

## 國·公立大學 校員에 대한 不利益處分과 法的 救濟

### The Disadvantage Disposition on the National or Public University(College) Faculty and Legal Remedy

오 창 수\*

Oh, Chang-Soo

#### 목 차

- I. 머리말
- II. 대학교원 임용행위의 법적성질
- III. 사법적 구제절차 개요
- IV. 계약임용제와 임용기간이 만료된 대학교원의 법적 지위
- V. 징계 - 파면, 해임, 정직, 감봉, 견책
- VI. 기타 불리한 처분 - 휴직, (직권)면직, 직위해제, 전보
- VII. 맺는 말

#### 국문초록

대학의 기능은 교육, 연구, 봉사에 있고, 대학교원이 이러한 대학의 기능을 제대로 수행하기 위해서는 대학교원의 신분보장장치 마련이 필수적이다.

교원 중에서도 일반적으로 승인된 기초적인 지식의 전달에 중점이 있는 초·중등교원과 달리 학문의 연구, 교수기능을 유기적으로 결합하여 학문의 발전과 국가사회에 대한 봉사를 위주로 하는 대학교원의 경우에는 교원지위법정주의와 교원신분보장의 의미도 동일한 평면에서 논의될 수 없다.

대학교원의 신분보장과 관련하여 기간제 임용 내지 재임용제 또는 계약임용제가 제도의 도입당시부터 현재까지 대학사회의 '뜨거운 감자'가 되어왔고, 특히 임용기간이

논문접수일 : 2009. 6. 30.

심사완료일 : 2009. 7. 23.

게재확정일 : 2009. 7. 23.

\* 변호사·제주대학교 법학전문대학원 교수

만료된 교원의 법적 지위의 해석을 둘러싸고 대법원과 헌법재판소는 시대환경의 변화에 따라 갈팡질팡 해왔다. 그간의 논란을 거쳐 기간제임용에 관한 헌법재판소의 헌법불합치결정으로 근자에 이르러 교육관련 법령의 정비가 이루어졌다.

본고는 국·공립대학 교원이 자신의 의사에 반한 불리한 처분을 받은 경우 법적 구제수단을 각급 법원 판례를 중심으로 개관해 보고 앞으로의 지향점을 모색해 본 것이다.

이를 위해 먼저 대학교원 임용행위의 법적 성질을 살펴보고, 대학교원의 불이익처분에 대한 구제절차를 개관한 후, 계약임용제와 임용기간이 만료된 대학교원의 법적 지위를 증점적으로 살펴보았다. 여기서는 제도의 연혁과 대법원과 헌법재판소 판례의 추이, 관련 법령의 제·개정 경과를 살펴본 후 현행 제도 하에서의 임기만료된 대학교원의 지위를 재량권 일탈·남용의 판단기준, 재임용거부와 불법행위 등 쟁점과 관련하여 논의를 전개하였다.

아울러 파면, 해임, 정직, 감봉, 견책 등 징계처분과 휴직, (직권)면직, 직위해제, 전보 등 기타 불리한 처분에 관하여도 최근의 판례의 추이를 살펴보았다.

위와 같은 쟁점들을 고찰함에 있어서는 대학교원이라는 이해당사자의 입장이 아닌 객관적 시각에서 조명할 필요가 있고, 헌법, 행정법, 노동법, 민법, 민사소송법 등 실체법과 절차법을 아우르는 전체적이고 종합적인 거시적 안목이 요구된다.

근본적으로는 대학교원의 신분보장은 대학교원 자신만을 위한 이기적인 제도보장이 아니라 대학교육의 수요자인 학생의 교육을 받을 권리의 실현에 초점을 맞추어야 함을 인식하여야 할 것이다.

주제어 : 교원지위법정주의, 대학교원, 기간임용, 재임용, 계약임용, 소청심사, 교육공무원법, 징계, 직위해제

## 1. 머리말

헌법 제31조 제6항은 '교원의 지위에 관한 기본적인 사항은 법률로 정한다.'고 규정하고 있고, 교육공무원법 제43조 제2항 및 교원지위향상을 위한 특별법 제6조 제1항은 모두 "교원은 형의 선고·징계처분 또는 법률이 정하는 사유에 의하지 아니하고는 의사에 반하여 휴직·면직 등 불리한 처분을 받지 아니한다."는 취지로 규정하여 교원의 신분을 두텁게 보장하고 있다.

대학의 기능은 교육, 연구, 봉사에 있고, 대학교원이 이러한 대학의 기능을 제대로

담당하기 위해서는 대학교원의 신분보장장치 마련이 필수적이다.

교원 중에서도 일반적으로 승인된 기초적인 지식의 전달에 중점이 있는 초·중등교원과 달리 학문의 연구, 교수기능을 유기적으로 결합하여 학문의 발전과 국가사회에 대한 봉사를 위주로 하는 대학교원의 경우에는 교원지위법정주의와 교원신분보장의 의미도 동일한 평면에서 논의될 수 없다.

대학교원은 대학, 산업대학, 교육대학, 방송·통신대학, 전문대학, 기술대학에서 학생을 교육·지도하고 학문을 연구하는 임무 등을 수행하는 사람으로서 총장·학장·교수·부교수·조교수·전임강사로 구분된다(고등교육법 제14조 제1항·제2항, 제15조 제1항·제2항 참조).

여기서 교원의 '지위'라 함은 교원의 직무의 중요성 및 그 직무수행능력에 대한 인식의 정도에 따라서 그들에게 주어지는 사회적 대우 또는 근무조건·신분보장·보수 및 그 밖의 물적 급부 등을 모두 포함하는 의미이다.<sup>1)</sup>

대학교원의 신분보장과 관련하여 기간제 임용 내지 재임용제 또는 계약임용제가 제도의 도입당시부터 현재까지 대학사회의 '뜨거운 감자'가 되어왔고, 특히 임용기간이 만료된 교원의 법적 지위의 해석을 둘러싸고 대법원과 헌법재판소는 시대환경의 변화에 따라 갈팡질팡 해왔다. 기간제임용에 관한 헌법재판소의 헌법불합치결정으로 근자에 이르러 교육관련 법령의 정비가 이루어졌다고는 하지만 교수재임용제 내지는 기간제임용 제도는 교원의 신분보장과 관련하여 계속 논란이 되고 있다.

차제에 각급법원 판례와 실무를 중심으로 국·공립대학 교원이 자신의 의사에 반한 불리한 처분을 받은 경우 법적 구제수단을 개관하여 보기로 한다.<sup>2)</sup> 먼저 대학교원 임용행위의 법적 성질을 살펴보고(Ⅱ), 불이익처분에 대한 구제절차를 개관한 후(Ⅲ), 계약임용제와 임용기간이 만료된 대학교원의 법적 지위를 증점적으로 살펴본다(Ⅳ). 여기서는 제도의 연혁과 대법원과 헌법재판소 판례의 추이, 관련 법령의 제·개정 경과를 살펴본 후 현행 제도 하에서의 임기만료된 대학교원의 지위를 재량권 일탈·남용의 판단기준, 재임용거부와 불법행위 등 쟁점과 관련하여 논의를 전개한다.

아울러 파면, 해임, 정직, 감봉, 견책 등 징계처분과(Ⅴ) 휴직, (직권)면직, 직위해제, 전보 등 기타 불리한 처분에 관하여도 최근의 판례의 추이를 살펴보고(Ⅵ) 결론에 이르코자 한다(Ⅶ).

1) 헌법재판소 2006. 5. 25. 선고 2004헌바72 결정 : 헌법재판소 1991. 7. 22. 선고 89헌가106 결정, 헌법재판소 및 대법원과 각급 법원 판례는 대법원 종합법률정보(<http://glaw.scourt.go.kr/jbsonw:jbson.do>), 로엔비([http://www.lawnb.com/case/case\\_main.asp](http://www.lawnb.com/case/case_main.asp)) 등을 통하여 쉽게 검색할 수 있으므로 미공간 판결이 아닌 한 이들의 출전은 별도로 밝히지 않기로 한다.

2) 사립대학 교원에 관하여는 별도로 살펴본다.

위와 같은 문제를 고찰하기 위하여는 대학교원이라는 이해당사자의 입장이 아닌 객관적 시각에서 조명할 필요가 있고, 헌법, 행정법, 노동법, 민법, 민사소송법 등 실체법과 절차법을 아우르는 전체적이고 종합적인 거시적 안목이 요구된다.

## II. 대학교원 임용행위의 법적성질

### 1. 국·공립대학 교원 임용행위

현재 국·공립대학의 모든 전임교원에 대한 임용권은 총장 또는 학장에게 위임되어 있다.<sup>3)</sup> 국·공립대학의 교원 임용<sup>4)</sup>행위를 국가 또는 지방자치단체의 행정행위로 보는 것이 일반적이다.<sup>5)</sup>

국·공립대학 교원의 임용에 관해서 계약임용제가 제도화되었다고 하더라도 대학교원을 공법상의 계약인 개별적인 채용계약에 의해 공무원의 신분을 취득하는 계약직공무원과 동일한 지위에 있는 것으로 볼 수 없다. 국·공립대학 교원은 교육공무원법의 적용을 받는 교육공무원으로 임용장 또는 임용통지서에 기재된 일자에 임용된 것으로 보도록 되어 있으므로(교육공무원임용령 제5조) 국·공립대학의 교원 임용행위는 (쌍방적) 행정행위 즉, 상대방의 동의를 전제로 하는 행정행위로 보아야 할 것이지 공법상계약으로 볼 것은 아니다.<sup>6)</sup>

최근 대학교원 신규채용단계에서 교원임용과 관련한 임용주체의 부당한 행위를 둘러싸고 논란이 되는 경우가 많다.

판례는 전임교원임용제청행위나 그 철회는 행정기관 상호간의 내부적인 의사결정과 정일 뿐 그 자체만으로는 직접적으로 국민의 관리, 의무가 설정, 변경, 박탈되거나 그 범위가 확정되는 등 기존의 권리상태에 어떤 변동을 가져오는 것이 아니므로 이를 행정소송의 대상이 되는 행정처분이라고 할 수는 없다고 한다.<sup>7)</sup>

3) 교육공무원법 제25조, 제33조, 교육공무원임용령 제3조의2 참조.

4) 공무원신규채용인 '임명'과 승인임용, 轉職, 轉補, 겸임, 파견, 강임, 휴직, 직위해제, 정직, 복직, 면직, 해임, 파면 등을 포함하는 '임용'의 개념을 구별하기도 하나[윤양수, 「행정법일반이론」, 제주대학교출판부, 2009, P.941], 교육공무원법과 교육공무원임용령 등에는 '임용'이라는 용어만을 사용하고 있다.

5) 공무원임명의 성질에 관하여는 공법상의 계약설이 있으나, 대체로 쌍방적 행정행위로 보고 있다. 윤양수(주.4), P.942는 계약직공무원의 임용행위는 공법상의 계약으로 보는 것이 옳을 것이라고 한다.

6) 박효관, "대학교원의 재임용거부에 대한 사법적 구제절차의 실효성과 재임용거부의 불법행위 성부에 대한 검토", 「판례연구」, 제18집, 부산판례연구회, 2007, P.339는 2002년부터 시행되고 있는 대학교원에 대한 계약제 임용은 공법상 계약에 가깝다고 한다.

교육공무원법 제25조에 의하면 대학 교수의 임용에는 반드시 대학 인사위원회의 동의를 받도록 되어 있다. 인사위원회의 동의와 관련하여 판례는 대학교수 등의 임용 여부는 임용권자가 교육법상 대학교수 등에게 요구되는 고도의 전문적인 학식과 교수능력 및 인격 등의 사정을 고려하여 합목적적으로 판단할 자유재량에 속하는 것이고, 특히 교육공무원법 제25조에서 대학의 장이 교수를 임용 또는 임용제청함에 있어 대학 인사위원회의 동의를 얻도록 한 것은 교수 임용권자 또는 임용제청권자의 자의를 억제하고 객관적인 기준에 따른 인사질서를 확립함으로써 우수한 교원을 확보함과 동시에 대학의 자치 및 자율권과 교원의 신분보장을 도모하고자 하는 데 있으므로, 대학의 장이 대학 인사위원회에서 임용동의안이 부결되었음을 이유로 하여 교수의 임용 또는 임용제청을 거부하는 행위는 그것이 사회통념상 현저히 타당성을 잃었다고 볼 만한 특별한 사정이 없는 이상 재량권을 일탈·남용하였다고 볼 수 없다고 한다.<sup>8)</sup>

판례는 국·공립대학 교원에 대한 임용권자가 임용지원자를 대학교원으로 임용할 것인지 여부는 임용권자의 판단에 따른 자유재량에 속하는 것이어서, 임용지원자로서는 임용권자에게 자신의 임용을 요구할 권리가 없을 뿐 아니라, 임용에 관한 법률상 이익을 가진다고 볼 만한 특별한 사정이 없는 한, 임용 여부에 대한 응답을 신청할 법규상 또는 조리상 권리가 있다고도 할 수 없다고 한다.<sup>9)</sup>

임용에 관한 법률상 이익을 가진다고 볼 만한 특별한 사정이 있는 경우로서 판례는 임용지원자가 당해 대학의 교원임용규정 등에 정한 심사단계 중 중요한 대부분의 단계를 통과하여 다수의 임용지원자 중 유일한 면접심사 대상자로 선정되는 등으로 장차 나머지 일부의 심사단계를 거쳐 대학교원으로 임용될 것을 상당한 정도로 기대할

7) 대법원 1998. 1. 23. 선고 96누12641 판결

8) 대법원 2006. 9. 28. 선고 2004두7818 판결 : 국립대학교 총장이 대학 인사위원회의 결의내용을 존중하여 교수임용거부처분을 한 사안에서, 이미 임용예정자로 결정되었다는 통지를 받고 임용에 필요한 서류까지 제출한 원고에 대한 임용거부처분이 사회통념상 현저히 타당성을 잃었다고 보이지 아니하여 재량권을 일탈·남용한 위법이 없고, 대학 인사위원회가 개최되지 아니한 상태에서는 교수로 임용될 것이라는 보호가치 있는 정당한 신뢰를 가진다고 보기 어려워 신뢰보호 원칙에 위배되지 않는다고 판시한 사례.

9) 대법원 2003. 10. 23. 선고 2002두12489 판결. 경북대학교 교원임용규정 및 전임교원공개채용심사지침이 정하는 바에 따라 서류심사위원회, 학과심사위원회, 대학공채인사위원회의 각 심사를 최고득점자로 통과하였으나, 대학교공채조정위원회의 채용유보건의에 따라 2000. 10. 30. 피고로부터 교원임용을 거부한다는 통보를 받은 원고가 신규교원으로 임용되기 위하여는 이 사건 임용규정 등이 정하는 바에 따라 대학교공채조정위원회를 통과하여 면접대상자로 결정된 다음, 면접심사에 합격하여 임용예정자로 결정되고, 나아가 교육공무원법 제26조 제2항에 의한 대학인사위원회의 동의를 얻어 임용후보자가 되는 절차를 거쳐야 하는 사실을 알 수 있는바, 그렇다면 원고로서는 피고에게 자신의 임용을 요구할 권리가 없을 뿐 아니라 단순한 임용지원자에 불과하여 임용에 관한 법률상 이익을 가진다고도 볼 수 없어, 임용 여부에 대한 응답을 신청할 법규상 또는 조리상 권리도 없다고 할 것이므로 이 사건 통보는 항고소송의 대상이 되는 행정처분에 해당하지 아니한다.

수 있는 지위에 이르렀다면, 그러한 임용지원자는 임용에 관한 법률상 이익을 가진 자로서 임용권자에 대하여 나머지 심사를 공정하게 진행하여 그 심사에서 통과되면 대학교원으로 임용해 줄 것을 신청할 조리상의 권리가 있다고 보아야 할 것이고, 또한 유일한 면접심사 대상자로 선정된 임용지원자에 대한 교원신규채용업무를 중단하는 조치는 교원신규채용절차의 진행을 유보하였다가 다시 속개하기 위한 중간처분 또는 사무처리절차상 하나의 행위에 불과한 것이라고는 볼 수 없고, 유일한 면접심사 대상자로서 임용에 관한 법률상 이익을 가지는 임용지원자에 대한 신규임용을 사실상 거부하는 종국적인 조치에 해당하는 것이며, 임용지원자에게 직접 고지되지 않았다고 하더라도 임용지원자가 이를 알게 됨으로써 효력이 발생한 것으로 보아야 할 것이므로, 이는 임용지원자의 권리 내지 법률상 이익에 직접 관계되는 것으로서 항고소송의 대상이 되는 처분 등에 해당한다고 한다.<sup>10)</sup>

## 2. 대학교수 승진의 법적 성질

고등교육기관인 대학의 교원은 총장 및 학장 외에 교수·부교수·조교수 및 전임강사로 구분한다(고등교육법 제14조 제2항). 국·공립대학들은 인사규정 등으로 전임강사, 조교수, 부교수, 교수의 직급으로 승진하는데 필요한 소요연수와 함께 필요한 교육, 연구, 봉사업적의 충족요건을 규정하고 있다.

그런데 상위직급으로의 직급 상승이 단순한 승진행위인지, 아니면 독립된 신분설정 행위인지 논란이 있을 수 있다. 예컨대 조교수인 교원을 부교수로 임용하는 계약을 단순한 승진행위로 보게 되면 부교수임용계약은 조교수임용계약을 전제로 하고 다만 그 후 부교수의 자격요건을 추가로 갖추게 되어 부교수로 승진임용한 것으로 보게 된다.

이에 대하여 부교수승진임용을 독립된 신분설정행위로 보게 되면 대학교원은 기간 등을 정하여 임용할 수 있도록 한 교육공무원법 제11조의3 제1항의 취지에 비추어 대학교원은 최초의 임명으로부터 정년까지 임기를 보장하는 것이 아니라 각 직명마다 임용을 달리 하여 그 직명에 따라 정해진 임용기간 동안만 교원의 지위를 보장하고 그 후에는 임용여부를 다시 심사하자고 하는 취지로 보이고, 따라서 부교수승진임용계약은 새로운 신분설정행위가 된다.<sup>11)</sup>

10) 대법원 2004. 6. 11. 선고 2001두7053 판결(원고에 대한 1. 2차 심사결과 이미 원고의 전공적합성 측면에서 임용후보자로 교원인사위원회에 추천될 정도였다면 그 이후에 또다시 전공 부적합만을 이유로 불임용결정을 한 것은 위법하고 피고대학은 원고에게 위자료 1,000만원의 지급을 명한 사례).

