

학교폭력예방 및 대책에 관한 법률상의 서면사과 처분의 위헌성에 대한 검토

- 서울고등법원 2015. 2. 6. 선고 2014카기589 판결을 중심으로 -*

A Study on Unconstitutionality of Order to give written
apology stipulated in Act on the Prevention of and
Countermeasures against Violence in Schools:
Focused on Judgment by Seoul High Court 2015. 2. 6. *sun-go*
2014ka-gi589

장 혜 진**
Jang, Hye-Jin

목 차

- I. 서론
- II. 서울고등법원 판결의 사건 개요 및 판결 요지
- III. 서울고등법원 판결에 대한 비판적 검토
- IV. 결론

국문초록

학교폭력예방 및 대책에 관한 법률(이하, ‘학교폭력예방법’이라 한다)은 학교 폭력의 예방과 대책에 관하여 필요한 사항을 규정함으로써 피해학생의 보호, 가해학생의 선도·교육 및 피해학생과 가해학생간의 분쟁조정을 통하여 학생의 인

논문접수일 : 2017.06.16.

심사완료일 : 2017.07.24.

게재확정일 : 2017.07.24.

* 이 논문은 2017년도 제주대학교 교원성과지원사업(학술진흥연구)에 의하여 연구되었음.

** 제주대학교 법학전문대학원 교수·변호사

권을 보호하고 학생을 건전한 사회구성원으로 육성함을 목적으로 2004. 1. 29. 제정되어 2004. 7. 30.부터 시행되어 왔다.

학교폭력예방법에서는 학교폭력의 의미에 대한 정의, 학교폭력의 예방을 위한 국가 및 지방자치단체의 책무, 학교폭력예방을 위한 조치, 발생한 학교폭력사안에 대하여 피해학생을 보호하고 가해학생을 선도하기 위한 조치들을 규정하고 있다.

한편, 학교폭력예방법 제17조 제1항 제1호에서는 가해학생에 대한 조치 중 가장 경미한 처분으로 “서면사과” 처분을 규정하고 있는데, 이러한 서면사과 처분이 과연 가해 학생에 대한 선도 및 교육 목적의 처분의 일환으로 적절한 것인지에 대한 많은 지적이 있어 왔다.

이와 관련하여, 학교폭력예방법상의 서면사과 처분을 받은 가해학생이 제기한 서면사과처분 무효확인 소송 과정에서 학교폭력예방법 제17조 제1항 제1호에 대한 위헌법률심판제청신청이 있었는데, 서울고등법원 2015. 2. 6. 선고 2014카기589 판결에서는 위 서면사과 처분에 대한 학교폭력예방법 제17조 제1항 제1호는 헌법상의 양심의 자유를 침해한다거나, 비례의 원칙에 반하여 인격권을 침해하지 않는다고 판단하여, 청구인의 위헌법률심판제청신청을 기각한 바 있다.

그러나 위 서울고등법원의 판결은 헌법상의 양심의 자유와 인격권에 대하여 그동안 헌법재판소가 판시하여온 기준에 부합하는지 여부에 대하여 충분히 검토하지 못한 판결이며, 도리어 학교폭력예방법의 규정을 면밀히 살펴본다면 가해학생에 대한 강제성이 인정되어 가해학생에 대한 양심의 자유와 인격권을 침해한다고 보아야 한다.

또한, 서면사과라는 처분은 가해학생의 내심의 의사에 반한 사과가 진행될 경우에는 가해학생에 대한 선도과 교육적 목적은 전혀 달성할 수 없게 되고, 반대로 가해학생의 내심의 의사대로 사과를 하지 않을 경우에는 피해학생에 대한 2차적 심리적인 가해행위가 될 수 있으므로, 가해 학생에 대한 선도과 교육, 피해학생의 보호라는 역할을 충분히 할 수 없는 조치라는 점에서도 적절치 않고(조치의 실효성), 가해의 정도와 경위, 가해학생의 평소 소행 등을 고려하여 가해학생에게 부여할 수 있는 제일 최소한의 조치로는 서면사과가 아닌, 경고나 주의, 유예조치 등을 도입하는 방안(조치의 최소성)을 적극적으로 검토하여야 할 것이다.

주제어 : 학교폭력, 가해학생에 대한 조치, 서면사과, 양심의 자유, 인격권

1. 서론

학교폭력예방법은 심각한 사회문제로 대두하고 있는 학교폭력문제에 효과적으로 대처하기 위하여 정기적인 학교폭력 예방교육의 실시, 학교폭력의 신고의 무화, 학교폭력의 예방 및 대책을 위한 전담기구의 설치와 이를 위한 국가의 재정적 지원을 위한 제도적 틀을 마련하고자,¹⁾ 학교폭력의 예방과 대책에 관하여 필요한 사항을 규정함으로써 피해학생의 보호, 가해학생의 선도·교육 및 피해학생과 가해학생간의 분쟁조정을 통하여 학생의 인권을 보호하고 학생을 건전한 사회구성원으로 육성함을 목적(학교폭력예방법 제1조)으로 제정이 된 법이다. 이러한 학교폭력예방법은 학교폭력의 당사자가 청소년이라는 점을 감안하여 학교폭력에 대처할 때 교육적인 차원을 고려하여, 다른 폭력과는 다르게 다루어질 수 있는 길을 열어 주고,²⁾ 피해학생은 물론 가해학생의 청소년의 건전한 인격성장을 방해하는 요소를 차단하며, 이를 적극적으로 도모하기 위하여 법제를 정비하고 정책을 실시하여야 한다는 국가의 헌법적 의무를 실현하기 위한 것이다.³⁾ 그럼에도 불구하고 학교폭력예방법은 그 법적 성격의 불분명, 학교폭력개념의 불명확성, 업무와 전담 기구의 중복성 때문에 법률의 적용 및 다른 법률과의 관계에 있어서 여전히 많은 문제점을 노출시키고 있다는 비판이 제기되고 있다.⁴⁾

한편, 학교폭력행위를 행한 가해학생에 대한 조치에 관하여는 학교폭력예방법 제17조 제1항에서 규정하고 있는데, 그 내용은 피해학생에 대한 서면사과(제1

1) 국회 의안정보시스템, 학교폭력예방 및 대책에 관한 법률안(의안번호 2403), 제안이유, 1면.

2) 이동명, 김후년, “학교폭력법에 의한 징계절차에 관한 연구”, 「법과정책」 제18권 2호, 제주대학교 법과정책연구소, 2012, 351면.

3) 홍석한, “학교폭력 예방의 헌법적 의미와 학교폭력예방법상 예방 교육에 대한 고찰”, 「법과정책」 제22권 제1호, 제주대학교 법과정책연구원, 2016, 227면.

4) 권오걸, “학교폭력예방 및 대책에 관한 법률의 적용과 문제점”, 「법학논고」 43집, 경북대학교 법학연구원, 2013, 82면.

호), 피해학생 및 신고·고발 학생에 대한 접촉, 협박 및 보복행위의 금지(제2호), 학교에서의 봉사(제3호), 사회봉사(제4호), 학내외 전문가에 의한 특별 교육이수 또는 심리치료(제5호), 출석정지(제6호), 학급교체(제7호), 전학(제8호), 퇴학처분(제9호)이 규정되어 있다.

그런데 학교폭력예방법 시행령 제19조에서는 가해학생에 대한 조치별 적용 기준에 대하여, 가해학생이 행사한 학교폭력의 심각성·지속성·고의성(제1호), 가해학생의 반성 정도(제2호), 해당 조치로 인한 가해학생의 선도 가능성(제3호), 가해학생 및 보호자와 피해학생 및 보호자 간의 화해의 정도(제4호),⁵⁾ 피해학생이 장애학생인지 여부(제5호)⁶⁾ 등을 고려하여 결정하도록 하고 있고, 학교폭력 가해학생 조치별 적용 세부기준 고시(교육부고시 제2016-99호) 제2조 및 [별표] 학교폭력 가해학생 조치별 적용 세부 기준에 따르면 서면사과 처분이 학교폭력사안에 있어 가해학생에게 부과할 수 있는 가장 경미한 처분에 해당하게 된다.

