

는 실정이라고 한다.

이런 상황에서 무엇보다 구속의 법적 성격 즉 강제수단으로서 법에 정한 요건에 해당될 때에만 가능하다는 강제수사법정주의가 강조되어야 하고, 일선 인권관련기관에 대한 교육 내지 지침을 통한 의식제고가 필요하다고 하지 않을 수 없다.

#### 4. 구속영장청구와 피의자신문

개정전 형사소송법에 따르면 구속영장이 청구된 경우 영장발부 판사는 피의자를 심문함이 없이 영장을 발부하였다. 따라서 판사는 구속사유에 대한 실질적인 심사 없이 구속영장을 발부하였고, 구속영장의 발부율도 비교적 높았다. 1995년 개정된 형사소송법에 따르면 판사는 '구속의 사유를 판단하기 위하여 필요하다고 인정하는 때에는 피의자를 심문할 수 있다'고 규정함으로써 판사의 임의적 피의자신문제도를 두었다. 이 제도가 시행된 후 구속영장의 발부건수는 현저히 감소하였다. 그러나 개정 형사소송법에 대하여 구속영장발부가 신중하게 이루어진다는 면에서 환영할 만한 일이나, 구속되지 않으면 형벌을 받지 않는 것으로 생각하는 우리의 상식적인 관념이 변하지 않고 있으며, 심문을 위하여 피의자를 보전하는데 필요한 절차가 세심하게 마련되지 않아서 오히려 인권침해의 우려가 있다는 비판이 제기되고, 형사소송법에 임의적인 제도로 규정된 피의자신문제도를 형사소송규칙이 필요적 심문으로 규정함으로써 상하위법간에 모순이 존재한다는 등의 비판이 제기되어 1997.12.31에 재개정 시행되기에 이르렀다. 개정의 핵심은 판사의 구속전(임의적)피의자신문을 '피의자가 원하는 경우에만' 할 수 있게 한 것이다(다만 이는 피의자가 체포되어 있는 경우에만 적용되고, 체포되지 않은 상태에서 구속되는 경우에는 판사의 임의적 심문이 가능하다).

구속전 피의자신문제도의 내용을 구체적으로 살펴보면 다음과 같다. 체포된 피의자에 대하여 구속영장을 청구받은 지방법원판사는 피의자 또는 그 변호인, 법정대리인, 배우자, 직계친족, 형제자매, 호주 가족이나 동거인 또는 고용주의 신청이 있는 때에는 피의자를 심문할 수 있다(제201조의1 제1항). 이 때 검사 또는 사법경찰관은 피의자에게 구속전 피의자신문을 청구할 수 있음을 고지하고 그 신청여부를 영장이나 신문초서에 기재하여 고지 및 신청여부를 명확히 하도록 하였다(제201조의1 제2항). 영장청구후 피의자가 신청의사를 밝힌 때에는 신청서를 작성하여 영장전담판사에게 추가로 제출하게 하였다. 또 수사기관은 피의자의 변호인과 피의자가 지정하는 가족 등 2명에게 전화나 팩스로 구속전 피의자신문 신청여부를 확인해야 하며, 특히 미성년자는 심신상실자의 경우에는 법정대리인에게 이의 신청여부를 확인해야 한다. 체포된 피의자의 가족은 피의자의 의사여부와 상관 없이 법원 영장계 및 당직실이나 수사기관 등에 마련된 '피의자신문 신청서'를 작성해 제출하거나 피의자와 자신의 관계를 입증할 수 있는 주민등록등본 등과 함께 팩스로 신청을 할 수 있다. 이처럼 법적으로 마련된 근거규정에도 불구하고 실무에서 이것이 잘 지켜지지 않고 있다. 실무에서 검찰과 경찰이 청구한 구속영장에

대하여 법원이 '영장실질심사를 받을 수 있는 피의자의 권리가 지켜졌는지 불분명하다'는 것을 이유로 보정을 요구하여 영장을 되돌려보낸 바 있다.<sup>11)</sup> 피의자 및 변호사의 심문신청은 없었지만, 검찰이 가족 등 나머지 심문신청자에 대하여 구속전 법원의 심문을 받을 권리를 충분히 고지했는지 여부가 불확실하다는 것이 그 이유였다.

#### 5. 보석

보석은 재판을 통하여 유죄로 확정되기까지는 무죄로 추정된다는 무죄추정의 원칙에 비추어 미결수용에서 벗어날 수 있도록 하는 제도이다. 무엇보다 구속상태에 있는 피의자·피고인으로 하여금 충분히 자기의 방어권을 행사할 수 있는 준비를 하도록 한다는 점에서 중요한 인권보장장치라고 하겠다. 이런 점에서 보석은 국가가 피의자·피고인에게 베푸는 은전이 아니라, 구속당한 개인의 권리라고 하는 측면에서 접근해야 한다. 보석의 권리가 체포·구속된 피의자·피고인에게 그의 권리로서 고지되어야 하는 것은 이런 점에서 당연하다고 하겠다.

현행 형사소송법은 1995년 개정을 통해 피고인 이외에 구속·체포된 피의자에 대하여 피의자의 출석을 보장할만한 보증금의 납입을 조건으로 하여 결정으로 석방을 명할 수 있도록 하여(제214조의2 제4항) - 비록 보증금납입조건부 보석이긴 하지만 - 체포 구속적 부결정으로 석방되기에는 다소 미흡한 피의자에게까지 가능한 불구속수사의 원칙을 관철 하도록 한 것으로서 인권보장의 선진화를 위해 진일보한 것으로 평가된다.

#### IV. 미결수용자의 인권보장

피구금자도 기본권향유의 주체로서 파악되어야 한다. 이런 점에서 행형절차도 일반 수사 재판절차와 마찬가지로 헌법 제12조의 적정절차원리가 적용되어야 한다. 국제인권규약 B규약 제9조는 '누구도 법에서 정한 이유 없이 구금되지 아니하고, 구금된 자는 그 합법성 여부를 사법기관에 요구할 수 있다'고 규정하고 있고, 국제연합피구금자보호원칙은 '모든 인신구속은 사법기관의 통제하에 있어야 하며(원칙 4.9) 그 집행은 엄격하게 법률의 규정에 따르고, 정당한 권한을 가진 공무원에 의하여 행해져야 한다(원칙 2)고 규정하고 있다.

현행 행형법은 1995.1.5.의 개정을 통해 미결수용자<sup>12)</sup>에 대하여 행형법 또는 동법에 의하여 발하는 명령에 특별한 규정이 없으면 기결수에 관한 규정을 준용하도록 했던 행형법 제62조의 규정을 삭제하고 각 조문별로 수형자에게만 적용되는 규정, 수형자와 미결수용자에 공통적으로 적용되는 규정, 미결수용자에게만 적용되는 규정으로 구분하였다. 미결수용자는 기결수용자와 달리 무죄의 추정을 받고 있고 사실상 원만한 형사절차 진행을 위한 신병확보를 위해 구금되어 있다는 점에서 기결수용자와는 구분되는 처우를 필요로

11) 조선일보 1998.11.27.

12) 행형법 제1조에 의하면 미결수용자는 피의자 피고인으로서 구속영장의 집행을 받은 자이다. 형사소송법상으로는 구속된 피의자·피고인이라고 하겠다.

한다. 그러나 여전히 미결수용자의 처우에 대한 특별한 원칙규정을 두고 있지 않고, 제1조 행형의 목적에서도 미결수용자의 수용에 관한 사항을 정한다고 규정하고 있을 뿐이다.

국제인권규칙상 미결수용자에 대하여 사법집행의 필요성을 위해서만 기본권이 제한될 수 있고, 무죄추정을 받고 있는 사람으로서의 합당한 처우가 전제되어야 한다. 원칙적으로 미결수용자는 기결수형자와는 달리 취급되어야 한다. 피구금자처우최저기준 규칙 제84조에 의하면 '유죄판결을 받지 아니한 피구금자는 무죄로 추정되고 이에 합당하게 처우되어야 한다. 피구금자보호원칙도 미결수용자는 무죄로서 처우되어야 하며, 그 자유의 제한은 법이 정한 근거, 조건 및 절차하에 사법집행의 필요성만을 위하여 행해지는 것이라 함으로써 미결수용자에 대한 자유계약은 최소한으로 그쳐야 할 것이라고 한다. 자유계약도 '구금의 목적, 수사과정에서의 방해방지, 사법집행을 위한 필요성, 수용시설의 안전과 질서유지의 필요성' 이외에는 금지하고 있다(원칙 36).

### 1. 미결수용장소의 문제점

현행법상 피의자 · 피고인을 구금할 수 있는 장소는 경찰서 유치장(행형법 제68조), 구치소(행형법 제2조 제5항), 교도소의 미결수용실(행형법 제2조 제4항)이 있다. 구치소는 본래적 의미에서 미결수용시설이며, 경찰서 유치장은 정규의 구금시설이 아니며,<sup>13)</sup> 교도소는 유죄가 확정된 기결수용자를 수용하는 시설로서 무죄추정의 원칙을 적용받는 미결수용자를 수용하기에는 적합한 시설이 아니다. 최근에 구치소와 구치지소가 신설되었으나 구치소 수가 부족하기 때문에 경찰서 유치장과 교도소를 임시적으로 미결수용시설로 이용하고 있으며, 여전히 교도소미결수용실의 수용인원이 수형자보다 월등히 많아서 교도소가 사실상 구치소로 기능하고 있는 경우가 많다. 교도소와 미결수용시설의 만원상황으로 인해 피의자 · 피고인에게 기결수형자와 다른 처우를 하기가 매우 어렵다.<sup>14)</sup> 또한 때때로 피의자 · 피고인은 다른 시설로 이송되기도 한다. 이는 피의자 · 피고인의 심리적 부담을 가중시킬 뿐만 아니라, 무죄로 증거를 수집하는 일이나 변호인과의 접촉이 쉽지 않기 때문에 그의 방어권준비에 중대한 지장을 초래할 수 있다. 뿐만 아니라 미결수용시설의 부족으로 경찰서유치장이 구금시설로 이용되는 경우가 대단히 많다. 경찰서유치장은 구치소나 교도소와는 또 다른 측면에서 피의자 · 피고인에게 심각한 영향을 미친다. 무엇보다 경찰지배하의 유치장에서 자백편중의 피의자조사의 객체로 전략할 위험성이 매우 크다. 물론 현행 행형법시행령 제175조는 유치장에 미결수용자를 30일 이상 수용할 수 없도록 규정하고 있다. 이는 바꾸어 말하면 경찰서 유치장에서 30일이라는 장기간 동안 합법적으로 피의자 · 피고인을 유치할 수 있다는 의미가 된다.

13) 경찰관직무집행법 제9조에 의하면 체포 구속된 자는 통상 48시간 내지 72시간의 범위에서 통상 경찰서 유치장에 유치된다.

14) 행형시설은 1998년 11월 현재 적정수용인원수(56,000명)를 30%나 초과한 7만 30,000명에 이르러 피구금자의 특성에 맞게끔 전문처우를 기대하기가 어렵다.

### 2. 미결수용자와 변호인과의 접견교통권

국제인권규칙상 변호인과의 접견교통권은 자유스럽고, 비밀의 접견이 되도록 충분한 편의와 기회가 보장되어야 한다. 세계인권선언 제11조에 의하면 형사상 범죄로 소추당한 모든 사람에게 '자기의 변호에 필요한 모든 보장을 부여받는 공개재판'이 보장되어야 한다(제11조). 이를 보다 구체화하여 국제인권규약 B규약은 '방어를 위하여 충분한 시간 및 편의를 부여받으며 스스로 선임하는 변호인과 연락'하는 것을 보장하고 있다(제14조 제3항 (b)). 최저기준규칙은 미결수용자에 대하여 '자기의 변호를 목적으로 변호인의 방문을 받은 것'을 보장하고 '이 접견은 경찰관 또는 시설직원의 감시하에 들 수는 있지만, 담화의 청취가 가능해서는 안 된다'고 규정하고 있다(제93조). 피구금자보호원칙(원칙 18의 4) 피구금자는 자기의 변호사와 교통 상담할 권리를 갖는다는 본 원칙을 규정하고(원칙 18의 1), 그를 위해 '충분한 시간과 편의'를 보장하도록 하고 있다(원칙 18의 2). 변호사의 역할에 관한 기본원칙<sup>15)</sup>은 이러한 규정 이외에도 '충분한 기회'라는 규정을 추가하고, 접견의 권리가 지체없이 이루어져야 하고 교통은 청취되거나 검열되지 않는 등 완전한 비밀이 보장되어야 한다고 규정하고 있다(원칙 8). 그리고 체포 구금된 지 48시간 이내에 변호인과의 접견교통권이 보장되어야 한다(원칙 7).

변호인과 미결수용자간의 접견교통에는 물건 문서의 수수 및 서신을 비롯한 통신이 포함된다. 다만 여기서 교통 수단으로서 서신 이외에 전화 또는 팩시밀리 이용이 가능한가 하는 점이 문제된다. 위에서 본 바와 같이 국제기준은 미결수용자에게 충분한 편의를 제공하도록 되어 있고, 따라서 일률적으로 금지할 것이 아니라 적절한 방법을 생각해보는 것이 바람직하다. 독일 미결수용시행규칙 제38조 제1항도 긴급한 경우에는 전화에 의한 교통을 허용하고 있으며, 영국의 경찰 및 형사증거법(Police and Criminal Evidence Act 1984) 실무규범 제5조 제7항은 피구금자에게 전화교통을 인정하고 있다. 현행 형사소송법 제89조에 의하면 '구속된 피고인은 법률의 범위내에서 타인과 접견하고 서류 또는 물건을 수수하며 의사의 진료를 받을 수 있다고 규정하여 접견교통권을 보장하고 있다. 다만 변호인과의 접견교통권은 헌법 제12조 제4항의 특별한 기본권으로서 제한 없이 보장되고 있다. 이처럼 자유롭고 비밀스러운 변호인과의 접견교통권이 보장되어 있으므로 그 제한은 일정한 경우에 한하여 인정된다. 피구금자보호원칙에 의하면 접견교통권의 제한은 '안전과 질서를 유지하기 위하여 불가결하게 판단될 때에는 사법기관 등에 의하여 제한할 수 있다는 규정(원칙 18의 3)을 두고 있다. 따라서 단지 수사기관이 수사상필요에 의하여 변호인과의 접견을 제한하는 것은 이 단서의 예외에 해당되지 않는다고 보아야 한다. 현행 형사소송법 제91조는 변호인 이외의 자와의 접견교통을 일정한 경우에 제한하고 있다. 즉 도망하거나 또는 죄증을 인멸할 염려가 있다고 인정할

15) 1990년 제8회 국제연합범죄방지 및 범죄자처우회의에서 채택된 것으로 변호인선임권, 변호인과의 접견 통신에 대하여 최근의 국제인권수준을 알아볼 수 있는 중요한 원칙이다.

만한 상당한 이유가 있는 때에는 직권 또는 검사의 청구에 의하여 법원은 결정으로 구속된 구속된 피고인과 변호인 이외의 자와의 접견을 금하거나 수사할 서류 기타 물건의 검열, 수수의 금지 또는 압수를 할 수 있다. 다만 이러한 예외적인 경우에도 피구금자와 수행자의 외부, 특히 가족과 변호사와의 교통을 수일간 이상 거부해서는 안된다고 해야 한다(피구금자보호원칙 15).

그 다음으로 접견교통의 대상과 관련하여 타인에 제3자 기관 즉 대통령, 국회, 국제인권위원회, 그리고 국제사면위원회 등이 포함되는가 하는 점과 보도기관과의 접견교통권을 인정할 것인가 하는 점이 문제된다. 보호원칙 29의 1에 따르면 관련법령을 엄정하게 준수하는가를 감독하기 위해 피구금장소나 수행장소의 관리를 책임지는 기관과는 별개의 기관이 임명하고 그 기관에 대해 책임을 지는 자격과 경험을 갖춘 사람이 정기적으로 구금장소를 방문할 수 있도록 해야 한다고 한다. 그리고 동조 제2항은 그들이 시설의 안정과 규율을 확보하기 위한 합리적인 조건에 따르면서 자유롭고 완전히 비밀이 보장된 상태에서 교통할 권리를 가진다고 규정하고 있다. 따라서 미결수용자의 처우를 적절하게 감시하기 위한 제3자 기관과의 접견교통을 인정하는 것이 국제적 기준에 합치한다고 하겠다. 그 다음으로 보도기관과의 접견교통권을 형사소송법에서 인정하는 입법례는 드물지만, 헌법상의 표현의 자유 내지 보도의 자유 등을 근거로 특별입법 또는 판례를 통해 보장되고 있다.<sup>16)</sup> 형사소송법이나 행형법도 접견교통권에 관한 국제적인 경향을 반영하여 변호인과 가족·친지 이외에도 제3자 기관으로 접견교통의 대상을 확대하여 접견교통의 제한을 가능한 한 최소화하는 것이 바람직하다.

## V. 맺는 말

시민적·정치적 인권 그 가운데 형사피의자·피고인의 인권보장은 특히 형사사법의 기능과 역할이 제대로 작동하고 있는지를 재는 척도이다. 최근에 들어와 광의의 의미의 새로운 인권개념의 등장 - 개발권, 환경권, 건강권 -으로 인해 오히려 그 중요성이 퇴색되어 가는 느낌까지 든다. 세계인권선언 50주년은 맞이하는 이 시점에서 인권보장에 있어서 형사법의 기능을 다시금 생각해 보는 것은 아직도 이러한 인권침해행위가 세계각국에서 일어나고 있는 현실에 대한 자각일 뿐만 아니라, 더구나 한국의 형사사법에 있어서 인권상황을 한 번 짚어볼 수 있는 기회가 된다는 점에서 의미있다. 더구나 우리나라는 뒤늦게나마 국제인권규약에 가입한 이래 인권열등국이라는 오명을 벗어나기 위하여 법개정노력을 기울이고 있는 가운데 이에 대한 중간점검으로서의 의미도 있다.

인권보장의 장치로서 형사법의 역할은 매우 중요하다. 입법과정이나 법집행과 법적용과정은 인권보장을 위한 기능적 과정으로 이해되어야 한다. 1995년의 12.29. 형법이나 형사소송법 그리고 행형법의 개정과정을 살펴보면 나름대로 인권보장을 중요한 목표점으로 하여 달려왔다고는 하지만, 부분적으로는 개악이라는 평가를 받고 있다는 점에서 인권

16) 신양균, 미결수용자의 처우에 대한 연구, 한국형사정책연구원, 1994, 104-105 쪽 참조.

보장의 선진화·국제화를 꾀하는 것이 이토록 어려운가 하는 탄식이 절로 나오기도 한다. 인권보장은 그 어떤 편의나 실리를 대가로 추구될 수 있는 성질이 아니다. 인권보장은 그 자체가 목적이다.

범죄를 저지른 행위자의 인권보장을 위해서 법적인 근거만으로는 부족하다. 형사사법기관과 행형기관의 인권의식을 높이기 위한 인권교육프로그램의 개발이 무엇보다 중요하다. 피의자·피고인의 권리고지에 대한 법적 장치나 수사기관 내부의 지침에도 불구하고 여전히 이것이 문제되고 있음은 형사사법관계자에 대한 교육·훈련이 무엇보다 중요하다는 것을 알게 해준다.

마지막으로 국민 스스로에 의한 사법감시기능을 적절하게 활용할 수 있어야 한다. 법에 마련되어 있는 인권침해행위에 대한 구제방안이나 법적 장치는 국가형벌권행사에 대한 적절한 통제가 적시에 그 기능을 발휘할 때에 비로소 그 기능을 다할 수 있기 때문이다. 국민은 자기행위에 대한 법적 평가와 그 효과에 대하여 관심을 가지므로 국가형벌권의 정당성과 그 발동요건을 널리 계몽 교육시키는 것도 인권보장을 위한 형사사법의 임무에 속한다고 하겠다.

인권보장의 장치로서 형사법 영역에 있어서 인권문제는 법에 규정되어 있는 것과 현실에서 행해지고 있는 것 사이에 다를 수 있다. 몇몇 권리는 법에서만 구현되어 있을 뿐 현실적으로는 전혀 기능하지 못하는 경우가 많다. 따라서 인권보장 방향으로의 발전은 물론 입법정책이기도 하지만 기본적으로 헌법의 기본이념에 적합한 해석을 통해 양자의 간격을 좁히는 것도 한 방법이 될 수 있다. 즉 법적용단계에서도 헌법적 형사소송이론을 형사절차 전반에 적용시켜 형사피의자·피고인의 인권보장문제는 형사소송법상 명문규정여부에 상관 없이 헌법합치적 관점에서 해석하는 태도가 중요하다. 따라서 형사소송법상 명문규정이 없더라도 헌법의 인권보장의 근본취지에 비추어 구체적인 인권보장실현을 위해 적합한 해석을 하는 것이 타당하고, 나아가 적극적인 법해석태도는 입법활동의 촉진기능까지 기대할 수 있다.

세계인권선언 50주년 기념

# 「한국인권의 현황과 과제」

50 Years and Beyond : Human Rights in Korea and its Prospects

## 수사절차에서의 변호인의 조력을 받을 권리

— 박 승 옥 —

18

## 수사절차에서의 변호인의 조력을 받을 권리

박승욱 변호사

### I. 서언

수사절차는 국가의 범죄수사권에 의거하여 범죄행위를 적발하고 범인을 색출하는 형사사법절차의 일부이다. 이 절차에서 국가는 피의자에 대한 출석요구 및 신문(형사소송법 200조), 체포(형사소송법 200조의2,3), 구속(형사소송법 201조의2), 압수 수색 검증(형사소송법 215조), 참고인 조사 및 감정 통역 번역의 위촉(형사소송법 제221조) 증인신문(형사소송법 제221조의2) 등을 통하여 유죄의 증거를 획득하여 나간다. 범죄로부터 사회의 질서와 안전을 보호해야 할 국가의 책무에 비추어 이 절차는 충실히 수행되고 협력되어야 할 것이다. 그러나 수사를 담당하는 개인들로서 구성되는 수사기관이 사건의 폭주, 조직과 예산의 비효율, 법률의 미비와 오류 등 구조적인 문제는 물론이고 개개인의 편견, 무능, 부패와 이해관계, 권력자의 자의에 의한 압력, 당사자들의 회유 등 여러 가지 난관으로부터 자유로이 늘상 객관적이고 합리적으로 공정하게 행동하리라고 보는 것은 무리이며, 역사는 국가의 이름으로 행하여진 많은 행위들이 소극적으로 사실을 오판하거나 적극적으로 진실을 은폐 왜곡하고 허위를 조작함으로써 심대한 인권 침해와 정의의 방기를 결과하였음을 증명한다. 그리하여 형사재판의 역사가 주는 교훈은 수사의 객체인 피의자로 하여금 원칙적으로 국가와 대등한 지위와 평등한 무기를 향유하도록 보장하고 그로 하여금 자신의 권리를 충분히 행사하게 하는 가운데서 발견된 결과에 의하게 함으로써만 - 비록 그것이 진실의 발견과 정의의 실현에 있어서 더디고 비능률인 것처럼 보이는 경우가 있더라도 - 수사의 본래의 목적과 기능에 부합할 수 있다는 데에 이르렀다. 그러나 국가에 맞선 개인으로서의 피의자에게 국가와의 관계에서 아무리 형식적으로 대등한 관계를 설정하여 준다고 하더라도 그것만으로는 개념상의 것에 불과하며, 법률지식의 결여, 체포와 구속 등 사실상 법률상의 제약으로 인하여 혼자서는 실질적으로 대등할 수가 결코 없는 것이므로 이를 보완하기 위하여 법률에 관한 전문적 소양을 갖춘 변호인으로 하여금 그를 조력하게 하고 있는데 이것이 피의자, 피고인의 변호인의 조력을 받을 권리이다. 우리 헌법 제12조 제4항은 "누구든지 체포 또는 구속을 당한 때에는 즉시 변호인의 조력을 받을 권리를 가진다. 다만, 형사피고인이 스스로 변호인을 구할 수 없을 때에는 법률이 정하는 바에 의하여 국가가 변호인을 붙인다."고 규정하고 있다.

수사기관과 대등한 지위를 보장받는다 것은 구체적으로 피의자신문을 비롯하여 그 때 그 때의 수사절차마다에서 대등한 지위를 보장받아야 한다는 말과 다름이 없다. 피의자로서 신문을 받는 자리에서는 신문을 하는 수사관과 대등한 지위를 보장받아야 할 것이다. 체포와 구속은 피의자의 지위를 현격히 불평등하게 만드는 것이므로 최소한으로 엄격히 제한되어야 할 것이고 일단 체포 구속되었다고 하더라도 그 엄격한 필요가 사라

지는 즉시 석방되어야 하며, 체포구속의 상태에서 방어를 위하여 필요한 모든 편의가 주어져야 할 것이다. 수사기관이 직접 피의자에 대하여 신문하여 피의자에 관한 정보를 수집할 권한이 주어진 점에 비추어 피의자 또한 수사기관이 확보한 자료들에 대하여 그 밀행과 비밀의 장벽을 넘어 열람하고 복사할 수 있게 하여야 하는 것이 논리적으로 타당하다. 이러한 실질적 대등은 변호인의 조력을 통하여 확보되어야 하므로 결국 수사절차에서 변호인의 조력의 문제는 피의자에게 변호인이 주어지는 것, 그 변호인이 피의자 신문 내지 수사기관의 조사절차에 참여하여 피의자를 원조하는 것, 체포구속된 피의자와 자유로이 접견하는 것, 수사기관의 증거와 자료를 열람하고 복사하는 것 등으로 귀결될 수 있을 것이다.

주지하는 바와 같이 우리 나라의 경우 이러한 원칙들의 많은 부분이, 피의자의 단계에서는 특히, 관철되지 못하고 있는 실정이다. 예컨대 피의자에 대하여는 구속적부심사 등 특별한 규정이 있는 경우를 제외하고는 국선변호인이 붙여지지 않고 있으며 피의자의 신문에 변호인이 참여하는 경우도 수사기관의 양해와 배려가 있는 극히 이례적인 경우를 제외하고는 없는 일이다. 이하에서는 국제인권규범들이 규정하고 있는 기준들과 적용의 실제 및 인권의 중요성에 관하여 보다 일찍 깨달은 선진국들의 경우 등을 수사절차에 한정하여 살펴보고 우리의 문제들을 짚어보고자 한다.

II 국선변호인의 도움을 받을 권리

1. 국제적 기준들

(1) 관련규정들

(가) 유럽인권조약<sup>1)</sup> 제6조3항은 "범죄의 혐의로 고발된 사람은 최소한 다음의 권리가 있다... c. 자기 스스로 방어하거나 또는 그가 선택한 법적 원조를 통하여 방어하며, 지불할 충분한 자력이 없을 때는 사법의 이익이 요구할 경우 법적 원조가 무료로 주어질 것"을 규정한다.<sup>2)</sup>

1) Convention for Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms; 1950년 11월 4일 채택

2) Article 6.

- 3. Everyone charged with a criminal offence has the following minimum rights.
  - a. to be informed promptly, in a language which he understands and in detail, of the nature and cause of the accusation against him;
  - b. to have adequate time and facilities for the preparation of his defence;
  - c. to defend himself in person or through legal assistance of his own choosing or, if he has not sufficient means to pay for legal assistance, to be given it free when the interests of justice so require;

(나) 피구금자처우최저기준규칙<sup>3)</sup> 제93조는 "미결구금자는 방어를 위하여 이용 가능한 경우 무료의 법적 원조를 신청...할 수 있어야 한다."고 규정한다.<sup>4)</sup>

(다) 유럽형사시설규칙<sup>5)</sup> 제93조는 "미결구금자는 구금 즉시 법률적 대리인을 선임할 권리를 가지며, 가능한 경우 무료의 법률 원조를 신청하도록 허용되어야 한다"고 규정한다.

(라) 고문과 기타 잔인하거나 비인간적이거나 모욕적인 처우 또는 처벌을 당한 모든 사람을 보호하기 위한 선언<sup>7)</sup> 제4조는 개개의 국가는 그 관할의 범위 내에서 고문과 기타 잔인하거나 비인간적이거나 모욕적인 처우나 처벌을 방지하기 위하여 이 선언의 규정에 따라 효과적인 수단을 취해야 한다<sup>8)</sup>, 제6조는 국가는 어떤 유형의 고문 기타 잔인하거나

e. to have the free assistance of an interpreter if he cannot understand or speak the language used in the court.

3) Standard Minimum Rules for the Treatment of Prisoners; 1955년 8월 30일 제1회 유엔 범죄방지및범죄자처우회의에서 채택되고 1957년 7월31일 유엔 경제사회이사회 결의 663c(24)로서 승인됨. 1977년 5월13일 경제사회이사회 결의 2076(62)로서 수정되어 제95조가 새로 추가되었다. 유엔 사무국은 5년마다 이 규칙의 실시에 대하여 조사하여 범죄방지및범죄자처우회의에 보고한다. 유엔총회는 1971년 및 1973년 가맹국에 대하여 이 규칙에 유의할 것을 촉구하고 이를 각국의 형사시설의 운영에 효과적으로 적용하고 국내법규에 편입시킬 것을 고려할 것을 결의하였다. 김선수, 국제인권법의 성립과 계보 및 연혁, 국제인권원칙과 한국의 행형, 75-76쪽

4) For the purposes of his defence, an untried prisoner shall be allowed to apply for free legal aid where such aid is available, and to receive visits from his legal adviser with a view to his defence and to prepare and hand to him confidential instructions. For these purposes, he shall if he so desires be supplied with writing material. Interviews between the prisoner and his legal adviser may be within sight but not within the hearing of a police or institution official.

5) 유럽심의회(the Council of Europe)가 1973년 결의 (73)5로 채택한 유럽 피구금자처우최저기준규칙(Standard Minimum Rules for the Treatment of Prisoners of the Council of Europe)을 1987년 2월 12일 개정하여 The European Prison Rules라는 이름으로 채택하고 가입국가에 대하여 국내입법과 실무의 기준으로 삼을 것을 권고하였다.

6) Recommendation No.R(87)3 of the Committee of Ministers to Member States on the European Prison Rules

93. Untried prisoners shall be entitled, as soon as imprisoned, to choose a legal representative, or shall be allowed to apply for free legal aid where such aid is available and to receive visits from that legal adviser with a view to their defence and to prepare and hand to the legal adviser, and to receive confidential instructions. On request, they shall be given all necessary facilities for this purpose. In particular, they shall be given the free assistance of an interpreter for all essential contacts with the administration and for their defence. Interviews between prisoners and their legal advisers may be within sight but not within the hearing, either direct or indirect, of the police or institution staff...

7) Declaration on the Protection of All Persons from Being Subjected to Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment; 1975년 12월 9일 유엔총회 결의 3452(XXX)로 채택되었다.

8) Each state shall, in accordance with the provisions of this Declaration, take effective measures to prevent torture and other cruel, inhuman or degrading treatment or

비인간적이거나 모욕적인 처우나 처벌도 예방하고자 영토 내에서 자유를 상실한 사람들의 구금과 처우의 제도뿐만 아니라 신문 방법과 실무관행들에 대하여도 체계적인 재검토를 지속하여야 한다<sup>9)</sup>고 규정한다. 아래 고문방지협약과 마찬가지로 피의자나 피고인에 대한 국선변호 제도에 관한 직접적인 언급은 없지만 포괄적인 의미에서 구속 피의자들에 대한 무료의 법적 원조 제도를 포함하고 있다고 생각된다.

(마) 시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약(B규약)<sup>10)</sup> 제14조3항은 "모든 사람은 그에 대한 형사상의 소추(Any criminal charge) 결정함에 있어서 최소한 다음과 같은 보장을 완전히 평등하게 받을 권리를 가진다.... (d) "자기 스스로(in person) 방어하거나 또는 자신이 선택한 법적 원조수단(legal assistance of his own choosing)을 통하여 방어할 수 있을 것; 만약 그가 법적 원조수단을 가지지 못하는 경우 이러한 권리를 고지해 줄 것; 사법의 이익이 그것을 요구하는 모든 경우에(in any case where interests of justice so require) 그에게 주어질 법적 원조수단(legal assistance assigned to him)을 확보하되, 그가 충분한 지불수단을 가지고 있지 못하는 경우 무료로 하여야 한다"고 규정한다<sup>11)</sup>.

(바) 미주인권조약(American Convention on Human Rights)<sup>12)</sup> 8조2항은 "형사범죄로 소추된 모든 사람은... 절차 중 다음의 최저한도의 보장을 완전히 및 평등하게 받을 권리를 가진다.... d. 스스로 변호하거나 또는 자기가 선임하는 변호인에 의한 원조를 받을 피고인의 권리... e. 피고인이 스스로 자신을 방어하거나 법률이 정한 기간 내에 자신의 변호인을 선임하지 않을 경우 국내법이 규정하는 바에 따라 유급 또는 무급으로 국가가 제공하는 변호인의 조력을 받을 양도할 수 없는 권리..<sup>13)</sup>를 규정하고 있다. "양도할 수 없

punishment from being practiced within its jurisdiction.

9) Article 6

Each state shall keep under systematic review interrogation methods and practices as well as arrangements for the custody and treatment of persons deprived of their liberty in its territory, with a view to preventing any cases of torture or other cruel, inhuman or degrading treatment of punishment.

10) International Covenant on Civil and Political Rights; 1966년 12월 16일 유엔총회 결의 2200A(XXI)에 의하여 채택됨, 1976년 3월 23일 발효, 1990년 7월 10일 조약 제1006호로 우리나라에 대하여 발효

11) Article 14

3. In the determination of any criminal charge against him, everyone shall be entitled to the following minimum guarantees, in full equality: (b)To have adequate time and facilities for the preparation of his defence and to communicate with counsel of his own choosing; (d)To be tried in his presence, and to defend himself in person or through legal assistance of his own choosing; to be informed, if he does not have legal assistance, of this right; and to have legal assistance assigned to him, in any case where the interests of justice so require, and without payment by him in any case if he does not have sufficient means to pay for it; (g) Not to be compelled to testify against himself or to confess guilt.

12) 1978년 7월 18일 발효

13) Article 8. Right to a Fair Trial

2. Every person accused of a criminal offense has the right to be presumed innocent so long

는 권리(inalienable right)" 로 하고 있는 점이 주목된다.

(사) 고문방지협약<sup>14)</sup> 제11조는 당사국은 어떤 유형의 고문도 방지하고자 관할 영토 내에서 어떤 형태이든 체포, 억류 또는 구금을 당한 사람들의 구금과 처우의 제도뿐만 아니라 신문 방법과 훈령들과 실무관행들에 대하여도 체계적인 재검토를 지속하여야 한다<sup>15)</sup>고 규정한다. 포괄적으로

(아) 모든 형태의 억류·구금 하에 있는 사람들을 보호하기 위한 원칙<sup>16)</sup> 17조는"... ② 억류된 자가 스스로 변호사를 선택할 수 없을 때는 사법의 이익이 그것을 요구하는 모든 경우에, 그리고 그가 충분한 지불수단을 가지지 못하면 무료로, 사법기관 또는 기타의 기관이 붙이는 변호사를 가질 권리가 있다"고 규정한다.<sup>17)</sup>

(자) 변호사의 역할에 관한 기본원칙<sup>18)</sup> 6조는 변호사가 없는 사람은 누구든지 사법의

as his guilt has not been proven according to law. During the proceedings, every person is entitled, with full equality, to the following minimum guarantees:

- a. the right of the accused to be assisted without charge by a translator or interpreter, if he does not understand or does not speak the language of the tribunal or court;
- b. prior notification in detail to the accused to the charges against him;
- c. adequate time and means for the preparation of his defense;
- d. the right of the accused to defend himself personally or to be assisted by legal counsel of his own choosing, and to communicate freely and privately with his counsel;
- e. the inalienable right to be assisted by counsel provided by the state, paid or not as the domestic law provides, if the accused does not defend himself personally or engage his own counsel within the time period established by law;
- f. the right of the defense to examine witnesses present in the court and to obtain the appearance, as witnesses, of experts or other persons who may throw light on the facts;
- g. the right not to be compelled to be a witness against himself or to plead guilty; and
- h. the right to appeal the judgment to a higher court.

14) Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment: 1984년 12월 10일 유엔총회 결의 39/46으로 채택, 1987년 6월 26일 발효

15) Article 11

Each State Party shall keep under systematic review interrogation rules, instructions, methods and practices as well as arrangements for the custody and treatment of persons subjected to any form of arrest, detention or imprisonment in any territory under its jurisdiction, with a view to preventing any cases of torture.

16) Body of Principles for the Protection of All Persons under Any Form of Detention or Imprisonment; 유엔총회에 서 1988년 12월 9일 채택

17) Principle 17.① A detained person shall be entitled to have the assistance of a legal counsel. He shall be informed of his right by the competent authority promptly after arrest and shall be provided with reasonable facilities for exercising it. ② If a detained person does not have a legal counsel of his own choice, he shall be entitled to have a legal counsel assigned to him by a judicial or other authority in all cases where the interests of justice so require and without payment by him if he does not have sufficient means to pay.

