

수형자의 치료받을 권리, 의사의 진단과 형집행정지

이 석 배*

I. 서론

II. 수형자의 치료받을 권리와 그 내용

1. 수형자의 법적 지위
2. 수형자의 기본권 제한
3. 수형자의 치료받을 권리

III. 수형자의 치료받을 권리와 현실의 문제점

1. 수형자의 의료접근성
2. 진료단계에서 문제점
3. 교정시설 내 의료기기 현황

IV. 수형자의 치료받을 권리와 형집행정지

1. 형집행정지제도의 의의
2. 질병을 이유로 하는 형집행정지의 절차와 의사의 역할

V. 수형자의 치료받을 권리 보장을 위한 과제

1. 국가의 책임의식 강화
2. 수형자에 대한 의료처우 필요성의 판단주체
3. 국가 재정의 부족 문제
4. 현실적 대안으로서 외부진료와 형집행정지제도
5. 의사(의무관)의 의식

VI. 결론

* 논문접수: 2013. 11. 1. * 심사개시: 2013. 11. 10. * 수정일: 2013. 12. 9. * 게재확정: 2013. 12. 10.
 * 단국대학교 법과대학 부교수, 법학박사(Dr. iur.).
 * 본 논문은 2012학년도 단국대학교 대학연구비 지원(과제번호 108796)으로 연구되었음.
 * 본 논문은 2013년 11월 16일 대한의료법학회/법원의료법연구회 공동 추계학술대회에서 발표된 것을 수정·보완한 것이다. 발표 당시 유익한 의견을 주신 대한의료법학회와 법원의료법연구회 회원 여러분들께 감사의 마음을 전한다.

I. 서론

지난 초여름 한 시사고발 프로그램에서 ‘여대생 청부살인 사건’으로 무기징역을 선고 받은 한 대기업의 회장부인이 형집행정지를 통해 호화판으로 호텔 같은 병원에서 지내고 있다는 보도가 나간 뒤 형집행정지제도의 문제가 화두가 되었다. 특권층이나 검사, 변호사, 교도관 등의 비리에 화가 치밀기는 했지만 그에 앞서 이 사건에 대한 국민적 분노로 정작 필요한 수형자들에 대한 형집행정지결정이 줄어들 것이라는 걱정이 앞섰다. 걱정대로 국회에는 현재 속칭 ‘사모님 방지법’이라는 명칭의 형사소송법 개정안들이 발의 중이다.¹⁾ 이 법안의 내용은 형집행정지절차를 엄격하게 하는 내용을 담고 있는데, 이렇게 절차를 엄격하게 하면 실제 형집행정지가 필요한 수형자들의 기본권을 침해하는 문제가 발생할 위험이 있다.

어쩌면 현 시점에서 수형자의 치료받을 권리를 논하는 것이 최근에 일어났던 공분과 반대된다고 생각할 수도 있다. 그러나 오히려 공분의 이유가 ‘유전무죄, 무전유죄’라는 생각 때문이라면, 오히려 수형자라면 누구나 평등하게 누릴 수 있는 권리를 먼저 논해야 하는 시점이라고 생각한다. 왜냐하면 수형자도 한 국민으로서 헌법에 보장된 기본권의 주체이며, 만약 형집행정지의 강화가 수형자의 기본권 행사를 침해하거나 위태롭게 만든다면 그 역시 허용될 수 없는 일이기 때문이다.

아래에서는 수형자의 치료받을 권리에 대하여 그 내용과 범위를 검토하고, 현재 우리나라의 교정시설에서 수형자의 치료받을 권리가 어느 정도 보장되고 있는지, 그 과정에서 의사(의무관)의 역할을 어떤 것인지 그리고 그 문제점을 해결하기 위한 방안으로는 어떤 대안을 생각할 수 있는지에 대하여 검토해 보고자 한다.

1) 「형사소송법 일부개정법률안(의안번호 19-05365)」(2013. 6. 17. 이목희 의원 대표발의); 「형사소송법 일부개정법률안(의안번호 19-05973)」(2013. 7. 15. 김태원 의원 대표발의). 이 개정안들은 모두 개정이유에서 이미 특정인을 지목하고 있다.

II. 수형자의 치료받을 권리와 그 내용

1. 수형자의 법적 지위

전통적으로 수형자는 법의 보호 테두리 밖에 있는 자로 보아 권리의 주체성이 부인되었다. 특히 과거 응보형 사상이 지배하던 시대에는 수형자가 응징과 응보의 대상일 뿐, 어떤 권리의 주체가 된다는 생각은 있을 수 없었다. 본래 이론적으로 응보형은 특히 칸트주의적 관점에서 볼 때, 응보가 단순히 원시적인 복수를 의미하는 것이 아니라 정의의 실현을 목적으로 하고 범죄와 형벌을 균형으로 하는 이성적인 응보로, 수형자가 예방목적에 의해 수단으로 전락하는 것을 막아주고 수형자의 지위를 보장해주는 역할을 하는 인간존엄사상에 충실한 이론이다.²⁾ 그러나 이러한 이론적 기초와는 달리 실제로는 응보를 위해 형벌의 내용을 해악과 고통을 부과하는 것으로 이해하였기 때문에 수형자의 지위는 보장될 수 없었다.

최근까지 우리나라에서도 수형자의 지위와 관련하여 일반적인 이론으로 받아들여지던 특별권력관계이론은 수형자의 열악한 지위를 더욱 공고히 하였다. 19세기 성립되어 1960년대까지 지배적인 영향력을 비치던 특별권력관계이론은 군국주의 시대 일본을 거쳐 우리나라에 유입되었다. 이 이론에 따르면 입헌군주제에서 법률은 시민상호간이나 국가와 시민 사이에만 적용되는 것이고, 권리의 주체인 국가행정 내부에는 적용되지 않는 것으로 보았다. 따라서 국가와 시민 사이에는 일반권력관계가 성립하고 국가와 공무원, 군대와 같은 일정한 집단에 대하여는 국가에 특별한 충성과 복종이 요구되는 강력한 지배관계인 특별권력관계가 성립한다는 것이다.³⁾ 특별권력관계이론의 핵심적인 명제 네 가지는 i) 특별권력관계 내부에는 법률유보의 원칙이 적용되지 않고, ii) 행정목적 달성을 위해서 필요한 범위 안에서는 헌법이 보장하고 있는 기본

2) 배종대, 『형사정책』, 2011, 제395면.

3) 최영규, 『경찰행정법』, 2007, 제135~136면.

권도 법률에 근거 없이 제한할 수 있으며, iii) 특별권력관계에서 이루어지는 명령은 법적 성질이나 효력을 갖지 않으며, iv) 특별권력관계 내부사항은 사법심사의 대상이 되지 않는다는 것이다.⁴⁾ 이에 따라 수형자에게는 일반시민에게 보장된 헌법상의 기본권, 법치행정, 사법구제가 배제되고 수형자의 수용장소와 자유보장의 범위 등 행형의 일상 업무는 전적으로 행형당국의 재량에 의하는 것으로 인식되어 왔다.

하지만 최근에는 수형자에 대한 관계를 단순한 공권력의 발동관계로 파악하여, 법치주의에 입각하여 국회가 제정한 법률에 따라서만 수형자의 권리 제한이 가능하고, 제한하는 경우에도 당해 법률관계의 성질상 필연적으로 파생되고 그것을 유지하기 위하여 필요한 최소한의 범위 안에서만 가능하다는 것이 지배적인 입장이다.⁵⁾ 따라서 구금에 따른 최소한의 자유박탈과 교정 작업은 인정하지만 그 밖의 기본권 제한에 대하여는 또 다른 법적 근거가 문제가 된다.

또한 그 권리에 대한 침해가 있을 때에는 사법심사의 대상이 되어야 한다는 것이 일반적으로 받아들여지고 있다.

