

감옥인권 자원활동가팀 4차 모임

2008년 12월 29일

※오리엔테이션으로 <감옥인권 연속강좌> 3강을 진행합니다.

<감옥인권 연속강좌 3강 강의록> 행형법개정의 주요 내용과 과제

이호중(서강대 법대)

1. 행형법개정의 화두로서 수용자인권

우리 사회에서 구금시설 수용자의 인권문제는 불과 몇 년전까지만 해도 거의 아무런 통제도 없이 방치된 상태나 다름없었다. 일본 감옥법을 그대로 베끼다시피한 행형법은 인권처우의 기준을 명확히 제시하는 기능을 애당초 갖고 있지 않았으며 수용자의 인권침해가 문제되는 사항들을 대부분 소장의 재량에 위임하고 있었기 때문에, 기본권제한에 관한 법률유보의 원칙 및 과잉금지 원칙 등 인권보장을 위한 요청을 담아내기에는 그 '그릇'이 근본적인 한계를 지니고 있었다.

반면 최근 10여년 동안 우리 사회는 인권단체들을 중심으로 구금시설 인권침해에 대한 적극적인 문제제기가 이루어져 왔고, 부분적으로 성과를 보이기도 하였다. 이 과정에서는 인권단체들의 지속적인 노력과 함께 국가인권위원회의 역할도 매우 컸다. 국가인권위원회는 권고라는 한계가 있기는 하지만, 지난 7년여 동안 구금시설 수용자의 인권문제에 관하여 수많은 결정을 통해 행형의 밀행성을 극복하고 수용자인권보장의 수준을 끌어올리는데 상당한 기여를 해왔다.¹⁾ 계구 중 사슬을 떼지라는 권고, 집필사전허가제의 폐지권고, 금치의 포괄적 개선을 위한 권고, 미결수용자의 종교의 자유 보장 권고, 정보결정권의 보호권고 등이 대표적인 것들이다. 일부는 행형실무에서 곧바로 반영된 것도 있지만, 국가인권위원회 권고의 상당부분은 행형법의 개정이 필요한 사항들이었다. 이러한 과정에서 행형법의 전면개정이 필요하다는 공감대가 형성되기 시작하였던 것으로 보인다.

아울러 금치 집행 중 운동과 집필을 금지한 행형법시행령 제145조에 대한 헌법재판소의 위헌결정²⁾ 등 수용자의 인권에 대한 사법부의 적극적인 판단도 행형법 전면개정을 추동한

1) 수용자 인권분야에 있어서 국가인권위원회 활동의 성과와 한계에 대해서는, 이호중, "구금시설 수용자 인권 분야의 성과와 과제", 국가인권위원회·한국공법학회 주최 「국가인권위원회 5년, 성과와 과제」(2006.12.1.) 자료집, 61-114면 참조.

2) 헌재 2005.2.24. 2003헌마289(금치 중 집필금지의 위헌결정); 헌재 2004.12.16. 2002헌마478(금치 중 운

하나의 계기가 되었다고 말할 수 있다.

2. 행형법 개정의 경과와 인권단체의 대응

- 2005년 8월 법무부는 행형법 개정시안을 공개 - 인권단체와 학계의 의견 수렴 시작
- 2005년 12월 행형법 전면개정안에 대한 공청회 개최
- 2006년 1월 행형법 전면개정안 입법예고
- 2006년 4월 26일 행형법 전면개정안 국회제출
- 2007년 6월 19일 노회찬 의원 대표발의 행형법 전면개정안 국회 제출
- 2007년 12월 21일 행형법 전부개정법률안(「형의 집행 및 수용자의 처우에 관한 법률」) 공포 - 2008년 12월 22일부터 시행.
- 2008년 10월 19일 형의 집행 및 수용자의 처우에 관한 법률 시행령 제정 - 2008년 12월 22일부터 시행
- 2008년 12월 19일 형의 집행 및 수용자의 처우에 관한 법률 시행규칙 제정 - 2008년 12월 22일부터 시행
- 2008년 12월 11일 형의 집행 및 수용자의 처우에 관한 법률 일부 개정 - 사형수의 처우 등에 관한 일부 개정

(1) 정부의 행형법개정안 - 과정과 문제점

법무부는 내부적으로 2004년경부터 행형법개정작업을 진행하여 2005년 8월 행형법개정시안을 처음으로 공개하였다. 인권단체에서는 수용자 인권에 관한 전향적인 개선책을 담은 것을 촉구하였지만 정작 공개된 개정시안은 현재의 행형법보다 진전된 내용을 거의 담고 있지 않았다. 인권단체들의 연대로 구성된 「행형개혁네트워크」에서는 2005년 10월 법무부의 행형법개정시안의 문제점을 조목조목 지적하는 장문의 의견서를 법무부에 전달하는 등 행형법개정과정에서 구금시설 개혁과 수용자 인권의 획기적인 증진을 도모하기 위한 노력을 다각도로 기울였다. 하지만 법무부가 2006년 4월 국회에 제출하여 작년에 국회를 통과한 「형의 집행 및 수용자의 처우에 관한 법률」은 최초의 개정시안에서 크게 달라지지 않았다.

당시 정부의 행형법개정안은 “수용자의 인권신장”을 도모한다는 제안설명이 무색할 정도로 실제로는 보안조치를 강화하는 내용으로 채워져 있었다. 구금시설의 반인권적 실무관행에 대한 성찰이라든가 그것의 실질적인 개혁을 도모하는 내용은 거의 없었다. 계구(보호장비)나 징벌의 영역에서는 과거보다 더욱 보안중심의 행형을 강화하고 있을 뿐만 아니라, 기타 수용자의 권리에 관한 부분도 그동안 행형법에 명확한 규정이 없었다 뿐이지 실무에서 허용되는 수준을 행형법에 근거규정을 둔 정도에 불과하였다. 정부제출 행형법개정안의 특징은 한마디로 “보안행형의 강화”라고 불러도 무방할 정도이다.

동금지의 위헌결정).

인권의 관점에서 의미있는 개정이라고 거론할 만한 사항은 기껏해야 계구의 종류에서 사슬을 폐지한 것, 귀휴의 요건을 다소 완화하고 귀휴일수는 1년에 20일 이내로 확대한 것, 서신검열의 원칙적 폐지를 규정한 점 정도를 들 수 있다. 그러나 아래에서 보듯이, 경비등급별 시설구분, CCTV 설치근거 마련, 수감·포송·안면보호구 외에 구속복 등의 다양한 계구의 도입, 보호실과 진정실제도의 도입, 다양한 징벌유형의 도입 등은 수용자 인권의 측면에서 보면 개악의 소지가 다분하다.

<과거 행형법 및 행형실무와 비교하여 실질적으로 달라지는 점>

- ① 경비등급별 시설 구분 → 긍정적 효과보다는 중구금시설에 비중을 두어 개악의 소지
- ② CCTV 감시의 법적 근거 마련 → 현실의 정당화 및 보안의 강화
- ③ 다양한 계구의 도입 및 계구사용요건의 완화 → 보안의 강화
- ④ 보호실과 진정실제도의 도입 → 보안의 강화
- ⑤ 주류반입 등의 행위의 처벌 → 보안의 강화
- ⑥ 다양한 징벌유형의 도입 → 보안의 강화
- ⑦ 교정자문위원회의 도입 → 유명무실한 기구의 우려
- ⑧ 서신검열의 완화 → 미흡하지만 긍정적 의미
- ⑨ 귀휴의 확대 → 긍정적 의미
- ⑩ 사슬의 폐지 → 긍정적 의미

(2) 인권단체의 대응

정부안에 대항하여 인권운동 진영에서는 정부안의 범사위심의를 앞두고 대안마련에 착수 하였으며, 그 결과물로 나온 것이 민주노동당 노회찬의원이 대표발의한 「행형법 전부개정 법률안」(의안번호 6902호, 2007.6.19. 발의)이다. 노회찬의원안은 정부안의 개악요소에 대응하는 내용을 담고 있을 뿐만 아니라, 수용자에게 인간다운 생활을 보장하는 최소한의 공간확보규정이라든가, 개인정보의 보호문제, 수형자의 처우참여권, 작업임금제의 도입, 금치의 제한, 징벌재심제도의 도입, 행형감시기구로서 시민위원회의 설립 등 보다 근본적인 행형개혁을 모색하고 있다. 이러한 사항들은 정부의 행형법개정안에서는 전혀 반영되지 않았던 것들이다.

지난 6월 국회에서 정부안의 국회통과가 예상되면서 인권운동진영에서는 다소 급하게 대안을 마련하게 되었는데, 정부안이 국회에 제출된 것이 2006년 4월이므로 그 사이 1년여의 기간 동안 인권운동 진영에서 행형법 개정에 대하여 충실한 논의와 사회적 공론화과정을 거칠 수 있었음에도 그렇게 하지 못한 것은 아쉬움이 남는다.

3. 개정 행형법에 대한 전반적인 평가

(1) 과잉금지 원칙의 관철 부족

- 행형법의 기본 성격 = 구금되어 있는 동안 수용자가 어떠한 권리를 얼마만큼 제한받는지에 관하여 그 한계를 명확하게 규정함으로써 수용자의 헌법적 권리와 자유가 부당하게 침해되지 않도록 보장하는 범규범
- “제1조 (목적) 이 법은 수형자의 교정교화와 건전한 사회복귀를 도모하고, 수용자의 처우와 권리 및 교정시설의 운영에 관하여 필요한 사항을 규정함을 목적으로 한다.”
“제4조 (인권의 존중) 이 법을 집행하는 때에 수용자의 인권은 최대한으로 존중되어야 한다.”
- 그러나 이러한 선언적인 규정을 두는 것이 중요한 것이 아니라 인권보장의 원칙이 행형법의 개별적인 제도나 규정들 속에 반영되도록 하는 것이 중요.
- 전반적인 평가
 - ① 개정 행형법은 인권침해적 구금시설의 환경과 실상을 개선하려는 의지보다는 현재의 관행과 실무를 단지 법률적 근거를 보완하여 그대로 유지하려는 경향을 강하게 보여줌.
 - ② 국가인권위원회의 권고나 현재의 위헌결정 등을 반영함에 있어서 그 취지를 십분 반영하려는 노력보다는 그저 마지못해 “반영하지 않으면 안 되는 최소한도”에서만 개정안에 반영하는데 그치고 있음.
 - ③ 징벌이나 보호장비(현행법의 계구) 등 일부 영역에서는 현행법령이 보장하는 수준보다 더욱 인권보장수준을 저하시키는 방향으로 선회하고 있음.

(2) 현실적 제약조건의 문제

- 행형법 개정을 논의할 때마다 부딪히는 문제 중의 하나는 구금시설의 시설조건이라든가 인적·물적 조건이 당장 뒷받침되기 어렵다는 문제임. 구금시설의 현실적 여건을 도외시한 법개정은 공허한 이상에 불과할 수도 있음. 문제는 “구금시설의 현실적 여건”이 개혁을 회피하는 핑계거리로 전락해서는 안 된다는 점.
- 현실적 제약조건의 세가지 논거
 - ① 구금시설의 열악한 시설여건(낙후한 시설)
 - ② 인력 부족
 - ③ 예산 부족
- 그러나 과연 지난 세월 동안 법무부는 그러한 현실적 제약을 극복하기 위하여 얼마나 진지한 노력을 하였는지 의문임.
예) 독거수용의 문제, 난방, 화장실, 운동, 목욕 등의 인권침해의 문제가 제기될 때마다 열악하고 오래된 시설이라 어쩔 수 없다는 답변을 해오면서 비교적 새로 지어진 구금시설에 있어서도 그러한 문제점을 개선하려는 노력이나 의지를 전혀 보이지 않았음.
- 행형법 개정에서는 “구금시설의 현실적 여건” 자체가 극복의 대상이 되어야 함에도 그렇게 하지 못한 아쉬움이 있음.
예) 야간독거 등에 대하여 행형법에 과감한 원칙규정을 도입하고 기존시설에 대해서는 경과규정을 통해 유예를 인정하는 방식의 입법이 필요함.

(3) 포괄위임의 금지의 측면

- 과거 행정법은 수용자의 권리제한에 관한 사항을 대부분 하위법령에 위임하거나 아예 규정을 두지 않는 경우가 허다하였음. 이러한 상황은 총체적으로 헌법상 금지되는 포괄위임입법에 해당한다고 볼 수 있음.
- 개정 행정법도 여전히 권리제한의 상당부분을 대통령령 내지 법무부령에 위임하거나 아예 규범적 효력조차 없는 법무부훈령에 의하도록 하고 있어 이 점에서도 개선이 미약함.
- 행정법에 최소한 규정되어야 할 사항
 - ① 기본권제한이 문제되는 경우에는 그 제한요건과 범위는 법률에 정해야 할 것.
 - ② 절차의 기본적인 사항도 법률에 정하고 절차의 세부사항을 하위법령에 위임.
 - ③ 기본권 관련사항은 법무부의 훈령이나 지침에 의하도록 하는 것은 절대 지양되어야 할 것.

