

부당적립 및 시설미비에 관한 사립대학 학교법인과 총장의 손해배상책임*

The Compensation for Damages of Unreasonable Reserve and Facility Shortage of the Private University President and Educational Foundation

배 병 일**

Byungil Bae

목 차

- | | |
|----------------------------------|---------------------------|
| I. 문제의 제기 | IV. 학교법인 이사장 및 대학 총장, 학교법 |
| II. 사립대학의 법률관계 | 인의 손해배상책임 |
| III. 사립대학의 적립금 등과 부당운영 및
시설미비 | V. 마무리 |

교육부는 2011년부터 사립학교법을 개정하여 적립금과 이월금에 관한 규제를 하였다. 2018년 대법원판결도 학교법인이 사립학교법을 위반하여 적립금과 이월금을 부당하게 적립·운영하여 대학의 시설·설비 등의 미비 정도가 객관적으로 보아 현저하여 학생에게 정신적 고통을 주었다면 학교법인과 총장은 학생에게 손해배상책임을 부담한다고 하였다. 학교법인과 학생은 재학계약을 체결하고, 그 재학계약에 의해서 학교법인은 학생에게 채무내용을 이행하지 않으면 채무불이행책임을 부담할 수 있고, 학교법인 이사장의 직무행위로 손해를 가한 경우에도 민법 제35조의 불법행위책임을 부담할 수 있다. 법인 이사장은 재학계약의 당사자가 아니므로 학생에 대하여 채무불이행책임을 부담하지 않지만, 학교법인의 불법행위책임을 성립하면, 이사장도 민법 제35조에 의한 손해배상책임을 부담

<https://doi.org/10.35148/ilsilr.2021..48.121>

투고일: 2020. 12. 31. / 심사외뢰일: 2021. 2. 4. / 게재확정일: 2021. 2. 15.

* 이 연구는 2020년도 영남대학교 학술연구조성비에 의한 것임.

** 영남대학교 법학전문대학원 교수

Professor, Law School of Yeungnam University

한다. 대학 총장은 재학계약의 당사자가 아니므로 학생에 대하여 채무불이행책임을 부담하지 않지만, 민법 제750조의 불법행위로 인한 손해배상책임은 인정될 수 있다. 학교법인에게는 적립금 등 문제에 관해서 경영판단에 따른 재량이 있다고 보아 위법성을 인정함에 있어서는 신중을 기해야 한다. 위법성이 인정되더라도 학교법인과 이사장에게만 민법 제35조에 의한 손해배상책임을 부담시켜야 한다. 적립금 등과 관련한 민법 제750조의 손해배상책임을 총장에게 부담시키는 것은 재검토되어야 한다.

[주제어] 사립대학, 총장, 불법행위, 채무불이행, 손해배상, 학교법인, 적립금, 이월금, 부당적립, 시설미비

I. 문제의 제기

2021년 우리나라 고등교육에서 차지하는 사립대학의 비율은 87%로, 사립대학이 우리나라 고등교육을 사실상 전담하고 있다고 보아야 할 정도로 중요한 위치를 차지하고 있다. 최근 우리나라 사립대학은 학령인구의 감소로 인한 신입생의 정원 미달과 학생 충원율의 하락으로 등록금재원 확보에 어려움을 겪고 있다. 정부의 교육정책 변화로 대학 등록금이 2009년부터 13년째 동결됨으로써¹⁾ 대학운영재원이 축소되는 등 대학의 재정구조가 복합적으로 왜곡되어 향후 학생을 위한 교육 및 복지수요에 대비하기 위한 예비적 성격의 적립금 등을 적립할 수 없을 뿐 아니라 당면한 교육시설과 설비 등에도 투자를 할 수 없는 실정이다. 나아가 사립학교법 개정으로 과다한 적립금을 제한하고, 이월금도 최소화하도록 함으로써 재정구조 악화는 더욱 심화되고 있다. 정부의 예산으로 운영되는 국공립대학과는 달리 학생등록금에 전적으로 의존하는 사립대학은 등록금 인상 억제책으로 인하여 재정수요에 미치지 못하는 재정공급 때문에 대학의 재정위기상황이 심각하다. 이런 상황에서 고품질 교육을 받기를 원하는 학생과 부족한 재정에 시달려 이에 대학혁신으로 부응하지 못하는 대학간에는 고등교육의 올바른 모델에 대한 인식상 간격으로 인한 법적 분쟁까지 발생하고 있다. 학생은 대학에 대하여 헌법상 교육을 받을 권리(헌법 제31조 제1항)로서 발현되는 학생의 학습권²⁾을 주장하면서 실효적

1) 2011년 정부는 고등교육법을 개정하여 각 학교는 등록금의 인상률이 직전 3개 연도 평균 소비자 물가상승률의 1.5배를 초과하게 하여서는 아니 된다(고등교육법 제11조 제7항)고 등록금인상을 억제하면서, 제7항에도 불구하고 각 학교가 등록금의 인상률을 직전 3개 연도 평균 소비자 물가상승률의 1.5배를 초과하여 인상한 경우에는 교육부장관은 해당 학교에 행정적·재정적 제재 등 불이익을 줄 수 있다(고등교육법 제11조 제8항)고 규정함으로써 등록금 동결을 사실상 강제하고 있다.

교육을 적극적으로 요구하지만, 대학은 정부에 대하여 학문의 자유(헌법 제22조 제1항)³⁾로서의 재정운영의 자유를 주장하면서 등록금 자율책정과 적립금 등의 재량운용 등을 요구하고 있다. 그런데 부당한 적립금 등으로 인한 시설미비 등에 대하여 학생이 대학에 대하여 법적 책임을 추궁할 수 있느냐 여부는 헌법 등 여러 측면에서 따져보아야 하는 복잡한 문제⁴⁾임에도 우리 대법원은 적립금 등을 부당하게 적립·운영함으로써 등록금에 현저히 미치지 못하는 정도의 실험·실습 교육을 받게 하는 결과를 초래한 경우, 대학생에게 총장 등이 불법행위책임을 부담한다고 하였다.⁵⁾ 이에 부당한 적립금과 시설미비에 대하여 학교법인과 법인 이사장, 총장 등이 민사상 불법행위로서 손해배상책임을 부담하느냐 여부에 대하여 천착해보고자 한다. 이 연구에서는 먼저 사립대학의 법률관계를 살펴보고(Ⅱ.), 이어서 사립대학의 적립금 등과 부당운영 및 시설미비를 살펴본 후(Ⅲ.), 학교법인 이사장 및 대학 총장, 학교법인의 손해배상책임(Ⅳ.)을 살펴보고자 한다.

Ⅱ. 사립대학의 법률관계

1. 우리나라 사립대학의 연혁

역사상 우리나라 사립학교는 그 연혁이 매우 오래 되었다. 조선시대에는 서원이나 서당이 있었지만,⁶⁾ 근대 이후 사립학교는 독립운동의 일환으로 설립되어 1883년부터 1908년 사립학교령(칙령 제62호, 1908. 8. 26. 제정)이 제정되기 전까지 5,000여개에 달하였다고 한다.⁷⁾ 1945년 8월 15일 독립이후 고등교육에 대한 폭발적 수요가 있었고, 특히 1949년 농지개혁법의 영향으로 대토지소유 지주들이 사립학교에 토지를 기부하거나

2) 대법원 2007. 9. 20. 선고 2005다25298 판결.

