

대 법 원

제 3 부

판 결

사 건	2016두57564 임용제청거부처분취소 등
원고, 상고인	원고 소송대리인 법무법인(유한) 예율 담당변호사 윤현하
피고, 피상고인	교육부장관 소송대리인 법무법인 우리법률 담당변호사 김종인
원 심 판 결	서울고등법원 2016. 10. 13. 선고 2016누52332 판결
판 결 선 고	2018. 6. 15.

주 문

원심판결을 파기하고, 사건을 서울고등법원에 환송한다.

이 유

상고이유를 판단한다.

1. 항고소송의 대상이 되는 '처분등'이란 행정청이 행하는 구체적 사실에 관한 법집행으로서의 공권력의 행사 또는 그 거부와 그 밖에 이에 준하는 행정작용을 말한다(행

정소송법 제2조 제1항 제1호). 행정청의 행위가 항고소송의 대상이 될 수 있는지는 추상적·일반적으로 결정할 수 없고, 구체적인 경우에 관련 법령의 내용과 취지, 그 행위의 주체·내용·형식·절차, 그 행위와 상대방 등 이해관계인이 입는 불이익 사이의 실질적 관련성, 법치행정의 원리와 그 행위에 관련한 행정청이나 이해관계인의 태도 등을 고려하여 개별적으로 결정하여야 한다(대법원 2010. 11. 18. 선고 2008두167 전원합의체 판결 등 참조).

한편 항고소송은 처분등의 취소 또는 무효확인을 구할 법률상 이익이 있는 자가 제기할 수 있고(행정소송법 제12조, 제35조), 불이익처분의 상대방은 직접 개인적 이익을 침해받은 자로서 원고적격이 인정된다(대법원 1995. 8. 22. 선고 94누8129 판결, 대법원 2015. 10. 29. 선고 2013두27517 판결 등 참조).

2. 가. 헌법 제31조 제4항은 "교육의 자주성·전문성·정치적 중립성 및 대학의 자율성은 법률이 정하는 바에 의하여 보장된다."라고 정하고 있다. 고등교육법은 대학에는 학교의 장으로 총장 또는 학장을 두며(제14조 제1항), 총장 또는 학장은 교무를 총괄하고 소속 교직원을 감독하며 학생을 지도한다(제15조 제1항)고 정한다.

나. 교육공무원법령은 대학의 장을 임명할 때 대학의 추천을 받도록 하고 있다. 즉, 교육공무원법 제24조는 대학의 장은 해당 대학의 추천을 받아 교육부장관의 제청으로 대통령이 임용하고(제1항), 대학의 장의 임용추천을 위하여 대학에 대학의 장 임용추천위원회를 두어야 하며(제2항), 추천위원회는 '추천위원회에서의 선정' 또는 '해당 대학교원의 합의된 방식과 절차에 따른 선정' 중 어느 하나의 방식으로 대학의 장 후보자를 선정하여야 한다고 정하면서(제3항), 추천위원회의 구성·운영 등에 필요한 사항은 대통령령에 위임하고 있다(제4항). 그 위임에 따라 교육공무원임용령 제12조의2는 대학

이 2인 이상의 대학의 장 후보자를 임기만료일 30일 전까지 교육부장관에게 추천하여야 하고, 추천위원회가 대학의 학칙으로 정하는 바에 따라 해당 대학의 교원, 직원, 재학생, 졸업생 및 대학의 발전에 기여하였거나 교육·연구 또는 대학 운영에 관한 학식과 경험이 풍부한 사람으로서 10명 이상 50명 이하의 위원으로 구성하여야 한다고 정하고 있다.

이처럼 교육공무원법령은 대학으로 하여금 교육부장관에게 대학의 장 후보자를 추천하고 그 후보자의 선정을 대학의 다양한 구성원들로 구성된 추천위원회가 하도록 정하고 있다. 그 이유는 대학이 교원 등에게 대학의 장 후보자 선출에 참여할 기회를 부여하여 구성원의 총의를 모아 대학의 장 후보자를 추천하도록 함으로써, 헌법이 보장하는 대학의 자율성을 구현하려는 데 있다.

