

등		
	36	28

재소자 인권, 한 나라 민주화의 잣대

.....전국 교도소 수용 실태와 인권 상황

사람이 태어나서 감옥살이를 한다는 것은 즐거운 일이 못된다. 감옥에 가면 사랑하는 가족을 마음대로 만나지도 못하고 사람이라면 누구나 갖고 있기 마련인 삶의 목표나 소망을 실현하기 위해 일할 수도 없다. 그것은 한마디로 '모든 것의 상실'을 의미하며 일생동안 따라다니는 지울 수 없는 과오이고 남에게 애써 숨겨야 할 불명예이다. 그렇기 때문에 사람들은 감옥에 대하여 알고고도 하지 않으며 어쩌다가 감옥을 가더라도 나오는 순간부터 잊어버리려고 한다.

그러나 감옥(교도소, 구치소, 경찰서 대용감방 등)은 우리 사회의 공적 이익의 실현을 표방하는 국가기관으로 존재하는 객관적 실체이다. 지금 우리나라에는 전국에 걸쳐 37개의 구치소, 교도소가 있으며 약 5만여명의 재소자들(1300여명의 양심수 포함)이 수감되어 있다. 사람들이 감옥에 대해 어떻게 생각하는가에 상관없이 사회의 한부분을 차지하며 우리들 자신이나 가족들이 언제라도 갈 수 있도록 문이 넓게 열려있는 곳이다.

1. 거꾸로 가는 교도행정

6공화국 들어 초기에는 교도소에도 민주화 바람이 있었다. 전반적인 사회 민주화 분위기와 양심수들의 헌신적인 투쟁의 성과로 '권위주의'와 '행정편의주의'를 청산하려는 움직임이 일기 시작했다. 그 구체적인 표현이 1988년11월1일 발표한 법무부의 재소자 처우에 관한 지침이다.

- 교도행정을 혁신하고 재소자의 교정, 교화를 위해
- 1) 재소자 열독도서목록 및 개인 도서소지 한도 폐지
 - 2) 우량재소자와 미결수용자에게 신문열독 허가
 - 3) 2급 이상의 우량수와 개방 및 준개방 차우 재소자에게 매일 T.V 시청 허용
 - 4) 라디오 청취는 전제

소자에게 일정시간 허용 5) 누진처우 2급 이상의 수용자에게 월1회 집필을 허용하던 것을 2회 내지 수시로 허용 6) 서신 발송 횟수 제한은 폐지. 친족이외의 사람과도 서신교환 허용한다. 그리고 구체적인 실행은 교도소장의 재량에 따른다는 것이었다.

이 지침은 당시 상당히 획기적인 내용을 담고 있는 것으로 재소자들과 인권단체의 환영을 받았다. 그리고 이 중 일부는 실제 실행되었다. 재소자들은 자비로 신문구독을 할 수 있었고 8촌 이상의 친척과 친구들에게도 편지를 할 수 있었다. 더불어 면회도 상당히 자유로워져 가족이 아닌 사람도 가능해졌고 대전교도소의 비전향좌익수들은 수감생활 수십년만에 처음으로 편지도 받아보고 바깥세상 사람도 만나보았다.

그러나 이런 반가운 소식도 공안정국과 민자당의 출범과 함께 사라지기 시작했다. 감옥은 다시 양심수로 가득차기 시작했고 탄압은 강화되었다. 가장 먼저 장기수들에 대한 면회와 서신이 금지되었다. 민기협 양심수후원회 회원들이 장기수들에게 보낸 편지가 폐기, 소각되는가 하면 지방으로 면회간 사람들이 그냥 돌아오곤 했다. 뒤이어 7월7일 '공안사건관련 재소자에 대한 특별관리 지침'이란 것이 법무부에서 교도소로 내려와 양심수들의 면회도 제한되기 시작했다. 또 올해 연초부터는 전국교도소에서 폭력사건이 발생하기 시작했다. 부산, 대전, 대구, 안양, 수원, 목포, 의정부, 마산, 춘천교도소를 가리지 않고 대부분의 교도소에서 흰두번씩은 폭력사건의 홍역을 치러야 했다. 이번 서울구치소 집단폭행사건도 이 연장선에서 '재소자들의 사기를 꺾고 효율적으로 통제하기 위해'의 목적으로 계획된 것이었고 이 일을 시작으로 전국의 다른 교도소에서도 탄압이 강화될 것이 예상된다.

결국 88년11월1일의 '재소자 처우지침'은 노태우의

6·29선언 만큼이나 빈강통이 되어 버리고 말았다. 지금이라도 당시 약속들이 실현된다면 차우는 상당히 진전될 것이고 소내 분류도 줄어들 것이다. 사방시설, 부식, 서신, 면회, 운동, 도서, 집필, T.V. 라디오 시청 등의 문제는 여전히 심각한 상태로 남아있다. 빈발하는 교도소 폭력과 더불어 교도행정의 권위주의, 구시대적인 행형법과 관행이 교도소 문제의 초점으로 등장하고 있다.

2. 개선되지 않는 재소자 처우

인간이란 누구나 태어나면서부터 인간으로서의 존엄과 가치를 지니고, 인간답게 살 수 있는 권리를 지니고 있으며, 이것은 언제 어디서 그 어떠한 이유에 의하여서도 침해받거나 유보될 수 없는 것이다. 이것이 바로 인권이고 인권은 수감되어 있는 재소자에게도 동등하게 적용된다. 범법행위의 혐의를 받거나 형이 확정된 경우도 사회로부터의 격리와 구금을 당하고 일시적으로, 부분적으로 공민권의 제한을 받더라도 그것이 결코 인권의 유보를 의미하지는 않는다.

그러나 우리의 현실은 어떠한가? 재소자들도 인간으로서의 기본적인 권리들을 누리고 있는가? 몇몇 출소자들의 증언과 자료를 기초로 살펴보자.

1) 수용시설

재소자들은 운동시간이나 면회기는 시간을 제외하고 일과중의 거의 대부분(잠자고, 식사하고, 책을 보고, 대화하는)을 사방안에서 보내야 하므로 사방환경은 이들에게 매우 중요하다. 일반재소자들이 생활하는 사방의 크기는 보통 4-5평 가량인데 여기서 많은 20명, 보통 10여명이 공동생활을 한다. 1인당 평균 0.2-0.4평 정도 차지하고 사는 셈이다. 여름에는 방안에 있는 제래식 변소에서 풍기는 악취까지 더하면 좁은 공간에서 겪어야 하는 불편은 여간 아니다. 일제단속이 있어 신입재소자들이 무더기로 들어오면 옆으로 누워자는 '칼잠'을 자야 할 정도이다.

이것은 정신건강면에서나 위생적인 측면에서 심각한 문제가 아닐 수 없는데 기본적으로 시설에 비해 과다한 수를 수용하기 때문이다. 그러나 근원적인 이유는 교도소수가 절대적으로 부족한 것이라기 보다는 구속수사의 남용에서 찾아야 한다. 법적으로 구속이란 명백히 '도주나 증거인멸의 우려'가 있는 경우에 제한하여야 함에도 불구하고 지나치게 남용되고 있

다. 우리나라의 경우 구속수사의 비율은 거의 100%에 가깝다. 세계 어느 나라에도 찾아볼 수 없는 수치이다. 또 형의 선고도 벌금형등의 활용보다는 징역형 중심이다. 인신의 구속이 인권제약과 생존권 박탈로 직결되는 현실과 국가적으로 인력과 재정의 낭비라는 측면을 감안할 때 구속수사의 남용은 분명히 재고되어야 한다. 재소자들의 수용시설의 개선도 이와함께 진행되어야 할 것이다.

2) 교육, 교화시설

현행 행형법은 "수형자를 분리하여 교정교화하며 건전한 국민사상과 근로정신을 양양하고 기술교육을 실시하여 사회에 복귀"하게 함을 그 목적으로 하고 있다. 분리, 수용 그 자체를 목적으로 규정하지 않고 교정교화와 사회복귀를 위한 수단으로 삼고 있다. 따라서 교육, 교화사업은 교도소의 사회적 기능과 임무에 해당한다. 그러나 우리나라 교도소는 아직 형무소(사회로부터의 격리와 수용을 그 목적으로 한다)의 수준에 머무르고 있다.

올바른 교정교화를 위해서는 먼저 재소자를 동등한 '인간'으로 대하는 풍토가 형성되어야 하고 교정교화 인력이 확보되어야 한다. 현실은 90% 이상이 8-9급 하위직 공무원으로 교도행정이 운영되고 있어 기본적으로 교정교화 능력이 없을 뿐만아니라 교도관 1명당 6.9명(영국 2.3명, 미국 3.4명)을 담당해야 한다. 하급교도관들은 재소자들에게 신강을 쓰기보다는 자신의 생존문제가 더 시급한 상황이다. (한겨레신문 1990년9월2일자)

또 강제노동을 통한 교정교화를 기본으로 삼고 있지만 노동과정을 통한 인격수양과 기술습득은 거의 불가능한 상황이다. 노역의 대가가 현실성이 없고(4급수의 경우 1일 노동에 상여금으로 60원 지급) 사회복귀후 실제 사용할 수 있는 기술을 가르치고 있지 못하다. 오히려 교도소측에서 노역생산물을 이용하기 위해 실시하지 않나 하는 의문을 살 정도로 교도소 편의에 따라 진행되고 있다.

노동과 더불어 종교활동, 독서, 라디오, TV 방송, VTR의 시청 등이 이루어져야 하지만 일반재소자들은 1주일에 한번 예배 참여와 VTR 시청이 가능할 뿐이다.

3) 의료, 건강시설

신체의 자유가 없는 까닭에 항상 운동과 영양이 많이 부족하다. 사람에게 건강의 중요함을 강조하지 않

더라도 최소한의 의료, 건강시설은 필수적이다. 88년 현재 전국의 시설에는 54명의 의사가 근무하고 있었지만 이들중 53명은 개인병원을 따로 갖고 있었고 춘천, 서울, 대전교도소에는 의사들이 1주일에 3-4일만 출근하고 있었다.

해마다 징역에서 사망하는 사람의 수도 많다. 87년에는 23명이, 88년에는 25명이 숨져 80년1월부터 89년7월까지 무려 235명이 사망했다. 공안사건이나 시국관련사건으로 구속되었다가 사망한 경우는 81년 11월22일 사망한 남민전사건의 이재문씨를 비롯하여 15명이 있다.(평민당 인권백서 89)

올해에도 1월21일 서울구치소에 수감중이던 박봉수씨(43세)가 만기를 17일 남겨둔채 갑자기 사망했는데 그 원인이 간암과 간경화 등 합병증인 것으로 밝혀졌다. 10개월간 복역하는 동안 질병의 말기적인 증세가 뚜렷히 나타났을 것을 상식적으로 예측할 수 있지만 아무런 치료혜택을 받지 못하고 '갑자기' 죽어야 했다.('진료현황을 통해 본 서울구치소 재소자 건강실태와 진료문제점 그리고 개선방향' 1990년2월7일 치과 의사 김진엽 작성) 1월30일 부산구치소에서는 만삭의 임산부가 자궁파열로 사망했고, 7월27일에는 맹장염 수술을 받던 노경진씨(35세)가 맹장이 터져 복막염의 증세를 보이다 사망했는데 마산성모병원의 김필수과장은 "교도소측의 호송이 늦어 상태가 크게 악화되었고 수술 다음날 만류를 무시하고 교도소측이 무리하게 퇴원시켜 사망했다"고 했다.(한겨레신문 1990년8월3일자) 이것들은 불가항력적인 죽음으로 받아들이기는 어렵고 인재에 가깝다고 할 수 있겠다. 사람의 죽음과 관련된 병도 이럴 정도면 나머지 치료상태는 짐작할만 하다.

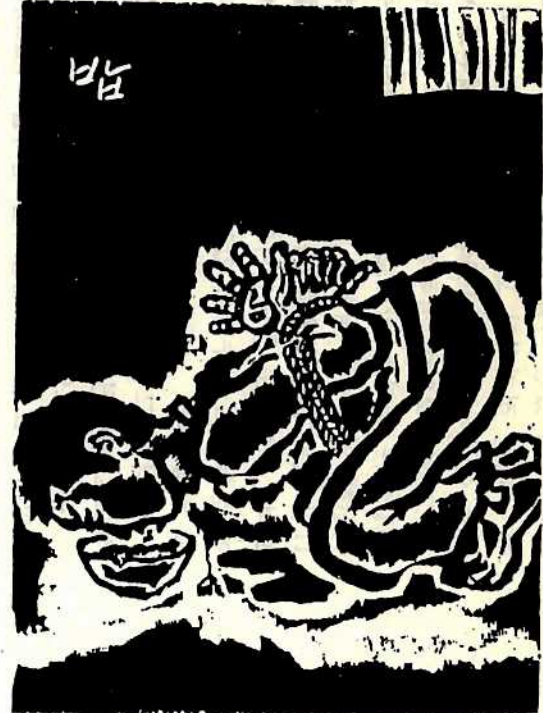
가까운 예로 지난번 서울구치소 폭행사건의 후유증으로 폐기흉 수술을 두 번이나 받고 병상에 누워있는 이명학씨(민족통일민주주의노동자동맹사건)가 사전에 몇차례에 걸쳐 통증을 호소하고 X-ray 사진을 찍었지만 교도소에서는 계속 소염진통제와 신경안정제만 주었다고 한다. 이런 일은 서울구치소의 의무과장이 산부인과의사라는 사실과도 무관하지는 않을 것이다.

4)면담과 청원권

행형법에는 "재소자가 그 처우에 대하여 불복이 있을때, 법무부장관과 순열공무원에게 청원할 수 있고, 소장은 매주 1회 이상 면접일을 정해 재소자의 처우

또는 일신상의 사정에 관하여 면담을 원하는 수형자를 면담해야 한다"고 규정하고 있다. 이는 재소자가 간혹 나타날 수 있는 인권침해나 생존권침해에 맞서 스스로 건의하고 시정할 수 있도록 하기 위한 제도적 장치로 마련되어 있으나 제대로 활용되지 않는다. 1년에 한두번 있는 법무부의 순열은 대청소기간으로 바뀌고, 소장 만나기는 하늘의 별따기 보다 어렵다. 변호사의 수가 선진국에 비해 절대적으로 부족한 상황에서 재소자들은 자신의 권리와 주장을 알릴 수 있는 기회조차 막혀버리는 수가 많다.

지난 6월 김정성씨(25세)는 점촌의 유치장에서 경찰관에게 폭행을 당하여 이 사실을 외부에 알리고 병원에 가기 위해 자신의 동맥을 끊어 자해행위를 한 일이 있었는데 이런 일은 자주 발생하고 있다. 청원할 기회가 없고 법의 도움을 빌릴 수도 없을 때 재소자들이 기껏 사용할 수 있는 방법은 자해 밖에 없다.



5) 폭언과 폭행

또 재소자들은 수시로 교도관들의 폭언과 폭행에 시달려야 한다. 법에는 명백히 "재소자에게 평어를 사용"하도록 규정되어 있음에도 교도관들은 상대가 나이가 많으나 적으나 항상 반말을 사용하고 있고 서슴없이 욕설을 한다. 일반재소자들에게 구타와 폭행

은 일상적으로 당하는 일이다. 자신의 처지를 밖으로 전달해 변호사나 가족들의 조력을 받기 어려운 조건 때문에 '보안과 지하실'(대부분의 교도소에는 보안과 지하실에 조사실, 징벌방이 있어 공포의 대상이 되고 있다)에 끌려가 집단구타를 당하고 혁수정이나 쇠사슬에 묶이는 일도(쇠사슬의 사용은 법으로 허가되어 있다) 빈번하게 발생하고 있다. 양심수들이 폭행을 당하면 밖으로 알려지더라도 하지만 이들은 맞아 죽지 않으면 외부로 알려지지도 않는다.

89년 법무부 국정감사에서 밝혀진 '교도소내 인권 침해관련 고소, 고발사건 수사현황'을 살펴보면 88년 1월부터 89년8월까지 총 127건의 고소, 고발이 이루어졌는데(88년 6건, 89년 121건) 이중 121건이 교도관들의 독직폭행과 가혹행위에 관한 것이었다. 고소, 고발 조차 이루어지지 않은 것을 감안한다면 일반제소자들에게 대한 폭행문제는 매우 심각함을 알 수 있다. 그러나 접수된 127건의 법적처리는 단 1건만 기소유예 처분이 내렸고 나머지는 모두 무혐의로 처리되어 교도관들의 폭력을 합법화시켜주는 결과만 빚고 있다.

3. 교도소의 민주화, 어떻게 가능할 것인가

위에서 6공화국의 교도소 상황을 개략적으로 살펴 보았다. 비록 빙산의 일각에 불과한 내용이지만 '인권의 사각지대'라고 불리는 교도소의 한 단면을 보기에 충분하였을 것이다. 사실 교도소는 법에 의한 지배가 이루어지지 않고 사람에 의한 지배가 이루어지는 곳이다. 전근대적인 조항으로 가득찬 행형법마저 무색할 정도로 교도소장과 교도관들이 전횡의 권력을 휘두르고 있다. 부족한 내용들은 전국 교도소의 상황을 보다 구체적으로 조사한 보고서를 만들 것을 약속하면서 여기서는 산적인 문제들을 어떻게 풀어나갈 것인가에 대해 생각해 보자.

그동안 '죄수들이나 들어가는' 교도소는 사람들의 관심밖이었지만 87년6월민중대항쟁 이후로 국민들의 민주의식이 날로 성장해감에 따라 교도소의 인권상황에 대해 점차 관심이 고조되고 있다. 이제 교도소의 열악한 상황은 사회민주화의 걸림돌로 인식되기 시작한 것이다.

