

대 법 원

판 결

사 건 2014다5531 부당이득금 등
원고, 피상고인 별지 원고 명단 기재와 같다.
원고들 소송대리인 법무법인 향법
담당변호사 하주희
피고, 상고인 서울대학교 기성회 외 6인
소송대리인 법무법인(유한) 태평양 외 1인
원 심 판 결 서울고등법원 2013. 11. 7. 선고 2012나19910 판결
판 결 선 고 2015. 6. 25.

주 문

원심판결 중 피고들 패소 부분을 파기하고, 이 부분 사건을 서울고등법원에 환송한다.

이 유

상고이유(상고이유서 제출기간이 경과한 후에 제출된 상고이유보충서의 기재는 상고이유를 보충하는 범위 내에서)를 판단한다.

1. 가. 대학은 인격을 도야하고, 국가와 인류사회의 발전에 필요한 심오한 학술이론과 그 응용방법을 가르치고 연구하며, 국가와 인류사회에 이바지함을 목적으로 한다(고등교육법 제28조). 국가가 설립·경영하는 대학인 국립대학(고등교육법 제2조, 제3조)

은 대학교육이라는 특정한 국가목적에 제공된 인적·물적 종합시설로서 공법상의 영조물에 해당한다. 이러한 국립대학과 학생 사이의 재학관계는 국립대학이 학생에게 강의, 실습, 실험 등 교육활동을 실시하는 방법으로 대학의 목적에 부합하는 역무를 제공하고 교육시설 등을 이용하게 하는 한편, 학생은 국립대학에 그와 같은 역무제공에 대한 대가를 지급하는 등의 의무를 부담하는 영조물 이용관계에 해당한다.

국립대학이 이와 같은 목적에 부합하는 교육역무와 학교시설을 학생에게 제공하기 위하여는 교육재원이 필요하고, 국립대학의 설립자·경영자인 국가나 국립대학의 수익자인 학생 측이 이를 부담할 수밖에 없다. 이에 따라 고등교육법 제11조 제1항은 "학교의 설립자·경영자는 수업료와 그 밖의 납부금(이하 '등록금'이라 한다)을 받을 수 있다."고 규정하고, 고등교육법의 위임에 따른 「대학 등록금에 관한 규칙」(2007. 3. 23. 교육인적자원부령 제903호로 제정될 당시에는 「대학 수업료 및 입학금에 관한 규칙」이었다가 2010. 12. 2. 교육과학기술부령 제83호로 개정되면서 명칭이 변경되었다) 등은 국립대학에서의 교육을 위한 재원으로서 국립대학의 설립자·경영자가 받을 수 있는 등록금에 관한 근거 규정을 두고 있다.

여기서 국립대학이 학생으로부터 받을 수 있는 등록금은 국립대학이 학생에게 강의, 실습, 실험 등 교육활동을 실시하는 방법으로 대학의 목적에 부합하는 교육역무를 제공하고 이러한 교육역무에 필요한 교육시설 등을 이용하게 하는 것에 대한 대가, 즉 영조물인 국립대학의 이용에 대한 사용료를 의미하는 것이다.

따라서 국립대학이 납부받은 돈이 등록금에 해당하는지는 그 납부금의 명칭이나 납부방식 등 형식적 기준에 의하여만 정할 것이 아니고, 국립대학이 그 납부금을 받게 된 경위, 필요성, 사용처, 납부금액, 납부방식, 학생들이 동일한 수준의 금액을 획일적

으로 납부하고 있는지 여부, 납부자인 학생이나 학부모의 의사 등을 종합적으로 고려하여 납부금의 실질이 국립대학의 교육역무 제공과 교육시설 이용 등에 대하여 대가관계에 있는지, 다시 말하면 영조물인 국립대학의 사용료의 의미를 갖는지에 따라 판단하여야 한다.

그리고 이와 같은 등록금에 관한 교육 관련 법령의 취지 및 그 법적 성격 등에 비추어 보면, 국립대학이 영조물인 국립대학의 사용료로서의 실질을 가지는 비용을 직접 납부받지 아니하고 영조물 이용자인 학생이나 학부모로 구성된 단체로부터 자금을 지원받아 대학의 목적에 부합하는 교육역무와 교육시설의 제공에 사용하더라도 이를 두고 교육 관련 법령의 취지에 위배된다고 할 수 없다.

나. 한편 사단법인은 일정한 목적을 위하여 결합한 사람의 단체에 법인격이 인정된 것을 말하고, 사단법인에서 사원 자격의 득실변경 및 사원으로서의 권리·의무에 관한 사항은 정관에 따르며, 이는 법인 아닌 사단의 경우도 마찬가지이다. 기존의 사단에 대한 신규가입은 법인격의 존부를 불문하고 가입희망자의 신청과 사단 측의 승낙에 의하는 것이 원칙이나, 법령이나 관행 혹은 단체 자체의 특성에 비추어 별도의 가입절차 없이 당연히 그 지위의 승계나 취득이 이루어지는 것으로 볼 수 있는 경우도 있고(대법원 2008. 5. 29. 선고 2006다76606 판결 등 참조), 또한 신규가입 신청과 승낙의 의사표시는 묵시적으로도 가능하며(대법원 1982. 2. 9. 선고 80다2731 판결 등 참조), 사원이 사단에 가입한 이상 정관에서 정한 바에 따라 사원으로서 권리를 가지고 회비 출연 등의 의무를 진다.

2. 원심판결 이유와 기록에 의하면 다음과 같은 사실을 알 수 있다.