2. 수형자의 기본권 제한

헌법상 보장된 기본권은 「헌법」 제37조 제2항에 따라 법률에 의하여 제한되지 않는 한 다른 시민과 마찬가지로 수형자에게도 보장되며, 제한하는 경우에도 헌법의 가치질서에 부합하는 행형 목적을 달성하기 위한 필요 최소한에 그쳐야 하며 기본권의 본질적인 내용은 침해할 수 없다. 여기서 보충성의 원칙과 비례성의 원칙은 헌법이 보장하는 기본권 제한에 필요한 구체적인 입법원칙 및 그 기준이 되는 규범원칙이다.⁶⁾ 이러한 원칙에 따를 때 수형자의 기본

4) 권영성, 『헌법학원론』, 2007, 제355면; 허영, 『한국헌법론』, 2007, 제290면.

5) 권영성, 『헌법학원론』, 2007, 제356, 442면; 정중섭, 『헌법학원론』, 2007, 제266면; 허영, 『한국헌법론』, 2007, 제291~292면.

6) 배종대, 『형사정책』, 2011, 제131면 이하 참고.

권은 그 성격상 제한의 여부와 정도가 달라진다.

이러한 점은 1988년 12월 국제연합에서 채택된 「모든 형태의 억류·구금 하에 있는 사람들을 보호하기 위한 원칙(Body of Principles for the Protection of All Persons under Any Form of Detention or Imprisonment)」에서도 잘 나타나는데, 수용자는 교도행정의 객체가 아니라 인간의 존엄을 비롯한 인권의 주체이며 구금 및 구금으로부터 직접 파생되지 않는 인권은 보장되어야 한다는 점을 명시하고 있다.⁷⁾

신체의 자유, 집회결사의 자유, 거주이전의 자유, 직업선택의 자유 등은 수형시설에 구금된다는 자유형의 본질상 제한될 수밖에 없다. 또한 사생활 비밀의 자유, 통신의 자유 등은 행형목적에 의해 제한이 가능하다고 본다. 접견시간제한, 접견횟수제한, 접견장소제한, 면담조건, 서신횟수, 서신작성, 검열 등이 여기에 해당한다. 이는 대개 행형목적의 달성, 교정시설 내의 보안과 질서유지를 위한 것이다. 하지만 이러한 행형목적 달성, 보안과 질서유지를 위하여 제한이 가능한 것인지, 가능하다면 필요한 최소한의 범위에서 이루어지는 것인지에 대한 검토가 필요하다. 더욱이 대부분의 이러한 제한은 법률에 의한 것이 아니라 시행령과 규칙에 의하고 있으며, 교정시설의 장에게 광범위한 재량권이 부여되어 있다는 점도 법률유보의 원칙에 어긋나는 문제가 있다.

「헌법」 제37조 제2항에 의하더라도 기본권의 성격상 어떠한 경우에도 제한이 불가능한 것으로 인정되는 기본권도 있다. 인간의 존엄과 평등권은 물론이고, 종교의 자유, 사상과 양심의 자유 등은 인간의 절대적 권리이기 때문에 어떠한 근거로도 제한이 불가능하다고 본다.⁸⁾ 따라서 수형자도 종교의 자유를 가지며 종교활동의 자유를 보장받아야 하며, 일정한 사상을 선택하거나 포기하도록 강요받지 않을 권리를 갖는다. 따라서 과거 우리 실무에서 전향과 준법서약서를 강요했던 것은 사상과 양심의 자유를 침해한 것이라고 볼 수 있다.

7) 자세한 내용은 연성진·노용준·김안식·정영진, “수용자의 보건·의료 실태와 개선방안에 관한 연구”, 『한국형사정책연구원 연구총서 08~12』, 제40면.

8) 권영성, 『헌법학원론』, 2007, 제348면; 허영, 『한국헌법론』, 2007, 제282면.

여기서 문제가 되는 헌법상의 “자신의 생명, 신체에 대한 불가침의 권리”인 생명권의 경우는 그 근거에 대하여는 견해의 대립이 있기는 하지만, 침해를 거부하는 측면에서는 절대적으로 보장된다고 본다.⁹⁾ 국가의 생명보호 의무는 그 범위 안에서 발생하고, 특히 치료받을 권리와 그에 대한 국가의 의무는 구체적으로 “모든 국민은 보건에 관하여 국가의 보호를 받는다.”고 규정한 「헌법」 제36조 제3항에서 찾을 수 있다. 이 규정은 국가의 보건의무를 규정하고 있지만, 국가가 국민의 건강한 생활을 침해하지 않는 것뿐 아니라 보건을 유지하도록 국가에 적극적으로 요구할 수 있는 권리이기도 하다.¹⁰⁾

이점에 관하여 헌법재판소도 “국가의 국민보건에 관한 보호의무를 명시한 헌법 제36조제3항에 의한 권리를 헌법소원을 통하여 주장할 수 있는 자는 직접 자신의 보건이나 의료문제가 국가에 의해 보호받지 못하고 있는 의료 수혜자적 지위에 있는 국민이”라고 하여 「헌법」 제36조 제3항이 국가의 의무일 뿐만 아니라 개개의 국민이 갖는 권리라는 점을 인정하였다.¹¹⁾

3. 수형자의 치료받을 권리¹²⁾

앞에서 언급된 「헌법」 제36조 제3항의 보건권은 수형자의 경우에도 그 주체성을 부정할 수 없다. 이에 따라 수형자의 보건에 관하여는 「형의 집행 및 수용자의 처우에 관한 법률」 제30조 이하에 규정을 두고 있다. 수용자가 건강한 생활을 하는 데에 필요한 위생 및 의료상의 적절한 조치를 할 의무(제30조),

9) 유럽인권협약 제2조와 독일기본법 제2조 제2항이 생명권을 명문으로 규정하고 있는 것과 달리 우리 헌법은 생명권에 대하여 명문의 규정을 두고 있지 않다. 생명권이 국민의 본질적인 기본권이라는 점에는 의심의 여지가 없으나, 그 근거는 인간의 존엄에서 찾을 수도 있고, 헌법 제37조 제1항에서 찾을 수도 있다. 이에 대하여 자세한 것은 이석배, “형법상 절대적 생명보호원칙, 한국형법학의 새로운 지평”, 「심은 김일수 교수 화갑기념 논문집」, 2006, 제673, 674면.

10) 정종섭, 『헌법학원론』, 2007, 제662~663면; 허영, 『한국헌법론』, 2007, 제435~436면.

11) 헌법재판소 1993. 11. 25. 선고 92헌마87 전원재판부 결정.

12) 이와 관련하여 국제인권법적 기준, 대표적으로 「피구금자 처우에 관한 최저기준규칙」 등이 있지만, 이 규칙의 경우 1955년 만들어진 것으로 21세기 수용자의 인권을 논하는데 적절한 기준은 아니라고 생각한다. 따라서 국내 실정법을 기준으로 살펴본다.

부상을 당하거나 질병에 걸리면 적절한 치료를 받도록 할 의무(제36조), 정기적인 건강검진(제34조, 시행령 제51조 1년 1회 이상), 전염병에 관한 조치(제35조), 여성 및 임산부에 대한 처우(제50조, 제55조), 외부진료(제37조) 및 자비진료(제38조) 등 수형자의 보건에 관한 여러 규정을 두고 있다.

헌법재판소는 “교도소에 수용된 때에는 국민건강보험급여를 정지하도록 한 국민건강보험법 제49조 제4호¹³⁾는 수용자에게 불이익을 주기 위한 것이 아니라, 국가의 보호, 감독을 받는 수용자의 질병치료를 국가가 부담하는 것을 전제로 수용자에 대한 의료보장제도를 합리적으로 운영하기 위한 것이므로 …… 가사 국가의 예산상의 이유로 수용자들이 적절한 의료보장을 받지 못하는 것이 현실이라고 하더라도 이는 수용자에 대한 국가의 보건의무불이행에 기인하는 것이[다]. …… 수용자에게 의료급여를 정지함으로써 수용자를 차별하고 있으나, 이는 수용자에 대한 의료보장을 일괄적으로 국가가 부담하도록 하는 것을 전제로 하여 수용자간 의료급여의 형평문제와 구금의 목적 실현 등을 고려한 것”이라고 하여 국가의 수형자에 대한 보건의무를 인정하고 있다.¹⁴⁾

수형자는 기본적인 진료나 투약 등 의료에 대한 요구가 있을 때 국가예산으로 처우를 받는다. 교정시설에 속한 의무관에게 진찰을 받고, 그 처방에 따라 투약 받는 과정은 모두 무료로 진행된다. 또 의무관의 판단에 따라 자체 의료진과 의료시설의 진료만으로는 부족하다고 판단되면, 외부병원에서 진료를 받게 되고 이 비용도 국가가 부담한다. 이 경우 의무관이 외부진료가 불필요하다고 판단하는 경우에는 자비로 진료를 허용하기도 한다. 외견상으로는 적절한 절차에 따라 이루어지는 것처럼 보이지만, 지속적으로 수형자의 치료받을 권리가 논의되는 것은 일반시민과 달리 환자의 의사에 따라 이루어지는 것이 아니라 국가기관(의무관, 교정시설의 장)의 관여와 재량이 크기 때문인 것으로 보인다. 물론 헌법재판소도 인정한 것처럼 국가의 예산으로 이루어지는 수형자에 대한 의료는 예산 등을 이유로 적절한 보장이 이루어지지 못하는 경우

13) 현행 국민건강보험법 제54조 제4호.

