

임원 취임 승인 거부 처분 취소 처분

[부산고등법원 2011. 4. 6. 2010누4223]



【전문】

【원고, 항소인】

【피고, 피항소인】 경상남도교육감 (소송대리인 동서법무법인 담당변호사 김주열 외 2인)

【제1심판결】 창원지방법원 2010. 7. 22. 선고 2010구합588 판결

【변론종결】2011. 3. 2.

【주문】

】

1. 제1심 판결을 취소한다.
2. 피고가 2009. 11. 11. 학교법인 동성학원에 대하여 한 임원취임승인거부처분을 취소한다.
3. 소송총비용은 피고가 부담한다.

【청구취지 및 항소취지】주문과 같다.

【이유】

】1. 처분의 경위

가. 학교법인 동성학원(이하 '동성학원'이라 한다)은 1964. 12. 30. 설립되어 사천여자고등학교를 설치·운영하는 학교법인이다.

나. 동성학원의 제411회 이사회 개최

(1) 2009. 7. 3. 동성학원의 제411회 이사회(이하 '이 사건 이사회'라 한다) 소집 공문이 동성학원의 각 이사들에게 발송되었는데, 위 공문에는 '법인이사 선·해임의 건'이라고 안건제목이 명시되어 있었으나, 새로 이사로 선임하고자 하는 후보자들에 대한 신상내역은 기재되어 있지 않았다.

(2) 한편, 동성학원의 이사였던 소외 1은 2009. 7. 3. 동성학원의 이사장에게 이사직 사임서를 제출하였고, 위 사임서는 그 무렵 동성학원에 접수되었다.

(3) 2009. 7. 14. 이 사건 이사회가 개최되었는데, 이사회 개최에 앞서 이사직을 사임한 소외 1을 제외한 동성학원의 나머지 이사들 6인인 소외 2, 3, 4, 5, 6, 7가 위 이사회에 출석하였다.

(4) 동성학원의 이사들 중 2009. 7. 27. 임기만료가 예정되어 있던 사람들은 미리 이사직을 사임한 소외 1을 포함하여 '소외 2, 4, 5, 6, 7'의 6인이었는데, 이 사건 이사회에서 그 중 소외 7을 제외한 5인에 대한 연임이 부결되었고, 이에 소외 3은 위 이사회에서 새로운 이사 6인을 선임할 것을 제안하였으며, 위 제안에 대하여 소외 3, 4, 5, 6 4인이 찬성하였다.

(5) 소외 3은 원고들 4인 및 소외 8, 9 6인(이하 '원고들 등'이라 한다)을 새로운 이사 후보자로 추천하였는데, 소외 7과 소외 2는 "새로운 이사를 선임하기 위해서는 후보자들에 대한 서류심사를 거친 후 새로운 이사회에서 선임절

차를 진행하는 것이 타당하다"고 주장하였으나, 나머지 이사 4명의 반대로 이 사건 이사회에서 원고들 등이 동성학원의 신임 이사로 선임되었다.

- (6) 소외 2 및 소외 7은 이 사건 이사회 회의록에 서명하지 않았고, 위 회의록에는 이사정수 7명, 재적이사 7명, 참석이사 6명, 불참이사 1명으로 기재되었다.

다.

피고의 원고들 등에 대한 임원 취임 불가 결정

- (1) 소외 3은 2009. 9. 24. 원고들 등이 동성학원의 이사로 취임하는 내용의 임원취임승인신청서를 작성하여 피고에게 이를 제출하였는데(이하 '이 사건 승인신청'이라 한다), 위 신청서에는 동성학원의 이사장 직인이 아닌 소외 3의 사인(私印)이 날인되어 있었다.
- (2) 피고는 2009. 11. 11. 다음의 사유로 소외 3의 위 임원취임승인신청을 거부(이하 '이 사건 처분'이라 한다)하였다.

◎ 사립학교법 제16조 제1항 및 제28조 제1항 위반

사립학교법 제16조 제1항 및 제20조 제2항에 의하면, 임원의 임면사항은 이사회에서 심의·의결하여 관할청의 임원취임승인을 받도록 되어 있고, 법 제28조 및 동법 시행령 제12조에 의하면, 학교법인이 기본재산을 매도·증여·교환·권리의 포기 등을 하고자 할 때에는 관할청의 허가를 받아야 하며, 학교교육에 직접 사용되는 교지, 교사, 체육장, 실습 또는 연구시설 등은 이를 매도하거나 담보에 제공할 수 없다고 규정되어 있음에도, 2008. 7. 3. 당시 이사장 소외 2는 이사 소외 3에게 학교법인 동성학원 재단 기본재산과 학교 기본재산 등 기타 관련된 일체의 재산을 승계하기로 하고, 당시 이사장 소외 2는 계약 당일 소외 3, 4를 이사로 등기하고 계약한 날로부터 빠른 시일 내로 당시 이사장 소외 2 측 법인이사 3인과 감사 1인의 사임을 받아 소외 3이 지목한 4인을 새 이사 3명, 감사 1명을 선임하도록 계약하였으며, 이사 소외 3은 학교법인 동성학원 구성이사 7명 중 당시 이사장 소외 2와 소외 10(소외 2의 처)을 임원으로 지속유지할 수 있도록 선임하며 유고가 생길시 소외 11(소외 2의 자)과 협의하여 이사 2명을 가족 승계분으로 보장하고 위로금 24억 원을 당시 이사장 소외 2에게 지급하는 것을 조건으로 "학교법인 동성학원 양도, 양수계약서"가 작성되어 사실조사 시점인 2009. 10. 22. 현재까지 12억원을 전 이사장 소외 2에게 지급한 사실이 있음.