11) 윤인태, "부교수임용계약의 성질", 「대법원판례해설 1996년 하반기」, 통권 제27호, 법원도서관, 1997.

계약제 임용을 근간으로 하는 교육공무원법의 제 규정의 취지에 비추어 부교수임용 계약은 조교수임용행위에 기한 단순한 승진임용이 아니라 독립된 신분설정행위로 볼 수밖에 없다.

판례는 대학교원의 임면에 관한 위와 같은 교육공무원법의 제 규정은 대학교원에 대해서는 각 직명마다 임용을 달리하여 그 직명에 따라 정해진 임용기간 동안 교원의 지위를 보장하고자 하는 데 그 취지가 있는 것으로 보여지므로 그러한 취지에 비추어 볼 때 조교수로 신규임용한 자를 그 후 동일한 대학에서 부교수로 임용하는 행위는 조교수 임용행위에 기한 단순한 승진발령행위로 볼 것이 아니라 직명이 부교수라는 교원에 임용하는 것으로서 이는 새로운 신분관계 설정행위로 봄이 상당하다고 하여<sup>12)</sup> 독립된 신분설정행위설을 따르고 있다.

따라서 위와 같은 판례의 입장을 따르게 되면 조교수 임용행위에 무효사유가 있더라도 부교수임용행위가 당연히 무효가 되는 것은 아니고,<sup>13)</sup> 부교수임용계약을 취소하였다고 하여 이미 소멸된 조교수임용계약이 되살아나는 것은 아니다.<sup>14)</sup>

결국 판례의 입장을 따르게 되면 조교수인 교원이 부교수임용계약을 체결하면서 임

P.365~366

12) 대법원 1993. 9. 10. 선고 93누487 판결 : 대법원 1996. 7. 30. 선고 95다11689 판결

13) 대법원 1993. 9. 10. 선고 93누487 판결. 원심은, 피고보조참가인(이하 참가인이라 약칭한다)은 1981. 8. 22. 원고를 참가인 운영의 인천대학교의 조교수로 임용하였다가 1982. 4. 1. 동 대학교의 부교수로 승진 임용하여 교원으로 종사케 해 오던 중 1991. 10. 14.에 이르러 원고에게는 위 임용 당시 교원임용 결격사유가 있었다 하여 원고에 대한 위 각 임용행위를 취소하였는데, 원고는 1980. 1. 31. 변호사법위반죄로 징역 1년의 선고를 유예하는 판결을 받은 사실이 있어 위 조교수 임용 당시에는 그 선고유예기간이 경과되지 않았음이 명백하여 사립학교법 제52조, 제57조, 교육법 제77조에 의하여 사립학교 교원에게도 적용되는 국가공무원법 제33조 제5호 소정의 임용결격사유에 해당된다 할 것이므로 그와 같은 임용 결격사유를 가진 원고를 조교수에 신규임용한 행위는 위 국가공무원법의 조항에 위반되는 것으로서 당연무효라 할 것이고, 한편 원고를 부교수에 승진임용한 행위는 신규임용이 아니라 위 조교수 임용행위에 기하여 승진발령한 것에 불과하므로 조교수 임용행위가 무효인 이상 이 역시 당연무효라 할 것이며, 참가인의 원고에 대한 위 각 임용행위의 취소는 위와 같이 당연무효인 것을 확인시켜 주는 행위에 지나지 않는다 할 것이므로 그러한 참가인의 행위는 정당하다고 판시하였으나, 대법원은 조교수 임용행위에 무효사유가 있다 하여 부교수 임용행위도 당연히 무효가 된다고 할 수는 없다고 판시하였다.

14) 대법원 1996. 7. 30. 선고 95다11689 판결. 원고가 조교수로 재직하던 중 부교수 승진에 필요한 연구실적으로 제출한 한국정치발전의 방향이라는 논문이 정치발전론이라는 책자를 표절하였다는 사실을 알게 된 피고가 위 부교수 임용계약을 취소하지 아니한 채 원고에 대하여 징역 3월의 징계처분을 하고 그 뒤에도 원고로 하여금 부교수라는 직명으로 계속 근무하게 한 경우 피고가 원고에 대하여 이 사건 1992. 4. 1.자 부교수 임용계약을 취소하였다고 하여 이미 소멸된 1990. 9. 1.자 조교수 임용계약이 되살아나는 것은 아니라고 할 것이고, 피고가 1993. 10. 1. 위 부교수 임용계약을 취소한 다음 조교수 임용계약이 되살아나는 것으로 잘못 알고 원고로 하여금 1993. 10. 1. 이후 직무를 수행하도록 하고 조교수의 직급에 상응하는 급여를 지급하는 등의 사정이 있었다고 하더라도 그와 같은 사정만으로는 원고와 피고 사이에 조교수 임용계약이 새로이 체결된 것이라고 할 수 없다고 판시한 사례.

용결격사유가 있음이 밝혀져 부교수임용계약을 취소하면 조교수로도 더 이상 근무할 수도 없게 된다.

### Ⅲ. 사법적 구제절차 개요

국·공립대학 교원이 그 임면권자로부터 파면, 해임 등 징계처분을 받거나 또는 계약 재 내지 기간제로 임용된 교원의 재임용이 거부되는 등 교원이 그 의사에 반하는 불리한 처분을 받은 경우에는 아래의 절차에 따라 그 권리구제를 받을 수 있다.

#### 1. 소청심사위원회의 소청심사절차

1991. 5. 31. 법률 제4376호로 제정된 교원지위향상을 위한 특별법(이하 '교원지위법'이라 함)은 교육공무원징계위원회의 의결을 거친 징계 등 불리한 처분에 대하여 교육인적자원부 산하에 설치된 교원징계재심위원회에 재심을 청구할 수 있도록 하였다. 그 후 교원지위법의 개정(2005. 1. 27. 법률 제7353호)으로 교원징계재심위원회는 '교원소청심사위원회'(이하 '심사위원회'라 함)로 명칭이 변경되었고, 교육인적자원부는 정부조직개편에 따라 2008. 2. 29.부터 교육과학기술부(이하 '교육부'라 함)가 되었다.

교원이 징계처분과 그 밖에 그 의사에 반하는 불리한 처분에 대하여 불복할 때에는 그 처분이 있었던 것을 안 날부터 30일 이내에 심사위원회에 소청심사를 청구할 수 있다. 이 경우에 심사청구인은 변호사를 대리인으로 선임할 수 있다(교원지위법 제9조 제1항).

국·공립대학 교원이 그 의사에 반하여 불리한 처분을 받은 경우에는 사립대학 교원과 달리 심사위원회의 심사절차를 반드시 거쳐야 하는 특별행정심판절차이고, 심사위원회의 심사결정은 행정심판절차상의 재결에 해당한다.

심사위원회는 교육부에 소속되어 있지만 심사·결정에 관하여 교육부장관의 지휘감독을 받지 아니하고 독자적으로 권한행사를 할 수 있는 합의제 기관이고, 재심위원의 수, 자격, 임명절차, 임기, 신분보장 등에 관하여 법률로서 규정하고 있으며, 재심위원의 자격요건에 관하여 비록 일정비율 이상의 확보를 보장하고 있지는 아니하지만, 판사, 검사, 변호사 등의 외부전문가들뿐만 아니라 교원들도 참여할 수 있도록 규정하고 있다.<sup>15)</sup> 그리고 심사위원회의 소청심사결정은 처분권자를 기속하도록 하고 있다(교원지위법 제10조 제2항).<sup>16)</sup>



국·공립대학 교원임용이나 채용단계에서 부당한 처분을 받아 교원으로 임용되지 못한 경우에는 아직 교원이 아니기 때문에 교원지위법의 적용을 받는 교원이 될 수 없고, 따라서 이 경우에는 심사위원회에 심사청구를 할 수 없고 처분청(대학 총장이나 학장)을 상대로 행정소송을 제기할 수밖에 없다.

## 2. 행정소송

심사위원회의 결정에 대하여 교원, 학교법인 또는 사립학교 경영자 등 당사자는 그 결정서를 송달받은 날부터 90일 이내에 행정소송법이 정하는 바에 따라 행정소송을 제기할 수 있다(교원지위법 제10조 제3항).<sup>17)</sup>

국·공립대학 교원에 대한 징계 등 불리한 처분은 행정처분이므로 국·공립학교 교원이 징계 등 불리한 처분에 대하여 불복이 있으면 심사위원회에 소청심사청구를 하고, 위 심사위원회의 심사결정에 불복이 있으면 원처분청(총장이나 학장)을 상대로 행정소송을 제기하여야 한다. 이 경우 그 소송의 대상이 되는 처분은 원칙적으로 원처분청의 처분이고, 원처분이 정당한 것으로 인정되어 심사청구를 기각한 심사결정에 대한 항고소송은 원처분의 하자를 이유로 주장할 수는 없고 그 심사결정 자체에 고유한 주제·절차·형식 또는 내용상의 위법이 있는 경우에 한한다.<sup>18)</sup>

행정소송법 제20조 제1항 본문은 “취소소송은 처분 등이 있음을 안 날부터 90일 이내에 제기하여야 한다.”라고 하고 같은 법 제20조 제2항 본문은 “취소소송은 처분 등이 있는 날부터 1년(…)을 경과하면 이를 제기하지 못한다.”고 하여 제소기간을 규정하고 있는데, 제소기간은 취소소송을 적법하게 제기할 수 있는 기간으로서 ‘처분 등이

15) 헌법재판소 2007. 1. 17. 선고 2005헌바86 결정은 교원지위법상의 소청심사청구는 불복절차로 행정소송을 제기할 수 있으므로 재판의 전심절차로서의 한계를 준수하고 있고, 판단기관인 재심위원회의 독립성 및 공정성이 확보되어 있으며, 심리절차에 상당한 정도로 사법절차가 준용되므로, 헌법 제107조 제3항에 위반된다고 할 수 없고, 이러한 필요적 전심절차조항으로 인해 국민의 재판청구권을 침해하는 것으로 볼 수 없다고 한다.

16) 교원소청심사제도에 관한 상서는 강인수 외, “교원징계 및 교원소청심사제도에 관한 연구”, 『교육법학연구』, 제18권 제1호, 대한교육법학회, 2006, P.1 이하 참조.

17) 헌법재판소 2006. 2. 23. 선고 2005헌가7, 2005헌마1163(병합) 결정은 심사위원회의 결정에 대한 행정소송의 제소권자를 교원으로 한정하고 있던 구 교원지위법 제10조 제3항은 재판청구권을 보장한 헌법 제27조 제1항 등에 위배된다는 이유로 위헌결정을 선고하였으며, 그 후 2007. 5. 11. 법률 제8414호로 개정된 교원지위법 제10조 제3항에서 교원 외에도 사립학교법 제2조에 따른 학교법인 또는 사립학교 경영자 등 당사자도 심사위원회의 결정에 대하여 행정소송법이 정하는 바에 의하여 소송을 제기할 수 있도록 개정하였다.

18) 대법원 1994. 2. 8. 선고 93누17874 판결

있는 날' 또는 '처분 등이 있음을 안 날'을 각 제소기간의 기산점으로 삼은 것은 그때 비로소 적법한 취소소송을 제기할 재판적 또는 주관적 여지가 발생하기 때문이라 할 것이므로 처분 당시에는 취소소송의 제기가 법제상 허용되지 않아 소송을 제기할 수 없다가 위헌결정으로 인하여 비로소 취소소송을 제기할 수 있게 된 경우에는 재판적으로는 '위헌결정이 있는 날', 주관적으로는 '위헌결정이 있음을 안 날' 비로소 취소소송을 제기할 수 있게 되어 이때를 제소기간의 기산점으로 삼아야 한다.<sup>19)</sup>

## N. 계약임용제와 임용기간이 만료된 대학교원의 법적 지위

### 1. 제도의 연혁

#### 가. 기간제 임용제도의 도입

대학교원의 기간제 임용제도 내지 재임용제도는 유신헌법 하에서 1975년 교육공무원법과 사립학교법 개정을 통하여 도입되어 1976. 1. 1.부터 시행되었다.<sup>20)</sup> 이 제도는 정년보장으로 인한 대학교원의 무사안일을 타파하고 연구분위기를 제고하는 동시에 대학교육의 질도 향상시키기 위하여, 대학교원을 임용함에 있어 기간을 정하여 임용하고 그 임용기간이 만료되면 임면권자인가 교원으로서의 적격성을 심사하여 다시 임용할 것인지 여부를 결정할 수 있도록 허용한 취지의 규정으로 설명되고 있으나,<sup>21)</sup> 도입당시부터 이 제도가 본래의 취지대로 운용되기 보다는 사실상 정권에 비판적인 반체제 교수나 사학재단의 전횡에 항의하는 교수들을 퇴출시키기 위한 제도로 악용되어왔다

19) 대법원 2008. 2. 1. 선고 2007두20997 판결

20) 1953. 4. 18. 법률 제285호로 제정된 교육공무원법은 대학교원의 재임용제에 관하여 규율하지 않고 있으나, 1975. 7. 23. 법률 제2774호로 신설된 교육공무원법 제9조 제3항은 "대학(사범대학·교육대학·초급대학을 포함한다)에 근무하는 교원은 다음과 같이 기간을 정하여 임용한다. 1. 교수 및 부교수 : 6년 내지 10년. 2. 조교수 및 전임강사 : 2년 내지 3년. 3. 조교 : 1년"이라고 규정하여 국·공립대학 교원의 임용에 있어서 기간임용제를 도입하였고, 이 제도의 시행을 위한 경과조치로 기존의 국·공립대학 교원의 경우 1976. 2. 말일까지 재임용을 받도록 하였다. 한편, 교원의 재임용에 관한 사항을 심의하기 위하여 대학에 교수재임용심사위원회를 두되, 그 조직·기능 및 운영에 관하여 필요한 사항은 대통령령으로 정하도록 하였다.

21) 헌법재판소 1998. 7. 16. 선고 96헌바33 등(병합) 결정은 초·중·고등학교 교육은 일반적으로 승인된 기초적인 지식의 전달에 중점이 있는 데 반하여, 대학의 교육은 학문의 연구·활동과 교수기능을 유기적으로 결합하여 학문의 발전과 피교육자인 대학생들에 대한 교육의 질을 높일 필요성이 있기 때문에 교원의 자격기준도 이와 같은 기능을 수행할 수 있는 능력을 갖출 것이 요구되고, 이와 같은 대학교육기관의 교원의 특수성은 임용기간 만료시에 교원의 자질을 심사하는 재임용제도를 두어야 할 정당한 사유가 된다고 한다.

는 비판을 받아왔다.<sup>22)</sup>

### 나. 임의적 기간제 임용제도

1991. 3. 8. 법률 제4348호로 개정된 교육공무원법 제11조 제3항은 “대학에 근무하는 교원은 대통령령이 정하는 바에 의하여 기간을 정하여 임용할 수 있다”고 규정하여 법률에 규정되어 있던 임용기간을 대통령령에 위임하였다.<sup>23)</sup>

### 다. 계약제 임용제도의 도입

1999년 다시 대학교원의 계약제임용을 골간으로 하는 교육공무원법 개정이 이루어졌다. 1999. 1. 29. 법률 제5717호로 개정된 교육공무원법 제11조의2는 “대학의 교원은 대통령령이 정하는 바에 의하여 근무기간·급여·근무조건, 업적 및 성과약정 등 계약조건을 정하여 임용할 수 있다”고 규정하고,<sup>24)</sup> 이 조항의 시행일을 2002. 1. 1.부터로 규정

- 22) 교육공무원 중 대학교원이 아닌 초·중등교원은 정년(62세)이 보장되고, 일반 공무원도 다른 법률에 특별한 규정이 없으면 정년(60세)이 보장되나(국가공무원법 제74조), 판사의 임기는 10년으로 하고 임기가 만료된 판사는 대법관회의의 동의를 얻어 대법원장의 연임발령으로 연임할 수 있도록 하고 있다(법원조직법 제45조 제2항, 제45조의2). 검찰총장을 제외한 검사는 임명이 되는 해부터 7년마다 법무부에 설치된 검사적격심사위원회의 적격심사를 받고, 동 위원회가 검사가 직무수행능력의 현저한 결여 등 검사로서 정상적인 직무수행이 어렵다고 인정하는 경우에는 재적위원 3분의 2 이상의 의결을 거쳐 법무부장관에게 그 검사의 퇴직을 건의하고, 법무부장관은 위 건의가 상당하다고 인정하는 때에는 대통령에게 그 검사에 대한 퇴직명령을 제청하도록 하고 있다(검찰청법 제39조).
- 23) 교육공무원임용령(1991. 3. 8. 대통령령 제13448호) 제5조의2(대학교원의 임용)  
 ① 교수 및 부교수는 제1호 및 제2호에 해당하는 경우를 제외하고는 법 제47조의 규정에 의한 정년까지 임용한다.  
 1. 신규채용(기간을 정하여 임용된 자가 그 기간이 만료되어 다시 임용되는 경우를 제외한다)되는 교수 및 부교수에 대하여는 3년의 범위 내에서 1차에 한하여 당해 대학의 장이 정하는 바에 따라 기간을 정하여 임용할 수 있다.  
 2. 부교수에 대하여는 6년 내지 10년의 범위 내에서 당해 대학의 장이 정하는 바에 따라 기간을 정하여 임용할 수 있다. 기간을 정하여 임용하는 경우에는 제1호의 규정을 적용하지 아니한다.  
 ② 조교수·전임강사 및 조교는 다음 각호와 같이 기간을 정하여 임용한다.  
 1. 조교수 : 4년 이내  
 2. 전임강사 : 2년 이내  
 3. 조교 : 1년
- 24) 교육공무원임용령(2001. 12. 31. 대통령령 제17470) 제5조의2(대학교원의 계약제 임용 등)  
 ① 법 제11조의2의 규정에 의한 대학교원의 임용은 다음 각호의 범위 안에서 계약조건을 정하여 행한다.  
 1. 근무기간  
 가. 교수 : 법 제47조의 규정에 의한 정년까지의 기간. 다만, 본인이 원하는 경우에는 계약으로 정하는 기간으로 한다.  
 나. 부교수 : 법 제47조의 규정에 의한 정년까지의 기간 또는 계약으로 정하는 기간  
 다. 조교수 및 전임강사 : 계약으로 정하는 기간  
 2. 급여  
 공무원보수규정에 의한 보수 및 공무원수당등에관한규정에 의한 수당

하였다(부칙 제1조).

