

학교폭력예방 및 대책으로서 회복적 사법제도에 관한 연구

A Study on Restorative Justice System as Prevention and Countermeasure for School Violence

이 인 곤**

Lee, In-Gon

《 목 차 》

- I. 서 론
- II. 학교폭력 개념, 특성 및 회복적 사법의 원리
- III. 학교폭력예방법의 법적 성격 및 다른 법률과의 관계
- IV. 학교폭력예방과 대책으로서 회복적 사법 실천
- V. 결론 및 제언

[국 문 초 록]

청소년의 학교폭력 문제는 단순히 청소년 개인의 일탈행위가 아니라 우리 공동

| 접수일자: 2018년 07월 20일 | 심사일자: 2018년 08월 06일 | 게재확정: 2018년 08월 15일

* 이 논문 또는 저서는 2015년 대한민국 교육부와 한국연구재단의 지원을 받아 수행된 연구임.
(NRF-2015S1A5B5A07043049)

** 성균관대학교 법학연구원 선임연구원, 법학박사.

체가 반드시 최우선적으로 해결해야 할 사회적 당면과제로 부상하였다. 최근 언론에서 청소년 학교폭력과 관련한 기사가 신문 지면과 포털사이트를 도배했다. 학교폭력사건에 분노한 국민은 청와대 홈페이지에 소년법 폐지 청원을 올렸고 27만여 명이 동의하는 등 사회적으로 엄청난 후유증을 낳고 있다. 공동체 구성원들의 공분을 이해하지 못하는 바는 아니다. 이들은 학교폭력 예방 및 그 대책으로써 강력한 국가의 엄벌주의를 신뢰하지만 사람들 생각과 달리 큰 효과를 내지 못하고 있는 현실이다. 2011년 말, 대구 중학생 자살사건이 공론화되면서 큰 사회적 충격을 던지며 정부는 2012년 학교폭력을 근절하겠다고 개별 사건에 대한 엄벌주의를 강화하는 '학교폭력근절종합대책'을 발표했다. 대책발표 후 단순 수치상으로 폭력이 줄었다고 통계를 냈으나 몇 년이 지난 지금, 일방적 엄벌주의를 강조하는 대책이 과연 실효성이 있는지 묻지 않을 수 없다. 이것은 우리 사회에 팽배한 '가해자 처벌=문제 해결'이 도식화되어 있는 현행 사법체계의 강력한 엄벌주의로서는 건강한 공동체를 만들어 낼 수 없을 뿐더러 학교폭력과 소년 범죄를 근본적으로 줄이지 못한다는 그 한계성을 보여 주고 있다. 따라서 본 연구에서는 가해자 중심의 전통적 형사사법체계에서 피해자 중심의 회복적 사법으로 국가의 형사사법제도의 패러다임이 전환되고 있는 현시점에서 학교폭력과 진정한 회복적 사법정의의 방향성 설정은 어떻게 할 것인가? 전통적 국가형벌권에 회복적 사법의 이념을 접목, 보완하는 것이 심각한 학교폭력예방 및 대책으로서 어떠한 의미와 실효성을 가지는지?에 대한 현행 형사사법의 검토를 통하여 추후 학교폭력예방정책에 바람직한 방향성을 제시함으로써 실질적 변화를 가져올 수 있는 방안마련이 필요하다.

주제어

학교폭력, 학교폭력예방, 회복적 사법, 엄벌주의(응보형 사법), 가해자, 피해자.

I. 서론

모든 학생은 평등하고 쾌적한 교육환경에서 학습할 권리를 가진다. 특히 사회는 그들에게 학교폭력으로부터 보호할 의무가 있다. 그렇다면 오늘의 현실은 어떠한가? 대구 중학생 자살사건(2011), 수업중 친구를 흉기로 찔러 살해한 부산 고

교생 교실 살인사건, 김해 여고생 살인사건(2014), 최근에 와서는 인천 동촌동 초등학교 유괴살인사건(2017), 부산 여중생 집단폭행사건, 강릉 여고생 폭행사건 등 연일 기사화되고 포털사이트의 상위 검색어에 랭크되고 있다. 한동안 뇌리에서 잊혀졌던 학교폭력 문제가 재차 우리 사회의 심각한 사회문제로 재점화하면서 우리 공동체의 인내의 도를 넘어 엄청난 분노의 파장을 일으키고 있다. 나날이 음지에서 저연령화(고등->중->초등), 흉포화, 집단폭력 행동의 잔인성으로 진화해 온 학교폭력문제는 단순히 청소년 개인의 일탈행위가 아니라 하나의 사회적 문제로 부상하고 있다. 이에 따라 정부에서는 2004년 3월 학교폭력예방 및 대책에 관한 법률(이하, 학교폭력법으로 약칭)을 필두로 하여 2012년 학교폭력에 대한 해결책으로 학교폭력 피해학생을 실질적으로 보호하며 가해학생을 엄하게 처벌한다는 학교폭력법과 시행령 등의 종합대책을 발표한 바 있다. 최근 2017.11(법률 제15044호, 일부개정) 10차에 걸쳐 개정 공포하여 국가적으로 학교폭력문제를 근본적으로 해소하기 위해 다양한 정책이 제시되어 왔다. 그러나 땀질식 임기응변적 정책이라는 비판을 받으며, 현재까지 소년범죄를 비롯한 학교폭력문제를 근본적으로 해결하는데 실패하였다. 이렇듯 소년법과 학교폭력에 대한 본질적인 처방 없이 반복된 악순환은 소년범죄(본 연구Ⅲ단원에서 구별하여 재논의 함)를 근본적으로 해결하지 못하고 이는 결국 성인범죄로 연결¹⁾된다는데 문제점이 심각하다. 우리 공동체는 학교폭력의 그 잔인성에 의해 인간성을 황폐화시키고 있는 현실에 공분(公憤)하면서 더 이상 수수방관할 수 없는 현실에 직면하면서, 14세 미만으로 규정돼 있는 형사미성년자 연령도 낮춰야 하며 강력범죄의 처벌을 강화하자는 상황이 연출되고 있다. 또한 만18세 이하 범죄자의 최대 형량을 징역 15년(특정강력범죄는 20년)으로 제한한 소년법 규정을 폐지·개정해야 한다는 사회적 움직임을 요구하는 여론이 들끓고 있다. 이렇듯 학교현장이 더 이상 학교폭력의 안전지대가 아니라 두려움과 공포의 현장임을 반증하고 있다.

이에 본 연구에서는 지난 2017년 12월, 전국 17개 시·도교육감의 공동의뢰로 한국교육개발원에서 학교폭력에 관한 실효적인 예방대책 수립하기 위하여 초·중·고등학교(초4~고3)학생을 대상으로 2012년부터 매년 2회(전,후반기) 학교폭

1) 수원지방법원에서 2009년부터 2011년까지 3년간의 강력범죄자 150명의 학창시절을 조사 분석한 결과, 학교에서 문제를 일으켰던 강력범죄자는 44.9%로 집계되었다. 자세한 내용은, 중앙일보2012.5.30.

력 실태조사(피해 응답률 외 여러 요인은 생략함)를 실시하고 있다. 이 실태조사의 주요 내용을 살펴 본 후 그 결과²⁾를 바탕으로 학교폭력예방 및 대책방안을 제시하고자 한다.

이번 조사 참여율은 교육부의 2014년 1차 조사에서 처음으로 참여율 90%(456만 명, 91.6%)를 넘어선 이래, 2017년 1차 참여율 94.9%(419만 명)로, 조사 참여율이 꾸준히 90%를 상회하고 있으며, 피해 응답률은 전체 학생 대비 피해 경험 학생의 비율은 지속적으로 하락하고 있다([그림 1] 참조). 조사가 처음으로 시행된 2012년 1차 조사에서 12.3%이었던 피해 응답률이 2017년 2차 조사에서는 0.9%까지 감소하였다. 학교급 별로 피해 응답률을 살펴보았을 경우에는 초등학교의 경우는 15.2%에서 2.1%(2만6천4백 명)로, 중학교는 13.4%에서 0.5%(6천3백 명)로, 고등학교는 5.7%에서 0.3%(4천5백 명)로 학교폭력 실태조사를 시작한 이후로 학교폭력 피해 응답률은 꾸준히 감소하는 추세를 보이고 있다(교육부 2017a). 2012년 1차 조사의 경우 현재의 조사방법과 문항과는 달랐기 때문에 엄밀하게 말하면 비교하기가 어렵지만(당시 조사는 우편조사로 실시함), 2012년 1차를 기준으로 보더라도 전체적인 피해 응답률은 지속적으로 감소 추세를 보이다가 최근에는 어느 정도 안정적인 모습을 보인다는 자체 분석하였다. 그러나 학교급으로 구분하여 보았을 때 초등학교의 피해 응답률은 중학교나 고등학교에 비하여 여전히 높은 것으로 나타났다. 모든 학교급에서 피해 응답률이 점차 낮아지고 최근에는 안정적으로 유지되고 있는 것이 동일한 추세이지만, 초등학교는 다른 학교급에 비하여 4~7배 높은 피해 응답률을 보이고 있다. 2017년 1차의 경우 초등학교는 2.1%, 중학교는 0.5%, 고등학교는 0.3%로 2016년과 비교하여 동일한 비율이긴 하지만, 초등학교의 높은 비율은 계속 유지되었다. [그림 1] 보여주듯이 학년이 고학년이 될수록 피해 응답률이 점차 낮아지는 경향은 같은 것으로 나타났다. 그럼에도 불구하고 지난 6년여 동안의 조사 기간 동안 꾸준히 초등학교의 피해 응답률이 다른 학교급의 피해 응답률보다 높게 나왔다는 것은 초등학교

2) ○ (근거법령) 「학교폭력예방 및 대책에 관한 법률」 제11조 및 동법시행령 제9조.
○ (실시기간과 실시방법) 2017. 9. 19. ~ 10. 28. 온라인 조사
○ (대상) 초4 ~ 고3 재학생까지 419만 명(94.9%) 참여
○ (조사내용) 2017년 4월부터 조사 참여시까지 학교폭력 관련 내용 및 피해
○ (조사 위탁기관) 한국교육개발원(조사개발, 분석)/한국교육학술정보원(온라인조사 시스템방법)
○ (공표) 전국 17개 시도교육청 및 학교알리미(www.schoolinfo.go.kr, 12월 말 공시) 홈페이지.

에 대한 조금 더 자세한 조사가 필요하다는 것을 의미한다.

[그림 1] 학교폭력 실태조사 결과: 2012-2017(전체 및 학교급별 피해 응답률)
 <전체 피해응답률>

구분	'12년 2차	'13년 2차	'14년 2차	'15년 2차	'16년 2차	'17년 2차	증감(%P)
응답률(%)	12.3	2.2	1.4	1.0	0.9	0.9	0.0
수(천명)	172	94	62	44	39	37	-2

<학교급별 피해응답률>

구분	'12년 1차	'13년 1차	'14년 1차	'15년 1차	'16년 1차	'17년 1차	증감(%P)
초(%)	15.2	3.8	2.4	2.0	2.1	2.1	0.0
중(%)	13.4	2.4	1.3	0.7	0.5	0.5	0.0
고(%)	5.7	0.9	0.6	0.4	0.3	0.3	0.0

출처: 교육부(2017a)

이처럼 교육부가 감소추세에 관한 실태조사 결과에 도취되거나 만족하여 현재의 상황을 낙관적으로 생각하며 밝은 전망을 내놓기에는 시기상조라는 생각이 든다. 일선의 학교현장에서는 학교폭력대책자치위원회 심의현황(건수)에 대한 통계가 점차 증가³⁾하고 있음을 이유로 학교폭력이 안정적 감소추세에 접어들었다는 교육부의 입장발표에 대해 전반적으로 신뢰할 수 없다는 주장을 제기하고 나섰다. 또한 처음부터 본 실태조사에 있어서 조사 상황과 조사방법의 심층분석에 대한 문제가 제기⁴⁾되어 왔음에도 이에 대한 합리적 대책을 강구하지 못한다는

3) 학교폭력대책자치위원회심의 현황 건수(학년도):('14)19,521건→('15)19,968건→('16) 23,673건

4) 2016년 9월 24일 노컷뉴스. 기사 발췌. 실태조사는 비밀 보장을 위해 가정에서 개인적으로 조사에 참여하도록 권장하고 있지만, 응답률이 교육청 평가에 반영되면서 일선 교육청들은 참여율을 높이도록 독촉하고 있는 실정이다. 상당수 학생들이 수업시간이나 점심시간을 이용해 반강제로 학생들이 설문조사에 참여하도록 하는 이유가 여기 있다. 주제가 민감한 사안인 만큼 설문조사를 할 때 학생들이 보다 신중하게 기입할 수 있도록 해야 하지만 실제 환경은 그렇지 못하다. 성남의 A중학교 허모(36) 교사는 "학교폭력은 같은 학년, 같은 학급에서 주로 발생 한다"며 "공개된 자리에서 조사를 하면 어떤 학생이 마음 편히 답할 수 있겠냐"고 반문했다. 더욱이 일부 학교들은 학교 이미지가 안 좋아지는 것을 우려해 사전 교육이나 면담을 통해 학생들에게 허위 답을 유도하는 일도 발생하고 있다. 시흥의 B중학교 이모(40) 교사는 "

점은 조사자체에 대한 믿음을 약화시키기에 충분한 요인으로 작동해 왔던 것이 사실이다. 이러한 요인들을 감안한다면 정부의 학교폭력 실태조사 결과를 전적으로 신뢰하기에는 분명히 한계가 있다고 판단되어진다. 그렇지만 일단, 교육부의 조사 결과 발표를 어느 정도 신뢰감을 준다는 가정 하에 살펴보면, 여전히 0.9%의 학교폭력 피해학생이 존재한다는 것은 한 학교에 평균 전교생이 400여명 내외로 구성되는 최근의 학교현실을 고려하면 약 3~4명의 학교폭력 피해학생이 상존함을 추정할 수 있다. 이는 어느 학교이든 한 학년에 평균 한 두명 또는 그 이상의 학교폭력 피해학생이 상존한다는 것을 나타내는 것으로서 그 동안의 학교폭력 사안에 관한 노력의 효과가 결코 실효성이 있는 단계에 도달하지 못했다고 평가할 수 있다. 따라서 지금까지 실시해왔던 학교폭력예방 및 대책에 대해서 기존 학교폭력 실태조사의 체계를 최소한으로 개선하면서 정부의 학교폭력 정책의 성과, 문제점 및 개선방안에 대한 전문가 토론 및 현장의 의견수렴 등 심층분석을 통한 방안 모색과 재검토를 통한 피해자의 위상제고가 필요하다고 생각된다.

