

〈판례평석〉

교사의 체벌과 정당행위*

— 대상판결: 대법원 2004.6.10 선고 2001도5380판결 —

曹 國**

[사실관계]

여자중학교 체육교사 겸 태권도 지도교사인 피고인은 1999년 3월 자신이 체육교사로 근무하는 충남 모 여자중학교 운동장에서 피해여학생들이 “무질서하게 구보한다”는 이유로 손이나 주먹으로 두 차례 머리 부분을 때리고, 자신이 신고 있는 슬리퍼로 피해여학생의 양손을 때렸으며, 같은 달 태권도대회출전과 관련해 질문하는 유 모양 등 2명에게 낮모르는 학생들이 보는 가운데 “싸가지 없는 년”이라고 욕설하여 폭행·모욕혐의로 기소되었다. 제1심과 항소심은 유죄를 인정하고 벌금 100만원을 선고하였다. 피고인은 “자신의 행위가 교육목적상 정당한 징계행위이므로 정당행위”임을 주장하며 상고하였다. 이에 대법원은 피고인이 행한 체벌이 정당행위에 해당하지 않는다며 상고를 기각하였다.

[판결요지]

초·중등교육법령에 따르면 교사는 학교장의 위임을 받아 교육상 필요하다고 인정할 때에는 징계를 할 수 있고, 징계를 하지 않는 경우에는 그 밖의 방법으로 지도를 할 수 있는데, 그 지도에 있어서는 교육상 불가피한 경우에만 신체적 고통을 가하는 방법인 이른바 체벌로 할 수 있고 그 외의 경우에는 훈육, 훈계의 방법만이 허용되어 있는 것이다.

그러하니 교사가 학생을 징계 아닌 방법으로 지도하는 경우에도 징계하는 경우와 마찬가지로 교육상의 필요가 있어야 될 뿐만 아니라 특히 학생에게 신체적,

* 이 논문은 서울대학교 법학발전재단 출연 법학연구소 기금의 2007학년도 연구지원비의 보조를 받았음.

** 서울대학교 법과대학 부교수.

정신적 고통을 가하는 체벌, 비하(卑下)하는 말 등의 언행은 교육상 불가피한 때에만 허용되는 것이어서, 학생에 대한 폭행, 욕설에 해당되는 지도행위는 학생의 잘못된 언행을 교정하려는 목적에서 나온 것이었으며 다른 교육적 수단으로는 교정이 불가능하였던 경우로서 그 방법과 정도에서 사회통념상 용인될 수 있을 만한 객관적 타당성을 갖추었던 경우에만 법령에 의한 정당행위로 볼 수 있을 것이다.

따라서 교정의 목적에서 나온 지도행위가 아니어서 학생에게 체벌, 훈계 등의 교육적 의미를 알리지도 않은 채 지도교사의 성격 또는 감정에서 비롯된 지도행위라든가, 다른 사람이 없는 곳에서 개별적으로 훈계, 훈육의 방법으로 지도·교정될 수 있는 상황이었음에도 낮모르는 사람들이 있는 데서 공개적으로 학생에게 체벌·모욕을 가하는 지도행위라든가, 학생의 신체나 정신건강에 위협한 물건 또는 지도교사의 신체를 이용하여 학생의 신체 중 부상의 위험성이 있는 부위를 때리거나 학생의 성별, 연령, 개인적 사정에서 건디기 어려운 모욕감을 주어 방법·정도가 지나치게 된 지도행위 등은 특별한 사정이 없는 한 사회통념상 객관적 타당성을 갖추었다고 보기 어려운 것이다.

[참조조문]

초·중등교육법 제18조 (학생의 징계)

①학교의 장은 교육상 필요한 때에는 법령 및 학칙이 정하는 바에 의하여 학생을 징계하거나 기타의 방법으로 지도할 수 있다. 다만, 의무교육과정에 있는 학생을 퇴학시킬 수 없다.

②학교의 장은 학생을 징계하고자 하는 경우 해당 학생 또는 학부모에게 의견진술의 기회를 부여하는 등 적정한 절차를 거쳐야 한다.

제20조 (교직원의 임무) ③교사는 법령이 정하는 바에 따라 학생을 교육한다.

초·중등교육법시행령 제31조 (학생의 징계 등) ①법 제18조제1항 본문의 규정에 의하여 학교의 장은 교육상 필요하다고 인정할 때에는 학생에 대하여 다음 각 호의 1의 징계를 할 수 있다.

1. 학교 내의 봉사
2. 사회봉사
3. 특별교육이수
4. 퇴학처분

⑦학교의 장은 법 제18조제1항 본문의 규정에 의한 지도를 하는 때에는 교육상 불가피한 경우를 제외하고는 학생에게 신체적 고통을 가하지 아니하는 훈육·훈계 등의 방법으로 행하여야 한다.

I. 들어가는 말

체벌은 교육자가 피교육자의 행동을 변화시키려는 목표를 달성하기 위한 수단으로서 의도적으로 가하는 육체적 고통이다. 그런데 이러한 체벌은 신체에 대한 법익침해를 수반하므로, 체벌의 적법성은 형법 제20조에 의한 법령에 의한 정당행위로서 정당화되는 징계행위 요건의 한계선상에서 다루어져 왔다. 구교육법 하의 통설과 판례는 일정한 요건 하에 체벌을 정당행위에 포함시켜 정당화해 왔는데, 대상판결은 구교육법에 대신하여 교육기본법과 초·중등교육법이 제정된 이후 처음으로 체벌에 관해 내려진 판결이라 주목을 끈다.

