

고 있는 가운데 그나마 기능자격 취득에 집중된 현상을 보이고 있어 직업훈련이 지나치게 협소하고 운영되는 문제가 있다. 이처럼 직업훈련을 받는 수형자가 감소하는 것은 직업훈련에 의한 처우의 효과가 그다지 높지 않은데 원인이 있다고 볼 수 있다.

넷째, 교화개선에 대한 사회적 무관심과 실질적 사회적응을 위한 노력이 약화되고 있다는 점을 지적할 수 있다. 효과적인 수형자 교화를 위해 활동하는 외부 교화위원 대부분이 종교인인 것으로 나타나 일반 시민사회의 교정활동에 대한 무관심이 상당히 큰 것으로 나타났다. 교화활동 실적에서도 종교인을 제외한 전체 교화위원이 종교위원보다 수적으로 많음에도 불구하고 대부분의 교화활동 내용이 있어서 종교인의 활동실적이 훨씬 많았다.

또한 1990년대 초반에 수용자의 생활지원에 집중되었던 교화활동이 최근들어 현저히 줄고 대신 상담이 주를 이루고 있으며, 교화를 목적으로 한 자매결연이나 취업알선도 지속적으로 감소하고 있다. 이는 교도소 수형자에 대한 사회적 무관심이 갈수록 증가하고 있음을 반영하는 것으로 해석할 수 있다. 범죄자들이 교정기관을 출소한 후 안정적으로 사회에 적응하기 위한 가장 시급한 일 중의 하나가 생활의 안정이라고 할 수 있다. 그러나 이처럼 취업알선실적이 감소하고 수용자 생활지원을 위한 교화활동의 실적이 줄어들 뿐만 아니라, 이들에 무관심으로 자매결연 실적도 줄어들고 있다는 것은 수형자들이 출소 후 사회에 적응하기가 매우 어려운 것임을 예고하는 것으로 이해할 수 있다. 이처럼 교화위원의 교정활동 실적이 해를 거듭할수록 모든 분야에서 감소하고 있다는 점에서 수형자의 효율적인 교화활동을 위한 새로운 방향모색이 절실히 요구된다.

3) 교정공무원의 처우문제

승진은 직무에 대한 만족감을 높여 사기제고는 물론 교정행정의 효율화를 기하는데 중요하게 기여한다. 하지만, 수년간 총원이 거의 없이 정체된 교정공무원 사회에서 일반공무원에 비해 3배 이상 걸리는 지나치게 늦은 승진과 경찰관 등 다른 공무원에 비해 낮은 보수체제로 인해 직무만족은 물론, 사기저하가 심각한 수준이다.

IMF경제위기를 맞이하여 전국 교정시설의 대다수가 과밀수용과 교정공무원 인력의 부족으로 이들을 더욱 격무에 시달리게 하고 있다. 이로 인해 격리와 구급의 기능을 넘어서 교정·교화나 교육에 신경 쓸 여력이 없을 정도이다. 예컨대, 교정공무원 1인당 채소자 비율이 미국 3.2명, 일본 2.4명, 호주 1.9명, 스위스 1.9명,

교적 큰 비율로 증가했지만, 정부의 전체 예산증가율에 현저히 미치지 못하는 수준이며, 특히 교도행정 예산은 그 규모가 경찰행정 예산의 1/10수준으로 매우 미미한 수준임을 알 수 있다. 오늘날 유럽이나 미국 등 선진국에서는 막대한 예산과 인력을 투자해 행형법 등 여러 가지 교정관계법과 교정관련제도 등을 개정하거나 수정하는 등 지속적인 제도적 정비와 보다 나은 교정처우모델의 개발과 적용을 위해 노력해 오고 있다(김용준, 1995; 192-214). 그러나 우리의 교정처우에 대한 예산수준은 수용자에 대한 재사회화를 위한 투자라고 하기에는 지나치게 부족한 수준이라고 할 수 있다.

<표 13> 경찰 및 교도행정의 인력·예산비교

구분 연도	인구(천명) * ( )안은 성장률	정부예산(억원) * ( )안은 증가율	경찰행정				교도행정				수용 인원 증가율
			인력		예산		인력		예산		
			인원	증가율	예산액 (억)	증가율	인원	증가율	예산액 (억)	증가율	
1991	43,26(0.99)	31,323(27.2)	84,931	-	1,376,643	23.4	10,271	-	2,013	-	-2.7
1992	43,66(1.04)	33,200(5.8)	89,092	4.9	2,362,5	16.9	10,515	2.4	2,242	11.3	-0.5
1993	44,05(1.02)	38,500(14.6)	90,108	1.1	2,335,999	14.4	10,515	0.0	2,531	12.9	6.0
1994	44,45(1.01)	43,250(21.6)	90,558	0.5	2,365,085	10.5	10,618	1.0	2,986	17.9	4.2
1995	44,85(1.01)	49,879(15.6)	90,639	0.1	2,329,363	12.6	10,618	0.0	3,381	13.2	0.9
1996	45,54(1.00)	57,921(16.0)	87,419	-3.5	3,344,019	15.9	10,850	2.2	3,995	18.1	-2.0
1997	45,99(0.98)	67,578(16.6)	89,692	2.6	3,365,078	12.7	10,891	0.4	4,439	11.1	8.3
1998	46,99(0.95)	75,580(11.9)	90,515	0.9	3,348,833	-3.4	10,956	0.6	4,439	-0.0	11.2
1999	47,05(0.92)	83,682(10.7)	90,623	0.1	3,347,754	-0.2					-7.7

\* 자료: 통계청, 한국의 사회지표(1999), pp.487-488.  
경찰청홈페이지: [http://www.police.go.kr/introduction/policeact/page\\_302.html](http://www.police.go.kr/introduction/policeact/page_302.html)  
법무부 교정국 홈페이지: <http://www.moj.go.kr/corrections/index.html>

3. 문제점

1) 인력, 예산상의 문제

교정시설의 수요증가에도 불구하고 교정공무원 수가 지나치게 적은데도 증원이 없이 거의 해마다 동결되고 있으며, 예산규모 역시 매우 낮은 수준이었다. 특히 교장기관 수용자의 수가 크게 증가했던 해에도 공무원 수나 예산 규모는 그에 연동되어 증가하지 못했다. 이 같은 교정인력이나 예산의 열악한 수준은 수형자의

캐나다 1.6명, 영국 1.4명, 덴마크 0.8명 등 선진국에 비해 한국은 무려 5~6명이나 되는 것으로 나타났다(송태호, 1999; 20-26). 이는 교정공무원을 지나치게 격무에 시달리게 함으로써 교정활동의 효율성을 떨어뜨리는 문제를 유발한다는 점에서 개선되어야 할 중요한 사안이라 하겠다. 또한 다른 일반공무원에 비해 환경적으로 제약된 특수한 조건에서 근무하는 교정공무원은 직무상의 어려움에 대응할만한 경제적 보상을 받지 못하고 있으며, 교정기관에 근무하는 교정공무원에 대한 사회적 시선도 그다지 긍정적이지 못한 상황이다.

결국 직무의 특성과 승진의 적체, 그리고 경제적으로 낮은 보수는 물론 사회적 관심이라는 측면에서 교정공무원은 타 공무원과 비교해 볼 때 매력 있는 직업이라는 평가를 받기 어려운 열악한 상황이라는 특성들이 교정분야에 유능한 인재를 확보하기 어려울 뿐만 아니라, 타직종에 비해 높은 이직률을 나타내는 등의 심각한 문제를 유발하고 있다.

IV. 교도행정 개선방안

1. 교정공무원 처우개선

교정공무원은 폐쇄된 제한적 공간에서 구급된 상태와 같은 열악한 상태로 근무하는 특성을 가지고 있지만, 이 특성을 변화시키기는 어렵다. 그러나 직무특성이 어려운 만큼 다른 요인에서 직무에 대한 만족감이나 사기를 진작시킬 수 있는 다음과 같은 몇 가지의 방안을 고려할 수 있다.

첫째, 교정공무원의 처우 중에서 다른 공무원에 비해 현저히 낮은 수준에 있는 문제들을 해결하는 일이 시급하다. 그 중 하나가 지나치게 장기간 오래 걸리는 승진의 적체현상을 제도적으로 보완하는 일이 시급하다. 최소한 일반공무원과 형평성을 고려해서 하위직 승진기간과 근속승진 규정이 반드시 재조정되어야 한다. 교정공무원의 열악한 환경과 격무, 격리되고 불규칙한 근무조건 속에서 타 직종보다 어렵고 힘든 일을 수행하고 있다는 현실을 감안할 때, 오히려 다른 일반공무원보다 승진에 있어서 우대정책이 펴는 것이 더 타당해 보이기도 한다.

둘째, 바람직한 교정교화의 달성은 물론 격무에 시달리는 교정공무원들의 사기 진작을 위해서는 수형자 수와 특수교정의 수요가 증가에도 불구하고 매년 비슷한 수준으로 동결되는 교정공무원 수를 지속적으로 늘려 현재의 교정공무원 1인당 5~6명의 수용인원 수준을 호주, 스위스, 캐나다, 영국, 덴마크 등과 같은 수준은

교화정책이 적극적으로 이루어지지 못할 뿐만 아니라, 교도행정 서비스의 질적 저하를 초래할 우려가 있다는 점에서 중요한 사안이라 할 수 있다.

특히 선진국일수록 막대한 예산과 인력을 투입해 교정활동을 적극적으로 전개하고 활발하게 교정제도를 개선하고 있지만, 우리의 교정처우에 대한 예산수준으로는 수형자의 교화와 개선 및 사회적응을 도모할 수 있는 수준이 전혀 되지 못하고 있다. 이 같이 범죄자의 재사회화를 위한 투자라고 하기에는 지나치게 부족한 수준의 예산은 수용자의 교정기관 출소 후 사회적응을 어렵게 할뿐만 아니라, 지나치게 과밀하고 대규모화 된 수용시설 안에서 오히려 재범 가능성을 키우는 결과를 초래할 수도 있다는 점에서 심각한 문제라고 하지 않을 수 없다.

2) 비효율적인 교정처우

앞에서 살펴 본 교정처우 실태를 분석한 결과 교정처우에 있어서 다음과 같은 몇 가지의 비효율적인 문제점을 지적할 수 있다.

첫째, 교정공무원수나 예산에 비해 수형자 수가 상대적으로 크게 증가하고 있어 지나치게 과밀한 상태의 시설내 처우가 이루어지고 있다는 점이다. 특히, 우리나라는 43개의 교정시설이 평균 정원의 120% 이상을 수용하고 있다. 이는 교정시설 1개당 평균수용인원은 약 1,400여명으로 미국 470명, 호주의 170명에 비해 지나치게 과밀수용에다 대형화된 상태에 있다(송태호, 1999; 11-26). 따라서 이처럼 과밀한 교정시설내 처우는 수형자의 사회복귀를 위한 효율적인 교정활동의 효과를 억제할 뿐만 아니라, 수형자 개개인이 인격적 대우를 받을 수 있는 기회마저 봉쇄할 수 있는 수준이라는 점에서 심각한 문제가 아닐 수 없다.

둘째, 귀류 및 가석방제도가 지나치게 소극적으로 운영되고 있다는 점이다. 지난 36년 동안 년 평균 334건의 귀류실시는 연평균 0.2건에도 미치지 못했던 미귀 사고를 우려해 귀류제도를 지나치게 소극적으로 운영해 왔다는 점에서 적극적 교정활동을 하지 못했다는 문제를 안고 있다. 반면에 최근들어 가석방처우가 비교적 적극적으로 이루어지는 경향을 보였지만, 여전히 우리 나라의 가석방은 초범자나 경미한 범죄자를 중심으로 이루어지고 있다는 점에서 적극적인 교정활동과 그에 따른 적극적인 가석방제도 운영이 미흡한 수준에 있다고 하겠다.

셋째, 교정교육의 편협성과 직업훈련의 효율성이 저하되는 문제가 있다. 최근들어 수형자에 대한 교정교육이 비교적 활발하게 나타나는 교정교육 중 학교교육 비중이 높아 가는 추세에 있지만, 전체 수형자를 기준으로 볼 때 그 비중은 매우 낮다. 그러나 수형자의 증가추세에도 불구하고 직업교육은 최근 몇 년간 감소하



들이 귀휴제도를 활용할 수 있도록 하되, 이것이 교정당국의 온전에 의한 귀휴가 아니라 수형자의 사회적응능력을 배양하는 교정행정의 의무적 수단으로 활용될 수 있도록 해야 할 것이다. 그렇게 될 때, 구금확보와 교화·개선이라는 교정이념을 보다 적극적으로 실질적으로 실천할 수 있게 될 것이기 때문이다.

둘째, 지나치게 형식적이고 틀에 박힌 직업훈련이 아니라 시대변화에 맞도록 직업교육의 프로그램이나 내용을 전문화시키고 다양화시켜야 할 것으로 여겨진다. 예컨대, 정보화교육이나 다양한 벤처기술 등을 익힐 수 있는 시스템을 도입해 선진화된 교정교육이 되도록 해야 한다.

셋째, 적극적으로 시설내 처우를 사회적 처우로 전환시켜야 한다. 미국 등과 같은 선진국에서는 많은 예산을 들여 교정처우를 위한 개선의 노력을 경주했지만, 시설내 처우에 치중된 교정의 효과가 미흡하다고 판단해 이를 시정하기 위해서 구금이나 격리 등을 대폭 줄임으로서 시설내 처우에서 사회내 처우로 대전환이 필요성이 강조되고 있다. 우리처럼 사회적 무관심이 많은 상황에서는 사회적 관심을 유도하기 위한 차원에서 다양한 사회내 처우방법의 개발을 위한 노력이 요구된다.

넷째, 교정처우의 다양화를 위한 또 하나의 방편으로 교정시설의 민영화를 들 수 있다. 민영화의 방법은 여러 가지로 다양화 할 수 있다. 예컨대, 경비업무에 관해서는 민간 전문 경비업체에 위탁할 수 있고, 수형자의 재사회화를 위한 전문 교육 프로그램은 민간에 위탁해 전문인력을 활용하는 것이 시설내 처우보다 더 효과적일 수 있다. 또한 소년범죄자들을 상대로는 특수학교의 운영형태로 민영화하는 방안을 고려해 볼 수 있다.

다섯째, 특수교정시설의 확충과 그에 따른 전문적인 교정활동 프로그램이 요구된다. 즉, 여성범죄자의 수가 증가하고, 소년범이 급증하고 있으며, 동시에 마약류 사범이 증가하는 추세인데, 이들을 다른 일반형사범과 같이 수용할 경우 오히려 사회적응을 어렵게 함은 물론이고 범죄의 재생산화로 이어질 가능성이 높다. 따라서 여성의 인권과 복지, 그리고 소년의 특성, 마약류 사범의 치료 등에 초점을 둔 특수적이고 전문적인 교정시설과 교정프로그램의 확충이 요구된다고 하겠다.

4. 복지차원의 교정행정운영 방향

오늘날 교정활동은 범법인에 대한 처벌위주의 수용에서 벗어나 점차 복지적인 관점에서의 접근이 이루어지고 있다. 즉, 사회적으로 소외된 계층의 생활보호를

위해 국가의 복지정책과 일반인의 사회사업이 존재하는 것처럼, 사회적으로 특별한 소외와 외면을 당하고 있는 형사범에 대한 정책적·사회적으로 교정복지 측면에서의 접근이 요구된다고 하겠다. 이를 위해서는 특히 수형자가 교정시설에서 사회로 복귀하는 과정에서 교정활동 담당자가 출소자를 지역사회의 복지시설과 연계하는 링커(linker)로서의 역할을 강화할 필요가 있다. 이처럼 교정담당 공무원과 사회복지담당자의 교류와 업무연계를 통해 범법인의 사회적응을 위한 교정·교화의 활성화를 이룰 수 있을 것이다. 특히, 교정의 기본목표가 범법자의 재사회화에 있는 만큼, 교정활동에 보다 많은 사회복지 전문가들이 다양한 형태로 참여하는 방안을 강구할 필요가 있다.

V. 결론

매우 오랜 교정제도의 역사에도 불구하고 여전히 후진성을 면치 못하는 교도행정을 하고 있다. 특히, 교도행정이 수용자의 바람직한 사회적응이라는 목표를 실현하는데 별로 효과적이지 못한 채, 단지 사회로부터 격리하고 구금하는 수준이었다. 또한 사회의 일반적인 시각도 교정활동에 대해 그다지 관심을 기울이지 못했을 뿐만 아니라, 오히려 외면함으로써 수형자가 사회생활에 적응하는데 방해하는 측면이 없지 않았다. 교도행정을 담당하는 교정공무원에 대한 처우나 사회적 인식도 그다지 긍정적이지 않을 뿐만 아니라, 교도관 1인당 담당 수용자가 선진국의 4-5배 수준에 이르기까지 하는 등 매우 열악한 교도행정 환경을 지니고 있다. 따라서 본 논문에서는 교도행정 개선을 위해 다음과 같은 몇 가지의 방안을 제시하고 있다.

첫째, 지나치게 낮은 승진이나 낮은 보수체계의 개선, 그리고 증가하는 수형자의 수에 따른 격무완화를 위해 교정공무원의 충원, 이러한 것들을 실현시키기 위한 예산의 확충, 그리고 변화하는 환경에 능동적으로 대응하기 위한 교정전문인력 양성 및 지속적인 교육훈련 등을 통해 교정공무원의 처우개선과 사기진작이 필요하다.

둘째, 교정활동에 대한 사회적 관심의 제고를 위해 언론을 통한 적극적인 교정행정 홍보, 교정공무원이나 수용자에 의한 사회내 불우이웃에 대한 봉사활동, 교정기관이나 시설에 대한 주민친화적이고 환경친화적인 개선을 요구하고 있다.

셋째, 지나치게 단편적인 교정처우의 방법을 다양화 하기 위해 기존의 처우제도에 대한 적극적인 활용, 시대변화에 부응하는 직업훈련이나 교정교육이 되도록

되지 못하더라도 최소한 교정공무원 1인당 3~4명의 수용인원을 담당할 수 있는 수준이 되도록 제도적인 방안을 정비할 필요가 있다고 여겨진다. 이를 위해서는 교정공무원의 인력과 예산의 확충이 필수적으로 뒷받침되어야 할 것이다.

셋째, 경찰행정이나 일반행정분야는 전문인력을 사회로부터 쉽게 공급받을 수 있지만, 교정공무원의 경우 전문인력을 양성하는 시스템이 거의 없다. 빠르게 변화하는 사회환경에 능동적으로 대응함으로써 국민적 요구와 시대적 요구에 부응하는 교도행정이 되기 위해서는 교정전문인력 양성을 위한 제도마련과 동시에 기존의 교정공무원에 대한 지속적인 능력개발과 교육훈련이 이루어져야 하겠다.

넷째, 이상과 같은 제도적인 개선방안 이외에 교정공무원 스스로도 자신의 업무가 사회적 일탈행위로 인해 어려운 상황에 처해 있는 한 인간이 새롭게 사회에 잘 적응해 바람직한 삶을 살 수 있도록 봉사하는 사회적으로 중요한 직무를 수행한다는 긍지를 가지고 국가와 민족의 공복이라는 사명감으로 성실하게 직무에 전념할 때, 교정효과의 극대화과 재소자 재범률의 방지는 물론 사회적으로도 긍정적인 평가를 받을 수 있게 될 것이다.

2. 교정활동에 대한 사회적 관심의 제고

교정활동이 시설내 처우에만 그치는 것이 아니라, 사회적 처우, 사회내 처우 등까지 포함하고 있다는 점에서 교정활동에 대한 사회적 관심의 제고는 매우 중요한 요소가 된다. 그러나 우리 나라의 교정기관에 대한 사회적 이미지는 그다지 좋은 편이 아니다.

일반국민의 질서 있고 안정된 생활을 보장하는데 장애가 되는 범법자를 구금하여 교정·교화하는 막중한 역할을 하고 있음에도 불구하고, 교도소를 인간의 사각지대나 부정부패가 만연된 것처럼 바라보는 사회의 부정적 시각은 효율적인 교정활동에 그다지 도움이 되지 못한다. 따라서 교정기관에 대한 이미지를 개선하기 위한 방안을 다음과 같이 몇 가지로 제시하고자 한다.

첫째, 교정행정에 대한 적극적인 홍보가 요구된다. 교도소에 대한 부정적 이미지는 주로 언론매체에 의해 유발되고 있다. 대부분의 일반 국민은 언론을 통해 교도소에 대한 부정적 이미지를 얻게 되는데 이제까지 매스컴을 통해 교정활동에 대한 긍정적인 보도는 거의 찾아볼 수 없었다.

교도소 등의 교정기관에 대한 이 같은 부정적 이미지 개선을 위해서는 일반 국민들에게 교도소내의 행정을 폭넓게 공개하고 적극적으로 홍보할 필요가 있다고

여겨진다. 예컨대, 박병선(1998: 118-120)의 주장처럼 "긴급구조 119", "경찰청 사람들"과 같이 언론매체에 교정프로를 확보하거나 갱생성공사례 등의 교화활동에 대한 프로그램을 제작해 홍보한다면 교정활동에 대한 이미지개선에 크게 기여할 것으로 여겨진다.

이러한 의미에서 인권문제가 가장 많다고 알려진 청송지역 교정시설에 대하여 언론공개 등은 바람직한 조치였으며, 최근 도입된 가족합동접견 등 지속적인 민원인과 지역사회에 친밀한 교정기관으로 인식될 수 있는 제도들을 개발하고 홍보하는 노력이 요구된다.

둘째, 교정기관 종사자의 사회봉사활동이나 수용자들로 하여금 자신들 못지 않은 장애인, 농촌이웃, 소년소녀가장, 양로원, 보육원 등의 불우이웃에 대한 자원봉사활동에 보다 적극적으로 참여함으로써 교정기관의 이미지 개선은 물론 수용자의 교화개선의 이중적 효과를 거둘 수 있는 방안을 제안할 수 있다.

이 밖에도 교도소를 방문하는 수용자 가족 등 민원인을 위한 휴식공간, 어린이 놀이터, 소공원을 조성하거나 삭막했던 교정기관 외벽이나 민원실 건물에 환경친화적이거나 주민친화적인 벽화를 그리는 등 주민친화적, 지역사회 친화적인 교정기관의 이미지로 변화되는 모습을 보일 필요가 있다. 또한 친절하고 신속하며 공정한 민원처리로 민원인이 부담감 없이 쉽게 찾을 수 있는 교정기관이 되도록 노력해야 할 것이다.

3. 교정처우 방식의 다양화

앞에서 살펴 본 우리 나라의 교정처우는 시설내 처우에 지나치게 집중되어 있을 뿐만 아니라 처우의 방법도 다양하지 못하며, 매우 과밀한 상태에 있었다. 따라서 수형자의 원만한 사회적응을 돕기 위한 교정활동이 되기 위해서는 다양한 처우방식으로 탈바꿈해야 하는데 다음과 같은 몇 가지의 방안을 제시할 수 있다.

첫째, 기존에 만들어진 교정처우제도를 최대한 적극적으로 활용해 교정활동의 효율화를 기할 필요가 있다. 도주사고나 미귀사고를 우려해 귀휴제도를 지나치게 소극적으로 운영했지만, 이 제도가 실시된 이후 미귀건수는 5년에 1건에도 미치지 못할 정도의 매우 미미한 수준이었음을 고려할 때, 수형자의 안정적인 사회적응을 위한 교도행정이 되기 위해서는 귀휴제도에 대한 발상의 전환이 필요하다. 수형자 처우에서 이제 더 이상 과거와 같은 소극적인 자세를 가져서는 곤란하다. 또한 귀휴대상자에 대한 교정기관의 합리적인 심사를 거쳐 보다 많은 모범수형자



Ysabel Rennie(1978), *The Search for the Criminal Man : A Conceptual History of the Dangerous Offender*, Lexington, MA : Heath

# 여 백

교육프로그램 내용의 전문화와 다양화, 시설내 처우에서 사회내 처우로의 전환, 교정시설의 민영화, 특수교정수요의 증가에 따른 특수교정시설 및 전문적인 교정 프로그램 개발 등이 필요하다.

넷째, 처벌위주의 교도행정에서 벗어나 복지적인 관점에서의 접근을 확대할 필요성이 있으며, 이를 위해 교정담당자는 출소자를 교정시설에서 복지시설로 연계하는 역할을 강화하고, 출소자의 사회적응을 위한 교정·교화의 활성화를 위해 교정공무원과 사회복지사의 교류, 그리고 교정활동에 보다 다양한 사회복지 전문가의 참여가 필요하다.

결국 열악한 교정환경을 타개하기 위해서는 무엇보다 정책결정권자의 적극적인 개선의지와, 전과자를 바라보는 사회적 무관심이나 외면이라는 행태변화가 전개되어야 할 것이다. 이를 위해서는 사회복지 전문가들의 교정복지 분야에 대한 관심과 연구, 그리고 정책적인 측면에서의 연구, 예산의 지원, 그리고 사회적 관심이 일어나도록 동기부여 하는 운동이 함께 이루어질 때 교정활동의 효과를 극대화할 수 있을 것이다.

## 참고문헌

경찰청(2000), 「2000 경찰백서」  
 경찰청홈페이지; [http://www.police.go.kr/introduction/policeact/page\\_302.html](http://www.police.go.kr/introduction/policeact/page_302.html)  
 공정식 편저(1997), 21세기 「교정학」, 서울 : 법률행정연구원  
 김용준(1995), "교정과 복지," 「법조(法曹)」, 1995년5월호  
 박병선(1998), "교도소에 대한 이미지 제고 방안," 「교정」, 1998년11월호  
 박상기·손동권·이순래 공저(1998), 「형사정책」, 서울 : 한국형사정책 연구원  
 법무부 교정국 홈페이지; <http://www.moj.go.kr/corrections/index.html>  
 송태호(1999), "교정공무원의 사기진작방안에 관한 연구," 「교정」, 1999년1월호  
 양봉태(1998), "수형자 귀휴제도에 관한 고찰," 「교정」, 1998년 9월호  
 이운호(1992), 「한국형사사법정책론」, 서울 : 법전출판사  
 이운호(1995), 「교정학」, 서울 : 박영사  
 통계청(1999), 「한국의 사회지표」  
 Allen E, Liska(1981), *Perspectives on Deviance*, (Englewood Cliffs, NJ : Prentice-Hill  
 Clemens Bartollas(1985), *Correctional Treatment*, Englewood Cliffs, NJ : Prentice-Hall  
 David Fogel & Joe Hudson(1981), *Justice as Fairness : Perspectives on the Justice Model*, Cincinnati : Anderson  
 Emile Durkheim(1960), *The Division of Labor in Society*, Glencoe, IL : Free Press  
 Harry E. Allen et al(1979), *Critical Issues in Adult Probation : Summary*, Washington, D. C. : U. S. Government Printing Office  
 Martin B. Miller(1974. 9), "At Hard Labor : Rediscovering the 19th Century Prison," *Issues in Criminology*,  
 The President's Commission on Law Enforcement and Administration of Justice(1967), *Task Force Report : Corrections*, Washington, D. C. : U. S. Government Printing Office  
 Todd R. Clear & George F. Cole(1990), *American Corrections(2nd ed.)*, Pacific Grove, CA : Brooks/Cole Publishing Company



## 개정행형법(제7차 개정)에 대한 비판적 검토

梁和植(수원대학교 법학과 교수)

- I. 머리말
- II. 「행형의 기본원칙」 규정의 신설 필요성
- III. 사회화처우 우선의 원칙과 수형자의 권리제한의 명확화
- IV. 외부와의 접견과 통신
- V. 보건위생과 의료
  - 1. 외부병원에서의 이송
  - 2. 의료적 강제처우
- VI. 교도소의 안전과 질서유지를 위한 질서처분
- VII. 수형자의 권리구제제도
- VIII. 분류와 처우
- IX. 맺음말

### I. 머리말

1999. 12. 28. 제7차 개정 공포된 행형법에서 가장 눈여겨볼 수 있는 조항으로는 수용자의 인권을 최대한 존중하겠다는 원칙을 천명한 제1조의 3 규정과, 민영교도소의 설치근거를 마련한 제4조의 2 규정의 신설이다. 그리고 제1조의 3 규정에서 천명한 인권존중정신을 몇몇 개별 조항들에 반영하였으며(예컨대, 계구의 사용, 징벌, 접견과 서신 등), 종래 하위법령에서 규정한 내용들의 일부를 법률레벨에서 규정함으로써(제29조의 2 등) 「행형의 법률화」를 위한 부분적 시도가 있는 점등은 긍정적인 평가를 할 수 있다. 그러나 그럼에도 불구하고 여전히 개정행형법의 입법형식은 어떤 행형의 지도이념에 입각한 법률로서의 체계적 정합성을 갖추지 못하고 있으며, 헌법적 지도원리 내지 어떤(일반적) 법원칙에 입각함이 없이 행정편의적·행정적합적으로 각종 처우규정항목들이 단순 나열식으로 규정됨으로써, 여전히 행형법은 오늘날 그 이론적 가치를 상실한 특별권력관계론의 잔재를 아직 완전히 버리지 못하고 행형시설의 관리운영규정 내지 교도관의 직무규칙으로서의 성격을 그대로 가지고 있으며, 특히 제1장 「총칙」이 총칙으로서의 어떤 법적 기능을 수행하는지도 의심스럽다는 점을 먼저 지적하지 않을 수 없다.

헌법학자들의 통설에 따르면, 우리 헌법은 법치주의와 사회국가원리를 그 구조적 원리로 하고 있다. 그러므로 이 두 원리는 행형법에도 자유형의 집행이라는 제한된 범위내에서 최대한 실현되어야 할 것이다. 그렇게 되면 이는 수용자의 법적 지위와 처우를 당연히 규정지게 되며, 이에 의해 수형자는 Wurtenberger가 말하는 소위 소극적인 「방어적 신분」과 적극적인 「사회통합적 신분」을 갖게 된다. 전자는 「국가권력과의 관계에 있어서 헌법에 보장된 인간으로서의 자유영역의 보장 및 보호」를 의미하여, 후자는 「수형자에 대한 국가의 사회적 부조 및 배려의무와 수형자의 사회적 책임성」을 의미한다고 보겠다. 이렇게 볼 때,



행형법은 수형자의 「권리보장규범」인 동시에 「사회화규범」이어야 한다.

우리 행형법도 수형자의 수용을 확보하면서 수형자의 인권신장과 사회복지를 행형의 목표로 삼아 이를 지향하고 있다. 그렇다면 수형자의 박탈 내지 제한되는 자유와 권리의 한계가 명확하고 적정하게 규정되어야 할 것이며, 아울러 수형자의 사회화를 위한 법적 토대도 적극적으로 행형법에 마련하여야 할 것이다. 이 점이 개정행형법에서도 여전히 취약하다.

그리하여 본인은 다음과 같이 제안함과 아울러 약간의 비판적 검토도 하고자 한다.

## II. 「행형의 기본원칙」 규정의 신설필요성

헌법정신과 오늘날의 행형이념을 구체화한 「수형자의 지위」와 「행형의 기본원칙」에 관한 규정(예컨대 독일행형법 제3조)을 제1조의 목적조항 다음에 신설할 것이 요망된다. 비록 이 처우의 기본원칙 규정으로부터 수형자의 권리가 직접적으로 도출되지는 않는다고 할지라도, 이 원칙규정(soll규정: 가장 경미한 형식의 재량권부여규범)은 개별규정들의 해석에, 특히 불확정한 법개념의 해석에 중요한 역할을 할뿐만 아니라, 교도소당국의 포괄적인 재량권 행사의 법적 기준으로서, 나아가서 재량권의 남용과 일탈의 해석기준(재량통제)으로서 중요한 의의를 지니고 있다.

전통적인 특별관계이론이 오늘날에 와서는 헌법상의 기본권존중주의와 법치주의에 의해 퇴조하여 수형자의 교도소수용관계에 법치주의가 전면적으로 적용되어 기본권제한에 법률의 근거를 요할지라도, 수형자는 이른바 「특별신분관계」 내지 「특수한 생활관계」에 있기 때문에 수형자는 일반 국민보다는 강화된 명령복종관계에 서게 되며, 행형주체는 법률에 의해 인정된 범위내에서 다른 일반권력관계에 있어서 보다는 더욱 포괄적인 지배권을 가지게 되는 점을 부인할 수 없다. 그리고 행형법은 처우방법의 계속적 발전을 위하여 교정당국에 충분한 판단의 여지를 허용하여야 한다. 환언하면 수형자의 사회화처우를 어떤 태양으로 또 어떤 수단으로 실행해 나아갈 것인가는 미리 법률로써 선결할 것이 아니며, 이는 교정당국에 널리 위임하거나 사회의 광범위한 인식에 문을 개방하여야 할 것이다.

이렇게 볼 때, 행형목적 달성을 위해 재량규정 내지 교정당국의 판단여지를 인정하는 불확정한 법개념들을 다수 규정하지 않을 수 없다는 불가피성을 인정하지 않을 수 없다. 그러나 이 재량조항 내지 불확정개념들을 여하히 활용하느냐에 따라 수형자의 사회복지를 크게 증진시키고 인권을 신장시키는 긍정적 효과를 발생시킬 수 있겠으나, 역으로 수형자의 인권을 부당하게 제한하고 사회복지추진에 커다란 장애요인을 발생시키는 부정적 효과도 나올 수 있다. 그러므로 행형법에 마련된 교도소장의 폭넓은 재량의 여지를 규범적으로 통제할 수 있는 「행형의 일반원칙」 규정은 꼭 필요하다. 그리고 이러한 관점을 행형법 제2장 이하에 규정된 각종의 처우규정들(예컨대 제4장 「접견과 서신」, 제6장 「위생과 의료」, 제7장 「교육과 교회」, 제10장 「분류와 처우」 등)에도 확대하여 각 장의 서두조항에 「일반원칙」의 규정을 두게 되면 수형자의 인권신장과 사회화처우에 적지 않은 효과가 있을 것으로 본다. 나아가서 「특별신분관계」인 교도소수용관계를 규율하는 행형법에 있어서 재량조항 내지 불확정개념과 같은 일반조항의 사용은 주로 수형자의 사회화를 위한, 그리고 전문성을 요하는 처우의 영역에 주로 한정함이 바람직하며, 수형자의 기본권을 제한하는 데에 이러한 일반조항을 남용하는 것은 바람직한 입법태도가 아니라고 본다.

## III. 사회화처우 우선의 원칙과 수형자의 권리제한의 명확화

수형자의 교도소수용관계는 자유와 강제의 긴장관계이다. 수형자의 안전한 수용과 교도소의 안전과 질서유지를 강조하게 되면 수형자의 권리와 자유의 영역은 좁아지게 되며, 수형자에 대한 교육실시, 직업조성, 사회부조 및 치료적 처우 등 수형자의 성공적인 사회복지를 위한 사회화처우를 강조하게 되면 「자발성의 원칙」을 중시하지 않을 수 없어 수형자의 자유영역이 확대하게 된다. 이때 사회화처우를 이유로 수형자의 기본권을 제한하고 의무를 부과할 수 있음은 물론이다. 그러나 이러한 제한은 법치주의 원리에 따라야 하며 거기에 한계가 있다고 할 것이다(인간의 존엄, 인격의 자유로운 전개, 자유와 권리의 본질적 내용의 침해금지). 교도소의 안전과 질서를 위한 강제조치와 사회화처우가 긴장관계에 놓일 때는 원칙적으로 「사회화처우 우선의 원칙」에 따라 해결하고 강제조치는 단지 보충적으로만 의거하여야 할 것이다.

그리고 수형자의 인권을 보장하고 신장하기 위해서는 수형자의 어떤 자유와 권리가 어떤 요건 아래에 어느 정도로 제한되며 그 한계는 무엇인지를 행형법에 명료하게 규정하여야 한다. 개정행형법은 구법에 비해 이 점에서 많은 개선이 있으나, 아직도 수형자의 권리의 제한기준이 명확하지 못하거나 혹은 불확정개념 내지 재량조항으로 규정된 것이 많이 있다. 참고로 독일행형법 제4조 제2항 1문은 「수형자는 이 법에 규정된 그의 자유제한에 따른다」라고 규정하여 교정당국이 행하는 수형자의 권리에 대한 제한을 예측가능하게 하고 있으며, 아울러 교정당국이 행할 수 있는 권리제한의 요건과 범위를 상당히 명확하게 개별적으로 규정하는 열거주의를 취하고 있으며, 그러면서도 예외적으로 개별적인 법률규정이 없어도 수형자의 자유제한이 가능한 일반조항도 두고 있다. 즉 제4조 2항 2문은 법률이 규정을 두고 있지 아니한 경우에도 「교도소의 안전유지 또는 중대한 질서의 파괴를 방지하기 위하여 불가피한 제한」은 과할 수 있음을 정하고 있다. 그러나 이 일반조항에 대하여는 독일에서도 제한적 해석이 요청되고 있다. 이 규정은 수형자의 기본권보장과 사회화처우를 지향하면서 동시에 보안요구도 만족시켜야 하는 어려움을 지니고 있는 행형법의 타협적 성격을 잘 나타내고 있다고 하겠다. 이러한 독일 행형법의 입법형식도 우리 행형법에 고려할 필요가 있다고 본다. 다음에서 개정행형법의 몇 가지 개별적 처우규정들을 살펴보도록 하자.

## IV. 외부와의 접견과 통신

자유형의 내용을 이루는 자유의 박탈은 단순히 그 행동의 자유를 제한하는 데에 있을 뿐 외부와의 교통을 차단하는 것까지 포함하는 것은 아니라고 볼 때, 외부와의 접촉은 구금시설외로 외출하여 직접적으로 접촉하는 이외의 방법으로써, 예컨대 서신이나 시설내에서의 접견 등의 방법으로 하는 한, 원칙적으로 자유롭지 않으면 아니 된다. 다만 행형시설의 안전 및 질서유지와 수형자의 교정교화 등의 관점에서 보아 유해로운 접촉만을 필요한 한도내에서 제한하면 족할 것이다. 이 점은 「수형자의 처우는 사회로부터의 배제가 아니라 사회와의 계속적 관계를 강조하는 것이어야 한다」는 유엔 「최저기준규칙」 제61조의 원칙표명처럼, 오늘날의 추세인 행형의 사회화요청에 기인한 것이다.

또한 수형자의 접견 및 서신교환의 자유는 인간존재의 생물학적·정신적 발달과 인격의 자유로운 발전을 위한 기본적 전제이며, 그 보장은 교도소내의 긴장완화에 공헌하며 수형자의



원만한 사회복귀에 불가결한 요소가 된다. 뿐만 아니라 헌법 제10조의 인간의 존엄과 행복 추구권의 보장규정이 타인과의 자유로운 접촉욕구를 만족시키는 행위를 포함한다고 볼 수 있으므로 접견과 통신에 관한 수형자의 권리는 인정되어야 하며 이는 근본적으로는 헌법 제10조에 그 근거를 둘 수 있으며, 그 밖에 헌법상의 표현의 자유, 신앙 및 양심의 자유를 보장한 헌법 제19조 내지 제21조도 수형자의 접견 및 통신의 자유를 인권보장적 견지에서 기초지우고 있다. 그러므로 행형법은 이러한 헌법정신을 최대한 구현하도록 노력하여야 할 것이다.

독일행형법은 이러한 헌법정신에 입각하여 교도소 외부에 있는 사람과의 교통을 권리로서 보장할 뿐만 아니라, 나아가서 교도소당국에게 수형자와 외부인과의 교통을 조장할 의무까지 지우고 있다(제23조). 다만 접견 또는 서신왕래가 교도소의 안전과 질서유지를 위태롭게 할 수 있거나 또는 수형자에게 유해한 영향을 미치거나 수형자의 사회복귀에 지장을 줄 염려가 있는 경우에는 <친족이 아닌 자>와의 접견 또는 서신교환을 금할 수 있게 하였다(제25조, 제28조). 그리고 접견에 대한 감시(제27조)나 서신검열(제29조)은 허용되지만 처우 또는 시설의 안전과 질서유지를 이유로 요청되는 때에 한하여 인정함으로써 <일반적 감시 내지 검열>은 허용하지 않고 있다.