아래에서 보는 바와 같이 위와 재임용제를 규정한 사립학교법(법률 제4226호 및 법률 제5274호) 제53조의2 제3항이 2003. 2. 7 및 12. 18. 헌법재판소에서 각 헌법불합치결정을 받은 후 2005. 1. 27. 교육공무원법과 사립학교법의 개정으로 재임용거부사유, 교원의 진술기회, 재임용거부 사전통지, 사후 구제절차에 관한 상세한 규정이 입법화되었다.

현재 우리나라의 거의 모든 대학은 국·공립과 사립을 불문하고 신규 전임교원의 임용과 관련하여 기간임용제 및 재임용제를 내용으로 하는 계약제를 채택하고 있다. 기간임용은 기간만료에, 재임용은 재임용에 초점을 둔 것이기는 하나, 시간강사가 아닌 전임교원의 경우 채용기간만료는 재임용을 전제로 하는 것이기 때문에 기간임용제와 재임용제를 구별할 필요는 없고,<sup>25)</sup> 이들을 포괄하는 '계약임용제'라는 용어를 쓰기도 하나, 기간임용제와 계약임용제는 이름만 다를 뿐 그 실질은 동일한 것이다.<sup>26)</sup>

현행법상의 교원임용방식은 대체로 국·공립대학의 경우 교수 개인별로 기간을 정하여 임용하고 계약기간 종료 후 재계약을 하며 일정 직위 이상부터 정년을 보장하여 임용하는 계약에 기한 기간제 임용방식과 정년보장 임용방식을 혼합한 방식을 취하고 있다.

## 2. 대법원 및 헌법재판소 판례의 추이 및 관련법령의 제·개정

### 가. 종전의 대법원판례

2004년 서울대 김민수 교수 사건에 관한 대법원전원합의체판결이 있기까지 종전에 재임용에서 탈락된 국·공립대학 교원들이 교수재임용거부처분취소 내지 교원임용거

#### 3. 근무조건

교수시간 및 소속학과 등에 관한 사항

#### 4. 업적 및 성과

연구실적·논문지도·진로상담 및 학생지도 등에 관한 사항

#### 5. 재계약 조건 및 절차

근무기간 종료 후 다시 임용되는 조건 및 절차에 관한 사항

#### 6. 그밖에 대학의 장이 필요하다고 인정하는 사항

② 대학의 장은 필요하다고 인정하는 경우에는 본인의 동의를 얻어 체결한 계약조건을 변경할 수 있다.

③ 대학의 장은 대학인사위원회의 심의를 거쳐 제1항의 규정에 의한 계약조건에 관한 세부적인 기준을 정한다.

④ 조교는 그 근무기간을 1년으로 하여 임용한다.

25) 판례와 실무는 기간임용제와 재임용제를 뚜렷이 구별하지 않고 혼용하고 있다.

26) 다만 대학별로 직위에 따라 일정한 기간을 단위로 임용계약을 했던 기간임용제와는 달리 계약임용제는 개인별로 근무기간, 급여, 근무조건, 업적 및 성과, 재계약조건 및 절차에 대한 모든 사항을 계약하는 방식으로 임용계약을 체결한다는 점에서 차이가 있을 뿐이다. 김선택, "대학교원의 신분보장", 「공법연구」, 제32집 제1호, 한국공법학회, 2003. 11. P.246 참조.

부처분취소의 형태로 행정소송을 제기하자 대법원은 재임용거부처분은 행정소송법상의 처분이 아니라는 이유로 본안에 관한 판단에 이르지도 않고 소를 각하하는 문전박대(門前薄待)를 하여 왔다.<sup>27)</sup>

교원소청심사위원회도 대법원판례에 기대어 재임용거부처분의 처분성을 부인하여 사법심사 적격성을 부인하고 재임용 탈락교원들의 심사청구를 각하하여 왔다. 판례는 임용기간이 만료된 자를 다시 임용할 것인지의 여부는 결국 임용권자의 판단에 따른 재량행위에 속한다고 보고 있다.<sup>28)</sup>

대법원은 다음과 같은 1989. 6. 27. 선고 88누9640 판결을 시발로 임용기간이 만료됨으로서 대학교원으로서의 신분관계는 당연히 종료되고 임용기간만료로 재임용의 기대권을 가진다고 할 수 없으며 행정소송법상의 처분성이 부인된다는 이유로 재임용거부처분에 대한 사법심사를 거부하고 있었다.<sup>29)</sup>

“교육공무원법상 임용권자에게 임용기간이 만료된 자를 다시 임용할 의무를 지우거나 재임용절차 및 요건 등에 관하여 아무런 근거규정을 둔 바 없으므로 같은 법 제11조 제3항 제1, 2호 소정의 임용기간이 만료됨으로써 대학교원으로서의 신분관계는 당연히 종료되고 재임용여부는 결국 임용권자의 판단에 따른 재량행위에 속하며, 교육법상 대학교수 등에게는 고도의 전문적인 학식과 교수능력 및 인격 등을 갖추 것을 요구하고 있어서 임용기간이 만료되면 임용권자는 이와 같은 여러 가지 사정을 참작하여 재임용여부를 결정할 수 있어야 할 필요성도 있으므로 대학교수 등의 임용에 관한 교육공무원법의 규정들이 학문의 자유를 규정한 헌법 제22조에 위반되는 것이라고도 할 수 없다.”<sup>30)</sup>

위와 같이 재임용거부에 대한 사법심사의 적격성을 부인하는 대법원판례에 대하여는 극히 형식적인 자구해석과 법논리에 함몰되어 법현실을 무시한 허구적인 법해석을 하고 있다는 등의 신랄한 비판이 제기되었다.<sup>31)</sup> 다음과 같은 김선수 변호사의 비판은

- 27) 사립대학 교원이 제기한 교수지위확인 소 내지 재임용거부처분무효확인 소의 경우에는 무효확인을 구할 소의 이익이 없다는 이유로 소각하 판결을 하여왔다.
- 28) 임기만료된 교원의 재임용행위의 성질을 기속행위 내지는 기속재량행위로 보든 견해도 있으나, 자유재량행위라고 하더라도 재량권의 일탈·남용을 이유로 사법심사의 대상이 되는 것이므로 논의의 실익은 크지 아니하다. 이선희, “기간제로 임용된 국립대학교 교원에 대한 재임용거부행위의 처분성”, 『21세기 사법의 전개(송민 최종영 대법원장 재임기념)』, 박영사, 2005, P.773
- 29) 판례는 대학교원의 재임용신청권을 부인하면서도 검사의 신규임용에 관하여(대법원 1991. 2. 12. 선고 90누5825 판결), 공무원의 승진임용제외처분(대법원 1992. 6. 23. 선고 92누1834 판결) 등에 대하여는 각 그 신청권을 인정한다.
- 30) 대법원 1992. 10. 27. 선고 92누9722 판결 : 대법원 1993. 7. 27. 선고 93누2315 판결 : 대법원 1997. 6. 27. 선고 96누4305 판결 등
- 31) 김인재, “대학교수의 기간임용제와 재임용거부의 법적 성질”, 『1997 노동관계비평』, 민주사회를 위한

음미할만 하다.<sup>32)</sup>

“교수재임용제 하에서 임용기간을 정하여 임용되는 교수의 경우 정해진 기간만 근무하고 그만두겠다는 의사로 임용되는 사람은 하나도 없고 기간제로 임용되는 모든 교수가 정년까지 근무하기 위한 절차로서 학교측이 기간제 임용과정을 거치기 때문에 부득불 그러한 과정을 거치는 것이라고 보는 것이 현실에 부합된다. 또한 임용기간을 정하여 임용된 교수의 경우 특별한 사정이 없는 한 재임용되는 것이 대학의 관행이고, 재임용에서 탈락되는 것은 극히 예외적인 현상이다. 이와 같은 교수의 의사와 대학의 관행에 비추어 볼 때 임용기간을 정하여 임용된 교수는 기간이 만료된 후 특별한 하자가 없는 한 다시 재임용되리라는 기대권을 가지게 된다고 할 것이고 이러한 기대권은 법률상 보호의 가치가 있는 법익이라 할 것이다.”

위와 같이 행정처분의 '처분성'의 개념을 극단적으로 좁혀 재판을 통한 권리구제를 받기 원하는 재임용탈락교원에 대하여 대법원이 빗장을 걸어 잠근 것은 '사법재량'을 남용한 것이라는 비판을 면할 수 없었다. 소송제도를 이용할 정당한 이익 또는 필요성이 존재함에도 '처분성'의 개념론에 안주하여 그 권리구제를 외면한 것은 당사자의 헌법상 보장된 재판을 받을 권리를 부당하게 박탈하는 것이라는 비판을 면치 못한다.

학계와 실무계에서 종래의 대법원판례에 대한 비판적 시각이 주류를 이루게 되고 드디어 하급심에서 대법원판례를 극복할 맹아(萌芽)가 보이기 시작했다. 김민수 교수 사건<sup>33)</sup>에서 서울행정법원 2000. 1. 18. 선고 99구683 판결은 다음과 같이 판시하였다.<sup>34)</sup>

“대학의 자율성과 학문의 자유, 교원지위법정주의에 관한 헌법규정과 그 정신에 비추어 학문연구의 주체인 교수의 신분은 일정한 범위 내에서 보장되어야 할 필요가 있으며, 이러한 신분보장의 필요성은 기간제로 임용된 교수라 할지라도 헌법이념상 달리 볼 수는 없다. 또한 이러한 헌법이념의 토대 이외에도, 아래에서 보는 바와 같이 교육부장관이 각 대학에

변호사모임, 1998. P.226 등.

32) 김선수, “교수재임용에 관한 판례의 문제점”, 『법과 사회』, 제20호 2001. 6. P.322 이하 참조

33) 원고는 1994. 9. 1. 4년의 기간을 정하여 서울대학교 미술대학 산업디자인학과 조교수로 임용되었는데 서울대학교 본부 인사위원회는 원고의 임용기간이 만료될 무렵인 1998. 8. 29. '서울대학교 미술대학 인사위원회의 심의결과 원고의 연구실적이 재임용심사기준에 미달되었다'는 이유로 원고를 재임용 대상에서 제외하기로 결정하였고, 피고(서울대학교총장)는 위 결정에 따라 원고에게 '1998. 8. 31. 자로 원고의 임용기간이 만료되었다'는 취지의 통지를 하였다. 원고는 위 통지에 대하여 '교수재임용 거분 처분의 취소'의 소를 서울행정법원에 제기하였다. 이 사건에서 피고는 재임용거부가 행정소송의 대상이 되는 행정처분이 아니라는 본안전 항변을 하였다. 한편 원고는 미대학장 등 원로 3명의 친일행위를 거론하여 패섬죄에 걸려 보복인사를 당했다고 주장하면서 동료교수들과 서울대학교 본관 앞에서 1년 넘게 천막농성을 벌였다.

34) 재판장 이재홍 부장판사

시달한 대학교원인사관리지침을 통하여 기간제로 임용된 교수의 재임용심사방법, 연구실적 물물의 범위와 인정기준, 심사위원선정방법 등을 상세히 규정함으로써 재임용심사에 대해 일정한 기준을 제시하고 있고, 대학들도 자체 규정에 의하여 재임용심사에 관한 일련의 규정을 마련하고 있는 점, 임용기간에 만료된 교수들의 거의 대부분이 위 인사관리지침과 각 대학 내부의 심사기준에 따라 재임용되어 왔으며, 이러한 현실적인 제도 운용의 결과 교수 등 대학 사회의 구성원뿐만 아니라 사회 일반인들도 교수의 지위가 기간만료에 따라 당연히 상실되는 것이라고 인식하지 않은 점 등을 종합하여 보면, 임용권자에게 임용기간이 만료된 교수를 당연히 재임용하여야 할 의무는 없다고 할지라도, 재임용 여부에 대하여 합리적인 기준에 따라 공정한 심사를 할 의무는 있고, 이에 대응하여 기간제로 임용된 교수도 '재임용 여부에 대하여 합리적인 기준에 따른 공정한 심사를 신청할 조리의 권리'를 가지게 되된다. 따라서 임용기간이 만료된 교수의 재임용신청을 거부하는 행정청의 행위는 거부처분으로서의 성격을 가지는 것이므로 피고의 본안전 항변은 이유 없다.<sup>35)</sup>

그러나 위 1심판결은 종래의 판례를 고식적으로 답습한 항소심판결에 의해 취소되고 원고의 소는 각하되고 말았다.<sup>36)</sup> 이제 대법원판례의 벽에 부딪쳐 권리구제를 받지 못하던 대학교원들이 다시 그 대법원에서 종전 판례의 변경을 기대해야 하는 상황이 되었다.

#### 나. 헌법재판소 판례의 변천

처음에는 헌법재판소도 대법원과 같이 재임용 탈락교원들의 권리구제에는 소극적이었다. 헌법재판소가 제1기(조규광 재판소장), 제2기(김용준 재판소장), 제3기(윤영철 재판소장) 재판부를 차례로 거치면서 교수재임용제를 바라보는 시각이 변해갔고, 소수의견이 사회 환경의 변화에 따라 다수관계의 변용을 통해 다수의견이 되었다.<sup>37)</sup>

##### (1) 헌법재판소 제1기 시대 : 합헌(6:3)

세무대학 이원희 교수가 1988. 6. 1.부터 세무대학의 조교수(민법담당)로 재직 근무하던 중 1991. 9. 1. 세무대학에서 조교수로 재임용되지 못하여 1991. 10. 30. 헌법소원

35) 이 사건의 경우 피고는 원고가 심사대상으로 제출한 논문 및 저서에 대해 심사위원들이 재임용 심사 기준에 미달하는 것으로 평가하였다는 점만을 주장·입증하였을 뿐, 구체적인 심사이유와 그 근거에 대해서는 아무런 주장·입증을 하지 않았다. 따라서 원고의 재임용 거부 근거가 된 연구실적 기준 미달의 구체적인 심사이유와 그 근거가 밝혀지지 않는 이상, 이 사건 재임용 거부처분이 합리적인 기준에 따라 공정한 심사를 거친 것이라고 볼 수는 없으므로 이 사건 처분은 위법하다.

36) 서울고등법원 2000. 8. 31. 선고 2000누1708 판결(재판장 부장판사 우의형)

37) 헌법재판소 판례의 변천에 관하여는 박상훈, "교수재임용제에 관한 헌법불합치결정", 「노동법연구」, 제 14호, 서울대노동법연구회, 2003. P.229 이하 참조.

심판을 청구한 사건<sup>38)</sup>에서 헌법재판소 1993. 5. 13. 선고 91헌마190 결정의 다수의견(6인의 합헌의견)<sup>39)</sup>은 다음과 같다.

“교육공무원법 제11조 제3항 및 교육공무원임용령 제5조의2(1991. 8. 8. 개정)에 의한 교수재임용제도는 교수의 연임이 보장되어 자동적으로 재임용되어 임기가 계속되도록 되어 있는 것이 아니며 임용권자가 당연히 재임용하여야만 하는 연임보장규정도 아니다.

세무대학의 교수·부교수 및 조교수는 학장이 인사위원회의 동의를 얻어 재무부장관에게 추천하고 재무부장관의 제청으로 대통령이 임명하도록 규정한 세무대학의조직과운영에관한규정(대통령령) 제16조는 교육법 제75조, 제79조 및 세무대학설치법 제1조, 제6조, 제15조에 근거한 적법한 조항이다.”<sup>40)</sup>

38) 그 심판청구의 요지는, 세무대학설치법 제15조에 근거한 대통령령(세무대학의조직과운영에관한규정) 제16조의 교수(재)임용절차에 의하면 교수·부교수 및 조교수는 학장이 인사위원회의 동의를 얻어 재무부장관에게 추천하고 재무부장관의 제청으로 대통령이 임명하도록 되어 있다. 이에 따라 세무대학장은 1991. 8. 19. 세무대학 인사위원회의 동의를 얻어 재무부장관에게 청구인의 재임용을 추천하였다가 1991. 8. 29. 위 추천을 철회함으로써 결국 청구인은 교수재임용에서 탈락하게 되었다. 이는 첫째, 교육공무원법 제11조 제3항이 정한 교수임기제는 교수로서의 자질에 부족함이 없는 한 자동으로 연임되는 교수재임용제도인데 대통령이 청구인을 재임용하지 아니한 행위는 위헌이라고 주장하면서 이에 반하는 교수재임용절차에 관한 위 대통령령 제16조의 규정내용은 위법 무효일 뿐 아니라 세무대학설치법 제6조 제3항에 재무부장관은 세무대학에서 일반학과정의 교육을 담당하는 공무원을 임용하거나 그 제청을 하고자 할 때에는 교육부장관과 협의하여야 한다고 규정하고 있을 뿐 그 임용방법과 추천에 관하여 하위법령에 위임한 바 없는데 위 대통령령 제16조를 설정한 것은 상위법의 위임근거가 없는 위법 무효인 법령이며 둘째, 가사 위 대통령령 제16조가 유효하다 하더라도 세무대학장이 인사위원회의 동의를 얻어 재무부장관에게 청구인의 재임용을 추천하였다가 청구인이 전국교직원노동조합활동을 하고 그 탈퇴약속을 지키지 아니하였다고 하여 이를 일방적으로 철회하고 청구인의 재임용추천을 하지 아니한 것은 청구인의 헌법상 보장된 기본권 즉 평등권, 결사 및 학문의 자유권과 근로자의 단결권 등을 침해한 위헌적인 공권력의 불행사이기 때문에 이 사건 헌법소원심판을 청구한 것이다.