4. 개정 행정법의 주요 쟁점

(1) 구금시설의 설비기준(제6조)

제6조 (교정시설의 규모 및 설비) ① 신설하는 교정시설은 수용인원이 500명 이내의 규모가 되도록 하여야 한다. 다만, 교정시설의 기능·위치나 그 밖의 사정을 고려하여 그 규모를 증대할 수 있다.
② 교정시설의 거실·작업장·접견실이나 그 밖의 수용생활을 위한 설비는 그 목적과 기능에 맞도록 설치되어야 한다. 특히, 거실은 수용자가 건강하게 생활할 수 있도록 적절한 수준의 공간과 채광·통풍·난방을 위한 시설이 갖추어져야 한다.

1) 수용규모(제6조 제1항)

• UN피구금자처우에 관한 최저기준규칙(이하 '최저기준규칙'이라 함) 제63조 제3항 : “폐쇄시설에서 수형자의 수는 개별처우가 방해받을 정도로 많지 않는 것이 바람직하다. 몇몇 나라에서는 이들 시설의 수용인원이 500을 넘지 않아야 하는 것으로 생각되고 있다. 개방시설의 수용인원은 가능한 적어야 한다.”

• 단서규정의 문제

- 단서규정으로 인해 “500 이내”의 원칙 규정이 무의미해질 우려가 매우 큼

• 대안

- ① 각 구금시설은 500명을 초과해서 수용해서는 안 된다는 원칙규정이 필요함.
- ② 다만 대규모 시설을 당장 500명 기준에 맞추도록 강제한다는 것은 비현실적이기 때문에 현재의 구금시설에 대해서는 일정 기간 동안 경과규정을 두어 한시적으로 예외를 인정하면 될 것임.
- ③ 행정법 규정이 정부로 하여금 현실적 여건을 개선하도록 유도하는 역할을 해야 함. 기존 시설에 대해서는 법무부로 하여금 장기적인 구금시설운용계획 하에 대략 10-15년 후에는

모든 구금시설을 500명 이하의 수용인원 규모로 운영하도록 유도해야 함.

2) 설비기준(제6조 제2항)

• 구금시설 설비기준 규정에서 중요한 것

① 구금시설의 거실이나 작업장 등의 공간이 인권의 최소기준을 충족하도록 구체적인 기준을 마련해야 한다는 점

② 설비기준에 관한 규정이 앞으로 구금시설의 열악한 시설환경을 개선하기 위한 실질적인 동력의 역할을 할 수 있도록 해야 한다는 점.

• 물론 거실이나 작업장, 화장실 등의 모든 조건(예를 들어, 거실면적, 창문의 크기, 화장실의 구조 등)을 법률에 상세히 규정하기는 어렵지만, 최소한 우리는 이에 관한 인권보장의 구체적인 기준을 심도깊게 논의하고 구체적인 기준에 관한 사회적 합의를 이끌어내도록 해야 함.

• 최저기준규칙 제10조~제13조는 구금시설 설비에 관한 개괄적인 최소기준을 정립하는데 그치고 구체적이고 세세한 기준을 마련하지는 않았지만, 그 취지는 예를 들어 거실면적 등에 관하여 각 국가의 일반적인 생활수준이라든가 주거문화 등의 특성을 감안하여 구체적인 기준을 정하라는 의미임.

• 설비기준의 최소한도의 **Leading Point**는 행정법에 제시되어야 함

- 최저기준규칙보다도 더욱 추상적인 수준의 제6조 제2항의 규정은 이러한 개혁동력으로서 대단히 미흡한 것임.

(2) 구분수용의 예외(제12조)

제12조 (구분수용의 예외) ① 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 사유가 있으면 교도소에 미결수용자를 수용할 수 있다.

1. 관할 법원 및 검찰청 소재지에 구치소가 없는 때
2. 구치소의 수용인원이 정원을 훨씬 초과하여 정상적인 운영이 곤란한 때
3. 범죄의 증거인멸을 방지하기 위하여 필요하거나 그 밖에 특별한 사정이 있는 때

• 제12조는 구분수용의 예외를 폭넓게 인정하고 있음. 더구나 “특별한 사정이 있는 경우”라는 애매한 문구를 사용함. 그러나 예외는 엄격히 정당한 사유가 있는 경우에 한정해야 하고 예외사유를 법률에 가능한 한 명확하게 규정해야 한다.

• 특히 수행자와 미결수용자의 구분의 엄격성 필요

- 현재 구치소의 시설이 부족하여 교도소의 일부구역에 미결수용자를 수용하는 교도소가 매우 많은 바, 구금시설에서는 모든 처우에 있어서 기결수와 미결수를 분리하여 운영해야 하기 때문에 교도소의 한 귀퉁이를 미결수용자 사동이 차지하고 있는 현실에서 미결수용자들이 여러 가지 처우에서 상당한 불이익을 받게 된다는 근본적인 문제점을 안고 있음.

- 그런데 개정 행정법은 이러한 현실을 개선하기 위한 노력보다는 잘못된 현실을 법률규

정을 통해 정당화하려는 의도가 훨씬 강함. 제12조 제1항이 있는 한 교도소에 미결수용자를 수용하는 현실은 개선될 가망이 없을 것임.

- 이 규정으로 인하여 제11조의 수형자와 미결수용자의 구분수용의 원칙은 상당부분 무력해짐.

- 현재의 시설 여건상 당분간은 어쩔 수 없다 하더라도 구분수용 원칙을 관철시키기 위해서는 교도소에 미결수용자를 수용하지 않도록 구치소를 확충하기 위한 계획과 노력을 이끌어내는 것이 중요하다.

(3) 분리수용(제13조)

• 남자와 여자, 성인과 소년의 분리수용은 근본적으로 타당.

• 현실적인 문제 = 같은 구금시설에서 구역만 분리되어 있는 것이기 때문에 상대적으로 수용인원이 적은 미결수용자, 여자수용자, 소년수용자의 경우에 여러 가지 처우에서 불이익을 받는 점.

예) 별도의 운동공간의 부족, 목욕설비의 부족, 전화설비의 부족, 작업시설의 부족 등

• 대안 = 상대적 소수인 여성이나 소년수용자들이 시설의 '열악함'으로 인하여 처우의 불이익을 받지 않도록 보장하는 것이 중요한 과제.

(4) 독거수용(제14조)

제14조 (독거수용) 수용자는 독거수용한다. 다만, 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 사유가 있으면 혼거수용할 수 있다.

1. 독거실 부족 등 시설여건이 충분하지 아니한 때
2. 수용자의 생명 또는 신체의 보호, 정서적 안정을 위하여 필요한 때
3. 수형자의 교화 또는 건전한 사회복귀를 위하여 필요한 때

시행령 제5조(독거수용의 구분) 독거수용은 다음 각 호와 같이 구분한다.

1. 처우상 독거수용: 주간에는 교육·작업 등의 처우를 위하여 일과(日課)에 따른 공동생활을 하게 하고 휴업일과 야간에만 독거수용하는 것을 말한다.
2. 계호(戒護)상 독거수용: 사람의 생명·신체의 보호 또는 교정시설의 안전과 질서유지를 위하여 항상 독거수용하고 다른 수용자와의 접촉을 금지하는 것을 말한다. 다만, 수사·재판·실외운동·목욕·접견·진료 등을 위하여 필요한 경우에는 그러하지 아니하다.

• 제14조는 독거수용원칙을 규정하면서, 시설여건을 이유로 하여 혼거수용할 수 있는 근거 규정을 마련함.

• 문제점

① 지금까지 독거수용원칙이 지켜지지 않고 혼거수용이 일반화되어 있는 구금시설의 현실을 무비판적으로 그대로 반영한 것으로, 제14조는 종전 행형법시행령 제31조에 규정되는

혼거수용사유를 적당히 정리하여 행형법에 옮겨놓은 것에 불과.

② 최저기준규칙 등 국제인권법이 왜 독거수용원칙을 규정하고 있는지에 대한 성찰이나, 현재 왜 많은 수용자들이 독거수용을 원하고 있는지에 대한 개선의 고민이 없음.

• 현재 혼거수용자의 1인당 수용면적은 0.2-0.3평 정도로 매우 열악한 상황에 있으며 이로 인한 짜증과 스트레스, 동료수용자와의 불화 등으로 인하여 많은 수용자들이 독거수용을 원함.

- 시설 측에서는 독거실 부족을 이유로 하여 독거수용을 강력히 요구하는 수용자에 대하여 입실거부로 징벌을 부과하고 결국 독거수용을 희망했다는 이유만으로 해당 수용자를 상습규율위반자로 만들어버리는 것이 현실임.

• 행형법에 엄연히 독거수용원칙이 규정되어 있음에도 불구하고 법무부에서는 지난 수십년 동안 이러한 현실을 개선하려는 노력을 전혀 보여주지 않았다는 점도 문제.

- 최근의 신축시설 역시 독거실보다는 혼거실 위주의 시설로 건축. 그러면서 늘 독거실이 부족하여 어쩔 수 없다고 말함.

• 대안 및 과제 = 야간독거수용 및 주간공동생활권의 확보노력 필요

① 근본적으로 행형에서 독거수용의 원칙이 요구되는 것은 행형의 유사성원칙 때문임. 성공적 사회복귀의 목표를 위해서는 구금시설의 생활을 가능한 한 일반 사회의 생활과 유사한 수준으로 유지해야 한다는 것이 유사성 원칙인데, 이에 따를 때 구금시설의 생활패턴도 주간(작업과 자유시간)의 공동생활과 야간독거생활의 원칙이 요구되는 것. 즉 엄밀히 말하여 국제규칙에서 정한 독거수용은 야간독거수용의 원칙을 말하는 것이며, 이는 주간의 작업과 여가시간의 공동생활을 전제로 하는 것이기 때문에 현행법의 독거수용방식과는 거리가 있다는 점에 주의해야 함.

② 이와 같은 원칙은 독거실이 현저히 부족한 지금의 상황에서 당장 실현가능한 것은 아님. 행형법에 야간독거수용 및 주간공동생활권을 명확히 보장하고, 다만 기존 구금시설에 대해서는 당분간 한시적으로 예외를 인정하는 경과규정을 두는 것이 현실적인 방안.

- 이렇게 함으로써 앞으로 신축 혹은 개축되는 시설은 야간독거와 주간공동생활이 가능한 구조로 설계되고 건축되도록 유도해야 함.

(5) 수용자의 지문채취(제19조)

제19조 (사진촬영 등) ① 소장은 신입자 및 다른 교정시설로부터 이송되어 온 사람에 대하여 다른 사람과의 식별을 위하여 필요한 한도에서 사진촬영, 지문채취, 수용자 번호지정, 그 밖에 대통령령으로 정하는 조치를 하여야 한다.

② 소장은 수용목적상 필요하면 수용 중인 사람에 대하여도 제1항의 조치를 할 수 있다.

• 제19조는 종전 행형법 제10조와 마찬가지로 수용자에 대하여 사진촬영, 지문채취, 수용자번호지정 등의 조치를 취하도록 규정함.

• 수용자의 정보적 자기결정권 내지 개인정보보호의 문제가 있음.

① 구금시설이 수용자의 식별 및 처우를 위하여 필요한 범위에서는 수용자의 개인정보를

취득할 수 있으나, 이는 필요한 최소한의 범위에 한정되어야 함.

② 문제는 지문채취. 지문채취는 구금시설 내에서 수용자의 식별 내지 처우를 위하여 반드시 필요한 정보라고 볼 수 없으므로 지문채취는 삭제해야 함.

③ 개정 행형법에 규정되어 있지는 않지만, DNA 정보도 마찬가지로 채취가 허용되지 않는다고 보아야 함. 이는 정보인권의 차원에서 앞으로 유념해야 할 부분임.

(6) 수용자의 이송(제20조)

제20조 (수용자의 이송) ① 소장은 수용자의 수용·작업·교화·의료, 그 밖의 처우를 위하여 필요하거나 시설의 안전과 질서유지를 위하여 필요하다고 인정하면 법무부장관의 승인을 받아 수용자를 다른 교정시설로 이송할 수 있다.

② 법무부장관은 제1항의 이송승인에 관한 권한을 대통령령으로 정하는 바에 따라 지방교정청장에게 위임할 수 있다.

• 수용자의 이송은 수용자의 처우와 직결된 문제로 다음의 원칙이 중요함.

① 수용자는 거주지 인근의 구금시설에 수용되어야 한다는 점

② 미결수용자는 이송으로 인하여 방어권에 지장을 초래해서는 안 된다는 점

• 제20조의 이송사유가 너무 광범위하다는 문제.

- 사실상 구금시설의 장은 아무런 제약 없이 수용자를 다른 구금시설에 이송할 수 있게 되는 바, 특히 수형자의 경우 이송사유는 처우를 위하여 필요한 경우에 한하도록 해야 함.

• 수형자의 경우 이송사유를 개별처우의 원칙과 연계하여 보다 명확히 한정할 필요가 있음.

- 수형자의 처우계획상 직업훈련시설, 의료전담시설 등 전담시설로 이송할 필요가 있는 경우

- 수용자의 처우계획상 개방시설 혹은 폐쇄시설로 이송할 필요가 있는 경우

• 제20조 제1항에서 “시설의 안전과 질서유지를 위하여 필요하다고 인정되는 경우”라는 요건은 커다란 문제

- 실무에서는 문제를 지속적으로 일으키는 소위 ‘문제수용자’에게 악용될 우려가 있음. 실제 문제수용자는 일정 기간마다 이송을 보내는 것이 실무의 관행인 바, 이것이 이송사유가 되어서는 곤란함.