위와 같이 당시 이사장 소외 2와 이사 소외 3 사이에 체결한 "학교법인 동성학원 양도, 양수 계약서" 내용 중 법 제16조 제1항을 위반한 임원선임약정, 법 제28조의 규정을 위반한 기본재산이 양도양수계약은 당연 무효이며, 동 계약서를 근거로 신규이사가 선임·결의된 것은 정당하지 않음.

◎ 사립학교법 제17조 제3항 위반

사립학교법 제17조 제3항에서 '회의의 목적을 명시하여 각 이사에게 통지하여야 한다'고 규정한 것은 회의를 소집하고자 하는 내용이 무엇인지를 이사가 명확히 알 수 있을 정도의 구체성이 있어야 한다는 것임에도, 학교법인 동성학원 제411회 이사회 소집공문(2009. 7. 3.)에 안건 제목(법인이사 선·해임의 건)만 명시하고 구체적인 신상내역이 첨부

되지 않은 것은 정당하지 않음.

그렇지만 전 이사장 소외 2 및 관련 당사자들의 진술과 당시 회의록 등을 검토해 보면, 비록 안건 제목만 명시하고 구체적인 신상 내역을 제공하지 않았다 하더라도, 그 당시 이사들의 연임(안)을 동 이사회에 상정한 것은 각 연임대상 이사의 신상정보를 이사들이 잘 알고 있었으므로 당초 안건으로 부합된다고 볼 수 있고, 또한 전 이사장 소외 2는 임원연임(안)건에서 본인이 제척사유에 해당한다고 판단하고, 임시의장(소외 6)을 선임한 상태에서 심의·의결한 결과 이 첫 번째 안건은 부결되었다.

그러나 다음 안건으로 이사 소외 3은 신규이사 후보자 6명을 새로이 추천하였고, 일부 이사들이 추천된 이사들의 구체적인 신상내역이 없고 사전심사를 거치지 않은 관계로 다음 회기에서 심의·의결할 것을 제의하였으나, 이사 소외 3이 시간이 촉박하고 지금 현재 연임도 부결되어 학교운영에 어려움이 많을 것인데 새 이사진의 서류 심사 후 재소집한다면 시간상 적절하지 않을 것 같으니, 동 이사회에서 처리할 것을 제안하여 임시의장은 동 이사회에서 신규이사 선출 여부를 표결에 부쳐 투표하게 되었고, 그 결과 동 이사회에서 신규이사를 선출하자는 결의가 되어 이사 소외 3이 추가로 제안한 안건이 심의·의결되었다.

이러한 과정을 보면 이사 소외 3이 추천한 신규이사 6명의 심의 안건은 새로운 안건에 해당되고, 새로운 안건은 법 제 17조 제3항에 의거 이사장이 7일 전에 회의목적을 명시하여 통지하도록 되어 있어, 차기 회의에서 심의·의결하거나 또는 법 제17조 제3항의 단서 규정에 의거 이사 전원이 집합되고, 또 그 전원이 이사회 개최를 요구한 때에는 예외로 한다고 되어 있어 이사 전원이 참석한 상태에서는 새로운 안건을 심의·의결할 수 있다고 본다.

그렇다면 제411회 이사회에서 이사 소외 3이 신규이사 후보자 6명을 추가로 추천한 안건을 심의·의결하려면 법 제 17조 제3항의 단서규정을 충족하여야 함에도, 당일 회의에 이사 1명(소외 1)이 불참하였고, 참석이사 중 2명 소외 2, 7이 반대한 상태에서 충분한 심의자료도 없이 심의·의결한 것은 법 제17조 제3항을 위반한 것이다.

라. 동성학원의 정관
별지 기재와 같다.

[인정근거] 다툼 없는 사실, 갑 1 내지 8호증(가지번호 있는 것은 가지번호 포함)의 각 기재, 변론 전체의 취지

2. 이 사건 처분의 적법 여부

가. 당사자의 주장

(1) 원고들의 주장

(가) 피고의 임원취임승인은, 동성학원의 임원선임행위에 대한 보충적 법률행위에 지나지 않는 것이어서 특별한 사유가 없는 한 승인하여야 하는 기속행위인바, 피고가 이 사건 신청을 거부할 사유가 없다.

(나) 이 사건 이사회의 목적사항으로 통보된 것은 '법인 이사 선·해임의 건'이었는데, 이 사건 이사회는 2009. 7. 14. 개최되었고 당시 대다수의 이사가 임기 만료를 불과 13일을 앞두고 이사회가 열린 관계로, 당시 이사회에 참석한 이사들은 '법인 이사 선임'이라는 안건에 선임 이사 선임 건이 포함되어 있었던 사실과 기존 이사진의 연임이 모두 부결되리라는 사정을 알고 있었다.