반면에 우리 개정행형법은 수형자의 접견(제18조) 및 서신왕래(제18조의 2)를 교도소장의 허가사항으로 하고, 다만 「교화 또는 처우상 특히 부적당한 사유가 없는 한 이를 허가하여야 한다」라는 soll규정형식을 띠고 있어 교정당국의 재량권을 크게 제한하고 있는 점은 구행형법과 동일하다. 그리고 수용자의 접견과 서신왕래에 <일반적> 감시와 검열이 가능하도록 한 점(구법보다는 다소 완화되었음), 친족과의 교통도 일반인과의 교통과 마찬가지로 취급하는 점 등도 동일하다.

생각건대, 전술한 바와 같이 수형자의 접견 및 서신왕래는 헌법상의 인간의 존엄과 행복추구권에 기초하고 있으며, 또한 우리 행형법은 행형의 목적을 수용자의 수용을 확보하면서 수형자의 인권보호와 사회복귀의 촉진에 두고 있는 점에 비추어 볼 때, 수형자에게 원칙적으로 외부인과의 접견 및 서신왕래의 <권리>를 인정함이 옳으며, 교도소의 안전과 질서를 위태롭게 할 수 있는 경우나 수형자의 사회복귀에 지장을 줄 염려가 있는 때에 한하여 예외적으로 접견 및 통신을 금지시키는 것이 바람직한 입법태도라고 본다. 그러나 가족과의 접견 및 통신은 위의 이유로도 제한하지 않는 것이 바람직하다. 개정행형법 제18조 제1항과 제18조의 2는 「교화 또는 처우상 특히 부적당한 사유가 없는 한」 접견 또는 서신왕래를 허가하도록 규정하고 있는 바, 이는 「처우 또는 교도소의 안전과 질서유지를 위해 특히 부적당한 사유가 없는 한」으로 수정함이 옳다고 본다(우리 행형법 제33조 2항, 제33조의 3 참조). 「교화 또는 처우」는 기본적으로 「사회화처우」 내지 「교정처우」를 말하는 것이며(일본 형사시설법안 제96조 참조), 또한 이 규정대로 이해할 경우 「교도소의 안전과 질서유지」를 위해서는 외부인과의 접견이나 서신왕래를 금지할 수 없다고 해석되기 때문이다. 그런데 개정행형법이 교정처우상 특히 부적당한 사유가 없는 한 접견 또는 서신교환을 허가하도록 하여 교도소장의 재량권을 크게 제한하고 있음에도 불구하고, 행형법시행령 제56조(또한 제61조도) 제1항은 수형자의 접견횟수를 징역수형자에 대해서는 매월 2회, 금고·노역 자유치 또는 구류의 수형자에 대해서는 매월 3회로 제한하고, 다만 행형성적이 우량한 수형자 등에 대해서는 접견횟수를 증가시킬 수 있다고 규정하고 있는데, 이는 상위규범인 행형

법의 취지에 명백히 반할 뿐 아니라, 위 단서조항은 누진처우의 일환으로서의 상벌에 지나지 않아 사회화처우 내지 교정처우의 태양으로 보기 어렵다. 이는 마땅히 「수형자의 처우 또는 사회복귀에 도움이 되는 경우에는 횟수에 관계없이 허용되어야 한다」는 규정을 두는 것이 바람직하다고 본다.

그리고 접견의 <일반적 감시>나 서신의 <일반적 검열>이 가능하게 할 것이 아니라 처우 또는 시설의 안전과 질서유지를 이유로 하는 경우에만 감시 또는 검열을 허용할 것이며, 특히 접견은 전술한 이유에 의한 감시가 <시각에 의한 감시>로 충분한 경우에는 이에 의할 것이며, <대화감시>는 전술한 이유에 의해 불가피하게 요청되는 때에 한하여 행하는 것이 바람직하다(독일 행형법 제27조 제1항 참조).

## V. 보건위생과 의료

### 1. 외부병원에서의 이송

구행형법 제29조(병원수용)는 「소내에서 수형자에게 적당한 치료를 하는 것이 불가능하다고 인정되는 때에는 당해 소장은 소외의 다른 병원으로 이송할 수 있다」고 규정하였다. 여기서 적당한 치료의 가능성 여부는 교도소 의무관의 의학적 소견에 의해 판단되며, 적당한 치료가 불가능하다고 의학적으로 판단되어도 외부병원에 이송하여 적당한 치료를 받게 할 것인가 여부는 소장의 재량에 맡기고 있다. 물론 외부병원에서의 이송여부는 외부병원수용의 긴급성, 도주의 위험 및 사회의 안전에 대한 위험 등을 교량하여 판단할 사항이므로 소장의 재량사항으로 인정한 것으로 보인다. 그러나 이 점을 고려한다고 할지라도 「... 적당한 치료를 하는 것이 불가능하다고 인정되는 때에는... 다른 병원으로 이송할 수 있다」는 규정은 명백히 법논리적으로 부당하며 또한 수형자의 건강보호에 대해 지나치게 무책임한 규정으로서 수형자의 건강을 적극적으로 보호하여야 할 국가의 배려의무에도 배치된다. 적당한 치료가 불가능하면 마땅히 소장은 외부병원으로 이송하여야 할 것이다(소위 soll규정). 참고로 독일 행형법 제65조 제2항 1문이 「수형자의 질병이 교도소 또는 의료교도소에서 발견 또는 치료될 수 없거나 수형자를 적시에 의료교도소로 이송하는 것이 불가능한 때에는 교도소 외부의 병원으로 이송되어야 한다」라고 규정함으로써 행형당국에게 적극적인 배려의무를 인정하고 있는 점은 우리 구행형법과 좋은 대조를 보여주었다.

입법자가 이러한 불합리를 인식하였는지 개정행형법 제29조 제1항은 「소장은 수용자에 대한 적당한 치료를 하기 위하여 필요하다고 인정하는 때에는 당해 수용자를 교도소 등의 밖에 있는 병원(정신질환을 치료하기 위한 경우에는 의료기관 개설허가를 받은 치료감호소를 포함한다)에 이송할 수 있다」라고 규정함으로써 구행형법의 법논리적 부당성을 면할 수 있게 되었다. 그러나 독일 행형법 제56조(일반원칙)나 일본 형사시설법안 제15조(보건위생과 의료의 원칙)처럼 수형자의 신체적·정신적 건강을 배려해야 할 교정당국의 일반적 의무를 인정하는 소위 <재량통제규정>을 두고 있지 않는 우리 행형법상으로는 제29조 제1항에 의해 수용자의 외부병원수용여부가 여전히 소장의 재량에 맡겨져 수용자에게는 이송을 청구할 권리가 인정되지 않으며, 소장에게는 외부병원이송을 위한 법적 의무도 인정되지 않게 되어 여전히 수용자의 건강보호에 관한 인권보장이 취약한 것으로 남게 된다.



## 2. 의료적 강제처우

(1) 개정행형법에서 특히 눈에 띄는 조항은 제29조의 2(의료조치)의 신설이다. 이 조항은 「소장은 수용자가 진료 또는 음식물의 섭취를 거부하여 생명에 위험을 가져올 우려가 있는 때에는 교도소등의 의무관으로 하여금 적당한 진료 또는 영양보급 등의 조치를 하게 할 수 있다」라고 규정하고 있다. 구행형법은 직접강제의 수단으로 계구 및 무기의 사용만을 사용하였으나, 개정행형법에서는 제14조의 2에서 신체적 유형력의 행사나 교도봉·가스분사기·최루탄 등 보안장비를 사용하는 「강제력의 행사」를 규정함과 아울러 의료적 강제조치의 근거규정을 신설하였는데 이는 진실보한 규정이라고 평가할 수 있다. 신설된 제29조의 2 규정에 따른 의료적 강제처우의 대상에는 수용자에게 질병이 있거나 자살이나 자상행위를 하는 경우, 그리고 단식농성을 하는 경우 등이 포함될 수 있을 것이다. 다만 독일에서는 이에 관한 많은 논란을 거쳐 제101조 제1항을 그 타협의 산물로 갖추게 되었으나, 우리의 경우는 이에 관한 학계의 논의가 거의 없는 실정에서 신설되었으므로 이 규정과 관련한 활발한 해석론적·입법론적 논의가 전개되어야 할 것으로 본다. 필자는 이미 몇몇 논문을 통하여 독일에서의 논의를 비판적으로 소개 및 검토함으로써 우리 행형법에도 의료적 강제처우에 관한 규정을 신중히 검토하여 신설할 것을 제안한바 있다. 이하에서 독일행형법 제101조와 관련하여 독일에서 논의된 담론을 비판적으로 요약하여 전개함으로써 우리 행형법 제29조의 2 규정의 해석론과 향후의 올바른 입법의 방향제시에 다소나마 기여하고자 한다.

(2) 먼저 수형자에게 질병이 있을 때는 「소장은 수용자가 진료···를 거부하여 생명에 위험을 가져올 우려가 있는 때에는 교도소등의 의무관으로 하여금 적당한 진료··· 등의 조치를 하게 할 수 있다」는 행형법 제29조의 2 규정에 따라 의료적 강제처우를 할 수 있게 되었다. 여기서 수용자의 질병에는 사회일반인과 마찬가지로 걸릴 수 있는 통상적인 질병(예컨대 감기, 골절, 암, 위궤양, 맹장염 등), 전염병 및 범죄유발적 질병 등이 있을 것이다.

먼저 통상적 질병의 경우를 보자. 독일행형법 제101조 1항 1문은 강제치료를 「수형자의 생명의 위험시」뿐만 아니라 「수형자의 건강에 대한 중대한 위험시」에도 허용한다. 다만 하나의 위험이 또 다른 위험으로 바뀌지 않게 하기 위하여 「관계인에게 기대가능하고 수형자의 생명 또는 건강에 대한 중대한 위험과 결부되지 않는」 그런 치료조치만이 허용됨을 언명하고 있다. 이 예외조항은 수형자의 의사에 반한 의료적 강제처우가 폭행 등을 수단으로 행하여짐으로써 수형자의 생명 또는 건강에 대한 중대한 위험을 야기할 가능성이 매우 높기 때문에 마련된 것으로 보인다. 그러나 그 내용이 매우 불확정적이어서, 수형자의 생명 또는 건강에 대한 특히 중대한 침해는 행형법 또는 행형법시행령에 예시하여 이 경우는 반드시 수형자의 승낙을 요하도록 하고 있다. 독일행형법 제101조 1항은 제1문에서 수형자의 생명과 건강보호를 위한 <침해권>은 인정하였으나, 제2문에서는 수형자의 자유로운 의사에 반하여 의료적 강제처우를 취해야 할 <의무>는 부인하고 있다. 이는 종래 수형자에게 「긴급한 생명의 위험이 있을 때」에는 수형자의 자유로운 의사결정에 반하더라도 강제적인 의료조치를 취해야 할 의무를 행형당국에 부과하던 것을 1985. 2. 27.의 개정법률에 의하여 삭제한 것이다. 이는 수형자의 자기결정권이 상대적으로 보다 강화되고 수형자의 의사에 반하여 그의 생명을 보호해야 할 행형당국의 <보증인적의무>는 더 이상 인정되지 않게 되었음을 의미한다. 그러나 신규정에서도 여전히 수형자의 의사에 반한 강제적인 침해권을 행형당

국에게 인정하고 있는데, 이는 자유시민인 환자에 대한 의사의 치료행위는 환자의 승낙이 있을 때에만 가능하다는, 환언하면 의사의 치료행위는 피해자의 승낙 또는 추정적 승낙에 의해서만 위법성이 조각된다는 독일의 통설 판례를 수형자에게는 적용하지 않은 것이다. 이는 수형자의 생명·건강에 대한 국가의 보호의무가 수형자의 자기결정권보다 우위에 있으므로 이를 제한할 수 있다는 점, 그리고 자유박탈이라는 강제상황에서의 수형자의 거부의사는 자유시민인 환자의 그것과는 달리 평가되어야 한다는 사고에 기초한 것으로 보인다. 그러나 이에 관하여는 Geppert의 강력한 반론이 제기되고 있다. 그에 따르면 의사의 치료거부는 수형자가 자유박탈이라는 예외상황에서 발생한 심인성 질병 내지 정신적 압박 때문에 수형자의 의사결정능력이 손상되어 있을 수는 있으나 그렇다고 해서 구금상황으로 인하여 수형자의 자유로운 변별능력 내지 의사결정능력이 일반적으로 크게 손상되었다고 보기는 어려우며, 또한 구금에 따르는 심인성 질병을 개별적 경우에 확실하게 진단하는 데에는 어려움이 있으므로, 수형자에게 <일반적으로> 그리고 수형생활중 <언제나> 그의 의사결정의 자유를 인정하여야 한다는 것이다. 뿐만 아니라 전진적인 교육행형을 위해서는 수형자에게 자립성과 자기책임성을 길러 주어야 하며 그러기 위해서는 수형중에도 원칙적으로 자립적이고 자기책임적으로 처우할 것이 필요조건임도 논거로 제시하고 있다.

다음으로 수형자의 생명·신체를 위태롭게 할뿐만 아니라 전염의 위험을 통하여 제3자의 건강에도 해를 끼치는 전염병(성병, 전염성 피부병, 폐결핵 등)의 경우에는 통상적인 질병의 경우 수형자의 자기결정권을 국가의 보호의무보다 우위에 두는 입장에서도 의료적 강제조치를 긍정한다. 독일행형법 제101조 1항은 전염성질병의 경우에 있어서의 행형관청의 침해권을 환자인 수형자 자신의 위태화보다 덜 엄격한 요건인 「기타의 자의 건강에 대한 위험시」에도 허용하고 있다.

한편 전염병이 제3자에 대한 건강의 위험을 내포하고 있더라도 수형자의 생명·건강에 대한 위험과 결부된 조치는 금지된다.(독일행형법 제101조 1항 1문 후단 참조)

그 밖에 범죄유발적 질병에 대하여 독일행형법은 규정을 두고 있지 않으나, 행형법개정법안(AE) 제139조 2항 2호는 이 경우 수형자의 승낙이 없어도 의료적 강제처우가 허용됨을 규정하고 있다. 이 규정은 수형자에 대한 기본권제한조치는 수형자가 재범없는 생활을 영위하기 위한 내적 조건을 조성하는 데에 필요한 것이거나 재사회화에 반하는 영향을 방어하는 데에 기여하는 것일 때에는 정당화될 수 있다는 독일연방헌법재판소의 판례에 의하여 충분히 그 이론적 정당성이 기초지워질 수 있다. 행형의 목표가 유죄판결을 받은 자의 범공동체에로의 복귀에 있다고 볼 때 이를 위하여 범침해자의 인격과 확신에 일정한 작용을 가하는 것은 소망스러우며 또한 정당하다. 그러나 그 작용은 범치주의의 한계내에서 이루어져야 한다. 따라서 범침해자의 사회복귀를 위하여 그의 인격 또는 확신의 <광범위한> 변경을 의도해서는 아니된다. 이는 헌법상의 「過剩禁止의 原則」에 위반된다. 이 점에서 정신·행태 등에 영향을 미치게 하기 위하여 정신약제 내지 호르몬약제를 의료적 처우로서 강제하는 것은 수형자의 정신 및 내적 인격구조에 대한 침해로써 범치주의의 한계에 부딪칠 수 있다.

(3) 「수감중의 狂暴한 행동」(Haftkoller)의 경우는 병적으로 크게 격앙된 수용자가 물건들을 때려부수는 등 교도소의 질서를 크게 파괴하고 이로 인하여 그의 건강에 중대한 위험을 초래할 수 있는 경우이다. 그러므로 수용자의 광포한 행동이 그의 정신질환으로 인한 것이거나 혹은 그 행동으로 인하여 생명에 위험을 가져올 우려가 있는 때에 진료를 거부하는 경



우 행형법 제29조의 2에 정한 「진료를 거부하여 생명에 위험을 가저을 우려가 있는 때」에 해당한다고 볼 수 있어 의료적 강제처우가 허용된다. 물론 이 경우 계구나, 교도봉·가스분사기·최루탄등 보안장비를 사용하거나(제14조의 2), 독거수용에 의해 이에 대처할 수도 있을 것이다. 여기서 유념할 것은 의사의 강제처치는 수형자의 중대한 건강손상의 저지를 위한 치료요법적 처우의 관점에서 시행한 때에만 허용되고 순수한 교정시설의 안전과 질서유지를 이유로 한 때에는 허용될 수 없다는 점이다. 그것은 시설의 질서있는 운영을 헌법상 보호되는 신체적 완전성에 대한 침해를 통하여 살수는 없기 때문이다. 이때 수형자의 광포한 행동을 진정시키기 위한 의료적 처우에 정신약제를 강제적으로 사용하는 것이 포함될 것이다. 그런데 AE 제139조 5항 6호는 수형자의 동의가 없는 정신약제의 사용을 일반적으로 금지함으로써 수형자가 광포한 행위를 하는 경우에도 그 사용을 배제시키고 있다.

생각건대 정신약제의 사용금지란 그 약제가 당사자의 인격을 영구적으로 또는 중대하게 변경시키는 경우에 한하여 인정하는 것이 보다 합목적적이라는 전제에 설 때, 병적으로 격앙된 수형자가 광포한 행동을 할 때에 그의 생명의 위험 또는 건강에 대한 중대한 위험을 피하기 위하여 진정제를 주입하는 것은 당사자의 인격을 영속적 또는 중대하게 변경시키는 침해라고 볼 수 없으므로 법치국가적 우려는 배제되며, 따라서 원칙적으로 허용될 수 있다고 본다. 이때 의사의 신중하고 주의깊은 의학적 판단이 요청됨은 물론이다.

(4) 다음으로 自傷行爲를 살펴보자. 보통 자상행위는 일신적인 소망의 충족 및 구금환경의 개선을 목표로 하는 것으로서 생명의 훼손을 목표로 하는 것이 아니다. 그러므로 행형당국은 자기신체의 훼손행위를 제1차적으로는 치료요법적 방법으로 예방하여야 하며 또한 구금환경을 자유로운 사회생활조건으로 가급적 근접하게 함으로써 가장 성공적으로 보장해야 한다. 이때 경우에 따라서는 긴장완화적 약제를 수형자가 자발적으로 받아들일도록 설득해야 할 필요성도 있다. 그 다음에 그러한 자상행위가 유행적으로 확산되는 것을 막기 위해서 질서관점에 입각해서 필요한 안전조치, 즉 위험한 물건을 박탈하고 다른 사람과 격리시키는 등의 조치를 취하여 이에 대처해야 할 필요가 있다.

그러면 의사가 급박한 자상행위를 특별한 의료적 강제수단으로써-통상 강제적인 약물투여으로써-예방하는 것이 허용되는가의 문제가 제기된다. 이 경우 자상행위의 절박성은 통상적인 경우 예견하기가 아주 어렵기 때문에 의사가 진정제를 상당히 일찍 투여하고 이 수단을 비교적 장시간 사용하도록 강제할 위험이 존재하고, 이로 인하여 육체적·정신적 상태에 영향을 미치게 되므로 법치국가적으로 매우 우려된다는 견해가 나오고 있다. 그러나 자상행위는 경우에 따라서 종종 통상의 구금중의 불만을 초과하는 정신이상성, 그러니까 구금중의 정신이상성 질병의 산물일 수가 있다. 이 경우는 강제적으로라도 치료되어야 할 것이다.

(5) 다음으로 수형자의 自殺을 방지하기 위하여 계구 등 안전조치의 사용 이외에 의료적 강제조치를 사용할 권한 및 의무가 행형당국에게 있는지가 문제로 제기된다. 독일에서는 1974년 11월에 수형자인 Holger Meins가 단식농성중에 폐렴으로 사망한 일이 발생한 후에 사회에 큰 반향을 불러 일으켜 학계에서는 수형자의 단식농성과 강제급양, 그리고 보다 보편적인 법적 문제인 자살과 그 저지라는 문제를 둘러싸고 활발히 논의하기에 이르렀다. 그리고 가시적인 입법적 성과도 가져왔다(독일행형법 제101조).

이에 관한 독일의 학설들은 크게 다음과 같이 세 가지로 분류할 수 있다. 첫 번째 견해는, 국가는 수형자를 그의 감시 아래에 인수함으로써 성립한 국가의 특별한 보호의무에 근거하여 강제적인 자살저지권과 자살저지의 보증인적 의무가 인정된다고 하며, 그 실정법상 근거를 「수형자의 신체적·정신적 건강을 보호하도록」 행형당국에게 의무지운 행형법 제56조와 제101조에 두고 있다. 그러면 교도관이 수형자의 자살을 저지하지 않는 부작위로 나아간 때에 교도관은 가벌적인가 아니면 불가벌인가?

독일의 다수설은 자유롭게 행한 자살에 적극적으로 가공하였거나 이를 저지하지 아니한 경우 구성요건해당성이 없는 주범에의 공범이므로 공범중속성설에 따라 불가벌이라고 본다. 그러나 독일의 판례와 일부학설은 정범척도인 행위지배설을 원용하여 부작위에 의한 정범 또는 공범의 성립을 인정하거나, Roxin처럼 부작위행위자는 행위지배를 갖지 아니하므로, 부진정부작위범의 정범척도는 보증인적 지위로부터 발생하는 결과회피의무이며 따라서 요구된 행위를 부작위한 때에 보증인은 정범이 된다거나, 혹은 Herzberg처럼 보증인적 지위의 종류에 따라 부작위에 의한 정범과 공범을 구별하는, 즉 보증인을 보호보증인(Beschutzergarant)과 감독보증인(Uberwachungsgarant)으로 구별하고, 보호보증인의 경우는 보증인적 지위가 항상 부작위정범을 근거지우지만, 감독보증인의 경우는 직접실행자가 자기 책임적으로 행한 때에는 중범이 성립한다고 하는 등의 다양한 논거에 의해 가벌성을 근거지우고 있다. 이상의 논의는 국가권력에 의해 수형자가 그의 자유를 박탈당하고 국가의 감독 아래로 인수됨에 따라 발생한 행형당국의 보호의무를 수형자의 건강·신체를 보호하여야 할 보증인적 의무로 판념하고 이 의무는 수형자의 자유로운 자살행위의 경우에도 수형자 자신의 자기결정권보다 우위에 있으므로 역시 그에 대한 보증인적 의무로서 인정된다는 사고를 전제로 하고 있다.

두 번째 견해는 인간의 자살의 권리(Recht zur Selbsttötung)를 긍정하고 이를 수형자에게도 적용한다. Bemann은 자기의 생명에 종지부를 찍을 권리는 입법자의 영향으로부터 헌법적으로 보호받는 인간의 자유의 핵심영역에 뿌리박고 있는 불가침의 인권으로 본다. Geppert와 Bottke도 자유롭게 담백적으로 자기의 죽음을 결정할 인간의 권리도 원칙적으로 독일기본법상의 인격의 자유로운 전개(기본법 제2조 1항)에 속하는 인간존엄의 표현이므로 인간의 최상의 법익으로 간주되는 인간의 생명보다도 개인의 자기결정권에 우위성이 인정된다고 한다. 물론 그들이 보장하려고 하는 자살은 정신병에 의한 자살, 수감중의 심인성 질병의 결과로서의 자살이 아니라 자유롭게 책임있는 통찰에 의한 자살을 가리킴은 물론이다.

그러므로 수형자에게서 자살에 의하여 형집행으로부터 벗어나고자 하는 기본권적 권리를 박탈할 수는 없다. 더욱이 현대행형은 수형자의 협력에 필수적으로 의존하므로 수형자가 자유롭게 담백적으로 재사회화요청을 자살에 의하여 거부할 경우 수형자의 기본권을 과도하게 그 본질적 내용을 침해하는 수단에 의해 행형목표를 관철해서는 아니된다는 것이다.

세 번째 견해는 생명보호와 자기결정권보호의 가치형량보호는 미해결로 둔 채 수형자의 자살의 경우 구금상황이 가져오는 정신적 압박에 초점을 둔다. 이에 따르면 자유박탈이라는 「실존적 한계상황」으로 인하여 수형자의 통찰능력이 그의 자유로운 자기실현을 말할 수 없을 정도로 저하된다는 사실을 자살저지를 위한 강제조치의 정당성의 근거로 삼고 있다. 그러나 이러한 주장은 받아들일 수 없다. 왜냐하면 자유박탈이라는 예외적 상황으로 인한



심인성 질병 내지 정신적 압박 때문에 수형자의 변별 및 의사결정능력이 개별적 경우에 손상될 수는 있으나 그렇다고 <일반적으로>, <항상> 부자유라고 볼 수는 없으며 더욱이 효과적인 사회화 목표의 달성을 위해서는 수형자의 자유롭고 능동적인 협력에 필수적으로 의존하고 있기 때문이다.

이상의 상이한 견해들을 절충한 타협의 산물이 1976. 3. 16에 제정된 독일행형법 제101조이다. 동조항에 따르면, 수형자의 자살기도에 의해 그의 생명이 위협에 빠진 때에는 그에게 강제적인 의료적 처치를 할 권한이 행형당국에게 있지만, 그러나 수형자의 생명이 위험한 경우에 수형자의 자유로운 의사결정을 존중하여 생명구조조치를 취하지 않는 부작위로 나아간 경우에도 행형당국 내지 교도소 의무관에게 부진정부작위범의 책임을 물을 수 없게 된다.

이상에서 수형자의 자살의 저지문제에 관한 독일의 학설과 실정법의 입장을 살펴보았는바, 이 문제는 자유상태에 있는 일반시민의 자살에 관한 입장과 깊은 관련이 있다.

생각건대, 개인의 생명이 그의 자기결정의 자유보다 항상 우위에 있다고 보는 가치판단의 확일화는 가치가 다원화되고 인간의 인격의 존엄성이 헌법에 의해 강력히 보장되는 현대사회에서는 수용할 수 없는 태도이다. 개인의 행동이 설령 비합리적이고 이익형량에 반하는 것이라도 일반적으로 판단되더라도 그것이 그의 「인격의 자유로운 전개」이며 그의 인간으로서의 존엄성의 표현으로서 법질서에 반하지 않는 한 대중적 가치관에 의해 매도되거나 저지될 수 없는 것이다. 의사의 치료행위는 피해자의 승낙에 의해서만 위법성이 조각되며(독일의 통설, 우리나라에서는 이설있음) 죽음에 임박한 환자가 더 이상의 의사의 치료나 생명 연장장치의 유지를 거부할 때에 의사가 이에 반하는 조치를 계속해야 할 의무가 없다는 것(오늘날의 보편적 인식이다)도 바로 이러한 맥락이다. 우리가 자살을 「희생자 자신이 일어나게 될 결과를 알고 행하는 소극적 또는 적극적 행위에서 비롯되는 직접적 또는 간접적 결과로 일어나는 모든 죽음」이라고 정의한다면 위의 경우는 「수동적 자살」이라고 할 수 있다.

그러나 우리가 여기서 유의할 점은 자살에는 여러 가지 유형이 있다는 것이다. 자살은 심리적·병리학적 질병이나 우울증에 기인할 수도 있고, 인생에 대한 허무감이나 권태, 환멸에 기인할 수도 있으며, 욕구충족의 좌절, 사회와의 연대감의 상실 등 사회문화구조의 모순에 기인한 압력에 의한 자살 즉 「아노미성 자살」도 있다. 이들 경우에는 삶에 대한 진지한 통찰을 하지 못한 채 생명을 포기하기에 이른 경우가 대부분이므로 국가와 사회는 그의 자살을 저지함으로써, 그의 자기결정권은 침해되지만 그로 인하여 그에게 자살결정을 다시 한번 숙고할 수 있는 기회와 나아가서 보다 더 나은 삶을 영위해 나갈 수 있는 기회를 주어야 한다. 자기결정권은 한번 침해된 후에도 다시 반복해서 행사될 수 있지만 한번의 성공적인 자살시도에 의해 생명은 영원히 되찾을 수 없기 때문이다. 결국 이 경우는 사회국가적 의무 내지 개인의 생명보호의 이익이 개인의 자기결정권보다 우위에 있다.

한편 자살은 자기의 여생에 대한 평가에 의해서 또는 명예를 지키기 위해서라든가 정치적, 사회적, 문화적, 철학적 신념을 위해서 또는 양심의 명령에 따라 자신의 의무를 완수한다는 확신 등에 의해서도 이루어질 수 있다. 이러한 신념이나 가치를 위해 자유롭게 자살결정을 한 경우는 「인격의 자유로운 전개」에 속하며 인간에게서만 가능한 인간존엄의 표현으로

보아야 한다. 이 경우는 자기결정권이 국가의 생명보호의무보다 우위에 있다고 보아야 한다. 또한 보증인적 지위에 있는 자일지라도 이를 명확히 인식하고 생명구조를 하지 않는 부작위로 나아간 때에는 부진정부작위범의 죄책을 물을 수 없다고 보아야 한다. 결국 윤리적으로 자율적인 개인이 심리적 장애없이 완전한 자기책임하에 자유롭게 삶에 대한 진지한 통찰에 의하여 죽음을 결정하는 것은 인격의 자유로운 전개에 속하는 불가침의 인권이므로 법에 의해 보호받아야 한다.

그러나 우리는 자살을 결의한 자의 소행이 어떤 범주의 자살에 속하는지를 외견상 곧장 알 수 없음도 유의하여야 한다. 그러므로 자살의 저지는 (긴급시에는 강제적으로도) 어느 정도 즉시조치로서 허용 또는 요청된다고 본다. 죽음은 불가역적이기 때문이다. 또한 자유로운 책임하의 자살행위라도 구조자가 그에 대한 확실한 인식을 가지 수 없는 경우에도 구조행위는 정당화된다. 그러나 대부분의 자살이 심리적·병리학적 질병이나 인생의 패배자로서의 절망감 등에 의한 것이 많으며 자살을 결행할 때의 그의 내면세계는 복잡하여 그에 대한 명료한 판단을 내리기 어려운 점등에 비추어 대부분 「추정적 승낙」에 의해 정당화될 수 있다고 본다. 보고에 따르면 구조된 많은 자살시도자들이 구조자에게 감사하고 후일 만족하고 행복한 생활을 되찾게 된다고 한다.

이상의 자살일반론은 수형자에 대하여도 원칙적으로 그대로 적용된다고 본다. 물론 수형자의 자살은 구급이라는 특수상황이 야기한 심인성 질병의 결과라는 견해도 있으나 이를 <모든> 수형자의 자살에 <일반화>할 수는 없다. 그러나 수형자의 생명과 건강을 보호하여야 할 행형당국의 사회국가적 의무와 수형자의 재사회화를 지향해야 할 행형의 목표에 비추어 볼 때 또한 자유로운 진지한 통찰에 의한 자살인지 여부를 외견상 쉽게 인식하기 어렵다는 점에서 볼 때 수형자의 생명에 대한 위협이 초래된 자살시도의 경우 의료적인 강제조치의 권한을 허용하는 것이 옳다고 본다. 또한 자살이 실패로 끝난 후에 수형자의 건강에 대한 중대한 침해를 방지하기 위하여 그의 의사에 반하여 수술 등 의료적 치료행위를 강제하는 것도 가능하다고 본다. 그러나 수형자의 자유롭고 진지한 통찰에 의한 자살의 경우 그의 자유책임성과 판단능력에 대하여 전혀 의심없이 확신했을 경우에는 자살을 저지할 <보증인적 의무>를 교도관 내지 교도소의사에게 부과하지 않는 것이 이 경우의 자기결정권을 불가침의 인권으로 보는 입장에서 볼 때 타당한 입법태도라고 본다.

(5) 끝으로 수형자에 대한 「醫療的 強制給養」(arztl. Zwangsernahrung)의 문제를 살펴보자.

먼저 의료적 강제급양의 대상은 수형자의 장기간에 걸친 영양섭취의 거부행위이다. 단기간의 영양섭취의 거부(단식)는 시위적 의사표명으로서 이는 헌법에 의하여 보호받으며 의료적으로도 문제가 없기 때문에 이에 대한 어떠한 의료적 대응조치도 필요하지 않으며 또한 허용되지 않는다.

장기간의 영양섭취의 거부는 일종의 「自傷行爲」(Selbstbeschädigung)라고 할 수 있다. 그것은 단식농성(Hungerstreik)의 기간이 길어짐에 따라 심한 건강손상(위장질환, 신진대사의 전도, 혈당변화 등)을 야기할 수 있기 때문이다. 그리고 중국에는 개별적 경우에 환자도, 의사도 시간적으로 정확히 예견할 수 없는 죽음에 이르게 된다. 그러면 단식농성이 죽음으로



로 귀결되었을 때에는 이를 자살로 볼 수 없을까? 독일문헌상의 적지 않은 견해가 장기간의 단식농성을 生에의 意志가 죽음에의 의지와 함께 同價値로 존재하는 兩立性의 自殺로 보고 있다. 그러니까 장기간의 금양거부는 말하자면 미필적 고의가 있는 자살이라는 것이다. 그러나 이에 대한 반대견해도 만만찮다. 이에 따르면 (진정한) 자살은 당시의 상태의 종결을 목적으로 하는데 반하여, 단식농성은 구금상황의 개선 등 수형자의 인적 소망의 충족을 목적으로 행하는 신중하고 계획적인 自傷行爲라고 한다.

생각컨대 단식에 의한 금양거부는 기본적으로는 자상행위의 일종으로 보겠으나 경우에 따라서는 즉, 장기간의 단식으로 인하여 생명의 위험이 야기될 수도 있음을 인식하고서도 일정한 목적의 달성을 위하여 장기간의 단식을 계속하여 죽음에 이른 경우는 소위 미필적 고의에 의한 자살로 볼 수 있다. 후자의 경우도 적잖이 있을 수 있으므로 장기간의 단식농성을 단순히 자상행위라고 규정지을 수는 없고 개별적으로 판단해야 한다고 본다.

그러면 단식농성에 의하여 음식섭취를 거부하는 수형자에게 강제적으로 영양공급을 하는 것이 허용되는가?

먼저 이를 반대하는 견해부터 살펴보자 이 입장은 강제급양을 의사의 치료행위와 동치시키고 아울러 일반인과 마찬가지로 수형자에게도 인정되는 自己決定權과 신체의 불가침에 관한 기본권의 우위성을 인정함으로써 의사의 강제급양을 반대한다. 이 견해는 자유시민인 환자에 대한 의사의 치료행위는 설령 환자의 생명이 위급한 경우에도 환자의 승낙이 있을 때에 만 법질서에 의해 승인되어 있는데 이 점은 수형중의 환자에게도 원칙적으로 다르게 적용될 수 없으며 마찬가지로 단식을 통해 시위하는 자유시민에게 폭력을 써서 영양을 섭취케 하는 것이 허용되지 않음은 단식농성중인 수형자의 경우에도 마찬가지로 적용될 수 있다. 자유로운 결의에 의하여 단식하고 이를 통해 의식적으로 생명의 위험을 무릅쓴 수형자에 대한 강제적 급양을 부정하는 이 견해는 근본적으로 인간의 자살의 권리(Recht zur Selbsttötung)을 긍정하고 이를 수형자에게도 적용하는 사고를 그 출발점으로 하고 있는데 이에 관해서는 자살과 관련한 논의에서 이미 언급하였다.

한편 독일형법개정특별위원회에서 제시된 연방법무부의 견해는 인간의 생명을 보호 내지 유지하여야 할 국가의 의무를 개인의 자기결정권보다 우위에 두었으며 특히 국가는 구금에 의하여 수형자를 그의 감시에서 인수함으로써 특별한 보호의무가 귀속된다고 보고 이로부터 강제급양의 권한과 의무를 도출하였다. 판례도 행형법의 시행(1977. 1. 1)이전부터 강제급양의 정당성과 의무를 인정하였다. 이 견해는 학계에서도 광범위하게 공유되었다. 그러나 소수의견은 이 견해에 대하여 반론을 제기하였다. 그에 따르면 수형자에 대하여 국가에게 지워진 보호의무는 수형자가 그의 자유박탈상태로 인하여 스스로가 자신을 돌볼 수 없다는 점에 대한 단순한 補整에 지나지 않아야 한다는 것이다. 그러므로 이 의무는 원칙적으로 수형자에게 가능한 한도내에서 그의 자기보호가 행할 수 있는 그 이상으로 나아가서는 아니된다. 그러니까 그것은 단식수형자에게 매일매일 식사시간에 음식물을 제공하고 또한 지속적인 음식거부시에는 기교적인 영양공급을 행하는 것을 가리키지만 그러나 영양공급을 강제적 방법으로 제공하는 것을 가리키는 것은 아니라고 한다. 환언하면 국가의 보호의무로부터 수형자에게는 단지 급부청구권만이 생길 뿐 수인의무는 생기지 않으며 따라서 행형관청의 침해권은 생기지 않는다는 것, 그리고 침해권은 국가의 보호를 통하여 추구된 목표가 보호조치에

의하여 침해된 수형자의 자유권(자유로운 자기결정과 신체의 불가침성)보다 명백히 높은 가치인 때에 한하여 국가에 생긴다는 것이 반론의 핵심요지이다.

이상의 상이한 견해들을 절충한 타협의 산물이 1976. 3. 16에 제정된 독일행형법 제101조이다. 그러나 이 규정에 대해서는 어느 측에서도 만족을 표시하지 않았으며, 그 중에서도 특히 제1항 2문 단서조항, 즉 수형자에게 긴급한 생명의 위험이 있는 경우 이외에는 행형당국에게 강제급양의 보증인적 의무를 인정하지 않는 규정에 대하여 의학적 측면에서의 비판이 강하게 제기되었다. 그리하여 제101조 1항의 개정이 고려되어 오던 중 1985. 2. 27.에 제1항 2문 단서조항이 삭제되었다.

그러나 이 조항의 삭제는 다른 중요한 의미를 가지고 있다. 즉 수형자의 자유로운 의사결정을 보다 존중함과 아울러 수형자에 대한 행형관청의 보호자적 보증인으로서의 지위는 그에 비해 상대적으로 후퇴하였다는 점이다. 그러므로 수형자의 자유로운 의사결정에 의거하여 필요한 강제급양의 조치를 취하지 아니하여 수형자가 사망하거나 건강에 대한 중대한 손상을 입은 경우에도 행형당국은 그에 대한 부진정부작위범의 책임을 지지 않게 되는 것이다.

다음으로 강제급양을 위한 조치가 수형자의 생명 또는 건강을 현저하게 위태롭게 해서는 아니된다는 물론이다.(독일행형법 제101조) 그러나 수형자의 적극적인 저항이 있을 경우 현실적으로 수형자의 생명 또는 건강에 현저한 위험을 초래한다는 비판이 있다. 보고에 따르면 수형자의 저항을 분쇄하기 위하여 적어도 4명, 때때로 심지어 9명의 교도관이 강제급양에 관여한다고 한다. 이 과정에서 수형자가 흥분한 경우 위장관튜브(Magenschlauch)의 주입은 -그것이 코로 들어갔건 또는 입으로 들어갔건간에- 점막출혈, 氣道 및 氣管에로의 영양수액의 유입으로 인한 질식, 심장마비 등이 쉽게 일어날 가능성이 있다고 한다. 실제로 독일에서 최소한 1명의 수형자가 이러한 강제급양에 의해 죽음에 이르렀다는 보고도 있다. 또한 정맥을 통한 자양분주입도 밤낮으로 중단없이 실행되지 않는 한 단식자의 생명유지에 충분하지 못하는데 강제적인 영양주입에 수형자가 강력히 저항할 경우에는 지속적인 돌봐줌이 실현될 수 없다는 것이다. 그리고 수형자의 저항을 차단하기 위하여 정신약리학적 약제(진정제, 마취제 등)를 사용하는 것도 인간의 존엄에 반하여 허용될 수 없을 뿐만 아니라 약리학적 평온상태가 오히려 의학적으로 아주 위험하므로 허용될 수 없다고 한다. 그러므로 영양섭취를 적극적으로 거부하는 단식수형자에 대하여는 언제나 그의 생명 또는 건강에 대한 현저한 위험아래에서만 인위적인 영양공급이 가능하다는 결론이 된다. 물론 수형자가 말로는 영양섭취를 거부하더라도 저항없이 인위적인 영양공급을 받은 때에는 강제급양이 아니다.

