

판결 및 불복절차 사례를 통해 본 학교폭력예방법의 비판적 고찰*

김정연**

국 | 문 | 요 | 약

최근 학교폭력이 심각한 사회적 문제로 대두되면서 이에 대한 처리절차도 함께 관심의 대상이 되고 있다. 학교폭력이 발생하면 학교폭력대책자치위원회가 열리고 가해학생에게는 학교폭력 예방 및 대책에 관한 법률에 따른 조치가 이루어진다. 가해학생에 대한 조치는 학교생활기록부에 기재되기 때문에 가해학생과 학부모는 적극적으로 이의를 제기하고 있는데, 그 불복절차에는 재심, 행정심판, 행정소송 등이 있다. 이에 따라 학교폭력 처리절차에 대한 불복수단으로 학교폭력 관련 처분을 취소하기 위한 행정심판이나 행정소송 등이 급증하고 있다.

본 논문에서는 학교폭력 관련 판결 및 불복절차의 구체적인 사례를 통해 학교폭력예방 및 대책에 관한 법률의 문제점을 지적하고자 한다. 학교폭력의 개념범위에 대해서는 형법상의 전체 법체계를 고려하여 해석하되 학교폭력예방 및 대책에 관한 법률의 목적과 취지에 따라 독자적으로 판단하여야 한다. 학교생활기록부 기재로 인해 학교폭력에 대한 억제효과를 가져올 수 있다고 하지만, 이에 따른 사건의 왜곡이나 법적 분쟁이 계속된다는 점에서 재검토가 필요하다. 학교폭력예방법상 학교폭력대책자치위원회를 필요적으로 개최하여야 한다는 점, 자치위원회의 구성에 관한 구체적인 지침이나 기준이 마련되어 있지 않다는 점 등이 문제점으로 지적되고 있다. 학교폭력 관련 불복절차 중 재심절차의 이원화로 인해 각 재심기관의 결정이 서로 모순될 우려가 있고, 이에 따라 행정심판절차도 이원화된 형태로 진행되어 문제가 계속하여 발생하게 된다.

학교폭력사건 처리의 근본이 되는 학교폭력예방 및 대책에 관한 법률을 올바르게 제정하고 운영하는 것은 학교폭력을 예방하는 또 다른 대책이기도 하다. 따라서 실제 판결 및 불복절차 사례에서 지적된 문제점들을 보완하여 학교폭력예방법에 반영되어야 할 것이다.

❖ 주제어 : 학교폭력, 학교폭력예방 및 대책에 관한 법률, 학교폭력대책자치위원회, 불복절차

* 본 논문은 2016년 한국형사정책연구원에서 수행한 「공동체 규범 및 분쟁해결절차와 회복적 사범의 실현방안(Ⅰ)」에서 저자가 작성한 “공식적 학교폭력사안처리절차의 내용 및 문제점”의 일부내용을 바탕으로 작성되었음을 밝혀둔다.

** 한국형사정책연구원 부연구위원, 법학박사, 변호사

I. 서론

1990년대 중후반 학교폭력으로 인한 자살사건을 계기로 학교폭력문제는 심각한 사회적 문제로 부각되기 시작하였다. 이에 1995년 정부에서는 학교폭력 근절 종합 대책을 마련하였으며, 경찰은 ‘학교담당 경찰관제’를 실시하였고 검찰에서도 ‘자녀 안심하고 학교보내기 운동’을 실시하였다. 단순히 형사법을 적용하여 학교폭력행위를 형사처벌하는 것만으로는 학교폭력의 예방과 대책에 한계가 있음을 인식하고, 정부는 관련 학계와 시민단체의 촉구에 부응하여 학교폭력의 예방과 근절을 위해 2004년 1월 29일 『학교폭력 예방 및 대책에 관한 법률』(이하 ‘학교폭력예방법’이라 함)을 제정하기에 이르렀다. 그러나 학교폭력예방법의 제정과 정부의 학교폭력근절을 위한 종합대책에도 불구하고 학교폭력사건은 끊이지 않고 발생하여 다시금 사회 문제로 떠올랐고, 제정 이후 학교폭력예방법은 학교폭력에 대한 사회적 이슈와 맞물려 여러 차례에 걸쳐 개정이 이루어졌다.¹⁾

학교폭력사건이 발생하면 학교폭력예방법에 따라 학교폭력대책자치위원회를 개최하고, 자치위원회는 피해학생의 보호조치 및 가해학생에 대한 조치를 내린다. 자치위원회의 결과에 따라 학교장이 내린 조치에 대하여 불만이 있거나 여전히 분쟁이 해결되지 않을 때에는 피해학생, 가해학생 및 그 보호자는 조치에 대한 불복절차를 진행할 수 있다. 학교폭력 피해학생 및 가해학생의 조치에 대한 불복절차에는 재심, 행정심판, 행정소송 등이 있다. 2012년 이후 학교폭력 징계조치에 대한 불복절차로서 행정소송, 행정심판 등이 급증하였는데,²⁾ 이는 가해학생에 대한 조치를 학교생활기록부에 기재하도록 한 교육부 지침 때문인 것으로 보인다.³⁾ 따라서 본

1) 이승현, “「학교폭력 예방 및 대책에 관한 법률」의 개정내용 및 개선방안”, 형사정책연구 제23권 제2호, 한국형사정책연구원, 2012, 162면 참조.

2) 학교폭력 관련 행정심판 청구사건 현황을 보면, 2011년에는 단 1건, 2012년에는 21건이었으나, 2013년에는 89건으로 증가하였고, 행정심판 청구에 대한 재결이 있을 때까지 처분의 집행을 정지시키는 집행정지신청도 2012년 9건이었으나 2013년 36건으로 증가하였다(국민권익위원회, 2014년 2월 24일자 보도자료, “13년 학교폭력 관련 행정심판 사건 분석 대폭증가”, <https://www.acrc.go.kr/acrc/board.do?command=searchDetail&menuId=05050301&method=searchDetailViewInc&boardNum=36783>, 2017. 11. 20. 최종검색).

3) 「학교생활기록 작성 및 처리지침」(교육과학기술부 훈령 제239호, 2012. 1. 27. 일부개정) 제7조 ③ ‘특기사항’란에는 학적변동의 사유를 입력한다. 특기사항 중 학교폭력과 관련된 사항은

논문에서는 학교폭력 관련 판결 및 불복절차의 구체적인 사례를 통해 학교폭력예방법의 문제점을 지적하고 개선방안을 개진하고자 한다. 이러한 비판적 고찰은 직접적으로 학교폭력을 예방하는 방안이라고 할 수는 없지만, 학교폭력 처리의 근본이 되는 학교폭력예방 및 대책에 관한 법률을 올바르게 제정하고 운영하게 함으로써 학교폭력을 예방하는 또 다른 대책이 될 수 있을 것이다.

II. 학교폭력 관련 조치에 대한 불복절차

1. 조치에 대한 불복절차 개관

자치위원회의 결과에 따라 학교장이 내린 조치에 대하여 불만이 있거나 여전히 분쟁이 해결되지 않을 때에는 피해학생, 가해학생 및 그 보호자는 조치에 대한 불복절차를 진행할 수 있다.

가해학생의 불복수단으로는 우선 학교폭력예방법 제17조 제1항 8호, 9호 처분에 해당하는 전학, 퇴학처분을 받은 경우 시·도학생징계위원회에 재심을 청구할 수 있다(학교폭력예방법 제17조의2 제2항). 이러한 재심결정에 이의가 있을 때에는 행정심판을 제기할 수 있고(초·중등교육법 제18조의2 제3항), 재심결정에 대한 행정소송을 제기할 수도 있다. 그 외 나머지 조치의 경우, 즉 학교폭력예방법 제17조 제1항 1호 내지 7호 조치를 받은 경우에는 이와 같은 조치에 불복하여 재심을 청구할 수는 없지만, 행정심판을 제기할 수 있다. 가해학생의 조치에 대해 국공립학교 재학생의 경우는 행정소송을 제기할 수 있고, 사립학교 학생의 경우에는 민사소송만을 제기할 수 있다. 다만, 사법적 구제절차는 재심절차나 행정심판과 무관하므로, 학교장의 조치에 대하여 이의가 있는 가해학생은 재심절차 또는 행정심판을 거치지 않고 바로 소송을 제기할 수 있다.

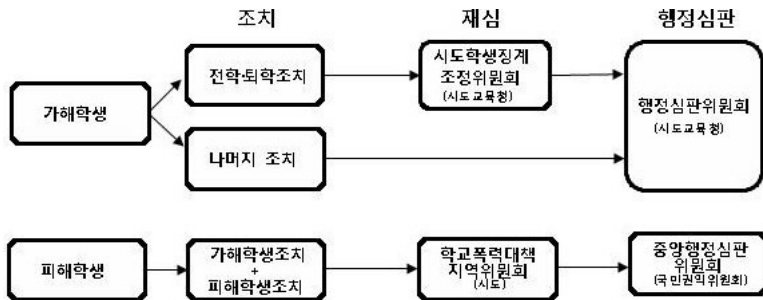
피해학생의 불복수단으로는 우선 가해학생의 조치 및 피해학생조치에 대해 시·도지역위원회에 재심을 청구할 수 있다(학교폭력예방법 제17조의2 제1항). 이러한

『학교폭력 예방 및 대책에 관한 법률』 제17조에 규정된 가해학생에 대한 조치사항을 입력한다.

