

보 도 자 료

자사고를 후기학교로 규정하고, 자사고 지원자에게 평준화지역 후기학교 중복지원을 금지한 초·중등교육법 시행령 사건

[2018헌마221 초·중등교육법 시행령 제80조 제1항 등 위헌확인]

[선 고]

헌법재판소는 2019년 4월 11일 재판관 전원일치의 의견으로 자사고 지원자에게 평준화지역 후기학교의 중복지원을 금지한 초·중등교육법 시행령 제81조 제5항 중 ‘제91조의3에 따른 자율형 사립고등학교는 제외한다’ 부분은 청구인 학생 및 학부모의 평등권을 침해하여 헌법에 위반되고, 재판관 4[합헌]:5[위헌]의 의견으로 자사고를 후기학교로 규정한 초·중등교육법 시행령 제80조 제1항은 청구인 학교법인의 사학운영의 자유 및 평등권을 침해하지 아니하여 헌법에 위반되지 아니한다는 결정을 선고하였다. [위헌, 기각]

이에 대하여 심판대상조항들의 교육제도 법정주의 위반 여부에 관한 재판관 조용호의 위헌의견, 재판관 서기석, 이종석의 법정의견에 대한 보충의견이 있다.



2019. 4. 11.

헌법재판소 공보관실

□ 사건개요

- 청구인 1내지3은 자율형 사립고등학교(이하 ‘자사고’)를 각 운영하는 학교법인(이하 ‘청구인 학교법인’), 청구인 4내지 6은 평준화지역의 중학생들로서 자사고 입학에 희망하는 학생들(이하 ‘청구인 학생’), 청구인 7내지 9는 그 학부모들(이하 ‘청구인 학부모’)이다.
- 2018학년도까지의 고등학교 입시 일정에서는 자사고가 전기에 선발하는 고등학교 또는 학과(이하 ‘전기학교’)에 포함되어 학생들이 전기에 자사고를 지원하고 불합격할 경우 후기에 선발하는 고등학교 또는 학과(이하 ‘후기학교’)를 지원하는 것이 가능하였다(초·중등교육법 시행령 제85조 제2항). 그러나 2017. 12. 29. 초·중등교육법 시행령이 개정되면서 제80조 제1항에서 제5호를 삭제하여 자사고를 후기학교로 정하고, 제81조 제5항 중 괄호 안에 ‘제91조의3에 따른 자율형 사립고등학교는 제외한다’부분을 삽입하여 자사고를 지원한 학생에게는 평준화지역의 후기학교에 중복지원하는 것을 금지하였다(이하 ‘이 사건 개정’).
- 이에 청구인들은 이 사건 개정으로 인해 학생과 학부모는 자사고 지원이 어려워지고 자사고는 학생선발에 어려움을 겪게 되었으므로, 개정 시행령이 학생과 학부모의 학교선택권, 학교법인의 사립학교 운영의 자유로서의 학생선발권, 평등권을 침해하고 신뢰보호원칙 등을 위반한다고 주장하면서 2018. 2. 28. 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다.

□ 심판대상

- 이 사건 심판의 대상은 초·중등교육법 시행령(2017. 12. 29. 대통령령 제28516호로 개정된 것, 이하 ‘시행령’) 제80조 제1항(이하 ‘이 사건 동시선발조항’)과 제81조 제5항 중 ‘제91조의3에 따른 자율형 사립고등학교는 제외한다’ 부분(이하 ‘이 사건 중복지원금지 조항’, 위 두 조항을 합하여 ‘심판대상조항’)이 청구인들의 기본권을 침해하는지 여부이다.

[심판대상조항]

초·중등교육법 시행령(2017. 12. 29. 대통령령 제28516호로 개정된 것)

제80조(선발시기의 구분) ① 고등학교 신입생의 선발은 전기와 후기로 나누어 행하되, 전기에 선발하는 고등학교 또는 학과(이하 “전기학교”라 한다)는 다음 각 호의 고등학교 또는 학과를 말하며, 후기에 선발하는 고등학교 또는 학과(이하 “후기학교”라 한다)는 전기에 해당되지 아니하는 모든 고등학교 또는 학과로 한다.

