

〈논문〉

학생인권조례 이후 학교체벌의 허용 여부와 범위*

曹 國**

요 약

2010년 2월 김상곤 경기도 교육감이 체벌금지를 명문화한 학생인권조례를 발표하는 것을 필두로 하여, 서울, 광주 등의 ‘진보교육감’들은 학생인권조례를 제정하여 학교에서의 체벌을 금지하였다. 교육과학기술부는 물론 보수적 교육단체를 포함한 보수 진영은 이에 강하게 반발했지만, 이후 2011년 3월 직접체벌을 명시적으로 금지하는 초·중등교육법 시행령 개정이 이루어진다. 이렇게 학교체벌과 관련된 법제도적 환경이 중대하게 변화한 상황에서 학교체벌의 허용 여부와 범위를 새로이 검토할 필요가 있다. 이 글은 먼저 학생인권조례 제정 과정과 귀결을 정리·평가하고, 학교체벌에 대한 경제협력개발기구 소속 국가의 입법태도와 국제인권법의 입장을 살펴본 후, 개정 초·중등교육기본법 시행령이 허용하는 체벌의 위헌 여부 및 허용되는 체벌의 범위와 절차를 분석한다. 필자는 체벌위헌론에 동의하면서도, 직접체벌은 명시적으로 금지하고 간접체벌은 일정 조건 하에서 허용할 수 있도록 한 개정 초등교육법 시행령이 학교현장에서 벌어지는 체벌의 오남용을 막는데 더 나은 입법이라고 평가하며, 간접체벌의 범위와 절차에 대한 해석론을 제시한다. 또한 ‘아동권리위원회’가 권고한 대로 “긍정적이고 비폭력적인 형태의 징계”를 고안하고 증진시키는 것은 정치적 입장을 떠나 정부, 시민사회단체 및 학교 관계자의 공동의 책무임을 강조한다.

주제어: 체벌, 학생인권조례, 초·중등교육기본법, 학생인권, 아동권리협약

I. 들어가는 말

궁극적으로 일체의 학교체벌 폐지를 지향하는 필자는 체벌의 정당화 요건을 종합적으로 정식화한 대법원 2004.6.10 선고 2001도5380 판결에 대한 평석에서,

* 이 논문은 서울대학교 법학발전재단 출연 법학연구소 기금의 2013학년도 학술연구비 지원을 받았음.

** 서울대학교 법과대학/법학대학원 교수.

체벌을 인정하고 있는 초·중등교육법과 초·중등교육기본법 시행령을 축소해석하려고 시도하였다.¹⁾ 그 요지는 다음과 같다. 첫째, 형법 제20조상 ‘법령에 의한 행위’로 정당화될 수 있는 체벌은 도구나 신체를 사용하여 학생의 신체에 직접적인 고통을 가하지 않는 ‘간접체벌’—교실 뒤 서있기, 운동장 뛰기, 팔굽혀 펴기 등 ‘얼차려’ 형태의 체벌—뿐이며, ‘직접체벌’은 매우 엄격하게 금지되고 극히 예외적인 경우에만 ‘사회상규에 위배되지 아니하는 행위’로 정당화될 여지가 있을 뿐이다.²⁾ 둘째, 대상판결은 교사의 체벌자격은 법령상 규정이 없지만 교사는 학교장의 위임을 받아 체벌을 할 수 있다는 논리를 제시하지만, 입법취지를 고려하고 합리적 해석을 추구할 때 체벌자격은 교사에게 위임될 수 없으며 교사의 체벌은 예외적으로 사회상규에 반하지 않을 때 허용될 뿐이다.

그런데 2010년 2월 김상곤 경기도 교육감이 체벌금지를 명문화한 학생인권조례를 발표하는 것을 필두로 하여, 서울, 광주 등의 ‘진보교육감’들은 학생인권조례를 제정하여 학교에서의 체벌을 금지하였다. 교육과학기술부는 물론 보수적 교육단체를 포함한 보수진영은 이에 강하게 반발했지만, 이후 2011년 3월 직접체벌을 명시적으로 금지하는 초·중등교육법 시행령 개정이 이루어진다. 2012년 12월 서울시 교육감 재보궐선거로 ‘보수단일후보’ 문용린 후보가 당선되었지만, 신임 문 교육감도 체벌 반대라는 입장을 분명히 밝힌 바 있다.

이렇게 학교체벌과 관련된 법제도적 환경이 중대하게 변화하였기에 학교체벌의 허용 여부와 범위를 새로이 검토해야 할 필요가 있다. 이 글은 먼저 학생인권조례 제정 과정과 귀결을 정리·평가하고, 학교체벌에 대한 경제협력개발기구 소속 국

1) 조국, “교사의 체벌과 정당행위”, **서울대학교 법학**, 제48권 제4호(2007.12). 이 사건에서 대법원은 다음과 같이 판시하였다. “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, 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.”(강조는 인용자)

2) 양자의 구별에 대해서는 김은경, **체벌의 실태와 영향에 관한 연구**(형사정책연구원, 1999), 27면 이하; 손희권, “체벌을 대체할 학생규율방안의 윤리성과 교육적 효과에 관한 학생들과 교사들의 지각 비교”, **교육문제연구**, 제19집(2003. 9), 113면 등 참조.

가의 입법태도와 국제인권법의 입장을 살펴본 후, 개정 초·중등교육기본법 시행령이 허용하는 체벌의 위헌 여부 및 허용되는 체벌의 범위와 절차를 분석한다.

II. 학생인권조례가 야기한 논쟁과 변화

1. 2010년 이후 체벌 금지를 포함한 학생인권조례 제정

— ‘유엔아동권리위원회’ 권고의 수용

2009년 4월 8일 경기도 교육감 선거 이후 선출된 다수의 ‘진보교육감’들은 학생인권조례 제정을 추진한다. 그 출발은 경기도 교육청이었는데, 2010년 2월 김상곤 경기도교육감은 체벌금지를 명문화한 학생인권조례를 발표하여 입법예고하였고, 동년 9월 17일 조례안이 도의회를 통과하고 10월 5일 공포·시행되었다. 광주시 교육청도 장휘국 교육감이 발의한 조례안이 2011년 10월 5일 시의회를 통과하였고, 2012년 1월 1일 시행되었다.³⁾ 서울시 교육청의 경우 초등학교생에게 가혹하게 체벌을 가한 ‘오장풍 교사’⁴⁾ 사건이 큰 사회적 물의를 일으키자 2010년 7월 박노현 전 교육감은 체벌 금지를 지시하였고, 이후 주민발의 절차를 거쳐 체벌 금지를 포함한 12월 19일 학생인권조례 주민발의안이 시의회를 통과하고, 2012년 1월 26일 공포·시행되었다.⁵⁾

이러한 학생인권조례 제정은 제3장에서 상술할, “모든 형태의 체벌을 명백하게 금지”하라는 ‘유엔아동권리위원회(UN Committee on the Rights of the Child)’의 권고를 지방 교육청 차원에서 수용한 것이다. 그리고 김영삼 정부하 ‘대통령 자문 교육개혁위원회’의 1997. 6. 2.자 보고서의 다음과 같은 제안을 수용한 것이기도 하다. “(체벌은) 21세기를 살아가게 될 신세대의 감각에 맞는 효과적인 생활지도 수단이 아니며 교육적 효과보다는 학생의 정신적 상처를 유발시키고 폭력을 재생산하는 부작용을 초래할 수 있으므로 학생의 인간적 존엄성이 존중되는 풍토를 조성하기 위하여 학교 내에서의 체벌을 금지하고 이를 교육 관련법에 반영토록 한다.”

3) 동 조례 제정의 상세한 배경과 과정에 대해서는 안진, “광주광역시 학생인권조례의 내용과 과제”, **법학논총**, 제31집 제3호(2011), 708-713면.

4) 이 교사는 “손바닥으로 한 대만 맞아도 날아간다.”는 의미에서 ‘오장풍’으로 불리고 있었는데, 학생 구타 동영상이 공개된 후 해임되었다.