재심결정에 이의가 있을 때에는 행정심판을 제기할 수 있고(학교폭력예방법 제17조의2 제4항), 재심결정에 대한 행정소송을 제기할 수도 있다.

한편, 행정절차법 제23조 제1항에서는 행정청이 처분을 하는 때에는 당사자에게 그 근거와 이유를 제시하도록 규정하고 있는데, 이는 행정청의 자의적 결정을 배제하고 당사자로 하여금 행정구제절차에서 적절히 대처할 수 있도록 하는데 그 취지가 있다(대법원 2009. 12. 10. 선고 2007두20348 판결). 행정절차법 제26조는 “행정청이 처분을 할 때에는 당사자에게 그 처분에 관하여 행정심판 및 행정소송을 제기할 수 있는지 여부, 그 밖에 불복을 할 수 있는지 여부, 청구절차 및 청구기간, 그 밖에 필요한 사항을 알려야 한다.”고 규정하고 있다. 따라서 자치위원회의 조치에 대해 가해학생, 피해학생 및 보호자는 불복절차를 통해 다룰 수 있으므로, 자치위원회의 결정을 서면으로 통보할 때 재심청구의 요건 및 방법 등에 대하여 안내하여야 한다.⁴⁾⁵⁾

피해학생 보호조치 및 가해학생에 대한 선도조치 등 자치위원회의 결정조치에 대한 이의절차 내지 불복절차를 도식화하면 다음과 같다.



〈그림 1〉 학교폭력 관련 불복절차 개요도

4) 교육부, 학교폭력 사안처리 가이드북, 2014, 70-71면 참조.

5) 한편, 판례는 가해학생에 대한 조치결과를 통지하였으나 처분이유를 고지하지 않은 사안에서 “이 사건 처분을 하면서 이유 제시를 하지 아니하였고, 원고와, 특히 법정대리인인 원고의 부는 그로 말미암아 학교폭력을 구성하는 원고의 각각의 행위를 명확히 알지 못하여 이 사건 처분에 불복하여 행정구제절차로 나아가는 데에 지장이 있었다고 판단된다. 따라서 이 사건 처분에는 행정절차법 제23조 제1항을 위반한 하자가 있다.”고 판시한 바 있다(서울행정법원 2013. 12. 24. 선고 2013구합 59613 판결).

2. 재심절차

가. 피해학생의 재심절차

학교폭력예방방법 제17조의2 제1항에 따라 학교폭력 피해학생 또는 그 보호자는 피해학생에 대한 조치 및 가해학생에 대한 조치에 대하여 지역위원회에 재심을 청구할 수 있다. 피해학생이 재심을 통해 다룰 수 있는 대상은 자신에 대한 피해학생 보호조치와 가해학생에게 내려진 가해학생선도조치로 양자에 대하여 지역위원회에 재심의 형태로 이의를 제기할 수 있는 것이다.⁶⁾ 가해학생조치에 대해서는 조치의 직접 상대방인 가해학생은 물론 피해학생에게도 재심청구를 허용하여 하나의 조치를 두고서 상반된 이해관계 형태의 재심청구가 존재하게 된다. 그리고 가해학생은 자신에 대한 조치 중 전학, 퇴학처분에 대해서만 재심청구를 할 수 있는 것과 달리 피해학생은 가해학생에 대한 모든 조치에 대해서 재심을 청구할 수 있다는 것이 특징이다.

피해학생의 재심청구기한에 대해서는 학교폭력예방방법 제17조의2 제1항에서 “그 조치를 받은 날부터 15일, 조치가 있음을 안 날부터 10일 이내”에 시·도에 설치된 지역위원회에 청구하도록 하고 있다. 재심청구 방법에 대해서는 동법 시행령 제24조 제1항에서 청구인의 이름, 주소 및 연락처, 가해학생, 청구의 대상이 되는 조치를 받은 날 및 조치가 있음을 안 날, 청구의 취지 및 이유를 적어 서면으로 청구하도록 하고 있다. 이와 같이 재심청구를 받은 지역위원회는 30일 이내에 심사·결정하여 청구인에게 통보하여야 한다(학교폭력예방방법 제17조의2 제3항).

나. 가해학생의 재심절차

가해학생 또는 그 보호자의 경우에는 학교폭력예방방법 제17조의2 제2항에 따라 전학이나 퇴학처분에 대하여서만 시·도학생징계조정위원회에 재심을 청구할 수 있다. 앞서 언급한 바와 같이, 피해학생의 재심청구가 가해학생에 대한 모든 조치를

6) 이희관, “재심제도의 문제점 및 개선방향”, 대한변협학교폭력예방방법 개선방안 심포지엄 자료집, 2014. 5., 2면.

대상으로 할 수 있음에 비해 가해학생의 재심청구는 가해학생에 대한 조치 중 전학이나 퇴학조치에 한정된다.⁷⁾

한편, 시·도학생징계조정위원회 재심을 규정한 학교폭력법 제17조의2 제2항은 제1항에서 재심 청구권자를 ‘피해학생’으로 명시하고 있는 것과 달리 가해학생으로 명시하지 않고 ‘의의가 있는 학생’이라고 규정하여 그 청구권자를 어떻게 보아야 하는지 의문이 제기될 수 있다. 그러나 시·도학생징계조정위원회 재심절차는 초·중등교육법 제18조의3에 따르도록 규정하고 있는바, 초·중등교육법이 기본적으로 징계대상 학생의 재심을 인정하는 취지라 할 것이어서 위 재심 청구권자는 가해학생만을 의미하는 것으로 봄이 타당하다. 나아가 전학이나 퇴학조치의 경우 피해학생의 입장에서는 최선의 조치가 행해진 것이라 할 수 있고, 학교폭력예방법 제17조의2 제1항에 따라 지역위원회 재심이 가능하다는 점에 비추어 볼 때, 피해학생에 대해서까지 시·도학생징계조정위원회 재심 청구를 인정할 실익이 없다.

이와 같이 가해학생의 재심은 그 담당기관에 있어서도 피해학생의 재심과는 차이를 보인다. 초·중등교육법 제18조의3에 따른 시·도학생징계조정위원회가 재심을 담당하는데, 위 조정위원회는 본래 학교장의 징계처분 중 퇴학조치에 대한 재심청구를 심사·결정하기 위하여 교육감 소속하에 둔 기관이다. 학교폭력예방법에 의하여 피해학생재심을 담당하는 기관이 별도로 설치되어 운영되고 있는 것과는 달리 가해학생의 재심은 초·중등교육법상의 ‘징계에 대한 재심’을 담당하는 기존의 기관에 그 역할을 부여하는 방식을 취하고 있다. 이에 따라 학교폭력예방법 제17조의2 제6항에서는 재심청구, 심사절차, 결정 통보 등 기존의 초·중등교육법상의 조정위원회 운영규정을 따르도록 하고 있다. 따라서 피해학생의 재심절차 및 담당기관은 학교폭력예방법 및 동법 시행령에서 완결적으로 규정하고 있으나, 가해학생의 재심

7) 헌법재판소는 전학·퇴학조치에 한정된 가해학생의 재심규정과 관련하여 “학교폭력예방법이 가해학생 측에 전학과 퇴학처럼 중한 조치에 대해서만 재심을 허용하는 것은 이에 대해 보다 신중한 판단을 할 수 있도록 하기 위함이고, 전학과 퇴학 이외의 조치들에 대해 재심을 불허하는 것은 학교폭력으로 인한 갈등 상황을 신속히 종결하여 관련 학생들의 보호와 치료·선도·교육을 조속히 시행함으로써 해당 학생 모두가 빨리 정상적인 학교생활에 복귀할 수 있도록 하기 위함인바, 재심에 보통 45일의 시간이 소요되는 것을 감안하면, 신중한 판단이 필요한 전학과 퇴학 이외의 가벼운 조치들에 대해서까지 모두 재심을 허용해서는 신속한 피해 구제와 빠른 학교생활로의 복귀를 어렵게 할 것이므로, 재심규정은 학부모의 자녀교육권을 지나치게 제한한다고 볼 수 없다.”고 판시한 바 있다(헌법재판소 2013. 10. 24. 선고 2012헌마832 결정).

절차 및 담당기관은 초·중등교육법상 징계 재심의 절차 등을 적용받게 된다.⁸⁾

피해학생의 재심과 가해학생의 재심은 그 절차 및 대상, 담당기관 등에서 분리된 형태로 이원화되어 운영되고 있다. 피해학생의 재심과 가해학생의 재심을 비교하면, 다음의 표와 같다.