3) 헌법 제22조 제1항은 헌법 제31조 제4항과 함께 대학의 자유가 보장되고, 나아가 사학의 자유가 인정되고, 사학의 자유에서는 사립대학과 학교법인의 재정운영의 자유 등이 인정되고 있다.

4) 소송이 발생한 경우 이미 언론보도 등으로 사회적 비난과 매도의 대상이 된 사립대학은 법리적 다툼에서 제대로 실마리를 잡지 못하는 경우도 있는 것 같다.

5) 대법원 2018. 7. 20. 선고 2016다34281 판결.

6) 서원은 지금의 사립대학에, 서당은 지금의 사립 초중등학교에 해당한다고 할 수 있다.

7) 이 당시 사립학교는 주로 서당의 형태로 존재하였는데, 1907년부터 1909년까지 사이에 3,000여개가 설립되었고, 1910년 일제 침략으로 조선교육령(1911.8.)과 사립학교규칙(1911.10.20.)에 의하여 사립학교의 설립을 인가제로 바뀌면서 서당은 대폭 줄었다.

설립에 관여함으로써 사립대학 설립이 많았다.⁸⁾ 사립대학은 1950년 6.25전쟁이후 베이비붐의 영향으로 학령인구가 증가하면서 활성화되었지만, 사립대학의 운영을 둘러싸고 재단법인 임원의 횡포와 재단분규 등으로 대학 운영의 병리적인 현상이 많이 노출되었다.⁹⁾ 그러나 사립대학의 근거법인 민법으로는 형사처벌이나 행정상 제재 등을 할 수 없었기 때문에 규제상 많은 어려움이 있었다.¹⁰⁾ 그래서 당시 재단법인으로 운영되고 있던 사립대학 운영 법인을 학교법인으로 바꾸고 형사처벌도 할 수 있도록 하는 것을 주요 내용으로 하는 교육에 관한 임시특례법을 1961년 제정하여 2년간 시행한 후에 사립학교법을 제정하기에 이르렀다.¹¹⁾

2. 사립대학과 학교법인

대학의 설립형태는 국립대학과 공립대학, 사립대학이 있다.¹²⁾ 사립대학은 사립학교법에 근거하여 설립된 학교법인이 설치·운영하는 대학이다. 학교법인은 사립학교만을 설치·경영할 목적으로 사립학교법에 따라 설립되는 특수한 재단법인으로서 비영리법인이다. 사립대학은 학교법인의 산하 교육기관이고, 민법과 민사소송법적으로 권리주체가 될 수 없고, 학교법인만이 당사자가 될 수 있다. 사립대학을 설치·운영하는 학교법인의 최고 의사결정기관은 이사들로 구성된 이사회이다.¹³⁾ 사립대학은 그 법적 성질은 교육시설이다. 따라서 사립대학은 소송당사자가 될 수 없지만, 정보공개청구 행정심판

-
- 8) 농지개혁법에서는 농가당 3ha(29,700㎡, 9,000평)이상을 소유할 수 없고(농지개혁법 제6조), 그 이상은 유상물 수되었다. 이에 대토지 소유 지주들이 사립대학을 설립하거나 설립에 관여하면서 농지 등 토지를 기부하는 경우가 많았다.
- 9) 그 당시 사립대학은 학교만 운영하는 것이 아니라 교화사업으로의 고아사업 등을 하면서 부패와 병폐에 휘말렸고, 또한 대학경영권을 둘러싼 재단분규도 많았다.
- 10) 민법은 형사벌이 아닌 과태료 규정(민법 제97조)만 있는 소극적 통제여서, 교육의 공공성 확보를 위해서 교육에 관한 임시특례법(1961.9.1.제정·시행)을 거쳐 사립학교법을 제정하였다.
- 11) 종전까지 사립대학은 민법상 재단법인으로 설립·운영되어 왔지만, 1961년 9월 교육에 관한 임시특례법을 제정하여 학교법인이 사립학교를 설치·운영하도록 하였지만 지지부진하였고, 이에 1963년 6월 사립학교법 제정으로 사립대학 설립·운영은 학교법인으로 하도록 하였다.
- 12) 국립대학은 국가가 설치한 대학이고, 공립대학은 지방자치단체가 설립한 시립대학 또는 도립대학이다. 민사소송에서 원고는 교육과 연구라는 특정한 목적에 제공된 인적·물적 종합시설로서의 국립대학이 아니라, 국가가 원고가 된다. 행정소송에서는 국립대학 총장이 피고의 자격을 가지고(행정소송법 제39조), 정보공개청구 행정심판에서도 비공개결정을 한 경우에 국립대학 총장이 피청구인의 자격을 가진다(공공기관의 정보공개에 관한 법 제2조 제3호 마목, 동 시행령 제2조 제1호).
- 13) 학교법인 이사회는 자문기관이나 심의기관이 아니라 의결기관으로 학교법인에 필수적이면서 유일한 심의·의결기관이다.

에서는 비공개결정을 한 경우에 사립대학 총장은 피청구인의 자격을 가진다(공공기관의 정보공개에 관한 법 제2조 제3호, 동 시행령 제2조 제1호).

3. 사립대학 학생과 학교법인의 재학계약

사립대학의 학생은 해당 대학의 입학시험에 합격하여 등록금을 납부하고 입학함으로써 사립대학의 구성원이 된다.¹⁴⁾ 사립대학에 입학하는 학생은 사립대학(총장)과 계약관계를 체결하는 것이 아니라¹⁵⁾ 학교법인과 재학계약을 체결하는 것이다.¹⁶⁾ 이 경우 사립대학 학생과 학교법인의 재학계약은 사법상 계약이다.¹⁷⁾ 사립대학의 재학계약은 학생과 학교법인간에 자유롭게 계약조건을 정하는 것이 아니라 학생은 학교법인의 산하 사립대학에서 일방적으로 정한 학칙 등에 따라야 하는 부합계약이다. 또한 사립대학이 대학생을 모집할 때에 대학의 장점을 입시요강으로 제시하는 경우가 많은데, 이 경우 제시된 입시요강 등이 재학계약의 내용이 될 수 있는지 여부가 문제된다. 대법원은 사립학교가 학생모집을 위해 공고한 입시요강에서 정한 입학전형방법 등에 관한 응시자들의 신뢰는 법적으로 보호받아야 할 이익이라고 한다.¹⁸⁾ 그래서 대학입시요강의 내용 중 구체적인 장학금 수혜 등에 관한 것으로 사회통념에 비추어 학생이 학교에게 계약의 내용으로서 이행을 청구할 수 있는 사항은 학교법인과 학생 사이의 묵시적 합의에 의하여 재학계약의 내용으로 된다. 그러나 학교 시설이나 설비 등에 관한 입시 광고나 홍보의 내용은 일반적으로 “청약의 유인”으로서의 성질을 가지는 데 불과하므로,¹⁹⁾ 이를 이행하지 아니하였다고 하여 학교법인에게 채무불이행책임을 물을 수는 없다고 보아야 한다. 다만 입시설명회 등 학생모집 단계에서의 입시요강은 대학생들이 학교를 선택하는데 중요한 내용이 될 수 있으므로, 계약체결상의 과실(민법 제535조)은 문제될 수도 있다. 사립대학 재학계약의 급부는 주된 급부의무와 부수의무, 보호의무로 구분할 수 있다.