18) Basic Principles on the Role of Lawyers: 1990년 8월 27일부터 9월 7일까지 쿠바의 하바나에 서 개최된 제8차 범죄방지와 범죄자처우에 관한 유엔회의에서 채택

이익이 그것을 요구하는 모든 경우에 그들에게 지목된 범죄의 성격에 상응한 경험과 능력을 갖춘 변호사를 붙여 효과적인 법적 원조를 제공하게 할 권리가 있다. 이러한 조력을 보상할 충분한 수단이 없는 경우에는 무료로 하여야 한다고 규정한다.<sup>19)</sup>

## (2) 해석과 적용

이상에서 살핀 바와 같이 국제인권 기준들은 한결같이 일정한 경우 피고인이 무료의 법적 원조를 받을 권리가 있음을 선언하고 있는데, 기소되기 전의 피의자 단계에서도 적용되는 것으로 해석되고 있다. 핀란드는 수사단계에서부터 무료의 변호를 받을 권리를 누구에게든 절대적으로 인정하고 있으며, 유럽인권조약 조항은 "사법상의 이익이 요구할 경우"라는 문구로 인하여 오히려 핀란드 국내법의 보장수준에 미흡함을 이유로 이 규정을 유보하고 있다.<sup>20)</sup> 영미법의 경우 "accused"는 피의자를 포함한다는 데에 이견이 없다.<sup>21)</sup> "charge"된 시기와 관련하여 어느 단계에서부터 그러한 권리를 가지게 되는가의 문제가 발생한다. 이에 관하여 정식의 기소가 있는 뒤만이 아니라 수사기관의 활동이 당해 관계자의 상황을 실질적으로 영향을 주는 것으로 될 때에 이러한 권리가 인정되고 체포와 동시에 그러한 상황에 처하게 된다고 풀이하는 견해가 유력한 것으로 보인다.<sup>22)</sup>

유럽인권재판소의 Quaranta 사건<sup>23)</sup>은 피의자의 단계에서 국내법에 따라 국선변호의 선임 청구를 기각한 데에 대하여 유럽인권조약 6조 3-c를 위반한 것으로 판단한 사례이다. 청구인 Quaranta(이탈리아 국적, 1962년생)는 1982년 3월에 절도, 강도 등의 범죄로 징역 10월의 집행유예 및 3년간의 보호관찰을 선고받은 바 있었다. 보호관찰 기간 중인 1985년 3월 마약복용, 판매 등의 혐의로 수사가 개시되었고, 그 단계에서 예심판사(investigating judge)의 심문을 받게 되었을 때 스위스 무료의 법률원조(free legal assistance)를 요청하였다. 스위스 보드 주 형사소송법(the Vaud Code of Criminal Procedure) 제104조는 "혐의자(accused)는 검찰청의 대리인이 법원의 절차에 참여하는 모든 경우에 변호인이 제공되어야 한다, 그 밖에도 특히 그의 성격, 또는 사건의 특별한 곤란성 등으로 방어를 위하여 필요한 경우 그의 의사에 반하는 경우에도 변호인이 제공될 수 있다", 제107조는 "법원의 사실심리(trial)가 개시될 때까지 혐의자는 언제든지 무료의 법률원조를 청구할 수 있다. 이 청구는 예심판사(investigating judge)에게 하여야

19) 6. Any such persons who do not have a lawyer shall, in all cases in which the interests of justice so require, be entitled to have a lawyer of experience and competence commensurate with the nature of the offence assigned to them in order to provide effective legal assistance, without payment by them if they lack sufficient means to pay for such service.

20) 北村泰三, 國際人權と刑事拘禁, 日本評論社, 156쪽

21) *ibid.*, 157쪽

22) *ibid.*, 153쪽 및 179쪽 주13), Nowak, CCPR Commentary p.244

23) Case of Quaranta v. Switzerland, Judgment of the European Court of Human Rights on 24 May 1991, A205

한다. 예심판사는 의견을 첨부하여 이를 즉시 관할 재판장에게 송부하여야 한다. 사건이 이미 법원에 넘겨졌을 경우 이 청구는 직접 재판장에게 하여야 한다. 재판장은 즉시 결정을 하여야 한다...."고 규정하고 있었다.<sup>24)</sup> 예심판사는 "방어를 위하여 필요한 경우"에 해당되지 않는다는 이유로 변호인 선임청구를 기각하였고, 청구인이 1985년 6월 형사법원에 갔을 때 다시 무료의 법률원조를 청구하였으나 법원서기는 법원에 사건기록이 도착하기까지는 이러한 청구를 할 수 없다고 하였다. 1985년 8월 예심판사는 청구인을 기소하였다. 1985년 10월 청구인이 다시 무료의 법률원조를 청구하였으나 재판장은 종전과 같은 이유(방어를 위하여 필요한 경우가 아니라는 것)로 기각하였다. 청구인은 1985년 11월 12일에 열린 공판절차에 변호인 없이 출석하였다. 검찰청의 대리인은 출석하지 않았고 청구인은 재판장의 심문에 대답하고 자기를 위하여 몇 마디의 변명을 하였다. 당일 법원은 청구인을 유죄로 인정하고 6개월의 구금을 실형으로 선고하고 종전의 집행유예를 취소하고 판결의 집행을 명하였다. 청구인은 항소하였으나 기각되었고, 1987년 6월 판결의 집행을 위하여 교도소에 들어갔다.<sup>25)</sup> 유럽인권재판소는 일정한 상황 아래서 무료의 법적 원조를 제공받을 권리는 형사절차에서의 공정한 재판(fair trial)을 받을 권리의 한 측면으로서 법적 원조를 지불할 충분한 자력이 없을 것과 "사법의 이익"이 청구인에게 그러한 원조를 허용하도록 요구할 것 등 두 가지의 요건이 필요한데, 첫 번째 조건에 관하여는 다툼이 없는 한편, 비록 수사 기간 중과 공판이 있기까지의 동안 재판장이 청구를 기각한 것이 스위스 국내법에 합치한다고 하더라도 스위스의 국가기관들이 적용한 기준은 유럽인권조약의 목적을 위하여 결정적인 것이 될 수 없으며, 유럽인권조약상의 "사법의 이익"이 수사 기간 동안 및 법원의 공판 이전 단계에 있어서 청구인에게 무료의 법적원조를 요구한 경우에 해당된다고 판시하였다.<sup>26)</sup> 아울러 유럽인권재판소는 이러한 사법의 이익이라는 기준의 적용에 있어서, 청구인에게 씌워진 범죄혐의의 무거움(seriousness of the offence of which Quaranta was accused; 마약복용과 판매 등)과 청구인이 직면한 판결의 결과의 중대성(the severity of the sentence which he risked; 최장 3년의 구금 및 벌금)을 고려하여 이러한 위험이 있다는 것만으로도 무료의 법률원조가 허용되었어야 하고, 나아가 사건의 복잡성을 추가 요소로 고려하여 청구인에 대한 혐의가

24) Article 104 "The accused must be provided with defense counsel in all cases in which a representative of the public prosecutor's office participate in the court proceedings. In other case, he may be provided with defence counsel, even against his will, when the needs of the defence so require, in particular for reasons relating to his personality or because of the particular difficulties of the case."; Article 107 "At any time until the opening of the trial, the accused may request free legal assistance. He shall make such a request to the investigating judge, who shall transmit it forthwith, with his preliminary opinion, to the President of the competent court; when the case has already been referred to the court, the accused shall submit his request directly to the President. The President shall take his decision promptly..."

25) *ibid.*, para.16.

26) *ibid.*, para.28.



보호관찰 기간 도중의 범죄로서 결과에 따라서는 법원이 집행유예된 판결을 집행할 가능성에 관하여 결정하고 또한 새로운 판결도 선고하여야 하는 점 등 법원으로서 광범위한 선택수단들이 가능하였던 사정에 비추어 공판에 변호인이 참여하였더라면 청구인의 방어에 가장 좋은 조건을 창출하였을 것이라는 점 등을 근거로 사법의 이익이 요구하는 경우에 해당된다고 판시하였다.<sup>27)</sup>

2. 미국

1791년의 미국 수정헌법 6조는 "모든 형사 공소사건에 있어서 피고인은 방어를 위하여 변호인의 조력을 받을 권리를 가진다"<sup>28)</sup>고 규정하고 있다. 그 제정 당시에 변호인의 조력을 받을 권리는 자신의 선택과 비용으로 변호인을 선임해야 하는 것으로 이해되고 있었으나<sup>29)</sup>, 적어도 사형에 해당하는 사건에서 가난한 피고인에게 국선변호인을 선정해 주어야 한다는 1932년 Powell v. Alabama 판결<sup>30)</sup>, 변호인의 조력을 받을 권리를 포기하였는지의 판정에 있어서 엄격한 기준을 확정한 1938년 Johnson v. Zerbst 판결<sup>31)</sup>, 사형에 해당하는 범죄에 대하여만 법원이 변호인을 선임하게 되어 있는 주 법률에 따라 주 법원이 변호인 선임을 거부한 데에 대하여 형사 재판에 있어서 변호인의 조력을 받을 가난한 피고인의 권리는 공정한 재판에 필수적인 기본적 권리(fundamental rights)이고 변호인이

27) *ibid.*, paras.32-34

28) Article VI

In all criminal prosecutions, the accused shall enjoy the right to a speedy and public trial, by an impartial jury of the State and district wherein the crime shall have been committed, which district shall have been previously ascertained by law, and to be informed of the nature and cause of the accusation; to be confronted with the witnesses against him; to have compulsory process for obtaining witnesses in his favor, and to have the Assistance of Counsel for his defence.

29) 박미숙, 피의자에 대한 변호권의 보장, 58쪽

30) 287 U.S. 45(1932); 적어도 사형에 해당하는 사건에 있어서 방어를 위하여 변호인의 조력을 받을 피고인의 권리는 변호인과 상담하고 방어를 준비하기 위한 충분한 시간을 가질 권리를 포함하는 것으로서 수정헌법 14조의 적법절차 조항에 의하여 보장된 기본적 권리(fundamental rights)의 하나이고, 사형에 해당하는 사건에서 피고인이 변호인을 구할 수 없고 무지, 정신박약(feble-mindedness), 문맹 기타의 사정 때문에 자신의 방어를 충실히 수행할 수 없는 경우에는 적법절차의 필수적 요건(prerequisite request)으로서 청구가 있는 없든 그를 위하여 변호인을 붙여 주어야 하는 것이 법원의 의무이며, 그 의무는 당해 사건의 준비와 공판에서 효과적인 조력(effective aid)을 주는 것이 불가능해 진 시기와 상황에서 붙여주는 것으로는 다한 것이 될 수 없으며, 이와 같은 사건에서 필요할 때에 변호인을 지정받을 권리는 변호인에 의하여 변론할(to be heard by counsel) 권리의 당연한 추론이고, 이러한 상황에서 사실심 법원(trial court)은 법령이 없는 경우에도 피고인을 위하여 변호인을 선임할 권한이 있고 그 변호인은 법원의 직원으로서 임무를 수행할 의무가 있다고 하였다.

31) 304 U.S. 458(1938); 연방 법원에 기소된 사람은 수정헌법 6조에 따라 방어를 위하여 변호인의 조력을 받을 권리가 있고, 이 권리는 포기될 수 있으나 그 포기는 사려있는(intelligent) 것이어야 하고, 사려있는 것이었는지 여부는 피고인의 배경, 경험, 및 행동 등을 포함하여 특수한 사실관계와 상황에 비추어 판단해야 한다. 변호인의 조력을 받을 피고인의 권리를 보호하고 또한 피고인에게 변호인이 없으면 그가 사려 있고 능력 있게(intelligently and competently) 그 권리를 포기했는지를 판정하는 것은 형사 사건의 공판을 맡은 연방법원의 의무이다. 이러한 판정은 기록물로 남겨야 한다. 피고인이 변호인에 의하여 대리되지 않고 또한 능력있게 및 사려 있게 자신의 헌법상의 권리를 포기한 경우가 아니라면 수정헌법 6조는 그로부터 생명 또는 자유를 박탈하는 유효한 평결과 판결에 대한 재판권의 장애사유가 된다.

없는 가운데 내려진 청구인에 대한 공판과 평결은 수정헌법 14조를 침해한 것이라고 판시한 Gideon v. Wainwright 판결<sup>32)</sup>, 가난한 피고인이 변호인의 조력을 받을 권리는 범죄의 분류 또는 배심에 의한 공판이 요구되는지 여부에 따라 좌우되지 않는다고 한 Argersinger v. Hamlin 판결<sup>33)</sup> 등에 의하여 국선변호인 선임은 매우 넓게 확장되어 있다.

공판 이전의 단계에 관하여는 White v. Maryland 판결<sup>34)</sup>(기소인부절차;arraignment), United States v. Wade 판결<sup>35)</sup>과 Gilbert v. California 판결<sup>36)</sup> 및 Kirby v. Illinois 판결<sup>37)</sup>(각 범인지적절차;line up) 등에서 인정되었고, 체포 후 경찰의 피의자 신문에 있어서 피의자의 청구에 따라 국선변호인의 선임을 의무화한 Miranda 판결<sup>38)</sup>에서 확고히 보장되기에 이르렀다<sup>39)</sup>. Miranda 판결은 "...그는 어떤 심문도 있기 전에 그가 말없이 있을 권리를 가지고 있다는 것, 그가 말하는 것은 무엇이든지 법정에서 그에게 불리한 증거로 사용될 수 있다는 것, 그가 변호인을 참석시킬 권리(the right to the presence of an attorney)를 가지고 있다는 것, 그리고 그가 변호인을 마련할 수 없다면 그가 원하는 경우 어떤 심문도 있기 전에 변호인이 지정될 것이라는 것을 경고받아야 한다..."고 판시하였다.<sup>40)</sup>

32) 373 U.S. 335(1963); 청구인은 경범죄(misdemeanor)를 저지를 생각으로 당구장을 부수고 침입하였다. 그 범죄는 플로리다 주 법률상 중죄에 해당하였다(사형에는 해당없음). 청구인은 법정에서 출석하였으나 자력이 없는 나머지 변호인이 없었고 법원에 변호인의 선임을 요청하였다. 그러나 재판장은 플로리다 주 법률상 피고인을 대리하는 변호인을 지정할 수 있는 것은 사형에 해당하는 범죄의 경우뿐이라는 이유로 거절하였다. 유죄의 평결이 내려지고 5년형이 선고되었다. 청구인은 변호인의 선임청구를 거부한 것이 헌법과 권리장전에 보장된 자신의 권리를 거부한 것이라고 주장하여 플로리다 주 최고법원에 인신보호영장을 청구하였으나 기각되었다. 연방최고법원은 형사 재판에 있어서 변호인의 조력을 받을 가난한 피고인의 권리는 공정한 재판에 필수적인 기본적 권리(fundamental rights)이고 변호인이 없는 가운데 내려진 청구인에 대한 공판과 평결은 수정헌법 14조를 침해한 것이라고 판시하였다.

33) 407 U.S. 25(1972); 청구인은 가난한 사람으로서 플로리다 주에서 무기소지 혐의로 기소되었는데 최고 6개월간의 구금이나 1,000불의 벌금 또는 둘 다에 처해 질 수 있는 범죄였다. 공판은 단독 판사가 담당하였고 변호인은 주어지지 않았다. 그는 90일의 구금형을 선고받고서 자신이 변호인의 조력을 받을 권리를 침해당함으로써 가난한 보통사람(an indigent layman)의 처지에서, 자신에게 유죄를 평결한 그 죄목에 대하여 알맞고도 충분한 방어를 사실심 법원에 제기하고 제출하지 못하였다고 주장하여 플로리다 주 최고법원에 인신보호영장을 청구하였다. 플로리다 주 최고법원은 4대 3으로 법원이 선임하는 변호인의 조력을 받을 권리는 오직 "6개월이 넘는 구금으로 처벌될 수 있는 경죄 이외의 범죄(non-petty offences)"에 대하여만 적용된다고 하였는데, 연방최고법원은 이를 파기하였다. 연방최고법원은 수정헌법 6조(일정한 경우 주에도 적용)는 "모든 형사 기소사건(all criminal prosecutions)"에 대한 구체적 기준(specified standards)을 제공하고 있으며, 그 기준들로서 "공공의 재판(public trial)"의 조건(거우 60일의 징역이 문제되는 사건에서도 적용되었다), 기소의 성격과 이유를 고지받을 권리(the right to be informed of the nature and cause of the accusation) 및 당사자에게 유리한 증인을 확보할 수 있는 강제절차(compulsory process for obtaining witnesses in one's favor) 등이 있는데 이들은 중죄(felony) 또는 그보다는 가볍지만 중대한 범죄(lesser but serious offenses)에 한정되는 것은 아니라고 하였다.

34) 373 U.S. 59(1961)

35) 388 U.S. 218(1967)

36) 388 U.S. 263(1967)

37) 306 U.S. 682(1972)

38) Miranda v. Arizona, 384 U.S. 694(1966)

39) 박미숙, 앞의 논문, 6472쪽 참조

40) ...we hold that when an individual is taken into custody or otherwise deprived of his freedom by the authorities in any significant way and is subjected to questioning,....he following measures are required. He must be warned prior to any questioning that he has the right to remain silent, that anything he says can be used against him in a court of

3. 영국

1982년의 법률扶助法 제1조제6호에 기하여 당번변호사이용자원조규칙이 제정되고 다시 1984년의 경찰및형사증거법(The Police and Criminal Evidence Act, 1984)에 제59조를 추가함으로써 피의자 단계에서부터 변호사에 의한 무료의 법적 원조를 제도화하였다.<sup>41)</sup>

위 경찰및형사증거법에 기하여 만들어진 경찰관의 인신구급과 처우 및 심문규정 C<sup>42)</sup>는

“3.1. 체포되어 경찰서에 인치되거나 경찰서에 임의로 출석하여 체포된 사람에게 구급 책임자는 분명하게 독립된 무료의 법률원조를 이용할 수 있는 권리를 말해 주고 이것들은 지속되는 권리들로서 구급 도중 어느 단계에서 행사하여도 좋다는 사실을 말해 주어야 하고 3.15....그가 체포되지 않고 제10절에 따라 주의를 받을 때, 주의를 주는 책임자는 동시에 그에게 그가 체포되지 않았다는 것 및 그가 경찰서에 머물러 있을 의무가 없지만 만약 머물러 있는 경우 희망하면 무료의 독립적인 법적 원조를 얻을 수 있다는 것을 고지하여야 한다. 법적 원조를 받을 권리에 그는 원하는 경우 변호사와 전화로 대화하고 그에게 물어볼 권리가 포함된다. 3.16. (3.15.에 따라) 임의로 경찰서에 출석한 자가 법적 조언을 받을 권리에 관하여 질문하는 경우 법적 조언을 얻는 제도들을 설명하는 안내서 (notice)를 주어야 한다. 6.1.부속서 B에 정한 규정의 제한 아래서, 경찰에 구급된 모든 사람에게 언제든지 직접 또는 서면이나 전화로 변호사와 상담하거나 교통할 수 있고 당직 변호사(duty solicitor)로부터 무료로 독립의 법적 조언을 얻을 수 있다는 것을 고지하여야 한다. 6.4. 경찰관은 어느 때든지 구급 하에 있는 사람으로 하여금 법적 조언을 구하지 말도록 설득할 목적으로 무엇을 하거나 말해서는 안 된다.

고 규정하고 있다. 따라서 일반적 및 원칙적으로 모든 피의자에게 국선변호인을 선임받을 권리가 인정되고 있다.

4. 독일

독일의 경우 독일형사소송법 141조 제3항에 기하여 형사절차의 전단계에서 피의자.피고인에게 국선변호인 선임권이 인정되고 있으며, 독일연방헌법재판소의 판례는 무료로 변호인을 선임할 수 있는 권리는 기본법 제2조 제1항에 근거한 것으로서 이것이 보장되지 않는 경우에는 법치국가의 원칙이 보장되지 않은 것이고 피의자,피고인의 자유로운 인격 개발권을 침해한 것이라고 판시하였다. 무자력은 선정요건이 아니며, 원칙적으로 필요적 변호사건에서 피의자,피고인에게 변호인이 없을 때 선정되는데, 검사는 수사종결 후 국

law, that he has the right to the presence of an attorney, and that if he cannot afford an attorney one will be appointed for him prior to any questioning if he so desires....

41) 北村泰三, 앞의 책, 179쪽 주6) 참조

42) Code C: Code of Practice for the Detention, Treatment and Questioning of Persons by Police Officers

선변호 사건이라고 인정될 때에는 기소 전에 의무적으로 국선변호인의 선정을 청구하여야 하고 수사종결 이전에는 검사의 임의적 판단에 따라 국선변호인의 선정을 청구할 수 있다. 피의자,피고인은 국선변호인의 선정에 있어서 일정한 기간 내에 변호인을 지명할 기회가 주어진다.<sup>43)</sup>

5. 한국

헌법 제12조 제4항은 “누구든지 체포 또는 구속을 당한 때에는 즉시 변호인의 조력을 받을 권리를 가진다. 다만, 형사피고인이 스스로 변호인을 구할 수 없을 때에는 법률이 정하는 바에 의하여 국가가 변호인을 붙인다”, 형사소송법 제283조는 “제33조 또는 전조의 경우에 변호인이 없거나 출석하지 아니한 때에는 법원은 직권으로 변호인을 선정하여야 한다”, 형사소송법 제33조는 “다음 경우에 변호인이 없는 때에는 직권으로 변호인을 선정하여야 한다. 1. 피고인이 미성년자인 때, 2.피고인이 70세 이상의 자인 때, 3.피고인이 농아자인 때, 4.피고인이 심신장애의 의심이 있는 자인 때, 5. 피고인이 빈곤 기타 사유로 변호인을 선임할 수 없는 때. 단, 피고인의 청구가 있는 때에 한한다”고 규정하고 있다. 이들 규정들은 모두 공소 제기 후의 단계에서의 국선변호인 선임을 정한 것이고, 피의자 단계에서는 국선변호인을 선임할 수 있는 특수한 경우가 몇 가지 규정되어 있을 뿐<sup>44)</sup>, 일반적 원칙적으로 국선변호인을 선임할 수 있는 법률상의 근거는 없다. 그러므로 우리 나라에서 피의자 단계에서 국선변호인의 조력을 받을 권리는 국제인권기준과 각국의 입법례 및 실무수준에 현저히 미달하고 있음을 알 수 있다.

III 피의자 신문과 변호인의 참여

1. 국제기준들이 선언하는 원칙들

(1) 관련규정들

(가) 유럽인권조약 제3조는 누구도 고문 또는 비인간적이거나 모욕적인 처우 또는 처벌을 받지 아니한다, 제6조는 3. 범죄의 혐의로 고발된 사람은 최소한 b. 방어를 위한 충분한 시간과 편의를 가지고 c. 자기 스스로 방어하거나 또는 그가 선택한 법적 원조를 통

43) 박미숙, 앞의 논문 72-79쪽

44) 형사소송법 제201조의2 제1항...제20조의2(체포), 제200조의3(긴급체포) 또는 제212조(현행범인의 체포)에 의하여 체포된 피의자에 대하여 구속영장을 청구받은 지방법원 판사는 피의자 또는 그 변호인...의 신청이 있을 때에는 피의자를 신문할 수 있다. 제4항...지방법원 판사는 ...심문기간과 장소를 검사.피의자 및 변호인에게 통지하여야 하고... 제5항... 변호인은 제4항의 심문기일에 출석하여 의견을 진술할 수 있다; 형사소송법 제214조의2(체포와 구속의 적부심사)제1항...체포영장 또는 구속영장에 의하여 체포 또는 구속된 피의자 또는 그 변호인...은 관할법원에 체포 또는 구속의 적부심사를 청구할 수 있다. 제8항...변호인은 제3항의 심문기일에 출석하여 의견을 진술할 수 있다. 제9항...체포 또는 구속된 피의자에게 변호인이 없는 때에는 제33조(국선변호인)의 규정을 준용한다.

하여 방어할 권리가 있다<sup>45)</sup>고 규정한다.

(나) 피구금자처우최저기준규칙 제93조는 미결구금자는 ..자기 방어를 목적으로 변호인의 방문을 받으며 비밀의 지시문서를 준비하여 변호인에게 전달할 수 있어야 한다고 규정한다.<sup>46)</sup>

(다) 유럽형사시설규칙 제93조는 미결구금자는... 방어를 위하여 법률 원조자로부터 방문을 받고 비밀의 지시문서를 준비하여 법률 원조자에게 건네주거나 받을 수 있다. 요청에 따라 그들은 이 목적을 위한 필요한 모든 편의가 주어진다고 규정한다.<sup>47)</sup>

(라) 고문과 기타 잔인하거나 비인간적이거나 모욕적인 처우 또는 처벌을 당한 모든 사람을 보호하기 위한 선언 제4조는 국가는 그 관할의 범위 내에서 고문과 기타 잔인하거나 비인간적이거나 모욕적인 처우나 처벌을 방지하기 위하여 이 선언의 규정에 따라 효과적인 수단을 취해야 한다<sup>48)</sup>, 제6조는 국가는 어떤 유형의 고문 기타 잔인하거나 비인간적이거나 모욕적인 처우나 처벌도 예방하고자 영토 내에서 자유를 상실한 사람들의 구금과 처우의 제도뿐만 아니라 신문 방법과 실무관행들에 대하여도 체계적인 재검토를 지속하여야 한다고 규정한다.

(마) 시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약(B규약) 제14조3항은 모든 사람은 그에 대한 형사상의 죄(any criminal charge)를 결정함에 있어서 최소한 다음과 같은 보장을 완전히 평등하게 받을 권리를 가진다 (b)변호의 준비를 위한 충분한 시간과 편의를 가질 것 및 그 자신이 선임한 변호인과 교통(communicate)할 것 (d)...자신이 선택한 법적 원조수단(legal assistance of his own choosing)을 통하여 방어할 수 있을 것; 사법의 이익이 그것을 요구하는 모든 경우에(in any case where interests of justice so require) 그에 주어질 법적 원조수단(legal assistance assigned to him)을 확보할 것

(바) 미주인권조약 8조 2항은 형사범죄의 절차가 진행되는 동안 누구든지 완전 평등하게 최소한 다음의 권리를 가진다. b...자신의 방어를 준비할 충분한 시간과 수단; d.... 스스로 선택한 변호인의 조력을 받고 그와 자유로이 및 비밀리에 교통할 권리 g' 자신에게 불리한 증언을 하거나 유죄를 인정하도록 강제되지 않을 권리<sup>49)</sup>를 규정한다.

(사) 고문방지협약 제11조는 당사국은 어떤 유형의 고문도 방지하고자 관할 영토 내에서 어떤 형태이든 체포, 억류 또는 구금을 당한 사람들의 구금과 처우의 제도뿐만 아니라 신문 방법과 훈령들과 실무관행들에 대하여도 체계적인 재검토를 지속하여야 한다<sup>50)</sup>, 제15조는 당사국은 고문의 결과로서 이루어졌음이 확인된 진술은 어떠한 절차에서도 증

45) 주2)를 보라.

46) 주4)를 보라.

47) 주6)을 보라.

48) Article 4

Each state shall, in accordance with the provisions of this Declaration, take effective measures to prevent torture and other cruel, inhuman or degrading treatment or punishment from being practised within its jurisdiction.

49) 주13)을 보라.

50) 주15)를 보라.

거로 원용될 수 없음을 보장한다. 다만, 고문을 가한 것으로 고발된 사람에 대하여 그 진술이 있었다는 증거로서 원용하는 경우를 제외한다, 제16조는 1.당사국은 관할 영토 내에서 제1조에 규정된 고문에까지는 이르지 않는 기타의 잔인하거나 비인간적이거나 모욕적인 처우 또는 처벌 등의 행위들이 공무원 기타 공공의 권한을 가지고 행동하는 사람들에 의하여 또는 이들의 교사나 동의나 묵인 아래에 이루어질 경우에는, 이를 방지할 것을 보장한다..고 규정한다.<sup>51)</sup>

(아) 모든 형태의 억류. 구금 하에 있는 사람들을 보호하기 위한 원칙<sup>52)</sup> 17조는 ①...억류된 자는 ... 법률에 따라 변호인의 조력을 받을 권리를 가진다, 17조는 ①억류된 자는 변호인의 조력을 받을 권리가 있다. 그는 체포 후 즉시 권한 있는 기관으로부터 그의 권리를 고지받고 이를 행사하기 위한 상당한 편의가 주어져야 한다 <sup>53)</sup>, 18조는 ①억류 또는 구금된 자는 자신의 변호사와 교통하고 상담할 권리가 있다. ②억류 또는 구금된 자는 자신의 변호사와 상담하기 위한 충분한 시간과 편의가 허용되어야 한다. ③억류 또는 구금된 자가 지체나 검열 없이 및 완전한 비밀의 보장 아래에 자신의 변호사의 방문을 받고 그와 상담하고 교통할 권리는 법률 또는 합법적인 규칙에 명시되고 안전과 질서를 유지하기 위하여 사법 또는 기타의 당국에 의하여 없어서는 안 된다고 여겨지는 예외적인 상황을 제외하고는 정지되거나 제한되어서는 안 된다. 21조는 ① 자백 또는 기타의 방법으로 자기 자신에게 죄를 돌리거나 타인에게 불리하게 증언하기를 강요할 목적으로 억류 또는 구금된 자의 상황을 부당하게 이용하는 것은 금지된다. ② 억류된 사람에 대하여 심문 중에 폭력, 위협 또는 그의 결정 능력이나 판단을 저해하는 심문 방법을 사용해서는 안 된다<sup>54)</sup>, 제32조는 ①억류된 자 또는 그의 변호사는 언제든지 사법 또는 기타의 기관 앞에서 그의 구금의 적법성에 대하여 이의를 제기하고 그것이 불법인 경우 지체 없이 석방되기 위하여 국내법에 따른 절차를 취할 권리가 있다<sup>55)</sup>, 제33조는 ① 억류

51) Article 15. Each State Party shall ensure that any statement which is established to have been made as a result of torture shall not be invoked as evidence in any proceedings, except against a person accused of torture as evidence that the statement was made.

Article 16. 1. Each State Party shall undertake to prevent in any territory under its jurisdiction other cruel, inhuman or degrading treatment or punishment which do not amount to torture defined in article 1, when such acts are committed by or at the instigation of or with the consent or acquiescence of a public official or other person acting in an official capacity. In particular, the obligations contained in articles 10, 11, 12 and 13 shall apply with the substitution for references to torture of references to other forms of cruel, inhuman or degrading treatment or punishment.

52) Body of Principles for the Protection of All Persons under Any Form of Detention or Imprisonment; 유엔총회에서 1988년 12월 9일 채택

53) 주17)을 보라.

54) Principle 21① It shall be prohibited to take undue advantage of the situation of a detained or imprisoned person for the purpose of compelling him to confess, to incriminate himself otherwise or to testify against any other person. ② No detained person while being interrogated shall be subject to violence, threats or methods of interrogation which impair his capacity of decision or his judgement.

또는 구금된 자 또는 그 변호인은 처우와 관련하여, 특히 고문 기타 잔혹하거나 비인간적이거나 굴욕적인 처우의 경우에, 억류 장소의 운영에 대한 책임 있는 기관과 상급 기관 및 필요한 경우 심사 또는 시정의 권한을 가진 적절한 기관에 청원 또는 이의할 권리가 있다<sup>56)</sup>, 제36조는 ② 수사와 사실심리가 진행 중인 사람의 체포나 억류는 법률에 정한 이유와 조건 및 절차에 따라 사법의 집행의 목적을 위하여서만 이루어져야 한다. 이러한 자에게 억류의 목적을 위하여 또는 수사 절차 또는 사법의 집행에 대한 방해 방지하기 위하여 또는 억류 장소에서의 안전과 질서 유지를 위하여 반드시 요구되지 않은 제약을 가하는 것은 금지된다.

(자) 변호사의 역할에 관한 기본원칙 1조는 누구든지 자신의 권리를 보호하고 확립하며 형사절차의 모든 단계에서 자신을 방어하기 위하여 자신이 선택하는 변호사의 조력을 요청할 권리가 있다<sup>57)</sup>, 7조는 정부는 형사적 혐의 유무에 상관없이, 체포되거나 억류된 모든 사람에게 변호사에 대한 즉각적인 접근을 보장하여야 하며, 접근은 어떤 경우에도 체포 또는 억류로부터 48시간보다 지체되어서는 안 된다, 8조는 체포, 억류 또는 구금된 사람은 누구든지 지체나 간섭 또는 검열 없이 그리고 완전한 비밀 가운데 변호사의 방문을 받고 교통하고 상담할 충분한 기회와 시간 및 편의가 주어져야 한다<sup>58)</sup>, 17조는 정부는 변호사들이 a. 협박, 방해, 괴롭힘 또는 부적당한 간섭 없이 모든 직업적 기능을 수행할 수 있을 것; b. 자국 내에서의와 외국에서 자유롭게 여행하고 의뢰인과 상담할 수 있을 것; c. 공인된 직업적 의무와 기준 및 윤리에 따라 취한 어떠한 행위에 대하여도 소추 또는 행정적, 경제적 기타의 제재를 당하거나 그 위협을 받지 않을 것을 보장하여야 한다<sup>59)</sup>고 규정한다.

55) Principle 32 ① A detained person or his counsel shall be entitled at any time to take proceedings according to domestic law before a judicial or other authority to challenge the lawfulness of his detention in order to obtain his release without delay, if it is unlawful.

② The proceedings referred to in paragraph ① shall be simple and expeditious and at no cost for detained persons without adequate means. The detaining authority shall produce without unreasonable delay the detained person before the reviewing authority.

56) Principle 33 ① A detained or imprisoned person or his counsel shall have the right to make a request or complaint regarding his treatment, in particular in case of torture or other cruel, inhuman or degrading treatment, to the authorities responsible for the administration of the place of detention and to higher authorities and, when necessary, to appropriate authorities vested with reviewing or remedial powers.

57) 1. All persons are entitled to call upon the assistance of a lawyer of their choice to protect and establish their rights and, to defend them in all stages of criminal proceedings.

58) 8. All arrested, detained or imprisoned persons shall be provided with adequate opportunities, time and facilities to be visited by and to communicate and consult with a lawyer, without delay, interception or censorship and in full confidentiality. Such consultations may be within sight, but not within the hearing, of law enforcement officials.

59) 16. Governments shall ensure that lawyers a. are able to perform all of their professional functions without intimidation, hindrance, harassment or improper interference; b. are able to travel and to consult with their clients freely within their own country and abroad; and c. shall not suffer, or be threatened with, prosecution or administrative, economic or other

(2) 해석 및 적용

이들 국제기준들은 수사기관의 신문에 변호인의 참여를 구할 권리를 보장하는 것으로 풀이되고 있다. 유엔 고문방지위원회(Committee against Torture)는 한국 정부가 고문방지협약에 따라 1995년 12월에 제출한 보고서를 1996년 11월 12일 심사하였는데, 그 심사에 있어서 위원회의 보고자(Country Rapporteur)는 한국정부의 대표에게 피의자에 대한 신문에 변호인의 참여가 허용되는지, 피의자 또는 피구금자가 변호인과 상담할 권리가 형사소송법에 의거한 수사기관의 재량에 의하여 제약되는지 등을 물었고, 한국정부 대표는 수사절차에 있어서 원칙적으로 피의자 신문에 변호인을 참여시킬 권리는 인정되지 않으며, 다만 변호인의 참여가 신문 내지 전체로서의 절차를 위태롭게 하지 않을 것임이 명백한 경우에는 변호인의 참여가 허용될 수 있을 것이라고 설명하였다.<sup>60)</sup> 이에 대하여 고문방지위원회는 고문범죄에 대한 적절한 조사와 고문방지를 위한 제도개선 등을 권고하는 의견을 발표하였으며, 그 제68항에서 피의자의 신문에 변호인의 참여를 허용할 것을 권고하고 있다.<sup>61)</sup> 1993년 제3회일본정부의 보고서의 심사에 있어서도 규약인권위원회는 신문이 대부분 피구금자의 변호인의 입회 아래서 이루어지고 있지 않고 시간을 제한하는 규정도 존재하지 않는 점 및 변호인은 변호의 준비를 가능하게 하는 경찰기록에 있는 모든 관계자료에 접근할 권리를 가지지 못하고 있다는 점을 지적하면서 특히, 변호의 준비를 위한 편의에 관한 모든 보장이 준수되지 않으면 안 된다는 점"을 권고하고 있다.<sup>62)</sup>

2. 미국

sanctions for any action taken in accordance with recognized professional duties, standards and clients.

60) Summary record of the first part(public) of the 266, 267th meeting:7, 17th session: Republic of Korea, 18/11/96, 12/12/96. CAT/C/SR.266, 267(Summary Record) para.15,9 respectively

61) 조용환, 인권, 민주주의, 국가: 국제인권기준에 비추어 본 한국의 상황과 과제, 21-22쪽; 앞의 Summary record(267th meeting), para. E8; Concluding Observations of the Committee against Torture: Republic of Korea, UN Doc. A/52/44, paras.68, 13/11/96. "위원회는 신문 과정에 변호인의 참여를 허용할 것을 권고하는 바, 특히 이러한 참여는 (고문방지)협약 제15조의 이행을 촉진할 것이기 때문이다(The Committee recommends that counsel be permitted to be present during interrogation, especially since such presence would be in furtherance of the implementation of article 15 of the Convention.)"라고 하고 있다. 한편, 고문방지협약 제15조는 "당사국은 고문의 결과로서 이루어진 진술은 그러한 진술이 이루어졌다는 점에 관한 증거로서 고문을 가한 자에 대하여 사용하는 경우를 제외하고는 어떠한 절차에서도 증거로 사용될 수 없음을 보장한다(Each State Party shall ensure that any statement which is established to have been made as a result of torture shall not be invoked as evidence in any proceedings, except against a person accused of torture as evidence that the statement was made.)"고 규정하고 있다.

