

학교폭력에 대한 형사법적 접근의 제한 : 학교폭력 예방 및 대책에 관한 법률의 조정법적 성격을 중심으로

김 혜 경*

국 | 문 | 요 | 약

학교폭력은 폭력의 개념정의에서 보면 알 수 있듯이, 대체로 형법상 범죄행위에 해당하는 경우가 일반적이다. 따라서 학교폭력은 형식적으로는 형사소송법에 의한 수사의 대상이자 수사 의무의 발동근거가 되는 바, 학교폭력에 관하여 형사법적 접근과 학교폭력예방법에 의한 처리를 병행할 것인지 아니면 순위를 부여할 것인지 여부에 관하여 명백한 정립이 필요하다. 현행 학교폭력예방법 제5조 제1항은 학교폭력에서의 가해학생에 대한 조치는 다른 법률에 특별한 규정이 있는 경우를 제외하고는 동법을 적용하도록 하고 있다. 그러나 이 때의 “다른 법률”이 무엇을 의미하는지, 형법 및 형사특별법도 포함되지는 여부에 대하여는 아무런 해석의 근거를 두고 있지 않다. 물론 제2항에서 성폭력은 다른 법률에 규정이 있는 경우에는 동법을 적용하지 않는다고 하였는바, 이는 성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법(이하 ‘성폭력특별법’)이라는 형사특별법을 염두에 둔 것으로 보인다. 그러나 문맥상 ‘다른 법률에 특별한 규정이 있는 경우를 제외하고는 동법의 적용’과 ‘다른 법률에 규정이 있는 경우에는 동법의 미적용’이 결과적으로 어떤 법적용상의 차이점을 드러내는지에 관하여 법적 해석의 여지를 남겨두고 있는 것으로 보인다.

따라서 본 논문에서는 우선 학교폭력예방법의 법적 성격을 징계법이나 형사특별법이 아닌 조정법으로 이해하고, 이를 바탕으로 타법과의 관계 및 동법상의 폭력의 의미와 다른 법률과의 관계를 정립하고자 한다. 그리고 이를 통하여 궁극적으로는 학교폭력에 관하여는 형사법적 접근을 최대한 제한해야 함을 논증하면서 이러한 결론이 형법의 최후수단성 즉 외재적 보충성의 원칙이라는 형법 고유의 임무와도 부합한다는 점을 언급하고자 한다.

- ❖ 주제어 : 학교폭력, 학교폭력 예방 및 대책에 관한 법률, 학교폭력예방, 조정법, 징계법, 회복적 사법, 화해권고, 형사조정, 자치위원회, 조정

* 계명대학교 법경대학 부교수·법학박사

I. 들어가며

2004년 ‘학교폭력 예방 및 대책에 관한 법률(이하 ‘학교폭력예방법’)이 제정되어 시행된 지 올해로 10년이 되어 간다. 그동안 정부 및 각 관련단체를 포함한 사회전반에서 학교폭력을 근절하고 학교가 학생들의 안전하고 건전한 활동무대가 되도록 노력하여 왔다. 그러나 그간의 노력들과는 달리 학교폭력의 양적·질적인 현황은 더욱 심각한 수준에 이르렀고, 학교폭력 피해자들의 2차적 피해의 양상들은 보다 더 큰 사회적 파장을 몰고 왔다. 특히 최근 몇 년간 학교폭력 피해자들의 자살과 자해현상은, 학교폭력의 전반적인 실태 또는 개선노력에도 불구하고 가해자들에 대한 처벌의 필요성과 강도 높은 수위를 요구하게 되었고, 이로 인하여 지난 10여년 동안 학교폭력예방법은 13차례나 개정이 되면서 피해자보호뿐만 아니라 가해자에 대한 제재 역시 강화되어 왔다.¹⁾

그러나 법적인 측면에서 보다 심각한 문제는 그와 같은 잦은 개정의 근본적인 원인은 학교폭력예방법의 규범내용에 대한 정확한 정립과 인식의 결여로부터 비롯된 것은 아닌가라는 점이다. 특히 문제되는 것은 학교폭력에 대하여 여전히 관련기관 스스로도 동법의 성격과 학교폭력의 개념과 범주에 대한 정확한 이해를 기초로 하고 있지 않다는 의구심과 동법의 시행에 있어서 그 지향점을 지나치게 법형식적으로만 해석하고 있지는 않는가라는 우려이다. 양자의 우려는 동법의 법적 성격에 관한 정확한 정립이 없이 시행되어 왔다는 현실로부터 비롯되었다고 평가해도 무방할 것이다.

동법은 학교폭력의 예방과 대책에 필요한 사항을 규정함으로써 피해학생의 보호, 가해학생의 선도·교육 및 피해학생과 가해학생 간의 분쟁조정을 통하여 학생의 인권을 보호하고 학생을 건전한 사회구성원으로 육성함을 목적으로 함을 명시하고 있다. 즉, 동법의 수단은 학교폭력의 예방과 대책에 관하여 필요한 사항의 규

1) 가장 최근의 개정은 2013년 7월 30일로, 2014년 1월 31일부터 시행된다. 동 개정은 학생보호인력의 자격요건 등에 관한 규정이 없어 학생을 보호하기에 적합하지 않은 사람이 학생보호인력으로 채용될 우려가 있는바, 학생보호인력의 자격요건을 정하는 데까지는 바람직하지만, 이에 더하여 학생보호인력을 희망하는 사람에 대한 범죄경력 조치가 가능하도록 함으로써 학생을 안전하게 보호하려는 취지이다.

정이며, 그리고 이를 위하여 거시적으로는 5년 단위로 학교폭력 예방 및 대책 5개년 계획을 2차적으로 수립하고, 미시적으로는 각 학교에 자치위원회를 구성하고 적극적으로 학교폭력에 대한 ‘예방’과 ‘대책’의 실시간 반응을 요구하고 있다. 그리고 이러한 수단을 통하여 지향하는 바는 피해학생의 보호, 가해학생의 선도 및 교육과 분쟁조정이다. 따라서 동법의 성격을 징계법으로 볼 것인가 형사특별법으로 파악할 것인가 아니면 보호법이나 조정법의 형태로 이해할 것인가는 동법의 목적과 입법의도를 통하여 해석함이 타당할 것이다.

또한 학교폭력은 폭력의 개념정의에서 보면 알 수 있듯이, 대체로 형법상 범죄행위에 해당하는 경우가 일반적이다. 따라서 학교폭력은 형식적으로는 형사소송법에 의한 수사의 대상이자 수사의무의 발동근거가 된다. 따라서 학교폭력에 관하여 형사법적 접근과 학교폭력예방법에 의한 처리를 병행할 것인지 아니면 순위를 부여할 것인지 여부에 관하여 명백한 정립이 필요하다. 현행 학교폭력예방법 제5조 제1항은 학교폭력에서의 가해학생에 대한 조치는 다른 법률에 특별한 규정이 있는 경우를 제외하고는 동법을 적용하도록 하고 있다. 그러나 이 때의 “다른 법률”이 무엇을 의미하는지, 형법 및 형사특별법도 포함되지는 여부에 대하여는 아무런 해석의 근거를 두고 있지 않다. 물론 제2항에서 성폭력은 다른 법률에 규정이 있는 경우에는 동법을 적용하지 않는다고 하였는바, 이는 성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법(이하 ‘성폭력특별법’)이라는 형사특별법을 염두에 둔 것으로 보인다. 그러나 문맥상 ‘다른 법률에 특별한 규정이 있는 경우를 제외하고는 동법의 적용’과 ‘다른 법률에 규정이 있는 경우에는 동법의 미적용’이 결과적으로 어떤 법적용상의 차이점을 드러내는지에 관하여 법적 해석의 여지를 남겨두고 있는 것으로 보인다.

따라서 본 논문에서는 우선 학교폭력예방법의 법적 성격을 조정법으로 선결한 후에(Ⅱ), 타법과의 관계 및 동법상의 폭력의 의미와 다른 법률과의 관계를 정립하고자 한다(Ⅲ). 그리고 이를 통하여 궁극적으로는 학교폭력에 관하여는 형사법적 접근을 최대한 제한해야 함을 논하고자 한다(Ⅳ). 그리고 이러한 결론은 형법의 최후수단성 즉 외재적 보충성의 원칙이라는 형법 고유의 임무와도 부합한다는 점을 언급하고자 한다.

II. 학교폭력예방법의 법적 성격

1. 견해의 대립-징계법과 특별법

가. 징계법으로 보는 견해

학교폭력예방법의 법적 성격은 학교폭력에 관한 법적용의 순서 또는 방법과 직접적으로 연관된다. 지금까지의 논의는 동법이 징계법인지 또는 형사법의 특별법인지 아니면 교육법의 특별법인지에 집중되어 온 것으로 보인다. 이러한 논의의 쟁점은 각 관련법상의 제재규정들이 학교폭력의 가해자에게 어떠한 순서로 적용되는지 또는 중첩적 적용이 가능한지를 중점으로 이루어져 왔다.

우선 징계법으로 보는 견해²⁾에 의하면, 징계법이란 특별하게 중요한 조직이나 직업그룹의 기능이 제대로 발휘될 수 있도록 하기 위한 통제수단으로서³⁾ 각각의 조직과 집단에 특수하게 그 내용이 구성되는 법이라고 본다. 징계법과 형법의 구분에 관하여는 첫째, 일반적으로 형법은 과거에 저질러진 범죄에 대하여 해악부과를 본질로 함에 반하여 징계법에서는 오로지 징계수단과 보호조치만이 문제된다는 점, 둘째, 징계법은 죄형법정주의의 적용을 받지 않기 때문에 구성요건이 엄격하게 규정되어 있지 않고 행위자 중심으로 그 내용이 구성된다는 점, 셋째, 징계조치는 행위자에 대해서만 일정한 영향을 미치는 것임에 반하여 형법은 일반국민에 대한 영향도 고려하고 있다는 점을 그 특징으로 한다고 한다.⁴⁾ 그리고 학교폭력예방법 역시 가해학생에 대한 조치는 징계법적 특징을 가지게 되는 바, 주된 논거는 동법이 학교라는 특정한 조직을 중심으로 규율하고 있고, 각종의 조치들이 징계의 성격

2) 박찬걸, “학교폭력대책법에 대한 비판적 검토”, 소년보호연구 제15호, 한국소년정책학회, 2010, 97면; 이승현, “학교폭력 예방 및 대책에 관한 법률의 개정내용 및 개선방안”, 형사정책연구 제23권 제2호, 한국형사정책연구원, 2012/여름호, 161면; 이진국, “학교 폭력 예방 및 대책에 관한 법률의 체계적 문제점과 개선방안”, 입법정책 제1권 제1호, 한국입법정책학회, 2007/6, 105면; 정현미, “학교폭력예방을 위한 법제의 개선방안”, 소년보호연구 제20호, 한국소년정책학회, 2012, 251면; 조상제, “학교폭력과 회복적 사법”, 안암법학 제41권, 안암법학회, 2013, 333면.

3) Roxin, Strafrecht AT Bd. 1, 2006, §2 Rn. 134(이진국, 앞의 논문, 104면 재인용).

4) 이진국, 앞의 논문, 105면.

을 가지고 있으며, 학교폭력의 개념이 느슨하게 규정되어 있고 일반인보다는 오로지 가해학생이라는 특정그룹에 대하여만 일정한 영향을 끼치는 것을 목적으로 한다는 점을 든다.

나. 특별법으로 보는 견해

동법을 특별법으로 보는 견해는 다시 형법의 특별법인지 또는 교육법의 특별법인지가 나누어진다. 우선 학교폭력을 관장하는 분쟁조정의 성격을 사법적 절차라고 보는 견해⁵⁾는 동법을 형법의 특별법으로 간주함을 간접적으로 알 수 있다. 이에 따르면 학교폭력처리절차는 전형적인 사법절차로서, 학교폭력사건에 대한 처리가 사법절차와 교육절차의 중복 속에서 서로 혼동하고 있다는 점이 현행법상 문제점이라고 지적한다. 또는 학교폭력으로 그 대상범위를 한정하면 일반법적 의미를 가지지만, 형사법과의 관계에서는 특별법의 지위를 가진다고 설명하기도 한다.⁶⁾

반면 성인범죄 못지않은 행위태양의 학교폭력에 대하여 형법도 소년법도 아닌 특별규제를 한다는 점을 강조한다면⁷⁾ 이는 교육법의 특별법으로 보는 견해로 분류할 수 있을 것이다. 특히 제정당시부터 학교폭력에 대한 입법조치의 필요성은 사회적 합의가 도출되었지만, 입법방식으로서 기존의 관계법령의 개정을 주장하는 견해와는 달리 별도의 특별법의 제정을 주장한 견해⁸⁾도 이에 근접해 있다. 즉, 기존의 법은 처벌에만 중점을 두고 있어 피해학생의 보호, 피해·가해학생의 교육 및 치료 또는 폭력예방 등을 제대로 규율하지 못하였다는 반성적 고려에서 접근하는

5) 김현철, “학교폭력 예방 및 대책에 관한 법률의 개선방안-시론적 고찰”, 법교육연구 제5권 제1호, 한국법교육학회, 2010, 74면. 반면 이승현, 앞의 논문, 124면은 동법의 법적 성격을 징계법으로 보면서도 절차면에서는 ‘준사법적 절차’라고 본다.

