

학생 처벌규정; 법리, 문제점, 개선방향

최 인 화*

김 두 정**

- I. 문제제기
- II. 학생처벌의 법적 의의와 근거
- III. 학생 처벌 규정의 현황과 문제점
- IV. 학생처벌에 관한 판례와 시사점
- V. 학생 처벌 규정의 개선방향
- VI. 결론

I. 문제제기

학생에 대한 징계 및 처벌은 그 학생의 문제행동 외에 그 학생의 평소 품행을 고려하고 교육적인 효과를 최대한 살릴 수 있도록 세심하게 결정하도록 한다. 또, 처벌의 효과는 문제학생의 위법 사실에 대해 “응징”보다 예방지도 및 교육적 효과를 얻을 수 있도록 배려되어야 한다. 나아가 학창시절의 처벌경험을 통해 준법정신과 사회규범을 준수하려는 민주시민으로서의 책임과 역할을 깨닫도록 한다.

이렇게 되자면 학생 처벌규정의 합리적 제정은 물론이고 그 집행과정이 공정성과 신중성을 함께

지니고 있어야 한다.

현행 학교교육에 있어서는 학교교육에 필요하다고 인정되는 경우 각 학교의 장은 학생에게 징계를 가할 수 있도록 되어 있다(교육법 제 76조 1항). 징계행위는 훈계, 체벌과 같은 사실행위와 퇴학, 정학과 같은 법적 효과를 수반하는 형태로 나눌 수 있으나 학생처벌규정에서는 일반적으로 근신, 정학, 퇴학을 징계의 종류로 구분하고 있다.

학교는 학생들에게 민주적 절차와 참여기법에 정통하도록 그들이 민주국가의 시민으로서 향유하게 되는 자유와 권리에 대한 평가능력 *Sense of appreciation for the liberties*을 개발하는 데 도움을 주어야 한다(John Jarolimek, 1990;153). 따라서 이같은 학교의 임무를 감안한다면 학생들은 학생처벌규정과 관련한 학교의 교육활동속에서 민주주의 생활양식과 사회규범을 실천하여 볼 수 있는 기회를 경험하도록 항상 고려되어야 하는 것이다.

* 충남대학교 강사

** 충남대학교 교육학과 교수

따라서 각급학교에서 적용되고 있는 학생처벌 규정(혹은 학생징계내지 선도규정)이 이같은 교육적 차원의 배려와 함께 교육 법학적 법리에 부응하여 합리적으로 규정이 진술되었으며 또 공정하게 운영이 이루어지고 있는가를 따져 볼 필요가 있다.

우리 헌법은 제31조 1항에서 6항까지 교육에 관한 일반조항을 두고있는데 특히 6항에서는 “학교교육에 …… 관한 기본적인 사항은 법률로 정한다.”라고 하여 “교육법정주의”를 규정하고 있고, 헌법 제10조에서 “모든 국민은 인간으로서의 존엄과 가치를 가지며, 행복을 추구할 권리를 가진다. 국가는 개인이 가지는 불가침의 기본적 인권을 확인하고 이를 보장할 의무를 진다.”고 규정하고 헌법 제12조 제1항에서 “모든 국민은 신체의 자유를 가진다. 누구든지 법률에 의하지 아니하고는 체포·구속·압수·수색 또는 심문을 받지 아니하며, 법률과 적법한 절차에 의하지 아니하고는 처벌, 보안처분 또는 강제노역을 받지 아니한다.”라고 하여 민주시민으로서의 기본적 인권을 보장하기 위해 적법절차의 원리나 교육법학적 조리를 원용해야 함을 강조하고 있다.

따라서 본고는 학생처벌규정이 교육법학의 원리에 맞게 타당한 내용으로 구성되어 공정한 운용이 이루어지고 있는가를 알아보기 위하여 씌어졌다. 구체적으로, 학생처벌의 법적 의의와 근거, 학생처벌규정의 현황과 문제점, 한국과 미국의 학생처벌관련 판례의 검토 및 시사점의 도출, 나아가 이에 터하여 학생처벌규정의 바람직한 개선방향을 탐색하여 보고자 하였다.

II. 학생처벌의 의의와 근거

1. 법적 의의

학생 역시 민주시민으로서 헌법상 보호되는 기본적 인권의 주체이다. 따라서 학생의 헌법적 권리를 제한하려면 법치행정의 이념아래 법률의 근거를 요하거나 헌법상의 일정한 기본권에 대한 제한원리가 지켜져야 한다. 그럼에도 전통적으로 학교와 학생의 관계는 특별권력관계로 보아 법률유보원칙이 부인되는 영역으로 이해되어 온 면이 없지 않아 있었다. 실제로 학교관계에 관한 기본법이랄 수 있는 교육법에는 교육행정의 법치주의 적용을 강조한 특별한 조항이 없고, 학생들의 학교생활과 관련된 기본권의 제한 원리라든가 혹은 법률유보에 관해 어떠한 언급도 발견할 수 없는 실정이다.

헌법상의 기본권은 개인적, 주관적 공권일 뿐만 아니라 헌법질서를 구성하는 객관적인 규범으로서 개인 스스로가 포기할 수 없는 것으로 이해되고 있으며 이는 학생의 경우도 마찬가지인 것이다. 따라서 학교와 학생의 관계가 특별권력관계로 파악되더라도 기본적 인권의 제한은 헌법 내지 법률의 근거가 있는 경우에만 가능하다고 보아야 할 것이다(김남진, 1983 ; 110-4).

학생처벌문제에 대한 법적 이해와 탐구도 이같은 관점에서 접근해야 할 것이며 실제로 미국의 경우 수많은 학교사고에서 민형사상 소송절차 및 행정절차법에 의거한 소송이 제기되어 교육권주체로서의 학생이 향유하는 인권에 대해 평등보내지 적법절차조항에 의거한 적극적인 보호경향이 판례로 산출되어 나오고 있는 실정이다.

학생처벌은 일반시민들이 준수해야되는 각종 법률뿐만 아니라 각 학교에서 제정, 시행되고 있

는 학교교칙을 위반하였을 때 그에 대한 반대급부로 일정한 징계 심의 절차를 거친 후 벌칙이 가해지는 것을 말한다. 학생처벌은 크게 사실행위로서의 체벌이나 훈계 등과 법률적 효과를 동반하는 근신, 정학, 퇴학 등으로 나눌 수 있다.

학생처벌과 관련하여 체벌 *Coporal Punishment* 을 허용할 것인가의 문제는 교육법상 징계의 범위속에 넣을 수 있을 것인지에 대해 명확치 못한 상태에 있으며 법정에서 흔히 다루어지고 있는 실정으로서 교육법학적 탐구와 교육조리의 구성이 시급히 요청되는 상황에 있다.

체벌에 관한 법정판결의 경향을 보면, 학교에서의 체벌이 교육의 목적을 일탈하지 않는 범위내에서 훈계의 한 수단으로 사회관념상 비난할 수 없고 사회상규를 벗어나지 않는 이상 교사의 업무상 정당행위로 일반적으로 받아들여 지고있다. 그렇지만 최근 대법원의 학생체벌에 대한 판결은 교사의 징계권자체를 금지하는 것은 아니라고 하면서도 결국은 일정한계를 벗어난 교사의 체벌에 대하여 유죄를 인정하는 결정을 내려 교육활동의 위축과 함께 교권침해까지도 우려된다는 교육계의 반응이 있다.

그런데 학교의 학생처벌규정에서 일반적으로 들고 있는 처벌의 종류에는 체벌은 넣지않고 있으며, 근신, 정학, 퇴학의 3종류를 규정하고 있는 것이 통상적이다. 근신은 보통 3일~10일정도의 기간내에서 일정한 기간을 정하여 학교등교와 수업참여를 허용하되 담임교사와 상담교사로부터 별도의 지도를 받게한다.

정학은 보통 6일~12일 정도의 기간내에서 유기정학, 12일 이상의 기간을 정해 무기정학을 결정하여 그 기간동안에는 사고결석 처리를 하게되며 처벌기간중 봉사활동, 특별과제물, 반성문등을 부과하여 검열하고 반성의 상태를 점검한다.

