

## 7강 - 한계를 넘는 체벌에 대한 법적 책임

### ■ 핵심용어(용어사전)

- \* 구성요건 : 형법상 금지 또는 요구되는 행위가 무엇인가를 추상적 · 일반적으로 기술해놓은 것
- \* 구성요건 해당성 : 어떤 구체적인 행위가 법률에 규정된 범죄성립요건에 합치하는 것을 의미
- \* 위법성 : 구성요건에 해당하는 행위가 법질서 전체의 입장과 객관적으로 모순 · 충돌하는 성질
- \* 책임 : 규범이 요구하는 합법을 결의하고 이에 따라 행동할 수 있었음에도 불구하고 불법을 결의하고 위법하게 행위를 하였다는데 대하여 행위자에게 가해지는 비난가능성
- \* 기대가능성 : 행위 시의 구체적인 사정으로 보아 행위자가 범죄행위를 하지 않고 적법행위를 할 것을 기대할 수 있는 가능성
- \* 정당행위 : 사회상규에 위배되지 아니하여 국가적 ·사회적으로 정당시되는 행위
- \* 상규에 위반되지 아니하는 행위 : 법질서 전체의 정신이나 그의 배후에 놓여 있는 사회윤리, 도의적 감정 내지 사회통념에 비추어 용인될 수 있는 행위
- \* 사회 상규 : 공정하게 사유하는 평균인이 건전한 사회생활을 하면서 옳다고 승인한 정상적인 행위규칙
- \* 공무원의 직무집행행위 : 공무원이 법령에 의하여 요구된 직무를 수행하기 위하여 법익침해적인 강제력을 행사하는 행위
- \* 징계행위 : 법령상 허용된 징계권의 적정한 행사로 간주되는 행위
- \* 업무로 인한 행위 : 직업의무의 정당한 수행을 위해 합목적적으로 요구되는 행위

### ■ 사례1 :

#### <사건의 개요>

고등학교 교사 A는 17세 여학생 B가 친구들과 담배를 피웠는데도 다른 학생들은 담배를 피운 사실을 모두 시인하는데도 B만 담배를 피우고서도 거짓말을 하자 훈계할 목적으로 우측 손바닥으로 피해자의 머리 왼쪽 옆부분을 가볍게 3회 때리고, 계속하여 발로 동인의 다리부분을 2회 걷어 찼는데, 모야모야병을 앓고 있던 B는 며칠동안 학교에 정상적으로 등교하여 수업을 마친 후 귀가 중 버스정류장의 화장실에서 의식을 잃고 쓰러져 집에서 요양하다가 병원에 입원하였는데 뇌내혈종, 뇌경색 등의 진단을 받았다. 이 사건으로 인하여 A는 상해죄 또는 폭행죄로 처벌받을 것인가?

#### <이 사건의 쟁점>

교사가 교내에서 흡연하고 거짓말까지 한 학생을 체벌한 데 대하여 훈계하고 선도하기 위한 교육 목적의 징계의 한 방법으로서 그 학생을 때리게 된 경우 정당행위가 될 수 있는지 여부

#### <사건의 결말>

교사 A는 상해죄(예비적 죄명 폭행죄)로 기소된 사건에서 교내에서 흡연하고 거짓말까지 한

학생을 체벌한 데 대하여 정당행위를 이유로 무죄를 선고받았다.

### <전문가의 의견>

학생들을 교육하고 학생들의 생활을 지도하는 교사로서 학생이 교내에서 흡연을 하였을 뿐만 아니라 거짓말까지 하여 이를 훈계하고 선도하기 위한 교육 목적의 징계의 한 방법으로 그 학생을 때리게 된 것이고, 그 폭행의 정도 또한 그리 무거운 것이 아니라면, 그 교사의 행위는 교사의 교육 목적 달성을 위한 징계로서 사회통념상 비난의 대상이 될 만큼 사회상규를 벗어난 것으로 볼 수 없으므로 형법 제20조 소정의 정당행위에 해당하여 형사처벌을 받지 않는다.

