

대 법 원

제 1 부

판 결

사 건 2003다37969 채무부존재확인

원고, 상고인 겸 피상고인

원고 학교법인

소송대리인 법무법인 태평양 담당변호사 가재환, 곽태철, 범현

피고, 피상고인 겸 상고인

주식회사 한국주택은행의 소송수계인 주식회사 국민은행

소송대리인 법무법인 화우 담당변호사 임승순, 김남근

원 심 판 결 서울고등법원 2003. 6. 11. 선고 2002나184 판결

판 결 선 고 2006. 5. 11.

주 문

원심판결을 파기하고, 이 사건을 서울고등법원에 환송한다.

이 유

1. 원심의 사실인정과 판단

원심판결 이유에 의하면, 원심은 그 채택 증거에 의하여, A학교와 B학교를 운영하는 학교법인인 원고는 서울 (상세 행정구역 생략)에 있는 A학교를 B학교가 있는 서울 (상세 행정구역 생략)으로 이전할 계획 아래 그 이전비용을 마련하기 위하여 1997. 12. 20. 제41회 이사회를 개최하여 A학교 부지를 담보로 금융기관으로부터 200억 원을 차용하기로 하는 내용의 이사회 결의를 한 다음, 1998. 1. 8.경 관할청인 서울특별시교육청으로부터 위 부지를 한일은행에 담보로 제공하고 한일은행으로부터 금원을 차입할 수 있다는 내용의 교육용기본재산의 처분 등의 허가(이하 '이 사건 허가'라 한다)를 받아 한일은행에 대출신청을 하였으나, 국제결제은행(BIS)의 기준을 맞추어야 하는 한일은행의 사정으로 대출을 받지 못한 사실, 이에 원고의 이사장인 소외 1의 지시를 받은 원고의 사무국장 소외 2 등은 1998. 1. 하순경 주식회사 한국주택은행(위 은행은 2001. 11. 1. 주식회사 국민은행과 합병하여 피고가 설립되었다. 이하 '피고'라 한다)의 서대문지점에 찾아가 원고가 학교이전공사와 관련하여 시공사인 동아종합환경 주식회사(위 회사는 소외 1이 실질적으로 운영하는 회사로 당시 부도위기에 처해 있었다. 이하 '동아종합환경'이라 한다)에게 지급할 공사대금의 대출에 관하여 상담하였으나, 이 사건의 허가상 한일은행만이 차입처(대출은행)로 되어 있다는 등의 이유로 피고가 원고에게 자금을 대출하는 것이 어렵게 되자, 피고와 사이에 동아종합환경이 피고로부터 직접 대출을 받고, 원고는 위 대출금채무를 보증하는 취지에서 피고에게 당좌수표를 발행해 주기로 한 사실, 피고는 이에 따라 1998. 1. 23.경 동아종합환경이 발행한 액면 50억 원의 기업어음(CP)을 기한 2개월 이내로 하여 매입하는 방식으로 동아종합환경에게 50억 원을 대출하고(이하 '이 사건 제1대출'이라 한다), 원고는 위 대출금채무를 보증하기 위해 같

은 날 피고에게 액면금 및 지급기일이 백지로 된 당좌수표 1장을 발행·교부한 사실, 그 후 동아종합환경에 부도가 발생하자, 소외 1은 1998. 4. 23. 위 학교부지에 근저당권을 설정하고 피고와 사이에 여신한도금액을 50억 원으로 하는 여신거래약정을 체결하고, 같은 달 30. 피고로부터 50억 원을 대출받아(이하 '이 사건 제2대출'이라 한다) 원고 명의의 계좌로 입금하였다가 곧바로 동아종합환경의 이 사건 제1대출금에 대한 변제에 충당한 사실, 한편, 소외 1은 서울특별시교육청으로부터 차입처를 "한일은행"에서 "피고"로, 차입방법을 "기본재산을 한일은행에게 담보제공 후 차입"에서 "기본재산을 피고에게 담보제공 후 차입"으로 된 기본재산담보제공 및 장기차입허가사항 변경허가(이하 '이 사건 변경허가'라 한다)를 받으면서, 위 교육청에 위와 동일한 내용으로 의결한 원고의 이사회 회의록을 제출한 바 있는데, 실제 그와 같은 원고의 이사회 결의는 없었던 사실, 서울특별시교육청은 그 후 원고에 대한 감사를 실시하여 같은 해 2. 5. 이 사건 제2대출금을 허가용도인 A학교 이전교사 신축 및 수익용 건물 공사비로 사용하여 함에도 법인회계에 수입조치하지 아니하고 이 사건 제1대출의 보증채무를 상환하는 용도에 부당사용 하였음을 이유로 이 사건 허가 및 변경허가를 각 취소한 사실을 인정하였다.

