

교육제도의 위험적 요소들에 대한
비판적 검토

| 조 전 혁 |
인천대학교 경제학과 교수

교육제도의 위험적 요소들에 대한 비판적 검토

1판1쇄 인쇄/ 2006년 1월 3일

1판1쇄 발행/ 2006년 1월 10일

발행처/ 한국경제연구원

발행인/ 노성태

편집인/ 노성태

등록번호/ 제18-1982-000003호

(150-756) 서울특별시 영등포구 여의도동 28-1 전경련회관

전화 3771-0001(대표), 3771-0057(직통)/ 팩스 785-0270~1

<http://www.keri.org>

© 한국경제연구원, 2006

한국경제연구원에서 발간한 간행물은

전국 대형서점에서 구입하실 수 있습니다.

(구입문의) 3771-0057

값 3,000원 / ISBN 89-8031-381-0

Contents

요 약

- I. 문제의 제기 / 13
- II. 최근 사립학교법개정안 논란 / 16
 - 1. 공공성과 공공재 / 18
 - 2. 학교운영위원회와 개방형 이사 / 19
 - 3. 재산권에 대한 위헌(危害) / 23
 - 4. 친족관련자 선임제한 / 25
- III. 고등학교 평준화 제도 / 27
 - 1. 결과적 균등 vs 기회의 균등 / 28
 - 2. 실재하는 학력차 - 기회의 불평등과 결과적 차별 / 31
- IV. 사립학교와 행복추구권 / 35
 - 1. 사립학교의 지위 / 35
 - 2. 선택권과 선발권의 억제 / 36
- V. 교육독점 - 교과용 도서 / 38
- VI. 과도한 위임입법 / 44
 - 1. 교육과정 / 45
 - 2. 학교선택권 / 47
 - 3. 중학교 의무교육제도 / 48
- VII. 교육정보의 국가독점 / 50
- VIII. 결론 및 제언 / 53

교육제도와 교육현장의 위헌소지 있는 정책실험 중단해야

I. 사학재단의 자율성을 훼손하는 사립학교법 개정안 논의 신중해야

- 교육은 공공성이 크다는 사실이 반드시 “교육은 공공재다”라는 것을 의미하지는 않음.
- 우리 교육계에서는 교육의 공공성을 공공재로 착각하고 국가의 통제와 규제를 당연시하여 우리 교육은 사실상 국가독점체제로 운영되고 있는 현실임.
 - 반면 우리 헌법은 자유민주주의와 시장경제체제를 분명히 하고 있고 이에 따라 우리 헌법은 개인의 선택의 자유, 행복추구권, 교육의 자유와 자율을 명시적으로 규정함.
- 현재 우리 교육현장에서는 수많은 위헌적, 반헌법적 법률, 규정, 관행들이 횡행하고 있으며, 이러한 배경에는 국가독점적 교육체제라는 ‘현실’과 헌법정신이라는 ‘이념’의 충돌이 있음.
 - 최근 문제가 되고 있는 여당의 사립학교법 논란, 평준화 제도의 문제, 3불정책과 관련한 논란 등 교육과 관련한 사회적 쟁점들은 모두 이러한 현실과 이념의 충돌 현상으로 해석할 수 있음.

□ 사립학교법개정안에 담긴 내용 사학재단의 자율성 크게 훼손

○ 열린우리당이 내놓은 사학관련법개정안의 개정 방향은 사립 학교의 지배구조를 학교법인 중심에서 학교 구성원 중심으로 개편하고 교육인적자원부를 비롯한 관할청의 감독권한을 대폭 강화하는 방향

○ 법개정안의 주요 골자를 살펴보면 다음과 같음.

- 교사회, 교수회, 학부모회, 직원회, 학생회 등 학내 임의조직들을 모두 법정기구화하고 이들에게 학교경영 참여의 기회를 부여

- 위 법정기구들의 대표들로 학교운영위원회·대학평의원을 구성하고 이 기구를 심의기구화하여 이들에게 학교와 법인 운영에 대한 최종의사결정권을 부여

- 학교법인의 이사의 1/3 이상, 감사의 1/2을 학교운영위원회·대학평의위원회가 추천하되 이들이 추천한 이사를 법인이 임명하지 않을 때는 교육인적자원부 장관이 임명

- 이사장의 친인척의 비율을 이사정수의 1/4 이내로 하고 이 사장의 배우자나 직계존비속 및 그 배우자는 당해 학교장으로 취임금지

- 교원인사위원회와 교원징계위원회 위원의 1/3 이상을 교사회·교수회가 추천

○ 사립학교법개정안의 배경에 대해 여당은 사립학교 운영의 공공성·투명성·민주성을 제고한다는 명분을 내세우나, 법개정의 명분으로 충분치 못한 것으로 판단됨.

○ 사학운영의 투명성과 관련해서 가장 문제가 되는 부분인 사학재단 비리는 투명한 회계감사 및 비리에 대한 처벌강화를 통해서 해결가능하고, 필요하다면 외부감사제도를 의무화하는 것도 검토할 수 있음.

○ 민주성은 정치적으로 소중한 가치이나 특별한 목적의 사업을 수행하는 법인이 반드시 추구하여야 할 ‘절대적 가치’는 아님.

– 사학법인은 그 사업의 목적에 공공성이 있다고는 하나 그 자체가 공공단체는 아니고, 공공단체라고 할지라도 운영이 반드시 모든 구성원이 참여하는 민주적인 지배 및 의사결정 구조여야 할 필요는 없음.

○ 최근 사학법 개정논의와 관련하여 핵심개념인 사학의 공공성 또는 공익성이 공공재를 의미하지는 않음.

– 사학법인은 교육이라는 공익적인 가치를 실현하기 위하여 독지가가 사재를 기부하여 세운 기관으로, 사법인이 보유한 재산을 마치 사회에 공여된 공공재산으로 취급하여 국가 또는 재단 외 제3자가 관리권을 주장하는 것은 명백한 위헌임.

– 즉 개인이 교육에 공헌하고 싶어서 자신의 재산을 국가에 또는 사회에 헌납하는 것과 자신이 특별한 교육이념하에 재산을 출연하여 사학법인을 만들고 해당법인이 법적으로 보호받는 테두리 내에서 교육활동을 하는 것은 전혀 다른 개념임.

○ 개방형이사제 조항은 국가가 사학법인 이사회를 강제적으로 개편할 수 있다는 발상으로 사학법인이 ‘재단법인’이라는 성격의 본질을 훼손하는 것으로서 사법인으로서의 성격과 사학 운영권에 대한 국가의 과잉규제에 해당

– 우리 헌법은 분명히 사학의 자유로서 인정되고 있는 사학 운영의 주체로서 사학법인이 교육권을 행사할 수 있도록 보장하고 있으며, 헌법판결의 선례들을 보더라도 사학재단의 자율성을 빼앗는 행위는 명백한 위헌

○ 친족관련선임제한 조항은 인적인 혈연관계 때문에 임원선임을 제한하거나 학교장 임면을 제한하는 것은 ‘역차별’ 문제가 제기되며 위헌의 소지가 있음.

– 친인척을 떠나서 부적격자를 이사 또는 학교장에 선임, 임면하는 것은 교육적으로 문제가 있기 때문에, 논의의 핵심은 어떻게 하면 부적격한 인사가 임용되는 것을 방지할 수 있는가에 맞추어지는 것이 바람직함.

□ 헌법에 명시되어 있는 사학운영의 자율성 담보되어야

○ 우리 교육계는 국공립학교는 물론이거니와 사립학교들까지 운영의 자유와 자율권이 유보된 상황임.

– 사학의 운영은 설립자의 자유이지만 이러한 자유에는 그에 해당하는 공적책임이 수반되어, 국가는 헌법 제31조 제1항 및 제6항에 따라 사립학교의 제도에 대한 전반적인 형성과 규율을 할 수 있는 입법재량권이 인정되고 있음.

○ 중요한 것은 헌법에서 명시한 사립학교 교육과 운영의 자율성을 침해하지 않는 한도 내에서 인정되는 것임.

- 현재는 사립학교의 자율성과 관련하여 “특히 사립학교는 설립자의 의사와 재산으로 독자적인 교육목적을 구현하기 위하여 설립되는 것이므로 사립학교의 자유와 운영의 독자성을 보장하는 것은 그 무엇과도 바꿀 수 없는 본질적 요체”라고 판시

- 헌법재판소는 국민들의 배움 권리는 이미 행복추구권에서 나오며, 특히 “부모가 자녀 교육권의 일환으로 자녀를 사립학교에 보낼 것인가, 공립학교에 보낼 것인가, 아니면 특수목적고에 보낼 것인가 등을 결정하는 학교선택권을 가지고 있다”고 판시

- 학생과 부모는 공립과 사립, 그리고 사립 중에서 특정한 사립학교를 선택할 수 있는 권리를 가지며 아울러 사립학교는 학교의 건학정신과 특성에 맞는 다양한 교육을 할 권리가 보장되어야 하고 이를 위한 학생선택권이 보장되어야 함.

II. 교과용 도서 채택 기본적으로 시장경쟁체제에 맡겨야

- 현재 교과용 도서는 극소수만이 인정도서로 되어 있으며 나머지 도서는 모두 국정도서로 되어 있고, 특히 초등학교에서 사용되는 교과용 도서는 실질적으로 국정제로 운영
 - 자유민주주의 교육체제에서 교육내용의 다양성과 자율성은 교육에서의 창의성, 개성 그리고 수월성을 높이는 기본적인 요소임에도 불구하고 현행 교과용 도서에 대한 규정 및 교과용도서의 운영방식은 정부독점하에 있음.
 - 이러한 체제하에서는 개인의 학습권, 교사의 교과운영 자율성을 충분히 보장하지 못함에 따라 교육을 통한 국가의 경쟁력 향상에 막대한 지장을 초래할 가능성이 있음.
- 국정교과서 제도는 정부 의도대로 편찬할 수 있기 때문에 정치적 선전도구로 이용될 가능성이 있고, 검정도서와 인정도서 역시 정치적 도구화 가능성을 배제할 수 없음.
 - 실제로 유신시대의 정치경제, 사회문화 교과서를 보면 유신 아니면 살 수 없다고 독재정권을 옹호한 바 있고, 최근 교과서포럼은 현행 국사교과서 및 사회, 경제 교과서들이 지나친 이념적 편향성을 보이고 있다고 비판
 - 원칙적으로 교과서 자유발행제나 인정제를 채택하여 교육을 통해 정권의 정당성을 합리화하고 교과서를 정치적 선전의 통로로 활용되는 것을 막고 민주적 다원주의를 확보해야 함.