39) 재판관 김진우, 한병채, 이시윤, 최광률, 김문희, 황도연

40) 재판관 조규광, 김양균의 위헌의견 : 헌법재판소는 청구인의 주장사실에만 얽매어 판단을 한정할 것이 아니라 가능한 모든 범위에서 헌법상의 기본권 침해의 유무를 직권으로 심사하여야 하는데, 청구인의 주장사실과 이해관계인의 답변사실을 종합해 볼 때 이 사건에 있어서는 세무대학장이 청구인에 대한 교수재임용추천(철회를 함에 있어서 인사위원회의 동의를 받지 않고 단독으로 처리한 점이 문제로 다루어져야 한다. 세무대학장이 교수재임용추천을 철회하고자 할 때에는 인사위원회에 부의하여 그 동의절차를 밟는 것이 적법절차에 따른 합당한 수순인데도 불구하고 학장이 그러한 절차를 생략하고 단독으로 철회해 버린 것은 인사위원회에서 인사위원(또는 청구인)이 청구인에게 유리한 사실을 진술하거나 필요한 증거를 제출할 수 있는 청문의 기회를 보장해주지 아니한 것으로서 그러한 의미에서 적법절차에 위배한 자의적 처분이 되어 청구인의 평등권, 공무담임권 등 헌법상 보장된 기본권을 침해한 것이다.

재판관 변정수의 위헌의견 : 임용기간이 만료된 대학교원에 대한 재임용 여부는 기간제 임용제도의 취지에 비추어서나 그것이 대학교원의 신분과 기득권에 관한 것임에 비추어 임용권자의 자유재량행위에 속하는 것이 아니라 능력이나 자질에 뚜렷한 하자가 없는 한 재임용해야 할 의무가 있는 기속재량행위에 속한다. 교원재임용추천을 철회해야 될 어떠한 새로운 공익적 사정이 생긴 것도 아닐뿐더러 인사위원회의 동의절차도 밟지 않고 세무대학장이 임의로 청구인에 대한 교원재임용추천을 철회한 것은 교원재임용추천권을 남용한 것으로서 이는 법치국가적 계율이자 조리상의 원칙인 신의성실



(2) 헌법재판소 제2기 시대 : 합헌(5:4)

청구인들이 전국대, 인천대 등의 교수로 재직하다가 임용기간이 만료된 후 각 학교 법원이 자신들을 다시 임용하지 않자 법원에 교수지위확인의 소 등을 제기하고 그 소송계속중 구 사립학교법 제53조의2 제3항(1997. 1. 13. 법률 제5274호로 개정되기 전의 것)이 재판의 전제가 된다고 하여 위헌재청신청을 하였으나 기각되자 위 법률조항의 위헌확인을 구하기 위하여 헌법소원심판을 청구한 사건에서 헌법재판소 1998. 7. 16. 선고 96헌바33 등(병합) 결정의 다수의견(5인의 합헌의견)은<sup>41)</sup> 다음과 같다.

“헌법 제31조 제6항이 규정한 교원지위 법정주의는 단순히 교원의 권익을 보장하기 위한 규정이라거나 교원의 지위를 행정권력에 의한 부당한 침해로부터 보호하는 것만을 목적으로 한 규정이 아니고, 국민의 교육을 받을 기본권을 실효성 있게 보장하기 위한 것까지 포함하여 교원의 지위를 법률로 정하도록 한 것이다.

대학교원의 기간임용제를 규정한 구 사립학교법 제53조의2 제3항은 전문성·연구실적 등에 문제가 있는 교수의 연임을 배제하여 합리적인 교수인사를 할 수 있도록 하기 위한 것으로 그 입법목적이 정당하고, 대학교육기관의 교원에 대한 기간임용제와 정년보장제는 국가가 문화국가의 실현을 위한 학문진흥의 의무를 이행함에 있어서나 국민의 교육권의 실현·방법 면에서 각각 장단점이 있어서, 그 판단·선택은 헌법재판소에서 이를 가늠하기보다는 입법자의 입법정책에 맡겨 두는 것이 옳으므로, 위 조항은 헌법 제31조 제6항이 규정한 교원지위 법정주의에 위반되지 아니한다.

기간임용제는 대학교육기관의 교원을 기간을 정하여 임명할 수 있도록 한 것일 뿐 교원의 학문에 대한 연구·활동 내용이나 방식을 규율한 것은 아니며, 재임용될 교원을 결정함에 있어서도 임면권자인 학교법인의 교원인사에 관한 자율성을 제한하는 것도 아니므로, 구 사립학교법 제53조의2 제3항은 헌법 제31조 제4항이 보장한 교육의 자주성·전문성·정치적 중립성 및 대학의 자율성과 헌법 제22조 제1항이 보장한 학문의 자유를 침해하지 아니한다.”<sup>42)</sup>

의 원칙과 비례원칙을 위반하고, 행정행위철회절차를 어긴 것으로서 이로 인하여 청구인의 평등권·행복추구권·직업선택의 자유·공무담임권 등 기본권을 침해한 것이다.

41) 재판관 김용준, 김문희, 신창언, 이영모, 한대현

42) 재판관 이재화, 조승형, 정경식, 고중석의 위헌의견 : 입법자가 헌법 제31조 제6항이 규정한 교원지위 법정주의에 근거하여 교원의 지위를 정하는 법률을 제정함에 있어서는 국민의 교육을 받을 권리를 효율적으로 보장하기 위한 규정과 함께 교원의 신분보장 등 교원의 권리에 관한 사항이 반드시 규정되어야 한다. 구 사립학교법 제53조의2 제3항이 기간임용제를 채택한 근본목적은 대학교육기관의 교원을 일정한 기간을 정하여 임용함으로써 학문적 능력과 자질이 없는 대학교원을 배제하기 위한 것인데, 기간임용제는 학교법인의 주관적인 편견이 개입될 소지가 있어 객관성과 공정성이 결여된 결과가 나타날 가능성이 있고, 이와 같은 결과는 교원의 신분을 불안하게 하여 학문의 연구·활동의 독립성과 연속성을 해칠 우려가 있으므로, 기간임용제를 채택함에 있어서는 교원의 신분보장을 위하여 적어도 재임용의 거부사유와 재임용의 거부에 대한 구제절차를 반드시 함께 규정하여야만 교원지위 법정주의를 규정한 헌법 제31조 제6항의 헌법정신에 합치된다. 따라서 재임용 거부사유와 재임용을 거

(3) 헌법재판소 제3기 시대 : 헌법불합치결정(7:2)

청구인은 1983. 3. 1.부터 1993. 2. 28.까지 10년간 학교법인 대우학원이 경영하는 아주대학교 경영학과 교수로 임용되었으나 1984. 3. 1. 휴직되었다가 1984. 10. 31. 직권면직되자, 위 학교법인을 상대로 소송을 제기하여 '학교법인 대우학원은 청구인에게 1984. 3. 1.부터 1993. 2. 28.까지의 기간 중 청구인을 복직시킬 때까지의 임금을 지급하라'는 내용의 일부승소판결을 받았고 이 판결은 대법원에서 확정되었으나, 위 학교법인이 청구인을 복직시키지 않았기 때문에 위 임용기간의 만료로 교수로서의 신분회복이 불가능하게 되었다.

이에 청구인은 위 학교법인의 자신에 대한 무효의 면직처분 및 복직불조치의 위법을 이유로 수원지방법원에 임금 또는 임금상당의 손해배상, 퇴직급여 또는 퇴직급여 상당의 손해배상 또는 위자료를 청구하는 소송을 제기하였고, 상고심 계속중에 구 사립학교법 제53조의2 제3항(1990. 4. 7. 법률 제4226호로 개정되고, 1997. 1. 13. 법률 제5274호로 개정되기 전의 것)에 대하여 위헌제청신청을 하였으나 대법원이 상고를 기각하면서 위 신청에 대하여도 기각결정을 하자, 2000. 3. 14. 헌법재판소법 제68조 제2항에 따라 헌법소원심판을 청구한 사건에서 헌법재판소 2003. 2. 27. 선고 2000헌바26 결정의 다수의견(7인의 헌법불합치의견)<sup>43)</sup>은 다음과 같다.<sup>44)</sup>

“이 사건 법률조항은 임용기간이 만료되는 교원을 별다른 하자가 없는 한 다시 임용하여야 하는지의 여부 및 재임용대상으로부터 배제하는 기준이나 요건 및 그 사유의 사전통지 절차에 관하여 아무런 지침을 포함하고 있지 않을 뿐만 아니라, 부당한 재임용거부의 구제에 관한 절차에 대해서도 아무런 규정을 두고 있지 않다. 그렇기 때문에 이 사건 법률조항은, 정년보장으로 인한 대학교원의 무사안일을 타파하고 연구분위기를 제고하는 동시에 대학교육의 질도 향상시킨다는 기간임용제 본연의 입법목적에서 벗어나, 사학재단에 비판적인 교원을 배제하거나 기타 임면권자 개인의 주관적 목적을 위하여 악용될 위험성이 다분히 존재한다. 첫째, 재임용 여부에 관한 결정은 인사에 관한 중요사항이므로 교원인사위원회의

부당한 교원의 구제절차를 규정하지 아니한 채 구 사립학교법 제53조의2 제3항이 교원의 기간임용제를 규정한 것은 헌법 제31조 제6항에 위반된다.

43) 재판관 윤영철, 김영일, 권 성, 김효종, 김정일, 송인준, 주선희

44) 헌법재판소 2003. 12. 18. 선고 2002헌바14. 32결정은 위 법조항과 내용이 동일한 구 사립학교법(1999. 8. 31. 법률 제6004호호 개정되기 전의 것) 제53조의2 제3항 전문에 대하여 같은 이유로 헌법불합치결정을 하였다. 헌법재판소는 위 사건에서, 임용기간이 만료된 대학교원에 대한 재임용거부는 마땅히 교육인적자원부 교원징계재심위원회의 재심사유, 나아가 사법심사의 대상이 되어야 함에도 이에 대하여 아무런 규정도 두지 아니한 것은 헌법에 합치하지 아니한다는 결정을 하면서, 입법자는 되도록 빠른 시일 내에 기간임용제에 의하여 임용되었다가 그 임용기간이 만료되는 대학교원이 재임용거부되는 경우에 그에 대해 다룰 수 있는 구제절차규정을 마련하여 위헌적 상태를 제거하여야 한다고 판시하였다.

심의를 받아야 하나, 교원인사위원회의 심의과정을 거치지 않거나 형식적인 절차만 거친 경우가 많았고 심지어는 교원인사위원회에서는 재임용 동의가 있었음에도 불구하고 특별한 이유없이 최종 임면권자에 의해 재임용이 거부되기도 하였다. 둘째, 이 사건 법률조항이 재임용의 거부사유 및 구제절차에 대하여 아무런 언급을 하지 않고 있기 때문에 사립대학의 정관이 교원의 연구실적, 교수능력과 같은 비교적 객관적인 기준을 재임용 거부사유로 정하지 아니하고 자의가 개입될 수 있는 막연한 기준에 의하여 재임용을 거부하는 경우에는 피해 교원을 실질적으로 구제할 수 있는 대책이 없다. 셋째, 절대적이고 통제받지 않는 자유 재량은 남용을 불러온다는 것이 인류역사의 경험이라는 점에서 볼 때, 자의적인 재임용거부로부터 대학교원을 보호할 수 있도록 구제수단을 마련해 주는 것은 국가의 최소한의 보호 의무에 해당한다. 즉, 임면권자가 대학교원을 왜 재임용하지 않으려 하는지 이유를 밝히고 그 이유에 대하여 당해 교원이 해명할 기회를 주는 것은 적법절차의 최소한의 요청인 것이다. 넷째, 재임용심사의 과정에서 임면권자에 의한 자의적인 평가를 배제하기 위하여 객관적인 기준의 재임용 거부사유와 재임용에서 탈락하게 되는 교원에게 자신의 입장을 진술하고 평가결과에 이의를 제기할 수 있는 기회를 주는 것은 임면권자에게 지나친 부담이 아니라고 할 것이며, 나아가 재임용이 거부되는 경우에 이의 위법 여부를 다룰 수 있는 구제절차를 마련하는 것은 대학교원에 대한 기간임용제를 통하여 추구하려는 입법목적달성을 데에도 아무런 장애가 되지 않는다고 할 것이다.

이상 본 바와 같이 객관적인 기준의 재임용 거부사유와 재임용에서 탈락하게 되는 교원 자신의 입장을 진술할 수 있는 기회 그리고 재임용거부를 사전에 통지하는 규정 등이 없으며, 나아가 재임용이 거부되었을 경우 사후에 그에 대해 다룰 수 있는 제도적 장치를 전혀 마련하지 않고 있는 이 사건 법률조항은, 현대사회에서 대학교육이 갖는 중요한 기능과 그 교육을 담당하고 있는 대학교원의 신분의 부당한 박탈에 대한 최소한의 보호요청에 비추어 볼 때 헌법 제31조 제6항에서 정하고 있는 교원지위법정주의에 위반된다고 볼 수밖에 없다.

이 사건 법률조항의 위헌성은 위에서 본 바와 같이 기간임용제 그 자체에 있는 것이 아니라 재임용 거부사유 및 그 사전구제절차, 그리고 부당한 재임용거부에 대하여 다룰 수 있는 사후의 구제절차에 관하여 아무런 규정을 하지 아니함으로써 재임용을 거부당한 교원이 구제를 받을 수 있는 길을 완전히 차단한 데 있다. 그런데 이 사건 법률조항에 대하여 단순 위헌을 선언하는 경우에는 기간임용제 자체까지도 위헌으로 선언하는 결과를 초래하게 되므로, 단순위헌결정 대신 헌법불합치결정을 하는 것이다. 입법자는 되도록 빠른 시일 내에 이 사건 법률조항 소정의 기간임용제에 의하여 임용되었다가 그 임용기간이 만료되는 대학교원이 재임용거부되는 경우에 그 사전절차 및 그에 대해 다룰 수 있는 구제절차규정을 마련하여 이 사건 법률조항의 위헌적 상태를 제거하여야 할 것이다.<sup>45)46)</sup>

45) 재판관 한대현, 하경철의 합헌의견 : 헌법 제31조 제6항은 단순히 교원의 권익을 보장하기 위한 규정이라거나 교원의 지위를 공권력 등에 의한 부당한 침해로부터 보호하는 것만을 목적으로 한 규정이라고 볼 것은 아니고, 국민의 교육을 받을 기본권을 실효성있게 보장하기 위한 것까지도 포함하여 교원의 지위를 법률로 정하도록 한 것이라고 보아야 할 것이므로, 이 헌법조항을 근거로 하여 제정되는 법률에는 교원의 신분보장, 경제적·사회적 지위보장 등 교원의 권리에 해당하는 사항뿐만 아니라 국

### 다. 대법원판례의 변경

위와 같은 헌법재판소의 헌법불합치결정이라는 법적 환경의 변화는 대법원으로 하여금 지금까지 확고하게 유지하여오던 종전 판례의 입장만을 고집할 수 없게 만들었다. 대법원이 외부적 환경의 변화에 따라 타율적으로 입장변경을 하지 않으면 안 될 상황에 처한 것이다.<sup>47)</sup>

먼저 김민수 교수 사건 상고심에서 대법원전원합의체판결로 국·공립대학 교원에게 재임용거부처분의 처분성을 인정하여 종전의 견해를 변경하였고, 재임용거부를 사법심사의 대상으로 삼게 되었다.

대법원 2004. 4. 22. 선고 2000두7735 전원합의체판결<sup>48)</sup>은 김민수 교수 사건 상고심에서 대법관 전원일치의견으로 다음과 같이 원고의 소를 각하한 원심판결을 파기환송하였다.<sup>49)</sup>

민의 교육을 받을 권리를 저해할 우려있는 행위의 금지 등 교원의 의무에 관한 사항도 규정할 수 있는 것이고, 나아가 교원의 기본권을 제한하는 사항까지도 규정할 수 있다. 이 사건 법률조항에 따라 사립대학의 학교법인은 교원을 임용함에 있어 정년보장제를 채택할 수도 있고 기간임용제를 채택할 수도 있으며, 기간임용제를 채택하는 경우에도 ① 임용기간이 만료되면 원칙적으로 교원을 재임용하여야 하는 방식을 채택할 수도 있고 ② 임용기간이 만료되면 교원으로서의 신분관계가 당연히 종료되고 교원을 재임용할 것인지 여부가 오로지 임용권자의 판단에 따르는 방식을 채택할 수도 있는 등, 다양한 임용방식 중 당해 대학에 가장 적합하다고 판단되는 방식을 자유로이 선택할 수 있는데, 이는 입법자가 국·공립대학과는 다른 사립대학의 특수성을 배려하고 개개의 사립대학교육의 자주성과 사립대학의 자율성을 최대한 보장하기 위하여 마련한 제도로서, 그 입법취지를 충분히 수궁할 수 있다. 그렇다면, 다수의견이 내세우는 사전적·사후적 장치가 사립대학교원의 지위를 더욱 두텁게 보호하기 위한 것임을 이해한다고 하더라도, 그러한 장치를 두지 아니하였다 하여 이 사건 법률조항이 교원지위법정주의의 본질을 훼손하여 헌법에 합치되지 아니한다고는 볼 수 없다.

- 46) 원고는 위 헌법불합치결정을 선고받고 헌법재판소법 제75조 제7항에 기하여 재심을 청구하였다. 대법원 2006. 3. 9. 선고 2003재다262 판결 참조.
- 47) 이에 관하여는 박상훈 부장판사의 다음과 같은 언급이 시사적이다[박상훈(주.55), P.249] : 만일 헌법재판소가 대법원의 해석과 달리 이 사건 법률조항을 목적론적으로 해석하여 이 사건 법률조항에 의한 임용기간이 교원의 자질을 재심사하기 위한 기간이라고 인정함으로써, 이 사건 법률조항에 따라 임용된 대학교원이 재임용을 받지 못한 경우 그 무효확인을 구할 소의 이익을 인정하는 방향으로 해석한다면 한정위헌이나 한정합헌 주문을 선택하게 된다. 그런데 한정위헌에 관하여 헌법재판소는 이를 위헌결정으로 보아 그 기속력을 인정하지만 대법원은 법원의 법률해석권한을 증시하여 그 기속력을 부인하고 있으므로 헌법재판소가 한정위헌의 주문을 선택하더라도 대법원에서 이를 받아들여 판결을 변경할 가능성은 거의 없다. 이에 따라 다수의견은 일종의 교육책으로 이 사건 법률조항을 문언 그대로 해석하는 대법원판례의 해석을 기초로 하면서 이 사건 법률조항이 재임용에 관한 기준과 사전통지절차 및 사후구제절차를 마련하지 않았다고 보고서 이를 위헌이라고 판단하였다.
- 48) 본 판결의 평석으로는 도재형, "국공립대학 교원의 재임용 심사신청권", 「노동법연구」, 제17호, 서울대노동법연구회, 2004, P.229 이하 ; 이선희,(주.28), P.764 이하 ; 김지숙, "교수재임용거부에 대한 사법심사의 가능성과 관련하여", 「재판과 판례」, 제16집, 대구판례연구회, 2008, P. 847 이하
- 49) 이 사건 파기환송심인 서울고등법원 2005. 1. 28. 선고 2004누11806 판결은 피고의 재임용거부처분이 재량권의 범위를 일탈하거나 남용한 것으로서 위법하다고 판단하여 피고의 항소를 기각하였고 이 판결은 확정되었다.