62) 北村泰三, 앞의 책, 124쪽

미국에 있어서 피의자에 대한 경찰신문 도중에 변호인과 접견하고 그 조력을 받는 권리는 Crooker 판결<sup>63)</sup>의 소수의견이 변호인을 원하는 피의자.피고인이 체포 후 언제든지 변호인을 가져야 하는 것은 적법절차의 보장을 위하여 중요하다(피력한 이래<sup>64)</sup>) 후술하는 Massiah 판결 등을 거쳐 Miranda 판결을 통하여 법집행 및 법원실무에서 원칙으로 확립되었다.<sup>65)</sup>

Massiah 판결<sup>66)</sup>에서는 산타마리아호 상선의 선원 메시아(Winston Massiah)가 마약관계 음모사건에 가담하여 남아메리카에서 뉴욕까지 마약을 운반하려던 중 세관원의 수색을 받고 체포되었다가 변호인을 선임하여 보석으로 석방된 상태에서, 공모자로서 역시 보석으로 출감한 콜슨(Jesse Colson)의 자동차에 동승한 채 장시간 콜슨과 대화하는 것을, 콜슨의 승낙에 따라 자동차 앞좌석 밑에 설치한 송신장치를 통하여 경찰관이 청취한 메시

63) Crooker v. California, 357 U.S. 433(1959). 31세의 대학졸업자로서 법과대학 1학년제인 청구인(Crooker)은 살인 혐의로 유죄판결을 받고 사형이 선고되었다. California 주 최고법원은 청구인의 상고를 기각하였다. 청구인은 증거로 채택된 자신의 자백이 강요에 의한 것이었고, 설령 자백이 임의적인 것이었다 하더라도 변호인을 구할 기회를 달라는 요청에도 불구하고 이를 거부함으로써 변호인 없는 상태에서 자백한 것이므로 유죄판결은 연방수정헌법 제14조(Section 1...어느 주도 미합중국의 시민으로서의 특권을 박탈하는 법률을 입법하거나 강제하지 못한다; 어느 주도 어느 누구로부터도 생명, 자유 또는 재산을 적법절차 없이 박탈하여서는 안 된다; 또한 그 관할 아래에 있는 어느 누구에 대하여도 법률의 평등한 보호를 거부하여서는 안 된다...No State shall make or enforce any law which shall abridge the privileges or immunities of citizens of the United States; nor shall any State deprive any person of life, liberty, or property, without due process of law; nor deny to any person within its jurisdiction the equal protection of the laws)를 침해한 것이라고 주장하였다. 체포로부터 자백까지 14시간 동안 그는 수 차례 변호인을 구할 기회를 요청하였으나 그가 자백할 때까지 거부되었다. 그 동안 청구인은 거짓말 탐지기 검사를 거부하였고 여러 질문에 답하기를 거부하였으며 묵비권에 대한 충분한 인식을 보여 주었다. 수 명의 경찰관에 의한 신문은 간헐적으로 이루어 졌고 커피와 우유 및 샌드위치를 마시고 원할 때는 언제든지 담배를 피울 수 있었다. Clark 판사가 집필한 다수의견은 "피의자가 자신의 방어를 위하여 변호인의 조력을 얻을 권리는 비록 우리의 보통법의 전통 가운데 확립되어 있는 것은 아니라 하더라도 이 나라에서 자유를 보전하는 데 매우 중요하다. 그 권리는 수정헌법 제14조의 적법절차의 보장에 의하여 주의 기소에 대하여도 보장되는 것으로서 일정한 경우 주에 의하여 지명된 변호인을 가질 권리만이 아니라 피의자 자신이 선택한 변호인을 확보할 공정한 기회를 가질 권리도 포함한다. 이러한 원칙에 비추어, 변호인과 접견하기 위한 요청을 추가 거부하는 것은 사건의 시비곡직에 관한 공판(trial on the merits)에서 변호인을 박탈당한 경우만이 아니라 공판 전의 절차들 어느 부분에서든 변호인을 박탈당한 경우에도 적법절차를 위반한 것이 된다. 다만 이로써 그가 그토록 불이익을 입어서 그의 이후의 공판절차를 오염시켜 정의의 본질적 개념에 필수적인 기본적인 공정성이 부재(absence)하게 된 경우에 한한다. 후자에 관한 판정은 필연적으로 사건의 모든 상황에 걸쳐있다...이 사건에서 청구인에게 변호인이 없었던 동안 이루어진 전체적인 상황은 묵비권을 알고 있는 법과대학의 훈련을 받은 대학졸업의 남자에 의한 임의적인(voluntary) 자백이다. 이러한 사실들은 캘리포니아주 법의 위반이기는 하나 House v. Mayo 사건의 경우와 같은 불리한 영향(prejudicial impact)에 달하지는 못하고 적법절차에 위배될 만큼 청구인이 "이용(taken advantage of)" 되었다고 보여지지도 않는다"는 등의 설시 끝에 유죄를 유지하였다.

64) Crooker 판결의 소수의견에서 Douglas 판사는 "변호인의 조력을 받을 권리는 너무나도 기본적이고 절대적인 것이어서 법원으로 하여금 그것을 거절하는 데서 발생하는 불이익의 크기를 품나게 저울질하는 것을 즐기도록 허용하지 않는다(The right to have the assistance of counsel is too fundamental and absolute to allow courts to indulge in nice calculation as to the amount of prejudice arising from its denial.)"고 한 Glasser v. United States, 315 U.S. 60,76 판결을 인용하면서 공판 이전 단계에서의 변호인의 조력을 받을 권리는 공판 자체에서 진술할 권리를 의미 있게 하고 보호하기 위하여 및 경찰의 강제력에 대한 제약으로서 필요하므로 법원은 방벽을 낮춰 강압적인 경찰의 조치들에 맞설 절차적인 안전장치를 피의자에게 거부해서는 안 되며, 범죄의 혐의를 받는 사람은 필시 다른 어느 때보다도 체포된 직후에 변호인을 가장 필요로 하고, 적법절차 조항에 표현된 우리의 문명의 요구는 변호인을 원하는 피의자가 체포의 순간 이후 언제든지 변호인을 가질 수 있을 것을 요구한다고 실시하였다.

65) 박미숙, 앞의 논문, 97-107쪽

66) Massiah v. United States, 377 U.S. 201(1964)

아의 진술이 증거로 사용되어 유죄가 선고된 사안에 대하여, 연방최고법원 Stewart 판사는 "이 사건에서 우리는 주 법원의 유죄판결이 아니라, 수정헌법 제6조의 명확한 보장이 직접 적용되는 연방법원의 사건을 다루고 있다... 스스로를 유죄로 만든(his own incriminating) 청구인의 말(words)이 공판에서 그에게 불리한 증거로 사용됨으로써 그는 그 보장의 기본적 보호를 거부당하였다고 본다. 그 말은 그가 기소된 뒤에 그의 변호인이 없는 상태에서 연방의 요원들이 의도적으로 그에게서 유도해 낸 것이다. Spano 사건에서는 피고인이 경찰서에서 신문되었음에 반하여 이 사건에서는 불리한 진술이 모르는 사이에 보석으로 자유로운 상태에 있던 피고인으로부터 끄집어내 졌다는 것은 사실이다. 그러나 Hays 판사가 항소법원에서 자신의 반대의견으로 지적하였듯이 "만약 이러한 규칙이 효용을 가져야 한다면 그것은 감옥에서 이루어진 것들에 대해서는 물론, 간접적이고 은밀한 신문에 대하여 적용되지 않으면 안 된다. 이 사건에서 매시아는 더욱 크게 속아넘어 갔던 것이니, 왜냐하면 그는 심지어 자신이 정부의 요원으로부터 신문을 당하고 있다는 것조차 몰랐기 때문이다...우리의 판단은 피고인의 자기 부죄적 진술(own incriminating statements)들은 이 사건에서 나타난 상황 아래서 연방 요원에 의하여 획득된 것인 이상 그에 대한 공판에서 검찰에 의하여 그에게 불리한 증거로 사용하는 것이 헌법에 합치되지 않는다는 것이다"라고 판시하였다. <sup>67)</sup>

Escobedo 판결<sup>68)</sup>에서 청구인 에스코베도(Danny Escobedo)는 22세의 멕시코 혈통으로서 그의 누이와 함께 체포되어 경찰서에 끌려가 11일 전에 발생한 매부 발티에라의 총기 살해 사건과 관련하여 신문을 받았다. 그는 사건 직후에 체포된 바 있었으나 묵비하였고 변호인이 주 법원으로부터 인신보호영장을 발부받은 후 석방되었다. 청구인은 자신의 변호인을 만나게 해 달라고 여러 차례 요청하였는데 변호인은 경찰서 건물 내에 있으면서 지속적으로 노력하였으나 자신의 의뢰인과 접견하는 것을 거부당하였다. 청구인은 경찰관으로부터 묵비권을 고지받지 않았고 경찰관의 집요한 신문에 대하여 주 검사보(Assistant State's Attorney)에게 불리한(damanging) 진술을 하였는데, 이것이 공판에서 증거로 제출되었다. 살인죄의 유죄판결을 받고서 주 최고법원에 상고하였으나 상고가 기각되었다. 연방최고재판소는 Goldburger 판사가 집필한 법원의 견해에서 "...이 사건에서의 신문은 청구인이 공식적으로 기소되기 전에 이루어 졌다. 그러나...청구인이 변호인과 상담할 기회를 요청하였음에도 거부됨으로써 수사는 더 이상 미해결 범죄(an unresolved crime)에 대한 일반적 수사(a general investigation)가 아니게 되었다. 청구인은 피의자가 되었고 수사의 목적은 자백하지 않을 헌법상의 권리에도 불구하고 "그로 하여금" 자신의 죄를 자백하게 하려는 데 있었다. ...청구인이 보통 사람으로서 일리노이 주

67) 윌후정 옮김, 미국 대법원 판례 기본적 인권과 재판(Henry J. Abraham, Freedom and the Court; Civil Rights and Liberties in the United States), 이화여자대학교출판부, 1992, 151-152쪽

68) Escobedo v. Illinois, 378 U.S. 478(1964)

법을 아래서는 모살(murder) 음모에의 단순한 공모를 인정하는 것만으로도 치명적인 사격(fatal shot)을 가한 것을 인정하는 것만큼이나 법률적으로 불리하다는 것을 알지 못했음은 의문의 여지가 없다...."변호인의 이끌어 주는 손(guiding hand of counsel)"은 이러한 미묘한 상황에서 청구인에게 그의 권리를 조언해 주는 데 있어서 진요하였다....일리노이 주가 추구한 틀은 공판을 신문에 대한 불복절차(appeal)에 불과하게 만들 것이고, 만약 유죄평결이 이미 공판전 심리단계에서 확정되어 버린다면 공식적인 공판에서 변호인을 이용할 권리는 알맹이 없는(hollow) 것이 되고 말 것이다....많은 자백이 이 기간(체포로부터 기소될 때까지의 사이; 필자)에 얻어진다는 것은 법적 원조와 조언이 참으로 필요한 단계로서의 중요한 성격을 가리켜 준다.... 필연적으로 자백을 구하는 경찰에게 있어서의 어느 단계의 중요성과 법적 조언을 필요로 하는 피의자에게 있어서의 그 단계의 중요성 사이에는 직접적인 관계가 있다. 우리의 헌법은...변호인에 의하여 자기부죄 금지의 특권을 조언받을 피의자의 권리를 보다 중시한다... 보전해 나갈 가치가 있는 체계는 피의자가 변호인과 상담하도록 허용되는 경우 그가 이러한 권리를 알고 행사할 것을 두려워하는 것일 수 없다... 우리는 오직 절차가 사실을 조사하는(investigatory) 단계에서 고발하는(accusatory) 단계로 넘어갈 때, 즉 수사의 초점이 피의자에게 두어지고 그 목적이 자백을 끌어내는 것인 때에는 우리의 당사자주의 체계(adversary system)이 작동하고 이러한 상황에서는 피의자로 하여금 그의 변호인과 상담하도록 허용되지 않으면 안 된다고 본다.<sup>69)</sup>고 판시하였다.

Miranda 판결<sup>70)</sup>에서 연방 수정헌법 제5조의 자기부죄금지특권을 경찰신문 단계에까지 확장하여 이를 보장하기 위한 변호인의 조력을 받을 권리는 단순히 신문 전에 변호인과 상의할 권리에 그치는 것이 아니라 피의자가 원하는 경우에는 신문하는 동안 변호인이 참여하는 권리를 포함하고 경찰 구금 중의 신문에 있어서 피의자가 일단 변호인의 조력을 요청한 경우에는 경찰은 피의자가 변호인의 조력을 받을 권리를 포기하지 않는 한 피의자를 신문할 수 없고 실령 경찰에서 비록 피의자의 동의 하에 신문이 행하여진 경우에도 부당한 신문방법에 의한 경우에는 이로부터 얻은 피의자의 진술은 공판에서 증거로 채택될 수 없다는 원칙이 확립되었다. Warren 대법원장이 작성한 법원의 의견은 다음과 같이 실시하고 있다. "요약하건대 우리는 개인이 구금되거나 또는 그 밖에 관헌에 의하여(by the authorities) 중대한 방법으로(in any significant way) 자유를 박탈당하고 심문에 놓여질 때에는 자기부죄 금지 특권(the privilege against self-incrimination)이 위협에 놓여진다고 생각한다. 절차적 보장들(procedural safeguards)이 특권을 보호하기 위하여 동원되어야 하며, 만약 그에게 침묵할 권리(right to silence)를 알려주고 그 권리의 행사가 빈틈없이(scrupulously) 존중될 것임을 확신하게 하는 다른 충분히 효과적인 수단들이

69) *ibid.*, at 492.; 윤후정, 앞의 책 154-159쪽; 박미숙, 앞의 논문, 98쪽 참조

70) *Miranda v. Arizona*, 384 U.S. 694(1966)

사용되지 않는 한, 다음의 조치들이 요구된다. 그는 어떤 심문도 있기 전에 그가 말없이 있을 권리를 가지고 있다는 것, 그가 말하는 것은 무엇이든지 법정에서 그에게 불리한 증거로 사용될 수 있다는 것, 그가 변호인을 참석시킬 권리(the right to the presence of an attorney)를 가지고 있다는 것, 그리고 그가 변호인을 마련할 수 없다면 그가 원하는 경우 어떤 심문도 있기 전에 변호인이 지정될 것이라는 것을 경고받아야 한다. 이러한 권리들을 행사할 수 있는 기회는 심문 과정 동안 계속하여 그에게 주어져야 한다. 이러한 경고가 주어진 뒤에, 그리고 이러한 기회가 주어진 뒤에, 그 개인은 지각있고 사려깊게(knowingly and intelligently) 이들 권리를 포기하고 질문에 답하거나 진술하기로 동의할 수 있다. 그러나 이러한 경고들과 포기가 공판(trial)에서 검찰측에 의하여 증명되지 못하는 한, 그리고 증명될 때까지는 심문의 결과로 얻어진 어떠한 증거도 그에게 불리하게 사용될 수 없다.<sup>71)</sup> 그 후 *Edwards 판결*<sup>72)</sup>에서는 경찰이 피의자로 하여금 변호인의 조력을 받을 권리를 포기하도록 유도하여서는 안 됨을 판시하였다.<sup>73)</sup> 이러한 확립된 원칙에 기하여 미국의 수사기관은 피의자를 신문하기 전에 피의자에게 다음의 사항을 고지해야 하며 피의자가 이해하는지를 질문하여야 한다.<sup>74)</sup>

"우리는 당신이 다음과 같은 법적 권리를 가지고 있음을 설명하고 경고해 줄 의무가 있습니다.

- A. 당신은 묵비권이 있으며, 전혀 아무 것도 말하지 않아도 됩니다.
- B. 당신이 말하는 어떤 것도 법정에서 당신에게 불리하게 사용될 수 있으며 또한 사용될 것입니다.
- C. 당신은 우리가 어떤 문제를 질문하기 전에 당신 자신이 선임한 변호인과 면담할 권리가 있으며, 우리가 질문하는 동안에도 변호인을 배석시킬 권리가 있습니다.

71) *ibid.*, chapter III. 원문은 다음과 같다. To summarize, we hold that when an individual is taken into custody or otherwise deprived of his freedom by the authorities in any significant way and is subjected to questioning, the privilege against self-incrimination is jeopardized. Procedural safeguards must be employed to [384 U.S. 436, 479] protect the privilege, and unless other fully effective means are adopted to notify the person of his right of silence and to assure that the exercise of his right will be scrupulously honored, the following measures are required. He must be warned prior to any questioning that he has the right to remain silent, that anything he says can be used against him in a court of law, that he has the right to the presence of an attorney, and that if he cannot afford an attorney one will be appointed for him prior to any questioning if he so desires. Opportunity to exercise these rights must be afforded to him throughout the interrogation. After such warnings have been given, and such opportunity afforded him, the individual may knowingly and intelligently waive these rights and agree to answer questions or make a statement. But unless and until such warnings and waiver are demonstrated by the prosecution at trial, no evidence obtained as a result of interrogation can be used against him.

72) *Edwards v. Arizona*, 451 U.S. 477(1981)

73) 박미숙, 앞의 논문, 106쪽

74) 필라델피아 경찰국 경찰신문 기준표, 윤후정, 앞의 책, 170쪽

D. 당신이 변호사를 선임할 경제적 여유가 없지만 변호인의 조력을 받기를 원한다면 우리는 질문을 하기 전에 당신이 변호인을 제공받도록 주선할 것입니다.

E. 당신이 임의로 우리에게 진술한 경우라 하더라도 당신은 언제라도 자신이 원하는 때에 중단할 권리가 있습니다.

1. 당신은 묵비권이 있으며, 전혀 아무 것도 말하지 않을 수 있다는 것을 이해합니까?
2. 당신이 말하는 어떤 것도 법정에서 당신에게 불리하게 사용될 수 있으며 또한 사용될 것이라는 것을 이해합니까?
3. 당신은 침묵하기를 원합니까?
4. 당신은 우리가 어떤 질문을 시작하기 전에 당신 자신이 선임한 변호인과 면담할 권리가 있다는 사실을 이해합니까?
5. 만일 당신이 변호사를 선임할 경제적 여유가 없지만 변호인의 조력을 받기를 원한다면 당신에게 변호인이 선임될 때까지 우리는 아무 질문도 하지 않을 것이라는 사실을 이해합니까?
6. 당신은 지금 변호인과 면담하기를 원합니까, 아니면 우리가 당신에게 질문하는 동안 변호인과 동석하기를 원합니까?
7. 당신은 어떤 강압이나 공포감도 없이, 그리고 어떤 위협 또는 약속을 받은 바도 없이 당신 자신의 자유의사에 따라 기꺼이 질문에 응답하고 있습니까?

3. 영국

영국의 경우 1984년에 제정된 경찰 및 형사증거법(Police and Criminal Evidence Act 1984) 제58조 제1항은 "체포되거나 경찰서 혹은 그 밖의 시설에 구금된 사람은 요청할 경우 언제든지 변호인과 사적으로 접견할 권리를 가진다."고 규정하고 있고 이에 기하여 만들어진 경찰관의 인신구금과 처우 및 심문규정 C는 다음과 같이 규정함으로써 피의자에 대한 심문에 변호인의 참여를 원칙적으로 및 구체적으로 보장하고 있다.<sup>75)</sup> 그 부속서(Annex B)에서는 이들 권리가 지체될 수 있는 경우들을 규정하고 있으나 변호인과의 접견은 그가 피의자로 하여금 묵비할 것을 권유한다는 이유로, 또는 변호인이 본래 다른 사람을 위하여 경찰서에 온 경우에도 피의자가 그 변호인을 만나기를 원하는 다른 사람을 위하여 왔다는 이유로 지체되어서는 안 되고 지체하는 경우에도 경찰 및 형사증거법 41절이 정하는 관련 시각으로부터 최장 36시간(경찰 및 형사증거법에 의하여 체포된 경우) 또는 체포로부터 48시간(테러방지법에 기한 피구금자의 경우)의 범위 내에서 필요한 시간을 넘지 못하게 하고 있다.<sup>76)</sup>

75) Code C: Code of Practice for the Detention, Treatment and Questioning of Persons by Police Officers

3. 초기단계의 행동

(a) 피구금자

- 3.1. 체포되어 경찰서에 인치되거나 경찰서에 임의로 출석하여 체포된 사람에게 구금 책임자는 분명하게 다음의 권리를 말해 주고 이것들은 지속되는 권리들로서 구금 도중 어느 단계에서 행사하여도 좋다는 사실을 말해 주어야 한다.
  - ii. 비밀리에 변호인과 상담할 권리 및 독립된 무료의 법률원조를 이용할 수 있다는 것
- 3.5. 구금 책임자는 피구금자에게 지금 법적 원조를 받을 것인지를 물어야 한다. 피구금자에게 그의 결정을 확인하기 위하여 구금기록부에 서명할 것을 요청한다.

76) Annex B: Delay in Notifying Arrest or Allowing Access to Legal Advice;

A. 경찰 및 형사증거법에 기하여 구금된 피의자들

1. 5절 또는 6절에 기재된 권리들은 다음의 경우에 지체될 수 있다.
    - 피의자가 중죄(serious arrestable offence)와 관련되어 체포되었고 기소되기 전(has not yet been charged with an offence)이며 총경 이상 계급의 책임자가, 이러한 권리의 행사로 인하여
      - i. 중죄의 증거를 방해하거나 해치거나 타인의 신체에 위해를 주거나
      - ii. 이들 범죄를 저지른 것으로 의심되지만 아직 체포되지 않은 다른 사람들에게 경보를 주거나(lead to alerting)
      - iii. 이들 범죄의 결과로서 취득한 재산을 회수하는 것을 방해할 것으로 믿을 합리적인 이유가 있는 경우
    - 2. 이들 권리는 다음의 경우에도 지체될 수 있다. 중죄가
      - i. 마약거래이고 담당자가 피의자가 마약거래로써 이득을 얻었으며 그 가치의 회수가 이들 권리의 행사로 인하여 저해될 것이라고 믿을 합리적인 이유가 있는 경우 또는
      - ii. 형사재판법(Criminal Justice Act 1988) 제4부(물수 관련)가 적용되고, 담당자로서 피구금자가 그 범죄로 이득을 취하였고 이들 권리의 행사로 인하여 그가 그 범죄로부터 또는 그 범죄와 관련하여 얻은 재산적 가치 또는 금전적 이익을 회수하는 것이 저해될 것으로 믿을 합리적인 이유가 있는 경우
  3. 변호인과의 접견은 그가 피의자로 하여금 묵비할 것을 권유할 것이라거나, 또는 피의자가 그 변호인을 만나기를 원하는 이상 변호인이 본래 다른 사람을 위하여 경찰서에 왔다는 이유로 지체되어서는 안 된다. 후자의 경우 피구금자는 변호인이 다른 사람의 요청에 따라 경찰서에 왔음을 고지받고 그가 그 변호인을 보기를 원하는지 여부를 표명하기 위하여 구금기록부에 서명하도록 요청된다.
  4. 이들 권리들은 필요한 동안만 지체되어야 하며 아래 9항의 적용을 받는다. 어떤 경우에도 경찰 및 형사증거법 41절이 정하는 관련 시각(relevant time)으로부터 36시간을 넘지 못한다. 만약 위 이유들이 이 시간 내에 적용되지 않게 되면 실행가능한 즉시 이들 권리를 행사하기를 원하는지 피의자에게 묻고 구금기록부에 기록하고 이 규정의 해당 조항에 따라 조치를 취하여야 한다.
  5. 구금된 사람은 법원의 공판 이전에 상당한 시간 변호인과 상담하도록 허용되어야 한다.
- (b) 기록
6. 이 부속서에 따라 취한 조치는 기록되고 피의자에게 고지되어야 한다.
  7. 4조 또는 9조에 따라 피의자가 한 대답은 기록되고 피의자로 하여금 그가 이 단계에서 법적 조언을 받기를 원하는지와 관련하여 서명하도록 요청하여야 한다.
- B. 테러방지법에 따라 구금된 사람들[Persons detained under the Prevention of Terrorism(Temporary Provisions) Act 1989]
8. 이 규정의 제5절 또는 6절에 기재된 권리들은 다음의 경우에 지체될 수 있다. 위 1절이 적용되거나 또는 총경 이상 계급의 책임자가 이들 권리의 행사로 인하여
    - a. 테러행위의 범행, 준비 또는 선동에 관한 정보의 수집을 방해하거나
    - b. 누구에게든 경보를 줌으로써(by alerting any person) 테러행위를 예방하거나 테러행위의 범행, 준비 또는 선동에 관련된 자의 체포, 기소 또는 유죄판결을 확보하는 것을 더 어렵게 하는 것으로 믿을 만한 정당한 이유가 있을 때
  9. 이들 권리는 필요한 동안만 지체될 수 있으며 어느 경우에도 체포로부터 48시간을 넘을 수 없다. 위 이유들이 이 기간 내에 더 이상 적용되지 않게 되는 경우 실행가능한 즉시 이들 권리를 행사하기를 원하는지 피의자에게 묻고 구금기록부에 기록하고 이 규정의 해당 조항에 따라 조치를 취하여야 한다.
  10. 위 3조와 5조가 적용된다.
- (b) 기록
11. 위 6조와 7조가 적용된다.

## (c) 임의출석자

3.15.... 그가 체포되지 않고 제10절에 따라 주의를 받을 때, 주의를 주는 책임자는 동시에 그에게 그가 체포되지 않았다는 것 및 그가 경찰서에 머물러 있을 의무가 없지만 만약 머물러 있는 경우 희망하면 무료의 독립적인 법적 원조를 얻을 수 있다는 것을 고지하여야 한다. 법적 원조를 받을 권리에 그는 그가 원하는 경우 변호사와 전화로 대화하고 그에 물어볼 권리가 포함된다.

3.16. (3.15.에 따라) 임의로 경찰서에 출석한 자가 법적 조언을 받을 권리에 관하여 질문하는 경우 법적 조언을 얻는 제도들을 설명하는 안내서(notice)를 주어야 한다.

## 6. 법적 조언을 받을 권리

## (a) 행동

6.1. 부속서 B에 정한 규정의 제한 아래서, 경찰에 구금된 모든 사람에게 언제든지 직접 또는 서면이나 전화로 변호사와 상담하거나 교통할 수 있고 당직 변호사(duty solicitor)로부터 무료로 독립의 법적 조언을 얻을 수 있다는 것을 고지하여야 한다.

6.4. 경찰관은 어느 때든지 구금 하에 있는 사람으로 하여금 법적 조언을 구하지 말도록 설득할 목적으로 무엇을 하거나 말해서는 안 된다.

6.5. 법적 조언을 얻을 권리의 행사는 부속서 B에 부합하는 경우에만 지체될 수 있다. 법적 조언이 요청되는 경우에는 언제든지( 및 부속서 B가 적용되지 않는 경우에) 구금 책임자는 지체없이 관계인에게 이러한 조언의 제공을 확보하고자 행동하여야 한다. 만약 법적조언을 받을 권리를 고지받거나 깨닫고서 피구금자가 변호사와 직접 말하기를 꺼려하는 경우 책임자는 법적 조언을 받을 권리에 그는 그가 원하면 변호사와 전화로 통화하고 물을 권리가 포함되어 있다는 것을 적시해 주어야 한다. 만약 피구금자가 계속하여 법적 조언을 받을 권리를 포기하는 경우에는 책임자는 그 이유를 물어 이를 구금기록부 또는 적당한 면담 기록부에 기재하여야 한다....

6.6. 법적 조언을 원하는 사람은 그것을 얻기 전에는 신문되거나 신문이 계속되어서는 안 된다. 다음의 경우에는 그러하지 아니하다.

## a. 부속서 B가 적용되는 경우

b. 총경(superintendent) 이상의 계급자가 다음의 사유가 있다고 믿을 정당한 이유가 있을 때

i. 지체로 인하여 인명에 대한 즉각적인 위협 또는 재산에 대한 중대한 손실 또는 손해가 발생할 경우

ii. 변호사(당직변호사 포함)가 연락을 받고 출석하기로 동의하였으나 그가 도착하기를 기다리는 것이 수사절차에 부당한 지체를 야기할 경우

## c. 피의자에 의하여 지정되거나 목록 가운데서 그에 의하여 선택된 변호사가

i. 연락이 되지 않을 때

ii. 미리 연락받기를 바라지 않는다는 것을 알렸을 때

iii. 연락을 받고 출석을 거절한 때; 및 피의자가 당직변호사제도에 관하여 조언을 받았으나 당직변호사를 신청하기를 거부하거나 당직변호사를 이용할 수 없을 때(이 경우 조사관(Inspector) 이상의 계급자가 그 상황에서 신문을 계속하는 데에 동의한 때에는 더 이상 지체하지 않고 신문을 개시하거나 계속할 수 있다.)

d. 법적 조언을 원한 피의자가 마음을 바꾼 때. 이 경우 그가 법적 조언을 받지 않은 채 신문을 받는 데에 서면 또는 비디오테이프로서 동의하고 조사관 이상의 계급자가 그 이유를 묻고 신문을 계속할 것을 허락하면 신문을 개시하거나 계속할 수 있다. 피의자의 동의, 마음을 바꾼 것, 그 이유 및 허락하는 책임자의 성명은 신문의 첫머리 또는 재개하는 곳에 비디오테이프 또는 서면 신문기록에 기재하여야 한다.

6.7. 6.6.(b)(i)가 적용되는 경우 위협을 피하기 위한 충분한 정보가 얻어진 때에는 신문은 피의자가 법적 조언을 받을 때까지 중지하여야 한다. 다만 6.6.(a),(b)(ii), (c) 또는 (d)가 적용되는 경우는 제외한다.

6.8. 신문이 개시되거나 진행 중인 때에 피의자에게 변호인과의 상담이 허락되었고 변호인을 이용할 수 있을 경우에는(즉 변호인이 경찰서에 있거나 경찰서로 오는 중이거나 또는 전화로 손쉽게 연락할 수 있을 경우에는) 변호인으로 하여금 신문 도중 함께 있도록 허락하여야 한다.

6.9. 변호인의 행위가 신문 책임자로 하여금 피의자에게 적절하게 신문할 수 없게 하는 것인 경우에만 신문으로부터 떠날 것을 요구할 수 있다.

6.10. 신문 책임자가 변호인이 위와 같은 방법으로 행동하고 있다고 생각하는 경우 그는 신문을 중단하고 총경 이상 계급의 책임자가 있으면 그와 상담하고, 그렇지 않으면 그 수사관과 상관이 없는 조사관 이상 계급의 책임자와 상담한다. 변호인과 대담한 후 상담을 받은 책임자는 변호인의 참여 하에 신문을 계속할 것인지를 결정한다. 계속하지 않기로 결정하는 경우 신문이 계속되기 전에 피의자로 하여금 다른 변호인과 상담할 수 있는 기회를 주고, 그 변호인으로 하여금 신문에 참여할 기회를 준다.

6.11. 신문에 변호인을 퇴장시키는 것은 중대한 단계이므로 그러한 일이 생기면 이를 결정한 총경 이상 계급의 책임자는 변호사단체(Law Society)에게 보고할 것인지를 결정하여야 한다. 변호인을 퇴장시킨 결정이 총경보다 낮은 계급의 책임자에 의하여 내려진 경우에는 총경 계급 이상의 책임자에게 보고하여야 하고 그는 동일하게 변호사 단체에 보고하는 것이 적절한지를 검토하여야 한다. 관련된 변호사가 당직 변호사(duty solicitor)인 경우에는 보고는 변호사 단체와 법률원조위원회 모두에 대하여 하여야 한다.

6.15. 변호인이 특정한 피의자를 만나기 위하여 경찰서에 도착하는 때에는 신문 중인지 여부와 상관 없이 피의자에게 변호인의 도착을 고지하고 그를 보기를 원하는지를 물어야 한다. 이것은 피의자가 이미 법적 조언을 거부하였거나, 법적 조언을 요청하였다가 나중에 조언을 받지 않은 채 신문을 받는 데에 동의한 경우에도 적용된다.

## (b) 기록



6.16. 법적 조언의 요청 및 그에 따른 조치들은 기록되어야 한다.

6.17. 피의자가 법적 조언을 요청하고 신문이 변호인 또는 그의 대리인이 없는 가운데 시작되는 경우 또는 변호인 또는 그의 대리인이 신문에서 퇴장하기를 요구받은 경우 신문 기록 안에 기록하여야 한다.

그러므로 영국에 있어서 피의자의 신문에 변호인이 참여하는 것은 일반적인 원칙이며, 특수한 경우에만 제약될 뿐이다.

4. 독일

독일에서는 1964년의 형사소송법 개정으로 피의자가 구속영장에 의하여 구속된 때에는 지체없이 관할법판에게 인치하고 법관은 피의자의 혐의사실을 심문하는 데 이 심문에 변호인이 참여할 수 있게 하였고, 1974.12.9. 형사소송법 개정에 의하여 검사의 피의자 신문시에도 수사의 목적이 위태롭게 되지 않는 한 변호인의 참여가 인정되어 적극적으로 질문, 조언, 언급, 충고 등의 변호를 할 수 있고(제163조의 a 제3항, 제168조의 c 제1항), 검사는 수사목적이 위태롭게 되지 않는 한 변호인에게 검사의 피의자 신문기일을 통지하여야 한다. 경찰의 피의자신문시에도 변호인의 참여가 허용되는가에 관하여 견해가 나뉘어 있으나, 통설은 참여를 인정하지 않는다고 한다.<sup>77)</sup>

5. 한국

앞의 한국정부 대표가 유엔 고문방지위원회에서 표명하였듯이 수사절차에서 피의자 신문에 변호인이 참여하는 원칙적, 일반적 권리는 실무상 보장되지 않고 있다. 다만 대한민국과아메리카합중국간의상호방위조약제4조의한시설과구역및대한민국에서의합중국군의지위에관한협정 제22조 9항 (마)호에서 합중국군대의 구성원, 군속 또는 그들의 가족이 한국의 재판권에 따라 기소될 때에는 수사과정에 변호인이 참여하여 상의할 권리를 인정하고 있다.<sup>78)</sup> 또한 형사소송법이 변호인의 참여를 규정하고 있는 경우가 있다.<sup>79)</sup> 원칙적,

77) 박미숙, 앞의 논문, 189-208쪽

78) 위 협정의 제22조 9항 (마)는 다음과 같다. 제22조(형사재판권) 9. 합중국군대의 구성원, 군속 또는 그들의 가족은 대한민국의 재판권에 의하여 공소가 제기되는 때에는 언제든지 다음의 권리를 가진다. (마) 자신의 변호를 위하여 자기가 선택하는 변호인을 가질 권리 또는 대한민국에서 그 당시에 통상적으로 행하여지는 조건에 따라 비용을 요하지 아니하거나 또는 비용의 보조를 받는 변호인을 가질 권리.

동협정의 합의의사록은 협정의 교섭에 있어서 이루어진 양해사항들을 기록한 것으로서 제22조에 관하여 본조의 규정은 합중국 군대 이외의 대한민국에 있는 국제연합 군대의 인원에 대한 재판권의 행사에 관한 현행의 협정, 약정 또는 관행에는 영향을 미치지 아니한다고 하면서 제9항(마)에 관하여 "변호인의 조력을 받을 권리는 체포 또는 구금되는 때로부터 존재하며 피의자 또는 피고인이 참여하는 모든 예비수사, 조사, 재판 전의 심리, 재판 자체 및 재판 후의 절차에

변호인과 비밀히 상의할 권리를 포함한다."고 규정한다.

79) 형사소송법이 특별히 수사 중인 피의자에 대한 신문에 변호인의 참여를 규정하고 있는 부분은 다음의 것들이다.

1. 검사의 청구에 의한 제1회공판기일 전 증인신문(형사소송법 제221조의2 제5항)과 변호인 참여권

범죄의 수사에 없어서는 아니될 사실을 안다고 명백히 인정되는 자가 검사 또는 사법경찰관의 출석요구에 대하여 출석 또는 진술을 거부한 경우 및 검사 또는 사법경찰관에게 임의의 진술을 한 자가 공판기일에 전의 진술과 다른 진술을 할 염려가 있고 그의 진술이 범죄의 증명에 없어서는 아니될 것으로 인정될 경우에는 검사는 제1회공판기일전에 한하여 판사에게 그에 대한 증인신문을 청구할 수 있다(제221조, 제221조의2 제1항, 제2항). 1995.12.29. 개정 이전에는 형사소송법 제221조의2 제5항이 "판사는 수사에 지장이 없다고 인정할 때에는 피고인, 피의자 또는 변호인을 제1항 또는 제2항의 청구에 의한 증인신문에 참여하게 할 수 있다."고 규정함으로써 판사의 재량으로써 피의자, 피고인 및 변호인의 참여권을 배제할 수 있는 것으로 하고 있었기에 대하여는 위 조항에 기한 증인신문절차에서 작성된 증인신문조서가 형사소송법 제311조1)에 기하여 무조건 증거능력이 인정되는 점에 비추어 비판적인 견해가 유효하였으나 대법원은 위 경우에 피의자, 피고인 또는 변호인의 참여는 필요적 요건이 아니므로 피고인이나 변호인에게 참여의 기회를 부여하지 않았다고 하더라도 위법하지 않다는 것이 판례의 입장이었다. 개정 형사소송법 제221조의2 제5항은 "판사는 특별히 수사에 지장이 있다고 인정하는 경우를 제외하고는 피고인, 피의자 또는 변호인을 제1항 또는 제2항의 청구에 의한 증인신문에 참여하게 하여야 한다"고 규정함으로써 검사의 청구에 의한 증거보전절차로서의 증인신문에 있어서 원칙적으로 피의자, 피고인과 변호인의 참여를 보장하지 않으면 안 되게 되었다.

2. 형사소송법 제221조의 2(증인신문의 청구)

제1항 범죄의 수사에 없어서는 아니될 사실을 안다고 명백히 인정되는 자가 전조의 규정에 의한 출석 또는 진술을 거부한 경우에는 검사는 제1회공판기일 전에 한하여 판사에게 그에 대한 증인신문을 청구할 수 있다.