6) 김영천/김정현, “현행 학교폭력 관련법제의 문제점 및 개선방안”, 법교육연구 제7권 제2호, 한국법교육학회, 2012/12, 33면; 오경식, “학교폭력예방을 위한 법제도적 분석과 개선방안”, 소년보호연구 제12호, 한국소년정책학회, 2009, 182면.

7) 김영천/김정현, 앞의 논문, 50면. 반면, 김성기, “학교폭력예방 및 대책에 관한 법률”과 동법 시행령의 문제점과 개정방안“, 교육법학연구 제20권 제2호, 대한교육법학회, 2008/12, 32면은 단지 단일법으로 만들어졌다고 해서 특별법이 되는 것은 아니라는 점을 근거로 동법이 특별법인가에 대한 의문을 제기하고 있다.

8) 허종렬, “학교폭력 예방 및 대책의 실효성 확보 방안”, 학교폭력 예방 및 대책의 실효성 확보방안 토론회, 국회 열린우리당 개최 세미나 자료집, 2005, 13면.

견해 역시 형법의 특별법이 아닌 다른 형태 또는 독립적인 형태의 특별법임을 강조한 것으로 보인다.

2. 해석상의 문제점

가. 징계법적 성격의 부정

징계법은 기본적으로 공무원법의 조직성과 무결성을 담보하기 위한 공공행정 분야의 법이다.⁹⁾ 따라서 징계법상의 행위는 범죄가 아니라는 점에서는 동법이 형법의 특별법이 아니라는 점은 인정된다. 양자의 차이는, 우선 형법은 과거 행위에 대한 응보와 장래 범죄의 예방을 목적으로 하지만, 징계법은 적용대상자들이 공식적인 의무를 이행하도록 강제하고, 극단적인 경우에는 그러한 공무원 지위의 영구적인 박탈을 통해 공무수행을 정상화를 도모하게 된다. 이러한 의미에서 징계법은 개인적인 행위자의 행위를 중심으로 파악하는 것이 아니라, 이를 통한 공무수행의 정상화를 목적으로 한다는 점에서 형법과는 질적으로 다르다고 판단된다.

그러나 징계법은 공무원법의 일종이며, 일반인을 수범자로 하는 모든 영역에서 징계법을 설정하기는 어렵다고 보여진다.¹⁰⁾ 독일의 연방 및 주 공무원법 역시 징계법은 공무원이라는 한정된 조직 내에서만 적용되며, 범죄가 아니라고 본다. 따라서 징계법과 형법이 다른 목적을 가지고 제정된 경우에는 동일 행위에 대하여 양자 모두의 적용이 기본법 제103조 제3항의 이중처벌금지의 원칙에 위반되지 않는다고 본다.¹¹⁾ 또한 동일 행위에 대하여 형사절차가 진행되는 동안에는 징계법에 의한 법

9) 독일 징계법에 관한 자세한 내용은 Hans-Joachim Bauschke/Achim Weber: Bundesdisziplingesetz - Kommentar. Stuttgart 2003 및 Dieter Hummel/Daniel Köhler/ Dietrich Mayer: BDG Bundesdisziplingesetz und materielles Disziplinarrecht. Kommentar für die Praxis. Bund-Verlag, Frankfurt, 5. Aufl. 2012 참조.

10) 홍정선, 행정법특강, 1058면은 징계법과 형법의 차이를 1. 형법은 국가와 일반사회공공의 질서유지를 목적으로 하나, 징계법은 행정조직 내부에서 공무원관계의 질서유지를 목적으로 하는 바, 2. 형법은 일반국민을 대상으로 하나, 징계법은 공무원을 대상으로 하며, 3. 형법은 공무원의 퇴직 여부에 관계없으나 징계법은 퇴직 후에는 문제되지 아니한다는 점, 4. 처벌의 내용도 징계법은 형법과는 달리 공무원이라는 신분상 갖는 이익의 박탈 내지 제한과 관련된다는 점을 들고 있다. 또한 양자의 병과는 일사부재리의 원칙에 반하지 않는다고 본다.

11) <http://www.vdpolizei.de/shop/out/pdf/leseprobe/100821.pdf>

적용은 일단 정지된다.

따라서 학교폭력예방법은 징계법의 일종이라고 보기는 어렵다. 징계법의 적용대상자인 특정인은 국가의 특정조직 내 구성원에 한정되는 반면, 학교가 특정 국가기관의 일부라고 볼 수 없고 따라서 학생이 특정 조직을 구성하는 구성원이라고 보기도 어렵다. 오히려 일반인인 수범자 중에서 교육과정에 있는 자로 한정한다는 점은 조직 또는 적용의 장소적 제한범위가 아니라, 인간의 생애주기 중 시간적으로 특정되는 성장시기를 중점으로 파악해야 할 것이다. 특히 초·중등과정과 같은 의무교육과정은 학교라는 공간의 의미가 아닌 성장과정 중의 시간적 범위 문제로 이해함이 타당할 것이다.

또한 동법의 목적이 학생을 건전한 사회구성원으로 육성함(동법 제1조)에 있다고 본다면, 동법의 법적 성격을 징계법으로 단정하는 것은 지양해야 할 것이다. 물론 징계법으로 구성하고자 하는 견해는 형법과의 관계에 있어서 이중처벌금지의 원칙 또는 일사부재리의 원칙에 반하지 않음을 해명하고자 하는 것이나, 그러한 해석을 도출하기 위하여 동법 자체의 법적 성격을 징계법으로 한정함은 무리가 있다. 오히려 법적 성격의 규명은 동법의 목적과 주된 책무를 중점으로 해석해야 할 것이다.

나. 특별법적 성격의 부정

동법을 특별법으로 보고자 하는 견해는 형법이나 교육법을 전제로 하면서 형법이나 교육법상의 제재와 동법상의 제재가 중복하여 부과되는 결과를 지양함을 목적으로 한 해석으로 보인다. 즉, 징계법으로 보는 견해가 형법과 동법의 동시적용이 이중처벌금지의 원칙에 반하지 않으므로 법해석상 가능하다는 점을 주된 논제로 하였다면, 특별법으로 보는 견해들은 양자의 동시적용이 되지 않아야 함을 목적으로 한다. 동법이 형법의 특별법이든 교육법의 특별법이든 일반법과 특별법의 관계에 있다면 법조경합에 의하여 특별법인 동법상의 제재만이 부과되어야 하기 때문이다.

그러나 특별법은 일반법의 모든 구성요소를 충족하면서도 추가적인 요건을 구비하여야 구성되는 법적 지위이다. 그런데 형법과의 관계에서는 형법이 형사실체법인 반면 동법은 가해자에 대한 선도와 제재 및 그 절차에 관한 내용을 중심으로 하는 절차법적 성격을 가진다는 점에서 형법의 특별법이 될 수 없다. 또한 형법은

행위를 중심으로 구성요건이 엄격하게 규정되는 반면, 동법은 행위자중심적이면서 제재의 대상이 되는 구성요건 행위 없이 오로지 제2조 제1호상의 정의규정을 통하여만 그 제재의 범위 또는 구성요건을 정하고 있다는 점에서도 양자는 특별법의 관계에 놓이지 않는다.

또한 교육법과의 관계에서도 특별법의 관계로 보기는 어렵다. 특히 초·중등교육법과의 관계에서 특별법의 지위를 언급하는 경우에는 양 법에 의한 징계의 중복성에 대한 우려를 제시하는 것으로 보인다.¹²⁾ 초·중등교육법 제18조는 학생의 징계에 관한 규정으로, 학교의 장은 교육상 필요한 경우에는 법령과 학칙으로 정하는 바에 따라 학생을 징계하거나 그 밖의 방법으로 지도할 수 있다고 규정하고 있다. 그리고 이를 근거로 하여 학교선도위원회가 구성되는 바, 선도위원회는 일반적으로 교장, 교감, 학생부장, 학년부장, 담임교사 등으로 구성된다. 선도위원회가 개최하면, 사건보고, 의견청취 및 선도처분 등의 순서로 회의가 진행되는데, 학교 내 봉사, 사회봉사, 등교정지 또는 출석정지 등의 결정을 한다. 그러나 선도위원회는 학교폭력을 제외한 학생의 잘못된 행위에 대한 처벌과 선도를 통해서 일탈행위의 재발을 방지하고 선도하는데 그 목적이 있다. 즉, 교육법상의 선도위원회는 학교폭력 이외의 학생 자체의 학교 부적응적인 태도에 대한 개선을 목적으로 한다는 점에서, 학교폭력을 대상으로 하는 학교폭력예방법상의 자치위원회와는 그 성격과 대상을 서로 달리한다. 따라서 동일한 행위에 대하여 중복하여 제재가 이루어지는 경우는 없는 것으로 보인다. 그 결과 중복제재가능성을 근거로 특별법의 지위를 부여하고자 함은 타당하지 않다.

또한 초·중등교육법은 초·중등교육기관에 관한 사항 전반을 규정함을 목적으로 함으로서, 학교라는 기관의 설치 또는 구성법적 성격을 강하게 띠고 있다. 반면에 학교폭력예방법은 학생이 건전한 육성을 목적으로 하여 가해자에 대한 선도과 제재 및 그 절차에 관한 내용을 중심으로 하는 절차법적 성격을 가진다는 점에서도 양자를 일반법과 특별법의 지위에 놓기는 어려운 것으로 보인다.

12) 정현미, 앞의 논문, 251면은 초·중등교육법이 교육에 관한 일반적인 법이라면, 학교폭력예방법은 특별히 학교폭력의 예방과 대책을 담고 있는 법이라고 보면서, 원칙적으로는 학교폭력에 대해서도 두 법에 의한 징계조치가 이원적으로 가능하나, 학교폭력예방법이 특별한 대책법이므로 학교폭력에 대해서만은 학교폭력예방법을 우선 적용해야 한다고 본다.

3. 조정법적 성격의 강조

학교폭력예방법은 피해학생의 보호와 가해학생의 선도·교육 및 피해학생과 가해학생 간의 분쟁조정을 통하여 학생의 인권을 보호하고 학생을 건전한 사회구성원으로 육성함을 목적으로 한다(제1조). 초·중등교육법이 ‘징계’라는 표현을 사용함에 반하여, 동법은 ‘선도’ 또는 ‘조치’라고 규정하고 있음은 동법의 성격과 무관하지 않다. 또한 동법 제12조의 학교폭력대책자치위원회의 심의사항 제3호가 가해학생에 대한 ‘선도 및 징계’라고 표현하고 있지만 제17조에서는 가해학생의 선도·교육을 위하여 행하는 위원회의 처분을 ‘징계’가 아닌 ‘조치’라고 표현하고 있는 점은, 초·중등교육법 제18조가 학생에 대한 학교장의 처분을 ‘징계’라고 표현한 취지와는 처분의 목적을 달리함을 의미한다.

일반적으로 징계라 함은 기관 내 의무위반에 대한 불이익 처분으로서, 그 목적은 행위자를 중심으로 한 자기보다는, 정상적이고 윤리적인 기관운영에 있다고 볼 수 있다. 징계는 조직구성원이 맡은 바 직무를 좀 더 성실하게 수행하고 행동 규범을 준수하게 하기 위한 통제활동으로, 의무 위반자에 대한 제재를 통해 구성원들의 잘못된 행태를 교정한다. 즉, 징계란 구성원으로 하여금 직무를 보다 성실히 수행하도록 하고, 행위규범을 준수하도록 하기 위한 통제 활동인 동시에 그것은 궁극적으로 구성원의 사기와 협력 및 능력을 증진시키기 위한 관리 활동이다.¹³⁾ 그리고 이러한 징계의 궁극적 목적은 통제와 관리를 통한 기관운영에 있다고 보아야 할 것이다. 따라서 학교폭력예방법을 징계법의 일종으로 보는 것은 동법의 목적과는 상당한 거리감이 있다.

반면에 동법은 가해학생의 선도 및 피해학생과의 조정을 주된 목적으로 한다고 보아야 한다. 우선 동법의 연혁을 살펴보면 2003년 ‘학교폭력중재위원회 설치 및 교육·치료에 관한 특별법’안(이하 ‘학교폭력중재위원회법안’)¹⁴⁾이 학교폭력중재위원회의 설치와 운용 및 절차에 편중되어 있고 학교폭력을 사전에 예방하기 위한 대책 등이 본문조항 중에 반영되어 있지 아니하다는 지적을 수용하여 이에 해당하

13) 이종수, 행정학사전, 대영문화사, 2009 참조.