1. 삭제

2. 일반고등학교 중 예·체능계고등학교(예술·체육 등의 전문교육을 주로 하는 고등학교를 말한다. 이하 같다)

3. 제90조에 따른 특수목적고등학교. 다만, 제90조 제1항 제6호에 해당하는 특수목적고등학교는 제외한다.

4. 제91조에 따른 특성화고등학교

5. 제91조의3에 따른 자율형 사립고등학교 <삭제, 2017.12.29.>

6. 일반고등학교에 설치한 학과 중 교육감이 정하는 학과(예술인 및 체육인 양성을 목적으로 설치한 학과 또는 제91조에 따른 특성화고등학교에 상응하여 특정 분야의 인재양성을 목적으로 설치한 학과로 한정한다)

제81조(입학전형의 지원) ⑤ 제1항 본문에도 불구하고 제77조 제2항에 따라 시·도 조례로 정하는 지역의 후기학교(제90조 제1항 제6호에 해당하는 특수목적고등학교 및 제91조의3에 따른 자율형 사립고등학교는 제외한다) 주간부에 입학하고자 하는 자는 교육감이 정하는 방법 및 절차에 따라 2이상의 학교를 선택하여 지원할 수 있다.

□ 결정주문

1. 초·중등교육법 시행령(2017. 12. 29. 대통령령 제28516호로 개정된 것) 제81조 제5항 중 ‘제91조의3에 따른 자율형 사립고등학교는 제외한다’ 부분은 헌법에 위반된다.
2. 청구인들의 나머지 심판청구를 기각한다.

□ 이유의 요지

● 교육제도 법정주의 위반 여부에 관한 판단(심판대상조항)

[법정의견]

- 초·중등교육법은 고등학교 교육제도와 그 운영에 관하여 교육의 목적(제45조),

수업연한(제46조), 입학자격(제47조), 학과와 교과 및 교육과정(제48조) 등 기본적인 사항을 이미 규정하고 있고, 다만 고등학교의 입학방법과 절차 등 입학전형에 관한 사항은 각 지역과 시점에 따라 달라지는 고등학교 교육에 대한 수요 및 공급의 상황과, 각종 고등학교별 특성 등을 고려하여야 할 필요성으로 인하여 행정입법에 위임하고 있다(제47조 제2항). 따라서 심판대상조항이 고등학교별 특성과 필요성에 따라 신입생 선발시기와 지원 방법을 대통령령으로 규정한 것 자체가 교육제도 법정주의에 위반된다고 보기는 어렵다.

- 심판대상조항은 우리나라가 고교평준화 제도를 원칙으로 하면서 이를 보완하기 위하여 여러 형태의 특수한 고등학교들을 인정하고 있음에 따라 학교 유형별 수요자 층이 다를 것을 고려하여 학교 유형별로 신입생 선발시기를 달리 정한 것이다. 또한 학교를 선택하여 지원하는 것에 실질적 효과가 보장됨이 없이 사실상 추첨에 따라 배정될 수 있는 평준화지역 후기학교와 선택과 지원에 따라 추첨과 면접 등으로 이루어진 각 학교별 입학전형을 치르게 되는 자사고 등의 특성을 고려하여 지원 방법도 달리 정한 것이다. 따라서 심판대상조항은 고등학교 교육에 대한 수요 및 공급의 상황과, 각종 고등학교별 특성 등을 고려하여 규정한 것으로서 수권법률인 초·중등교육법 제47조 제2항의 위임취지에 부합한다.

[재판관 조용호의 위헌의견]

- 고등학교 제도, 종류 및 운영에 관한 기본적인 사항은 국가와 사회질서에 미치는 영향과 파급효과가 매우 크고, 입학전형제도는 학생 및 학부모, 학교, 교육당국 등 이해관계가 다양하게 얽혀 있는바, 이러한 제도의 설계는 국민의 대표기관인 국회가 직접 법률로 결정하여야 하는 것이지 백지식으로 행정입법에 위임하여서는 아니 될 것이다. 그런데 우리 초·중등교육법은 자사고 등 고등학교의 종류 및 입학전형제도를 법률에서 직접 규정하지 않고 시행령에서 비로소 규정하고 있다. 또한 자사고에 관하여 규정한 시행령 조항들은 법률에 위임근거도 찾아볼 수 없다.