가. 국내 각 대학은 우리나라 건국 이후 국가재정이 부족한 상황에서 대학의 설립을

추진하거나 대학의 시설투자를 지원하기 위한 목적으로 대학별로 또는 대학 내 단과대학별로 지역유지나 상공인 등의 개별 찬조금을 재원으로 하는 후원회를 구성하여 운영하여 오다가 재원의 부담 주체가 학부모 위주로 전환되기 시작한 1963년부터 후원회의 명칭이 기성회로 바뀌었다. 기성회는 설립자가 감당하지 못하는 긴급한 교육시설을 갖추거나 학교운영을 지원함으로써 교육여건을 개선하고 면학 분위기를 조성하는 데 기여하여 왔다.

나. 기성회가 처음 만들어질 당시에는 국가가 대학에 교육재원을 충분히 지원하거나 보조할 수 있는 상황이 아니었고, 한편 당시 국립대학의 수업료 징수의 근거 법령이었던 구 교육법(1997. 12. 13. 법률 제5437호로 폐지되기 전의 것) 제86조와 구 「학교 수업료 및 입학금에 관한 규칙」(1982. 2. 26. 문교부령 제500호로 개정되기 전의 것) 제2조에 의하면 수업료 및 입학금은 그 액수가 이미 규칙에 정하여져 있어서 국립대학이 기성회비에 해당하는 돈을 징수할 법적 근거가 갖추어져 있지 아니하였다.

다. 국가는 1963년 문교부 훈령으로 「대학, 고·중학교 기성회 준칙」을 제정하여 기존의 수업료·입학금 외에 기성회비를 징수하여 학교시설의 확충과 수리 및 운영에 필요한 비용 등으로 사용할 수 있도록 근거를 마련하였고, 1977년 1월에는 징수한 기성회비의 관리·운영 등에 관하여 필요한 사항을 규정한 문교부 훈령인 「국립대학(교) 비국고회계관리규정」을 제정하여 국립대학으로 하여금 국고회계와 별도로 기성회회계를 운영하도록 함으로써 전체 국립대학을 대상으로 기성회비를 행정적인 절차에 따라 징수·관리하게 하였다.

라. 이에 따라 이 사건 각 국립대학은 부족한 교육재원을 마련하기 위하여 기성회비를 통하여 학생이나 학부모에게 비용을 부담하도록 하였고, 이와 같이 받은 기성회비

를 전액 이 사건 각 국립대학의 회계에 편입하여 학교시설 확충과 학교 교직원 연구비 지급 등의 교육재원으로 사용하였다.

피고 기성회들의 규약은 이 사건 각 국립대학 학생의 보호자를 기성회의 보통회원으로 한다고 규정하고 있고(피고 경북대학교 기성회, 국립공주대학교 기성회의 규약은 일정한 경우 학생 본인이 보통회원이 될 수 있다고 규정하고 있다), 그 가입절차에 관하여는 특별한 규정을 두고 있지 아니하다. 피고 기성회들의 설립 목적 자체가 이 사건 각 국립대학에 대한 교육재정 지원을 위한 편무적인 재산 출연이고, 그 사업목적 수행을 위한 재원 대부분을 회원의 회비로 충당할 것을 예정하고 있다.

마. 구 「국립대학 비국고회계 관리규정」(2013. 2. 25. 교육과학기술부훈령 제283호로 개정되기 전의 것) 제4조는 "기성회회계는 당해 학교의 기성회장이 주관한다."고 규정하고 있다. 다만 실질적으로는 이 사건 각 국립대학 총장이 기성회비 및 그 예산집행안을 사실상 결정하여 기성회 이사회에 제출하고, 기성회로부터 이를 승인받는 절차를 거쳐 기성회비를 받아 기성회 예산을 집행하여 왔다.

바. 피고 기성회들의 규약에는 기성회비의 징수 방식에 관하여 별다른 규정을 두고 있지 아니하나(다만 피고 전남대학교 기성회의 규약은 총장에게 위임한다고 되어 있다), 실제로는 이 사건 각 국립대학 소속 수입징수관이 수업료 및 입학금과 함께 기성회비를 납부받았고, 기성회비를 수업료와 분리하여 납부하는 것을 허용하지 아니하였으며, 학생이 기성회비를 납부하지 아니하는 때에는 수업료를 납부하지 아니한 것과 마찬가지로 그 학기 등록이 거부되었다. 이 사건 각 국립대학에 입학하여 교육역무와 교육시설 이용 등을 제공받은 원고들은 자기 앞으로 발급된 등록금 고지서에 기재된

기성회비를 수업료와 함께 납부하였고, 그 과정에서 별다른 이의를 제기하지 아니하였다.

사. 피고 기성회들의 규약에 의하면 각 사업으로 조성된 일체의 재산은 그때마다 설립자인 국가에 기부한다고 규정되어 있고, 「국립대학 비국고회계 관리규정」 제27조에도 기성회회계로 취득한 시설과 물품은 국가에 기부채납하여야 하며 기부채납 전까지는 국유재산법과 물품관리법을 준용하여 관리한다고 규정되어 있다.

아. 1997. 12. 13. 제정된 구 고등교육법(2001. 1. 29. 법률 제6400호로 개정되기 전의 것) 제11조 제1항에 "학교의 설립·경영자는 수업료와 기타 납부금을 받을 수 있다."는 규정이 신설되어 이 사건 각 국립대학이 기성회비에 해당하는 비용을 '기타 납부금'으로 등록금의 납부 형식과 절차에 따라 징수할 수 있는 법률상 근거가 마련되었으나, 이 사건 각 국립대학은 여전히 학생 측으로부터 기성회비를 납부받아 교육재원에 필요한 비용을 충당하여 왔다.

