

cpa1.32

경원대학교 법학연구소 학술토론회

현대 행정과 수형자의 권리

일시: 1994년 6월 28일(화) 오후 2시-5시

장소: 신 D동 국제회의실

현대 행정과 수형자의 권리

경원대학교 법학연구소
cpa1.32

경원대학교 법학연구소 학술토론회

현대 행형과 수형자의 권리

일시: 1994년 6월 28일(화) 오후 2시-5시

장소: 신 D동 국제회의실

법학연구소 학술토론회

현대 행형과 수형자의 권리

행사 일정

(사회 : 이승우 교수, 법정대학장)

주제발표 (14 :00-15 :30)

이호중(한국형사정책연구원 연구원), 수형자의 법적 지위

한인섭(경원대 법학과 부교수), 복구의 형사정책연구 : 형
벌과 행형의 이론과 실제

휴식 (15 :30-15 :40)

토론 및 보충 (15 :40-16 :30)

박찬운(변호사), 수형자 권리의 국제적 보호추세

심희기(영남대 법학과 교수), 미결구금자의 법적
지위 및 우리 행형의 문제

질의 및 토론 (16 :30-17 :00)

Snortum, J.

- 1978 "Sweden's Model Prisons: Correctional Trends and Cultural Traditions", in J. Snortum & I. Hadar (eds.), *Criminal Justice: Allies and Adversaries*, California : Palisades Pub.

Stangeland, P.

- 1986 *Drugs and Drug Control, Scandinavian Studies in Criminology*, vol.8, Oslo : Universitetsforlaget.

Sveri, K.

- 1990 "Criminal Law and Penal Sanctions", in Snare, A.(ed), *Criminal Violence in Scandinavia: Selected Topics*, Scandinavian Studies in Criminology, vol.11, Oslo : Universitetsforlaget.

Ward, D.

- 1972 "Inmate Rights and Prison Reform in Sweden and Denmark", *The Journal of Criminal Law, Criminology and Police Science*, von.63, no.2.

Wendt, F.

- 1981 "Nordic Cooperation", in Wisti, F. et al.(eds.), *Nordic Democracy*, Copenhagen : Det Danske Selskab.

- 한인섭(1989), 자본주의 국가의 감옥과 사회통제에 관한 연구 : 역사적 형성과 사회적 작용을 중심으로, 서울대 법학박사논문.
_____(1990), "선진국에 있어서 범죄자 처우의 동향", 법무연수원, 비상근연구위원 논문집, 제 4집.
_____(1991), "조직폭력범죄에 대한 법적 대책 및 조직폭력범죄자의 교정처우 모델에 관한 연구", 법무연수원, 비상근연구위원 논문집, .

수형자의 법적 지위의 이론적 논증 -특별권력관계 및 교정이론의 분석-

이 호 중
(한국형사정책연구원 선임연구원)

I. 서론

1. 감옥의 위상

징역형으로 대표되는 자유형은 근대 이래로 형벌제도의 중추적 위치를 차지하고 있다. 오늘날 형벌이라고 할 때 많은 사람들은 곧 자유형, 그리고 교도소를 연상하게 될 것이다. 사형은 극히 예외적이고, 벌금형은 그다지 강력한 제재로 인식되지 않는다. 반면에 감옥의 존재는 이미 우리의 사회생활에 필수적인 요소, 혹은 하나의 제도로서 정착되어 있다. 그렇지만 다른 한편으로는 기이하게도 높이 5m 정도의 담장으로 둘러싸인 감옥은 일반인의 사회생활과 격리된 채로 위협적인 존재로 인식되고 있기도 하다. 또 상당부분 감옥의 위협적 효과는 감옥내에서 어떤 일이 벌어지고 있는가에 대한 부지와 관련되어 있는 듯하다.

범죄에 대한 형사사법적 통제라는 맥락에서 볼 때 실제로 교도소의 역할은 상당히 중요하게 평가된다. 전국 38개 교정시설의 1일 평균수용인원은 5만5천여명이며, 그 중 수형자(피보호감호자 및 노역장 유치자 포함)는 3만명을 헤아리고 있다.¹⁾ 그리고 1년 동안 형사법원 제1심 공판사건에서 무기징역(금고), 유기징역(금고) 및 부정기형의 선고를 받은 범죄자가 3만6천여명에 이르고 있다.²⁾

뿐만 아니라 이론적으로도 감옥은 현대의 형벌론과 형사정책학에서 매우 중요한 축을 형성하고 있다. 형벌로서의 자유형의 역사는 약 2세기에 불과하다. 그러나 자유형은 형벌목적 및 형벌개혁에 관한 이론적 논쟁은 주도하고 있다. 현대의 형사정책학에서 제기되고 있는 새로운 형벌제도 역시 자유형제도의 발전과정과 깊은 관련을 가지고 전개되어 왔다. 이미 서구에서는 몇십년의 역사를 가진 보호관찰(Probation)을 비롯하여 단기구금보호관찰(Shock Probation)이나 주말구금제, 전기감시제도(Electronic Monitoring) 등 소위 중간적 형벌(Intermediate Punishment)³⁾이라 불리는 다양한 형벌유형들이 시도되고 있다. 이들은 모두 근본적으로 자유형을 모태로 하여 - 이를 비판하면서 - 변형된 형벌이다. 그 배경에는 첫째 감옥의 인구과잉을 해소해 보려는 노력과, 둘째 감옥내에서의 범죄자처우가 갖는 한계를 탈피하여 자유형의 폐단을 최소화

1) 법무연수원, 범죄백서 1992, 212면.

2) 법무연수원, 범죄백서 1992, 169 - 174면.

3) 그 개념에 대해서는, McCarthy, in : McCarthy(ed.), Intermediate Punishment, pp.1-2.

하면서 동시에 보다 적극적인 범죄인 재사회화를 모색하고자 하는 의도가 내포되어 있다. 교정이념을 감옥내에서 실현하고자 했던 소위 "시설내 처우의 위기"가 "사회내 처우"라는 탈출구를 마련한 셈이다.⁴⁾ 여기에는 시설내 처우를 실시하는데 드는 막대한 재정적 부담을 완화해 보려는 정부의 의도가 또한 사회내 처우로의 전환을 유도한 뒷배경이 되었음을 부정할 수 없다. 그리하여 오늘날에는 점차 사회내처우가 확대되어 가는 경향을 확인할 수 있다.

그러나 중요한 것은 교정이념의 기치 하에서 사회내 처우가 확대되어 가는 경향이 있다 하더라도 그것은 어디까지나 감옥내에서의 처우를 보완하는 수준에 머물러 있다는 점이다.⁵⁾ 교정주의자들이라 하더라도 결코 감옥의 필요성과 중요성을 무시하지 않는다. 사회내 처우는 주로 위험성이 덜한 범죄자를 주요 대상으로 하여 구금을 완화시킨다. 이점에서는 오늘날 사회내 처우가 감옥의 비중을 상당히 격하시킨 것이 사실이다. 그러나 그럼에도 불구하고 감옥은 여전히 강력한 통제수단으로 기능하는 것으로 보인다. 중죄의 범죄자는 사회내 처우에서 배제되는 것이 보통일 뿐만 아니라, 사회내 처우 역시 그 이면에는 감옥을 최후의 보루로 설정하고 있기 때문이다. 이렇듯 감옥은 아직도 현대 사회에서 기본적인 형벌수단으로 작용하고 있으며 형벌에 관한 이론적 논의의 중심부에 위치하고 있다.

2. 감옥과 교정주의의 결합, 그리고 수형자의 인권

감옥 및 행형이라는 분야는 현대사에서 교정주의 이데올로기와 광범위하고 밀접한 상관성을 가지고 발전해 왔다. 그래서 오늘날에는 "구금"과 함께 "처우"를 자유형의 두가지 구성요소라고 지칭하는 것이 보통이다.⁶⁾ 교정주의 형사정책사상은 범죄자의 "교정교화"를 행형의 목표로 상정한다. 구금하는 동안에 범죄자를 개선교화시켜 다시 건전한 시민으로서 사회로 복귀시키겠다는 것이다. 이를 위하여 감옥 내에서는 다양한 처우프로그램들이 개발된다.

인도주의라는 이름 하에 교정이념은 엄격하고 폐쇄적이던 구금을 완화하여 개방적인 처우를 실현하고 한편으로는 노동위주의 획일적인 처우를 다양화하였다. 교정주의를 지향한 개혁자들은 감옥을 인도주의적, 진보적 차원에서 재편하려고 하였다.⁷⁾ 그래서 감옥의 명칭도 "교도소(Reformatory)"로 변경하고자 하였다. 교정주의는 지역사회(Community)로의 복귀를 전제로 한다. 이에 따라 감옥에서의 수형자의 생활을 가능한 한 일반 사회의 그것과 다르지 않게 구성하고자 했다. 이러한 교정주의적 행형개혁은 폐쇄적 구금과 노동에서 탈피하고 감옥과 사회의 교류를 확대했다는 점에서 어느 정도 수형자의 인권보호에도 이바지한 측면을 부정할 수는 없다. 그러나 교정주의 개혁이 추구했던 궁극적인 목표는 수형자의 인권보장이 아니라, 수형자를 구금한 상태에서 "치료"하여 "정상적인" 시민으로 만들어 사회로 내보내겠다는 것이었다. 수형자는 마치 사회에 적응하지 못한 "환자"로 간주된다. 범죄원인을 개인의 심리적 측면에서 찾으려 하는 심리학적, 정신병리학적 이론이 이를 뒷받침하였다. 교정이란 환자를 "치료"하는 것에 비유되었다. 이러한 관점은 부분적으로 행형의 완화에 이바지했음에도

4) 이수성, 사회내처우의 소개와 평가, 법무연수원 비상근위원논문집 제2집, 26면.

5) 사회내처우 프로그램들은 한결같이 구금을 위협수단으로 하여 피처우자를 통제한다. 즉 사회내 처우의 규칙을 위반하면 감옥에 구금되는 것이 통상적이다.

6) 양화식, 수형자의 법적 지위와 생활조건에 관한 연구, 「행형의 과제와 실험」, 법무부 법무자료 제120집, 46면; 박재윤, 수형자의 법적 지위에 관한 연구, 성균관대 법학박사학위논문, 1990, 7면.

7) 한인섭, 자본주의 국가의 감옥과 사회통제에 관한 연구, 서울대 박사학위논문, 1989, 232면 이하.

불구하고 교정처우에 "강제적 요소"를 결합시킴으로써 종종 수형자의 인권과 마찰을 일으키기도 하였던 것이다.⁸⁾

더구나 교정이념은 불가피하게 교정기관에게 강력한 권한을 부여하는 결과가 되었다.⁹⁾ 교정처우를 실현하기 위해서는 다양한 처우프로그램을 개발해야 하며 처우를 가능한 한 범죄자 개인의 특성에 맞게 개별화할 것을 요구하게 된다. 이것은 법률가들보다는 정신병리학, 심리학 내지 교육학 등의 전문가의 도움을 필요로 하는 것이었다.¹⁰⁾ 뿐만 아니라 처우프로그램의 실시는 수형자에게 알맞은 처우프로그램을 선택하고 이에 필요한 의사결정을 하는데 있어서 교정기관의 역할을 크게 증대시켰다. 교정기관은 고유한 구금업무와 더불어 처우라는 이름으로 수형자의 지위에 막강한 영향력을 행사하는 나름대로의 독립성을 확보하게 되었다.¹¹⁾ 이것은 교정관료체계의 강화를 초래했으며,¹²⁾ 교정관료들은 처우프로그램을 무기로 하여 수형자들을 과거보다 쉽게 통제할 수 있는 가능성을 획득하였다. 이것은 또한 반대로 수형자들이 자신에 대한 처우프로그램에 자발적으로 참여한다기 보다는 이에 순종함으로써 얻어지는 구금의 완화에 더 큰 관심을 보인다는 점과 맥락을 같이한다. 예를 들어 가석방을 허가받기 위해서는 보다 높은 수형점수를 획득하지 않으면 안 된다. 수형자는 이를 위하여 처우프로그램에 순종하는 것이며 교정관료는 이를 수단으로 수형자들을 손쉽게 통제하는 것이다.

이것이 수형자의 사회복귀라는 교정이념의 본래 취지에 부합하지 않는다는 점은 자명하다. 그러나 그럼에도 불구하고 행형단계에 있어서는 범죄자의 사회복귀에 지향된 교정이념 외에는 별다른 대안이 주장되지 않는 것 같다. 범죄자의 책임 및 일반예방적 관점은 형의 종류 및 정도와 관련하여 이미 양형단계에서 고려된다고 보는 것이 일반적인 시각이며, 행형에서는 특별예방적 고려만이 남는다고 한다.¹³⁾

문제는 행형학 및 행형의 현실이 오로지 수형자의 처우에 몰두한 교정주의 이념에 압도되어 수형자의 인간으로서의 존엄성 및 제반 헌법적 권리의 보장에 대하여 상대적으로 소홀하였다는 점이다. 역사적으로 전개되어 온 그간의 처우모델들은 스스로 "인도주의적"이라는 이름을 붙였음에도 불구하고 필연적으로 수형자의 인권보호와 결합했던 것은 아니었으며 오히려 교정이념의 적극적인 실현과 수형자의 인권보장은 상호 모순되는 측면이 강한 것으로 보인다. 범죄자에 대한 교정은 정신의학, 심리학, 교육학 등의 전문지식을 바탕으로 한 처우의 개별화, 전문화를 요구하는 것이며 이것은 교정의 문외한인 사법 혹은 법률적 통제의 영역에서 벗어날수록 더욱 효율적이라고 인식되었다. 행형은 합법성이라는 법치주의적 요구보다는 합목적성이 지배하는 영역으로 간주되었다.¹⁴⁾ 이러한 요청에 대응하는 법적 논증은 미국에서는 법원의 불개입주의(Hands-off Doctrine)로, 서독에서는 특별권력관계(Besonderes Gewaltverhältnis)의 이름으로 행하여졌다.

행형에 관한 법률을 갖고 있지 않은 미국에서는 1960년대에 이르기까지는 대체로 행형영역에서 제기되는 수형자의 권리침해 주장에 대하여 법원이 판단을 삼가하는 태도를 취해 왔다.¹⁵⁾ 이것은 불개입주의(Hands-off Doctrine)라 이름붙여졌다.¹⁶⁾ 사실 미국

8) 대표적인 예는, Kaimowitz v. Department of mental health for the State of Michigan, Civil Action No. 73-19434-AW (Cir. Ct. for Wayne Cty., Mich. 1973); Knecht v. Gillman, 488 F. 2d. 1136(8th Cir. 1973).

9) Rothman, Conscience and Convenience, 1980, p.143 이하 참조.

10) 정우식, 법률가와 사회과학자간의 냉전: K. Menninger의 관점을 중심으로, 형사정책 제2호 참조.

11) 한인섭, 자본주의 국가의 감옥과 사회통제에 관한 연구, 247면 이하.

12) 예컨대 가석방과 관련하여, Bean, Punishment, 1980, p.159.

13) Schwind / Böhm, StVollzG, 2. Aufl., §2 Rn.2ff., 5.

14) 한인섭, 자본주의 국가의 감옥과 사회통제에 관한 연구, 242-248면.

에서는 1871년 Virginia주의 Ruffin v. Commonwealth 판결¹⁵⁾ 이래로 수형자는 일체의 권리가 박탈된 노예로 간주되고 있었다. 그 판결에서 버지니아주 항소법원은 “당분간 교도소에서 복역하는 동안은 수형자는 주에 대한 형벌적 노예상태에(in a state of penal servitude to the State) 있다. 그는 범죄의 결과로 자유가 박탈될 뿐만 아니라 법이 자애로써 그에게 부여한 권리를 제외하고는 모든 개인적 권리가 박탈된다. 그는 당분간 주의 노예이다”라고 판시하였다.¹⁶⁾ 이에 따라 수형자는 시민법상 사망한 것(Civil Death)으로 간주되었다.¹⁷⁾ 수형자는 아무런 법적 권리를 가지지 않으며 실사 어떠한 권리가 주어진다 하더라도 그것은 정부의 은혜에 불과한 것이었다. 법원의 이러한 태도는 1900년대에 들어오면서부터는 접근방법을 달리하여 불개입주의로 선회하게 된다. 종전에는 수형자의 권리를 전면적으로 부정하였던데 비하여 불개입주의는 수형자가 헌법적 권리를 가지는가에 관계없이 수형자의 헌법적 권리 주장에 대하여 법원이 판단할 권한이나 의무가 없다는 태도로 일관하고 있다. 그 이유로는, 첫째 수형자의 헌법적 권리에 대한 사법심사는 입법부와 행정부의 권한에 대한 불필요한 개입으로 권력분립의 원칙을 침해하게 된다는 점,¹⁸⁾ 둘째 주감옥 수형자의 헌법적 권리 침해에 대한 소송은 연방의 관할이 아니라 주정부의 관할이므로 연방법원이 심판할 수 없다는 점,¹⁹⁾ 셋째 법원은 행정분야에 대한 전문지식이 없으므로 교도소의 운영에 대하여 법원이 간섭하는 것은 행정의 목적이나 교도소의 질서유지에 장애가 될 것이라는 점²⁰⁾ 등이 거론되었다.²¹⁾ 이러한 법원의 개입회피적 경향은 1970년대 들어 법원이 수형자의 권리 문제에 적극적으로 개입하기 전까지 그대로 유지되었다. 위의 명시적 이유 외에도 묵시적으로는 수형자의 권리 문제에 대한 사법심사를 허용한다면 수형자에 의한 남용의 위험이 있고 이것은 교도소체계의 운영에 막대한 지장을 초래할 것이라는 다분히 정치적 이유도 작용했던 것으로 보인다.²²⁾ 이러한 미국법원의 태도는 결국 행정이라는 전문 영역에 있어서 그 당시 팽배해 있던 교정주의 이념에 절대적 우위를 인정하는 결과가 되었다. 즉 범죄자의 교정이라는 목표를 위하여 - 뿐만 아니라 이와 상반되는 경향에

- 15) Kraqntz / Branham, The Law of Sentencing, Corrections and Prisoners' Rights, 4.Ed. p.266 ; 吉田敏雄, 行刑の理論, 46면.
- 16) Hands-off Doctrine이란 말은 Fritch, Civil Rights of Federal Prison Inmates, 1961, p.31에서 비롯되었다고 한다. 吉田敏雄, 行刑の理論, 63面, 각주 1번.
- 17) Ruffin v. Commonwealth, 62 Va. (21 Gratt) 790 (1871).
- 18) Ruffin v. Commonwealth, 796.
- 19) Civil Death의 개념과 범위에 대해서는, Cohen / Rivkin, Civil Disabilities : The Forgotten Punishment, 35 Federal Probation 19(1971), p.19-23.
- 20) 예컨대, Tabor v. Hardwick, 224 F.2d. 526 (5th Cir. 1955) : “연방교도소의 감독은 미연방 검찰총장 및 감옥국(Bureau of Prisons)이 담당하는 것이며, 그들이 현행 감옥규칙에 합치하는 한에서는 수형자의 권리와 특권을 보호하는데 있어서 현명하고 인도적인 재량을 행사하고 있음에 의심이 없다. 극단적인 경우를 제외하고는 법원은 감옥의 운영이나 그 규칙에 개입해서는 안 된다.”
- 21) 예컨대, U.S. ex rel. Morris v. Radio Station WENR, 209 F.2d. 105 (7th Cir. 1953) : “주 교도소의 수형자는 교도소 공무원들이 구금된 수형자를 보호하는데 있어서 광범위한 재량을 갖고 있음을 알아야 한다. 주 교도소에서 합리적으로 집행되고 있는 규칙은 연방법원의 감독권한에 속하지 않는다.”
- 22) 예컨대, Cullum v. California Dep't of Corrections, 267 F.Supp. 524 (N.D.Cal. 1967) : “항시 교도관이 질서유지를 하도록 해야 한다면 그는 자신의 민사법적 책임을 고려하지 않을 수 없을 것이고 이것은 그의 행동을 부당하게 제한하게 될 것이다. 그러한 제한은 교도관 자신 및 다른 수형자의 안전을 위협할지도 모른다.”
- 23) Krantz / Branham, The Law of Sentencing, Corrections and Prisoners' Rights, p.265-266 ; Fox, The First Amendment Rights of Prisoners, 63 J. Crim. L. C. & P.S.(1972), p.162-163.
- 24) 예컨대, Stroud v. Swope, 187 F.2d. 850 (9th Cir. 1951).

서 교도소라는 특수사회의 질서유지라는 목표와 함께 - 행정공무원들에게 광범위한 재량을 허용한 셈이다.

이와 비슷한 맥락을 독일에서도 발견할 수 있다. 독일에서는 1976년 행정법(StVollzG)이 제정될 때까지는 행정명령에 의하여 교도소를 규율하고 있었다. 그나마도 처음에는 각 주별로 행정령을 시행하여 오던 것이 1962년에 이르러서야 비로소 “복무 및 집행에 관한 명령(Dienst- und Vollzugsordnung : DVollzO)”이 발효되어 독일 전 지역에 통일적인 행정명령이 시행되었다.²⁵⁾ 이것의 성질에 관하여는 형식적으로는 행정명령이지만 특별권력관계이론에 의거하여 국가와 수형자의 관계를 규율하는 한 법규적 성질(Rechtssatzcharakter)을 가진다고 보는 것이 통설이었다.²⁶⁾ 이것은 특별권력관계를 근거로 일반적 성격의 명령에 특수성을 인정하여 실질적 법규성을 긍정하고자 하였던 것이며 그러한 점에서는 기본권 제한에 관한 법률유보의 원칙을 파기하는 것이었다. 수형자와 국가의 관계는 전통적으로 특별권력관계이론에 의하여 정립되었다. 수형자의 권리는 객관적 법의 반사에 불과한 것이고 특별권력관계 내부에서는 특별한 복종의무를 지게 되며 따라서 법률유보가 인정되지 않고 단지 특별권력관계의 목적만이 제한원리로 작용하는 것으로 보았다.²⁷⁾ 재소자 관계는 특별권력관계 중에서도 영조물이용관계로 파악되었다. 따라서 영조물이용의 목적 즉 형벌목적과 영조물의 질서유지의 필요에 의하여 법률유보 없이도 수형자의 기본권 제한이 가능하다고 보았다. 이러한 사정에서 행정법의 미비도 특별권력관계라는 이름으로 정당화될 수 있었다.²⁸⁾

서독에서 행정법 제정의 계기는 연방헌법재판소가 제공하였다.²⁹⁾ 연방헌법재판소는 1972년 결정을 통하여 “수형자의 기본권도 법률에 의하거나 법률에 기초해서만 제한할 수 있다”고 하여 법치주의의 관철을 표명하고, 그러나 “현재는 수형자에 대한 기본권 침해는 법률적 근거를 결하고 있지만 일정한 과도기 동안에는 이를 감수하여야 한다”고 하여 의회에 행정법의 제정을 촉구하였던 것이다.³⁰⁾ 이로써 종래 수형자의 지위를 규율하던 특별권력관계이론은 붕괴되었다. 1976년 제정된 행정법은 수형자의 지위에 관하여 제4조 2항에서 다음과 같이 규정하고 있다 : “수형자는 이 법률에 규정된 자유의 제한에 따른다. 이 법이 특별한 규정을 포함하지 않는 한 수형자에게는 안전의 유지를 위하여 혹은 시설의 질서에 대한 중대한 장애를 방지하기 위하여 불가결한 제한만이 부과된다.”

미국의 법원도 1960년대부터 기존의 불개입주의 노선에서 탈피하여 수형자의 헌법적 권리에 대하여 적극적으로 심사하기 시작하였다.³¹⁾ 물론 미국에서도 연방대법원에 의하여 수형자의 헌법적 권리가 승인된 것은 1970년대에 와서이다. 연방대법원은 1974년 Wolff v. McDonnell 사건³²⁾에서 수형자의 헌법적 권리를 본격적으로 승인하였다. “수형자의 권리는 시설 환경의 필요와 긴급성에 의하여 감소될 수는 있지만 수형자는 전적으로 헌법적 보호로부터 배제되는 것은 아니다. ... 헌법과 감옥 사이에는 철의 장막이 놓여 있지 않다. ... 그는 적법절차에 의하지 아니하고서는 생명, 자유 또는 재산을

- 25) Kaiser / Kerner / Schöch, Strafvollzug - Lehrbuch, 3. Aufl., S.17f.
- 26) Diepenbrock, Zur rechtlichen Bedeutung der neuen Dienst- und Vollzugsordnungen im Strafvollzug, NJW 1963, S.89f. ; Kaiser / Kerner / Schöch, Strafvollzug, S.17.
- 27) Jacobi, Die Rechtsstellung der Strafgefangenen, ZStW 50(1930), S.376ff.
- 28) Starck, JZ 1972, S.360.
- 29) Müller-Dietz, NJW 1976, S.913.
- 30) BVerfGE 33, 1 = NJW 1972, S.811 ; Müller-Dietz, NJW 1972, S.1161 ; Starck, JZ 1972, S.360.
- 31) 吉田敏雄은 그 시점을 1966년으로 잡고 있다. 吉田敏雄, 行刑の理論, 73面.
- 32) 418 U.S. 539, 94 S.Ct. 2963 (1974).

박탈당하지 않는다.”

미국이나 서독의 행형사를 보면, 1970년 대 초반을 전후하여 수형자의 법적 지위에 전환기가 마련되었다는 점을 확인할 수 있다. 이것은 상당부분 1960년대부터 활발하게 전개된 인권운동에서 영향을 받은 것으로 보인다.³³ 미국에서는 또한 1971년 발생한 Attica 감옥의 폭동도 감옥 및 수형자의 인권에 대한 관심을 증대시키는데 한 몫 한 것으로 평가된다.

3. 현행 행형법과 수형자의 법적 지위

우리나라는 이에 비하면 행형“법”을 일찍부터 제정, 시행하고 있는 셈이다. 행형법은 1950년 3월 2일 법률 제105호로 제정되었다. 동법의 제안이유를 보면 “이 법은 수형자를 격리보호하여 이를 교정교화하며 건전한 국민정신과 근로정신을 함양하고 기술교육을 실시하여 사회에 복귀케 함을 목적으로 수용, 계호, 급여, 위생, 교육, 상벌, 석방 등을 규정하기 위하여” 제정되었다고 한다.³⁴ 수형자의 사회복귀를 강조하는 교정이념이 행형법의 주도적 이념으로 정립되었다.³⁵ 이것은 행형법 제정 전까지 의용되었던 일본감옥법에 행형의 목적 내지 이념에 관한 규정이 없다는 것과 비교하면 획기적이라 평가할 수 있다. 행형법은 그 시행령이 1956년에 비로소 마련되었기 때문에 실제 적용은 그 이후부터였지만 법률만으로 보면 형법(1953년 제정)보다 행형법이 먼저 제정되었다는 점도 특이하다.

행형법은 그 후 4차례 걸친 개정을 통하여 오늘에 이르고 있다.³⁶ 1차개정은 1961년 11월 30일 국가재건최고회의에서 의결되었다. 그 주요내용은 형무소, 형무관이란 명칭을 교도소, 교도관으로 바꾼 것, 종교교회제도 및 귀휴제도의 신설을 들 수 있다. 1962년 10월의 2차개정에서는 수형자의 접견, 서신수발을 소장허가제로 규정하였다. 1973년의 3차개정은 교도소설치에 관한 규정을 정리한데 불과하고 가장 광범위한 개정은 1980년 12월의 제4차개정이었다. 수형자의 법적 지위와 관련해서는 제46조의 정벌내용을 강화한 것이 특징이다.³⁷

전체적으로 현행 행형법은 일찌기 처우행형을 표방하는 등 제정에서는 상당히 앞섰지만 아직도 처우행형을 구현하기에 미흡할 뿐만 아니라 수형자의 권리보호에 있어서도 불충분하다는 비판을 받고 있다.³⁸ 특히 열악한 처우환경 속에서 1980년의 행형법개정은 처우이념과는 달리 엄격한 보안행형의 강화라는 비난을 받아 마땅하다.

행형현실의 문제를 차치하고 최소한 법리적인 측면에서 보면 수형자의 권리보호의 문제는 수형자와 국가의 관계를 어떻게 규율하는가에 따라 직접적인 영향을 받는다. 국내의 일부 행형관계 저술에서는 이를 특별권력관계로 설명한다.³⁹ 전통적인 특별권력

33) Krantz / Branham, The Law of Sentencing, Corrections and Prisoners' Rights, p.267 ; Jacobs, New Perspectives on Prisons and Imprisonment, p.34 이하 참조.

34) 행형법 제정 국회시안 카드, 제안이유. 김화수, 행형법학, 75면.

35) 제정 당시의 행형법은 제1조에서 행형의 목적을 다음과 같이 규정하고 있다: “본 법은 수형자를 격리하여 교정교화하며 건전한 국민사상과 근로정신을 함양하고 기술교육을 실시하여 사회에 복귀케 함을 목적으로 한다.”

36) 개정경과에 관한 자세한 내용은, 김화수, 행형법학, 81면 이하 참조.

37) 정벌의 종류에서 “계고와 상우의 징지 및 취소”를 삭제하고 대신 “경고”와 “2월 이내의 접견, 서신의 금지”, “7일 이내의 감식”을 추가하였다.

38) 박재윤, 수형자의 법적 지위에 관한 연구, 성균관대 법학과 박사학위논문, 10면 ; 신진규, 행형법상의 제문제, 사법행정 1988/5, 24면 ; 남궁호경, 독일에서의 수형자의 지위와 특별권력관계론의 변천, 형사정책 제5호, 206면 ; 유남영, 현행행형법개정의 기본적 방향, 법조춘추(서울지방변호사회), 1989, 66면 ; 한인섭, 계소자의 인권과 처우, 법과 사회 제3호, 1990, 146면 등.