최근 들어 학교폭력을 비롯한 소년사범에 있어 전통적인 형사사범에 대한 훌륭한 대안으로 많은 사람들의 관심을 집중시키는 개념인 ‘회복적 사범(Restorative Justice)’은 학교폭력예방 및 대책에 대한 새로운 전환의 담론으로 충분할 정도로 매력적이고 논의의 가치가 있으며, 또한 시사성이 크다고 사료된다. ‘회복적 사범(정의)’은 가해자에 대해 응보적 엄벌주의 입장에서의 단순한 징계와 처벌을 부과하기 보다는 가해자의 반성과 성찰을 바탕으로 피해자의 상처와 아픔을 회복시켜 주기 위한 화해노력을 요구함과 더불어 피해자 스스로가 이를 받아들이고 용서함으로써 진정한 관계회복이 이루어질 수 있도록 하는 것이므로 이를 토대로 할 경우, 학교폭력예방 및 대책에 있어서 새로운 패러다임의 전환이 가능하도록 하는, 전향적이고도 발전적인 개념이라 하지 않을 수 없다. 따라서 본 연구에서는 기존의 학교폭력예방 및 대책에 관한 훌륭한 선행연구들 중에서 회복적 사범의 개념을 내포하고 있는 대책들에 대하여 먼저 고찰하고, 회복적 사범의 개념을 보다 확대 적용하여 실천적인 대안들을 검토·제시하고자 함에 목적이 있다.

아이들이 자유롭게 응답할 수 있으면 좋겠는데 교육부나 교육청이 참여율에 신경을 많이 쓰다 보니 설문조사 과정이 형식적으로 이뤄지고 있다”며 “학교 입장에서는 학교 폭력이 있는 학교로 알려지면 이미지에도 좋지 않기 때문에 사전 교육을 하기도 한다”고 귀띔했다.
<http://www.nocutnews.co.kr>

II. 학교폭력 개념, 특성 및 회복적 사법의 원리

1. 학교폭력예방방법상 학교폭력의 개념(정의)

21세기에 들어선 우리의 교육현실은 한마디로 학교폭력의 위기상황이다. “학교폭력법” 제2조 제1호에 규정된 “학교폭력”이란 학교 내외에서 학생을 대상⁵⁾으로 발생한 신체폭력(상해, 폭행, 감금, 약취·유인), 언어폭력(명예훼손·모욕, 공갈), 강요, 협박, 금품갈취, 강제적인 심부름, 성폭력, 따돌림, 사이버 따돌림, 정보통신망을 이용한 음란·폭력 정보 등에 의하여 신체·정신 또는 재산상의 피해를 수반하는 행위로 정의한다. 또한 “따돌림(왕따)”에 대해서는 “학교 내외에서 2명 이상의 학생들이 특정인이나 특정집단의 학생들을 대상으로 지속적(반복적)으로 신체적 또는 심리적(감정적) 해악·공격을 가하여 상대방이 고통을 느끼도록 하는 일체의 행위”를 말하며(제1호의 2), “사이버 따돌림”은 “사이버폭력(제1호의 2)”(인터넷, 휴대전화 등 정보통신기기를 이용하여 학생들이 특정 학생들을 대상으로 지속적, 반복적으로 심리적 공격을 가하거나, 특정 학생과 관련된 개인 정보 또는 허위사실을 유포하여 상대방이 고통을 느끼도록 하는 일체의 행위)로 각각 정의된다. 동법의 각 행위 중 특히 ‘따돌림’과 ‘사이버상의 따돌림’은 형법해석상 범죄구성요건에 해당한다고 할 수는 없다. 형법상 폭력행위, 즉 사람의 신체에 안전 내지 건재성을 보호법익으로 하는 폭력행위를 “심리적 공격을 가하거나”, “고통을 느끼도록 하는 행위”에까지 폭력행위로 인정, 유추적용한다면 동법의 해석상 그 행위태양이 너무 넓다는 것이다. 이러함에도 불구하고 학교폭력은 폭력행사나 금품갈취의 수준을 넘어 육체적 폭력과 정신적 폭력을 동시에 수반하고 집요한 정신적 폭력으로 인한 자살사태 유발 등 점차 비인간화의 정도가 심

5) 동법의 적용대상은 학교 내·외에서 학생을 대상으로 발생한 폭력에 국한된다. 즉 학생이라 함은 초등학교나 중학교 또는 고등학교에서 학생의 신분을 갖고 있는 자를 의미하기 때문에(동법 제2조 제2호), 오로지 이들만이 피해학생(동법 제2조 제4호)이 될 수 있으며, 학교폭력의 가해자는 가해학생(동법 제2조 제3호)을 위시로 대학생, 자퇴생, 퇴학생, 취학의무 유예자 및 면제자, 정원 외 학적 관리 대상자 등과 같은 학교 밖 청소년 등을 포함한다. 동법은 특별법이 아닌 일반법이기 때문에 다른 법령에 폭력 및 성폭력과 관련된 규정 있는 경우에는 그 법을 우선적으로 적용하여야 하며, 따라서 학교폭력 사건에 대하여는 보충적인 적용의 의미를 지니고 있다.

해지고 잔인해지고 있다는 점, 학생들의 폭력이 성인의 폭력을 닮아 있을 뿐 아니라 의도적이고 계획적인 폭력으로 변화되고 있는 점, 납치하고 감금하고 성추행하는 일들이 성인들의 범죄를 모방하고 빈번하게 발생하고 있다는 현실에 비춰 볼때. 이러한 현실의 심각한 위기에서 학교폭력의 개념을 보다 구체적으로 확정지어야 할 필요성이 있다. 또한 “학교 울타리의 안과 밖”라는 장소적, 공간적 개념과 “학생신분인 자연인에게”라는 행위객체 측면(학생이 교사를 폭행한 경우와 교사가 징계범위를 넘어 학생을 폭행한 한 행위를 학교폭력으로 규정하는 것은 별론으로 한다), 그리고 행위주체(가해자-학생신분인 자연인) 측면 등 상당수를 재해석 해 볼 여지가 있다고 하겠다. 이와 같이 동법상은 학교폭력의 범위에 대하여 다소 모호하게 규정하고 있어 해석상 몇 가지 어려운 점이 있다. 앞서 밝힌 제반 사정을 고려할 때 학교폭력은 “학교 또는 학교와 물리적·공간적·사회적으로 연관된 범위에서 학생생활·학교생활관계를 중심으로 학생 또는 학생에 준하는 사람(제도권 밖의 학생, 예컨대 검정고시를 준비하는 학생, 재수생)을 가해자-피해자(행위주체-객체)로 하여 발생하는 폭력”으로 해석하는 것이 보다 타당할 것이다. 이와 같이 학교폭력을 규정함에 있어 좀 더 구체적으로 학교폭력이 다른 폭력행위와 공간적 경계선의 구분되는 점이 보다 뚜렷할 때 드러날 수 있다. 또한 학교폭력에는 다음과 같은 다양한 유형으로 나타나고 있다. ① 언어적 폭력으로 별명부르기, 모욕주기, 싫어하는 농담하기, 무례하기 말하기, 낙서하기, 위협, 빈정거리기, 집적거리기, 조롱 등이 포함된다. ② 신체적 폭력으로 이유없이 찌르기, 밀기, 때리기, 발로차기, 잡고 흔들기, 부적절하게 만지기, 길을 가로막기, 붙잡기, 무기로 사용될 수 있는 물건을 가지고 건드리기 등의 행동이 포함된다. ③ 사회적 폭력은 따돌림을 하거나 또래 집단에서 거부함으로써 모욕주기, 투명인간 취급하기, 나쁜 소문 퍼트리기, 헐담하기, 또래 집단의 행동을 강요하기, 다른 점을 이용해 편가르기 등의 행동을 포함한다. ④ 사이버 폭력으로 인터넷, 이메일, 무선전화 등을 통해 피해자를 괴롭히기 위해 문자 발송, 전화 걸기, 그림이나 영상물 전송, 대화방·웹페이지·게시판에 게시, 피해자를 괴롭히는 장면 촬영하여 영상을 퍼트리기 등의 행동을 하는 것을 의미한다. ⑤ 비언어적 폭력으로 노려보기, 경멸하는 눈빛을 보내기, 눈을 가늘게 떠서 인종적 모욕하기, 행동 따라하기, 헐박으로 행동 조종하기, 몸짓으로 조종하기, 개인적 공간을 침범하기, 침묵 지키기, 침뱉기, 따라 다니기, 닿는 것을 거부하기, 심리 게임하기 등이 포함된다. 이 또한

학교폭력법과 현행법(소년법) 범위 설정과 개념의 재정립이 필요하다고 하겠다.

2. 학교폭력의 특성

(1) 저연령의 행위 주체(가해자)와 객체(피해자)

학교폭력에서 행위주체는 법문언상 학생으로 한정되어 있지 않다. 그러나 학교폭력법 제2조 제1호와 3호는 해석상 행위의 주체를 학생으로 제한함이 타당할 것이다. 동조 제4호는 “가해학생” 개념에 대해 “가해자 중에서 학교폭력을 행사하거나 그 행위에 가담한 학생”으로 보고 있다. 동 규정에 의하면 “가해학생”은 ‘가해자 중에서 학생’이며, 이는 해석상 학교폭력의 가해자는 학생에 제한되지 않는다. 그러므로 현재의 입법부채로 다소 부정확하여 규정 해석상의 어려움이 있으므로 입법 재고가 필요하다. 그 외 예외적인 경우를 제외하면(학생이라는 가정하) 가해자와 피해자가 모두 소년법상 소년에 해당된다. 가해자가 소년이라면 그에게는 가해자의 처벌이 감경되는 원인으로 작용되는 소년법이 적용된다. 형법 제9조는 14세를 기준으로 형사미성년자를 구분하여 14세에 이르지 않은 학생에게는 개개인의 사실상의 능력과 관계없이 일반적·확일적으로, 육체적, 정신적으로 미성숙하기 때문에 생물학적 비정상상태의 책임무능력자로 취급하기 때문에 형사책임을 물을 수 없으므로 형사처벌을 과할 수 없다. 특히, 최근 인천여중생 사건과 같이 저연령 촉법소년이 저지른 몇몇 사건으로 인해 이들의 처벌에 관한 다양한 의견이 제시되고, 과연 이들을 규범적 무능력을 이유로 폭력의 사각지대에 세워 두고 외면할 것인지, 그래서 형사미성년자의 연령 인하까지 대두될 정도로 범죄의 저연령화, 대범성, 잔인성은 한국사회의 주요 이슈 중의 하나이다.

(2) 가해자와 피해자의 생활환경 공유

소년법에 의하여 소년보호처분에 처하게 되면 가해자는 사회와 격리되지 않을 수 있음으로 해서 가해자와 피해자는 사건이 발생되어 처분이 내려진 이후에도 계속 가까운 공간(같은 학교·반, 각종 동아리와 같은 단체활동, 종교단체, 휴식시

간, 심지어는 방과 후 같은 학원 과외시간 등)에서 상당한 시간을 마주하며 접촉할 수 있다는 특성이 있다. 학생들의 일상생활의 환경은 매우 단조로움으로 인해 가해자-피해자는 거의 모든 시간을 공유하는 경우가 많다. 이러한 생활환경의 공유라는 환경적 특성으로 학교폭력은 1회에 그치지 않고 반복적(지속적)으로 이루어지게 된다⁶⁾는 특징이 있다. 이러한 학교폭력 사건 후 처리과정의 문제점의 개선이 필요하다. 동시에, 학교외 다른 집단으로부터는 상당히 폐쇄적인 구조적 특성으로 학교는 내부 구성원들끼리는 긴밀한 유대를 가지나 외부 환경과는 상당히 차단되어 있어 가해자와 피해자의 생활환경인 학교는 그들 외 다수의 학생과 교사 및 교직원들도 공유하는 영역이므로 폭력행위 발생시 대처가 오히려 용이한 특징이 존재하므로 학교폭력이 발생했을 때 학교는 당사자간의 갈등 회복에 집중하여 ‘당사자 간의 관계회복’을, 교육지원청은 줄속처리를 방지하기 위한 객관적인 전문위원들의 ‘적정한 조치’라는 중요한 활동을 분담하여 처리할 수 있다. 이러한 사건을 분담 · 신속히 대처함으로써 폭력사건의 장기화로 인한 당사자간의 감정의 골에 깊이를 더하기 보다 피해자의 피해를 최소화함으로써 당사자간의 관계회복에 부담을 줄일 수 있는 장점이 있을 수 있다.

(3) 다수의 교사자, 방조자의 존재

학교폭력은 동일집단 내 다수 학생들의 수수방관, 보복의 두려움에 외면하는 방관자 속에 발생한다고 할 수 있다. 또한 학교 내 폭력권력에 힘을 빌리거나 단체(폭력서클 조직)을 뒤에서 간접적인 조정으로 자행되는 경우도 있다. 여기에 절대 다수의 학생들이 학교폭력을 용인하지 않고 적극적으로 대응하여 예방조치를 취한다면 학교폭력이 발붙이기가 어렵다. 학교폭력현장에서 가해자와 피해자 이외에 완전히 중립적이고 공정한 제3자적 입장을 취하기는 어렵다고 본다. 또한 학교는 학생들만이 사용하는 공간이 아니라 교장이하 교사·행정관련 직원·외부업체 직원 등의 직장이기도 함으로써 그리고 교직원들에게는 교육법상 정도의 차이는 있겠지만 학생을 선도·감독·훈육할 책임, 즉 형법상 작위의무와 교칙에 의한

6) 김봉철·주지혁·최명일, “학교폭력에 대한 학부모들의 낙관적 편견과 예방 캠페인에 대한 탐색적 고찰-자아 존중감과 학교폭력 경험을 중심으로-”, 언론과학연구 제9권 제4호, 한국지역언론학회, 2009, 66면.