이상에서 장기간 단식농성중인 수형자에 대한 강제급양의 허용성에 대한 이론적 논의와 독일행형법 제101조 및 그에 대한 비판론을 살펴보았다. 이상에서 알 수 있듯이 수형자의 적극적인 저항이 있음에도 불구하고 완력에 의해 강행하는 강제급양은 도리어 수형자의 생명 또는 건강에 대한 중대한 위험을 초래할 수 있음을 부정할 수 없고 또한 그 과정에서 인간의 존엄에 대한 침해도 일어날 수 있다. 뿐만 아니라 심리학적 관점에서도 문제점이 발생할 수 있다. 물리력에 의해 시행되는 급양은 수형자와 행형당국사이의 시합으로 변질될 위험이 있고 이에 수반하여 수형자에게 투쟁의지와 저항감만을 강화시켜 오히려 단식을 계속하게 하는 뜻하지 않은 자극제가 될 수도 있다. 또한 수형자의 재사회화처우의 필수적 전제요건



이 수형자의 자발적 협력이라는 점에 비추어 볼 때 이바람직하지 아니하다. 그러므로 강제급양을 시행하거나 이에 관한 입법을 함에 있어서는 의학적, 심리학적 및 재사회화적 관점에서의 신중한 고려가 특히 요청된다.

## VI. 교도소의 안전과 질서를 위한 질서처분

수형자의 권리 내지 자유의 제한은 교도소의 안전과 질서를 유지하기 위하여, 즉 계호상의 이유로 행해질 수 있다. 교도소의 안전의 보장은 자유박탈에 의해 근거지워진 수용의 유지뿐만 아니라, 교도소내의 인적·물적 위협의 방지에 의하여 교도소내의 제법익을 보호하는 것을 말하며, 교도소내의 질서 유지는 시설내에서 사회적 책임하에 질서있는 공동생활을 유지하는 것을 의미한다. 그런데 이 교도소의 안전과 질서유지를 위해 수용자에게 과하는 의무부과와 자유제한조치는 교도소에서의 질서있는 공동생활이 교육적, 치료적 환경 및 사회화처우에 의해서는 더 이상 보장될 수 없거나, 수용자의 통찰력과 자기책임에 의해 일차적으로 유지되지 않을 때에 한하여 보충적으로 행해져야 한다.

이 제한조치는 접견금지, 특정인과의 문서수발금지, 서신압류 등 외부세계와의 접촉영역과, 신문, 잡지, 도서 등의 구독금지나, 자유시간향유를 위한 물건의 소유, 양도 또는 이용의 제한 등 자유시간영역 등에서 찾아 볼 수 있겠으나, 안전조치(Sicherungsmaßnahmen)도 포함된다. 안전조치는 징벌처분과는 달리 예방적 기능을 수행하며, 행형의 기본적 전제조건인 도주의 방지 및 폭력행사로부터의 시설내 제법익의 보호에 기여한다. 여기에는 수용자의 신체, 의류, 거실 등에 대한 검사(행형법 제10조 제2항; 동법 시행령 제42조, 제43조), 계호상의 독거수용(동시행령 제44조) 내지 격리(일본형사시설법안 제40조), 계구사용(행형법 제44조), 안전수용에 도움이 되는 교도소로 이송(독일행형법 제85조) 등 계호상 필요한 제반 강제조치가 포함된다. 그런데 교도소의 안전과 질서유지를 위해 선택하는 질서처분(Ordnungsmaßnahmen) 즉 권리제한처분, 안전조치 및 직접강제는 일반적 법원칙인 비례의 원칙의 제한을 받는다. 이에선 수단의 필요성과 수단의 적합성의 원칙이 포함된다. 개정행형법 제14조 제1항은 「교도관은 수용자의 도주·폭행·소요 또는 자살의 방지 기타 교도소등의 안전과 질서유지를 위하여 필요한 경우에는 계구를 사용할 수 있다」라고 규정함으로써 계구사용의 필요성 원칙은 규정하고 있으나 수단의 적합성 원칙은 간과하고 있다. 계구의 사용은 안전조치인 동시에 직접강제로서 대상자의 신체의 자유에 대한 직접적 제한을 가하는 등 새로운 불이익을 수용자에게 부과하여 극심한 정신적·육체적 고통을 강제하는 것이므로, 사용목적에 적합한 계구를 선택하여 그 목적달성에 필요한 최소한의 범위내에서 사용하여야 하며, 필요이상으로 장기간 수용자를 침해해서는 아니되며(독일 행형법 제81조 제2항, 제96조 제1항), 또한 계구사용 등 직접강제는 그로 인하여 예견되는 침해가 그 행사로 인한 효과와의 비례를 일탈하는 것으로 판단되는 때에는 중지되어야 한다(동법 제96조 제2항). 마찬가지로 동법 제15조도 무기사용의 전제조건은 규정하였으나 무기사용의 적합성원칙은 언명하고 있지 않다. 전술한 비례성원칙의 신설이 요망된다. 참고로 독일행형법 제100조 제1항 3호는 개방시설에서 '도주하려고 하는 자에 대해서는 결코 총기를 사용할 수 없도록 규정하고 있는데, 이는 비례성원칙에 어긋나기 때문이다.

교도소의 안전과 질서유지를 위해 과하는 질서처분에는 또한 징벌이 있다. 전술한 안전조치가 교도소의 안전과 질서유지를 위한 예방적 성격을 갖는 반면에, 징벌은 규율위반행위에

대한 제재로서의 성격을 갖는다. 징벌은 교도소에서의 질서있는 공동생활과 안전을 보장함으로써 그 위에서 비로소 효과적인 처우행형이 구축될 수 있는 최소요건을 확보한다. 한편 징벌도 사회화행형의 일환으로 부과되는 것이므로 보충적 성격과 사회화 기능을 갖는다는 점을 유념하여야 한다. 그러므로 교도소의 안전과 질서있는 공동생활이 교육적·치료적 환경 및 사회화처우 또는 안전조치에 의해서는 더 이상 보장될 수 없을 때 최후수단으로서 행해져야 한다(징벌권발동의 보충성의 원칙). 또한 순수한 응보적 성격만을 갖는 징벌은 배제되어야 한다. 이를 지나치게 강조하거나 교도소내의 규율 및 질서를 엄정하게 유지하는 것을 지나치게 강조하는 것은 범죄자를 처우의 주체로 대우하여야 한다는 범죄자처우의 지도이념에 반하며, 범죄자의 사회복귀를 저해할 뿐 아니라, 규율위반에 대해 과하는 징벌은 통상의 자유형의 내용과 다른 새로운 법익박탈을 수반하여 인권침해의 우려도 크다. 따라서 징벌은 징벌을 받아야 할 행위를 억제하거나 수용자의 수용을 확보하고 처우를 위한 적절한 환경 및 안전하고 평온한 공동생활을 유지하기 위해 필요한 한도를 초과해서는 아니된다(징벌처분의 최소수단성: 개정행형법 제46조 제3항; 일본형사시설법안 제138조 제1항, 유엔최저기준규칙 제27조 참조). 그러므로 경고로써 충분한 경우에는 다른 중한 벌은 과하지 않아야 한다(독일행형법 제102조 2항). 이는 개정행형법 제46조 제3항에 내포되어 있는 것으로 본다.

개정행형법은 징벌에 관한 규정들을 상당부분 진일보하게 개정 내지 신설하여 수용자의 인권신장을 도모하였음은 평가할 만하다. 예컨대, 구행형법은 징벌처분의 부과대상이 되는 규율위반행위의 내용을 규정하지 아니하고 이를 법무부령인 「재소자규율 및 징벌에 관한 규칙」에 위임하였으나 개정행형법은 제46조 제1항에 이를 명시하였으며, 또 제46조 제3항에 징벌처분의 최소수단성을 규정하였고, 또한 징벌집행의 유예(일본형사시설법안 제140조 참조)를 제46조의 2에 신설한 것등이 그것이다. 다만 아쉬운 것은 징벌절차에 관한 일반적 규정을 두지 않고 있는데, 이는 징벌절차의 적정을 담보하여 수형자의 인권을 보장하여야 한다는 명제에 비추어 볼 때 바람직하지 않다고 본다(독일행형법 제106조 및 일본형사시설법안 제139조는 이를 두고 있다). 징벌절차에 관한 일반적 규정을 둘 때에는 징벌대상자에게 변명의 기회를 보장하는 내용도 포함시켜야 할 것이다.

그리고 징벌규정을 제10장 「분류와 처우」에서 규정하는 것도 의문이다. 징벌은 효과적인 처우행형의 구축을 위한 최소요건이라는 관점에서 볼 때는 이해할 수 없는 것도 아니지만, 이는 직접적으로는 계호상의 강제조치에 속하므로 제3장 「계호」에서 규율함이 합당하다고 본다.

## VII. 수형자의 권리구제제도

수형자의 권리를 실질적으로 보장하고 수형자의 법적 지위를 확립하기 위해서는 행형법 기타 행형관련법규의 정비 이외에도 수형자의 권리·이익의 침해에 대한 유효적절한 권리구제 제도의 완비가 필요하다. 우리 행형법은 법무장관 또는 순회점검공무원에 대한 청원(제6조) 뿐이다. 그런데 이 청원은 그 법적 성격이 헌법 제26조에 정한 청구권적 기본권의 하나인 청원권으로서, 이는 모든 국민이 법률에 정한 바에 따라 국가기관에 대하여 행사할 수 있는 것인데, 이를 행형법에 구체적으로 규정한 것이다. 원래 청원은 자유롭게 의견이나 희망을 진술하고, 국가는 이를 수리하고 심사·처리할 의무는 있으나 준사법절차인 재결이나 결정



이 필수적이 아니며, 국가기관은 그 결과에 기속되지 않는다는 점에서 행정심판이나 행정소송 등의 행정쟁송제도와 차이가 있다. 그러므로 이 제도만으로는 수형자의 실질적인 권리보호에는 매우 미흡한 것이 사실이다. 그러므로 청원만으로는 권리보장에 미흡하거나 권리침해가 시정되지 않을 경우 위법한 행형처분에 대한 사법판결의 청구가 제기될 수 있는데, 이에 관한 구체적인 소송절차규정이 개정행형법에도 역시 마련되어 있지 않는데, 이를 행형법상에 마련하는 것이 수형자의 권리보장에 만전을 기한다는 점에서 바람직하다고 본다. 일본 형사시설법안은 이를 규정하지 않고 있으나, 독일행형법은 사법판결청구에 관한 자세한 규정들(제109조 내지 제121조)을 마련해 놓고 있다.

다음으로 부연할 것은 수형자의 권리구제제도가 실효성이 있기 위해서 선행되어야 할 것은 수형자를 수용할 때 수형자의 권리의무와 기타 교도소생활에 필요한 모든 사항을 미리 고지해 두는 것이다. 이와 관련하여 유엔 「최저기준규칙」 제35조 제1항은 「모든 피구금자는 수용에 있어서 자기가 소속하는 부류의 피구금자의 처우에 관한 규칙, 시설의 규율을 위해 요청되는 사항, 정보를 구하거나 불복신청을 하기 위하여 허용되어 있는 방법 및 기타 자기의 권리와 의무를 알고 또 시설의 생활에 순응하기 위하여 필요한 모든 사항에 대하여 서면에 의한 정보(문자를 해독하지 못하는 자에게는 구두에 의한 정보: 동조 제1항)를 제공받아야 한다」라고 규정하고 있다. 그리고 독일행형법 제5조 제2항도 수형자가 그의 권리와 의무에 관하여 고지를 받을 권리가 있음을 규정하고 있다. 그러나 구행형법은 이에 관한 규정을 두지 않고 단지 행형법시행령(제20조 제1항)에서 「소장은 수형자의 준수사항 및 형기의 기산일과 종료일을 입소자에게 고지하여야 한다」는 규정만을 두었으나, 개정행형법에서는 제8조의 2 규정(고지사항)을 신설하여 「1. 형기의 기산일, 2. 집견 및 서신에 관한 사항, 3. 규율·징벌 및 청원에 관한 사항, 4. 기타 수용생활에 필요한 기본적인 사항」을 신입자에게 고지하도록 하였다. 이 점은 분명 진일보한 규정이나, 제4호의 「기타 수용생활에 필요한 기본적인 사항」은 그 내용이 다소 불명확하여 해석에 있어서 논란의 여지가 있다. 그러므로 수형자의 권리와 의무, 기타 불복신청을 하기 위하여 수형자에게 허용된 방법 등에 관한 교도소당국의 정보제공의무와 수형자의 정보제공요구권을 명문으로 신설할 것이 요망된다.

## VII. 분류와 처우

수형자의 사회복귀를 목적으로 하는 행형에 있어서 무엇보다도 중요한 것은 수형자를 과학적 기준에 의해 분류하고 그에 상응한 처우수단이 갖추어진 행형시설에 수용하여 합리적인 개별처우를 하는 것이다. 이 「처우의 개별화」야 말로 행형의 재사회화 목표를 달성하기 위한 가장 기본적인 원칙인 것이다.

「처우의 개별화」란 행형목적을 달성하기 위해 그때그때 행위자의 인격의 특성에 대응하여 그 종류, 정도, 기간을 달리하는 다양한 행형조치를 강구하는 것을 의미한다. 이 의미에서 처우의 개별화는 행형시설 유형과 집행형태의 다양화와 수형자의 분류를 그 전제로 한다. 처우의 필요성에 따른 「행형시설의 다양화」는 처우목표를 재정적으로 적절한 수단으로써 달성하는 데에 필수적이며, 또한 보안상의 필요에 따른 다양화도 구급의 안전이라는 이유로 수형자에게 필요 이상으로 유해한 침해를 하지 않도록 하기 위해 필수적이다. 「분류」란 수형자를 처우 및 보안상의 관점에서 분할·편성하는 것을 의미한다. 환언하면 수형자들을 그 본질적 특성에 따라 구분하여 동일한 또는 유사한 행형조건 아래에 두고 동일한

또는 유사한 수단으로써 사회화될 수 있도록 그룹별로 편성하는 것을 말한다.

개정행형법은 구행형법은 구행형법을 그대로 이어받아 수형자를 성년과 소년(동법 제2조 제1·2항), 수형자와 미결수용자(제2조 제3항), 남녀의 성별(제4조)에 따라 격리수용 하도록 정하고 있으며, 혼거수용의 경우에는 수형자를 죄질, 형기, 성격, 범수, 연령, 경력등을 참작하여 거실을 구별수용할 것(제11조 제2항)을 규정하여 收容分類의 형식적 기준을 제시하고 있다. 그리고 수형자분류처우규칙은 수형자를 분류급, 누진계급 및 죄질에 따라 初重拘禁施設, 중구급시설, 경구급시설 및 개방시설에 분류수용하고 시설별 단계처우를 실시함을 원칙으로 하고 있다(제12조의 2).

그러나 이상의 현행분류처우제도에 대해서는 종래 많은 비판이 제기되었다. 무엇보다도 현행수형자분류제도는 누진처우를 실시하기 위한 전제로서의 분류에 불과하여 수형자의 개별처우를 위한 분류가 되지 못하고 있다. 누진처우에 있어서 처우의 누진적 완화는 처우의 개별화 방안이 아니라 행형성적에 대한 상벌의 성격을 가지기 때문이다. 또한 처우시설이 다양하지 못하여 판정된 대로 처우받지 못하여 수형자의 분류와 처우가 상호 연계되지 못한 채 운영되고 있다는 지적도 받고 있다. 그러므로 누진처우지향적 분류제도를 지양하고 명실상부한 개별처우를 위한 전제로서의 분류제도를 확립하여야 할 것이며, 그러기 위해서는 부령이나 예규가 아닌 행형법에 분류수용 및 처우에 관한 기본원칙을 명문화할 것이 요망된다.

다음으로 현행수형자분류는 범죄유형별로 이미 개선난이도가 정해져 있어서 형식성과 획일성을 면하지 못하고 있는 「정태적 분류」에 머무르고 있는데, 이는 수형자의 교도소 입소시의 특정된 표지만을 기초로 한 도식적 분류로서 수형자의 태도 및 행동에 영향을 미칠 수 있는 그 밖의 사정 등(예컨대 행형조건이나 혹은 석방후에 비로소 현실화되는 행형외적 요인) 사회적 현실을 간과하였을 뿐만 아니라, 이러한 분류방법은 범죄치료적 관점에서 볼 때 충분히 심사되지 않았고 또 경험적으로 검증된 것도 아니라는 점에서 비판을 면하기 어렵다.

그러므로 수형자분류는 「동태적·개방적 분류」를 지향하여야 한다. 이러한 분류방법에 의하면 수형자를 일정한 시설에 수용하고 일정한 처우프로그램에 참여케 하는 기초가 된 분류는 「잠정적인」진단에 불과한 것으로 파악하여야 하며, 따라서 처우과정 중에 수형자의 인성발달의 진해도, 위험성의 감소여부, 개선의 정도 등을 지속적·과학적으로 관찰·진단하여 인성의 변화가 있을 때에는 수시로 새로운 분류와 처우를 할 수 있는 제도적 개선이 이루어져야 하며, 이를 위한 근거규정을 행형법상에 마련할 것이 요망된다.

그리고 개방적·동태적 분류는 수형자들마다 상이한 사회화 필요성과 사회화 가능성에 따른 다양한 행형시설의 존재를 필수적 전제로 한다. 또한 개개의 시설내에서도 처우의 필요성과 보안요구에 따라 보다 다양화할 것이 요구된다. 다양한 행형시설의 존재는 개별화처우를 가능케 하고 수형자의 사회복귀를 촉진하는 데에 중요한 전제요건이 된다.

## IX. 맺는말

개정행형법은 수용자의 기본적 인권을 <최대한> 존중하겠다는 원칙을 천명한 규정을 신설하고 이를 반영한 여러 규정들을 개정 또는 신설하였다. 이들은 수용자의 외부와의 집견·통신, 징벌, 계구사용, 직접강제 등에서 주로 볼 수 있으며, 이는 분명 수용자의 권리보장을



위한 진일보한 규정이라고 할 수 있다.

그러나 수형자의 제한되는 권리 내지 자유의 범위가 불명확하며 또한 그 제한기준도 불확정개념으로 되어 있어 교도소장의 재량권행사에 대한 통제를 어렵게 하고 있음은 구행형법과 마찬가지로이다. 또한 접견·통신에 관하여 수형자의 <권리>를 정면에서 인정하지 않고 있으며, 나아가서 접견 및 서신왕래에 대한 <일반적> 감시 및 검열을 인정하고 있는 점, 「징벌권발동의 보충성의 원칙」이라든가 「징벌절차의 일반적 규정」을 두고 있지 않는 점, 무기사용의 전제요건은 규정하였으나 무기사용의 「적합성 원칙」은 언명하고 있지 않는 점, 그리고 수형자의 권리보장을 위한 구체적인 소송절차규정이 마련되어 있지 않으며 또한 수형자에 대한 교도소 당국의 정보제공의무와 정보제공요구권이 인정되고 있지 않는 점 등은 수형자의 처우를 특별권력관계적 시각에서 바라보는 잔재를 아직 완전히 버리지 못하고 있음을 보여준다.

그런데 이미 기술한 바와 같이 필자는 개정행형법이 제29조의 2(의료조치) 규정을 신설한 것에 주목한다. 수형자의 건강보호를 위한 의료적 강제조치 규정인 독일행형법 제101조 제1항은 학자들의 많은 논란을 거친 후 그 타협의 산물로 제정된 것이지만, 우리의 경우는 이에 관한 학계의 논의가 거의 없는 실정에서 신설되었으므로 앞으로 이 규정과 관련하여 활발한, 해석론적·입법론적 논의가 있을 것으로, 아니 있어야 할 것으로 본다. 필자는 독일행형법 제101조와 관련된 독일의 담론을 비판적으로 소개하는 과정에서 필자의 입장을 개진하였다.

한편 개정행형법은 수형자를 외부 교육기관 또는 기업체 등에 통근할 수 있게 하고(제32조 제3항), 수형자에 대한 귀휴허가요건을 완화하고 귀휴기간을 확대하며, 부모사망, 자녀혼례 등의 사유가 있는 수형자에 대하여는 일부귀휴허가요건 및 기간에 관계없이 특별휴가를 허가할 수 있도록 하는 것(제44조 제3항 및 제4항) 등은 수형자의 사회와의 계속적 관계를 중시한 것으로서 오늘날의 추세인 행형의 사회화 요청에 부응한다. 다만 수형자에 대한 국가의 사회적 부조 내지 배려의무에 기초하여 수형자의 사회화를 위한 법적 토대를 적극적으로 마련할 것이 소망스럽다. 그리고 수형자의 동태적·개방적 분류와 개별적·탄력적 처우를 가능케 하는 근거규정을 행형법에 마련할 것이 시급하다.

끝으로 지적할 것은 개정행형법도 그 입법형식이 헌법 내지 행형의 지도이념에 입각하여 이를 구현하려는 체계적 정합성을 갖추지 못하고, 행정편의적으로 행형시설의 관리운영규정을 정립하는 듯한 형식과 실질을 강하게 풍기고 있다는 점이다.

행형법은 수형자의 권리보장규범인 동시에 사회화규범임을 실질적으로 인식하는 데에서 출발하여, 수형자의 교도소수용관계의 법률관계를 형성해 가는 「패러다임의 전환」이 요구된다.

## 수형자의 의사소통권

이 호 중 (한국외대 법학과)

### I. 서론

현행 행형법은 수형자가 외부세계와 교통할 수 있는 수단으로 접견과 서신수발에 대하여 규정하고 있다(행형법 제18, 19조). 그 두 가지가 가장 대표적인 것이기는 하지만 반드시 이에 한정할 필요는 없기 때문에 수형자가 외부 혹은 내부적으로 타인과 교통할 수 있는 다양한 가능성을 보장하기 위하여 여기에서는 폭넓게 이를 의사소통권이라 부르기로 한다. 외출이나 귀휴 등 구금완화처우를 통해서도 외부와의 교통이 가능하지만<sup>1)</sup> 여기에서는 이를 제외하기로 한다.<sup>2)</sup>

이론적으로 보면 외부교통권 내지 의사소통권은 헌법상 보장된 표현의 자유(제21조)의 하나라고 할 수 있다. 그럼에도 불구하고 지금까지 수형자의 권리보장에 관련해서는 오로지 접견과 서신에 대해서만 논의되어 왔을 뿐, 기타 수형자의 교도소 내에서의 표현의 자유라든가 신문, 전파매체 등을 통한 정보권의 문제를 상대적으로 소홀히 취급한 점은 분명 옳지 못하다. 이하에서는 헌법 상의 표현의 자유를 기초로하여 수형자가 타인과 교류할 수 있는 가능성이 과연 어느 정도로 보장되어야 할 것인지를 논의해 보고자 한다.

### II. 외부와의 교통권

#### 1. 외부교통의 권리성

접견과 서신교환 등의 외부세계와의 교통은 “수형자의 고립화, 그리고 그로부터 연유하는 현실감각, 의사소통 및 타인과의 접촉에 있어서의 위험을 상쇄할 뿐만 아니라 새로운 관계의 형성에도 기여한다.”<sup>3)</sup> 오늘날의 일치된 견해는 접견, 서신 등을 통하여 수형자는 구금중일지라도 외부세계와 최소한의 사회적 유대관계를 계속 유지할 수 있고, 그럼으로써 교도소 내의 긴장완화에 도움이 될 뿐만 아니라 궁극적으로는 사회복귀를 위한 중요한 수단이 된다고 본다.<sup>4)</sup>

그러나 법적 지위에 관련해서는 접견과 통신 등 <외부교통>은 헌법에서 보장하고 있는 기본적인 인간적 욕망과 자유의 표현이라는 점이 더욱 중요하다. 인간이 사회적 존재로서 타인과 접촉하고 싶은 기본욕구는 인간의 존엄과 가치 및 행복추구권(헌법 제10조)의 중요한 내용을 이룬다.<sup>5)</sup> 뿐만 아니라 그것은 자유로운 의사표현을 보장하는 헌법 제21조, 특히 가족과의 교통에 대해서는 혼인과 가족생활을 보장하는 헌법 제36조에서 그 근원을 찾을 수 있다.<sup>6)</sup> 이러한 헌법상의 기본권

1) 외출이나 귀휴는 수형자가 시설 외에서 가족, 친구 등과 만나고 필요한 개인적 용무를 처리할 수 있다는 점에서 외부사회와의 관계를 유지하는 중요한 통로가 된다. 그러나 그것은 신체적 자유를 부여하고 구금자체를 완화한다는 점에서 접견서신 등의 외부교통권과는 본질적인 차이가 있다. 다만 독일 행형법이 일반적인 구금완화처우(제10조 이하)는 총체적인 집행계획의 장에 규정하고 있는 반면에 특별한 사유에 의한 외출과 귀휴(제35조 참조)는 개인적 문제가 접견서신등의 방법으로는 해결할 수 없는 경우에 부여되는 것으로 외부교통의 연장선상에서 체계화하고 있는 점이 특이하다.

2) 귀휴, 외출 등의 구금완화처우에 대해서는, 이호중, 구금조건과 구금완화, 형사정책연구 1999/겨울호 참조.

3) Kaiser / Kerner / Schöch, Strafvollzug, S.139.

4) Kaiser / Kerner / Schöch, Strafvollzug, S.387 ; Calliess / Müller-Dietz, StVollzG, §23 Rn.2 ; AK-Joester, StVollzG, §23 Rn.1 ; Schwind / Böhm, StVollzG, Vor §23 Rn.1 ; Knoche, ZfStrVo 1987, S.145 ; OLG Frankfurt, NStZ 1982, S.221 ; 박재운, 수형자의 법적 지위에 관한 연구, 119면 ; 양화식, 행형법개정의 기본방향에 관한 고찰, 교정연구 제2호, 128면.

5) 대법원은 미결수용자에 대한 접견불허처분에 대한 소송에서 이미 접견을 “헌법 제10조가 보장하고 있는 인간으로서의 존엄과 가치 및 행복추구권 가운데 포함되는 헌법상의 기본권”이라고 하였음을 주목해야 한다. 대법원 1992.5.8 선고, 91 누 7552 판결.



이 수행자라고 하여 부정될 수는 없다. 다만 행형목적의 필요에 의하여 제한이 가능할 뿐이다. 그러므로 행형법은 법률유보 및 명확성의 원칙 하에서 기본권적 보호가치와 행형목적의 달성을 위한 제한필요성 사이의 세심한 조화를 꾀함으로써 수행자의 외부교통권을 구체화해야 한다.<sup>7)</sup>

외부교통권의 보장은 국제행형원칙에서도 확인된다. UN최저기준규칙에서는 “피구금자는 필요한 감독 하에 일정기간마다 가족 또는 신뢰할 만한 친구와의 통신 및 접견이 허용되어야 한다”(제37조)고 규정하며, 유럽형사시설규칙 제43조 1항도 “피구금자는 그 처우, 보안 및 시설의 적절한 질서를 위하여 필요하다고 인정되는 제한 및 감시 하에 가능한 한 자주 모든 개인 또는 단체의 대표자와 통신하고 그들로부터 방문을 받도록 허용되어야 한다”고 말한다. 또한 보호원칙 19에서는 구금된 자는 “법률 혹은 법률에 근거한 규칙에 정해진 바 합리적인 조건과 제한 하에서 특히 가족의 방문을 받고 가족과 통신할 권리를 가지며, 외부사회와 교통할 충분한 기회를 부여 받아야 한다”고 규정한다.

비교법적으로는 독일 행형법 제23조가 수행자의 외부교통권을 규정하고 있다. 동조 제1문에서는 “수행자는 본법이 정한 범위 내에서 외부사람과 교통할 권리를 가진다”고 명시한다. 그 권리는 헌법상의 표현의 자유와 결혼 및 가족의 보호(기본법 제5, 6조)에서 연유하는 것이므로, 수행자에게는 자유박탈 자체 혹은 행형목적의 달성과 직접적으로 불가결하게 결합되어 있는 것 이상의 제한이 부과되어서는 안 된다고 본다.<sup>8)</sup> 독일 행형법은 더 나아가서 국가에 외부교통을 장려하고 촉진시켜야 하는 의무를 부과하고 있다(동조 제2문). 이에 따라 교정기관은 행형법규정에 충실하게 수행자의 외부교통을 보장해야 할뿐만 아니라 보다 적극적으로 외부교통을 유지, 증진하도록 해야 하며, 자유박탈로 인하여 생기는 외부교통의 어려움을 가능한 한 해소시켜야 할 의무를 진다고 본다.<sup>9)</sup>

미국의 경우에 접견, 서신 등의 외부교통권은 표현의 자유를 규정한 수정헌법 제1조에 근거를 둔 것으로 인정된다.<sup>10)</sup> 따라서 외부교통권에 대해서는 교도소의 질서유지 및 안전, 그리고 재사회화 등 정당한 목적에 합리적으로 관련이 있는 제한만이 부과될 수 있다.<sup>11)</sup> 이에 따라 미국 법원은 접견과 서신의 제한규정이 정당한 목적에 기여하는 정도와 헌법적 기본권의 보호 사이의 이익형량을 심사한다. 물론 교정기관의 재량 및 판단여지에 대하여 상당히 광범위한 경의를 표하고 구체적인 사실관계에 대한 판단을 삼가하고 있는 미국법원의 경향은 이 영역에서도 그대로 유지되고 있다.

우리의 행형법에서도 최근의 제5차 개정을 통하여 외부교통을 이제는 수행자의 실체적 권리로 할 수 있게 되었다. 행형법 제18조 1항은 “수용자는 소장의 허가를 받아 타인과 접견하거나 서신을 수발할 수 있다”고 하면서, 제2항에서 “수용자의 접견과 서신수발은 교화 또는 처우상 특히 부적당한 사유가 없는 한 이를 허가하여야 한다”고 규정함으로써 접견과 서신수발에 대한 교도소장의 재량이 박탈되었기 때문이다. 이는 불과 얼마 전까지만 해도 접견서신을 수행자의 권리가 아니라 교정기관의 재량에 의한 허가사항으로 규정하였던 것에 비하면 획기적인 전환이라 할 수 있다.<sup>12)</sup> 이제 수행자는 접견과 서신수발에 관하여는 “교화 또는 처우상 특히 부적당한 사유”

6) 박재윤, 수행자의 법적 지위에 관한 연구, 119면; 양화식, 행형법개정의 기본방향에 관한 고찰, 교정연구 제2호, 128면. 또한 독일에서도, Hoffmeyer, Grundrechte im Strafvollzug, S.196ff.; Hassemer, ZRP 1984, S.292; Neibecker, ZfStrVo 1984, S.335; Calliess / Müller-Dietz, StVollzG, §23 Rn.2; Schwind / Böhm, StVollzG, §23 Rn.3; OLG Hamm, ZfStrVo 1988, S.310.

7) 이것은 법치주의 행형의 요청이다. 신양균, 현행 행형법과 그 개정방향(II), 53면.

8) BT-Dr. 7/918, S.57; AK-Joester, StVollzG, §23 Rn.1.

9) BT-Dr. 7/918, S.57; Kaiser / Kerner / Schöch, Strafvollzug, S.139; Calliess / Müller-Dietz, StVollzG, §23 Rn.2; Schwind / Böhm, StVollzG, §23 Rn.3f. 이 규정의 선언적 성격을 부인하고 구체적인 의무위반을 이끌어 내려는 견해는 AK-Joester, StVollzG, §23 Rn.3ff. 예컨대 교통이 불편한 지역의 교도소 건축이나 수행자를 가족과 멀리 떨어진 교도소로 이송하는 것 등은 이 의무에 위반한 것이라 한다.

10) 개설적으로 Knight / Early, Prisoners' Rights in America, p.215.

11) 예컨대 서신검열에 관하여, Procnier v. Martinez, 416 U.S. 396, 414, 94 S.Ct. 1800, 40 L.Ed. 2d 224(1974).

에 해당하지 않는 한 그에 대한 청구권을 가진다. 이러한 전환은 지극히 타당한 것으로 보인다. 수행자의 외부교통권은 헌법적 기본권(제10, 21, 36조)이 교도소라는 특수한 환경에서 구체화되는 형태이기 때문이다. 다시 말하면, 행형에서는 행형의 기능성과 기본권보장 사이의 조화가 문제되는 한, 표현의 자유와 같은 헌법적 기본권도 상당부분 국가적 급부의 형태로 전환될 수밖에 없지만,<sup>13)</sup> 이것은 교도소 측의 광범위한 재량을 허용하는 방식이 아니라, 행형법이 수행자에게 외부교통의 보장을 청구할 수 있는 - 즉 소극적인 침해의 배제가 아니다 - 적극적이고 구체적인 권리를 승인해야 함을 의미하기 때문이다.

수행자에게 외부교통의 권리가 인정된다는 전제에서 남은 문제는 구체적으로 행형목적과 기본권 양자의 절충선을 찾는 일이다. 즉 제한의 근거와 그 범위의 문제이다. 이에 대한 현행법의 규정은 상당한 문제점을 안고 있는 것으로 보인다. 각각의 경우로 나누어 보기로 한다.

## 2. 접견의 권리

### (1) 현행 행형법 상의 접견의 허용범위

지난 1995년 1월 5일자로 개정공포된 행형법에 따르면 접견허가에 대한 교도소장의 재량은 더 이상 허용되지 않는다. “교화 또는 처우상 특히 부적당한 사유가 없는 한” 교도소장은 접견을 허가하여야 할 의무가 있다(제18조 2항). 따라서 수행자는 “접견권”을 가진다. 접견상대방을 친족과 비친족으로 구분하여 접견을 제한하는 것도 더 이상 허용되지 않는다. “교화 또는 처우상 특히 부적당한 경우”라는 다소 모호한 제한사유가 있지만, 이는 불확정개념으로서 법원의 완전한 심사를 받아야 한다.

개정된 행형법이 접견에 대한 교도소측의 재량을 박탈했다는 점을 제외하고는, 접견의 구체적인 내용은 이전과 변함이 없다. 접견시간은 시설관리의 측면을 고려하여 오전 9시부터 오후 5시로 제한되어 있으며(시행령 제55조), 1회의 접견시간은 30분 이내로 한다(시행령 제54조). 수행자의 접견횟수는 금고·노역장유치 및 구류의 수행자는 월 3회, 징역수행자는 월 2회에 한하며, 다만 행형성적이 우량한 수행자의 접견횟수를 증가시킬 수 있다(시행령 제56조). 이 단서조항에 근거하여 수행자분류처우규칙 제46조는 누진계급에 따라 제4급은 월 2회, 제3급은 월 3회, 제2급은 월 1회, 제1급은 수시로 접견을 가능하게 함으로써 접견기회를 확대하였다. 접견은 원칙적으로 접견실에서 해야 하며, 다만 소장이 필요하다고 인정하는 때에는 접견실 이외의 장소에서도 가능하다. 접견실 이외의 장소에서 접견을 허가하는 예로 문헌에서는, 질병 등으로 거동이 불편한 수행자의 경우를 들기도 한다.<sup>14)</sup> 그러나 이러한 시행령 규정과는 별도로 수행자분류처우규칙 제47조에 의하면 제1급 수행자에 대해서만 접견실 외에 적당한 장소에서 접견하게 할 수 있다고 되어 있다.

접견에는 교도관의 참여를 요한다(법 제18조 3항). 교도관의 참여란 곧 접견시의 면담내용이 취취, 기록됨을 의미한다. 다만 교도소장은 특히 교화상 필요하다고 인정할 때에는 교도관의 참여없이 접견시킬 수 있다(시행령 제58조 2항). 그러나 이것도 누진계급 제1급 수행자에 대해서만 가능하도록 되어 있다(수행자분류처우규칙 제48조).

12) 제5차 개정 이전의 행형법 제18조는 접견과 서신수발을 교도소장의 허가사항으로 하면서(제1항), 친족 이외의 자와의 접견과 서신수발은 필요한 용무가 있는 때에 한한다고 규정하고 있었다. 이것은 교도소장에게 광범위한 허가재량을 부여한 것으로 외부교통의 “원칙적 금지 - 예외적 허가”라는 도식에 입각한 것으로 볼 수 있다. 행형법의 이러한 태도는 격리·보안 위주의 행형에 치중한 나머지 수행자의 기본권에 대한 비리를 너무나 소홀히 한 것이라는 비판을 받아 마땅하다.

13) 이에 관해서는, 이호중, 수행자의 법적 지위의 이론적 논증, 경원대학교 법학논총 제2호, 1995, 195-203면 참조.

14) 감화수, 행형법학, 202면.



(2) 비교법적 검토

1) 독일 행정법 상의 접견

독일 행정법에서 수형자는 "정기적으로 접견을 받을 권리"를 가진다(제24조 1항 1문). 접견을 받을 권리이므로 그에 대한 의무는 없다.15) 따라서 수형자는 접견에 앞서 접견상대방이 누구인가를 통지받고 접견을 할 것인가 여부를 결정할 권리를 가진다. 다만 경찰 혹은 검사가 신문을 위하여 접견을 신청한 때에는 수형자가 이를 거부할 수 없다고 본다.16) 접견의 상대방은 누구라도 가능하다. 수형자의 접견권이 미치는 한 접견의 상대방도 그에 상응하여 접견허가를 청구할 권리를 가진다.17) 접견시간에 대하여 독일 행정법은 한달에 최소한 1시간을 보장한다(제24조 1항 2문). 이것은 접견권이 보장되는 최소한의 접견시간을 명시한 것으로 해석된다.18) 1시간의 접견시간을 수형자의 의사에 반하여 분할할 수는 없다고 보는 것이 일반적인 견해이다.19) 그렇지 않으면 내실있는 면담이 불가능하기 때문이다.