(7) 물품지급(제22조 내지 제24조)과 물품소지권(제26조)

1) 물품지급

• 급여의 기본원칙규정이 미흡함

- 수용자에 대한 의류, 침구, 식량지급 등 급여에서도 유사성 원칙이 적용되어야 함.

- 따라서 기본원칙으로서 수용자에게 제공되는 의류와 침구는 “일반 국민들의 평균적인 생

활수준을 고려하여 건강유지에 적합한 것이어야 한다”는 규정과 “수용자의 의류는 품위를 손상하게 하거나 수치심을 주지 않는 것이어야 한다”는 규정을 행정법에 명시할 필요가 있으나 이번 개정에서 반영되지 않음.

• 물품의 자비구매권이 미흡함

① 현재 문제는 수용자가 자비로 구매할 수 있는 물품의 품목이 극도로 제한되어 있다는 점.

② 무엇보다 수용자는 자신이 원하는 물품을 시설의 안전과 질서유지에 위협을 초래하지 않는 범위에서 자신의 비용으로 자유롭게 구입·소지하고 사용할 수 있도록 보장되어야 함. 따라서 자비물품구매 및 소지는 기본적인 수용자의 권리로 규정해야 하며, 수용자는 자비구매의 방법이건 친지의 영치품교부의 방법이건 간에 기본적으로 구금시설 내에서 소지와 반입이 금지되는 물품(제91조 참조)을 제외하고는 필요한 물품을 소지하고 사용할 수 있도록 해야 함.

③ 제24조 제2항은 자비구매품목을 법무부령으로 정하도록 규정하고 있으나, 품목에 대해서도 원칙적으로 제한을 두지 않도록 해야 함. 다만, 소장은 해당 물품의 소지 및 사용이 시설의 안전과 질서유지에 해가 될 우려가 명백한 경우에만 그 사유를 수용자에게 소명하고 물품소지 및 반입을 제한할 수 있도록 하면 됨.

2) 물품소지권(제26조)

- 제26조 제1항 : 수용자의 물품소지권을 “법무부장관이 정하는 범위 안에서”라고 규정
- 문제점 = 물품소지에 관하여 획일적인 기준을 정하는 것은 수용자의 물품소지권을 과잉규제하는 것으로 문제가 있음.
- 원칙적으로 수용자의 자유로운 물품소지권 보장. 다만, 그것이 너무 많아 거실의 다른 수용자의 권리를 침해하게 될 소지가 있는 경우라든가 해당물품의 사용이 타인에 대한 위해 등 안전에 심각한 위협을 동반할 우려가 있는 경우에 한하여 제한가능하도록 규정하는 것이 타당.

(8) 위생과 의료(제30조 내지 제40조)

1) 청결유지(제31조, 제32조 제1항)

제32조 (청결의무) ① 수용자는 자신의 신체 및 의류를 청결히 하여야 하며, 자신이 사용하는 거실·작업장, 그 밖의 수용시설의 청결유지에 협력하여야 한다.

② 수용자는 위생을 위하여 두발 또는 수염을 단정하게 유지하여야 한다.

- 개정 행정법은 구금시설의 설비와 기구에 대한 청결유지의무를 소장에게 부과하고(제31조), 수용자에게는 신체청결의무 및 청결유지에 협력해야 할 의무를 부과함(제32조). 소장에게 청결의무를 부과한 것은 타당하지만 수용자에게 청결의무를 부과하는 것은 다소 문

제가 있음.

- 구금시설의 현실을 고려하면 청결과 개인위생관리는 수용자의 의무보다는 권리로 보장하는 것이 훨씬 시급하고 중요한 문제임. 현재는 수용자가 청결하고 싶어도 그렇게 하기 어려운 것이 구금시설의 현실이기 때문.
- 수용자의 청결권을 실질적으로 보장하기 위해서는
 - 거실의 수도나 화장실 시설 등을 그에 걸맞게 개선하는 것이 급선무. 수용자의 청결유지에 필요한 급수(냉수뿐만 아니라 온수를 반드시 포함) 및 급탕설비 및 용품을 적절한 수준에서 갖추도록 이를 소장의 의무로 규정할 필요가 있음.
 - 현재 모든 시설에서 온수는 일반적으로 식사 및 목욕의 경우를 제외하고는 공급되지 않는 실정이며, 일부 시설에서는 급수 자체가 제한적으로 실시되는 경우도 있는 바, 이러한 상황을 그대로 방치하면서 소장에게 청결유지의무를 부과하는 것은 공허한 메아리일 뿐이며, 수용자에게 청결협력의무를 부과하는 것도 그 타당성을 상실하게 될 것임.
 - 최저기준규칙 제15조는 피구금자에게 신체를 청결히 유지할 의무를 부여하여야 한다고 규정하면서 동시에 이를 위하여 건강 및 청결 유지에 필요한 만큼의 물과 세면용품을 지급하여야 한다고 규정하고 있음.

2) 두발과 수염의 단정유지(제32조 제2항)

- 수형자의 두발과 수염에 대하여 개정 행형법은 “단정하게 유지하여야 한다”고 규정.
- 현행법보다 진일보한 것이기는 하지만, 수용자의 인권의 관점에서 보면 이 규정은 여전히 수용자에게 의무를 강제하는 규정이라는데 근본적인 문제가 있음.
- 근본적으로 두발과 수염은 수용자의 신체에 대한 자기결정권으로서 자유롭게 하도록 권리로써 허용되어야 할 것임. 구금시설에서는 수용자의 두발과 수염이 너무 지저분하여 위생상의 문제를 야기하거나 긴 머리 뒤에 금지된 물품을 숨길 위험이 있는 경우를 제외하고는 두발과 수염의 자유를 보장해야 함.
- 최저기준규칙 제16조는 피구금자가 그들의 자존심에 부합하는 단정한 용모를 유지할 수 있도록 두발 및 수염을 적당히 조발할 수 있는 기구를 제공해야 한다고 규정하고 있는 바, 이는 수용자에게 단정한 용모를 유지하도록 강제한다기 보다는 수용자가 자신이 원하는 바에 따라 단정한 용모를 유지할 권리가 있음을 규정한 것임.

3) 운동과 목욕(제33조)

제33조 (운동 및 목욕) ① 소장은 수용자가 건강유지에 필요한 운동 및 목욕을 정기적으로 할 수 있도록 하여야 한다.

② 운동시간·목욕횟수 등에 관하여 필요한 사항은 대통령령으로 정한다.

시행령 제49조(실외운동) 소장은 수용자가 매일(공휴일 및 법무부장관이 정하는 날은 제외한다) 「국가공무원 복무규정」 제9조에 따른 근무시간 내에서 1시간 이내의 실외운동을 할 수 있도록 하

여야 한다. 다만, 다음 각 호의 어느 하나에 해당하면 실외운동을 실시하지 아니할 수 있다.

1. 작업의 특성상 실외운동이 필요 없다고 인정되는 때
2. 질병 등으로 실외운동이 수용자의 건강에 해롭다고 인정되는 때
3. 우천, 수사, 재판, 그 밖의 부득이한 사정으로 실외운동을 하기 어려운 때

• 운동과 목욕을 수용자의 권리로 보장하는 데에는 미흡한 규정임. 운동과 목욕은 수용자가 인간다운 생활을 보장받기 위하여 향유하는 기본적인 권리라는 점을 분명히 해야 함.

• 운동

- 최저기준규칙은 수용자에게 날씨가 허락하는 한 “매일 1시간 이상 실외운동”의 기회를 보장하도록 규정.

- 시행령 제49조는 “매일 1시간 이내의 실외운동”을 규정. 전형적인 규제주의적 발상.

- 수원구치소나 여주교도소미결수용사동의 예) 비교적 최근에 지어진 구금시설임에도 미결수용자에게 실외운동을 전혀 허용하지 않는 시설구조로 되어 있음.

- 대안 : “매일 1시간 이상”의 “실외운동”의 기회를 가져야 한다는 규정을 두어야 함. 그리고 소장에게는 적당한 운동장 및 운동시설과 운동에 필요한 용구를 비치해야 할 의무가 있다는 규정을 두어야 함.

• 목욕

- 목욕의 경우에도 원칙적으로 사동내 목욕시설을 갖추으로써 수용자가 자유시간 중에 사동에서 목욕을 할 수 있도록 보장해야 할 것이며, 현재 이것이 불가능한 수용환경에서는 최소한 3-5일에 1회 이상 목욕의 기회가 보장되도록 해야 할 것임.

4) 외부병원 진료(제37조)

제37조 (외부의료시설 진료 등) ① 소장은 수용자에 대한 적절한 치료를 위하여 필요하다고 인정하면 교정시설 밖에 있는 의료시설(이하 “외부의료시설”이라 한다)에서 진료를 받게 할 수 있다.

② 소장은 수용자의 정신질환 치료를 위하여 필요하다고 인정하면 법무부장관의 승인을 받아 치료감호시설로 이송할 수 있다.

③ 제2항에 따라 이송된 사람은 수용자에 준하여 처우한다.

④ 소장은 제1항 또는 제2항에 따라 수용자가 외부의료시설에서 진료받거나 치료감호시설로 이송되면 그 사실을 그 가족(가족이 없는 경우에는 수용자가 지정하는 사람)에게 지체 없이 통지하여야 한다. 다만, 수용자가 통지를 원하지 아니하면 그러하지 아니하다.

⑤ 소장은 수용자가 자신의 고의 또는 중대한 과실로 부상 등이 발생하여 외부의료시설에서 진료를 받은 경우에는 그 진료비의 전부 또는 일부를 그 수용자에게 부담하게 할 수 있다.

• 외부병원 진료의 문제점 및 개정대안

① 외부병원진료는 소장의 재량권한에 규정일 뿐이며 이 규정을 통하여 수용자의 적절한 진료를 받을 권리가 명확하게 보장되지는 않음.

② 근본적으로 “진료를 받게 하여야 한다”는 의무규정이 필요. 외부병원의 전문적인 치료가 필요한 수용자는 어떠한 이유에서도 계속 구금시설에 수용하게 해서는 안 됨.

③ 구금시설에서 치료가 곤란한가 여부 내지 외부병원의 치료가 필요한가 여부는 전적으로 구금시설 내에 근무하는 의사의 판단에 의하도록 규정해야 함.

• 수용자의 비용부담(제37조 제5항)의 문제

① 수용자의 의사에 반하여 수용자를 구금한 국가는 수용생활 중에 발생한 수용자의 건강손상에 대하여 적절한 의료보장을 제공해 주어야 할 책임과 의무가 있음. 이러한 의무는 건강침해가 수용자의 귀책사유로 발생한 경우에도 마찬가지임. 구금시설은 수용자의 안전과 건강을 유지하도록 포괄적인 의료보장책임을 져야 하기 때문.

② 수용자의 질병이나 부상이 해당 수용자의 귀책사유로 발생한 것인가 여부는 구체적인 사례에서 판별하기가 매우 어려움. 개정안에 따르면 수용자의 건강권 보장에 상당한 흠결이 발생할 위험.

예) 수용자가 독거수용을 요구하면서 이물질을 취식한 경우 그 독거수용의 요구가 수용자의 정신적 고통 등을 이유로 한 정당한 것이라면 이를 해당 수용자의 귀책사유가 있는 것으로 판단할 것인가?

③ 구금시설에서 발생하는 질병이나 사고는 정도의 차이는 있겠지만 수용자가 완전히 면책되기는 어려운 측면이 있음. 결국 귀책사유를 근거로 하여 수용자에게 치료비를 부담하게 하는 것은 국가의 수용자에 대한 의료보장의무를 회피하는 것일 뿐임.

(9) 외부교통권(제41조 내지 제44조)

1) 접견권(제41조)

• 개정 행형법의 문제점

① 개정 행형법은 수용자의 접견권을 규정하고 있지만 단서 각호의 금지사유가 너무 포괄적임. 현행법의 접견금지사유(교화 또는 처우상 특히 부적당한 경우)에 비하여 보다 광범위함.

② 현재와 같은 칸막이접견방식을 유지하는 것의 근본적인 개선노력이 없음

③ 청취감시를 일정한 사유가 있는 경우에만 하도록 한 것은 옳은 방향이나 그 사유가 너무 광범위함. 지금의 관행과 마찬가지로 사실상 청취감시를 일반화하게 될 위험이 있음.

④ 접견시간과 횟수의 문제

• 접견금지사유의 축소 필요

- 특히 “형사법령에 저촉되는 행위를 할 우려가 있는 때”라는 요건은 접견권의 제한을 광범위하게 허용하는 근거로 남용될 우려가 있어 앞으로 이를 삭제하도록 해야 함.

- “시설의 안전과 질서를 해할 우려가 있는 때”라는 요건도 너무 광범위하다. 접견에 대한 제한방법으로는 접견금지 외에도 교도관의 감시가 있고 또 칸막이접견이 있다. 시설의 안전과 질서를 해할 우려가 있다면 이러한 제한적 접견방식으로 접견을 허용해야 하며 그러한 사유만으로 곧바로 접견을 금지하는 것은 과잉금지의 원칙에 위배되는 것임.

• 가족과의 접견은 특별한 보호를 받아야 하며, “처우 상 특히 부적당하다”는 제한사유에

해당하지 않음을 명시할 필요가 있음.