III. 교육정보는 국민의 알권리 차원에서 공개되어야

○ 교육부는 매년 학년별 국가수준학업성취도평가를 시행하고, 그 원자료와 전반적인 결과를 극소수 정책집행자 및 정부출연연구원의 일부 연구원들에게만 공개함.

－ 알권리는 정보의 수집과 취재 활동에 대한 침해배제요구라는 점에서 자유권적 성격을, 정보공개라는 점에서 청구권적 성격을 가지며, 고도의 정보사회가 되어 감에 따라 생활권적 성격을 아울러 가짐.

○ 헌법상의 알권리는 다른 기본권과 마찬가지로 그 본질적 내용은 침해할 수 없으며, 헌재도 알권리에 관하여 “직접적 이해관계가 있는 자에 대하여 특단의 사정이 없는 한 의무적으로 공개해야 한다”고 판시

－ 그럼에도 불구하고 교육부는 직접적인 이해관계가 있는자인 학생과 학부모에게도 ‘특단의 사정이 없음에도 불구하고’ 국가수준 학업성취도 평가와 관련한 자료와 대학입학수학능력시험 원자료 등에 관한 공개를 거부함으로써 국민들의 알권리를 제약

교육제도의 위험적 요소들에 대한 비판적 검토

시장경제 ISSUE PAPER-17

한국의 시장경제, 무엇이 문제인가?

I. 문제의 제기

우리 헌법은 전문에서 “자유와 조화를 바탕으로 자유민주적 기본질서를 더욱 확고히 하여 정치·경제·사회·문화의 모든 영역에 있어서 각인의 기회를 균등히 하고, 능력을 최고도로 발휘하게 하며, 자유와 권리에 따르는 책임과 의무를 완수하게 하여.....”라고 서술하면서 ‘자유’와 ‘조화’, ‘기회의 균등’과 ‘능력의 최고도 발휘’를 강조하고 있다.

한편 헌법 제10조는 “모든 국민은 인간으로서의 존엄과 가치를 가지며, 행복을 추구할 권리를 가진다. 국가는 개인이 가지는 불가침의 기본적 인권을 확인하고 이를 보장할 의무를 진다”라고 서술함으로써 인간의 존엄과 가치 그리고 행복추구권을 개인이 가지는 불가침의 기본인권임을 강조하고 국가는 이를 반드시 보장하여야 한다고 강조하고 있다. 이에 더하여 헌법 제37조 제1항과 제2항에서는 “국민의 자유와 권리는 헌법에 열거되지 아니한 이유로 경시되지 아니하며” “국민의 모든 자유와 권리는 국가안전보장 질서유지 또는 공공복리를 위하여 필요한 경우에 한하여 법률로써 제한할 수 있으며, 제한하는 경우에도 자유와 권리의 본질적인 내용을 침해할 수 없다”고 서술함으로써 개인이 가지는 ‘불가침의 기본권’으로서 ‘행복을 추구할 권리’는 결코 침해될 수 없음을 재확인하고 있다.

한편 헌법 제31조 제1항은 “모든 국민은 능력에 따라 균등하게 교육을 받을 권리를 가진다”라고 서술함으로써 우리나라

교육의 헌법적 목표가 ‘결과의 균등’이 아닌 ‘능력에 따른 균등’임을 밝히고 있다. 이상과 같은 교육과 관련한 헌법조문을 감안할 때, 국민들은 교육에 대한 기회를 균등히 부여 받음과 동시에 자신의 능력을 최고도로 발휘함으로써 행복을 추구할 수 있는 불가침의 기본권을 가지고 있다고 할 것이다.

한편 헌법 제31조 제2항부터 제6항까지 교육과 관련해서 진흥할 사항, 보장할 사항 그리고 제한할 사항은 반드시 법률에 의하여 진흥, 보장, 제한되도록 규정하고 있다. 이 규정은 국가의 백년대계라고 할 수 있는 교육 내지 교육제도를 규율함에 있어서 행정편의적인 정책고려, 행정부의 자의적 법해석 또는 정권의 인기영합주의를 방지하기 위한 법치국가의 원칙을 천명한 것이다.

그럼에도 불구하고 우리나라 교육현장의 현실은 많은 위험적 요소로 인하여 헌법정신이 크게 훼손되고 있다. 특히 공공복리라는 이유로 헌법에 명시된 결코 침해할 수 없는 기본적 권리와 자유가 침해당하고 있으며, 반드시 법률로써 제한되어야 할 국민의 자유와 권리들이 헌법이 요구하는 한계규정을 준수하지 않고 과도하게 행정부에 위임되고 있음으로써 의회에 의해 행정입법이 통제되지 못하는 실정이다.

본 보고서는 첫째, 최근 문제가 되고 있는 사립학교법개정안과 관련한 이슈들, 둘째, 우리나라 중등교육제도의 근간이 되는 평준화와 관련한 이슈들, 셋째, 사립학교의 지위와 역할과 관련한 이슈들, 넷째, 교과과정의 핵심인 교과서에 관한 이슈들을 중심으로 교육정책 및 일선 교육현장에서의 위험적 요소를 살펴보고, 평가하고자 한다. 이에 더하여 교육관련 제규정과 행정입법과 관련하여 과도한 위임에 따른 교육 각 분야

에서 횡행하고 있는 위헌적 법률 및 행정관행에 대하여 몇 가지 대표적인 사례를 통하여 문제를 제기한다. 마지막으로 교육소비자로서 학생과 학부모들에게 당연히 공개되어야 할 교육정보에 대한 정부의 독점 및 비공개가 국민들의 알권리라는 헌법적 권리에 부합되는지를 평가한다.

II. 최근 사립학교법개정안 논란

열린우리당이 내놓은 사학관련법개정안¹⁾의 개정 방향은 사립학교의 지배구조를 학교법인 중심에서 학교 구성원 중심으로 개편하고 교육인적자원부를 비롯한 관할청의 감독권한을 대폭 강화하는 것으로 되어 있다. 법개정안의 주요 골자를 살펴보면 다음과 같다.

① 교사회, 교수회, 학부모회, 직원회, 학생회 등 학내 임의 조직들을 모두 법정기구화하고 이들에게 학교경영 참여의 기회를 부여한다.

② 위 법정기구들의 대표들로 학교운영위원회·대학평의회를 구성하고 이 기구를 심의기구화하여 이들에게 학교와 법인 운영에 대한 최종의사결정권을 부여한다.

③ 학교법인의 이사의 1/3 이상, 감사의 1/2을 학교운영위원회·대학평의회가 추천하되 이들이 추천한 이사를 법인이 임명하지 않을 때는 교육인적자원부 장관이 임명한다.

④ 이사장의 친인척의 비율을 이사정수의 1/4 이내로 하고 이사장의 배우자나 직계존비속 및 그 배우자는 당해 학교의 장이 될 수 없다.

1) 2004. 10. 20 열린우리당 복기왕 의원 대표발의. 열린우리당의 사학법개정안 이외에도 한나라당의 김영숙 의원(2004. 12)과 임태희 의원(2005. 8)이 발의한 사학법개정안 등도 국회에 계류중이다.

⑤ 교원인사위원회와 교원징계위원회 위원의 1/3 이상을 교사회·교수회가 추천한다.

이와 같은 사립학교법개정안의 배경에 대해 열린우리당은 사립학교 운영의 공공성·투명성·민주성을 제고한다는 명분을 내세우고 있다. 그러나 이러한 명분들 중 운영의 투명성과 민주성은 법개정의 명분으로 충분치 못한 것으로 판단된다.

먼저 사학운영의 투명성과 관련해서 가장 문제가 되는 부분이 소위 ‘사학비리’ 부분이다. 사학재단의 비리는 투명한 회계감사 및 비리에 대한 처벌강화를 통해서 해결될 수 있는 부분이다.²⁾ 특히 현재의 민법 또는 형법상 관련규정으로도 충분히 비리 사학을 규제할 수 있다. 만약 현행의 규제가 불충분하다면 관련법을 강화하는 것으로 족하다.³⁾ 즉 현재 열린우리당의 안처럼 사학재단의 지배구조를 바꾸지 않더라도 충분히 해결될 수 있는 부분이다.

다음으로 사학법인은 그 사업의 목적에 공공성이 있다고는 하나 그 자체가 공공단체는 아니다. 게다가 공공단체라고 할지라도 운영이 반드시 모든 구성원이 참여하는 민주적인 지배 및 의사결정 구조여야 할 필요는 없다. 하물며 공공단체가 아닌 하나의 사법인인 사학재단의 운영에 민주성을 강요할 수는 없다. 민주성은 정치적으로 소중한 가치이나 특별한 목적의 사

2) 필요하다면 상장법인의 경우와 같이 외부감사제도를 의무화하는 것도 한 방법이다.

3) 사실 사학비리와 관련해서는 감독관청인 교육부와 교육청의 감독부제 또는 직무유기 등에 의한 문제가 더욱 크다는 현장의 목소리도 있다. 이와 아울러 감독청의 규제규정이 모호하거나 비현실적이어서 ‘선의의 피해자’가 발생한다는 우려도 있다.

업을 수행하는 법인이 반드시 추구하여야 할 절대적 가치는 아니다.

1. 공공성과 공공재

최근 사학법 개정논의와 관련하여 논의의 핵심이 되는 사안은 ‘사학의 공공성(公共性)’이라는 개념이다. 이러한 논의와 관련하여 일반국민들뿐만 아니라 입법의 주체인 국회의원들마저도 ‘공공성’이라는 용어를 혼동하면서 잘못된 논리비약의 함정에 빠진 것은 아닌지 의심이 든다. 공공성 또는 공익성이 있다는 것이 반드시 공공재(公共財)를 의미하지는 않는다.

즉 사학을 운영하는 주체인 재단법인은 사법상의 법인이지 공공단체는 결코 아니다. 따라서 교육의 공공성을 위한 감독 및 통제는 국가 고유의 권한일 수 있으나 학교법인이 마치 국가의 재산을 관리하는 주체로 취급하는 것은 명백히 헌법상의 사유재산권을 부정하는 위헌적 발상이다. 즉 재단법인이라는 것은 단순한 영리가 아니라 사회에 다양한 형태로 존재하는 공익적인 가치를 실현하기 위하여 독지가가 사재를 기부하여 세운 사법인인데 이를 혼동하여 사법인이 보유한 재산을 마치 사회에 공여된 공공재산으로 취급하여 국가 또는 재단 외 제3자가 관리권을 주장하는 것은 명백한 위헌으로 볼 수밖에 없다.

즉 개인이 교육에 공헌하고 싶어서 자신의 재산을 국가에 또는 사회에 헌납하는 것과 자신이 특별한 교육이념하에 재산을 출연하여 사학법인을 만들고 해당법인이 법적으로 보호받는 태두리 내에서 교육활동을 하는 것은 전혀 다른 개념이다.