〈표 1〉 피해학생·가해학생의 재심절차 비교

구분	피해학생 재심	가해학생 재심
근거조문	학교폭력예방법 제17조의2 제1항	학교폭력예방법 제17조의2 제2항
신청권자	피해학생 또는 그 보호자	전학·퇴학조치에 이의가 있는 학생 또는 그 보호자
대상조치	피해학생보호조치 가해학생에 대한 조치	가해학생에 대한 전학, 퇴학처분
담당기관	지역위원회(지방자치단체)	시·도학생징계조정위원회(교육청)
절차규정	학교폭력예방법 제17조의2 제5항, 학교폭력예방법 시행령 제24조	학교폭력예방법 제17조의2 제6항 초·중등교육법 제18조의2 제2항, 초·중등교육법시행령 제31조의2 내지 제31조의4

3. 행정심판절차

행정심판법상 행정심판은 행정청의 위법 또는 부당한 처분이나 부작위로 권리 또는 이익이 침해된 국민이 행정심판위원회에 대해 그 처분의 재심사를 구하고 이에 대해 행정심판위원회가 재결을 행하는 절차를 말한다.⁹⁾ 행정심판은 행정청의 처분을 대상으로 하는바, 국·공립학교에 재학 중인 가해학생은 학교폭력예방법 제17조 제1항의 각 조치에 대하여 행정심판을 제기할 수 있다. 다만 사립학교는 행정청에 해당하지 않고 사립학교 재학생과 학교의 관계는 사법관계라 할 것이므로 사립학교 재학생은 학교장의 조치에 대하여 행정심판을 제기할 수는 없다.¹⁰⁾

8) 이회관, 앞의 글, 3면.

9) 홍정선, 행정법원론(상), 박영사, 2013, 856면.

10) 국민권익위원회에 유권해석[국민권익위원회 행정심판총괄과-9916(2012. 11. 14.)]에 따르면, 사립 학교에 설치된 자치위원회의 결정사항에 대한 이의가 있을 경우 시·도교육청 행정심판위원회에 행정심판청구가 불가하다고 하며 그 이유는 학교폭력예방법 및 동법 시행령에 사립학교에 행정권

반면 재심절차 담당기관인 지역위원회와 시·도학생징계조정위원회는 행정청에 해당하므로, 국·공립학교 재학생인지 사립학교 재학생인지 여부와 관계없이 재심결정에 대해서는 행정심판을 제기할 수 있다. 다만, 지역위원회는 시·도에 설치되어 있어 지역위원회의 재심결정(피해학생의 재심절차)에 대해서는 국민권익위원회에 두는 중앙행정심판위원회에서 다룰 수 있다. 반면 실무상 시·도학생징계조정위원회의 재심결정(가해학생의 재심절차)에 대해서는 시·도교육청의 행정심판위원회가 관할한다.

학교장의 조치에 대해서는 처분이 있음을 알게 된 날부터 90일 이내에 청구하여야 하고, 처분이 있었던 날부터 180일이 지나면 청구하지 못한다(행정심판법 제27조). 재심결정에 대해서는 통보를 받은 날부터 60일 이내에 행정심판을 제기할 수 있다(학교폭력예방법 제17조의2 제4항, 초·중등교육법 제18조의2 제3항).

행정심판법 제30조 제1항은 “심판청구는 처분의 효력이나 그 집행 또는 절차의 속행에 영향을 주지 아니한다.”고 하여 집행부정지를 원칙으로 하고 있다. 행정심판법 제30조 제2항에 의하면, “위원회는 처분, 처분의 집행 또는 절차의 속행 때문에 중대한 손해가 생기는 것을 예방할 필요성이 긴급하다고 인정할 때에는 직권으로 또는 당사자의 신청에 의하여 처분의 효력, 처분의 집행 또는 절차의 속행의 전부 또는 일부의 정지(이하 "집행정지"라 한다)를 결정할 수 있다.”고 하여 예외적으로 집행정지가 허용된다. 따라서 학교폭력 관련 행정심판의 경우에도 집행정지를 신청할 수 있다.

4. 행정소송 및 민사소송

국·공립학교에 재학 중인 학생 또는 그 보호자는 학교장의 조치에 대하여 처분이 있음을 안 날부터 90일 이내, 처분이 있는 날로부터 1년 이내에 행정법원에 취소소송을 제기할 수 있다(행정소송법 제20조).¹¹⁾ 사립학교 재학 중인 학생의 경우 학교

한을 부여하거나 사립학교를 행정청으로 의제한다는 규정이 없기 때문이라고 한다(신강숙, 앞의 글, 679면 인용).

11) 무효확인소송은 처분의 위법성이 중대하고 명백한 경우에만 인정되는데, 제소기간의 제한이 없다. 그러나 행정행위 하자의 효과는 공적 거래의 안전 내지 상대방의 신뢰보호를 고려하여야 하므로

와의 관계는 사법관계에 해당하므로 학교장의 조치에 대하여 조치의 무효확인을 구하는 민사소송을 제기할 수 있다.

가해학생의 경우 전학, 퇴학조치에 대해서는 시·도학생징계조정위원회에 재심을 청구할 수 있는데, 이에 불복하여 행정심판을 청구하거나 행정소송을 제기할 수 있다. 피해학생의 경우 지역위원회에 재심을 청구할 수 있는데, 이에 불복하여 행정심판을 청구하거나 행정소송을 제기할 수 있다. 재심에 대한 불복의 경우는 국·공립 학교 재학생인지 사립학교 재학생인지를 불문하고 행정소송을 제기할 수 있다.

Ⅲ. 판결 및 불복절차 사례를 통해 본 학교폭력예방법의 문제점

최근 학교폭력 관련 조치에 대한 불복절차로서 행정소송, 행정심판 등이 급증하고 있다. 따라서 학교폭력사안 행정심판 재결례, 행정소송 판결례 등을 검토·분석하였다. 이하에서는 학교폭력 관련 판결 및 불복절차의 구체적인 사례를 통해 학교폭력예방법의 문제점을 지적하고 개선방안을 제시하고자 한다.

1. 학교폭력의 개념범위

학교폭력예방법 제2조 제1호에서는 학교폭력을 “학교 내외에서 학생을 대상으로 발생한 상해, 폭행, 감금, 협박, 약취·유인, 명예훼손·모욕, 공갈, 강요·강제적인 심부름 및 성폭력, 따돌림, 사이버 따돌림, 정보통신망을 이용한 음란·폭력 정보 등에 의하여 신체·정신 또는 재산상의 피해를 수반하는 행위”로 규정하고 있다. 그 중에는 강제적인 심부름, 따돌림과 같이 형법상 규정과는 별개의 개념인 경우도 있지만, 학교폭력의 대부분의 대상행위 유형은 상해, 폭행, 감금, 협박, 약취·유인, 명예훼손·모욕, 공갈, 강요, 성폭력 등 형법 혹은 형사특별법에서 구성요건으로 규정된 것과 동일한 용어를 사용하고 있다. 나아가 각 행위유형에 대하여 별도로 정의규정을

(홍정선, 앞의 책, 409면), 원칙적으로 취소사유에 해당한다. 따라서 학교폭력 관련하여서는 제소기간 내에 취소소송을 제기하여야 한다.

두고 있지 않기 때문에 이를 형법상의 개념과 같은 의미로 이해하여야 하는지 의문이 제기된다. 형법은 비난받아야 하는 행위들에 대하여 처벌하는 것에 관한 기본법이라는 점, 법규 해석에 있어서 체계적이고 통일적인 해석이 필요하므로 학교폭력 예방법에서의 용어들이 형법 및 형사특별법에서 해석하는 것과 전혀 별개의 것이라고 할 수 없다는 점 등에서 기본적으로 형법 및 형사특별법에 있어서의 용어와 동일하게 파악해야 한다는 입장이 있다.¹²⁾

사례 1) 중학생 A는 친하게 지내던 친구들 중에 B, C와 사이가 나빠지면서 차례대로 무리에서 소외시키면서 B와 C에게 욕설이 포함된 문자메세지 등을 전송하였다.

사례 1의 경우 판례에서는 “학교폭력법의 목적 및 위 정의 규정의 문언을 살펴볼 때, 학교폭력은 위에서 나열한 폭행, 명예훼손·모욕, 따돌림 등에 한정되지 아니하고 이와 유사하거나 동질의 행위로서 학생의 신체·정신 또는 재산상의 피해를 수반하는 모든 행위를 포함한다고 할 것이고, 위에서 말하는 명예훼손·모욕 역시 형법상 명예훼손죄, 모욕죄와 동일하게 보아 그 성립요건 구비 여부에 따라 판단할 것이 아니라 학생의 보호 및 교육 측면에서 달리 해석하여야 할 필요가 있다”고 판시하였다.¹³⁾ 즉 문자메세지로 욕설 등을 전송하였다 하더라도 공연성이 없어 학교폭력 예방법에서 규정하는 명예훼손 내지 모욕에 해당하지 않는다는 원고의 주장에 대해 학교폭력에 해당하는 명예훼손·모욕은 형법상 명예훼손죄, 모욕죄와 동일하게 볼 것이 아니라 학생의 보호 및 교육 측면에서 달리 해석하여야 한다고 본 것이다.

