

변호인과 수형자 간의 접견 및 서신수수*

조 성 용**

국 | 문 | 요 | 약

최근 재심 또는 상소심 회복신청을 하려는 수형자의 변호인에게 교도소 측이 접견을 거부한 사건을 계기로, 서울지방법변호사협회와 법무부 사이에 수형자의 변호인에게 변호인 접견을 허용해야 하는지를 놓고 논란이 일고 있다. 법무부 측은 명문의 규정이 없고, 기존의 대법원 판례와 헌법재판소 결정이 명시적으로 수형자의 변호인 접견 및 서신수수를 허용하고 있지 않으며, 이를 허용한다면 수형자 및 변호인이 이를 악용하여 개인적인 업무편의를 도모할 우려가 있다는 이유로 거부 입장을 분명히 하였다. 그러나 변호인과 수형자 간의 접견 및 서신수수는 현행법 규정의 해석에 의해서도 허용될 수 있으며, 기존의 대법원 판결과 헌법재판소 결정은 구 행형법 시기에 규정된 접견허가 및 서신검열이 원칙적으로 정당하다는 전제에서 내려졌다는 점에서 현 시점에서는 설득력이 떨어지고, 남용가능성의 우려는 교정행정상의 편의를 최우선시하는 논거라는 점에서 찬성하기 어렵다.

나아가 변호인과 수형자 간의 접견 및 서신수수는 형의 선고 이후의 형사절차에서 아직 정식으로 형사사건화 되지 않는 단계에서도 허용된다고 할 것이다. 왜냐하면 『형의 집행 및 수용자의 처우에 관한 법률』 제88조를 신설한 취지에 비추어 볼 때, 변호인과 의뢰인 간의 신뢰와 자유로운 사과의 교류를 보장해야 할 당위성은 형사재판이 개시되어 진행 중인지 아니면 아직 개시되지 않았는지 여부에 전혀 영향을 받지 않기 때문이다.

다만 집행실무에서는 여전히 변호인과 수형자 간의 접견 및 서신수수를 부정하는 입장을 고수하고 있으며, 판례 또한 아직까지 이에 대한 명확한 입장을 밝히고 있지 않은 현재의 상황에서는 이러한 해석론을 견지하면서 다른 한편으로 변호인과 수형자 간의 접견 및 서신수수에 대한 법적 근거를 『형의 집행 및 수용자의 처우에 관한 법률』에 명확하게 규정하려는 노력을 경주해야 할 것이다.

❖ 주제어 : 변호인과의 접견 및 서신수수, 행형에서의 변호, 변호인의 조력, 공정한 재판을 받을 권리

* 이 논문은 2011년 단국대학교 교내연구비 지원에 의하여 연구되었음.

** 단국대학교 법과대학 부교수, 법학박사

I. 문제제기

형사변호인은 미결수용자를 접견하거나 그와 서신을 교환할 때 일반인과는 달리 일종의 특권을 갖는다. 그리하여 변호인과 미결수용자 간의 접견에는 교도관이 참여하지 못하고 그 내용도 청취 또는 녹취하지 못하며, 다만 보이는 거리에서 미결수용자를 관찰할 수 있을 뿐이다(형의 집행 및 수용자의 처우에 관한 법률(이하 ‘형집행법’이라고 함) 제84조 제1항). 또한 변호인과 미결수용자 간의 접견은 시간과 횟수를 제한받지 않으며(형집행법 제84조 제2항), 접촉차단시설이 설치되지 않는 변호인 접견실에서 하게 된다(형집행법시행령 제58조 제4항). 그 밖에 변호인이 가져온 서류나 물건에 대한 검열은 허용되지 않는다(형사소송법 제34조). 나아가 변호인과 미결수용자 간의 서신은 교정시설에서 상대방이 변호인임을 확인할 수 없는 경우를 제외하고는 검열할 수 없다(형집행법 제84조 제3항).

그렇다면 여기에서 한 걸음 더 나아가 형사변호인은 기판력 있는 확정판결이 선고된 이후에도 이러한 특권을 가지고 의뢰인인 수형자를 접견하고 그와 서신을 주고받을 수 있는가? 만약 변호인에게 이러한 특권이 부여되지 않는다면 변호인은 일반인과 마찬가지로 수형자와의 접견 및 서신수수에 있어서 제한¹⁾을 받을 수밖에 없을 것이며, 이는 결국 수형자에 대한 변호인의 조력을 약화시키는 결과를 초래하고 말 것이다. 그럼에도 집행실무에서는 수형자에 대한 변호인의 접견도 일반접견의 일종으로 취급하여 횟수, 시간, 장소 및 방법에 제한을 가하며, 수형자와의 서신수도 일반서신과 마찬가지로 검열의 대상으로 하고 있는 실정이다.²⁾ 최근에 발생한 수형자에 대한 변호인 접견거부사건은 이러한 문제점을 극명하게 보여주고 있다.

<사례1>

피고인 갑은 불출석한 상태에서 제1심 형사판결을 선고받고 구속되었다. 그는 불출석한 상태에서 제1심 판결이 선고되었기 때문에 판결이 언제 선고되었는지 모르고 있었다. 그는 제2심 재판을 받아야겠다고 생각하였으나 이미 항소가

1) 구체적인 제한의 내용에 대해서는 형집행법 제41조 제2항 및 제43조 제4항 단서 그리고 형집행법시행령 제58조.

2) 자세한 최종술, 행형의 목적과 수용자 인권, 교정연구, 제21호, 2003, 75면.

간이 지난 뒤였다. 그는 항소를 위해서는 상소권회복신청을 해야 한다는 사실을 알고 변호인을 선임하였다. 변호인은 의뢰인 갑을 접견하기 위하여 구치소를 방문하였으나, 구치소 측은 “갑은 이미 제1심이 확정되어 기결수의 신분이므로 상소권회복결정이 나와서 미결수가 되어야만 접견을 허락할 수 있다”며 변호인 접견을 거부하였다.

<사례2>

피고인 을은 대법원에서 실형이 확정되어 서울 구치소에서 복역 중인데, 재심을 결심한 그는 변호사 병에게 이 사건을 맡기기로 하고 자신을 만나러 와 달라고 요구하였다. 변호인 병은 변호사 선임서를 받기 위하여 서울 구치소를 방문하여 의뢰인 을에 대한 접견을 신청하였다. 서울 구치소 측은 “수형자를 만나기 위해서는 일반접견을 하면 되고, 재심준비를 목적으로 한 변호인 접견은 불가능하다”며 변호인 접견을 거부하였다.

변호인과 수형자 간의 접견 및 서신수수가 문제될 수 있는 영역은 비단 상소심회복신청이나 재심청구의 사건에만 국한되지 않는다. 수형자가 별개의 사건으로 피의자 또는 피고인이 된 사건³⁾은 물론이고 형집행(*Strafvollstreckung*)의 영역(넓은 의미의 행형)에서 재판해석에 대한 疑義申請 및 재판집행에 대한 異議申請과 관련된 사건⁴⁾이나 사면 또는 복권과 관련된 사건⁵⁾에 대해서도 적용될 수 있으며, 더 나아가 행형(*Strafvollzug*)의 영역(좁은 의미의 행형)에서 발생한 사건⁶⁾에 대해서도

3) 다만, 이러한 경우는 형집행법 제88조에 의해 변호인과의 접견 및 서신수수가 보장되므로 특별한 문제를 야기하지는 않는다.

4) 재판해석에 대한 疑義申請은 형의 선고 받은 자가 집행에 관하여 재판의 해석에 대한 疑義가 있는 경우에 재판을 선고한 법원에 신청하는 권리구제방법이며(형사소송법 제488조), 재판집행에 대한 異議申請은 재판의 집행을 받은 자 또는 그 법정대리인이나 배우자가 집행에 관한 검사의 처분이 부당함을 이유로 재판을 선고한 법원에 제기할 수 있는 권리구제방법이다(형사소송법 제489조). 후자의 대상이 되는 경우로는 형의 집행유예실효(형법 제63조)에 의한 형집행, 형집행의 정지(형사소송법 제470조 내지 제471조) 등과 관련된 검사의 처분이다.

5) 사면법에 의하면 수형자 본인은 사면을 신청할 수 없으나 복권을 出願할 수는 있다. 복권을 사건본인이 출원하는 경우에는 형의 집행을 지휘한 검찰청의 검찰관을 경유하여야 한다(동법 제18조).

6) 예컨대, 수형생활 중에 수형자에게 가해지는 부당한 처우나 교정공무원의 불법행위 등과 관련하여 법적 구제를 받고자 행정소송이나 헌법소원 등의 소송을 준비하는 경우가 대표적이다.