14) 임종석 의원 대표발의, 2001.11.19

는 조문¹⁵⁾을 추가함과 아울러 법률안 제명을 「학교폭력 예방 및 대책에 관한 법률안」으로 변경하게 된 것이다.¹⁶⁾ 즉, 연혁적으로도 학교폭력중재가 주 목적이었으며, 폐기된 법안 제3조는 학교폭력으로 인한 가해학생과 피해학생간의 분쟁의 조정 및 중재에 관한 사항에 대하여는 학교폭력중재위원회설치 및 교육치료에 관한 특별법을 우선 적용하도록 규정하고 있었다. 그리고 동법안의 폐기와 함께 현행 학교폭력예방법이 그 임무를 전수받았다고 평가할 수 있다.

특히 조정법으로서의 의미를 강조함에는 조정이 형사처벌의 전단계로서 역할을 함에도 주 목적이 있다. 현행 형사절차상으로도 범죄피해자보호법 제41조에 의하여, 검사는 피의자와 범죄피해자 사이에 형사분쟁을 공정하고 원만하게 해결하여 범죄피해자가 입은 피해를 실질적으로 회복하는 데 필요하다고 인정되면 당사자의 신청 또는 직권으로 수사 중인 형사사건을 형사조정제에 회부할 수 있다¹⁷⁾. 즉, 형사조정을 공소 제기 전 단계에서 행하고, 검사는 형사사건을 수사하고 처리할 때 형사조정 결과를 고려할 수 있다. 물론 형사조정 대상사건은 형식적으로는 한정¹⁸⁾되어 있지만, 실질적으로는 거의 모든 범죄피해자가 있는 사건을 대상으로 한다.

따라서 학교폭력예방법 역시 조정법으로 이해할 때에는 학생을 대상으로 발생한

15) 예컨대, 학교폭력예방교육, 학교폭력의 신고의무, 피해학생의 보호 및 가해학생에 대한 조치사항 등

16) 학교폭력예방및대책에관한법률안 【현승일의원 대표발의】 검토보고서, 2003/11, 4면. 검토보고서에 따르면 동 법안은 「학교폭력중재위원회설치및교육·치료에관한특별법안」에 대하여 그동안 심사과정에서 문제점으로 대두되어 검토가 필요한 부분과 2003년 4월 22일 공청회를 개최한 결과 관련 이해관계자들로부터 지적된바 있는 여러 가지 미비점 즉, 제명·폭력개념 정립문제·학교폭력에 대한 사전적 예방에 위한 대책 결여·3단계의 학교폭력중재위원회 설치 및 기능의 실효성 문제 등을 보완하여 제출된 제정법안으로 기본취지가 학교폭력을 사전에 예방하고 그 사후처리를 교육적인 관점에서 해결하고자 하는 것을 주요내용으로 하고 있다.

17) 형사조정제도는 직접적인 법적 근거 없이 2005년 4월 1일 대검찰청 ‘범죄피해자 보호 및 지원에 관한 지침’ 및 ‘범죄피해자지원센터 화해중재위원회 운영 지침’이 마련되면서 4개 지침에서 시범적으로 실시된 후 2007년 9월부터 전국 검찰청으로 확대되었다. 그러나 이후 2010년 ‘범죄피해자보호법’이 전면개정되면서 제41조 내지 제46조에 형사조정제도에 대한 법적 근거를 신설함으로써 제도에 관한 전반적인 보완을 실시하였다.

18) ① 차용금, 공사대금, 투자금 등 개인 간 금전거래로 인해 발생한 분쟁으로서 사기, 횡령, 배임 등으로 고소된 재산범죄 사건 ② 개인 간의 명예훼손이나 모욕, 경계 침범, 지적재산권 침해 의료분쟁, 임금체불 등 사적 분쟁에 관한 고소사건 ③ 기타 형사조정에 회부하는 것이 분쟁해결에 적합하다고 판단되는 고소사건 ④ 고소사건 이외의 일반 형사사건으로서 위 ①~③에 준하는 사유가 있는 사건 등은 형사조정에 의뢰할 수 있다(형사조정 실무운용 지침 제3조 제1항).

행위가 형법상 범죄행위에 해당한다고 하더라도 피해학생과의 조정이 형사절차에 우선되며, 그 조정의 결과는 형사절차에 고려될 수 있게 된다. 즉, 범죄피해자보호법상 분쟁조정위원회의 역할을 학교폭력에 있어서는 학교폭력대책자치위원회가 우선하는 것으로 해석할 수 있다. 범죄피해자보호법은 범죄피해자의 피해회복을 위한 조정절차를 형사절차의 전 단계에 위치시키는 바, 학교폭력에 있어서 피해학생은 범죄피해자보호법상의 범죄피해자이기도 하면서, 동법이 조정법으로서는 범죄피해자보호법에 우선하는 것으로 이해할 수 있다. 이처럼 동법의 성격을 조정법으로 이해할 때에는 자연스럽게 형사절차보다 동법상의 조정절차가 우선함을 설명할 수 있게 된다. 뿐만 아니라, 학교폭력사건에 있어서는 형사절차를 되도록 지양하고 동법상의 처분이나 절차를 우선해야 하는 법리 역시 자연스럽게 설명될 수 있을 것이다.

Ⅲ. 학교폭력의 의의 및 타법과의 관계

1. 학교폭력의 의의

가. 학교폭력예방법 제2조 제1호의 개념

동 조항은 학교폭력을 ① ‘학교 내외’에서 ② ‘학생을 대상’으로 발생한 ③ ‘상해, 폭행, 감금, 협박, 약취·유인, 명예훼손·모욕, 공갈, 강요·강제적인 심부름 및 성폭력, 따돌림, 사이버따돌림, 정보통신망을 이용한 음란·폭력 정보’ ④ ‘등에 의하여 신체·정신 또는 재산상의 피해를 수반하는 행위’를 의미한다고 한다. 이를 살펴보면 다음과 같다.

첫째, 학교 내외에서의 폭력이다. 장소적 적용범위를 학교내외라고 정의한 점은 사실상 아무런 의미가 없는 것으로 보인다. 학교내외라는 용어를 삽입한 입법의도는 동법의 제명이 ‘학교’폭력임에도 불구하고 학교 외에서의 폭력행위도 동법의 적용대상임을 주의적이고 선언적으로 표현하고자 함에 있을 것이다. 반면 동법의 전

신법안이라고 할 수 있는 학교폭력중재위원회법안에는 장소적 적용범위를 지칭하는 용어가 규정되어 있지 않다.

둘째, 학생을 대상으로 한 폭력이다. 제정법안은 ‘학생간’에 발생한 폭력이라고 하였으나, 기존의 학교폭력의 범위를 학생 간에 발생한 사건에서 학생을 대상으로 발생한 사건으로 확대하여 학교 밖 청소년 등에 의한 학교폭력도 이 법에 따라 지원을 받을 수 있게 하고자 이를 확대하였다.¹⁹⁾ 이에 따라 관련자 중 일방이 학교 밖의 일반 청소년인 경우 동법이 적용되지 않고 소년법에 의한 보호처분이나 형사처벌이 되는 경우를 방지할 수 있게 되었다.

셋째, 상해, 폭행, 감금, 협박, 약취·유인, 명예훼손·모욕, 공갈, 강요·강제적인 심부름 및 성폭력, 따돌림, 사이버따돌림, 정보통신망을 이용한 음란·폭력 정보 등에 의한 폭력이다. 이 중 상해, 폭행, 감금, 협박, 약취·유인, 명예훼손·모욕, 공갈, 강요는 전형적인 형법상의 범죄행위이다. 그 외 강제적인 심부름 역시 의무 없는 일을 행하게 한다는 점에서 강요죄에 해당하고, 성폭력 역시 성폭력특별법상의 범죄행위이다.

성폭력을 학교폭력의 종류에 포함시켜야 하는가에 대하여는 그동안 많은 논의가 있었다. 제정법 시행령은 “대통령령이 정하는 행위”라 함은 상해·폭행, 감금, 협박, 약취·유인, 추행, 명예훼손·모욕, 공갈, 재물손괴 및 집단 따돌림 그 밖에 피해자의 의사에 반하는 행위를 가하거나 하게 한 행위라고 함으로써 성폭행 또는 성폭력을 제외하였다. 그 이후에도 입법정책론적인 관점에서 성폭력을 학교폭력에 포함시켜도 무방하다고 보는 견해²⁰⁾와 반드시 포함시켜야 한다는 견해²¹⁾ 및 실질적인 이유로 이를 부정하는 견해²²⁾ 등이 대립되었다. 그러나 2008년 3월 동법의 전

19) 과학기술위원장, 학교폭력예방 및 대책에 관한 법률 일부개정법률안(대안), 2012/2, 3면.

20) 박병식, “학교폭력대책의 올바른 방향과 법률적 과제”, 학교폭력대책국민협의회·국회좋은교육연구회 공동주최, 학교폭력대책의 올바른 방향과 법률적 과제, 2005/1/11, 16면; 이진국, 앞의 논문, 114면.

21) 이주호, “성비행을 통해 본 학교폭력대책의 문제점과 개선방안”, 학교폭력대책국민협의회·국회좋은교육연구회 공동주최, 학교폭력대책의 올바른 방향과 법률적 과제, 2005/1/11, 22면.

22) 교육인적자원부, 2005 학교폭력 유형별 대처사례집, 2005, 38면 이하의 성폭력의 가·피해자에 대한 조치는 성폭력특별법에 의하여 규정되며, 성폭력사건의 조사 및 처리는 고도의 전문성을 요구할 뿐만 아니라 동법 제22조의5 규정상 학교장 및 교사는 성폭력사실을 안 때에는 수사기관에 즉시 신고하도록 되어 있기 때문에 성폭력사건을 학교폭력대책자치위원회에서 심의하는 것이 현실적으로 어렵다는 점을 그 이유로 든다.

부개정을 통하여 학교폭력에 해당하는 행위를 대통령령에 위임하던 것을 동법상 정의규정에 모두 포섭하면서 성폭력을 학교폭력의 일종으로 추가하게 되었다. 해석론 상으로는 성폭력의 범주가 지나치게 다양하게 해석될 여지 및 그 행위의 정도나 태양의 다양성이 문제될 수도 있지만, 피해자의 신체적·정신적 고통을 수반하는 행위라는 점에서는 학교폭력의 범주에 포함시키지 않을 이유는 없다. 다만, 이와 동시에 전부개정법 제5조 제2항에 “제2조 제1호 중 성폭력은 다른 법률에 규정되어 있는 경우에는 이 법을 적용하지 아니 한다”고 함으로써, 성폭력에 대하여는 동법의 적용을 되도록 피하고자 하였다. 이는 성폭력범죄에 대한 사회적 관심을 고려하여 포함시키되 절차상의 특수성을 고려하여 동법에 의한 적용을 배제하고자 하는 완충적인 입법방식이라고 할 수 있다.

이처럼 형법 또는 형사특별법상의 범죄에 해당하는 행위에 대하여는 별도의 정의를 내리지 않으면서, 동법 제2조는 행위 중 따돌림과 사이버따돌림에 대한 정의 규정만을 두고 있다. 일반적으로 따돌림이란 두 사람 이상이 집단을 이루어 특정인을 소외시켜 반복적으로 인격적인 무시 또는 음해하는 언어적·신체적 일체의 행위를 지칭한다. 그리고 2012년 개정법은 사이버따돌림을 추가하면서, 정보통신기기를 이용한 따돌림행위나 특정학생과 관련된 개인정보 또는 허위사실을 유포하여 상대방이 고통을 느끼도록 하는 일체의 행위도 학교폭력의 범주 내에 포함시켰다. 이러한 따돌림이란 각각 명예훼손 또는 모욕죄에 해당할 수 있으며, 사이버따돌림은 정보통신망이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률(이하 ‘정보통신망법’) 제70조 제1항 및 제2항의 사람을 비방할 목적으로 정보통신망을 통하여 공공연하게 사실 또는 허위의 사실을 드러내어 다른 사람의 명예를 훼손하는 행위 및 제74조 제1항 제3호의 공포심이나 불안감을 유발하는 부호·문언·음향·화상 또는 영상을 반복적으로 상대방에게 도달하게 하는 행위에 해당할 수 있다는 점에서는 범죄행위에 해당한다고 볼 수 있다. 또한 정보통신망을 이용한 음란 또는 폭력정보의 제공 등 역시 정보통신망법 제74조 제2호 음란한 부호·문언·음향·화상 또는 영상을 공공연하게 전시하는 행위 또는 제3호의 공포심이나 불안감을 유발하는 부호·문언·음향·화상 또는 영상을 반복적으로 상대방에게 도달하게 하는 행위에 해당할 수 있다. ‘등에 의하여 신체·정신 또는 재산상의 피해를 수반하는 행위’라 함은 앞선 행

위들이 예시적 열거에 불과함을 의미한다. 문언해석상으로는 피해자의 의사에 반하여 신체나 정신 또는 재산상의 피해를 수반하는 모든 행위로 확대해석될 수 있기 때문이다. 다만 이러한 형식의 입법방식은 매우 추상적이어서 명확성의 원칙에 반할 우려가 있다. 물론 학교폭력예방법은 형법이 아니라는 점에서 죄형법정주의의 명확성의 원칙이 적용되지 않겠지만, 적어도 가해자에 대한 기본권침해적 조치를 포함하고 있다는 점을 고려하는 입법정책적 개선이 요구될 것이다.

