

의과대학 입학정원 제한과 직업선택의 자유¹⁾²⁾

1. 사실관계

독일 겔젠키르헨(Gelsenkirchen) 행정법원은 연방헌법재판소에 의과대학 입학 배분을 규율하고 있는 대학기본법(Hochschulrahmengesetz)과 ‘대학입학을 위한 공동 기관 설립에 관한 조약’³⁾(이하 2008년 조약)의 실행과 비준을 위한 개별 주(州)의 규정이 독일 기본법에 합치하는지 여부를 결정해 달라는 위헌법률심판(구체적 규범통제심판)을 청구하였다.

구체적 규범통제심판의 계기가 된 겔젠키르헨 행정법원의 두 건의 행정소송 모두 대기기간 전형을 통해 의과대학에 진학하고자 하였으나 대기기간이 모자란다는 이유로 입학이 거절된 사례이다. 두 사건의 원고 모두 의과대학 정원 배당을 요구하였으며, 입학전형 절차가 헌법에 위배된다는 입장이다. 의과대학 입학은 정원에 비해 입학을 원하는 지원자 수가 몇 배 많은 상황이다. 대학입학 허가는 연방의 대학기본법과 2008년 조약에서 규율되고 있다.

1970년대까지만 하더라도 대학입학허가에 관한 내용은 대학마다 학칙으로 자율적으로 규율하고 있었다. 이는 아비투어⁴⁾ 성적이나 대기기간 외에도 매우 다양한 선발기준을 통해 입학을 허용할 수 있도록 하는 결과를 가져왔다. 1960년대 이후 대학지원자 수가 증가하면서 이러한 체계는 헌법적 관점에서 많은 비판을 받게 되었고 연방헌법재판소는 1972년 대학입학정원 제한

1) 2017년 12월 19일자 사건번호 1 BvL 3/14, 1 BvL 4/14.

2) 독일 대학의 입학 정원 제한(Numerus Clausus, NC)과 관련된 배경 및 이번 결정의 사회적 여파에 대해서는 세계헌법재판동향 뉴스레터 제29호 국외통신원소식 <의과대학 입학 정원 제한(Numerus Clausus) 헌법불합치결정> 참조.

3) Staatsvertrag über die Errichtung einer gemeinsamen Einrichtung für Hochschulzulassung.

4) 아비투어(Abitur)는 우리나라의 대학수학능력시험에 비견될 수 있는 독일의 인문계 고등학교 졸업시험이자 대학입학능력이 있음을 증명하는 시험이다. 독일의 경우, 교육은 주의 관할이므로 각 주마다 그 내용이나 난이도에 있어서 상이한 면이 있다.

(Numerus Clausus, NC)에 관한 첫 판결을 내어놓게 되었다.⁵⁾

의과대학 입학정원은 1999/2000년 겨울 학기 이후로 거의 일정하게 유지되어 왔다. 1999/2000년 여름 및 겨울학기에는 의과대학 입학정원이 10,574명이었고, 2012/2013년에는 10,696명이었다. 이에 반해 입학지원자의 수는 1999/2000년의 경우 31,757명이었고, 2012/2013년에는 60,730명이었다. 2017/2018년 겨울학기의 의과대학 합격률은 지원자의 21.25%, 2017년 여름학기 합격률은 8.65%에 불과하였다. 이에 따라 의과대학 지원을 위한 아비투어 최저 점수 역시 상승했다. 아비투어 점수가 지원 최저점에 미치지 못하여 대기기간을 이용한 전형에 응시하게 되면 1999/2000년에는 4학기를 대기하였으나, 2013/2014년에는 13학기를 대기해야 했고 최근 2017년 여름학기에는 15학기를 대기해야 하는 상황까지 오게 되었다. 또한 단지 대기기간만을 채웠다고 해서 모든 지원자에게 의과대학 입학의 기회가 주어진 것이 아니라 대기기간 전형에 응시한 지원자 내에서 다시금 아비투어 성적을 통한 선별결정이 이루어졌다. 예컨대 2000년 여름학기에는 4학기의 대기기간을 거치고 아비투어 최저 점수⁶⁾가 3.3 이상인 경우에 대기기간 전형에 합격할 수 있었다면, 2013/2014년 겨울학기에는 12학기의 대기기간을 거치고 아비투어 최저 점수가 2.2 이상인 경우에만 이 전형에 합격할 수 있었다.