자. 한편 2003년부터는 국립대학 총장이 수업료 및 입학금을 정하게 되었고, 기성회비는 기성회 규약에서 기성회 이사회가 결정하도록 하였다. 그러나 실제로는 국립대학 총장이 수업료 및 입학금과 기성회비의 규모를 함께 정하고 기성회비에 관하여는 기성회 이사회의 승인을 받는 절차를 취하여 왔으며, 2010년부터는 고등교육법 제11조 제2항에 따라 교직원, 학생, 관련 전문가 등으로 구성된 등록금심의위원회가 수업료 및 입학금 외에도 기성회비의 증감 여부 및 액수까지 함께 심의하였다.

차. 국립대학 학생이 납부하고 있는 수업료와 기성회비 중에서 기성회비가 차지하는 비중은 2002학년도부터 2007학년도까지는 약 80% 내외였고, 2010학년도에는 84.6%에 이르렀다.

카. 한편 국립대학 재정 운영의 자율성과 효율성을 높여 국립대학의 공공성과 사회적 책임성을 확립하고 나아가 학문 발전과 인재 양성 및 국가 균형 발전에 이바지함을 목적으로 하는 「국립대학의 회계 설치 및 재정 운영에 관한 법률」(이하 '국립대학회계 재정법'이라 한다)이 2015. 3. 13. 법률 제13217호로 제정·시행되었다. 국립대학회계 재정법의 제정·시행으로 종래 국고회계와 기성회회계로 분리 운영되던 국립대학의 회계 대신 국가 및 지방자치단체의 지원금과 학생의 수업료 등 대학 자체 수입금을 통합하여 운영하는 대학회계가 새롭게 설치됨으로써, 국립대학은 더 이상 기성회비를 따로 징수하지 아니하고 이를 포함한 수업료로 등록금을 징수하여 해당 대학의 대학회계에서 직접 운영할 수 있게 되었다.

3. 이러한 사실관계를 앞서 본 법리에 비추어 살펴본다.

가. 그 동안 국립대학들은 학생으로부터 수업료를 받는 외에 부족한 교육재원을 마련하기 위하여 기성회를 통하여 학생이나 학부모로부터 기성회비를 납부받음으로써 학교시설 확충 등에 필요한 비용을 충당하여 왔고, 학생이나 학부모 역시 그러한 사정을 알면서 국립대학의 부족한 재원을 보충하려는 의사로 기성회비의 납부에 응하였다고 보는 것이 국립대학에서의 기성회비 납부에 관한 실체에 부합한다. 피고 기성회들은 국립대학을 재정적으로 지원하기 위한 법인 아닌 사단으로서 이 사건 각 국립대학에 입학하는 원고들이나 그 학부모들에게 국립대학이 제공하는 교육역무와 교육시설에 필요한 비용으로 기성회비를 납부하도록 요구하였고, 원고들이나 그 학부모들이 이를 받아들이어 기성회비를 납부한 후 교육역무를 제공받고 교육시설을 이용하였다. 이로써 원고들이나 그 학부모들 및 피고 기성회들 사이에는 기성회 회원가입에 관한 의사합치가 이루어지고 그 규약에서 정한 회원으로서의 의무이행이 이루어졌다고 평가할 수 있다.

실제로 피고 기성회들은 국고에서 부담하여야 하는 대학 교육재정의 부족분을 보충하는 기능을 수행하여 왔으며, 기성회비는 후원회가 구성되어 운영될 시절의 자율협찬금적 성격이 사라지고 모든 학생에게 수익자 부담 원칙에 따라 일률적으로 동일한 수준의 기성회비가 부과되어, 기성회를 통하여 국립대학에 지원되는 기성회비는 수업료와 마찬가지로 영조물인 국립대학으로부터 교육역무와 교육시설을 제공받는 것에 대한 대가로 기능하였다. 이에 따라 피고 기성회들의 기성회비의 결정 및 납부 절차를 실질적으로 이 사건 각 국립대학의 총장이 주관하였고, 국고회계를 통한 지출대상 경비와 기성회회계를 통한 지출대상 경비가 동일하였으며, 등록금 책정절차에서도 수업료뿐만 아니라 기성회비도 등록금심의위원회의 심의대상으로 삼았다.

「국가유공자 등 예우 및 지원에 관한 법률」 제25조 제1항, 「5·18 민주유공자예우에 관한 법률」 제13조, 「북한이탈주민의 보호 및 정착지원에 관한 법률 시행령」 제46조 제3항, 「특수임무유공자 예우 및 단체설립에 관한 법률」 제12조 등은 교육지원의 내용으로 '수업료·입학금·기성회비'를 면제 또는 지원한다고 규정하고 있고, 사립학교법 제28조 제3항은 "고등교육법 제11조의 규정에 의한 수업료 기타 납부금(입학금·학교 운영지원비 또는 기성회비를 말한다)을 받을 권리는 이를 압류하지 못한다."고 규정하고 있는데, 이러한 규정들은 기성회비가 수업료와 유사한 실질을 가지고 있음을 고려하여 수업료와 마찬가지로 취급하도록 한 것으로서, 고등교육법 제11조 제1항에서 국립대학이 받을 수 있도록 정한 '그 밖의 납부금'에 기성회비가 포함됨을 전제로 한 것이다.