한편 교육공무원법은 대학의 장 후보자 선거에서 일정한 방식의 선거운동을 제한하고 있고(제24조의2), 대학의 장 후보자 추천을 위하여 직접 선거를 하는 경우 그 선거관리는 해당 대학 소재지를 관할하는 구·시·군 선거관리위원회에 위탁하여야 한다고 정하고 있다(제24조의3). 이는 일차적으로 선거결과의 공정성을 도모하기 위한 것이지만, 공정하게 실시된 선거결과는 학내 구성원뿐만 아니라 임용권자도 가급적 존중하여야 한다는 전제에서 나온 것으로 볼 수 있다.

다. 대학의 장 임용에 관하여 교육부장관의 임용제청권을 인정한 취지는 대학의 자율성과 대통령의 실질적인 임용권 행사를 조화시키기 위하여 대통령의 최종적인 임용권 행사에 앞서 대학의 추천을 받은 총장 후보자들의 적격성을 일차적으로 심사하여 대통령의 임용권 행사가 적정하게 이루어질 수 있도록 하기 위한 것이다.

대학의 추천을 받은 총장 후보자는 교육부장관으로부터 정당한 심사를 받을 것이라

는 기대를 하게 된다. 만일 교육부장관이 자의적으로 대학에서 추천한 복수의 총장 후보자들 전부 또는 일부를 임용 제청하지 않는다면 대통령으로부터 임용을 받을 기회를 박탈하는 효과가 있다. 이를 항고소송의 대상이 되는 처분으로 보지 않는다면, 침해된 권리 또는 법률상 이익을 구제받을 방법이 없다. 따라서 교육부장관이 대학에서 추천한 복수의 총장 후보자들 전부 또는 일부를 임용제청에서 제외하는 행위는 제외된 후보자들에 대한 불이익처분으로서 항고소송의 대상이 되는 처분에 해당한다고 보아야 한다. 다만 교육부장관이 특정 후보자를 임용제청에서 제외하고 다른 후보자를 임용제청함으로써 대통령이 임용제청된 다른 후보자를 총장으로 임용한 경우에는, 임용제청에서 제외된 후보자는 대통령이 자신에 대하여 총장 임용 제외처분을 한 것으로 보아야 할 다투어야 한다(대통령의 처분의 경우 소속 장관이 행정소송의 피고가 된다. 국가공무원법 제16조 제2항). 이러한 경우에는 교육부장관의 임용제청 제외처분을 별도로 다룰 소의 이익이 없어진다.

라. 교육부장관은 대학에서 추천한 총장 후보자들에 대하여 일정한 심사 등의 절차를 진행하여 임용제청 여부를 결정할 수 있고, 추천받은 특정 후보자를 반드시 임용제청하여야 하는 것은 아니다. 교육부장관이 임용제청을 한 후보자라고 하더라도 임용권자인 대통령이 반드시 총장으로 임용하여야 하는 것도 아니다. 대학의 교육·운영에 관하여 광범위한 권한을 갖는 총장 임용에서는 특정 후보자가 대학의 자율성과 전문성을 효과적으로 보장하고 학내 구성원들의 기대와 요구를 충족시키는 데 적합한 능력과 자질을 갖추고 있는지에 관한 평가가 요구된다.

교육공무원법령은 대학이 대학의 장 후보자를 복수로 추천하도록 정하고 있을 뿐이고, 교육부장관이나 대통령이 대학이 정한 순위에 구속된다고 볼 만한 규정을 두고 있

지 않다. 대학이 복수의 후보자에 대하여 순위를 정하여 추천한 경우 교육부장관이 후 순위 후보자를 임용제청하더라도 단순히 그것만으로 헌법과 법률이 보장하는 대학의 자율성이 제한된다고 볼 수는 없다. 대학 총장 임용에 관해서는 임용권자에게 일반 국민에 대한 행정처분이나 공무원에 대한 징계처분에 비하여 광범위한 재량이 주어져 있다고 볼 수 있다. 따라서 대학에서 추천한 후보자를 총장 임용제청이나 총장 임용에서 제외하는 결정이 대학의 장에 관한 자격을 정한 관련 법령 규정에 어긋나지 않고 사회 통념에 비추어 불합리하다고 볼 수 없다면 쉽사리 위법하다고 판단해서는 안 된다.