한편, 이 사건 이사회 결의 당시 소외 3과 소외 2 사이에 동성학원의 경영권 분쟁이 있었던 관계로, 소외 3이 선임 이사들에 대한 신상내역을 소외 2 측에 제공하였음에도 이사장인 소외 2가 이사회를 소집할 때 선임 이사들의 신상내역을 이사회 소집통지에 포함시키지 않았던 것이므로, 선임 이사 선출안건이 목적사항에 포함되지 않아 소집절차에 하자가 있다는 피고의 주장은 부당하다.

설령, 이 사건 이사회 결의의 소집통지에 목적사항을 제대로 고지하지 않은 절차상 하자가 있다 하더라도, 당시 이사들이 우연히 이사회에 출석하고 있었던 것이 아니라 이사 선임과 해임이라는 목적을 가지고 참석하였고, 반대의 이해관계를 가지고 있었던 소외 7과 소외 2도 새로운 이사를 선임할 것인지 여부에 대한 표결에 참여한 이상, 사립학교법 제17조 제3항 단서에 따라 위 소집통지상 하자는 치유되었다고 봄이 상당하다.

(다) 한편, 소외 3이 이사장이던 소외 2를 대신하여 자신의 사인(私印)을 날인하여 이 사건 신청을 한 것은, 소외 2가 학교법인 인감을 가지고 잠적하여 학교법인 인감을 날인할 수 없던 상태에서, 이사장 및 이사가 모두 궐위된 경우 잔존 이사가 이사장의 직무를 대행하여 임원취임승인신청을 하여도 무방하다는 교육과학기술부의 유권해석에 따른 것이므로, 아무런 하자가 없다.

또한 피고는, 이 사건 처분 당시 소외 3이 동성학원을 대표하여 이 사건 임원취임승인신청을 하였던 것에 대하여 아무런 문제제기를 하지 않았고, 이 사건 처분 사유에 이러한 내용이 포함되지 않았음에도 이제 와서 이를 문제삼는 것은 신뢰의 원칙 및 금반언의 원칙, 확약의 법리에 어긋나는 부당한 주장이다.

(2) 피고의 주장

(가) 사립학교법 등 관련 법령의 취지에 비추어 볼 때, 학교법인의 임원취임승인은 기속행위가 아니라 재량행위이므로, 임원선임을 결의한 이사회 결의가 법령에 위반하였다면 이를 이유로 취임승인을 거부한 것은 적법하다.

(나) 소외 2와 소외 3이 동성학원에 대한 양도·양수 계약을 체결한 후 위 계약을 이행하는 방편으로 원고들 등을 새로운 이사로 선임한 것은, 관할청의 허가없이 학교법인의 기본재산을 매매하는 계약에 터잡은 것으로서, 강행법규인 사립학교법 제28조 제1항에 반하여 무효이고, 그와 같은 무효인 내용을 결의한 이 사건 이사회 결의도 무효이다.

(다) 사립학교법 제17조 제3항 본문은 "이사회를 소집할 때에는 적어도 회의 7일 전에 회의의 목적을 명시하여 각 이사에 통지하여야 한다"고 규정하고 있는데, 그 입법취지는 이사회에서 실질적으로 심의·결의가 이루어지게 하려는 것이고, 특히, 이사의 해임 또는 새로운 이사의 선임과 관련하여서는 학교법인의 이사가 가지는 고도의 공공성에

비추어 볼 때 신임 이사들에 대한 상세한 정보가 최소한 회의 7일 전에 각 이사들에게 통지되어야 한다.

학교법인을 사유재산처럼 매매의 대상으로 삼고 이사장이 원하는 사람을 아무런 검증절차도 거치지 않은 채 실질적인 심의도 없이 학교법인의 이사로 선임하여 학교법인의 이사가 가지는 고도의 공공성을 침해하는 사태를 막기 위해 서라도 사립학교법 제17조 제3항의 '회의의 목적 명시' 요건은 위와 같이 엄격하게 해석되어야 한다.

그런데, 이 사건 이사회 결의 이전의 동성학원의 이사회 소집 시에는 이사를 새로이 선임할 경우 이들의 신상내역을 첨부하였음에도, 이 사건 이사회는 안건에 대한 구체적인 내용 없이 안건제목만 각 이사들에게 발송하였을 뿐만 아니라, 신임 이사 선출에 대하여는 아예 회의의 목적사항으로 명시하지도 않았다.

즉, 이 사건 이사회의 안건은, 임기 만료 예정인 기존 이사의 연임여부를 결정하기 위한 것으로 신임 이사 선출에 관해서는 처음부터 이사회의 안건이 아니었으므로, 이 사건 이사회 결의는 사립학교법 제17조 제3항의 소집절차를 위반한 것이다.

이에 대하여, 원고들은 사립학교법 제17조 제3항 단서에 따라 이사 전원이 참석한 이상 이 사건 이사회 결의가 적법하다고 주장하나, 이사 소외 1이 이사회에 참석하지 않았고, 소외 7 및 소외 2가 이사회 결의에 반대하였으므로, 사립학교법 제17조 제3항 단서가 적용될 수 없다.