14) 국공립대학생은 국가 또는 지방자치단체와 재학계약을 체결하고, 그 재학계약은 공법계약이다.

15) 총장은 학교법인 이사장의 위임을 받은 대리인으로서 학생과 재학계약을 체결한다.

16) 박재역, “사립중학교의 학교법인과 학생의 재학계약과 학교법인의 안전배려의무위반”, 대법원판례해설 117호, 법원도서관, 2019, 63쪽.

17) 대법원 2018.12.28. 선고 2016다33196 판결.

18) 대법원 2006. 9. 8. 선고 2004다18859 판결. 이 사안은 입학사정결과에 대한 최종승인권력을 갖는 대학총장에게 민법 제750조에 의한 불법행위책임을 추궁한 것이다.

19) 임혜원, “적립금부당적립 등으로 인한 사립대학총장 등의 손해배상책임”, 대법원판례해설 117호, 법원도서관, 2019, 425쪽.

재학계약의 주된 급부의무는 대학은 교수를 통해서 학생에게 교육을 해야 할 의무를 부담하고, 학생은 대학에 대하여 등록금납부의무를 부담한다. 대학의 교육의무에는 교과수업과 생활지도, 진로지도 및 취업지도를 해야 하는 채무 등이 포함된다. 교과수업 등에 관한 채무는 학생에게 취업을 시켜주어야 하는 결과채무가 아니라 진로나 취업을 앞선하는 등 최선을 다해 강구해주어야 하는 수단채무로 보아야 하고, 사립대학은 교과수업 등에 최선을 다함으로써 채무가 이행되었다고 보아야 한다. 재학계약의 부수의무는 신의성실원칙에 기하여 발생하는 채무로서 학습자인 학생의 요구에 부응할 의무, 시설 및 설비제공의무 등이 있다. 보호의무는 안전배려의무 등이다. 학생의 요구에 부응할 의무에는 학생의 교육과 복지 등에 관한 요구도 포함되지만, 이외에 부당한 예산을 편성 확정하지 아니할 의무가 있는가? 예산은 학교법인의 경영판단에 관한 문제로서 포함되지 않는다고 보아야 한다. 시설 및 설비제공의무는 학교 사정에 따라 다르다고 할 수 있지만, 기본적으로 우리사회에서 접할 수 있는 보통 수준의 시설이나 설비라고 보아야 한다. 사립대학의 시설과 설비는 모두 부동산이나 동산이고, 이것은 모두 학교법인의 소유이다. 따라서 시설과 설비를 구입하는 비용은 사립대학 학교회계에서 지출하지만, 이는 학교법인 이사회에서 심의 확정된 예산 범위내에서 집행되는 것이다. 따라서 대학의 시설 및 설비에 대한 설치 및 제공의무는 학교법인 소유인 시설 및 설비를 설치·구입하는 것이고, 이 예산은 사립대학 총장이 편성·집행하지만, 실제로 예산을 심의·확정하는 것은 학교법인이므로 학교법인이 부담한다고 보아야 하고, 대학 총장이 부담할 것은 아니다.

4. 사립대학 총장의 법적 지위

사립대학은 학교법인의 산하 교육기관으로 교육시설이고, 사립대학 총장은 그 시설의 장이다. 사립대학 총장은 교육행정상으로는 학교를 대표하고, 학사업무의 주체이지만, 민사소송법상으로는 학교를 대표하여 당사자로서 소송을 수행할 수 없고, 민법상 권리주체도 아니다. 민사소송법이나 민법상으로는 학교법인만이 권리주체이고 소송당사자가 되고, 학교법인 이사장이 사립대학과 학교법인의 대표로서 소송을 수행한다. 재학계약의 당사자는 학교법인과 학생이고, 총장은 당사자가 아니다. 사립대학의 총장은 학교법인의 이행보조자 또는 복이행보조자, 피용자로 볼 수 있다. 사립대학 총장은 학교법인 이사회의 의결로 이사장이 임명하며, 그 임명을 7일 이내에 관할청인 교육부에 보고를

해야 한다(사립학교법 제54조 제1항).

III. 사립대학의 적립금 등과 부당운영 및 시설미비

1. 사립대학 적립금과 이월금

헌법상 학문의 자유(헌법 제22조 제1항)는 연혁적으로 대학의 자유에서 발생하였고, 대학의 자유에는 사학의 자유가 있다.²⁰⁾ 사학 자유의 주체는 교수회²¹⁾ 뿐 아니라 학교법인이나 사립대학도 가능하다. 사학의 자유에는 사학운영의 자유 등이 있고,²²⁾ 사학운영의 자유에는 재정운영의 자유 등이 있다.²³⁾ 재정운영의 자유는 사립대학에서 하고자 하는 교육활동의 목적달성을 위하여 필요한 재원을 충당하고 운용하기 위한 등록금채정권은 사립대학의 독자적인 고유한 권한이라는 것이다. 따라서 사학 자유의 주체인 학교법인은 헌법상 기본권으로서 재정운영의 자유에 의하여 적립금이나 이월금의 운용 등에 있어서도 재량을 가진다고 할 수 있다. 그래서 사립학교법 제32조의 2와 제32조의 4의 규정의 해석은 헌법상 사학 자유의 본질적 내용을 훼손하지 않도록 신중을 기해야 할 것이다.

1.1 사립대학 적립금과 이월금의 연혁

사립대학은 학생들의 등록금을 주수입원으로 하여 예산을 편성하고 집행한다. 사립학교법 제정 이후 사립대학의 예산편성은 1966년 3월 16일에 제정한 사학기관 재무·회계규칙에 의하여 이루어졌는데,²⁴⁾ 그 규칙상 별표 13호 서식 대차대조표에 적립금으로 직원퇴직적립금과 재평가적립금이 있었고, 이월금도 전기이월금으로 있었다. 이처럼 적립금과 이월금은 이미 1966년부터 법령상 제도로 존재하여 왔으나,²⁵⁾ 그 후 사립학교

20) 사립학교 운영의 자유는 헌법 제10조, 제31조 제1항, 제4항에서 도출되는 기본권이다(대법원 2014. 1. 23. 선고 2012두6629 판결).

21) 정종섭, 헌법학원론 제12판, 박영사, 2018, 599쪽.

22) 이외에 사학교육의 자유와 사학설립의 자유 등이 있다.

23) 이외에 건학이념 형성의 자유, 학사형성의 자유, 인사운영의 자유, 학생선발의 자유 등이 있다.

24) 이 사학기관 재무·회계규칙은 소급하여 1966. 3. 1.부터 시행하였다.