제2항 전조의 규정에 의하여 검사 또는 사법경찰관에게 임의의 진술을 한 자가 공판기일에 전의 진술과 다른 진술을 할 염려가 있고 그의 진술이 범죄의 증명에 없어서는 아니될 것으로 인정될 경우에는 검사는 제1회 공판기일 전에 한하여 판사에게 그에 대한 증인신문을 청구할 수 있다.

제5항 판사는 특별히 수사에 지장이 있다고 인정하는 경우를 제외하고는 피고인, 피의자 또는 변호인을 제1항 또는 제2항의 청구에 의한 증인신문에 참여하게 하여야 한다.

3. 형사소송법 제184조(증거보전절차로서의 압수, 수색, 증인신문 또는 감정)

제1항은 검사, 피고인, 피의자 또는 변호인은 미리 증거를 보전하지 아니하면 그 증거를 사용하기 곤란한 사정이 있는 때에는 제1회공판기일전이라도 판사에게 압수, 수색, 검증, 증인신문 또는 감정을 청구할 수 있다고 규정하고 있다. 형사소송법 제163조에 따라 검사, 피고인, 또는 변호인은 증인신문에 참여할 수 있고(제1항), 증인신문의 기일과 장소는 전항의 규정에 의하여 참여할 수 있는 자에게 미리 통지하여야 한다(단, 참여하지 않는다는 의사를 명시한 경우는 제외, 제2항). 형사소송법 제121조는 피고인 또는 변호인은 (법원의) 압수, 수색영장의 집행에 참여할 수 있다고 규정하고 제122조는 압수, 수색영장을 집행함에는 미리 집행의 일시와 장소를 전조에 규정한 자에게 통지하여야 한다고 규정하며(역시 참여하지 않는다는 의사를 명시한 때 또는 급속을 요하는 때에는 제외) 제176조는 검사, 피고인 또는 변호인은 감정에 참여할 수 있고(제1항) 미리 감정의 일시와 장소를 통지하도록 규정하고 있으므로(제2항) 증거보전절차에서 당사자는 참여권이 있다. 그러므로 증거보전절차로서 이러한 증인신문, 압수, 수색 등이 행하여지는 경우 그 일시와 장소를 피의자 및 변호인에게 미리 통지하여 참여하게 할 수 있는 기회를 부여하여야 하며, 이러한 기회를 주지 않는 경우 그 절차에서 얻어진 증거는 증거능력이 부정된다.

일반적인 참여에 관하여 해석상 변호인의 참여권이 인정되지 않는다는 견해가 있으나<sup>80)</sup> 이러한 견해는 타당하다고 하기 어렵다. 변호인의 조력은 헌법상의 보장으로서 “자유로운 접견은 국가안전보장, 질서유지, 공공복리 등 어떠한 명분으로도 제한될 수 있는 성질의 것이 아님에 비추어<sup>81)</sup> 수사기관의 피의자 신문에도 변호인의 참여와 조력은 보장되는 것으로 풀이하여야 옳다. 또한 변호인의 조력을 받을 권리를 보장한 헌법제12조 제4항, 피의자신문조서의 작성에 있어서 변호인의 이의진술권을 인정한 형사소송법 제48조 제5항, 변호인의 접견교통권 등을 근거로 검찰의 피의자신문시에 변호인의 참여를 인정하여야 한다거나<sup>82)</sup> 또한 검사가 작성한 피의자신문조서는 공판준비 또는 공판기일에서의 피고인의 진술에 의하여 그 성립의 진정함이 인정된 때에는 증거능력이 있고(형사소송법 제312조 제1항) 그 결과 피고인이 검사의 피의자신문시 자백한 후 기소되어 법정에서 자백을 번복하더라도 검사작성의 피의자신문조서의 증거능력을 부정할 수 없으므로 피의자가 검사로부터 피의자신문을 받는 순간은 미국연방대법원이 공판이전단계에 국선변호권을 확장시키는 과정에서 형성된 결정적 단계(critical stage)에 해당한다고 보아 변호인 입회권을 보장하여야 한다는 견해도 있다.<sup>83)</sup> 어쨌든 피의자 신문에 변호인이 참여하는

4. 형사소송법 제201조의2(구속영장 발부에 있어서의 신문)  
 형사소송법 제201조의2 제1항...제20조의2(체포). 제200조의3(긴급체포) 또는 제212조(현행범인의 체포)에 의하여 체포된 체포된 피의자에 대하여 구속영장을 청구받은 지방법원 판사는 피의자 또는 그 변호인...의 신청이 있을 때에는 피의자를 신문할 수 있다.  
 제4항...지방법원 판사는 ...심문기간과 장소를 검사, 피의자 및 변호인에게 통지하여야 하고...  
 제5항...변호인은 제4항의 심문기일에 출석하여 의견을 진술할 수 있다.

5. 형사소송법 제214조의2(체포와 구속의 적부심사)제1항...체포영장 또는 구속영장에 의하여 체포 또는 구속된 피의자 또는 그 변호인...은 관할법원에 체포 또는 구속의 적부심사를 청구할 수 있다

제8항...변호인은 제3항의 신문기일에 출석하여 의견을 진술할 수 있다.

80) 註釋 刑事訴訟法(上), 738쪽

81) 헌법재판소 1992.1.28. 선고 91헌마111 결정은 피의자가 국가보안법 위반 등 피의사건으로 국가안전기획부에 의하여 구속되어 경찰서 유치장에 수감되어 있던 중 국가안전기획부 면회실에서 피의자의 변호인 및 처와 동시에 접견함에 있어서 국가안전기획부 직원5인이 접견에 참여하여 가까이서 지켜보면서 대화내용을 듣고 기록하고 사진을 촬영하였고 변호인이 항의하면서 변호인과 피의자와의 접견은 비밀이 보장되어야 하니 피의자와 따로 만날 수 있도록 해 줄 것과 대화내용의 기록이나 사진촬영을 하지 말 것을 요구하였으나 거부당한 데 대하여, 헌법 제12조 제4항이 보장하고 있는 신체구속을 당한 사람의 변호인의 조력을 받을 권리는 무죄추정을 받고 있는 피의자, 피고인에 대하여 신체구속의 상황에서 생기는 여러 가지 피해를 제거하고 구속이 그 본래의 한도를 초과하여 이용되거나 작용되지 않게끔 보장하기 위한 것으로서 여기의 변호인의 조력은 변호인의 충분한 조력을 의미하고, 충분한 조력을 위하여는 무엇보다도 먼저 신체구속을 당한 사람이 변호인과 충분한 상담을 할 수 있도록 해 주어야만 할 것이므로 변호인의 조력을 받을 권리의 필수적 내용은 신체구속을 당한 사람과 변호인과의 접견교통이고...변호인과의 자유로운 접견은 신체구속을 당한 사람에게 보장된 변호인의 조력을 받을 권리의 가장 중요한 내용으로서 국가안전보장, 질서유지, 공공복리 등 어떠한 명분으로도 제한될 수 있는 성질의 것이 아니라고 설시하면서 위헌임을 확인하고 있다. 이 결정은 피의자의 신문에 변호인이 참여할 수 있다는 것을 구체적으로 명기하고 있지는 않으나 피의자에게는 “변호인의 충분한 조력”을 받을 권리가 있고 이 권리는 “국가안전보장, 질서유지, 공공복리 등 어떠한 명분으로도 제한될 수 있는 성질이 아니”라고 하고 있으므로 수사과정에 있어서도 충분히 및 제한됨이 없이 변호인의 조력을 받을 권리가 있다고 하여야 하고, 그것은 곧 변호인의 참여를 보장하는 것을 의미한다고 보아야 할 것이다.

82) 신성철, 피고인의 방어권행사에 있어서의 절차상의 문제점, 형사법에 관한 제문제(상), 법원행정처 재판자료 제49집, 195쪽; 신동운, 형사소송법 386쪽; 주명수, 변호인접견교통권, 인권보고서 제4집, 대한변호사협회, 1990, 328, 338쪽

83) 박홍우, 피의자 및 피고인의 변호인의 조력을 받을 권리, 199쪽

문제에 있어서도 우리의 법률과 실무수준은 국제기준에 크게 미달하고 있다.

IV. 변호인 접견의 비밀을 보장받을 권리

1. 국제기준

(1) 관련규정

(가) 유럽인권조약 제6조는 3. 범죄의 혐의로 고발된 사람은 최소한 b. 방어를 위한 충분한 편의를 가질 권리가 있다<sup>84)</sup>고 규정한다.

(나) 피구금자처우최저기준규칙 제93조는 미결구금자는 ..자기 방어를 목적으로 변호인의 방문을 받으며 비밀의 지시문서를 준비하여 변호인에게 전달할 수 있어야 한다고 규정한다.<sup>85)</sup>

(다) 유럽형사시설규칙 제93조는 미결구금자는... 방어를 위하여 법률 원조자로부터 방문을 받고 비밀의 지시문서를 준비하여 법률 원조자에게 건네주거나 받을 수 있다. 요청에 따라 그들은 이 목적을 위한 필요한 모든 편의가 주어진다고 규정한다.<sup>86)</sup>

(라) 고문과 기타 잔인하거나 비인간적이거나 모욕적인 처우 또는 처벌을 당한 모든 사람을 보호하기 위한 선언 제4조는 국가는 그 관할의 범위 내에서 고문과 기타 잔인하거나 비인간적이거나 모욕적인 처우나 처벌을 방지하기 위하여 이 선언의 규정에 따라 효과적인 수단을 취해야 한다<sup>87)</sup>, 제6조는 국가는 어떤 유형의 고문 기타 잔인하거나 비인간적이거나 모욕적인 처우나 처벌도 예방하고자 영토 내에서 자유를 상실한 사람들의 구금과 처우의 제도뿐만 아니라 신문 방법과 실무관행들에 대하여도 체계적인 재검토를 지속하여야 한다고 규정한다. 변호인과의 접견의 비밀을 보장하여야 할 간접적인 근거가 될 수 있을 것이다.

(마) 시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약(B규약) 제14조3항은 모든 사람은 그에 대한 형사상의 죄(any criminal charge)를 결정함에 있어서 최소한 (b)변호의 준비를 위한 충분한 시간과 편의를 가질 것 및 그 자신이 선임한 변호인과 교통(communicate)할 것을 완전히 평등하게 보장받을 권리를 가진다.<sup>88)</sup>

(바) 미주인권조약 8조 2항은 형사범죄의 절차가 진행되는 동안 누구든지 완전 평등하게 최소한 다음의 권리를 가진다. b...자신의 방어를 준비할 충분한 수단; d.... 스스로 선

84) 주2)를 보라.

85) 주4)를 보라.

86) 주6)을 보라.

87) Article 4

Each state shall, in accordance with the provisions of this Declaration, take effective measures to prevent torture and other cruel, inhuman or degrading treatment or punishment from being practised within its jurisdiction.

88) 주11)을 보라.

택한 변호인의 조력을 받고 그와 자유로이 및 비밀리에 교통할 권리<sup>89)</sup>를 규정한다.

(사) 고문방지협약 제11조는 당사국은 어떤 유형의 고문도 방지하고자 관할 영토 내에서 어떤 형태이든 체포, 억류 또는 구금을 당한 사람들의 구금과 처우의 제도뿐만 아니라 신문 방법과 훈령들과 실무관행들에 대하여도 체계적인 재검토를 지속하여야 한다<sup>90)</sup>, 제15조는 당사국은 고문의 결과로서 이루어졌음이 확인된 진술은 어떠한 절차에서도 증거로 원용될 수 없음을 보장한다. 다만, 고문을 가한 것으로 고발된 사람에 대하여 그 진술이 있었다는 증거로서 원용하는 경우를 제외한다, 제16조는 1.당사국은 관할 영토 내에서 제1조에 규정된 고문에까지는 이르지 않는 기타의 잔인하거나 비인간적이거나 모욕적인 처우 또는 처벌 등의 행위들이 공무원 기타 공공의 권한을 가지고 행동하는 사람들에 의하여 또는 이들의 교사나 동의나 묵인 아래에 이루어질 경우에는, 이를 방지할 것을 보장한다.고 규정한다.<sup>91)</sup>

(아) 모든 형태의 억류, 구금 하에 있는 사람들을 보호하기 위한 원칙<sup>92)</sup> 18조는 ③ 억류 또는 구금된 자가 지체나 검열 없이 및 완전한 비밀의 보장 아래에 자신의 변호사의 방문을 받고 그와 상담하고 교통할 권리는 법률 또는 합법적인 규칙에 명시되고 안전과 질서를 유지하기 위하여 사법 또는 기타의 당국에 의하여 없어서는 안 된다고 여겨지는 예외적인 상황을 제외하고는 정지되거나 제한되어서는 안 된다. ④ 억류 또는 구금된 자와 변호사 사이의 접견은 법집행 관리의 시야의 범위 내에 있을 수 있으나 청취의 범위 내에 있어서는 안 된다<sup>93)</sup>, 제36조는 ② 수사와 사실심리가 진행 중인 사람의 체포나 억류

89) 주13)을 보라.

90) 주15)를 보라.

91) Article 15. Each State Party shall ensure that any statement which is established to have been made as a result of torture shall not be invoked as evidence in any proceedings, except against a person accused of torture as evidence that the statement was made.

Article 16. 1. Each State Party shall undertake to prevent in any territory under its jurisdiction other cruel, inhuman or degrading treatment or punishment which do not amount to torture defined in article 1, when such acts are committed by or at the instigation of or with the consent or acquiescence of a public official or other person acting in an official capacity. In particular, the obligations contained in articles 10, 11, 12 and 13 shall apply with the substitution for references to torture, of references to other forms of cruel, inhuman or degrading treatment or punishment.

92) Body of Principles for the Protection of All Persons under Any Form of Detention or Imprisonment; 유엔총회에 서 1988년 12월 9일 채택

93) Principle 18 ① A detained or imprisoned person shall be entitled to communicate and consult with his legal counsel. ② A detained or imprisoned person shall be allowed adequate time and facilities for consultations with his legal counsel. ③ The right of a detained or imprisoned person to be visited by and to consult and communicate, without delay or censorship and in full confidentiality, with his legal counsel may not be suspended or restricted save in exceptional circumstances, to be specified by law or lawful regulations, when it is considered indispensable by a judicial or other authority in order to maintain security and good order. ④ Interviews between a detained or imprisoned person and his legal counsel may be within sight, but not within the hearing, of a law enforcement official. ⑤ Communications between a detained or imprisoned person and his

는 법률에 정한 이유와 조건 및 절차에 따라 사법의 집행의 목적을 위하여서만 이루어져야 한다. 이러한 자에게 억류의 목적을 위하여 또는 수사 절차 또는 사법의 집행에 대한 방해로 방지하기 위하여 또는 억류 장소에서의 안전과 질서 유지를 위하여 반드시 요구되지 않은 제약을 가하는 것은 금지된다고 규정한다.

(자) 변호사의 역할에 관한 기본원칙 8조는 체포, 억류 또는 구금된 사람은 누구든지 지체나 간섭 또는 검열 없이 그리고 완전한 비밀 가운데 변호사의 방문을 받고 교통하고 상담할 충분한 기회와 시간 및 편의가 주어져야 한다. 이들 상담은 법집행 관리들의 시야의 범위 내에 있을 수 있으나 청취의 범위 내에 있어서는 안 된다<sup>94)</sup>, 17조는 정부는 변호사들이 a. 협박, 방해, 괴롭힘 또는 부적당한 간섭 없이 모든 직업적 기능을 수행할 수 있을 것; b. 자국 내에서도 외국에서 자유롭게 여행하고 의뢰인과 상담할 수 있을 것; c. 공인된 직업적 의무와 기준 및 윤리에 따라 취한 어떠한 행위에 대하여도 소추 또는 행정적, 경제적 기타의 제재를 당하거나 그 위협을 받지 않을 것을 보장하여야 한다<sup>95)</sup>, 22조는 정부는 변호사와 의뢰인 사이의 직업적인 관계에서의 교통과 상담이 비밀임을 인정하고 존중한다.<sup>96)</sup>고 규정한다.

(2) 해석과 적용

변호인과의 접견 교통에 관하여는 국제기준들이 일반적으로 명문으로써 비밀 보장을 규정하고 있을 뿐만 아니라, 유럽인권위원회 및 재판소에 의한 이들 조항의 해석을 통하여 피구금자와 변호인과의 비밀의 접견교통권의 보장이 명확히 확립되어 있다.

특히 변호인 접견교통의 비밀과 관련한 것으로서 유럽인권조약 제6조를 피의자단계에도 적용되는 방향으로 판례를 발전시킨 것으로 주목되는 사례로서 Can 사건<sup>97)</sup>이 있다. 방화죄의 혐의를 받고 1980년 8월 17일 구속된 청구인 Can(터키출생의 이민, 오스트리아 거주)이 1980년 8월 방화 혐의로 체포 구속되어 4차례의 석방청구(application for

legal counsel mentioned in this principle shall be inadmissible as evidence against the detained or imprisoned person unless they are connected with a continuing or contemplated crime.

94) 8. All arrested, detained or imprisoned persons shall be provided with adequate opportunities, time and facilities to be visited by and to communicate and consult with a lawyer, without delay, interception or censorship and in full confidentiality. Such consultations may be within sight, but not within the hearing, of law enforcement officials.

95) 16. Governments shall ensure that lawyers a. are able to perform all of their professional functions without intimidation, hindrance, harassment or improper interference; b. are able to travel and to consult with their clients freely within their own country and abroad; and c. shall not suffer, or be threatened with, prosecution or administrative, economic or other sanctions for any action taken in accordance with recognized professional duties, standards and clients.

96) 22. Governments shall recognize and respect that all communications and consultations between lawyers and their clients within their professional relationship are confidential.

97) Can v. Austria, Judgment of the European Human Rights on 30 September 1985, A96

release)를 제기하였으나 계속하여 1심법원과 항고법원에서 기각당하고 다섯 번째 청구에 대하여는 9만 실링의 보증금을 납부할 것을 조건으로 석방을 명하는 결정을 얻었다. 그러나 보증금을 마련하지 못하여 석방되지 못한 끝에 1981년 11월 12일에 2만 실링을 보증금으로 제출하는 것을 조건으로 하여 석방되었다. 구금 도중 청구인이 감시 없는 상태에서 변호인과의 접견을 허가할 것을 요구하였음에도 불구하고 변호인과의 접견을 감시당하였다. 청구인은 이러한 조치들에 대하여 여러 차례 이의신청을 제기하였으나 죄상의 위험성과 치안을 이유로 기각되었다. 청구인은 유럽인권조약 제5-3조 중 재판 기간 중 석방될 권리<sup>98)</sup> 및 제6-3-c조 자신이 선택한 변호인의 조력을 통하여 방어할 권리가 침해되었음을 주장하여 유럽인권위원회에 제소하고 유럽인권위원회가 유럽인권재판소에 회부하였다. 오스트리아 정부는 청구인과 변호인 사이의 접견을 감시한 것은 오스트리아 형사소송법이 주로 또는 오직 증거인멸의 위험을 이유로 구속된 피의자의 경우 공소장(indictment)이 제출될 때까지는 변호인의 접견에 법원 직원이 참여하여야 한다고 규정하고 있음을 근거로 한 것이라고 하면서 정당함을 주장하였으나, 유럽인권위원회는 1984.7.12. 유럽인권재판소에 제출한 보고서(report)에서, 변호인과의 접견의 권리가 기소전의 피의자에게도 보장되는가의 점에 관하여 조사가 전체의 맥락에서 공평한 재판의 보장에 결정적인 중요성이 있는 경우에는 유럽인권조약 6조의 적용이 있고, 이 사건에서는 수사의 초기 단계에서 상당한 기간에 걸쳐 청구인과 변호인과의 접촉에 제한이 과하여 졌음이 인정되며, 이 사건 특유의 사실을 검토한 결과 6-3-b 및 c로부터 생기는 보장은 원칙적으로 이 상황에 적용될 수 있고, 오스트리아 법제에서는 수사의 절차는 공판에 있어서 기소사실을 심리하기 위한 골격을 결정하는 것이므로 재판의 준비를 위하여 매우 중요하고 판결에 있어서 수사 절차 중에 얻어진 증거에 의거하는 것이 가능하므로 피의자 자신이 확보한 것이든 변호의 원조에 의하여 확보된 것이든 묻지 않고 변호활동의 기초적 사항들이 이 단계에서 가능해야 하는 것은 변호에 있어서 불가결하고, 또한 유럽인권조약 제6조가 변호인과의 접견교통권을 명기하고 있지는 않으나 시민적·정치적 권리에 관한 국제규약 14-3-b조와 유럽피구금자처우최저기준규칙 93조 등은 피의자와 변호인간의 접견의 비밀이 보장될 권리를 보장하고 있음에 비추어 유럽인권조약 6조도 같은 입장에 있는 것으로 보아야 하고, 유럽인권조약 6조3항이 피의자에 대하여 초기의 수사 단계에서 자기의 변호인과 비밀히 접견할 권리를 부여하도록 요구하고 있는가를 알기 위하여는 변호인이 이 단계에 있어서 하여야 할 역할을 고려하는 것이 중요한데 그것은 재판의 준비뿐만 아니라 수사절차의 과정에서 이루어지는 조치의 적법성을 감독하고 새로운 관련 사실을 탐색할 수 있어야 하고 또한 증인이 생생한 기억을 가지고 있는 초기의 단계에서

98) Article 5-3

Every one arrested or detained in accordance with the provisions of paragraph 1.c of this article shall be brought promptly before a judge or other officer authorized by law to exercise judicial power and shall be entitled to trial within a reasonable time or to release pending trial. Release may be conditioned by guarantees to appear for trial.

증명수단을 식별하고 제출하는 것을 원조하고, 피의자가 자기의 구금에 관하여 그 정당성, 시간, 조건에 관하여 환기하고자 하는 것을 원조하고 또한 일반적으로 구금에 의하여 자기의 정상적인 환경을 빼앗긴 피의자를 원조하는 것이라는 점을 논지로 하여, 오스트리아 국내법이 유럽인권조약 6-3-c조에 위반된다는 의견을 표명하였다. 오스트리아 정부는 유럽인권위원회의 의견을 수용하여, 청구인에게 10만 오스트리아실링의 손해배상과 국내법적 절차의 비용으로서 54,336.62 오스트리아실링 기타 변호사비용을 지급하고 준비 중인 형사소송법 개정법률안의 체계 안에서 증거인멸의 염려가 있을 경우에 적용될 피의자와 변호인의 접견 감시에 관한 새로운 규칙을 입법부에 제출하기로 하는 등의 내용으로 청구인과 사이에 합의를 성립시켜 우호적인 해결(friendly settlement)에 도달하였고 이로써 사건은 사건목록에서 삭제(strike the case out of the list)되었다.<sup>99)</sup>

S. v. Switzerland 사건<sup>100)</sup>에서 청구인은 원자력발전소의 남미 수출과 국제무기박람회 개최에 반대하는 시위 등에서 방화와 폭발물 사용 등을 저지른 혐의로 체포되어 구속되어 수사기관의 신문에 목비권을 행사하였으며 1985년 5월 28일 기소되었고 도주 및 공범들과의 공모의 염려가 있다는 이유로 재유치(remand)되었고 방화 혐의 등으로 추가기소되었는데, 이들 기소는 모두 경찰이 범인들을 은닉하고 있다고 생각한 공동생활체(commune)의 전화를 도청하고 쓰레기통을 뒤져서 얻은 서류들의 필적감정에 근거한 것들이었다. 1985년 5월 8일 변호인과 자유로이 대화할 수 있었으나 5월 15일부터 변호인의 방문은 경찰관의 감시 하에 이루어 졌다. 청구인은 5월 4일, 6일 및 21일 등 세 차례의 편지를 변호인에게 썼는데 모두 수거되어 나중에 필적감정의 목적으로 사용되었다. 5월 31일의 변호인 접견은 경찰이 요지를 기록하였고 그들이 더 이상 사건에 관하여 대화하지 않자 다른 일이 있다는 이유로 1시간만에 접견을 제지하였다. 쾰리히 주 형사소송법 18조는 "구금된 피의자는 변호인과 서면 및 구술의 연락을 가질 수 있다. 다만 수사의 목적이 저해되지 않는 경우에 한한다. 구금기간이 14일을 초과하는 경우 특히 공모의 위험 등 특별한 이유가 있는 경우를 제외하고는 피의자로 하여금 자유로이 및 감시 없이 변호인과 접견하도록 허가하는 것을 거부하여서는 안 된다. 수사가 종결된 뒤에는 이 권리를 제약 없이 가진다."<sup>101)</sup>고 규정하고 있었다. 1985년 6월 27일 변호인으로 하여금 경찰의 보고서 3개와 공범의 진술서 사본 몇 개를 열람하도록 허용하였으나 복사는 거부하였다. 10월에 경찰의 8월 8일자 최종보고서 중 몇몇 발췌된 부분을 열람하도록 하였다. 그로부터 1986년 1월까지 변호인은 사건기록에 접근할 수 없었다. 1985년 8월 23일에는 변호인이 청구인에게 몇 가지의 결정들과 지방검찰청의 편지들 및 같은 달 19일에 제기한 항고사건의 비망록들 사본을 전달하고자 하였으나 여전히 감시되었고 위 사본은

99) 北村泰參, 앞의 책, 131-132쪽, Can v. Austria, Judgment of the European Human Rights on 30 September 1985, A96, paras. 13,14

100) S. v. Switzerland, Judgment of the Court of Human Rights on 28 November 1991, A220

101) ibid., para18.

압수되어 검찰청에 송부되었다. 지방검찰청의 요청에 의하여 재유치(detention on remand)의 기간이 1986년 9월 12일까지로 연장되었다. 경찰은 8월 23일, 10월 11일, 21일, 12월 18일 등의 변호인 접견의 요지를 기록하여 사건기록에 첨부하였다. 이에 의하면 변호인은 자신이 검토한 서류들을 경찰에게 보여주어야 하였다. 1986년 1월 10일 하루 반 동안의 신문-검사가 진술을 하라고 하였으나 청구인은 묵비하였다-이 끝난 뒤부터 접견과 서신에 대한 감시가 이루어지지 않았다. 청구인은 국내의 불복절차를 거쳐 유럽인권위원회에 제소하였다. 102) 유럽인권위원회는 청구인이 1985년 5월 31일부터 1986년 1월 10일까지 변호인과 자유로이 대화할 수 없었던 점에 대하여 유럽인권조약 6-3-c에 위배된다는 의견을 표명하였다. 103) 유럽인권재판소는 유럽인권조약이 미주인권조약(American Convention on Human Rights) 8-2-d와는 달리 형사 범죄의 피의자, 피고인에 대하여 변호인과 제약 없이 교통할 권리를 명시적으로 보장하고 있지는 않다는 점을 인정하면서도 그 권리는 유럽구금자처우에관한최저기준규칙93조가 "미결구금자는 구금 즉시 변호인을 선임할 권리를 가지거나, 또는 가능한 경우 무료의 법적 원조를 신청하고 그의 방어를 위하여 변호인의 방문을 받고 비밀의 지시를 준비하여 변호인에게 건네 주거나 변호인으로부터 받는 것이 허용되어야 한다. 그의 요구에 따라 미결구금자는 이를 위한 모든 필요한 편의가 주어진다. 특히 당국과의 모든 기본적인 연락 및 변호인을 위한 무료의 통역의 원조가 주어져야 한다. 미결구금자와 그 변호인과의 접견은 경찰 또는 구치소 담당자의 시야 내에서 행하여 질 수 있으나 직접이든 간접이든 청취의 범위 내에 있어서는 안 된다."고 규정하고 있는 점, 유럽인권위원회 및 유럽인권재판소의 심리절차에 참가하는 자에 관한 유럽협정<sup>104)</sup> 3조 2항에서 구금된 사람이 위원회 및 재판소와 자유로이 교통할 수 있는 권리에는 c. 이러한 사람들이 타인으로부터 청취되지 않는 가운데 유럽인권위원회에 대한 청구 또는 그로부터 파생하는 절차와 관련하여 그들이 구금된 나라의 법정에 출석할 자격이 있는 변호인과 교통할 권리를 가진다고 규정하고 있는 점 등에 의거하여, 피의자, 피고인이 제3자가 듣지 않는 가운데(out of hearing of a third person) 그의 변호인과 교통할 권리는 민주주의 사회에 있어서의 공정한 재판의 기본적인 요소로서 유럽인권규약 6-3-c조로부터 도출되는 것이며, 만약 변호인이 의뢰인과 대화하고 비밀문서를 수령하는 데 있어서 감시를 받지 않을 수 없다고 한다면 그의 조력은 많은 부분 효용을 상실할 것인 바, 유럽인권규약은 특히 Artico 판결에서 판시한 바 있듯이 실제적이고 효과적인(practical and effective) 권리<sup>105)</sup>를 보장하고 있다는 등의 실시와 함

102) *ibid.*, paras.9-21,30-33, 43,44.

103) *ibid.*, para.44

104) the European Agreement Relating to Persons Participating in Proceedings of the European Commission and Court of Human Rights

105) Artico v. Italy, Judgment of the European Court of Human Rights, 13 May 1980, A37. 청구인이 사기 등의 죄목으로 유죄판결을 받고 항소를 거쳐 파카법원(the Court of Cassation)에 불복상고한 후 국선변호인의 선임을 청구하여 국선변호인이 지정되었으나 그 변호인이 선약과 건강상의 문제를 이유로 사실상의 변론을 수행하지 않았고 청구인이 국선변호인의 교체를 요

계 유럽인권규약 6-3-c조의 침해를 인정하였다.<sup>106)</sup>

Campell 사건<sup>107)</sup>은 알바니(Albany) 교도소의 수형자들이 동료 수형자에 대한 교도소의 처우에 항의하여 복도에서 연좌하던 중 강제로 해산되는 과정에서 충돌과 부상이 발생한 데 대하여 청구인 Campbell 등을 폭동 및 선동, 폭행 등 혐의로 징벌절차(disciplinary proceedings)에 회부한 데서 비롯된 사건이다. 절차가 개시되자 청구인 Campbell이 법률적 대리인이 선임될 것을 되는 경우에만(only if he were legally represented) 출석할 것이라고 말하고서, 법률적 대리가 허용되지 않자 출석하지 않았다. 유럽인권재판소는 Campbell이 징계위원회의 청문에 출석하지 않기로 결정한 것은 사실이지만 그 절차에서 사전에 법적 조언과 원조 내지 법률적 대리인을 얻을 기회를 부여하지 않은 것은 유럽인권규약 6-3-c가 "범죄의 혐의를 받는 자로서 자기 스스로 자신을 방어하기를 바라지 않는 경우에는 자신이 선택한 법적 원조에 의지할 수 있을 것"을 요구하고 있고<sup>108)</sup> 또한 어느 정도의 사전 상담이 없는 변호사가 의뢰인을 "원조"하는 것은 거의 불가능하다는 점 등을 근거로 하여 6-3-b조의 침해를 인정하였다.<sup>109)</sup> 또한 위 사건의 다른 청구인인 Fell은 자신이 위 해산 과정에서 부상을 입었음을 주장하면서 상담을 위하여 변호사와의 접견을 요청하고 다시 손해배상과 기타 민사소송을 위한 변호사와의 접견을 신청하였는데 당시(1976년)에 시행되던 prior ventilation rule(구금에서 야기되거나 구금과 관련하여 발생하는 내무부 상대의 민사소송 절차의 경우에는 그가 자신의 청구를 내부의 경로를 통하여 제기하고 그에 대한 최종적인 회신을 받기까지는 소송을 제기할 수 없다는 것)에 따라 기각되었다가<sup>110)</sup> 나중에 변호사와의 접견이 허용되었다. 그러하였음에도 약 2개월

청하였음에도 국선변호인으로 지정된 자는 이를 거부할 수 없다는 규정을 이유로 법원이 국선변호인을 교체하지 않음으로써 사실상 국선변호인의 조력을 받지 못한 사안이다. *ibid.* paras. 8-15. 유럽인권재판소는 국선변호인의 지정(nomination)으로써 의무를 다했으며 그 이후의 상황은 국가와는 무관하다는 이탈리아 정부의 주장을 배척하면서 "...유럽인권규약은 이론뿐이거나 가공의(theoretical or illusory) 권리들이 아니라 실제적이고 효과적인 권리들을 보장하려는 것이다; 이것은 공정한 재판을 받을 권리(the right to a fair trial)가 민주주의 사회에서 차지하는 현저한 지위에 비추어 방어의 권리(the rights of the defence)에 있어서 특히 그러하다....유럽인권규약 6-3-c는 "원조(assistance)"를 규정하고 있는 것이지 "지정(nomination)"을 규정하고 있는 것이 아니다. 또한 국선변호인으로 지정된 변호사가 사망하거나 질병에 걸리거나 일정한 기간 활동할 수 없거나 자신의 의무를 회피할 수도 있으므로 단순히 지정만으로 유효한 원조가 보장되는 것은 아니다. 이러한 상황을 고지받는 경우 국선변호인을 교체하거나 그로 하여금 의무를 다하게 하여야 한다. 이탈리아 정부가 주장하는 식의 제한된 해석은 비합리적이면서 6-3-c의 문언 및 전체로서의 6조의 구조와 양립할 수 없는 결과에 이를 것이다. 많은 경우에 무료의 법적 원조는 무가치한 것이 되고 말 것이다..."라고 실시하였다. *ibid.*, para. 33.

106) S. v. Switzerland, Judgment of the Court of Human Rights on 28 November 1991, A220, para 48.

107) Case of Campell and Fell, Judgment of the European Court of Human Rights on 28 June 1984, A 80

108) Pakelli Case, Judgment of the European Court of Human Rights on 25 April 1983, A64, para. 31

109) Case of Campbell and Fell, paras.97, 99

동안 교도소 직원의 청취 없이 상담할 것을 허가하지 않은 점에 대하여 유럽인권규약 6-1의 침해를 인정하였다.<sup>111)</sup> 이 사건은 비록 피의자가 아닌 수형자에 대한 징벌절차 및 민사소송을 둘러싼 문제였으나 피의자의 접근교통권에도 영향을 미쳐 영국의 감옥법의 개정 및 경찰 및 형사증거법의 제정을 촉진하였다.<sup>112)</sup>

2. 독일

독일 형사소송법은 1964년 이래 구속 피의자, 피고인과 변호인의 서면 또는 구두에 의한 접근교통권을 형사절차의 전 단계에 있어서 원칙적으로 제한 없이 허용하고 있다. 이들 에 대한 변호인의 접근에는 감시나 입회가 허용되지 않고 서류의 수수에 대한 감시나 검열도 허용되지 않는다. 다만, 1976.8.18. 형사소송법의 개정에 의하여 테러단체조직죄(형법 제129조의 a)에 대하여는 서류 또는 물건의 수수의 범위 내에서 접근교통권이 제한될 수 있으나, 구두에 의한 접근은 제한되지 않는다(독일형사소송법 제148조의 a). 위 조항에 의한 접근의 제한을 위하여는 위 129조의 a에 해당하는 범죄를 범하였다는 명백한 혐의가 있어야 한다. 테러활동에 대하여는 1977년 9월 30일 법원조직법(EGGVG)의 개정에 의하여 테러활동이 진행 중인 때 잠정적으로 변호인과의 접근교통을 차단할 수 있게 하였다.<sup>113)</sup>

3. 한국

앞서 살핀 헌법재판소 1992.1.28., 91헌마111 결정은 피의자와 변호인의 접근의 비밀은 침해되어서는 안 된다는 것을 천명하였다. 1995.1.5. 행형법 제18조 제3항, 제66조 등의 개정으로 종전까지 미결구금자와 변호인 사이의 접근에 대하여도 교도관의 참여를 요하는 것으로 되어 있던 것을 바꾸어, 수용자의 접근과 서신수발은 교도관의 참여와 검열을 요하지만 미결구금자와 변호인과의 접근에 대하여는 교도관이 참여하거나 그 내용을 청취 또는 녹취하지 못하며 다만 보이는 거리에서 수용자를 감시할 수 있는 것으로 하였다. 이로써 형식상으로는 피의자 내지 피고인과 변호인의 접근만큼은 비밀이 보장되는 것으로 되어 있다. 또한 행형법 시행령 제54조와 56조에서 변호인과의 접근시간 및 회수에 대하여는 제한규정의 예외를 인정하고 있다. 그러나 실제에 있어서는 접근실의 비좁은 환경 등으로 많은 경우 교도관 내지 경찰관의 가청거리 내에서 접근이 이루어지고 있는 실정이다. 한편, 변호인과 사이의 서신에 대하여는 여전히 허가과 검열의 대상에서 제외

110) Case of Campbell and Fell, paras.17-22,44.  
111) Case of Campbell and Fell, ibid., paras. 111-113  
112) 北村泰三, 앞의 책, 131쪽 및 주 50)  
113) 박미숙, 앞의 논문, 108-113 참조

하지 않고 있다. 헌법재판소는 1995년 7월 21일 92헌마 144호 결정으로 교도소가 서신의 당사자가 변호인이라는 것을 확인할 수 있고 서신을 통하여 마약 등 소지금지품의 반입을 도모하거나 도주, 증거인멸, 수용시설의 규율과 질서의 파괴, 기타 형벌법령에 저촉되는 내용이 기재되어 있다고 의심할 만한 합리적인 이유가 있는 경우가 아닌데도 변호인과 미결구금자 사이의 서신을 검열하는 것은 헌법이 보장하는 충분한 접근교통을 침해하는 것으로서 헌법에 위배된다고 판시하였다. 그러므로 현행의 행형법 규정은 헌법재판소의 결정과도 부합되지 않는 것이다.