지난 시기 양심수들과 그 가족들은 헌신적인 투쟁으로 교도소에서 인권상황을 개선하는데 상당한 기여

를 해왔다. 양심수들은 이해 당사자로서 감옥안에서 싸우고 가족들은 안팎을 연결하는 고리역할을 훌륭히 수행했다. 그렇지만 지금까지의 투쟁은 일반제소자 전체가 겪는 고통을 해결하기 보다는 양심수들 문제 중심이었고 근본적인 해결보다는 교도소측의 미봉책으로 그치고 마는 경우가 많았다. 사회 여론화도 부족하였다.

중요한 것은 과거의 이러한 경험을 바탕으로 이제 일반제소자들이 겪는 어려움들을 해결하는 것이다. 이들은 전체제소자의 거의 대부분을 차지하고, 양심수들보다 훨씬 어려운 처지에 놓여 있음에도 사회로부터 분리되어 자신의 권리를 실현할 길이 없고, 이런 이유로 교도소에서 집중적으로 탄압받고 있기 때문이다. 이들은 비록 죄를 지었거나 혐의를 받고 있지만(경제사범과 악질적인 조직폭력배들을 제외하고는) 어려운 생활환경과 사회보장제도의 낙후성이 범죄의 원인이 되고 있다. 잘 알려진 것처럼 '유전무죄', '무전유죄'의 사회구조적 모순으로 인한 광의의 피해자들이지 결코 '질서'와 '무책임한 격리'의 대상은 아니다.

이렇게 볼때 얼마전 출범한 '제소자 인권수호 대책위원회'(이하 대책위)는 우리의 관심을 끌기에 충분하다. 대책위는 제소자 인권 문제를 본격적으로 다룰 최초의 사회단체일뿐아니라 교도소의 높은 담을 통과할 수 있는 변호사, 종교인, 의사들이 민가협과 함께 참가했기 때문에 앞으로 활발한 활동을 벌일 것이 기대된다. 대책위는 과거 민가협어머니들이 양심수들의 손과 발이 되었듯이 앞으로 제소자들과 바깥사회의 중간다리 역할을 해야 한다. 교도소 실상을 구체적으로 조사하여 사회에 알리고 이들이 불법적인 처우를 받을 때는 법적 대리인이 되어 적극적으로 활동할 필요가 있다. 일반제소자들이 어려운 일에 처했을 때 가족을 통해 대책위를 찾을 수 있도록 방안을 마련하고 공청회등을 개최하여 사회의 관심을 불러 일으킬 필요도 있다. 교도소 안에서는 양심수들의 옥중투쟁 위원회가 직접 제소자들과 생활공간을 넓히면서 이들의 아픔과 바람을 바탕으로 싸우면서 민주의식, 권리 의식을 심고, 밖에서 대책위가 함께 활동한다면 교도소 민주화의 상당한 성과를 가져올 수도 있다.

〈인권의 황무지 교도소에서 민주, 민권의 바람을 불러 일으킨다면 우리의 인권운동은 크게 진보할 것이라 확신한다.〉

B6-31

인권 자료실		
등록일	분류기호	자료명
	B6	31

국제인권기준에 비춰본 한국의 행정제도와 개선방안

일시 / 1993년 5월 10일 (월) 오후 7시

장소 / 종로성당

유엔세계인권대회를 위한 민간단체 공동대책위원회

국제인권원칙으로 본 한국행형제도의 문제점과 개선방향

변호사 박 찬 운(민주사회를위한변호사모임)

1. 연구의 목적

가. 행형법은 구시대의 유물

현행 행형법은 1950. 3. 2. 법률제105호로 제정 발효된 법률이다. 그러나 이 법의 뿌리가 일본의 감옥법(명치41년 제정, 1907년)이라는 사실은 불문가지이다. 감옥법은 군국시대의 유물로서 현대의 행형의 목적인 교육형의 이념과는 거리가 먼 법률이다.¹⁾ 한마디로 죄지은 사람을 옥에 가두어 감시하는 법에 다름 아니다. 우리의 행형법은 바로 이러한 구시대의 유물을 그대로 간직한 법률이다.

그렇기 때문에 우리의 행형제도는 수형자의 자유를 필요 이상으로 제한하고 있고, 인간의 존엄성에 비추어 비인도적인 제도가 도처에 깔려 있는 실정이다. 더욱, 우리의 행형이론은 아직 기본적으로 피구금자는 헌법상의 기본권을 누릴 수 없으며, 그 기본권침해는 전혀 사법적 혹은 외부적 통제를 받지 않는다는 고전적인 특별권력관계론이 지배하고 있다.

우리 사회가 민주화되어 가고 있다는 것은 누구나 인식하고 있지만 아직 피구

1) 일본에서는 이러한 감옥법을 대체하기 위한 입법 움직임이 과거 10여년이상 꾸준히 계속되고 있다. 그중에서도 일본 정부가 1982년 국회에 내놓은 형사시설 법안과 유치시설법안을 가지고 이론의 법조계에서는 10년이상 첨예하게 다루고 있다. 그것은 위 양법안이 국제원칙에 반하는 재야법조의 반론이며 드디어 일변연에서도 1992년 위 법안에 대응한 형사 피구금자 처우에 관한 법률안을 내놓기에 이르렀다.

금자에 대한 행정제도에 있어서 만큼은 행정법이 제정된지 40년이 넘었음에도 이 법의 근본적인 문제점이 거론되지 않는 현실이다.

더욱, 정부의 교정 당국자의 시각이 우리의 행정제도에 대해서 그 심각성을 느끼기는 커녕 "재소자의 처우는 국제기준에 충족하고 있다"²⁾고 하는 식의 인식을 하고 있어 정부에 의한 행정제도 개선은 도저히 바랄 수 없는 상황이다.

나. 우리의 행정제도와 국제인권원칙

인권이란 개념은 이제 보편화, 국제화 되고 있다. 따라서 행정제도도 국제화의 추세에 맞추어 제도화 하지 않으면 아니된다. 현재 국제적으로 인정 받고 있는 행정의 원칙은 주로 국제연합을 중심으로 만들어졌기 때문에 이를 지키는 것은 국제연합 가입국의 하나인 우리에게도 당연한 것이다. 이러한 시각에서 우리의 행정제도는 국제원칙에 어느 정도 충족하고 있는지 알아볼 필요가 절실 하다. 현재 국제사회가 인정하고 있는 행정의 원칙에 우리의 행정제도가 얼마나 따라가고 있는 지를 조사하는 것은 곧, 우리 행정법의 문제점을 발견하는 일일 뿐만아니라 행정제도의 개혁의 방향을 제시 하는 일이다.

그러나 이번 연구를 통하여 밝혀진 것은 국제사회에서 원칙으로 인정되고 있는 행정제도에 관한 각종 원칙이 한국 사회에는 거의 소개조차 되고 있지 않다는 실정이다. 이것이 바로 우리의 행정제도의 현실인 것이다.

다. 연구조사의 방향

위와 같은 인식하에 필자는 우선 국제사회에서 행정의 원칙이라고 알려진

2) 한겨레 신문 1993. 1. 14. 15면

각종 국제원칙을 개괄적으로 설명할 것이다. 다음으로 이러한 원칙에 비추어 우리의 행정제도는 어떠한 문제점이 있는가를 알아 보기 위하여 주제별로 나누어 각각의 내용을 통하여 우리의 행정제도와 그현실, 그리고 이에 관련된 국제원칙을 알아 볼 것이다. 이러한 비교과정이 끝나면 우리의 행정제도가 국제기준에 비추어 어떠한 문제점이 있는지, 그리고 그 개선방향은 무엇인지 윤곽이 잡힐 것이다. 그러나 연구의 시간상 제한으로 우리행정제도의 전반적인 문제는 다루지는 못하였고, 국제원칙에 비추어 두드러진 문제점이 있는 영역만을 다루기로 한다.

2. 피구금자의 인권보장에 관한 제 국제인권원칙과 그 법적효력

가. 행형에 관한 국제인권원칙

(1) 시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약(약칭·국제인권B규약) 및 그 선택의정서

이는 1966년 국제연합에서 제정된 것으로 우리도 1990년 비준하였다. 따라서 동규약은 국내법과 동일한 효력을 가진 국제조약이다. 피구금자에 대한 규정으로서의 고문, 비인도적 혹은 품위를 상하게 하는 취급과 형벌을 금지하는 제7조, 자유를 박탈당한 것에 대한 인도적이고, 인간의 존엄을 존중한 취급을 정한 제10조, 변호인선임권등 공정한 재판을 보장하는 제 14조, 사생활, 가족 통신에 대한 자의적인 간섭을 금지한 제17조등이 있다.

(2) 국제연합피구금자처우최저기준규칙(약칭 : 최저기준규칙)

이규칙은 1955년 범죄예방및 범죄자처우에 관한 제1회국제연합회의에서 결의된것으로 1957년 유엔 경제사회이사회에서 승인 채택 되었다.

이규칙은 피구금자의 처우와 시설의 관리지침으로서의 성격과 피구금자의 권리장전으로서의 성격을 지닌 국제원칙이라고 할 수 있다. 국제연합은 이 규칙의 실시를 촉구하기 위하여 5년마다 국제연합 사무국에 의한 조사를 하도록 하고 있으며 이미 1967년과 1974년에 회원국을 상대로 조사가 이뤄진바 있다.³⁾

이규칙이 세계각국의 행형제도에 미친 영향은 심대하고, 이 규칙 자체는 조약은 아니지만 국제관습법으로서 혹은 국제인권법의 법원으로서의 지위를 인정해야 한다는 것이 일반적 인식으로 받아들여지고 있다.

(3) 국제연합피구금자보호원칙⁴⁾(약칭 : 보호원칙)

이 원칙은 1988. 12. 국제연합 총회에서 참석 회원국의 만장일치로 채택된 것이다. 이원칙의 내용은 형사구금만이 아니고, 모든 형태의 구금에 적용 되는 기준을 정하고 있고, 이를 만들기 위하여 국제연합인권위원회는 10년 이상의 작업을 하여, 비로소 채택 되기에 이르른 것이다.

이 원칙은 가장 최근에 만들어진 피구금자에 대한 원칙이기 때문에 현재의 피구금자에 대한 처우의 국제수준이 무엇이고, 국제연합 회원국간의 공감대가

무엇인지를 가장 잘 나타내주는 원칙이라고 할 수 있다. 국제연합B규약의 위 내용을 보다 구체적으로 정한 것이라 볼 수 있는 원칙으로서 위의 국제연합 피구금자처우에관한 최저기준규칙과 더불어 피구금자에 관한 국제원칙중 가장 중요한 의미가 있는 원칙이다.⁵⁾

(4) 변호사의 역할에 관한 기본원칙(약칭 : 변호사원칙)

이원칙은 1990년 유엔범죄방지회의⁶⁾에서 채택 된 것으로 변호인선임권, 변호인과의 접견, 통신에 대하여 최근의 국제인권수준을 알아 볼 수 있는 중요한 원칙이다.

(5) 미결구금자에 관한 결의

제8회 유엔범죄방지회의에서 채택된 것으로 미결구금자에 대한 처우만의 결의로서는 첫 결의이다. 미결구금자의 처우는 형확정와는 본질적으로 달라야 한다는 것이 이 결의의 주된 내용인데, 우리의 행형법은 미결구금자와 수형자와의 처우를 기본적으로 동일하게 하고 있어 이 결의의 중요성이 새삼 강조되어야 할 것으로 보인다.

(6) 유럽인권조약

이 조약(인권 및 기본적 자유의보호를 위한조약)은 1950년 제정되었으며 국제

3) 이 조사의 근거는 경제사회이사회 6630결의이고, 1967년의 조사에 회답한 회원국은 44개국이고, 1974년 조사에는 62개국이 회답하였다. 이 이외에도 최저기준규칙의 효과적인 실시를 위한 경제사회이사회의 결의로는 1984년의 "Procedure for the Effective Implementation of the Standard Minimum Rules for the Treatment of Prisoners"가 있다.

4) 이 원칙 영문표기를 그대로 해석하면 "모든 형태의 억류, 구금하에 있는 사람을 보호하기 위한 원칙"이다.

5) 일련연의 1992년 "형사피구금자 처우에 관한 법률안"의 작성 과정에서 가장 중요하게 취급된 원칙이 바로 이 원칙이다.

6) 이 회의는 1990. 8. 27. 부터 9. 7. 까지 하바나에서 개최되었으며, 127개국이 참가하여 전 참가국이 만장일치로 채택되었다.

인권B 규약의 모델이된 조약이고, 유럽인권재판소, 유럽인권위원회라고 하는 실행기관을 가지고있다. 동 조약은 지역적으로는 유럽에서만 규범이기는 하지만 그 선례나 판단은 국제인권B규약의 해당 조항을 해석하는 데 있어 중요한 기준으로서의 가치를 인정 받고 있기 때문에 하나의 국제기준으로 볼 수 있다.

(7) 유럽형사시설규칙

이규칙은 1987년 유럽인권조약의 비준국으로 구성되어 있는 유럽평의회가 채택한 것이다. 이 규칙은 위에서 본 국제연합최저기준규칙, 유럽인권재판소의 판례등을 참고하여 만들어진 것으로서 유럽지역의 행형정책의 지침으로서 사용되고 있다. 또한 유럽인권조약의 해석의 기준으로서도 사용된다.

이 규칙의 중요성은 세계의 형사피구금자의 인권보장의 최신의 동향을 단적으로 나타내주고 있기 때문에 우리의 향후 제도 개선에 많은 도움이 될 것이라는 것이다.

(8) 기타의 국제원칙

이외에도 주요한 국제원칙으로는 비구금처우에관한국제최저기준원칙(일명, 동경 룰⁷⁾), 소년비행의 예방을 위한 가이드라인, 자유를 박탈당한 소년의 보호를 위한 국제연합규칙⁸⁾, 외국인 피구금자의 처우에 관한 권고⁹⁾등이 있다.

7) 이 원칙은 1990. 12. 14. 유엔총회에서 채택된 것으로 금후의 형사정책은 구금대신에 사회봉사명령등의 비구금처분으로 나가야 한다는 원칙을 국제연합수준에서 결의한 것으로 향후 우리의 형사정책을 검토함에 있어서도 무시할 수 없는 결의이다.
8) 이 두개의 원칙은 모든 1990. 12. 14. 유엔총회에서 결의된 것으로 모두 소년에 대한 형사정책의 특칙을 정한 것으로 금후 소년관련 형사정책의 개혁에 중요한 지침이 되어야 할 원칙이다.

나. 국제인권원칙의 법적효력

이상의 국제인권원칙 중 국제인권B규약은 한국도 비준한 조약이고 이것은 국내 법과 동일한 효력을 지닌 법규범인 것은 의문의 여지가 없다.

국제연합피구금자인권원칙, 국제연합피구금자최저기준원칙, 변호사역할에 관한원칙, 미결구금자에관한결의는 모두 국제연합총회나 국제연합이 주관 하는 국제회의에서 채택한 인권기준이고 형식적으로는 조약이 아니기 때문에 법적 효력은 없다. 그러나 이들 원칙은 국제연합이 채택하는 다른 많은 기준과 같이 그 존중이 국제적으로 기대되고, 또 국제인권규약을 비롯한 인권관계 규약을 해석하는 때에 유력한 기준으로서 평가 되고 있다.¹⁰⁾

유럽인권조약과 유럽형사시설규칙은 유럽이라는 특정지역의 조약이지만 세계를 선도하는 인권옹호 시스템(이 유럽인권조약과 그 집행기관으로서 유럽인권재판소, 유럽인권위원회등)을 구성하는 법으로서 세계적으로 권위를 인정받고있다.

3. 한국의 행형제도는 국제원칙을 충족하고 있는가.

가. 피구금자 처우에 관한 기본원칙

(1) 이 문제에 관한 종래의 시각

피구금자의 처우를 정한 기본법이라고 할 수 있는 행형법에는 법의 일반적 형식이라고 할 수 있는 행형법의 목적이나 피구금자의 처우에 관한 기본 원

9) 이는 유엔 제7회 범죄방지회의의 결의로서 채택된 것으로 우리에게도 향후 문제가 될 외국인에 대한 형사정책에 참고하여야 할 국제기준이다.

10) 따라서 이들 결의나 원칙은 모두 국제인권법의 법원(法源)으로서의 지위를 갖는다고 학자들은 설명한다.

칙을 일체 언급하지 않고 있다. 따라서 우리의 제도가 피구금자의 처우를 기본적으로 어떻게 보고있는가는 종래 이에 대한 논의를 정리하는 것으로 대신할 수 밖에 없다.

종래 이문제에 대해서는 다음과 같은 논의가 진행된 것으로 보인다.
우선 "특별권력관계론"이다.

이 이론은 행형의 실무와 그 실무를 지지하는 이론으로 "소장(교도, 구치소장 등)과 피구금자와의 관계를 전자가 영조물 권력에 기해 후자를 포괄적으로 지배하고, 후자는 이에 포괄적으로 복종하는 공권력 관계"라고 설명한다. 이 이론 하에서는 피구금자는 구금된 순간 기본권의 대부분을 상실하고, 이후 국가의 시혜에 의해 조금씩 그 권리가 주어진다고 설명하며, 피구금자에 대한 권리의 제한은 법률의 근거가 필요없고, 사법심사의 대상도 되지 않는다고 설명한다.

다음으로는 최근까지 유력하다고 볼 수 있는 "기본권성질론"이다.¹¹⁾

이는 헌법상의 기본권을 제1종(법률에 의하여도 침해할 수 없는 기본권, 사상 및 양심의 자유, 종교의 자유), 제2종(법률에 의하여 침해가능한 기본권, 집회, 결사 표현의 자유, 학문의 자유, 교육을 받을 권리, 노동3권 등의 사회적 기본권), 제3종(성질상 구금에 의하여 당연히 제한되는 기본권, 거주이전, 직업선택의 자유)등으로 분류하여 피구금자를 처우하자는 이론이다. 그러나 이 이론에 대해서는 애당초부터 피구금자에게는 당연히

11) 같은 취지, 店橋秀夫, 피수용자의 법적지위, 조창경일타편 「일본의 교정과 보호」, 229면. 이돈희, 행형법의 제문제, 인권과 정의(1987. 9.) 10면

제한되는 권리가 있다고 하는 발상 자체가 문제라고 하는 비판이 있다.
12)

즉, 집회, 결사, 이전, 직업선택의 자유가 성질상 당연히 부정되지 않는 것은 선진외국에서 공인되고 있는 옥중 조합제도¹³⁾등을 보거나, 형무작업은 수형자 본인의 희망이 기본적으로 존중되고 구금자에 대해서도 수형자의 편의가 고려되는 것이 국제적 추세라고 주장한다.