### <본 학습>

#### 1. 학생체벌과 관련한 소송형태

교사가 징계의 수단으로서 학생을 체벌한 경우 징계행위의 방법 및 정도가 교사의 징계권 행사의 허용한도를 넘어선 것으로서 될 경우에는 정당한 행위로 볼 수 없다.

소송은 폭행죄나 상해죄 여부를 가리는 형사소송과 손해배상책임을 묻는 민사소송이 제기될 수 있다.

#### 2. 학생체벌이 정당행위가 되기 위한 일반적 요건

체벌이 징계권 행사로서 정당행위에 해당하려면 교육상의 필요가 있고 다른 교육적 수단으로 시정이 불가능한 경우에 한해야하고 그 방법과 정도에는 사회관념상 비난받지 않을 객관적 타당성이 있어야 한다.

체벌을 하는데 있어서 그것이 기본권을 침해하거나 재량권의 범위를 일탈하지 말아야 하며, 대안적 처벌수단의 이용가능성을 고려하여 학생의 문제행동을 제거하거나 수정하는 방법에는 다른 방법이 없는지를 우선적으로 고려하여야 한다. 체벌이 바람직하지 못한 행동을 제거하는 데 효과가 가장 빠른 방법일 수는 있으나 인권침해의 소지가 있으므로 체벌의 수단을 사용하기전에 다른 수단으로서 효과를 볼 수 없는 경우에 최후의 수단으로서 사용되어야 한다.

교사가 다른 수단을 강구하여 시도해 보지도 않고 일차적으로 체벌을 행사한다면 이는 효과만을 생각하여 인권을 침해했다고 볼 수 있으므로 정당성을 부여받을 수 없게 된다.

#### 3. 학생인권 존중

교육기본법 제12조에서는 학생을 포함한 학습자의 기본적 인권은 학교교육 또는 사회교육의 과정에서 존중되고 보호되며, 교육내용·교육방법·교재 및 교육시설은 학습자의 인격을 존중하고 개성을 중시하여 학습자의 능력이 최대한으로 발휘될 수 있도록 마련되어야 하며, 학생은 학습자로서의 윤리의식을 확립하고, 학교의 규칙을 준수하여야 하며, 교원의 교육·연구활동을 방해하거나 학내의 질서를 문란하게 하여서는 아니 된다고 규정하고 있으며, 초·중등교육법(제18조 제1항)에서는 “학교의 장은 교육상 필요한 때에는 법령 및 학칙이 정하는 바에 의하여 학생을 징계하거나 기타의 방법으로 지도할 수 있다.”고 규정하고 있으며 초·중등교육법시행령 제31조 제7항에서는 “학교의 장은 법 제18조 제1항 본문의 규정에 의한 지도를 하는 때에는 교육상 불가피한 경우를 제외하고는 학생에게 신체적 고통을 가하지

아니하는 훈육·훈계 등의 방법으로 하여야 한다.”고 규정하여 학생의 인권을 존중하고 있다.

## ■ 사례2 :

### <사건의 개요>

고등학교 교사 A는 학생 B, C, D, E가 평소 교내에서 술을 마시고, 담배를 피우며 같은반 학생들에게 폭력을 행사한다는 이유로 이들을 교단으로 불러내어 칠판에 손을 대고 옆드리게 한 후에 B, C, D를 청소용 대걸레의 자루로 허벅지와 엉덩이를 때리고 E를 때리려 하자 E가 겁에 질려 뒤로 물러섰는데, A가 앞으로 오라고 하는데도 E가 계속하여 뒤로 물러서자 대걸레자루로 E의 어깨 또는 팔을 때리려고 이를 높이 치켜들고 휘두르는 순간 E가 맞지 않으려고 몸을 피하다가 머리에 위 대걸레자루를 맞아 좌두정부, 두피좌상, 좌측두 두정부, 뇌경막상혈종 및 뇌경막하혈종, 좌측두 두정부 뇌실질내출혈의 상해를 입었다. 이에 E 및 E의 부모가 A를 상대로 민사상 손해배상청구소송을 제기 하였다. A는 E 및 E의 부모에게 손해배상책임이 있는가?

