. 나아가 그것은 비리사학의 개혁을 가로막는 ‘반공익적’ 문제를 낳았다. 또한 그것은 ‘전관예우’에 관한 의혹을 새롭게 제기하고 있다. 이에 대해 우리는 ‘연출결속체’의 관점에서 앞으로 더욱 깊고 넓게 연구해야 할 것이다. 한 사회의 합리적 발전을 이루기 위해서는 보이지 않는 관계를 보이는 관계로 만드는 노력이 강력히 펼쳐져야 한다. 이런 사회적 의혹과 노력을 줄이기 위해 사법개혁이 철저히 이루어져야 하는 것은 다시 말할 필요가 없다.

5. 맺음말

2006년 7월의 어느날, 강신욱 전 대법관은 퇴임사에서 “유전무죄, 무전유죄, 전관예우 등의 말로 상징되는 국민들의 사법에 대한 불신이 안타깝다”, “중요한 것은 사실이든 아니든 국민들이 아직도 이런 말들을 믿고 있다는 점”이라고 말했다. 같은 날, 5명의 신임 대법관들은 취임사에서 한결같이 ‘국민의 신뢰’를 강조했다. 그런데 그 중에서 3명은 이번의 ‘상지대 판결’에서 다수 의견에 참여했다. 그들은 다음과 같이 말했다(김진원, 2006).

검찰 출신인 안대회 대법관은 “사법부가 상당한 수준의 신뢰를 얻고 있다고 평가되지만, 아직 국민의 기대 수준에는 미치지 못하고 있다”고 진단했다. 그는 이어 “사법부의 존립 근거는 국민의 신뢰”라고 지적하고, “이를 제고하기 위해, 항상 국민을 섬기는 자세를 잃지 않고 어떻게 하면 국민과 의사소통하며 그들의 진실한 목소리와 숨결을 듣고 느낄 수 있을지 고민하고 함께 지혜를 모으겠다”고 힘주어 말했다.

김능환 대법관도 “대법관은 시대정신에 깨어 있으면서 독립하여 무엇이 정의인지 밝히

11) 박준서·윤재식 전 대법관이 이미 김문기 전 이사장의 변호사로 참여하고 있는 상황에서 윤영철 변호사의 참여가 이루어졌다.

라는 엄숙한 사명을 국민으로부터 부여받고 있다”고 지적했다. 그는 중국의 법철학자인 오경웅(吳經熊) 박사의 말을 인용하며, “법관에게 가장 필요한 것은 관대하고 진실한 정신과 문제에 정면으로 대처할 마음의 용기”라고 갈파하고, “국민이 부여한 대법관으로서의 소명을 감히 감당하려 한다”고 말했다.

박일환 대법관은 “국민들은 법원에 대하여 사회의 각종 분쟁에 대하여 다양한 가치관이 반영되는 좋은 판결을 해 주기를 기대하고 있다”고 강조하고, “국민의 기대를 저버리지 않도록 최선을 다하겠다”고 말했다.

그러나 법리적으로나, 실천적으로나, ‘상지대 판결’은 ‘국민의 신뢰’와는 너무나 거리가 먼 것이다. 이에 대해 국민은 다시 ‘유전무죄 무전유죄’를 되뇌이고 있다. 대법원은 아직 ‘신뢰의 대상’이 아니라 ‘불신의 대상’이며 ‘개혁의 대상’인 것 같다. 한 법학자는 다음과 같이 지적한다.

이번 판결은 사학개혁과 사법개혁이 얼마나 밀접한 관계를 갖고 있는가를 분명히 보여주고 있다. 우리나라에서 국민으로부터 선출된 대통령이나 국회의원에 대해서는 비난에 가까운 비판을 하면서도 선출되지 않은 법관에 대해서는 마치 성역처럼 생각하는 잘못된 경향이 있다. 우리가 절대 잊어서는 안될 것은 법관이 행사하는 사법권은 주권자인 국민이 위임한 국가권력이라는 것이다. 이제 더 이상 사법권의 행사를 전문 직업 관료 집단인 법관에게만 방치할 것이 아니라 주권자인 국민의 철저한 감시와 통제가 행해져야 할 것이다(박병섭, 2007).

전문성의 성벽 안에 틀어박힌 사법권력을 광장으로 나오도록 해야 한다. 이를 위해 연줄결속체의 관점에서 사법권력을 구성하는 주체들의 각종 인간관계와 이해관계를 세밀히 추적하고 감시해야 한다. 대법관을 지낸 사람들의 변호사 활동과 수임료에 관한 정보를 축적하고 개혁하는 것은 그 핵심적 과제이다. 나아가 최소한 사법부의 ‘명예’를 위해서도 대법관의 변호사 개업은 금지하는 것이 옳을 것이다. □

참고문헌

- 김동현(2006), ‘참여연대 “신임 대법관, 퇴직후 변호사 개업 금지해야”’, 뷰스앤뉴스 2006년 5월 29일
- 김영화(2007), ‘보수 철옹성 대법이 분화한다’, 한국일보 2007년 3월 28일
- 김유정(2007), ‘우리가 상지대 사건을 주목하는 이유’, peoplepower21.org
- 김진균(1983), ‘한국사회의 구조적 역동성의 분석을 위한 몇가지 개념에 관하여’, 김진균(1983), 『비판과 변동의 사회학』, 한울
- 김진원(2006), ‘신임 대법관 5인, 한 목소리로 “국민 신뢰 얻겠다”’, 뷰스앤뉴스 2006년 7월 12일
- 김효섭(2007), ‘윤영철 前헌재소장 ‘전관예우’ 논란’, 서울신문 2007년 4월 25일
- 박병섭(2007), ‘법관은 과연 양심에 따라 독립하여 판결하는가?’, peoplepower21.org
- 이경기(2007), ‘윤영철 전 헌재소장 전관예우 시비’, 내일신문 2007년 4월 24일
- 이기홍(2003), ‘사회현실과 사회이론: 김진균의 ‘연줄결속체’ 개념을 범례로’, 한국산업사회학

회 엮음(2003), 『사회이론과 사회변혁』, 한울
참여연대 사법감시센터(2007), ‘대법원 감시의 필요성 보여준 상지대 사건 판결’,
peoplepower21.org
한국일보 기획취재팀(2006), ‘역대 대법관 전원 대분석’, 한국일보 2006년 12월 8일
한상희(2007), ‘상지대 판결과 유훈통치’, peoplepower21.org
홍성태(2006), 『현대 한국사회의 문화적 형성』, 현실문화연구
_____(2007), ‘다수의견 대법관들, 사학비리에 눈감다’, peoplepower21.org

발제3.

상지대판결의 법적 문제

김명연 (민주주의법학연구회, 상지대 법학부 교수)

1. 서설

상지학원 전 재단이사장 등 종전이사들이¹²⁾ 제기한 이른 바 ‘상지학원사건’에서는 구 사립 학교법상 종전이사들이 임시이사들이 정식이사를 선임한 이사회결의의 무효확인을 구할 소의 이익이 있는지의 여부와 임시이사들에게 정식이사를 선임할 권한이 있는지의 여부가 쟁점이 되었다.

이용훈 대법원장을 포함한 8인의 대법관들은 제1의 쟁점에 대해 학교법인 이사제도의 본질은 설립자의 설립취지의 인적 영속성의 보장에 있고, 따라서 종전이사들은 학교법인의 자주성과 정체성을 확보하는 임무와 가장 근접한 위치에 있기 때문에 그 자주성과 정체성을 대변하는 지위에서 소의 이익이 있다고 판단하였다. 또한 제2의 쟁점에 대해서는 합헌적 법률해석에 의할 경우 임시적 위기관리자에 불과한 임시이사들이 정식이사를 선임하는 것은 학교법인의 설립목적과 이념의 변질을 초래하며 학교법인과 그 이사들의 기본권인 사학운영의 자유와 교육의 자주성·전문성·정치적 중립성을 본질적으로 침해하는 것으로 위헌이 되기 때문에 임시이사는 정식이사와 동일한 의결권이 있다는 종래의 관례(대판 2005. 4. 16. 2005마53; 1970. 10. 30. 70누116)를 변경하여 임시이사는 정식이사를 선임할 권한이 없고 따라서 종전이사를 배제한 채 임시이사들이 정식이사를 선임한 이사회결의는 무효라고 판결하였다(대판 2007. 5. 17. 2006다19054).

이러한 8인 대법관의 다수의견에 대해서는 사학비리자를 노골적으로 옹호하고 부패사학의 개혁에 재갈을 물리며 교육의 자주성과 공공성을 능멸한 판결로 평가되고 있다. 뿐만 아니라 사립학교법 재개정이라는 정치적 목적을 위해 선행적으로 사립학교법에 대한 위헌결정을 하고 국회에 사립학교법 재개정과 헌법재판소의 위헌결정을 촉구한 정치판결로 평가되고 있다. 이는 한국의 사법이 독재정권의 시너노릇을 한 정치사법의 단계를 지나 국가의 사법권을 사유화하여 국가의 운영 자체를 법관들이 좌지우지하는 국가권력의 사법화(司法化) 내지 사법독재의 단계에 진입하고 있음을 보여주는 것이다. 아무런 민주적 정당성이 없는 전문관료집단인 법관들의 국가권력의 사법화 내지 사법독재는 민주주의에 대한 중대한 도전이며 민주주의의 위기를 의미한다. 이런 점에서 이번 상지대 판결은 통제받지 않는 사법권력에 대한 민주적 통제라는 사법개혁의 필요성을 전면적으로 제기하고 있는 것이다.

8인의 대법관들은 비리사학자를 옹호하고 자신들을 포함한 현실 정치 분파의 정치적 목적을 위해 합헌적 법률해석이라는 미명하에 헌법의 규정을 자의적으로 해석하고 스스로 입법자가 되어 법률해석을 하는 월권행위도 주저하지 않고 있다. 이하에서는 상지대판결의 분석을 통

12) 여기서 ‘종전이사’란 구 사립학교법상의 임시이사가 선임되기 전에 적법하게 선임되었다가 퇴임한 최후의 정식이사를 말한다.

해 법리상의 구체적인 문제점을 살펴본다.

II. 사학법인의 기본권 주체성과 사학의 자유

8인 대법관의 다수의견은 종전이사의 학교법인의 자주성과 정체성을 대변하는 지위에서 소의 이익을 인정하고 임시이사는 정식이사 선임권이 없음을 논증하기 위한 논리적 전제로 학교법인의 기본권 주체성과 사학의 자유를 헌법상의 기본권으로 이해하는 것에서 출발하고 있다. 그러나 아래에서 보는 것과 같이 학교법인의 기본권 주체성과 사학의 자유가 기본권으로서 우리 헌법상 인정될 수 있는 것인지에 대해서는 상당한 의문이 있다.

1. 학교법인의 기본권 주체성

헌법재판소는 성질상 법인이 누릴 수 있는 기본권은 당연히 법인에게도 적용되어야 한다고 하고, 따라서 법인도 사단법인·재단법인 또는 영리법인·비영리법인을 가리지 아니하고 이러한 한계 내에서 헌법상 기본권의 주체가 된다는 하고 있다(헌재 1991. 6. 3. 90헌마56). 또한 학설 역시 법인의 기본권 주체성을 인정하는데 별 이견을 보이지 않고 있다. 이러한 헌법재판소의 결정과 학설의 일반적 견해에 따라 8인의 대법관들은 “학교법인은 재단법인법의 영역에서 사적 자치의 영역을 누리고 또한 국가에 대한 관계에서 기본권을 주장할 수 있는 私法人”으로서 기본권의 주체가 되며, 구체적으로 “사학의 설립·운영의 자유와 재산권 등이 보장된다”고 판시하고 있다.

그러나 독일의 연방헌법재판소와 같이 법인의 기본권 주체성의 인정문제는 ‘법인의 실질’을 고려한 보다 신중한 접근을 필요로 한다. 법인의 기본권은 법인 그 자체를 위해 인정되는 것이 아니다. 이는 법인의 구성·조직과 활동이 자연인의 개성과 능력의 자유로운 발전의 표현인 경우, 특히 법인의 실체를 투시하여 그 배후에 있는 ‘인적 기초’, 즉 자연인의 활동을 보장하기 위하여 의미있고 필요한 경우에 한하여 인정되는 것이다(법인 배후의 인적 기초이론, Druchgriffstheorie).