“대학의 자율성 및 교원지위법정주의에 관한 헌법규정과 그 정신에 비추어 학문 연구의 주체인 대학교원의 신분은 기간제로 임용된 교원의 경우에도 일정한 범위 내에서 보장되어야 할 필요가 있고, 비록 관계 법령에 임용기간이 만료된 교원에 대한 재임용의 의무나 그 절차 및 요건 등에 관하여 아무런 규정을 두지 않았다고 하더라도, 1981년도 이래 교육부장관은 기간제로 임용된 교원의 재임용 심사방법, 연구실적물의 범위와 인정기준, 심사위원 선정방법 등을 상세히 규정한 인사관리지침을 각 대학에 시달함으로써 재임용 심사에 관하여 일정한 기준을 제시하여 왔고, 대학들도 자체 규정에 의하여 재임용 심사에 관한 기준을 마련하고 있어, 이에 따라 임용기간이 만료된 교원들은 위 인사관리지침과 각 대학의 규정에 따른 심사기준에 의하여 재임용되어 왔으며, 그 밖에 기간제로 임용된 교원의 재임용에 관한 실태 및 사회적 인식 등 기록에 나타난 여러 사정들을 종합하면, 기간제로 임용되어 임용기간이 만료된 국·공립대학의 조교수는 교원으로서의 능력과 자질에 관하여 합리적인 기준에 의한 공정한 심사를 받아 위 기준에 부합되면 특별한 사정이 없는 한 재임용되리라 는 기대를 가지고 재임용 여부에 관하여 합리적인 기준에 의한 공정한 심사를 요구할 법규 상 또는 조리상 신청권을 가진다고 할 것이니, 임용권자가 임용기간이 만료된 조교수에 대하여 재임용을 거부하는 취지로 한 임용기간만료의 통지는 위와 같은 대학교원의 법률관계에 영향을 주는 것으로서 행정소송의 대상이 되는 처분에 해당한다고 할 것이다.”<sup>50)</sup>

## 라. 관련 법령의 개폐

### (1) 교육공무원법의 개정

위와 같은 헌법재판소의 헌법불합치결정(2003. 2. 27. 선고 2000헌바26 결정 및 2003. 12. 18. 선고 2002헌바14. 32 결정)으로 2005. 1. 27. 법률 제7353호로 교육공무원법이 개정되었으며, 법률 제7354호로 교원지위법이 개정되었다.<sup>51)</sup>

위 개정 교육공무원법에 의하면 기간을 정하여 임용된 국·공립대학 교원의 임면권자는 당해 교원의 임용기간이 만료되는 때에는 임용기간 만료일 4월 전까지 임용기간이 만료된다는 사실과 재임용 심의를 신청할 수 있음을 통지하여야 하고(제11조의3 제2항), 그 통지를 받은 교원이 재임용을 받고자 하는 경우에는 재임용 심의를 임면권자에게 신청하여야 하며(제3항), 그 재임용 심의를 신청받은 임면권자는 교원인사위원회

50) 위 전원합의체판결은 이와 달리, 기간을 정하여 임용된 대학교원이 그 임용기간의 만료에 따른 재임용의 기대권을 가진다고 할 수 없고, 임용권자가 인사위원회의 심의결정에 따라 교원을 재임용하지 않기로 하는 결정을 하고 이를 통지하였다고 하더라도 이를 행정소송의 대상이 되는 행정처분이라고 할 수 없다고 판시한 대법원 1997. 6. 27. 선고 96누4305 판결은 이와 저촉되는 범위 내에서 변경하였다.

51) 같은 날 법률 제7352호로 사립학교법이 개정되어 개정 교육공무원법과 같은 절차규정을 두고 시행일을 공포일(2005. 1. 27)로부터 규정하였다.

의 재임용 심의를 거쳐 재임용 여부를 결정하고 그 사실을 임용기간 만료일 2월 전까지 당해 교원에게 통지하여야 하고, 이 경우 당해 교원을 재임용하지 아니하기로 결정한 때에는 재임용하지 아니하겠다는 의사와 재임용 거부사유를 명시하여 통지하여야 하며(제4항), 교원인사위원회가 당해 교원에 대한 재임용 여부를 심의함에 있어서는 학생교육, 학문연구, 학생지도에 관한 사항에 대한 평가 등 객관적인 사유로서 학칙이 정하는 사유에 근거하여야 하고, 심의과정에서는 15일 이상의 기간을 정하여 당해 교원에게 지정된 기일에 교원인사위원회에 출석하여 의견을 진술하거나 서면에 의한 의견제출의 기회를 주어야 하며(제5항), 재임용이 거부된 교원이 재임용거부처분에 대하여 불복하고자 하는 경우에는 그 처분이 있음을 안 날부터 30일 이내에 교원지위법 제7조 규정에 의한 심사위원회에 심사를 청구할 수 있게 되었으나(제6항), 위 조항들은 부칙 제1항에 따라 그 효력이 소급 적용되지 않고, 위 개정 교육공무원법의 시행일인 2005. 1. 27.부터 적용되도록 되었고, 다만 부칙 제2항에서 “개정 법률 시행 당시 종전의 규정에 의하여 기간을 정하여 임용되어 재직 중인 대학교육기관 교원에 대하여는 개정 규정에 의한다.”는 경과규정을 두고 있다.

한편 위 개정 교원지위법은 종전의 교원징계재심위원회를 교원소청심사위원회로 변경하고, 소청심사의 대상에 재임용거부처분을 포함시켰으나, 역시 부칙에서 그 시행일을 공포한 날(2005. 1. 27.)로 규정하였다.

다만, 판례는 어떠한 법률조항에 대하여 헌법재판소가 헌법불합치결정을 하여 입법자에게 그 법률조항을 합헌적으로 개정 또는 폐지하는 임무를 입법자의 형성 재량에 맡긴 이상, 그 개선입법의 소급적용 여부와 소급적용의 범위는 원칙적으로 입법자의 재량에 달린 것이기는 하지만, 이 사건 사립학교법조항에 대한 위 헌법불합치결정의 취지나 위헌심판에서의 구체적 규범통제의 실효성 보장이라는 측면을 고려할 때, 적어도 위 헌법불합치결정을 하게 된 당해 사건 및 위 헌법불합치결정 당시에 이 사건 사립학교법조항의 위헌 여부가 쟁점이 되어 법원에 계속중인 사건에 대하여는 위 헌법불합치결정의 소급효가 미친다고 하여야 할 것이므로 비록 현행 사립학교법 부칙 제2항의 경과조치의 적용 범위에 이들 사건이 포함되어 있지 않더라도 이들 사건에 대하여는 종전의 법률조항을 그대로 적용할 수는 없고, 위헌성이 제거된 현행 사립학교법의 규정이 적용되는 것으로 보아야 할 것이라고 한다.<sup>52)</sup>

52) 대법원 2002. 4. 2. 선고 99다3358 판결 : 대법원 2002. 5. 14. 선고 2000다62476 판결 : 대법원 2002. 11. 8. 선고 2002다21882 판결 : 대법원 2006. 3. 9. 선고 2003다52647 판결 : 대법원 2008. 2. 1. 선고 2007다9009 판결 등 참조.

(2) '대학교원 기간임용제 탈락자 구제를 위한 특별법'의 제정 및 시행

위 개정 교육공무원법이 그 시행일을 공포일인 2005. 1. 27.로 규정하면서 과거 재임용이 거부되었던 교원에 대하여는 별다른 경과규정을 두고 있지 않았다. 이에 따라 대학교원 기간임용제가 도입된 이후 위법부당하게 재임용에서 탈락된 대학교원에 대한 재임용탈락결정이 정당한 기준에 의해서 이루어졌는지의 여부에 대하여 재임용을 위한 재심사 기회를 부여함으로써 부당하게 재임용에서 탈락된 대학교원의 권익보호와 구제를 목적으로 의원입법으로 2005. 7. 13. 법률 제7583호로 '대학교원 기간임용제 탈락자 구제를 위한 특별법'(이하 '구제특별법'이라 한다)이 제정되어 2005. 10. 14.부터 시행되었다.<sup>53)</sup>

재임용 탈락 교원에 대한 재임용 재심사 및 소송업무를 수행하기 위하여 교원지위법에 의하여 설치된 심사위원회에 교원소청심사특별위원회(이하 '특별위원회'라 한다)를 설치하였다(동법 제3조 제1항). 구제특별법은 한시법으로 재임용탈락교원은 이 법 시행일로부터 6월 이내에 특별위원회에 재임용 재심사를 청구할 수 있다(동법 제6조).<sup>54)</sup> 특별위원회는 재임용 탈락 교원에 대한 재임용 재심사를 함에 있어 재임용 탈락이 학생교육에 관한 사항, 학문연구에 관한 사항, 학생지도에 관한 사항, 재임용 관련 학칙 또는 규정에서 정하고 있는 사항 등 정당하고 객관적인 사유에 따라 이루어졌었는지 여부를 심사기준으로 한다(동법 제7조).<sup>55)</sup>

그런데 특별위원회가 내린 재임용거부처분취소의 인용결정의 효력을 둘러싸고 논란이 있다. 이에 대하여 재임용거부처분이 취소되면 그 취소의 효과로서 처분권자인 학교측은 인용결정을 받은 교수를 재임용할 의무가 발생한다고 보는 견해가 있으나,<sup>56)</sup> 헌법

53) 원래의 법안 제9조 제1항은 '재임용 탈락이 부당하다는 결정을 받은 탈락교원은 즉시 복직하고' 라고 규정하여 법률의 규정에 의하여 당연히 교원의 신분을 회복하고, 또한 법안 제11조 제2항은 특별위원회의 결정의 효력에 대하여 교원지위법 제10조 제2항이 정한 "심사위원회의 결정은 처분권자를 기속한다."는 규정을 특별위원회의 결정에 준용하도록 하고 있었으나, 법안 심의과정에서 형평성 문제 등이 제기되어 논의된 결과, '당연복직 부분' 및 '교원지위법 제10조 제2항 준용 부분'을 삭제하는 것으로 법안이 정리되었다[제252회 국회 교육법안심사소위원회, 제2차 회의록(2005. 2. 24.) 3-5면 참조]. 헌법재판소 2006. 4. 27. 선고 2005헌마1119 결정.

54) 재임용 탈락 교원이 교원소청심사위원회의 재심 결정, 법원의 소송 등을 통하여 이미 재임용 탈락 결정의 적정성 여부를 다투었다 할지라도 이 법에 의한 재임용 재심사를 청구할 수 있고(동법 제4조), 재임용 탈락 교원 중 이미 그 나이가 대학교원의 정년에 달하거나 정년을 초과한 교원뿐만 아니라 재임용 탈락 교원이 사망한 경우에는 당해 교원의 상속인이 재임용 재심사를 청구할 수 있다(동법 제5조).

55) 특별위원회는 구제특별법 시행 후 접수받은 305명의 재임용탈락자들이 제기한 재임용재심사청구사건을 심사하여 그 중 127명에 대하여서만 인용결정을 내렸다고 한다. 이순철, "대학교원 기간임용제 탈락자 구제를 위한 특별법상의 인용결정의 효력", 『교육법학연구』, 제19권 1호, 대한교육법학회, 2007. P.130 참조.

56) 이순철(주.55), P.131

재판소와 법원실무는 위 인용결정에 소급적, 형성적 효력을 인정하지 않는 입장이다.

헌법재판소는 특별위원회가 재임용 거부처분에 대하여 취소결정 등 재심청구를 인용하는 결정을 내리는 경우 그 재심청구 인용결정에 의하여 바로 '학교법인과 재임용이 거부되었던 당해 교원 사이에 교원임용관계가 성립된다'거나 '학교법인이 당해 교원을 반드시 재임용할 의무를 부담하게 되는 효력이 있다'고는 할 수 없고, 다만 과거의 재임용 거부처분이 부당하였음을 확인하는 정도의 효력만 있으며 소급효는 인정되지 않는다고 한다.<sup>57)</sup>

즉, 헌법재판소는 구제특별법상의 구제규정에 의하여 재심결정이 있더라도 과거의 재임용 거부처분의 부당성이 확인될 뿐 학교법인이 소유하는 금전이나 시설 등 재산권 규정의 보호를 받는 구체적인 권리가 직접 침해되는 것은 아니고, 재심결정으로 인한 학교법인의 재정적 부담 가능성 역시 이 사건 구제규정의 제정으로 인하여 과거의 재임용 거부의 부당성이 확인됨에 따라 법적 여건이 달라져서 부담하게 되는 반사적인 경제적 불이익에 불과하다고 할 것이어서 위 구제규정으로 인하여 학교법인의 재산권이 직접적으로 침해된다고 보기는 어렵다. 아울러 헌법상 교원지위법정주의가 교원의 신분이 부당하게 박탈되지 않도록 하는 최소한의 보호의무를 부과하고 있고, 이 사건 구제규정은 위 의무를 준수하기 위한 반성적 고려에서 도입되었다는 점, 그리고 과거의 재임용 거부처분이 부당하였음을 확인하는 정도의 제한적인 효력만 가지므로 이 사건 구제규정에 의한 실질적인 구제의 폭이 넓지 않을 것으로 보이는 점 등을 고려하면 이로 인하여 학교법인의 자율성이 현저하게 제한받게 된다고 보기 어려우므로, 이 사건 구제규정이 학교법인의 자율성이나 일반적 행동자유권을 침해한다고 할 수 없다고 판시하였다.<sup>58)</sup>

이 헌법재판소결정에 대하여는 위헌결정이 아닌 합헌결정이 내려진 구제특별법 구제조항(제2조 제2호, 제4조, 제5조)에 대하여는 기속력이 부여되지 아니하고 위 헌법재판소결정 이유는 합헌 또는 위헌이라는 주문을 도출해내기 위한 방편에 불과한 것으로 이에 기속되어 해석할 수 없다는 견해가 있으나,<sup>59)</sup> 교원지위법과 달리 구제특별법

57) 헌법재판소 2006. 4. 27. 선고 2005헌마1119 결정. 한편 특별위원회의 결정이 처분권자를 기속하도록 하면서도 처분권자가 이에 대하여 소송을 제기하지 못하도록 한 구제특별법 제9조 제1항에 대하여 위헌결정을 하였고, 그 후 2007. 5. 11. 법률 제8416호로 구제특별법이 개정되어 구제특별법 제9조 제1항이 삭제되었다.

58) 반대의견(재판관 권 성, 조대현)은 구제특별법은 종전에 적법한 법률에 근거하여 시행되었던 대학교원 기간임용제를 근본적으로 부정하고 사립대학의 자율성에 터잡은 적법한 행위를 국가기관이 사후에 만든 심사기준에 의하여 재심사함으로써 대학의 자율성을 본질적으로 침해할 뿐만 아니라, 적법하게 형성된 사립대학의 법적 안정성을 전복시켜 헌법의 기본원리인 법치주의를 정면으로 부정하는 것이고, 따라서 이 법률은 사립대학에 관한 한 전부 헌법에 위반된다는 견해를 표명하였다.



상 특별위원회의 결정이 처분권자를 기속한다는 명문의 규정이 없는 상태에서 특별위원회의 인용결정의 효력을 해석함에 있어 위 헌법재판소결정이유를 원용하는 것이 법리오해라고는 할 수 없다.<sup>60)</sup>

구제특별법에 의한 재심결정이 과거의 재임용거부처분이 부당하였음을 확인하는 정도의 효력만 있다는 헌법재판소결정에 대하여는 복직을 기대하고 있던 많은 교원들의 권리구제를 매우 어렵게 만들으로써 스스로의 결정을 실질적으로 뒤집는 것과 동시에 구제특별법의 취지 자체도 사장시켜 버리고 말았다는 비판이 제기되고 있는 것도<sup>61)</sup> 위 헌법재판소 결정이유의 기속력을 사실상 인정하는 것으로 볼 수 있다.

### 3. 임용기간이 만료된 대학교원의 법적 지위

앞에서 본 헌법재판소와 대법원판례 및 관련법령의 추이를 따르게 되면 기간을 정하여 임용된 대학교원은 임용기간의 만료로 대학교원의 지위가 당연히 상실된다고 보지 않을 수 없다. 결국 재임용 거부결정이 무효가 확정되더라도 기간만료로 인한 교원신분의 상실은 확정적이고, 구제특별법에 의한 재심결정으로 교원의 원직복직을 인정하기는 어렵다.<sup>62)</sup>

헌법재판소가 헌법불합치결정을 하면서도 기간임용제 자체는 위헌이라고 볼 수 없다는 판단을 하였고, 그 후에 개정된 교육공무원법과 사립학교법의 관련규정도 기간을 정한 대학교원 임용제가 그대로 유지되면서 단지 객관적인 기준의 재임용거부사유, 교원의 진술기회, 불복절차에 관한 규정 등 절차적 권리를 보장하고 있을 뿐이기 때문이다.<sup>63)</sup>

59) 이순철(주.55), P.134~136 참조.

