

# 기여입학제 금지 법안의 헌법 적합성 분석

박 소 영 (한국교육개발원 부연구위원)

- I. 서 론
- II. 기여입학제의 개념과 논의 전개과정
- III. 문제의 소재 : 찬반논의
- IV. 헌법적 쟁점에 관한 이론적 검토
- V. 기여입학제 금지 법안의 헌법적 근거
- VI. 요약 및 결론

## 요 약

기여입학제에 대한 논의는 10년이 넘게 사립대학 측과 교육인적자원부 혹은 여론 사이에 대립되어 왔지만 1992년 이후 단발적인 찬반여론조사 이외에 기여입학제에 대한 이렇다 할 연구는 진행되지 않고 있다. 그러나 찬반여론조사로는 제도의 타당성이나 공정성 등을 밝혀줄 수 없으므로 본 연구자는 기여입학제도를 헌법정신에 비추어 타당성을 검토해보았다. 이를 위해 우선 기여입학제의 개념과 기여입학제의 역사적 전개, 찬반 논리를 살펴보고 기여입학제 금지 법안과 밀접하게 관련되어 있을 것으로 판단되는 헌법상의 기본권인 평등권, 교육권, 대학의 자율권에 대해 제시한 후 이들 기본권 간의 충돌 문제를 분석하여 이에 근거하여 헌법적합성 여부를 검토하였다. 학생의 평등권, 교육권 등의 보호를 위해 대표적으로 대학의 자율권을 제한하고 있는데, 헌법 제37조 제2항의 기본권 제한 원칙인 목적의 정당성, 방법의 적정성, 피해의 최소성, 법익의 균형성 등에 비추어 판단하여 볼 때 기여입학제 금지 법안은 적법한 범위 안에서 기본권을 제한하고 있으며, 제한되는 기본권의 본질적인 내용을 침해하지 않는다고 판단되므로 헌법에 적합하다고 생각된다.

주제어 : 기여입학제, 평등권, 교육권, 대학의 자율권, 기본권 충돌

## I. 서 론

2004년 10월에 발표된 ‘2008학년도 이후 대학입학전형’에서는 대학수학능력시험(이하 ‘수능’으로 표기함)의 결과를 9등급화하는 방식으로 표기방식을 변경하였다. 이에 따라 일부 대학에서는 대학별 고사 강화를 수능의 변별력 약화에 대한 해결방안으로 제시하게 되었다. 그러나 현재 논술고사 형식으로 제한되고 있는 대학별고사와 대학본고사의 구별이 모호함으로 인해 대학본고사가 부활되거나 혹은 변형된 대학별 고사가 실시될 것이라는 추측이 떠돌아 고등학교를 혼란에 빠뜨리고 있다. 이에 교육인적자원부 장관은 기여입학제 금지, 고교등급제 금지, 대학본고사 금지라는 소위 3불 정책에 대한 입장을 다시금 확인하였음에도 불구하고, 대학입학전형에 대한 근본적인 해결이 필요하다는 주장과 함께 3불 정책에 대한 찬반 양론이 다시 들끓고 있는 실정이다. 실제로 한나라당의 이주호의원은 2012년을 기해 대학의 자율권을 전면 허용하여 기여입학제, 고교등급제, 대학본고사를 허용해야 한다고 주장한 반면(이주호, 2005 : 31), 민주노동당의 최순영 의원은 2005년 5월 18일 민주노동당의 최순영 의원은 3불 정책 법제화를 위한 고등교육법 개정안을 공식발의하여 대립하는 양상을 보이고 있다.

이 중 기여입학제는 1990년대 초 대학교육협의회와 고등교육연구회를 중심으로 도입가능성을 검토하기 위한 연구가 진행되었으나 1993년 대학입시 부정사건으로 논의가 중단되었던 제도이다. 1991년 기여입학제가 논의되던 당시는 물론 2003년 대학교육협의회 주관 하에 진행되었던 여론 조사 결과 기여입학제에 대한 국민정서는 반대가 70% 정도를 차지하여 제도를 수용하기 어려움을 보였다. 그럼에도 불구하고 사립대학을 중심으로 기여입학제 도입에 대해 끊임없이 교육인적자원부에 건의하였고, 2001년 연세대 측은 정원 외로 선발할 수 있도록 고등교육법시행령 제29조<sup>1)</sup>를 개정할 것을 구체적으로 요구하기에 이른다. 이러한 사립대학의 기여입학제 도입노력은 사립대학의 재정난이 그만큼 심각함을 보여주는 것이다. 이에 대해 교육인적자원부는 기여입학제의

1) 고등교육법 시행령 29조 2항은 정원 외 입학에 관해 규정하고 있는데 이에 의하면 다음의 각 호에 해당하는 자는 그 정원이 따로 있는 것으로 본다. 각 호의 내용을 약술하면 다음과 같다. 1. 산업체 위탁학생, 2. 재외국민 및 외국인, 3. 학사학위 취득 후 제3학년에 편입학하려는 자, 4. 특수교육대상자, 5. 학교장 지정 농·어촌지역 학생, 6. 북한이탈주민 및 부모가 모두 외국인인 외국인, 7. 외국에서 초·중등 교육과정을 모두 이수한 재외국민 및 외국인, 8. 대학·산업대학·교육대학·전문대학·기술대학 및 방송·통신대학의 졸업자 또는 이와 동등이상의 학력인정자(전문대학 입학의 경우에 한함), 9. 전문대학과 교육과정을 연계하여 운영하는 대학, 10. 실업계고등학교 졸업자.

위헌 가능성과 국민정서상 시기상조론을 내세워 기여입학제 불가입장을 고수하고 있다.

그러나 기여입학제에 대한 논의는 1991년과 1992년에 걸쳐 대학교육협의회와 고등교육연구회에서 개최한 두 번의 공청회와 시행방안 연구를 위한 자료집 이외에 10년이 넘는 기간동안 주장을 대학과 교육인적자원부의 입장확인식 주장을 되풀이했을 뿐 기여입학제에 대한 연구는 진행되지 않았다. 물론 대학교육협의회나 신문사 등을 중심으로 단발적인 찬반여론 조사는 실시되었지만 찬반여론 조사로서는 제도의 타당성이나 공정성 등을 밝혀줄 수 없다. 이에 연구자는 헌법정신에 비추어 기여입학제 금지 법안의 타당성을 검토해보고자 한다.

기여입학제를 반대하는 측에서는 기여입학제가 실시되면 대표적으로 헌법 제31조 제1항의 “능력에 따라 균등하게 교육을 받을 권리”가 본질적으로 침해되기 때문에 기여입학제는 교육에 관한 평등권에 정면으로 반하다고 주장하는 반면, 기여입학제를 찬성하는 측은 기여입학제는 헌법 제31조 제4항에서 규정하고 있는 대학의 자율성의 표현이기 때문에 대학의 자율성을 충분히 보장한다는 측면에서 대학입학전형제도의 한 가지 방법인 기여입학제도는 허용되어야 한다고 주장한다. 바로 이러한 헌법적 갈등을 어떻게 해소할 것인가가 이 글의 핵심이라고 할 수 있다.

이 연구는 논란의 대상이 되고 있는 기여입학제 금지 법안<sup>2)</sup>에 대한 적합성 여부를 헌법정신에 비추어 검토해 봄으로써 기여입학제에 대한 학술적 차원의 논의를 촉발하는데에 연구의 의의가 있다. 이를 위하여 우선 기여입학제의 개념과 기여입학제의 역사적 전개, 찬반 논리를 살펴보고 기여입학제 금지 법안과 밀접하게 관련되어 있을 것으로 판단되는 헌법상의 기본권인 평등권, 교육권, 대학의 자율권에 대해 제시한 후 이들 기본권 간의 충돌 문제를 분석하여 이에 근거하여 헌법적합성 여부를 검토할 것이다.