5) 동 조례 제정의 상세한 과정에 대해서는 이하 참조. <http://www.st-rights.or.kr/custom/custom.do?dcpNo=27915> (2013.1.30. 방문).

학생인권조례에 대하여 진보적 교원단체인 ‘전국교직원노동조합(이하 ‘전교조’로 약칭)’ 및 진보 성향 언론들은 환영의 뜻을 표했다.⁶⁾ 그러나 보수적 교원단체인 ‘한국교원단체총연합회(이하 ‘한국교총’으로 약칭)’ 및 보수성향 언론들은 학교질서 붕괴, 교권 침해 가능성 등의 이유로 반대하였다.⁷⁾

한편 2010년 11월 서울시 교육청은 <소통과 배려가 넘치는 평화로운 학교 만들기-문제행동 유형별 학생생활지도 매뉴얼>을 일선 학교에 배포했다. 이 매뉴얼은 용의복장 규정 위반, 음주 및 흡연, 학습태도 불량, 교사에 대한 불손한 언행, 수업지도 방해 행동 등 교실에서 발생하는 문제행동을 총 18가지로 분류하고, ‘이렇게 지도해 보세요’, ‘이렇게도 할 수 있어요’, ‘그래도 안 될 때는’ 등 3단계로 나눠 각 문제행동에 대한 대응 방안을 제시했다. 동 매뉴얼은 체벌 대체 프로그램으로, ‘성찰 교실’로의 격리, 생활평점제 운영, 학생자치법정 운영, 봉사명령, 학부모 면담 등을 제시하였다.⁸⁾

2. 교육과학기술부의 대응과 초중등교육법 시행령 개정

- 직접체벌의 명시적 금지

이렇게 ‘진보교육감’들에 의해 학생인권조례 제정이 가시화되자, 2011년 1월 18일 이주호 교육과학부 장관은 직접체벌은 금지하고, 교실 뒤 서 있기, 운동장 걷기, 팔굽혀 펴기 등 간접체벌은 허용하는 <인성 및 공공의식 함양을 위한 학교문화 선진화 방안>을 발표하였다.

교과부는 동 방안에서 체벌금지 이후 교사의 지도에 불응하면서 교사에게 욕설을 하거나 (성)희롱하고 폭행을 가하는 교실붕괴 현상이 초래되었고, 그 결과 교사의 교육활동이 위축되어 대다수의 학생들의 학습권이 침해되고 있다고 파악하였다.

6) 전국교직원노동조합, “한국의 학교, 체벌은 없다. 소모적인 논란을 반대한다.”[보도자료: 2010.7.23: http://www.eduhope.net/commune/view.php?board=eduhope-4&id=4885&page=1&s1=subject&s_arg=체벌 (2013.1.30. 방문)] ; “최근 연이은 학생의 교사 폭행에 대한 입장”[보도자료: 2010.12.21: http://www.eduhope.net/commune/view.php?board=eduhope-4&id=4997&page=1&s1=subject&s_arg=교사 (2013.1.30. 방문)]

7) 한국교원단체총연합회, “체벌, 사회적 합의안 마련하자!”[보도자료 2010.7.20: http://www.kfta.or.kr/news/view.asp?bName=news&page=2&search=yes&search_field=title&search_value2=체벌&s_div=1&pageNum2=2&pageNum3=&num=4229 (2013.1.30. 방문)]; “빼앗긴 ‘교편’, 교육자는 통탄한다!”[보도자료: 2010.11.1: http://www.kfta.or.kr/news/view.asp?bName=news&page=2&search=yes&search_field=title&search_value2=체벌&s_div=1&pageNum2=2&pageNum3=&num=4326 (2013.1.30. 방문)].

8) 이 매뉴얼은 <http://cafe.naver.com/ket21/3354> (2013.1.30. 방문)에서 입수가 가능하다.

그리고 체벌금지 이후에도 여론은 체벌이 필요하다는 쪽이 다수라는 한국교육개발원 조사를 인용하고, 일부 시·도교육청에서 체벌 대체지도 방안은 현장적합성이 미흡하고 평가하였다. 교과부는 간접체벌 실시의 구체적인 절차와 방법, 범위와 수준 등은 학교구성원의 의견을 수렴하여 학칙으로 결정할 수 있도록 하였다.

그리하여 2011년 3월 18일 대통령령 제22712호로 초중등교육법 시행령이 개정된다. 개정 전 동 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.”였다. 문언해석만으로는 “교육상 불가피한 경우”에는 체벌-직접체벌이건 간접체벌이건-이 허용된다고 볼 수 있는 조항이었다.

이에 비하여 개정된 초중등교육법 시행령 제31조 제8항은 “학교의 장은 법 제18조 제1항 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.”(강조는 인용자)로 바뀌었다. 개정 법령은 교사에 의한 직접체벌 금지를 명백히 선언했다. 그런데 동조에는 ‘신체의 주체’에 대한 언급이 없기에 학생의 신체가 이용되는 간접체벌도 금지된다는 주장이 가능할 것이다. 그렇지만 교육부장관의 발언과 <인성 및 공공의식 함양을 위한 학교문화 선진화 방안>의 내용을 고려하자면 학생의 신체가 이용되는 체벌, 즉 간접체벌은 허용될 수 있다는 해석이 입법취지에 부합한다.

개정 전후 초중등교육법 시행령의 차이를 도해화하면 다음과 같다.

	체벌 이외 훈육·훈계의 우선성	“교육상 불가피한 경우”란 문언	직접체벌과 간접체벌의 구별
개정 전 초중등교육법 시행령 제31조 제7항	○	○	X
개정 후 초중등교육법 시행령 제31조 제8항	○	X	○

3. 서울시 교육청과 교육과학기술부의 충돌

학생인권조례안 발의 직후 서울시 교육청과 교과부는 정면 충돌한다. 2012년 1월 26일 서울시 교육청이 학생인권조례를 공포하고 동 조례가 시행되자, 교육과학기술부는 같은 날 바로 대법원에 조례무효확인 소송을 제기하고 집행정지가처분도 같이 신청하였다.⁹⁾ 서울시 교육청이 1월 27일 일선 학교에 ‘서울시 학생인권조례 공포·시행에 따른 학생 생활지도 안내’ 공문을 보내며 학칙 개정을 권고하자, 교과부는 1월 30일 학생인권조례 시행에 따른 각급 학교의 학칙 개정 지시는 조례무효확인 소송 중인 상황에서 위법하게 시행된 처분이고, 초·중등교육법 제8조 및 동법 시행령 제9조에서 보장하는 학교구성원의 학칙제정권 등 학교의 자율성을 침해해 법령에 위반되므로 지방자치법 제169조 제1항에 따라 대법원 판결시까지 학칙 개정 지시를 유보하도록 시정할 것을 명령하였다. 한편, 2012년 9월 28일 광노현 교육감의 유죄를 확정하는 대법원 판결 선고가 내려지자, 이대영 교육감 권한대행은 서울시내 초·중고교에서 간접체벌을 허용하는 학칙 제정 및 개정을 허용할 방침이라고 밝혔다. 그러자 10월 18일 서울교육청 학생인권위원회는 이 권한대행의 입장에 대하여 항의하는 내용의 보도자료를 발표하였다.

4. 평가

학생인권조례 제정 이전 교과부, 한국교총과 보수언론 등은 직접체벌과 간접체벌 모두 필요하다는 입장을 고수하고 있었다. 구 초·중등교육법 시행령은 체벌 일반을 예외적으로 허용하고 있었고, 대법원 판례도 엄격한 요건이 충족될 때만 체벌은 정당화된다고 보았지만, 학교 현실에서 체벌은 광범하게 그리고 엄격한 통제 없이 무차별적으로 사용되고 있었다. 구 시행령의 “교육상 불가피한 경우” 요건은 체벌 오남용의 통제기능을 하지 못하였으며, 체벌은 ‘최후수단’이 아니라 ‘최선(最先)수단’으로 사용되는 일이 다반사였다. 김은경 박사의 다음과 같은 지적은

9) 2011년 12월 19일 학생인권조례 주민발의안이 시의회를 통과하고 이송된 12월 20일로부터 20일이 되는 2012년 1월 9일 - 광노현 교육감은 2011년 9월 10일 구속으로 직무정지 상태 - 서울시교육청(이대영 권한대행)은 교과부에 동 조례에 대한 재의를 요구한다. 이에 교과부는 재의 요구는 시 교육청 자체 판단 사항이므로 교과부는 이 요구를 검토한 바 없다고 공식발표하였다. 1월 19일 광 교육감이 직무에 복귀한 다음 날 이 재의 요구를 철회하자, 교과부는 재의 요구를 요청하는 공문을 발송하였고, 이에 서울시 교육청은 요청시한(이송 받은 날로부터 20일 이내)이 지났다는 이유로 조례를 공포·시행하였다.

