

체벌논의에 대한 반성적 고찰: 체벌법규의 해석을 중심으로

윤 용 규*

국 | 문 | 요 | 약

교육법규는 체벌을 원칙적으로 금지하고 있다. 다만 예외적으로 허용할 뿐이다. 예외의 근거는 초·중등교육법시행령 제31조 제7항(2011.3.18. 같은 조 제8항으로 개정됨)과 각 학교의 체벌학칙이다. 그러나 다수의 문헌은 체벌이 일반적으로 허용된 것으로 이해한다. 학교 체벌이 예외를 인정하는 위 법규 때문에 발생한다고 여기는 것이다. 그래서 위 시행령과 학칙의 체벌허용 부분을 폐지해야 한다고 주장한다. 그러나 이러한 주장(=폐지론)은 위 법규에 대한 오해에서 비롯된 것이다. 개정전 체벌법규는 체벌허용 조건을 매우 까다롭게 규정하고 있어 오히려 체벌금지를 강조한 것과 같다고 할 수 있기 때문이다. 그 예외적 허용의 범위와 내용이 지극히 협소하고 경미한데다, 체벌대신 다른 벌을 요구할 권리까지 보장되어 있었음을 놓치지 말았어야 했다.

그럼에도 불구하고 교과부는 폐지론의 주장을 반박하기는커녕 위 시행령을 개정하여 제31조 제8항을 제정하였다. 교과부 역시 종전의 시행령 제31조 제7항과 체벌학칙을 제대로 이해하지 못하였던 것이다. 물론 체벌학칙의 규범성도 몰랐으므로 교육현장에서 체벌법규는 잊혔고 해석되지 않았다. 그럼에도 체벌에 관한 모든 비난은 체벌법규에 쏟아졌고 결국 법규는 개정되었다. 그러나 학교체벌의 문제는 법규의 미비가 아니라, 기존 법규를 적정히 해석하고 적용하지 않았기 때문에 발생되었고 방치되었던 것이다. 이 점에서 제31조 제8항은 불필요한 입법이자, 체벌 행정의 실패를 근거 없이 법규의 탓으로 돌린 ‘책임전가’ 입법이다.

체벌논의의 목적은 학생지도의 공백 없이 체벌을 퇴출시키는 것이다. 이런 의미에서 교과부의 위 시행령 개정과 몇몇 교육청의 이른바 “학생인권조례” 제정은 정확한 문제해결 시도는 아니다. 성숙한 입법은 언제나 기존의 법규를 성실히 해석하고 적용함으로써 탄생한다. 진정 체벌퇴출을 원한다면 무엇보다 체벌법규의 보완입법인 체벌대체학칙을 마련하고 이것을 교사와 학생 등 교육주체에게 받아들이는 시간을 주(있)어야 한다.

❖ 주제어 : 체벌, 법해석, 학생인권, 국가인권위원회, 유엔아동권리협약

* 강원대학교 법학전문대학원 교수

I. 문제제기

한때 뜨거웠던 체벌에 대한 관심이 잠잠해진 듯하다. 언론매체에서도 거의 다루지 않을 뿐만 아니라 많은 일선 교사들의 전언에 의하면 이제 교실에서 체벌은 사라졌다고도 한다. 그렇다면 체벌은 퇴출되었고 체벌논의는 더 이상 필요하지 않은 것인가. 물론 그렇지 않다. 위와 같은 현상은 체벌정책의 적정한 집행으로 인한 것이라기보다는 주변 정황에 크게 영향을 받은 것으로 보이기 때문이다. 2010년 10월 등장한 이른바 학생인권조례는 체벌 문제를 뛰어넘는 ‘조례’ 논쟁을 불러일으켰고, 그 시행과정에서 교육과학기술부와 해당 교육청간에는 첨예한 대립이 촉발되었던 것이다. 여기에 더하여 근래 학교폭력 사건들이 연이어 터져 나왔으니, 이런 상황은 체벌 문제를 우리의 관심권 밖으로 밀어내기에 충분했을 것이다.

그러므로 지금의 체벌에 대한 무관심과 체벌퇴조 현상을 환영할 수만은 없다. 더구나 요즈음 학교현장의 목소리는 체벌상황을 당하면 교사들은 회피하며, 학생들은 인권을 주장하고, 학부모는 항의한다고 한다. 학생지도의 혼란스러움에 대한 탄식과 징후가 도처에서 들려온다. 실로 우리가 바라는 것이 학생지도의 공백 없는 체벌퇴출과 그 상태의 정착이라면 최근의 현상은 아직은 올바른 현상 인식이 필요한 불안한 침묵에 불과하다. ‘지속가능한 학생지도’가 절실한데 이를 얻으려면 그간 투입된 체벌대책을 고찰하는 것으로부터 시작해야 한다. 이런 점에서 2011.3.18. 초·중등교육법시행령 개정(대통령령 제22712호)¹⁾은 우리의 관심을 끈다. 다양한 체벌폐지론에 대한 대응입법의 성격을 띤 이 개정에서 교과부는 시행령 제31조 제7항(이하 ‘구조항’이라고 함)의 체벌의 형태와 발동요건을 고쳐 같은 조 제8항(이하 ‘신조항’이라고 함)으로 하였다.²⁾

1) ‘개정이유’로는 “학생의 학교생활이 자율과 책임을 바탕으로 한 민주적 절차에 따라 이루어질 수 있도록 초·중등학교의 장이 학칙을 제정하거나 개정할 때에는 미리 학생의 의견을 듣도록 하고, 학생의 징계 방법 및 학교운영위원회의 운영에 관한 사항을 개선·정비하는...” 것 등을 밝히고 있다. 개정 내용 가운데 학생 제재(制裁)와 관련된 것으로는 학칙 제정시 학생의견을 듣도록 한 것(제9조 제1항 7호, 동조 제4항)과 학생의 징계 방법으로 출석정지 제도를 도입한 것(제31조 제1항 4호), 그리고 종전의 제31조 제7항을 개정하여 같은 조 제8항으로 한 것 등이 있다.

2) 구조항: “학교의 장은 법 제18조제1항 본문의 규정에 의한 지도를 하는 때에는 교육상 불가피한 경우를 제외하고는 학생에게 신체적 고통을 가하지 아니하는 훈육·훈계 등의 방법으로 행하여야

그런데 이 개정은 그 내용도 그렇지만 과정에서도 수궁하기 어려운 점들이 있다. 개정과정에서 구조항을 변명하지 않은 교과부의 태도가 무엇보다도 그렇다. 입법 취지와 해석가능한 모든 주장을 함으로써 구조항의 정당성을 밝혀내어 폐지론을 반박하는 대신 개정에 앞장섰기 때문이다. 개정 준비단계에서 체벌의 문제점이 지적되고, 체벌금지의 부정적인 효과(예컨대 교사의 교육활동 위축, 교실붕괴 등)에 대한 우려는 있었지만,³⁾ 구조항의 공과에 대한 언급은 보이지 않았던 것이다. 교육법대개편(1998년)으로 등장하여 십수년간 효력을 가졌던 이 조항이 긍정적이든 부정적이든 어떠한 평가도 없이 교과부에 의해 역사 속으로 내던져져도 되는지 매우 의아한 일이 아닐 수 없다. 개정대상 법규에 대한 검토는 개정의 필요성과 방향을 밝히는 것이기도 한데 이것이 생략되었기 때문이다. 교과부가 체벌법규, 특히 구조항을 제대로 이해했더라도 과연 그런 식의 입법(=구조항 폐기와 신조항 제정)을 하였을까 라는 의문도 뒤따랐다. 후술(II.)하는 바와 같이 구조항은 체벌을 정면으로 금지하는 규정인데, 이를 폐지 또는 개정하려는 까닭을 이해할 수 없었기 때문이다. 체벌폐지론⁴⁾의 논거들(IV.2.)도 교육법규의 해석론에 입각하였는가에 대해서 회의적이긴 마찬가지이다. 이 의문이 타당하다면 관련 법규에 대한 정확한 이해도 없이 그것의 폐지 또는 개정을 체벌대책으로 내놓은 것이 된다. 교육현장이 겪고 있는 지금의 이 ‘불안한 안정’은 바로 이같은 ‘해석론 없는 입법(론)’에서 비롯된 것은 아닌지 심히 의심스러운 것이다.

무릇 입법론이란 정책수행이 실무적 한계에 부딪혔고, 그것이 다름 아닌 관련법규의 미비(未備)에서 비롯되었다고 할 수 있을 때에 비로소 펼칠 수 있다. 해당조항의 결함을 밝히지 않은 채 행해진 개정은 입법의 오·남용에 가깝다. 만일 체벌 문제가 법규의 미비로 인한 것이 아니라면 이는 체벌정책 수행의 실패가 그 원인일 가능성이 크다. 이런 측면의 성찰적 분석 없이 단순히 법규의 폐지나 개정을 시도

한다.” 신조항: “학교의 장은 법 제18조제1항 본문에 따라 지도를 할 때에는 학칙으로 정하는 바에 따라 훈육·훈계 등의 방법으로 하되, 도구, 신체 등을 이용하여 학생의 신체에 고통을 가하는 방법을 사용해서는 아니 된다.” 이에 대한 해석론과 비판은 II.와 IV.2., 4. 참조.

3) 교육과학기술부, 학교문화 선진화 방안(안), 2011.1. 4면; 교육법 연구팀(한국교육개발원 위탁연구), “학생의 권리와 학교교육의 사명, 어떻게 조화시킬 것인가”, 2010.8.18. 발표 등 참조.

4) 대표적으로 한상희, 체벌 및 초·중등교육법시행령 개정안의 위헌성, 213면 이하; 오동석, 학생인권조례를 둘러싼 몇 가지 헌법적 쟁점, 42면 이하 참조. 이에 대한 비판은 IV.2. 참조.

하는 것은 너무 졸속한 대안이 아닌가 한다.

이와 같은 문제인식은, 구조항은 개정되기까지 제대로 해석되었고 적정하게 집행되었는지, 그리고 당대의 해석론에 기초하여 개정되었는지 등의 질문을 하게 한다. 이에 대한 대답은 구조항과 신조항, 그리고 체벌학칙에 대한 해석을 함으로써 얻을 수 있을 것이다.⁵⁾ 이 과정에서 법규에 담긴 체벌의 규범적 성격과, 체벌의 허용범위와 적용대상, 사법부의 체벌에 대한 태도, 그리고 체벌폐지론이 제시한 구조항에 대한 위헌론과 유엔아동권리위원회의 권고, 또한 교과부에 의해 추진된 구조항 개정 등의 타당성에 대하여도 살펴보게 될 것이다.

II. 체벌법규의 체벌에 대한 태도

1. 체벌법규

1) 체벌법규란 체벌과 관련이 있는 모든 법규정을 지칭하는 것이지만, 대체로 교육법령인 초·중등교육법(이하 ‘법’이라고 함)과 이 법의 시행령(이하 ‘시행령’이라고 함), 그리고 시행령에 기초한 일선 학교의 학칙(또는 ‘학생생활규정’) 등에 존재하는 체벌 관련 조항들을 가리킨다. 이밖에도 상위법과 동료법의 관계로 체벌에 멀게 또는 가깝게 영향을 미치고 있는 규범들은 다음과 같다. 헌법과 형법, 교육기본법, 아동복지법, 청소년보호법, 학교폭력방지법 등에 존재하는 학생(과 아동, 청소년)의 인격과 신체의 자유와 안전에 관련된 규정들이다. 또한 헌법 제6조 제1항에 따라 유엔아동인권조약 등과 같은 국제적으로 승인된 인권조약도 체벌 관련 규정을 가지고 있다. 다만 이러한 국제조약 등은 2007.12.14. 법개정[법률 제8675호]으로 제18조의4가 신설됨으로써 국내법적 효력이 더 강조되었다.⁶⁾

5) 그러므로 이 글은 구조항 해석을 중심으로 전개하였고, 신조항에 대한 검토와 신·구조항 비교는 뒤(IV.2.와 4.)에서 하였다.

6) 제18조의4(학생의 인권보장) : 학교의 설립자·경영자와 학교의 장은 「헌법」과 국제인권조약에 명시된 학생의 인권을 보장하여야 한다. 이런 식의 개정은 그러나 학생인권을 강조한 것이라고 이해할 수도 있겠지만 결국은 바람직하지 않은 존스런 입법이 아닌가 한다. 이 조문이 담고 있는 내용은

이상의 체벌관련 법규정들은 그 존재형식에 따라 서로 상하위법 관계 또는 상호 보완 관계에 있다. 즉, 헌법의 인간의 존엄(제10조)과 신체의 자유(제12조), 교육을 받을 권리(제31조) 등의 규정으로부터, 교육기본법의 교육의 이념(제2조), 학교교육(제9조), 학습자(제12조), 교원(제14조) 등의 규정과 유엔아동권리협약의 수용으로, 그리고 초·중등교육법의 학교규칙(제8조), 학생의 징계(제18조), 학생의 인권 보장(제18조의4), 교직원의 임무(제20조) 등에 관한 규정으로, 그리고 시행령의 학교규칙의 기재사항(제9조)과 학생의 징계(제31조) 등의 규정으로, 그리고 일선 학교에서 제정한 학칙의 체벌규정으로 구체화 되면서 체계적으로 상하관계에 놓이게 되었다. 따라서 체벌과 관련된 법의 제정과 개정, 해석은 이런 법규 간 상호관계를 전제로 체계적으로 이루어져야 한다.