그리고 원심은, 원고가 서울특별시교육청으로부터 차입처를 한일은행으로 특정하여 허가를 받은 이상 그 차입처를 변경하는 허가를 받기 위하여는 당초의 이사회 결의와는 별도로 이에 대한 이사회 결의가 필요한데, 그와 같은 이사회 결의가 없었으므로, 이 사건 제2대출은 사립학교법에 위반되어 무효일 뿐만 아니라, 행정처분이 취소되었을 경우에는 특별한 사정이 없는 한 원칙적으로 그 취소의 효력은 과거로 소급하는 것으로 보아야 하는데, 서울특별시교육청이 이 사건 허가 및 변경허가를 취소하였음은 앞

서 본 바와 같으므로, 이 사건 제2대출 및 근저당권설정등기는 관할청의 허가 없이 이루어진 것이 되어 사립학교법에 따라 무효라고 할 것이므로, 어느 모로 보나 원고의 피고에 대한 이 사건 제2대출금채무는 존재하지 아니하고, 위 대출금채무의 담보를 위하여 설정된 이 사건 근저당권설정등기 역시 무효라고 할 것이어서 피고는 이 사건 근저당권설정등기의 말소등기절차를 이행할 의무가 있다고 판단하였다.

2. 상고이유에 대한 판단

가. 이사회 결의 필요 여부에 관하여

사립학교법 제16조 제1항은 학교법인의 예산·결산·차입금 및 재산의 취득·처분과 관리에 관한 사항은 이사회 심의·의결을 거치도록 규정하고 있고, 같은 법 제28조 제1항은 학교법인이 그 기본재산을 양도·증여·교환 또는 용도변경하거나 담보에 제공하고자 할 때 또는 의무의 부담이나 권리의 포기를 하고자 할 때에는 관할청의 허가를 받아야 한다고 규정하고 있는바, 사립학교법의 위와 같은 규정의 취지가 사립학교의 존립 및 목적수행에 필수적인 교육시설을 보전하고, 그 기본재산이 부당하게 감소되게 되는 것을 방지함으로써 사립학교의 건전한 발전을 도모하는 데에 있음은 원심이 판시한 바와 같다.

그러나 기록에 의하면, 당초 자금차입에 관한 결의를 할 당시 원고의 이사회는 자금을 대출할 상대방에 관하여는 구체적으로 특정하지 않은 채 그저 “금융기관”이라고만 하여 그와 관련된 부수업무는 사무국에 위임한다는 내용의 의결을 하였고, 차입처가 ‘한일은행’으로 특정된 것은 위와 같은 이사회 결의에 터잡아 관할청으로부터 자금차입허가를 받는 과정에서 그와 같이 된 것임을 알 수 있는바, 사정이 그와 같다면, 변경된 차입처인 피고 역시 원래의 이사회 결의에서 정했던 금융기관에 해당하는 것이고 그와

같은 변경에 따른 이 사건 제2대출이 그 차입조건에 있어서 당초 이사회 결의에서 예상하였던 것보다 원고에게 불리하게 되었다는 등의 특별한 사정을 인정할 아무런 자료가 없는 이상, 그와 같은 단순한 차입처의 변경은 기존의 이사회 결의내용에 이미 포함된 것으로서, 그에 관하여 별도의 이사회 결의는 필요하지 않다고 보아야 할 것이다. 그런데도 원심이 이와 견해를 달리하여 차입처 변경에 관하여 별도의 이사회 결의가 필요하다고 판단한 것은 채증법칙을 위반하여 사실을 오인하였거나 사립학교법의 관계 규정에 관한 법리를 오해한 위법이 있고, 이 점을 지적하는 피고의 상고이유의 주장은 이유가 있다.