문제된 규정인 대학기본법 제31조와 제32조는 (의과대학의 경우처럼) 입학정원이 제한된 학과의 선발절차를 규율하고 있다. 이에 따르면 여러 대학에서 입학정원의 수가 제한된 학과의 경우에는 중앙부처(대학입학허가재단, Stiftung für Hochschulzulassung, SfH)에서 일괄적으로 입학 배정을 관장할 수 있다(대학기본법 제31조 제1항 제1문). 중앙부처에 의한 입학 배정절차에 속한 학과에 지원한 자의 수가 해당 학과의 정원과 일치하거나 더 적은 경

5) BVerfGE 33, 303 <343 ff., 345 ff.>.

6) 독일의 아비투어 점수체계는 최고점 1에서부터 6까지이며 우리나라 체계로 환산하면 대략 다음과 같다: 1(수), 2(우), 3(미), 4(양), 5(가), 6(-).

우에는 가능한 한 지원자가 원하는 대학으로 배정절차가 이뤄진다(대학기본법 제31조 제2항). 만약 지원자의 수보다 학과 정원이 더 적은 경우에는 대학기본법 제32조 내지 제35조에 따른 선별절차를 통해 선발한다(대학기본법 제31조 제3항).

대학기본법 제32조에 규정된 선별절차에서는 우선적으로 정원의 30%까지 특정 지원자 그룹에 학과 입학할 수 있도록 하고 있다(사전배당, Vorabquote). 이러한 그룹에는 특히 입학 거부가 매우 큰 사회적 시련을 의미하게 되거나⁷⁾(제2항 제1호), 외국인이나 국적이 없는 지원자(제2항 제3호) 등이 해당된다.

사전배당을 마친 후 남은 정원 중 20%는 아비투어 성적순(대학기본법 제32조 제3항 제1문 제1호)으로, 20%는 대학입학자격을 취득한 후의 대기기간 순(대학기본법 제32조 제3항 제1문 제2호)으로 선발한다. 아비투어 성적순을 통한 선발절차에서는 개별 주 사이에 상이한 아비투어의 내용과 점수 편차를 단순 비교할 수 없으므로 지원자가 아비투어를 치른 주별로 배정인원을 달리하여 동일한 주에서 아비투어를 치른 지원자끼리 경쟁하는 방식으로 선발한다. 남은 60%는 대학에서 자체적인 선별절차(대학기본법 제32조 제3항 제1문 제3호)를 통해 선발한다. 대학기본법 제32조 제3항 제1문 제3호의 제2문은 대학 자체 선별절차에 적용될 수 있는 기준을 예시적으로 들고 있는데 여기에는 자격 점수⁸⁾, 자격에 대한 개별 점수 가중, 학과와 관련된 대학 자체 수학능력시험 결과, 직업교육 수료 또는 경력, 지원자 면접 등이 해당된다. 다만 선발결정에 있어서 대학기본법 제27조⁹⁾에 따른 자격 점수가 영향력

7) 2008년 조약 제9조 제1항 제1호에서도 동일한 내용을 규정하고 있으며, 같은 조문 제3항 제1문에서는 매우 큰 사회적 시련의 예시로서 지원자 개인의 사회적·가정적 사유로 인해 즉각적인 입학이 꼭 필요한 경우를 들고 있다.

8) 주로 아비투어를 의미한다.

9) 대학기본법 제27조 제1항 제1문은 대학 입학에 필요한 자격을 입증한 모든 독일인이 그가 선택한 대학에서 수학할 권리가 있음을 규정하고 있다. 같은 조문 제2항 제1문에서는 이러한 자격의 입증 이 원칙적으로 대학에 대비하기 위한 학교 교육을 성공적으로 마치는 경우에 주어진다고 하고 있다. 직업 교육을 통해 이러한 자격을 취득하는 경우에는 주법에 따라 이러한 증명을 다른 방식으로 할 수 있다고 하고 있다(같은 조문 제2항 제2문).