나. 학교폭력 개념의 문제점

학교폭력의 개념을 어떻게 정의할 것인가는 오로지 입법정책의 문제일 뿐이지만, 입법과정에서는 학문적 접근뿐만 아니라 사회적 합의도 반영되어야 할 것이다. 그러나 아직까지도 학교폭력 개념이 완전히 정립되었다고 평가하기는 어렵다. 타인에게 해를 입히기 위하여 힘, 무력, 언어적 공격, 상징적·심리적 강제 및 집단적 따돌림 등 다양한 수단을 사용하여 학교나 학교주변에서 심리적 혹은 신체적 피해를 입히는 행위라고 정의하는 견해,²³⁾ 주관적 폭력과 객관적 폭력으로 나뉘고 객관적 폭력은 다시 상징적 폭력과 구조적 폭력으로 구분되는 바, 주관적 폭력은 가시적으로 뚜렷하게 드러나는 폭력이고 상징적 폭력은 언어를 통한 폭력이며 구조적 폭력이란 사회제도 내에 녹아있는 폭력이라고 보는 견해,²⁴⁾ 학생이 일인 또는 다수의 타 학생으로부터 반복적이고도 지속적으로 부정적인 행동을 경험하는 것이라고 정의하는 견해,²⁵⁾ 학교라는 장소에서 성장기동안 겪게 되는 신체적, 감정적, 언어적, 성적, 동성애적, 또는 사이버상의 괴롭힘이라고 보는 견해²⁶⁾ 등 접근시각에 따라서 매우 다양하다. 그리고 학교폭력예방법상으로는 학교내외에서 학생을 대상으로 발생하는 신체적, 정신적, 성적 또는 사이버상의 피해를 수반하는 행위라고 정

23) 이순래, 학교폭력의 원인 및 대처방안에 관한 연구, 한국형사정책연구원, 20012, 23면.

24) 유재봉, “학교폭력의 현상과 그 대책에 대한 철학적 검토”, 교육철학연구 제34권 제3호, 한국교육철학회, 2012, 90면 이하. 동 견해는 Ziezeck(이현우/김희진/정일권 역), Violence. 폭력이란 무엇인가, 도서출판 난장이, 2008, 99면 이하의 폭력개념을 기초로 한다.

25) Olweus, Dan, “Bullying at school: What we know and what we can do”, Cambridge: Blackwell, 1993

26) Bolton, José, and Stan Graeve. “No Room for Bullies: from the Classroom to Cyberspace.” Boys Town, Neb.: Boys Town, 2005

의하고 있다. 이러한 정의들은 다소 시각의 차이는 있지만, 학생이 겪는 일체의 유무형의 위력의 행사에 의한 신체적, 정신적, 성적 또는 사이버상 피해라는 점에서는 공통되는 것으로 보인다. 다만 동법상 학교폭력의 개념과 관련하여서는 몇 가지 문제점이 제기된다.

우선 어의의 광범위성 또는 자의적 해석의 가능성이다. 신체적, 정신적 또는 재산상의 피해를 수반하는 일체의 행위가 학교폭력에 포함됨으로 인하여, 실제로 동법이 적용되는 범위는 해석에 따라서는 거의 모든 당사자의 의사에 반하는 행위가 포함될 수 있다. 또한 동법의 적용대상인가 여부를 객관적이고 외적인 행위자의 행위보다는 피해자의 상태를 기준으로 할 우려가 있다. 더욱이 이로 인한 정신적 피해의 판단은 행위자의 행위보다는 상대학생의 감정 또는 인식상태에 의하여 좌우될 가능성이 크기 때문이다. 물론 피해학생의 치료와 건전한 육성도 입법목적이지만, 동법이 분쟁조정뿐만 아니라 가해자에 대한 기본권침해적 조치까지도 포함하고 있다는 점에서는 이러한 피해 또는 행위여부를 자치위원회의 판단에만 전적으로 의존할 것이 아니라 보다 객관적이고 합리적인 기준을 마련할 필요가 있을 것이다.

우리 법제는 폭력이라는 개념을 매우 광범위하게 정의하고 있다. 예컨대 가정폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법은 가정폭력을 ‘가정구성원 사이의 신체적, 정신적 또는 재산상 피해를 수반하는 행위(제2조 제1호)’라고 정의하고 있다. 그 밖에 성폭력특별법이나 폭력행위 등 처벌에 관한 법률(이하 ‘폭처법’)은 폭력의 개념을 정의 내리지 않고, 형법의 특별법으로서 구체적으로 적용대상이 되는 형법상의 범죄군들을 제한적 열거형식으로 제시하고 있을 뿐이다. 이처럼 폭력이라는 개념이 ‘신체적, 정신적 또는 재산상의 피해를 수반하는 행위’라면 이는 지나치게 추상적이고 불명확하게 된다.²⁷⁾

둘째, 제2조 제1호의 정의가 제한적 열거규정인지 또는 예시적 열거규정인지에 대한 판단이 필요할 것이다. 그러나 기타 신체적, 정신적 또는 재산적 피해를 유발하는 행위 일반을 의미한다면 이는 예시적 열거에 해당한다. 그러나 앞서 언급한 바와 같이 명확성 여부에 대한 비판은 여전할 것으로 보인다.

27) http://www.dge.go.kr/contentsHtml.do?contentsVal=33&menu_seq=33 대구광역시 교육청은 학교폭력을 다음과 같이 세분화하여 제시하고 있다.

셋째, 예시적 열거라 하더라도 그러한 행위가 형법상 범죄행위에 해당하여야 하는지 또는 정도에 있어서 이에 이르지 않는 경미한 행위까지도 포함하는지의 문제이다. 예컨대 형법상 폭행죄는 협의의 폭행을 의미함으로써 신체에 대한 직접적인 유형력의 행사로 제한되는 반면, 학교폭력의 폭행은 언어적 폭력을 포함하는 의미로 이해된다.²⁸⁾ 또한 성폭력이 성폭력특별법상의 성폭력을 의미하는지 아니면 성희롱까지 포함하는 개념인지 모호하다. 뿐만 아니라 성폭력특별법상의 성폭력²⁹⁾에

유형	학교폭력예방법	예시 상황
신체 폭력	• 상해 • 폭행 • 감금 • 약취 · 유인	• 일정한 장소에서 쉽게 나오지 못하도록 하는 행위(감금) • 신체를 손, 발로 때리는 등 고통을 가하는 행위(상해, 폭행) • 강제(폭행, 협박)로 일정한 장소로 데리고 가는 행위(약취) • 상대방을 속이거나 유혹해서 일정한 장소로 데리고 가는 행위(유인) → 장난을 빙자해서 꼬집기, 때리기, 함짓 밀치는 행동 등도 상대학생이 폭력행위로 인식한다면 이는 학교폭력에 해당
언어 폭력	• 명예훼손 • 모욕 • 협박	• 여러 사람 앞에서 상대방의 명예를 훼손하는 구체적인 말(성격, 능력, 배경 등)을 하거나 그런 내용의 글을 인터넷, SNS 등으로 퍼뜨리는 행위(명예훼손) → 내용이 진실이라고 하더라도 범죄이고, 허위인 경우에는 형법상 가중 처벌 • 여러 사람 앞에서 모욕적인 용어(생김새에 대한 놀림, 병신, 바보 등 상대방을 비하하는 내용)를 지속적으로 말하거나 그런 내용의 글을 인터넷, SNS등으로 퍼뜨리는 행위(모욕) • 신체 등에 해를 끼칠 듯한 언행(죽을래 등)과 문자메시지 등으로 겁을 주는 행위(협박)
금품 갈취	• 공갈	• 돌려 줄 생각이 없으면서 돈을 요구하는 행위 • 옷, 문구류 등을 빌린다며 되돌려주지 않는 행위 • 일부러 물품을 망가뜨리는 행위 • 돈을 걸어오라고 하는 행위 등
강요	• 강제적 심부름 • 강요	• 숙청 빵 서를, 와이파이 서를, 과제 대행, 게임 대행, 심부름 강요 등 의사에 반하는 행동을 강요하는 행위(강제적 심부름) • 폭행 또는 협박으로 상대방의 권리행사를 방해하거나 해야 할 의무가 없는 일을 하게 하는 행위(강요) → 숙청 바리맨을 하도록 강요하는 경우, 스스로 자해하거나 신체에 고통을 주는 경우 등이 강요죄에 해당
따돌림	• 따돌림	• 집단적으로 상대방을 의도적이고, 반복적으로 피하는 행위 • 싫어하는 말로 바보취급 등 놀리기, 빈정거림, 면박주기, 겁주는 행동, 골탕 먹이기, 비웃기 • 다른 학생들과 어울리지 못하도록 막기 등
성폭력	• 성폭력	• 폭행 · 협박을 하여 성행위를 강제하거나 유사 성행위, 성기에 이물질 등을 삽입하는 등의 행위 • 상대방에게 폭행과 협박을 하면서 성적 모멸감을 느끼도록 신체적 접촉을 하는 행위 • 성적인 말과 행동을 함으로써 상대방이 성적 굴욕감, 수치감을 느끼도록 하는 행위 등
사이버 폭력	• 사이버 따돌림 • 정보통신망을 이용한 음력폭력정보 등에 의해 신체 · 정신 또는 재산상 피해를 수반하는 행위	• 특징인에 대해 모욕적 언사나 욕설 등을 인터넷 게시판, 채팅, 카페 등에 올리는 행위 • 특징인에 대한 허위 글이나 개인의 사생활에 관한 사실을 인터넷, SNS, 카카오톡 등을 통해 불특정 다수에 공개하는 행위 • 성적 수치심을 주거나, 위협하는 내용, 조롱하는 글, 그림, 동영상 등을 정보통신망을 통해 유포하는 행위 • 공포심이나 불안감을 유발하는 문자, 음향, 영상 등을 휴대폰 등 정보통신망을 통해 반복적으로 보내는 행위

28) 김영천/김정현, 앞의 논문, 44면; 박윤기, “학교폭력에 대한 법·정책적 연구”, 2012년 한국지방정부학회 학술대회논문집, 한국지방정부학회, 2012, 75면.

29) 동법 제2조 제2호에는 「형법」 제2편제31장 약취(약취), 유인(유인) 및 인신매매의 죄 중 추행, 간음 또는 성매매와 성적 착취를 목적으로 범한 제288조 또는 추행, 간음 또는 성매매와 성적

는 약취, 유인을 포함하고 있기 때문에 학교폭력예방법이 약취, 유인을 별도의 학교폭력의 예시로 정의하고 있다는 점에서 중복규정의 문제가 발생한다. 또한 성폭력특별법상의 성폭력³⁰⁾에는 음화반포죄, 음행매개죄, 공연음란죄 등 사회적 법익도 포함하고 있기 때문에 이러한 성폭력의 의미가 학교폭력에서 의도하는 성폭력인지에 관하여는 의문이다.

넷째, 동법상의 학교폭력에 해당하는 행위들은 대부분 형법상의 범죄임을 전제로 할 때, 미수범까지 포함하는 의미인지에 관하여는 아무런 제시가 없다. 동법상 상해, 감금, 협박, 약취·유인, 공갈, 강요죄는 형법상 미수범처벌규정을 두고 있는 반면, 동법은 행위들을 열거하는데 국한하고 이러한 행위의 미수범까지도 포함하는지에 대하여는 모호하다. 생각건대, 학교폭력의 개념이 그러한 범죄군의 특징을 목적으로 하거나 행위자의 행위를 중심으로 하기보다는 이로 인하여 발생하는 상대 학생의 신체적, 정신적 또는 재산상의 피해에 초점을 맞춘 개념이라면 당연히 미수범까지도 포함하는 것으로 해석해야 할 것이다.