이러한 이유 때문에 사학출연자는 사학재단이라는 사법인을 설립하여 그 사법인이 자신의 지향하는 가치에 맞도록 정관에 사업목적과 실시할 내용을 정한다. 한편 이러한 정관상의 목적을 실현하는 데 있어서 가치관과 지향성이 같은 사람을 중심으로 이사진을 구성하고 이사진들이 법인을 운영하도록 하는 것이다. 이사는 해당법인의 목적을 실현시켜 나가는 법률상의 기관이므로 이러한 목적 외에 배치되는 가치관을 가진 이사들은 엄밀히 말하면 정관에 위배되는 부적격자라고 할 수 있다. 따라서 사학법인에 기부된 재산을 사회를 위해 공여된 재산이니까 그 집행을 맡는 이사를 국가나 사회가 선임하고 이들이 사학법인의 운영에 관계하고 사업을 실시하는 것은 사법인의 설립행위가 아닐 뿐만 아니라 재산권 보장에도 위배된다. 이러한 사학법인의 경영과 관련하여 국가 또는 사회가 간섭하는 것은 사학법인이 마치 공공재인 것처럼 혼동함과 아울러 사학법인과 학교를 구별하지 못한 착각에 기인한 것으로 평가할 수 있다.

2. 학교운영위원회와 개방형 이사

개정안에 따르면 사학법인의 이사 정수를 9인으로 늘리고 3분의 1 이상은 학교운영위원회가 추천하는 인사로 선임하도록 하는 소위 ‘개방형 이사제’를 포함하고 있다. 이는 기본적으로 국가가 사학법인 이사회를 강제적으로 개편할 수 있다는 생각이다. 따라서 이 개정안의 규정은 소위 사학법인이 ‘재단법인’

이라는 성격의 본질을 훼손하고 있다. 이러한 이유 때문에 이 조항은 사학법인의 사법인으로서의 성격과 사학 운영권에 대한 국가의 과잉규제 논란을 불러일으켰다. 우리 헌법은 분명히 사학의 자유로서 인정되고 있는 사학운영의 주체로서 사학법인이 교육권을 행사할 수 있도록 보장하고 있다.

사학법인과 학교간에는 분명한 차이가 존재한다.⁴⁾ 이 차이를 전제로 할 때, 법인은 법률상의 존재이기 때문에 실제로 행위를 하기 위한 기관으로서 이사가 존재한다. 즉 법인이 행위를 하는 것은 이사를 통해서 하는 것이기 때문에 이사는 법인의 본질적인 구성요소다. 이러한 점에서 학교보다는 법인이, 학교장보다는 법인이사가 법률적으로 우선적이라 할 수 있다.⁵⁾ 이러한 인식과 관련하여 사학법인이 재단법인이라는 점을 이해하는 것은 매우 중요하다.

개방형 이사제를 기업의 사외이사제에 비교하는 논거도 나오고 있다. 그러나 기업의 사외이사는 재단법인에 개방형 이사제와는 본질상 완전히 다르다. 왜냐하면 기업의 사외이사는 해당법인의 보유주체인 주주총회에서 선임하는 것이지 회사의 사원들이 뽑는 것이 아니기 때문이다. 사외이사제도의 취지를 요약하면 다음과 같다: “이사는 주주총회에서 선임하는데, 사내인사뿐만 아니라 회사 밖에서도 전문가를 뽑아서 경영에 도움이 되도록 하자는 것이다.” 따라서 학교법인도 그런 의미에서는 외부인사를 활용할 수 있다. 주주총회와 같이 권리주체가 자율적으로 권리를 행사를 해서 선임하는 것은 가능하지만

4) 사학법인과 학교와의 관계는 기본적으로 지주회사와 지주회사 산하의 주식회사들의 관계와 유사하다.

5) 권한과 책임의 측면에서 우선적이라는 뜻이다.

피고용자인 사원이나 권리주체가 아닌 일반시민이 이사를 선임할 수 있다는 것은 무리가 있다. 따라서 주식회사의 이사와 사외이사와 사학법인의 이사는 선출과 구성이 전혀 다른데도 불구하고 대비하는 잘못을 범하는 것이다.

<표 1> 사단법인(비영리사단법인)과 재단법인의 차이

| | 사단법인 | 재단법인 |
|------|------------------------------------------------|---------------------------------------------------------------------------------------------------|
| 정의 | 학술, 종교, 자선, 기예, 사교 등 비영리적인 사업을 목적으로 하는 사람들의 단체 | 학술, 종교, 자선, 기예, 사교 등 비영리적인 사업을 목적으로 재산을 출연하고 이 목적재산을 출연목적에 적합하도록 관리하기 위한 주체적 조직 |
| 이사결정 | 사단법인의 구성원인 사원들의 총회, 사원총회를 통하여 단체의사를 결정하여 활동 | 사단법인과는 달리 사원총회가 없고 대표기관인 이사가 유일한 필수 기관임. 재단법인의 모든 의사결정과 법률행위는 이사가 하고 대내외적으로 업무집행권과 대표권은 모두 이사가 가짐 |
| 비고 | 정관변경이 자유롭고 사원총회의 대의에 따라서 활동 | 정관으로 정한 목적의 범위 내에서만 권리와 의무의 주체가 됨 |

학부모회, 학생회, 직원회 등 학교 내 여러 가지 단체들의 설치를 법으로써 의무화시키는 것은 사립학교를 기본적으로 사단법인으로서 바라보는 착각의 소산이다. 이사 선임과 관련해서도 만약 사학법인이 재단법인이 아니라 사단법인이라면 사원총회에서 선임을 하거나 나눌 수 있을 것이다. 따라서 여당의 사립학교법개정안이 포함하고 있는 개방형 이사제 조항은 헌법에 불합치할 뿐만 아니라 민법에도 위배된다.

특히 이와 관련하여 헌법재판소는 명확한 판결을 내린 바

있기도 하다. 현재는 ‘지방교육자치에 관한 법률 제44조 제2항의 위헌 확인’과 관련하여 “국·공립학교에는 학교운영위원회 설치운영을 의무적으로 한 데 대하여 사립 중·고등학교에는 임의제로 하는 것이 위헌이 아니다”라는 취지의 판결을 내린 바 있다.

당시 쟁점은 지방교육자치에 관한 법률 제44조의2 제2항(사립의 초등학교, 중학교, 고등학교에는 학교운영위원회를 둘 수 있다)이 헌법 제11조 제1항이 보장하는 평등권과 헌법 제31조 제1항이 보장하는 교육권을 침해하였는가 여부였다. 이에 대해 헌법재판소는 지방교육자치에 관한 법률 제44조의2 제2항은 헌법 제11조 제1항이 보장하는 평등권과 헌법 제31조 제1항이 보장하는 교육권을 침해하지 않았다는 취지로 해당심판청구를 기각하였다.

해당판결의 주요 내용은 다음과 같다:⁶⁾

“사립학교에 운영위원회를 의무적으로 두게 할 것인지, 재량 사항으로 하게 할 것인지 여부는 입법자의 입법형성영역인 정책문제에 속하고, 그 재량의 한계를 현저히 벗어나지 않는 한 헌법위반으로 단정할 것이 아닌바, 지방교육자치에 관한 법률 제44조의2 제2항은 청구인의 평등권을 침해하지 않았다. ‘사립학교의 특수성으로 인하여 헌법재판소가 국가유공자 예우 등에 관한 법률 제4조 제1항 제12호 소정의 국가유공자인 공상 공무원에 국·공립학교 교원만을 포함시키고 사립학교 교원을 포함시키지 않은 것은, 보훈 대상의 범위 내용 등에 관한 입법

6) 지방교육자치에 관한 법률 제44조의2 제2항 위헌 확인(1997.3.25. 97헌마130)

형성 자유에 속하는 입법정책 문제로서 합리적인 근거와 이유 있는 차별이므로 평등권 침해가 아니라고 한 선례(헌재 1994. 6. 30. 91헌마161)', 그리고 '사립대학 교육기관의 교원이 구 사립학교법 제53조의2 제3항의 위임에 의하여 만들어진 학교법인의 정관에 따른 기간임용제의 적용을 받음으로써 국·공립대학교 교원과 비교하여 차별을 받는 것은 사법적(私法的) 관계와 공법상 권력관계의 차이에서 비롯된 것으로서 합리적이고 정당한 사유가 있으므로 평등권 위반이 아니라는 선례(헌재 1998. 7. 16. 96헌바33 등)'에 비추어 볼 때, 입법자가 국·공립학교와는 달리 사립학교를 설치·경영하는 학교법인 등이 당해 학교에 운영위원회를 둘 것인지의 여부를 스스로 결정할 수 있도록 법률조항을 만든 것은 사립학교의 특수성과 자주성을 존중하는 데 그 목적이 있고, 목적의 정당성 또한 시인할 수 있으므로, 결국 국·공립학교의 학부모에 비하여 사립학교의 학부모를 차별 취급한 것은 합리적이고 정당한 사유가 있다고 인정되므로 평등권 위반이 된다고 볼 수 없다.”

이러한 헌법판결의 선례를 보더라도 사립학교의 이사진을 선임하는 데 있어서 사학재단의 자율성을 빼앗는 행위는 명백한 위헌으로 평가된다.

3. 재산권에 대한 위헌(危害)

여당의 사립학교법개정안은 헌법은 인정하고 있는 재산권에 대한 과잉 제한을 부여한다는 인상이 짙다. 앞서 논의된 바와

같이 학교법인은 기본적으로 사법인이다. 사법인이 사립학교를 운영하는 권리는 분명히 학교 경영권으로서 인정되는 것이고 학교 경영권의 헌법적인 근거는 재산권이 본질적인 내용을 이룰 뿐만 아니라, 헌법 제10조에서 파생하는 ‘일반적 행동의 자유’ 또는 ‘계약체결의 자유’ 등 사적자치의 원칙도 관련이 있다.

이러한 기본적인 원칙에 따라서 볼 때 동 개정안은 전체적으로 사립학교가 가지고 있는 사법인으로서의 권리 주체, 학교 운영에 관한 사법인으로서의 권리 주체에 대해서 학교 운영의 공공성이라고 하는 목적으로 지나친 법적 강제를 요구함으로써 학교법인이 가지고 있는 사법인뿐만 아니라 재단법인의 성격을 침해하는 것으로 판단된다.

따라서 여당의 사립학교법개정안은 사립학교의 자율성과 투명성이라고 하는 가치를 또 다른 헌법적인 가치인 ‘사학의 자유’나 ‘재단법인으로서의 사립학교’ 또는 ‘학교법인의 사법인성’ 등보다 우위에 놓고 강제하고 있다는 판단이다. 이러한 형태의 입법은 우리 법률의 일반적인 원칙과 상당한 거리가 있다. 헌법재판소도 교육과 사학에 관한 여러 재판내용에서 국회가 법률을 제정할 때는 이러한 법의 일반 원칙에 합치되는 범위에서 그 목적을 최대한 실현해야 한다는 견해를 밝히고 있다.