통렬하다. “현재 한국의 학교현장은 훈육의 이름 아래 폭력불감증과 체벌중독증에서 벗어나지 못하고 있다.”¹⁰⁾ 그리고 교사의 체벌이 형사사건화되는 경우는 법령과 판례의 취지가 작동되지만, 법령과 판례의 요건을 지키지 않고 행사되는 체벌이 형사사건화되지 않고 묻히는 경우도 허다하였다. 그 결과 **법령과 판례가 설정한 원칙과 예외는 전도되었고, 그 규범력은 추락했다.**

2002년 6월 교육인적자원부는 학교생활규정(안)에서 체벌의 기준으로 “별도의 장소에서 제3자를 동반하여 실시, 체벌 도구는 지름 1.5cm내외 · 길이 60cm이하의 직선형 나무, 체벌 부위는 남자 둔부 · 여자 대퇴부, 1회 체벌봉 사용 횟수는 10회 이내” 등을 제시하였고, 일선 학교의 학칙도 이에 따라 만들어졌다. 그러나 이 정도의 기준도 학교현장에서는 잘 지켜지지 않았다. 윤용규 교수는 구 초 · 중등교육법 시행령에 따라 만들어진 학칙은 신체이용 체벌은 허용하지 않고 일정 조건하에서도구이용 체벌만 허용하며 간접체벌은 금지하고 있었다고 해석하면서, 구 초 · 중등교육법 시행령은 “완충적 입법이자 고뇌와 성찰이 담긴 입법”이고 직접체벌만 금지하는 신 초 · 중등교육법 시행령은 “퇴행적 입법”이라고 평가한다.¹¹⁾

구 초 · 중등교육법 시행령에 따른 학칙의 문언으로만 보면 윤 교수의 해석이 타당할 수 있다. 그런데 실제 학칙의 상위규범인 구 시행령은 직접체벌과 간접체벌이 모두 예외적으로 허용될 수 있도록 기술되어 있다. 또한 구 시행령에 따라 만들어진 학칙하에서 간접체벌은 여전히 사용되었다. 윤 교수도 인정하듯이, “구조항 등은 적용되지 않음으로써 현실과 겹돌았고, 이런 상황에서 체벌의 관성은 더 오래 유지되었다.”¹²⁾ 물론 이러한 현상은 구 초 · 중등교육법 시행령의 문언 때문만은 아니며, 원칙과 예외를 전도시킨 관계자의 의식과 행태 때문이다.

그렇지만 필자는—모든 체벌 금지가 이루어지기 전 단계에서—직접체벌은 명시적으로 금지하고 간접체벌은 일정 조건하에서 허용할 수 있도록 한 신 초·중등교육법 시행령이 학교현장에서 벌어지는 체벌의 오남용을 막는데 더 나은 입법이라고 생각한다. 직접체벌이 학생에게 주는 정신적 충격이나 인격적 모멸감은 심대하고 과잉체벌로 학생에게 심각한 육체적 피해가 발생할 위험도는 높은 반면, 직접체벌의 교육적 효과가 얼마나 있는지, 간접체벌과 별도로 직접체벌을 해야 할 교육적

10) 김은경, “체벌불가피론과 학생인권”, **사회와 문화**, 제11집(2000), 93면.

11) 윤용규, “체벌논의에 대한 반성적 고찰 : 체벌법규의 해석을 중심으로”, **형사정책연구**, 제23권 제3호(통권 제91호, 2012년 가을), 181-182면, 각주 48, 189-190면.

12) Ibid. 193면.

필요성이 있는지는 극히 의문스럽다.¹³⁾ 직접체벌이라는 건조한 용어 뒤에 실재하는 것은 야만적 폭력이다. 손바닥이나 슬리퍼로 뺨을 때리고, 주먹이나 발로 난타하고, 발로 짓밟고, 머리를 벽에 쳐 박으며, 대결레 자루, 야구방망이, 아이스하키 채, 각목, 죽도, 삽자루 등이 휘둘러진다. 규율이 강하게 요구되는 군대,¹⁴⁾ 범죄인을 수감하고 있는 교도소나 소년원 등에서도 직접체벌은 일체 금지되는데, 교육을 목적으로 하는 학교에서 직접체벌이 허용될 수 있다는 주장은—예외적이라고 설정하고 여러 조건을 부과해놓더라도—정당성의 근거가 극히 취약한 것이었다. 신 초·중등교육법 시행령은 이러한 직접체벌을 전면 금지하여 허용되는 체벌의 범위를 대폭 줄였고, 교사의 직접체벌 사용 유혹을 억지하였다.

이 점에서 필자는, 직접체벌의 경우 “상대적으로 약자에 해당하는 학생측의 인권 보호를 위해서는 위법성조각사유로서 일정한 예외를 허용하는 것 보다는 처음부터 예외사유를 허용하지 않는 것이 바람직하다.”¹⁵⁾는 박찬걸 교수의 견해에 동의한다. **개정된 초·중등교육법 시행령 제31조 제8항에 따라 간접체벌은 형법 제20조의 ‘법령에 의한 행위’로 위법성이 조각될 수 있지만, 직접체벌은 그럴 수 없다.** 단, ‘꿀밤 떡이기’나 ‘딱밤 때리기’ 같은 정도의 경미한 직접체벌은 형법 제20조의 ‘사회상규에 위배되지 아니하는 행위’로 위법성이 조각되는 기회를 가질 것이다. 그러나 그 외의 직접체벌의 위법성 조각에 대한 심사는 매우 엄격하게 이루어져야 한다.

이 점에서 학생인권조례 제정 이후 교과부와 한국교총이 직접체벌 전면금지에 동의하게 된 것은 만시지탄이지만 다행한 일이었다. 이상의 점에서 대법원 2004.6.10 선고 2001도5380 판결도 공식 변경되어야 한다. 그리고 2010년 11월 서울시 교육청의 <문제행동 유형별 학생생활지도 매뉴얼>은 국가기관이 최초로 제시한 구체적인 체벌 대체방안이었다. 체벌의 필요성 및 체벌 금지의 범위에 대한 이견과 별도로 이 매뉴얼의 문제의식과 제안은 공유되어야 한다.

한편, 학생인권조례에 대한 교과부의 대응에서 알 수 있듯이, 이는 단지 교육 문제만이 아니라 사회의 진보, 보수 진영이 정면충돌하는 정치 쟁점이었다. 학생인권

13) 조국(주 1), 324면.

14) 군인복무규율 제15조 제1항은 다음과 같다. “군인은 어떠한 경우에도 구타·폭언 및 가혹행위 등 사적 제재를 행하여서는 아니 되며, 사적 제재를 일으킬 수 있는 행위를 하여서도 아니 된다.”

15) 박찬걸, “교원에 의한 체벌행위의 정당성과 그 허용범위”, **형사정책연구**, 제22권 제1호 (통권 제85호, 2011년 봄), 54면.

조례가 금지되어야 할 체벌의 범위를 명시하지 않고 있으므로 직접체벌을 금지한 개정 초·중등교육법 시행령 제31조 제8항을 위반한다고 보기는 어렵다.¹⁶⁾ 또한 동 시행령이 간접체벌의 허용을 명시적으로 규정하지 않고 있는 한, 교육청은 학생인권을 최대한 보장하는 차원에서 간접체벌도 금지하는 조례를 만들 수 있다.¹⁷⁾ 그리고 조례가 학칙보다 우위에 선다는 점은 분명하다고 할 때 조례가 시행되면 그에 따라 학칙 개정 절차가 개시되어야 한다. 이 점에서 학생인권조례에 대한 교과부의 대응은 법적 의미 보다는 정치적 의미를 가지고 있었다고 평가한다.