관계론은 국가가 포괄적인 지배권을 행사하며 기본권침해에 대한 사법심사를 부인한다. 반면에 오늘날 대부분의 행정법 문헌에서는 특별권력관계를 부정하거나⁴⁰ 혹은 수정설의 입장을 취한다.⁴¹ 이들은 전통적인 의미의 특별권력관계를 부정한다는 점에서는 일치한다. 따라서 기본권제한은 법률에 의거해서만 가능하고 권리침해에 대한 사법심사도 가능하다고 한다. 다만 후자는 종래 특별권력관계로 규율되어 오던 것을 전면 부정하기 보다는 그 합목적성을 고려하여 일반권력관계보다 권리제한의 폭을 좀더 넓히려 한다는 점에 차이가 있다. 이에 따라 행형관계에 대해서도 전통적인 특별권력관계를 부정해야 한다고 주장하는 문헌들이 나오게 되었다.⁴²

그러나 행형법 및 행형의 현실은 전혀 여기에 부합하지 않는 듯하다.⁴³ 현행 행형법은 형식적으로는 법률의 모습을 띠고 있지만 내용적으로는 대부분의 규정이 행형당국의 업무지침적 성격을 강하게 가지고 있으며 수형자의 권리 및 권리제한의 근거와 함께 등 수형자의 권리보호에 관련된 규정은 찾아볼 수 없다. 행형법은 어느 조문 하나 수형자를 주체로 등장시킨 것이 없다. 행형법에서 인정되는 권리구제절차 역시 너무나 미약한 수준에 머물러 있어 실효성이 의심스럽다. 법리적으로는 수형자에게 행정소송의 길이 열려 있다고는 하지만 극히 일반론적 이야기일 뿐이다. 행형 특히 수형자의 권리에 관계된 소송은 거의 찾아 볼 수 없을 정도이다.⁴⁴ 현행 행형법은 법률이라는 외관에도 불구하고 내용적으로는 전통적인 특별권력관계를 실현하고 있다고 보아도 과언이 아닐 것이다.

4. 이 글의 목적과 연구범위

이러한 문제의식에서 출발하여 이 글에서는 수형자의 법적 지위를 확립하기 위한 법이론적 분석을 하기로 한다. 먼저 특별권력관계이론을 비판적으로 검토함으로써 법치주의행형이론을 모색하고, 행형을 구성하는 두가지 축인 구금과 처우라는 행형이념이 수형자의 권리보장과 어떠한 관계에 있는지를 분석하게 될 것이다. 이 글은 우선적으로 앞으로 있게 될 행형법 개정을 위한 행형법이론을 제공하기 위한 것이다. 수형자의 권리에 대한 구체적인 내용은 이 글의 범위에서 제외하기로 한다.

이 글은 “수형자”를 대상으로 하여 그 법적 지위를 고찰한다. 범죄로 인하여 혹은 범

39) 에컨대, 허주옥, 행형학, 1989, 73면: “수형자는 국가의 형벌권에 의하여 교도소에 수용된 자로서, 교도소와 그들과의 관계는 국가의 일반적 통치관계로서 국민이 부담하고 있는 지위 이외에 교도목적 달성상 발동되는 특별권력관계에 의하여 복종하여야 할 지위를 가지고 있다”; 신왕식, 새행형학, 79면도 이와 비슷하다.

40) 이상규, 행정법요론, 1980, 70면 ; 변재옥, 행정법요론(1), 1989, 163면.

41) 김남진, 행정법 I, 1990, 139면 ; 석중헌, 일반행정법(상), 1990, 227면 ; 김도창, 일반행정법론(상), 1992, 264면.

42) 행형관계를 다루면서 전통적인 특별권력관계를 부정하는 문헌으로는, 박재윤, 수형자의 법적 지위에 관한 연구, 61면 ; 양화식, 수형자의 법적 지위와 생활조건에 관한 연구, 법무자료 제120집 행형의 과제와 실험, 1989, 51면 ; 유남영, 감옥과 인권, 대한변협 편, 인권보고서 제3집(1988), 276면 이하.

43) 비록 정치범에 한정된 이야기이지만, 유남영, 감옥과 인권, 대한변협 편, 인권보고서 제3집(1988), 285 - 327면에 나오는 사례들은 주목할 만하다.

44) 그러나 최근 미결수들을 중심으로 한 것이기는 하지만 교도소의 생활조건에 대한 소송이 나타나고 있음은 무척 반가운 일이다. 예를 들어 서울고등법원 1992. 9. 18 판결, 92 구 13198 (법원의 허가없이 한 미결수용자의 이송처분취소청구사건), 대법원 판결 1992년 5월 8일, 91 누 7522 (미결수인 김근태씨가 제기한 접견허가거부처분취소청구사건). 이밖에도 수형자나 구속피고인인 아니지만 민가형 회장이 수형자에 대한 영치금교부불허처분취소청구를 한 사건도 있었다(서울고법 1993. 3. 4. 판결, 92 누 18339).

죄와의 관련 때문에 (교정)시설에 구금되는 경우는 여러가지가 있지만, 여기에서는 법원에서 자유박탈을 내용으로 하는 형의 선고를 받아 그 집행을 받는 자를 수형자로 부르기로 한다. 따라서 미결구금(Untersuchungshaft) 수용자는 제외된다. 미결구금은 형사절차에서 피의자 및 피고인의 출석을 확보하기 위한 수단이므로 유죄판결에 의한 형의 집행과는 구분되어야 하기 때문이다. 물론 현행 행형법은 미결수용의 경우도 함께 규정하여 별도의 규정이 없는 한 수형자에 관한 규정을 준용하도록 하고 있고(행형법 제62조), 미결수용중인 피고인에게 실형이 확정되면 미결구금기간이 형기에 통산되는 등 미결수용과 행형은 신체의 자유를 제한하여 구금한다는 점에서는 비슷하고 실제로 밀접한 관계가 있는 것은 사실이다. 그렇지만 미결수용자의 법적 지위는 헌법상 무죄추정을 받는다는 점(헌법 제27조 4항)에서 수형자의 그것과는 구별하는 것이 타당하다.⁴⁵⁾ 미결구금일수의 형기산입은 구속이 신체의 자유를 제한한다는 점을 고려한 것에 불과하며⁴⁶⁾ 미결구금과 형벌이 연속선 상에 있음을 의미하는 것은 아니다. 따라서 미결수용자에 대해서도 수형자에 관한 규정을 준용하도록 한 현행 행형법의 태도 역시 근본적으로 의문이다.⁴⁷⁾

45) 이미 헌법재판소도 행형법 제62조에 의하여 행형법 제18조 3항을 피고인의 변호인 접견을 제한하는데 준용한 점에 대하여 변호인의 조력을 받을 권리를 침해하였다 하여 위헌결정을 내린 바 있다. 헌재 1992. 1. 28. 91 헌마 111.

46) 이재상, 형사소송법, 234면.

47) 예를 들어 독일에서는 행형법(StVollzG)은 전적으로 형벌의 집행에만 관계되며, 미결구금의 경우는 별도의 규정(Untersuchungshaftvollzugsordnung)을 두어 규율하고 있다.

II. 특별권력관계이론의 비판적 검토와 법치주의적 행형

1. 특별권력관계이론과 수형자 규율방식

(1) 전통적인 특별권력관계이론에 의한 수형자 규율방식

1) 전통적 특별권력관계이론

특별권력관계이론은 19세기 중반경 독일에서 성립되었다. 그것은 입헌군주제 하에서 행정권의 주체인 국가에 입법권과 사법권으로부터 자유로운 영역을 확보해 주기 위함이었다. 법률은 시민 상호간 또는 국가와 시민간의 관계를 규율하는 것으로 여기에는 법치주의가 전면타당하지만, 국가의 행정내부관계에는 법률이 미치지 않고 따라서 법원의 통제로부터도 자유로운 영역이 설정된다는 것이다.⁴⁸⁾ 독일의 문헌에서 특별권력관계이론의 창시자로는 Otto Meyer⁴⁹⁾를 든다.⁵⁰⁾ 그는 특별권력관계를 가리켜 “공행정의 특정한 목적을 위하여 특별한 관계에 속한 모든 개인에 대하여 정립된 강화된 종속성”⁵¹⁾이라고 규정하였다. 바로 이 이론의 기능은 일반권력관계와 구별하여 군대나 공무원과 같이 국가에 대한 관계에 있어서 보다 강력한 복종과 충성이 요구되는 분야에 대하여 법치주의적 요청의 배제를 정당화한다는 데에 있다.⁵²⁾ 즉 특별권력관계의 복종자에 대해서는 국가가 법률의 구체적 근거 없이도 명령이나 강제, 징계 등을 할 수 있다는 것이다. 이것은 법규의 성격을 갖지 않은 행정규칙에 의하여 행해진다.⁵³⁾

O. Meyer는 이러한 특별권력관계의 특징을 “공행정의 목적이 요구하는 바에 따라야 하는, 개인의 자유가 제한된 상태”라고 지적한 바 있다.⁵⁴⁾ 여기에서는 특별권력 주체의 포괄적 지배권이 인정된다. 포괄적 지배라 함은 특별권력관계에 편입된 자에 대해서 당해 행정목적에 필요한 범위에서는 법률적 근거 없이도 행정명령 등의 방식에 의하여 기본권을 제한할 수 있다는 의미이다. 일반적으로 전통적 특별권력관계이론의 주요 내용은 다음과 같이 요약된다 :⁵⁵⁾

- ① 특별권력관계에는 행정의 합법성 원칙이 적용되지 않는다.
- ② 특별권력관계에서는 무엇보다도 기본권이 인정되지 않는다.
- ③ 특별권력관계 내에서의 명령은 행정내부적인 행정규칙 및 지시의 형식으로 행해진다.
- ④ 이러한 행정규칙 및 지시에 대해서는 법원에서 다툴 수 없다.

이러한 특별권력관계이론에 대해서는 서독기본법(Grundgesetz) 제정 이후 비교적 늦

1) 행정권력의 주체인 국가는 하나의 폐쇄된 권리주체로 인식되었으며 따라서 국가는 시민에 대한 외적 관계에 있어서는 법치주의의 적용을 받지만 국가의 내부관계에 있어서는 법이 침투할 수 없다는 소위 “불침투설(Impermeabilität)”이 그것이다.

2) O. Meyer, Deutsches Verwaltungsrecht, Bd. 1, 3. Aufl., 1924, S.101f.

3) Stern, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, III/1, 1988, S.1377.

4) O. Meyer, a.a.O., S.101.

5) Kempf에 의하면 많은 사람들이 특별권력관계를 마치 중세의 영주권에 비유하였다고 한다. Kempf, JuS 1972, S.702.

6) Maurer, Allgemeines Verwaltungsrecht, 6.Aufl., 1988, §8, Rn.27.

7) O. Meyer, a.a.O., S.102.

8) Ronellenfitsch, Das besondere Gewaltverhältnis - ein zu früh totgesagtes Rechtsinstitut, DÖV 1981, S.935 ; 김남진, 행정법의 기본문제, 1989, 88면 이하.

계 비판이 시작되었다.⁹⁾ 그 이전까지는, 즉 기본권의 확고한 보장을 다짐했던 독일 바이마르시대에도 이 이론은 그대로 유지되었다.¹⁰⁾

2) 전통적 특별권력관계이론에 의한 수형자와 국가의 관계

특별권력관계이론이 행형에도 그대로 적용되었음은 물론이다. 범치주의가 배제되는 특별권력관계를 일반권력관계와 구분하는 경계선은 불명확할지라도 수형자와 국가의 관계를 특별권력관계라고 보는 데에는 이의가 없었다.¹¹⁾ 행형은 그 중에서도 영조물이용관계(Anstaltsnutzungsverhältnis)로 파악된다.

제2차 대전 이전에 독일에서 전통적인 특별권력관계이론을 수형자수용관계에 적용한 대표적인 학자로는 Jacobi¹²⁾를 들 수 있다. 그는 수형자가 자신의 인격과 능력을 형벌 목적의 달성을 위하여 무조건 국가권력에 위탁한 것으로 보았던 과거의 견해¹³⁾에 반대하고 “행형은 특수한 법률관계(ein besonderes Rechtsverhältnis), 즉 법에 의하여 특정되고 한계지워진 양 권리주체의 생활관계”¹⁴⁾라고 보았다. 그러나 그는 수형자가 가지는 권리의 속성을 일반적인 주관적 공권으로 보는 견해¹⁵⁾는 너무 성급하다고 반박한다. 주관적 공권의 본질은 구제수단(Rechtsschutzmittel)이 존재하는가 여부에 달려 있는데 공행정상의 법률관계로 특징지워진 행형에 있어서는 그러한 권리구제수단이 존재하지 않기 때문에 최소한 해석론상으로는 수형자에게 주어진 권리는 주관적 공권이 아니라 단지 객관적 법의 반사에 불과하다고 보아야 한다는 것이다.¹⁶⁾ 행형에서는 그 목적의 범위에서 법률유보의 원칙이 적용되지 않으며 수형자에게는 특별한 복종의무가 부과된다. 즉 특별권력관계의 범위 내에서는 수형자에 대하여 행정권이 자유롭게 발동할 수 있고 다만 그 범위를 일탈하는 경우에만 법률유보의 원칙에 기속된다는 것이다. 그러므로 여기에서는 행형이라는 특별권력관계의 목적과 범위를 확정하는 것이 중요한 문제가 된다. 이에 대하여 Jacobi는 그것은 곧 행형목적에 말하며 행형의 목적으로는 우선 형벌목적의 실현으로서 응보 및 교역형의 실현, 그리고 교도소의 규율과 질서유지를 들 수 있다고 한다.¹⁷⁾

(2) 특별권력관계이론의 변질

1) 특별권력관계이론의 수정시도들

이러한 전통적인 특별권력관계이론에 대해서는 서독 기본법 제정 이후 1950년대 중반부터 본격적인 비판이 일게 된다. 1950년 Forsthoff는 “특별권력관계에는 범치국가

9) Stern, Das Staatsrecht, III/1, S.1379f. ; Kiepe, DÖV 1979, S.400.
10) Ronellenfitch, DÖV 1981, S.935 ; Loschelder, Vom besonderen Gewaltverhältnis zur öffentlich-rechtlichen Sonderbindung, 1982, S.144f.
11) von Münch, JZ 1958, S.72f. ; Tiedemann, Die Rechtsstellung der Strafgefangenen nach französischem und deutschem Verfassungsrecht, 1963, S.91f. ; Weiß, ZfStrV 1958/59, S.266f.
12) Jacobi, Die Rechtsstellung der Strafgefangenen, ZStW 1930, S.376ff.
13) 이를 Jacobi는 “사실적 권력관계(ein tatsächliches Machtverhältnis)”이론이라고 칭했다. Jacobi, ZStW 50, S.376.
14) Jacobi, ZStW 50, S.377.
15) 에컨대, Kriegsmann, Einführung in die Gefängniskunde, 1912, S.161 ; Frede, Gefängnisrecht, in : Handwörterbuch der Rechtswissenschaft II, 1927, S.613.
16) Jacobi, ZStW 50, S.381f.
17) Jacobi, ZStW 50, S.395ff.

의 틈새가 갈라져 있다”¹⁸⁾는 말로서 전통적인 특별권력관계이론에 범치주의적 수정을 가할 것을 주장하였다. 이후 특별권력관계이론은 종종 “관권국가(Obrigkeitsstaat)의 유물”,¹⁹⁾ “범치국가 이전 시대의 잔여분”²⁰⁾ 혹은 “기본권의 새싹에 기생하는 존재”²¹⁾ 등의 표어로 비난되면서 각각의 “흠결”부분을 치유하려는 시도가 진행되었다.

먼저 기본권의 효력에 있어서는, 고전적인 특별권력관계이론이 국가의 절대적 고권에 근거한 이론으로서 개념상(per definitionem) 기본권보호를 부정하였지만 이미 그 당시에도 특별권력관계가 적용되는 경우에 기본권이 효력이 없다고 추론하는 것이 정당한가 하는 의문이 있었다고 한다.²²⁾ 서독 기본법 하에서는 특별권력관계 내에서도 헌법상의 기본권 조항이 적용된다는 점에는 더 이상 논란이 없다.²³⁾ 그러나 특별권력관계에 편입된 자의 기본권 행사는 해당 권력관계의 목적에 필요한 한에서 제한될 수 있다고 보는 것이 통설이었다.²⁴⁾

따라서 논란은 법률유보의 원칙과 관련하여 특별권력관계에서는 법률에 의하지 않고서도 기본권의 제한이 가능한가의 문제로 귀착되었다.²⁵⁾ 기본법 제정 후 20여년간은 행정의 합법성 원칙을 규정한 서독기본법 제20조 3항에도 불구하고 특별권력관계에는 그것이 적용되지 않는다는 명제가 별다른 비판없이 유지된 것으로 보인다. 이는 특별권력관계의 대표적인 것이라 할 수 있는 공무원이나 군대의 근무관계에 대해서는 이미 법률로써 그 권리관계를 비교적 상세히 규정하고 있었다는 사실과도 무관하지 않다고 한다.²⁶⁾ 이로써 1976년 행형법(StrVollzG)이 제정되기 전까지 법률적 기초가 없었던 행형에 대하여 행정명령²⁷⁾으로 수형자의 권리를 제한하는 관행을 정당화시켜 줄 수 있었다. 여기에서는 실질적 법률개념을 둘러싸고 Hans J. Wolff가 주장한 특별명령(Sonderverordnung)의 개념이 중요한 역할을 하였다. 특별명령이란 “국가기관, 자치단체, 독립적 영조물이 특별권력관계의 규율을 위하여 일방적, 권력적으로 발한 추상적이고 대개는 일반적인 명령”²⁸⁾으로서 통상의 행정명령과는 달리 법규적 성격(Rechtssatzcharakter)을 갖는다고 본다. 이것은 특별권력관계 내에서 그 목적수행을 위하여 발해진 행정명령 중에서 일반적 성격의 것에 대하여 법규로서의 성질을 인정함으로써 특별권력관계에 대한 법률유보의 원칙의 적용을 회피하고자 하는 것이었다.²⁹⁾ 당시 행형을 규율하던 각주의 행정명령, 그리고 1962년의 복무 및 집행에 관한 명령(DVollzO)의 법적 성질에 대해서도 이를 특별명령이라고 보는 것이 다수의 견해였다고

18) Forsthoff, Lehrbuch des Verwaltungsrechts, Bd.1, 1. Aufl., 1950, S.104.
19) Becker, Verwaltung und Verwaltungsrechtsprechung, VVDStRL 14, 1956, S.96.
20) Partsch, Verwaltungsprinzipien und Verwaltungsinstitutionen, 1958, S.24f.
21) Hildegard Krüger, ZBR 1956, S.309.
22) Stern, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, III/1, S.1378.
23) Ronellenfitch, DÖV 1981, S.936, 특히 각주 24번 참조.
24) von Münch, Freie Meinungsäußerung und besonderes Gewaltverhältnis, Diss. Frankfurt/M., 1957, S.34ff. ; Hans Peters, Geschichtliche Entwicklung und Grundfragen der Verfassung, 1969, S.299ff. ; Martens, ZBR 1970, S.200ff. ; Ronellenfitch, DÖV 1981, S.936.
25) 법률유보논쟁은 서독 기본법의 경우 우리 헌법 제37조 2항 전단부, 즉 “국민의 모든 자유와 권리는 국가안전보장, 질서유지 또는 공공복리를 위하여 필요한 경우에 한하여 법률로써 제한할 수 있으며”에 해당하는 규정이 없기 때문에 발생한 것으로 보인다.
26) Ronellenfitch, DÖV 1981, S.936.
27) 1934년 행형령(VollzVO), 1962년 복무 및 집행에 관한 명령(DVollzO) 등.
28) Wolff, Verwaltungsrecht I, 1. Aufl., 1956, §25 VIII a 1.
29) 특별명령론은 이후 Böckenförde / Grawert, Sonderverordnungen zur Regelung besonderer Gewaltverhältnisse, AÖR 95 (1970), S.1ff. ; Wolff / Bachof, Verwaltungsrecht I, 9.Aufl., §25 VIII 로 계승발전되었다.

한다. 30

특별권력관계의 틀을 유지하면서도 여기에 사법적 통제의 여지를 마련해 주려는 또 다른 수정노력은 Carl Hermann Ule³¹에게서 비롯되었다. 그는 특별권력관계의 내용을 기본관계(Grundverhältnis)와 경영수행관계(Betriebsverhältnis)로 구분하였다. 32 전자는 특별권력관계의 성립, 변경, 종료에 관한 법률관계이고 후자는 경영수행질서의 효력에서 연유하는 법적 관계를 일컫는다. 특별권력관계의 특수성은 바로 "경영수행관계"의 존재에 있다고 본다. 그것은 특별권력관계의 목적을 위하여 요구되는 개인과 국가간의 긴밀한 관계를 의미하기 때문이다.

기본관계에는 예컨대 공무원의 임명·파면, 군인의 입대와 재대, 국공립학교에의 입학, 수형자에 대한 형의 집행 등이 포함되는데 이러한 법률관계는 본질적으로 특별권력관계에 고유한 것은 아니므로 법치국가적 권리보호가 인정되어야 함은 명백하다고 한다. 33

그렇지만 경영수행관계에는 특별권력관계의 기능성(Funktionsfähigkeit)이라는 이익이 화체되어 있기 때문에 기본권보호라는 법치국가사상이 항상 우선하는 것은 아니라는 것이다. 따라서 경영수행관계에 있어서 법원에 의한 권리보호를 인정할 것인가의 문제에 대해서는 각 특별권력관계의 성격에 따라 결정되어야 할 문제라고 보게 된다. 이 문제에 있어서 Ule는 기본적으로 이익형량의 방법을 취하였다. 공무원관계나 개방적 영조물관계에서는 행정법원에 의한 권리보호를 부인해야 한다고 본다. 그 이유는 불법한 처분에 대하여 특별권력관계 복종자가 특별한 위험없이 자신의 소속세계에서 벗어남으로써 대항할 수 있기 때문이라고 한다. 반면에 군복무관계와 폐쇄적 영조물이용관계에서는 행정소송을 인정한다. Ule는 그 전형적인 경우로 수형자관계를 들었다. 34 수형자관계에서 형집행의 기본적 방식이나 기간은 기본관계에 속한다. 여기에서 경영수행관계란 결국 행형방식을 의미하는데 이것은 당시 형사법원의 통제대상이 아니었으며 따라서 기본법 제19조 4항에 의하여 행정소송의 구제방법을 인정해야 한다고 보았다. 폐쇄적 영조물이용관계의 경우 불복종은 더 큰 침해로 가져올 것이며 명령권자도 항상 권한남용의 위험에 빠져 있기 때문이다. Ule는 다음과 같이 말한다: "영조물의 폐쇄성은 따라서 법적 보호에 의하여 극복되어야 한다. 이 경우 영조물의 제조자는 영조물 외부에 존재하는 그리고 영조물이 경영과 관계없는 제도적 장치에 의하여 법적 보호를 구할 가능성을 가져야 한다." 35

이러한 과정을 통하여 수정된 특별권력관계이론의 명제는 다음과 같이 요약될 수 있을 것이다: 36 ① 법률유보원칙은 특별권력관계에서도 널리 실현되고 있지만, 그럼에도 행정권이 법률적 근거없이 자유와 재산에 대한 침해를 가하는 것도 용인된다. ② 기본권은 특별권력관계에서도 적용된다. 그렇지만 그 행사는 각 특별권력관계의 목적에 의하여 제한된다. ③ 특별권력관계에서 행정권은 법규(특별명령)를 제정할 수 있는 독자적인 권한을 가진다. 이것은 경영수행관계에 관한 구체적이고 개별적인 명령과 마찬가지로 행정내부적인 것에 그치는 일반적인 행정명령과는 구별되어야 한다. ④ 법적 보호는 기본관계에 관한 처분에 대해서만 가능하다.

30) Tiedemann, Die Rechtsstellung, 1963, S.57ff. ; Diepenbrock, NJW 1963, S.90.
31) Das besondere Gewaltverhältnis, VVDStRL 15(1957), S.133ff.
32) Ule, VVDStRL 15, S.152ff.
33) Ule, VVDStRL 15, S.155.
34) Ule, VVDStRL 15, S.162ff.
35) Ule, VVDStRL 15, S.163.
36) Ronellenfitsch, DÖV 1981, S.937.

2) 1972년 BVerfG의 결정과 특별권력관계이론의 붕괴

1972년 3월 14일의 서독 연방헌법재판소의 결정³⁷은 수형자의 법적 지위에 획기적인 전환점을 마련해 주었을 뿐만 아니라 특별권력관계이론 일반에 대해서도 상당한 영향을 미쳤다.

행형에 관한 법률이 존재하지 않는 독일의 상황에서 이 결정은 수형자의 기본권도 법률에 의하거나 법률에 기초한 수권에 의해서만 제한할 수 있음을 천명하였다: "기본법 제1조 3항에서 기본권은 입법, 행정, 사법에 대하여 직접적 구속력을 지닌 것으로 규정되어 있다. 행형에서 기본권이 임의로 혹은 재량에 의하여 제한될 수 있다고 한다면 이것은 위의 국가권력에 대한 포괄적인 기속원칙에 반하게 될 것이다. 제한은 그것이 기본법의 가치질서에 의하여 포섭되는 공동체관련 목적의 달성을 위하여 필수 불가결하고 그에 대해 헌법적으로 규정된 형식에 의하여 행해질 때에만 고려될 수 있다. 수형자의 기본권은 따라서 법률에 의해서 혹은 법률에 기초해서만 제한될 수 있다. 물론 여기에서 법률은 - 가능한 한 엄격히 제한된 - 일반조항(Generalklausel)을 포기할 수는 없다." 38

헌법재판소의 이러한 헌법 해석은 당시 통설로서 법률유보의 원칙을 배제하던 특별명령설을 부인하는 것이다. 39 이 결정에 대한 학계의 반응은 압도적인 찬성이었다. 40 일부 반론이 있었지만 본질적인 것은 아니었으며, 41 이 결정을 계기로 학자들은 "특별권력관계와의 결별(Abschied vom besonderen Gewaltverhältnis)"을 고했고 여기에도 법치주의가 전면 타당하다는 견해가 급속히 확산되었다. Ronellenfitsch는 이 결정이 특별권력관계이론에 미친 영향을 다음과 같이 평가하였다: ① 법률유보는 특별권력관계에도 타당하다. ② 기본권의 행사도 특별권력관계에서는 법률에 의하거나 법률에 기초해서만 제한할 수 있다. ③ 행정부의 독자적인 법규제정권한은 특별권력관계에서는 존재하지 않는다. ④ 특별권력관계 내부의 처분에 대해서도 권리침해시에는 법적 보호가 주어진다. 42 이제 법치주의 헌법에서 일종의 특권을 누렸던 전통적인 의미의 특별권력관계이론은 사라졌다.

3) 특별권력관계이론의 재구성 시도

그러나 최근 독일에서는 다시 특별권력관계이론이 가지는 고유한 의미를 재조명하려는 시도가 강력해졌다. 43 그들은 1972년 3월 14일의 결정을 두고 다수의 문헌에서 "특별권력관계에 대한 사망선고"라 평했던 것을 너무 성급했다고 말한다. 44

37) BVerfGE 33, 1.
38) BVerfGE 33, 1 = NJW 1972, S.811ff., 812.
39) Kiepe, DÖV 1979, S.403.
40) Maetzel, DÖV 1972, S.561ff. ; Starck, JZ 1972, S.357ff. ; Kempf, JuS 1972, S.701ff. ; Erichsen, VerwArch 1972, S.441ff. ; Müller-Dietz, NJW 1972, S.1161ff. ; Fuß, DÖV 1972, S.765ff. ; Rupprecht, NJW 1972, S.1345ff. ; Krebs, Vorbehalt des Gesetzes und Grundrechte, 1975, S.127ff. ; Rupp, JuS 1975, S.609ff. ; Hoffmeyer, Grundrechte im Strafvollzug, 1979, S.104. ; Kiepe, DÖV 1979, S.399ff.
41) Peters는 당시 행형이 과연 법률적 근거가 없었는가에 대하여 의문을 제기한다. 여기에서는 특히 1934년 행형령(VollzVO)이 문제되는데 이에 대하여 헌법재판소가 검토하지 않았다고 한다. Peters, Freiheit und Gebundenheit des Strafgefangenen, JR 1972, S.489ff. 이와 비슷하게 1934년 행형령이 법률적 효력을 지니고 있었던 것으로 보는 견해로는, Quedenfeld, JZ 1972, S.431f.
42) Ronellenfitsch, DÖV 1981, S.938 ; 이와 비슷하게 Kiepe, DÖV 1979, S.402f.
43) 이러한 입장은 오늘날 독일에서 다수의 위치를 차지하고 있는 것으로 보인다.

