



■ [연속보도 ⑤] 자사고의 우선선발권이 헌법상 보장된 건가요? (2019.3.4.)

사교육걱정없는세상은 '고입 동시 실시' 헌법소원 공개변론에서 자사고측이 제기한 주장을 하나씩 짚어보는 5회 연속 보도를 아래와 같이 시작하였습니다. 우리 사회가 겪고 있는 고입전형의 불공정성, 극심한 고입단계 사교육비 그리고 대학서열화로 직결되는 고교서열화의 문제를 짚어보고 불공정한 고입전형 및 고교체제의 개선을 모색해보고자 합니다. 또한 현재 헌법소원재판이 진행중인 '고입 동시 실시' 시행령 개정의 의미와 본질도 함께 살펴보고자 합니다.

- ① “자사고가 고교서열화의 원인이 아니라가요?” (2019년 1월 22일 보도)
- ② “자사고 입시 사교육이 극심하지 않아요?” (2019년 1월 28일 보도)
- ③ “자사고가 교육과정을 정말 다양화·특성화 하고 있나요?” (2019년 2월 19일 보도)
- ④ “자사고가 우수학생을 선점하는게 아니라가요?” (2019년 2월 26일 국회 기자회견으로 대체)
- ⑤ “자사고의 우선선발권이 헌법상 보장된 건가요? (2019년 3월 4일 보도)

## 자사고의 우선선발권은 헌법이 보장하는 권리가 아닌 특혜입니다.

- ▲ 사교육걱정없는세상(이하 사교육걱정)은 현 정부의 교육공약인 자사고·외고·국제고의 일반고 전환을 포함하여 고교서열화 해소 및 고교체제 개선을 모색하는 연속 기획보도를 시작함. 다섯 번째 주제는 자사고의 우선선발권이 헌법상 보장된 권리인지, 따라서 이를 제한하고 있는 동시선발제도가 위헌인지 여부를 살펴보고자 함.
- ▲ 사학운영의 자유는 헌법상 인정되는 기본권이지만 우선선발권의 보장은 그 기본권의 보호영역을 넘어선 주장으로 자사고의 우선선발권은 우리 헌법이 보장하는 권리라고 볼 수 없음.
- ▲ 설립목적의 특수성을 인정하여 우선선발의 특혜를 부여한 만큼 설립목적이 형해화되

었다면 그 특혜를 폐지해야 할 것임.

- ▲ 사학의 자유에 포함된다고 하더라도 고교서열화 완화, 공정한 입학전형 실시, 소수 특정학교의 우수학생 선점 현상 해소 등의 공익에 비추어 보았을 때 충분히 제한이 가능한 사안임.
- ▲ 전기에 선발하도록 한 과학고 및 중복지원을 허락한 일반고와 차별하여 평등권을 침해하였다는 주장을 하고 있으나, 오히려 기존의 입시가 일반고 지원자에 비해 합리적 이 유없이 특별하게 우대하여 차별한 것임
- ▲ 헌법재판소(이하 헌재)는 지난해 ‘자사고와 일반고의 중복지원 불가’를 규정한 제81조 제5항에 대한 효력정지 가치분 신청을 인용하였는바 이는 자사고 불합격생의 불이익을 과도하게 인정한 결정으로 변경되어야 함.
- ▲ 헌재는 교육에 대하여 헌법이 정하고 있는 가치와 규정 및 개정된 시행령으로 우리 사회 대다수의 혜택으로 돌아올 공익을 고려하여 공정하게 판단해야 할 것임.

*“...사학운영의 자유는 기본권에 속하고 여기에는 학생선발권이 핵심적 요소이다. 자사고의 경우 설립목적 구현을 위해 전기모집을 통한 자율적인 학생선발권이 반드시 요구되는 데 시행령은 자사고의 이러한 학생 선발권을 부당하게 박탈해서 시례적으로 사학운영의 자유를 무력화한다 ...”*

-헌법소원 공개변론 中 자사고측 주장 (2018.12.14.)-

이는 자사고·외고·국제고와 일반고의 고입을 동일한 시기에 실시하고자 하는 교육부의 시행령 개정을 위헌이라며 헌법소원을 청구한 자사고측(상산고,민사고,현대청운고)이 지난 12월 헌재 공개변론에서 주장한 내용입니다. 자사고 측의 주장대로 우선선발권이 헌법상 자사고에게 보장되는 기본권이고 사학운영의 자유의 핵심일까요? 따라서 이번 자사고, 일반고의 동시선발제도 및 중복지원금지는 위헌일까요?