### <이 사건의 쟁점>

교사의 학생에 대한 체벌이 징계권의 행사로서 정당행위에 해당하기 위한요건은 무엇인가의 판단기준

### <사건의 결말>

A는 평소 E를 선도하기 위하여 각별한 노력을 기울여 왔는데도 큰 성과가 없었고 이 사건 전날에도 도서실에서 맥주를 마시고 야구방망이로 동급생을 구타하는등 비행을 저질러 교육자로서 단순한 구두훈계나 경미한 체벌로서는 교육적효과를 기대할 수가 없는 형편에 이르러 좀더 강도를 높여 E에게체벌을 가하다가 이 사건 사고를 일으키게 되었는데, 위와 같은 상황에서 선도와 보호감독의무가 있는 담임교사로서의 통상 용인되는 행위로서 위법성이 결여된 교육업무상의 정당행위라고 주장하였다.

법원은 교사 A,의 체벌행위는 일반적으로 용인되는 교육업무상의 정당한 행위를 벗어난 위법행위로 봄이 상당하다고하면서 교사 A는 E 및 E의 부모에게 손해를 배상하여야 한다고 하면서 다만 E의 과실을 30%로 보아 배상할 손해액을 산정함에 있어 참작하였다.

### <전문가의 의견>

교사의 학생 체벌행위가 상해에 이르게 된 경우 교사의 손해배상책임이 문제되는데 상해에 이르게 된 경위와 상해부위를 고려하고, 체벌행위는 일반적으로 용인되는 교육업무상의 정당한 행위를 벗어난 위법행위이므로 교육업무상의 정당한 행위라고 할 수는 없다. 교사의 체벌행위가 상해에 이르게 된 경우 체벌은 교사의 징계권의 범위에 속하는 정당한 행위를 벗어나는 행위로서 불법행위를 이루는 경우가 많을 것이며, 체벌로 인한 상해에 대하여 손해를 배상할 의무가 있다 할 것이다.

### <본 학습>

#### 1. 체벌에 대한 찬반 양론

##### 가. 체벌의 찬성론

체벌은 질서유지를 위한 최선의 수단이며 체벌은 개인의 책임감을 발전시키고 자기규율 도

덕성의 발달을 도와주는 효과적인 방법이며, 체벌은 다른 어떤 형태의 벌보다 최소한의 노력과 시간을 투자하여 보다 신속한 효과를 거둘 수 있다

그러나 체벌의 찬성론자들도 체벌은 교육적 의도로 학생의 정신적, 신체적 상태를 고려하여 교육적 방식으로 일정한 절차와 한계 내에서 체벌이 가해져야 한다고 주장한다.

#### 나. 체벌의 반대론

체벌은 일시적인 효과는 있을지 모르나, 체벌의 계속적인 사용은 문제행동의 악화를 초래하며, 학생의 공포심을 자극하여 자발적인 탐구정신을 억압함으로써 학습과정에 지장을 초래하며, 체벌을 받은 학생은 교사와 사회에 대한 공격심이 증가하고 폭력을 학습하게 되며, 체벌은 상당히 교사의 감정에 좌우되고 감정이 격한 상태에서 이루어질 가능성이 많기 때문에 체벌이 합리적이고 온건하게 이루어지기 어렵고, 인간의 존엄성을 해치고 부정적인 자아개념을 형성하며, 체벌은 오히려 학생들에게 이성적인 문제해결이 아니라 불합리한 문제해결 방법을 가르치게 된다.

다. 체벌 찬성론은 교육적 효과를 인정하고 ‘사랑의 매’로 생각하고 있고, 체벌 반대론은 체벌을 ‘교사가 훈육을 목적으로 행하는 신체적 가해행위’로 생각한다.