2) 체벌법규는 체벌을 금지된 행위로 선언하였다. 헌법을 비롯한 모든 체벌법규는 국민의 신체의 자유를 보호·보장하기 위하여 타인의 인격과 신체에 대한 일체의 법익침해 행위를 금지하고 있다. 다만 ‘예외적 허용’의 길을 열어놓았다. 그러므로 체벌법규에 대한 해석론은 체벌의 ‘예외적 허용’에 대한 정확한 이해가 그 핵심이라고 할 수 있다. 학칙의 체벌관련 규정(=체벌학칙)은 체벌의 원칙적 금지를 전제로 예외적 허용 상황과 절차를 규정한 것이다. ‘허용’의 위임근거는 학칙의 상위 법령인 교육기본법과 법, 시행령에 있다. 교육기본법 제12조 제3항은 “학생은 학습자로서의 윤리의식을 확립하고, 학교의 규칙을 준수하여야 한다. 교원의 교육연구 활동을 방해하거나 학내의 질서를 문란하게 하여서는 아니 된다.”고 하여 학칙준수 의무 등을 분명히 했고, 법 제18조 제1항 본문은 “학교의 장은 교육상 필요한 때에는 법령 및 학칙이 정하는 바에 의하여 학생을 징계하거나 기타의 방법으로 지도할 수 있다.”고 하였고, 구조항은 “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.”로 함으로써 체벌의

국제법존중주의를 표방한 헌법과 체계적 법해석을 통해 당연히 도출되는 것이기 때문이다. 즉 해석의 영역을 침범한 입법으로 법발전을 저해할 뿐만 아니라 이미 ‘실천’이 요구되는 사항을 ‘입법단계’로 후퇴시켜 법실천도 가로막는 저급한 입법만능주의의 표출일 뿐이다. 또한 불필요한 중복입법으로 누더기 입법을 초래하는 주된 원인이다.

‘예외적 허용가능성’을 규정하였다. 이 법령의 위임으로 일선 학교의 학칙에서 차별 사유와 절차를 정하였다. 2002. 6. 교육부는 차별관련 규정이 포함된 학칙‘예시안’을 제시한 바 있는데, 이는 “초·중등교육법시행령 제31조 제7항의 ‘교육상 불가피한 경우’를 차별규정으로 정하여 시행하되...”라고 함으로써 비로소 차별이란 용어를 사용함과 동시에 교육법규에서 차별의 위치와 구체적 절차 등을 분명히 하였다. 학칙제정을 위한 교육부의 가이드라인인 예시안은 발표당시 논란이 있었으나 다수 학교에서 받아들였을 뿐만 아니라 판례(헌재2006. 7. 27. 2005헌마1189결정)에서도 인용되어 이 글에서는 예시안의 차별조항을 차별학칙으로 원용하였다.⁷⁾ 그 내용은 아래와 같다.

제58조(학생 차별) 초·중등교육법시행령 제31조 제7항의 ‘교육상 불가피한 경우’를 차별규정으로 정하고, 이를 특수하고 예외적인 상황으로 제한 해석하여야 하며, 학생에게 차별을 주고자 할 때에는 각 호의 사항을 준수해야 한다. (1) 교사는 감정에 치우친 차별을 해서는 안 되며 차별기준에 따라야 한다. (2) 교사가 차별할 때에는 사전에 학생에게 차별 사유를 분명히 인지시킨다. (3) 차별 시행은 다른 학생이 없는 별도의 장소에서 반드시 제3자(생활지도부장이나 교감)를 동반하여 해당 학생을 차별해야 한다. (4) 차별하기 전에 교사는 학생의 신체적·정신적 상태를 점검해서 이상이 없는지를 반드시 확인해야 하며, 이상이 있다고 판단되는 경우 차별을 해서는 안 되며, 이때 차별을 연기하여 실시할 수 있다. (5) 차별 도구는 지름

7) 이 글에 소개된 학칙의 조문 역시 위 현재결정 속 고등학교의 것을 따랐다. 물론 모든 고등학교가 다 이와 같은 학칙을 가지고 있는 것은 아니다. 이것은 우리나라에서 학칙의 위상이 어떤가를 보여주는 단적인 예일 수도 있다. 설령 다른 학칙을 가지고 있다고 해도 규범체계상 그 범주의 협소함과 경미함(아래 2. 참조)으로 인해 이 글의 주장이 크게 영향 받지는 않을 것이다. 그러나 이제까지 학칙의 ‘규범성’(이는 교육기본법 제12조, 법 제8조 제17조, 제18조, 시행령 제9조, 제31조 등이 그 근거이며, 학칙의 법적 성질에 관한 문헌으로는 김호정, 학칙의 법적 성질과 규율범위, 263면 이하; 배영길, 대학의 학칙에 관한 연구, 316면 이하; 윤용규/최희수, 학생인권과 교권의 조화방안, 406면 이하 등 참조)은 적어도 차별과 관련하여서는 경시되어온 것 같다. 차별학칙의 적용실태에서도 그렇지만 차별논의에서 차별학칙의 규범성은 거의 다뤄지지 않았다는 점(일예로 표시열, 교육법, 236면 이하 참조)이 그 이유이다. 이런 경향은 차별학칙을 무용지물로 만들었고, 그 결과 우리는 아직도 ‘학교차별’(아래 3 참조)에 대한 대책을 어디서 찾아야 할까 라는 초보적 고민에서 벗어나지 못하고 있다.

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.

제59조(체벌의 기준) 체벌은 교육상 필요하고 다른 수단으로는 교정이 불가능한 경우에 한하며, 다음 각호의 기준에 따른다. (1) 교사의 훈계나 반복적인 지도에 변화가 없는 경우, (2) 남의 권리를 침해하거나 신체·정신·인격적 피해를 입히는 행위, (3) 다른 학생을 이유 없이 괴롭히는 경우, (4) 남의 물건 및 물품을 의도적으로 손상시키는 행위, (5) 학습태도가 불성실한 경우, (6) 본교에서 운영하는 벌점 규정에 의하여 벌점 기준을 초과했을 경우.

체벌법규는 체벌의 허용을 규정했지만 이는 어디까지나 예외적인 경우임을 규범체계와 담고 있는 내용에서 알 수 있다. 이에 관하여 상세히는 2.에서 검토한다.

3) 체벌논의가 복잡성을 띠는 주된 이유는 ‘체벌’이라는 용어가 다양한 의미로 쓰일 뿐만 아니라, 토론의 법칙을 벗어나기도 했기 때문이다. 즉, 현행법의 해석을 말하였는데 이를 체벌본질론⁸⁾의 시각으로 비판하거나 해석론을 입법론으로 받기도 했다는 것이다(아래 IV. 참조). 여기서는 체벌에 관한 몇 가지 용어를 정리한다.

체벌의 정당화는 체벌법규 또는 형법의 정당화사유를 충족시키는 두 가지 경우를 생각할 수 있다. 체벌법규(또는 체벌학칙)를 충족시켜 정당화 되는 체벌을 ‘학칙체벌’(學則體罰)이라고 하고, 형법의 정당화사유 충족 여부가 판결의 대상이 되는 경우를 ‘판례체벌’(判例體罰)이라고 할 수 있다.⁹⁾ 체벌의 정당화를 형법 제20조의

8) 이 글에서 ‘체벌본질론’이란 법해석 이전의 논의로서 체벌의 정당성, 필요성, 폐단 등에 대한 철학, 교육학, 심리학, 사회학적 관점의 논의를 의미하는 것으로 사용하였다. 그러므로 본질론에서는 경우에 따라 현행 체벌법규와 다른 주장도 펼칠 수 있다는 점에서 법률의 문언을 해석의 출발점으로 삼는 법해석론과 다르다고 하겠다(예컨대, 신차균, 학교체벌 논쟁에 대한 교육철학적 분석, 81면 이하 참조).

정당행위에 의하여 판단된다고 설명하는 경우라도 전자는 ‘법령에 의한 행위’에서, 후자는 “기타 사회상규에 위배되지 아니하는 행위”에서 논의되므로¹⁰⁾ 형법상 정당화의 주소는 서로 다르다. 뿐만 아니라 다음과 같은 차이가 있다. 학칙체벌은 형법의 정당화사유로 심사받기 이전 단계에서 정당화되는 경우로서, 비로소 형사책임이 아니라 이미 행정책임으로부터도 자유로운 반면, 판례체벌은 형사책임을 면할 지라도 행정적 제재를 받을 여지가 남는다는 것이다.¹¹⁾ 물론 정당화 되지 않는 판례체벌은 행정적 징계뿐만 아니라 민·형사상 책임도 면할 수 없게 된다. 여기서 중요한 것은 판례체벌이 형사상 정당화되더라도, 또는 애당초 판례체벌에는 이르지 아니하였더라도 체벌학칙으로 정당화되지 않는 일정 영역의 체벌이 존재한다는 사실이다. 실제로 학교에서 벌어지고 있는 체벌의 대부분이 여기에 속하므로 이를 ‘학교체벌’(學校體罰)이라고 할 수 있는데, 문제는 이런 유형의 체벌은 징계의 대상이 됨에도 불구하고 사실상 어떠한 통제도 받고 있지 않다는 점이다. 이런 현실이 교육당국으로 하여금 학교체벌에 더욱 민감해야 하는 이유이다.

2. 학칙체벌의 예외성

1) 체벌법규는 체벌을 예외적으로 허용하되 그 요건과 절차를 명확히 하였다. 그런데 체벌의 예외적 허용에 대하여 많은 오해가 있는 듯하다. 말 그대로 체벌은 ‘예외적’으로 허용될 뿐인데 이와는 반대로 허용에 무게를 두어 이해하는 경향이 적지 않다.¹²⁾ 물론 예외가 원칙을 침해하지 못하도록 예외성에 대한 감시와 비판은 필요

9) 판례체벌에는 그러므로 형법의 모든 정당화사유, 즉 정당방위, 긴급피난, 자구행위, 피해자의 승낙, 정당행위 등에 의한 체벌정당화가 가능하다. 그러나 체벌관련 판례(자세히는 III.)는 체벌에 관하여 예외 없이 “기타사회상규에 위배되지 않는 정당행위”만을 그 기준으로 하여 판단하여, 이 글에서는 정당행위를 중심으로 논하기로 한다.

10) 이에 대한 논증으로 좀 더 자세한 것은 윤용규, 교원의 학생체벌에 대한 형법적 고찰, 134면 이하; 대법원 2004.6.10, 2001도5380 참조.

11) 체벌정당화 사유를 정확히 파악해야 하는 이유는 체벌대책에 영향을 미치기 때문이다. 체벌요건의 체계적 해석은 교육법규의 취지를 최대한 투영시켜 그때그때 시민의식의 변화를 요구함으로써 체벌요건의 한계와 변화를 당사자는 물론 일반인에게 알려주는 장점이 있다. 이에 대해서는 윤용규, 위 논문, 137, 151면 참조.

12) 이들의 공통점은 체벌의 예외성을 제대로 바라보지 않는다는 점이다. 예컨대 체벌이 ‘제한적’으로

하다. 그렇다면 예외를 규정한 ‘구조항과 체벌학칙’이 그 대상이 되어야 할 것이다. 그렇지 않고 단지 ‘허용의 위험함’만을 강조한다면, 이는 예외를 일반화하는 논리적 오류를 범하는 것이다.¹³⁾ 체벌의 ‘예외성’에 대한 오해는 구조항에 대한 폐지론 또는 위험론에서도 그대로 나타난다.¹⁴⁾ 이러한 오해를 해소하기 위해 구조항의 성격, 즉 체벌의 예외적 허용의 ‘의미’와 그 적용 ‘범주’, 그리고 체벌의 대상이 되는 학생의 비위(非違)는 어느 정도인가에 대한 해석이 필요하다.

2) 법 제18조 제1항 본문과 구조항은 체벌의 전제조건을 다음과 같이 구체화하고 있다. 체벌의 전제조건, 즉 ‘체벌상황’에 대해 법은 ‘교육상 필요한 때’로 하였지만, 시행령은 다시 ‘교육상 불가피한 경우’로 그 폭을 좁혔다. 더 나아가 학칙의 체벌규정 제58조와 제59조는 체벌상황을 ‘특수하고 예외적인 상황으로 제한 해석하여야 하며’, 그리고 ‘다른 수단으로는 교정이 불가능한 경우에 한’하는 것이라고 함으로써 ‘교육상 불가피한 경우’의 범주(즉 폭의 협소함)를 명확히 밝혔다. 이는 체벌의 ‘최후수단성’을 의미한다. 요컨대 학칙체벌은 교육상 필요성을 전제로 하여 다른 수단으로는 교정이 불가능한 경우여야 가능한, 즉 필요성과 보충성(최후수단성)이 필요충분조건[=이중(二重)의 예외]으로 요구되는 학생지도 방법인 것이다. 이 요건을 충족시키지 못한 상태의 체벌은 최후의 수단이 아닌 체벌로서 그 밖의 절차요건 충족 여부는 따질 필요도 없이 이미 정당화 될 수 없다.

그러나 체벌학칙은 ‘체벌상황’(아래 3)참조)의 충족 이외에 다시 체벌의 절차적 조건과 준수사항을 정형화함으로써 체벌의 예외적 정당화 범위를 내용적·절차적으로 더욱 엄격히 제한하였다. 이처럼 까다로운 조건들이 겹겹이 차단막을 형성하

허용되었다고 이해한다(박정원/이성흠, 체벌금지에 대한 입법동향과 과제, 81면; 박광현, 학생체벌의 정당성에 대한 법률적 고찰, 44면; 오동석, 위 논문(주4), 42면 이하; 정철호, 공교육체계에서의 학생체벌에 대한 법적 고찰, 378, 392면; 한상희, 위 논문(주4), 226면 등). 한편, ‘예외적’과 ‘제한적’을 혼동한 것으로 보이는 견해도 있다. 이때 “제한적 허용설”로 분류된 것의 대부분은 ‘예외적 허용’의 의미로 읽혀야 된다(조국, 교사의 체벌과 정당행위, 317면; 박찬걸, 교원에 의한 체벌행위의 정당성과 그 허용범위, 44면). ‘예외적’ 허용과 ‘제한적’ 허용의 본질적 차이에 대해서는 김일수, 교사의 학생체벌권과 정당화사유, 198면; 윤용규, 위 논문, 135면 참조.

13) 사실 다수의 문헌은 체벌의 개념을 정의하면서도 구조항 등과는 무관한 설명을 하고 있는 실정이다(박정원/이성흠, 위 논문, 82면 이하; 박찬걸, 위 논문, 42면 이하, 46면 등). IV. 2. 2) 참조.

14) 한상희, 위 논문(주4), 226면; 오동석, 위 논문(주4), 42면 이하. IV. 참조.