헌법재판소는 사립학교 학교운영위원회가 학교법인의 재산권을 침해하느냐 여부에 관한 헌법소원에 대하여 학교운영위원회가 단순히 ‘자문기구’에 그친다면 학교법인의 재산권을 침해하는 것이 아니라고 결정한 바 있다. 때문에 개정안대로 학교운영위원회가 구속력을 갖는 ‘심의기구’로서 정관, 학칙의 제정 및 개정, 예산결산에 관한 사항, 학교발전계획 등 학교운영의 중요사항을 심의하게 되면, 학교법인 및 학교장의 권한이

대내외적으로 그 법적 책임의 주체가 아닌 교사(또는 교수), 학생, 동문, 지역인사 등의 구성원으로 넘어가는 결과를 초래할 것이다. 따라서 사학의 자유에 기초하는 사학의 건학 이념은 무력화되고 학교법인을 그 재단 설립 시의 건학 목적에 따라서 운영하도록 하는 사적 재산권이라는 사학법인의 기본권이 부인되는 결과가 따를 것이다.

4. 친족관련자 선임제한

여당의 사립학교법개정안은 “..... 이사장의 배우자나 직계 존비속 및 그 배우자는 당해 학교의 장이 될 수 없다”는 조항을 포함하고 있다. 특수한 인척관계 때문에, 개인적인 혈연관계 때문에 임원선임을 제한하거나 학교장 임면을 제한하는 것은 ‘역차별(逆差別)’ 문제가 제기될 수 있으며 따라서 위헌의 소지가 있다. 따라서 사립학교 이사장 친인척의 이사 또는 학교장 선임 및 임면을 원천적으로 봉쇄하는 것은 무리다.⁷⁾

보다 근본적으로는 문제는 부적격한 사람을 친인척이라는 이유로 선임, 임면하는 데 있다. 친인척을 떠나서 부적격자를 이사 또는 학교장에 선임, 임면하는 것은 교육적으로 문제가 있기 때문에, 논의의 핵심은 “어떻게 하면 부적격한 인사가 임용되는 것을 방지할 수 있는가”에 맞추어져야 한다. 부적격자 논란과 관련해서는 학교장 또는 이사 후보자들을 철저히 검증할 수 있는 시스템을 만들고 이 시스템 내에서 이해관계인, 교

7) 일본의 경우는 사학의 재단이사장이 학교장을 겸임할 수 있다.

육인적자원부 또는 감독기관이 재심사하게 한다든지 하는 합법적인 절차를 도입하는 것이 옳을 것이다.

Ⅲ. 고등학교 평준화 제도

고등학교 평준화 제도는 시행 29년 동안 교육기회의 확대에 기여하였으며 고등학교 입시과열화 해소에 따른 중학교 교육의 정상화, 과열과외의 진정, 인구의 도시집중 완화 등 긍정적인 역할을 하였다. 그럼에도 불구하고 고교평준화 제도는 아직 ‘반쪽의 평준화’에 머물고 있으며 이에 따라 교육공급자와 교육수요자 모두로부터 신뢰를 받지 못하고 있다. 즉 입시의 평준화는 이루어진 반면 일선 고등학교에서는 교원, 시설, 설비 등에 있어서 아직 학교간 격차가 심한 상황이다. 나아가 지역별, 학교간 학력격차는 심각할 정도로 벌어져 있는 것도 사실이다. 이에 따라 학생, 학부모의 학교선택권⁸⁾이 보장되지 않는 추첨배정 방식의 평준화 입시제도는 “능력에 따른 교육을 받을 권리를 침해할 가능성이 있다”는 위헌성 시비가 제기되고 있다.

실례로, 1995년 일부 학부모들이 중심이 되어 거주지를 기준으로 중·고등학교 입학에 제한하고 있는 구 교육법시행령 제 71조 등에 대한 헌법소원을 제기하였다. 이에 대해 헌법재판소는 “거주지를 기준으로 중·고등학교의 입학에 제한하는 구 교육법 시행령 제 71조 및 제 112조의 6항 등의 규정은 과열된 입시경쟁으로 말미암아 발생하는 부작용을 방지한다고 하는 입

8) 학부모는 초·중등학교에 다니는 미성년자인 자녀를 교육시킬 권한이 있고 이 교육권에는 학교선택권이 포함된다. 부모의 이 학교선택권은 자녀의 교육을 받을 권리를 실효성 있게 보장하는 수단인 하나이기도 하다.(헌법재판소 1999. 3. 25. 97헌마130)

법 목적을 달성하기 위한 방안의 하나이고, 도시와 농어촌에 있는 학교간에 교육여건의 차이가 사실상의 차이는 있으나 법적인 차이는 심하지 않으며, 획일적인 제도의 운용에 따른 문제점을 해소하기 위한 여러 가지 보완책이 시행령에 마련되어 있어서 그 입법 수단은 정당하므로, 학부모의 자녀를 교육시킬 학교선택권의 본질적 내용을 침해하였거나 과도하게 제한한 경우에 해당하지 않는다”고 판시하였다.⁹⁾

1. 결과적 균등 vs 기회의 균등

이러한 현재의 판례에도 불구하고 많은 교육 및 헌법 전문가들은 여전히 위헌의 소지가 있다는 견해를 제시하고 있다. 예를 들어, 현재의 고교평준화 정책은 헌법이나 법률에 근거하기보다는 시행령이나 교육감의 지시에 근거하는 점이 강하다는 점이 제기되고 있다. 다시 말해 고교평준화는 일부 지역에서 새로 도입되기도 하고 또 다른 지역에서는 폐지되고 있는 것을 보더라도 법률에 근거한 것이 아님을 알 수 있다. 아울러 소위 백년대계라고 하는 교육정책이 번번이 뒤바뀌는 것은 교육헌법주의나 교육법정주의에 근거하지 않고 있다는 점도 지적된다. 즉 교육정책이 정치적 영향력에 과도하게 노출되어 있기 때문에 지난 수십 년 동안 잦은 정책혼선을 보이고 있다는 것이다. 이러한 현상은 교육이 입헌주의와 법치주의에 기

9) 강인수, “고등학교 평준화 제도의 헌법 적합성 검토”, 한국교육행정학회 하계 학술대회 발표논문, 2002.

초하지 않고 있다는 것을 증명한다.¹⁰⁾

한편 앞서 소개한 현재의 결정에 대해서 또 다른 시각에서 이의를 제기하는 전문가들이 있다. 즉 이 결정은 기본권의 제한을 위한 수단의 정당성을 인정함으로써 “수단이 정당하다면¹¹⁾ 기본권이 제한될 수 있다”는 상당히 ‘위험한’ 논거를 제시한다는 문제점이 있다는 것이다.¹²⁾ 아울러 기본권의 중요한 내용을 법률로 규정하지 않고 시행령에 위임한 포괄적 위임의 문제를 다루지 않고 있는 점 등의 문제점을 가지고 있다.

우리 헌법의 교육이념이 “교육의 수월성(秀越性)을 중시하느냐, 아니면 평등을 중시하느냐”에 대해서도 논란의 여지가 있다. 일부 헌법학자 및 교육학자들은 우리 헌법의 교육이념은 절대적 평등이 아니라 교육의 수월성 추구에 있다고 지적한다. 이에 대한 근거로 우리 헌법의 전문은 “정치, 경제, 사회, 문화의 모든 영역에 있어 각인(各人)의 기회를 균등히 하고, 능력을 최고도로 발휘”하도록 국가에 의무를 지우고 있으며 헌법 제31조는 “모든 국민은 능력에 따라 균등하게 교육받을 권리를 가진다”는 점을 지적한다. 즉 교육에서의 평등은 능력에 따른 차이를 인정하는 상대적 평등의 개념이라는 것이다.

교육기본법은 이를 기초로 “교육내용·교육방법·교과 및 교육시설을 학습자의 인격을 존중하고 개성을 중시하여 학습자

10) 김철수, “고교평준화는 위헌이다” 동아일보, 2002. 2. 18.

11) 필자의 견해로는 평준화는 ‘과열된 입시경쟁(과외, 사교육 등)을 막기 위한’ 생각할 수 있는 여러 가지 대안들 중 하나에 불과하다. 기본권을 제약하는 데 있어서 단 하나의 대안을 두고 이 대안이 절차적인 합법성을 갖추었는지 여부에 따라 합헌 여부를 결정하는 것은 무리가 있는 것으로 판단된다.

12) 강인수(2002), 상계 논문

의 능력이 최대한으로 발휘될 수 있도록 강구하여야 한다”고 규정하고 있다. 과연 현재의 평준화 고교교육이 개성을 중시하며 학습자의 능력을 최대한으로 발휘할 수 있도록 하고 있는지에 대해 자문해 볼 경우 상식적인 판단은 극히 부정적이다. 교육인적자원부와 각 시도교육감에 대해서 헌법에 위반되고 법률에 위반되는 행정에 대해서 법적책임 문제가 제기될 가능성도 있다.

헌법재판소도 국민의 배울 권리는 행복추구권에서 나오며 다른 기본권의 기초가 되는 기본권이라고 규정하고 있다. 또 부모의 가르칠 권리, 교육시킬 권리를 헌법상의 권리로 인정하고 있다. 교육기본법은 제12조에서 “학생을 포함한 학습자의 기본적 인권은 학교교육 또는 사회교육의 과정에서 존중되고 보장된다”고 하고 있다. 그런데 학생이나 학부모의 학교선택권은 무시한 채 근거리 통학이라는 명목으로 학교를 강제 배정하고 있는 것은 기본권 침해의 여지가 매우 크다고 할 수 있다.

더욱이 우리나라에서 교육의 질적 차이는 대학 진학과 직결되어 있다. 입시 경쟁에서 아주 작은 차이가 당락을 결정하는 경우가 허다하기 때문에 현재의 판결처럼 우려할 만큼 차이가 크지 않기 때문에 큰 문제가 없다고 판단하는 것은 일반학생들과 학부모들의 인식과는 큰 괴리가 있다.¹³⁾ 특히 다음 절에

13) 익명의 레퍼리는 “1995년 교육개혁위원회 출범 이후의 교육관의 변화와 1990년 후반 이후 글로벌 지식기반사회의 사회의 질적 변화에 따른 교육관의 변화에 입각하여 평준화 문제가 근본적으로 재검토되어야 할 필요가 있다”고 지적했다. 즉 현재는 “1995년 당시와는 비교가 되지 않을 정도로 국내는 물론이고 세계적으로 학생 개개인이 가지고 있는 특기·적성의 신장을 위한 교육이 강조되고 있으며, 다양

서 보는 바와 같이 우리나라에서 지역간, 학교간 교육의 질적 차이와 학교 내 학력차는 점점 커지고 있는 상황이다.