이러한 사정을 종합하여 보면, 이 사건 각 국립대학의 기성회비는 피고 기성회들에 가입한 회원들로부터 기성회 규약에 따라 받는 회비라는 법률적인 성격을 가짐과 아울러

러, 그 실질에 있어 국립대학이 기성회를 통하여 영조물 이용관계에서의 사용료를 학생이나 학부모로부터 납부받은 것으로서 고등교육법 제11조 제1항에 의하여 국립대학의 설립자·경영자가 받을 수 있는 '그 밖의 납부금'을 납부받은 것과 마찬가지로 볼 수 있다. 그리고 1997. 12. 13. 고등교육법이 제정된 이래 고등교육법 제11조 제1항에 수업료 외에 그 밖의 납부금을 받을 수 있는 근거가 규정되어 있으므로, 고등교육법 제정 이후에 기성회장 명의로 기성회비 납부고지를 하면서 실질적으로는 이 사건 각 국립대학이 수업료와 함께 기성회비를 납부받은 것을 가지고 피고 기성회들이 '법률상 원인 없이' 타인의 재산으로 인하여 이익을 얻은 경우에 해당한다고 볼 수는 없다.

나. 뿐만 아니라, 부당이득제도는 이득자의 재산상 이득이 법률상 원인을 결여하는 경우에 공평과 정의의 이념에 근거하여 이득자에게 그 반환의무를 부담시키는 것으로서(대법원 2008. 3. 13. 선고 2006다53733 판결 등 참조), 특정한 당사자 사이에서 일정한 재산적 가치의 변동이 생긴 경우에 그것이 일반적·형식적으로는 정당한 것으로 보이지만 그들 사이의 재산적 가치의 변동이 상대적·실질적인 관점에서 법의 다른 이상인 공평의 이념에 반하는 모순이 생기는 경우에 재산적 가치의 취득자에게 가치의 반환을 명함으로써 그와 같은 모순을 해결하려는 제도이다.

이와 같이 부당이득제도는 부당한 재산적 가치의 이동을 조절하려는 제도이므로, 이익에 대응하여 손해를 입은 사람이 있어야 하고, 어떤 사람의 재산이나 노무가 다른 사람에게 이익을 주는 일이 있더라도 그로 말미암아 그 재산 또는 노무의 제공자에게 어떤 손해를 주는 일이 없는 이상, 이득자에 대하여 그 이득의 반환을 명할 이유가 없는 것이다.

이러한 관점에서 볼 때, 앞서 본 바와 같이 원고들이 영조물인 국립대학을 이용하면

서 그에 상응하는 대가를 피고 기성회들을 통하여 국립대학의 설립자·경영자인 국가에 납부한 것을 두고, 국가나 피고 기성회들이 부당한 이익을 얻었다거나 그로 인하여 원고들에게 어떤 손해가 발생하였다고 볼 수 없다. 만약 피고 기성회들이나 국가에 대하여 원고들이 납부한 기성회비의 반환을 명한다면, 원고들이 영조물인 국립대학을 상응하는 대가 없이 이용하는 것을 정당화하는 결과가 되어 부당한 재산적 가치의 이동을 조절하려는 부당이득제도의 본질인 공평과 정의의 이념에 반한다고 할 것이다.

4. 그럼에도 원심은 이 사건 기성회비가 고등교육법 제11조 제1항에 정한 '그 밖의 납부금'에 해당하지 아니하며 피고 기성회들이 원고들로부터 법률상 원인 없이 기성회비를 납부받은 것이고 이로써 원고들에게 기성회비 상당의 손해를 입혔다고 판단하였으니, 이와 같은 원심의 판단에는 고등교육법 제11조 제1항에 정한 '그 밖의 납부금' 또는 부당이득에 관한 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 위법이 있다. 이 점을 지적하는 상고이유의 주장은 이유 있다.

5. 그러므로 나머지 상고이유에 대한 판단을 생략한 채 원심판결 중 피고들 패소 부분을 파기하고, 이 부분 사건을 다시 심리·판단하게 하기 위하여 원심법원에 환송하기로 하여 주문과 같이 판결한다. 이 판결에 대하여는 대법관 박보영, 대법관 고영한, 대법관 김신, 대법관 김소영, 대법관 조희대, 대법관 권순일의 반대의견이 있는 외에는 관여 법관의 의견이 일치되었고, 다수의견에 대한 대법관 김창석의 보충의견이 있다.

6. 대법관 박보영, 대법관 고영한, 대법관 김신, 대법관 김소영, 대법관 조희대, 대법관 권순일의 반대의견은 다음과 같다.

가. 이 사건 각 국립대학이 기성회비를 수업료와 함께 징수하면서 기성회장 명의로 납부고지를 하였다고 하더라도 그 실질은 고등교육법 제11조 제1항(이하, '이 사건 조

항'이라 한다)의 '그 밖의 납부금'에 해당하므로 그 납부고지 및 징수가 법률상 원인이 있다고 할 수 있다는 다수의견에 대하여는 다음과 같은 이유로 동의할 수 없다.

나. 이 사건 조항에 의하여 '그 밖의 납부금'을 받을 수 있는 자는 '국립대학의 설립자·경영자'이므로 이에 해당하지 않는 '기성회'가 회비 명목으로 학생 또는 학부모로부터 영조물인 국립대학의 사용료에 해당하는 '그 밖의 납부금'을 받는 것은 법률유보 원칙에 어긋나는 것으로 허용되지 아니한다.

(1) 국립대학은 공법상의 영조물에, 국립대학과 해당 대학의 학생 사이의 재학관계는 영조물 이용관계에 해당한다는 점은 다수의견이 실시하는 바와 같다.

