또래괴롭힘(bullying)의 개념과 법적규율

-학교폭력예방 및 대책에 관한 법률과 관련하여-

김 종 구*
박 지 현**

목 차

Ⅰ. 머리말
Ⅱ. 또래괴롭힘(bullying)의 개념 정의
1. 또래괴롭힘의 정의와 유형
2. 또래괴롭힘과 학교폭력의 구별
3. 또래괴롭힘 및 학교폭력의 적용법률
Ⅲ. 또래괴롭힘에 대한 미국의 판례와 입법례
1. 미국 각 주의 또래괴롭힘방지법(anti-bullying law)과 연방법
2. 또래괴롭힘방지와 헌법상 기본권
3. 미국의 입법 상황이 주는 시사점
Ⅳ. 또래괴롭힘과 학교폭력 예방 및 대책에 관한 법률
1. 학교폭력의 개념과 학교폭력대책법의 의미
2. 학교폭력대책법의 법적 성격
3. 소결
Ⅴ. 맺음말

Ⅰ. 머리말

또래괴롭힘(bullying or peer harassment)[1] 또는 학교폭력(school violence)은 근래 우리나라를 비롯해 많은 나라에서 사회문제로 인식되고 있으며, 각국 정부 또한 다양한 입법정책으로 이 문제를 해결하기 위해 노력하고 있다.[2] 우리나라에서도 2004년 "학교폭력예방 및 대책

* 주저자 : 조선대학교 법과대학 교수, 법학박사
** 교신저자 : 광주교육대학교 강사

1) "bullying"은 "또래괴롭힘", "따돌림", 또는 "집단따돌림"으로 번역되고 있다. 그러나 "bullying"의 유형에는 따돌림만 있는 것은 아니므로 또래괴롭힘으로 번역하는 것이 좀 더 나은 것으로 판단된다.

2) 학교폭력은 많은 국가에서 중요한 사회문제로 인식되고 있다. 우리나라의 박근혜 정부와 미국의 오바마 정부도 역시 마찬가지이다. 우리 정부는 성폭력, 가정폭력,

에 관한 법률"[3]이 제정되었으며, 다섯 차례의 개정을 거쳤다.[4] 특히 2012년 1월 개정에서는 "따돌림"의 정의를 신설하고 강제적인 심부름도 학교폭력의 개념 정의에 포함시켰다. 또한 이 개정에서 학교폭력의 유형에 사이버따돌림을 추가하였고, 학교 밖에서의 학교폭력 문제에 대처할 수 있는 규정도 마련하였다. 그러나 이와 같이 학교폭력의 개념을 구체화하기 위한 개정이 수차 이루어졌지만, '학교폭력예방 및 처벌에 관한 법률'의 법적성격과 동법에서 말하는 '학교폭력'의 개념은 아직 불명확한 점이 많다.

학교폭력대책법 제2조 제1호는 "학교폭력이란 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 행위를 말한다."고 규정한다. 이 법은 '또래괴롭힘(bullying)'과 '학교폭력(school violence)'의 개념을 구별하지 않고 학교폭력의 개념 안에 또래괴롭힘에 해당하는 행위들도 함께 포함시키고 있다. 그런데 학교폭력대책법 제2조 제1호에서 말하는 "상해, 폭행, 감금, 협박, 약취·유인, 명예훼손·모욕, 공갈, 강요 및 성폭력"은 형법상의 개념과 동일한 것이며 원칙적으로 형법의 적용대상인 행위로서 좁은 의미의 학교폭력(school violence)에 해당한다. 따라서 강제적 심부름, 따돌림, 사이버따돌림[5]이 또래괴롭힘(bullying or student harassment)

불량식품과 함께 학교폭력을 4대 악의 하나로 규정하고 있다. 오바마 대통령은 또래괴롭힘(bullying)이 사회적 문제가 되자 학생, 교사, 학부모, 관련 전문가와 정치인들을 백악관으로 초청하여 2013년 3월 안전한 학교을 만들기 위한 컨퍼런스를 개최하였으며, 백악관 페이지에 대통령과 영부인이 출연하는 또래괴롭힘 방지에 관한 영상물을 게시하여 또래괴롭힘 방지를 위해 노력하고 있다.(President Barak Obama, It Gets Better, 〈http://youtu.be/geyAFbSDPVk.〉, 검색일 : 2012.11.12.)

3) 이하 "학교폭력대책법"이라 한다.

4) 학교폭력대책법은 2008년 3월, 2009년 5월, 2011년 5월, 2012년 1월 그리고 2012년 3월에 각각 개정이 이루어졌다.

의 유형이라 할 수 있다. 학교폭력대책법은 형법과 학교폭력대책법이 중첩적으로 적용되는 '좁은 의미의 학교폭력'(school violence)과 형법의 직접적인 적용대상이 되기 어려운 본래 의미의 '또래괴롭힘'(bullying)을 함께 규정하고 있는 것이다. 이러한 결과 학교폭력대책법은 그 법적 성격이 모호해 지는 난점을 야기하고 있다.

그렇다면, 형법 등 기존 법률과 적용에 있어 중첩되지 않으면서, 또래괴롭힘 또는 학교폭력의 문제를 규율하는 방향의 입법이 바람직한 것이 아니었는가 하는 의구심이 든다. 또래괴롭힘(bullying)의 개념과 학교폭력(school violence)의 개념을 구별할 것인가, 그리고 종래 형법의 적용대상인 일반적인 학교폭력까지 특별법으로 규율할 것인지 아니면 좁은 의미의 또래괴롭힘(bullying)만을 적용대상을 할 것인가를 충분히 검토한 후 입법이 이루어져야 했을 것이다. 학교폭력대책법이 적용대상을 명확히 하고 독자적인 성격의 법률임을 분명히 하기 위해서는 그 적용대상을 형법 등 기존의 법률과 중첩되지 않게 설정하는 방안에 대해 고찰할 필요성이 있다. 본 논문에서는 이러한 문제와 관련하여 먼저 일반적인 학교폭력과 구별되는 개념으로서 또래괴롭힘(bullying)의 개념을 살펴보고, 미국의 또래괴롭힘방지법(anti-bullying law)을 중심으로 비교법적 측면에서 고찰한 후, 학교폭력대책법의 법적성격과 입법의 타당성에 대하여 검토해 보고자 한다.

---

5) Marilyn Campbell, "Cyber bullying: An old problem in a new guise?", *Australian Journal of Guidance and Counselling*, 15권 1호(2005), 68-76쪽; Julian J. Dooley/Jacek Py_zalski/Donna Cross, "Cyberbullying Versus Face-to-Face Bullying", *Journal of Psychology*, 217권 4호(2009), 182-188쪽.

Ⅱ. 또래괴롭힘(bullying)의 개념 정의

1. 또래괴롭힘의 정의와 유형

1.1 또래괴롭힘의 정의

"또래괴롭힘"이란 "bullying"이라는 단어를 번역한 것인데, "student harassment" 또는 "peer harassment"라고 불리기도 한다.[6] 따라서 또래괴롭힘은 주로 학교에서 동료학생들 간에서 문제되는 것이지만, 최근에는 직장에서 동료들 간의 괴롭힘(workplace harassment)[7]도 사회문제가 되고 있다. 이러한 또래괴롭힘은 우리나라에서 1990년대 중반부터 초등학교, 중학교, 고등학교에 이르기까지 빈발하는 사회적 문제가 되어 있다. 국내에서는 1996년 또래들로부터 학교폭력을 당한 피해학생이 자살하는 사건을 계기로 이에 관한 사회적 관심이 커지고 관련 연구들이 급증하였다.[8]

또래괴롭힘은 한 명 또는 다수의 학생들이 한 학생에게 말이나 행동을 통해 반복적이고 지속적으로 괴롭히면서 피해를 주는 행동이라 정의할 수 있다.[9] "또래괴롭힘"(Bullying)이라는 용어를 처음 사용한 사람은 노

---

6) "따돌림", 또는 "집단따돌림"은 좁은 의미의 "또래괴롭힘"이라 할 수 있다.

7) Nathan Bowling/Terry Beehr, "Workplace harassment from the victim's perspective: A theoretical model and meta-analysis", *Journal of Applied Psychology*, 91권 5호(2006), 998-1012쪽.

8) 김혜원, 청소년 학교폭력-이해·예방·개입을 위한 지침서-(학지사, 2013), 102-106쪽 참조. 2011년 12월에는 대구의 한 중학교 2학년 남학생이 또래학생 2명을 포함한 급우들로부터 상습적으로 괴롭힘을 당해오다 견디지 못하고 유서를 남긴 채 자살한 사건이 큰 사회적 이슈가 되었다.