그리고 이 이론으로 우리의 행형의 실태를 본다해도 제1종으로 분류된 사상, 양심의 자유가 보장되고 있다고는 보기 어렵고, 제2종으로 분류된 기본권도 법률의 규정없이 제한되고 있는 것이 현실이 아닌가 쉽다.

(2) 피구금자처우에 관한 국제적 수준 - Due Process론

이 문제에 관한 현재의 국제적 수준은 행형제도도 범죄의 수사, 재판의 과정에서와 같이 헌법제 12조의 적정절차원리가 적용되어야 한다는 것이다.

즉, 국제인권 B규약 9조는 "누구도 법에서 정한 이유없이 구금되지 아니하고, 구금된자는 그 합법성 여부를 사법기관에 요구할 수 있다"고 규정하고 있고, 보호원칙에서는 "모든 인신구속이 사법기관의 통제하에 있으며 (원칙 4,9)그 집행은 엄격하게 법률의 규정에 따르고, 정당한 권한을 가진 공무원에 의하여 행해져야 한다"(원칙 2)고 규정하고 있는 것은 행형의 전과정에 법의 적정절차(Due Process)원리를 요구하고 있는 것으로 받아들여지고 있다.

12) 五十嵐二葉, 국제인권기준에 의한 형사수속 핸드북, 1991. 294면
13) 스웨덴 등에서는 교도당국과의 단체교섭권이 인정되고 있다. 동경 제2변호사회 편, 유럽행형시설 시찰 보고서, 1985년

이로서, 국제인권법적 시각에서 보면 국민의 헌법상 기본권은 피구금자에 게도 일반적으로 보장되어야 하는 것이고, (즉, 헌법상의 인간으로서의 존엄성, 행복추구권, 법앞의 평등을 비롯한 기본권 전부) 다만 구금의 목적에 따라 그 일부의 기본권이 필요 최소한의 제약 원칙(헌법 37조)과 법률의 적정의 원칙(헌법 12조)에 따라 제한되는 것이다.

나. 미결구금자에 대한 처우

(1) 우리의 행형제도

미결구금자에 대해서는 행형법 또는 동법에 의하여 발하는 명령에 특별한 규정이 없으면 기결수(수형자)에 관한 규정이 준용되도록 되어 있다(행형법 제62조). 따라서 행형법과 기타법령에 미결구금자에 대한 특별규정을 두고 있지 않는한 그 처우는 기결수와 동일한 것이 우리 제도이다.

행형법이 미결구금자에 대하여 특칙은 정하고 있는 것은 구치소의 미결수용실 참관금지(동법 63조), 공범자의 분리 수용 및 상호접견금지(동법 64조), 단식(두발, 수염)금지(동법 65조), 식량등 자연원칙(동법 66조), 신청에 의한 작업과 교화(敎誨)가능(동법 67조)등이다. 그리고 미결구금자의 외부교통에 대해서는 형사소송법에 특별규정을 두고 있다. 즉, “변호인 또는 변호인이 되려는 자는 신체구속을 당한 피고인 또는 피의자와 접견하고 서류 또는 물건을 수수할 수 있으며 의사로하여금 진료하게 할 수 있다”(형소법 34조), “법원은 도망하거나 죄증을 인멸할 만한 상당한 이유가 있는 때에는 직권 또는 검사의 청구에 의하여 결정으로 구속된 피고인과 제34조에 규정한 외의 타인과 접견을 금하거나 수수할 서류 기타

물건의 검열, 수수의 금지 또는 압수를 할 수 있다. 단, 의류, 식량, 의약품의 수수를 금지 또는 압수할 수 없다”(형소법 91조). 이 형소법의 규정의 취지는 미결구금자의 변호인과의 교통권은 절대적으로 보장하고, 비변호인과의 교통은 특별한 이유가 있는 때에는 제한할 수 있다는 것으로 보여지나 이러한 규정만으로는 미결구금자에 대한 처우가 수형자와 본질적으로 달리 처우될 수 없는 일이고, 외부교통권에 있어서 마저도 구체적인 절차 보장은 현실적으로는 행형법의 접견교통규정(행형법 18조, 19조, 시행령 54조 내지 72조)이 적용되므로 변호인과의 절대적 접견교통권도 실제적으로는 제한되는 실정이다. 즉, 변호인이 야간에 미결구금자를 접견하고자 한다면 위와 같은 형소법규정에도 불구하고 행형법 시행령 제55조에 의하여 접견시간이 오전 9시부터 오후 5시까지로 제한되었기 때문에 불가능한 것이다.¹⁴⁾ 따라서 미결구금자에 대한 처우는 헌법상 유죄판결이 확정될 때까지는 무죄로 추정되고 있음에도(헌법 27조 4항) 이에 합당한 처우를 받지 못하고 있는 것이 우리 행형제도의 현실이라고 할 것이다.

(2) 국제인권원칙에서 본 문제점과 개선방향

가) 국제인권원칙

미결구금자에 대한 처우는 사법권의 집행의 필요성을 위해서만 제한될 수

14) 다만 접견시간에 있어서만은 30분 이내로 제한되어 있으나 변호인과의 접견은 그 제한을 받지 않는다. 행형법시행령 54조

있고, 무죄추정을 받고 있는 사람으로서의 합당한 처우가 전제되어야 한다는 것이 국제인권원칙이라고 말할 수 있다. 즉, 수형자(기결수)와는 본질적으로 달리 취급해야 한다는 것이다.¹⁵⁾ 피구금자 최저기준규칙 제84조는 “유죄판결을 받지 아니한 피구금자는 무죄로 추정되고 이에 합당하게 처우되어야 한다”¹⁶⁾고 선언하고 몇가지 구체적인 최저기준을 들고 있다. 우리 행형제도에서 보호되지 않고 있는 특징적인 처우는 “사복 착용의 권리(88조), 작업의 권리와 보수지급(89조), 미결구금자에 대한 무료법률구조청구권과 변호인과의 비밀접견권(93조, 법집행관이 감시할 수는 있지만 청취할 수는 없다)등이 있다.

피구금자 보호원칙은 미결구금은 “무죄로서 처우되며 그 자유의 제한은 법이 정한 근거, 조건 및 절차하에 사법집행의 필요성만을 위하여” 행해지는 것이라고 함으로써 미결구금자에 대한 자유계약은 최소한으로 그쳐야 할 것을 규정하고 있고, 자유계약의 경우의 구체적인 경우도 “구금의 목적, 수사과정에서의 방해의 방지, 사법집행을 위한 필요성, 수용시설의 안전과 질서유지의 필요성” 이외에는 금지하고 있다(원칙 36).

보호원칙의 이 규정의 취지는 미결구금의 필요성에 대해서 엄격한 사법심사를 요구하고 있는 동시에, 미결구금자의 자유의 계약을 엄격하게 규율하도록 한 것이다. 유럽형사시설규칙은 위의 최저기준규칙이나 보호원

15) 다만, 최근 국제원칙의 추세는 미결구금자가 누리는 기본권 보장이 수형자에게도 적용되어가는 과정이다. 미기결자를 모두 피구금자라는 범주에 넣어 최소한 인간으로서의 존엄성을 보장받을 수 있는 생활조건(의, 식, 주)과 관계있는 처우는 동일하게 적용되는 것을 원칙으로 하고 있다.

16) “미결구금에 관한 결의”에서는 “미결구금자(the accused)는 예외적인 사정이 있지않는한 유죄판결을 받은자와는 분리되어야 하고, 유죄판결을 받지 않은 자로서의 지위에 상응하는 별개의 취급을 받아야 한다”고 결의한 바 있다.

칙 보다 더욱 자세하게 처우의 기준과 내용을 정하고 있다. 즉 “미결구금자는 무죄로 추정되고 형사절차 및 시설의 보안상의 필요로 인한 제한 이외에는 그 자유가 제한되지 않는다”고 규정(91조)하고 있으며 우리 행형제도에서 보호되지 않는 특징적인 처우로는 “변호인과의 비밀 접견권(93조, 그 내용은 최저기준규칙과 거의 유사함), 사복착용권(95조), 취업의 권리와 보수지급의 의무(96조), 의사에 의한 치료받을 권리(98조)”등이 있다.

미결구금자의 처우에 대한 국제인권수준은 한마디로 설명하면 미결구금자는 무죄로 추정되는 사람에 합당한 처우를 받아야 한다는 것이다. 이는 유죄로 확정되어 수형생활로 넘어가지 전까지는 특별하고 상당한 이유가 없는한 구금이라는 신체의 자유에 대한 제한 이외에는 기본권의 제한은 최소한에 그쳐야 한다는 것이다.

위와 같은 국제인권원칙의 시각에서 보면 우리의 미결구금자에 대한 처우는 본질적으로 잘못되었다 할 것이다. 수형자(기결수)와 같이 취급한다는 행형법의 원칙자체가 국제인권수준과는 거리가 멀다.

미결구금자에 대한 국제원칙은 미결구금자는 수형자와는 본질적으로 다르다는 생각에서 자유의 제한도 최소한으로 그쳐야 함에도, 미결구금자를 수형자와 같게 처우함으로써 기본권을 전반적으로 제한하는 것은 문제라고 할 것이다.

본질적인 사고의 전환이 요구되며, 미결구금자에 대한 처우는 최소한 최저기준규칙이 정하는 정도는 되어야 할 것이다.

㉔ 개선방향

따라서, 향후 미결구금자에 대한 행형제도의 개선을 위해 몇가지 제안한다면 다음과 같은 것이다.

첫째, 미결구금자에 대해서는 수형자와 별개의 차원에서 채우도록 하여야 하며 그 원칙은 “무죄추정을 받는 자로서의 지위에 걸맞게, 가능한 일반의 생활상태와 같도록 보장되어야 한다”는 것이어야 한다.

둘째, 특히 미결구금자에게는 방어권보장을 위해 변호인 및 가족등의 접견에는 비밀보장이 되도록 채우되어야 한다.

셋째, 미결구금자에 대하여는 구금상태가 자백을 강요하는데 사용되지 않도록 채우되어야 한다는 것이다.

나. 피구금자의 외부교통

(1) 변호인과의 교통권

㉕ 우리의 행형제도

변호인(변호인이 되려는 변호사)과의 접견은 형사소송법 제34조에 의하여 절대적인 권리로서 규정되어 있으나 현실적인 절차는 대부분 행형법에 의하여 실시될 수 밖에 없다.¹⁷⁾ 행형법과 시행령은 변호인과의 접견이 절

대적인 권리임에도 접견은 근무시간(오전 9시 부터 오후 5시)에만 허용되도록 되어 있다(시행령 55조).

다만, 접견시간은 일반접견일 경우는 30분내로 제한되어 있지만 변호인에게는 제한이 없고(시행령 54조)접견시의 기록에 있어서도 변호인과의 접견에는 변호인의 성명 및 주소만 기재하도록 되어 있다(시행령 58조1항). 그러나 입회인 없이 완전비밀로 접견가능하다는 규정은 찾아볼 수 없다. 수형자(기결수)에 대한 변호사의 접견은 특별한 규정 없이 현제도에 의하면 원칙적으로 일반접견과 동일할 수 밖에 없다. 변호인과의 물건의 수수는 형사소송법 34조에 “변호인 또는 변호인이 되려는 자는 피고인 또는 피의자와 물건을 수수할 수 있다”고 규정되고 있으나 이는 원칙에 불과하고 행형법에는 이를 절차적으로 보장하는 어떠한 규정도 없다. 변호인도 미결구금자에게 금품이나 기타 물건, 문서를 교부하고자 할 때는 행형법의 영치규정(41조 - 43조)과 시행령의 영치규정(126조 - 138조)에 의하여 제한을 받게된다. 접견과 동시에 물건을 교부할 수 없고 신청절차(시행령 132조)를 밟고 교도관에 의한 검사를 받아 소장의 허가하에 미결구금자에게 전달된다(시행령 133조). 미결구금자와의 신서의 교환등 통신의 권리도 특별한 규정이 없어 원칙적으로는 서신의 회수가 제한되고(시행령 61조)¹⁸⁾, 변호인과의 서신내용도 검열된다(시행령 62조), 나아가 내용이 부적당하다고 인정되면 변호인에게의 서신도 쓸수 없다(시행령 63조)

17) 행형실무는 변호인과의 접견은 회수제한이나 징벌중의 접견금지에도 포함되지 않는다고 한다. 정갑섭, 교정학, 436면

18) 그러나 행형실무는 미결구금자에게 이 규정을 들어 서신의 회수를 제한하고 있지는 않다고 한다. 정갑섭, 상계서, 436면

(나) 국제인권 원칙에서 본 문제점 및 개선방향

(1) 국제인권원칙

세계인권선언은 범죄의 소추를 받는 모든 사람에게 “자기의 변호에 필요한 모든 보장을 부여 받는 공개재판”을 보장한다(11조).

국제인권B규약은 이를 구체화하여 “방어를 위하여 충분한 시간 및 편의를 부여 받으며 스스로 선임하는 변호인과 연락”하는 것을 보장하고 있다(14조 3항(b))

변호인 접견은 “변호를 받는 것”과 불가분의 관계이고, 필요한 때에 충분한 접견이 불가능하다면 “변호를 받고 있다”라고 말할 수는 없는 것이다.

최저 기준규칙은 미결구금자에 대하여 “자기의 변호를 목적으로서 변호인의 방문을 받는 것”을 보장하고 “이 접견은 경찰관 또는 시설직원의 감시 하에 들 수는 있지만, 담화의 청취는 가능해서는 안된다”고 규정하고 있으며(93조), 이 같은 “볼 수는 있지만 들을 수 없는 위치”에서의 감시는 유럽 각국에서는 일반접견에서도 지켜지는 일반원칙이다. 보호원칙(원칙 18의 4)과 변호사 역할에 관한 원칙(원칙 8)에서도 이 원칙은 선언되고 있다.

보호원칙은 피구금자(미.기결수)는 자기의 변호사와 교통.상담할 권리를 갖는다고 기본원칙을 규정하고(원칙 18의 1), 그를 위한 “충분한 시간과 편의”를 보장토록 되어 있다(원칙 18의 2). 나아가 변호사원칙에는 이러한 규정에 “충분한 기회”라는 규정을 추가하고, 접견의 권리가 지체없이 청취, 검열되지 않고 되어야 한다고 규정하며(원칙 8), 48시간 이내 접견 보장권도 있다(원칙 9). 또한 보호원칙에는 변호인과의 접견

교통권이 “안전과 질서를 유지하기 위하여 불가결하다고 판단될 때를 제외하고는 사법기관등에 의하여 제한되어서는 안된다”고 규정(원칙 18의 3)되어 있는바, 이로서 수사기관이 수사상 필요에 의하여 변호인과의 접견을 제한하는 것은 불가능하다고 일반적으로 설명한다.

나아가 변호인과 미결구금자간의 물건, 문서의 수수 및 서신을 비롯한 통신에 대해서는 국제인권B규약 3항(b)의 “방어를 위하여 충분한 편의를 부여받고, 변호인과 연락한다”에 당연히 그를 위한 문서와 물건의 수수가 포함되어 있다고 해석한다. 최적기준규칙 93조는 “비밀의 지시 문서를 준비하고 이를 변호인에게 전달케하지 않으면 안된다. 이를 위해 미결구금자의 희망이 있으면 필요한 필기용구가 주어져야 한다”고 규정되어 있다. 유럽형사시설규칙 93조는 이 같은 내용을 확대하여 “변호인으로 부터의 비밀의 문서를 수취할 수 있게하여야 한다. 이를 위해 미결구금자의 신청이 있으면 모든 편의가 제공되어야 한다”고 규정되어 있고, 나아가 보호원칙 18과 변호사원칙8은 “검열되지 않고 완전히 비밀이 보장”되도록 되어 있다. 그리고 이와 같은 보장규정은 수형자에 대한 변호사의 접견에도 적용되는 것이 현재의 국제인권법의 수준이라고 할 것이다.¹⁹⁾

(2) 개선방향

이러한 국제인권법 수준에 비추어 볼 때 우리의 현 제도는 기본적으로 방어권보장을 위한 변호인과의 교통권이 본질적으로 제한되는 시스템이라고 평가할 수 있다. 미결구금자와 변호인이 접견하는 것은 시간에

19) 보호원칙은 이 부분에서 미결구금자와 수형자를 특별히 따로 규정하지 않고 있다.

제한없이(근무의 시간, 휴일에도)허용되어야 하고, 그 접견과정은 완전히 비밀이 보장되어야 하며, 변호의 과정에서 문서나 신서, 물건의 수수가 필요하다면 검열되지 않고 변호인과의 교통이 가능하도록 관련규정을 정비할 필요가 있다.

이를 위해 몇가지를 제안하면 다음과 같다.

첫째, 변호인과의 교통에 있어서는 감시없이 접견하고, 서류나 물건의 수수가 즉석에서 가능하도록 되어야 한다.

둘째, 변호인과의 접견은 근무시간외나 휴일에도 가능토록 되어야 한다.

셋째, 변호사가 수형자와의 관계에서 직무에 관한 접견을 하는 경우에는 접견을 금지해서는 아니되며, 접견권의 수준은 변호인 접견에 준해야 한다.

넷째, 변호인(변호사)과의 신서의 교환은 그 내용이 검열되지 않아야 한다.

