

교원에 의한 체벌행위의 정당성과 그 허용범위

박 찬 걸*

국 | 문 | 요 | 약

학교현장에서 직접체벌이든 간접체벌이든 불문하고 모두 사라지는 것이 이상적인 것이라는 점에는 누구나 공감할 것이다. 하지만 현실세계는 우리의 이상과 달리 체벌이 필요한 경우가 발생하고 있다. 이러한 체벌상황이 불가피하게 나타나는 현실을 인정하지 않을 수 없기 때문에 전면적으로 체벌을 부정하기 보다는 체벌의 범위와 방법에 대한 진지하고도 구체적인 모색이 필요한 것이다. 그러므로 간접체벌에 대한 구체적인 방안이 관련법령과 학생생활규정에 명시되어야 한다. 이와 관련하여 국회는 2011년 3월 18일 초·중등교육법 시행령 제9조 제1항 제7호를 개정하여 기존의 '학생포상 및 학생징계'를 '학생 포상, 징계, 징계 외의 지도방법 및 학교 내 교육·연구 활동 보호와 질서 유지에 관한 사항 등 학생의 학교생활에 관한 사항'으로 학칙의 기재사항을 변경하였다. 이는 도구와 손 등을 통한 직접체벌을 금지했지만, '학칙으로 정하는 바에 따른 징계 외의 지도방법 및 학교 내 교육·연구 활동 보호와 질서 유지에 관한 사항'라는 구절을 통해 간접체벌 권한을 각 학교에 보장한 것이다. 이는 입법부와 행정부의 공식적인 입장이 간접체벌에 대한 구체적인 기준의 마련을 전제로 그의 정당성을 인정하는 것으로 평가된다. 여기서 주의할 점은 이러한 학생에 대한 간접체벌에 관한 학칙은 체벌행위에 대한 형사법적 평가를 할 때에 참고자료로 활용될 수 있을 뿐이라는 것이다. 학생체벌에 관하여 학칙에서 마련된 규정을 준수하지 않았다고 하여 곧바로 학생체벌에 대한 사회적 상당성을 부정하거나 형사처벌의 가벌성을 인정하여서는 안 된다.

❖ 주제어 : 체벌, 학교체벌, 정당행위, 학생인권조례, 사회상규

* 대구가톨릭대학교 법정대학 경찰행정학과 전임강사·법학박사.

I. 문제의 제기

각국의 역사적, 사회적, 문화적인 배경과 국가의 성격에 따라 다소 차이는 있으나 동서양을 막론하고 체벌은 효과적인 교육수단으로 여겨져 왔다. 하지만 최근에 이르러서는 미국의 일부 주나 소수의 국가를 제외한 대부분의 선진국에서 체벌이 비인간적이고 학습에 부정적인 영향을 준다는 이유 등으로 법으로 금지하는 경향이다. 우리나라의 경우 학교교육현장에서 교원에 의한 체벌은 적어도 2010년 이전까지는 거의 일상화되었다고 해도 과언이 아닐 것이다. 하지만 2010년 6월 2일 시행된 교육감선거를 통하여 다수의 진보교육감이 선출되면서 체벌을 금지하는 일련의 조치들이 취해지고 있다.¹⁾ 먼저 2010년 9월 17일 경기도의회 제8대 제253회 제3차 본회의에서 경기도학생인권조례안이 재석의원 77명 중 찬성 68명, 반대 3명, 기권 6명으로 원안가결되었고, 이후 10월 5일 경기도조례 제4085호로 공포·시행되었다. 경기도의회는 대한민국 최초로 학생인권조례를 제정하여 시행에 들어가고 있는데, 동 조례는 「헌법」 제31조, 「유엔 아동의 권리에 관한 협약」, 「교육기본법」 제12조 및 제13조, 「초·중등교육법」 제18조의4에 근거하여 학생의 인권이 학교교육과정에서 실현될 수 있도록 함으로써 인간으로서의 존엄과 가치 및 자유와 권리를 보장하는 것을 목적으로 한다(제1조). 이 중 제6조(폭력으로부터 자유로울 권리) 제2항에서 ‘학교에서 체벌은 금지된다.’라고 명시하고 있는데, 이에 따라 경기도내 초·중·고등학교는 이 조례가 공포된 이후 6개월 이내인 2011년 4월 4일까지 체벌을 금지하는 학교생활규정을 개정할 규정개정심의위원회를 구성하여야 한다(동 조례 부칙 제2조 제2항).

다음으로 2010년 11월 1일부터 서울 지역의 모든 초·중·고등학교에서 학생 체벌이 전면적으로 금지되고 있다.²⁾ 서울시교육청의 지침에 따라 각급 학교들이 체벌 금지 규정을 담은 새로운 생활규정을 마련했기 때문이다. 일정한 유예기간을 두고

1) 과거에는 체벌에 대하여 정부차원에서의 입장이 발표(대표적으로 2002년 3월 19일 당시 교육인적자원부가 발표한 ‘공교육 진단 및 내실화 대책’을 통하여 체벌을 인정한 것을 들 수 있다)되었던 것과 비교하여 볼 때 현재는 지방교육청별로 그 입장이 각각 표출되고 있는 특징을 보이고 있다.

2) 이에 대하여 한국교원노동조합, 자유교원조합, 대한민국교원조합 등 보수성향의 3개 교원노조는 2010년 12월 20일 체벌 전면 금지조치에 대한 불복종운동을 선언하기도 하였다.

체벌을 금지하려고 시도한 경기도와는 달리 서울시의 경우 체벌의 대체방안 등에 대한 충분한 논의가 부족한 상황³⁾에서 체벌금지가 시행되어 교육현장에서의 혼란을 가중시키고 있는 양상이다. 그리고 2010년 11월 14일 서울시교육청은 ‘체벌금지에 관한 교사 대응 매뉴얼’을 개발하여 발표하였는데, 매뉴얼은 학생의 문제행동 유형을 교사에 대한 불손한 언행, 복장 불량, 학습 태도 불량 등 18가지로 분류하고, 이에 대한 교사의 대응책을 각각 4-5개씩 제시하고 있다. 또한 2010년 12월 29일 교육과학기술부 주관의 체벌금지와 관련한 세미나에서는 ‘초등학교는 교사가 체벌 없이도 학생들을 통제할 수 있으므로 곧바로 체벌금지를 시행해도 괜찮지만 중학교 및 고등학교는 교사들이 체벌을 대체할 지도방법을 습득하기 위한 준비기간으로 1년 또는 2년을 두어야 한다고 하였고, 체벌금지의 대체별로 출석 정지 제재수단을 도입한다는 방침을 밝혔다.

이와 같이 체벌에 대한 논의가 최근 큰 이슈로 부각되고 있는 시점에서, 체벌에 관한 사법부의 판단과 형사법학계의 논의⁴⁾들을 검토해 보는 것은 유의미한 일이라고 하겠다. 왜냐하면 이러한 논의를 통하여 현재 급격히 추진되고 있는 체벌금지의 타당성 여부에 대하여 적절한 판단을 할 수 있기 때문이다. 이러한 문제의식을 가지고서, 본 논문은 먼저 체벌의 허용여부에 대하여 제한적 허용설과 전면적 금지설을 중심으로 학설의 입장과 초·중등교육법 시행을 전후한 판례의 태도를 분석하기로 한다(Ⅱ). 다음으로 ① 체벌허용 여부에 대한 전제사실의 불명확성 문제, ② 징계와 지도(내지 처벌)의 불구별 문제 ③ 체벌주체의 범위 문제 등에 대한 세부적인 검토를 통하여 학설과 판례의 문제점을 지적한 후, 체벌허용 여부 논의의 새로운 기준점을 설정하고, 교원에 의한 간접체벌의 허용성 판단기준을 제시하기로 한다(Ⅲ).

3) 박노현 서울시교육감이 체벌 금지 방침을 밝힌 것은 2010년 7월 19일인데, 이는 모 초등학교에서 ‘오장풍’ 교사 파문이 빚어진 지 나흘 뒤였다. 그 후 너 달도 안 돼 체벌 금지가 시행되고 있는 것이다.

4) 체벌과 관련한 논의의 스펙트럼은 단순히 금지와 찬성의 영역에서부터 체벌의 개념, 체벌의 범위, 體罰을 대신할 수 있는 代替罰의 모색 등에 이르기까지 상당히 광범위하다고 할 수 있다.