• 개방접견을 원칙으로

- 수용자의 접견권은 원칙적으로 수용자와 민원인의 신체접촉이 허용되는 개방접견에 의하도록 전향적으로 개선해야 함.

- 칸막이접견은 개방접견을 남용할 우려가 현저한 경우에 한하여 제한적으로 실시하도록 해야 함.

• 시각감시를 원칙으로

- 비례성원칙에 비추어, 접견감시는 원칙적으로 시각감시에 의하도록 해야 하며, 교도관의 청취감시는 예외적으로 불가피한 사유가 있는 경우에 한정되도록 명확히 행형법에 규정할 필요.

• 접견시간과 횟수의 최소한도를 보장해야

- 접견시간과 횟수는 수용자 접견권의 기본적인 사항이므로 이에 관한 최소보장 규정은 행형법에 명시해야 함.

- 수형자의 경우 급수에 상관없이 최소한 월 2시간 이상의 접견시간을 보장하는 것이 바람직함. (독일 행형법은 월 최소 1시간 이상 보장 규정)

- 미결수형자의 경우에는 1일 1회 이상의 접견기회를 보장해야 하며, 접견시간은 1회 최소 30분 이상으로 규정해야 한다.

• 수형자의 경우에도 변호인 및 소송대리인과의 접견권을 보장하는 규정을 신설할 필요.

- 수용자가 자신의 형사사건이 아닌 다른 소송사건 - 예컨대 구금시설 안에서 발생한 권리침해 사건 - 을 위하여 변호사를 선임하거나 하려 하는 경우에도 제한없는 접견권을 보장해야 할 필요가 있음. 이는 수용자의 인권침해에 대한 구제수단으로 매우 중요한 과제임.

- 수용자와 변호인 및 소송대리인과의 접견에 대해서는 시간 및 횟수에 상관없이 허용되어야 하며, 청취·기록·녹음·녹화 등의 감시를 할 수 없도록 해야 함.

• 성직자와의 접견은 별도 규정 필요

- 종교의 자유의 하나로 성직자와의 접견권을 특별히 보장할 필요가 있음.

- 청취감시가 허용되지 않도록 해야 하며, 시간과 횟수에 상관없이 허용하도록 해야 함.

2) 서신(제43조)

• 동일 시설 수용자간 서신의 허용 문제

- 개정 행형법 제43조 제2항은 “같은 교정시설의 수용자 간에 서신을 주고받으려면 소장의 허가를 받아야 한다.”고 규정함.

- 근본적으로 수용자의 서신권은 다른 모든 사람과의 서신교환을 보장하는 것이어야 함. 서신의 상대방이 같은 구금시설의 수용자라는 이유만으로 서신권을 일반적으로 제한하는 것은 필요최소한도의 제한원칙을 일탈한 것임. 서신권의 제한은 구체적인 제한사유가 있는 경우에 개별적으로 하면 충분하다.

• 서신금지사유의 문제

- 제43조 제1항은 제1호부터 제3호까지 서신금지사유를 규정하고 있는데 너무 광범위하게 서신권을 제한하고 있다는 문제.

- 서신권은 통신의 자유와 표현의 자유에 속하는 기본권으로 강한 보호를 받아야 함. 따라서 서신권의 제한은 예외적인 사유가 있는 경우에 한하여 내용검열 및 해당서신의 수발금지를 규정하는 방식으로 해야 하며 일반적인 서신수발의 금지는 허용될 수 없는 것임.

• 서신검열은 시각검열을 기본으로 하고 내용검열은 원칙적으로 금지해야

- 제43조 제4항이 현행법의 원칙적 내용검열주의에서 탈피하여 원칙적 내용검열금지를 규정한 것은 비례성원칙에 부합하는 것임.

- 그러나 검열 허용사유(제1호 내지 제4호)가 너무 광범위하여 과연 내용검열을 금지하는 개정 행형법의 원칙이 유지될 수 있을지 심각한 의문임.

- 서신검열은 구금시설의 안전과 질서유지를 위하여 필요한 근거가 있는 경우에만 허용되어야 할 것이며(예를 들어, 도주나 탈수의 모의, 테러의 모의, 증거인멸의 모의 등등), 그러한 위험이 없는 경우에는 검열이 허용되어서는 안 됨.

- 서신의 검열에 있어서는 시설의 안전과 질서를 위하여 유해한 금지물품이 반입될 우려가 있는 경우에 이를 확인하기 위하여 시각적으로 내용물을 검사하는 것은 허용되지만, 그 경우에도 서신의 문서 내용에 대한 검열은 원칙적으로 허용해서는 안 될 것이며 극히 예외적인 경우에 한하여 문서내용검열이 허용되는 것으로 엄격히 규정해야 함.

• 제43조 제7항은 발신 및 수신이 금지된 서신의 영치를 규정하고 있으나, 발신이 금지된 서신이라면 해당수용자에게 돌려주어야 할 것이고, 수신이 금지된 서신이라면 발신자에게 돌려주어야 함.

• 추가로 규정이 필요한 사항

① 서신의 발송횟수를 제한해서는 안 된다는 점을 행형법에 명시할 필요.

② 발송서신의 봉합과 수신서신의 개봉을 해당 수용자 앞에서 하도록 하는 규정을 둘 필요.

③ 최근 많이 활용되는 전자서신 및 이메일 사용에 대한 규정을 둘 필요. 특히 전자서신에 대해서는 구금시설 측에서 내용을 임의로 삭제하는 등 편집하지 못하도록 하는 규정을 두어야 함.

④ 서신검열에서 청원법에 따라 국가기관에 보내는 청원서신은 어떠한 사유로도 금지되지 않는다는 점을 행형법에 명시할 필요가 있음. - 현재 실무에서 법무부훈령에 따라 법무부장관에 대한 청원서신을 제외한 다른 청원서신을 일절 금지하는 관행이 있는 바 이는 청원권에 대한 침해임.

3) 전화통화(제44조)

• 전화통화의 권리 보장 필요성

- 개정 행형법은 전화통화를 수용자의 권리로 명확히 규정하지 않고 있음("소장의 허가를

받아”)

- 오늘날 전화가 보편적으로 사용되는 통신수단이라는 점, 그리고 서신보다도 더욱 일반적으로 사용하는 통신수단이라는 점을 감안하면, 구금시설 수용자에게 있어서도 전화를 이용한 외부교통은 접견·서신과 함께 외부교통의 중요한 권리로 보장하는 것이 타당함.

• 외부교통권으로서 전화통화권 규정 필요

① 구금시설의 소장은 수용자의 전화이용을 위한 설비를 충분히 갖추어야 할 의무가 있음.

② 수용자는 매월 최소 30분 이상(3분 통화 기준 10회 이상)의 전화통화시간 보장.

③ 변호인 및 소송대리인과의 상담이나 성직자와의 상담을 위한 전화통화는 제한없이 허용되어야 함.

④ 기타 전화통화에 대한 제한은 접견에 준하도록 함.

• 긴급한 용무의 전화통화는 별도로 허용해야

- 개정 행형법에는 규정이 없지만, 수용자에게 긴급통화의 권리를 보장해야 함.

- 긴급통화의 권리는 “수용자가 시간적 촉박함으로 인하여 접견이나 서신 등의 방법으로는 자신의 용무를 처리할 수 없거나 그 처리가 현저히 어려워지는 사정이 있는 경우”로 요건을 규정해야 하며, 요건에 해당하는 한 긴급통화는 전화통화의 횟수나 시간에 관계없이 허용하도록 규정해야 함.

(10) 종교와 문화(제45조 내지 제49조)

• 기본권에 대한 인식 부족

- 개정 행형법은 종교의 자유와 함께 신문잡지의 구독과 도서이용, 라디오와 TV시청, 집필 등을 함께 규정하고 있는 바, “문화”라는 제목 하에 들어가는 신문잡지의 구독, TV 시청 등은 수용자의 정보권의 일환으로 규정되어야 할 것임.

1) 종교(제45조)

• 개정 행형법의 태도는 현행법보다는 전향적임에도 불구하고 종교의 자유의 보장이라는 관점에서는 여전히 미흡함.

• 보완이 필요한 부분

① 수용자의 종교의 자유를 보장하기 위하여 구금시설의 소장은 구금시설에서 종교의식(성직자가 주재하는 종교의례로서 해당 신앙을 가진 자에게 일반적으로 참석의무가 부과되는 것을 말한다)과 기타의 부대적 종교행사를 개최하도록 보장해야 할 의무가 있고, 수용자의 종교생활에 필요한 장소와 설비 및 편의를 제공해야 할 의무가 있음을 분명히 규정할 필요가 있음.

② 종교의식에의 참석은 수용자의 권리로 보장되어야 함. 개정 행형법 제45조 제1항은 구금시설 내에서 실시하는 종교행사에 참석할 권리만을 규정하고 있으나, 구금시설 측이 시

설 내에서 종교의식을 보장하지 못하는 경우에는 - 이는 소수종교의 경우에 주로 문제가 된다 - 외부 사회에서 정기적으로 개최되는 종교의식에 해당 종교의 수용자가 참석할 수 있도록 허용해야 할 것임.

③ 개정 행형법은 단순히 “종교상담을 받을 수 있다”고 규정하고 있으나, 수용자의 종교상담에 있어서는 해당 종교의 성직자와의 만남을 수용자의 권리로 규정해야 함.

④ 소수종교의 차별을 금지하는 규정을 둘 필요도 있음.

2) 신문잡지 및 도서의 구독(제47조)

• 개정 행형법 제47조 제2항은 “출판문화산업진흥법”에 따른 유해간행물이 아닌 한 구독을 허가하여야 한다고 규정하고 있음.

- 이는 근본적으로 수용자의 도서열람권을 침해하는 것임. 출판문화산업진흥법 제19조 제1항은 간행물윤리위원회의 “유해간행물 지정”에 관한 규정이며 설사 유해간행물로 지정고시된 도서라고 해도 그것이 당연히 해당 수용자에게 해가 된다는 논리는 성립하지 않으며, 더구나 위 기준에 해당하는가 여부를 구급시설 측이 판단하도록 하는 행형법의 규정은 남용의 여지가 매우 크기 때문임.

• 신문과 잡지는 원칙적으로 수용자가 제한없이 구독가능한 것으로 규정해야 하며, 도서의 경우에는 물품소지권의 제한규정에 의하여 제한하는 것으로 충분함.

3) 라디오와 TV 시청(제48조)

• 기본권에 대한 인식 부족

- 개정안 제48조는 “정서안정 및 교양습득을 위하여 라디오청취와 텔레비전 시청을 할 수 있다”고 규정하고 있는데, 이처럼 라디오 및 TV시청을 교정교화의 차원으로 접근하는 태도는 근본적인 문제가 있음.

- 수용자의 정보권을 보장한다는 차원에서 라디오와 TV 시청을 수용자의 권리로 명확히 규정해야 함. 수용자의 권리로서 라디오와 TV 시청권은 실시간으로 방송시청이 가능해야 함을 의미하는 것이며, 특히 실시간 뉴스의 시청제한은 허용되어서는 안 됨.

4) 집필(제49조)

제49조 (집필) ① 수용자는 문서 또는 도화를 작성하거나 문예·학술, 그 밖의 사항에 관하여 집필할 수 있다. 다만, 소장이 시설의 안전 또는 질서를 해칠 명백한 위험이 있다고 인정하는 경우는 예외로 한다.

• 집필권의 제한? 집필허가제의 폐지?

- 개정 행형법은 집필의 사전허가제를 폐지하면서도, 수용자의 집필권에 대하여 “다만 소장이 시설의 안전과 질서를 해칠 명백한 위험이 있다고 인정하는 경우는 예외로 한다”고 규정하고 있음. 이는 실제로는 사전허가제와 유사하게 운영될 위험이 있음.

- 집필이 도대체 시설의 안전과 질서를 해할 위험이 인정되는 경우가 어떠한 경우인지 심각한 의문임. 집필은 수용자의 기본적 권리로 제한없이 보장되어야 함.

- 집필에 대한 제한은 오로지 집필물을 외부로 반출하려는 경우와 집필물을 거실 내에 소지하는 것에 대해서만 가능하다고 보아야 한다. 전자의 경우 서신규정에 의하여 후자의 경우는 물품소지의 제한에 의하여 규율하면 충분함.

• 집필시간 및 장소의 보장 규정 필요

- 집필시간과 장소를 광범위하게 제한하는 관행이 자리잡고 있기 때문에 이러한 실무관행을 확실한 법률규정에 의하여 개선해야 할 필요가 있음.

- 작업 중인 경우를 제외하고는 모든 시간에 집필이 허용됨을 분명히 규정할 필요가 있으며, 접견시에도 자유로운 집필을 보장하는 규정을 두도록 개선해야 함.

(11) 수용자 처우의 기본원칙(제55조 내지 제64조)

• 수용자 처우의 원칙으로 제54조는 “교정교화를 도모하고 사회생활에 적응하는 능력을 함양하도록 처우하여야 한다”고 규정함.

• 수행자에 대한 교정처우는 국가의 의무이면서 동시에 수행자의 권리임. 개정 행형법은 수행자의 적절한 처우를 받을 권리를 보장하는 데에는 현저히 미흡한 수준임.