9) 임재연, "또래괴롭힘 참여역할에 따른 긍정적 강점의 차이-또래괴롭힘 예방을 위한 피해방어자의 긍정적 강점", 학교사회복지 제24호(한국학교사회복지학회, 2013), 131-151쪽.

르웨이 베르겐(Bergen) 대학교의 댄 올베우스(Dan Olweus) 교수이다. 올베우스 교수는 또래괴롭힘(bullying)을 다음과 같은 현상으로 정의한다. 또래괴롭힘이란 "피해자가 반복적으로 수회에 걸쳐 한 사람이나 다수의 사람의 부정적 행위에 노출되어 자신에 대한 방어가 어려운 현상"이다.[10] 그리고 올베우스 교수는 다음과 같은 세 가지 요소를 또래괴롭힘라는 개념의 핵심요소로 본다. 첫째, 원치 않는 부정적 행위를 포함하는 공격적 행위일 것(aggressive behavior that involves unwanted, negative actions). 둘째, 수회 반복되는(repeatedly and over time) 행위일 것. 셋째, 힘이나 세기에 있어서 불균형(imbalance of power or strength)에 기초할 것.

또래괴롭힘은 힘의 불균형에 기초하여 동일한 사람에게 반복적으로 수회에 걸쳐 나타나는 일련의 부정적인 행위인 것이다. 이러한 개념정의에 따르면, 한 사람이나 또는 다수인으로부터 반복적으로 수회에 걸쳐 부정적 행위에 노출되어 있는 경우 또래괴롭힘을 당하고 있다고 본다. 부정적인 행위(negative action)란 신체적 접촉이나 말로써 또는 기타 방법으로 다른 사람에게 침해나 불편함(injury or discomfort)을 야기하는 것이다. 이러한 또래괴롭힘은 명시적으로 이루어질 수도 있고 은밀하게 이루어질 수도 있다.

1.2 또래괴롭힘의 유형

또래괴롭힘은 다양한 형태로 나타날 수 있다. 첫째, 상처를 주는 불유쾌한 말을 하는 것(saying hurtful and unpleasant things). 둘째, 타인을 놀리는 것(making fun of others). 셋째, 야비하고 상처를 주는 별명을 부르는 것(using mean and hurtful nicknames). 넷째, 누군가를 완전히 무시하는 것(completely overlooking someone). 다섯째, 의도적으로 친구

10) Dan Olweus, *Bullying at school: What we know and what we can do* (Wiley Blackwell, 1993), 152쪽.

들의 그룹에서 배제하는 것(deliberately excluding someone from a group of friends). 여섯째, 때리거나, 차거나, 머리를 잡아당기거나, 밀거나, 안으로 밀어 넣어 가두는 것(hitting, kicking, pulling hair, pushing or shutting a person inside). 일곱째, 거짓말을 하는 것(telling lies). 여덟째, 거짓소문을 퍼뜨리는 것(spreading false rumors). 아홉째, 야비한 내용의 글을 보내는 것(sending mean notes). 열째, 다른 학생들이 피해학생을 싫어하게 만들려고 하는 것(trying to get other students to dislike another person).[11]

또래괴롭힘은 기타 언어적 괴롭힘(verbal bullying), 사회적 괴롭힘(social bullying) 그리고 신체적 괴롭힘(physical bullying)으로 나뉘기도 한다. 첫째, 언어적 괴롭힘은 야비한 말을 하거나 글을 써서 괴롭히는 것인데, 짓궂게 괴롭히기(teasing), 욕설하기(name-calling), 부적절한 성적 언급(iInappropriate sexual comments), 조롱하기(taunting), 해를 가하겠다고 협박하는 것(threatening to cause harm) 등이 포함된다. 둘째, 사회적 괴롭힘은 관계적 괴롭힘(relational bullying)이라고도 하는데 사람의 명예나 인간관계를 침해하는 것으로서, 고의로 사람을 따돌림 하는 것(leaving someone out on purpose), 다른 학생들에게 피해학생과 친구로 지내지 말라고 하는 것(telling other children not to be friends with someone), 피해학생에 대한 소문을 퍼뜨리는 것(spreading rumors about someone), 공개적으로 창피를 주는 것(embarrassing someone in public) 등을 포함한다. 셋째, 신체적 괴롭힘은 사람의 신체나 재산을 침해하는 유형인데, 때리거나, 차거나, 꼬집거나, 밀거나, 넘어뜨리거나, 침을 뱉는 것(hitting, kicking, pinching, pushing, tripping, spitting), 피해학생의 물건을 가져가거나 부수는 것(taking or breaking someone's things), 야비하거나 무례한 몸짓을 하는 것(making mean or rude hand gestures) 등을 포함한다.[12]

---

11) 〈http://www.cobbk12.org/preventionintervention/Bully/Definition%20of%20Bullying.pdf〉, 검색일 : 2013.11.22.

이러한 다양한 또래괴롭힘의 특징은 피해자를 괴롭히는 행위인데, 일반적으로 형법상 형사처벌되는 구성요건에 해당하는 행위 유형으로 보기는 어렵다. 사회적으로도 대개 이러한 행위들은 성장기의 아동이나 청소년 등 또래집단에서 흔히 볼 수 있는 자연스러운 현상으로 취급되기도 한다. 그러나 힘이 약한 피해자들을 상대로 반복적으로 이루어지는 또래괴롭힘은 피해학생의 자살까지 초래할 수 있는 위험한 행위이다. 따라서 형사처벌되지 않는 범주에 있는 또래괴롭힘의 행위 유형은 특히 특별법을 통하여 규율할 필요성이 있다. 그런데, 학교폭력대책법은 학교폭력을 적용대상으로 하고 있고, 여기에는 따돌림과 같은 또래괴롭힘의 유형뿐 아니라 형사처벌의 대상이 되는 폭력행위들도 포함되어 있다. 따라서 이하에서는 또래괴롭힘(bullying)과 폭력(violence)의 차이점을 살펴보면서, 학교폭력대책법이 대상으로 해야 할 행위유형을 어떻게 설정하는 것이 바람직한 것인가에 대하여 고찰하고자 한다.

2. 또래괴롭힘과 학교폭력의 구별

또래괴롭힘은 공격적 행위(aggressive behavior)의 한 형태이지만 또래괴롭힘을 폭력(violence)과 동일시 할 수는 없다. 모든 폭력이 또래괴롭힘을 포함하는 것은 아니고, 모든 또래괴롭힘이 폭력을 포함하는 것도 아니기 때문이다.[13] 예를 들어, 또래괴롭힘의 유형 중에는 안 좋은 별명으로 불리거나, 거부나 배척 또는 따돌림(social exclusion or communal

12) 〈http://www.stopbullying.gov/what-is-bullying/definition/#types〉, 검색일 : 2013.11.22.

13) 학교폭력과 집단따돌림 또는 괴롭힘은 동일한 개념이 아니므로 구분하여 사용해야 한다는 입장(김혜원, 앞의 책, 26-27쪽 참조)과, 학교폭력과 집단따돌림 또는 괴롭힘은 서로 배타적으로 구분되는 관계가 아니며, 학교폭력은 집단따돌림과 괴롭힘을 포함하는 상위개념으로 보아야 한다는 입장(박종효, "집단따돌림(왕따)에 대한 이해: 발달경향과 정신건강의 관련성", 한국청소년연구 제18권 1호(한국청소년정책연구원, 2007), 249-250쪽)이 있다.

isolation)을 당하거나 피해학생에 대한 좋지 않은 소문을 퍼뜨리는 것들이 포함되는데 이들 유형은 폭력과는 다른 것이다.[14] 또한 또래괴롭힘은 힘의 불균형을 나타내는 반복적인 행위를 특징으로 한다는 점에서도 일반적인 폭력과는 차이가 있다.[15] 즉, 또래괴롭힘(bullying)이라는 개념은 기본적으로 힘의 불균형(imbalance of power)과 반복적 행위(repeated acts)라는 요소를 포함하며, 일정기간 반복되면서 패턴화 되는 것이고, 피해학생은 무력감을 느끼고 자신을 방어하거나 가해자에게 대항할 수 없게 된다는 점에서 폭력(violence)과는 다른 형태의 것이다.