나. 행정행위 취소와 소급효의 점에 관하여

행정행위의 취소는 일단 유효하게 성립한 행정행위를 그 행위에 위법 또는 부당한 하자가 있음을 이유로 소급하여 그 효력을 소멸시키는 별도의 행정처분이고, 행정행위의 철회는 적법요건을 구비하여 완전히 효력을 발하고 있는 행정행위를 사후적으로 그 행위의 효력의 전부 또는 일부를 장래에 향해 소멸시키는 행정처분이다. 그러므로 행정행위의 취소사유는 행정행위의 성립 당시에 존재하였던 하자를 말하고, 철회사유는 행정행위가 성립된 이후에 새로이 발생한 것으로서 행정행위의 효력을 존속시킬 수 없는 사유를 말한다 할 것이다(대법원 2003. 5. 30. 선고 2003다6422 판결 참조).

그런데 기록에 의하면, 관할청이 이 사건 허가 및 변경허가를 취소하는 사유로 든 것은 원고가 차입한 자금을 법인회계에 수입조치하지 아니하고 본래의 허가 용도가 아닌 다른 용도에 사용하였다는 것으로서, 이는 허가처분의 효력이 발생하여 자금차입행위가 유효하게 이루어진 이후에 비로소 이행할 수 있는 것들이고, 허가처분 당시에 그 처분에 위와 같은 흠이 존재하였던 것은 아니므로, 위의 법리에 따라 위 사유들은 허

가처분의 철회사유에 해당한다고 보아야 하고, 따라서 관할청이 위와 같은 사유를 들어 이 사건 허가 및 변경허가를 취소하였다면 이는 그 명칭에 불구하고 행정행위의 철회에 해당하는 것으로 이 사건 허가 및 변경허가의 효력은 장래에 향하여 소멸할 뿐이라 할 것이다.

그럼에도 불구하고, 원심이 이와 다른 견해에서 서울특별시교육청의 위 처분이 이 사건 허가 및 변경허가의 취소에 해당한다는 이유로 위 허가처분이 소급하여 무효가 되었다고 판단한 것은 행정처분의 취소 및 철회에 관한 법리를 오해함으로써 판결에 영향을 미친 위법을 범한 것이라 할 것이고, 이 점을 지적하는 피고의 상고이유의 주장은 이유가 있다.

다. 파기의 범위

위에서 본 바와 같이 이 사건 제2대출은 유효한 것이므로 그 대출이 무효임을 전제로 한 원고의 상고이유는 살펴볼 필요도 없이 받아들일 수 없는 것이나 한편, 원심은, 이 사건 제2대출이 무효임을 전제로 피고가 원고에 대하여 대출금 상당의 부당이득반환청구권을 취득한다고 판단한 다음, 피고의 위와 같은 부당이득반환채권과 원고의 정기예금반환채권간의 상계를 주장하는 피고의 주장을 받아들이고 있으므로, 이 사건 제2대출을 유효한 것으로 보는 이상, 상계 주장의 기판력이 인정되는 원고의 정기예금청구 부분에 관한 원심의 판단 역시 그 파기를 면할 수 없다.

3. 결론

그러므로 나머지 상고이유에 대한 판단을 생략한 채 원심판결을 파기하고, 이 사건을 다시 심리·판단하게 하기 위하여 원심법원에 환송하기로 관여 대법관의 의견이 일치되어 주문과 같이 판결한다.

재판장 대법관 양승태 _____

주 심 대법관 강신욱 _____

 대법관 고현철 _____

 대법관 김지형 _____