



문서번호 : 18-07-교육위-02

수 신 : 각 언론사

발 신 : 민주사회를 위한 변호사모임 교육청소년위원회

[의견서] '자율형사립고 일반고 이중지원금지' 헌법소원 효력정지인용결정,

제 목 : '서울특별시교육감의 자사고 지정취소처분직권취소' 판결에 대한

민변 교육청소년위원회의 의견서

전송일자 : 2018. 07. 31.(화)

전송매수 : 총 25매 (첨부1, 첨부2 포함)

[의견서]

**'자율형사립고 일반고 이중지원금지' 헌법소원 효력정지인용결정 및
'서울특별시교육감의 자사고 지정취소처분직권취소' 대법원 판결에 대한
민변 교육청소년위원회의 의견서**

1. 민주언론을 위하여 애쓰시는 귀 언론사의 노고에 감사드립니다.
2. 민주사회를 위한 변호사모임 교육청소년위원회는 '자율형사립고 일반고 이중지원금지' 헌법소원 효력정지인용결정(2018헌사213결정), '서울특별시교육감의 자사고 지정취소처분직권취소' 판결(2014추33판결) 에 대하여 아래와 같은 의견을 드립니다.

2018년 7월 31일

민주사회를 위한 변호사모임 교육청소년위원회
위원장 김 영 준 (직인생략)

첨부1.

‘자율형사립고 일반고 이중지원금지’ 헌법소원 효력정지인용결정
(헌법재판소2018. 6. 28. 선고 2018헌사213결정) 에 대한 의견

I. 사건개요 및 결정의 요지

1. 사건개요

가. 신청인 1 내지 3은 자율형사립고등학교 (이하 ‘자사고’ 라 합니다) 인 민족사관고, 상산고, 현대청운고를 각 운영하는 학교법인입니다. 신청인 4 내지 6은 자사고 입학에 희망하는 중학생들 (특히 신청인 4, 6은 평준화 지역인 청주, 전주 소재 중학교에 재학중이다)이고, 신청인 7 내지 9는 그 학부모들입니다.

나. 2018학년도까지의 고등학교 입시 일정에서는 과학고 · 외국어고 · 국제고 · 자사고 등이 전기에, 일반고는 후기에 신입생을 선발함으로써 학생들이 전기에 자사고를 지원하고 불합격할 경우 후기에 일반고를 지원하는 것이 가능하였습니다. 그러나, 2017. 12. 29. 초·중등교육법시행령이 대통령령 제 28516호로 개정되면서 시행령 제80조 제1항에서 제5호를 삭제하여 종전에 전기에 신입생을 선발하던 자사고를 후기에 선발하는 학교로 변경하고 (일반고와 자사고 동시선발). 시행령 제81조 제5항중 괄호 안에 ‘제91조의 3에 따른 자율형 사립고등학교는 제외한다’ 부분을 삽입하여 자사고를 지원한 학생에게는 후기 일반고에 대한 중복지원을 금지하였습니다.

다. 이에 신청인들은 개정 시행령으로 인해 학생과 학부모들은 자사고 지원이 어려워지고 자사고는 학생선발에 어려움을 겪게 되었으므로, 개정 시행령이 학생과 학부모의 학교선택권, 학교법인의 사립학교 운영의 자유로서의 학

생선발권, 평등권을 침해하고 신뢰보호의 원칙 등을 위반하냐고 주장하며 2018. 2. 28. 헌법소원심판을 청구하였습니다. (2018헌마221) 신청인들으 2018. 3. 2. 위 본안 사건의 중국결정 선고시까지 시행령 제80조 제1항중 ‘전기에 선발하는 고등학교에서 자율형 사립고등학교를 제외하는 부분’ 및 제81조 제5항 중 자율형사립고등학교에 관한 부분의 효력정지를 구하고, 자율사립고등학교를 시행령 제80조 제1항의 전기학교에 포함한다는 내용의 결정을 구하는 이 사건 가처분신청을 하였습니다.

라. 관련조항

이 사건 관련조항은 다음과 같습니다.

[관련조항]

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.

2. 결정의 요지 (현재결정의 인용이므로 경어를 사용하지 않았습니다.)

가. 자사고와 일반고 동시선발과 불합격자의 일반고 진학

2017. 12. 29. 초·중등교육법 시행령이 개정됨에 따라 2019학년도 고등학교 입시부터 자사고와 일반고가 학생을 동시 선발하게 되었고, 초·중등교육법시행령 제81조 제1항 및 제5항에 의하여 자사고에 지원하는 학생은 일반고에 지원할 수 없게 되었다.

따라서 자사고에 지원하였다가 불합격할 경우 일반고 추가모집에 지원하거나 또는 추가배정을 받아야 일반고 진학이 가능해진다. 그런데 평준화지역 일반고의 학생배정 추가배정여부는 해당 시·도교육감의 재량사항으로서 일부

지역 (경기, 강원, 충북, 전북, 제주)의 경우 자사고 탈락자에 대한 일반고 추가배정 불가방침을 표명하였거나 또는 추가배정절차를 마련하지 아니하여 자사고 불합격자들은 자신의 학교군내의 일반고 진학이 아예 불가능하거나 또는 불투명하게 되었고, 그렇지 아니한 지역의 경우에도 학생들이 선호하지 않거나 통학거리가 먼 정원미달된 일반고에 추가배정받게 되었다.

나. 가처분 인용요건

헌법재판소법 제40조 제1항이 준용하는 행정소송법 제23조 제2항의 집행정지규정과 민사집행법 제300조의 가처분규정에 따를 때, 본안심판이 부적법하거나 이유없음이 명백하지 않고, 헌법소원심판에서 문제된 ‘공권력 행사 또는 불행사’를 그대로 유지할 경우 발생할 회복하기 어려운 손해를 예방할 필요와 그 효력을 정지시켜야 할 긴급한 필요가 있으며, 가처분을 인용한 뒤 종국결정에서 청구가 기각되었을 때 발생하게 될 불이익과 가처분을 기각한 뒤 청구가 인용되었을 때 발생하게 될 불이익을 비교형량하여 후자의 불이익이 전자의 불이익보다 클 경우 가처분을 인용할 수 있다.

