형사정책연구 Korean Criminological Review
제29권 제1호(통권 제113호, 2018・봄)

독일 행형법상 변호인 및 변호사와 수형자 간의 접견교통과 그 시사점

조성용*

국 | 문 | 요 | 약

최근 변호사가 수형자와 접견할 때에도 접촉차단시설이 설치되지 않는 장소에서 할 수 있도록 해야 할 뿐만 아니라, 그 접견내용을 녹음 또는 기록해서도 안 된다는 헌법재판소 결정이 나왔다. 비록 이번 결정의 심판대상은 접견장소 제한행위 및 접견내용의 녹취행위의 허용 여부로 국한되었지만, 앞으로 이를 계기로 수형자에 대한 변호사 접견이 미결수용자에 대한 변호인 접견과 동일시되는 방향으로 한 걸음 더 나갈 수 있을지 자못 기대가 크다.

이러한 상황에서 수형자와 접견하는 주체에 따라(예컨대 일반인, 변호인 또는 변호사 및 공증인) 보호되는 접견의 수준을 달리 규정하고 있는 독일 행형법의 취지 및 근거를 비교법적으로 검토하는 것은 수형자에 대한 변호사 접견을 변호인 접견으로 간주해야 하는지 여부 및 그 허용 범위를 파악하는데 기여할 수 있을 것으로 보인다. 몇 가지 시사점을 간추려 보면 다음과 같다.

우선 형의 집행과 관련 있는 사건을 처리하는 변호인의 접견과 그렇지 않은 사건을 처리하는 변호사의 접견을 구별하고, 각각에 대해 보호수준을 달리 규정할 필요가 있다. 또한 수형자의 법적 사무를 처리하는 변호인 및 변호사에 대해서는 접견 시간 및 횟수의 제한 없이 접견을 허용해야 할 것이다. 나아가 형의 집행과 관련 있는 사건을 처리하는 변호인과 수형자 간의 접견내용은 감시될 수 없으나, 형의 집행과 관련 없는 사건을 처리하는 변호사와 수형자 간의 접견내용은 처우나 시설의 안전이나 질서를 이유로 감시될 수 있다고 보아야 한다.

❖ 주제어 : 변호인 접견, 변호사 접견, 접촉차단시설, 접견감시, 시설의 안전이나 질서, 공정한 재판을 받을 권리

* 단국대학교 법과대학 교수, 법학박사

Ⅰ. 서론

현재 우리나라 『형의 집행 및 수용자의 처우에 관한 법률』(이하 '행집행법'이라 함)에는 변호인 및 변호사와 수형자 간의 접견에 관한 규정은 없다. 단지 미결수용자 접견과 관련하여 변호인의 특권만을 규정하고 있을 뿐이다. 그리하여 변호인과 미결수용자 간의 접견에는 교도관이 참여하지 못하고 그 내용도 청취 또는 녹취하지 못하며, 다만 보이는 거리에서 미결수용자를 관찰할 수 있을 뿐이다(형집행법 제84조 제1항). 또한 변호인과 미결수용자 간의 접견은 시간과 횟수를 제한받지 않으며(형집행법 제84조 제2항), 접촉차단시설이 설치되지 않는 변호인 접견실에서 하게 된다(형집행법 시행령 제58조 제4항). 그 외에도 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). 이는 형사사건으로 수사 또는 재판을 받고 있는 수형자에게도 준용되어 변호인과의 접견교통권이 보장된다(형집행법 제88조).

그에 반하여 변호인 및 변호사와 수형자 간의 접견교통에 있어서도 변호인과 미결수용자 간의 그것과 마찬가지로 변호인의 특권을 인정할 수 있는지에 대해서는 학계[1]는 물론이고, 우리 사법부도 명확하게 입장을 밝히지 않았다. 오히려 그동안 우리 판례는 수형자는 변호인의 조력을 받을 권리의 주체가 될 수 없다는 기존 헌법재판소 결정을 고수하면서 수형자와 변호인 간의 접견교통을 부정하는 입장을 취하고 있었다.[2]

그러던 중 최근 변호사가 수형자와 접견할 때에도 접촉차단시설이 설치되지 않은 장소에서 할 수 있도록 해야 할 뿐만 아니라, 그 접견내용을 녹음 또는 기록해서도 안 된다는 헌법재판소 결정이 나왔다.[3] 비록 이번 헌법재판소의 심판대상은 접견장

1) 학계는 그동안 구금 중인 미결수용자의 법적 지위와 변호인의 역할에 대해서는 상당한 관심을 가지고 논의를 진행해 온 반면, 기판력 있는 확정판결이 선고된 이후 수형자에 대한 형사변호의 가능성에 대해서는 그다지 활발하게 논의하지 못하였다. 최근 이러한 주제에 대한 논의로는 이승호, 수형자와 변호인의 접견교통, 일감법학, 제15호, 2009, 283면 이하; 조성용, 변호인과 수형자 간의 접견 및 서신수수, 형사정책연구, 제23권 제1호, 2012, 봄호, 197면 이하.

2) 대법원 1998.4.28. 96다48831; 헌재 1998.8.27. 96헌마398; 헌재 2004.12.16. 2002헌마478.

3) 헌재 2013.8.29. 2011헌마122; 헌재 2013.9.26. 2011헌마398.

소 제한행위 및 접견내용의 녹취행위의 허용 여부로 국한되었지만, 수형자에 대한 변호사 접견을 일반 접견이 아니라 변호인 접견으로 간주하였다는 점에서 그 의의가 크다.[4] 더 나아가 이를 계기로 수형자가 변호사를 접견하는 경우 접견 시간 및 횟수의 제한이 없어지고, 변호사가 가져온 서류 및 물건의 검열이 금지되며, 변호사와 주고받은 서신의 검열이 금지될 수 있을 것인지 기대된다.

그러나 이번 헌법재판소 결정을 계기로 이제부터 수형자에 대한 변호사 접견을 변호인 접견으로 간주할 수 있을 것인지에 대해서는 견해가 일치하지 않는다. 한편에서는 구금 중인 자의 지위가 미결수용자이든 수형자이든 관계없이 그를 접견하는 변호사에 대해서는 형사사건의 변호인에 준하는 특권을 부여해야 한다는 입장[5]과 다른 한편에서는 이번 헌법재판소 결정이 변호사 접견을 변호인 접견과 동일하게 해야 하는 것으로 판시했다고 오해해서는 안 된다면서 변호사 접견의 법적 성격은 어디까지나 일반 접견이라고 보는 입장[6]이 대립하고 있다.

이러한 상황에서 독일 행형법상 변호인, 변호사 및 공증인과 수형자 간의 접견교통에 관한 법규정과 그 취지를 비교·검토하는 것은 우리에게 시사해 주는 바가 크다고 본다. 독일 행형법은 변호인과 수형자 간의 접견교통에 관한 규정뿐만 아니라, 변호사 및 공증인과 수형자 간의 접견교통에 관한 규정도 두고 있다. 전자의 변호인에 대해서는 형사사건의 변호인과 마찬가지로 수형자와의 접견교통에 있어서 변호인의 특권을 부여하고 있는 반면, 후자의 변호사 및 공증인에 대해서는 전자의 변호인과 같은 특권을 부여하고 있지는 않지만 일반인보다는 더 나은 지위와 권리를 부여하고 있다. 다시 말해 수형자와 접견하는 주체(예컨대 일반인, 변호인 또는 변호사 및 공증인)에 따라 법적으로 보호되는 접견의 수준을 달리하고 있는 것이다. 이와 같이 접견 주체에 따라 접견의 보호수준을 달리하는 취지 및 근거를 검토하는 것은 수형자에 대한 변호사 접견을 변호인 접견으로 간주할 수 있는지 여부 및 그

4) 이에 대해서는 조성용, 수형자와 변호사 간의 접견내용 녹취행위 – 헌법재판소 결정(2011헌마398)에 대한 평석 -, 법조, 제704호, 2015, 278면 이하.

5) 박찬운, 수형자에 대한 변호사 접견교통권 - 헌재 결정의 국제인권법적 검토 -, 법학논총, 제31집 제2호, 한양대 법학연구소, 2014/6, 114면 이하.

6) 박진열, 수용자와 변호사 간의 접견에 관한 최근 헌재 결정, 교정, 제57권 제10호, 통권 제450호, 41면.

허용 범위를 파악하는데 좋은 본보기를 제공해 줄 것으로 보인다.

그리하여 이 글에서는 우선 독일 행형법상 수형자의 접견교통권권의 내용과 그 제한을 개관하는 차원에서 일반인과 수형자 간의 접견교통, 변호인과 수형자 간의 접견교통 그리고 변호사 및 공증인과 수형자 간의 접견교통으로 나누어 관련 법규정의 내용과 취지 및 근거를 살펴보고자 한다. 그런 다음 그것이 우리나라 관련 법규정 및 판례와 어떠한 점에서 차이가 있는지, 나아가 어떠한 시사점을 제공해 줄 수 있는지 검토해 보기로 한다.