퇴학은 가장 무거운 처벌로써 문제된 당해 학생을 징계위원회(혹은 선도위원회)의 결의와 학교장의 최종재결로 학교로부터 제적처리하는 것을 의미한다.

어느 경우에 처해지거나 학생본인에게는 불명예스러운 일이지만 특히 퇴학의 경우는 특별한 일이 없는 한(예컨대, 사면 복권조치 혹은 재심 청구나 판결에 의하여 퇴학처분무효결정등)다시는 재학하던 학교에 다닐 수 없도록 법적 효과가 수반되어 당사자의 명예와 장래 재산상의 이익에 심대한 손해를 입을 가능성이 큰 것이다.

그런데, 문제학생에 대한 학교당국의 이같은 처벌은 학교-학생의 특별권력 관계 이론에 근거하여 “법으로부터의 자유로운 영역” 또는 “법치주의의 적용이 배제”되는 것으로 치부되어 온 면이 많았으나 오늘날에 와서는 법치주의이론의 광범위한 적용현상속에서 법률유보의 원칙이 강하게 적용되고 있는 추세에 있다. 그리하여 중고교에서의 학생처벌은 헌법상의 기본적 인권의 부당한 침해가 되지않는 범위내에서 법치행정의 원리에 부합해야 할 뿐만 아니라, 교육법 제1조에서 선언하고 있는 홍익인간의 이념과 민주시민의 능동적인 역할수행에 기여하기 위한 배려하에 학교현장에서의 민주주의 원리와 준법정신의 실천경험을 부여하는 것으로 기능해야 할 것이다.

2. 법적 근거

중고교에서의 학생처벌에 대한 직접적인 법규정은 다음과 같이 교육법, 교육법시행령, 중학교 및 고등학교준칙에 나와 있다.

(1) 『교육법』 제76조 1항

“각 학교의 장은 교육상 필요할 때에는 학생에게 징계 또는 처벌을 할 수 있다.”

(2) 『교육법시행령』 제 77조 (징계)

학교의 장은 교육상 필요하다고 인정할 때에는 학생에게 정학 또는 퇴학의 징계를 할 수 있다. 다만 퇴학은 의무교육학령 대상아동외의 자로서 다음 각호의 1에 해당하는 자에 한한다.

- ① 품행이 불량하여 개전의 가망이 없다고 인정된 자
 - ② 학력이 열등하여 성업의 가망이 없다고 인정된 자
 - ③ 정당한 이유없이 결석이 무상한 자
 - ④ 기타 학칙에 위반된 자
- (3) 『중학교 학칙준칙』 제 27조 (징계) (문교예규 제116호. 1979.11.12.)

① 학교장이 교육상 필요하다고 인정할 때에는 그 학생에게 징계를 가할 수 있다.

② 징계는 그 정도에 따라 근신, 정학, 퇴학으로 한다.

③ 제2항의 퇴학은 다음 각호의 1에 해당할 때 명할 수 있다.

1. 성행이 불량하여 개전의 가망이 없다고 인정된 자
2. 학력이 열등하여 성업의 가망이 없다고 인정된 자
3. 정당한 이유없이 결석이 잦은 자
4. 학생본분에 어긋나는 집단적 행동으로 수업을 방해한 자

- (4) 『고등학교 학칙준칙』 제 27,28조 (문교예규 제5호. 1979.10.29. 및 교육부 훈령 제 477호)

제 27조 (징계)

① 학교장이 교육상 필요가 있다고 인정할 때에는 학생에게 징계를 가할 수 있다.

② 징계는 그 정도에 따라 근신, 정학 및

퇴학으로 한다.

제 28조 (퇴학처분) 학생이 다음 각호의 1에 해당할 때에는 퇴학을 명할 수 있다.

1. 성행이 불량하여 개전의 가망이 없다고 인정한 자
2. 학력이 열등하여 학업이수의 가망이 없다고 인정한 자
3. 정당한 사유없이 결석이 잦은 자
4. 정치에 관여하는 행위를 하거나 학생 본분에 어긋나는 집단적 행동으로 수업을 방해한 자

이상과 같은 법령과 학칙준칙에 의거하여 각급 학교에서 제정된 교칙을 근거로 문제학생에 대한 처벌이 이루어 지고 있다.

교칙의 일부분을 이루고 있는 학생선도규정을 보면 대체로 문제학생에 대한 처벌의 종류로 근신, 정학(유기 내지 무기로 구분), 퇴학의 3종으로 되어 있다.

III. 학생처벌규정의 현황과 문제점

징계의 부과로 학생은 신분관계와 법적지위에 있어서 일정한 제한과 손해를 감수하게 된다. 그런데 문제는 각급 학교선도규정상의 처벌 종류와 내용들이 객관적이고 타당한 것으로 표준화되어 있는가 라는 점이다. 학교에 따라 그 선도규정(혹은 처벌규정)은 매우 다양하여 동일한 규칙위반을 놓고도 학생들이 각기 다른 불공평한 취급을 받는 결과가 초래된다면 민주시민으로서의 범의식과 정의감각을 육성하고자하는 본래의 의도는 퇴색될 수 밖에 없는 것이다.

1. 학생처벌 규정의 현황

대체로 학생처벌규정은 각급 학교에서 당해 학교실정을 고려하여 나름대로 “학생선도규정”이라는 이름으로 구비하고 있으나 그내용은 대동소이하여 교육청등에서 제시한 모델을 참조하여 약간씩 첨삭하고 있는 실정에 있다.

학생선도규정이 정하고 있는 선도위원회의 구성원은 위원장(교감)과 위원(각 주임 및 학생과 기획, 생활지도계) 그리고 해당 학급담임으로 구성하고 있으며 경우에 따라 특정교사를 추가하는 수가 있다.

학생선도위원회의 주요 기능은 다음의 두가지 사항이다.

- 학생포상심의
- 학생징계심의

그러나 대부분 학생선도위원회의 기능은 학교교칙을 위반하고 사회법규범을 위반하여 문제를 야기시킨 학생에 대한 처벌을 내리기위한 징계심의가 주기능이 되고 있다. 징계의 종류는 크게 근신, 정학(유기, 무기), 퇴학의 3가지로 나뉘고 있다. 이외에도 근신보다 가벼운 수준으로 훈계와 경고를 담임교사 차원에서 내리는 수도 있다. 이들 세 가지 징계의 기간과 시행방법을 보면 다음과 같다.

1) 근신

- 3~7일 정도
- 등교시켜 수업을 받게 하되 담임교사 및 교도교사의 지도를 받도록 함

2) 정학

- 유기 7~10일, 무기 10일 이상

- 등교시켜 특별지도를 받게 하되 그 기간은 사고결석 처리한다.

(징계기간중에는 봉사활동, 특별과제물 부과, 반성문 작성등의 지도)

3) 퇴학

- 선도위원회의 심의결의와 학교장의 명퇴로 집행

일반적으로 학생선도규정의 내용은 다음과 같이 크게 4분야로 되어 있다.

<p>제1장 총칙</p> <p>--- 목적, 선도원칙,</p> <p>제2장 선도위원회</p> <p>--- 구성 및 의결, 기능, 사안설명, 학교장의 재심부의,</p> <p>제3장 징계</p> <p>--- 종류, 방법, 기준, 심의 절차 징계내용 통보,</p> <p>징계학생, 고사응시, 징계경감, 징계해제</p> <p>제 4장 규정의 개정</p> <p>--- 규정의 개정</p> <p>부칙(규정의 발효시점명시)</p>

2. 학생 처벌 규정의 문제점

1) 규정의 다양성

교육법 시행령 제77조 및 중고등학교 학칙 제 27조(징계), 28조(퇴학처분)의 근거하에 학생선도규정이 각 학교별로 만들어져 시행되고 있으나 각급 학교별 학생선도규정의 내용이 유사하면서도 각기 다른 면이 있어 학생의 징계사항을 공정하게 처리하는 것이 어려운 경우도 있어 문제가 되고 있다. 심한 예를 들어 보면 학교소속이 다른

몇명의 학생이 같이 어울려 동일한 비행을 저지르고도 서로 다른 각 학교의 징계규정을 적용하는 바람에 A학생은 퇴학처분을, B학생은 무기정학, C학생은 유기정학을 당할 수도 있다는 것이다.