교육부장관이 대학이 추천한 1순위 후보자와 2순위 후보자에 대하여 각각 총장임용 적격성을 심사하여 그중 1인이 총장임용에 부적격하다고 판단한 다음 나머지 1인을 총장임용에 적합하다고 판단하여 임용제청하는 경우도 있지만, 후보자 전부가 총장임용에 적합하지만 그중 1인이 좀 더 적합하다고 판단하여 임용제청하는 경우도 있을 수 있다. 교육부장관이 어떤 후보자를 총장임용에 부적격하다고 판단하여 배제하고 다른 후보자를 임용제청하는 경우라면 배제한 후보자에게 연구윤리 위반, 선거부정, 그 밖의 비위행위 등과 같은 부적격사유가 있다는 점을 구체적으로 제시할 의무가 있다. 그러나 부적격사유가 없는 후보자들 사이에서 어떤 후보자를 상대적으로 더욱 적합하다고 판단하여 임용제청하는 경우라면, 이는 후보자의 경력, 인격, 능력, 대학운영계획 등 여러 요소를 종합적으로 고려하여 총장임용의 적격성을 정성적으로 평가하는 것으로 그 판단결과를 수치화하거나 이유제시를 하기 어려울 수 있다. 이 경우에는 교육부장관이 어떤 후보자를 총장으로 임용제청하는 행위 자체에 그가 총장으로 더욱 적합하다는 정성적 평가결과가 당연히 포함되어 있는 것으로, 이로써 행정절차법상 이유제시의무를 다한 것이라고 보아야 한다. 여기에서 나아가 교육부장관에게 개별 심사항목이나 고려

요소에 대한 평가결과를 더 자세히 밝힐 의무까지는 없다.

행정청의 전문적인 정성적 평가결과는 그 판단의 기초가 된 사실인정에 중대한 오류가 있거나 그 판단이 사회통념상 현저하게 타당성을 잃어 객관적으로 불합리하다는 등의 특별한 사정이 없는 한 법원이 그 당부를 심사하기에는 적절하지 않으므로 가급적 존중되어야 한다(대법원 1992. 4. 24. 선고 91누6634 판결, 대법원 2007. 1. 11. 선고 2004두10432 판결, 대법원 2016. 1. 28. 선고 2013두21120 판결 등 참조). 여기에 재량권을 일탈·남용한 특별한 사정이 있다는 점은 증명책임분배의 일반원칙에 따라 이를 주장하는 자가 증명하여야 한다(대법원 1987. 12. 8. 선고 87누861 판결 등 참조).

이러한 법리는 임용제청에서 제외된 후보자가 교육부장관의 임용제청 제외처분 또는 대통령의 임용 제외처분에 불복하여 제기한 소송에서도 마찬가지이다. 교육부장관이 총장 후보자에게 총장임용 부적격사유가 있다고 밝혔다면, 그 후보자는 그러한 판단에 사실오인 등의 잘못이 있음을 주장·증명함과 아울러, 임용제청되었거나 임용된 다른 후보자에게 총장임용 부적격사유가 있다는 등의 특별한 사정까지 주장·증명하여야 한다. 이러한 주장·증명이 있을 때 비로소 그에 대한 임용제청 제외처분 또는 임용 제외처분이 위법하다고 볼 수 있다. 이러한 이유로 해당 처분을 취소하는 판결이 확정된 경우에는 교육부장관 또는 대통령에게 취소판결의 취지에 따라 두 후보자의 총장임용 적격성을 다시 심사하여 임용제청 또는 임용을 할 의무가 발생한다(행정소송법 제30조 제1항 참조).