• 수행자의 처우권을 위하여 보완이 필요한 부분

① 수행자의 처우가 강제적인 것이어서는 안 된다는 점을 분명히 규정할 필요가 있음. 근본적으로 교정교화의 목적이 있다고 하더라도 국가가 수행자 개인의 인성에 강제로 변화를 구하는 처우는 허용될 수 없음. 수행자는 단순한 처우의 객체가 아니라 처우의 주체로 대우받아야 함.

② 분류심사, 처우계획 수립 등에 수행자의 참여권이 인정되어야 함. 개정 행형법은 개별 처우계획의 수립과 분류심사 등을 자세히 규정하고 있지만 결정적으로 여기에는 수행자의 참여권이 전제되어 있지 않음. 수행자의 특성에 알맞은 처우를 실시하기 위해서는 처우계획의 수립 및 변경에 수행자의 의사가 반영될 수 있어야 함.

참고) 독일 행형법은 수행자의 처우계획참여권을 명문으로 인정

(12) 경비등급의 구별(제57조)

제57조 (처우) ① 수행자는 제59조의 분류심사의 결과에 따라 그에 적합한 교정시설에 수용되며, 개별처우계획에 따라 그 특성에 알맞은 처우를 받는다.

② 교정시설은 도주방지 등을 위한 수용설비 및 계호의 정도(이하 “경비등급”이라 한다)에 따라 다음 각 호로 구분한다. 다만, 동일한 교정시설이라도 구획을 정하여 경비등급을 달리할 수 있다.

1. 개방시설 : 도주방지를 위한 통상적인 설비의 전부 또는 일부를 갖추지 아니하고 수행자의 자율

적 활동이 가능하도록 통상적인 관리·감시의 전부 또는 일부를 하지 아니하는 교정시설

2. 완화경비시설 : 도주방지를 위한 통상적인 설비 및 수형자에 대한 관리·감시를 일반경비시설보다 완화된 교정시설

3. 일반경비시설 : 도주방지를 위한 통상적인 설비를 갖추고 수형자에 대하여 통상적인 관리·감시를 하는 교정시설

4. 중(重)경비시설 : 도주방지 및 수형자 상호 간의 접촉을 차단하는 설비를 강화하고 수형자에 대한 관리·감시를 엄중히 하는 교정시설

③ 수형자에 대한 처우는 교화 또는 건전한 사회복귀를 위하여 교정성적에 따라 상향 조정될 수 있으며, 특히 그 성적이 우수한 수형자는 개방시설에 수용되어 사회생활에 필요한 적절한 처우를 받을 수 있다.

• 개정 행형법은 “개방시설, 완화경비시설, 일반경비시설, 중경비시설”의 4등급의 구별을 규정하고 있음.

• 경비등급별 시설구분의 문제점

① 구금시설의 경비등급을 구별하는 목적은 모든 수용자에 대한 획일화된 처우를 지양하고 특히 개방시설 수용을 통하여 사회복귀에 유익한 환경을 조성하는데 있음. 개방시설 수용 내지 개방처우의 확대는 오늘날 행형에서 국제적인 대세로서 권장되는 사항임. 그러므로 경비등급의 구별은 기존의 엄격한 구금을 위주로 한 획일화된 시설에서 탈피하여 개방시설을 확충하는 방향으로 연결될 때 그 진정한 의미가 있음. 그러나 제57조는 구금시설을 단지 4등급으로 구분한다고 규정하고 있을 뿐 각 등급별로 수용자처우가 어떻게 달라지는지, 개방시설을 얼마나 확충할 것인지에 대하여 아무런 규정도 없음.

② 법무부는 현재 청송교도소를 이미 중구금시설로 운영하는 상황임. 개정 행형법은 결국 현재의 구금시설을 일반경비시설 내지 완화경비시설로 보는 전제에서 중경비시설을 별도로 규정하려는 것임. 이를 통해 미국의 슈퍼맥스교도소와 같은 강화된 중구금시설을 정당화하려 함.

- 이는 경비등급의 구별을 빌미로 하여 보안 위주의 행형을 극도로 강화하려는 것으로서 바람직하지 못할 뿐만 아니라, 수용자처우에 있어서 과도한 인권침해와 남용의 위험이 매우 클 것임.

- 무엇보다 현재 우리의 구금시설들은 거실 간 통방이 허용되지 않고 수용자들의 자유시간 활용이 극도로 제한되어 있는 바, 이는 경비등급으로 치면 이미 중경비시설이라고 보아야 할 수준임.

- 따라서 구금시설의 경비등급의 구별은 엄중경비를 위주로 하는 현재의 보안행형에서 과감히 탈피하여 보다 완화된 경비시설 내지 개방시설을 확충하는 방향을 지니고 있을 때에만 그 정당성을 가질 수 있을 것임.

• 대안

① 4단계 구분은 불필요함. 중요한 것은 현재의 보안 위주의 구금시설의 환경을 전향적으로 개선해야 한다는 점과 개방시설을 확충하는데 역점을 두어야 한다는 점임.

② 그러므로 현재의 구금시설을 친인권적 환경으로 개선하는 것을 전제로 하여 이를 “폐쇄

시설”로 하고, 이와 구별되는 “개방시설”을 확충하도록 하는 2원적 구분이 보다 타당.

③ 장기적으로는 개방시설과 폐쇄시설의 비율을 1:1정도로 하는 것이 바람직하므로 이에 필요한 개방시설의 확충을 법에 명시해야 할 것임. 이에 따라 앞으로 신축되는 구급시설의 거의 대부분은 개방시설로 건축하도록 촉구해야 함.

• 시설별 최소요건의 규정 필요

- 구급시설을 개방시설과 폐쇄시설과 구분할 때(4등급의 구별을 할 때에도 마찬가지로) 각각에 대하여 시설의 최소설비요건을 법에 명시하는 것이 바람직함. 개정 행형법은 이에 대하여 규정이 없는데, 구급시설의 등급화는 수용자의 처우 및 인권과 직결되는 문제이므로 이에 관한 기본적인 사항은 행형법에 규정해야 한다.

• 개방시설 수용의 원칙을 규정해야 함

- 구급시설을 개방시설과 폐쇄시설로 구분할 때(개정안처럼 4등급의 구별을 할 때에도 마찬가지로), 중요한 것은 어떠한 수용자를 어느 시설에 수용할 것인가 하는 점임. 시설별로 경비수준이 차이가 있고 수용자처우의 수준도 차이가 있게 되면 수용자의 입장에서는 자신이 어느 시설에 수용되는가는 매우 민감하고 중요한 문제일 수밖에 없음.

- 참고) 독일행형법은 구급시설을 개방시설과 폐쇄시설로 구분하면서 개방시설수용의 원칙을 규정하고 있음(독일 행형법 제10조 참조).

- 개방시설은 수형자의 사회복귀를 달성하는데 가장 유익한 환경을 제공하는 것이기 때문에 우리의 경우에도 개방시설수용의 원칙을 명문으로 규정하고, 폐쇄시설 수용은 그에 합당한 사유를 규정해야 함.

(13) 작업(제65조 내지 제76조)

• 작업임금제로의 전환 노력 필요

① 개정 행형법은 “작업장려금”이라고 명칭을 붙이고 있으나 현행 작업상여금과 차이가 없음. 근본적으로는 작업임금제를 도입하고 수형자의 작업임금청구권을 보장하는 방향으로 나가야 함.

② 일반 사회에서 정하는 최저임금기준에 상응하는 교정작업의 최저임금기준을 설정하도록 해야 함.

③ 현실적 여건상 필요하다면 작업임금제는 행형법에 일정 기간 동안 유예기간을 두어 도입준비를 하도록 규정하는 것도 한 방법임.

• 미지정수용자의 수당의 문제

- 수용자가 작업을 의도적으로 거부하지 않는 한 작업이 불가능한 수형자의 경우에 다른 명목(생활보조금이나 실업수당)으로 일정 정도 수당을 지급하는 방안을 적극 도입해야 함. 현재 수용자의 의사와는 무관하게 시설의 여건 때문에 작업을 하지 못하는 수형자가 많은 상황을 고려해야 하기 때문.

• 위로금, 조의금(제74조)에는 기본적으로 산업재해의 기준을 적용하도록 해야 함.

(14) 귀휴(제77조, 제78조)

• 개정 행형법 제77조는 “6월 이상 복역한 수형자로서 형기의 1/3이 지나고 교정성적이 우수한 자”를 대상으로 규정하여 종전 행형법의 “1년 이상 복역” 요건보다 완화하고, 귀휴기간도 “1년 중 20일 이내”로 규정하여 현행 “1년 중 10일 이내”보다 확대하는 등 현행법보다 진일보한 개정임.

• 그러나 기본시각의 문제

- 귀휴는 그야말로 “휴가의 개념”이어야 함. 즉, 귀휴는 교정성적이 우수한 수형자에게 내려지는 포상이 아니라 구금의 폐해를 완화하고 가족 등과의 사회적 유대를 유지하도록 원조하는 사회복지처우의 일환으로 재정립되어야 함. 귀휴는 수형자의 사회복지를 위한 조치이자 동시에 행형의 개방화라는 원칙에 비추어 수용 초기부터 기본적으로 보장되어야 하는 조치임. 귀휴는 수형자가 그 기회를 도주나 재범의 기회로 남용할 우려가 없는 한 “행형성적에 관계없이” 보장해야 함. 따라서 행형성적에 상관없이 귀휴를 허용해야 함.

• 귀휴의 횟수

- 귀휴의 일수는 1년에 “20일 이내”로 확대되더라도 수형자가 이를 여러 번에 나누어 사용할 수 있도록 허용하지 않는다면 무의미해질 수 있다.

• 제77조 제2항의 특별휴가는 수형자가 거부하는 경우를 제외하고는 반드시 허가하도록 해야 함. 도주의 우려가 있다면 교도관을 동행하게 하면 된다.

• 보완이 필요한 사항

① 개정 행형법에는 규정이 없지만, 귀휴의 심사와 관련해서도 수형자의 귀휴신청권, 수형자의 심사회회의에의 출석 및 진술권 등을 내용적으로 확보하려는 노력이 필요함.

② 귀휴와는 별도로 “외출제도”를 신설하여 수용자가 자신의 사회적 용무를 해결할 수 있도록 하는 것이 바람직함.

(15) 안전과 질서(제92조 내지 제104조)

1) 금지물품(제92조)

• 개정 행형법 제92조에서 금지물품을 규정한 것은 수용자의 물품소지권의 보장과 직결되는 문제임. 수용자의 물품소지권을 충실히 보장하기 위해서는 금지물품은 가능한 한 엄격하게 한정하여 구체적으로 규정할 필요가 있음.

• 특히 제3호에서는 “수형자의 교화 또는 사회복지를 해칠 우려가 있는 물품”을 금지물품에 포함시키는 것은 상당한 문제가 있음. 물품소지 및 사용은 구금시설의 안전과 질서를 해할 우려가 없는 한 원칙적으로 허용해야 할 것임.

• 근본적인 문제

- 금지되는 물건(제92조)과 허용되는 물건(제26조)의 리스트를 통하여 수용자의 물품소

지권을 획일적으로 제한하는 입법방식은 근본적으로 물품소지권을 지나치게 제약하는 문제를 안고 있음.

- 물품소지권의 제한에 있어서 중요한 판단요소는 수용자의 남용가능성임. 물건의 남용가능성도 수용자에 따라 개별적으로 평가되어야 하며, 제한방식도 일률적인 금지가 아니라 해당 수용자에 대한 개별적인 금지여야 함. 요컨대 수용자의 물품소지와 금지에 있어서 출발점은 수용자의 자기발전을 위한 물품소지권을 기본적 권리로 승인하는 것이어야 하며, 물품소지를 제한하는데 있어서도 물건의 성질이 아니라 수용자의 남용가능성이 기준이 되어야 함.

2) 신체검사(제93조)

• 제93조는 신체검사 시 불필요한 고통이나 수치심을 느끼지 않도록 유의해야 할 것과 면밀한 신체검사는 차단된 장소에서 실시할 것을 명문화하고(제2항), 금지물품이 발견된 경우에 그 물건의 수거와 폐기·영치에 관한 근거규정을 신설한 점(제5항)이 종전의 현행법과 다른 부분임.

• 신체검사의 요건의 문제

- 신체검사는 다른 거실검사 등과는 구별하여 허용요건을 보다 강화할 필요가 있음. 신체검사에 대해서도 그 허용사유를 “시설의 안전과 질서유지를 위하여 필요한 경우”라고 포괄적으로만 규정하는 것은 바람직하지 못함.

- 그러나 수용자의 신체에 대한 검사, 특히 알몸신체검사는 필연적으로 인격권에 대하여 상당한 침해로 동반하기 때문에, 기본권의 필요최소한도 제한의 원칙에 비추어 볼 때 의류나 휴대품에 대한 검사와 동일하게 포괄적인 요건을 규정한 것은 수용자의 인격권에 대한 과잉침해에 해당할 것임.

- 이는 행정시설에서 수용자의 신체에 대한 검사가 일상화되거나 자의적으로 남용될 위험을 방치하는 결과가 될 수도 있음.

- 그러므로 거실이나 작업장에 대한 검사와는 달리 신체검사에 대해서는 그 허용요건을 보다 엄격하게 규정할 필요가 있음.