또래괴롭힘(bullying)은 직접 사람을 상대로 하거나 인터넷과 같은 매체를 통하기도 하며, 직접적 또는 간접적 형태로 나타나지만, 폭력(violence)은 대개 물리적이고 신체적인 것이다. 또래괴롭힘은 정신적인 것도 있고 신체적인 것도 있지만, 신체적인 또래괴롭힘(physical bullying)이라 하더라도 그 정도에 있어서 폭력과는 차이점이 있다. 폭력은 대개 형사책임의 대상이 되는 위법한 행위이지만, 또래괴롭힘의 유형은 대개 직접적인 형사책임의 대상이 되기는 어려운 사례들도 많다. 폭력은 일반적으로 누구나 용납할 수 없는 행위(unacceptable type of behavior)라고 판단하지만, 또래괴롭힘은 그 연령대의 아동이나 청소년인 학생들의 평범한 생활의 일부(normal part of life)로 보이기도 한다.[16]

또래괴롭힘과 폭력은 그 대응방식에 있어서도 차이가 있어야 한다. 미국의 경우 학교폭력에 대한 대응책으로는 학생폭력조직에 가담하지 않도록 하고, 마약사용을 통제하고, 충동적인 분노를 다스릴 수 있도록

---

14) Maria M. Ttofi/David P. Farrington, "Effectiveness of school-based programs to reduce bullying: a systematic and meta-analytic review", 7 *Journal of Experimental Criminology*, 27(2010), 28쪽.

15) Maria M. Ttofi/David P. Farrington. 앞의 논문, 28쪽.

16) Earnestine Bennett-Johnson, "The Root of School Violence: Causes and Recommendations for a Plan of Action", *College Student Journal*, 38권 2호 (2004), 99쪽.

하고, 학업성취도를 높이는 것 등이 거론된다. 반면, 또래괴롭힘에 대한 대책으로는 또래괴롭힘을 일상적인(normal) 것으로 받아들이지 않도록 하고, 가해자들에 대항하는 방법을 알려주도록 하는 등, 또래괴롭힘 방지를 위한 교육이 필요하며, 또래괴롭힘을 심각한 문제로 인식하고 무관용의 정책(zero-tolerance policy)이 요구된다고 말한다.

3. 또래괴롭힘 및 학교폭력의 적용법률

또래괴롭힘(bullying)과 학교폭력(school violence)의 구별과 관련하여 생각해 보아야 할 점은 그에 대한 대책과 적용되는 법률이 어떻게 달라져야 하는가의 문제이다. 학교폭력대책법은 "학교폭력이란 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 행위를 말한다."고 규정한다. 학교폭력대책법은 또래괴롭힘(bullying)과 학교폭력(school violence)의 개념을 구별하지 않고 학교폭력의 개념 안에 또래괴롭힘에 해당하는 행위들도 함께 포함시키고 있다. 문제는 학교폭력대책법상 학교폭력의 유형 중에는 기존의 형법 등을 통한 형사처벌이 가능한 것들과 형법상 범죄로 보기에는 어려운 유형이 혼재하고 있다는 것이다.

기존의 형사관계법령으로 처벌이 가능한 유형들에 대해서는 학교폭력법과 형사관계법령이 중첩적으로 적용되므로 학교폭력대책법은 그 범위에서 의미가 줄어들 수밖에 없다. 그러나 따돌림이나 사이버따돌림과 같은 형태는 기존의 형사관계법령상 범죄로 보기에는 난점이 있으므로 학교폭력대책법에서 이를 규율한다는 것이 특별한 의미를 갖는다. 따라서 학교폭력대책법이 말하는 학교폭력의 유형 중 상해, 폭행, 협박 등 범죄에 해당하는 행위들의 경우 학교폭력법은 형사절차가 시작되기

전 단계의 절차에서 적용된다는 의미를 갖는 것이며, 반면 따돌림 등의 유형에 대해서는 학교폭력대책법이 최종적으로 적용된다는 의미를 갖는 것으로 판단된다. 그렇다면, 학교폭력대책법의 적용대상을 정신적 괴롭힘과 신체적 괴롭힘을 포함하는 또래괴롭힘(bullying)의 전형적인 유형으로 제한하여 규정함으로써, 학교폭력대책법의 법적성격을 분명히 하고, 기존의 형사관계법령과 중복 적용의 문제도 피하는 것이 바람직한 입법이었다고 볼 수 있다.

이하에서는 미국에서의 또래괴롭힘방지(anti-bullying)와 관련한 입법과, 또래괴롭힘 또는 학교폭력 관련 판례들을 살펴보면서 국내의 학교폭력대책법에 주는 시사점에 대해서 생각해 보고자 한다.

Ⅲ. 또래괴롭힘에 대한 미국의 판례와 입법례

1. 미국 각 주의 또래괴롭힘방지법(anti-bullying law)과 연방법

1.1 미국 각 주의 또래괴롭힘방지법

현재 미국에서는 각 주마다 법률의 내용에 있어서는 차이가 있지만, 학교에서의 또래괴롭힘(bullying or student harassment)을 규율하기 위한 입법을 하고 있다.[17] 조지아주가 1999년에 또래괴롭힘방지법(anti-bullying law)을 처음 제정하였으며, 가장 최근에는 사우스다코다주가 2012년에 또래괴롭힘방지법을 입법했다. 현재 미국에서는 몬태나주만

17) 미국의 입법 현황에 대해서는 김대근, "미국의 따돌림(bullying) 법제를 중심으로", 학교폭력위기 단기 응급방안(한국형사정책연구원, 2012), 154쪽 이하; 김효진, "미국의 학교폭력 및 집단따돌림 실태 및 법률 현황", 보건복지포럼 통권 제189호(한국보건사회연구원, 2012), 160쪽 이하; 정재준, "미국의 학교폭력 방지대책", 서울대학교 법학 제53권 제1호(서울대학교 법학연구소, 2012), 530쪽 이하.

이 관련 법률을 입법하지 않고 있으며, 메릴랜드주와 뉴저지주는 가장 포괄적이고 광범위한 또래괴롭힘방지법을 제정하고 있다.[18]

미국에서 또래괴롭힘의 피해학생들이 만약 인종(race), 국적(nationality), 성별(sex)이나 장애(disability)와 관련하여 괴롭힘을 당하고 있다면 헌법을 기초로 하여 연방법 차원의 보호를 받을 수 있으나, 그 이외의 유형인 경우는 각 주의 또래괴롭힘방지법이 구제수단이 된다. 미국에서 가장 흔한 또래괴롭힘의 유형은 피해자의 외모나 체구, 인종이나 민족성(race or ethnicity), 성별(gender), 종교, 성적취향, 장애와 관련된 것이며,[19] 학교에서 학업능력, 가족의 가난 등도 괴롭힘의 이유가 되고 있다. 이들 유형 중 연방법(federal law) 차원에서 보호받을 수 없는 경우는 주법(state law)을 통해서 구제를 받는 것이다.

미국 각 주의 또래괴롭힘 방지법(anti-bullying staute)은 대개 또래괴롭힘(bullying)을 적용대상으로 하면서 또래괴롭힘의 개념 정의에 관한 규정을 두고 있다. 예를 들어, 플로리다주의 또래괴롭힘 방지법은 또래괴롭힘을 다음과 같이 정의하고 있다. "또래괴롭힘(bullying)이란 체계적이고 지속적으로 한 학생 또는 다수의 학생에게 신체적인 침해 또는 정신적 고통을 가는 것으로서 다음과 같은 예들을 포함한다; (1) 짓궂게 괴롭히기(Teasing), 사회적 따돌림(Social exclusion), (3) 위협(Threat), (4) 협박(Intimidation), (5) 스토킹(Stalking), (6) 물리적 폭력(Physical violence), (7) 절도(Theft) (8) 성적, 종교적 그리고 인종적 괴롭힘(Sexual, religious, or racial harassment), (9) 공개 모욕(Public humiliation), (10) 손괴(Destruction of property)".[20] 또한 미국 각 주의 또래괴롭힘 방지법은 사이버또래괴롭힘도 함께 규정하는데, 칸사스주법은 사이버또래괴롭

18) 이러한 미국 내 각 주의 입법상황에 대해서는 〈http://www.stopbullying.gov/laws/〉, 검색일 : 2013.11.22.

19) Harris Interactive and GLSEN, *From Teasing to Torment: School Climate in America, aSurvey of Students and Teachers* (New York: GLSEN, 2005), 70쪽.

20) Fla. Stat. Ann. 1006.147(3) (2010).