2. 실재하는 학력차 - 기회의 불평등과 결과적 차별

최근 급속도로 확산, 강화되고 있는 지역간, 학교간 격차 및 학교 내 학력격차를 감안할 때, 고등학교 평준화 및 근거리 강제배정이 헌법재판소의 판단처럼 “학부모의 자녀를 교육시킬 학교선택권의 본질적 내용을 침해하였거나 과도하게 제한한 경우에 해당하지 않는다”라고 이야기할 수 있을지에 대해서도 근본적인 의문이 제기된다.

최근 공교육의 부실과 사교육의 증가로 인해 학력격차의 문제가 교육의 형평성 문제로까지 급속히 확대되고 있다. 교육부에서 지역간, 학교간, 학교 내 격차를 공식적으로 인정하지 않을 뿐이지 다양한 교육자료를 통해서 살펴보면 학력격차가 현재 전국적으로 보편화된 현상임을 쉽게 알 수 있다.

이러한 현상은 국제자료인 TIMSS와 PISA에서 우리나라 중학생과 고등학생들이 세운 최상위권 수학 및 과학성적에도 불구하고 각 학교별 학력격차는 엄연히 나타나고 있으며 국내에서 수집된 자료에서도 쉽게 학력격차 문제를 발견할 수 있다. PISA 2000년도의 읽기성적을 전국의 고등학교별 평균점수로 살펴보았을 때 역시 전체 150개 학교 중에서 최상위권 학교와

화·특성화·전문화 교육에 대한 사회적 요청이 강화되고 있는 근본적인 변화에 비추어 보면 종래의 헌법재판소 판결은 시대착오적이며, 따라서 현재의 판결은 마땅히 재검토되어야 한다”고 지적했다.

최하위권 학교간의 평균점수차가 무려 200점 이상 나타나며 이를 다시 인문계 학교만을 비교해 볼 경우에도 150점의 격차가 있는 것으로 조사되었다. 따라서 전국의 고등학교별로 큰 학력격차가 있음을 알 수 있다.

한편 2001년도 치러진 전국규모의 국가수준 학업성취도 평가 결과에 따르면 전체 175개 고등학교 중 최상위 10%에 속하는 학생이 한 명도 없는 학교가 전체 대상학교 중에서 무려 39.4%에 달했으며, 10% 미만인 학교는 27.4%, 10% 이상인 학교가 16.6%로 나타났다. 특히 전체 학생의 절반 이상이 상위 10%에 속하는 학교가 6.3%나 되었다. 이 결과에서 상위학생이 많은 학교는 대부분 특목고나 비평준화 일반계 고등학교로 나타났으며, 최상위 10%에 해당하는 학생이 한 명도 없는 학교는 대부분 실업계 고등학교나 중소도시 및 읍면지역의 비평준화 고등학교였다. 따라서 각 학교의 학생집단별 분포를 살펴보아도 전국의 학교에서 심각한 학력격차가 있음을 알 수 있다.

최근 고려대학교가 보유하고 있는 입시자료를 활용한 분석에서도 학교별 학력격차 현상을 재확인할 수 있다. 전국 1,847개 고등학교 수능성적을 재학생 중 수능상위 10%에 포함되는 비율로 비교하면 각 고등학교별 학력수준이 상당히 차이가 나타났다. 특히 전체 고등학교 중에서 수능성적 상위 10%에 한 명도 포함되지 않은 학교가 823개나 되며, 재학생 전원이 수능 성적 상위 10% 이내에 들어 있는 학교가 3개교인 것으로 조사되었다. 이러한 수능점수를 통한 분석에서 볼 때도 전체 고등학교간 학력격차가 심각히 나타나는 것을 알 수 있다.

<표 2> 고교별 수능성적 분포 분석

| 재학생 중 수능상위 10% 비율 | 90~100 | 80~90 | 70~80 | 60~70 | 50~60 | 40~50 | 30~40 | 20~30 |
|----------------------|--------|-------|-------|-------|-------|-------|-------|-------|
| 고교수 | 15 | 9 | 6 | 4 | 9 | 9 | 13 | 42 |
| 재학생 중 수능상위 10% 비율 | 15~20 | 10~15 | 8~10 | 6~8 | 4~6 | 2~4 | 0~2 | |
| 고교수 | 107 | 216 | 88 | 103 | 82 | 100 | 1,044 | |

자료: 김성인, "대입전형제도의 문제점 분석 및 개선방안", 『교육개발』, 1·2호, 2001.

전국에서 나타나고 있는 학력격차 현상은 특히 지역간에 그 격차가 더 심화되는 양상이다.¹⁴⁾ 특히 서울과 광역시 등 대도시 지역과 농어촌 지역간의 학력격차가 명확히 나타나고 있다. 2002년 전국 규모의 국가 학업성취도 결과를 보면, 도시와 농촌 지역간 학생들의 학업성취도 차이가 큰 폭으로 나타나고 있으며, 특히 수학과 영어과목에서 대도시 또는 중소도시와 읍면지역의 고등학교간의 차이는 평균 15점 이상으로 상당히 높게 나타나고 있다. 지역별 고등학교 평균성적을 보면, 서울지역의 평균이 광역시와 중소도시지역의 학교보다 낮은 것으로 나타나고 있다. 이러한 현상은 고1 성적과 고2 성적에서도 동일하게 나타났다.

지역별 격차는 최근 중앙교육연구소가 전국 136개 고교의 수능성적을 지역별, 평준화 여부별로 분석한 결과에서 나타나고 있다. 특히 서울 강남지역의 평균점수는 236.5점으로 강북과 비교해서 22.1점이 높으며, 비평준화 고교인 경기와 강원도의 평균은 32.2점의 학력격차가 있는 것으로 조사되었다.

14) 한국교육과정평가원, "2002년 국가수준 교육성취도 평가연구(총론)"

<표 3> 지역·고교별 수능 평균점수 비교(2002 학년 기준, 400점 만점)

| 평준화 고교 | | | | | | 비평준화 고교 | | 외국어고 | | |
|--------|------------|-------|-------|-------|------------|---------|-------|-------|-------|-------|
| 대구 | 강남 (서울) | 부산 | 대전 | 광주 | 강북 (서울) | 경기 | 강원 | 대전 | 서울 | 부산 |
| 237.0 | 236.5 | 235.5 | 227.0 | 226.9 | 214.4 | 266.3 | 234.1 | 317.0 | 315.2 | 293.5 |

자료: 중앙교육진흥연구소

이러한 통계자료들의 결과를 보더라도 현행 평준화 체제하에서 지역에 따라서 그리고 같은 지역 내에서라도 학교간 그리고 학생간 수학능력 차이가 현격히 존재함을 알 수 있다. 물론 바람직한 현상은 아니지만 대학입시가 우리 고등학교의 커리큘럼과 교육내용을 지배하고 있으며, 수능성적 1~2점 차이가 대학입시의 당락을 좌우한다는 점을 고려할 때 위에서 살펴본 바와 같은 학력차가 과연 현재의 판결처럼 ‘심각한 정도가 아닌’ 것인지에 대해 의문이 제기되지 않을 수 없다.

IV. 사립학교와 행복추구권

1. 사립학교의 지위

헌법재판소는 사립학교의 지위와 관련하여 중요한 구분을 명백히 해 둔 바 있다. 헌법재판소는 “진리탐구와 인격도야의 본산이며 자유로운 인간형성을 본분으로 하는 학교에서야말로 학생들의 다양한 자질과 능력이 자유롭게 발현될 수 있는 교육제도가 마련되어야 한다¹⁵⁾”고 판시하였다.

“특히 사립학교는 설립자의 의사와 재산으로 독자적인 교육 목적을 구현하기 위하여 설립되는 것이므로 사립학교의 자유와 운영의 독자성을 보장하는 것은 그 무엇과도 바꿀 수 없는 본질적 요체라고 할 수 있다. 따라서 ‘설립자가 사립학교를 자유롭게 운영할 수 있는 자유’는 헌법 제10조에서 보장하는 행복추구권의 한 내용을 이루는 일반적인 행동의 자유권과 모든 국민의 능력에 따라 균등하게 교육을 받을 권리를 규정하고 있는 헌법 제31조 제1항 그리고 교육의 자주성·전문성·중립성 및 대학의 자율성을 규정하고 있는 헌법 제31조 제3항에 의하여 인정되는 기본권의 하나다. 그러나 다른 한편으로는 학교 교육은 가장 기초적인 국가육성의 자양분이며 사회발전의 원동력이라고 할 수 있고 국가, 사회적으로 지대한 관심과 영향

15) 헌법재판소, 2001. 1. 18. 99헌바63 결정 참조.

을 미치는 것이어서 국가의 개입과 감독의 필요성이 그 어느 분야보다도 크다고 아니할 수 없다. 따라서 튼튼한 재정적 기초 위에서 체계적인 교육을 구현하기 위한 국가적 지도 통제는 오히려 필요하고 교육을 완전히 개인의 책임으로 맡겨 놓을 수는 없다”라고 판시한 바 있다.

이는 사립학교 운영의 자유는 사학 설립자의 기본권임을 명백히 밝히고 있는 것이다. 그러나 이 판결은 학교교육이 높은 공공성을 가지고 있기 때문에 국가의 개입과 감독이 요구된다는 점 역시 명시하고 있다. 즉 사학의 운영은 설립자의 자유이지만 이러한 자유에는 그에 해당하는 공적책임을 져야 한다는 것이다. 따라서 국가는 사립학교를 헌법 제31조 제1항 및 제6항에 따라 학교제도에 대한 전반적인 형성과 규율을 할 수 있는 입법재량권이 인정된다. 그러나 중요한 것은 헌법에서 명시한 사립학교 교육과 운영의 자율성을 침해하지 않는 한도 내에서 인정되는 것이다.

2. 선택권과 선발권의 억제

국민의 교육받을 권리와 교육할 권리는 헌법이 보장하고 있는 행복추구권으로부터 나온다. 이를 보장하기 위하여 헌법 제 31조는 다시 “모든 국민들은 능력에 따라 균등한 교육을 받을 권리가 있음”을 보장한다. 이와 관련하여 헌법재판소¹⁶⁾는 이미 국민들의 배울 권리는 행복추구권에서 나오며, 특히 “부모가

16) 헌법재판소, 2000. 4. 27. 선고, 98헌가16

자녀 교육권의 일환으로 자녀를 사립학교에 보낼 것인가, 공립 학교에 보낼 것인가, 아니면 특수목적고에 보낼 것인가 등을 결정하는 학교선택권을 가지고 있다”고 판시한 바 있다.