적용될 여지가 있다. 심지어는 수형생활 중에 - 형의 집행과는 직접적인 관련이 없어 발생한 민사사건(예컨대 재산분쟁사건)이나 가사사건(예컨대 이혼사건) 등과 관련하여 수형자가 선임한 소송대리인(예컨대 변호사나 공증인 등)에 대해서도 위에서 언급한 변호인의 특권이 부여될 수 있는지 논란이 될 수 있다.

서울지방법변호사회는 최근 수형자를 접견하려다 구치소 측으로부터 거부당한 변호사들의 진정이 잇따르자 법무부에 공문을 보내 “재소자도 변호인 접견을 보장받아야 하는 만큼 변호인 접견이 적법하게 이루어질 수 있도록 해 달라”고 요청하였다. 이에 대해 법무부는 “명문의 규정이 없고 기존 대법원 및 헌법재판소 판례가 명시적으로 수형자의 변호인 접견권을 허용하고 있지 않기 때문에 허용할 수 없다”고 밝혔다. 법무부는 “이런 목적으로 변호인 접견을 허용하면 수형자들이 개인적 업무편의를 위해 접견권을 남용, 교정행정의 비효율을 초래할 뿐만 아니라 외부와의 교통을 위해 남용할 것”이라며 거부 입장을 분명히 하였다. 그러나 서울지방법변호사회는 “원칙적으로 변호인 접견을 허용하되 수형자가 외부인과의 소통을 위해 악용할 위험이 있다면 적절히 제한하는 예외조항을 두면 된다”며 팽팽히 맞서고 있다.⁷⁾

이 글에서는 이와 같은 상반된 입장을 염두에 두고,⁸⁾ 우선 일반접견 및 일반서신과 달리 특권이 인정되는 변호인과 수형자 간의 접견 및 서신수수가 현행법상 허용되는지 여부(II) 그리고 허용된다면 어떠한 범위까지 허용될 수 있는지 여부(III), 나아가 아직 정식으로 형사사건화 되지 않은 단계에서도 변호인과 수형자 간의 접견 및 서신수수가 허용될 수 있는지 여부(IV)에 대해 검토해 보고자 한다. 마지막으로 변호인과 수형자 간의 접견 및 서신수수를 입법론적으로 어떻게 규정하여야 할 것인지(V) 나름대로 제안해 보기로 한다.

7) 김소영, “수형자 접견권 보장해야” “명문규정 없고 남용 소지”, 법률신문, 2011.8.22.

8) 아직 학계에서는 이러한 논의가 활발하게 진행되지 못하고 있는 것으로 보인다. 일부 문헌에서 이에 대해 짧막하게 다루고 있을 뿐이다. 광병선, 개정 행형법상 수형자의 외부교통권, 형사정책, 제12권 제2호, 2000, 159면; 박영규, 수형자의 외부교통권, 교정연구, 제28호, 2005/9, 95면 주41; 최종술, 주2의 논문, 74면 이하. 최근 이러한 주제에 대한 심도 있는 연구로는 이승호, 수형자와 변호인의 접견교통, 일감법학, 제15호, 2009, 283면 이하.

II. 변호인과 수형자 간의 접견 및 서신수수의 허용성 여부

1. 집행실무의 입장

가. 현행법 규정의 해석

집행실무 측은 우선 변호인의 조력을 받을 권리에 관한 현행법 규정의 해석상, 변호인과의 접견 및 서신수수의 주체는 ‘체포 또는 구속당한 피고인, 피의자’ 내지 ‘미결수용자’로 국한된다고 주장한다.⁹⁾ 그리하여 헌법 제12조 제4항은 “누구든지 체포 또는 구속을 당한 때에는 즉시 변호인의 조력을 받을 권리를 갖는다”고 규정하고, 동법 제12조 제5항 제1문에서 “누구든지 체포 또는 구속의 이유와 변호인의 조력을 받을 권리가 있음을 고지 받지 아니하고는 체포 또는 구속을 당하지 아니한다”고 규정하고 있는데, 여기에서 ‘체포와 구속을 당한 때’는 경찰 및 검찰 등 수사기관에 의한 신체의 구금을 당한 때로 한정된다고 해석한다. 또한 형사소송법 제30조에서 “피고인 또는 피의자는 변호인을 선임할 수 있다”고 규정하고, 동법 제34조에서는 “변호인 또는 변호인이 되려는 자는 신체구속을 당한 피고인 또는 피의자와 접견하고 서류 또는 물건을 수수할 수 있으며 의사로 하여금 진료하게 할 수 있다”고 규정하고 있는데, 여기에서 언급하고 있는 ‘피고인 또는 피의자’는 열거규정인 만큼 수형자는 포함되지 않는다고 해석한다.

나. 기존의 판례

집행실무 측은 나아가 기존의 대법원 판례와 헌법재판소 결정을 원용하여 변호인과 수형자 간의 접견 및 서신수수는 허용되지 않는다고 주장한다.¹⁰⁾ 여기에서 대법원 판결은 변호인과 수형자 간의 접견에 관하여 판단한 것이고(대판 96다48831), 헌법재판소 결정은 변호인과 수형자 간의 서신수수에 관하여 판단한 것이다(96헌마398 결정).

9) 답변서(비공식 자료), 법무부 교정본부, 2011, 1면.

10) 앞의 답변서, 2면.

우선 대법원 판결의 대상은 수형자에게 재심청구 의뢰의 의사가 있는지 타진해 보겠다는 접견을 신청하였다가 거부당한 변호인이 국가 및 교도소 담당자를 상대로 손해배상을 청구한 사건이다. 대법원은 형사소송법 제34조가 규정하는 변호인의 접견교통권이 본 사안에서와 같이 “형이 확정되어 집행 중에 있는 수형자에 대한 재심개시의 여부를 결정하는 재심청구절차에는 그대로 적용될 수 없다”고 판시하였다.

그 근거로서 두 가지를 들고 있다. 하나는 “재심청구절차와 일반 공판은 그 성격과 구조가 기본적으로 달라 당사자주의적 성격이 강한 공판절차에 일반적으로 적용되는 형사소송법 총칙 중 변호인에 관한 규정이 직권주의적 구조를 갖는 재심청구절차에는 적용되지 아니함을 원칙으로 하고 있는 현행 형사소송법 체계 아래에서는 일반 수사와 공판절차에 적용되는 변호인의 접견교통제도가 재심청구절차에도 그대로 적용될 수 없기 때문”이라는 것이다. 다른 하나는 변호인과 수형자 간의 접견을 제한하는 것은 수형자의 접견 및 서신수수를 제한하는 구 행형법(1995.1.5. 법률 제4936호로 개정되기 전의 것) 제18조 제1항 및 제2항¹¹⁾의 반사적 효과이기 때문에 전혀 문제될 것이 없다는 것이다. 그리하여 “수형자는 자유형의 처벌을 받고 있는 자의 본질적 지위상 미결수용자에 비하여 접견 등의 빈도가 대폭 제한되어야 하고 그 제한의 정도는 일반적 접견권의 본질적 내용을 침해하지 아니하는 범위 내에서 교도소장 등 관계 행정청의 재량에 속하므로, 접견제한의 반사적 효과로 수형자를 접견하고자 하는 외부인의 권리도 역시 같은 정도로 제한될 수밖에 없고 그 제한이 재량권의 일탈이나 남용에 해당되지 아니하는 이상 그 외부인에 대하여 인격권 등 법익침해가 있을 수 없다”고 한다.

그 다음 헌법재판소 결정의 대상은 수형자가 수형시설에서 부당한 처우를 받는다고 생각하고 법적 구제를 받고자 변호사에게 서신을 발송하였으나 교도소장이 검열 후 발송을 거부하자, 그러한 조치의 근거가 된 구 행형법 제18조 제3항 본문의 규정¹²⁾이 헌법상 통신의 자유와 변호인의 조력을 받을 권리를 침해했다고 주장하며 헌법소원을 제기한 사건이다. 헌법재판소는 교도소장의 서신검열조치가 헌법상 통

11) 동조 제1항은 수형자는 소장의 허가를 받아 타인과 접견하거나 서신을 수발할 수 있다고 규정하고, 제2항은 친족 이외의 자와의 접견과 서신수발은 필요한 용무가 있는 때에 한한다고 규정하고 있다.

12) 동조는 수용자의 접견과 서신수발은 교도관의 참여와 검열을 요한다고 규정하고 있다.

신의 자유의 본질적 내용을 침해하지 않았으며, 변호인의 조력을 받을 권리도 침해하지 않았다고 판시하며 기각하였다.