14) 헌법재판소 2005. 2. 24. 선고 2003헌마31, 2004헌마695(병합) 전원재판부 결정.

도 발생한다고 생각한다.

III. 수형자의 치료받을 권리와 현실의 문제점

1. 수형자의 의료접근성

의료접근성이란 경제적, 지리적, 사회문화적 이유와 관계없이 필요한 보건 서비스를 이용할 수 있는 정도를 말한다.¹⁵⁾ 우리나라의 경우 건강보험법상 요양기관 당연지정제에 따라 일반시민은 다른 어느 나라보다 모든 의료기관에 대한 접근이 용이하다고 볼 수 있다. 하지만 수형자의 경우 건강보험급여가 정지되어 있고 진료를 받는 것은 국가가 비용을 부담하므로 원칙적으로 무상이다. 따라서 건강보험의 문제가 발생할 여지는 없다. 다만 수용시설의 지리적 여건이나 의료 환경, 교정시설의 장의 재량에 의해서 의료서비스에 대한 접근이 용이하지 않은 문제가 있다.

결국 수형자의 의료접근성 문제는 ‘원하는 시기에 의료행위를 받을 수 있는가’, 또 ‘원하는 의료기관의 의료행위를 받을 수 있는가’의 문제라고 볼 수 있다.

수형자의 경우 우선 진료의 요구가 있으면 교정시설 내의 의무관에게 진료를 받을 수 있고, 필요하다고 판단되는 경우에는 외부진료도 받을 수 있다. 이 과정에서 의무관의 의견을 참고하기는 하지만 결정권은 교정시설의 장에게 있다.

수형자가 의무관에게 진료를 적시에 받지 못해서 제기되는 문제의 경우, 수용자에 대한 설문조사에서 29.3%는 몸이 아플 때 의무과 진료가 ‘가능하지 않은 편’이다, 12.9%는 ‘전혀 아니다’라고 답하였다.¹⁶⁾ 하지만 그 이유가 휴일

15) 변재관 외 12인, 『한국의 사회보장과 국민복지 기본선』, 한국보건사회연구원, 1998, 제 165면.

16) 이화영·주영수·임승준·이상운·이상희·이서치경, “구금시설 수용자 건강권 실태조사”, 『국가인권위원회 2010년 인권상황실태보고서 10-44』, 제147~148면.

과 야간진료의 문제, 외부 의사가 방문하는 치과진료 문제 등이 많이 포함되어 있으므로 큰 비중을 차지하는 것은 아닌 것으로 보인다.

하지만 수형자 본인이 원하는 진료를 받지 못했기 때문에 제기되는 문제는 관심을 가질 필요가 있는 것으로 보인다. 국가인권위원회 진정사건의 경우도 대부분 의무관의 진료를 본 후 후속조치에 관한 것이다.¹⁷⁾ 실제로 의무관에 대한 국가인권위원회(이하 인권위) 보고서에 따르면 의무관이 필요하다고 판단하여도 외부진료를 받도록 하는데 어려움이 있다는 의견이 65.6%에 달하였고, 그 이유는 보안과와 협의가 어렵기 때문이라는 이유가 가장 높은 비중을 차지하였으며, 외부진료의 어려움으로 적절한 진료가 이루어지지 못한다는 의견이 66.7%에 달했다.¹⁸⁾ 이는 한국형사정책연구원(이하 형정원)의 보고서에서도 크게 다르지 않다. 즉 외부진료를 받도록 하는데 어려움이 있다는 의견이 57.1%, 보안과와 협의가 어렵기 때문이라는 이유가 79.2%, 외부진료의 어려움으로 적절한 진료가 이루어지지 못한다는 의견이 69.0%에 달했다.¹⁹⁾

또한 인권위의 수용자들에 대한 설문조사에서 19.7%가 자비부담의 요구를 받은 적이 있다고 답하였고, 42.6%가 진료비를 부담할 능력이 되지 않아 진료를 받지 못한 경험이 있다고 답하였다.²⁰⁾ 또한 수용자들에 대한 설문조사에서도 19.7%가 자비부담의 요구를 받은 적이 있다고 답하였고, 42.6%가 진료비를 부담할 능력이 되지 않아 진료를 받지 못한 경험이 있다고 답하였다.²¹⁾ 또한 실제 외부진료를 받은 수형자 중 전액자비로 부담한 수형자(53.5%)가 전액관비로 부담한 수형자(26.0%)보다 훨씬 더 많았다. 여기에 수용자들의

17) 예컨대 의무관이 본래 먹던 약을 처방해주지 않아 필요한 약을 가족이 넣어주는데 의무과장이 외부 약을 불허한 경우(국가인권위원회 2007. 3. 12. 06진인1449 결정).

18) 이화영·주영수·임승준·이상운·이상희·이서치경, “구급시설 수용자 건강권 실태조사”, 『국가인권위원회 2010년 인권상황실태보고서 10-44』, 제123~124면.

19) 연성진·노용준·김안식·정영진, “수용자의 보건·의료 실태와 개선방안에 관한 연구”, 『한국형사정책연구원 연구총서 08-12』, 제81면.

20) 이화영·주영수·임승준·이상운·이상희·이서치경, “구급시설 수용자 건강권 실태조사”, 『국가인권위원회 2010년 인권상황실태보고서 10-44』, 제149~150면.

21) 이화영·주영수·임승준·이상운·이상희·이서치경, “구급시설 수용자 건강권 실태조사”, 『국가인권위원회 2010년 인권상황실태보고서 10-44』, 제149~150면.

설문에서 의무관이 자신의 질병을 대수롭지 않게 생각한다면가, 실제 진료 없이 처방만 받은 적이 있다(53.1%)는 내용을 포함하면²²⁾ 이러한 결과는 의료 접근의 문제가 단순한 우려에 그치지 않는다는 점을 보여준다.

2. 진료단계에서 문제점

의무관에게 외부진료를 신청했다가 거부당한 경험이 있는 수행자는 8.3%에 해당하며, 그 중 의무관이 진료를 하지도 않고 외부진료를 거부한 경우가 21.4%에 달하였다.²³⁾ 진료를 하고 거부한 경우는 ‘일단 지켜보자’는 이유가 가장 많은 것으로 나타났다.

실제로 인권위의 의무관들에 대한 설문조사에서 의무관들은 환자인 수행자가 하는 말을 ‘대부분 믿지 않는다.’고 응답한 비율이 21.2%에 달했다.²⁴⁾ (형정원의 조사에서는 ‘대체로 믿지 않는다.’가 44.2%).²⁵⁾ 또한 수행자들이 과잉진료를 받고 있다고 생각하는 비율이 46.7%에 달했고 심지어는 ‘모든 환자가 치료가 필요 없는 사람’이라고 응답한 경우도 있었다. 반면 ‘현재 처치가 부족하며 더 세밀하고 집중적인 치료가 필요하다’고 생각하는 의무관은 17.4%, 이들 중에도 ‘모든 환자가 더 세밀한 치료가 필요한 사람’이라고 응답한 경우도 있었다.²⁶⁾ 이는 수행자에 대한 의료처우가 의사입장에서 일반인에 비해 전체적으로 부족하다고 보는 의무관도 있고, 반면 수행자를 의사입장에서 환자로 바라보는 것이 아니라 단순한 형집행의 객체로 바라보는 의무관도 존재한다는

22) 이화영·주영수·임승준·이상운·이상희·이서치경, “구급시설 수용자 건강권 실태조사”, 『국가인권위원회 2010년 인권상황실태보고서 10-44』, 제161면.