가벼운 징계권도 있다. 이러한 작위의무를 다하지 아니함으로써 발생한 학교폭력에 대해서는 부작용의 책임 또는 폭력행위의 방조(묵인)의 책임을 부담시킬 수 있는 근거가 된다고 하겠다.

3. 회복적 사법의 이념과 원리

(1) 회복적 사법에 대한 이념의 이해

회복적 사법(Restorative Justice)의 의의에 대해서는 연구자마다 제각각 다양하여 한마디로 정의하기가 어렵다고 한다. 그 이유는 위로부터 법제화되어 형성된 것이 아니라, 미분화 된 고대사회의 작은 촌락단위에서 범죄 문제와 사회의 여러 갈등을 해결하기 위한 작은 모임의 공동체가 면면히 이어져 발현된 아래로부터 자연발생적으로 형성되었기 때문이라는 짐작이 간다.⁷⁾ 오늘날 회복적 사법의 가장 일반화된 정의로 소개되는 것으로는 “범죄로 인하여 영향을 받은 관련 당사자들이 한 곳에 모여서 범죄로 야기된 손해를 어떻게 회복할 것인가에 대한 합의를 도출해 나가는 과정”⁸⁾이라는 정의 혹은 “당해 범죄에 관련된 모든 당사자가 범죄의 결과와 그것이 장래에 미칠 의미를 어떻게 다룰 것인가를 공동으로 모여 해결하는 과정”⁹⁾이라는 정의를 들 수 있다. 한편 이러한 정의들이 당사자간의 협의라는 과정적 측면을 강조하는 것이라면 회복이라는 결과적 측면을 강조하여 “범죄에 의해 발생한 손해를 회복하기 위하여 정의의 실현을 지향하는 일체의 활동”¹⁰⁾이라고 폭넓게 정의하기도 한다. 회복적 사법(정의)은 20세기 후반 이래, 복잡하고 다양한 집단내의 구성원들 간에 갈등해결 과정에 전통적인 서구의 형사사법시스템의 대안으로 그 한계를 극복하고 부족한 점을 바로 잡기 위한

7) 高橋則夫, 修復的司法の研究, 成文堂, 2003, 76頁.

8) Braithwaite, Restorative Justice & Responsive Regulation (Studies in Crime and Public Policy), Oxford University Press, Oxford, 2002. 5면.

9) Marshall, The Evolution of Restorative Justice in Britain, European Journal of Criminal Policy and Research, Vol 4, 1996, 21면 이하 참조.

10) Bazemore · Walgrave, Restorative Juvenile Justice: in Search of Fundamentals and an Outline of Systemic Reform, in: Bazemore, Walgrave(eds.), Restorative Juvenile Justice: Repairing the Harm of Youth Crime, Willow Tree Press, Monsey, 1999. 46-48면.

노력의 일환으로 등장했다고 한다. 사법체계의 새로운 패러다임인 회복적 사법은 기존의 전통적 사법의 대안으로 호주, 캐나다, 영국과 웨일즈, 뉴질랜드에서 활발히 전개되고 있으며 억압적 형벌수단을 도입하는 대표적인 국가인 미국 등에서 전 세계적으로 파급되고 있다¹¹⁾ 회복적 사법은 범죄를 형벌의 범의침해로 보는 응보적 또는 징벌적 형사사법에 대응하는 개념으로, 현대사회의 복잡한 사회적 갈등으로 빚어진 범죄사건에 대한 처리를 전통적인 형법인 가해자와 국가 형벌권 사이의 대립에 의하여 처리하기 보다는 “가해자-피해자와 그 사건의 배후에 있는 가족, 지역사회 구성원 등 범죄사건 관련자들이 갈등에서 발생하는 사건의 해결과정에 능동적으로 참여하여 조정·화해 등을 통하여 피해자의 피해 또는 지역사회의 손실을 복구, 관계를 회복하고 나아가 관련 당사자의 재통합을 추구하는 일체의 범죄대응 양식”을 총칭하는 피해자중심의 개념에서부터 시작한다.¹²⁾ 이 점에서 응보적 사법인 강벌주의적 형법이 추구해 왔던 “형벌을 통한 사회적 갈등의 해결”이라는 이념을 초월하여 “범행 당사자 간의 범죄로 인한 현실적 갈등의 해소를 화해, 용서, 치유, 원상회복, 배상 등”에 방점을 두고 있어 인도주의적 접근이 그 내용과 방향으로 자리 잡고 있다.¹³⁾ 또한 용서, 화해, 치유를 전제로 한다는 점에서 회복적 사법이 가장 적합하게 적용 가능한 조직은 기존에 유대 관계를 맺고 있는 인적 집단에서 범죄가 발생한 경우, 범죄를 해소해 나가는 과정에서 범죄피해자와 지역사회를 포함시켜 범죄를 둘러싼 갈등 내지 분쟁을 해소하고 법적평화를 넘어 종교적으로 사회적 평화를 실현할 수 있는 다양한 접근 방식을 포괄하는 선도적 이론이다. 이 이론이 전통적 형사사법과 구별되는 본질적인 요소는 범죄결과의 해소과정에 참가하는 것이 가해자와 피해자의 자율(성)에 맡겨져 있다는 것이다.¹⁴⁾ 이때 자율성이란 회복적 사법은 역사적으로 책임주

11) 김은경, “각국의 회복적 소년사법 정책동향”, 한국형사정책연구원 연구보고서, 2004 .219면.

12) 이진국·오영근, “형사사법체계상 회복적 사법이념의 실천방안”, 한국형사정책연구원, 2006, 59면; ‘형사사건에서 회복적 사법 프로그램 활용을 위한 UN 기본원칙’제2호에 의하면, “회복적 사법절차란 피해자와 가해자, 그리고 필요한 경우 범죄의 영향을 받은 개인 또는 지역사회의 구성원이, 일반적으로 알선중재자(Facilitator)의 도움을 받으면서 범죄로부터 발생한 문제의 해결에 적극적으로 함께 참여하는 절차를 의미한다”고 명시하고 있다.

13) Howard Zehr, *Changing Lenses: A New Focus for Crime and Justice* 181(1990) 「회복적 정의란 무엇인가?: 범죄와 정의의 새로운 접근 - Howard Zehr/손진 역」, KAP, 2011, 208면.

14) 자율성의 의미에 관해서는 Rössner, “Autonomie und Zwang im System der

의에 그 뿌리를 둔 응보형법의 문제점과 1970년대 중반에 등장한 국가주도의 재사회화 형법의 위기를 그 배경으로 하고 있다. 한편 전통적 형법의 정당성에 대한 위기의 목소리는 복잡한 배경을 가지고 있는 범죄사건을 법적·논리적으로 축소해버리는 기존의 처리 방식에 반대하면서, 사건의 배후에 있는 사회공동체에 기반한 가해자, 피해자 그리고 공동체가 이웃의 갈등과 범죄의 해소과정에 자발적으로 참여함으로써 지역적 합의도출의 역할에 크게 기여한다는 점이 특징이라 할 수 있다. 회복적 사법에서 말하는 범죄는 일차적으로 사람에게 대한 침해를 출발점으로 하여 결국 개인 상호간의 갈등으로 나타난다는 점에 주목하여 그러한 사람들 사이의 잘못을 바로 잡는 방법을 모색하는 새로운 패러다임이라 할 수 있다. 여기서 발생하는 갈등을 해결하고자 피해자와 가해자가 지역사회를 대신하는 중재자 앞에서 자신의 억울함을 토로함으로써 분노, 공포로부터 해방되고, 이끌어 낸 당사자의 진정한 대화를 통해 가해자의 물질적·정신적 손해를 배상으로 피해자의 치유를 촉진하는 것이 회복적 사법의 핵심적인 관점이어야 한다고 한다.¹⁵⁾ 한걸음 더 나아가 회복적 사법의 내용 실현을 위한 첫째 목적은 피해자에 대한 원상회복과 치유이어야 하며, 둘째는 피해자와 가해자의 관계를 치유하는 것이어야 한다고 한다.¹⁶⁾ 회복적 사법의 이념은 가해자와 피해자, 그 가족 및 지역사회를 함께 참여시키는 사회적 관계 속에서 문제를 해결하고자 하며, 궁극적으로는 범죄로 인해 발생한 정신적·물질적 피해를 복구함으로써 피해자의 용서와 가해자와의 관계를 치유함으로써 범죄예방 효과에 기여하고, 법적 평화를 회복하는 것을 목표로 제시하고 있다.¹⁷⁾ 회복적 사법은 이러한 논의의 한 가운데에서 전통적인 형법의 대안 또는 형법의 패러다임 전환으로 등장하게 된 것이다.¹⁸⁾ 이를

Strafrechtsfolgen”, 1992, 269~279면 참조; 그러나 회복적 사법의 맥락에서 논의되고 있는 자율성이 윤리적 동기에 기초한 것이 아니기 때문에 진정한 의미의 자율성의 개념과 어울릴 수 없다는 지적도 있다. 이에 관해서는 Loos, “Zur Kritik des Alternativenwurf Wiedergutmachung”, ZRP, 1993, 54면.

15) Howard Zehr/손진 역, 앞의 논문, 212-213면.

16) Howard Zehr/손진 역, 위 논문 213면.

17) 김용세, “회복적 사법과 형사화해”, 진원사, 2009, 37면 이하 참조; 박정성, “형사절차상 피해자-가해자 조정제도”, 법학논총 제26권 제2호, 한양대학교 법학연구소, 2009, 56면; 김용세, “한국의 회복적 사법”, 법학논집 제15권 제1호, 이화여자대학교 법학연구소, 2010, 9-11면.

18) 이호중, “회복적 사법(Restorative Justice) - 이념과 법이론적 쟁점들”, 피해자학연구 제9권 제1호, 한국피해자학회, 2001, 29~32면; 박상식, “회복적 사법: 회복적 사법 실천모델의 효과에 관한 연구”, 피해자학연구, 제14권 제2호, 한국피해자학회, 2006, 46-47면; 이진국·오영근, 앞의

범죄학자들은 “형법의 르네상스”에 대비해 형사정책에서의 “피해자학의 르네상스”로 지칭하기도 한다.¹⁹⁾ 따라서 본 연구에서는 상술한 바와 같이 회복적 사법의 정의를 기초하여 그 역할을 연구함으로써 보다 적극적으로 형사사법에 회복적 사법의 적용영역을 확대하고자 하는 방안을 모색하고자 한다. 나아가 청소년의 학교폭력과 같은 학생들의 문제행동을 처벌이 아닌 “가해자-피해자 화해·조정 제도”와 사회공동체 친화적 범죄예방·교정정책의 교육적 기회로 발전시키기 위해 회복적 사법의 실천적 적용을 학교폭력에 확대 도입하여 학교폭력예방 및 대책을 위한 방안을 마련하고자 한다.

Ⅲ. 학교폭력예방법의 법적 성격 및 다른 법률과의 관계

1. 학교폭력예방법의 법적 성격

학교폭력의 개념 혹은 행위유형은 형법 또는 형사특별법상의 범죄를 전제로 하여 동일한 개념으로 이해되는 경우가 있기 때문에 적지 않은 사례에서 형법 및 소년법의 적용가능성과 충돌을 피할 수 없다. 다수 학교폭력 사건에서 사법처리 절차와 학교폭력예방법상의 절차가 중복하여 진행되기도 한다. 이에 적용실무와 관련하여 동법의 법적 성격을 어떻게 규정지어야 할 것인지, 다른 법률과의 관계를 어떻게 설정해야 하는지가 문제된다.²⁰⁾ 동법의 법적 성격에 대해서는 견해의 대립이 있다.

첫째, 형사법의 특별법 내지 형사법적 규범으로 보는 견해는 학교폭력법에서 규정하고 있는 학교폭력처리절차가 전형적인 사법절차라고 볼 수 있다는 점을 주요 근거로 삼고 있다. 이에 따르면 학교폭력사건에 대한 처리가 사법절차와 교육절차의 중복 속에서 서로 혼동하고 있다는 점이 현행법상의 문제점이라고 지

논문 5772면.

19) 이진국·오영근, 위의 논문. 443면; Lampe, “Wiedergutmachung als ‘dritte Spur’ des Strafrechts?”, GA, 1993, 487면.

20) 정현미, “학교폭력예방을 위한 법제의 개선방안”, 소년보호연구 제20호, 한국소년정책학회, 2012, 256면.

적한다.²¹⁾ 또는 학교폭력으로 그 대상범위를 한정하면 일반법적 의미를 가지지만 형사법과의 관계에서는 특별법의 지위를 가진다고 설명하기도 한다.²²⁾ 둘째, 징계법 내지는 행정법적 규범으로 보는 견해는 형사법적 규범은 그 주요한 내용이 범죄행위와 그에 대한 형벌을 부과하는 형사제제임에 반해 동법의 주요 내용은 형사적 제재가 아닌 일정한 조치를 부과한다는 점, 형사법과 달리 죄형법정주의의 적용을 받지 않으므로 학교폭력의 개념이 엄격하게 규정되어 있지 않다는 점, 형벌은 일반국민에 대한 영향도 고려하지만 형벌이 아닌 징계유형과 절차 등을 규정하는 징계조치는 행위자에 대해서만 일정한 영향을 미치는데 동법상의 조치는 일반인보다는 가해학생에 대해 일정한 영향을 미친다는 점 등을 주요 근거로 제시하고 있다.²³⁾ 셋째, 동법을 징계법 내지 형사법적 성격을 부정하고 조정법적 성격을 강조하는 견해는²⁴⁾ 동법의 법적 성격은 법의 목적과 주된 책무 위주로 해석함으로써 규명할 수 있다고 보면서 현행법 체계상 동법과 형법은 징계법과 형사법이라는 형식으로 병렬적으로 존재하는 것이므로 학교폭력 사안에 대해 동법상의 조치와 형벌이 부과되는 경우에도 헌법 제13조 제1항 후단의 일사부재리 원칙에 위반되지 않는다는 점을 근거로 제시하고 있다. 다만 입법정책적인 측면에서 학교폭력으로 가해학생에게 동법상의 조치와 형법 내지 소년법상의 처벌 내지 보호처분이 이중적으로 부여될 수 있다는 것이 적절한 것인지에 대해서는 추가적인 논의가 필요하다는 입장이다.