특히 변호인의 조력을 받을 권리가 수형자에게도 보장되는지에 대하여, “원래 변호인의 조력을 받을 권리는 형사절차에서 피의자 또는 피고인이 검사 등 수사·공소기관과 대립되는 당사자의 지위에서 변호인 또는 변호인이 되려는 자와 사이에 충분한 접견교통에 의하여 피의사실이나 공소사실에 대하여 충분하게 방어할 수 있도록 함으로써 피고인이나 피의자의 인권을 보장하려는 데 그 제도의 취지가 있는 점에 비추어 보면, 형사절차가 종료되어 교정시설에 수용 중인 수형자는 원칙적으로 변호인의 조력을 받을 권리의 주체가 될 수 없다. 다만, 수형자의 경우에도 재심절차 등에는 변호인 선임을 위한 교통·통신이 보장될 수도 있다”고 한다.

다. 남용가능성

마지막으로 집행실무 측은 현재 수형자의 신분변동이 생기는 추가적인 형사절차가 개시되었다는 사실을 확인할 수 없는 상황에서 변호인과의 접견 및 서신수수를 허용한다면 많은 수형자들이 이를 악용하여 개인적인 업무편의를 위하여 변호인과의 접견 및 서신수수를 활용할 가능성이 다분하다고 주장한다.¹³⁾ 또한 변호인 접견만 계속적으로 한 후에 상소권회복신청 및 재심청구 등을 하지 않을 수도 있어서 교정행정의 비효율을 초래할 수 있다고 우려하고 있다. 그리하여 집행실무 측은 변호인과의 접견 및 서신수수의 방법 대신에 일반접견, 장소변경접견 및 일반서신 등을 통해서도 수형자의 의견을 변호인과 충분히 조율할 수 있다는 입장을 고수하고 있다.

2. 집행실무의 입장에 대한 비판적 검토

가. 현행법 규정에 대한 재해석의 필요성

변호인의 조력을 받을 권리는 의뢰인의 신체의 자유라는 기본권을 보호하고 재판

13) 주9의 답변서, 3면.

을 받을 권리를 효과적으로 보장하는 제도라는 점에서 그동안 학설 및 판례는 그러한 권리의 내용을 넓게 해석하려는 경향을 보여 왔다. 그리하여 헌법재판소 2004. 9. 23. 선고 2000헌마138 결정은 “헌법 제12조 제4항이 ‘체포 또는 구속을 당한 경우에만’ 변호인의 조력을 받을 권리를 인정하는 것은 아니다”고 판시하였다. 불구속 피의자의 경우에도 변호인의 조력을 받을 권리는 당연히 인정되나, 체포 또는 구속을 당한 피의자·피고인의 변호인의 조력을 받을 권리를 특별히 더 강조하기 위한 것이라는 것이다. 더 나아가 학계에서는 이러한 변호인의 조력을 받을 권리를 신체의 자유를 제한하는 경우를 넘어 그 전단계의 예방적 법률자문의 단계에서도 인정하여야 한다는 견해¹⁴⁾까지 대두되고 있는 실정이다.

이러한 시대적 흐름에 비추어 볼 때, 헌법 제12조 제4항이 규정하고 있는 ‘체포 또는 구속을 당한 때에는’ 이라는 문언이 적어도 구속피의자 및 피고인에 한정하지 않고 다만 강조하는 의미에 불과할 뿐이라는 점은 명백하다. 그리하여 ‘체포 또는 구속된 자’를 오로지 수사기관에 의한 신체의 구금을 당한 피의자 또는 피고인으로 국한하는 것은 문언의 의미를 지나치게 좁게 해석한 것이다. 오히려 어떠한 형사절차인지를 묻지 않고 체포 또는 구속을 당한 때에는 누구든지 변호인의 조력을 받을 권리가 보장된다고 해석할 수 있는 가능성이 충분하다.¹⁵⁾ 그렇다면 여기서 ‘체포 또는 구속’은 형사소송법상의 의미로 좁게 해석할 것이 아니라, “구금시설에 수용되는 모든 경우”로 넓게 새길 수 있을 것이다.¹⁶⁾

14) 문제완, 변호인의 조력을 받을 권리와 법률자문의 보호, 인권과 정의, 제335호, 2004, 77면 이하. 여기에 의하면 체포·구속되지 않은 상태에서도, 압수·수색에 대해서도 변호인의 조력을 받을 권리를 인정하는 것이 옳다고 한다.

15) 이와 같은 해석의 가능성을 열어 놓기 위하여 헌법 제12조 제4항의 본문을 “누구든지 체포 또는 구속을 당하거나 형사피의자, 피고인이 된 때에는 즉시 변호인의 조력을 받을 권리를 가진다”고 규정할 것을 제안하는 견해로는 장석조, 재판받을 권리의 헌법상 보장, 사법, 제7호, 2009/3, 60면 이하.

16) 이러한 취지로는 한영수, 행정과 형사사법, 세창출판사, 2000, 278면 이하; 이승호, 주8의 논문, 295면. 더 나아가 ‘체포 또는 구속을 당한 때’ 라는 문언을 “형사사법절차상 필요한 때” 라는 표현으로 확장할 필요가 있다는 견해로는 김종철, 헌법과 국선번호, 법조, 제59권 제6호, 통권 제645호, 2010/6, 18면. 이러한 입장은 반드시 구금시설에 구금되어 있지 않더라도 자신의 진술로 인하여 형사상 불이익을 받을 수 있는 모든 절차에서는 누구든지 변호인의 조력을 받을 수 있다는 취지로 이해되나, ‘체포 또는 구속을 당한 때’ 라는 문언의 가능한 범위를 뛰어 넘어 해석한 감이 없지 않다.

헌법 제12조 제4항의 의미를 이와 같이 새긴다면 형사소송법 제30조와 제34조에서 규정하고 있는 “피고인 또는 피의자”뿐만 아니라 “어떠한 형사절차에서 신체의 구금을 당한 자”도 변호인의 조력을 받을 권리를 갖는다고 볼 수 있다. 그러한 한 형집행법이 변호인과 수형자 간의 접견교통 및 서신수수를 명문으로 규정하지 않은 것은 입법상의 미비일 뿐, 변호인과 수형자 간의 접견교통 및 서신수수를 부정하는 취지는 아니라고 보는 것이 타당하다. 요컨대, 형사소송법 제30조 및 제34조에서 규정하고 있는 피고인 또는 피의자뿐만 아니라 형사재판을 신청하는 수형자도 변호인의 조력을 받을 권리를 갖는다고 보아야 한다.

나. 기존의 판례에 대한 비판

집행실무 측이 내세우는 기존의 판례에서 특별히 주목해야 할 것은 이러한 판례 모두 1990년대 구 행형법 시대에 내려진 판결이었다는 점과 그나마 재심절차에 관한 한 상반된 결론에 이르고 있다는 점이다.¹⁷⁾

대법원 판결(대판 96다48831)의 대상이 된 규정은 구 행형법 제18조 제1항 및 제2항이었고, 헌법재판소 결정(96헌마398 결정)의 대상이 된 규정은 구 행형법 제18조 제3항이었다. 주지하다시피 구 행형법 및 행형법시행령은 과거 수차례에 걸쳐 개정을 거듭하였는데, 2007년 12월 21일을 기점으로 종전 조문의 거의 전부를 바꾸는 형태로 전면 개정되었다. 개정의 기본방향은 수형자에게 가능한 더 많은 자유와 권리를 부여하는 반면, 기본권 제한은 종전보다 더 엄격히 하자는 것이었다. 수형자의 접견 및 서신수수의 영역만 국한시켜 살펴본다면, 수형자는 소장의 허가를 받아야만 타인과 접견하거나 서신을 수발할 수 있다고 규정한 구 행형법 제18조 제2항은 삭제되었고, 그 대신 수형자는 원칙적으로 교정시설의 외부에 있는 사람과 접견할 수 있다는 규정이 신설되었다(형집행법 제41조 제1항). 마찬가지로 수용자의 접견과 서신수발은 교도관의 참여와 검열을 요한다고 규정한 구 행형법 제18조 제3항은 삭제되고, 그 대신 수형자는 원칙적으로 다른 사람과 서신을 주고받을 수 있다는 규정이 신설되었다(형집행법 제43조 제1항). 그 밖에도 수형자의 접견 횟수가 매월

17) 법무부 교정본부의 답변서에 대한 서울변호사협회의 검토의견에서 이미 이러한 문제점이 지적된 바 있다. 이에 대해서는 김소영, 주7의 신문기사.