다. 가처분 인용여부

(1) 시행령 제81조 제5항중 자사고를 제외하는 부분의 효력정지를 구하는 신청에 관한 판단

(가) 이 사건 가처분 본안심판은 헌법재판소의 사전심사를 거쳐 전원재판부에 계속중이므로, 이 사건 가처분신청은 본안심판이 명백히 부적법한 경우에는 해당하지 아니한다. 또한 이 사건 초·중등교육법 시행령 개정으로 인하여 개정 전과 비교하여 자사고 지원에 제한이 발생한 만큼, 자사고를 지원하고자 하는 학생들의 학교선택권과 자사고 법인의 사학운영의 자유가 침해되는

지역부 등이 본안심판에서 심리를 거쳐 판단될 필요가 있다.

(나) 자사고에 진학하고자 하는 학생들은 이 사건 초·중등교육법 시행령 개정으로 인하여 평준화 지역의 경우 자사고 불합격시 지원하지 아니한 일반고에 추가로 배정되거나 지역에 따라서는 해당 학교군 내의 일반고에 진학할 수 없게 된다. 따라서 자사고 진학을 희망하더라도 이와 같은 불이익을 감수하지 못하면 자사고 지원 자체를 포기하게 되고, 그럼에도 불구하고 자사고에 지원한 학생들은 불합격할 경우 일반고 진학에 있어 해당 학교군 내의 일반고에 진학할 수 없는 경우가 발생할 가능성이 크다. 그런데, 특별한 사정이 없는 한 중학교 졸업과 동시에 고등학교 진학을 하는 것이 보통이고 고등학교 입학 지원 기회는 중학교 졸업 당시 한 번 뿐으로 여겨지는 것이 현실이다. 따라서 학생들에게 자신의 고등학교 진학 학년도에 고등학교 진학을 포기하거나 통학이 곤란한 학교에 진학하게 한 후, 다음 학년도에 다시 원하는 학교에 지원하기를 기대하는 것은 어렵다. 따라서 신청인들중 학생들은 회복하기 어려운 중대한 손해를 입을 수 있다.

또한 2019학년도 고등학교의 입학전형 실시가 임박한 만큼 손해를 방지할 긴급할 필요도 인정된다.

(다) 가처분을 인용할 경우 자사고 지원자도 후기일반고에 중복지원할 수 있게 되어 시행령 개정으로 이루고자 하는 입법목적 달성의 효과는 감소하게 된다. 그러나 이는 종전과 같이 자사고에 불합격한 학생들에게 후기 일반고에 지원할 수 있는 기회를 주면서 자사고와 일반고 중복지원 금지의 시행을 본안심판의 종국결정시까지 미루는 것에 불과하다. 종국결정에서 심판청구가 기각된다면 그 이후부터 자사고 지원자의 일반고 중복지원을 금지하면 된다. 신청인들중 학생들의 경우 앞서 본 바와 같이 고등학교 입학전형 시기가 지나간 후에는 이미 진학 결정된 학교를 변경하기가 어려우므로 신청인들에게 발생하는 불이익이 매우 클 수 있다. 따라서 가처분을 인용한 뒤 중

국결정에서 청구가 기각되었을 때 발생하게 될 불이익보다 가처분을 기각한 뒤 청구가 인용되었을 때 발생하게 될 불이익이 더 크다.

(라) 소결

따라서 신청인들의 이 부분 신청은 이유 있다.

(2) 나머지 신청에 관한 판단

신청인들의 나머지 신청은 이유없다.

II. 결정에 대한 의견

1. 문제의 소재

헌법소원에 있어서의 가처분인용여부는 헌법재판소가 실시한 바와 같이, 본안심판이 부적법하거나 이유없음이 명백하지 않고, 헌법소원심판에서 문제된 ‘공권력 행사 또는 불행사’를 그대로 유지할 경우 발생할 회복하기 어려운 손해를 예방할 필요와 그 효력을 정지시켜야 할 긴급한 필요가 있으며, 가처분을 인용한 뒤 종국결정에서 청구가 기각되었을 때 발생하게 될 불이익과 가처분을 기각한 뒤 청구가 인용되었을 때 발생하게 될 불이익을 비교형량하여 후자의 불이익이 전자의 불이익보다 클 경우 가처분을 인용할 수 있습니다.

이 사건 가처분 본안심판은 헌법재판소의 사전심사를 거쳐 전원재판부에 계속중이므로, 이 사건 가처분신청은 본안심판이 명백히 부적법한 경우에는 해당하지 아니한다는 판단은 일응 일리가 있다고 할 것이므로 특별히 언급하지 않습니다.

결국 위 결정의 타당성여부는 ① 이 사건에서 헌법소원심판에서 문제된 ‘공

권력 행사 또는 불행사'를 그대로 유지할 경우 발생할 회복하기 어려운 손해를 예방할 필요와 그 효력을 정지시켜야 할 긴급한 필요가 있는지 여부와
② 가처분을 인용한 뒤 중국결정에서 청구가 기각되었을 때 발생하게 될 불이익과 가처분을 기각한 뒤 청구가 인용되었을 때 발생하게 될 불이익을 비교형량하여 후자의 불이익이 전자의 불이익보다 클 경우인지 여부라고 할 것입니다.

2. 회복하기 어려운 손해를 예방할 필요와 그 효력을 정지시켜야 할 긴급한 필요성의 인정여부에 대하여

헌법재판소는 자사고에 진학하고자 하는 학생들은 이 사건 초·중등교육법 시행령 개정으로 인하여 평준화 지역의 경우 자사고 불합격시 지원하지 아니한 일반고에 추가로 배정되거나 지역에 따라서는 해당 지역군 내의 일반고에 진학할 수 없게 되는데, 자사고 진학을 희망하더라도 이와 같은 불이익을 감수하지 못하면 자사고 지원 자체를 포기하게 되고, 그럼에도 불구하고 자사고에 지원한 학생들은 불합격할 경우 일반고 진학에 있어 해당 학교군 내의 일반고에 진학할 수 없는 경우가 발생할 가능성이 크며 이는 학생들에게 회복하기 어려운 중대한 손해라고 판단하고 있습니다.