III. 학교체벌에 대한 주요국 입법례와 국제인권법의 요청

1. ‘경제협력개발기구’ 나라의 현황

학생인권조례 제정과 초·중등교육법 시행령 개정 이후 학교체벌의 허용범위와 절차를 논의하기 전에 경제협력개발기구(OECD) 소속 주요 국가를 중심으로 입법례를 검토하기로 한다.¹⁸⁾ 기존의 연구 중에는 부정확한 정보를 제공하거나 최신 상황을 반영하고 있지 못하고 있는 것이 많기에, 주요 국가의 입법례를 총괄적으로 재정리할 필요가 있다.

(1) 유럽

스웨덴은 입법을 통하여 나라 전체에서 학교체벌을 금지한 세계 최초의 나라다(후술하듯이 미국 뉴저지 주는 1867년 학교체벌을 금지하였지만 이는 주 차원의

16) 이덕난, “서울시 학생인권조례의 주요 내용 및 쟁점 분석”, **이슈와 논점**(국회입법조사처), 제379호(2012.2.9.), 3면.

17) 오동석, “학생인권조례에 관한 몇 가지 법적 쟁점”, **교육법학연구**, 제22권 제2호(2010), 134면; 송기춘, “학생인권조례의 제정과 시행에 관한 법적 논의”, **교육법학연구**, 제23권 제2호(2011), 70-71면. 같은 맥락에서 서울시 학생인권조례는 개정된 초·중등교육법 시행령에 명시되지 않은 학생의 두발·복장 등 용모, 소지품 검사, 휴대전화 등 전자기기 사용 등에 관한 구체적인 내용을 담고 있다. 지방교육자치의 취지를 생각할 때 이러한 규정이 상위법령 위반이라고 할 수 없다.

18) 학교체벌의 허용 및 금지에 대한 전세계적 현황 요약은 Global Initiative to End All Corporal Punishment of Children이 만든 이하 표를 참조하라. http://www.endcorporalpunishment.org/pages/frame.html?http%3A//www.endcorporalpunishment.org/pages/progress/table_a-d.html (2013.1.30. 방문).

금지이다). 1918년 교육법 개정을 통하여 초등학교에서의 체벌을 금지한 이후 1962년에는 모든 학교에서 체벌을 금지하였고, 1966년 아동과 부모에 관한 법률 (Children and Parents Code) 개정으로 부모의 체벌권도 삭제했다.¹⁹⁾ 노르웨이, 핀란드, 덴마크 등 다른 북구 나라들도 같은 법적 조치를 취한다.

독일은 2000년 민법 개정으로 가정에서의 체벌을 금지하였다.²⁰⁾ 학교체벌은 1973년부터 주에서 금지되기 시작하여 1980년 바이에른 주가 마지막으로 학교체벌을 금지함으로써 독일 모든 학교에서 체벌이 금지된다.²¹⁾ 오스트리아는 1974년 학교교육법 제47조 제3항에서 학교체벌을 금지하였고,²²⁾ 1989년에는 가정에서의 체벌도 금지하였다.²³⁾ 프랑스의 경우 행정규칙으로 학교체벌을 금지하고 있으나, 판례는 교육적 목적으로 가진 체벌은 인정하고 있다.²⁴⁾

(2) 영연방 국가

코몬로는 학교에서 학생에 대한 교사의 체벌을 인정하였으나, 현대에 들어와 영연방 국가는 입법으로 학교체벌을 금지하고 있다.

먼저 잉글랜드는 1986년 교육법 제48조에 따라 공립학교 및 국가의 지원을 받는 학교에서의 체벌을 금지하였고,²⁵⁾ 1988년에는 사립학교에서의 체벌도 금지하였다. 오스트레일리아는 주별로 차이가 있는데, 오스트레일리아 수도지역, 뉴사우스 웨일즈, 태스매니아에서는 모든 학교에서 체벌이 금지되고, 빅토리아, 웨스턴 오스트레일리아, 퀸스랜드 등에서는 공립학교에서의 체벌만 금지된다.²⁶⁾ 잉글랜드와 오스트레일리아의 경우 가정에서 부모의 자식에 대한 “합리적 체벌”은 허용한다. 뉴질랜드는 1989년 교육법 제139A조에 따라 1990년부터 모든 학교에서 체벌을 금지하였고,²⁷⁾ 2007년에는 가정에서의 체벌도 금지하였다.²⁸⁾ 남아프리카 공화국은 1996년

19) Ministry of Health and Social Affairs & Ministry of Foreign Affairs (Sweden), *Ending Corporal Punishment* (2001), 11-12면. 스웨덴 입법사례에 대해서는 홍신기·김현욱·권동택, “주요국의 아동 체벌 금지 입법 사례와 시사점”, **비교교육연구**, 제20권 제1호 (2010), 35-37면을 참조하라.

20) Bürgerliches Gesetzbuch, §1631(2).

21) 박광현, “학생체벌의 정당성에 대한 법률적 고찰”, **법학논총**, 제25권 제1호(2012), 60면.

22) Schulunterrichtsgesetz, §47(3).

23) Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch, §146a.

24) <http://www.endcorporalpunishment.org/pages/progress/reports/france.html> (2013.1.30. 방문).

25) Education (No. 2) Act 1986, Chapter 61, §48.

26) <http://www.endcorporalpunishment.org/pages/progress/reports/australia.html> (2013.1.30. 방문).

27) Education Act 1989, §139A.

남아공 학교법 제10조에 따라 모든 학교에서 체벌을 금지하였고,²⁹⁾ 2000년 남아공 헌법재판소는 헌법상 종교의 자유에 따라 기독교 사립학교에서 체벌이 부과될 수 있다는 주장을 기각했다.³⁰⁾

한편, 캐나다 형법 제43조는 “합리적 수준을 초과하지 않는 유형력(force)”을 사용하는 학교와 가정에서의 체벌은 위법성이 조각된다고 규정하고 있다.³¹⁾ 그런데 1973년 브리티시 콜럼비아를 시초로 다수의 주와 자치구역이 공립학교에서의 체벌을 금지하였다.³²⁾ 이러한 상황에서 2004년 연방대법원은 6 대 3의 다수의견으로 형법 제43조가 위헌은 아니라고 결정한다.³³⁾ 그런데 다수의견은 동조가 합헌이기 위한 체벌의 조건을 제시하는데, 그 중 체벌의 대상과 방법이 우리에게 시사점을 준다. 예컨대, (i) 2세 이하의 아동이나 12세 이상의 아동에게는 허용되지 않는다, (ii) 도구를 사용해선 안 되며, 대상자의 뺨이나 머리를 때려서는 안 된다, (iii) 체벌이 상해를 야기해선 안 된다, (iv) 체벌이 상해를 초래할 합리적 가능성이나 우려를 야기해선 안 된다 등이다. 의회에서 형법 제43조 폐지법안에 연이어 제출되고 있으며, 시민사회에서도 폐지운동이 전개되고 있다.³⁴⁾

(3) 미국

미국 연방대법원은 플로리다 주 공립학교에서 교사가 학생에게 20대의 매를 때린 사건을 검토한 1977년 ‘Ingraham v. Wright 판결’³⁵⁾에서 5 대 4의 다수의견으로 학교 체벌은 “잔인하고 이상한 형벌(cruel and unusual punishment)”을 금지하는 수정헌법 제8조 위반이 아니며, 체벌 오남용은 주법에 따라 민형사적 통제가 가능하므로 규제는 주법의 문제이므로 수정헌법 제14조의 ‘적정절차’의 적용이 필요없다고 보았다.³⁶⁾

28) The Crimes (Substituted Section 59) Amendment Act (2007). 뉴질랜드의 입법 사례에 대해서는 홍신기·김현욱·권동택(주 19), 40-42면을 참조하라.