접견권이 보장되는 월1시간의 접견 외에도 독일 행정법은 더 나아가서 "접견이 수형자의 체우 내지 사회복귀를 촉진하는 경우, 또는 수형자의 서면 혹은 제3자의 대리인에 의한 해결이 불가능하거나 석방시까지 연기할 수 없는 개인적, 법적, 영업적 용무를 위한 경우에는" 접견을 허용하도록 규정한다(제24조 2항). 이것은 접견권을 규정한 제24조 1항이 최소한의 보장규정이라는 점에서 행정목적에 합치하는 한 접견기회를 확대해야 할 의무를 교정기관에 부과한 것으로 풀이된다.20) 이에 대해서 수형자는 무하자재량행사청구권을 가진다고 한다. 교정기관은 자신에게 주어진 재량의 범위 내에서 다양한 처우수단 중 최적의 투입방법을 심사해야 한다.21) 실제에 있어서는 시설인력과 공간적 문제로 인하여 교정기관은 추가적 접견확대에 대하여 소극적이라고 한다.22) 판례에 의하면 사회복지단체의 자원봉사자의 접견신청에 대하여 시설내의 자원봉사자가 다수 있음을 이유로 접견을 허가하지 않은 것도 재량을 그르친 것이 아니라고 한다.23)

접견에 대한 규제방식으로는 독일 행정법은 비교적 자세하게 세가지 방식을 규정한다. 통제의 강도를 기준으로 보면, 접견자의 검색(제24조 3항), 접견감시(제27조), 접견금지(제25조)의 순이다. 시설의 안전(Sicherheit)을 위하여 필요한 경우 교도소장은 접견자의 검색(Durchsuchung)을 접견의 조건으로 할 수 있다(제24조 3항). 이것은 극단적인 경우 무기라든가 기타 도구를 위한 물건이 반입되는 것을 막기 위한 조치이다.24) 시설의 안전을 위한 경우만 검색이 허용되며 소위 "질서유지(Ordnung)"는 근거가 되지 않는다. 따라서 시설의 안전과 직접 관련이 없는 알코올이나 마약류의 반입혐의는 검색을 정당화할 수 없다고 본다.25) 검색은 겉옷의 수색과 금속탐지기의 통과 이

15) Calliess / Müller-Dietz, StVollzG, §24 Rn.1 ; AK-Joester, StVollzG, §24 Rn.2 ; Schwind / Böhm, StVollzG, §24 Rn.3 ; Kaiser / Kerner / Schöch, Strafvollzug, S.142.  
16) Calliess / Müller-Dietz, StVollzG, §23 Rn.6 ; Schwind / Böhm, StVollzG, §24 Rn.3 ; AK-Joester, StVollzG, §24 Rn.2. 이것은 물론 경찰관이 적법한 권한에 의하여 수형자를 신문하기 위한 경우를 말한다. 그 외에 예컨대 수형자를 정보원으로 고용하기 위하여 경찰이 신청한 접견은 수형자의 의사에 따라 거절할 수 있다고 보아야 한다.  
17) 이것은 접견금지처분에 대하여 접견을 신청한 외부인도 법률상의 구체수단을 이용할 자격이 있음을 의미한다. OLG Hamm, ZfStrVo SH 1979, S.37 ; Calliess / Müller-Dietz, StVollzG, §24 Rn.1.  
18) 법률의 취지와는 다르게 행정실무에 있어서는 대부분의 교도소가 월1시간의 최소보장규정에 따라 1년에 약 12시간 정도를 접견시간으로 허용하는 것이 보통이라고 한다. Knoche, ZfStrVo 1987, S.149.  
19) Knoche, ZfStrVo 1987, S.146 ; Kaiser / Kerner / Schöch, Strafvollzug, S.142 ; AK-Joester, StVollzG, §24 Rn.4. 반대로 각 접견을 30분으로 규정하는 교도소규칙을 허용된다고 보는 견해로는, Schwind / Böhm, StVollzG, §24 Rn.10.  
20) bt-dR. 7/918, s.58 ; Calliess / Müller-Dietz, StVollzG, §24 Rn.4.  
21) Schwind / Böhm, StVollzG, §24 Rn.13 ; Calliess / Müller-Dietz, StVollzG, §24 Rn.4.  
22) Kaiser / Kerner / Schöch, Strafvollzug, S.142.  
23) OLG Schleswig, ZfStrVo 1980, S.251.  
24) Schwind / Böhm, StVollzG, §24 Rn.15 ; AK-Joester, StVollzG, §24 Rn.18.  
25) OLG Celle, NStZ 1987, S.357 ; Calliess / Müller-Dietz, StVollzG, §24 Rn.6. 그러나 그 경우도 시설의

상은 허용되지 않는다고 한다.26) 접견자가 소지하고 있는 문서의 내용도 검색의 대상이 된다.27) 검색은 접견 전에만 가능하며 접견자가 이를 거부하는 경우 접견을 불허할 수는 있지만 강제검색은 불가능하다.28) 반면에 수형자에 대해서는 독일 행정법 제84조에 의하여 접견 전후에 검색 및 탈의검색도 허용된다.29)

접견의 감시(Überwachung)는 처우 혹은 시설의 안전과 질서유지를 위하여 필요한 경우에 허용된다(제27조 1항 1문). 감시의 방법은 시각에 의한 감시(optische Überwachung)가 원칙이다. 대화청취(akustische Überwachung)는 위의 세 가지 근거에서 그것이 불가결하게 요구되는 경우에만 허용된다(제27조 1항 2문).30) 따라서 대화청취를 위해서는 교정기관은 구체적인 사실관계에 근거해서 그 불가피성을 입증해야 한다.31) 접견감시의 근거로는 위의 세 가지 외에는 허용되지 않는다고 본다.32) 다만 시설의 안전이라는 근거와 관련하여 통설과 판례는 수형자나 접견자에게서 유래하는 위험 외에 시설의 안전도에 관한 객관적 사정(과밀수용, 중구금시설, 기타 시설의 인적, 조직적 사정)도 감시의 근거가 된다고 함으로써, 폐쇄시설의 경우 시각감시를 일반화하고 있던 판례를 사실상 승인하였다.33)

접견에 대한 최후의 통제수단으로는 접견금지처분이 있다. 교도소장은 ① 접견이 시설의 안전과 질서를 위태롭게 할 우려가 있는 경우, 혹은 ② 접견자가 수형자에게 해로운 영향을 미치거나 그의 사회복귀에 지장을 줄 우려가 있는 경우에는 접견을 금지할 수 있다(제25조). 다만 후자의 요건은 친족에 대해서는 적용이 없다. 이 두 가지 요건은 불확정개념으로 법원의 완전한 사후심사를 받아야 하는 반면에, 접견금지에 대해서는 교도소장에게 재량이 주어진다.34) 재량행사에 있어서는 외부교통이 매우 유의한 재사회화수단이라는 점을 고려하여야 하며, 비례성원칙을 존중해야 한다고 본다. 따라서 접견금지의 요건이 존재하는 경우에도 금지보다 완화된 통제수단으로 위험방지가 가능하다면 접견금지처분이 정당화될 수 없다.35) 접견금지는 원칙적으로 개별적인 접견에 대해서 전제요건에 대한 명확한 근거를 가지고 결정되어야 하지만, 극단적인 경우에는 예외적으로 특정 수형자의 모든 접견을, 혹은 모든 수형자에 대하여 특정인과의 접견을 일반적으로 금지하는 것도 허용된다고 한다.36) 접견금지의 두번째 요건과 관련하여서는 그 개념이 너무 넓고 불

안전의 근거에서 검색이 가능하다고 보는 견해로는, Schwind / Böhm, StVollzG, §24 Rn.15 ; Bungert, NStZ 1988, S.526.  
26) AK-Joester, StVollzG, §24 Rn.18.  
27) BT-Dr. 7/3998, S.14.  
28) AK-Joester, StVollzG, §24 Rn.18f. ; Calliess / Müller-Dietz, StVollzG, §24 Rn.6 ; Schwind / Böhm, StVollzG, §24 Rn.15.  
29) Knoche, ZfStrVo 1987, S.146 ; Schwind / Böhm, StVollzG, §24 Rn.15. 판례는 모든 접견시 수형자의 검색을 명하는 처분도 허용된다고 한다. OLG Hamm, NStZ 1981, S.407 ; OLG Nürnberg, NStZ 1982, S.526.  
30) BY-Dr. 7/918, S.59 ; Calliess / Müller-Dietz, StVollzG, §27 Rn.5 ; AK-Joester, StVollzG, §27 Rn.3 ; OLG Celle, ZfStrVo 1980, S.187 ; OLG Koblenz, ZfStrVo 1987, S.305 ; OLG Frankfurt, ZfStrVo 1990, S.186.  
31) OLG Saarbrücken, ZfStrVo 1984, S.176 ; OLG Koblenz, ZfStrVo 1987, S.305. 가족 등 근친자의 경우에는 고도로 개인적인 대화내용이 문제되므로 대화청취의 요건은 훨씬 엄격해 질 것이며(OLG Frankfurt, ZfStrVo 1990, S.186), 반대로 소신을 굽히지 않고 있는 테러범과 그 동료와의 접견은 그 자체로 대화청취를 정당화할 수 있는 사유가 된다고 본다(OLG Hamm, NStZ 1989, S.494).  
32) AK-Joester, StVollzG, §27 Rn.4 ; Schwind / Böhm, StVollzG, §27 Rn.4 ; OLG Saarbrücken, NStZ 1983, S.94.  
33) Schwind / Böhm, StVollzG, §27 Rn.6 ; Bandell / Kühling / Schwind, NStZ 1988, S.383 ; Kaiser / Kerner / Schöch, Strafvollzug, S.144 ; OLG Saarbrücken, NStZ 1983, S.94. 제한적으로 OLG Koblenz, ZfStrVo 1987, S.305. 반대견해로는 AK-Joester, StVollzG, §27 Rn.2, 4 ; Müller-Dietz, NStZ 1983, S.96 ; Knoche, ZfStrVo 1987, S.147.  
34) Schwind / Böhm, StVollzG, §25 Rn.2 ; Calliess / Müller-Dietz, StVollzG, §25 Rn.1 ; OLG Zweibrücken, ZfStrVo 1987, S.304.  
35) AK-Joester, StVollzG, §25 Rn.1 ; OLG, Frankfurt, ZfStrVo 1987, S.112.  
36) OLG Nürnberg, ZfStrVo 1988, S.185f.에 의하면 접견신청인의 접견 시 안전과 질서에 대한 위험 혹은 수형자에 대한 해로운 영향의 우려가 시설내의 모든 수형자에게 존재하는 경우에는 일반적 접견금지도 가능

수형자의 권리 (접견)에 대한 검토



분명하기 때문에 통제효과가 극히 미미하다는 점이 지적된다.<sup>37)</sup> “해로운 영향”이란 재범의 경향성을 부추기는 영향력을 의미하며, “사회복귀에 지장을 준다”는 개념은 가정, 직장 및 모든 사회관계에 있어서 출소 후의 사회적응에 방해가 되는 모든 부정적 영향을 포괄한다고 한다.<sup>38)</sup> 이것은 재사회화라는 행형목적을 훨씬 뛰어넘는 것이라는 점에서 제한해석의 목소리가 높다.<sup>39)</sup>

## 2) 미국 행형에서 수형자의 접견권

미국의 경우 각 교도소는 자체 규정을 통하여 접견자, 접견의 횟수, 접견시간, 접견목적 등을 세세하게 규율하고 있다. 가장 일반적으로 말하면, 접견은 교도소장의 허가에 의하여 교도소장은 접견통제에 대하여 상당한 재량을 가지고 있고 이에 대한 사법통제는 재량의 명백한 남용이 있는 경우에 한한다고 보는 것이 보통이다.<sup>40)</sup> 미국법원은 대체로 접견을 수정헌법 제1조(표현의 자유)에서 연유하는 권리로 승인하는데 소극적이다.<sup>41)</sup> 오히려 접견은 헌법적 문제를 야기하지 않는 특권(privilege)에 불과하다는 시각이 지배적인 듯하다.<sup>42)</sup> 그러나 일부 하급법원의 판례는 수형자의 접견이 절대적인 것이 아니라 교도소측의 재량에 의한 규제를 받는다 하더라도 “기본적인 접견은 수정헌법 제1조에 의하여 보호되는 권리”라고 판시하였다.<sup>43)</sup> McMurray에 따르면, 법원은 수형자의 기본적인 접견권을 제한하는 규정에 대해서 그것이 보다 중요한 공적 목적에 합리적으로 관련이 있는가를 주의깊게 이익형량해야 한다.<sup>44)</sup> 공적 목적이란 시설의 안전, 시설운영상의 실행가능성, 사회방위 및 수형자의 재사회화를 말한다.<sup>45)</sup> 공적 목적에의 합리적 관련성은 예컨대 전과자라는 이유에 의한 접견금지<sup>46)</sup> 혹은 부정한 물품반입의 혐의가 있는 자의 접견 금지,<sup>47)</sup> 다른 수형자의 도주를 방조한 혐의가 있는 자의 접견 금지<sup>48)</sup> 등에서 광범위하게 인정되고 있다. 수형자의 규율위반에 대한 징벌로서 접견금지가 허용되는가의 문제에 대해서는, 기존의 주정책이 접견금지를 징벌로 이용하지 못하도록 하는 경우를 제외하고는 거기에까지 수정헌법 제1조의 보호가 미치지 않는다고 한다.<sup>49)</sup>

수형자의 접견금지는 다른 차원에서 헌법적 문제를 야기하기도 한다. 판례는 다른 인종간의 접

하다고 한다.

37) Hoffmeyer, Grundrechte im Strafvollzug, S.201 ; Calliess / Müller-Dietz, StVollzG, §25 Rn.2 ; AK-Joester, StVollzG, §25 Rn.4.

38) BT-Dr. 7/918, S.58.

39) Calliess / Müller-Dietz, StVollzG, §25 Rn.2 ; AK-Joester, StVollzG, §25 Rn.4. 반대견해로는, Schwind / Böhm, StVollzG, §25 Rn.9.

40) Walker v. Pate, 356 F.2d 502 (7th Cir. 1966), cert. denied, 384 U.S. 966(1966) ; Palmer, Constitutional Rights of Prisoners, p.27.

41) 사실 미국법원은 수형자가 수정헌법 제1조에 의하여 보호되는 접견권을 가지는가의 문제에 대한 대답을 회피하는 경향이 있다. Krantz, Corrections and Prisoners' Rights, p.156 ; Krantz / Branham, The Law of Sentencing, Corrections and Prisoners' Rights, p.307 ; Knight / Early, Prisoners' Rights in America, p.230.

42) 이는 서신교환이 수정헌법 제1조에 의하여 보호받고 있다는 점에서 접견을 광범위하게 규제한다고 하더라도 서신에 의한 의사소통의 가능성이 열려 있는 한 수정헌법 제1조의 위반에까지 이르지 않는다고 보기 때문이다.

43) McMurry v. Phelps, 533 F.Supp 742(W.D.La 1982) ; Laaman v. Helgemore, 437 F.Supp 269 (DNH 1977) ; O'Bryan v. Saginaw County, Michigan, 437 F. Supp 582 (ED Mich 1977).

44) McMurray v. Phelps, 533 F. Supp 742(W.D.La 1982).

45) Knight / Early, p.230.

46) Walker v. Pate, 356 F.2d 502(7th Cir. 1966).

47) Rowland v. Wolff, 336 F.Supp 257(D.Nb 1971) ; Patterson v. Walters, 363 F.Supp 486(W.D.Pa 1973) ; Robinson v. Palmer, 619 F.Supp 344(D.D.C.1985).

48) Bribson v. Lane, 554 F.Supp 426(1983).

49) Palmer, p.28 ; Knight / Early, p.232. Agron v. Montanye, 392 F.Supp 454(W.D.N.Y.1975)에서는 규율대로 수형을 각지 않는 수형자에 대하여 가족과의 접견을 금지시키는 것은 접견금지를 징벌에서 배제하고 있는 (뉴욕)주의 정책에 비추어 볼 때 수형자 및 가족의 접견권을 침해하는 헌법적 차원의 문제를 야기한다고 판시하였다.

견을 금지하는 것은 수정헌법 제14조 하에서 인종차별에 해당한다고 하였으며,<sup>50)</sup> 접견을 오로지 주중에 그리고 가족에 한정하는 것은 잔인하고 비통상적인 형벌을 금지한 수정헌법 제8조에 위반에 이를 수 있다고 판시하였다.<sup>51)</sup> 또한 접견자의 행동이 “의심할 만한(objectionable)” 경우에 접견을 금지시키도록 한 규정은 그 개념의 불명확성 때문에 무효라고 본다.<sup>52)</sup>

McMurray v. Phelps<sup>53)</sup>에 의하면, 접견의 금지뿐만 아니라 접견의 조건이나 상황을 제약하는 것도 헌법적 차원에서 문제될 수 있다. McMurray는 접견시간의 제한, 접견시의 프라이버시 노출, 접견자와 대화 및 시각적 접촉을 동시에 하지 못하도록 하는 등의 접견조건에 대하여 이를 헌법에 위반되는 접견권 제한이라 하면서, 자유로운 접촉을 가능하게 하거나 최소한 시각적 접촉을 유지하면서 대화할 수 있는 칸막이접견실을 설치할 것, 그리고 각 수형자가 최소한 일주일 한번 30분의 접견시간을 갖도록 하고 접견자의 편의를 위하여 주말이나 야간에도 접견시간을 배정하도록 할 것을 명했다.

그러나 다른 한편으로 미국법원은 접견 시 자유로운 신체접촉을 허용하는 문제(소위 contact visitation)에 대해서는 지극히 소극적인 태도를 보이고 있다.<sup>54)</sup> 그것은 수형자의 권리로 인정되지 않으며, 안전상의 이유로 모든 접견에서 신체접촉을 금지하는 것도 정당화된다고 본다.<sup>55)</sup>

수형자의 접견권에 대하여 일치된 견해를 보이지 않는 판례와는 달리, ABA기준안과 MSCA는 수형자에게 접견에 대한 “권리”를 보장해야 할뿐만 아니라 행형기관은 접견, 특히 가족과의 접견을 조장해야 할 의무를 진다고 주장한다. 간단하게 소개하면 다음과 같다:

### ABA 기준안 23-6.2. 접견 일반

#### (a) 생략

(b) 기준안 23-1.1의 규정에 의거하여, 교정기관은 접견방문자의 편의를 위하여 주말과 공휴일의 접견을 포함하여 합리적인 접견시간대를 마련함으로써 접견을 증진하고 장려해야 한다.

(c) 기준안 23-1.1의 규정에 의거하여, 시설내의 접견설비는 일상적인 의사소통을 증진시키고 신체접촉의 기회를 제공해야 한다. 귀휴를 받지 못하는 수형자에게는 적당한 접견시설에서 가족과의 접견연장을 허용해야 한다.

(d) 수형자는 상당한 이유(good cause)에 의하여 교정기관이 금지하지 않는 모든 방문자와 접견할 수 있어야 한다. 수형자는 장래의 접견자의 접견금지에 대하여 불복절차를 통하여 재고를 요청할 수 있다. 모든 방문자는 비침해적인 형식의 검색에 응하게 할 수 있다.

(e) 접견기간은 최소한 1시간 이상이어야 하며, 수형자는 접견연장에 할애할 수 있도록 접견기간을 적치할 수 있어야 한다. 변호사, 성직자, 공무원과의 접견은 접견기간에 포함되어서는 안 되며, 접견시각과 접견시간에 대한 경우를 제외하고는 제한되어서는 안 된다.

(f) 자원과 설비가 허용하는 한, 교정기관은 지방역에 도착하는 방문자에게 교통수단을 제공하거나 혹은 이용가능한 교통방법을 안내, 지원함으로써 접견을 용이하게 하고 증진시킬 것이 요망된다.

### MSCA §4-115 접견

(a) 피구금자는 자유사회의 방문자를 맞이함에 있어 보호받는 이익(protected interest)을 갖는다.

(b) 교정기관의 장은

(1) 피구금자에게 방문자와 만날 수 있는 기회를 제공하고 공휴일과 주말 및 야간의 시간대를 포함하는 접견스케줄을 마련해야 한다.

50) Martin v. Wainwright, 525 F.2d 983(5th Cir. 1976).

51) Hardwick v. Ault, 447 F.Supp 116(M.D.Ga 1978).

52) Tayler v. Perini, 413 F.Supp 189(N.D.Oh 1976).

53) 533 F.Supp 742(W.D.La 1982)

54) 자세한 내용은, Knight / Early, Prisoners' Rights in America, p.232 이하 참조.

55) McMurray v. Phelps, 533 F.Supp 742(W.D.La 1982). 미결수용자의 경우에는 연방대법원에 의하여 그러한 관행이 지지되었다. Block v. Rutherford, 468 U.S. 576, 104 S.Ct. 3227 ; 82 L.Ed.2d 438(1984). 또한 Inmates of Allegheny County Jail v. Pierce, 612 F.2d 754(3d Cir. 1979) 참조.



(2) 각 피구금자에게 최소한 매주 5시간의 접견을 보장하고, 이용하지 않은 접견시간을 2개월의 기간 내에 접견스케줄의 범위에서 접견연장을 위하여 적치사용할 수 있도록 허용해야 한다.

(3) 위험하다고 분류된 자를 제외하고, 각 피구금자에게는 매월 상당한 기간의 사적 접견을 허가해야 한다. 사적 접견은 최근 3개월 내에 가족이나 친구를 방문하도록 귀휴를 허가받은 피구금자에게는 부여될 필요가 없다.

(c) 교정기관의 장은 접견방문자에 의하여 금제품 기타 금지된 물건이 시설 내로 반입되는 것을 방지하기 위한 조치를 취해야 한다. 교정기관의 장은

(1) 각 접견방문자가 무엇이 금제품 및 금지된 물건에 해당하는가에 관하여 합리적인 통지를 받고 있음을 확인해야 한다.

(2) 접견방문자로 하여금 전자탐지기의 검색을 받도록 하거나 피구금자로 하여금 접견 전후에 철저한 검색을 받도록 하는 등의 절차에 의하여, 접견방문자에 대한 보다 인권침해적인 수색의 필요성을 최소화시키는 절차를 마련해야 한다.

(3) 접견방문자의 동의가 없는 한 그에 대한 어떠한 수색도 금지해야 한다.

(4) 접견자가 수색에 동의하지 않거나, 전자탐지기에 반응이 나오거나, 접견자가 금제품 기타 금지된 물건을 반입한다고 믿을 만한 정보가 있는 경우에는 그를 시설에서 배제하도록 허가해야 한다.

(d) 교정기관의 장은 §4-118규정에 의하는 경우를 제외하고는 피구금자가 접견자로 맞이하는 자를 제한할 수 없다.

#### §4-118 접견자와 서신에 대한 제한

(a) 교정기관의 장은 다음의 명령을 발할 수 있다:

(1) 생략

(2) 다음의 경우에는 일정한 자의 시설출입 혹은 접견을 금지하는 명령

i) 그가 과거에 고의로 접견에 관한 규칙을 위반한 경우

ii) 시설출입을 허가한다면 그가 공공의 안전이나 시설의 안전을 위태롭게 하는 불법행위 혹은 규칙위반을 고무할 우려가 있다고 신뢰할 만한 정보가 있는 경우

(b) (c) (d) 생략

판례가 수형자의 접견권을 수정헌법 제1조에서 곧바로 근거지우는데 소극적이라 하더라도, 미국법의 특성상 각주의 법령이 이미 접견권을 수형자의 "권리"로 보장하고 예외적인 제한사유를 두고 있는 경우에 그것은 소위 "자유 의 이익(liberty interest)"으로서 헌법적 보호(수정헌법 제14조)를 받는다고 보게 된다.<sup>56)</sup> 미국연방대법원은 이를 위해서는 접견을 제한하는 규정이 종국적이어야 하며, 그에 해당하지 않을 경우 접견이 허가된다는 합리적 기대가 가능할 것을 요건으로 한다고 판시하였다.<sup>57)</sup>

(3) 접견권의 실질적인 보장을 위하여

현행 현행법에 의하면 수형자의 접견은 - 행형법 규정 상 몇 안 되는 - "권리"라고 볼 수 있게끔 규정되어 있다. 접견의 금지는 "교화 또는 처우상 특히 부적당한 사유"에 해당될 때 가능하다. 이 제한사유는 재사회화 행형목적에서 연유하는 것으로 볼 수 있다. 과거 접견의 허가에 관한 재량기준이 전혀 제시되어 있지 않았고 더구나 친족 이외의 자와의 접견에 대해서는 "필요한 용무"라는 개념 - 행형목적에 어울리지 않을 뿐만 아니라 지극히 협소한 개념 - 에 얽매어 있었던 것에 비하면, 행형목적에 입각하여 제한사유를 보다 명시적으로 규정한 것은 분명 바람직한 발전

56) 이에 대해서는 Krantz / Branham, The Law of Sentencing, Corrections and Prisoners' Rights, p.391 이하 참조.

57) Kentucky Department of Corrections v. Thompson, 109 S.Ct. 1904(1989); Hewitt v. Helms, 459 U.S. 460, 103 S.Ct. 864, 74 L.Ed.2d 675(1983).

방향이다. 그럼에도 불구하고 여기에는 아직도 적지 않은 문제점이 내포되어 있는 듯하다.

첫째, 수형자에게 접견권이 보장되고 제한사유에 해당하지 않은 이상 교도소장은 접견을 허가해야 할 의무를 지게 되므로, 행형법 시행령의 접견횟수제한(제56조)은 이와 상충한다. 접견의 제한을 위해서는 "교화 또는 처우상 특히 부적당한 사유가 있는가" 여부만이 문제되기 때문이다. 그에 해당하는가는 개별적인 심사를 통하여 확정되어야 하며 획일적인 제한은 불가능하다고 해야 한다. 둘째, "시설의 안전과 질서유지"를 위하여 접견을 불허할 수 있는가의 문제이다. 실제로 접견시 시설의 안전이나 질서유지가 문제되는 경우를 충분히 상정해 볼 수 있다. 예컨대 접견방문자가 만취한 상태이거나 전염병을 앓고 있는 경우라든가 혹은 방문자가 수형자와 함께 도주모의를 할 것이라는 상당한 혐의가 있는 경우 등이다.<sup>58)</sup> 이 사례들이 "교화 또는 처우상 특히 부적당한 사유"에 모두 다 포섭될 수는 없다. 그렇다고 그 외에 행형법에 명시되지 않은 근거를 끌어들이는 것은 부당하다. 수형자의 인권보장을 위한 행형법정주의의 관점에 충실한다면 행형법 18조 2항은 접견금지의 종국적인 규정이라고 보아야 하기 때문이다. 요컨대 현행법에 따르면 "시설의 안전과 질서유지"를 이유로 접견을 제한할 수는 없다. 이 결과는 수형자에게 유리한 것이기는 하지만 행형의 중요한 목적중의 하나를 소홀히 취급한 입법의 불비라고 밖에 볼 수 없다. 셋째, 제5차 행형법개정에서는 친족과 비친족의 구분을 없애고 접견금지사유를 통일하였다. 물론 친족의 경우 보다 쉽게 접견이 이루어질 수 있겠지만, 그것보다는 기본적으로 양자를 차별화하는 입법태도가 보다 합리적일 것이다. 독일 행형법도 친족에 대해서는 처우를 근거로 접견을 제한할 수 없도록 하고 있다(제27조). 차별성을 두는 이유는 혼인과 가족생활의 보호를 규정한 헌법 제36조에 근거하여 일반접견보다 친족과의 접견이 보다 강력한 보호를 받아야 하기 때문이다.<sup>59)</sup> 넷째, "교화 또는 처우상 특히 부적당한 경우"라는 접견제한사유는 오로지 접견허가나 금지냐를 결정하는 기준이 된다. 이러한 방식보다는 접견의 가능성을 최대한 보장하기 위하여 제한사유에 따라 접견 강도를 달리 하는 방안을 채택하는 것이 바람직하다. 접견금지는 최후의 수단이어야 한다.

행형법 18조 → 인상이 없다.

#### 3. 서신수발권

#### 4. 접견서신에 있어서 변호인에 대한 특례

#### 5. 그 밖의 외부교통방법들 - 전화와 컴퓨터통신

### III. 내부교통권

#### IV. 집필 및 출판

#### V. 정보권

#### (1) TV 및 라디오의 청취

#### (2) 신문 및 도서의 구독 및 열람권

#### (3) 소내 간행물

이항행법 18조 → 인상이 없다. (Handwritten notes and diagrams on the right page discussing legal provisions and their implications, including terms like '접견권' and '정보권').

58) 그러한 예시는 AK-Joester, StVollzG, §25 Rn.3; Schwind / Böhm, StVollzG, §25 Rn.4ff. 참조.  
59) 독일행형법제안이유서에서도 기본법상의 혼인 및 가족제도의 보호(기본법 제6조 1항)에 비추어 볼 때 행형법은 설사 가족과의 교통이 수형자에게 부정적 영향을 미친다 하더라도 이를 감수해야 할 것이라고 설명한다. BT-Dr. 7/918, S.58.

Handwritten notes at the bottom of the right page.







재사회화행형목적으로부터 직접 도출되는 행형원칙이기 때문이다. 따라서 현 단계에서 이 원칙은 우리의 행형실체를 진단하고 행형법규정을 해석하는 기준이 되어야 할 뿐만 아니라 앞으로의 구체적인 행형개혁방향을 제시하는 입법기준으로서의 의미도 지닌다.

이를 위해서는 먼저 이 원칙의 내용 및 한계를 분명히 할 필요가 있다. 여기에서 "자유생활" 혹은 "일반인의 생활상태"라는 비교기준은 인간의 존엄성을 바탕으로 인간다운 생활을 보장하는 최저한도를 의미하는 것으로 보아야 한다.<sup>12)</sup> 그 기준은 따라서 현재 우리 사회의 사회보장체계 및 사회문화체계에서 승인되는 일반적 기준에 빗대어 판단해야 할 것이다. 다만 특수하게 예외적으로 그것이 수형자의 재사회화에 역행하는 때에는 행형목적에 비추어 적용이 배제된다.<sup>13)</sup> 그리고 이 원칙은 교도소의 안전과 질서유지라는 행형과제로부터 근본적인 한계를 가질 수 밖에 없다.<sup>14)</sup> 교도소의 생활조건이 자유박탈의 필연적인 결과이거나 교도소의 질서유지를 위하여 필수적인 경우에는 위 원칙이 적용될 수 없을 것이다.<sup>15)</sup> 예컨대 사방문을 밖에서 잠그는 것이나 교도관의 감시하에 있는 것 등이 그 예이다. 그러나 재사회화목적의 적용우위를 인정하더라도 교도소의 질서유지라는 측면과 수형자의 재사회화를 위하여 요청되는 이 원칙 사이의 비교형량은 그렇게 쉬운 일이 아니다. 단적인 예로 수의착용에 대하여 이 원칙을 근거로 하여 전면적인 혹은 광범위한 사복착용을 허용하자는 견해가 있는가 하면,<sup>16)</sup> 수형자의 식별 및 도주방지, 사복착용시 관리의 난점 등을 들어 수의착용은 질서유지를 위한 한계이고 다만 수의의 종류, 색상, 모양 등에서 차별화를 금지하는 유사성원칙이 적용되어야 하는 것으로 보기도 한다.<sup>17)</sup>

독일행형법에서는 이 원칙의 적용에 있어서 교도소당국의 재정적 한계를 용인하는 것인가에 대하여 논란이 있다.<sup>18)</sup> 독일 판례는 행형법 제정 이후 시간이 흐를수록 재정적 이유로 동화원칙의 적용을 회피하는 것은 더욱 정당화되기 힘들 것이라고 한다.<sup>19)</sup> 동화원칙이 헌법상의 인간의 존엄성 보장 및 인간다운 생활을 할 권리로부터 연유하는 것이며 행형에 특수한 기본권 강화형식이기 때문에 재정적 이유에서 이것의 적용을 회피하는 것은 국가의 의무를 방기하는 것이므로 정당화될 수 없다고 보아야 한다.

### III. 구금형식

#### 1. 독거수용과 혼거수용

11) 우리나라도 1990년 7월 10일 국제인권규약을 가입, 비준하였으므로 이 규약은 국내법과 동일한 효력을 가진다고 볼 수 있다.

12) Calliess / Müller-Dietz, StVollzG, §3 Rn.1 ; Schwind / Böhm, StVollzG, §3 Rn.4 ; Arloth, ZfStrVo 1987, S.329.

13) Neumann, in : Lackner-FS, S.1048 ; Schwind / Böhm, StVollzG, §3 Rn.6. 일반인의 생활상태에 상응한다 하더라도 수형자가 이에 적응하는 것이 과도한 부담으로 작용하는 경우가 전형적인 예이다. 이런 경우의 적용배제는 물론 "개별적 처우"를 근거로 한 개인적 수준에서 뿐이다. Arloth, ZfStrVo 1987, S.330.

14) 독일 행형법 제3조 1항에서 "가능한 한(soweit als möglich)"이라는 유보를 둔 것은 교도소의 질서유지라는 측면과의 비교형량을 위한 것이라고 본다. Arloth, ZfStrVo 1987, S.330 ; Bemann, in : Lackner-FS, S.1048 ; Schwind / Böhm, StVollzG, §3 Rn.10.

15) Arloth, ZfStrVo 1987, S.329.

16) Bemann, in : Lackner-FS, S.1049f. 이것은 행형법대체초안의 입장이었다. AEstVollzG 제3조 2항 1문 참조.

17) Arloth, ZfStrVo 1987, S.330. 이것은 현행 독일 행형법의 입장이다.

18) 그러한 한계를 인정하는 입장은 Schwind / Böhm, StVollzG, §3 Rn.10 ; Arloth, ZfStrVo 1987, S.330 ; Scholz, BewHi 1986, S.364. 반대견해는, Calliess / Müller-Dietz, StVollzG, §3 Rn.4 ; Müller-Dietz, BewHi 1986, S.343f. 유보적 절충적인 입장으로는 AK-Feest, §3 Rn.6 ; Bemann, in : Lackner-FS, S.1050.

19) OLG Celle, BlfStrVollzK 1990, H.2, S.2.

구금형식에 관하여 현행법은 <독거수용을 원칙>으로 하고 다만 필요한 경우 혼거수용이 가능하도록 규정한다(행형법 제11조 1항). 그러나 이것은 행형법상의 원칙일 뿐이고 세부규정을 보면 오히려 그 반대이다. 교도소장은 신입자의 경우 3일간 독거수용해야 하고(행시행령 제21조), 전염병에 걸린 수형자에 대해서는 격리수용<sup>20)</sup>해야 하며(행형법 제27조), 계호상 필요하다고 인정되는 자를 독거수용할 수 있고(행시행령 제44조), 석방할 수형자의 경우 3일전부터 독거수용해야 한다(행시행령 제159조). 그 외의 경우에는 ①도주의 우려가 있는 자 ②수용질서를 해칠 우려가 있는 자 ③미결수용자로서 증거인멸의 우려가 있는 자 ④다른 수용자에게 나쁜 영향을 미칠 우려가 있는 자 ⑤분류심사를 위하여 필요한 자 ⑥여죄사건이 계속중인 자 ⑦수용생활에 적응하기 위하여 특히 안정이 필요한 자의 순으로 독거수용한다(행시행령 제24조, 1995.15 개정). 다만, 소장이 재소자의 정신 또는 신체에 유해하다고 인정하는 때에는 독거수용할 수 없도록 규정되어 있다(행시행령 제25조). 그리고 독거수용의 기간은 2년(소년수형자의 경우에는 6월)을 초과하지 못하며 필요하다고 인정하는 경우에 6월을 연장할 수 있을 뿐이다(행시행령 제26조). 이러한 규정들로 볼 때 행형법 제11조 1항의 독거수용원칙은 극히 무의미하다. 즉 <실제로는 혼거수용을 전제로 예외적으로 필요한 경우에 독거수용시킨다>는 취지로 볼 수 밖에 없다.<sup>21)</sup>

행형실무에서도 수용인구의 과밀화로 인해 사실상 독거수용원칙이 지켜지기 어려운 것이 사실이다. 그러나 더욱 큰 문제는 혼거수용이 일반화되어 있는 가운데 독거수용이 일종의 "감옥속의 감옥"으로 기능하고 있다는 점이다. <현행법이 독거수용자는 다른 재소자와의 접촉을 금하며 소환, 운동, 입욕, 접견, 교회, 진료 기타 부득이한 경우를 제외하고는 항상 독거시키도록 규정한 것(행시행령 제23조)도> 이를 반영한다. 그렇기 때문에 독거수용된 수형자는 통상의 경우 하루 1시간 내외의 운동시간을 제외하고는 온종일 감방에 갇혀있어야 한다.<sup>22)</sup> <실제로 독거구금되는 수형자는 주로 정치범, 시국사범들이었다는 점에서도 독거수용의 징벌적 성격을 읽을 수 있다.⊃>

보다 본질적인 문제로서, 이러한 식의 독거수용방식은 수형자의 책임의식을 장려하고 그럼으로써 사회복귀를 추구하고자 하는 재사회화행형목적에 명백히 합치하지 않는다. 그것은 수형자를 고립시키는 것일 뿐만 아니라 건강훼손, 심지어는 정신적 장애까지 유발할 수 있는 제도로서 서구행형사에서 강력한 비난을 받았던 것임을 상기할 필요가 있다. 여기에 동화원칙을 충실히 적용한다면 <가장 일반적인 생활방식과 일치하는 구금형식은 아마도 야간에는 독거수용하고 주간 작업이나 자유시간에는 혼거를 인정하는 방식일 것이다.⊃><sup>24)</sup> 이것은 최저기준규칙의 권고사항이기도 하다. 그에 따르면 야간취침시의 독거를 원칙으로 인정하고 공동침실을 이용하는 경우에는 수용자를 신중하게 선별하도록 규정한다(제9조).

이에 관하여 가장 앞선 입법례는 독일 행형법 제17, 18조이다. 독일 행형법 상의 구금방식의 기본골격은 일반적인 생활리듬에 따라 하루를 작업시간과 자유시간, 휴식시간으로 나누는데에서 시작한다.<sup>25)</sup> 작업 - 작업 외에 직업훈련이나 학교교육을 받는 경우도 포함한다 - 은 공동으로 하여

20) 격리수용이 반드시 독거수용을 의미하는 것은 아니지만 격리의 효과적인 방법으로 독거수용이 가능함은 물론이다.

21) 같은 취지의 지적으로는, 김화수, 행형법학, 162면.

22) 독거수용의 폐해를 감안하여 현행법은 독거수용자에 대하여 소장 및 의무관으로 하여금 매 주 1회 이상 순시하도록 규정하며(행시행령 제27조), 운동시간을 2시간까지 연장할 수 있도록 하고(행시행령 제96조 2항), 건강진단의 횟수를 증가시키는(행시행령 제97조 1항) 등의 배려를 두고 있으나 이것으로는 독거수용이 가져오는 심신의 훼손을 방지하기에는 현저히 미흡하다.

23) 유남영, 현행 행형법개정의 기본적 방향, 법조춘추 1989, 79면 ; 한인섭, 재소자의 인권과 처우, 법과 사회 제3호, 157면 참조.

24) 같은 취지로, 박재운, 수형자의 법적 지위에 관한 연구, 104면 ; 김양택, 행형법의 개정방향, 교정연구 제2호, 145면.

25) Calliess / Müller-Dietz, StVollzG, §17 Rn.1.

독거수용은  
혼거수용보다  
건강을  
훼손시킨다



야 한다(독일 행형법 제17조 1항). 이것은 수형자의 관리이자 의무이다. 자유시간에는 수형자에게 타인과의 공동생활의 권리가 인정된다(독일 행형법 제17조 2항 1문 및 제67조).<sup>26)</sup> 작업 및 자유시간 중의 공동수용은 다른 수형자에게 해로운 영향을 줄 우려가 있거나 시설의 안전과 질서유지를 위하여 필요한 경우 혹은 수형자가 동의하는 경우에는 제한될 수 있다(독일 행형법 제17조 3항).

자유시간 중의 공동생활 권리는 단지 자유시간 중에 공동생활의 기회를 가진다는 데 불과하고, 방해받지 않고 타인과 자유로이 회합할 수 있는 청구권(소위 시설의 내부개방)이 보장된 것은 아니라고 본다.<sup>27)</sup> 독일 행형법 제17조 2항 2문은 시설의 공간적, 인적, 조직적 상황을 고려하여 자유시간 중에 공동프로그램에의 참여를 제한할 수 있도록 허용한다. 따라서 수형자에게 특정 프로그램에의 참여를 청구할 수 있는 권리가 인정되는 것도 아니다. 그렇다고 교도소측이 가능한 한 광범위하고 다양한 자유시간프로그램을 제공해야 할 의무로부터 면제될 수는 없다.<sup>28)</sup> 판례에 따르면 인적 시설적 조건을 고려하더라도 최소한 일정시간만큼은 소규모그룹으로 형성될 수 있는 공동생활프로그램을 개설하고 그 한도에서 수형자가 선택적으로 참여할 수 있는 기회를 제공하는 것은 필수적이고 또한 그 정도면 수형자의 공동생활권리를 보장하는데 충분하다고 한다.<sup>29)</sup> 그러한 논리에 따라 소위 "전방(Umschluß)"<sup>30)</sup>도 무제한적으로는 아니더라도 허용되어야 한다고 본다.<sup>31)</sup>

작업 및 자유시간 중의 공동생활권과는 반대로 휴식시간에는 수형자에게 독거수용의 권리가 인정된다(독일 행형법 제18조 1항 1문). 이것은 수형자에게 최소한의 개인적 공간과 프라이버시를 보장해 주기 위한 것이다.<sup>32)</sup> 휴식시간의 범위는 구체적으로 교도소규칙으로 정해질 것이지만 취침시간을 포함하여 그보다 넓은 범위라고 한다.<sup>33)</sup> 휴식시간 중의 독거수용은 수형자가 도움을 필요로 하거나 수형자의 생명신체에 대한 위험이 있는 경우에는 제한될 수 있으며(독일 행형법 제18조 1항 2문), 폐쇄행형에서는 부득이한 이유<sup>34)</sup>가 있는 경우에 일시적으로만 혼거수용이 허용된다(제18조 2항 2문). 개방행형을 받는 수형자의 경우에는 그의 동의에 의하여 휴식시간중의 공동수용이 가능하다(제18조 2항 1문).