2회에서 4회로 늘어났으며(형집행법시행령 제58조 제3항), 미결수용자와 변호인 간의 접견은 시간과 횟수를 제한하지 아니한다는 조항(형집행법 제84조 제2항)이 추가되었고, 형사사건으로 수사 또는 재판을 받고 있는 수형자와 사형확정자에 대해서는 제84조와 제85조를 준용한다는 규정이 신설되었다. 더 나아가 서신에 금지물 품이 들어 있는지 확인하기 위한 검사(형집행법 제43조 제3항)와 내용검열(형집행법 제43조 제4항)로 이원화한 것, 발신이나 수신이 금지된 서신을 수용자가 동의하는 경우에 한하여 폐기하도록 한 것(형집행법 제43조 제7항)은 기존의 원칙을 바로 잡은 커다란 진전이라고 할 수 있다.

이상과 같이 수형자의 접견 및 서신수수에 관한 종전의 규정이 거의 전부 삭제된 현 시점에서 볼 때, 접견허가 및 서신검열이 원칙적으로 정당하다는 전제에서 변호인과 수형자 간의 접견 및 서신수수를 판단한 기존의 대법원 판결과 헌법재판소 결정은 그 설득력이 떨어질 수밖에 없을 것이다. 그리하여 과거 1990년대에 발생한 사건이 오늘날 다시금 법원의 심판대상이 되었다고 가정할 때에도 과연 동일한 결론이 나올 수 있을지 상당히 의문이다.

더구나 대법원 판결과 헌법재판소 결정은 모두 원고 및 청구인에게 패소의 선고를 하였지만 재심절차에서 수형자의 변호인 접견에 대해서는 서로 엇갈린 입장을 보이고 있다. 즉, 대법원 판결은 이를 부정하나, 헌법재판소 결정은 긍정한다. 그러나 헌법재판소 결정은 어떠한 근거에서 수형자의 경우에도 재심절차 등에는 변호인 선임을 위한 교통이 보장될 수 있는지 언급하고 있지 않다. 단지 형사절차가 종료되어 교정시설에 수용 중인 수형자는 원칙적으로 변호인의 조력을 받을 권리의 주체가 될 수 없지만, 재심절차 등의 경우에는 예외라는 점만 말해 주고 있을 뿐이다.

여기에 대해 “형사절차가 종료되어 교정시설에 수용 중인 수형자는 원칙적으로 변호인의 조력을 받을 권리의 주체가 될 수 없다”는 헌법재판소의 판시는 ‘이미 유죄가 확정된 원안사건’을 대상으로 하는 것이라고 파악하면서, 헌법재판소의 입장은 수형자와 변호인의 접견교통을 말 그대로 부정하는 취지가 아니라고 보는 견해¹⁸⁾가 있다. 이러한 견해에 의하면 단지 유죄의 확정판결이 선고된 이후에 계속 수형자가 원안사건과 관련하여 변호인 접견을 요구하는 것은 인정될 수 없다는 취

18) 이승호, 주8의 논문, 299면 이하.

지일 뿐, 확정판결이 선고된 사건과는 별개의 사법절차를 수행하기 위한 변호인 접견까지 부정하는 것은 아니라고 한다. 오히려 재심절차에서 변호인 접견이 보장된다는 헌법재판소의 판시는 별개의 사법절차를 수행하기 위한 변호인 접견이 당연히 인정된다는 전제를 깔고 있다고 한다.

그러나 이와 같은 해석은 헌법재판소 결정의 전후 문맥으로 볼 때 지나치게 비약하고 있다는 인상을 준다. 헌법재판소 결정의 대상은 수형자가 수형시설에서 부당한 처우를 받는다고 생각하고 법적 구제를 받고자 변호사에게 서신을 발송하였으나 교도소장이 검열 후 발송을 거부한 사건이다. 즉, 수형생활 중에 발생한 교도소 측의 부당한 조치에 대한 불복절차가 관건인 사건이다. 그리하여 헌법재판소는 “원래 변호인의 조력을 받을 권리는 형사절차에서 피의자 또는 피고인이 검사 등 수사·공소기관과 대립되는 당사자의 지위에서 변호인 또는 변호인이 되려는 자와 사이에 충분한 접견교통에 의하여 피의사실이나 공소사실에 대하여 충분히 방어할 수 있도록 함으로써 피고인이나 피의자의 인권을 보장하려는데 그 제도의 취지가 있다”고 하면서, “형사절차가 종료되어 교정시설에 수용 중인 수형자는 원칙적으로 변호인의 조력을 받을 권리의 주체가 될 수 없다”고 판시한 것으로 보인다.¹⁹⁾ 다시 말해 변호인의 조력을 받을 권리는 원칙적으로 형사절차에서 피고인이나 피의자의 인권을 보장하는 제도이지, 본 사건과 같이 행형상의 불복절차에서 수형자의 인권을 보장하는 제도가 아니라는 점과 다만 재심절차 등에서는 예외적으로 수형자도 변호인의 조력을 받을 수 있다는 점을 말하고 있는 것으로 보인다. 이렇게 새긴다면 헌법재판소의 의도는 다음과 같이 풀이될 수 있을 것이다. 즉, 행형상의 불복절차는 형사절차로 볼 수 없기 때문에 수형자는 원칙적으로 변호인의 조력을 받을 권리의 주체가 될 수 없으나, 재심절차는 비상구제절차라는 의미에서 특수한 형사절차이기 때문에 예외적으로 수형자도 변호인의 조력을 받을 수 있다고 말이다.

19) 이러한 문구에서 엿 볼 수 있듯이, 헌법재판소는 이때 ‘형사절차’를 ‘수사절차 및 형사소송’이라는 의미로 사용하고 있다. 그러나 이는 - 후술하는 바와 같이 - 형사절차에 대한 일상적인 언어사용과는 달리 그 의미를 너무 좁게 해석한 것이다. 이와 관련해서는 주31 참조.

다. 남용가능성에 대한 비판

변호인과 수형자 간의 접견 및 서신수수를 허용할 경우 수형자나 변호인이 자신의 편의를 위하여 이를 악용할 것이며, 이는 결국 교정행정에 지장을 초래할 것이라는 집행실무 측의 우려에는 기본적으로 변호인과의 접견 및 서신수수에 대한 불신이 깔려있는 것으로 보인다. 최근 수용자가 변호사 선임을 알선하는 왜곡된 변호사 문화의 만연, 이른바 ‘집사변호사’에 의한 탈법적 법률서비스의 증가, 미선임 상태의 변호인 접견에 대한 규제기준 미비 등으로 인하여 변호인 접견의 질서가 해이해지고, 부조리의 원인으로 작용할 우려가 크다는 판단에 따라 전국 구치소장 회의가 개최된 것도²⁰⁾ 이러한 맥락에서 이해할 수 있다.

집행실무 측이 진정으로 우려하는 바는 변호인과 수형자 간의 접견 및 서신수수를 허용하게 되면 범죄의 증거를 인멸하거나 형사 법령에 저촉되는 행위를 할 우려가 있거나 수형자의 교화 또는 건전한 사회복귀를 해칠 우려가 있거나 또는 시설의 안전 또는 질서를 해칠 우려가 있다는 점²¹⁾ 때문이 아닌 것 같다. 오히려 변호인과의 접견 및 서신수수라는 핑계를 내세워 일반접견 및 일반서신에 따른 제한(예컨대 접견시간, 횟수, 방법 등의 제한)을 회피하게 되면 그만큼 교정행정의 업무가 더 번거워지고 업무부담도 더 커지기 때문인 것으로 보인다. 이와 같은 교정행정상의 편의가 과연 변호인과의 접견 및 서신수수를 제한하는 설득력 있는 근거일 수 있는지 실로 의문이다.

또한 집행실무 측은 변호인과의 접견 및 서신수수의 방식 대신에 일반접견, 장소 변경접견 및 일반서신 등을 통해서도 수형자의 의견을 변호인과 충분히 조율할 수 있다고 하나, 사건의 성격에 따라서는 변호인이 수형자와 자주 만나 기본적인 신뢰를 쌓고 그러한 바탕 위에서 자유롭게 구두 또는 서면의 방식으로 사고를 교류해야 할 경우가 적지 않게 발생할 것이다. 일반접견 및 일반서신과는 달리 변호인과의 접견 및 서신수수에 일종의 특권이 부여되는 이유도 변호인과 의뢰인의 신뢰관계를

20) 여기에서 변호인 접견질서 확립 및 부조리 예방대책이 집중적으로 논의된 바 있다. 자세한 내용에 대해서는 정책리포트/전국 구치소장 회의, 변호인 접견질서 확립 및 부조리 예방대책 집중논의, 교정, 제54권 제409호, 2010/5, 22면 이하.