II. 체벌에 대한 학설과 판례의 입장

1. 학설의 입장

가. 체벌의 개념 및 범위

체벌의 유형은 상당히 폭넓은 범위를 가지고 있기 때문에 이를 정당화할 수 있는 근거 또한 다양하다고 할 수 있다. 그러므로 체벌의 허용여부를 판단하기 전에 체벌의 개념 및 유형에 대한 검토가 필수적으로 요구된다. 이와 관련하여 체벌의 정의에 대해서는 법률상의 명확한 규정이 없기 때문에 전적으로 학설을 통한 해석에 위임되어 있는 실정이다. 그리하여 체벌의 개념에 대하여, ‘교사가 훈육을 목적으로 학생에게 의도적으로 신체적 고통을 주려는 일체의 시도’⁵⁾, ‘교육자가 피교육자의 행동을 변화시키려는 목표를 달성하기 위한 수단으로서 의도적으로 가하는 육체적 고통’⁶⁾, ‘교사 등 일정한 권한을 가진 자가 학생 등 규칙을 위반한 대상자의 징계 또는 지도의 수단으로 신체에 불이익 또는 고통을 가하는 일체의 제재’⁷⁾, ‘학교에서 규칙을 위반한 학생에게 권위를 가지고 있는 교장 혹은 교사가 의도적으로 신체적인 고통을 주는 것’⁸⁾, ‘교육현장에서 교원이 교육상 불가피한 경우 학생에게 행사할 수 있는 신체적인 고통이 수반되는 학생지도의 하나’⁹⁾, ‘교원이 교육현장에서 교육 목적을 달성하기 위하여 학생의 신체에 직접·간접으로 유형력을 행사하는 행위’¹⁰⁾,

-
- 5) 노성호, “학교폭력의 실태와 문제점”, 범죄방지포럼 통권 제15호, 한국범죄방지재단, 2004. 10. 17면.
 - 6) 조 국, “교사의 체벌과 정당행위 -대상판결: 대법원 2004. 6. 10. 선고 2001도5380 판결-”, 서울대학교 법학 제48권 제4호(통권 제145호), 서울대학교 법학연구소, 2007. 12. 316면.
 - 7) 이인영, “사회상규의 의미와 정당행위의 포섭범위 -체벌의 허용요건과 정당행위-”, 형사판례연구 제13권, 형사판례연구회, 2005, 180면.
 - 8) 정진곤, “체벌의 개념과 교육적 의미”, 비교교육연구 제11권 제2호, 한국비교교육연구회, 2001. 12. 165면.
 - 9) 윤용규, “교원의 학생체벌에 대한 형법적 고찰”, 형사법연구 제21호, 한국형사법학회, 2004. 여름, 130면.
 - 10) 노기호, “초·중등학교의 교육환경 조성의무와 학생의 학습권 보장”, 원광법학 제24권 제3호, 원광대학교 법학연구소, 2008. 9. 27면; 표시열, “한국 학교에서 아동권리협약의 적용과 과제: 체벌징계절차·표현의 자유를 중심으로”, 교육법학연구 제20권 제2호, 대한교육법학회, 2008. 12. 156면.

‘금지되어 있는 행위를 범하거나 학업이 부진한 경우 신체적 제재를 가함으로써 격려 또는 교정하고자 하는 벌’¹¹⁾ 등이라는 견해가 각각 제시되고 있다.

이상의 견해들을 종합해보면, 체벌의 주체와 관련하여 교장뿐만 아니라 교사를 포함하는 교원으로 파악하고 있다는 점, 체벌의 목적과 관련하여 교육의 목적을 달성하기 위한 것으로 파악하고 있다는 점, 체벌의 시점과 관련하여 교육상 불가피한 경우에 최후의 수단으로 시행해야 한다는 점, 체벌의 방법과 관련하여 신체적 고통을 수반하는 직접적인 유형력의 행사뿐만 아니라 간접적인 유형력의 행사도 포함하고 있다는 점 등에 대해서 대체로 공감을 하고 있는 것으로 보인다. 하지만 체벌의 목적과 시점의 경우와는 달리 체벌의 주체와 방법의 경우에 대해서는 이견이 있을 수 있다. 후자의 논점들을 경우의 수로 나누어 보면, ① 교장에 의한 직접적 체벌, ② 교사에 의한 직접적 체벌, ③ 교장에 의한 간접적 체벌, ④ 교사에 의한 간접적 체벌 등으로 살펴볼 수 있다. 여기서 직접적 체벌이란 신체적 고통을 직접적으로 가하는 체벌을 말하는데, 도구를 이용한 체벌과 신체접촉을 통한 체벌로 다시 나누어 볼 수 있다. 일명 사랑의 매라고 불리는 회초리, 마대자루, 막대기, 자, 킴, 출석부, 야구방망이 등을 사용하는 것이 전자의 예이고, 체벌의 주체가 손이나 발 등을 사용하는 것이 후자의 예이다. 또한 간접적 체벌이란 신체적 고통을 간접적으로 가하는 체벌을 말하는데, 도구나 신체를 이용하지 않고 학생에게 의무없는 일을 하게 함으로써 신체적 고통을 느끼게 하는 경우를 말한다. 일명 얼차려 또는 기합이라고도 할 수 있다. 예를 들면 훈계하기, 팔 들고 있게 하기, 꿇어 앉히기, 오래 세워 두기, 청소시키기, 방과 후에 나머지 공부시키기, 엎드려뺨쳐, 걸상 들게 하기, 토끼 땀, 오리걸음, 팔굽혀펴기, 교실에 들어오지 못하게 하기, 당번의 횃수 늘리기, 집단 등교하게 하기, 운동장 뛰게 하기, 쪼그려뛰기, 엎드렸다 일어나기, 팔벌러뛰기¹²⁾ 등이 그것이다.

11) 양석진, “학교체벌 허용에 관한 헌법학적 고찰”, 법학연구 제9집, 한국법학회, 2002. 6, 138면.

12) 대법원 2000. 4. 11. 선고 99다44205 판결(‘… 단체기합을 주게 된 동기와 약 5분 정도에 걸친 쪼그려뛰기 20회, 엎드렸다 일어나기 20회, 팔벌러뛰기 20회를 실시한 체벌의 방법과 정도로 보아 교육적 차원에서 정당하고 …’).

나. 체벌의 허용여부에 대한 견해의 대립

1) 제한적 허용설

비인간적이고 비교육적인 체벌 그 자체는 분명히 없어야 하지만 학교에서 교육적으로 이루어지고 있는 체벌마저 없앤다고 한다면 이는 우리의 폭력문화나 교권이 실추된 교육풍토에서는 오히려 부작용이 심각할 것이다. 즉 체벌 그 자체를 없애려고 하는 것은 소수의 비인격적인 체벌을 예방하려다가 교육적으로 이루어지는 체벌마저 못하게 막는 것으로써 小貪大失의 뉘를 범하는 것이다. 또한 일부 학생의 인권을 침해하고 폭력적인 체벌을 구사하는 폭력성 교사들 때문에 교육적 체벌을 통해 학습권을 보장하는 많은 교사의 교권마저 실추시켜 교실의 위기를 자초하게 될 것이다. 그러므로 일정한 절차와 방법에 따라 시행되는 제한적인 형태의 체벌은 허용되어야 한다는 입장을 취한다.

제한적 허용설에 의하면 체벌행위 그 자체는 형법상 폭행죄 또는 상해죄 등의 구성요건해당성이 인정되지만, 정당행위로서 위법성이 조각된다고 본다. 이와 같이 교원의 체벌행위를 정당행위로 파악하고 있지만 구체적인 정당행위의 유형에 대해서는 견해가 나누어져 있는데, 업무로 인한 행위로 파악하는 견해¹³⁾, 법령에 의한 행위로 파악하는 견해¹⁴⁾, 기타 사회상규에 반하지 아니하는 행위로 파악하는 견해¹⁵⁾

13) 권오걸, 「형법총론(제3판)」, 형설출판사, 2009, 274면; 김일수서보화, 「형법총론(제11판)」, 박영사, 2007, 344면.

14) 윤용규, “교원의 학생체벌에 대한 형법적 고찰”, 140면; 이인영, 앞의 논문, 182면; 임 옹, 「형법총론(제3정판)」, 법문사, 2010, 207면; 정성근·박광민, 「형법총론(제4판)」, 삼지원, 2009, 212면.