사례 2) 중학교 2학년에 재학 중인 A는 수업시간에 B가 먼저 물티슈를 던지고 얼굴을 툭툭 치는 등 장난을 걸자 물티슈를 되던지며 대응하던 중 B의 장난이 계속 심해지자 그만 두라는 의미로 A가 칼을 꺼내 B에게 칼날을 보여 주었다. 이에 자리로 돌아간 B는 해당 수업시간이 끝난 후, 화가 난 상태로 A에게 다가와 밖으로 나가자고 했고 A가 불응하자, 청구인의 먹살을 잡고 싸움을 걸었다. 칼을 내려놓으라고 주

12) Baier, Dirk, Gewalt unter Kindern und Jugendlichen in der Schule, Fmilie Partnerschaft Recht, 2013 Heft 10, S. 421 ff./ 김성태, “학교폭력예방법에 대한 고찰-법적용 실재에 있어서의 문제를 중심으로”, 홍익법학 제16권 제3호, 홍익대학교 법학연구소, 2015, 615면 재인용.

13) 서울행정법원 2014. 6. 20. 선고 2014구합250 판결.

변 아이들이 말리자 A는 칼을 내려놓았는데, B는 A의 얼굴을 때려 코피를 터뜨리고 비굴 골절 등의 상해를 입혔다.

사례 2의 사안에서는 A와 B에게 동일한 처분이 내려져 A가 행정심판을 청구하였다. 중앙행정심판위원회는 지속적인 따돌림과 폭력을 받아온 청구인이 대응하는 과정에서 칼을 들어 위협을 한 사실은 인정되나, 괴롭힘을 저지하기 위한 목적이었다고 하더라도 그 침해의 정도가 현존하고도 급박한 위협에 이를 정도는 아니며, 칼을 꺼내어 보인 행위가 괴롭힘을 저지하기 위한 유일한 수단이거나 적합한 수단이라고 할 수 없어 자구행위 내지 정당방위에 해당하지 않는다고 보았다.¹⁴⁾ 사례 2의 경우는 A가 B에게 칼을 들어 보인 행위가 협박에 해당하는지, 그 행위가 위법성이 조각된다고 볼 수 있는지가 문제되었다. 형법상 협박은 해악을 고지하여 상대방에게 하여금 공포심을 일으키는 것으로, 상대방이 그 의미를 인식하면 족하고 현실적으로 공포심을 일으킬 것까지 요구하는 것은 아니다.¹⁵⁾ 그리고 해악고지의 방법에는 제한이 없어 언어나 문서에 의한 것뿐만 아니라 거동이나 태도에 의한 경우도 가능하다.¹⁶⁾ 형법상 협박죄의 구성요건을 동일하게 적용한다면, 사례 2에서 A의 행위는 협박에 해당한다고 볼 수 있다. 그러나 학교폭력예방법의 목적 및 취지에 따라 그러한 행위에 이르게 된 경위나 상대방과의 관계 등을 종합적으로 고려한다면, 상대방의 지속적인 괴롭힘을 막기 위해 칼을 보여준 행위 자체만으로 학교폭력의 협박에 해당한다고 보기는 어렵다.

나아가 정당방위 등 위법성 조각 여부와 관련하여서는 원칙적으로 싸움의 경우 상호간의 침해를 유발한 것이며,¹⁷⁾ 공격의사와 방위의사가 교차하는 경우이므로 정당방위라고 볼 수 없다.¹⁸⁾ 그러나 외관상 싸움으로 보일지라도 “실제로는 한쪽 당사자가 일방적으로 불법한 공격을 가하고 상대방은 이러한 불법한 공격으로부터 자신을 보호하고 이를 벗어나기 위한 저항수단으로 유형력을 행사한 경우”라면, 예외

14) 2012. 11. 22. 재결 행심 2012-6(시·도교육청 행정심판 재결례).

15) 대법원 2007. 9. 28. 선고 2007도696 전원합의체 판결.

16) 대법원 1975. 10. 7. 선고 74도2727 판결.

17) 대법원 1984. 6. 26. 선고 83도3090 판결.

18) 대법원 2000. 3. 28. 선고 2000도228 판결.

적으로 정당방위가 인정된다고 판시하고 있다.¹⁹⁾ 이와 같은 판례의 태도에 비추어 볼 때, 지속적인 괴롭힘에 대항하기 위한 청구인의 행위임에도 불구하고 정당방위를 인정하지 않은 판단은 지나치게 경직된 것으로 보인다. 일회적인 학교폭력이 아니라 사안과 같이 지속적인 학교폭력이 문제되는 상황에서 피해학생이 대응하는 과정의 경우에는 폭력행위 전후 상황, 관련 학생과의 관계, 학교폭력의 특수성 등을 종합적으로 고려하여 정당방위 인정 여부 등을 판단하는 것이 타당하다.

학교폭력예방법 제1조에서는 “피해학생의 보호, 가해학생의 선도·교육, 학생의 인권 보호 및 건전한 사회구성원으로서의 육성”을 그 목적으로 하는 바, 학교폭력예방법은 학교폭력 발생의 예방, 피해학생의 보호, 가해자에 대한 교육적 차원의 징계 등을 주된 내용으로 한다. 학교폭력예방법의 목적 및 내용에 비추어 볼 때, 용어상 동일하게 규정되어 있더라도 학교폭력예방법상 학교폭력의 개념을 형법 및 형사특별법의 개념과 반드시 동일하게 파악해야 할 필요는 없다. 또한 학교폭력예방법은 학교폭력을 일정한 행위유형 등에 의하여 “신체·정신 또는 재산상의 피해를 수반하는 행위”라고 규정하여 포괄적으로 개념정의 하고 있다. 이러한 규정 형식에 비추어 볼 때에도 같은 맥락에서 이해할 수 있다. 따라서 학교폭력의 대상 행위유형들을 파악함에 있어서는 형법 및 형사특별법 상의 전체 법체계를 고려하여 해석하되 학교폭력예방법의 목적 및 취지에 따라 독자적으로 판단하여야 한다.²⁰⁾ 다만 학교폭력의 개념이 지나치게 광범위하게 설정될 수 있는 문제가 있으므로, 우선적으로는 전체 법체계에 따라 통일적인 해석이 필요하고, 사안에 따라서는 학생의 보호 및 교육 측면에서 달리 해석할 수 있다고 봄이 타당하다.²¹⁾

2. 학교생활기록부 기재로 인한 문제

초·중등교육법 제25조 제1항 및 동법 시행규칙 제21조, 제23조, 제24조, 「학교생

19) 대법원 2003. 5. 30. 선고 2003도1246 판결.

20) 김성태, 앞의 논문, 614-615면.

21) 한편, 학교폭력예방법이 교육적 차원의 입법목적을 지니고 가해자에 대한 조치도 비사법적 처리라는 면에서 형법상 범죄의 성립요건과는 별도로 판단하는 것을 원칙으로 하되, 사안에 따라 형법의 개념을 유추적용 내지 참고하여야 한다는 견해가 있다(신강숙, “행정심판 사례를 통하여 본 학교폭력예방법 고찰”, 강원법학 제41권, 강원대학교 비교법학연구소, 2014. 2., 661면).

활기록 작성 및 관리지침」 제8조, 제18조에 따라 가해학생에 대한 조치는 학교생활 기록부에 기재·보존된다. 학교생활기록부 기재가 학교폭력을 예방하고 재발을 방지하는 효과적인 수단이 될 수 있다는 의견도 있지만,²²⁾ 이로 인하여 학교폭력 징계조치에 대한 불복절차로 행정소송, 행정심판 등을 제기하는 경우가 급증하고 있다.²³⁾ 학교생활기록부 기재를 사전에 막기 위하여 변칙적인 합의를 시도하기도 하고,²⁴⁾ 자치위원회 자체를 개최되지 않게 하기 위해 학교폭력 사건 처리가 왜곡되는 문제도 발생하고 있다.²⁵⁾

사례 3) ○○ 초등학교 4학년 A는 피해학생의 바지를 강제로 벗겨 사진을 찍고 피해학생을 움직이지 못하게 하고 볼펜으로 항문을 찔렀으며, 화장실로 데려가 선생님에게 이르지 말라고 협박을 하였다. 이에 A에 대해서는 피해학생에 대한 서면사과, 피해학생에 대한 접촉, 협박 및 보복행위 금지, 학내외 전문가에 의한 특별교육이수 또는 심리치료, 전학의 처분을 하였다. A는 전학처분 집행 전에 자발적으로 △△ 사립 초등학교로 전학을 하였다.

사례 3의 경우 A가 행정소송을 제기하였는데, 피고 학교장이 본안 전 항변으로 A에 대한 일부 처분이 이미 이행되었고 A가 전학처분 집행 전에 자발적으로 전학을 하였으므로 소의 이익이 없다고 주장하였다. 학교생활기록부는 행정소송의 권리보호이익과도 관련이 있는데, 행정소송실무에서는 가해학생에 대한 조치를 이미 이행하였거나 집행되었음에도 불구하고 소를 제기하는 경우에도 학교생활기록부 기재 때문에 권리보호이익을 인정하고 있다. 사례 3의 경우도 판결에서 “A는 현재 △

22) 헌법재판소는 “학교폭력 관련 조치사항들을 학교생활기록부에 기재하고 보존하는 것은 가해학생을 선도하고 교육할 수 있는 유용한 정보가 되고, 특히 상급학교로의 진학 자료로 사용됨으로써 학생들의 경각심을 고취시켜 학교폭력을 예방하고 재발을 방지하는 가장 효과적인 수단”이 된다고 보았다(헌법재판소 2016. 4. 28. 선고 2012헌마630 결정).