이러한 독일 행형법규정은 입법례로는 가히 모범적이라 할 수 있지만 행형실무상의 시설, 인력, 재정적 난점 때문에 독일에서도 교도소의 과밀수용은 어쩔 수 없는 현실인 것으로 보인다.<sup>35)</sup> 실무와 입법과의 괴리를 줄이기 위하여 독일 행형법은 경과규정(독일 행형법 제201조)을 두어 행형법입법 이전의 교도소에 대해서는 사실상 위의 수용원칙을 광범위하게 제한할 수 있도록 배려하고 있다.<sup>36)</sup> 그러한 한에서 특히 휴식시간 중의 독거수용에 대한 수형자의 권리는 법전에서만 존

26) 따라서 자유시간을 혼자 보낼 것인가 타인과의 공동프로그램에 참여할 것인가는 수형자의 자유의사에 맡겨져 있다. Kaiser / Kerner / Schöch, Strafvollzug, S.132 ; Calliess / Möller-Dietz, StVollzG, §17 Rn.1.

27) Calliess / Müller-Dietz, StVollzG, §17 Rn.4 ; Schwind / Böhm, StVollzG, §17 Rn.4. 또한 판례로는 OLG Celle, NStZ 1981, S.214 ; OLG Koblenz, ZfStrVo 1986, s.122.

28) Calliess / Müller-Dietz, StVollzG, §17, Rn.4.

29) OLG Koblenz, ZfStrVo 1986, S.122f.

30) 전방이란 수형자가 자유시간 중에 자신의 희망에 의하여 일정시간 동안 다른 수형자들과 함께 그들 중 어느 하나의 방에서 지내는 것을 말한다.

31) Calliess / Müller-Dietz, StVollzG, §17 Rn.4 ; Schwind / Böhm, StVollzG, §17 Rn.4 ; AK-Pécic/Feest, StVollzG, §17 Rn.3.

32) Schwind / Böhm, StVollzG, §18 Rn.1 ; Calliess / Müller-Dietz, StVollzG, §18 Rn.1. 또한 입법제한이유서에서도, BT-Dr.7/918, S.55.

33) 예컨대 22시-6시를 취침시간으로 하는 경우 20시-8시를 휴식시간으로 할 수 있을 것이다.

34) 부득이한 이유로는 다른 교도소의 갑작스런 이용불능상태 혹은 수용인구의 급격한 증가 등을 예상할 수 있다. Schwind / Böhm, StVollzG, §18 Rn.8.

35) 이에 대해서는 특히 Häring, ZfStrVo 1985, S.197f. ; Kaiser / Kerner / Schöch, Strafvollzug, S.293 참조.

36) 독일 행형법 제201조 2호는 기존교도소에 대하여 공간적, 인적, 조직적 여건상 필요한 경우

제한한다.

일본의 현행감옥법은 수형자의 독거수용을 교도소측의 재량으로 규정하고 있다(감옥법 제15조). 반면에 형사시설법안은 "수형자의 거실은 그의 교정처우의 실시상 공동실이 적당한 경우 기타 법무성령으로 정하는 경우를 제외하고는 단독실로 한다"(제56조)고 규정하여 포괄적 예외를 허용하고 있지만 어쨌든 독거수용을 원칙으로 규정한다. 그러나 그에 대한 수형자의 권리를 인정하는 데에는 소극적이다.<sup>37)</sup>

## 2. 수용형식에 대한 수형자의 권리 - 개선론

현재와 같은 독거수용방식은 하위법령 및 행형실무와의 괴리, 그리고 독거수용이 실제로 징벌적 성격을 지닌다는 점에서 볼 때 조속히 철폐되어야 할 것이다. 타인과의 접촉 및 사회적 혼련의 기회를 최대한 박탈하는 독거수용은 재사회화목적에 반할 뿐만 아니라 인간의 존엄성 보장에 반하는 위헌의 소지가 다분하다. 반면에 수형자에게 인간의 존엄성 보장 및 인간다운 생활을 할 권리의 구체적 내용으로서 야간독거수용의 권리를 인정해야 할 것이다. 야간독거수용권은 수형자에게 최소한의 개인적 사생활 영역을 보장하기 위한 필수적인 전제이다. 그리고 현재 작업장에서의 작업과 혼거방에의 수용을 반복하는<sup>38)</sup> 생활패턴에서 탈피하여 수형자에게도 타인과 함께 여가를 즐길 수 있는 권리가 보장되어야 할 것이다. 이것은 수형자에게 소위 "자유시간"을 제공하고 그 시간에 다른 수형자와 함께 취미, 스포츠 혹은 최소한 대화를 할 수 있는 기회를 마련해 주어야 비로소 가능하다는 점에서 행형기관의 의무로 귀결된다. 이러한 의무는 소위 특별권력관계로서의 행형에서 활동의 자유가 극히 제한될 수 밖에 없는 수형자에게 기본권을 보장하기 위하여 국가(교정기관)의 의무가 변형, 강화되어야 한다는 점에서 그 정당화근거를 찾을 수 있다.

이와 같은 개선방향은 행형법령 상의 수용규정을 전면개정한다는 전제하에서 있다. 그 때 가장 중요한 개선점은 주간의 공동생활과 야간의 독거에 대하여 수형자의 권리로 보장하는 것이다. 그렇다고 현행법 하에서도 혼거수용의 일반화 및 예외적 독거수용이라는 행형현실이 그대로 정당화될 수 있는 지는 의문이다.

지금 당장이라도 해석론과 실무의 재량적 노력을 통하여 개선되어야 할 그리고 개선가능한 것이 몇가지 있다. 첫째, 행형법 제11조의 문언은 "필요한 경우"가 아닌 한 행형기관에 독거수용의 의무를 부과한 것으로 해석해야 한다. 이로부터 수형자에게 구체적으로 독거수용을 청구할 권리가 인정되는가는 어려운 문제이다. 권리는 당사자의 이익을 전제로 하는데 일단 현재와 같은 독거수용은 수형자의 이익을 위한 것이라고 볼 수 없기 때문이다. 그렇지만 독거수용된 수형자에게 타인과의 접촉 및 교류를 포괄적으로 금지하는 행형법시행령 제23조는 인간의 존엄성 보장원칙에 반하므로 위헌이라는 점, 그리고 독거수용자에게도 주간에는 공동작업을 허용하고, 모든 재소자에게 최소한의 공동생활의 시간을 부여하며<sup>39)</sup> 또한 면적, 위생설비 등 구금조건이 인간의 존엄성

에는 작업시간 및 자유시간 중의 공동수용을 제한할 수 있도록 규정한다. 그러나 1989년 1월 1일부터는 작업시간 중의 공동수용원칙은 그러한 이유에서는 더 이상 제한할 수 없도록 하였기 때문에 제2호의 경과규정은 현재는 적용이 없다(자유시간중의 공동수용의 제한은 이미 제17조 제2항에 의하여 가능하기 때문이다). 보다 중요한 의미를 갖는 것은 동조 3호에 따라 공간적 여건 상 필요한 경우에는 휴식시간 중의 독거수용도 제한할 수 있도록 한 점이다. 다만 1986년 1월 1일부터는 8명 이상의 혼거수용은 금지되고 있다.<sup>37)</sup>

38) 실무에서는 작업장에 나가기 위하여 수용방을 여는 것을 "개방", 작업 후 다시 수용하는 것을 "폐방"이라 부른다.

39) 이것은 현재의 시설 및 교정인력의 조건 하에서도 얼마든지 가능하다. 즉 하루의 일정 시간 만큼 - 아마도 작업 후 감방수용 전 2-3시간 - 수형자에게 취미나 희망 등에 따라 TV 시청, 독서, 스포츠, 대화 등을 할 수 있는 기회를 제공하는 것은 법령상이나 실무상 별로



보장에 걸맞도록 개선한다는 전제에 선다면 현행법 하에서라도 수형자에게 독거수용의 권리를 인정할 수 있다. 결국 이 권리의 구체적인 의미는 야간독거수용으로 수형자에게 최소한의 사생활공간을 보장하자는 것이다. 이로써 독거수용이 가지는 사실상의 징벌적 성격이 차단될 수 있다. 둘째, 다음 문제는 "필요한 경우"라는 지극히 불확정적인 개념의 해석인데, 이것은 일차적으로 행형 목적에 비추어 판단해야 할 것이다. 그렇게 볼 때 수형자의 정신 또는 신체에 유해하다고 인정하는 때 독거수용하지 못하도록 규정한 것(행시행령 제25조)은 타당하다. 이것 외에 독거수용을 제한할 수 있는 기준으로서 교도소의 시설적, 재정적 한계도 필요한 경우에 포함되는가의 질문에 대해서 이를 부정하는 것은 현실성이 없다. 결국 현행법의 구금방식에서 가장 중요한 문제는 수용시설의 부족을 전제로 독거수용과 혼거수용의 구분 및 혼거수용자 집단의 선택에 대하여 적절한 기준을 마련하는 일이다. 그것은 수형자 개개인에 대한 과학적 분류심사를 기초로 행해져야 할 것이다. 그리고 "필요한 경우"에 해당하는가 여부에 대해서는 법원의 완전한 사법심사를 받아야 함은 물론이다.

#### IV. 구금완화

##### 1. 개방교도소에의 수용

혼거수용이든 독거수용이든 간에 현행 행형법 하의 수용방식은 모두 이른바 폐쇄시설수용(폐쇄행형 : geschlossener Vollzug)이라는 점에서는 동일하다. 이에 비하여 인적, 물적 보호조건을 완화한 개방시설(개방행형 : offener Vollzug)이 수형자의 재사회화에 훨씬 유리한 공간이라는 데에는 오늘날 모두가 일치한다.<sup>40)</sup> 현재 우리나라의 개방시설로는 천안개방교도소 하나 뿐이다. 따라서 아직까지 개방시설수용은 매우 예외적인 처우방식에 머물러 있다고 볼 수 밖에 없다. 더구나 행형법에 개방행형에 관한 근거규정을 둔 것(제44조)은 1995년 제5차 행형법개정 때이다. 그러나 그것도 구금조건이 아닌 "분류와 처우"의 장에 규정을 삽입하였다. 여전히 개방행형을 재사회화처우의 일환으로 보는 관점이 전제되어 있다.

반면에 독일 행형법 제10조 1항은 "수형자는 개방행형의 특별요건을 충족하고 특히 자유형의 집행을 면하거나 개방행형의 기회를 범죄행위에 남용할 우려가 없는 경우 그의 동의 하에 개방교도소 또는 개방동에 수용되어야 한다"고 규정한다. 이로써 개방행형이 구금의 원칙으로 정립된다.<sup>41)</sup> 이 규정은 - 소위 Soll규정으로 - 개방행형을 원칙적으로 우선적용하도록 행형기관에 지시한 것으로 해석된다.<sup>42)</sup> 그러므로 수형자는 개방시설 수용을 직접 청구할 권리는 없지만, 최소한

커다란 어려움이 없을 것이다.

40) 개방시설의 전형적인 모습을 개략적으로 스케치하면 : "시설적인 면에서 볼 때 개방처우는 수형자에 대한 신뢰를 바탕으로 어떤 도주방지수단을 강구하지 않는 것을 특징으로 한다. 주벽 또는 방벽을 설치하지 아니하고 거실의 방에는 창살이 없고 수형자는 임의로 창을 개폐할 수 있다. 직원도 보안기능을 갖지 않으며 야간순찰이나 인원점검을 하지 않는 것을 원칙으로 한다. 건축물의 모양은 대학캠퍼스와 유사한 경관나을 띠고 있는 경우가 적지 않다. 식사, 식당, 작업장, 관리동, 병원 등의 건물이 독립되어 있고 각 건물안에는 밀폐형 복도나 터널 같은 것으로 연결되어 있지 않다. 운영에 있어서는 종래 폐쇄적 처우와는 달리 감시, 규율기능이 최소한으로 축소되고 자기책임 하의 훈련이 기본원칙이 된다. 수형자의 자율과 집단생활에 대한 책임감을 바탕으로 제반 사항이 결정, 집행되도록 한다." 한인섭, 선진국에 있어서 범죄자처우의 동향, 법무연수원 비상근연구위원논문집 제4집, 233면.

41) Calliess / Müller-Dietz, StVollzG, §10 Rn.1 ; Schwind / Böhm, StVollzG, §10 Rn.2 ; AK-Hoffmann / Lesting, StVollzG, §10 Rn.4 ; Kaiser / Kerner / Schöch, Strafvollzug, S.116. 또한 판례도 OLG Hamburg, ZfStrVo 1980, S.185 ; OLG Celle, ZfStrVo 1985, S.374.

42) Calliess / Müller-Dietz, StVollzG, §10 Rn.2.

무하자재량행사청구권을 가진다고 한다.<sup>43)</sup> Soll규정의 해석상 교도소당국의 재량의 여지는 매우 좁기 때문에 개방행형의 요건을 충족한 수형자를 폐쇄시설에 수용하기 위해서는 예외적으로 합리적인 근거가 제시되어야 한다고 본다.<sup>44)</sup> 이러한 행형법규정에도 불구하고 독일에서는 전체 수형자의 약 20%정도가 개방행형을 받는 정도에 그친다고 한다.<sup>45)</sup> 더구나 개방행형 요건상의 불확정개념들, 그리고 독일행형법 제201조 1호에서 기존시설의 경우 시설의 공간적, 인적, 조직적 상황에서 필요한 한에서 개방행형규정의 적용을 유보한 것<sup>46)</sup> 등으로 인해 개방행형의 원칙은 독일에서도 아직까지 제대로 집행된다고 보기는 어렵다.

개방시설의 전형은 단지 보호조건을 완화한 시설이라는 것 이상으로 수형자의 책임의식을 바탕으로 자율적 처우공동체를 형성한다는 점에 있다.<sup>47)</sup> 개방시설수용은 규율을 최소화하고 수형자에게 자율적 책임의식에 근거한 활동영역을 최대한 넓혀준다. 따라서 이것은 재사회화행형목적에 전적으로 부합할 뿐만 아니라, 구금이 가져다 주는 유해한 영향을 배제하는데 기여하고 동화원칙에도 충실할 수 있다.<sup>48)</sup> 한 조사에 의하면 폐쇄행형이 제공하는 처우프로그램이 무엇인가에 관계없이 행형이 개방되어 있지 않을수록 수형자의 책임의식을 고양시키고 장차 범죄없는 자유생활을 영위할 수 있게끔 재사회화목적을 실현하는 데에는 덜 성공적이라고 한다.<sup>49)</sup> 따라서 개방시설을 확대하는 것이 바람직하다. 뿐만 아니라 행형법에 그 근거규정을 마련하도록 하자는 국내행형학계의 주장도 타당하다. 다만 그러한 주장들이 지극히 원론적인 수준에 머물러 있어 개방행형이 행형법 및 행형체계에서 어떠한 지위를 갖는지에 대한 진지한 검토가 없었던 점은 문제이다.

우선 "법률화"에 따른 기존의 폐쇄시설수용과의 관계설정이 그렇게 간단한 문제는 아니라는 점에 주의할 필요가 있다. <수형자개방처우운영규칙 제8조의 수형자선발요건을 보면, "과실범으로서 잔형기 3월 이상 2년 미만의 성인남자 수형자 혹은 초범자로서 잔형기 6월 이상 2년 미만이고 30세 이상 55세 이하인 자 중에서, 분류급이 A이고 누진계급이 2급이상인 자로서 도주의 위험성이 없고 개전의 정이 뚜렷하며 심신이 건강하여 교정훈련이나 작업을 감내할 수 있고 가석방의 제한요건에 해당하지 않는 자"를 선정하도록 한다. >이로부터 개방시설수용이 폐쇄시설수용과 (가)석방 사이에 위치하는 하나의 중간단계로 설정되어 있음을 알 수 있다. 즉 개방교도소에의 수용은 단계별 처우체계의 일환인 셈이다. 그러나 오늘날 개방행형은 결코 구금의 폐쇄성을 점차 완화해 가는 매개체의 역할에 머무르는 것이 아니라 사회로부터 격리되어 있었던 행형시설을 "사회화", "개방화"하는, 즉 전통적인 폐쇄적 수용방식을 "대체"하는 역할을 부여받고 있다.<sup>50)</sup> 독일 행형법

43) 그러나 독일 행형법 제7조는 행형계획 수립시 개방행형에 대한 항목을 포함하도록 규정하고 있으므로, 그 때 어느 일정시점에 개방시설수용을 정하고 있는 경우 수형자는 차후의 그의 행태로 인하여 계획변경이 되지 않는 한 그 계획대로 집행할 것을 요구할 수는 있다고 한다. OLG Frankfurt, ZfStrVo 1985, S.111.

44) Calliess / Müller-Dietz, StVollzG, §10 Rn.2 ; AK-Hoffmann/Lesting, StVollzG, §10 Rn.4. 또한 판례도 OLG Hamm, INFO 1988, S.123.

45) Schwind / Böhm, StVollzG, §141 Rn.4, §147 Rn.2 ; Kaiser / Kerner / Schöch, Strafvollzug, S.117 참조.

46) 독일 행형법 제정 당시 제201조 1호는 기존교도소에 대한 개방행형의 유보를 1985년 12월 31일까지만 허용하였었다. 그러나 그 후 1981년 12월의 개정으로 기한이 삭제되었고, 대신에 제198조 4항을 통해 1985년 12월 31일까지 입법자로 하여금 제201조 1호의 계속효력 여부를 결정하도록 규정하였다. 그렇지만 이에 대하여 그 후에 아무 것도 결정된 바가 없다고 한다. 자세한 내용은 Calliess / Müller-Dietz, StVollzG, §201 Rn.1.

47) AK-Hoffmann/Lesting, StVollzG, §10 Rn.3. 또한 조준현, 형사정책 제4호, 97면 참조.

48) AK-Hoffmann/Lesting, StVollzG, §10 Rn.1 ; Schwind / Böhm, StVollzG, §10 Rn.2.

49) Andersen, ZfStrVo 1980, S.230. 또한 개방교도소의 범죄예방효과에 대한 독일의 최근 조사(이 조사에서는 폐쇄시설수용자 및 개방시설에서 다시 폐쇄시설로 이송된 자의 동질의 통제집단을 구성하여 비교조사하였다)에 의하면 개방시설수용집단의 경우 재사회화가 가장 성공적인 것으로 나타났다고 한다. 자세한 내용은, Thomas, ZfStrVo (1992) S.157ff.

50) Müller-Dietz, ZfStrVo 1988, S.205.



제10조의 개방행형의 원칙도 그러한 의미에서 이해해야 한다. 따라서 개방교도소 수용은 누진처우와 결별하고 행형의 원칙적인 수용방식으로 격상되어야 한다. 이를 위해서는 개방교도소의 신축과 더불어 개방교도소에의 수용여부를 수형자 개개인에 대하여 "행형초기에서부터" 신중하게 결정되도록 해야 할 것이다.

그리고 개방행형의 요건, 특히 수형자의 적합성을 판정하는 문제 역시 쉽지 않다. 일반적으로 말하면 행형목적만이 그 기준이 되어야 할 것이다. 수형자의 재사회화와 형기 동안의 사회방위라는 목적 이외에 책임이나 일반예방적 고려에 의한 제한은 허용되지 않는다고 해야 한다.<sup>51)</sup> 그러므로 현재 수형자개방처우운영규칙 제8조에서 보듯이 권질이나 전과, 수형자의 나이 혹은 잔형기 등을 개방교도소 수용을 배제하는 기준으로 규정하는 것은 곤란하다. 독일 행형법 제10조는 개방행형의 요건으로 수형자의 동의와 개방행형에의 적합성, 그리고 도주와 범죄행위에의 남용의 우려가 없을 것을 규정한다. 동의요건은 수형자의 최소한의 자기결정권에 대한 배려이다.<sup>52)</sup> 독일에서는 수형자의 동의를 요건에서 삭제하는 문제가 거론되고 있으나,<sup>53)</sup> 수형자의 자발적 협력여부가 개방처우의 성공을 좌우하는 것이므로 수형자의 의사에 반하는 개방시설수용은 결코 바람직하지 않을 뿐만 아니라 강제처우를 용인하는 결과가 되기 때문에 부당하다.<sup>54)</sup> 그러므로 우리의 경우에도 개방교도소 수용에 대해서는 수형자의 동의를 요건으로 하는 것이 바람직하다. 개방행형에의 적합성에 대하여 독일 행형법은 더 이상의 자세한 규정을 두고 있지 않으나 학설과 판례는 수형자에게 자율성과 책임의식에 기초하여 성공적인 사회재편입을 위한 준비태도와 의지가 어느 정도 갖춰져 있을 것을 요구한다.<sup>55)</sup> 마지막 요건인 도주나 남용의 위험성은 사회방위의 목적을 반영한다.<sup>56)</sup>

이러한 개방행형의 요건을 너무 엄격하게 해석적용하면 개방행형의 원칙이 예외로 전락하게 된다. 현재 하나밖에 없는 천안개방교도소가 수용정원을 채우지 못하고 있는 것도 바로 그 이유 때문으로 보인다. 특히 도주나 남용의 위험성 판단은 귀휴나 가석방의 경우보다 완화된 방향으로 해석해야 할 것이다.<sup>57)</sup> 아무리 개방시설이라도 감시가 포기된 것은 아니기 때문이다. 따라서 현재와 같이 가석방의 제한요건에 해당하는 수형자를 일률적으로 개방교도소 수용자격에서 제외하는 것도 옳은 방향이 아니다.

개방행형을 행형법상의 수용원칙으로 한다는 것은 개방시설의 부족이 당분간 계속되더라도 개방행형의 실시에 대한 행형기관의 의무가 면제되는 것은 아니라는 점에서 의미가 있다.<sup>58)</sup> 더구나 적합성 판정에서 시설부족문제가 고려되는 것은 곤란하다. 교정기관은 일단 수형자 모두에 대하

51) Calliess / Müller-Dietz, StVollzG, §10 Rn.4 ; AK-Hoffmann/Lesting, StVollzG, §10 Rn.5 ; Kaiser / Kerner / Schöch, Strafvollzug, S.245. 일반론에 대해서는 위 제2장 제4절 참조.

52) BT-Dr. 7/918, S.52. 또한 Calliess / Müller-Dietz, StVollzG, §10 Rn.5 참조.

53) 독일 행형법개정안(StVollzGÄndE : BT-Dr.11/3694 vom 8.12.1988)에서는 동의요건을 삭제하고 있다. 종종 수형자는 교정처우와 전혀 무관한 이유에서 동의하지 않는 경우가 많은데 비하여 국가는 행형목적을 실현함에 있어 수형자의 자유와 권리에 대한 침해를 가능한 한 최소화해야 할 의무를 지고 있기 때문이라고 한다.

54) 같은 취지에서 Kaiser / Kerner / Schöch, Strafvollzug, S.117f. ; AK-Hoffmann/Lesting, StVollzG, §10 Rn.11. 보다 상세한 비판으로는 Dünkel, ZfStrVo 1990, S.106.

55) AK-Hoffmann/Lesting, StVollzG, §10 Rn.12f. ; Calliess / Müller-Dietz, StVollzG, §10 Rn.6. 판례에서 언급된 구체적인 판단기준으로는, 폐쇄시설에서보다 감시가 덜한 가운데에서도 양호한 행상을 보일 수 있는 능력, 처우에의 적극적인 협력태도, 사회교육적 처우에 대한 개방적 태도, 자발적인 노력이 필요하다는 자각, 사회재편입의 준비태도와 능력 등이다. OLG Koblenz, ZfStrVo 1981, s.319 ; OLG Karlsruhe, ZfStrVo 1985, S.174.

56) Calliess / Müller-Dietz, StVollzG, §10 Rn.7.

57) 그러한 취지에서 OLG Koblenz, ZfStrVo 1980, S.319.

58) Calliess / Müller-Dietz, StVollzG, §10 Rn.8 ; AK-Hoffmann/Lesting, StVollzG, §10 Rn.7 ; OLG Koblenz, ZfStrVo 1981, S.320 참조.

여 개방행형에의 적응가능성을 개별심사하도록 해야 한다. 이때 개방교도소에 수용되어야 하지만 시설부족으로 부득이하게 기존시설에 수용될 수 밖에 없는 수형자에 대해서는 불가피하게 평등의 문제가 발생한다. 또한 개방시설수용과 같이 수형자에게 우호적인 처우가 이미 사회복귀가 희망적인 자들에게 집중되는 것도 문제로 지적될 수 있다.<sup>59)</sup> 이러한 문제점을 보완하는 방법은 기존 시설에 대해서도 소위 "개방처우" 내지 "구금완화"를 확대실시하는 방법뿐이다.

## 2. 폐쇄시설에서의 구금완화

구금완화처우란 수형자의 재사회화를 위하여 작업, 직업훈련, 자유시간 등의 분야에서 일정 시간 동안 교정시설 외에서의 활동을 허용하는 일체의 처분을 지칭하기로 한다.<sup>60)</sup> 교정공무원의 감독을 받는가 여부, 그리고 정기적인가 일시적인가 여부를 불문한다. 이를 통하여 - 법률적인 의미에서가 아니라 - "구금의 단절"이 초래되는 것은 사실이지만, 오늘날 이에 대하여 자유형의 본질에 반한다는 비판은 없다.

우리나라에서 현재 실시되는 구금완화제도로는 귀휴가 대표적이다. 그 외에도 부분적이기는 하지만 외부통근작업, 외부출장직업훈련, 사회견학제도 등이 시행되고 있다.

### (1) 구금완화의 다양한 방식과 행형법에의 수용

독일 행형법 제11조는 크게 두 부류의 비교적 전형적인 구금완화조치들을 규정하고 있다. 우선 작업 및 교육 등에 관련하여서는 감시 하에 외부에서 정기적인 활동을 하게 하는 구외활동(Außenbeschäftigung)과 감시없이 외부활동을 허용하는 외부통근활동(Freigang)이 예정되어 있다(독일 행형법 제11조 1항 1호). 양자는 교정공무원의 감시 여부에 따라 구분되지만, 외부통근활동에서도 예를 들어 기업주 등 제3자에 의한 감시는 허용된다고 본다.<sup>61)</sup> 활동(Beschäftigung)의 내용은 주로 작업이 되겠지만 그 외에도 학교교육이나 기타 비정규적인 교육프로그램에 참여하는 것, 심지어는 스포츠클럽에 참가하는 것도 포함된다.<sup>62)</sup> 그러한 활동은 행형기관의 중개에 의하거나 수형자 스스로 자유로운 계약관계(독일 행형법 제39조 1항)에 의해서도 가능하다.<sup>63)</sup> 따라서 이전의 직장에 재취업할 수도 있고<sup>64)</sup> 혹은 자기가 경영하는 회사에서 근무하도록 하는 것도 허용될 수 있다.<sup>65)</sup> 이 유형에서 중요한 것은 활동이 정기적이어야 한다는 점과 그 업무가 수형자의 석방후의 사회재편입에 유익한가 여부에 따라 결정되어야 한다는 점뿐이다.

다음으로 일정 시간 동안 교정공무원의 감시 하에 하는 동반외출(Ausführung)과 감시없는 외

59) Müller-Dietz, ZfStrVo 1988, S.205.

60) 그러한 정의는 독일 행형법 제11조의 구금완화의 개념을 인용한 것이다. Calliess / Müller-Dietz, StVollzG, §11 Rn.2. 물론 독일 행형법은 구금완화(Vollzugslockerung)와 귀휴(Urlaub)를 구분하여 규정하고 있으나 귀휴는 구금완화의 특수한 경우라고 보아도 무방할 것이다.

61) 행형법 제11조에 대한 시행규칙 제2호 1항에서는 제3자에게 외부통근활동을 하는 수형자의 이탈여부 등에 대하여 지체없이 통보하도록 의무화할 수 있음을 규정하고 있다.

62) AK-Hoffmann/Lesting, StVollzG, §11 Rn.13 ; Calliess / Müller-Dietz, StVollzG, §11 Rn.3. 독일 행형법에서 Beschäftigung은 이렇듯 폭넓은 개념이기 때문에 이를 "작업"으로 번역 소개하는 것은 옳지 못하다. 그러한 예는, 박재운, 수형자의 법적 지위에 관한 연구, 135면 참조.

63) AK-Hoffmann/Lesting, StVollzG, §11 Rn.12, 20 ; Kühling, in : Schwind / Blau, Strafvollzug in der Praxis, S.349.

64) OLG Celle, NStZ 1981, S.35.

65) OLG Frankfurt, NStZ 1981, S.159 ; OLG Celle, NStZ 1989, S.341 ; Böhm, NStZ 1987, S.189.



출(Ausgang)이 있다(독일 행형법 제11조 1항 2호). 구금완화처우 전체 중에서 동반외출이 가장 약한 형태이다. (동반)외출은 정기적일 필요가 없고 작업이나 교육등에의 참여가 전제되지 않는다는 점에서 앞의 두가지 처우와는 성격이 다르다. 특별히 불가피한 사유가 반드시 있어야 하는 것도 아니며 단순히 수형자의 심리적 안정을 위하여도 가능하다.<sup>66)</sup> 귀휴나 외부통근활동을 실시하기 전에 하나의 준비단계로 외출이 실시될 수도 있다.<sup>67)</sup> 선거권의 행사를 위한 경우도 포함된다.<sup>68)</sup> 독일 행형법 제35조는 중대한 사유가 있는 경우 (동반)외출을 규정하고 있다. 중대한 사유란 가정이나 직장의 문제 혹은 수형자의 사생활에 관련하여 시설내에서 해결할 수 없는 문제가 발생한 경우를 말한다.<sup>69)</sup> 질병치료를 요하는 경우라든가 친족의 부고를 받은 경우가 전형적인 예가 된다. 또한 제36조에서는 특별히 법원의 소환에 참석하기 위한 외출을 허가할 수 있도록 되어 있다. 독일 행형법 제11조의 (동반)외출은 그것이 수형자의 재사회화에 기여하는 한 그러한 사유에 얽매일 필요는 없다고 한다.<sup>70)</sup>

독일 행형법상으로는 이러한 4가지 유형 이외에도 수형자의 사회복귀에 기여하는 것이라면 다양한 방식의 구금완화처우가 실시될 수 있다고 한다.<sup>71)</sup> 예컨대 교정직원이 아닌 사회사업가가 동반하는 외출이라든가, 수형자들을 그룹별로 하여 운동경기관람 혹은 동반여행 등을 한다거나, 가족모임에 참여하게끔 며칠에 걸친 외출을 허용한다거나 하는 등의 구금완화조치들이 가능하다.

이와 비슷하게 현재 우리나라에서 시행되고 있는 구금완화제도로는 외부통근작업과 사회견학 정도에 불과하다. 더구나 이것들은 통일적으로 규율되고 있지 않다. 외부통근작업은 개방교도소에 수용된 자와 초범수형자에 대하여 외부기업체에 취업하여 통근작업을 하는 방식으로 시행된다. 1991년부터는 수도권 신도시 아파트 건축현장에 수형자들을 통근시키기도 하였다.<sup>72)</sup> 일반산업체에 출퇴근하면서 위탁직업훈련을 받는 제도로서 소위 외부출장직업훈련이 1984년 수원교도소에서 처음 시작되었지만 1992년부터는 중단되었다.<sup>73)</sup> 사회견학은 수형생활에서 발생하는 사회와의 단절폐해를 줄이고 급속히 변화하는 사회의 모습을 체험하는 기회를 주기 위하여 당일 일과시간 중에 문화유적지, 우수산업시설, 학교, 사찰 등 다양한 장소를 방문하고 돌아오는 제도이다. 현재는 교정시설별로 집단으로 실시되고 있다.<sup>74)</sup>

우리나라의 외부통근작업은 현재 계호를 위하여 교정직원의 감시를 받는다.<sup>75)</sup> 그러한 점에서는 소위 개방처우의 일환으로 논의되는 "외부통근작업"의 전형과는 차이가 있다. 독일 행형법상의 구금완화제도와 비교해 본다면 오히려 구외활동(Außenbeschäftigung)의 한 유형으로 볼 수 있다. 그나마도 우리의 경우 오로지 "작업"에 한정되어 있고, 사업체의 선정 및 작업시간, 임금 등의 근로조건에 관한 계약이 모두 교도소장의 권한에 속하기 때문에<sup>76)</sup> 수형자의 참여권이 배제되고 있

66) OLG Frankfurt, StV 1984, S. 387.

67) OLG Celle, ZfStrVo 1981, S. 244 ; OLG Celle, StV 1988, S. 349 ; KG, ZfStrVo 1989, S. 374. 물론 (동반)외출의 의미를 그러한 예비단계의 의미로 한정하는 것은 옳지 않다고 한다. 그것은 독자적인 구금완화처우이기 때문이다. Calliess / Müller-Dietz, StVollzG, §11 Rn. 4.

68) BVerfG, NStZ 1982, S. 83.

69) Calliess / Müller-Dietz, StVollzG, §35 Rn. 1.

70) AK-Hoffmann/Lesting, StVollzG, §11 Rn. 8.

71) AK-Hoffmann/Lesting, StVollzG, §11 Rn. 27f. ; Calliess / Müller-Dietz, StVollzG, §11 Rn. 2.

72) 이러한 식의 외부통근작업은 이미 1960년대 갱생건설단 갱생소년건설단규정(법무부령 제155호)에 의하여 각 교도소에 갱생건설단을 설치하고 이들을 국가 및 공공단체가 시행하는 각종 도로공사, 제방공사 등 토목공사에 투입하였던 데에서 유래한다고 보여진다. 이것은

73) 외부출장직업훈련에 대한 자세한 내용은, 한국형사정책연구원, 수형자직업훈련에 관한 연구, 1993, 107면 ; 등, 교정시설의 교화활동에 관한 연구, 1992, 153면 참조.

74) 한국형사정책연구원, 교정시설의 교화활동에 관한 연구, 128면 참조.

75) 한국형사정책연구원, 수형자직업훈련의 효율성에 관한 연구, 107면 이하 참조.

다는 점 등에서 외국의 예와 현저한 차이를 보이고 있다. 사회견학제도는 독일 행형법상의 집단 동반외출(Gruppenausführung)에 비교할 수 있다. 그러나 이것 역시 항상 계호를 수반하며 수형자의 의사와는 무관하게 프로그램이 마련되고, 집단으로만 가능하다는 점에서 너무나 획일적이라고 할 수 있다.

재사회화행형목적에 비추어 볼 때 수형자의 생활조건을 일반인의 그것에 유사하게 하여야 하고 구금으로 인한 사회와의 단절효과를 최소화하기 위해서는 무엇보다도 행형법에 개방처우의 원칙을 선언하고 다양한 구금완화처우방식을 수용할 필요가 있다. 현재로서는 외부통근작업 및 사회견학 모두 행형법령에 근거규정만 달랑 두고 예규에 의하여 시행되고 있을 뿐이다.<sup>77)</sup> 이것은 개방처우의 실시여부 뿐만 아니라 그 형식이나 기준에 대하여 법원의 심판과 검증을 받을 수 있는 기회를 차단하고 그 시행여부를 완전히 교도소장의 권한에 위임함으로써 구금완화처우를 "교도소 측이 일부 수형자에 대하여 제공하는 특전"으로 전락시키게 된다. 그러므로 행형법에는 최소한 전형적이라고 볼 수 있는 구금완화처우의 유형을 명확하게 규정해야 한다. 그 종류로는 외부통근작업뿐만 아니라 외부에 정기적으로 출퇴근하는 모든 유형의 활동, 그리고 외출, 외박을 포함하여야 할 것이다.

## (2) 구금완화의 요건

현재 시행되는 외부통근작업의 요건으로는 2년 이내에 가석방이 가능한 18세 이상 55세 이하인 자(과실범은 예외로 한다)로서 ①형기의 1/3을 경과한 후 잔형기가 3월 이 ①5년 미만이고 ②누진계급이 3급 이상이며 ③심신이 건강하여 작업을 감내할 수 있고 ④ 보호관계가 확실하고 도주의 우려가 없는 자 혹은 위의 요건에 해당하지 않지만 작업상 특히 필요하다고 인정되는 자 중에서 선정하도록 되어 있다.<sup>78)</sup> 사회견학은 누진계급 제1급 수형자에게 부여하는 것으로 되어 있으나(수형자분류처우규칙 제58조), 실제로는 누진계급 3급 이상으로 무기수형자는 10년, 유기수형자는 형기의 1/2을 경과한 자 중에서 선발하여 시행하고 있다.<sup>79)</sup>

이에 비하여 독일 행형법상 구금완화처우는 수형자의 동의, 그리고 도주와 남용의 위험성이 없을 것을 요건으로 정하고 있다(독일 행형법 제11조 2항). 수형자의 동의를 요하는 것은 수형자의 자기결정권에 대한 존중의 표현이다. 따라서 부동의가 차후 어떠한 방법으로도 수형자에게 불이익하게 작용해서는 안 된다고 한다.<sup>80)</sup> 도주와 남용의 위험성요건은 법원의 완전한 심사를 받아야 하는 불확정개념으로, 이것의 적용을 위하여 교정기관은 유불리를 떠나서 도주와 남용의 위험성을 판단하는데 필요한 모든 사실관계를 조사하고 분석해야 하는 의무를 진다.<sup>81)</sup> 이 두가지 요건 외에는 속죄여부나 일반예방 등 다른 전제조건을 추가하는 것은 허용되지 않는다고 본다.<sup>82)</sup> 예컨

76) 외부통근사업체의 선정기준은 다음과 같다 : ① 통근에 지장이 없는 거리에 위치한 사업체 ② 직업훈련 및 교도작업과의 연계가 가능한 사업체 ③ 출소후 취업이나 기술활용이 가능한 사업체 ④ 사업체의 장이 산업재해보상보험에 등록된 사업체 ⑤ 기타 작업여건이 적당하다고 인정되는 사업체. 그리고 외부통근사업체가 선정되었을 때에는 통근방법, 작업시간, 임금, 작업조건 등 필요한 사항에 대하여 교도소장과 사업체의 장이 계약을 하도록 되어 있다. 김원중, 외부통근작업에 관한 고찰, 교정 1992. 3, 69면 이하.

77) 물론 수형자에게 그에 상응하는 처우를 해야 한다고 규정한 행형법 제44조 1항이 포괄적인 근거라고 말할 수도 있겠지만 이것은 처우의 개별화원칙만을 확인한 것으로 보아야 한다.

78) 김원중, 외부통근작업에 관한 고찰, 교정 1992. 3, 68면 참조.

79) 박영태, 재소자교화의 현황과 개선대책, 법무연구 1990, 270면 ; 김화수, 행형법학, 298면 참조.

80) AK-Hoffmann/Lesting, StVollzG, §11 Rn. 30.

81) OLG Celle, ZfStrVo 1983, S. 301 ; Calliess / Müller-Dietz, StVollzG, §11 Rn. 7 ; AK-Hoffmann/Lesting, StVollzG, §11 Rn. 32.