15) 김성돈, 「형법총론(제2판)」, 성균관대학교 출판부, 2009, 315-316면; 김성찬·김형준, 「형법총론(제3판)」, 동원출판사, 2005, 304-305면(“체벌은 일본제국주의자들의 식민교육 정책이 남긴 폐해이기도 하다. 교육의 전문가들에 의해서 운영되는 학교는 식민 잔재가 완전히 청산될 수 있도록 체벌 없는 교육을 지향해야 한다”); 김용희, 「형법총론(제2판)」, 형설출판사, 2005, 107-108면; 박상기, 「형법총론(제8판)」, 박영사, 2009, 157면; 오영근, 「형법총론(제2판)」, 박영사, 2010, §18/17(“하지만 교육목적의 체벌은 있을 수 없기 때문에 교사의 체벌행위는 사라져야 한다”); 손동권, 「형법총론(제2개정판)」, 율곡출판사, 2006, §15/37(“다만 장래의 발전방향은 체벌의 허용성을 부정하는 쪽으로 나아가야 할 것이다”); 유인창, “형사상 학생체벌의 정당성에 관한 소고”, 법학연구 제16집, 한국법학회, 2004. 12, 169면; 윤영미, “학생의 기본권에 관한 몇 가지 문제”, 헌법학연구 제14권 제3호, 한국헌법학회, 2008. 9, 436-437면; 이상돈, 「형법강의(제1판)」, 법문사, 2010, 362면; 이영란, 「형법학(총론강의)」, 형설출판사, 2008, 294면; 정영일, 「형법총론(제3판)」, 박영사, 2010, 264면.

등이 그것이다.

2) 전면적 금지설

체벌은 그 수단과 목적의 비례성의 측면에서 인간의 존엄과 가치를 존중하는 헌법정신과 교육의 목적에 비추어 볼 때 폭행죄 또는 상해죄(경우에 따라서는 강요죄)에 해당할 뿐이기 때문에 교원의 학생에 대한 체벌을 전면적으로 금지해야 한다는 견해¹⁶⁾로서, 주요한 논거는 다음과 같다.

첫째, 초·중등교육법 제18조의 징계 또는 지도에는 동법 시행령 제31조와의 관계에 비추어 체벌이 포함되지 아니한다.¹⁷⁾ 동 조문을 목적론적으로 축소해석하여 학교장의 징계 또는 지도에는 체벌이 들어갈 수 없다고 해야 한다. 체벌행위가 교육현장에서 교사와 학생의 관계가 아니라 다른 상황에서 발생한다면, 이는 체벌이 아닌 폭행이 된다. 이러한 점에서 체벌이란 사회적 관계와 목적에 따라서 다르게 취급될 뿐이지 폭력의 한 범주라고 볼 수 있다.

둘째, 체벌의 효과는 통제와 권위¹⁸⁾에 순응하는 수동적인 인간을 양성하는 효과

16) 김신규, 「형법총론」, 청목출판사, 2009, 352면; 배종대, 「형법총론(제8전정판)」, 홍문사, 2005, §59/9(‘학교장의 징계에 체벌은 포함되지 않는다. 학교장의 징계권에 체벌이 포함되지 않는다면 교사의 체벌행위는 더욱 인정될 여지가 없다’); 성낙현, 「형법총론」, 동방문화사, 2010, 308면; 이재상, 「형법총론(제5판)」, 박영사, 2007, §21/8; 정용석·백승민, 「형법강의(전정제1판)」, 대명출판사, 2008, 216면; 조 국, 앞의 논문, 325면(‘직접체벌은 위법성이 조각되지 아니한다’); 진계호·이준걸, 「형법총론(제8판)」, 대왕사, 2007, 317면; 천진호, “‘사회상규에 위배되지 아니하는 행위’에 대한 비판적 고찰”, 비교형사법연구 제3권 제2호, 한국비교형사법학회, 2001. 12, 179-180면(‘초·중등교육법상 어떤 불가피한 경우에도 학교의 장이나 교사의 체벌을 예외적으로 허용하고 있지 않다’). 한편 김일수·서보학 교수는 학교장의 체벌은 허용되지 않지만(김일수·서보학, 앞의 책, 340면), 교사의 체벌은 업무로 인한 행위로 허용된다(같은 책, 344면)고 하는 독특한 입장을 취하고 있다.

17) 그러므로 정당방위 또는 긴급피난과 같은 다른 위법성조각사유에 해당하지 않는 한 징계권의 행사로서 교사의 폭행이나 상해는 허용될 수 없다고 해야 한다(이재상, 앞의 책, §21/8).

18) 학생의 교사에 대한 폭력이나 불손한 행동으로 교사의 권위가 실추되는 예가 있음을 들어 체벌의 필요성을 강조하는 견해가 있을 수 있다. 그러나 그와 같은 행위에 대해 징계를 하는 등으로 대처하여 교사의 권익을 보호할 필요가 있고, 또 교사나 다른 학생의 생명과 신체를 보호해야 할 긴급한 사정이 있는 경우에 행해지는 체벌 대상 학생에 대한 신체적 위해는 긴급피난이나 정당방위 등의 법리에 의해서 위법성이 조각될 수도 있다. 체벌로 교사의 권위를 세울 수 있다는 생각은 종래의 뿌리깊은 권위주의적 사고에 터잡아 교사의 권위를 그릇된 방법으로 강조한 것이다. 우리사회에는 훈육과정에서의 폭력은 별로 문제삼지 않는 전통이 있어 왔는데, 이러한 전통은 권위주의적이고

밖에 없고, 통제대상인 당사자들에게 불안감, 우울증, 학교강박증, 정신적 공포감, 굴욕감, 폭력에의 굴종감 등 부정적 감정만 양산하는 결과를 초래하며, 자존심 내지 자긍심과 같은 학생의 인격을 파괴하는 행위이다.¹⁹⁾ 또한 체벌 그 자체가 회피나 무단결석과 같은 도피행동을 조장할 수 있다.

셋째, 체벌의 내재된 폭력성 때문에 그 교육적 효과가 떨어지며, 체벌 이외에 상담·격려·벌점 등의 방법이 있다는 점에서 학생에 대한 체벌은 허용될 수 없다. 교사는 학생을 위한다고 하지만 체벌에는 감정이 개입되기 쉬우므로 결과적으로 폭력이 되기 쉽다.

넷째, 각 학생에 대하여 체벌의 균형성을 유지하기가 어렵다. 교사에 따라 편차가 있는 체벌의 강도에 의해서 체벌의 효과 및 수위가 달리 나타나기 때문이다.

다섯째, 체벌이라는 교육방법을 용인하는 순간 체벌은 가장 손쉬우면서도 단기적 효과가 명확한 지도방법으로 오·남용될 수밖에 없다. 체벌은 일종의 폭력이기 때문에 폭력에 길들여지는 인간을 길러낼 뿐이며, 바람직하지 않은 행동을 제거하는 것이 아니라 오히려 제거가 아닌 일시적인 억압의 한 방편에 불과하다. 어느 경우에도 교육이 한 인간의 인권을 침해하는 정당한 논리가 될 수는 없다.²⁰⁾

여섯째, 유엔아동권리위원회는 1991년 ‘유엔아동권리협약’²¹⁾에 가입한 한국 정부에 대하여 1996년과 2003년에 걸쳐 모든 형태의 체벌을 명백하게 금지할 것을 권고한 바 있으며, 2007년 12월 14일 신설된 초·중등교육법 제18조의4는 ‘학교의 설립자·경영자와 학교의 장은 헌법과 국제인권조약에 명시된 학생의 인권을 보장하

가부장제적인 체계와 관련되어 있다. 예를 들어 부모의 자식에 대한 폭력, 교사의 학생에 대한 폭력, 남편의 아내에 대한 폭력, 지위가 높은 상사의 부하에 대한 강압과 폭력, 군대내에서 상급자의 하급자에 대한 폭력, 과도한 공권력의 행사 등이 그것이다. 하지만 교사의 참된 권위는 학생들에게 신체적 고통을 가하는 데서 나오는 것이 아니라 학생들을 인격의 주체로 대하고 사랑과 관심을 베풀어 지도하려고 노력할 때에 학생들의 마음으로부터 우러나는 것이다.

- 19) 안주열, “학교교육에서의 아동의 일반인권에 관한 법적 고찰”, 헌법학연구 제10권 제1호, 한국헌법학회, 2004. 3, 610면.
- 20) 최순영, “학교에서부터 폭력의 재생산 고리를 끊어야 한다”, 국회보 통권 제479호, 국회사무처, 2006. 10(‘체벌을 정당화하는 논리라면笞刑을 부활시켜야 할 것이다’).
- 21) 동 협약 제19조에 의하면 체약국은 부모, 법정보호자 또는 기타의 아동양육자에 의한 아동에 대한 모든 형태의 신체적 또는 정신적 폭력, 침해, 학대, 방임, 성적 학대로부터의 보호조치를 하도록 하고 있다.