이 이론과 관련하여 주의해야 할 것이 학교법인과 같은 재단법인이다. 독일 연방헌법재판소의 이러한 논리에 의할 경우 재단법인의 경우 ‘특정한 목적을 위하여 출연된 재산의 집합체’로서 관리되는 재산만이 존재할 뿐 그 배후에 인적 기초 혹은 실체가 결여 또는 미약하기 때문에 재단법인의 기본권 주체성이 인정되기는 곤란하다. 물론 재단법인의 경우에도 재단설립자의 의사나 수익자 혹은 이사회구성원 등에서 인적 기초를 찾으려는 견해가 없지 않으나 이러한 해석은 설득력이 없다는 것이 일반적 견해이다.¹³⁾

또한 법인의 기본권 주체성 문제는 ‘단체 자체에서 유래하는 공공성의 경중’에 따라 개별적으로 판단될 필요가 있다. 사립학교 역시 국·공립학교와 설립주체가 다른 뿐 교육의 개인적, 국가적 중요성과 그 영향력의 면에서는 국·공립학교와 본질적인 차이가 없다. 따라서 사립학교는 다른 국공립학교와 같이 국민의 교육의 받을 권리와 교육의 자주성·전문성 등을 보장하는 사회적·공공적 사명과 책임을 부담하는 공교육기관으로서 국민에 대하여 직접

13) Horst Dreier, Grundgesetzkommentar, Art. 19III, 각주 160번. 이상의 견해는 변론의 준비과정에서 이계수교수의 자문의견을 참고한 것이다.

책임을 부담한다. 이런 점에서 사립학교의 설치·운영을 목적으로 하는 학교법인은 그 지위에 있어서는 사법인일지라도 기능적으로는 국가의 연장된 팔로서 공적 주체로 편입되게 되며, 이러한 점에 있어서도 학교법인의 기본권 주체성을 인정하는 것에 상당한 신중을 요한다.

만약 이러한 학교법인에게 사학의 자유, 일반적 행정자유권, 사적 자치와 같은 기본권을 유보없이 인정하게 되는 경우 국가의 공교육체제는 심대한 타격을 받아 해체의 위기를 맞게 될 것이다. 이런 점에서 “사립학교의 설립의 자유와 운영의 독자성을 보장하는 것은 그 무엇과도 바꿀 수 없는 본질적 요체”라는 다수의견의 주장은 이후 공교육체계를 위협하는 중요한 기제로 작용될 가능성이 아주 높다.

2. 사학의 자유

독일 기본법 제7조제4항은 명시적으로 사학의 자유를 보장하고 있다. 독일 기본법상 사학의 자유는 사학의 설립과 운영의 자유 및 제도로서 사립학교의 존속보장을 내용을 한다. 이러한 내용의 사학의 자유가 우리 헌법상으로도 기본권으로 보장될 수 있는가하는 점이 논쟁될 수 있다.

이에 대해 8인 대법관의 다수견해는 “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. 요컨대, 사립학교는 설립자의 의사와 재산으로 독자적인 교육목적을 구현하기 위해 설립되는 것이므로 사립학교 설립의 자유와 운영의 독자성을 보장하는 것은 그 무엇과도 바꿀 수 없는 본질적 요체이기 때문에, 이와 같은 헌법 정신은 학교법인과 관련된 법률을 해석할 때의 기본 원칙이 되어야 할 것이다”라고 판결하고 있다.¹⁴⁾ 그러나 현행 헌법의 정합적 해석에 의한 경우 사학의 자유가 기본권으로 도출될 수 있는지는 의문이다. 대법원의 다수견해는 사학의 자유의 근거를 헌법 제10조의 일반적 행동의 자유, 헌법 제31조의 교육을 받을 권리 및 헌법 제31조제4항의 교육의 자주성·전문성·정치적 중립성 및 대학의 자율성에서 찾고 있다. 우선 이들 헌법규정이 사학의 자유에 대한 근거규범이 될 수 있는지 의문이다.

일반적 행동의 자유를 내용으로 하는 행복추구권은 헌법 제10조 전문의 인간의 존엄과 가치 조항과 목적과 수단의 관계에 있는 것으로 행복추구권은 인간으로서의 존엄과 가치를 실현하기 위한 수단으로서의 권리를 의미한다. 따라서 행복추구권과 그 내용으로 일반적 행동자유권은 인간의 존엄과 가치 존중과 밀접·불가분의 관계를 가진 인간의 권리이므로 자연인만이 누릴 수 있는 것이며¹⁵⁾ 학교법인과 같은 법인의 기본권의 근거규범이 될 수 없는 것이다.

또한 기본권은 자기의 이익을 주장할 수 있는 주관적 공권이다. 교육의 받을 권리라는 국민의 자유권적·사회권적 기본권에서 사학의 설립과 운영의 자유라는 학교법인의 기본권을 도출하는 것은 기본권의 주체를 자의적으로 확대 해석하는 것이다. 교육을 받을 권리의 주체는 그 성격상 자연인만이 주체가 될 수 있는 것이며 법인은 그 주체가 될 수 없다.¹⁶⁾ 국민

14) 사학의 자유는 이미 헌법재판소의 판결에 의하여 기본권으로 인정된 것이며 대법원의 다수의견은 이를 그대로 인용하고 있다(헌법재판소 2001. 1. 18. 99헌바63).

15) 권녕성, 헌법학원론, 2001, 363쪽; 허영, 한국헌법론, 2006, 329쪽.

의 교육을 받을 기본권이 있으므로 이를 위한 학교법인의 사학의 설립 및 운영의 자유가 있다는 해석이 도출 가능한 것인지 극히 의문스럽다.

뿐만 아니라 교육의 자주성·전문성·정치적 중립성 및 대학의 자율성은 국민의 교육을 받을 권리를 실효적으로 보장하기 위한 것으로 국공립학교와 사립학교에도 공통적으로 적용되는 것이다. 교육의 자주성 등은 학교법인의 사학운영과 긴장관계에 있는 것이며 학교법인에 의해서도 침해될 수 있는 것이다. 따라서 학교법인은 교육의 자주성 등을 보장할 의무를 지는 것이지 이로부터 학교법인의 사학의 자유가 도출될 수 없는 것이다. 그럼에도 불구하고 대법원의 다수견해가 헌법상 교육의 자주성·전문성·정치적 중립성 및 대학의 자율성은 사학의 설립 및 운영의 자유를 보장하는 취지이며, 이에 더하여 학교법인의 기본권 그 자체로 관시한 것은 이후 학교법인에 의한 교육의 자주성과 공공성을 침해할 수 있는 통로를 열어 준 것으로 심각한 문제가 아니라고 할 수 없다.

사학의 자유는 오히려 헌법 제34조제6항의 교육제도에 대한 객관적 제도적 보장과 관련하여 이해하는 것이 타당할 것으로 생각된다. 헌법 제34조제6항은 동조 제4항의 교육의 자주성 등의 제도의 본질적 내용에 대한 국가의 의한 자의적인 규제를 배제하기 위하여 교육제도를 비롯한 교육재정·교원의 법적 신분 등에 관한 법정주의를 규정하고 있는 것이다. 이에 따라 입법자는 교육의 다양성 등의 확보에 의한 국민의 교육을 받을 권리를 보다 충실하게 보장하기 위하여 교육기본법 제11조의 규정에 의하여 법인 또는 사인에 대하여 사립학교의 설립 및 운영의 자유, 즉 사학의 자유를 보장하고 있는 것이다. 즉 사학의 자유는 헌법 제36조제6항의 제도적 보장에 따른 입법자의 입법에 의하여 인정된 법률상의 권리이지 헌법상의 기본권은 아닌 것이다. 따라서 사립학교의 존속 역시 사학의 자유를 전제로 하는 것인 바, 사학의 자유를 기본권으로 우리 헌법에서 직접 도출되지 않는다는 점에서 사립학교의 존속 역시 헌법적 보장의 내용으로 볼 수 없으며 교육기본법 제11와 사립학교법의 규정에 의하여 법률 차원에서 보장되는 것이다.

III. 설립취지의 인적 영속성 보장과 종전이사의 학교법인의 정체성 대변

1. 설립취지의 인적 영속성 보장

다수견해는 설립취지의 인적 영속성 보장이 학교법인체도의 본질이라고 한다. 즉 학교법인은 그 운영시 설립 당시의 설립자의 의사, 즉 설립목적에 존중함이 마땅하고 이러한 학교법인의 설립목적은 이사들에 의하여 실현되는 것이므로 설립자가 최초로 선임한 이사가 그 후 임이사를 순차적으로 선임으로써 학교법인의 설립목적이 영속성있게 실현되도록 하는 것, 즉 설립취지의 인적 영속성 보장이 학교법인의 이사제도의 본질이라고 판시하고 있다. 따라서 학교법인에게 인정되는 헌법상 사학의 자유는 이사들에 의하여 실질적으로 구현되는 것이고 그 중 종전이사는 학교법인의 자주성과 정체성을 확보하는 임무와 가장 근접한 위치에 있는 자이므로 학교법인의 자주성과 정체성을 대변할 지위에 있다고 판시하고 있다.

그러나 이러한 다수견해는 법인체도의 제도적 목적과 학교법인의 설립자-학교법인-이사의 관계 등 법인체도에 관한 법리를 의도적으로 왜곡시키고 있는 것으로 설립취지의 인적 영속

16) 계획열, 헌법학(중), 2004, 732쪽.

성 보장이라는 허구적 논리를 통해 법의 지배가 아니라 중세시대의 人의 지배를 영상하게 하며, 유훈통치라는 비판은 적절한 지적으로 생각된다. 재단법인은 설립자에 의하여 정해진 목적을 실현하기 위하여 법인격이 부여된 재산의 집합체이며 학교법인도 마찬가지다. 따라서 설립자가 자신의 법인설립의 목적과 건학이념 등을 객관적으로 확정하여 정관을 작성하고 출연행위 등을 하여 법인설립행위를 마치게 되면 설립자가 스스로 이사로 선임되지 않는 한 설립자와 법인 사이에는 어떠한 법률관계도 존재하지 않게 된다. 학교법인의 설립에 있어 단순히 연고를 갖고 있다는 이유만으로 이사회결의의 무효확인을 구할 법률상 이익은 없고(대판 2003. 1. 10. 2001다41171; 1999. 11. 23. 99다43103) 따라서 원심판결이 설립자 또는 그 지위승계자에서 무효확인을 구할 법률상 이익을 부인한 한 것은 바로 이러한 이유 때문이다.

한편 학교법인과 이사의 관계는 민법상 위임관계이다. 이사는 설립자의 개인적 의사를 구현하고 그의 이익을 위해 봉사하는 지위에 있는 것이 아니라 학교법인의 설립자나 종전이사의 인격에서 완전 독립하여 학교법인과 신뢰관계를 기초로 하여 학교법인에 의하여 위임된 업무를 정관의 규정에 의하여 객관적으로 확정된 설립목적과 교육관계법령이 정하는 바에 따라 선량한 관리자의 주의의무(민법 제61조·제681조)로 관리·집행하는 것이다. 따라서 이사가 법인의 사무를 처리함에 있어 설립자의 의사에 구속을 받는 것도 아니며 이사의 행위를 규율하는 것은 설립자의 설립의사가 화체된 정관과 관계법령, 그리고 법인과 위임관계에서 요구되는 선관주의의무 뿐이다.

이와 같이 법인제도는 활동영역이 시간적·공간적으로 제한되어 있을 뿐만 아니라 그 능력에도 한계가 있는 자연인 이외의 법인격을 창출하여 위와 같은 한계를 극복하기 위해 고안된 것이며, 따라서 학교법인은 설립자의 주관적 의사나 사정과 관계없이 정관의 규정에 의하여 객관적으로 확정된 설립목적에 따라 계속적·안정적·영속적으로 교육사업을 영위하게 되는 것이다. 사립학교법은 공교육제도의 중추기관인 초·중등·대학을 오직 학교법인만이 설치·운영할 수 있도록 하고 있는 바(동법 제3조제1항) 만약 설립자 자연인의 설립목적은 인적으로 영속성 있게 보장하기 위한 목적이라면 유치원이나 특수학교와 같이 개인이 직접 학교를 설치·운영하고 이를 상속의 대상으로 하여 그 상속자로 하여금 운영할 수 있도록 하는 것이 보다 타당한 입법정책이라고 할 것이다.