고 있어 교사가 학칙체벌 요건을 준수하기에는 사실 너무 어려워 체벌의 예외적 허용이 아니라 오히려 금지의 벽을 더 강하게 쌓은 것이라고도 할 수 있다. 이런 점에서, 구조함에 대해 “체벌을 제한하였다기보다는 오히려 교육상 필요한 것으로 인정한 규정”으로 이해하는 것은¹⁵⁾ 적어도 체벌법규에 대한 해석이라고 할 수는 없다. ‘제한’이라는 표현도 그렇지만¹⁶⁾ 체벌을 ‘교육상 필요한 것으로 인정한’ 것은 위 조항의 입법취지는 물론 문언에 비추어 볼 때 불가능한 일이다.

실제로 체벌법규의 요건을 충족함으로써 정당화된 학칙체벌의 예는 찾아보기 어렵다.¹⁷⁾ 체벌법규가 명문의 규정으로 허용가능성을 열어놓았지만 사실상 학칙체벌은 학생지도 방법으로 사용되지 않은 듯하다. 아니 사용될 수 없었다고 해도 과언이 아니다.

3) 학생제재(=징계와 지도)는 ‘학칙위반 행위’(이하 ‘비위’로 함)를 전제한다. 그러나 어떤 제재도 모든 비위를 대상으로 하는 것은 아니므로, 각각의 제재는 각자의 대상으로서의 비위가 있으며 이 범주를 벗어나지 않을 때 위법성 시비가 생겨나지 않는다. 가장 무거운 퇴학처분에서 가장 경미한 훈육·훈계에까지 이르는 다양한 제재 가운데서 어떤 것이 적합할 것인가는 일차적으로 학생 비위의 경중(輕重)에 비례하여 결정된다고 하겠다.¹⁸⁾ 이런 맥락에서 각각의 제재에 상응하는 대상 비위의 범주에 관한 검토가 필요하다.

학칙체벌도 그에 상응하는 비위가 대상이어야 한다는 것은 체벌비위의 범위 또

15) 김은경, 체벌의 실태와 영향에 관한 연구, 45면과, 체벌의 위법성판단을 위한 쟁점들, 87면 참조.

16) ‘제한적’ 허용과 예외적 허용의 차이에 대해서는 주13의 김일수, 윤용규의 논문 참조.

17) 이 점은 근래 조사보고된 체벌실태 통계에 나타난 체벌유형으로부터도 간접적으로 추론할 수 있다. 조사된 체벌유형은 다음과 같다: 기합, 매(윤용규, 규범학습을 통한 범죄예방, 298면), 기합, 몽둥이나 회초리, 손발로 맞음(조금주, 2006년도 중고등학생 인권실태조사 결과 및 개선방안, 204면), 언어폭력, 신체적 학대, 손과 발, 매와 같은 도구로 맞음(국가인권위, 2011 초중고등학교 인권교육 실태조사, 2011.10, 244면; 전국교직원노동조합, 학생교사 생활실태와 가치관 교육관 설문조사 보고서, 2011.11., 13면) 등.

18) 시행령 제31조 제2항 참조. 2011.3.개정시 학생징계 방법으로 ‘출석정지’를 도입하면서 그 이유로 학내봉사, 사회봉사, 특별교육 이수 등 경미한 징계 수단으로는 문제가 시정되지 아니하는 학생에게 퇴학처분 이전에 행사할 적절한 징계 방법이 필요하다고 하였다(법제처, 초·중·등교육법시행령 개정 이유서, 2011.3.18).

는 정도의 문제로서 2)에서 살펴본 체벌의 최후수단성과 함께 체벌상황을 구성한다. 즉 체벌상황은 체벌 비위가 있고 교육상 불가피성의 요건이 충족되어야 성립한다. 최후수단성으로도 체벌의 예외성은 확증되지만 체벌 대상과 범위에 대한 구체화는 그 예외성 정도를 더욱 강화시켜 준다.

그러므로 애당초 비위가 체벌대상이 아니라면 기타 체벌요건을 갖추었더라도 당연히 학칙체벌로 정당화되는 것은 아니다. 체벌이 가해진 비위가 체벌대상 영역보다 경미하면, 비위보다 중한 제재를 받은 것이므로 체벌상황이 성립되지 않은 경우에 해당되어 학칙체벌로 정당화될 수는 없다. 반면, 그 비위가 체벌대상 영역보다 중하였다면, 비위보다 가벼운 제재를 받은 것이어서 적절한 학생지도였는가에 관한 논란의 여지가 있을 것이다. 그러면 체벌상황을 야기하는 학생 비위는 어느 정도여야 하는가.

4) 체벌대상 비위의 정도를 논하는 이유는 어떤 경우에도 경한 비위에 중한 제재를 가해서는 안 되기 때문이다. 어떤 비위가 징계 또는 지도에 상응하는가에 대하여는 시행령 제31조 제1항과 제2항에 따라 다음과 같이 추론할 수 있다. 즉 일반적으로 징계가 지도보다는 무거운 비위에 대해 내려진다고 할 수 있다. 법의 “...학생을 징계하거나 기타의 방법으로 지도할 수 있다”는 식의 규정(법 제18조 제1항)은 지도보다 징계를 우선 하라는 의미는 아니지만 적어도 징계가 지도보다는 무거운 학생비위에 대한 제재 방법이자 주된 학생제재라는 취지로 이해된다. 이는 징계와 지도의 형식으로부터도 알 수 있는바, 징계는 지도에 비해서는 격식 정도가 높은 제재(법 제18조 제2항 참조)라는 점에서 그렇다. 물론 체벌도 절차규정이 있고 학생의 인권보호를 위해 가능한 한 징계에 부수하는 절차규정이 준용되어야 하지만 시행령 제31조의 규정태도와 퇴학처분까지 가능한 제재라는 점에서 징계대상 행위가 지도대상보다는 무겁다고 하겠다.¹⁹⁾ 그렇다면 학생제재의 경중은 크게는 ‘무거

19) 이와 달리 법 제18조1항의 “... 기타의 방법으로 지도할 수 있다.”에서 ‘기타의 방법’이라는 표지(標識)를 설명하면서 체벌을 징계보다 더 가혹한 제재인 것처럼 이해하는 견해(오동석, 학생인권조례에 관한 몇 가지 법적 쟁점, 137면)가 있다. 그러나 이 표지는 단지 ‘징계가 아닌’으로 해석하면 되며, 징계처럼 그 종류를 목록화 하기 어려운 ‘훈계와 훈육’의 속성을 표현한 것에 불과한 것이다. 더구나 구조상은 지도에 대해 나름대로 발동 수위와 요건을 규정하고 있을 뿐만 아니라 이때에도 학칙은 당연히 체벌의 수위를 정하는 중요한 기준이 된다.

운' 제재(=징계)와 '무겁지 않은' 제재(=지도)로 구별될 수 있으며, 이를 중한 것부터 나열하면 퇴학처분, 출석정지, 특별교육이수, 사회봉사, 교내봉사, 그리고 비체벌적 지도(훈육과 훈계)가 된다.

체벌대상 비위의 정도는 이와 같이 단계적으로 펼쳐져있는 여러 제재의 경중을 참작하여 파악될 수 있다. 이는 비위의 상한과 하한의 문제로서, 그렇다면 체벌대상 비위의 상한은 학내봉사의 하한과 경계를 이루며, 하한은 훈육·훈계의 상한과 경계를 이룬다고 할 수 있다. 체벌대상 비위의 경계는 그러나 언제나 획일적으로 고정되어 있는 것은 아닐 것이다. '교육상 불가피성' 등의 요건 심사를 통해 같은 학생비위라 하더라도 제재의 종류가 달라질 수 있기 때문이다. 즉 '교육상 필요한 때'나 '교육상 불가피한 경우가 아니라면'이라는 요건을 판단하는 데에는 여러 가지 판단인자들이 복합적으로 고려되어야 한다. 예컨대 무거운 비위라도 학생의 태도(예컨대, 고의가 없거나, 비위가 반복되었는지, 반성하고 있는지, 교사의 지도에 순응 하는가 등)에 따라서는 경한 제재로 족할 수 있을 것이다. 단순히 비위의 경중만이 그 판단기준이 되는 것이 아니라 위와 같은 여러 가지 사유를 종합적으로 고려하여 '교육상 불가피성' 등을 판단하여 체벌상황을 정해야 한다.²⁰⁾ 요컨대, 체벌대상 비위는 학내봉사 비위보다는 가볍고, 그러나 훈육·훈계 대상보다는 무거운 비위라고 할 수 있으며 교육상 불가피성을 따지는 과정에서 그 경계는 어느 정도 가변적이라고 하겠다.²¹⁾

5) 이상의 논의에서 학칙체벌의 예외성은 더욱 분명해졌고, 학칙체벌의 허용범주는 구조항 폐지론자나 개정자, 신조항 제정자들이 생각하는 것보다 아주 협소하고 경미한 비위를 대상으로 한다고 하겠다. 정리하면, 학칙체벌로 정당화되기 위해서는 실로 다음과 같이 매우 까다로운 요건을 갖춰야 한다: ① 체벌 대상 비위가 존재하고, 이에 대해 ② 교육상 불가피한 경우에, ③ 학칙의 체벌규정에 따라야 한

20) 이에 대한 판단은 교사의 몫이다. 물론 교사는 학생지도에 관한 교육법령과 학칙, 세부지침 등을 기준으로 삼아야 한다. 때문에 교사는 평소 학생지도에 관한 연찬에 힘써야 한다. 이에 대하여는 윤용규 위 논문(주10), 154면 이하 참조.

21) 윤용규, 위 논문의 주44와 그 본문 참조. 실제로 이러한 취지를 규정("... 징계를 대신하여 교내봉사 활동의 전(前)단계에 적용한다.")한 학칙도 있었다(2003.4.1. 춘천중학교 학칙 제12조).

다. 여기서 ①과 ②는 체벌상황을 구성하며, ③은 체벌의 여러 절차규정 준수이자 상당성 요건이라고 할 수 있다. 이때 체벌상황 판단인자의 하나인 체벌대상 비위는 ‘징계’ 대상 행위에는 미치지 않는 비교적 경미한 학칙위반에 불과하다. 이 범주를 넘어가면 체벌이 아니라 징계 대상으로 분류하는 것이 교육법규의 체계와 취지에 맞는 해석이다.

그러나 체벌학칙은 학생에게 ‘대체벌요구권’(또는 체벌동의권)을 보장함으로써 (제58조 제8호) 위에서 살핀 체벌의 예외성 범주의 협소함과 내용의 경미함마저 부정할 수 있는 길을 열어놓았다. 이것은 학칙체벌의 예외적 가능성에서 규범의 속성인 관철‘강제’를 관철‘가능’으로 약화시켜 학칙체벌의 예외성을 더욱 ‘예외화(例外化)’한 것이라고 하겠다.²²⁾

III. 체벌에 대한 판례의 태도

1) 체벌에 대한 판례는 예외 없이 체벌금지를 전제로 예외적 허용 여부를 판단하였다. 법원은 헌법을 비롯한 관련 법규에 선언된 체벌금지원칙을 법 해석과 적용을 통해 확인하였다. 체벌에 관한 형사판례, 즉 판례체벌의 수는 많지 않다. 대법원 중합법률정보 서비스와 헌법재판소 홈페이지에서 ‘체벌’로 검색한 형사 관련 판례는 대법원 5개, 하급심 2개와, 헌법재판소 결정 3개에 불과하다.²³⁾ 1976년의 첫 번째 판례로부터 2009. 4.의 인천지법 판례에 이르기까지 대략 33년 동안 10개의 사건이 판단된 셈이다.²⁴⁾ 이 적은 숫자는 물론 교육현장에서 일어난 체벌의 전부를 대

22) 이러한 학칙체벌의 예외성과 이종근, 체벌의 허용범위에 대한 비교법적 연구, 189면 이하(특히 201면 이하)의 이른바 “온화하고 합리적인 체벌”(mild light corporal punishment)은 맥을 같이 하는 것이 아닐까 생각한다. 그러나 이 교수 글은 우리 법규에 대한 해석론이 아닌 비교법적 고찰이다.

23) 10개의 판례들을 선고 순서대로 정리하면 다음과 같다: 대판1976.4.27, 75도115; 대판1980.9.9, 80도762; 대판1990.10.30, 90도1456; 대판1991.5.14, 91도513; 대구지법1996.12.27, 96노170; 헌재2000.1.27, 99헌마481; 대판2004.6.10, 2001도5380; 헌재2004.10.5, 2004헌마739; 헌재2006.7.27, 2005헌마1189; 인천지법2009.4.23, 2009고단1010. 위 판례 가운데 두 개의 하급심 판례는 모두 상고심 또는 항소심과 상고심에서 공히 ‘상고기각’판결을 받았다는 점을 참고로 밝힌다.

변하는 것도 아니며, 체벌이 거의 이루어지지 않았다는 증거는 더욱 아니다. 후술하겠지만 여러 차례 조사보고된 체벌에 관한 실태조사를 참고한다면 이 숫자는 학교체벌에 비해서는 빙산의 일각이다.²⁵⁾ 여러 가지 이유가 있겠지만, 역사적으로 체벌은 교사에 대한 존경심을 바탕으로 폭넓은 관습법적 용인을 누려왔고, 또한 송사를 싫어하는 우리 국민의 정서가 크게 작용했을 것이다. 그러므로 이 숫자는 단지 형사사범의 대상이 된 경우가 그 당시 이 정도임을 가리킬 뿐, 가벼워서 크게 문제되지 않은 체벌에서부터 단지 형사사건에는 이르지 않지만 논란을 일으킬만한 체벌, 나아가 형사책임을 요하는 체벌에 이르기까지 미처 드러나지 않은 체벌은 부지기수일 것이다. 이런 점에서 체벌도 형사정책에서 말하는 ‘숨은범죄’(=적발되지 않은 사건)가 많은 영역 가운데 하나라고 할 수 있다. 이미 말했듯이 우리가 우려해야 할 것은 형사나 민사의 대상이 되지 않은, 이처럼 드러나지 않는 학교체벌’들이었다.