학교현장에서 실제 이루어지고 있는 체벌이 사회통념상의 정도를 넘어 폭력에 가까운 양태를 보이는 경우 민·형사상 문제가 발생하고 있다.

초·중등교육법과 시행령, 그리고 각급 학교의 학교생활 규정에 따르면 체벌은 학교현장에서 교원이 교육상 불가피한 경우, 학생에게 행사할 수 있는 신체적인 고통이 수반되는 학생지도의 하나라고 할 수 있다.

## 2. 학생체벌과 관련한 판례의 일반적인 경향

판례를 종합해 보면, 교사의 학생징계권이 명시되어 있지 아니하나 수업중의 체벌행위는 교사의 고유권한으로서의 학생징계권임을 인정하고 있는 경향이 있다. 다만, 그러한 체벌행위는 체벌의 목적과 동기, 방법, 정도, 신체부위 등의 측면에서 상식적인 수준을 넘어 과도하게 이루어졌을 때는 징계권의 범위를 일탈한 것으로 인정되어 처벌을 받을 수 있음을 알 수 있다.

## 3. 교사와 학교 및 지방자치단체의 책임

교사의 학생체벌행위가 상해의 결과를 초래하는 등 정당한 학생징계권의 범위를 벗어나는 경우 해당교사가 형사책임 및 민사상 불법행위로 인한 손해배상책임을 지는 것은 당연한 결론이며, 교사를 지휘·감독할 권한이 있는 해당 학교장이나 국가나 지방자치단체도 민사상 손해배상책임을 질 수 있다.

## 4. 헌법재판소 결정 주요 내용

### 가. 정당행위

교사의 체벌행위가 정당행위에 해당하는지를 판단함에 있어 형법 제20조는 “법령에 의한 행위 또는 업무로 인한 행위 기타 사회 상규에 위반되지 아니하는 행위는 벌하지 아니한다”

고 규정하고 있는데, 사회상규에 위반되지 아니하는 행위라 함은 법질서 전체의 정신이나 그의 배후에 놓여 있는 사회 윤리, 도의적 감정 내지 사회통념에 비추어 용인될 수 있는 행위를 말하는 것이어서, 어떠한 행위가 사회상규에 위배되지 아니하는가는 구체적 사정 아래서 합목적적·합리적으로 고찰하여 개별적으로 판단되어야 한다.

#### 나. 체벌 근거 법령의 내용

각국의 역사적, 사회적, 문화적인 배경과 국가의 성격에 따라 다소 차이는 있으나 동서양을 막론하고 체벌은 중세에 이르기까지 가장 효과적인 교육수단으로 여겨져 왔다. 근대에 이르러 많은 교육사상가들에 의해 체벌이 근본적인 비난을 받게 되면서 점차 완화과정을 걷게 되었으며, 현대에 이르러서는 미국의 일부 주나 소수국가를 제외한 대부분의 선진국에서 체벌이 비인간적이고 학습에 부정적인 영향을 준다는 이유 등으로 법으로 금지하는 경향이 다.

우리 나라 사람들의 통념도 체벌에 대해서는 상당히 관용적이었는데, 해방 후 아동중심교육이념에 의거하여 체벌에 대해 부정적인 입장을 취하는 사람들이 늘어나고, 아울러 청소년들의 반사회적, 반윤리적 행동, 폭력범죄의 증가가 사회문제로 부각되면서 체벌에 대한 찬반 논쟁이 심화되었다. 이에 대통령 자문 교육개혁위원회는 1997. 6. 2.자 보고서에서 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 학교 내에서의 체벌을 금지하고 이를 교육 관련법에 반영토록 한다”고 보고하였으며 그에 따라 교육관련 법령이 정비되기에 이르렀다.