## II. 기여입학제의 개념과 논의 전개과정

기여입학제는 학문적·제도적으로 정립된 개념이 아니므로 사용자마다 조금씩 다르게 개념을 정의하고 있어 혼선을 일으키고 있다. 김신복(1992)은 대학기여입학제에 관한

2) 이 글에서 논의하는 기여입학제 금지 법안은 반드시 민주노동당의 기여입학제 금지 법안으로 한정하여 검토하는 것은 아님을 밝혀두고자 한다.

비판적 입장을 밝히는 글에서 기부금입학제를 “입학조건부 기부금, 즉 일정액 이상을 내면 입학할 수 있는 방식을 모든 대학에서 채택할 수 있도록 제도화”하는 것으로 개념화하고 기여입학제란 “기부금입학제가 갖는 부정적 인상을 완화시키면서 특혜 입학결정의 대상에 신축성을 두고자 하는 의도를 반영하는 개념”일 뿐이라고 설명하여 기여입학제와 기부금입학제를 혼용하여 사용하였다.

그러나 기여입학제에 대한 대부분의 논의는 기여입학제에 대해 물질적인 기부뿐만 아니라 정신적인 기여까지도 포함하는 개념으로 정의하고 논의를 전개시키고 있다. 김동근(1992)은 기여입학제에 대한 개념을 정리하여 “개인 또는 기업이 특정 사립대학에 토지·건물·금전 기타 물질을 무상 기부하거나 그 대학설립이나 발전에 비물질적으로 기여하는 등 현저한 공로가 있는 경우, 관련 자손이 당해 대학에 입학할 때에는 그 대학이 정하는 적절한 기준에 의해 입학이 가능할 수 있도록 신입생 일반사정 방법에 있어 특례를 인정하는 제도”라고 규정하고 있다. 기여입학제에 관해 김동근(1992)이 정의한 바와 같이 물질적인 기여뿐만 아니라 비물질적인 기여까지를 포함하여 논의가 전개되는 경향을 보이기 때문에 본고에서는 김동근(1992)의 정의를 따르도록 하겠다.

기여입학제에 대해 1987년 교육개혁심의회 교육발전분과위원회에서 필요성을 제기한 것으로 알려져 있으나 교육개혁심의회에서 논의되었던 것은 무조건부 기부금에 관한 것이라 할 수 있다(윤정일, 1996 : 340). 실제로 기여입학제에 대한 논의는 1990년대 초반 한국대학교육협의회, 전국대학교무처장협의회 등의 교육단체를 통해 활발히 전개되었다. 한 번의 토론회와 두 번의 공청회, 그리고 대학교육협의회와 고등교육연구회의 정책연구를 토대로, 1993년 7월 당시 오병문 교육부장관은 대학교육협의회 총회에서 능력있고 학사행정제도가 확립된 대학에 한해 허용할 것을 고려하겠다고 한국대학교육협의회 총회에서 밝힌 바 있다. 그러나 1993년 일부 사립대학에서 입시부정 사건이 발생하였고 이로 인한 대학에 대한 신뢰감 저하로 기여입학제 논의는 중단되었다(윤정일, 1996 : 340).

1997년 2월 사립대학 총장협의회에서 고려대학교 총장은 재정난을 이유로 정원의 1~2%선에서 허용할 것을 요구함으로써 기여입학제 도입문제는 다시 제기되었다. 2001년 연세대 총장 역시 교육부총리와의 면담을 통해 기여입학제 도입을 건의하였으나 교육부는 국민정서와 법령상 기여입학제 도입이 시기상조임을 설명하였다. 그럼에도 불구하고 사립대학의 자율성 제고와 재정과 관련된 논의가 제기될 때마다 사립대학은

끊임없이 기여입학제를 허용해줄 것을 교육인적자원부에 건의해왔다. 2002년 연세대는 ‘2004학년도 대학입학전형’에서 기여우대제 도입 추진계획을 발표하고 관련법령 개정 승인을 요청하였으며, 편입학 전형과 수시전형에서 부모의 사회적 기여도를 기준으로 하여 기여입학제가 가능한 방식으로 대입전형을 시도해왔다. 한편, 교육인적자원부는 기여입학제에 대해 거듭 불가입장을 고수하여 사립대학들과 대치되는 양상을 보이고 있다.

### Ⅲ. 문제의 소재 : 찬반논의

#### 1. 기여입학제에 관한 찬성논리<sup>3)</sup>

기여입학제에 대한 찬성하는 측의 논의는 다음과 같다.

첫째, 기여입학제는 대학이 자율권을 찾을 수 있는 계기가 될 수 있다. 지금까지 대학은 헌법 제31조 제4항에 보장되어 있는 대학의 자율성을 누리지 못하고 국가로부터 많은 규제를 받아왔다. 특히 지금처럼 법령으로 대학입학전형 요소가 규정되어 있고, 정해진 틀 안에서 학생을 선발하는 것은 대학이 학생선발의 자유를 가질 수 없다. 학생 선발의 자유가 없는 구조 속에서는 대학 스스로 경쟁할 수 있는 체제를 실현하기 힘들고 대학의 특성화를 이루기 어렵다고 할 수 있다. 이에 기여입학제를 기점으로 대학은 자율권을 확보하고 이를 통해 대학의 경쟁력을 제고시킬 수 있다.

둘째, 기여입학제는 사립대학의 재정난 해소에 도움을 줄 수 있다. 대학이 경쟁력을 가지기 위해서 필수적인 첨단기자재 도입 등 변화하는 교육환경의 현대화가 필요하다. 그러나 사립대학은 이미 학생 납입금에 대한 의존도가 과중하고 납입금 인상에 대해서 학생들이 강하게 반대하고 있으며, 법인전입금의 경우에는 법인의 수익용기본재산의 대부분이 저수익성 내지 비수익성 재산이므로 전입금이 대단히 빈약한 실정이다. 또한 국고지원이 차지하는 비중이 매우 미비하고 기부금 제도가 있으나 유인체제가 결여되어 있어 크게 기대하기 어려운 실정이다. 이에 이를 타개하기 위한 방안의 하나로 기여입

3) 기여입학제에 관한 찬반논의는 김동근(1992) 김신복(1992), 윤정일(1996)의 글을 종합정리하였다.

학제의 필요성이 부각된다. 또한 정부로부터 재정적 독립이야말로 진정한 대학의 자율성을 회복할 수 있는 길이라는 점에서도 기여입학이야말로 양질의 대학 재정을 확보할 방법이라는 것이다.

셋째, 사회유휴자본의 음성적·낭비적 지출을 양성화하여 정규교육재원으로 유인함으로써 보다 질 높은 대학교육환경을 조성할 수 있다. 특히 기여입학 허용은 해마다 지출되는 도피성 해외유학 경비를 국내 대학으로 유치함으로써 외화유출 방지 및 대학교육의 여건 개선이라는 이중 효과를 얻을 수 있다.

넷째, 기여입학제를 허용하는 것은 또다른 의미에서의 교육기회 평등을 실현하는 방법이라고 생각할 수 있다. 기여입학제를 통해 확보된 재정을 독립회계로 운영하면서 학생장학금을 확대하고 학생복지를 위한 시설에 투자함으로써 더 많은 학생들이 질 높은 교육을 받을 수 있도록 여건을 조성한다면, 그것이 오히려 가난한 학생들에게 교육기회를 확대시키는 방안이 될 수 있다.

다섯째, 선진외국의 경우 기여입학제는 법규정 없이 공공연하게 실시되고 있으므로 우리 나라의 경우도 이 제도의 채택 여부는 대학의 자율에 맡겨야 한다. 미국의 경우 선조가 학교발전에 기여해온 사람의 자손에게 입학특전을 부여하는 것이 관례로 되어 있고, 일본의 경우 특히 의치과 대학의 경우 기부금으로 학교재정의 상당 부분을 충당하고 있다.