서면사과를 어떠한 방식으로 하여야 하는지에 대해서는 학교폭력예방법에 규정되어 있지 않지만, 문언상 피해자에게 사과를 하되, 서면의 형식으로 하여야 함이 분명하다. 사과란, ‘자기의 잘못을 인정하고 용서를 뵈’이 국어사전상의 정의이다. 이에 따르면, 가해자의 의사와는 상관없이 가해자가 사과를 할 사안이 아니라고 생각하는 경우일지라도, 사과라는 개념상 학교폭력대책자치위원회(이하, ‘자치위원회’라 한다)의 결정과 요청에 따른 학교장의 처분으로 가해자의 신념에 반하여 자기의 행위가 학교폭력예방법에 위반되는 비난받을 행위라는 윤리적 판단을 형성·강요하여 사과의 의사를 외부에 표시하되, 나아가 이를 서면이라는 외형적으로 드러나는 행위로 할 것을 요구하는 처분이 된다.

학교폭력 사안이 신고 되어 자치위원회가 개최되어 학교폭력이 인정되면, 폭력의 사안이 아주 경미하더라도 가해학생에게는 가해학생에 대한 처분을 할 수 밖에 없다. 학교폭력예방법상 “가해학생에 대하여 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 조치(수 개의 조치를 병과하는 경우를 포함한다)를 할 것을 학교의 장에게 요청하여야 하며”라고 규정되어 있을 뿐이고, 가해 사실이 인정되지만 학교

5) 제1호에서부터 제4호까지가 기본 판단요소이고, 없음부터 매우 높음까지 5단계로 구분하여 각 영역별로 1점씩 배점이 상승하여 최대 항목별 배점은 4점이다.

6) 부가적 판단 요소이다.

장이거나 자치위원회가 그 경위를 고려하여 조치 발령 여부에 대한 재량이 현재 학교폭력예방법에 규정되어 있지 않기 때문이다.⁷⁾

실제 학교 현장에서는 학교폭력예방법 제17조제1항 각 호의 조치 중 가장 경미한 처분인 ‘피해학생에 대한 서면사과 처분’을 많이 하고 있는 것이 현실이다. 가장 큰 이유는 피해자 측이 피해를 입었다고 주장하는 상황에서, 가해자 측이 가해사실이 없음을 입증하지 못하는 등의 사유로 자치위원회 위원들이 가해 사실 자체의 유무에 대한 판단이 어렵고, 징계를 하지 않는 방향으로 결론을 내리기 곤란한 상황에서 가장 경미한 처분인 서면사과 처분을 내리면 가장 무난한 결론처럼 인식되기 때문이 크다.⁸⁾ 그러나 피해자 측의 입장은 자치위원들의 입장과 동일하다고 할 수는 없는데, 실제 청구인 중에서는 차라리 봉사나 특별교육 이수 처분을 받아들일 수 있을지언정 서면사과 처분만큼은 이행할 수 없다는 경우도 있다.⁹⁾

이러한 서면사과 처분에 대해서는 위헌성이 인정된다거나, 위헌의 소지가 있다는 등의 비판적 논의가 많이 있어왔다. 그러나 그동안 논의되었던 견해들은 서면사과 처분을 규정한 학교폭력예방법 제17조 제1항 제1호의 위헌성에 대한 법원이나 헌법재판소의 직접적인 판단에 기초한 것은 아니었던 것으로 보인다. 따라서 이하에서는 먼저 서면사과 처분이 규정된 학교폭력예방법 제17조 제1항 제1호에 대한 위헌법률심판제청신청에 관하여 서울고등법원 2015. 2. 6. 선고

7) 학교폭력예방법상의 가해학생에 대한 조치가 의무적인 것에 대해 비판적인 태도를 취하면서 가해학생에 대한 조치 역시 피해학생의 보호, 가해행위의 재발방지 및 가해학생의 선도에 그 목적이 있는 것으로서 구체적인 경우에 여러 사정을 고려하여 가해학생에 대한 조치를 발하지 않는 결정도 인정되어야 한다는 견해로, 김성태, “학교폭력예방법에 대한 고찰”, 「홍익법학」 제16권 제3호, 홍익대학교 법학연구소, 2015, 624-625면.

8) 필자 역시 교육청 행정심판위원회 위원으로 활동하면서 학교폭력예방법상 서면사과 조치에 대하여 행정심판을 제기한 사례들을 많이 접하였는데, 그 중에는 초등학교에 입학한지 두 달 정도 된 같은 반 친구들이 잡기 놀이를 하면서 술래인 한 학생을 집중적으로 건드렸다는 이유로 신체적인 접촉인 폭행으로 학교폭력이 인정되어 다수의 학생들이 서면사과 조치를 받게 되는 경우도 있었다. 우리나라 나이로 8세, 만 나이로 6세 정도인 아이들이 신체적인 접촉이 있을 수밖에 없는 잡기 놀이를 하는 과정에서 발생한 일인데, 피해학생 부모가 엄벌을 원하고 신체적 접촉이 CCTV 로 확인되어 자치위원회에서 학교폭력으로 인정된 후, 서면사과 조치가 부과되었던 케이스였다.

9) 신강숙, “행정심판 사례를 통하여 본 학교폭력예방법 고찰”, 「강원법학」 제1권, 강원대학교 비교법학연구소, 2014, 661면.

2014카기589 판결의 사건 개요 및 결정요지를 소개해 보고(이하 Ⅱ), 이에 대한 비판적 검토와 더불어 학교폭력예방법 제17조 제1항의 서면사과 대신 도입될 필요성이 있는 조치들에 대하여 살펴보도록 하겠다(이하 Ⅲ).

Ⅱ. 서울고등법원 판결의 사건 개요 및 판결 요지

1. 사건의 개요

서울 성북구 소재 중학교에 재학 중이던 학생인 A는 2013. 4. 1. 재학 중인 학교장으로부터 같은 반 학생을 모욕하였다는 이유로 학교폭력예방법 제17조 제1항 제1호에서 정한 서면사과 처분을 받게 되었다. 이에 학교법인 B학원을 상대로 서울중앙지방법원 2013가합28808호로 위 서면사과 처분이 무효임을 확인하는 소를 제기하였고, 위 법원은 이 사건 처분에 실제적, 절차적 하자가 없음을 이유로 2014. 4. 4. A의 청구를 기각하는 판결을 선고하였으나, A는 이에 불복하여 서울고등법원 2014나23845호로 항소를 제기하였으며, 위 항소심 계속 중 학교폭력예방법 제17조 제1항 제1호에 대하여 위헌법률심판제청을 신청하였다.