힘을 다음과 같이 정의한다. “사이버또래괴롭힘(Cyberbullying)이란 이메일, 인터넷메신저, 문자메시지, 블로그, 휴대폰, 페이저, 온라인게임, 웹사이트를 포함하는 수단을 이용한 전자적 커뮤니케이션에 의한 또래괴롭힘을 말한다.”[21]

이러한 미국 각 주의 또래괴롭힘 방지법은 장소적 적용범위와 관련하여 학교에서 일어난 사건이라도 학교활동과 관련된 것이라면 학교 밖에서의 사건에도 적용되는 것으로 규정한다. 예를 들어, 인디애나주의 경우 또래괴롭힘 방지법의 적용 범위에 대하여 다음과 같이 규정한다. “(1) 학교 일과시간 중이거나 그 직전을 포함하여 학생이 학교에 있는 경우 또는 학생 그룹에 의해 학교가 사용되고 있는 경우라면 어느 때든 학생이 학교에 있는 경우, (2) 학교 밖이라도 학생이 학교 활동, 기능 또는 행사(school activity, function or event) 중인 경우, (3) 학생이 학교를 오가거나 또는 학교 활동, 기능 또는 행사에 가고 올 때, 또는 (4) 학생이 학교에 의해 제공된 학교 재산이나 장비를 사용하는 경우”.[22]

또한 미국의 다수의 주의 또래괴롭힘 방지법(anti-bullying statute)은 정책을 입안하는 과정에서 학부모와 학생 그리고 행정담당자들의 참여를 강제하고 있다. 예를 들어, 알래스카의 또래괴롭힘 방지법은 “각 지역교육위원회는 학생들의 괴롭힘(harassment), 위협(intimidation) 또는 또래괴롭힘(bullying)을 금지할 정책을 채택해야 한다. 각 지역교육위원회는 이러한 정책을 학부모나 보호자, 학생, 자원봉사자 그리고 학교의 업무종사자들과 공유해야 한다. 이러한 정책은 개별 지역교육위원회의 표준적인 정책입안 절차를 거쳐 채택되는데, 이러한 절차는 학부모나 보호자, 학교업무종사자, 자원봉사자, 학생, 행정담당자 그리고 지역대표들의 참여를 포함한다.”고 규정한다.[23]

---

21) Kan. Stat. Ann. § 72-8256.C.2(2009).

22) Ind. Code Ann. § 20-33-8-13.5(b)(2010).

23) A.S. § 14.33.200.

1.2 연방법

현재 미국에서 학교 내 또래괴롭힘을 직접적으로 규율하는 연방차원의 법률은 없다.[24] 최근 미국에서 연방차원의 또래괴롭힘방지법을 제정하려는 시도가 있었으나 실패했다. 2013년에 캘리포니아주의 연방하원의원인 린다 산체스(Linda Sancez)에 의해 또래괴롭힘 방지법안(anti-bullying bill)이 제출되었다.[25] 이 법안은 1965년의 초등 및 중등교육법을 개정하여 학생들의 또래괴롭힘과 희롱(bullying and harassment)을 방지하기 위한 초치를 취하려는 것이었다. 2013년 2월에는 로버트 케이시(Robert Casey) 연방상원의원에 의해서 같은 유형의 법안이 '상원의 건강, 교육, 노동, 연금 위원회'(Senate Committee on Health, Education, Labor and Pensions)에 제출되었다.[26] 그러나 케이시 상원의원과 산체스 하원의원의 또래괴롭힘방지법안(anti-bullying bills)은 폐기되었고 거의 관심을 받지 못하였다.

따라서 현재 미국에서 또래괴롭힘을 직접적으로 규제하는 연방차원의 법률은 없지만, 학교에서 또래괴롭힘의 피해자들은 헌법상 시민적 권리에 관한 규정(Civil Rights Statutes)이나 수정헌법 제14조상의 평등보호규정(Equal Protection Clause of the 14th Amendment of the United States Constitution)에 근거하여 법적 구제를 받을 수 있다. 그러나 이러한 구제수단은 사전적인 구제조치가 될 수 없고 연방차원에서 보호하는 인종(race), 국적(nationality), 성별(sex), 장애(disability)와 같은 제한적인 유형의 또래괴립힘을 당한 피해자들에게만 구제수단이 제공되는 문제점이 있다.[27]

---

24) Farley Anderson, "Pacifism in a Dog-Eat Dog World: Potential Solutions to School Bullying", 64 *Mercer Law Review* 75(2013), 780-781쪽.

25) H.R. 1199, 113 Cong.(2013)

26) S. 403, 113 Cong.(2013).

27) Cindy Gallacher, "Sticks and Stones Have Remedies at Law--it is Name-Calling That Hurts Kids: Can State nti-Bullying Statutes Really Help

최근 미국에서는 학교 내 또래괴롭힘의 피해학생들이 지역 교육위원회(school district)를 상대로 소송을 제기하는 경향을 보이고 있다.[28]

하지만, 미연방대법원은 엄격한 요건 하에서만 지역 교육위원회의 책임을 인정한다. 미연방대법원은 연방정부의 재정지원을 받는 교육위원회가 성적인 또래괴롭힘을 가한 학생을 제대로 훈육하는 데 실패하여 적대적인 환경을 만든 경우 민사상 손해배상청구가 허용될 수 있지만, 이러한 손해배상청구는 그 괴롭힘이 아주 심각하고 광범위하며 객관적으로 공격적인 것이어서(severe, pervasive and objectively offensive) 피해학생이 학교에 의해 제공되는 교육의 기회나 혜택을 박탈당했다고 볼 수 있는 경우라야 하며, 교육위원회가 그러한 사실을 알았다는데(actual knowledge) 그치지 않고 의도적으로 방치한 경우라야(deliberately indifferent) 법적책임이 인정되는 것으로 본다.[29] 이 판례는 "적어도 초기 단계에서, 사실 학생들은 동료학생들과 어떻게 적절하게 교류하는가에 대해서 아직 배우고 있는 것이다. 따라서 학교환경에서 학생들이 종종 모욕을 주거나 짓궂 장난을 하거나 밀치거나 잡아당기거나 성차별적이 행동을 함으로써 피해학생에게 괴로움을 주는 경우가 있다. 동료학생들 사이의 짓궂은 장난이나 욕설에 대하여 손해배상청구를 할 수는 없으며, 이러한 행동들이 성차별적인 내용을 담고 있더라도 마찬가지이다. 학생들 사이의 괴롭힘의 경우, 그러한 행동이 매우 심각하고, 광범위하며, 객관적으로 공격적인 것이어서 피해학생들의 교육에 대한 균등한 접근이 부정될 정도인 경우에 한하여 손해배상청구가 허용된다."고 한다. 이러한 의도적인 무관심(deliberately indifferent)이라는 기준에 따른 책임을 피하기 위해서, 교육위원회는 또래괴롭힘의 가해학생을 특정한

Kids Wh are Victims of In-School Bullying?", 4 *Journal of Law & Social Challenges* 21(2002), 25쪽.

28) Cindy Gallacher, 앞의 논문, 21쪽.

29) Davis Next Friend LaShonda D. v. Monroe County Bd. of Educ., 526 U.S. 629, 650, 119 S.Ct. 1661, 1675(1999).

방식으로 훈육할 필요는 없으나, 정황을 고려하여 또래괴롭힘이 있다는 것을 알았다면 분명히 합리적인 방식의 조치를 취해야 한다.

2. 또래괴롭힘방지와 헌법상 기본권

또래괴롭힘방지법이나 정책은 학생들의 수정헌법 제1조의 표현의 자유에 관한 권리를 침해할 수 있다. 학교 내에서 표현의 자유과 관련하여 문제된 사건으로 팅커(Tinker) 사건이 있다.[30] 이 사건은 베트남전에 반대하는 의사표시를 하기 위해 일단의 학생들이 완장을 차고 있었는데 학교 당국이 이를 금지하였다. 이 사건에서 법원은 이러한 행위가 학교의 업무를 방해하거나 다른 학생들의 권리와 충돌하는 것이 아니었다는 것을 근거로 학생들의 이러한 형태의 표현의 자유를 인정하였다. 학교 당국은 완장을 차는 행위가 학교 내에서 분란을 일으킬 소지가 있기 때문에 정당한 조치로서 이를 금지하였다고 주장하였으나 법원은 이러한 주장을 배척했다. 재판부는 분란에 대한 확실치 않은 두려움이나 염려가 표현의 자유에 관한 권리를 압도할 수는 없다고 하였다. 다만, 교실 내에서건 교실 밖에서건 수업을 현저히 방해하거나 다른 학생의 권리를 침해하거나 권리행사에 현저한 장애를 초래하는 경우는 물론 헌법이 보장하는 표현의 자유(freedom of speech)에 의해 보호받을 수 없다고 하였다.