• 특히 알몸신체검사의 문제

- 수용자에 대한 알몸신체검사는 “단계적으로” 허용되는 방식으로 요건을 엄격하게 규정할 필요가 있음. 즉, 알몸신체검사는 금지물품 은닉의 구체적인 혐의가 있고 그것이 흉기 등 시설의 안전과 질서에 현저한 위협을 야기할 가능성이 있는 경우에 한하여 그리고 위와 같은 통상적인 검사방법으로는 금지물품을 발견하기 어려운 합리적인 이유가 있는 경우에 한하여 예외적으로 허용하는 방식으로 규정해야 함. (헌재 2002.7.22. 2000헌마327 ; 대법원 2001.10.26. 2001다51466)

- 제93조 제2항은 “면밀한 신체검사”에 대해서는 “다른 수용자가 볼 수 없는 차단된 장소에서 실시”하도록 하는 규정을 신설함. 면밀한 신체검사란 신체의 항문 등 은밀한 부위까지 세밀하게 검사하는 경우를 말하는데, 이러한 경우에만 다른 수용자로부터 차단된 장소에서

실시하도록 규정한 것은 의문임. 옷을 벗고 행하는 신체검사라면 모든 경우에 다른 수용자가 볼 수 없는 차단된 장소에서 실시하도록 규정해야 함. 알몸을 노출하는 경우에는 비록 정밀신체검사가 아니라 할지라도 수용자의 수치심은 상당히 클 것이고 또한 다른 수용자가 이를 통하여 수용자의 신체상의 비밀을 획득하고 누설할 가능성이 있기 때문.

3) 전자장비를 이용한 계호(제94조)

- 과거 전자감시에 관해서는 행형법에 법적 근거가 없는 상황에서 실무에서는 CCTV에 의한 거실감시가 점차 일반화되어 왔음. 이에 대해서는 사생활 및 프라이버시보호의 관점에서 근원적인 비판이 제기되어야 할 것임.

- 국가인권위 결정(2004.10.12. 03진인971·833·5806)은 CCTV감시에 대하여 행형법에 법적 근거를 마련할 것을 권고하면서 CCTV에 의한 “거실감시”를 허용하는 태도를 보이고 있음.

- CCTV에 의한 거실감시는 금지해야

- 개정 행형법 제94조는 “자해, 자살, 도주 등의 우려가 큰 경우에 한하여” 거실감시를 허용하도록 규정하고 있는데, 거실수용 시 도주의 우려가 크다는 것은 상상하기 어렵고, 타인에 대한 폭행의 우려가 크다면 수용거실을 변경하거나 독거실에 수용하면 해결될 것이며, 시설물에 대한 손괴의 우려가 큰 경우에는 격리된 독거실이나 진정실에 수용하면 그러한 우려는 해소된다고 볼 수 있음.

- 결국 전자장비에 의한 거실감시가 필요한 전형적인 경우는 자살이나 자해의 우려가 큰 경우임. 이 경우에도 거실에 대한 전자장비감시가 헌법상 요구되는 비례성의 원칙에 합치하는가는 의문임.

- 전자장비 감시가 자살이나 자해 등의 사고방지에 기여하는 긍정적 효과는 그리 크지 않음. 대부분의 구금시설은 보안과 사무실에 CCTV 감시시설을 마련하고 있는데, 담당직원이 감시가 필요한 모든 거실에 대하여 항시 실시간으로 감시하여 자살이나 자해사고 등을 미연에 방지한다는 것은 현실적으로 기대하기 힘들고, 오히려 자살이나 자해의 우려가 현저한 수용자라면 대면계호의 방법이 더욱 효과적일 수 있음

- 개정 행형법은 CCTV 감시의 요건에 해당하는 수용자에 대하여 일반 수용거실이 아닌 별도의 보호실(개정안 제94조)과 진정실(개정안 제95조) 수용이라는 제도를 계호방식의 하나로 도입하기로 한 이상, 이와 중첩하여 전자장비로 감시하는 것이 효율적인가도 의문임.

- 반면에 전자장비 감시로 인한 수용자의 인격권 및 프라이버시권 침해의 위험은 대면계호보다 상대적으로 매우 큼. 전자장비 감시는 24시간 수용자의 일거수일투족이 그대로 노출되도록 함과 동시에 정보의 형태로 녹화되기 때문에 근본적으로 사생활에 대한 과도한 침해의 위험이 있음. 게다가 줌기능을 이용하여 특정 부위를 정밀하게 촬영할 수 있다는 점, 얼마든지 사후의 재생이 가능하고 담당직원이 아닌 사람도 영상을 실시간으로 혹은 사후에 볼 수 있는 등 남용의 가능성을 사실상 차단하기 어렵다는 점 등을 고려하면 전자장비에 의한 감시제도가 가져오는 인권침해의 위험은 그로 인하여 얻게 될 교정사고 방지의 이익보다

훨씬 큼.

- 인권위의 위 결정에서는 CCTV에 의한 거실감시의 경우에 목욕이나 용변의 모습이 촬영되지 않도록 촬영범위를 제한할 것을 권고하였지만, 현실적으로 그와 같은 촬영제한이 실무에서 과연 통계가능한 것인지는 의문임.

4) 보호실 수용(제95조)

• 개정 행형법 제95조는 “1. 자살 또는 자해의 우려가 있는 때, 2. 신체적·정신적 질병으로 인하여 특별한 보호가 필요한 때”에는 의무관의 의견을 고려하여 보호실(자살 및 자해 방지 등의 설비를 갖춘 거실)에 수용할 수 있다고 규정하고 있음.

• 그러나 보호실제도의 불분명한 성격

- 개정 행형법은 보호실을 진정실 수용과 함께 ‘보안조치’의 일종으로 규정하고 있는데 보호실 수용의 요건 중 제1호(“자살 또는 자해의 우려가 있는 때”)는 “자살이나 자해의 우려가 큰 경우(현저한 우려)”를 요건으로 하는 계구수용의 경우보다 요건이 완화되어 있고, 제2호(“신체적·정신적 질병으로 인하여 특별한 보호가 필요한 때”)는 시설의 안전과 질서라는 목적과는 다소 거리가 있는 의료적 사유를 요건으로 규정하고 있어 개정안의 보호실 수용이 정확하게 어떠한 목적과 성격을 지니는 제도인지가 혼란스러움.

• 보안조치가 아니라 의료보호가 필요하다

- 보호실 수용의 요건에 해당하는 경우에는 의료적 보호와 처우(심리상담 등)가 제공되어야 할 것이지, 시설의 안전과 질서유지를 목적으로 하여 격리보안조치가 강구되어야 할 것은 아님. 이는 보안조치의 보충성 원칙에 근거함. 경우에 따라서는 위와 같은 요건에 해당하는 수용자를 다른 수용자로부터 격리하여 보호할 필요가 있을 수 있지만, 그러한 경우에는 보호실 수용이라는 별도의 제도가 아니라 독거수용하거나 병실에 수용하고 의료적 보호와 치료를 받을 수 있도록 하는 것으로 충분하며, 그 외의 다른 권리제한이 필요하다고 볼 수 없음.

- 그러므로 위의 요건에 해당하는 수용자에 대하여 보안조치로서 보호실에 수용하는 것은 불필요하며 그것은 과잉 보안조치로서 보충성원칙이나 비례성원칙에 위반하는 것임.

- 결국 개정 행형법의 요건대로라면 보호실 수용은 의료적 보호조치의 일환으로 규정할 필요는 있지만, 보호실 수용을 질서유지를 위한 강제수단의 하나로 규정한 것은 방향을 잘못 잡은 것임.

5) 진정실수용(제96조)

• 제96조

진정실수용요건 : “1. 교정시설의 설비 또는 기구 등을 손괴하거나 손괴하려고 하는 때, 2. 교도관 및 경비교도의 제지에도 불구하고 소란행위를 계속하여 다른 수용자의 평온한 수용생활을 방해하는 때”

수용기간 : 진정실 수용기간은 24시간 이내. 단, 계속하여 수용할 필요가 있는 때에는 의무관의 의

건을 고려하여 연장하되, 연장기간은 12시간 이내로 제한하고 계속해서 3일을 초과할 수 없도록 함.

• 진정실 수용요건 상의 약간의 문제

① “강제력을 행사하거나 보호장비를 사용하여도 그 목적을 달성할 수 없는 경우에만 진정실에 수용할 수 있다”는 규정은 강제력 행사와 계구(보호장비)사용 그리고 진정실 수용이 보안조치로서 상호 유기적으로 작용해야 한다는 점에서 보면 약간의 문제가 있음.

② 계구사용은 수용자의 신체에 대한 직접적인 결박이기 때문에 진정실 수용이라는 조치보다 인권침해의 정도가 더욱 큼. 그러므로 예를 들어, 시설물손괴의 우려가 급박하다고 인정되는 수용자에 대해서는 우선적으로 진정실 수용으로 대처해야 하며, 진정실에 수용하기 전에 일시적으로(약-수분 정도) 계구를 사용할 수는 있지만 진정실 수용으로 곧바로 계구를 해제하도록 하는 것이 비례성원칙에 합치하는 구도임.

③ 하지만 개정 행형법의 규정은 이를 명확히 해 주지 않음. 개정 행형법의 취지는 강제력 행사나 계구사용으로 해당 수용자를 진정시키기에 불충분한 경우에 비로소 진정실에 수용하도록 함으로써 진정실 수용의 남용을 막자는 의미인 듯하나, 반대로 이 규정으로 인하여 수용자를 일반거실에 수용하면서 장기간 혹은 우선적으로 계구를 사용하는 것을 용인하게 될 위험이 존재하며, 진정실수용과 함께 계구를 사용하는 이중보안조치를 효과적으로 차단하지도 못함.

④ 진정실 수용요건에서 중요한 것은 진정실수용이 계구사용을 대체하는 보안조치임을 분명히 하는 것임. 즉 “진정실 수용으로 목적을 달성할 수 있는 경우에는 진정실에 수용하고 계구를 사용하지 못하도록” 해야 함.

6) 보호장비(계구)의 사용(제97조)

• 보호장비의 사용요건의 문제

- 계구사용은 가장 강력한 보안조치인데, 제97조 제1항은 보호장비의 사용요건을 종전(계구사용규칙)보다 오히려 완화하고 있는 점이 문제임. 계구사용요건은 구 계구규칙 제4조의 사유로도 충분할 것임.

종전 계구규칙	개정 행형법
<p>제4조 (계구사용 명령) ①소장은 수용자가 다음 각호의 1에 해당하는 때에는 계구의 사용을 명령할 수 있다.</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. 이송, 출정, 그 밖에 교정시설 외의 장소로 수용자를 호송하는 때 2. 도주의 우려가 현저한 때 3. 자살 또는 자해의 우려가 현저한 때 4. 다른 사람을 폭행할 우려가 현저한 때 5. 교도소 등의 시설 또는 물건을 손괴할 우려가 현저한 때 	<p>제97조 (보호장비의 사용) ① 교도관은 수용자가 다음 각호의 어느 하나에 해당하면 보호장비를 사용할 수 있다.</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. 이송·출정 그 밖에 교정시설 밖의 장소로 수용자를 호송하는 때 2. 도주·자살·자해 또는 다른 사람에 대한 위해의 우려가 큰 때 3. 위력으로 교도관 등의 정당한 직무집행을 방해하는 때 4. 교정시설의 설비·기구 등을 손괴하거나 그 밖에 시설의 안전 또는 질서를 해칠 우려가 큰 때

- 호송에 관한 제1호의 요건도 강화할 필요가 있음. 수용자를 시설 외부로 호송하는 경우에 “도주의 현저한 위험”이 없는 경우에도 일상적으로 계구사용을 허용하는 것은 비례성원칙 위반임. 개정안의 제1호는 계구사용의 엄격한 한계에 관한 진지한 성찰 없이 실무상의 관행과 편의만을 고려한 규정일 뿐임. (독일행형법 제88조 제4항이 호송의 경우에도 “도주의 현저한 위험”을 요건으로 규정하고 있음을 참조)

• 보호장비의 일시해제 규정 필요

- 시행규칙 제184조 제2항은 “교도관은 보호장비 착용 수용자의 목욕, 식사, 용변, 치료 등을 위하여 필요한 경우에는 보호장비 사용을 일시 해제하거나 완화할 수 있다.”고 규정함. 여기에 “운동”이 제외된 것은 문제가 있음. 그리고 일시해제를 소장의 재량이 아니라 의무적인 것으로 규정해야 함.

• 보호장비의 사용시간

- 보호장비의 사용시간은 그 남용을 방지하기 위하여 원칙적으로 24시간 이내로 한정해야 하며, 보호실이나 진정실에 수용하면 원칙적으로 계구를 해제하도록 규정할 필요가 있음.

- 참고) 독일 행형법 대체초안은 24시간의 계구사용시간 제한규정을 두도록 제안한 바 있음.

• 보호장비의 종류(제98조) : 개정안의 계구의 종류는 “수갑, 안면보호장비, 발목보호장비, 보호대(帶), 보호의자, 보호침대, 보호복, 포승”의 8가지임. 현행법의 사슬을 폐지하는 한편, 발목보호장비와 보호복 등 5가지 계구를 새로이 도입함.