## 2. 기여입학제에 관한 반대논리

기여입학제 도입을 반대하는 측의 근거는 다음과 같다.

첫째, 기여입학제는 국민의 기본권으로 생각되는 균등하게 교육받을 권리를 침해한다. 헌법 제31조에서는 “모든 국민은 능력에 따라 균등하게 교육받을 권리”를 규정하고 있는데, 이 때의 능력이라 함은 학생의 학습능력과 같은 일신전속적 능력을 뜻하는 것이다. 따라서 학생이 성취할 수 있는 일신전속적인 능력이 아닌 부모의 재정적인 능력이나 부모의 사회적 명성 혹은 기여도에 의해 교육받을 권리가 결정되는 것은 교육의 평등에 관한 기본적인 헌법의 정신에 어긋나는 것이다. 또한 헌법 제11조에 의하면 “사회적 특수계급의 제도는 인정되지 아니하며, 어떠한 형태로도 이를 창설할 수 없다”라고 규정하고 있음에도 불구하고 기여입학제는 부모의 부와 신분으로부터 나오는 기

여 정도에 따라 자녀의 대학입학을 결정짓게 함으로써 사회계층의 세습효과를 가져와 교육제도를 통한 특수계급 창출이라는 위헌적인 신분사회가 발생할 가능성이 높다.

둘째, 교육환경과 교육의 질 확보를 위한다는 명분으로 교육의 기회를 물질적인 것으로 분배하는 것은 대학재정의 문제를 학생부담으로 해결하려고 하는 것으로 이는 대학교육의 수혜자가 학생이라는 잘못된 인식 때문이다. 교육은 공공성이 강하며 현재 우리 나라에서 사학교육 또한 공공성을 요구받고 있다. 교육의 기회균등이라는 공교육이념은 사립대학에서도 지켜져야 하는 것이며 국가에서도 균등한 교육여건이 조성될 수 있도록 사립대학에 대해 지원할 의무를 지니게 된다. 따라서 대학재정은 국·사립을 막론하고 공교육의 이념에 입각하여 정부가 책임을 져야 하는 것이며 사립대학의 재정난을 특별한 수익자로부터 기여금을 받아 해결해야 한다고 생각하는 것은 교육의 공공성의 원칙에 어긋난 것이다. 초등교육부터 고등교육까지 하나의 단계적 진행과정에 있는 우리나라의 현실에 비추어 보더라도 단지 대학의 경우에만 기여입학을 허용한다는 것은 궁극적으로 초등교육에까지 기여입학의 폐해가 미칠 수 있으며, 국가가 관리하는 입시제도의 문제와도 상충하는 문제가 발생한다

셋째, 기여입학제를 허락하는 것은 대학입학이 물질적인 것으로 인해 결정될 수 있다고 생각하게 함으로써 황금만능주의 가치관을 조장하는 비교육적인 조치이다. 개인은 자신의 노력이 성공을 결정짓는 능력주의를 믿지 못하게 될 것이며 학생들의 학습의욕에 악영향을 미칠 것이다. 부모의 능력에 의해 입학이 결정된다면 부모의 능력이 결정적인 당락의 요인이 되었을 때 부모에 대한 원망과 좌절감을 느끼게 될 것이다.

넷째, 기여입학제는 대학간 불균형적인 발전을 조장하게 될 것이다. 우수한 사립대학들의 경우 기부금 유치에 어려움을 겪지 않겠지만 학생들이 선호하지 않는 대학은 기부금 유치에 어려움을 겪게 되어 대학재정의 부익부 빈익빈 현상이 심하게 될 것이다. 뿐만 아니라 기부금 입학제는 학생들의 납입금 인상거부에 명분을 부여함으로써 학생들과의 납입금 협상에 더욱 어려움을 겪게 될 것이다.

다섯째, 기여입학제의 운영 측면에서 학생의 선발에서 자금의 운용까지 시행 상의 문제점이 크게 드러날 소지를 안고 있다. 우선 선발과정에서 정신적 기여의 정도를 계량화하고 순위를 매기는 데 어려움을 겪게 될 것이며, 정신적인 기여도와 물질적인 기여도를 비교해야 한다면 정신적인 기여도에 대해서 물질적인 가치를 매겨야 한다는 점에서 난관에 봉착하게 된다. 뿐만 아니라 정원 외 입학에 허가하는 것은 비록 선발 단

계에서는 다른 학생들이 영향을 받지 않았다고 생각될 수 있으나 정원 외 입학생 증가로 인한 교육의 질이 저하될 수 있다는 점을 고려한다면 기여입학제로 인해 다른 학생들의 학습권이 침해되는 것이라고 생각될 수 있다. 또한 기여금을 모집·관리·운영하는데 있어서 모집 당시의 기여입학제로 인한 합격자 선발기준의 불명료성과 이로 인한 관리·운영이 느슨해질 가능성으로 인해 부정의 소지가 발생할 가능성이 크다.

위와 같은 기여입학제에 관한 찬반논리에서의 핵심은 대학의 자율성 확보 노력과 국민의 균등하게 교육받을 권리확보의 노력이 상충하는 것으로 요약될 수 있다. 즉, 기여입학제는 대학은 기여입학제를 통해 학생선발에 있어서의 자율성확보의 계기를 마련하고자 하는 반면 국민은 대학의 자율성 확보노력으로 인해 침해받을 수 있는 균등하게 교육을 받을 수 있는 권리를 지키고자 하기 때문에 갈등이 발생한다.

## IV. 헌법적 쟁점에 관한 이론적 검토

기여입학제와 관련되는 헌법조항을 분석하여 헌법적 쟁점이 되는 주요 개념을 이론적으로 검토하면 다음과 같다.

### 1. 평등권

#### 가. 헌법 제11조 제1항의 평등권 해석

헌법 제11조 제1항은 기회균등 또는 평등의 원칙을 선언하고 있는데 평등의 원칙은 국민의 기본권보장에 관한 우리 헌법의 최고원리로서 국가가 입법을 하거나 법을 해석 및 집행함에 있어 따라야 할 기준인 동시에, 국가에 대하여 합리적 이유없이 불평등한 대우를 하지 말 것과 평등한 대우를 요구할 수 있는 모든 국민의 권리로서 국민의 기본권 중의 기본권이라 할 수 있다(권영성, 2005 : 387). 이 때 평등의 원칙은 “동일한 것은 평등하게, 상이한 것은 불평등하게” 다름으로써 사회정의 실현하려는 것으로 평등하게 다루어야 할 것을 불평등하게 다루거나 불평등하게 다루어야 할 것을 평등하게

다루는 것은 정의에 반하고 평등의 원칙에 위배된다는 상대적 평등을 의미한다(권영성, 2005 : 386).

헌법 제11조 제1항의 전단인 “모든 국민은 법앞에 평등하다.”는 일반적 평등권을 의미한다. 즉 헌법에서 일정한 사안을 직접 규율하는 개별적 평등규정(예컨대, 헌법 제11조 제1항의 후문, 헌법 제31조 1항 등)이 존재하지 않는 경우에 헌법 제11조 1항이 적용되지만 이는 헌법 전반을 규율하는 일반적·포괄적 개념으로서 헌법가치적 일반적인 근본규범이라고 할 수 있다. 위 평등권의 일반조항의 내용으로서 헌법 제11조 제1항 후단은 “누구든지 성별, 종교, 또는 사회적 신분에 의하여 정치적, 경제적, 사회적, 문화적 생활의 모든 영역에 있어서 차별을 받지 아니한다.”라고 규정하고 있는데 여기서 규정하는 “사회적 신분”과 “문화적 생활영역”이 기여입학제 금지 법안과 관련하여 쟁점이 되는 규정으로 볼 수 있다.