23) 이화영·주영수·임승준·이상운·이상희·이서치경, “구급시설 수용자 건강권 실태조사”, 『국가인권위원회 2010년 인권상황실태보고서 10-44』, 제165~166면.

24) 이화영·주영수·임승준·이상운·이상희·이서치경, “구급시설 수용자 건강권 실태조사”, 『국가인권위원회 2010년 인권상황실태보고서 10-44』, 제125면.

25) 연성진·노용준·김안식·정영진, “수용자의 보건·의료 실태와 개선방안에 관한 연구”, 『한국형사정책연구원 연구총서 08-12』, 제86쪽.

26) 이화영·주영수·임승준·이상운·이상희·이서치경, “구급시설 수용자 건강권 실태조사”, 『국가인권위원회 2010년 인권상황실태보고서 10-44』, 제126쪽.

점을 보여준다. 즉 甲의무관은 의사로서 가능한 한 수형자들에게 의료처우를 해주는 것이 의무관의 본분이라고 생각하는 반면, 乙의무관은 수형자에게 국가예산을 들여서 필요한 진료를 해주는 것이 정당한가에 대하여 의문을 가지므로 동일한 환자인 수형자에 대하여 정반대의 결론이 날 수도 있다는 것이다. 물론 교정시설 밖의 일반시민도 본인이 원하는 진료를 모두 받지 못하는 경우가 있는 것을 고려하면, 수형자들에 대하여 원하는 의료처우를 국가예산으로 모두 해주기 어렵다는 점은 어쩔 수 없다고 볼 수도 있다.²⁷⁾ 하지만 수형자는 국가권력에 의하여 구금되어 있는 상태이기 때문에 오히려 교정시설 외부의 시민들보다 국가의 책임은 더욱 크다는 점을 간과해서는 안 된다고 생각한다.

의무관의 입장에서도 필요하다고 판단한 외부진료가 현실적으로 어려운 것 이외에 의무관들은 외부진료를 받아도 진료결과가 불만족스러웠다는 의견이 35.5%에 달했다.²⁸⁾

최근 한 수형자가 손가락에 진물이 나는 증상이 생기고 통증을 느껴 의무관의 진료에서 외부진료가 결정되어 피부과 외부진료를 받았으나, 특별한 검사 없이 혈관종이라는 진단을 받았다. 하지만 차후에 조직검사를 통해 피부암 3기라는 진단을 받았고 이미 겨드랑이 부분까지 전이가 된 상태에서 수술을 받았다.²⁹⁾ 이 사례는 의무관뿐 아니라 외부진료의 경우도 수형자에 대한 진료를 일반시민에 대한 진료와 비교하여 제대로 이루어지지 않는 경우가 있다는 것을 반증한다고 생각한다.

3. 교정시설 내 의료기기 현황

「형의 집행 및 수용자의 처우에 관한 법률」 제39조 제1항은 ‘교정시설에는

27) 하영훈, “토론문 - 재소자의 치료를 받을 권리에 관한 법적, 의료적 현황과 개선점, 재소자의 치료받을 권리”, 『대한변호사협회·대한의사협회 공동주최 토론회 자료집』, 2013.9. 23., 제43, 44면.

28) 이화영·주영수·임승준·이상윤·이상희·이서치경, “구금시설 수용자 건강권 실태조사”, 『국가인권위원회 2010년 인권상황실태보고서 10-44』, 제124쪽.

29) http://news.kbs.co.kr/news/NewsView.do?SEARCH_NEWS_CODE=2740126.

수용자의 진료를 위하여 필요한 의료 인력과 설비를 갖추어야 한다.’고 규정하고 제4항에서 ‘교정시설에 갖추어야 할 의료설비의 기준에 관하여 필요한 사항은 법무부령으로 정한다.’고 하고 있다. 이에 따라 「동법 시행규칙」 제23조 제2항은 별표3에서 기본적으로 갖추어야 할 장비를 규정하고 있다. 즉 일반장비로 청진기·체온계·혈압계·체중계·신장계·고압증기멸균기, 진단장비로 진단용 엑스선촬영장치·심전계·혈당측정기, 처치장비로 심장자동제세동기·산소공급기·드레싱카, 그 밖에 휠체어·환자운반기·약품포장기·의료용 필름현상기를 구비하도록 하고 있다. 하지만 이 정도의 수준은 1차 의료 서비스 수준에도 미치지 못하는 것으로 보인다. 의무관들에 대한 설문조사에서 의무관의 56.3%가 교정시설 내에서 제공하는 의료서비스가 1차 의료수준에서 적절하다고 답변하였고, 18.7%는 부족하다고 답변하였다.³⁰⁾

부족한 부분을 해결하기 위한 방안으로는 교정병원 설립, 의료시설 지원 등 국가의 책임을 강조하는 의견도 있었지만, 치료를 위한 형집행정지 활성화와 국민건강보험법상의 의료 급여자 대우를 대안으로 제시하는 견해가 더 많았다. 이러한 대안은 실제 국가가 예산 등을 이유로 진료권을 보장하지 못하는 수형자에 대하여 국가예산으로 치료하는 것이 아니라 자비 또는 국민건강보험에 의한 외부진료가 대안이라고 생각하는 의무관이 많다는 것이다.

국가인권위원회도 위암말기 수형자가 경제적 능력이 없어 항암치료제 비용을 국가가 부담해야 한다는 취지의 청구에 대하여, “위암말기의 약물치료이므로 생명유지를 위해서는 반드시 치료가 필요할 것 …… 교도소의 의료비 예산상 현실적으로 수용자들의 자변치료 규정을 두고 있으나, 수용자가 자변치료를 할 경제력이 없고, 의료비란 질환의 경중과 시급성 여부에 따라 우선적으로 사용되어야 할 것이므로 항암치료제 약값은 교도소에서 부담하여야 할 것”이라고 하면서 “위암말기 환자로 예상수명이 얼마 남지 않은 수용자에 대하여 적절한 치료를 해 주지도 못하면서 계속 교도소에 있게 하는 것은 생명권 침해의

30) 이화영·주영수·임승준·이상운·이상희·이서치경, “구금시설 수용자 건강권 실태조사”, 『국가인권위원회 2010년 인권상황실태보고서 10-44』, 제129~130면.

소지가 있으므로 교도소 측에서 필요시 관할 지방검찰청 검사장에게 수용자의 형집행정지를 건의해야 할 것”이라고 결정하였다.³¹⁾ 결국 현장에 있는 의무관들이나 국가인권위원회의 의견은 수형자에 대한 치료는 원칙적으로 국가가 부담해야 하지만, 국가가 이를 책임지지 못하는 상황이라면 수형자를 구금하는 것이 정당하지 못하다는 것으로 이해된다.

IV. 수형자의 치료받을 권리와 형집행정지

1. 형집행정지제도의 의의

형집행정지제도³²⁾란 법원으로부터 징역, 금고, 구류 등 자유형을 선고받고 형이 확정되어 교도소 등에 수감되어 있는 수형자에게 인도적 사유가 있을 때 그 형의 집행을 정지하는 제도를 의미한다. 형집행정지제도는 수형자에게 형집행의 목적 이외에 어떠한 불이익도 주지 않기 위한 제도라고 할 수 있다.³³⁾

여기서 문제가 되는 질병을 이유로 하는 형집행정지의 경우 「형사소송법」 제471조 제1항 제1호에 따라 ‘형의 집행으로 인하여 현저히 건강을 해하거나 생명을 보전할 수 없을 염려가 있는 때’에 수형자인 당사자 또는 교정시설의 장의 신청을 통하여 검사장의 결정으로 이루어지는 제도이다. 그런데 국가인권위원회와 일선의 의무관들이 생각하는 대안으로서 형집행정지는 사실은 인도적인 이유보다는 실제로 교정시설 내에서 시설 등을 이유로 의료처우가 불가능하거나 예산부족 등을 이유로 외부진료 등이 어려운 수형자에 대한 어쩔

31) 국가인권위원회 2004. 4. 16. 03진인5418 결정.

