

③출소 후 프로그램[출소자재활 전문프로그램, 각 교회 출소자돕기 프로그램]과 연계하여 출소자에 대한 사회적 안전망을 구축해 나가야 할 것이다.

④범죄피해자를 돕는 프로그램과 재소자 가족을 돌보는 프로그램을 병행한다.

⑤관련 컨셉의 캠페인 및 공익성이벤트를 지속적으로 시행하여 대사회 홍보 및 계몽프로그램도 구축한다.

3. 한국기독교교도소 교정교화프로그램 기본기능

①Security(보안) - 법무부의 계호 준칙을 바탕으로 기독교적 공동체성이 중심이 된 재소자 자치에 따른 내부적 통제 시스템

②Treatment[교정교화 프로그램] - 기독교적 화해정신을 기저로 하나님과의 화해(일련의 신앙적 관계성 회복), 피해자와의 화해(사회구성원들과의 관계성 회복), 가족공동체 내의 화해(가족공동체의 회복과 재소자 자아 존중심 회복) 등이 실현 되는 기독교교정프로그램

③Industry(교도산업) - 재소자들의 재활과 사회공익에 부합하는 산업

4. 향후 체계(例示)

1) 공익재단

○ 「화해재단」 - Reconciliation Foundation

-기독교사회운동 체제로서 구성한다.

-한국 및 재외 회원교회, 목회자·성도 회원들을 넓게 참여하게 한다.

-기독교적 사회공동체화해 프로그램을 회원교회와 지역을 중심으로 정착시키고 확산시킨다.

2) 교정법인 및 기독교민영교도소

○ 교정법인 「화해재단」

-외형적으로 운동 안에 포함시키되 실제적인 주체기관으로서의 역할을 수행한다.

-기독교교정프로그램(CCP)은 사회적 기능이 크므로 기독교사회운동에서부터 전문연구시스템, 전문자원봉사시스템 등을 함께 운영한다.

-법륜에 의한 법인이사회를 구성하고 법률적 책임과 권한을 행사한다.

-운동기관의 대표와 법인이사장을 겸하게 하여 운동과 사업을 함께 운영하게 하는 것이 합당할 것이다.

○ 「화평교도소」

-교정법인 「화해재단」 산하의 기독교(민영)교도소

5. 교계 후원

- ① 한국교회의 거대화에 비해 대사회 사역이 상대적으로 부족하다는 자성론이 대두되는 가운데 한국교회의 사회적 위상에 부합되면서 현대사회에 필요한 사역을 찾아 행해야 한다는 소명론이 교계 저변에 흐르고 있어 기독교교도소 프로그램의 호응도가 높은 편이다.
- ② 이제까지 교계에서 전문 프로그램에 대한 연합이 어려웠다는 평가 가운데서도 기독교교도소 사업의 여건 성숙과 추진주체에 대한 교계의 신망이 두터워 당 사업이 초대형임에도 불구하고 성공 가능하다는 평가를 받고 있어 교계적 후원이 가시화되고 있다.

6. 경제계 후원

- ① 20개 벤처회사들이 200억원을 모금하여 청소년 사업('청소년과 미래')에 기부한 경우와 전경련을 중심으로 1% 기부운동이 전개되고 있는 등 현재 경제인들이 공익사업이나 대사회 프로그램에 활발히 기여할 수 있는 제도적 여건이 조성되고 있다.
- ② 당 사업은 기독교적 공익사업을 희망하는 기업이나 독지가의 참여가 가능하다. 현재 삼성, 현대 등 공익사업에 막대한 기금을 조성한 기업의 경우와 같이 기독교적 공익사업에 비전과 사명이 있는 기업이 참여 가능한 여건이 조성되고 있다.
- 교정프로그램과 산업프로그램부분이 병합되어야 하므로 산업부문에는 투자유치가 가능하여 경제성 있는 기업을 도입할 수 있다.
- ③ 경제인들의 후원이 이루어진다면 사회적으로 상당히 큰 의미를 가지는 사업으로 발전할 것으로 기대된다.

7. 투자유치 여건

- ① 국내투자자 유치
- 민영교도소 성패 중 산업유치는 중요한 요소이므로 당국의 보호가 있을 것이므로 적당한 국내산업 유지에 근본적으로 방해요소는 없는 편이다.
- ② 미주지역 투자자 유치
- 미주지역 유력 실업가들 중 조국의 공익사업에 기여 및 투자하기를 바라는 경우 유치할 수 있을 것이다.
- ③ 미국 교정회사의 투자 유치
- 현재 미국의 유력 교정회사들의 호주 등 해외투자가 활발한 상황이며 한국의 민영교도소 사업을 투자가능 여건으로 판단한 바 유망하다.