그러나 영조물의 이용관계 자체에서 일반 행정법관계와는 다른 특수한 규율이 곧바로 도출되는 것은 아니고, 그러한 특수한 생활관계를 고려하여 국회가 제정한 실정법이 규정하는 바에 따라서 재량권의 행사범위가 다소 넓어질 가능성이 인정될 뿐이므로, 영조물의 이용관계에도 일반 행정법관계와 마찬가지로 법률유보의 원칙이 그대로 적용되어야 한다. 국립대학의 학생은 교육이라는 공적 목적을 달성하기 위한 인적·물적 결합체인 학교라는 영조물의 구조 속에 온전히 편입되어 존재하는 것이 아니라 여전히 독립된 기본권의 주체로서 그 권리를 보장받아야 하고, 특별권력관계라는 전통적인 개념을 근거에 두고 구체적인 법률의 근거도 없이 이용자인 학생의 권리를 제한하거나 의무를 부과하여서는 아니 된다.

(2) 헌법 제31조 제1항은 "모든 국민은 능력에 따라 균등하게 교육을 받을 권리를 가진다."라고 규정하여 교육을 국가의 중요한 과제이자 사회적·경제적 약자도 능력에 따른 실질적 평등교육을 받을 수 있도록 적극적인 정책을 실현해야 할 국가의 의무로 선언하고 있고, 같은 조 제6항은 "학교교육 및 평생교육을 포함한 교육제도와 그

운영, 교육재정 및 교원의 지위에 관한 기본적인 사항은 법률로 정한다."라고 규정함으로써 학교교육에 관한 기본적인 결정을 국회 스스로 행할 수 있는 권한을 부여함과 동시에, 반드시 국회가 이를 정하여야 하는 의무를 부과하고 있다.

국가가 설립·경영하는 교육기관은 국민에게 교육의 기회를 제공하기 위한 국가의 의무로서 이루어지는 것이므로 이러한 교육기관의 운영에 필요한 경비는 국고에서 부담하는 것이 원칙이지만(국립학교 설치령 제20조), 수익자 부담 원칙에 따라 학교경비의 일부를 학생에게 부담시킬 수 있도록 이 사건 조항으로 그 근거를 마련하여 두고 있다.

그러나 이 사건 조항은 이 사건 각 국립대학의 설립자인 국가 또는 국립대학의 경영자에 해당하는 총장이 국립대학의 이용자인 학생으로부터 '그 밖의 납부금'을 받을 수 있는 근거가 될 뿐이고, 제3자가 국립대학 이용대가에 해당하는 '그 밖의 납부금'을 부과하는 근거로 삼을 수는 없다.

(3) 원심판결이 적법하게 확정된 사실에 의하면, 피고 기성회들은 1963년경 부족한 교육시설과 운영경비 지원을 위한 국립대학의 자발적 후원회의 성격으로 발족하였는데, 그 규약에서는 회원은 국립대학에 재학 중인 학생의 보호자 내지 학부모를 보통회원으로, 기성회의 취지와 사업을 찬동하고 자진하여 상당한 금품을 희사한 자를 특별회원으로 하며, 기성회의 사업수행을 위하여 필요한 재원은 회원의 회비, 찬조금 및 기타 수입으로 충당하도록 규정하고 있다. 피고 기성회들은 매년 초에 이사회에서 기성회비의 액수를 결정한 다음 이 사건 각 국립대학 소속 수입징수관과 기성회장의 공동명의로(다만 전남대학교의 경우 피고 전남대학교 기성회의 위임을 받은 전남대학교 수입징수관 단독 명의이다) 신학기에 등록하고자 하는 학생에게 입학금, 수업료, 기성회

비를 일괄 납부하라는 등록금 고지서를 발급하였는데, 기성회비를 입학금 또는 수업료와 분리하여 납부하는 것은 허용되지 아니하였다.

이러한 사실관계를 앞서 본 법리에 비추어 살펴보면, 피고 기성회들은 법인 아닌 사단으로서 국립대학을 설립·경영하고 있는 주체와는 엄연히 별개의 단체이므로 이 사건 조항을 근거로 '그 밖의 납부금'을 받을 수 없음이 분명하다.

또한 기성회비는 기성회 회원들이 납입하는 회비이므로 학생이 국립대학의 이용대가로 납부하는 '수업료 그 밖의 납부금'과는 법적 성질이 다르다. 기성회비를 국립대학 소속의 수입징수관이 수업료와 함께 징수하더라도 이는 기성회로부터 위임을 받아 징수하는 것에 불과하고, 피고 기성회들의 규약에 기성회의 일체의 재산을 설립자인 국가 또는 국립대학에 기부한다고 규정되어 있는 것은 기성회가 국립대학의 운영지원을 목적으로 하는 단체이기 때문이지 기성회비가 국립대학 이용대가기기 때문이 아니다.

(4) 1963년 제정된 문교부 훈령인 「대학, 고·중학교 기성회 준칙」은 "법상 구속력이 없는 임의단체에 발하는 훈령"이라는 것을 이유로 1965. 1. 23. 폐지되었고, 1977. 1. 14. 제정되어 현재까지 시행되고 있는 교육부 훈령인 「국립대학 비국고회계 관리규정」에서도 기성회회계는 당해 학교의 기성회장이 주관하며(제4조), 기성회규약에 의한 회원의 회비 수입과 기타의 수입을 세입으로 하고, 기성회운영비, 당해 학교의 시설·설비비, 교직원의 연구비 및 제보조비, 실험실습비 기타 학교운영에 관한 지원경비를 세출로 하며(제11조), 총장이 기성회의 예산·회계 사무를 위임받은 때에는 소속 공무원 중에서 "기성회계약관"과 "기성회출납관"을 임명하여 이 규정이 정하는 바에 따라 회계업무를 집행하게 하여야 한다(제5조 제1항)고 규정하고 있다.