사립학교는 이러한 헌법적 정신에 입각하여 교육과 관련한 국민의 행복추구권을 만족시키는 매우 중요한 주체이다. 즉 사립학교는 다양한 교육을 통하여 각각 개성과 능력이 다른 국민을 교육시키는 기관인 것이다. 따라서 학생과 부모는 공립과 사립, 그리고 사립 중에서 특정한 사립학교를 선택할 수 있는 권리를 가진다. 이러한 권리와 아울러 사립학교는 학교의 건학정신과 특성에 맞는 다양한 교육을 할 권리가 보장되어야 하고 이를 위한 학생선발권이 보장되어야 한다.

그러나 현행 고등학교 평준화 입학제도는 학교를 선택할 학생과 부모의 권리를 침해하고 아울러 사립학교들의 학생선발권을 침해하고 있다. 나아가 능력에 따라 균등한 교육을 받을 평등권과 행복추구권을 침해하는 것이다.¹⁷⁾

17) 대광고등학교 김의석 군 사태는 대표적인 예다.

V. 교육독점 - 교과용 도서

교과용 도서에 대한 법규정은 헌법 제31조 제6항의 교육제도 법률주의에 기초를 두고 초중등교육법 제29조에 규정되어 있으며, 동조의 시행을 위한 대통령령으로서 ‘교과용도서에관한규정’이 제정되어 있다. 교과용도서에관한규정 제2조에서는 교과용 도서·국정도서·검정도서·인정도서 등에 관한 개념을 정의하고 있으며, 제3조에서는 교과용 도서의 선정과 관련된 내용이 규정되어 있다. 이 규정의 제3조 제1항은 “학교의 장은 국정도서가 있을 때에는 이를 사용하여야 하고, 국정도서가 없을 때에는 검정도서를 선정, 사용하여야 한다”고 규정함으로써 ‘원칙적(原則的)인 국정제(國定制)’ 방침을 취하고 있다.

초중등교육법 제29조 제1항은 교과용 도서와 관련하여 각 학교가 국정도서와 검정, 인정도서간 선택권을 행사할 수 있도록 규정하고 있다. 그러나 이 규정은 앞서 원칙적인 국정제를 규정한 모법(母法)과 배치되고 있다. 더욱이 현재 초등학교 교과용 도서는 극소수만이 인정도서로 되어 있으며 나머지 도서는 모두 국정도서로 되어 있다. 즉 초등학교에서 사용되는 교과용 도서는 실질적으로 국정제로 운영되고 있는 것이다.

한편 현실적으로도 이 규정에 따르면 사실상 교사가 교육과정을 재구성하여 그에 적당하다고 생각되는 교재를 선택하여 교육하는 것이 법에 저촉되는 행위가 될 수도 있다. 예를 들어 현재 많은 교사들이 수업시간에 해당 수업과 관련이 있는 웹

사이트에서 학습 자료와 정보를 찾고, 경우에 따라서는 특정 사이트의 동영상 등 프로그램을 그대로 이용하여 수업하기도 한다. 그러나 이런 행위들도 교과용도서에관한규정을 엄격히 적용할 경우에는 모두 위법한 행위가 된다.

자유민주주의 교육체제에서 교육내용의 다양성과 자율성은 교육에서의 창의성, 개성 그리고 수월성을 높이는 기본적인 요소다. 그럼에도 불구하고 현행 교과용 도서에 대한 규정 및 교과용 도서의 운영방식은 정부의 독점하에 있다. 이러한 체제하에서는 개인의 학습권, 교사의 교과운영 자율성을 충분히 보장하지 못함에 따라 교육을 통한 국가의 경쟁력 향상에 막대한 지장을 초래할 가능성이 있다. 그러나 이러한 점에 대하여 현재¹⁸⁾는 현행 국정교과서제를 합헌이라고 하면서도 교과용 도서의 운영방식에 대해서는 다음과 같이 우려를 표시하였다:

“보통교육의 과정에 있는 학생은 사물의 시비, 선악을 합리적으로 분별할 능력이 미숙하기 때문에 가치 편향적이거나 왜곡된 학문적 논리에 대하여 스스로 이를 비판하여 선별 수용할 것을 기대하기 어려우며, 따라서 공교육 책임을 지고 있는 국가가 어떤 형태로 이에 간여하는 것은 불가피한 것이라 할 수 있는 것이다. 교사 개개인이 저술한 도서가 내용의 여하에 관계없이 교과서가 될 수 있다거나 교사 개개인이 자신의 학문적 소신에 따라 교과서 내용과 전혀 판이한 내용의 수업을 학생들에게 아무런 제약 없이 행할 수 있다고 한다면, 보통교육의 과정에 있는 학생들의 특성에 비추어 보건대 그들의 전인적 성장을 위한 요구는 충족될 수 없을 것이다. 그렇지만,

18) 현재결 1992. 11. 12.

민주국가에서 교사의 창의를 최대한 존중하고 아울러 교육의 자유를 최대한 보장하여, 다양한 교육이 실시되도록 하는 것은 마땅히 추구하여야 할 중요한 가치이며, 교육의 자주성·전문성·정치적 중립성의 보장이라는 헌법의 이념에도 부합하는 것이기 때문에, 설사 국가가 교과서에 대한 편찬권을 가지고 있다고 할지라도 국가의 국정교과서 발행권은 학년과 학과에 따라 필요한 최소한도에 그쳐야 할 것이다. 교과용 도서의 국정 제도가 교육의 자주성·전문성·정치적 중립성의 보장규정에 비추어 위헌은 아니라고 할지라도 그 제도가 교육이념과 교육현실에 비추어 볼 때 가장 합리적이고 바람직한 제도냐 하는 문제는 별개의 것이라는 점을 유의할 필요가 있다. 따라서 국정 제도를 채택하고 있다고 하더라도 교과내용의 다양성과 학생들의 지식습득의 폭을 넓혀주기 위해서는 반드시 하나의 교과서만 고집할 필요는 없을 것이고, 교과서의 내용에도 학설의 대립이 있고, 어느 한쪽의 학설을 택하는 데 문제점이 있는 경우, 예컨대 국사의 경우 어떤 학설이 옳다고 확정할 수 없고 다양한 견해가 나름대로 설득력을 지니고 있는 경우에는 다양한 견해를 소개하는 것이 바람직하다고 할 것이다.”

다시 말해 이 결정문은 국정교과서 제도가 위헌은 아니라고 할지라도, 이 제도가 교육이념과 교육현실에 비추어 볼 때 가장 합리적이고 바람직한 제도냐 하는 것은 별개의 문제라고 하면서 국정교과서 제도가 안고 있는 근본적인 문제점을 인정하고 있다.¹⁹⁾

19) 한편, 변정수 재판관은 이 사건에 대해 위헌의견을 제시하면서, “현재 우리의 교육현실에 비추어 볼 때 초·중·고등학교의 교원 개개인에게 교과용 도서의 저작 선택을 전적으로 일임할 수는 없다고 할 것이고,

그러나 국정교과서 제도는 정부가 마음대로 편찬할 수 있기 때문에 정치적 선전도구로 이용될 가능성도 제기되고 있다. 뿐만 아니라 검정도서도 교육부 장관이 검정해 합격여부를 결정하며, 인정도서 역시 교육부 장관이 인정여부를 결정함에 따라 역시 정치적 도구화 가능성을 배제할 수 없다.

과거의 예를 참고하면, 중·고교 교과서가 정권홍보용으로 이용되었으며, 유신정권하에서는 대부분의 사회과 교재가 국정교과서화된 바 있다. 당시의 국정교과서는 초등 사회, 중·고등 국사, 실업고 세계사 지리였으나 단일본 교과서는 중학교 사회와 사회과부도, 고교의 정치경제, 사회문화 등이었다. 이 단일본 교과서는 실제로는 국정교과서였다.

정부가 국정교과서를 마음대로 편찬했기 때문에 정치적 선전도구로 이용되어 교육의 정치적 중립성과 학문의 자주성이 침해 당했다. 유신시대의 정치경제, 사회문화 교과서를 보면 유신 아니면 살 수 없다고 독재정권을 옹호했는데, 이 교과서로 공부한 학생은 권위주의에서 탈피할 수 없었을 것이다. 최근 교과서포럼 역시 현행 국사교과서 및 사회, 경제 교과서들이 지나친 이념적 편향성을 보이고 있다고 비판하고 있다.²⁰⁾

교육내용의 객관성과 보편성을 보장하기 위하여 예컨대 교과용 도서의 저작 선택을 학교자치에 맡기거나 교사, 학부모, 대학교수 등 교육전문가로 구성된 교과용 도서 자치기구를 구성하여 거기서 심의하여 채택 사용되도록 하는 등의 방법으로 중앙집권적 통제를 배제하여야 하고 부교재나 참고도서는 교원 자유에 맡겨도 될 것이다”는 의견을 제시하고 있다.

20) “..... 일방적으로 어느 한편에 서서 교과서를 집필하게 되면 2세 교육에 커다란 악영향을 끼치게 됩니다. 자성적 비판논리를 강조하는 이유가 여기에 있습니다.”(교과서포럼 편집부, 『한국현대사의 허구와 진실: 고등학교 근현대사 교과서를 비판한다』, 두레시대, 2005, p.9.)

일반적으로 국정교과서 제도를 채택하고 있는 나라는 대부분 권위주의 국가들이다. 즉 이들 국가에서는 교육을 통해 정권의 정당성을 합리화하고 교과서를 정치적 선동의 통로로 만듦으로써 민주적 다원주의(多元主義)를 부정하는 경우가 많다. 이러한 목적으로 국정제로 택하는 것이다. 이에 반해 민주주의 국가에서는 자유발행제나 인정제를 채택하고 있는 것이 일반적 경향이다.

따라서 국정교과서 제도는 헌법에서 명시하고 있는 ‘교육의 자주성·전문성·정치적 중립성’을 위배할 가능성이 크다. 앞서 소개한 바와 같이, 헌법재판소도 “국정제보다는 검인정제도를, 검인정제보다는 자유발행제를 채택하는 것이 교육의 자주성·전문성·정치적 중립성을 보장하고 있는 헌법의 이념을 고양하고 아울러 교육의 질을 제고할 수 있을 것”이라고 판시한 바 있다.

한편 교육의 내용을 결정하는 교과서 제도는 법률로 상세히 규정해야 함에도 불구하고 이 법 제29조 2항은 “교과용 도서의 범위·저작·검정·인정·발행·공급·선정 및 가격사정에 관해 필요한 사항은 대통령령으로 정한다”고 해 백지위임하고 있다. 이는 교육제도 법정주의에 위반한 것이라고 할 것이다. 나아가 이 법 시행령 제55조에서 다시 대통령령으로 정하도록 중복 위임하고 있다. 교과서와 관련하여 이러한 과도한 행정위임 역시 위헌적이라고 하지 않을 수 없다.