중에서 사립대학에 적용하기 위해서 사학기관 재무회계규칙에 대한 특례규칙을 제정하였다.²⁶⁾ 이 규칙에서는 적립금이나 이월금에 관하여 아무런 제한이 없었고, 오로지 사립대학의 재량에 일임되어 있었다. 그런데 2009년 대학등록금 동결조치 이후 사립대학 등록금의 인상률이 사회적 문제가 되었고, 이에 과다한 적립금으로 인한 등록금 인상요인을 제거하고자 2011년 7월 25일 사립학교법 제32조의 2 규정을 개정하여 교육시설의 신·증축 및 개보수, 장학 및 연구 활동 지원 등의 목적 외에 사용 목적이 불분명한 적립금의 규모를 제한하는 규정을 두었다. 또한 2013년 1월 23일 사립학교법 제32조의 4 규정을 개정하여 합리적인 예산편성과 재정운영을 도모하기 위하여 이월금의 규모를 최소화하도록 노력하는 규정을 두었다.

1.2 사립대학 적립금과 이월금의 제한에 관한 제도적 취지

사립학교법 제32조의 2 규정에 의한 적립금은 총장과 법인 이사장이 적립할 수 있다고 하여 임의적 규정으로, 사립학교법 제32조의 4 규정에 의한 이월금은 총장과 법인 이사장이 최소화하도록 노력하여야 한다고 하여 선언적 규정으로 규정하고 있다. 적립금은 2011년 7월 25일 사립학교법 개정이전까지는 그 적립에 대하여 아무런 제한이 없이 오로지 사립대학과 학교법인의 재량에 일임되어 있었으나, 2011년 7월 25일 이후에는 적립 용도 등에 제한을 두었고, 또한 사립대학과 학교법인의 재정상태 등을 고려하여 적립금의 적립 여부, 적립 규모, 적립 기간 및 투자 등에 대해서 교육부장관이 필요한 조치를 할 수 있다(사립학교법 제32조의 2 제6항)고 하여, 이중적으로 제한을 두었다. 이월금은 2013년 1월 23일 사립학교법 개정이전까지는 아무런 제한을 두지 아니하여 사립대학과 학교법인의 재량에 맡겨져 있었지만, 2013년 1월 23일 이후에는 최소화하도록 노력해야 하고, 과다한 경우 교육부장관이 시정요구를 할 수 있다는 제한을 두었다.

1.3 사립대학의 적립금과 이월금 제한을 위반할 경우

2011년과 2013년 사립학교법 개정이후에는 사립대학 적립금이나 이월금은 종전과는 달리 특정 항목에 한하여 적립할 수 있거나 최소화하도록 노력해야 하는 제한을 두었기

25) 사립학교법 제정이전 민법상 재단법인에서도 회계상 적립금과 이월금이 있었을 것이다.

26) 1981년 2월 28일 제정, 3월 1일 시행. 여기에서도 종전처럼 적립금과 이월금을 두고 있다.

때문에, 사립대학이 위 제한을 위반할 경우에는 재량권 남용이나 일탈 여부가 문제될 수 있다. 그런데 적립금과 이월금에 관한 제한이 사학의 재정운영권을 지나치게 제한하는 경우에는 대학의 자율성을 보장하고 있는 헌법상 학문 자유와 사학 자유의 취지와 충돌할 수 있다. 따라서 적립금 등을 위법하게 적립하는지 여부는 해당 대학이 보통 일반적인 대학을 표준으로 하여 보아, 객관적 주의의무를 결하여 적립금이나 이월금의 규모가 객관적 정당성을 상실하였다고 인정될 정도에 이르렀는지 여부에 의하여 판단하여야 할 것이다. 적립금은 교육시설, 학생 장학금, 교직원 연구지원 등 항목제한을 두고 있기 때문에²⁷⁾ 그 항목이 아닌 것으로 적립할 경우에는 사립학교법 위반이 될 수 있고, 또한 사립학교법 제32조의 2 제6항의 조치나 제32조의 4 제2항의 시정요구 조치가 있는 경우에는 그에 따를 주의의무가 있다. 법인 이사장이나 총장은 제한된 적립용도의 범위 내에서, 그리고 적립규모나 기간 등에 대한 조치, 이월금에 관한 시정요구 조치에 반하지 아니하는 범위내에서는 재량이 있다고 보아야 한다. 따라서 법인 이사장이나 총장이 예산 편성이나 확정 등에 관한 권한을 남용하여 대학교육이 제대로 이루어질 수 없다고 판단함에 있어서는 사립학교법상 적립제한 항목, 교육부의 필요한 조치나 시정요구조치가 중요한 기준이 되고, 그 기준을 넘는 경우에는 과실이나 위법성이 있다고 볼 수 있다. 그래서 2011년과 2013년 사립학교법 개정이전까지는 적립금이나 이월금을 제한하는 규정을 두지 않고 있는 이상 적립금이나 이월금을 다소 많이 운용하였다고 하여 대학교육에 악영향을 미칠 수 있다고 하거나 대학 학사운영에 지장을 초래할 수 있다는 추상적 위험성만으로 손해배상을 인정하는 것은 불합리하다.

2. 사립대학 시설과 설비

2.1 시설과 설비의 기준

교육관련법에서는 사립대학의 시설과 설비에 관한 규정을 두고 있다. 교육내용·교육방법·교재 및 교육시설은 학습자의 인격을 존중하고 개성을 중시하여 학습자의 능력이 최대한으로 발휘될 수 있도록 마련되어야 하고(교육기본법 제12조 제2항), 학교의 설립자·경영자는 법령으로 정하는 바에 따라 교육을 위한 시설·설비·재정 및 교원 등을

27) 등록금회계로부터의 적립은 해당 연도 건물의 감가상각비 상당액을 교육시설의 신축·증축 및 개수·보수 목적으로 적립하는 경우에 한한다고 한층 더 제한하고 있다(사립학교법 제32조의 2 제1항 단서).

확보하고 운용·관리한다(교육기본법 제16조 제1항)고 규정한다. 또한 학교를 설립하려는 자는 시설·설비 등 대통령령으로 정하는 설립기준을 갖추어야 하고(고등교육법 제4조 제1항), 학교법인은 그가 설치·경영하는 사립학교에 필요한 시설·설비와 그 학교의 경영에 필요한 재산을 갖추어야 한다(사립학교법 제5조 제1항)고 명시하고 있다. 사립대학 시설·설비와 재산에 관한 기준은 대학설립·운영에 관한 규정(이하 “대학설립운영규정”)에 명시되어 있는데, 교사, 교지, 교원, 수익용 기본재산 등이 시설과 설비로 있어야 한다(대학설립운영규정 제4조 제1항)고 규정한다. 교사시설에는 교육기본시설, 지원시설, 연구시설, 부속시설이 있고, 교육기본시설로는 강의실, 실험실습실, 교수연구실, 행정실, 도서관, 학생회관, 체육관, 대학본부 등이, 지원시설로는 강당, 전자계산소, 실습공장, 학생기숙사 등이, 연구시설로는 연구용 실험실, 대학원연구실, 대학부설 연구소 등이, 부속시설로는 박물관, 교수 아파트 등이 있다(대학설립운영규정 제4조 제1항 및 별표 2). 교지는 설립주체의 소유로 기준면적에 따라 교육·연구 활동에 지장이 없는 적합한 장소에 확보하여야 한다(대학설립운영규정 제2조 제6항, 제5조 및 별표 4). 그 이외 교원과 수익용 기본재산(대학설립운영규정 제6조, 제7조)에 관한 기준도 있다.