그럼에도 불구하고 대법원의 다수견해가 ‘설립자의 설립목적은 인적으로 영속성 있게 보장하는 것이 이사제도의 본질’이라는 허구적 논리를 통해 종전이사의 학교법인의 자주성과 정체성을 대변할 지위를 도출하는 것은 어떤 경우에도 이들을 배제하고 정식이사를 선임하는 것은 학교법인의 설립목적과 정체성의 변질을 초래하여 학교법인의 사학의 자유를 본질적으로 침해하는 위헌이며, 따라서 사실상 이들에게 정식이사의 선임권을 환원하거나 적어도 이들이 동의 내지 합의하는 자를 정식이사로 선임하여야 한다는 논리를 도출하기 위한 것으로 보인다. 바로 이 점에서 대법원의 다수의견의 설립취지의 인적 영속성 보장은 ‘사학비리의 인적 연속성의 순환적 보장’으로 부패사학개혁의 국민적 여망을 원천적으로 봉쇄하기 위한 것이다.¹⁷⁾

17) 다수의견의 보충의견은 이와 같이 법인제도에 관한 일반법리를 의도적으로 왜곡하는 설립취지의 인적 영속성 보장을 조리, 즉 사물의 본성이라고 까지 하고 있다.

그러나 사학비리 등으로 법인설립의 목적을 달성할 수 없게 한 경우 그 책임을 물어 임원취임 승인취소를 당하거나 스스로 사임한 종전이사들은 설사 설립취지의 인적 영속성 보장이 라는 논리를 수긍한다고 하더라도 학교법인과 신뢰관계를 상실함으로써 학교법인의 정체성을 대변할 지위에 있지 못하다는 것은 명확하다. 또한 이사 전원에 대한 임원취임 승인취소와 이에 따라 임시이사의 파견은 학교법인의 해산에 갈음하는 것으로 이 경우에는 종전이사들은 그 누구도 학교법인의 정체성을 대변할 수 있는 위치에 있지 못하며 또한 학교법인의 정상화과정에 있어 주무관청 또는 이들에 의하여 선임된 임시이사가 정식이사를 선임하는 것은 당해 학교법인을 위하여 설립목적의 가장 잘 실현할 수 있는 자에 의한 새로운 신뢰관계를 형성하여 주는 일종의 공법상 대리이다.

이러한 경우에 있어 종전이사들을 배제하고 새로운 정식이사를 선임하여 학교법인의 지배구조에 변경을 초래하더라도 이것이 당해 학교법인의 설립목적과 취지를 변질시키는 것이 결코 아니다. 이는 적극적으로 당해 학교법인의 정관에 규정된 설립목적의 변경하는 것이 아니라 소극적으로 실현불능상태에 있는 학교법인의 설립목적의 실현될 수 있도록 하여 사립학교의 건전한 발전을 도모하는데 그 목적이 있기 때문이다.

2. 종전이사의 학교법인의 정체성을 대변할 지위에서의 소의 이익

대법원의 보도자료에서 보는 것과 같이 이 판결은 국민의 재판권을 받을 권리를 확대하기 위하여 확인의 이익에 대한 경직된 태도를 시정하여 이를 확대한 것에 중요한 의의가 있다고 평가하고 있다. 확인소송에 있어 확인의 이익은 원고의 권리 또는 법률상의 지위에 현존하는 불안·위험이 있고 이러한 불안·위험을 제거함에 있어 확인판결을 받는 것이 가장 유효·적절한 수단일 때에만 인정된다. 종전이사들은 이 판결에 의하여 정식이사의 지위를 회복하거나 스스로 정식이사를 선임할 권한이 갖게 되는 것과 같이 개인적으로 회복되는 이익이 전혀 없다. 그럼에도 불구하고 다수견해는 오직 학교법인의 자주성과 정체성을 대변할 지위에서 학교법인의 설립목적의 구현함에 적절한 정식이사를 선임하는 문제와 관련하여 법률상 이익관계를 가지며 따라서 확인의 이익이 있다고 판단하고 있다.

그러나 본안판결과 같이 임시이사가 정식이사를 선임할 권한이 없게 되면 구 사립학교법 하에서는 정식이사의 선임할 방법이 없게 되어 종전이사의 학교법인의 정체성을 대변할 수 있는 기회가 주어지지 않는다. 또한 다수견해와 같이 현행 사립학교법 제25조의 3의 규정에 따라 정식이사를 선임하는 경우에도 정식이사 선임에 대한 의견제출권은 종전이사의 지위에서 주어지는 것이 아니라 상당한 재산을 출연하거나 학교발전에 기여한 자의 지위에서 주어지는 것이므로 학교법인의 자주성과 정체성을 대변할 수 있는 기회는 주어지지 않는 것이다. 따라서 학교법인의 자주성과 정체성을 대변하는 지위에서 원고적격을 인정하더라도 확인을 구할 소의 이익은 없는 것이다.

또한 일시적인 긴급처리권도 회복되지 않는 종전이사들에게 학교법인의 본질적 요체라고 하는 학교법인의 자주성과 정체성을 대변할 지위가 주어진다 하는 것도 모순일 뿐만 아니라 학교법인의 자주성과 정체성의 원천인 학교법인 설립자의 소의 이익을 부정하면서 그에 의하여 순차적으로 선임된 종전이사에게는 소의 이익을 인정하는 것 역시 모순이다.

한편 이 사건의 원고인 상지학원 전 재단이사장은 대법원의 판결에 의해 확정된 바와 같이 상지학원의 설립자가 아니며 상지학원의 전신인 청암학원에 임시이사로 근무하면서 상지학원으로 개명하고 임시이사들에 의하여 정식이사와 재단이사장으로 선임된 자이며 다른 원고들은 그에 의하여 순차적으로 선임된 이사들이다. 따라서 종전이사들에게 학교법인의 정체성을 대변하는 지위에서 소의 이익을 인정하더라도 이 사건의 원고들은 이 판결의 취지에 의할 경우 무효인 이사회결의에 의하여 선임된 자들로서 이사의 자격이 없을 뿐만 아니라 학교법인의 설립자에 의하여 선임된 이사들이 아니기 때문에 설립취지의 인적 연속성의 연결선상에 있는 종전이사에 해당하지 않는 자들이다. 그럼에도 불구하고 다수의견을 낸 8인의 대법관들은 이러한 사실을 의도적으로 간과함으로써 소송법상 증거채증의 법칙과 헌법 제103조의 양심에 따른 재판의 규정을 위반하여 헌법 제27조의 국민의 공정한 재판을 받을 권리를 침해하고 있는 것이다.

위와 같이 8인 대법관의 다수견해가 설립취지의 인적 연속성 보장이라는 허구적인 논리와 판결 자체의 모순뿐만 아니라 헌법규정까지 위반하는 무리를 감수하면서까지 무리하게 소의 이익을 확대하여 이 사건의 본안판결을 하고자 한 이유는 사립학교를 원심판결에 있어서와 같이 사실상 설립자의 재산권으로 이해하여 사학부정을 행하여 행정제재나 형사처벌을 받은 경우에도 이들에게 학교법인운영권을 환원시켜 재산권을 보호하고자 한 것이며 나아가 현행 사립학교법을 위헌선언함으로써 사립학교법을 재개정하고자 하는 정치적 의도에 의한 것으로 평가된다.

IV. 임시이사의 지위와 권한

8인 대법관의 다수의견은 학교법인의 기본권과 구 사립학교법의 입법목적 그리고 동법 제25조의 임시이사의 선임사유 등에 대한 민법 제63조에 대한 특칙 등에 비추어 구 사립학교법상 임시이사는 정식이사를 선임할 권한이 없다고 판시하였다.

1. 구 사립학교법 제1조의 사립학교의 자주성의 의미

다수견해에 의하면 학교법인은 사적 자치와 사학의 자유를 향유하는 기본권의 주체로서 사립학교의 설립과 운영의 독자성을 보장하는 것은 그 무엇과도 바꿀 수 없는 본질적 요체이기 때문에 이러한 헌법정신은 학교법인과 관련된 법률을 해석할 때의 기본 원칙이 되어야 한다고 한다. 따라서 구 사립학교법 제1조는 “이 법은 사립학교의 특수성에 비추어 그 자주성을 확보하고 공공성을 양양함으로써 사립학교의 건전한 발달을 도모함을 목적으로 한다.”라고 규정하여 사립학교의 특수성·자주성·공공성을 선언하고 있는데, 위 헌법 정신에 충실하자면 학교법인의 공공성을 해치지 않는 범위 내에서 그 자주성은 최대한 존중되어야 할 것이라고 판시하고 있다.

앞에서 본 바와 같이 학교법인이 기본권의 주체가 될 수 있고 또한 사학의 자유가 헌법상 기본권으로 도출될 수 있는지는 극히 의문일 뿐만 아니라 다수견해는 설립자의 재산권과 학교법인 이사의 경영의 자율권을 도출하기 위하여 사립학교의 자주성을 학교법인의 자주성으로 환치시키고 있다. 그러나 사립학교를 설치·운영하는 학교법인과 교육기관인 학교는 법

적으로 구별되는 것이며(사립학교법 제4조), 학교법인에 관해서는 사립학교법에서 규율하고 학교에 대해서는 사립학교와 국공립학교의 구별없이 초·중등교육법과 고등교육법에서 각각 규율하고 있다. 따라서 사립학교법 제1조의 자주성의 의미는 헌법과 교육기본법에서 말하는 자주성과 같이 사립학교의 경우 학교법인이나 사인에 의하여 설립된다는 점에서 이들에 의하여 교육의 자주성을 확보한다는 의미이다. 바로 이러한 취지에서 사립학교법은 학교법인의 임원이 학사행정에 관하여 학교의 장의 권한을 침해하는 경우 임원취임 승인취소의 사유로 규정하고 있다(동법 제20조의2제1항).

2. 구 사립학교법 제25조의 규정에 의한 임시이사의 정식이사 선임권

구 사립학교법 제25조는 임시이사의 선임사유, 임무, 재임기간, 그리고 정식이사로의 선임제한에 관한 특별규정을 두고 있었는데, 다수견해는 이 특칙규정에 의하여 학교법인의 임시이사는 민법상 임시이사와 달리 임시적 위기관리자로서 정식이사의 선임권한이 없다는 결론을 도출하고 있다. 이는 입법행위에 버금가는 자의적 법률해석의 극치를 보여주는 것이다.

다수견해와 달리 구 사립학교법 제25조의 특별규정은 임시이사의 정식이사의 선임권을 전제로 하는 규정이다. 임시이사는 어떠한 사유에 의한 것이든 “이사의 결원”으로 당해 학교법인의 목적달성이 할 수 없는 경우 등에 선임된다(동조 제1항). 따라서 임시이사에게는 이사의 결원으로 인한 학교법인의 목적달성의 불능이나 손해발생의 염려를 조속하게 해소할 특별한 책무가 부여되어 있으며(동조 제2항) 이 의무의 성실한 이행을 확보함으로써 조기에 결원된 이사를 보충하여 학교법인을 정상화하기 위하여 임시이사의 재임기간에 특별한 제한을 두고 있는 것이다(동조 제3항).

이와 같이 구사립학교법 하에서 임시이사의 책무는 결국 이사의 결원의 발생원인을 조속하게 해소하여 정식이사를 선임하여 결원된 이사를 보충하는 것에 있는 것이며, 임시이사가 정식이사의 선임권이 있기 때문에 임시이사가 스스로 자신을 정식이사로 선임하는 것을 방지하기 위하여 임시이사의 정식이사 취임의 제한을 규정하고 있는 것이다(동조 제4항). 따라서 구 사립학교법 제25조의 규정은 한결같이 임시이사가 정식이사를 선임한다는 것을 전제로 하는 규정들이며 다수견해와 같이 임시이사의 지위와 권한의 제한규정으로 해석할 여지는 전혀 없는 것이다.