위 규정들에 의하면, 국가는 기성회비를 이 사건 조항에 의해 '그 밖의 납부금'으로

서 받는 것이 아니라 독립된 단체인 기성회가 회원의 회비로서 받는 것임을 분명하게 인식하고 있으며, 그에 따라 국립대학의 등록금 중 입학금과 수업료는 국고회계로 편입시키는 반면, 기성회비는 비국고회계인 기성회회계로 편입시켜 기성회장이 주관하고, 국립대학 총장이 기성회로부터 기성회의 예산·회계 사무를 위임받아 집행하도록 집행 절차를 마련한 것으로 볼 수 있다.

(5) 한편 다수의견이 들고 있는 「국가유공자 등 예우 및 지원에 관한 법률」이나 「북한이탈주민의 보호 및 정착지원에 관한 법률 시행령」, 사립학교법 규정들은 대학이나 기성회가 기성회비를 등록금처럼 의무적으로 부과하고 있는 현실을 반영하기 위한 부차적인 규정일 뿐, 이 사건 조항의 '수업료와 그 밖의 납부금' 중 '그 밖의 납부금'에 기성회비가 포함되어 대학이 기성회비를 직접 받을 수 있다거나 기성회가 대학의 이용대가를 부과할 수 있다는 근거는 될 수 없다.

다. 나아가 다수의견과 같이 원고들이나 원고들의 부모가 자발적이고 임의적인 의사에 기하여 피고 기성회들의 회원으로 가입하고 계속하여 그 회원 자격을 유지한 것처럼 보는 견해에는 다음과 같은 이유로 동의하기 어렵다.

(1) 국가나 국립대학의 경영자가 제3자로부터 국립대학의 운영지원을 위한 기부를 받는 것이 법률상 금지되는 것은 아니므로, 피고 기성회들이 회원들로부터 정당하게 받은 기성회비를 이 사건 각 국립대학에 기부하는 것 역시 가능하다.

그러나 피고 기성회들(경북대학교 기성회와 국립공주대학교 기성회를 제외한다)은 규약에서 대학에 재학하는 학생의 보호자 또는 부모를 당연회원으로 정하였을 뿐이고 학생을 회원으로 정하고 있지 아니하므로 학생에게 기성회비 납부를 요구할 수 없다. 가사 이 사건 등록금 고지서를 피고 기성회들이 그 회원인 학생의 부모에게 기성회비

납부를 고지하는 취지 혹은 학생에게 회원가입을 요청하는 취지로 선해하더라도 피고 기성회들은 규약에서 기성회의 사업수행을 위하여 필요한 재원은 회원의 회비, 찬조금 및 기타 수입으로 충당한다는 재정조항만을 두고 있을 뿐, 회원들에게 회비납부의무를 부과하는 조항이나 회비 미납시의 불이익에 관한 조항을 두고 있지 아니하다. 그런데 피고 기성회들은 학생 내지 학부모(이하 '학생'이라고만 한다)에게 각자의 부담능력과 관계없이 수업료의 4배 내지 5배에 해당하는 금액을 기성회비로 책정하여 수업료와 동시에 납부하도록 하면서 분리하여 납부하는 것을 허용하지 아니하였다. 또한 이 사건 각 국립대학의 경영자는 학생이 기성회비를 납부하지 아니하는 때에는 수업료를 납부하지 아니한 것과 마찬가지로 학생의 등록을 거부하였다. 학생 입장에서는 기성회비가 수백만 원에 이르러 본인의 학교 운영 지원의사의 범위를 넘어선다고 느껴도 이를 납부하지 않으면 국립대학에 재학하지 못하게 될 것이므로 일방적으로 부과되는 기성회비를 납부하는 것 이외에 다른 선택의 여지가 없었다. 이러한 경우에는 학생의 기성회비 납부를 자발적이거나 임의적인 것으로 볼 수 없으므로 기성회에 회원으로 가입하려는 의사가 있었다고 평가할 수 없다.

(2) 이러한 기성회의 규약, 기성회비의 납부고지와 징수의 형식, 기성회비의 미납시 회원이 입는 불이익에 비추어 보면, 피고 기성회들은 국립대학의 입학과 등록을 수단으로 사실상 학생에게 기성회에의 가입과 기성회비의 납부를 강제하고 자유로운 탈퇴를 허용하지 아니하고 있는 것이다.

헌법 제21조 제1항의 결사의 자유에는 결사에 가입하지 아니할 자유와 기존의 단체로부터 탈퇴할 자유도 포함되는 점과 사적 자치의 원칙상 이러한 가입강제는 예외적으로만 허용되고, 법률에 의할 경우에도 목적달성을 위하여 필요한 최소한의 범위로 국

한시켜야 하며 다른 합헌적인 대체수단이 있으면 이에 따라야 할 것이므로(헌법재판소 1991. 6. 3. 선고 89헌마204 결정 참조), 법인 아닌 사단인 피고 기성회들이 학생들에게 일률적으로 수백만 원의 회비를 부과하면서 가입을 강제하고 탈퇴를 불허하는 것은 헌법상 결사의 자유를 침해하는 것으로서 법적으로 용인될 수 없다. 따라서 학생의 부모 또는 보호자를 당연회원으로 하는 피고 기성회들의 규약과 학생에 대한 기성회비의 강제적인 부과는 법률상 효력이 없다고 보아야 한다.