Ⅱ. 독일 행형법상 수형자의 접견교통권의 내용과 그 제한

1. 일반인과 수형자 간의 접견교통

가. 법규정의 내용

수형자는 정기적으로 방문객을 접견할 권리가 있다. 수형자에게는 적어도 매달 한 시간 이상 접견 시간이 보장되어 있다. 그 이상의 접견 시간이나 접견 횟수 등에 대해서는 내규로 정한다(독일 행형법 제24조 제1항). 나아가 집행기관은 접견이 수형자의 처우나 재사회화를 촉진하거나 수형자의 개인적, 법적 또는 사무적 업무에 기여할 때에는 접견을 허용해야 한다. 단 이때 업무는 수형자가 서면으로 처리할 수 없고, 제3자를 통해 대리할 수 없거나 수형자가 석방될 때까지 지체할 수 없는 경우에 한한다(동법 제24조 제2항). 집행기관은 안전을 이유로 방문객을 수색하는 조건으로 접견을 허용할 수 있다(동법 제24조 제3항).

소장은 시설의 안전이나 질서가 위태롭게 되거나 가족 아닌 방문객이 수형자에게 유해한 영향을 미치거나 그의 재사회화를 방해할 우려가 있는 때에는 접견을 금지시킬 수 있다(동법 제25조).

접견은 수형자의 처우나 시설의 안전과 질서를 이유로 감시될 수 있다. 이때 감시에는 시각적 감시와 청각적 감시(예컨대 접견내용의 청취·기록·녹음·녹화 등)가 포함되는데, 후자의 경우는 개별사례별로 불가피할 때에만 허용될 수 있다(동법 제27

조 제1항). 또한 접견은 수형자나 방문객이 교도관의 경고에도 불구하고 행형법규정을 위반하거나 행형법에 근거하여 내려진 명령에 따르지 않을 때에는 중지될 수 있다(동법 제27조 제2항). 나아가 접견 시 물건이나 서류는 집행기관이 허용하는 경우에만 양도될 수 있다(동법 제27조 제4항).

나. 법규정의 취지 및 근거

수형자는 기본적으로 접견교통권을 갖는다. 이는 완화된 집행에 놓여 있지 않는 수형자로서는 접견교통이 시설 외 사람들과 접촉할 수 있는 유일한 가능성이라는 점을 고려한 것이다.[7] 매달 최소한의 접견 시간을 보장한 것은 집행기관으로 하여금 구체적인 개별사례를 고려할 수 있도록 하기 위한 것이다. 예컨대 집행기관은 수형자의 재사회화에 도움을 줄 수 있는 다수의 다양한 사람들과 접견할 수 있도록 접견 시간을 배분할 수 있다.[8] 나아가 집행기관은 일정한 경우 그 이상의 접견을 허용해야 할 의무를 지고 있다. 즉, 수형자의 재사회화를 촉진하거나 그의 업무처리를 위하여 불가피한 경우에는 말이다. 이러한 경우 수형자는 기본적으로 그 이상의 접견에 대해 청구권을 갖는다.

그러나 접견은 안전을 이유로 수색을 조건으로 허용될 수 있는데, 여기에는 방문객이 가져온 서류나 물건에 대한 내용적 검열이 포함된다.[9] 집행기관은 이를 통해 시설의 안전을 위협하는 물건이 시설 내로 반입되는 것을 방지할 수 있다. 방문객이 수색되기를 거부한다면 접견은 허용되지 않을 수 있다. 방문객의 의사에 반하여 수색해서는 안 된다. 그에 반해 수형자는 접견 후 그의 의사에 반해서도 수색될 수 있다.

수형자의 건전한 사회복귀를 위하여 접견을 허용하는 것이 필요하다고 하더라도, 집행기관은 다수의 수형자를 집단으로 관리하는 시설로서 규율과 질서유지가 필요하므로 수형자의 접견교통권에는 일정한 제한이 수반된다. 그러한 제한으로서 접견금지, 접견감시 및 접견중지를 규정하고 있다.

---

7) BT-Dr. 7/918, 57.

8) BT-Dr. 7/3998, 14.

9) Calliess/Müller-Dietz, Strafvollzugsgesetz, 8. Aufl., 2000, S. 240.

접견금지는 수형자에게 미치는 침해의 강도가 높기 때문에 접견감시의 경우보다 더 엄격한 전제조건 하에서 이루어져야 한다.[10] 침해의 강도에 비례하여 집행기관의 심사의무도 강화되어야 한다. 접견금지의 전제조건에 대한 구체적이고 객관적인 근거가 필요하다. 일반적인 경험명제에 근거한 우려나 개별적으로 특정한 상황에 의하여 구체화되지 못한 일반적 우려만으로는 충분하지 않다. 다만 혼인과 가족에 대한 헌법적 보호라는 관점에서 수형자에 대해 부정적 영향을 미칠 수 있는 가족의 접견은 감수하고 있다.[11]

접견감시는 대개 수형자와 그의 방문객의 개인적 영역에 대한 침해를 의미할 뿐만 아니라 집행기관의 인적 부담을 초래한다. 그리하여 접견감시는 기본적으로 그것이 불가피한 경우에 한하여 허용된다. 집행기관은 의무합치적 재량에 따라 접견이 어떠한 범위에서 감시되어야 하는지 판단해야 한다. 판단의 기준은 한편으로는 시설의 안전과 질서의 위태화 정도, 다른 한편으로는 감시를 통하여 얼마만큼 수형자의 처우나 재사화화가 촉진되는지 여부이다. 접견감시는 접견금지와 마찬가지로 구체적이고 객관적인 근거에 의해 뒷받침되어야 한다.

접견중지는 가령 물건이나 서류의 양도 금지에 관한 지시나 테러현장에서 나온 암호화된 정보 전달의 금지에 관한 지시를 준수하지 않을 때 고려될 수 있다. 그에 반하여 구금현황에 관하여 언급하지 말라는 지시를 준수하지 않은 때에는 접견중지는 허용되지 않는다.[12] 접견중지는 가장 강력한 수단이므로 원칙적으로 경고부터 시작해야 한다. 그러나 접견을 신속하게 중지시키는 것이 불가피한 경우에는 경고는 생략될 수 있다.

접견 시 물건이나 서류는 원칙적으로 집행기관이 허용하는 한에서만 양도될 수 있다. 그리하여 수형자는 집행기관이 그에게 넘겨주거나 집행기관의 동의하에 넘겨진 물건이나 서류만 받을 수 있다.[13] 대개 문제되는 것은 방문객이 가져온 식료품이나 기호품이다.

---

10) Calliess/Müller-Dietz, 앞의 책, 242면.

11) BT-Dr. 7/918, 58. 그에 반하여 수형자의 가족의 방문이 시설의 안전과 질서를 위태롭게 할 우려가 있는 경우에는 수형자의 가족에 대해서도 접견을 금지시킬 수 있다.

12) Calliess/Müller-Dietz, 앞의 책, 255면.

13) BT-Dr. 7/918, 59; Calliess/Müller-Dietz, 앞의 책, 254면.

2. 변호인과 수형자 간의 접견교통

가. 법규정의 내용

수형자의 법적 사무를 처리하는 변호인의 접견은 허용되어야 한다(독일 행형법 제26조 제1문). 그리하여 소장은 어떠한 경우에도 변호인의 접견을 금지시킬 수 없다. 이때 변호인은 집행기관에 대하여 자신이 수형자 또는 법원에 의하여 변호인으로 선임되었음을 증명해야 한다. 또한 변호인은 수형자의 법적 사무를 처리하기 위하여 접견하고자 한다는 점을 증명해야 한다(동법 제26조의 시행령 제1조). 변호인 접견 시 시설의 안전을 위하여 수색은 허용된다(동법 제26조 제2문).

변호인이 가져온 서류와 물건에 대한 내용적 검열은 허용되지 않는다(동법 제26조 제3문). 그러나 수형자가 독일 형법 제129a조에 규정된 테러단체조직죄로 자유형을 선고받고 집행 중이거나 집행될 예정인 경우에는 독일 형사소송법 제148조 및 제148a조가 준용된다. 거기에 의하면 집행기관이 소재하고 있는 지방법원의 법관은 변호인이 가져온 서류와 물건을 검열하여 그 내용을 인식할 수 있으며, 서류와 물건의 양도를 차단시키는 접촉차단시설이 설치된 장소에서 접견할 것을 명할 수 있다. 단 수형자가 개방된 집행기관에 있거나 집행완화 및 휴가를 받은 경우에는 예외로 한다(동법 제26조 제4문).