여야 한다'고 규정하고 있다. 또한 교육기본법(2008. 3. 21. 개정, 법률 제8915호) 제12조(학습자) 제1항('학생을 포함한 학습자의 기본적 인권은 학교교육 또는 사회교육의 과정에서 존중되고 보호된다.')과 동조 제2항('교육내용·교육방법·교재 및 교육시설은 학습자의 인격을 존중하고 개성을 중시하여 학습자의 능력이 최대한으로 발휘될 수 있도록 마련되어야 한다.')은 체벌금지를 간접적으로 규정하고 있는 것이다.

2. 판례의 입장

가. 초·중등교육법 시행 이전의 입장

1998년 3월 1일 초·중등교육법이 시행되기 이전에 대법원은 체벌행위를 징계의 일종으로 파악하였다.²²⁾ 즉 '피고인은 피해자가 욕설을 하였는지 확인도 하지 않을 정도로 침착성과 냉정성을 잃고 있었고 욕설을 하지 아니한 피해자는 징계의 대상 학생이 아닐 것인데도 피해자를 구타하여 상해를 입혔으니 교사로서 교육상 학생을 훈계하기 위하여 한 일이라고 하더라도 이는 징계권의 범위를 일탈한 위법한 폭력행위가 된다.'²³⁾ '피고인이 국민학교 5학년인 피해자를 양손으로 교탁을 잡게 한 다음 길이 50센티미터, 직경 3센티미터 가량되는 나무 지휘봉을 거꾸로 잡고 엉덩이를 두 번 때리고, 아파서 무릎을 굽히며 허리를 옆으로 트는 피해자의 엉덩이 위 허리부분을 다시 때려 6주간의 치료를 받아야 할 상해까지 입힌 것이라면 위 징계행위는 그 방법 및 정도가 교사의 징계권행사의 허용한도를 넘어선 것으로서 정당한 행위로 볼 수는 없다.'²⁴⁾ '피고인이 피해자를 옆드러지게 한 후 몽둥이와 당구 큐대로 그의 둔부를 때려 3주간의 치료를 요하는 우둔부심부혈종좌이부좌상을 입혔다면 비록 피고인이 학생주임을 맡고 있는 교사로서 제자인 피해자를 훈계하기 위한 것이었다 하더라도 이는 징계의 범위를 넘는 것으로서 형법 제20조의 정당행위에는 해당하지 아니한다.'²⁵⁾ '교육법 제76조 제1항에 의하면, 각 학교의 장은 교육

22) 대법원 1976. 4. 27. 선고 75도115 판결.

23) 대법원 1980. 9. 9. 선고 80도762 판결.

24) 대법원 1990. 10. 30. 선고 90도1456 판결.

상 필요할 때에는 학생에게 징계 또는 처벌을 할 수 있고, 같은 법 제75조 제1항 제1호에 의하면, 교사는 교장의 명을 받아 학생을 교육하도록 규정되어 있는바, 위 인정 사실을 교육법의 위 규정에 비추어 보면, 위 피고인은 학생들을 교육하고 학생들의 생활을 지도하는 교사로서 피해자가 교내에서 흡연을 하였을 뿐만 아니라 거짓말까지 하여 이를 훈계하고 선도하기 위한 교육 목적의 징계의 한 방법으로서 피해자를 때리게 된 것 ...²⁶⁾이라고 판시함으로써 당시 시행되던 (구) 교육법 제76조의 ‘징계 또는 처벌’ 중 처벌은 징계의 일종임을 분명히 밝히고 있었다. 이와 같이 당시의 판례에 의하면 처벌과 징계를 명확하게 구분하고 있지는 않았다.²⁷⁾ 한편 처벌행위의 정당화사유로서 사회상규에 위배되지 아니하는 행위²⁸⁾, 업무로 인한 행위²⁹⁾ 등으로 파악하여, 통일적인 해석을 하지는 못하고 있었다. 또한 대법원은 ‘교사의 학생에 대한 처벌이 징계권의 행사로서 정당행위에 해당하려면 그 처벌이 교육상의 필요가 있고 다른 교육적 수단으로는 교정이 불가능하여 부득이한 경우에 한하는 것이어야 할 뿐만 아니라 그와 같은 경우에도 그 처벌의 방법과 정도에는 사회관념상 비난받지 아니할 객관적 타당성이 있지 않으면 안 된다’고 판시³⁰⁾하여 처벌행위를 제한적으로 허용하는 태도를 보이고 있었다.

나. 초·중등교육법 시행 이후의 입장

1998년 3월 1일 초·중등교육법이 시행된 이후 대법원은 처벌행위를 징계의 일종으로 파악하던 기존의 태도를 탈피하고, ‘법령에 의한 학생에 대한 징계나 학생에 대한 교육적 지도행위의 경우에는 그 행위의 위법성이 조각된다’³¹⁾고 판시하여 징계와 교육적 지도행위의 일종으로써 처벌이 명확하게 구분되는 성질의 것임을 천명

25) 대법원 1991. 5. 14. 선고 91도513 판결.

26) 대구지방법원 1996. 12. 27. 선고 96노170 판결.

27) 이에 대한 자세한 검토는 윤용규, 「형사법의 주요이론」, 강원법학 총서 제7권, 강원대학교 출판부, 2007, 89-90면 참조.

28) 대법원 1976. 4. 27. 선고 75도115 판결.

29) 대법원 1979. 9. 11. 선고 79다522 판결; 대법원 1991. 5. 28. 선고 90다17972 판결.

30) 대법원 1988. 1. 12. 선고 87다카2240 판결; 대법원 1991. 5. 28. 선고 90다17972 판결.

31) 대법원 2004. 6. 10. 선고 2001도5380 판결.

함과 동시에 체벌의 위법성조각사유를 형법 제20조의 법령에 의한 행위로 보고 있다. 또한 이후 나온 하급심 판례³²⁾에서는 ‘징계방법으로서의 체벌은 허용되지 않으며, 기타 ‘지도’의 방법으로서도 훈육·훈계가 원칙이고, 학생에게 신체적 고통을 가하는 체벌은 교육상 불가피한 경우에 예외적으로만 허용되는 것으로서, 교사의 체벌은 교육적 목적이 있다는 등의 일정한 요건을 갖추면 당연히 행사될 수 있는 것이 아니라, 원칙적으로 학생에 대한 체벌은 금지하되, 교육상 불가피한 예외적인 경우에 한해 학교장의 위임을 받아 학생의 기본적 인권이 존중되고 보호될 수 있는 한도 내에서만 허용되는 것이라 할 것이다. 따라서 다른 교육적 수단으로는 도저히 학생의 잘못을 교정하기 불가능하였던 경우로서 그 방법과 정도에서도 사회통념상 용인될 수 있을 만한 객관적 타당성을 갖추었던 경우에만 학교장의 위임을 받아 교사의 체벌이 예외적으로 허용된다 할 것이다.’고 판시하여 이를 보다 명확하게 하고 있다.

한편 헌법재판소³³⁾도 ‘징계방법으로서의 체벌은 허용되지 않으며, 기타 지도방법으로서도 훈육·훈계가 원칙이고 학생에게 신체적 고통을 가하는 체벌은 교육상 불가피한 경우에 예외적으로만 허용된다는 취지다. 이러한 법령들에는 시대적인 조류에 따라 교육과정에서 학생들의 기본적 인권을 특별히 존중하겠다는 입법자의 결단이 서려있다’고 판시하고 있다. 또한 비록 체벌이 교육적으로 효과가 있는지에 관하여는 별론으로 하더라도 교사가 학교장이 정하는 학칙에 따라 불가피한 경우 체벌을 가하는 것이 금지되어 있지는 않다고 한다.³⁴⁾

32) 인천지방법원 2009. 4. 23. 선고 2009고단1010 판결.

33) 헌법재판소 2006. 7. 27. 선고 2005헌마1189 결정.

34) 헌법재판소 2000. 1. 27. 선고 99헌마481 결정.