60) 제주지법 2008. 1. 23. 선고 2007구합379 판결 : 교육부 교원소청심사특별위원회의 재심청구 인용결정(재임용거부처분취소결정)에 소급적·형성적 효력이 인정되어 바로 국·공립대학 또는 학교법인과 재임용이 거부되었던 당해 교원 사이에 임용기간이 만료될 당시의 대학 교원의 신분이 소급적으로 회복된다거나 혹은 대학 측이 당해 교원의 신분을 소급적으로 회복하는 조치를 취하여 할 의무가 있다고 보기는 어렵다. 오히려 재심청구를 인용하는 결정에는 과거의 재임용 거부조치가 부당하였음을 확인하는 효력만이 부여된 것이라고 해석함이 상당하다.

61) 김종서 “재임용 탈락교원 구제 관련 판례 비판 및 대안 모색”, 『민주법학』, 제31호, 민주주의법학연구회, 2006, P.109~111 ; 임재홍, “대학교원의 신분보장-사립대학교 교원재임용제도와 관련하여-”, 『민주법학』, 제31호, 민주주의법학연구회, 2006, P.156~158 참조.

62) 김종서(주.61), P.112는 판례의 입장은 재임용거부가 무효임을 판결에 의해 확정 받더라도 당해 교원이 할 수 있는 조치라고는 자신을 재임용에서 탈락시킨 임용권자에게 합리적인 기준과 정당한 평가에 의해 다시 재임용심사를 해달라고 청구하는 길밖에 없게 되나, 객관적 기준과 평가방식에 의하지 않은 재임용거부라는 이유로 그 무효가 확인될 경우에는 바로 교원의 지위는 회복되는 것으로 보아야만 교원지위법률주의에 부합한다고 주장한다.

63) 대법원판결 자체에서도 “국·공립대학에 근무하는 조교수는 4년 이내의 기간을 정하여 임용하도록 규

여기서 임용기간이 만료된 국·공립대학의 교원을 임용권자가 재임용할 의무가 있는지를 살펴보기로 한다.

가. 재량행위와 기속행위

종래의 판례는 교육법상 대학교수 등에게는 고도의 전문적인 학식과 교수능력 및 인격 등을 갖출 것을 요구하고 있어서 임용기간이 만료되면 임용권자는 이와 같은 여러 가지 사정을 참작하여 재임용 여부를 결정할 수 있어야 할 필요성이 있으므로 임용기간이 만료된 자를 다시 임용할 것인지의 여부는 결국 임용권자의 판단에 따른 재량행위에 속한다고 보고 있다.<sup>64)</sup> 여기서의 재량이 임용주체의 '恣意'를 뜻하는 것은 아니므로 재량의 남용이나 일탈이 사법심사의 대상이 됨은 물론이다.

김민수 교수 사건 파기환송심<sup>65)</sup>도 대학교수의 재임용여부는 임용권자가 교육관계법령상 대학교수에게 요구되는 고도의 전문적인 학식과 교수능력 및 인격 등의 사정을 고려하여 합목적적으로 판단할 자유재량의 범위 내에 속하는 것이라고 하고, 임용권자의 재임용거부가 합리적인 기준에 의한 공정한 심사를 거치지 않는 등의 사유로 사회통념상 현저히 타당성을 잃었다고 볼 만한 특별한 사정이 있는 경우에는 재량권을 남용 또는 일탈하여 위법하다고 판시하고 있다.

한편, 임용기간이 만료된 교원이 일정한 재임용기준을 충족할 경우에는 임용권자는 특별한 사정이 없는 한 심사기준에 따른 재임용요건을 갖추 교원을 재임용할 의무가 있다는 의미에서 임용주체의 재임용의무를 기속행위로 보는 견해가 있다.<sup>66)</sup>

정함으로써 원칙적으로 정년이 보장되는 교수 등의 경우와 차이를 두고 있는 것은, 임용기간이 만료되었을 때 교원으로서의 자질과 능력을 다시 검증하여 임용할 수 있게 함으로써 정년제의 폐단을 보완하고자 하는 데 그 취지가 있으므로, 기간을 정하여 임용된 조교수는 그 임용기간의 만료로 대학교원으로서의 신분관계가 종료된다고 할 것이다."라고 판시하고 있고, 위 헌법불합치결정에서도 "이 사건 법률조항의 위헌성은 위에서 본 바와 같이 기간임용제 그 자체에 있는 것이 아니라 재임용 거부 사유 및 그 사전구제절차, 그리고 부당한 재임용거부에 대하여 다룰 수 있는 사후의 구제절차에 관하여 아무런 규정을 하지 아니함으로써 재임용을 거부당한 교원이 구제를 받을 수 있는 길을 완전히 차단한 데 있다. 그런데 이 사건 법률조항에 대하여 단순위헌을 선언하는 경우에는 기간임용제 자체 까지도 위헌으로 선언하는 결과를 초래하게 되므로, 단순위헌결정 대신 헌법불합치결정을 하는 것이다."라고 하여 기간임용제 자체의 합리성은 인정하고 있다. 대구지법 2005. 5. 24. 선고 2003가합5348 판결[각공2005.7.10.(23),1109]

64) 대법원 1989. 6. 27. 선고 88누9640 판결 : 대법원 1993. 7. 27. 선고 93누2315 판결 : 대법원 1994. 10. 14. 선고 94다12852 판결 : 대법원 1997. 6. 27. 선고 96누4305판결(이 판결 중 기간을 정하여 임용된 대학교원이 그 임용기간의 만료에 따른 재임용의 기대권을 가진다고 할 수 없고, 임용권자가 인사위원회의 심의결정에 따라 교원을 재임용하지 않기로 하는 결정을 하고 이를 통지하였다고 하더라도 이를 행정소송의 대상이 되는 행정처분이라고 할 수 없다고 판시한 부분은 대법원 2004. 4. 22. 선고 2000두7735 전원합의체 판결에 의하여 변경됨) 등 참조.

65) 서울고등법원 2005. 1. 28. 선고 2004누11086 판결

오늘날 사법심사의 대상에서 배제되는 (자유)재량행위론은 이미 극복되었다.<sup>67)</sup> 임용 주체의 재임용행위를 재량행위로 볼 경우와 기속행위로 볼 경우 사법심사의 방식만이 차이가 있을 따름이다.

판례는 행정행위를 기속행위와 재량행위로 구분하는 경우 양자에 대한 사법심사는, 전자의 경우 그 법규에 대한 원칙적인 기속성으로 인하여 법원이 사실인정과 관련 법규의 해석·적용을 통하여 일정한 결론을 도출한 후 그 결론에 비추어 행정청이 한 판단의 적법 여부를 독자의 입장에서 판정하는 방식에 의하게 되나, 후자의 경우 행정청의 재량에 기한 공익판단의 여지를 감안하여 법원은 독자의 결론을 도출함이 없이 당해 행위에 재량권의 일탈·남용이 있는지 여부만을 심사하게 되고 이러한 재량권의 일탈·남용 여부에 대한 심사는 사실오인, 비례·평등의 원칙 위배 등을 그 판단 대상으로 한다고 한다.<sup>68)</sup>

대학의 비전임교원<sup>69)</sup>과는 달리 전임교원들은 특별한 사정이 없는 한 정년까지 재직할 것을 전제로 하여 임용된 것으로 보아야 하고, 다만 일정한 기간마다 대학교원으로서의 교수능력과 자격이 있는지를 심사하여 부적격자를 재임용에서 제외함으로써 대학교육의 질적 향상을 기하기 위한 것으로 이해하여야 한다. 기간만으로 당연히 교원으로서의 지위를 상실한다고 보는 판례의 입장은 원칙과 예외를 전도하여 사안의 실체를 왜곡하고, 재임용제 내지 계약임용제를 임용권자로 하여금 비판적인 교수들을 퇴출시키는 제도로 악용하게 만들 소지를 안고 있다.

생각건대 재임용심사기준을 충족하면 거의 재임용되고 있는 재임용제도의 현실운용 실태,<sup>70)</sup> 교육부 및 대학의 심사지침과 임용규정, 교원과 일반인의 인식, 학문의 자유, 교원지위법정주의, 개정 교육공무원법이 재임용심사사유를 학생교육, 학문연구, 학생지도에 관한 사항에 대한 평가 등 객관적 사유로 제한하고 있는 점 등을 종합하면 임용권자에게 대학교원의 능력과 자질을 합리적 기준에 의하여 객관적 사유를 대상으로

66) 김선수(주.32), P.319.

67) 행정소송법 제27조는 행정청의 재량에 속하는 처분이라도 재량권의 한계를 넘거나 그 남용이 있는 때에는 법원은 이를 취소할 수 있다고 규정하고 있다.

68) 대법원 2007. 5. 31. 선고 2005두1329 판결 : 대법원 2001. 2. 9. 선고 98두17593 판결 : 대법원 2005. 7. 14. 선고 2004두6181 판결 등 참조

69) 대학에는 전임교원 이외에 겸임교수, 초빙교수, 객원교수, 강의전담교수, 연구전담교수, 시간강사 등 다양한 형태의 비전임교원들이 있다. 일정한 기간이 지나면 자동으로 계약이 해지되도록 하여 재계약이나 정년에 대한 기대가 없는 비정년(트랙) 전임교원들도 있다. 한편, 서울행정법원 2008. 1. 10. 선고 2007구합28243 판결은 고등교육기관에서 강의만을 전담하는 교원을 가리키는 이른바 강의전담교원은 현행법상 아무런 근거가 없는 것으로서 교원지위법정주의에 위배되어 허용될 수 없다고 한다.

70) 재임용제가 실시된 1975년부터 2003년까지 재임용에서 탈락된 비율은 전체교수의 0.5%정도이다. 상세한 현황은 이순철(주.55), P.148 - 147의 각주47) 참조.

공정하게 심사, 판단하는 과정에 재량이 허용된다고 하더라도 이 재량은 기속재량행위로 봄이 옳다고 본다.<sup>71)</sup>

따라서 법원은 이른바 재량행위의 준칙에 해당하는 교육부의 심사평정표나 인사관리지침, 관련 학칙 등을 심사하여 재임용요건을 충족하는 경우 재임용하는 것이 적법하다고 선언할 수 있고, 판결의 기속력에 따른 재처분에 있어 판결의 취지가 분명하여 대학교원의 신분보장에 보다 실효적이라 할 것이다.<sup>72)</sup>

재임용심사와 관련하여 재임용 거부의 객관적 사유, 즉 재임용 심사기준에 미달한다는 사유가 전혀 존재하지 않거나 그 사유가 존재한다 하더라도 교원으로서의 능력과 자질을 검증하여 적격성 여부를 심사하기 위한 재임용 심사에 있어서 허용될 수 있는 정도의 재량권을 일탈·남용한 결과 합리적인 기준에 기초한 공정한 심사가 결여된 것으로 인정되어 재임용거부의 효력 자체를 부정하는 것이 사회통념상 타당하다고 인정될 경우에는 그 재임용 거부결정은 무효이다. 이때 재임용 거부결정이 재량을 일탈·남용하였다고 함은 그 결정이 공익의 원칙에 반하거나 재임용 거부의 판단 근거로 삼은 부정적 평가 요소에 비추어 균형을 잃음으로써 비례의 원칙에 위반하거나 또는 합리적인 사유 없이 일반적으로 적용하여 온 기준과 어긋나게 공평을 잃은 결과 평등의 원칙에 위반한 경우 등을 말하고, 이는 구체적인 사례에 따라 부정적 사실의 내용과 성질, 재임용 심사기준에의 부합 정도 등 여러 요소를 종합적으로 판단하여야 할 것이다.<sup>73)</sup>

#### 나. 소청심사결정과 취소판결의 기속력

교원지위법은 소청심사위원회의 결정은 처분권자를 기속하도록 되어 있고(제10조 제2항), 행정심판법은 당사자의 신청을 거부하거나 부작위로 방치한 처분의 이행을 명하는 재결이 있는 경우에는 행정청은 지체없이 그 재결의 취지에 따라 다시 이전의 신청에 대한 처분을 하여야 하고(제37조 제2항), 이 규정은 신청에 따른 처분이 절차의 위법 또는 부당을 이유로 재결로써 취소된 경우에 이를 준용한다(제37조 제3항). 심사위원회는 처분의 취소 또는 변경을 구하는 소청심사청구가 이유 있다고 인정하는 때에는 처분을 취소 또는 변경하거나 처분권자에게 그 처분의 취소 또는 변경을 명한다(교원소청에 관한 규정 제16조 제2항 제3호).

따라서 심사위원회의 심사결정도 행정심판절차상의 재결에 해당하므로 거부처분의

71) 박효관(주.6), P.340~341 ; 김종서(주.61), P.114

72) 박효관(주.6), P.341은 재량행위설에 의하면 판결에 의하여 재임용요건에 해당된다고 선언하더라도 이에 따른 재임용 재처분의 가능성은 희박하다고 한다.

73) 대법원 2008. 2. 1. 선고 2007다9009 판결 참조.

취소재결이 있는 경우에도 행정청은 그 재결의 취지에 따른 재처분의무를 부담한다고 볼 것이다.<sup>74)</sup>

교원지위법상의 소청심사절차에서 패소한 국·공립대학 교원이 임용권자를 피고로 하여 재임용거부처분의 취소 등을 구하는 행정소송에서 그 처분을 취소하는 등의 판결이 확정된 경우 행정소송법은 처분 등을 취소하는 확정판결은 그 사건에 관하여 당사자인 행정청과 그 밖의 관계행정청을 기속하고(제30조 제1항), 판결에 의하여 취소되는 처분이 당사자의 신청을 거부하는 것을 내용으로 하는 경우에는 그 처분을 행한 행정청은 판결의 취지에 따라 다시 이전의 신청에 대한 처분을 하여야 하도록 규정하고 있다(제30조 제2항).<sup>75)</sup> 행정청이 이 규정에 의한 처분을 하지 아니하는 때에는 제1심 수소법원은 당사자의 신청에 의하여 결정으로써 상당한 기간을 정하고 행정청이 그 기간 내에 이행하지 아니하는 때에는 그 지연기간에 따라 일정한 배상을 할 것을 명하거나 즉시 손해배상을 할 것을 명할 수 있다(제34조).<sup>76)</sup>

위와 같이 국·공립대학 교원의 경우 심사위원회의 거부처분취소재결이나 법원의 거부처분취소판결의 기속력에 의해 임용기간만료로 상실된 교원의 지위를 회복할 수 있다.

판례는 기간을 정하여 임용된 국·공립대학의 교원은 특별한 사정이 없는 한 그 임용기간의 만료로 교원으로서의 신분관계가 종료되는 것이고, 임용기간이 만료된 교원의 재임용이 거부되었다가 그 재임용거부처분이 법원의 판결에 의하여 취소되었다고 하더라도 임용권자는 다시 재임용 심의를 하여 재임용 여부를 결정할 의무를 부담할 뿐, 위와 같은 취소 판결로 인하여 당연히 그 교원이 재임용거부처분 당시로 소급하여 신분관계를 회복한다고 볼 수는 없는 것이라고 한다.<sup>77)</sup>

74) 재임용거부처분에 대한 취소재결이 있는 경우 임용권자는 재결의 취지에 따라 절차에 위법사유가 있는 것이라면 다시 적법한 재임용절차를 밟아 재임용여부를 결정하여야 할 것이고, 실제적인 위법부당사유가 있다는 것이라면 판결의 구체적인 취지에 따라 재임용처분을 하기 위한 절차를 이행하여야 할 재처분의무가 있다. 박효관(주), P.345 참조.

75) 행정소송법상 처분 등을 취소하는 확정판결의 기속력에 관하여 소극적 효과로서 반복금지효가 인정되고, 적극적 효과로서 재처분의무와 원상회복의무가 인정된다고 보는 것이 통설이다. 상세는 조해현, "항소소송에서의 판결의 효력과 집행", 『행정소송법 개정자료집[I』, 법원행정처, 2007, P.584 이하 참조.

76) 판례는 교원지위법 제9조에 의한 재심청구를 한 대학교원이 그 재심청구를 기각한 심사위원회를 상대로 하여 당해 기각 결정의 취소를 구하는 행정소송을 제기한 후 그 사건의 상고심 계속중에 나이가 이미 대학교원의 정년에 달하거나 정년을 초과하게 된 경우에는 가사 위 기각 결정이 취소되어 재임용심사를 다시 한다 하여도 대학교원으로서의 지위를 회복하는 것은 불가능하므로, 특별한 사정이 없는 한 그에 관한 행정소송은 소의 이익이 없어 부적법하다고 한다. 대법원 2008. 8. 11. 선고 2006두18980 판결 : 대법원 2004. 7. 22. 선고 2002다57362 판결 참조.

77) 대법원 2009. 3. 26. 선고 2009두416 판결은 따라서 재임용거부처분 취소판결을 거쳐 재임용된 교원이 라 하더라도 임용기간 만료로 교원으로서의 신분을 상실한 후 재임용되기 전까지의 기간은 공무원연

국·공립대학 교원에 대한 재임용거부에 대한 사법적 구제절차 중 심사위원회의 취소재결이나 행정소송의 취소판결은 임용권자의 재처분이 뒤따르지 않는 한 실효를 거둘 수 없고 재처분을 한다 하더라도 다시 새로운 사유에 의한 거부처분이 법적으로 허용되어 있으므로 그 실효성이 적다고는 하지만,<sup>78)</sup> 대부분의 국·공립대학들은 심사위원회의 재결이나 행정소송의 취소판결을 존중하여 소급임용은 아니지만 재임용을 하고 있고, 이에 따라 재임용탈락교원들이 교원지위를 회복하고 있다.

#### 4. 재임용거부와 불법행위

##### 가. 불법행위의 성부

국·공립대학교원이 심사위원회에서 재임용거부처분 취소재결이나 행정소송에서 재임용거부처분 취소판결을 받았음에도 불구하고 임용권자가 취소재결이나 취소판결의 기속력에 반하여 재처분을 거부하는 것은 사실상 기대하기 어렵다.<sup>79)</sup>

그러나 이 경우에도 임용권자가 재처분을 거부하는 경우 국가배상법상의 손해배상 책임을 면하기 어렵다. 적법한 재임용 심사를 받았더라면 재임용을 받을 수 있었던 국·공립대학의 교원이 교육공무원인 임용권자에 의해 위법하게 재임용을 거부당하였다면 국가배상법 제2조에 의한 손해배상책임이 성립한다.<sup>80)</sup>

금법 제23조 제1항에 정한 재직기간에 산입할 수 없다고 한다.

78) 박효관(주.6), P.358 참조.