변호인의 접견은 감시되지 아니한다(동법 제27조 제3항). 또한 변호인 접견 시 변호인이 가져온 서류와 물건은 집행기관의 허가 없이도 수형자에게 양도될 수 있다(동법 제27조 제4항 제2문).

나. 법규정의 취지 및 근거

(1) 변호인의 특권

독일 행형법은 변호인과 수형자 간의 접견교통의 경우 일반인과 수형자 간의 접견교통과는 달리 일종의 변호인의 특권을 인정하고 있다. 그러한 특권을 요약하면 다음과 같다.

우선 집행기관은 수형자의 법적 사무를 처리하는 변호인의 접견을 시간과 횟수의

제한 없이 허용해야 한다. 접견 시 변호인은 시설의 안전을 이유로 수색될 수 있으나, 신체나 가방 등에 시설의 안전을 위태롭게 할 수 있는 무기나 탈출도구가 들어 있는지 확인하는 정도에 그쳐야 한다.

또한 집행기관은 변호인이 가져온 서류나 물건을 검열하여 그 내용을 인식해서는 안 된다. 그러나 수형자가 테러단체조직죄로 자유형을 선고받고 집행 중이거나 집행될 예정인 경우에는[14] 변호인이 가져온 서류와 물건에 대한 내용적 검열은 허용되며, 접촉차단시설이 설치된 장소에서 변호인 접견이 이루어질 수 있다. 단 수형자가 개방된 집행기관에 있거나 집행완화 및 휴가를 받은 경우에는 예외로 한다.

나아가 집행기관은 변호인과 수형자 간의 접견내용을 청취·기록·녹음 또는 녹화해서는 안 된다. 변호인은 수형자가 테러단체조직죄로 자유형을 선고받고 집행 중이거나 집행될 예정인 경우를 제외하고는 집행기관의 허가 없이도 가져온 서류와 물건을 수형자에게 양도할 수 있다.

(2) 변호인의 특권의 취지 및 근거

변호인과 수형자 간의 접견교통에 있어서 변호인에게 이러한 특권을 인정한 이유는 기본적으로 구금된 상태에 있는 수형자는 구금된 미결수용자와 마찬가지로 변호인의 조력을 필요로 한다는 점에 있다.[15] 즉, 수형자가 구금된 상태에서 집행기관을 상대로 소송을 해야 하는 경우에는 형사재판에서의 구속 피고인의 지위와 다를 바 없으며, 수형자의 법적 사무를 처리하는 변호인도 형사변호인의 지위와 다를 것이 없다는 것이다.

---

14) 종전의 독일 판례는 수형자가 형법 제129a조에 규정된 테러단체조직죄로 자유형을 선고받고 집행 중이거나 집행될 예정인 경우 이외에도 변호인 접견이 변호의 목적에서 벗어나 남용된다는 점에 대한 구체적 혐의가 특정한 사실을 통해 드러난 경우 집행기관은 행형법 제4조 2항 2문을 유추적용하여 접촉차단시설이 설치된 장소에서 접견하도록 명령할 수 있다고 보았다. 그러나 연방최고재판소는 정당하게도 수형자가 형법 제129a조에 규정된 테러단체조직죄로 자유형을 선고받고 집행 중이거나 집행될 예정인 경우에만 변호인 접견이 접촉차단시설이 설치된 장소에서 이루어질 수 있다는 점을 확인하였다. 이에 대해서는 BGH, Beschl. v. 17.2.1981 – 5AR(Vs)43/80, NStZ 1981, S. 236.

15) 그리하여 독일의 학설은 독일 행형법 제26조의 근거를 미결수용자와 변호인 간의 접견교통을 규정하고 있는 독일 형사소송법 제148조 제1항에서 찾고 있다. 자세히는 Calliess/Müller-Dietz, 주9의 책, 246면.

그러한 한에서 독일 행형법은 형사변호인의 과제는 오로지 수사절차와 형사소송에서의 변호로 국한되지 않는다는 점으로부터 출발하고 있다. 다시 말해 기판력 있는 확정판결이 선고된 이후에도 형사변호인이 관여할 수 있다는 것이다. 그리하여 재판해석에 대한 疑義申請節次 및 재판집행에 대한 異議申請節次,[16] 상소심회복절차, 재심절차, 사면법에 따른 사면 및 복권절차,[17] 형사보상법에 의한 보상절차[18] 등에서도 형사변호인이 관여할 수 있다. 이와 같이 확정판결과 직접 또는 간접적으로 연결되어 있거나 그러한 판결로부터 부수적으로 파생되는 절차[19]에서의 변호는 국가형벌권의 실현을 주된 과제로 삼고 있는 형사소송과 매우 밀접하고 불가분적으로 연결되어 있기 때문에, 이러한 절차에서의 변호에 대해서는 형사변호인의 법적 사무로서 그 독자성을 인정해야 할 뿐만 아니라 이러한 절차에서의 변호를 형사변호인의 과제에 포함시켜야 한다.[20]

이러한 논리는 행형의 영역에서 발생한 사건에 대해서도 그대로 적용된다. 여기에서도 국가형벌권의 실현이 관건이다. 즉, 확정판결이 선고된 이후 선고된 형(국가형벌권)이 어떠한 내용을 가지고 어떠한 모습으로 집행(실현)되어야 하는지가 중요하다.[21] 행형의 영역 또한 국가형벌권의 실현이라는 측면에서 형사소송과 불가분적으로 연결되어 있다는 점에 비추어 볼 때, 행형의 영역에서 발생한 사건(행형사건)

16) 재판해석에 대한 疑義申請은 형의 선고를 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.

17) 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(사면법 제18조).

18) 상소권회복에 의한 상소, 재심 또는 비상상고의 절차에서 무죄재판을 받은 자가 원판결에 의하여 구금 또는 형의 집행을 받았을 때에는 구금 또는 형의 집행에 대한 보상을 청구할 수 있다(형사보상법 제1조 제2항).

19) 이를 부수절차(Nebenverfahren) 내지 파생절차(Folgenverfahren)라고 부른다. 이에 대하여 자세히는 Swind/Böhm(Hrsg.), Strafvollzugsgesetz, §26, Rn. 3, 3. Aufl.,; Callies/Müller-Dietz, 주9의 책, 246면.

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

21) 조성용, 수형자에 대한 형사변호, 교정연구, 제55호, 2012, 85면.

은 전통적으로 이해되는 형사사건의 연장선으로 보는 것이 사리에 합당하다.[22)]

그리하여 독일 행형법 제26조에 규정된 '변호인'의 행위에는 넓은 의미에서의 형사사건, 즉 확정판결과 직접 또는 간접적으로 연결되어 있거나 확정판결로부터 부수적으로 파생되는 형집행사건, 재심청구사건, 상소권회복신청사건, 사면신청사건 및 행형사건 등(이른바 '형의 집행과 관련 있는 사건')이 포함된다. 더 나아가 그러한 사건들을 준비하는 행위도 거기에 속한다.[23)] 따라서 위와 같은 사건들을 처리하거나 준비하는 자가 집행기관에 대하여 자신이 수형자 또는 법원에 의하여 변호인으로 선임되었으며, 수형자의 법적 사무를 처리하기 위하여 접견하고자 한다는 점을 증명한다면, 그에게는 변호인의 특권이 부여된다.

3. 변호사 및 공증인과 수형자 간의 접견교통

가. 법규정의 내용

수형자의 법적 사무를 처리하는 변호사나 공증인의 접견은 허용되어야 한다(독일 행형법 제26조 제1문). 그리하여 소장은 어떠한 경우에도 변호사나 공증인의 접견을 금지시킬 수 없다. 이때 변호사와 공증인은 수형자의 법적 사무를 처리하기 위하여 접견하고자 한다는 점을 증명해야 한다(동법 제26조의 시행령 제1조). 변호사와 공증인의 접견 시 시설의 안전을 위하여 수색은 허용된다(동법 제26조 제2문).

변호사나 공증인의 접견 시 변호사나 공증인이 가져온 서류와 물건은 수형자에게 양도될 수 있다(동법 제27조 제4항 제2문). 단 변호사나 공증인의 접견 시 양도는 시설의 안전이나 질서를 이유로 집행기관의 허가를 조건으로 할 수 있다(동법 제27조 제4항 제3문).

---

22) Müller-Dietz, Aufgaben und Möglichkeiten der Verteidigung im Strafvollzug, StV 1982, S. 91.

23) LG Nürnberg-Fürth, ZfStrVo 1979, S. 125 (LS); OLG Hamm, ZfStrVo 1980, S. 57; OLG Nürnberg, NStZ 1984, S. 191; LG Regensburg ZfStrVo 1979, S. 55 (LS); Müller-Dietz, 앞의 논문, 83면; Calliess/Müller-Dietz, 앞의 책, 246면.