(라) 나아가, 사립학교법 제19조 제1항, 제2항에 의하면, "이사장은 학교법인을 대표하고, 이사장이 궐위되거나 사고로 인하여 직무를 수행할 수 없을 때에는 정관이 정하는 바에 의하며, 정관의 규정이 없을 때에는 이사회의 호선에 의하여 다른 이사가 이사장의 직무를 대행한다"고 규정하고 있고, 동성학원의 정관 제28조 제2항에 의하면, "이사장이 궐위되었을 때에는 이사회에서 지명하는 이사가 직무를 대행하고 동조 제3항에 의하면 이사장 직무대행자로 지명된 자는 지체 없이 이사장 선출의 절차를 밟아야 한다"고 규정하고 있음에도, 동성학원은 2009. 7. 27.자로 전 이사장 소외 2의 임기가 만료되어 이사장이 없는 상태에서 이사 소외 3이 개인자격으로 임원취임승인신청서에 자신의 사인(私印)을 찍어 이 사건 신청을 하였는바, 이는 신청 자체로 위법하다.

(마) 한편, 사립학교법 제14조 제3항에 의하면, 사립학교법인에는 개방이사가 2명 이상 포함되어 있어야 함에도 동성학원은 개방이사의 선임절차에 따라 선임된 개방이사를 포함하지 않고 이 사건 신청을 하였다.

(바) 이상의 사유를 종합하면, 이 사건 이사회 결의는 사립학교법을 위반하여 무효이므로, 이 사건 처분은 적법하다.

나. 관계 법령

별지 기재와 같다.

다.

판단

(1) 학교법인 임원취임승인행위의 법적 성질 및 이 사건의 쟁점

(가) 사립학교법 제20조 제2항에 의한 학교법인의 임원에 대한 감독청의 취임승인은, 학교법인의 임원선임행위를 보충하여 법률상의 효력을 완성시키는 보충적 행정행위로서 기속행위이고, 위 규정의 취지는 사립학교법 제22조 소정의 임원결격사유 등의 취임제한사유가 있는 임원의 취임을 배제하려는 데에 있으므로, 감독청으로서는 그러한 취임제한사유가 없는 한 임원취임신청을 승인하여야 하고 다른 사유를 들어 그 승인을 거부할 수 없으며, 학교법인의 임원에 대한 취임승인의 대상은 이사회의 임원선임의 의결행위 그 자체이다(대법원 1992. 9. 22. 선고 92누5461 판결 등 참조).

다만, 사립학교법 제20조 제2항에 의한 학교법인의 임원에 대한 감독청의 취임승인은 성질상 기본행위를 떠나 승인처분 그 자체만으로는 법률상 아무런 효력도 발생할 수 없어, 기본행위인 학교법인의 임원선임행위가 불성립 또는 무효인 경우에는 비록 그에 대한 감독청의 취임승인이 있었다 하여도 이로써 무효인 그 선임행위가 유효한 것으로 될 수는 없으므로(대법원 1987. 8. 18. 선고 86누152 판결 등 참조), 감독청은 임원선임행위의 불성립 또는 무효를 이유로 임원취임승인 자체를 거부할 수 있다고 봄이 상당하다.

(나) 따라서 이 사건 처분의 적법성 여부는, 이 사건 처분의 기본행위인 이 사건 이사회 의결행위 자체에 법령위반 등 중대한 하자가 있어 임원선임행위가 불성립 또는 무효인 경우에 해당하는지 여부에 달려 있다 할 것이다.

(2) 사립학교법 제16조 제1항, 제28조 제1항 위반을 이유로 한 임원취임승인 거부가 정당한지 여부에 대한 판단

(가) 피고는, 2008. 7. 3. 동성학원의 이사장이던 소외 2가 이사인 소외 3에게 동성학원의 기본재산 등 일체의 재산을 양도하되, 즉시 소외 3, 4를 이사로 등기하고, 빠른 시일 내에 소외 2 측 인사인 법인이사 3인과 감사 1인의 사임을 받아 소외 3이 지목한 4인을 새로운 이사 및 감사에 선임하며, 소외 3이 소외 2에게 위로금 명목으로 24억 원을 지급하는 것을 내용으로 하는 계약을 체결하였음을 이유로, 이 사건 이사회 결의가 사립학교법 제16조 제1항 및 제28조 제1항을 위반하여 무효이므로, 이 사건 처분이 적법하다는 취지로 주장한다.

(나) 이에 관하여 보건대, 갑 1호증의 기재 외에는 소외 2와 소외 3 사이에 동성학원의 기본재산에 대한 양도·양수계약이 체결된 사실 및 위 계약의 이행을 위하여 이 사건 이사회가 소집되고, 이 사건 이사회 결의가 이루어진 사실을 인정할 아무런 증거가 없다.

설령, 소외 2와 소외 3 사이에 위와 같은 내용의 양도·양수계약이 체결된 사실이 있다고 하더라도, 다음의 사정 즉, ① 피고의 주장처럼 이 사건 이사회가 소외 2와 소외 3 사이의 학교법인 양도·양수 계약에 따라 개최된 것이라 하더라도, 원고들 등의 이사 지위는 위 계약에 따라 당연히 부여되는 것이 아니라, 이 사건 이사회 결의로써 부여되는 것이므로, 이사회 결의가 아니라 위 계약에 따라 이사로 선임되었으므로 사립학교법 제16조 제1항에 위반하였다는 피고의 주장은 받아들이기 어려운 점, ② 사립학교법 제20조 제2항에 의한 학교법인의 임원에 대한 감독청의 취임승인은, 학교법인의 임원선임행위를 보충하여 법률상의 효력을 완성시키는 보충적 행정행위로서 기속행위이므로, 원칙적으로 감독청으로서는 사립학교법 제22조 소정의 임원결격사유 등의 취임제한사유가 없는 한 임원취임신청을 승인하여야 하고 다른 사유를 들어 그 승인을 거부할 수 없는 점, ③ 사립학교법 제20조 제2항에 의한 학교법인