다섯째, 변호인(변호사)과의 접견시에는 감시는 가능하지만 접견내용은 청취되어서는 아니된다.

(2) 일반인(가족, 친구 등)과의 교통권

㉠ 우리의 행형제도

수형자에 대한 접견에서는 친족이외의 자와의 접견은 필요한 용무가 있을 때에 한하고(행형법 18조 2항), 접견회수도 제한이 있으며 접견시간도 30분을 넘지 못한다(시행령 57조) 접견시에는 교도관이 참여하여 면담

의 요지를 기록한다(시행령 58조).

미결구금자에 대해서는 형사소송법상 특별한 규정(89조, “법률의 범위내에서 타인과접견하고”)이 있으나 행형법은 이를 철차적으로 보장하는 규정이 없어 결국은 수형자에 대한 접견규정이 준용될 부분이 많다.

실무상 미결구금자에 대해서는 1일 1회 일반접견을 실시하고 있는 것의 예는 접견의 실태는 수형자와 대동소이하다.

수형자와 일반인과의 신서의 교환은 친족아닌자와의 수발은 필요한 용무가 있을 때에 한하고(행형법 18조 2항), 회수도 제한이 있으며 서신의 검열은 그 대상이 누구라도 시행하고(시행령 62조) 교도상 부적당하다고 인정되면 수발을 허가하지 않을 수도 있다(시행령 63조). 또한 특별한 경우가 아니면 서신은 일요일, 휴일 또는 휴일시간이 아니면 작성할 수 없다(시행령 65조). 미결구금자에 대해서는 형사소송법 89조에 의해 서신 교환도 권리로서 인정된다고 할 것이나 행형법령에는 이를 철차적으로 보장하는 규정은 없다. 실무상 미결구금자에게는 횡수제한은 없으나 검열을 받는 것은 당연하고, 교도상 부적당하다고 하여 수발이 금지되는 경우가 종종있다.

(3) 국제인권원칙에서 본 문제점과 개선방향

㉠ 국제인권원칙

국제인권법은 가족 및 친구등과의 접견, 서신의 교환등은 교통권의 일환으로서 함께 보장하고 있다.

미결구금자에 대해서는 가족 및 친구등과의 교통도 방어권 보장을 위해서

필요한 것이므로 국제인권규약 3항 b의 “방어준비를 위하여 충분한 시간 및 편익이 제공된다”에는 당연 그들과의 교통권이 포함된다.

최저기준원칙에는 미결구금자에 대한 통칙으로 “필요한 감독하에 가족 및 친척과 통신할 수 있는 친구와의 통신 및 접견이 일정간격으로 허락되어야 한다”고 규정되어 있고, 여기에서 “필요한 감독”이란 서구수준으로 부터 보면 “볼 수 있지만 청취할 수 없는 위치”를 말한다고 설명한다. 그리고 미결구금자에 대해서는 특히 92조에 “가족, 친구와 통신하거나 이들의 방문을 받기 위하여 필요한 편의가 전부 제공되어야 한다. 이는 재판 및 시설의 안전 질서만을 위하여 제한된다”라고 규정되어 특히 그 권리를 보호하고 있다.

보호원칙 19에서는 “법률 또는 법률에 근거한 규칙에 의하여 특정된 합리적인 조건 및 제한에 따라 특히 가족으로부터의 방문을 받을 권리와 그들과의 교통이 보장되며, 외부사회와 교통할 충분한 기회를 부여 받아야만 된다”고 규정되어 있으며, 여기에서 “합리적인 조건 및 제한”이란 일반적으로 “볼 수는 있지만 청취는 안된다”는 의미로 해석된다.

또, 보호원칙 15에는 예외적인 수사의 필요에 의하여 면회가 지연되는 경우에는 “교통은 수일간 이상 거부되어서는 안된다”고 규정하고 있다.

나아가 보호원칙 19는 가족과 친구등의 보다 쉬운 교통을 위해 “피구금자가 요구한 경우에는 수용장소는 피구금자의 통상 주거에 가까운 곳”을 요구하고 있다.

(나) 개선방향

이러한 국제인권수준에 비추어 한국의 피구금자의 가족, 친구등과의 교통권은 미결구금자에게는 방어권 보장 위해서 필요하고도 충분한 교통이 제한되고 있고(접견회수, 접견시간, 교도관의 입회, 서신검열 등), 수형자에게도 수형자의 사회화에 필요한 외부와의 교통권이 충분히 보장되지 않고 있다고 할 것이다. 이에 개선방향을 제시한다면

첫째, 면회의 회수나 면회시간은 지금보다 훨씬 증가되어야 한다. (예, 미결구금자에게는 1일 2회 이상, 1회 30분 이상, 현재 면회시간은 30분 내로 되어 있지만 실제로는 5-10분이다)

둘째, 면회시에는 교도관의 감독은 가능하나 그 내용은 특별한 경우(예, 법원의 결정)가 아니면 청취해서는 아니된다

셋째, 서신의 교환도 원칙적으로 검열없이 자유스럽게 하여야 하고, 다만 예외적인 경우(예, 범죄와 관련있는 경우)에 있어서만 검열이 가능토록 되어야 한다.

다. 피구금자의 생활조건

(1) 우리의 행형제도와 현실

거주조건

우리행형법규에는 구금시설의 거주조건에 관한 일반원칙이나 피구금자의 인간적인 삶을 위해 필요한 최소한의 시설에 대한 제한규정이 없다. 현

실도 피구금자의 인간적인 삶을 보장하기에는 우리의 구금시설은 대단히 불비한 상태이다. 조사에 의하면 통풍난방시설이나 조명시설등과 기본적인 시설에서 대부분의 재소자들은 불만의 정도가 큰것으로 나타나있다.²⁰⁾

의류·침구·일용품

행형법 제20조는 “수형자에게는 일정한 의류와 침구를 급여한다”고 규정하고, 66조는미결구금자는 자변을 원칙으로하고, 자변할 수 없는 자에게는 관급한다고 규정되어 있다. 그리고 그 구체적인 내용은 시행령 73조 이하에 상세히 규정되어 있다. 그러나 실제에 있어서는 시행령상에 급여되도록 되어 있는 급여의류(73조, 실내의, 작업의, 내의, 허리띠, 양말, 이불, 담요, 베개, 모기장), 급여식기(74조, 밥상, 밥통, 밥그릇, 접시, 수저, 수건, 신, 우장, 모자) 상용기구(77조, 책상, 침대, 초석, 비, 총채, 쓰레받기, 걸레, 휴지통, 식수그릇, 잡용수그릇, 세면기, 타구, 신장, 부채) 및 일상필수품(74조 3항, 종이 치솔, 치약, 비누 등)이 모두 규정대로 지급되고 있는지 대단히 의문이며, 현실로는 관급품만을 사용하는 경우 출고, 불결하다는 소리가 높은 실정이다. 그리고 규정자체가 관급품의 수량과 증감을 소장이 모두 정하도록 되어 있어(75조)피구금자로서는 관급품 제공을 권리로서 주장하지 못하고 있는 실정이다.

식 사

행형법 21조는 “수형자에게는 체질, 건강, 연령과 작업등을 참작하여

필요한 식량을 급여한다”고 규정하고 이에 따라 시행령 78조는 “재소자에게 급여하는 식료는주식, 부식, 음료 및 특수자양물로 하되 필요한 영양을 보급할 수 있을 정도의 것이어야 한다”고 규정하고 있으며 재소자 주부식급여 규칙 2조는 주부식의 1일 총열량을 2500칼로리로 규정하고 있다.

그리고 위 규칙에 의하면 1일 급여하는 부식의 표준 급여량까지 정해져 있어(재소자 주.부식 급여규칙 6조) 일용 식사문제는 크게 없는 것으로 보인다. 그러나 현실은 위와 같은 규정은 거의 공문화된 것이라고 보여진다. 왜냐하면 현실은 신선한 야채를 먹을 기회가 없어 장기수에게는 성인병 유발이 쉬우며, 특히 단백질 공급이 부족하다는 불평이 높다. 뿐만아니고 음식조리 방법이 비위생적이어서 음식에서 이물질이 튀어나오는 등의 일이 종종 있다고 한다.²¹⁾

위생과 의료

행형법과 그 시행령은 각 제6장에 “위생과 의료”라는 별도의 장을 두고 위생 및 의료에 관한 몇개의 원칙과 세부규정을 두고 있다. 수형자의 두발과 수염은 단삭이 원칙(행형법 23조, 시행령 93조, 단 여자는 예외)이고, 목욕 횟수는 소장이 정하되, 단 6월 - 7월은 5일에 1회 이상, 10월 - 5월까지는 7일에 1회 이상 하도록 되어 있다(시행령 95조), 재소자에 대한 운동은 1일 1시간 이내가 원칙이고 독거 수용자에 대해서는 2시간까지 연장할 수 있다(시행령 96조). 건강진단은 20세미만은 3월에 1회 이상, 기타 수형자에게는 6월에 1회이상 실시토록 되어 있다(시행령 97조).

20) 1989. 88년 대한변협 인권보고서 346-347면

21) 1987. 88년 대한변협인권보고서, 352면

그러나 이러한 규정만으로는 피구금자에게 양호한 위생상태 및 건강유지를 위한 운동이 제공되지 못하고 있는 현실이다. 아직 상당히 많은 구금시설의 화장실이 재래식으로 그 위생상태가 극히 심각하며, 담요, 이불, 의류의 세탁도 제대로 이루어지지 않는다고 한다.²²⁾ 또한 목욕에 있어서도 그 시설이 불비하고, 목욕의 횟수나 목욕시간이 제대로 지켜지지 않는 사례가 많이 발견된다. 운동도 규정자체가 1시간 이내로 되어 있어²³⁾ 그 시간이 유동적이며, 통상은 목욕일에는 운동이 없는 경우가 많다. 구금시설내에서 치료의 필요성은 많지만 대부분 그 치료가 적절치 못한 것이 현실이다. 전문의료인이 제대로 확보되어 있지 못하고 시설 또한 낙후되어 있다. 더욱 시행형에 규정되어 있는 건강진단은 제대로 지켜지지 않고 있으며, 대단히 형식적이기도 하다.²⁴⁾

(2) 국제인권수준에서 본 문제점과 개선방향

㉞ 국제인권수준

① 거주조건

22) 1987. 88년 대한변협인권보고서에 의하면 담요는 5-6개월에 1회, 관복은 1년에 3-4회라는 사례도 있었다. 동 보고서 352면

23) 재소자는 1시간으로 생각하지만 행형당국은 "이내"에 초점을 맞춘다.

24) 자세한 내용은 위 변협 보고서 355-357면

최저기준규칙 10조는 "피구금자의 사용에 제공되는 설비, 특히 취침 설비는 건강 유지에 필요한 조건 전부를 만족시켜야 된다"고 규정하고 있고, 구체적으로는 기후조건, 공기량, 개인차지최저면적, 조명, 난방, 환기에 대하여 적절한 고려가 있어야 한다고 규정하고 있으며 11조는 "피구금자가 기거하거나 작업하는 모든 장소의 창문은 자연의 광선으로 독서하거나 작업할 수 있을 정도로 넓어야 하며, 통풍 설비의 유무에 관계없이 신선한공기가 들어올 수 있도록 설치되어야 하고, 조명도 피구금자가 시력을 해치지 않고 독서하거나 작업하기에 충분하도록 해야 한다" 규정함으로써 피구금자측에 입각한 조건을 규정하고 있다.

이외의 조건도 동 규칙 14조의 "피구금자가 상시 사용하는 시설내의 모든 부분은 항상 적절히 관리하고 또 세부에 이르기까지 깨끗하게 유지되어야 한다"라는 규정의 취지하에 보장되어야 하는 것이다.

② 의류, 침구

최저기준규칙 19조는 피구금자에게는 지방 또는 각국의 생활수준에 따라 독립의 침대와 충분한 전용침구가 지급되고, 청결하고 양호한 상태로 유지되는 것을 보장한다. 의류는 기후에 알맞고 건강은 유지하기에 적합한 충분한 의류가 지급되어야 하며, 의류가 피구금자의 품위를 손상시켜서는 안된다고 하고 있으며, 의류의 청결을 위한 교환, 세탁이 적절하도록 규정되어 있다(동 규칙 17-18조)

③ 식 사

최저기준규칙 20조는 “모든 피구금자에게는 건강, 체력을 유지하기에 충분한 영양가와 위생적인 품질로서 잘 조리된 음식을 급여되는 것을 조당한다.

외국입법례 중에서는 음식의 맛과 채식주의자 및 종교상의 식사관습에 까지도 법령에 규정하고 있는 경우도 있다.²⁵⁾

④ 위 생

최저기준규칙에는 “위생설비는 피구금자가 필요할때 청결하고, 단정하게 생리적욕구를 볼 수 있도록 적합해야한다”는 것(규칙12조)을 비롯하여, 필요한 만큼의 목욕, 샤워 시설의 설비(13조), 세면도구의 지급(15조), 단정한 용모를 가질 수 있을만한 조발설비(16조)와 피구금자가 사용하는 모든 시설의 청결유지(제14조)를 시설측에 요구하고있다.

나아가 유럽형사시설규칙에는 최근의 국제적 경향으로서 “단정한 용모를 유지하고 자존심을 유지하기 위한 조발, 청결유지에 필요한 화장품의 사용을 보장하고있다”(동규칙 20-21조)

⑤ 운 동

최저기준규칙 21조1항은 실외작업을 하지 않는 모든 피구금자에게 매일 적어도 1시간의 육외운동을 보장하고 있다. 또 2항에는 운동시간중에

25) 오스트리아 1965년 행형법 38조에는 “맛이 있어야 한다”는 규정이 있으며, 프랑스형소법의 행형부분에는 채식주의자 및 종교상의 식사관습도 가능한 고려해야 한다는 규정이 있다.

체육적 및 오락훈련을 하는것을 보장하고 있고, 이를 위한 시설의 설치를 요구하고 있다.

⑥ 의 료

국제인권수준은 의료에 대하여 두터운 보장을 하고 있다.

또 진료와 그 기록에의 접근권을 상세히 보장하고 있는것도 주의할 만하다.

최저기준규칙 22조는 미기결 모든 시설에서 어느정도 정신의학의 지식을 가진 자격있는 의사에 의한 진료권(1항)과 자격있는 치과의사로 부터의 진료받을 수 있는(3항)의료진의 인적체제를 규정하고 있고, 시설내 병원의 기구, 비품,약품, 보조직원의 수준을 보장하고 있다(2항). 26조는 의사에 의한 위생관리(피구금자의 위생, 의류, 침구의 청결성, 난방, 조명 체육시설 등)를 정기적으로 하도록 되어 있고, 이를 시설의 장에게 보고하면 시설의 장은 조속한 조치를 고려하도록 되어있다.

보호원칙 24-16은 피구금자에 대한 입소후의 가능한 빠른 시간내의 검진, 이의 정확한 기록과 피구금자측의 접근권 및 이용권을 보장하고 있다.

(4) 개선방향

첫째, 생활조건 원칙은 헌법상 기본권인 인간의 존엄성을 해치지 않고, 피구금자의 사회화를 촉진시킬 수 있는 시설과 환경이 되어야 한다.

둘째, 거주시설 및 의류, 침구, 식사, 운동, 의료 등 생활조건에 대한 세세한 부분을 법률로서 정할 수는 없으나 그래도 그 기준과 원칙은 최소

한 최저기준규칙의 내용이상을 법률로 정해야 한다. 그런후에 시행령등으로 세세한 규정을 들 필요가 있다.

세제, 법률과 시행령 등 제행형법규에 규정되는 생활조건에 관한 제규정의 입법방식은 재량행위의 제한으로 나타나야 한다. 현재의 법규 대부분이 소장의 재량권으로 준수를 안할 수도있어 문제이기 때문이다.

네제, 생활조건은 법이 아무리 세세히 규정해도 공문화되기 쉽다. 그것은 행형시설이 제3자에 의해 감독되지 않고, 피구금자의 불복신청제도가 확립되지 않아 행형시설이 통제되지 않기 때문이다. 그러므로 생활조건이 준수되기 위해서는 행형시설에 대한 감독제도와 피구금자의 불복신청제도가 확립되어야 한다.

다. 규율과 징벌제도

(1) 한국의 행형제도

(가) 구금시설(교도소, 구치소, 감호소)에서의 규율은 재소자 규율 및 징벌에 관한 규칙(1971. 10. 1. 법무부령 176호)으로 정해져 있다. 동 규칙은 규율의 내용을 일단 1호에서 32호까지 32개의 유형으로 나누어 놓고 있으나 이외에도 33호에 “교도소등의 내부질서 유지를 위하여 고지된 사항의 위반”이라는 포괄적 규정을 덧붙으로써, 위와 같은 법령의 규정뿐만 아니라 소장의 권한에 의하여 만들어진 내부 규칙, 이에 따른 교도관등의 지시 일체가 규율의 내용이 될 수 있도록 되어 있다. 따라서, 징벌의 요건인 규율위반의 경우 행형당국의 자의적인 조치에

의하여 발생될 수 있는 여지가 많다. 실제로 교도관의 부당대우에 대하여 이의를 제기하면 그것은 곧 교도관의 지시, 명령 위반이 되는 것이 우리 행형제도에 있어 규율의 내용이라고 할 수 있다.