다수견해는 후임 임시이사를 선임할 권한도 없는 임시이사에게 정식이사를 선임할 권한이 있다고 보는 것은 무리일 뿐만 아니라 임시이사 선임사유가 존속하는지의 판단권도 임시이사가 아닌 교육인적자원부장관에게 있는데 그 점에서도 임시이사가 스스로 임시이사 선임사유가 소멸하였다고 판단하여 정식이사를 선임할 수 있다는 해석은 가능하지 않다고 한다.

그러나 임시이사는 학교법인을 정상화하여 당해 학교법인의 설립목적에 따라 학교가 운영될 수 있도록 지독·감독하는 주무관청의 행정목적에 따라 선임되는 것이고 당해 임시이사가 그 책무를 완수하지 못하고 임기를 종료한 때에는 감독관청이 새로운 임시이사를 선임하여 임시이사의 선임사유를 해소의 책무를 부여하는 것은 행정의 관점에서 당연한 것이다. 따라서 임시이사가 후임의 임시이사를 선임할 수 없는 것은 지극히 당연한 것이며 후임 임시이사의 선임권도 없이 임시이사가 정식이사의 선임권을 갖는 것은 무리라는 주장은 지극히 비법적이고 단편적인 판단이다. 한편 임시이사 선임사유가 존속하는지의 판단권이 교육인적자원부장관에게 있다는 것은 임시이사의 정식이사 선임권을 전제로 하는 것이다. 앞에서 본

바와 같이 교육인적자원부장관은 정식이사 선임권이 없는 바, 이는 임시이사가 1차적으로 임시이사의 선임사유가 해소된 것으로 판단하고 정식이사를 선임하여 동법 제20조제2항의 규정에 의하여 임원취임승인 신청을 한 경우 교육인적자원부장관이 임시이사 선임사유의 해소여부를 최종적으로 판단하여 임원취임 승인여부를 결정하는 것이다.

뿐만 아니라 다수견해는 임시이사에게 정식이사와 같은 무제한적인 권한을 부여하면 이사 전원의 취임승인취소와 함께 임시이사가 선임되는 경우 학교법인을 운영할 권한과 임무가 손 쉽게 제3자에게 넘어가게 된다고 한다. 그러나 이사 전원에 대한 임원취임 승인취소는 임원간의 분쟁, 회계부정 등으로 인해 학교법인의 설립목적 달성을 수 없을 때와 같이 중대한 사유가 있는 경우에 발동되는 것이며, 경미한 사유로 이사 전원에 대한 임원취임 승인취소가 된 때에는 재량권의 남용으로 행정소송을 통해 그 구제를 받을 수 있게 된다. 따라서 다수견해는 발생가능성이 없는 사항을 예정하여 임시이사의 정식이사 선임권을 부정하고 있는 것이다.

이와 같이 구 사립학교법 제25조의 특칙규정에 의하여 학교법인의 임시이사는 민법상 임시이사와 달리 임시적 위기관리자로서 정식이사의 선임권한이 없다는 결론을 도출하는 다수의 견해는 입법행위에 버금가는 자의적 법률해석의 극치를 보여주고 있다. 법원에 의하여 선임되는 임시이사의 경우 종래와 같이 정식이사의 선임권이 있는 바, 학교법인에 비하여 공공성이 상당히 약한 민법상 재단법인의 경우에는 임시이사가 정식이사를 선임하여 법인의 지배구조를 변경하더라도 학교법인과 달리 재산권이나 기타 기본권의 본질적 침해가 발생하지 않는 이유가 어디에 있는지 다수의 견해에게 반문하지 않을 수 없다.

V. 결어

8인 대법관의 다수견해는 상지학원판결에서 설립자의 설립취지와 사학의 자유는 그 연결선상에 있는 이사들에 의하여 구현되므로 종전이사들은 학교법인의 자주성과 정체성을 대변할 지위에 있고, 임시이사가 정식이사를 선임하는 것은 학교법인의 정체성의 단절을 가져와 학교법인의 설립목적과 이념의 변질을 초래하여 학교법인과 그 운영자인 이사들의 기본권인 사학 운영의 자유와 교육의 자주성·전문성·정치적 중립성 등을 본질적으로 침해하는 헌법위반으로 허용될 수 없다고 판결하였다.

8인의 대법관들이 이러한 판결을 통해 보호하고자 했던 상지학원 전 재단이사장은 어떤 사람인가? 온갖 탈법적인 학원비리와 부정을 자행하고 학교의 재정을 사유화하여 교육의 공공성을 훼손한 한국 부패사학사의 첫 쪽을 장식하는 파렴치한 사학비리자의 전범이라는 것은 주지의 사실이다. 또한 이들이 보호하고자 했던 학교법인의 정체성은 전 재단이사장으로 재직하면서 얻게 된 “사학비리의 백화점”, “사학비리의 종합선물세트”라는 상지학원의 오명의 정체성일 따름이다. 그럼에도 8인의 대법관들은 상지학원 구성원들의 15년간의 노력과 헌신으로 정상화하여 부패사학 개혁의 역사적 모범이며 희망이 되고 있는 “쌔처럼 맑고 솔처럼 푸르른 상지학원”으로, 이러한 김문기씨와 그의 수족들인 종전이사들이 다시 복귀하는 것을 보장하고자 했던 것이다.

이와 같이 8인의 대법관들은 학교법인을 운영하는 이사들이 그 어떤 사학비리를 자행했더라

도 이들을 학교법인의 운영에서 배제하는 것은 학교법인의 자율성과 정체성을 본질적으로 침해하는 위헌적 조치로서 불가하며, 학교법인이 구성원들의 노력으로 정상화되면 비리이사들은 그 성과마저 고스란히 자기의 몫으로 챙기면서 화려하게 복귀할 수 있는 가능성을 주어 부패사학개혁의 국민적 여망을 봉쇄하고 사학비리의 인적 연속성을 순환적으로 보장하고자 했던 것이다.

그러나 8인 대법관들의 판결이 단순히 상지학원이라는 특정 학교법인의 운영에 관한 것이 아님을 물론이다. 이들 8인의 대법관들은 학교법인을 개인의 재산 정도로 생각하는 세력들이 추진하고 있는 사립학교법 재개정운동이 국민들의 강력한 반대에 부딪쳐 좌초의 위기에 놓이자 불안감과 초조감을 스스로 이기지 못하고 헌법재판소에 개정사립학교법 위헌결정을 위한 구체적 지침을 시달하여 조속히 위헌결정을 할 것을 촉구하고 나선 것이다. 나아가 국회에 대해서도 입법론적 타당성 운운하며 사학의 공공성 확보를 위한 최소한의 제도적 장치들을 모두 폐지하고 정식이사 선임권을 종전이사들에게 실질적으로 환원하는 내용의 법률개정을 하도록 위협하고 있는 것이다.

이를 위해 이들 8인의 대법관들은 합헌적 법률해석이라는 미명하에 헌법 제31조제4항의 교육의 자주성·전문성·정치적 중립성 및 대학의 자율성을 학교법인 나아가 이사들의 기본권으로 왜곡하고 있다. 뿐만 아니라 이들은 입법자의 의사와 무관하게 스스로 입법자가 되어 사립학교법을 해석·적용하는 월권행위도 주저하지 않았다. 아무런 민주적 정당성이 없는 전문관료집단인 법관들이 입법자의 판단을 자의적으로 재단하여 국가권력을 사법화(司法化)하는 것은 민주주의에 대한 중대한 도전행위이다. □

발제4.

사립학교개혁과 사법개혁의 과제

김 제 완 교수(고려대 법대)

I. 들어가는 말

상지대 사건에 대한 대법원판결은 비리 사립학교의 정상화를 바라는 많은 국민들에게 큰 실망을 안겨 주었다.

이 글에서는 상지대 사건을 계기로 사립학교의 개혁과 사법개혁의 과제를 살펴보고자 한다. 사립학교의 개혁에 관하여는 개방형 이사제와 대학평의원회의 정착 필요성을 사립학교의 법적 성격을 중심으로 살펴본 후, 사립학교의 자주성을 위한 교육인적자원부의 태도 변화 필요성에 관하여도 지적해 보고자 한다.

사법의 개혁에 관하여는 상지대 판결에 나타난 사법부 개혁의 필요성을 전관예우 근절 문제, 대법원 구성의 다양화 문제를 살펴 보고, 그 모든 것의 근본이 되는 법조인 양성 및 선발제도의 개혁의 필요성을 지적하고자 한다.

II. 사립학교개혁 : 개방형 이사제와 대학평의원회의 정착 필요성

사립학교에 관하여 개방형이사제가 조기에 정착하는 것은 필수적이다. 이는 비리 사학이건 건전한 사학이건 마찬가지이다. 비리사학은 비리를 찾아내고 시정한다는 의미에서, 건전한 사학은 있을 수 있는 비리의 가능성을 미리 예방한다는 차원에서도 중요하다.

이는 종교단체가 설립한 사립학교의 경우에도 마찬가지이다. 교육의 공적 성격을 고려한다면, 당해 학교를 설립한 특정 종교가 과도한 종교적 성향을 보이는 것은 바람직하지 않을 수도 있기 때문이다.¹⁸⁾

최근 한나라당과 한기총 등 보수기독교단체를 중심으로 제기되고 있는 사립학교법 재개정운동은 재고될 필요가 있다.

1. 사립학교의 법적 성격

최근 사립학교법 재개정을 위한 논의를 두고 우리사회에서 적지 않은 갈등이 일고 있다. 사립학교의 학교법인 설립자의 후손이나 이사장 등의 횡포로 인하여 정작 교육의 주체가 되어야 할 교사들이나 학생들이 피해를 입는 경우가 있어, 사립학교법의 개정을 둘러싸고 수많은 논의가 있어 왔다. 그런데 교육의 주체들이 직접적 간접적으로 중요 의사결정에 관여하는 제도를 도입하는데 대해 적지 않은 저항이 있어 법개정에 큰 어려움을 겪었다. 그 이유 중의 하나는 “기본적으로 학교법인은 財團”이라는 도그마에 빠져 있기 때문이라고 생각한다.

실제로 우리나라의 현행 사립학교법에서는 이를 재단에 가깝게 규율하고 있다. 결과적으로

18) 현재와 같은 중고등학교 강제배정제를 유지하는 것이 사립학교를 설립한 종교단체의 선교의 자유 내지 재량성을 크게 해하는 것은 물론이다. 그러나 입장을 바꾸어 생각하면 자신의 종교와 다른 학교에 배정된 학생이나 학부모는 그보다 더한 피해자라고 할 수 있다. 이에 대하여는 후술한다.

실제 사립학교의 발전에 있어서 재단 못지않게 중요한 기여를 하는 人的 要素인 교수와 학생, 나아가 동문회, 학부모회, 후원회 등 社團的인 要素를 무시한 채 出捐者의 意思만을 학교법인 운영에 있어서 본질적인 것으로 보게 된다. 이와 같은 상황에서 분쟁이 발생하는 것은 필연적이 아닌가 생각된다.

사립학교의 설립에 있어서 출연자가 기여한 바가 결정적임은 부인할 수 없다. 그러나 선진 외국의 사립학교들과는 달리 우리나라의 사립학교들은 재단전입금의 기여도에 비해 등록금과 후원금의 기여도가 훨씬 크다. 특히 분규를 겪고 있는 사립학교들은 설립당시 출연을 제외하고는 그 후 대부분의 학교의 발전 성장이 학생들의 등록금과 졸업생들을 비롯한 지역사회와 지방자치단체 및 국가의 후원, 나아가 교수들의 적극적인 모금활동 등에 의하였는데, 기여한 바가 미미한 설립자의 후손 등이 과도한 권리주장을 하는 경우가 대부분이다.

과연 학교법인이 재단적인 성격을 가지고 있다는 이유만으로 실질적으로 학교를 유지 발전시키는 데에 상당한 역할을 수행하고 있는 교육의 주체들을 단순한 객체 내지 시설의 이용자로 보는 시각이 올바른 것인지 의문이다. 이 문제에 대한 합리적인 해결을 위하여는 우리나라 학교 및 학교법인의 재산형성과정에 대한 실증적인 연구가 이루어져야 할 것으로 생각된다.