8. 가능한 모금사업 및 캠페인

① 캠페인화에 따른 사회공익적 모금망 활용 및 구축

- 인터넷회사와 연합하여 홍보 및 모금망 등의 프로그램 구축
- 언론사와의 제휴(국방방송, 기독교방송, 국민일보 등)
- 캠페인 및 모금채널 구축

② 회원교회 Network 형성 및 모금

- 사회적 프로그램과 연계될 때 프로그램 참여교회 및 각 지역대표교회로서의 위상부여 및 모금참여

9. 부지선정 문제

① 수도권 우선 고려

- 발달된 자원봉사시스템 적용이 유리한 거리권

② 투자목적의 부지제공자와 협의 가능

③ 일정 규모의 기금이 조성된 후 법무부, 기획예산처와 협의하여 정부의 지원이 가능할 시 정부소유의 부지를 임대 등 활용하는 방법도 추진이 가능하다.(따라서 현재상황에서 부지선정이 최우선시 될 필요는 없음)

10. 실무기획단 운영

1) 실무기획단 운영 목적

앞으로 법무부로부터 최적조건으로 허가를 받는 일, 기독교교정프로그램 준비 및 교도소 건축계획, 유관기관과의 면밀한 실무협의 등 구체적 사업들이 요구되므로 모든 상황에 시급히 대처하고 모든 여건을 최적으로 활용하며 재단 내외의 인력 활용에 효율성을 높이는 등 업무에 합리성 및 민첩성을 얻는데 그 목적이 있다.

2) 실무기획단 기본업역

- 총무분야
- 정책분야
- 조사분야
- 건축분야
- 기금분야
- 대외협력분야

11. 프로그램 개발사업 진행도

기독교교정프로그램 개발



한국형 기독교교정프로그램 연구 및 개발
Prison Fellowship 프로그램 연구 및 도입
관련분야 국내외 학자들의 연구주도



한국기독교교도소 국내 정착



경쟁력있는 기독교교정프로그램 개발
기독교사회운동·캠페인 전개 ⇒ 관련 이벤트
자원봉사시스템 개발



대사회 홍보

연구지 발간/소식지 발간
홍보이벤트 시행
언론홍보

외국사례1, 미국의 텍사스 주립교도소의 InnerChange

범죄에 강인한 사랑으로 접근하는 곳

범죄에 대한 강경책으로 인해 미국에서는 강력범죄의 발생이 감소되었다. 그 이유는 주정부 당국이 수없이 많은 교도소를 신축하여 범죄자들을 더 오래 수감하였기 때문이었다. 그러나 이제 신축한 수천 개의 교도소도 만원사례를 이루고 있다. 이제는 어떻게 할 것인가?

이러한 때에 워터게이트 사건에 연루되어 복역하였던 찰스 클슨에 의해 설립된 교도선교협의회(Prison Fellowship)의 새로운 전략이 주목되고 있다. "속사람의 변화/자유"의 첫걸음, InnerChange Freedom Initiative"하고 불리는 프로그램이 바로 그것이다. 간단히 말해 신앙인들이 지닌 강인한 사랑의 실천을 통해 교도소 안에서 범죄자의 재범율을 50%이상 줄이는 것을 목표로 시작된 프로그램이다.

1996년 11월 텍사스주 교정국에서는 교도선교협의회측과 비보상원칙의 협약을 체결하여 미국 교정기관에서는 최초로 신앙에 입각한 교정프로그램을 실시하게 되었다. 1997년 4월 본 프로그램의 실시장소로 제2 제스터교도소가 선정되었고 처음으로 30명의 수형자가 입소하였다. 이곳 프로그램의 과정을 살펴보면, 두달 간의 입소 준비와 세 단계로 실시되는 실제 프로그램은 총 18개월의 소내 교육기간을 갖게 되며 6개월의 출소 후 교육으로 이어지게 된다.

교도소 바깥에서는 가출소한 범죄자가 건실한 직장을 가지고 생산적인 시민으로 원만한 사회 적응을 할 수 있도록 교도소 안에서 맺게 된 친구이자 스승의 역할을 하는 멘토(mentor)와 함께 노력한다. 담안에서는 재소자들이 자발적으로 참여하여 18개월 동안 멘토링을 받는 교화과정이 있다. 여기에는 생활훈련, 경건회, 교도작업, 생활기술, 제자훈련반 등이 포함되어 있다. 이렇듯 신앙에 기초한 프로그램을 통해서 재소자들은 분노를 정직하게 다루는 법을 알게 되고 자신들이 타인에게 저지른 과오를 직시하여 피해자들로부터 용서를 구하는 등 자신들의 행동에 책임을 지는 것을 배운다. 여기의 재소자들은 교도작업으로 얻게 된 소득의 일부로 범죄피해자들에게 보상하고, 자녀양육비를 보내고, 수감에 드는 비용을 담당하기도 한다.