21) 이는 이른바 접견감시사유(형집행법 제41조 제2항)나 서신검열사유(형집행법 제43조 제4항)에 해당한다.

보호하고 거기에 기초한 자유로운 사고의 교류를 보장하기 위해서이다.²²⁾ 집행실무 측은 경우에 따라서는 장소변경접견을 허용하겠다는 입장이지만 이러한 ‘시혜적’ 조치만으로는 변호인과 수형자 간의 접견 및 서신수수를 보장하는 근본적인 대책일 수 없다. 실제로 서론에서 언급한 <사례1>의 변호인은 선임 후 한 번도 의뢰인을 접견하지 못하게 되어 의뢰인으로부터 많은 책망을 듣고 결국 변호인 선임비용을 반환하고 사임하는 지경에까지 이르렀다고 한다. 이는 일반접견, 장소변경접견 및 일반서신 등의 방식으로는 변호인이 수형자의 의견을 충분히 조율할 수 없다는 방증으로 보인다.

3. 공정한 재판을 받을 권리에 근거한 변호인과 수형자 간의 접견 및 서신수수의 허용성

집행실무 측이 원용한 판례는 수형자의 재판청구권을 정면으로 다루지 않았으나, 수형자가 법적인 구제수단을 찾아보고자 변호인을 선임하거나 선임하려고 한 경우가 주로 관건이 되므로 수형자의 재판청구권이라는 측면에서 변호인과 수형자 간의 접견 및 서신수수가 허용되는지 살펴볼 필요가 있다. 수형자라 하더라도 재판청구권과 재판청구권에 포함되어 있는 공정한 재판을 받을 권리를 보유한다. 왜냐하면 수형자도 헌법 제27조 제1항이 규정하고 있는 ‘모든 국민’에 당연히 포함되기 때문이다.²³⁾ 오히려 수형자는 강제적 구금상태에서 권리침해에 노출되기 쉽고 스스로 이를 방어하기도 어려운 상황에 처해 있으므로 이에 대해 변호인의 도움을 받아 법적인 구제수단을 이용할 필요성이 보통 사람보다도 더 높다고 할 수 있다.

그런데 수형자가 자신의 권리침해에 대해 법적 구제수단을 찾아보고자 변호인을 선임하거나 선임하려고 할 때에도 교정당국이 변호인과의 접견을 거부하거나 변호인과의 서신수수를 제한한다면, 이러한 권리구제의 노력 자체가 수포로 돌아갈 수 있다. 특히 수형생활 중에 수형자에게 가해지는 부당한 처우나 교정공무원의 불법 행위 등에 대항하여 법적 구제수단을 강구하고자 변호인을 선임한 경우 교정당국이

22) Müller-Dietz, Aufgaben und Möglichkeiten der Verteidigung im Strafvollzug, StV 1982, S. 88.

23) 같은 취지로는 이승호, 주8의 논문, 294면.

변호인과의 접견 및 서신수수를 제한한다면, 법적 구제의 통로가 바로 잠재적 법적 분쟁의 반대당사자 측에 의해 차단된다는 점에서 매우 불공정하다. 수형자의 입장에서 이러한 차단장치가 있는 이상 심리적으로 위축될 수밖에 없으며, 구체적으로 소송을 준비하거나 진행 중인 경우 공격·방어방법이 노출됨으로써 불리한 입장에 놓이게 된다.²⁴⁾ 그리하여 오늘날의 형사사법절차에서 수형자가 공정한 재판을 받기 위해서는 ‘방해받지 않는’ 변호인과의 접견 및 서신수수, 다시 말해 제한 없는 접견과 검열 없는 서신수수가 필수적이다.

이러한 맥락에서 세계 각국에서도 변호인과 수형자 간의 접견 및 서신수수를 허용하고 있다. 그리하여 우선 유엔 피구금자 보호원칙 제18조 제1항은 피억류자나 수형자는 변호사와 연락하고 상담할 권리를 가진다고 규정하고 있으며, 이어 제2조 내지 제5항에서 피억류자와 수형자의 변호인 접견교통권을 보장하기 위한 구체적인 기준을 제시하고 있다. 또한 영국은 1984년 Part Ander 사건에서 수형자의 변호인 접견권을 인정하면서 그 법적 근거로 재판을 받을 권리를 거론하였다.²⁵⁾ 나아가 미국은 C.F.R(Code of Federal Regulations)의 543.12(a)에서 구금시설 관리자는 수용자에게 변호인과 접촉하고 도움을 받을 권리를 보장해야 한다고 규정함으로써 모든 구금시설에 수용된 자들에게 변호인과의 접견교통권을 명시적으로 인정하고 있다. 마찬가지로 독일도 행형법 제26조에서 수형자의 법률사건을 처리하는 변호인 및 변호사와 공증인의 접견을 허용하고 있으며, 동법 제29조 제1항에서 수형자와 그 변호인 간의 서신수수는 검열을 받지 아니한다고 규정하고 있다. 마지막으로 일본에서도 다카다쓰 고등법원이 지난 1997년 도쿠시마 형무소 사건에 대해 내린 판결에서 수형자에게 변호인과의 접견교통이 허용된다고 판시하면서, 그 근거규정으로 “시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약(B규약) 제14조 제1항(공평한 재판을 받을 권리)을 거론한 바 있다.

24) 윤영미, 수형자의 서신검열과 기본권 제한, 법조, 제55권 제11호, 통권 제602호, 2006/11, 104면.

25) 이 사안은 수형자가 교도소 내에서의 처우에 대한 소송제기를 논의하기 위해 변호인 접견을 신청하자, 교도소 당국이 이른바 ‘동시검토의 원칙(사법적 처리와 동시에 교도소 내의 구제절차도 거쳐야 한다는 원칙)’을 내세우면서 교도소 내의 구제체계에 문제를 제기하지 않았음을 이유로 들어 접견 불허의 결정을 내린 사안이었다. 그러나 영국 사법부는 그러한 처리가 수형자의 재판을 받을 권리를 침해한다고 판시하였다. 이에 대해서는 이승호, 주8의 논문, 294면 주8, 재인용.

III. 변호인과 수형자 간의 접견 및 서신수수의 허용범위

1. 형사변호인의 변호가 행해질 수 있는 영역

변호인과 수형자 간의 접견 및 서신수수가 현행법 규정의 해석상 허용될 수 있다고 하더라도 과연 어떠한 범위까지 허용될 수 있는지 문제된다. 왜냐하면 기판력 있는 확정판결이 선고된 이후에도 수형자는 다양한 영역에서 변호인의 조력을 필요로 하기 때문이다. 앞서 문제제기에서 언급한 상속권회복신청이나 재심청구를 위한 경우 이외에도 수형자는 재판집행에 대한 검사의 처분이 부당하다고 생각하고 이의 신청을 하기 위하여 또는 사면법에 따라 복권을 출원하는데 필요한 법적 자문을 구하기 위하여 변호인의 조력을 필요로 할 수 있다. 그 밖에 수형자는 교정처우에 불복하여 법적 구제를 받기 위하여 변호인을 선임할 수 있으며, 더 나아가 수형생활 중에 - 형의 집행과는 직접적인 관련이 없이 - 발생한 민사사건(예컨대 재산분쟁사건), 가사사건(예컨대 이혼사건) 등과 관련하여 법적 사무를 처리하기 위하여 소송대리인(예컨대 변호사나 공증인 등)을 선임할 수도 있을 것이다. 그렇다면 이러한 모든 경우에 대하여 변호인과 수형자 간의 접견 및 서신수수를 허용해야 할 것인지 문제된다.

해결의 관건은 어떠한 경우가 형사변호인의 변호가 행해질 수 있는 영역에 해당되는가에 달려있다고 본다. 이것은 형사변호인의 과제와도 밀접한 관련이 있다. 전통적으로 형사변호인의 과제는 수사절차와 형사소송 및 불복절차에서 피의자 또는 피고인을 변호하는데 있다. 그리하여 재심청구사건은 예외로 하고, 대부분의 경우 형사변호인의 임무는 기판력 있는 확정판결의 선고와 더불어 종료된다. 국선변호인의 직무가 특별한 사정이 없는 한, 기판력 있는 확정판결의 선고와 더불어 종료되는 것도 이러한 맥락에서 이해할 수 있다.