의 임원에 대한 취임승인의 대상은 이사회의 임원선임의 의결행위 자체이고, 일반적으로 이사회결의의 하자는, 무권한자에 의한 이사회 소집이나 소집통지절차 위반, 의결정족수 미달 등의 흠결의 경우를 의미할 뿐, 결의의 내용이 정당한가 여부는 결의 자체의 불성립 또는 무효사유가 될 수 없는 점, ④ 사립학교법 제28조 제1항의 규정은, 학교법인이 기본재산을 매도·증여·교환·용도변경·담보제공하거나 의무를 부담하거나 권리를 포기함에 있어 관할청의 허가를 받게 하여 학교법인 재산의 원활한 관리와 유지·보호를 기함으로써 사립학교의 건전한 발달을 도모하자는데 그 목적이 있는 것으로서(대법원 1987. 4. 28. 선고 86다카2534 판결 등 참조), 학교법인이 관할청의 허가 없이 위와 같은 내용의 법률행위를 함으로써 학교법인의 기본재산이 잠식될 우려가 있을 경우, 이를 강행법규 위반으로 무효로 보아 그 법률행위의 사법상 효과를 부정하려는 취지의 규정인 점(대법원 2000. 9. 5. 선고 2000다2344 판결 등 참조), ⑤ 즉, 사립학교법 제28조 제1항은 학교법인의 기본재산이 법인에 그대로 존속한 채 학교법인의 경영권만 변경되는 경우까지를 금지하는 규정으로 보기는 어려운 점, ⑥ 소외 2와 소외 3 사이에 피고 주장과 같은 내용의 양도·양수계약이 있었고, 위 계약을 이행하기 위하여 소외 3이 자신에게 우호적인 이사들을 선임하여 결과적으로 동성학원의 경영권을 취득한다고 하더라도, 동성학원의 기본재산에는 아무런 변동이 없는 점, ⑦ 학교법인 이사의 임기가 만료되어 새로운 이사를 선임해야 할 경우, 학교법인의 경영권을 사실상 양도하는 경우인지 아니면 이사진만을 변경하는 것인지에 대한 구별이 언제나 용이하지는 않을 것으로 보이는 점, ⑧ 그럼에도, 감독청이 학교법인의 임원취임을 승인함에 있어, 학교법인의 양도를 위한 이사진 선임인지 여부 등 그 기본행위인 이사회결의 내용의 적법성까지 판단할 수 있다고 해석하는 것은, 임원취임승인에 있어 감독청에게 사실상 폭넓은 재량권을 부여하는 셈이 되어 기속행위로서의 임원취임승인행위의 본질에 반하는 점 등의 사정을 종합하여 보면, 이 사건 이사회결의 자체에 중대한 하자가 없는 한, 이사회 결의의 내용 또는 그 결의결과가 결과적으로 사립학교법 제16조 제1항 및 제28조 제1항을 침탈한다는 사정을 들어 임원취임승인을 거부할 수는 없다 할 것이다.

(3) 사립학교법 제17조 제3항 위반을 이유로 한 임원취임승인신청 거부가 정당한지 여부에 대한 판단

(가) 학교법인의 이사는 단순한 집행기관이 아니고 각자가 공익을 위해 독립적인 기관에 준하는 지위와 권한을 가지고 있고, 상호 견제와 균형을 통해 그 권한을 공익을 위해 적정하게 행사하여야 하는 고도의 공공성을 가지는 직책이다.

이러한 점에 비추어 보면, 학교법인 이사회에 의한 새로운 이사 임명과 이사회에 의한 기존 이사의 해임은 학교법인의 핵심 기관인 이사회 구성원의 직접적인 변동을 초래하여 학교법인의 공익적 활동에 결정적인 영향을 미치게 되므로, 그 선임과 해임의 절차, 특히 이사회에 의한 새로운 이사의 선임과 기존 이사의 해임절차에는 사립학교법과 공익법인의 설립·운영에 관한 법률의 목적에 부합할 수 있도록 위 법률들과 당해 학교법인의 정관에서 정하는 절차가 엄격하게 적용되어, 공익을 대변하는 이사의 심의권을 적정하게 행사할 수 있도록 준비할 기회가 사전에 제공되어야 하고, 사전에 통지되지 아니한 이사선임 안건이 학교법인 이사회에 상정된 경우 그 선임에 대하여 반대의 이해관계를 가진 이사들이 새로운 이사의 선임절차에 동의하는 등으로 이사회 소집절차 위반의 하자가 치유되지 않는 한 당해 이사들이 우연히 이사회에 출석하고 있어 재적이사 전원이 출석하여 있다는 사정만으로는 회의의 목적이 구체적으로 회의 7일 전에 각 이사에게 통지되지 아니한 이사회 소집절차 위반의 하자가 치유될 수는 없고, 당해 이사들이 소집권자인 이사장이라고 하더라도 마찬가지이며, 이러한 동의가 있었다는 사실은 이사회 결의가 유효함을 주장하는 자가 증명하여야 한다(대법원 2008. 7. 10. 선고 2007다78159 판결 참조).