2. 심판대상 및 관련 조문

학교폭력예방 및 대책에 관한 법률(법률 제14762호, 2017.4.18. 일부 개정)¹⁰⁾

제17조(가해학생에 대한 조치)

① 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 하며, 각 조치별 적용 기준은 대통령령으로 정한다. 다만, 퇴학처분은 의무교육과정에 있는 가해학생에 대하여는 적용하지 아니한다. <개정 2009.5.8., 2012.1.26., 2012.3.21.>

1. 피해학생에 대한 서면사과
2. 피해학생 및 신고·고발 학생에 대한 접촉, 협박 및 보복행위의 금지

3. 학교에서의 봉사
4. 사회봉사
5. 학내외 전문가에 의한 특별 교육이수 또는 심리치료
6. 출석정지
7. 학급교체
8. 전학
9. 퇴학처분

④ 학교의 장은 가해학생에 대한 선도가 긴급하다고 인정할 경우 우선 제1항 제1호부터 제3호까지, 제5호 및 제6호의 조치를 할 수 있으며, 제5호와 제6호는 병과 조치할 수 있다. 이 경우 자치위원회에 즉시 보고하여 추인을 받아야 한다. <개정 2012.1.26., 2012.3.21.>

⑥ 제1항에 따른 요청이 있는 때에는 학교의 장은 14일 이내에 해당 조치를 하여야 한다. <개정 2012.1.26., 2012.3.21.>

⑦ 학교의 장이 제4항에 따른 조치를 한 때에는 가해학생과 그 보호자에게 이를 통지하여야 하며, 가해학생이 이를 거부하거나 회피하는 때에는 「초·중등교육법」 제18조에 따라 징계하여야 한다. <개정 2012.3.21.>

⑩ 제1항 제2호부터 제9호까지의 처분을 받은 학생이 해당 조치를 거부하거나 기피하는 경우 자치위원회는 제7항에도 불구하고 대통령령으로 정하는 바에 따라 추가로 다른 조치를 할 것을 학교의 장에게 요청할 수 있다. <신설 2012.3.21.>

학교폭력예방 및 대책에 관한 법률 [대통령령 제27129호, 2016.5.10. 개정]¹¹⁾

제22조(가해학생의 조치 거부·기피에 대한 추가 조치) 자치위원회는 법 제17조제1항 제2호부터 제9호까지의 조치를 받은 학생이 해당 조치를 거부하거나 기피하는 경우에는 법 제17조 제11항에 따라 학교의 장으로부터 그 사실을 통보받은 날부터 7일 이내에 추가로 다른 조치를 할 것을 학교의 장에게 요청할 수 있다.

초중등교육법 [법률 제14400호, 2016.12.20. 일부 개정]¹²⁾

제18조(학생의 징계) ① 학교의 장은 교육상 필요한 경우에는 법령과 학칙으로 정하는 바에 따라 학생을 징계하거나 그 밖의 방법으로 지도할 수 있다. 다만, 의무교육을 받고 있는 학생은 퇴학시킬 수 없다.

② 학교의 장은 학생을 징계하려면 그 학생이나 보호자에게 의견을 진술할 기회를 주는 등 적정한 절차를 거쳐야 한다. [전문개정 2012.3.21]

3. 판결요지

가. 양심의 자유를 침해하는 것인지 여부

양심의 자유는 내심에서 우리나라의 윤리적 확신과 이에 반하는 외부적 법 질서의 요구가 서로 회피할 수 없는 상태로 충돌할 때에만 침해될 수 있다. 그러므로 당해 설정법이 특정의 행위를 금하거나 명령하는 것이 아니라 단지 특별한 혜택을 부여하거나 권고 내지 허용하고 있는 데에 불과하다면, 수범자는 수혜를 스스로 포기하거나 권고를 거부함으로써 법질서와 충돌하지 아니한 채 자신의 양심을 유지, 보존할 수 있으므로 양심의 자유에 대한 침해가 된다 할 수 없다. 따라서 양심의 자유를 침해하는 정도의 외부적 법질서의 요구가 있다고 할 수 있기 위해서는 법적 의무의 부과와 위반시 이행강제, 처벌 또는 법적 불이익의 부과 등 방법에 의하여 강제력이 있을 것임을 요하는바(헌법재판소 2002. 4. 25. 선고 98헌마425, 99 헌마170(병합), 99헌마498(병합) 등 참조), 학교폭력예방법 제17조 제11항에 의하면 같은 조 제1항 제2호부터 제9호까지의 각 처분을 받은 학생이 해당 조치를 거부하거나 기피하는 경우 자치위원회는 대통령령으로 정하는 바에 따라 추가로 다른 조치를 할 것을 학교의 장에게 요청할 수 있으나, 같은 조 제1항 제1호의 서면사과 조치의 경우에는 불이행시 이를 강제하거나 불이익을 주는 규정이 없으므로 가해학생은 본인의 판단에 따라 서면사과를 거부함으로써 자신의 양심을 유지, 보존할 수 있는 이상 서면사과 조치를 받았다고 하더라도 이로 인하여 양심에 반하는 행위를 강제하는 것이 아니므로 양심의 자유에 대한 침해가 된다고 보기 어렵다.

- 10) 현재 시행 중인 학교폭력예방법 조항이나, 문제의 사안이 발생한 시기에 적용되던 학교폭력 예방법 해당 조항과 변경된 사항이 없다.
- 11) 현재 시행 중인 학교폭력예방법 시행령 조항이나, 문제의 사안이 발생한 시기에 적용되던 학교폭력예방법 시행령 해당 조항과 변경된 사항이 없다.
- 12) 현재 시행 중인 초·중등교육법 조항이나, 문제의 사안이 발생하던 시기에 적용되던 초·중등 교육법 해당 조항과 변경된 사항이 없다.

나. 비례의 원칙에 반하여 인격권을 침해하는 것인지 여부

(1) 문제의 소재

학교폭력예방법 제17조 제1항 제1호 에 의한 서면사과 조치는 의사에 반하는 사과행위를 사실상 심리적으로 강제할 가능성이 있는바, 이러한 경우 가해학생의 명예를 저하시키고 인격이 자유로운 발현을 저해하여 가해학생의 인격권을 제한할 여지는 있다.

(2) 비례의 원칙 위반 여부에 관한 판단

(가) 목적의 정당성 및 수단의 적합성

학교폭력예방법은 학교폭력의 예방과 대책에 필요한 사항을 규정함으로써 피해학생의 보호, 가해학생의 선도·교육 및 가해학생과 피해학생의 분쟁조정을 통하여 학생의 인권을 보호하고 학생을 건전한 사회구성원으로 육성함을 그 입법 목적으로 하는바, 그 목적의 정당성은 인정되고, 이러한 목적을 달성하기 위하여 가해학생에게 피해학생에 대한 서면사과 조치를 취하도록 하는 것은 적절한 방법이라고 보인다.

(나) 침해의 최소성

서면사과 조치에 의한 경우 가해학생의 선도·교육뿐만 아니라 가해학생과 피해학생 간의 분쟁조정이라는 입법목적은 달성하는 것이 가능한 반면, 주위 또는 경고 조치만으로는 가해학생과 피해학생 간의 분쟁조정이라는 입법목적은 달성하기 부족하다고 보이는 점, 앞서 본 바와 같이 서면사과 조치를 불이행하더라도 이를 강제하거나 불이익을 주는 규정이 없는 점, 달리 서면사과 조치보다 기본권을 덜 제한하는 다른 수단을 상정하기 어려운 점 등을 고려하면 침해의 최소성 원칙에 위배된다고 볼 수 없다.

(다) 법익의 균형성

서면사과 조치로 인하여 가해학생이 의사에 반하는 사과를 해야 한다는 심리적인 부담감을 갖는 등 불이익을 입게 된다고 하더라도 이는 단순한 심리적 부

담감에 그치고 실제 의사에 반하는 사과를 강제하거나 이를 이행하지 않는 경우라도 어떠한 불이익을 받는 것도 아닌 점 등을 고려하면 이러한 불이익이 가해학생의 선도·교육 및 가해학생과 피해학생의 분쟁조정을 통한 학생의 인권을 보호, 학생을 건전한 사회구성원으로 육성하는 등의 공익에 비하여 크다고 할 수 없으므로 법익의 균형성 원칙에도 위배된다고 볼 수 없다.

Ⅲ. 서울고등법원 판결에 대한 비판적 검토

1. 양심의 자유 침해 여부 판단에 대한 비판

가. 양심의 자유의 의미에 대한 검토

헌법재판소는 “헌법 제19조는 ‘모든 국민은 양심의 자유를 가진다.’라고 하여 양심의 자유를 기본권의 하나로 보장하고 있는바, 여기의 양심이란 세계관·인생관·주의·신조 등은 물론, 이에 이르지 아니하여도 보다 널리 개인의 인격형성에 관계되는 내심에 있어서의 가치적·윤리적 판단도 포함된다고 볼 것이다. 그러므로 양심의 자유에는 널리 사물의 시시비비나 선악과 같은 윤리적 판단에 국가가 개입해서는 안 되는 내심적 자유는 물론, 이와 같은 윤리적 판단을 국가권력에 의하여 외부에 표명하도록 강제 받지 않는 자유 즉 윤리적 판단사항에 관한 침묵의 자유까지 포괄한다고 할 것이다.”¹³⁾라거나, “헌법이 보호하고자 하는 양심은 어떤 일의 옳고 그름을 판단함에 있어서 그렇게 행동하지 않고는 자신의 인격적 존재가치가 파멸되고 말 것이라는 강력하고 진지한 마음의 소리로서의 절박하고 구체적인 양심을 말한다. 따라서 막연하고 추상적인 개념으로서의 양심이 아니다.”¹⁴⁾라고 판단하고 있다.