2.2 사립대학 시설 및 설비에 관한 규정을 위반할 경우

고등교육법에서는 사립대학의 시설 및 설비에 대하여 규정하고 있다. 학교는 교육부령으로 정하는 바에 따라 해당 기관의 교육과 연구, 조직과 운영, 시설과 설비 등에 관한 사항을 스스로 점검하고 평가하여 그 결과를 공시하여야 하고(고등교육법 제11조의 2 제1항), 정부가 대학에 행정적 또는 재정적 지원을 하려는 경우에는 제2항에 따른 평가 또는 인증 결과를 활용할 수 있다(고등교육법 제11조의 2 제4항)고 한다. 또한 교육부장관은 학교가 시설, 설비, 수업, 학사(學事), 그 밖의 사항에 관하여 교육 관계 법령 또는 이에 따른 명령이나 학칙을 위반하면 기간을 정하여 학교의 설립자·경영자 또는 학교의 장에게 그 시정이나 변경을 명할 수 있고(고등교육법 제60조 제1항), 시정 또는 변경 명령을 받은 자가 정당한 사유 없이 지정된 기간에 이를 이행하지 아니하면 교육부장관은 그 위반행위를 취소 또는 정지하거나 그 학교의 학생정원 감축, 학과 폐지 또는 학생 모집정지 등의 조치를 할 수 있다(고등교육법 제60조 제2항)고 한다. 따라서 법인 이사장과 총장은 시설, 설비에 관한 교육관계법령에 위반하지 아니할 주의의무와 교육부장관의 시설 설비 등에 관한 시정 또는 변경명령에 따를 주의의무가 있고, 이에

따르지 아니할 경우에는 과실이나 위법성이 있다고 볼 수 있다.

3. 사립대학 적립금 등의 부당운영과 시설·설비의 미비

사립대학 총장과 학교법인 이사장이 예산 편성과 확정에 대한 권한을 남용하거나 일탈하여 적립금이나 이월금을 부당하게 운영함으로써 시설과 설비 등이 미비하여 대학 운영에 영향을 주거나 학생들의 교육에 문제가 발생한 경우 손해배상 여부가 문제되고, 그 경우 과실, 위법성 여부가 문제될 수 있다. 사립대학의 예산은 행정적 성격이 강하고 특히 세입과 세출의 균형을 유지하고 사립대학 교육목적과 계획 전체를 반영해야 하며 재정운용과 집행에 관한 책임의 소재를 명확히 해야 하기 때문에 총장이 편성하고 집행하도록 하고 있다. 그러나 사립대학의 예산은 학교법인 이사회에서 의결하여 확정되는 것이므로 예산에 관한 종국적인 책임은 학교법인이 부담한다고 보아야 한다. 특히 사립대학의 근본적인 교육이념과 목적은 학교법인이 설정한 것으로 산하 교육기관은 이를 실현하는 것이다. 이러한 교육이념과 목적을 실현하기 위하여 학교법인은 예산에 관해서 미리 사전에 총장과 협의를 거쳐 편성하는 것이지, 총장이 학교법인으로부터 독립하여 예산을 편성하는 것은 아니다. 사립학교법 제32조의 2 규정에서 적립금과 이월금의 편성과 운용에 대하여 총장과 법인 이사장을 주체로 하여 규정함으로써 총장과 법인 이사장에게 그 책임을 부과하고 있지만, 실제 이사장이 주된 책임을, 총장은 종된 책임을 부담한다고 보아야 한다. 사립학교법 제32조의 2 규정의 해석과 관련하여, 적립금 적립 여부 및 규모에 관해서 불분명하고 과도한 제한이 있고, 사립학교법 제32조의 2의 등록금 회계의 의미가 등록금 및 수강료수입인지 순수한 등록금수입만인지 불분명하고, 사립학교법 제32조의 2 규정의 교육부장관의 조치의 범위 및 절차 등이 미비하다는 비판도 있다.²⁸⁾ 이런 점을 고려하여 이사장과 총장은 적립금과 이월금에 관한 2011년과 2013년의 사립학교법 개정 이전에는 주의의무 위반이 있었다고 할 수 없고, 개정 이후부터는 있었다고 볼 수 있다. 더욱이 위법성은 피침해이익의 성질과 가해행위의 태양과의 상관관계로부터 판단한다. 사립학교법 등 단속법규에 위반한 행위가 위법행위가 되려면 그 법규가 개인의 이익을 보호하는 것을 목적으로 하는 것이어야 하므로 어떤 행위가 법규에 위반하더라도 개인에게 아무런 손해를 주지 않으면 위법행위가 되지 않는다고 보아야 한다. 또한 위법성은 재량의 범위와 관련이 있고, 경영판단의 범위내에서는 재량이 있다

28) 김성기·황준성, “사립대학의 자치실현을 위한 법적규제완화방안”, 교육법학연구 29권 4호, 2017, 38쪽.

고 보아 위법성이 없다고 보아야 한다. 따라서 적립금을 과다 책정해서 이월금을 부당하게 이월시킨 경우에도 미래를 위한 투자로 보아 부득이한 재량적 행위로 볼 가능성이 있고, 적립금 등은 학교법인 외부로 유출되거나 출연되는 것이 아니라는 점도 고려되어야 한다. 물론 법령 위반의 경우에는 경영판단이 개입할 여지가 없고,²⁹⁾ 따라서 사립학교법과 형법에 위반되는 경우에는 재량여지가 없어서 위법성이 있다고 보아야 한다.

IV. 학교법인 이사장 및 대학 총장, 학교법인의 손해배상책임

1. 학교법인 이사장의 손해배상책임

학교법인 이사장은 과실로 인한 위법행위로 학생에게 손해를 가한 경우 채무불이행(민법 제390조, 제391조)과 불법행위(민법 제35조, 제750조)로 인한 손해배상책임이 문제될 수 있다. 사립대학 재학계약의 당사자는 학교법인과 학생이므로, 계약 당사자가 아닌 학교법인 이사장은 학생에 대하여 계약책임으로서 채무불이행책임(민법 제390조)을 부담하지 않는다. 학교법인 이사장은 학교법인을 대표하는데, 민법 제391조의 이행보조자로서 피용자라 함은 채무자의 의사 관여 아래 그 채무의 이행행위에 속하는 활동을 하는 사람을 의미하므로,³⁰⁾ 학교법인 이사장도 이행보조자로 볼 수 있다. 법인 이사장이 이행보조자로 행위를 할 경우, 이사장의 직무행위에 의해 학교법인은 계약책임으로서 채무불이행책임을 부담하는 것이고, 이사장이 계약책임을 부담하는 것은 아니다. 대법원도 민법 제391조는 법정대리인 또는 이행보조자의 고의·과실을 채무자 자신의 고의·과실로 간주함으로써 채무불이행책임을 채무자 본인에게 귀속시키고 있는데, 법인의 경우도 법률행위에 관하여 대표기관의 고의·과실에 따른 채무불이행책임을 주체는 법인으로 한정된다고 한다.³¹⁾ 따라서 학교법인 이사장은 학생에 대하여 재학계약의 불이행으로 인한 채무불이행책임을 부담하지 않는다. 학교법인 이사장이 학생에게 손해를 가한 경우에는 이사장은 민법 제35조와 민법 제750조에 의하여 불법행위로 인한 손해배상책임을 부담할 수 있다. 학교법인 이사장이 직무에 관하여 학생에게 손해를 가한 경우

29) 대법원 2019. 1. 17. 선고 2016다236131 판결.