Ⅲ. 학설과 판례의 문제점 및 개선방안에 대한 검토

1. 체벌허용 여부에 대한 전제사실의 불명확성 문제

일반적으로 체벌은 신체에 대한 침해를 수반하는 것이기 때문에 형법상 폭행 내지 상해의 구성요건에 해당하지만, 경우에 따라 형법 제20조에 의하여 위법성이 조각될 수 있는 행위로 평가되어왔다. 즉 체벌에 대한 학설의 입장은 체벌을 전적으로 금지하자는 견해와 일정한 요건 아래에서 허용하자는 견해로 나누어진다. 여기서 중요한 점은 논의의 대상인 체벌의 개념인데, 대체적으로 신체에 직접적인 침해를 수반하는 체벌을 전제로 하고 있다는 것이다. 즉 신체에 간접적인 침해를 수반하는 소위 ‘간접체벌’이라고 불리우는 유형에 대한 학설의 태도는 명확하지가 않다. 왜냐하면 직접체벌과 간접체벌을 구별하여 개별적으로 법적인 판단을 하기 보다는, 주로 대법원 판례에 등장하는 체벌관련 사안에 입각하여 이를 허용할 것인가 아니면 허용하지 않을 것인가 또는 허용한다면 어느 조건 아래에서 허용할 것인가가 논의의 주류를 이루고 있기 때문이다. 대법원에 등장하는 체벌관련 사안들은 대부분 신체에 대한 직접적인 침해를 수반하는 소위 ‘직접체벌’ 또는 체벌로 평가할 수 없는 폭행 내지 상해 사안이기 때문에, 이러한 전제사실들을 가지고서 간접체벌의 금지에 대한 논거로 사용해서는 아니 된다.

2. 징계와 지도(내지 처벌)의 불구별 문제

과거 (구) 교육법 제76조는 ‘각 학교의 장은 교육상 필요한 때에는 학생에게 징계 또는 처벌을 할 수 있다. 의무교육에서는 학생을 퇴학시킬 수 없다.’라고 규정하여 징계와 처벌을 구별하고 있었다. 또한 (구) 동법 시행령 제77조 제1항은 ‘학교의 장은 교육상 필요하다고 인정할 때에는 학생에 대하여 다음 각호의 1의 징계를 할 수 있다. 이 경우 학교장은 학생 또는 학부모등 보호자에게 의견을 진술할 기회를 주어야 한다. 1. 학교내의 봉사, 2. 사회봉사, 3. 특별교육이수, 4. 선도처분’이라고 규정하였다. 이후 교육에 관한 중심법규이던 (구) 교육법에 갈음하여 교육기본법(법률

제5437호)이 1998년 3월 1일부터 시행되고, 동법 제9조에 의거하여 1997년 12월 13일 법률 제5438호로 제정된 초·중등교육법 제18조(학생의 징계) 제1항은 ‘학교의 장은 교육상 필요한 때에는 법령 및 학칙이 정하는 바에 의하여 학생을 징계하거나 기타의 방법으로 지도할 수 있다. 다만, 의무교육과정에 있는 학생을 퇴학시킬 수 없다.’라고 규정하여, 징계와 지도를 구별하고 있다. 또한 동법 시행령 제31조 제1항은 ‘법 제18조 제1항 본문의 규정에 의하여 학교의 장이 교육상 필요하다고 인정할 때에는 학생에 대하여 다음 각 호의 1.의 징계를 할 수 있다. 1. 학교내의 봉사, 2. 사회봉사, 3. 특별교육, 4. 퇴학처분’이라고 규정하고, 동법 시행령 제31조 제7항은 ‘학교의 장은 법 제18조 제1항 본문의 규정에 의한 지도를 하는 때에는 교육상 불가피한 경우를 제외하고는 학생에게 신체적 고통을 가하지 아니하는 훈육, 훈계 등의 방법으로 행하여야 한다.’고 규정하고 있다.

생각건대 구법과 신법의 체계적인 분석에 의하면 체벌은 징계가 아니라 (구법에 의할 경우) ‘처벌’ 또는 (신법에 의할 경우) ‘기타의 방법에 의한 지도’의 한 유형으로 구별된다고 볼 수 있다. 왜냐하면 (구) 교육법시행령과 초·중등교육법시행령이 징계권의 내용을 명시적으로 규정하였기 때문에 체벌은 징계의 대상이 될 수 없기 때문이다. 하지만 체벌금지에 대한 일부 학설³⁵⁾과 일부 판례³⁶⁾의 입장에 따르면 징계와 지도의 엄격한 구별을 하지 않고, 오히려 체벌을 지도가 아닌 징계의 일종으로 파악하고 있다. 하지만 체벌금지 논의의 시작점이라고 할 수 있는 현행 법령은 정확한 분석이 요구된다고 하겠는데, 체벌은 지도의 한 방법에 속해 있으며, 원칙적으로는 인정되지 않지만 교육상 불가피한 경우에 한하여 학생에게 신체적 고통을 가하는 방법을 동원하는 것도 예외적으로 인정되고 있는 것이다. 이러한 입장은 초·중등교육법 시행 이후에 처음으로 등장한 체벌관련 판결인 대법원 2004. 6. 10. 선고 2001도5380 판결부터 나오기 시작하는데, 이에 의하면 체벌을 명시적으로 징계가 아닌 지도의 일종으로 파악하고 있다.³⁷⁾

35) 이재상, 앞의 책, §21/8; 임 응, 앞의 책, 207면. 이에 반하여 징계와 지도를 구분하고, 체벌을 지도의 일종으로 파악하는 견해로는 유인창, 앞의 논문, 154면; 윤용규, “교원의 학생체벌에 대한 형법적 고찰”, 134면; 정영일, 앞의 책, 263-264면; 조 국, 앞의 논문, 321면.

36) 대법원 1976. 4. 27. 선고 75도115 판결; 대법원 1980. 9. 9. 선고 80도762 판결; 대법원 1990. 10. 30. 선고 90도1456 판결; 대법원 1991. 5. 14. 선고 91도513 판결 등 다수.

3. 체벌주체의 범위 문제

교육현장에서는 학교장에 의한 체벌행위보다는 교사에 의한 체벌행위가 훨씬 더 많다. 현행법규에는 학교장만이 그 주체로 규정되어 있어 교사의 체벌행위에 대한 근거규정이 없음에도 불구하고 교사에 의한 체벌이 빈번히 발생하고 있었던 것이다.³⁸⁾ 이에 대하여 교사가 체벌의 주체가 될 수 있는가와 관련하여서는, ① 학교장과 교사 모두 체벌의 주체가 될 수 없다는 견해³⁹⁾, ② 시행령 제31조 제7항의 취지는 과거 통상 교사들에 의해서 행해지던 체벌을 학교장이라는 비교적 객관적인 주체에게 제한적으로 허용하여 체벌의 오·남용을 막겠다는 것으로 해석해야 한다는 점, 교사가 체벌을 해야 할 상황이면 바로 자신이 직접 해서는 안 되며, 교사는 학교장에게 학생의 문제점과 체벌의 필요성을 보고하고, 학교장은 교사와 학생의 의견을 청취한 후 학교장이 체벌을 해야 한다는 점 등을 근거로 학교장만 체벌의 주체가 될 수 있다는 견해⁴⁰⁾, ③ 초·중등교육법은 제20조 제3항에서 ‘교사는 법령이 정하는 바에 따라 학생을 교육한다.’고 규정하고 있다는 점, 교사는 학교장의 지도·감독을 받으므로 학생지도권을 학교장으로부터 위임받았다고 해석하면 된다는 점, 징계의 경우에는 학교장만이 할 수 있지만 사실행위로서의 체벌은 학교장뿐만 아니라 교원도 교육상 불가피한 경우에는 할 수 있다는 점 등을 근거로 학교장과 교사 모두 체벌의 주체가 될 수 있다는 견해⁴¹⁾, ④ 학교장은 체벌의 주체가 될 수 없지만 교사는 체벌의 주체가 될 수 있다는 견해⁴²⁾ 등의 대립이 있다. 판례는 ③의 견해를 취하고 있다.⁴³⁾ 이러한 견해의 대립이 야기된 근본적인 원인은 법 제18조와 시행령 제31조

37) 이후 헌법재판소 2006. 7. 27. 선고 2005헌마1189 결정 및 인천지방법원 2009. 4. 23. 선고 2009고단1010 판결 등도 같은 입장을 취하고 있다.

38) 일본의 경우 학교교육법 제11조에서 ‘교장 및 교사는 교육상 필요가 있다고 인정될 때에는 감독청이 정하는 바에 따라 학생, 생도 및 아동에게 징계권을 가할 수 있다. 다만 체벌을 가할 수 없다’고 규정하고 있다.

39) 성낙현, 앞의 책, 308면; 심재무, “징계권의 한계”, 비교형사법연구 제2권 제2호, 한국비교형사법학회, 2000. 12, 63면.

40) 조 국, 앞의 논문, 326면.

41) 노기호, 앞의 논문, 28면; 유인창, 앞의 논문, 157면; 윤용규, “교원의 학생체벌에 대한 형법적 고찰”, 139면.

42) 이상돈, 앞의 책, 362면.

에 의하면 학생징계와 지도의 행사자를 ‘학교의 장’이라고 규정하고 있는 반면에, 동 법령의 위임으로 제정된 일부 생활규정과 교육현실에서는 교사가 체벌을 하고 있기 때문이다.