이후 미국 판례를 보면, 특정한 형태의 괴롭힘(harassment)은 학교당국에 의해 규제될 수 있다고 한다.[31] 팅커(Tinker) 판결이 말하는 요건을 갖춘다면, 즉 문제되는 발언이 다른 사람의 권리를 방해하거나 침해하리라는 충분히 근거 있는 우려를 야기할 것이라는 요건을 갖춘다면

30) Tinker v. Des Moines Indep. Cmty. Sch. Dist., 393 U.S. 503, 507, 89 S.Ct. 733(1969).

31) 이하 이러한 판결의 내용에 대해서는 Sypniewski v. Warren Hills Regional Bd. of Educ., 307 F.3d 243, 264(C.A.3(N.J.), 2002) 참조.

규제될 수 있다는 것이다. 학교 밖에서의 학생들의 발언 내지 표현도 학교운영에 상당한 정도의 지장을 초래하게 되면 규제할 수 있다. 제3항소법원은 Saxe v. State College 사건에서 교육위원회의 학생들의 발언 내지 표현에 대한 또래괴롭힘방지 정책(anti-bullying policy)이 학생들의 교육활동을 상당한 정도 침해한다면 지나치게 광범위한 것으로서 위헌이라고 판결한 바 있다. 이후 제3항소법원은 욕을 하면서 위협하는 것(intimidation by name calling)을 포함하여 다른 학생들의 육체적 및 정신적 건강에 부정적인 영향을 미치는 일정한 유형의 발언 내지 표현을 규제하거나 방지하는 조치를 학교 당국이 할 수 있다고 판단했다. 약자를 괴롭히는 자가 될 헌법적 권리(constitutional right to be a bully)는 분명히 없다는 것을 명백히 한 것이다.

3. 미국의 입법 상황이 주는 시사점

미국의 또래괴롭힘 방지법들은 우선 또래괴롭힘(bullying)의 개념 정의와 장소적 적용범위를 분명히 하고 있다. 또래괴롭힘의 유형으로 거론되는 것들 중에는 범죄에 해당하는 것들도 있지만, 형법상 범죄규성 요건에 해당한다고 보기 어려운 유형들이 다수 포함되어 있다. 그리고 그 유형들이 또래괴롭힘이라는 상위개념의 하위 유형으로 규정되어 있다는 점에서 우리 학교폭력대책법의 규정 체계와는 차이점이있다. 즉, 우리 학교폭력대책법은 그 적용대상을 학교폭력으로 설정하고 학교폭력의 개념 정의를 하면서 소위 또래괴롭힘 또는 따돌림(bullying)을 학교폭력의 하위 유형으로 규정하고 있다는 점에서 미국의 입법례와 차이가 있는 것이다. 그런데, 학교폭력대책법이 학교폭력을 적용대상으로 하면서 학교폭력의 유형으로 형법상 범죄에 해당하는 “상해, 폭행, 감금, 협박, 약취・유인, 명예훼손・모욕, 공갈, 강요, 성폭력”을 먼저 거론하면서 “따돌림”을 학교폭력의 일종으로 기술한 결과 학교폭력대

책법의 법적 성격이 분명히 드러나지 않는 문제점이 야기되고 있다. 따라서 학교폭력대책법의 적용대상을 "또래괴롭힘 또는 따돌림"(bullying) 하고 그 하위 유형으로 신체적 괴롭힘을 포함하는 행위 유형들이 규정되는 것이 타당할 것으로 판단된다.

또한 또래괴롭힘의 하위 유형으로 규정되는 폭행을 포함한 신체적 괴롭힘은 그 불법의 정도에 있어 형법상 범죄가 성립된다고 보기 어려운 유형들이 포함되는 것으로 보아야 할 것이다. 앞에서 살펴본 바와 같이 미국 법원은 학생들 사이의 괴롭힘의 경우, 그러한 행동이 매우 심각하고, 광범위하며, 객관적으로 공격적인 것이어서 피해학생들의 교육에 대한 균등한 접근이 부정될 정도인 경우에 한하여 손해배상청구를 허용하고 있다. 여기에서 얻을 수 있는 시사점은 학교폭력대책법이 대상으로 할 신체적 괴롭힘이나 폭력은 불법의 정도가 심각하지 않은 경우로 제한해야 한다는 것이다. 만약 폭력이 그 불법의 정도가 중한 경우라면 학교폭력대책법의 적용대상이 아니라 형법의 적용대상으로 보아야 할 것이기 때문이다. 그렇다면, 학교폭력대책법은 그 명칭을 "또래괴롭힘방지법" 또는 "따돌림방지법"으로 하고, 적용대상인 또래괴롭힘 또는 따돌림의 개념을 세부적인 유형과 함께 구체적으로 규정하는 것이 형법 등 기존 법률과의 중첩 적용의 문제도 해소하고 입법의 독자성과 실효성도 확보할 수 있는 길이라 판단된다.

더불어, 미국 각 주의 또래괴롭힘방지법이 관련 정책을 입안하는 과정에 학부모와 학생 그리고 학교행정담당자들의 참여를 보장하고 있는 점도 참고해야 할 것으로 보인다. 우리 학교폭력대책법은 정책입안에 있어 이러한 관련된 사람들의 참여권에 관한 규정을 두고 있지 않는데, 미국의 입법례를 참조하여 학부모, 학생, 교사 및 학교행정담당자들이 정책입안 과정에 참여할 수 있도록 규정을 마련하는 것이 타당할 것으로 판단된다. 그리고 학교폭력대책법이 과도한 규제를 내용으로 하게 되면, 학교 내에서 헌법상 기본권인 표현의 자유가 침해되는 경우도

발생할 수 있으므로, 미국의 사례를 참조하여 과잉입법이 되지 않도록 주의하는 것도 필요할 것으로 판단된다.

Ⅳ. 또래괴롭힘과 학교폭력 예방 및 대책에 관한 법률

1. 학교폭력의 개념과 학교폭력대책법의 의미

1.1 학교폭력 개념의 포괄성

학교폭력대책법에 따르면, “학교폭력”이란 “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 행위를 말한다.”[32] 그리고 “따돌림”이란 “학교 내외에서 2명 이상의 학생들이 특정인이나 특정집단의 학생들을 대상으로 지속적이거나 반복적으로 신체적 또는 심리적 공격을 가하여 상대방이 고통을 느끼도록 하는 일체의 행위를 말한다.”[33] 또한 “사이버 따돌림”이란 “인터넷, 휴대전화 등 정보통신기기를 이용하여 학생들이 특정 학생들을 대상으로 지속적, 반복적으로 심리적 공격을 가하거나, 특정 학생과 관련된 개인정보 또는 허위사실을 유포하여 상대방이 고통을 느끼도록 하는 일체의 행위”로 정의된다.[34]

학교폭력대책법은 규율대상인 학교폭력의 개념에 대하여 하위개념인 따돌림의 개념까지 포함하여 자세히 정의를 내리고 있다. 그런데

32) 학교폭력대책법 제2조 제1호.
33) 학교폭력대책법 제2조 제1호의 2.
34) 학교폭력대책법 제2조 제1호의 3.

학교폭력대책법 제2조 제1호의 학교폭력의 유형 중 "상해, 폭행, 감금, 협박, 약취·유인, 명예훼손·모욕, 공갈, 강요" 등의 개념은 형법상 개념과 동일하며 의미가 명확하다. 그러나 "따돌림"이나 "강제적 심부름" 등의 용어는 일상생활에서 사용되는 것이나 그 의미가 분명한 것은 아니다.[35] 예를 들어, 학교폭력대책법이 "따돌림"에 관하여 그 의미를 정의하고 있지만, "지속적이거나 반복적으로 신체적 또는 심리적 공격을 가하여 상대방이 고통을 느끼도록 하는 일체의 행위"라고 하여 그 개념이 매우 포괄적이어서 명확한 개념 정의가 되어 있다고 보기 어렵다.