따라서 동법은 학교폭력의 예방과 대책에 관한 사항을 규정하고 있고, 학교라는 특정 조직을 중심으로 규율하고 있으며, 가해학생에 대한 징계 및 선도·교육, 피해학생의 보호, 가해학생과 피해학생 간의 분쟁조정, 갈등의 해결을 위한 방안 마련 등을 통하여 건전한 사회인으로 자라게 한다는 측면에서는 조정법적 성격이 강하나 그 규범적 성격에 있어서는 형법적 규정이라기보다는 징계법적 성격

21) 김현철, “학교폭력예방 및 대책에 관한 법률의 개선방안-시론적 고찰-”, 법교육연구 제5권 제1호, 한국법교육학회, 2010.6, 74면.

22) 김영천·김정현, “현행 학교폭력 관련법제의 문제점 및 개선방안”, 법교육연구 제7권 제2호, 한국 법교육학회, 2012. 33면; 오경식, “학교폭력예방을 위한 법제도적 분석과 개선방안”, 소년보호연구 제12호, 한국소년정책학회, 2009, 182면.

23) 이진국, “학교폭력 예방 및 대책에 관한 법률의 체계적 문제점과 개선방안”, 입법정책 제1권 제1호, 한국입법정책학회, 2007. 6. 105면.

24) 김혜경, “학교폭력에 대한 형사법적 접근의 제한”, 형사정책연구 제24권 제4호, 한국형사정책연구원, 2013, 263-264면.

이라는 통설적 견해가 타당하다고 본다.²⁵⁾

2. 학교폭력예방법과 다른 법률의 관계 정립

(1) 학교폭력예방법 해석상 불명확성의 문제점

실정법인 동법 제2조 제1호에서“학교폭력”이란 『학교 내외에서 학생을 대상으로 발생한…등에 의하여 신체·정신 또는 재산상의 피해를 수반하는 행위』로 정의하고 있다. 여기서 학교폭력에 포함될 수 있는 행위주체(가해자)는 오로지 피해자(동법 제2호 제4호)는 학생만 될 수 있는 것과 마찬가지로, 학교폭력 가해자는 가해학생(동법 제2조 제3호)을 위시로 대학생, 자퇴생, 퇴학생, 취학의무 유예자, 취학의무 면제자, 정원 외 학적 관리 대상자 등과 같은 학교 밖 청소년 등을 포함한다. 동법은 특별법이 아닌 일반법이기 때문에 다른 법령에 폭력 및 성폭력과 관련 된 규정이 있는 경우에는 그 법을 우선적으로 적용하여야 하며, 따라서 학교폭력 사건에 대하여는 보충적인 적용의 의미를 지니고 있다. 또한 행위의 범위가 상당히 광범위하다 할 수 있겠다. 이는 예시규정으로 향후 다양하게 발생할 수 있는 행위태양들을 학교폭력의 범위에 포괄시켜 규제할 수 있는 가능성을 열어 놓았다는 긍정적 면이 있으나²⁶⁾ 학교폭력을 광범위하게 규정함으로써 “학교 내외”라는 표현과 “학생을 대상으로”라는 표현도 학교폭력이라는 단어가 나타내는 의미를 적절하게 포섭해 주지 못하며 다의적 해석의 가능성이 있다. 범규범에 자의적 해석가능성이 존재한다면 바람직하지 않다는 점에 큰 의문은 없다. 학교폭력의 정의에 대해서도 보다 면밀하게 규정의 제검토가 필요하다. “학교폭력”뿐만 아니라 “따돌림”과 “사이버 따돌림”에 대한 정의에서는 “지속적”, “반복적”, “신체적 공격”, “정신적 공격”등의 용어가 사용되고 있는데, 어느 정도가 지속적·반복적이라고 볼 수 있으며 신체적·정신적 공격은 무엇을 의미하는지 통상의 판단능력을 가진 사람이라면 누구나 충분히 그 의미를 이해할 수 있는지 여부를 기준으로 하여야 함(헌법재판소 1992.2.25. 89헌가104)에도 위 학교폭력의 용어를 해

25) 최호성·장사형·김광수·김지환·김창윤, 「학교폭력의 예방 및 대책」, 박영STORY, 2015, 86-87면.

26) 문영희·강동욱, “학교폭력 예방 및 대책에 관한 법률의 적용범위 및 피해자 보호제도에 관한 비판적 검토와 그 개선방안”, 법과 정책 제21권제1호, 제주대학교 법과정책연구원, 2015, 155면.

석함에는 모호하다고 하지 않을 수 없다.

(2) 학교폭력예방법과 다른 법률과 충돌 및 중복적용의 문제점

동법 제5조 제1항은 “학교폭력의 규제, 피해학생의 보호 및 가해학생에 대한 조치에 있어서 다른 법률에 특별한 규정이 있는 경우를 제외하고는 이 법을 적용한다”고 규정하고 있다. 또 동법은 “제2조 제1호 중 성폭력은 다른 법률에 규정이 있는 경우에는 이 법을 적용하지 아니한다(제5조 제2항27)”고 규정하고 있음으로써 학교현장에서 발생한 성폭력 문제를 어떻게 처리해야 하는지에 대한 논란이 있다. 동법 제5조 제1항에서 다른 법률에 특별한 규정이 있는 경우를 제외하고는 이 법을 적용한다고 하며, 제2항에서는 성폭력은 다른 법률에 규정이 있는 경우에는 이 법을 적용하지 아니한다고 기술하고 있다. 이 규정과 관련하여 하나의 성폭력행위가 아동청소년의성보호에관한법률(이하 ‘아청법’이라 약칭)이나 성폭력범죄의처벌등에관한특례법(이하 ‘성폭법’이라 약칭)의 범죄구성요건이 성립하고 동시에 동법상의 정의에 포함되는 경우 어떤 법률이 우선 적용될지? 해석상 문제 발생시 이 성폭력행위를 형사처벌하기 위해 아청법이나 성폭법이 적용되는 것에는 큰 문제가 없다고 할 수 있지만, 그런데 동시에 동법도 중복 적용하여 동법의 ‘가해학생에 대한 조치’ 처분들도 할 수 있는지 명확하지 않다. 만일 형법 또는 소년법, 형사특별법을 동법 제5조 제2항의 ‘다른 법률’에 포함시켜 학교폭력이 형사범죄로 되는 경우에는 그 형사범죄를 규율하는 법이 적용되고 동법은 적용되지 않는다고 볼 여지가 있다²⁸⁾. 즉, “성폭력 문제의 경우에는 그 사안의 중대성으로 학교 내에서 해결하기 어려운 면이 많으므로 다른 법률에 규정이 있으면 그 법률을 우선 적용하여 동법이 적용되지 않는다?”라는 해석이 가능하다. 그러나 동법은 미리 가해학생의 조치뿐 아니라 피해학생의 보호와 분쟁조정 등도 규

27) 학교폭력예방법 제5조 제2항의 다른 법률에 해당하는 ‘성폭력범죄의처벌 등에 관한 특례법’ 및 ‘아동·청소년의 성보호에 관한 법률 제16조’는 ‘형법’과 달리 대부분의 성폭력범죄를 비친고죄로 규정하고 있다. 특히 제16조(피해자 의사)는 비친고죄로서의 성폭력범죄의 유형으로, ① 동법 제7조의 아동·청소년에 대한 강간·강제추행 등의 죄, ② 형법 제297조~제300조, 제302조, 제303조 및 제305조의 죄, ③ ‘성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법’ 제10조 제1항의 죄를 들고 있다.

28) 김중구·박지현, “포레괴롭힘(bullying)의 개념과 법적규율 -학교폭력예방 및 대책에 관한 법률과 관련하여-”, 일감법학 제27권, 한국학술정보, 2014, 327면.

을하고 있으므로 동범상 제재조치와 형벌은 성격을 전혀 달리하므로 병행적용이 불합리하다고 볼 것은 아니라 하여 형법·형사특별법이 적용되는 영역에서도 동범은 여전히 적용될 수 있다고 봄이 타당하다²⁹⁾는 주장에 대하여 이에 대해서는 성폭력의 문제도 학교폭력의 종류에 포함시키는 바(제2조 제1호) 해석상 혼란과 적용상 모순을 야기할 수 있으므로 성폭력과 성폭력이 아닌 학교폭력에 대한 명문규정의 한계를 명확히 해 두는 것이 바람직하다 할 것이다.

(3) 학교폭력예방법과 소년법과의 관계 정립

학생과 소년은 개념적으로는 구분되나 실질적으로는 유사하다. 즉 소년은 ‘19세’미만자를 의미하지만 그렇다고 해서 학교에 재학중인자 “학생의 신분”이라는 의미로 해석하기는 다소간 무리가 있어 보인다. 그러나 소수의 중퇴자·유급자·만학도·조기졸업자 등의 예외를 제외하면 소년은 대부분의 초·중·고등학생은 소년법상 소년에 해당하므로 학생이라는 신분과 소년의 개념은 중복되는 영역이 아주 넓다. 소년법은 형법의 특별법이라 할 수 있다. 그러나 동범은 형사법적 성격을 갖는다고보다는 학교공동체에서 발생하는 학교폭력행위에 효과적으로 대처하기 위한 징계법적 성격을 가진다고 할 수 있으므로 동범에 의해 조치를 받은 경우에도 원칙적으로 형법이나 소년법의 적용이 배제되지 않는다. 현행법 체계상으로도 동범과 형법 및 소년법은 징계법과 형사법이라는 형식으로 병렬적으로 존재하는 것이므로, 동일한 가해학생에 대한 조치와 형벌(내지 보호처분)이 이중으로 부과되는 경우에도 헌법 제13조 제1항 후단 『...거듭 처벌 받지 아니한다』의 일사부재리원칙에 위반되는 것은 아닌 것이다³⁰⁾. 여기서 ‘처벌’은 국가가 행하는 일체의 제재나 불이익처분이 모두 포함되는 것이 아니고 원칙적으로 “범죄에 대한 국가의 형벌권 실행으로서의 과벌만”을 의미한다(헌재2002.7.18. 2000헌바 57). 그러나 가해학생에게 선도·징계조치가 부과되고, 소년사법절차도 개입하는 경우에 『모든 국민은...동일한 범죄에 대하여 거듭 처벌받지 아니한다』라는 “사실상 이중처벌 금지원칙”이라는 문제를 완전히 불식시키기 어려운 점이 있다. 이에 ‘사실상 이중처벌’이라는 여지의 문제는 입법정책적으로 조정할 필요가 있다. 상술한

29) 문영희·강동욱, 앞의 논문, 158면.

30) 이진국, 앞의 논문, 105-106면.

바와 같이 학교폭력의 가해자인 소년에게는 “소년의 형사범죄 등에 대하여 소년 보호처분을 과할 수 있도록 규정”하고 있으므로 소년법이 적용될 가능성이 높다. 소년보호처분은 소년에 대한 형사절차와 다르고 소년에 대한 사법절차에 그치지 아니하며 소년에 대한 보호와 복지적 기능을 가지고 있다.³¹⁾ 이는 소년이 아직 성인보다 미성숙하였으며 향후 개선·발전가능성이 크다는 데에 기인한다.³²⁾ 10세에 이르지 않은 소년은 형법과 소년법 모두 적용되지 않아 형사책임을 완전히 면제받는다. 이와 달리 동법은 가해학생의 범위에서 연령을 고려하지 않는다. 그러므로 소년법상 보호처분 대상이 아닌 가해학생이라도 동법상의 제반 제재는 받을 수 있다는 해석이 가능하다. 통상 소년보호처분은 엄밀한 의미의 전과는 아니지만 범죄의 상습성을 판단하는 자료가 될 수 있고, 중한 소년보호처분(소년법 제32조 제1항 제10호 처분 등)은 사실상 징역형과 유사한 성질을 갖기도 한다. 그러나 동법상 제재조치는 서면사과, 접근금지, 봉사활동 등이 대부분이기 때문에 대체로 소년보호처분 보다는 경미한 처분으로 보인다. 그런데 동법 제5조 제1항은 『학교폭력의 규제…다른 법률에…제외하고는 이 법을 적용한다』고 규정하고 있는데, 학교폭력이 동시에 형사범죄에 해당하는 경우 소년법과 동법의 적용 선 후관계와 중복적용 가능성이 문제된다. 법문상으로만 본다면 동법이 학교폭력에 대한 일반법이므로 소년법보다 앞선다는 해석도 가능하며, 반대로 소년법을 동법 제5조 제1항의 ‘특별한 규정’으로 해석하여 특별법인 소년법의 적용이 우선한다는 해석도 가능할 수 있다. 그러나 결론적으로 하나의 학교폭력행위가 범죄행위인 동시에 학교폭력 행위에 해당한다면 소년보호처분과 동법상 제재조치가 병과될 수 있을 것이다. 전자는 형사사법절차상 조치이고 후자는 학교내 자치법규로 적용영역이 전혀 다르고 적용절차도 다르기 때문이다. 그러나 가해학생의 입장에서는 동일한 행위에 대하여 이중의 처벌을 받는다는 느낌을 줄 수 있기 때문에 구체적인 처분과정에서 적절한 조절이 필요하다고 사료된다. 예컨대 동법상 제재조치로 서면사과나 봉사활동을 하였다면 그 사실을 소년보호처분 절차에서 유리한 양형절차로 감안하는 것이 바람직하다. 한편, 현행 특정강력범죄의처벌에관한특례

31) 박찬걸, “형법상 미성년자 연령 설정과 소년법상 소년보호처분제도와와의 관계”, 소년보호연구 제22호, 한국소년정책학회, 2013, 198면 이하 참조.

32) 최영승, “소년보호사건에 있어서 적법절차의 구현”, 소년보호연구 제24호, 한국소년정책학회, 2014, 337-338면.