법치주의 하에서 특별권력관계건 일반권력관계건 간에 모두 법률관계임에는 틀림없다. 그러나 특별권력관계라는 것이 입법자에 의해서가 아니라 학문에서 만들어진 법제도라는 점을 감안할 때 특별권력관계는 여전히 헌법적, 그리고 행정법적 범주로서 고려되어야 한다는 것이 그들의 주장이다. 이들은 특별권력관계에도 법치주의가 타당하다는 점에는 이의를 제기하지 않는다. 그러나 그렇다고 하여도 특별권력관계의 사물구조(Sachstruktur)는 변하지 않는다는 것이다. "인간은 사회학적으로 볼 때 국가 외에도 여러 질서 속에서 살게 되며 거기에는 고유한 법칙이 존재한다. 국가에 의하여 실현되어야 할 목적도 종종 목적실현에 지향된 특수한 인적 결합질서를 필요로 한다. 지금까지 특별권력관계라는 개념으로 파악되었던 결합질서가 현실에 존재한다는 점은 아무도 부정할 수 없다."⁴⁴ 이러한 사실로부터 법적 추론을 해 보면, 특별권력관계의 특수성은 바로 여타의 권리의무와 구별되는 법적으로 승인된 특수한 지위를 전제로 한다는 점에 있다고 볼 수 있다. 결국 특별권력관계를 인정하는 법질서는 내적 모순을 피하기 위하여 그 법적 특수성을 고려해야 한다는 것이다. 여기에서 법적 특수성, 즉 특별권력관계의 사물구조란 국가에 대한 보다 긴밀한 관계 그리고 강화된 의무성에서 찾을 수 있다.⁴⁵

법적 평등을 전제로 한 국가와 개인간의 일반법률관계와 다르게 "일정한 목적수행을 위한 긴밀한 결합관계"로 특정지워지는 법질서 - 바로 특별권력관계이론이 적용되는 법질서 - 도 헌법에 의하여 승인되고 있다는 점에는 이견이 없다.⁴⁶ 이것은 법치주의의 예외로서의 특별권력관계가 인정된 것이 아니라 그 기능성(Funktionsfähigkeit)이 헌법상 보장되고 있다는데 의미가 있다.⁴⁷ 이점은 또한 독일 연방헌법재판소의 판례에 대해서도 승인된다고 본다. 즉 헌법재판소는 위 결정에서 입법자에 의하여 법률이 제정될 때까지 과도기 동안은 위헌적인 상황을 "감수"해야 한다고 판시하였을 뿐만 아니라 수형자의 기본권을 "법률"의 일반조항(Generalklausel)에 의하여도 제한할 수 있음을 인정하고 있기 때문이다. 결국 이것은 종래 특별권력관계라고 불리던 것에 법치주의 원칙을 적용한다고 하더라도 특별권력관계의 사물논리적 가치를 도외시할 수는 없다는 것을 의미한다. 따라서 용어를 바꾸어 이를 "특별신분관계(Sonderstatusverhältnisse)" 혹은 "특별행정법관계(verwaltungsrechtliche Sonderverhältnisse)" 등으로 부르는 것도 그 자체로는 아무런 해결책이 되지 못한다.

가. 헌법적 범주로서의 특별권력관계

44) Ronellenfitsch, DÖV 1981, S.938 ; Loschelder, Vom besonderen Gewaltverhältnis zum öffentlich-rechtlichen Sonderbindung, 1982, S.2 ; Benda, Zum Freiheitsbegriff des Grundgesetzes, 1983, S.11 ; Merten, in : Carstens-FS, Bd.2, 1984, S.729f. ; Ule, in : Merten(Hrsg.), Rechtsschutz im besonderen Gewaltverhältnis, 1985, S.81 ; v. Munch, in : Erichsen / Martens(Hrsg.), Allgemeines Verwaltungsrecht, 8.Aufl., 1988, §3 II.2.

45) Ronellenfitsch, DÖV 1981, S.938f.

46) Ronellenfitsch, in : Merten(Hrsg.), Das besondere Gewaltverhältnis, 1985, S.37 ; Merten, in : Merten(Hrsg.), Das besondere Gewaltverhältnis, S.56f. ; Loschelder, in : Isensee / Kirchhof, §123, Rn.8ff. 더욱 자세한 내용은, Loschelder, Vom besonderen Gewaltverhältnis zur öffentlich-rechtlichen Sonderbindung, S.183ff.

47) Stern, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland III/1, S.1379f. ; Hesse, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 16.Aufl., 1988, Rn.321ff. ; Scholz, in : Maunz / Dürig, Grundgesetz - Kommentar, Art.12, Rn.291.

48) Ronellenfitsch, DÖV 1981, S.939 ; ders, DÖV 1984, S.782 ; Loschelder, Vom besonderen Gewaltverhältnis zur öffentlich-rechtlichen Sonderbindungen, S.376ff. ; ders, in : Isensee / Kirchhof, Handbuch V, §123, Rn.25ff.

헌법적 가치질서 속에 특별권력관계의 기능성이 보장되고 있다고 보는 한 특별권력관계는 여전히 헌법적 범주로서 의미를 지니고 있다.⁴⁹ 그것은 물론 법치주의의 예외로서가 아니라 기본권의 한계에만 관여한다. 우선 헌법상 기본권에 대한 내재적 한계로서 특별권력관계는 필요하다고 본다. 헌법은 특별권력관계의 유지에 필수적인 기본권 제한을 허용할 수 밖에 없는데 이 때 특별권력관계의 특수성을 고려하지 않는다면 그 근거와 기준을 제시할 수 없게 된다는 것이다. 이것은 헌법에서 기본권보장과 특별권력관계의 기능성보장이라는 양자 중 어느 것을 일반적으로 포기할 수 없는 한 헌법적 통일성을 기하기 위한 "실천적 조화(praktische Konkordanz)"의 방법에 의할 수 밖에 없다.⁵⁰ 실천적 조화의 방법은 각 특별권력관계의 특수한 사물구조를 개별적으로 고려할 것을 요구한다.⁵¹

예컨대 행형의 경우 수형자의 직업선택의 자유나 거주이전의 자유, 집회의 자유 등은 그것이 행형제도의 기능성과 충돌하는 한 본질적으로 제한될 수 밖에 없다.⁵²

그러나 기타의 자유권에 대해서는 행정목적의 요구에 대하여 처음부터 그러한 자유권이 배제 내지 제한되는 것은 아니다. 결국 특별권력관계의 목적달성을 위하여 어느 정도의 기본권 제한이 요구되는가의 문제는 개별적, 구체적으로 판단할 수 밖에 없는 문제가 된다. 이에 대해서는 헌법상 일치된 원칙이 존재하지 않는다. 다만 1972년 헌법재판소의 결정⁵³이 명백히 밝혔듯이 여기에서는 "기본권제한을 위하여 헌법에서 요구하고 있는 절차와 방식에 따라야 한다"는 법률유보원칙이 적용되어야 함은 물론이다.

나. 행정법적 기준으로서의 특별권력관계

법률유보원칙은 특별권력관계에도 그대로 타당하다. 그러나 이 헌법원칙에서는 예컨대 수형자의 권리와 관련하여 행형법에 어느 정도의 구체적인 규정이 필요한가 하는 기준이 도출되지는 않는다. 이것은 행정법의 영역에 속하는 문제로서 여기에서 특별권력관계는 의미를 지닌다고 한다.⁵⁴ 보다 구체적으로는 법률유보의 범위와 일반조항에서 문제된다.

법률유보의 범위에 관련하여 독일 연방헌법재판소는 소위 "본질유보설(Wesentlichkeitstheorie)"이라는 것을 발전시켰다.⁵⁵ 이에 의하면 본질적인

49) Stern, Das Staatsrecht III/1, S.1392f., 특히 1394 ; Merten, in : Carstens-FS, Bd.2, S.721ff. ; Loschelder, in : Isensee / Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts V, §123, Rn.24ff., 37ff.

50) Stern, Das Staatsrecht III/1, S.1392.

51) Loschelder, Vom besonderen Gewaltverhältnis zum öffentlich-rechtlichen Sonderbindung, S.375ff.

52) 자세한 내용은 Bleckmann, Zum Sonderstatus insbesondere der Straf- und Untersuchungsgefangenen, DVBl 1984, S.991ff. 이 때 Loschelder는 권리의 본질적인 내용을 침해할 수 없다는 헌법규정(독일 기본법 제19조 2항, 우리의 경우 헌법 제37조 2항 후단)은 적용되지 않는다고 한다. 그 이유는 그 규정은 국가의 외적 행위에 대해서 한계를 설정하는 것이고 개인과 국가의 밀접한 결속이 요구되는 국가내부적 질서는 그 적용범위 밖에 있기 때문이라고 한다. Loschelder, Handbuch des Staatsrechts V, §123, Rn.32 ; ders, Vom besonderen Gewaltverhältnis zum öffentlich-rechtlichen Sonderbindungen, S.415f.

53) BVerfGE 33, 1 = NJW 1972, S.811ff.

54) 특히 Ronellenfitsch, DÖV 1984, S.782ff.

55) 연방헌법재판소가 본질유보설을 취했다고 보는 최초의 판결은 1972년 5월 9일의 BVerfGE 33, 125이다. 이후에도 BVerfGE 33, 304 ; 34, 165 ; 40, 237 ; 41, 251 ; 45, 400 ; 47, 46 ; 49, 89 등에서 발전되었다. 본질유보설에 관한 보다 자세한 내용

(wesentlich) 결정은 입법자 스스로 해야 한다는 것이다.● 본질유보설의 핵심적인 내용은 본질적인 부분에 대한 행정권의 수권금지(Delegationsverbot)와 법률의 충분한 규정밀도(verstärkte Regelungsdichte)를 요구한다.● 그러나 여기에서 무엇이 본질적인 것인가는 매우 불명확할 수 밖에 없다. 기본권영역에 있어서 연방헌법재판소가 제시한 기준은 겨우 “기본권 행사를 위하여 본질적인” 것이 그것이라는 순환론적 설명뿐이다.● 본질유보설을 통하여 연방헌법재판소는 “기본권의 침해”를 기준으로 하는 전통적인 법률유보의 개념을 넘어서서 “기본권관련성(Grundrechtsrelevanz)”이라는 기준을 제시함으로써, 기본권의 침해가 아닌 - 따라서 종래 전통적인 법치국가적 법률유보에는 해당되지 않았던 - 근본적인 판단에 대한 행정권의 수권을 금지하고 있다.●

독일연방헌법재판소는 “모든” 본질적인 결정은 입법자가 해야 한다는 식으로 극단적인 본질유보설을 취한 적도 있지만 1978년 Kalkar 판결● 이후 불확정개념을 용인함으로써 상당히 완화된 경향을 보인다.● 이러한 사실은 본질유보설을 기능적 관점에서 파악하는데 도움을 준다.● 본질유보설은 법률의 내용을 규정하는 도그마(Dogma)가 아니라 삼권분립의 기능적 권한배분이라는 관점에서 법률의 기능에 관련된 개념으로 파악되어야 한다. 국가기관간의, 특히 입법부와 행정부 간의 권한분배가 그 대상의 차이에 있는 것이 아니라 각 국가기관의 헌법적 기능과 능력에 따른다고 한다면 그것은 곧 국가적 과제와 결정은 기관의 내적 구조와 권한 등으로 볼 때 가장 적합한 기관에게 귀속되어야 함을 의미한다. 따라서 “본질적인 것”일지라도 행정권의 전문성에 의존해야 하는 영역은 법규명령이나 행정규칙에 의한 위임이 가능하다는 것이다.●

이렇게 볼 때 법률유보에 있어서도 특별권력관계의 기능적 특수성을 고려해야 한다는 최근의 수정적 입장은 본질유보설과 맥을 같이한다고 볼 수 있다. 특별권력관계에 국가는 대 개인의 외적 관계에서처럼 “자유 대 침해”라는 형식(Freiheit-Eingriff Formel)이 타당할 수 없고 헌법적으로 보장된 특별권력관계의 기능성과 특별권력관계

은, Kloepfer, Der Vorbehalt des Gesetzes im Wandel, JZ 1984, S.689ff. ; Rottmann, Der Vorbehalt des Gesetzes und die grundrechtlichen Gesetzesvorbehalte, EuGRZ 1985, S.277ff. ; Otto Wilhelm Jakobs, Fernwirkungen einer verfassungsgerichtlichen Entscheidung, EuGRZ 1986, S.73ff ; Ossenbühl, in : Isensee / Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts III, 1988, §62, Rn.41ff 등 참조. 물론 법률의 내용이 본질적인 것, 중요한 것을 담아야 한다는 사상은 이미 오래 전부터 승인되어 왔던 것이며 그러한 한에서 본질유보설은 전혀 새로운 것이 아니다. 그렇지만 이것은 1970년대 연방헌법재판소의 일련의 판례를 통하여 새로운 각도에서 부각되었다. Jürgen Staupe, Parlamentsvorbehalt und Delegationsbefugnis, 1986, S.106ff.

56) Kloepfer, JZ 1984, S.689.

57) Ossenbühl, in : Handbuch des Staatsrechts III, §62, Rn.42. 그리고 이러한 점에서 법률유보(Gesetzesvorbehalt)와 구분하여 의회유보(Parlamentsvorbehalt)라고 부른다. Kloepfer, JZ 1984, S.690.

58) Ossenbühl, in : Isensee / Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts, III, §62, Rn.45. 또한 Kloepfer도 이에 대하여 결국 연방헌법재판소가 본질적이라고 한 것이 본질적인 것이 될 수 밖에 없다고 비판한다. Kloepfer, JZ 1984, S.692.

59) Ossenbühl, in : Isensee / Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts III, §62, Rn.32ff., 43.

60) Beschluß vom 18.8.1978, BVerfGE 49, 89.

61) Ronellenfitsch, DÖV 1984, S.783.

62) 예컨대 Ossenbühl, in : Isensee / Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts III, §62, Rn.46f., 48ff.

63) Ossenbühl은 환경법에서 환경기준치의 설정은 국민건강보호라는 점에서 분명 본질적인 것이지만 그것은 전문적 지식을 가진 행정권에 위임되는 것이 타당하다고 한다. Ossenbühl, in : Isensee / Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts III, §62, Rn.46.

복종자의 기본권 사이에 소위 “실천적 조화”가 문제되는 한, 법률에서 너무 상세히 규정하는 것은 그 기능을 해치는 것이 된다.● 따라서 특별권력관계에 적용되는 법률에서는 어느 정도의 내용적 불명확성은 감수되어야 한다는 것이다.

동일한 근거에서 일반조항(Generalklausel)도 포기할 수 없다고 본다.● 열거주의 방식에 의해서는 특별권력관계의 역동성(Beweglichkeit)을 포착하는데 한계가 있다는 것이 그 이유이다.● 특별권력관계의 역동성은 행정권의 규범해석적 재량(norminterpretierender Freiraum)을 요구한다. 일반조항은 특별권력관계의 목적과 기본권의 신장이라는 두가지 이익을 조화롭게 하는 구체적 활동영역을 보장해주는 기능을 수행한다는 것이다. 따라서 여기에는 기본권의 제한도 규정될 수 있으며, 그 해석과 적용에서는 당해 특별권력관계의 기능성이 고려되어야 한다.●

또한 이로부터 법원의 통제강도가 일정정도 완화될 수 밖에 없다는 추론이 가능하다.● 물론 법치주의는 재량규정과 불확정개념도 사법부의 통제를 받도록 요구한다. 그러나 단순히 전문지식을 요하는 판단이기 때문이 아니라 권력복종자와의 밀접한 인적 접촉에서 연유하는 관찰과 인식이 문제되는 경우에는 사법부의 자제를 필요로 한다는 것이다.● 예컨대 수행자의 귀류는 긍정적 행동예측을 요건으로 하는데 이것은 특수한 경우를 제외하고는 행정공무원이 가장 잘 판단할 것으로 보아야 한다는 것이다. 결국 특별권력관계는 밀접한 인적 접촉에 의하여만 획득될 수 있는 판단에 대하여 행정부의 판단여지를 정당화한다.●

2. 행정관계와 법치주의

(1) 문제의 소재

1) 특별권력관계에 대한 법치주의의 전면적 타당성

기본권보장, 법률유보의 원칙 그리고 사법심사를 배제하였던 Otto Meyer류의 전통적인 특별권력관계이론이 극복된 지는 이미 오래되었다. 오늘날 그것이 법치주의를 표방하는 헌법과 합치할 수 없고 따라서 더 이상 타당하지 않다는 점에는 아무도 의문을 제기하지 않는다. 그동안 특별권력관계라고 불렀던 영역도 이제는 당연히 법치주의가 적용되는 법률관계로 구성되어야 한다.

특별권력관계에 편입된 자는 일반 시민과 구별되는 다른 존재가 아니라 헌법 제10조의 “인간의 존엄과 가치”를 중핵으로 하여 헌법상 보장된 자유와 기본권을 향유하는 주체이다. 그에 대한 권리의 제한은 법률유보의 원칙에 따라야 하고 권리의 침해에 대해서는 적법절차가 보장된 사법심사의 가능성이 열려 있어야 한다.

여기까지는 소위 특별권력관계부인론과 재구성입장이 서로 일치하는 부분이다.

64) Loschelder, in : Handbuch des Staatsrechts V, §123, Rn.51ff., 54 ; 본질유보설에 대해서는 비판적이지만 이점에서는 또한 Ronellenfitsch, DÖV 1981, S.939 ; ders, DÖV 1984, S.783.

65) Ronellenfitsch, DÖV 1984, S.783 ; ders, in : Merten(Hrsg.), Das besondere Gewaltverhältnis, 1985, S.42f. ; Loschelder, in : Handbuch V, §123, Rn.54f. 독일연방헌법판소 역시 이를 승인하였음은 위에서 본 바와 같다. BVerfGE 33,1.

66) 독일의 행정법 입법자도 그러한 의도를 표명했다. BT-Dr 7/3998, S.7.

67) Ronellenfitsch, DÖV 1981, S.939.

68) Ronellenfitsch, DÖV 1981, S.940.

69) Treptow, ZfStrVo 1980, S.67ff.

70) Ronellenfitsch, FDÖV 1984, S.787.

2) 수정설과 부인설 사이의 대립의 지양

결국 오늘날 벌어지고 있는 수정설과 부인설 간의 논쟁은 법치주의가 원칙적으로 타당하다는 전제 위에 그럼에도 불구하고 특별권력관계라는 개념의 유용성을 인정할 수 있는가의 문제로 집중된다. 부인론의 입장에서는 더 이상 특별권력관계라는 개념을 무의미하다고 본다. 따라서 이것을 “특별히” 다룰 필요가 없다는 입장이다. 반면에 특별권력관계에도 법치주의가 타당하지만 그러한 영역이 가지고 있는 기능적 특수성을 고려하여 그러한 한에서 법치주의가 완화될 수 밖에 없다는 것이 수정론의 시각이다. 여기에서 특별권력관계라는 개념은 기능적이다.⁷¹⁾

그러나 자세히 보면 이 대립은 그렇게 심각한 것이 아니다. 특별권력관계부인론에서도 특별권력관계가 지니는 “사실적 특수성”을 무시하지는 않는다. 예컨대 Maurer는 특별권력관계이론을 강력하게 부인하면서도 그 관계가 “사실적으로 일정한 특성을 나타내고 있으며 그러한 특성에 상응하여 특별한 규정을 필요로 한다”고 인정하고 있다.⁷²⁾ 여기에서 “특별한 규정”이 무엇인지는 불분명하지만 수정설에서 말하는 일반조항이나 불확정개념, 재량규정 이외의 다른 것을 생각할 수 없다. 이렇게 보면 양 입장은 실제 내용에 있어서는 서로 상당히 근접한다고 말할 수 있다.

특별권력관계라는 명칭이 법률가들이 일정한 법형상을 지칭하기 위하여 만들어낸 집합개념이라고 할 때⁷³⁾ 그 법형상을 어떻게 부르는가는 중요하지 않다. 특별권력관계를 개념적으로 거부한다고 해서 문제가 해결되는 것도 아니다. 그 특수한 관계의 존재를 부정할 수 없는 한 오히려 그 실체를 정확히 파악하는 방법이 중요하다. 따라서 특별권력관계의 고유한 속성을 시인하고 이를 법치주의의 틀에서 포섭해 보려는 관점이 더욱 솔직하다.

국가가 정치적 단위로서 기능하는데 없어서는 안 되는 특수한 생활영역들, 예컨대 공무원관계, 군대관계, 학교관계, 수형자관계 등이 헌법에서 독자적인 가치질서로서 설정되고 있다는 점은 부정할 수 없다.⁷⁴⁾ 이 영역은 국가와 개인의 밀접한 인적 결합관계로 특징지워지며 이로써 일반시민과 국가의 관계와 구별이 가능해진다.⁷⁵⁾ 뿐만 아니라 이로부터 그 기능의 보장과 기본권이 서로 충돌하는 한에서는 필요한 범위에서 특별권력관계에 편입된 자의 기본권 제한이 가능하다는 추론을 할 수 있다. 물론 여기에서도 법률유보의 원칙에 따라야 함은 당연하다. 더 나아가서 특별권력관계의 헌법적 범주화는 법률유보를 구체적으로 적용(입법화)하는데 있어서도 특별권력관계가 지니는 기능적 특수성을 고려할 것을 요구한다. 과도한 법률화(übermäßige Vergesetzlichung)는 헌법에서 보장된 특별권력관계의 기능을 해칠 가능성이 있다.⁷⁶⁾

특별권력관계부인론은 이러한 특별권력관계의 헌법적, 행정법적 범주로서의 함의를

71) 국내의 문헌에서는 전자를 부인설, 후자를 수정설이라고 부르는 것이 일반적이지만 일부문헌에서는 이를 혼동하고 있어 주의를 요한다. 예를 들어 김도창교수는 위의 재구성입장을 수정설이라 보지 않고 “기능적 재구성설”이라 하여 부인론의 한 분파로 취급하고 있다. 김도창, 일반행정법론(상), 1992, 261면 이하.

72) Maurer, Allgemeines Verwaltungsrecht, 6. Aufl., 1988, §8, Rn.30.

73) Stern, Das Staatsrecht III/1, S.1382.

74) 우리나라에서도 허영교수가 이를 분명히 하고 있다. 허영, 헌법이론과 헌법(중), 140면 이하.

75) Loschelder는 일반권력관계의 표지를 “Staatsdistanz”로, 특별권력관계의 그것은 “Staatseingliederung”으로 본다. Loschelder, in : Isensee / Kirchhof, Handbuch V, §123, Rn.14ff.

76) Ronellenfitsch, DÖV 1981, S.939 ; Loschelder, in : Handbuch, §123, Rn.55 ; ders., Vom besonderen Gewaltverhältnis, S.470.

소홀히 하는 단점이 있다. 특별권력관계라는 특수한 상호작용구조가 존재하고 있고 또 헌법으로 그 기능이 보장되고 있는 한 이를 개념적 범주로 파악할 수 있는 추상화, 이론화 작업은 가능한 것이고 또 필요하기도 하다.⁷⁷⁾ 특히 기본권제한과 관련하여 특별권력관계라는 개념은 유용하다. 즉 그것은 특별권력관계의 유지 및 적절한 기능보장을 위해서 필연적으로 기본권이 제한될 수 밖에 없는 상황에서 기본권과 특별권력관계의 기능성을 상호 조화할 수 있는 헌법 통일적 해석을 가능케 하며, 그럼으로써 기본권제한의 한계를 설정하고 이것이 일반권력관계로 확대되는 것을 방지하는데 기여한다.

이러한 논거로부터 특별권력관계의 “사물구조” 내지 “사실적 특수성”을 무시하는 것이 아닌 한 부인론과 수정론은 결론에서는 큰 차이가 나지 않겠지만 적어도 “이론적 수준”에서는 수정설이 “발전적”이다.

(2) 행정관계의 법치주의적 구성

1) 헌법적 가치질서로서 승인된 행정관계와 행정법정주의

헌법 헌법에 비추어 볼 때, 종래 특별권력관계⁷⁸⁾라고 지칭되었던 영역들은 이미 헌법에 의하여 직접적으로 설정되어 있거나 최소한 그 설정이 예정되어 있는 것들이라고 볼 수 있다.⁷⁹⁾ 이들 영역은 각기 고유한 헌법적 가치질서를 형성하고 있으며, 그 기능성을 담보하기 위해서는 “국가와 개인간의 밀접한 인적 유착관계”가 요구된다는 특징을 지닌다.

행정관계를 특수한 사물구조를 지닌 헌법적 가치질서의 하나로 승인하는 데에도 무리가 없어 보인다. 행정관계는 공무원관계처럼 헌법에서 그 가치질서가 적극적으로 설정되어 있지는 않지만, “법률과 적법한 절차에 의하지 아니하고는 처벌, 보안처분과 강제노역을 받지 아니한다”고 규정한 헌법 제12조 1항과 형사처벌의 행위시법주의를 선언한 제13조에서부터 형벌의 집행 즉 행형을 예정하고 있다고 말할 수 있다.

그러나 행형에 대한 헌법 제12조 1항의 의미는 단순히 그것에 머무르지 않는다. 일반적으로 헌법 제12조 1항은 신체의 자유를 보장함과 아울러 그 실질적 보장을 위하여 죄형법정주의 및 적법절차를 규정한 것으로 이해되고 있다.⁸⁰⁾ 그러나 형벌의 목적과 내용은 행형단계에 이르러 비로소 완전히 실현되는 것이고 행형은 형벌예고의 단계(형법) 및 형벌선고의 단계(형사소송법)와 함께 일련의 유기적 과정으로 포섭되어야 한다. 따라서 행형과정에 대한 법적 통제는 매우 중요한 과제가 아닐 수 없으며, 비록 문언상 직접적인 언급은 없지만 헌법 제12조 1항은 행정법정주의를 포함하는 것으로 해석함이 당연하다.⁸¹⁾

77) Loschelder, in : Handbuch V, §123, Rn.36 참조.

78) 앞에서 누차 특별권력관계라는 용어를 어떻게 바꾸어 사용하는가는 중요한 문제가 아니라는 점을 강조했었다. 물론 특별권력관계라는 명칭을 “특별신분관계”, “특별행정법관계” 등의 명칭으로 대체하는 것이 일반적인 추세이기는 하다. 그러나 용어의 변경보다는 실체를 올바르게 파악하는 것이 보다 중요하다는 점, 오늘날 특별권력관계라는 명칭에서 법치주의가 배제되는 전통적인 특별권력관계를 상징하는 사람은 없다는 점, 그리고 대안적 명칭에서도 통일을 이루지 못하고 있다는 점 등의 이유에서 여기에서는 “특별권력관계”라는 용어를 그대로 사용하기로 한다.

79) 예컨대 공무원관계는 헌법 제7조, 29조, 33조 2항, 78조에서, 군복무관계는 제39조, 27조 2항, 110조에서, 그리고 학교의 경우는 제31조에서, 수형자는 제12조와 제13조에서 헌법적 근거를 발견할 수 있다.

80) 김철수, 헌법학개론, 367면 ; 권영성, 헌법학원론, 338면 ; 허영, 헌법이론과 헌법(중), 189면 등.

81) 한인섭, 재소자의 인권과 처우, 법과 사회 제3권, 150면 이하 ; 박재윤, 수형자의

행정법정주의의 관점은 행정과정에서 수형자가 헌법상의 자유와 권리를 향수하는 주체임을 다시한번 확인한다. 즉 수형자의 경우에도 기본권의 제한을 위해서는 일반원칙인 제37조 2항의 법률유보에 따라야 함은 물론이지만 행정법정주의는 이를 "특별히" 확인한다는 의미를 지닌다. 특히 행정법정주의는 수형자의 권리침해에 대하여도 실효성있는 구제절차가 적법절차의 원리에 따라 구성되어야 한다는 근거를 제공한다.

아울러 행정법정주의를 헌법상의 원칙으로 정립할 때에는 기본권의 보장뿐만 아니라 행정과정을 형성하는 형사정책적 원리를 또한 "법률"로 정할 것을 요구한다고 보아야 한다. 예컨대 행정의 목적과 이념, 수형자의 기본적 생활조건, 개방행정원칙과 같은 행정의 기본적인 방향과 원칙들은 행정을 담당하는 행정부에 위임되어서는 안되며 입법자의 전속권한에 속한다고 해석하는 것이 행정법정주의의 취지에 맞는다. 종래 법률유보는 주로 기본권의 제한 내지 침해에 대해서만 요구되는 원리로 받아들여져 왔지만 오늘날에는 법률유보의 개념에도 변화가 따르고 있다. 이것은 앞서 언급한 본질유보설로서 이에 의하면 본질적인 규율내용은 입법자가 직접 정해야 한다는 것이다. 무엇이 본질적인 것인가는 불명확하지만 직접 수형자의 기본권을 침해하는 것은 아니라고 하더라도 행정의 구성에서 수형자의 권리와 의무에 "관련"되는 사항은 본질적인 것이라고 볼 수 있다. 본질유보설이 개념의 모호함에도 불구하고 학계의 "원칙적" 동의를 받고 있는 것은 법률유보에 대한 민주주의적 통제를 가한다는 데 근거를 두고 있기 때문이다. 의회민주주의 하에서는 "국민의 대표기관만이 공동체 질서의 중요한 문제에 관한 결정을 할 권한과 임무가 있다"는 것이다. 현행헌법의 해석에서 본질유보설을 어떻게 평가할 것인가에 대해서는 논란이 있을 수 있겠지만 행정에 관한 헌법 제12조 1항의 행정법정주의가 이미 이를 개념적으로 포섭하고 있다. 이로써 행정법정주의는 형벌의 목적 내지 수형자의 처우의 문제를 형사정책적 측면에서만 파악하였던 종래의 관점에서 탈피하여 헌법적 차원에서 형사사법체계 전반에 걸쳐 통일적 관점을 제공하게 된다.

2) 행정관계에서 수형자의 기본권보장과 그 제한에 관한 헌법적 추론

수형자에게도 일반시민과 마찬가지로 원칙적으로 모든 헌법상의 자유와 권리가 보장된다고 하더라도 다른 한편으로 헌법이 특수한 생활질서의 하나로서 행정을 전제하고 있는 한 수형자의 기본권 제한은 상당부분 불가피할 것이다. 문제는 기본권 제한의 범위와 한계, 그리고 방식이다.