을 미치는 기준이 되어야 한다(대학기본법 제32조 제3항 제2문). 아비투어 성적순을 통한 선발절차와는 달리 대학 자체 선발절차에서는 주별로 배정인원을 따로 두지 않는다.

대학 자체 선발절차 내에서 다시금 사전선발절차(Vorauswahlverfahren)를 둘 수 있다. 이 때 기준으로서 자격 점수, 학과와 관련된 개별 점수의 가중, 직업교육 종류나 경력 또는 선호지역 등을 고려하여 선발할 수 있다(대학기본법 제32조 제3항 제3문 및 제4문). 많은 대학들이 이러한 사전선발절차를 이용하고 있는데, 가령 2017/2018년 겨울학기에는 15개 대학에서 선호지역 1순위로 자기 대학의 소재지를 뽑은 지원자에 한하여 지원서를 받았다. 해당 대학의 대부분은 선호지역 외에도 아비투어 점수를 제한하여 특정 점수 이하를 받은 경우에는 지원이 불가능하도록 하였다.

2. 관련규정

대학기본법 제32조 제3항

(제2항의 사전배당 이후) 남은 입학정원은 다음과 같이 배당한다.

1. (아비투어 성적순으로 정원의 1/5까지 선발하는 내용) (생략)
2. 제27조에 따라 선택 학과에 입학할 수 있는 자격을 취득한 이후의 시간 순(대기기간)으로 정원의 1/5까지 선발. 대학에서의 학과전공에 소요된 시간은 대기기간에 산입되지 아니한다. (...).

3. 나머지의 경우는 대학의 선별절차 결과에 따라 배정된다. 개별 대학은 각각 주법의 기준에 따른 절차를 통해 입학정원을 배정하며 특히 다음의 사항을 고려할 수 있다.

- a) 제27조에 다른 자격 점수
- b) 특정 학과 적합성에 대한 정보를 제공하는 제27조에 따른 개별 점수의 가중

c) 학과 수학능력시험 결과

d) 직업교육 또는 경력의 종류

e) 대학에서 실시하는 지원자와의 (...) 면접 결과

f) 위 제a호에서 제e호의 기준 결합

선별절차에서는 제27조에 따른 자격 점수가 영향력 있는 기준이 되어야 한다. 선별절차의 지원자 수에 제한을 둘 수 있다. 이 경우 대학은 제2문 제a호에서 제d호에 언급된 기준이나 선호지역 점수 또는 이러한 기준들을 결합하여 지원자 선발을 결정할 수 있다. (...).

(4) (생략)

2008년 조약 제8조 선발절차

(1) 선발절차에서 지원자는 제9조 및 제10조와 제4항에 따라 선발된다. 입학배당 지원시 6곳의 희망지역을 순위를 매겨서 기입할 수 있다. 선발된 지원자는 제10조 제1항 제3호의 경우에 대학 입학이 허용된다. 그 외의 경우에는 최대한 희망지역에 따라, 필요시에는 제10조 제1항 제1호의 경우 무엇보다도 선택 학과의 입증된 자격 점수에 따라, 그 밖의 경우에는 지역 선택에 있어서 결정적인 사회적 사유, 특히 가족이나 경제적 사유에 따라 개별 대학에 배분된다. 위의 절차에 따라 개별 입학허가가 불가능한 경우, 아직 입학정원이 남아 있는 학교의 바로 다음 순위의 지원자가 해당 그룹의 후순위에서 올라오게 된다.

3. 주문

(1) 대학기본법 제32조 제3항 제1문 제2호에서 제3호, 제3항 제2문과 제4문 및 대학입학을 위한 공동 기관 설립에 관한 조약의 실행과 비준을 위한 개별 주의 규정은 해당 규정이 의과대학 입학에 적용되는 경우 기본법 제12

조 제1항 제1문¹⁰⁾과 연계한 기본법 제3조 제1항¹¹⁾에 합치되지 아니한다.