#### 1) 차별금지사유로서의 “사회적 신분”의 의미

사회적 신분의 의미와 관해서 우리나라 헌법학자 다수설의 견해는 후천적 신분설을 따르고 있다. 선천적 신분이 “출생에 의하여 고정되는 사회적 지위”로서 예를 들어 귀화인이나 전과자의 자손 혹은 존속, 비속의 지위 등을 가리킨다면, 후천적 신분은 “인간이 후천적으로 사회에서 장기간 점하는 지위로서 일정한 사회적 평가를 수반하는 것”을 가리킨다. 이를 테면 기업인, 탤런트 등 직업상의 지위와 특정지역의 주민인 지위도 사회적 신분에 해당한다(권영성, 2005 : 392 ; 허영, 2005 : 336-338). 따라서 이러한 견해에 의할 때 기여입학 시에 대학에 물질적 혹은 비물질적으로 기여하는 부모 및 학생들의 지위도 이러한 사회적 신분에 포함된다고 볼 수 있다.

#### 2) 차별금지영역으로서의 “문화적 생활영역”의 의미

문화적 생활영역에서도 평등이 보장되어야 하므로 교육에 있어서의 기회균등이 보장되고, 문화적 활동이나 문화적 자료이용 또는 정보에의 접근등에서의 차별은 허용되지 아니한다(권영성, 2005 : 393-394). 다만, 교육에 있어서 능력에 의한 차별은 허용된다. 따라서 이러한 해석에 의할 때 기여입학제를 허용하여 대학입학이 부모의 물질적 자원을 기부하는 것으로 결정되는 것은 헌법상 차별금지영역으로서의 “문화적 생활영역”을 창설하는 결과를 초래할 수 있게 된다.

3) 일반적 평등권(헌법11조1항 전단)과 개별적 평등규정(헌법11조1항 후단 등)의 관계  
“모든 국민은 법 앞에 평등하다(헌법11조 1항 전단)”라고 규정한 일반적 평등규정은 보충적 기본권으로서의 성격을 갖는다. 즉, 일반적 평등규정과 헌법 제11조 제1항 후단의 성별·종교·사회적 신분에 따른 차별을 금지하는 규정 및 헌법 제32조 제4항, 제36조 제1항 등은 일반법과 특별법의 관계에 있다. 이는 특별법 우선의 원칙에 의거하여 일정한 사안을 직접 규율하는 개별적 평등규정이 존재하지 않을 때에 비로소 일반적 평등 규정이 적용된다는 것을 의미한다.

#### 나. 헌법 제31조 제1항의 평등권 해석

헌법 제31조 제1항의 “능력에 따라 균등한 교육을 받을 권리” 조항의 “능력에 따라 균등한”의 의미를 요소별로 분석해보면 다음과 같다.

##### 1) “능력”의 의미

우선, 이 조항에서 나타내는 “능력”의 의미를 나타내는 헌법재판소 판례로서 의무교육 실시 시기에 관한 헌법재판소 판례 93헌마192 에 의하면 “정신적·육체적 능력 이외의 성별·종교·경제력·사회적 신분 등에 의하여 교육을 받을 기회를 차별받지 않고”라고 명기함으로써 헌법에서의 능력의 개념은 정신적·신체적 능력의 일신전속적인 능력임을 나타내고 있으며, 비전속적인 능력(재력·재력·성별)에 의한 차별은 허용되지 않는다고 규정하고 있다(헌판집, 제6권 1994 ; 177).

##### 2) “균등한 교육”의 의미

“균등한 교육”의 의미 또한 헌법재판소 판례 93헌마192에서 찾을 수 있는데 이에 의하면 “국민이 정신적·육체적 능력뿐만 아니라 성별·지위·신앙에 의하여 차별되어서는 아니되며, 적극적으로 국가가 모든 국민에게 균등한 정책을 제공해야 한다”라고 규정하고 있다(헌판집, 제6권 1994 ; 177). 따라서 헌법 제31조 제1항에서의 평등은 교육기회의 균등함을 의미하는 것으로 구체적으로는 취학의 기회를 균등하게 가지는 것을 의미한다(권영성, 2005 : 654 ; 허영, 2005 : 341, 427-429).

## 2. 교육권

교육권은 교육기본권, 교육의 권리, 교육의 자유, 교육을 받을 권리, 학습권, 수학권, 수업권 등으로 다양하게 명명되고, 이로 인해 명확하게 개념을 규정하기 어려우나 헌법에서 교육권을 교육을 받을 권리로 이해하고 있기 때문에(손희권, 2004b ; 118-119), 이 글에서 교육권은 교육을 받을 권리를 지칭하는 것으로 한다.

### 가. 헌법 31조의 “교육을 받을 권리”의 해석

#### 1) 교육을 받을 권리의 개념

교육을 받을 권리는 교육을 받을 것을 국가로부터 방해받지 아니하는 자유권적 측면과 교육을 받을 수 있도록 국가에 적극적인 배려를 요구할 수 있는 사회권적 측면으로 나뉠 수 있다. 손희권(2004b)은 교육을 받을 권리의 자유권적 성격에 대해 규명하고 있으나 공교육 체제가 교육의 근간을 이루고 본고의 논의가 공교육체제인 학교교육체제에 관해 논의하고 있기에 이 글에서는 교육받을 권리를 사회권으로 보는 다수설 학자들의 학설과 현재의 판례를 따르도록 한다. 이에 따르면 교육받을 권리란 국가는 모든 국민에게 저마다의 능력에 따른 교육이 가능하도록 그에 필요한 설비와 제도를 마련해야 하고 사회적·경제적 약자도 능력에 따른 실질적 평등교육을 받을 수 있도록 적극적인 정책을 실현해야 할 의무가 있으며, 국민은 국가의 의무이행을 청구할 수 있는 권리를 지닌다(권영성, 2005 : 654 ; 헌판집, 제6권 1994 ; 177).

#### 2) 교육을 받을 권리의 주체

교육을 받을 권리는 국법상의 권리이므로 국민에게는 보장되고 외국인에게는 인정되지 않으며, 자연인에게만 인정되고 대학과 같은 법인에게는 인정되지 않는다. 헌법재판소는 “수학권”이라는 용어를 헌법 제31조 제1항에 규정된 교육을 받을 권리로 규정하였다는 점에서(권영성, 2005 : 651 ; 헌재1992. 11. 12. 89헌마88 ; 헌재1999. 03. 25. 97헌마130), 수학권은 교육권과 바꾸어 쓸 수 있는데 이 때 헌법재판소는 수학권의 주체를 개개인으로서 간주하였다. 개인으로서 교육받을 권리의 주체는 국민 모두이지만 구체적인 교육의 기본권의 내용에 따라 달라질 수 있다. 헌법재판소는 학부모의 교육방법의 선택권에 대해서도 언급하고 있는데(손희권, 2004b ; 헌재 1995. 2. 23. 91헌마204 ; 헌재 2000. 04. 27. 98헌가16), 이는 하나의 예시에 불과하고 교육원의 내용에 따라 얼마든지 교육권의 주체가 될 수 있다.

3) 교육을 받을 권리의 헌법적 의의와 기능

교육받을 권리는 문화국가·민주복지국가원리와 같은 헌법상의 기본원리 및 다른 기본권을 실현하는 수단으로서 기능을 한다. 헌법재판소 판례 90헌가27에 의하면 교육을 받을 권리와 의의에 관해 기술하고 있는데 이에 의하면 “교육을 받을 권리는 문화국가·복지국가의 이념을 실현하는 방법의 기초이며, 다른 기본권의 기초가 되는 기본권이다. 교육을 받을 권리가 교육제도를 통하여 충분히 실현될 때에 비로소 모든 국민은 모든 영역에 있어서 각인의 기회를 균등히 하고 능력을 최고도로 발휘하게 되어 국민생활의 균등한 향상을 기할 수 있고, 인간으로서의 존엄과 가치를 가지며, 행복을 추구할 수 있기 때문이다.”(헌재1991.2.11, 90헌가27)라고 규정하고 있다.