30) 대법원 2013. 8. 23. 선고 2011다2142 판결.

31) 대법원 2019. 5. 30. 선고 2017다53265 판결.

민법 제35조에 의해서 학교법인은 손해배상책임을 부담하게 되고, 그 경우 가해를 한 법인 이사장도 자신의 책임으로서 손해배상책임을 면하지 못한다(민법 제35조 제1항 후문).³²⁾ 학교법인과 이사장의 손해배상책임은 부진정 연대채무관계이다. 이 경우 법인은 이사장에 대하여 선량한 관리자로서의 주의의무(민법 제61조)를 게을리 하였다고 하여 구상권을 행사할 수 있다(민법 제65조). 법인 이사장은 직무행위로 인하여 학생에게 손해를 가한 경우 민법 제35조에 의한 손해배상책임을 부담하고, 직무행위 이외의 행위로 학생에 대하여 손해를 가한 경우에는 민법 제750조에 의해 불법행위책임을 부담한다. 학교법인 이사장은 적립금 등과 관련된 행위는 직무행위이므로 민법 제35조의 손해배상책임을 부담할 수 있다. 민법 제35조에서 법인 이사장 행위가 외형상 법인의 대표자의 직무행위라고 인정할 수 있는 것이라면 설사 그것이 대표자 개인의 사리를 도모하기 위한 것이었거나 혹은 법령의 규정에 위배된 것이었다 하더라도 직무에 관한 행위에 해당한다고 보아³³⁾ 법인이 손해배상책임을 진다. 또한 법인의 대표자의 행위가 직무에 관한 행위에 해당하지 아니함을 피해자 자신이 알았거나 또는 중대한 과실로 인하여 알지 못한 경우에는 법인에게 손해배상책임을 물을 수 없다.³⁴⁾ 따라서 법인 이사장의 행위가 직무행위에 해당하지 않음을 피해자가 알았다면 법인 이사장이 손해배상책임을 부담하고, 법인은 부담하지 않는다. 법인이 당사자인 법률행위에 관하여 대표기관 개인이 손해배상책임을 지려면 민법 제750조의 불법행위책임을 별도로 성립되어야 하고, 이 경우 법인의 내부행위를 벗어나 제3자에 대한 관계에서 사회상규에 반하는 위법한 행위라고 인정될 수 있는 정도에 이르러야 한다.³⁵⁾ 법인 이사장 행위의 위법성과 관련해서, 사립대학 학교법인 이사장의 직무행위로 인한 적립금 등에 관한 적립·운용에서의 경영판단 재량은 존중되어야 하지만, 그 판단 기준이 문제된다. 적립금 등에 관한 제한규정을 두지 않고 있었던 2011년과 2013년 사립학교법 개정 이전에는 법인의 경영판단이 존중되어 위법성이 문제될 수 없지만, 개정 이후에는 위법성이 문제될 수 있다. 학교법인 이사장이 직무에 관해 불법행위를 한 경우에는 민법 제35조 제1항에 의하여, 법인 피용자로서 이사장이 사무집행에 관해 불법행위를 한 경우에는 민법 제756조에 의하여 학교법인이 손해배상책임을 부담할 수 있다. 그러나 법인의 대표자가 직무에 관하여 불법행위를 한 경우에 법인은 민법 제35조에 의한 손해배상책임을 부담하고, 사용자책임을 규정

32) 민법 제35조 제1항의 법인본질론과 관련된 것은 박윤직·김재형, 민법총칙 제8판, 박영사, 2012, 182쪽.

33) 대법원 2004. 2. 27. 선고 2003다15280 판결.

34) 대법원 2009. 11. 26. 선고 2009다57033 판결.

35) 대법원 2019. 5. 30. 선고 2017다53265 판결.

한 민법 제756조 제1항을 적용할 수 없다고 한다.³⁶⁾

2. 사립대학 총장의 손해배상책임

사립대학 총장은 학교법인과 학생간의 재학계약관계에 있어서 계약당사자가 아니므로, 학생에 대하여 재학계약상의 채무불이행(민법 제390조)으로 인한 손해배상책임을 부담하지 아니한다. 총장은 학교법인의 이행보조자로 볼 수도 있다. 이행보조자의 고의·과실은 채무자의 고의·과실로 보지만(민법 제391조), 이행보조자책임에서도 채무자인 학교법인이 계약책임을 부담하는 것이고, 이행보조자인 총장이 손해배상책임을 부담하는 것이 아니다. 총장은 학교법인의 이행보조자인 법인 이사장의 복이행보조자로 볼 수도 있다. 이행보조자가 채무의 이행을 위하여 제3자를 복이행보조자로 사용하는 경우에도 채무자가 이를 승낙하였거나 적어도 묵시적으로 동의한 경우 채무자는 복이행보조자의 고의·과실에 관하여 민법 제391조에 따라 책임을 부담한다.³⁷⁾ 따라서 총장이 이행보조자이던 복이행보조자이던 재학계약상 시설유지의무에 대한 채무불이행책임은 부담하지 아니하고, 채무자인 학교법인이 그 책임을 부담한다. 총장은 학교법인의 대표기관이 아니므로 민법 제35조의 법인의 불법행위책임도 문제되지 않는다. 다만 총장이 학교법인의 피용자로서 민법 제756조의 사용자책임이 문제될 수 있지만, 그 경우에도 손해배상책임은 피용자인 총장이 아니라 학교법인이 사용자책임을 부담한다. 총장은 학생에 대하여 부당적립 등에 관한 위법행위로 민법 제750조의 불법행위책임을 부담할 수 있다.³⁸⁾ 이 경우 불법행위의 요건으로 과실과 위법성이 있어야 한다. 대학의 적립금은 미래를 위한 투자로 보아야 하고, 등록금 동결 등으로 재무구조가 악화되므로 그에 대비한 합리적이고 적극적인 적립이 필요하다. 총장이 적립금을 함부로 편성하면 법인 이사회에서 거부될 것이므로 총장은 예산에 관해서는 학교법인으로부터 독립된 의사결정을 할 수 없다. 학사행정에 대해서는 총장이 학교법인으로부터 독립되어 있고, 학교법인이 학사행정에 개입할 경우에는 사립학교법 위반이 될 수 있기 때문에(사립학교법 제20조의 2 제1항 제3호) 법인이 자제하는 경우가 많다. 그러나 예산편성에서는 총장은 학교법

36) 대법원 2009. 11. 26. 선고 2009다57033 판결.