23) 한국일보, 2016년 4월 30일자 기사, “학교폭력 생활기록부 보존 지침 합헌... 학교 현장 소송 부채질”, (<http://news.naver.com/main/read.nhn?mode=LSD&mid=sec&oid=469&aid=0000140795&sid1=001&lfrom=band>, 2017. 11. 20. 최종검색).

24) 탁경국, “학교폭력예방방법의 문제점에 대한 전반적 검토”, 회복적 과정이 가능한 학폭법 개정 토론회 자료집, 2016, 8면.

25) 서동진, “학교폭력대책자치위원회의 필요적 개최에 따른 문제점 및 개선방향”, 대한변협 학교폭력 예방법 개선방안 심포지엄 자료집, 2014, 5면.

△초등학교에 재학 중이어서 위 조치사항들이 아직 삭제되지 않은 상태이며, 그 같은 기재가 담긴 학교생활기록은 상급학교의 학생선발을 위하여 필요한 경우 제공되도록 되어 있으므로, 비록 이 사건 처분 중 일부의 집행이 종료되었고 원고가 자발적으로 전학함으로써 전학처분의 집행이 불가능하게 되었다 하더라도 여전히 위와 같은 학교생활기록의 기재에 따른 불이익이 있다”고 보아 권리보호이익을 인정하였다.²⁶⁾

한편 헌법재판소는 가해학생에 대한 조치사항을 입력하도록 한 학교생활기록부 기재 및 보존조항에 대해 개인정보자기결정권을 침해하지 않는다고 보아 합헌결정을 한 바 있다.²⁷⁾ 그러나 학교생활기록부 기재를 사전에 막기 위해 또는 사후적으로 취소하기 위하여 무리한 소송을 진행하는 부작용이 상당하다. 실제로 학교생활기록부 기재로 인해 학교생활에 있어서 낙인효과와 문제가 발생하기도 하고, 오히려 상급학교 진학 시 어려움이 있다는 이유로 학교생활을 포기하는 경향이 나타나기도 한다. 뿐만 아니라 소년법 제32조 제6항에서는 “소년의 보호처분은 그 소년의 장래 신상에 어떠한 영향도 미치지 아니한다”고 규정하고 있는바, 형사법을 위반한 경우와 비교할 때 경미한 학교폭력이 문제되어 조치를 받은 경우에도 장래 불이익을 받는다는 점에서 형평에 맞지 않는다.²⁸⁾ 가해학생의 반성과 개선여지 등을 전혀 고려하지 않고 모든 조치에 대해 학교생활기록부에 일률적으로 기재하도록 강제하는 것은 재검토 되어야 한다.

사례 4) 중학생 甲은 A, B, C, D로부터 지속적인 폭행과 집단 따돌림을 받아 수사기

26) 서울행정법원 2014. 9. 5. 선고 2013구합31202 판결.

27) “학교폭력 관련 조치사항 중 비교적 경미하다고 할 수 있는 서면사과, 보복금지, 교내봉사, 학급교체 등의 조치까지 학교생활기록부에 기재하고 보존하도록 하고 있는데, 이처럼 경미한 조치까지 학교생활기록부에 기재하고 보존하도록 하는 것은 과하다고 볼 여지도 있다. 그러나 이러한 조치들도 학교폭력예방방법상의 절차에 따라 충분한 소명의 기회가 부여된 상태에서 내려진 것이고, 비록 경중에 차이는 있을지언정 일단 학교폭력이 인정되어 학교폭력예방방법에 열거된 조치를 받은 것이라면, 앞서 보았던 학교생활기록부예의 기재 및 보존의 필요성에 있어서는 다르지 않다. 그리고 기재된 조치사항의 종류를 보면 문제 된 학교폭력 사안의 경중 역시 추단할 수 있으므로, 단지 조치사항이 기재되고 보존된다는 사실만으로 이를 지나친 제재라고 보기는 어렵다.”고 판시하였다 (헌법재판소 2016. 4. 28. 선고 2012헌마630 결정).

28) 탁경국, 앞의 글, 11면.

판에 이들을 고소하였고, 이에 학교폭력대책자치위원회가 열려 A, B, C, D에 대한 전학조치를 의결하였다. 이후 甲은 추가로 E, F를 집단 따돌림의 가해자로 지목하였다. 이에 학교폭력대책자치위원회가 열렸으나 E, F가 甲을 폭행하였는지 여부가 명확하지 않고, 다만 학교 내 계단에서 甲과 F가 서로 밀친 사실이 인정된다는 이유로 甲과 F에게 서로에 대한 서면사과를 할 것을 의결하였다. 그러나 甲은 이에 불복하여 재심청구를 하였으나 기각결정을 받았고, 서면사과를 하지 않은 채 중학교를 졸업하였다.

사례 4에서 甲은 학교폭력 징계처분 취소소송을 제기하였다. 판례에서는 원고가 서면사과를 이행하지 않은 채 졸업을 하였고, 졸업과 동시에 학교생활기록부 기재도 삭제되었는데, 서면사과조치의 취소를 구할 법률상 이익이 없다고 보았다.²⁹⁾ 서면사과조치의 경우 가해학생의 양심의 자유 등 헌법상 기본권을 침해할 우려가 있는데,³⁰⁾³¹⁾ 특히 사안과 같이 가해학생이 학교폭력 자체를 부인하거나 사과의사가 전혀 없는 경우 이를 강요하는 것은 문제가 있는 것으로 보인다. 나아가 학교폭력을 사전에 예방하고 그 사후처리를 교육적인 관점에서 해결하고자 하는 학교폭력예방

29) “원고가 위 중학교를 이미 졸업한 사실, 원고에 대한 위 서면사과조치가 생활기록부 등 서면에 기록되지 않은 사실은 앞서 본 바와 같은바, 원고는 위 중학교를 졸업함으로써 더 이상 서면사과를 할 의무를 부담하지 않게 되었다 할 것이고(학교폭력예방 및 대책에 관한 법률 제17조 에 의하면, 자치위원회의 ‘서면사과조치’를 가해학생이나 그 보호자에게 강제할 수 있는 방법이 없다), 이 사건 서면사과조치가 생활기록부 등에 기재되지 않아 그로 인하여 원고가 진학이나 취업 등 장래에 어떠한 불이익을 받게 되는 것도 아니다. 또한 원고가 주장하는 인격·명예권에 대한 침해의 회복 등은 실질적·경제적 이익에 불과하다. 따라서 원고는 이 사건 서면사과조치의 취소를 구할 법률상 이익이 없다고 봄이 상당하다.”고 보아 각하판결을 내렸다(울산지방법원 2015. 5. 14. 선고 2014구합2069 판결).

30) 헌법재판소는 사죄광고제도가 이를 거부하는 사죄자의 양심의 자유 및 인격권을 침해한다고 판시하였고(헌법재판소1991. 4. 1. 자 89헌마160 결정), 공직선거법상 사과문 게재명령이나 방송법상 사과명령제도에 대해서도 인격권을 침해하여 위헌이라고 판단하였다(헌법재판소 2015. 7. 30. 선고 2013헌가8 결정, 헌법재판소 2012. 8. 23. 선고 2009헌가27 결정). 이는 직접적으로 학교폭력예방법상 서면사과조치의 위헌성을 다룬 것은 아니지만, 학교폭력을 부인하거나 사과의사가 없는 가해학생에 대해 서면사과조치를 부과에 대하여 시사하는 바가 크다.

31) 한편, 학교폭력예방법상 서면사과 처분을 받은 가해학생이 제기한 서면사과처분 무효확인 소송 중 학교폭력예방법 제17조 제1항 제1호에 대한 위헌법률심판제청을 신청하였다. 서면사과 처분에 대한 해당조항은 헌법상의 양심의 자유를 침해한다거나 비례의 원칙에 반하여 인격권을 침해하지 않는다고 판단하여 청구인의 위헌법률심판제청신청을 기각한 바 있다(서울고등법원 2015. 2. 6. 선고 2014카기589 판결).