대 행형실무에서 죄질이나 잔형기 등을 기준으로 일률적으로 제한하는 것은 허용되지 않으며 다만 그러한 요소들은 도주와 남용의 위험성을 판단하는 자료로 활용되는 것으로 족하다고 보는 것이다. 독일행형법 시행규칙이 추가적 요건으로, 개방행형에서처럼, "적합성(Eignung)"과 행형목적 달성에 대한 수형자의 "협력태도"를 요구하고 있지만,<sup>83)</sup> 이에 대해서도 비판의 목소리가 높다.<sup>84)</sup>

우리의 경우 구금완화의 요건과 관련하여 우선적으로 필요한 것은 그것을 행형법에 명시적으로 규정하는 일이다. 그럼으로써 그에 대한 법원의 통제와 검증을 받도록 하는 것이 중요하다. 요건을 구체화하는 문제는 신중한 검토를 요하는 것이지만 여기에서는 최소한의 원칙적인 기준을 제시할 수 있다: 구금완화제도는 재사회화 행형목적에 합치하는 것이므로 제한요건은 오로지 재사회화의 필요성과 사회방위의 필요성에 근거해서만 정당화될 수 있다는 점이다. 따라서 재사회화 처우를 위하여 구금완화가 필요한가 여부 그리고 도주의 우려나 재범의 우려가 그 기준이 된다. 그 외에 책임상쇄나 일반예방이 독자적인 판단기준으로 작용할 수는 없다고 보아야 한다. 이렇게 볼 때 현재 외부통근이나 사회전학의 요건으로 형기를 기준으로 한 일률적인 제한은 바람직하지 않다. 행형초기에서부터 구금완화처우를 실시할 수 있는 기회를 차단할 필요는 없기 때문이다.

구금완화처우에 대하여는 독일 행형법 제11조에서처럼 교정기관의 재량을 인정하는 것이 보다 합리적일 것이다. 이 때에는 수형자는 전제조건을 충족하더라도 이를 요구할 권리가 없고 단지 무하자재량행사청구권만 가진다.<sup>85)</sup> 이것은 구금완화조치가 처우의 일환이므로 당해 수형자에 대한 처우단계라든가 구금완화조치의 적합성 등을 판단할 수 있는 융통성을 부여하기 위한 것이다.<sup>86)</sup> 구금완화조치가 애당초 석방준비단계로 한정될 필요는 없지만 이와 같이 행형기관의 재량을 허용하는 한 잔형기(석방시기)가 중요한 기준으로 작용할 수 있다. 석방시기에 가까와질수록 재량의 여지는 점차 영으로 축소되어 갈 것이다. 그리고 교정기관의 재량을 허용하는 한 구금완화의 불허에 대한 사법적 통제를 담보하기 위하여 그 판단의 근거가 된 기준과 이익형량의 내용을 수형자에게 서면으로 통지하도록 하는 것이 바람직하다.<sup>87)</sup>

### (3) 귀휴

귀휴는 수형자로 하여금 일시적으로나마 정상적인 사회환경 속에서 가족, 친지와의 유대관계를 유지하고 사회사정을 익히게 함으로써 구금에서 오는 고립효과를 줄이고 사회복귀를 용이하게 하기 위한 제도이다.<sup>88)</sup> 그것은 구금완화처우의 일종이지만 그 기간동안 외박을 허용하고 행적에 대하여 제한이 없이 수형자에게 일임한다는 점에서 다른 구금완화처우와 구별된다.<sup>89)</sup> 귀휴는 현재 우리나라에서 실시되고 있는 가장 대표적인 구금완화처우라고 할 수 있다. 또한 행형법에 근거를 둔 유일한 구금완화제도이기도 하다. 이미 1961년 행형법개정으로 귀휴가 도입된 후 1962년 귀휴

82) Calliess / Müller-Dietz, StVollzG, §11 Rn.5; AK-Hoffmann/Lesting, StVollzG, §11 Rn.47. 판례로는 LG Heilbronn, NStZ 1986, S.380; OLG Celle, ZfStrVo 1984, S.251.

83) VV Nr.6 Abs.1 zu §11 참조.

84) 특히 AK-Hoffmann/Lesting, StVollzG, §11 Rn.48ff. 반대견해로는 Kaiser / Kerner / Schöch, Strafvollzug, S.121f. 물론 법원이 시행규칙에 얼마일 필요는 없기 때문에 중요한 것은 시행규칙에 대한 법원의 태도일 것이다.

85) AK-Hoffmann/Lesting, StVollzG, §11 Rn.51; Schwind / Böhm, StVollzG, §11 Rn.1.

86) Calliess / Müller-Dietz, StVollzG, §11 Rn.5.

87) Calliess / Müller-Dietz, StVollzG, §11 Rn.8; OLG Karlsruhe, ZfStrVo 1983, S.181.

88) 양화식, 시설내처우의 사회화(상), 교정 1991.1, 58면; 한국형사정책연구원, 교정시설의 교화활동에 관한 연구, 124면; 김화수, 행형법학, 413면; Kaiser / Kerner / Schöch, Strafvollzug, S.124; Calliess / Müller-Dietz, StVollzG, §13 Rn.1; AK-Hoffmann/Lesting, StVollzG, §13 Rn.3.

89) AK-Hoffmann/Lesting, StVollzG, §13 Rn.6 참조.

시행규칙(법무부령 제38호)의 제정으로 귀휴제도의 본격적 시행이 시작되었다.

행형법 제44조 3항에 의하면 1년 이상 복역하고 형기의 1/2을 경과한<sup>90)</sup> 수형자로서 누우치는 빛이 두렵하며 행장이 우수할 때 귀휴를 허가할 수 있다. 이에 부가하여 귀휴시행규칙 제2조 1항은 누진계급이 3급이상이어야 한다는 점과 5가지의 허가사유를 규정하고 있다: ①직계존비속이나 배우자가 사망하거나 위독한 때 ②직계존비속의 혼례가 있는 때 ③직계존속, 배우자 또는 본인의 회갑일이나 직계비속이 현역병으로 입영하게 된 때 ④천재지변 기타 이에 준하는 사유로 인하여 직계존비속, 배우자 또는 본인에게 회복할 수 없는 중대한 재산상의 손해가 발생하였거나 발생할 우려가 있는 때 ⑤혼련, 시험, 행사, 입양, 취업알선, 방송통신대학 출석수업 기타 교화상 목적이나 작업의 능률향상을 위하여 특히 필요하다고 인정하는 때. 그리고 교도소장은 필요하다고 인정할 때에는 교도관을 동행하게 할 수 있다(귀휴시행규칙 제2조 2항). 귀휴의 허가결정은 귀휴심사위원회의 심의를 거쳐 교도소장이 한다(귀휴시행규칙 제2조 및 귀휴심사위원회규칙 참조). 귀휴심사위원회는 자문기관이므로 교도소장이 그 의결에 반드시 따라야 하는 것은 아니다(귀휴심사위원회규칙 제3조). 현재 귀휴기간은 형기에 관계없이 3주로 한정되어 있다. 횟수는 연 1회, 형기 중 5회 이내로 제한되며, 다만 12시간 내의 귀휴와 혼련, 시험 또는 방송통신대학 출석수업 등을 위한 귀휴는 이에서 제외하도록 되어 있다(귀휴시행규칙 제14조).

UN 최저기준규칙 제61조는 수형자의 처우가 사회로부터의 배제가 아니라 사회와의 계속적인 관계를 강조하는 것이어야 한다고 규정한다.<sup>91)</sup> 외국의 경우에도 대체로 귀휴는 수형자의 사회재통합을 위하여 가족 및 사회공동체와의 유대관계를 유지하는데 기여하는 처우제도로 승인되고 있다. 그러나 그러한 만큼 처우로서의 다양성과 개별성을 법률로서 획일적으로 재단하는 것은 불합리할 지도 모른다. 이것이 귀휴를 아직까지 수형자의 권리로 격상시키지 못하는 이유일 것이다. 미국에서는 귀휴를 외부통근작업이나 중간처우센터에의 이송 등과 함께 사회내처우의 하나로 취급하여 그 선발요건이나 기간, 운용방법 등에 대하여 교도소측에 광범위한 재량을 부여하고 있고, 지금까지 법원을 통해서만 단지 선발절차에서 임의성이 배제되어야 한다는 원칙 정도를 세우고 있는데 불과하다.<sup>92)</sup> 일본의 현행 감옥법은 귀휴제도를 마련하고 있지 않으며, 위에서 본 바와 같이 형사시설법안 제86조에서 일정한 수형자에 대하여 교도소측의 재량에 의한 외박의 허가를 예정하고 있다. 귀휴에 대한 수형자의 실질적 청구권을 인정하지 않기는 독일 행형법의 경우도 마찬가지이다. 그럼에도 비교법적으로 참고가 될만한 모델로는 독일 행형법이 가장 선진적인 것으로 보인다.

독일 행형법상 귀휴는 크게 4가지 유형으로 분류된다: ①정기귀휴(제13조) ②석방준비를 위한 특별귀휴(제15조 3항) ③외부통근자에게 석방 9개월전부터 부여되는 특별귀휴(제15조 3항) ④중대한 사유로 인한 귀휴(제35조).

정기귀휴는 수형자가 동의하고 도주와 남용의 위험이 없는 경우에 1년에 21일까지 허가된다(제13조 1항). 다른 구금완화처우와는 다르게 정기귀휴는 원칙적으로 6개월 이상의 형의 집행을 받은 후에 비로소 허가될 수 있다(제2항). 그 기간은 교정기관에서 귀휴를 허가하기에 앞서 충분히 수형자를 파악할 수 있는 기회를 제공하기 위한 것이라 한다.<sup>93)</sup> 따라서 반드시 당해 교도소에서 6개월의 집행을 받아야 하는 것은 아니지만, 미결구금일수는 이에 포함되지 않는다고 본다.<sup>94)</sup> "원

90) 형기계산에서 부정기형은 단기를, 무기형은 20년을 형기로 본다. 귀휴시행규칙 제2조 3항 참조.

91) 유럽형사시설규칙은 보다 명시적으로 수형자의 외부와의 접촉을 장려하기 위하여 귀휴제도가 있어야 한다고 규정하고 있다(제43조).

92) Krantz, Corrections and Prisoners' Rights, p. 374 이하 참조. 대표적인 판례로는 Hickson v. Burkhardt, 651 F.Supp. 355 (S.D.W.Va. 1987).

93) BT-Dr. 7/3998, S.11; Calliess / Müller-Dietz, StVollzG, §13 Rn.23; AK-Hoffmann/Lesting, StVollzG, §13 Rn.39.

94) OLG Hamm, NStZ 1984, S.189. 이에 대해서는 미결구금이 행형으로 직접적으로 이전된다는



칙적으로" 6개월의 기간을 요하는 것이므로 6개월이 경과하지 않았더라도 처우의 필요에 의하여 귀휴를 허가할 수 있음은 물론이다.<sup>95)</sup> 반대로 시행규칙(VV Nr.4 Abs.2 a) zu §13)에서 잔형기 18개월 미만이 되어야 비로소 귀휴를 받을 수 있도록 규정하고 있는 것은 제13조 2항의 문언에 반한다고 본다.<sup>96)</sup> 무기형의 집행을 받는 수형자는 미결구금을 포함하여 10년의 집행을 받은 후 혹은 개방교도소에 수용된 후가 아니면 귀휴를 받을 수 없다(제13조 3항). 이것은 책임상쇄 내지 일반예방의 필요성을 고려한 것으로 보이지만,<sup>97)</sup> 문헌에서는 무기형 수형자의 경우 특별히 자유박탈의 일반적인 허용범위를 넘어서 사회적 고립효과를 가중시켜야 할 이유가 없고 또한 무기수형자의 처우에 있어서 장기수와 다른 관점에 서야 할 필요성이 없으므로 그러한 제한은 재사회화행목적에 합치하지 않는다고 비판한다.<sup>98)</sup>

귀휴의 요건으로 도주와 남용의 위험성 외에 시행규칙(VV Nr.4 Abs.1 zu §13)에서 수형자의 처우에의 협력태도를 요구하고 있는 점에 대하여 그것은 수형자의 자발적 협력에 기초한 처우원칙(제4조)에 반하는가가 논란이 된다. 독일 행형법 제4조는 수형자에게 처우에의 협력의무를 부과하는 것이 아니라 행형기관에게 수형자의 협력을 유도해야 할 의무를 규정한다. 귀휴는 결코 말 잘듣는 수형자에게 부여되는 특전이 아니며 귀휴의 불허가 일종의 징계적 성격을 가져서도 곤란하다.<sup>99)</sup> 따라서 일부문헌에서는 수형자의 협력태도를 귀휴의 조건으로 하는 것은 우회적인 방법으로 수형자의 협력의무를 강제하는 결과가 되어 부당하며, 오히려 상황에 따라서는 수형자의 협력태도를 조장하기 위하여 귀휴가 필요한 경우를 배제하게 된다고 비판한다.<sup>100)</sup> 그러나 다른 한편으로 시행규칙은 어디까지나 교정기관의 재량행사에 일정한 기준을 제공하는 것에 불과하고 교정기관은 여전히 하자없는 심사의 의무를 진다는 점,<sup>101)</sup> 그리고 수형자의 협력태도를 귀휴의 요건으로 하는 것은 하나의 유용한 "동기부여전략"이 된다는 점을 근거로 그 타당성을 옹호하기도 한다.<sup>102)</sup>

독일에서 정기귀휴의 기간은 1년에 21일까지이다. 그 범위 내에서 교정기관은 하자없는 재량행사를 통하여 각 귀휴마다 적절한 기간을 정해야 한다.<sup>103)</sup> 수형자가 귀휴요건에 해당하는 한 21일의 기간을 불필요하게 축소해서는 안 되지만 처우의 근거에서 필요한 경우<sup>104)</sup> 제한할 수 있는 재량의 여지는 남아 있다고 본다.<sup>105)</sup>

점에서 6개월의 기간계산에 미결구금일수를 산입하는 것이 타당하다는 비판이 강력하다. AK-Hoffmann/Lesting, StVollzG, §13 Rn.39 ; Schwind / Böhm, StVollzG, §13 Rn.7.

95) Calliess / Müller-Dietz, StVollzG, §13 Rn.23. 이때에는 미결구금일수가 중요한 기준이 될 수 있을 것이다.

96) Kaiser / Kerner / Schöch, Strafvollzug, S.125f. ; Calliess / Müller-Dietz, StVollzG, §13 Rn.23.

97) Arloth, GA 1988, S.418 ; Kaiser / Kerner / Schöch, Strafvollzug, S.129.

98) AK-Hoffmann/Lesting, StVollzG, §13 Rn.41ff. ; Calliess / Müller-Dietz, StVollzG, §13 Rn.24 ; Bemann, RuP 24(1988), S.94 ; Meißner, Urlaub aus dem Strafvollzug, 1988, S.164.

99) 이점은 독일 판례에 의하여 누차 강조되어 왔다. OLG Saarbrücken, ZfStrVo 1978, S.182 ; OLG München, ZfStrVo 1980, S.122 ; OLG Celle, StV 1985, S.542.

100) Grunau, DRiZ 1978, S.112 ; Calliess / Müller-Dietz, StVollzG, §13 Rn.9 ; AK-Hoffmann/Lesting, StVollzG, §11 Rn.50 ; Schwind / Böhm, StVollzG, §13 Rn.25.

101) OLG Frankfurt, ZfStrVo 1981, S.122. 시행규칙의 일반적 성격에 대해서는, Schwind / Böhm, StVollzG, §13 Rn.9ff.

102) Jung, ZfStrVo 1977, S.89 ; Kaiser / Kerner / Schöch, Strafvollzug, S.125, 121.

103) OLG Hamm, NStZ 1988, S.331 ; OLG Nürnberg, ZfStrVo 1984, S.114.

104) 일반적으로 귀휴의 횟수가 거듭될수록 도주나 재범의 위험이 증가한다고 볼 만한 경험적 증거는 없기 때문에, 이전에 귀휴를 허가한 수형자에게 다음번에 귀휴를 거절하는 것은 재량행사의 하자로서 귀결될 가능성이 클 것이다. 따라서 이를 위해서는 예를 들어 인격의 발전정도 혹은 처우의 단계별 필요에 의하여 귀휴보다는 다른 처우방식이 더욱 사회복귀에 유용하다고 인정될 만한 적극적 이유가 있어야 한다.

이밖에 정기귀휴와는 별도로 석방준비를 위한 특별귀휴가 석방전 3개월부터 7일의 범위에서 부여될 수 있고, 외부통근자의 경우에는 석방 전 9개월부터 매달 6일까지 특별귀휴를 허가할 수 있다(제15조 3,4항). 그리고 중대한 사유가 있는 경우에도(제35조) 귀휴를 허가할 수 있는데, 여기서 "중대한 사유"란 수형자의 개인적, 직업적 혹은 법률적 문제가 수형자 본인의 참여를 필요로 하는 경우를 말한다.<sup>106)</sup> 서신이나 접견 등의 방법으로 수형자가 시설 내에 있으면서 해결할 수 있는 경우는 제외된다.<sup>107)</sup> 제35조 1항은 특히 친족이 심각한 질병에 걸린 경우와 사망한 경우를 그 예로 들고 있다. 그러나 그 밖에도 수형자 본인 혹은 가족이 결혼하는 경우, 자녀출산이나 세례,<sup>108)</sup> 친족이 심각한 장기치료를 요하는 질병에 걸린 경우,<sup>109)</sup> 주거의 심각한 하자를 보수하기 위하여 필요한 경우,<sup>110)</sup> 외부에서 실시하는 시험에 참가하는 경우,<sup>111)</sup> 주거를 새로이 구해야 하거나 집을 세놓는 경우,<sup>112)</sup> 재심절차에 필요한 증거를 수집하기 위한 경우,<sup>113)</sup> 세무서 등에 서면으로 할 수 없는 중요한 자료를 제출하는 경우<sup>114)</sup> 등이 이에 해당한다.<sup>115)</sup> 중대한 사유로 인한 귀휴는 각 경우마다 7일까지 보장된다. 다만 친족의 중병이나 사망으로 인한 경우를 제외한 다른 중대한 사유로 인한 귀휴는 합하여 일년에 7일을 초과할 수 없다(제35조 1항). 따라서 7일을 초과한 기간에 한해서는 제35조 2항<sup>116)</sup>에도 불구하고 정기귀휴에 산입된다.<sup>117)</sup> 법원의 소환에 응하는 경우의 귀휴에 대해서는 별도로 규정한다(제36조). 이 모든 특별귀휴에도 정기귀휴의 요건이 그대로 적용됨은 물론이다(제15조 3, 4항, 제35조 1항 참조).

교도소장은 귀휴를 허가할 때<sup>118)</sup> 일정한 조건을 붙일 수 있다(제14조 1항). 그 조건들은 예컨대 일정한 시간에 특정장소(인)를 방문한다거나, 혹은 반대로 범죄의 동기를 유발할 수 있는 특정인과의 접촉을 금하는 것, 혹은 술과 마약을 금하도록 하는 것 등이 될 수 있다.<sup>119)</sup> 중요한 것은 조건들이 추상적이어서는 안 되고 구체적이고 명확해야 하며, 수형자의 재사회화에 도움이 되고 귀휴조치와 기능적으로 결합할 수 있는 것이어야 한다는 점이다.<sup>120)</sup> 조건은 단속을 위한 것이어서는 안 되기 때문이다.

독일행형법에서의 귀휴는 교도소장이 지시한 조건을 제외하고는 정해진 귀휴기간 내의 행동에 대하여 아무런 감시가 없는 반면에, 우리나라에서는 필요한 경우 귀휴에 교도관의 동행을 허용하고 있다는 점에서 차이가 있다. 이것은 아마도 우리의 경우 귀휴가 구금완화의 유일한 방법이기

105) Schwind / Böhm, StVollzG, §13 Rn.5 ; AK-Hoffmann/Lesting, StVollzG, §13 Rn.33 ; OLG Hamm, NStZ 1988, S.331.

106) Kaiser / Kerner / Schöch, Strafvollzug, S.130 ; Calliess / Müller-Dietz, StVollzG, §35 Rn.1.

107) OLG Koblenz, ZfStrVo 1978, S.249 ; OLG Frankfurt, NStZ 1984, S.477.

108) OLG Frankfurt, ZfStrVo 1985, S.184.

109) OLG Celle, ZfStrVo 1986, S.378. 급격한 건강악화의 경우에 한정되는 것은 아니라고 한다.

110) LG Hamburg, ZfStrVo SH 1979, S.33.

111) OLG Karlsruhe, ZfStrVo 1988, S.369.

112) OLG Hamburg, ZfStrVo 1978 SH, S.33.

113) LG Lüneberg v. 26. 4. 1978 - 17 StVK 125/78.

114) OLG Hamm, ZfStrVo 1987, S.372.

115) 자세한 내용은, AK-Hoffmann/Lesting, StVollzG, §35 Rn.4f. 참조.

116) 중대한 사유로 인한 귀휴는 정기귀휴로 산입될 수 없다고 규정하고 있다.

117) Calliess / Müller-Dietz, StVollzG, §35 Rn.2 ; AK-Hoffmann/Lesting, StVollzG, §35 Rn.9.

118) 구금완화처우의 경우도 마찬가지이다.

119) 그러나 귀휴 중에는 감시가 따르지 않기 때문에 술과 마약을 금하는 것이나 혹은 특정지역을 가지 못하도록 하는 등의 조건은 실효성에 문제가 있음을 고려해야 한다. 이점에 대해서는 AK-Hoffmann/Lesting, StVollzG, §14 Rn.4.

120) Calliess / Müller-Dietz, StVollzG, §14 Rn.1 ; AK-Hoffmann/Lesting, StVollzG, §14 Rn.2f.



때문일 것이다. 위에서 제안한 것처럼 외부통근활동이나 외출 등 다양한 구금완화제도가 도입된다면 귀휴는 “감시를 받지 않는 수일에 걸친 휴가”<sup>121)</sup>로서 수형자에게 최상의 자유를 부여하는 처우로 자리매김할 수 있을 것이다. 그에 의할 때 현재 자주 실시되는 소위 “1일귀휴”라는 것은 귀휴가 아닌 외출로 흡수되어야 한다. 이러한 전제 위에서 귀휴 역시 현행보다 대폭 확대하는 것이 바람직하다. 귀휴는 인도주의적 견지에서 수형자의 사회적 고립을 방지하는데 기여할 뿐만 아니라, 단기적인 위험성을 감수함으로써 장기적으로 수형자의 재사회화에 크게 도움이 될 수 있기 때문이다.<sup>122)</sup> 더구나 단기적으로도 그것은 교도소와 수형자 사이의 긴장관계를 해소함으로써 안전에 대한 우려를 상당부분 감소시키는 효과가 있다.<sup>123)</sup>

우선 귀휴기간이 너무 짧다는 점이 지적되어야 한다. 현재는 형기 중 3주, 연 1회, 형기 중 총 5회로 한정되어 있기 때문에 개인적 문제를 해결하고 사회적 유대관계를 유지한다고 하는 귀휴 본래의 기능이 발휘되지 못할 뿐만 아니라, 실무상으로도 귀휴가 재사회화처우의 연속적 과정 속에서 행해지기 보다는 단지 석방시기가 다가올 때 한번쯤 부여되는 특전으로 전락해 버리게 된다. 더구나 형기를 고려하지 않은 제한은 장기수에게 현저하게 불리하다. 따라서 독일의 예와 같이 귀휴기간은 형기에 관계없이 1년에 3주 정도를 허가하도록 하고 횟수의 제한은 폐지하는 것이 바람직하다. 이 때 1년의 계산을 역을 기준으로 하는 것과 집행일을 기준으로 하는 것과는 사실 미묘한 차이가 있다. 독일에서는 시행규칙의 개정으로 1989년부터는 집행일을 기준으로 계산한다(VV Nr.2 Abs.2 S.1 zu §13).<sup>124)</sup> 집행일을 기준으로 하는 경우에 역수에 따르는 경우보다 전체적인 귀휴기간이 단축된다. 귀휴의 확대라는 면에서 본다면 1년을 역수로 계산하는 것이 보다 낫다. 1년에 보장되는 귀휴일수는 대략 21일(3주) 정도가 적당한 것으로 보인다. 귀휴의 성질상 남은 귀휴일수의 차기년도 이월은 인정하기 힘들다.<sup>125)</sup> 귀휴일수의 계산에서는 수형자의 이익을 위하여 원거리귀휴의 경우에는 귀휴출발일과 귀소일은 귀휴기간에 포함하지 않도록 하는 것이 바람직하다.<sup>126)</sup>

요건의 면에서 보면, 1년 이상 복역하고 형기의 1/2을 경과한 수형자만을 귀휴의 대상으로 함으로써 1년 이하의 단기수형자는 전혀 귀휴를 받을 수 없다는 문제가 생긴다.<sup>127)</sup> 그리고 형기 1/2경

121) AK-Hoffmann/Lesting, StVollzG, §13 Rn. 6.

122) Brosch, Der Hafturlaub von Strafgefangenen unter Berücksichtigung des Strafvollzugszieles, 1983, S.186.

123) Straube, MSchrKrim 1988, S.329ff. 예컨대 성을 둘러싼 긴장과 갈등을 완화하는데 귀휴는 상당한 효과를 가진다고 한다. Jung, ZfStrVo 1977, S.89.

124) 이에 대해서는 찬반양론이 분분하다. Schwind / Böhm, StVollzG, §13 Rn.5에서는 제 13조 1항의 “1년”을 역수로 계산하는 경우 6개월의 경과기간 때문에 하반기에 입소한 수형자가 전반기에 입소한 수형자보다 불리하게 되는 난점을 집행일로 계산하게 되면 해소할 수 있다고 한다. 그러나 AK-Hoffmann/Lesting, StVollzG, §13 Rn.38은 역수로 계산하는 경우보다 집행년으로 계산하는 방식에 의할 때 전체적으로 귀휴일수가 줄어들게 된다고 비판한다.

125) 독일의 경우에도 이를 인정하지 않는 것이 원칙이다. AK-Hoffmann/Lesting, StVollzG, §13 Rn.38. 다만 판례에 의하면 적시에 신청한 귀휴가 교정당국의 하자있는 심사로 불허되었고 이에 대한 구제절차를 거치는 동안 1년의 기간이 경과한 경우 그 귀휴일수는 차년도의 귀휴일수에 포함되지 않는다고 한다. OLG München, NStZ 1983, S.573 ; OLG Koblenz, NStZ 1983, S.238 ; KG ZfStrVo 1989, S.331.

126) 이점에 관해서는 AK-Hoffmann/Lesting, StVollzG, §13 Rn.34ff. 독일 연방대법원은 행형실무에서 토요일 8시부터 일요일 20시까지 허가하는 소위 주말귀휴가 귀휴일수를 부당하게 제한하는 것이 아닌가(즉 귀휴일수는 21일x24시간으로 계산해야 하지 않는가) 하는 문제에 대하여(그러한 주말귀휴 10회면 귀휴일수는 20일이 되지만 이를 시간단위로 계산한다면 15일에 불과하다), 귀휴의 시작시간과 귀소시간을 반드시 24시간 기준에 맞출 필요는 없으며 그것은 수형자의 개인사정, 시설관리의 측면 및 교통사정 등을 감안해서 결정할 수 있다고 한다. 또한 귀휴는 일수로 계산되는 것이지만 시간단위로 조개어 계산하는 것이 아니라고 하면서 다만 귀휴를 떠나는 날은 귀휴일에 포함되지 않는다고 하였다(BGH, NStZ 1988, S.148 = ZfStrVo 1988, S.243).

과의 요건은 귀휴의 시행시기를 너무 늦게 잡음으로써 사회적 고립화의 방지라는 귀휴 본래의 목적과는 거리가 멀다. 더구나 형기의 1/3을 경과하면(무기의 경우 10년) 일단 형식적 요건을 갖추게 되는 가석방(현행 형법 제72조)과 비교해 볼 때 귀휴의 요건이 오히려 더 엄격한 것은 아이러니가 아닐 수 없다. 이 문제에 대해서는 그와 같은 제한기간을 두는 이유가 무엇인가를 먼저 살펴야 한다. 독일 행형법이 6개월(무기의 경우 10년)의 제한기간을 두는 것에 대하여 일반적으로는 이를 수형자의 신상파악에 필요한 시간이라고 설명하지만,<sup>128)</sup> 그 배후에는 일반예방적 고려가 작용하고 있음을 부정할 수 없다.<sup>129)</sup> 자유박탈의 초기부터 귀휴를 허가하는 것은 그것이 재사회화행형목적에 합치하는 것이라고 할지라도 일반인들이 자유형에 대하여 갖고 있는 법관념에 배치될 가능성을 고려해야 한다. 행형에 있어서도 이에 대한 최소한의 존중은 필요하다.<sup>130)</sup> 우리의 경우 문제되는 것은 그 제한기간이 불비례적으로 너무 길다는 점이다. 형기의 1/2경과라는 요건은 폐지하고 1년의 제한기간은 6개월 정도로 단축하는 것이 합리적일 것이다.

귀휴의 실질적 기준인 “뇌우치는 빛이 뚜렷하고 행장이 우수한 때”라는 요건은 “행장이 양호하여 개전의 정이 현저할 것”을 요구하는 가석방의 요건과 비슷하다.<sup>131)</sup> 이것은 귀휴와 관련하여 필요한 모든 사실관계에 대한 종합적 판단을 요하는 불확정개념이다. 이에 대하여 법원의 완전한 심사를 받아야 함은 물론이다. 일반적으로 뇌우치는 빛이 뚜렷하다는 것은 수형자의 소내생활에서의 규율준수여부, 행장, 작업태도, 책임관념 등을 통하여 볼 때 수형자가 회오하고 있음을 인정할 만한 정상이 있음을 의미한다.<sup>132)</sup> 행장이 양호하다는 것은 현재 누진계급 3급이상이라는 요건(귀휴시행규칙 제2조 1항)과 맞물려 있으면서 개전의 정을 판단하는 하나의 기준으로 작용한다. 귀휴시행규칙(제3조 내지 제8조)은 수형자가 이러한 기준에 합치하는가를 판단하기 위하여 심사해야 할 목록을 나열하고 있다. 그것은 수형자의 신원관계(건강 및 정신상태, 사상 및 신앙, 경력 및 교육정도, 작업근면성, 작업상여금 및 영치금 등)에서부터 범죄관계(범죄시의 연령, 형명 및 형기, 범수, 범죄의 성질 및 동기, 범죄후의 정황, 공범죄관계 등), 그리고 수형자의 환경관계(동거친족 및 보호자, 교우관계, 접견과 서신의 내용 및 도수, 가족과의 관계, 피해자에 대한 관계, 귀휴지의 교통 및 통신상황 등)에 이르기까지 거의 모든 사항을 포괄하고 있다.

해석상 행장이 양호(우수)하고 개전의 정이 현저하다는 판단은 결국 재범의 우려가 없음을 뜻한다고 한다.<sup>133)</sup> 그러나 엄밀하게 양자는 전혀 같은 개념이 아니다. “행장이 양호(우수)하다”는 판단은 현재까지의 수형생활에 대한 회고적 판단이며, “뇌우치는 빛이 뚜렷하다(개전의 정이 현저하다)”는 것은 윤리적 속죄여부에 대한 판단인 반면에, “재범의 우려가 없다”는 것은 장래에 대한 예측적 판단이기 때문이다. 물론 개전의 정이 현저한 수형자는 일반적으로 재범의 우려가 없다고 말할 수도 있겠지만 반대로 재범의 우려가 없는 수형자가 곧 현저한 개전의 정을 보인다고 말할 수는 없다. 다시 말하면 개전의 정이 현저하지 않아도 재범의 우려가 없다는 판단이 가능하다. 수형자의 속죄의사는 재사회화에 도움이 되는 것이기는 하지만 그것이 재사회화의 필수적 전제조건은 아니기 때문이다.<sup>134)</sup> 더구나 속죄는 행형을 통하여 강제될 수 있는 성질의 것이 아니다.

127) 권태정, 단기수형자의 합리적 처우방안, 교정 1990.12, 77면.

128) Calliess / Müller-Dietz, StVollzG, §13 Rn.23.

129) Kaiser / Kerner / Schöch, Strafvollzug, S.77 ; Böhm, NStZ 1986, S.205f.

130) 일반예방적 측면을 고려한다고 하더라도 일반인이 자유형에 대하여 가지고 있는 기대(법관념)에 너무 커다란 비중을 두는 것은 위험하다. 왜냐하면 지금까지 많은 사람들이 가지고 있는 형벌관은 상당히 엄격한 응보적 관점에서 그리고 그간의 권위주의적이고 반인권적, 비법치주의적인 행형에 익숙해져 있는 것이기 때문이다.

131) 여기에서도 법문에 충실하게 “특히”라는 문구에 주의를 기울인다면 귀휴의 요건이 가석방의 경우보다 더 높은 강도의 개전의 정을 요구하는 것으로 볼 여지도 있다.

132) 김화수, 행형법학, 414면. 또한 가석방에 대해서도 이재상, 형법총론, 614면.

133) 가석방에 대하여, 한국형사정책연구원, 가석방의 실태와 효율적 운용방안에 관한 연구, 49면.

134) Müller-Dietz, JR 1984, S.357 ; Kaiser / Kerner / Schöch, Strafvollzug, S.76 ;



따라서 "행장이 양호하고 개선의 정이 현저하다"는 요건은 재사회화행형목적과 괴리되어 책임속죄를 귀휴의 기준으로 도입한 것으로 부당하다고 해야 한다. <귀휴의 판단기준은 어디까지나 특별예방적 관점에서 있어야 한다. <재범의 우려가 없는 경우">로 귀휴의 요건을 개정하는 것이 필수적이다. 135)

"재범의 우려"에 대한 판단은 현재의 자료를 이용한 장래의 행위에 대한 예측이다. 그것을 판단하기 위하여 교정기관은 수형자의 인성 및 소내 생활태도 뿐만 아니라 범죄의 종류와 동기 등 필요한 사실관계를 면밀히 조사하여야 한다. 136) 수형자에게 불리한 자료 뿐만 아니라 유리한 자료도 빠짐없이 조사하여 비교형량해야 한다. 137) 사실 "재범의 우려"에 대한 판단을 정확히 하기란 매우 어렵다. 이때 예측이 불분명한 수많은 사안들을 부정적 예측으로 취급한다면 귀휴의 실패율은 극히 적어지겠지만 귀휴가 가지는 처우로서의 효용가치는 매우 감소할 것이다. <오히려 재사회화를 일차적 행형목적으로 하는 이상 교정기관은 구금의 유해한 영향을 제거하고 수형자의 사회복귀를 지원해야 할 의무가 있으므로, 귀휴 등 구금완화처우에서 발생하는 일정 정도의 위험은 감수해야 한다고 보는 것이 합당하다.> 즉 재범의 우려에 대한 판단도 재사회화행형 목적을 근거로 해야 하는 것이다. 따라서 <예측이 불분명한 경우 이를 긍정적 예측으로> 보고 귀휴를 허가하도록 해야 할 것이다. 138) 이 때 필요하다면 교정기관은 귀휴의 기간을 조절하고 적절한 조건을 부과함으로써 사회방위목적과 재사회화목적 사이의 조화를 꾀할 수 있는 여지도 있다. 통상적으로 "잘못된 예측"은 귀휴를 허가했으나 실패한 경우만을 문제삼는 것이 현실이다(잘못된 긍정적 예측). 그러나 정반대의 잘못된 예측, 즉 잘못된 부정적 예측에 의한 <귀휴의 불허가 수형자에게 주는 불이익과 고통에 대해서도 주의할 기울이는 것이 곧 법치주의행형일 것이다.

"재범의 우려" 외에 책임이나 일반예방적 관점이 귀휴의 판단기준으로 도입되는 것은 곤란하다. 따라서 범죄의 성질이나 동기, 정상, 형기, 공범관계 등 범죄행위에 관련된 사항들은 "재범의 우려"를 판단하는 자료로 활용될 수는 있지만 그로부터 <범죄행위의 책임을 문제삼아 귀휴를 불허하는 것은 허용될 수 없다.> 마찬가지로 <귀휴시행규칙에서 귀휴심사 시 범죄동기가 "사회도의상 또는 공익상 용서할 만한 심정에 기인한 것인가 여부"(제7조) 혹은 "귀휴자의 범죄에 대한 사회감정 및 범죄지에 있어서의 특별한 지방적 관습"(제8조)을 고려해야 한다고 규정한 것>도 의문이다.

현재 귀휴는 행형법 제44조 2항의 요건 외에 별도의 허가사유(귀휴시행규칙 제2조 1항의 제1호 내지 5호)가 있어야 한다. 이것 역시 귀휴를 극히 예외적인 은전으로 전락시키게 되는 커다란 원인이 된다. 귀휴는 수형자의 사회적 고립을 최소화하고 구금의 폐해를 방지함으로써 재사회화목적에 기여하는 구금완화처우의 하나이다. 특별한 사유가 있는 경우에만 귀휴를 허가하는 방식은 그러한 취지와 어울리지 않는다. 따라서 일반적인 귀휴와 특별한 사유에 기인한 귀휴를 구별하여 1년에 21일 한도의 일반귀휴는 특별한 사유없이도 허가할 수 있도록 하고, 위의 허가사유에 해당하는 경우에는 이와는 별도로 일종의 특별귀휴를 부여하는 방식이 타당할 것이다.

귀휴는 교정기관의 재량에 의하여 허가된다(행형법 제44조 2항). 교정당국은 귀휴의 허가여부뿐

Peters, JR 1978, S.180.

135) 독일 행형법에서는 귀휴 등 구금완화의 요건으로 항상 "도주와 재범의 우려가 없을 것"을 요건으로 정하고 있다(독일행형법 제10조 1항, 제11조 2항, 제13조 1항). 그러나 우리의 경우에는 "재범의 우려가 없을 것"이라는 요건으로 족하다. 독일 형법이 수형자의 단순도주를 범죄로 처벌하지 않는 반면에 - 독일 형법에서는 수형자의 도주를 교사 방조한 경우(제120조) 혹은 수형자가 집단으로 폭력을 이용하여 도주한 경우(제121조 1항 2호)만을 처벌한다 - 우리나라의 형법은 수형자의 단순도주도 범죄로 처벌하고 있기 때문에(제145조 1항), 도주의 가능성은 "재범의 우려"의 판단에서 충분히 고려될 수 있기 때문이다.

136) AK-Hoffmann/Lesting, StVollzG, §13 Rn.15.

137) OLG Celle, ZfStrVo 1983, S.301.

138) Frisch, StV 1988, S.363 ; Dopslaff, ZStW 1988, S.591.