이에 관한 논의는 "국가는 개인이 가지는 불가침의 기본적 인권을 확인하고 이를 보장할 의무를 진다"고 규정한 헌법 제10조에서부터 출발해야 한다. 이 규정은 기본권이 국가권력을 직접 구속한다는 뜻으로 이해된다. 반면에 기본권의 제한에 관련해서는 우리 헌법은 일반원칙으로 제37조 2항을 두고 있다. 따라서 수형자의 기본권 제한에 관한 헌법적 논의는 기본권의 우위성을 선언한 제10조와 기본권의 제한에 관한 법률유보원칙을 규정한 제37조 2항, 그리고 행정법정주의를 규정한 제12조, 13조를 중심으로 전개되어야 한다. 일부분헌에서는 행정관계를 비롯한 특별권력관계에서의 기본권제한을 헌법 제37조 2항의 법률유보원칙이 적용되지 않는 예외적인 경우라고 보고 있으나

법적 지위에 관한 연구, 86면. 비슷한 취지에서, 유남영, 현행행정법개정의 기본방향, 법조춘추 1989, 서울지방변호사회, 67면.

82) Stern, Das Staatsrecht I, S.811.

83) 김철수, 헌법학개론, 259면 이하 참조.

84) 김철수교수는 특별권력관계라는 개념을 부정하고 이것을 특수신분관계라 부르면서 특수신분관계에 따른 기본권제한을 "기본권의 예외적 제한"이라는 제목하에 그 한 유

그렇게 보아야 할 근거는 전혀 없다. 85

사실 독일에서 주장되는 특별권력관계의 헌법적 의의는 주로 기본권의 내재적 한계를 찾아 그 제한을 정당화하려는 노력에서 비롯된 것이다. 다시 말하면, 독일의 기본법(GG)은 우리 헌법 제37조 2항과 같은 일반유보조항을 두지 않고 개개의 기본권마다 필요한 경우에 법률유보조항을 두고 있기 때문에 소위 유보조항이 없는 기본권⁸⁶에 대해서는 이를 제한할 수 있는가가 논란되었다. 그 정당화근거로 제시된 것이 바로 헌법의 통일성을 유지하기 위한 실천적 조화의 헌법해석론이고, 특별권력관계의 기능성이 헌법에서 보장되고 있다고 보는 한 이것과 기본권이 상호 충돌하는 경우에 특별권력관계의 기능을 유지하기 위하여 불가피한 때에는 유보조항이 없는 기본권이라 하더라도 헌법의 통일성을 유지하기 위하여 제한이 가능하다고 해석하는 것이다.

그러나 우리 헌법 제37조 2항은 제한의 대상으로 "국민의 모든 자유와 권리"라고 규정하고 있으며, 그 해석에 있어서도 모든 기본권이 제한대상이 된다고 보는 것이 타당하므로⁸⁷ 기본권의 내재적 한계라는 논리 형식은 유용하지도 않고 바람직하지도 않다. 그러나 그렇다고 하여 우리나라에서 특별권력관계의 의미가 없다고 보기는 어렵다. 그것은 헌법의 통일성 및 실천적 조화라는 견지에서 그 복종자에 대한 기본권제한의 한 계요소로서의 기능을 여전히 수행한다.

이를 기초로 하여 행정관계에 관한 헌법해석은 다음과 같이 전개될 수 있다 :

① 제37조 2항의 법률유보에 의한 수형자의 기본권제한과 그 한계

헌법 제37조 2항은 기본권의 제한을 위한 일반적인 근거일 뿐만 아니라 동시에 기본권제한의 한계를 명시한 것으로 이해된다. 수형자의 경우라고 하여 예외일 수는 없다. 이에 따르면 우선 행정관계에서 수형자의 자유와 권리에 대한 제한은 "법률"에 의해야 한다. 이때 법률은 일반적, 추상적이어야 하고 명확성이 요구된다. 뿐만 아니라 법률에 의한 기본권제한도 필요한 최소한의 침해에 그쳐야 하고 기본권의 본질적인 내용을 침해할 수 없음은 물론이다.

더구나 행정법정주의는 행정관계에 관한 본질적이고 중요한 결정은 법률로써 할 것을 요구한다. 따라서 여기에서는 "행정법"이 행정기관의 자유로운 활동영역을 어느 정도, 그리고 어떤 방식으로 허용할 수 있는가의 문제가 중요하게 제기된다. 이것은 법률의 명확성의 원칙에 관련될 뿐만 아니라 궁극적으로는 행정이라는 규율대상에 대한 결정권한을 입법자와 행정부 사이에 어떻게 배분하는가, 그리고 행정에 대한 사법통제의 영역을 어느정도 확보할 것인가에 관련되어 있다. 일반론에서도 입법기술 상으로 불확정개념, 재량조항과 일반조항을 통하여 법률은 구체적인 판단을 행정권에 위임할 수 있다.

형으로 다루고 있다. 이것은 명확하지는 않지만 제37조 2항의 법률유보의 원칙을 배제하는 의미인 듯하다. 실제 설명에서도 "기본권의 제한은 반드시 법률에 의해야만 하나, ... 특수신분관계에 있어서는 신분의 특수성에 따라 예외적으로도 제한될 수 있고"라고 하고 있다. 김철수, 헌법학개론, 1993, 292면.

85) 이에 관한 한 허영교수의 지적이 비교적 정확하다. 허영, 헌법이론과 헌법(중), 143면.

86) 이를 절대적 기본권이라 부르기도 한다.

87) 이것이 다수설이다. 대표적으로 김철수, 헌법학개론, 1993, 284면 참조.

88) 허영, 헌법이론과 헌법(중), 125면 이하; 김철수, 헌법학개론, 279면 이하.

89) 허영, 헌법이론과 헌법(중), 132면 이하 참조.

90) 독일 기본법이 이러한 요건을 제19조 1항 2문에서 명시하고 있는 것과는 달리 우리 헌법은 그와 같은 법률의 형식적 요건을 규정하지는 않는다. 그러나 법률의 일반성, 추상성, 명확성의 원칙은 법치주의의 근간을 이루는 원칙으로 당연히 인정되어야 한다.

현행 행정법이 형식적으로는 법률이지만 실제 수형자의 법적 지위에 관련된 대부분의 결정사항을 행정권으로 미루고 있음은 누차 지적된 바 있다. 현행법과 같은 너무 포괄적인 위임은 법률유보원칙의 존재의의를 무색케 할 뿐만 아니라 많은 경우에 수형자의 기본권침해에 대한 사법적 구제의 가능성을 약화시킨다. 반면에 너무 엄격한 법률화는 행정이라는 특수한 영역의 원활한 기능을 해칠 가능성이 있다.

그 한계의 문제, 즉 행형을 둘러싼 입법자와 행정부간의 역할분담은 기능적 관점에서 파악하는 것이 타당하다. 행형이 형사사법의 적정한 기능을 위하여 불가피하게 요구되는 특수한 사물질서를 가지는 것이기 때문에 일반시민과 국가의 관계에서만 명확하고 엄격한 법률화를 요구할 수는 없을 것이다. 행형이 수형자의 구금과 처우에 관련하여 적정한 기능을 유지하도록 하기 위해서는 행형의 전문성과 밀접한 인적 접촉, 그리고 이에 기초한 판단이 요구되는 한에서는 최종적인 판단을 행정기관에 위임하는 것이 불가피할 뿐만 아니라 허용된다고 보아야 한다. 여기에서 바로 행형이 특별권력관계의 일종이라는 점이 한계작용을 한다. 그 방법에서는 예컨대 행형상의 처분을 함에 있어 요건의 면에서 예후판단과 같은 불확정개념을 사용하거나 법률효과의 면에서 재량을 보다 광범위하게 인정할 수 있다. 더욱 특별권력관계의 특수성이 발휘되는 주요한 입법적 통로는 바로 독일 행정법 제4조 2항 2문과 같이 수형자의 권리제한에 관한 "일반조항"을 두는 방식일 것이다. 일반조항은 특별권력관계의 영역에서는 포기할 수 없는 수단으로 간주된다. 왜냐하면, "그것은 침해의 권한을 확대하는 것이 아니라 국가목적의 실현과 자유의 보장 모두에 기여할 수 있도록 구체적인 질서의 반응능력을 유지하는 것이기" 때문이다.⁹¹⁾ 그러나 일반조항이나 불확정개념, 재량규정이 가지는 남용의 가능성을 염두에 둔다면 그것은 행정이라는 특수한 질서의 원활한 기능을 위하여 필요한 최소한의 범위에 그쳐야 할 뿐만 아니라 그 해석에서도 엄격하게 행정목적에 기속시켜야 한다.⁹²⁾ 그러한 한에서는 일반조항이나 불확정개념이 사후의 사법통제를 배제하는 것은 결코 아니다.

② 행정에서 국가의 기본권보장의무

헌법 제37조 2항에 의한 수형자의 기본권제한은 기본권의 대국가적 방어권의 측면을 부각시키고 있으나 여기에 머무르는 것은 다분히 일면적이다. 기본권은 국가의 침해로부터의 자유라는 소극적 기능과 함께 국가가 기본권의 자유로운 행사와 계발을 위한 여건을 조성함으로써 기본권을 장려하도록 의무지우는 적극적 기능을 포함하고 있기 때문이다. 국가의 기본권보장의무를 규정한 우리 헌법 제10조에서도 이를 확인할 수 있다. 종래 이와 같은 국가의 의무는 주로 정신적 문화적 생활품도의 조성이나 경제적 사회적 기회균등의 보장 등과 같이 사회적 기본권 내지 사회국가원리를 중심으로 발전되어 왔으며, 자유권적 기본권의 보장을 위한 국가의 의무는 불간섭의 의무를 중심으로 사인간의 침해를 방지하기 위한 소극적인 질서유지기능에 한정되어 있었다. 이에 의하면 행법 및 행정법에 의한 기본권제한은 타인으로부터의 권익침해에 국가가 간섭함으로써 궁극적으로는 각 개인의 기본권 신장 기회를 증진시킨다는 정당화근거를 포함하고 있다.⁹³⁾

91) Loschelder, in : Handbuch V, §123, Rn.54.

92) 독일 행정법에서도 행정목적규정(제2조, 3조)이 불확정개념의 해석과 적용 및 행정기관의 재량행사의 판단기준이 된다고 해석한다. Calliess / Müller-Dietz, StVollzG, §3, Rn.3.

93) 따라서 헌법 제37조 2항에서 말하는 "국가의 안전보장, 질서유지, 공공복리"를 위한 기본권제한은 헌법 제10조에서 규정한 국가의 기본권보장의무를 구체화한 것이라고 해석할 수 있다.

그러나 행정이라는 특별권력관계 내부로 시각을 좁혀 보면 그간의 논의는 주로 기본권의 제한에만 초점이 두어졌을 뿐 "수형자"에 대하여 국가의 기본권보장의무는 어떠한 방식으로 실현되어야 하는가에 대한 논의는 거의 없었다. 행정관계에서 수형자의 기본권보장을 위한 국가의 의무는 행형이 특별권력관계로서 특수한 영역을 구성한다는 점에 상응하여 더욱 강화된다고 보아야 한다.⁹⁴⁾ 특별권력관계에서는 국가적 목적의 실현을 위하여 그 복종자의 자유와 권리에 대한 보다 포괄적인 제한이 불가피하기 때문에 개인의 입장에서는 기본권의 자유로운 행사를 통한 인격의 발전이 더욱 제약될 수밖에 없기 때문이다. 특히 수형자라는 지위는 공간적으로 폐쇄된 감옥을 전제로 하고 있다. 이러한 상황에서 "기본권을 제한할 수 있다"는 식의 논증에 그치는 것은 인간의 존엄과 가치의 신장이라는 기본권의 궁극적 이념과 합치할 수 없을 것이다.⁹⁵⁾ 즉 국가 목적의 실현이 국가의 "급부"에 의한 기본권과의 "균형의 회복"을 허용하는 한 이것은 국가의 의무이며 수형자의 청구권이 된다고 보아야 하는 것이다.

역사적으로 보면 수형자에 대한 재사회화처우이념이 등장한 이래로 외부와의 교통통신이라든가 종교의식에의 참여, 도서관의 이용 등 처우의 상당부분이 수형자의 인권신장에 커다란 기여를 했음은 부정할 수 없다. 그러나 이것은 기본권의 신장이라는 차원에서가 아니라 처우의 목적이 이를 요구 내지는 허용하는 것이라고 개념화되었다. 따라서 그러한 처우내용들은 권리라기 보다는 국가의 은혜라고 간주되었으며 그 결과 기본권의 논리가 아니라 처우의 논리에 의하여, 더 나아가서는 행정공무원의 자의에 의하여 지배되었다. 그러나 행정목적과 수형자의 기본권 사이의 "세심한 조화 (schonendste Konkordanz)"가 요구된다고 보는 이상 행형에 있어서 수형자가 감수해야 할 기본권 및 자유의 제한에 대해서는 이를 국가가 "보상"할 의무가 있다고 하는 것이 타당하다. 예를 들어 수형자가 외부에서 개최되는 종교의식에 참여하는 것이 불가피하게 제한된다고 하더라도 국가는 이를 상쇄하기 위하여 행형의 목적에 지장이 없는 방식으로 그에게 감옥안에서 종교의식을 가질 수 있는 기회를 제공해야 한다.⁹⁶⁾ 이러한 조치는 형식적으로는 국가의 배려와 급부에 의하여 이루어지지만 본질적으로 수형자의 기본권의 내용으로 파악되어야 한다. 따라서 그 내용은 임의적인 것이 아니라 기본권의 Ratio에 의하여 규정된다.

94) 대표적으로는, Loschelder, in : Handbuch des Staatsrechts V, §123, Rn.45f.

95) Loschelder, in : Handbuch des Staatsrechts V, §123, Rn.46.

96) 자세한 것은 Loschelder, Vom besonderen Verhältnis, S.435f.

III. 행형목적과 형벌이론

행형의 목적 내지 기능이 무엇인가를 확정하는 일은 수형자의 법적 지위를 결정짓는 가장 중요한 계기를 이루게 된다. 행형법정주의 하에서 수형자의 기본권에 대한 제한 가능성이 법률유보에 맡겨져 있다 하더라도 그 내용의 실질을 규정하는 것은 결국 행형의 목적이기 때문이다. 행형목적은 행형구성의 지도원리가 될 뿐만 아니라, 교도소에서 수형자에게 어떤 권리를 어떤 요건 하에서 어느 정도나 제한할 수 있는가 또는 수형자에게 어떠한 의무를 부과할 수 있는가 하는 법적 지위를 확정하는 근거이면서 또한 동시에 한계로서 작용한다.¹⁾ 그것은 행형법 입법의 기준일 뿐만 아니라 불확정개념이나 재량조항을 이용하는 경우에 그 해석기준이 되어야 함은 물론이다. 결국 법치주의가 행형에서 수형자의 법적 지위를 규율하는 대전제이자 형식적 틀을 제공하는 것이라면, 행형의 목적이 무엇인가를 확정하는 것은 수형자의 법적 지위를 실제적인 면에서 규정짓는 기준이 된다.

1. 자유형의 본질과 내용

일반적으로 형벌의 본질은 범죄행위에 대한 "공적인 사회윤리적 무가치판단"이라고 한다.²⁾ 이것은 따라서 항상 부정적인 의미에서 "해악"의 성질을 지니며 그 해악은 구체적으로 범죄자의 권리영역, 예컨대 생명이나 자유, 재산 등에 대한 침해로 표현된다. 그 중 자유형은 범죄자의 신체적 자유를 박탈하는 것을 내용으로 한다.³⁾ 형법은 제67조, 68조 등에서 징역, 금고, 구류 등 자유형은 형무소(교도소) 내에 구치한다고 규정하고 있다. 징역형의 경우에는 강제노역이 부과된다. 따라서 자유형의 가장 본질적인 내용은 구금시설에의 수용이라고 할 수 있다. 이것은 "신체의 구금" 이상을 의미하지 않는다. 여기에서는 자의로 시설당국의 관리에서 벗어나 사회 내에서 자유롭게 활동할 수 있는 자유가 박탈된다는 점만을 확인할 수 있다.⁴⁾ 그러나 수형자가 일반 시민으로서 향유하는 그밖의 자유와 권리 중에서 어떤 부분이 제한 내지 박탈될 수 있는가는 형법상 예정되어 있는 자유형의 본질로부터는 논리적으로 연역되어 나오지 않는다.

역사적 분석에서 보더라도, 자유형이 근대형벌제도의 근간으로 자리잡은 이후 약 200여년 동안 자유형의 구체적인 집행모습은 각 시대의 정치적, 경제적 상황에 의하여 다양한 모습을 띠면서 발전해 왔다.⁵⁾ 초창기 자유형이 외부로부터의 완전한 격리와 고립화, 엄격한 규율, 열악한 생활환경 등으로 수형자에게 극단의 고통을 부과하는 형태를 취했지만 이것은 "참회와 속죄를 통한 개선"이라는 나름대로 고상한 처우이데올로기에 바탕을 둔 것이었고, 그 후 경제적 이윤추구의 목적이 감옥을 지배하면서부터 자유형은 열악한 공장노동에 지나지 않았다. 그리고 과학의 발전에 힘입은 치료적 처우이념은 감옥을 행동변용과학의 실험무대로 만들기도 하였다. 이러한 역사적 사실들은 자유형이 사회경제적 맥락과 함께 형벌목적 내지 처우이데올로기가 무엇인가에 따라 그 내용과 형태가 규정되어 왔음을 단적으로 보여 준다.

1) Kaiser / Kerner / Schöch(Hrsg.), Strafvollzug, S.63ff.

2) Jescheck, Lehrbuch des Strafrechts - AT, 4.Aufl., 1988, S.58.

3) 이재상, 형법총론, 564면.

4) 한인섭, 재소자의 인권과 처우, 법과 사회 제3호, 154면.

5) 특히 역사적 사회경제적 감옥분석에 대해서는, 한인섭, 자본주의국가의 감옥과 사회통제에 관한 연구, 1989 참조.

결국 자유형이라는 형벌제도가 구체적인 사회체계 내에서 어떠한 내용으로 구성되는가는 매우 불명확한 상태로 남아 있는 셈이다.⁶⁾ 형법상으로 자유형이 신체의 자유를 박탈하는 것이라고 말하는 것만으로는 극히 피상적인 수준에 지나지 않는다. 아마도 오늘날까지 형벌목적에 관한 논쟁이 끊임없이 성황을 이루고 있는 것도 자유형의 내용이 명확하지 않다는 점과 깊은 관련이 있을 것이다.

다만 자유형 개혁의 역사에서 확인할 수 있는 한가지 뚜렷한 경향은 행형개혁자들이 항상 범죄자에게 고통을 주기 위한 형벌이 아니라 범죄자를 개선하기 위한 형벌을 추구해 왔다는 점이다. 근대의 행형개혁자들은 고통으로서의 형벌이라는 관념을 의식적으로 거부하면서 행형에서 가혹하고 비인도적인 요소를 배제하려고 노력했던 것이다. 이것은 수형자에게 어떠한 처우를 적용할 것인가와는 별개의 문제로 진행되었다.

자유형이 형벌로서 어느 정도의 해악을 "본래적으로" 예정해야 하는가의 문제는 매우 어려운 문제이지만, 현재로서는 최소한 자유형의 본질인 구금이 인간의 존엄성을 해치거나 고통을 증대시켜서는 안된다는 점에는 국제적 수준에서 일치점을 보이고 있다. 가장 대표적으로 UN의 피구금자처우 최저기준규칙은 제57조에서 범죄자에게서 자유를 박탈함으로써 자기결정의 권리를 빼앗는다는 사실만으로 자유형은 이미 고통스러운 것이라고 하면서 "고통증대 금지"를 규정하고 있다. 인권 전반에 관한 일련의 국제협약에서도 수형자의 처우 문제는 국가권력의 자의적 행사로부터의 보호라는 측면에서 항상 중요한 테마로 규정되고 있다. 예컨대 1950년 체결된 유럽인권협약(Europäische Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten) 제3조 및 UN 인권규약 제8규약 제7조에서도 수형자에게 "비인도적이거나 굴욕적인 처우"를 금하도록 하고 있다. 수형자의 인권보장을 위한 이와 같은 국제적 노력은 근자에 들어 1984년 UN의 반고문협정이나 1987년 고문방지 및 비인도적 혹은 굴욕적 처우와 형벌의 금지에 관한 유럽협약(Europäische Konvention zur Verhütung von Folter und unmenschlicher oder erniedrigender Behandlung oder Strafe) 등을 통해서 더욱 강화된 듯하다.⁷⁾ 입법례로는 "자유박탈의 유해한 영향은 배제되어야 한다"고 규정한 독일 행형법 제3조 2항이 대표적이다.

이처럼 자유형이 구금에 의하여 외부사회에서 활동할 자유를 박탈하는데에서 이미 본질적인 고통을 다하는 것이라면, 그 외의 자유와 권리에 대해서는 수형자는 원칙적으로 일반 시민과 똑같이 그것을 향유하는 것이라고 보아야 한다.⁸⁾ 따라서 행형의 목적이 제한근거가 되지만 그것은 동시에 자유형의 본질을 넘어서는 필요 이상의 "유해한 결과"를 방지하는 방향이어야 한다.⁹⁾

2. 현행 행형법의 행형목적규정과 행형목적 논증의 출발점

현행 행형법은 제1조에서 수형자를 "격리하여 교정교화하며 건전한 국민사상과 근로정신을 함양하고 기술교육을 실시하여 사회에 복귀"시키는 것을 목적으로 한다고 규정한다. 이것은 수형자의 격리수용을 통한 특별예방, 특히 재사회화를 행형목적으로 천명한 것일 뿐만 아니라, 다른 한편으로는 재사회화의 구체적인 방법으로 건전한 국민사상과 근로정신의 함양 및 기술교육의 실시를 예정하고 있다는 점에서 특이하다. 그러나 이러한 형식은 행형목적이 행형과정의 기본적 구성원리이면서 동시에 수형자의

6) Müller-Dietz, Grundfragen des strafrechtlichen Sanktionssystem, 1979, S.132.

7) Kaiser / Kerner / Schöch (Hrsg.), Strafvollzug, S.12f.

8) 한인섭, 재소자의 인권과 처우, 법과 사회 제3호, 155면.

9) Calliess / Müller-Dietz, Strafvollzugsgesetz, §3, Rn.6. 같은 취지로, 양화식, 행형법 개정의 기본방향에 관한 고찰, 교정연구 제2호, 1992, 107-108면.

법적 지위를 규정짓는 가장 중요한 계기가 된다는 점에서 볼 때 상당한 문제점을 안고 있는 것으로 보인다.

우선 오늘날 형법학 및 행형학계에서는 행형 즉 자유형 집행의 목적이 수형자의 사회복귀 내지 재사회화에 있다는 점에는 거의 이견이 없다고 할 수 있다. 그렇지만 이것이 형벌의 목적과 어떠한 연관성을 가지는가 하는 점에 대해서는 매우 불명확한 상태로 남아 있다. 형벌목적이 무엇인가의 문제는 그간 형벌이론에서는 형벌의 정당화근거로서 그리고 양형론에서는 양형의 기초로서 격렬하게 논쟁되고 있음에도 불구하고, 형벌실현의 마지막 단계인 행형에서는 형벌목적이 어떻게 작용하는가에 대한 구체적인 논의가 거의 없는 형편이다. 즉 형법학의 형벌목적론이 행형에 이르러서는 단절된 듯한 느낌이다. 그러나 형벌은 예고(입법)에서부터 법관에 의한 선고단계를 거쳐 그 집행에 이르기까지 형벌실현의 전단계가 유기적 관련 하에 작용함으로써 비로소 기능을 다하게 되는 것이고 형벌목적의 궁극적 실현이 가능하게 된다고 해야 할 것이다. 따라서 행형은 형사입법 내지 형사절차와 동떨어진 독립된 절차로서가 아니라 연속선 상에서 놓여 있으면서 형벌목적의 실현에 기여할 수 있도록 구성되어야 한다. 행형목적도 이러한 논리적 과정을 통하여 확정하는 것이 바람직하다.

다음으로 행형법 제1조에서 “건전한 국민사상과 근로정신의 함양” 및 “기술교육의 실시”를 사회복귀 수단으로 언급하고 있다. 이것은 수형자에 대한 적극적인 개선과 교육을 강조한 것으로 보인다. 지금까지는 이 규정에 대해서 이렇다 할 해석론이 전개되지 않았고 따라서 논란도 없었던 것이 사실이다. 그러나 재사회화를 행형목적으로 한다고 하더라도 그 구체적인 처우기법에서는 다양한 방법들이 개발되어 있고 그것들은 재사회화의 성패여부에 따라 역사적으로 부침을 계속하여 왔다. 뿐만 아니라 재사회화라는 사회복귀 내지 처우라는 개념이 행형실무계 및 학계에서 광범위하게 사용되고 있음에도 불구하고 그 개념적 범위는 아직 명확하게 규명되지 않은 상태이다. 과도한 처우개입은 때로는 수형자의 인권과 마찰을 일으키기도 한다. 따라서 행형법에서 사회복귀수단의 구체적인 언급은 곧 처우를 위한 국가개입의 한계를 의미한다고 보아야 한다. 소홀하게 당위적인 규정 정도로 보아 넘길 것은 아닌 것이다.

이러한 문제점들을 인식한다면 행형목적의 문제는 현행 행형법의 해석론으로서가 아니라 행형법 입법론으로서 고찰하는 것이 바람직하게 된다.

3. 행형단계에서 형벌목적의 실현가능성

(1) 형벌목적이론의 최근 동향

전통적으로 형벌목적에 관한 논의는 크게 응보와 일반예방, 특별예방을 중심으로 하여 전개되어 왔다고 말할 수 있다. 물론 그 각각에서도 상당한 견해차가 존재하고 있다. 그렇지만 이에 관한 수많은 문헌들을 수렴하는 것은 이 글의 범위를 넘는 일이므로 여기에서는 형벌목적이 행형에 있어서 어떻게 작용하는가를 밝히기 위한 전제의 의미에서 형벌목적이론을 먼저 간단히 살펴보기로 한다.

10) 행형에 관한 국내 문헌에서는 지금까지 행형을 형법체계의 유기적 일부로서 바라보는 관점이 거의 결여되어 있었던 것 같다. 그러나 이점을 비교적 명확하게 부각시킨 문헌으로는 김일수, 행형에 있어서 책임과 예방, 교정 1989/3, 17면 이하.

11) 범죄자의 개선을 위한 다양한 처우방법론은 주로 미국에서 발전되었다. 이에 대한 상세는, Bartollas, Correctional Treatment, p.21 이하 ; Cullen / Gilbert, Reaffirming Rehabilitation, p.45 이하 참조.

1) 응보 및 속죄이론

응보이론은 범죄행위의 책임을 형벌이라는 고통을 통하여 상쇄한다는 점에서 형벌의 의미를 찾는다. 형벌은 다른 목적에 봉사하기 위한 것이 아니라 유책하게 야기된 법익침해를 상쇄하기 위한 해악부과에 다름 아니다. Kant나 Hegel에게서 보여지듯이 응보이론은 국가를 정의 내지 도덕적 이념의 화체로 보는 시각에서 출발하며 각 개인도 그러한 이념을 좇을 수 있는 의사결정 능력이 있다는데 기초하고 있다. 그러나 이렇듯 형이상학적 관념에 입각한 응보이론이 현대의 시민국가원리와 일치할 수 없음은 자명하다. 현대국가는 개인의 평화롭고 자유로운 공동생활을 보장하는 것을 일차적 과제로 하며 따라서 공동체질서가 위태롭게 되었을 때 이를 방지하거나 회복하기 위하여 필요한 경우에 형벌을 부과한다고 보아야 하기 때문이다.

물론 오늘날에는 절대적 정의관에 입각한 고전적인 형태의 응보이론을 주장하는 자는 없다. 독일 연방헌법재판소도 형벌이 응보의 측면을 지니고 있음을 인정하였지만 그것은 여러 가지 형벌목적 중의 단지 하나에 불과한 것으로 보고 있을 뿐이다. 그렇지만 책임의 정도에 의하여 형벌을 제한하려 한 점은 응보이론의 영원한 공적으로 남는다.

책임상쇄를 책임통찰(Schuldeinsicht) 내지 속죄(Sühne)의 관점으로 바라본다면 과거의 범죄행위에 대한 응보라는 관념과 단절할 수 있다. Arth. Kaufmann은 응보되는 것은 행위이지 책임이 아니며 형벌은 범죄자로 하여금 스스로 속죄를 가능케 하도록 선택, 형성되어야 한다고 본다. 여기에서 속죄란 종교적, 윤리적 의미에서 “신과의 화해”를 의미하는 것이 아니라, 사회공동체 구성원으로서 자기주체성을 회복한다는 의미로 이해해야 한다. 이것은 특히 행형에 대하여 중요한 의미를 지닌다. 속죄는 수동적으로 형벌의 고통을 감내하는 것 이상으로 적극적으로 책임으로부터의 해방 내지 책임극복을 포함하기 때문이다. 이에 따르면 행형은 억압적 고통으로 구성되는 것이 아니라 사회적 존재로서의 자아발견을 통하여 합법적 생활의 관점을 획득하고 동시에 사회공동체와의 화해를 유도해 내도록 미래지향적으로 형성되어야 함을 뜻한다. 그러한 한에서 속죄개념은 과거의 불법행위에 대한 반성을 통하여 미래지향적 관점을 획득함으로써 “예방”적 요소와 결합할 수 있게 된다. 물론 속죄는 국가에 의하여 강제

12) 자세한 내용은, Jescheck, Lehrbuch Strafrecht AT, S.62f.