법 제4조는 소년이 특정강력 범죄를 범한 경우 소년법상의 감경규정 적용을 제한하고 있는 바, 소년이 특정강력범죄를 범한 경우에는 그 밖의 범죄를 범한 경우보다 처벌의 상한선이 높아진다. 이에 소년에 대한 엄벌주의는 교육적·사회적으로 바람직하지 아니하고 교화·계도를 지향하는 소년법의 입법취지와 소년의 회복적 사법의 이념에도 맞지 않아, 위 규정은 폐지하는 것이 바람직하다는 주장이 있다.³³⁾ 이들의 주장의 근거는 독일 소년원법 제42조 2항 소년에게 징계나 가해자·피해자 조정 등 교육적 처분이 있으면 반드시 기소유예를 하도록 하는 규정을 참고하여³⁴⁾ 우리의 경우도 학교폭력자치위원회로부터 가해학생 선도 및 징계 조치를 부과 받고 진정한 사과와 용서라는 교육적 개입이 있는 경우에는 사법절차에 의한 사실상의 이중처벌을 차단하는 것을 입법화하는 등 해소방안을 마련할 필요가 있다는 것이다. 또한 학교 내 사안처리라는 공동체 규범과 형사사법처리라는 사법규범의 목적과 성격을 고려한다면, 공동체 규범에 따른 처분의 성격을 처벌적 처분이 아닌 회복적 처분으로 변화시키는 방향이 사실상의 이중처벌을 해소하는 방안이 될 수 있다는 것이다. 한편, 피해학생의 입장(특별예방적 소년사법의 특성과 피해자 소외)에서는 소년형사사건처리절차에서 불기소를 하거나, 보호자위탁처분을 내리는 등 아무런 사법조치 없이 귀가하는 가해소년들에 대해서 피해자측이 헌법소원을 제기할 정도로³⁵⁾ 소년사법은 가해소년에 초점을 맞추어 왔다. 2007년 12월 소년법 전면개정에 이르러서야 피해자를 위한 조항이 신설되었다. 보호절차상 화해권고조항과 소년법 제25조의 2(피해자 등의 진술권)조항이 그것이다. 행위형법이 아닌, 소년들의 개인사정에 초점을 맞추기 위한 행위자 형법으로서의 기능을 하는 소년사법³⁶⁾은 기존의 전통적인 응보적 형사사법으로부터 소년을 보호하기 위해서 형사사법 예외로서의 정체성을 지니면서 형사사법의 일부를 차지하고 있다. 그래서 소년사법에서의 ‘요보호성’ 개념을 형사사법으로부터 보호의 뜻으로 해석하기³⁷⁾도 한다. 이러한 의미에서의 ‘봐주기를 위한 회복적

33) 안성조, “진화심리학의 관점에서 본 학교폭력의 원인과 입법적·정책적 대책”, 법학논총 제27권 제3호, 국민대학교출판부, 2015, 133면.

34) 독일 소년원법 제42조 2항: “검사는 교육적 처분이 이미 실시되었거나 개시되었고 법관의 관여와 공소제기가 필요하다고 인정되지 않는 경우에는 기소를 반드시 유예한다. 소년이 피해자와 조정에 도달하려는 노력은 교육적 처분으로 간주한다.”

35) 헌법재판소 2003.09.25., 2002헌마533.

37) 임상규, “소년범죄의 합리적 처리방안”, 형사법연구 17권, 한국형사법학회 2002, 237면.

구상'이라는 맥락의 회복적 사법 프로그램은 형사사법 작용이 아닌 것이 되고 사적 갈등의 해결이 되어 버린다. 이때 형사사법이 작용하게 되면 형사사법망의 확대를 불러오기 때문에 형사사법의 작용은 사적 갈등의 해결이라는 측면 뒤로 물러서 있어야 하고, 예를 들어, 경미한 소년사건의 경우에 가해자와 피해자의 갈등이 해결된다면 일반인들은 오히려 국가형벌권의 자제를 의미있는 행동으로 받아들일 것이라는 주장이다.³⁸⁾ 이 주장은 회복적 사법프로그램의 비형식성, 자발성을 고수하기 위해 기존의 형사사법과 분리 운영하기를 원하는 순수론자들의 주장과 일면 일맥상통하는 것으로 보인다. 하지만 봐주기를 위한 회복적 사법구상이라는 주장은 오히려 회복적 사법프로그램을 형사사법기관의 가혹한 형벌을 피하면서 통제의 효과를 담보할 수 있는 알맹이 없는 프로그램으로 전락시킬 위험을 가지게 된다. 그러한 접근은 회복적 사법의 이념을 몰각한 '형사합의'와 다를바 없다. 소년사법을 전통적인 응보적 형사사법으로 규정하고, 소년사법에서의 탈락, 분리를 위해서 회복적 사법프로그램으로 회부하는 것은 피해의 회복을 목적으로 하는 것이 아니라 말 그대로 봐주기를 위한 것일 뿐이다. 회복적 사법프로그램에 참여하는 범죄 피해자는 가해자와 함께 이 피해를 회복하기 위해 조정을 비롯한 회복적 사법프로그램에 나선다. 피해자는 가해소년을 형사사법의 폐해로부터 탈출시켜주기 위해서 프로그램에 참여하는 것이 아니다. 이와는 다른 맥락으로 보이지만 결국 가해소년에 초점을 맞추어 회복적 사법의 도입을 주장하는 내용으로 커뮤니티 재통합의 효과에 비중을 둔 주장도 있다. 또한 회복적 사법프로그램은 소년의 규범내면화를 증진시키는 이상적인 수단으로 평가³⁹⁾되어 도입이 주장되기도 하고 성인 형사절차에서 도입하기 전에 외국에서 효과가 검증되었으니 우리도 소년사법에서 도입해 보면 좋을 것이라고 주장되기도 한다. 회복적 사법을 소년사법에 도입하자는 주장은 가해소년에 대한 조치로서 긍정적인 효과를 가져올 수 있는 수단으로서의 도입이 되어서는 안 된다. 이 경우 회복적 사법이 소년사법에서 소년의 재사회화를 위한 도구⁴⁰⁾로 전락하여, 피해자는 더욱

38) 임상규, 위의 논문, 252면.

39) 이진국, "개정소년법상 회복적 사법제도에 관한 비판적 검토", 피해자학 연구 제17권 제2호, 한국피해자학회, 2009, 358면.

40) 특별예방적 소년사법시스템에서, 조정절차와 원상회복 또는 커뮤니티 봉사 등의 결과는 피해자의 정당한 회복요구와 화해의 기회는 무시한 채 가해자의 재교육 필요성으로 조정되어 특별예방적 관점에서 사용되고 있다. Dongier and Van Doosselaere,(1992) Approaching

소외되고 만다. 화해권고 조항의 경우 판사가 ‘소년의 품행을 교정하고 피해자를 보호하기 위하여 필요하다’고 인정하면 권고가 가능하다. 그런데 ‘피해자를 보호’를 해석하는 것이 쉽지 않다. 피해자를 무엇으로부터 보호하기 위해서 화해를 권고하는 것인가? ‘화해’는 무엇인가? 화해하기 싫으면 어떻하나? 긍정적인 결과만을 전제로 하는 제도인가? 등등 의문이 꼬리에 꼬리를 물지만 법률에서 드러난 것은 없다. 이것은 주객이 전도되었기 때문이다. 피해 회복의 과정이나 결과로 피해자를 보호할 수는 있지만 회복적 사법의 핵심원리에 피해자 보호가 들어있지는 않다. 소년의 품행을 교정하는 것은 회복적 사법의 이념이 우선적 목적으로 하는 내용은 아니다. 회복적 사법의 핵심원칙들을 실현하는 과정에서 피해자의 보호와 소년의 품행교정의 충돌이 일어날 수 있는 것이다. 회복적 사법을 천명하면서도 이러한 조문이 신설된 것은 소년사법이 가해소년에 대한 특별예방적 이념에 경도되어 있기 때문이다. 그리고 가해자는 벌하고 피해자는 가해자로부터 보호해야 한다는 철저히 이분법적인 사고가 소년사법의 역할에는 녹아있다. 특별예방적 관점에서, 수단적으로 도입된 사이버 회복적 사법이 아닌, 소년사법상 도입되어야 할 진정한 회복적 사법의 이념에 대한 고찰이 필요하다는 주장이다. 최근 소년(제도권 내외, 19세 미만의 미성년자) 그들의 범행의 불법성이 던진 사회적 파장과 흉악성은 소년이라 할지라도 예외없이 강하게 처벌해야 한다는 여론과 2007년 소년법 개정 이후 10년이 지난 지금 소년법 개정요구가 제기됨에 따라 소년법은 또 다시 개정국면에 있는 현실에서 온정주의자라는 사회적 비난을 우려하면서, 향후 학교폭력법과 소년법이 조화롭고, 상생하는 아름다운 개정을 기대한다.

(4) 초·중등교육법과의 관계

학교폭력법 이전에는 일선학교에서는 선도위원회가 구성되어 학교폭력에 대응해 왔다. 선도위원회는 학생을 올바르게 선도하기 위하여 학생의 징계건 사항

Mediation in Juvenile Court: Rationale and Methodological Aspects, in H. Messmer and H.U. Otto(eds), Restorative justice on Trial:Pitfalls and Potentials of Victim-Offender Mediation. International Research Perspectives, Dordrecht:Kluwer Academic Publishers, pp501-11,(recited in Lode Walgrave, Extending the Victim Perspective Towards a Systemic Restorative Justice Alternative, in Integrating a Victim Perspective within Criminal Justice, (Adam Crawford & Jo Goodey (eds) England, Ashgate, 2000) p 279.)

을 심의하기 위한 조직을 말하는데, 각급 학교의 선도규정에 의해 설치된다. 선도규정은 초·중등교육법 및 동법시행령, 학칙에 의거하여 제정·시행되고 있다. 따라서 동법이 제정된 이후로는 동법이 적용되는 부분에서 학교폭력대책 자치위원회와 그 적용을 받지 않는 선도위원회가 이원적으로 구성되어 있다. 한편 초·중등교육법은 교육에 관한 일반법이라면, 동법의 주된 내용은 학교폭력 예방과 그에 대한 대책을 담고 있는 법이므로, 원칙적으로 학교폭력에 대해서도 양법에 의한 징계조치가 가능하다. 그러나 동법과 초·중등교육법의 관계를 보면, 동법 제17조의 가해학생에 대한 조치내용은 초·중등교육법 제18조 및 동법 시행령 제31조 제1항에 하여 우선적으로 적용되는 관계에 있는 것으로 볼 수 있다. 한편 동법 제17조 제7항에서는 가해학생이 조치를 거부하거나 회피하면 초·중등교육법 제18조에 따라 징계하도록 규정하고 있고, 가해학생의 전학, 퇴학조치에 한 재심청구절차는 초·중등교육법에 따르도록 규정하고 있다(동법 제17조의2 제2항).

IV. 학교폭력예방과 대책으로서 회복적 사법 실천

2004년 학교폭력법의 출현으로 학교폭력을 자치적·교육적으로 해결하고자 하는 정부와 민간의 노력에 기대의 목소리가 많이 나왔다. 제정 이래 변화하는 시대적 요구와 학교현실을 반영하는 2018년 7월 현재 15차례의 개정이 이루어졌다. 10여년이 지난 지금도 기대 의견의 목소리가 다수를 이룰까? 하는 우려의 의견도 많이 나오는 현실을 감안한다면 그 대책 마련의 시급성에 공동체는 동의하고 있다. 특히 2013년 3월 개정에서 학교폭력의 적용 범위를 이전의 ‘학생간 발생한’ 사건에서 ‘학생을 대상으로 발생한’ 사건으로 확대하여 학교 밖 청소년과 성인에 의한 학생폭력 사건까지 확대하여 학생 보호를 확장하였다. 본장에서는 학교폭력 예방 및 대책에 회복적 사법 실천을 중심으로 법원단계의 화해권고 제도, 검찰단계의 선도조건부 기소유예제도, 경찰단계의 경찰훈방제도 및 경미사건 감경제도를 각 단계별 활용 및 실천 방법에 대하여 살펴보고, 학교폭력 사건에서 전문상담자의 전문상담활동 자체뿐 아니라, 사건의 중재자 또는 자문가 역할의 중요성을 제시한다.

1. 학교폭력 가해자-피해자 화해권고제도

법원의 화해권고제도란 소년보호재판에서 소년법 제25조의 3이 규정한 취지에 따라 보호소년에 대한 품행의 교정과 피해자의 보호를 위해 법원이 위촉한 화해권고위원이 당사자들에 대해 화해를 권고하는 절차이다. 이 제도는 피해자의 보호와 가해소년의 범익침해에 대한 진정한 반성에 의한 건강한 사회복귀를 도모하기 위해 2008년 6월부터 시행되어 운영 10년째에 경험하고 있는 형사제재제도의 한 양태이다. 가해자와 피해자 사이 범죄라는 형태로 발생한 사회적 갈등을 해소하고 상처를 치유함으로써, 화해의 전문화와 인간화를 내용으로 교정복지와 회복적 사범 및 사범복지를 이념으로 한다(동법 제35조의3, 화해권고).

범죄자 입장에서는 행위결과에 대한 자발적이고 능동적인 책임감수와 그에 대한 진정어린 성의가 있는 보상을 통해 범죄로 인해 침해된 규범의 권위를 회복하고, 사회에 재통합될 수 있는 기회를 전통적인 제재방법 이외의 방도를 통해 얻는다는 의미에서 일종의 다이버전인 셈이다. 피해자는 가해자의 솔직한 책임인정을 확인하고 그 피해보상 노력을 수용함으로써, 손상된 법 감정의 만족을 얻을 수 있고, 범죄문제로 야기된 갈등상황을 종식시킴으로써 피해자 스스로도 재사회화의 지평으로 나아간다는 의미를 내포하고 있다. 이 같은 양자의 입장은 바로 사회통합이라는 적극적 일반예방 목적의 성취에 합치할 뿐만 아니라, 회복적 사범 이념의 실현에서도 협력하는 일이 된다. 화해권고가 성립되기 위한 전제조건은 회복적 사범에서 피해회복의 첫걸음인 가해자인 범죄소년(촉범소년 포함)의 “범죄사실의 시인과 명시적인 반대가 없어야 한다”와 “피해자의 동의”가 필요하다. 이때 가해자가 먼저 자신의 행위 책임을 인정하지 않고는 피해 회복이란 별로 의미가 없는 공염불에 불과한 제도이다.