교육기본법 제12조 제1항은 “학생을 포함한 학습자의 기본적 학교교육 또는 사회교육과정에서 존중되고 보호된다”고, 제2항은 “교육내용, 교육방법, 교재 및 교육시설은 학습자의 인격을 존중하고 개성을 중시하여 학습자의 능력이 최대한으로 발휘될 수 있도록 강구되어야 한다”고 규정하고 있고, 초·중등교육법(1997. 12. 13. 공포, 1998. 3. 1. 시행) 제18조 제1항은 “학교의 장은 교육상 필요한 때에는 법령 및 학칙이 정하는 바에 의하여 학생을 징계하거나 기타의 방법으로 지도할 수 있다”라고 규정하고, 그 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 하여야 한다”라고 규정하였다.

즉, 징계방법으로서의 체벌은 허용되지 않으며, 기타 지도방법으로서도 훈육·훈계가 원칙이고 학생에게 신체적 고통을 가하는 체벌은 교육상 불가피한 경우에 예외적으로만 허용된다는 취지다. 이러한 법령들에는 시대적인 조류에 따라 교육과정에서 학생들의 기본적 인권을 특별히 존중하겠다는 입법자의 결단이 서려있다.

모욕감을 주기 위한 의도로 체벌한 것이라면 교육과정에서 학생들의 인권을 최대한으로 존중하도록 한 교육관련 법령의 취지에도 어긋난다. 학생생활규정에, 교사가 체벌을 하려면 사전에 체벌의 사유를 분명히 인지시키고 체벌시행은 다른 학생이 없는 별도의 장소에서 반드시 제3자(생활지도부장이나 교감)를 동반하여 하되, 체벌 전에 학생의 신체적, 정신적인 상태를 점검하며, 일정한 규격의 나무 체벌봉으로 둔부에 시행하도록 규정되어 있으며, 교사의 신체를 이용한 체벌이나 얼굴에 가하는 체벌은 금지되어 있다. 이와 같이 체벌의 절차

를 신중하게 하고 체벌도구나 체벌부위를 한정 한 이유는 교사가 위엄을 유지하면서도 좀 더 냉철한 마음으로 체벌의 필요성과 정도를 헤아려 학생에게 큰 피해가 가지 않는 범위 내에서 체벌을 가하도록 하고, 학생에게는 대체벌을 요구하거나 스스로의 잘못이 무엇인지를 깨달을 수 있는 시간적인 여유를 주기 위한 데 있는 것으로 보인다.

## ■ 정리하기

학생을 포함한 학습자의 기본적 학교교육 또는 사회교육과정에서 존중되고 보호며, 교육내용, 교육방법, 교재 및 교육시설은 학습자의 인격을 존중하고 개성을 중시하여 학습자의 능력이 최대한으로 발휘될 수 있도록 강구되어야 한다하며, 학교의 장은 교육상 필요한 때에는 법령 및 학칙이 정하는 바에 의하여 학생을 징계하거나 기타의 방법으로 지도할 수 있다. 학교의 장이 지도를 하는 때에는 교육상 불가피한 경우를 제외하고는 학생에게 신체적 고통을 가하지 아니하는 훈육·훈계 등의 방법으로 하여야 한다. 즉, 징계방법으로서의 체벌은 허용되지 않으며, 기타 지도방법으로서도 훈육·훈계가 원칙이고 학생에게 신체적 고통을 가하는 체벌은 교육상 불가피한 경우에 예외적으로만 허용된다는 취지다.

교사가 징계의 수단으로서 학생을 체벌한 경우 징계행위의 방법 및 정도가 교사의 징계권행사의 허용한도를 넘어선 것으로서 될 경우에는 정당한 행위로 볼 수 없으며, 폭행죄나 상해죄 여부를 가리는 형사소송과 손해배상책임을 묻는 민사소송이 제기될 수 있다.

교사의 학생체벌행위가 상해의 결과를 초래하는 등 정당한 학생징계권의 범위를 벗어나는 경우 해당교사가 형사책임 및 민사상 불법행위로 인한 손해배상책임을 지는 것은 당연한 결론이며, 교사를 지휘·감독할 권한이 있는 해당 학교장이나 국가나 지방자치단체도 민사상 손해배상책임을 질 수 있다.