13) 이러한 점에서 응보이론을 절대이론(absolute Straftheorie)이라고 부른다.

14) Jescheck, AT, S.63 ; Roxin, AT, ; 이재상, 형법총론, 48면 ; 김일수, 형법학원론, 59면.

15) Schreiber, ZStW 94, S.282.

16) BVerfGE 21, 378, 384 ; 28, 264, 278 ; 32, 98, 109 ; 45, 187, 254 ; 64, 261, 271.

17) Jescheck, AT, S.59 ; 이재상, 형법총론, 47면.

18) Arth. Kaufmann, Das Schuldprinzip, 2.Aufl., 1976, S.263ff.

19) Arth. Kaufmann, Das Schuldprinzip, 2. Aufl., 1976, S.272f.

20) 과거 펜실바니아식 혹은 오번식 행형체제는 신과의 화해를 통해서만 범죄자의 개선이 가능하다고 보고 수형자에게 오로지 참회와 반성을 강요하였다. 이때 타인과의 접촉은 속죄에 도움이 되지 않는다고 보고 철저하게 금지하였으며 수형자는 독방에서 혹은 침묵하에 고독한 수도생활을 해야 했다.

21) 김일수교수는 이를 “자기화”라는 용어로 대변하고 있다. 형법학원론, 1146면 이하. 또한 김일수, 행형에 있어서 책임과 예방, 교정 1989/3, 17면 이하 참조.

22) Müller-Dietz, JR 1984, S.357 ; ders., GA 1985, S.155f.

23) OLG Karlsruhe(ZfStrVo SH 1978, S.13)에 따르면 “형벌이 그 속죄기능에 의하여 행위자로 하여금 자신의 범죄행위의 불법을 인식하고 그러한 통찰로부터 자신의 책임을 감수하도록 기여하는 한” 속죄로서의 책임상쇄와 재사회화라는 목적은 일정한 내적 연

될 수 있는 성질의 것은 아니다. 그러나 그러한 사실은 행형이 수형자의 자발적인 속죄를 가능케 하도록 외적 조건을 제공해 주어야 한다는 점과 배치되는 것이 아니다.

2) 일반예방이론

일반예방이론은 사회 전체 즉 일반인에 대한 범죄억지효과에서 형벌의 기능을 간파한다.²⁴ 그 원시적이지만 전통적인 방법이 위하이다. 형벌에 대한 두려움을 통하여 일반인으로 하여금 범죄행위를 하지 않게끔 만든다는 것이다. 위하의 이론적 기초는 Feuerbach의 소위 "심리강제설"이다.²⁵ 잔학하고 공개적인 형집행이 불가능하게 된 이상 형사입법에서 형벌을 예고함으로써 범죄행위의 원인이 되는 감성적 충동을 억제할 수 있다고 본 것이다. 이것은 범죄행위에서 나오는 쾌감 내지 이익보다 형벌의 고통이 더 크다면 범죄행위의 충동이 효과적으로 지양될 수 있을 것이라는 공리주의적 사고에 기인한다. 이에 따르면 위하는 형사입법의 단계에서 작용하며 형벌의 선고와 집행은 형벌예고의 진정함을 분명하게 보여 준다는 의미를 지니게 된다.

그러나 최근 형벌의 일반예방적 효과는 위하와는 다른 측면에서 조명되고 있다. 즉 단순한 위하효과를 지향하는 것이 아니라 행위자의 규범위반에 대하여 제재를 가함으로써 일반인에게 규범효력을 확인 내지 증명해 준다는 적극적 기능에서 형벌의 목적을 파악하고자 한다.²⁶ 여기에서 형벌은 범죄행위 자체와의 관련성보다는 규범위반이라는 점에서 의미연관적으로 개념화된다.²⁷ 규범에 반하는 행위에 대하여 형벌은 그 침해된 규범이 여전히 유효하고 정당한 것임을 일반인에게 주지시켜 준다는 것이다. 이로써 형벌은 일반인들의 규범신뢰를 강화시켜 주고 궁극적으로는 법질서의 보호에 기여하게 된다고 본다. 이렇게 본다면 형벌의 일반예방적 기능이란 규범신뢰에 대한 일종의 사회학습적, 교육적 효과를 의미하게 된다. 이를 위하이론과 구별하기 위하여 적극적 일반예방이라고 부르는 것이 보통이다.

행형에 관련해서 보면 일반예방이론은 형벌실현의 마지막 단계인 행형이 어떻게 구성되어야 하는가에까지 논리적 일관성을 갖추기는 힘들 것 같다.²⁸ 예컨대 적극적 일반예방이론을 주축으로 형법체계를 구성한 Jakobs도 행형에 있어서는 특별예방의 결정적인 영향력을 승인하고 있다.²⁹

3) 특별예방이론

특별예방이론은 범죄자 개개인에 대한 예방에 형벌의 목적이 있다고 본다. 따라서 예방의 초점은 유죄판결을 받은 범죄자가 장래 다시 범죄를 행하지 않도록 하는데 있

관을 가진다고 판시하였다.

24) 이재상, 형법총론, 49면 이하 ; 김일수, 형법학원론, 56면 이하 ; Jescheck, AT, S.60f.

25) 자세한 내용은 Naucke, P.J.A. v. Feuerbach, ZStW 87(1975), S.861ff. 참조.

26) 가장 대표적으로는 Jakobs, Schuld und Prävention, Recht und Staat 452/453, 1976, S.9f. ; ders, AT, 1Abs. Rn.9ff. 그 이전에도 Noll, in : H. Meyer-FS, S.219ff.

27) Jakobs는 다음과 같이 말한다 : "행위에 의하여 야기된 규범에 대한 모순이 바로 규범위반이다. 따라서 규범위반은 곧 규범의 부인이다. 이러한 부인은 그 규범이 정향 기준(Orientierungsmuster)으로서 문제되는 정도에 따라 사회적 갈등을 야기한다." Jakobs, AT, 1Abs, Rn.7f.

28) 따라서 박재윤, 수형자의 법적 지위에 관한 연구, 67면처럼, 일반예방주의가 행형의 실제에 있어서 수형자의 인권을 무시할 가능성이 있다는 지적은 설득력이 없다.

29) Jakobs, AT, 1Abs. Rn.50.

다. 이 이론은 19세기 말부터 누범의 증가에 따른 고전주의 형사정책의 한계와 실증과학의 발전을 배경으로 하여 등장한 이래로 최근에 이르기까지 주도적인 입지를 확보하고 있다.³⁰

전통적으로 특별예방의 방법으로는 재사회화, 개별적 위하, 그리고 범죄인을 사회로부터 격리시켜 범죄행위의 가능성을 사실적으로 차단하는 격리보안의 세가지가 거론된다.³¹ 이 중 특히 재사회화이념은 제2차대전 이후 형벌이론의 중심적 개념으로 자리잡고 있다. 예컨대 1947년 창립된 국제사회방위학회(International Society of Social Defense)를 중심으로 한 Gramatica와 Ancel의 사회방위이론은³² Liszt의 목적형사상을 계승하여 형벌을 범죄자의 사회복귀를 위한 예방적 조치로 구성하고자 제안한다.³³ 1955년 UN의 제1회 범죄예방 및 범죄자처우에 관한 회의에서 채택된 피구금자처우최저기준규칙에서도 수형자에 대한 처우의 기본방향을 사회복귀에서 구하고 있다.³⁴ 미국에서 유행한 사회복귀모델이나 독일의 대체초안그룹 역시 범죄자의 재사회화를 형벌의 일차적 과제로 삼는다.

그렇지만 특별예방이 형벌의 목적 내지 정당화근거로서 논의될 때에는 몇가지 심각한 반론에 직면하게 된다. 재범의 위험성이 없는 경우 그럼에도 처벌해야 하는 근거를 제시할 수 없다는 점, 형벌에 대한 비례성원칙을 포함하지 않은 결과 특별예방이론대로라면 재사회화될 때까지 부정기로 형벌의 집행을 받아야 한다거나 혹은 경미한 범죄를 행한 사람도 반사회성의 징후가 심각한 경우에는 중한 형벌을 받아야 한다는 결론은 부당하다는 점 등이 거론된다.³⁵ 근본적으로는 국가가 "형벌로써" 범죄자를 "개선"시킬 수 있는 권한이 있는가에서부터 회의적이다. 헌법상 보장된 인간의 존엄성을 본질적으로 침해하는 강제교육은 금지되어야 하기 때문이다.³⁶

4) 형벌목적의 결합방식

오늘날에는 어떠한 형벌이론도 그 자체로는 형벌의 의미와 목적을 통일적으로 설명하기 힘들다는 점에는 거의 일치하고 있는 듯하다.³⁷ 결국 각 이론들의 관점을 적절히 평가·결합함으로써 통일적인 합일점을 찾는 방식으로 해결하는 것이 현대적 추세이다. 그러나 이것은 다양한 형벌목적들의 합산이 되어서는 곤란하다. 마찬가지로 한 이론의 단점을 다른 이론에 의하여 단순히 보완하자하는 것도 아니다. 결합설 내지 절충설의 진정한 의미는 형벌실현의 전과정에서 형벌이 그 총체적 기능을 다할 수 있도록 형벌목적 상호간의 유기적 연관성을 정립하는 것이기 때문이다.

이때 우선 응보사상을 어떻게 이해하느냐가 이론논쟁의 갈림길이 된다.³⁸ 현재는 형벌목적에서 응보적 관점을 배제하려는 시도³⁹가 유력하다. 여기에서 응보는 형이상학적

30) Roxin, Strafrcht AT, Bd.1, §3, Rn.12f.

31) 특별예방의 구체화는 Franz von Liszt의 목적형주의에서 비롯된다. Liszt, Der Zweckgedanke in Strafrecht, in : Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge, Bd.1, S.126ff., 166.

32) Marc Ancel의 저서는 이수성, 이영란 역, 신사회방위론, 1985으로 번역되었다.

33) 마르크 앙셀 (이수성, 이영란 역), 신사회방위론, 21면 참조.

34) 최저기준규칙 제58, 59조, 65조, 66조 등 참조.

35) 자세한 내용은, Jescheck, AT, S.67 ; Roxin, AT, Bd.1, §3, Rn.16ff.

36) 이점은 독일연방헌법재판소도 언급한 적이 있다 : "국가는 ... 시민을 '개선'시킬 과제를 가지지 않는다". BVerfGE 22, 219.

37) 이재상, 형법총론, 56면 ; 김일수, 형법학원론, 62면 이하 ; Jescheck, AT, S.67ff. ; Roxin, AT, Bd.1, §3, Rn.36ff.

38) 소위 응보적 절충설과 예방적 절충설이 그것이다. 각각에 대해서는, 김일수, 형법학원론, 63면 이하 참조.

기초를 지닌 절대적 정의의 요구(예컨대 탈리오법칙)로 배척되는 반면에 책임원칙은 응보이론에서 분리되어 형벌을 제한하는 독자적인 원칙으로 정립된다. 물론 사회공동체의 질서유지에 지향된 형벌체계에서 형이상학적 신학적 응보관념이 유지될 수 없음은 당연하다. 그렇지만 책임원칙을 단순히 형벌을 제한하는 비례성원칙으로 보는 것도 문제가 있다. 책임은 형벌의 유일한 근거는 아니지만 형벌의 전제가 되는 것이며 그러한 한에서 책임에 상응하는 형벌이 그 자체로 "행위"에 대한 응보적 기능을 내포함은 당연하다. 여기에서 책임이란 더 이상 형이상학적 범주로 간주되어서는 안 된다. 따라서 책임현상은 사회적 상호관계 속에서 형성되고 변화하는 - 각 개인에게 내면화된 - 가치합의이며, 역사적 구체적으로 존재하는 "법공동체의 판단"인 것이다.

이렇게 확정된 책임, 그리고 그러한 책임에 의하여 근거지워지고 제한된 형벌이 비로소 정당하게 인식될 수 밖에 없음은 자명할 것이다. 이러한 관점은 책임형벌이 예방형벌과 결합할 수 있는 준거점을 제공해 주는 것이기도 하다.

먼저 책임에 상응하는 형벌만이 일반예방적 목적을 달성할 수 있다고 보아야 한다. 형벌이 일반인의 규범신뢰를 강화시킴으로써 규범의 안정화를 꾀하고자 한다면 그것은 단순히 규범효력을 선언함으로써 가능한 것이 아니라 일반인의 현실적 인식을 통하여 지속적으로 내면화됨으로써 비로소 가능한 것이기 때문이다. 일반인에 의하여 적용된 것으로 공감할 수 있는 형벌만이 일반인의 규범신뢰를 강화시켜 줄 수 있는 것이다. 이것은 곧 책임형벌이 될 수 밖에 없을 것이다.

마찬가지로 행위자의 책임에 근거한 형벌은 성공적인 재사회화의 기초가 된다. 재사회화란 단순히 형벌을 통하여 사회적 책임비난을 감수하는데에서 그치는 것이 아니라 그 기회를 통하여 행위자가 적극적으로 자신의 책임을 통찰하고 사회적 존재로서의 자기주체성을 회복하여 사회공동체와의 화해에 도달함으로써 비로소 가능한 것이기 때문이다. 여기에서 재사회화목적과 책임-속죄원칙의 연결점을 발견할 수 있다. 재사회화 목적을 실현하기 위해서는 형벌은 행위자로 하여금 스스로의 책임을 통찰하고 극복할 수 있도록 구성되어야 한다. 그러나 "행위자의 측면에서 정당"한 형벌만이 이것을 가능케 한다. 책임-응보원칙이 행위자에 대한 사회적 책임비난으로서 소위 평균적 정의의 요구를 반영하는 것이라면, 책임-속죄의 원칙은 행위자의 측면에서 자기자신 및 사회공동체와의 화해를 이루어낼 수 있는 조건으로서, 즉 배분적 정의의 요청에 의하여 형벌을 구체화한다. 그러한 한에서 배분적 정의로서의 재사회화형벌은 평균적 정의로서의 응보형벌을 수정한다고 볼 수 있다. 따라서 범죄자의 재사회화를 위하여 충분하다면 사회적 비난으로서의 책임형벌은 더 이상 비례적인 것이 아니며 그 한도에서 형벌은 감경되어야 한다.

이렇게 볼 때 책임원칙은 단순히 예방목적에 의하여 근거지워진 형벌을 제한하는 기능에 한정되는 것이 아니라 예방목적과 함께 형벌의 본질적인 구성원리가 된다고 보아

39) 대표적으로 Roxin의 소위 예방적 결합설을 들 수 있다. 그는 일반예방과 특별예방만이 형벌의 목적으로 기능하는 것이며 다만 책임주의에 의하여 형벌의 상한이 제한되어야 한다고 주장한다. Roxin, AT, Bd.1, §3, Rn.36ff. 또한 국내에서는 김일수, 형법학원론, 65면.

40) Arth. Kaufmann, Schuld und Prävention, in : Wassermann-FS, S.894.

41) Roxin, in : Schulz-FS, S.466.

42) Roxin, in : Bockelmann-FS, S.305 ; Müller-Dietz, in : Jescheck-FS, S.819 ; Streng, ZStW 92, S.638f. ; Wolff, ZStW 97, S.802f.

43) Seelmann, JuS 1979, S.687ff. ; Wolff, ZStW 97(1985), S.814 참조.

44) Arth. Kaufmann, in : Wassermann-FS, S.894 ; ders, Jura 1986, S.229 ; ders, Das Schuldprinzip, S.279ff.

45) Arth. Kaufmann, in : Hilde Kaufmann-GS, S.429ff.

야 한다. 따라서 형벌은 책임에 의하여 근거지워지고 제한된 범위 내에서 예방 목적을 고려해야 한다. 이때 예방목적으로는 특별예방, 특히 재사회화목적과 적극적 일반예방이 고려된다.

이러한 방식으로 형벌목적간의 결합이 가능하더라도 구체적인 형벌실현의 과정에서는 소위 "형벌목적 사이의 모순"이 발생할 수 있다. 이것은 형벌실현과정을 단계별로 나누어 살펴보는 것이 유용하다. 이것은 형벌 목적을 단계별로 분할한다는 의미가 아니며 단지 형벌의 "작용방식"을 고려한 결과에 지나지 않는다. 즉 형벌이 추상적인 단계에서 작용할수록 평균적 정의로서의 책임상쇄와 일반예방의 목적이 주도적으로 등장하게 되며 반면에 행위자에 대한 관계에서 형벌이 구체화되어 갈수록 평균적 정의의 관점은 특별예방의 배분적 정의에 의하여 수정되어야 할 것이다. 따라서 형사입법단계에서는 대체로 구성요건으로 정형화된 범죄행위의 책임범위가 체계화되고 이를 통한 일반예방이 우위에 선다고 말할 수 있다. 반면에 형벌선고의 단계에서는 책임을 기초로 하여 그 한계에서 일반예방과 특별예방목적이 고려되며, 마지막으로 행형단계에 들어서면 특별예방 특히 재사회화의 형벌목적이 지배적으로 작용하게 된다. 이것은 다른 형벌목적의 작용을 증국적으로 배제하라는 의미가 결코 아님은 물론이다.

(2) 행형에서 형벌목적의 작용방식

1) 행형목적으로 작용하는 특별예방

이제 위의 결합설을 토대로 행형에서는 형벌목적이 구체적으로 어떻게 기능해야 하는가를 살펴볼 필요가 있다. 행형단계에서는 특별예방목적이 주도적 우위를 차지한다는 점에는 거의 이론이 없다. 그러나 결합설은 특별예방을 행형에서 작용하는 유일한 형벌목적이라고 하지 않는다. 입법에 의한 형벌 예고와 양형에서 정당화근거로 작용하는 책임과 일반예방목적도 형의 경중이나 기간에 뿐만 아니라 행형에까지 영향을 미치게 될 것은 당연하다.

그러나 행형에서 책임상쇄(응보)와 일반예방목적이 작용한다고 하더라도 그것은 행형에서 주도적으로 작용하는 특별예방목적과 그 작용방식에서 구별되어야 한다. 특별예방의 주도적 지위란 특별예방이 행형의 구성적 원리이자 행형목적이 되어야 함을 의미한다. 행형목적이란 바로 행형단계에서의 형벌목적에 다른 아니기 때문이다. 반면에 응보와 일반예방적 관점은 기껏해야 특별예방적 행형의 제한원리로서 고려될 수 있을 뿐이다. 이러한 사실은 입법론으로서 행형법 상 행형목적에 특별예방만을 규정할 것인가 아니면 응보와 일반예방의 관점을 병렬적으로⁴⁶⁾ 혹은 부수목적(Nebenziel)의 형태로

46) 방법론으로서 Roxin, JuS 1966, S.381ff. ; ders, AT, Bd.1, §3, Rn.37ff. 또한 Müller-Dietz, Grundfragen des strafrechtlichen Sanktionensystems, 1979, S.32ff.

47) Streng, Strafrechtliche Sanktionen, 1991, S.17.

48) Bemann, in : Bockelmann-FS, S.894 ; Bruns, Strafzumessungsrecht, S.210 ; Roxin, AT, Bd.1, §3, Rn.41.

49) 이점은 형법 및 행형법학계의 공통된 입장이다. Roxin, AT, Bd.1, §3, Rn.41 ; Hirsch, LK, Vor §46, Rn.32 ; Jakobs, AT, 1Abs. Rn.50 ; Bemann, in : Bockelmann-FS, S.894ff. ; 뿐만 아니라 현행 행형법 제1조도 수형자의 사회복귀를 행형목표로 규정하고 있고 독일 행형법 제2조 역시 "자유형의 집행에서는 수형자가 장차 사회적 책임하에 범죄를 하지 않고 생활을 영위할 수 있도록 하여야 한다"고 하여 재사회화를 행형목적으로 천명하고 있다.

50) Bemann, in : Bockelmann-FS, S.895 ; Schwind / Böhm, StVollzG, §2, Rn.2 ; Arloth, GA 1988, S.410 ; Müller-Dietz, Grundfragen des strafrechtlichen Sanktionensystem, S.45.

규정하는 것이 바람직한가에 대한 해답을 제시해 준다. 응보와 일반예방은 행형단계를 지배하는 행형목적이 될 수 없다. 이러한 점에서는 행형법 제1조에서 수형자의 사회복귀만을 행형목적으로 규정한 것은 지극히 타당하다.

2) 형벌목적과 행형목적 - 목적갈등과 그 해결

가. 행형완화조치와 형벌목적의 연관성 - 독일의 예와 우리의 경우

다음으로는 행형 목적을 특별예방으로 할 때 책임응보와 일반예방이라는 형벌목적은 행형에서 어떻게 반영될 수 있는가의 문제가 남는다. 특히 이것은 행형법 제1조의 해석과 관련하여 중요한 의미를 지닌다. 즉, 행형법 제1조가 다른 형벌목적의 고려를 배제하는 것인가, 보다 구체적으로는 특히 재사회화에 지향된 행형처분에서 책임 내지 일반예방적 관점이 - 실정법적 근거가 없더라도 - 재량의 결정기준으로 작용할 수 있는가의 문제이다. 이것은 현행 행형법과 비슷하게 특별예방만을 행형목적으로 규정한 독일 행형법 제2조를 둘러싸고 독일의 행형실무 및 학계에서 심각하게 논쟁되어 온 문제이기도 하다.⁵¹⁾

발단은 1977년 독일의 OLG Karlsruhe의 결정⁵²⁾이었다. 법원은 무기형의 집행을 받는 나찌전범에 대한 귀류결정에 있어서 행형기관의 재량범위 내에서 행위의 불법내용과 책임정도를 고려할 수 있으며 이에 따라 독일 행형법 제13조⁵³⁾의 요건이 충족되는 경우에도 귀류를 불허할 수 있다고 하였다. "원고[수형자]가 행한 범죄행위 그리고 원고가 속한 행위자집단에 있어서 형벌은 불법에 대한 정당한 책임상쇄와 속죄에 기여하고 법질서의 확고함에 대한 신뢰를 유지, 강화하는데 필요하다"는 점에서 내적 정당성을 갖는다."⁵⁴⁾ 이러한 관점은 행형의 내적 구성에는 관계하지 않지만, 귀류와 같이 자유박탈이 사실적으로 중단되는 효과를 지닌 행형완화조치에서는 책임상쇄와 일반예방목적이 의미를 갖게 됨을 뜻한다. 여기에서 또한 OLG Karlsruhe는 범공동체로의 성공적인 재편입은 수형자의 책임속죄(Schuldverarbeitung), 결국 책임의 종류와 정도에 대한 고려를 전제로 한다고 말한다. 즉 "형벌이 그 속죄기능에 의하여 행위자가 자신의 행위의 불법을 인식하고 그것을 통찰함으로써 자신의 책임을 감수하는데 기여해야 한다"⁵⁵⁾는 점에서 재사회화와 책임상쇄라는 목적 사이에는 일정한 내적 연관이 존재한다는 것이다. OLG Karlsruhe의 결정은 그후 각주의 행형실무⁵⁶⁾와 판례⁵⁷⁾의 기초가 되었지만 학계로부터는 심각한 비판을 받게 되었다.⁵⁸⁾

51) 독일의 과거 복무 및 집행령(DVollzO)이 그러하였다.

52) Hassemmer, in: Arth. Kaufmann(Hrsg.), Die Strafvollzugsreform, 1971, S.61.

53) Müller-Dietz, HewHi 1986, S.

54) OLG Karlsruhe JR 1978, S.213 = ZfStrVo SH 1978, S.9.

55) 이 규정은 다음과 같다:

제13조(귀류) ① 수형자는 일년에 21일까지 휴가를 받을 수 있다. 제11조 2항을 준용한다.

② 귀류는 원칙적으로 수형자가 최소한 6월 이상 형의 집행을 받은 이후에 비로소 허용된다.

③ 무기형의 집행을 받는 수형자는 미결구금 기타의 자유박탈을 포함하여 10년의 집행을 받았거나 개방행형을 받는 경우에 귀류를 받을 수 있다.

56) OLG Karlsruhe ZfStrVo SH 1978, S.14.

57) OLG Karlsruhe ZfStrVo SH, S.13.

58) 이에 관한 행형규칙에 대해서는, Baumann, ZStrVo 1987, S.47ff.

59) 대표적으로는 OLG Frankfurt ZfStrVo SH 1979, S.28; NSTZ 1981, S.157; OLG Nürnberg ZfStrVo 1980, S.122; OLG Hamm NSTZ 1981, S.495.

이러한 경향은 1983년 독일 연방헌법재판소의 판례⁶⁰⁾에 의하여 사실상 승인되었다. OLG Frankfurt의 귀류불허결정에 대한 헌법소원에서 연방헌법재판소는 무기형 수형자에 대한 귀류결정에서 책임의 정도를 고려하는 것은 "헌법상 이의가 제기되지 않는다"고 판시한 것이다.⁶¹⁾ 그 근거는 크게 첫째, 행위책임의 고려가 헌법상의 기본권을 침해하는 것이 아니라 오히려 형벌의 선고와 집행의 기준이 되는 목적들 사이의 단절을 회피함으로써 "실천적 조화"에 기여한다는 점, 둘째로는 귀류가 자유형에 본래 예정된 자유박탈의 완화라는 점에서 그 판단은 전적으로 행형목적(독일 행형법 제2조)에 의해서가 아니라 그에 언급되지 않은 일반적인 형벌목적도 고려해야 한다는 점, 그리고 마지막으로, 책임통찰과 속죄는 성공적인 재사회화의 기초가 되는 것이므로 재사회화 조치에 있어서 책임의 정도를 고려해야 한다는 점으로 요약될 수 있다.⁶²⁾

이로써 행형법상의 명시적인 요건을 충족했음에도 불구하고, 즉 재사회화라는 행형목적에서 긍정적으로 평가된 경우에도 책임상쇄 내지 속죄라는 형벌목적이 귀류와 같은 행형완화조치를 제한할 수 있다는 논리가 성립한다. 이것이 일반화되면 무기형수형자가 아니더라도 그리고 귀류 외에 이와 비슷한 성격의 행형조치에 대해서도 충분히 적용가능하다는 결과가 된다.⁶³⁾ 실제 독일의 경우 행형에 대한 관할권을 가진 각주의 고등법원(OLG)들은 이를 확대적용하는 경향이 있다. 예컨대 유기징역 수형자에게,⁶⁴⁾ 그리고 행형완화처분(독일 행형법 제11조)⁶⁵⁾ 및 개방행형으로의 이전(독일 행형법 제10조 1항)⁶⁶⁾에까지 적용이 확대되었다.⁶⁷⁾ 뿐만 아니라 여기에서 고려되는 형벌목적으로는 책임상쇄와 속죄 외에도 일반예방이 거론된다.⁶⁸⁾

일부 지지견해⁶⁹⁾에도 불구하고 이러한 경향에 대한 학계의 반응은 압도적으로 부정적이다.⁷⁰⁾ 판례는 "책임통찰이 재사회화의 전제이고 응보가 책임통찰의 전제"라는 잘못된

60) 당시의 비판문헌으로는, Peters, JR 1978, S.177ff.; Müller-Dietz, Grundfragen des strafrechtlichen Sanktionensystems, 1979, S.237; Hoffmeyer, Grundrechte im Strafvollzug, 1979, S.37f.; Joester, AK-StVollzG, 1980, §13, Rn.28; Calliess, Strafvollzugsrecht, 2.Aufl., 1981, S.157; Kaiser, ZStW 1981, S.242f.; Dopslaff, NSTZ 1982, S.262; Kaiser / Kerner / Schöch, Strafvollzug, 3.Aufl., 1982, S.94; Calliess / Müller-Dietz, StVollzG, 3.Aufl., 1983, §13, Rn.20. 반면에 tlfankemfdms eocpfh 이를 정당하다고 평가하였다. 대표적인 문헌은, Grunau, DRiZ 1978, S.111ff.; Treptow, NJW 1978, S.2230; Schwind / Böhm, StVollzG, 1983, §13, Rn.6.

61) BVerfGE 64, 261 = NJW 1984, S.33.

62) 그 사건에서 그러나 연방헌법재판소는 재사회화목적상 수형자가 고령이라는 점과 그의 건강상태를 고려해야 한다는 점에서 OLG Frankfurt의 결정을 파기하였다.

63) 이에 대한 자세한 내용은, Müller-Dietz, JR 1984, S.354f.; ders, GA 1985, S.154f.

64) 이미 Müller-Dietz, JR 1984, S.359.

65) OLG Nürnberg NSTZ 1984, S.92; OLG Frankfurt ZfStrVo 1987, S.111.

66) OLG Stuttgart, NSTZ 1984, S.525; OLG Celle, ZStrVo 1984, S.251.

67) OLG Frankfurt, NSTZ 1983, S.140.

68) 자세한 내용은, Kaiser / Kerner / Schöch, Strafvollzug, 4.Aufl., S.75; Arloth, GA 1988, S.404; Calliess / Müller-Dietz, StVollzG, 5.Aufl., §2, Rn.15ff.

69) OLG Frankfurt, NSTZ 1983, S.140; OLG Stuttgart, NSTZ 1984, S.525.

70) Funck, ZRP 1985, S.137ff.; Arloth, GA 1988, S.411ff.; Böhm, Strafvollzug, 2.Aufl., 1986, S.34ff.; Schwind / Böhm, StVollzG, §2 Rn.6.