헌법재판소는 이른바 사죄광고에 대한 결정에서, “사과한다”는 행위는 윤리적인 판단·감정 내지 의사의 발로인 것이므로 본질적으로 마음으로부터 우러나오는 자

13) 헌법재판소 1991. 4. 1. 선고 89헌마160.

14) 헌법재판소 2002. 4. 25. 98헌마425, 99헌마170·498(병합), 1997. 3. 27. 96헌가 11.

발적인 것이라야 할 것이며 그때 비로소 사회적 미덕이 될 것이고, 이는 결코 외부로부터 강제하기에 적합치 않은 것으로 이의 강제는 사회적으로는 사죄자 본인에 대하여 굴욕이 되는 것에 틀림없다. 사과의 정도에 따라 굴욕감의 차이는 있을 수 있지만, 적어도 “사과”의 문구가 포함되는 한 그것이 마음에 없는 것일 때에는 당사자의 자존심에 큰 상처요 치욕임에 다름없으며, “사과문”, “진사문”, “해명서” 등 어떠한 명목의 것이든 관계없이 마찬가지로 판단을 한 바 있다.¹⁵⁾

이러한 헌법재판소의 결정 등에 비추어보면, 구체적으로 서면사과에 어떠한 내용이 포함되어야 하는지에 관하여 학교폭력예방법 제17조 제1항 제1호에 규정된 바 없지만, “서면사과”라는 개념상 “사과의 문구”가 들어가는 것이 일반적일 것이고, 이러한 점에서 서면사과 처분은 개인의 양심의 자유의 영역과 관련된다는 것은 의문이 없다 할 것이다. 서울고등법원 2014카기589판결 역시 양심의 자유가 침해가 되지 않는다고 판단한 것이지 서면사과 처분이 양심의 자유의 영역과 관련된다는 점을 부인한 것으로 보이지는 않는다.

나. 양심의 자유의 침해가 되지 않았다고 판단한 근거에 대한 비판적 검토

서면사과 처분이라는 것이 양심의 자유의 영역에 관련된다 하더라도, 양심의 자유가 침해되었는지의 여부를 판단하기 위하여는 “먼저 양심의 자유의 헌법적 보호범위를 명확히 하여야 하는바, 이를 위해서는 양심에 따른 어느 행위(또는 불행위)가 실정법의 요구와 서로 충돌할 때 과연 어떤 요건 하에 어느 정도 보호하여야 하는가의 측면에서 고찰되어야 할 것이다. 이렇게 볼 때 헌법상 그 침해로부터 보호되는 양심은 첫째 문제된 당해 실정법의 내용이 양심의 영역과 관련되는 사항을 규율하는 것이어야 하고, 둘째 이에 위반하는 경우 이행강제, 처벌 또는 법적 불이익의 부과 등 법적 강제가 따라야 하며, 셋째 그 위반이 양심상의 명령에 따른 것이어야 한다¹⁶⁾”고 할 것이다.

서울고등법원 2015. 2. 6. 선고 2014카기589 판결 역시 “양심의 자유는 내심에서 우리나라는 윤리적 확신과 이에 반하는 외부적 법질서의 요구가 서로 회

15) 헌법재판소 1991. 4. 1. 선고 89헌마160.

16) 헌법재판소 2002. 4. 25. 98헌마425, 99헌마170·498(병합).

피할 수 없는 상태로 충돌할 때에만 침해될 수 있다. 그러므로 당해 설정법이 특정의 행위를 금하거나 명령하는 것이 아니라 단지 특별한 혜택을 부여하거나 권고 내지 허용하고 있는데에 불과하다면, 수범자는 수혜를 스스로 포기하거나 권고를 거부함으로써 법질서와 충돌하지 아니한 채 자신의 양심을 유지, 보존할 수 있으므로 양심의 자유에 대한 침해가 된다 할 수 없다”고 판단함으로써 위와 같은 헌법재판소의 판단 기준을 따른 것으로 보인다.

문제는 서울고등법원 2015. 2. 6. 선고 2014카기589 판결에서 “학교폭력예방법 제17조 제11항 에 의하면 같은 조 제1항 제2호부터 제9호까지의 각 처분을 받은 학생이 해당 조치를 거부하거나 기피하는 경우 자치위원회는 대통령령으로 정하는 바에 따라 추가로 다른 조치를 할 것을 학교의 장에게 요청할 수 있으나, 같은 조 제1항 제1호의 서면사과 조치의 경우에는 불이행시 이를 강제하거나 불이익을 주는 규정이 없으므로 가해학생은 본인의 판단에 따라 서면사과를 거부함으로써 자신의 양심을 유지, 보존할 수 있는 이상 서면사과 조치를 받았다고 하더라도 이로 인하여 양심에 반하는 행위를 강제하는 것이 아니므로 양심의 자유에 대한 침해가 된다고 보기 어렵다”고 판단한 부분이라 할 것이다. 즉, 서울고등법원 2015. 2. 6. 선고 2014카기589 판결에서는 서면사과 처분을 불이행하더라도 이를 강제하거나 불이익을 받는 규정이 없으므로 양심의 자유에 대한 침해가 된다고 보기 어렵다고 판단하였으나, 이는 학교폭력예방법 제17조에 대하여 정확히 파악하지 못한 결과라 할 것이다.

물론 학교폭력예방법 제17조 제11항에서는 서면사과 처분을 제외한 학교폭력예방법 제17조 제1항 “제2호부터 제9호”까지의 처분을 받은 학생이 해당 조치를 거부하거나 기피하는 경우에 자치위원회가 추가로 다른 조치를 할 것을 학교의 장에게 요청할 수 있도록 하고 있어 학교폭력예방법 제17조 제1항 제1호에서 규정한 서면사과 처분은 제외되어 있다.

그러나 서면사과 처분은 자치위원회의 결정을 거쳐 학교장이 내릴 수 있는 처분이기도 하지만, “가해학생에 대한 선도가 긴급하다고 인정되는 경우”에는 그 선후를 바꾸어 우선 학교장이 해당 처분을 한 후, 자치위원회에 보고·추인을 받는 방법으로 진행될 수 있다(학교폭력예방법 제17조 제4항). 문제는 이러한 방식으로 가해학생에게 부과된 서면사과 처분은 가해학생이 이를 거부하거

나 회피하는 때에는 초·중등교육법 제18조에 따라 “징계를 하여야만 하는” 사안에 해당하게 된다. 결국 서면사과 처분에 따르지 않을 경우 추가 징계의 대상이 되도록 하고 있으므로, 그 불이행시 불이익을 받는 규정이 학교폭력예방법 내에 분명히 존재하고 있는 것이다.¹⁷⁾

따라서 가해학생에 대한 학교폭력예방법 제17조 제1항 제1호의 서면사과 처분이 불이행시 이를 강제하거나 불이익을 주는 규정이 없으므로 가해학생은 본인의 판단에 따라 서면사과를 거부함으로써 자신의 양심을 유지, 보존할 수 있다고 판단한 서울고등법원 2015. 2. 6. 선고 2014카기589 판결은 학교폭력예방법에 대한 면밀한 검토를 하지 못한 것이라고 할 것이다. 결국, 학교폭력예방법에서 규정한 서면사과 처분의 불이행시 이를 감정적으로 강제하고, 실질적으로 불이익을 줄 수 있는 징계처분이 추가될 수 있는 이상, 가해학생이 본인의 의사와 무관하게 사과의 의사를 서면으로 작성할 수 있게 되어 가해 학생의 양심을 유지, 보존하기 어려워질 수 있으므로 학교폭력예방법 제17조 제1항 제1호의 서면사과 처분은 헌법상의 양심의 자유를 침해한다고 할 것이다.¹⁸⁾¹⁹⁾