V. 수사기록과 증거물들에 대하여 변호인의 접근을 보장받을 권리

1. 국제기준<sup>114)</sup>

(1) 관련규정

(가) 유럽인권조약 제6조3항은 "범죄의 혐의로 고발된 사람은 최소한 b.자신의 방어의 준비를 위하여 충분한 편의를 가질 권리가 있다"고 규정한다.<sup>115)</sup>

(나) 피구금자처우최저기준규칙 제93조는 "미결구금자는 ...이 목적을 위하여 필요한 모든 편의가 주어져야 한다...."고 규정한다.<sup>116)</sup>

(다) 유럽형사시설규칙 제93조는 "미결구금자는 구금 즉시 법률적 대리인을 선임할 권리를 가지며, 가능한 경우 무료의 법률 원조를 신청하도록 허용되어야 한다"<sup>117)</sup>고 규정한다.

(라) 시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약(B규약) 제14조3항은 "모든 사람은 그에 대한 형사상의 소추를(any criminal charge) 결정함에 있어서 최소한 (b)자신의 방어를 준비하기 위하여 충분한 편의를 가질 권리를 완전히 평등하게 가진다."<sup>118)</sup>

(마) 미주인권조약(American Convention on Human Rights) 8조2항은 "형사범죄로 소추된 모든 사람은... 절차 중 다음의 최저한도의 보장을 완전히 및 평등하게 받을 권리를 가진다.... c. 자신의 방어를 위한 충분한 수단" <sup>119)</sup>

(바) 변호사의 역할에 관한 기본원칙 21조는 담당 책임자는 변호사로 하여금 의뢰인에게 효과적인 법적 원조를 제공할 수 있게 하여 주는 충분한 시간에 자신의 점유 또는 제 아래 있는 적절한 정보, 문서 또는 기록들에 대하여 변호사의 접근을 보장할 의무가 있다. 이 접근은 적절한 가장 이른 시기에 제공되어야 한다<sup>120)</sup>고 규정한다.

114) 주6)을 보라.  
115) 주2)를 보라.  
116) 주4)를 보라.  
117) 주6)을 보라.  
118) 주11)을 보라.  
119) 주13)을 보라.  
120) 21. It is the duty of the competent authorities to ensure lawyers access to appropriate

## (2) 해석과 적용

변호사의 역할에 관한 기본원칙 21조는 명문으로 수사기관의 자료에 관한 변호인의 접근권을 규정하고 있다. 또한 여타의 기준들도 “충분한 편의” 등의 표현을 사용하고 있는데, 자료의 열람과 복사 등은 피의자의 방어를 위하여 필요한 편의가 아닐 수 없을 것이다. 앞서 살폈듯이 1993년 제3회일본정부의 보고서의 심사에 있어서 유엔 인권위원회의 최종comment는 “변호인은 변호의 준비를 가능하게 하는 경찰기록에 있는 모든 관계자료에 접근할 권리를 가지지 못하고 있다”고 지적하면서 특히 변호의 준비를 위한 편의에 관한 모든 보장이 준수되지 않으면 안 된다는 점을 권고하고 있다. 한편 S. v. Switzerland 사건에서 청구인의 변호인이 경찰기록 일부의 열람만 허용된 채 복사 및 그 나머지 기록에 대한 접근이 거부된 점이 변호인과의 접견의 비밀의 침해 문제와 함께 다루어 졌으나, 특별히 수사기록에의 접근의 점만이 따로 논해지지는 않았다.

2. 미국과 독일<sup>121)</sup>

미국은 당사자주의의 입장에서 재판에서 사용될 증거는 재판 이전에 피의자·피고인 그리고 검사측에게 모든 정보가 제시되어야 한다는 공판전 증거개시절차(pre-trial discovery)를 수립하고 있다. Brady v. Maryland, 373 U.S. 83(1963)판결은 공정한 재판을 보장하는 연방헌법 제14조의 적법절차조항에 따라 검사는 피의자·피고인의 유죄의 입증을 위하여 중요한 증거를 피의자·피고인측에게 개시해야 할 의무가 있다고 하였고 United States v. Agurs, 427 U.S. 97(1976) 판결은 개시의무의 기준을 제시하였으며, United States v. Bagley, 473 U.S. 667(1985) 판결은 검사는 피의자·피고인의 변호인에게 도움을 주어야 한다고 판시하였다. 만일 공판 전 또는 공판 중에 당사자의 신청 및 법원의 명령에 의하여 증거개시 대상에 추가해야 하는 증거 혹은 자료를 발견한 경우 바로 상대방사자 혹은 그 대리인 또는 법원에 그 증거 혹은 자료의 존재를 통지하지 않으면 안 된다(연방형사소송규칙 제16조(c)). 연방형사소송규칙 제16조(a)(1)(A)는 “피의자·피고인의 청구가 있는 경우 검사는 사건에 관련한 피의자·피고인의 진술로서 서면에 의한 것, 녹음된 것 또는 촬영되어 검사의 소지·관리 또는 지배 하에 있어 그 존재를 검사가 알거나 정당한 주의로써 알 수 있는 것, 검사가 공판에 증거로서 제출하려고 하는 피의자·피고인의 구두진술의 실질적 내용 등은 체포 전후를 불문하고 진술시에 피의자가 수사기관에 대하여 그 신문에 응하여 진술한 것 및 당해 피고사건에 관계하는 피고인이 대배심에 있어서 증언을 녹취한

information, files and documents in their possession or control in sufficient time to enable lawyers to provide effective legal assistance to their clients. Such access should be provided at the earliest appropriate time.

121) 박미숙, 앞의 논문, 157-175에 의하였다.

것 등에 대하여 열람 및 등사 또는 촬영하는 것을 허용해야 한다”고 규정하고 있다. 피의자·피고인의 전과기록, 방어준비에 있어서 중요하고 공판에 제출되기로 예정되어 있는 기본적인 요건을 만족시키는 서류 및 유체물, 과학감정보고서 등도 증거개시의 대상이다. 검사 및 피의자·피고인의 증인의 성명과 주소는 대상이 아니다. 검사에 의한 증거개시는 피의자·피고인이 직접 검사에 대하여 증거개시를 청구함으로써 이루어진다. 법원은 고유한 권한으로써 증거개시를 명할 수 있다. 법원은 충분한 소명이 있는 경우 언제든지 증거개시 및 열람을 금지·제한 혹은 연기하거나 기타 다른 적절한 명령을 발할 수 있다. 당사자의 신청이 있는 경우 법원은 법원만이 열람하는 진술서에 의하여 소명의 전부 또는 일부를 행할 것을 허용할 수 있다. 법원은 증거개시제한을 명령하는 경우 이를 신청한 상대방사자의 진술서의 전문을 봉인하여 상소의 경우 상급법원의 이용에 제공하기 위하여 법원의 기록 중에 보존하여야 한다(제16조 (d) (1)). 법원은 절차 진행 중에 언제든지 당사자가 규칙을 준수하지 않았음을 발견한 때에는 증거개시 및 열람허용을 명하거나 공판기일의 연기하거나 개시하지 않은 증거를 공판에 제출하지 못하도록 하거나 기타 공정하다고 인정되는 명령을 내릴 수 있다. 법원은 개시 및 열람의 시기, 장소 및 방법을 지정하고 공정한 조건을 붙일 수 있고(제16조 (d)(2)) 공판절차의 무효선언, 법원모독죄의 인정, 공소기각 등으로써 제재를 가할 수 있다.

독일의 경우 변호인의 기록열람·등사권은 원칙적으로 형사절차의 모든 단계에서 인정되고 있다(독일형사소송법 제147조 제1항). 다만, 수사절차가 종결되기 전에는 수사의 목적이 위태롭게 될 경우 검사의 재량으로 기록열람과 등사를 제한할 수 있다(제2항). 수사절차에서 수사기록을 열람할 수 있는 사람은 피의자의 변호인이며 피의자는 변호인에게 기록열람을 청구할 수 있다. 변호인이 없거나 선임할 수 없는 피의자에게는 검사 및 법원은 피의자의 기록열람청구를 심사하여 필요적 변호사건(제140조 제2항)이 아닌 경우에는 변호인이 없는 피의자에게 초본이나 사본을 교부한다. 변호인은 기록을 그의 사무실로 가져올 수 있다. 변호인은 피의자에게 기록의 초본 또는 사본을 줄 수 있으나 원본 자체를 교부하여서는 안 된다. 수사가 종결된 이후에는 기록열람·등사권은 제한 없이 인정되므로(독일형사소송법 제147조 제1항) 수사절차가 종결된 이후에는 수사목적이 위태롭게 될 경우라는 이유로 기록열람·등사권을 제한할 수 없다. “변호인은 법원에 제출되었거나 또는 공소제기에 법원에 제출될 기록 및 수사기관에 보관 중인 서류 등을 열람할 수 있다” 수사기관이 보관 중인 증거물에 대하여는 비록 수사 절차의 진행 중이라 하더라도 제한 없이 열람할 수 있다. 수사목적에 위태롭게 한다는 이유로 검사가 기록열람·등사를 거부하는 경우에는 서면으로 사유를 제시하여야 한다. 실무에서는 기록열람·등사권이 제한되거나 서류의 일부분만을 교부하는 등의 사례가 적지는 않다고 한다.

## 3. 프랑스와 일본

형사소송법 제118조 제3항은 “예심판사는 피의자신문의 적어도 2일 전에 변호인에게 판사실 또는 서기실에서 자유롭게 소송기록을 볼 수 있다는 통지를 하여야 한다”고 규정하여 공판절차 전 예심의 단계에서부터 변호인의 소송기록에 대한 열람.등사권을 인정하고 있고 같은 법 제394조는 예심절차를 거치지 아니한 채 공판이 개최되는 경우에도 변호인은 언제든지 자유로이 소송기록을 열람하는 것이 가능하도록 규정하고 있다.

일본의 형사소송법 제299조 제1항에서 검찰관이 증인 등의 심문을 청구하는 때에는 미리 피고인측에 대하여 그 성명 및 주소를 알 기회를 부여하여야 하고 증거서류 또는 증거물의 증거조사를 청구함에 있어서도 이를 열람할 기회를 부여하여야 한다고 규정하고 형사소송규칙 제178조의6 제1항에서 검찰관이 증거조사를 청구할 예정인 증거서류, 증거물에 관해서는 공소제기 후 제1회 공판기일 전에 가능한 한 신속하게 열람의 기회가 부여되어야 한다고 규정하고 있고, 최고재판소는 사안의 성질, 심리의 상황, 열람을 청구하는 증거의 종류 및 내용, 열람의 시기, 정도 및 방법, 기타 제반 사정을 감안하여 그 열람이 피고인의 방어를 위하여 특히 중요하고 또 그에 의하여 증거인멸이나 증인협박 등의 폐해를 초래할 우려가 없고 상당하다고 인정되는 때에는 재판장은 소송지휘권에 기하여 검찰관에게 그 소지하는 증거를 변호인에게 열람시키도록 명령할 수 있다고 판시하여 열람.등사의 범위를 검사 보관의 증거서류 및 증거물에까지 확대하고 있다.<sup>122)</sup>

4. 한국

수사기록에 대하여 수사기간 중 피의자의 방어를 위하여 원칙적 일반적으로 열람.등사를 보장하는 규정이나 실무는 존재하지 않는다. 다만, 피의자는 피의자신문조서에 서명.날인을 하기 전에 피의자신문조서를 열람하거나 읽어볼 수 있으며 그 기재내용에 이의가 있는 때에는 증감.변경을 청구할 수 있고(형사소송법 제244조 제2항)으나, 소송에 관한 서류는 공판의 개정 전에는 공익상 필요 기타 상당한 이유가 없으면 공개하지 못한다고 하고 있고(형사소송법 제47조) 변호인은 소송계속 중의 관계기록 또는 증거물을 열람.등사할 수 있을 뿐이다(형사소송법 제35조). 다만, 증거보전절차에 의하여 작성된 서류 등에 대한 열람.등사권은 피의자의 단계에서도 인정하고 있다(형사소송법 제185조). 또한 공판조서에 대하여는, 피고인은 변호인이 없는 경우에만 열람을 청구할 수 있다(형사소송법 제55조). 변호인이 없는 피고인이 경우 공판기일 외에 증인신문에 참여하지 아니한 때에는 증인신문조서에 대한 열람권을 가진다(형사소송규칙 제71조). 1996.12.3. 형사소송규칙 제118조의 개정으로 제2항에서 공소장에는 제1항에 규정한 서류(변호인이 선임되거나 보조인의 신고가 있는 경우 그 선임서나 신고서, 특별대리인인의 선임이 있는 경우 특별대리인선임결정등본, 체포영장, 긴급체포서, 구속영장 기타 구속에 관한 서류) 외에 공소제

122) 헌법재판소 1997.11.27. 94헌마60 등사신청거부처분위헌확인청구의 헌법소원 사건의 결정문에서 전제

기 후 검사가 아직 법원에 제출하지 아니한 채 보관하고 있는 기록(수사기록 대부분) 등은 사건에 관하여 법원에 예단이 생기게 할 수 있는 서류 기타 물건을 첨부하거나 그 내용을 인용하여서는 안 된다고 규정하고 있는데, 만일 이것이 소송계속 중의 서류에 해당되지 않는 것으로 보아 열람.등사가 제한된다면 피의자 피고인의 방어에 곤란을 주는 것이 아닐 수 없다. 헌법재판소 1997.11.27. 94헌마60 결정은 청구인이 1994년 3월 21일 국가보안법 위반혐의로 구속기소되었는데 변호인이 변론을 준비하기 위하여 같은 달 22일 검사에게 경찰과 검찰에서의 청구인의 자술서 및 피의자신문조서, 참고인들의 진술조서 등이 포함된 수사기록 일체를 열람.등사하겠다는 신청을 하였으나 검사가 거부사유를 일체 밝히지 않은 채 거부하였고 이로써 청구인이 변호인의 조력을 받아 제1회 공판기일 이전에 미리 수사기록을 열람.등사하여 방어계획을 수립할 권리를 침해당하였고 수사기록과 증거물을 제1회 공판기일 전에 열람.등사하여 충실한 방어준비를 한 후 공판에 임함으로써 신속하고 공정한 재판을 받고자 한 권리를 침해당하였음을 주장하여 헌법소원을 제기한 사건으로서, 헌법재판소는 형사소송법이 제290조에서 ‘증거조사는 피고인에 대한 신문이 종료한 뒤에 하여야 한다’고 규정하여 피고인신문을 증거조사에 선행시키고 있고, 형사소송법은 증거조사의 방식에 관하여 증거서류들에 대하여는 ‘공판정에서 개별적으로 지시설명하여 조사하고(제291조 제1항) 재판장은 그 요지를 고지하며(제292조 제1항) 피고인에게 각 증거조사의 결과에 대한 의견을 묻고 권리를 보호함에 필요한 증거조사를 신청할 수 있음을 고지하여야 한다(제293조)고 규정하고 있고, 증거조사 전에 검사가 보관하는 수사기록을 열람.등사하고 이를 검토할 기회가 주어지지 않는다면 변호인으로서 피고인에 대한 검사의 주신문에 대하여 유효.적절한 반대신문을 하기 어려울 것인바, 방어란 그 시기도 중요한 의미가 있어 처음부터 일관성 있게 수립되어야 하는 것이므로 공판기일 전에는 어떤 경우에도 열람.등사가 거부된다면 방어에 차질을 빚게 되고 법원의 심증형성에도 불리하게 작용하여 공정한 재판을 해칠 수 있을 것이고 수사기록에 대한 사전 열람.등사의 거부는 증거조사절차의 지연을 가져와 형사소송의 이념인 신속한 재판을 저해하게 될 우려가 있으므로 검사가 보관하는 수사기록에 대한 변호인의 열람.등사는 그 실질적 당사자 대등을 확보하고 신속.공정한 재판을 실현하기 위하여 필요불가결한 것이며, 그에 대한 지나친 제한은 피고인의 신속.공정한 재판을 받을 권리를 침해하는 것이다...피고인으로서 수사서류까지를 포함한 소송관계서류 전반에 관하여 보다 면밀하고 광범위하게 검토하여 방어계획을 세우기 위하여는 변호인의 조력을 받지 아니할 수 없다..수사기록 중 증거로서 중요한 의미를 가지고 있고 증거인멸의 위험성이 작은 증거들인 압수조서, 증거물, 실황조사서, 감정서, 피고인 자신의 자술서, 피의자신문조서 등은 제한 없이 열람.등사가 허용되고, 참고인진술서도 증인에 대한 신분이 사전에 노출됨으로써 증거인멸, 증인협박 또는 사생활침해 등의 폐해를 초래할 우려가 없는 한 원칙적으로 허용되어야 한다. 그러나 수사기관 내부의 의견서, 보고문서, 메모, 법률검토, 내사자료 등 피고인의 범죄사실 입증에 관련된 증거가 아닌 자료는 원칙적으로 피고인의



방어활동과 직접 관계가 없고 이는 열람.등사의 대상이 되지 않는다고 하여야 한다... 수사기록에 대한 열람.등사는 수사가 종결되고 공소가 제기된 이후에 허용된다.. 정당한 사유를 밝히지 않은 채 수사기록의 열람.등사를 거부한 것은 신속.공정한 재판을 받을 권리와 변호인의 조력을 받을 권리를 침해한 것으로 헌법에 위반된다고 판시하였다. 이 결정에 따르면 적어도 수사종결과 공소제기 후 제1회 공판기일 전에 방어활동에 관련이 있는 범위 내에서 열람.등사할 수 있는 것으로 될 것이다.

7. 맺음말

이상에서 국제기준에 비추어 우리 나라의 수사절차에서의 변호인의 조력의 상황을 살펴 보았다. 국선변호인의 선정, 피의자신문에 있어서의 변호인의 참여는 아예 없는 것이므로 국제기준에 위반되고, 변호인의 접견의 비밀도 법령상으로는 보장되고 있으나 실제의 현실은 이를 뒷받침하지 못하고 있으며, 수사기록에 접근할 권리도 유효하고 실질적인 변호를 보장하기에는 크게 못 미치는 것이라 하겠다. 인권에 관한 획기적인 의식전환과 함께 법령의 제정과 개정 및 실무의 혁신을 통하여 국제인권기준에 부합하고 능가하는 제도를 열어 나가야 할 것이다.

세계인권선언 50주년 기념

「한국인권의 현황과 과제」

50 Years and Beyond : Human Rights in Korea and its Prospects

김대중 정부하 과거청산의  
현실과 과제

— 박 원 순 —



김대중 정부하 과거청산의 현실과 과제

## 김대중 정부하 과거청산의 현실과 과제<sup>1)</sup>

박원순 (변호사, 참여연대 사무처장)

### 1. 서론

“제 눈으로 돌아보면 한반도 전체가 진혼굿을 기다리는 영혼들로 꽉 찬 듯 보입니다. 지난해 4월엔 제주 4.3진혼굿을 종로5가 연강홀에서 했는데 처음엔 겁이 났어요. 한두명 혼이야 수없이 만나봤지만 그렇게 많은 영혼을 한꺼번에 만난다 싶으니까 제 몸이 견뎌낼까 자신이 없더라고요”. 그는 한많은 영혼들이 너무 많이 묻혀 있는 이 땅에서 하고 싶은 일이 많다고 했다. - - - “굿은 혼처럼 허공에 금방 사라지는 뿌리없는 꽃을 피우는 것”이지만 “그 몸짓속에 불쌍한 영혼들, 아무도 쳐다보지 않는 원혼들 제 길 찾아가게 이끌어주는 것”이기에 숭고한 의식이라고 했다.<sup>2)</sup>

한국 현대사에서 억울하게 죽음을 맞이한 수많은 영혼들이 기다리고 있는 것은 진혼굿만이 아니다. 단순히 위령제로서가 아니라 그 죽음에 대한 현실적이고 구체적인 온전한 규정이 이루어지고 그에 따른 합당한 조치가 취해져야 하는 것이다. 그 희생자들과 그 가족들은 진실의 조사와 공개, 역사에서의 올바른 자리매김, 실정법상의 배상과 책임자에 대한 처단등 온전한 배상<sup>3)</sup>을 수 없는 세월동안 기다려온 것이다.

최초의 평화적 정권교체<sup>4)</sup>를 이룩한 김대중 정부에 대해 현대사의 인권 희생자들이 큰 기대를 거는 것은 너무나 당연한 일이다. 김대중 대통령은 개인적으로 과거 현대사의 수난의 한가운데 있었고 야당지도자로서 그러한 수난을 누구보다 주변에서 목격하였다. 뿐만아니라 상대적으로 여당이 된 국민의회의 안에는 다른 정당보다는 그러한 민주화운동과정에 직접적으로 참여하거나 그 과정에서 희생을 당한 사람

1. 한국현대사 전체에 걸친 과거청산의 문제, 김영삼정부의 과거청산 문제, 과거청산을 위한 법률적 제방안 등에 관해서는 이미 필자가 개괄적으로 다룬 바 있다. 줄고, “한국현대사와 과거청산 - 인권침해사건과 그 해결방안을 중심으로”, 역사를 바로세워야 민족이 산다, 한겨레신문사, 1996, 11-54쪽 참조.

2. 한겨레 21, “분단원혼을 위한 엑스터시” 제하의 기사, 1999.1.21자, 81쪽.

3. 온전한 배상의 의미, 과거청산의 개념과 범주에 대해서는 필자, 위의 글, 15-17쪽 참조. 특히 여기서 배상이란 Theo van Boven의 규정에 따라 단순한 경제적 의미를 넘어서 책임자처벌, 희생자들의 치유 등을 모두 포함하는 것이다.

4. 물론 이것은 야당에 의한 이른바 수평적 정권교체를 의미한다.

들이 많이 있기 때문에 과거정권의 인권침해 문제에 관해 이해가 크다고 할 수 있다.

그러나 이 큰 부담에 대해 현 정부가 보여주고 있는 태도는 과연 다른 정부와 본질적인 차이가 있는지에 대해 의문을 제기할 정도로 무관심하거나 냉담한 편이다. 과연 이 정부 아래에서 과거정권하에서 모진 운명을 당했던 역사의 희생자들이 얼마나 땀한 한을 풀고 편안한 생을 누릴 수 있을지 의문이다.

## 2. 김대중정부의 성격과 과거청산

김대중 대통령은 그 자신이 과거 역대 정권에서 가장 핍박받은 정치인 가운데 한 사람이었다. 대통령후보로서, 진보적인 정치인으로서 그는 독재정권과 보수정권으로부터 빨갱이정치인으로 낙인찍혔다. 그는 수난받는 정치인의 상징이 되었고 민주화운동의 구심점이 되었다. 그런 그가 대통령이 됨으로써 한국정치사의 새로운 지평을 열 것이 기대된 것은 당연한 일이었다.

한국정치사를 지배한 것은 냉전의식과 반공논리였다. 김대중 정부는 바로 이러한 두가지 지배이데올로기에 의해 이루어진 핍박과 수난을 상징하고 있기 때문에 이 두가지 이데올로기의 변형과 개선이라는 과제가 주어질 수밖에 없었다. 과연 그의 집권후에 선보인 정책은 과거 정부와는 몇가지 점에서 현격한 차이를 드러냈다. 그 중요한 정책의 하나가 대북정책이다. 이른바 햇볕정책으로 상징되는 유연한 대북화해정책은 적지 않은 반대와 저항이 있었으나 지속적으로 추진되면서 일정한 성과를 낳고 있다. 현대그룹에 의한 금강산 대규모 관광이 그것이다. 이것은 아직 불안한 출발에 불과하지만 그것이 가지는 상징적 효과는 엄청나게 크다고 할 수 있다. 북한의 도발이나 비협조에 일희일비하지 않고 지속적으로 대북화해정책을 펴 나감으로써 북한을 대화와 교류의 창으로 끌어내 통일의 기초라고 할 수 있는 상호신뢰의 축적에 큰 기여를 할 것으로 기대된다.

뿐만 아니라 국내에서도 이른바 최장집교수 사건을 통하여 종래 한국사회를 좌지우지하였던 반공의 메카시즘이 한국사회에서 한풀 꺾이는 계기를 만들었다. 월간조선<sup>5)</sup>을 통하여 대통령정책기획위원회 위원장이었던 최장집 교수의 한국전쟁관을 문제삼은 이 사건은 민간 시민, 사회단체의 집중적인 성토와 법원의 월간조선 판매금지 가처분 결정으로 사실상 최교수의 승리로 귀결되었다<sup>5)</sup>. 이과정에서 김대중 대통령

5. 이 사건은 1999년 1월 18일 조선일보가 최장집 교수의 특별기고문을 게재하고 그대신 최교수의 조선일보에 대한 각종 제소를 취하함으로써 어정쩡한 타협을 이루었지만 실제 최교수에 대한 조선일보의 항복의 의미를 가진다고 할 수 있다. 최교수는 이 기고문에서 “냉전

은 과거 김영삼정부하에서 그러한 보수언론의 문제제기에 대해 항복하고 만 사례<sup>6)</sup>에 비하여 이를 무시하는 방법으로 대응함으로써 이데올로기공세를 무력하게 만들었다. 이것은 분명 과거 정부에서는 있기 어려운 일이었다.

그러나 김대중 정부 역시 과거의 역사적 조건을 그대로 이어받을 수밖에 없는 처지였다. 무엇보다도 김대중정부는 이른바 소수정부였다. 비록 선거에서 이기기는 하였지만 국회에서 제2당에 불과하였다. 나아가 그것은 충청지역을 기반으로 한 자민련과의 연합에 의해 간신히 선거에서 승리한 공동정권의 운명을 지니고 있었다. 자민련이 다른 어떤 정당보다 보수적이며 반공적인 성격을 지니고 있음은 공지의 사실이다. 이러한 정당과 공동정권을 꾸려 운영해 나가면서 취할 수 있는 정책의 한계란 너무나 분명한 것이다. 뿐만아니라 집권여당이나 청와대, 법무부등 대통령의 손과 발이 되고 있는 정당 지도자, 비서진, 고위관료 가운데서 제대로 개혁적 정책을 펴고 인권마인드를 가진 사람들을 발견하기는 어렵다. 특히 과거인권침해사건을 취급하게 되는 법무부, 검찰, 법원등에서 자신의 과거 잘못을 시인하고 자신의 결정을 번복하면서까지 정의를 회복하는데 앞장설 사람은 거의 없다고 단언할 수 있다. 바로 이러한 점에서 김대중정부의 과거청산정책, 더 나아가 인권정책의 진보성과 보수성, 가능성과 한계를 바라 보지 않으면 안된다.

## 3. 김대중 정부하의 과거청산 진전과정

### 가. 양심수석방문제

제야단체들이 그 영향력의 다과는 불문하고 대체로 김대중 후보를 지지하고 대통령 당선을 염원한 것은 사실이다. 이들이 김대중대통령의 취임 당시 대폭적인 양심수석방을 기대하고 요구하였던 것 역시 당연한 일이었다.

정부는 양심수 석방을 당연한 것으로 받아들이지 않았고 일종의 시혜로 인식하였다. 원칙적으로 석방의 당위성은 인정하면서도 조건을 달았다. 바로 준법서약서를 제출할 것을 요구한 것이다.

시대의 좁은 테두리 안에 갇혀있는 우리의 기존 관념들을 넘어서지거나 “과거의 의식을 넘어 새로운 역사안목을 가지기 위해서는 한국전쟁에 대한 민중적이고 평화적인 접근이 필요한 것”이라고 주장함으로써 사실상 조선일보의 종래 주장에 치욕적인 반론을 제기하고 있는 것이다.

6. 김영삼정부 초기 월간조선은 한완상 통일원장관에 대해, 이어 김정남 문화교육수석에 대해 이데올로기 공세를 펴 이들이 공직에서 물러나게 함으로써 위력을 발휘한 바 있다.

그러나 이러한 조건을 양심수들이 전적으로 받아들일 수는 없는 노릇이었다. 준법서약서는 기본적으로 과거 양심의 자유를 유린한 전향서와 그 근본에 있어서는 다를 바가 없었던 것이다.

최근 미전향장기수들에 대해 준법서약서 제출없이도 석방할 것을 고려한다는 취지의 대통령 발언이 있기는 하였지만 준법서약서는 아직 이 정부하에서도 양산되고 있는 양심수문제의 해결에 자승자박이 되고 있다. 이런 상황에서 준법서약서 요구는 완전히 철폐되어야 한다.

나. 악법개폐와 국가보안법문제

(1) 국가보안법 개폐 문제

과거 한국 인권문제의 상징적 존재로 인식되어온 국가보안법의 개폐는 한국사회의 민주화의 핵심적 관건으로 볼 수 있다. 그것은 단지 과거 군사독재의 수단으로 사용되어 왔다는 측면에서만 아니라 여전히 인권억압의 유효한 무기로 현재까지도 사용되고 있다는 측면에서 그렇다. 이미 국가보안법의 개폐에 대해서는 국제적 기준에 위반된다고 하여 유엔<sup>8)</sup>, 미국정부<sup>9)</sup>를 비롯한 국제인권단체들의 국제적 압력이 가중되고 있고<sup>10)</sup> 또한 국민적 합의가 이루어진 상태이지만<sup>11)</sup><sup>12)</sup> 반공이데올

7. 민주화가족실천협의회 자료에 따르면 김대중정부 출범 이후 지난해 10월 21일까지 국가보안법으로 구속된 사람이 311명이며 이는 같은 기간 동안 구속된 전체 '양심수' 581명의 과반수가 국가보안법 적용자로 분류되어 국가보안법의 남용이 지속되고 있음을 알 수 있다.  
8. 유엔인권위원회의 특별보고관 아비드 후세인은 지난 1996년 4월 10일 제52차 정기회의에서 한국정부가 국가보안법 폐지할 것을 그 보고서를 통해 권고한 바 있고, 유엔인권이사회는 1998년 12월 국가보안법 7조가 국제인권규약을 위반하였다는 결정을 내렸다. (자세한 것은 1998.12.24 한겨레신문 기사 참조)

9. 미국정부 국무성 보고서등을 통해 역시 국가보안법의 폐지를 공식적으로 요구해 왔다. (예컨대, Department of State, Country Report on Human Rights Practices for 1993 : Report submitted to the Committee on Foreign Affairs, U.S House of Representatives and the Committee on Foreign Affairs, U.S Senate, February 1994 참조)

10. 엠네스티인터내셔널은 지난 1998년 12월 1일 국가보안법 제정 50돌을 맞아 한국정부에 이 법의 폐지를 공식 건의했다. 한편 법제정 50년 국제연대집회에서는, 34개단체가 철폐에 동의하는 의사를 표해 오기도 했다. (1998년 12월 2일 한겨레신문 기사)

11. 1998년 11월 한겨레신문사와 민변이 조사한 바에 따르면 법학교수 99%, 변호사 93%, 일반국민 70.5%가 국가보안법의 개폐에 동의함으로써 국민적 합의가 이루어졌다고 말할 수 있게 되었다. (1998.11.27자 한겨레신문 기사 참조)

12. NEWS+의 법학교수들에 대한 최근 여론조사 결과 국가보안법 완화, 폐지해야 한다는 견해가 84%, 역대 정권에서 법적용에 문제가 있었다는 견해가 98%에 이르고 있어 국가보안법의 개폐가 적어도 법학자들에 의해 공유되고 있음을 알 수 있다. (자세한 것은 NEWS+,

로기에 침윤되어 있는 정치권은 이 악법의 개폐를 게을리 해 왔다.

당초 김영삼 전 대통령은 야당 총재 시절 국가보안법의 폐지를 수없이 주장하였다가 막상 집권 이후에는 태도를 바꾸어 국가보안법을 그대로 고수하였다<sup>13)</sup>. 국가보안법의 적용으로 고초를 겪은 김대중 대통령 역시 국가보안법의 폐해를 누구보다 잘 알면서도 현재까지는 이에 대한 적극적인 태도를 보이고 있지 않다. 다만 최근 국민회의가 국가보안법 7조를 포함한 개정방향을 밝히고 있어 불충분하나마 전향적인 모습을 보이고 있는 것은 그나마 다행이라고 할 것이다. 그러나 공동정권의 한 당사자인 자민련이 이에 반대하고 있어 막상 법개정이 이루어질 지는 의문이다.

(2) 국가정보원(안기부), 대공경찰과 수사권 문제

지난 안기부법의 날치기통과로 수사권을 재확보하게 된 국가정보원은 정보권과 함께 수사권을 가지게 됨으로써 그 남용이 우려되어 왔다. 북풍사건의 조사과정에서 논란이 되기도 했던 국가정보원에서의 고문 논쟁이 아직 지속되고 있다는 것은 아직도 남용의 여지가 있음을 말해주고 있다.

그러나 새 정부 들어와서는 오히려 대공 경찰 등의 수사권 남용이 더 심각한 문제가 되고 있다. 전체 국가보안법 사건의 약 3분의 2 이상을 맡아 처리함으로써 공안수사기관의 중추기관이 되었을 뿐만아니라<sup>14)</sup> 남용에 의한 시비도 대공경찰에서의 수사과정에서 더욱 많이 제기되고 있기 때문이다.

(3) 형사소송법등 기타 악법의 개정문제

악법은 국가보안법에 그치지 않는다. 인권유린을 직접, 간접으로 가능하게 만들었던 수많은 법제들이 그대로 온존되고 있다. 인신구속제도의 개혁을 통해 체포영장제도, 실질영장심사제등이 도입되어 인권개선에 도움을 주고 있는 것은 사실이다. 그러나 변호사의 수사시 입회제도등은 여전히 도입되고 있지 않다. 과거 검찰의 기소독점에 유일한 예외로서 기소권행사의 통제에 큰 역할을 하였던 재정신청제도는 유신 이후 소수 범죄에 한정됨으로써 검찰의 무소불위의 권력을 그대로 방치하고

1998.12.3자, 16-17쪽 참조)

13. 김영삼 전 대통령은 국가보안법 폐지를 야당총재 시절 8차례에 걸쳐 공언해 왔다(자세한 것은 1994년 3월 31일자 한겨레21 기사, 24쪽 참조). 그러나 3당합당 이후 그 주장을 철회하였다. 박관용 당시 대통령비서실장은 "집권해 보니 보안법이 필요하더라"고 말해 빈축을 사기도 하였다. (1993년 11월 3일자 중앙일보 기사 참조)

14. 1998년 11월 30일자 한겨레신문 기사 참조.

있다. 검찰청법상의 상명하복제등 권위주의시대의 제도적 틀이 그대로 유지되고 있음은 물론이다. 진정한 과거청산은 바로 이러한 법제의 전반적 민주화, 인권옹호정신의 침투 등에 의해서만이 가능한 것이다.

다. 권력비리사건의 재조명

80년대 전반 신군부의 권력 장악과정과 그 직후에 있었던 대량의 인권침해사건은 커다란 역사적 상처를 남겼다. 삼청교육대, 대량해직, 재산헌납등 수많은 인권유린이 있었다. 그러나 5공정권과 그 계승이라고 할 만한 노태우정권 하에서 이러한 인권침해에 대해 그 구제를 청구하기는 여전히 어려운 사회적 분위기였다. 그 사이에 대부분의 공소시효, 소멸시효가 경과해 버려 결국 피해자들이 비교적 자유롭게 자신의 권리를 찾고 배상을 구하며 가해자 응징을 요구할 수 있게 된 때에는 법률상 구제조치가 많이 남지 않았던 상황이었다. 그 어려운 상황에서도 최근 몇가지 구제의 길이 열린 것은 그나마 다행이었다.

(1) 해직언론인 배상문제

광주항쟁 직후 전국적으로 검열거부와 제작거부를 감행했던 용기있는 언론인들이 있었다. 이들을 포함한 언론인 1천3백명이 신군부에 의해 '학살'당함으로써 이들은 오랜 세월을 거리의 기자 또는 해직의 아픔을 몸으로 체험해야 했다. 그러나 이들 역시 대체로 그에 대한 배상의 청구등 법적 기한을 놓친 상태에서 이들의 배상을 위한 특별법 제정의 길 외에는 다른 피해회복의 방도가 없었다.

최근 광주시 5.18희생자보상위원회는 경향신문 해직기자 이경일씨등 언론인 20여명에 대한 피해내역 심의를 마치고 이에 대한 보상금을 지급하기로 했다. 물론 이것은 이들이 신군부에 구속·연행되어 옥고를 치른 데 대한 보상으로서 강제해직 그 자체에 대한 배상은 아니다. 국민회의는 야당시절 해직언론인보상에 관한 특별법을 국회에 발의한 적이 있지만 상임위원회에 회부되지는 못하였다. 대통령선거 당시의 공약사항이기도 한 이 특별법 제정은 그후 국회 문화관광위원회에 상정하여 논의하기 시작하였다.<sup>15)</sup>

15. 자세한 것은 1998년 5월 18일자 한겨레신문기사 및 1998년 12월 3일자 동신문 논설참조.

(2) 헌납재산의 반환문제

지난 5공화국 시절 역시 신군부의 집권과정과 집권 직후 개인 재산의 불법적 탈취가 다반사로 이루어졌다. 그러나 많은 경우 이러한 사건들은 외형적으로 자발적인 헌납의 형태를 취하고 있거나 매매계약의 형식을 띄고 있어 소멸시효 등에 의해 반환받기가 불가능하였다. 특히 그 강제성의 판단에 있어서 그것이 강압적이어서 취소사유는 된다고 법원에서도 판단하였지만 그것은 소멸시효가 적용되는 것이어서 비상계엄이 해제된 1981년 1월 21일 이전 3년의 제척기간이 경과하지 않은 상황에서 소송이 제기되어야 구제를 받을 수 있는 것이었다. 이러한 법원의 판단에 따라 그동안 제기되었던 재산반환청구소송은 대체로 패소를 면할 수 없었다<sup>16)</sup>.