나. 법규정의 취지 및 근거

(1) 변호사 및 공증인의 특권

독일 행형법은 변호사 및 공증인과 수형자 간의 접견교통의 경우 변호사나 공증인에게 변호인과 같은 특권을 부여하지는 않았지만, 일반인보다는 나은 특권을 부여하고 있다. 그러한 특권을 요약하면 다음과 같다.

우선 집행기관은 수형자의 법적 사무를 처리하는 변호사나 공증인의 접견을 시간과 횟수의 제한 없이 허용해야 한다. 접견 시 변호사나 공증인은 시설의 안전을 이유로 수색될 수 있으나, 신체나 가방 등에 시설의 안전을 위태롭게 할 수 있는 무기나 탈출도구가 들어 있는지 확인하는 정도에 그쳐야 한다. 또한 변호사나 공증인은 시설의 안전이나 질서를 위태롭게 하지 않는 한, 집행기관의 허가를 조건으로 가져온 서류와 물건을 수형자에게 양도할 수 있다.

그에 반하여 이러한 특권 이외에는 일반 접견과 마찬가지로 취급된다. 그리하여 변호사나 공증인이 가져온 서류와 물건에 대한 내용적 검열은 허용된다. 또한 변호사나 공증인의 접견은 처우나 시설의 안전이나 질서를 이유로 감시될 수 있다.

(2) 변호사 및 공증인의 특권의 취지 및 근거

변호사 및 공증인의 특권이 변호인의 특권에 미치지 못하는 이유는 무엇보다도 전자는 후자와는 달리 형의 집행과 관련 있는 사건을 처리하는 자가 아니기 때문이다. 즉, 변호사나 공증인은 형의 집행과 아무런 관련이 없는 민사사건(예컨대 재산분쟁사건)이나 가사사건(예컨대 이혼사건) 또는 행정사건(예컨대 탈세사건)을 처리하는 소송대리인이다. 이러한 사건들은 국가형벌권의 실현을 주된 과제로 삼고 있는 형사소송과 매우 밀접하고 불가분적으로 연결된 사건으로 볼 수 없다. 다시 말해 형사사건의 연장선으로 볼 수 없는 것이다.

또한 변호인과 변호사는 그 성격이 다르다. 형사사건에서 변호인은 변호사 중에서 선임하여야 하나 대법원 이외의 법원은 변호사 아닌 자를 변호인으로 선임하는 것을 허가할 수 있다(형사소송법 제31조). 이는 반드시 변호사가 아닌 자라도 이른바 특별변호인으로서 수형자를 접견할 수 있다는 것을 의미한다.[24)]

24) 조성용, 주4의 논문, 299면 이하.

나아가 독일 행형법의 입법자는 형의 집행과 관련 없는 민사사건이나 가사사건 등을 처리하는 변호사나 공증인을 형의 집행과 관련 있는 사건을 처리하는 변호인과 차별하여 취급해야 할 이유로서 다음과 같은 점을 지적하고 있다.[25)]

첫째는 민사사건이나 가사사건 등을 처리하는 변호사나 공증인은 형의 집행과 관련 있는 사건을 처리하는 변호인에 비해 자유로운 사고의 교류에 대한 요구가 그다지 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 때문에 시설의 안전이나 질서를 위태롭게 할 위험성이 그만큼 더 크다고 본 것이다. 변호사나 공증인이 가져온 서류와 물건에 대한 내용적 검열은 허용되며, 변호사나 공증인의 접견은 처우나 시설의 안전이나 질서를 이유로 감시될 수 있다고 규정한 것도 바로 이러한 이유에서 비롯된 것이다.

그럼에도 일반 접견에 비해 변호사나 공증인에게 조금 더 나은 특권을 부여한 것은 수형자가 필요한 시기에 즉시 그리고 충분하게 변호사나 공증인의 도움을 받을 수 있도록 충분한 접견 시간과 편의를 제공한데서 비롯된 것이다.

Ⅲ. 우리나라 관련 법규정 및 판례와의 차이점과 그 시사점

1. 우리나라 관련 법규정 및 판례의 입장

가. 기존 판례의 입장

우리나라 사법부는 수형자는 기본적으로 변호인의 조력을 받을 권리의 주체가 될 수 없다는 이유에서 수형자에게는 미결수용자와 변호인 간에 인정되는 접견교통권을 인정하지 않았다. 이에 대한 대표적인 판례를 살펴보면 다음과 같다.

우선 대법원의 판결대상은 변호사가 수형자에게 재심청구 의뢰의사가 있는지 타

25) BT-Dr. 7/3998 zu §26 StVollzG.

진해 보겠다며 접견을 신청하였다가 거부당하자 국가 및 교도소 담당자를 상대로 손해배상을 청구한 사건이다. 대법원은 형사소송법 제34조가 규정하고 있는 변호인의 접견교통권이 본 사안에서와 같이 "형이 확정되어 집행 중에 있는 수형자에 대한 재심개시의 여부를 결정하는 재심청구절차에서는 그대로 적용될 수 없다"고 판시하였다.[26)]

그 다음 헌법재판소 결정의 대상은 수형자가 수형시설에서 부당한 처우를 받는다고 생각하고 법적 구제를 받고자 변호사에게 서신을 발송하였으나 교도소장이 이 서신을 검열한 후 발송을 거부하자 그러한 조치의 근거가 된 구 행형법 제18조 제3항의 본문의 규정[27)]이 헌법상 변호인의 조력을 받을 권리를 침해했다고 주장하며 헌법소원을 제기한 사건이다. 이 사건에서 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 충분하게 방어할 수 있도록 함으로써 피고인이나 피의자의 인권을 보장하려는데 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 하였다.[28)]

더 나아가 이러한 헌법재판소 결정의 맥락은 그 후 변호사 접견과 관련한 다른 사건에서의 헌법재판소 결정에서도 그대로 이어지고 있다. 그리하여 헌법재판소는 수형자에 대한 변호사 접견을 일반 접견에 포함시켜 월 4회의 횟수 제한을 받도록 하는 것이 수형자의 재판청구권을 침해하는지 여부가 문제가 된 사안에서, "형이 확정되어 자유형의 집행을 위하여 수용되어 있는 수형자는 미결수용자의 지위와 구별되므로 접견의 빈도 등이 상당 정도 제한될 수밖에 없고, 수형자와 변호사와의 접견을 일반 접견에 포함시켜 제한하더라도 접견 횟수에 대한 탄력적 운용, 서신 및 집필문서 발송, 전화통화에 의하여 소송준비 또는 소송수행을 할 수 있으므로 피청구

26) 대법원 1998.4.28. 96다48831.

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

28) 헌재 1998.8.27. 96헌마398.

인의 접견 불허 처분(필자 주: 월 접견 횟수 제한 초과를 이유로 한 변호사와의 접견 불허 처분)이 헌법 제27조의 재판청구권 등 청구인의 헌법상 보장된 권리를 침해한 것이라고 보기는 어렵다"고 결정하였다.[29)]

나. 최근 판례의 입장 및 관련 법규정의 신설

최근 거의 같은 시점에 내려진 두 개의 헌법재판소 결정은 형사절차가 종료되어 교정시설에 수용중인 수형자는 변호인의 조력을 받을 권리의 주체가 될 수 없다는 기존의 헌법재판소 결정을 그대로 유지하면서도, 수형자에 대한 변호사 접견을 변호인의 조력을 받을 권리 차원이 아니라 재판을 받을 권리 차원에서 접근하여 새로운 결론에 도달하였다.

첫 번째 헌법재판소 결정의 대상은 다음과 같다. 즉, 청구인은 성폭력범죄의 처벌 및 피해자보호 등에 관한 법률위반(강간 등 상해) 등으로 징역 13년을 선고받고 교도소에 수용 중 교도소 측 신체검사의 위헌확인을 구하는 헌법소원을 제기하였는데, 위 헌법소원 사건의 국선대리인 변호사와 녹음녹화접견실(구 무인접견실)이 아닌 변호인 접견실에서의 접견을 담당 교도관에게 요청하였으나 미결수용자가 아니라는 이유로 받아들여지지 않았고, 접촉차단시설이 설치된 녹음녹화접견실에서 변호사 접견이 이루어졌다. 이에 청구인은 미결수용자의 변호인과 접견하는 경우를 제외하고는 원칙적으로 접촉차단시설이 설치된 장소에서 접견하도록 한 형집행법 시행령 제58조가 위헌임을 확인하는 헌법소원심판을 청구하였다.