- 17) 같은 지적으로, 배원섭, 성희자, “학교폭력 가해학생의 조치에 관한 연구”, 「사회과학연구」 제25권 제4호, 충남대학교 사회과학연구소, 2014, 277면, 이승현, “학교폭력 예방 및 대책에 관한 법률의 개정 내용 및 개선 방안”, 「형사정책연구」 제23권 제2호, 한국형사정책연구원, 2012, 176면.
- 18) 해당 조항이 위헌의 소지가 있다는 지적으로는 신강숙, 앞의 논문, 2014, 662면, 박찬걸, “학교폭력대책법에 대한 비판적 검토”, 「소년보호연구」 15, 한국소년정책학회, 2010, 120면, 배원섭, 성희자, 앞의 논문, 277면, 이승현, 앞의 논문, 176면, 정현미, “학교폭력예방을 위한 법제의 개선방안”, 「소년보호연구」 20, 한국소년정책학회, 2012, 252, 253면, 이용식, “학교폭력 관련 법제의 문제점 및 개선방안”, 「소년보호연구」 28, 한국소년정책학회, 2015, 106면, 오경식, “학교폭력 예방을 위한 법제도적 분석과 개선방안”, 「소년보호연구」 12, 한국소년정책학회, 2009, 215면.
- 19) 한편, 위 조항의 위헌성이 있는지 여부에 대하여 전종익, 정상우, “학교폭력예방 및 대책에 관한 법률 개선방안 연구”, 「교육법학연구」 제25권 제1호, 대한교육법학회, 2013, 221~222면에서는 “사죄명령을 위헌으로 결정한 헌법재판소 결정의 취지에 비추어 위헌적인 대책이며 가해학생이 피해학생에게 서면사과를 하는 것 자체가 헌법상 보장된 양심의 자유를 침해할 소지가 있다는 평가는 적절하지 않다. 학교폭력행위의 관련자들은 모두 학교라는 공간에서 밀접한 관계를 맺고 있는 학생들이다. 학교폭력사건이 발생했을 때 이는 단순히 학칙이나 법을 위반한 행위가 아닌 사람 사이에 존재해야 하는 올바른 관계에 대한 침해라고 평가해야 한다. 따라서 일차적으로 피해학생에 대한 피해를 원상회복하고, 이차적으로 피해학생과 가해학생간의 관계를 치유하는 것이 법의 목적이어야 한다. 이러한 회복적 정의의 관념은 가해자와 피해자, 그 가족 및 지역사회를 함께 참여시키는 사회적 관계 속에서 문제를 해결하고자 하며 궁극적으로 피해를 복구함으로써 평화를 회복하려고 하는 것이다. 자치위원회의 주된 기능이 이와 같은

한편, 자치위원회의 결정에 따라 학교장이 처분한 서면사과의 경우에는 학교장의 선 처분 이후 자치위원회의 추인을 받아서 진행된 서면사과의 경우와 비교하여 학교폭력예방법 제17조 제4항이 적용되지 아니하므로 학교폭력예방법 내에 불이익을 받는 조항이 없으므로 양자를 구별하여야 할 필요가 있는 것은 아닌지 의문이 들 수 있다. 그러나 이는 조치의 실효성 측면을 완전히 도외시한 것이다. 학교폭력예방법의 가장 근본적인 취지는 당연히 학교폭력의 예방일 것이고, 더불어 학교폭력예방법에서 규정하고 있는 내용들은 당연히 피해학생의 보호와 가해학생의 선도라는 목적도 달성할 수 있어야 한다. 그런데 서면사과 처분을 받았음에도 불구하고 가해학생의 자율적인 의사에 따라 서면사과를 하지 않는다는 것은 피해학생에 대한 제2차의 심리적 가해행위이고,²⁰⁾ 동시에 가해학생 선도라는 목적은 실패한 것이 된다. 또한 학교장의 선 처분 이후 자치위원회의 추인을 받아서 진행된 서면사과와, 자치위원회의 결정 이후 학교장의 처분으로 진행된 서면사과에 있어 “서면사과 자체”의 본질적인 차이라는 것은 있을 수 없으므로, 이러한 점에 있어서도 서면사과 처분이 양심의 자유를 침해한다는 결론을 달리하여야 할 필요가 없다 할 것이다.

참고로 가해학생이 피해학생에 대한 폭행사실 자체를 인정하지 않는 경우임에도 불구하고 서면사과 처분이 내려지고, 가해학생의 내심의 의사와 달리 일단

회복적 정의의 실현을 위한 교육과 조정이고, 가해학생에 대한 조치들도 그러한 관점에서 재조명되어야 한다면, 서면사과는 단순한 강제적 사과명령이 아닌 갈등당사자 간의 교육과 대화를 통하여 진정한 반성과 사과를 이끌어내야 한다는 법집행자에 대한 명령으로 보아야 한다. 따라서 서면사과는 교육과 대화를 통한 반성과 용서 그리고 이를 통한 양자의 치유와 회복이라는 일련의 과정 속에서 본질을 파악하여야 하며 그러한 점에서 서면사과가 헌법상 양심의 자유를 침해한다고 보는 것은 적절하지 않다.”는 견해가 있으나 이러한 견해에 동조하기 어렵다. 위 서면사과 조치의 “객체”이자, 서면사과 조치에 따라 서면사과를 하여야 하는 “주체”는 당연히 법집행자가 아닌 “가해학생”이기에, 학교폭력법 제17조 제1항 제1호가 단순 법집행자에 대한 명령으로만 해석될 수는 없다. 더욱이 가해학생이 이러한 조치에 불응할 경우 가해학생에게 부과될 수 있는 징계의 가능성을 고려한다면 더욱 그러하다 할 것이다.

- 20) 학교폭력예방법 제17조의 2에 의하면 자치위원회 또는 학교의 장이 학교폭력예방법 제17조 제1항에 따라 내린 조치에 대해 이의가 있는 피해학생 또는 그 보호자는 그 조치를 받은 날부터 15일 이내, 그 조치가 있음을 안 날부터 10일 이내에 지역위원회에 재심을 청구할 수 있기 때문에 피해학생은 가해학생이 서면사과 조치를 받은 사실을 알 수밖에 없는 구조이다. 가해학생이 서면사과 조치를 받은 사실을 알고 있음에도 이를 이행하지 않는 경우 피해학생에게는 이 또한 큰 심리적 상처가 될 것임은 분명하다.

서면사과 처분에 응한 경우, 서면사과가 형사처벌에 대한 증거자료로 활용되거나 민사상 손해배상청구의 증거자료로도 활용될 수 있기 때문에 서면사과는 문제가 될 수 있다는 지적도 경청할 필요가 있다.²¹⁾ 가해학생이 폭행사실 자체를 인정하지 않지만 일단 서면사과 처분에 응할 것인지 아닌지 여부에 대하여 부모님과 상의를 한 후 거부할 수도 있겠지만, 부모와 상의 없이 학교 측의 안내에 따라 일단 이행한 경우도 있을 수 있고, 부모와 상의하였지만 법률전문가가 아닌 부모가 여러 가지 후속적으로 발생할 수 있는 사안들을 고려하지 않고 일단 학교 측의 지시를 따르도록 하는 여러 가지 경우가 있을 수 있음에도 일단 서면사과 처분을 이행하였을 경우에는 예상치 못한 문제가 발생할 수 있는 가능성이 생기게 되는 것이다.