지적하고자 하는 것은, 학교를 財團으로만 보지 말고 社團的 性格을 동시에 가진다는 점을 인정하는 것이 사립학교법 개정을 둘러싼 갈등을 해결하는데 출발점이 될 수 있을 것이라는 점이다. 즉, 사립학교법 개정에서 가장 논란이 되고 있는 것은 학교운영위원회와 평의원회가 개방이사를 선출할 수 있도록 하는 데에 있다. 교사회, 학부모회, 교수회, 학생회, 직원회 등이 하나의 형태로 제도화되어 있는 것인데, 이를 과거로 되돌려야 한다는 것이 재개정 주장의 요체이다. 사립학교의 사단적 성격을 부정하고 순수한 재단으로 보는 견해에 서기 때문에 이와 같은 재개정안을 주장하는 것이다.

2. 社團과 財團의 二分法 도그마를 넘어서야¹⁹⁾

법인을 사단과 재단으로 양분하는 것이 민법의 기본태도인데, 이 도그마로 인하여 발생하는 문제점은 사립학교 이외에도 종종재산 분배 문제, 사찰 재산의 귀속 문제 등이 있다.

종중재산의 분배 문제를 예로 들어 보자. 종중을 사단으로 보는 한 종중의 재산에 대한 처분 및 분배의 문제를 적절히 해결하는 데에 논리적 어려움이 있다. 즉, 사단이든 재단이든 간에 모두 인적 요소와 물적 요소 양자를 포함하는 상황이 있을 수 있는데,²⁰⁾ 재단과 사단을 준별하는 입장에서 양자택일을 하자면 종중은 사단으로 볼 수밖에 없고, 종중이 본질적으로 사단이라면 그 재산에 관하여는 사적 자치에 의하여 스스로 처분 및 분배결의를 하는 것을 막을 수 없게 된다. 종중에 대해 사단과 재단의 성격을 모두 갖춘 특수단체로서의 성격을 부정할 수 없는데, 지금과 같이 사단과 재단을 이분법적으로 나누는 도그마에 빠져서는 합리적인 문제 해결이 이루어지지 않는다. 현행법 체계 하에서 그와 같은 단체를 인정할 수 있을 것인지가 문제로 된다.

19) 사단과 재단의 이분법 도그마의 문제점에 관하여는, 김제완, “단체 법리의 재조명 : 종종재산의 법적 성격” 인권과 정의 355호, 대한변호사협회, 2006. 3. 참조.

20) 명순구, 민법학 기초원리(세창출판사, 2002), 262면 이하 참조.

종교단체의 예를 들어 보자. 흔히 교회는 사단이요, 사찰은 재단으로서의 성격이 강하다고 한다. 그러나 재단으로 논리구성하는 것이 적절한 교회도 있을 수 있다. 개신교 교회와 카톨릭 교회, 성공회 교회 등은 서로 그 성격이 다를 수 있다. 실제로 “...교회 유지재단”과 같은 식으로 재단으로 구성하여 교회재산을 관리하는 경우도 종종 있다. 교회가 재단이라는 법적 도구를 활용하는 주된 이유는 재산을 둘러싼 분쟁을 막기 위한 것이다. 이 경우, 교회와 재단과의 관계는 어떻게 되는 것일까 등의 문제가 남는다.

마찬가지로 사찰 중에는 법인 아닌 재단으로 보는 경우가 많지만, 법인 아닌 사단으로 보아야 하는 도심의 포교회 등도 있고, 나아가 법인 아닌 사단 또는 재단이라고 한 경우도 여러 사례 있다.²¹⁾

종중도 사단이라고는 하지만 종중 유지재단 등 재단법인으로 구성하는 예가 있으며, 재단적 성격을 부인할 수 없는 경우가 있다.²²⁾

우리 민법이 재단법인과 사단법인 두 제도를 두고 이를 달리 취급하고 있는 것은 사실이다. 그러나 현실은 어느 단체의 성격이 본질적으로, 자동적으로 정하여지는 것도 아니고, 재단이나 사단 중 하나여야 하는 것은 더욱 아니다. 법원은 마땅히 이와 같은 현실을 반영하여 판결하여야 한다.

3. 현행 사립학교법상의 사립학교의 법적 성격

현행 사립학교법은 사립학교의 자주성과 개방형 이사제 등 공익적 성격이 적절히 조화되어 있는 것으로 생각된다. 이를 달리 말하면, 사립학교의 성격을 재단에 의하여 운영되는 영조물이며 구성원들은 그 피용자나 이용자에 불과한 것으로 보지 않고, 사단적인 성격을 추가적으로 인정함으로써 균형을 잡은 것이라고 할 수 있다.

우선 개방이사제에 관하여 법 제14조 제3항에서 “학교법인은 제1항의 규정에 의한 이사정수의 4분의 1 이상은 학교운영위원회 또는 대학평의원회(신설 법인의 경우 관할청)가 2배수 추천하는 인사 중에서 선임하여야 한다”고 규정하여 개방형 이사제도를 도입하고 있다.

이 규정에 대하여 사립학교 재단측은 이와 같은 제도가 학교의 건학이념을 훼손하는 결과가 되며, 특히 정교단체가 설립한 사립학교에 있어서는 선교의 자유를 침해하는 것이라고 주장되고 있다. 그러나 이는 오해에 기인한 것이다. 시행령에 의하면, 학운위 또는 평의원회가 개방이사를 추천하는 때에는 당해 학교의 건학이념을 구현할 수 있는 자를 추천하여야 한다(령제7조의 2 제2항). 따라서 개방형 이사는 건학이념을 구현할 수 없고 오히려 건학이념을 해하는 자는 제도적으로 개방이사에 추천될 수 없는 것이다.

21) “일반적으로 사실 사찰이 아닌 종단에 등록을 마친 사찰은 독자적인 권리능력과 당사자능력을 가진 법인격 없는 사단이나 재단이라 할 것이다.” 2005. 6. 24. 선고 2005다10388 판결 ; 1997. 4. 25. 선고 96다46484 판결 ; 1996. 1. 26. 선고 94다45562 판결 등 참조.

22) 종중에서도 재단법인을 설립할 수 있는데, 주무관청은 문화관광부(국어민족문화과)이다. 다만, 행정권한의 위임위탁에 관한 규정 제28조에 법인의 활동범위가 2 이하의 특별시·광역시·도의 관할 구역안에 국한되는 경우 법인의 설립허가·취소, 해산신고의 수리 등은 특별시장·광역시장·도지사에게 위임하도록 되어 있어, 전국적인 범위의 종중은 문화관광부장관, 지역적인 범위에서 활동하는 종중은 해당 자치단체장이 설립허가를 한다. 문화관광부 홈페이지(www.mct.go.kr, 최종방문일 2005. 12. 7.) 참조.

다음으로 학교운영위원회와 평의회를 도입하였다. 학교운영위원회와 대학평의회는 사립학교의 정상적이고 민주적인 운영을 하는데 있어서 필수적인 기관이다. 현행 사립학교법은 특히 대학평의회에 대해 법적 근거를 신설하였다(법제26조의2).

평의회는 교원·직원 및 학생 중에서 각각의 구성단위를 대표할 수 있는 자로 구성하되, 동문 및 학교의 발전에 도움이 될 수 있는 자를 포함할 수 있도록 규정하고 있다(령제10조의6 제1항). 다만, 평의회의 구성단위 중 어느 하나의 구성단위에 속하는 평의원의 수가 전체 평의원 정수의 2분의 1을 초과하여서는 않도록 제한하여 일부 구성원에 편중되지 아니하도록 하고 있다.

평의회는 많은 기능을 가지는데, 시행령에서는 대학의 발전계획에 관한 사항, 대학의 헌장 및 학칙의 제정 또는 개정 에 관한 사항, 대학교육과정의 운영에 관한 사항, 개방이사 및 감사의 추천에 관한 사항, 임시이사가 선임된 학교법인의 정이사의 추천에 관한 사항, 그 밖에 교육에 관한 중요사항으로서 정관으로 정하는 사항 등에 관한 심의기능을 규정하고 있다(령제10조의7).

반면, 사립학교법 제 5조(자산), 제 8조(설립의 등기), 제 10조(설립허가), 제 13조(민법의 준용), 제 45조(정관변경), 제 50조 (학교법인에의 조직변경) 등 사립학교법의 근간이 되는 규정들은 여전히 재단으로서의 성격을 인정해 주고 있는 것이다.

더 나아가 사립학교 재단 및 그 설립자에 대한 존중에 관한 규정도 있다. 법제10조의2 에 의하면, 학교법인은 일정한 재산을 출연한 자의 출연의사를 보호하고 그 명예를 기리기 위하여 출연자의 성명 및 생년월일, 출연재산의 내역과 평가기준·금액, 출연자의 출연의사 등을 정관에 기재할 수 있도록 규정하고 있다. 나아가 2항에서는 최초의 출연자뿐 아니라 학교법인의 설립 이후 대통령령이 정하는 일정금액 이상의 재산을 출연하거나 기부한 자에 대하여도 당사자의 의사에 따라 같은 사항을 정관에 기재할 수 있도록 규정하고 있다.

이와 같은 점을 고려한다면, 현행 사립학교법상 사립학교의 법적 성격은 재단으로서의 기본 성격을 대부분 유지하면서, 개방이사제와 평의회를 통하여 사단적 성격을 부분적으로 받아들임과 동시에 설립자 및 출연자들의 명예를 기리기 위한 제도를 두고 있는 것이다. 만일 사학법재개정 주장처럼 개방형이사제를 폐지하거나 무력화한다면, 이는 사립학교에서 재단적 성격만 남기는 것이다. 이는 사립학교의 본질을 재산으로 보는 것이고, 사립학교에서 가르치고 배우며 일하면서 학교의 전통을 이어가고 있는 사람의 요소를 배제하는 부당한 결과가 된다.

사립학교가 순수한 재단이 아니라는 점은 사립학교법의 부칙을 보아도 알 수 있다. 부칙 제 2조 (경과조치)에 의하면, 이 법의 시행당시 사립학교를 설치·경영하는 민법에 의한 재단법인은 이 법의 시행일로부터 6월 이내에 그 조직을 학교법인으로 개편하여야 한다고 규정하고 있다. 이는 사립학교법인이 재단법인과 다르다는 점을 명백히 보여 주는 근거 중의 하나이다.

시인은 “스물세 해 동안 나를 키운 건 8할(八割)이 바람”이라고 하였다(서정주, 自畫像) 우리나라의 사립학교를 키운 8할은 누구일까? “우리나라 사립학교를 키운 건 8할이 재단”이라고 하자. 그렇다면, “나머지 2할들”의 지위가 사립학교법에서 인정되어 있는 것이 그리도 잘못된 것일까?

4. 사립학교의 정상화를 위한 규정

한편 법제25조의3에서는 임시이사가 선임된 학교법인의 정상화에 관하여 구체적인 규정을 두고 있다. 물론 상지대 사건은 구법이 적용되어야 하는 사안이므로 이 규정이 직접 적용될 수는 없다. 그러나 구법에 근거규정이 없어 법적 처리가 불분명한 사안에 관하여 여야가 합의하여 만들어진 새 법에 자세한 근거규정을 두고 있다면, 그 법을 그대로 적용할 수는 없다 하더라도 그와 같이 제정한 취지에 맞도록 해석하여 재판을 하는 것이 타당하였을 것으로 생각된다.

이 규정에 의하면, 우선 관할청은 임시이사의 선임사유가 해소되었다고 인정한 때에는 지체 없이 임시이사를 해임하고 이사를 선임하여야 한다(제1항). 그러나 이 경우에도 관할청이 무제한의 재량을 행사하는 것은 아니다. 이 규정에 의하면 이사의 선임과장에 있어서 상당한 재산을 출연하거나 학교 발전에 기여한 자 및 학교운영위원회 또는 대학평의위원회의 의견을 들어 관할청이 선임하도록 되어 있다(제2항).

이와 같은 규정의 정신을 무시한 채, 이미 정상화되어 있는 상지대의 상황을 뒤로 되돌린 대법원 다수의견에는 쉽사리 동의하기 어렵다.