헌법재판소는 위 조항에 대해 헌법불합치 결정을 내렸다. 즉, "이 사건 접견조항에 따르면 수형자는 효율적인 재판준비를 하는 것이 곤란하게 되고, 특히 교정시설 내에서의 처우에 대하여 국가 등을 상대로 소송을 하는 경우에는 소송의 상대방에게 소송자료를 그대로 노출하게 되어 무기대등의 원칙이 훼손될 수 있다"는 것이다. 또한 "변호사 직무의 공공성, 윤리성 및 사회적 책임성은 변호사 접견권을 이용한 증거인멸, 도주 및 마약 등 금지물품 반입시도 등의 우려를 최소화시킬 수 있으며, 변호사 접견이라 하더라도 교정시설의 질서 등을 해할 우려가 있는 특별한 사정이

29) 헌재 2004.12.16. 2002헌마478.

있는 경우에는 예외를 두도록 한다면 악용될 가능성도 방지할 수 있다"고 한다.[30] 따라서 이 사건 접견조항은 과잉금지원칙에 위배되어 청구인의 재판청구권을 지나치게 제한하고 있으므로 헌법에 위반된다고 보았다. 위 헌법재판소 결정을 계기로 "수용자가 소송사건의 대리인인 변호사와 접견하는 경우로서 교정시설의 안전 또는 질서를 해칠 우려가 없는 경우"에는 미결수용자가 변호인과 접견하는 경우와 마찬가지로 예외적으로 수형자의 접견이 접촉차단시설이 설치되지 않은 장소에서 이루어질 수 있게 되었다(개정 형집행법 시행령 제58조 제4항).

그 다음 두 번째 헌법재판소 결정의 대상은 다음과 같다. 즉, 청구인은 성폭력범죄의 처벌 및 피해자보호 등에 관한 법률위반(특수강도강간등)으로 징역 8년을 선고받고 교도소에 수용 중 교도소 내 두발규제에 대한 위헌확인을 구하는 헌법소원을 제기하였는데, 위 사건의 대리인으로 선임된 변호사는 청구인을 접견하기 위해 교도소에 접견신청을 하였으나, 교도소 측은 변호인 접견실이 아닌 접촉차단시설이 설치된 일반접견실에서의 접견만을 허용하였고, 청구인과 변호사의 접견내용을 녹음, 기록하였다. 이에 청구인은 접촉차단시설이 설치된 일반접견실에서의 접견만을 허용한 행위(접견장소 제한행위) 및 접견과정에서 변호사와의 접견내용을 녹음, 기록한 행위(녹취행위)에 대하여 위헌확인을 구하였다.

헌법재판소는 접견장소 제한행위에 대해서는 심판청구가 부적법하다고 판단하였으나, 녹취행위에 대해서는 위헌결정을 내렸다. 즉, "수형자와 변호사와의 접견내용을 녹음, 녹화하게 되면 그로 인해 제3자인 교도소 측에 접견내용이 그대로 노출되므로 수형자와 변호사는 상담과정에서 상당히 위축될 수밖에 없고, 특히 소송의 상대방이 국가나 교도소 등의 구금시설로서 그 내용이 구금시설 등의 부당처우를 다투는 내용일 경우에 접견내용에 대한 녹음, 녹화는 실질적으로 당사자대등의 원칙에 따른 무기평등을 무력화시킬 수 있다"는 것이다. 또한 "변호사는 다른 전문직에 비하여도 더욱 엄격한 직무의 공공성 등이 강조되고 있는 지위에 있으므로, 소송사건의 변호사가 접견을 통하여 수형자와 모의하는 등으로 법령에 저촉되는 행위를 하거나 이에 가담하는 등의 행위를 할 우려는 거의 없다"고 한다. 나아가 "접견의 내용이 소송준비를 위한 상담내용일 수밖에 없는 변호사와의 접견에 있어서 수형자

30) 헌재 2013.8.29. 2011헌마122.

의 교화나 건전한 사회복귀를 위해 접견내용을 녹음, 녹화할 필요성을 생각하는 것도 어렵다"는 것이다. 따라서 "청구인과 헌법소원 사건의 국선대리인인 변호사의 접견내용에 대해서는 접견이 목적이나 접견의 상대방 등을 고려할 때 녹음, 기록이 허용되어서는 아니 될 것임에도, 이를 녹음, 기록한 행위는 청구인의 재판을 받을 권리를 침해한다"고 보았다.[31)]

2. 변호인 및 변호사와 수형자 간의 접견교통에 대한 비교법적 검토

가. 변호인 및 변호사와 수형자 간의 접견교통에 있어서 양국 간의 차이점

이상과 같이 변호인 및 변호사와 수형자 간의 접견교통에 있어서 우리나라와 독일의 관련 법규정 및 판례의 입장을 살펴보았는데, 양국 간의 차이점을 이해하기 쉽게 도표로 정리하면 다음과 같다.

	독일		우리나라	
접견 유형 및 접견 양태	변호인 접견	변호사 접견	변호인 접견	변호사 접견
접견시간·횟수	무제한	무제한	규정 없음	제한 가능
가져 온 서류 및 물건의 검열	원칙: 불가 예외: 가능 (테러단체조직죄)	가능	규정 없음	가능
가져 온 서류 및 물건의 양도	원칙: 무제한 예외: 제한 (테러단체조직죄)	원칙: 무제한 예외: 제한 (불허가 시)	규정 없음	원칙: 무제한 예외: 제한 (불허가 시)
접촉차단시설	원칙: 불가 예외: 가능 (테러단체조직죄)	원칙: 불가 예외: 가능 (불허가 시)	규정 없음	원칙: 불가 예외: 가능 (불허가 시)
접견감시(녹음, 녹화, 청취, 기록 등)	불가	가능	규정 없음	불가

위의 표에서 나타나듯이, 우리나라 형집행법 및 동법 시행령에는 수형자에 대한

31) 헌재 2013.9.26. 2011헌마398.

변호인 접견에 관한 규정은 없다. 단지 형집행법 시행령 제58조 제4항이 수형자에 대한 변호사 접견은 접촉차단시설이 설치되지 않은 장소에서 이루어질 수 있다고 규정하고 있을 뿐이다. 그에 반해 수형자에 대한 변호사 접견 시 접견시간 및 횟수와 접견감시에 대해서는 헌법재판소가 결정을 내린 바 있다. 그 밖에 변호사가 가져온 서류 및 물건의 검열에 대해서는 명문의 규정은 없지만 집행실무상 일반 접견과 동일하게 취급해 온 것으로 보인다.

변호인 및 변호사와 수형자 간의 교통접견에 있어서 양국 간의 두드러진 차이점은 우리나라의 경우 수형자에 대한 '변호인' 접견에 대한 개념은 애당초 존재하지 않으며, 따라서 수형자에 대한 변호인 접견과 수형자에 대한 변호사 접견의 구분도 없다는 점이다. 또한 수형자에 대한 변호사 접견의 경우, 가져 온 서류나 물건의 검열 및 양도와 접촉차단시설과 관련해서는 양국 간 결론이 동일하나, 접견시간 및 횟수와 접견감시와 관련해서는 양국 간 결론이 서로 다르다는 점도 눈여겨 볼만하다.

나. 양국 간 차이점에 대한 비교법적 검토

(1) 변호인 접견과 변호사 접견의 구분

우리나라 형집행법 및 동법 시행령에는 독일의 경우와는 달리 수형자에 대한 변호인 접견에 관한 규정이 없다. 물론 형이 확정되어 자유형의 집행을 위하여 수용되어 있는 수형자는 미결수용자의 지위와 동일시될 수 없다고 하더라도 여러 가지 관점에서 볼 때, 행집행법에 수형자에 대한 변호인 접견에 관한 규정을 마련하는 것이 입법론적으로 바람직하다고 본다.

우선 수형자는 변호인의 조력을 받을 권리의 주체가 될 수 없다는 기존 판례의 입장은 변호인의 조력을 받을 권리에 대한 헌법규정의 취지뿐만 아니라 전면 개정된 형집행법 규정의 취지에도 부합되지 않기 때문에, 현 시점에서는 현저하게 설득력이 상실되었다는 점을 지적하고 싶다. 기존 판례의 심판대상은 구 행형법 제18조 제1항, 제2항 및 제3항인데, 이들 조항은 2007년 12월 21일을 기점으로 전부 폐지되고 그 대신 수형자는 원칙적으로 교정시설 외부에 있는 사람과 접견할 수 있으며(형집행법 제41조 제1항), 수형자는 원칙적으로 다른 사람과 서신을 주고받을 수 있

다는 규정(형집행법 제43조 제1항)이 신설되었다. 이와 같이 기존 헌법재판소가 합헌이라고 결정한 구 행형법 관련 규정이 거의 삭제된 현 시점에서 볼 때, 접견허가 및 서신검열이 원칙적으로 정당하다는 전제에서 수형자와 변호사 간의 접견 및 서신수수를 판단한 기존 헌법재판소 결정은 더 이상 설득력이 인정되지 않는 구시대 유물로 남을 수밖에 없을 것이다.[32)]

또한 변호인의 특권을 규정하고 있는 독일 행형법의 취지에 비추어 볼 때에도 수형자에게 변호인의 조력을 받을 권리를 부여하는 것이 타당하다. 행형의 영역 역시 국가형벌권의 실현이라는 측면에서 형사소송과 불가분적으로 연결되어 있다는 점을 고려하면, 행형과정에서 발생한 사건을 단순한 행정사건으로 치부해서는 안 될 것이다. 지금까지 행형의 과정은 행형당국(집행시설)에 위임되어 있고, 행정당국이 행형의 과정을 형성하기 위하여 내리는 처분은 사법적 처분이 아닌 행정처분이라는 이유로 행정법상의 권리구제절차에 따라 행형당국의 처분을 심사하여 온 것이 사실이다. 그러나 행형의 영역은 엄밀히 말하면 형사절차이면서 행정작용이라는 복합적 성격을 띠고 있다고 보는 것이 타당하다.[33)] 그러한 한에서 행형의 영역에서 발생한 사건(행형사건)은 전통적으로 이해되는 형사사건의 연장선으로 보는 것이 사리에 합당하다.