(나) 징벌종류

행형법 46조는 경고, 3월이내의 도서열독금지, 청원작업의 정지, 5일이내의 운동정지, 작업 상여금의 일부 또는 전부의 삭감, 2월이내의 작업정지, 2월이내의 접견, 서신금지, 2월이내의 금치, 7일 이내의 감식 등 9개의 징벌을 정하고 있다. 그리고 징벌기준에 대해서는 재소자 규율 및 징벌에 관한 규칙에 정해져 있다(동규칙 4조). 현실로는 위와 같은 규정 이외의 징벌, 예컨대 분리수용이나 수갑을 채우는 등의 일도 일어난다. 징벌의 종류가 아니면서도 징벌과 같은 것으로 제도화 된 것은 감식 또는 금치처분을 받은자는 기상후 취침시간까지 정좌자세를 유지해야 한다는 것이다(동규칙 6조의 2)

(다) 징벌의 절차

징벌은 3인이상 5인 이내의 위원과 위원장은 소장으로 구성되는 징벌위원회에서 의결로서 정한다(행형법 47조). 구체적인 절차는 소장이 징벌위원회에 징벌의견을 구하며(징벌 사유일로 부터 원칙적으로 10일내) 징벌위원회는 3일이내에 의결한다. 의결과정에서 징벌혐의자를 환문하여 그 진술을 들을 수 있으나 만일 그가 거부하면 서면 심리만으로도 의결이 가능하다(징벌 혐의자의 진술기회도 반드시 하도록 규정된 것은

아님). 징벌위원회는 의결을 하면 징결의결서를 징벌요구자에게 통고한다. 현실은 징벌의 사유가 아니라고 혐의자는 주장하는 경우라도 징계과정에서 충분히 변명의 기회가 주어지지 않는 것이 문제이다.²⁶⁾

㉞ 구속구(계구)의 사용

징벌은 아니지만 그것과 함께 문제되는 것은 구속구(계구)의 사용이다. 원래 계구는 수형자의 도주, 폭행, 소요 또는 자살 방지 기타 필요한 경우에 사용하는 도구(행형법 14조)인데 평상시에 이것이 사용되면 실제로는 징벌과 같은 효과가 있다. 현재 행형법에는 계구의 종류로 포승, 수갑, 연쇄, 방성구 등 4종을 규정하고 있다. 이러한 계구는 그 사용목적과 사용조건이 엄격히 제한되어 있으나(시행령 46조) 현실은 그 사용이 대단히 자의적인 것으로 보인다. 예컨대 사형선고자나 확정자에게는 거의 예외없이 수갑이나 포승을 채우고, 더욱 혁수정²⁷⁾이라는 규정외의 계구까지 사용하는 일이 많다.

(2) 국제인권원칙으로 본 문제점과 개선방향

㉞ 국제인권원칙

26) 위 변협보고서, 365면

27) 혁수정을 수갑의 범주에 넣는 것은 어렵다 할 것이다. 수갑에 대한 법률적 개념은 정리되어 있지 않지만 일반적으로는 수사기관등에서 범인체포나 도주 방지를 위해 사용하는 “양손목에 걸쳐서 채우는 쇠로 만든 계구”라고 설명되고 있다. 이에 반해 혁수정은 “양손의 팔목부위에서 팔꿈치 부위까지 및 허리에 걸쳐 채우는 가죽으로 만든 계구”로서 이것이 채워지면 양팔의 동작은 완전히 정지된다.

징벌에 관하여 최저기준규칙, 보호원칙, 및 유럽 형사시설 규칙은 거의 비슷한 규정을 두고 있다. 그 내용의 대강은 다음과 같다.

① 규율위반을 구성하는 행위, 징벌의 종류 및 기간

징벌기관은 법률 또는 권한 있는 행정청의 규칙에 의하여 정해져야 한다(최저 기준규칙 29조, 보호원칙 30의 1, 유럽형사시설규칙 35). 더욱 보호원칙은 “정확히 공표되어야 한다”는 것을 요청하고 있다. 이러한 원칙에 우리행형제도를 비추어 보면 일용 그 원칙을 충족시킨다고는 볼 수는 있으나 다만 징벌구성행위는 현실적으로 교도관의 지시, 명령의 위반이 되기 쉬운데 동지시 및 명령이 자의적으로 사용될 염려가 있어 징벌사유의 특징에 문제가 있다.

② 위반사실의 고지 및 자기 변명을 제출할 기회가 보장되어야 한다(최저 기준규칙 30조 2항, 보호원칙 30의 2, 유럽형사 시설규칙 36조 3항). 그러나 우리의 제도는 변명진술의 기회가 주어질 뿐 그것이 권리로써 주어진 것이 아니기 때문에 국제수준에는 미치지 못한다.

③ 징벌에 대한 이의 신청(불복제도)제도가 있고, 그 실시기관이 법률 또는 규칙에 정해져 있으며(유럽 형사시설규칙 35조), 또는 상급기관에 대하여 재심신청을 할 수 있는 권리가 있다(보호원칙 30의 2). 우리나라는 이 부분에 대해서는 이러한 이의 신청(불복)제도는 전혀 갖추어지지 않고 있다. 행형법 6조의 청원(법무부 장관이나 순열공무원에 대한 청원)은 이러한 제도와는 본질적으로 다른 것이다.

④ 이중처벌의 금지 원칙이 보장되고 있다(최저기준규칙 30조 1항 유럽 형사

시설규칙 36조 1항).

동일 징벌사유에 대하여 이종으로 처벌받지 않는다는 것은 당연한 법원칙이나 이러한 법원칙이 우리행형제도에는 명문화 되어 있지는 않다.

- ⑤ 비인도적이고 불명예스러운 징벌은 절대금지되고 있다(최저기준규칙 31조, 유럽 형사시설규칙 37조). 체벌이나 암실구금은 물론이고 우리 제도에 있는 감식벌도 유럽형사시설규칙은 삭제하고 있다(규칙 38조)
- ⑥ 구속구의 사용에 대해서는 최적기준규칙 및 유럽형사시설규칙이 모두 거의 같은 규정을 두고 엄격하게 규제하고 있다. 구속구의 종류(연쇄 및 가(枷)의 사용금지), 사용목적(징벌로서의 사용금지) 및 그 제식에 대한 법정화의 요청등이다(최저기준규칙 33, 34조, 유럽형사시설규칙 39, 40조). 특히 주목할 것은 유럽형사시설규칙은 구속구사용의 보충성을 철저히 강조하고 있다. 즉, 동규칙 39조는 “자기 및 타인에게 위해 또는 재산손해를 방지 하기 위하여 구속구를 사용하는 경우에, 피구금자를 진무하는 다른 수단이 실패한 때로 한정하고 있다. 이러한 국제인권원칙에 비추어 보면 우리의 구속구중 연쇄 및 법규에도 없는 혁수정의 사용은 국제인권원칙에 위반되는 것이며, 더욱 사형수 일반에게 적용되는 구속구 착용은 국제수준에 비추어 상당히 낙후되었음을 알 수 있다.

(4) 몇가지 개선방향

첫째, 징벌의 사유인 규율위반에 대한 개념이 명확해지도록 해야 한다. 교도관의 자의적인 명령이 규율이 될 수 없도록 해야 한다.

둘째, 징벌의 종류에서도 감식과 같은 비인도적인 징벌은 폐지해야 한다.

셋째, 징벌절차에서 피구금자의 변명의 기회가 권리로서 보장되어야 한다.

넷째, 징벌의결에 대해서는 상급기관(법무부등) 및 사법기관에 이의를 제기할 수 있어야 한다.

다섯째, 구속구(계구)사용에서는 법규에도 없는 혁수정의 사용은 당장 폐지해야 하며, 연쇄와 같은 계구도 폐지해야 한다. 그리고 계구의 사용이 징벌의 대체수단으로, 사용되지 않도록 해야 한다.

바. 불복제도

(1) 한국의 행형제도

행형시설내에서는 외부로 부터 완전히 차단되어 있고, 자유가 제한되어 있는 곳이므로 인권침해사건이 발생하여도 그대로 묻히기 쉽고, 불만이 있어도 이의 시정을 요구하기가 기본적으로 어려운 곳이다. 그러므로 이러한 행형시설내에서 피구금자의 인권을 제대로 보호하기 위해서는 반드시 상급기관과 당해 행형시설이 아닌 제3의 기관에 의한 불복제도가 필요하다. 그러나 아쉽게도 우리에게 그러한 제도가 전무하다. 행형법 6조의 청원제도(수형자는 법무부장관에게 서면으로, 순열관에게는 구술 또는 서면으로 청원할 수 있다. 시행령 4조)와 시행령9조(소장은 1주일에 1회이상 수행자와 면접하도록 되어 있다)의 소장 면회제도가 있지만 이는 행형당국의 내부적인 제도에 불과하여 그 실효성이 기대되기 어려운 현실이다.

참고로 일본은 판례에 의하여 폭넓게 사법구제제도를 인정하고 있다.

종래 특별권력관계에서는 사법통제가 허용되지 않는다는 이론이 우세하였으나 1958년 대판지방재판소가 “특별권력관계의 행위에서도 법률에 위반하고, 감옥의 존립 목적에서 합리적으로 불가결하다고 인정되는 범위를 일탈한 경우에는 사법구제를 구할 수 있다”고 판결²⁸⁾한 이후 수형자에 대해서도 행정소송에 의한 권리구제가 가능해졌다.²⁹⁾ 따라서 법제가 같은 우리도 행형법에는 규정되지 않았지만 일본과 같은 행정소송 나아가 헌법소원과 같은 제도는 피구금자가 권리를 침해받았을 때 사용가능하다고 생각한다.

(2) 국제인권원칙으로 본 문제점과 개선방향

(가) 국제인권원칙

최저기준규칙 36조는 우리행형제도청원, 소장면접제도와 유사한 제도를 비롯하여 보다 다양하고 깊이있는 불복신청제도를 인정하고 있다(36조 ①②항). 즉, 감독관에게 청원할 때에는 당해 소장이나 교도관의 참여가 없어야 한다고 하고 있고, 신청사항도 반드시 그에 대한 행형당국의 처우에 국한되지 않는다. 뿐만 아니고 중앙교정당국, 사법관청에 의한 요구 또는 불복신청도 인정되고 있다(동조 ③항2). 그리고 이러한 불복신청은 부당하게 지연될 없이 회답되어야 하는 권리개념으로 규정되어 있다. 유럽형사시설규칙도 비슷한 규정을 두고 있다.

28) 대판지방재판소, 판결소화 33. 8. 20.

29) 이로써, 수형자가 불복구제를 위해 이용할 수 있는 사법구제 제도로서는 행정사건 소송법에 의한 취소소송, 무효확인소송 및 의무확인소송과 국가배상 및 민법에 의한 손해배상 청구소송이 사용되고 있다.

나아가 보호원칙은 원칙 33에서 더욱 강력한 불복신청권을 보장하고 있다. 즉, 불복신청권은 피구금자 본인에게 한하지 않고 변호인에게도 주어지며, 이들의 권리행사가 어려울 때는 본인 가족, 또는 사건에 관하여 지식을 가진자는 누구라도 할 수 있다. 또, 신청이 거부되고 부당하게 지연될 때는 사법기관등의 신청도 가능하다. 더욱 중요한 것은 “필요한 경우에는 심사 및 구제권한을 갖는 적절한 기관”에 대하여 불복을 신청할 수 있고, 이 기관은 독립한 제3의 기관이라고 해석되고 있다. 그리고 이들제도를 가능케하는 효과적인 제도로 구금시설에 대한 사법기관등의 감독이 보장되고 있다(원칙4)

(나) 개선방향

첫째, 행형시설 내부 통제방법으로서 당해구금시설의장 및 법무부장관에 대한 불복신청제도가 확립되어야 한다. 이는 행정심판법에 의하지 않는 특별제도로 인정되어야 한다. 그리고 이제도는 당사자 본인 뿐만아니라 대리인인 변호사, 가족등 불복에 이해 관계가 있는자에게도 신청자격이 있어야 한다.

둘째, 위의 제도는 행정소송이나 헌법소원의 제기를 방해하지 않고, 그 재결에 대해서는 행정소송도 제기할 수 있어야 한다.

행정소송을 함에 있어서는 전심절차 없이 신속히 제기될 수 있어야 한다. 부당한 처우는 가능한 빨리 제거되어야 하는 필요성이 있기 때문이다.

셋째, 행형시설의 외부통제 방법으로서 독립의 전문행형감독기관을 설치하여 이에 복속하는 제도도 고려할 만하다.³⁰⁾

사. 행형시설의 감시, 감독

(1) 우리의 행형제도

밀행주의에 입각한 종래의 행형제도와 현실에서는 행형시설을 통제할 수 있는 객관적 지위에 있는 기관이 행형시설을 수시로 감시, 감독할 필요가 있다. 이러한 제도가 확립되지 않고서는 행형시설 내에서 발생하는 인권침해현실을 개선하기는 극히 곤란하다. 행형시설의 감시, 감독과 피구금자의 불복제도는 행형시설을 민주화시키고 인권의 사각지대에서 해방시키는 양대 축이다.

그러나 우리행형제도는 행형시설을 객관적으로 통제하기에는 거의 불가능한 제도라고 할 수 있다. 행형법 5조①항은 법무부장관은 행형시설(교도소, 소년교도소 및 구치소)을 소속공무원으로 하여금 순열할 수 있도록 하고 있다. 이 순열제도는 상급관청의 지휘 감독작용으로서 동일 조직 내부 감사의 성격을 가진 제도이다.

순열공무원은 행형업무의 위법 또는 부당한 사태를 발견하였을 때에는 필요에 따라 지시, 명령을 발하여 적당한 조치를 취하게 된다.

또한, 행형법은 판사 및 검사에 의한 시찰권 규정(5조 ②항)을 두고 있지만 이는 상급 관청의 감독작용은 아니다. 말 그대로 행형시설을 구경할 수 있을 뿐이다.

(2) 국제인권원칙으로 본 문제점과 개선방향

가) 국제인권원칙

30) 일변연의 “형사피구금자 처우에 관한 법률안”에서는 이러한 기관으로서 법무대신이 국회의 동의를 얻어 임명하여 구성하는 “형무심사회”가 있다.

보호원칙은 관계법령의 엄격한 준수를 감독하기 위하여 “시설의 운영에 직접관여하는 기관과는 별도의 권한을 갖는 기관에 의하여 임명되고 그 기관에 의무를 부담하며 경험 풍부한 유자격자에 의하여 정기적으로 방문되어야 한다”는 규정을 두고 있다(원칙 29의 1). 여기에서 “별도의 권한을 갖는 기관”이란 표현은 등 원칙의 심의 과정에 의하면 감독하는 자의 신용성을 높이고, 피구금자의 보호를 강화하기 위하여 삽입되었다고 한다. 따라서 이 기관의 의미는 “독립의 제3기관”이라고 설명하고 있다. 또, 피구금자는 위 방문자와 “자유롭고도 완전하게 비밀이 보장된 상태”에서 대화할 권리를 갖는다(위 원칙 29의 2). 나아가 보호원칙 4는 “- - 모든 형태의 구금 또는 수감하에 있는 사람의 인권에 영향을 미치는 모든 조치는 사법기관등의 효과적인 감독하에 있어야 한다”고 규정하여 법관에 의한 감독을 규정하고 있다.

최저 기준규칙 55조는 행형시설 및 행형사무에 대하여 권한을 갖는 기관이 임명한 자격과 경험을 가진 감찰관에 의한 감사제도를 요청하고 있고, 이 제도는 그대로 유럽형사 시설규칙의 기본원칙 4에 순열제도로서 채용되고 있다. 더욱 유럽형사시설규칙은 감독제도에 있어 최저기준 규칙보다 질적인 향상을 보이고 있는데 즉, 동규칙5는 독립의 제3기관에 의한 감독제도를 추가적으로 요구하고 있다. 즉, “개인적인 권리의 보호 특히 피구금조치의 합법성은 사법기관 또는 피구금자를 방문하는 권한이 합법적으로 부여된 중앙 행형기관에 속하지 않은 합법적으로 조직된 기관에 의한 감독에 의하여 확보되어야 한다”는 규정이 바로 그것이다.

(나) 개선방향

첫째, 법무부의 순열(감독)은 정기적으로 실시되어야 하고, 순열공무원과 피구금자의 면담은 자유스럽고, 비밀이 유지되도록 보장되어야 한다.

둘째, 법무부이외의 기관(법원이나 감사원)에 의한 감독제도도 도입할 필요가 있다.

셋째, 시찰권은 변호사회가 지명하는 변호사에게도 주어져야 한다.

4. 맺는말 - 우리행형제도의 개선방향

이상에서 우리행형제도 중에서 특히 국제인권원칙에 크게 못미치는 분야 몇을 골라 국제인권원칙의 수준과 그에 입각한 우리제도의 문제점을 살펴보았다. 위의 연구를 통해 들어난 것을 토대로 우리 행형제도의 개선방향을 개괄적으로 제시하면 다음과 같다.

첫째, 행형수준의 국제화이다.

인권의 국제화 방향에 따라 우리의 행형제도를 국제적인 기준으로 끌어 올려야 한다. 피구금자의 처우는 인간으로서의 존엄성을 지키고 재사회화를 촉진시키기 위한 처우로 향상되어야 한다.

둘째, 행형과정에서의 법의 적정절차 원리의 보장이다.

특별권력관계론이 지배하는 행형이론은 이제 사조에 맞지 않은 구시대의 발상이다. 행형시설내에서도 피구금자의 인권은 최대한 보장되어야 하고 그 인권 제한은 법령에 근거하여야 하며, 피구금자에게도 행형기관의 인권제한에는

불복할 수 있는 충분한 기회가 보장되어야 한다.

셋째, 행형시설에 대한 객관적 통제와 감시가 보장되어야 한다.

피구금자에게 아무리 처우의 수준을 높인다해도 일반사회와 격리되어 있는 행형시설을 적절하게 통제하거나 감독할 수 있는 제도가 없으면 그 처우의 수준은 보장될 수 없다. 따라서 피구금자의 불복제도와 행형시설에 대한 감독 제도가 확립되어야 한다.

넷째, 미결구금자에 대해서는 무죄추정자로서의 합당한 대우와 방어권 보장을 위한 소송준비행위가 보장되어야 한다.

논 단

재소자의 인권과 처우

인	권	
	136	16

한 인 섭

경원대 법학과 교수

참여연대 인권 자료실		
등록일	부기호	자료번호

1. 문제의 제기

최근에 들어 부각된 행형시설(교도소·구치소·유치장)에서의 폭력과 가혹행위는 우리 행형의 현주소와 문제점을 다시 한번 생생하게 일깨워주는 계기가 되었다.