관련하여 헌법이 명시하고 있는 조항과 기존 헌재의 판례를 살펴보도록 하겠습니다. 다섯 번째 보도자료의 주제는 자사고, 일반고의 동시선발제도 및 중복금지제도의 위헌성 여부입니다.

■ 사학운영의 자유는 헌법상 인정되는 기본권이지만 우선선발권의 보장은 그 기본권의 보호영역을 넘어선 주장으로 자사고의 우선선발권은 우리 헌법이 보장하는 권리라고 볼 수 없음

위와 같이 자사고는 사학운영 자유의 핵심적 요소가 학생선발권이며 이를 위해서는 입학시기의 자율적 결정이 보장되어야 한다고 주장하고 있습니다. 그러나 이러한 주장은 사학운영 자

유의 기본적인 보호 영역을 넘어서는 것으로, 우리 헌법과 법원이 자사고가 일반고에 비하여 학생을 우선적으로 선발할 권리까지 보장한다고 볼 근거가 전혀 없습니다.

현재는 기본적으로 사립학교가 공교육의 보완적 역할을 담당하고 있음을 밝히고 있습니다. “사립학교는 그 설립자의 특별한 설립이념을 구현하거나 독자적인 교육방침에 따라 개성 있는 교육을 실시할 수 있을 뿐만 아니라, 공공의 이익을 위한 재산출연을 통하여 정부의 **공교육 실시를 위한 재정적 투자능력의 한계를 자발적으로 보완해 주는 역할**을 담당한다.(전원 재판부 2007헌마1189, 2013. 11. 28)” 이어서 사립학교에 대한 위와 같은 인식을 바탕으로, 비록 헌법에 명문의 규정은 없지만 **사학의 자유가 헌법상의 기본권으로 인정되는 이유**에 대하여 “학교법인을 설립하고 이를 통하여 사립학교를 설립·경영하는 것을 내용으로 하는 사학의 자유가 헌법 제10조, 제31조 제1항, 제4항에서 도출되는 기본권임을 확인하는 한편, 학교 교육이 개인·사회·국가에 지대한 영향을 미친다는 점에서 **사립학교도 국·공립학교와 본질적으로 다를 바 없다**”는 점을 밝히고 있습니다.(헌재 2001. 1. 18. 99헌바63, 판례집 13-1, 60, 68 참조).

최근 행정법원 또한 위와 같이 사학의 자유를 기본권으로 보장하는 이유와 국가에서 사립학교가 수행하는 역할 등을 고려해 볼 때 **사학의 자유에는 ‘학생을 자유롭게 선발할 권리’, ‘교과과정을 자유롭게 형성할 권리’, ‘자유롭게 교직원을 임명할 권리’** 등은 포함되는 것으로 볼 수 있으나 국공립학교에 우선하여 학생을 선발할 권리는 헌법상 보장되는 사학의 자유에 포함된다고 보기 어렵다고 판단하였습니다 (2018구합66135) .

나아가 자사고의 주장대로라면 모든 사립학교, 즉 일반고의 지위를 가지고 있으나 사립학교 법인이 설립한 모든 일반고의 경우에도 사학의 자유에 따라 다른 공립고에 비해서 앞서 선발할 수 있는 자유가 보장되어야 합니다. 사실상 실제 입학 전형의 과정에서 원하는 사학이 언제든지 원하는 시기에 입시 전형을 운영하는 것은 행정적으로도 불가능한 일이며, 애초에 자사고가 주장하는 자사고 지원권의 두터운 보장 또한 상실된다는 점에 비추어 볼 때 앞뒤가 맞지 않습니다. 이는 자사고 측이 사학의 자유에 기대어 너무 과도한 권리를 요구하고 있다는 사실을 방증합니다.

관련하여 자사고 측은 우선선발권 보장을 요구하면서 개정된 시행령대로라면 자사고 기피가 심화되어 학교는 존폐위기에 물리게 될 것이라고 주장하고 있습니다. 그러나 이는 아무런 근거가 없는 억측입니다. 더군다나 자사고측의 주장대로 당해 학교에서 양질의 교육과정을 운영하고 선발효과가 아닌 교육효과에 자신한다면 선발시기를 이유로 학교가 문을 닫는 것은 있을

수 없는 일입니다. 관련하여 행정법원은 “이 사건 시행령 조항의 개정으로 자사고에 진학하고자 하는 학생들이 자사고 지원을 포기하게 되고 자사고 지원자 수 감소로 인하여 원고들의 재정에 영향을 미칠 가능성도 있지만 헌법상 사학의 자유에 지원하는 학생 수의 보장을 요구할 수 있는 권리까지 있다고 볼 수 없다.”라며 우선선발권 보장이 사학의 자유가 보호하는 범위를 넘어선 주장임을 분명히 하였습니다.