나아가 이러한 사고는 '형사절차'라는 개념에 비추어 보더라도 일리가 있다. 왜냐하면 통설에 의하면 형사절차는 범죄수사와 범인의 검거로부터 공소제기, 공판절차 그리고 형의 선고에서 형의 집행에 이르기까지의 일련의 절차를 의미하기 때문이다.[34)] 즉, 형의 집행절차도 형사절차의 개념에 포함되어 있는 것이다. 그리하여 국가(집행기관)가 형집행법에 근거하여 수형자에게 내리는 일련의 조치에 대한 불복신청은 형사절차상의 사건으로서 국가형벌권 실현의 연장선에서 형사사건에 준하는 것으로 볼 수 있을 것이다.[35)]

---

32) 조성용, 주1의 논문, 206면.

33) 정승환, 형벌집행에 대한 법관의 통제와 형집행법원의 필요성, 형사법연구, 제22호, 2004, 겨울, 403면.

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

35) 조성용, 주4의 논문, 297면.

다른 한편 수형자에 대한 변호인 접견과 수형자에 대한 변호사 접견은 구별되어야 한다. 수형자 접견의 계기가 되는 사건의 성격을 고려하여 법적으로 보호되는 접견의 수준을 달리하고 있는 독일 행형법규정의 취지에 비추어 볼 때, 형의 집행과 관련 있는 사건을 처리하는 변호인의 접견과 그렇지 않은 사건을 처리하는 변호사의 접견을 구분하여 보호되는 접견의 수준을 각각 달리하는 것이 사리에 합당하다. 그리하여 최근 헌법재판소 결정의 심판대상이 되는 사건은 모두 형의 집행과 관련 있는 사건으로 보아야 하며, 따라서 그러한 사건을 처리하는 변호사는 형사변호인으로서 수형자 접견에 있어서 변호인의 특권을 누려야 한다고 보아야 할 것이다. 왜냐하면 두 사건 모두 형의 집행 중에 발생한 집행기관 측의 부당한 조치에 대한 불복절차로서,[36] 전형적으로 국가형벌권의 실행과 관련된 사건이기 때문이다.

그에 반해 사건의 성격을 고려하지 아니하고 단지 수형자의 법적 사건을 처리하는 변호사라는 이유에서 접견의 모든 양태에서 형사변호인과 같은 수준으로 특권을 인정해야 한다면, 이는 시설의 안전이나 질서라는 집행기관의 관점을 지나치게 경시하는 결과를 초래하고 말 것이다.[37] 물론 변호사 접견의 보호수준을 얼마만큼 변호인 접견의 그것에 근접시킬 것인가는 근본적으로 입법자의 입법정책에 맡겨져 있다고 할 것이다.

(2) 접견시간 및 횟수

독일 행형법에서는 수형자의 법적 사무를 처리하는 변호인이나 변호사 및 공증인에 대해서는 접견 시간 및 횟수를 제한하지 않고 수형자와의 접견을 허용하고 있는 반면에, 우리나라 집행실무에서는 일반 접견과 마찬가지로 취급하여 접견 시간 및 횟수를 제한하고 있다. 이와 관련된 사건에서 헌법재판소는 수형자는 미결수용자와는 달리 접견 시간 및 횟수가 제한될 수 있으며, 접견 횟수에 대한 탄력적 운용과 변호사와 접견하는 방법 이외에도 다른 여러 가지 방법을 통하여 소송준비 또는 소

36) 하나는 수형자가 집행기관 측이 내린 신체검사 조치(형집행법 제93조)에 불복하고 이러한 조치의 위헌을 구하는 헌법소원사건이고, 다른 하나는 수형자가 교도소 내 두발규제 조치(형집행법 제83조)에 불복하고 헌법소원을 제기한 사건이다.

37) 구체적인 근거에 대해서는 II.3.나.(2) 참조.

송수행을 할 수 있기 때문에 월 접견 횟수 제한 초과를 이유로 한 변호사와의 접견 불허 처분이 헌법에 위배되지 않는다고 보았다.[38)]

생각건대, 형의 집행과 관련 있는 사건을 처리하는 수형자의 변호인에 대해서는 접견 시간 및 횟수의 제한 없이 접견을 허용해야 할 것이다. 이때 수형자는 비록 미결수용자는 아니지만 미결수용자의 지위에 준하여 국가권력에 대응하여 방어권을 행사해야 하기 때문에, 그의 방어권을 보충하는 차원에서 변호인의 충분한 조력이 필수적이다.

나아가 형의 집행과 관련 없는 사건을 처리하는 수형자의 변호사에 대해서도 독일 행형법의 경우와 마찬가지로 접견시간 및 횟수의 제한 없이 접견을 허용하는 것이 타당하다고 본다. 수형자의 입장에서 변호사의 조력을 받을 권리의 핵심은 필요한 시기에 즉시 도움을 구할 수 있는지, 충분한 도움을 받을 수 있는 물적 조건이 갖춰져 있는지, 소송의 상대방 또는 제3자로부터 대화 내용의 비밀이 유지될 수 있는지 등이 될 것이다.[39)] 이 중에서 변호사와 즉시 그리고 충분히 상의할 수 있는 시간과 편의를 제공하는 것은 수형자의 처우나 재사회화를 촉진시키기 위하여 필수적일 뿐만 아니라 시설의 안전이나 질서라는 집행기관의 관심사를 해칠 염려도 거의 없다. 물론 이로 인하여 집행기관에게 인적 그리고 물적 부담(예컨대 교도관 인력 증가 및 접견 장소의 확충 등)을 줄 수는 있지만, 이는 수형자의 접견교통권이 지니는 헌법적 가치에 비추어 감수될 수 있을 것이다(비례성원칙). 또한 접견 횟수의 탄력적 운용이나 접견 이외의 다른 방법을 통하여 소송을 준비하거나 수행할 수는 있으나, 효율적이고 충분한 변호사의 조력이라는 측면에서 수형자가 직접 변호사와 접견하는 방법에는 미치지 못할 것이다.[40)]

(3) 가져 온 서류 및 물건의 검열

독일 행형법에서는 변호인이 가져 온 서류 및 물건에 대해서는 내용적 검열이 허

38) 헌재 2004.12.16. 2002헌마478.

39) 헌재 2013.8.29. 2011헌마122.

40) 사건의 성격에 따라서는 변호사가 수형자와 자주 만나 기본적인 신뢰를 쌓고 그러한 바탕 위에서 자유롭게 구두 또는 서면의 방식으로 사고를 교류해야 할 경우가 적지 않게 발생할 것이다. 자세히는 조성용, 주1의 논문, 208면.

용되지 않으나, 변호사 및 공증인이 가져 온 서류 및 물건에 대해서는 내용적 검열이 허용된다. 그에 반하여 우리나라에서는 형의 집행과 관련 있는 사건이든 아니든 관계없이 수형자의 법적 사무를 처리하는 변호사가 가져 온 서류 및 물건에 대해서는 일반 접견과 마찬가지로 내용적 검열이 허용된다.

형의 집행과 관련 있는 사건을 처리하는 변호인이 가져 온 서류 및 물건에 대해서는 내용적 검열을 허용해서는 안 될 것이다. 왜냐하면 그에게는 미결수용자와의 접견과 마찬가지로 변호인의 특권이 부여되어야 하기 때문이다. 그에 반하여 형의 집행과 관련 없는 사건을 처리하는 변호사가 가져 온 서류 및 물건에 대해서는 일반 접견과 마찬가지로 내용적 검열이 허용된다고 본다. 왜냐하면 형의 집행과 관련 없는 사건의 경우에는 통상적으로 소송의 형태가 매우 다양하게 이루어질 수 있다는 점에 비추어 볼 때, 그러한 사건을 처리하는 변호사의 범주는 형의 집행과 관련 있는 사건을 처리하는 변호인의 범주보다 훨씬 더 다양하고 개관하기 어려우므로 시설의 안전 또는 질서를 위태롭게 할 위험성도 그만큼 더 크다고 판단되기 때문이다.