그러한 가운데 최근 있었던 동명목재재산반환사건은 강제헌납재산 반환의 새로운 전기가 될만하였다. 지난 1998년 11월 19일 서울민사지방법원은 동명목재의 옛 사주측이 부산시 등을 상대로 낸 재산반환청구소송에서 12.12 및 5.18 사건에 대한 대법원 판결을 원용하면서 "신군부가 재산을 빼앗은 것은 무효"라는 이유로 원고 승소판결을 내렸다<sup>17)</sup>. 아직 하급심 판결이기 때문에 대법원 판결까지 기다려 보아야 하지만, 그동안 장기간의 시간이 경과함으로 말미암아 소멸시효의 완성등으로 반환청구가 불가능하였던 강제헌납 사례들에서 원상회복의 가능성이 열린 것이다<sup>18)</sup>.

라. 전형적 인권침해사건과 과거청산

(1) 최종길교수 사건

1973년 10월 16일 당시 서울대 법대교수로 재직중이던 최종길 교수가 중앙정보부에서 사수중인 간첩단사건에 수사협조해 달라는 요청을 받고 자진 출두하였다

16. 1980년의 재산헌납 사건에서도 김종필 총리의 서산목장 땅과 김진만 전국회부의장, 박영록전의원등 당시 정치인 34명에 대한 "부정축재재산환수조치"와 관련된 소송의 경우가 있는바 이러한 사건들은 성격이 다르다. 즉 이 경우는 대체로 제소전화해조서를 거쳐 헌납되었는바, 그 조서의 작성과정에 대리인인 변호사를 신군부측에서 일방적으로 선임하여 그 선임과정에 피해자들이 참여하지 않은 상태에서 그 제소전화해조서는 당연무효였던 것이다.

17. 이 판결에 따르면 결국 강제헌납행위는 민법 제103조가 규정한 반사회적 법률행위로서 무효이고 따라서 소멸시효의 적용을 받지 않는다는 것이다. (자세한 것은 1998년 11월 21일자 동아일보 기사 참조)

18. 중앙일보의 동양방송(TBC), 고려화제의 문화방송(MBC), 동아일보사의 동아방송 소송이 이미 패소했거나 현재 계류중인 유사 사건들이다.

가 의문을 죽음에 당하였다. 중앙정보부는 최교수가 간첩사실을 자백한 후 투신자살하였다고 발표하였으나 천주교정의구현사제단은 고문치사였다고 폭로하였다<sup>19)</sup>.

이 사건은 유신당시의 엄혹한 정치적 상황속에서 사회적으로 침묵을 강요당하다가 1988년 10월 6일 천주교정의구현사제단에서 고발장을 검찰에 제출함으로써<sup>20)</sup> 또한번 사회적 관심의 대상으로 떠올랐다. 공소시효 만료를 눈 앞에 두고 겨우 10여일간의 조사결과 검찰은 자살 또는 타살의 아무런 증거도 발견하지 못하였으며 간첩여부에 대한 증거도 찾지 못하였다는 발표로 이 사건을 영원히 미궁으로 밀쳐놓았다.

최교수의 죽음에 침묵해 왔던 후학·동료들의 반성과 함께 최교수의 25주기 행사가 본인이 재직하였던 서울대학교에서 개최되었고<sup>21)</sup> 최종길교수고문치사진상규명 및 명예회복을위한대책위원회가 꾸려졌다<sup>22)</sup>. 언론 역시 이 사건에 적지 않은 관심을 기울였으나<sup>23)</sup> 이에 대해 정부기관에서 관심을 가지거나 진상조사에 나선 적은 없었다.

## (2) 인혁당 사건

유신평압하의 가장 끔찍한 사건으로 일컬어지는 인혁당사건 역시 1990년대 후반에 와서야 비로서 역사의 조명을 세삼 받기 시작하였다. 인혁당사건이 조작된 1974년은 유신평압하가 절정으로 치닫던 시기였다. 민주화운동세력들이 100만인 개헌

19. 천주교정의구현사제단은 1974년 12월 10일 "서울법대 최종길교수는 자살한 것이 아니라 고문치사되었다. 많은 사람들의 증언과 해외 언론의 보도가 이를 뒷받침하고 있다. 이렇게 죽어간 사람이 최종길 교수 한사람이라는 보장이 없다. 인권유린의 수부(首府) 중앙정보부등은 바깥히 해체되어야 하며 인권유린을 인정하는 모든 법적, 제도적 장치는 철폐되어야 한다"는 내용의 성명서를 발표하였다.

20. 이 고발장에는 당시 고문수사에 관여하였던 변영철등 중앙정보부 5국 10과 직원 전원과 차철권 주무 수사관, 김삼원 보조수사관등과 지휘 라인에 있었던 장송록 수사단장, 안경상 수사국장, 조일제 차장보, 김치열 차장, 이후락 부장등, 사후 은폐를 담당한 것으로 보이는 이병정 감찰과장, 손종호 감찰실장등, 오수창 국립과학수사연구소장, 김상현 법의학과장, 이창우 서울지검 공안부 검사등 22명이 구체적으로 피고발인으로 명시되었다/

21. 1998년 10월 17일 의미심장하게도 서울대학교근대법학교육백주년기념관에서 열렸다.

22. 1998년 12월 2일 명예회복대책위원회 1차모임이, 1999년 1월 15일 2차모임이 열렸고, 그 산하의 실행위원회 1차모임이 그다음해인 1999년 2월 1일 열려 추모문집 간행, 정부 및 안기부에 대한 정보공개청구, 미국정부에 대한 정보공개요청등이 논의되었다.

23. 예컨대, 시사주간지 NEWS+는 73년 당시 유럽간첩단 사건으로 함께 중앙정보부로 끌려가 고생한 김장현씨의 증언을 직접 채록하는등 당시 사건진상 발굴에 노력하였으며 (1998.11.12자 동지 참조) 이어 미국CIA한국책임자 그레그의 증언을 실으면서 최종길교수의 자살이유가 없었음을 밝히기도 하였다.(1998.11.19자 동지 기사 참조) 서울신문(지금은 대한매일신문으로 개명) 역시 민주열사 열전에 최교수를 넣어 "유신 사죄 외친 참지식인"으로 기리기도 하였다.(1998.8.20자 동지 기사 참조)

서명운동을 벌이고 학생들이 유신반대운동을 치열하게 전개하였다. 마침내 긴급조치가 선포되고 "공산주의자의 불순한 책동"과 "발본색원"을 외치는 대통령의 담화가 발표되었다. 담화에 뒤이어 인혁당사건이 발표되었다. 인혁당재건위가 민청학련을 부추겨 공산혁명을 꾀했다는 것이었다. 인혁당 관련자 8명은 모두 사형선고를 받았고 대법원은 원심의 사형을 그대로 확정하고 말았으며 그 다음날 바로 사형이 집행되고 말았다.

국제법학자회에서는 대법원의 판결선고일을 "사법사상 암흑의 날"로 선포하였으며 이 사건에 대하여 고문조작에 의한 것이라는 주장을 편 외국인 신부가 추방되기도 하였다. 그러나 정작 국내에서는 감히 이 사건에 대한 진상조사나 조작의혹을 제대로 주장하지 못하고 있다. 그로부터 20여년이 지난 1995년이 되어서야 이들을 추모하는 추모사업회가 조직되었다<sup>24)</sup>. 그 후 보다 대중적인 인혁당사건진상규명 및 명예회복을위한대책위원회가 1998년 11월이 되어 탄생하였다. 인혁당사건의 진상을 파헤치고 희생자들을 추모하기 위한 단체이다. 그러나 이렇게 오랜 기간이 경과된 이 사건에 대해 수사권도 없는 민간단체가 얼마나 진상을 밝힐 수 있을지는 의문이다.

## (3) 간첩조작사건

과거 정권의 유지·강화를 위해 간첩사건이 조작되고 그 희생자들이 정치적으로 악용된 사례들에 대해서는 이미 적지 않은 연구·보고·증언들이 이루어졌다. 당연히 이러한 조작사실이 밝혀지고 그에 따른 희생자에 대한 석방·복권·배상, 가해자에 대한 처벌등 응분의 조치가 뒤따라야만 했다.

그러나 이러한 진상조사와 재심, 명예회복에의 길은 멀기만 하였다. 진상규명을 위한 노력으로서 천주교인권위원회의 노력은 특기할만하다. 천주교인권위원회는 이른바 <천주교조작간첩진상규명대책위원회>를 별도로 조직하고 이를 위해 많은 노력을 기울여 왔다. 특히 이 위원회는 1994년 11월 발족 이후 1차로 3건에 대해 재심등 법률구조사업, 2차로 22건에 대해 기초조사를 진행하는등 조작간첩의 재심문제에 집중해 왔다.

이러한 노력은 그 열성에 비하면 충분한 성과를 얻지 못하였지만 일부 사건에서 진상을 밝혀내거나 세상에 그 억울함을 알리는데 큰 기여를 해 왔다. 특히 신귀영씨일가간첩사건에 대해 부산지방법원으로부터 재심수용결정을 얻어내기도 했

24. 1995년 4월 8일 대구 경북대와 영남대에서 이들을 추모하는 추모사업회를 조직한 데 이어 추모하는 집회를 열었으며 영남대 교정에 서도원등 당시 희생자 3명에 대한 추모비를 세우기도 하였다. (자세한 것은 1995.5.4자 한겨레 21, 20쪽 참조)

다.25) 그러나 이러한 단편적 법률투쟁만으로 그 수많은 간첩조작사건의 진실을 밝혀내고 그에 따른 원상회복을 이룬다는 것은 사실상 불가능한 일이다.

(4) 의문사 사건

결코 아물지 못하는 가장 심각한 상처는 바로 군사독재 기간동안 억울한 죽음을 당한 자식을 둔 어버이들의 것이다. 의문사 사건은 이들 유가족들에 의해 끊임 없이 제기되어 왔지만 아무런 실효성 있는 대책이 마련되지 못하였다.

최근 김훈중위사건을 계기로 새롭게 조명되기 시작한 의문사 문제는 청와대 면담, 유가협 의 국회앞 장기 농성, 국민회의의 의문사명예회복등에 관한 법안마련등으로 이어지고 있다. 그러나 과연 이러한 의문사사건에 대한 진상이 제대로 밝혀지기 까지에는 넘어야 할 장애물이 너무나 많다. 무엇보다 오랜 시간의 경과로 이에 대한 증거는 산일되고 진실을 밝힌다는 것이 사실상 불가능해져 있다는 점이다. 그럼에도 불구하고 이에 대한 독립적인 수사기구에 의한 전면적인 재조사, 그에 따른 명예회복, 배상 등의 조치가 잇따라야 한다.

4. 김대중 정부하의 과거청산 한계와 전망

가. "자기 머리를 깎은 중"

그동안 부분적으로 진상이 드러나고 있던 김대중납치사건은 김대중대통령의 당선과 더불어 거의 대부분 문서가 공개되고 책임자가 드러났다. 이로써 이 사건은 중앙정보부의 조직적 범행이었음이 25년만에 밝혀지게 된 것이다.26)

뿐만아니라 1980년의 이른바 김대중내란음모사건 역시 정권찬탈을 위한 조작극이었다는 사실이 대체로 밝혀지게 되었다. 이 사건에 관련된 한승헌변호사, 이해찬의원, 한완상 전 부총리등이 광주민주화운동보상심의회로부터 피해보상을 신청해 보상금을 받았고 이어 그 사건에 대한 계엄법위반에 대한 재심청구까지 계획하였다.27).

25. 이 재심개시결정은 사법사상 최초의 간첩사건 재심 수용이라는 역사적 의미를 지니고 있으며 대책위원회가 집요하게 증거를 수집하고 사회적 여론을 모아온 소중한 결실이라고 할 수 있다. (자세한 것은 <신귀영 간첩사건에 관한 재심개시 결정문>, 교회와인권, 1995.9.1자, 천주교인권위원회, 7쪽 이하 참조)  
26. 자세한 것은 뉴스메이커, 1998년 3월 5일자, 12쪽 이하 참조.  
27. 자세한 것은 신동아 1998년 6월호, 박성원, DJ판 역사바로세우기, 342쪽 이하 참조.

문제는 김대중 대통령이 관련된 사건만 우선적으로 그 진실이 밝혀지거나 보상을 받았다는 점이다. 물론 그 사건들은 가장 정치적으로 주목받았고 심각하게 조작된 것이며 국민들의 관심도 그만큼 큰 사건들이었기 때문에 진상규명과 배상이 가장 절실하게 요구되었던 것은 사실이다. 그러나 아직 의문에 뒤덮힌 수많은 인권침해사건이 그대로 남아 있는 상태에서 대통령이 관련된 사건들이 먼저 해결된다는 것은 다른 사건의 해결을 위해 반드시 바람직한 것만은 아니다.

나. 사정기관의 개혁없는 과거청산은 없다

의문사를 포함한 과거사건의 재수사나 사법부에서의 재심 등의 과정에서 이들 사정기관의 진실을 밝히고 억울한 피해자를 구제하겠다는 의지, 객관적이고 독립적인 수사.재판의 태도등이 대단히 중요한 것임은 두말할 나위가 없다. 그러나 이러한 과거 사건의 담당자들이 대체로 아직 그 기관에 근무하고 있거나 자리를 떠났다고 하더라도 그들의 후배들이 그 자리를 채우고 있는 입장에서 허심탄회하게 그 조사.재판업무를 진행한다고 보기 어렵다. 또한 그것은 결국 자신의 판단을 뒤엎는 결과가 되므로 해당 기관의 공신력과 도덕성에 직결된다고 보아 엄정한 조사를 회피할 가능성이 높다.28).

이러한 상황은 김대중 대통령이 취임하였다고 달라질 것이 별반 없다. 설사 대통령이 그러한 과거청산의 의지가 있다고 하더라도 실제 수사권과 재판권을 쥐고 있는 사람들은 여전히 과거와의 단절보다는 연장선상에 서 있는 사람들이므로 이러한 사람들이 스스로 자진해서 그러한 사건의 해결에 앞장설 리가 없는 것이다. 더구나 현재의 박상천장관과 같이 과거정권의 비리를 추상같이 파헤치고 피해자들의 인권회복에 진력하기 보다는 오히려 검찰이라는 친정으로 되돌아와 검사들을 싸안고 그들의 이익을 대변하는데 급급한 상황속에서는 어떠한 과거청산도 하기 어렵다는 것을 절감하게 된다.

다. 자민련과의 공동정권의 숙명

28. 실제 최종길 교수에 대한 고발사건에서 고발에 참여한 천주교정의구현사제단과 민변에서는 이러한 심정을 토로하고 있다. "이 과정에서 우리는 검찰이 최종길 교수의 의문에 쌓인 죽음을 규명할 적극적인 의사가 있느냐에 대해서 다소의 의문을 갖지 않을 수 없었음을 고백치 않을 수 없었다. 검찰은 공소시효를 내세우거나, 투신자살이 아니라는 증거가 발견되지 않았다는 식의 비공식 견해들을 통해, 이 사건의 진상규명에 대해 이미 어떤 예단과 결론을 내려놓은 인상을 풍겼으며, 어떤 담당검사는 밝혀야 될 진실이 무엇인가에 대해서조차 분명한 인식없이 조사에 임하고 있었다는 것이다" (1988.10.18자 <진실은 끝까지 밝혀져야 한다>는 제하의 성명서)

과거 인권유린의 엄혹한 정치적 상황에 책임을 져야 할 상당수의 사람들이 지도부를 구성하고 있는 자민련이 현재의 공동집권여당을 이루고 있는 상황에서 과거 청산이란 참으로 어려운 과제를 쉽게 짐작할 수 있다. 자민련의 사실상 최고 지도자인 김종필 총리 자신이 중앙정보부의 창설자이며 유신정권하의 제2인자로서 그 당시 벌어졌던 수많은 인권침해사건에 정치적 책임을 면할 수 없다. 그가 공동여당의 지도자로, 실질적 2인자로서, 국무총리로 재직하는 한 과거청산을 논한다는 것 자체가 어불성설이 아닐 수 없다.

이러한 사실은 여러 가지 구체적 정책과 조치에서 그대로 드러난다. 첫째는 국가보안법에 대한 자민련의 반응과 태도이다. 자민련은 이미 지난 대선 당시 국민회의와의 후보단일화 협상 당시 국가보안법 폐지에 반대하여 양당이 “국가보안법은 현행 법체계를 유지하되, 인권침해가 없도록 보완해 운영한다”고 합의함으로써 사실상 국보법의 온존을 결정하게 만들었다.<sup>29)</sup> 김종필 총리는 “북한은 분명한 적인 만큼 환상을 버려야 한다”고 주장함으로써 그의 대북관, 통일관 등을 분명히 하기도 하였다.<sup>30)</sup>

이런 상황에서 김대중 대통령은 적어도 과거의 인권침해에 대한 진상규명과 그 피해배상은 결코 양보할 수 없는 중대한 과제를 내외에 널리 확인하고 이를 강력히 추진하여야 한다. 그렇지 않으면 김대중 정부 내내 자민련 또는 국민회의 내부의 보수적 인사 때문에 과거청산은 제대로 실현하지 못한 채 그 임기의 종말을 맞이할 것이다.

## 5. 결론

### - '인권대통령'의 허와 실

“감추인 것은 드러나게 마련이고 비밀은 알려지게 마련이다. 내가 어두운 곳에서 말하는 것을 너희는 밝은데서 말하고, 귀에 대고 속삭이는 말을 지붕위에서 외쳐라”

(마태 10:26-27. 고 최종길교수사건에 대한 정의구현사제단의 고발장 서두에서)

불행하게도 감추인 것은 드러나지 못하였고 비밀은 비밀로만 남아 있는 것이 우

29. NEWS+, 1998.12.3자, 21쪽 참조

30. 1998년 12월 10일자 조선일보 기사 참조.

리의 현실이다. 아직도 우리의 현대사속에서 승리하였던 불의는 여전히 승리자로 남아 있고 그 불의에 의해 억압된 정의는 어둠속에 진실을 기다리고 있다. 불의한 권력과 거기에 기생했던 자들은 그대로 부와 권력을 누리고 있고 그들에 의해 핍박 받고 탄압당했던 다수의 피해자들은 아직도 아무런 대가와 보상을 받지 못한 채 숨 죽이며 살고 있다.

'인권대통령'으로 기대를 모았던 김대중 대통령의 출범 이후 이미 1년이 지나고 있다. 불행히도 김대통령은 국민들과 수많은 역사의 피해자들의 기대를 충족시키지 못하였다. 이 땅에 민주주의를 완숙시키고 인권의 보장이 제대로 이루어지는 사회를 만들어야 한다는 것은 김대통령의 개인적 체험에서 우러나오는 당연한 결론이자 이 시대가 요구하는 대세이기도 하다. 그리고 그것은 무엇보다도 과거에 있었던 불행한 인권침해사건의 시정에서부터 비롯되어야 한다. 과거의 문제, 그 고통과 상처를 그대로 덮어두고 미래의 인권보장이 제대로 될 리 만무하기 때문이다.

한국의 민주화는 단순히 한국의 경험에만 그치는 것이 아니라 아시아 더 나아가서는 세계적 보편성의 한 현상을 이룬다. 특히 아시아지역에서는 권위주의로부터의 이행의 경험이 지속되고 있고 그 가운데 한국은 본의아니게 그 경험의 선두에 서 있다. 한국민주화의 향방과 과거청산의 경험이 곧바로 한국과 같은 경로를 걷고 있는 중국, 태국, 인도네시아, 말레이시아등에게도 그대로 영향을 미칠 수밖에 없다. 한국의 과거청산은 이제 국내외의 관심속에 더욱 주목받게 된 것이다. 과거청산의 모델을 제대로 세움으로써 한국이 진정으로 21세기에 민주주의와 인권의 시대를 여는 모범 국가가 되어야 한다.

20



세계인권선언 50주년 기념

# 「한국인권의 현황과 과제」

50 Years and Beyond : Human Rights in Korea and its Prospects

## 한국의 교육체벌의 실태와 한국인의 체벌담론의 현위치

— 심희기 —

20

# 한국의 교육체벌의 실태와 한국인의 체벌담론의 현위치

심희기(沈羲基, 동국대 법학과 교수)

## I. 문제의 제기

1998년 12월 14일 Y여고 학생이 체벌 담임 교사를 휴대전화로 경찰에 신고하여 수업 중인 교사가 교내에서 연행된 사건이 발생했다. 교육계 전반에 큰 파장을 불러 일으켰던 이 사건은 한국 사회에서 체벌, 특히 정규의 학교교육현장에서 교육목적상 시벌(施罰)되는 체벌의 정당성에 관하여 근래에 보기 드물었던 뜨거운 논쟁을 불러 일으켰다. 이 사건이 보도된 후 일선 교육 현장에서는 학생들이 체벌 교사를 '신고' 하는 사례가 늘고 있다. 경찰에 의하면 이 사건이 언론에 크게 보도된 이후 체벌교사에 대한 학생의 신고가 하루 평균 10여건씩 접수되고 있다고 한다. 교사들은 이 사건을 계기로 '교권이 땅에 떨어졌다'느니 '이런 풍토에서는 교육을 할 수 없다'는 등 개탄을 거듭하고 있다. 그러나 '심한 체벌은 한국의 민법과 형법이 금지하고 있는 불법행위 혹은 폭행·상해행위에 해당'하므로 심한 체벌을 가하는 교사를 경찰에 신고하는 학생들의 반응은 있을 수 있는 일이다. 이 현상을 다른 측면에서 보면 한국사회의, 특히 자라나는 신세대들의 높은 권리의식을 반영하는 징표로 볼 수도 있는 일이다. '군사부일체(君師父一體)'라는 표어에서 드러나듯이 전통적으로 교사에게 높은 도덕적 권위를 부여하였던 유교문화에 깊숙히 젖어 있는 교사들은 자신들의 체벌행위가 경찰에 신고해야 할 만큼 심한 체벌이 아니고, 또한 자신들의 체벌행위의 동기가 상대방 학생들의 행동교정을 위한 '신성한' 혹은 '학생 자신들을 위한' 체벌이므로 경찰에 신고하는 학생들의 의식상태가 한없이 야속하고 용서할 수 없는 행동으로 간주하는 현상을 이해할 수 없는 것은 아니다.

종래 한국에서 체벌에 관한 논쟁이 없었던 것은 아니지만 이번의 체벌논쟁은 광범하게 대중적 관심을 불러 일으켰기 때문에 지금이야말로 체벌논쟁을 본격화시켜 한국사회의 '아동과 청소년의 인권문제'에 관한 대중의 인식수준을 개선할 수 있는 좋은 기회라고 생각한다. 이 글에서는 한국의 교육체벌의 실태와 한국인의 체벌담론의 현위치를 분석하여 한국사회에서 아동과 청소년의 인권문제를 쟁점화시키고 개선시키기 위해서 인권운동가들이 무슨 일을 해야 하며 무엇을 할 수 있겠는가 하는 문제를 검토해 보려고 한다.

## II. 교육체벌 문제의 국제적 추이

이 글에서 논하고자 하는 교육체벌이란 '교육자가 피교육자의 행동을 변화시키려는

목표를 달성하기 위한 수단으로서 의도적으로 가하는 육체적·정신적 고통'을 말한다.

그동안 한국사회에서 교육체벌을 금지해야 한다는 전문가적 주장이 없었던 것은 아니다.<sup>1)</sup> 그러나 그런 주장이 대중적 캠페인이나 사회운동·인권운동의 형태로 전개된 적은 없었던 것으로 알고 있다. 서유럽(영국 제외)과 동유럽 국가들에서는 교육체벌(corporal punishment in school)이 불법화된지 이미 오래되었다. 북미지역에서는 캐나다가 교육체벌의 불법화를 달성했으며, 그밖에 이스라엘, 일본에서도 교육체벌은 불법화되어 있다.<sup>2)</sup> 1920년대에 이미 '교육체벌의 불법화'를 달성한 스웨덴은 1979년에 세계에서 처음으로 '부모의 자녀 체벌'(corporal punishment by parents)까지 불법화시키는데 성공하였으며 몇몇 서유럽국가(예컨대, 이탈리아)가 스웨덴의 뒤를 따르고 있다.<sup>3)</sup> 역시 이미 '교육체벌의 불법화'를 달성한 벨지움과 독일에서도 부모의 자녀 체벌 불법화 성취는 초읽기에 들어갔다.<sup>4)</sup>

인권선진국으로 통하는 국가들 중 영국과 미국만이 아직 교육체벌이 합법적으로 행해지는 지역으로 남아 있을 뿐이다. 그러나 영국과 미국의 상황은 한국의 상황과 비교할 수 없을 정도로 커다란 진보를 이룩하고 있다. 1998년에 영국의 부모의 자녀체벌허용법이 유럽인권규약에 위반된다는 취지의 유럽인권재판소 판결이 선고<sup>5)</sup>된 후 영국의회는 교육체벌은 물론이고 부모의 자녀 체벌 불법화를 지향하는 입법적 움직임에 착수했다.<sup>6)</sup> 미국에서는 50개 주(States) 중 반 이상의 주에서 교육체벌이 불법화되어 있으며, 교육체벌을 허용하고 있는 지역에서는 일체의 체벌(교육체벌과 부모의 자녀 체벌)을 불법화시켜야 한다는 시민운동이 대단히 거세게 전개되고 있다.<sup>7)</sup> 체벌문제에 관한 국제적 추세가 위와 같은 이 때에 체벌문제에 입하는 한국인의 자세는 과연 어떠한가?

1) 예컨대 김혜선, 「체벌의 정당성 여부에 관한 연구」, 『교육법학연구』, 제5호, 1993, 85-111쪽은 체벌의 정당성을 완고하게 부정하고 있다.

2) Coporal Punishment in Schools, A Position Paper of the Society for Adolescent Medicine, Journal of Adolescent Health: 1992; 13:240-246

3) The Swedish Ban on Corporal Punishment: Its History and Effects By Joan E. Durrant, PhD, Cpsych, Family Violence Against Children: A Challenge for Society, Walter de Gruyter & Co., Berlin, New York, 1996. (pp.19-25)

4) Belgium expected soon to join the abolitionist states (November 1998). Information courtesy of EPOCH WORLDWIDE, a federation of organizations committed to ending physical punishment of children worldwide, 77 Holloway Rd., London N7 8JZ.

5) European Court of Human Rights, Case of A. v. The United Kingdom, (100/1997/884/1096), Judgement, Strasbourg, 23 September 1998

6) England—Caning set to go the way of all flesh ; Frances Rafferty reports on the imminent inclusion of private schools in the corporal punishment ban. From The Times Educational Supplement, March 6, 1998

7) 예컨대 <http://www.nospank.org/toc.htm>을 보라. 미국의 체벌반대운동에 관하여 엄청난 양의 자료가 축적되어 있다.

한국의 교육체벌의 역사는 유교의 도입과 역사를 같이 할 것으로 보인다. 왜냐하면 유교문화권에서 가장 낮은 형벌로 통하는 태형(笞刑)은 그 기원상 교육체벌이었기 때문이다. 태장도류사(笞杖徒流死)의 오형(五刑) 중 태형은 원래 교육방침에 순종하지 않는 피교육생에 대한 교육체벌이었다. 유교문화의 영향권 내에 있는 아시아권의 국가들은 한국의 사정과 비슷한 역사를 가지고 있다. 그러나 21세기를 앞두고 있는 현재, 체벌문제에 관한 한 한국의 상황은 같은 유교문화권 국가 중에서도 최악의 조건 속에 놓여 있다.<sup>8)</sup> 왜냐하면 현대 한국사회는 신유학(新儒學, 朱子學)적 유교문화가 여전히 실생활 속에 살아 움직이고 있는 거의 유일한 사회이기 때문이다. 위와 같은 문제의식을 가지고 이하에서 현대 한국의 교육체벌실태를 좀더 상세히 살펴 보기로 한다.

### III. 현대 한국의 체벌실태

한국에서는 체벌의 실태에 관하여 신뢰할 만한 상세한 조사보고가 매우 희박한 실정이다. 여기서는 필자가 확보한 한 가지의 조사보고 결과와 신문에 보도된 통계자료를 종합하여 요약하는 방식으로 체벌의 실태를 개략적으로 종합해 보려고 한다. 필자가 확보한 한 가지의 조사보고는 김혜선의 「체벌의 정당성 여부에 관한 연구」(『교육법학연구』 제5호, 1993, 98쪽 이하)에 소개된 설문조사 결과분석이다. 이 조사는 서울시내 초등학교 6학년과 중학교 2학년, 그리고 고등학교 2학년에 재학중인 학생 각 200 명씩 총 600 명, 그리고 동일한 학교에 재직중인 교사 각 100 명씩 총 300 명을 대상으로 한 것이다. 이 글의 수정기회가 주어지면 신뢰할 만한 실태조사보고를 더 입수하여 보충할 것을 약속한다.

김혜선의 조사에서 체벌에 관한 학생들의 반응은 다음과 같이 나타났다.

먼저 체벌의 빈도에 대한 조사결과는 다음과 같다.

첫째, 조사에 응한 전체학생(580 명) 중 1992년 1년 동안 체벌받은 경험이 있다고 응답한 학생은 전체의 75.3%(437 명)였고, 그 중 1-5회의 체벌을 받은 학생은 69.3%에 달

8) 뒤에 언급하는 바와 같이 한국에서 행하여지는 체벌의 빈도와 강도는 중국에서 행하여지는 체벌보다 빈번하고 가혹한 것으로 드러나고 있다. 현재 필자는 한국의 사정과 일본의 사정을 비교할 수 있는 자료를 확보하지 못하고 있다. 그러나 일본은 2차대전 이후부터 체벌을 불법화시켰으며 일본의 문부성은 해마다 체벌을 행한 교사들을 조사하여 징계조치를 해왔다. 또한 Pre-Congress Workshops: PREVENTION OF CHILDHOOD INJURIES: INTENTIONAL AND UNINTENTIONAL 9th Asian Congress of Paediatrics, Hong Kong, 22-23 March 1997 CORPORAL PUNISHMENT IN THE SCHOOLS AND HOMES OF JAPAN By Noboru Kobayashi, Masako Tanimura, and Yukio Shimauchi 참조.

했으며, 21회 이상의 많은 체벌을 받은 학생은 4.8%에 달했다.

둘째, 자주 사용되는 체벌의 유형은 '회초리나 자로 손바닥을 때리는 것'(57.7%), '회초리로 엉덩이를 때리는 것'(38.4%), '엎드려 뺨치기'(31.6%), '손으로 뺨을 때리기'(28.6%)의 순서로 나타났다. '기타'란에 학생들이 직접 기록한 체벌형태로는 '물건(굵은 나무, 몽둥이, 분필)이나 손을 사용하여 머리 부위를 때리거나, 벽에 머리 부딪치기, 추운 겨울에 신발벗고 운동장 걷기' 등이 있었다.<sup>9)</sup> 여기서는 빠져 있지만 군사문화가 시민사회에 깊숙히 침투한 결과 나타나고 있는 '현대 한국사회에 특유한 체벌유형'은 집단체벌<sup>10)</sup>이다.

셋째, 학생들이 체벌을 받게 된 동기는 '숙제를 해오지 않았을 때'(46.0%), '시험성적이 나쁠 때'(36.2%), '준비물을 잊고 가져오지 않았을 때'(33.2%)의 순서로 나타났다.<sup>11)</sup>

넷째, 1992년도 1년간 다른 학생이 체벌을 당하는 것을 목격한 학생은 전체학생 중 73.1%에 달했다. 이와 같은 조사결과는 한국에서 교육체벌이 교육현장에서 얼마나 '자

9) 「부산, 체벌항의 여고생 학부모 학교서 난동 : 수업에 불참하고 떠들었다는 이유로 교사가 학생들을 체벌한데 항의 하며 학부모들이 학교에 찾아가 흉기로 위협하는 등 난동을 부린데 이어 담당교사를 경찰에 고발까지 해 물의를 빚고 있다. 16일 부산 북부경찰서와 부산시 북구 구포동 K여고에 따르면 이 학교3학년 교사 김모씨(36)가 지난 14일 오후 수업불참과 소란을 이유로 강모양(18)과 이모양(18)등 3학년생 10명을 대나무 막대기로 3대씩 때려 엉덩이에 상처를 입히고 40여분간 운동장을 뛰게 했다. 이날 체벌을 받은 학생들의 엉덩이에 심한 멍이 들자 15일 오후 일부 학부모들은 학교로 찾아와 항의했고 김교사는 과잉 체벌에 대해 2시간 동안 학부모 앞에서 무릎을 꿇고 사과를 했다. 그러나 일부 학부모는 김교사의 뺨을 때리고 쇠파이프와 과도를 들고 위협하는 등 1시간여 동안 난동을 부렸다. 또 이날 체벌을 받은 학생중 권모양(18)을 제외한 9명의 학생들은 학부모를 통해 한결같이 김교사의 처벌을 요구하며 경찰에 고발, 경찰은 김교사를 상해 혐의로 입건했다. 이번 소동은 지난 14일 오후 자율학습 시간인 7교시에 강양 등이 수업에 불참하고 옛 전산실로 사용되던 교실로 가서 체육 특기생들과 함께 소란을 피우다 윤리교사에게 적발돼 주의를 받았는데도 불구하고 계속 소란을 피우다 담임 교사로부터 체벌을 받은 것으로 알려졌다. (09/16(수) 18:21 입력)」

10) 펜티차림으로 집단체벌 물의 : 「부산시 동래구 C고 3학년 담임교사들이 1학기 종업식과 야간 자율학습에 불참했다는 이유로 3학년생 1백여명을 구타하고 운동장에서 펜티차림으로 무릎걸음을 시키는 등 집단체벌을 가한 사실이 밝혀져 물의를 빚고 있다. 28일 학부모 등에 따르면 지난 23일 3학년 담임교사 10여명이 이날 오전 1학기 종업식에 일부 3학년 학생들이 불참하고 전날 22일 야간자율학습에도 일부가 빠졌다는 이유로 종업식 후 3학년 학생 1백여명을 운동장으로 불러내 30여분간 체벌을 가했다. 이 과정에서 교사들은 교복하의를 벗도록 해 펜티 차림으로 무릎걸음 시키는 등 수치심을 주었으며 일부 학생들은 몽둥이로 5,6차례씩 엉덩이를 때리기도 했다고 학부모들은 주장했다. 이에 대해 교사들은 "일부 학생들을 때려 때리고 펜티차림으로 운동장을 한차례 무릎걸음시킨 것은 사실이지만 방학을 앞두고 학생들이 나태해질까 봐 훈육차원에서 실시한 것"이라며 "체벌시간은 5분가량이었다"고 설명했다. (디지털 조선 07/28(화) 08:48 입력)」

11) 「부산 북부경찰서는 15일 여학생들을 때려 상처를 입힌 혐의로 부산 북구 구포동 K여고 김모(36) 교사를 형사 입건했다. 3학년 담임인 김 교사는 14일 오후 6시쯤 보충수업시간에 떠들었다며 10명을 1시간 동안 운동장을 달리게 한 뒤, 길이 60cm 짜리 대나무로 엉덩이를 때려 강모(17)양에게 전치 2주의 상처를 입혔고, 일부 학생은 하혈까지 호소하고 있다고 경찰은 밝혔다. 김 교사는 경찰에서 "수능시험이 다가오는데도 떠들며 다른 학생의 공부를 방해해 벌을 주었다"고 말했다. (부산=박주영기자 · park21@chosun.com, 09/16(수) 06:00 입력)」

주', 그리고 '일상적으로' 행해지고 있는가 하는 것을 잘 입증해 주고 있다.

다음에 체벌의 효과에 대한 학생들의 반응을 살펴 보자.

체벌 받은 뒤에 체벌을 긍정적으로 인식한 학생은 65.4%, 부정적으로 인식한 학생은 153.2%에 달했다. '다른 학생이 체벌받는 상황을 목격했을 때 어떤 느낌을 받았는가' 하는 질문에 대해서는 216.6%에 달하는 학생들이 '부정적인 반응'을 보였다.

다음에 체벌의 교육적 효과에 대한 학생들의 의식을 살펴 보자.

체벌의 교육적 효과를 묻는 각각의 세부적 항목에 대한 학생들의 반응을 종합하면 다음과 같다.

학생들은 전반적으로 체벌의 '본보기 효과'를 인정하였지만 체벌이 지니는 '효과의 지속성'에 대해서는 부정적이었다.

마지막으로 체벌시 교사의 감정이 개입된다고 보는가 여부에 관한 학생들의 의식을 보자.

전체학생 중 65.4%의 학생이 체벌시에 교사의 기분이나 감정이 개입된다고 생각하고 있었다. 이런 경향은 여학생(72.2%)이 남학생(58.4%)보다 높았고 초등학생(77.5%)이 중학생(58.6%)과 고등학생(59.1%) 보다 높은 비율을 보이고 있었다.<sup>12)</sup>

1993년에 보고된 위와 같은 실태조사결과는 그 후에 간헐적으로 보고된 실태조사결과와 대체로 일치하고 있다. 한양대 정신건강연구소가 최근(1999년 1월 18일 보도) 중국 상하이 의대, 연변의대와 공동으로 '한·중 양국의 초등학교 체벌실태'에 대해 공동 연구한 결과는 다음과 같다.

"양국 초등학교 4~6학년생 6백 명씩을 대상으로 실시한 이 조사에서 한국의 경우 전체 학생의 32.3%가 최근 1년간 3회 이상 교사로부터 매를 맞았으며 10회 이상 맞은 학생도 9.8%에 이르는 것으로 나타났다.

연구결과 한국학생들의 62.0%, 중국 학생의 51.1%가 최근 1년간 교사로부터 체벌을 당한 것으로 드러났다. 그러나 체벌당한 학생 중 신체를 난타당하거나 야구방망이 등으로 맞는 등 '사랑의 매' 라기보다는 '화풀이 매' 로밖에 볼 수 없는 체벌을 당한 어린이는 중국이 4.1%인 반면 한국은 10배가 넘는 43.8%나 돼 큰 차이를 보였다."<sup>13)</sup>

12) 이상은 김혜선, 앞의 논문, 98-100쪽 참조.