5. 사립학교의 자주성을 위한 교육인적자원부의 태도 변화 필요성

사립학교법 재개정에 관하여 보수적 기독교 단체가 적극적으로 참여하고 있는 것은 여당이나 교육인적자원부로서는 큰 부담일 것으로 생각된다.

사건으로는 개방형 이사제나 평의회제도를 후퇴하는 방향으로의 재개정이 이루어지는 것은 반대하지만, 보수적 기독교단체가 선교의 자유를 들어 현행 사립학교제도에 불만을 가지고 있다는 점에 대하여는 충분히 이해할 만한 점이 있다고 생각한다.

대표적인 것이 중고등학교 신입생들에 대한 추천식 강제배정제도이다. 종교에 대한 고려 없이 신입생을 강제배정하는 것은 학생 측과 학교 측 모두 바라지 않는 바이다. 학생에 대하여는 기본적인 종교의 자유가 침해당하는 것이며, 반대로 학교의 입장에서는 그야말로 선교의 자유를 제한당하고 있는 셈이다.

이 문제에 관하여는 평준화의 큰 틀을 해하지 아니하면서도 신입생 배정시 학생들의 종교를 가능한 한도 내에서 고려하는 추천식 강제배정제도를 반드시 개정하여야 한다고 생각한다. 과거 컴퓨터가 보급되지 아니한 시대에는 다양한 요소를 반영한 추천이 불가능하였을 것이다. 그러나 평준화가 도입된지 수십년이 지난 현재까지 과거의 제도를 그대로 사용하고 있는 것은 납득하기 어렵다.

종교를 고려한다고 하여 평준화의 큰 틀이 깨지는 것도 아니다. 신입생 배정시 종교를 고려해 달라는 종교계의 주장을 받아들이지 않는 것은 교육인적자원부의 행정적 편의주의 이외에는 별다른 이유가 없다고 생각된다. 이로 인해 수십년 쌓인 사립학교의 불만이 정작 선교의 자유와 관련하여서는 별다른 영향이 없는 개방이사제 등의 도입에 즈음하여 폭발한 것으로 이해되어야 한다. 호미로 막을 수 있는 것을 가래로도 막을 수 없는 최악의 상황이 될

수도 있다. 이와 같은 상황이 되면 사립학교의 건전한 개혁은 물건너 가는 것이다. 반면 종교단체가 설립한 학교가 그렇다고 하여 선교의 자유를 회복하는 것도 아니다. 여전히 종교가 다른 학생들과 갈등을 맞을 수밖에 없다. 학생과 학부모로서도 고통스러운 것은 물론이다.

사립학교의 자주성을 위하여 종교를 고려한 신입생 배정제도의 도입을 비롯하여 교육인적자원부는 민주적이고 유연한 방향으로의 태도 변화가 필요하다고 생각한다.

III. 상지대 판결에 나타난 사법부 개혁의 필요성

앞선 발표자들이 지적한 바와 같이 상지대 판결은 사법부 개혁을 위한 많은 과제를 남겼다. 주로 전관예우의 근절 문제, 대법원 구성의 다양화 필요성을 들 수 있으며, 이와 같은 문제의 근본적인 해결책이라고 할 수 있는 법조인 선발 및 양성제도의 개혁을 들 수 있다. 이하 이에 관하여 살펴보도록 한다.

1. 전관예우 근절과 이익 충돌의 법리

우리나라 법조에 있어서 적절하여야 할 대표적인 인습 중의 하나로 전관예우의 문제를 드는 것에는 이의가 없을 것으로 생각된다. 그런데 이 문제는 근본적으로는 이익의 충돌문제와 연결되어 있다.²³⁾

변호사는 자신이 공무원, 조정위원 또는 중재인으로서 직무상 취급하거나 취급하게 된 사건, 공정증서작성사무에 관여한 사건을 수임할 수 없도록 되어 있다(변호사법 제 31조 제 3호, 변호사윤리장전 제 17조 제 1항). 미국의 경우에도 변호사는 자신이 공무원으로 일하는 동안 개인적으로 또는 실질적으로 관여하였던 사건에 관하여 양 당사자의 동의가 없는 한 의뢰인을 대리하지 못하는 것으로 해석하고 있다.²⁴⁾

그러나 문제는 자신이 직접 간접적으로 취급하지는 아니하였지만, 자신이 근무하던 법원이나 검찰청 기타 국가기관 등에서 취급되는 사건에 관하여 변호사로서 수임하여 활동을 하게 되면, 재직 중인 과거의 동료 법조인과 일반직원들과의 인간관계상 어느 정도 호의적인 대우를 받을 수도 있으므로, 이에 대해 일정한 범위 내에서 변호사의 활동을 제한할 필요가 있다고 보는 것이다.

이익의 충돌의 법리는 실제로 그로 인해 이익을 보았느냐에 초점을 두지 않는다. 형식적으로 일정한 관계에 있으면 실제로 부당한 이익을 보았느냐 아니냐와 관계 없이 제한되어야 한다는 법리이다.

상지대 사건에서 이른바 전관 변호사들이라는 사정으로 인하여 판결의 결과가 다소라도 영향을 받았는지 그렇지 아니한지는 알 수가 없다. 이는 상지대 사건만 그러한 것이 아니다. 전관예우가 의심되는 모든 사건에서 그러한 것이다. 그러나 판결에 영향을 미치지 아니하였다고 하여 전관예우의 관행이 정당화될 수는 없다. 전관예우 문제의 이론적 기초가 되는 이

23) 이익충돌에 관한 자세한 내용은, 김제완, “이익의 충돌에 의한 수임제한과 변호사의 윤리” 인권과 정의 제 330호, 2004. 2. 참조.

24) Restatement §133 참조.

익충들의 법리에서 보면, 전관인 변호사가 실제로 예우를 받았느냐 받지 않았느냐가 중요한 것은 아니기 때문이다. 사법개혁을 위하여 전관예우의 근절을 위한 획기적인 대안이 필요한 단계이다.

이 문제에 관하여 과거의 변호사법에는 이른바 開業地 制限 규정이 있었는데,²⁵⁾ 이에 대하여는 헌법재판소에서 ‘직업선택의 자유를 제한함에 있어서 비례의 원칙에 벗어난 것이고 합리적인 이유 없이 변호사로 개업하고자 하는 공무원을 차별하고 있으며, 병역의무의 이행을 위하여 군법무관으로 복무한 후 개업하는 경우에는 병역의무의 이행으로 불이익한 처우를 받게 되어 헌법 제11조 제1항, 제15조, 제37조 제2항, 제39조 제2항 등에 위반 된다’는 이유로 위헌결정이 내려진 바 있다.²⁶⁾

그러나 사건수임을 둘러싼 법조비리를 근절하고 법조계에 대한 국민의 신뢰를 제고하기 위해서는 어떤 방식에 의하든 간에 전관예우의 관행을 타파하지 않으면 안 되는데, 위와 같은 개업지의 제한 방식에 관하여는 위헌결정이 내려진 것이므로, 적절한 범위 내에서 受任의 制限하는 방식²⁷⁾의 도입을 고려해 볼 만하다고 생각한다.

문제는 무슨 근거로, 어떠한 범위 내의 사건의 수임을 제한할 것인가 하는 점인데, 그와 같은 논리를 세우는 과정에서 이익의 충돌로 인한 수임의 제한문제는 하나의 실마리를 제공해 줄 수도 있다고 생각한다. 이익충돌이 문제로 되는 것은 사법부에서의 전관예우에 한하는 것은 아니다. 우리나라 공직사회, 나아가 사기업 분야에까지 만연하고 있다. 이익의 충돌이라는 동일한 원리에 기하여 퇴직 공직자에 대한 취업 및 업무 제한 문제를 확대 강화할 필요가 있다. 이들 문제는 더 이상 단순한 ‘윤리의 문제’가 아니고 ‘법의 문제’인 것이다.

2. 대법원 구성의 다양화

우리나라 법원조직에 있어서 큰 변화를 가져 올 것 중의 하나는 이른바 고등법원 상고부 제도이다. 이는 상고사건이 폭주하는 현실에서 대법원의 기능을 정상화하자는 데에서 출발하여 사법개혁추진위원회에서 제기하였던 것이다.

당시 사개추위의 다수의견은 최종적인 법령해석을 통하여 법적 가치와 기준을 제시하는 대법원의 기능을 보다 강화하고, 개별사건에 대한 심리를 더욱 충실히 할 필요가 있으며, 이를 위하여 각 고등법원에 상고부를 설치하여 대부분의 상고사건을 처리하도록 하고, 제2심 선고사건 중 일정 소가 이상 또는 일정 선고형 이상 등 일정 기준에 따른 중요 사건은 대법원에 바로 상고할 수 있도록 할 것을 제안하였다. 소수의견으로는 대법관 증원 방안이 제시되었습니다.

다수와 소수의견 중 어느 것이 대법원의 기능을 정상화하는데 도움이 될지는 쉽게 판단할 수 없을 것이다. 개인적으로는 우리의 현실상 대법관의 증원만으로는 쉽지 않으므로, 고등법

25) 개정 전 辯護士法 제 10조 ② 판사·검사·군법무관 또는 변호사의 자격이 있는 경찰공무원으로서 판사·검사·군법무관 또는 경찰공무원의 재직 기간이 통산하여 15년에 달하지 아니한 자는 변호사의 개업신고전 2년 이내의 근무지가 속하는 지방법원의 관할구역 안에서는 퇴직한 날로부터 3년간 개업할 수 없다. 다만, 정년으로 퇴직하거나 대법원장 또는 대법관이 퇴직하는 경우에는 그러하지 아니하다.

26) 1989.11.20. 89헌가102 辯護士法第10條第2項에대한違憲審判 참조

27) 예컨대 판사 등은 변호사 개업신고전 일정기간 이내의 근무지가 속하는 지방법원의 관할구역에서 계속중인 사건에 관하여 일정기간 이를 수임할 수 없도록 하는 방식. 그 지역에서의 개업 자체가 제한되는 것은 아니라는 점에서 과거의 제도와 다르다.

원 상고부가 대법원 기능의 정상화에 기여할 것이라는 쪽에 찬성하는 편이다.

그러나 이 문제에 관하여 유의하여야 할 점은 대법관 및 고등법원 상고부 판사의 임명에 관한 민주적 통제의 문제이다. 똑같은 상고심 판사인데, 대법관은 대통령이 임명하고, 고등법원 상고부 판사는 대법원장이 임명한다. 이는 사법부 개혁을 위해서 중요한 변화가 될 수도 있다.

중요성이 떨어지는 상고심이 폭주하는 상황에서 오랜 재판경험을 가진 직업법관들이 이들 사건을 처리하여 준다면, 대법원은 중요 사건을 통한 법리 발전에 전념할 수 있을 것이다. 이는 달리 말하면, 이와 같은 제도 하에서 대법관은 고등법원 상고부 판사들과는 달리 오랜 재판경험보다는 다른 민주적 가치를 기준으로 임명되어야 한다는 것이다. 다양한 경력자와 넓은 이념적 스펙트럼으로 대법관이 구성되어야 할 필요성이 더욱 커지는 것이다.

참여정부 들어 대법원의 구성이 상당히 중립을 향하여 이동하고 있다고 하기는 하나, 사건으로는 여전히 보수에 치중되어 있다고 생각된다. 상지대 사건은 그 양상을 그대로 보여주고 있는 것이라고 생각된다.

3. 법조인 양성 및 선발제도의 개혁

현재의 우리 법조계는 사법연수원이라는 단일 국가기관 출신자들로 획일적으로 구성된 비정상적 체계이다. 우리 법조계의 고질적인 문제라는 전관예우 문제, 대법원의 구성의 다양화, 하급심 기능의 강화와 대법원 기능의 정상화 문제 등을 해결하기 위해서는 법조인 수의 획기적 증대, 법조인 출신구분의 다양화와 법조일원화가 필요하다.

여러 다양한 국립·사립 로스쿨 출신의 많은 법조인이 양성되고, 그 법조인들은 일단 모두 변호사로서 다양한 경력을 쌓은 후 평가된 능력과 덕성에 따라 추후 법관이 되는 제도로의 전환이 필요한 것이다.