이 제도는 피해자와 가해자의 자율적 참여가 보장되어 있고 무엇보다도 가해소년의 품행교정과 피해변상을 언급하고 있으며 최근 들어 소년전문가의 참여를 적극적으로 유도하고 있다는 점과, 그 법적 효과에 대해 만족한 내용이라고 할 수는 없지만 그 나름의 피해자와 충분한 화해를 했다고 평가될 경우 보호처분을 결정할 때 이를 고려할 수 있다고 규정되어 있다는 점에서 회복적 사범의 개념이 일부 적용된, 나름의 의의를 가지고 있는 제도라 평가할 수 있을 것이다.⁴¹⁾ 그럼

에도 일부에서 만족스러운 평가가 나오지 않는다는 주장을 귀담아 경청하여야 하는 우리에게 이 제도의 개선방향을 시사해주는 것이라 할 수 있다 하겠다. 즉, 입법취지를 충분히 살릴 수 있도록 적극적이고 세밀한 운영이 이루어지고 있는지에 대한 재검토가 필요한 시점을 맞이했다는 것이다. 무엇보다도 핵심개념이라 할 수 있는 ‘화해’와 ‘피해회복’에 대한 개념정립을 새롭게 할 필요가 있다. 화해는 단순한 물질적 피해변상만으로는 성립될 수 없다는 것을 다시 한 번 되새겨야 할 것이다. 즉, 피해자의 피해회복에 있어서 물질적인 피해변상이 전부일 수 없기에 단순한 물질적 피해변상을 위한 접근만으로는 충분한 피해회복이 이루어졌다고 할 수 없다. 이럴 경우 당연히 진정한 화해도 기대할 수 없다는 것이다. 피해자의 입장에서는 물질적인 상처와 피해 이상으로 정신적인 상처와 피해가 각인되어 있는 경우가 훨씬 더 많다고 할 수 있다. 그러므로 피해자의 입장에서 충분하고도 만족할 만한 피해변상이 이루어졌다고 느낄 수 있을 정도가 되려면 물질적 피해변상과 더불어 정신적 상처회복에 대한 노력이 가해자 측으로부터 있어야 한다는 것이다. 하지만 물질적 피해변상에 비해 정신적 피해변상은 결코 간단하지 않다는 데에 문제가 있다. 정신적 피해는 그 피해의 정도를 계량화·수치화하는 것이 불가능할 뿐 아니라 전적으로 피해자의 주관적 판단에 의해 결정되기 때문이다. 이처럼 피해회복과 이를 통한 화해는 그리 간단한 문제가 아니기에 이를 실현시키기 위한 보다 구체적이고도 자세한 절차가 함께 규정되어 있어야 할 것이다. 피해자는 물질적 피해변상만으로 가해자의 “범죄사실의 인정”이 없음에도 가해자와 테이블에 마주 앉아서 불쾌한 협상에 응하도록 강요당해서는 안될 것이다.

학교폭력의 경우를 사소한 장난으로 인식하거나 위장하고, 학교폭력에 대한 온정주의적 시각으로 인해 처벌보다는 교육적 차원의 계도 조치 정도에 치우쳐 학교폭력의 심각성 인식부족과 미흡한 대처, 학부모의 경우 아이들은 싸우면서 자라는 것이 당연하다는 안이한 인식으로 가해자의 반성없는 절차는 오히려 피해자 입장에서 보면 피해를 더 증폭시키며 더 큰 심정적 상처를 남겨 학교폭력의 악몽에서 벗어날 수 없게 한다. 이러한 점에서 이 제도가 학교폭력을 예방하는데 여전히 한계점을 안고 있고 상술한 바와 같이 문제점을 노정하고 있다는 점이

41) 선의중, “소년법상 화해권고제도의 실질적 운영방안”, 가사재판연구II, 서울가정법원 가사재판연구회, 2011, 610-612면.

다. 무엇보다도 화해권고는 당해 학교폭력사건이 소년보호절차에서 문제되고 있는 한에서만 적용이 가능하다는 점에서 학교현장에서 발생한 폭력사건에 대하여 학내에서 회복적으로 해결할 가능성이 흠결되어 있는 것이다. 학교폭력은 학교현장에서 학생들 간에 인적 관계에서 발생하는 것이 일반적이므로 학교폭력 발생 즉시 학교현장에서 회복적 사법이 실천될 수 있는 가능성이 확보됨이 중요할 것이다. 따라서 이 제도가 진정으로 회복적 사법의 실천의지를 담고 있는 제도로서 신뢰받고 학교폭력에 뿌리내리기 위해서는 형식에 그치지 보다는 조정의 주체·개시요건·법적효과 등의 구체적인 제시, 화해전문가 참여의 명시 등 실질적인 효과를 기대할 수 있는 제도적인 약점을 보완함이 필요하다고 생각된다.

2. 검찰단계의 선도조건부 기소유예 제도

이 제도는 검찰단계에서 소년법 제49조의3 규정을 그 근거로 범인의 연령·성행·피해자와의 관계·범죄후의 정황 등을 살펴 범죄내용이 다소 중하더라도 재범 가능성이 희박하고 선도 가능성이 높다고 판단되는 18세 미만의 소년범을 대상으로 검사의 재량으로 소년보호사건이나 일반형사사건으로 처리하는 대신에 범죄 예방자원봉사 기본규정 제1조(목적)에 의한 위원(법사랑연합회)와 소년선도 관련 단체의 접촉선도·원호선도·선도보호 등을 조건으로 기소유예하는 선도조건부 기소유예를 명문으로 규정하고 있다. 그 의의는 적극적인 상담과 원호활동을 통해 지역사회 학생을 상대로 한 법교육과 그 지원활동 및 학교폭력예방 등 청소년 결연, 상담지도 지원함으로써 재범을 방지하고 청소년을 건전하게 육성하고자 하는 회복적 사법의 이념이 담겨 있다고 할 수 있다. 담당 검사는 선도조건부 기소유예를 결정할 경우 지역(지구위원회)협의회에 대상소년과 범죄사실 등 필요한 자료를 통보하여 선도책임위원의 선정을 의뢰하고 해당 협의회에서는 대상 소년의 선도에 적절하다고 판단되는 위원의 동의하에 담당검사에게 추천함으로써 선도조건부 기소유예는 시작된다. 이때 기소유예 처분을 받은 소년과 그 보호자는 위원이 결정한 사항과 청소년 위원회에서 스스로 결정한 권고사항에 따라야 한다. 이 제도는 소년사범에 대해 낙인효과를 억제함과 동시에 회복적 사법의 개념이 일정부분 적용된 처벌보다는 교육을 통해 처벌 이상의 효과를 기대하고자 하는

목적하에 시작된 다이버전의 한 형태로서 많은 관심과 기대 속에서 출발된 전향적 제도이다. 그러나 그 효과와 의미에 비해 소극적인 운영과 회복적 사법에 대한 이해부족으로 인해 그 의미를 퇴색시키며 효과 또한 아직도 신뢰감을 주기엔 부족한 현실에 아쉬움이 있다. 이러한 주된 이유는 가해자의 진정한 반성과 피해 회복에 의한 피해자의 화해 등에 대해 구체적이고도 명확한 시스템이 구축되어 있지 못하다는 데서 찾을 수 있을 것이다. 사실을 은폐, 축소하려는 학교, 보호받지 못하는 피해학생, 책임을 피해학생에게 전가하는 가해학생의 태도 등은 학교폭력 갈등에서 보이는 전형적인 모습들이라 가정한다면, 위원들은 숨겨진 가해자의 심정을 읽어 내는 전문성을 갖춘 전문가가 필요하며, 가해자의 마음을 움직여 진정한 성찰의 자세로 먼저 피해자에 다가가 피해를 심정적으로 치유하여야 할 것이다. 학교폭력 가해자의 경우 소년사건으로 보호처분 또는 소년원으로 송치되더라도 일반 수형자와 다르게 전과 기록이 남지 않아 훗날 아이들이 상급학교 진학과 사회생활을 하는 데에 큰 걸림돌이 되지 않지만, 학교폭력으로 징계를 받을 경우 재학, 진학에 어려움이 따를 뿐만 아니라 가해자와 그 부모가 피해자를 철저히 외면하는 이러한 최악의 길을 선택할 여지를 쥐서는 안 될 것이다. 또한 무엇보다도 피해자의 의사에 상관없이 검사의 판단에 의해 가해자와 위원들의 일정 노력만으로 사건을 해결하고자 하는 형태를 취하고 있기에 진정한 회복적 사법 프로그램이라 할 수 있는가에 대한 의문을 떨쳐버리기가 쉽지 않다. 무엇보다도 위원의 대다수가 지역사회로부터 인정받는 순수한 자원봉사자로서 제도의 취지에 맞는 전문적 지식을 갖추고 있다고 보기 어렵다는 점에서 이 제도의 불안감을 지울 수 없다. 그럼에도 회복적 사법개념의 확산을 바라는 이들에 의해 이 제도의 적극적인 확대 실시가 요구되고 있지만 피해자의 진정한 피해회복을 위한 가해소년의 노력여부에 상관없이 수사단계에서 기소유예가 결정되게 된다면 피해자는 결국 회복적 사법의 개념이 적용된 사법체계 속에서 단지 가해자의 형벌 감면을 위한 하나의 도구이자 수단으로 전락하게 된다는 지적⁴²⁾이 있음에 특히 관심을 가져야 할 것이다. 이러한 지적은 위에서 언급한 바와 같이 이 제도가 무엇보다도 중요한 피해자의 의사를 고려하지 않은 채 실시된다는 점에 기인한 것

42) 김용세, “한국의 형사사법체제와 회복적 사법”, 형사법연구 제20호, 한국형사법학회, 2003, 242면; 정희철, “소년사법 개선 및 소년법 개정 논의의 쟁점과 평가”, 보호관찰 제17권 제2호, 한국보호관찰학회, 2017. 85면.

이라고 할 수 있는 바, 화해방법 및 절차에 있어서 피해자의 자발적 참여와 이를 바탕으로 한 피해자의 의견이 반영될 수 있도록 하는 구체적이고도 효과적인 세부방안이 마련된다면 이러한 지적에서 벗어날 수 있을 것이라 판단된다.⁴³⁾ 회복적 사법은 반드시 가해자의 진정한 노력에 의해 피해자의 피해회복과 더불어 용서가 전제되어야 함을 망각하지 말아야 함에도 우리의 선도조건부 기소유예 제도는 이러한 점을 간과한 채 실시되고 있다는 것이 아쉽다. 그래서 상술한 바 놓친 문제점에 대해 보완이 필요하다고 생각한다.

3. 학교폭력에 대한 경찰훈방제도와 경미소년사건 감경제도에 대한 검토

(1) 경찰훈방제도

경찰청 예규인 ‘소년업무 처리규칙’에 따르면 사건이 경미하고 처벌의 실익이 없다고 사료하는 때에 「형법」 제51조의 양형조건을 참작하여 소년법원이나 검찰에 송치하지 않고 단속현장, 지구대, 경찰서에서 훈계 후 돌려보내는 훈방조치가 시행되고 있다. 즉 수사 초기단계인 초동수사를 하는 경찰단계에서 소년사범(비행소년 포함, 촉범소년과 우범소년은 제외)을 석방함으로써 소년에 대한 부정적인 낙인효과로부터 탈출하게 하고 소년범죄자의 재통합을 유도할 수 있고, 특히, 재범의 효과는 물론, 경제적 측면에서도 유익한 것으로 평가되므로 이 제도는 공식적인 사법절차가 개시되기 전에 시작해야 효과가 있다고 본다. 경찰의 훈방권에 대하여는 형사소송법이나 즉결심판에 관한 절차법 등 그 어떤 법률에도 명문의 근거 조항이 없는 것이 현실이다. 그러나 실무상 훈방재량권 행사⁴⁴⁾는 명확한 법적근거가 없어 경찰훈령이나 관행에 따라 시행되고 있음에 따라 학교폭력의 첨병인 일선 경찰관들이 적극적으로 개입 및 활용하지 못하고 있는 실정이다. 물

43) 윤태현, “회복적 정의를 통한 학교폭력예방 및 대책의 발전방안 연구”, 소년보호연구 제30권 제2호, 한국소년정책학회, 2017. 104-105면.

44) 경찰훈방권을 적법히 행사하기 위하여는 “피해법익의 구제 및 사법정의를 실현이라는 처벌사유”와 “형법 제51조의 정상참작사유”를 이익형량하여 정상참작사유가 처벌사유의 동등이상의 가치를 가지는 경우에 해당한다고 판단되어야 한다. 물론 경찰훈방권의 법적근거가 즉결심판에 관한 절차법이므로 훈방하려는 사안이 즉결심판청구가 가능한 것인지 여부를 선결적으로 판단해야 할 것이다.

론 2011년 형소법의 개정을 통해 제196조 제2항에서 사법경찰의 수사개시권이 인정됨에 따라 경찰훈방권도 이에 대한 파생적 권리로서 법적 근거를 가진 제도로 이해하는 것이 가능하게 하지만 훈방권의 자의적 행사를 막고, 경찰권행사에 대한 학교폭력 처리 및 공동체의 신뢰를 증대시키기 위해 경찰훈방에 대한 직접적인 법적 근거⁴⁵⁾를 마련함이 요구된다.⁴⁶⁾ 아울러 그 절차의 공정성을 유지할 수 있는 제도를 법제화함과 훈방의 효과를 극대화할 수 있도록 외국과 같이 경찰다이버전과 관련된 다양한 정책과 제도를 개발·운영하여야 할 것이다. 또한, 경찰훈방의 실효성을 확대하기 위해서는 소년에 대한 회복적 사법제도와 연계성을 강화시킬 필요가 있다. 오늘날 소년에 대한 회복적 사법실천은 소년범죄자로 하여금 자신의 범죄로 인해 야기된 피해를 자각, 그에 대한 책임을 느끼고, 피해를 회복하는데 필요한 행동을 취하도록 함으로써, 사회구성원으로 재통합을 도모하는 새로운 소년처우방법으로서 추구하고 있다.⁴⁷⁾ 이것은 한편에서는 소년재범예방에 효과적일 뿐만 아니라 피해자의 권익과 피해회복을 강조함으로써 그간 경시되었던 피해자의 권리를 신장시킬 수 있는 방법으로도 평가되고 있다.⁴⁸⁾ 따라서 회복적 사법프로그램을 경찰 다이버전과 결합하여 실시한다면 사건발생 직후 효과적인 개입을 통하여 신속한 처리와 함께 범행 초기단계에 부정적 낙인을 최소화하면서 소년범죄자의 재통합을 유도할 수 있으며, 그 비용을 절감할 수 있을 것이다.⁴⁹⁾ 현재 회복적 사법프로그램의 운영의 일환으로 경찰훈방 조치를 취함에

45) 즉결심판에 관한 절차법 제19조는 「즉결심판절차에 있어서 이 법에 특별한 규정이 없는 한 그 성질에 반하지 아니한 것은 형소법의 규정을 준용한다.」고 규정하고 있는 바, 생각건대 위 규정에 의하여 검사의 기소편의주의(기소유예)에 관한 규정인 형사소송법 제247조를 준용할 수 있으므로 결국 경찰훈방권의 간접적 근거는 위 형사소송법 제247조라고 보는 것이 타당할 것이다.