3. 대학의 자율성

가. 헌법 제22조 제1항의 학문의 자유 해석

대학의 자율성의 헌법적 근거 조항으로 헌법재판소판례와 헌법학계의 다수설은 대학의 자치의 헌법적 근거를 제22조 제1항 학문의 자유에서 찾는다. 이 조항은 학문의 자유를 보장하고 있다는 점에서 자유의 보장대상은 진리탐구의 과정 내지는 기능이며 대학의 교수·연구자 등 특정 신분자의 특권이 아니다. 즉, 이 조항은 모든 국민의 학문연구에 대한 기본권을 보장한다(권형준, 1997 : 22). 그러나 역사적으로 학문연구는 대학을 중심으로 이루어졌고, 대학의 본질적 기능이 진리를 탐구하고 그 결과를 교육하는 데에 있다는 점에서 대학의 자유보장은 학문의 자유보장의 중핵이 된다고 할 수 있다(권형준, 1997 : 22). 이에 대학은 내외적으로 진리탐구가 가능할 수 있도록 제반조건이 확보되어야 한다(권형준, 1986 : 48-49).

진리탐구를 목적으로 하는 학문활동은 진리가 아닌 다른 어떤 특정 목적에 의해 제약을 받아서는 안 되며, 학문활동의 중핵인 대학은 본질적으로 학문의 자기법칙성에 규율되어야 하고 결코 입법자의 절대적 의사에 복종될 수 없다. 바로 여기에서 대학 자치의 필요성이 제기된다. 즉, 대학은 자유롭고 창조적인 진리탐구를 하기 위해 외부의 공권력이나 대학의 설치·관리권자 등 사회적 제 권력으로부터의 간섭을 배제할 필요가 있다(권형준, 1997 : 22). 이 때 대학의 자치제는 그 자체가 자기목적적인 제도라기보다

는 대학의 학문연구·교육의 효과적인 수행을 목적으로 하는 수단적인 의미를 가진다(권영성, 2005 : 270-271 ; 권형준, 1986 : 46 ; 1997 : 23 ; 허영, 2005 : 433-434).

#### 나. 헌법 제31조 제4항의 대학의 자율성 해석

위의 논의에서 살펴보았던 바와 같이 대학의 자치제도를 보장하고 있는 헌법 제31조 제4항의 “대학의 자율성은 법률이 정하는 바에 의하여 보장된다”라는 조항은 학문의 자유를 보장하는 수단으로 존재하는 것으로 이해하는 것이 타당하다(권영성, 2005 : 270-271 ; 권형준, 1986 : 47 ; 1997 : 23 ; 허영, 2005 : 433-434). 헌법재판소는 “대학의 자율성 보장은 학문의 자유의 확실한 보장수단이자 대학에 부여된 헌법상의 기본권”이라고 판시함으로써(헌재 1992. 10. 1. 92헌마68) 현재 헌법 제22조 제1항과 헌법 제31조 제4항의 관계를 확인시키고 있다. 대학의 자율성이 제도보장인가 기본권인가에 대한 대립된 견해가 존재하지만 헌법재판소의 다수견해는 대학의 자율성에 대해 기본권으로 인정하고 있다(권형준, 1986 : 57-68).

##### 1) 대학 자율권의 주체

대학의 주체에 대해 교수주체설과 구성원주체설이 대립하고 있으나 교수주체설이 다수설이다. 연구·교육의 담당자인 교수로서 구성된 교수회의 자주성이 최대한 존중되어야 한다는 데는 이론의 여지가 있을 수 없다(권영성, 2005 : 271 ; 권형준, 1997 : 228). 다만, 학생도 학생활동과 학문연구에 있어서는 그 주체성이 인정된다(권영성, 2005 : 271 ; 권형준, 1986 : 58-61).

##### 2) 대학 자율권의 영역

대학은 학문연구와 교수의 자유를 위해 대학의 인사, 시설, 재정, 연구 및 교육행정 등을 자주적으로 결정하고 운영하여야 한다(권영성, 2005 : 271-272 ; 권형준, 2002 : 229-300). 즉, 대학의 자율성은 학문의 자유의 중요한 내용으로서 교원인사에 있어서의 자유, 시설의 관리에 있어서의 자치, 학생 관리에 있어서의 자치, 연구·교육 내용 및 방법의 자주적 결정권, 예산관리에 있어서의 자치권 등을 포함하며, 자치의 주체와 관련하여, 교수회의 자치, 학생의 자치를 포함하고 있다(권형준, 1997 : 23-24). 이에 의하면 대학의 학사관리 및 대학시설의 자주적인 관리·운영, 재정에 관한 권한은 물론이

고 자율적인 입학시험제도의 형성권도 대학의 자율성에 포함된다고 할 수 있다. 헌법재판소는 대학 자율권에 관하여 “대학의 자율은 대학시설의 관리, 운영만이 아니라 학사관리 등 전반적인 것이어야 하므로 연구와 교육의 내용, 그 방법과 그 대상, 교과과정의 편성, 학생의 선발, 학생의 전형도 자율의 범위에 속해야 하고 따라서 입학시험제도도 자주적으로 마련될 수 있어야 한다.”(헌재 1992.10.1, 92마 68)라고 그 내용을 규정하고 있다.

### 3) 대학 자율권의 제한

대학의 자율권도 헌법상의 기본권이므로 기본권제한의 일반적 법률유보의 원칙을 규정한 헌법 제37조2항에 따라 제한될 수 있다. 헌법재판소는 “대학의 자율권도 ... 국가안 전보장·질서유지·공공복리 등을 이유로 제한(필요, 최소한의 한도에서)될 수 있는 것이며...”(헌재 1992.10.1, 92헌마68)라고 하여 대학자율권 제한의 사유를 설명하고 있다. 또한 대학의 자율성은 학문의 자유를 지키기 위하여 인정되는 것이므로 대학의 학문연구 및 교육과 관련된 사항에 대해서만 자치를 주장할 수 있을 뿐 그 밖의 사항에 대해서는 다른 특별한 자치를 주장할 수 없다(권영성, 2005 : 273 ; 권형준, 1986 : 70).

## 4. 기본권의 충돌

### 가. 기본권 충돌의 개념

기본권의 충돌이란 상이한 기본권의 주체가 상충하는 권익을 실현하기 위하여 국가에 대하여 각기 대립되는 기본권의 효력을 주장하는 경우를 말한다(권영성, 2005 : 335). 만약 기본권의 성격을 “국가로부터의 자유” 혹은 “국가권력에 대한 방어권”으로만 해석하는 경우, 국가에 의한 기본권의 침해만 있을 뿐 사인에 의한 기본권의 침해는 생각할 수 없고, 사인에 의한 기본권 침해가 없으면 사인 상호간의 기본권 충돌의 문제가 생길 수 없다. 따라서 기본권의 효력이 대국가적 효력 뿐 아니라 대사인 간에도 미친다는 기본권의 대사인적 효력이 승인됨에 따라 기본권 충돌의 문제가 제기된다(권영성, 2005 : 335 ; 정희철, 2001 : 240).

### 나. 기본권 충돌의 해결주체

기본권이 충돌하는 경우 어느 국가기관이 해결할 것인가의 문제에 대하여 ‘입법의 자유영역이론(입법자역할론)’에 의하여 기본권의 충돌문제는 입법권의 고유권한에 속한다고 보는 견해가 있다(권영성, 2005 : 337). 의회야말로 사회적 이익의 배분과 갈등의 해결의 장이므로 기본권 충돌시 입법권이 자기책임하에서 이를 해결해야 한다는 것이다. 반면, 기본권의 충돌은 보편적 현상으로서 헌법흡결의 문제이기 때문에 헌법해석을 통해 해결되어야 하므로 최종적인 헌법해석권을 가지고 있는 법원 또는 헌법재판소의 권한이라고 보는 견해가 있다. 헌법이 보장하는 기본권의 가치를 실현하기 위해서는 1차적으로는 의회가 입법을 통해서 이를 구체화하고, 최종적으로 법원 또는 헌법재판소가 헌법 내지 법률해석을 통해 적용·실현하는 것이므로 양 기관이 상호보완관계에 있다(정희철, 2001 : 241).