그리하여 학생선도규정의 통일적 운용과 적용 기준의 형평성을 이루는 것이 요청된다.

최근 대전시교육청에서 대전 시내 중·고등학교 학생선도규정 105개(중학교 60개, 고등학교 45개)를 수합하여 분석한 자료에 따르면 교육부에서 제시하고 있는 학생선도규정과 같은 것이 40개, 유사한 것이 21개, 그리고 학교 나름대로 제정시행하고 있는 것이 44개로 분류되었다고 보고하고 있다(대전직할시 교육청 공문 중장 25130-409, 1994, 3, 2, 참조).

2) 위원회의 명칭 및 기능의 상이성

학생처벌사안을 관장하는 주무기구로서 명칭이 정착되지 못하고 학교에 따라서 “선도위원회” 혹은 “징계위원회” 등의 이름이 혼용되고 있다. 최근에 오면서 “학생선도규정”이란 용어가 광범위하게 사용되는 추세이지만 문제는 대부분의 학생선도규정의 내용이 문제학생의 선별과 처벌결정을 도출하여나가는 징계중심의 내용으로 구성되어 있다는 점이다.

선도규정의 본질적 내용은 비행예방을 위주로 청소년을 교육시켜나가기려는 의지를 담고있는 것이 좋을 것이다. 따라서 학생선도규정의 내용으로는 포상에 관한 제반규정(예컨대 포상의 종류, 포상자결정의 절차, 포상의 기준 등)도 아울러 포함되어 있는 것이 좋을 것이다. 그렇지만 각급 학교에서 현재 실제 적용되고 있는 학생선도규정은 학교교칙과 선도규정상의 처벌기준을 위반한 학생을 대상으로 사후적인 조치를 취하기 위한 내용이 주를 이룬다.

또한 근신, 정학, 퇴학사유에 해당하는 학생사고가 발생하였을 때 소집되는 선도위원회의 범위가 학교 마다 차이가 있으며 소집되는 경우에 있어서도 어느 학교는 근신 이상이면 선도위원회가 개최되어야 한다고 규정하고, 다른 학교에서는 유기정학 이상의 위반 사실이 있을 경우에만 위원회가 개최될 수 있다고 규정하고 있다.

3) 의결 정족수의 차이

학교에 따라 학생선도규정의 적용을 위한 징계의결의 의결정족수가 차이가 나는 경우가 많다. 예컨대, 어느 학교에서는 “학생징계위원회 및 교무회는 재적의원 2/3 이상의 참석으로 개최되며 모든 의결은 다수결을 원칙으로 한다. 단 퇴학의 경우는 반드시 교무회의에서 출석위원 1/2 이상의 찬성으로 의결한다.”라고하여 학생징계결의에 따른 심의과정의 신중성과 공정성을 확보하기위한 2중구조로서 “교무회의”의 통과를 필수화하고 있다. 그러나 어떤 학교는 “본 징계위원회는 위원 2/3이상의 출석으로 개최하고 출석위원 2/3이상의 찬성으로 의결한다.”고만 규정하고 있기도 하다.

그리고 현행의 학생선도규정은 문제학생에 대한 징계심의 및 결의를 선도위원회에서 내리더라도 최종적인 의결은 학교장의 개인판단에 전적으로 일임하고 있다. 다시말해 학교장의 교육철학이나 의지에 따라 선도위원회의 결의내용이 반려되거나 혹은 학교장의 요청으로 재심에 회부될 수 있도록하고 있다는 점은 학교장의 교육적 재량이 지나치게 많이 인정되는 것은 아닌가하는 우려를 낳고 있다. 교육적 견지에서 선도위원회의 결의가 학교장의 재가과정에서 기각될 수도 있으나 그것이 일관된 원칙이 없고 시행된다면 다른 학교와의 형평성이나 학생 개개인에 따른 자의적 범규정 적용이라는 비판을 받을 수도 있는 것이다.

4) 처벌사유의 포괄성과 모호성

근신, 정학, 퇴학을 명할 수 있는 위반사항의 기준이나 혹은 내용이 지나치게 추상적이고 포괄적인 진술로 이루어 졌을 때는 막연하고 애매한 규정으로서의 역할을 하기 쉽다. 그러므로 이를 근거로한 학생처벌은 교사와 학교경영자의 자의적인 규정적용을 가능하게하고 교육적 재량권을 남용할 수 있다.

이는 헌법학에서도 “막연하기 때문에 무효”라는 이론의 전제하에 기본적 인권의 제한 사유로서 막연하거나 애매모호한 법규정의 적용을 배제하고 있음을 유념할 필요가 있는 것이다.

실제로 교육부나 혹은 교육청 차원에서 제시하고 있는 학생 선도 규정안을 보더라도 일관성있고 형평성있는 징계가 이루어져야 한다고 주의를 환기하고 있으면서도 별표로 제시하고 있는 징계 기준의 내용을 보면 거의가 처벌 사유마다 징계 가능한 영역은 근신에서 무기정학, 또는 유기정학에서 퇴학에 이르도록 징계선택의 융통성을 부여해 놓고 있는 것이다. 예컨대 “경찰에 연행된 후 혼방된 학생”에 대하여는 근신에서 무기정학까지 처벌할 수 있도록하고 있는데 죄질이 경미하여 혼방된 학생에 대해 교육적으로 선도하고 이끌어야 할 학교가 오히려 더 중한 처벌을 내리는 것도 문제이지만 어떻게 혼방된 학생이 근신에 처하고 어떻게 혼방된 학생은 무기정학에 처해야 하는지가 불분명하다. 수업과 관련하여 선도규정 교육부안을 보면, “학력이 열등하여 학업이수의 가망이 없다고 인정된 학생”은 유기정학에서 퇴학까지 처할 수 있도록 하고 있다. 이같은 규정에 따르면 공부 못하는 것이 죄가 되는 것이다. 그리하여 학업열등생은 학교에서부터 범죄자로 낙인을 찍는 셈이다. 처벌기준이 막연하고 포괄적이어서 현실적으로 A교와 B교, C교 사이에 동일한 학생비행

을 두고 서로 다르게 법규정을 적용한다는 것도 문제이지만 같은 학교내에서도 학교당국의 자의적인 해석의 여지를 학생선도규정이 부여하고 있다면 이는 형평성있는 법적용이 이루어지지 않을 수 있다는 문제점을 야기시키는 것이다.

퇴학이나 혹은 정학이나에 따라 학생에게 정상적인 학교교육을 받게 할 것인가 아닐까를 결정하게 될 뿐만 아니라 결국 학생의 일생이 크게 좌우될 수 있으므로 학생처벌 규정은 명확하고 구체적인 내용을 담아야한다.

5) 절차상 학생 참여 기회 봉쇄

대부분의 학교에서 제정시행되고 있는 학생선도규정에 의하면 학생징계를 심의하는 과정에서, 사전에 해당학생에게 징계위원회가 언제, 어디에서 개최된다는 사실을 통보 Notice도 하지 않을 뿐더러 학생의 입장표명과 증인들의 변론기회를 부여하는 청문 Hearing이 허용되지 않고 있다.

법적 정의를 확보하기위한 노력이 “실체적 정의”와 “절차적 정의”의 두 차원에서 구해질 수 있다면, 학교현장에서의 이같은 징계 심의 과정은 학생의 기본적 인권의 보호를 담보하기위한 절차적 적정성을 갖추려는 노력을 기울여 하고 있는 것이다. 따라서 학생으로 하여금 자발적으로 학교당국의 징계결정에 승복하여 자신의 책임을 감수토록하려면 올바른 징계절차의 확립은 물론이고 징계심의 과정에 대한 일체를 당해 학생에게 사전에 알려주고 일정한 요건에 해당하거나 혹은 필요시 학생의 출석과 발언기회를 부여하고 사실 확인을 하는 청문의 기회를 마련해 주는 것이 바람직하다 할 것이다.