46) 강동욱, “경찰훈방의 법적근거와 활성화 방안-소년범을 중심으로”, 경찰학연구 제13권제1호, 경찰대학 2013, 81면.

47) 경찰에서는 학교폭력 근절대책의 하나로 사안이 경미하여 경찰의 개입 보다 가해자에 대한 선도가 필요하고, 가해자가 자진신고하거나 피해자가 처벌을 원하지 않는 경우에 가해자를 선도대상으로 하고, 학교 전문가 등과 공동 대응하여 회복적 사법을 실현하도록 하고 있다. 즉, 학교폭력대책 자치위원회(학교폭력예방법제12조)를 통해 재범방지 및 분쟁 조정 등 실질적 피해회복을 유도하고, 가해학생에 대해 경찰서 범죄예방교육이 필요하다.

48) 김은경 외, “21세기 소년사법 개혁의 방향과 과제(I) - 제II부 새로운 대응방안으로서 회복적 사법의 실제와 전망”, 한국형사정책연구원, 2007, 14-15면.

49) 김혁, “회복적 사법의 이념 구현을 위한 경찰의 경미소년사건 처리”, 경찰학연구 제11권 제1호, 경찰대학, 2011, 61면 이하 참조.

있어 외부단체에 의해 위탁·운영되고 있는 ‘사랑의 교실’을 통해 일정교육을 실시하도록 하고 있다. 가해소년의 반성과 성찰을 꾀하면서 훈방의 과정에는 ‘소년범 수사시 전문가 참여제도’를 운영하는 등 전문가를 통해 소년범 계도, 선도를 유도하고 있는 점에서 일정부분의 회복적 사법의 실천의지를 다하고 있지만, 아직도, 경찰훈방과 연계된 선도프로그램이 부족하고, 현재 시행되고 있는 제도도 이를 강제하는 규정이 없기 때문에 사실상 단순훈방에 그치고 있어서 경찰훈방이 범 죄자에게 면죄부를 주는 것에 지나지 않는 등, 그 효과를 제대로 거두지 못하고 있는 실정이다. 그러나 오늘날 소년비행이 증가일로에 있고, 재범률 또한 증가하고 있는 현실에서 소년의 특성상 형사상 엄벌주의에 의해서는 재범방지의 효과가 나타나지 않고 있다. 따라서 회복적 사법의 경찰다이버전의 활성화가 절실하게 요구되고 있는 것을 고려할 때, 소년범에 대한 경찰훈방권의 필요성은 조만간 더욱 요구될 것으로 생각한다. 그러므로 경찰훈방에 대해서도 검찰과 경찰의 권한문제가 아닌 보다 효과적이고 친화적인 소년사법시스템의 구축이라고 하는 폭넓은 시각에서 접근할 필요가 있다.⁵⁰⁾ 그렇다고 한다면 재범방지에 효과가 있는 것으로 평가되고 있는 경찰훈방에 대하여 명시적인 법규정이 없다는 이유로 불허하는 것보다는 경찰의 범집행에 대한 신뢰를 바탕으로 현행법의 적극적 해석을 통해 법적 근거를 가진 제도로 이해하는 것이 합리적일 것이다.

현행 형사소송법 제196조 제4항에서는 검사만 수사종결권은 가짐으로써 수사종결의 성격을 갖는 경찰의 훈방조치에 대한 법적 근거가 무엇이냐는 문제에 봉착하게 된다. 물론 즉결심판절차에 관한 법률 제3조 제1항을 근거로 이의 정당성을 주장할 수 있겠으나 즉결심판의 대상은 범 죄소년(촉법소년, 우범소년은 그 대상에서 제외)에게만 해당되고, 경찰서장이나 해양경찰서장의 훈방과 달리 경찰관 또는 지구대장의 훈방조치는 이에 해당된다고 볼 수 없다는 주장이 제기되고 있다.⁵¹⁾ 그럼에도 현실적으로는 대법원의 판례⁵²⁾가 경찰에 의한 훈방조치가 형사사

50) 김태명, “다이버전의 발상전개와 경찰다이버전 도입”, 경찰학연구 제11권 2호, 경찰대학, 2011, 97면

51) 조국, “경찰훈방권의 법적근거와 한계”, 경찰법연구 창간호, 한국경찰법학회, 2003, 18면.

52) 대법원 판례 1982, 06,08, 선고 82도117; 사법경찰관리가 직무집행의 의사로 위법사실을 조사하여 훈방하는 등 어떤 형태로든지 그 직무집행 행위를 하였다면 형사피의사건을 입건수사하지 않았다고 하여 곧 직무유기죄가 성립된다고 볼 수 없다”고 판시함으로써 경찰관에 의한 훈방을 직무행위로 인정한다는 해석을 가능하게 하였다.

법상의 인정하여 그 정당성을 확보해 주고 있다. 따라서 경찰에 의한 훈방조치를 소년법 제49조 3에서 규정하고 있는 검찰의 '선도조건부 기소유예'와 비교되는 개념으로서 '선도조건부 훈방'이라고 명명하며 이를 인정하고 있음에도 불구하고,53) 상술한 바와 같이 경찰단계에서의 훈방은 선도조건부 기소유예 제도의 그 의의와 가치에 비해 제대로 그 운영을 묘를 살리지 못함에 따라 많은 논란을 빚고 있는 상황에서 이들 제도의 존재 자체에 대한 신뢰를 잃고 있는 실정이다 이러한 논란은 현장 경찰의 경찰훈방제도의 기저에 깔려있는 회복적 사법의 개념에 대한 충분한 이해와 연구없이 형식적으로 마련된 제도라는 것을 입증하는 것이라 하지 않을 수 없다. 훈방조치는 그 대상자의 선도·교육 과정이 생략된 채, 단지 형사사법 처리 대상자의 축소 내지는 가해소년의 낙인효과 예방이라는 차원에서 은전(恩典)을 베풀 듯이 실시해서는 아니 될 것이다. 회복적 사법의 정의의 핵심 개념은 가해자의 진실한 반성 노력에 의한 피해자의 피해회복과 치유와 더불어 피해자의 용서, 그리고 양자 간의 화해를 바탕으로 한다는 것임을 다시 한번 상기해야 할 것이다.

(2) 경미사건 감경제도

최근 경찰실무에서는 사안이 비교적 가벼운 학교폭력, 경미한 범죄를 저지른 소년범(만 14세 이상 19세 미만)과 재범의 위험성이 없는 사건에 대해 경찰단계에서 입건하지 아니하고 독자적 판단으로 종결해 왔다. 물론 당해 행위가 범죄의 구성요건을 충족시킨다고 하더라도, 구체적 사실관계에 따라서는 이를 일률적으로 입건하여 범죄자로 낙인의 효과를 방지(최소화)하고 소년전과자의 양산을 막기 위하여 가벼운 처분 내지 조치를 통해 구제하는 것이 바람직한 경우가 존재한다는 이유이다. 그러나 경찰단계에서의 비공식적인 사건처리는 경찰의 자의적 법 집행이라는 비판에서 자유로울 수 없었고, 그러한 점 때문에 현장에서는 사건처리(훈방)시 재량권 행사에 소극적인 측면이 있었던 것도 사실이었다. 경찰청에서는 이를 해결하기 위하여 2015년 3월부터 약 8개월간 전국 17개 경찰서를 대상으로 '경미범죄심사위원회'를 시범운영하여 2016년 전국 1급지 경찰서로 운영범위를

53) 박광민, "한국의 소년범죄의 동향과 그 대책", 비교형사법연구 제10권 제2호, 한국비교형사법학회, 2008, 465-470면.

확대를 거쳐 2017년 이후 전국 모든 경찰서에서 경미범죄심사위원회를 통한 처분 감경제도를 운영하고 있다.

이 제도는 정상참작의 여지가 있는 경미범죄에 대하여 시민이 참여하는 위원회의 심사를 통해 처분을 감경하는 제도로 현재 소년사건을 대상으로 시행 중인 ‘선도심사위원회’와 유사한 성격을 가지고 있다. 선도심사위원회에 이어 경미범죄심사위원회가 정착된다면, 경찰의 경미사건 처리실무 절차에 대대적인 개편으로 그동안 한정된 범위 내에서 비공식적으로 이루어지던 경찰의 실질적 사건선별이 공식화됨으로써 보다 활발한 재량권 행사가 이루어짐에 따라 일대 변혁을 가져왔다. 경찰의 실질적인 사건처리에도 직접적인 영향을 미치고 있는 현 상황(상술한 바와 같이 현행법상 경찰의 훈방권을 명문으로 규정한 법률이 여전히 존재하지 않는 상황)에서 과연 경미사건에 대한 경찰의 재량권 행사가 허용될 수 있는지에 대한 근본적인 검토⁵⁴⁾와 더불어 입법론은 별론으로 하더라도, 해석론상 경찰의 그러한 경미사건처리에 회복적 사법의 이념 확대 실현을 위해 발전적인 수용이 요구된다.

4. 전문상담자 교육체계 및 역할의 정비

최근 학교 안팎에서 청소년 축력사건이 자주 발생함에 따라 학업부적응 등 위기학생에 대한 관리·보호를 강화해야 한다는 필요성이 대두되어 모든 학교에서 상담지원을 활성화하기 위해 전문상담교사(*2017년 2297명->2018년 2911명+614명)을 지속적으로 확대하고 있다. 나아가 역량을 강화하여 위기학생의 학교 적응을 돕고, 병원형 위센터 등 맞춤형 위센터 설치도 확대할 필요성이 대두된다. 이에 학교폭력 사건에서 전문상담자의 역할은 더욱 중요하게 되었다. 상담자는 전문상담활동 자체뿐 아니라 사건의 중재자나 자문가의 역할도 수행해야 한다.⁵⁵⁾ 상담자가 전문경험이 일천하거나 미숙한 경우, 또는 상담의 개입방법이 잘못된

54) 훈방제도의 필요성에 대해 국민과 입법기관을 설득하여 법률 개정을 이끌어 내는 한편, 경찰 단계 다이버전이 실현되도록 최근 경찰의 수사권 조정의 논의와 발 맞춰 검찰과 협의하여 「검찰사건사무규칙」 제9조의3에 규정된 ‘소년사건 선도조건부 불입건 건의서’와 같은 기존 제도를 최대한 활용하고 확대해 나가는 것이 바람직한 방향이라고 생각한다.

55) 홍지영, “학교폭력사건 처리과정에 대한 학교상담자의 경험과 인식”, 한국심리학회지 제11권 제3호, 한국심리학회 산하 학교심리학회, 2014, 614면.

경우에는 학교폭력 문제를 효과적으로 해결할 수 없다. 학교폭력 초기 상담에서부터 교사 이외의 의사·또래 친구·다른 학부모를 적절하게 배치함으로써 상담이 효과를 배가 할 수 있었다는 선행 연구도 있다.⁵⁶⁾ 법률적 분쟁과 관련하여는 외부 법률전문가의 도움이 필요할 수 있다. 2010년 대한변호사협회와 한국교원단체총연합회는 업무협약을 맺고 학교현장에서 발생할 수 있는 제반 법률문제를 공유하고 협력하기로 하였다. 그 협력의 일환으로 ‘1학교-1고문변호사제’가 시행되어 희망학교와 희망변호사를 서로 연결시켜 주고 있다. 전문상담사의 역할은 첫째, 학교현장에 회복적 생활교육의 개념을 도입함으로써 그 접근 방식의 중요성과 회복적 생활교육의 의미를 생각하고, 가해자가 아닌 피해자의 피해와 피해 상황을 어떻게 회복할 것인가에 주목하며 피해가 회복되었을 때 정의가 이루어진다고 생각하는 것이 중요하다. 둘째, 갈등 당사자들이 자발적으로 책임을 지도록 하여야 한다. 가해자는 피해자의 물질적 피해, 마음의 상처, 공동체의 관계 훼손을 회복해야 하는 책임과 의무를 가지며 이는 갈등 당사자들이 참여하는 비폭력적 대화방법을 통해 피해를 충분히 공감하도록 하여 자발적으로 합의하고 책임을 이행하는 방식으로 이루어지도록 가해자를 설득하여야 한다. 셋째, 상술한 바와 같이 회복적 사법에서는 갈등을 법의 위반이 아닌 관계의 훼손으로 본다. 그래서 갈등을 풀어나가는 과정에 관련된 모든 사람들(당사자, 학부모, 지역사회, 특히 전문가)이 참여하여 함께 학교폭력의 문제를 풀어나가도록 함으로써 갈등으로 인해 깨어진 공동체가 회복되도록 노력하여야 한다. 이와 같이 “회복적 생활교육은 잘못에 대해 처벌하는 것을 넘어서 학생과 공동체의 성장과 변화를 목표로 회복적 사법의 패러다임을 학교 현장에서 실천하는 것이다”라는 사명을 가져야 될 것이다. 담당 고문변호사는 ① 교사의 권리를 회복하고 및 학생인권 침해 방지를 위한 무료 법률상담 및 자문, 소송 수행(유료 실비) 등 법률서비스 제공 ② 학교폭력 예방 및 학교폭력(가정폭력, 성폭력 등) 발생시 저소득층 학생에 대한 무료 법률지원 ③ 학교 내 학교폭력대책자치위원회 등 각종 위원회의 위원으로 참여 ④ 교직원, 학교, 학부모를 대상으로 무료법률교육 및 학생들의 멘토역할 ⑤ 교직원, 학교, 학부모의 일신상의 문제 상담 등의 활동 등을 수행한다.⁵⁷⁾ 회복적 생활

56) 홍지영, 앞의 논문, 615면: 학교폭력의 대책, 특히 상담과 관련하여서는 원혜옥, “학교폭력예방 및 대책에 관한 법률의 문제점 및 개선방안”, 소년보호연구 제7호, 한국소년보호학회, 2004, 125-132면.