생각건대 체벌은 일정한 절차를 거쳐 학교장의 명의로만 내려질 수 있는 징계와는 다르다. 징계는 성격상 어느 한 교사 개인이 단독으로 내릴 수 있는 처분이 아닌 것이기 때문에 징계권은 위임이나 대리될 수 없는 것이다. 학생에 대하여 징계를 하기 위해서는 학교 내에 설치되어 있는 위원회의 논의와 징계대상자의 의견진술권 등 일정한 징계절차를 반드시 거쳐야 하고, 이후 학교장의 재가를 거친다. 그러나 체벌은 징계를 하기 위한 절차가 요구되지 아니한다. 왜냐하면 체벌은 성격상 징계보다는 가벼운 사안에 대해 행해지는 것으로, 정형적이고 엄격한 징계에 대한 사전적 경고와 예방을 그 목적으로 하기 때문이다.⁴⁴⁾ 판례에 의하면 ‘교사는 학교장의 위임을 받아 교육상 필요하다고 인정할 때에는 징계를 할 수 있’다고 하는데, 징계의 경우에는 학교장으로부터 교사에게로의 위임이 불가능하다고 본다. 또한 전교생에 대한 체벌을 학교장 한 사람이 모두 행한다는 것은 현실적으로 불가능하다. 더구나 체벌상황과 당해 학생의 구체적인 성향 등에 관해 해당 교사보다 잘 파악하고 있다고 하기 어려운 학교장만이 학생지도를 한다면 그 실효성과 적절성을 기대할 수 없을 것이다. 결론적으로 징계와 지도를 구별하는 입장에서 볼 때 체벌은 지도의 한 방법에 해당하고, 그렇기 때문에 정형화되고 합의제에 해당하는 징계절차에 의하지 않고서도 체벌을 교사의 독자적인 판단하에 개별적으로 시행될 수 있는 것이다. 또한 위임권의 관점에서 판단할 때 판례와 학설이 인정하는 징계의 위임은 불가능한 것인 바, 단지 지도의 위임만이 가능할 뿐이다. 그러므로 교사는 독립적으로 (간접) 체벌을 가할 수 있는 것이다.

43) 대법원 2004. 6. 10. 선고 2001도5380 판결.

44) 윤용규, “교원의 학생체벌에 대한 형법적 고찰”, 139면.

4. 개선방안

가. 체벌허용 여부 논의의 새로운 기준점 설정

기존 학설과 판례의 문제점을 극복하기 위해서는 체벌 허용여부에 대한 논의의 기준점을 새롭게 설정해야 할 필요성이 있다. 먼저 직접체벌과 간접체벌의 명확한 구별을 한 후, 직접체벌을 체벌허용 여부의 논의에서 배제하여야 한다. 과거 일부 판례⁴⁵⁾에 의하면 직접체벌의 경우에도 사회상규를 벗어난 것으로 볼 수 없다고 판시한 적도 있었으나, 이는 30~40년 전에는 합리화될 수 있었을지 몰라도 현재의 상황에서는 절대로 허용될 수 없다고 보아야 하기 때문이다. 또한 초·중등교육법시행령에서 말하는 ‘신체적 고통을 가하는 지도’에 직접체벌과 간접체벌이 모두 포함되는지 여부를 검토해 볼 필요가 있는데, 간접체벌만이 동 시행령에서 규정하고 있는 ‘신체적 고통을 가하는 지도’라고 판단된다. 그러므로 학생의 신체에 직접적인 유형력을 행사하는 직접체벌은 절대적으로 배제되어야 하며, 체벌논의에서도 이는 마찬가지로 할 수 있다.

이와 같이 직접체벌의 배제논거로는 다음을 들 수 있다. 첫째, 학생들에게 직접적인 유형력을 행사하는 행위는 그 자체로서 폭행죄 내지 상해죄의 구성요건에 해당한다. 상대적으로 약자에 해당하는 학생측의 인권보호를 위해서는 위법성조각사유로서 일정한 경우의 예외를 허용하는 것보다는 처음부터 예외사유를 허용하지 않는 것이 바람직하다. 둘째, 위법성조각사유로서 허용사유를 인정할 경우 그 허용범위를 정해야 하는 문제가 등장하는데, 범위설정의 객관적인 기준을 정립하기가 쉬운 일이 아니다. 셋째, 직접체벌이 아닌 간접체벌을 통해서도 얼마든지 교육적인 목적을 달성할 수 있음에도 불구하고 곧바로 보다 강력한 직접체벌을 허용하는 것은 보충성의 원칙에 반한다.

다음으로 학교의 장 뿐만 아니라 교사도 체벌의 주체로 인정하여야 한다. 이를

45) 대법원 1976. 4. 27. 선고 75도115 판결(‘교육법 제76조에 의하면 각 학교의 장은 교육상 필요할 때는 학생에게 징계 또는 처벌을 할 수 있도록 규정하고 있으므로 피고인(중학교 교장직무대리자)이 훈계의 목적으로 교칙위반 학생에게 뺨을 몇 차례 때린 정도는 감호교육상의 견지에서 볼 때 징계의 방법으로서 사회관념상 비난의 대상이 될 만큼 사회상규를 벗어난 것으로는 볼 수 없다’).

위해서는 교사의 체벌을 허용할 수 있는 근거가 반드시 필요하게 되는데, 현행 교육 관련법에 의하면 학교의 장이 아닌 교사의 체벌을 인정하고 있는 근거규정은 없다. 그러므로 교사의 체벌행위를 법령에 의한 정당행위로 볼 수는 없다. 그러나 교육목적상 체벌이 필요한 상황이 존재하는 현실도 부인할 수 없기 때문에 체벌을 절대적으로 위법행위로 볼 것이 아니라 체벌필요성 여부 및 방법과 한계설정을 전제로 ‘사회상규에 반하지 아니하는 행위’로 파악하여 개별적·제한적으로 허용할 수 있다고 본다.

이상의 논의를 종합해 보면 학교장의 경우에는 법령에 의한 정당행위로서 간접체벌이 허용되고, 교사의 경우에는 사회상규에 반하지 아니하는 정당행위로서 간접체벌이 허용된다고 할 수 있다. 하지만 학교장이든 교사이든 체벌의 허용이 인정되는 근거는 서로 다르지만, 체벌의 범위와 한계는 동일하다고 평가할 수 있다. 왜냐하면 법령(초·중등교육법 및 동법 시행령)에 의한 행위도 사회상규에 반하지 아니하는 범위 내에서만 인정될 수 있어야 하는 것인데, 현행 법령 그 자체에는 체벌에 관한 구체적인 기준이 설정되어 있지 않기 때문에 결국은 사회상규에 반하지 아니하는 행위로 귀결되는 현상이 벌어지기 때문이다.

나. 교원에 의한 간접체벌의 허용

體罰이란 신체적인 고통을 수반하는 벌이라고 할 수 있는데, 이는 직접적으로 신체적인 고통을 수반하는 벌과 간접적으로 신체적인 고통을 수반하는 벌로 구별될 수 있고, 후자의 경우(간접체벌)는 인정될 수 있음을 앞에서 살펴보았다. 이러한 간접체벌은 학생의 인권보호와 교사의 학생규율 확보 사이에 균형점을 확보할 수 있기 때문이다.⁴⁶⁾ 한편 신체적 고통을 수반하지 아니하는 범위 내에서의 罰⁴⁷⁾은 체벌 금지의 영역 밖의 문제로 평가할 수 있다. 그러므로 직접체벌을 대체할 수 있는 간접체벌과 신체적 고통을 수반하지 아니하는 범위 내에서의 罰의 유형을 강구하는

46) 조 국, 앞의 논문, 324면.

47) 예를 들면 상담을 통해 학생이 반성할 수 있는 시간을 주기, 학부모 호출하기, 교칙을 잘 지킨 학생에겐 칭찬표를 주고 어진 학생에겐 봉사 활동에 참여시키거나 자기행동이행 계획서를 쓰게 하기 등의 지도방법을 상정할 수 있다.

것이 무엇보다도 중요한데, 신체적 고통을 수반하지 아니하는 범위 내에서의罰은 적정한 범위 내에서 시행된다면 이견이 없이 인정되는 부분이기 때문에, 간접체벌의 유형화와 절차의 모색이 논의의 핵심이라고 하겠다.