시행규칙 제169조(보호장비의 종류) 교도관이 법 제98조제1항에 따라 사용할 수 있는 보호장비는 다음 각 호로 구분한다.

1. 수갑: 양손수갑, 일회용수갑, 한손수갑
2. 머리보호장비
3. 발목보호장비: 양발목보호장비, 한발목보호장비
4. 보호대: 금속보호대, 벨트보호대

5. 보호의자
6. 보호침대
7. 보호복
8. 포승: 일반포승, 개인포승

① 포승 - 일본을 제외하고는 선진국 중에서 포승을 사용하는 국가는 없음. 포승은 사슬과 마찬가지로 폐지하는 것이 바람직함. 현재로서는 최소한 호송시를 제외하고는 포승의 사용을 금지하는 방향으로 나아가야 할 것임.

② 안면보호장비(현행 안면보호구) - 안면보호장비는 자살자해의 위험을 방지하기 위한 경우나 수용자가 계속하여 고성을 지르는 등의 행위를 방지하기 위한 보호장비인데, 이러한 경우에 대해서는 보호실수용과 진정실수용이라는 제도를 도입하고 있기 때문에 굳이 안면보호장비를 계속하여 보호장비로 사용해야 할 이유가 없으므로, 안면보호장비는 폐지되어야 함.

③ 발목보호장비 - 새로 도입된 보호장비인데, 이는 최저기준규칙 등 국제규칙에서 금지하는 “차꼬”에 해당할 여지가 있음.

④ 보호복 등 - 새로 도입된 보호복이나 보호침대, 보호의자, 보호대 등은 본래 의료용으로 개발되어 정신병원에서 사용하는 장비임. 법무부에서는 사슬의 폐지로 인한 보안조치상의 공백을 메우기 위하여 이와 같은 장비의 도입을 추진하는 듯하나, 이들 장비가 수용자의 신체에 가하는 속박 정도가 수갑에 비할 수 없을 정도로 크다는 점, 그리고 진정실수용과 같은 계구의 대체수단이 강구되어 있다는 점에 비추어 보면, 이러한 장비를 일반적인 계구로 사용하는 것이 최소침해의 원칙이나 보충성의 원칙에 부합할지는 근본적으로 의문임.

(16) 규율과 징벌(제105조 내지 제115조)

• 개정 행형법의 주요 내용

- ① 징벌부과사유를 현행법보다 좀 더 제한적으로 규정
- ② 징벌의 종류를 대폭 확대. 개정 행형법에 의하면 종전의 징벌 5종을 포함하여 무려 14종임.
- ③ 징벌에 관한 규정의 대부분은 종전 행형법시행령이나 “수용자규율 및 징벌에 관한 규칙”에 규정되어 있는 사항 중에서 비교적 중요한 사항을 법률규정으로 격상한 것들임. 징벌대상자의 권리제한(제110조)과 징벌위원회 위원에 대한 제척·기피제도(제111조 제4, 5항), 징벌집행에 관한 규정(제112조), 징벌실효제도(제115조) 등이 이에 해당하는데, 규정내용은 종전 시행령규정이나 징벌규칙상의 그것과 대동소이함.
- ④ 징벌위원회는 현재 3인 이상 5인 이내로 구성되는 징벌위원회를 “5인 이상 7인 이하”로 위원수를 확대하면서, 외부위원의 수를 현행 “2인 이상”에서 “3인 이상”으로 규정하고, 징벌위원회 위원장을 현재 당해 소장이 맡는 것을 “소장의 바로 다음 순위자”로 변경함(제111조). 징벌위원회 위원장을 변경한 것은 소장이 징벌위원회에 징벌요구를 하는 입장에 있기 때문에 소장이 징벌을 요구하면서 동시에 징벌위원회 위원장을 맡는 것이 논리적인 문제가

있다는 지적에 따른 것임.

⑤ 징벌의 시효제도(제109조 제4항)와 포상제도(제106조)를 신설한 것은 큰 의미는 없음.

1) 징벌부과사유(제105, 107조)

• 징벌부과사유는 적어도 징벌을 부과할 만한 “실질적인 요건”을 구비한 것이어야 함. 규율과 징벌은 재사회화행형목적 달성을 위하여 필요한 수용질서를 확보하기 위한 수단이므로, 규율로서 금지되거나 수용자에게 의무가 부과되는 행위는 그 성질상 행형시설의 안전과 질서에 상당한 장애를 초래하는 행위에 국한되어야 하며, 이와 무관한 행위에 대하여 규율로서 통제하고 징벌을 부과해서는 안 될 것임.

• 자해행위의 징벌부과의 문제

- 기본적으로 자해행위는 징벌부과의 대상으로 삼아서는 안 됨. 자해행위는 형법상 처벌대상이 되지 않을 뿐만 아니라 그 자체로 행형시설의 질서를 해치는 행위라고 볼 수 없음. 설사 아무리 목적이 불순하다 하더라도 자해행위를 타인의 법익을 침해하거나 교도소의 질서유지에 심각한 위협을 야기하는 행위라고 보기는 어려움.

- 개정 행형법은 모든 자해행위가 아니라 “수용생활의 편의 등 자신의 요구를 관철할 목적의 자해행위”에 대해서만 징벌부과사유로 규정하고 있음.

- 그러나 수용자의 자해행위는 때로는 정신질환에 기인하기도 하지만, 대부분의 경우에 수용자들이 행형당국이나 직원에 대하여 가지는 불만과 갈등을 표현하는 최후의 의사표시수단으로 행해지는 것이 현실임. 즉 크든 작든 대부분의 자해행위는 어느 정도는 수용생활상의 요구를 관철하거나 불만을 표시하는 목적으로 행해짐.

- 또한 “수용생활의 편의 등 자신의 요구를 관철할 목적”은 자해행위가 정신질환에서 연유하는 경우에도 어느 정도 인정할 여지가 있음. 자해의 동기나 목적을 가늠하기 어려울 정도의 심각한 질병이 아닌 한, 대부분의 자해행위는 자해행위에 이르게 된 무엇인가의 불만요인이나 동기가 그 배후에 있게 마련임. 많은 경우에 정신적인 질환은 자해의 충동을 억제하는 조절능력을 떨어뜨리는 것일 뿐임.

- 결국 개정 행형법의 규정이 자해행위에 대한 징벌억제라는 긍정적 효과를 낳을 가능성은 별로 없음. 개정 행형법의 태도는 나쁘게 말하면 기망적임. 자해행위 자체가 시설의 안전이나 질서에 해가 되는 행위가 아닌 이상 자해행위는 목적여하에 상관없이 징벌이 부과되어서는 안 될 것임.

• ‘범무부령으로 정하는 규율’의 문제

- 최저기준규칙 제27조는 “규율과 질서는 엄정히 유지되어야 하나, 안전한 구금과 질서있는 시설 내 생활을 유지하는데 필요한 한도를 넘어서는 안 된다”고 규정함.

시행규칙 제214조(규율) 수용자는 다음 각 호에 해당하는 행위를 하여서는 아니 된다.

1. 교정시설의 안전 또는 질서를 해칠 목적으로 다중(多衆)을 선동하는 행위

2. 허가되지 아니한 단체를 조직하거나 그에 가입하는 행위
3. 교정장비, 도주방지시설, 그 밖의 보안시설의 기능을 훼손하는 행위
4. 음란한 행위를 하거나 다른 사람에게 성적(性的) 언동 등으로 성적 수치심 또는 혐오감을 느끼게 하는 행위
5. 다른 사람에게 부당한 금품을 요구하는 행위
6. 작업·교육·접견·집필·전화통화·운동, 그 밖에 교도관의 직무 또는 다른 수용자의 정상적인 일과 진행을 방해하는 행위
7. 문신을 하거나 이물질(異物)을 신체에 삽입하는 등 의료 외의 목적으로 신체를 변형시키는 행위
8. 허가 없이 지정된 장소를 벗어나거나 금지구역에 출입하는 행위
9. 허가 없이 다른 사람과 만나거나 연락하는 행위
10. 수용생활의 편의 등 자신의 요구를 관철할 목적으로 이물질을 삼키는 행위
11. 인원점검을 회피하거나 방해하는 행위
12. 교정시설의 설비나 물품을 고의로 훼손하거나 낭비하는 행위
13. 고의로 수용자의 번호표, 거실표 등을 지정된 위치에 붙이지 아니하거나 그 밖의 방법으로 현황파악을 방해하는 행위
14. 큰 소리를 내거나 시끄럽게 하여 다른 수용자의 평온한 수용생활을 현저히 방해하는 행위
15. 허가 없이 물품을 반입·제작·소지·변조·교환 또는 주고받는 행위
16. 도박이나 그 밖에 사행심을 조장하는 놀이나 내기를 하는 행위
17. 지정된 거실에 입실하기를 거부하는 등 정당한 사유 없이 교도관의 직무상 지시나 명령을 따르지 아니하는 행위

2) 징벌의 종류(제108조)

• 현재 징벌에서 가장 큰 문제는 징벌의 90%정도가 가장 가혹한 징벌인 금치가 선고된다는 점. 따라서 금치 이외의 보다 경미한 징벌을 다양하게 활용함으로써 금치 위주의 징벌 관행에서 탈피하려는 노력이 절실히 필요함.

- 개정 행형법이 금치의 기간을 “2월 이내”에서 “30일 이내”로 단축하고, 아울러 무려 제1호부터 제14호까지 다양한 징벌유형을 새로이 도입하려 하는 것은 금치의 선고를 가능한 한 억제하는데 기여할 수 있다는 점에서는 일단 긍정적임.

- 그러나 어떠한 징벌종류가 허용될 수 있는가의 문제는 그러한 징벌로서 제한되는 수용자의 기본권을 고려하여 과연 그 징벌이 질서유지를 위한 징벌로서 적정한가 하는 관점에서 보다 면밀히 검토해 보아야 함.

- 참고) 독일 행형법과 영국 감옥규칙 상의 징벌 유형

독일 행정법 제103조 제1항	영국 감옥규칙 제55조 및 제55조A
1) 경고 2) 3월 이내의 자변물품 구입의 제한 또는 금지 3) 2주 이내의 도서열람의 제한 또는 금지, 그리고 3월 이내의 라디오 및 TV 시청 금지. 단, 양자를 병과할 경우에는 2주 이내 4) 3월 이내의 자유시간의 활용을 위한 물품의 제한 또는 금지, 또는 공동행사에서의 참석의 제한 또는 금지 5) 4주 이내의 자유시간 중의 격리수용 6) 4주 이내의 작업의 정지 7) 3월 이내의 외부교통의 제한(긴급한 경우 제외) 8) 4주 이내의 금치	1) 경고 2) 42일 이내의 감옥규칙 제8조의 특혜의 박탈 3) 21일이내의 공동작업의 금지 4) 84일 이내의 작업상여금의 정지 혹은 삭감 5) 21일 이내의 독거구금 6) 감옥규칙 제43조 1항에 의한 집필물게시 권리의 금지 7) 28일 이내의 생활의 근거인 사동으로부터의 격리 8) 42일 이내의 형기연장

• 금치의 최후수단성

- 경미한 징벌을 다수 도입하였지만, 실제 이것이 금치라는 가혹한 징벌을 대체하는 수단으로 활용되기 위해서는 '금치는 중한 규율위반행위에 대해서 예외적으로만 선고'할 수 있도록 하는 제한규정을 둘 필요가 있음. 이에 관하여 시행규칙 제215조는 과거와 마찬가지로 거의 모든 규율위반행위에 대하여 금치선고가 가능하도록 규정하고 있는 바, 그렇다면 아무리 경한 징벌을 다수 도입하더라도 금치 위주의 실무관행을 개선하지 못할 뿐만 아니라, 그 자체로 비례성원칙에 대한 위반의 문제가 있음.

- 참고) 독일행정법 제103조 제2항은 금치는 중한 위반행위 혹은 다수의 위반행위가 반복된 경우에 한하여 부과될 수 있다고 규정함

시행규칙 제215조(징벌 부과기준) 수용자가 징벌대상행위를 한 경우 부과하는 징벌의 기준은 다음 각 호의 구분에 따른다.

1. 법 제107조제1호·제4호 및 이 규칙 제214조제1호부터 제3호까지의 규정 중 어느 하나에 해당하는 행위는 21일 이상 30일 이하의 금치(禁置)에 처할 것
2. 법 제107조제5호 및 이 규칙 제214조제4호부터 제8호까지의 규정 중 어느 하나에 해당하는 행위는 다음 각 목의 어느 하나에 처할 것
 - 가. 16일 이상 20일 이하의 금치
 - 나. 3개월의 작업장려금 삭감
3. 법 제107조제2호·제3호 및 이 규칙 제214조제9호부터 제14호까지의 규정 중 어느 하나에 해당하는 행위는 다음 각 목의 어느 하나에 처할 것
 - 가. 10일 이상 15일 이하의 금치
 - 나. 2개월의 작업장려금 삭감

3) 이는 중대한 규율위반을 이유로 하여 시설의 소장이 아니라 독립된 심판관이 징벌을 부과하는 경우에만 허용된다. 영국 감옥규칙 제55조A 참조.