교과용 도서에 관한 규정이 국정도서의 종류를 한정하지 않고 ‘교육부 장관이 정하는 교과목’으로 백지위임한 것은 더 큰 문제이다. 정부가 원할 경우 모든 교과용 도서를 전부 국정도서로 할 수 있는 여지를 남겨 두고 있어 위임입법의 한계를

벗어난 위법이라고 평가할 수 있다. 실질적으로도 정부가 모든 교육용 도서를 저작할 수 있는 권한을 독점하게 됨으로써 헌법이 요청하는 교육의 정치적 중립성, 교육의 자주성, 학문의 자유를 침해할 수 있는 것이다.

검정교과서도 교육부가 검열하고 수정을 지시할 수 있으며 합격여부를 결정할 수 있으므로 국정교과서에 준하는 위헌성을 내포하고 있다.²¹⁾ 정권이 바뀔에 따라 교과서 내용이 변경되는 일이 반복되지 않도록 국회와 정부는 국·검정교과서에 관한 규정을 재검토해야 할 것이며, 국회가 통제할 수 있도록 ‘교과용 도서에 관한 법률’을 만들어 교육법률주의를 실현해야 한다. 학생의 장래, 나아가 민주주의의 정책을 결정하는 교과서 편찬에는 국민의 적극적인 참여와 감시 역시 필요하다.

21) 하나의 예로, 고등학교 ‘한국 근현대사 교과서’와 관련하여, 교과서포럼은 “현행 고등학교 한국 근현대사 교과서는 체제의 측면에서 거의 동일하다. 모든 교과서가 똑같은 제목의 4개 단원으로 구성되어 있으며 각 단원은 각각 3~5개의 장으로 이루어져 있다. 하지만 전반적으로는 대동소이하다”라고 평가하고 있다.(교과서포럼 편집부(2005), 전계서)

VI. 과도한 위임입법

위임입법이란 국가기관의 분화를 전제로 하여 ‘의회가 법률로써 정해야 할 사항을 스스로 정하지 아니하고 다른 성문법 제정권자에게 위임하여 법규범을 정립하는 것 내지 그 산출물로서의 법규범’을 의미한다. 즉 위임입법은 본래 국회의 소관 사항인 입법권의 일부를 행정청에 위임하는 것이므로 어디까지나 법률에 의한 행정의 원리를 보완하는 의미를 가질 뿐이라는 한계를 가진다.

따라서 헌법 제75조는 “대통령은 법률에서 구체적으로 범위를 정하여 위임받은 사항과 법률을 집행하기 위하여 필요한 사항에 관하여 대통령령을 발할 수 있다”고 정함으로써, 위임입법을 허용함과 동시에 그 한계를 분명히 정하고 있다.

즉 행정부는 법률에서 구체적으로 범위를 정하여 위임받은 사항에 대해서만 위임입법을 발할 수 있는 것이고, 상위법의 근거 없이 규정된 경우나 나아가 상위법에 근거가 있더라도 위임입법이 상위법의 취지 및 그 위임 범위를 일탈한 경우, 그리고 상위법이 포괄적으로 위임한 경우 및 위임입법 자체에 타당성과 합리성이 없는 경우 등은 헌법에서 정한 위임입법의 한계를 벗어난 것으로서 무효다.

특히 교육과 관련해서 우리 교육법 또는 교육규정 체계의 문제점은, 지나친 위임입법에 기인하여 헌법상에 함의된 교육권 이념과 교육의 기본원리가 하위법령까지 투영되지 못하고

있다는 문제가 있다. 교육정책이나 교육법의 적용에 있어서 종종 발견되는 병리현상은 이러한 이유에서 발생한 교육관계 법령상의 체계혼란에 기인한 바 크다. 보다 구체적으로 교육관련 위임입법이 헌법이 요구하는 한계규정하에서 내용상 타당성을 견지하지 않고 있다.

지나친 위임입법의 문제는 비단 교육행정분야뿐만 아니라 우리나라의 전 행정분야에 있어서 공통된 문제점이다. 따라서 이러한 위임입법의 문제점을 일일이 열거하는 것은 불가능하다. 여기에서는 과도한 위임입법의 예를 몇 가지 들으로써 그 문제점을 제기하는 것으로 대신한다.

1. 교육과정

헌법 제31조 제6항상의 교육제도 법률주의는 기본권으로서의 교육을 최대한 보장하기 위하여 교육관련 제도의 핵심적인 사항을 법률로써 정하도록 하고 있다. 이를 위하여 우리 헌법은 교육의 자주성, 전문성, 정치적 중립성을 법률에 의해 뒷받침되도록 한다. 학교의 교육과정은 이러한 교육제도의 중심이며 이는 학교교육에 관한 기본사항을 법률로 정하도록 하고 있는 교육기본법 제9조 제4항에서 증명된다.

그럼에도 불구하고 초중등교육법 제23조는 교육과정에 대한 의미규정을 두지 않은 채 기본적인 사항을 교육인적자원부 장관이 정하도록 하고 있다. 이는 교육과정과 관련하여 학교별, 교사별 자율권을 부여한다는 취지와는 무관하게 교육인적자원

부 장관에게 상황에 따라 행정편의적(行政便宜的)으로 교육과정을 정하고 개정하도록 전권을 부여할 수 있는 것으로 해석될 수 있다.

교육제도의 근간을 이루고 있는 교육과정에 대해서는 원칙적으로 헌법정신에 맞추어 법률에서 그 기본이 되는 사항들을 규정하는 것이 필요하다. 예를 들어 교육과정의 모형, 교육과정 편성의 기준, 구체적인 편성권의 주체가 누구인지를 명확히 규정하는 것이 필요하다. 특히 학교의 자율성을 인정한다는 헌법 본래의 취지가 반영되어야 한다.

그럼에도 불구하고 초중등교육법 제23조 제2항은 교육과정의 기준과 내용에 관한 기본적인 사항을 교육부 장관이 정하도록 하면서 그 구체적인 규정형식에 대해서는 밝히지 않고 있다. 전술한 바와 같이 교육과정이 교육제도 전반, 나아가서는 기본권으로서 교육권의 핵심적 영역임을 감안할 때, 교육과정에 관해 이와 같이 포괄적으로 위임하는 것은 헌법정신에 위배된다고 할 것이다.

예컨대 현행 제7차 교육과정에서는 교육과정을 총론과 각론으로 나누어 그 기준과 내용을 정하고 있는데 모범이 지시하는 기본적인 사항을 넘어서서 세부적 내용까지 규정함으로써 학교의 교육과정 편성, 운영권의 실질적인 재량을 거의 박탈하고 있다. 예를 들어 학생의 능력이나 학업성취와는 상관 없이 모든 학생들이 모든 교과를 연차적으로 수준을 정하여 일정시간 동안 반드시 이수하도록 하는 등이다. 이러한 결과 현행 교육과정을 따라가지 못하는 학생들의 학습권이 침해당하고 있다.

2. 학교선택권

초중등교육법 제47조 제2항은 “고등학교 입학자격 및 절차에 관하여 필요한 사항은 대통령령으로 정한다”고 함으로써 고등학교의 학생선발권이나 학생과 학부모의 학교선택권에 관하여 백지위임하고 있다. 이러한 포괄적 위임은 내용상 법률유보사항에 대한 입법미비 차원을 넘어 입법자의 책임회피에 해당한다고 할 것이다. 특히 행복추구권, 교육을 받을 권리, 능력에 따른 기회균등의 권리 등 헌법적 권리를 과도하게 대통령령에 위임한 것으로 입법적 불법에 따른 국가배상청구의 문제까지도 제기될 수도 있는 문제다.

앞서도 언급한 바와 같이 고등학교 근거리 강제배정의 위헌소원에 대한 헌법재판소는 “과열된 입시경쟁으로 말미암아 발생하는 부작용을 방지한다고 하는 입법목적에 합치하고 또 입법수단도 정당하므로 학부모의 기본권을 침해하는 것은 아니다”라고 판시했다. 그러나 입시과열방지라는 목적을 위해 헌법상의 교육이념이 최대한의 능력개발을 외면하고 소위 평준화 정책을 계속 채택하고 있는 것은 위헌소지가 농후하다. 특히 입학방법 내지 절차에 관한 규정은 국가의 교육제도에 관한 가장 기본적인 결단이며 국민의 교육권 실현의 본질적인 내용에 해당하므로 이는 행정입법에서 규율할 성질이 아니다. 이는 전형적인 의회유보사항인 것이다.

한편 헌법재판소는 2000. 4. 27 선고에서 “사교육에서의 과열 경쟁으로 인한 학부모의 경제적 부담을 덜어주고 나아가 국민이 되도록 균등한 정도의 사교육을 하려는 입법목적이 헌법이 허용하는 정당한 공익이 될 수 있는가에 대하여 강한 의문이

제기된다”고 밝힘²²⁾으로써 하나의 사안에 대해 두 가지 상반된 판시를 하는 모순점을 보이고도 있다.

3. 중학교 의무교육제도

초중등교육법은 의무교육에 관하여 규정하면서 “국가는 교육기본법 제8조 제1항의 규정에 의한 의무교육을 실시하여야 하며, 이를 위하여 필요한 조치를 강구하여야 한다”고 규정하고 있다. 의무교육에 관한 헌법 제31조 제2항은 의무교육을 ‘초등교육과 법률이 정하는 교육’이라고 그 범위를 확정하고 있다. 이에 따라 교육기본법 제8조 제1항은 “의무교육은 6년의 초등교육 및 3년의 중등교육으로 한다. 다만 3년의 중등교육에 대한 의무교육은 국가의 재정여건을 고려하여 대통령령이 정하는 바에 의하여 순차적으로 실시한다”라고 규정한다.

그러나 위임입법과 관련한 한계기준에 의할 때, 의무교육의 실시에 관한 사항은 기본적으로 법률사항이다. 즉 3년의 중등 의무교육 실시에 관한 기본적이고 본질적인 사항들, 예를 들어 실시기준, 시기, 방법, 범위, 내용 등은 국회가 스스로 결정하여야 할 사항이다. 이를 국회가 결정하지 않고 대통령령에 위임하는 것은 기본권의 제한이나 행사를 위한 본질적인 사항은 ‘국회에서 제정한 형식적 의미에서의 법률’에 규정되어 있어야 한다는 소위 ‘법률유보원칙’에 위배된다고 할 것이다.

헌법 제75조의 포괄적 위임금지의 원칙은 법률에서 이미 대

22) 98헌가16, 98헌마429 병합.