이와 관련하여 군인복무규율 제15조에 의하면 ‘군인은 어떠한 경우에도 구타·폭언 및 가혹행위 등 사적 제재를 행하여서는 아니 되며, 사적 제재를 일으킬 수 있는 행위를 하여서도 아니 된다.’고 규정하여 소위 직접체벌에 해당하는 행위를 원칙적으로 금지하고 있지만, 육군에서는 일차려규정시행방침(육방침05-12호, 2005. 4. 1.)⁴⁸⁾을 시행하고 있는데, 이에 의하면 소위 간접체벌(팔굽혀펴기, 앉았다 일어서기, 보행, 땀걸음, 특정지역 청소, 반성문 작성 등)에 해당하는 행위에 대해서는 일정한 절차와 방법을 통하여 허용하고 있다. 이러한 군대 내에서의 체벌에 관한 형식은 학교 내에서의 체벌 논의에 참고가 될 수 있을 것이다.

다. 교원에 의한 간접체벌의 허용성 판단기준

1) 목적의 정당성

교육적인 체벌이란 한 인간으로서의 존엄성을 침해하지 않는 범위 내에서 학생의 기본적 인권인 학습권과 교사의 교수권을 보장하는 차원에서 이루어져야 한다. 이를 위해서는 체벌의 목적, 동기, 과정, 방법, 결과, 효과 등이 모두 교육적이어야 한다. 체벌상황이 존재하여 체벌을 하더라도 그 정도와 방법은 교육목적에 부합하여야 한다. 교사의 폭력적 성향이나 기질로 인하여 체벌이 행사되었다면 이는 재량의 남용에 해당할 경우가 많을 것이다. 그러므로 감정에 치우치는 체벌을 사전에 방지하기 위하여 체벌대상행위의 발생시점과 체벌의 시행시점 사이에 시간적 간격을 두는 것이 필요하다.⁴⁹⁾

48) 이에 대하여 보다 자세한 내용은 임천영, 「군인사법(제3판)」, 법률문화원, 2007, 692면 참조.

49) 직접체벌에서는 학생의 반응에 따라 교사가 흥분할 가능성과 그에 따라 체벌이 과도하게 진행될 가능성이 있는데, 간접체벌에서는 이러한 요건을 요구함으로써 교사의 폭력적 성향이나 기질을 미연에 차단할 수 있다. 또한 직접체벌은 교사의 힘의 정도에 따라 강도가 큰 차이를 보일 수 있지만, 간접체벌은 어느 정도 객관적이기 때문에 강도의 차이가 상대적으로 작다.

2) 절차의 준수

체벌은 체벌대상 학생과 교사, 다른 학생의 이해관계가 얽혀 있으므로 그 규율의 형식과 내용, 절차는 법령과 학교생활규정 등에 의해 엄격하게 정해져야 한다. 다음은 ○○고등학교(구) 학생생활규정(이하 ‘동 규정’이라고 한다) 중 학생체벌에 관한 조항이다.

제58조(학생 체벌) 초·중등교육법시행령 제31조 제7항의 ‘교육상 불가피한 경우’를 체벌규정으로 정하고, 이를 특수하고 예외적인 상황으로 제한 해석하여야 하며, 학생에게 체벌을 주고자 할 때에는 각 호의 사항을 준수해야 한다. (1) 교사는 감정에 치우친 체벌을 해서는 안 되며 체벌기준에 따라야 한다. (2) 교사가 체벌할 때에는 사전에 학생에게 체벌 사유를 분명히 인지시킨다. (3) 체벌 시행은 다른 학생이 없는 별도의 장소에서 반드시 제3자(생활지도부장이나 교감)를 동반하여 해당 학생을 체벌해야 한다. (4) 체벌하기 전에 교사는 학생의 신체적·정신적 상태를 점검해서 이상이 없는지를 반드시 확인해야 하며, 이상이 있다고 판단되는 경우 체벌을 해서는 안 되며, 이때 체벌을 연기하여 실시할 수 있다. (5) 체벌 도구는 지름 1.5cm 내외로 길이는 60cm 이하의 나무로 하며, 직선형이어야 한다. (6) 체벌 부위는 둔부로 한다. 단, 여학생의 경우는 대퇴부로 제한한다. (7) 1회 체벌봉 사용 횟수는 10회 이내로 하고, 해당 학생에게 상해를 입혀서는 안 된다. (8) 해당 학생이 대체벌을 요구할 수 있으며, 해당 교사는 학교장의 허가를 얻어 학생의 보호자를 내교토록 하여 학생지도문제를 협의할 수 있다.

동 규정은 과거 직접체벌이 허용되던 때의 조항인데, 간접체벌을 허용하는 경우에 있어서 참고가 될 수 있을 것이다.⁵⁰⁾ 이를 간접체벌에 적용하여 구체적으로 살펴보면, ① 교사는 감정에 치우친 체벌을 해서는 안 되며 체벌기준에 따라야 한다. 따라서 사전에 체벌대상행위와 그에 상응하는 체벌의 유형에 관한 체벌기준을 마련하

50) 물론 동 규정에서 직접체벌을 고려하여 규정하고 있는 (3), (5), (6), (7) 등은 검토의 대상에서 제외된다. 특히 (3)의 경우는 직접체벌이 학교의 교실 내에서 그 반 학생들이 보고 있는 가운데 이루어지는 상황에서 이를 지켜보는 다른 학생들에게도 심각한 정신적 충격을 줄 수 있기 때문에 공개체벌을 금지하는 것으로 판단된다. 하지만 간접체벌은 일정한 한도와 절차를 준수할 경우 이러한 우려를 불식시킬 수 있기 때문에 공개된 장소에서 시행하는 것이 가능하다고 본다.

여야 한다. ② 체벌 전에 학생에게 체벌의 목적을 알리고 훈계하여 변명과 반성의 기회를 주어 학생이 왜 잘못했는가를 명확히 인식시켜야 한다. 이와 같이 체벌의 절차를 신중하게 하도록 정한 이유는 교사가 위엄을 유지하면서도 좀 더 냉철한 마음으로 체벌의 필요성과 정도를 헤아려 학생에게 큰 피해가 가지 않는 범위 내에서 체벌을 가하도록 하고, 학생에게는 대체벌을 요구하거나 스스로의 잘못이 무엇인지를 깨달을 수 있는 시간적인 여유를 주기 위한 것이다. ③ 체벌 전에 학생의 신체적·정신적인 상태를 점검하여, 이상 유무를 살핀 후 시행해야 한다. 체벌은 학생의 성별·연령·장소적 환경 또는 시간적 환경(용변이 급한 경우, 식사시간이 지난 경우) 등 개인적인 사정에 따라 수인할 수 있는 정도이어야 하고, 특히 견디기 어려운 정도를 강요해서는 아니된다. 예를 들어 교실 안에서 행하는 것과 여름철의 뜨거운 날씨 또는 겨울철의 차가운 날씨 속에서 행하는 것은 학생의 신체에 미치는 영향에 차이가 있기 때문에 구체적인 사정을 고려해야 한다. ④ 체벌의 방법은 객관성, 정당성, 공정성, 일관성을 유지해야 한다. 또한 체벌의 내용과 정도가 비행에 상응해야 하는데, 이 때 잘못을 저지른 학생 이외의 다른 학생에 대하여 체벌이 미치는 교육적 효과 또는 반교육적 효과에 대하여 고려해야 한다. 왜냐하면 사소한 잘못 또는 용서를 받아도 좋을 만한 잘못으로 평가될 수 있는 비행에 대하여 체벌을 가하거나 과잉 체벌을 하는 경우 또는 마땅히 엄하게 다루어야 할 비행에 대하여 체벌을 가하지 않거나 과소체벌을 하는 경우에는 다른 학생들의 공감을 얻기 어렵고, 학생들의 신뢰를 저버리는 반교육적 효과를 일으킬 수 있기 때문이다. ⑤ 체벌은 ‘교육상 불가피한 경우’에만 행해져야 한다. ‘교육상 불가피한 경우’란 훈육이나 훈계 등 다른 교육적 수단으로는 교정이 불가능하여 체벌을 할 수 밖에 없는 특수하고 예외적인 경우를 말한다. 따라서 다른 대체수단으로 지도할 수 있음에도 체벌을 하는 경우에는 체벌의 불가피성을 충족하기 어렵다.