법의 제정취지에 비추어 볼 때, 사과의사가 없는 학생에 대해서까지 서면사과조치를 부과하는 것은 조치의 실효성 측면에서도 바람직하지 않다.³²⁾

3. 학교폭력자치위원회의 필요적 개최

학교폭력예방법 제13조 제2항에서 자치위원회는 분기별 1회 이상 회의를 개최하고, 자치위원회 위원장은 피해학생 또는 그 보호자가 요청하는 경우(동법 제13조 제2항 제3호), 학교폭력이 발생한 사실을 신고받거나 보고받은 경우(제4호), 가해학생이 협박 또는 보복한 사실을 신고받거나 보고받은 경우(제5호)에 회의를 소집하여야 한다고 규정하고 있다. 학교폭력예방법 제17조 제1항은 “자치위원회는 피해학생의 보호와 가해학생의 선도·교육을 위하여 가해학생에 대하여 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 조치(수 개의 조치를 병과하는 경우를 포함한다)를 할 것을 학교의 장에게 요청하여야” 한다고 규정하여 자치위원회에서 가해학생에 대한 조치를 의무화하고 있다. 또한 학교폭력예방법 제17조 제6항은 “제1항에 따른 요청이 있는 때에는 학교의 장은 14일 이내에 해당 조치를 하여야 한다.”고 규정하고 있다. 따라서 현행 학교폭력예방법에 의하면 학교폭력 사건이 발생하였을 경우 자치위원회가 반드시 소집되어야 하고 자치위원회가 소집되면 가해학생에 대한 조치가 의무적으로 이루어져야 하는 것으로 해석된다. 이와 같은 규정을 둔 이유는 그 동안 문제되었던 학교폭력에 대한 학교 측의 불합리한 처리나 은폐가능성 등을 차단하여 학교폭력에 예외 없이 엄정하게 대처하도록 하기 위한 것으로 보인다.³³⁾

나아가 학교폭력예방법 제11조 제10항은 “학교폭력이 발생한 때에 해당 학교의 장 또는 소속 교원이 그 경과 및 결과를 보고함에 있어 축소 및 은폐를 시도한 경우”에 학교의 장 및 교원에 대해서 징계의결을 요구하여야 한다고 규정하여 학교폭력사안처리에 대한 교사의 책임과 의무를 강화하였다. 이와 같이 자치위원회의 필요적 개최 규정 및 교사의 책무성 강화 규정으로 인해 사실상 교사들의 학교폭력사안 처리에 대한 부담이 가중되고 있다.

32) 윤은경, “「학교폭력예방법 및 대책에 관한 법률」상 학교폭력 가해학생에 대한 조치에 관한 소고”, 강원법학 제46권, 강원대학교 비교법학연구소, 2015. 10., 468-473면 참조.

33) 김성태, 앞의 논문, 623면.

사례 5) 중학생 A는 같은 반 학생 B, C, D로부터 지속적인 괴롭힘과 폭행을 당하였는데, 이에 A의 부모는 학교폭력 사실을 담임교사인 甲에게 알리면서 A가 피해를 입을 것을 염려하여 우회적인 방법으로 조사하여 적절한 조치를 해달라는 취지로 부탁하였다. 교사 甲은 B, C, D를 따로 불러 사이 좋게 지내라며 주의를 주고 훈계를 하였으나, 징계조치를 취하지는 않았다. 이후 학교폭력으로 고민하던 A는 자살에 이르렀고, A의 부모는 담임교사 甲에 대해 진정서를 접수하여 甲은 직무유기 혐의로 입건되었다.

사례 5는 학교폭력 피해학생의 자살사건과 관련하여 교사로서 적절한 조치를 취하지 않았다는 이유로 담임교사의 직무유기죄가 문제된 사안이다.³⁴⁾ 이에 대해 1심은 “피해신고를 받고서도 일반 교사로서 하는 지극히 일상적인 업무만 했을 뿐 가해학생이나 피해학생을 분리하여 불러서 확인하거나 제3의 학생들과 면담을 통하여 학교폭력실태를 조사도 하지 않았고, 담임교사로서 요구되는 최소한의 적절한 조치를 취한 점이 전혀 없는데, 이러한 사실에 비추어 학교폭력이나 김○○에 대한 학교폭력신고에 대하여 피고인이 취한 직무수행 정도는 의식적인 방임 내지 포기에까지 이르렀다고 볼 수 있다”면서 유죄로 판단하여 선고유예 판결을 내렸다.³⁵⁾ 그러나 항소심에서는 “피고인이 김○○ 부모의 4차례에 걸친 요청이 있었음에도 학교폭력 예방법에 따라 학교의 장에게 통보하지 않은 사실은 있으나, 이는 피고인이 당초 위 요청에 대해 학교폭력 사실이 공개되어 김○○에게 피해가 가지 않도록 우회적인 방법으로 조치를 취하여 달라는 취지로 이해한 사정으로 말미암아 자체적으로 해결하려고 안일하게 판단한 데에 기인한 것일 뿐 직무에 관한 의식적인 포기라고 보기는 어렵다”고 보아 무죄 판단을 하였다.³⁶⁾ 이에 검찰이 상고를 하였으나, 상고기각되어 무죄 판결의 원심이 확정되었다.³⁷⁾ 피해학생 부모가 신고 시 보복을 우려하여 조용히 해결하여 달라고 담임교사에게 요청을 하였고, 담임교사도 자치위원회를 개최하지 않는 것이 낫다고 판단하여 자체적으로 해결하고자 한 사안이 담임교

34) 서울신문, 2012년 2월 14일자 기사, “학교폭력 문제 ‘교사 직무유기’ 논쟁 비화”, (<http://www.seoul.co.kr/news/newsView.php?id=20120214024001>, 2017. 11. 20. 최종검색).

35) 서울남부지방법원 2015. 7. 3. 선고 2014고단2171 판결.

36) 서울남부지방법원 2016. 1. 7. 선고 2015노1145 판결.

37) 대법원 2016. 7. 14. 선고 2016도1368 판결.

사의 형사책임 문제로까지 확대된 사건이다.

학교폭력에 대한 적극적 대응을 위해 교사의 책무성을 강화하고, 자치위원회를 필요적으로 개최하도록 규정을 둔 취지는 충분히 공감할 수 있다. 그러나 처벌 강화에 초점이 맞춰진 일련의 규정과 담임교사 직무유기 사건 등을 통해 학교폭력 사안의 구체적 내용과 상관없이 기계적이고 경직된 해결방안으로 대응하도록 하는 것은 학교폭력 해결의 근본적인 목적에 부합하지 않는다. 학생들 사이에 일상적으로 발생할 수 있는 사소한 다툼도 학교폭력으로 인지되는 순간 자치위원회가 무조건 학교폭력 해당 여부를 판단한 후 그에 상응하는 조치를 취해야 하는 현행 구조에서는 교사들이 교육적 관점에서 재량권을 발휘할 여지가 없게 된다.³⁸⁾ 학생들 간의 관계 회복 내지 화해를 위한 교사의 노력과 학교폭력의 은폐·축소 내지 직무유기에 이르는 교사의 직무 포기는 분명히 구별되어야 할 것이다.

4. 학교폭력자치위원회의 구성 및 공정성

사례 6) 초등학생 A는 같은 반 여학생 B와 이성교제를 하면서 포옹, 키스 등 부적절한 신체접촉을 하였다. 학교폭력대책자치위원회는 A에게 학교폭력예방법 제17조 제1항 제1호, 제2호, 제5호 처분을 요청하였고, B의 부모는 자치위원회 결정에 대해 재심을 청구하여 3호 조치가 추가되었다.

사례 6은 초등학생 간의 이성교제 중 부적절한 신체접촉을 이유로 가해학생에게 학교폭력예방법 제17조 제1항 1호, 2호, 5호 조치가 내려졌으나, 피해학생의 학부모가 지역위원회에 재심을 청구하여 3호 조치가 추가되었고, 이에 가해학생이 불복하여 소를 제기한 사안이다.³⁹⁾ 구체적인 사안에서는 절차적 위법성이 문제되었는데, 자치위원회의 전체위원의 과반수를 학부모전체회의에서 직접 선출된 학부모대표로 위촉하지 않아 자치위원회가 위법하게 구성되었다. 또한 학교장이 자치위원회의 심의·의결절차에 참여하여 비공개원칙에도 반하였다. 사안과 같이 여러 차례 자치위원회 회의가 진행되면서 위원 구성뿐만 아니라 소집 자체가 쉽지 않은 문제가 있

38) 탁경국, 앞의 글, 8면.

39) 의정부지방법원 2015. 4. 14. 선고 2014구합7133 판결.

다. 또한 학교폭력예방법 제13조 제1항, 동법시행령 제14조에 따르면, 자치위원회 위원의 위촉권이 전적으로 학교장에게 있어 절차상 학교폭력사안의 처리가 학교장의 상당한 영향력을 받을 수밖에 없다. 따라서 자치위원회 결정의 공정성 및 객관성을 확보하기 위해 자치위원회 위원 구성 및 권한 등에 대한 논의가 필요할 것으로 보인다.

학교폭력예방법 제13조 제1항에서는 “자치위원회는 위원장 1인을 포함하여 5인 이상 10인 이하의 위원으로 구성하되, 전체위원의 과반수를 학부모전체회의에서 직접 선출된 학부모대표로 위촉하여야 한다”고 규정하고 있다. 이와 같이 자치위원회의 구성에서 전체위원의 과반수를 학부모대표로 위촉하도록 한 것은 학부모의 감시적 역할로 자치위원회의 투명성과 공정성을 꾀하기 위함이다.⁴⁰⁾ 그러나 자치위원회의 회의는 출석위원 과반수 찬성으로 의결되므로(학교폭력예방법 시행령 제14조 제5항), 일정영역에 과반수이상의 위원을 배정하는 것은 바람직하지 않다. 특히 학부모대표는 해당 학교의 학부모로서 학교 측에 대한 입장이나 관련 학생과의 관계에 있어서 중립적으로 사안을 처리하기 힘든 상황에 놓일 수 있다는 점도 고려하여야 한다.