## V. 기여입학제 금지 법안의 헌법적 근거

### 1. 기여입학제 금지 법안 관련 헌법조항 : 기본권 충돌의 근거

기여입학제 금지 법안은 국민의 기본권으로 간주되는 “일반국민의 교육을 받을 권리에 있어서의 평등권(헌법 제11조 제1항 후단, 헌법 제31조 제1항) 실현”을 목적으로 하고 있다. 즉, 이 법안은 위에서 설명하였던 “평등하게 교육받을 권리”를 실현하고자 하는 것으로서 평등권 및 교육을 받을 수 있는 권리를 실질적으로 보장하고자 하는 법안이다. 한편, 기여입학제 금지 법안은 대학의 자율성의 내용 중 “대학의 재정에 관한 자주결정권(재정고권)”과 “학생의 선발 및 학생의 전형의 자주결정권”에 직접적으로 관련되어 있다. 위에서 언급했던 바와 같이 대학의 자율성이 기본권이라고 볼 수 있는가에 대한 이견이 있을 수 있지만 헌법재판소에서 대학의 자율권을 기본권으로 인정하고 있는 바(헌재 1992. 10. 1. 92헌마68), 기여입학제 금지 법안은 기본권이 충돌하는 사례로 보는 것이 적절하다. 따라서 기여입학제 금지법안은 “대학의 자율성”이라는 기본권과 “일반국민의 평등하게 교육을 받을 수 있는 권리”간의, 즉 기본권간의 충돌문제가 발생하게 된다.

## 2. 기여입학제 금지 법안의 헌법 적합성 판단

헌법 제37조 제2항은 “국민의 모든 자유와 권리는 국가 안전보장, 질서유지, 또는 공공복리를 위하여 필요한 경우에 제한할 수 있으며, 제한하는 경우에도 자유와 권리의 본질적인 내용을 침해할 수 없다”라고 국민의 기본권 제한의 원칙을 제시하고 있다. 따라서 입법자는 헌법 제37조 제2항을 근거로 과잉금지원칙을 준수하여 입법해야 할 의무가 있다. 과잉금지원칙의 근거는 헌법 제37조 제2항 중 “필요한 경우”에서 찾을 수 있으며, 이는 국민의 기본권을 제한함에 있어서 국가작용의 한계를 명시한 것으로서 기본권을 제한하는 법률은 ‘목적의 정당성’, ‘방법의 적정성’, ‘피해의 최소성’, ‘법익의 균형성’의 요건을 모두 충족하고 있어야 한다는 것이다(권영성, 2005 : 352-354 ; 현재 1992. 10. 01. 92헌마68 ; 현재 2000. 4. 7. 98헌가16). 따라서 이하에서는 기여입학제 금지 법안이 이러한 과잉금지원칙의 요건에 비추어 정당한 것인지 검토해볼 것이다.

### 가. 목적의 정당성 충족 여부

목적의 정당성 요건은 국민의 기본권을 제한하는 국가작용의 목적이 헌법 및 법률의 체제상 그 정당성이 인정되어야 함을 의미한다(권영성, 2005 : 352).

#### 1) 헌법 제11조 제1항의 평등권에 근거하여

기여입학제 금지법안의 목적은 헌법 제11조 제1항 후단의 “사회적 신분에 의하여 문화적 생활영역에 있어 차별을 받지 아니한다”라는 헌법상 기본권 즉 평등권을 실현을 목적으로 한다고 볼 수 있다. 그 근거는 다음과 같다. 우선, 헌법 제11조 제1항 후단의 차별금지사유로서의 “사회적 신분”의 의미에 관해서 헌법학자 다수설의 견해는 후천적 신분설을 따르고 있는데, 후천적 신분설에 의하면, 선천적 신분<sup>4)</sup>은 물론이고 인간이 후천적으로 사회에서 장기간 접하는 지위로서 일정한 사회적 평가를 수반하는 것을 사회적 신분이라 하며, 기업인, 탤런트 등 직업상의 지위와 특정지역의 주민인 지위도 사회적 신분에 속한다. 이러한 견해에 따르면, 대학입학시에 대학에 물질적 혹은 정신적으로 기여하는 행위는 부모의 사회적 신분에서 비롯된 것이고 이러한 기여도에 의해 대학입학에서 학생의 입학이 차별받는 것은 차별금지사유에 정면으로 반하는 행위라고

4) 출생에 의하여 고정되는 사회적 지위를 의미한다. 예를 들면, 귀화인이나 전과자의 자손 혹은 존속, 비속의 지위 등이다.

해석될 수 있다.

동시에 차별금지영역으로서의 “문화적 생활영역”은 의미의 해석상 문화적 생활영역에서도 평등이 보장되어야 한다는 것을 의미한다. 즉, 문화적 생활영역이라 할 수 있는 교육에 있어서의 기회균등이 보장되어야 함을 의미하는 것이다. 따라서 기회균등이 보장되어야 하는 영역인 교육에 있어서 물질적 기여 혹은 정신적 기여라는 사회적 신분에 의한 차별은 정당한 차별의 사유가 될 수 없으므로, 기여입학제를 허용하는 것은 헌법상 차별금지영역으로서의 “문화적 생활영역”을 창설하는 결과를 초래하게 된다. 따라서 기여입학제 금지 법안은 위와 같은 문화적 생활영역 창설을 방지하기 위한 법안으로서 입법목적의 정당성을 확보하게 된다.

2) 헌법 제31조 제1항의 능력에 따라 교육받을 권리에 근거하여

헌법 제31조 제1항의 “능력”은 정신적·신체적 능력의 일신전속적인 능력을 지칭하며, 비전속적인 능력에 의한 차별은 허용되지 않는다. 능력에 따른 교육은 정신적·육체적 능력에 상응한 적절한 교육을 의미한다. 이 조항의 “균등한 교육”은 국민이 정신적·육체적 능력뿐만 아니라 성별·지위·신상에 의해 차별되어서는 안되며, 적극적으로 국가가 모든 국민에게 균등한 정책을 제공해야 한다는 의미까지 내포한다. “교육을 받을 권리”는 학교교육·가정교육·사회교육까지 포함하나 이 사안에서는 학교교육에 관한 것으로 제한된다. 이상과 같은 헌법 제31조 제1항의 해석에 의하면, 기여입학제 금지법안은 학교교육에 있어서 부모의 경제적 능력이 아닌 학생 자신의 일신전속적 능력에 의하여 사회적 차별 없이 교육을 받을 수 있는 권리를 국가가 보장해준다는 의미를 내포하고 있으므로 그 입법목적이 정당하다고 볼 수 있다.

나. 방법의 적정성 충족 여부

방법의 적정성이라 함은 국민의 기본권을 제한하는 입법을 하는 경우에 법률에 규정된 기본권제한의 방법은 입법 목적을 달성하기 위한 방법으로서 효과적이고 적절한 것이어야 한다는 것을 말한다(권영성, 2005 : 352-353). 이 때 방법의 적정성 요건은 입법자가 선택한 수단이 입법목적의 실현을 용이하게 하거나 촉진할 것을 요구하는 개념이지만 입법목적의 완전한 실현을 요구하는 것은 아니고 그 부분적인 실현을 가져오는 경우에도 방법의 적정성 요건은 충족될 수 있다(이경찬, 2004 : 163). 이에 비추어 기

여입학제 금지 법안을 분석하면 다음과 같이 설명할 수 있다.