37) 대법원 2020. 6. 11. 선고 2020다201156 판결.

38) 학교법인 이사장은 손해배상책임이 있고, 대학 총장은 책임이 없지만, 이사장과 총장이 친족관계이거나 더욱이 총장이 친족이면서 법인 이사를 겸하는 경우에는 공동불법행위(민법 제760조)가 문제될 수 있다. 그 경우 과실과 위법성의 기준은 낮아져 총장도 손해배상책임을 인정될 수 있다.

인에 종속된 재량을 가질 뿐이다. 대법원 2016다34281 판결에서의 대학평가는 상대적 평가이고, 그 평가에서 탈락하였다고 하여 반드시 시설미비 등이라고 할 수 없다. 또한 사립대학에게 대학평가기준이 불리한 요소가 많다고 하는 비판도 있어서, 대학평가에서 나쁜 평가를 받았다고 하여 반드시 위법한 것도 아니다. 사립대학 총장의 대학예산 편성권은 경영판단에 관한 사항이고, 총장보다는 법인 이사장의 책임이 더 크다는 점을 고려하여, 부당 적립금 등으로 인한 시설·설비의 미비 등에 관한 과실이나 위법성 판단에 있어서도 신중을 기해야 한다. 결국 사립대학 총장은 민법 제390조에 의한 채무불이행책임과 민법 제750조에 의한 불법행위책임으로부터 자유롭다고 보아야 한다. 그러나 사립학교법 제32조의 2 제6항의 교육부장관의 조치나 제32조의 4 제2항의 시정요구가 있었음에도 불구하고 총장이 이를 무시하고 적립·이월한 경우나 총장이 사립학교법 제73조의 2 또는 형법 등에 의하여 예산 운용과 관련하여 형사적 처벌을 받은 경우에는 부당적립 등에 대해 위법성이 있다고 할 수 있다. 그 경우 총장은 민법 제750조에 의한 손해배상책임이 인정될 수 있다.

3. 학교법인의 손해배상책임

학교법인은 대학생에 대해서는 채무불이행(민법 제390조, 제391조)과 불법행위(민법 제35조, 제756조)로 인한 손해배상책임이 문제될 수 있다. 학교법인과 학생은 사법적 계약인 재학계약을 체결하여, 학생은 등록금 납부의무를 부담하고, 학교법인은 학생에게 교육채무³⁹⁾가 발생한다. 대법원은 민법 제391조는 법정대리인 또는 이행보조자의 고의·과실을 채무자 자신의 고의·과실로 간주함으로써 채무불이행책임을 채무자 본인에게 귀속시키고 있는데, 법인의 적법한 대표권을 가진 자가 하는 법률행위상의 의무를 위반하여 발생한 채무불이행으로 인한 손해배상책임도 대표기관 개인이 아닌 법인만이 책임의 귀속주체가 된다고 하였다.⁴⁰⁾ 따라서 학교법인은 이사장이나 총장이 재학계약상 교육시설제공의무와 학생의 요구를 고려할 의무 등을 위반할 경우에는 민법 제390조의 채무불이행책임을 부담할 수 있다. 또한 학교법인은 대표기관인 이사장이 직무와 관련하여 위법행위를 한 경우에 학생에 대하여 불법행위책임을 부담할 수 있다(민법

39) 교육채무에는 주된 급부로서 교과지도의무, 생활지도의무, 진로지도의무 등이 있고, 종된 급부로서 교육정보 및 교육시설 제공의무가 있다. 부수적 주의의무로서 학생들의 요구를 고려할 의무와 안전배려의무 등이 있다.

40) 대법원 2019. 5. 30. 선고 2017다53265 판결.

제35조). 이것은 대표자인 법인 이사장 개인은 변제능력이 부족하여 피해자가 충실하게 손해배상을 받지 못할 우려가 있으므로 변제능력이 있는 법인에게 손해배상책임을 부담시키는 것이다.⁴¹⁾ 또한 법인은 대표기관의 행위를 통해서 법률행위를 하게 되고, 일반적으로 대표기관의 행위는 법인의 불법행위를 매개하기 위한 수단이므로⁴²⁾ 대표기관의 행위가 있으면 쉽게 불법행위를 인정할 수 있다.⁴³⁾ 민법 제35조는 민법 제750조의 특별규정이므로,⁴⁴⁾ 법인에게 민법 제35조의 불법행위책임을 묻기 위해서는 대표기관이 민법 제750조의 요건을 갖추어야 한다. 따라서 대표기관이 책임능력이 있고,⁴⁵⁾ 대표기관의 행위가 과실로 인한 위법행위라야 한다. 민법 제35조에서 말하는 ‘이사 기타 대표자’는 법인의 대표기관을 의미하는 것이고 대표권이 없는 이사는 법인의 기관이기는 하지만 대표기관은 아니기 때문에 그들의 행위로 인하여 법인의 불법행위가 성립하지 않는다.⁴⁶⁾ 민법은 법인 이사가 각자 대표하므로(민법 제59조 제1항) 이사가 대표기관이다. 사립학교법은 학교법인 이사장만 학교법인을 대표하고 학교법인 이사는 대표기관이 아니다. 학교법인은 이사장이 아닌 이사의 행위로는 불법행위책임을 부담하지 않는다.⁴⁷⁾ 학교법인 이사가 이사회 의결에 찬성한 것에 대한 책임에 대해서는 이사회 의결은 원칙적으로 법인의 내부행위에 불과하므로 특별한 사정이 없는 한 그 사항의 의결에 찬성하였다는 이유만으로 대표자의 행위에 가공 또는 방조한 자로서 제3자에 대하여 불법행위책임을 부담한다고 할 수 없다.⁴⁸⁾ 그러나 학교법인은 이사회 내부관계에서 선량한 관리자로서의 주의의무(민법 제61조) 위반을 이유로 이사에게 구상권을 행사할 수 있다(민법 제65조).⁴⁹⁾ 학교법인의 대표자가 아닌 법인 이사의 행위로 학생에게 손해를 가한 경우라도 학교법인은 민법 제756조 사용자책임을 부담할 수 있다. 대표기관의 행위

41) 김중환/김학동, 민법총칙 제10판, 박영사, 2013, 210쪽.

42) 이은영, 민법총칙 제5판, 박영사, 2009, 288쪽.

43) 법인 대표기관이 민법 제750조의 불법행위책임을 부담하는 경우에서의 위법성은 민법 제35조에 의한 법인의 불법행위책임을 인정하기 위한 대표기관의 직무행위에서의 위법성보다는 그 판단기준이 더 엄격하다.

44) 박윤직/김재형, 앞의 책, 182쪽.

45) 대표기관의 책임능력을 요구할 필요가 없다는 견해(김중환/김학동, 앞의 책, 213쪽; 이영준, 민법총칙 개정증보판, 박영사, 2007, 951쪽; 이은영, 앞의 책, 288쪽.)가 있지만, 다수 견해는 책임능력이 필요하다고 한다.

46) 대법원 2005. 12. 23. 선고 2003다30159 판결.