32) 본래 형의 집행 정지는 i) 2가지 이상의 형집행을 위한 중한 형의 집행정지(형사소송법 제462조), ii) 사형의 집행정지(같은 법 제469조), iii) 자유형의 집행정지가 있지만 여기서는 자유형의 집행정지를 의미한다.

33) 권현식, “형집행정지제도 운용상 문제점 및 개선방안 연구”, 『교정연구』, 제36호, 2007, 제197, 198면; 이혜미, “형집행정지의 운영과 개선방안”, 『이슈와 논점』, 제633호, 2013. 7.8.

수 없는 현실적인 선택으로 이루어지는 것이 현실이다.

2. 질병을 이유로 하는 형집행정지 절차와 의사의 역할

가. 형집행정지의 절차

질병을 이유로 하는 형집행정지의 경우 교도소장, 형선고를 받은 자 또는 관계인(변호사 등)은 자유형집행정지의 신청을 할 수 있다. 이 경우 검사는 교도소에 출장하여 입검하되 필요한 경우 교도소의 의무관 또는 다른 의사로 하여금 감정을 하게 할 수 있다(자유형 등에 관한 검찰집행사무규칙 제29조 제1항). 검사는 의사의 감정서를 첨부한 입검 결과 보고서를 작성하여 소속 검찰청의 장에게 형집행정지에 관한 가부의 허가를 받아야 한다(형사소송법 제471조 제2항, 자유형 등에 관한 검찰집행사무규칙 제29조 제2항).

형집행정지 및 연장 여부에 있어 그 적정성을 심의하기 위해 형집행정지심의위원회를 개최하여 교정시설의 관계자, 의사 등의 의견을 듣고 위원회의 의견을 참고하여 형집행정지결정을 할 수 있다. 이 때 심의위원회의 심의결과에 검사장이 귀속되는 것은 아니며, 여러 사항을 참고하여 형집행정지 및 연장여부를 결정한다(형사소송법 제471조 제2항, 형집행정지심의위원회운영규정).

형집행정지에 관한 「형사소송법」 제471조 제2항에 따른 소속 검찰청장의 허가가 있는 경우에 검사는 ‘형집행정지결정서’에 의하여 형집행정지 결정을 한 후 ‘형집행정지지휘서’에 의하여 구치소장 또는 교도소장에게 형집행정지를 지휘한다(자유형 등에 관한 검찰집행사무규칙 제30조 제1항, 제28조 제2항).

형집행정지기간은 1회 3개월(암환자는 6개월)을 넘지 않는 것을 원칙으로 하며, 연장이 가능하되 연장횟수는 별도의 제한이 없으나 가급적 2회 이상의 연장은 허가하지 않도록 하고 있다(자유형집행정지 업무처리지침).

나. 형집행정지절차에서 의사의 역할

형집행정지절차에서 이를 지휘하는 검사는 의료전문가가 아니기 때문에 의

사의 감정이 매우 중요한 역할을 한다. 우선 중요한 역할을 하는 것은 의무관인데, 「교도관직무규칙」 제91조 제1항에서 ‘의무관은 정신이상인이 의심되는 수용자, 「형사소송법」 제471조 제1항 제1호부터 제4호까지의 규정 중 어느 하나에 해당하는 수용자 또는 폐질환에 걸렸거나 위독한 상태에 빠진 수용자를 발견한 경우(제2호), 질병으로 인하여 징벌의 집행 또는 석방에 지장이 있는 경우(제4호), 환자를 외부 의료시설에 이송할 필요가 있거나 교정시설 밖에 있는 의료시설에서 근무하는 의사로 하여금 직접치료나 보조치료를 하게 할 필요가 있는 경우(제7호) 등 그에 관한 상황 및 의견을 지체 없이 상관에게 보고하고, 상관의 지시를 받아 처리하여야 한다.’고 규정하고 있다. 이 규정에 따르면 형집행정지는 물론 외부진료에서도 1차적인 진단은 의무관에 의하여 이루어진다.

형집행정지의 경우 신청에 대한 허가 결정률은 대략 80%에 달하고, 지난 여름 ‘사모님 사건’ 이후 60% 정도 되는 것으로 파악된다.³⁴⁾ 수형자들은 받기 힘들다는 형집행정지가 신청에 비해 결정률이 이렇게 높게 나타나는 이유는 대부분의 형집행정지신청이 당사자인 수형자(또는 변호사)가 아닌 교정당국에 의해 신청되기 때문이다.³⁵⁾ 교정당국에 의한 신청은 의무관이 교정시설의 장에게 이루어지는 보고에 따라 교정시설의 장이 결정하기 때문에, 여기서 의무관의 역할이 결정적이다. 앞에서 본 것처럼 의무관이 수형자에 대하여 어떠한 시각을 가지고 있는지에 따라 형집행정지의 허가여부는 달라질 수 있다.

여기에 외부진료 이후 외부의사의 진단서를 첨부하는 경우가 대부분이다. 검사가 출장하여 임검을 실시하도록 하고, 필요하다고 판단되는 경우 교정시설의 의무관 또는 다른 의사에게 감정을 요청할 수 있다(자유형 등에 관한 검찰집행사무규칙 제29조 제1항). 그런데 이 규정에 따르면 검사가 진단서를 최

34) 2013년 10월 20일 KBS 1라디오 뉴스초점 방송 내용.

35) 하영훈, “토론문 - 재소자의 치료를 받을 권리에 관한 법적, 의료적 현황과 개선점, 재소자의 치료받을 권리”, 『대한변호사협회·대한의사협회 공동주최 토론회 자료집』, 2013.9.23, 제43, 45면.

초 작성한 의사 이외에 다른 의사에게 감정으로 요청하는 것은 필수사항이 아니다. 즉 의사 한명의 진단서만 있으면 형집행정지 결정이 가능하다.³⁶⁾ 검사는 의학전문가가 아니기 때문에, 진단서를 보고 수용자의 상태를 판단하는 것은 쉬운 일이 아니다.

여기서 법적 절차 자체는 문제가 없으나 교도관, 의무관과 수행자 사이에 결탁이 이루어지면 이를 사전에 통제할 수 있는 방법이 없다. 교도소 내 의무관이 재소자의 상태에 대해 1차 처치를 하고 외부병원에 의뢰하게 되는데, 실제로 교도관과 의무관의 판단이 매우 중요할 수밖에 없는 구조이다. 여기서 교도관과 의무관이 결탁하고, 외부 의사와도 결탁하는 경우에 검찰의 판단은 이미 결정된 것이나 다름이 없다.³⁷⁾ 실제로 2003년 12월 서울구치소 의무과장이 금품을 받고 형집행정지를 위한 허위진단서를 발급하여 구속 기소된 사건이 있었다.³⁸⁾

최근 문제가 되었던 ‘사모님 사건’의 경우도 Y대학병원의 교수인 전문의가 다른 전문 진료과 교수들의 협진의견과 진단소견을 무시하고 자의적인 평가를 담은 진단서를 수차례 발급하여 ‘사모님’의 형집행정지를 용이하게 하였다. 물론 이 과정에서 이 사건의 경우 모두 필요사항이 아닌 임의사항으로 되어 있기는 하지만, 필터로 작용할 수 있는 형집행정지심의위원회는 한 번도 열리지 않았고, 검사도 「자유형 등에 관한 검찰집행사무규칙」에 따라 다른 의사에게 진단을 할 수도 있었지만 이 역시 한 번도 이루어지지 않았다. 진단서를 발급한 의사 이외에 그 과정에 참여한 교도관, 의무관, 변호사, 검사 등 어디까지 부정이 개입되었는지 정확하게 밝혀야 할 과제이기도 하다.

36) 같은 비판으로 이혜미, “형집행정제의 운영과 개선방안”, 『이슈와 논점』, 제633호, 2013. 7. 8.