2) 판례는 체벌금지원칙을 전제로 당해 체벌이 정당화 될 수 있는가를 판단하였지만 그 기준은 일정하지 않았다. 시대의 흐름에 따라 변화를 보였는데 그 방향은 체벌허용의 예외성을 강화해 나감으로써 체벌금지원칙을 엄격히 준수하였다. 판례의 체벌정당화는 하나같이 형법 제20조 정당행위, 특히 ‘기타 사회상규에 위배되지 아니하는 행위’에 의한 정당행위 성립여부로 판단되었다. 다만, 사회상규 위배 여부를 판단하기 위한 구체적인 기준을 점차 다양하게 요구하는 한편 그 심사를 엄격히 함으로써 점차 조건 충족이 까다로워졌다고 할 수 있다. 이런 변화의 흐름은 아래에서 보는 바와 같이 1998년 교육법대전환과 체벌학칙 예시안이 발표된 2002년 이후 더 가속화되었다.

판례에서 제시한 체벌의 정당화요건은 1998년 이전(=전기)에는 ‘교육상 필요성’, ‘교육 또는 훈육의 목적’, ‘체벌 방법과 정도가 사회상규에 위배되지 않아야 함’ 등

24) 그러나 “교육법”[법률 제86호]은 1949.12.31제정·시행되었으므로 그때부터 따지면 체벌판례 수의 과소성은 더 낮아질 것이다.

25) 전국교직원노동조합이 전국의 학생 1649명을 대상으로(2011. 10월10일~10월20일) 설문조사(주 17)한 결과인 “학생·교사 생활실태와 가치관 교육관 설문조사 보고서”(2011.11.2.)에 따르면 “최근 1년간 손과 발, 매와 같은 도구를 이용하여 맞았다”는 학생이 41%로 나타났다(동 보고서 14면 참조). 이 보고서의 조사기간을 주목하시오.

이었다. 대판1976.4.27, 75도115에서는 체벌이 정당화될 수 있는 요건으로 ‘교육상 필요할 때’, ‘훈계의 목적’, ‘징계의 방법의 사회상규성’ 등이 요구되었고, 이어서 대판1980.9.9, 80도762에서는 ‘교육상 학생을 훈계하기 위하여’, ‘징계 방법과 정도의 사회상규성’이, 대판1990.10.30, 90도1456에서는 ‘징계행위의 방법과 정도’가, 대판1991.5.14, 91도513에서는 ‘훈계의 목적’, ‘징계의 범위’가, 대구지법 1996.12.27, 96노170에서는 ‘교육상 필요성’, ‘교육목적’, ‘사회통념상 상회상규 범위’가 요구되었다.

이는 당시 교육법 제76조 제1항(“각 학교의 장은 교육상 필요할 때에는 학생에게 징계 또는 처벌을 할 수 있다.”)에 따른 법해석과 적용이라고 할 수 있다.²⁶⁾ 그런데 이 요건들 가운데 ‘교육상 필요성’의 요건은 체벌의 예외성의 범주를 과도하게 넓게 인정할 여지가 있었고, 실제로 당시의 체벌관용 분위기와도 어울렸던 것으로 보인다. 물론 부당하게 넓혀진 체벌허용 범주는 ‘징계 방법과 정도의 사회상규성’ 요건으로 통제함으로써 어느 정도는²⁷⁾ 보정(補正)되었을 것이다. 그렇다보니 이 당시의 판례는 체벌의 정당화가 주로 징계 방법과 정도에, 다시 말해 ‘체벌 결과의 경중’에 좌우된 듯 한 인상을 준다. 체벌이 정당화된 두 판례(대판1976.4.27, 75도115; 대구지법1996.12.27, 96노170)의 경우와 위법성이 조각되지 않은 여타 판례의 사실관계를 비교하면 징계 방법은 물론 결과의 경중이 극명하게 드러나기 때문이다.²⁸⁾ 위법성이 조각되지 않은 판례사안을 보면 체벌이 사법(司法)적인 다툼

26) 그러나 이 시기의 민사(손해배상)판례에 나타난 체벌의 정당화 요건은 좀 더 구체적으로 적시되어 비교가 된다. 대판1988.1.12, 87다카2240에서는 ‘교육상 필요성’, ‘다른 교육적 수단으로 교정 불가능하여...’, ‘체벌의 방법과 정도의 사회상규성(즉 사회관념상 비난받지 아니할 객관적 타당성이 있어야)’이 제시되어 당시 교육법규에는 없는 ‘최후수단성’ 기준을 법해석과정에서 새로이 요구하였다. 이러한 태도는 대판 1991.5.28. 90다17972에서도 그대로 이어졌다.

27) 그러나 이런 보완에는 한계가 있다. 즉 애초 체벌상황이 부인되어야 하는 경우에 대해서도 체벌이 이루어질 가능성이 남기 때문에 그 부당한 확장은 완전히 해소되기 힘들다.

28) 먼저, 정당화된 두 사안은 “훈계의 목적으로 교칙위반 학생에게 뺨을 몇 차례 때린 정도...”(대판 1976.4.27, 75도115)와 “피해자가 교내에서 흡연을 하였을 뿐만 아니라 거짓말까지 하여 이를 훈계하고 선도하기 위한 교육 목적으로 피해자를 손바닥으로 머리 왼쪽 옆 부분을 3회 때리고, 이어서 발로 피해자의 다리 부분을 2회 걷어찬...”(대구지법1996.12.27, 96도170) 경우이다.

반면 정당화될 수 없다고 판단한 사안은 “좌우 주먹으로 위 피해자의 얼굴 양측두부를 각 1회씩 구타하여 동인을 실신시키고 동인에게 전치 10일을 요하는 쇼크 및 양측측두부 타박상의 상해를 입힌 사실...”(대판1980.9.9, 80도762), “국민학교 5학년인 피해자를 양손으로 교탁을 잡게 한 다음

의 대상이 되려면 적어도 체벌의 방법과 정도(또는 결과)가 그 정도로 중하여야 했던 것 같고, 그리고 바로 그런 사회분위기가 체벌판례의 희소함의 이유였을 것이라는 추론을 낳게도 한다.

한편, 1998년 이후(=후기)의 판례들은 개편된 교육법규를 해석·적용함으로써 그 이전보다 체벌요건은 강화되었다. 예컨대 체벌의 불가피성이 법규상의 요건으로 명시되었을 뿐만 아니라 학칙의 준수도 요구하였다. 즉, 헌재2000.1.27, 99헌마481에서는 ‘교육상 불가피성’, ‘교육목적’, ‘징계권행사의 허용한도’, ‘체벌의 방법과 정도’, ‘학칙준수’를, 대판2004.6.10, 2001도5380에서는 ‘교육상 불가피성’, ‘교정 목적’, ‘다른 교육수단으로는 불가능’, ‘방법과 정도의 사회통념상 객관적 타당성 갖춰야...’를, 헌재2006.7.27, 2005헌마1189에서는 ‘교육상 불가피성’, ‘체벌절차 준수, 즉 학칙준수’, ‘체벌 방법의 적정함’을, 인천지법2009.4.23, 2009고단1010에서는 ‘교육상 불가피성’, ‘교육목적’, ‘학교장의 위임을 받아...’,²⁹⁾ ‘기본적 인권 존중’, ‘징계 방법과 정도의 사회상규에 위배되지 않을 것’을 요구하였다.

3) 체벌상황, 즉 체벌의 불가피성(최후수단성)에 대한 심사가 강화된 것은 후기에 이르러서이다. 전기에는 당시 교육법 조항을 기준으로 하였으며, 체벌의 불가피성에 대한 기준은 적어도 형사판례에서는 발견되지 않았던 반면, 후기에 와서는 개편된 초·중등교육법과 그 시행령에 따라 교육상불가피성과 (체벌)학칙의 준수를

길이 50센티미터, 직경 3센티미터 가량 되는 나무 지휘봉을 거꾸로 잡고 엉덩이를 두 번 때리고, 아파서 무릎을 굽히며 허리를 옆으로 뜨는 피해자의 엉덩이 위 허리부분을 다시 때려 판사와 같이 6주간의 치료를 받아야 할 상태까지 입힌 것이라면...”(대판1990.10.30, 90도1456), “학생을 엎드리지게 한 후 몽둥이와 당구큐대로 그의 둔부를 때려 3주간의 치료를 요하는 우둔부심부혈종좌이 부좌상을 입혔다면...”(대판1991.5.14, 91도513), “손바닥으로 B의 머리 부위를 1회 때렸고,...손바닥으로 B의 목부위를 2회 때렸고, ...슬리퍼를 벗어 C의 양손바닥을 1회 때렸고,...D,E에게 ‘이 싸가지 없는 년들아’라고 큰 소리로 말하였고,...B에게 ‘이 싸가지 없는 년’이라고 큰소리로 말하였다...”(대판2004.6.10, 2001도5380), “초등학교 2학년 공소의 1(남, 8세)이... 계속하여 거짓말을 한다는 이유로, 나무 막대기로 피해자의 엉덩이를 함께 80여 대 때려서 피해자에게 약 14일간의 치료를 요하는 양측 둔부좌상 등을 가하고, ... 공소의 2(여, 7세)가 숙제를 해오지 않았고 질문에 대답을 하지 않는다는 이유로, 나무 막대기로 피해자의 엉덩이를 함께 27대 때려서 피해자에게 약 21일간의 치료를 요하는 양측 둔부고도좌상 등을 가하였다...”(인천지법2009.4.23, 2009고단1010)는 경우이다.

29) 이 요구사항은 학칙준수를 의미한다고 하겠다.

요구하기에 이르렀던 것이다.³⁰⁾ 전기 판례는 이미 가지고 있던 요건도 원용하지 않은 것에 비하면 법해석에 충실한 발전적 변화를 보였다고 하겠다.

후기의 판례는 모두 정당화되지 않았는데 이는 사안의 행위가 이미 과도한데다 까다로워진 요건과 요건 심사의 엄격화에 그 원인이 있다고 하겠다. 이런 맥락에서 본다면 정당화 판단을 받았던 과거의 두 판례도 오늘날 다시 심사의 대상이 된다면 같은 결론을 얻기 어려울 것이다. 인권의식과 입법의 진전은 정당행위의 판단기준 해석에 영향을 주었을 것이다.³¹⁾

어느 요건 하나라도 결하면 결국은 정당화되지 않는다는 점에서 큰 차이가 없는 듯이 보이지만, 체벌상황에 대한 심사 강화는 다음과 같은 점에서 큰 의미가 있다. 체벌법규에 명시된 요건으로 이에 대한 해석은 법치주의의 당연한 요청일 뿐만 아니라, 본질적으로는 이에 대한 해석을 통하여 체벌예방 효과가 극대화될 수 있다는 것이다. 즉 체벌상황은 체벌정당화의 객관적 전제조건이므로 이에 대한 해석과 판단은 체벌을 전진방어 하는 기능을 하게 한다. 판례는 구체적인 현실사건에 현행법을 해석·적용하여 수범자(受範者)인 국민에게 법규범의 의미를 밝혀주는 것이기 때문이다.³²⁾

사법부의 체벌에 대한 엄격한 예외화는 이미 언급한 바와 같이 교육법규의 체벌금지 원칙을 성실히 실현한 것이라고 할 수 있다. 판례의 변화 추이는 앞으로의 지향과 변화정도를 가늠할 수 있는바, 현재와 법원은 체벌의 정당화 범주를 더욱 더 좁혀갈 것으로 보인다. 이때 체벌학칙도 적극적으로 적용하면, 체벌 대상 비위와 정도를 구체화 할 수 있어 더 엄격한 예외성 심사를 할 수 있을 뿐만 아니라, 교육현장에서 규범교육을 통한 학생지도의 효과도 기대할 수 있을 것이다.³³⁾

30) 특히, 대법원 2004. 6. 10. 선고 2001도5380 판결; 현재 2006. 7. 27. 2005헌마1189결정 참조. 정당화판단에 관한 연구로 윤용규의 위 논문(주10)과 “법령에 의한 체벌의 성립요건”, 73면 참조.

31) 형법 제20조(정당행위)는 “기타 사회상규에 위배되지 아니하는 행위”란 문언으로 행위의 실질적 위법성과 적법성을 최종적으로 판단한다는 점에서, 다른 정당화사유에 비해 일반적 포괄적 성격을 띠고 있다. 즉 모든 실정법적, 관습법적·자연법적 정당화사유를 포괄하는 총괄적 규정이다(김일수, 형법학원론, 1988, 577, 581면 참조).

32) 윤용규, 위 논문(주10), 148면 이하.

33) 규범교육에 관하여는 윤용규, 위 논문(주17), 285면 이하 참조.

IV. 구조항 폐지론과 개정의 문제점

1. 폐지론의 논거와 문제점

1) 체벌폐지론은 교육현장에서 어떤 모양이든 체벌을 학생지도 수단으로 삼지 말아야 한다는 주장이다. 체벌은 예외적으로도 허용될 수 없다는 의미에서 체벌 ‘전면’ 금지론이라고 할 수 있다. 결국 교육법규에 의한 ‘학칙체벌’도 인정하지 않겠다는 것으로서 구조항과 체벌학칙(이하 ‘구조항 등’이라고 함)을 폐지하자는 주장으로 나아간다.³⁴⁾ 폐지론의 논거는 다음과 같다: ① 구조항으로 인하여 체벌이 발생한다. ② 구조항은 체벌을 학생제재의 수단으로 허용하므로 기본권을 보장하는 헌법에 반한다. 그리고 ③ 유엔아동권리위원회와 국가인권위원회가 체벌금지를 권고하고 있다. 일면 타당한 것처럼 보이는 이 주장들은 그러나 여러 가지 문제를 안고 있다.