(4) 가져 온 서류 및 물건의 양도

독일 행형법에서는 변호인이 가져 온 서류 및 물건에 대해서는 수형자가 테러단체조직죄로 자유형을 선고받고 집행 중이거나 집행될 예정인 경우를 제외하고는 기본적으로 아무런 제한 없이 양도가 허용된다. 변호사 및 공증인이 가져온 서류 및 물건에 대해서도 기본적으로는 양도가 허용되나, 시설의 안전이나 질서를 이유로 집행기관의 허가를 조건으로 할 수 있다.

그에 반하여 우리나라에서는 형의 집행과 관련 있는 사건이든 아니든 관계없이 수형자의 법적 사무를 처리하는 변호사가 가져 온 서류 및 물건에 대해서는 기본적으로 양도가 허용되나, 예외적으로 시설의 안전이나 질서를 해칠 우려가 있는 경우에는 양도가 제한될 수 있다고 보는 것이 타당하다. 이는 수형자에 대한 변호사 접견은 시설의 안전과 질서를 해칠 우려가 없는 한, 원칙적으로 접촉차단시설이 설치되지 않은 장소에서 이루어져야 한다는 최근 헌법재판소 결정[41]에 따른 결과이다.

41) 헌재 2013.8.29. 2011헌마122.

접촉차단시설[42]은 원래 접견자가 수형자와의 접견 중에 가져 온 서류 및 물건을 수형자에게 양도하는 것을 막으려는 취지에서 마련된 설비장치이다.[43] 따라서 수형자에 대한 변호사 접견이 접촉차단시설이 설치된 장소에서 이루어지는지 아닌지 여부에 따라 변호사가 가져 온 서류 및 물건의 양도의 허용 여부가 결정된다.

여기에서도 형의 집행과 관련 있는 사건을 처리하는 변호인이 가져 온 서류 및 물건에 대해서는 아무런 제한 없이 양도를 허용해야 할 것이다. 그에 반하여 형의 집행과 관련 없는 사건을 처리하는 변호사가 가져 온 서류 및 물건에 대해서는 시설의 안전 또는 질서를 해칠 우려가 있는 경우를 제외하고는 원칙적으로 양도를 허용해야 할 것이다. 이점에서 변호사가 가져 온 서류 및 물건의 양도와 관련해서는 양국 간의 결론이 일치한다.

(5) 접촉차단시설

독일 행형법에서는 형의 집행과 관련 있는 사건을 처리하는 변호인은 수형자가 테러단체조직죄로 자유형을 선고받고 집행 중이거나 집행될 예정인 경우를 제외하고는 기본적으로 접촉차단시설이 설치되지 않는 장소에서 수형자와 접견한다. 마찬가지로 형의 집행과 관련 없는 사건을 처리하는 변호사 및 공증인도 기본적으로는 접촉차단시설이 설치되지 않는 장소에서 수형자와 접견하나, 예외적으로 시설의 안전이나 질서를 이유로 접촉차단시설이 설치된 장소에서 수형자와 접견할 수 있다.

그에 반하여 우리나라에서는 형의 집행과 관련 있는 사건이든 아니든 관계없이 수형자의 법적 사무를 처리하는 변호사는 기본적으로 접촉차단시설이 설치되지 않은 장소에서 수형자와 접견하나, 예외적으로 시설의 안전이나 질서를 해칠 우려가 있는 경우에는 접촉차단시설이 설치되지 않는 장소에서 수형자와 접견할 수 있다.

---

42) 접촉차단시설이 설치된 장소란 스테인리스 창살을 사이에 두고 양면에 투명강화유리를 설치하여 수용자와 접견자 쪽 접견실이 완전히 분리되도록 하였고, 수용자와 접견자 쪽 접견실에 마이크콘솔을 각각 설치하여 이를 통해 대화를 나누도록 하였으며, 접견 시간이 끝나면 마이크와 스피커 작동이 자동으로 중지되도록 하며, 수용자의 접견상황을 영상으로 모니터링하기 위하여 접견자 쪽 접견실 내벽에 영상카메라를 설치하도록 되어 있다(법무부 예규 제952조(2010.8.1. 시행) 수용관리 업무지침 제146조(녹음녹화접견실 방음시설 설치 등) 제1항 내지 제3항).

43) Calliess/Müller-Dietz, 주9의 책, 257면.

우리나라에서는 형의 집행과 관련 있는 사건을 처리하는 변호인의 접견과 그렇지 않은 사건을 처리하는 변호사의 접견을 구별하고 있지 않으나, 앞서 살펴본 바와 같이[44] 양자를 구별하여 각각 보호하는 접견의 수준을 달리하는 것이 타당하다고 본다. 그렇다면 형의 집행과 관련 있는 사건을 처리하는 변호인은 예외 없이 접촉차단시설이 설치되지 않는 장소에서 수형자와 접견하며, 형의 집행과 관련 없는 사건을 처리하는 변호사도 원칙적으로는 접촉차단시설이 설치되지 않는 장소에서 수형자와 접견하나, 예외적으로 시설의 안전이나 질서를 이유로 접촉차단시설이 설치된 장소에서 수형자와 접견할 수 있다고 보아야 할 것이다.

(6) 접견감시

독일 행형법에서는 형의 집행과 관련 있는 사건을 처리하는 변호인과 수형자 간의 접견내용은 감시될 수 없으나, 형의 집행과 관련 없는 사건을 처리하는 변호사와 수형자 간의 접견내용은 처우나 시설의 안전이나 질서를 이유로 감시될 수 있다. 그에 반하여 우리나라에서는 형의 집행과 관련 있는 사건이든 아니든 관계없이 수형자의 법적 사무를 처리하는 변호사와 수형자 간의 접견내용은 감시될 수 없다.

앞서 살펴본 바와 같이,[45] 최근 헌법재판소는 수형자와 변호사와의 접견내용을 녹음, 기록하게 되면 소송당사자의 무기평등을 무력화시킬 수 있을 뿐만 아니라, 변호사의 공익적 지위와 변호사 접견의 성격에 비추어 볼 때 접견내용을 녹음, 기록할 필요성이 없다는 이유로 이러한 녹취행위는 헌법에 위배된다고 결정하였다. 그러나 이 결정은 형의 집행과 관련 있는 사건을 처리하는 변호인에 대해서는 타당하나, 형의 집행과 관련 없는 사건을 처리하는 변호사에 대해서는 타당하지 않다고 본다. 여기에서 헌법재판소는 국가형벌권의 실현가능성이라는 관점에서 형의 집행과 관련 있는 사건과 관련 없는 사건은 구별되어야 한다는 점과 형의 집행과 관련 있는 사건을 처리하는 변호인의 접견은 그렇지 않은 사건을 처리하는 변호사의 접견에 비해 보호되는 수준이 다르다는 점을 간과하고 있다. 즉, 형의 집행과 관련 있는 사건은 국가형벌권의 연장선이라는 관점에서 형사사건에 준하는 것으로서 국가형벌

44) Ⅲ.2.나.(1). 참조.

45) Ⅲ.1.나. 참조.

권과 전혀 관계가 없는 법적 사건(예컨대 재산분쟁사건, 이혼사건, 탈세사건 등)과 동일시될 수 없다는 점 말이다. 나아가 민사사건이나 가사사건 등을 처리하는 변호사의 접견은 형의 집행과 관련 있는 사건을 처리하는 변호인의 그것에 비해 자유로운 사고의 교류에 대한 요구가 그다지 절박하지 않으며, 시설의 안전이나 질서를 위태롭게 할 위험성도 그만큼 더 큰 것이다.

이러한 의미에서 최근 헌법재판소가 제시한 논거는 형의 집행과 관련 없는 사건을 처리하는 변호사에 대해서는 타당하지 않다고 본다. 우선 첫 번째 논거인 '소송당사자의 무기평등의 무력화'는 소송의 상대방이 교도소나 국가가 아닌 사인인 경우에는 사건의 속성상[46] 그 상대방이 교도소인 경우에 비하여 접견내용을 비밀로 해야 할 필요성이 현저하게 떨어진다는 점에서 설득력이 떨어진다.

또한 두 번째 논거인 '변호사의 공익적 지위에 따른 접견감시의 불필요성'은 단지 변호사라는 이유만으로 일반인에 비해 반입금지품을 수형자에게 전달할 위험이 없다거나 수형자의 다른 불법행위에 동조하지 않을 것이라고 속단하기 어렵고, 수형자가 변호사 아닌 소송대리인(특히 변리사나 공증인 등)과 접견하는 경우와 비교할 때 합리적 이유 없는 차별의 문제를 야기 시킬 수 있으며, 접견권을 남용하는 방법으로 변호사 접견을 활용할 가능성(예컨대 이른바 '집사변호사')을 배제할 수 없다는 점에서[47] 설득력이 떨어진다.