■ 설립목적의 특수성을 인정하여 우선선발의 특혜를 부여한 만큼 설립목적이 형해화되었다면 그 특혜를 폐지해야 할 것

우선선발권은 사학의 자유에 따라 발생하였던 것이 아니라 ‘교육과정의 다양화’라는 설립 목적의 특수성을 인정하였기에 일반고에 비해 전기에 선발하도록 그 특혜를 부여한 것입니다. 그러나 실상은 이와 달랐습니다. 2015년 1차 재지정평가를 받은 전국 21개 자사고의 국영수 편성 비율에 대해 정진후 국회의원실에서 분석한 자료를 살펴보면 대다수의 자사고 입시위주의, 국영수 주요 과목에 편중된 교육과정을 운영하였습니다. 설립 취지라던 교육과정의 다양성과는 너무나도 거리가 먼 결과였습니다. 교육부가 2015 개정교육과정을 확정지으면서 자사고도 2018학년도부터 의무적으로 국영수 수업시수를 50% 이하로 시행하도록 제한시켜 교육과정 편성 부분은 나아졌을지 모르나 대다수의 자사고가 주어진 자율권으로 입시 위주의 교육에 집중하고 있었으며 대학 진학을 위한 교육을 실시하는 일반고와 동일한 목적의 교육과정을 운영하고 있는 것입니다. 일반고와는 달리 교육과정을 다양화하기 위해서 지정된 자사고가 일반고와 변별점이 없이 동일한 목적의 교육과정을 운영한다면 이는 지정목적 달성을 못 하고 있는 것이고 따라서 학생 우선선발의 특혜를 부여할 이유도 없습니다.

■ 사학의 자유에 포함된다고 하더라도 고교서열화 완화, 공정한 입학전형 실시, 소수 특정학교의 우수학생 선점 현상 해소 등의 공익에 비추어 보았을 때 충분히 제한이 가능한 사안임

헌재는 “헌법 제31조는 국민의 교육을 받을 권리를 실질적으로 보장하기 위하여 국가나 공공단체가 적극적·능동적으로 주도하고 관여하는 교육체계, 즉 공교육제도를 전제하고 있음(헌재 1992. 11. 12. 89헌마88, 판례집 4, 739, 751-752 참조)에 따라 학교 교육의 제도와 그 운영에 관해서 법률에 위임하고 있으며, 이러한 헌법의 위임에 따라 교육기본법, 초·중등교육법 등의 교육관련 법률들도 학교, 교원, 학생선발, 교육내용, 학교에 대한 공적 지도·감독 등 학교 및 교육의 거의 모든 영역에 걸쳐 사립학교를 공립학교와 동일하게 규율하고 있으므로, 법제상

우리나라 사립학교는 공교육체도의 체계에 철저히 편입되어 있다고 할 수 있다. 사립학교의 운영에 있어서 자율성을 인정하면서도 국가가 감독과 통제의 제약을 부과하는 정도는 그 시대의 사정과 각 급 학교의 특성에 따라 다를 수밖에 없을 것이지만, 우리나라와 같은 공교육체계 하에서의 사립학교는 태생적으로 그 공공성이 강조되는 양상이 뚜렷할 수밖에 없다.”며 **사학의 자유 또한 본질적인 내용을 침해하지 않는 한 궁극적으로는 입법자의 형성의 자유에 속하는 것으로 허용**한다고 밝히고 있습니다. (2007헌마1189, 2013.11.28)