2. 인격권 침해 여부 판단에 대한 비판

가. 인격권의 의미에 대한 검토

인격권은 헌법 제10조 제1문 전단의 인간의 존엄과 가치로부터 유래하는 기본권으로(헌법재판소 2008. 7. 31. 선고 2004헌마1010, 2015헌바90(병합), 2001. 7. 19. 2000헌마546등), 개인에 대한 사회적 평가에 관한 명예권과 개인의 자신에 대한 인식 및 감정, 프라이버시, 초상권 등을 포함하는 그 밖의 인격권으로 나눌 수 있다.²²⁾

가해학생에 대하여 본인의 의사에 반한 서면사과를 하도록 하는 것은 가해학생의 명예를 저하시키고 인격이 자유로운 발현을 저해할 수 있으므로, 학교폭력 예방법상의 서면사과 처분에 대하여는 가해학생의 양심의 자유를 침해하는 것인지 여부 외에도 인격권을 침해하는지 여부에 대하여도 살펴보아야 할 것이다. 한편, 서울고등법원 2015. 2. 6. 선고 2014카기589 판결 역시 침해 여부에 대한 결론은 달리 하였지만, 서면사과 처분에 대하여 양심의 자유 침해 여부 외

21) 이승현, 앞의 논문, 176면.

22) 한경환, “기사삭제청구권의 인정 근거 및 요건”, 『대법원 판례해설』 제95호, 법원도서관, 2013, 188면.

에 인격권 침해 여부도 살펴보았다는 점도 위와 같은 서면사과 처분의 특성을 고려한 것이라 할 수 있을 것이다.

나. 사과문 게재 및 사과명령에 대한 인격권 침해 여부에 관한 헌법재판소의 결정

헌법재판소는 2015. 7. 30. 선고 2013헌가 8 결정에서, 선거기사심의위원회가 불공정한 선거 기사를 보도하였다고 인정한 언론사에 대하여 언론중재위원회를 통하여 사과문을 게재할 것을 명하도록 하는 공직선거법(2009. 7. 31. 법률 제9785호로 개정된 것) 제8조의3 제3항 중 ‘사과문 게재’ 부분에 대하여, “이 사건 사과문 게재 조항은 정기간행물 등을 발행하는 언론사가 보도한 선거기사의 내용이 공정하지 아니하다고 인정되는 경우 선거기사심의위원회의 사과문 게재 결정을 통하여 해당 언론사로 하여금 그 잘못을 인정하고 용서를 구하게 하고 있다. 이는 언론사 스스로 인정하거나 형성하지 아니한 윤리적·도의적 판단의 표시를 강제하는 것으로서 언론사가 가지는 인격권을 제한하는 정도가 매우 크다. 더욱이 이 사건 처벌 조항은 형사처벌을 통하여 그 실효성을 담보하고 있다. 그런데 공직선거법에 따르면, 언론사가 불공정한 선거 기사를 보도하는 경우 선거기사심의위원회는 사과문 게재 명령 외에도 정정보도문의 게재 명령을 할 수 있다. 또한 해당 언론사가 ‘공정보도 의무를 위반하였다는 결정을 선거기사심의위원회로부터 받았다는 사실을 공표’하도록 하는 방안, 사과의 의사표시가 필요한 경우에도 사과의 ‘권고’를 하는 방법을 상정할 수 있다. 나아가, 이 사건 법률조항들이 추구하는 목적, 즉 선거 기사를 보도하는 언론사의 공적인 책임의식을 높임으로써 민주적이고 공정한 여론 형성 등에 이바지한다는 공익이 중요하다는 점에는 이론의 여지가 없으나, 언론에 대한 신뢰가 무엇보다 중요한 언론사에 대하여 그 사회적 신용이나 명예를 저하시키고 인격의 자유로운 발현을 저해함에 따라 발생하는 인격권 침해의 정도는 이 사건 법률조항들이 달성하려는 공익에 비해 결코 작다고 할 수 없다. 결국 이 사건 법률조항들은 언론사의 인격권을 침해하여 헌법에 위반된다.”고 판단하였다.

또한, 헌법재판소 2012. 8. 23. 선고 2009헌가27 결정에서는, 방송사업자가

심의규정을 위반한 경우 시청자에 대한 사과를 명할 수 있도록 한 방송법 조항에 대하여 “심의규정을 위반한 방송사업자에게 ‘주의 또는 경고’만으로도 반성을 촉구하고 언론사로서의 공적 책무에 대한 인식을 제고시킬 수 있고, 위 조치만으로도 심의규정에 위반하여 ‘주의 또는 경고’의 제재조치를 받은 사실을 공표하게 되어 이를 다른 방송사업자나 일반 국민에게 알리게 됨으로써 여론의 왜곡 형성 등을 방지하는 한편, 해당 방송사업자에게는 해당 프로그램의 신뢰도 하락에 따른 시청률 하락 등의 불이익을 줄 수 있다. 또한, ‘시청자에 대한 사과’에 대하여는 ‘명령’이 아닌 ‘권고’의 형태를 취할 수도 있다. 이와 같이 기본권을 보다 덜 제한하는 다른 수단에 의하더라도 이 사건 심판대상조항이 추구하는 목적을 달성할 수 있으므로 이 사건 심판대상조항은 침해의 최소성 원칙에 위배된다. 또한 이 사건 심판대상조항은 시청자 등 국민들로 하여금 방송사업자가 객관성이나 공정성 등 저버린 방송을 했다는 점을 스스로 인정한 것으로 생각하게 만듦으로써 방송에 대한 신뢰가 무엇보다 중요한 방송사업자에 대하여 그 사회적 신용이나 명예를 저하시키고 법인격의 자유로운 발현을 저해하는 것인바, 방송사업자의 인격권에 대한 제한의 정도가 이 사건 심판대상조항이 추구하는 공익에 비해 결코 작다고 할 수 없으므로 이 사건 심판대상조항은 법익의 균형성 원칙에도 위배된다”라고 판단하였다.²³⁾²⁴⁾

다. 서면사과 처분에 대한 인격권 침해 여부에 관한 비판적 검토

공직선거법상의 사과문 게재는 불이행시 형사처벌을 받을 수 있다는 점이 학교폭력예방법상의 서면사과 처분과 차이가 있고, 방송법상의 시청자에 대한 사과방송과 학교폭력예방법상의 서면사과 처분은, 사과방송의 경우에는 사과여부 및 사과의 구체적인 내용이 방송통신위원회라는 행정기관에 의해 결정됨에도 불구하고 마치 방송사업자 스스로의 결정에 의한 사과인 것처럼 그 이름으로

23) 단, 위 헌법재판소 결정에서는 문제된 방송법 조항에 대한 양심의 자유 침해 여부는 검토하지 않았다.

24) 한편, 위 사안에서는 방송사업자가 시청자에 대한 사과 명령을 불이행하였을 경우 과태료가 부과될 수 있도록 규정하고 있었으나, 헌법재판소는 인격권 침해 여부에 대한 과잉금지 원칙에 따른 심사를 함에 있어 과태료 부과 여부의 문제점을 검토하지는 않았다.

대외적으로 표명되지만, 학교폭력예방법상의 서면사과의 경우에는 어떠한 내용이 반드시 기재되어야 한다는 규정은 없다는 것이다. 그러나 일단 가해학생이 서면사과 처분에 따라서 서면사과를 하면 이는 사과를 진정으로 원하지 않는 가해학생의 경우에는 내심의 의사와는 전혀 무관하게 피해자나 급우들에 대하여 가해자가 잘못했다는 점을 스스로 인정한 것으로 생각하게 만들기 때문에 가해학생의 신용이나 명예를 저하시키고 인격의 자유로운 발현을 저해한다 할 것이고, 서울고등법원 2015. 2. 6. 선고 2014카기589 판결 역시 가해학생의 인격권을 제한할 여지는 있다고 분명히 판단하였다.