아래에서는 먼저 체벌의 정당화에 관한 종래의 학설과 판례의 태도를 소개한 후, 대상판결의 의의를 살펴본다. 다음으로 초·중등교육법 시행령 제31조 제7항의 해석을 중심으로 교사의 체벌이 형법상 정당행위로 위법성이 조각되는지 여부에 대한 필자의 견해를 제시하기로 한다. 여기서 동 시행령이 학생에게 신체적 고통을 가하는 ‘지도’, 즉 체벌은 교육상 불가피한 경우에 한하여 학교장이 행할 수 있다고 규정하고 있다는 점에 초점을 맞출 것이다.

II. 학 설

교사의 체벌행위에 대한 학설의 입장은 크게 나누어 엄격한 요건 하에 체벌의 정당화를 인정하는 입장과 완전히 부인하는 입장으로 갈린다. 그리고 대부분의 학설에서는 초·중등교육법과 초·중등교육법시행령의 조문에 대한 정밀한 분석이 이루어지지 못하고 있다. 공통적으로 발견되는 문제점으로는 첫째, 초·중등교육법 제18조과 초·중등교육법시행령 제31조은 ‘징계’와 ‘지도’를 명백히 구별하고 ‘지도’ 속에 신체적 고통을 가하는 체벌을 포괄하고 있음에도(초·중등교육법시행령 제31조 제7항), 이러한 구별을 무시한 채 체벌을 ‘징계’의 일환으로 설

명하고 있고,¹⁾ 둘째, 초·중등교육법과 초·중등교육법시행령상 체벌의 자격은 학교장에게만 부여되어 있는데, 학교장에 의한 체벌과 교사에 의한 체벌을 구별하지 않고 논지가 전개되어 있다는 점을 들 수 있다.

1. 제한적 허용설

먼저 교사의 체벌을 법령에 의한 정당행위로 보는 견해가 있다. 임웅 교수는 체벌이 주관적 요건으로서 교육의 목적, 훈육의 목적으로 행해지며, 객관적 요건으로서 다른 징계수단으로는 그 목적을 달성할 수 없을 것, 필요한 한도 내에서 행해질 것, 징계대상자의 비행의 정도, 연령, 성별, 건강, 체력 등에 상응하는 징계인 경우에 허용될 수 있다고 본다.²⁾ 정성근, 박광민, 정영일, 이인영 교수 등은 행위가 행해진 구체적인 사정을 보아 교육의 목적 달성을 위하여 체벌의 필요성이 있고, 그 정도가 사회상규에 반하지 않는다면 허용된다고 한다.³⁾ 한편 윤용규 교수는 대상판결의 입장과 동일하게, 학교장에 의해 체벌의 자격이 교사에게 위임될 수 있으므로, 교사의 체벌도 법령에 의한 행위로 보아야 한다는 의견을 제시한다.⁴⁾

다음으로 김일수, 서보학 양 교수는 초·중등교육법 제18조와 초·중등교육법시행령 제31조의 목적론적 해석상 체벌행위는 학교장이나 교사의 체벌은 법령상 허용된 행위가 아니며, 다만 그것이 교육목적으로 위하여 필요최소한의 조치였을 경우 업무로 인한 행위로 정당화된다고 보고 있다.⁵⁾

한편 교사의 체벌을 사회상규에 반하지 아니하는 정당행위로 보는 견해가 있다. 박상기 교수는 초·중등교육법이 규정하고 있는 학생에 대한 징계에는 체벌권이 포함되지 않으므로 체벌행위를 법령에 의한 정당행위라 볼 수는 없으나, 교육현장의 필요상 구체적 상황에서 체벌필요성 여부 및 방법과 한계설정을 전제로 개별적·제한적으로 허용할 수 있다고 본다. 체벌의 방법·정도 등이 교육의 목표를 달성하기 위한 것으로서 사회상규에 위배되지 않으면(예: 단체로 실시

1) 이 점에 대해서는 윤용규 교수의 지적이 있다[윤용규, “교원의 학생 체벌에 관한 형법적 고찰”, **형사법연구** 제21호(2004년 여름), 133-134면].

2) 임웅, **형법총론**(개정판, 2002), 201면.

3) 이인영, “사회상규의 의미와 정당행위의 포섭범위”, **형사판례연구** 제13호(2005), 182면; 정성근·박광민, **형법총론**(2001), 214면; 정영일, **형법총론**(개정판, 2007), 240-241면.

4) 윤용규(각주 1), 140면.

5) 김일수·서보학, **새로 쓴 형법총론**(제11판, 2006), 340, 342면.

하는 기합이나 손바닥을 몇 대 때리는 행위 등) 정당행위 중 기타 사회상규에 위배되지 않는 행위로 보는 것이 타당하다고 한다.⁶⁾

한편 손동권 교수는 초·중등교육법은 교장에 의한 체벌행위만을 허용하고 있으므로 교사의 체벌행위는 법령에 의한 정당행위로 해석될 수 없으며, 단지 사회상규에 반하지 않는 행위로 위법성이 조각될 수 있을 뿐이라는 입장을 취하고 있다.⁷⁾ 그리고 오영근 교수와 김성천, 김형준 양 교수는 교육현장에서 체벌은 없어져야 한다는 원칙을 표명하면서도, 교사에게는 법령상 체벌자격이 부여되어 있지 않으므로 사회상규에 반하지 아니하는 행위로서의 정당행위가 인정될 뿐이라는 견해를 밝히고 있다.⁸⁾