교육의 개념으로 피해학생에 대한 심리상담 뿐만 아니라 가해학생에 대한 생활 지도도 반드시 이루어져야 한다. 가해학생 또한 가정폭력이나 아동학대의 희생자일 수 있는 만큼, 가해학생을 학교현장에서 완전히 배제하는 점에만 초점을 맞추는 정책은 바람직하지 않다. 가해학생에 대하여도 심리상담과 심리치료가 이루어져야 할 것이고 필요한 경우 가해 학생에 대한 전담상담원을 배치하는 것도 고려해볼 수 있다.⁵⁷⁾ 가해학생이 재정적 능력이 없는 경우 스스로 상담치료를 받도록 하는 것은 현실적이지 않고, 결국 이는 가해학생의 심리적 문제를 방치하여 학교폭력을 재발시킬 수 있다. 여기에 발 맞춰 1999년 발족한 ‘자녀안심하고 학교보내기운동 국민재단’은 우리의 미래인 청소년들을 위해 따뜻한 손길을 보내고 있다. 법무부 범죄예방국-대전(최근, 부산) 솔로몬 파크과 연계하여 학교폭력이라는 사회적 무거운 책임감으로 전국 초·중·고등학생을 대상으로 법학전공과 사회(복지)학 분야 등 각 분야 전문 박사급, 변호사, 교수들을 그 지역에 안배하여 학교폭력 대처를 위한 예방교육-학교폭력 법교육을 실시하고 있다. 기존의 청소년 상담 및 비행 예방교육과 함께, 한걸음 더 나아가 좀 더 구체적이고 의식 변화의 선도활동에 도움이 되는 성과물을 생산하고자 노력하고 있다. 이러한 사회단체의 법교육을 통한 청소년의 범죄예방 및 학교폭력예방활동에 신선한 기폭제가 되길 기대한다. 아울러 체험형 학교폭력예방교육이나 인성교육, 학교폭력 피해자 지원 및 가해자 교육 등 기존의 ‘제3차 학교폭력예방 및 대책 기본계획(’15년~’19년)’에 포함된 과제에 대해서는 세밀하게 검토, 보완·시행이 필요하다.

V. 결론 및 제언

학교폭력은 사후대책보다는 사전예방이 중요함은 두말할 나위가 없다. “호미로 막을 일도 방치하면 가래로 못 막는다”는 격언과 같이 국내·외 여러 연구결과

57) 대한변호사협회, http://www.koreanbar.or.kr/notice/board01_list.asp, 2018. 6. 18. 검색; 전국교원단체총연합회, http://www.kfta.or.kr/news/list.asp?bName=news&s_div=4, 2018. 6. 18. 검색.

58) 전종익·정상우, “학교폭력 예방 및 대책에 관한 법률 개선방안 연구-교육과 예방 및 회복 기능을 중심으로”, 교육법학연구 제25권 제1호, 대한교육법학회, 2013, 226면.

들에서 예방교육의 효과에 대한 중요성을 입증하고 있다. 학교폭력문제를 해결하기 위한 방법으로서 학교폭력 사건이 발생 후의 개입은 매우 많은 시간과 노력을 요구하는데 비하여, 그 효과성은 미미한 편이다. 이에 예방차원에서 학교폭력 발생이 예견되는 상황이나 환경을 개선하고, 징후를 발견하면 선제적으로 접근하여 해결하는 대응방안이 모색이 필요하다. 학교폭력 발생시 조기에 즉시 개입하여 대처하는 것 또한 중요하다. 이러한 학교폭력의 특성을 고려하여 정부는 학교폭력예방 및 대책법이라는 학교폭력 전반을 아우르는 특별법을 제정하여 운영 중에 있다. 하지만 동법의 주요한 개별적인 조항에 대한 검토를 해 본 결과 학교폭력의 특수성과 구체적 발생 원인을 고려할 때 현행법 체계에는 미흡한 부분이 적지 않게 발견된다. 우선 기본 개념과 관련된 여러 혼란스러운 부분이 제거되어야 보다 명료한 법 정립이 가능할 것으로 보인다. 그리고 소년법 및 형사조정제도와 동법의 관계도 명확히 정립되어야 할 것이다. 사법절차에서 진술조력인·국선조력인 제도를 도입함으로써 제2차, 제3차 피해를 방지하려는 노력이 필요하다. 또한 피해자에 대한 지속적인 전문 상담사의 심리 상담과 금전적 지원을 통해 피해를 사후적으로 복구하는 것도 합리적인 형사정책의 한 방향으로 자리매김 되어야 한다. 청소년 시절 ‘이유가 무엇이 되었건 “학교폭력의 가해자’ 또는 ‘소년범죄자’라는 낙인은 씻을 수 없는 불행이다. 그러나 범죄자도 자유로운 인격의 주체이며 인간의 존엄성과 행복추구권의 주체라고 한다면, 그를 피해자 또는 잠재적 피해자의 복수의 대상으로 전락시킬 것인가 아니면 열린 사회의 일원으로 회복시켜 고개를 들고 사회라는 숲 속을 함께 걸어가게 할 것인가에 공동체 스스로가 자문을 해야 할 것이다.

《참 고 문 헌》

- 강동욱, “경찰훈방의 법적근거와 활성화 방안-소년법을 중심으로-”, 경찰학연구 제13권 제1호 통권 제33호, 경찰대학, 2013.
- 김봉철·주지혁·최명일, “학교폭력에 대한 학부모들의 낙관적 편견과 예방 캠페인에 대한 탐색적 고찰: 자아 존중감과 학교폭력 경험을 중심으로”, 언론과학연구 제9권 제4호, 한국지역언론학회, 2009.
- 김성돈, “회복적 사범형 형사조정제도의 법제화 방안”, 성균관법학 제21권 제2호, 성균관대학교 법학연구소, 2009.
- 김용세, 회복적 사범과 형사화해(단행본), 진원사, 2009.
- 김영천·김정현, “현행 학교폭력 관련법제의 문제점 및 개선방안”, 법교육연구 제7권 제2호, 한국 법교육학회, 2012.
- 김은경, “각국의 회복적 소년사범 정책동향”, 한국형사정책연구원 연구보고서, 2004.
- 김은경 외, “21세기 소년사범 개혁의 방향과 과제(I) - 제Ⅱ부 새로운 대응방안으로서 회복적 사범의 실제와 전망”, 한국형사정책연구원, 2007.
- 김종구·박지현, “또래 괴롭힘(bullying)의 개념과 법적규율 -학교폭력예방 및 대책에 관한 법률과 관련하여-”, 일감법학 제27권, 한국학술정보, 2014.
- 김혁, “회복적 사범의 이념 구현을 위한 경찰의 경미소년사건 처리”, 경찰학연구 제11권 제1호, 경찰대학, 2011.
- 김현철, “학교폭력 예방 및 대책에 관한 법률의 개선방안-시론적 고찰-”, 법교육연구 제5권 제1호, 한국법교육학회, 2010.
- 김현욱·안세근, “학교폭력 가해자 심리와 가해자 유형에 관한 연구”, 학습자중심교과교육연구 제13권 제5호, 학습자중심교과교육학회, 2013.
- 김혜경, “학교폭력에 대한 형사법적 접근의 제한:학교폭력 예방 및 대책에 관한 법률의 조정법적 성격을 중심으로”, 형사정책연구 제24권 제4호, 한국형사정책연구원, 2013.
- 김태명, “다이버전의 발상전개와 경찰다이버전 도입”, 경찰학연구 제11권 제2호, 경찰대학, 2011.
- 문영희·강동욱, “학교폭력예방 및 대책에 관한 법률의 적용범위 및 피해자보호제도에 관한 비판적 검토와 개선방안”, 법과 정책 제21권 제1호, 제주대학

- 교 법과정책연구원 2015.
- 박광민, “한국의 소년범죄의 동향과 그 대책”, 비교형사법연구 제10권 제2호, 한국비교형사법학회, 2008.
- 박상식, “회복적 사법: 회복적 사법 실천모델의 효과에 관한 연구”, 피해자학연구 제14권 제2호, 한국피해자학회, 2006.
- 박정성, “형사절차상 피해자-가해자조정제도”, 법학논총 제26권 제2호, 한양대학교 법학연구소 2009.
- 박찬걸, “형법상 미성년자 연령 설정과 소년법상 소년보호처분제도와의 관계”, 소년보호연구제22호, 한국소년정책학회, 2013.
- 선의중, “소년법상 화해권고제도의 실질적 운영방안”, 가사재판연구Ⅱ, 서울가정법원 가사재판연구회, 2011.
- 안성조, “진화심리학의 관점에서 본 학교폭력의 원인과 입법적·정책적 대책”, 법학논총 제27권 제3호, 국민대학교출판부, 2015.
- 오경식, “학교폭력예방을 위한 법제도적 분석과 개선방안, 소년 보호연구 제12호, 한국소년정책학회, 2009.
- 원혜욱, “학교폭력예방 및 대책에 관한 법률의 문제점 및 개선방안”, 소년보호연구 제7호, 한국소년보호학회, 2004.
- 이인곤, “학교폭력 예방 및 효율적 대처 방안을 위한 회복적 사법의 실천”, 가천법학 제8권 제3호, 가천대학교 법학연구소, 2015.
- 이진국·오영근, “형사사법체계상 회복적 사법이념의 실천방안”, 한국형사정책연구원, 2006,
- 이진국, “개정 소년법상 회복적 사법제도에 관한 비판적 검토”, 피해자학연구 제17권 제2호, 한국피해자학회, 2009.
- 이호중, “회복적 사법(Restorative Justice) - 이념과 법이론적 쟁점들”, 피해자학연구 제9권 제1호, 한국피해자학회, 2001.
- 임상규, “소년범죄의 합리적 처리방안”, 형사법연구 17호, 한국형사법학회, 2002.
- 윤태현, “회복적 정의를 통한 학교폭력예방 및 대책의 발전방안 연구”, 소년보호연구 제30권 제2호. 한국소년정책학회, 2017.
- 조 국, “경찰훈방권의 법적근거와 한계”, 경찰법연구 창간호, 한국경찰법학회, 2003.
- 전종익·정상우, “학교폭력예방 및 대책에 관한 법률 개선방안 연구-교육과 예방 및

- 회복 기능을 중심으로”, 교육법학연구 제25권 제1호, 대한교육법학회 2013.
- 정현미, “학교폭력예방을 위한 법제의 개선방안”, 소년보호연구 제20호. 한국소년정책학회, 2012.
- 정희철, “소년사법 개선 및 소년법 개정 논의의 쟁점과 평가”,보호관찰, 제17권 제2호, 한국보호관찰학회, 2017.
- 최영승, “소년보호사건에 있어서 적법절차의 구현”, 소년보호연구 제24호, 한국소년정책학회 2014.
- 최호성·장사형·김광수·김지환·김창윤, 「학교폭력의 예방 및 대책」,박영STORY, 2015.
- 홍지영, “학교폭력 사건 처리과정에 대한 학교상담자의 경험과 인식”, 한국심리학회지 제11권 제3호, 한국심리학회 산하 학교심리학회, 2014.
- Howard Zehr/손진 역, 회복적 정의란 무엇인가: 범죄와 정의에 대한 새로운 접근, KAP, 2011,
- 高橋則夫, 修復的司法の研究, 成文堂, 2003.
- Braithwaite, Restorative Justice & Responsive Regulation (Studies in Crime and Public Policy), Oxford University Press, Oxford, 2002.
- Bazemore · Walgrave, Restorative Juvenile Justice: in Search of Fundamentals and an Outline of Systemic Reform, in: Bazemore, Walgrave(eds.), Restorative Juvenile Justice: Repairing the Harm of Youth Crime, Willow Tree Press, Monsey, 1999.
- Dongier and Van Doosselaere, 1992.
- Lampe, “Wiedergutmachung als ‘dritte Spur’des Strafrechts?”, GA, 1993.
- Loos, “Zur Kritik des ‘Alternativentwurf Wiedergutmachung””, ZRP, 1993
- Marshall, The Evolution of Restorative Justice: in Britain, European Journal of Criminal Policy and Research, Vol 4, 1996.
- Rössner, “Autonomie und Zwang im System der Strafrechtsfolgen”, 1992.
- 헌법재판소, 2002.7.18. 2000헌바 57
- 헌법재판소, 2003.09.25., 2002헌마533
- 대법원 관례, 1982, 06,08, 선고 82도117

[ABSTRACT]

**A Study on Restorative Justice System as Prevention
and Countermeasure for School Violence***

Lee, In-Gon**

The problem of school violence of youth is not merely an act of deviance of the individual, but a social problem that our community must solve as a top priority. In recent media reports on juvenile school violence have been published on newspapers and on portal sites. The people who were angry at school violence filed petition on the Blue House website to abolish the Juvenile Law, and 270,000 people agreed, resulting in a huge societal aftereffects. The community does not understand politely. The countermeasure is a reality that ignores violence and reality. At the end of 2011, a fraud case of Daegu secondary school students announced a policy to eradicate school violence in 2012 in order to preserve its root cause. I will raise the violence right now. Discriminatory treatment of the ongoing legislation is intended to emphasize the importance of the legislation.

Therefore, in this study, how is the direction of school violence and genuine restorative judicial justice established at the present time when the paradigm of the national criminal justice system is shifting from the victim-centered traditional criminal justice system to the offender-centered criminal justice system? What is the significance and effectiveness of combining and supplementing the traditional national penal rights with the ideology of restorative justice as serious school violence prevention and control

* This work was supported by the Ministry of Education of the Republic of Korea and the National Research Foundation of Korea(NRF-2015S1A5B5A07043049).

** Senior Researcher at SungKyunKwan University Law Institute, Ph.D in Law.

measures? In addition, through the review of the current Criminal Justice Law, it is necessary to prepare a plan that can bring substantial change by presenting a desirable direction to the school violence prevention policy.

Key Words

School violence, School violence prevention, Restorative justice, Severeism, Offender, Victim.