(2) 기본법에 합치되지 않는다고 선언된 규정은 새로운 규정이 마련될 때까지 적용된다. 입법자는 2019년 12월 31일까지 새로운 규정을 제정해야 한다.

4. 결정이유

(1) 문제된 대학기본법 조문과 의과대학 입학에 관한 개별 주의 법률 규정(대학입학 전형을 아비투어 성적순, 대기기간, 선별절차를 통한 세 가지로 구성하고 있는 내용)은 부분적으로 기본법에 합치되지 아니한다. 대학기본법 제31조 제3항, 제32조 제1항과 제3항 및 2008년 조약 제8조 제1항과 제10조를 이행한 개별 주의 법률 규정은 대학 지원자의 기본권적 청구권인 국립대학 학습에의 균등한 참여권 및 평등하게 대학에 입학할 수 있는 권리(기본법 제12조 제1항 제1문과 연계한 기본법 제3조 제1항)를 부분적으로 침해한다.

1) 교육 및 직업선택의 자유와 연계한 일반적 평등권으로부터 주관적 허가 조건을 충족하는 자에게 국립대학에서 수학할 균등한 권리 및 이로부터 파생되는 권리인 자신이 선택한 학과에 입학할 기회의 평등이 도출된다.¹²⁾ 학과 입학정원이 제한된 경우, 입법자는 정원 배당을 평등하게 형성해야 한다. 대학입학 규정의 형성에 있어서 사회국가의 원칙 또한 고려되어야 한다.¹³⁾

2) 기본법 제12조 제1항 제1문은 교육 장소를 자유롭게 선택할 권리를 보

10) 기본법 제12조 제1항 제1문

모든 독일인은 직업, 직장 및 직업훈련장을 자유로이 선택할 권리를 갖는다.

11) 기본법 제3조 제1항

모든 사람은 법 앞에 평등하다.

12) BVerfGE 33, 303 <331 f.>; 43, 296 <313 f.>; 85, 36 <53 f.>; 134, 1 <13 Rn. 36> 참조.

13) 기본법 제20조 제1항(독일연방공화국은 민주적이고 사회적인 연방국가이다.), 기본법 제28조 제1항 제1문(주의 헌법적 질서는, 기본법상의 공화주의적, 민주주의적 및 사회적 법치국가의 원칙에 부합하여야 한다.); BVerfGE 33, 303 <331>; 43, 296 <313>; 85, 36 <54>; 134, 1 <13 Rn. 36, 40 f.> 참조.

장한다. 이는 교육이 직업의 전제 조건이 되어서 교육과 직업의 개시가 일련의 과정을 이루고 상호 밀접한 관련이 있는 요소이기 때문이다.¹⁴⁾ 직업을 개시하기 위해 - 의사의 경우처럼 - 특정한 교육이 요구되는 경우, 교육을 받을 기회를 주지 않는 것은 후에 이 직업을 가질 수 없게 하는 결과를 가져온다.¹⁵⁾ 헌법상의 기본권 보호는 공권력에 대한 방어뿐만 아니라 기본법 제3조 제1항과 더불어 작용함으로써 국가의 급부에 대한 기회의 평등(여기서는 국립대학에서의 학습 기회)을 목적으로 한다.

기회의 평등은 개별 수요를 수용할 수 있는 교육 장소의 마련에 대한 청구권에까지 미치지 않는다. 교육 장소를 할당하는 것은 민주주의적 정당성을 부여받은 입법자의 결정에 달려 있으며, 대학교육을 받을 기회의 평등은 수용 가능한 현존 범위 내에서만 주어진다.