2) 구조항이 체벌유발 요인이라는 견해는³⁵⁾ 체벌 문제의 실태를 모르는 피상적인 주장이다.³⁶⁾ 무엇보다 이런 주장을 하기 위해서는 적어도 다음과 같은 노력이 선행되었어야 한다. 기존의 교육법규가 체벌금지를 명하지 않았거나, 아니면 문제의 그 조항 때문에 학교체벌이 발생하고 있다는 사실을 밝혔어야 한다. 이에 대한 확인은 구조항의 시행규칙이라고 할 수 있는 체벌학칙의 해석과 적용에 대한 실태파악을 함으로써 실증적으로 이루어질 수 있다. 그러나 폐지론은 이러한 검증을 하지 않았다.

34) 한상희, 위 논문(주4), 226면 이하 등; 국가인권위원회, 교육부 학교생활규정(안)에 대한 의견, I.3항 참조.

35) 예컨대, 예컨대, 한상희, 위 논문, 220면 이하; 박정원/이성흠, 위 논문(주12), 99면; 국가인권위의 위 의견 등 참조.

36) 필자도 구조항의 체벌허용 표현은 언젠가는 폐지되어야 한다고 생각하나 폐지되어야만 체벌이 사라진다고는 생각하지 않는다. 그러므로 폐지된다고 해도 적어도 폐지될 때까지의 해석론은 필요하다는 점에서 ‘시간’이라는 변수를 가볍게 생각해서는 안 될 것을 강조한 바 있다(윤용규, 위 논문(주10), 154면). 말하자면 폐지되기까지의 시간, 새로운 제도에 적용할 시간이 계산되지 않은 폐지 주장은 무모하다는 것이다.

구조향 등은 체벌의 허용을 말하고는 있지만 이것이 학교체벌과 어떤 인과관계가 있는 것은 아니다. 그 까닭은 사후적 처분(학칙 제58조 제3호)인 학칙체벌과 달리 학교체벌은 현재성이 유지되는 가운데 행하여지는 등 애초부터 체벌학칙과는 다른 배경에서 이뤄지는 것이기 때문이다. 즉 양자는 그 성격이 전혀 달라 배척(排斥)관계에 있는 것이다. 학생인권보장(법 제18조의4) 신설과 구조향 개정, 이른바 학생인권조례 제정 이후에도 종전과 같이 계속되는 체벌은³⁷⁾ 학칙(집행)과는 무관한 학교체벌에 속하는 것이다. 그러므로 구조향으로 인하여 체벌이 발생된다는 주장은 이론적으로나 실제적으로 근거를 결한 터무니없는 주장이 아닐 수 없다.

2. 위헌론의 논거와 문제점

1) 오늘날 법적 제재로서 신체벌은 허용되지 않는다. 신체벌적 성격을 가지는 체벌은 헌법에 반하는 행위로서 당연히 금지되어야 한다. 그러나 그렇다고 하여 구조향 등이 위헌이라는 주장³⁸⁾에는 선뜻 동의하기 어렵다. 원칙적 금지와 예외적 허용의 관점에서 신중하게 살펴야 하기 때문이다. ‘예외’의 요건은 원칙을 훼손하지 않을 만큼 까다롭고 그 적용은 엄격해야 한다는 내재적 한계를 넘을 수 없다. 그러므로 문제는 ‘예외’의 성립요건과 그 속에 담긴 내용이해에 있는 것이다. 즉 학칙체벌의 위헌성 여부는 구조향 등의 예외성 규정을 어떻게 해석하고 평가하는가에 있다. 예외성에 대하여는 학칙체벌의 예외성 설명(Ⅱ.2.)을 참고하기 바란다.

그러나 위헌론은 구조향의 예외성 자체에 무관심하였다. 특히 구조향을 비판 대상으로 내세웠으면서도 그에 대한 논증은 체벌본질론에 입각하는 모순을 보였다. 비판의 대상을 정확히 확정하지 못함으로써 문제제기와 논증 과정 도처에서 논리적 비약으로 나아갔을 뿐만 아니라 예외적인 것을 일반화하고 일의 완급을 혼동하는 불균형적 태도를 보였다.

2) 위헌론은 구조향 등의 폐지를 주장하면서도 정작 이 조항 자체에 대한 비판은

37) 국가인권위원회와 전국교직원노동조합이 2011년 10월과 11월에 발표한 보고서(위 주17)의 실태조사 기간은 각각 위와 같은 법령과 조례가 등장한 이후(같은 해 6·7월과 10월)였음에 주목하시오.

38) 한상희, 위 논문(주4), 229면; 오동석, 위 논문(주4), 42면 이하.

없는 전제의 오류에 빠졌다. 구조항 등을 문제 삼았다면 당연히게도 구조항 등을 대상으로 비판하여야 했다. 즉, 이 조항 등을 직접 해석하여 학칙체벌의 개념과 요건, 절차, 실태에 관하여 문제가 있으면 그 점을 비판했어야 한다는 것이다. 그런데 위헌론이 논거로 원용한 ‘체벌의 문제점’ 등은 체벌법규와는 무관하게 체벌금지의 당위성만 되풀이하고 있다.³⁹⁾ 더 나아가 체벌의 개념을 독단적으로 정의하는⁴⁰⁾ 한편, 구조항 등의 존재가 본질론에서 내세운 체벌의 갖가지 폐단을 수반하는 듯한 주장도 하였다. 마치 권투선수가 링을 벗어나 선수 아닌 다른 사람을 공격하는 것과 같다. 폐지를 논해야 하는 체벌은 체벌법규에만 존재한다. 체벌법규를 넘어서는 체벌은 이미 법적으로 금지되었다. 물론 본질론의 관점에서 구조항을 폐지하자는 것은 틀린 것은 아니지만, 그렇다고 하여 구조항이 본질론에 반한다는 역(逆)이 당연히 성립하는 것은 아니라고 본다.

이 같은 전제의 오류는 과장된 비판으로 이어졌다. 대표적인 예로 ‘체벌에 관한 현행법 규정’을 해석하면서 “교육의 이름으로 학생의 인권이나 기본권에 대한 무한정한 침해의 가능성을 열어두고 있다”고 하였는데,⁴¹⁾ 논리적 비약이 아닐 수 없다. ‘신조항’에 대한 폐지론자의 비판, 즉, 간접체벌이 적법절차적 통제를 누락하고 있다는 주장⁴²⁾도 근거 없는 과장이긴 마찬가지이다. 신조항이 후술(IV.4.)하는 바와 같이 문제가 다분한 개정임에는 틀림없지만 간접체벌이 통제 없이 허용될 수 있다는 해석은 불가능하기 때문이다. 이 같은 오류는 위헌론의 구조항에 대한 해석의 틀을 유지하는 한 불가피한 일일 것이다.

과장의 예는 “‘훈육’ 개념의 모호·광범위성” 비판에서는 극치를 이룬다. 즉 훈육의 의미를 “학교의 규율에 복종하는 태도나 그러한 행동을 교육하거나 유발 또는 강제하기 위한 제반의 수단들로 징계와 훈계를 제외한 것”이라고 정의하면서, “...

39) 한상희, 위 논문, 214-219면. 219면의 주6 역시 우리 체벌법규와는 무관한 논의이다. 체벌법규는 체벌본질론의 결론인 체벌금지를 이미 입법에 반영하였다.

40) 한상희, 위 논문 216면 이하.

41) 위 논문, 220면.

42) 예컨대, 한상희, 위 논문, 214 215, 220, 특히 230면 이하; 오동석, 학생인권조례의 현황과 쟁점, 86면 이하; 한겨레신문 2011.9.16. [논쟁] 간접체벌 허용해야 하나? 참조. 이 칼럼에서 반대와 찬성의 입장을 밝히 두 분의 필자는 개정령의 이 조항이 간접체벌을 비교적 넓게 ‘허용’하는 것으로 이해하는 듯하다. 국가인권위원회의 2011.3.2.자 ‘보도자료’도 같다.

학교의 장이 선택할 수 있는 신체적 고통을 가하는 훈육의 범위는 지나치게 광범위할 뿐 아니라 그 내용조차도 제대로 특정할 수 없을 정도로 모호한 것이 되고 만다.”고 한다.⁴³⁾ 그러나 이와 같은 훈육의 개념 정의는 주관적인 견해에 불과하므로 위 내용을 구조항의 해석론이라고 할 수 없다. 위헌론이 비판하(려)는 훈육·훈계의 개념 역시 당연히 ‘구조항 등’ 속에서 정의되어야 하기 때문이다. 구조항 등을 떠나서는 훈육·훈계의 개념도 그에 대한 비판도 있을 수 없고 필요도 없다. 따라서 위헌론의 주장은 구조항에 대한 규범체계적 해석으로부터는 도저히 나올 수 없는 편향된 시각의 소산이라고 볼 수밖에 없다.

그밖에 “체벌을 가하는 자에 대한 체벌 받는 자의 절대적 복종을 추구하는 점에서 후자의 비인격화, 사물화, 노예화를 강요하는 것이 된다.”거나,⁴⁴⁾ 마치 모든 형태의 신체적 정신적 폭력이 가능한 것 같다는 주장도⁴⁵⁾ 합리적인 비판이라고 하기 어렵다. 이리므로 위헌론이 원칙과 예외의 관계를 간과한 것도 어찌면 당연한 귀결인지도 모른다. 여러 차례 언급했듯이 학칙체벌은 이중(二重)의 예외(교육상 필요한 때+교육상 불가피한 경우)로서 그 범주는 협소하고 경미한 지도(방법)로서, 이마저 학생의 동의 여하에 따라 선택할 수 있도록 하였음에도, 위헌론은 체벌이 마치 원칙적이고 일반적으로 허용된 것인 양 비판하고 있는 것이다.⁴⁶⁾

3) 이상과 같은 폐지론의 과장된 논리는 구조항에 대해 명확성원칙과 포괄위임금지를 위반했다는 비판으로 나아갔는데,⁴⁷⁾ 해석학적으로나 입법언해적으로나 구조항이 이렇게 해석될 수 있는지 의문이다. 구조항은 교육법대개혁으로 탄생한, 인권의 관점에서 발전적인 입법일 뿐만 아니라,⁴⁸⁾ 헌법원리와 여러 관련 법률은 체벌관

43) 한상희, 위 논문, 226면.

44) 위 논문, 230면.

45) 위 논문, 229면

46) 위 논문, 220면.

47) 위 논문, 226면 이하.

48) 이에 관하여는 교육개혁위원회 참고자료(‘97-1), 학생체벌, 왜 금지되어야 하는가?를 참고하기 바란다. 한편, 입법이란 그 자체로만 독립적일 수 없다. 현실과 동떨어진 입법은 실효성이 없을 뿐만 아니라 오히려 입법의 목적을 훼손한다. 또한 입법은 규범공동체가 안고 있는 문제해결을 위한 규범창조 행위이므로, 그 사회의 역사, 문화, 외교, 나아가 기존의 규범 질서 등 다양한 관점에서 종합적이고도 균형적인 분석과 전망 위에서 이루어져야 한다. 이런 점에서 구조항 등은 오히려

런 입법뿐만 아니라 해석, 적용에 이르기까지 전(全) 단계에서 지도가치로서 영향을 미치고 기준으로 작용(해야)하기 때문이다.⁴⁹⁾ 다시 말해 거미줄 같은 규범체계로부터 해석대상의 해석 방향과 한계는 내재적으로 선재(先在)하는 것이다. 그러므로 구조항에 담겨있는 다양한 체벌요건(즉, 법 제18조 제1항 본문(교육상 필요한 때, 법령 및 학칙이 정하는 바에 의하여, 지도, 할 수 있다), 교육상 불가피한 경우를, 제외하고는, 신체적 고통을 가하지 아니하는, 훈육이나 훈계 등의 방법으로, 행하여야 한다 등을 헌법과 교육기본법 등 관련 법령과의 관계 속에서 조망을 받아 당시의 해석론에 따라 해석하여야 하고,⁵⁰⁾ 이는 결국 체벌학칙과 연결되어야 하는 것이다. 헌법재판소도 입법권을 위임하는 법률이 충분히 명확한지의 여부는 당해 법률조항만이 아니라 그 규범이 위치하는 법률 전체를 포함한 관련법조항의 체계적 해석을 통하여 판단해야 하는데, 특히 이 경우 수권(授權)의 목적으로부터 수권의 내용이 구체화될 수 있고, 이로써 수권의 범위가 어느 정도 예측될 수 있기 때문에 수권의 목적, 즉 당해 법률조항의 입법목적은 중요한 의미를 가진다고 결정한 바 있다.⁵¹⁾

4) 또한, 구조항 등을 비판하는 과정에서 체벌본질론의 문제와 혼동하는 경향을 보인 위헌론은⁵²⁾ 일반성과 특수성의 관계와 일의 완급을 무시하였다는 비판을 면하기 어려울 것이다. 예외를 규정하였을 뿐만 아니라 학교체벌의 원인도 아닌 구조

완충적 입법이자 고뇌와 깊은 성찰이 담긴 입법이라고 본다.

49) 이런 해석론의 기본적 원리에 대해서는 한 교수도 같은 생각을 하고 있다(한상희, 위 논문(주4), 228면 이하 참조).

50) 폐지론은 ‘교육상 필요한 때’, ‘교육상 불가피한 경우’ 등의 표지에 대해 모호함과 막연함을 비판 이유로 내세우고 있으나(한상희, 위 논문, 226면 이하), 이런 표지의 해석에 대해서는 일반적으로 비례성원칙이 원용되고 있다(김일수/서보환, 형법총론, 311면 이하; 박상기, 형법총론, 195면 이하; 배종대, 형법총론, 63/13 이하; 이재상, 형법총론, 18/19 이하 등 참조). 폐지론의 주장은 체벌학칙이 마땅히 가지고 있는 규범성(주7 참조)에 대한 무지에서 비롯되었다고 볼 수 있다.

51) 현재 2003.07.24, 2002헌바82 참조. 또한 현재는 그 예측가능성의 유무는 당해 특정 조항 하나만을 가지고 판단할 것이 아니고 관련 법조항 전체를 유기적체계적으로 종합 판단하여야 하며, ... 법률의 명확성 여부는 체계적·목적적 해석방법을 통하여 판단된다고 결정하였다(1996.8.29. 94헌마113). 이에 관하여 장영수, 헌법학 제2판, 1185면 이하와 주55 참조.