13) 마이다스 동아, 등록 일자 : 1999/01/18(월) 19:55

#### IV. 한국인의 체벌담론의 현황

최근에 언론을 통하여 뜨거운 체벌논쟁을 불러 일으킨 서울 송파구 잠실동 Y여고는 이 사건을 어떻게 처리 했을까? 이 처리방식을 잘 살펴 보면 체벌을 바라보는 현대 한국인들의 기본적인 시각이 어떤 것인지를 대략 짐작할 수 있다. 이하에서는 신문기사에 의거하여 이 사건을 바라보는 상반된 시각을 담론분석의 방식으로 짚막하게 분석해 보기로 한다.

사건 발생 다음날 학교측은 즉각 해당 교사(30)의 담임직을 박탈하였다. 진상조사를 해 보지도 않고 담임직을 박탈하는 것은 재판을 해 보지도 않고 유죄를 선고하는 것과 다를 바 없는 비이성적(非理性的) 태도이다. 학교당국의 체벌교사에 대한 이와 같은 비이성적 대우는 체벌을 당하는 학생측에 대한 비이성적 대우를 예고하고 있다. 학교측은 이어서 '신고 학생'에 대한 '색출작업'을 벌여 관련 학생을 밝혀 냈다. 학교측은 곧 징계위원회를 열어 문제를 일으킨 교사와 학생에 대한 처벌수위를 결정하려고 했다. 이와 같은 학교측의 반응은 이성적인 대응방식이라고 하기 어렵다. 교사들이 왜 체벌을 감행하려고 하며, 학생들이 왜 체벌을 그토록 싫어하는가<sup>14)</sup> 하는 점에 대하여 진지한 조사와 그 해결책을 위한 고민을 해야 하지 않을까? 학교측은 1998년 말부터 교사 전체회의와 선도위원회 등을 통해 이 학생들의 처리문제를 검토해왔으며 해당 학생 모두를 전학(轉學)시킬 방침을 세웠다고 한다. 학생에게 전학이란 자신이 몸담았던 공동체로부터의 추방에 해당하는 가혹한 조치이다. 설사 학교측이 전학을 고려한다 하더라도 해당학생에게 청문(聽聞)의 기회를 보장했어야 할 것이다. 다음에 이 학교 재단이사회는 해당교사에 대해 감봉이나 정직 등의 징계조치를 할 것을 고려했다. 이 부분에서는 한국인들의 '체벌과 징계 만능주의의 발상'이 나타나고 있다. 학교측은 '사건 이후 학교의 명예가 크게 실추됐을 뿐만 아니라 사회적으로 교권침해 현상이 심각하게 나타나고 있어 이를 바로잡기 위해서라도 엄정한 조치가 필요하다'는 입장을 표명했다. 이 대목에서는 한국의 교육주체들에게 '아동의 인권'과 '학생의 학습권'에 대한 사고가 지극히 회박하다는 사실을 감지

14) 1998년에 어떤 교원단체는 학생들이 가장 싫어하는 교사의 타입을 조사했다. 이 조사는 경북 지역의 남녀 중고생 1300여명을 대상으로 설문조사를 벌였는데 학생들이 가장 싫어하는 교사의 타입은 '성적에 따라 차별대우하는 선생님'(50.9%), '성적만 강요하는 선생님'(19%), '매를 사용하는 선생님'(17.1%), '수업을 못하는 선생님'(11.1%), '못생긴 선생님'(1%) 등을 꼽았다고 한다. 또한 학생들은 주관식 설문을 통해 "교사들이 학생들을 너무 많이 때리고 욕을 잘한다"고 밝혀 주로 남학교를 중심으로 체벌이 공공연히 저질러지고 있는 것으로 나타났다. 특히 학생들은 학교생활을 '감옥이나 교도소 같다'고 표현해 억압적인 학교 분위기가 심각한 수준에 이르렀음을 짐작케 했다. 한편 학생들은 좋아하는 선생님이 '학생들의 마음을 잘 이해하는 선생님'(71.3%)과 '수업을 잘하는 실력있는 선생님'(13%), '진로문제를 잘 지도하는 선생님'(3%), '잘 생긴 선생님'(2.2%) 등의 순으로 응답했다고 한다. (안동/구대선 기자 한겨레신문 지역뉴스 [1998. 7. 20. 月])

할 수 있다. 학교 관계자는 '문제를 일으킨 몇몇 학생을 감싸는 것 보다는 나머지 2천여 명의 학생을 보호하는 것이 더 중요하다'며 징계의 불가피성을 주장했다고 한다. 이 대목에서 우리는 한국인들 사이에 '개인적 인권' 개념이 얼마나 미약한가 하는 점을 인식하게 된다. '체벌에 저항하는 학생을 징계하는 것이 다른 많은 학생들을 보호하는 것'이라는 인식이 한국의 교육주체들에게 광범히 유포되어 있는 셈이다. 여기서 앞에서 이미 언급했던 체벌에 관한 학생들의 의식조사결과를 상기할 필요가 있다.

"체벌 받은 뒤에 체벌을 긍정적으로 인식한 학생은 65.4%, 부정적으로 인식한 학생은 153.2%에 달했다. '다른 학생이 체벌받는 상황을 목격했을 때 어떤 느낌을 받았는가 하는 질문에 대해서는 216.6%에 달하는 학생들이 부정적인 반응을 보였다."

이렇듯 한국의 학생들이 체벌을 싫어하고, 또한 다른 학생들이 체벌받는 것을 목격하는 것은 더더욱 싫어하는데 체벌교사를 경찰에 신고한 학생을 '다른 학생들을 보호하기 위해서' 매우 가혹한 징계에 해당하는 전학을 고려해야 한다는 식의 일방통행적인 발상을 밀어부치는 것이 한국의 교육주체들의 '사고방식의 현실태'로 나타나고 있다. 한국의 교육주체들의 위와 같은 형식논리는 '소수인의 표현의 자유는 다수인의 국가안보를 위해 제한되어 마땅하다'는 국가보안법 수호논리와 대단히 유사하다.

그런데 신고 학생들은 어떤 반응을 보이고 있는가? '사건이 터진 후 학생 대표는 교무실을 찾아가 전체 교사에게 용서를 구했으며 어떤 방식으로든 사제간의 정을 되살리기 위해 애쓰고 있다.'고 한다. 이 학교 1학년에 재학중인 한 여학생은 '학생들이 모두 반성하고 있다. 그 애들이 전학을 간다고 생활을 잘 할 수 있겠느냐. 어차피 전학 간 학교에서도 다 알려질 거고 그 학교 선생님들에게 또 다시 외면당할 것이 뻔하다. 학교가 친구들을 용서해 줬으면 한다'는 반응을 펴고 있다고 한다.<sup>15)</sup>

15) 이상의 사건추적은 마이더스 동아, <이완배기자> roryrery@donga.com, 등록 일자 : 1999/01/15(금) 19:21을 토대로 한 것이며 군데군데 필자의 코멘트를 추가하였다. 본문의 코멘트를 구상하는데는 또한 다음 인터뷰를 참조했다. △ 교사 체벌 112신고 파문, 발단Y여고 교장 인터뷰(등록 일자 : 1999/01/15(금) 19:21) 'Y여고의 이모 교장은 사건 이후 오랫동안 몸살을 앓는 등 심한 마음고생을 해 왔다. 이교장은 14일 전화 인터뷰에서 "지금은 용서를 말할 수 있는 상황이 아니다"고 심경을 토로했다. —신고한 학생들은 어떻게 알아냈나. "112에 신고될 때 녹음된 목소리를 들었다." —문제의 학생들을 전학시킬 방침이라는데... "선도위원회에서 검토중이다. 어떤 형태로든 징계는 불가피하다." —전학이 최선의 방법인가. "아닐지도 모른다. 하지만 교사를 경찰에 신고하는 학생을 학교에 남길 수는 없다." —문제의 학생들에 대한 '교육 포기'라는 지적도 있다. "교사의 권위가 땅에 떨어졌다. 유사한 사건이 전국에서 일어나고 있지 않은가. 체벌을 한다고 학생이 교사를 신고하는 분위기에서는 정상적인 교육이 이뤄질 수 없다. 교권이 회복되고 사제간의 신뢰가 쌓여야 정상적인 교육을 논할 수 있다." —교사는 어떤 징계를 받게 되나. "재단 이사회에서 결정할 것이다." —학생들이 잘못을 뉘우치며 용서를 구하고 있다. 학교가 받아들이는 것이 교육적이지 않느냐는 여론도 적지 않다. "용서란 서로가 아끼고 화합할 수 있을 때 하는 것이다. 학교가 표면적으로 학생들을 용서한다 하더라도 마음속의 앙금은 쉽게 없

최근에 보도된 위와 같은 내용의 체벌신고사건 추적을 통하여 우리는 체벌문제를 바라보는 현대 한국인의 기본적인 시각을 대체로 다음과 같이 요약할 수 있겠다.

첫째, 한국의 교사나 교육기관 경영자 등 교육주체들은 교육목적상의 체벌의 정당성과 불가피성을 강하게 주장<sup>16)</sup>하고 있다. 둘째, 그러나 피교육자들은 체벌의 정당성과 불가피성을 인정하지 않거나, 혹은 아무리 교육목적이 부가되어 있다 하더라도 체벌을 긍정적으로 수용하려는 태도는 점점 약화되어 가고 있다. 셋째, 문제를 바라보고 문제를 해결하려는 과정에서 '개별 아동의 인권', '개별 학생의 학습권' 개념보다는 '교권', '교사의 권위', '학교의 명예', '전체학생의 보호' 등 '현대적 인권개념들'과 상충되기 힘든 구시대적 개념들이 전면에 나타나고 있다. 그리고 문제해결 차원에서는 과학적인 조사와 연구, 청문의 권리를 기획하기 보다는 '대화를 부정하는 일방통행주의', '처벌과 징계 만능주의'의 발상이 지배적으로 나타나고 있다. 체벌을 당하는 자에게 어떤 심리적, 정신적 효과가 나타나며 그것이 사회적으로 어떤 장기적 불안정성을 가져 올 것인가 하는 문제에 대해서는 과학적인 접근을 하려는 태도가 전혀 보이지 않고 있다. 다시 말해서 현대 한국의 체벌 논쟁은 근거없는 도덕론의 방향으로 전개되고 있으며 과학적인 논쟁으로 전개될 기미를 보이지 않고 있다. 또한 아동의 인권 혹은 아동보호에 관한 각종의 국제조약은 체벌담론에서 전혀 아무런 기능을 하지 못하고 있다.

V. 법적 환경

현대 한국의 체벌담론에서 '아동의 인권' 개념이 잘 작동하지 않는다 하더라도 한국의 법제가 한국사회에서 '아동의 인권' 개념을 진작시킬 가능성을 가지고 있다면 인권운동가들은 법정을 인권투쟁의 장소로 활용할 수 있다. 과연 현하 한국의 법제도는 한국사회에서 '아동의 인권' 개념을 진작시킬 수 있는 중요한 전투장소(battleground)로 기능할 수 있을까?

어지지 않을 것이다. 나라고 용서하고 싶은 마음이 없겠느냐. 하지만 어쩔 수 없다." (<이완배기자>rorery@donga.com)

16) "교육개발원이 전국의 초·중·고 교사 1천5백명을 대상으로 실시한 '교원의 학교교육에 대한 태도 조사' 결과, 찬지추방 방안에 대해 55.5%가 '교사들의 자정노력과 계도'가 필요하다고 응답했으며 31.4%는 '학부모의 찬지근절 캠페인'이 필요하다고 답변했다. 과외와 관련해서는 47.8%가 '학교교육을 해치고 있다'고 대답했으나 '학교교육을 보완하고 있다'는 응답도 22.3%에 달했다. 정부의 과외대책 방향으로는 38.5%가 전면허용을, 30.8% 전면금지를, 27.2%가 현행체 제유지를 각각 제시했다. 학생체벌에 대해 55.7%는 '필요할 경우 체벌해야 한다', 40.5%는 '가능하면 삼가야 한다'는 반응을 보였으며, '어떤 경우에도 금지해야 한다'는 3.7%에 그쳤다. 교사의 사회적 지위에 대해서는 48.4%가 '낮은편', 12%가 '매우 낮은편'이라고 응답했으며, 이유는 '교사의 경제력이 학부모에 비해 낮거나'(44.9%) '찬지 등 부정적 인식 때문'(22.7%)이라고 지적했다. 보수수준에 대해 59.3%가 '낮은편', 18.9%가 '매우 낮은편'이라고 응답. 전체의 78.2%가 보수에 불만을 나타냈고, 능률성과급제 도입에 대해서는 반대 72.2%, 찬성 26.8%로 반대가 월등히 많았다."(마이더스 동아. 07/18(금) 19:18)

1. 한국의 법제는 교육체벌을 허용하고 있는가 금지하고 있는가?

교육법 제76조는 "각학교의 장은 '교육상 필요할 때'에는 학생에게 '징계' 또는 '처벌'을 할 수 있다. 의무교육에서는 학생을 퇴학시킬 수 없다."고 규정하고 있다. 교육법 시행령 제77조는 교육법 제76조에서 규정한 '징계'에 대한 상세한 조항을 두고 있을 뿐 '처벌'에 대해서는 전혀 언급하고 있지 않다. 그러면 교육법 제76조의 '처벌'에 체벌이 포함된다고 볼 수 있는가 하는 문제가 발생한다. 그러나 이 문제에 답하기는 그렇게 간단하지가 않다.

체벌의 불가피성을 긍정하는 입장에서는 교육법 제76조의 '처벌'은 바로 체벌을 염두에 두고 규정된 것이라고 주장할 것이 거의 틀림없다. 그것은 교육법의 문리(文理)에 충실한 해석이므로 그 주장을 부정하기는 어렵다고 하겠다. 그러나 교육법 제76조의 '처벌'에 체벌이 포함된다는 주장을 받아 들인다 하더라도 한국의 교육현장에서 행해지는 교육체벌은 다음과 같이 정당화되기 어려운 속성을 다수 가지고 있는 것도 간과할 수 없는 사실이다.

첫째, 교육법 제76조는 체벌의 주체를 '각학교의 장'으로 명시하고 있는데 한국에서 행해지는 대부분의 체벌은 개별 교사의 판단으로 청문절차 없이 '개별교사에 의해' 현장에서 즉흥적으로 시벌되는 것이 현실이다. 따라서 한국의 교육법이 개별교사에게 시벌권을 준 것으로 볼 것인가 하는 문제는 논란의 여지가 있는 법률적 쟁점사항이다.

둘째, 교육법 시행령은 '처벌'보다 가벼운 '징계'를 하는 경우에도 '학교장은 학생 또는 학부모등 보호자에게 의견을 진술할 기회를 주어야 한다'고 하며 또한 '학교장이 제1항의 규정에 의한 징계를 할 때에는 학생의 인격이 존중되는 교육적인 방법으로 하여야 하며, 그 사유의 경중에 따라 징계의 종류를 단계별로 적용하여 학생에게 개선의 기회를 주도록 하여야 한다'<sup>17)</sup>고 하므로 교사가 교육체벌을 할 때에도 이에 준하는 절차나 방법

17) 교육법 시행령 제77조 【징계등】 ; " 1)학교(고등학교이하 각급학교에 한한다. 이하 이 조에서 같다)의 장은 교육상 필요하다고 인정할 때에는 학생에 대하여 다음 각호의 1의 징계를 할 수 있다. 이 경우 학교장은 학생 또는 학부모등 보호자에게 의견을 진술할 기회를 주어야 한다.

- 1. 학교내의 봉사
- 2. 사회봉사
- 3. 특별교육 이수
- 4. 선도처분

2)학교장이 제1항의 규정에 의한 징계를 할 때에는 학생의 인격이 존중되는 교육적인 방법으로 하여야 하며, 그 사유의 경중에 따라 징계의 종류를 단계별로 적용하여 학생에게 개선의 기회를 주도록 하여야 한다

3)제1항에서 "선도처분"이라 함은 의무교육학력대상아동의 의 자로서 다음 각호의 1에 해당하는 자에 한하여 당해 학교에서 퇴학시키는 것을 말하며, 학교장이 선도처분의 징계를 한 때에는 당해 학생 및 학부모등 보호자와 진로상담을 하고 지역사회와 협력하여 다른 학교 또는 직업교육 훈련기관등을 알선하는데 노력하여야 한다.

- 1. 품행이 불량하여 개선의 가망이 없다고 인정된 자
- 2. 정당한 이유없이 결석이 잦은 자

을 준수해야 한다고 유추해석될 소지가 있다. 그런데 한국에서 행해지는 대부분의 교육 체벌은 위와 같은 '일종의 적법절차'의 준수 없이 즉시적으로 시벌되기 때문에 한국의 교육체벌은 대부분이 절차상의 흠을 안고 있다고 볼 수 있다. 이렇게 보면 현재 한국의 교육현장에서 시벌되는 대부분의 체벌은 체벌의 주체와 체벌의 시벌절차의 두 가지 측면에서 교육법 위반의 의심이 있다. 다만 체벌을 당한 학생이나 학부모들이 체벌문제를 법률적인 쟁송의 형태로 끌고 가지 않기 때문에 이에 관한 법률적 논쟁이나 판례가 축적되어 있지 않다.

다음에는 체벌과 관련된 한국의 민법과 형법의 상황을 검토해 보기로 하자. 많다고 할 수는 없지만 심한 체벌로 말미암아 학생이 상해를 입거나 사망한 경우에 체벌의 시벌 주체인 교사나 교육감에게 민사책임<sup>18)</sup>과 형사책임<sup>19)</sup>을 인정한 판례가 이미 몇 개 형성되어 있다. 교사나 교육감의 민사책임은 민법의 불법행위 법리에 의하여 처리되어 왔으며 형사책임은 폭행치사사상이나 상해치사를 긍정할 수 있는가 하는 점이 주로 쟁점화되어 왔다. 사소한 폭행이나 상해에 해당하는 경우에 한국의 법원은 체벌의 동기와 정도가 '사회상규'에 위반되지 않는다고 보아 형사책임과 민사책임을 부인하여 왔다. 한국의 법원이 체벌주체에게 민사책임과 형사책임을 인정하는 경우는 '사회적 타당성을 결여한 심한 체벌'이 긍정되는 때이다. 그러나 아직은 이 방면의 판례가 많이 축적되어 있지 않아서 한국의 법원이 채택하고 있는 '사회적 타당성을 결여한 체벌'과 '사회적 타당성을 구비한 체벌'을 구분기준을 이 자리에서 명확하게 제시하기는 매우 어렵다. 그렇다면 과연 현행 한국의 법제도는 한국사회에서 '아동의 인권' 개념을 진작시킬 수 있는 중요한 전투장소 (battleground)로 기능할 수 있을까?

한 마디로 말해서 한국의 체벌에 관한 법제는 행정법이든 민사법이든 형사법이든 매우 모호한 상태에 있다고 할 수 있다. 이러한 모호하고, 논쟁의 소지가 있는 법상황은 체벌불법화론자들에게 일단 매우 불리한 상황으로 보인다. 그러나 법원에 기대를 걸고 법

3. 기타 학칙에 위반한 자

4) 학교장은 제3항 각호의 1에 해당하는 학생에 대하여 선도처분의 징계를 하기전에 일정기간동안 가정학습을 하게 할 수 있다.

5) 교육감은 제1항의 규정에 의한 특별교육이수의 징계를 받은 학생을 교육하는데 필요한 교육과정과 시설을 설치·운영하여야 한다.

6) 대학(교육대학, 사범대학 및 전문대학을 포함한다)의 학생 징계에 관하여는 학칙으로 정한다 <전문개정 97.2.28>

18) "지나친 체벌 교육감이 배상", '대구=박원수기자' : '교육적인 매라 할지라도 정도가 심할 때는 해당 교육감이 손해를 배상해야 한다는 판결이 나왔다. 대구지법 민사 14단독 정인숙 판사는 12일 남의 신발을 훔치다 들켜 교사로부터 매를 맞은 대구 모 여중 학생 K양과 가족이 대구시교육감을 상대로 낸 손해배상 청구고송에서 원고승소 판결을 내렸다. 재판부는 판결문에서 "교사가 물건을 훔친 원고를 3일만에 걸쳐 40여 차례나 때려 크게 다치도록 한 것은 교육업무상의 정당한 행위를 벗어난 위법행위"라며 "1천4백만원을 지급하라"고 밝혔다. 재판부는 그러나 원고가 거짓말을 한 부분에 대해서도 10%의 과실책임이 있다고 밝혔다. 원고 K양은 지난 95년 10월 학교 교무실에 보관된 신발 1켤레를 훔쳐 신다가 적발됐으나 절도사실을 부인한다는 이유로 교사로부터 3일동안 뺨을 40여 차례 맞아 턱뼈를 크게 다치자 대구시교육감을 상대로 소송을 냈다. 03/13(금) 01:19 입력

19) 예컨대, 대법원 75도115 판결 ; 대법원 87다카2240 판결 ; 대법원 96노170 판결

정투쟁에 나서는 일을 포기해서는 안된다고 생각한다. 왜냐하면 한국에서는 이미 가정폭력방지법이 제정되어 시행되고 있기 때문에 아동보호의 관점이 법조사회에 조금씩 침투되고 있으며 성희롱 재판에서 보듯이 한국의 대법원도 토픽에 따라서는 진취적인 측면을 보이고 있으며, 하급심과 헌법재판소는 국제인권규약을 비롯한 국제규범의 규범력을 높여 가고 있기 때문이다. 그리고 행정부의 동향도 그리 비관적이지 않은 않다.

2. 최근의 교육부의 움직임

작년(1998년)까지만 해도 교육부는 체벌문제에 관하여 상당히 진보적인 입장을 표명해 왔었다. 예컨대 1998년 10월에 교육부는 학교폭력과 교사에 의한 체벌, 성차별적 교육 등에서 학생들이 자유로운 권리를 천명하는 「학생인권선언」의 제정을 공표한 바 있다. 또한 이해찬 교육부 장관도 최근 한 여성단체의 초청간담회에서 학교에서 약자의 위치에 있는 학생들이 인간다운 삶을 누릴 수 있도록 명문화한 규범을 만들겠다고 약속했었다.<sup>20)</sup> 그런데 최근 체벌교사 신고사건을 계기로 교사들 사이에 팽배한 체벌공정론에 밀려 교육부는 체벌을 명시적으로 허용하는 방향의 행정지도를 검토하고 있으며 자민련 의원들은 그런 방향의 법안을 준비 중에 있다고 한다.<sup>21)</sup> 이런 움직임은 1997년말 외환위기로 초래된 경제와 사회불안의 분위기를 타고 당분간 지속될 것으로 보인다.

VI. 결어 : 어떻게 할 것인가?

미국을 제외한 인권선진국에서는 '교육체벌을 불법화'시킨 지 오래이다. 지금 그 나라들에서 이슈가 되고 있는 것은 '부모의 자녀 체벌의 불법화 문제'일 따름이다. '현재 세계의 법상황'은 부모에 의한 자녀 체벌의 불법화조차 실현시킨 나라가 늘어나고 있는 추세이다. 교육체벌을 불법화시켜야 한다는 시민운동차원의 목소리가 지극히 미약한 한국에서는 '부모에 의한 자녀 체벌의 불법화' 문제의 제기는 대단히 요원한 미래의 일처럼 보인다.<sup>22)</sup> 이것이 현단계 한국의 아동과 청소년 인권 문제의 현주소이다.

20) 마이더스 동아, 10/11(일) 09:21 입력

21) '교육적 체벌'은 제한적 허용 : "교육부는 최근 논란을 빚고 있는 '체벌문제'와 관련, 앞으로 교육적 체벌은 제한적으로 허용키로 했다고 26일 밝혔다. 교육부의 이같은 방침은 서울시 교육청의 체벌 전면 금지 조치 이후 교사의 적절한 꾸지람에 대해서도 학생들이 저항하는 사례가 빈번하게 발생하는 등 교권 침해 사례가 잇따른 데 따른 것이다. 교육부 관계자는 이와 관련, "교원의 정당한 훈육 행위는 교권 수호 차원에서 보호한다는 취지"라고 설명했다. 교육부는 이와 함께 교사의 교육적 체벌에 대해 학생들이 고발할 경우 학교장을 통해 처리토록 경찰에 요청키로 했다. 교육부는 그러나 교육상 불가피한 체벌을 할 경우 교사, 학부모, 학생등 학교공동체 구성원의 민주적 합의에 기초한 학교규정을 만들어 사회통념상 합당한 범위 내에서 이루어지도록 했다. (양근 만기자 : 디지털 조선일보 01/26(화) 18:52 입력)

22) "「교육개혁여론조사-중고생」 학부모와 자녀가 서로 대화를 나누고 있다는 응답은 각각 72.3%와 67.3%에 이른다. 그러나 주요 고민에 대한 의논상대는 학부모와 자녀가 서로 다르게 인식한다. <한겨레>의 이번 조사에서 성적 등 주요 고민의 의논상대가 누구냐고 묻자 '친구'로 답한 학생은 52.6%에 달했다. 그러나 학부모의 66.2%는 '부모'라고 답해 학생들의 응답률 20.3%와 크게 차이가 났다. 이와 관련해 자신의 고민을 부모가 알고 있는지를 질문하자 '그렇지 않다'는 57.6%(전혀 안

그러나 한국의 법원, 특히 헌법재판소에 커다란 가능성을 인정하고 있는 필자로서는 법원과 헌법재판소를 아동의 인권신장을 꾀하는 중요한 전장(戰場)으로 삼아야 함을 강조하고 싶다. 교육체벌이든 부모의 자녀체벌이든 체벌이 국제인권규약, 특히 요즘 국제적으로 강조되고 있는 아동의 권리 사상에 위반된다는 점은 의심의 여지가 없다.<sup>23)</sup> 최근의 한 유엔 회의에서 아동에 의한 모든 형태의 체벌의 불법화노력에 동참한다는 결의안을 채택한 6개국에 북한이 포함되어 있음은 주목할 만한 사실이다.<sup>24)</sup>

인권선진국의 경험에 의하면 체벌불법화, 운동의 최대의 적(敵)은 공포(fear)와 무지(ignorance)이다. 그러므로 체벌의 불가피성을 주장하는 교사들에게 체벌 없이도 얼마든지 교육이 가능하다는 점을 실험을 통하여 체득하도록 권유하고 체벌의 사회적 폐해(폭력을 교육시켜 청소년 범죄를 증가시키는 주요 원인이 된다는 점, 체벌을 당한 사람은 타인에 대하여 폭력을 행사하는 경향이 크다는 점 등)를 알려야 한다. 이런 설득작업에 법정투쟁은 매우 유용하다고 생각한다.

그렇다' 14.4% 포함)인 반면 '그런 편'이라고 응답한 경우는 37.0%('매우 그렇다' 5.4% 포함)에 그쳐 부모와 자녀 사이의 대화가 깊이있게 이뤄지지 못하고 있는 것으로 나타났다. 학생들의 최근 고민거리는 '성적'이 42.0%로 가장 많고, 진로문제 25.3%, 신체적 고민 6.9%, 이성친구 관계 6.8%, 가정문제 4.2%의 순으로 뒤를 이었다. '가장 재미있는 학교생활이 무엇이나'는 질문에 대해서는 '특별활동'이라고 응답한 학생이 34.4%로 가장 많고, '현장체험 학습'이 16.1%로 뒤를 이어 실천적 인성교육이 학생들 사이에 크게 호응을 받고 있는 것으로 나타났다. 그러나 현행 방과후 교육활동에 대해서는 '불만족'이 36.4%로 '만족' 20.0%(매우 만족 4.3% 포함)를 크게 앞질렀다. 체벌당한 경험은 '자주 있었음' 25.5%를 포함해 76.0%의 학생이 '그렇다'고 응답했으며, '체벌이 부당하다'고 응답한 경우는 32.0%로 '받을만 하다'고 응답한 24.2%보다 많았다. 한편 '학교에 불만사항을 건의한 적이 있느냐'는 질문에서는 24.9%만이 '있다'고 응답했고, 건의내용이 '수용됐다'는 응답은 4.5%로 '대체로 안바뀌었다'는 응답 87.2%에 크게 못미쳐 학생들의 의견이 학교생활에 제대로 반영되지 못하고 있는 것으로 나타났다. (황석연 기자 『한겨레신문』, 「기획연재」, 1998. 8. 1. 土)

23) Convention on the Rights of the Child, G.A. res. 44/25, annex, 44 U.N. GAOR Supp. (No. 49) at 167, U.N. Doc. A/44/49 (1989).

24) United Nations Committee on Rights of Child recommends "that corporal punishment be prohibited by law in the family, care and other institutions." , United Nations Committee on Rights of Child, Eighteenth Session, Geneva, 18 May to 5 June, 1998 ,Passages containing references to corporal punishment are rendered in bold type. Issues Concluding Observations on Reports on Hungary, Democratic People's Republic of Korea, Fiji, Japan, Maldives and Luxembourg ; The Committee on the Rights of the Child, the expert panel in charge of monitoring the implementation of the Convention of the Rights the Child, adjourned this morning its eighteenth session and issued its concluding observations on the reports of Hungary, the Democratic People's Republic of Korea, Fiji, Japan, Maldives and Luxembourg.

세계인권선언 50주년 기념

## 「한국인권의 현황과 과제」

50 Years and Beyond : Human Rights in Korea and its Prospects

# 한국민간단체의 인권교육활동

— 오 완 호 —

21



# 한국민간단체의 인권교육활동

오완호 (엠네스티 사무국장)

## 1. 서문: 인권교육의 필요성과 그 개요

인권활동은 크게 두 가지 부분으로 분류해 볼 수 있다. 먼저 양심수, 고문피해자, 실종된 사람, 정치적으로 살해된 사람 등 인권침해를 당한 사람들을 돕는 제반 활동, 즉 법률적 구제활동 및 석방촉구 운동 등이 그것인데 이러한 범주의 활동을 Oppositional works(반대활동)라고 할 수 있다. 70년대 후반부터 세계적 차원에서 새롭게 인식된 인권의 활동 범주를 Promotional works (인권증진 활동) 또는 Preventive Works (예방적 활동)라고 통칭하는데, 이러한 범주에 속하는 것이 인권에 관한 홍보활동(publicities)과 인권교육(H.R.E)이라고 볼 수 있다.

최근 미국, 영국, 호주를 비롯한 서구국가들과 아시아 및 남미국가들에서 기존의 반대활동과 더불어 예방적 및 인권증진활동으로서 인권교육의 중요성은 새롭게 인식되고 있으며, 제도적 및 구조적 차원에서 인권의식을 증진함과 동시에 인권침해가 일어날 수 있는 가능성을 사전에 예방하는 기능으로서의 역할을 수행한다.

물론 이러한 인권교육을 기존의 교육자와 피교육자를 분류하는 교육방법론과 대별하여 인권 인식활동이라고 지칭하고자 하는 문제제기도 간혹 있지만, 일반적으로 인권교육이라고 통칭하고 있다.

왜 학교나 사회에서 인권을 가르쳐야 할까? 간단히 대답하면 인권은 아동 및 일반성인에게 일상생활과 분리될 수 없는 부분이라는 점과 사회 및 학교는 이들에게 자신을 둘러싼 세상에 대해 가르쳐야 할 의무가 있기 때문이다. 이미 아동 및 일반성인들은 사상·양심·종교의 자유, 교육의 권리, 행동의 권리를 통해 자신의 권리를 느끼고 있다. 또한 많은 이들이 생활 속에서 자신의 권리가 폭행, 욕설 또는 심한 차별로 인해 무시되고 있음을 또한 느끼고 있다. 이러한 권리와 책임에 대해, 그것이 무엇인지, 또 어떻게 유지될 수 있으며, 그것을 위해 어떻게 투쟁해야 하는지를 배우는 것은 민주적이고 다원적인 사회의 삶을 준비하는데 있어 중요한 요소이다.

따라서 인권 교육은 '부당한' 행위란 무엇인지 알고, 정당한 행동의 감각을 익히고, 어떤 행위가 왜 나쁜지를 탐구하는 것으로 이루어진다. 그리고 이것은 강의 및 토론, 소그룹활동을 통한 언어능력의 개발, 판단과 비판적 분석의 요령, 편견과 고정관념을 포착하는 법, 다른 사람의 말을 듣고 차이를 인정하고 수용하는 사회적 커뮤니케이션의 기술, 갈등 속에서의 평화로운 해결, 사회 및 학교 생활에서의 적극적인 참여 등으로 가능하다. 이러한 교육과정은 "상이한 문화를 경험하고, 균형있는 시각을 견지하며, 차이를 이해하고

다양성을 인정할 수 있는 관용을 배우고, 편견과 고정관념, 차별대우를 지적할 수 있도록" 할 것이다. 이 모든 요령들이 곧 인간의 존엄성을 느끼고 이해하는데 핵심적인 것이며, 인권 교육의 내용이다.

## 2. 인권교육의 성격

인권교육은 제도적이든 비제도적 교육이든 간에 교양교육의 성격을 띤다 하겠다. 특히 제도권 교육의 측면에서는 인성 교육, 윤리교육 및 생활 교육의 형태를 띤 교양교육으로 진행되어야 할 것이며, 비 제도권 교육의 측면에서는 법집행 공무원 및 인권관련 공무원들에게는 업무영역에 관한 전문적 내용을 숙지하고 이해하는 필수교양적 성격을, 그리고 그의 일반인들에게는 생활교육의 형태를 띤 교양교육의 형태를 띤 것이다. 물론 대학 내에서 정치학 및 국제관계학, 사회학 차원에서 전공영역 및 연구, 분석의 대상으로 전문적으로 인권을 다루는 부분과 전문적인 인권활동가들을 양성하는 교육(Train for Trainers)이 있을 수 있으나, 이를 통상적인 인권교육의 일반적 형태로 보기는 어려울 것이다.

## 3. 인권교육의 대상 분류 및 교육내용

1996년 1월 유엔 아동권리위원회는 '유엔 아동 및 청소년의 권리협약'에 관한 한국정부의 최초보고서를 심사하고 다음 사항의 이행을 한국정부에 권고한 바 있다.<sup>1)</sup>

· 교사, 사업가, 판사, 법집행공무원, 의료전문요원 및 여타 공무원 등에게 인권교육을 실시할 것

· '유엔인권교육 10년' 사업의 정신에 근거하여 학교 교과과정에 아동의 권리교육 포함을 고려할 것

유엔의 여러 가지 인권교육에 관한 권고 및 의무사항을 살펴볼 때 인권교육의 주체는 우선 국민의 권리를 책임져야 할 정부이겠으나, 정부와 아울러 가정, 언론, 민간단체들(NGOs), 사회집단 등 여러 주체들은 직·간접적으로 인권교육을 실시하고, 세계인권선언을 비롯한 유엔의 인권보장 기준 등을 홍보하고 강조할 책무를 부여받고 있다. 특히 한국과 같이 과거 70-80년대 권위주의 정부 하에서의 관행과 인습이 완전히 청산되지 못하고, 냉전의 이데올로기적 갈등이 완전히 해소되지 못한 국가에서는 인권교육에 관한 민간단체의 문제제기 및 역할이 정부의 책임을 강제하고 이를 수행하는데 필수적인 요소이며, 당면에 있어 최대의 과제라 하겠다.

이상과 같은 유엔기관들의 지적을 바탕으로 기본적으로 여러가지 다양한 인권교육 대상 설정에 관한 방법론이 있을 수 있겠으나, 여기서는 다음의 방법으로 분류해 보고자 한다.

1. 유엔 아동권리위원회, CRC/C/15/ADD/51, para, 21, 1996

먼저 인권교육의 교육자 및 피교육자에 따른 분류다. 교육자(trainer)를 위한 인권교육과 피교육자를 위한 인권교육이 바로 그것이다. 우선 각 학교의 교사 또는 각 인권단체 및 인권 유관단체의 인권교육담당자, 공무원 및 공공기관의 연수담당자 등이 인권교육자로 분류될 수 있겠고, 이들을 위한 인권교육(Train for Trainers)이 우선적으로 선행되어야 하겠다.

또한 피교육자를 이른바 교육제도권하에 있는 학생대중, 법집행공무원 및 의료전문요원 등 공공기관의 공무원, 그리고 일반인으로 분류해 볼 수 있겠다.

우선 학생대중의 경우 5세-8세의 유아기, 8세-13세의 유년기, 14세-19세의 청소년기, 20세 이상의 청장년기 등으로 대상을 나누어 볼 수 있을 것이며, 이러한 연령별 분류에 의한 체계적이고도 종합적인 인권교육의 정책과 교재 및 교육방법 등이 개발되고 체계화되는 작업이 우선적으로 고려되어야 한다.

정부 및 공공기관에 종사하는 법집행공무원 및 의료전문요원 등 공공기관의 공무원들에게는 자신의 직능에 맞는 인권에 관한 전문교육을 정기적 또는 비정기적으로 반드시 실시되어야 하며, 이를 통해 국민의 인권보호를 위한 안전장치를 마련하여야 한다.

그리고 회사원, 자영업자 등 일반인에게는 직장 내 교육프로그램, 언론홍보 및 여타의 방법으로 인권의 중요성과 그 내용이 전달되고 교육되어야 한다. 물론 이러한 프로그램은 정부, 회사, 민간단체, 언론사 및 직종별 전문단체 등에서 이루어 질 수 있을 것이다.

## 4. 인권교육의 방법

기본적으로 인권교육은 인권 침해로부터 해방되는 자유로운 세계를 향해 나아가는데 필요한 기술(Skill), 지식(Knowledge), 태도(Attitudes)를 제공한다. 이러한 측면들은 참여식 교육과 상호작용하는 교육적 방법론에 근거해 각각의 활동 속에 포함될 수 있다. 참여식 교육방법론은 어린이와 성인 모두에게 있어 지식뿐만 아니라 기술과 태도를 개발시키는 데 가장 강력하고도 효과적인 방법을 사용하고자 하는 인권교육자들에 의해 사용되어 왔다.<sup>2)</sup> 즉, 기술(Skill): 경청하는 것, 도덕적인 분석, 협력하는 것, 대화하는 것, 문제를 해결하는 것, 질문하는 것 등과 같은 기술들은 인권에 관한 이해를 증진시킨다.