그러나 기판력 있는 확정판결의 선고와 더불어 대부분의 경우 형사변호인의 변호가 종료된다고 하더라도 형사변호인의 과제를 오로지 수사절차와 형사소송에서의 변호로 국한시키는 것은 정당화될 수 없다. 형사변호인의 변호는 재심절차에서만 예외적으로 확정판결이 선고된 후에 행해지는 것이 아니다. 그 이외에 재판해석에

대한 의의신청절차 및 재판집행에 대한 이의신청절차, 사면법에 따른 복권절차, 형사보상법에 의한 보상절차 등에서도 마찬가지로 확정판결이 선고된 후에 형사변호인의 변호가 행해질 수 있다. 이와 같이 확정판결과 직접적 또는 간접적으로 연결되어 있거나 그러한 판결로부터 부수적으로 파생되는 절차²⁶⁾에서의 변호는 국가형벌권의 실현을 주된 과제로 삼고 있는 형사소송과 매우 밀접하고 불가분적으로 연결되어 있기 때문에 이러한 절차에서의 변호에 대하여 형사변호인의 법적 사무로서 독자성을 부여해야 할 뿐만 아니라 이러한 절차에서의 변호를 형사변호인의 과제로 포함시켜야만 한다.²⁷⁾

그러한 한에서 행형의 영역에서 발생한 사건도 예외는 아니다. 여기에서도 국가형벌권의 실현이 관건이 되고 있다. 즉, 확정판결이 선고된 이후 선고된 형(국가형벌권)이 어떠한 내용을 가지고 어떠한 모습으로 집행(실행)되어야 하는지가 중요하다. 수형자는 형사소송에서와 마찬가지로 여기에서도 여전히 국가형벌권에 내맡겨져 있다. 이러한 의미에서 행형의 영역에서 발생한 사건을 단순한 행정사건으로 보아서는 안 될 것이다. 지금까지는 행형의 과정은 행정당국(집행시설)에 위임되어 있으며, 행정당국이 행형의 과정을 형성하기 위하여 내리는 처분은 사법적 처분이 아닌 행정처분이라는 이유로 행정법상의 권리구제절차에 따라 행정당국의 처분을 심사하여 왔다. 그러나 이러한 행정법적 권리구제가 수형자들에게는 그림의 떡에 불과하다는 점이 여러 연구에서 지적되어 왔다.²⁸⁾ 오히려 행형의 영역은 엄밀히 말해 형사절차이면서 행정작용이라는 복합적 성격을 지니고 있다고 보는 것이 타당하다.²⁹⁾ 행형의 영역은 국가형벌권의 실현이라는 점에서 형사소송과 불가분적으로 연결되어 있으므로 적어도 이러한 영역을 형사변호인의 활동영역에 포함시키는 것은 사물의 논리상 자명한 것으로 보인다.

26) 이를 부수절차(Nebenverfahren) 내지 파생절차(Folgenverfahren)라고 부른다. 이에 대하여 자세히는 Swind/Böhm(Hrsg.), Strafvollzugsgesetz, §26, Rn. 3, 3. Aufl.; Callies/Müller-Dietz, Strafvollzugsgesetz, §26, Rn. 1, 8. Aufl.

27) 행형사건에서 변호인의 개념에 대해서는 OLG München, Beschl. v. 9.12.1977 - Ws1257/77, NJW 1978, S. 655.

28) 이러한 지적으로는 정승환, 형벌집행에 대한 법관의 통제와 형집행법원의 필요성, 형사법연구, 제 22호, 2004, 겨울, 383면 이하.

29) 정승환, 앞의 논문, 403면.

전체 행형의 영역 가운데 특히 수형자가 변호인의 법적 자문을 필요로 하는 영역은 다음과 같다.³⁰⁾ 첫째로 넓은 의미에서 집행의 완화에 해당되는 영역이다. 예컨대 귀휴 및 외출, 개방시설로의 수용 등이 여기에 해당된다. 둘째는 수형생활 중 수형자에게 부과되는 각종 제한과 관련된 영역이다. 예컨대 물품소지, 수형자에 대한 금품교부, 접견 및 서신수수, 전화통화, 신문 등의 구독 등이 거기에 해당된다. 셋째는 특히 인권침해의 요소가 많은 보안조치, 강제력의 행사, 징벌의 부과 등이 거기에 해당된다.

요컨대, 형사변호인의 변호는 수사절차와 형사소송 이외에 확정판결과 직접적 또는 간접적으로 연결되어 있거나 그러한 판결로부터 부수적으로 파생되는 절차와 행형의 영역에서도 행해질 수 있다. 왜냐하면 후자는 국가형벌권의 실현이라는 점에서 전자와 서로 불가분적으로 연결되어 있기 때문이다. 형의 선고 이후 형의 집행에 이르기까지의 일련의 절차는 일상적인 언어사용에 의하면 형사절차(Strafverfahren)에 속하나, 그렇다고 형사절차와 전적으로 동일시할 수는 없다. 왜냐하면 형사절차는 범죄수사와 범인의 검거로부터 공소제기, 공판절차 그리고 형의 선고에서 형의 집행에까지 이르는 일련의 과정을 의미하기 때문이다.³¹⁾ 그러나 형의 선고 이후 형의 집행에 이르기까지의 일련의 절차를 형의 선고 이전의 ‘형사소송’(Strafprozeß)³²⁾과 대비하여 ‘형의 선고 이후의 형사절차’³³⁾라고 부를 수는 있을 것이다. 그리하여 재판해석에 대한 의의신청 및 재판집행에 대한 의의신청 관련사건, 사면 및 복권 관련사건, 상소권회복신청 및 재심청구사건, 행형 관련사건 등은 형의 선고 이후의 형사절차상의 사건으로서 이러한 영역에서는 변호인과 수형자 간의 접견 및 서신수수가 허용되어야 할 것이다.

30) 자세한 Müller-Dietz, 주22의 논문, 86면 이하.

31) 형사절차의 개념에 대해서는 이재상, 신형사소송법, 박영사, 2008, 4면; 배종대/이상돈/정승환, 신형사소송법, 홍문사, 2009, 3면; 신동운, 신형사소송법, 법문사, 2011, 3면.

32) 형사소송은 법원에 의하여 진행되는 공소제기 이후의 공판절차로서 피고인의 형사책임의 유무와 그 정도를 판단하는 일련의 재판활동을 가리킨다. 통설은 형사소송을 형사절차보다 좁은 개념으로 파악한다. 대표적인 문헌만 소개하면 이재상, 앞의 책, 4면.

33) 흔히 재심절차를 예외적인 형사절차라는 점에서 ‘특수한’ 형사절차라고 부르고 있으나, 재심절차 이외에도 확정판결과 직접적 또는 간접적으로 연결되어 있거나 그러한 판결로부터 부수적으로 파생되는 절차가 다수 존재하기 때문에 재심절차의 예외적 성격은 그러한 한에서 상실된다고 보는 것이 타당하다.

2. 형사변호인의 변호가 행해질 수 없는 영역

그에 반하여 수형생활 중에 - 형의 집행과는 직접적인 관련이 없이 - 발생한 민사 사건(예컨대 재산분쟁사건)이나 가사사건(예컨대 이혼사건) 등은 국가형벌권의 실현과는 전혀 관계가 없기 때문에 형의 선고 이후의 형사절차상의 사건으로 볼 수 없다. 따라서 수형자가 이러한 사건을 처리하기 위하여 선임한 소송대리인(변호사나 공증인 등)은 형사변호인과 달리 기본적으로 수형자와의 접견 및 서신수수에 있어서 특권을 누릴 수 없다. 그 밖에도 수형자와의 접견 및 서신수수에 있어서 형사변호인과 - 형의 집행과는 직접적인 관련이 없는 - 민사사건이나 가사사건 등을 처리하는 소송대리인을 차별하여 취급해야 할 이유는 다음과 같다.³⁴⁾ 첫째는 민사사건이나 가사사건 등을 처리하는 소송대리인과 수형자 간의 접견 및 서신수수는 형사변호인과 수형자 간의 접견 및 서신수수에 비해 자유로운 사과의 교류에 대한 요구가 절박하지 않다는 점이다. 둘째는 전자의 경우는 후자의 경우에 비해 시설의 안전 또는 질서를 위태롭게 할 위험성이 크다는 점이다. 왜냐하면 민사사건이나 가사사건 등을 처리하는 소송대리인의 범주는 수임사건의 성격상 형사변호인의 범주와는 달리 개관할 수 없을 정도로 다양하기 때문이다.