그러나, 이 사건 초·중등교육법 시행령 개정이후에도 자사고에 진학하고자 하는 학생들은 평준화 지역의 경우에는 (임의배정동의서제출자의 경우) 자사고 불합격시 지원하지 아니한 일반고에 추가로 배정되어 일반고 지원자와 통합·배정될 수 있고, 자사고에 지원하지 않고 일반고에 지원하는 학생들의 경우도 통합학교군내 추천으로 임의배정되는 경우가 있다는 것과 비교하여 특별히 불이익이라고 할 수 없습니다. 1)

1) 평준화 지역으로 통일된 특별시 및 각 광역시 내에서 일반고배정은 1단계 전체 2개교 지망, 2단계 거주지 학교군 내 2개교 지망, 3단계 통합학교군내 추천이나 통학편의를 고려하여 근거리 배정의 경우로 하거나 (서울, 부산, 대구, 울산) 1단계 전체 수개교 지망, 2단계 추천이나 통학편의를 고려하여 근거리 배정의 경우로 하고 있습니다. (인천, 광주, 대전, 세종)

또한 지역에 따라서는 해당 학교군 내의 일반고에 진학할 수 없게 되는 것은 평준화 지역과 비평준화 지역이 섞여 있는 도 단위 내 평준화 지역에서는 해당 지역 중학교 소재지 학생이 자사고 등에 지원했다가 불합격하는 경우 교육감의 재량에 의하여 평준화 지역 일반고에 추가배정해주는 경우(전남, 경북, 경남, 충남)와 평준화 내 일반고로 받아주지 않고 인근 비평준화 지역의 미충원학교로 보내는 경우(경기, 강원, 충북, 전북, 제주) 중 후자를 지칭하는 것인데, 평준화 지역의 일반고에 추가배정하지 않는다는 것일 뿐 인근 비평준화지역으로는 추가배정을 허용하여주는 것이며 미충원된 자사고 등에 다시 선발될 수 있는 것으로 비평준화 성격인 자율형사립학교지원에 따른 주관적이고 상대적인 부담에 불과한 것으로 학생개인이 충분히 수인할 수 있는 정도라고 할 것입니다. 2) 3)

따라서 자사고에 진학하려고 하였다가 탈락하는 학생들이 감수해야 하는 위와 같은 손해는 비평준화 ‘소위 명문고’ 성격의 자사고에 진학하려고 했던 학생들이 감내해야할 주관적 상대적 불이익으로 회복하기 어려운 중대한 손해라고까지 할 수는 없다고 할 것입니다.

2) 이 사건 심판대상조항의 개정전에도 도 단위 평준화 지역 내에서 해당 지역 중학교 소재지 학생이 비평준화지역의 소위 명문고등학교에 지원했다가 불합격하는 경우 평준화 내 일반고로 받아주지 않고 인근 비평준화지역의 미충원학교로 보내 왔습니다. 예를 들어 경기도 내에서 평준화 지역인 수원시와 비평준화 지역인 오산시에서의 경우 수원시 소재 중학교를 졸업한 학생이 오산시에 소재한 소위 명문고에 지원하였다가 떨어진 경우 오산시 소재 일반고에 추가배정을 받을 수 있지만 수원시 일반고로 돌아와 배정을 받지 못하도록 하여 왔습니다. 이는 이 경우 해당 학생을 다시 수원시에 있는 일반고에 그대로 배정해준다면, 평준화 지역 소재 중학교 졸업생 중 상당수가 일단 비평준화 지역에 있는 소위 명문고에 지원하고 그 중 떨어진 학생만 다시 평준화 지역으로 돌아와 일반고에 배정받게 되어서 특정학교 쏠림 현상을 심화시킬 수 있기 때문입니다.

3) 지역별 자사고 외고 국제고 불합격생 전형 방식은 다음과 같이 구분할 수 있습니다.

구분	내용	해당 지역
특별·광역시	통학거리 및 일반고 지원자 우선 배정 등을 고려하여, 거주지 인근 일반고에 임의 배정	서울, 부산, 대구, 대전, 인천, 울산, 광주, 세종
도 지역	평준화지역 일반고 추가배정	전남, 경북, 충남, 경남
	인근 비평준화지역 추가선발 학교에 지원 (미충원 자사고·외고·국제고 포함)	경기, 전북, 충북, 강원, 제주

3. 처분을 인용한 뒤 중국결정에서 청구가 기각되었을 때 발생하게 될 불이익이 가처분을 기각한 뒤 청구가 인용되었을 때 발생하게 될 불이익보다 큰지 여부에 대하여

헌법재판소는 가처분을 인용할 경우 자사고지원자도 후기 일반고에 중복지원할 수 있게 되어 시행령 개정으로 이루고자 하는 입법목적 달성의 효과는 감소하게 되는 것은 인정하면서도 신청인들중 학생들의 경우 고등학교 입학전형 시기가 지나간 후에는 이미 진학 결정된 학교를 변경하기가 어려우므로 신청인들에게 발생하는 불이익이 매우 클 수 있어서 가처분을 인용한 뒤 중국결정에서 청구가 기각되었을 때 발생하게 될 불이익보다 가처분을 기각한 뒤 청구가 인용되었을 때 발생하게 될 불이익이 더 크다고 판시하고 있습니다.