(나) 갑 1, 3, 4, 8호증, 갑 2호증의 1 내지 4의 각 기재 및 변론 전체의 취지에 의하면, ① 동성학원의 이사장이던 소외 2가 2009. 7. 3. "회의일시 : 2009. 7. 14. 11:00, 회의장소 : 법인 이사장실, 회의안건 : 법인 이사 선·해임의 건, 기타토의"로 하여 제411회 이사회 개최를 이사들에게 각 통지한 사실, ② 2009. 7. 3. 이사 소외 1이 이사 사임서를 동성학원에 제출하고, 그 무렵 사임서가 접수된 사실, ③ 2009. 7. 14. 소외 1을 제외한 이사 6명 전원(이사장 소외 2, 이사 소외 3, 6, 5, 4, 7)이 이사회에 참석한 사실, ④ 이 사건 이사회에서 소외 2는 2009. 7. 27. 만료되는 이사들의 해임 및 선임의 건을 상정한 사실, ⑤ 이에 대하여 소외 3은 회의 모두에, "회의안건만 명시하는 것이 아니라 회의자료의 부연설명까지 곁들여 작성하였으면 좋았겠고, 앞으로는 날짜와 목적을 상세하게 협의하여 시행하였으면 좋겠다"는 취지로 진술하였고, 서기인 소외 12가 자신의 불찰이라고 사과한 사실, ⑥ 그 후 소외 2가 이사장 중임 여부를 상정하면서, 자신의 신상문제에 해당하는 관계로 회의를 진행할 수 없다고 하여, 소외 6이 임시의장으로 선출되어 이 사건 이사회를 진행한 사실, ⑦ 소외 2의 이사장 중임 여부가 표결에 붙여진 결과, "소외 7 찬성, 소외 6, 3, 4, 5 각 반대"로 중임이 부결된 사실, ⑧ 소외 6, 4, 5, 1에 대한 중임 여부가 표결에 붙여진 결과, 소외 2, 7이 각 찬성하였으나, 소외 3, 5, 6이 반대하여 의결정족수 미달로 중임이 모두 부결된 사실, ⑨ 그 후 소외 6이 신임 이사장 선출 건을 상정하였으나, 소외 3이 "이사장 선출은 차회 하고 신임 이사부터 선임하자"고 제안하였고, 이에 소외 2, 7이 반대하였으나, 소외 3, 5, 4, 6이 찬성한 사실, ⑩ 이에 소외 3이 원고들 등 6인을 새로운 이사로 추천하자, 소외 2, 7이 "간단한 신상내역만 듣고 표결하는 것은 문제가 있다"고 이의를 제기하였는데, 소외 3은 "시간이 촉박하고 현재 연임이 된 상태도 아니며 학교운영에도 어려움이 많으며, 새 이사진을 서류 심사 후 재소집하면 시간상으로도 적절하지 않은 것 같으니 여기에서 추천하여 처리하자"고 말한 사실, ⑪ 이에 소외 6이 이 사건 이사회에서 신임 이사 선임결의를 할 것인지, 아니면 차회 이사회를 개최하여 결의할 것인지 여부를 표결에 붙인 결과, 소외 2, 7이 표결에 참여하지 않은 상태에서 소외 3, 6, 4, 5 4인이 찬성하여 원고들 등을 이사로 선임하는 결의를 한 사실을 인정할 수 있다.

(다) 신임 이사진의 신상내역을 통지하지 않은 것이 소집통지절차를 위반한 것인지 여부

- 1) 앞서 채택한 각 증거 및 앞서 인정한 사실에 관련 법령의 내용을 종합하여 알 수 있는 다음의 사정 즉, ① 이 사건 이사회 소집공문은 2009. 7. 3. 각 이사들에게 발송되었는데, 위 공문에 '법인이사 선·해임의 건, 기타토의'라고 명시되어 있었던 점, ② 이 사건 이사회가 개최될 무렵 소외 1과 소외 2, 4, 5, 6, 7의 이사 임기가 2009. 7. 27.로서 만료가 임박하였기 때문에, 이 사건 이사회에서 기존 이사의 중임이 부결될 경우를 대비하여 신임 이사의 선임이 예정되어 있었으며, 이사회 소집공문의 '이사 선임 건'이 기존 이사들의 선임에 국한된다고 볼 아무런 근거가 없는 점, ③ 오히려 임기만료 후 기존 이사들의 이사 선임 여부는, 이 사건 이사회 결의에서 결의된 바와 같이 중임(연임) 결의로 처리하면 되므로, 소집공문의 법인이사 선임 건은 신임 이사에 대한 것으로 볼 여지가 많은 점, ④ 또한, 이 사건 이사회 회의록에 의하면, 소외 3이 새롭게 이사로 선임될 사람들에 대한 신상내역을 제공한 것으로 보임에도 서기인 소외 12의 실수로 소집통지서에 누락된 것으로 보이고, 기존 이사들의 중임이 부결될 경우 신임 이사가 선임된다는 사정은 기존 이사들도 잘 알고 있었던 것으로 보이는 점, ⑤ 상법은 제542조의4 제1항에서 "상장회사가 주주총회를 소집하는 경우 대통령령으로 정하는 수 이하의 주식을 소유하는 주주에게는 정관으로 정하는 바에 따라 주주총회일의 2주 전에 주주총회를 소집하는 뜻과 회의의 목적사항을 둘 이상의 일간신문에 각각 2회 이상 공고하거나 대통령령으로 정하는 바에 따라 전자적 방법으로 공고함으로써 제363조 제1항의 소집통지를 갈음할 수 있