자치위원회 위원은 학교폭력예방법 시행령 제14조 제1항의 요건에 해당하는 자 중에서 학교의 장이 임명하거나 위촉한다. 이와 같이 자치위원회의 구성에 관한 임명권이 학교장에게 전적으로 있고, 외부 위원의 비율도 별도로 정해져 있지 않아 형식적으로 운영될 가능성이 크다. 이와 같이 자치위원회의 구성에 관하여 구체적인 지침이나 기준이 마련되어 있지 않아 실제 운영에 문제점이 있다. 따라서 자치위원회 위원의 구성과 운영에 관해 보다 자세한 공적 지침이나 기준을 마련하여야 하는데, 특히 자치위원의 선정기준을 구체적으로 명시하고, 자치위원 선정을 위한 투명하고 공개적인 모집절차를 마련할 필요가 있다.⁴¹⁾

학교폭력사안에서 자치위원회의 조치결정에 대하여 재심, 행정심판, 행정소송 등

40) 정현미, “학교폭력예방을 위한 법제의 개선방안”, 소년보호연구 제20호, 한국소년정책학회, 2012, 254면.

41) 박찬길, “학교폭력대책법에 대한 비판적 검토”, 소년보호연구 제15호, 한국소년정책학회, 2010, 106면; 김현철, “학교폭력 예방 및 대책에 관한 법률의 개선방안-이론적 고찰”, 법교육연구 제5권 제1호, 한국법교육학회, 2010, 78면.

을 제기하는 사례가 급증하고 있다. 앞서 본 바와 같이 학교생활기록부 기재로 인한 불이익을 막기 위해 자치위원회 결정에 대한 불복이 증가한 것이기도 하지만, 자치위원회 결정에 대한 신뢰성 및 공정성과도 관련이 있다. 학교폭력 처리과정에서 학교별 사안별 각 결정에 대한 편차가 발생할 수는 있다. 이러한 문제점을 해결하기 위해서는 조치 결정에 있어 세부적인 양정기준을 마련하는 것이 바람직하다.⁴²⁾

5. 재심절차 이원화로 인한 문제

사례 7) 고등학생 A와 B는 서로 폭행을 하면서 싸웠는데, 학교폭력자치위원회는 A에게는 서면사과, B에게는 교내봉사 5일을 결정하였다. A는 이에 불복하여 지역위원회에 재심을 청구하였으나 재심청구 기각 결정이 내려졌다. 이에 A는 불복하여 행정심판을 청구하였다.

사례 7에서 청구인은 자치위원회의 결정에 불복하여 지역위원회에 청구인에 대한 서면사과 결정을 취소되어야 한다는 취지로 재심을 청구하였다가 기각결정을 받았다. 그러나 중앙행정심판위원회는 청구인의 재심청구는 ‘가해학생으로서 받은 조치 결정’에 대한 불복으로 ‘피해학생에 대한 조치’나 상대방 ‘가해학생에 대한 조치’에 대한 불복이 아니므로, 피해학생으로서의 재심청구에 해당하지 않는다고 보았다.⁴³⁾ 따라서 재심의 범위를 벗어난 사항을 대상으로 하여 재심기각 결정을 하였는바, 위 ‘학교폭력 재심청구 기각결정 통보처분’을 ‘학교폭력 재심청구 각하결정 통보처분’으로 변경한 것이다.

이는 학교폭력 재심기관이 이원화되어 있어서 사안과 같이 사실관계상 피해학생이지만 쌍방이 학교폭력 가해학생으로 조치를 받은 경우에 피해학생으로서의 재심

42) 한편, 교육부는 학교폭력예방법 제17조 및 동법시행령 제19조에서 위임된 가해학생 조치별 적용 세부기준을 고시하였다. 조치별 세부기준의 기본 판단요소는 ① 학교폭력의 심각성, ② 학교폭력의 지속성, ③ 학교폭력의 고의성, ④ 가해학생의 반성정도, ⑤ 가해학생 및 보호자와 피해학생 및 보호자 간의 화해의 정도이며, 부가적 판단요소로 피해학생이 장애학생인지 여부도 고려하도록 하고 있다. 조치별 세부기준은 판단요소의 각 항목에 대한 점수를 배정하여 판단하게 함으로써 가해학생에 대한 자치위원회 조치의 공정성을 확보하고자 한 것으로 판단된다.

43) 2013. 4. 9. 재결 중앙행심 2012-21307(중앙행정심판위원회 재결례).

청구를 한 경우에는 재심청구 각하결정에 이르게 되는 문제가 발생한다. 또한 대부분 학교폭력전담기구가 사안을 조사하여 자치위원회에 보고하게 되는데, 학교폭력전담기구 및 자치위원회 단계에서 가·피해 사실을 제대로 확정하지 못하는 경우 이를 제대로 다루는 방법이 어려워질 수 있음을 보여주는 사례이다.

학교폭력예방법 제17조의2 제1항과 제2항에서는 피해학생과 가해학생의 재심청구에 대해 규정하고 있는데, 재심절차 및 담당기관 등이 이원화되어 있다. 따라서 동일한 학교폭력사안에 대해서도 각각 피해학생은 지역위원회에, 가해학생은 시·도학생징계조정위원회에 재심을 청구할 수도 있다. 이러한 경우 각 재심기관에서 서로 모순되거나 저촉되는 재심결과를 내릴 수도 있다.⁴⁴⁾ 나아가 재심 청구가 순환되는 문제가 발생할 수도 있는데, 피해학생이 재심을 통해 가해학생에 대해 전학·퇴학조치로 변경된 경우 가해학생이 이를 다시 재심으로 다룰 수 있는지가 문제된다. 또한 이 때 가해학생이 재심을 통해 다루는 것은 변경된 전학·퇴학조치인데, 그 심판대상을 전학·퇴학결정을 한 지역위원회 판단에 한정할 것인지 아니면 당해 사안에 대한 적절한 가해학생 조치로 넓게 보아야 할 것인지도 문제된다. 게다가 각 재심기관의 결정에 대한 기속력이 미치지 않으므로 다시 이에 대해 재심을 청구할 수 있는 여지가 있어 재심절차의 반복·순환 가능성도 있다.⁴⁵⁾ 따라서 실무상 재심절차를 병합하여 진행하거나 또는 재심담당기관을 일원화하는 법률 개정이 필요한 것으로 보인다.

한편 학교폭력예방법 시행령 제24조 제3항에서는 “지역위원회는 직권으로 또는 신청에 따라 청구인, 가해학생 및 보호자 또는 관련 교원 등을 지역위원회에 출석하여 진술하게 할 수 있다.”고 규정하여 피해학생 재심절차에서 가해학생에 대한 절차 참여 기회를 규정하고 있다. 그러나 시·도학생징계조정위원회에서의 재심에 대하여는 피해학생의 절차를 보장하는 이와 같은 규정이 마련되어 있지 않다. 이원화된 재심절차 구조 하에서 재심을 청구하지 않은 가해학생 또는 피해학생에 대하여 재심청구가 있음을 고지하거나 재심절차의 참여를 보장하는 규정이 현재 법률에는 규

44) 예컨대, 가해학생에 대해 전학조치가 내려진 경우 퇴학처분을 요구하는 피해학생의 재심청구와 가해학생은 이러한 전학조치를 취소하거나 완화해주는 재심청구를 각각 다른 재심기관에 청구하는 경우를 상정할 수 있다(김성태, 앞의 논문, 627면).

45) 이회관, 앞의 글, 10면.

정되어 있지 않다. 따라서 재심을 청구하지 않은 학생, 즉 가해학생 재심절차에서 피해학생과 피해학생 재심절차에서 가해학생이 의견을 진술하는 등 절차참여 기회가 보장되어야 할 것이다. 이러한 절차보장의 기회를 갖지 못한 채 불리한 결정이 이루어지지 않도록 재심절차 개시 및 진행에 대한 고지, 의견진술 기회제공 등 절차참여에 관한 근거규정을 법률에 마련할 필요가 있다.⁴⁶⁾

지역위원회에 대한 재심청구가 있고 이에 따라 지역위원회의 결정이 있는 경우 학교폭력예방법은 제17조의 2 제4항에서 “제3항의 결정에 이의가 있는 청구인은 그 통보를 받은 날부터 60일 이내에 행정심판을 제기할 수 있다.”고 규정하여 지역위원회의 결정에 이의가 있는 청구인이 행정심판을 제기할 수 있음을 명시하고 있다. 지역위원회는 시·도에 설치되어 있어 재심에 대한 행정심판은 현재 중앙행정심판위원회가 관할한다. 그러나 가해학생이 조치에 대해 바로 행정심판을 제기하는 경우 또는 시·도학생징계조정위원회의 재심에 대해서 행정심판을 청구하는 경우에는 시·도교육청행정심판위원회가 관할한다. 따라서 동일한 학교폭력사안에 대하여 가해학생, 피해학생의 재심청구로 인하여 각기 다른 행정심판위원회가 행정심판을 담당하게 되는 경우도 발생할 수 있다. 행정심판법 제37조에서는 “위원회는 필요하면 관련되는 심판청구를 병합하여 심리하거나 병합된 관련 청구를 분리하여 심리할 수 있다”고 규정하고 있지만, 각 행정심판위원회 중 어느 행정심판위원회에서 심리하여야 할지에 대한 논란은 여전히 남게 된다.⁴⁷⁾ 재심절차의 이원화로 인해 행정심판절차도 이원화된 형태로 진행될 수밖에 없어 재심절차에서의 문제가 행정심판 관할의 이원화 문제로 계속하여 발생하는 것이다.