그러나, 신청인들중 학생들의 경우 발생할 수 있는 불이익은 자사고에 지원하였다가 불합격할 경우 ① 평준화 지역의 경우 지원하지 아니한 일반고에 추가로 배정되고 ② 평준화 지역과 비평준화 지역이 섞여 있는 도 단위 내 평준화 지역의 경우 평준화 지역 일반고에 추가배정되거나 (전남, 경북, 경남, 충남)와 평준화 내 일반고로 받아주지 않고 인근 비평준화 지역의 미충원학교로 보낸다는 것으로 (경기, 강원, 충북, 전북, 제주) 위에서 살펴본 바와 같이 주관적이고 상대적인 부담인 반면 이 사건 시행령개정으로 이루고자 하는 입법목적은 자사고·외고·국제고와 일반고간 공정하고 동등한 입학전형을 실현함으로써 자사고·외고·국제고의 우수학생 선점을 해소하고 고교서열화를 완화하여 균질한 교육환경을 조성하고자 하는 중대한 공익이어서 가처분을 인용한 뒤 중국결정에서 청구가 기각되었을 때 발생하게 될 불이익보다 가처분을 기각한 뒤 청구가 인용되었을 때 발생하게 될 불이익이 더 크다고 볼 수 없습니다. 4)

4) 여론조사 전문기관 리얼미터는 CBS '김현정의 뉴스쇼' 의뢰로 외고·자사고 존폐에 관한 여론조사를 한 결과, '

헌법재판소는 가처분을 인용하더라도 이는 종전과 같이 자사고에 불합격한 학생들에게 후기 일반고에 지원할 수 있는 기회를 주면서 자사고와 일반고 중복지원 금지의 시행을 본안심판의 종국결정시까지 미루는 것에 불과하다고 판시하고 있으나, 가처분 인용후 장기간 본안심판의 종국결정이 지연될 경우 초중등교육법시행령개정의 입법목적이 달성되지 못하는 결과를 초래할 것이므로 타당하지 않습니다.

4. 결론

그러므로 ① 이 사건에서 헌법소원심판에서 문제된 ‘공권력 행사 또는 불행사’를 그대로 유지할 경우 발생할 회복하기 어려운 손해를 예방할 필요와 그 효력을 정지시켜야 할 긴급한 필요는 인정되지 않고 ② 가처분을 인용한 뒤 종국결정에서 청구가 기각되었을 때 발생하게 될 불이익과 가처분을 기각한 뒤 청구가 인용되었을 때 발생하게 될 불이익을 비교형량하여도 후자의 불이익이 전자의 불이익보다 크다고 볼 수 없으므로 이 사건 가처분 인용은 타당하지 않다고 할 것입니다.

IV. 기타 문제점

가. 자사고 법인의 사학운영의 자유의 침해여부

신청인중 자사고 법인들은 개정 시행령으로 인해 자사고 선발에 어려움을 겪게 되었으므로 사립학교 운영의 자유로서의 학생선발권, 평등권을 침해 침해하였다고 주장합니다.

그러나, 사립학교 운영의 자유에 사립학교가 원하는 시기에 우수한 학생을 먼저 선발할 권리까지 포함한다고는 할 수 없으며, 이 사건 심판대상조항들

폐지하는 것이 바람직하다'는 의견이 52.5%, '유지하는 것이 바람직하다.' 27.2%, 로 집계됐다고 2017년 6월 26일 밝혔습니다. (2017. 6. 26. 연합뉴스기사) 외교 자사고 폐지에 대하여도 53% 대 27%이므로 외교 자사고 지원 경우 일반고중복지원금지에 대하여는 찬성여론이 53%보다 더 높을 것으로 보입니다.

로 인해 달라지는 것은 학생선발의 시기 뿐이고 그 외 사학으로서 보장받는 자율성은 여전히 그대로 유지되므로 비례의 원칙에 반하지 않는 최소한의 규율이라고 할 것입니다.

헌법재판소도 자사고 법인의 사학운영의 자유의 침해로 인하여 가처분을 인용한 것은 아닙니다.

나. 다른 헌법소원가처분인정결정과의 비교

헌법소원에 있어서 가처분이 인정된 경우는 이번 가처분인용건이 사상 5번째 인용건입니다. 기존에 헌법소원 가처분이 인용된 예는 2000헌사471, 2002헌사129, 2005헌사754, 2014헌사592 사건으로 2000헌사471사건에서 사법시험 1차시험을 4회 응시한 자에게 4년동안 사법시험응시를 금지한 사법시험령 제4조 제3항이 효력을 유지하면, 신청인들은 곧 실시될 차회 사법시험에 응시할 수 없어 합격기회를 봉쇄당하는 돌이킬 수 없는 손해를 입게 되어 이를 정지시켜야 할 긴급한 필요가 인정하였던 사건이 대표적입니다.

그 외 사건들도 군사법원법에 따라 재판을 받는 미결수용자의 면회 횟수를 주 2회로 정하고 있는 군행형법시행령 제43조 제2항 본문 중 전단부분의 효력을 가처분으로 정지시켜야 할 필요성이 있다고 인정한 사건 (2002헌사129), 기간임용제 교원 재임용 탈락의 당부에 대하여 다시 심사할 수 있도록 하면서, 재임용 탈락이 부당하였다는 결정에 대하여 청구인(학교법인)은 소송으로 다투지 못하도록 하고 있는 대학교원 기간임용제 탈락자 구제를 위한 특별법 제9조 제1항의 효력을 가처분으로 정지시켜야 할 필요성이 있다고 인정한 사건 (2005헌사754), 입국불허결정을 받은 외국인이 인천공항 출입국관리사무소장을 상대로 인신보호청구의 소 및 난민인정심사불회부결정취소의 소를 제기한 후 그 소송수행을 위하여 변호인접견신청을 하였으나 피신청인이 이를 거부한 사안에서, 헌법재판소가 피신청인으로 하여금 변호인접견을 허가하도록 임시의 지위를 정하기 위한 가처분을 인용한 사건

(2014헌사592) 으로 가처분을 인용하지 않을 경우 신청인이 회복할 수 없는 손해를 입는다는 것을 인정할 수 있는 사건이나, 당건의 경우 자사고에 지원하였다가 불합격한 학생들은 일부지역에서 평준화고에 추가배정되지 않을 뿐, 비평준화지역으로는 추가배정을 허용하여주는 것이어서 기존 헌법소원 가처분 인용예에 비추어도 부당하다고 할 것입니다.