71) Burkhard, ZfStrVo 1984, S.268; Meier-Beck, MDR 1984, S.447ff.; Müller-Dietz, JR 1984, S.353ff.; ders, GA 1985, S.152ff.; ders, ZfStrVo 1985, S.213ff.; Hill, ZfStrVo 1986, S.139ff.; Baumann, ZfStrVo 1987, S.47ff.; Bayer, et. al., MschrKrim 1987, S.167ff.; Kaiser / Kerner / Schöch,

관념에 의존하여 책임이 중한 경우 결국 그로 인한 고통의 추가 - 여기에서는 재사회화의 관점에서 긍정적으로 평가된 행형완화조치의 불허 - 를 정당화한다. 그러나 이것은 재사회화의 촉진에 결코 도움이 되지 않을 뿐만 아니라, 결국에는 응보(책임상쇄)의 관점에서 재사회화에 지향된 행형조치를 제한할 수 있다는 결과가 된다는 것이다.⁷⁰

그렇다면 행형목적규정(독일 행형법 제2조)에도 불구하고 응보와 같은 일반적인 형벌목적의 고려하는 것이 허용되는가 하는 보다 본질적인 문제가 제기되지만 대답은 역시 부정이라고 한다.⁷¹ 통설은 행형법 제2조를 행형목적에 관한 중국적 규정이라고 이해해야 한다고 본다. 행형법 제2조에서 일반적인 형벌목적의 입어낼 수 있다고 한다면 입법과정에서 폐기된 행형목적다원주의⁷²에 이르게 되고 법치주의의 예외를 인정하는 특별권력관계를 회생시키게 된다는 것이다.⁷³ 책임과 일반예방은 자유형의 기간 및 자유박탈이라는 면에서 기능하는 것이고 그러한 한에서만 행형에 간접적인 영향을 미치는 것이라고 한다.⁷⁴

이러한 논의는 독일행형법의 해석론과 실무의 필요성 내지 관행 사이의 대립으로 비롯된 것이지만, 현행 행형법체계에서도 같은 문제가 제기된다. 아직 이에 관한 판례가 없음은 물론이다. 현재까지는 행형법 및 부속법령에서도 책임이나 일반예방과 같은 일반적인 형벌목적의 고려해야 한다는 직접적인 언급은 없는 것 같다. 그러나 일례로 귀휴의 경우, 행형법 제44조 2항에서는 "1년 이상 복역한 수형자로서 그 형기의 2분의 1을 경과하고 개과의 정상이 특히 현저하며 행상이 우수한 때에는 형기간중 3주일 이내의 귀휴를 허가할 수 있다"고 규정하고 있다. 반면에 귀휴시행규칙(법무부령 제358호)을 보면 재사회화를 행형목적으로 천명한 제1조 및 제44조 2항의 취지와는 다르게 책임응보 및 일반예방적 관점이 상당부분 개입되어 있음을 엿볼 수 있다. 동규칙 제2조에 의하면 귀휴는 귀휴심사위원회의 심의를 거쳐 재량으로 허가할 수 있도록 되어 있

Strafvollzug, 4.Aufl., S.74ff. ; Calliess / Müller-Dietz, StVollzG, 5.Aufl., §2 Rn.6ff., 10ff., 17 ; AK-Feest, StVollzG, 3.Aufl., §2 Rn.3f.

72) 수형자에게 유익한 조치를 불허하는 것이 고통증대금지의 원칙(UN피구금자처우최저기준규칙 제57조 내지 독일 행형법 제3조 2항)에 반하는가에는 물론 반론의 여지가 있다. 예컨대 Arloth, GA 1988, S.421. 그러나 그것이 정당화될 수 있는가가 보다 본질적인 문제일 것이다.

73) Bayer, et.al., MschrKrim 1987, S.173 ; Hill, ZfStrVo 1986, S.142 ; Müller-Dietz, GA 1985, 156f.

74) Müller-Dietz, JR 1984, S.358 ; Meier, Die Entscheidung über Ausgang und Urlaub aus der Haft, 1982, S.210ff.

75) 이것이 또한 통설이다. Calliess / Müller-Dietz, StVollzG, 5.Aufl., §2 Rn.1, 6f. ; AK-Feest, StVollzG, 2.Aufl., §2 Rn.3 ; AK-Hoffmann/Lesting, §13 Rn.48 ; Müller-Dietz, JR 1984, S.360 ; ders, GA 1985, S.160ff. ; ders, Grundfragen des strafrechtlichen Sanktionssystem, 1979, S.237 ; Hoffmeyer, Grundrechte im Strfvollzug, 1979, S.37 ; Baumann, ZfStrVo 1987, S.48 ; Kaiser / Kerner / Schöch, Strafvollzug, 4.Aufl., S.77 ; Bemmann, StV 1988, S.549f. ; Beckmann, StV 1984, S.353 ; Burkard, ZfStrVo 1984, S.268 ; Meier-Beck, MDR 1984, S.447ff. ; Dopslaff, ZStW 1988, S.

76) 독일의 경우 1961년부터 행형법 제정 이전까지 시행된 DVollzO 제57조 1항에서는 "자유형의 집행은 일반인을 보호하고 수형자로 하여금 행위의 불법에 대한 책임이 있음을 통찰하도록 원조하며 그를 다시 사회공동체에 편입시키는데 기여해야 한다"고 규정함으로써 일반형벌목적의 행형에서도 그대로 반영하고 있었다. 이것은 행형조치의 허용여부가 이현행비현행식으로 정당화될 수 있는 폐단이 있었다고 한다. Müller-Dietz, Strafvollzugsgesetzgebung und Strafvollzugsreform, 1970, S.74ff. ; Schüler-Springorum, Strafvollzug im Übergang, 1969, S.59ff.

77) Müller-Dietz, JR 1984, S.359.

78) Calliess / Müller-Dietz, StVollzG, 5.Aufl., §2 Rn.9f.

는데, 심사사항으로서 제3조에서는 신원관계를, 제4조는 범죄관계(범죄시 연령, 형명 및 형기, 범수, 범죄의 성질과 동기, 범죄후의 정황, 공범관계, 그의 범죄에 대한 사회의 감정)를, 제5조는 환경관계(동거친족과 보호자의 연령·성명·직업·생활상태 및 교우관계, 집건과 신서의 내용 및 그 도수, 가족과의 관계, 피해자에 대한 관계, 귀휴지의 교통 및 통신상황)를 심사하도록 규정하고 있고, 특히 범죄동기를 심사함에는 사회도의상 또는 공의상 용서할 만한 심정에 기인된 것인가 여부를 참작해야 한다(제7조). 뿐만 아니라 제8조는 또다시 심사대상자의 범죄에 대한 사회감정 및 범죄지에 있어서의 특별한 지방적 관습을 충분히 고려해야 한다고 규정한다. 무기형 수형자의 경우는 특히 사회감정에 비추어 범죄의 정상이 동정받을 만한가 여부를 심사해야 한다(제6조 3항). 이러한 규정은 심사사항만 나열하고 있을 뿐 심사의 기준이 명백하지 않다. 즉 형명과 형기를 고려한다고 하더라도 그것이 어떠한 방향에서 고려되어야 하는지가 불분명하다. 그러나 전체적으로 볼 때 귀휴의 결정재량에서는 재사회화의 관점보다 오히려 범죄의 불법과 책임정도 및 사회감정에 대한 일반예방적 판단이 더 중요하게 작용하고 있는 듯하다. 이것은 문언상으로는 상위규범인 행형법 제1조 및 제44조 2항의 규정과 일치하기 힘들다. 그렇다면 행형법 제1조와 제44조 2항에도 불구하고 그러한 시행규칙이 정당화될 수 있는가에 대한 의문이 생긴다.⁷⁵

나. 목적갈등의 해결을 위한 해석론과 입법론

행형법 제1조는 특별예방만을 행형목적으로 규정한 것인가? 그럼으로써 다른 형벌목적은 행형의 구성에 관계할 수 없는가? 이것은 형벌목적이론이 결코 추상적 현학적인 것만은 아님을 보여 준다. 행형이 소위 특별권력관계로서 다수의 재량규정 및 불확정개념을 이용할 수 밖에 없다면 행형목적에 관한 제1조가 그 기준이 되어야 한다는 점에서 이 문제는 해석에 따라 수형자의 법적 지위에 중대한 변화를 야기할 수 있다.

먼저 책임은 재사회화행형과 어떤 내적 연관이 있는가가 검토되어야 할 것이다. 책임통찰 내지 책임숙죄는 속성상 강제될 수 없음은 자명하다. 그러나 다른 한편으로 수형자의 성공적인 사회복귀가 반드시 숙죄를 통해서만 가능한가도 의문이다. 진정한 의미의 숙죄를 하지 않고서도 수형자는 사회복귀에 필요한 합법성 내지 규범존중의 관점을 획득할 수 있기 때문이다.⁷⁶ 그렇지만 수형자가 자신의 책임을 통찰하고 이를 적극적으로 극복하고자 한다면 재사회화에 커다란 도움이 될 것은 분명하다. 책임숙죄가 행형의 목적은 아닐지라도 이러한 사실은 이미 재사회화행형에서 두가지 점에서 관련을 맺을 수 있다. 첫째는 책임통찰의 가능성이 수형자에 대한 개별처우의 구성에 적극 활용될 수 있다는 점이다. 둘째는 책임숙죄를 이루려는 자세가 되어 있는 수형자는 귀휴와 같은 행형완화조치의 판단에 긍정적으로 작용할 수는 있지만 그러한 준비자세의 결여가 곧 부정적 조치를 정당화시킬 수는 없다는 점이다. 그것은 숙죄의 강요이며 응보에 다름아니기 때문이다.

여기에서는 물론 책임을 근거로 귀휴를 허가하지 않는다고 할 때 그 조치가 재사회화의 관점에서 유효한 처우수단이 될 수 있지 않는가⁷⁷ 하는 의문이 발생한다. 소위 "부정적 자극"에 의하여 수형자가 행형당국의 재사회화조치에 적극적으로 참여하도록 촉진시킬 수 있는 경우도 있을 것이다. 이러한 가능성은 행태주의 심리학에서 주로 발견되었다. 그러나 그러한 "이차적 고통"은 수형자 개개인의 인성구조와 사회화의 결

79) 이러한 행형목적과 행형규정과 괴리 내지 모순의 문제에 대해서 국내에서는 아직까지 거의 논의가 없었다는 점은 놀라운 일이다.

80) Müller-Dietz, JR 1984, S.357 ; ders, GA 1985, S.152, 159.

81) 예컨대 OLG München ZfStrVo SH 1979, S.67ff.

함, 교육학적인 측면에서의 주변상황을 세밀히 고려함으로써 수형자의 인식과 행동에 긍정적인 영향을 미칠 수 있다는 점이 전제가 되어야 하며, 더구나 재사회화의 관점에서 긍정적인 에후를 가진 수형자에게는 그러한 전략이 무의미할 것이 자명하다.⁸²⁾

보다 솔직하게 독일의 일부견해와 같이, 옹보 내지 일반예방이라는 형벌목적도 당연히 재사회화조치를 제한하는 독자적인 기준이 되어야 한다는 주장도 가능하다. 그러나 행형목적이 아니면서 동시에 행형구성의 기준으로 작용한다는 것은 모순이다. 독일의 경우에는 무기형 수형자의 가석방(Aussetzung des Strafrestes)에 대하여 “책임이 특히 중한 경우”를 제한요건으로 규정한 형법 제57조의 a 제1항 2호와의 체계론적 조화의 관점이 강력한 근거 중의 하나가 된다.⁸³⁾ 그러나 현행법상 가석방은 순수하게 특별예방적 관점에서 판단되어야 한다⁸⁴⁾는 점에서 독일의 경우와는 다르다. 그것은 행위불법과 책임의 정도에 따라 차별화된 행형⁸⁵⁾을 요구하는데 이는 행형법 제1조의 행형목적 규정을 무의미하게 만든다. 뿐만 아니라 법률적 근거 없이 행해지는 행형당국에 의한 그러한 “사후 양형”이 어떤 기준에서 가능한지 더 나아가서 과연 정당화될 수 있을지도 커다란 의문이다.⁸⁶⁾

책임과 일반예방은 기본적으로 “형종과 형기” 및 그 기간 동안의 “자유박탈”이라는 점에서 반영된다. 그러한 한에서는 책임과 일반예방의 형벌목적도 행형에 영향을 미친다. 그러나 이것은 행형구성에까지 직접적인 효력을 미친다는 것이 아니라, 재사회화라는 행형목적에 지향된 개별적인 행형구성은 수형자의 형기를 고려하여 시행되어야 한다는 의미 즉 반사적 효과를 말하는데 지나지 않는다.⁸⁷⁾

물론 책임과 일반예방은 형기뿐만 아니라 또 다른 측면 즉 “자유박탈”이라는 자유형의 내용에서도 반영된다. 위에서도 언급한 바와 같이 자유형이 어떠한 자유박탈을 예정하고 있는가는 “선형적”으로 혹은 “법률 이전에 이미” 발견할 수 있는 것이 아니라 헌법적 가치체계에 입각한 행형법정주의를 통해서 비로소 정립되는 것이다. 보통 자유박탈에 관련하여 책임과 일반예방적 관점은 귀휴와 같은 행형완화조치가 아무리 재사회화의 관점에서 요구된다 하더라도 형집행 초기단계에서부터 시행될 수 없다는 점을 시사해 준다. 따라서 귀휴의 요건으로 최소집행기간을 설정하는 것은 재사회화행형에서도 용인될 수 있다.⁸⁸⁾ 행형법은 수형자가 1년 이상 복역하고 그 형기의 2분의 1을 경과하였을 것을 귀휴의 요건으로 한다(제44조 2항).⁸⁹⁾ 그 최소기간의 장단의 문제는 별론으로 하고, 그러나 이를 넘어서 책임과 일반예방의 관점에서 행형법에 예정되어 있지 않은 “고통”을 추가하는 것은 정당화될 수 없다.

82) Steller, Sozialtherapie statt Strafvollzug, 1977, S.73ff.

83) Müller-Dietz, GA 1985, S.156ff.

84) Arloth, GA 1988, S.417.

85) 이재상, 형법총론, 614면.

86) Müller-Dietz, JR 1984, S.358.

87) Meyer, Die Entscheidung über Ausgang und Urlaub aus der Haft, 1982, S.208ff. ; Meier-Beck, MDR 1984, S.449f. ; Beckmann, StV 1984, S.166 ; Müller-Dietz, GA 1985, S.163.

88) Calliess / Müller-Dietz, StVollzG, §2 Rn.9 ; Bemmann, in : Bockelmann-FS, S.895.

89) Kaiser / Kerner / Schöch, Strafvollzug, S.77 ; Müller-Dietz, JR 1984, S.360 ; Böhm, NStZ 1986, S.205f.

90) 독일 행형법의 경우 귀휴(제13조)의 요건으로 정기형 수형자는 최소한 6개월 이상을 복역하여야 하며 무기형 수형자는 10년이 경과하여야 한다고 규정하고 있는 반면에, 귀휴와 비슷한 효과를 지닌 개방행형으로의 이전(제10조)이나 행형완화(제12조)의 경우에는 그러한 요건이 존재하지 않는다. 따라서 이러한 요건설정문제는 해석론과 함께 입법론으로서도 많이 다루어지는 부분이다.

따라서 행형법 제1조는 행형목적에 관한 중국적 규정이라고 보아야 한다. 그러므로 특별예방만이 행형목적이 되며 개별적인 행형구성의 기준으로 작용한다. 특별예방 이외의 책임과 일반예방적 관점은 원칙적으로 형기 및 그 기간동안의 자유박탈이라는 선고내용을 통하여 간접적으로 행형에 영향을 미치지만 행형의 구성에 직접적으로 관여하지는 않는다. 따라서 귀휴와 같은 행형완화조치의 판단에서도 책임이 중하다거나 사회감정과 같은 일반예방적 측면이 고려되어서는 안 된다.

IV. 행형목적의 논증

1. 행형법 제1조와 행형목적의 두가지가능성 - 재사회화와 보안

행형 목적을 일차적으로 특별예방, 그 중에서도 수형자의 재사회화에 두어야 한다는 점에는 이론이 없을 것이다. 현대행형의 국제적 경향도 수형자의 사회복귀 내지 재사회화를 지향하는 것이 - 재사회화라는 개념의 함의에는 상당한 이견이 존재함에도 불구하고 - 아직까지는 주된 흐름이라고 할 수 있다. 다만 이제부터는 "특별예방"과 "재사회화"라는 개념을 구별하여 사용할 필요가 있다. 보통 특별예방이라고 할 때에는 사실 수형자의 재사회화 내지 사회복귀라는 개념과 혼동되는 예가 많지만, "재사회화"는 엄밀한 의미에서 특별예방의 일면에 불과하기 때문이다. 종래 특별예방의 방법으로는 개별적 위하와 재사회화 그리고 보안의 세가지가 거론된다.²⁾ 행형법 제1조는 수형자를 "격리하여 교정교화하며 건전한 국민사상과 근로정신을 함양하고 기술교육을 실시하여 사회에 복귀하게" 한다고 말한다. 이것은 분명 수형자의 재사회화를 지향하는 것으로 이해할 수 있다.

문제는 "격리한다"는 문구일 것이다. 여기에서 "격리한다"는 말은 일단 형집행목적 내지 자유형의 본질을 표현한 것으로 볼 수 있다. 형집행목적(Strafvollstreckungsziel)은 행형목적(Strafvollzugsziel)과는 구분되어야 한다.³⁾ 형집행목적이란 법원에 의하여 선고된 자유형을 그 내용대로 집행하는 것을 말한다. 따라서 형법 제67, 68조에 따라 범죄자를 교도소에 구치하여 일정기간 자유를 박탈하는 것 자체가 형집행목적이다. 이것은 곧 "구금의 확보"를 의미한다. 자유형이 선고된 이상, 그 수형자에게 재사회화처우를 실시하는 문제는 그에 대한 안전한 구금이 확보된다는 전제 위에서만 비로소 가능하다. 그러한 한에서 형집행목적은 당연히 행형목적의 구성요소가 된다. 이를 위해서 행형기관은 교도소의 안전과 질서를 유지해야 할 과제를 안게 된다.⁴⁾ 물론 이와 같은 의미의 형집행목적은 행형법에 반드시 명시적인 규정을 필요로 하는 것은 아니다.

"격리한다"는 말과 관련하여 제기되는 문제는 이를 통하여 행형법이 특별예방의 또 다른 측면인 사회방위라는 과제를 행형목적으로 규정한 것으로 볼 수 있는가 하는 점이다. 혹은 행형법 입법론으로서 사회방위를 행형목적으로 포함시키는 것이 타당한가의 문제도 함께 제기될 수 있다. 즉 행형은 수형자를 격리구금함으로써 그에 대한 재사회화를 실현해야 할 뿐만 아니라 동시에 그 기간동안 수형자가 재범을 하지 못하도록 방지함으로써 사회방위에도 기여해야 하는가?⁵⁾ 이 문제는 특히 개방행형과 관련하여 그 제한기준이 될 수 있다는 점에서 중요하다.

마지막으로 특별예방의 나머지 하나인 개별적 위하는 행형법 제1조에 의하면 행형목

1) 지금까지는 특별예방과 재사회화를 명확히 구별하지 않은 것이 사실이다. 거기에서는 특별예방과 책임 내지 일반예방이라는 형벌목적 사이의 관계가 문제되었기 때문이다. 그러나 이제부터는 개념의 명확성을 기하기 위하여 특별예방과 재사회화는 구별하기로 한다.

2) Roxin, AT, Bd.1, §3 Rn.12.

3) AK-Feest, StvollzG, §2 Rn.2ff.

4) 현행 행형법은 이에 대하여 일반적으로는 재소자가 지켜야 할 규율과 그 위반에 대한 징벌을 규정하고(행형법 제45조, 46조 및 재소자규율 및 징벌에 관한 규칙), 특수하게는 일정한 요건 하에서 필요한 경우 계구와 무기의 사용이 가능하도록 규정하고 있다(행형법 제14 내지 17조).

5) 이러한 점은 기존의 행형에 관한 문헌에서 매우 모호하게 그리고 매우 소홀하게 다루어지고 있다. 예컨대, 김화수, 행형법학, 48면 이하; 신왕식, 새행형학, 2면; 정영석, 형사정책, 385면 등.

적에 포함되어 있지 않으며 또한 그것이 바람직하다. 그것은 일반예방과 비슷하게 교도소에 구금하는 것 자체로 즉 "합법적인 형집행"을 통하여 이미 충분히 경고효과를 달성할 수 있으므로 독자적인 행형목적으로 인정될 필요는 없을 것이다.

2. 재사회화 - 행형의 구성적 목적

재사회화가 과연 무엇을 말하는가는 매우 불명확하다. 사정은 행형법이나 학계의 논의에서나 거의 비슷한데 이러한 개념적 불명확성은 재사회화행형에 대한 비판과 오해를 대두시킨 하나의 원인이 된다.

가장 일반적으로는 행형이 수형자의 재사회화를 지향한다는 것은 수형자됨 개선, 교육시킴으로써 석방 후에 다시 범죄를 저지르지 않도록 하는 것을 의미한다. 이미 1930년대부터 재사회화이념 및 인도주의의 기치 하에 유행하기 시작한 "처우"라는 개념은 그러나 오늘날에는 너무나 일반화되어 사실상 "유죄의 확정 후 범죄자에게 행해지는 모든 것"을 지칭할 정도로 모호해졌다. 이것은 재사회화목적이 행형의 모든 면을 관장하게 되었음을 반영하는 것이라기 보다는 오히려 교도소의 질서유지와 수형자에 대한 통제를 위한 수단도 "처우"라는 미명하에 정당화될 수 있었다는 비판을 가능하게 한다.⁶⁾

(1) 재사회화의 의미와 사회국가원리

사회화가 유의미한 공동체생활의 전제가 된다면 사회화의 결함을 보충한다는 점에서 수형자에 대한 재사회화는 헌법적으로는 사회국가원리(Sozialstaatsprinzip)에 의하여 뒷받침될 수 있다.⁷⁾ 사회국가원리는 오늘날 우리 헌법에서도 구성적 원리로 승인된다고 본다.⁸⁾ 사회국가원리는 국가(입법자)에게 개인이 스스로의 생활질서를 스스로의 책임 아래 결정하고 영위할 수 있도록 실질적인 "자유의 조건"을 형성하도록 의

6) 행형법은 재사회화 대신에 사회복귀라는 용어를 사용하고 있다. 학문적으로는 아직 용어의 통일이 이루어지지 않은 상태이다. "재사회화"와 "사회복귀"가 상호 개념적 범위가 다소 차이가 있다는 주장도 가능하지만, 오늘날에는 거의 동일개념으로 사용되고 있으며 더구나 그 각각에 대해서도 아직 명확한 개념정립이 되어 있지 않은 이상 중요한 것은 용어의 선택이 아니라 그 구체적 내용을 탐구, 확립하는 일일 것이다. 그러한 이유에서 여기에서는 보다 일반화된 용어인 "재사회화"를 선택하기로 한다.

7) Kassenbaum / Ward / Wilner, Prison, Treatment and Parole Survival : An Empirical Assessment, 1971, p.306.

8) 예컨대 답자(Treadmill)나 아홉가닥으로 된 채찍(cat-o'-nine tails) 등도 처우의 수단으로 이해되었다고 한다. Francis A. Allen, The Decline of Rehabilitative Ideal : Penal Policy and Social Purpose, 1981, S.3.

9) Kaiser / Kerner / Schöch, Strafvollzug, S.68f. ; Müller-Dietz, Grundfragen, S.133f., 153f. ; Bemmann, StrV 1988, S.551. 또한 이미 Würtenberger, in : Arthur Kaufmann(Hrsg.), Die Strafvollzugsreform, S.15f.

10) 다만 국내 헌법학계에서는 사회국가원리(Sozialstaatsprinzip)보다는 복지국가원리(Wohlfahrtstaatsprinzip)가 더 보편적인 개념이며(김철수, 헌법학개론, 81면; 권영성, 헌법학원론, 112면 이하), 때로는 양자가 혼동되어 쓰이기도 한다(예컨대 권영성, 헌법학원론, 155면). 그러나 양자를 구별하는 허영교수의 견해에 따르면 사회국가원리는 국민 스스로가 자율적인 생활실체에 의하여 실질적인 자유와 평등을 실현할 수 있도록 사회구조의 골격적인 테두리를 조성하는 것을 말한다. 반면에 복지국가원리란 사회보장제도에 의하여 국민의 일상생활 여건을 규율하는 것을 내용으로 한다. 그러므로 스스로의 생활질서를 스스로의 책임 하에 결정할 수 있도록 "자유의 조건"을 구성하는 것을 핵심으로 하는 사회국가원리는 복지국가원리와 개념적 차이가 있다. 허영, 헌법이론과 헌법(상), 296면 이하.

무지운다. 이것이 행형에 관련해서는 재사회화의 과제로 나타난다고 볼 수 있다. 그러한 추론은 이미 독일의 연방헌법재판소가 분명히 하였다. 그에 의하면, 수형자는 인간의 존엄성으로부터 추론되는 기본권의 주체로서 형의 집행 후에 다시 사회에 편입될 수 있는 기회를 가져야 한다. "수형자에게는 책임있는 생활을 영위할 수 있는 능력과 의사를 갖도록 주선해 주어야 하며 수형자는 자유로운 사회의 재조건 하에서 법을 위반하지 않고 자신의 기회를 활용하며 그 위험에 대처하는 것을 배워야 한다." 따라서 행형은 재사회화를 위한 토대를 조성해야 할 의무가 있으며 이것은 행위자의 측면에서는 기본법 제1조(인간의 존엄성)와 제2조 1항(인격의 자유로운 발현에 관한 권리)에서, 그리고 사회공동체의 입장에서 보면 사회국가원리로부터 도출된다고 한다. 이로부터 행형은 "범죄자에게 적절한 효과를 미침으로써 장래의 범죄없는 생활을 위한 내적 조건"을 형성하도록 해야 하며 더 나아가서는 "수형자가 석방 후에 정상적인 자유사회에 복귀할 수 있도록 외적 조건"을 창조해야 하는 과제를 안게 된다는 것이다. 판례는 이러한 사회국가원리에 상응하여 수형자에게도 재사회화를 위하여 불가피한 기본권 제한은 정당화될 수 있다고 하였다.

독일 연방헌법재판소가 표명한 "헌법적 재사회화론"은 기본적으로 당시 학계의 경향에 일치하는 것이었을 뿐만 아니라 독일이 1972년 결정¹¹⁾에 따라 행형법 입법을 한창 준비하고 있는 단계에서 나온 것이었기 때문에 사실상 독일 행형법의 행형목적규정에 강력한 영향을 미쳤다. 독일 행형법 제2조는 행형목적으로서 "자유형의 집행에서는 수형자가 사회적 책임 하에 장래 범죄를 저지르지 않고 생활할 수 있는 능력을 갖추도록 하여야 한다(Im Vollzug der Freiheitsstrafe soll der Gefangene fähig werden, künftig in sozialer Verantwortung ein Leben ohne Straftaten zu führen)"고 규정한다.

여기에서 특히 중요한 개념은 "사회적 책임"이라는 언급이다. 이에 대해서는 수형자에게 과다한 윤리적 요구를 하는 것이 아닌가 하는 반론¹²⁾도 있었지만, 입법자의 의도는 수형자가 행형당국의 개선노력의 단순한 대상자가 아니라 "법규정과 일치하는 자기 책임의 행동방식"을 습득해야 한다는 점을 표현한 것으로 이해된다. "사회적 책임"이라는 말은 따라서 그 자체가 목적이 아니라 수형자의 "범죄없는 생활"을 유도하기 위한 행형방식을 기술한 것으로 본다. 즉 이것은 수형자의 범죄없는 생활이 형벌에 대한 두려움이나 복종적 훈련에 의해서가 아니라 법규범의 준수가 공동체 생활의 전제가 된다는 점을 올바르게 인식하게 함으로써 유도되어야 한다는 것을 의미한다.

수형자가 석방 후에 다시 범죄를 저지르지 않고 "정상적인 시민생활"을 하도록 하는 것이 재사회화의 궁극적인 목적이라면, 그 가장 바람직하고 효과적인 방법은 수형자 스스로가 규범의식을 가지고 사회공동체 내에서 타인과의 사회적 상호작용을 통해 생

11) Hesse, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 16.Aufl., S.82f.
 12) Kaiser / Kerner / Schöch, Strafvollzug, S.84f. ; Müller-Dietz, Grundfragen des strafrechtlichen Sanktionensystems, S.133ff. ; Altenhain, ZfStrVo 1988, S.160 ; 양화식, 행형법개정의 기본방향에 관한 고찰, 교정연구 제2호, 108면 이하 ; 조준현, 행형의 이념으로서 교정에 관한 소고, 교정연구 창간호, 12면 이하.
 13) BVerfGE 35, 235.
 14) BVerfGE 35, 236.
 15) BVerfGE 40, 285.
 16) Müller-Dietz, Grundfragen des strafrechtlichen Sanktionensystems, S.134.
 17) BVerfGE 33, 1ff.
 18) Baumann, u.a., Alternative-Entwurf eines Strafvollzugsgesetzes, 1973, S.55.
 19) BT-Dr. 7/918, S.45.
 20) Calliess / Müller-Dietz, StVollzG. §2 Rn.28.