79) 재임용거부가 불법행위가 되는지 여부는 주로 사립대학 교원의 경우 문제된다. 사립대학 교원은 국·공립대학 교원의 경우와 달리 교원임용행위의 법적 성질을 사법상의 고용계약으로 보는 것이 통설·판례이고, 정관이나 인사규정 또는 임용계약에 재임용 강제조항이 있거나 그 외 임용계약이 반복·갱신되는 등 특별한 사정이 없는 이상 임용기간이 만료된 사립학교 교원은 임용기간 만료로 대학교원 신분을 상실한다고 보는 것이 판례이다. 따라서 사립대학 교원의 경우에는 재임용 거부처분 무효확인판결을 받는다 하더라도 재임용거부가 무효임을 확인하여 주는 것일 뿐 새로운 법률관계를 형성하지는 못하므로 학교법인의 재임용거부행위가 민사상의 불법행위를 구성하는지 여부가 문제가 클로즈업 된다.

80) 광주지방법원 2009. 1. 20. 선고 2008가단7350 판결 : 적법한 재임용 심사를 받았더라면 재임용을 받을 수 있었던 국·공립대학의 교원이 교육공무원인 임용권자에 의해 위법하게 재임용을 거부당하였다면 이는 불법행위로서 국가배상법 제2조에 의한 손해배상책임이 성립한다(○○교대 총장은 원고에 대한 적법한 재임용 심사와 절차를 거쳐 재임용 여부를 결정하여야 함에도 불구하고, 이를 위반하여 '교수들의 반대와 학교의 명예실추 등'이라는 자의적 기준만을 내세워 이 사건 재임용 거부처분을 하였는 바, 이는 재량권의 범위를 일탈하거나 남용한 위법한 처분으로서 사회통념상 현저히 객관적 정당성을 상실한 불법행위라 할 것이고, 이로 인하여 원고는 교수직의 상실과 더불어 대학사회에서 문제 있는 교수로 인식되는 등 명예를 훼손당함으로써 인격적 법익의 침해를 입었다고 할 것이므로, 피고는 원고가 입은 정신적 고통에 대한 위자료 1,000만원을 배상할 의무가 있다고 판시한 사례)

### 나. 손해배상의 범위

재임용거부처분이 불법행위를 구성한다면 손해배상의 범위가 문제된다. 임용권자의 재임용거부가 불법행위에 해당한다고 하더라도 정년이나 복직시까지의 모든 손해를 배상케 하는 것은 실질적으로 복직을 강요하는 것이 되고, 대학교원의 정년보장제를 폐지하고 기간임용제 내지는 계약임용제를 도입한 입법취지에 반하므로 손해배상의 범위를 일정한 시기까지 제한해야 하는 것이 아닌가 하는 점이 문제된다.

하급심판례 중에는 재임용거부결정 시점부터 사실심 변론종결일까지의 임금 합계액이 손해배상액이 된다는 입장도 있고,<sup>81)</sup> 재임용거부결정이 없었더라면 재임용탈락교원들이 당해 사립대학의 부교수(6년) 또는 조교수(3년)로 재임용되어 재직할 수 있었던 기간 동안 지급받았을 임금 상당액을 재임용거부결정과 상당인과관계가 있는 손해로 본 사례가 있다.<sup>82)</sup> 대법원은 후자의 입장이다.<sup>83)</sup>

학설 중에는 정년시점까지의 임금 상당액을 손해배상액으로 정하여야 한다는 견해가 있으나<sup>84)</sup> 이 견해는 정년보장제가 아닌 기간임용제 하에서는 채택되기 어렵다.

생각건대, 임용권자의 재임용거부로 인하여 차후의 임용기간 만료 후의 재임용기회가 박탈됨으로써 차후의 재임용까지 자동적으로 상실한 이상 임용권자의 불법행위가 개재되지 아니하였더라도 차후 재임용이 이루어지지 않았을 것이라는 점에 대한 증명을 하지 못하는 한 재임용절차를 이행할 때까지의 손해를 배상하도록 하는 것이 손해의 공평한 분담 원칙에 부합한다는 견해<sup>85)</sup>가 설득력이 있다. 이렇게 함으로써 임용권자로 하여금 재임용을 하도록 하는 간접강제의 효과도 거둘 수 있고, 대학교원의 신분보장을 위한 사후구제의 실효성도 담보될 것이다.

위법한 거부처분으로 인한 재산상 손해 이외에도 정신적 고통에 대한 위자료도 인정될 것이고, 위자료의 보완적 기능도 발휘될 수 있을 것이다.<sup>86)</sup>

81) 서울고등법원 2006. 4. 28. 선고 2005나108027 판결[김중서(주.61), P.117]

82) 부산지법 2007. 12. 21. 선고 2007가합5338 판결

83) 피고의 위법한 재임용거부행위가 없었더라면 원고가 교수로 임용되어 재직할 수 있었던 기간 동안 지급받았을 급여상당액을 이 사건 위법행위로 인하여 발생한 손해로 인정할 수 있지만 그 이후 재임용이 될 것인지의 여부는 임용권자의 재량에 달려있어 원고가 재임용이 되었을 것으로 단정할 수 없는 것이므로 위 임용기간 만료 이후의 급여상당액은 이 사건 위법행위와 상당인과관계가 있는 손해로 인정할 수 없다. 대법원 2004. 4. 23. 선고 2003다19947 판결[박효관(주.6), P.366에서 인용]

84) 김중서(주.61), P.120

85) 박효관(주.6), P.366

86) 재임용에서 탈락되었다가 서울대에 복직한 김민수 교수가 제기한 임금청구소송에서 서울중앙지방법원은 2006. 7. 28. 국가는 재임용탈락에서 복직하기까지 미지급 임금 3억2,100만원과 위자료 5,000만원을 지급하라는 취지의 판결을 선고하였다고 한다. 김중서(주.61), P.119 참조.

### 다. 시효의 문제

부당하게 재임용을 거부당한 교원이 지급받을 수 있었던 임금 상당액의 손해가 매월 계속적으로 발생하여 각별로 소멸시효가 진행하는지 소멸시효의 기산점에 관하여는 다툼이 있다.

이에 관하여는 재임용거부결정의 위법성은 재임용심사절차에 있어서 재량권을 일탈, 남용하여 그 재임용을 위법하게 거부하였다는 1회적 불법행위로 종료되는 것이지 복직 의무의 불이행이라는 불법행위가 복직시까지 계속되는 것은 아니고, 재임용거부결정이 위법하여 불법행위가 되는 경우 임금 상당의 손해액은 교원의 지위를 상실함으로써 발생한 손해를 산정하는 기준의 하나일 뿐이지, 매월 임금 상당의 손해가 새롭게 계속 발생하는 것은 아니므로 그 손해배상채권의 시효는 임용기간 만료일 다음날부터 시작 된다는 견해가 있다.<sup>87)</sup>

이에 대하여 임용권자가 교원에 대하여 위법한 재임용 거부처분을 하고 그 이후 적법한 재임용절차를 이행하지 아니한 상태가 계속되어 그로 인한 손해가 계속적으로 발생하는 이 경우에도 그 손해는 날마다 새로운 불법행위에 기한 손해로서 그 각 손해를 안 때로부터 각별로 소멸시효가 진행된다는 견해가 있다.<sup>88)</sup>

생각건대, 위법한 재임용거부 상태가 계속되는 한 임용주체의 불법행위가 종료된 것이 아니므로 후자의 입장이 타당하다고 생각한다. 급여소득자가 인신사고로 인한 손해배상청구권의 소멸시효가 일실수입 전부에 대하여 불법행위가 있음을 안 날로부터 기산하는 것을 원용하여 임용기간만료일부터 소멸시효기간을 기산하는 견해는 교통사고 등 불법행위는 이미 교통사고시점에 발생한 것이지 그 불법행위가 계속 진행되는 것은 아니므로 위법한 재임용거부가 계속되는 경우에도 타당한 것은 아니다.

87) 대구고법 2008. 7. 4. 선고 2007나8205, 8212(반소), 8229(반소) 판결은 이는 급여소득자가 교통사고를 당하여 입은 일실급여 상당의 손해배상청구권의 소멸시효가 일실급여 상당의 손해 전부에 대하여 불법행위가 있음을 안 날로부터 기산하는 것과 마찬가지로 이치라고 한다.

88) 부산지법 2007. 12. 21. 선고 2007가합5338 판결은 불법행위에 의한 손해배상청구권의 단기소멸시효의 기산점이 되는 민법 제766조 제1항 소정의 '그 손해 및 가해자를 안 날'이라 함은 현실적으로 손해의 발생과 가해자를 알아야 할 뿐만 아니라 그 가해행위가 불법행위로서 이를 이유로 손해배상을 청구할 수 있다는 것을 안 때를 의미하고, 불법행위가 계속적으로 행하여지는 결과로 인하여 손해도 역시 계속적으로 발생하는 경우에는 특별한 사정이 없는 한 그 손해는 새로운 불법행위에 기하여 발생하는 손해로서 민법 제766조 제1항을 적용함에 있어서 그 각 손해를 안 때로부터 각별로 소멸시효가 진행된다고 보아야 한다는 대법원 1999. 3. 23. 선고 98다30285 판결 등을 근거로 삼고 있다.



## V. 징계 - 파면, 해임, 정직, 감봉, 견책

### 1. 교원에 대한 징계절차

징계란 인사권의 주체가 복무관계의 질서를 유지하기 위하여 가하는 행정상의 제재를 의미한다. 교원의 신분을 위협하는 징계는 적법절차에 따라 실제적 정의가 구현되지 않으면 안 된다. 교원지위법은 “교원은 형의 선고, 징계처분 또는 법률로 정하는 사유에 의하지 아니하고는 그 의사에 반하여 휴직·강임 또는 면직을 당하지 아니한다.”(동법 제6조 제1항)고 규정하여 교원의 신분을 보장하고 있고, 국·공립대학이나 사립대학을 막론하고 교원은 형의 선고·징계처분 또는 이 법에서 정하는 사유에 의하지 아니하고는 그 의사에 반하여 휴직·강임 또는 면직을 당하지 아니하고, 권고에 의하여 사직을 당하지 아니한다(교육공무원법 제7조 제2항, 제3항).

교원의 징계처분에 관한 사항을 의결하게 하기 위하여 교원징계위원회<sup>89)</sup>를 두고 징계대상자에게 진술의 기회를 부여하지 아니한 징계의결은 무효로 한다(교육공무원법 제50조). 임면권자는 교원에게 소정의 징계사유에 해당한다고 인정하는 때에는 지체없이 당해 징계사건을 관할하는 교원징계위원회에 그 징계의결을 요구하여야 한다(교육공무원법 제51조).

징계사유로는 1. 국가공무원법, 지방공무원법, 교육공무원법 및 이 법에 따른 명령을 위반한 경우 2. 직무상의 의무를 위반하거나 직무를 태만히 한 때 3. 직무의 내의를 불문하고 그 체면 또는 위신을 손상하는 행위를 한 때(국가공무원법 제78조 제1항 각호 및 지방공무원법 제69조 제1항 각호)로 정해져 있다.

징계 의결의 요구는 징계 사유가 발생한 날부터 2년[금품 및 향응 수수, 공금의 횡령·유용의 경우에는 5년]이 지나면 하지 못한다(국가공무원법 제83조의2 제1항). 징계위원회의 구성·징계 의결, 그 밖에 절차상의 흠이나 징계양정의 과다를 이유로 소청심사위원회 또는 법원에서 징계처분의 무효 또는 취소의 결정이나 판결을 한 경우에는 2년의 기간이 지나거나 그 남은 기간이 3개월 미만인 경우에도 그 결정 또는 판결이 확정된 날부터 3개월 이내에는 다시 징계 의결을 요구할 수 있다(국가공무원법 제83조의2 제3항).

89) 국·공립대학 교원징계위원회는 위원장 1인을 포함한 위원 5인 이상 9인 이하로 구성하되, 징계위원회의 위원장은 그 국·공립대학의 장의 차순위자가 되고, 위원은 조교수이상의 교육공무원 중에서 그 국·공립대학의 장이 임명한다(교육공무원징계령 제4조 제1항, 제4항).

징계위원회가 징계의결 요구를 받은 때에는 그 요구서를 접수한 날로부터 60일 이내에 징계에 관한 의결을 하여야 한다. 다만, 부득이한 사유가 있을 때에는 당해 징계위원회의 의결로 30일에 한하여 그 기간을 연장할 수 있다(교육공무원징계령 제7조).

징계위원회는 위원장을 포함한 위원 4인 이상의 출석과 출석위원 과반수의 찬성으로 의결하되, 의견이 나누어져 어느 의견도 출석위원 과반수에 달하지 못하는 때에는 출석위원 과반수에 이르기까지 징계혐의자에게 가장 불리한 의견에 차례로 유리한 의견을 더하여 그 가장 유리한 의견을 합의된 것으로 본다. 징계위원회의 의결은 징계의결서에 의하여 행하며, 그 이유란에 징계의 원인이 된 사실·증거의 판단과 관계법령을 명시하여야 한다(교육공무원징계령 제10조). 징계처분권자는 징계의결서를 받은 날로부터 15일 이내에 이를 집행하여야 한다(교육공무원징계령 제17조).

징계위원회의 위원 중 징계혐의자의 친족이나 그 징계사유와 관계가 있는 자는 그 징계사건의 심의·의결에 관여하지 못한다(교육공무원징계령 제13조 제1항).

## 2. 징계의 양정과 징계재량권

### 가. 징계의 양정

징계의 종류로는 파면·해임·정직·감봉·전책이 있다(국가공무원법 제79조).<sup>90)</sup> 파면이나 해임은 교원의 신분을 박탈하는 징계별로서 파면처분을 받은 자는 향후 5년간, 해임처분을 받은 자는 향후 3년간 공무원으로 임용될 수 없다(국가공무원법 제33조 제7호, 제8호).<sup>91)</sup> 정직은 1월 이상 3월 이하의 기간으로 하고, 정직처분을 받은 자는 그 기간 중 신분은 보유하나 직무에 종사하지 못하며 보수의 3분의 2를 감한다. 감봉은 1월 이상 3월 이하의 기간, 보수의 3분의 1을 감한다. 전책은 전과에 대하여 훈계하고 회개하게 한다(국가공무원법 제80조 제1 내지 3항).

국·공립대학 교원에 대한 징계양정기준으로 교육과학기술부령인 교육공무원징계양정 등에 관한 규칙이 있다. 이 규칙에 의하면 교원징계위원회는 징계혐의자의 비위의 유형, 비위의 정도 및 과실의 경중과 평소의 소행, 근무성적, 공적, 개전의 정 기타 정상 등을 참작하여 별표의 징계양정 기준에 따라 징계를 의결하여야 하고(제2조), 징계위원회는 징계의결이 요구된 자가 훈장 등을 받은 공적 등 위 규칙 제4조 제1항 각 호

90) 파면, 해임, 정직을 증징계, 감봉, 전책을 경징계라고 한다(교육공무원징계령 제1조의2).

91) 파면처분을 받거나 금품 및 향응수수, 공금의 횡령·유용으로 징계 해임된 때에는 대통령령이 정하는 바에 의하여 퇴직급여 및 퇴직수당의 일부를 감액하여 지급한다(공무원연금법 제64조 제1항).

의 어느 하나에 해당하는 공적이 있는 경우에는 징계를 감경할 수 있다

### 나. 징계재량권

현행 법령은 교원의 징계와 관련한 상세한 절차규정은 두고 있으나, 어떠한 징계처분을 할 것인지에 관한 실체규정은 없다.

판례는 교원에게 징계사유가 있어 징계처분을 하는 경우 어떠한 처분을 할 것인가는 원칙적으로 징계권자의 재량에 맡겨져 있는 것이므로 그 징계처분이 위법하다고 하기 위하여서는 징계권자가 재량권을 행사하여 한 징계처분이 사회통념상 현저하게 타당성을 잃어 징계권자에게 맡겨진 재량권을 남용한 것이라고 인정되는 경우에 한하고, 그 징계처분이 사회통념상 현저하게 타당성을 잃은 처분이라고 하려면 구체적인 사례에 따라 직무의 특성, 징계의 사유가 된 비위사실의 내용과 성질 및 징계에 의하여 달하려는 목적과 그에 수반되는 제반 사정을 참작하여 객관적으로 명백히 부당하다고 인정되는 경우라야 한다.<sup>92)</sup>

그리고 징계권의 행사가 임용권자의 재량에 맡겨진 것이라고 하여도 공익적 목적을 위하여 징계권을 행사하여야 할 공익의 원칙에 반하거나 일반적으로 징계사유로 삼은 비행의 정도에 비하여 균형을 잃은 과중한 징계처분을 선택함으로써 비례의 원칙에 위반하거나 또는 합리적인 사유 없이 같은 정도의 비행에 대하여 일반적으로 적용하여 온 기준과 어긋나게 공평을 잃은 징계처분을 선택함으로써 평등의 원칙에 위반한 경우에 이러한 징계처분은 재량권의 한계를 벗어난 처분으로서 위법하다.<sup>93)</sup>

결국 법원이 구체적 사정을 참작하여 징계처분이 재량권의 한계를 벗어난 처분으로서 위법한 것인지 여부를 판단하게 된다.

### 3. 징계처분에 대한 구제

교원지위법에 의하여 교원의 징계처분과 그 밖에 그 의사에 반하는 불리한 처분에 대한 소청심사를 하기 위하여 특별행정심판기관인 교원소청심사위원회가 교육부 산하에 설치되어 있다.<sup>94)</sup>

92) 대법원 2008. 2. 1. 선고 2007두20997 판결 : 대법원 2000. 10. 13. 선고 98두8858 판결 등 참조

93) 대법원 2000. 6. 9. 선고 98두16613 판결

94) 교원징계 및 기타 불리한 처분에 대한 소청심사 현황을 분석한 자료에 의하면 심사위원회의 구제율은 42.5%로서 원처분에 상당한 오류가 있음을 나타내고 있고, 사립학교 교원의 소청비율이 58.5%, 사립학교 교원의 구제율은 72.2%에 이른다고 한다. 강인수 외(주.16). pp.2~4 참조.