보도에 따르면, 지난 7월 25일 마산교도소에서는 집견금지조치에 대해 항의하는 재소자들을 지하실로 끌고가 폭행하고, 손발에 수갑을 채우고 비너 뽑기를 한 채 구둣발과 주먹으로 2시간 가량 집단폭행을 자행했다고 한다. 그리고 난 뒤 항의한 재소자들을 분리수용하여 재갈을 물리고 포승과 수갑을 채운 채 불리한 내용의 진술서를 강요하고, 그것을 거부한 재소자들은 징벌방 1개월~10일씩의 감치처분을 받았다는 것이다.¹⁾

한편 지난 8월 27일 서울구치소에서는 반입도서 사전검열과 도서차입 제한에 항의한 재소자가 교도관에게 구타당하자 이 소식을 들은 재소자들이 교무과장실에서 집단농성을 벌이는 사건이 발생했다. 그에 대해 300여명의 경비교도대원들이 가스총과 사과탄을 쏘며 무차별 폭행을 하였고, 농성을 강제진압한 후 재소자들의 양손을 뒤로 돌려 수갑을 채우고 포승으로 묶어 징벌방에 가두고 손발을 묶어 통닭구이 고문을 하며 구타했다. 그 결과 많은 재소자들이 크게 부상당했음에도 불구하고 징벌방 수용과 의무진료 등의 조치가 거부되는 등 명백한 인권유린행위가 자행된 것으로 보고되고 있다.²⁾

그밖에 올해 문제시된 주요 사례만 꼽아보아도 문익환 목사의 질병에 대

인권

한 보석허가 여부를 둘러싸고 전개된 재소자 진료권의 문제, 7월말 목포교도소에서 발생한 강제식발과 강제급식사건을 지적할 수 있다. 이러한 재소자들에 대한 폭행, 고문과 각종 인권유린행위에 대처하기 위해 소내투쟁위원회, 공동대책위원회, 진상조사단의 구성에 이어 '재소자인권수호대책위원회'의 결성에까지 이르렀다.³⁾

법무부 및 행형당국에서는 이러한 사태에 대해, 대개 교도관들의 재소자에 대한 보복적인 가혹행위 사실을 부인하면서, 난동에 대한 진압 차원에서 해명하고 있다. 그리고 도서에 대한 사전검열, 수갑을 채우고 포승줄로 묶어놓는 행위, 징벌방 수용, 감치처분 등의 조치는 "시설물 보호목적과 질서위반자를 제재하기 위한 관례적 조치"로 정당화하고 있음을 본다.

사실 행형시설에서의 폭력 및 가혹행위와 같은 인권침해현상은 어제오늘의 일이 아니라 20세기 초반 서대문감옥의 도입 이래 일관된 문제로 내려왔다. 감옥의 명칭은 그 뒤 형무소로, 교도소로 바뀌어왔지만, 그 명칭에 걸맞는 내실의 변화는 별로 진척되지 않았던 편이었다. 현재의 교도소는 이전의 감옥과 별다른 없이 법치주의와 기본권 존중의 원칙에 따라서가 아니라, 별개의 목적에 따라 운영되어왔고, 행형영역은 여전히 인권의 사각지대로 남아 있는 것이다. 그동안 행형의 실제에 대한 수많은 문제제기와 절규에 가까운 항의⁴⁾에도 불구하고 여전히 그 모습을 유지시켜온 것이다. 그렇게 볼 때 최근의 사태는 어떤 돌발적인 사태가 아니라 불법적 관행과 타성에 젖어 있던 행형영역에서 끊임없이 재생산되어온 구조악의 일부로 자리매김될 수 있을 것이다. 이제까지 재소자의 처우 내지 인권의 문제는 논의로 치부되거나, 순전히 이론상의 관심사에 국한되었던 것이다.

그러면 과연 재소자⁵⁾에 대한 열악한 처우와 비인도적인 조치는 범죄에 따른 당연한 대가로 볼 수밖에 없는가, 다시 말해 범죄한다는 것은 그를 법밖의 존재로 격하시키는 것이고 따라서 어떤 불리한 처우도 감수해야 하며, 소내 환경과 처우에 대한 재소자의 권리주장은 주제넘은 것으로 치부되어야 할 것인가. 수형자에게는 헌법상, 법률상 어떤 지위가 인정되며, 어떤 권리의 보장이 주어질 수 있을 것인가. 소내 처우와 인권상의 문제점에 대해 행형당국을 상대로 한 재소자의 이의신청이나 소송과 같은 공식적 불복수단이 제도적으로 실효성 있게 보장되고 있는가. 이 글에서는 이러한 문제를 중심으로 분석해보고자 한다. 이러한 논의는 한편으로 오늘날 각국에서 전개되고 있는 행형의 추이와 행형에 관한 국제적 기준에 의존하면서, 다른 한편

으로는 우리 행형법규와 행형 실재를 비판적으로 점검하는 가운데 이루어질 것이다.

2. 재소자의 법적 지위

(1) 논의의 배경

수형자에 대한 처우가 인권 내지 법적 지위라는 관점에서 고찰되게 된 것은 거의 최근에 와서라고 할 수 있다. 로마법 이래 수형자는 시민으로서의 모든 권리를 박탈당하고 국가의 자비에 의해서만 살아가야 하는 존재로 생각되어왔다. 사형 및 신체형을 중심으로 하는 잔혹한 형벌체계가 자유형을 중심으로 한 새로운 형벌체제로 이행한 19세기 이후에도, 감옥에 수용된 수형자는 여전히 '법적으로 죽은 자'로만 보여져왔던 것이다.

수형자의 이러한 지위는 일찍이 미국의 러핀 판결⁶⁾에서 잘 표현된 바 있다. 이 판결에서 "수형자는 자기의 범죄의 결과로 자유를 박탈당할 뿐 아니라, 법이 그에게 자비로 부여한 특권을 제외한 모든 개인적 권리를 상실한다. 수형자는 형기 내에서는 국가의 노예인 것이다. 또다른 판결에서는, "적법한 징역형은 대다수의 특권과 권리를 필요한 만큼 제한하거나 철회할 수 있으며 이러한 제한은 형사체계의 기초를 이루고 있는 여러 사고에 의해 정당한 것이다"⁷⁾는 관점이 피력되기도 했다.

수형자를 국가의 노예로 보는 관점하에서는 수형자의 법적 지위 따위가 논란될 여지가 없다. 근대 형법이 정립된 후에도 수형자는 행형당국의 은혜와 자비에 의해 고통스런 삶을 살아가는 존재에 지나지 않았다. 이러한 수형자 처우의 참상은 종교적 인도적 감옥개혁운동에 의해, 그리고 공리적, 실증적인 개선·교정사상에 의해, 나아가서는 복지적인 처우사상과 사회내 처우사상의 발전에 의해 점차 지양, 극복되어왔다. 또한 자유형은 부정기화(不定期化)·개별화·개방화·사회화의 추세에 따라 탄력적이고 완형화(緩刑化)된 면모를 보이기에 이르렀다. 하지만 각국의 입법과 법 집행과정에서 행형영역은 여전히 인권의 사각지대로 남아 있고, 문명사회의 가장 어두운 음지로 남아 있음을 본다.

과연 수형자는 법 밖의 존재로 격하되고, 어떤 열악한 처우도 감수해야

마땅한 존재인가. 그에게 헌법상, 법률상 제반 권리는 전혀 인정될 수 없는 것일까. 또 규율과 질서에의 복종만 강제되고, 인간다운 처우와 지위를 청구할 권리는 인정될 수 없는가. 이들 측면을 살펴보기로 하자.

(2) 특별권력관계론의 문제점

종래 국가와 수형자의 관계는 특별권력관계하에서 설명되어왔다. 수형자는 수용관계에 내재하는 행형목적의 범위 내에서 교도소(구치소·유치장·소년원 기타의 구금시설)라는 국가시설의 이용자로서 행형당국이 제정한 규율을 매개로 포괄적인 지배복종관계에 들어간다고 고찰되어왔다. 특별권력관계에는, 일반법률관계하에서 시민에게 보장된 1) 헌법상의 기본권 2) 법률의 유보 및 3) 사법적 구제는 배제된다는 것이다. 수형자를 어디에 수용하고 어떠한 자유를 허용하며 생활환경을 어떻게 형성할 것인가, 규율위반에 대한 징벌의 결정과 집행은 어떻게 할 것인가, 혹은 어떠한 보안조치를 강구할 것인가, 기타 여러가지 교도행정의 일상적 업무 일체가 행형당국의 전권적 재량에 위임된다. 이와같이 특별권력관계론은, 원리적으로는 헌법원칙과 사법심사로부터 해방되어, 법률의 구체적 근거규정 없이 수형자를 관리 지배하는 행형권력의 존재를 시인하는 권위주의적 법이론이라 할 수 있다.

미국법에서도 행형영역의 문제에 대해서는 소위 불개입원칙(Hands-off Doctrine)이 특별권력관계론과 마찬가지로 기능을 수행해왔다. 불개입을 정당화하는 근거로는 흔히 법원이 행형 실무가보다 전문적 소양을 지니고 있지 못하다든가, 행형영역은 행정작용에 포함된다든가, 행형목적의 수행에 사법기관의 개입이 부적절하다는 점이 주장되었다. 특히 행형의 일차적 목적이 사회복귀로 전환되면서 불개입의 정도는 더욱 심화된 느낌마저 있다. 이러한 불개입주의는 행형영역에 법치주의와 헌법적 원리의 실현을 저해하고, 행형 실무자들에게 독점적 권력을 부여하는 결과를 초래했던 것이다.⁸⁾

우리의 행형법과 행형실무는 얼마간 진보적인 내용이 없는 것은 아니지만 기본적으로는 특별권력관계론에 입각해 있는 것으로 볼 수 있다. 물론 오늘날 특별권력관계론은 행정법상으로도 거의 지지를 얻지 못하고 있지만, 아직 수형자의 지위와 특별권력관계론의 관련성에 대해서는 그다지 논의가 진전되지 않은 편이다. 수형자의 권리와 자유는 교도소의 문을 들어섬과 동시에 박탈되고, 거기서 향유되는 이익은 당국의 재량에 의해 은혜적으로 허용

되는 데 지나지 않는다. 또 명문이 규정이 없어도 구금 확보와 규율질서의 유지, 혹은 본인의 처우에 필요한 경우에는 일방적으로 금지, 명령이 가능함을 원칙으로 하고 있다. 행형법은 '법률'의 이름을 갖고 있지만, 그 실체는 특별권력구조 내에 있어서 권력행사의 기준을 정하는 직무규칙에 지나지 않는 측면을 지니고 있다.⁹⁾ 오늘날 행형영역에서 일반화된 명령·통첩행형 및 규율의 과잉현상은 그 당연한 귀결이라 할 수 있다.

하지만 이러한 특별권력관계의 이론과 현실이 최고규범인 헌법의 논리와 배치됨은 두말할 나위 없다. 아직 그에 관한 우리의 판례는 나와 있지 않지만, 독일과 일본의 판례는 우리에게도 많은 시사점을 줄 수 있다.

일찍이 특별권력관계론을 만들어냈던 독일에서는 2차대전 이후 법치주의와 헌법원리의 지배에 지속적인 노력을 기울여왔다. 거기서 대표적인 비판의 표적이 된 것이 바로 특별권력관계론이었다.

70년대 전반기의 일련의 판결을 통해, 서독연방헌법재판소는 수형자의 기본권에 대한 확고한 입장을 보여주었다. 즉, 수형자의 기본권은 오직 법률의 근거가 있는 경우에만 제한될 수 있으며, 그 제한은 헌법에 의하여 승인된 공동체 유지의 목적을 실현하기 위하여 꼭 필요하다고 인정된 경우에만 허용된다고 선언했다. 또한 "행형은 재사회화(Resozialisierung)의 토대를 마련함을 과제로 한다. 국가는 마땅히 인간의 존엄성을 그 가치질서의 중심에 놓아야 하고, 사회국가의 원리를 실현할 의무를 지님은 공동체의 자명한 원리이며, 기본법 제1조, 제2조 1항은 이 점을 분명히 한다"고 하였다. 나아가 "기본권의 침해가 문제되는 한, 그것은 법률에 의하여 혹은 법률에 의거해서만 허용된다는 것은 헌법상의 요청이다. 종래 단순한 행정규칙에 의해 규율되어왔던 행형의 분야에서도 그러한 요청을 충족시킬 법률을 제정할 의무가 입법자에게 있다"고 하여 행형에 있어서 헌법과 법률의 지배를 명백히 선언하고 있다.¹⁰⁾

일본의 경우에는 1958년 지방재판소의 판례를 통해, 일단 공법상의 특별권력관계가 성립함을 인정하면서도, 피구금자의 모든 인권의 제한은 원칙적으로 법률에 의거하여 행하여져야 하고, 그 제한은 구금의 본질, 목적에 비추어 합리적이고 필요하다고 인정되는 범위 내에서만 시인된다고 하여, 특별권력관계의 수정 내지 재구성을 시도하고 있다.¹¹⁾

미국의 경우도 마찬가지이다. 수형자의 권리는 완전한 무권리상태로부터 이제는 헌법적 가치의 실현과 행형제도의 필요성——구금·안전·규율 확

보·제재·사회복귀 등——이라는 현실 사이에서 결정되는 것으로 되었다. 수형자는 법률에 의해 명시적으로 박탈되거나 필요한 한도 내에서의 제한을 받는 경우를 제외하고는 일반 시민과 동등한 권리를 갖는다.¹²⁾ 다시 말해 “헌법과 감옥 사이에는 어떤 철의 장막도 설치되어 있지 않다”¹³⁾는 것이다. 하지만 수형자의 헌법상 권리는 시설보안과 내부질서와 규율유지를 위해 불가피한 경우에는 제한 내지 철회될 수 있다. 행정업무의 어려움을 감안하면 이러한 제한의 폭은 상당히 광범하겠지만, 최근 몇십년간의 노력을 통해 점차 제한 정도가 축소되고, 제한의 경우에 그 정당성이 입증되어야 하는 쪽으로 진전되어왔다고 볼 수 있다.

(3) 행정단계와 헌법적 보장

국가와 수형자의 기본적 관계는 단순히 특별권력관계를 인정할 수 없다는 소극적인 차원에 그치지 않고, 더욱 적극적으로 헌법 12조 1항의 적법절차(due process of law)관계로서 파악할 수 있다. 헌법 12조 1항은 죄형법정주의 및 ‘형사절차의 법정주의’를 포섭하는 것으로 흔히 이해되어왔다. 그러나 형벌의 내용은 행정단계에서 완전히 실현되는 것이고 그 때문에 행정단계에서의 법적 통제는 특히 긴요한 과제라 아니할 수 없다. 따라서 헌법상의 적법절차에는 ‘행정법정주의’를 아울러 포함하는 것으로 해석되어야 할 것이다.¹⁴⁾ 그 결과 형벌의 집행과정도 헌법 12조의 직접적인 요청으로서 법의 지배에 복종되지 않으면 안된다.

수형자와 국가의 관계를 적법절차의 차원으로 정립할 때 다음과 같은 논리적인 이점이 도출될 수 있을 것이다. 첫째, 종래 수형자의 처우과정에서 무시 내지 부정되어왔던 ‘법의 지배’원칙을 확립하기 위해, 다시 말해 인간의 존엄과 가치를 처우과정에 어떻게 법제화하여 보장할 것인가를 고찰하기 위한 지도이념으로 유용하다. 둘째, 수형자의 법적 지위를 헌법적으로 고찰하기 위한 기본적 규정으로서 헌법 12조 1항을 원용할 수 있다. 셋째, 수형자의 법적 지위는 헌법 10조에 보장된 인간의 존엄과 가치라는 관점에 입각하면서, 각국의 입법례와 국제적 기준을 참작하여 규정하지 않으면 안되는바, 종래 정책론 또는 입법재량의 문제로 취급되어왔던 형사정책적 합리성의 문제를 헌법론으로도 전개할 수 있게 한다. 마지막으로 국가형벌권의 부당한 행사에 대하여 인권보장을 위한 지침을, 형사사법행정의 전과정을 통

하여 통일적으로 고찰하는 헌법상의 관점을 제공하게 된다. 요컨대 적법절차관계론이라 함은 형사사법행정의 전과정에 등장하는 피의자·피고인·수형자와, 국가의 관계를 헌법적 관점으로부터 통일적으로 설명하기 위한 유도이론이지만, 특히 종래의 비인도적이고 자의적인 밀실행형에 대한 헌법적 통제를 피하기 위한 기본원리로서 유용할 것이다.

적법절차론을 통해 알 수 있는 것은, 헌법 제 10조 및 12조의 이념과 원리가 재소자의 처우과정에도 엄격히 원용되지 않으면 안된다는 것이다. 그 골자는 수형자도 일반 시민과 마찬가지로 모든 헌법상의 권리 및 자유를 향수하는 주체라는 것(자유추정), 따라서 이들 권리와 자유의 제한은 국가의 형벌목적 달성을 위해 필요최소한도에 국한되어야 하고(비례원칙), 그것도 법규에 의해 근거지어질 경우에 한하여 적용된다는 것이다(법정주의의 원칙). 이 원칙을 적용할 때는 다음과 같은 점을 유의해야 할 것이다.