52) 예컨대, 체벌의 법규적 범주를 말하면서 체벌 일반의 문제를 논거로 제시하고 있다(한상희, 위 논문(주4), 223면의 주13과 그 본문, 227면 이하 참조).

항 등을 위헌이라고 할 정도의 예민함이라면 이 법규를 집행하지 않는 교육당국과 이를 방치하는 교육행정의 부작위에 대해서도 지적했어야 한다. 오히려 후자의 상황이 더 시급한 현안이라는 것은 체벌법규와 학교체벌의 관계를 따져보았다면 모를 리 없었을 것이다. 정작 우리에게 문제가 되는 것은 진술한 바와 같이 체벌금지 원칙이 입법과 사법(=판례)에 의하여 이미 오래전부터 확인되었음에도 현실적으로 학교체벌이 발생하고 있는 현실이다. 이런 상황에서 근거 없이 눈앞의 학교체벌 문제를 체벌학칙 탓으로 돌리는 것은 문제해결을 피하는 태도라고 하기 어렵다. 체벌 금지규범의 현존(現存)에도 불구하고 체벌이 발생하는 ‘까닭’이 무엇인가를 고민했어야 한다. 그런데 위헌론은 후자에 대해서는 눈을 감았다. 다시 말해 문제는 체벌 입법이 아니라 법규적용을 하지 않은 교육행정에 있는 것이다. 이런 문제인식은 폐지론이 존중해 마지않는 유엔아동권리협약과 유엔아동권리위원회의 직접적인 요구이자 권고이기도 하다.⁵³⁾ 이런 점으로부터 체벌 전면금지론은 관련법규에 대한 이해부족은 물론 문제제기와 논증의 합리성도 결하였다고 하겠다.

체벌금지의 완성은 애당초 체벌이 불필요한 상황, 즉 체벌 아닌 다른 방법으로 학생을 지도할 수 있는 방법이 정착 될 때 가능하다. 그러므로 대체매뉴얼은 준비⁵⁴⁾하지 않은 채 체벌금지만을 주장하는 것은 일의 선후를 무시한 위선이 아닐 수 없다. 실질적인 방법을 구축하려는 노력은 없이 예외적 가능성 인정에 불과하고, 더구나 학교체벌과는 무관한 구조상 등을 과장 비판하는 것은 균형 잃은 공허한 사변일 뿐이다. 위헌론의 이 모든 부당한 논증은 일차적으로 체벌법규에 대한 해석론의 부재로부터 비롯되었다고 하겠다.

53) 유엔아동권리협약 제3조 제2항, 제4조 등과 유엔아동권리위원회 제2차 권고의견 제39항(b), 제3.4차 권고의견 제43항(b); 좀 더 자세히는 아래 IV.3.참조.

54) 이 준비에는 합리적인 체벌대체 학칙의 제정과 이것을 교육주체(교사, 학생, 학부모 등)가 승인할 수 있는 상당한 시간의 기다림도 포함된다. 전자에 관하여 ‘징계행정’의 문제로, 그리고 후자에 대하여는 ‘규범승인’의 문제라고 한 글로 윤용규의 위 논문(주10), 154면 이하와 “체벌에 관한 단상”(이슈투데이issuetoday.com, 2003.6.5.); “체벌에 대한 오해”(서울신문, 2006.7.19.); 위 논문(주17), 290면 이하 참조.

3. 유엔아동권리위원회 권고의견의 문제점

1) 체벌폐지론은 그 논거로 유엔아동권리위원회(Committee on the Rights of the Child; CRC; 이하 ‘위원회’라고 함)의 권고사항을 들기도 한다. 아동권리위원회의 권고사항이란 위원회가 유엔아동권리협약(Convention on the Rights of the Child, 1989.11.20. 채택, 1990.9.2. 발효, 이하 ‘협약’이라고 함) 체약국의 협약 이행을 평가하고 개선을 촉구하는 것을 말한다.⁵⁵⁾ 정부는 1991년 협약에 가입하여⁵⁶⁾ 이제까지 세 차례 보고서를 제출했고 위원회는 그에 대하여 각각의 최종견해(Concluding observations)를 채택하였다. 위원회는 이를 통해 협약에 담겨 있는 사항의 이행 정도를 평가하고 미흡한 부분에 대하여는 이행을 권고하였는데 ‘체벌금지’ 사항에 대하여는 매년 이행불충분을 우려하면서 이행을 촉구하였다. 최종견해 가운데 체벌 관련 부분을 중심으로 살펴보기로 한다.

2) 정부의 제1차보고서(CRC/C/8/Add.21; 1994.11. 제출)에 대한 위원회의 최종 견해(CRC/C/15/Add.51, 1996.2.13. 채택)⁵⁷⁾ 제22항은 “위원회는 한국의 국내법들이 차별금지(협약 제2조), 아동의 이익에 대한 최우선 고려(협약 제3조), 아동의 관점 존중(협약 제12조) 등을 포함한 이 협약의 원칙과 규정에 완벽히 부합하기 위한 노력을 계속해 나갈 것을 한국정부에 권고한다. 위원회는 특히 다음 사항들에 관한 법률적 조치들이 마련될 것을 권고 한다: ... 모든 형태의 체벌에 대한 명백한 금지 등”.

제2차 보고서(2000.5.1. 제출)에 대한 최종견해(CRC/C/15/Add.197, 2003.1.31.)⁵⁸⁾ 제7항은 “위원회는 최초보고서 심의 후에 채택된 권고의견 가운데 특히 아래와 같은 것들이 충분히 이행되지 않았음을 유감스럽게 생각한다: ... 모든 형태의 체벌

55) 협약에 가입한 당사국은 협약이 규정하는 권리 실행을 위해 채택한 조치와 권리의 보장과 관련해 이루어진 진전 상황에 관한 보고서를 협약 발효 후 2년 이내, 그리고 그 후 5년마다 아동권리위원회에 제출하게 되어있다(협약 제43조, 제44조).

56) 이 협약은 1991.12.23 조약 제1072호(아동의 권리에 관한 협약)로 공포되었다(관보 제12002호, 1991.12.23. pp4-13)

57) [http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/\(Symbol\)/8d6e3b9cb4be7cc74125631c00510a3b?Opendocument](http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/(Symbol)/8d6e3b9cb4be7cc74125631c00510a3b?Opendocument)

58) [http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/\(Symbol\)/d691f34f4fc5584dc1256d2b0034395c?Opendocument](http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/(Symbol)/d691f34f4fc5584dc1256d2b0034395c?Opendocument)

금지(제1차 권고 제22항) 등”(이)라는 평가를 하고, 제38항에서는, “위원회는 체벌이 학교에서 공식적으로 허용되어 있는 점을 크게 우려한다. 위원회는 특히 아동의 존엄성을 심각히 훼손한다는 점에서 체벌은 아동권리협약의 원칙과 조항에 어긋난다는 견해를 가지고 있다. 교육부의 예시안(guidelines)이 학교에서의 체벌사용 여부를 개별 학교의 재량에 맡긴다는 사실은 일정한 형태의 체벌이 허용될 수 있다는 것이고, 그럼으로써 긍정적이고 비폭력적인 징계(positive, non-violent forms of discipline)를 장려하기 위한 교육적 조치를 훼손하게 된다는 점을 의미한다.”는 우려를 표명하였다. 이어서 제39항에서는 “위원회는 당사국이 다음과 같은 조치를 취할 것을 권고한다. (a) 관련 법령과 학교운영규정을 개정하여 가정, 학교, 기타 시설에서의 체벌금지를 명시하도록 하라는 국가인권위원회의 권고를⁵⁹⁾ 이행할 것, (b) 체벌에 대한 태도 변화를 위해 아동에 대한 가혹행위의 해악을 일반인에게 교육적으로 캠페인 하여, 학교와 가정에서 체벌을 대신하는 긍정적이고 비폭력적인 징계가 이루어질 수 있도록 장려할 것”을 권고하였다.

제3·4차 통합보고서(CRC/C/KOR/3-4, 2009.5.28.)에 대한 위원회의 최종견해(CRC/C/KOR/CO/3-4, 2011.10.6.)⁶⁰⁾ 제7항은 “위원회는 당사국이 아직까지 이행되지 않은 제2차 보고서에 대한 권고사항에 역점을 두어 필요한 모든 조치를 다할 것을 촉구한다. 특히, ... 체벌에 대한 포괄적인 금지(제2차 권고 제39항) 등”(이)라고 그간의 이행상황을 평가하고, 제42항에서는 “위원회는 가정, 학교, 그리고 대안적 보호시설에서 계속되는 체벌에 대한 이전의 우려(제2차 권고 제38항)의 이행을 거듭 촉구한다.”고 했고, 제43항에서도 “위원회는 아래와 같은 이전의 권고를 거듭 촉구한다. a) 관련 법률과 규정은 가정과 학교, 그리고 기타 시설에서 체벌을 명백히 금지하는 것으로 개정되어야 한다는 국가인권위원회의 권고를 이행하라. b) 체벌에 대한 태도를 변화시키기 위해 아동학대의 부정적인 결과에 대해 일반인을 대상으로 교육적인 캠페인을 실시하라. 학교와 가정에서 학교체벌의 대체 방안인 실험적인, 즉 그린 마일리지 제도와 같은 비폭력적인 방법인 긍정적인 징계를 증진시켜라. c) 체벌의 피해아동에게 체벌 사건을 보고할 수 있는 제도를 마련하라.”고

59) 국가인권위원회의 권고 결정에 관하여는 아래 5)에서 다시 언급한다.

60) <http://www2.ohchr.org/english/bodies/crc/crcs58.htm>

강력히 촉구하였다.

3) 위원회는 세 차례 모두 우리나라의 체벌정책에 대해 권고하였는데, 그 내용은 동일하였다. 즉 체벌에 대한 명백한 금지를 특히 입법적으로 해결하고 체벌을 대신 할 비폭력적 징계 마련을 권고하고 이행을 거듭 촉구하였다.

그러나 체벌금지는 협약 이전에 우리 헌법의 명령이기도 하므로 이에 관하여 위원회와 우리나라가 적어도 입법적으로 충돌할 여지는 없다고 본다. 그러므로 위원회의 이러한 우려와 그에 대한 협약준수 촉구 그 자체에 대해서는 원칙적으로 이견이 있을 수 없다. 그럼에도 위원회는 우리 정부에 대해 체벌에 관한 입법적 개선을 지속적으로 권고한 이유는 무엇일까. 이에 대한 답은 제2차 권고의견에서 찾을 수 있다. 동 권고에서 위원회는 학교에서 체벌이 공식적으로 허용되어있다고 우려하면서, 체벌허용 근거인 관련 법령과 학칙개정을 권고하였다. 결국 ‘구조향 등’의 폐지를 촉구한 셈이다.

그러나 이러한 위원회의 권고는 수궁하기 어렵다. 위원회의 학생인권에 대한 이러한 적극적 보장 권고가 우리나라의 체벌법규와 판례에 대한 정확한 정보를 바탕으로 내려진 것인가에 대해 의문이 있어서이고, 그렇게 판단하는 이유는 정부가 위원회에 제출한 협약이행보고서가 체벌과 관련하여 충실한 내용을 담았다고 볼 수 없기 때문이다. 다시 말해 당사국은 보고서를 통해 자국의 입장과 실태를 정확히 적극적으로 알려야 한다. 즉 체벌법규의 존재 이유와 적용범위, 그리고 체벌실태와 그 법규와의 관계 등에 대해 설명해야 했다. 그런데 정부는 그렇게 하지 않았다. 제2차 보고서는 체벌금지 정책에 관하여 위원회의 제1차 권고에 대한 이행조치 내용이 아예 언급되지 않았고(동 보고서 제241항-244항), 제3·4차 통합 보고서에서는 두 곳(동 보고서 제108항과 <부표4-1>)이 있지만, 체벌 문제를 스치듯 언급한데 불과해 알맹이가 없기는 마찬가지이다.⁶¹⁾ 정부 보고서는 우리의 체벌 법규와 사법에 대한 해석과 실태, 그리고 해명이 전혀 담겨있지 않았다. 체벌법규에 대한 해설론과 체벌실태에 분석이 제대로 이뤄지지 않은 상태에서 우리의 입장을 충실히 소

61) 제3·4차 통합보고서의 <부표4-1>은 체벌금지 학교 수에 관하여 2003(27.7%), 2004(52.16%), 2005(51.0%), 2006(53.1%) 등의 연도별 퍼센티지가 담겨있다. 그러나 이 통계는 아무리 보아도 당시의 체벌정책에 관하여 아무것도 말해주지 않아 무의미와 무성의만 드러낼 뿐이다.

명한 보고서가 작성될 수 없는 것은 당연한 일이라고 할 수 있다. 위원회의 체벌금지 권고에 대한 정부의 보고가 부실하였으므로 이에 기초한 위원회 권고 역시 정확할 수 없다.⁶²⁾ 이에 대해 좀 더 생각해 본다.

4) 협약에 가입한 후 20년간 우리의 교육법규는 1998년 대전환을 맞이했을 뿐만 아니라, 2007.12. 국제조약준중규정을 신설하였고, 제3차 권고를 받기 전인 2011.3.18. 구조항을 개정하기도 했고, 또한 사법적 판단도 체벌법규를 엄격히 심사하는 방향으로 계속 나아갔다. 그럼에도 체벌 문제에 관한 한 똑같은 권고로 일관된 것은 다시 말하지만 보고서의 부실에 그 원인이 있다고 하겠다. 보고서에서 체벌금지를 위한 정부의 입법적·사법적·행정적 노력에 대한 적극적 해명도 의지도 찾을 수 없다는 말이다.⁶³⁾ 보고서는 체벌 문제에 관하여 구조항의 법적 의미, 학칙체벌의 의미와 실태, 판례에 의해 요구되는 체벌의 정당화 요건과 실태, 학교체벌의 실태와 발생원인 등을 분석하여 보고했어야 한다. 이러한 종합적인 분석은 고사하고 아예 체벌에 관한 언급조차 없으니 위원회는 의당 이전 권고의 미이행을 지적하고 이행을 거듭 촉구할 수밖에 없었을 것이다. 이미 언급한 바와 같이 이것이 위원회의 검토의견을 액면 그대로 받아들일 수 없는 이유이다.