(1) 목적의 정당성 및 수단의 적정성에 대한 검토

학교폭력예방법은 학교폭력의 예방과 대책에 필요한 사항을 규정함으로써 피해학생의 보호, 가해학생의 선도·교육 및 가해학생과 피해학생의 분쟁조정을 통하여 학생의 인권을 보호하고 학생을 건전한 사회구성원으로 육성하는 것을 목적으로 하는 법으로, 가해학생에 대한 조치는 가해학생의 선도과 교육을 위한 것이어야 한다. 무릇, 가해학생에 대한 다양한 조치는 가해학생에 대한 선도과 교육을 목적으로, 나아가 그러한 기대를 담고 규정하고 있으므로 목적의 정당성은 인정될 수 있다 할 것이다.

그러나 만약 가해 학생이 가해 사실이 없음에도 가해 학생으로 인정되었기 때문에 사과를 할 수 없는 상황이거나, 그렇지 않고 가해의 사실이 있음에도 불구하고 가해의 사실에 이른 경위 등을 고려하여 사과의 의사를 가질 수 없는 경우에조차 서면사과 처분이 부과된다면 이는 가해 학생에 대한 선도과 교육이라는 목적에 적정한 수단이 될 수가 없다.

(2) 침해의 최소성에 대한 검토

서울고등법원 2015. 2. 6. 선고 2014카기589 판결에서는 ① 주의 또는 경고 조치만으로는 가해학생과 피해학생간의 분쟁조정이라는 입법목적은 달성하기 부족하고, ② 서면사과 조치를 불이행하더라도 이를 강제하거나 불이익을 주는 규정이 없는 점, ③ 달리 서면사과 조치보다 기본권을 덜 제한하는 다른 수단을 상정하기 어려운 점 등을 고려하면 침해의 최소성 원칙에 위배된다고 볼 수

없다고 판단하였는데, 이 중 ② 사유와 관련하여서는 앞서 양심의 자유 침해 여부에 대하여 살펴보았듯이, 학교폭력예방방법상의 제반 조항을 면밀히 살펴볼지 못한 결과여서 타당하지 못하다고 할 것이다.

또한 ①, ③ 사유와 관련하여서는 학교폭력예방방법상의 가해학생에 대한 조치 규정이 조치의 종류에 대하여는 처분권자에게 재량이 있지만, 조치를 할 것인지 말 것인지에 대하여는 재량이 없다는 점을 간과한 판단이라 할 것이다. 즉, 위와 같은 판단은 학교폭력예방법 제17조 제1항에서 규정한 가해학생에 대한 조치는 학교폭력사안에 해당하면 사안이 발생하게 된 경위와 가해학생의 평소 소행 등의 제반 요소를 고려하여 가해학생에게 지나치게 억울한 측면이 있더라도 부과되는 가장 경미한 처분이 서면사과 처분이라는 점을 간과한 것이다.

학교폭력 사안이 그 행태상 형사상의 문제와 동일한 경우도 있고, 형사상의 문제에 이르지 않는 아니하지만 학교폭력 사안으로 다루지는 경우도 있다. 학교폭력 사안 중 형사상의 문제와 동일한 경우와 그렇지 않은 경우를 비교하면 당연히 전자의 경우가 더 비난가능성이 높다고 평가할 수 있을 것이다. 그런데 그러한 형사상의 문제에 대하여도 발생경위, 피해의 정도, 제반 사정 등을 종합하여 기소를 하지 않고 유예하는 기소유예제도는 모든 범죄행위에 대하여 반드시 기소를 통해 국가형벌권을 발동하는 것보다도 범죄자의 선도하고, 재발방지를 하는 것도 매우 중요하다는 관점에서 인정되고 있는 제도라 평가할 수 있을 것이다. 그런데 그러한 형사상의 문제에도 인정되고 있는 유예 제도를 형사상의 문제보다 더 낮을 수 있는 사안의 학교폭력 가해자에게 고려하는 방안도 있을 수 있다. 이러한 점들을 고려하여 본다면 가해학생에 대한 최소한의 조치가 가해학생의 내심의 의사를 전혀 고려하지 않는 서면사과라는 것은 침해의 최소성이 인정된다고 볼 수 없다 할 것이다.

또한 공직선거법상의 사과문 게재나 방송법에 따른 시청자에 대한 사과방송에 관한 헌법재판소의 결정 취지를 보더라도, ‘사과’의 제재조치가 ‘주의 또는 경고’, ‘권고’ 조치에 비하여 시청자의 권익보호나 민주적 여론 형성 등에 더 기여하거나 위반행위가 재발하는 것을 방지하는 데 더 효과적이라고 할 수는 없다는 명시적인 판단을 하였다. 한편, 학교폭력예방방법에서의 서면사과 역시 주의 또는 경고에 비해 피해자의 권익 보호나 학내 폭력 방지 분위가 형성 등에 더 기여하

거나, 위반행위가 재발하는 것을 방지하는 데 더 효과적이라고 할 수 없다.

따라서 현재의 학교폭력예방법처럼 가해학생에 대한 조치를 반드시 해야만 하는 구조 하에서는 사안의 발생 경위와 가해학생의 평소 소행, 제반 사정 등을 모두 고려하여 볼 때 정말 가해학생에게 어떠한 조치를 해야 한다면 이는 가해학생에 대한 주의나 경고, 유예 조치 정도가 되어야 침해의 최소성에 부합한다 할 것이다.

(3) 법익의 균형성에 대한 검토

서울고등법원 2015. 2. 6. 선고 2014카기589 판결은 서면사과 조치로 인하여 가해학생이 의사에 반하는 사과를 해야 한다는 심리적인 부담감을 갖는 등 불이익을 입게 된다고 하더라도 이는 단순한 심리적 부담감에 그치고 실제 의사에 반하는 사과를 강제하거나 이를 이행하지 않는 경우라도 어떠한 불이익을 받는 것도 아닌 점 등을 고려하면 이러한 불이익이 가해학생의 선도, 교육 및 가해학생과 피해학생의 분쟁조정을 통한 학생의 인권을 보호, 학생을 건전한 사회구성원으로 육성하는 등의 공익에 비하여 크다고 할 수 없다고 판단하였으나, 이러한 판단 역시 앞서 살펴보았듯이 서면사과 조치에 가해학생이 입는 불이익이 분명히 존재하고, 가해학생의 내심의 의사에 반한 사과가 진행될 경우에는 피해학생에 대한 보호라는 효과는 물론 가해학생에 대한 선도와 교육적 목적은 전혀 달성할 수 없게 되고, 반대로 가해학생의 내심의 의사대로 사과를 하지 않을 경우에는 피해학생에 대한 2차적 심리적 가해행위가 될 수 있다는 점에서 타당한 판단이 될 수 없다.

무엇보다 사과라는 것은 자발적 판단에 따라 진정한 마음을 담아 진행되었을 때 의미가 있는 것이지, 강제력 여부를 불문하고 누군가의 요구에 의하여 사과를 하기에 이르는 것은 진정한 사과라고 볼 수 있는 전제적 요건부터 충족되었다고 보기 어려운 것이다. 나아가 인간의 존엄성 유지와 개인의 자유로운 인격발현이 헌법상의 기본권의 가장 중요한 시작점임을 고려한다면, 가해학생의 선도·교육 및 가해학생과 피해학생의 분쟁조정을 통한 학생의 인권을 보호, 학생을 건전한 사회구성원으로 육성하는 등의 공익을 달성할 수 있는 것인지조차 문제가 되는 서면사과의 경우에는 법익의 균형성조차 갖추지 못하였다고 할 것이다.