나아가 세 번째 논거인 '변호사 접견의 성격상 접견감시의 불필요성'은 접견의 상대방이 아무리 변호사라 하더라도 수형자가 처해 있는 특수한 상황을 고려하여[48]

46) 무죄의 입증이나 최대한 가벼운 형을 선고받기 위하여 비밀스러운 소송전략이 필요할 수도 있는 형사사건과는 달리, 민사·가사·행정소송사건에 있어서는 당사자주의나 구술변론주의의 원칙상, 소장이나 심판청구서, 준비서면 및 증거서류 등의 부본이 상대방 당사자 등에게 미리 송달될 뿐 아니라, 각종 주장이나 증거방법이 공개변론과정이나 소송기록을 통하여 상대방에게 모두 공개될 수밖에 없는 점에 비추어 보면, 설사 소송내용과 관련한 변호사와의 접견내용이 상대방에게 공개되더라도 그러한 사정만으로 곧바로 현실적인 소송에서 불리하게 작용한다고 단정하기도 어렵다. 헌재 2013.9.26. 2011헌마398. 소수의견.

47) 헌재 2013.9.26. 2011헌마398. 소수의견.

48) 예컨대 수형자가 일신상 불리한 소식을 접하게 되어 위기상황으로 치닫게 될 수 있는 상태에 있거나, 신경질적이거나 타인에게 위해를 가할 수 있는 성격을 지니고 있어서 적시에 필요한 조치를 취해야 하는 상황인 경우가 그러하다. 이에 대해서는 Calliess/Müller-Dietz, 주9의 책, 252면. 그리하여 본 사건에서 관심대상수용자로 지정된 청구인에 대해서도 평소 동정을 파악하여 청구인을 교화하는데 도움을 얻고 건전한 사회복귀를 도모하기 위하여 변호사와의 접견내용을 녹취할 필요

수형자를 교화하는데 필요한 정보를 얻고 건전한 사회복귀를 도모하기 위하여 접견 내용을 감시할 필요성이 있다는 점에서 설득력이 떨어진다.

Ⅳ. 결론

이상과 같이 변호인 및 변호사와 수형자 간의 접견교통에 있어서 우리나라와 독일 간의 차이점을 비교법적으로 검토해 보았는데, 그 가운데 몇 가지 시사점을 간추려보면 다음과 같다.

우선 형의 집행과 관련 있는 사건을 처리하는 변호인의 접견과 그렇지 않은 사건을 처리하는 변호사의 접견을 구별하고, 각각에 대해 보호수준을 달리 규정할 필요가 있다. 궁극적으로 전자에 대해서는 형사사건에 준하여 변호인의 특권을 인정하고, 후자에 대해서는 변호인의 특권을 부여할 수는 없지만 일반 접견보다는 조금 더 나은 수준의 특권을 인정하는 것이 바람직하다고 본다. 그리하여 최근 헌법재판소 결정의 심판대상이 되는 사건은 모두 형의 집행과 관련 있는 사건으로 보아야 하며, 그러한 사건을 처리하는 변호사 또한 형사변호인에 준하여 수형자 접견의 모든 양태와 관련하여 변호인의 특권을 누려야 한다고 보아야 한다.

또한 수형자의 법적 사무를 처리하는 변호인 및 변호사에 대해서는 접견 시간 및 횟수의 제한 없이 접견을 허용해야 할 것이다. 변호인 및 변호사와 즉시 그리고 충분히 상의할 수 있는 시간과 편의를 제공하는 것은 수형자의 처우나 재사회화를 촉진시키기 위하여 필수적일 뿐만 아니라, 시설의 안전이나 질서라는 집행기관의 관심사를 해칠 염려도 거의 없다.

나아가 수형자와 변호사 간의 접견내용을 녹취한 행위가 헌법에 위배된다고 결정한 최근 헌법재판소 결정은 형의 집행과 관련 있는 사건을 처리하는 변호인에 대해서는 타당하나, 형의 집행과 관련 없는 사건을 처리하는 변호사에 대해서는 타당하지 않다고 보아야 한다. 여기에서 헌법재판소는 국가형벌권의 실현가능성이라는 관점에서 형의 집행과 관련 있는 사건과 관련 없는 사건은 구별되어야 한다는 점과

성이 컸다고 보인다. 조성용, 주4의 논문, 302면(주24).

형의 집행과 관련 없는 사건을 처리하는 변호사의 접견은 형의 집행과 관련 있는 사건을 처리하는 변호인의 접견에 비해 자유로운 사고의 교류에 대한 요구가 그다지 절박하지 않으며, 시설의 안전이나 질서를 위태롭게 할 위험성도 그만큼 더 크다는 점을 간과하고 있다.

참고문헌

박진열, 수용자와 변호사 간의 접견에 관한 최근 현재 결정, 교정, 제57권 제10호, 통권 제450호, 2013

박찬운, 수형자에 대한 변호사 접견교통권 - 현재 결정의 국제인권법적 검토 -, 법학논총, 제31집 제2호, 한양대 법학연구소, 2014

배종대/이상돈/정승환, 신형사소송법, 홍문사, 2009

신동운, 신형사소송법, 법문사, 2011

이승호, 수형자와 변호인의 접견교통, 일감법학, 제15호, 2009

이재상, 신형사소송법, 박영사, 2008

정승환, 형벌집행에 대한 법관의 통제와 형집행법원의 필요성, 형사법연구, 제22호, 2004, 겨울호

조성용, 변호인과 수형자 간의 접견 및 서신수수, 형사정책연구, 제23권 제1호, 통권 제89호, 2012, 봄호

조성용, 수형자에 대한 형사변호, 교정연구, 제55호, 2012

조성용, 수형자와 변호사 간의 접견내용 녹취행위 – 헌법재판소 결정(2011헌마398)에 대한 평석 -, 법조, 제64권 제5호, 통권 제704호, 2015

Calliess/Müller-Dietz, Strafvollzugsgesetz, 8. Aufl., 2000

Müller-Dietz, Aufgaben und Möglichkeiten der Verteidigung im Strafvollzug, StV 1982

Swind/Böhm(Hrsg.), Strafvollzugsgesetz, 3. Aufl.

Eine Rechtsvergleichende Analyse zum Besuch von Verteidigern und Rechtsanwälten in einer den Gefangenen betreffenden Rechtssache unter besonderer Berücksichtigung des deutschen Strafvollzugsgesetzes

Cho, Sung-yong*

In der Praxis und in der Rechtsprechung sind bisher Besuche von Verteidigern in einer den Gefangenen betreffenden Rechtssache als unzulässig gehalten worden. Aber das Verfassungsgericht hat neuerdings festgestellt, daß die Vollzugsbehörde nicht die Verwendung eines Raums mit Trennscheibe bei Rechtsanältebesuchen anordnen darf. Es hat ferner entschlossen, daß die Anhalt ohne die Überwachung Besuche von Rechtsanwälten in einer den Gefangenen betreffenden Rechtssache zu gestatten hat, um dem legitimen Bedürfnis des Gefangenen Rechnung zu tragen, sich zur Regelung seiner rechtlichen Angelegenheiten eines entsprechenden Beistandes zu bedienen.

Dieses Ergebnis läßt sich grundsätzlich halten. Jedoch sollte auch die Tätigkeit in einer Strafvollstreckungs-, Wiederaufnahme- oder Gnadensache zur Tätigkeit des Verteidigern zählen. 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

* Professor, College of Law, Dankook University

Strafanspruchs. So kann die Beistandstätigkeit eines Anwalts gegen eine Maßnahme zur Regelung einzelner Angelegenheit auf dem Gebiete des Strafvollzuges gewährleistet werden.

Aus einer Rechtsvergleichenden Analyse zum Besuch von Verteidigern und Rechtsanwälten in einer den Gefangenen betreffenden Rechtssache im deutschen Strafvollzugsgesetz ergibt sich, daß die Anstalt Besuche von Verteidigern und Rechtsanwälten in einer den Gefangenen betreffenden Rechtssache ohne Einschränkung in bezug auf Zeit und Häufigkeit zu gestatten hat, und generell die Überwachung von Verteidigerbesuchen auszuschließen ist.

❖ Keyword: Besuche von Verteidigern, Besuche von Rechtsanwälten, Raum mit Trennscheibe, Überwachung der Besuche, Sicherung oder Ordnung der Anstalt, Recht auf fair trial

투고일 : 2월 21일 / 심사일 : 3월 23일 / 게재확정일: 3월 23일