다. 특성화중학교관련헌법소원결정과 삼성자사고헌법소원결정의 비교

헌법재판소는 대원중학교와 영훈중학교를 특성화중학교로 지정한 2008. 10. 31. 자 ‘특성화중학교 지정·고시’에 대하여 대원중학교추첨대상인 초등학교 졸업생과 졸업예정학생들이 위 고시에 따라 신설되는 특성화중학교에 입학할 수 있는 사람은 초등학교 때부터 입시전형에 따른 특별한 교육을 별도로 받고, 연간 1,000만 원이 넘는 수업료 등을 지불할 능력이 있는 가정의 자녀이므로 이러한 여건을 갖추지 못한 학생 및 학부모의 교육에서의 기회균등에 위배된다고 주장하면서 헌법소원을 제기한 사건에 대하여 통학거리가 가장 가까운 혹은 개인적으로 선호하는 일반중학교에 입학할 이익 내지 혜택, 특성화중학교의 졸업생들이 향후 상급학교 진학에서 유리한 고지를 점할지도 모른다는 불확실한 우려, 사교육이 과열되고 입시경쟁으로 인한 스트레스가 증가할 것이라는 사실 등은 단순한 사실상의 이해관계에 불과하므로 서울시에 주소를 둔 청구인들 역시 이 사건 지정·고시로 인하여 자신들의 법적 이익을 침해당한다고 볼 수 없다고 판시하면서 각하결정을 한 바 있습니다. (2009. 9. 24. 2008헌마662 결정)

또한 헌법재판소는 삼성자사고가 모집정원의 70%를 임직원 자녀 전형으로 선발하고 10%만을 일반전형으로 선발하는 내용의 충남삼성자사고 입학전형요강을 피청구인 충청남도 교육감이 승인한 처분에 대하여 충청남도 소재 중학교 졸업생과 졸업예정학생들이 이 사건 입학전형요강은 개인의 능력이

아니라 부모의 지위에 따라 합격률을 달리하고 있고, 특정집단을 우대함으로써 해당 학교에 대한 일반 지원자들의 선택가능성을 원천적으로 제한하고 있으며, 임직원자녀 전형의 비율이 다른 자율형 사립고등학교에 비하여 과도하게 높게 책정되어 있는데 반하여 일반 전형 모집비율은 모집정원의 10%에 불과하여, 일반 전형 지원자들을 지나치게 불리하게 처우하고 있어서 피청구인이 이 사건 입학전형요강을 승인한 것은 청구인들의 균등한 교육을 받을 권리, 학교선택권 및 평등권을 침해하는 것으로 헌법에 위반된다고 주장하였던 것에 대하여 법이 허용하는 범위 내에서 사립학교가 자율적으로 학생선발권을 행사하는 것에 불과하고,

이 사건 입학전형요강에 대한 피청구인의 승인처분은 충남삼성고의 설립배경과 지역적 특성을 고려한 것으로, 삼성 임직원 자녀 전형에 70%를 배정한 것은 삼성 임직원 자녀에게 특혜를 준 것이라기보다는 삼성 임직원 자녀들로 인하여 발생한 학교 내 과밀현상을 해소하기 위한 것이며, 충남삼성고 입학전형은 충청남도 전체를 모집단위로 하기 때문에, 일반 전형의 모집 비율을 다소 늘린다고 하더라도 인근 탕정면 일대에 거주하는 일반 지원자들의 원거리 통학 문제를 해소하는 데에 별다른 도움이 되지 않는 반면에, 현재의 전형 비율로도 탕정면 일대에 거주하는 삼성 임직원 자녀들의 절반 이상은 여전히 원거리 통학이 불가피한 상황이어서, 임직원 자녀 전형의 비율을 현재보다 더 낮게 책정할 것을 기대하기도 힘드므로

이 사건 입학전형요강은 충남삼성자사고가 기업형 자사고라는 특성에 기인한 것으로서 합리적인 이유가 있으므로, 피청구인의 이 사건 승인처분이 지나치게 자의적이어서 청구인들을 불합리하게 차별한 것이라고 볼 수 없다고 기각결정을 한 바 있습니다. (2005. 11. 26. 2014헌마145결정)

헌법재판소는 평준화지역의 학생들이 비평준화 상급학교의 설립허가나 입시요강에 대하여 균등한 교육을 받을 권리, 학교선택권 및 평등권을 침해하는 헌법소원을 제기한 것에 대하여는 통학거리가 가장 가까운 혹은 개인적으로

선호하는 일반중학교에 입학할 이익 내지 혜택은 사실상의 이해관계이고 법적인 권리가 아니라고 하거나 법적인 권리를 인정하더라도 사립학교의 자율성보다 크지 않다고 하였는데, 비평준화 상급학교에 진학하려고 하는 학생들에 대하여는 비평준화 상급학교에 지원하였다가 불합격하여도 일반고에 추가배정될 권리를 가처분까지 인정할 정도로 보호하고 있는바 형평에 반한다고 할 것입니다.

라. 조속한 본안심판 종국결정의 필요성

위에서 언급한 것처럼 가처분 인용후 장기간 본안심판의 종국결정이 지연될 경우 초중등교육법시행령개정의 입법목적이 달성되지 못하는 결과를 초래하므로 가처분이 인용된 이상 조속히 본안심판의 종국결정이 이루어져야 할 것입니다.