나아가 자사고에 관한 시행령 제91조의3은 자사고에 대하여 경제적 부담 등 의무를 부과하거나 입학전형 방법을 강제하고, 지정 취소와 같이 법적 지위

를 소멸시키는 내용을 규정하고 있는데, 이는 국민의 권리의무에 관한 규정으로서 전형적인 법률사항이다. 결국 자사고에 관한 시행령 제76조의3 제4호, 제91조의3은 모두 법률사항을 법률에 근거도 없이 시행령에 규정한 것으로서 교육제도 법정주의에 위반하였고, 위 규정들이 위헌인 이상 이를 전제로 한 심판대상조항들 역시 교육제도 법정주의에 위반된다고 보아야 한다.

[재판관 서기석, 이종석의 법정의견에 대한 보충의견]

- 우리는 심판대상조항 자체가 교육제도 법정주의에 반하는 것은 아니라는 점에 동의하면서도, 지금 자사고의 존재 및 입학전형을 둘러싸고 벌어지고 있는 교육계의 혼란이 자사고 등 고등학교의 종류 및 신입생 선발시기를 법률에서 직접 규정하지 않고 시행령에서 비로소 규정하고 있는 데에 기인하고 여기에 여러 가지 문제가 있다는 위헌의견의 지적에 일부 공감한다. 따라서 이러한 논란을 불식시키기 위해 향후 국회가 고등학교의 종류 및 그 입학전형제도에 관하여는 법률에서 직접 규정하고 구체적인 입학방법과 절차 등에 관하여는 시행령에 위임하도록 입법하는 것이 교육제도 법정주의에 보다 부합한다는 의견을 밝힌다.

● 이 사건 동시선발 조항에 대한 판단

[재판관 유남석, 이석태, 이은애, 김기영의 합헌의견]

- 기본권 제한의 한계를 일탈하여 사학운영의 자유를 침해하였는지 여부

사립학교도 공교육의 일익을 담당한다는 점에서 국·공립학교와 본질적 차이가 있을 수 없기 때문에, 국가가 일정한 범위 안에서 사립학교의 운영을 감독·통제할 권한과 책임을 지고 있으며, 그 규율의 정도는 그 시대의 사정과 각급 학교의 형편에 따라 다를 수밖에 없다. 이 사건 동시선발 조항이 청구인 학교법인의 사학운영의 자유를 제한하고 있더라도 그 위헌 여부는 헌법 제37조 제2항에 의한 기본권 제한의 한계를 벗어나 자의적으로 그 본질적 내용을 침해하였는지 여부에 따라 판단되어야 한다.

이 사건 동시선발 조항은 동등하고 공정한 입학전형의 운영을 통해 ‘우수학생 선점 해소 및 고교서열화를 완화’하고 ‘고등학교 입시경쟁을 완화’하기 위한 것이다. 당초 자사고를 전기학교로 규정한 취지는 자사고가 교육과정을 자율적으

로 운영할 수 있도록 하면 일반고와 차별화된 교육을 제공할 것으로 기대되므로, 개별 자사고들의 건학이념 및 교육과정에 적합한 학생들을 후기학교보다 먼저 선발할 수 있도록 한 것인데, 당초 취지와 달리 자사고는 일반고와 교육과정에서 큰 차이가 없이 운영되었고, 전기모집은 학업능력이 우수한 학생을 선점하기 위한 목적으로 이용되었다. 일반고의 입장에서 고교 유형에 따른 부당한 차별이라는 주장도 제기되고 학교 유형간 학력격차도 확대되는 등 현재에 이르러서는 자사고를 전기학교로 규정하는 것이 더 이상 정당성을 찾기 힘든 상황이 되었다.

개별 자사고에 적합한 학생을 선발함에 있어서 핵심적 요소는 선발 방법인바, 자사고와 일반고가 동시선발하더라도 해당 학교의 장이 입학전형 방법을 정할 수 있으므로 해당 자사고의 교육에 적합한 학생을 선발하는 데 지장이 없고, 시행령은 입학전형 실시권자나 학생 모집 단위 등도 그대로 유지하여 자사고의 사학운영의 자유 제한을 최소화하였다. 또한 일반고 경쟁력 강화만으로 고교서열화와 고교 입시경쟁 완화에 충분하다고 단정할 수 없다.