2. 타법과의 관계설정

가. 형법 및 소년법상 처분과의 관계

동법은 앞서 언급한 바와 같이 형법이나 소년법의 특별법이 아니다. 학교폭력예방법상의 절차를 사법적 절차라고 보는 견해³¹⁾는 동법을 형법의 특별법이라는 이해를 바탕으로 한다. 또는 학교폭력으로 그 대상범위를 한정하면 일반법적 의미를 가지지만, 형사법과의 관계에서는 특별법의 지위를 가진다고 보기도 한다.³²⁾

그러나 동법상의 분쟁조정절차나 자치위원회의 처분은 사법절차가 아니다. 따라

착취를 목적으로 범한 제289조, 제290조... 등 및 이의 미수범도 포함된다.

30) 동법 제2조 제1호에는 「형법」 제2편제22장 성폭속에 관한 죄 중 제242조(음행매개), 제243조(음화반포등), 제244조(음화제조등) 및 제245조(공연음란)의 죄가 포함된다.

31) 김현철, “학교폭력 예방 및 대책에관한 법률의 개선방안-시론적 고찰”, 법교육연구 제5권 제1호, 한국법교육학회, 2010, 74면. 반면 이승현, 앞의 논문, 124면은 동법의 법적 성격을 징계법으로 보면서도 절차면에서는 ‘준사법적 절차’라고 본다.

32) 김영천/김정현, 앞의 논문, 33면; 오경식, “학교폭력예방을 위한 법제도적 분석과 개선방안”, 소년보호연구 제12호, 한국소년정책학회, 2009, 182면.

서 동법은 형법이나 소년법과 중복하여 적용되어도 이중처벌금지의 원칙에 반하지 않는다. 다만, 양자를 어떠한 방식으로 적용할 것인지는 정책적인 문제일 뿐이다. 예컨대 당해사건이 소년법상 보호사건으로 처리될 경우에는 제32조에 의하여 소년부 판사는 결정으로 보호자 또는 보호자를 대신하여 소년을 보호할 수 있는 자, 소년보호시설, 소년의료보호시설 등에의 감호·위탁, 수감명령, 사회봉사명령 및 보호관찰, 또는 소년원송치 등을 할 수 있고 제32조의2에 의하여 대안교육 또는 소년의 상담·선도·교화와 관련된 단체나 시설에서의 상담·교육을 받을 것을 명할 수 있다. 이러한 처분들 중 사회봉사명령 또는 수감명령, 치료보호, 대안교육 또는 상담·교육 등은 학교폭력예방법 제17조상의 조치 중 사회봉사, 특별교육이수, 심리치료 등과 중복된다. 또한 당해사건이 소년법상 형사사건의 대상이 되었다고 하더라도 제49조의2에 따라 기소유예를 할 경우에는 범죄예방자원봉사위원의 선도 또는 소년의 선도·교육과 관련된 단체·시설에서의 상담·교육·활동을 조건으로 한다. 그리고 제48조에 의하여 소년법에 특별한 규정이 없는 때에는 일반형법을 적용하기 때문에 사회봉사명령이나 수감명령 등 일반 보안처분을 부과할 수 있는 바, 이러한 보안처분의 내용이 학교폭력예방법상의 조치와 중복될 수 있다. 그러나 이와 같은 중복조치 또는 처벌은 학교폭력예방법의 취지와는 어긋날 뿐만 아니라, 학교폭력에 대하여 자치위원회의 절차를 통하여 가해학생과 피해학생간의 분쟁조정이 이루어지고 가해학생에 대한 적절한 조치가 교육적으로 행하여졌음에도 불구하고 소년법이나 형법상의 처분들이 아무런 제한없이 적용되는 것은 바람직하지 않다. 따라서 양자간의 조화점을 모색하여야 할 것이다.

나. 초·중등교육법상 처분과의 관계

초·중등교육법과의 관계에서 특별법의 지위를 언급하는 경우에는 양 법에 의한 징계의 중복성에 대한 우려를 제시하는 것으로 보인다.³³⁾ 그러나 앞서 언급한 바와

33) 정현미, 앞의 논문, 251면은 초·중등교육법이 교육에 관한 일반적인 법이라면, 학교폭력예방법은 특별히 학교폭력의 예방과 대책을 담고 있는 법이라고 보면서, 원칙적으로는 학교폭력에 대해서도 두 법에 의한 징계조치가 이원적으로 가능하나, 학교폭력예방법이 특별한 대책법이므로 학교폭력에 대해서만은 학교폭력예방법을 우선 적용해야 한다고 본다.

같이 양자는 입법목적과 그 법적 성격을 달리하므로 일반법과 특별법의 관계에 놓이지는 않는다.

다만 가해학생에게 초·중등교육법 제18조의 징계처분과 학교폭력예방법 제17조의 조치가 동시에 이루어질 가능성이 없는 것은 아니다. 그러나 각 학교마다 학교폭력대책자치위원회와 선도위원회는 그 구성을 달리하고 있고, 처분대상이 되는 사안도 중복되지 않는다. 선도위원회가 담당하는 초·중등교육법상의 징계는 학생이 다른 학생과의 관계에서 발생하는 행위를 대상으로 하지 않고, 당해 학생의 학교생활에의 태도불량(소위 ‘벌점’) 정도에 따른 선도를 통해서 같은 실수를 하지 않도록 선도하고 다시 기회 주는데 목적이 있으므로 처벌보다는 재발방지를 위한 방안 마련에 집중하고 있다.

다. 소년법상 화해권고제도와 의 관계

2007년에 개정된 소년법 제25조의3 제1항에 의하면 소년부 판사는 소년의 품행을 교정하고 피해자를 보호하기 위하여 필요하다고 인정될 때에는 소년에게 피해변상 등 피해자와의 화해를 권고할 수 있다고 규정하면서 화해권고제도를 도입하였다. 이를 위하여 소년부 판사는 당사자를 소환할 수 있으며, 화해를 하였을 경우 보호처분을 결정할 때 화해의 결과를 고려할 수 있다.

이러한 소년법상의 화해권고제도에 대하여 회복적 사법을 도입한 프로그램으로 이해하는 견해와³⁴⁾ 동법이 법원의 심판단계에서의 화해권고만을 인정할 뿐만 아니라 가해자와 피해자의 대화참여가 소환에 의하여(제25조의3 제2항) 강제된다는 점에서 진정한 의미의 회복적 사법의 도입이 아니라는 견해³⁵⁾ 등이 있다. 물론 현행

- 34) 김성돈, 새로운 범죄대응전략으로서 화해조정체계구축(Ⅰ), 형사사법체계내 형사조정제도 도입에 따른 법이론적 문제점 및 개선방안, 한국형사정책연구원, 2008, 97면; 오영근, “개정소년법의 과제와 전망”, 형사정책연구 제19권 제2호, 한국형사정책연구원, 2008; 원혜옥, “소년법 개정안 개요”, 법무부 소년법개정특별분과위원회 주최 소년법 개정법률안 공청회, 2007/4/20, 6면; 천진호, “한국의 소년심판제도에 관한 연구”, 비교형사법연구 제10권 제2호, 한국비교형사법학회, 2008/12, 576면.
- 35) 박미숙, “법무부 소년법 개정안 토론회”, 법무부 소년법개정특별분과위원회 주최 소년법 개정법률안 공청회, 2007/4/20, 63면. 이와 유사한 견해로 한인달, “한국의 개정 소년법의 주요내용과 동향”, 비교형사법연구 제10권 제2호, 한국비교형사법학회, 2008/12, 385면은 회복적 사법의 이념을 실현하기 위하여 그 요소를 도입하려는 움직임으로 이해한다.

화해권고제도 하에서는 판단자 또는 중재자가 제3자가 아닌 소년부 판사라는 점, 화해를 위하여 필요하다고 인정하면 기일을 지정하여 소년, 보호자 또는 참고인을 소환할 수 있기 때문에 당사자의 진정한 의미에서의 자발적 참여라기 보다는 어느 정도 강제성을 띠고 있다는 점 및 권고에 따라 피해자와 화해하였을 경우에는 보호 처분을 결정할 때 이를 고려할 수 있다는 자유재량적 법적 효력 부여 등의 면에서는 엄밀한 의미의 회복적 사법의 도입이라고 하기는 어렵다. 그러나 화해권고제도를 통해서, 소년부판사에 의해서라도 가해소년과 피해소년이 대화와 조정을 통하여 범죄행위로 인한 갈등을 해소하고 피해배상을 통해 범죄결과의 회복에 노력할 수 있다는 점, 소년법상으로는 소환할 수 있다는 규정만 있을 뿐 소환 자체가 강행 규정이 아닐 뿐만 아니라 이를 부정하는 자에 대한 어떠한 제재조치도 두고 있지 않다는 점³⁶⁾ 등을 고려해 본다면 비록 진정한 의미에서의 회복적 사법을 도입한 것이라고 하기는 어렵다 하더라도, 회복적 사법의 이념을 우리 사법절차에 도입하려는 초기 단계의 시도라고 평가할 만 하다.

소년법상의 화해권고제도는 이미 사법절차 단계로 진입한 후에 이루어지는 화해 또는 조정이라는 점에서 학교폭력예방법상의 분쟁조정 이후의 문제가 된다. 학교폭력예방법 제18조의 분쟁조정은 피해학생과 가해학생간 또는 그 보호자간의 손해 배상에 관련된 합의조정을 포함하고 있을 뿐만 아니라, 자치위원회는 분쟁조정을 위하여 필요하다고 인정하는 때에는 관계기관의 협조를 얻어 폭력행위를 조사할 수 있다. 따라서 학교폭력예방법상의 분쟁조정을 소년법상의 화해권고의 선결절차로 보아야 한다. 우선 학교폭력과 관련된 분쟁조정권한을 자치위원회가 전속적으로 보유하고, 가해학생·피해학생 또는 그 보호자의 요청 없이도 위원회가 자체적으로 판단하여 신속하게 해결하는 기능을 갖게 하는 것이 교육적인 견지에서 이해 당사자의 양보와 타협을 바탕으로 분쟁을 원만히 해결하는데 바람직하다는 점을 기초로 학교폭력예방법 제18조는 당사자신청이 아닌 직권에 의한 분쟁조정절차의 개시를 규정하고 있다. 이는 소년부판사의 직권에 의한 화해권고절차의 개시와 동일하다. 또한 양 절차의 목적이 동일하고 학교폭력예방법상의 분쟁조정이 가해자

36) 현행 소년법상 소환 불응에 대하여 동행영장을 발부할 수 있는 경우란 제13조 제2항에 의하여, 사건의 조사 또는 심리에 필요하다고 인정하여 소년부판사가 기일을 지정하여 사건 본인이나 보호자 또는 참고인을 소환하고자 할 때뿐이다.

가 사법절차단계를 거치기 이전에 이루어진다는 점에서, 이미 학교폭력예방법상의 분쟁조정을 통하여 합의가 이루어진 사안에 대하여 다시 소년법상의 화해권고제도를 시행할 필요가 없다.

라. 범죄피해자보호법상 형사조정제도와의 관계

형사조정제도는 직접적인 법적 근거 없이 2005년 4월 1일 대검찰청 ‘범죄피해자 보호 및 지원에 관한 지침’ 및 ‘범죄피해자지원센터 화해중재위원회 운영 지침’이 마련되면서 4개 지청에서 시범적으로 실시된 후 2007년 9월부터 전국 검찰청으로 확대되었다.³⁷⁾ 이 후 2010년 ‘범죄피해자보호법’이 전면개정되면서 제41조 내지 제46조에 형사조정제도에 대한 법적 근거를 신설함으로써 제도에 관한 전반적인 보안을 실시하였다.³⁸⁾ 동법상의 형사조정제도는 수사 중인 형사사건을 공정하고 원만하게 해결하고 범죄피해자의 피해를 실질적으로 회복하는 데 도움이 되도록 함을 목적으로 하였다.³⁹⁾ 이러한 형사조정제도는 피해자의 피해감정회복에 주안점을 두면서도, 가해자가 피해자의 고통을 이해하게 되고, 자신의 잘못을 반성하여 “규범합치적 생활양식”을 회복하게 될 것이라는 점 및 형사조정위원을 비롯하여 조정에 참석하는 자들은 조정 과정에서 가해자에 대한 처리를 보며 범죄예방의 효과를 가진다는 점에서 예방이라는 형벌의 목적에 부합하는 제도로 본다.⁴⁰⁾

형사조정제도가 이루어지기 위해서는 가해자의 유죄가 전제가 되어야 한다는 점에서는 비판점⁴¹⁾이 있으나, 가해자가 스스로 범죄행위에 대한 책임을 인정하고, 이

37) 형사조정은 처음에는 범죄피해자센터 화해조정위원회에서 담당하였으나 2009년 10월 29일 ‘형사조정실무 운용지침’의 개정 및 동년 11월 시행에 따라 각 검찰청 및 지청의 형사조정위원회에서 담당하게 되어 2010년부터는 범죄피해자지원센터의 활동은 사라지게 되었다.