활설계를 할 수 있도록 배려하는 것임은 분명하다. 이것은 행형이 정상적인 학교교육을 받지 못한 수형자에게는 교육의 기회를 제공하고 직업교육이 필요하다면 그 여건을 마련해 주는 것 뿐만 아니라 사회적 규범의식이 결여된 경우에는 그것을 일깨우려는 노력을 해야 함을 의미한다. 규범의식이 결여된 채로 단순히 지식을 습득케 하는 것으로는 수형자를 교정의 객체로 취급하는 것에 불과하며 형사정책적으로도 성공적인 사회복귀를 보장할 수 없기 때문이다. 즉 사회적 책임에 대한 인식이 없이 단순히 합법성에의 복종적 훈련은 진정한 의미의 사회화라고 말할 수 없으며 따라서 "범죄없는 생활"과 "사회적 책임의 자각"을 개념적으로 분리하는 것은 결코 타당하다고 할 수 없다. 물론 사회적 책임의식의 체득은 수형자 스스로만이 할 수 있다. 따라서 이를 강제할 수는 없지만 반면에 행형당국은 적절한 처우를 통하여 수형자가 주체적으로 규범의식 내지 사회적 책임을 인식할 수 있도록 주의를 환기해야 할 의무를 지닌다고 해야 한다. "수형자는 그에 대한 처우의 형성 및 행형목적의 달성에 협력한다. 이를 위한 수형자의 준비자세를 환기하고 촉진하여야 한다"고 규정한 독일 행형법 제4조 1항도 그러한 의미로 이해된다. 이와 같은 재사회화모델을 통하여 비로소 인간의 존엄성을 최고의 가치로 하는 헌법정신을 행형에서 실현할 수 있을 것이다.

(2) 재사회화를 위한 처우(Treatment ; Behandlung) - 개념과 한계

재사회화라는 행형목적 하에서도 다양한 처우방법 혹은 처우모델이 역사적으로 전개되어 왔다. 구체적인 처우방법의 채택여부는 우선적으로 재사회화라는 행형목적의 달성에 얼마나 유용한가 내지 효율적인가의 기준에 의하여 결정될 것이지만, 수형자의 법적 지위에 관련해서는 단지 어떠한 처우가 허용되는가의 문제가 중요할 뿐이다. 따라서 먼저 여기에서는 구체적인 처우모델 내지 처우방법의 선택이 문제되는 것은 아니라는 점이 지적되어야 한다.

사실 처우(Treatment ; Behandlung)라는 개념은 지극히 불명확하다. 행형법은 제10장 "분류와 처우"라는 제목 하에 제44조 1항에서 수형자에게 분류심사에 근거하여 "그에 상응하는 처우를 하여야 한다"고 규정하고 있을 뿐이다. 또한 행형법 시행령은

21) Eser, in : Karl Peters-FS, 1974, S.505ff. 또한 규범의식의 결여가 범죄의 중요한 원인이 된다는 범죄학의 연구결과들이 이를 반증한다고 말할 수 있다.
 22) Kaiser / Kerner / Schöch, Strafvollzug, S.67 ; Calliess / Müller-Dietz, StVollzG, §2 Rn.28 ; Schwind / Böhm, StVollzG, §2 Rn.13.
 23) Calliess / Müller-Dietz, StVollzG, §4 Rn.2ff.
 24) Müller-Dietz, Grundfragen des strafrechtlichen Sanktionensystems, S.138f. 참조.
 25) 상세한 내용은, Bartollas, Correctional Treatment, 25면 이하 참조.
 26) 여러가지 처우모델을 설명하고 그 중에서 수형자의 법적 지위와 가장 잘 조화되는 처우모델을 선택하는 방법으로 수형자의 법적 지위를 논증하는 것(대표적으로, 박재윤, 수형자의 법적 지위에 관한 연구, 69면 이하 참조)은 바람직하지 않다. 그 이유는, 첫째 논리적인 문제로 행형에서 어떠한 처우방법을 택할 것인가의 문제가 수형자의 법적 지위 내지 인권보장의 관점에서 결정되어야 하는 것이 아니라, 어떠한 처우방법이 허용되는가에 따라 비로소 수형자의 법적 지위의 구체적인 내용이 규정되는 것이기 때문이다. 둘째, 주로 미국사회를 중심으로 발전해 온 각종 처우모델들은 범죄의 원인이나 범죄자를 바라보는 기본관점에 차이가 있고 그 범죄학이론적 근거나 처우의 효율성의 측면에서도 어느 모델이 가장 타당하다는 주장을 하기가 쉽지 않다는 점 때문이다.
 27) 이 규정은 1980년 12월 제4차 행형법 개정에 의한 것이고, 이는 1969년 제정된 교정누진처우규정(법무부령 제111호 ; 현 수형자분류처우규칙)에 대한 근거규정을 마련하기 위함이었다. 그 상세는, 김화수, 행형법학, 87면 참조.

“처우”라는 용어를 전혀 사용하지 않는다. 단지 수형자분류처우규칙(법무부령 제361호)이 처우의 내용을 규정함으로써 제44조 1항을 구체화하고 있다. 그러나 동규칙의 내용을 보면 분류급에 따라 계호에서부터 접견과 서신수발, 교육교회, 작업, 심지어는 급여까지도 차등화하는 소위 누진처우(제42 - 69조)를 규정하고 있어 실제(누진)처우라는 이름으로 행형상의 모든 조치를 포괄하게 된다.

학문적인 개념으로서도 처우는 매우 모호하게 정의되고 있다. Francis A. Allen은 “형사처우(penal treatment)의 주목적은 바람직하지 못한 행위로부터 사회방위를 강화하기 위하여 범죄인의 인격, 태도와 행동에 변화를 야기시키는 것 및 범죄인의 복지와 만족에 기여하는 것”이라고 말한다.²⁸⁾ 혹은 처우는 “수형자와 그 관련자 사이에서 행형체계의 사회적 구조를 통하여 매개되고 행형목적에 관련되어 있는 사회적 상호작용 및 의사소통의 총체적인 장”을 포괄한다고 한다.²⁹⁾ 독일 행형법 입법이유서에서도 처우를 “특수한 치료적 조치뿐만 아니라 교육, 개인적 경제적 문제의 해결을 위한 상담, 그리고 교도소의 공동체적 과제에의 참여를 통하여 수형자들 사회적 경제적 생활관계에 편입시키고 범죄적 성향을 지양하도록 하는 일반적인 성격의 조치”라고 폭넓게 정의하고 있다.³⁰⁾ 이것은 수형자와 행형관계자 사이의 일반적인 상호작용에서부터 전문적이고 과학적인 치료에 이르기까지 수형자에게 영향을 미칠 수 있는 일련의 광범위한 가능성들을 포함하게 된다.

반면에 그와 같은 처우개념이 기본적으로 교도소라는 강제적 상황에서 잘못된 환상을 불러 일으킬 수 있다는 이유로 처우라는 개념을 엄격히 “의료적 치료행위”만을 의미하는 것으로 한정시키거나³¹⁾ 혹은 “구금의 폐해를 감소시키는 기능”에 국한해야 한다는 입장도 유력하다. 이것은 “수형자규율과 치료적 조치의 구별이 더 이상 불가능하며”,³²⁾ “격리구금의 측면에서도 정당화될 수 없는 관례적인 억압적 조치가 처우의 이름으로 등장한다”³³⁾는 등 처우가 사실상 은폐된 억압수단으로 기능한다는 행형현실 인식에서 비롯된다. 이러한 식으로 처우개념을 축소 내지 폐지하는 것은 개념의 명확성을 기하기 위한 것이 아니라 처우라는 이름으로 행해지는 기본권제한적 행형조치의 정당성을 문제삼기 위함이다.

그러나 종래 처우라고 불렀던 것을 예컨대 “행형조치”라고 부른다고 하여 - 상표사기라는 비판은 면할 수 있을지언정 - 문제가 해결되지는 않는다. “처우조치”이건 “행형조치”이건 그 정당성은 행형목적에서부터 그리고 그것을 근거로 하여 판단되어야 하기 때문이다. 그러한 점에서 재사회화행형을 부정하지 않는 한 처우라는 개념의 사용을 거부하거나 제한하려는 시도는 실익이 없다. 마찬가지로 처우개념이 너무나 포괄적이라는 점도 중요한 비판점이 되지 못한다. 오히려 처우의 방법을 내용적으로 규정하는 것은 과학적 지식과 경험에 입각한 처우의 발전가능성을 제약하는 결과가 된다.³⁴⁾

28) Allen, The Decline of Rehabilitative Ideal, 1981, p.2.
 29) Calliess / Müller-Dietz, StVollzG, §4 Rn.6.
 30) BT-Dr. 7/918, S.45.
 31) AK-Feest, StVollzG, Vor §2 Rn.20. 또한 Kaiser / Kerner / Schöch, StrafvollzG, S.356에서 Kerner도 이와 비슷하게 처우를 정의하고 있다: 처우란 “사람에 대한 치료적 상호작용에 관한 학문적 경험과 지식에 기초하여 수형자에게 개별화된 부조와 특별한 치료적 방법을 동원하여 수형자의 인성에 ‘치료적으로’ 영향을 미치려는 의도의 제반 조치”라고 한다.
 32) Albrecht, ZStW 1985, S.858.
 33) Mrozynski, Resozialisierung und soziales Betreuungsverhältnis. Eine Untersuchung zur Bedeutung des Sozialrechts in der Resozialisierung. 1984, S.139.
 34) Volckart, BewHi 1985, S.32. 또한 Albrecht, ZStW 97, S.850.
 35) 독일행형법 입법이유서에서도 처우의 방법을 규정하는 것은 입법자의 임무가 아니

행형법의 기초 위에서 행형 목적을 기준으로 하여 처우방법을 검증하고 시도하는 것은 행형법보다는 오히려 행형학 및 행형실무의 임무라고 해야 한다.³⁵⁾ 따라서 수형자의 법적 지위에 관련하여 행형법의 입법 및 해석에 있어서는 처우의 한계를 제시함으로써 “허용되는 처우의 범위”를 테두리지어주는 것이 중요하며 그것으로 충분하다.

여기에서는 일단 처우를 “재사회화라는 행형목적에 의거하여 수형자로 하여금 석방 후에 사회적 책임 하에 범죄를 저지르지 않고 생활할 수 있는 능력과 의지를 갖추도록 하기 위한 수형자와 행형기관 사이의 상호작용의 동적 과정”라고 정의하고자 한다. 처우는 당연히 재사회화라는 목적지향성을 갖는다. 따라서 수형자가 인간으로서 향유하는 기본권의 보장이 문제되는 한 그것은 처우의 이름으로 정당화되는 것이 아니다. 물론 처우의 근거에서 수형자의 기본권 제한이 불가능한 것은 아니다. 예컨대 외부인과의 서신수발은 중요한 기본권의 하나이지만 그것이 - 외부의 동료 범죄자와의 접촉과 같이 - 재사회화에 장애를 준다고 인정되면 그러한 범위에서는 제한이 가능하다고 보아야 한다.³⁶⁾

그러나 반대로 재사회화를 근거지운 헌법상의 사회국가원리 및 그 기반이 된 인간의 존엄성, 그리고 처우가 실행되는 틀을 규정짓는 법치주의원리에서 처우의 한계가 도출될 수 있다.

첫째로 수형자의 인성과 신념에 변화를 구하는 처우는 그것이 아무리 수형자의 재사회화에 유익하다 하더라도 금지되어야 한다.³⁷⁾ 수형자를 도덕적 성인군자로 만드는 것은 과잉개입이며 행형의 과제가 아니기 때문이다. 그러한 의미에서 국가는 시민을 개선(Besserung)시킬 수 있는 권한이나 의무가 있다고 볼 수 없다.³⁸⁾ 따라서 처우는 비례성원칙에 의하여 수형자의 범죄없는 생활방식을 “유도”하는데 필요한 것 이상으로 개입해서는 안 된다.³⁹⁾ 둘째, 수형자의 범죄없는 생활은 수형자의 주체적인 규범의식(사회적 책임의식)의 체득에 의하여야 한다는 점은 처우과정이 수형자의 인간적 존엄성과 주체성을 전제로 하는 상호작용임을 의미한다.⁴⁰⁾ 따라서 수형자를 단순한 처우의 객체로 하여 수동적으로 행형목적에 적응시키려는 처우방법도 허용되지 않는다고 보아야 한다. 예컨대 세뇌라든가 최면술 혹은 동의가 없는 의료적, 약리학적 치료의 방법은 처우로 인정될 수 없다. 그것은 헌법상의 인간의 존엄성 보장에 반하게 될 것이다.⁴¹⁾ 마지막으로 속죄 혹은 책임통찰과 재사회화처우의 관계가 문제될 수 있다. 속죄는 위

라고 하였다. BT-Dr. 7/918, S.41. 또한 정부안은 스스로의 성격을 “처우방법의 문제를 선결정하지 않고 다양한 지식에 개방적으로 대처하는 것”이라고 말한다. BT-Dr. 7/918, S.97.

36) 같은 입장에서 Müller-Dietz, Grundfragen des strafrechtlichen Sanktionensystems, S.136; Bemmann, in: Bockelmann-FS, S.898; Jung, ZfStrVo 1987, S.39. 우리나라에서도, 양화식, 행형법개정의 기본방향에 관한 고찰, 교정연구 제2호, 111면.

37) 행형법 시행령 제63조 참조. 독일 행형법의 경우 보다 명확하다. 즉 서신수발이 수형자에게 해로운 영향을 미치거나 그의 사회복귀에 지장을 줄 염려가 있는 경우 서신수발을 금지할 수 있다고 규정한다(제28조 2항 2호).

38) 독일 행형법 입법 당시 대체초안(Alternativ-Entwurf)은 행형법에 이를 명시하고자 하였다(제2조 2항 AE).

39) 독일 연방헌법재판소는 다음과 같이 말한다: “국가는 자신의 시민을 ‘개선’시킬 과제를 갖고 있지 않으며, 따라서 그가 자유사회에 있다면 자신이나 타인을 위협하게 하지 않을 것임에도 단지 그를 개선시킨다는 목적으로 그에게서 자유를 박탈할 권리 역시 존재하지 않는다.” BVerfGE 22, 180, 219f.

40) Kaiser / Kerner / Schöch, Strafvollzug, S.68.

41) Calliess / Müller-Dietz, StVollzG, §2 Rn.26ff.

42) Benda, in: Faller-FS, 1984, S.321f.; Schewick, BewHi 1985, S.5f.; Arth. Kaufmann, in: Ders(Hrsg.), Die Strafvollzugsreform, 1971, S.46.

에서 행형목적이 아니라고 하였다. 그러나 속죄가 사회적 책임 하에 범죄없는 생활을 하도록 하는데 필수적인 전제는 아니더라도 수행자가 적극적으로 자신의 책임을 통찰하고 이를 극복하려는 태도를 가지게 된다면 재사회화에 커다란 도움이 될 것은 자명하다. 물론 처우라는 미명하에 속죄가 강제되어서는 안 된다. 그렇지만 행형당국이 적절한 처우를 통하여 수행자에게 책임통찰의 기회를 제공해 주는 것은 재사회화의 이념에 전적으로 부합하는 것이다.

(3) 처우는 얼마나 강제될 수 있는가

사회국가원리에 입각한 재사회화처우가 성공적이기 위해서는 수행자의 자발적이고 주체적인 참여의 원칙이 도출된다. 교도소내에서의 처우는 "수행자가 주체적으로 참여하는 사회적 학습과정"이어야 한다. 따라서 처우는 원칙적으로 강제적인 것이 아니라 기회제공적 성격을 가진 것으로 이해해야 한다. 재사회화처우에서는 위에서 지적하였듯이 사회공학(Social engineering)적인 개조가 문제되는 것이 아니라 수행자로서 하여금 자신의 사회적 경제적 개인적 문제를 스스로 합규범적으로 해결할 수 있는 능력을 갖추도록 실천적인 도움을 주는 것이기 때문이다. 즉 교도소는 수행자가 사회적 책임에 입각한 생활방법을 익히는 "실험무대"가 되어야 한다.

이러한 취지에서 독일 행형법 제4조 1항은 "수행자는 자신에 대한 처우의 형성과 행형목적의 달성에 협력한다. 이를 위한 수행자의 준비태도를 일깨우고 장려하여야 한다"고 규정한다. 더 나아가서 제6조에서는 처우계획 수립시 수행자와 상의하여야 한다고 하여 처우의 초기단계부터 수행자의 참여를 전제로 하고 있다. 이처럼 수행자에게 처우에 협력해야 할 법적 의무를 부과할 수는 없다. 이로부터 처우에 협력하지 않는 수행자에게 징계조치를 부과할 수 없음은 분명하다.

그러나 교도소가 기본적으로 자유박탈을 전제로 한 특수한 사회라는 점을 감안한다면 오히려 간접적인 압력이 더 큰 문제가 된다. 교도소 당국이 처우에의 협력태도를 긍정적으로 고려한다면 협력을 거부한 수행자에게는 그 사실이 불리하게 영향을 미칠 것이다. 또한 예컨대 수행자가 처우프로그램에 참여하기를 거부하는 경우, 그러한 사실이 그 수행자에 대한 귀휴와 같은 조치의 허가에서 불이익한 방향으로 고려된다면 이는 수행자로 하여금 처우프로그램에 참여하도록 하는 압력으로 작용할 것이 명백하다. 수행자에게 협력의무가 없다는 점으로부터 그러한 간접적인 강제까지 금지되는 것인가 여부는 독일 문헌에서 논란이 많은 부분에 속한다. 독일의 행형법 제11조의 행형완화조치에 대한 시행규칙 제6조 1항 2문을 보면 "행형에서 수행자의 행상으로 볼 때 행형목적의 달성에 협력할 태도가 인정되는가" 여부를 고려하도록 규정하고 있다. 반면에 학계의 경향은 처우행형을 "기회제공"의 의미로 파악할수록 그러한 우회전략에

43) Schüler-Springorum, Die Resozialisierung des normalen erwachsenen Straftäters, in: Maihofer-FS, S.511f.

44) AK-Feest, StVollzG, Vor §2 Rn.19, §2 Rn.10; Calliess / Müller-Dietz, StVollzG, §4 Rn.6; Schneider, Kriminologie, 1987, S.838; Jung, ZfStrVo 1987, S.40f.

45) Calliess / Müller-Dietz, StVollzG, §4 Rn.3.

46) 독일의 통설이다. Calliess / Müller-Dietz, StVollzG, §4 Rn.3; Schwind / Böhm, StVollzG, §4 Rn.4; AK-Feest, StVollzG, §4 Rn.5; Kaiser / Kerner / Schöch, Strafvollzug, S.97f.; Koepsel, Strafvollzug im Sozialstaat, Diss. Hamburg, 1985, S.46; Volckart, BewHi 1985, S.31; Jung, ZfStrVo 1987, S.40. 독일 행형법 입법 당시에 정부초안(Regierungsentwurf)은 수행자의 협력의무를 규정하였으나 입법 과정에서 삭제되었다는 점도 통설의 근거가 된다.

대하여 회의적이다.

현행법에서는 이를 논할 만한 명시적인 규정은 없다. 행형원칙으로서 수행자의 협력의무에 관한 일반적 규정도 없다. 오히려 현행 행형체계가 누진처우(수행자분류처우규칙 제42조 이하)를 기본골격으로 하는 한 행형성적이 수행자의 점건이나 귀휴, 혹은 서신왕래를 비롯하여 작업, 심지어는 급여에까지 영향을 미치도록 되어 있기 때문에 실제로는 행형성적을 잘 받기 위해서 수행자는 교도소 당국의 처우조치에 협조하는 것 외에는 선택의 여지가 없을 것이다.

순수한 "기회제공적" 처우에 대한 반론으로는, 많은 수행자의 경우 "기회"를 이용할 만한 능력이 없고 따라서 이를 계발하고 수행자에게 동기형성을 가능케 하는 노력이 필요한데 이를 위해서는 수행자에게 최소한의 "감수의무"가 필요하다고 한다. 따라서 처우의 시작단계부터 수행자의 자발성을 전제하는 것은 비현실적이라는 것이다. 또한 수행자의 적극적인 협력은 행형목적의 달성에 긍정적인 징표이므로 재사회화의 근거에서 행형조치를 허가하거나 수행자의 권리를 제한하는 경우 수행자의 협력태도가 평가 기준으로 도입되는 것은 당연하다고 한다.

47) 반대입장은, Calliess / Müller-Dietz, StVollzG, §4 Rn.4, #13 Rn.9; AK-Feest, StVollzG, Vor §2 Rn.19; AK-Hoffmann, StVollzG, §11 Rn.50; Volckart, BewHi 1985, S.32; Jung, ZfStrVo 1987, S.40. 반면에 허용된다고 보는 입장은 Schwind / Böhm, StVollzG, §4 Rn.8f.; Kaiser / Kerner / Schöch, Strafvollzug, S.98.

48) 이것은 행형성적이 어떻게 채점되는가를 보면 쉽게 알 수 있다. 행형성적채점표(수행자분류처우규칙 별지 제2호서식)에 의하면

소행점수	— 품 행	— 기율을 잘 지키는가
		명령에 복종하는가
		언행을 근신하는가
		과오를 반성하는가
책임관념	— 책임관념이 있는가	
		정의관념이 있는가
		회생정신이 있는가
협동심	— 융합이 잘 되는가	
		술선수범하는가
		협력을 잘 하는가
작업점수	— 근면여부	— 평소작업에 근면하는가
		— 취업을 잘 하고 있는가
		— 기술이 향상되는가
		— 소품과 재료를 아끼는가
		— 기구를 소중히 하는가
	— 성 적	— 작업과정에 대한 평가(시간 및 수량)
상훈점수	— 공 적	— 교정사고 미연방지
		— 사고수습진압협력
		— 기타 이에 준한 공로

가 채점기준이 된다.

49) Kaiser / Kerner / Schöch, Strafvollzug, S.69, 98; Schwind / Böhm, StVollzG, §4 Rn.7. 우리나라에서도, 정봉휘, 교화개선·사회복지이념의 위상, 교정연구 창간호, 125면은, "이들[간접적 강제력의 행사들] 부정하게 된다면 수행자를 개선, 복귀하는 노력의 목표 자체가 상실되며 국가 측에서도 수행자의 개선, 복귀를 촉진하기 위한 유력한 목표와 방법을 잃게 될 지도 모르며, 그 결과 ... 교화개선, 사회복지 행형은 그 앞날이 암초에 부딪히고 말 것이다"라고 하여 간접적 강제력의 행사는 어쩔 수 없이 허용되는 것으로 보고 있다.

50) 또한 비슷하게 오영근, 범죄인의 사회내처우에 관한 연구, 서울대 법학박사학위논문, 1988, 65면은 "인간의 자발성은 언제나 무제한의 자유가 인정될 때에만 발휘되는 것이 아니고 외적인 강압성이 인간의 자발성을 촉진시키는 계기가 되는 경우도 많다"고 주장한다.

그러나 사회국가원리에 기반을 둔 재사회화 행형목적이 수형자의 자발적이고 주체적인 참여의 원칙을 전제로 한다면 이것은 수형자에게 처우조치에 협력해야 할 법적 의무를 부과함으로써 강제되어서는 안 될 뿐만 아니라 그 밖의 간접적인 방법으로도 역시 강제되어서는 곤란하다고 보아야 한다.⁵¹⁾ 예컨대 수형자가 협력하지 않는다는 사실이 행형성적에 영향을 주고 그 결과 귀류나 외부통근과 같은 행형완화조치의 허가, 혹은 집견 및 서신횡수나 작업상여금의 이용가능성 등에서까지 불이익을 받는다면 이것은 사실상 수형자에게 협력의 "강제"를 의미하는 것이다. 교도소라는 제약된 환경에서 생활하는 수형자에게 이것은 "합리적 선택의 여지"를 빼앗아버리는 것이기 때문이다. 이것은 "말 잘 듣는 수형자"를 만들어내는 데 불과할 뿐 진정한 의미의 재사회화와는 거리가 먼 것이다.

그렇다고 처우에 협력하기를 거부하는 수형자를 그대로 방치하는 것은 비인도적이며 편의주의적이라는 비판⁵²⁾ 또한 정당하다. 그러나 이러한 딜레마를 극복하는 길은 수형자로 하여금 처우에 협력하지 않을 수 없게끔 압력을 행사하는 것이 아니라 행형기관이 수형자의 주체적인 참여를 유도하려는 노력을 끊임없이 전개하는 것이다.⁵³⁾ 독일 행형법 제4조 1항 2문에서 수형자의 준비태도를 일깨우고 촉진하도록 행형기관의 의무로 규정된 것도 이러한 맥락에서 이해할 수 있다. 따라서 행형기관은 수형자가 재사회화 프로그램에 참여하지 않는다는 사실 자체를 존중하는데에서 출발해야 한다. 처우는 수형자와 기회를 제공하는 교도소 당국 사이의 상호작용을 통해서 "형성"되어 나가는 과정이기 때문이다.⁵⁴⁾ 수형자가 협력을 거절하는 경우에도 행형당국은 재사회화 프로그램을 마련하고 수형자를 그곳에 "초대"하는 노력을 포기해서는 안 된다. 그 과정에서 예컨대 귀류와 같은 조치도 "협력을 잘 하는 수형자에게 주는 우대책"이 아니라 재사회화에 주체적인 참여를 유도하는 기회제공의 일환으로 구성되어야 할 것이다.

3. 구금과 보안 - 처우행형에 대한 제한적 요소

이제 앞에서 제기한 문제 즉, 특별예방적 보안(Sicherungsaufgabe)도 행형목적으로 포섭되어야 하는가의 문제를 검토해야 한다. 즉 수형자로 하여금 교도소에 수용되어 있는 동안 다시 범죄를 행하지 못하게 함으로써 사회를 방위한다는 측면이 바로 그것이다. 이에 대해서는 독일 행형법의 규정과 역사가 참고가 된다. 독일 행형법은 제2조에서 재사회화목적 외에 제2문으로 "자유형의 집행은 또한 재범으로부터 공중을 보호하는 데에도 기여한다"고 규정함으로써 행형의 보안과제를 명시하고 있다. 독일에서는 이것을 행형의 과제(Aufgabe)라고 부름으로써 행형목적(Vollzugsziel)과 구별한다. 그 차이는 구체적으로 재사회화 행형목적과 보안과제 사이의 서열화(Rangordnung)로 나타난다. 따라서 소위 "목적갈등"에 대해서 최소한 규범적인 수준에서는 재사회화의 우위로 해결된다고 한다. 행형목적은 행형에서 "추구해야 할 바"이지만, 보안과제는 그러한 행형목적 추구과정에서 "단지 준수해야 하는 것"일 뿐인 셈이다.⁵⁵⁾

이 규정이 수형자가 교도소에 수용되어 있는 "동안"의 재범방지를 의미한다는 데에

51) Kaiser / Kerner / Schöch, Strafvollzug, S.98 ; Schwind / Böhm, StVollzG, §4 Rn.8f.
 52) Calliess / Müller-Dietz, StVollzG, §4 Rn.4 ; AK-Feest, Vor §2 Rn.19 ; Jung, ZfStrVo 1987, S.40 ; Volckart, BewHi 1985, S.32.
 53) Kaiser / Kerner / Schöch, Strafvollzug, S.69.
 54) Müller-Dietz, Grundfragen des strafrechtlichen Sanktionensystems, S.155.
 55) 이러한 의미에서 Mey, ZfStrVo 1987, S.45f.
 56) Kaiser / Kerner / Schöch, Strafvollzug, S.66 ; Schwind / Böhm, StVollzG, §2 Rn.7. 행형목적의 기능에 대해서는 Calliess / Müller-Dietz, StVollzG, §2 Rn.3.

는 이론이 없다. 그러나 이 규정으로부터 행형의 구성에 어떠한 의미있는 결과가 도출되는가에 대해서는 대체로 회의적인 것 같다. 당초 이 규정은 정부초안에서는 없었던 것이나 최종심의과정에서 연방상원의 요구에 의하여 삽입되었다고 한다.⁵⁷⁾ 그것이 회의 법안심의의 마지막 단계에서 "타협의 산물"로 등장했다는 점에서 이미 그 규정 없이 짜여진 행형법의 전체적인 구성에 어떻게 조화될 것인가가 의문이었기 때문이다. 독일행형법에서 사회방위에 관계되는 조치 - 개방행형(제10조 1항), 행형완화(제11조 2항) 그리고 귀류(제13조 1항) - 에서는 이미 범죄행위예의 남용 위험성을 요건으로 규정하고 있기 때문에 특별히 제2조 2항의 보안과제규정에 의존할 필요가 없다. 그렇다면 이 규정은 체계론적, 해석론적으로 전혀 "쓸모없고 혼란스러운" 것으로 비판될 수 있다.⁵⁸⁾

독일 행형법에서 이러한 해석론상의 비판에도 불구하고 행형은 어떤 방식으로든 특별예방적 보안과제를 고려하지 않을 수 없다. "재범에 대한 우려가 있는 한, 자유형을 집행하는 동안 수형자의 안전한 수용을 통한 공중의 보호에 처우보다 우위를 인정해야 한다"⁵⁹⁾는 독일정부의 입장표명이 이를 잘 대변해 주고 있다. 결국 논란은 보안과제를 적극적으로 독자적인 행형목적으로 인정할 것인가 아니면 단순히 구체적인 경우에 재사회화라는 행형 목적을 제한하는 기능을 가지는 데 불과한 것으로 볼 것인가의 문제일 뿐이다. 독일정부초안은 후자의 입장을 견지했었다. Müller-Dietz는 이를 "보안기능의 새로운 접근(Neuorientierung der Sicherungsfunktion)"이라고 표현한다.⁶⁰⁾ 수형자를 고립화시키는 것이 행형의 독자적인 목적이나 과제가 아니며 다만 자유형의 집행에서는 자유발탈에 의한 재범방지에도 기여해야 하는 것이라는 이유에서, 정부초안은 보안을 행형의 일반적인 목적이나 과제로 규정하지 않고 사회방위가 관련되는 경우마다 구체적인 행형조치에서 보안목적이 수형자의 권리를 제한하는 근거가 될 수 있도록 명시하는 개별화의 방법을 취했던 것이다.⁶¹⁾

행형에도 법치주의가 당연히 적용되는 이상 수형자의 권리의 제한 혹은 수형자에게 우호적인 조치의 허가여부가 문제된다면 그 요건을 가능한 한 구체적으로 명확하게 법률에 규정할 것이 요구된다. 그러므로 행형에서 보안목적을 위하여 수형자의 권리를 제한할 필요성이 있는 경우에는 각 경우마다 이를 행형법에 명시해야 한다. 단순히 보안목적을 일반적인 행형목적규정에 포함시킨다고 하여 이로 인한 수형자의 권리제한이 포괄적으로 정당화될 수는 없기 때문이다. 예컨대 귀류는 수형자의 재사회화를 위하여 유익한 조치이지만 그 "기회"에 수형자가 재범을 할 우려가 있는 경우 그 제한 - 제한은 귀류의 불허뿐만 아니라 교도관의 동행과 같은 제한적 조치도 포함한다 - 은 반드시 행형법에 규정해야 한다.