특히 "따돌림"이라는 용어는 학교폭력대책법이 다른 법률에서 볼 수 없는 용어를 사용한 것이며, 학교폭력대책법의 특색을 보여주는 것인데 따돌림(bullying)[36]이라는 개념이 괴롭힘(harassment)이라는 개념 또는 학교폭력(school violence)이라는 개념과 어떻게 다른지도 명확하지 않다.[37] 학교폭력대책법상 따돌림이라는 용어의 정의 자체 역시 매우 추상적인 것이어서 학교폭력대책법의 성격을 형사법으로 본다면 죄형법정주의에 반한다고 할 수도 있다.[38] 친구들 사이에서 적응을 못하는 경우도 따돌림으로 규정될 수 있고, 일반적인 장난이나 질투심에서 유발된 경우와 구별도 쉽지 않을 수 있으므로,[39] 따돌림의 개념을 더 구체화할 필요가 있다. 또한 개정 전 학교폭력대책법이 "집단따돌

35) 권오걸, "학교폭력예방 및 대책에 관한 법률의 적용과 문제점", 법학논고 제43집(경북대학교 법학연구소, 2013), 91쪽.

36) 학교폭력대책법의 "따돌림" 그리고 "사이버따돌림"이라는 용어는 "bullying"과 "cyber-bullying"을 번역한 것으로 보인다. 그러나 "bullying"이라는 개념은 따돌림 이외의 괴롭힘의 유형들도 포함하는 것이므로 "또래괴롭힘"으로 번역하는 것이 더 적절할 것으로 판단된다.

37) 미국에서의 따돌림(bullying)과 괴롭힘(harassment)에 대해서는 김대근, 앞의 논문, 177쪽 이하.

38) 권오걸, 앞의 논문, 91쪽; 정한중, "학교폭력예방 및 대책에 관한 법률의 문제점과 개선방안", 경희법학 제44권 제1호(경희대학교 법학연구소, 2009), 80쪽.

39) 권오걸, 앞의 논문, 91쪽.

림"이라고 했던 것을 개정법은 "따돌림"으로 규정하여, 한 사람이 따돌림을 해도 학교폭력대책법으로 처벌하겠다는 것이나 따돌림의 구체적인 유형과 적용범위가 명확히 나타나 있지 않은 문제점이 있다.[40]

기타 학교폭력의 개념상의 문제점으로는 학교폭력대책법이 학교폭력의 장소를 '학교 내외'로 규정하여 "학교 밖"에서 발생한 사건까지 포함하는 것으로 하고 있으나 학교 외의 폭력을 학교폭력의 개념에 포함시키는 것은 타당하지 않다는 비판이 있다.[41] 이러한 비판은 '학교 내외'의 해석과 관련해서 학교 밖의 놀이터, 공원, PC방, 노래방 등에서 일어난 사건까지 포함하는 것으로 보는 해석을 기초로 한다. 그러나, 이 경우 '학교 내외'의 폭력의 의미를 학교 내부와 학교 앞 문방구와 같이 학교와 근접한 범위의 외부라든가, 소풍이나 견학 등에서 발생하는 폭력과 같이 학교의 일반적인 활동과 관련되는 장소에서의 폭력[42]으로 제한하여 규정하는 것이 "학교폭력"의 개념에 부합하는 것으로 판단되며, 학교폭력대책법의 독자성을 명확히 하는 것이라 판단된다.

1.2 학교폭력대책법의 독자성과 입법 방향

학교폭력대책법이 학교폭력의 개념을 포괄적으로 정의하면서 생기는 문제점은 학교폭력 유형의 대다수가 기존의 형법 등의 적용 대상이며, 그러한 행위에는 학교폭력대책법과 형법이 중첩적으로 적용되기 때문에 학교폭력대책법의 독자적 의미가 크지 않다는 것이다. 물론 학교폭력대책법은 "학교폭력의 예방과 대책에 필요한 사항을 규정함으로써 피해학생의 보호, 가해학생의 선도・교육 및 피해학생과 가해학생

40) 정한중, 앞의 논문, 80쪽.

41) 박윤기, "학교폭력에 대한 법・정책적 연구", 한국지방정부학회 2012년도 춘계공동학술대회(2012), 268쪽.

42) 권오걸, 앞의 논문, 90쪽.

간의 분쟁조정을 통하여 학생의 인권을 보호하고 학생을 건전한 사회구성원으로 육성함을 목적으로 한다." 따라서 동일한 행위를 규율대상으로 하더라도 학교폭력대책법은 형사처벌을 목적으로 하는 형법과는 다른 성격을 갖는다. 하지만, 학교폭력대책법이 규율대상으로 하는 학교폭력의 유형에는 형법상 범죄로서 형사처벌의 대상인 경우가 많으므로 궁극적으로는 학교폭력대책법의 적용대상 유형 중 다수가 형법의 적용대상인 것이다.

따라서 학교폭력대책법이 독자적인 입법으로서 의미를 가지려면, 학교폭력의 개념을 구체화하고 일반적으로 형법의 적용 대상이 되지 않거나 형법의 적용이 어렵지만 법적 조치가 필요한 경우로 한정하는 것이 바람직하리라 판단된다. 예를 들어, 소위 또래괴롭힘(bullying)과 학교폭력(school violence)은 구별되는 개념이므로, 학교폭력대책법(또래괴롭힘방지법)은 형법의 적용대상인 좁은 의미의 학교폭력과 구별되는 또래괴롭힘을 주된 규율대상으로 삼아야 할 것이며, 기타 폭력의 경우는 불법의 정도가 경하여 사회상규에 비추어 명백히 위법이라 할 수는 없어 형법의 적용대상이 아니지만 피해학생에게 정신적・신체적 침해를 야기한 경우를 규율 대상으로 하는 것이 타당하리라 판단된다.

2. 학교폭력대책법의 법적 성격

2.1 학교폭력대책법의 법적 성격

학교폭력대책법의 법적 성격과 관련하여 형사법으로서의 성격을 갖는가 아니면 행정법의 일종으로서 징계법적 성격을 갖는 것으로 보아야 하는가에 대한 논란이 있다.[43] 만약 학교폭력대책법을 형사법의 일종

43) 이러한 논의에 대해서는 권오걸, 앞의 논문, 82쪽 이하; 김용수, 알기 쉬운 학교폭력・성폭력 관련 법령의 이해(진원사, 2012), 76쪽 이하; 박윤기, 앞의 논문, 268쪽

으로 본다면 특별형법이 되어 형법과 같은 일반법의 적용은 배제되고 학교폭력대책법이 우선 적용되어야 하므로 학교폭력대책법의 법적 성격은 중요한 의미를 갖는다. 학교폭력대책법의 법적 성격을 판단하기 위해서는 적용대상인 학교폭력의 개념, 학교폭력에 대한 법적 조치의 성격, 학교폭력대책법의 목적 및 각 법규정의 내용과 체계를 검토할 필요가 있다.

학교폭력의 개념과 관련한 논의는 앞서 살펴보았지만, 학교폭력대책법상 학교폭력의 유형 중 상해, 폭행, 감금, 협박, 약취・유인, 명예훼손・모욕, 공갈, 강요, 성폭력 등은 범죄에 해당하며 형사법이 적용될 수 있기 때문에 학교폭력대책법을 특별형법으로 볼 여지가 있다. 그러나 일반형법이든 특별형법이든 형법은 범죄와 형벌에 관한 법이며, 적용대상 행위에 대한 제재수단이 형벌이 아닌 경우 형법이라 할 수 없다. 학교폭력대책법은 제17조에서 가해학생에 대한 조치로서 피해학생에 대한 서면사과, 피해학생 및 신고・고발 학생에 대한 접촉과 협박 및 보복행위의 금지, 학교에서의 봉사, 사회봉사, 학내외 전문가에 의한 특별 교육이수 또는 심리치료, 출석정지, 학급교체, 전학, 퇴학처분 등을 규정하고 있는데 이들 처분은 형벌이 아니며 징계처분의 일종이다. 따라서 기본적으로 학교폭력대책법을 형사법으로 볼 수는 없다. 물론 학교폭력대책법 제제22조가 비밀누설 금지에 관한 제21조제1항을 위반한 자는 300만원 이하의 벌금에 처한다고 규정하여 형벌을 부과하고 있으나, 이는 '학교폭력'의 규율과는 별개의 것이다.[44]

이하; 윤계형/정상우/이덕난, 학교폭력예방 및 대책에 관한 법률에 대한 입법평가(한국법제연구원, 2012), 55쪽; 이진국, "학교폭력예방 및 대책에 관한 법률의 체계적 문제점과 개선방안", 입법정책 제1권 제1호(한국입법정책학회, 2007), 95쪽 이하; 정한중, 앞의 논문, 76쪽 이하.