37) 노컷뉴스 2013. 5. 29.자 참고(<http://www.nocutnews.co.kr/Show.asp?IDX=2508291>).

38) 2004년 10월 22일 국회의원 우윤근 의원실 국정감사 보도자료(http://goodlaw.org/bbs/view.asp?id=b_2004pds_bd&menu=inspection&b_idx=3852&page=1).

V. 수형자의 치료받을 권리 보장을 위한 과제

1. 국가의 책임의식 강화

국민건강보험법 제54조 제4호가 교도소에 수용된 수형자에 대하여 국민건강보험급여를 정지하도록 한 것은 우리 헌법재판소가 밝힌 바와 같이 국가의 보호, 감독을 받는 수형자의 질병치료를 국가가 부담하는 것을 전제로 하는 것이다.³⁹⁾ 따라서 법체제적 관점에서 보면 헌법재판소가 밝힌 바와 같이 국가는 수형자에 대한 치료받을 권리를 보장해야 할 의무를 지는 것이고, 국가의 예산상의 이유로 수형자들이 적절한 의료보장을 받지 못하는 현실은 국가의 수형자에 대한 보건의무불이행이 된다. 이는 국가가 수형이라는 자유와 선택권의 박탈이외에 또 다른 고통을 수용자에게 가하는 것이 된다.

우리나라의 경우 치료중점 교도소는 진주교도소(정신질환, 폐결핵)와 순천교도소(한센병) 두 곳이 운영 중이다. 그런데 정신질환과 결핵 전문 치료기관임에도 불구하고 진주교도소에는 2008년 기준 정신과와 결핵관련 전문의가 상주하지 않는다.⁴⁰⁾ 최소한 치료중점교도소에 전문의가 상임의로 배치되어 있지 않은 점은 보완해야 할 문제라고 생각한다. 행정원의 설문조사에서 의무관(36.3%)은 물론 수형자(20.7%)들도 의료진의 확충을 교정시설 의료체계 내에서 가장 시급한 것이라고 응답하였다.⁴¹⁾ 결국 가장 이상적인 것은 수형자들이 교정시설 내에서 의료처우를 받을 수 있는 시스템을 구축하는 것이라고 생각한다.

39) 헌법재판소 2005. 2. 24. 선고 2003헌마31, 2004헌마695(병합) 전원재판부 결정.

40) 연성진·노용준·김안식·정영진, “수형자의 보건·의료 실태와 개선방안에 관한 연구”, 『한국형사정책연구원 연구총서 08-12』, 제188면.

41) 연성진·노용준·김안식·정영진, “수형자의 보건·의료 실태와 개선방안에 관한 연구”, 『한국형사정책연구원 연구총서 08-12』, 제106~107면.

2. 수형자에 대한 의료처우 필요성의 판단주체

위의 설문조사 내용에 따르면 의무관의 관점에서 외부진료가 필요하다고 판단하여도 수형자를 외부진료 내보내는 것이 어렵다고 응답하였다. 그 이유를 두 설문조사에서 모두 보안과와 협의가 어렵다는 것이었는데, 보안과와 협의가 어렵다는 것은 관리의 문제이다. 이 문제는 수형자를 환자로 보는 것이 아니라 관리의 대상으로 보기 때문에 발생하는 것이다. 현재 외부진료의 판단 주체는 교정시설의 장으로 되어 있다. 또한 형정원 설문조사에서 의무관들은 수형자에 대한 의료처우에 대하여 외부압력이나 청탁을 받아본 적이 있다고 응답한 비율이 40.9%, 그 중 상대방이 교정시설의 장 또는 관계자라고 응답한 비율이 40.0%에 달했다.⁴²⁾ 이는 외부진료나 형집행정지의 필요성 판단에서 의학적 판단이 아닌 다른 요소가 크게 반영되고 있는 현실을 보여준다.

독일의 경우 의학적 처치나 외부진료의 필요성 판단에 대하여 다른 요소를 고려하지 않고 의학적 판단에 따라 이루어져야 한다고 본다.⁴³⁾ 하지만 조직체계상 결정권자는 교정시설의 장이기 때문에 그 부분에 대한 책임은 교정시설의 장이 부담하지만, 의사에게 일반위임을 승인하면 의사가 직접 외부진료를 위한 이송을 사실상 지시할 수도 있다.⁴⁴⁾ 우리나라도 조직체계상으로는 동일한 구조이지만, 외부의 압력이나 교정시설의 사정에 따라 의학적 판단과 다른 결정이 이루어질 수도 있다는 점이 다르다. 따라서 의무관이 의학적 판단에 따라서 외부진료나 형집행정지의 필요성 여부를 판단하고, 교정시설의 다른 이유로 거부되는 것을 방지할 수 있는 제도적 장치가 필요하다.

이러한 점은 교정병원의 필요성의 논거이기도 하다. 교정병원을 설치하고 그 장을 의사로 하여 만성질환자들에 대한 전문적인 치료를 하게 되면, 교정시설 내의 의무관들이 지는 부담도 경감할 수 있고, 의무관들에게 교정병원의 장

42) 연성진·노용준·김안식·정영진, “수용자의 보건·의료 실태와 개선방안에 관한 연구”, 『한국형사정책연구원 연구총서 08-12』, 제88면.

43) BT-Dr. 7/3998, 28; KG StV 1988, 539; OLG Hamm NStZ 1981, 240.

44) Calliess/Müller-Dietz, StVollzG § 65 Rn. 2, 4.

으로 임용될 수 있는 기회를 보장하는 것은 의료인력 확충에도 기여할 수 있을 것이다. 인권위의 설문조사에서 의무관들도 교정병원의 설립이 수형자에 대한 의료서비스를 향상시킬 것이라는 의견이 82.4%에 달했다.⁴⁵⁾

3. 국가재정의 부족 문제

수형자는 「국민건강보험법」 제54조 제4호에 따라 수형기간 중 보험급여를 지급하지 아니하고, 「동법」 제60조와 「동법 시행령」 제27조에 따라 법무부장관이 연간 들어갈 것으로 예상되는 요양급여비용을 미리 예탁하고, 예탁금액을 초과하는 경우에는 법무부장관에게 즉시 청구하고, 법무부장관은 이를 지급하여야 한다. 인권위 설문조사에서 의무관들이 교정시설에서 제공할 수 없는 의료서비스 문제를 해결하는 방안으로 ‘외부진료 예산확충’(18.5%)과 ‘국민건강보험법상의 의료급여자대우’(22.2%)를 제시하였는데,⁴⁶⁾ 이 두 응답은 교정시설 내에서 충분한 의료가 제공되지 못하는 점을 인정한 것이고 비용 문제로 외부진료도 충분히 이루어지지 못한다는 점을 간접적으로 보여주는 것이다.

위에서 언급했던 헌법재판소의 결정의 청구취지에 나타나는 것처럼 구금시설 내의 의료서비스가 충분하지 않아 외부치료를 받아야 할 필요가 있는 경우 건강수용자에 대하여 보험급여를 정지함으로써 수용자는 치료비를 스스로 부담하여야 하고, 수용자가 병이 들게 될 때 예산상의 이유로 국가에서 치료를 해 줄 수 없다면 국민건강보험의 혜택을 받을 수 있도록 해주어야 한다는 주장도 같은 맥락이다.⁴⁷⁾ 이 문제는 특히 무죄추정의 원칙이 적용되는 미결수용자의 경우 그 필요성이 더욱 큰 것으로 보인다. 이 부분은 이 사건에 대한 보

45) 이화영·주영수·임승준·이상윤·이상희·이서치경, “구금시설 수용자 건강권 실태조사”, 『국가인권위원회 2010년 인권상황실태보고서 10-44』, 제129면.

46) 이화영·주영수·임승준·이상윤·이상희·이서치경, “구금시설 수용자 건강권 실태조사”, 『국가인권위원회 2010년 인권상황실태보고서 10-44』, 제130면.

47) 헌법재판소 2005. 2. 24. 선고 2003헌마31, 2004헌마695(병합) 전원재판부 결정 청구취지 참고.