위의 개념에 따르면, 기여입학제 금지 법안은 능력에 따라 균등하게 교육받을 권리를 확보하기 위한 방안으로서 적절한가에 대해 긍정적으로 답할 수 있어야 한다. “능력에 따라 균등하게 교육받을 권리”가 무엇인가에 관한 논의에서 살펴보았듯이 능력이란 함은 교육받는 주체의 일신전속적 능력을 의미하고, 균등하게 교육받을 권리란 취학기회의 평등성을 의미한다고 할 때, 기여입학제 금지는 부모의 사회적 신분이 아닌 교육받는 주체의 능력에 따라 균등하게 교육받을 권리를 확보해줄 수 있다는 점에서 위의 질문에 긍정적으로 답할 수 있다. 따라서 기여입학제 금지법안은 방법의 적정성 요건을 충족시킨다고 할 수 있다.

#### 다. 피해최소의 원칙 충족 여부

피해의 최소화 원칙은 입법자는 국민의 기본권을 최대한 보장하기 위하여 입법 목적을 실현하기에 적합한 여러 수단 중에서 되도록 국민의 기본권을 존중하고 최소로 침해하는 수단을 선택해야 함을 의미한다(권영성, 2005 : 353). 이 원칙에 의하면 입법권자가 선택한 기본권 제한의 조치가 입법목적달성을 위해 적절한 것이라 할지라도 보다 완화된 수단이나 방법을 모색함으로써 그 제한을 필요최소한의 것이 되도록 해야 한다. 기여입학제 금지 법안 논의와 관련되어 제한되는 기본권은 헌법으로 보장된 대학의 자율권에 관한 제한이다. 따라서 기여입학제로 인한 기본권의 제한은 최소한의 것이어야 하므로 이를 위해 기여입학제와 관련하여 대학의 자율권을 확보하면서 보다 국민의 평등권을 보장할 수 있는 방안으로 제기되었던 대안들을 검토해보도록 하겠다.

##### 1) 정원 외 입학으로 한정하는 경우

기여입학제를 정원 외로 제한하여 선발하는 것은 기여입학을 통해 선발하는 학생의 정원은 대통령령에 의해 규정된 학생 정원<sup>5)</sup>이외에서 학생을 선발함으로써 기여입학제로 인해 정원이 축소되어 취학기회가 줄어들 것이라는 우려를 고려한 방안이다(김동근, 1992). 이 방안은 규정된 정원 내 입학경쟁에 영향을 미치지 않으므로써 취학기회로 규정되는 국민의 “능력에 따라 균등하게 교육받을 권리”를 침해하지 않는 것으로 생각될 수 있다. 그러나 기여입학제가 정원 외 입학의 방식을 취한다 하더라도 역시 헌법

5) 고등교육법 제32조는 대학의 학생정원은 대통령령이 정하는 범위 안에서 학칙으로 정한다고 규정하고 있음.

제11조 제1항에 의거하여 “사회적 신분”에 의해 인간을 차별하지 못한다는 평등권의 원칙을 지키지 못한다는 점에서 기여입학제는 국민의 평등권을 침해하게 된다. 평등권의 침해는 입법목적의 정당성을 확보할 수 없으므로 이러한 점에서 기여입학제를 정원의 외로 선발하는 방법은 대안이 될 수 없다고 하겠다.

## 2) 비물질적 기여로 한정하는 경우

기여입학제에서 의미하는 기여가 물질적인 것에 대해서 특히 사회적인 반감이 강하기 때문에 물질적인 기여보다는 정신적인 기여를 기준으로 기여입학제를 실시하기 시작하는 방안을 대안으로 생각해볼 수 있다. 이처럼 정신적인 기여만으로 기여입학제를 인정하자는 방안은 대학이 자율성을 확보하고자 하는 상징적 의미가 크다 하겠다. 그러나 비물질적 기여 역시 교육받을 주체의 능력을 나타내는 것이 아니라 부모의 “사회적 신분”에 속하는 영역으로서 이는 평등권에서의 차별금지사유에 해당하게 되고 “능력에 따라 균등하게 교육받을 권리”를 침해하게 된다. 따라서 이 경우 역시 평등권을 침해함으로써 입법목적의 정당성을 확보하지 못하여 헌법적으로 타당하지 않다.

이와 같이 기여입학제에 관련된 대안을 분석해본 결과, 기여입학제와 관련하여 제기되었던 대안들 역시 평등권을 침해하여 헌법적 타당성을 인정받기 어렵다. 따라서 기여입학제 금지 법안은 피해의 최소성 원칙을 반하지 않는다 하겠다.

## 라. 법익의 균형성 원칙 충족 여부

법익의 균형성은 보호하려는 공익이 침해되는 사익을 비교형량할 때 보호되는 공익이 더 커야 한다는 원칙으로서, 기본권의 제한이 의도하는 정치·경제·사회적 유용성과 그 제한에 의하여 야기되는 국민적·사회적 손실을 비교형량하여 양자간에 합리적인 균형관계가 성립해야 함을 말한다(권영성, 2005 : 353). 그리고 법익균형성의 원칙은 기본권의 침해 정도와 침해되는 기본권의 대상에 따라 기본권 침해를 정당화하는 공익의 정도는 달라진다(이경찬, 2004 : 164). 이에 따르면 본고에서는 기여입학제 금지 법안으로 인해 발생한 대학의 자율권 침해라는 손실과 이로 인해 확보될 것으로 기대되는 국민의 교육기회 평등 보장을 비교형량해야 한다.

기본권의 중요도를 비교하는 것이 가능한 것인가에 관해 결론내리기 힘들지만 헌법

재판소는 “교육을 받을 권리는 우리 헌법이 지향하는 문화국가·민주복지국가의 이념을 실현하는 방법의 기초이며, 다른 기본권의 기초가 되는 기본권이다.”(헌재 1991. 2. 11. 90헌가27)라고 하여 국민의 교육받을 권리의 중요성을 강조하였다. 또한 평등권은 헌법에서 보장해야 할 가장 기본적인 권리 중 하나로 인정받고 있다(권영성, 2004 : 390).

한편, 기여입학제 금지 법안이 대학의 자율성에 미치는 침해는 본질적인 것이라고 보기 어렵다. 왜냐하면 대학의 자율성 혹은 자치는 위에서 설명하였듯이 본질적으로는 학문의 자유를 수호하기 위한 수단적인 성격이 짙은 것이라 할 때, 기여입학제를 금지하는 행위가 학문의 자유를 침해한다고 보기는 어렵기 때문이다. 따라서 기여입학제를 금지함으로써 발생하는 대학의 자율성 침해가 국민의 균등하게 교육받을 권리를 침해하는 것보다 더 크다고 말하기는 어렵다. 이러한 점에서 기여입학제 금지 법안은 법익 균형성의 원칙에서 벗어나지 않는다고 할 수 있다.

#### 마. 헌법 제37조 제2항의 본질적 내용 침해금지 원칙의 침해여부

헌법 제37조 제2항에서는 기본권 제한의 한계로 본질적 내용은 침해할 수 없음을 규정하고 있다. 이 때 본질적 내용을 침해한다는 것이 의미하는 것은 그 행위로 인하여 기본권이 유명무실해지고 기본권이 형해화하여 헌법이 보장하는 궁극적인 목적을 달성하기 어려운 지경에 이르는 것을 의미한다(권영성, 2005 : 353-354 ; 헌재 1990. 9. 3. 89헌가95). 기여입학제 금지법안은 대학의 자율권을 침해하는 면이 있으나 기여입학제를 금지하는 행위가 대학의 자율권이 소멸시킬 만큼 자율권을 침해하는 행위라고 판단되지 않는다. 뿐만 아니라 대학의 자율성은 좀더 본질적으로 학문의 자유를 보장하기 위한 수단적 가치를 지닌다는 면에서 기여입학제 금지법안이 학문의 자유를 침해하는 것인가에 비추어 판단할 필요가 있다 하겠다. 그러나 이 경우 역시 기여입학제 금지법안으로 인하여 학문의 자유가 보장받지 못한다고 판단하기는 어렵다고 하겠다. 이러한 점에서 기여입학제 금지법안은 기본권의 본질적 내용을 침해하지는 않고 있다고 할 수 있다.