따라서 이 사건 동시선발 조항은 국가가 학교 제도를 형성할 수 있는 재량 권한의 범위 내에 있다.

○ 신뢰보호원칙을 위반하여 사학운영의 자유를 침해하였는지 여부

교육과 학교 제도에 있어서 교육환경의 변화에 적절하게 대응하기 위하여 교육정책을 탄력적으로 운영할 필요성이 크고, 어떠한 제도를 도입하여 시행하여 왔다 하더라도 그 제도의 예상치 못한 부작용 등이 발견될 경우 이를 시정하여야 하는 것은 교육정책을 수립하는 국가의 의무이다.

자사고는 초·중등교육법 제61조에 따른 학교인데 위 조항은 신입생 선발시기에 관하여 자사고에 특별한 신뢰를 부여하였다고 볼 수 없다. 또한 입학전형에 관한 사항은 고등학교 교육에 대한 수요 및 공급의 상황과 각종 고등학교별 특성 등을 고려하여 정할 필요성이 있고, 전기학교로 규정할 것인지 여부는 특정 분야에 재능이나 소질을 가진 학생을 후기학교보다 먼저 선발할 필요성이 인정되는지에 따라 달라질 수 있는 가변적인 성격을 가지고 있다.

자사고가 당초 도입취지와 달리 운영되고 있음은 앞서 본 바와 같고 자사고가 전기학교로 유지되리라는 기대 내지 신뢰는 자사고의 교육과정을 도입취지에

충실하게 운영할 것을 전제로 한 것이므로 그 전제가 충족되지 않은 이상 청구인 학교법인의 신뢰를 보호하여야 할 가치나 필요성은 그만큼 약하다.

고교서열화 및 입시경쟁 완화라는 공익은 매우 중대하고, 자사고를 전기학교로 유지할 경우 우수학생 선점 문제를 해결하기 곤란하여 고교서열화 현상을 완화시키기 어렵다는 점, 청구인 학교법인의 신뢰의 보호가치가 작다는 점을 고려하면 이 사건 동시선발 조항은 신뢰보호원칙에 위배되지 아니한다.

○ 청구인 학교법인의 평등권 침해 여부

어떤 학교를 전기학교로 규정할 것인지 여부는 해당 학교의 특성상 특정 분야에 재능이나 소질을 가진 학생을 후기학교보다 먼저 선발할 필요성이 있는지에 따라 결정되어야 한다. 과학고는 ‘과학분야의 인재 양성’이라는 설립 취지나 전문적인 교육과정의 측면에서 과학 분야에 재능이나 소질을 가진 학생을 후기학교보다 먼저 선발할 필요성을 인정할 수 있으나, 자사고의 경우 교육과정 등을 고려할 때 후기학교보다 먼저 특정한 재능이나 소질을 가진 학생을 선발할 필요성은 적다. 따라서 이 사건 동시선발 조항이 자사고를 후기학교로 규정함으로써 과학고와 달리 취급하고, 일반고와 같이 취급하는 데에는 합리적인 이유가 있으므로 청구인 학교법인의 평등권을 침해하지 아니한다.

[재판관 서기석, 조용호, 이선애, 이종석, 이영진의 위헌의견]

○ 과잉금지원칙을 위반하여 사학운영의 자유를 침해하였는지 여부

사립학교 교육의 자율성과 독자성을 보장하는 것은 사립학교제도의 본질적 요체이므로 사립학교 교육에 대한 국가의 간섭은 사립학교가 담당하는 공교육, 즉 학력인정에 필요한 교육의 충실을 확보하기 위하여 필요한 한도에 그쳐야 하며, 학교법인이나 사립학교의 자율적 운영을 제한하기 위해서는 헌법 제37조 제2항의 요건을 갖추어야 한다.

자사고에 대한 논쟁은 사학의 자율성과 공공성, 교육의 수월성과 형평성 중 무엇을 강조할 것인가라는 교육철학의 문제로 귀결된다는 점을 고려하면 입법목적 자체는 일단 수긍할 수 있고, 이 사건 동시선발 조항은 그 목적달성에 기여하는 적합한 수단이라 볼 수 있다.