건복지부 장관의 의견에서도 나타나는데, 수용자에 대한 의료문제는 국가재정으로 부담할 부분이지 국민건강보험이 부담할 부분은 아니라고 본다.⁴⁸⁾

4. 현실적 대안으로서 외부진료와 형집행정지제도

원칙적으로 국가재정으로 수형자들의 의료비를 부담하고, 교정병원을 설립하여 운영하는 것이 이상적이다. 소년범에 대하여 학교형식의 교도소를 운영하는 것과 마찬가지로 환자에 대하여는 병원형식의 교정시설도 필요하다. 교정병원이 충분히 설립되어 운영된다면, 자비진료, 건강보험, 형집행정지 등의 문제는 현저히 줄 것이기 때문이다. 항상 예산부족을 이유로 하지만, 국가예산이란 제한된 범위의 예산을 어디에 우선순위를 두어 집행할 것이냐의 문제이다. 그러나 우리나라의 현실을 고려하면 그 예산이 수형자들에게 우선적으로 책정되어 집행되는 것을 기대하기는 어렵다.

위에서 본 헌법재판소와 보건복지부장관의 입장은 논리적이고 원칙에 충실하다는 점은 부정할 수 없다. 하지만 헌법재판소와 보건복지부장관의 의견처럼 원칙에 충실하다 보면 필요한 치료를 받지 못하는 상당수의 수형자가 발생하고, 국가가 수용자에게 필요한 의료서비스를 다하지 못하는 상황에서 외부진료가 많은 부분 자비치료로 이루어지고 있는 것이 현실이다. 국가 최고의 인권수호기관인 헌법재판소와 국민의 보건을 책임져야 할 보건행정의 최고책임자가 원칙에만 입각하여 또 다른 국가기관을 탓하며 현실을 외면하는 것이 아닌가 하는 생각이 든다.

앞에서 보았던 것처럼 외부진료를 신청하지 않은 이유 중에 자비로 부담할 능력이 없어서라는 응답이 상당수를 차지하는 것을 보면, 건강보험이 적용되지 않는 수형자의 경우 외부진료가 예산 등을 이유로 자비로 운용되고, 경제적으로 취약한 수형자의 경우는 외부진료의 기회가 있어도 돈이 없어서 진료를

48) 헌법재판소 2005. 2. 24. 선고 2003헌마31, 2004헌마695(병합) 전원재판부 결정 보건복지부 장관 의견 참고.

받지 못한다는 것이다. 이러한 현실을 고려하여 국가가 책임질 수 있는 현실이 이루어질 때까지는 한시적으로라도 국민건강보험의 요양급여를 받을 수 있도록 하는 제도의 개선이 이루어져야 한다고 생각한다. 물론 이 과정에서 교정의료처우의 비용이 지방자치단체나 국민건강보험에 전가될 수 있는 문제에 대하여는 연구가 필요하다.

여기에 대해 행정집행정지제도의 활용도 생각해 볼 수 있다. 국가인권위원회의 의견처럼 수형자에 대하여 적절한 치료를 해 주지도 못하면서 계속 교정시설에 있게 하는 것은 국가에 의한 수형자의 생명권 등에 관한 침해의 우려가 있는 것이다.⁴⁹⁾ 국가가 책임지지 못하는 상황이라면 형집행의 정당성이 문제가 될 수 있다. 이러한 경우라면 의무관의 판단으로 적극적으로 형집행정지제도를 활용할 수 있도록 하는 것이 타당하다. 이 과정에서 교정시설의 장에게 형집행정지의 신청권한이 있지만, 의무관의 의견이 적극 반영될 수 있는 방안을 모색하여야 할 것이다.

다만 최근에 일어났던 형집행정지의 문제점을 보완하기 위하여 의무관 이외에 다른 의사들의 공통된 의견을 요건으로 하고, 특별한 국립의료기관에서 발급한 진단서를 첨부하게 하는 등 형집행정지제도의 보완이 필요하기는 하다.⁵⁰⁾ 하지만 형집행정지심의위원회의 심의를 필수적인 요건으로 하는 것은 다시 검토해볼 필요가 있다. 심사위원회의 결정에 따른다고 하더라도 위원장을 법무부차관 또는 검사장(또는 차장검사)이 하고, 위원의 선정을 법무부장관 또는 검사장이 한다면, 다수결로 이루어지는 심사와 결정의 구조에서 검찰의 영향력이 클 수밖에 없다. 특히 법무부차관을 위원장으로 하는 개정안은 구조적으로 상당한 시간을 필요로 하므로 더욱 수형자의 인권을 침해할 수 있는 여지가 있다.⁵¹⁾ 오히려 절차가 투명하고, 실질적인 심사가 이루어진다면 재

49) 국가인권위원회 2004. 4. 16. 03진인5418 결정.

50) 「형사소송법 일부개정법률안(의안번호 19-05365)」(2013. 6. 17. 이목희 의원 대표발의)과 「형사소송법 일부개정법률안(의안번호 19-05973)」(2013. 7. 15. 김태원 의원 대표발의)은 이러한 내용을 담고 있다.

51) 토론과정에서 한양대학교 정규원 교수는 외부진료가 국가부담에 의하여 확실하게 이루

량은 0(zero)으로 수축하게 되므로 누가 결정하는지 보다는 다른 제도의 개선에 초점을 맞추는 것이 바람직해 보인다.

5. 의사(의무관)의 의식

교도관직무규칙 제2조 제3호 라목에 보건위생직교도관의 개념을 정의하고 의무관의 규정을 두고, 제81조 제1항 제1호에서 의무관의 업무를 규정하고 있다. 의무관의 업무는 가. 수용자의 건강진단, 질병치료 등의 의료, 나. 교정시설의 위생, 다. 그 밖의 교정행정에 관한 사항 등이다. 즉 우리 교도관규칙에 따르면 의무관은 의사이지만 교도관이다. 업무를 보아도 사실은 다목의 기타 교정행정이 의무관이 교도관이라는 점이 명백하다.

하지만 의무관이 우선적으로 해야 할 업무는 수형자에 대한 의료서비스 제공이다. 수형자에 대한 치료 필요성을 의무관의 판단에 맡기는 것이 바람직하다는 것은 앞에서 언급한 것처럼 의무관은 수형자들과의 관계에서는 의사이기 때문이다. 즉 의무관은 수형자를 의사의 관점에서 환자로 보아야 한다. 하지만 일반사회와 달리 의무관에 따라 의학적 필요성의 판단에 크게 차이가 나타나는 실정이다. 그 이유는 여러 가지가 있겠지만 비용이 많이 들어가는 치료의 경우 앞에서 본 것과 같은 예산과 직결되기 때문에 이 부분을 어떻게 할 것인지가 고민일 것이다. 여기서 가치관에 따라 일반시민들도 경제적인 이유로 치료를 받지 못하는 경우가 많은데, 수형자들에게 필요한 치료를 다해주는 것이 국가예산의 낭비라고 생각하는 의무관도 있을 수 있다. 하지만 이러한 고민은 의사로서 해야 할 고민은 아닌 듯하다. 이렇게 의무관에 따라 다른 판단이

어진다면, 형집행정지의 요건을 엄격하게 하거나 심의기간이 길어지는 등의 문제는 문제가 되지 않는 것이라는 취지의 의견을 주었다. 물론 타당한 의견이다. 하지만 현실적으로 우리나라에서 수형자의 외부진료가 이루어지고 있지 않고 앞으로도 단기간 내에 그럴 가능성이 있다고 보지 않는다. 최근 교도소에서 간질환으로 수형자가 사망한 사건에 대한 인권위의 권고에 대하여 법무부장관은 “정기검진, 의료상담, 외부진료 등을 통해 의료 처우에 철저를 기하고 있다”며 인권위 권고를 거부했다. 현실이 충분하다고 주무장관이 생각하는 현실을 고려하면, 정교수의 의견은 존중하지만 전제가 가능할지는 의문이다.

이루어지면 수형자들로부터 의무관에 대한 신뢰가 상실될 수 있다.