3) 교육받을 장소를 선택할 자유와 일반적 평등권을 연계하여 보장되는 기본권에서 현존하는 공적 수단을 통해 국가가 설립한 학과에서 수학할 기회에 대한 청구권이 도출된다. 이는 파생적 참여권이다. 하지만 이 참여권은 대학에 입학할 수 있는 자격이 있는 누구나가 선택한 학과를 언젠가 실제로 수학할 권리에까지 미치지 않는다. 의과대학처럼 지원자의 수요가 현존하는 학과정원을 크게 상회하는 경우에는 참여권이 실제적인 학과 입학에 보장할 수는 없다.¹⁶⁾ 중요한 것은 학과정원의 배당이 평등한 기준에 따라 이루어져야 함이다.¹⁷⁾

(2) 입법자는 한정된 학과정원을 헌법의 기준에 맞게 분배하는 규정을 제정해서 국립대학에서 수학할 균등한 기회의 보장이라는 기본권을 충족시켜야 한다. 또한 이러한 규정은 법률유보의 원칙을 충족하여야 한다.

14) BVerfGE 33, 303 <329 f.>; 134, 1 <13 f. Rn. 37>.

15) BVerfGE 33, 303 <330> 참조.

16) BVerfGE 43, 291 <316> 참조.

17) BVerfGE 43, 291 <316 f.> 참조.

1) 학과정원이 한정되어 있을 경우, 이에 대한 배당은 원칙적으로 적합성에 따라 이뤄져야 한다. 입법자는 이와 더불어 공공복지의 요청을 고려함으로써 사회국가의 원칙을 헤아려 살필 수 있다.

2) 기본권상의 참여권은 - 특히 경쟁 상황에서 - 실제적 기본권의 내용이 적절한 절차적 형성을 통한 기본권 보호를 통해 실현되는 것을 요구한다. 이는 절차적 형성이 선별결정의 결과에 영향을 미칠 수 있기 때문이다.¹⁸⁾ 그러므로 열린 기회를 형성하는 것은 실제적 선발기준뿐만 아니라 배정절차에서도 요구된다. 여기에는 절차상의 충분한 투명성이 요구된다.¹⁹⁾

3) 국립대학 학과정원의 배정을 형성하여 학과 지원자의 직업의 자유 및 기회균등의 일부분인 참여권에 대해 결정하는 것은 기본권상 중대한 요청이므로 입법자의 과제이자 의회유보에 해당한다.²⁰⁾ 입법자는 정원이 제한된 학과의 입학정원 배정에 있어서 중대한 문제를 직접 규율하여야 한다.

원칙적으로 대학에 자체적인 기준을 마련할 수 있는 권리를 부여하는 것은 헌법상 허용되지 아니한다. 하위법규 규범제정자에게는 직접 개발한 선별 기준을 통해 의회법률의 규율사항을 보충하거나 확대하는 헌법상 권한이 부여되어서는 안 된다. 기본권 실현을 위한 중대한 문제에 관한 규율은 민주적으로 정당성을 부여받은 입법자만 가능하며 이를 제3자에게 위임해서는 안 된다. 따라서 대학의 학칙제정권은 선별절차에서 이미 형식적 법률을 통해 확정된 목록 중 충분히 특정된 기준을 선택하는 것에 한정되어야 한다.

하지만 입법자는 이미 법률로 확정된 기준을 대학들이 구체화하고 이를

18) BVerfGE 39, 276 <294>; 52, 380 <389 f.>; 53, 30 <65 f.>; 73, 280 <290, 296> 참조.

19) BVerfGE 33, 303 <357> 참조.

20) BVerfGE 33, 303 <345 f.>.

통해 학과지원자의 적합성을 판단할 수 있도록 일정한 판단의 여지를 부여할 수는 있다. 그러한 판단 여지는 대학이 학생 선발과 직접적으로 연관된 경험을 갖고 있다는 점과 기본권으로서 보호되는 학문과 강의의 자유를 통해 정당화된다. 이 기본권은 대학이 자체적으로 중요한 부분을 책정할 수 있는 권리를 포함하며 프로파일링을 가능하게 한다.²¹⁾ 이러한 제한된 구체화 권한은 무엇보다도 대학 자체적인 적합성 테스트에서 구현된다. 현행 법률하에서는 대학의 학과 관련 수학능력시험(fachspezifische Studierfähigkeitstest)과 지원자 면접과 같은 자체 선발절차를 통해 이루어지고 있다. 다만 법률유보의 원칙은 대학의 학과 수학 적합성 테스트(Eignungsprüfung)에서 표준화되고 체계적인 절차를 이행해야 하는 법률상의 안전장치를 요구한다. 이를 충족시키기 위해서는 입법자가 대학들에 투명하고 체계적인 자체 선발기준을 의무화하여 차별적 사용의 위험을 방지하여야 한다.