29) South African Schools Act, §10. 가정에서의 “합리적 체벌”은 허용된다.

30) Christian Education South Africa v. Minister of Education, 2000 (4) SA 757 (CC).

31) Criminal Code, §43.

32) <http://www.endcorporalpunishment.org/pages/progress/reports/canada.html> (2013.1.30. 방문).

33) Canadian Foundation for Children, Youth and the Law v. Canada (2004) 1 SCC 4.

34) 이 운동에 대해서는 Repeal 43 Committee의 홈페이지를 참조하라[<http://www.repeal43.org/index.html> (2013.1.30. 방문)].

35) 430 U.S. 657 (1977).

36) Ibid. at 664, 671, 682. 미국의 학교체벌에 대한 상세한 판례동향은 송요원, “학교 내에서 학생의 인권과 교원의 체벌 - 미국 법원의 판례를 중심으로 -”, **토지공법연구**, 제

그리하여 학교체벌 금지 여부는 주별로 차이를 보인다. 뉴저지 주는 1867년 선구적으로 체벌을 금지하였으며,³⁷⁾ 100여 년이 흐른 후 1971년 매사추세츠 주가 두 번째로 금지하였다.³⁸⁾ 현재 31개 주와 D.C.는 공립학교에서의 체벌을 금지하고, 뉴저지와 아이오와 주는 공립과 사립학교 모두에서 체벌을 금지하며, 19개 주에서는 학교체벌을 허용한다.³⁹⁾ 체벌을 허용하는 주의 다수는 기독교 전통이 강한 ‘바이블 벨트’ 지역의 주다.⁴⁰⁾ 주의할 점은 체벌을 허용하는 아칸소, 플로리다, 조지아, 몬태나 등 6개주는 체벌의 조건으로 제3자 입회를 요구하고 있다.⁴¹⁾

(4) 일본

일본은 1879년 교육령 제46조에 체벌금지 규정을 둔 이후 법적으로 체벌을 금지하고 있다. 현행 학교교육법 제11조도 명시적으로 체벌금지를 규정한다. 단, 법원은 개별 사안에 따라 체벌의 정당화 여부를 판단하고 있다.⁴²⁾ 최근 농구부 교사의 체벌로 학생이 자살하는 사건이 발생한 후 집권 자민당은 교사의 체벌을 ‘이지메’(집단괴롭힘)으로 규정하는 ‘이지메 방지대책법’을 제정하겠다고 발표하였다.⁴³⁾

2. 국제인권법의 요청 - 모든 형태의 체벌 금지

1989년 11월 20일 유엔총회에서 채택된 ‘아동의 권리에 관한 국제협약(International Convention on the Rights of the Child)’⁴⁴⁾ 제19조 제1항은 아동에 대한 “모든 형태의 신체적·정신적 폭력, 상해나 학대”를 금지한다. 2006년 10월 유엔총회에 보고된 ‘유엔 사무총장의 아동에 대한 폭력 연구’⁴⁵⁾도 회원국에게 ‘전통’ 또는 ‘규율’의

20호(2004), 324-328면; 정순원, “미국의 학생체벌에 관한 입법과 판례 동향”, **헌법학 연구**, 제17권 제1호(2011. 3), 156-173면을 참조하라.

³⁷⁾ NJ Permanent Statutes, Education 18A:6-1.

³⁸⁾ MA General Laws, Education Sec. 37G.

³⁹⁾ <http://www.endcorporalpunishment.org/pages/progress/reports/usa.html>; <http://www.stophitting.com/index.php?page=statesbanning> (2013.1.30. 방문) 각 주의 확칙에 대해서는 <http://www.corpun.com/usscr2.htm> (2013.1.30. 방문)을 참조하라.

⁴⁰⁾ 송요원(주 36), 322면, 각주 27.

⁴¹⁾ 정철호, “공교육체계에서의 학생체벌에 대한 법적 고찰”, **아동권리연구**, 제10권 제3호(2006), 384면.

⁴²⁾ 박광현(주 21), 63-64면.

⁴³⁾ <http://news.naver.com/main/read.nhn?mode=LSD&mid=sec&sid1=104&oid=001&aid=0006061291> (2013.1.30. 방문).

⁴⁴⁾ 우리나라는 1990년 9월 25일 동 협약에 서명하고 1991년 12월 20일 비준하였다.

이름 아래 수용되고 있는지 여부와 관계없이 모든 형태의 체벌을 금지해야 한다고 요구했다. 2004년 ‘유럽의회(Parliamentary Assembly of the Council of Europe)’는 제1666호 권고를 통하여 회원국에서 모든 체벌이 금지되어야 한다는 의견을 표명했다.⁴⁵⁾

2006년 ‘아동권리위원회(Committee on the Rights of the Child)’의 ‘아동의 권리에 관한 국제협약’에 대한 일반논평(*general comment*) 제8호는 ‘체벌’ 금지를 명시하고 있다. 여기서 ‘체벌’은 “물리적 힘이 사용되고, 아무리 가볍다고 하더라도 일정한 고통과 불편을 유발하도록 의도된 모든 처벌”로 정의된다.⁴⁷⁾ 즉, 직접체벌과 간접체벌 모두의 금지를 요청하고 있는 것이다.

그리고 동 위원회는 체벌을 유지하고 있는 회원국에 대하여 체벌 폐지를 계속 권고하고 있다. 예컨대, 동 위원회는 한국 정부의 보고서에 대한 1996년, 2003년, 2009년의 최종견해(*concluding observations*)에 연이어 “모든 형태의 체벌을 명백하게 금지할 것”을 권고하였고, 2003년과 2009년의 최종견해에서는 한국 정부가 체벌 대신 “긍정적이고 비폭력적인 형태의 징계”를 증진시킬 것, 국가인권위원회의 체벌 금지 권고를 이행할 것 등을 촉구하였다.⁴⁸⁾

3. 소결

이상에 보았듯이 OECD 소속 국가에서는 학교—특히 공립학교—에서의 체벌 금지가 지배적 흐름이다. 체벌금지시 직접체벌과 간접체벌을 구별하지 않는다. 국제인권법은 모든 학교에서 일체의 체벌 금지 입장을 확고히 하고 있다. 이 점에서 모든 학교에서 직접체벌만 명시적으로 금지하는 우리나라 초·중등교육기본법 시행령과 차이가 있다. 이상을 간단히 도해화하면 다음과 같다.

45) <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N06/491/05/PDF/N0649105.pdf?OpenElement> (2013.1.30. 방문).

46) <http://assembly.coe.int/Mainf.asp?link=/Documents/AdoptedText/ta04/EREC1666.htm> (2013.1.30. 방문).

47) CRC/C/GC/8 (2 March 2007), para. 11 (<http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G07/407/71/PDF/G0740771.pdf?OpenElement> ; 2013.1.30. 방문).

48) 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; CRC/C/KOR/CO3-4 (6 October 2011).

	유럽과 국제인권법	영연방과 미국	한국
직접체벌	모든 학교에서 금지	공립학교에서 금지가 다수	모든 학교에서 금지
간접체벌	모든 학교에서 금지	공립학교에서 금지가 다수	모든 학교에서 허용

외국의 입법례와 국제인권법이 우리나라의 법과 교육현실에 직접적·즉각적 변화를 일으키는 규범력을 갖지는 못하며, 우리나라가 체벌금지국으로 나아가려면 어떠한 구체적인 체벌 대체방안이 필요한지를 바로 알려주지는 않는다. 그러나 우리나라의 법과 교육현실이 지향해야 할 목표점이 무엇인지는 분명히 알려주고 있다. 특히 2007년 12월 신설된 초·중등교육법 제18조의4가 “학교의 설립자·경영자와 학교의 장은 「헌법」과 국제인권조약에 명시된 학생의 인권을 보장하여야 한다.”라고 규정하고 있다는 점을 고려할 때, 국제인권법의 요청은 더욱 심각하고 진지하게 수용되어야 한다.