만 아니라, 허가한다면 그 시기, 기간 및 조건 등을 재량으로 결정할 수 있다. 재량행사의 기준은 어디까지나 수형자에 대한 재사회화처우의 관점이어야 한다. 귀휴는 재량사항이므로 수형자는 귀휴청구권이 없고 단지 무하자재량행사청구권을 가지게 된다. 139) 그 권리는 세부적인 내용으로서 귀휴에 대한 수형자의 신청권 및 불필요한 지체가 없는 적절한 결정에 대한 권리를 포함한다. 140) <신청권은 수형자뿐만 아니라 그의 가족, 더 나아가서는 교화위원이나 교정직원의 신청도 가능하도록 해야 할 것이다. 141) 무하자재량행사청구권의 당연한 파생권리로 수형자는 교정당국에게 귀휴의 불허에 대하여 그 근거와 비교형량의 내용을 서면으로 통지받을 권리를 갖는다.>고 보아야 한다. 142) 그렇지 않으면 재량의 남용여부에 대한 사법적 구제수단이 유명무실하게 될 것이기 때문이다. 귀휴가 교정기관의 재량에 속하는 것이라 할지라도 <예를 들어 수형자의 진료청구권에 근거해서 - 소내에서 적절한 치료가 불가능한 때 - 외부진료를 위한 귀휴를 신청하는 경우와 같이 재량이 영으로 축소되는 경우도 있음을 유의해야 한다.> 보다 적극적인 입법론으로는 근본적으로 수형자에게 귀휴권을 인정하는 방안을 적극 고려해 볼 만하다. 143)

## V. 거실(사방)의 제 조건

독거수용을 하든 공동실에 혼거수용을 하든 간에 수형자가 생활하는 거실은 사람이 기거하기에 필요한 최소한의 기준을 갖추도록 해야 할 것이다. 이는 궁극적으로는 <헌법 제10조의 인간의 존엄성 및 제34조 1항의 인간다운 생활을 할 권리>에서 연유한다고 볼 수 있다. 행형에 관한 각종 국제원칙도 예외없이 이에 관한 원칙론적 규정을 두고 있다. <UN 최저기준규칙 제10조는 총칙적 규정으로 "피구금자가 사용하도록 마련된 모든 설비, 특히 취침설비는 기후상태와 특히 공기의 용적, 최소면적, 조명, 난방 및 환기에 관하여 적절한 고려를 함으로써 건강유지에 필요한 모든 조건을 충족하여야 한다"고 규정한다.> 이어 그 구체적인 기준으로 <창문은 "자연광선으로 독서하거나 작업할 수 있을 만큼 넓어야 하며, 신선한 공기를 유입할 수 있어야 하고"(제11조 a), 조명은 "시력을 해치지 아니하고 독서하거나 작업하기에 충분하도록" 해야 하며(제11조 b), 위생설비는 수형자가 "청결하고 단정하게 생리적 욕구를 해소하기에 적합해야 한다"(제12조)고 규정한다. 그 외에도 적절한 목욕 및 샤워시설을 마련할 것을 규정하고 있다(제13조). 144)

이에 비교하면 우리의 행형법은 <거실의 거주조건에 관해서는 최소한의 일반규정조차 찾아볼 수 없다. 이에 관한 판례도 없다. 반면에 우리의 구금시설 현실은 수형자의 인간적인 삶을 보장하기에는 대단히 미흡한 상태이며, 이에 대한 수형자들의 불만도 상당히 높은 것으로 보인다. 145) 구체적인 자료가 공개되어 있지는 않지만, 대체로 제기되는 문제점은 난방이 되지 않는다는 점은

139) 독일 행형법상 귀휴에 대해서도 무하자재량행사청구권이 통설이다. Calliess / Müller-Dietz, StVollzG, §13 Rn.3 ; AK-Hoffmann/Lesting, StVollzG, §13 Rn.24 ; Schwind / Böhm, StVollzG, §13 Rn.22 ; Kaiser / Kerner / Schöch, Strafvollzug, S.127.

140) AK-Hoffmann/Lesting, StVollzG, §13 Rn.25 ; Calliess / Müller-Dietz, StVollzG, §13 Rn.3.

141) 이미 독일의 경우 그러하다. VV Nr.7 Abs.1 zu §13 참조.

142) Treptow, NJW 1978, S.2231 ; AK-Hoffmann/Lesting, StVollzG, §13 Rn.26 ; Calliess / Müller-Dietz, StVollzG, §13 Rn.19

143) 제48차 독일법률가대회(Der 48. Deutsche Juristentag)에서 그러한 견해가 피력된 적이 있었다. Band II, Sitzungsberichte, S.120ff.

144) 이 밖에도 유럽형사시설규칙 제15조 내지 19조에서도 이와 비슷한 규정을 두고 있다.

145) 우리의 구금시설이 얼마나 비인간적인 조건들로 가득 차 있는가는 단편적으로나마 일부 문헌에서 수형자(혹은 미결수용자)의 증언으로 소개되고 있다. 대표적으로, 유남영, 감옥과 인권, 1988년 대한변협인권보고서, 346면 이하 ; 안재구, 장기수의 입장에서 본 우리 교정시설과 처우방식의 문제점, 형사정책 제4호, 1989, 135면 이하 ; 서울지방변호사회, "행형제도의 개선" 심포지움 중 사례발표부분, 법조춘추 1989, 84면 이하 참조.



물론이고, 비좁은 공간에의 과밀수용, 어두운 조명, 통풍이 제대로 되지 않기 때문에 발생하는 악취 화장실이 분리되어 있지 않은 징벌방, 심지어는 채광을 완전히 차단한 소위 "막방"에 이르기까지 거의 모든 부문을 포괄하고 있다.

물론 거실의 제반 조건을 세세하게 행형법령으로 규정하는 것은 사실상 어렵다. 그렇지만 적어도 행형법에서 거실의 조건에 관한 최소한의 일반원칙을 정립하는 것은 반드시 필요한 일이다. 그것은 수형자의 인간다운 삶을 보장하기 위한 국가의 의무를 명확히 할 뿐만 아니라, 비인간적인 거실조건에 대하여 수형자가 사법적 구제를 받을 수 있는 모태가 되기 때문이다.<sup>146)</sup>

독일 행형법은 제144조에서 거실의 크기 및 구조에 대한 규정을 두고 있다. 제144조 1항은 수형자가 기거하는 거실은 "거주하기에 적합하게(wohlich)" 혹은 그 목적에 적합하게 구성되어야 하며, 충분한 공기용적 및 건강한 생활을 위해 충분한 정도로 난방, 환기시설, 거주면적 및 창문을 갖추어야 한다고 규정한다.<sup>147)</sup> 이는 거실의 조건에 관하여 구체적인 기준을 정한 것은 아니지만, 교정기관에게 인간의 존엄성에 합치하는 거실조건을 유지하도록 의무지운 것으로 해석된다. 그렇지만 판례에 의하면 이 규정으로부터 직접 수형자에게 청구권이 인정되는 것은 아니라고 한다.<sup>148)</sup> 제144조 2항은 법무부장관에게 거실조건을 세부사항을 부령으로 정할 수 있는 권한을 위임하고 있으나, 아직까지는 부령이 제정되지 않은 상태에 있다. 현실적으로 과밀수용의 문제가 걸림돌로 작용하고 있기 때문이다.<sup>149)</sup> 따라서 독일 행형법상 용인되는 거실조건의 구체적인 모습은 그간의 판례와 문헌에서 엿볼 수 있을 뿐이다.

먼저 거실의 크기에 대하여 일부 판례는 7.98㎡의 평면적과 22㎡ 용적을 가진 독거실에 2명을 수용한 것은 제144조 위반일 뿐만 아니라 행형법 제2, 3조 및 인간의 존엄성을 규정한 기본법 제1조 위반이라고 판시하였고,<sup>150)</sup> 11.54㎡의 방에 3명을 수용한 것 역시 위헌이라고 한 반면에,<sup>151)</sup> 한 판례는 13.15㎡와 36.84㎡의 거실에 2명을 수용한 것에 대하여 - 다른 조건을 함께 검토한 후 - "현재로서는 용인되는 수준"이라고 판시하고 있다.<sup>152)</sup> 독일행형법 제정 전의 행형법대체초안(AE)은 독거실의 최소면적을 10㎡로 제안한 적이 있었다(AE 제10조 3항). 또한 행형법 제정 직후인 1978년 10월 3일 행형위원회의 행형시설 건축에 대한 권고안(Empfehlungen für den Bau von Justizvollzugsanstalten vom 3.10.1978)에서는 독거실의 경우 9㎡, 2인실의 경우 16㎡, 혼거실의 경우 수형자 1인당 7㎡를 최소면적으로 정한 바 있다.<sup>153)</sup> 이와 비슷하게 독일의 문헌에서도 대체로 수형자 1인당 10㎡의 거실면적이 보장되어야 한다고 주장한다.<sup>154)</sup>

그밖에 화장실이 분리되어 있지 않은 거실은 소위 "거주하기에 적합하다(wohlich)"는 요건에 위반된다고 보는 것이 일반적이다.<sup>155)</sup> 문헌에서는 특히 혼거실의 경우 커튼 등으로 가리는 정도

146) 같은 입장에서, 박찬운, 국제인권원칙으로 본 한국행형제도의 문제점과 개선방향, 서울지방변호사회 편, 국제인권원칙과 한국의 행형, 38면.  
 147) 이 규정은 <주간혼거, 야간독거의 원칙을 정한 독일 행형법 제17조 내지 19조의 규정을 보완하는 의미를 지닌다고 한다. Schwind / Böhm, StVollzG, §144 Rn.1; Calliess / Müller-Dietz, StVollzG, §144 Rn.1.  
 148) OLG Zweibrücken, NStZ 1982, S.221; OLG Nürnberg, ZfStrVo 1983, S.192; OLG Koblenz, ZfStrVo 1985, S.62.  
 149) 과밀수용문제에 대해서는 Wetzler, ZfStrVo 1987, S.32ff. 참조.  
 150) LG Braunschweig, NStZ 1984, S.286. 이와 비슷하게 KG, ZfStrVo 1981, S.191은 20㎡의 공기용적을 가진 거실에 2명의 수형자를 수용한 것이 불법이라고 판시하였다.  
 151) OLG Frankfurt, NStZ 1985, S.572; OLG Frankfurt, StV 1988, S.540.  
 152) OLG Celle, INFO 1986, S.603ff.  
 153) Arndt, Strafvollzugsbau, 1981, S.145 참조.  
 154) 대표적으로, Schmidt, Überbelegung im Strafvollzug - Ein Versuch, juristische Kriterien für die zulässige Belegung von Strafanstalten bzw. Hafträumen zu entwickeln, 1986, S.78ff.; Arndt, Strafvollzugsbau, 1981, S.141.  
 155) OLG Frankfurt, StV 1986, S.27; LG Braunschweig, NStZ 1984, S.286; OLG Celle, VollzD 1990, S.21.

로는 부족하고 거실과 완전히 분리되어 독립된 환풍시설을 갖춘 화장실을 설치할 것을 요구하고 있다.<sup>156)</sup> 다만 최근의 한 판례는 2인실에서 화장실이 커튼으로 구분되어 있고 독립된 환기구를 갖추고 있는 것을 용인하기도 하였다.<sup>157)</sup> 그리고 난방은 공공건물에 일반적으로 적용되는 실내온도를 유지할 수 있도록 보장해야 하며,<sup>158)</sup> 거실에는 침구와 책상, 의자 등 기본적인 가구가 비치되어야 함은 물론이다.<sup>159)</sup> 창문은 낮에 채광을 통하여 독서나 작업을 할 수 있을 정도의 크기여야 하고,<sup>160)</sup> 신선한 공기의 유입이 가능하도록 개폐식으로 설치되어야 한다고 본다.<sup>161)</sup> 또한 창문을 통하여 밖을 볼 수 있어야 하므로 이를 차단하는 것은 허용되지 않는다고 한다.<sup>162)</sup>

반면에 미국의 행형을 보면, 거실조건 문제 - 종종 다른 구금조건, 즉 의료보장, 급식상태, 재사회화프로그램 및 분류처우제도의 구비여부 등과 함께 - 그것이 "잔인하고 비통상적인 형벌(Cruel and Unusual Punishment)"을 금지한 수정헌법 제8조에 위반하는가 여부에 초점이 모아진다. 미국의 주들은 대부분 법령상으로 구금조건에 구체적인 기준을 마련해 놓지 않는다. 더구나 주법이 공공건물에 대하여 건강, 안전 및 위생환경 등의 구체적인 기준을 마련해 놓고 통제하고 있지만 교정시설은 이에서 제외되는 경우가 많다.<sup>163)</sup> 따라서 구금조건에 관한 한 수정헌법 제8조는 수형자편의 가장 강력한 무기가 된다.<sup>164)</sup> 연방대법원은 수정헌법 제8조의 판단기준은 일률적인 것이 아니라 "성숙한 사회의 진보에 걸맞은 인간적 품위의 기준"에서 도출된다고 하면서, 구금조건이 "불필요하고 악의적인 고통을 부과하거나 범죄사실에 현저히 불비례적"일 때에는 수정헌법 제8조를 위반한 것이라는 기준을 제시하고 있다.<sup>165)</sup> 이에 따르면 단순히 가혹하다거나 이익을 박탈한다고 하여 곧 수정헌법 제8조에 위반되는 것은 물론 아니다.

이러한 기준의 수정헌법 제8조는 그러나 1970년대에 들어와서야 비로소 미국 교도소에 적용되기 시작하였다. 이 분야의 가장 획기적인 판례는 1970년 한 교도소의 구금조건 전체를 수정헌법 제8조에 위반된다고 판시한 Holt v. Sarver판결<sup>166)</sup>을 들 수 있다. 이 판결에서 연방법원은 개방된 막사에의 과밀수용, 그 결과 폭행의 위험성 증가, 수형자를 무장시켜 간수로 활용한 점, 부적절한 의료설비, 불결한 위생상태, 재사회화프로그램의 결여 등을 지적하고, 이 모든 조건들은 "전체로서" 수정헌법 제8조에서 금지하는 "잔인하고 비통상적인 형벌"에 해당한다고 판시하였다. 이 판결의 의미는 소위 "총체적 구금조건 심사(Totality of Conditions Approach)"가 시작된 최초의 판결이라는 점에 있다. 즉, 교도소의 규칙(혹은 관행)이나 구금조건 등이 그 하나하나를 비록 위헌의

156) AK-Huchting/Schumann, StVollzG, §144 Rn.10; Schwind / Böhm, StVollzG, §144 Rn.2.  
 157) OLG Celle, VollzD 1990, S.21.  
 158) AK-Huchting/Schumann, StVollzG, §144 Rn.9.  
 159) Schwind / Böhm, StVollzG, §144 Rn.2는 특히 가구의 이동배치가 가능하도록 해야 한다고 주장한다.  
 160) 창문크기는 거실면적의 약 7내지 8분의 1 정도가 되어야 한다는 주장도 있으며 (AK-Huchting/Schumann, StVollzG, §144 Rn.6), 독일행형법 제정 전의 법무 및 집행령(DVollzO) 제106조 2항에서는 창문의 최소크기를 1㎡로 규정했었다.  
 161) Schwind / Böhm, StVollzG, §144 Rn.3. 또한 판례도 OLG Celle, 15.7.1980 - 3 Ws 259/80 참조.  
 162) Calliess / Müller-Dietz, StVollzG, §144 Rn.1; AK-Huchting/Schumann, StVollzG, §144 Rn.6.  
 163) Krantz, Corrections and Prisoners' Rights, p.293. 또한 Sagaser v. McCarthy, Director, Dept. of Corrections, 221 Cal.Rptr. 746, 176 Cal.App.3d 288(Cal.App. 5 Dist. 1986)에 의하면, 공공건물에 적용되는 환경기준으로부터 교도소를 면제해 주는 주는 규정은 위헌이 아니라고 한다.  
 164) Knight / Early, Prisoners' Rights in America, p.126 이하 참조.  
 165) Rhodes v. Chapman, 452 U.S. 337(1981); Estelle v. Gamble, 429 U.S. 97(1976). 또한 Trop v. Dulles, 356 U.S. 86(1958) 참조.  
 166) 309 F.Supp. 362(E.D.Ark 1970).



수준에 이르지 않더라도 그들 조건의 결합으로써 수정헌법 제8조의 위반에 이를 수 있다는 것이다.<sup>167)</sup> 그 후 미국의 연방법원은 거의 모두가 Holt에 따라 총체적 구금조건 심사방식을 취했으며,<sup>168)</sup> 연방대법원도 1978년 Hutto v. Finney판결<sup>169)</sup>에서 징벌방의 열악한 조건(부정기인 점, 평균 4명에서 많게는 10명의 수형자가 창문도 없는 80평방피트의 징벌방에 구금된다는 점, 수도꼭지와 화장실 외에는 일절 가구가 비치되어 있지 않고, 요는 밤에만 지급된다는 점, 식사는 하루에 1000칼로리 미만이라는 점 등)이 수정8조 위반에 해당하며, 이에 대하여 징벌구금의 일수를 30일로 제한한 연방법원의 명령을 정당하다고 판시하였다.

167) Holt v. Sarver, 309 F.Supp. 372-373 : "구금이 합리적인 문명인의 의식에 충격을 줄 정도로 열악한 조건에 처해 있다면 그 시설에 구금하는 것 자체가 헌법에서 금지하는 잔인하고 비통상적인 형벌에 해당할 수 있다."

168) 총체적 구금조건 공식을 취한 무수히 많은 판결 중에서 참조할 만한 것으로는, Jones v. Wittenberg, 323 F.Supp. 93(D.C. Ohio 1971) ; Pugh v. Locke, 406 F.Supp. 318(M.D. Ala 1976) ; Palmigiano v. Garrahy, 443 f.Supp. 956(D.R.I. 1977) ; Williams v. Edwards, 547 F.2d 1206(5th Cir. 1977) ; Ramos v. Lamm, 639 F.2d 559(10th Cir. 1980) ; Ruiz v. Estelle, 679 F.2d 1115(5th Cir. 1982) ; Grubbs v. Bradley, 52 F.Supp. 1052(M.D. Tenn. 1982) ; Cody v. Hilliard, 599 F.Supp. 1025(D.S.D. 1984) ; Alberti v. Klevenhagen, 790 F.2d 1220(5th Cir. 1986) ; Jackson v. Gardner, 639 F.Supp. 1005(E.D. Tenn. 1986) ; Morales Feliciano v. Romero Barcelo, 672 F.Supp. 591(D. Puerto Rico 1986) ; McCord v. Maggio, 910 F.2d 1248(5th Cir. 1990) ; Hodge v. Ruperto, 739 F.Supp. 873(S.D.N.Y. 1990) ; Moore v. Morgan, 922 F.2d 1553(11th Cir. 1991).

169) 437 U.S. 678 (1978). 이 판례는 앞의 Holt v. Sarver 사건의 상고심판례이다.

## 行刑法上 收容者の 接見에 관한 考察

(Überlegungen zum Recht auf Besuch des Gefangenen im Strafvollzugsrecht)

수원대학교 법학과 교수 梁和植

- I. 머리말: 立法例
- II. 接見의 原則
- III. 接見의 禁止
- IV. 接見의 監視
- V. 맺는 말

### I. 머리말 : 立法例

1. 수형자의 외부세계와의 교통의 자유는 정신적·인격적 존재인 인간존재가 자유롭게 자기의 능력과 가능성을 발전시키고, 정신적 욕구를 충족시킬 수 있도록 이를 국가가 보장할 의무가 있다는 헌법적 근거를 가지고 있다. 그리하여 헌법 제10조의 인간의 존엄과 행복추구권의 보장규정과 헌법상의 표현의 자유, 신앙 및 양심의 자유를 보장한 헌법 제19조 내지 제21조도 수형자의 외부세계와의 접촉의 자유를 인권보장적 견지에서 기초지우고 있다. 뿐만 아니라 시설내의 수형자의 생활을 가급적 일반 사회의 생활조건과 유사하게 조성하는 등 수형자의 사회복귀에 유리한 환경을 유지 및 강화시키기 위해서도 수형자의 외부세계와의 교통은 그 기본적 전제가 된다.

독일행형법은 이러한 헌법정신에 입각하여 교도소 외부에 있는 사람과의 교통을 - 독일행형법의 범위내에서 - <권리>로서 보장할 뿐만 아니라, 나아가서 교도소당국에게 수형자와 외부인과의 <교통을 조장할 의무>까지 지우고 있다(동법 제23조). 그리하여 수형자에게는 接見權(Recht auf Besuch)을 보장하며(동법 제24조), 다만 접견이 교도소의 안전과 질서유지를 위태롭게 할 수 있거나 또는 수형자에게 유해한 영향을 미치거나 수형자의 사회복귀에 지장을 줄 염려가 있는 경우에는 접견을 금지할 수 있다. 다만 수형자에게 사회적으로 유해한 영향을 미치거나 사회복귀에 영향을 미칠 우려를 이유로 하는 접견금지 조항에는 적용되지 않는다(제25조). 그리고 접견에 대한 監視(제27조)는 허용되지만 처우 또는 시설의 안전과 질서유지를 이유로 요청되는 때에 한하여 인정함으로써 <일반적 감시>는 허용하지 않고 있다. 이때 감시는 전술한 이유에 의해 요청되는 때에 한하여 「청각에 의한 對話監視」(die akustische Überwachung)가 허용된다. 물론 변호인의 접견은 감시를 받지 아니한다(제27조 3항)

한편 일본감옥법은 제14조의 반대해석상 접견자가 14세 이상인 경우 재감자와의 접견을 허가사항으로 규정하고 있다. 그리고 접견은 일반적으로 감시되지만, 미결수형자와 변호인의 접견은 감시받지 아니한다(제27조 제1항). 다만 소장은 교화상 기타 필요하다고 인정될 때에는 수형자의 접견에 교도관의 참여를 배제할 수 있게 하고 있다(제27조 제3항). 일본 형사시설법안도 친족 이외의 자는 동법안 제92조 제1항 제2호, 제3호에 정한 요건에 해당하는 자에 한하여 수형자와 면회가 허용되며, 면회는 일반적으로 시설직원의 입회하에 이루어진다.



미결수용자의 경우는 제92조와 같은 제한은 없으나 변호인 이외의 자와의 면회에는 직원에 의한 입회를 행한다(동법안 제111조).

반면에 우리 행형법은 수형자의 접견(제18조)을 교도소장의 허가사항으로 하고, 다만 「교화 또는 처우상 특히 부적당한 사유가 없는 한 이를 허가하여야 한다」라는 soll규정형식을 띠고 있어 교정당국의 재량권을 크게 제한하고 있는 점은 구행형법과 동일하다. 그리고 수용자의 접견에 <일반적> 감시가 가능한 점(구법보다는 다소 완화되었음), 친족과의 접견도 일반인과의 접견과 마찬가지로 취급하는 점 등도 동일하다.

2. 1999. 12. 28. 제7차 개정행형법은 상당 부분 구행형법보다 인권보장면이나 처우면에서 상당부분 진일보한 부분도 없지 않으나, 그러나 아직도 많은 부분에서 헌법상의 법치국가원리와 사회국가원리에 적극적으로 부합하는 규정들을 갖추고 있지 못하다. 또한 개정행형법의 입법형식은 여전히 헌법적 지도원리 내지 행형의 지도이념에 입각한 법률로서의 체계적 정합성을 갖추고 있지 못하다. 그리하여 체계적이고 헌법합치적인 목적론적 해석이 요청되나, 우리의 실정은 대체로 아직 체계적·헌법합치적인 해석론이 만족스럽게 전개되고 있지 않은 형편이다. 이에 따라 필자는 특히 국제적 기준의 행형법을 마련하고 있을 뿐만 아니라, 정치한 해석론과 판례가 풍부한 독일의 관련문헌을 참고한 비교법적 고찰을 통하여, 우리 행형법 제18조 이하에 규정된 「수용자의 접견」에 관한 올바른 해석론과 입법론의 방향을 모색하고자 한다.

## II. 接見의 原則

우리 행형법 제18조 제1항은 특별한 「원칙」 조항은 두지 않고, 다만 「수용자는 소장의 허가를 받아 다른 사람과 접견할 수 있다」라고 규정하여, 접견이 소장의 허가사항임을 명시하고 있다. 다만 제66조는 미결수용자와 변호인과의 접견에는 제한을 두지 아니하고 또 교도관의 참여나 대화감시를 금하고 있다.

독일행형법 제23조는 「수형자는 이 법률의 범위내에서 교도소 외부에 있는 사람과 교통할 권리를 갖는다. 교도소 외부에 있는 사람과의 교통은 조장되어야 한다」라는 원칙규정을 두고 있다. 이 조항은 접견 및 문서수발 뿐만 아니라, 동법 제4절에 규정한 그밖의 집행완화조치, 즉 휴가(Urlaub), 자유의출(Ausgang), 동반의출(Ausfuhrung)에도 적용된다.

이 법 제23조 제1문은 외부에 있는 사람과의 교통권을 수형자에게 부여하고 있다. 이는 독일 기본법상의 자유로운 표현의 자유(제5조 제1항)의 기본권과 「혼인과 가족은 국법의 특별한 보호를 받는다」(제6조 제1항)는 헌법적 보장에 특히 기초하고 있다. 또한 제23조 제2문은 교도소 밖의 사람과의 교통을 조장하여야 할 의무를 행형당국에게 지우고 있다. 이에 따라 당국은 외부세계와의 수형자의 교통을 존중하는 법률상의 최소보장 뿐만 아니라, 그러한 접촉의 유지·발전을 위해 적극적으로 진력하여야 한다. 말하자면, 이로부터 가능한 범위 내에서 외부에 있는 사람과의 교통에 지장을 주는 자유박탈로부터 기인하는 장애요인들의 철폐에 힘 쓸 의무가 도출된다. 이러한 <사회적 유대의 유지 및 강화>는 수형자의 사회복귀를 촉진한다. 수형자의 외부세계와의 교통권과 그 제한은 제24조 내지 제26조에서 세부적으로 규정하고 있으나, 행형당국의 교통조장의무를 구체화하는 특별한 규정들은 두고 있지

않다. 그렇지만 제23조 제2문은 결코 구속력이 없는 프로그램규정이 아니라 행형목표(제2조 제1문)와 일반적 집행원칙들(제3조)이 구체화된 것으로서, 불확정한 법개념의 해석과 재량권 행사에 직접적인 법적 효력을 갖는다 그러나 이 원칙을 행형법이 세부규정들을 통해 충분히 고려하고 있지 않으며, 그리하여 개인의 권리와 질서있는 행형이라는 필수요건 사이의 충돌이 의심스러운 경우에는 통상적으로 행형시설의 질서이익을 위하는 방향으로 해결되고 있다는 평가를 받고 있다.

그런데 이 법 제23조는 수형자의 <외부접촉>(Au Benkonkakte)만을 규정하고 있음을 유의하여야 한다. 그러므로 교도소 내의 수형자들 상호간의 교통은 여기에 포함되어 있지 아니하다. 그러므로 다른 교도소에 수용되어 있는 수형자, 예컨대 배우자를 방문하려고 하는 수형자는, 수감중인 가족들의 회합이 법률에 의해 규율되어 있지 않다 하더라도, 이 조항의 제한을 받게 된다. 이와 관련하여 종래 종종 다투어지던 문제, 즉 수형자가 감방에서 그의 부인과 혼인생활을 가능하게 할 수 있는 청구권을 갖는가와 문제는 부인되고 있다. 행형법택일초안(AE-StVollzG, 1973) 제109조 제1항 제2문은 방해받지 않고 감시자 없이 가까운 사람과 같이 있을 수 있는 권리를 제안하였는데, 이때 친밀하고 사사로운 방문(Intimbesuche)도 염두에 두었다. 독일 행형법은 이를 규정하지는 않았으나, 그 가능성을 배제하지는 않고 있다. 그러나 친밀한 접촉을 위한 <청구권>은 인정되지 않고 있다. Schwind는 언론인이(인터뷰 목적으로) 수형자를 접견하려고 하는 행위를 제23조 이하의 규정들에 의해 배제되는 것으로 보는데, 이에 대하여는 제23조 제1문의 명백한 규정에 반한다는 비판이 제기되고 있다.

한편 우리 행형법 제18조 제1항은 「수용자는 소장의 허가를 받아 <다른 사람>과 접견할 수 있다」라고만 규정하고 있어, 독일의 경우와는 달리 수용자의 <외부접촉>만을 규정하고 있지 아니하다. 그러므로 행형시설 내의 수용자들 사이의 접견도 「교화 또는 처우상 특히 부적당한 사유가 없는 한」 허가하여야 하는 것(제18조 제1항)으로 본다. 또한 행형법시행령 제58조 제2항 제3호에 따르면 「기타 교화상 특히 필요하다고 인정되는」 수용자에 대하여는 면담요지의 기록 및 교도관의 참여없이 접견하게 할 수 있다고 규정하고 있으므로(또한 동시행령 제54조, 제57조 참조), 배우자나 가족과의 친밀한 관계에 있는 자와의 접견이나 잠정적인 체류도 교화상 특히 유용하다는 구체적인 증거사실이 있는 경우에는 방해받지 않고 가능한 것으로 본다. 언론인과의 인터뷰도 헌법상의 표현의 자유와 공공의 이익, 구금의 목적 그리고 교도소의 안전과 질서를 교량하여 결정하여야 할 것으로 본다.

## III. 接見의 禁止

1. 독일 행형법 제25조는 교도소장이 접견을 금지할 수 있는 경우를 「교도소의 안전 또는 질서를 위태롭게 할 수 있는 경우」와 「형법상 수형자의 친족이 아닌 자의 접견에 있어서 그 접견이 수형자에게 유해한 영향을 미치거나 수형자의 사회복귀에 지장을 줄 염려가 있는 경우」로 제한하고 있다. 이 규정은 구성요건 측면에서는 不確定한 法概念의 형식을 취하여 접견금지의 전제요건을 마련함으로써 법원에 의한 충분한 심사가 가능하도록 하였으며, 행형당국에게는 단지 법적 효과의 측면에서만 行爲裁量(Handlungsermessen)을 부여하였다.

먼저 제25조 제1호에 따르면 교도소의 안전과 질서를 위태롭게 할 수 있는 경우에는 접견



을 금지시킬 수 있다. 이러한 교도소의 안전과 질서를 이유로 하는 일반적 접견금지에는 접견자의 범위에 제한이 없고, 따라서 친족에 대해서도 적용될 수 있다. 그러나 독일 기본법 제6조 제1항에 따라 특별히 엄격한 기준을 적용하여야 하기 때문에 이런 경우는 거의 드물다. 왜냐하면 먼저 比例性原則(Grundsatz der Verhältnismäßigkeit)에 따라, 일반적 접견금지 대신에 제27조에 따른 접견감시로 충분한지 아닌지 여부가 검토되어야만 하기 때문이다. 그리고 교도소의 안전과 질서를 이유로 접견(친족을 포함)할 때에 접견감시(제27조), 접견자의(사전)검색(제24조 제3항) 및 수형자의 검색(제84조 제1항)을 명할 수 있다. 그러나 변호인이나, 변호사, 공증인의 접견에는 제한이 없다(제26조 제1문).

한편 접견자가 수형자에게 유해한 영향을 미치거나 사회복지에 장애를 초래할 우려가 있는 때에는 접견을 거부할 수 있다. 그러나 형법 제11조 제1항 1호에 정한 친족에 대해서는 적용되지 않는다(제25조 제2호). 여기에는 직계친족 및 인척, 배우자, 약혼자, 형제자매가 속한다. 헌법이 혼인과 가족의 보호를 규정하고 있으므로(기본법 제6조) 행형법은 친족의 접견이 설령 행형목표에 반하는 유해한 영향을 수형자에게 미치더라도 이를 수인하지 않을 수 없게 하고 있다. 다만 좋지 않은 가족관계로부터 수형자에게 비롯될 수 있는 부정적 영향을 막기 위해서 교도소에서는 적절한 처우조치(예컨대, 가족요법)를 강구할 것이 요구되고 있다.

제25조 제2호에서 접견금지사유로 정한 수형자에 대한 부정적 영향은 그 자체만으로는 접견금지를 정당화하기에는 아직 부족하다. 오히려 교도소당국은 보다 경미한 조치, 예컨대 접견에 대한 「청각적 감시」(akustische Überwachung)에 의해서도 위험을 막을 수 있는지 여부를 그때마다 검토하여야만 한다. 그러나 청각에 의한 접견감시가, 이미 작용한 부정적 영향으로 인한 반작용으로서의 접견중단을 초래한 때에는 접견금지가 그때에 한하여 이루어진다. 또한 접견자에 의해 수형자에게 부정적 영향이 미칠 위험이 있지만, 수형자가 이미(행형에 대한) 자신의 내적 입장을 확정하여 더 이상 유해한 영향을 받을 수 없는 때에도 접견금지는 이루어진다.

「有害한 영향」(schadlicher Einfluss)이란 수형자가 장차 재범을 범할 위험을 갖게 작용하는 것을 의미한다. 그러니까 행형의 사회화 목표에 반하는 영향을 미치는 것을 말한다. 이에 반하여 「社會復歸의 支障」(Behinderung der Eingliederung)이라는 개념은 불확정 개념이어서 그 내용파악이 용이하지 않으나, 수형자가(석방 후에) 가족, 직장 및 기타 분야에서 사회적 통합을 저해하거나 위태롭게 하는 일체의 부정적 영향을 포괄한다고 보겠다.

접견이 수형자에게 유해한 영향을 미칠 우려가 있는가 여부에 대한 판단은 접견자의 인격 뿐만 아니라, 수형자의 인격 특성에 달려있다. 또한 접견의 목적도 역할을 한다. 그런데 제2호에 열거된 제한사유는 객관적으로 파악할 수 있는 근거를 필요로 한다. 그리하여 일반적으로 경험법칙을 그 이유로 드는 것만으로는 충분하지 못하다. 예컨대, 언론인의 접견으로 인해서 수형자의 사회복지가 지장을 받는다는 내용의 일반적 경험법칙은 있을 수 없다. 그러나 물론 그러한 종류의 접견신청은, 영속성이 있는 간행물로 인하여 수형자의 사회복지가 어렵게 되는지 그리고 그것은 어느 정도인지를 심사할 동인을 제공한다. 한편 연방헌법재판소는 1995. 7. 19.판결에서 국외추방을 위한 구금상태에 있는 외국언론인의 접견신청사안에서 헌법에 의해 요청되는 전체적 형량을 할 것을 요구하고 있다. 즉, BVerfG는 OLG가 기본법 제2조 제1항의 인격의 자유로운 발현에 관한 권리, 제5조 제1항에 정한 자유로운 의사

표현의 권리(특히 이 사안에서는 미디어 선택의 자유), 그리고 법치국가원칙에서 연원하는 비례성의 원칙을 침해하였다고 판시하였다. 특히 이들 기본권의 제한에 있어서 결정적인 것은 비례성의 원칙임을 강조한다. 그에 따르면, 기본권에 대한 제한은 「형사소송법 제 119조 제3항에 정한 정당한 이익에 대한 현실적 위협을 방지하는 데에 적합하고, 또한 그 목표가 보다 경미한 침해수단으로써는 도달할 수 없는 경우에 한하여 허용된다. 접견의 허가가 구금의 목적이나 형사시설의 질서를 위태롭게 할 수 있다는 구체적인 증거가 있어야하기 때문에, 설령 전적으로 일반조항을 사용하였다고 하더라도, 형사소송법 제119조에서 열어 놓은 일반적 행위자유와 자유로운 의사표현의 기본권에 대한 침해가능성은 이를 좁게 한정하여야 한다」는 것이다. 그러나 평등취급원칙은 구체적인 경우에 접견허가를 거부하기 위한 단초를 제공하지 못한다고 한다. 그런데 언론매체를 이용한 접견하려는 기도는 소위 확산범의 경우에는 그것이 그의 확산을 강화시킬 수 있기 때문에 그의 사회복지에 저해할 수 있다. 그리고 접견자가 행형에 대한 적대적 태도를 갖도록 고무시키거나, 수형자의 적대적 태도를 강화시키려 한다는 긴급한 의혹이 입증가능한 사실(접견자의 서신)을 통하여 증명가능한 때에는 충분히 제2호에 해당한다.

한편 미결수용자에 대한 접견의 금지 및 감시 등 제한은 독일 형사소송법 제119조 제3항에서 정하고 있다. 동조항에 따르면, 「피구금자에게는 심리구금의 목적을 위하여 또는 수용시설 안의 질서를 위하여 필요한 한도내에서 제약을 가할 수 있다」 그리하여 판례는 미결수용자의 배우자의 접견과 관련하여, 「피고인의 배우자의 접견은 독일 기본법 제2조 제1항, 제6조 제1항의 보호를 받으며, 그러므로 접견감시에 의해서는 도주 또는 증거인멸의 위험에 대처할 수 없는 경우에 한하여 금지될 수 있다」고 판시하고 있다.

2. 한편 우리 행형법 제18조의 2는 「교화 또는 처우상 특히 부적당한 사유가 없는 한」 접견을 허가하도록 규정하고 있는 바, 이는 명백한 입법의 불비라고 본다. 교화 또는 처우」는 기본적으로 「사회화처우」 내지 「교정처우」를 말하는 것이며(일본 형사시설법안 제96조 참조), 또한 이 규정대로 이해할 경우 「교도소의 안전과 질서유지」를 위해서도 외부인과의 접견이나 서신왕래를 금지할 수 없다고 해석되기 때문이다. 그리고 교도소의 안전과 질서를 위태롭게 하는 접견을 금지시키는 것은 헌법 제37조 제2항에 비추어 보아도 당연한 것이다. 또한 수형자의 성공적인 사회복지를 위한 사회화처우는 교도소의 안전과 질서가 유지되고 있는 바탕 위에서만 가능한 것이다. 단순히 이 규정을 문리해석할 경우에는 교도소 등의 안전과 질서를 위하여 접견이나 서신왕래를 금지하는 것은 허용될 수 없는 결과가 될 것이다. 뿐만 아니라, 우리 행형법 제33조 제2항은 수용자가 신청한 신문 또는 도서의 내용이 교도소 등의 「<안전과 질서>를 해하거나 교화상 특히 부적당하다고 인정되는」 사유가 있을 때는 신문 또는 도서의 구매 및 열람을 금지할 수 있다고 규정하고 있는 바, 「교도소 등의 안전과 질서」가 신문 또는 도서의 구매 및 열람의 금지사유로는 합당하지만 접견이나 서신왕래의 경우에는 합당하지 않는 합리적인 이유를 찾을 수 없다(또한 제33조의 3 규정도 참조). 그러므로 이 조항은 「처우 또는 교도소의 안전과 질서유지를 위해 특히 부적당한 사유가 없는 한」으로 개정함이 옳다고 본다. 그러나 이 규정에 의해서도 헌법합치적인 목적론적 해석을 할 경우 교도소 등의 안전과 질서를 위해 접견이나 서신왕래를 금지할 수 있다고 본다. 다만 교도소 등의 안전과 질서를 이유로 하는 접견금지 등에 있어서의 기본권제한의 범위 및 그 정도는 법치주의의 한계를 벗어나서는 아니될 것이다. 그러나 해석론상 일반적 접견금지 대신에 「비례성의 원칙」에 따라 제18조 제3항에 따른 접견감시로 충분한지



아닌지 여부를 먼저 검토하고, 이것만으로는 교도소의 안전과 질서에 대한 위협을 방지할 수 없다는 구체적인 근거가 있을 때에 한하여 접견금지를 할 수 있다고 본다.

그리고 우리 행형법 제18조 제2항에 따르면, 소장은 「교화 또는 처우상 <특히 부적당한 사유>가 없는 한」 원칙적으로 수용자의 접견을 금지할 수 없다. 따라서 예외사유인 <특히 부적당한 사유>는 객관적이고 심사가 가능한 사실에 입각하여 엄격히 해석하여야 한다.

한편 현행법상 소장은 「處遇」를 이유로 접견을 금지할 수 있는데, 수형자에게 유해한 영향을 미치거나 수형자의 사회복귀에 장애를 초래할 우려가 있는 때가 여기에 해당될 것이다. 그러나 배우자나 직계친족, 형제자매 등 근친의 접견은 「처우」를 이유로 가급적 제한하지 아니하는 것이 바람직하다. 이들 가족으로부터의 혹시 있을지도 모를 악영향을 막기 위한 적절한 처우조치나 감시조치를 먼저 강구하고 이것이 형사시설의 특별한 사정상 어려울 경우에 한하여 접견을 금지하는 것이 바람직하다고 본다(보충성 요건). 또한 「교화 또는 처우상 특히 부적당한 사유」를 판단함에는 수형자에 대한 사회화처우에 장애를 초래할 만한 구체적인 근거를 요한다고 보아야 할 것이다.