여기서 교도관직무규칙의 업무규정이 수형자에 대한 의료서비스 제공과 관련하여 방해요소일 수 있다. 일반 위생에 관한 사항은 굳이 의무관이 해야 할 필요가 있는 것은 아니고, 기타 교정행정의 경우도 의무행정으로 제한해야 할 필요가 있다.⁵²⁾ 이로써 의무관이 의사로서 수형자를 바라볼 수 있는 최소요건이 이루어질 수 있다고 생각한다.

따라서 의무관의 판단은 “일반 사회인이라면 어떻게 판단할 것인가?”의 기준에 따라 대한민국의 통상적인 일반인을 기준으로 판단해야 할 것이다. 일부에서는 이 기준을 판단의 상한선이라고 하지만,⁵³⁾ 국가가 직접 구금상태에서 책임지고 있는 상황을 고려하면 최소기준이 되어야 한다고 생각한다. 이를 위하여 구체적인 진료기준을 만드는 것도 생각해 볼 수는 있다. 너무 구체적인 기준이 만들어지면 오히려 의무관의 의학적 판단에 개입하는 문제가 있을 수는 있지만, 최소한의 결정매뉴얼은 의무관들에게 어느 정도의 기준을 제공할 수는 있을 것이라 생각한다.

VI. 결 론

우리 사회는 아직 수형자도 역시 일반시민과 동등한 시민이라는 인식이 부족하다. 이론적으로는 수형자의 인권이 선진국과 유사한 형태로 진행되지만, 2008년 형정원과 2010년 인권위의 실태조사에 따르면 현실은 아직 그에 훨씬 못 미치는 실정이다. 헌법재판소도 국가가 수형자의 보건에 대하여 보호해야 할 의무를 진다고 하면서도 현실적인 이유로 이를 다하지 못하고 있다는 점

52) 이세경·선준구·박인경·강현희·김소윤·손명세, “교정의료전달체계와 수용자의 인권”, 『한국의료법학회지』, 제17권 제1호, 2009, 제121, 140면.

53) 하영훈, “토론문-재소자의 치료를 받을 권리에 관한 법적, 의료적 현황과 개선점, 재소자의 치료받을 권리”, 『대한변호사협회-대한의사협회 공동주최 토론회 자료집』, 제43, 49면.

을 인정한다.

장기적으로는 교정병원을 설립하여, 교정시설 내에서 의료처우가 완벽하게 이루어지는 것이 이상적이며, 최소한 외부진료가 충분히 이루어진다면 형집행정지제도의 요건 강화에 동의할 수 있고, 최근에 나타난 것과 같은 형집행정지의 특권층에 대한 혜택 논란도 사라질 수 있다. 하지만 교정병원의 설립은 말 그대로 장기적인 과제이며, 현실적으로는 외부진료와 형집행정지제도의 활용이 필요하다.

현실적으로 외부진료가 이루어지지 못하는 이유는 보안의 문제와 비용의 문제이다. 하지만 의무관의 의학적 판단이 가장 중요한 기준이어야 한다. 치료받을 권리는 생명권과 직접적으로 연결되는 것이므로, 헌법상 비례성의 원칙에 따르더라도 본질적인 내용에 해당한다고 생각한다. 만약 국가가 수용자에 대한 의무를 다할 수 없다면 구금의 정당성도 사라진다.

국가권력은 언제나 예산의 문제를 이야기 하지만, 지금까지 예산이 충분했던 국가도 정권도 없다. 예산의 문제는 우선순위의 문제이고, 예산배정이 부족하다는 것은 국가권력의 의지부족이다. 우선 외부진료가 필요한 수형자들이 필요한 의료처우를 받을 수 있도록 예산의 확보가 이루어져야 할 것이다. 만약 예산의 문제로 외부진료가 제대로 이루어지지 못하고 자비진료로 이루어져야 한다면, 국민건강보험 급여정지의 정당성이 사라진다. 따라서 현실적으로 자비진료가 주류를 이룬다면 국민건강보험 급여문제에 대하여 전향적으로 생각해 볼 필요가 있다. 또한 이 두 가지 모두 불가능하다면 형집행정지제도의 활용도 고려해볼 필요가 있다.

따라서 현실만 탓하는 것이 아니라 현실적인 대안을 모색하여야 하며, 이를 위해 새로운 논의를 시작해야 할 때라고 생각한다.

주제어 : 수형자 인권, 형집행정지, 외부진료, 자비진료, 수형자의 법적 지위, 형집행정지심의위원회

[참 고 문 헌]

▶ 단행본

권영성, 『헌법학원론』, 법문사, 2007.

배종대, 『형사정책』, 홍문사, 2011.

정종섭, 『헌법학원론』, 박영사, 2007.

최영규, 『경찰행정법』, 문영사, 2007.

허 영, 『한국헌법론』, 박영사, 2007.

Hannich, Rolf (Hrsg.), *Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung(StPO)*, 7.,
neubearbeitete Aufl., 2013.

Calliess, Rolf-Peter/Müller-Dietz, Heinz, *Strafvollzugsgesetz(StVollzG)*, 8., neu-
bearbeitete Aufl., 2000.

▶ 연구논문·보고서

권현식, “형집행정지제도 운용상 문제점 및 개선방안 연구”, 『교정연구』, 제36호,
2007.

변재관 외 12인, 『한국의 사회보장과 국민복지 기본선』, 한국보건사회연구원, 1998.

연성진·노용준·김안식·정영진, “수용자의 보건·의료 실태와 개선방안에 관한
연구”, 『한국형사정책연구원 연구총서 08-12』, 2008.

이석배, “형법상 절대적 생명보호원칙, 한국형법학의 새로운 지평”, 「심은 김일
수 교수 화갑기념 논문집」, 2006.

이세경·선준구·박인경·강현희·김소윤·손명세, “교정의료전달체계와 수용자의
인권”, 『한국의료법학회지』, 제17권 제1호, 2009.

이해미, “형집행정지제의 운영과 개선방안”, 『이슈와 논점』, 제633호, 2013. 7. 8.

이화영·주영수·임승준·이상윤·이상희·이서치경, “구금시설 수용자 건강권 실
태조사”, 『국가인권위원회 2010년 인권상황실태보고서 10-44』, 2010.

하영훈, “토론문-재소자의 치료를 받을 권리에 관한 법적, 의료적 현황과 개선점,
재소자의 치료받을 권리”, 『대한변호사협회·대한의사협회 공동주최
토론회 자료집』, 2013. 9. 23.

Das Recht des Gefangenen auf die medizinische Behandlung, ärztliches Gutachten und die Unterbrechung der Vollstreckung einer Freiheitsstrafe wegen Krankheit

Lee, Seok-Bae

an der Juristischer Fakultät der Dankook Universität

=Zusammenfassung=

Vor kurzer Zeit gibt es viele Diskussion über die Unterbrechung der Freiheitsstrafe aufgrund der Krankheit. Man wollte ihre Voraussetzungen einerseits durch 'Kommission für die Unterbrechung der Freiheitsstrafe' andererseits durch doppelte medizinische Gutachten strenger machen.

Jedoch muss man auf die im voraus zu entscheidende Frage antworten, ob das Recht des Gefangenen auf Gesundheit geschützt wird, insbesondere die Gefangenen in Justizvollzugsanstalten medizinische Behandlungen genug nutzen können. Meine Antwort ist 'Nein!'. Im kStvollzG bestehen die Regelungen für medizinische Behandlung mit staatlicher Beteiligung und mit Selbstbeteiligung außer Justizvollzugsanstalten. Im Prinzip muss der Staat für die Behandlungskosten der Gefangenen bezahlen. In der Tat aber nicht.

In diesem Beitrag wurden die Antwort auf die Vorfrage aufgrund der Erfolge der zwei Rundfragen zu geben versucht, um die Voraussetzungen der Unterbrechung der Freiheitsstrafe strenger zu machen.

Stichwörter: Unterbrechung der Freiheitsstrafe, Aufschub des Strafvollzuges, Recht des Gefangenen, Rechtlicher Status des Gefangenen, Kommission für die Unterbrechung der Freiheitsstrafe, medizinische Behandlung mit staatlicher Beteiligung und mit Selbstbeteiligung außer Justizvollzugsanstalten