IV. 결론

학교폭력이 발생하면 피해학생에 대한 빠른 조치를 통해 그 피해를 구제하고 더 이상 학교폭력으로부터 피해를 당하지 않도록 하여야 한다는 점에 대해서는 의문이 없으나, 그에 못지않게 가해학생이 더 이상 폭력행위를 저지르지 않도록 선도하고 교육하여 신속히 교육현장으로 복귀하도록 하는 것 역시 중요하다. 따라서 학교폭력에 대한 바람직한 처리 방향은 피해학생을 보호하고 위로하며 가해학생에 대해서는 가해행위에 대한 책임을 지고 반성하게 하되, 피해학생과 가해학생이 화해하고 모두가 학교생활을 원만히 할 수 있도록 하는 것이어야 한다.²⁵⁾

무릇, 이러한 관점에서 가해학생에 대한 조치는 피해학생을 보호, 위로하며 가해학생에 대한 책임을 지고 반성하는데 필요하면서도 적절하고, 상당한 조치여야 한다. 그러나 학교폭력예방법 제17조 제1항 제1호에서 규정한 가해학생에 대한 서면사과 조치는 이러한 역할을 할 수 없다. 가해학생이 사과를 원하지 않아 서면사과 조치를 불이행한다면 피해학생을 보호, 위로할 수 없고, 가해학생이 내심의 의사에 반해 서면사과 조치를 한다면 이는 가해학생이 책임을 지고 반성하는데 아무런 도움이 될 수 없는 조치인 것이다. 그리고 무엇보다 사죄광고와 시청자에 대한 사과방송에 관한 헌법재판소의 결정들을 고려한다면 그 형식이 무엇이건 “사과한다”는 행위는 윤리적인 판단·감정 내지 의사의 발로인 것이므로 본질적으로 마음으로부터 우러나오는 자발적인 것이지, 결코 외부로부터 강제하기에 적합치 않은 것이다. 한마디로, “사과”라는 것은 개인의 양심에 따른 자발적 판단에 맡겨야 하는 것이지, 법으로 요구하거나 강제할 대상이 될 수 없다 할 것이다.

한편, 서울고등법원 2015. 2. 6. 선고 2014카기589 판결은 서면사과를 규정한 학교폭력예방법 제17조 제1항 제1호에 관하여 헌법상의 양심의 자유를 침해한다거나, 비례의 원칙에 반하여 인격권을 침해하지 않는다고 판단하여, 청구인

25) 학교폭력예방법 제17조의2 제2항의 재심규정이 가해학생 측에 전학과 퇴학을 제외한 나머지 조치에 대해 재심을 허용하지 않는 것은 가해학생과 그 보호자의 기본권을 침해한다는 헌재 2013. 10. 24. 2012헌마832의 반대의견

의 위헌법률심판제청신청을 기각하였다.

위 서울고등법원의 판결은 헌법상의 양심의 자유와 인격권에 대하여 그동안 헌법재판소가 판시하여온 기준에 부합하는지 여부에 대하여 충분히 검토하지 못한 판결이며, 도리어 학교폭력예방법의 규정을 면밀히 살펴본다면 가해학생에 대한 강제성이 인정되어 가해학생에 대한 양심의 자유와 인격권을 침해한다고 보아야 한다.

또한, 서면사과라는 처분은 가해 학생에 대한 선도와 교육의 역할을 할 수 없는 조치라는 점에서도 적절치 않고(조치의 실효성), 가해의 정도와 경위, 가해학생의 평소 소행 등을 고려하여 제일 경미한 조치로 서면사과가 아닌 가해학생이 더 이상 폭력행위를 저지르지 않도록 선도하고 교육하여 신속히 교육현장으로 복귀할 수 있는 적극적인 동기가 부여되도록 경고나 주의, 유예조치 등을 최소한의 조치로 도입하는 방안(조치의 최소성)이 검토되어야 할 것이다.

참고문헌

- 국회 의안정보시스템, 학교폭력예방 및 대책에 관한 법률안(의안번호 2403).
권오걸, “학교폭력예방 및 대책에 관한 법률의 적용과 문제점”, 「법학논고」 43집, 경북대학교 법학연구원, 2013.
김성태, “학교폭력예방법에 대한 고찰”, 「홍익법학」 제16권 제3호, 홍익대학교 법학연구소, 2015.
박찬걸, “학교폭력대책법에 대한 비판적 검토”, 「소년보호연구」 15, 한국소년정책학회, 2010.
배원섭, 성희자, “학교폭력 가해학생의 조치에 관한 연구”, 「사회과학연구」 제25권 제4호, 충남대학교 사회과학연구소, 2014.
신강숙, “행정심판 사례를 통하여 본 학교폭력예방법 고찰”, 「강원법학」 제1권, 강원대학교 비교법학연구소, 2014.
오경식, “학교폭력 예방을 위한 법제도적 분석과 개선방안”, 「소년보호연구」 12, 한국소년정책학회, 2009.

- 이동명, 김후년, “학교폭력법에 의한 징계절차에 관한 연구”, 「법과정책」 제18권 2호, 제주대학교 법과정책 연구소, 2012.
- 이승현, “학교폭력 예방 및 대책에 관한 법률의 개정 내용 및 개선 방안”, 「형사정책연구」 제23권 제2호, 한국형사정책연구원, 2012.
- 전종익, 정상우, “학교폭력예방 및 대책에 관한 법률 개선방안 연구”, 「교육법학연구」 25권 1호, 대한교육법학회, 2013.
- 정현미, “학교폭력예방을 위한 법제의 개선방안”, 「소년보호연구」 20, 한국소년정책학회, 2012.
- 한경환, “기사삭제청구권의 인정 근거 및 요건”, 「대법원 판례 해설」 제95호, 법원도서관, 2013.
- 홍석한, “학교폭력 예방의 헌법적 의미와 학교폭력예방법상 예방 교육에 대한 고찰”, 「법과정책」 제22권 제1호, 제주대학교 법과정책 연구원, 2016.

[Abstract]

A Study on Unconstitutionality of Order to give written apology stipulated in Act on the Prevention of and Countermeasures against Violence in Schools:
Focused on Judgment by Seoul High Court 2015. 2. 6. *sun-go 2014ka-gi589*

Jang, Hye-Jin

Professor, Jeju National University Law School

The Act on the Prevention of and Countermeasures against Violence in Schools (hereinafter referred to as “School Violence Act”) was enacted on January 29, 2004 and effective from July 30, 2004 for the purpose of

protecting the human rights of students and raising 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.

The School Violence Act stipulates definitions on violence in schools, responsibilities of national and local government to prevent violence in schools, countermeasures to protect victim students and guide and educate aggressor students for violence case in schools.

Meanwhile, Article 17(1).1. of the School Violence Act stipulates “an order to give a written apology to a victim student” as lightest countermeasures among enumerated countermeasures against aggressor students but it has been pointed out a lot whether written apology is appropriate for the purpose of guidance and education of aggressor students.

In that regard, an aggressor student who was ordered to give written apology under the School Violence Act filed a suit to declare nullification of such order given and requested adjudication on the constitutionality of Article 17(1).1. of the School Violence Act. The Seoul High Court in 2015. 2. 6. sun-go 2014ka-gi589 dismissed such request of adjudication on the constitutionality on the grounds that Article 17(1).1. of the School Violence Act does not violate freedom of conscience given in the Constitution nor violate personal right against principle of proportionality.

However, the aforementioned judgment by the High Court was not reviewed enough to be consistent with rulings the Constitutional Court has been made in regard to freedom of conscience and personal right. Taking a look at the School Violence Act closely, written apology would violate freedom of aggressor student’s conscience and personal right due to nature of compulsion on aggressor student.

For aggressor student proceeding written apology against his/her own

conscience, the goal to guide and educate aggressor student under the School Violence Act won't achieve. Reversely, aggressor student's refusal on order of written apology would deem secondary damage to victim student. Therefore, the order of written apology would not be appropriate in that such apology does not achieve the purpose of the protection of victim student and the guidance and education of aggressor student (in terms of effectiveness of countermeasure). Taking into consideration of level of bullying, causes thereby and regular behavior by aggressor student, we need to fully discuss to introduce warning, reprimand or deferral as lightest countermeasures (in terms of minimum of countermeasure) to the School Violence Act.

Key words : Violence in School, Countermeasure on aggressor student, written apology, freedom of conscience, personal right