38) 오경식/김혜경/신의진/김지선/김한균, 중장기 범죄피해자 보호지원정책 수립을 위한 연구 -범죄피해자에 대한 효과적 지원방안과 범죄피해자 보호기금의 효율적 운영방안 연구를 중심으로-, 법무부, 2012, 49면 이하 참조.

39) 법제사법위원회, 범죄피해자보호법개정법률안, 2010/4, 3면. 동 법률안은 2008년부터 3여년간 8차례에 걸친 의원발의안을 모두 본회의에 부의하지 아니하고, 법제사법위원회의 대안을 발의하는 진통을 겪을 만큼 많은 쟁점들을 담고 있었다.

40) 독일에서는 피해자-가해자 조정제도가 형벌이론에 반하지 않고, 예방이라는 형벌목적에 적합한 제도로 보고 시행해왔다. 독일연방법무부/이진국 역, 가해자-피해자-조정: 범죄대처의 새로운 가능성과 행위자와 피해자에 대한 기회, 한국형사정책연구원, 2002, 121면 이하.

를 전제로 해서 수사기관이 피의사실을 확정하고 조정 참여자들이 각각 자신의 역할을 하도록 조정한다면 본래의 의미가 상실되지 않을 것으로 보인다. 다만 동법 제45조 제4항에서는 ‘검사는 형사사건을 수사하고 처리할 때 형사조정 결과를 고려할 수 있다. 다만, 형사조정이 성립되지 아니하였다는 사정을 피의자에게 불리하게 고려하여서는 아니 된다’고 규정하고 있다. 즉, 형사조정의 결과가 당해 사건의 형사절차에서 참고사항만이 된다. 그러나 형사조정이 처벌위주의 억압적인 형사사법의 운용에 대한 회복적 사법이념의 도입이라는 점을 고려하고, 이러한 형사조정의 이념을 달성하고자 한다면 형사조정이 이루어진 사건에 대하여는 기소유예로 사건을 종결시키는 방향을 검토해 보아야 할 것이다.

이와 같이 볼 때, 학교폭력예방법상의 분쟁조정제도와 범죄피해자보호법상의 형사조정제도는 그 목적과 취지가 유사하다. 형사조정제도는 동법시행령 제46조에 의하여 개인 간 금전거래로 인하여 발생한 분쟁으로 고소된 재산범죄 사건, 사적 분쟁에 대한 고소사건 및 형사조정에 회부하는 것이 분쟁 해결에 적합하다고 판단되는 고소사건을 그 대상으로 하게 되는데, 학교폭력예방법상 분쟁조정 역시 피해자와 가해자간의 학교폭력에 의한 손해배상과 관련된 합의조정을 포함한다는 점에서는 대상사건을 같이하게 된다. 그리고 궁극적으로는 형사사법절차 이전 단계에서 당사자간의 화해를 유도한다는 의미에서도 그 맥락을 같이한다. 특히 분쟁조정제도를 통해 가해자가 학교폭력에 대한 책임의식을 가지고 피해자의 고통을 이해하도록 함으로써 가해자가 올바른 학교규범 합치적인 태도를 회복하게 될 것이라는 점에서 더욱 그러하다.

따라서 학교폭력예방법상의 분쟁조정이 성취된다면, 비록 당해 행위의 중대성으로 인하여 가해자가 형사사법절차 내로 나아가게 된다고 하더라도 이미 이루어진 분쟁조정이 범죄피해자보호법상의 형사조정제도를 대신할 수 있을 것이다. 그리고 형사조정의 결과는 검사가 형사사건을 수사하고 처리할 때 고려대상이 된다는 점에서, 분쟁조정이 이루어진 결과가 가해자의 형사처분 결과에도 긍정적인 영향을 미칠 것이다. 궁극적으로는 학교폭력예방법상 분쟁조정이 이루어진 사건에 대하여

41) 이진국, 범죄피해자와 회복적 사법, 형사법연구 제19권 제3호(상), 한국형사법학회, 2007/가을, 370면; 심재무, 형사화해제도의 도입과 문제점, 경성법학 제14권 제2호, 경성대학교 법학연구소, 2005, 9면 참조.

는 이후 비록 형사사건화 된다고 하더라도 기소유예로 사건을 종결하는 것이 바람직할 것이다.

Ⅳ. 학교폭력에 관한 형사법적 접근의 제한

1. 형법의 임무- 최후수단성⁴²⁾

국가형벌권은 국민의 기본권을 침해하는 방법으로만 행사된다는 속성 때문에 반드시 다른 사회통제수단으로 충분하지 않을 때, 아니면 다른 사회통제수단이 지나치게 강렬하여 이에 대신할 필요성이 있을 때에만 발동되어야 한다.⁴³⁾ 즉 형법은 보충법으로서, 사법이나 공법과 같은 주요법이 아니다.⁴⁴⁾ 이와 같은 보충적 성격에는 이중의 의미를 가진다. 첫째는 형법의 법률적 담보법⁴⁵⁾으로서의 성격으로부터 도출된다. 형법이 보호하는 이익은 형법으로 담보되는 당해 법분야에서 미리 권의으로서 승인된 것에 한정되기 때문이다. 그 결과 형법은 독자적으로 보호하는 이익을 갖지 않는다는 의미에서도 보충성을 가지게 된다. 형벌은 그 자체 고유한 속성 때문에 항상 최소한에 그쳐야 한다. 형벌은 법익침해를 통하여 법익을 보호하는 수단이기 때문에, 원칙적으로 사회생활에 절대로 필요한 기본적 법익의 침해에 대해서만 형벌권이 발동되어야 한다. 이러한 의미에서 형벌권정당화의 근거는 보충성의 원칙 또는 최후수단성을 근거로 한다.⁴⁶⁾

이처럼 형벌은 국가권력에 의한 국민의 기본권침해를 본질로 하므로, 국민의 권

42) 이하의 내용은 김혜경/오경식, 양형 관련 형사법 개정 방안 연구, 대검찰청, 2011/12, 17면 이하의 내용을 주로 인용하였다.

43) 平野龍一, 刑法總論, 有斐閣, 1972, 47면.

44) 주용기, “국가형벌권 행사에 있어서 재사회화 이념의 재고”, 한양법학 제11권, 한양법학회, 2000, 149면.

45) 형법의 법률적 담보성이란, 형벌은 범죄자에게 침범당한 사법 또는 공법을 담보하는 성격을 의미한다. 그리고 법률적이란 범죄자도 사회의 구성원이고 또한 선량한 시민도 공권력의 폭정의대상이 될 수 있음을 고려하여 형벌을 적용할 때 미리 범죄유형, 형벌, 형사절차를 규정하여야 함을 의미한다. 주용기, 앞의 논문, 148면 이하 참조.

46) Roxin, Franz von Liszt und die kriminalpolitische Konzeption des Alternativentwurfs, 40면 이하.

리를 보호하는 측면에서 엄격하고 명백하게 필요한 경우에만, 그리고 민사적이거나 행정적이거나 기타 다른 방법으로는 명백하게 이익보호가 불충분한 경우에만 개입할 수 있다는 점에서 외재적 보충성의 원칙⁴⁷⁾에 충실하여야 한다.

형법의 보충성은 형법의 근간인 겸억주의 사상의 한 단면이다. 즉, 형법이라는 준엄한 강제력의 행사는 당연히 억제를 우선하고 필요최소한 범위 내에서만 적용된다. 이는 형법이 본질적으로 자유로운 개인의 권리를, 사회통제를 위하여 희생시킴으로써 그 효과를 발휘하기 때문이다. 형법은 범죄예방에 결코 만능이 아니며, 형벌 자체가 해악성을 가질 수밖에 없다는 점에서 보충성은 궁극적으로는 인간의 존엄성을 형법에 반영시킨 것이라고 볼 수 있다.

학교폭력예방법과 형법 및 소년법상의 관계설정에 있어서, 중요한 점은 학교폭력이라는 행위가 범죄의 구성요건을 충족하는 경우에는 언제나 형법 및 소년법이 발동되어야 하는가의 문제인 바, 이는 형법의 보충성의 원칙을 기초로 판단해야 할 것이다. 형법의 외재적 보충성의 원칙은 형법의 발동을 기계적이고 형식적으로 판단해서는 안 될 근거가 되기도 한다. 학교폭력예방법에 의하여 피해학생과 가해학생간의 조정이 이루어지고 가해학생의 충분한 자기성찰과 반성이 이루어짐으로 인하여 범죄예방의 효과까지도 달성할 수 있다고 판단되는 영역에서는 형법은 보충성의 원칙에 충실하여야 한다. 따라서 학교폭력예방법상의 분쟁조정과 피해자의 치료 및 가해자의 조치를 통하여 응보와 예방이라는 형벌목적이 충분히 실현되었다면, 이러한 영역에서는 형법의 발동이 자제되어야 한다.

물론 사회가 용인할 수 없을 정도의 중대한 범죄행위에 대하여는 개인간의 합의 또는 조정이 국가형벌권 발동의 한계로 작용할 수 없다. 이 때에는 형벌목적을 형사사법 이전단계에서 충분히 달성하였다고 평가할 수 없기 때문이다. 다만 이러한 한계를 어느 지점 또는 어디에서 찾을 것인가는 학교폭력예방법과 형법과의 관계

47) 형법의 외재적 보충성 원칙은 특정한 규범위반행위에 대한 사적, 공식적, 비공식적 통제체계 중에서 기본권제한의 강도가 가장 적은 조치인 사적, 비공식적 해결방식이 국가적 개입에 우선된다는 것을 의미한다. 이에 반해 형법의 내재적 보충성의 원칙이란 형법체계 내에서 적용되는 것으로, 행위자의 기본권을 가장 적게 제한하거나 침해하는 제재를 우선적으로 적용해야 함을 의미한다. Marianne Löschner-Gspandl, Die Wiedergutmachung im österreichischen Strafrecht, Auf dem Weg zu einem neuen Kriminalrecht?, Verlag Österreich · Wien, 1996, 22면 이하(이진국, 각주 2) 논문, 118면 각주 24) 재인용).

설정의 문제가 되며, 일률적으로 판단하기는 어려울 것이다. 이에 대하여는 불법의 양적인 관점에서 출발하여, 학교내외에서 학생에게 행해진 불법행위가 형사처벌이 반드시 요구될 정도로 일반국민에게 영향을 끼쳤는지 여부 아니면 내부적인 징계와 조정만으로도 충분한지를 기본으로 해야 할 것이다.⁴⁸⁾⁴⁹⁾

2. 조정법으로서의 역할

형사소송법의 목적은 범죄행위에 의한 당사자의 갈등해소에만 국한된 것이 아니라, 일반예방적 관점에서 일반적인 규범신뢰의 안정화라는 임무도 있다는 점 및 가해자의 빈부에 따라 범죄자 보호의 효과도 있다는 점에서 형사조정제도를 전적으로 수용하는 것은 타당하지 않다는 견해⁵⁰⁾가 없는 것은 아니다. 그러나 형사조정제도는 형사사법절차에서 소외되어 온 피해자의 형사절차참여권을 보장하고, 절차참여를 통하여 실질적인 피해구제를 추구하며, 피해원상회복을 통하여 피해자의 보호에 기여함과 동시에 가해자의 자발적인 책임승인을 통한 범죄예방효과를 목적으로 한다. 또한 이를 통하여 사회적 갈등과 분쟁을 합리적이고 평화적으로 해결한다는 점에서 형사절차상 전통적인 응보와 제재에서 벗어나 피해자와 가해자의 상호조정을 통한 사회적 평화를 지향하고 간접적으로는 형사사법 비용의 절감효과도 기대⁵¹⁾할 수 있게 된다.

여기에서 중요한 것은 우리 형사사법절차에 조정제도를 도입하는 취지이다. 즉, 도입의 취지가 명확해야만 이를 통하여 목적하는 바와 그 절차가 분명해지기 때문이다.

48) 조상제, 앞의 논문, 334면.

49) 이에 대한 구체적 내용은 다음의 ‘3. 학교폭력예방방법상 분쟁조정의 바람직한 설정’ 참조.

50) 박종렬/노상욱, “우리나라의 범죄피해자 지원제도에 관한 연구, 법학연구 제33집, 2009/2, 368면.