물론 - 형의 집행과는 직접적인 관련이 없는 - 민사사건이나 가사사건 등을 처리하는 소송대리인은 형사변호인과 달리 기본적으로 수형자와의 접견 및 서신수수에 있어서 특권을 누릴 수 없다는 사실이 그러한 소송대리인에게서 수형자와의 접견 및 서신수수에 있어서 변호인의 특권을 무조건 박탈해야 한다는 것을 의미하지는 않는다. 그러한 소송대리인에게 수형자와의 접견 및 서신수수에 있어서 변호인의 특권을 얼마만큼 부여할 것인가는 근본적으로 입법정책에 속하는 문제이다. 그러한 소송대리인에게도 형사변호인과 마찬가지로 수형자와의 접견 및 서신수수에 있어서 변호인의 특권을 부여하는 것이 장기적으로는 바람직하다고 본다. 다만 수형자와의 접견에 있어서 횡수와 시간의 제한을 제외한 나머지 부분에 대해서까지 그러한 소송대리인에게 변호인의 특권을 부여하는 것은 현재의 여건으로 볼 때 시기상조인 것으로 보인다. 그리하여 - 형의 집행과는 관련이 없는 - 민사사건이나 가사사

34) BT-Drucks. 7/3998 zu §26 StVollzG.

건 등을 처리하는 소송대리인과 수형자 간의 접견은 횟수와 시간의 제한 없이 허용하되, 그 나머지 부분에 대해서는 일반접견 및 일반서신과 마찬가지로 제한(예컨대 접견장소 및 방법의 제한, 접견내용의 청취 및 서신검열 등)할 수 있다고 보는 것이 타당하다.

IV. 아직 정식으로 형사사건화 되지 않은 단계에서도 변호인과 수형자 간의 접견 및 서신수수가 허용될 수 있는지 여부

1. 집행실무의 입장

집행실무 측은 아직 정식으로 형사사건화 되지 않은 단계에서는 변호인과 수형자 간의 접견 및 서신수수를 허용할 수 없다는 입장이다. 그리하여 집행실무 측은 앞서 문제제기에서 언급한 사례의 경우처럼, 상소권회복신청 및 재심청구를 하기 위한 준비단계에서는 변호인과 수형자 간의 접견 및 서신수수는 허용될 수 없다고 주장한다.³⁵⁾

그에 대한 근거로, 형사사건으로 수사 또는 재판을 받고 있는 수형자와 사형확정자에 대해서는 제84조(변호인과 미결수용자 간의 접견 및 서신수수) 및 제85조(미결수용자의 조사 등에서의 특칙)을 준용한다고 규정한 형집행법 제88조를 들고 있다. 집행실무 측은 이 규정의 취지를 다음과 같이 해석한다. 즉, 수형자가 ‘정식으로 형사사건화가 되어’ 수사 또는 재판을 받고 있는 경우에 한하여 변호인과의 접견 및 서신수수를 허용하는 것이라고 말이다. 그리하여 동조가 규정하고 있는 ‘형사사건으로 재판을 받고 있는 수형자’를 ‘실제로 형사재판을 받고 있는 수형자’로 해석한다.

35) 주9의 답변서, 2면 이하.

2. 집행실무의 입장에 대한 비판적 검토

가. 형집행법 제88조에 대한 재해석의 필요성

우선 2008년 12월 11일에 신설된 형집행법 제88조는 변호인과 수형자 간의 접견 및 서신수수의 허용성 여부를 판단하는데 있어서 중요한 법적 근거로 작용할 수 있다는 점을 지적하고 싶다. 원래 이 규정은 수형자가 확정판결이 선고된 원안사건과는 별개의 형사사건으로 수사나 재판을 받는 경우 미결수용자와 마찬가지로 변호인과의 접견 및 서신수수를 허용하겠다는 의도에서 비롯된 것이다. 이는 수형자라 할 지라도 이미 확정판결이 선고된 원안사건과는 별개의 형사절차에 연류될 때에는 그러한 또 다른 형사절차에서는 수형자가 아니라 미결수용자의 지위에 놓일 수 있다는 점을 고려한 것으로 보인다. 이렇게 새긴다면 수형자가 별개의 사건으로 피의자 또는 피고인이 된 사건은 물론이고 재판해석에 대한 의의신청 및 재판집행에 대한 이의신청과 관련된 사건, 사면 또는 복권과 관련된 사건, 상소권회복신청 및 재심청구사건에 대해서도 동조가 적용될 수 있으며, 더 나아가 행형의 영역에서 발생한 사건에 대해서도 적용될 수 있을 것이다. 왜냐하면 앞서 살펴보았듯이,³⁶⁾ 형사절차는 수사절차, 형사소송, 불복절차 그리고 형의 선고에서 형의 집행에까지 이르는 일련의 절차를 포함하고 있기 때문이다.

그 다음으로 동조가 규정하고 있는 ‘형사사건으로 재판을 받고 있는 수형자’라는 문언을 어떻게 해석해야 할 것이냐가 문제되는데, 집행실무 측은 문리해석에 충실하게 실제로 형사절차가 개시되어 지금 현재 형사재판을 받고 있는 수형자로 해석한다. 그러나 단순한 문리해석을 넘어서 형집행법 제88조를 신설한 취지에 비추어 동조를 해석하여야 한다고 생각한다. 동조를 신설한 취지는 위에서 언급한 바와 같이, 수형자라고 하더라도 별개의 사건으로 형사재판을 받게 되는 경우에는 그 사건에 관한 한 미결수용자와 유사한 지위에 있다는 점을 고려한 것이다. 그리하여 그 사건에 관한 한, 수형자는 미결수용자와 마찬가지로 무죄가 추정되는 동시에 방어권을 보장받아야 한다. 변호인과 미결수용자 간의 접견 및 서신수수는 변호인과 미

36) III.1. 참조.

결수용자 간의 자유로운 사고의 교류를 보장함으로써 미결수용자의 방어권을 강화하려는 취지에서 마련한 것이다. 형집행법 제88조가 형집행법 제84조(변호인과 미결수용자 간의 접견 및 서신수수)를 준용한 것도 이러한 맥락에서 이해할 수 있다.

이상과 같이 별개의 사건으로 형사재판을 받게 되는 수형자는 그 사건에 관한 한 미결수용자와 유사한 지위에 있다는 점과 변호인과 미결수용자 간의 접견 및 서신수수는 변호인과 미결수용자 간의 신뢰와 자유로운 사고의 교류를 보장하기 위한 취지에서 마련되었다는 점을 고려하면, 이러한 신뢰와 자유로운 사고의 교류를 보장해야 할 당위성은 형사재판이 개시되어 진행 중인지 아니면 아직 개시되지 않았는지 여부에 전혀 영향을 받지 않는다고 보아야 할 것이다.³⁷⁾ 그리하여 형집행법 제88조가 규정하고 있는 ‘형사사건으로 재판을 받고 있는 수형자’는 예시규정에 불과한 만큼 ‘형사재판을 신청하는 수형자’도 포함된다고 해석할 수 있을 것이다.

나. 형의 선고 이후의 형사절차의 특수성

집행실무의 입장에 의하면 수형자는 형사사건으로 재판이 개시되거나 진행 중인 경우가 아니면 변호인과 접견하거나 그와 서신을 주고받을 수 없게 된다. 그리하여 그는 형사재판을 신청하기 위하여 변호인의 조력 없이 혼자서 자신과 관련된 법적 사건(예컨대 재판해석에 대한 의의신청 및 재판집행에 대한 이의신청 관련사건, 사면 및 복권 관련사건, 상소권회복신청 및 재심청구사건, 행형 관련사건 등)을 처리해야 한다. 여기에서 그는 두 가지 난관에 봉착하게 된다. 하나는 수형자는 일반적으로 그러한 법적 사건을 혼자서 처리하기에는 사회적 행위능력이 현저하게 떨어진다는 점이다. 다른 하나는 수형자와 관련된 법적 사건은 대부분 법률전문가의 조력이 없으면 제대로 처리할 수 없을 정도로 내용이나 절차 면에서 까다롭다는 점이다. 이러한 점은 상소권회복신청절차 및 재심절차의 예에서 극명하게 드러난다.

우선 상소권회복신청은 상소권자 등이 책임질 수 없는 사유로 인하여 상소제기 기간 내에 상소하지 못한 때를 구제하기 위한 제도이다. 그런데 신청기간은 사유가 종지한 날로부터 상소제기 기간에 상당한 기간으로 제한되며, 그 청구와 동시에 상

37) OLG Nürnberg, Beschl. v. 24.11.1983 - Ws1003/83, NStZ 1984, S. 191.