IV. 간접체벌의 위헌 여부 및 허용 범위와 절차

구체적 범위를 정하지 않고 체벌 금지를 규정한 학생인권조례와 달리, 그 이후 개정된 초·중등교육법 시행령 제31조 제8항은 직접체벌은 명시적으로 금지하고 있다. 시행령이 조례 보다 규범적 우위에 서므로, 향후 간접체벌을 허용하는 학칙 개정이 뒤따를 것으로 예상된다. 제4장에서는 간접체벌의 위헌 여부 및 허용되는 간접체벌의 범위와 절차를 검토한다.

1. 위헌론

법학계에서 학교체벌 위헌론은 근래서야 비로소 제기되었는데, 정철호, 한상희 두 교수가 이를 정면으로 주장하였다.

정철호 교수는 2011년 개정 이전 구 초·중등교육법 시행령을 대상으로 한 논문에서, 학교체벌은 다음과 같은 이유에서 위헌이라고 주장하였다.⁴⁹⁾ 첫째, 체벌은 성인에게는 인정되지 않는 폭력을 학생에게 인정하는 것으로, 기본권 주체성 내지 행사능력과 기본권 제한원리를 차별적으로 제한하므로 평등권 위반이다. 둘째, 체

49) 정철호(주 41), 388-392면.

벌이 교육목적을 위하여 행해진다고 하더라도 학생에게 정신적·신체적 고통을 통하여 그 목적으로 달성하려는 것이므로 인간의 존엄과 가치를 훼손한다. 셋째, 체벌은 학생의 신체의 자유를 침해하므로 법률적 근거가 있어야 하는데, 초·중등교육법은 체벌을 명시하지 않은 채 동법의 시행령에 위임하였는 바 이는 법률유보의 원칙에 반하고 위임입법의 한계를 일탈한 것이다.

한상희 교수는 제2장에서 상술한 2011년 <학교문화 선진화 방안>을 비판하면서 직접체벌은 물론 간접체벌을 허용하는 초·중등교육법 시행령은 위헌이라고 주장하였다.⁵⁰⁾ 논지를 요약하자면 다음과 같다. 첫째, 체벌은 인간의 신체에 대한 공격적 폭력으로 체벌 받는 자의 인격권을 침해하고 인간으로서의 존엄과 가치를 부정한다. 둘째, 국제법 존중주의를 취하고 있는 우리 헌법 체계하에서 체벌을 허용하는 시행령은 국내법적 효력을 갖는 ‘아동의 권리에 관한 국제협약’이라는 상위법 위반이다. 셋째, “신체적 고통”, “훈육”과 같은 모호한 개념을 사용하기에 명확성의 원칙 위반이다. 넷째, 시행령은 모법인 초·중등교육법의 위임의 한계를 일탈하였기에 무효이다.

한편, 헌법재판소는 학교체벌의 위헌 여부를 정면으로 다룬 적은 없다. 방론(傍論)으로나마 표현된 헌법재판소의 입장을 보면, “비록 **체벌이 교육적으로 효과가 있는지에 관하여는 별론으로 하더라도** 교사가 학교장이 정하는 학칙에 따라 불가피한 경우 체벌을 가하는 것이 금지되어 있지는 않다고 보여진다. 그러나 어떤 경우에 어떤 방법으로 체벌을 가할 수 있는지에 관한 기준은 명확하지 않지만 대법원은 징계행위는 그 방법 및 정도가 교사의 징계권행사의 허용한도를 넘어서는 것이라면 정당한 행위로 볼 수 없다.”⁵¹⁾ “정도가 심하지 않은 체벌은 체벌대상 학생에게도 학습의 효과를 높여주고, 질서가 유지된 상태에서 공부할 수 있도록 함으로써 다른 학생들의 학습권을 보호할 가능성이 있다.”⁵²⁾ 등이 있다. 이상의 점에서 헌법재판소는 체벌을 위헌으로 보고 있지 않음을 추론할 수 있다.

그러나 필자는 학교체벌 위헌론에 동의한다. 위헌론의 논거에 대한 상세한 검토는 뒤로 미루어야 하지만, 법률이 아니라 시행령으로 체벌의 근거를 마련하고 있는

50) 한상희, “체벌 및 초·중등교육법시행령 개정안의 위헌상”, **민주법학**, 제45호(2011.3), 226-235면

51) 헌법재판소 2000.1.27. 선고 99헌마481 전원재판부[취소] 【기소유예처분취소】 (강조는 인용자).

52) 헌법재판소 2006.7.27. 선고 2005헌마1189 전원재판부 【기소유예처분취소】 동 결정에서 보충의견을 쓴 권성 재판관은 “상황에 따라서는 체벌이 보다 효과적이거나, 체벌이 아니면 질책의 효과가 없다고 할 경우도 있을 것임은 사리상 당연”하다고 보았다.

점은 특히 문제이기에 국회의 입법적 조치가 필요하다고 본다. 그리고 여기서는 체벌의 교육적 효과—헌법재판소가 판단을 유보했던—에 대한 사회과학적 연구를 소개하고자 한다. 체벌옹호론의 근거에는, 체벌이 학생의 인격과 신체에 대한 침해이지만 적절한 체벌이라는 ‘사랑의 매’는 교육적 효과가 있는 ‘필요악’이라는 주장이 자리 잡고 있다. 그러나 김은경 박사의 실증연구에 따르면, 이러한 주장은 “신화”이다.⁵³⁾ 현재와 같은 다인수(多人數) 학급상황과 입시위주의 교육환경에서 학교질서를 유지하고 학생의 수업집중도를 높이기 위하여 체벌이 사용되고 있다.⁵⁴⁾ 그러나 체벌은 교사와 학생 간의 유대 및 신뢰관계를 파괴하며, “제1차 체벌은 학생이 부정적 심리반응 등을 매개로, 제2차 체벌을 불러일으키고, 이것이 다시금 더 부정적 행태를 강화하고, 다시 이에 대응하기 위해 더 강도 높은 제3차 체벌이 시행되는 등 그야말로 「체벌의 순환적 악화과정」이 진행된다.”⁵⁵⁾ 그 과정에서 생기는 ‘낙인 효과’는 ‘모범생’과 ‘문제아’의 구별을 구조화하고 ‘불량’과 ‘비행’을 오히려 상승시키는데, 이러한 부정적 효과는 가정적 문제 및 학교적응상 문제를 가진 ‘비행학생’들에게 뚜렷이 나타난다.⁵⁶⁾ 이상의 점에서 필자는 다음과 같은 헌법재판소의 견해에 동의한다.

“교사들이 관심영역과 개성이 다른 많은 학생들을 효과적으로 교육하기가 어려운 것이 현실이지만, 그렇다고 하더라도 학생들의 눈높이에 맞추어 적절한 교육방법을 택하지 아니하고 체벌로 쉽게 학생들을 통제하려는 것은 교육자로서의 바람직한 태도가 아니다. 또 벌 받을 만한 행동이 반드시 맞을 것은 아니며, 진정한 벌이나 지도란 학생이 스스로 깨달음을 얻도록 도와주는 것이다. 자칫 심각한 인권침해를 불러올 수 있는 체벌보다 학생의 잘못에 대해 책임을 일깨우고 민주적 가치와 인권 의식을 체화시키는 대안적 훈육방법, 효과적인 학급경영기법 및 학생지도능력을 강화하여 개발하는 것이 바로 교육담당자의 직무인 것이다.”⁵⁷⁾

53) 김은경, “체벌의 신화와 실제”, **한국사회학**, 제34집(2000년 봄호), 87면.

54) 김은경(주 10), 106-107면.

55) 김은경(주 53), 100면.

56) Ibid. 100-101면; 김은경, “체벌이 자아낙인과 비행에 미치는 영향”, **아동권리연구**, 제4권 제1호(2000), 127-133면.

57) 헌법재판소 2006.7.27. 선고 2005헌마1189 전원재판부 **【기소유예처분취소】**.