51) 이에 관하여 이정원, “우리나라 형사조정제도의 시행현황과 개선방향”, 법조 제60권 제5호, 법조협회, 2011, 27면은 형사사법비용의 절감효과는 착시현상에 불과하다고 비판한다. 즉, 형사사건조정비용 역시 형사사법비용의 대체이기 때문에 실질적으로 비용절감이라는 효과를 기대할 수는 없다고 본다. 그러나 우리나라의 형사조정제도가 개인적이고 경미한 사건을 전체 형사절차를 거치지 않고 해결하고자 하는 취지도 있다는 점을 감안한다면 형사사법대체비용으로서의 형사조정제도에 투입되는 비용과 동일한 사건이 전체 형사사법절차를 거치는데 필요한 형사사법비용을 실질적이고 현실적으로 대비하여 그 감소여부를 계산한다는 의미보다는, 동일 사건을 해결하는데 투입되는 인적, 시간적, 물적 총체비용에 대한 상징적인 의미로 해석하는 것이 타당할 것으로 보인다.

일반적으로는 형사조정제도가 회복적 사법과 결합되어 가해자-피해자 간의 회복적 사법을 지향하는 것으로 이해한다.⁵²⁾ 회복적 사법(Restorative Justice)이란 일반적으로 피해자와 가해자 또는 지역사회 구성원 등 범죄사건 관련자들이 사건해결과정에 능동적으로 참여하여 피해자 또는 지역사회의 손실을 복구하고 관련 당사자의 재통합을 추구하는 일체의 범죄대응 양식을 총칭하는 개념으로 이해된다. 전통적인 응보적 형사사법과 재사회화 형사사법에 대한 새로운 대안으로 등장하고 있는 회복적 사법은 행위자에 대한 대인적 유대관계의 강화를 통한 범죄예방의 잠재력이 높다는 점, 종래 형사사법에서 주변인으로 존재하여 왔던 범죄피해자를 형사사법체계 내로 편입시켜 피해자의 지위와 이익을 실질적으로 보호한다는 점, 그리고 가해자의 자발적 책임수용과 피해자의 물질적이고 정신적인 만족을 통하여 궁극적으로는 범죄로 인하여 파괴된 법평화를 재건한다는 점 등에서 그 실효성이 인정되어 왔다. 회복적 사법을 실천하기 위한 여러 모델 중 우리나라의 조정제도들은 범죄에 직접적 관련을 가지는 피해자와 가해자가 직접적 대면절차를 통하는 조정모델에 해당되는 바,⁵³⁾ 학교폭력

52) 김용세, “회복적 사법의 개념과 활용가능성에 관한 소고”, 피해자학연구 제12권 제2호, 한국피해자학회, 2004, 29면 이하; 오영근, “범죄피해자보호법의 효율적 시행방안”, 형사정책연구 제18권 제3호, 한국형사정책연구원, 2007/가을, 1037면; 이진국, “회복적 사법의 관점에서 본 형사조정실무의 문제점”, 형사정책연구 제19권 제1호, 한국형사정책연구원, 2008/봄, 7면; 이호중, “회복적 사법(Restorative Justice)- 이념과 법이론적 쟁점들”, 피해자학연구 제9권 제1호, 한국피해자학회, 2001, 29면. 반면 김용욱, “한국의 형사조정: 회복적 사법 프로그램인가?”, 형사정책연구 제19권 제2호, 한국형사정책연구원, 2008/여름, 205면 이하는 검찰이 시행하는 현행 형사조정제도가 기본적으로는 회복적사법 프로그램이지만 회복적사법 이념을 충분히 반영한 프로그램이라고는 할 수 없다고 평가한다. 즉, 검찰이 형사조정이란 “분쟁의 중국적 해결, 피해자의 피해복구 지원 등을 위해 대체적 분쟁해결절차 중 조정을 형사절차에 활용하는 것으로 보는 것”은 “형사조정”을 “대체적 분쟁해결” 프로그램으로 개념 형성하였다는 점을 드러내는 것이며, 프로그램의 명칭도 ‘피해자-가해자 조정(VOM: Victim-Offender Mediation)’이 아니라 형사조정(Criminal Mediation)이라고 명명하고 있다는 점에서도 이러한 취지를 확인할 수 있다고 본다(김용욱, 위의 논문, 214면에서는 송길룡, 형사조정제도개관 및 시행매뉴얼, 51면 이하를 인용하면서 이러한 비판을 하고 있다).

53) 회복적 사법을 실천하기 위한 모델은 크게 절차의 진행과정과 참가자의 범위에 따라 조정모델과 협의모델로 구분된다. 조정모델이란 ‘피해자-가해자 조정(VOM: Victim-Offender Mediation)’ 모델로써, 일반적으로 피해자와 가해자 및 제3의 조정자로 구성되는 바, 가해자와 피해자의 직접적인 대면을 원칙으로 한다(이호중, “피해자-범죄자 조정제도에 관한 연구”, 외법논집 제13집, 한국외국어대학교 법학연구소, 2002, 19면 참조). 이에 반해 협의모델은 가해자와 피해자뿐만 아니라 그 주변의 관계자들로써 가해자 및 피해자의 가족, 친구, 변호사, 형사사법기관 관여자 등이 참여하며, 주로 소년범죄에 일반적으로 적용된다. 조정모델은 법평화의 재건이라는 목표를 향한 범행당사자 간의 갈등해결이 주요 목적이라면, 협의모델은 규범이나 이해관계가 상이한 사회에서 어느 일방의

예방법상의 분쟁조정제도 역시 이러한 조정모델에 해당한다.

그런데 학교폭력예방법상의 분쟁조정제도 및 조치는 형사조정제도에 우선하는 절차로 이해되어야 한다. 왜냐하면 형사조정제도나 화해권고제도보다 학교폭력예방법상의 분쟁조정제도가 회복적 사법의 본질에 더욱 가깝기 때문이다. 우선 전자의 두 제도는 각각 사법절차내에서 이루어지지만, 분쟁조정제도는 사법절차 이전 단계에서 행해진다. 둘째, 형사조정제도는 검사의 판단을 전제로 신청 또는 직권에 의하여 그리고 화해권고제도는 소년부 판사의 직권에 의하여 이루어지지만, 분쟁조정제도는 사법기관이 아닌 제3자의 알선조정기관으로서 자치위원회가 주관한다는 점에서 통상의 회복적 사법프로그램에 더 가깝다.

또한 학교폭력예방법은 제20조를 통하여 학교폭력을 신고 받은 기관은 이를 가해학생 및 피해학생의 보호자와 소속 학교의 장에게 통보하도록 되어 있고, 통보받은 소속 학교의 장은 이를 자치위원회에 지체 없이 통보하여야 할 의무가 있다. 이처럼 학교폭력에 대한 접근의 우선권을 자치위원회에게 부여하고 있고, 실질적으로 자치위원회에 의한 분쟁조정이 실패할 경우 피해자의 고소로 인하여 형사사건으로서 형사절차에 진입한다는 점에서도 분쟁조정제도는 형사조정제도에 우선하게 된다. 즉 분쟁조정제도에 의한 해결이 실패할 경우 다음으로 형사조정제도에 의한 조정이 이루어지겠지만, 이미 양 당사자간의 사전합의가 결렬된 상태에서 다시 형사조정제도의 의한 조정이 가능할 것으로 보이지는 않는다. 따라서 분쟁조정제도에 의하여 해결된 사안은 되도록 형사절차에 진입하는 것을 지양해야 할 것이며, 비록 형사절차 내로 포섭되었다고 하더라도 이미 형사사법절차 이전단계에서 행해진 분쟁조정의 결과는 형사조정을 대신하여 형사사건의 기소 또는 판결에 긍정적인 영향을 부여하여야 할 것이다.

3. 학교폭력예방법상 분쟁조정의 바람직한 설정

학교폭력예방법상의 분쟁조정제도가 형사사법절차 이전 단계에서 이루어지는

공동체가 타 공동체의 규범이나 이해관계의 수용을 통한 갈등해결과 파괴된 평등성 내지 동등성을 재건함을 목적으로 한다는 점에서 차이가 있다.

조정 또는 화해제도라고 한다면, 분쟁조정제도가 다른 법률상의 조정제도의 법적 효력을 부여받아야 할 것이다.

따라서 소년법과의 관계에 있어서도 이미 분쟁조정이 이루어졌다면, 소년법 또는 형사사법의 진입은 되도록 지양되어야 할 것이다. 이러한 취지를 구체적인 사안에 따라 적용해 보면 다음과 같다. 첫째, 분쟁조정 및 가해학생에 대한 적절한 조치로 인하여 가해학생에 대한 선도와 징계라는 목적이 충분히 달성되었음에도 불구하고 피해자의 추가적인 고소나 제3자의 고발로 인하여 사법기관이 당해 사건을 인지한 경우에도, 가해학생에 대한 사법적 개입이 불필요하다고 판단되면 검사는 반드시 학교 내에서의 처분을 외적 근거로 하여 기소유예를 하도록 함이 타당할 것이다. 이에 대하여는 독일 소년법원법 제45조 제2항을 기준으로 제시하는 견해⁵⁴⁾들이 있다. 독일 소년법원법은 검사는 교육적 처분이 이미 실시되었거나 개시되었고 법관의 관여와 공소제기가 필요하다고 인정되지 않을 때에는 기소를 유예하며, 소년이 피해자와 조정에 도달하려는 노력은 교육적 처분⁵⁵⁾으로 간주한다고 규정되어 있다. 이에 견주어 보면, 학교폭력예방법이 분쟁조정에만 그치지 아니하고, 가해자에 대하여 피해학생에 대한 서면사과, 보복행위금지, 학교에서의 봉사, 사회봉사, 학내외 전문가에 의한 특별 교육이수 또는 심리치료, 출석정지, 학급교체 등의 처분을 할 뿐만 아니라 가해학생이 특별교육을 이수할 경우 해당 학생의 보호자도 함께 교육을 받게 하고(제17조 제9항) 이를 위반할 경우 300만원 이하의 과태료를 부과(제22조 제2항)한다는 점을 고려할 때 분쟁조정단계에서 이미 충분한 교육적 처분도 동시에 이루어지고 있다고 평가할 수 있다.

둘째, 분쟁조정 이전에 학교폭력사건이 먼저 형사사법기관에 의하여 다루어지게 되는 경우에도, 형사사법기관은 즉시 소년부송치 또는 형사사건으로의 공소제기 또는 기소유예나 선도조건부기소유예를 먼저 행하는 바 없이 사안의 중대성을 판단하여 사회적 침해 또는 공적 이익이 없다고 판단되면, 당해사건에 대한 사법절차를 진행하기 전에 학교 내의 자치위원회에 의한 분쟁조정제도에 회부하도록 하는 것이 타당할 것이다. 그리고 자치위원회에 의한 분쟁조정이 원활이 이루어지고 충분히 목적이 달성

54) 이진국, 앞의 각주2) 논문, 119면; 정현미, 앞의 논문, 257면; 조상제, 앞의 논문, 335면.

55) 동법상 교육적 처분이란 소년다이버전의 실천방식으로서, 소년이 범행불법 및 범죄의 결과에 대하여 총찰할 수 있게 하고 장래에 준법행위를 할 수 있도록 지원하는 일체의 처분을 의미한다.

되었다고 판단되는 때에는 기소유예로써 절차를 종결하는 것이 타당할 것이다.

셋째, 분쟁조정이 이루어졌음에도 불구하고 사안의 중대성으로 인하여 형사절차가 불가피할 경우에도 분쟁조정 내용을 충분히 참작하여야 한다. 그리고 사안의 중대성이라 함은 일반적으로 소년법 제49조에 의한 소년부에 의한 검사의 송치사건 기준을 참조할 만 하다. 동조 제2항에 의하면 소년부는 제1항에 따라 검사에 의하여 송치된 사건을 조사 또는 심리한 결과 그 동기와 죄질이 금고 이상의 형사처분을 할 필요가 있다고 인정할 때에는 결정으로써 해당 검찰청 검사에게 송치할 수 있도록 규정하고 있다. 즉, 범죄에 해당한다고 하더라도 일단 소년보호처분의 대상이 될 수 있지만, 당해 사건이 금고 이상의 형에 해당하는 경우에는 보호처분에 국한될 수 없고 형사절차에 의하여야 한다. 이로써 소년보호사건과 형사사건의 판단기준을 제시하고 있는 바, 그 동기와 죄질이 금고 이상의 형사처분을 할 필요가 있다고 인정되는 사안에 대하여는 자치위원회의 분쟁조정 및 가해자에 대한 조치로서 사건을 종결시킬 수 없고 이를 일단 형사사건으로 이송하여야 할 것이다. 다만 그 정도에 이르지 않는 때에는 소년부에 의한 소년보호처분절차에 앞서 자치위원회의 분쟁조정 및 조치가 우선되어야 할 것이다. 물론 ‘금고 이상의 형사처분’은 일률적인 기준이 될 수 없다. 구체적으로는 가해학생의 범죄행위의 불법성과 책임의 정도가 일반인의 법적 신뢰성과 안정성을 위태롭게 하지 않는 정도에 이르러야 함의 한 예시에 불과할 뿐이다. 또한 이보다 경미한 사건에 있어서 만일 자치위원회의 분쟁조정이 결렬될 경우에는 소년부 판사에 의한 화해권고 역시 무의미할 것이므로, 이때에는 소년부 판사에 의한 보호처분절차에 의하여야 할 것이다.