소를 제기하여야 하고 원인된 사유를 소명하여야 한다는 내용적 제한도 따른다(형사소송법 제345조 및 제346조). 그 다음 재심은 오판을 시정하기 위한 제도이다. 그런데 재심의 청구도 재심청구의 취지 및 재심청구의 이유를 구체적으로 기재한 재심청구서를 관할법원에 제출해야 한다(형사소송규칙 제166조)는 내용적 제한이 따른다. 그리하여 수형자가 상소권회복신청을 하려면 시간적 제약 하에 상소권회복의 원인된 사유를 소명해야 하며, 재심청구를 하려면 재심청구의 취지 및 재심청구의 이유를 구체적으로 재심청구서에 기재하여야 한다. 그러나 상소권회복의 원인된 사유의 소명이나 재심청구의 취지 및 이유 등은 그 자체로 어느 정도 타당성과 신빙성이 있어야 한다는 점에 비추어 보면, 변호인의 조력 없이 교도소나 구치소에 수감 중인 수형자가 이러한 일을 혼자서 제대로 처리할 수 있다고 기대하기는 현실적으로 어렵다. 따라서 상소권회복신청 및 재심청구제도가 원래의 취지대로 기능을 발휘하기 위해서는 상소권회복을 신청하거나 재심을 청구하는 단계에서부터 변호인과 수형자 간의 접견 및 서신수수를 허용하는 것이 타당할 것이다. 이것은 상소권회복신청 및 재심청구절차 이외에 형의 선고 이후의 형사절차에 대해서도 그대로 타당하다.

V. 변호인과 수형자 간의 접견 및 서신수수의 입법론

이상과 같이 살펴보았듯이, 형의 선고 이후의 형사절차에서 변호인과 수형자 간의 접견 및 서신수수는 현행법 규정의 해석에 의해서도 허용되며, 더 나아가 아직 정식으로 형사사건화 되지 않은 단계에서도 허용된다고 할 것이다. 다만 집행실무에서는 여전히 변호인과 수형자 간의 접견 및 서신수수를 부정하는 입장을 고수하고 있으며, 판례 또한 아직까지 이에 대한 명확한 입장을 밝히고 있지 않은 현재의 상황에서는 이러한 해석론을 견지하면서 다른 한편으로 변호인과 수형자 간의 접견 및 서신수수에 대한 법적 근거를 형집행법에 명확하게 규정하려는 노력을 경주해야 할 것이다. 형집행법의 개정을 통해 변호인과 수형자 간의 접견 및 서신수수가 명확하게 보장되기를 희망하면서 다음과 같이 개정안을 제시해 보고자 한다.

<형집행법 개정안>**제41조(접견)**

② 소장은 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 사유가 있으면 교도관으로 하여금 수용자의 접견내용을 청취·기록·녹음 또는 녹화하게 할 수 있다. ②항 다음에 “다만, 수형자가 변호인과 접견하는 경우에는 그러하지 아니하다.”라는 단서를 추가한다.

제43조(서신수수)

④ 수용자가 주고받는 서신의 내용은 검열받지 아니한다. 다만, 다음의 각 호의 어느 하나에 해당하는 사유가 있으면 그러하지 아니하다. ④항 단서 다음에 “그러나 ④항 단서에도 불구하고 수형자와 변호인 간의 서신은 교정시설에서 상대방이 변호인임을 확인할 수 없는 경우를 제외하고는 검열할 수 없다.”라는 문구를 추가한다.

제88조(준용규정)

형사사건으로 수사 또는 재판을 받고 있는 수형자와 사형확정자에 대해서는 제84조 및 제85조를 준용한다. 위의 문구를 “형사사건으로 수사 또는 재판을 받고 있거나 형사재판을 신청하는 수형자와 사형확정자에 대해서는 제84조 및 제85조를 준용한다.”라고 개정한다.

<형집행법시행령 개정안>**제58조(접견)**

② 변호인과 접견하는 미결수용자를 제외한 수용자의 접견시간은 회당 30분 이내로 한다. ②항의 문구를 “변호인과 접견하는 미결수용자와 수형자를 제외한 수용자의 접견시간을 회당 30분 이내로 한다.”라고 개정한다.
④ 수용자의 접견은 접촉차단시설이 설치된 장소에서 하게 한다. 다만, 미결수용자가 변호인과 접견하는 경우에는 그러하지 아니하다. ④항 단서를 “다

만, 미결수용자와 수형자가 변호인과 접견하는 경우에는 그러하지 아니하다.”라고 개정한다.

제62조(접견내용의 청취·기록·녹음·녹화)

- ① 소장은 형집행법 제41조 제2항의 청취·기록을 위하여 교도관에게 변호인과 접견하는 미결수용자를 제외한 수용자의 접견에 참여하게 할 수 있다.
- ①항의 문구를 “소장은 형집행법 제41조 제2항의 청취·기록을 위하여 교도관에게 변호인과 접견하는 미결수용자와 수형자를 제외한 수용자의 접견에 참여하게 할 수 있다.”라고 개정한다.

참고문헌

- 곽병선, 개정 행형법상 수형자의 외부교통권, 형사정책, 제12권 제2호, 2000
- 김소영, “수형자 접견권 보장해야” “명문규정 없고 남용 소지”, 법률신문, 2011.8.22.
- 김종철, 헌법과 국선번호, 법조, 제59권 제6호, 통권 제645호, 2010/6
- 문재완, 변호인의 조력을 받을 권리와 법률자문의 보호, 인권과 정의, 제335호, 2004
- 박영규, 수형자의 외부교통권, 교정연구, 제28호, 2005/9
- 배종대/이상돈/정승환, 신형사소송법, 홍문사, 2009
- 신동운, 신형사소송법, 법문사, 2011
- 윤영미, 수형자의 서신검열과 기본권 제한, 법조, 제55권 제11호, 통권 제602호, 2006/11
- 이승호, 수형자와 변호인의 접견교통, 일감법학, 제15호, 2009
- 이재상, 신형사소송법, 박영사, 2008
- 장석조, 재판받을 권리의 헌법상 보장, 사법, 제7호, 2009/3
- 정승환, 형벌집행에 대한 법관의 통제와 형집행법원의 필요성, 형사법연구, 제22호, 2004, 겨울
- 정책리포트/전국 구치소장 회의, 변호인 접견질서 확립 및 부조리 예방대책 집중논의, 교정, 제54권 제409호, 2010/5
- 최종술, 행형의 목적과 수용자 인권, 교정연구, 제21호, 2003
- 한영수, 행형과 형사사법, 세창출판사, 2000
- Callies/Müller-Dietz, Strafvollzugsgesetz, 8. Aufl.
- Müller-Dietz, Aufgaben und Möglichkeiten der Verteidigung im Strafvollzug, StV 1982
- Swind/Böhm(Hrsg.), Strafvollzugsgesetz, 3. Aufl.

Besuch und Schriftwechsel von Verteidigern in einer den Gefangenen betreffenden Rechtssache

Cho, Sung-Yong*

In der Praxis und in der Rechtsprechung ist bisher Besuch und Schriftwechsel von Verteidigern in einer den Gefangenen betreffenden Rechtssache als unzulässig gehalten worden. Denn es gebe keine gesetzliche Grundlage dafür. Aber dieses Ergebnis läßt sich nach der Meinung des Verfassers nicht halten. Besuch und Schriftwechsel von Verteidigern in einer den Gefangenen betreffenden Rechtssache hat die Anstalt ohne Einschränkung zu gestatten, um dem legitimen Bedürfnis des Gefangenen Rechnung zu tragen, sich zur Regelung seiner rechtlichen Angelegenheiten eines entsprechenden Beistandes zu bedienen.

Zur Tätigkeit des Verteidigern zählt auch die Tätigkeit in einer Strafvollstreckungs-, Wiederaufnahme- oder Gnadensache. Bei all diesen Neben- und Folgenverfahren steht die Beistandstätigkeit eines Anwalts in so engem Sachzusammenhang mit dem Gegenstand des Strafprozesses, nämlich der Verfolgung und Verwirklichung des staatlichen Strafanspruchs gegen den Mandanten, daß die Verselbstständigung als Rechtsangelegenheit sui generis und Ausklammerung aus der funktionellen Gesamtaufgabe der Verteidigung wirklichkeitsfremd wäre und auch zu erheblichen praktischen Unklarheiten und Schwierigkeiten führen würde. Auch die Angelenheit des Strafvollzuges bildet insofern ersichtlich keine Ausnahme, geht es hierbei doch wieder um die Realisierung des staatlichen Strafanspruchs.

Ferner rechnet zur Tätigkeit des Verteidigern die Tätigkeit, die der Vorbereitung eines solchen Verfahrens dient. Denn für die Schutzwürdigkeit der

* Associate Professor, College of Law, Dankook University

zwischen Verteidiger und Mandantem stattfindenden Kommunikation kann es dabei keinen Unterschied machen, ob ein rechtsförmliches Verfahren bereits anhängig ist, unmittelbar bevorsteht.

- ❖ Key words: Besuch und Schriftwechsel von Verteidigern, Verteidigung im Strafvollzug, Beistandstätigkeit eines Verteidigers, Recht auf fair trial