IV. 결론

학교폭력에 대한 바람직한 처리 방향은 피해학생을 보호하고 위로하며 가해학생에 대해서는 가해행위에 대한 책임을 지고 반성하게 하되, 피해학생과 가해학생이

46) 김성태, 앞의 논문, 628면.

47) 김성태, 앞의 논문, 628면.

화해하고 모두가 학교생활을 원만히 할 수 있도록 하는 것이어야 한다.⁴⁸⁾ 그럼에도 불구하고 현행 학교폭력예방법 처리절차 및 불복절차와 관련한 운영현황을 보면, 교육적 목적을 전제로 한 원만한 해결 대신 법적 쟁송의 장으로 변질되고 있다.

이러한 관점에서 학교폭력 관련 판결 및 불복절차의 구체적인 사례를 통해 학교폭력예방 및 대책에 관한 법률의 문제점을 지적하고 개선방안을 제시하고자 하였다. 먼저 학교폭력의 개념범위와 관련하여서는 형법 및 형사특별법 상의 전체 법체계를 고려하여 해석하되 학교폭력예방법의 목적 및 취지에 따라 독자적으로 판단하여야 할 것이다. 그리고 학교생활기록부 기재로 인해 학교폭력에 대한 억제효과를 가져올 수 있다고 하지만, 이에 따른 사건의 왜곡이나 법적 분쟁이 계속된다는 점에서 재검토가 필요하다. 특히 서면사과 조치의 경우 헌법상 양심의 자유나 인격권 등의 침해 소지가 있다는 점에서 적절하지 않고, 학교폭력을 사전에 예방하고 그 사후처리를 교육적인 관점에서 해결하고자 하는 학교폭력예방법의 제정취지에 비추어 볼 때에도 조치의 실효성 측면에서 바람직하지 않다.⁴⁹⁾ 자치위원회의 필요적 개최 규정 및 교사의 책무성 강화 규정으로 인해 사실상 교사들의 학교폭력사안 처리에 대한 부담이 가중되고 있는 실정인데, 실제 사안에서 학교폭력 처리와 관련하여 교사의 직무유기죄 성부를 다투는 사건까지 확인할 수 있었다. 마지막으로 불복절차에 관해서는 재심절차의 이원화로 인해 각 재심기관의 결정이 서로 모순·저촉될 우려가 있고, 이에 따라 행정심판절차도 이원화된 형태로 진행되어 문제가 계속하여 발생하게 된다. 따라서 실무상 재심절차를 병합하여 진행하거나 또는 재심담당기관을 일원화하는 법률 개정이 필요한 것으로 보인다.

학교폭력사건 처리의 근본이 되는 학교폭력예방법을 올바르게 제정하고 운영하는 것은 학교폭력을 예방하는 또 다른 대책이기도 하다. 따라서 실제 판결 및 불복절차 사례에서 지적된 문제점들을 보완하여 학교폭력예방법에 반영함으로써 학교폭력에 대한 바람직한 처리방향을 제시하여야 할 것이다.

48) 헌법재판소 2013. 10. 24. 선고 2012헌마832 결정(반대의견).

49) 장해진, “학교폭력예방 및 대책에 관한 법률상의 서면사과 처분의 위헌성에 대한 검토”, 법과 정책 제23권 제2호, 제주대학교 법과정책연구원, 2017.

참고문헌

- 교육부, 학교폭력 사안처리 가이드북, 2014.
- 홍정선, 행정법원론(상), 박영사, 2013.
- 김성태, “학교폭력예방법에 대한 고찰-법적용 실제에 있어서의 문제를 중심으로”,
홍익법학 제16권 제3호, 홍익대학교 법학연구소, 2015.
- 김현철, “학교폭력 예방 및 대책에 관한 법률의 개선방안-시론적 고찰”, 법교육연구
제5권 제1호, 한국법교육학회, 2010.
- 박찬걸, “학교폭력대책법에 대한 비판적 검토”, 소년보호연구 제15호, 한국소년정책
학회, 2010.
- 서동진, “학교폭력대책자치위원회의 필요적 개칭에 따른 문제점 및 개선방향”, 대한
변협 학교폭력예방법 개선방안 심포지엄 자료집, 2014.
- 신강숙, “행정심판 사례를 통하여 본 학교폭력예방법 고찰”, 강원법학 제41권, 강원
대학교 비교법학연구소, 2014. 2.
- 윤은경, “『학교폭력예방 및 대책에 관한 법률』상 학교폭력 가해학생에 대한 조치에
관한 소고”, 강원법학 제46권, 강원대학교 비교법학연구소, 2015. 10.
- 이승현, “『학교폭력 예방 및 대책에 관한 법률』의 개정내용 및 개선방안”, 형사정책
연구 제23권 제2호, 한국형사정책연구원, 2012.
- 이희관, “재심제도의 문제점 및 개선방향”, 대한변협학교폭력예방법 개선방안 심포
지엄 자료집, 2014. 5.
- 장혜진, “학교폭력예방 및 대책에 관한 법률상의 서면사과 처분의 위헌성에 대한 검
토”, 법과 정책 제23권 제2호, 제주대학교 법과정책연구원, 2017.
- 정현미, “학교폭력예방을 위한 법제의 개선방안”, 소년보호연구 제20호, 한국소년정
책학회, 2012.
- 탁경국, “학교폭력예방법의 문제점에 대한 전반적 검토”, 회복적 과정이 가능한 학
폭법 개정 토론회 자료집, 2016.

국민권익위원회, 2014년 2월 24일자 보도자료, “‘13년 학교폭력 관련 행정심판 사건 분석 대폭증가”, (<https://www.acrc.go.kr/acrc/board.do?command=searchDetail&menuId=05050301&method=searchDetailViewInc&boardNum=36783>, 2017. 11. 20. 최종검색).

서울신문, 2012년 2월 14일자 기사, “학교폭력 문제 ‘교사 직무유기’ 논쟁 비화”, (<http://www.seoul.co.kr/news/newsView.php?id=20120214024001>, 2017. 11. 20. 최종검색).

한국일보, 2016년 4월 30일자 기사, “학교폭력 생활기록부 보존 지침 합헌... 학교 현장 소송 부채질”, (<http://news.naver.com/main/read.nhn?mode=LSD&mid=sec&oid=469&aid=0000140795&sid1=001&lfrom=band>, 2017. 11. 20. 최종검색).

Baier, Dirk, Gewalt unter Kindern und Jugendlichen in der Schule, Familie Partnerschaft Recht, 2013 Heft 10, S. 421 ff.

Critical Review of the Act on Prevention of and Measures against School Violence through cases of the court precedent and objection procedure

Kim, Jeong-yeon*

Recently, school violence has increased dramatically and people have regarded it as serious social problem. If school violence arises, school authorities hold a school violence countermeasure committee and the student offender must be taken measures according to the act on prevention of and measure against school violence. Student offenders and their parents raise objections to committee's decisions aggressively because measures to student offenders are listed on their school record. The objection procedure includes review, administrative appeal, and administrative litigation. As a result, administrative appeals and administrative lawsuits have been increasing rapidly in order to revoke dispositions related to school violence as an objection to the school violence procedure.

In this paper, I point out the problems of the Act on prevention of and measures against school violence through concrete cases of the court precedent and objection procedure. The scope of the concept of school violence should be interpreted in consideration of the whole legal system in the criminal law, but it should be judged independently according to the purpose and intent of the school violence prevention act. Although it is possible to prevent school violence from the description of the school record, it is necessary to review it in view of the continuing distortions or legal disputes. The problems of School Violence Prevention Act are that the School Violence Countermeasures Committee be held as necessary and there are no specific guidelines or standards on the composition of the committee. In the case of school

* Research Fellow, Korean Institute of Criminology, Ph.D. in Law, Lawyer

violence, there is a possibility that the decision of each reviewing agency may be inconsistent due to the two different ways of the review process. As a result, the administrative appeal procedure is also proceeded in two different ways and the problem continues to arise.

It is another measure to prevent school violence by properly enacting and operating School Violence Prevention Acts that are the basis of handling school violence cases. Therefore, it should be reflected in the school violence prevention act by supplementing the problems pointed out in the case of actual precedent and objection procedure.

- ❖ Keyword: school violence, the Act on Prevention of and Measures against School Violence, cases of the court precedent and objection procedure, School Violence Countermeasures Committee