학교시절의 이같은 살아있는 경험을 통하여 이들은 준법질서를 내면화시키고 성인이 되어서도 민주시민으로 행동하게 되는 것이다.

6) 결과에 대한 불복시 항소 절차 미비

학교의 문제학생에 대한 징계절차와 의결사항의 집행과정에서 선도규정 자체가 논리적인 체계를 결여하고 있거나, 법적으로 하자를 안고 있어서 공평하지 못한 심판과 결의가 초래될 가능성이 있다. 이에 따라 문제학생의 기본적 인권이 심대하게 침해당하고 경우에 따라 학교교육을 중도에서 억울하게 중단해야 하는 불행한 일이 생길 수 있다.

그러므로 징계결정이 부당하다고 판단한 학생은 일정한 기간내에 자기변호를 할 수 있는 반박자료제출과 증인신문의 기회를 부여하도록 해주어야 할 것이다. 현행 학생선도규정은 징계심의과정에서 학생에 대한 통지나 청문기회, 자기의견진술기회, 유리한 증인의 신문기회가 차단되어 있는 경우가 많아서, 그야말로 학교선도위원회의 결의 하나하나가 “공정한 법정”과 같은 역할 수행의 결과로 도출되어진 것인지를 반성해야할 상황에 있다.

IV. 학생처벌에 관한 판례와 시사점

1. 한국의 판례

학교당국에서의 처벌은 흔히 흡연, 폭행, 절도, 이성교제, 음주 및 유흥장 출입 등으로 인해 교칙을 위반한 문제학생을 대상으로 이루어진다. 그런데 학교에서의 처벌결정이 정당한 절차를 경유하여 공정하게 이루어 졌는가와 흔히 논란의 대상이 되고 있으며 이로서 학생의 기본적 인권의 보장유무가 학교당국의 교육적 재량권과의 범위에서 적정하게 이루어 졌는가와 교육법학상의 탐구대상이 되고 있는 것이다.

다음에서 몇가지 한국의 판례를 통하여 학교당

국의 징계처분의 법리 및 학생선도규정의 바람직한 개선방향에의 시사점을 구해보고자 한다.

판례1. 교장의 학생에 대한 징계권발동은 자유 재량행위

출입을 금하는 학교앞의 구멍가게에서 담배를 피우다 적발되어 교칙에 의거 학교장이 문제학생에게 퇴학처분을 명한 것에 대하여 이는 교육법시행령 제77조에 해당하는 적법한 조치로 재량권의 범위안에 있다고 보고있다. 판결에서는 문제학생의 경우 비위사실은, 동시행령의 제1호내지 4호에 규정된 사항중에 속하는 것으로 법규재량이 면서도 학교장의 교육적 판단에 의거하여 퇴학처분을 하지않을 수도 있으므로 교육당국의 교육적 재량에 속하는 특성을 구비하고 있는 것으로 판단하고 있다.

(대법원 1971.5.24. 선고 대판 71다 510)

판례2. 훈계의 목적으로 교장이 학생의 뺨을 때린 행위는 사회관념상 비난의 대상이 되거나 사회상규를 벗어난 것이 아닌한 정당행위

교육법 제76조에 의하면 각 학교의 장은 교육상 필요할 때는 학생에게 징계 또는 처벌을 할 수 있도록 규정하고 있으므로, 피고인(교장직무대리)이 훈계의 목적으로 교칙위반 학생에게 뺨을 몇 차례 때린 정도는 감호교육상의 견지에서 볼 때, 징계의 방법으로서 사회관념상 비난의 대상이 될만큼 사회상규를 벗어난 것으로 볼 수 없다할 것이니, 이러한 취지에서 교장의 징계처분은 정당방위라하여 처벌의 대상으로 보지아니한 원심의 조치는 정당하고, 반대의 견해로 나온 소론의 논

지는 이유없다.

(대법원 1976.4.27.선고 대판 75도 115)

판례3. 교사의 학생에 대한 체벌의 정당성 조건은 교육상 필요와 사회관념상 비난받지 아니할 객관적 타당성의 구비 및 부득이한 경우에만 허용

교사의 학생에 대한 체벌이 교육상의 필요가 있고 다른 교육적 수단으로서의 교정이 불가능하여 부득이한 경우에 한하는 것이어야 할 것이다. 또 그같은 경우에는 그 체벌의 방법과 정도에는 사회관념상 비난받지 아니할 객관적 타당성이 있지 않으면 안된다.

(대법원 1991.5.28.선고 대판 90다 17972)

이상에서 한국의 몇가지 학생징계 관련판례를 살펴보았는데 학교당국의 징계처분의 법적 타당성이나 절차상의 문제점을 거론하는 판결은 극히 드문 편이고 대개 체벌에 대한 위법성유무 판단과 손해배상을 구하는 판결이 대부분이었다.

학교장의 문제학생에 대한 근신, 정학, 퇴학 등 징계처분행위의 절차적 공정성이나 혹은 법적 타당성을 대상으로한 법적 쟁점의 제기 및 재판청구권의 행사는 극소수이다.

한국에서의 학생징계처분은 교육법 내지 중학교 학칙준칙에 의거하여 실시되는 것으로 판결의 태도는 교육적 재량권을 허용하고 있는 추세이며, 체벌의 경우도 사회상규를 벗어나지 않으며 교육상 필요한 정당행위일 경우에는 그 위법성이 조각된다고 판시하는 경향을 보이고 있다.

이는 학교당국의 징계처분에 대한 교육적 재량권을 허용하거나, 특별권력관계에 입각한 “학생-학교”의 상호관계에 대한 수용태도 때문이라고

본다. 다시 말해 전통적인 행정법이론 속에서 학교와 학생간의 법적인 관계는 법률이 지배하는 관계인 점에서는 이른바 일반권력관계와 다름없어서 개인의 권리나 자유등 헌법이 보호하고 있는 기본권을 제한하는 데는 법률의 수권이 있어야 하지만 특수한 목적이나 기능을 요구하는 부분사회로서의 성격을 가지고 있는 만큼 일반권력관계와는 다른 법적 구속을 받는 특별권력관계에서 어느 정도 포괄적인 재량권 및 판단의 여지를 가진다고 보고 있는 것이다.

따라서 특별권력관계로서의 학교-학생의 법적 관계는 목적 달성에 합당한 명령과 강제를 할 수 있으며 질서유지를 위한 징계를 할 수 있다고 보는 것이다. 그러면서도 이같은 학교당국의 학생징계에 대해 학생이나 학부모등이 그 절차적 타당성과 처벌내용의 적합성을 두고 법적 시비를 걸지않는 경향을 보이는 것은 법적 분쟁에 대한 소송자제의 경향을 미덕으로 삼고있는 우리의 후진적인 법문화와 낮은 법의식, 권리의식때문이라 볼 수 있다.

2. 미국의 판례

미국에 있어서의 학생징계처분에 관한 재판부의 판결은 대부분 학생징계에 적용하고있는 교칙의 타당성을 먼저 평가하는 경향을 보이고 있다. 그것은 이따금씩 징계에 관한 학교의 교칙이나 정책이 헌법규정과와의 관련에서 애매한 논쟁의 초점으로 부각되는 경우가 많았기 때문이다. 사실상 학교 교육의 목적이나 이익에 해를 끼치는 행동들을 규정한 학생징계규정 *Discipline Code*이 애매모호하던가 아니면 헌법적 타당성을 상실하고 있기 때문에 학생의 헌법적 권리와 자유를 침해하는 경우가 종종 있어 왔던 것이다.