44) 학교폭력대책법 제22조가 형벌을 규정하고 있기 때문에 학교폭력대책법이 완전히 징계법적 성격을 갖는 것으로 보기는 어렵다는 견해가 있다(정한중, 앞의 논문, 78쪽 참조).

또한 학교폭력대책법의 전체적인 구조를 보면 국가와 지방자치단체 그리고 교육부장관의 학교폭력의 예방과 근절을 위한 대책을 마련하고 이를 위한 기본계획을 수립할 의무[45]와 학교폭력대책위원회 등 기구의 구성과 기능을 중심으로 구성되어 있다. 무엇이 범죄이고 거기에 어떠한 형벌을 과할 것인가를 규정하는 법체계인 형법과는 다른 구조이다. 그 목적에 있어서도 학교폭력대책법 제1조는 "이 법은 학교폭력의 예방과 대책에 필요한 사항을 규정함으로써 피해학생의 보호, 가해학생의 선도·교육 및 피해학생과 가해학생 간의 분쟁조정을 통하여 학생의 인권을 보호하고 학생을 건전한 사회구성원으로 육성함을 목적으로 한다."고 규정하고 있다. 학교폭력대책법의 주된 목적은 피해학생의 보호와, 가해학생에 대한 처벌이 아닌 선도 및 교육이며, 피해학생과 가해학생의 분쟁조정인 것이다. 즉 학교폭력대책법은 범죄행위에 대한 형사처벌을 목적으로 하는 법규범이 아니므로 형사법의 일종으로 볼 수는 없으며, 가해학생에 대한 징계처분과 관련된 징계법의 일종으로 보아야 할 것이다.[46]

2.2 학교폭력대책법과 타 법률의 관계

학교폭력대책법을 징계법으로 보더라도, 문제는 학교폭력대책법이 대상으로 하는 학교폭력의 유형에 형사처벌이 가능한 범죄유형이 포함되어 있기 때문에 학교폭력대책법과 형법 등 기존의 법률이 중첩하여 적용되는 점이다.[47] 이 때문에 가해학생이 동일한 행위로 학교폭력대책법상 조사 및 처분을 받고, 이후 다시 동일한 행위로 형사처벌을 받을 수도 있다. 즉, 가해학생은 먼저 자치위원회의 결정에 따른 조치를 받고,

45) 학교폭력대책법 제4조, 제6조.
46) 권오걸, 앞의 논문, 85쪽; 박윤기, 앞의 논문, 273쪽; 정한중, 앞의 논문, 78쪽.
47) 윤계형/정상우/이덕난, 앞의 책, 56쪽.

가해학생의 행위가 범죄에 해당하는 경우 형사 절차에 따라 형사처벌을 받게 될 것이다. 이 경우 학교폭력대책법상 조치는 징계법상 처분이며 형사처벌은 아니므로 이중위험 금지의 원칙에 반하는 것은 아니나, 가해학생의 입장에서는 이중처벌을 받는다는 느낌을 가질 수 있다.[48] 이러한 결과는 학교폭력대책법에 따른 조치가 종국적인 것이 될 수 없게 하며, 학교폭력대책법을 독자적 법규범이라 할 수 있는가에 대한 의문을 낳게 하는 것이다.

또한 학교폭력대책법 제5조 제1항은 "학교폭력의 규제, 피해학생의 보호 및 가해학생에 대한 조치에 있어서 다른 법률에 특별한 규정이 있는 경우를 제외하고는 이 법을 적용한다."고 규정한다. 이 조문의 의미대로 보자면 다른 법률에 특별한 규정이 있으면 학교폭력대책법을 적용하지 않는다. 제5조 제1항에서 말하는 "다른 법률"의 예로는 형법, 형사소송법, 소년법, 성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법, 초·중등교육법이 해당하는 것으로 보는 견해가 있다.[49] 제5항 제1항의 문언대로 보자면, 이러한 해석이 타당할 수 있고, 학교폭력 중 형법이 적용되는 경우는 학교폭력대책법이 아닌 형법이 적용되는 결과가 될 것이다. 그렇다면, 형법이 적용되는 학교폭력의 유형에 대해서는 학교폭력대책법의 독자적 의미가 상실되는 것이다. 이러한 측면에서도 학교폭력대책법의 적용범위를 학교폭력의 유형 중 형법상 구성요건 유형에 해당하지 않는 또래괴롭힘이나 그 정도가 경미한 폭행의 유형으로 제한하여 규정하는 것이 타당했으리라 판단된다. 만약, 이러한 형태의 입법이 이루어진다면, 또래괴롭힘, 따돌림 등에 집중하여 그 관련 유형을 더 세분하여 규정함으로써 법적용에 있어서 명확성과 효율성을 기할 수 있었으리라 판단된다.

48) 정한중, 앞의 논문, 78쪽.
49) 박윤기, 앞의 논문, 82쪽.

3. 소결

학교폭력대책법이 대상으로 하는 학교폭력은 그 개념이 지나치게 포괄적이며 이로 인해 학교폭력대책법의 법적성격과 독자적 의미가 분명하게 드러나지 않는 문제점이 있다. 또한 학교폭력대책법 제2조 제1호가 규정하는 학교폭력의 유형 중에는 형법 등 기존 법률의 적용대상인 경우가 다수이다. 예를 들어, "상해, 폭행, 감금, 협박, 약취·유인, 명예훼손·모욕, 공갈, 강요, 성폭력"의 경우는 '형법'과 '성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법', '아동·청소년의 성보호에 관한 법률' 등이 중첩 적용된다. 그리고 "정보통신망을 이용한 음란·폭력 정보 등에 의한" 경우는 '정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률'이 중첩 적용된다. 결국 순수하게 학교폭력대책법이 적용되는 유형은 "강제적인 심부름",[50] "따돌림", "사이버따돌림" 정도라 할 수 있다.

이와 같이, 현행 학교폭력대책법에 따르면 그 적용대상인 학교폭력은 기존의 형법 등이 적용되는 유형과 학교폭력대책법만 적용되는 유형으로 나뉠 수 있다. 문제는 학교폭력대책법의 고유한 적용대상인 또래괴롭힘이 학교폭력의 하위 개념으로 규정되어 있다는 점이다. 그러나 또래괴롭힘(bullying)도 공격적 행위의 한 형태이지만, 원칙적으로 형사처벌의 대상인 좁은 의미의 학교폭력(school violence)과는 구별해야 할 개념이다. 또래괴롭힘의 유형 중에는 좋지 않은 별명으로 불리거나, 거부나 배척 또는 따돌림을 당하거나, 피해학생에 대한 나쁜 소문을 퍼뜨리는 것들이 포함되는데 이들 유형은 폭력과는 다른 것이다. 또한 또래괴롭힘은 힘의 불균형을 나타내는 반복적인 행위를 포함한다는 점에서도 폭력과는 차이가 있다. 그렇다면, 학교폭력대책법은 정신적

50) 물론 강제적 심부름은 형법상 강요죄에 해당할 수 있겠지만, 여기에서의 "강제적 심부름"은 불법의 정도에 있어 형법상 강요죄로 보기 어려운 경우를 의미한다고 보아야 할 것이다.

괴롭힘과 신체적 괴롭힘을 포함하는 또래괴롭힘(bullying)을 원칙적인 규율대상으로 하고 좁은 의미의 학교폭력(school violence)의 경우는 형사처벌의 대상이 되는 범죄행위일지라도 불법의 정도가 중하지 않은 것으로서 자치위원회[51]에서 최종적으로 처리할 수 있는 것들만을 규율대상으로 하는 것이 타당했으리라 판단된다. 그리고 이 경우 학교폭력대책법의 주된 규율대상이 되는 또래괴롭힘의 개념과 유형을 구체적으로 규정하는 것이 필요할 것이다. 이와 같은 형태의 입법이 이루어진다면 형법 등 다른 관련 법률과 구별되는 학교폭력대책법의 독자적 성격이 분명히 드러나게 되며, 법운용에 있어 법의 취지와 목적을 제대로 반영할 수 있을 것으로 판단된다.