2. 완전부정설

이상과 반하여 체벌 자체를 완전히 부정하는 견해가 있다. 먼저 이재상 교수는 인간의 존엄과 가치를 존중하는 헌법정신과 교육의 목적에 비추어볼 때 체벌이 허용된다고 볼 수 없고, 초·중등교육법 제18조의 징계 또는 지도에는 초·중등교육법 시행령 제31조와의 관계에 비추어 체벌이 포함되지 않는다고 해석하고, 체벌은 다른 위법성 조각사유에 해당하지 않는 한 징계권의 행사로서 허용될 수는 없다고 한다.⁹⁾ 또한 정웅석 교수는 체벌의 내재된 폭력성 때문에 그 교육적 효과가 떨어지며, 체벌 이외에 상담, 격려, 벌점 등의 방법이 있다는 점에서—학 교장에 의하건 교사에 의하건—학생에 대한 체벌은 허용될 수 없다는 입장을 취하고 있다.¹⁰⁾

한편 배종대 교수는 초·중등교육법이 정하고 있는 학교장의 징계내용은 특별 교육이나 선도처분이므로, 학교장의 징계에 체벌은 포함되지 않으며, 따라서 교사의 체벌권은 더욱 인정될 여지가 없다고 한다.¹¹⁾ 천진호 교수도 체벌을 초·중등교육법 제18조의 ‘징계’로 해석하면서 여기에는 체벌이 포함되지 않으므로 허

6) 박상기, **형법총론**(제6판, 2004), 156면.

7) 손동권, **형법총칙론**(개정판, 2004), 207, 216면.

8) 오영근, **형법총론**(2005), 300면; 김성천·김형준, **형법총론**(제3판, 2005), 305면.

9) 이재상, **형법총론**(제5판, 2003), 278면.

10) 정웅석, **형법강의**(제6판, 2005), 206면.

11) 배종대, **형법총론**(제8전정판, 2005), 315면. 단 배 교수는 초·중등교육법과 초·중등교육법시행령상 규정된 신체적 고통을 가하는 ‘지도’에 대해서는 언급하지 않고 있지만, 이러한 ‘지도’ 역시 금지되는 것으로 파악하는 것으로 보인다.

용되지 않는다는 견해를 표시하고 있다.¹²⁾

Ⅲ. 판례

1. 종전 판례

대상판결 이전에 체벌의 정당화에 대한 요건을 가장 잘 정식화되어 나타난 것은 대법원의 민사판결에서였다. 대표적인 두 개의 판결을 보면, 먼저 1988년 대법원은 교사가 자신의 체벌을 피하려는 학생에게 대걸레자루를 높이 치켜들고 때리려고 휘두르고 이를 피하는 학생의 머리를 구타한 사건에서 대법원은 이러한 교사의 행위는 정당행위에 해당하지 않는다고 판시하면서, 다음과 같이 설시한다.

“교사의 학생에 대한 체벌이 징계권의 행사로서 정당행위에 해당하려면 그 체벌이 교육상의 필요가 있고 다른 교육적 수단으로는 교정이 불가능하여 부득이한 경우에 한하는 것이어야 할 뿐 아니라, 그와 같은 경우에도 그 체벌의 방법과 정도에는 사회관념상 비난받지 아니할 객관적 타당성이 있지 않으면 안 된다고 할 것이다.”¹³⁾

그리고 1990년 대법원은 교사가 다른 학생 10여 명과 함께 단체로 체벌을 받고 있던 중 갑자기 웃어버린 학생의 머리를 막대기로 때리고 구둑발로 여러 번 차서 학생으로 하여금 6주간의 치료를 요하는 상해를 입히고 후유장애로 일반노동능력의 70퍼센트를 상실한 사건에서, 그 교사는 징계의 목적으로 체벌을 가하는 교사로서 통상 요구되는 주의의무를 현저히 게을리 함으로써 상해의 결과를 초래한 중대한 과실이 있었다고 판단하면서, 다음과 같은 기준을 제시하였다.

“교사가 징계목적으로 학생에게 체벌을 가한 행위가 사회관념상 비난받을 행위로서 불법행위를 구성하는 경우에 그 교사에게 중대한 과실이 있었는지의 여부

12) 천진호, “‘사회상규에 위배되지 아니하는 행위’에 대한 비판적 교찰”, **비교형사법연구** 제3권 제2호(2002), 179-180면.

13) 대법원 1988.1.12. 선고 87다카2240 판결.

를 가려보기 위하여서는 체벌을 가하게 된 동기와 경위, 체벌을 가하는 방법과 정도 및 체벌을 가한 신체부위와 그 체벌로 인한 상처의 정도 등을 종합적으로 고려하여 체벌을 가하는 교사로서의 통상 요구되는 주의의무를 현저히 게을리 하였는지의 여부를 판단하여야 한다.”¹⁴⁾

즉, 대법원은 교육상 체벌의 필요성이 있었는지, 체벌이 최후수단으로 사용되었는지 여부, 그리고 체벌의 동기와 경위, 체벌의 방법과 정도, 체벌을 가한 신체부위와 그 체벌로 인한 상처의 정도 등을 종합적으로 고려하여 체벌의 위법성을 판단해야 한다는 것이다.¹⁵⁾