미국의 각급 법원에서 내려지는 교육권 관련

판례는 교육영역에서 이루어지는 교육활동의 특수성이나 자유재량성을 인정하면서도 형사법적 처벌의 과정에서 고려되는 당사자의 연령, 성별, 사건당시의 심적상황, 행위의 동기, 과거행동 등을 참작하여 이루어지고 있다. 나아가 교육권 판례는 헌법상의 주요 이념인 적법절차 원리, 평등보호조항, 기본권의 본질적 내용의 침해금지원칙 등을 대전제로서 적용하고 있는 것이다.

특히 학교당국의 학생에 대한 징계결정이 문제가 될 경우에는 학교 당국의 교육적 자유재량 행위를 충분히 고려하면서도 자유시민의 헌법적 권리보호의 방과제라 할 수 있는 적법절차 *Due Process Of Law*의 충족을 요구하고 있다.

학생처벌의 문제에 대한 법원의 판결에서는 주로 다음과 같은 쟁점이나 사항에 관심을 보인다.

- ① 학생의 헌법상 권리주장과 학교당국의 교육적 목적 혹은 이익과의 갈등문제
- ② 학생처벌 결정에 이르는 과정에서의 적법절차 준수여부
- ③ 학생의 교내, 교외에 따른 교칙 위반행위의 범적용의 상이성문제
- ④ 적법절차의 적용에 따른 통지 및 청문의 절차와 학생의 권리
- ⑤ 학교 징계규정의 수립과 적용의 자유재량성 인정과 그 한계와 범위
- ⑥ 체벌의 허용여부와 과도한 체벌의 위법성시비
- ⑦ 교사 및 학교당국에 의한 학생이나 사물함 수색의 위법성시비

다음에서 몇가지 미국판례를 탐구하여 봄으로써 학생징계처분에 대한 법리와 학생선도규정의 바람직한 개선의 시사점을 도출하여 보고자 한다.

판례1. 학생의 정학처분시에는 미 헌법상 보장되는 적법절차의 적용으로 문제 학생은 통지와 청문의 권리를 갖는다.

학생소요 사태로 징계를 받은 학생은 학교당국으로부터 근거법으로서 오하이오법은 24시간내에 정학조치를 그 사유와 함께 학부모에게 통지하고 10일 이내의 정학의 경우는 청문회개최 없이 결정할 수 있다고 하는 내용을 제시받았다. 그렇지만 Goss판결에서 “교육은 아마도 주와 지방자치정부의 가장 중요한 기능”이라고 주장하면서 재판부는 비록 어떤 정학이 사소한 일일지라도, 학생에게 10일에 이르는 정학을 내리는 학교당국의 권력은 확실히 중요함으로 임의대로 행사되어서는 안된다고 하였다. 따라서 학교당국에 의한 학생징계에는 적법절차에 의한 통지와 청문회가 개최되어야 한다고 보았다.

(Goss v. Lopez, Supreme Court of U.S. 1975, 419 U.S. 565)

판례2. 학교 당국의 자유재량권도 처벌에 관한 절차적 규정을 적용하여야 한다.

학생의 비행사실에 대하여 학교규칙내용의 광범위한 적용가능성은 수정 헌법 제1조와 4조의 보장하는 바가 아니다. 학교 당국의 학생처벌에 관한 자유재량권이란 것도 적법한 절차에 의거 제한받는다. 즉 학생에 대한 사전통보나 혹은 청문의 절차가 갖추어져야 한다. 재판부는 복잡한 학교경영의 문제나 교육문제에는 관심을 갖지 않으며 다만 헌법적 권리의 보호에만 관심이 있음을 선언하고 있다.

사람이나 재산에 계속적으로 위협을 주지않고 수업을 방해하지 않는 학생은 규칙에 정해진 조

치와 그 근거를 통보받고 교장과의 비공식적 회합에서 해명할 기회를 학생에게 제공하기전에는 혼육상의 이유로 학생을 수업에서 제외시켜서는 안된다

(Julius Menacker, 1987 ; 147).

미국의 경우 비록 정학과 퇴학에 관한 규정들이 주 법령 및 학교교육위원회의 결정에 따라 규정되는 경우가 많지만 문제가 되었을 경우 법원은 정학과 퇴학을 학생에게 내리려면 미국수정헌법 제14조에 따라 최소한의 적법절차 *Due Process of Law*를 보장하려는 판결을 내리고 있는 것이다.

재판부가 보장하고자 하는 학생의 적법한 절차는 다음과 같이 정리할 수 있다.

- (1) 학생이 충분히 자신을 변호할 시간을 가질 수 있도록 학생과 부모에게 학생의 비행사실을 통고하고 징계처분의 의도, 청문의 장소시간 및 유의 사항을 고지하여야 하며
- (2) 청문회는 완전하고도 공정한 절차를 거치도록 하며
- (3) 변호인이나 혹은 다른 증인들이 참여할 수 있도록 하고
- (4) 목격자의 증언이나 증거제출의 기회가 보장되어야 하고
- (5) 반대편의 증인에 대한 반대신문의 기회 부여와
- (6) 처벌의 결정이 청문회에서 제시된 증거에 의해서만 기초하고 있다는 기록을 제시하는 절차를 구비해야 하는 것이다.

위에서 본 바 처럼 학생처벌에 있어서도 미 수정헌법 제14조에 의거 적법절차의 조항이 지켜질 것을 명확하게 밝힌 것은 *Goss v. Lopez* 사건인

데 이 사건 판결에서 미연방대법원은 학생이 짧은 기간일지라도 정학을 내리기 전에 최소한의 적법절차는 반드시 지켜져야 한다는 것을 선언하고 있는 것이다. 이때 준수되기를 바라는 최소한의 적법절차는 정학을 당하여 결과적으로 보호될 재산권상의 이익에 방해를 받는 학생을 대상으로 징계심의에 관한 통고사항과 청문의기회를 부여 받는 것이다.

결국 미연방 대법원은 *Goss*판결을 통하여 학생의 징계심의 과정에서 다음과 같은 관점들이 적용되어야 함을 확인하고 있는 것이다.

- (1) 학생의 헌법상의 권리인 수정헌법 제14조는 학교교육의 현장에서 학생에게 반드시 보장되어야 한다.
- (2) 학생의 처벌이 적법한 절차에 따르지 않고 이루어진다면 그것은 위법이며
- (3) 가능한 범위에서 청문회의 절차는 처벌행위 이전에 선행되어야 하며
- (4) 부당한 처벌로 인한 학생의 명예와 생활기록부상의 손해에 대한 구제권리가 보호되어야 한다.

사실상 적법절차의 기본원리를 거슬러 올라 가면 오래전에 영국의 법원의 판결을 통해 수립된 원리임을 알 수 있다. 이를 좀더 구체적으로 보면 “자연적 정의” *Natural Justice*라고도 일컫고 있는데 이 자연적 정의를 통해서 달성하고자 하는 두가지 원칙은 첫째, 편견의 배제원칙 *the principle of impartiality*이며 둘째는 청문회를 통한 공정성의 원칙 *the principle of fairness*인 것이다.

편견의 배제원칙이란 사건의 당사자는 물론이고 증인과 재정적 이해관계를 가지는 자는 누구든지 당해 사건의 재판관이 될 수 없다는 원칙을 말한다.

공정성의 원칙이란 당사자에게 청문의 기회를 부여하는 것이다. 그리하여 “쌍방측으로부터 듣지 않으면 안된다. 누구든지 의견진술의 기회를 부여 받지 아니하고는 비난받지 않는다.”라고 하면서 공정한 재판의 기본전제를 명시하고 있다.