Ⅴ. 맺음말

근래 학교폭력은 우리나라를 포함하여 다수 국가의 주요 관심사가 되고 있다. 이에 대한 대책으로 각국은 다양한 정책을 수립하고 관련 법률을 입법하고 있다. 우리나라도 2004년 '학교폭력 예방 및 대책에 관한 법률'을 제정하였고 적용대상인 학교폭력의 개념과 관련하여 최근에 이르기까지 수차에 걸친 개정이 있었다. 이러한 학교폭력대책법은 그 적용대상을 "학교폭력"으로 하고 학교폭력의 개념을 정의하고 있는데, 학교폭력 개념의 하위 유형으로 상해나 폭행 및 성폭력과 같은 형법상 범죄가 되는 행위 유형과 따돌림이나 사이버따돌림을 열거하고 있다. 이 중 형법상 범죄에 해당하는 행위 유형에 대해서는 형법이 중첩적용되기 때문에 학교폭력대책법의 법적성격과 독자성에 대하여 논란이 있어 왔다. 미국의 경우 또래괴롭힘방지법(anti-bullying law)을 다수의 주가 입법하고 있는데, 법의 적용 대상을 또래괴롭힘(bullying)으로

51) 학교폭력대책법 제12조

하고, 이 또래괴롭힘의 개념 정의와 관련하여 그 유형을 구체적으로 규정하고 있다. 이러한 구성 체계에서는 법률의 적용대상이 분명히 드러나며 법적 성격과 입법의 독자적 의미도 더욱 명확해 진다.

따라서 학교폭력대책법이 독자적인 입법으로서 의미를 가지려면, 학교폭력의 개념을 구체화하고 그 적용대상을 일반적으로 형법의 적용대상이 되지 않거나 형법의 적용이 어렵지만 법적 조치가 필요한 경우로 한정하는 것이 바람직하리라 판단된다. 예를 들어, 소위 또래괴롭힘(bullying)과 학교폭력(school violence)은 구별되는 개념이므로, 학교폭력대책법은 형법의 적용대상인 좁은 의미의 학교폭력과 구별되는 개념으로서 또래괴롭힘(bullying)을 주된 규율대상으로 삼아야 할 것이다. 기타 폭력의 유형 중에서도 불법의 정도가 경하여 사회상규에 비추어 명백히 위법이라 할 수는 없어 형법의 적용대상이 아니지만 피해학생에게 정신적·신체적 침해를 야기한 경우를 또래괴롭힘의 하위 유형으로 하여 규율 대상으로 하는 것이 타당하리라 판단된다. 만약 폭력이 그 불법의 정도가 중한 경우라면 또래괴롭힘의 범주를 벗어나는 것으로서 학교폭력대책법의 적용대상이 아니라 형법의 적용대상으로 보아야 할 것이기 때문이다. 그렇다면, 학교폭력대책법은 그 명칭을 "또래괴롭힘 방지법" 또는 "따돌림방지법"으로 하고, 적용대상인 또래괴롭힘(bullying) 또는 따돌림의 개념을 세부적인 유형과 함께 구체적으로 규정하는 것이 형법 등 기존 법률과의 중첩 적용의 문제도 해소하고 입법의 독자성과 실효성도 확보할 수 있는 길이라 판단된다.

(투고일 2013년 12월 31일, 심사(의뢰)일 2014년 1월 16일, 게재확정일 2014년 2월 21일)

주제어 : 학교폭력, 또래괴롭힘, 따돌림, 사이버따돌림, 학교폭력 예방 및 대책에 관한 법률

참고문헌

1. 단행본

김용수, 알기 쉬운 학교폭력・성폭력 관련 법령의 이해, 진원사, 2012.

김혜원, 청소년 학교폭력-이해・예방・개입을 위한 지침서-, 학지사, 2013.

윤계형/정상우/이덕난, 학교폭력예방 및 대책에 관한 법률에 대한 입법평가, 한국법제연구원, 2012.

Dan Olweus, *Bullying at school: What we know and what we can do*, Wiley Blackwell, 1993.

Harris Interactive and GLSEN, *From Teasing to Torment: School Climate in America, aSurvey of Students and Teachers*, New York: GLSEN, 2005.

2. 논문

권오걸, “학교폭력예방 및 대책에 관한 법률의 적용과 문제점”, 법학논고 제43집, 경북대 법학연구소, 2013, 79-102쪽.

김대근, “미국의 따돌림(bullying) 법제를 중심으로”, 학교폭력위기 단기 응급방안, 한국형사정책연구원, 2012, 141-163쪽.

김효진, “미국의 학교폭력 및 집단따돌림 실태 및 법률 현황”, 보건복지포럼 통권 제189호, 한국보건사회연구원, 2012, 160-170쪽.

박윤기, “학교폭력에 대한 법・정책적 연구”, 한국지방정부학회 2012년도 춘계공동학술대회, 2012, 256-280쪽.

박종효, “집단따돌림(왕따)에 대한 이해: 발달경향과 정신건강의 관

련성", 한국청소년연구 제18권 1호, 한국청소년정책연구원, 2007, 247-272쪽.

이진국, "학교폭력예방 및 대책에 관한 법률의 체계적 문제점과 개선방안", 입법정책 제1권 제1호, 한국입법정책학회, 2007, 93-127쪽.

임재연, "또래괴롭힘 참여역할에 따른 긍정적 강점의 차이-또래 괴롭힘 예방을 위한 피해방어자의 긍정적 강점", 학교사회복지 제24호, 한국학교사회복지학회, 2013, 131-151쪽.

정재준, "미국의 학교폭력 방지대책", 서울대학교 법학 제53권 제1호, 서울대 법학연구소, 2012, 529-571쪽.

정한중, "학교폭력예방 및 대책에 관한 법률의 문제점과 개선방안", 경희법학 제44권 제1호, 경희대 법학연구소, 2009, 73-99쪽.

Cindy Gallacher, "Sticks and Stones Have Remedies at Law-it is Name-Calling That Hurts Kids: Can State anti-Bullying Statutes Really Help Kids Who are Victims of In-School Bullying?", 4 *Journal of Law & Social Challenges* 21, 2002, 21-40쪽.

Earnestine Bennett-Johnson, "The Root of School Violence: Causes and Recommendations for a Plan of Action," *College Student Journal*, 38권 2호, 2004, 199-202쪽.

Farley Anderson, "Pacifism in a Dog-Eat Dog World: Potential Solutions to School Bullying", 64 *Mercer Law Review* 75, 2013, 753-784쪽.

Julian J. Dooley/Jacek Py_zalski/Donna Cross, "Cyberbullying Versus Face-to-Face Bullying", *Journal of Psychology*, 217권 4호, 2009, 182-188쪽.

Maria M. Ttofi/David P. Farrington, "Effectiveness of school-based programs to reduce bullying: a systematic and meta-analytic review", 7 *Journal of Experimental Criminology* 27, 2010,

27-56쪽.

Marilyn Campbell, “Cyber bullying: An old problem in a new guise?”, *Australian Journal of Guidance and Counselling*, 15권 1호, 2005, 68-76쪽.

Nathan Bowling/Terry Beehr, “Workplace harassment from the victim's perspective: A theoretical model and meta-analysis”, *Journal of Applied Psychology*, 91권 5호, 2006, 998-1012쪽.

3. 기타

<http://www.cobbk12.org/preventionintervention/Bully/Definition%20of%20Bullying.pdf>, 검색일: 2013.11.22.

<http://www.stopbullying.gov/what-is-bullying/definition/#types>, 검색일: 2013.11.22.

<http://www.stopbullying.gov/laws/>, 검색일: 2013.11.22.

[Abstract]

Definition of Bullying and Legislative Regulation

-Related to the Act on the Prevention of and Countermeasures Against Violence in Schools-

Jong-Goo Kim*
Ji-Hyun Park**

School violence and bullying are worldwide trends with various negative effects including victim's suicide. The prevention of school violence and bullying are major concern of national policy of Korea. Korea has passed anti-school violence law named "Act on the Prevention of and Countermeasures Against School Violence". Article 2 of the Act defines school violence and bullying. However the definitions of school violence and bullying are too broad and too vague. The term school violence used in the Act includes battery, assault, confinement, abduction, defamation, insult, extortion, coercion, forced errand, sexual violence, bullying and cyber-bullying. The problem is that the definition of school violence includes both criminal behaviors and non-criminal behaviors such as bullying. It causes the vagueness of the definition. One of the major factors leading to school violence is bullying. However, bullying is different from school violence because bullying involves repeated behaviors that shows imbalance of power. Thus, this paper argues that the Korea Act has to focus on bullying and define bullying more specifically. This kind of revision will contribute

* Professor, Chosun University College of Law
** Lecturer, Gwangju National University of Education

to better understanding and effective application of the Act.

Key Words : school violence, bullying, communal isolation, cyber-bullying, the act on the prevention of and countermeasures against violence in schools