그래서 위원회의 제2차 권고의견 제38항과 같은 인식은 우리의 법규의 입장과는 분명 거리가 있다. 위원회는 체벌학칙(=예시안의 체벌규정)을 문제 삼았지만, 이미 고찰했듯이 체벌학칙은 체벌금지원칙에 충실하다는 점에서 위원회의 인식은 적어도 우리 교육법규에 부합된다고 하기 어렵다. 정부는 체벌학칙 준수를 위하여 어떠한 노력을 하였고, 학교체벌에 대한 실태조사와 그 분석을 보고서에 반영해야 했다. 이것은 아동인권의 보장을 위하여 당사국은 입법적·사법적·행정적 노력을 다 할 것을 주문하고 있는 협약(제4조)에 부응하는 것이기도 하다.

그러나 아동의 권리보장(여기서는 체벌금지)를 위해 정부는 입법적, 행정적 조치를 비롯한 모든 적절한 조치를 취해야 함에도 그동안 고작 입법적 사항에만 매달렸

62) 윤용규/최희수, 위 보고서(주7), 352면.

63) 국내의 NGO 논평도 위원회의 권고를 반복할 뿐 정부의 행정적 노력에 대해서는 언급하지 않았다. 예컨대, 한국세이브더칠드런(Save the Children, www.sc.or.kr)이 2011.10.10 유엔아동권리위원회의 최종권고에 대한 보도자료로 내놓은 논평(제목: “정부는 아동에 대한 체벌금지, 차별 철폐, 아동 복지예산 확충을 위한 대책 마련에 서둘러야”) 참조.

다고 해도 과언이 아니다. 이러한 우리 정부의 노력의 미흡함에 대해 위원회가 채택한 제3차 권고의견 제32항과 제33항은 적절히 지적하고 있는바, 이점을 주목해야 할 것이다. 즉 “위원회는 당사국의 아동관련 입법에 아동이익 최우선 원칙을 명백히 밝히지 않은 점과 아동과 관련한 사법적·행정적 결정, 그리고 정책과 계획에서 이 원칙이 제대로 적용되지 않는 점을 우려한다. 위원회는 당사국에 아동이익 최우선 원칙이 모든 입법·행정·사법 절차에서, 나아가 아동과 관련되고 영향을 미치는 모든 정책과 계획, 그리고 기획에서 적절히 융화되고 꾸준히 적용되도록 충분한 노력을 강화할 것을 촉구한다. 모든 사법적·행정적 판단과 결정의 법적인 논증은 또한 이 원칙에 기초하여야 한다.”고 한바 있다.

5) 한편, 위원회가 원용한 국가인권위원회의 체벌금지 권고는 2002.6. 교육부가 제안한 학교생활규정 예시안의 내용에 대해 같은 해 9.9. 인권위가 내린 결정을 말한다.⁶⁴⁾ 이 결정 제12항 ‘학생체벌’에서는 예시안의 체벌 관련 규정에 대해 “체벌의 근거가 되는 초·중등교육법 제18조 제1항 및 동법 시행령 제31조 제7항을 개정하여 체벌금지를 적극적으로 수용하고, ...예시안의 체벌조항은 삭제하여야”한다고 권고하였다. 인권위는 이 결정의 근거로 아동권리위원회의 권고를 인용하는 한편, 체벌의 후유증과 비교육성을 내세웠다. 그러나 이 역시 당시 교육법규의 정확한 해석 위에 선 것은 아니다. 교육법규 어디에서 어떤 모양의 체벌의 후유증 가능성과 비교육성을 찾을 수 있는지 납득하기 어렵다. 체벌 전면금지라는 주장은 고상하기는 하나 현행법규에 대한 이해와 학교체벌에 대한 실질적 대안에 대한 고민을 결한 공허한 주장일 뿐이다.⁶⁵⁾

따라서 위원회의 체벌금지 권고를 구조상 폐지의 논거로 그대로 받아들이는 것은 곤란하다. 부실 보고서에 의한 부실한 권고일 뿐만 아니라 정부는 위원회의 ‘행정적 실천’ 권고에 대해서는 아예 귀를 막고 있기 때문이다.

64) 국가인권위원회, “교육부 학교생활규정(안)에 대한 국가인권위원회의 의견”, 2002.9.9. 참조.

65) 인권위의 권고에 대해 교육부는 ‘취지는 공감하나 좀 더 신중히 연구·검토하겠다.’고 회신하였다. 매우 궁금한 것은 두 기관은 모두 학생인권을 생각한다고 하면서도 ‘그 체벌법규는 그나마 지금 제대로 지켜지고 있는가’에 대해서 침묵하는 이유는 무엇인가이다(윤용규, 체벌논의의 허와 실, 법률신문 제3137호(2003.1.2) 참조).

4. 구조항 개정, 즉 신조항의 문제점

1) 구조항 개정의 문제점은 필요성 없는 개정인데다, 신조항이 학생인권을 개선시킨 것으로 볼 수도 없다는데 있다. 개정 시도 자체도 문제였지만 개정 결과가 좋은 것도 아니라는 것이다. 모름지기 개정이란 이전의 입법보다 발전적이어야 하는 것이므로 신조항은 구조항에 비하여 조금이라도 더 인권친화적이어야 했다. 그러나 신조항은 이른바 직접체벌을 전면 금지하고 ‘간접체벌’만을 허용한다고 하여 일견(一見) 진일보한 듯이 보이지만 발동요건을 완화함으로써 오히려 체벌금지원칙에서 뒷걸음쳤다. 신조항의 의미를 구조항과 비교하여 살펴본다.

2) 학생지도는 기본적으로 ‘교육상 필요한 때 학칙에 따라 훈육이나 훈계 등의 방법을 하도록 한 점’에서 신·구조항은 모두 같다. 그러나 두 조항은 학칙체벌의 허용 범주와 조건에서 다음과 같은 차이를 보이고 있다. 첫째, 학칙체벌의 형태에 대해서 구조항은 그 어떤 제한도 두지 않음으로써 직접·간접 체벌이 다 허용되는 것으로 해석될 수 있는 한편, 신조항은 ‘도구·신체이용체벌’ 금지를 명문화 하여 간접체벌만 허용하는 것으로 해석될 수 있다는 점에서 신조항이 진일보한 듯이 보일 수도 있다. 그러나 구조항 당시 학칙(제58조)은 이미 ‘신체이용’체벌은 허용하지 않고 (일정 조건하에서 규격의 매를 사용토록 하는)도구이용체벌만을 규정하고 있었음에 유의해야 한다.

게다가 중요한 것은 구조항 등은 간접체벌도 허용하지 않은 것으로 해석되어야 한다는 점이다. 체벌은 학생인권 침해와 밀접한 관계가 있는 예민한 사안이므로 (예외적) 허용이라도 법규로써 그 발동요건을 엄격히 규정해야 하기 때문이다. 학칙에 체벌의 구체적 내용과 절차를 규정하지 않았다면 절차(또는 시행)규정이 없으므로 구조항의 예외적 체벌 허용은 어떤 경우에도 실현될 수 없다. 이런 상황에서는 구조항의 체벌허용 근거는 단지 상징과 가능성으로만 머물 뿐이다. 그러므로 구조항 당시의 체벌은 학칙에 규정된 ‘도구이용체벌’만 허용되었고, 규정되지 않은 간접체벌은 당연히 불허된 것으로 해석될 수밖에 없다.⁶⁶⁾ 그렇다면 이미 금지한 간

66) 이와 달리 구조항에는 간접체벌만 포함되는 것으로 해석해야 한다는 주장이 있다(조국, 위 논문(주

접체벌을 새로이 허용하는 신조항은 퇴행적 입법이 아닐 수 없다.

둘째, 법 제18조 제1항과 신·구조항을 살펴보면 체벌의 발동요건인 체벌상황에 대해 구조항이 ‘교육상 필요한 때’에 다시 ‘교육상 불가피한 경우’도 요구한 것과 달리, 신조항은 단지 ‘교육상 필요한 때’만을 거듭 규정하고 있을 뿐이다. ‘교육상 필요한 때’와 ‘교육상 불가피한 경우를 제외하고는’이라는 표지에서 전자는 단지 필요성을 의미하여, 보충성(=최후의 수단성)을 요하는 후자와는 예외성의 수준에서 확연히 구별되는 것이다. 물론, 학칙에 ‘교육상 불가피한 경우’를 별도로 규정함으로써 체벌상황의 부당한 확장을 막을 수는 있다. 그러나 시행령규정사항이었던 표지를 기껏 개정의 기회에 학칙사항으로 낮춘다는 것은 체벌의 예외성 또는 이 표지의 중요성을 고려할 때 개념 없는 개악적 시도라고 할 수밖에 없다.

셋째, 신·구조항 모두 표현상으로는 ‘훈육과 훈계’를 학생 지도방법의 원형(原形)이자 원칙으로 규정하고는 있지만 그 개념 범주는 같지 않다. 구조항의 ‘훈육과 훈계’에는 체벌이 포함되지 않는, 말하자면 비체벌적 지도를 의미함에 반해 신조항의 같은 표지에는 간접체벌이 포함된 것이기 때문이다. 지도방법의 원형에 (간접)체벌도 포함되므로 이 역시 학생인권 보장의 관점에서 후퇴한 입법이 아닐 수 없다.

그밖에도 신조항은 법문이 갖추어야 할 최소한의 형식도 제대로 갖추지 못하는 입법기술적 실수도 발견된다. 즉 신조항의 “학칙으로 정하는 바에 따라...”라는 ‘문언’은 이 조항 전단의 “법 제18조제1항 본문에 따라...”에서 이미 전제되었으므로 불필요한 중복이며, 또한 신조항 전단(前段)에서 “...에 따라”라는 부사적 표현이 거꾸 쓰인 것은 법령의 기본적 품위마저 떨어뜨렸다고 하겠다.

3) 구조항은 지극히 예외적인 조건(즉, 최후수단)⁶⁷⁾ 정형화된 체벌이 허용될 수 있는데 반해 신조항은 완화된 조건만으로 간접체벌이 허용될 수 있다. 자세히 말하면 구조항은 정형화된 도구이용체벌만을 허용하면서 그 발동요건은 까다롭게

12), 325면. 박찬걸, 위 논문(주12), 54면 이하). 이러한 견해는 체벌법규에서 실천적 절차규정인 학칙이 차지하는 비중(=규범성)에 대해 고려하지 않은 것 같고, 해석론과 입법론을 혼동한 것이 아닌가 한다. 아래 3) 참조.

67) 여기서 ‘교육상 불가피한 경우를 제외하고는 학생에게 신체적 고통을 가하지 아니하는 ...’이라고 하여, 이중부정을 통해 우회적으로 표현한 점도 체벌의 예외성에 대한 강조로 보아야 한다.

한 반면, 신조항은 완화된 조건하에 간접체벌이 가능하게 했다는 것이다. 구조항이 엄격한 조건이긴 하지만 ‘도구이용’이라는 직접체벌을 가능하게 한 것이 문제라면, 신조항은 완화된 요건하에서 간접체벌을 가능하게 한 것이 문제라고 하겠다.⁶⁸⁾ 그러나 양자가 다 문제가 있더라도 그 정도의 면에서 신조항이 구조항에 비해 발전적이라고 말할 수 없다. 더구나 간접체벌이 도구이용체벌보다 경미하거나 완화된 지도 방법이라고 생각한 것 같은데 독자적인 편견일 뿐 그 근거를 찾기 어렵다. 신체적 고통을 가한다는 점에서 다르지 않을 뿐만 아니라 오히려 (물론 학칙규정에⁶⁹⁾ 따라 달라질 수는 있지만) 간접체벌의 다양성으로 인하여 정형화하기도 어려울 뿐만 아니라 내용적으로 도구이용체벌보다 인권침해적일 수 있다. 학칙의 도구이용체벌에 대한 공과를 검증도 하지 않고, 준비도 없이 간접체벌을 끌어들이는 것은 ‘문제를 (더 큰)문제로 답한 격’이라고 할 수 있다.

한편, 신·구조항간의 차이(즉 개악적 변화)도 따지고 보면 그렇게 큰 의미를 갖는 것은 아니라고 할 수 있다. 앞(II.)에서 살펴본 대로 이 조항들의 극단적인 예외성으로 인해 애초 그 허용범위가 협소하여 양자간의 차이는 실질적으로 크지 않을 수 있다는 것이다. 게다가, 신·구조항 모두 상위법으로부터 인권존중 방향으로 해석·적용할 것을 겹겹이 지시받는 하위규범에 불과한데다, 체벌절차 역시 ‘규범통제’를 거친 학칙에 정해진 대로 시행되어야 하는 것이기 때문이다.

그러나 그렇다고 하여도 신조항이 입법의 퇴보임을 부인할 수는 없다. 구조항 개정은 합리적 대안도 없는 비판과 소신 없는 교육당국의 합작품이다. 기존의 법규를 해석하고 연찬하여 꾸준히 집행했다면 법은 살아 움직였을 것이고 해석론의 자양분을 섭취하여 성숙한 입법론, 즉 체벌대체학칙 마련과 준수로 인한 자연스런 체벌 퇴출로 이어져 건실한 학생지도 문화를 꽃피우고 열매 맺었을 것이다.

68) 국가인권위원회 보도자료, “간접체벌 등 학생인권 제한 규정 수정 필요”- 초·중등교육법 시행령 개정안에 대한 의견표명, 2011.3.2. 참조.

69) 2011.3.18. 개정 이후 일 년여가 흐른 지금까지 간접체벌에 관하여 구체적 정형화가 어떤 모양으로 이루어졌는지 의문이다. 설사 마련되었더라도 이것에 대한 교육주체의 이해와 승인에 소요되는 시간을 우리는 무시해서는 안 될 것이다(시간의 중요성에 관하여 주36, 54도 참조).