행형법 제18조 제1항, 제2항은 미결수용자에 대해서도 「교화 또는 처우상의 이유」로 접견을 거부할 수 있도록 규정하고 있다. 그러나 일본 형사시설법안은 미결수용자의 접견을 일반적으로 금지하지 않으며, 다만 동법안에 정한 일정한 요건에 해당하는 경우에 한하여 면회를 <정지>하거나 <제한>할 수 있음에 그치고 있다(동법안 제109조, 제110조 및 제112조 참조). 생각건대, 아직 유죄판결이 확정되지 않은 미결수용자는 무죄로 추정되므로 그에 합당한 처우를 받아야 한다고 본다(유엔피구금지처우최저기준규칙 제84조 제2항 참조). 동시에 미결수용자는 신체적으로 구속되어 있고 또 심리적으로는 매우 위축되어 있는 상황에서 형사소송상의 방어권 행사를 하여야 하므로, <소송수행>과 <형사시설의 안전과 질서>를 위하여 필요한 제한과 감독을 받는 한도내에서, 가족 또는 친지와 접견이나 통신에 필요한 모든 편의가 제공되어야 할 것이다(유엔 「최저기준규칙」 제92조 참조). 그러므로 <處遇上의 이유>로 미결수용자의 접견을 금지하는 것은 미결수용자의 헌법상의 지위에 반한다고 본다. 우리 대법원이 헌법 제10조의 인간의 존엄과 가치 및 행복추구권 규정과 무죄추정의 원칙을 규정한 헌법 제27조 제4항의 규정에 의거하여 미결수용자의 접견권은 헌법상 보장되는 기본권으로서 그 행사는 원칙적으로 보장되어야 하고 예외적으로만 제한할 수 있다고 전제하고, 구속된 피고인 또는 피의자의 타인과의 접견권이 헌법상의 기본권이라 하더라도 헌법 제37조 제2항에 의해 법률로써 제한할 수 있으며, 구체적으로는 「접견을 허용함으로써 도주나 증거인멸의 우려방지라는 구속의 목적에 위배되거나 또는 구금시설의 질서유지를 해칠 현저한 위험성이 있을 때」는 접견권을 제한할 수 있지만, 「그와같은 제한의 필요가 없는데도 접견권을 제한하거나 또는 제한의 필요가 있더라도 필요한 정도를 지나친 과도한 제한을 하는 것은 헌법상 보장된 기본권의 침해로서 위헌」이라고 판시하고 있는 것도 이상의 논술과 부합한다고 할 것이다.

#### IV. 接見의 監視

1. 독일행형법 제27조 제1항 제1문은 「處遇」나 「교도소의 안전 또는 질서」를 이유로 할 때에만 수형자의 접견을 감시할 수 있는 권한을 행형당국에게 부여하고 있다. 이 범위

내에서 행형당국은 그때마다 의무적합적 재량에 의하여 접견에 대한 감시의 필요 및 그 범위를 결정하여야 한다. 그 결정의 기준은, 한편으로는 교도소의 안전 또는 질서의 위협의 정도이며, 다른 한편으로는 감시를 통하여 수형자의 처우 또는 사회복귀가 어느 정도 촉진 또는 침해될 것인가라는 관점이다. 위 제1문의 사유는 접견의 감시로부터 알게된 지득사항의 이용을 처우나 교도소의 안전과 질서를 이유로 이용하는 것을 허용하는 제34조와의 연관 속에서 고찰하여야 한다. 오로지 교도소장만이 대화내용의 이용을 위협방지라는 관점에서 결정한다. 그런데 제27조 제1항은 제4조 제2항 제2문에 정한 「특별규정」을 의미한다. 그러므로 제27조 제1항에 의거할 때에만 교도소에서의 일반적 접견감시(generelle Besuchsuberwachung)가 허용된다. 그러니까 접견감시의 素材는 위 규정을 통하여 궁극적으로 규율된다. 그러나 감시는 그 전제로서 처우, 안전 또는 질서의 위협의 존재에 대한 법원의 심사가 가능한 구체적인 증거사실을 요하며, 일반적 우려만으로는 충분하지 않다. 그리고 판례와 지배적 견해는 제27조 제1항에 의해 접견감시를 정당화할 수 있는 사유, 즉 처우, 안전 또는 질서에 대한 위협은 단지 수형자나 접견자의 인격으로부터 뿐만 아니라, 시설내의 특별한 사정, 안전성의 정도 기타 시설관련적 관점 등에서 비롯될 수도 있다고 본다. 다시 말하면, 판례는 「이 규정(행형법 제27조 제1항: 필자)의 목표- 접견으로 인한 교도소의 안전과 질서의 침해배제-를 달성하기 위하여 접견에 제한을 가하는 권한은 상이한 전제조건에 따라, 즉 위협을 근거지우는 상황이 일반적으로 형사시설의 종류에 존재하는지 아니면 개별적으로 수형자 및 그 접견자의 인격에 존재하는지 여하에 따라 행사되어야 한다는 어떠한 납득할만한 근거를 찾을 수 없다」고 한다. 이처럼 일반적 위협가능성에 기초한 감시를 허용하는 이 판례의 견해에 대해서는 Muller-Dietz의 비판이 있다. Muller-Dietz에 따르면 이 경우는 수형자 및 접견자의 인격과 아무런 관계도 없는 일반적 이유에 의한 일종의 <특별희생>을 요구하는 것으로 부당하므로 해석론상 시도될 수 없다는 것이다. 말하자면, 개개 수형자의 여러 가지 사정을 무시하고 형사시설적 요소와 결부된 일반화적 고찰방법은 수형자의 권리를 現狀 여하에 따라 최소화시킬 위험이 있다는 것이다. 나아가서 그는 그러한 일반적이고 무차별적인 실무상의 통제를 허용하는 것은 행형법 제143조 제1항의 「교도소는 개개인에 필요한 처우가 보장될 수 있을 정도의 형태를 갖추어야 한다」는 개별화요구에 반함을 지적한다. 확실히 Muller-Dietz의 지적처럼, 위 OLG의 판례에 따를 경우, 시설관련적 요소에 비추어 볼 때 접견통제의 요구가 감소될 경우에도 접견감시의 정당성 여하는 개별사안의 상황이 개인적 위협요소에 대한 인식을 가능케 하는가 여하에 달려 있는지? 그리고 일반적으로 시설의 「안전필요성」이 매우 높은 경우에는 <경미한> 개인적 위협요소만으로도 접견감시를 정당화하는 데에 충분한지? 등이 의심스럽게 된다. 어쨌든 지배적 견해는 약물남용에 대처하기 위해 구체적 개별적인 남용의 위험이 없는 경우에도 분리유리판을 통해 접견을 감시하는 것이 허용된다고 본다. BVerfG는 배우자접견시에도 분리유리판을 통한 감시가 원칙적으로 허용됨을 확인하고 있다. 그렇지만 헌법상 개별적 심사가 요청된다. 또한 가능한 한 보다 덜 단호한 감시수단을 다 써보아야 한다.

2. 수형자의 인격과 그가 처한 상황에 대한 정보를 얻기 위한 <處遇上의 理由>로 하는 접견감시는 허용되어야 할 것이다. 경우에 따라서는 이로부터 처우를 위한 결론을 얻을 수도 있다. 특히 교도소는 이를 통해 적시에 필요한 종류의 조치를 내려야 할 입장에 처하기도 한다.

여기서 처우의 개념은 특별한 개인요법적 및 사회요법적 조치를 포함할 뿐만 아니라, 상담,



교육 및 수업, 사회적 행위역량의 양성과도 관련하고 있다. 처우를 이유로 접견이 감시될 경우, 수형자는 처우를 함에 있어 중요한 의미를 갖는 개인적 영역에까지 간여하는 것을 감내하여야만 한다. 그 점에서 이는 행형목표를 달성하기 위하여 필요한 경우에는 권리제한을 수인하지 않으면 아니되는 처우행형(Behandlungsvollzug)의 개념과 상응한다고 하겠다. 적어도 감시를 통해 정보를 얻을 수 있다는, 사실에 기초한 구체적 기대가 존재하고, 이로부터 수형자에 대한 의미충만한 영향을 미칠 수 있는 근거가 밝혀져야만 한다. 그럼에도 불구하고, 감시로 인하여 수형자에게 어떠한 심적 부담도 지우지 않으며 또한 감시를 통해 의미있는 영향이 실제로 축적될 수 있는 경우에 한하여 행형당국에게 이 권한을 사용할 것이 권고된다. 이렇게 볼 때 원칙적으로 접견감시는 억제되는 것으로 본다. 그러나 Regensburg 지방법원은 「신경증적 성격」을 갖고 있는 수형자의 접견을, 그를 보다 잘 이해하기 위하여, 장시간 청각에 의한 통제(대화감시)를 하는 것은 허용된다고 보았다. 또한 범죄적 성향을 저지하기 위한 접견감시는 합목적적이거나 요청될 수 있다고 본다. 예컨대, 결혼사기로 인해 처벌받은 전과가 있는 수형자가 많은 여자들과 접촉할 위험이 임박한 때가 그러한 경우로 들 수 있을 것이다.

<安全上の理由>로 하는 감시는 위험방지에 기여한다. 「행형당국은 접견감시를 통하여 수형자의 생명, 건강이나 안전수용에 대한 위험을 방지할 수 있는 상태에 있어야 한다」. 그러므로 옛 동료 수형자의 접견에 대한 감시는 안전도가 높은 시설에서 하도록 고려하여야 할 것이다. 마찬가지로 행형법은 감시가 행해지지 않는 접견으로부터 시설내의 질서있는 공동생활에 야기될 수 있는 위험에도 대처하여야 할 것이다. 그러나 시설내 질서에 대한 경미한 침해의 위험은 감시조치를 취할 수 있는 충분한 이유가 결코 될 수 없다. 이 경우에도 비례성원칙을 고려하여야 할 것이다.

3. 제27조 제1항은 단순한 「視覺에 의한 監視」(optische Überwachung)와 「聽覺에 의한 監視」(akustische Überwachung), 즉 「對話監視」(Gesprächsüberwachung)를 구별하고 있다. 처우, 시설의 안전 또는 질서를 이유로 하는 감시를 명할 경우에 시각에 의한 감시만으로 충분한 때에는 그것만이 허용된다. 그러나 앞의 이유에서 「요청」되는 때에, 즉 실무상 필요불가결한 때에 한하여 개인격적 영역에 특별한 부담을 주는 대화감시도 허용된다. 이때에 시각적 통제의 필요성은 구체적·사실적 근거가 제시되어야만 한다. 청각에 의한 통제는 체계적이고 표적적인 도청만을 가리킨다. 수형자와 아주 가까운 사람들의 접견이 있는 경우 청각에 의한 감시에 대해서는 아주 특별한 주의를 할 것이 요청된다. 왜냐하면, 기본법 제1조 제1항 및 제2조 제1항에서 정한 인격권의 보호 규정이 적용되는 고도의 인격적 상황이 문제로 되기 때문이다. 반면에 판례는 테러범에 대한 접견에 있어서의 청각에 의한 감시에 대해서는 보다 덜 엄격한 요구만을 하고 있다. 따라서 그러한 수형자의 경우 확실한 심정변화가 없으며 또 서로 교감을 나누는 사람들과의 계속적 접촉을 끊지 않고 있는 사정이 있을 때 이는 교도소의 안전과 질서에 대한 구체적 위험이 있다고 보아 청각에 의한 통제를 하는 것을 정당화한다. 청각에 의한 감시의 전제요건은, 예컨대 노동청의 협력관이 직업지도할 목적으로 수형자를 방문하는 경우에는 충족되지 않는다. 또한 수형자를 돌보았거나 혹은 장차 돌보게 될 보호관찰관이나 사법보조관의 접견시에도 통상적으로 그러한 감시의 전제요건이 결여되어 있다고 할 것이다. 물론 교도소측이 대화통제의 불가피성에 필요한 근거를 시각에 의한 감시를 통하여 비로소 얻을 수 있음은 흔히 있는 일이다. 그리고 물론 개방집행에서도 이론적으로는 처우상의 이유로 대화통제를 고려할 수 있을 것이다. 그러나 개

방집행이 특별한 집행형태임을 감안할 때 수형자의 동의를 받아 하는 것이 좋을 것으로 본다.

4. 한편 미결수용자에 대한 접견금지 및 제한은 독일 형사소송법 제119조 제3항에 근거한다. 이 조항에 따른 처분은 제119조 제6항에 따라 긴급한 경우 이외에는 판사가 행한다. 이 법 제119조 제3항에 따르면, 미결구금의 목적을 위하거나 혹은 수용시설의 질서를 위하여 필요한 때에 한하여 미결수용자자의 자유를 제한할 수 있다. 미결수용자(Untersuchungsgefangener)는 아직 유죄판결이 확정되지 않았으므로 불가피한 제한만을 부과하여야 한다. BVerfGE에 따르면 이는 접견감시에도 그대로 적용된다. 그에 따르면 접견감시는 독일기본법 제1조 제1항(인간존엄의 보호) 및 제2조 제1항(인격의 자유로운 발현에 관한 권리)에 의해 보호받는 수용자 및 접견자의 개인적 생활영역에 대한 매우 중대한 침해를 의미한다. 그리하여 BVerfGE는 「판사는 항상 개별적 경우에 청각에 의한 접견감시를 하지 않을 경우 구금의 목적이나 질서에 위협을 초래하게 되는지에 대한 구체적인 판단근거가 존재하는지를 심사하여야 한다. 자유권의 남용이 있을 수 있음을 전혀 배제할 수만은 없다는 사정은 미결수용자에게 제한을 가하기 위한 형사소송법 제119조 제3항에 대한 기본권 고려적 해석에 충분하지 못하다(BVerfGE 35, 5, 10 참조)」고 판시한다. 이 연방헌법재판소의 결정(1993. 8. 31) 사안은 변호사이며 공증인인 62세의 피고인이 도주의 우려가 있음을 이유로 구금되었는 바, 그가 그의 배우자와 아들과의 접견시에 청각에 의하지 않는 감시를 신청하였으나, 미결구금의 목적을 보장하고 또한 형사시설의 질서유지를 이유로 법원에 의해 기각된 사안이다. BVerfGE는 이 사안에서 KG가 위에서 제시한 기준을 간과하여, 아내와 아들과의 감시없는 접견이 수용자의 도주에 대한 현실적 위험이 있는지에 대한 구체적인 판단근거를 확인하지 않았음을 지적한다. 이어서 「물론 수용자가 외국으로 도주했을 때 외국에서의 재정적으로 안정된 활동을 위해 이때 충분한 가치의 재산처분이 있을 수 있지만, 그러나 KG가 확정된 사실로부터는 아들 또는 배우자가 도주를 준비할 것을 조장할 것이 예견된다거나 수용자가 이들과 대화감시 없이 접견할 때에 그의 도주가능성이 증대된다는 사실을 간취할 수 없다」고 판시하였다. 아울러 BVerfGE는 KG가 아들의 접견을 기본법 제6조 제1항과 관련지어 평가하지 않은 잘못이 있음도 지적한다. 「이 규정은 혼인과 가족은 국법질서의 특별한 보호를 받으며 구금집행의 형성에 가치결정적 근본규범으로서 작용한다. 이로부터 먼저 관할판청은 적절한 범위에서 미결수용자의 배우자와 아들과의 접견을 가능하게 하기 위해 필요하고 또 기대가능한 노력을 다 하여야 한다는 결론이 나온다(BVerfGE 42, 95, 101f). 그러나 이것은 접견 그 자체가 가능하다는 것 뿐만 아니라, 접견을 제한하는 처분은 불가피한 것에 한정되어야만 한다는 것을 의미하는 자명하다. 그러므로 가족의 접견의 경우는, 구금의 목적이나 수용시설의 질서를 위해 접견제한처분이 반드시 필요한지 여하에 대한, 진지하고도 철저하게 기대가능성 기준에 정향한 심사를 요한다」그러나 BVerfGE는 KG가 이러한 의무적 심사를 충분히 하지 않았음을 지적하였다.

5. 우리 행형법은 일반적으로 수용자, 즉 수형자와 미결수용자의 접견을 감시할 수 있도록 규정(일반적 감시)하고 있으며, 다만 변호인의 접견에 한하여 예외를 인정하고 있다(제18조 제3항). 이 조항은 접견감시를 정당화하는 사유를 명시하지 않고 포괄적으로 감시가 허용됨을 규정하고 그 제한사유를 전혀 정하지 않고 있다. 그러나 접견권, 즉, 「만나고 싶은 사람을 만날 수 있다는 것」은 판례가 판시한 바처럼, 「인간이 가지는 가장 기본적인 자유 가운데 하나로서, 이는 헌법 제10조가 보장하고 있는 인간으로서의 존엄과 가치 및 행복추구



권 가운데 포함되는 헌법상의 기본권이라고 할 것」이며, 특히 접견감시는 인간존엄의 보호와 인격의 자유로운 발현에 관한 헌법 제10조에 정한 기본권에 의해 보호받는 수용자 및 접견자의 개인적 생활영역에 대한 매우중대한 침해를 의미하므로, 이를 제한하기 위해서는 법률에 근거가 있어야 하며, 또 그 제한은 구금의 목적이나 수용시설의 안전과 질서를 위해 필요한 한도내에서 이루어져야 하며, 필요한 정도를 넘는 과도한 제한은 과잉금지 원칙에 반하여 위헌이라고 할 것이다. 그런데도 행형법 제18조 제3항은 접견감시를 정당화하는 별도의 근거사유를 정함이 없이 이를 포괄적으로 하위명령에 위임함으로써 그 입법이 불충분하여 입법행위에 결함이 있는 경우, 즉 <不眞正不作爲立法>이라고 하겠다. 더구나 행형법시행령 제58조 제2항은, 1. 형기의 3분의 1(무기형의 경우는 7년)을 경과한 수형자로서 행형성적이 우수한 자, 2. 죄질이 가벼운 미결수용자로서 증거인멸의 우려가 없다고 인정되는 자, 3. 기타 교화상 필요하다고 인정되는 자에 한하여 면담요지의 기록 및 교도관의 참여없이 접견할 수 있도록 정하고 있다. 여기서 제1호에 정한 사유인 「행형성적이 우수한 자」를 감시배제사유로 인정한 것이 접견감시 여부를 <누진처우의 일환>으로 생각한 것이 아닌지 의심이 간다. 다음 제2호에 따르면 「증거인멸의 우려가 없는 미결수용자」는 접견감시의 배제사유가 되는데, 그렇다면 <도주의 우려>가 없는 자는 접견감시의 배제사유가 되지 않는 것인지? 의문이다.

생각건대, 「處遇」나 「교정시설의 안전 또는 질서」를 이유로 할 때만 수형자의 접견을 감시할 수 있는 권한이 교정당국에게 있다고 본다. 그리고 미결수용자의 경우는 「도주나 증거인멸의 방지」라는 구속의 목적을 감시의 이유로 추가로 들 수 있을 것이다. 그러나 「處遇」를 이유로 하는 감시는 무죄로 추정되는 미결수용자의 헌법상 지위에 비추어 합당하지 않다고 본다. 한편 행형법 제66조 제1항은 미결수용자와 변호인의 접견에는 교도관의 참여와 그 내용의 청취 또는 녹취를 금지하고, 다만 「可視距離에서의 監視」만 허용하고 있다. 그러나 이를 변호인과의 접견에만 한정할 이유는 없다고 본다. 처우, 구금의 목적, 시설의 안전 또는 질서를 이유로 수형자 또는 미결수용자의 접견감시를 명할 경우에 「視覺에 의한 監視」만으로 충분한 때에는 그것만이 허용되고, 전술한 이유로 필요불가결한 때에 한하여 개인격적 영역에 특별한 부담을 주는 「對話監視」(Gesprächsüberwachung)도 허용된다고 보는 것이 基本權制限의 必要性原則과 過剩禁止의 原則에 합치된다고 본다.

## V. 맺는 말

필자는 지금까지 「수용자의 접견」과 관련된 문제 중에서 가장 중요한 문제영역인 수용자의 「접견의 원칙, 금지, 감시」에 관하여, 주로 독일 행형법과 관련한 비교법적 고찰을 통하여, 우리 행형법의 바람직한 해석론과 입법론의 일단을 펴려고 노력하였다. 그러나 이는 지면관계상 그 素描에 그친감이 있다. 그러나 이상의 논술을 요약하면 다음과 같다.

생각건대, 전술한 바와 같이 수형자 및 미결수용자의 다른 사람과의 접견 및 교통은 헌법상의 인간의 존엄과 가치의 보장과 행복추구권 및 표현의 자유에 기초하고 있는 인간으로서 가장 기본적 권리이며, 또한 우리 행형법은 행형의 목적을 수형자의 수용을 확보하면서 수형자의 인권보호와 사회복귀의 촉진에 두고 있는 점에 비추어 볼 때, 수형자 및 미결수용자에게 원칙적으로 다른 사람과 접견할 수 있는 <권리>를 인정함이 옳으며, 구금의 목적 또는 교정시설의 안전과 질서를 위태롭게 할 수 있는 경우나, 수형자의 사회복귀에 지장을 줄

연려가 있는 때에 한하여 <예외적으로> 접견 등 외부와의 교통권을 금지 및 제한하는 것이 헌법합치적인 해석이라고 본다. 그러나 가족과의 접견 및 교통은, 특히 <시설의 안전과 질서>를 위태롭게 할 <구체적인 현저한 사유>가 없는 한 이를 금지하거나 또는 감시하는 등의 제한을 하지 않는 것이 바람직하다. 아울러 「접견금지」는 접견감시만으로는 구금의 목적, 처우 및 시설의 안전 또는 질서를 유지할 수 없을 때에 한하여 <보충적>으로 행할 것이며, 또한 「접견감시」는 그 전제로서 처우, 안전 또는 질서의 위협의 존재에 대한 법원의 심사가 가능한 <구체적인 증거사실>을 요하며, 일반적 우려만으로는 족하지 않다고 본다. 또한 「視覺에 의한 監視」(可視距離에서의 監視)만으로 충분한 때에는 그것만이 허용되고, 필요불가결한 때에 한하여 예외적으로 「聽覺에 의한 監視」(可聽距離에서의 監視)도 허용된다고 보는 것이 타당하다고 본다. 이 점은 명확한 입법이 요구되는 부분이라 할 것이다.



# 소년범죄<sup>1)</sup>에 대한 시설내 처우의 문제점 I

- 미결구금제도(소년분류심사원제도)의 문제점을 중심으로 -

Problem der stationären Saktionen über Jugendkriminalität I

- vor allem über die Untersuchungshaft zur Klassifikation -

인하대학교 법과대학 교수 元 惠 郁

최익진 장서각 영서

## 〈目 次〉

### I. 들어가는 말

### II. 소년미결구금제도

1. 현행 소년미결구금제도
2. 독일의 소년미결구금제도

### III. 소년분류심사원제도

1. 조사제도
2. 소년분류심사원제도

### IV. 독일의 조사구금(Untersuchungshaft) 제도

1. 구금요건
2. 보충성의 원칙
3. 구금의 집행
4. 조사구금의 문제점

### V. 맺음말

## I. 들어가는 말

최근 세계 각국의 소년범죄 경향은 양적 증가와 함께 질적으로 흉포화·집단화·저연령화의 공통적인 현상을 보이고 있다. 우리나라의 소년범죄도 그 사회적 심각성이 점차 증가하고 있다. 우선 양적인 증가로서 그 심각성을 추측할 수 있는데, 지난 30년간 소년범죄는 약 3.3배 증가했고<sup>2)</sup>, 1997년에는 1993년도에 비해

1) 본 논문에서 소년범죄라 함은 범죄소년, 촉법소년, 우범소년을 총칭하는 소년범죄를 의미한다. 특히 본 논문에서는 '청소년'의 개념을 사용하지 않고 소년법의 규정에 의거하여 '소년'의 개념을 사용한다. 따라서 본 논문에서 '소년'이라 함은 12세 이상 20세 미만의 소년을 의미한다.



48.4%가 증가하여 전체범죄의 증가율인 21.8%보다 높은 증가율을 보이고 있다.<sup>3)</sup> 뿐만 아니라 질적으로도 흉포화되어, 1997년 소년범죄의 유형별 분포상황을 보면 폭력범이 37.9%, 재산범이 24.1%, 살인·강도·강간 등 강력범이 3.4%에 이르렀다.<sup>4)</sup> 이러한 양적인 증가와 질적인 흉포화 이외에도 재범율의 증가와 저연령화 역시 소년범죄의 특징으로 나타나고 있다.<sup>5)</sup> 이러한 소년범죄를 처리하는 소년사법제도는 국친사상에 따라 소년을 보호하고자 하는 교육형주의에 입각하고 있다. 소년법 제1조는 “반사회성 있는 소년에 대하여 그 환경의 조정과 성행의 교정에 관한 보호처분을 행하고 형사처분에 관한 특별조치를 행함으로써 소년의 건전한 육성을 기함을 목적으로 한다”고 규정하여 소년보호주의를 표명하고 있다. 이것은 비행소년을 처벌의 대상이 아니라 보호의 대상으로 보는 것이며, 특히 범죄소년에 대해서는 형사처분을 함에 있어서 성인과는 다른 배려 즉 보호를 통하여 건전한 육성을 기한다는 의미이다.<sup>6)</sup> 이러한 소년보호의 이념을 실현하기 위해서는 소년의 요보호성에 대한 자료가 상세하게 수집·조사되어 소년부 판사에게 객관적인 사실을 그대로 제공하는 제도적 장치가 필요하다. 현행 소년법에서는 소년에 대한 조사의 필요성을 인식하여 “조사는 의학, 심리학, 교육학, 사회학 기타 전문적인 지식을 활용하여 소년뿐 아니라, 그 보호자 또는 참고인의 성행, 경력, 가정상황, 기타 환경 등을 구명하도록 노력하여야 한다(소년법 제9조)”는 조사의 일반방침을 선언한 뒤 판사가 심리를 함에 있어서 필요한 사항, 예를 들어 소년의 비행사실, 성행, 환경 등을 법원 조사관으로 하여금 조사케 하여 조사관의 의견과 함께 보고할 수 있도록 하고 있다(소년법 제11조, 제56조, 소년심판규칙 제11조, 제12조).

소년사건은 그 유형에 따라 보호처분 혹은 형사처벌로 처리되는데, 이러한 보호처분과 형사처벌은 각각 소년법원과 형사법원에 의해 결정된다. 형사법원에서는 벌금형, 자유형 등 일반형사사건과 동일한 형벌로 처리하며, 소년법원에서는 소년법 제32조 제1항에 규정된 제7호까지의 보호처분으로 처리한다. 보호처분 중 시설내 처우로는 4호처분인 아동복지시설 기타 소년보호시설에의 감호위탁, 5호처분인 병원·요양소에의 위탁 및 제6호와 제7호 처분인 소년원 송치를 들 수 있다.

2) 범죄백서, 1996년 242면

3) 청소년백서, 1998년, 430면

4) 청소년백서, 1998년, 430면

5) 박상기/손동권/이순래, 형사정책, 1999년, 221면; 배종대, 형사정책, 1998년, 534면 이하

6) 최중식, 소년사법의 문제점과 개선방안에 대한 일고찰, 이한교교수정년기념논문집 2000년, 539면 이하

이러한 처분 중에서 4호처분과 5호처분은 거의 활용되고 있지 않으며, 주로 소년원 송치가 활용되고 있다. 즉 소년사건의 사법적 처리에 의해 시설내에 수용되는 핵심적인 처분으로는 소년교도소에의 수감과 소년원에의 송치를 들 수 있다. 그밖에 범죄(비행)소년이 시설내에 수용되는 경우에는 조사 혹은 심리 단계에서 미결구금으로서의 구속과 소년분류심사원의 수용을 들 수 있다. 소년분류심사원은 소년법에 의한 보호처분으로서의 시설내 수용이 아니라 단지 소년의 요보호성을 조사하기 위해 일정기간 위탁·수용된다는 점에서 소년원 송치와 구별되나, 일정기간 시설내에 수용되어야 한다는 측면에서는 시설내처분의 한 유형으로 간주될 수 있다. 소년에게는 소년교도소 수감 혹은 소년원 수용뿐 아니라 형사재판을 위한 구속으로서의 미결구금이건 조사를 위한 수용이건 모두 자유와 권리를 제한하는 조치로 받아들여진다. 이는 최근 시설내처우가 소년범죄에 효과적으로 대처할 수 없음이 여러 통계자료를 통해 입증되면서 사회내처우의 중요성이 강조되는 경향에 정면으로 대치되는 것으로 보여진다. 이에 본 연구에서는 소년미결구금의 형태, 특히 소년보호사건으로 처리되는 과정에서의 소년분류심사원제도의 문제점을 제기하고 이에 대한 개선방안에 대해 살펴보고자 한다. 이를 위해서는 우선 현행 소년미결구금제도와 소년분류심사원제도를 정당화하는 조사제도에 대해 살펴보고자 한다.

## II. 소년미결구금제도

### 1. 현행 소년미결구금제도

소년이 범죄와 비행을 이유로 사법처리의 대상이 되는 경우에 형사사건으로 처리되는가, 혹은 보호사건으로 처리되는가에 따라 신병처리에 관한 적용법규가 달라진다. 이에 따르면 소년형사절차에서는 ‘구속’이 미결구금의 형태로, 소년보호절차에서는 ‘소년분류심사원 위탁’이 미결구금의 형태로 나타난다.

#### 1) 구속

형사절차의 대상이 된 범죄소년에 대한 미결구금은 성인과 마찬가지로 기본적



으로 형사소송법이 규율하는 구속의 형태로 이루어진다. 다만, 소년법은 소년에 대한 구속을 '부득이한 경우'만으로 한정하고 있으며, 분류수용의 원칙을 규정하고 있다(소년법 제55조). 그럼에도 구속상태가 소년에게 좋지 않은 영향을 끼치게 될 것이라는 점은 부인할 수 없다. 따라서 소년법이 규정하는 '부득이한 경우'라고 하는 제한요건은 형사소송법 제70조 제1항과 제201조가 규정하고 있는 구속의 요건보다 더 엄격하게 해석해야 할 것이다. 따라서 주소가 분명하지 않거나, 보호자가 없더라도 보호자를 대신하여 소년을 감호할 수 있는 자가 있는 경우 등은 부득이한 경우에서 제외시켜도 좋을 것이다. 결국 형사소송법상의 구속사유가 충족되고 할지라도 소년의 건전한 육성이라는 특수성을 고려하여 소년의 신병을 구속하는 것은 최소한에 그쳐야 할 것이다.<sup>7)</sup> 물론 구속된 소년은 일반 형사소송절차에 의해 인정되는 구속취소, 보석, 구속집행정지, 구속적부심사 등에 의하여 석방될 수 있다.

우리나라의 경우 일반 형사사법에서 구속의 남용은 부당한 공권력 형사의 대표적인 사례로 지적되고 있는데, 소년사법에 있어서도 가장 심각한 문제로 지적되고 있다. 구속에 따른 여러 가지의 폐해를 고려할 때 소년의 구속은 그야말로 최소한으로 제한되어야 한다. 그러나 실무상 소년에 대한 구속기준은 성인에 대한 것과 별다른 차이가 없고, 특히 소년범의 비율이 높은 강도나 강간사건의 경우에는 거의 예외 없이 구속 구공판으로 처리하고 있다.<sup>8)</sup>

## 2) 소년분류심사원 위탁제도

소년보호절차의 대상이 된 비행소년에 대한 미결구금은 주로 소년법원이 사건의 조사, 심리에 필요한 때 소년의 감호에 관하여 행하는 임시조치(소년법 제18조 제1항)의 일종인 소년분류심사원 위탁의 형태로 행해진다. 감호유치의 유형에는 첫째, 보호자나 소년보호시설 위탁, 둘째, 병원이나 요양소 위탁, 셋째, 소년분류심사원 위탁이 있으나, 실제로는 소년보호시설, 병원 또는 요양소에 위탁되는 경우는 거의 없고, 소년분류심사원에 위탁되거나, 사실상 석방인 보호자 위탁으로 처리된다. 소년분류심사원에의 위탁을 미결구금의 형태로 인정하는 견해에 대해서는

7) 최중식, 앞의 논문, 544면

8) 오영근/최병각, 소년사건처리절차의 개선방안에 관한 연구, 한국형사정책연구원 1995, 91면 이하

다음과 같은 근거에 의해 이의가 제기된다: 소년에 대한 감호는 소년의 신병을 확보하면서 소년을 보호하는 기능을 하는 반면, 미결구금은 단순히 형사소송의 진행과 형벌의 집행을 확보하기 위하여 신체의 자유를 제한하는 기능만 한다는 점에서 양자는 개념적으로 구별되어야 한다. 따라서 소년법원의 감호결정에 의한 소년분류심사원 위탁은 헌법 제12조에서 의미하는 구속과는 전혀 별개의 성격을 갖는 처분이다. 이러한 주장은 헌법상의 구속은 영장주의의 원칙이 적용되는 것으로서 검사의 청구에 의하여 법관이 발부하는 영장에 의한 신체적 자유의 제한을 뜻하는 반면 소년분류심사원 위탁은 소년법원의 독자적인 결정에 의한 점에 근거한다.

그러나 감호에는 소년이 행하는 새로운 범죄를 예방하기 위한 보안구금의 기능도 포함되고 있으므로, 무엇보다도 그 실질이 신체의 자유를 박탈한다는 점에서 구속과 다를 바 없다. 따라서 법적 성격을 해명함에 있어서는 양자가 뚜렷이 구별되지 않는다. 또한 소년법 제61조에서 소년분류심사원 위탁기간을 판결선고전 구금일수로 간주하고 있는 점에 비추어 헌법 제12조의 적용을 받는 구속의 한 형태라고 하겠다.<sup>9)</sup> 더욱이 형사법원에서 소년에 대한 피고사건을 소년법원에 송치하는 경우에 그 대부분이 구속사건이라는 사실과<sup>10)</sup> 구속상태에서 소년법원에 송치될 경우 그 소년은 자동적으로 소년분류심사원에 위탁되어 심리이전까지 최소한 한 달 이상 구금되어 있어야 하는 점을 감안해보면 소년분류심사원 위탁이 구속과의 연속선상에 있는 미결구금의 형태임을 인정할 수 있을 것이다.<sup>11)</sup>

## 2. 독일의 소년미결구금제도

독일의 경우에 소년법원 판사는 충분한 범죄혐의가 있는 소년에 대하여 직장변경, 학교입학, 적절한 가정의 위탁 또는 위험한 소년을 위해 설립된 소년보호시설에의 위탁 등 "일시적 교육명령"을 부과할 수 있다(소년법원법 제71조 제1항).

9) 오영근/최병각, 앞의 논문, 92면 이하

10) 1987년 19.9%가 형사법원에 기소된 사건 중 소년부로 송치된 것으로 나타났으며, 1992년에는 26.3%, 1993년에는 33.5%를 차지하고 있는 것으로 나타났다. 1994년 이후부터는 감소하는 경향을 보여 1998년에는 12.9%로 나타났다.(김지선, 소년보호처분 유형의 결정요인에 관한 연구, 한국형사정책연구원, 2000, 75면)

11) 김지선, 앞의 논문, 76면



또한 소년법원 판사는 새로운 범죄행위를 방지하기 위해 필요한 경우 적절한 소년법원보조인(Jugendgerichtshilfe)의 가정에 임시로 위탁할 수 있다(소년법원법 제72조 제2항). 이러한 처분으로도 목적달성이 불가능한 경우에만 미결구금의 형태인 "조사구금(Untersuchungshaft)"을 명할 수 있는데, 조사구금을 명하는 경우에는 그 이유를 제시해야 하고, 신속한 재판을 해야 한다(소년법원법 제72조 제1항). 특히 14-15세의 소년에 대한 조사구금은 소년이 절차를 회피했거나, 시설에서 도주했거나 정해진 주소나 거소가 없는 경우에 한하여 도주의 우려를 이유로 허용된다. 조사구금일수는 원칙적으로 소년형(Jugendstrafe)에 산입하는데, 소년의 태도에 따라 전부나 일부를 산입하지 않을 수 있다(소년법원법 제52a조).

### III. 소년분류심사원제도

소년분류심사원제도는 소년법원 판사가 소년의 요보호성 판단을 위해 소년분류심사원에 조사를 위탁하는 제도이다. 이에 이하에서는 우선 현재 시행되고 있는 우리나라의 조사제도에 대해 살펴보고, 소년보호절차에서 현재 거의 모든 조사를 시행하고 소년분류심사원의 현황과 문제점 및 그 개선방안에 대해 살펴본다.

#### 1. 조사제도

소년법원의 존립근거는 소년법원제도를 통하여 비행소년을 성인범죄자와 구별하여 범죄사실에 중점을 두는 것이 아니라, 범죄사실의 배후에 있는 반사회적인 인격과 환경을 찾아내어 이에 대한 교육적, 보호적 대책을 세워 소년의 건전한 육성을 기하려는 데 있다. 따라서 소년에게 가장 적절한 보호처분을 행하는 '처우의 개별화'를 실현하기 위해서는 소년의 성격과 행동 및 환경에 대한 조사가 실증적으로 정확히 이루어져야 한다. 따라서 조사제도가 제대로 기능하지 못한다면 성인형사절차와 분리하여 소년법을 처우한다는 의미가 반감될 것이다. 즉 비행소년에 대한 보호처분은 처분 전의 단계로서 소년에 대한 개별적인 환경과 자질 등에 대한 충분한 사전조사가 전제되어야 한다. 이러한 조사가 전제되지 않고서는 비행소년에게 가장 적절한 보호처분을 과할 수 없기 때문이다.<sup>12)</sup>

#### 1) 현행 조사제도

우리나라의 소년사건에서의 조사제도는 소년보호사건과 소년형사사건을 구분하여 먼저 소년보호사건에 있어서는 가정법원 및 지방법원 소년부에 조사관을 두고 또한 전문 분류기관으로써 소년분류심사원을 두어 소년의 요보호성의 여부와 보호처분 관련성에 관해 조사하도록 하고 있고, 소년형사사건에 있어서는 보호관찰소에 판결전조사를 의뢰하도록 하고 있다. 이러한 조사 외에도 소년원이나 소년교도소 등 시설에 수용된 소년에 대해서는 보호관찰소에 환경조사를 의뢰해야 하고, 또한 각 소년 수용시설에서는 분류처우를 위한 분류조사가 이루어지고 있다. 이들 소년에 대한 조사제도 중에서도 처우의 개별화와 관련하여 가장 중요한 의의를 가지고 있는 것은 심리개시 전에 실시되는 조사이다.<sup>13)</sup> 특히 소년보호절차에서는 사회조사 등이 비행사실의 심리에 선행하여 행해지고 있다. 소년사건이 접수되면 소년부 판사는 조사관으로 하여금 소년에 관한 조사를 명하게 되고, 조사관은 소년본인, 보호자, 참고인 등의 조사를 통해 소년들의 성행, 경력, 가정상황 등을 규명하여 그 결과를 판사에게 보고해야 한다. 조사기간은 1개월이며, 1개월을 연장할 수도 있고, 소년분류심사원에 위탁할 수도 있다(소년법 제18조). 보호처분제도가 보호주의라는 소년법의 이념에 충실하게 운용되기 위해서는 무엇보다도 중요한 것은 비행사실의 인정과정보다는 소년보호의 필요성(요보호성)의 판단과정에 중점을 두어, 소년의 요보호성의 양상과 정도에 따라 유효·적절하며 다양한 보호수단을 강구하는 것이다. 이를 위해서 소년법에서는 요보호성의 진단과 판단을 위해 의학, 심리학, 교육학, 사회학, 기타 전문적인 지식을 활용하여 소년의 생활사, 생활환경, 사회환경, 학교환경, 가정환경 등을 규명하는 한편(소년법 제9조), 소년부 판사는 전문가의 진단과 소년분류심사원의 분류심사결과 및 법원 소년 조사관의 조사결과를 참작하여 소년의 요보호성을 판단·심리하도록 규정하고 있다(소년법 제12조).

보호사건에서의 조사제도로는 조사관에 의한 조사와 소년분류심사원의 분류심사가 있다. 그러나 현재 우리나라에서 조사업무를 실질적으로 담당하는 조사관은 전국적으로 모두 20여명에 불과하다. 그 가운데 소년조사업무에 종사하는 전문적

12) 최종식, 앞의 논문, 550면; 오영근/최병각, 앞의 논문, 31면

13) 이춘화, 소년사건의 조사제도에 관한 한·일 비교연구, 이한교교수 정년기념논문집 2000, 562면