그런데 현재와 같이 국가의 예산으로 운영하는 사법연수원제도로는 법조인 수를 획기적으로 늘일 수 없음이 명백하다. 뿐만 아니라 하나의 국가기관이 양성하여 서열과 기수가 분명하므로 법조인 출신구분의 다양화가 원천적으로 불가능함은 물론이고 법조일원화에도 큰 장애가 된다.

법조개혁의 시작은 “시험에 의한 선발”에서 “양성을 통한 교육”, “소수 엘리트의 선발”에서 “다수의 다양한 변호사의 양성”이라는 큰 틀의 변화로서의 로스쿨 제도 도입이라고 생각된다.□

토론문2.

이념적 성향이 그대로 드러난 판결

정현우 금속노조 법률원 변호사

1. 사법개혁의 과제

가. 사법개혁 과제로서 법원 구성의 다양성

(1) 법관의 이념적 성향

2007. 5. 17. 대법원 전원합의체는 임시이사의 정이사 선임행위의 효력에 관한 기존의 판례를 변경하면서 ‘상지대의 임시이사들이 정이사를 선임한 행위는 무효’라고 판시하였다. 이는 이 사건이 대법원 전원합의체에 회부되고 이례적으로 변론을 거칠 때부터 이미 어느 정도 예견되어 왔던 터이다. 다음 날 일간지들은 일제히 상지학원 정이사 선임 무효 판결(이하 ‘상지학원 판결’이라고 칭한다)을 주요기사로 다루고 있는데, 보수언론들의 보도 태도는 이 사건이 단순히 특정한 하나의 학교를 둘러싼 문제가 아님을 시사적으로 보여주고 있다.

2007. 5. 18.자 동아일보 기사는 “상지대 이사선임 등 대법 ‘단골 소수의견 5인’이라는 제목으로 이 사건에 대한 대법관들의 판결 태도를 분석하고 있다. 위 기사의 일부를 원문 그대로 옮겨보면 “국가의 사립학교 감독 권한의 한계를 제시한 17일 대법원 전원합의체의 상지학원 사건 판결은 법원 안팎에서 대법관 13명의 이념적 성향이 뚜렷하게 드러난 판결이라는 평가를 받고 있다. 교육인적자원부가 파견한 임시이사의 정이사 선임은 무효라는 다수의견(8명)과 반대의견(5명)을 낸 대법관 사이에 오간 논쟁은 **사학의 자율성과 공공성을 둘러싼 보수와 진보 진영 간 싸움을 방불케 했다.**”라고 전제하면서 김영란, 박시환, 김지형, 이흥훈, 전수안 대법관을 대법원 구성에 있어서 진보적 이념을 가진 대법관들로 명시하고 있다. 그러면서 현 대법원 구성이 완료된 이후 현재까지 전원합의체 판결 중 이념적 성향을 엿볼 수 있는 사건인 상지학원 판결과 울산북구청 전국공무원 노조 파업 참가자 승진 취소 판결에 이어 위 5명의 대법관이 나란히 반대의견을 낸 사실을 논거로 제시하면서 “법원 내부에선 우스갯 소리로 이들을 대법원의 독수리 5형제라고 부르는 사람들도 있다. 이들은 이흥훈 대법관을 빼고는 모두 40대 후반에서 50대 초중반으로 다른 대법관들에 비해 젊다. 또한 여성대법관 2명이 모두 여기에 포함되어 있다.”라고 하여 소장이거나 여성일수록 보다 진보적인 성향을 가지고 있음을 드러내고 있다.

위 기사를 통하여 의도하고자 하는 바에는 동의할 수 없지만, 위 기사가 ‘상지학원 판결’과 ‘울산 북구청 전국공무원노조 파업 참가자 승진 취소 판결’을 통하여 대법원을 구성하는 대법관들이 자신들

의 이념적 성향을 뚜렷하게 드러냈다고 지적한 부분은 전적으로 동의할 수 있는 부분이다. 더 나아가서 최고법원의 대법관들조차 경우에 따라 명백히 이념적인 성향에 따라 판결을 하고 있다는 점은 대법관들이(뿐만 아니라 이는 법원을 구성하고 있는 모든 법관들에 관한 문제이기도 하다) ‘**공평무사하고 절대적으로 중립적인 존재**’라는 일반의 인식이 당위론에 불과하거나 관념 속에만 존재하는 허구적 이데올로기에 불과할 뿐이라는 점을 역설하고 있다고 하겠다. 결국 위 기사의 의도와 다르게 역설적으로 위 기사는 대법원에 있어서 대법관 개개인의 인적 구성이 얼마나 중요한지를 보여주고 있다고 하겠다. 법관의 판단, 특히나 최고 법관인 대법관의 판단에 있어서 개개인의 이념적 성향이나 개인사적 경험에 따른 인식의 차이는 그 판단이 초래하는 사회적 파장에 비하여 ‘사법부의 독립성’과 ‘법관의 중립성’이라는 허구의 이념에 가려 사실상 크게 주목을 받지 못하였을 뿐만 아니라, 이러한 허구의 이념은 법관 개개인이 자신의 이념적 성향을 드러내는 것을 금기시하게 만들어왔다. 상지학원 판결은 최고법원의 법관들조차도 자신들의 이념적 성향과 지향에 따라 전혀 상이한 판결을 할 수 있다는 것을 명시적으로 보여줌으로써 법관들이 중립적인 존재라는 허구의 이념을 견어내고 법관들도 계급/계층적 이해관계나 개인적 경험의 투사에 의하여 일정한 당파성을 떨 수 밖에 없다는 점을 명백하게 보여주었다는 점에서 매우 의미 있는 판결이라고 하겠다.

이러한 지점에서 노무현 정부 들어 민변과 참여연대를 중심으로 시작된 대법관, 헌법재판관 구성을 위한 시민추천운동 당시 천명된 인선기준인 ‘**이념적 다양성의 확보, 사회적 다양성의 반영, 층원 구조의 다원화, 진보적개혁적 소신, 법률적 식견 및 전문성 확보, 도덕성 및 청렴성**’²⁸⁾ 등은 현재와 미래의 최고법관의 인선에 있어서도 핵심적인 인선기준이 되어야 할 것이고, 진보진영과 시민사회운동진영에서는 향후 최고법관의 선임과정에서 이러한 원칙들이 지켜질 수 있도록 최대한의 노력을 기울여야 할 것이라고 판단된다.

(2) 이 사건 판결에 있어서 다수의견의 법리적 오류와 이념적 성향의 상관관계

한편 구체적으로 이 사건 대법원 판결을 분석해보면, 다수의견이 구법인이사들의 손을 들어주기 위하여 상당한 논리의 왜곡과 비약을 행하고 있음을 목도하게 된다.

다수의견은 교육의 자주성의 개념을 학교법인이 가지는 기본권으로서의 교육의 자주성의 각도로만 한정하여 판단한 다음, 학교법인이 가지는 기본권으로서 교육의 자주성을 다시 학교법인 설립자의 자주성으로 등치시키고 있다. 이는 명백한 2단계의 오류이다. 교육의 자주성은 헌법 제31조 제4항에 규정된 것으로 “교육이 정치권력이나 기타 세력의 간섭없이 그 전문성과 특수성에 따라 독자적으로 교육본래의 목적에 기하여 조직, 운영되어야 한다는 교육의 자유와 독립”²⁹⁾을 의미하는 것으로 이는 체계상 같은 조 제1항의 ‘국민의 교육받을 권리’를 보장하기 위한 방법과 수단으로 기능한다고

28) 위 원칙은 노무현 정권 출범 이후 최초의 대법관 인선 당시 ‘균형 잡힌 대법원·헌법재판소 구성을 위한 시민추천운동을 시작하며’라는 제목의 기자회견문에서 제시된 내용이다.

29) 헌재 2002. 3. 28. 2000헌마283 결정

보는 것이 헌법학계의 일반적 태도이다. 이러한 관점에서 교육의 자주성은 교육받을 권리를 가지는 모든 국민들이 향유하여야 할 가치로 '교육하는 자와 교육받는 자들'에게 특히 의미를 가지는 것이고 학교법인의 자율성이라는 개념으로만 협소하게 이해될 수는 없는 것이다. 이를 설립자의 자유 또는 학교법인의 자유로만 협소하게 해석하게 될 경우 헌법 제31조가 핵심적으로 보장하고자 하는 '교육을 받는 자'의 권리는 무의미한 것이 되고 말 것이고, 결국 헌법 제31조를 오역하는 결과가 되고 마는 것이다. 따라서 '교육의 자주성'에 대한 해석에 있어 교육을 받는 자의 기준에서 그들이 보다 나은 제도, 시설, 내용으로 충분히 교육을 받을 수 있어야 한다는 관점이 보다 중요하게 고려되어야 할 것이다. 구체적으로 이 사건에 있어서 교육의 자주성이 학교법인의 자주성, 더 나아가서는 설립자의 법인운영의 자유로만 한정적으로 이해된 나머지, 실제로 교육받을 권리의 주체라고 할 수 있는 상지대학교의 학생들의 의사는 판결에 있어서 전혀 고려되지 아니함으로써 설립자의 법인 운영의 자유를 보장하기 위하여 교육받는 자들의 권리는 침해되어도 무방하다는 결론에 이를 위험성을 내포하게 된 것이다. 이는 결국 상지대학교 학생들의 '교육받을 권리'는 형해화시키고 마는 결과에 이르게 된 것이다.

한상희 교수의 발제문이 적절하게 지적하고 있듯이, 학교법인의 자율성이 학교법인 설립자의 자주성 내지는 자율성으로 등치되는 것은 민법상 '자연인'과 '법인'의 경계를 허무는 것으로, 어찌하여 대법관들이 민법의 기초에 해당하는 개념에서 혼동을 하였는지 의아할 따름이다. 다수의견의 논리대로라면 상법상 회사로서 개인회사와 법인이 구분될 이유도 없고, 법인격 남용의 법리도 입론의 여지가 없어지는 셈이며, 주식회사 역시 지배주주의 의도대로 운영되어도 무방하다는 결론에 이르게 되는데 이러한 결론이 부당한 것임은 다언을 요하지 않는다고 할 것이다.

설립자라는 자연인의 출연행위를 통하여 그 재산은 학교법인이라는 재단법인적 성격의 특수법인에 귀속되고, 학교법인의 설립이념은 정관을 통하여 확인이 되는 것임은 법률가들에게는 매우 상식적인 것이다. 그럼에도 다수의견이 설립자의 의사와 의지를 법인의 설립목적으로 등치시키는 것은 법리적 판단이 아니라 현상과 법리를 혼동하여 현상을 기준으로 법리를 전개한 것으로 '대전제- 소전제- 결론'에 이르는 삼단논법을 허무는 매우 혁신적인 판결이라고 하겠다(소송요건에 있어서도 다수의견은 기존의 태도에 비추어 전혀 이해할 수 없는 논리로 사실상 이해관계를 법률상 이해관계로 격상시키고 있는 바, 이에 대하여는 상술하지 아니한다). 다수의견이 실시한 바와 같이 법인과 자연인의 개념을 허물면서까지 설립자의 의사나 의지를 본질적인 가치로 보호해야 하는 것이라면 굳이 학교를 법인으로 하거나 사립학교법에 따른 각종의 제도적 장치들을 마련할 이유가 없는 것이다. 설립자의 자유가 가장 잘 보장되는 형태는 설립자가 자연인으로서 학교를 설립하고 학교의 재산 역시 자연인이 소유한 상태에서 자연인이 설립한 설립취지에 찬동하는 학생들이 학교를 선택하여 입학하고 교육을 받으면 그만이기 때문이다. 결론적으로 다수의견은 자연인과 법인의 경계를 넘어 설립자의 의사와 의지를 제1의 가치로 보호하는 입장을 취하게 됨으로써 사립학교법과 교육기본법 등 교육에 관한 기본법체계의 의미를 모두 무의미하게 만들어 버렸다. 뿐만 아니라 다수의견의 이러한 판단은 헌법 제31조 제1항의 '국민의 교육받을 권리'는 설립자의 '일반적 행동의 자유(헌법 제10조), 재산권(헌법 제23조), 교육의 자주성(헌법 제31조)' 등³⁰⁾을 위하여 양보하여야 한다는 심히 부당한

결론에까지 이르게 됨으로써 국민의 교육받을 권리를 형해화시키는 결과를 낳게 하였다고 할 것이다.