IV. 결 론

학교현장에서 직접체벌이든 간접체벌이든 불문하고 모두 사라지는 것이 이상적인 것이라는 점에는 누구나 공감할 것이다. 하지만 현실세계는 우리의 이상과 달리 체벌이 필요한 경우가 발생하고 있다. 이러한 체벌상황이 불가피하게 나타나는 현실을 인정하지 않을 수 없기 때문에 전면적으로 체벌을 부정하기 보다는 체벌의 범위와 방법에 대한 진지하고도 구체적인 모색이 필요한 것이다. 그러므로 간접체벌에 대한 구체적인 방안이 관련법령과 학생생활규정에 명시되어야 한다. 이와 관련하여 국회는 2011년 3월 18일 초·중등교육법 시행령 제9조 제1항 제7호를 개정하여 기존의 ‘학생포상 및 학생징계’를 ‘학생 포상, 징계, 징계 외의 지도방법 및 학교 내 교육·연구 활동 보호와 질서 유지에 관한 사항 등 학생의 학교생활에 관한 사항’으로 학칙의 기재사항을 변경하였다. 이는 도구와 손 등을 통한 직접체벌을 금지했지만, ‘학칙으로 정하는 바에 따른 징계 외의 지도방법 및 학교 내 교육·연구 활동 보호와 질서 유지에 관한 사항’라는 구절을 통해 간접체벌 권한을 각 학교에 보장한 것이다. 이는 입법부와 행정부의 공식적인 입장이 간접체벌에 대한 구체적인 기준의 마련을 전제로 그의 정당성을 인정하는 것으로 평가된다. 여기서 주의할 점은 이러한 학생에 대한 간접체벌에 관한 학칙은 체벌행위에 대한 형사법적 평가를 할 때에 참고자료로 활용될 수 있을 뿐이라는 것이다. 학생체벌에 관하여 학칙에서 마련된 규정을 준수하지 않았다고 하여 곧바로 학생체벌에 대한 사회적 상당성을 부정하거나 형사처벌의 가벌성을 인정하여서는 안 된다.

참고문헌

- 권오길, 「형법총론(제3판)」, 형설출판사, 2009.
- 김성기, “학생체벌에 관한 교사재량권의 근거와 한계: 교육의 준거와 법리를 중심으로”,
교육법학연구 제6호, 대한교육법학회, 1994.
- 김성돈, 「형법총론(제2판)」, 성균관대학교 출판부, 2009.
- 김성천·김형준, 「형법총론(제3판)」, 동현출판사, 2005.
- 김신규, 「형법총론」, 청목출판사, 2009.
- 김용숙, “학교체벌 어떻게 할 것인가 -학습권과 교권을 보장하기 위해 교육적 체벌은 강화
해야-”, 시민과 변호사 통권 제115호, 서울지방변호사회, 2003. 8.
- 김용희, 「형법총론(제2판)」, 형설출판사, 2005.
- 김일수·서보학, 「형법총론(제11판)」, 박영사, 2007.
- 노기호, “초·중등학교의 교육환경 조성의무와 학생의 학습권 보장”, 원광법학 제24권 제3
호, 원광대학교 법학연구소, 2008. 9.
- 노성호, “학교폭력의 실태와 문제점”, 범죄방지포럼 통권 제15호, 한국범죄방지재단,
2004. 10.
- 박상기, 「형법총론(제8판)」, 박영사, 2009.
- 배종대, 「형법총론(제8전정판)」, 홍문사, 2005.
- 성낙현, 「형법총론」, 동방문화사, 2010.
- 손동권, 「형법총론(제2개정판)」, 율곡출판사, 2006.
- 손희권, “체벌을 대체할 학생 규율 방안의 윤리성 및 교육적 효과에 관한 학생들과 교사들
의 지각 비교”, 교육문제연구 제19집, 고려대학교 교육문제연구소, 2003. 9.
- 송요원, “학교 내에서 학생의 인권과 교원의 체벌 -미국 법원의 판례를 중심으로-”, 토지
공법연구 제21집, 한국토지공법학회, 2004. 3.
- 심재무, “징계권의 한계”, 비교형사법연구 제2권 제2호, 한국비교형사법학회, 2000. 12.
- 안주열, “학교교육에서의 아동의 일반인권에 관한 법적 고찰”, 헌법학연구 제10권 제1호,
한국헌법학회, 2004. 3.
- 양석진, “학교체벌 허용에 관한 헌법학적 고찰”, 법학연구 제9집, 한국법학회, 2002. 6.

- 오영근, 「형법총론(제2판)」, 박영사, 2010.
- 유인창, “형사상 학생체벌의 정당성에 관한 소고”, 법학연구 제16집, 한국법학회, 2004. 12.
- 윤영미, “학생의 기본권에 관한 몇 가지 문제”, 헌법학연구 제14권 제3호, 한국헌법학회, 2008. 9.
- 윤용규, “체벌의 정당화에 관한 소고”, 비교형사법연구 제4권 제2호, 한국비교형사법학회, 2002. 12.
- 윤용규, “교원의 학생체벌에 대한 형법적 고찰”, 형사법연구 제21호, 한국형사법학회, 2004. 여름.
- 윤용규, “법령에 의한 체벌의 성립요건”, 강원법학 제20권, 강원대학교 법학연구소, 2005. 6.
- 윤용규, 「형사법의 주요이론」, 강원법학 총서 제7권, 강원대학교 출판부, 2007.
- 이광우, “교사의 체벌행위에 관한 연구”, 경남대학교 박사학위논문, 2000. 12.
- 이상돈, 「형법강의(제1판)」, 법문사, 2010.
- 이영란, 「형법학(총론강의)」, 형설출판사, 2008.
- 이인영, “사회상규의 의미와 정당행위의 포섭범위 -체벌의 허용요건과 정당행위”, 형사판례연구 제13권, 형사판례연구회, 2005.
- 이재상, 「형법총론(제5판)」, 박영사, 2007.
- 임 응, 「형법총론(제3정판)」, 법문사, 2010.
- 임천영, 「군인사법(제3판)」, 법률문화원, 2007.
- 정성근·박광민, 「형법총론(제4판)」, 삼지원, 2009.
- 정영일, 「형법총론(제3판)」, 박영사, 2010.
- 정웅석·백승민, 「형법강의(전정제1판)」, 대명출판사, 2008.
- 정진곤, “체벌의 개념과 교육적 의미”, 비교교육연구 제11권 제2호, 한국비교교육연구회, 2001. 12.
- 조 국, “교사의 체벌과 정당행위 -대상판결: 대법원 2004. 6. 10. 선고 2001도5380 판결-”, 서울대학교 법학 제48권 제4호(통권 제145호), 서울대학교 법학연구소, 2007. 12.
- 조동섭, “체벌의 교육적 의미와 한계”, 초등교육연구 제14권 제2호, 한국초등교육학회,

2001.

진계호·이준걸, 「형법총론(제8판)」, 대왕사, 2007.

천진호, “사회상규에 위배되지 아니하는 행위’에 대한 비판적 고찰”, 비교형사법연구 제3권 제2호, 한국비교형사법학회, 2001. 12.

최순영, “학교에서부터 폭력의 재생산 고리를 끊어야 한다”, 국회보 통권 제479호, 국회사무처, 2006. 10.

표시열, “한국 학교에서 아동권리협약의 적용과 과제: 체벌·징계절차표현의 자유를 중심으로”, 교육법학연구 제20권 제2호, 대한교육법학회, 2008. 12.

The Justification and Permissible Range of Corporal Punishment in School

Park, Chan-Keol*

The corporal punishment was continuously continued in school and it caused many problems. But the trend in Korea 2010 on corporal punishment has come to complete abolition of it. On the one hand, The Supreme Court(A case in point, Supreme Court's Decision as of June 10, 2004.) and The Constitutional Court(A case in point, Constitutional Court's Decision as of July 27, 2006.) has maintained that it may be justifiable if it is properly used an ultima ratio for educational purpose of correcting. An act which is conducted in accordance with Acts and subordinate statutes, or in pursuance of accepted business practices, or other action which does not violate the social rules shall not be punishable(Criminal law §20). And the elementary and secondary educational law §18 and its Enforcement Ordinance §31⑦ provide articles, which allow 'guidances inflicting bodily pains' if they are 'inevitable for the purpose of education'. According to interpretation of these articles, indirect corporal punishment of principal is act which is conducted in accordance with Acts and indirect corporal punishment of teacher is act which does not violate the social rules. In conclusion, 'direct corporal punishment', direct infliction of physical pain, must not be allowed and 'indirect corporal punishment', indirect infliction of physical pain, must be allowed. Even if indirect corporal punishment is allowable, there should be limits as to how, and degree to which, it is carried out. Also, if the damage to the student caused by corporal punishment is more severe than the damage done to

* Full-time lecturer, Department of Police Administration, Catholic University in Daegu, Ph.D. in law.

the teachers and the other students' educational rights, then it should be prohibited.

❖ Key words : corporal punishment, corporal punishment in school, justifiable act, the ordinance of student rights, the social rules.