다"고 규정하면서, 제2항에서 "상장회사가 이사·감사의 선임에 관한 사항을 목적으로 하는 주주총회를 소집통지 또는 공고하는 경우에는 이사·감사 후보자의 성명, 약력, 추천인, 그 밖에 대통령령으로 정하는 후보자에 관한 사항을 통지하거나 공고하여야 한다"라고 규정함으로써, 임원선임을 위한 주주총회에 앞서 해당 후보자를 구체적이고 개별적으로 특정하도록 하고 있음에 반하여, 사립학교법 제17조 제3항, 민법 제71조, 상법 제363조 제2항, 동성학원 정관 제34조 제2항 등에는 회의의 소집통지 시 회의의 목적만을 명시하도록 규정하고 있는 점, ⑤ 상법 제363조 제2항에 따른 주주총회 소집에 있어 '회의의 목적사항'이란, 의안 또는 의사일정을 가리키고, 결의사항이 무엇인지는 주주가 이를 알 수 있을 정도로만 기재하면 족하며, 다만 결의사항이 정관의 변경(상법 제434조) 기타 중요한 사항 일 때에만 의안의 요령을 함께 기재하도록 규정한 점(상법 제433조 제2항, 제522조 제2항), ⑥ 학교법인의 특수성과 공익성을 감안하여 이사회 소집 요건을 강화할 필요가 있다면 상법 제542조의4 제2항과 같이 이를 명시할 필요가 있는 점, ⑦ 총회소집통지를 함에 있어서 회의의 목적사항을 열거한 다음 '기타 사항'이라고 기재한 경우, 총회소집통지에 회의의 목적사항을 기재토록 한 민법 제71조등 법 규정의 입법취지에 비추어 볼 때, '기타 사항'에 회의의 기본적인 목적사항과 관계가 되는 사항과 일상적인 운영을 위하여 필요한 사항이 포함된 것으로 볼 수 있는 점(대법원 1996. 10. 25. 선고 95다56866 판결 등 참조) 등의 사정을 종합하여 보면, 이 사건 이사회 소집통지서에 '법인 이사 선·해임의 건'이라고 명시된 이상, 위 소집통지서에 새로 선임될 이사들의 신상자료가 첨부되지 않았다고 하더라도, 위 통지는 사립학교법 제17조 제3항 본문의 회의의 목적사항을 명시한 통지로서 적법하다고 봄이 상당하다.

2) 설령, 선임 이사들의 신상내역을 첨부하지 않은 것이 이사회 결의통지에 하자가 있는 경우로 볼 수 있다 하더라도, 이 사건 이사회 소집공문이 발송되던 날인 2009. 7. 3. 이사 소외 1이 이사직 사임서를 제출하여 그 무렵 동성학원에 접수된 사실은 앞서 본 바와 같고, 법인 이사의 사임행위는 상대방 있는 단독행위로서 그 의사표시가 상대방에게 도달함과 동시에 그 효력을 발생하므로(대법원 2008. 9. 25. 선고 2007다17109 판결 등 참조), 선임 이사 선임의 안건이 사전에 분명히 통지된 상태에서 이 사건 이사회 결의 당시 이사의 지위를 상실한 소외 1을 제외한 나머지 이사 전원이 이 사건 이사회에 참석한 이상, 이 사건 이사회 결의는 사립학교법 제17조 제3항 단서에 따라 그 하자가 치유되었다고 봄이 상당하다.

(4) 다른 처분 사유를 근거로 임원취임승인신청을 거부할 수 있는지 여부에 대한 판단

(가) 피고는, 동성학원의 이사장인 소외 2의 임기가 만료되어 이사장이 궐위되었음에도 이사회를 개최하여 선임 이사를 선출함이 없이, 소외 3이 자신의 사인(私印)을 날인하여 임원승인신청을 한 것은 그 신청 자체로 위법하고, 이 사건 신청에는 사립학교법 제14조에서 규정한 개방이사의 선임절차에 따라 선임된 개방이사가 포함되어 있지 않으므로, 이 사건 처분이 적법하다는 취지로 주장한다.

(나) 행정처분의 취소를 구하는 항고소송에 있어서, 처분청은 당초 처분의 근거로 삼은 사유와 기본적 사실관계가 동일성이 있다고 인정되는 한도 내에서만 다른 사유를 추가하거나 변경할 수 있고, 여기서 기본적 사실관계의 동일성 유무는 처분사유를 법률적으로 평가하기 이전의 구체적인 사실에 착안하여 그 기초인 사회적 사실관계가 기본적인 점에서 동일한지 여부에 따라 결정되며 이와 같이 기본적 사실관계와 동일성이 인정되지 않는 별개의 사실을 들어 처분사유로 주장하는 것이 허용되지 않는다고 해석하는 이유는 행정처분의 상대방의 방어권을 보장함으로써 실질