이러한 기준은 형사판례에서도 관철된다. 간략히 정리하자면, 중학교 교장직무 대리자가 “훈계의 목적으로 교칙위반학생에게 뺨을 몇 차례 때린 것”은 징계의 방법으로서 사회관념상 비난의 대상이 될 만큼 사회상규를 벗어난 것으로는 볼 수 없지만,¹⁶⁾ 반면 교육자가 “대나무 막대기로 나이 어린 피교육자의 전신을 수회 구타하여 상해까지 입힌” 것은 징계권의 범위를 일탈한 것이며,¹⁷⁾ 교사가 학생이 자신에게 욕설을 한 것으로 오인하고 격분하여 “피해자가 욕설을 하였는지 확인도 하지 않을 정도로 침착성과 냉정성을 잃은 채로 “좌우 주먹으로 위 피해자의 얼굴 양측두부를 각 1회씩 구타하여 동인을 실신시키고 동인에게 전치 10일을 요하는 쇼크 및 양측측두부 타박상의 상해를 입힌” 것은 징계권의 범위를 일탈한 위법한 폭력행위라고 보았다.¹⁸⁾ 그리고 교사가 국민학교 5학년인 피해자를 양손으로 교탁을 잡게 한 다음 길이 50센티미터, 직경 3센티미터 가량 되는 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” 경우 그 징계행위는 그 방법 및 정도가 교사의 징계권행사의 허용한도를 넘어선 것으로서 정당한 행위로 볼 수는 없고,¹⁹⁾ 교사가 학생을 옆드

14) 대법원 1990.2.27. 선고 89다카16178 판결.

15) 또 다른 민사판결에서 대법원은 교사가 수업시간에 가지고 오라고 한 시험지를 피해자를 비롯한 수명의 학생이 가지고 오지 않았다는 이유로 빗자루 막대기로 그 학생들의 종아리를 2대씩 때리는데 피해자가 욕설을 하므로 그를 “교단 앞에 꿇어앉힌 후 수업시간이 끝날 때까지 계속하여 주먹으로 뺨과 머리를 수십 회 구타”하여 실명을 야기한 것은 일반적으로 용인되는 교육업무상의 정당한 행위를 벗어난 위법행위라고 보았다(대법원 1991.5.28. 선고 90다17972 판결).

16) 대법원 1976.4.27. 선고 75도115 판결.

17) 대법원 1978.3.14. 선고 78도203 판결.

18) 대법원 1980.9.9. 선고 80도762 판결.

러지게 한 후 몽둥이와 당구큐대로 그의 둔부를 때려 3주간의 치료를 요하는 상해를 입힌 것은 비록 제자를 훈계하기 위한 것이었다 하더라도 이는 징계의 범위를 넘는 것이라고 판시하였다.²⁰⁾

2. 대상 판결의 의미

(1) 초·중등교육법시행령상 ‘지도’로서의 체벌의 법적 지위 확인

초·중등교육법시행령 제31조 제1항은 학교 내의 봉사, 사회봉사, 특별교육 이수, 퇴학처분 등 학생에 대한 ‘징계’를 제한적으로 규정하고 있고, 제7항은 ‘징계’ 외의 ‘지도’를 규정하고 있다. 제7항은 “학교의 장은 … 지도를 하는 때에는 교육상 불가피한 경우를 제외하고는 학생에게 신체적 고통을 가하지 아니하는 훈육·훈계 등의 방법으로 행하여야 한다.”라고 규정하고 있는 바, 그 ‘지도’는 원칙적으로 신체적 고통을 가하지 않는 방식으로 이루어져야 하지만 “교육상 불가피한 경우”에는 예외가 있음을 밝히고 있다. 여기서 통상 ‘체벌’로 불리는 행위는 법상 ‘신체적 고통을 가하는 지도’의 일종이라고 정리할 수 있다.²¹⁾ 이전의 판례나 학설의 경우 ‘징계’와 ‘지도’를 혼동하여 논의를 전개하고 있었던 바, 대상판결은 이 점을 바로 잡고 있다.²²⁾

(2) 학교장의 ‘위임’에 따른 교사의 체벌권의 인정

초·중등교육법시행령 제31조 제7항은 신체적 고통을 가하지 않는 지도이건 가하는 지도이건 학생에 대한 지도권은 학교장에게 있음을 규정하고 있다. 그런데 우리 교육현실에서 체벌, 즉 ‘신체적 고통을 가하는 지도’는 대개 학교장이 아니라 교사에 의해서 이루어진다.

이전의 판례나 학설은 이러한 교사의 체벌이 어떻게 정당화되는가에 대하여 명확한 답을 주지 않았다. 그런데 대상판결은 초·중등교육법령에 따르면 교사는 “학교장의 위임을 받아” 체벌을 할 수 있다고 명시적으로 답하고 있다. 헌법재판소도 관련 법규를 종합하여 해석하면서, “비록 체벌이 교육적으로 효과가 있는지에 관하여는 별론으로 하더라도 교사가 학교장이 정하는 학칙에 따라 불가피한

19) 대법원 1990.10.30. 선고 90도1456 판결.

20) 대법원 1991.5.14. 선고 91도513 판결.

21) 윤용규(각주 1), 133면.

22) 이인영(각주 3), 189면.