2. 해석론 - 간접체벌의 정당화 요건

필자는 체벌위헌론에 동의하지만, 초·중등교육법과 동 시행령은 위헌으로 결정되기 전까지는 법적 효력을 가진다. 여기서 동 시행령이 허용하는 것으로 이해되고 있는 간접체벌의 방법과 절차에 대한 해석론이 필요하다.

먼저, 상술하였듯이 신 초·중등교육법 시행령은 직접체벌, 즉 교사가 “도구, 신체 등을 이용하여 학생의 신체에 고통을 가하는 방법”을 금지하며, 학생의 신체가 이용되는 간접체벌은 허용한다.⁵⁸⁾ 그런데 이를 확대해석하여 교사가 학생으로 하여금 도구나 신체를 이용하여 다른 학생에게 체벌을 가하도록 하는 것은 허용된다고 해석하는 것은 법령의 취지에 정면으로 반할 것이다. 이런 방식의 체벌은 학생을 이용한 직접체벌과 다름이 없으며, 체벌을 받는 학생에게 더 큰 인격적 모멸감을 주기에 금지되어야 한다.

둘째, 간접체벌이라도 “학생의 성별, 연령, 개인적 사정에서 건디기 어려운 모욕감을 주어 방법·정도가 지나치게 된 지도행위”⁵⁹⁾는 금지되어야 한다. 도구나 신체를 사용하지 않는다고 하더라도 학생에게 심각한 인격적 모멸감이나 신체적 고통을 주는 것은 허용되어선 안 된다. 예컨대, **군대에서 사용되는 ‘일차려’ 수준을 넘는 간접체벌이 학교에서 사용되어서는 안 된다.** 미성년 대상 교육조직에서 규율을 잡기 위한 체벌이 성인으로 이루어지는 전투조직에서의 체벌보다 강해서는 안 된다.⁶⁰⁾ 향후 교과부와 일선 학교는 상호 논의를 통하여 허용되는 간접체벌을 학칙으로 규정해야 할 것인데, 필자의 생각으로는 교과부가 예시한 교실 뒤 서있기, 운동장 걷기, 팔굽혀 펴기 등은 허용되지만, 과거 체벌로 많이 사용되었던 다른 학생들이 보는 앞에서 무릎 꿇고 앉히거나 의자 들고 서있기, ‘토끼 똘’이나 ‘오리걸음’으로 운동장 돌기, 깍지 끼고 팔굽혀 펴기, ‘원산폭격’, ‘한강철교’ 등은 인격적 모멸감이나 신체적 고통이 크므로 금지되어야 한다.

셋째, 신 초·중등교육법 시행령에서는 구 시행령에 있던 “교육상 불가피한 경우”라는 문언이 삭제되었다. 그렇지만 간접체벌이 교육상 불가피하지 않은 경우에도 사용될 수 있다고 해석되어서는 안 된다. 간접체벌 역시 학생의 인격과 신체에

58) 제2장 제2절 참조.

59) 대법원 2004.6.10. 선고 2001도5380 판결 【폭행·모욕】.

60) 육군의 ‘일차려’ 관련규정을 보면, 병 교육기관에서는 팔굽혀펴기, 앉았다 일어서기, 개인호 과고 되 배우기, 군장 보행, 순환식 체력단련이 ‘일차려’ 방법으로 허용되고, 야전 부대에서는 추가로 군장 땀걸음, 특정지역 청소, 반성문 작성, 참선 등이 허용된다. http://army.mil.kr/sub_alife/sub_alife_2_4_10.html (2013.1.30. 방문).

대한 침해를 야기한다는 점은 분명하기에 교육적 불가피성을 엄격히 따져야 한다. 예컨대, 성적을 올릴 목적으로 간접체벌을 가하는 것은 허용될 수 없다. 성적 향상이 체벌을 통해서 가능한지, 또한 바람직한 것인지에 대하여 근본적 의문이 있기 때문이다.⁶¹⁾

넷째, 간접체벌도 최후수단으로 사용되어야 한다. 과거 대법원은 체벌 일반의 허용요건을 설정하면서 이 점을 분명히 한 바 있다. 즉,

“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.”⁶²⁾

요컨대, 간접체벌은 ‘신체적 고통을 가하지 않는 지도’를 선행하지 않고 바로 시행될 경우 정당화되어선 안 된다.⁶³⁾ 예컨대, 학생이 수업시간에 떠들면서 전체 학습 분위기를 소란스럽게 하는 경우 교사는 그 학생에게 바로 체벌을 가하기 전에, 교실 바깥으로의 학생 격리, 화장실이나 쓰레기장 청소시키기, 화단의 잡초 제거, 교실과 복도의 껌 제거 등을 시켜야 한다. 그리고 간접체벌을 실시할 경우 다음과 같은 헌법재판소의 요청을 준수해야 한다.

“학생에게 체벌의 목적을 알리고 훈계하여 변명과 반성의 기회를 주고, 신체의 이상 유무를 살핀 후 시행해야 한다. 만약 학칙에서 정한 체벌 절차가 따로 있는 경우에는 특별한 사정이 없는 한 그에 따라야 한다.”⁶⁴⁾

다섯째, 대법원 2004.6.10 선고 2001도5380 판결은 교사의 체벌자격은 법령상 규정이 없지만 교사는 학교장의 위임을 받아 체벌을 할 수 있다고 판단하였다. 과거 필자는 직접체벌의 반인권성과 위험성을 고려하여 교사는 직접체벌을 직접 가해서는 안 되고 학교장에게 학생의 문제점과 체벌의 필요성을 보고하는데 그쳐야 하며, 학교장이 교사와 학생의 의견을 청취한 후 직접체벌을 할 수 있다는 견해를 제시한 바 있다.⁶⁵⁾ 그러나 직접체벌이 금지된 상황에서 과거 견해를 수정하고자 한다. 즉,

61) 조국(주 1), 327면.

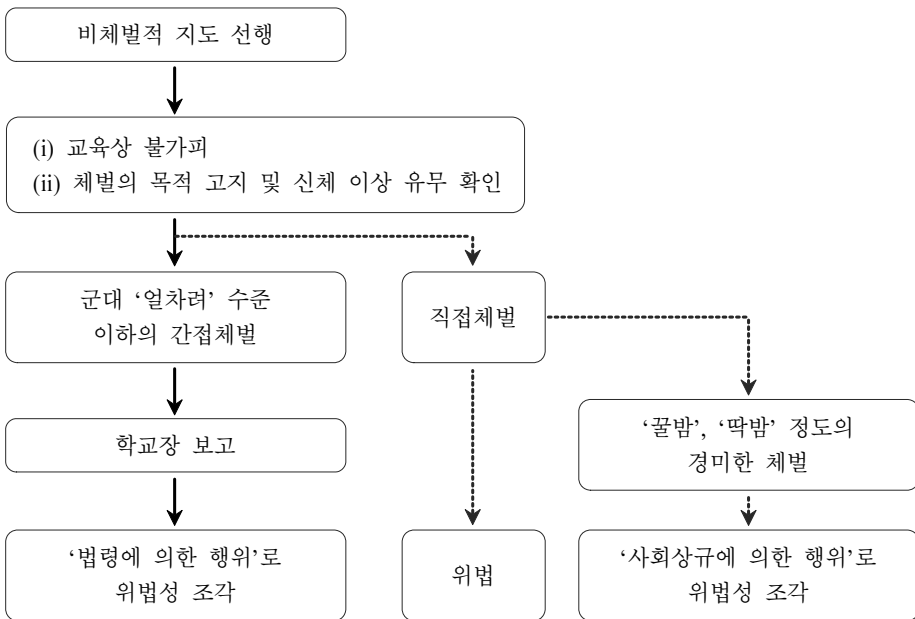
62) 대법원 2004.6.10 선고 2001도5380 판결 【폭행·모욕】.

63) 조국(주 1), 324-325면.

64) 헌법재판소 2006.7.27. 선고 2005헌마1189 전원재판부 【기소유예처분취소】.