따라서 보안 내지 사회방위는 행형에서 수형자의 권리제한의 한 계기로 작용하기는 하지만, 물론 그 기능은 재사회화목적처럼 행형의 "형성적 계기"가 아니라 단지 행형의 형성 및 수형자의 권리에 대하여 "제한적 기능"을 수행하는데 불과하다.⁶²⁾ 바로 그러한 이유에서 보안목적은 행형법해석의 기준이 되는 행형목적이 될 수는 없다.

57) Kaiser / Kerner / Schöch, Strafvollzug, S.70 ; Müller-Dietz, NJW 1976, S.916f. 이 규정의 성립에 대한 보다 자세한 역사는 Müller-Dietz, Grundfragen, S.111ff. 참조.
 58) Bemann, in : Bockelmann-FS, S.892. 또한 Müller-Dietz, Grundfragen, S.115f. ; ders, ZfStrVo 1985, S.212.
 59) BT-Dr. 7/918 Anlage 3.
 60) Müller-Dietz, Grundfragen des strafrechtlichen Sanktionensystem, S.112 ; Calliess / Müller-Dietz, StVollzG, §2 Rn.5.
 61) BT-Dr. 7/918, S.44f.
 62) Müller-Dietz, Grundfragen, S.117.

V. 행형목적에서 본 수형자의 기본권 규율방식

1. 재사회화처우와 수형자의 기본권

(1) 처우를 위한 전제로서 기본권보장의 필요성

다만 재사회화 및 사회국가원리 자체가 이미 개념적으로 인간의 존엄성 및 기본권의 실질적 보장이라는 헌법적 이념을 수행하기 위한 것임은 분명하다. 그러므로 재사회화 처우와 수형자의 기본권보장을 대칭하여 상호대립의 원리로 파악하는 것은 옳지 못하다.

오히려 재사회화의 목적을 달성하기 위해서는 수형자의 기본권을 존중하는 행형체계를 구성하는 것이 바람직하다고 해야 한다. 수형자가 장차 사회적 책임을 자각하면서 범죄없는 생활을 할 수 있기 위해서는 지적 학습만큼이나 혹은 오히려 그 이상으로 수형자 스스로가 "사회 공동체의 일원"이라는 능동적 주체의식을 갖는 것이 중요하며, 이것은 비록 교도소라 할지라도 다른 헌법상 보장된 기본권의 향유주체임을 인정받는 데에서 비롯된다고 할 수 있기 때문이다. 뿐만 아니라 처우를 사회적 학습과정이라고 할 때 행형은 가능한 한 수형자에게 주체적인 결정의 자유를 폭넓게 제공하는 방향으로 구성되어야 한다는 점⁶³⁾에서도 수형자의 기본권에 대한 존중은 필요하다. 이는 재사회화처우가 수형자의 자발적 참여를 전제로 하는 "기회제공"의 성격을 지닌다는 점과 일맥상통한다.

(2) 처우의 근거에서 기본권제한은 가능한가?

문제는 위와 같은 처우개념 하에서 도대체 처우라는 이름으로 수형자의 기본권을 제한하는 것이 허용될 수 있는가 하는 점이다. 이것은 재사회화처우의 자발성의 원칙과 모순되지 않는가, 사회국가원리에서 연유하는 사회국가적 감수의무를 수형자에게는 어느 정도까지 인정할 수 있는가 등의 문제이다. 독일의 연방헌법재판소는 재사회화의 목적을 달성하기 위하여 필요한 기본권 제한조치는 사회국가원리에 의하여 정당화될 수 있다고 하면서, 행형기관은 수형자의 사회재편입을 곤란하게 하는 부정적 영향을 제거할 권한이 있다고 판시한 바 있다.⁶⁴⁾

이 문제는 두가지 차원을 구분하여 보는 것이 유용하다. 첫째, 위에서 지적하였듯이, 처우는 수형자의 자발적 참여를 전제로 하지 않을 수 없고 따라서 간접적인 압력에 의해서라도 처우에의 협력을 사실상 강제해서는 안 된다.⁶⁵⁾ 동시에 행형기관은 수형자의 자발적 참여를 유도하기 위하여 필요한 노력을 해야 할 의무를 부담해야 한다. 그러한 "동기부여의 의무"는 다른 한편으로는 재사회화처우에 해가 되는 "요인"을 방지하고 차단할 수 있는 권한으로 이어진다고 보아야 한다.⁶⁶⁾ 행형기관이 수형자의 사회

63) Müller-Dietz, Grundfragen des strafrechtlichen Sanktionensystem, S.155 ; Calliess / Müller-Dietz, StVollzG, §2 Rn.22ff.

64) BVerfGE 40, 284f. 같은 입장에서 BVerfGE 41, 331 ; 42, 233.

65) 이에 대한 유일한 예외가 징역형 수형자의 작업의무(행형법 제35조 이하)라고 할 수 있다. 징역형은 이미 형법 제67조에 의하여 구금과 함께 강제노역이 형벌의 내용으로 규정되어 있기 때문이다.

복귀를 위한 스스로의 노력이 부정적 영향을 주는 다른 요인에 의하여 곤란하게 되거나 심지어는 좌절되는 결과를 무기력하게 지켜 보아야 하는 것은 아니기 때문이다. 그러한 한에서는 처우의 근거에서 수형자의 권리에 대한 제한이 정당화된다고 해야 한다. 이것은 주로 서신수발이나 접견과 같은 외부와의 접촉 혹은 자유시간의 활용 등과 같이 기본권의 향유 자체가 재사회화목적과 일정한 내적 의미연관을 가지는 경우에 문제될 것이다. 예컨대 외부와의 서신연락이 수형자의 처우에 악영향을 줄 우려가 농후한 경우(예를 들어 범죄자 동료와의 서신연락) 그 한도에서 검열이 정당화될 수 있다. 접견에 대한 금지나 감시의 경우도 마찬가지이다. 그러나 이러한 제한도 필요한 최소한의 제한에 그쳐야 할 것이며 가능한 한 국가의 급부에 의하여 그 제한효과를 상쇄하는 것이 필요하다. 예컨대 악영향제거라는 동일한 목적을 달성하려 한다면 접견금지보다는 접견감시의 방법이 우선되어야 하고 이를 위한 자원의 확보는 국가의 의무가 된다.

둘째, 그러나 그 외에는 재사회화처우 자체를 근거로 수형자의 권리를 제한하는 것은 허용되지 않는다고 해야 할 것이다. 그것은 "자발성의 원칙"과 모순되기 때문이다. 그렇지 않다면 이것은 처우의 강제이며, 그 결과 "재사회화목적이 수형자의 자발적인 협력을 침해하는, 따라서 처우에 반하는 규율과 강제를 위한 근거로 원용될 위험"이 존재하게 된다.⁶⁷⁾

2. 구금 및 보안의 목적에 의한 수형자의 기본권 제한과 한계

(1) 법치주의 일반원칙의 적용

행형이 수형자의 안전한 구금 및 교도소의 질서를 유지함으로써 수형기간 동안 도주나 재범을 하지 않도록 보안을 유지해야 한다고 할 때, 이에 필요한 경우 수형자의 기본권 제한이 불가피하며 그러한 한에서는 헌법 제37조 2항에 근거하여 기본권제한이 정당화될 수 있다. 다만 현행법을 보면 수형자의 권리제한의 기준 혹은 근거로서 보안 목적에 대하여 명시적으로 규정한 곳을 거의 찾아보기 힘들다. 이는 권리제한의 필요성이 없기 때문이라고는 볼 수 없다. 근본적으로 행형법이 행형관계를 수형자의 권리라는 시각보다는 전통적인 특별권력관계의 관점에서 규정하고 있는 데에서 기인한다.

따라서 보안목적에 의하여 수형자의 자유와 권리를 제한 내지 금지하거나 수형자에게 일정한 의무를 부과함에 있어서는 무엇보다도 먼저 법치주의적 한계점을 명확히 하는 것이 중요하다. 그것은 일반적으로 헌법 제37조 2항의 요건을 구체화하여 적용하는 문제일 것이다. 이점에서는 공법상의 기본권 제한의 일반이론과 하등 다를 것이 없다. 구체적인 기준으로는 제한불가피성 원칙, 보충성 원칙, 비례성 원칙 등을 드는 것이 보통이다. 즉 수형자의 권리를 법률에 의하여 제한하는 경우에도 그 제한은 행형목적의 달성에 필요하고 불가피한 경우에만 그리고 그 한도에서만 허용된다고 해야 한다.⁶⁸⁾ 일본 大阪지방법판소의 1958년 판결에서 "법률에 의한 제한이라도 (특별권력관계의) 설정목적에 비추어 필요 최소한의 합리적 제한 이외에는 인정되어서는 안 된다"고 판시한 것이나,⁶⁹⁾ 미국법원이 수형자의 권리에 대한 제한은 "정당화할 수 있는 구금목적

66) Müller-Dietz, Grundfragen des strafrechtlichen Sanktionensystem, S.155.

67) Jung / Müller-Dietz, Vorschläge zum Entwurf eines Strafvollzugsgesetzes, 2.Aufl., 1974, S.33.

68) Müller-Dietz, Grundfragen des strafrechtlichen Sanktionensystems, S.155f.

69) 박재운, 수형자의 법적 지위에 관한 연구, 95면 이하 ; 한인섭, 재소자의 인권과 처우, 법과 사회 3권, 151면.

의 달성에 합리적으로 그리고 필연적으로 관련되어 있는가" 여부에 따라 결정되어야 한다고 판시한 것⁷⁰ 등이 이같은 취지로 이해된다. 법률규정으로 명문화한 예는 독일 행형법에서 볼 수 있다. 동법 제81조 2항은 "교도소의 안전 또는 질서유지를 위하여 수형자에게 부과되는 의무 및 제한은 그 목적과 상당한 비례관계에 있으며 필요 이상으로 과도하게 혹은 장기간으로 수형자를 침해하지 않는 것을 선택해야 한다"고 규정한다.

(2) 특별권력관계로서의 특수성에 대한 고려

사실 기본권과 보안목적은 거의 모든 경우에 상호 배척의 관계에 서게 될 것이다. 확실한 보안을 유지하기 위해서는 수형자의 자유로운 행동영역 및 권리를 가능한 한 축소할 것이 요구되며, 반대로 수형자에게 자유와 권리를 넓게 보장할수록 국가의 행형권 보전이나 보안이라는 측면에서는 상당한 위험이 수반될 가능성이 있다. 그러나 다른 한편으로 교도소 내에서일지라도 수형자에게 인간으로서의 기본적 권리를 보장하고 아울러 보다 자유로운 인격발현의 기회를 향유하도록 하는 것은 재사회화 행형목적과 일치하는 방향이다. 수형자의 기본권 보장 및 재사회화라는 두가지 이념의 합일로서, 행형은 수형자의 사회로부터의 격리가 아니라 사회로의 통합이라는 관점에서 수형자가 책임있는 인격주체로서 합규범적인 생활방식을 터득하고 그럼으로써 자신의 기본적 권리와 자유를 "책임있게" 향유할 수 있도록 구성되어야 한다. 이것은 교도소의 "사회(Community)"화를 의미하는 것이다. 그 "사회"에서 보안목적은 마치 일반 사회의 형법과 비슷하게 질서유지의 기능을 하게 된다. 즉 재사회화목적이 적극적인 행형구성의 원리라면 보안목적은 그에 대한 소극적인 제한적 원리로서 기능한다고 말할 수 있다.⁷¹

여기에서 행형관계의 특별권력관계로서의 특수성을 고려해야 할 것이다. 행형관계에 대한 법치주의적 개입은 구금의 확보 및 보안을 위하여 행형기관에게 필요한 권한을 제공하는 기준이 되기도 하지만 다른 한편으로는 재사회화노력에 대해서도 그 행동반경을 제약하는 의미가 있기 때문이다.⁷² 그러므로 수형자의 권리제한에 있어서도 재사회화목적과 보안목적의 상호조화의 필요성, 그리고 그로부터 도출되는 행형관계의 특수성을 고려하지 않을 수 없다. 재사회화목적의 일반적 우위성에 대해서는 위에서 논의하였다. 이에 근거하여 여기에서는 두가지 점을 보다 구체화할 필요가 있다.

첫째, 수형자의 기본권 제한에 있어서는 국가 대 일반시민의 관계처럼 전통적인 "자유 대 침해"의 공식이 아니라 "제한 - 보상"의 원리가 적용되어야 한다는 점이다. 이것은 수형자라는 지위가 행형의 공간적 폐쇄성으로 인하여 "이미" 인격발현의 기회를 현저히 제약당한 상황임을 고려해야 한다는 의미이다.⁷³ 수형자는 생활관계 전반에 걸쳐 행형목적의 지배를 받는다. 바로 그렇기 때문에 법치주의의 "형식적인 수준"에서만 보면 수형자의 권리제한은 일반 시민의 경우보다 훨씬 포괄적이면서도 훨씬 쉽게 정당화될 수 있다. 이러한 상황에서 행형의 특수성을 고려한다면 법치주의원칙은 이제 단

70) 大阪地裁 1958. 8. 20 判決(行裁集 9.8. 1662面). 자세한 내용은, 菊田幸一, 在監拘禁關係の特殊性, 菊田幸一編, 『判例刑事政策演習, 矯正處遇編』, 1987, 8面 참조.

71) Morales v. Schmidt, 489 F.2d 1335 (7th Cir. 1973).

72) Möller-Dietz, Grundfragen des strafrechtlichen Sanktionensystems, S.107ff., 특히 117.

73) Müller-Dietz, Grundfragen des strafrechtlichen Sanktionensystems, S.156f.

74) 행형이라는 특수한 질서에 편입된 수형자에게 일반 시민의 기본권 제한과 같은 논리에 의한다면 이는 상대적으로 수형자에게 현저히 불균등한 제한이 가해지는 셈이 될 것이다.

순한 기본권 제한의 원리가 아니라 오히려 실질적인 의미에서 "기본권 형성의 원리"로 전화되어야 한다고 해야 할 것이다.

따라서 보안목적에 의하여 기본권이 제한되더라도 가능한 한 다른 방식으로 국가의 "급부"를 통하여 수형자의 기본권과 행형목적 사이의 "균형의 회복"이 필수적이다. 그러므로 기본권의 제한을 상쇄하는 국가의 배려조치는 더 이상 국가의 은혜로 개념화되어서는 안 되며 오히려 행형관계에서 기본권이 적용되는 방식이라고 해야 한다.

몇가지 예를 들자면, 외부의 종교행사에 참가할 권리가 제한될 수 밖에 없는 수형자에게 교도소 당국은 종교의 자유를 보장하기 위하여 교도소 내에서 정례적인 종교의식을 허용해야 한다든지, 외부의 의료기관을 이용하지 못하는 수형자가 보안목적에 지장이 없는 방식으로 의료검진을 받을 수 있도록 배려하는 것, 혹은 수형자의 알 권리를 위하여 교도소 내에 도서실을 운영하고 라디오나 TV의 시청 등의 기회를 수형자에게 제공하는 것 등이다.

둘째로, 행형의 특수한 사물질서는 특히 교도소의 질서유지 전략에서도 반영되어야 한다. 교도소에서 안전과 질서를 유지하는 권력작용을 우리나라에서는 계호라고 부르며 행형법 및 부속법령은 이에 관하여 계구의 사용, 무기의 사용, 신체검사 등 개별적인 계호사항들, 그리고 규율과 징계에 관한 사항들을 규정하고 있다. 이 규정에서 재사회화목적과의 유기적 조화의 가능성은 전혀 읽을 수 없다. 물론 교도소에서 일정한 규율을 통하여 질서를 유지하는 것은 행형의 가장 기본적인 전제라고 할 수 있다.⁷⁴ 교정시설 내의 질서문란 때문에 수형자 및 타인의 범의이 위태롭게 되면 행형목적의 달성을 기대할 수 없기 때문이다. 그러나 반대로 이를 지나치게 강조하는 보안행형은 그만큼 처우의 가능성을 제약한다.⁷⁵ 따라서 여기에서도 행형의 "기능성"을 보장하는 세심한 조화가 요구된다. 그것은 규율 및 질서유지라는 개념을 수형자의 신체활동에 대한 감시와 일과시간의 철저한 규제라는 전통적인 의미에서 벗어나 처우공동체의 형성이라는 재사회화목적과의 유기적 결합에 의하여 재개념화하는 것이어야 한다.⁷⁶ 따라서 교도소의 질서유지를 강제적인 규율보다는 우선적으로 수형자의 공동생활에 대한 책임의식을 바탕으로 해야 한다. 징벌은 최후조치로서 고려되어야 한다. 독일 행형법 제81조가 "교도소에서의 질서있는 공동생활을 위하여 수형자의 책임의식을 고양해야 한다"고 규정하고 제102조 2항에서는 "수형자에게 경고하는 것으로 충분한 경우에는 징벌조치가 배제된다"고 한 것도 이를 반영한다.

현행법상 징벌조치는 "분류와 처우"라는 장 속에 규정되어 있지만 재사회화목적과는 아무런 관계를 가지지 않는다.⁷⁷ 뿐만 아니라 징벌이 현재 재소자규율 및 징벌에 관한 규칙에 의하여 시행되고 있다는 사실은 근본적으로 법치주의적 행형의 원칙에 반하는 것으로, 징벌의 내용과 절차를 행형법에 구체적으로 명시해야 한다.

75) 대표적인 정의를 보면, "계호라 함은 교도소 등의 교정시설의 안전과 질서를 유지하기 위하여 수형자를 경계·감시하고 지도·명령하며 안전 및 질서가 침해되거나 침해될 우려가 있는 경우에는 이를 진압·배제하고 원상회복을 위하여 강제력을 행사하는 것을 말한다." 김화수, 행형법학, 180면.

76) UN 최저기준규칙도 제27조에서 "규율과 질서는 엄정히 유지되어야 한다. 그러나 제한은 구금을 확보하고 질서있는 소내생활을 유지하기 위하여 필요한 한도를 넘어서는 안 된다."라고 규정하고 있다.

77) Schüler-Springorum, Strafvollzug im Übergang, S.181ff. ; Müller-Dietz, Grundfragen des strafrechtlichen Sanktionensystems, S.156f. ; AK-Brühl, StVollzG, Vor §81 Rn.5 ; Kaiser / Kerner / Schöch, Strafvollzug, S.188.

78) Müller-Dietz, Grundfragen des strafrechtlichen Sanktionensystems, S.139, 156f.

79) 재소자 규율 및 징벌에 관한 규칙 제3조, 제4조 참조.

3. 소위 누진처우의 문제

누진처우는 형기를 몇 단계로 나누어 수형자의 개선 정도에 따라 구금을 점차 완화하고 자유를 보다 많이 허용함으로써 점진적으로 자유세계의 생활환경에 유사한 수용조건을 제공하고 종국적으로는 가석방을 통하여 책임있는 사회생활을 영위할 수 있도록 하는 재사회화처우방식을 말한다. 누진처우에 의하면 수형자는 행형성적에 따라 단계적으로 높은 계급으로 진급함으로써 보다 많은 자유를 확보할 수 있다. 그럼으로써 수형자의 자기개선노력을 유도해 내고자 하는데 그 목적이 있다고 한다.

누진처우제도는 현재 수형자 분류제도와 함께 우리나라 교정처우의 근간을 이루고 있다. 수형자분류처우규칙 제14조에 의하면 누진계급은 제4급부터 제1급까지로 나누어 진다. 신입 수형자는 제4급으로 시작하여 각 단계마다 부여된 책임점수를 소각하면 진급이 허용된다. 처우의 내용은 진급해 갈수록 수형생활상의 자유영역이 확대되고 여러가지 "혜택"이 주어진다. 제1급 수형자는 동급자 사이에 자유교담이 가능하고 질서유지에 대한 연대책임제를 도입함으로써 공동체생활이 강조된다(동규칙 제42조 내지 44조). 점견과 서신발송에 있어서는 제4급은 매월 2회 2통, 3급은 매월 3회 3통, 2급은 매월 1회 1통, 1급은 수시로 할 수 있으며 제1급 수형자에게는 점견실 외의 점견을 허가할 수 있고 필요한 경우 교도관의 참여를 배제할 수도 있다(동규칙 제45조 내지 48조). 급여에 있어서도 계급별로 차별화된다. 예컨대 제1급이 되면 거실에 책상, 서화 등을 둘 수 있고, 제3급 이상의 수형자는 계급에 따라 특찬을 받을 수 있다(동규칙 제49조 내지 53조). 이 외에도 2급 이상이 되면 허가에 의하여 TV와 라디오 시청이 가능하고, 월 2회의 범위 안에서 경기나 오락회를 개최할 수 있고, 가족사진을 비치하거나 자기사진을 촬영하여 외부에 보낼 수도 있다. 또한 제1급 수형자는 사회견학의 혜택을 받을 수 있고 신문을 열독할 수 있는 특전이 주어진다(이상은 동규칙 제54조 내지 63조). 작업에 있어서도 계급에 따라 작업상여금 중 자기용도로 사용가능한 액수, 자기작업용구의 사용여부 등도 차이가 난다(이상은 동규칙 제64조 내지 69조).

이와 같은 방식의 누진처우제도는 교도소 구금이라는 상황이 개인의 영역에 대한 포괄적인 강제이며 여기에서 자유란 기본권의 실현이라기 보다는 강제를 완화해 주는 "은혜적 조치"라는 개념이 기본전제를 이룬다고 말할 수 있다. 이것의 명목상의 초점은 물론 수형자의 기본권 제한이 아니라 오히려 단계적인 자유의 확대에 있다. 그렇지만, 그 본질은 역시 기본권 제한의 문제라고 보는 것이 법치주의적 시각과 어울린다. 단계적인 자유의 확대는 필연적으로 그 이전단계의 자유의 제한에 대하여 정당화의 문제를 제기하기 때문이다. 그렇다면 누진처우에 관한 규정이 법률이 아닌 수형자분류처우규칙에 규정되어 있다는 것 자체부터 문제이지만, 더욱 본질적인 것은 재사회화처우라는 근거에서 그와 같은 식의 기본권제한이 도대체 정당화될 수 있는가 하는 점이다.

누진처우는 보상원리에 의한 행동수정모델을 수형자에 적용한 것이다. 그 모델이

80) 신왕식, 새행형학, 205면 이하; 이수성, 우리나라 행형제도의 제검토, 법무연수원 비상근연구위원 논문집, 제3집, 14면.

81) 수형자분류처우규칙 제15조 이하 참조. 각 단계의 책임점수는 형기를 월로 환산하여 이에 범수와 분류급에 따라 정해진 점수(초범자로서 A급은 2점, B급은 3점, C급은 4점, 누범자로서 A급은 2.5점, B급은 3.5점, C급은 4.5점)를 곱하여 산정하며, 이를 매달의 소득점수(소행, 작업, 상훈)로 공제해 나가게 된다. 동규칙 제23조, 24조.

82) 교도소에서 자유와 강제의 변증법적 관계에 대해서는, Würtenberger, Freiheit und Zwang im Strafvollzug, NJW 22(1969), S.1747ff.; Müller-Dietz, Grundfragen des strafrechtlichen Sanktionensystems, S.1249ff.

83) 이에 대해서는, 김남성, 교정교육의 행동수정적 접근, 교정연구 창간호, 1991, 171면 이하 참조.

교정처우방법으로서 얼마나 효율적인가의 문제는 차치하고, 거기에서 주어지는 "보상"을 보면 단순한 편의의 제공이 아니라 이미 헌법적으로 보장되는 기본권이 다수 포함되어 있음을 알 수 있다. 예컨대, 점견과 서신수발, TV 또는 라디오의 시청, 신문 및 도서의 열독, 개인사물의 비치 등은 특혜라기 보다는 수형자의 자유로운 인격발전에 필수적인 따라서 헌법적 보호를 받는 기본권들이다.

따라서 그와 같은 기본권 혹은 기본권적 보호를 받는 자유영역을 "처우"의 이름으로 제한하는 것은 허용되지 않는다고 해야 한다. 재사회화는 수형자 스스로의 자발적이고 주체적인 노력과 참여없는 불가능하고 따라서 처우는 수형자의 그러한 노력을 일깨우고 도와주는 기회제공적인 성격의 행형조치라고 해야 하므로, 처우에의 협력태도에 따라 수형자의 기본권에 제한을 가하는(혹은 풀어 주는) 메카니즘은 결국에는 강제처우에 이르게 되어 위의 행형이념과 부합하지 않기 때문이다. 더구나 현행 누진처우에서 진급을 위한 수형자의 소득점수는 소행점수와 작업점수 그리고 상훈점수로 구성되는데 각각의 체점기준이 재사회화처우를 반영한다기 보다는 오히려 교도소의 질서유지라는 측면이 강하게 부각되고 있다는 점도 이를 뒷받침한다.

독일의 경우 1961년 복무 및 집행령(DVollz0)은 제62조에서 "품행이 양호하고 작업시에 지속적인 근면과 주의를 보이는 경우, 특히 그로부터 적극적인 협력이 추론될 수 있는 한 교도소장은 수형자에게 편의(Vergünstigungen)를 점차 많이 제공할 수 있다"고 규정하였었다. 이것은 누진처우와 같은 이론적 근거를 지닌 것으로 볼 수 있다. 그러나 독일에서는 이미 1969년 복무 및 집행령 제62조의 개정에서 "편의"라는 용어 대신 "보호 및 장려를 위한 조치(Maßnahmen zur Betreuung und Förderung)"라 하면서 "행형의 시작부터 다음과 같은 보호 및 장려를 위한 조치들은 일반적으로 허용된다"(동조 1항)고 규정하였고 1976년 행형법 제정에서는 그 내용이 수형자의 권리로 포섭되었다. 이러한 발전방향은 사회국가원리에 입각한 재사회화 행형목적에 구체적으로 조응하는 것이었다고 말할 수 있다. 즉 그러한 상우체계로부터는 수형자가 교도소 내에서의 생존기술을 배우는 데에는 유용할 지 몰라도 자유세계에서 책임있는 생활을 할 수 있는 생활방식을 습득하지 못한다는 비판이 주요하였고, 더욱 중요한 것은 그러한 내용들은 수형자의 인격발현의 당연한 전제로서 기본권의 주체인 수형자에게 그리고

84) 예를 들어 특찬의 제공(수형자분류규칙 제51조)은 그러한 편의제공의 한 유형이라 할 수 있다.

85) 수형자분류처우규칙 제25조를 보면, 소행점수는 기율복종관계와 용의, 태도들, 작업점수는 작업일수, 작업에 대한 의욕 및 노력의 정도와 소품재료 기구 등의 관리태도를, 상훈점수는 교정사고의 미연방지에 대한 공로를 기준으로 체점된다.

86) DVollz0 제62조 1항. 동조 제2항에서는 "편의"의 종류로, 근친자 사진의 비치, 서화등의 거실장식, 서신발송횟수의 증대, 저작활동, 필기도구의 소지, 자기용지의 사용, 도서 및 약기의 소지, 신문잡지의 소지, 점견횟수의 증대, 라디오, 영화 및 TV 시청에의 참여 등을 규정하고 있었다.

87) Schwind / Blau, Strafvollz in der Praxis, 2.Aufl., 1988, S.272; Kaiser / Kerner / Schöch, Strafvollzug - LB, §13 Rn.27.

88) 그 조치의 내용은 과거 개정 이전에 "편의"라는 이름으로 제공되었던 것과 거의 동일하다. 자세한 것은, Grunau, ZfStrVo 1969, S.289f. 참조.

89) 이때부터 보호 및 장려를 위한 처분들은 수형자의 청구권으로 인정될 수 있었다고 한다. 이에 대해서는, Grunau, ZfStrVo 1969, S.288ff.

90) Schwind / Blau, Strafvollzug in der Praxis, S.271; Kaiser / Kerner / Schöch, Strafvollzug - LB, §13 Rn.30.

91) Kaiser / Kerner / Schöch, Strafvollzug - LB, §13 Rn.28f. 한편 바이마르공화국에 누진처우를 도입했던 Gustav Radbruch도 후에 "추구한 것은 자유에 대한 교육이었지만 발견한 것은 교도소내의 규율유지를 위한 탁월한 수단이었다"고 고백한 바 있다. Schwind / Blau, Strafvollzug in der Praxis, S.272.