경우 체벌을 가하는 것이 금지되어 있지는 않다”라고 결정한 바 있다.²³⁾

(3) 체벌의 위법성 판단기준의 종합적 제시

한편 대상판결은 교사의 체벌이 예외적으로 인정될 수 있다는 종전의 입장을 견지하면서 어떤 경우에 예외적 인정 범위를 벗어나 형사처벌의 대상이 되는지 보다 정리되고 구체화된 지침을 제시하였다. 대상판결도 적시한 것처럼, 종래 교육에 관한 중심 법규이던 구 교육법에 갈음하여 교육기본법과 초·중등교육법이 새로이 제정·시행됨과 아울러 그 동안의 교사와 학생의 인식, 인적·물적 교육 환경에 변화가 있었고 그에 따라서 학생의 징계, 지도에 관한 규정내용도 달라졌으므로, 이후 초·중등학교에서의 학생의 징계, 지도에 관한 법적 규율에도 그러한 사정이 반영될 수밖에 없었다.

대상판결은 대법원 1988.1.12. 선고 87다카2240 판결에서와 같이, 교육상 체벌의 필요성이 있었는지, 체벌이 최후수단으로 사용되었는지를 따져보아야 한다고 말한다. 그리고 대상판결은 교사의 체벌이 정당행위로 인정받을 수 없는 예로, ① 학생에게 체벌의 교육적 의미를 알리지도 않은 채 지도교사의 성격 또는 감정에서 비롯된 지도행위, ② 다른 사람이 없는 곳에서 지도할 수 있음에도 낮은 사람들이 있는 데서 공개적으로 체벌·모욕을 가하는 행위, ③ 학생의 신체나 정신건강에 위협한 물건 또는 교사가 신체를 이용해 부상의 위험성이 있는 부위를 때리는 행위, ④ 학생의 성별·연령·개인 사정에 따라 견디기 어려운 모욕감을 준 행위 등을 구체적으로 열거하였다.

이상은 종전 판례에서 확인되었던 사항들을 종합하여 정리한 것이다. 과거의 기준에 비하여 새롭게 부각되는 점은 ①, ②, ④이다. ①은 체벌 전에 그 교육적 의미를 학생에게 고지하여야 한다는 점을 밝히고 있고, ②는 체벌이 학생의 인격을 존중하여 원칙적으로 다른 사람이 없는 장소에서 이루어져야 함을 요구하고 있으며, ④는 신체에 직접 고통을 가하는 체벌은 물론, 학생에 대한 모욕적 언사도 형사처벌의 대상이 될 수 있음을 밝히고 있다.

과거 판례에서는 체벌의 정당행위 여부를 판단하기 위한 여러 기준을 제시하였지만, 실제로는 체벌이 상해의 결과를 야기했는가 가장 중요한 기준을 작동한 것처럼 보인다. 그러나 교사의 체벌행위는 그 자체가 적정한 교육행위인가 여

23) 헌법재판소 2000.1.27. 선고 99헌마481 결정.

부를 따져 판단되어야지 결과발생을 기준으로 판단하는 것은 주객이 전도된 것이었다.²⁴⁾ 이에 비하여 대상판결은 행위를 중심으로 허용되지 않는 체벌의 유형을 명시적으로 제시하고 있는바, 향후 불법적인 체벌을 통제하는데 기여할 것으로 예상된다.

IV. 평석 — 초·중등교육법 시행령 제31조 제7항 해석을 중심으로

앞에서 서술하였듯이 대상판결은 이전의 판례에서 명확하지 않았던 교사의 체벌 자격이 어디서 오는가를 밝히고, 체벌의 위법성 판단기준을 보다 종합적으로, 보다 엄격하게 제시하였다는 의의를 가지고 있다.

그러나 대상판결 역시 체벌을 세분화하여 평가하지 않고 일률적으로 허용과 불허용의 결론을 내고 있다. 필자는 원칙적으로 체벌은 그 교육적 효과가 의심스럽고, 교육목적달성을 위해 학생의 신체의 완전성을 침해하는 수단을 사용하는 것은 수단과 목적의 비례성 및 보충성을 충족시키지 못하며, 폭력에 의한 통제는 인간의 존엄과 가치, 학생의 자율과 책임감의 형성을 저해한다는 점에서 강하게 금지되어야 한다는 입장을 취하고 있다. ‘유엔아동권리위원회’는 1991년 ‘유엔아동권리협약’에 가입한 한국 정부에 대하여 1996년과 2003년에 걸쳐 “모든 형태의 체벌을 명백하게 금지할 것”을 권고한 바 있다.²⁵⁾ 그리고 2007년 12월 신설된 초·중등교육법 제18조의 4는 “학교의 설립자·경영자와 학교의 장은 「헌법」과 국제인권조약에 명시된 학생의 인권을 보장하여야 한다.”(강조는 인용자)라고 규정하고 있다. 필자는 이러한 관점에서 체벌의 법적 근거를 제공하고 있는 초·중등교육법과 초·중등교육법 시행령을 해석하고자 한다.

1. ‘직접체벌’은 정당화될 수 있는가?

먼저 대상판결의 해석에 따르면 ‘체벌’이 적정하게 이루어지면 초·중등교육법 시행령 제31조 제7항에서 말하는 ‘신체적 고통을 가하는 지도’로 분류되어 허용

24) 심재무, “징계권의 한계”, **비교형사법연구** 제2권 제3호(2000), 63-64면.

25) Committee on the Rights of the Child, Consideration of Reports Submitted by States Parties under Article 44 of the Convention, CRC/C/15/Add. 51 (13 November 1996), para. 22; CRC/C/15/Add.197 (18 March 2003), para. 38.