(3) 기성회는 설립취지에 부합되게 임의단체로 운영되어야 자발적 참여를 통하여 대학의 운영을 지원하고 교육여건 개선에 기여한다는 규약상의 목적을 달성할 수 있다.

다수의견과 같이 기성회비의 징수에 법률상 원인이 있다고 하면 국립대학 경영자는 향후에도 기성회와 유사한 단체를 내세워 학생으로부터 회비를 강제징수할 수 있게 될 것인데, 이를 용인할 경우 국립대학 교육재정의 재원 마련 과정에서 설립자인 국가가 재정적 부담의무를 소홀히 하고, 수익자 부담이라는 명목으로 이용자인 학생에게 과도한 부담을 지울 가능성을 배제할 수 없다.

라. 결론적으로 피고 기성회들은 법률상 근거 없이 원고들로부터 기성회비라는 명목의 금원을 징수함으로써 그 액수 상당의 이익을 얻고 원고들에게 그만큼의 손해를 입힌 것이다. 원심이 같은 취지로 판단한 것은 정당하고, 원심의 판단에 판결에 영향을 미친 잘못이 없으므로 피고 기성회들의 상고를 기각하는 것이 옳다.

사립대학들은 2000년경 학생들과 기성회비 징수의 효력에 관한 분쟁을 겪으면서 기성회비를 등록금으로 전환하였다. 그럼에도 국립대학 기성회들은 계속하여 학생으로부터 기성회비를 징수하여 국립대학에 기부하고, 국립대학은 대학의 자율성이라는 명분을 내세워 재정수입의 30% 내외를 이렇게 징수한 기성회비로 충당하는 편법을 사용하

여 왔다. 이제 국립대학회계재정법의 제정으로 국립대학이 등록금 수입을 국고회계가 아닌 대학회계에 편입할 수 있게 되어 등록금을 국립대학의 자율적 운영의 기반으로 사용할 수 있는 근거가 마련되었으므로 국립대학 등록금과 관련하여 '법 따로, 현실 따로'인 편의주의 시대는 종말을 고하여야 한다.

이상과 같은 이유로 다수의견에 찬성할 수 없음을 밝혀 둔다.

7. 다수의견에 대한 대법관 김창석의 보충의견은 다음과 같다.

가. 국립대학은 공법상의 영조물에 해당하고, 이러한 국립대학과 학생 사이의 재학관계는 국립대학이 대학의 목적에 부합하는 교육역무를 제공하고 이러한 교육역무에 필요한 교육시설 등을 이용하게 하는 한편, 학생은 영조물인 국립대학의 이용에 대한 사용료를 지급하는 등의 의무를 부담하는 영조물 이용관계에 해당한다.

고등교육법 제11조 제1항은 학교의 설립자·경영자는 등록금, 즉 수업료와 그 밖의 납부금을 받을 수 있다고 규정하고 있고, 고등교육법의 위임에 따른 「대학 등록금에 관한 규칙」은 국립대학에서의 교육을 위한 재원으로서 국립대학의 설립자·경영자가 받을 수 있는 등록금에 관한 근거 규정을 두고 있다.

국립대학이 학생으로부터 납부받을 수 있는 고등교육법 제11조 제1항의 등록금은 국립대학이 학생에게 교육역무를 제공하고 이러한 교육역무에 필요한 교육시설 등을 이용하게 하는 것에 대한 대가, 즉 영조물인 국립대학의 이용에 대한 사용료를 의미한다.

따라서 국립대학 학생인 원고들과 영조물 이용관계를 맺을 수 있는 당사자는 국립대학이 될 수 있을 뿐 결코 피고 기성회들이 될 수 없음은 자명하다. 이 점을 근거로 반대의견은 설사 피고 기성회들이 원고들로부터 영조물에 대한 사용료로 기성회비를 받았다 하더라도 이는 법률상 근거 없이 납부받은 것이므로 부당이득에 해당한다고 볼

수밖에 없다고 주장한다.

그런데 1997. 12. 13. 고등교육법이 제정된 이래 고등교육법 제11조 제1항에 수업료 외에 그 밖의 납부금을 받을 수 있는 근거가 마련되었음에도 이 사건 각 국립대학이 굳이 기성회비라는 형식을 통해 등록금을 납부받은 이유는 국고회계의 세입으로 편입되는 수업료보다는 기성회비로 징수하는 것이 예산관리 자치를 확보하는 데 있어서 유리한 점에 있었던 것으로 보이고, 그러한 방식이 편법적인 것임은 부인할 수 없다.

그러나 그렇다 하더라도 기성회비라는 명목으로 납부받은 돈이 고등교육법 제11조 제1항의 등록금에 해당하는지는 다수의견이 실시하는 바와 같이 국립대학이 그 납부금을 받게 된 경위, 필요성, 사용처, 납부금액, 학생들이 동일한 수준의 금액을 획일적으로 납부하고 있는지 여부, 납부자인 학생의 의사 등 제반사정을 종합하여 그 실질이 국립대학의 교육역무 제공과 교육시설 이용 등에 대하여 대가관계에 있는지를 살펴본 다음, 그와 같은 실질에 관하여 원고들과 이 사건 각 국립대학 사이에 의사의 합치가 있었는지에 따라 판단되어야 하지, 납부금의 명칭이나 납부방식 등의 형식적 사항만을 보고서 그것이 고등교육법 제11조 제1항의 등록금이 아니라고 쉽사리 단정하여서는 아니 된다.

나. 다수의견 제2항에서 인정한 사실 및 기록에 의하면 다음의 사정들을 알 수 있다.