첫째, ‘자유추정’이라고 할 때의 자유 가운데는 헌법상 개별규정에 의해 보장되어 있는 자유권과 사회권뿐 아니라, 그것을 기초짓는 중핵원리로서의 ‘인간의 존엄과 가치’를 포함하는 것은 당연하다. 종래 수형자는 유죄판결을 받아 형벌을 받는 존재일 뿐 일반 시민과는 다른 사악하고 위험한 존재로 보여져 ‘자유추정원칙’은 적용될 필요가 없다고 생각되었다. 수형자는 그 인간성을 부정당하고, 범죄 방지 및 구금 확보라는 조직목적 위해 마음대로 관리조작되는 대상으로 인식되었다. 그러나 수형자는 인간으로서 자유시민과 다른 존재가 아니라는 전제에 입각하여 ‘자유추정’원칙이 인정된다면, 그 추정을 깨뜨리고 수형자의 구체적인 자유를 제한하기 위해서는, 국가측이 당해 제한이 국가목적 달성을 위해 필요한 최소한도의 것임을 입증하지 않으면 안되며, 또한 그 제한이 일정 사실의 평가에 관련되어 중대한 불이익을 초래하는 경우에는 적법절차가 보장되지 않으면 안된다는 것이다.

둘째, 수형자에 대한 인권 제약은 목적 달성을 위해 필요최소한도의 것이 되지 않으면 안되고, 따라서 보다 덜 침해적인 다른 대체수단으로 목적 달성이 가능한 경우에는, 과도한 인권 제약을 과하는 형벌은 허용될 수 없다. 따라서 일정한 국가목적의 수행과 합리적 관련성이 있는 수단이라 하더라도, 그것이 과도한 인권 침해를 초래하지 않는가, 다시 말해 좀더 비침해적인 대체조치가 가능하지는 않는가 하는 점이 엄밀히 논의되지 않으면 안된다.

(4) 미결수용자의 법적 지위

미결수용자란 형사피의자 혹은 피고인으로서 구속영장의 집행에 의하여 구치소, 교도소 내의 미결수용실 혹은 경찰서 유치장에 수용된 자를 말한다(행형법 제 62조 참조). 미결수용자는 헌법과 형사소송법상으로 무죄의 추정을 받고 있는 자이며, 다만 증거 인멸·도주의 우려가 있거나 주거가 일정하지 않아 수사와 공판진행을 위해 신병확보가 요구되는 자에 지나지 않는다. 따라서 미결수용자의 지위와 처우에 대해서는 다음 사항이 특히 고려되어야 한다.

우선 미결수용자는 증거 인멸이나 도주 방지를 위해 구속된 것이므로, 구속되었다더라도 그 자유에 대한 제한은 최소한에 그쳐야 한다는 것이다. 미결수용자는 한편으로 무죄추정을 받는 지위에 있을 뿐 아니라, 다른 한편으로는 형사소송의 당사자로서의 지위를 지니고 있는 까닭에 일반인과 그다지 다를 바 없는 법적 권리를 향유하며, 당사자로서의 방어권에 대한 제한이 있어서는 안된다. 따라서 구금의 안전과 소내 규율 유지를 위해 필요한 최소한의 제한만 그에게 과할 수 있을 뿐이다.

둘째 미결수용자의 구금시설은 자유형을 집행하는 곳이 아니므로, 교화개선이라는 적극적인 행형목적은 가질 수 없고, 따라서 신병 확보 이외의 다른 조치(처우)를 강구할 수 없다는 것이다. 미결수용자에게 작업과 교화(敎誨)는 원칙적으로 시행될 수 없다(행형법 제 67조). 또한 미결수용실에 수용된 자로서 사면에 상호 관련이 있는 자는 분리수용하고 상호 접견을 금지하는 것이 타당하다(행형법 제 64조). 아울러 명예와 프라이버시 보호를 위해 가능한 독거조치를 원칙으로 하되, 미결수용자가 혼거(混居)를 신청할 때는 그에 상응하는 조치를 시행해야 할 것이다.

미결수용자는 무죄추정에 합당한 처우를 받아야 한다. 미결수용자는 일반인과 다른 헌법과 법률상의 제반 권리와 처우를 받을 자격이 있음을 의미한다. 그런데 그와 관련하여 우리 행형법은 중대한 문제점을 지니고 있다. 즉 미결수용자에 대해 행형법 및 그에 근거한 명령에 특별한 규정이 없는 한 수형자에 관한 규정을 준용(準用)한다(행형법 제 62조)고 규정하고 있는 것이다. 법적으로는 무죄추정을 받는 자의 행형상의 처우가 유죄가 확정된 자의 처우에 준하도록 규정함은 명백히 위헌이라 아니할 수 없다.

행형법 제 62조의 규정은 시설 관리와 확실적인 규율의 시행을 위한 사실상의 필요성을 반영하고 있는 것으로 보일 수도 있다. 또한 구속된 피의자, 피고인의 경우 사실상 유죄로 확정될 가능성이 높고 따라서 일종의 위험분자로 취급하려는 사고방식이 그 배후에 자리잡고 있는 것으로 보인다. 하지만 행형 영역에서도 법의 지배, 헌법의 지배가 강조되고 있는 현대적 추세로 볼 때 이 규정은 더이상 유지될 수 없을 것으로 본다. 다시 말해 사실상의 필요성이 법적 정당성을 담보해주지 못한다는 것이다.

그러면 구체적으로 제약될 수 있는 권리의 여부를 좀더 구체적으로 살펴보자. 첫째, 미결구금의 성격 자체에서 도출될 수 있는 제한으로는 거주 이전의 자유, 직업선택의 자유를 들 수 있으며, 신병의 구금과 동시에 안전을 보장하여야 하기 때문에 화재·폭동·도주·자살 등의 사고를 방지하기 위해 미결수용자는 필요한 제한을 감수하여야 할 것이다.

둘째, 미결수용자는 무죄추정을 받는 자인 까닭에, 표현의 자유에 대한 제한은 원칙적으로 허용될 수 없다. 신문·잡지·도서 등을 구독할 자유는 헌법상 절대적으로 보장된 사상의 자유와 밀접한 관계를 맺고 있는 까닭에 제한 없어 보장되어야 한다. 미결수용자의 경우 특히 알 권리, 읽을 권리, 쓸 권리가 다른 경우보다 더욱 절실하게 요구되므로 서적의 차입이 소내 질서를 해할 위험성이 명백하고 현존하는 경우에 한하여 제한될 수 있다.¹⁵⁾

셋째, 외부인과의 접견교통권은 미결수용자의 인권 보장과 방어권의 보장을 위해 헌법과 형사소송법상 인정된 기본적 권리에 속한다. 먼저 변호인과의 접견교통권은 절대적으로 보장되어야 한다. 이는 헌법상의 권리이므로 관리·운영상의 편의의 차원에서 발해지는 '교도소장의 허가'사항에 속한다고 볼 수 없다. 최근의 판례도 이 점을 명백히 하고 있다.¹⁶⁾ 또한 방어권의 보장이란 견지에서 변호인과의 접견내용의 비밀이 보장되어야 하며, 접견시 교도관 또는 경찰관의 입회나 감시는 허용되지 않는 것으로 본다.¹⁷⁾

다음 비변호인과의 접견 내지 면회의 문제이다. 형사소송법에 따르면 비변호인과의 접견을 금하기 위해서는 도망하거나 죄증을 인멸할 염려가 있다고 인정할 만한 상당한 이유가 있는 경우에 법원의 직권 또는 검사의 청구에 의한 결정으로 하여야 한다고 규정하고 있다(형사소송법 제 91조, 제 209조). 즉 접견금지를 위해서는 일정한 실체적 절차적 요건이 요구되는 것이다. 그런데 행형법에는 피의자, 피고인의 접견권은 필요한 용무가 있는 경우에 한하여, 소장의 허가를 받아야 함을 규정하고 있어, 오히려 접견금지

가 원칙인 것처럼 규정되어 있다(행형법 제12조, 제62조). 이 규정은 다분히 행형편의주의와 권위주의에 입각해 있는 것으로 위헌이라 아니할 수 없다.

(5) 자유형의 본질과 인권

형벌 집행을 위해 수형자의 인권을 어느 정도 제한할 수 있는가를 논하기 위해서는 우선 자유형이 어떠한 인권의 박탈을 예정하고 있는가를 명확히 하여야 할 것이다. 현대의 통설은 “형벌의 본질은 법적 비난으로서의 고통이지만, 그 목적은 장래의 범죄 예방에 있다”는 상대적 응보형론에 입각하여, 자유형에 대해서는 과거의 범죄에 대응하는 책임의 범위 내에 형벌을 정하고, 그 기간 내에 사회복귀를 위한 처우를 강제할 수 있다는 것으로 되어 있다. 자유형의 본질과 목적으로부터 도출되는 ‘법적 비난으로서의 고통의 강제’와 ‘사회복귀를 위한 처우의 강제’라는 두 가지 강제가 수형자의 인권 제약의 주요한 계기로 예정되어 있다.¹⁸⁾

자유형의 가장 기본적인 내용은 형사구금시설에의 수용이다. 징역에는 거기에 교도작업(定役)이 과해지지만, 오늘날 이것은 비난으로서의 고통이 아니라 사회복귀를 위한 처우강제로 해석되고 있는 실정이다.

형사시설에의 구금이 신병의 구금, 즉 자기 마음대로 시설당국의 실력지배 또는 관리를 탈출하여 사회 속에서 활동할 자유를 제한 또는 박탈하는 것임은 말할 나위도 없다. 하지만 거기다 수형자가 일반 시민으로서 누릴 수 있는 자유 내지 권리 중의 어떤 부분에 제한 내지 박탈이 행해지는가 하는 점이 여기서 문제된다. 현실적으로는 수형자는 사회로부터 엄격히 격리되어, 열악한 물질적 문화적 조건과 엄격한 규율하에 굴욕적인 절대복종의 생활이 강제되고 있는 것이 사실이다. 만일 이러한 상황이 정당화된다면, 형벌의 고통 속에는 신병의 구금에다, 사회로부터 격리와 차단, 그리고 형벌실현에 따른 생활 내지 구금조건에의 강제가 포함되어야 할 것이다.

그러나 이러한 현실론은 논리적으로 수용되기 곤란하다고 생각된다. 자유형의 본질로서의 고통은 신병 확보로 끝나는 것이며, 구금내용의 형성에 대하여는 다른 요인들이 개입되어서는 안된다.

역사적으로 볼 때 자유형과 근대 감옥제도도 19세기에 들어 제도화되었다고 할 수 있다. 그런데 초기 감옥에서 실시되었던, 외부로부터 완전한 격리와 고립화, 열악한 처우환경, 수형자의 인권의 박탈과 같은 조치도 ‘참회와

반성을 통한 개선’이라는 고상한 종교적 도덕적 이념에 의해 기초지어져 있었고,¹⁹⁾ 결코 형벌의 고통을 극대화시키기 위한 의도를 지닌 것은 아니었다. 자유형은 응보와 격리의 극한인 사형과 추방형에 대신하여 출현한 것이고, 따라서 그 성립기에는 비인도성과 내부적인 잔혹성이 불가결했던 측면도 없지 않다. 그러나 자유형의 기원과 이념적 정당성은 서로 별개의 문제로 파악되어지지 않으면 안된다. 고통을 위한 형벌의 관념은 이념적으로는 지지될 수 없고, 근대 행형론자들에 의해 의식적으로 부정되어왔던 것이다.

범죄에 대한 법적 비난으로서 어느 정도의 고통이 과해져야 할 것인가 하는 문제는 매우 곤란한 이익형량 및 가치평가의 문제를 야기할 것이다. 하지만 적어도 자유형의 본질인 구금의 질에 관해서는 UN의 ‘최저기준규칙’의 제57조에서 자기 결정의 자유의 박탈을 넘어서는 ‘고통 증대의 금지’규정을 두고 있고, 서독 행형법은 “자유 박탈의 유해한 영향은 배제되지 않으면 안된다”(3조 2항)라고 규정하고 있다. 또한 유엔 인권 B규약의 “비인도적 혹은 품위를 손상하는 처우”의 금지(7조) 및 “인도적이고 인간의 고유한 존엄성을 존중”하는 것은, 근래의 국제적 형사정책사조에 의해서도 시인되고 있는 것이다. 오늘날 세계적인 추세로 전개되고 있는 행형의 개방화와 사회화 경향——가령 외부통근제, 주말구금제, 반(半)구금제, 개방시설에의 구금——은 이 점을 잘 보여주고 있다. 또한 형벌목적과의 관계에는, 구금의 질과 예방효과의 상관성 여부에 대해 아무런 증거도 없다. 그렇다면 억지로 행형시설을 비인도적이고 잔혹한 방향으로 운용할 필요는 없다 하겠다.

이와같이 자유형의 본질적인 고통인 ‘형사시설에의 구금’이 ‘신병의 확보’에 국한된다고 한다면, 수형자는 외부 사회에서 활동할 자유를 박탈당하는데 그치고, 그 이외의 자유, 권리에 대해서는 보안·질서 유지 및 사회복귀 처우라는 합목적적 관점으로부터 요청되는 필요최소한도의 예외적인 제한을 제외하고는, 원칙적으로 일반 시민과 똑같이 그것들을 향유하게 된다. 다시 말해 물질적 문화적 생활조건을 일반 사회의 수준 이하로 열악화한다든가, 수형자의 표현의 자유, 학문의 자유 및 노동의 자유, 나아가 정치에 참가하는 자유 및 사회권 혹은 시설 내에 있는 개인의 존엄과 프라이버시에 대한 제한을 인정할 수 없다는 것이다. 다시 말해 권리의 제한이 당연한 것이 아니라, 일반 시민과 같은 권리를 향유함이 원칙이며, 제한의 경우에는 법적 근거와 합목적적 필요성이 동시에 충족되어야 비로소 정당화된다는 것이다.

물론 수형자에 대한 이러한 권리보장이 현실의 행형구조하에서는 많은 곤

란과 장애를 수반할 것임은 부인할 수 없다. 그러나 그런 것을 핑계 삼아 수형자에 대한 아무런 적극적 조치를 강구하지 않고 방치하는 것은 명백히 인권 유린이며 헌법의 평등원칙에도 반하는 것이다. 국가는 이들을 구체적·실질적으로 보장할 수 있는 처우환경을 형성해야 할 막대한 책무를 지고 있는 것이다.

3. 수형자의 생활처우와 인권

일정한 행형시설에 갇힌 재소자는 하루 24시간을 행형당국의 감시와 지도 하에 생활하게 된다. 행형시설의 여건과 처우내용은 재소자들의 삶 전체를 좌우하는 결정적인 요소가 된다. 그러한 내용의 형성에 있어서 행형당국의 일차적 관심사가 관리와 통제의 확보에 있는 것이 사실이며, 그러지 않고서는 좀더 진전된 행형이념을 실현할 수도 없다. 하지만 오늘날 행형업무의 담당주체가 국가인 이상, 관리 통제의 차원에서만 시설을 설치, 운영하는 것은 행형의 좀더 적극적인 책무를 소홀히 하는 것이며, 헌법과 법률의 지배라는 법치주의 원리와의 배치된다. 이와같이 행형조건과 처우의 문제는 법치주의와 연관되면서, 나아가 국가의 성격과 문화수준을 징표하는 것이기도 한 것이다.

오늘날 행형의 지도이념 중의 하나는 재소자와 사회 사이에는 격리·고립·화·차별화의 방향이 아니라, 가능한 유사한 방향으로 생활처우가 형성되어야 한다는 것이다. 수형생활은 가능한 일반인의 생활상태와 유사하게 유지되지 않으면 안 된다(서독 행형법 제3조 1항). 최근 각국에서 제정, 개정된 행형법은 물론, 피구금자 처우에 관한 국제적 지침에서도 이러한 방향성은 쉽게 확인될 수 있다. 시설내에서의 일정한 생활수준의 보장 및 피구금자의 인간으로서의 존엄과 책임감의 확보를 위한 노력이 경주되고 있는 것이다.²⁰⁾

우리의 행형 실재는 이러한 현대 행형의 추세와 상관없이, 구태의연한 모습을 지속해오고 있다. 재소자들의 인격의 존중, 인간으로서의 품위, 존엄성과 배치되는 행태가 노출되고 있는 것이다. 오늘의 문제현실 가운데 몇가지만 간단히 짚어보기로 한다.

(1) 수용조건

헌법 행형법은 수형자를 폐쇄시설에 독거수용함을 원칙으로 하고, 다만 필요한 경우에는 혼거수용(混居收容)할 수 있다고 규정하고 있다(제11조). 그밖에 규율 위반에 대한 징벌조치의 하나로 징벌방에의 수용이 있다.

그러나 행형 실재를 살펴보면 독거수용과 혼거수용은 엄격한 구별 없이 시설 운용의 편의라는 차원에서 운용되고 있는 것 같다. 독거수용의 원칙은 수용인구의 과밀화로 인해 사실상 유지되기 어려운 측면도 있다. 따라서 중대한 시국법의 경우에는 독거수용의 원칙이 지켜지지만, 일반적으로는 오히려 혼거수용이 원칙처럼 되어 있다.