된다. 그러나 체벌의 종류를 나누어 접근할 필요가 있다. 체벌은 통상 신체적 고통을 가하는 방법에 따라 ‘직접체벌’과 ‘간접체벌’로 나눌 수 있다. 전자는 도구나 신체를 사용하여 학생의 신체에 직접적인 고통을 가하는 것이며, 후자는 도구나 신체를 사용하지 않고 학생에게 의무 없는 일을 하게 함으로서 신체적 고통을 느끼게 하는 것이다. 통상 “얼차려”라고 불리는 것으로, 꿇어앉히기, 팔이나 물건을 들고 서 있기, 운동장 뛰기, 토끼 똥, 오리걸음, 팔굽혀 펴기 등이 그 예이다.²⁶⁾

여기서 대상판결이나 기존의 학설이 고민하지 않고 있는 지점이 있다. 즉 동시행령상의 ‘신체적 고통을 가하는 지도’에 ‘직접체벌’과 ‘간접체벌’이 모두 포함되는가의 문제이다. 대상판결에서 제시하는 여러 허용요건이 충족할 경우 ‘간접체벌’은 법령상 허용되는 정당행위로 위법성이 조각될 수 있다고 판단한다. 장기적인 교육정책의 관점에서 볼 때 ‘간접체벌’도 궁극적으로는 없어져야 하겠지만, 현재 우리 교육 현실에서 ‘간접체벌’도 금지한다면, 교사는 오히려 ‘직접체벌’로 바로 나아가 버릴 수 있으므로 ‘간접체벌’은 허용하는 것이 학생의 인권 보호와 교사의 학생규율 확보 사이에 균형점을 확보할 수 있다(물론 ‘간접체벌’도 ‘신체적 고통을 가하지 않는 지도’를 선행하지 않고 바로 시행되었거나, 그 정도가 심하여 학생에게 심각한 고통이나 상해를 야기했다면 정당화되지 않을 것이다).

그러나 ‘직접체벌’은 ‘간접체벌’과 달리 취급되어야 한다. ‘직접체벌’은 교사의 신체나 도구를 사용하여 학생의 신체에 직접 고통을 가하는 것이기 때문에, 학생이 받은 정신적 충격이나 인격적 모멸감이 ‘간접체벌’에 비하여 매우 커진다. 그리고 ‘직접체벌’에서는 학생의 반응에 따라 교사가 흥분할 가능성과 그에 따라 체벌이 과도하게 진행될 가능성이 상존하고 있다. 또한 ‘직접체벌’의 교육적 효과가 얼마나 있는지, ‘간접체벌’에 더하여 ‘직접체벌’을 반드시 가해야 할 교육적 필요성이 있는지도 의문스럽다. 교육기본법 제2조는 교육이념으로 “모든 국민으로 하여금 인격을 도야하고 자주적 생활능력과 민주시민으로서 필요한 자질을 갖추게 하여 인간다운 삶을 영위하게” 하는 것을 밝히고 있고,²⁷⁾ 초·중등교육법

26) 김은경, **체벌의 실태와 영향에 관한 연구**(형사정책연구원, 1999), 27면 이하; 손희권, “체벌을 대체할 학생규율방안의 윤리성과 교육적 효과에 관한 학생들과 교사들의 시각 비교”, **교육문제연구** 제19집(2003. 9), 113면.

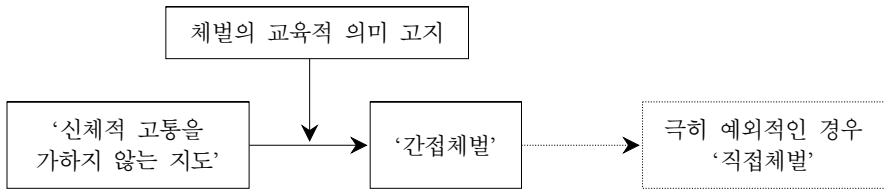
27) 교육기본법 제2조 (교육이념) “교육은 홍익인간의 이념아래 모든 국민으로 하여금 인격을 도야하고 자주적 생활능력과 민주시민으로서 필요한 자질을 갖추게 하여 인간다운 삶을 영위하게 하고 민주국가의 발전과 인류공영의 이상을 실현하는데 이바지하게

시행령 제31조 제7항도 ‘신체적 고통을 가하는 지도’는 “교육상 불가피한 경우”에만 인정되는 예외적인 것이라고 규정하고 있다.

이상의 점에서 볼 때 초·중등교육법 시행령이 전제하는 체벌에는 애초에 ‘직접체벌’을 포함하지 않고 ‘간접체벌’만 포함될 뿐이라고 해석해야 한다. 따라서 ‘직접체벌’은 법령에 의하여 정당한 행위로 위법성이 조각되지 않는다.

다만, 형법 제20조의 논리상 ‘직접체벌’도 사회상규에 반하지 않는 행위로 정당화되는 경우를 상정할 수 있다. 그렇지만 이 경우 ‘직접체벌’이 사회상규에 반하지 않아 정당화된다는 판단은 매우 엄격한 기준을 적용하여 이루어져야 한다. 대법원은 일반적으로 정당행위가 되려면, 첫째 그 행위의 동기나 목적의 정당성, 둘째 행위의 수단이나 방법의 상당성, 셋째 보호이익과 침해이익과의 법익균형성, 넷째 긴급성, 다섯째 그 행위 외에 다른 수단이나 방법이 없다는 보충성 등의 요건에 해당해야 한다고 판단해 오고 있다.²⁸⁾ 이러한 정당행위의 요건을 고려하고 이미 법령상 ‘신체적 고통을 가하지 아니하는 지도’나 ‘간접체벌’이 가능하다는 점을 생각할 때, 이러한 방법을 사용하지 않고 바로 ‘직접체벌’을 행해진 경우에는 ‘직접체벌’의 종류, 방식, 강도 및 결과 등을 따질 것도 없이 바로 위법하다는 결론을 내려야 할 것이다.