3. 원심판결이 인용한 제1심 판결 이유에 따르면 다음과 같은 사정을 알 수 있다.

가. 원고는 국립대학인 ○○대학교의 교수이다.

나. ○○대학교는 '○○대학교 총장임용후보자 선정에 관한 규정'에 따라 총장임용후

보자 선정관리위원회 구성, 총장후보자 공모, 정책토론회 등의 절차를 거쳐 총장임용후보자 추천위원회 투표 결과 가장 많이 득표를 한 원고를 1순위 총장후보자로, 그 다음으로 많은 득표를 한 소외인을 2순위 총장후보자로 선정하였다. 이에 따라 ○○대학교는 2015. 8. 28. 피고에게 원고를 1순위 총장임용후보자로, 소외인을 2순위 총장임용후보자로 추천하였다.

다. 피고는 2015. 10. 17. 소외인을 ○○대학교의 총장으로 임용제청하였고, 대통령은 2015. 10. 21. 소외인을 ○○대학교의 총장으로 임용하였다.

4. 이러한 사실관계를 위에서 본 법리에 비추어 보면, 다음과 같이 판단할 수 있다.

가. 피고가 ○○대학교의 총장으로 소외인 후보자를 임용제청한 행위에는 원고를 임용제청에서 제외하는 행위가 포함되어 있다. 이는 ○○대학교가 1순위로 추천한 원고에 대하여 대통령으로부터 임용을 받을 기회를 박탈하는 내용의 불이익처분으로서 항고소송의 대상이 되는 처분에 해당한다.

나. 피고가 ○○대학교의 총장으로 소외인 후보자를 임용제청한 행위에는 소외인 후보자가 원고보다 총장임용에 더욱 적합하다는 평가결과가 당연히 포함되어 있는 것이므로, 피고가 개별 심사항목이나 고려요소에 대한 평가결과를 더 자세히 밝히지 않았다는 점만으로 행정절차법상 이유제시의무를 위반하였다고 볼 수는 없다. 원고가 자신에 대한 임용제청 제외처분에 불복하여 제기한 이 사건에서, 원고가 임용제청된 소외인 후보자에게 총장임용 부적격사유가 있다는 등의 특별한 사정을 주장·증명하여야 비로소 원고에 대한 임용제청 제외처분이 위법하다고 볼 수 있을 것이다(피고가 원고에게 부적격사유가 있다고 밝히면서 원고를 임용제청에서 제외한 것은 아니므로, 원고가 자신에게 부적격사유가 없다는 점을 주장·증명할 필요는 없다). 따라서 원심으로서

는 원고가 과연 그러한 특별한 사정을 주장·증명하였는지를 심리하여 원고에 대한 임용제청 제외처분이 위법한지를 판단하였어야 한다.

5. 그런데도 원심은 단순히 피고의 원고에 대한 총장 임용제청 제외처분이 피고와 대통령 사이의 행정 내부적인 의사결정으로 항고소송의 대상이 되는 처분에 해당하지 않는다고 판단하였다. 이러한 원심판단에는 항고소송의 대상적격과 처분성 등에 관한 법리를 오해하여 필요한 심리를 다하지 않은 잘못이 있다. 이 점을 지적하는 상고이유 주장은 정당하다.

다만 이 사건의 경우 대통령이 소외인을 ○○대학교의 총장으로 임용하였으므로 원고는 피고의 임용제청 제외처분이 아니라 대통령의 임용 제외처분을 다투어야 할 것이다. 따라서 환송 후 원심으로서 원고에게 석명을 구하여 과연 원고가 그 취소를 구하는 행정처분이 어느 것인지를 확정할 다음 심리를 해야 할 것이다.

6. 그러므로 원심판결을 파기하고, 사건을 다시 심리·판단하도록 원심법원에 환송하기로 하여, 대법관의 일치된 의견으로 주문과 같이 판결한다.

재판장 대법관 김창석

 대법관 조희대

주 심 대법관 김재형

대법관 민유숙