(3) 문제된 조문들은 위의 기준에 비추어 볼 때 일부 위헌이다.

1) 입법자가 사전배당과 중앙배당을 통해 입학정원을 배정하는 것은 형성재량의 범위 내에서 이루어졌다. 입학정원의 20%를 아비투어 성적순을 통해 선발하는 제도 역시 문제없다. 그러나 지원자가 희망하는 지역과 결합하여 배당의 기회를 제한하는 것은 헌법상의 요구에 부합되지 않는다. 아비투어 성적이 의과대학 학업을 성공적으로 수료하기 위한 척도가 될 수 있다는 점에 대해서는 많은 연구가 존재한다. 또한 개별 주 사이에 존재하는 고등교육 내용의 차이와 아비투어 점수의 차이는 입법자가 제시한 동일한 주 출신의 지원자끼리 비교하는 방법을 통해 조정될 수 있다. 하지만 아비투어 성적순 전형에서 필수적으로 기입해야 하는 희망 지역의 고려는 헌법상 요구되는 균등한 참여와 합치되지 않는다. 희망지역을 기입하고 이를 통해 6곳의 지역에만 지원을 제한하는 것(개별 주법으로 비준된 2008년 조약 제8조 제1항 제

21) BVerfGE 35, 79 <112 ff.>; 93, 85 <95>; 111, 333 <354 f.> 참조.

2문, 제4문 및 제5문)은 아비투어 성적순이라는 기준 내에서 정당화될 수 없으며 기본법 제12조 제1항 제1문과 연계한 기본법 제3조 제1항에 위배된다. 학과 수학 적합성을 판단하기 위한 기준인 아비투어 성적은 희망지역 순위와 결합되면서 실질적 의미가 퇴색되고, 수학 적합성과는 상관없는 기준이 적용되게 되어 기회의 균등을 심각하게 제한하게 된다.

2) 입법자는 중앙배당에서 60%의 입학정원을 대학 자체적인 선발절차에 맡기고 있다. 이 절차의 규정은 법률유보의 요구에 부합되지 않는다. 해당 규정은 국립대학에서 수학할 수 있는 기회의 균등에 관한 권리의 내용상 요구에도 여러 측면에서 부합하지 않는다. 입법자가 대학들로 하여금 자체 선발과정에서 사전 선발을 통해 지원자의 수를 제한할 수 있도록 한 것은 문제가 없다. 하지만 대학들이 사전 선발에서 다른 요건과는 무관하게 무제한적으로 지원자의 선호 지역만을 기준으로 삼는 것은 헌법에 합치되지 않는다. 선호 지역 점수는 학과 수학 및 직업 적합도와 관련이 없는 기준이며 이를 사용하게 되면 기회의 균등에 심각한 제한을 받을 수 있다.

사전선발 절차 및 자체 선발절차에서 입법자는 대학들로 하여금 아비투어 성적을 통해 선발할 수 있는 기회를 열어 주고 있다. 중앙배당에서의 아비투어 성적순 전형과는 달리 대학 자체 선발 절차에서의 아비투어 성적은 주마다 다른 아비투어의 난이도 및 내용상의 차이를 고려하지 않으므로 중대한 차별을 가져오게 된다. 이러한 차별을 정당화하는 이유는 발견되지 않는다.