위와 같은 현재의 판단에 비추어 볼 때 혹여 선발시기에 관한 결정권이 헌법상 보장되는 사학의 운영의 자유에 의해 행사할 수 있다 할지라도 공공의 이익을 위하여 제한할 수 있습니다. △우리나라와 같은 공교육체계하에서의 사립학교는 태생적으로 그 공공성이 강조되는 양상이 뚜렷할 수밖에 없다는 점 △사학의 자유 또한 본질적인 내용을 침해하지 않는 한 궁극적으로는 입법자의 형성의 자유에 속하는 것으로 허용한다는 점 △자사고의 교육과정 운영의 자율성과 선발권 등은 그대로 두면서 단지 입학전형시기만을 일반고와 동시에 실시할 수 있도록 변경한 것에 지나지 않는다는 점 △이에 따라 부수적으로 자사고 지원자의 진학률을 높이고자 불합격시 일반고 근거리배정을 하였다는 점 △ 동시선발로 인하여 제한되는 사학의 자유는 우수학생을 선점할 수 없다는 등의 제약에 불과하나, 이에 비해 공정한 입학전형 실시, 소수 특정학교의 우수학생 선점 현상 해소의 공익은 매우 크다는 점 등을 종합적으로 고려할 때 이 사건 시행령 개정이 사학 운영의 자유에 대한 과도한 제한이라 할 수 없습니다.

■ 전기에 선발하도록 한 과학고 및 중복지원을 허락한 일반고와 차별하여 평등권을 침해하였다는 주장을 하고 있으나 오히려 기존의 입시가 일반고 지원자에 비해 합리적 이유없이 특별하게 우대하여 차별한 것임

과학고는 과학인재 양성을 위해 설립된 특수목적 고등학교입니다. 과학 인재 양성을 위해 과학 분야에서 두각을 나타내는 학생들을 선별하여 교육할 필요가 있습니다. 초·중등교육법 시행령 제76조의3(고등학교의 구분)을 보더라도 과학고의 경우 자사고와는 구분하여 특목고로 분류하고 있습니다. 반면에 자사고는 학교교육의 다양성이라는 목적으로 설립되었을 뿐이고 일반고 또한 마찬가지로 교육과정의 다양성을 추구해야 하므로 자사고와 일반고는 본질적으로 다르다고 보기 어렵습니다. 따라서 자사고로서는 특수한 역량이 있는 학생을 우선하여 선발할 이유가 없다할 것입니다.

일반고는 중복지원을 허용하면서 자사고는 중복지원을 금지하는 것이 차별이라고 하나 현재 일반고와 자사고 입학 과정을 살핀다면 차별이라고 할 수 없습니다. 일반고 지원자의 경우,

학교선택이 두곳 가능하다고는 하나 이는 매우 제한적인 학교선택권의 행사일 뿐입니다. 일반고의 경우 본래 일방적으로 배정되었던 시스템하에서 일반고 지원학생들의 학생선택권이 전혀 보장되지 않는 문제를 해결하고자 1지망과 2지망 학교를 선택하도록 하였습니다. 이마저 전산시스템에 따라 한번에 배정되고 있는 상태입니다. 반면 자사고에 지원하였을 경우, 적극적으로 원하는 학교를 선택하여 지원하고 (학교에 따라 상이하나) 면접 등 자신의 노력을 다할 수 있습니다. 즉 전산 작업에 의해 일방적으로 배정되는 시스템하에서 학교를 선택하여 한번에 지원하는 것과, 자신이 원하는 학교에 한번 지원하여 면접 등 최선의 노력을 다하는 것에는 분명한 학교선택권의 질적 차이가 존재합니다. 자사고에 우선선발권을 부여했던 것은 일반고와 차별화된 교육과정의 다양성을 위해서였습니다. 그러나 실상은 입시위주의 상급학교 진학을 목적으로 하는 일반고와 다르지 않았습니니다. 따라서 우선선발권은 자사고가 일반고에 비해서 과도한 특혜를 부여받은 것으로 이번 시행령 개정은 그 특혜를 해소한 것에 지나지 않습니다.

■ 현재는 지난해 ‘자사고와 일반고의 중복지원 불가’를 규정한 제81조 제5항에 대한 효력정지 가처분 신청을 인용하였는바 이는 자사고 불합격생의 불이익을 과도하게 인정한 결정으로 변경되어야 함

현재는 2018년 6월 29일(금), ‘자사고와 일반고의 중복지원 불가’를 규정한 제81조 제5항에 대한 효력정지 가처분 신청을 인용하였습니다. 그러나 이러한 결정은 공익은 도외시하고 자사고 불합격자의 권리를 과도하게 보호한 것으로 그 결정의 취지가 변경되어야 할 것입니다.