4. 제214조제15호부터 제17호까지의 규정 중 어느 하나에 해당하는 행위는 다음 각 목의 어느 하나에 처할 것

- 가. 10일 이하의 금치
- 나. 30일 이내의 실외운동 및 공동행사참가 정지
- 다. 30일 이내의 접견·서신수수·집필 및 전화통화 제한
- 라. 30일 이내의 텔레비전시청 및 신문열람 제한
- 마. 1개월의 작업장려금 삭감

5. 징벌대상행위를 하였으나 그 위반 정도가 경미한 경우에는 제1호부터 제4호까지의 규정에도 불구하고 다음 각 목의 어느 하나에 처할 것

- 가. 30일 이내의 접견 제한
- 나. 30일 이내의 서신수수 제한
- 다. 30일 이내의 집필 제한
- 라. 30일 이내의 전화통화 제한
- 마. 30일 이내의 작업정지
- 바. 30일 이내의 자비구매물품 사용 제한
- 사. 30일 이내의 텔레비전 시청 제한
- 아. 30일 이내의 신문 열람 제한
- 자. 30일 이내의 공동행사 참가 정지
- 차. 50시간 이내의 근로봉사
- 카. 경고

• 징벌 종류에 대한 의문

① 30일 이내의 집필 제한(제10호)

- 집필은 서신 등 외부교통을 위한 전제가 될 뿐만 아니라 청원이나 진정, 소송 등 권리구제를 위한 필수전제가 되며, 근본적으로는 사상의 자유와 표현의 자유 등의 기초가 되는 기본권임. 이러한 기본권을 징벌로서 제한하는 것은 근본적으로 문제가 있음.

- 특히 집필을 금지하게 되면 부당한 징벌 등에 대하여 외부의 친지나 변호사 등을 통하여 권리구제를 도모하는 길이 사실상 봉쇄된다는 점에서 집필금지가 징벌로서 수용자에게 미치는 기본권제한의 효과는 매우 심각함. 영국이나 독일의 경우에도 이러한 징벌유형을 찾아볼 수 없음.

② 30일 이내의 서신수수 제한 / 30일 이내의 접견 제한(제11, 12호)

- 서신수수나 접견 등 외부교통권은 수용생활에서 기본적인 권리에 속하는 사항임. 그것은 집필과 함께 수용자의 권리구제를 위한 핵심적인 통로 역할을 한다는 점에서 집필제한과 마찬가지로 원칙적으로 허용될 수 없음.

③ 30일 이내의 실외운동 정지(제13호)

- 실외운동은 거의 실내생활을 해야 하는 수용자에게는 쾌적한 공기를 접할 수 있는 거의 유일한 기회.

- 헌법재판소는 금치 중의 실외운동 금지에 대하여 “실외운동은 구금되어 있는 수형자의 신체적·정신적 건강 유지를 위한 최소한의 기본적 요청이라고 할 수 있는데, 금치 처분을 받

은 수형자는 일반 독거 수용자에 비하여 접견, 서신수발, 전화통화, 집필, 작업, 신문·도서 열람, 라디오청취, 텔레비전 시청 등이 금지되어(행형법시행령 제145조 제2항 본문) 외부세계와의 교통이 단절된 상태에 있게 되며, 환기가 잘 안 되는 1평 남짓한 징벌실에 최장 2개월 동안 수용된다는 점을 고려할 때, 금치 수형자에 대하여 일체의 운동을 금지하는 것은 수형자의 신체적 건강뿐만 아니라 정신적 건강을 해칠 위험성이 현저히 높다"고 인정(헌재 2004.12.16, 2002헌마478).

- 따라서 실의운동을 금지하는 것은 징벌로서는 지나치게 가혹한 처사임.

4) 혐의자에 대한 권리제한(제110조)

• 개정 행형법 제110조는 징벌대상자에 대하여 "1. 증거를 인멸할 우려가 있는 때, 2. 다른 사람에게 위해를 끼칠 우려가 있거나 다른 수용자의 위해로부터 보호할 필요가 있는 때"에는 조사기간 중 분리수용할 수 있고, 접견·서신수수·전화통화·실의운동·작업·교육훈련·공동행사 참가 등 다른 수용자와의 접촉이 가능한 처우를 제한할 수 있도록 규정함. 이는 종전 징벌규칙 제11조와 거의 유사한 내용임.

• 징벌대상자의 권리제한의 부당성

- 징벌대상자는 그야말로 혐의자에 불과하다. 범죄행위와 관련한 헌법상의 무죄추정 원칙이 행형시설의 징벌에도 그대로 적용될 수는 없지만, 무죄추정 원칙의 이념은 적법절차의 원리를 통하여 징벌혐의자의 처우에도 반영되어야 함. 따라서 징벌혐의만으로 수용자의 각종 권리를 제한하는 것 자체가 부당할 뿐만 아니라, 그러한 권리제한은 징벌혐의자에게 자신을 방어할 기회를 박탈해 버리는 문제도 있음.

- 제110조 제2항에 의하면, 증거인멸의 우려나 타인에 대한 위해의 우려가 있는 경우에만 징벌대상자의 권리나 처우를 제한할 수 있음. 문제의 심각성은 이러한 요건에 해당하는 한, 접견, 서신, 전화, 실의운동 등 거의 대부분의 권리가 제한될 수 있다는 데에 있음.

- 징벌대상자라 하더라도 조사 중의 권리제한은 그 필요성에 부합하는 범위에 엄격하게 한정되어야 함. 예를 들어, 증거인멸의 우려가 명백한 경우에 징벌대상자의 권리제한이 가능 하더라도 그것은 증거인멸의 방지에 필요한 최소한도의 범위에 한정되어야 할 것임. 증거인멸의 우려가 있다고 하여 외부 사람과의 모든 접견이나 서신수수, 전화통화를 금지하는 것은 증거인멸의 방지라는 목적을 넘어서는 과잉침해에 해당함.

- 그러므로 징벌대상자의 권리제한 규정은 최소침해의 원칙에 위반되는 것임. 실무상 권리제한의 요건에 해당하는 징벌대상자라면 거의 대부분의 권리가 포괄적으로 제한되는 과잉침해의 상황이 연출될 가능성이 농후함.

- 인권위에서도 징벌혐의자의 포괄적인 권리제한을 규정한 구 징벌규칙 제7조 제2항의 규정을 삭제할 것을 권고한 바 있음(인권위 2002.12.9. 02진인1064 결정).

- 물론 징벌혐의자라 하더라도 증거인멸의 우려가 있는 경우나 다른 사람에게 위해를 가할 우려가 있는 경우에 다른 거실에 수용할 필요는 인정할 수 있음(개정안 제110조 제1항).

그러나 그러한 사유에 해당한다고 하여 접견이나 서신수발, 전화통화 등을 제한할 필요성이 당연히 도출되는 것은 아님. 개정 행형법은 접견, 서신, 전화통화 등의 불허사유를 각기 규정하고 있으며, 징벌혐의자의 경우에도 접견, 서신수발, 전화통화 등에 관한 규정에 의거하여 필요한 경우에 접견이나 서신 등을 제한하는 것은 얼마든지 가능한 만큼, 이는 접견이나 서신 등의 해당규정을 통해서 처리하면 충분함. 그리고 실의운동은 징벌혐의자라고 하여 어떠한 이유로도 금지되어서는 안 됨.

- 따라서 제109조는 근본적으로 삭제해야 함.

4) 징벌위원회(제112조)

• 종전에 징벌위원회는 현재 3-5인으로 구성되며, 이 중 외부위원은 2인 이상인데(구 행형법 제47조 및 구 징벌규칙 제13조), 개정 행형법은 징벌위원회의 인원을 “5인 이상 7인 이하”로 확대하면서 외부위원을 “3인 이상”으로 규정함.

• 문제의 핵심은 공정성 확보

- 현재 징벌위원회제도에서 공정성 담보문제의 핵심은 징벌위원의 수의 확대에 있는 것이 아님. 외부위원의 상당수가 해당 시설에서 교정위원 등으로 활동하는 분들이 위촉된다는 점, 외부위원이 한명도 출석하지 않아도 징벌위원회를 개최하는 데에는 전혀 지장이 없다는 점을 고려하면, 징벌위원 수의 확대는 징벌위원회의 공정성 증대에 기여하는 바가 미미할 수밖에 없음. 현재의 징벌위원회 제도는 외부위원에게 징벌절차에 대한 감시자의 역할을 맡기 기에는 한계가 분명함.

- 그러므로 외부위원의 참여를 실질화하고 징벌위원회 절차의 공정성을 담보하기 하기 위해서는 외부위원의 과반수 이상이 반드시 징벌위원회에 참여해야 징벌의결이 가능하도록 규정하는 방안, 더 나아가서는 외부위원이 징벌위원회의 과반수를 구성하는 방안을 적극 고려해야 함. 위원장도 외부인사가 맡도록 하는 것이 바람직함.

5) 징벌집행(제112조)

• 개정 행형법은 금지처분을 받은 경우에 제107조 제4호 내지 제13호의 처우가 자동적으로 제한되도록 하는 규정을 둠(제112조 제3항). 이로써 금지집행시에는 공동행사참가, 신문열람, TV시청, 자비구매물품의 사용, 작업, 전화통화, 집필, 서신수수, 접견, 실의운동 등의 권리가 금지됨. 이는 구 행형법시행령 제145조 제2항과 대동소이함.

• 금지집행시 포괄적 권리제한의 위헌성

- 금지집행시 포괄적인 권리제한은 사실상 금치를 잔인한 형벌로 허용하고 있는 셈. 이러한 금지처분은 “총체적으로” 인간의 존엄성에 반하는 정도에 이르는 것임. 최저기준규칙 제31조가 규정한 “체벌, 암실수용 및 잔인하거나 비인간적이거나 굴욕적인 모든 징벌은 규율위반에 대한 징벌로서 완전히 금지되어야 한다.”는 기준에 위배되는 수준임.

- 물론 개정 행형법 제112조 제3항 단서조항으로 “수용자의 권리구제, 수행자의 교화 또

는 건전한 사회복귀를 위하여 특히 필요하다고 인정하는 경우에는 집필·서신수수·접견 또는 실의운동을 허가할 수 있다”고 규정하고 있지만, 그 권리들이 금치처분으로 당연히 금지된다는 전제에서 마치 소장이 재량에 의하여 필요한 경우 허용할 수 있다는 식의 은혜적 입법태도는 바람직하지 않음.

- 이미 인권위는 구 행형법시행령 제145조 제2항에 대해서 금치의 집행내용이 수용자의 기본권을 지나치게 제한하고 있다고 보고, 접견, 서신수발, 집필, 운동, 의료와 관련한 자비 부담물품의 사용 등을 제한없이 허용하도록 권고한 바 있음(2003.6.16. 02진인643·109 6·1575 병합결정).

- 최근 헌법재판소의 두 개의 위헌결정

헌재 2004.12.16. 2002헌마478(금치 집행 중의 운동제한은 과잉금지원칙 위배)

헌재 2005.2.24. 2003헌마289(금치 집행 중의 집필제한은 과잉금지원칙 위배)

- 그런데 헌재 결정의 기본적인 논거는 금치 기간 중 운동과 집필의 “예외 없는 금지”가 최소침해의 원칙에 반한다는 점임. 예를 들어, 금치 중의 집필제한에 대하여 헌재는 “굳이 집필행위를 제한하고자 하는 경우에도 집필행위 자체는 허용하면서 집필시간을 축소하거나 집필의 횟수를 줄이는 방법 또는 접견이나 서신수발과 같이 예외적으로 집필을 허용할 수 있는 사유를 구체적으로 한정하여 집필을 제한하는 방법 등을 통해서도 규율준수를 피하고자 하는 목적은 충분히 달성될 수 있을 것”이라고 함. 금치 중의 집필이 ‘예외적으로라도 허용될 여지가 없다는 점’이 과잉금지원칙 위반의 핵심논거가 됨.

- 결국 이 두 개의 위헌결정은 행형법 개정의 계기가 되었음에도 불구하고, 개정 행형법은 헌법재판소의 위헌논거를 최소한도로만 받아들이고 있는 것임.

- 금치 중 어떠한 권리가 얼마나 제한될 수 있는가는 단정적으로 말하기 곤란하지만, “접견과 서신, 집필 그리고 운동”은 다른 권리 - 예컨대, TV 시청 - 에 비하여 기본권으로서의 보호받아야 할 가치가 비교적 높은 것들이며 이에 대해서는 상대적으로 강한 헌법적 보호가 부여되어야 할 것임. 구금이라는 특수한 상황을 전제로 해서 볼 때, 실의운동은 인간의 존엄성 보장과 관련되어 있으며, 집필은 표현의 자유의 기본적인 권리로서 그 제한에 있어서 다른 권리보다 엄격한 기준이 적용되어야 함. 그리고 외부교통은 표현의 자유·통신의 자유 등에 관련될 뿐만 아니라 재사회화 행형목적에서 필수적으로 요구되는 권리라는 점에서 역시 강한 보호를 받을 만한 가치가 있음.

- 따라서 금치 집행 중이라도 “접견과 서신, 운동과 집필”은 전혀 제한할 수 없도록 하는 것이 필요최소한도의 제한의 원칙에 부합하는 방향임. 개정 행형법의 태도처럼, “예외적으로만 허용하면 된다”는 식의 태도는 구금생활에서 이들 권리가 지니는 기본권적 속성과 가치를 무시하는 것임.