이상과 같은 해석에 기초할 때 체벌이 허용되기 위해서는 다음과 같은 절차를 밟아야 한다.



2. 교사의 체벌자격은 인정되어야 하는가?

상술하였듯이 초·중등교육법 시행령 제31조 제7항은 ‘학교장’의 지도권을 규정하고 있는데, 대상관결은 교사는 “학교장의 위임을 받아” 체벌을 할 수 있다고 판시하고 있다.

합을 목적으로 한다.”
28) 대법원 1983.3.8. 선고 82도3248 판결 등.

그런데 여기서 드는 의문점은 동 시행령 제31조 제7항이 정하는 ‘신체에 고통을 가하는 지도’가 과연 교장에게 적극적으로 부여된 권한 유사의 성질을 가지는 것인가이다. 동 시행령 제31조 제7항은 지도를 행함에 있어서 “교육상 불가피한 경우를 제외하고는 학생에게 신체적 고통을 가하지 아니하는 훈육·훈계 등의 방법으로 행하여야 한다.”고 하고 있다. 동 시행령 조문의 문언은 학교장에게 적극적으로 ‘체벌권’을 부여하고 있는 것이 아니라, 체벌이라는 ‘지도’는 매우 예외적으로 이루어져야 함을 강조하는 취지로 읽혀야 한다. 그렇다면 이 조항의 취지는 과거 통상 교사들에 의해서 행해지던 체벌을 학교장이라는 비교적 객관적인 주체에게 제한적으로 허용하여 체벌의 오남용을 막겠다는 것으로 해석되어야 할 것이다. 다시 말하자면, 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 것은 동 조항의 취지에 부합하는 해석이다.

이 점에서 원칙적으로 교사는 법적인 체벌자격이 없고 학교장만이 법적인 체벌자격을 가지며, 이 체벌자격은 교사에게 위임될 수 없다고 본다. 이러한 해석은 체벌을 행하는 순간 발생하는 교사와 학생 사이의 감정적 대립과 긴장, 이로 인한 과도한 체벌 초래라는 위험을 방지할 수 있으므로 교육정책적 차원에서도 타당하다. 다만 교사가 학교장에게 보고하지 않고 자신의 판단에 따라 적정한 정도의 ‘간접체벌’을 행하였다면, 예외적으로 사회상규에 반하지 않는 행위로 위법성이 조각될 수 있을 것이다.

한편 학교장의 체벌자격이 교사에게 위임된다는 논리는 위헌의 문제가 있다. 판례의 논리대로 동 시행령 제31조 제7항이 학교장에게 체벌권을 부여하는 적극적인 근거 규정이 된다면, 이는 학생의 신체의 자유의 침해를 수반하게 된다. 그렇다면 법률에 의하여 이루어져야 할 신체의 자유 제한을 포괄적으로 시행령에 위임한 것이기에 위헌이 된다. 사실 현행 교육관련법에서는 체벌에 대한 적극적인 허용규정은 존재하지 않는다. 이 점에서도 동 시행령 31조 제7항은 제한원리 내지 예외조항으로서 보는 편이 합헌적인 해석이다.

1.과 2.에서 제시된 필자의 견해를 간략히 도해화하면 다음과 같다.

체벌의 주체 체벌의 방식	학 교 장	교 사
직접체벌	(i) 엄격한 금지 (ii) 극히 예외적으로 사회상규에 반하지 않을 경우 허용. ‘신체적 고통을 가하지 않는 지도’와 ‘간접체벌’이 선행되지 않으면 바로 위법	좌동
간접체벌	(i) 초·중등교육법시행령 제31조 제 7항의 ‘신체적 고통을 가하지 아니하는 지도’로 법령에 의한 정당행위 (ii) 단, ‘신체적 고통을 가하지 않는 지도’가 선행되지 않았거나, ‘간접체벌’의 정도가 심하여 학생에게 심각한 고통이나 상해를 야기한 경우는 정당화되지 않음	(i) 법령상 체벌자격 없음 (ii) 예외적으로 사회상규에 반하지 않을 경우 허용. 단, ‘신체적 고통을 가하지 아니하는 지도’가 선행되지 않았거나, ‘간접체벌’의 정도가 심하여 학생에게 심각한 고통이나 상해를 야기한 경우는 정당화되지 않음

3. “교육상 불가피한 경우”

셋째로 초·중등교육기본법 시행령 제31조 7항에서 제한 사유로 규정하고 있는 “교육상 불가피한 경우”를 어떻게 해석할 것인가의 문제이다. 왜냐하면 이 해석에 따라 체벌의 허용정도가 달라질 수 있기 때문이다.

상술하였듯이 대상판결은 이전의 판례에 비하여 “교육상 불가피한 경우”를 엄격하게 해석하고 있음은 사실이다. 그러나 판례나 학설에서 학교에서 실제 발생하는 사례를 따지면서 그 경우가 진정 “교육상 불가피한 경우”에 해당하는지를 점검하는 작업은 부족하다고 본다. 몇 가지 구체적인 예를 가지고 이 점을 분석해보기로 하자.