## ■ 평가하기

문제 1. 체벌에 대한 찬성론의 논거 중 틀린 것은 ?

- (1) 체벌의 찬성론자들은 체벌은 질서유지를 위한 최선의 수단이다.
- (2) 체벌은 자기규율 도덕성의 발달을 도와주는 효과적인 방법이다.
- (3) 체벌은 다른 어떤 형태의 벌보다 최소한의 노력과 시간을 투여하여 보다 신속한 효과를 거둘 수 있다
- (4) 체벌은 교육적 의도가 있으므로 학생의 정신적, 신체적 상태를 고려하더라도 방식이나 절차에 대해서는 교사에게 광범위한 선택권이 부여되어야 한다.

해설 : 정답 (4)

체벌의 찬성론자들도 체벌은 교육적 의도로 학생의 정신적, 신체적 상태를 고려하여 교육적 방식으로 일정한 절차와 한계 내에서 체벌이 가해져야 한다고 주장한다.

문제 2. 체벌에 대한 반대론의 논거 중 틀린 것은 ?

(1) 체벌은 일시적인 효과는 있을지 모르나, 체벌의 계속적인 사용은 문제행동의 악화를 초래한다.

(2) 체벌은 학생의 공포심을 자극하지만 자발적인 탐구정신을 활성화시키므로 학습과정에 지장을 초래하지는 않는다.

(3) 체벌을 받은 학생은 교사와 사회에 대한 공격심이 증가하고 폭력을 학습하게 된다.

(4) 체벌은 상당히 교사의 감정에 좌우되고 감정이 격한 상태에서 이루어질 가능성이 많기 때문에 체벌이 합리적이고 온건하게 이루어지기 어렵다.

해설 : 정답(3)

체벌은 학생의 공포심을 자극하여 자발적인 탐구정신을 억압함으로써 학습과정에 지장을 초래한다.

문제 3. 판례에 의할 때 체벌이 징계권 행사로서 정당행위에 해당하기 위한 요건과 다른 것은?

(1) 교육상의 필요가 있고 다른 교육적 수단으로 시정이 불가능한 경우에 한해야 한다.

(2) 그 방법과 정도에는 사회관념상 비난받지 않을 객관적 타당성이 있어야 한다.

(3) 체벌을 하는데 있어서 그것이 기본권을 침해하거나 재량권의 범위를 일탈하지 말아야 한다.

(4) 대안적 처벌수단의 이용가능성이 있더라도 학생의 문제행동을 제거하거나 수정하는 방법으로 효과적이라는 확신이 서면 우선적으로 체벌을 할 수 있다.

해설 : 정답 (4)

체벌을 하는데 있어서 대안적 처벌수단의 이용가능성을 고려하여 학생의 문제행동을 제거하거나 수정하는 방법에는 다른 방법이 없는지를 우선적으로 고려하여야 한다. 체벌이 바람직하지 못한 행동을 제거하는 데 효과가 가장 빠른 방법일 수는 있으나 인권침해의 소지가 있으므로 체벌의 수단을 사용하기전에 다른 수단으로서 효과를 볼 수 없는 경우에 최후의 수단으로서 사용되어야 한다.

문제4. 초등학교 5학년 담임교사 A는 자신이 담임으로 있는 학생B를 징계하기 위하여 양손으로 교탁을 잡게 하고 길이 50cm, 직경 3cm 가량 되는 나무 지휘봉으로 엉덩이를 두 번 때리고, B학생이 아파서 무릎을 굽히며 허리를 옆으로 틀자 다시 허리부분을 때려 6주간의 치료를 받아야 할 상해를 입혔다. 담임교사 A의 정당한 징계행위라는 주장은 타당한가?

해설 : 위 징계행위는 그 방법 및 정도가 교사의 징계권행사의 허용한도를 넘어선 것으로서 정당한 행위로 볼 수 없다.