즉-자신의 주위를 둘러싼 세계를 분석하는데 도움을 준다. -인권이 자신과 타인의 삶을 향상시키는데 훌륭한 방법이라는 사실을 이해하는데 도움을 준다. -인권을 보호하는 행동을 취하도록 돕는다.

지식(Knowledge): 인권 규약이 존재한다는 사실을 아는 것. 그리고 권리가 그것에 포함된다는 것, 그러한 권리들이 보편적으로 모든 인간 존재에게 적용되고, 양도될 수 없다는

2. A manual for starting Human Rights Education, First steps, 5-6Page, Amnesty International

점을 이해하는 것이다. 또한 인권 침해의 결과를 이해하는 것이다. 이러한 지식은 아이들이 자신과 다른 사람들의 권리를 보호하도록 돕는다.

태도(Attitudes): 인권이 중요하다. 인간의 존엄성은 모든 사람이 타고난 것이며, 권리는 존중되어야 한다. 협력은 충돌하는 것보다 낫다. 사람은 자신의 행동을 책임져야 하며, 만일 우리가 그러하고자 노력한다면 세계는 발전될 것이다. 이러한 태도들은 사회 내 긍정적인 참여를 위해 준비하고 도덕적으로 자신을 개발하는데 도움을 줄 것이다.

참여식 교육과 상호작용하는 교육 방법론은 인권교육을 위해 개발된 가장 이상적인 형태라고 볼 수 있다. 예를들면, 학생들은 교사와 나란히 서서 교사의 전문 기술을 수동적으로 받아들이는 수용자이기 보다는 오히려 자신을 둘러싼 세계에 대해 연구하는 활동적인 탐구자가 된다. 이러한 교육방법론은 특히 인권이란 문제를 다룰 때 적절하며, 때로는 어떤 문제에 관해 하나의 "정확한" 대답보다 오히려 서로 다른 견해를 가졌을 때 유용할 것이다.

### 5. 한국인권교육의 장애요소들

#### 1) 아시아적 가치 및 보편성을 둘러싼 인권개념의 혼돈

아시아 국가에서 주창되고 있는 사회 문화적 전통에 근거한 아시아적 가치를 둘러싼 논쟁과 인권의 보편성과의 명확한 개념의 정립이 필요하며, 이를 통해, 양심수, 동성애자, 낙태, 전쟁, 폭력, 공정한 재판, 정치적 수인, 사형제도, 난민, 아동권, 이주노동자, 양심적 병역거부자 등에 관한 정의 및 개념을 조율하여야 한다. 아울러 인권에 관한 활동의 구체적인 수임사항 및 방법들이 제시되어야 한다. 이러한 문제에 관한 폭넓은 합의가 선행되어야만, 시민권 및 정치적 권리에 관한 문제들과 사회권과의 불가분성에 대한 접근이 용이해 질 것이며, 한국사회에서 어떠한 내용과 방법이 인권교육을 실시함에 있어 필요한가 라는 원칙들이 공유될 수 있을 것이다.

#### 2) 냉전 이데올로기

국가보안법을 비롯한 냉전시대의 낡은 유물들은 한국내에서 인권을 생각하고 자신들의 권리를 이해하고 추구하는데 장애 요인이 되어 왔다. 교육의 일반목표인 자아확립과 인식의 확대는 한국내에서 50여년 동안 지속되어온 냉전이데올로기에 의해 한쪽으로만 생각할 것을 강요하는 체계에 의해 억제되었으며, '유엔 아동 및 청소년의 권리협약'에서 보장하고 있는 정치적 견해를 가질 권리 및 추구할 권리를 강제함과 동시에, 이른바 지식의 습득과 반복이라는 기형화된 교육만을 우리사회에 남게 하였다. 이러한 상황은 입시지옥, 취직 및 출세 만능주의를 낳게 하였으며, 경쟁주의를 통한 개인주의를 팽배시켰을 뿐 인권이 만인을 위한 만인의 권리라는 명제를 사회 공동체의 기본 가치로 이해할

기회조차 박탈하였다. 70-80년대의 독재정권 하에서 인권은 반독재투쟁의 수단으로만 인식됨으로써, 기존의 제도와 사회에서는 인권의 의미와 중요성은 철저하게 부인되어 왔다. 이러한 점에서 최근 이른바 국민의 정부가 들어서고, 인권법과 국가인권위원회를 설립한다고는 하지만 인권교육을 전면적으로 실시하고 진작하기에는 여전히 심각한 장애에 직면하고 있다.

### 3) 인권에 반하는 법률, 교육환경 및 관습들

한국의 낙후된 형법, 행형법, 국가보안법, 군형법, 교육법 및 유교전통에 근거한 교육관습, 가족제도와 아울러 입시위주의 교육체계 등은 일반적으로 인권과 배치되고 있으며, 인권의식의 성장을 가로막고 있다. 이러한 현실은 특히 성장기에 있는 청소년들의 정치적 권리 및 사회적 권리를 침해할 뿐 만 아니라, 신체의 자유에도 영향을 미치고 있다. 체벌권은 폭력사용의 문제임에도 불구하고 교육권의 차원에서 다루고 있으며, 여가를 누릴 권리, 올바른 정서 및 취미를 누릴 권리조차 현실에서는 보장되지 않고 있다. 입시위주 및 일류대학 중심의 교육정책 및 환경 또한 인권교육을 수행하는 기본적 조건들에 반하고 있는 현실이다.

### 4) 이른바 인권단체의 영세성

한국 인권단체들의 수임사항중 대부분이 조직 및 재정의 운영 또는 이른바 반대활동(oppositional works)에 치우쳐 있으며, 현재의 조직체계, 재정형태, 인적 구성으로는 인권교육을 조직적 차원에서 지속적으로 실시하기에는 많은 문제를 안고 있다.

### 6. 인권단체들의 제반 인권교육활동

한국인권단체들의 활동은 주로 양심수 석방 및 국가보안법 폐지, 법률구제운동 등에 그 수임사항을 제한하고 있다. 즉 인권교육의 필요성은 인정하나, 한국 내의 여러 인권침해 요인에 의한 피해자의 구제활동 등 주로 반대활동에 주력하고 있다. 또한 각 단체간의 인권에 관한 여러 개념 및 그 적용에 있어서도 모호성이 존재하고 있으며, 활동방식 또한 다양성을 담보하고 있지 못하다고 하겠다. 이러한 가운데 90년대부터 인권운동사랑방, 유네스코, 참여연대, 국제엠네스티 등 몇몇 단체들은 인권교육을 개발하여 왔으며, 그 형태를 여러 분야 및 대상으로 확대하고 있다. 그러나 전반적으로 이러한 단체들의 인권교육활동은 아직 걸음마 단계라고 볼 수 있으며, 중단기적인 목표조차 제대로 설정하지 못하고 있다. 물론 참여연대 및 인권운동사랑방에서 발간한 몇몇 교재발간사업과 이들 단체를 포함해 몇몇 단체가 진행하고 있는 인권교육 프로그램들을 살펴보면, 일회적 또는 단기간의 단절적 성격을 띠는다고 파악할 수 있으며, 현재 장기적이고도 지속적인 목표 및 과제를 설정하는 단계라고 규정 지을 수 있다.

또한 성공회 대학교 및 대구대학교 등에서 진행되고 있는 인권강좌도 전문성과 유연성을

담보하지 못하고 있으며, 이른바 전문교육이 및 교재조차 체계적으로 개발되지 않은 채 중요성과 상징성만으로 진행되고 있는 수준이라 볼 수 있다. 이러한 한국인권단체의 활동의 제한성은 국민의 인권의식 미성숙과 현대사의 왜곡과정과 밀접한 연관이 있으며, 또한 인권단체들의 영세성 및 비 전문성에 그 이유가 있다고 하겠다.

표1)대학인권교육현황3)

	성공회대	대구대	서강대	광주여전
강좌명	인권과 평화	인권사회학	가톨릭교회의 인권과 정의	법과 인권
강의 목표	현대사회의 이념적 혼란을 뛰어넘는 새로운 인간상 창조 이를 위한 가치론적, 윤리적 기초 마련	인권개념의 이해 인권문제의 실상 파악 일상적인 인권침해에 대한 문제의식 고양 인권에 대한 감수성 고양 민주평화등 사회건설의지 함양	인권침해와 불의적 요소에 대한 비판적 인식 인권존중과 정의실현을 위한 지식, 문제의식, 가치관 및 태도 등의 습득과 형성	인권개념의 이해 국내법 및 국제법 상의 인권에 대한 이해 일상적인 인권침해에 대한 문제의식 공유
관련 학과	1학년 전교생 (교양필수)	사회학과 2학년 (전공선택)	전학과 1·4학년 (교양 선택)	사법실무과 2년 (전공선택)
학점	3	3	3	3
내용	평화의 개념, 인권의 개념, 인권침해사례, 가정·학교·사회에서의 인권(차별, <유엔아동권리조약> 등) 실천방안	인권의 개념 및 유형 인권의 역사 주요인권선언 인권론의 규범적 이념적 기초 인권문제의 유형(제3세계, 서구사회, 동아시아 인권문제에 대한 비교론적 고찰) 한국 인권문제의 유형과 특징 해결모색: 인권기구 및 인권운동	인권의 개념 세계인권선언 및 국제인권조약 이데올로기와 법 가톨릭 교회와 인권 한국사회의 인권상황 인권운동의 과제 생명존중 및 인간화 실천	인권의 개념 인권의 역사 국제인권법 국제인권기구 민간단체론
방법	강의·토론·시청각교재 활용·인권관련 활동가 및 피해자 초청사례 분석 및 발표	강의·토론·시청각교재 활용	강의·토론·시청각교재 활용·인권활동가 초청	강의·발표
교재	참고도서 목록제시	참고도서 목록제시	「가톨릭교회의 인권과 정의」 묶음	「법과 인권」 자료묶음집
개설 연도	1995년 2학기(연2회)	1997년 1학기(연1회)	1997년 1학기(연2회)	1997년 1학기
기타	현재 대학내 '인권과 평화위원회'를 발전시켜 1998년 내에 (가칭) '인권과 평화연구소' 개설계획 1999년 '인권과 평화대학원' 신설계획 1998년 1학기 인권강좌 확대 개설(인권과 사회복지, 법과 인권, 지구촌 사회와 평화) 98년 2학기 '민족·인종·평화' 강좌 신설예정	1학년 과정으로 개설되었으나 교과내용의 난이도로 인해 4학년 과정으로 변경		1998년 전무나대에서 광주여대로 승격하면서 학과 폐지로 인해 강좌 폐지됨

3. 민변 창립10주년 기념 인권논문상, 한국인권교육현황과 과제, 286-287 쪽, 김수경, 류은숙

7. 맺음말 : 한국민간단체의 인권교육 목표설정

현 시점에서 인권을 생각하는 개인 및 단체들은 향후 한국의 민주화 과정을 고려하여 기존의 반대활동 (Oppositional Works)의 틀과 더불어 인권교육의 중요성을 생각하고 그 역량의 상당부분을 인권교육활동으로 집중하여야 할 때라고 생각한다. 그러므로 단체들이나, 인권교육에 관심 있는 사람들을 중심으로 인권교육을 위한 연대의 틀, 가칭 한국인권교육협의회나, 한국인권교육센터의 설립을 제안해 보고자 한다. 이러한 기초적이고도, 협의적인 형태의 인권교육에 관한 연대의 틀을 통해 다음과 같은 목표를 설정하고 그 활동을 단계적으로 진행하는 것을 신중히 검토해 보아야 할 때이다.

1) 단기적 목표

- (1) 교육자(Trainer)를 위한 교육프로그램의 개발 및 교재와 자료개발
- (2) 피 교육자를 위한 교육프로그램의 개발 및 교재와 자료개발, 특히 시청각 자료의 개발
- (3) 교육정책 담당자(교육부) 및 교육관련 단체(전교조 및 교총 등)와의 협의체제 모색 및 공동 프로그램 개발. 특히 국가인권위원회의 수입사항 안에 인권교육에 관한 활동사항 및 전문부서의 신설을 촉구하는 운동 전개
- (4) 법집행 공무원들의 교육프로그램에의 참여방법 모색. 즉 경찰관서, 사법연수원, 교도관 등을 대상으로 하는 인권교육프로그램의 개발 및 적극적 참여 모색.
- (5) 기타 사회교육 프로그램에의 참여 및 개발
- (6) 한국 인권교육의 철학과 논리적 근거를 위한 연구 착수
- (7) 기타

2) 중, 장기적 목표

- (1) 반공, 유교 이데올로기 극복을 위한 인권 이데올로기의 개발
- (2) 인권교육 전문가의 양성을 위한 국내외적인 연수 프로그램 개발.
- (3) 한국내 인권교육관련 법률 및 제도의 정비
- (4) 인권교육의 제도화 및 생활화 운동 전개
- (5) 타 영역(여성, 노동, 교육등)과의 유대 강화
- (6) 기타

세계인권선언 50주년 기념

# 「한국인권의 현황과 과제」

50 Years and Beyond : Human Rights in Korea and its Prospects

## 장애인의 교육권

— 윤 점 룡 —

22

# 장애인의 교육권

윤 점 룡  
(국립특수교육원 원장)

## < 목 차 >

- |                     |                       |
|---------------------|-----------------------|
| 1. 시작하는 말           | 2. 장애인의 인권과 교육        |
| 3. 외국의 장애인 교육       | 4. 한국 장애인 교육의 현황과 문제점 |
| 5. 한국 장애인 교육권 확보 방안 | ※ 참고문헌                |

### 1. 시작하는 말

교육권은 「교육에 직접 관계하는 어린이, 부모, 교사, 국민, 국가 등의 교육에 관한 권리, 의무, 책임과 권한 관계의 총합」이라는 광의의 의미와 「교육을 할 권리」라는 협의의 의미로 구분된다. 또한 교육권은 교육주권론과 교육인권론으로 구분되는데, 교육인권론의 입장에서는 부모의 교육권, 교사의 교육권, 어린이의 교육받을 권리를 강조하고, 교육주권론의 입장에서는 설립자의 교육권, 국가의 교육권을 강조하고 있다.

「교육받을 권리」와 「가르칠 수 있는 권리」<sup>1)</sup>의 관계는 상호불가분의 관계를 갖고 있으나, 장애인의 교육권이라는 측면에서는 교육인권론의 입장을 취하고 있다. 교육인권과 교육주권의 관계가 어떠한가에 따라 교육의 주체가 달라지게 되며 교육의 기회와 질이 달라지게 되는데, 교육은 인간에게 부여된 신성한 인권이며 주권이라는 다수설에 따라 교육인권론과 교육주권론도 대립적인 개념이라기보다는 상보적인 개념으로 보아야 할 것이다.

따라서 장애인의 교육받을 권리<sup>2)</sup>는 아동의 교육권(학습권)과 부모의 교육권 그리고 교사 교육권의 확보와 국가 교육권 중의 의무·책임 이행 촉구권으로 나누어진다. 이런 장애인의 교육권이 확보되고 실현되기 위해서는 장애인을 '취약한' 존재나 '특별한' 존재가 아니라, 교육의 보편성과 특수성을 실현해 가는 '특수교육 요구 아동(special education needs children)'이라는 존재인식의 전환이 요구된다. 그리고 장애인의 인권과 교육은 선언적 문서보다는 실천적 의지와 행동에 의해서 구체화되어야 한다.

1) 1966년 국제노동기구의 참여하에 유네스코가 소집한 정부간회의에서 '교사지위에 관한 권고'를 채택함.

2) 정부가 1991년 11월에 비준한 「어린이·청소년 권리 조약」 제23조(장애아동)에는 장애아동의 존엄성 확보(제1항), 특별한 보호를 받을 권리 보장(제2항), 필요자원 및 지원 제공(제3항)등을 선언적으로 제시하고 있다. 또 정부가 장애인 인권보호에 대한 국민적 공감대를 형성하기 위해 98. 12. 9일 선포한 「장애인 인권헌장」에서도 장애인은 모든 영역에서 차별을 받지 아니하며, 필요한 교육을 받을 권리를 명시하고 있다.

각국은 모든 국민이 능력에 따라 교육을 받을 수 있는 권리를 부여하고 있으며, 근래에 이르러 유럽을 중심으로 발생한 학교의 새로운 개념은 다양한 교육 대상을 수용하며 대상에 따라 적절한 교육을 제공하려는 움직임이 일어났으며, 교사에게는 학습자의 능력과 특성에 맞는 교수-학습 활동을 수행할 보다 적극적인 책무를 요구하기에 이르렀다.

이러한 움직임과 병행하여 유엔은 1948년 세계 인권선언, 1959년 아동 권리선언, 1966년 국제 인권규약, 1971년 정신지체 권리선언, 1975년 장애인 권리선언, 1979년 국제아동의 해, 1981년 국제 장애인의 해, 1983~1992년 국제 장애인 10년, 1989년 아동·청소년 권리 조약 등으로 각국의 교육정책에 큰 영향을 미쳤다(국립특수교육원, 1996).

우리나라 헌법 제31조는 '모든 국민은 능력에 따라 균등하게 교육을 받을 권리를 가진다'고 규정하고, 이와같은 권리를 실현하기 위한 수단으로 의무교육 조항과 무상교육 조항을 두고 있다. '능력에 따라 교육받을 권리'는 정신적·육체적 능력에 상응한 적절한 교육을 받을 권리로 해석되므로, 장애인의 장애유형 및 정도에 맞는 교육받을 권리가 헌법적으로 보장되는 것이다. 그리고 1994년 개정된 특수교육진흥법에서는 교육인권 개념에 따라 국가의 교육의무를 분명히 하고 장애아동을 교육의 대상이 아니라, 특수교육을 필요로 하는 사람, 곧 교육의 주체로 했다. 특수교육을 필요로 하는 장애아동이 학교에 가기를 원한다면 학교에서 교육을 받을 수 있고, 그가 학교에 갈 수 없어 집에서 교육받기를 원한다면 집에서 개별적으로 교육받을 수 있는 권리를 이 법에 명시하였다(한상진, 1998). 그러나, 법적으로 보장된 권리가 비장애인들의 장애인에 대한 편견, 그로 인한 교육시설 등의 미비로 인하여 장애인이 교육받을 권리는 고사하고 최소한의 교육받을 권리도 보장되지 못하고 있다.

학교시설을 개선하지 않은 상태에서 특별전형으로 장애인을 대학생으로 선발하고 현재도 시설 개선의 의지조차 보이지 않아 특별전형의 의미가 무색해지는 것이 장애인을 위한 학교교육의 현주소<sup>3)</sup>이고, 5~8명의 교실에서 15~22명의 학생이 교육받고 있는 것이 특수학교의 현실<sup>4)</sup>이다. 또 장애인 학교 주변은 교육환경이 훼손되고 부동산 값도 하락해 손해를 봤다는 등의 다수의 목소리가 인간의 절대적 권리인 장애인의 교육권을 초월하는 사회적 병폐가 상존하는 것이 우리 사회의 한 단면이다.

장애인의 교육권은 우리 사회의 정치적 민주화 및 경제성장의 수준에 맞춰 보장되어야 하지만, 장애인의 사회·경제적 권리의 실현이 매우 미약<sup>5)</sup>하다. 특히, 자기의 권리를 지킬 능력이 없는 장애인들은 소외된 가운데 국가의 배려와 보호를 받지 못한 채 방치되어 있다. 이러한 상황이 계속되면, 사회안정이 흔들리고 정치적 민주주의까지 위협받을 수 있다는 점을 인식해야 한다.

이러한 현실에서 교육권의 중추적 역할을 하는 아동의 교육받을 권리(학습권)는 보다 질 높은 교육을 청구할 권리로 승화되어 보장되어야 하고, 부모의 교육권은 아동으로부터

3) 조선일보(98.2.23), "각대학 장애학생 보조시설: 나 몰라라/특례입학제도 무색". 31면 사회면  
4) 세계일보(98.11.13), "겨울은 다가오는데 정부지원은 줄고.../특수학교 운영난 심각", 27면 사회면  
5) 참여연대 국제인권센터, 신자유주의의 공격과 한국의 위기(IMF자료집 No. 1), 1998. 6. 5참조

터 신탁받은 권리로서가 아닌 친권으로써 교육선택권이 보장되어야 한다. 또한 교육의 주체로서 장애인과 그 학부모에게 교육관리권과 교육감독권이 보장되어 학부모 권리의 공동화 형성 또는 교사와 학부모의 제휴 등이 더욱 활성화되도록 해야 할 것이다.

이 글에서는 장애인의 교육권과 관련지워 장애인의 통합교육과 의무교육에 관한 이론을 정립해 보고, 외국(미국, 호주, 일본)의 장애인 교육을 살펴보고자 한다. 그리고 이러한 내용을 토대로 우리 나라 장애인 교육의 현황과 문제점을 분석하여 21세기 우리나라 장애인 교육권 확보를 위한 구체적인 방안을 제시하고자 한다.

## 2. 장애인의 인권과 교육

인권은 시대, 국가, 사회를 초월하여 누구에게나 적용되어야 하는 보편적인 가치이며, 그 무엇과도 바꿀 수 없는 고귀한 가치이다. 그러나 우리는 인권 침해가 체계적, 조직적으로 자행되는 암울한 시대를 살아왔다. 이 와중에서 장애인들도 목시적으로 여러 가지 인권침해를 당해 왔다. 그러나 그것이 부당하다고 어디에도 하소연하지 못하였으며, 그 누구의 관심도 받지 못하여 왔다. 특히 장애학생들은 그동안 교육의 기회를 제공받지 못하는 차별대우를 받아왔으며, 교육을 받는다고 하여도 일반교육과 격리된 교육으로 인하여 일반인들과 함께 할 수 있는 기회를 차단당해 왔다.

따라서, 장애인의 교육정책은 근본적으로 사회통합의 원칙에서 통합교육 중심으로 수립되어야 한다. 통합교육은 국민의 평등권과 기본권을 특징으로 하는 민주주의 국가의 근본 이념을 실현하는 구체적인 방법이자 방향으로, 장애인 교육의 이념적 초석이라 할 수 있다.

통합교육의 기본철학은 장애인의 교육인권론에서 출발하였으며, 정상화(normalization)의 원리와 교육기회의 평등성 보장이 그의 핵심이다. 정상화는 장애를 지닌 개인이 사회·환경적 장애(handicap)를 극소화함으로써 일반사회에 적응해 갈 수 있게 하는 것이다. 따라서, 정상화의 개념에는 다음의 네 가지 요소가 포함되어 있다. 첫째, 인간화의 요소 즉, 사회구성원으로 수용될 권리, 인간의 존엄성과 존중받을 권리, 자기생활을 선택·통제의 기회를 가질 권리 둘째, 학습문제에 의하여 거부·분리되는 현상에 대해 대응할 수 있는 긍정적 태도 셋째, 기술의 향상과 유지의 지원 넷째, 개인에게 적합한 서비스의 설계 등이다.

평등성 보장은 능력 수준이 다양하거나 특별한 요구를 지닌 집단에 대한 통합의 개념은 평등주의 이상과 연관되어야 한다. 평등주의의 기본적인 원리는 인간 존중이다. 둘째 기본적 요구의 만족권이다. 특수교육에서 완전참여란 참여 자체에 대한 경험뿐 아니라, 기본적인 수준의 읽기, 쓰기, 계산, 문화적·정치적 의식 등을 필요조건으로 갖추어야 한다. 이런 능력을 성취할 수 없는 사람들은 통합의 대상이 될 수 없다. 셋째 공평한 기

회이다. 통합교육 추구하는 것은 개인의 능력을 고려하여 그들이 만족하고 충족시킬 수 있는 특별한 능력을 개발할 수 있는 실질적인 기회를 제공하려는 평등주의적 기회 평등이다.

법적으로 보면 통합교육은 전혀 새로운 개념이 아니다. 헌법 제31조에는 '모든 국민은 능력에 따라 균등하게 교육을 받을 권리를 가진다'고 규정하고 있고, 기본교육법 제8조에서는 '모든 국민은 6년의 초등교육과 3년의 중등교육을 받을 권리가 있다'고 규정하며, 동법 제18조에는 '국가 및 지방자치단체는 신체적·정신적·지적장애 등으로 인하여 특별한 교육적 조치가 필요한 자를 위한 학교를 설립·경영하여야 하며, 이들의 교육을 지원하기 위하여 필요한 시책을 수립·실시하여야 한다'고 규정하고 있다. 지금까지 우리는 교육의 보편성, 교육 기회의 평등성, 교육의 적절성 등을 보장하고 구현하려고 노력해 왔다. 그러나, 현실은 우리가 목표로 내세우고 지향해 온 이상을 실현하는데는 여러 측면에서 제한점이 따랐다.

통합교육은 '특수교육 대상자의 정상적인 사회 적응력의 발달을 위하여 일반학교(특수교육 기관이 아닌 학교를 말한다)에서 특수교육 대상자를 교육하거나 특수교육 기관의 재학생을 일반학교 교육과정에 일시적으로 참여시켜 교육하는 것(특수교육진흥법 제2조 6항)'으로 정의되고 있다. 동법 제15조 1항에서는 일반학교의 장으로 하여금 특수교육 대상자 또는 그의 보호자나 특수교육 기관의 장이 통합교육을 요구하는 경우에는 특별한 사유가 없는 한 이에 응하도록 하였고, 동법 제15조 2항에서는 일반학교의 장으로 하여금 '통합교육의 편의를 위하여 예산의 범위 안에서 특수교육에 필요한 교재 및 요구를 갖추고, 경사로 및 손잡이와 특수교육 대상자가 이용하기에 편리한 화장실·책상 및 의자 등의 편의 시설을 설치하거나 갖추도록 규정함으로써 학습자의 요구 중심의 특수교육 정책을 법제화하였다.

특히, 특수교육법 시행령 제10조(각급 학교의 지정·배치) 3항에서는 교육감으로 하여금 특수교육 대상자가 일반학교(특수교육 기관이 아닌 학교를 말한다)인 각급 학교를 지정·배치하여 줄 것을 요구하는 때에는 당해 특수교육 대상자를 그 거주지와 가까운 일반학교에 학생의 정원과 관계없이 배치하도록 함으로써 장애학생들에게 통합교육을 우선적으로 실시할 수 있게 하였다. 아울러, 특수교육 대상자로부터 직접 취학의 지원을 받은 각급 학교의 장은 그 지원 상황을 지체없이 교육감에게 통보하도록 하고(4항), 교육감은 일반학교에 재학중인 특수교육 대상자를 특수교육 기관에 배치하여야 할 부득이한 사유가 있을 때에는 사전에 당해 특수교육 대상자 또는 그의 보호자에게 관련된 내용을 통보하고, 의견 진술 기회를 주도록 하여(5항), 보호자와 장애학생 본인에게 특수교육에 대한 절차적 공정성을 보장하고 있다.

장애인의 통합교육을 논의하면서 먼저 지적해야 할 점은 첫째, 현재까지 장애학생 교

6) 통합교육에 대한 인권단체의 위원회의 권고사항은 유엔 어린이·청소년 권리 조약 이행에 관한 민간 단체 보고서, 제6장 기초보전과 복지에 대한 <권고16>. UN Doc. A/52/44 ; 장애인 권리헌장 제4항/ 1975. 12. / <http://www.unhcr.ch/html/menu3/b/72.html> ; 한국의 경우는 장애인 인권헌장(1998.12) 8항에 제시하였다.

육권이 완전히 실현되지 않고 있다. 즉, 통합교육은 '특수교육의 질 제고'라는 측면에서 시작된 것이 아니라, 특수교육의 기회 확대라는 측면에서 특수학교 설립보다는 특수학급 설치가 비교적 용이하다는 판단에서 이루어진 것으로 볼 수 있다. 현재까지 통합교육 실시는 장애학생을 위한 교육기회의 양적 확대의 절박성 때문에 교육의 질적 문제로 정교화되지 못하여 일반학교에 장애학생을 물리적으로 배치하는 수준에서부터 큰 진보를 이루지 못한 실정이다.

둘째, 통합교육이 특수학교의 분리교육보다 질적인 면에서 우수해야 한다는 전제가 형성되지 않은 상태에서 통합교육의 가치와 구체적 목표에 대한 평가없이 지속되고 있다. 따라서, 특수교육의 제한성을 고려하면서 통합교육이 적합하게 실행되고 있는지를 측정·평가할 구체적인 질적 지표들(quality indicators)이 개발하고, 실제적인 교육이 그 기준에 적합하게 발전되도록 촉구되어야 하며, 그 성과도 감독 및 평가되어 나가야 할 것이다.

셋째, 통합교육에서 가장 핵심적인 사항으로 통합교육에 대한 논의는 일반교육과 더불어 이루어져야 한다. 통합교육이 일반학교 내에서 이루어지는 것임에도 불구하고 일반교육과 연계됨이 없이, 특수교육 분야 내에서만 통합교육 논의가 이루어지는 것이 현실이다. 통합교육이 일부 특수교육 교사의 의지와 열성에 의하여 확대되어 가면서도, 학교교육 전체 맥락으로 확산되지 않고 시작에 불과한 시점이다. 따라서, 일반학교 교원에 대한 인식을 전환할 수 있는 제도적 장치가 강구되어야 한다.

장애인 교육은 일반교육이 모든 아동에게 평등한 의무교육을 충실하게 실천하지 못함으로써 생겨난 국가의 의무교육 수행 불능 상태를 수정·보완하여 의무교육이 본래의 목적을 이룰 수 있도록 하는 것이 본래의 목표이다. 따라서, 의무교육에서 모든 아동들에게 개인의 요구와 능력에 맞는 교육을 할 수 있다면, 구태여 따로 특수교육이 만들어 질 필요가 없을 것이다.

의무교육은 모든 국민에 대하여 그들이 자기의 인격을 최대한으로 발달시키기 위하여 그에 필요한 교육을 보장하는 것을 의미한다. 의무교육은 아동의 교육받을 권리를 보장하는 사회 전체의 의무로 사회복지의 이념에 바탕을 두고 있다. 1994년 특수교육진흥법이 개정되면서 의무교육을 국민의 의무에서 국가의 의무로 전환하게 되었지만, 국가가 의무교육에 대한 근본 취지를 잘 준수하고 있다고 보기는 아직 이르다.

특수교육 대상자에 대한 정확한 파악이 이루어지지 않고 있어, 그 출현율조차 제대로 산정하지 못하고 있을 뿐만 아니라 특수교육의 수혜율도 매우 낮은 수준이다. 이것은 장애아동의 교육권을 침해하는 것일 뿐만 아니라 정부의 직무유기이다. 그럼에도 불구하고 유엔아동권리위원회 제11차 본 회기에 앞서 대한민국 정부 최초의 보고서를 검토한 후의 질문에 대한 대한민국 정부의 답변문구는 허황되기 그지없다.

7) UN Doc. CRC/C. 11/WP.4에 대한 대한민국 대표단의 답변문(1996. 1. 18)

어린이·청소년의 권리 연대회의, 「아이들의 인권 세계의 약속」, (내일을 여는책, 1997), pp. 227-258.



질문12에 대하여

“한국에는 성, 장애, 적출 등을 이유로 한 차별이 없다고 생각한다. …… 그러나 장애아동과 농촌지역의 학생들에게 약간의 혜택이 제공되어 왔다. 예를들어 장애아동과 농촌지역 학생이 전체 학생수의 일정비율로 대학에 입학하도록 하는 대학 특별전형제도가 도입되었다.”

질문24에 대하여

“장애인복지를 증진시키기 위한 단기계획은 1995년 7월에 착수되었다. …… 장애아의 교육기회와 질을 향상시키기 위한 또 다른 계획으로써, 교육부는 2001년까지 100% 입학률을 달성할 계획이다. 1996년의 입학률은 90.8%이다(특수학교 10%, 특수학급 15%, 통합학급 75%). 재택교육 체계는 특별요원이 가정과 재활시설을 방문하도록 하여 학교에 갈 수 없는 장애아를 돌보도록 하는 조치를 포함하고 있다.”

장애인에 대한 대학 특별전형이 장애인의 교육권에 대한 특별한 혜택으로 생각하는 발상과, 입학률이라는 애매모호한 개념으로 마치 장애아동의 취학율이 100%인 것으로 혼동스럽게 만들고 있다. 이는 국가가 교육할 권리를 유기하면서 국제적으로는 선연적 의미만 조장·확대시키고 있는 것을 의미한다. 이처럼 정확하지 않은 통계치는 국가적인 망신으로 이어지게 되고, 우리가 제시하는 모든 자료와 통계치에 대한 신뢰성을 잃게 되어 결국 현재와 같은 우리의 문제를 가져오게 되었다.

특수교육진흥법상 장애인의 의무교육<sup>8)</sup>은 교육의 기간을 규정하는 방식에 따라 연령주의적 경향성을 띄고 있다. 즉, 장애아동의 학령기간을 정해 놓고 그 안에서의 발달을 극대화시키려는 인도주의적 입장에 있다 하겠다. 그러나 학교내의 활동은 과정주의적 성격이 강하다. 즉, 개별화 교육 프로그램(IEP)<sup>9)</sup>에 따라 중·장기 교육목표를 세우고 단기교육활동을 통하여 그를 수행해 간다. 그러므로 장애인의 의무교육은 연령주의를 근간으로 하되, 과정주의를 첨가할 필요가 있다. 최소한의 능력을 확보해 주지 못하는 교육은 국가의 교육할 의무를 완전히 수행했다고 보기 힘들다. 이와같은 의미에서 장애인의 의무교육은 다음과 같은 점을 고려해 볼 수 있다.

8) 일반아동이 의무교육에 대한 법적 규정은, 교육기본법 제8조, 의무교육의 국가와 지방자치단체 및 학교의 의무조항은 초·중등교육법 제12조, 의무교육의 위탁 및 취학에 관한 규정은 초·중등교육법시행령 제2장에 규정되어 있으며, 특수교육대상자에 대한 의무교육에 대한 규정은 특수교육진흥법 제5조에 규정되어 있다.

9) 개별화교육프로그램에 대한 학부모의 참여가 보장되어야 한다. 법적으로는 가능한 통로가 있으나, 부모가 IEP를 계획하고 평가하는 과정에 직접 참여할 수 있도록 개방되어야 한다. 특히, 학부모의 요구에 비해 IEP에 참여하는 정도는 매우 낮다. The Council for Disability Rights. The CDR Guide to Disability Rights. <http://www.disabilityrights.org/fag.ht>; 권주석(1998), 특수학급 교육 프로그램에 대한 학부모 만족도 조사, 특수교육학회, pp.109~127.

첫째, 장애인의 의무교육에 대한 기반을 조성하는 일이다. 의무교육 대상자인 장애인의 출현율과 그들이 어떤 환경에 속해 있는 지를 정확하게 파악하는 일이 무엇보다 시급한 문제이다. 이런 기초적이고 근본적인 문제가 해결되지 않고는 장애인의 교육권, 그리고 의무교육은 이루어질 수 없는 사실이다.

둘째, 부분적으로 과정주의적 의무교육체제를 도입하는 방안이 강구되어야 한다. 의무교육에 있어서 장애인에게 최소한 기능조차도 교육시키지 않는 의무교육은 사실상 무의미하기 때문에 국가가 장애인이 최소한 독립적인 생활을 향유할 수 있도록 보장해 주어야 한다. 그렇게 교육시키지 못한 장애인에게는 국가가 그를 책임지고 최소한의 생활권을 확보<sup>10)</sup>해 주어야 할 것이다.

셋째, 의무교육 적용범위의 확대이다. 의무교육은 평생교육(life-long education for all)과 더불어 출생에서부터 고등교육에 이르는 학교교육은 물론, 다양한 학교의 교육(out of school education)까지 포함하여 모든 학습의 장을 보장하도록 해야 한다.

넷째, 국가기관의 교육 조건 보장 의무와 책임이 더욱 강조되어야 한다. 의무교육제도에 있어서 보호자의 취학 의무와 같은 소극적인 개념보다는 국가의 학교 설치 의무라든가 취학 원조 의무와 같이 교육 조건 보장 의무의 적극적인 이행 촉구권이 강조될 수 있어야 한다.

다섯째, 장애인의 의무교육은 기회균등의 차원에서 적극적 우선의 개념이어야 한다. 교육을 향유하는 것을 방해하는 어떤 요인을 제거하고 보상하는 차별의 개념보다는 사회적 불평등을 제거하는 사회의 실현을 지향해야 할 것이다.

### 3. 외국의 장애인 교육

#### 가. 미국

미국의 일반학교에 장애학생을 통합한 역사는 길다. 정책을 형성하는데 사회·정치적 힘이 작용해 왔고, 현재도 일반학교에 장애학생을 완전통합하는 방안에 관하여 연방법과 주법 사이에 상호작용이 계속되고 있다. 1842년과 1918년 사이에 미국의 모든 주들은 학령기 학생들에게 의무·무상교육을 제공할 수 있도록 법제화 하였다. 이 법에도 불구하고 몇몇 영역에 속하는 장애아들은 1950년대와 1960년대까지 공교육의 주류에서 배제되었다. 1973년에 장애인 균등 시민권리는 재활법(PL. 93-112)이 통과되면서 확보되었다. 특히 중요한 법적 내용은 재활법의 504절(Section 504)에서 언급되어 있다. 즉, 연방정부의 보조기금을 받는 어떠한 기관도 장애인을 차별할 수 없다고 규정하였다.

10) 장애인 인권헌장 2항, 6항에 제시된 규정이 실행될 수 있는 강제조항이 요구된다.