마. 자사고지원하였다가 불합격할 경우 일반고에로의 학생추가배정여부에 대하여

자사고 지원하였다가 불합격할 경우 일반고의 학생추가배정여부는

- ① 평준화 지역의 경우 지원하지 아니한 일반고에 추가로 배정되고
- ② 평준화 지역과 비평준화 지역이 섞여 있는 도 단위 내 평준화 지역의 경우 전남, 경북, 경남, 충남지역의 경우는 평준화 지역 일반고에 추가배정이 되나 경기, 강원, 충북, 전북, 제주의 경우는 평준화 내 일반고로 받아주지 않고 인근 비평준화 지역의 미충원학교로 보낸다는 것으로,

경기, 강원, 충북, 전북, 제주 지역의 경우에만 자사고를 지원하였다가 불합격할 경우에 일반고에로의 학생추가배정안이 마련되어 있지 않습니다.

자사고지원하였다가 불합격할 경우 일반고의 학생추가배정여부에 대하여 전남, 경북, 경남, 충남지역의 경우와 비교하여 경기, 강원, 충북, 전북, 제주의

경우 특별히 더 어려운 사정이 인정되기 힘들다고 보이는바, 일반고예로의 학생추가배정여부에 대하여 교육감의 재량이 인정된다고 하더라도 초중등교육법시행령개정의 입법목적달성을 위하여 전남, 경북, 경남, 충남지역의 경우와 마찬가지로 일반고예로의 학생추가배정을 인정하는 것이 바람직하다고 할 것입니다.

첨부2.

‘서울특별시교육감의 자사고 지정취소처분직권취소’ 판결
(대법원 2018. 7. 12. 선고 2014추33판결) 에 대한 의견

I. 사건 개요 및 판결의 요지

1. 사건개요

가. 교육부는 자율형 사립고등학교(이하 ‘자사고’ 라 한다)의 운영 성과 등을 평가하는데 필요한 기준안을 마련하기 위하여 정책연구와 각 교육청 및 전문가 의견 수렴 절차 등을 거쳐, 2014. 3. 경 「자사고 평가지표 표준안 및 ‘14년 운영성과 평가 안내」를 발표하였습니다.

나. 서울특별시교육청은 2014. 4. 위 표준안 및 평가안내를 토대로 「‘14 자사고 운영성과 평가 기본계획(안)」을 마련하였는데, 그에 따르면 2010년부터 자사고로 운영된 14개 학교에 대하여 학교 자체평가 및 ‘자율학교등 지정·운영위원회’ 평가를 실시하여 평가점수가 70점 미만인 경우에는 교육부장관과 협의하여 자사고 지정 취소 여부를 결정하도록 되어 있습니다.

다. 평가 대상이 된 14개 자사고는 위 평가 기본계획(안)에서 정한 평가지표에 따라 2014. 4.경부터 2014. 5.경까지 자체평가를 실시하였고, 위원회는 2014. 6.경 학교 자체평가에 따른 운영성과보고서를 토대로 서면평가, 현장평가, 만족도 조사 등을 실시하였는데, 위와 같은 자체평가 및 위원회 평가 결과 평가점수가 70점에 미달된 자사고는 없었습니다.

라. 위원회는 2014. 6. 27. 위원회 평가결과 심의안을 가결하고 평가결과를 그 당시 재직 중이던 교육감에게 보고하였으나, 2014. 6. 4. 치러진 제6회 전

국동시지방선거에서 ‘자사고를 일반고등학교로 전환하겠다’는 등의 공약을 결고 당선된 신임 교육감의 취임이 2017. 7. 1.로 예정됨에 따라 평가결과에 대한 교육감의 최종 결재는 이루어지지 않았습니다.

다. 서울특별시교육청은 신임 교육감이 취임하자 종전 평가지표에 자사고 지정취소사유 관련 내용을 확대하고, 종전 평가기준의 공교육지표를 재검토하여 타당성과 공정성을 보완하기로 한 후, 2014. 8.경 종전 평가지표의 지표별 중요성을 재평가하여 배점을 조정하고 새로운 평가항목을 추가하는 등으로 새로운 평가지표를 마련한 다음, 종전 평가 당시 작성·제출된 학교별 운영성과보고서와 새로운 평가지표와 관련하여 추가로 제출된 자료 및 교육청이 이미 확보하고 있는 자료를 활용하여 다시 그에 따른 평가를 시행하였습니다.

바. 서울특별시교육감은 2014. 10. 31. 수정 평가결과에 따라서 70점 미만을 받은 6개 학교(경희고, 배재고, 세화고, 우신고, 이화금란고, 중앙고를 말함, 이하 통틀어 ‘이 사건 학교들’이라 한다)의 자사고 지정을 취소하는 처분(이하 ‘이 사건 지정취소처분’이라 한다)을 하였습니다.

사. 교육부장관은 2014. 11. 3. 서울특별시교육감에게 ‘이 사건 지정취소처분이 행정절차법과 초·중등교육법 시행령을 위반하였고, 재량권을 일탈·남용하였다’는 이유로 이 사건 지정취소처분을 취소하라는 시정명령을 하였으나 서울특별시교육감이 이에 응하지 않자, 2014. 11. 18. 이 사건 지정취소처분을 직권으로 취소하는 처분(이하 ‘이 사건 직권취소처분’이라 한다)을 하였습니다.

2. 판결의 요지

가. 협의의무위반여부

대법원은 자사고 제도의 성격, 자사고 지정을 취소하는 과정에서 교육감의 재량을 절차적으로 통제할 필요가 있는 점, 이 사건 시행령 제91조의3의 개정이유 등에 비추어 볼 때, 이 사건 시행령 제91조의3 제5항에서 말하는 교육부장관과의 사전 협의는 특별한 사정이 없는 한 교육부장관의 적법한 사전 동의를 의미하고 따라서 원고가 피고의 사전 동의를 받지 아니하고 행한 이 사건 지정취소처분은 이 사건 시행령 제91조의3 제5항에 위반하여 위법하다고 판단하고 있습니다.