소수 특정학교의 우수학생 선점 현상 해소, 학교교육의 정상화, 고입 전형의 공정한 출발선 보장, 고교 서열화의 해소, 고입 경쟁으로 인한 과열된 사교육 조장 해소 등의 공익을 위하여 이 사건 시행령이 개정된 것입니다. 그런데 이번 가처분 결정으로 교육부와 교육청은 최대한 현재의 결정으로 인해 고입전형 시행계획 등을 변경할 수밖에 없었습니다. 그 결과 서울의 경우 1단계 20% 2단계 40% 3단계 40%의 비율로 배정되는 상황에서 자사고 불합격자를 일반고 2단계에 지원할 수 있도록 조치하였습니다. 40%이상이 배정되는 2단계에 자사고 불합격자가 지원하게 될 경우 앞서 언급했던 이번 개정 시행령이 확보하고자 했던 공익적 가치가 달성되는 것은 어려워 보입니다. 이미 언론에서는 자사고에 지원하더라도 일반고에 중복지원이 가능하다는 것과 이로 인해 자사고 경쟁률이 상승했다고 보도하고 있습니다.

또한 가처분의 결정대로 자사고 지원학생이 불합격 한 후 일반고 지원자와 별다른 차이없이 지원할 수 있다면, 위와 같이 일반고와 다르게 불 이익이 없는 자사고와 자사고 지원자를 일반

고와 일반고 지원자에 비해 합리적 이유없이 특별하게 우대하여 차별하는 것입니다. 지난해 현재의 가치분결정 후 일반고 학부모로부터 연락이 왔습니다. 지금까지 불공정하게 치루어졌던 고입전형이 시행령 개정으로 개선될 것이라는 기대가 있었는데, 금번 결정으로 인해 처음부터 일반고에 지원하는 자녀가 학교선택권을 이미 적극적으로 사용한 자사고 불합격자와 동일하게 일반고에 지원한다면 이것이야말로 역차별이 아니냐라는 억울한 심경을 호소하였습니다.

위에서 살펴본 것과 같이 전산 작업에 의해 일방적으로 배정되는 시스템하에서 학교를 선택하는 것과, 자신이 원하는 학교에 한번 지원하여 면접 등 최선의 노력을 다하는 것에는 분명한 학교선택권의 질적 차이가 존재합니다. 그럼에도 불구하고 현재는 일반고에 1지명한 사람과, 자사고에 1회 지원했던 자에게 동일하게 2단계 일반고 지원권을 주는 것이 무엇이 문제냐고 되묻고 있습니다. 질적 차이에 대한 고려없이 횡수나 단계만을 맞추는 것은 매우 기계적인 판단이며 결코 우리 헌법이 보장하고 있는 평등의 가치에 부합하다고 할 수 없습니다. 지난 현재의 가치분 일부 인용 결정은 우리교육의 공공성과 평등을 수호하는 방향으로 반드시 변경되어야 할 것입니다.

■ 현재는 교육에 대하여 헌법이 정하고 있는 가치와 규정 및 개정된 시행령으로 우리 사회 대다수의 혜택으로 돌아올 공익을 고려하여 공정하게 판단해야 할 것임.

일반고와 유사하게 운영되는 자사고가 일반고와 달리 학생을 먼저 선발하게 할 이유는 없습니다. 선발시기에 있어 일반고와 차별하는 것은 헌법에 합치되지 않고 선발시기의 문제는 공익적 목표, 행정상의 이유 등으로 탄력적으로 운용할 필요성이 있습니다. 더욱이 우수학생을 선점할 수 있다는 신뢰 및 불합격자에게도 두텁게 일반고 지원이 허용되어 우수한 학생들이 많이 지원할 수 있도록 하는 정책의 반사적 이익보다는 △공정한 입학전형 실시, △일반고와의 불합리한 차별 해소, △소수 특정학교의 우수학생 선점 현상 해소 등의 공익이 더 우선한다고 볼 수 있습니다.

입학전형 동시 실시는 그동안 자사고 등에 과도하게 인정되어 오던 학생선점권을 해소하고 공정한 입시가 이루어질 수 있도록 하는 최소한의 조치이며 헌법상의 어떠한 권리나 원칙을 침해하거나 위반하였다고 볼 수 없습니다. 현재는 위와 같은 헌법 및 현재 판례에서 일관되게 밝히고 있는 교육에 대한 가치와 규정에 따라 공정하게 판단해야 할 것입니다.

2019. 3. 4.

(사)사교육걱정없는세상 법률위원회

변호사 박다혜

변호사 박상진

변호사 배정호

변호사 임지선

변호사 조원익

변호사 태원우

변호사 홍민정

※ 문의 : 정책대안연구소 선임연구원 김은정(02-797-4044/내선번호 509)  
상임변호사 홍민정(02-797-4044/내선번호 506)