IV. 맺음말

1) 이 글이 체벌법규, 특히 구조항 등에 대한 해석을 중요시한 이유는 체벌금지를 주장하는 측이나 예외적 허용을 지지하는 측 어느 쪽에서도 정작 이것을 해석하지 않았기 때문이다. 체벌전면금지론은 구조항이 체벌을 허용하여 위헌이라고 폐지의 당위성을 강조했지만 해석론이 아닌 체벌본질론에 기초했고, 구조항 개정을 주도한 교과부 역시 해석론이 아닌 새로운 체벌정책을 내세우기에 급급했다. 구조항은 자신을 낳아준 교과부로부터도 외면당한 채 결국 폐기되었는데, 시행령의 일개 조항이라고 해도 이렇게 홀대될 수는 없지 않은가 라는 반성적 고려에서 제기된 물음(I.)은 본문에서 다음과 같이 대답되었다.

구조항 등은 적절히 해석되지 않았다. 체벌논의에서 구조항 등이 언급되기도 했지만 해석된 것은 아니었다. 적용되기 위해 만들어진 법령이었지만 해석 없이 집행될 수는 없었다. 폐지론 등은 특히 학칙의 규범성에 대해 무관심했다. 따라서 체벌법규가 표방한 체벌의 ‘원칙적 금지와 예외적 허용’은 부각되지 않았고, 다수의 문헌은 체벌이 일반적으로 허용된 것처럼 논의를 전개하였다. 그러나 판례는 체벌의 예외성을 확인하고 점점 더 엄격하게 심사해왔다.

체벌법규에 대한 해석은 다음과 같다: 학칙체벌의 예외적 허용은 법규가 정한 체벌 상황과 절차를 충족시킬 때 가능하다. 전자는 일정한 체벌대상 비위에 대해 교육상 필요하고 불가피해야 성립하며 후자는 까다로운 절차로 이뤄졌다. 체벌의 예외성 범주와 내용은 협소함과 경미함이 그 특징이지만, 대체벌요구권을 보장하여야 그 예외성에서 강제성을 배제하기까지 하였다. 이렇듯 체벌법규는 원칙에 대한 예외의 엄중함을 명확히 함으로써 원칙을 강조한 예외규정이다. 그러므로 구조항 등을 체벌원인이나 위헌조항이라고 하거나, 또 유엔아동권리위원회의 권고에 반한다고 하는 것은 학칙의 규범성과 학칙체벌의 예외성을 외면한 주장이다.

2) 교육법대개편(1998년)으로 구조항 등이 등장하고, 2007.12. 법개정으로 헌법과 국제인권조약준수 규정(법 제18조의4)이 신설되고, 또 2011.3 법개정으로 신조항이 제정되었지만 학교체벌은 계속되었다. 이러한 규범현실은 바로 다음을 말하

고 있다. 위와 같은 체벌법규가 있음에도 학교체벌은 계속되고 있다. 그런데(또는 그러므로) 학교체벌은 법규의 미비에 원인이 있는 것이 아니다. 문제는 입법이 아니라 기존 법규의 해석과 적용의 부재이다.⁷⁰⁾

그러나 구조항 등은 적용되지 않음으로써 현실과 겹돌았고, 이런 상황에서 체벌의 관성은 더 오래 유지되었다. 법 제18조 제1항과 구조항의 “학칙이 정하는 바에 따라...”는 성실히 집행되었어야 했다. 체벌학칙의 규범성에 대한 교육당국의 무지와 소신 부족으로 구조항은 폐기되기도 전에 이미 사문화되었다. 이 점에서 구조항 개정은 정책수행 실패의 책임을 ‘근거 없이’ 체벌법규의 탓으로 전가한 입법이었다.

구조항 등이 해석되었다면 체벌학칙의 집행으로 학칙판례⁷¹⁾는 집적되었을 것이고, 이것이 피드백 되어 풍부한 해석론과 성숙한 입법론(체벌대체학칙 마련과 체벌학칙폐지)을 낳았을 뿐만 아니라 규범교육의 효과도 얻을 수 있었을 것이다. 이런 방향의 작업은 소모적 논쟁 없이도 학교체벌의 해결에 가까이 다가갈 수 있(었)음을 의미한다.

3) 체벌논의는 왜 하는가. 체벌퇴출이 목적이다. 체벌퇴출은 한 순간의 선언으로 완성되는 것이 아니라 다양한 노력의 수행으로 이루어진다. 학생지도의 공백을 막 으면서 새로운 학생지도를 정착시켜야 하기 때문이다. 근년에 투입된 체벌정책(예컨대, 서울시 체벌 전면금지정책, 경기도 등 몇몇 교육청의 학생인권조례 제정·시행 등)은 이런 점에서 교각살우(矯角殺牛)의 예가 되었다. 이상하게 들릴지 모르나 규범은 지킬 수 있을 때 지킬 수 있는 것이다. 수범자의 이해 없이는 그 어떤 규범도 종잇조각에 불과하다는 것이다. 위 정책은 규범(의 효력)에 관해 오해했고, 그

70) 법규의 궁극적 적용을 위해서는 하위규범(조례, 학칙, 지침 등)의 완비가 중요하다. 이점에서 본다면 하위규범의 미비라는 입법에 문제가 없는 것은 아니다. 그러면서도 우리는 세부적 시행절차를 담은 실천적 하위규범은 마련하지 않고 법령만 닦하는 경향이 있다. 조례나 학칙 등 하위규범의 작동 없이는 사실 상위법은 실현될 수 없다. 그러므로 학교체벌에 민감하게 반응하고 체벌대체 지도에 요구되는 인적·물적 여건 마련을 위하여 하위규범이 말초혈관처럼 기능해야 하는 것이다. 학생인권조례에 대해 아쉬운 것은 그렇게 과중한 내용의 힘겨운 입법이 아니라, 이미 상위법령에 충분히 선언된 학생인권 규정을 단지 실현하는 실무형 조례였다면 얼마나 좋았을까 하는 것이다.

71) 학교의 (체벌)업무처리 과정과 결정을 의미하는 것으로, ‘학교판례’라고도 할 수 있다.

목표가 무엇인지 의문스럽다는 비판을 받았다. 교사와 학생을 위한다면서 그들을 혼란에 빠뜨렸기 때문이다.

교원소청심사에서 징계처분이 취소된 ‘5초 체벌사례’는 처음부터 해당 교사를 징계할 수 있는 사건이 아니었다. 교사의 행위가 (간접)체벌인가 아닌가는 부차적인 문제이다. 교사를 조례위반으로 징계하기 위해서는 적어도 교사와 학생이 신·구조향과 경기도학생인권조례, 소속학교의 학칙, 그리고 체벌대체지도 등에 대해 숙지하고 있었어야 한다. 역사처럼 오래된 체벌관습을 제정 5개월도 안된 조례 하나로 바꿀 수는 없다. 부가적인 노력⁷²⁾과 함께 수범자의 규범내면화와 승인을 기다려야 했다. 성급한 준법강제는 “법률의 극치는 불법의 극치”라는 조소와 저급한 법률만능주의라는 비판을, 그리고 겪지 않아도 될 무질서와 후유증을 가져다주었다.

72) 예컨대 체벌대체매뉴얼 작성과 연찬, 사범대학 교과과정에서의 학생지도에 관한 교육과 추수 연수 등 아주 다양한 방법이 있을 것이다(윤용규, 위 논문(주10), 154면 이하; 위 논문(주17) 308면 이하 참조). 체벌퇴출은 이런 모든 수단을 ‘망라(網羅)적으로’ 투입하여야만 연착륙할 수 있다.

참고문헌

- 김일수, 형법학원론(보정판), 1988
- 김일수/서보학, 형법총론(제11판), 2006
- 박상기, 형법총론(제8판), 2009
- 배종대, 형법총론(제10판), 2011
- 이재상, 형법총론(제6신판), 2010
- 장영수, 헌법학(제2판), 2007
- 표시열, 교육법(개정판), 2008
- 김은경, 체벌의 실태와 영향에 관한 연구, 한국형사정책연구원, 1999.12.
- _____, 체벌의 위법성판단을 위한 쟁점들, 판례실무연구[Ⅶ], 2004.12
- 김일수, 교사의 학생체벌권과 정당화사유, 판례연구(고려대) 제3집(1984)
- 김호정, 학칙의 법적 성질과 규율범위, 외법논집 제29집(2008)
- 박광현, 학생체벌의 정당성에 대한 법률적 고찰, 법학논총 제25권 제1호(2012. 7)
- 박정원/이성흠, 체벌금지에 대한 입법동향과 과제, 교육법학연구 제22권 제2호(2010)
- 박찬걸, 교원에 의한 체벌행위의 정당성과 그 허용범위, 형사정책연구 제22권 제1호(2011 봄)
- 배영길, 대학의 학칙에 관한 연구, 공법학연구 제5권 제1호(2004)
- 신차균, 학교체벌 논쟁에 대한 교육철학적 분석, 교육논총 제23집, 2004
- 오동석, 학생인권조례에 관한 몇 가지 법적 쟁점, 교육법학연구 제22권2호(2010.12)
- _____, 학생인권조례의 현황과 쟁점, 국가인권위원회 · 한국법과인권교육학회 공동주최
(주제: 인권교육의 국내외적 동향과 실천방안, 2011.10.22.) 학회발표집
- _____, 학생인권조례를 둘러싼 몇 가지 헌법적 쟁점, 한국교육법연구, 제9집1호(2012)
- 윤용규, 교원의 학생체벌에 대한 형법적 고찰, 형사법연구 제21권(2004. 6.)
- _____, 규범학습을 통한 범죄예방, 비교형사법연구 제6권 제2호(2004.12)
- _____, 법령에 의한 체벌의 성립요건, 강원법학 제20권(2005)
- 윤용규/최희수, 학생인권과 교권의 조화방안, 강원도교육연구원(“강원교육의 현장진단과 대안”, 2011.11)

- 이종근, 체벌의 허용범위에 대한 비교법적 연구, 동아법학 제52호(2011.11)
- 정철호, 공교육체계에서의 학생체벌에 대한 법적 고찰, 아동과 권리, 제10권 제3호 (2006)
- 조 국, 교사의 체벌과 정당행위, 법학(서울대), 제48권 제4호(2007)
- 조금주, 2006년도 중고등학생 인권실태조사 결과 및 개선방안, 청소년학연구 제14권 제3호 (2007)
- 한상희, 체벌 및 초중등교육법시행령 개정안의 위헌성, 민주법학 제45호(2011.3.)
- 국가인권위원회, “교육부 학교생활규정(안)에 대한 국가인권위원회의 의견”, 2002.9.9 위원회 홈페이지 ‘인권정보·정책’ 결정례 21번
- _____, “간접체벌 등 학생인권 제한 규정 수정 필요”- 초중등교육법시행령 개정안에 대한 의견표명(보도자료), 2011.3.2.
- _____, 2011년 초·중·고등학교 인권교육 실태조사, 2011.10.5.
- 교육과학기술부, 학교문화 선진화 방안(안), 2011.1.
- 교육법 연구팀(한국교육개발원 위탁연구), “학생의 권리와 학교교육의 사명, 어떻게 조화시킬 것인가”, 2010.8.18. 발표
- 전국교직원노동조합, “학생·교사 생활실태와 가치관 교육관 설문조사 보고서, 2011.11.2.
- 정부보고서, 제3·4차 통합보고서(CRC/C/KOR/3-4), 2009.5.28.

〈유엔아동인권위원회 권고의견〉

[http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/\(Symbol\)/8d6e3b9cb4be7cc74125631c00510a3b?](http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/(Symbol)/8d6e3b9cb4be7cc74125631c00510a3b?)

Opendocument

[http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/\(Symbol\)/d691f34f4fc5584dc1256d2b0034395c?](http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/(Symbol)/d691f34f4fc5584dc1256d2b0034395c?)

Opendocument

<http://www2.ohchr.org/english/bodies/crc/crcs58.htm>

한국세이브더칠드런(Save the Children, www.sc.or.kr), “정부는 아동에 대한 체벌 금지, 차별 철폐, 아동복지예산 확충을 위한 대책 마련에 서둘러야”, 2011.10.10 유엔아동권리위원회의 최종권고에 대한 논평(보도자료)

Reflective consideration in corporal punishment discussion : Focused on analysis of corporal punishment regulations

Yun, Yong-Kyu*

Education law prohibits corporal punishment(=CP) in principle. The law just allows it exceptionally. Bases of the exception are §31⑦ of the Enforcement Decree of the Elementary and Secondary Educational Act and school rules related to CP. However, many treatises represent that CP is commonly allowed. They think CP in school occurs because of 'the clauses of Education Decree and school rules'(=regulations) above that admits exception. So they insist on repealing the regulations which exceptionally permit teachers to punish students physically. But such assertions are the results of misanalyzing the regulations because these were made in such a picky way that we should say, on the contrary, they emphasize prohibition on CP. The exceptional approval range is extremely narrow and its measures is light. Besides there is a right for students to claim other sorts of punishments instead of CP. We must not let it pass.

Nevertheless Ministry of Education did not rebut the argument for the repeal, they revised the Enforcement Decree above and enacted §31⑧. It happened because they did not thoroughly read former §31⑦ and CP school rules. This means Ministry of Education's ignorance of the normative character of school rules. In other words, school rules related to CP were neglected in schools. Therefore, 'school CP' appears not because of the regulations themselves but because they did not analyze and carry them out. In this aspect, §31⑧ is unnecessary legislation, and also shameful legislation which laid a failure of CP ad-

* Professor, Kangwon National University School of Law

ministration on the regulations with no certain reasons.

But all the debates on CP that have continued until now have overlooked this. The purpose of the discussion is to kick out CP without confusion of guidance on students. In this sense, the revision of the regulations above and enactment of so-called "Student Human Right Ordinance" by some regional Offices of Education are not accurate solutions. What is important for us is to analyze existing regulations earnestly and apply them. But more urgent matter is to prepare alternative rules that could replace CP and make them familiar with teachers and students.

❖ Key words : corporal punishment, legal analysis, student human right, National humanrights commission, Convention on the Rights of the Child