3. 시사점

한국의 경우는 아직도 “사랑의 매”라는 것이 교육의 현장에서 필요하다고 보는 경향이 많은 것으로 판단되며 학생징계처분에 대한 법원의 입장은 교육법시행령 제77조등에 규정된 학생생활수칙 및 교칙위반 학생에 관한 교장의 징계행위는 교육적 재량권에 속하는 처분으로 판단하는 것이 많다. 즉 교육적인 측면에서 다소 아쉬운 점이 있다하여도 학교의 처분을 존중하려는 경향이 있다. 판례의 경우도 교사의 체벌행위에 대해 학생의 징계 내지 훈계하는 감호교육의 한 방법으로서 사회관념상 비난할 수 없고 사회상규를 벗어나지 않는한 교사의 업무상 정당행위로 보아 위법성이 조각된다고 판시하는 경향이 있다. 물론 이같은 법원의 판결동향은 최근에 이르면서 보다 엄격하게 그 의미를 축소해석하려는 면도 보여주고 있다. 예컨대 최근 발행된 “한국교육신문”(1994년 6월 1일자)을 보면 체벌과 관련한 “사랑의 매”가 잇달아 소송에 걸리고 있는 실정이며 유죄판결과 함께 손해배상금을 물어야 하는 경우가 많아지고 있음을 보도하고 있다.

대법원은 지난 1976년 “학생에게 훈계의 목적으로 째정도 때린것은 체벌의 대상이 되지 아니한다”라고 판시하여 교육계에 안도감을 줬지만 지난 1988년 학생체벌중 발생한 학생부상사건에 대해서는 냉정한 판결을 다음과 같이 내린 바 있다.

“학생에 대한 체벌이 징계권의 행사로서 정당

행위에 해당하려면 그 처벌이 교육상의 필요가 있고, 다른 교육적 수단으로는 교정이 불가능하여 부득이한 경우에 한하는 것이어야 할 뿐만 아니라, 그와 같은 경우에도 체벌의 방법과 정도에는 사회관념상 비난받지 아니할 객관적인 타당성이 있어야 한다.”

한국의 경우는 학생의 징계문제와 관련하여 법적 갈등상태 발생시에 해결의 원리를 아직도 명확히 설정하지 못하고 있다는 감이 든다.

그러나 미국의 경우는 학생체벌과 관련한 법적 갈등상황에서 적법절차의 법리가 현실적으로 많이 적용되고 있는 상황에 있다. 즉, 법원은 한결 같이 퇴학이나 정학조치를 교육적 권위로 인정하고 있으면서도 적정절차를 이유로 학생들에게 공정성과 편견없는 취급 *fair and impartial treatment*을 요청하고 있는 것이다.

미국 헌법 수정 제14조등에서 규정하고 있는 적법절차는 통지와 청문의 기회제공이라는 절차적 적법절차 적용외에도 실제적 차원에서 자의적이거나 모호한 법규의 적용을 배제한다는 것도 동시에 요청한다. 예컨대 학교에서의 체벌 *Corporal Punishment*의 경우 실제적 적법절차의 충족 여부는 체벌의 손상정도를 심하게 야기시킨 물리력의 행사가 있었는가, 악의나 가학적인 심리가 작용했는가, 혹은 비인간적인 수단을 통해 극도의 수치심을 야기하고 있는가, 공식적인 권한을 남용하고 있는가, 너무 광범하고 모호한 규정으로 징계를 결정한 것은 아닌가등을 종합적으로 고려해야 하는 것이다.

예컨대, Hall v. Tawney(1980) 사건에서는 실제적 적법절차를 판단할 때 문제가 된 체벌의 야만성과 악의 유무 나아가 가학적인 취급결과로 학생에게 교사가 야수적이고 비인간적인 권력의 남용을 행사하여 어린 학습자의 양심에 충격을

진실로 던져 주었는가를 판단해야 한다고 보았다 (Julius Menacker, 1987 ; 163-164)

전반적으로 보아 학생처벌과 관련하여 법리의 기반으로 “적법절차”의 준수라는 것은 문제가 되고 있는 학생에게 청문과 통지의 절차가 정당하게 지켜져야 함은 물론이고 학생들의 생명, 자유, 재산상의 권리를 속박하고 규제하고자 하는 범구나 처벌규정의 내용이 너무 악의적이거나 광범위한 사항으로 기술되어 있어서 교육당국의 자의적인 법해석과 편견을 초래할 수 있는 것이라면 안되는 것이다.

1969년 미국 연방대법원의 Black 판사는 말하기를 “학교의 징계는 부모의 자녀에 대한 징계처럼 어린이를 훌륭한 시민으로 육성하는데 매우 중요하고 필수적인 훈련의 한 부분이다.”라고 한 바 있다. 그러므로, 법원은 학교의 징계규정이 만일 자의적이거나 혹은 보호해야 할 학생의 권리를 침해하는 것으로 드러날 경우 이에 대해 간섭을 해야 할 것이다.

학생선도규정(혹은 처벌 내지 징계규정)은 다음과 같은 일반적 원리를 담고 있어야 하며 법원은 이를 지원하는 사법적 판결을 내려야 할 것으로 본다(Martha M. McCarthy & Nelda H. Cambren-Mecabe, 1987 ; 230-232)

1. 학교당국은 어떠한 징계규정이라도 구현할 수 있는 힘을 가지고 있어야 하며 학생과 학교 종사자들의 복지를 위해 필요하고도 합리적인 것으로 기능하여야 한다.
2. 모든 규제는 정확한 용어로 진술되어야 하며 이는 학생과 학부모들에게 전파되어야 한다.
3. 규칙위반에 대한 처벌은 위반의 내용과 위반자의 특성을 적절히 고려해야 한다.
(예. 나이, 정신적 조건, 이전의 선행행동, 주변인의 인물평 등)

4. 학생들은 다른 사람의 행동으로 인해 처벌받지 아니한다.
(예. 부모의 위법행위)
5. 어떤 형태의 적정절차는 처벌의 부과에 선행하여 학생에게 허용되어야 한다. 이때 경미한 위반에는 비공식적인 청문회 *informal hearing*로 충분하나, 중징계의 경우는 보다 공식적인 절차를 요구하게 된다.
(예. 부모에게 통지, 변호인에 의한 대표, 증인반대신문의 기회부여)
6. 정확과 퇴학은 만일 그것이 자의적으로 부과되지 않고 적절한 절차에 의해 수행된 것이라면 합법적인 처벌이다.
7. 징계에 따른 조치로 학생을 다른 교실, 프로그램으로의 이동, 혹은 타 학교에 전학시키는 것은 마땅히 적절한 절차에 의해 이루어져야 한다.
8. 합리적인 처벌은 가능하면 주의법이나 학교의 처벌규정에 정해진 대로 징계 방법에 의거 적용하도록 한다.
9. 만일 학생이 불법적으로 처벌을 받았다면 그들은 처벌 부과전의 위치로 복귀 되어져야 하며 불법적 처벌과 관련한 어떤 기록도 모두 삭제되어야 한다.

교육영역에 적용할 수 있는 적법절차의 원리에 대해 Illinois 대학의 Julius Menacker교수는 다음과 같이 9가지를 제시한 바 있는데 이는 학생의 처벌이나 징계규정의 내용확정과 심의결정과정에서 유념해야 할 사항이라 할 것이다.

- (1) 미연방 대법원은 판결을 통하여, 교육자와 학생들은 특정한 상황에서 미연법 수정 제 14조에 규정된 Due Process of Law 조항에 의해 그들의 자유와 재산상의 이익을

명백히 주장할 수 있다고 보았다.