## VI. 요약 및 결론

기여입학제는 대학입학과 관련된 소위 3불 정책의 하나로서 사립대학에서의 지속적 인 제도도입 시도와 국민정서상의 반감으로 인해 벌써 10년 이상 뜨거운 논란거리가 되어왔다. 그럼에도 불구하고 기여입학제에 관한 교육관련 연구자들의 연구성과가 없는 것은 아쉬운 일이라 하겠다. 본고에서는 기여입학제 찬성론자의 입장에서 근거로 제시하는 헌법상의 대학의 자율권과 기여입학제 반대론자들이 근거하고 있는 헌법상 교육기회의 평등권 주장을 헌법재판소의 심사 기준에 비추어 헌법적합성 여부를 판단해봄으로써 기여입학제와 관련된 학문적 논의의 시발점으로 삼고자 한다.

기여입학제와 관련된 핵심적인 기본권은 평등권, 교육권, 대학의 자율권이 될 수 있다. 평등권은 교육기회의 평등을 핵심으로 할 수 있는데, 이 때 교육기회의 평등은 일신전속적인 능력에 근거하여 차별이 가능한 실질적인 평등을 의미한다. 교육권은 교육을 받을 권리로서 다수설에 따라 국가는 모든 국민에게 능력에 따른 교육을 받을 수 있도록 적극적인 정책을 실현해야 한다. 대학의 자율권은 학문의 자유를 보장하기 위한 수단으로서의 성격을 가지고 있으며 따라서 대학의 자율권은 학문의 자유보장을 그 핵심적 내용으로 삼는다. 이러한 기본권들은 충돌될 수 있는데, 기여입학제는 평등하게 교육받을 권리와 대학의 자율성이 충돌하는 것으로 볼 수 있다.

기여입학제 금지법안은 과잉금지원칙과 기본권침해금지의 원칙에 근거하여 헌법의 적합성을 판단할 수 있다. 기여입학제 금지법안은 차별금지사유로서의 “사회적 신분” 원칙에 반하지 않게 하고, 차별금지영역으로서의 “문화적 생활영역”을 창설하지 않도록 함으로써 목적의 정당성을 지닌다. 또한 입법목적의 정당성은 학교교육에 있어서 학생의 일신전속적 능력에 따라 사회적 차별없이 교육을 받을 수 있는 권리를 국가가 보장해준다는 의미에서도 찾을 수 있다. 기여입학제 금지법안은 국민의 능력에 따라 균등하게 교육받을 권리를 보장해줄 수 있다는 점에서 방법의 적정성 요건을 갖추고 있다. 피해의 최소성 원칙 검증을 위해 기여입학제와 관련하여 정원 외로 선발하는 방식이나 정신적 기여만을 고려하는 방법을 등의 대안을 검토해보았으나 이들 모두 평등권을 침해하고 있다는 점에서 합헌적 대안이 될 수 없음을 발견하였다. 기여입학제 금지 법안을 통해 획득될 수 있는 국민의 평등권과 교육권이 침해될 수 있는 대학의 자율권보다

크다는 점에서 법익의 균형성을 획득하였다. 또한 기여입학제 금지 법안으로 인해 대학의 자치가 소멸될 정도라고 판단하기 어렵고 대학의 자율권의 속성은 학문의 자유를 보장하기 위한 수단으로서의 가치에 있다고 할 때, 기여입학제 금지법안이 학문의 자유라는 본질적인 내용을 침해하는 것이라 볼 수 없다는 점에서 기여입학제 금지 법안은 본질적 내용 침해금지 원칙에 위배되지 않는다 하겠다.

이와 같은 논의를 토대로 기여입학제 금지 법안은 대학의 자율성 제한 측면에서는 헌법37조 제2항에 맞는 합당한 제한으로 볼 수 있고, 기본권 충돌 측면에 있어서도 국민이 능력에 따라 균등하게 교육받을 권리를 보장해줄 수 있다는 점에서 기여입학제를 금지하는 것이 헌법정신에 어긋나지 않는다고 하겠다. 따라서 기여입학제 금지법안은 합헌적인 법률이라고 판단될 수 있겠다.

## 참 고 문 헌

- 권영성(2005) *헌법학원론*. 법문사 : 서울.
- 권형준(1986). 대학의 자유. *한국교육법연구 1* : 35-72.
- 권형준(1997). 고등교육법과 대학자치의 구현. *한국교육법연구 3* : 17-27.
- 권형준(2002). 사립학교법과 대학의 자율성. *한국교육법연구 6,7* : 211-235.
- 김동근(1992). 대학기여입학제 도입의 합리적 접근방안. *고등교육연구 4(1)* : 103-118.
- 김신복 (1992). 대학기여입학제에 대한 비판적 고찰. *고등교육연구 4(1)* : 9-21.
- 손희권(1999). “능력에 따라 균등하게 교육을 받을 권리”에 관한 헌법재판소 판례분석. *교육행정학연구 17(2)* : 185-207.
- 손희권(2004a). 교육의 자주성에 관한 헌법재판소 판례 분석. *교육행정학연구 22(3)* : 89-108.
- 손희권(2004b). 교육을 받을 권리의 자유권적 성격. *교육법학연구 16(2)* : 117-138.
- 윤정일(1996). *교육정책의 탐구*. 교육과학사 : 서울.
- 이경찬(2004). *핵심헌법*. 한국서원 : 서울.
- 이주호(2005). 대입문제, 해답은 있다. *대입문제, 어떻게 풀 것인가*. pp. 1-32.
- 정희철(2001). *Case 단문 헌법*. 한울아카데미 : 서울.
- 허 영(2005). *한국헌법론*. 박영사 : 서울.
- 헌법재판소 1991년 2월 11일 선고 90헌가27 판결 *헌법판례집 3* pp. 11-43.
- 헌법재판소 1992년 10월 1일 선고 92헌마68 판결 *헌법판례집 4* pp. 659-707.
- 헌법재판소 1992년 11월 12일 선고 89헌마88 판결 *헌법판례집 4* pp. 739-775.
- 헌법재판소 1994년 2월 24일 선고 93헌마192 판결 *헌법판례집 6-1* pp. 173-182.
- 헌법재판소 1995년 2월 23일 선고 91헌마204 판결 *헌법판례집 7-1* pp. 267-281.
- 헌법재판소 1999년 3월 25일 선고 97헌마130 판결 *헌법판례집 11-1* pp. 233-250.
- 헌법재판소 2000년 4월 27일 선고 98헌가16·429 병합 판결 *헌법판례집 12-1* pp. 427-494.

## Abstract

# Constitutional Analysis on Prohibition of the Donation-based Admissions

Park, So-Young  
(KEDI)

This purpose of the study is to see if the admission system based on donation is constitutional. For the analysis, concept, history, and pros and cons of the donation-based admissions are reviewed. To figure out the constitutionality of the system, the three basic rights of man are discussed, which are right to be equal, right to educate, and right for college autonomy. A donation-based admissions restricts right to be equal and right to educate, while it guarantees right for college autonomy. Based on the rule of legitimacy of purpose, adequateness of means, the minimized damage, and the balanced benefit of the law, it is concluded that the donation-based admissions shall constitutionally be prohibited.

**key words** : donation-based admissions, right to be equal, right to educate, right for college autonomy, constitutionality