통령령으로 규정될 내용, 범위와 목적이 명확히 규정되어 있어서 누구라도 당해 법률로부터 입법자가 의도한 목적과 구체적 계획 및 범위를 명확히 도출해 낼 것을 요구한다. 그럼에도 불구하고 중학교 의무교육의 실시는 그 시간적 한계, 실시지역의 순위, 실시할 소득의 수준 등에 대해서 법률에서 규정하지 않고 실시되었다.

이외에도 교육기본법 및 초중등교육법을 포함한 많은 다른 교육관련법들의 규정들도 이상에서 살펴본 포괄적 위임에 따른 위헌소지를 포함하고 있다. 이러한 위헌적 관행에 따라 교육관계법령의 지나친 방대화, 법령 상호간의 체계적, 내용적 모순, 규율내용의 타당성 결여 등 부작용이 만연하고 있으며 이는 교육행정을 처리하는 데 있어서 모호함, 분쟁 및 사회적 비용 상승이라는 폐해를 가져오고 있다.

VII. 교육정보의 국가독점

교육인적자원부는 매년 전국의 초등학교 6학년, 중학교 3학년 그리고 고등학교 1학년을 대상으로 국가수준 학업성취도평가를 시행하고 있다. 이러한 학업성취도평가의 가장 근본적인 취지는 교육의 체계적 질 관리와 교육의 책무성에 있다고 할 수 있다. 그러나 이러한 학업성취도 평가의 원자료와 전반적인 결과는 극소수 이너서클(Inner Circle)의 정책집행자 및 교육개발원 등 정부출연연구원의 일부 연구원들만 독점하고 있다. 이에 따라 대학의 교육학자를 비롯한 일반연구자나 학부모들에게는 이 정보에 대해 원천적으로 접근이 허용되지 않고 있다.²³⁾ 그동안 많은 연구자 및 학부모들이 이 평가자료를 비롯한 다른 다양한 자료에 대해 공개를 청구하였으나 교육인적자원부는 완강히 공개를 거부하고 있다. 이러한 교육인적자원부

23) 학생과 교원, 학교 관련 정보를 광범위하게 공개하는 나라들은 많다. 미국은 2001년에 만든 교육개혁법안에 근거해, 주 정부에서 정한 학업성취지표에 따른 학생들의 평가결과 등을 '학교 정보 보고서'에서 공개하고 있다. 뉴욕주는 영어·수학·과학과목의 학교별 성과와 학생들의 성적을, LA 통합교육구는 읽기·수학·영어·과학 사회과목 등에 대한 학생들의 표준화학력고사 성적과 수학능력시험(SAT) 성적 평균 등을 공개하고 있다. 영국은 학교별로 학생들에 대한 영어·수학 과학 평가결과를 공개한다. 또 학부모 및 이해 당사자들의 학교에 대한 불만족도를 알려주고 있다. 오스트레일리아는 학생별 표준화검사 점수와 시험점수, 등급 등에 대해 쉽게 알 수 있다. 정부의 학교평가 자료, 지역사회와의 상호작용 등도 공개된다. 프랑스는 학교별로 계열별 바칼로레아(대학입학자격시험) 합격률, 상급학교 진학률 등이 공개된다.

의 정보독점 및 공개거부는 ‘국민의 알권리’라는 헌법상 권리를 침해하고 있는 것으로 판단된다.

우리 헌법은 알권리에 대한 명문조항을 가지고 있지는 않으나 헌법 21조와 10조를 알권리의 근거 조항으로 보고 있다. 그리고 헌법재판소의 판례도 알권리를 헌법 제21조에서 규정한 표현의 자유의 한 내용이라고 판시한 바 있다.

헌법 21조는 언론·출판의 자유를 규정하고 그 내용으로 표현의 자유와 알권리, 접근권, 언론기관의 자유를 들고 있으며, 그중 알권리는 자유로운 의사의 표명(발표의 자유)과 전달의 자유를 내용으로 하는 표현의 자유를 전제로 하며 이러한 표현의 자유는 자유로운 의사형성을 위한 정보에의 접근이 보장됨으로써 가능한 것으로, 정보의 자유로운 접근, 수집, 처분을 내용으로 하는 알권리의 보장을 의미한다. 따라서 알권리는 표현의 자유에 당연히 포함되는 개념이라고 할 수 있다. 이러한 알권리는 정보의 수집과 취재 활동에 대한 침해배제요구라는 점에서 자유권적 성격을, 정보공개라는 점에서 청구권적 성격을 가지며, 고도의 정보사회가 되어 감에 따라 생활권적 성격도 아울러 가지는 것으로 파악되기도 한다.

한편 헌법 제37조 제2항은 “국민의 모든 자유와 권리는 국가안전보장·질서유지 또는 공공복리를 위하여 필요한 경우에 한하여 법률로써 제한할 수 있으며, 제한하는 경우에도 자유와 권리의 본질적인 내용을 침해할 수 없다”고 함으로써 알권리를 제한할 수 있는 경우를 국가안전보장·질서유지 또는 공공복리를 위하여 ‘필요한 경우에 한하여’만 제한할 수 있도록 규정하고 있다. 이처럼 헌법상의 알권리는 일반적 법률유보조항인 37조 2항과 개별적 헌법유보조항인 헌법 21조 4항에 의하

여 제한이 가능하지만 37조 2항의 단서에서도 밝혔듯 그 본질적 내용은 침해할 수 없으며 현재도 알권리에 관하여 “직접적 이해관계가 있는 자에 대하여 특단의 사정이 없는 한 의무적으로 공개해야 한다”고 판시하고 있다.

그럼에도 불구하고 교육인적자원부는 ‘직접적인 이해관계가 있는 자’인 학생과 학부모에게도 ‘특단의 사정이 없음에도 불구하고’ ‘국가수준 학업성취도 평가’와 관련한 자료와 ‘대학입학 수학능력시험’ 원자료 등에 관한 공개를 거부하고 있다. 이는 국민들의 알권리를 제약하는 대표적으로 위헌적 사례로 평가된다.

VIII. 결론 및 제언

본 보고서는 중요한 몇 가지 교육현안과 관련하여 명백히 위험적이거나 위험성이 제기될 수 있는 부분에 대하여 서베이하였다. 한정된 연구범위에 따라 본 보고서에서 서술된 문제점과 평가는 한계를 가질 수밖에 없다. 그럼에도 불구하고 우리의 학교교육 시스템은 전반적으로 위험적 규정 및 관행으로 오염되어 있다는 평가를 내리는 것이 주저되지 않는다.

우리의 학교교육 시스템이 이러한 위험성 시비로 얼룩지게 된 원인은 무엇일까? 필자의 판단으로는 이러한 문제의 근원은 대부분 첫째, 고등학교 평준화, 둘째, 공교육 체계에 대한 지나친 국가독점,²⁴⁾ 셋째, 사학을 사학답지 못하게 만드는 규제와 지원시스템에 있다. 우리 헌법은 자율과 자기책임하에 행복을 추구하는 기본권을 강조하고 있다. 그러나 우리의 교육구조는 이러한 헌법적 원칙과는 배치되는 법, 규정 그리고 관행들이 지배하기 때문에 어떤 교육정책도 위험성 시비로부터 자유롭지 못하게 되는 취약한 구조를 가지고 있다.

현행의 평준화 체제에 대한 위험결정이 나서 그 효력을 상실하게 된다면 국가 전체적으로 상당한 혼란이 발생할 것이

24) 김태종(2005)은 “교육의 국가독점과 표준화 정책이 교사의 관료화, 학교의 관청화를 가져왔으며 획일적 교육체제는 학부모 및 학생의 선택의 자유를 빼앗고 있다”고 비판한다.(시장제도연구회 발제자료, “학교교육의 전망과 전략적 선택”, 2005. 6.)

다. 이러한 혼란을 방지하기 위한 입법적 대안을 제시한다면, 최우선적으로 고등학교 입학제도의 방법과 절차에 대한 주된 골격을 의회입법으로 하여 법률로 정하는 것이 바람직하다. 다음으로 평준화 제도를 수정 또는 보완하여 유지할 경우라도, 지역을 중앙정부가 정하지 말고 주민투표제로 정할 필요가 있다.²⁵⁾ 이와 아울러 주민투표에 의해 평준화를 고수하는 지역이라 하더라도 각 학교별로 다양한 커리큘럼하에서 수준별 학습이 이루어질 수 있도록 자율성을 제고할 필요가 있다.

이를 위해서는 교육의 국가독점 구조가 폐지 또는 상당히 완화되어야 한다. 예를 들어, 현행 교육인적자원부에서 정하는 교육과정은 당연히 폐기되어야 하며 국정교과서는 가급적 검인정 또는 인정교과서로 바뀌어야 한다. 아울러 교육과정상 대한민국의 건전한 국민으로서 필요 최소한의 공통필수적인 과정을 제외한 다른 교육과정은 과감히 교육구 또는 일선 학교단위에서 자율적으로 정할 수 있도록 하여야 한다.

마지막으로 사립학교에 대해서는 국가와 개별사립학교 재단 간에 ‘자율적 계약’을 통하여 사학에 대한 공적지원에 따른 사회적 이슈를 새롭게 정리할 필요가 있다. 즉 사학의 자율성과 공공성을 담보하는 범위 내에서 국가가 사학에 대해 요구하는 바를 명시하고 그러한 계약조건을 이행하는 조건으로 사학에 대해 국가가 지원하는 것이다. 다만 그러한 계약을 하지 않는 사학은 공적지원을 중지하되, 국가 역시 개입하지 않는 원칙을

25) 익명의 레퍼리는 이 또한 위헌의 소지가 될 수 있다고 지적했다. 그는 “학생 및 학부모의 교육에 대한 기본권이 다수결에 의해 결정되는 것이 교육감에 의해 결정되는 것과 근본적으로 차이가 없다. 기본권은 소수자라고 하더라도 당연히 보장되어야 하는 것이기 때문이다”라고 그 이유를 설명했다.

지켜야 한다.

평준화, 교육의 국가독점, 사학규제 등 교육의 주요현안과 관련한 위헌성 시비의 문제들은 개별적으로 해결될 수 있는 사안은 아니다. 세계가 바뀌고 있고 이에 따라 우리의 교육을 둘러싼 환경도 급격히 바뀌고 있다. 그럼에도 불구하고 우리의 교육시스템은 낡은 이념과 수많은 규제로 얼룩져 있다. 나아가 이 보고서에 살펴본 바와 같이 우리 교육시스템의 근간을 이루는 체계가 많은 위헌적 요소로 도전받고 있다. 이러한 모든 문제를 근본적으로 해결하기 위한 방안을 도출하기 위하여 우리 교육제도의 체계가 헌법정신에 보다 충실할 수 있도록 교육시스템 전체를 전면적으로 재설계할 필요가 있는 것으로 생각된다.