적 법치주의를 구현하고 행정처분의 상대방에 대한 신뢰를 보호하고자 함에 그 취지가 있고, 추가 또는 변경된 사유가 당초의 처분 시 그 사유를 명기하지 않았을 뿐 처분 시에 이미 존재하고 있었고 당사자도 그 사실을 알고 있었다 하여 당초의 처분사유와 동일성이 있는 것이라 할 수 없다(대법원 1988. 1. 19. 선고 87누603 판결, 대법원 1999. 3. 9. 선고 98두18565 판결, 대법원 2001. 3. 23. 선고 99두6392 판결, 대법원 2001. 9. 28. 선고 2000두8684 판결, 대법원 2003. 12. 11. 선고 2001두8827 판결 등 참조)

(다) 이 사건을 위 법리에 비추어 보건대, 갑 2호증의 1, 2, 3의 각 기재에 의하면, 피고는 이 사건 신청에 대하여 2009. 9. 30. 동성학원에게, ① 사립학교법 제18조의2 제2항에 의하면, 이사회 회의록에 출석 임원 전원이 그 성명을 알 수 있도록 자필로 서명하도록 규정하고 있음에도 불구하고, 참석이사 6명 중 4명의 이사(소외 5, 6, 3, 4)만 서명하고, 2명(소외 2, 7)이 서명하지 않은 이유, ② 사립학교법 제19조 제1항에 의하면, "이사장은 학교법인을 대표하고 사립학교법 및 정관에 규정된 직무를 행하며 기타 학교법인 내부의 사무를 통할한다"라고 규정하고 있으므로, 학교법인을 대표하는 이사장이 임원취임승인 신청을 하여야 함에도, 이사장이 아닌 이사 소외 3이 사인(私印)을 날인하여 임원취임승인 신청을 한 이유, ③ 사립학교법 제14조 제2항은, 이사 정수의 4분의 1에 해당하는 이사를 개방이사추천위원회에서 2배수 추천한 인사 중에서 이사회에서 선임하도록 규정하고 있는데, 개방이사 선임절차를 거치지 않고 이사 6명 모두를 선임결의한 이유와 위 6명중 4명의 이사(원고 1, 3, 4, 2)만 임원취임승인 신청을 한 이유 및 위 4명을 어떤 절차에 따라 선정하였는지, 임원취임승인 신청을 하지 않은 2명의 향후 처리계획이 무엇인지 여부, ④ 동성학원의 정관에 따르면, 제척사유가 있는 임원 등은 결의에 참여하지 못하도록 되어 있음에도, 이사장 소외 2가 임시의장 소외 6을 선임하여 회의를 진행한 이유 등에 대하여 소명 및 서류보완을 요청한 사실, 이에 대하여 원고는 ① 소외 2와 소외 7 2명이 이사회 회의록에 서명하지 않은 이유는, 소외 2와 소외 7이 이 사건 이사회 결과에 승복할 수 없다고 하여 서명을 거부하였기 때문이고, ② 소외 3이 사인(私印)을 날인하여 이 사건 신청을 한 이유는, 이사장 소외 2를 비롯한 6명의 이사가 2009. 7. 27.자로 임기가 모두 만료된 상태에서, 소외 2가 이사회 결정에 불복하여 취임승인 절차를 회피하고 잠적함에 따라, 소외 3이 "임기가 만료되지 않은 이사 1명이 이사장 및 이사가 모두 궐위된 상태에서 직무대행자의 역할 수행을 할 수 있는지 여부"를 교육과학기술부에 질의한 결과 가능하다는 답변에 따라 한 것이며, ③ 이 사건 이사회에서 선임 이사로 선임된 6명 중 4명에 대해서만 임원취임승인을 신청한 이유 및 개방이사 2명의 누락 문제는, 취임승낙서를 작성하는 과정에서 소외 8과 소외 9가 일신상의 이유로 임원취임을 수락하지 않았기 때문인데, 원고들이 적법하게 임원승인을 받을 경우 개방이사 추천위원회를 구성하여 향후 2명의 개방이사 선임을 요구할 계획으로 있고, ④ 이사 선임 및 이사장 선출에 대하여 회의를 진행하면서 이사장 소외 2 본인의 제척사유에 해당되어 임시의장으로 소외 6을 선출하여 회의를 진행하였다는 내용으로 답변한 사실, 그 후 피고가 사립학교법 제16조 제1항, 제28조 제2항, 제17조 제3항 위반의 사유만을 들어 이 사건 처분을 한 사실을 인정할 수 있다.

위 인정사실에 의하면, 피고가 이 사건 처분사유 이외에 임원취임승인 불가사유로 들고 있는 위와 같은 사정은 이 사건 처분사유와 동일성이 있는 것이라 할 수 없으므로, 이를 이유로 이 사건 처분이 적법하다는 피고의 주장은 이유 없다.

(5) 소결

따라서 앞서 본 바와 같이, 이 사건 이사회 결의에 피고가 들고 있는 법령위반 등 결의의 부존재 또는 무효사유가 없는 이상, 피고는 이 사건 승인신청을 거부할 수 없다 할 것임에도, 이를 거부한 이 사건 처분은 위법하다.

3. 결론

그렇다면, 원고들의 이 사건 청구는 이유 있어 이를 인용할 것인바, 제1심 판결은 이와 결론을 달리하여 부당하므로, 제1심 판결을 취소하고 이 사건 처분을 취소하기로 하여 주문과 같이 판결한다.

[별지 생략]

판사 정용달(재판장) 박주영 박운삼