간접체벌이 이상의 요건을 충족하는 방식으로 정형화될 경우 교사에게도 체벌권한이 위임될 수 있다. 단, 실시한 간접체벌의 방법과 장소 등에 관하여 사후 학교장에게 보고하는 것을 의무화하여 사후 점검과 통제가 가능하도록 해야 한다.⁶⁶⁾

개정 초·중등교육법 시행령 해석상 허용되는 교사의 체벌을 도해화하면 다음과 같다.



65) Ibid. 326면.

66) 헌법재판소는 ‘얼차려’에 대하여 다음과 같이 결정한 바 있다. “중대장급 이상의 지휘관 및 대위급 이상 장교만이 결재 없이 얼차려 교육을 시행할 수 있고 모든 소대장 이하 분대장 등은 병사에 대하여 얼차려를 실시하려면 반드시 얼차려의 실시시간 및 장소, 방법 등에 관하여 결재권자의 승인 후에 실시하도록 되어 있으며, 집행시기도 일과시간 내의 개인 자유시간이나 일과시간 외의 개인 자유시간으로 제한되어 있다. 그렇다면 하사 배○열이 결재권자의 승인을 받지 않은 채, 더구나 총검술교육 실시를 하던 일과 시간으로서 개인 자유시간이 아닌 때에 청구인에 대하여 얼차려 명령을 하였다면 이는 적법절차를 무시한 명령으로서 결코 상관의 정당한 명령이 될 수 없다 할 것이다.” 헌법재판소 1989.10.27. 선고 89헌마56 전원재판부 [취소] 【군검찰관의 공소권행사에 관한 헌법소원】.

V. 맺음말

OECD 소속 나라 외에 학교체벌을 금지하고 있는 나라 몇몇을 뽑아보자면, 아프가니스탄, 보스니아/헤르체고비나, 베트남, 몽골리아, 캄보디아, 에티오피아, 나미비아, 콩고 공화국, 콩고 민주공화국, 잠비아, 푸에토 리코, 에콰도르, 엘살바도르, 코스타리카, 온두라스 등이 있다. 필자는 이들 나라의 교육현실이 정확히 어떠한지 알지 못하지만, 정치·사회·경제적 여건이 우리나라 보다 낫지 않을 것이라고 추단한다. 이들 나라에서도 하고 있는 체벌금지를 우리나라에서 하지 못한다는 주장에 공감하기 어렵다.

초·중등교육법 시행령 해석상 간접체벌은 허용되지만, 교실에서 발생하는 여러 문제를 체벌로 처리하려는 체벌만능주의 경향은 종식되어야 하며, 허용되는 간접체벌의 종류, 강도, 절차는 엄격히 규정·집행되어야 한다. 입법적으로 체벌의 전면금지가 이루어진 상태가 아니지만, ‘아동권리위원회’가 권고한 대로 “공정적이고 비폭력적인 형태의 징계”를 계발하고 증진시키는 것은 정치적 입장을 떠나 정부, 시민사회단체 및 학교 관계자의 공동의 책무이다. 2010년 11월 서울시 교육청이 제시한 <소통과 배려가 넘치는 평화로운 학교 만들기—문제행동 유형별 학생생활지도 매뉴얼>은 이를 위한 첫 걸음이 될 것이다. 그리고 체벌 금지 논쟁을 정치논쟁으로 끌고 가려는 당파적 경향을 경계해야 한다. 학생인권조례는 ‘진보교육감’들에 의해 제정되었지만, 이는 국제인권법의 요구를 수용한 것임은 물론 김영삼 정부하 ‘대통령 자문 교육개혁위원회’의 보고서를 수용한 것이기도 함을 유념해야 한다.

투고일 2013. 2. 3

심사완료일 2013. 2. 26

게재확정일 2013. 2. 27

참고문헌

- 김은경, **체벌의 실태와 영향에 관한 연구**(형사정책연구원, 1999).
- 김은경, “체벌불가피론과 학생인권”, **사회와 문화**, 제11집(2000).
- 김은경, “체벌의 신화와 실제”, **한국사회학**, 제34집(2000년 봄호).
- 김은경, “체벌이 자아낙인과 비행에 미치는 영향”, **아동권리연구**, 제4권 제1호(2000).
- 박광현, “학생체벌의 정당성에 대한 법률적 고찰”, **법학논총**, 제25권 제1호(2012).
- 박찬걸, “교원에 의한 체벌행위의 정당성과 그 허용범위”, **형사정책연구**, 제22권 제1호(통권 제85호, 2011년 봄).
- 송기춘, “학생인권조례의 제정과 시행에 관한 법적 논의”, **교육법학연구**, 제23권 제2호(2011).
- 송요원, “학교 내에서 학생의 인권과 교원의 체벌—미국 법원의 판례를 중심으로—”, **토지공법연구**, 제20호(2004).
- 손희권, “체벌을 대체할 학생규율방안의 윤리성과 교육적 효과에 관한 학생들과 교사들의 지각 비교”, **교육문제연구**, 제19집(2003. 9).
- 안 진, “광주광역시 학생인권조례의 내용과 과제”, **법학논총**, 제31집 제3호(2011).
- 오동석, “학생인권조례에 관한 몇 가지 법적 쟁점”, **교육법학연구**, 제22권 제2호(2010).
- 윤용규, “체벌논의에 대한 반성적 고찰 : 체벌법규의 해석을 중심으로”, **형사정책연구**, 제23권 제3호(통권 제91호, 2012년 가을).
- 이덕난, “서울시 학생인권조례의 주요 내용 및 쟁점 분석”, **이슈와 논점**(국회입법조사처), 제379호(2012. 2. 9.).
- 정순원, “미국의 학생체벌에 관한 입법과 판례 동향”, **헌법학연구**, 제17권 제1호(2011. 3).
- 정철호, “공교육체계에서의 학생체벌에 대한 법적 고찰”, **아동권리연구**, 제10권 제3호(2006).
- 조 국, “교사의 체벌과 정당행위”, **서울대학교 법학**, 제48권 제4호(2007. 12).
- 한상희, “체벌 및 초중등교육법시행령 개정안의 위헌성”, **민주법학**, 제45호(2011. 3).
- 홍신기·김현욱·권동택, “주요국의 아동 체벌 금지 입법 사례와 시사점”, **비교교육연구**, 제20권 제1호(2010).
- 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); CRC/C/15/Add.197 (18 March 2003); CRC/C/KOR/CO3-4 (6 October 2011).

Global Initiative to End All Corporal Punishment of Children, *Ending Legalised Violence against Children* (Global Report 2012).

Ministry of Health and Social Affairs & Ministry of Foreign Affairs (Sweden), *Ending Corporal Punishment* (2001).

<Abstract>

Corporal Punishment in Schools after the Ordinances for Students' Human Rights

Cho, Kuk*

It has been a hot issue in Korea whether to allow corporal punishment in schools. Scholars argue for and against on 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. As some liberal superintendents of Local Office of Education in 2010, including the Seoul Office of Education, propelled to establish the 'Ordinance for Students' Human Rights' embodying the prohibition of corporal punishment in schools, the Ministry of Education and conservative teachers' organizations strongly objected to them. After hot debates and legal disputes, the Enforcement Ordinance for the Elementary and Secondary Education Act of 2011 was revised to prohibit 'direct' corporal punishments, direct infliction of physical pain on students by using a teacher's body or instruments, and allowed 'indirect' corporal punishments, infliction of pain by making students to do some physical movements involving physical hardship.

This Article starts to review the debates caused by 'Ordinance for Students' Human Rights.' Second, it examines the OECD countries' law and international human rights norms regarding corporal punishment in schools. Third, it reviews the constitutionality of corporal punishment in schools and justification requirements of the corporal punishment under the new Enforcement Ordinance. The Author argues that all the corporal punishments in schools, direct or indirect, constitutes breach of the Korean Constitution as well as International Convention on the Rights of the Child; 'indirect' corporal punishments, allowed by the Enforcement Ordinance, should be

* Professor, College of Law/School of Law, Seoul National University.

strictly controlled in method and process before their constitutionality is reviewed by the Constitutional Court.

Keywords: corporal punishment, students' human rights, International Convention on the Rights of the Child, Committee on the Rights of the Child