다만 이를 위해서는 학교폭력예방방법상의 자치위원회의 구성과 절차를 보다 회복적 사법의 정신에 부합하도록 개선하여야 할 것이다. 현행 자치위원회는 학교의 교감, 교사, 학부모대표, 판사·검사·변호사, 경찰, 의사, 그 밖에 학교폭력 예방 및 청소년보호에 대한 지식과 경험이 풍부한 사람으로 구성하도록 되어 있으나, 이러한 자치위원회가 학교폭력에 대한 회복적 사법프로그램을 충실히 이행할 역량이 있는지는 의문이기 때문이다. 또한 자치위원회 위원에 대한 정기적인 교육이 규정되어 있지 않은 바, 갈등 조정을 위한 심리상담 교육 등 전문성을 제고시키는 교육이 전제되어야 할 것으로 보인다.

V. 마치며

학교폭력예방법이 시행된 지 올해로 십년이 되었다. 그간의 성과에 대하여 판단할 만한 객관적인 자료는 충분하지 않지만, 대체로 긍정적인 시각보다는 다소 부정적인 사회적 인식이 산재해 있는 듯하다. 그리고 그 이면에는 학교폭력사건에 대한 교육적 처리를 학교폭력의 은폐 내지 축소라고 보는 부정적 견해와 학교폭력은 오로지 학생에 의한 ‘범죄’행위라고만 보는 시각 및 학교내 처리에 대한 불안 등이 작용하고 있다. 그러나 학교폭력사건에 대하여 학교폭력예방법을 제정하고 그동안 이를 성실히 이행하기 위하여 사회 모든 기관과 구성원들이 노력하고 있음은 주지의 사실이다.

다만 이제까지의 접근은 학교폭력예방법 상의 징계처분 및 징계절차에만 초점이 맞추어져 있고, 동법에 의한 조정과 화해의 효과에 대하여는 외면당하였다는 인상을 지우기 어렵다. 물론 동법이 오로지 조정법으로서의 역할만 하는 것은 아니다. 다만 조정법으로서의 역할을 강조하는 것은, 동법의 목적이 피해학생의 보호와 가해학생의 선도 및 보호, 그리고 피해학생과 가해학생 간의 분쟁조정을 통하여 학생의 인권을 보호하고 학생을 건전한 사회구성원으로 육성함에 있음을 강조하기 위함이다.

따라서 형법상의 범죄행위가 행위의 불법성에 대한 객관적 평가를 중심으로 하는 행위형법적 측면이 강조된다면, 학교폭력예방법상의 학교폭력행위는 행위자적 속성을 충분히 고려하여 피해학생과 가해학생 모두 올바르게 건전한 사회구성원으로 육성되도록 함에 중점을 두어야 한다. 그리고 이를 위한 구체적 해석방법으로서, 학교폭력예방법의 조정법적 역할을 부각시켜서 피해학생과 가해학생간의 조정이 이루어지고 가해학생의 충분한 자기성찰과 반성이 이루어짐으로 인하여 범죄예방의 효과까지도 달성할 수 있다고 판단되는 영역에서는 형법은 보충성의 원칙에 충실하여야 한다.

또한 학교폭력예방법상의 자치위원회의 성격과 구성도 현행법상으로 만족해서는 안 될 것이다. 동법이 조정법으로서 가해자와 피해자간의 충분한 화해와 이해를 통하여 회복적 사법의 본질에 충실하도록 보다 전문적인 기관으로서 재정립되어야

할 것이다. 궁극적으로 그 어떤 해석방법이나 정책적 대안들이든, 그 모두가 학생을 선도하고 재사회화시켜서 건전한 사회구성원으로 육성시키기 위함이라는 일관된 목표를 향해 나아가도록 해야 함을 간과해서는 안 될 것이다.

참고문헌

- 과학기술위원장, 학교폭력예방 및 대책에 관한 법률 일부개정법률안(대안), 2012/2
- 교육인적자원부, 2005 학교폭력 유형별 대처사례집, 2005
- 김성기, “학교폭력예방 및 대책에 관한 법률”과 동법 시행령의 문제점과 개정방안“, 교육법학연구 제20권 제2호, 대한교육법학회, 2008/12
- 김성돈, 새로운 범죄대응전략으로서 화해조정체계구축(Ⅰ), 형사사법체계내 형사조정제도 도입에 따른 법이론적 문제점 및 개선방안, 한국형사정책연구원, 2008
- 김영천/김정현, “현행 학교폭력 관련법제의 문제점 및 개선방안”, 법교육연구 제7권 제2호, 한국법교육학회, 2012/12
- 김용세, “회복적 사법의 개념과 활용가능성에 관한 소고”, 피해자학연구 제12권 제2호, 한국피해자학회, 2004
- 김용욱, “한국의 형사조정: 회복적 사법 프로그램인가?”, 형사정책연구 제19권 제2호, 한국형사정책연구원, 2008/여름
- 김현철, “학교폭력 예방 및 대책에 관한 법률의 개선방안-시론적 고찰”, 법교육연구 제5권 제1호, 한국법교육학회, 2010
- 김혜경/오경식, 양형 관련 형사법 개정 방안 연구, 대검찰청, 2011/12
- 독일연방법무부/이진국 역, 가해자-피해자-조정: 범죄대처의 새로운 가능성과 행위자와 피해자에 대한 기회, 한국형사정책연구원, 2002
- 박미숙, “법무부 소년법 개정안 토론회”, 법무부 소년법개정특별분과위원회 주최 소년법 개정법률안 공청회, 2007/4/20
- 박병식, “학교폭력대책의 올바른 방향과 법률적 과제”, 학교폭력대책국민협의회·국회중은교육연구회 공동주최, 학교폭력대책의 올바른 방향과 법률적 과제, 2005/1/11
- 박윤기, “학교폭력에 대한 법·정책적 연구”, 2012년 한국지방정부학회 학술대회논문집, 한국지방정부학회, 2012
- 박종렬/노상욱, “우리나라의 범죄피해자 지원제도에 관한 연구, 법학연구 제33집, 2009/2
- 박찬걸, “학교폭력대책법에 대한 비판적 검토”, 소년보호연구 제15호, 한국소년정책학회, 2010

- 법제사법위원장, 범죄피해자보호법개정법률안, 2010/4
- 심재무, “형사화해제도의 도입과 문제점”, 경성법학 제14권 제2호, 경성대학교 법학연구소, 2005
- 오경식, “학교폭력예방을 위한 법제도적 분석과 개선방안”, 소년보호연구 제12호, 한국소년정책학회, 2009
- 오경식/김혜경/신의진/김지선/김한균, 중장기 범죄피해자 보호지원정책 수립을 위한 연구 -범죄피해자에 대한 효과적 지원방안과 범죄피해자 보호기금의 효율적 운영방안 연구를 중심으로-, 법무부, 2012
- 오영근, “개정소년법의 과제와 전망”, 형사정책연구 제19권 제2호, 한국형사정책연구원, 2008
- 오영근, ”범죄피해자보호법의 효율적 시행방안“, 형사정책연구 제18권 제3호, 한국형사정책연구원, 2007/가을
- 원혜옥, “소년법 개정안 개요”, 법무부 소년법개정특별분과위원회 주최 소년법 개정법률안 공청회, 2007/4/20
- 유재봉, “학교폭력의 현상과 그 대책에 대한 철학적 검토”, 교육철학연구 제34권 제3호, 한국교육철학회, 2012
- 이순래, 학교폭력의 원인 및 대처방안에 관한 연구, 한국형사정책연구원, 20012
- 이승현, “학교폭력 예방 및 대책에 관한 법률의 개정내용 및 개선방안”, 형사정책연구 제23권 제2호, 한국형사정책연구원, 2012/여름호
- 이정원, “우리나라 형사조정제도의 시행현황과 개선방향”, 법조 제60권 제5호, 법조협회, 2011
- 이종수, 행정학사전, 대영문화사, 2009
- 이주호, “성비행을 통해 본 학교폭력대책의 문제점과 개선방안”, 학교폭력대책국민협의회 · 국회좋은교육연구회 공동주최, 학교폭력대책의 올바른 방향과 법률적 과제, 2005/1/11
- 이진국, “회복적 사법의 관점에서 본 형사조정실무의 문제점”, 형사정책연구 제19권 제1호, 한국형사정책연구원, 2008/봄
- 이진국, “학교 폭력 예방 및 대책에 관한 법률의 체계적 문제점과 개선방안”, 입법정책

- 제1권 제1호, 한국입법정책학회, 2007/6
- 이진국, “범죄피해자와 회복적 사법”, 형사법연구 제19권 제3호(상), 한국형사법학회, 2007/가을
- 이호중, “회복적 사법(Restorative Justice)- 이념과 법이론적 쟁점들”, 피해자학연구 제9권 제1호, 한국피해자학회, 2001
- 이호중, “피해자-범죄자 조정제도에 관한 연구”, 외법논집 제13집, 한국외국어대학교 법학연구소, 2002
- 정현미, “학교폭력예방을 위한 법제의 개선방안”, 소년보호연구 제20호, 한국소년정책학회, 2012
- 조상제, “학교폭력과 회복적 사법”, 안암법학 제41권, 안암법학회, 2013
- 주용기, “국가형벌권 행사에 있어서 재사회화 이념의 재고”, 한양법학 제11권, 한양법학회, 2000
- 천진호, “한국의 소년심판제도에 관한 연구”, 비교형사법연구 제10권 제2호, 한국비교형사법학회, 2008/12
- 학교폭력예방및대책에관한법률안 【현승일의원 대표발의】 검토보고서, 2003/11
- 한인달, “한국의 개정 소년법의 주요내용과 동향”, 비교형사법연구 제10권 제2호, 한국비교형사법학회, 2008/12
- 허종렬, “학교폭력 예방 및 대책의 실효성 확보 방안”, 학교폭력 예방 및 대책의 실효성 확보방안 토론회, 국회 열린우리당 개최 세미나 자료집, 2005

외국문헌

平野龍一, 刑法總論, 有斐閣, 1972

Bolton, José, and Stan Graeve. “No Room for Bullies: from the Classroom to Cyberspace.” Boys Town, Neb.: Boys Town, 2005

Dieter Hummel/Daniel Köhler/ Dietrich Mayer: BDG Bundesdisziplinargesetz und

materielles Disziplinarrecht. Kommentar für die Praxis. Bund-Verlag, Frankfurt, 5. Aufl. 2012

Hans-Joachim Bauschke/Achim Weber: Bundesdisziplingesetz - Kommentar. Stuttgart 2003

Marianne Löschnig-Gspandl, Die Wiedergutmachung im österreichischen Strafrecht, Auf dem Weg zu einem neuen Kriminalrecht?, Verlag Österreich · Wien, 1996

Olweus, Dan, “Bullying at school: What we know and what we can do”, Cambridge: Blackwell, 1993

Roxin, Strafrecht AT Bd. 1, 2006

Ziezeck(이현우/김희진/정일권 역), Violence. 폭력이란 무엇인가, 도서출판 난장이, 2008

The Limit to Criminal law approach to School Violence

Kim, Hye-Kyung*

School Violence Prevention and Countermeasures Act (hereinafter “School Violence Prevention Act”) were enacted in the year that has been performed is 10 years go. Meanwhile, the law has been amended 13 times, But regardless of the efforts of government and society, the school violence is more severe.

The purpose of this Act is to protect the human rights of students and raise students as healthy members of society through the protection of victim students, the guidance and education of aggressor students and mediation between victim students and aggressor students, by providing for matters necessary for the prevention of and countermeasures against violence in schools. And Article 18 is enacted that an autonomous committee may mediate a dispute arising in connection with school violence and if an autonomous committee deems it necessary for the mediation of a dispute, it may investigate into the facts relevant to a case of school violence with the cooperation of related authorities.

So, this study aims to define the legal character of School Violence Prevention Act. In view of the results so far achieved through many related studies, have been asserted the legal character of this Act as the Discipline of Student Act. But School Violence Prevention Act is Mediation Act or Conciliation Act.

In our legal system, there are the restorative justice programs. For example, recommendation of compromise system is enacted in Juvenile Act and criminal conciliation is provided in Crime Victim Protection Act. So School Violence Prevention Act should be regarded as one of the restorative justice program.

* associate professor, College of Law and Police Science, Keimyung University, Ph.D. in Law

- ❖ Key words : school violence, School Violence Prevention and Countermeasures Act, autonomous committee, restorative justice program, Mediation Act, Conciliation Act