47) 법인의 목적범위외의 행위로 인한 경우에는 그 사항의 의결에 찬성하거나 그 의결을 집행한 이사가 연대하여 배상하여야 한다(민법 제35조 제2항).

48) 대법원 2009. 1. 30. 선고 2006다37465 판결.

49) 이 경우 학교법인은 이사를 겸하고 있는 총장에게 이사로서의 선관주의의무 위반을 이유로 구상권을 행사할 수 있다.

는 외형상 법인의 대표자의 직무행위라고 인정할 수 있는 것이라면 심지어 그것이 대표자 개인의 사리를 도모하기 위한 것이었거나 혹은 법령의 규정에 위배된 것이었다 하더라도 법인에게 책임을 물을 수 있지만,⁵⁰⁾ 그 대표자의 행위가 직무에 관한 행위에 해당하지 아니함을 피해자 자신이 알았거나 또는 중대한 과실로 인하여 알지 못한 경우에는 법인에게 손해배상책임을 물을 수 없다.⁵¹⁾ 학교법인의 이사장이 그 업무집행에 관하여 학생에게 손해를 가한 경우에는 학교법인은 사용자로서 손해배상책임이 있지만(민법 제756조), 이 경우 학생이 학교법인의 적립금이나 이월금이 부당하다는 사실을 등록금심의위원회 등을 통해서 그 사정을 미리 알고 이에 적극 가담한 경우 그 학생은 그러한 학교법인의 행위가 자신에 대하여 불법행위가 됨을 내세워 학교법인에 그로 인한 손해배상책임을 물을 수는 없다는 점도 따져 보아야 한다.⁵²⁾ 학교법인의 불법행위가 성립하여 학교법인이 손해배상책임을 부담할 경우 실제 가해행위를 한 학교법인 이사라도 학생에게 손해배상책임을 부담하지 않는다. 따라서 법인 이사를 겸하고 있는 총장도 책임을 부담하지 아니한다.

V. 마무리

대법원은 사립대학이 부당하게 적립금 등을 적립하거나 이월하여 운영함으로써 대학의 시설이나 설비 등이 미비하여 학생들에게 정신적 고통을 준 경우에 학교법인과 이사장 및 총장은 손해배상책임을 부담한다고 하였다. 위에서 본 바와 같이, 민법 제35조의 불법행위책임은 학교법인과 이사장이 부담하고, 총장은 부담하지 않는다. 다만 이사장과 총장이 친족관계에 있는 경우에는 민법 제760조의 공동불법행위가 문제될 수 있다. 민법 제390조의 채무불이행책임이나 민법 제391조의 이행보조자책임, 민법 제756조의 사용자책임도 학교법인이 부담하고, 총장이 부담하는 것은 아니다. 법인이사를 겸하고 있는 사립대학 총장도 불법행위책임에서 제외되지만, 구상권의 대상이 될 수는 있다. 총장은 민법 제750조에 의한 불법행위책임을 부담할 수 있지만, 그 경우 위법성이나 과실이 있는지 여부를 따져 보아야 한다. 적립금 등에 관한 사립학교법의 제한 규정은

50) 대법원 2004. 2. 27. 선고 2003다15280 판결; 대법원 2003. 7. 25. 선고 2002다27088 판결.

51) 대법원 2008. 1. 18. 선고 2005다34711 판결.

52) 대법원 1998. 12. 8. 선고 98다44642 판결.

단속적 규정에 지나지 아니하고,⁵³⁾ 그에 위반하는 경우 교육부장관의 행정적 제재에 그쳐 위법성이 없다고 할 수 있다. 사립대학의 시설이나 설비는 이미 사립대학 설립당시에 충족되어 있으므로(대학설립·운영규정 제10조), 교육부 감사에서 지적을 받았다고 하여, 또는 대학평가에서 재정지원 제한대학으로 되었다고 하여 당연히 부당한 적립금, 시설미비가 있다고 할 수 없고, 따라서 반드시 위법성이 있다고 할 수 없다. 다만 사립대학 총장은 부당한 적립이나 그 운용을 둘러싸고 형사처벌을 받은 경우에는 위법성이 있다고 볼 수 있다. 따라서 부당적립 등으로 인한 손해배상책임은 민법 제35조에 의하여 학교법인과 이사장에게만 인정하고, 대학 총장에게 형사처벌 등으로 인한 예외를 제외하고는 민법 제750조의 불법행위로 인한 손해배상책임을 부담시키는 것은 재검토되어야 한다.

53) 임혜원, 앞의 논문, 437쪽.

참고문헌

1. 단행본

- 곽윤직·김재형, 민법총칙 제8판, 박영사, 2012.
김증한·김학동, 민법총칙 제10판, 박영사, 2013.
이영준, 민법총칙 개정증보판, 박영사, 2007.
이은영, 민법총칙 제5판, 박영사, 2009.
정종섭, 헌법학원론 제12판, 박영사, 2018.

2. 학술지

- 김성기/황준성, “사립대학의 자치실현을 위한 법적규제완화방안”, 교육법학연구 29 권 4호, 한국교육법학회, 2017, 31-52쪽.
박재익, “사립중학교의 학교법인과 학생의 재학계약과 학교법인의 안전배려의무위반”, 대법원판례해설 117호, 법원도서관, 2019, 44-86쪽.
임혜원, “적립금부당적립 등으로 인한 사립대학총장 등의 손해배상책임”, 대법원판례해설 117호, 법원도서관, 2019, 420-439쪽.

[Abstract]

The Compensation for Damages of Unreasonable Reserve and Facility Shortage of the Private University President and Educational Foundation

Byungil Bae*

The Ministry of Education of Korea has revised the Private School Act since 2011 to regulate reserve and carry-over funds. Also in 2018, the Supreme Court of Korea ruled that if the educational foundation unreasonably accumulated and operated reserves and carry-overs in violation of the Korean Private School Act, causing mental pain to students due to facility shortages at the institution, the foundation and the president should bear the compensation for damages. The educational foundation and the student sign the enrollment contract, and under the contract, the foundation is liable for non-performance of obligation if it does not discharge the contract, and liable for tort caused by the misconduct of the chairperson under Article 35 of the Korean Civil Act. Since the chairperson of the foundation is not a party to the enrollment contract, he/she is not liable for non-performance of obligations on the student, but if the tort liability of the foundation is established, the chairperson also bears the liability for damages under Article 35 of the Korean Civil Act. Likewise, since the university president is not a party to the enrollment contract, he/she is not liable for non-performance of obligations, but may liable for damages due to tort under Article 750 of the Korean Civil Act. However when handling the reserves, it is within the discretion of managerial judgement of the educational foundation, recognition of illegality should proceed with prudence. Although when the illegality is recognized, only the foundation and the chairperson should bear the liability for damages under Article 35 of the Korean Civil Act. The application of Article 750 of the Korean Civil Act to the university president with regard to reserve fund and such must be reexamined.

* Professor, Law School of Yeungnam University

[Key Words] Private University, University President, Tort, Non-performance of Obligations, Compensation for Damages, Educational Foundation, Reserve Fund, Carry-over, Unreasonable Reserve, Facility Shortage