그런데 독거수용이든 혼거수용이든 징벌수용어론간에 근본적으로 폐쇄적 시설 수용처분이라는 점에 있어서는 별다른 차이가 없다. 이러한 처분형태는 19세기 초반 근대 감옥의 성립기에 영미의 실험으로부터 유래된 것이며, 19세기 후반 이후 인간의 사회적 본능에 반하고 수용자들의 품위와 인격을 타락시키고 자발적인 개선의욕을 박탈하는 것으로 비판받았다.²¹⁾ 그 중에서도 특히 독거수용제는 건강의 훼손, 땀속까지 스며드는 무료함과 고독감을 초래하고, 정신이상을 초래하는 계도로 강력한 비난에 직면했던 것이다.²²⁾

우리의 독거수용제의 운용 실태를 살펴보면, 하루 1시간 내외의 운동시간을 제외하고는 온종일 감방에 갇혀 있어야 한다. 감방의 면적도 지극히 좁고, 통풍도 제대로 되지 않아 악취가 배어 있으며, 통방과 면담의 기회도 허락되지 않아 사실상 가중된 징벌효과를 자아내고 있는 셈이다. 이러한 감방에서 장기적으로 생활할 경우 여간한 인내력이 없이는 육체적 정신적으로 파멸적인 결과를 초래하기 십상이다.²³⁾

독거수용제는 헌법적 차원에서 어떻게 평가될 수 있을 것인가. 이와 관련하여 미국의 판례는 다소 시사하는 바가 있다. 매우 불결하고 침구도 제대로 갖추지 못한 strip cell에의 독거수용에 대해, 법원은 "교정당국이 기본적인 품위 수준을 포기하고, 감방을 끔찍하고 조악한 상태로 유지하는 것을 허용하고 있는 경우에, 법원은 헌법과 합치되는 문명사회의 근본규칙을 회복하기 위해 개입하지 않으면 안된다"고 판시한 바 있다.²⁴⁾ 또한 식사 및 집필시를 제외하고는 조명을 어둡게 하는 경우도 재소자의 시력을 상하게 하고 미국 수정헌법 제8조의 "잔혹하고 비통상적 형벌 금지"규정을 위배한

것으로 판시했다.²⁵⁾ 이같은 판례의 태도에서 알 수 있는 것은, 그들이 독거수용 그 자체를 수정헌법 제 8조나 수정헌법 14조(적법절차 조항)의 규정에 반하는 위헌처분으로 해석하는 것을 삼가고, 독거수용의 특정 측면을 겨냥하여 공격하고 있다는 점이다. 그러나 '만일 독거수용이 재소자의 건강을 위협하거나 불필요하게 가혹한 조건이라고 하면, 법원은 그 자체를 위헌이라고 선언할 수밖에 없다는 결론이 논리적으로 도출될 수 있을 것이다. 그런데도 독거수용 자체에 대한 위헌선언이 없는 것은 여전히 행정업무에 대한 사법적 개입을 자제하고자 하는 법원의 의도를 말해주는 것이라 하겠다.'²⁶⁾

폐쇄적 시설에서의 독거수용형태는 그것의 반인도성의 측면에서는 물론 범죄자의 사회복귀 이념이 강조되고 있는 현대 행형의 추세와도 배치된다. 선진 각국에서는 이미 개방적 처우가 원칙이 되고, 기왕의 폐쇄적 처우는 중범죄자나 범죄목적으로 개방처우를 남용할 위험이 있는 자에 한정하는 경향이 늘어가고 있다. 이 개방처우 가운데도 개방된 시설내에서의 처우 및 외부통근제, 귀휴제, 주말구금제와 같은 반자유처우, 그리고 교도소와 사회의 중간지대에 있는 중간처우소(half-way house) 등과 같은 다양한 처우형태가 실험되고 제도화되고 있다. 이같은 개방처우의 경향은 결국 재소자의 자율과 책임감을 함양하고, 처우내용의 사회화를 통해 사회적 품성과 자질의 함양을 꾀하는 것이라 할 수 있다.

독거수용제를 중심으로 한 우리의 수용실태와 관련법제를 살펴볼 때 현대적 형사정책의 방향과 상반되고, 인간의 존엄과 가치를 존중할 책무를 지고 있는 국가이념에 위배되는 측면을 적지 않게 발견할 수 있다.

(2) 위생과 의료조건

자유형은 자유 박탈과 강제적 노역의 부과를 그 내용으로 하는 형벌이며, 신체적 고통을 직접적인 목적으로 하는 형벌이 아니다. 그런데 시설수용 그 자체가 때로는 심신에 큰 악영향을 주게 되는 경우가 허다하다. 거기다 행형당국 혹은 동료 재소자에 의한 폭행 등 가혹행위, 과도한 제재조치 등에 의해 건강상태가 악화되고, 더 나아가서는 살상의 사태까지 생겨나게 되고 있는 실정이다.

재소자가 심신의 이상이나 질병을 호소할 때 행형당국은 가장 적합한 의료적 검진, 치료수단을 제공해야 할 의무가 있다. 거기에 대응하여 재소자

들은 소내 병원시설에와 진료청구권이 보장되고, 소내 시설로 감당하기 곤란한 질병일 경우에는 사회내 치료시설로 이송되어 진료받을 수 있는 것이 당연하다. 재소자를 관리하는 국가기관은 재소자들의 건강과 안전에 대한 책임을 지고 있는 까닭이다.

그런데 현실적으로는 재소자들의 진료 요청에 대해 행형당국은 흔히 무시하거나 거부해버리는 사례가 적지 않게 발견되고 있다. 이 점은 특히 최근 김병곤씨와 문익환씨의 진료 여부를 둘러싸고 사회적 관심사로 대두된 바 있다.

참고로 미국의 판례를 살펴보면, 적절한 진료를 제공할 의무를 의도적으로 거부할 경우에는 수정헌법 제 8조의 '잔혹하고 비통상적 형벌 금지'에 위배되고, 중과실로 인해 상해의 결과가 초래된 경우에는 민사적 구제수단을 강구할 수 있다. 다만 단순한 과실로 상해가 초래된 경우에는 위헌이라고까지는 할 수 없고 주 법률에 의한 손해배상을 제기할 수 있을 뿐이라고 해석하고 있다.²⁷⁾ 다시 말해 행형당국의 고의 또는 중대한 과실로 인해 건강상태가 악화되었을 경우에는 헌법적 요청을 위배한 것이며, 민사적 배상 및 진료수단의 제공 의무를 진다는 것이다. 독일 행형법에서도 재소자의 신체적 정신적 건강의 보호를 위한 행형당국의 일반적 의무를 규정하고 있다(56조).

그에 반해 우리 행형법은 위생과 의료에 관해서 단편적인 규정을 두고 있을 따름이며(23조 내지 30조), 그것도 관리상의 편의를 앞세우고 있음을 볼 수 있다. 그 중에서 특히 문제되는 부분은 행형법 29조의 외래진료에 관한 조항이다. 행형법 제 29조 1항은 "소내에서 수형자에게 적당한 치료를 하는 것이 불가능하다고 인정되는 때에는 당해 소장은 소외(所外)의 다른 병원에 이송할 수 있다"고 함으로써 수형자의 건강 보호를 교도소장의 자유재량행위로 보고 있다. 소내 진료가 불가능하다고 인정하면서 어떻게 이송할 수 있다고 규정한다면 말인가. 이 경우 당연히 외부병원에 이송할 의무가 있음은 누구에게도 명백한 것이다.²⁸⁾

재소자를 둘러싼 환경조건과 재소자의 생활상태를 살펴보면 행형시설은 의료의 사각지대라 해도 지나치지 않을 것이다. 재소자들은 다른 어떤 집단보다 육체적 정신적으로 취약하고 불안정한 상태에 있기 마련이며, 크고 작은 질병에 시달리게 된다. 의료업무가 전문적 서비스 영역임을 감안할 때 이러한 질병에 대해 전문적인 의료기관과 의료진이 개입해야 함은 당연하

다. 현재 수용인구가 5만명 내외라는 거대 인구라는 점을 고려한다면 이들을 위해 적절한 의료서비스를 제공할 수 있는 방안에도 진지한 모색이 뒤따라야 할 것이다. 전문적인 교도소 병원의 설립 혹은 외부 병원과의 직접적인 연계 방안이 논의되어야 하리라 생각된다.²⁹⁾

요컨대 재소자의 진료청구권과 행형당국의 적절한 의료서비스의 제공 의무는, 행형법상의 결함에도 불구하고, 헌법 제 32조 1항(모든 국민은 인간다운 생활을 할 권리를 가진다) 및 제 34조 2항(모든 국민은 보전에 관하여 국가의 보호를 받는다)의 규정으로부터 직접 도출될 수 있다고 보아야 할 것이다.

(3) 작업조건

교도작업(prison labour)은 징역형을 선고받은 자, 금고형을 받아 노역신청을 한 자, 벌금과 과료형을 선고받은 자 가운데 벌과금을 납입하지 아니한 자에게 과해진다. 이러한 교도작업은 원래부터 자유 박탈에 더하여 가중적인 제재를 과한다는 의미에서가 아니라, 자유형 그 자체의 불가분의 요소로 인식되었다. 다시 말해 자유형은 구금기능과 노역기능의 결합을 기본으로 하고, 거기에 일정한 이데올로기적 기능을 가미하여 성립했다고 볼 수 있다.

교도작업은 적어도 다음과 같은 의미를 띠고 있는 것으로 흔히 이해되어 왔다. 범죄 예방과 범죄 통제라는 형사정책적 관점이다. 수형자에게 중노동을 과함으로써 범죄의 대가를 고통스럽게 일깨우고, 일반인에게 경계하자는 것이다. 또한 작업에 종사함으로써 수형자에게 잡념의 여지를 제거하고 게으른 습관을 지양하도록 한다. 노동을 통해 수형자들은 한편으로 직업기술과 직업습관을 익히고, 다른 한편으로 권위에 대한 순종적인 태도를 함양하게 된다. 이러한 기술과 태도는 장차 순탄하게 사회복귀를 할 수 있는 발판을 제공한다는 것이다.

둘째, 작업수익을 행형비용에 충당함으로써 재정적 내지 경제적 비용 절감의 효과를 거둘 수 있다는 점이다. 행형시설의 설치와 운영에 소요되는 비용 중 상당부분을 작업수익으로 충당함으로써 일반인의 조세저항을 무마시키고 수형자가 사회에 대해 진 빚을 갚는 데 쓰일 수 있다는 관점이다. 이러한 사고방식하에서는 수형자의 작업에 대한 대가는 당연히 인정될 수

없을 것이다.

그러나 오늘날 이러한 주장은 수용되기 어렵다고 보인다. 근로가 모든 국민의 권리이자 의무로 파악되고 있는 헌법구조하에서, 교도작업이 징벌의 의미로 쓰일 수는 없는 것이다.³⁰⁾ 교도작업의 공식적 목적 역시 수형자에게 근로정신을 함양시키고 기술을 습득시켜 사회에 적용할 수 있는 건전한 시민으로 갱생, 복귀시키는 데 있음을 표방하고 있다.³¹⁾ 따라서 교도작업은 시설의 관리와 규율상의 요구에 반하지 않는 범위 내에서 선택범위를 허용할 수 있어야 할 것이고, 수형자의 신체적 정신적 적성에 부합하는 방향으로 이루어지는 것이 합리적이다. 대체로 경제적 자립기반이 없는 수형자의 처지를 감안할 때 직업훈련은 사회적 수요를 충족시킬 만한 기능을 익히는 방향으로 이루어지지 않으면 안될 것이다.

또 하나의 중요한 문제는 수형자의 작업에 대한 대가 지급에 관한 것이다. 교도작업에 대해 임금을 지급하지 않는다는 것은 작업을 일종의 징벌로 파악하는 것과 상통하는 것이고, 수형자를 한시적인 국가의 노예로 보는 것을 의미한다. 또한 수형자의 근로의욕을 떨어뜨리고, 제품의 질을 조악하게 할 뿐 아니라, 행형 재원의 조달을 목적으로 수형자의 노동을 국가가 착취한다는 비난을 받을 수밖에 없다. 따라서 교도작업에 대해서는 임금제를 채택하는 것이 바람직하며, 수형자에게는 적절한 임금청구권이 헌법상 인정된다고 보아야 할 것이다. 임금제는 수형자의 사회복귀에도 실질적인 도움을 줄 뿐 아니라 수형자의 자립심과 책임의식의 함양에 기여하는 까닭에 현대 행형의 일반적 추세로 인정되고 있는 것이다.

반면 우리의 경우에는 작업수입은 국고수입으로 하고, 수형자에게는 작업상여금을 지급할 수 있다고 규정하고 있다(행형법 제 39조). 여기서 작업상여금은 임금이 아니고(따라서 수형자의 청구권이 인정되지 않고), 국가의 은혜적 조치로 간주되며, 수형자의 근로의욕을 고취하기 위한 정책적 배려로 간주되는 것이다. 그밖에 사회보호법상의 피보호감호자의 근로에 대해서는 근로보상금을 지급할 수 있게 하고 있다.³²⁾ 작업상여금 및 근로보상금의 금액도 극히 낮은 수준이다.³³⁾ 명목상의 자유형은 실질적으로 재산형까지 병과한 것과 다름없이 운용되고 있는 셈이다. 요컨대 임의적인 작업상여금 제도는 현대 행형의 추세에 반하고, 헌법적 가치에 반하는 대표적인 위헌조항으로 볼 수 있을 것이다.

현행법상의 이러한 태도는 교도작업 도중 수형자가 재해를 당한 경우에도

그대로 관철되고 있다. 행정법에서는 “수형자가 취업중 부상을 당하거나 사고로 인하여 사망 또는 불구가 된 때에는 그 정상을 참작하여 법무부장관이 정하는 바에 의하여 위로금 또는 조위금을 지급할 수 있다”(제 40조 1항)고 규정하고 있다. 그리고 그 금액 역시 너무나 적은 실정이다.³⁴⁾ 이는 국가의 관리감독하에 노역한 자의 재해를 한갓 위로의 차원에서 해결하고자 한 전근대적인 발상이며 국가의 책임 회피로 간주될 수밖에 없다. 따라서 이러한 재해의 발생시에는 최소한 석방후 노동능력 상실에 따른 일실이익(逸失利益)과 위자료를 산정하여 합리적으로 처리하지 않으면 안될 것이다. 산업재해보상보험법에 따라 산출되는 산재보상액도 하나의 참고기준이 될 수 있을 것이다. 결국 수형자의 교도작업과 관련하여 임금과 상여금, 산재보상과 같은 권리가 인정되어야 할 것이고, 이는 헌법적 요청에도 부합한다고 할 수 있다.

4. 맺 음 말

수형자의 지위는 ‘국가의 노예’로부터 ‘보통의 시민’으로 변모해왔고, 그에 따라 수형자의 권리 역시 일반 시민과 다르지 않은 것으로 정립되고 있다. 수형자는 원칙적으로 헌법과 법률상의 권리를 향유하면서, 다만 행정목적과 질서, 규율 유지를 위해 불가피한 한도 내에서, 법률의 규정이 있는 경우에 한하여 그 자유와 권리에 대한 제한의 정당성이 인정되는 것이다. 최근 각국 행정법의 개정과 UN의 지침들에서 이러한 변화는 충분히 인지되고 있다.

오늘날 수형자의 인권이 거론되는 것은 범죄와 범죄자에 대한 사회적 관념의 변화를 반영하는 것이기도 하다. 범죄를 순전히 개인적·심리적·생물학적 차원에서 접근할 수 있다고 믿는 경우에는 수형자의 인격 따위가 논의될 여지가 없을 것이다. 그러나 범죄가 우리 사회의 문화적·경제적·사회적 소산으로 보는 관점이 영향력을 지니게 될 경우, 사회는 범죄에 대한 책임의 일단을 당연히 부담해야 하는 것으로 귀결될 것이다. 범죄자는 다른 환경과 다른 여건에 처한 우리의 이웃이라고 할 때, 수형자의 권리는 모두의 관심사로 떠오르지 않을 수 없을 것이다.

이와 관련하여 우리 행정법은 심각한 문제점을 안고 있다. 행정법은 교도

소라는 공공영조물의 관리규정 내지 교도관의 직무지침으로서의 성격을 짚어 갖고 있을 뿐, 수형자의 권리 보호를 위한 규범으로서의 성격이 매우 미약하다. 이것은 행정법 자체의 목적조향에 반할 뿐 아니라 세계적인 추세(시설의 개방화, 처우의 사회화, 인간의 존엄성 인정과 인권보장에 역점을 두는 경향)에 역행하는 것이다. 또한 행정 실체에 있어서 빈번하게 발생하는 인권유린행위——가령 도서 열독의 금지, 열악한 생활처우, 외부와의 접촉 제한, 잔혹한 징벌조치, 노동에 대한 임금의 박탈 등——은 인간의 존엄과 가치의 존중, 잔혹하고 비통상적인 형벌의 금지, 명백하고 현존하는 위험이 있을 경우에 한정된 기본권 제한 등과 같은 헌법적 가치에 반하는 것들이며, 따라서 시정되지 않으면 안된다. 사법심사와 헌법소원도 경우에 따라서는 유용한 시정방법이 될 수 있을 것이며, 인권 침해에 대한 항의의 조직화도 시급하다고 본다. 선진국에서 보이고 있는 재소자 조합이나 재소자·출소자·사회 일반인의 연대를 통한 집단적 압력도 경우에 따라 유효한 방법이 될 수 있을 것이다. 이같은 방법을 통해 행정법은 교도소의 관리지침이 아니라 재소자 및 행정관계자의 권리³⁵⁾와 적법절차 보장을 위한 인권지침으로와 일대 개편이 요구된다.

그러나 무엇보다 중요한 것은 수형자가 응분의 처벌을 받아 마땅한 관리규율의 객체가 아니라, 스스로 책임과 개선능력을 지닌 주체이며 인간의 존엄과 가치를 향유하기에 부족함이 없는 인격체라는 사실을 깊이 인식하는데 있다고 하겠다. □

1) 한겨레신문 1990. 7. 29.

2) 동아일보 1990. 9. 28.

3) 동아일보 1990. 9. 28. 이 대책위는 앞으로 교도소 등 수용시설 내에서의 인권유린실태 조사 공개, 인권유린사태에 대한 법률적 의료적 대응, 재소자들에 대한 당국의 처우개선 촉구, 행정법 등 재소자 관련 법령 개정활동을 당면과제로 설정하고 있다.

4) 재소자의 처우와 권리상의 제반 문제가 본격적으로 제기된 것은 70년대 후반에서 80년대 초반으로 거슬러 올라간다. 이 시기에 학생과 재야인사들이 대거 구속되고, 그에 대한 징벌 위주의 비인도적 행형에 대한 반발이 소내투쟁으로 나타났던 것이다. 투쟁의 주요방법은 단식과 집단농성이었다. 이 시기의 투쟁의 한 정점은 박관현씨의 옥사사건이었다고 할 수 있다. (홍인표의 『하얀집의 왕』 (창작과비평사, 1989)는 이러한 시대적 분위기와 소내투쟁의 전개과정을 소설의 형식을 빌어 생생