대학의 선별절차를 규정한 대학기본법과 2008년 조약은 지원자 선발을 위한 다양한 기준을 마련하고 있다. 이 기준 자체는 수학 적합성과 관련된 선발의 지표로서 헌법상 문제없다. 다만 대학에서의 수학능력시험과 관련하여 이행되는 면접은 체계적으로 적합성을 조사할 수 있고, 차별적 사용을 방지

할 수 있도록 구성되어야 한다. 학과와 밀접한 직업교육이나 경력에 관한 기준에도 동일한 원칙이 적용된다.

입법자가 대학의 선별절차를 통한 지원자 선발에 있어서 적합성 기준을 충분히 제시하지 못한 점 역시 헌법에 위배된다. 입법자가 선발절차에서 다양한 기준을 제시하는 것은 학과 입학에 대한 균등한 기회의 보장으로서 헌법상 요구된다. 현행 규정에서는 입법자가 적합성의 기준으로서 아비투어 성적 외에 단지 대학의 자체 선발절차만을 제시하였으므로 이러한 선발절차 내에서 다양한 기준이 제시되어야 한다. 그러므로 입법자는 대학들로 하여금 입학정원을 아비투어 성적 위주로 채우는 것에서 벗어나서 보충적으로 학교 성적과는 관련 없는 다른 적합한 기준을 통해 배당하도록 하여야 한다. 현행 법상황에서는 이러한 요구가 충족되지 않고 있다.

3) 마지막으로 입법자는 중앙배당 중 20%를 대기기간 전형을 통해 규율하고 있다. 해당 규정 역시 헌법상의 요구를 충족하고 있지 않다. 대기기간을 통해 정원을 배당하는 제도 자체는 헌법상 허용되지만 문제된 현행 조문은 적절한 대기기간을 한정하고 있지 않으므로 기본법 제12조 제1항과 연계한 기본법 제3조 제1항에서 요구되는 조건을 충족하고 있지 않다. 너무 긴 대기기간은 학과를 성공적으로 수료할 수 있는 기회를 제한하며 직업선택의 실현 가능성 또한 제한하게 된다. 또한 대기기간 전형은 - 아비투어 성적순 전형과 마찬가지로 - 학과 수학과와의 연관성이 떨어지는 희망지역 점수에 너무 큰 의미를 부여한 면이 있다.

(4) 문제된 조문들이 헌법에 합치되지 아니함을 확인한다.

1) 헌법불합치 선언은 일반적으로 입법자가 헌법에 위배되는 상황을 개선하기 위해 다양한 방법을 갖는 때에 요구된다. 이는 평등원칙의 침해의 경우

에도 적용된다.²²⁾ 해당 규정을 무효로 선언하지 않는 것은, 그로 인하여 헌법에 위배되는 규정을 계속 적용하는 때보다 헌법에 합치되는 질서로부터 더욱 멀어지게 되는 경우에도 필요하다. 이는 법률이 효력을 즉시 상실하여 빚어지는 단점이 위헌적인 법률의 잠정적인 계속 적용과 연관된 단점에 비해 더 큰 경우에 해당된다.²³⁾

2) 이에 따라 이 사건에서 해당 규정이 기본법에 불합치된다고 선언하는 것이 요구되었다. 문제된 규정을 무효로 선언할 경우, 규정이 없는 상태는 대학입학 지원자들에게 더 큰 부담이 되는 심각한 부작용을 일으킬 수 있다. 또한 입법자는 현재의 위헌적인 상태를 어떻게 개선할지에 대해 형성의 여지를 갖는다. 대학입학제도라는 사안의 복잡성 역시 입법자로 하여금 새로운 규정을 제정할 때 까지 적절한 과도기를 갖도록 할 것을 요구한다.

22) BVerfGE 99, 280 <298>; 105, 73 <133>; 107, 27 <57>; 117, 1 <69>; 122, 210 <245>; 126, 400 <431>; 138, 136 <249 Rn. 286> 참조.

23) BVerfGE 33, 303 <347 f.>; 61, 319 <356>; 83, 130 <154>; 85, 386 <401>; 87, 153 <177 f.>; 100, 313 <402>; 128, 282 <321 f.> 참조.