- (2) 적법절차는 정부당국이 개인으로서 시민(교사와 학생)을 공정하게 취급하여야 함을 의미한다. 이를 위해 적법절차는 결정에 이르는 절차의 공정성과 함께 교육목표를 구현하기 위한 규칙이나 행정처분 *Administrative rules or actions*이 분명히 이해될 수 있고 편견이 없는 합리적 교육목표달성의 수단으로 실시되어야 한다.
- (3) 절차적 적정성 *Procedural due process*의 속성은 법적 책임을 묻기 위한 당사자에 대한 명백한 통지 *Notice*와 법적 비난과 책임에 대한 방어내지 공평한 청문회 *Hearing*의 기회를 가질 권리를 포함한다. 이때 잠재적인 형벌 부과 가능성이 커질수록 *Due Process*에 의거한 보호의 정도도 커지게 되는 것이다.
- (4) 실체적 적정성 *Substantive due process*의 속성은 어떤 법률이나 혹은 규정, 규칙, 명령, 정책등의 내용이 너무나 광범위하고 모호한 내용이어서 보는 사람의 입장에 따라 다양한 해석을 도출할 수 있도록 자의적이고 변하기 쉬운 것이라면 *arbitrary or capricious*, 이는 정의의 원칙을 위반한 것이다.
- (5) 적정절차의 절차적 또는 실체적 요소들은 흔히 상호관련성을 맺고 있다. 따라서 때때로 구별하여보는 것이 유용하기도 하지만 때로는 *Due process*를 통합된 개념으로 보는 것이 더 적절성이 있기도 하다.
- (6) 법적 갈등사태에서 무엇이 적정한가를 판단하려면 법원은 적정절차와 관련된 이익형량 *Ballancing of interests*을 하여야 한다. 즉 개인의 권리와 대립된 사회 및 학

교의 이익을 상호 비교, 평가해야 하는 것이다.

- (7) 적정절차라는 것은 법원이 볼 때 원고측이 그의 자유나 재산상의 이익이 주의 행정조치에 의해 영향을 받고 있음이 충분하다고 평가받고 있을 때 소의 이익이 있다. 자유의 이익으로 간주될 때 특히 광범위한 해석을 할 필요가 있으며 “보호되는 행동” *protected conduct*의 다양성도 허용이 된다.
- (8) 학생들이 향유하는 종교, 언론출판의 자유와 같은 기본적 인권을 제한하고자 할 때는 학교당국은 학생이 누리는 기본권의 크기와 제한규정을 통하여 학교에서 추구하고자 하는 교육목적상 이익과의 비교형량을 함으로서 학생에 대한 제한조치나 처벌의 당위성을 입증할 수 있다.
- (9) 적정절차는 문제 학생의 해고, 퇴학 혹은 자유의 제약시에 규제 받는 행위들과 교육과정에서의 심대한 손상을 방지하는 것 사이의 합리적인 연관성을 제시함으로써 정당화될 수 있다.

이상과 같은 것은 주로 미국의 교육법관계 판례를 통해서 도출하고 있는 법리이지만 교육법정주의의 대원칙을 기본으로 삼는 우리의 교육권 문제에서의 갈등해결의 방향정립에도 커다란 시사점을 제공하여 주고 있다고 판단된다.

V. 학생처벌규정의 개선방향

전술한 문제점의 진단으로부터 개선방향을 모색해 나갈 수 있을 것이다.

첫째, 학생징계사항을 심의하고 결의하는 주관

부서의 명칭은 “선도위원회”로 정착시켜감이 타당하다고 본다. 사회법규 및 교칙을 위반하고 문제학생에 대한 징계보다는 교육적 기능과 역할, 예방적 차원을 강조하고, 학교는 학부모, 친권자를 대신하여 그들의 교육권을 신탁받아 행사하고 있는 것으로 본다면 더욱 “부모 대위권”의 입장에서 “선도위원회”라는 명칭으로 통일하여 정립시켜가는 것이 옳다고 본다.

그리고 선도규정에는 그 명칭에 맞게 학생에 대한 처벌 규정 뿐만 아니라 학업우수상, 선행상, 봉사상 모범학생에 관한 표창등 포상규정에 대한 내용도 균형있게 담고 있어야 할 것으로 본다.

둘째, “선도위원회”의 소집시기는 징계종류중에서 정학(유기, 무기)과 퇴학의 2종류로 한정하는 것이 바람직하다고 본다. 학교의 일상적인 업무에서 담임선생님의 교육적 재량권행사, 혹은 학생과의 교육적 징계권행사라는 차원에서 “흔계나 근신” 등은 명할 수 있도록하여 일정한 기간을 정한뒤, 반성문이나 기타 필요한 과제를 부과하여 제출 확인을 받도록 함으로서 반성의 기회를 가질 수 있게 한다.

“근신”에 해당하는 처벌사항은 분리하여 “선도위원회”소집까지는 이르지 않도록 함이 바람직하다.

따라서 각급 학교에서 징계대상 혹은 생활기록부상의 처벌내용에 관한 기재는 근신 이하의 것은 기재치 않고 교육적 견지에서 반성의 기회를 주는 것이 타당하다고 보며 유기정학 이상의 처벌내용만 기록하는 것이 바람직하다고 본다.

셋째, 징계결의시 일반의결 정족수는 보다 신중성을 기하기위하여 선도위원회 구성원 2/3 이상의 출석과 출석위원 2/3 이상의 찬성으로 의결함이 타당하다고 본다. 퇴학의 경우는 전원 찬성으로 상향조정됨이 바람직하다. 그리고 교장, 교감

배석하의 전교직원회의인 전체교무회의에 붙여 출석위원 2/3 이상의 찬성으로 의결토록 한다.

학생 선도 위원회는 학교장의 자문기구 성격을 지니고 있으므로, 이곳에서 내린 결의사항은 학교장의 결정을 기속할 수 없으며 학교장 재가과정에서 필요하면 학교장은 재심을 요청할 수 있다. 그러나 교육적 필요나 혹은 새로운 증거의 발견으로 인한 재심이 불가피할 경우를 제외하고는 학교장도 가급적 선도위원회의 징계결의 사항을 존중하여야 할 것이다. 징계결의 내용의 재가과정에서 학교장은 징계의 내용을 선도위원회의 결의 사항보다 더높은 수준에서 과도한 처벌을 선택결정할 수는 없다고 보여지며 필요하다면 선도위원회에 재심 요청이나 교무회의에 의뢰하는 절차를 밟아야 할 것이다.

넷째, 징계사유나 처벌기준이 근신, 정학, 퇴학에 따라 객관적이고 명확한 내용기준이 마련되어야 할 것이며, 이는 타학교, 타지역의 학교 선도규정 내용과 형평성이 유지될 수 있도록 해야 할 것이다.

이를 위해 시도 교육청 생활지도 담당 장학사가 중심이 되어 학생선도규정에 관한 교육부 안과 교육법학적 관점에서 새롭게 다듬어진 학생선도규정을 구안하여 각급학교에 권고할 필요가 있는 것이다. 그리고 학생선도규정의 객관성과 형평성을 검토하기위한 각급 학교별 학생주임회의를 매년 1회이상 개최할 필요가 있다.

기본적으로 학교실정과 학생의 질 및 학부모 또는 지역사회의 요구등을 감안 하여 선도규정의 처벌대상과 내용선정의 기준은 가감될 수 있으나 규정의 내용이 너무 모호하거나 막연하기 때문에 학교측의 재량권행사가 자의적으로 적용될 우려가 있다면 이는 법적용의 형평성에 문제를 야기시킬 수가 있으며 학생들에게 잘못된 정의감각을

십어줄 가능성이 있는 것이다.

미국의 교육관례를 보면 학생에 대한 행동, 복장, 용모관련의 학교규정이 너무 막연하거나 애매하면 그것은 학교나 교사측의 자의적인 해석과 광범위한 재량권행사를 초래 할 수 있기 때문에 미국헌법 수정 제14조에 규정된 적법절차 *Due process of Law* 조항을 위반하는 것 *Void for vagueness* 이라고 판결을 내리는 경향이 있다.¹⁾

다섯째, 학생 징계 절차 과정에 학생참여와 의견진술의 기회를 부여하도록 하며 “선도위원회” 자체가 “공평한 법정”의 기능을 수행하여 나가도록 함이 좋을 것이다. 학생에게 자신의 문제 행동에 대해 변호를 할 수 있고 심지어 학교측에 대응하여 반대증거를 제시하고 변호인 의뢰권을 행사할 수 있도록 허용하는 것은 징계절차의 공평성을 확보할 수 있음은 물론이고 나아가 학생에게 학교당국의 징계결정을 받아들이고 순종하는 민주적 시민성의 육성기회로 활용되어질 수 있는 큰 가치를 안고 있는 것이다. 자신의 권리를 침해받지 않고 정당한 처벌을 받아 교육적으로 보다 성숙한 인간으로 육성할 수 있도록 고려해야 하는 것이다.