자사고는 국가 및 지방자치단체로부터 재정적으로 독립하는 대신 일반 사립고

보다 폭넓은 자율권을 향유하고 학생선발권에 대한 규제도 되도록 받지 않는다고 보아야 한다. 자사고의 고액 등록금 납부와 각 학교마다 건학이념에 따른 특성화 교육, 전국단위모집 자사고의 경우 기숙사를 운영하는 점 등을 고려하면 자사고로서는 일반고 모집에 앞서 학생을 선발할 수밖에 없으므로 전기모집은 자사고 운영에 있어 핵심적 요소이다.

우수학생 선점과 고교서열화 완화를 위해서는 궁극적으로 일반고의 경쟁력을 강화시켜야 할 것인데 이 사건 동시선발 조항은 손쉬운 자사고에 대한 규제를 택하여 전체 고등학교를 하향평준화시킬 수 있고, 자사고 입학전형에서 교과지식 질문이 금지되는 등 특별히 고교입시를 과열시킨다고 볼 수 없는 점 등에 비추어 입법목적 달성에 기여하는 정도는 불확실하다. 나아가 이 사건 동시선발 조항과 이 사건 중복지원금지 조항으로 인하여 뒤에서 보는 바와 같이 자사고 불합격자는 평준화지역 후기학교 배정이 보장되지 못하는 결과 자사고 지원을 기피하게 되고 자사고의 존폐 여부에까지 영향을 미칠 수 있다. 또한 법정 기준에 미달하거나 지정 목적 달성이 불가능한 자사고의 경우 교육감이 지정 취소를 하는 등 개별적인 규제를 통해 덜 제약적인 방식으로 입법목적 달성을 할 수 있다. 따라서 이 사건 동시선발 조항은 침해의 최소성 원칙에 위배되고, 달성하려는 공익보다 청구인 학교법인이 침해받는 사익이 훨씬 커 법익의 균형성도 인정하기 어렵다. 따라서 이 사건 동시선발 조항은 과잉금지원칙을 위반하여 청구인 학교법인의 사학운영의 자유를 침해한다.

○ 신뢰보호원칙에 위반하여 사학운영의 자유를 침해하였는지 여부

법령에 따른 개인의 행위가 단지 법령이 반사적으로 부여하는 기회의 활용을 넘어서 국가에 의하여 일정 방향으로 유인된 것이라면 특별히 보호가치가 있는 신뢰이익이 인정될 수 있고, 원칙적으로 개인의 신뢰보호가 국가의 법령개정이익에 우선된다고 볼 여지가 있다. 청구인 학교법인의 자사고 설립·운영은 단지 학교법인의 사익을 위한 것이 아니라, 국가가 고교 교육의 다양성과 자율성, 수월성과 책임성이라는 또다른 공익을 실현하고자 일정한 방향으로 유인·권장하고, 더 나아가 ‘대통령령’으로 ‘전기학교 선발’을 보장함으로써(2017. 12. 29. 개정되기 전 시행령 제80조 제1항 제5호) 청구인 학교법인이 이에 호응하여 이루어진 것이고, 청구인 학교법인의 이러한 신뢰는 헌법상 특별히 보호가치가

있는 신뢰이다.

그런데 이 사건 동시선발 조항은 그 입법목적 달성에 기여하는 정도가 미미하거나 불확실한 정도에 그치지만, 청구인 학교법인의 경우 재정보조금을 받지 않고 법인전입금과 학생의 수업료 등으로 운영되기 때문에 학생들의 자사고 기피현상으로 학교 운영에 큰 어려움을 겪게 되고, 더 이상 손실을 감당하기 힘든 수준이 되면 일반고로 전환할 수밖에 없게 된다. 특히 청구인 학교법인은 전국단위모집 자사고로서 기숙사 등 일반고에 필요하지 않은 시설 등을 설치하는 등 물적·인적 투자 규모가 커 단순히 일반고로 전환하여 청구인 학교법인의 불이익을 해결할 수 없다. 정부가 자사고의 입학전형 시기를 변경하면서도 사전에 충분한 검토와 의견수렴을 거쳤다는 흔적을 찾아보기 어렵고, 더욱이 2017. 12. 29. 시행령을 전격 개정하면서 아무런 경과조치도 없이 2019학년도부터 바로 시행에 들어갔다. 따라서 이 사건 동시선발 조항은 신뢰보호원칙에 위배하여 청구인 학교법인의 사학운영의 자유를 침해한다.