게다가 다수의견은 반대의견이 주요한 논거로 내세운 학교의 공공성 문제에 대하여는 전혀 언급을 하지 아니하고 있다. 학교의 공공성은 ‘국민의 균등하게 교육받을 권리’에 당연히 내재된 것으로 교육기본법 제9조가 이를 명시하고 있으나, 다수의견은 전혀 교육의 공공성 문제에 대하여는 천착함이 없이 설립자의 자유라는 측면에서의 교육의 자주성 문제만을 기술하고 있는 것이다. 다수의견이 적어도 형식적인 측면에서나마 논리적으로 완결성을 가지려 하였다면 학교의 공공성 문제에 대한 충분한 검토를 거쳐 설립자의 학교법인 운영의 자유와 국민의 균등하게 교육받을 권리라는 기본권과의 법익형량을 하였어야 할 것이나, 어찌된 일인지 이러한 법익형량의 문제는 도외시한 채 설립자의 법인 운영의 자유라는 기본권의 형해화에 대하여서만 언급을 하고 있는 것이다.

한상희 교수께서 지적하고 있는 바와 같이 법학자들이나 법률가들의 상식수준에서 대법관들이 도대체 어찌하여 이런 기초적인 법률적 쟁점에 대하여 오류를 범하였는지에 대하여 쉽게 수궁할 수 없을 것으로 생각된다. 이는 위 동아일보 기사가 암시하고 있듯이 이념적 성향을 법리적 판단에 우선하였기 때문이 아닐까하고 추측된다.

나. 전관예우의 문제

발제자가 지적하고 있듯이 전관예우의 문제는 기실 이를 명확히 입증할 방법이 없는 것이 사실이다. 이는 전관예우가 성질상 매우 은밀히, 흔적을 남기지 않는 형태로 행하여 질 수밖에 없다는 점에 기인하는 것으로 보인다. 국정감사 등을 통하여 전관들의 수입료, 사건 점유율, 재판결과 등이 드러남으로써 간접적으로 전관예우가 존재한다는 사실이 확인될 수 있는 정도이다.³¹⁾ 그러나 대법원의 공식적 견해를 제외하고는 전관예우가 없다고 확신하는 법률가는 거의 없는 실정이고, 일반인들에게도 전관을 선임하는 것이 재판에서 승리하는 가장 좋은 방법이라는 인식이 광범위하게 퍼져 있는 것도 사실이다.

전관예우의 문제에 대한 발제자의 인식에 전적으로 동의하는 바이다. 다만, 사법개혁을 주장하는 세력 내에서 이제는 전관예우의 현상에 대한 고찰을 넘어 전관예우의 문제를 제도적으로 어떻게 해소할 것인가의 문제에 대하여 논의를 집중할 필요가 있는 것으로 보인다.

30) 다수의견은 “사립학교는 설립자의 의사와 재산으로 독자적인 교육목적을 구현하기 위해 설립되는 것으로 사립학교설립의 자유와 운영의 독자성을 보장하는 그 무엇보다도 바꿀 수 없는 본질적 요체라고 할 수 있다. 따라서 설립자가 사립학교를 자유롭게 운영할 자유는 비록 헌법에 독일기본법 제7조 제4항과 같은 명문의 규정은 없으나 헌법 제10조에서 보장되는 행복추구권의 한 내용을 이루는 일반적인 행동의 자유권과 모든 국민의 능력에 따라 균등하게 교육을 받을 권리를 규정하고 있는 헌법 제31조 제1항 그리고 교육의 자주성·전문성·정치적 중립성 및 대학의 자율성을 규정하고 있는 헌법 제31조 제3항에 의하여 인정되는 기본권이다.”라는 헌법재판소의 판시를 논거로 인용한 것으로 판단된다(헌재 2001. 1. 18. 헌바63 결정).

31) 이에 대하여는 2007. 4. 9. 임종인 의원실에서 주최한 사법기관 개혁을 위한 연속 대토론회 - 여섯 번째 “법조계 전관예우, 어떻게 고칠 것인가?”라는 토론회의 자료집에 매우 자세하게 기술되어 있다.

다. 법조일원화, 국민참여, 법조인 양성과정에 대하여

전관예우 문제의 해결과 법원구성의 다양성 확보의 차원에서 전면적 법조일원화의 실시는 시급한 문제인 것으로 판단된다. 현재 시범실시를 앞두고 있는 ‘재판에 있어서 국민참여’ 역시 관료법관제도의 한계를 극복할 수 있는 유력한 대안이 될 것으로 판단된다. 다만 현재의 사법연수원 체제의 교육과정에 문제가 있다는 점에는 충분히 동의를 하는 바이지만, 로스쿨 제도의 도입이 문제의 해결책이 될 수 있을지는 상당한 의문이 남는다. 교육적 차원에서 이 문제를 짚어보면 이는 현재의 대학서열화의 고착화, 대학 내 학문 간의 서열의 고착화, 고비용 문제로 인한 법률가의 계급적 구성의 고착화를 초래할 우려가 큰 것으로 판단되기 때문이다.

2. 사립학교 개혁의 과제

사립학교 개혁과제에 대하여는 사실 매우 방대한 내용이어서 이 문제만을 가지고 별도의 토론회를 개최하여도 1회에 모두 정리할 수 없을 정도이다. 이하에서는 사립학교법 개정 이전과 이후 사립학교들의 실태를 구체적으로 제시함으로써 사립학교법 개정의 정당성의 문제를 간단히 기술하고자 한다.

가. 사립학교의 실태

(1) 사립학교 운영에 있어서의 재산권 문제

대법원 다수의견이 설립자의 재산권, 운영의 자유를 강조한 것에 비추어 대다수의 사학법인들은 그에 걸맞는 운영자금을 투입하고 있지 않은 것으로 보인다. 2003년의 경우 법정 재단전입금이 0원인 사립대만 40개에 이르고 20여개의 대학은 5, 6년간 법정부담 전입금이 0원인 현실이다.³²⁾ 전국사립대학의 총자산을 기준으로 보자면 국가의 지원, 학생들이 낸 등록금이나 기부금의 비율이 총자산의 91.2%(2003년 기준)나 되는 현실에서 과연 대법원 다수의견이 밝힌 바와 같이 학교법인 내지는 설립자의 재산권을 논의할 수 있는지 의문이 아닐 수 없다.

(2) 비리, 부패의 실태

이 사건에서 문제가 된 상지학원을 비롯하여 사립학교의 비리, 부패 실태는 매년 국정감사 등을 통하여 발표되고 있으므로 간단히 구체적 사례를 몇 가지만 소개하는 것으로 갈음하고자 한다.

교육인적자원부 종합감사 적발 금액을 기준으로 사립학교법인의 횡령이나 부당운영으로 인하여 대

32) 2004년 정봉주 의원실 자료

학에 손실을 끼친 액수가 2002년 25억 8천여만원, 2003년 64억 9천여만원 정도에 이른다. 교육인적 자원부의 감사인력의 수나 종합감사에 이르게 되는 경위 등을 고려하면 위 금액이 실제 손해액보다 훨씬 적은 금액이라는 것을 쉽게 추단할 수 있다.

구체적인 경우를 예시해 보면 특정학교에서는 사망한 자가 학교법인의 이사로 등재되어 심지어 이사회에서 회의를 하고 의결권을 행사한 경우도 있었고, 형의 집행유예를 선고받아 확정되어 이사의 자격을 상실하게 된 자가 이사장으로 직무를 수행하는 경우도 있었으며, 이사장의 당숙, 4촌, 배우자, 배우자의 군직속상관 등으로 이사회를 구성하였다가 분규가 발생하자 이사장의 주치의, 시누이, 배우자의 군직속상관, 배우자의 고교동창 등으로 이사의 구성을 변경한 경우도 있었다. 대부분의 비리형태는 업무상 배임이나 횡령의 형태로 나타나는데, 배임이나 횡령은 신축, 개축 공사, 급식시설, 물품구매 과정에서의 리베이트, 매점수익금, 기부금의 목적외 사용, 찬조금 부당모금, 직원채용과정에서의 찬조금 모금, 유령직원을 통한 인건비 횡령 등 매우 다양한 형태로 이루어져 왔음을 확인할 수 있다. 구체적으로 이사장의 직계가족이 운영하는 교내 매점으로부터 급식에 소요되는 우유를 소매가로 공급받아 학생들의 급식비를 부당하게 높게 책정하는 경우나 존재하지도 않는 동창회 명의로 졸업생들에게 동창회비를 징수하는 경우 등 상식을 벗어나 행위들이 횡행하고 있었음을 확인할 수 있다.

결국 개정사립학교법의 취지는 이러한 사립학교 운영의 전근대성을 탈피하고자 하는 최소한의 감시, 견제 장치라고 할 것인 바, 법리적인 측면에서만 아니라 현실의 측면에서도 이것이 과연 설립자와 학교법인의 재산권이나 운영의 자유를 침해하는 것인지 의문이 아닐 수 없다.

오히려 학교의 공공재적 성격과 학교가 인격도야와 민주시민을 양성하는 공간이라는 측면을 고려한다면, 학교의 현장에서 벌어지는 이러한 부패와 비리에 대한 견제장치는 현재보다 더욱 강화되어야 할 것이다.

나. 사립학교법 개정 이후의 상황

2006. 7. 개방형이사제 등을 포함하는 내용으로 개정된 사립학교법이 시행된 이후 대학평의원회를 설치한 대학은 전국 대학 195곳 중 51곳(26%)에 그쳤고, 사립학교법 개정 취지에 맞추어 정관을 변경한 학교법인은 전국 1141곳 중 605(53%)에 불과했다(한겨레 신문 기사). 이는 개정 사립학교법에 대한 헌법소원과 정치권의 재개정 논의의 진행에 따라 대다수의 학교법인들이 눈치를 보면서 정관 변경 여부를 저울질하고 있고, 행정청 역시 헌법소원과 재개정 논의의 경과를 지켜보면서 가능한 행정적 수단을 사용하지 아니하고 있기 때문인 것으로 판단된다.

특히 상지학원 판결 이후로 분규사학의 현장에서는 위 판결의 논리적 토대인 설립자의 운영의 자유나 재산권을 들어 구법인 세력들이 상당한 저항을 하고 있음을 피부로 느끼고 임시이사의 권한을 제한하려는 다양한 시도들이 목도되고 있다고 한다.

사실 사립학교 부패의 역사만큼, 부패의 척결을 위한 논의들이 활발하게 진행되어 왔고, 이를 실현하기 위한 제도적 장치로서 불완전하나마 사립학교법이 개정되었던 것이다. 이런 점에서 다수의견이 방론으로 개정사립학교법의 위헌의 가능성을 언급한 것은 매우 우려스러운 것이라고 하겠다(또한 이는 명백한 월권이라고 할 것이다.). 현재의 상황에서 사립학교 개혁 논의는 새로운 제도적 장치를 모색하는 것보다는 모색된 제도적 장치를 어떻게 실현할 것인가에 방점이 찍혀져야 할 것으로 판단된다.

다. 학교법인의 법적 성격에 관한 문제

발제자께서는 학교법인이 단순히 재단법인으로 한정되는 것이 많은 문제를 야기하는 논리적 출발점이 된다고 지적하고 있는 바, 이는 매우 타당하며 중요한 지적으로 보인다. 차체에 학교‘법인’의 법적 성격을 명확히 규명하는 것이 새로운 논의의 출발점이 될 것으로 판단된다. 수많은 사립학교의 분쟁이 있어 왔음에도 법률가들은 이러한 문제들을 해결함에 있어 학교‘법인’의 법적 성격에 대하여는 명확히 규명을 하지 아니한 채 논의를 진행해 왔기 때문이다. 대체로 이 사건 판결이 적시하고 있는 바와 같이 민법상 재단법인의 개념을 그대로 차용하여 논의를 전개하고 있는 것으로 보이는 바, 사립학교법이 민법상 재단법인이 아니라 별도의 개념으로 ‘학교법인’이라는 개념을 설정한 이유에 착목하여 논의를 전개하여야 할 것으로 판단된다. □