(1) 피고 기성회들이 처음 만들어질 당시에는 국가가 대학에 교육재원을 충분히 지원할 수 있는 상황이 아니었고 당시 국립대학의 수업료 징수의 근거법령에는 수업료 및 입학금의 액수가 이미 정하여져 있어서 국립대학이 기성회비에 해당하는 돈을 수업료로 징수할 법적 근거가 없는 상황이었다.

이에 이 사건 각 국립대학은 학생들에게 교육역무 제공 및 교육시설을 확충하는 데

필요한 교육재원을 마련하기 위하여 기성회비의 형식을 빌려 학생들에게 비용을 청구하였고, 학생들 역시 그러한 사정을 잘 알면서 국립대학의 부족한 재원을 보충하려는 의사에서 기성회비를 납부하였다.

(2) 국가도 1977년 1월에 「국립대학 비국고회계 관리규정」을 제정하여 국립대학으로 하여금 국고회계와 별도로 기성회회계를 운영하도록 함으로써 징수한 기성회비를 해당 국립대학에서 직접 관리·사용할 수 있도록 해 주었다.

이러한 수십 년간의 관행을 통하여 기성회비는 당초의 자율협찬금적 성격이 퇴색하고 모든 학생들에게 수익자 부담 원칙에 따라 일률적으로 동일한 수준의 기성회비가 부과되어 사실상 국립대학이 제공하는 교육역무 및 교육시설 이용 등에 대한 대가의 성질을 가지게 되었다.

(3) 2010년부터는 고등교육법 제11조 제2항에 따라 교직원, 학생, 관련 전문가 등으로 구성된 등록금심의위원회가 수업료뿐만 아니라 기성회비의 증감 여부 및 액수까지 함께 심의하여 왔다.

(4) 한편 피고 기성회들의 기성회비의 결정·관리·집행은 실질적으로 이 사건 각 국립대학의 총장이 주관하였고, 이 사건 각 국립대학 소속 수입징수관이 수업료 및 입학금과 함께 기성회비를 납부받았다.

그리고 이와 같이 받은 기성회비는 전액 이 사건 각 국립대학의 회계에 편입되어 학교시설 확충과 학교 교직원 연구비 지급 등의 교육재원으로 사용되었고, 피고 기성회들이 징수된 기성회비를 실질적으로 관리하였거나 이득을 취하였다고 보이지는 아니한다.

다. 이와 같은 사정들을 종합하여 보면, 이 사건 각 국립대학의 기성회비는 그 실질

에 있어 영조물인 이 사건 각 국립대학이 그 이용자인 원고들로부터 피고 기성회들을 통하여 그 사용료를 납부받은 것이라 할 것이고, 이는 결국 이 사건 각 국립대학이 고등교육법 제11조 제1항에 의해서 국립대학의 설립자·경영자가 받을 수 있는 '그 밖의 납부금'을 받은 것이라고 할 것이다. 그리고 이와 같은 실질에 관하여 원고들과 이 사건 각 국립대학 사이에 묵시적인 의사 합의가 있었다고 할 수 있다.

따라서 이 사건 각 국립대학의 기성회비는, 그 납부의 형식에도 불구하고 원고들과 이 사건 각 국립대학 사이에서 '그 밖의 납부금'으로 납부된 것이라 할 것이어서, 그 급부의 원인관계인 재학관계가 적법하게 실효되지 아니하는 한 부당이득이 될 수 없으므로(대법원 2005. 4. 15. 선고 2004다49976 판결 등 참조), 원고들은 이를 이 사건 각 국립대학을 대항하여 납부받은 피고 기성회들에 대하여 부당이득을 주장하며 납부한 기성회비의 반환을 청구할 수 없다.

라. 기성회비 납부의 법률관계가 사법상 계약이라고 볼 수 있는 한 이러한 해석이 타당하다는 점에 관하여 별다른 의문이 없을 것이다. 일반적으로 계약의 당사자가 누구인지는 그 계약에 관여한 당사자의 의사해석의 문제에 해당하며(대법원 2009. 3. 19. 선고 2008다45828 전원합의체 판결 등 참조), 당사자의 의사를 해석함에 있어서는 그 계약이 체결된 동기 및 경위, 당사자가 계약을 통하여 달성하려고 하는 목적과 진정한 의사 등을 종합적으로 고찰하여 사회정의와 형평의 이념에 맞도록 논리와 경험의 법칙, 그리고 사회일반의 상식과 거래의 통념에 따라 합리적으로 해석하여야 하기 때문이다(대법원 2011. 3. 10. 선고 2010다78586 판결 등 참조).

그러나 기성회비 납부의 법률관계가 공법상 계약이라고 하더라도 이 같은 해석은 마찬가지로 타당하다고 보아야 한다. 이 사건에서와 같이 공법상 계약의 실질과 형식이

일치하지 않는 경우에 그러한 점만으로 그 계약을 무효로 보아야 하는 것은 아니고, 특별한 사정이 없는 한 당사자의 의사해석에 관한 사법상 해석의 원칙에 따르는 것이 타당하기 때문이다.

이상과 같이 다수의견에 대한 보충의견을 밝혀 둔다.

(별지 원고명단 생략)

재판장	대법원장	양승태
-----	------	-----

	대법관	민일영
--	-----	-----

	대법관	이인복
--	-----	-----

주 심	대법관	이상훈
-----	-----	-----

	대법관	김용덕
--	-----	-----

	대법관	박보영
--	-----	-----

	대법관	고영한
--	-----	-----

대법관 김창석

대법관 김 신

대법관 김소영

대법관 조희대

대법관 권순일

대법관 박상옥