● 이 사건 중복지원금지 조항에 대한 판단

- 청구인 학생 및 학부모의 평등권 침해 여부

○ 이 사건 중복지원금지 조항은 고등학교 진학 기회에 있어서의 평등이 문제된다. 비록 고등학교 교육이 의무교육은 아니지만 매우 보편화된 일반교육임을 고려할 때 고등학교 진학 기회의 제한은 당사자에게 미치는 제한의 효과가 커 엄격히 심사하여야 하므로 차별 목적과 차별 정도가 비례원칙을 준수하는지 살펴야 한다.

○ 자사고를 지원하는 학생과 일반고를 지원하는 학생은 모두 전기학교에 지원하지 않았거나, 전기학교에 불합격한 학생들로서 고등학교에 진학하기 위해서는 후기 입학전형 1번의 기회만 남아있다는 점에서 같다.

시·도별로 차이는 있을 수 있으나 대체로 평준화지역 후기학교의 입학전형은 중학교 학교생활기록부를 기준으로 매긴 순위가 평준화지역 후기학교의 총 정원 내에 들면 평준화지역 후기학교 배정이 보장된다.

반면 자사고에 지원하였다가 불합격한 평준화지역 소재 학생들은 이 사건 중복지원금지 조항으로 인하여 원칙적으로 평준화지역 일반고에 지원할 기회가 없고, 지역별 해당 교육감의 재량에 따라 배정·추가배정 여부가 달라진다. 이에

따라 일부 지역의 경우 평준화지역 자사고 불합격자들에 대하여 일반고 배정절차를 마련하지 아니하여 자신의 학교군에서 일반고에 진학할 수 없고, 통학이 힘든 먼 거리의 비평준화지역의 학교에 진학하거나 학교의 장이 입학전형을 실시하는 고등학교에 정원미달이 발생할 경우 추가선발에 지원하여야 하고 그조차 곤란한 경우 고등학교 재수를 하여야 하는 등 고등학교 진학 자체가 불투명하게 되기도 한다. 고등학교 교육의 의미, 현재 우리나라의 고등학교 진학률에 비추어 자사고에 지원하였었다는 이유로 이러한 불이익을 주는 것이 적절한 조치인지 의문이 아닐 수 없다.

- 자사고와 평준화지역 후기학교의 입학전형 실시권자가 달라 자사고 불합격자에 대한 평준화지역 후기학교 배정에 어려움이 있다면 이를 해결할 다른 제도를 마련하였어야 함에도, 이 사건 중복지원금지 조항은 중복지원금지 원칙만을 규정하고 자사고 불합격자에 대하여 아무런 고등학교 진학 대책을 마련하지 않았다. 결국 이 사건 중복지원금지 조항은 고등학교 진학 기회에 있어서 자사고 지원자들에 대한 차별을 정당화할 수 있을 정도로 차별 목적과 차별 정도 간에 비례성을 갖춘 것이라고 볼 수 없다.

결정의 의의

- 헌법재판소는 자사고 지원자에게 평준화지역 후기학교에 대한 중복지원을 금지한 이 사건 중복지원금지 조항은 청구인 학생 및 학부모의 평등권을 침해하여 헌법에 위반된다고 결정하였다. 위 조항은 현재 2018. 6. 28. 2018헌사213 효력정지가처분결정으로 효력을 정지시켰던 조항으로서 지난 2019학년도 고등학교 입학전형에서는 적용되지 아니하였으며, 헌법재판소는 이 결정으로 위 조항의 위헌성을 종국적으로 확인하였다.
- 자사고를 후기학교로 정한 이 사건 동시선발 조항에 대하여는 재판관 4인이 합헌의견, 재판관 5인이 위헌의견으로 비록 위헌의견이 다수이긴 하지만 헌법과 헌법재판소법에서 정한 헌법소원 인용결정을 위한 정족수(6인)에 미달하여 이 부분 심판청구를 기각하였다.