나. 이 사건 지정취소처분의 재량권일탈·남용여부

대법원은 「지방교육자치에 관한 법률」 제3조, 「지방자치법」 제169조 제1항에 따르면, 시·도의 교육·학예에 관한 사무에 대한 교육감의 명령이나 처분이 법령에 위반되거나 현저히 부당하여 공익을 해친다고 인정되면 교육부장관이 기간을 정하여 서면으로 시정할 것을 명하고, 그 기간에 이행하지 아니하면 이를 취소하거나 정지할 수 있는데, 특히 교육·학예에 관한 사무 중 ‘자치사무’에 대한 명령이나 처분에 대하여는 법령 위반사항이 있어야 하고, 여기서 교육감의 명령이나 처분이 법령에 위반에 위반되는 경우라 함은, ‘명령·처분이 현저히 부당하여 공익을 해하는 경우’, 즉 합목적성을 현저히 결하는 경우와 대비되는 개념으로서, 교육감의 사무 집행이 명시적인 법령의 규정을 구체적으로 위반한 경우뿐만 아니라 그러한 사무의 집행이 재량권을 일탈·남용하여 위법하게 되는 경우를 포함한다는 대법원 2007. 3. 22. 선고 2005추62 전원합의체 판결을 인용하고 있습니다.

대법원은 위 판결의 취지에 따라 이 사건에서 이 사건 학교들이 ‘자사고 제도의 존치를 전제로 한 내실 있는 학교운영 유도’를 주된 목적으로 하였

던 종전 평가기준이 ‘자사고 지정취소를 토대로 일반고 전성시대의 기반 확보’를 목적으로 하는 새로운 평가기준으로 변경될 것이라는 점을 쉽게 예측하기 어려웠을 것이므로 원고의 이 사건 지정취소처분에는 재량권을 일탈·남용한 ‘법령위반’의 위법이 있다고 판시하였습니다.

다. 결론

대법원은 이 사건 자사고지정취소처분에 있어서 서울시교육청의 교육부와의 협의의무위반과 재량권 일탈 남용으로 ‘법령위반’의 위법을 인정하여 교육부장관이 서울특별시교육감의 자사고지정취소처분을 취소한 것은 적법하고, 교육부장관의 자사고지정취소처분의 취소를 구하는 서울특별시교육감의 청구는 정당하지 않다고 판단하였습니다.

II. 결정에 대한 의견

1. 문제의 소재

이 사건의 주요 쟁점은 대법원의 판시대로 자사고자사고지정취소처분에 있어서 서울시교육청의 교육부와의 협의의무위반여부와 서울시교육청의 재량권 일탈 남용여부로 인한 ‘법령위반’의 인정여부입니다.

2. 협의의무위반여부에 대하여

‘협의’는 국어사전상 ‘둘 이상의 사람이 서로 협력하여 의논함’을 의미하므로 대법원이 교육부장관과의 사전 협의를 사전동의로 해석하는 것은 문어적 해석에 있어서 무리가 있습니다.

입법자가 ‘사전 협의’로 규정한 것이 ‘사전 동의’의 의도였다면 동 시행령에

서 교육감의 자사고 지정 취소시 “미리 교육부장관의 동의를 얻어야 한다”고 간명하게 규정하면 되는 것이고, “협의하여야 한다”고 규정한 이유를 설명하기 어렵습니다.

그러므로 이 사건 시행령에서 정한 교육부장관과의 협의는 자사고 지정취소에 관하여 교육부장관의 자문이나 의견을 구하라는 의미일 뿐이고 자사고 지정을 취소하기 위하여 반드시 교육부장관의 동의를 받아야 하는 것은 아니라고 할 것입니다.

이 사건에서 서울특별시교육감은 교육부장관에게 미리 협의 신청을 하였음에도 교육부장관이 협의 자체를 거부(반려)하였던 것인바, 협의를 위해 노력하였던 서울특별시교육감이 위 시행령 제91조의 3 제5항 위반의 책임을 지게 하는 것은 타당하지 않다고 할 것입니다.

3. 이 사건 지정취소처분의 재량권일탈·남용으로 인한 ‘법령위반’ 해당여부에 대하여

대법원이 종래 ‘국가사무’ 즉, ‘기관위임사무’에 대해서는 지방자치법 제169조 제2항에 의한 소 제기를 허용하지 않았음에 비추어볼 때(대법원 2013. 05. 23. 선고 2011추56 판결) 이 사건의 본안 판단으로 나아간 것은 자사고 지정 및 지정 취소 사무가 ‘자치사무’에 해당한다고 판단한 것으로 보입니다.

그런데, 교육·학예에 관한 사무 중 ‘자치사무’에 대한 명령이나 처분에 대한 법령 위반사항의 해석에 있어서 위 2005추62 전원합의체 다수의견은 교육감의 사무 집행이 명시적인 법령의 규정을 구체적으로 위반한 경우뿐만 아니라 그러한 사무의 집행이 재량권을 일탈·남용하여 위법하게 되는 경우를 포함한다고 판시하고 있으나, 위 전원합의체판결에서 반대의견은 ‘헌법이 보장하는 지방자치제도의 본질상 재량판단의 영역에서는 국가나 상급 지방자치단체가 하급 지방자치단체의 자치사무 처리에 개입하는 것을 엄격히 금지하여야 할 필요성이 있으므로, 지방자치법 제157조 제1항 후문은 지방자