이런 강인한 사랑이 미국의 범죄의 고삐를 잡을 수 있을까? 긍정적인 답이 나오기 위해서는 기독교인들이 자기들의 시간과 물질을 들여 일대일 멘토링에 드는 모든 수고와 위협을 감수할 자세가 되어 있어야 할 것이다. 영적 구속은 예수 그리스도를 통해 나타난 하나님의 사랑과 용서의 실체를 받아들여야만 가능할 것이다. 생활의 변화, 즉 그리스도인들이 말하는 의로운 삶의 이루어지기 위해서는 영적인 지도와 사랑이 가득 찬 주변사람들의 굽히지 않는 인내와 지속적인 지지가 필수불가결함은 두말할 나위가 없다.

외국사례2, 브라질의 휴마이타 기독교 교도소

재소자들의 신뢰를 바탕으로 운영되는 곳

브라질의 사오 호세 도스 캄포스(Sao Jose Campos)에 있는 한 남자교도소는 남아메리카에서 흔히 볼 수 있는 전형적인 교도소가 아니다. 동기를 부여해주는 어귀들과 성경귀절이 하얀색으로 말끔하게 칠해진 복도의 양벽 위에 하늘색 글씨로 뚜렷하게 쓰여져 있으며 깨끗하게 정돈된 드넓은 방들은 이곳에 있는 360명의 재소자들에게 편안한 주거환경을 제공하고 있다.

브라질 교도선교협의회(Prison Fellowship Brazil)는 교도로 발달된 보안장치나 무장된 교도관 없이 이 교도소를 운영해왔다. 사실상 이 교도소의 보안체제는 신뢰를 바탕으로 하고 있다. 예를 들어 10년 실형을 받은 한 재소자(23세)는 교도소 문 열쇠를 맡아보는 책임을 지고 있다. 그런데도 그가 그의 특권을 남용하리라고 걱정하는 사람은 아무도 없다.

이 시설의 명칭은 브라질 교도선교협의회 본래 명칭인 Association for the Protection and Assistance of the Condemned 의 약자를 따서 APAC 교도소라고 불린다. 험악하게 보이는 창살과 높은 담이 눈에 띄지 않는다고 해서 APAC 교도소를 절대 경범죄만을 구금하는 중구금시설로 생각해서는 안된다. 이곳에 수용된 재소자들은 살인에서 폭행, 그리고 강도에서 마약관련 사범에 이르기까지 다양한 범죄로 실형을 받은 사람들이다. 이들의 평균 복역기간은 10년으로 중구금시설에 수용되어야 마땅한 사람들이다.

이 교도소의 운영은 사랑과 존경, 즉 하나님의 사랑과 사람에게 대한 존경에 그 바탕을 두고 운영된다. 이 시설을 운영하는 관리자들은 서로가 서로에게 도움이 되는 방법을 터득한 자원봉사자들과 자신들의 삶에서 중요한 변화를 꾀할 수 있는 방법을 배운 재소자들로 구성되어 있다. 이런 교육은 주로 성경공부를 통해서 이루어지기에 교도소내의 성경공부시간은 특별히 중시된다.

이 교도소의 소장은 브라질 교도선교협의회 회장이기도 한 마리오 오토보니(Mario Ottoboni)이다. 이곳에서의 매일 매일의 생활은 다음과 같은 3가지 원칙을 토대로 한다. 첫째, 기독교신앙의 재발의 기초를 이루며, 둘째, 재소자들은 서로가 서로에게 책임감을 가지며, 셋째, 가해자를 새사람으로 만들기 위해서 가족간의 유대관계가 매우 중요시 여겨진다는 것이다.

재소자들은 정부가 운영하는 일반교도소로부터 이곳 APAC 교도소로 이송된다. 이들 재소자들은 반드시 12페이지가 넘는 분량의 방대한 지원서류를 작성해야만 하고, 재발에 대한 이들 재소자들의 관심의 진실성 정도가 어느 정도인지를 평가하기 위한 면접과정을 거쳐야만 한다. 일단 이 과정을 통과하여 인정을 받으면 이들은

대기자 명단에 올라간다. 대기자 명단에 올라있는 사람 수는 300명에 이른다. 이들 대기자들은 일반 교도소에서 자기 차례가 오기를 기다리면서 APAC 교도소와 그 교도소가 주는 자유를 깊이 평가해보는 시간을 갖게 된다고 브라질 교도선교협의회 관리들을 말한다.