교원이 징계처분과 그 밖에 그 의사에 반하는 불리한 처분에 대하여 불복할 때에는 그 처분이 있었던 것을 안 날부터 30일 이내에 심사위원회에 소청심사를 청구할 수 있고, 본인의 의사에 반하여 파면·해임·면직처분을 하였을 때에는 그 처분에 대한 심사위원회의 최종 결정이 있을 때까지 후임자를 보충 발령하지 못한다(교원지위법 제9조).

심사위원회는 소청심사청구를 접수한 날부터 60일 이내에 이에 대한 결정을 하여야 하고(다만, 심사위원회가 불가피하다고 인정하면 그 의결로 30일을 연장가능), 심사위원회의 결정은 처분권자를 기속한다(제10조 제1항, 제2항)

교원은 심사위원회의 결정에 대하여 그 결정서를 송달받은 날부터 90일 이내에 행정소송법이 정하는 바에 따라 행정소송을 제기할 수 있다(제10조 제3항).

심사위원회의 심사결정에 불복이 있으면 원처분청(총장이나 학장)을 상대로 행정소송을 제기할 수 있고, 이 경우 그 소송의 대상이 되는 처분은 원칙적으로 원처분청의 처분이다.

## Ⅵ. 기타 불리한 처분 - 휴직, (직권)면직, 직위해제, 전보

### 1. 휴직

휴직이란 교원의 신분을 유지시키면서 일정한 기간 동안 직무담당을 해제하는 행위이다. 교원이 휴직을 원하는 청원휴직과 일정한 사유가 있으면 본인의 의사에 불구하고 휴직을 명하는 직권휴직이 있다. 휴직기간이 만료되거나 휴직사유가 소멸되면 휴직중이던 교원은 당연히 복직된다. 국가공무원법 제71조는 휴직사유를 규정하고 있는데 직권휴직이 교원에게 불리한 처분이 되는 경우 징계처분과 같이 소청심사위원회의 소청심사 등 구제절차를 취할 수 있다.

### 2. (직권)면직

직권면직은 법정사유가 있는 경우에 공무원 본인의 의사 여하에 불구하고 임용권자가 직권으로 행하는 면직처분이다.<sup>95)</sup> 직권면직을 할 수 있는 사유는 1. 직제와 정원의 개폐 또는 예산의 감소 등에 따라 폐직 또는 과원이 되었을 때,<sup>96)</sup> 2. 휴직 기간이 끝

95) 이는 공무원 자신의 사의(辭意)표시에 의하여 공무원관계를 소멸시키는 의원면직(依願免職)과 구별된다. 의원면직이든 본인의 의사에 반하여 제출된 사직서에 기하여 이루어진 경우에는 위법한 것이 된다.

나거나 휴직 사유가 소멸된 후에도 직무에 복귀하지 아니하거나 직무를 감당할 수 없을 때, 3. 직위해제처분에 따라 대기 명령을 받은 자가 그 기간에 능력 또는 근무성적의 향상을 기대하기 어렵다고 인정된 때, 4. 해당 직급에서 직무를 수행하는데 필요한 자격증의 효력이 없어지거나 면허가 취소되어 담당 직무를 수행할 수 없게 된 때 등이다(국가공무원법 제70조 제1항). 이러한 사유로 면직시킴 경우에는 미리 관할 징계위원회의 의견을 들어야 하고 다만, 직위해제처분에 따라 대기명령을 받은 자를 면직시킴 경우에는 징계위원회의 동의를 받아야 한다(국가공무원법 제70조 제2항).<sup>97)</sup>

### 3. 직위해제

직위해제라 함은 교원으로서의 신분을 보유하면서 직위담당을 해제하는 행위를 말한다.<sup>98)</sup> 직위해제처분은 임용권자의 재량행위에 속하며 시효의 적용을 받지 않는다. 직위해제처분을 받는 자는 어떠한 직무에도 종사하지 못하게 될 뿐만 아니라 승급, 승호, 보수지급 등에 있어서 불이익한 처우를 받게 되고 나아가 일정한 경우에는 직위해제를 기초로 하여 직권면직처분을 받을 가능성까지 있으므로 직위해제는 인사상 불이익한 처분에 속한다.<sup>99)</sup>

- 96) 임용권자나 임용계청권자가 이 사유로 교원을 면직시킴 때에는 임용 형태, 업무 실적, 직무수행 능력, 징계처분 사실 등을 고려하여 면직 기준을 정하여야 하고, 면직기준과 면직대상자를 결정할 때에는 심사위원회를 구성하여 그 심사위원회의 심의의결을 거쳐야 한다. 국가공무원법 제70조 제3항 제4항.
- 97) 최근의 판례는 사립학교에서 학급·학과의 폐지에 의하여 폐직·과원이 발생하여 교원을 직권면직할 때 따라야 할 면직기준을 국립대학교와는 달리 보고 있다. 국·공립학교의 경우에는 학교·학과 또는 학부의 폐지로 폐직, 과원이 되더라도 교원 임용주체인 국가나 지방자치단체가 산하의 다른 국·공립학교나 해당학교의 다른 학과, 학부 등으로 교원을 전직발령 내지 배치전환하여 교원의 면직을 회피하거나 면직대상자를 최소화할 수 있는 가능성이 보다 큰 반면, 사립학교에서는 폐과 등으로 폐직, 과원이 된 때에도 학교법인이 설치·운영하는 다른 학교가 없어 전직발령이 불가능하고 해당학교의 다른 학과에도 관련 강의가 전혀 개설되어 있지 않아 타 학과의 교과목 강의의 배정도 불가능한 경우와 같이 결국 교원의 실적이나 능력에 별다른 하자가 없더라도 면직이 불가피하게 되는 상황이 발생할 수 있으므로, '사립학교의 경우 폐과로 인한 폐직, 과원이 된 때 교원을 직권면직함에 있어서도 국가공무원법 제70조 제3항, 지방공무원법 제62조 제3항의 규정을 유추하여 임용형태·업무실적·직무수행능력·징계처분사실 등을 고려한 면직기준을 정하고 그 기준에 의한 심사 결과에 따라 면직 여부 결정하여야 한다'는 것은 어디까지나 학교법인이 산하의 다른 사립학교나 해당학교의 다른 학과 등으로 교원을 전직발령 내지 배치전환함으로써 면직을 회피하거나 면직대상자를 최소화할 여지가 있는 경우에 한한다고 보아야 하고, 이와 달리 사립학교의 사정상 전직발령 내지 배치전환 등에 의한 교원의 면직회피 가능성이 전혀 없는 경우에는 위와 같은 면직기준에 따른 심사절차를 거치지 아니하였다고 하더라도, 학과의 폐지 자체가 불가피하고 정당한 것이라면 이를 이유로 한 교원의 면직은 합리적이고 객관적인 근거에 기한 것으로서 역시 정당한 것이라고 할 수밖에 없다. 대법원 2008. 5. 13. 선고 2007다66071 판결.
- 98) 직위해제에 관한 상세는 김향기, "교원에 대한 직위해제와 불복방법", 『교육법학연구』, 제14권 제1호, 대한교육법학회, 2002. P.1 이하 참조.

직위해제사유로는 1. 직무수행 능력이 부족하거나 근무성적이 극히 나쁜 자, 2. 파면·해임 또는 징계에 해당하는 징계 의결이 요구 중인 자,<sup>100)</sup> 3. 형사 사건으로 기소된 자(약식명령이 청구된 자는 제외)이다(국가공무원법 제73조의3 제1항).

직위해제처분의 절차에 관하여는 특별규정이 없으나, 직위해제처분을 할 때에는 그 처분권자 또는 처분제청권자는 처분사유를 적은 설명서를 교부하여야 한다(국가공무원법 제75조). 직위해제처분에 대하여 소청심사위원회에 소청심사를 청구할 수 있음은 다른 징계처분의 경우와 같다.<sup>101)</sup>

#### 4. 전보

전보라 함은 교육공무원의 동일직위 및 자격 내에서의 근무기관이나 부서를 달리하는 임용을 말한다(교육공무원법 제2조 제5항). 판례는 교원이 아닌 일반 근로자에 대한 전직이나 전보처분은 근로자가 제공하여야 할 근로의 종류·내용·장소 등에 변경을 가져온다는 점에서 근로자에게 불이익한 처분이 될 수도 있으나, 원칙적으로 인사권자인 사용자의 권한에 속하므로 업무상 필요한 범위 안에서는 상당한 재량을 인정하여야 한다고 한다.<sup>102)</sup> 그러나 교원의 임용 및 보직은 자유재량행위가 아니라는 입장이다.<sup>103)</sup>

99) 대법원 1992. 7. 28. 선고 91다30729 판결

100) 이 경우 임용권자는 직위해제된 자에게 3개월의 범위에서 대기를 명한다. 국가공무원법 제73조의3 제3항.

101) 대법원 2008. 6. 26. 선고 2006다30730 판결은 직위해제처분을 할 만한 사유가 없음에도 오로지 교원을 학교에서 끌어내려는 의도하에 고의로 명목상의 직위해제사유를 내세우거나 만들어 직위해제처분을 한 경우나, 징계의결이 요구된 사유가 사립학교법의 규정 등에 비추어 국가공무원법 제33조 제1항 제7호·제8호에 정한 파면이나 해임 등을 할 만한 사유에 해당한다고 볼 수 없거나 기소된 형사사건에 대하여 국가공무원법 제33조 제1항 제3호 내지 제6호에서 정한 당연퇴직의 사유가 될 정도가 아닌 판결이 선고될 것이 객관적으로 명백하고, 또 조금만 주의를 기울이면 그와 같은 사정을 쉽게 알아볼 수 있는데도 그것을 이유로 직위해제처분에 나아간 경우와 같이, 직위해제처분이 우리의 건전한 사회 통념이나 사회상규상 용인될 수 없음이 분명한 경우에는 그 직위해제처분은 재량권의 범위를 일탈하거나 재량권을 남용한 위법한 처분으로서 그 효력이 부정됨에 그치지 아니하고, 위법하게 상대방에게 정신적 고통을 가하는 것이 되어 그 교원에 대한 관계에서 불법행위를 구성한다고 한다.

102) 대법원 2009. 4. 23. 선고 2007두20157 판결

103) 대법원 2007. 9. 6. 선고 2007두5233판결 : 교육공무원법 제2조 제5항, 제8항에 의하면 교육공무원을 동일 직위 및 자격내에서 근무기관이나 부서를 달리하여 근무하게 하는 이른바 "전보"는 널리 "임용"의 일종으로 규정되어 있는데, 같은 법 제10조는 교육공무원의 임용은 그 자격·재교육성적·근무성적 기타 능력의 실증에 의하여 행하여야 하고, 능력에 따라 균등한 기회를 보장하도록 규정하여 그 원칙을 정하고 있고, 나아가 같은 법 제17조는 교육공무원을 보직함에 있어서는 당해 교육공무원의 자격·전공분야·재교육경력·근무경력 및 적성 등을 고려하여 적격한 직위에 임용하도록 규정함으로써 보다 구체적으로 보직관리의 기준을 정하고 있음에 비추어, 교육공무원의 임용 및 보직은 이를 자유재량행위라고 볼 수는 없을 것이고, 위 법률상의 원칙 및 기준에 따라서 이루어져야 할 것이다.

## Ⅷ. 맺는 말

이상에서 국·공립대학 교원에 대한 불이익처분과 그 법적 구제수단 및 절차를 대법원 및 각급 법원판례를 중심으로 살펴보았다. 대학교원의 신분보장과 관련하여 특히 계약임용제 하에서 임용기간이 만료된 교원의 법적 지위가 문제의 중심에 위치해 있다.

1975년 대학교원 기간제 임용이 도입된 이래 재임용탈락을 위요한 대법원과 헌법재판소판례의 변천, 관련 법령의 제·개정 등이 이루어지면서 많은 부분이 개선된 점은 부인할 수 없다. 그러나 현행 법제와 대법원판례 하에서 부당하게 재임용에서 탈락한 대학교원의 소급임용이라는 실질적인 구제는 어렵게 되어 있고 손해배상이라는 간접적이고 우회적인 수단에 만족할 수밖에 없는 실정이다.

입법론으로 정년보장제를 택하는 것은 별론으로 하고 정년보장제가 아닌 기간임용제 내지 계약임용제를 채택하고 있는 현행법 하에서, 특히 행정법관계와 민사법관계가 나뉘고 민사소송과 행정소송이 구별되는 체제 하에서는 판례와 실무의 입장은 부득이한 면이 없지 않다.

재임용제를 비판하고 있는 많은 문헌들이 이해당사자인 재임용탈락에 관련된 교원들 입장에서 아전인수식 해석으로 변론 준비서면 수준의 논조로 채워진 글들도 산견된다. 이해당사자인 교원의 입장이 아닌 제3자의 시각으로 객관적으로 교원재임용제의 실체를 들여다 볼 필요도 있다.

기간임용제가 유신시대인 1975년 이른바 반체제교수를 퇴출시키기 위한 의도로 도입된 것이라 하더라도 그 후 민주화 과정을 거쳐 민주정부도 몇 차례 거치는 동안 30년 이상이 흐른 지금까지도 이 제도가 자리를 잡고 있음은 기간임용제가 가지는 순기능도 있음을 방증하는 것이다. 법은 사회의 가치를 반영하는 것이다. 기간임용제 내지는 계약임용제라는 자극이 대학교원의 자기발전은 물론 대학 발전의 에너지로 작용할 수 있기를 기대한다.

따라서 이러한 기간임용제 내지는 계약임용제를 전제로 대학교원의 지위를 확보할 수 있는 합리적이고 공정한 절차적, 실체적 규정을 완비하고, 이에 대하여는 궁극적으로 사법적 심사의 대상으로 삼음으로써 그 정당성을 확보하는 방향으로 나가야 할 것이다.

근본적으로는 교원의 신분보장은 교원 자신만을 위한 것이 아니라 대학교육의 수요자인 학생의 교육을 받을 권리의 실현에 초점을 맞추어야 함을 인식하여야 할 것이다.

## 참고문헌

### [서적]

윤양수, 『행정법일반이론』, 제주대학교출판부, 2009.

### [논문]

- 강인수 외, “교원징계 및 교원소청심사제도에 관한 연구”, 『교육법학연구』, 제18권 제1호, 대한교육법학회, 2006.
- 강현호, “사립학교교원에 대한 징계와 법적 구제”, 『토지공법연구』, 제29집, 한국토지공법학회, 2005. 12.
- 김선택, “대학교원의 신분보장”, 『공법연구』, 제32집 제1호, 한국공법학회, 2003. 11.
- 김인재, “대학교수의 기간임용제와 재임용거부의 법적 성질”, 『1997 노동관계비평』, 민주사회를 위한 변호사모임, 1997.
- 김중서, “재임용 탈락교원 구제 관련 판례 비판 및 대안 모색”, 『민주법학』, 제31호, 민주주의법학연구회, 2006.
- 김지숙, “교수재임용거부에 대한 사법심사의 가능성과 관련하여”, 『재판과 판례』, 제16집, 대구판례연구회, 2008.
- 김향기, “교원에 대한 직위해제와 불복방법”, 『교육법학연구』, 제14권 제1호, 대한교육법학회, 2002.
- 도재형, “국공립대학 교원의 재임용 심사신청권”, 『노동법연구』, 제17호, 서울대노동법연구회, 2004.
- 박상훈, “교수재임용제에 관한 헌법불합치결정”, 『노동법연구』, 제14호, 서울대노동법연구회, 2003.
- 박효관, “대학교원의 재임용거부에 대한 사법적 구제절차의 실효성과 재임용거부의 불법행위 성부에 대한 검토”, 『판례연구』, 제18집, 부산판례연구회, 2007.
- 윤인태, “부교수임용계약의 성질”, 『대법원판례해설 1996년 하반기』, 통권 제27호, 법원도서관, 1997.
- 이선희, “기간제로 임용된 국립대학교 교원에 대한 재임용거부행위의 처분성”, 『21세기 사법의 전개(송민 최종영 대법원장 재임기념)』, 박영사, 2005.
- 이순철, “대학교원 기간임용제 탈락자 구제를 위한 특별법상의 인용결정의 효력”, 『교육법학연구』, 제19권 제1호, 대한교육법학회, 2007.



- 임재홍. “대학교원의 신분보장-사립대학교 교원재임용제도와 관련하여-”. 「민주법학」, 제31호. 민주주의법학연구회. 2006.
- 조해현. “항소소송에서의 판결의 효력과 집행”. 「행정소송법 개정자료집[I]」. 법원행정처. 2007.

[Abstract]

## The Disadvantage Disposition on the National or Public University(College) Faculty and Legal Remedy

Oh, Chang-Soo

*Professor, Law school of Jeju National Univ.*

The function of university is to educate, research and serve for the social community. The status guarantee of the university faculty is necessary to this function.

All the while faculty reappoint system became the hot potato in university environment. Especially around status of the dismissed professor the Constitutional Court and the Supreme Court were torn between existing law and practice.

But in 2003 the Constitutional Court and in 2004 the Supreme Court pronounced a sentence upon a dismissed professor in a national university having right of judging concerning reappoint of the professor.

Thereafter Act for the Public Educational Personnel and Staff has been completely revised

Now the dismissed professor in a national or public university have claims for the court.

This article deals with the disadvantage disposition on the national or public university(college) faculty and legal remedy.

In this article, I examine generally the legal remedy in Korean existing law and practice

This article is composed as follows :

In Chapter 1. I presented the purpose and scope of the context.

In Chapter 2. I clarified legal character of employment of university faculty.

In Chapter 3. I surveyed overview of judicial remedy : Appeal for professor and administrative litigation.

In Chapter 4. I studied reappointment contract : (1) History of faculty reappointment system (2) Transition of judicial precedent of the Constitutional Court and the

Supreme Court (3) Status of the dismissed professor (4) Refusal of reappoint and tort.

In Chapter 5. I investigated the punishment against professor such as removal, suspension from office, reduction of salary and reprimand.

In Chapter 6. I investigated the other unfavorable treatment such as temporary retirement, dismissal, position discharge and transference.

Finally I conclude that the status guarantee of the university faculty is focused on the right to receive education of students.

**Key words** : The status guarantee of the university faculty, University faculty, Faculty reappoint system, The System of Appeal for Teacher, Act for the Public Educational Personnel and Staff, The Position Discharge