치제도의 본질적 내용이 침해되지 않도록 헌법합치적으로 조화롭게 해석하여야 하는바, 일반적으로 ‘법령위반’의 개념에 ‘재량권의 일탈·남용’도 포함된다고 보고 있기는 하나, 지방자치법 제157조 제1항에서 정한 취소권의 행사요건은 위임사무에 관하여는 ‘법령에 위반되거나 현저히 부당하여 공익을 해한다고 인정될 때’, 자치사무에 관하여는 ‘법령에 위반하는 때’라고 규정되어 있어, 여기에서의 ‘법령위반’이라는 문구는 ‘현저히 부당하여 공익을 해한다고 인정될 때’와 대비적으로 쓰이고 있고, 재량권의 한계 위반 여부를 판단할 때에 통상적으로는 ‘현저히 부당하여 공익을 해하는’ 경우를 바로 ‘재량권이 일탈·남용된 경우’로 보는 견해가 일반적이므로, 위 법조항에서 ‘현저히 부당하여 공익을 해하는 경우’와 대비되어 규정된 ‘법령에 위반하는 때’의 개념 속에는 일반적인 ‘법령위반’의 개념과는 다르게 ‘재량권의 일탈·남용’은 포함되지 않는 것으로 해석하여야 한다. 가사 이론적으로는 합목적성과 합법성의 심사가 명확히 구분된다고 하더라도 ‘현저히 부당하여 공익을 해한다는 것’과 ‘재량권의 한계를 일탈하였다는 것’을 실무적으로 구별하기 매우 어렵다는 점까지 보태어 보면, 지방자치법 제157조 제1항 후문의 ‘법령위반’에 ‘재량권의 일탈·남용’이 포함된다고 보는 다수의견의 해석은 잘못된 것이다. ‘라고 판시하고 있습니다. (2005추62 전원합의체 반대의견)

자치사무에 대해서는 지방자치단체의 재량권이 존중되는 방향으로 해석을 하여야 하므로 위 반대의견이 타당하다고 할 것이고 이에 따르면 가사 대법원판결의 판시대로 재량권의 일탈·남용이 인정된다고 하더라도 ‘교육감의 명령이나 처분이 법령에 위반되는 경우’라고 할 수는 없으므로 교육부가 서울특별시교육감의 자율형사립고등학교지정취소처분에 대하여 직권취소할 수는 없다고 할 것입니다.

4. 결론

서울특별시교육감의 자사고지정취소처분에 있어서 서울시교육청의 교육부와 협의의무위반과 서울시교육청의 재량권 일탈·남용여부로 인한 '법령위반'을 인정할 수 없으므로 교육부의 서울특별시교육감의 자사고지정취소처분에 대한 직권취소는 취소요건을 충족하지 못하여 위법하므로 서울특별시교육감의 자율형사립고등학교행정처분직권취소처분취소청구는 인정되는 것이 타당합니다.

Ⅲ. 기타 문제점

1. 자사고폐지내지 축소의 필요성과 대법원 판시의 문제점

자율형사립고는 국가나 지방자치단체로부터 지원을 최소화하되 건학이념에 따라 자유로운 학생선발, 교육과정 운영 및 교원배치를 함으로서 특정한 교육목적을 달성하기 위해 설립이 지정 고시된 학교이나, 자사고를 비롯한 외고, 국제고는 위와 같은 제도 도입취지와 달리 기형적인 운영을 통해 고등학교 서열화와 교육불평등을 조장하다는 비판을 꾸준히 받아 왔고, 고교평준화의 복원 및 균질한 교육환경을 위하여 폐지 내지 축소 필요성이 큰 상황입니다. 이에 대해 여론조사 전문기관 리얼미터는 CBS '김현정의 뉴스쇼' 의뢰로 외고·자사고 존폐에 관한 여론조사를 한 결과, '폐지하는 것이 바람직하다'는 의견이 52.5%, '유지하는 것이 바람직하다.' 27.2%, 로 집계됐다고 2017년 6월 26일 밝힌 바 있습니다. (2017. 6. 26. 연합뉴스기사)

자율형사립고의 폐지 (정확히는 일반고로의 전환입니다.) 내지 축소에 대하여는 그 필요성이 인정되고 여론조사상 자율형 사립고의 폐지 내지 축소의견이 다수인 상황이고 적어도 의견이 분분하여 여러 가지 가치와 이익을 형

량하여 판단하여야 할 것인데, 대법원은 이 사건 판시에서 “ ‘공교육의 정상화와 자사고의 바람직한 운영’ 이라는 공익은 자사고 지정을 유지한 채로 그 운영방식을 개선하는 방법으로도 충분히 달성할 수 있다” 고 하여 자사고의 폐지 내지 축소 논의에 있어서 이미 어떤 예단을 가지고 있는 것이 아닌가하는 우려를 하게 됩니다. 이 사건 판결의 당부를 떠나서 ‘공교육의 정상화와 자사고의 바람직한 운영이라는 공익은 자사고 지정을 유지한 채로 그 운영방식을 개선하는 방법으로도 충분히 달성할 수 있다’ 는 대법원의 표현은 부적절하다고 할 것입니다.

2. 자사고지정취소에 의한 자사고문제 해결에 대하여

이 사건에서도 판시되었듯이 ‘자사고 제도의 존치를 전제로 한 내실 있는 학교운영 유도’를 주된 목적으로 하였던 종전 평가기준이 ‘자사고 지정취소를 토대로 일반고 전성시대의 기반 확보’를 목적으로 하는 새로운 평가기준으로 변경되는 것은 가능합니다.

지방자치단체권한의 존중차원에서 자사고, 외고, 국제고, 특성화중, 특목고 지정 및 지정취소 시 교육부장관과의 협의를 규정하고 있는 초중등교육법시행령조항은 삭제하는 것이 타당하다고 할 것입니다.

3. 자사고폐지에 의한 자사고문제 해결에 대하여

자사고 지정취소에 의한 자사고문제 해결은 이 사건 판결의 부당함에도 불구하고 기본적으로는 자사고 제도의 존치를 전제로 하고 있는 성격이 있어서 한계가 있다고 할 것입니다.

특수목적고에서 자율형사립고를 폐지하는 초중등교육법시행령의 개정이 근본적인 해결방법이라고 할 것이고, 자율형사립학교의 근거규정이 초중등교육법시행령

인 점, 자율형사립학교가 2009년 정부의 자율형사립학교 확대정책으로 현행 고교
평준화를 원칙으로 하는 제도에서 예외적으로 도입되어서 고교평준화제도를 형해
화 할 정도로 폐해가 큰 점을 고려할 때 충분히 타당성이 있다고 할 것입니다.