미국의 경우는 기본권보장을 위한 적법절차상의 범리에 관하여 학생징계 처리과정에서 다음의 내용들이 제시되고 있는데 이는 우리나라 각급 학교의 선도규정속에서도 유념되어야 할 사항으로 생각된다(David Schimmel & Louis Fischer, 1987 ; 13-14).

1. 청문회의 통지 (Notice of hearing)

① 시간과 장소 ② 위반사항의 기술 ③ 변호인의뢰에 관한 학생의 권리 명시 ④ 청문회이후의

일정 ⑤ 증거의 제시(학생처벌의 근거, 증거) ⑥ 반박증거제출을 위한 접근권의 명시

2. 청문회의 참여

① 학생의 묵비권고지 ② 학생에게 불리한 증거 및 증인제시 ③ 반대신문 ④ 학생측 증인제시 ⑤ 청문절차의 녹음과 기록

3. 청문회 결과 처리

① 징계조치를 위한 건의 ② 징계결의 ③ 학교당국과 학생에게 통지

4. 징계처리결과에의 신속한 집행

① 집행(학교장) ② 불복시는 재심청구(학생)

이 같은 미국의 학생징계절차에 따른 “적법절차의 적용”은 학생의 美 헌법상의 권리로까지 인정되고 있는데, 징계절차의 개시에 따른 제반사항에 대한 통지 *Notice*와 징계위원회에 참석하여 자신의 견해를 밝히고 소명내지 변호할 수 있는 기회를 주는 청문회 *Hearing* 제도를 수용하고 있다는 특징을 보여준다.

그리고 징계결과에 대한 불복시 학교측이나 상급관청 나아가 법원에의 소송까지도 가능하도록 규정하고 있는데 이는 미국의 사법적 전통에서 보여지는 청소년의 기본적 인권도 성인의 그것과 똑같이 취급되어야 한다는 정신 및 특별권력관계 내부에서의 징계권의 행사가 범치주의와 새롭게 조화를 이루어야 한다는 현대 행정법정신에서도 출된 결과라 할 것이다.

여섯째, “권리위에서 잠자는 자는 보호할 필요가 없다.” “법의 무지는 용서할 수 없다.”라는 법격언이 있는 것처럼 학생이 스스로의 권리와 자유를 보장받으려면 자기 스스로 법에 관한 기초소양을 지니도록 해야한다.

1) 이와 관련하여 구체적인 범리를 참조하려면 다음논문 참조, 표시열 “청소년 기본권의 중요과제”, 1991 ; 최윤진 “학생청소년 권리의 내용과 그 제한 근거에 관한 고찰”, 1991

따라서 학생선도규정의 내용이 전교생에게 과급 홍보되어 주지할 수 있도록 한다. 이를 위해 학교 광고관, 학급조회 및 종례시에 담임교사의 훈화, 학교규정위반 학생에 대한 징계결의 내용의 광고등을 통하여 사전예방효과 및 법규범준수의 당위성을 인식시켜 나가도록 한다.

학교측의 징계결정사항에 대해 학생 스스로가 승복하려는 자세를 내면화시키도록 하려면 선도규정의 내용이 교육적 필요와 정의 원칙에 부합되는 명확한 기준과 타당성을 우선 갖추고 있어야 할 것이지만, 실제로 그것을 수용하는 여러 학생들의 허용적 분위기 내지 법의식 *Legal Consciousness*의 긍정적 형성이 무엇보다 중요한 것이다. 이를 위해 학교 및 각 학급의 운영이 정의롭게 운영되고 교칙이나 학칙위반시 충분한 사전통지와 의견진술의 기회등이 주어지후 정당한 처벌이 내려지고 있음을 보여 주어야 하는 것이다. 다시말해 학교 및 학급의 운영이 정의적인 공동체로 구성되고 운영되어 그같은 생활양식이나 원리를 학생들이 내면화시키고 실천하려는 의지를 지닐 수 있도록 해야 하는 것이다. “학생선도규정”은 말하자면 이같은 정의사회 *Just Community*의 운영과 유지를 위한 최소한의 필요한 제재를 담고 있는 규범집이 되어야 한다.

VI. 결 어

학생에 대한 처벌규정은 교육적 필요에 의해서 가능하다면 사전예방적 차원에서 실시되어야 하며 응징과 보복의 성격이 개입되어서는 안된다.

학생의 법규정위반사항에 관하여 학교측의 처벌이 타당한 형식과 절차로 마련되어 있다면 학생 스스로 반성하며 따르게 될 것이다. 그럼으로써 민주시민의 기본적인 자질로서 법 체제의 존

경과 준법정신의 육성이 이룩되는 것이다.

이같은 전제하에 각급 학교에서 제정시행하고 있는 선도규정의 일반적 현황을 진단하고 그에 따른 개선방향을 탐색하여 보았는 바 다음과 같은 점들을 결론으로서 제안하고자 한다.

1. 선도위원회의 역할과 기능의 정립 및 의사절차의 적법절차에 입각한 재정립
2. 징계의 종류로서 제시하고 있는 근신, 정학, 퇴학의 처벌사유 내지 기준을 보다 명확하고 구체적인 근거의 제시
3. 징계절차의 과정에서 문제학생의 자기입장의 소명 기회 부여와 청문회 개최를 통한 반대 신문 허용(적법절차상의 통지 및 청문기회부여)
4. 객관적이고 공정한 각급 학교“선도규정”의 마련을 위한 각 시도교육청 담당 장학사의 행정지도와 학교 학생 주임협의회를 통한 상호조정 기회부여 및 교육법학적 차원의 형평성확보를 위한 “선도규정” 워크숍개최
5. 처벌위주의 선도 규정 운영 보다 예방 위주의 선도규정의 활용과 운용을 위한 적극적 대안의 탐색 이러한 여러 가지 면이 고려될 때, 학생 선도 규정의 본질이 교육적 요구에 순응하리라 믿으며 사법적 민주주의의 생활양식을 학생들이 교내에서도 의미있게 경험하게 될 것으로 본다.

참 고 문 헌

- 강인수. 1989. 「교육법연구」, 서울 : 문음사.
- 고려대학교, 고대교육신보, 1990년 12월 25일자, 「체벌, 폭력인가 사랑의 배인가」
- 김남진. 1991. 「행정법 1」, 서울 : 법문사.
- 문홍주. 1991. 「기본적 인권연구」, 서울 : 해암사.
- 최윤진. 1991. “학생청소년 권리의 내용과 그 제한 근거에 관한 고찰” 한국청소년연구원, 「한국청소년연구」, 겨울호.
- 최인화. 1993. “미국헌법상의 적법절차와 교육권”, 서울 : 한국교육개발원, 「한국교육」, 제 20권.
- 표시열. 1991. “청소년 기본권의 중요과제” 한국청소년연구원, 「한국청소년연구」 겨울호.
- 한국교원단체총연합회. 1991. 교원사건판례집, 서울,
- 홍정선. 1986. “학생의 법적 지위에 대한 소고” 한국교육법학회편 「교육의 자유와 대학의자치」, 서울 : 대학출판사.
- John Jarolimek. 1990. *Social Studies in Elementary Education*, New York : Macmillan Publishing Co..
- Martha M.McCarthy & Nelda H.Cambron-McCabe. 1987. *Public School Law*, Massachusetts, Newton : Allyn & Bacon, Inc..
- Martin Shapiro & Rocco J. Tresolini. 1983. *American Constitutional Law*, New York : Macmillan Publishing Co..
- David Schimmel & Louis Fischer. 1987. *Parents, Schools, and the Law*, MD, Columbia : The National Committee for Citizens in Education.
- Louis Fisher & David Schimmel. 1982. *The Rights of Students and Teachers*. New York : Harper & Row.
- Julius Menacker. 1987. *School Law : Theoretical and Case Perspectives*, New Jersey, Englewood Cliffs : Prentice-Hall Inc..