첫째, 학생의 성적이 떨어졌다고 체벌이 가해지는 경우이다. 그러나 이 경우 체벌을 가해야 할 교육상 불가피성을 찾기란 매우 힘들다. 성적 향상이 체벌을 통해서 가능한지, 또한 바람직한 것인지에 대하여 근본적 의문이 있다. 사회학자인 김은경 박사의 연구에 따르면 체벌은 생활지도영역보다 학습지도영역에서 더 빈번하게 사용되고 있는데, 이러한 성적관련 체벌을 학생들이 가장 받아들이기 어려운 체벌이다. 즉, “‘공부를 못하고’, ‘능력이 없기’ 때문에 “학교에 다니는

것”인데, 학습능력과 관련하여 신체의 자유 등 기본인권을 제한한다는 것은 교육 목표의 상식에 맞지 않는다.”²⁹⁾

둘째, 학생이 수업시간에 떠들면서 전체 학습 분위기를 소란스럽게 하는 경우이다. 이 경우 교사는 그 학생에게 바로 체벌을 가하기 전에 학생을 교실 바깥으로 내보내 격리시킬 수 있으며, 또는 그 행위를 성적에 반영하는 방법을 택할 수 있다(물론 학생이 교실 바깥으로 나가는 것을 거부하면서 교실에서 소란행위를 하거나 교사에게 직접적인 폭언·폭행을 행사하는 경우도 있겠지만, 이 경우는 교사의 체벌자격이 정당방위 등 다른 위법성조각으로도 충분히 해결이 가능하다). 따라서 학습 분위기를 해친다는 이유로 바로 체벌을 가하는 것은 교육상 불가피하지 않고, 따라서 허용되지 않는다.

셋째, 학생의 지각, 무단결석, 무단조퇴, 복장불량, 흡연, 불량한 소지품 소지, 두발상태 불량 등의 경우이다. 이러한 경우에도 ‘신체적 고통을 가하지 않는 지도’가 없이 바로 체벌이 가해지는 경우가 태반일 것인 바, 이러한 경우도 “교육상 불가피한 경우”로 인정될 수 있을지 의문스럽다. 김은경 박사의 비판을 한 번 더 인용하자면, “현 교육과정에 잠재된 또는 교육제도에 의해 부추겨지는 구조적 일탈 및 부적용사태를 편의적으로 “교육상 불가피한 경우”라는 규준에 끌어 담아 체벌로 다루려는 발상은 사실상 “교육적 활동”에 대한 포기”일 것이다.³⁰⁾

V. 맺음말

대상판결은 구교육법에 대신하여 교육기본법과 초·중등교육법이 제정된 조건에서 체벌의 법적 지위가 무엇인지, 그리고 교사의 체벌 자격이 어디서 도출되는지를 밝히고, 체벌의 위법성 판단을 위한 종합적·구체적 기준을 제시하였다는 의미가 있다.

그렇지만 대상판결에서도—학설에서도 물론—제대로 짚어지지 않은 쟁점이 있다. 초·중등교육법과 초·중등교육기본법 시행령의 입법취지를 고려하여 조문을 해석하자면, 법령에 의하여 허용되는 체벌은 도구나 신체를 사용하여 학생의 신

29) 김은경, “체벌의 위법성판단을 위한 쟁점들 : 교사의 정당행위와 학생인권 간의 이해 간극을 중심으로”, *판례실무연구* VII (2004. 12), 81면.

30) *Id.* 81면.

체에 직접적인 고통을 가하지 않는 ‘간접체벌’일 뿐이며, ‘직접체벌’은 엄격하게 금지되고 극히 예외적인 경우에만 사회상규에 반하지 않는 행위로 정당화될 수 있을 뿐이다. 그리고 대상판결은 교사는 체벌자격은 학교장으로부터 위임받은 것이라는 논리를 제시하지만, 입법취지를 고려하고 합헌적 해석을 추구할 때 체벌자격은 교사에게 위임될 수 없다고 본다. 이러한 해석은 궁극적으로 일체의 체벌 폐지를 지향하면서, 체벌을 인정하고 있는 초·중등교육법과 초·중등교육기본법 시행령을 이 지향에 맞게 축소해석하려는 시도이다.

주제어: 체벌, 징계, 정당행위

<Abstract>

Requirements for the Justification of Corporal Punishment in Schools: A Critical Analysis of the Supreme Court's Decision, June 10th 2004

Kuk Cho*

Corporal punishment in schools is intentional infliction of physical force upon a student in order to correct his/her behavior. It has been a hot issue in Korea whether to allow corporal punishment in schools. Scholars are divided into pros and cons about this controversial issue. The Korean Supreme Court has maintained that it may be justifiable if it is properly used as an *ultima ratio* for the educational purpose of correcting the student's behavior.

The new Elementary and Secondary Education Act and its Enforcement Ordinance provide articles, which allow "guidances inflicting bodily pains" if they are "inevitable for the purpose of education." The Supreme Court's Decision as of June 10, 2004 is a leading decision, which provides the requirements of justifiable corporal punishment in schools following the Act and its Ordinance. The requirements are more specifically defined and stricter than the previous ones.

However, the present article argues that, based on the constitutional interpretation of the Article 31(7) of the Enforcement Ordinance, 'direct corporal punishment', direct infliction of physical pain on students by using a teacher's body or instruments, still should not be allowed; only 'indirect corporal punishment', infliction of pain by making students do some physical movements involving physical hardship, may be allowed; even then, the authority of corporal punishment should be given only to the head of the school, not to the teachers of the school. The article also argues that the phrase, "inevitable for the purpose of education", should be interpreted more strictly.

Key words: corporal punishment

* Associate Professor, College of Law, Seoul National University