재소자가 이 교도소에 처음 도착하게되면 자원봉사자는 그의 손목에서 수갑을 풀어주면서 "이 교도소에서는 당신이 더 이상 수갑에 채워지지 않을 것입니다. 이제 당신의 마음은 사랑이라는 이름의 수갑에 채워지고 당신을 감시하는 문은 바로 주 예수님이십니다"라고 말해 준다. 그리고 진실로 한 번 풀려진 그 수갑은 다시는 사용되지 않는다.

위의 말은 재소자가 감방들을 둘러볼 때 다시 한 번 강조된다. 굳게 닫혀진 문이 열리고 안으로 들어가 보면 벤치가 벽을 등지고 늘어서 있으며 방 구석구석에는 갖다다놓은 듯한 신선한 꽃이 놓여 있고 앞쪽에는 연단이 놓여있음을 알 수 있다. 연단 위로는 십자가상이 'Estamos Juntos(우리 모두 함께)'라는 말과 함께 벽 위에 그려져 있다. 그리고 자원봉사자는 이들에게 다음과 같이 이야기한다. "주 예수님께서 이미 당신을 대신해서 당신의 죄를 용서하셨습니다." 그리고 이를 재소자들이 이 방을 나갈 때 이들은 다시 벽에 쓰여진 다음과 같은 말을 읽게 된다: "두려워 말라. 내가 너를 지명하여 불렀으니, 너는 내 것이라."

APAC 교도소의 주요 프로그램은 역시 범죄행위로 인해 상처입은 가정을 다시 원상복원시키는 것이다. 대리부모 프로그램 같은 특장적인 프로그램을 통해 지역사회의 자원봉사자들은 재소자와 그의 가족을 잇는 연결선으로서의 역할을 한다. 그리고 이들 자원봉사자들은 가해자와 지역사회 사이에 신뢰감을 형성하는데 일익을 담당하면서 역할모델로서, 그리고 성실한 조언자로서의 역할을 하게 된다. 대리부모들은 매우 엄격히 선발되고 훈련 받게되며 이들은 재소자들이 교도소에 있을 때뿐만 아니라 석방된 후에도 계속해서 돌보는 일을 행한다.

브라질 교도선교협의회는 재필과정은 3단계로 구성된다. 첫 단계에서 재소자들은 간단하나마 상대방에게 도움을 주는 방법을 배우게 된다. 이들은 자신들의 감방이나 통제된 장소에 감금되어 수업을 받는데, 이 수업에서 다루어지는 주제는 미술, 고전문학, 음악, 읽고 쓰기, 종교, 타이핑, 논법, 기술 연마 등 매우 다양하다.

일단 이 첫 단계에서 준비가 다 잘 되었다고 생각되면 두 번째 단계로 넘어갈 수 있다. 두 번째 단계는 해당 재소자가 교도소 안을 보다 더 자유롭게 돌아다닐 수 있도록 허락해 준다. 이 단계에서 해당자는 직업기술을 배워 목재 램프를 만들거나 식탁보를 바느질하거나 혹은 다른 손작업을 하는 수공 작업장에서 일할 수도 있다. 또한 특정한 물 일로 밖으로 외출을 할 때에는 첫 번째 단계를 같이 거친 사람들을 동반해서 외출을 한다. 만약 두 번째 단계에서 좋지 않은 행동을 보이면 그는 다시 첫 단계로 되돌아가야 된다.

세 번째 단계에 들어서게 되면 교도소 밖에 있는 일터로 일하러 나가는 것이 가능해지며 또 한 주말에는 외출도 가능해진다. 하지만 밤에는 들어와야만 되며 예정되어 있는 모든 프로그램과 특별 활동에는 다 참여해야 한다.

이 프로그램은 수년간에 걸친 연구의 결과이다. 1972년 당시 저명한 변호사였던 오토모니는 브라질 교도소 체제를 연구하기 위해 기독교 모임인 APAC를 만들었다. 이들은 재소자들이 어떻게 하면 성공적으로 사회에 다시 복귀할 수 있을만한 비결을 찾고자 노력하였다. 이 연구모임은 범죄의 원인을 연구해 들어갔고 재범을 줄일 수 있는 프로그램을 만들기 시작했다.

APAC의 연구결과에 따르면 브라질의 일반 교도소를 출감한 자들의 재범률은 75%에 달하며 교도소 내에서의 부패는 엄청나게 확산되어 있다고 한다. 그리고 교도소에 만연된 분위기는 게으름 그 자체라고 한다.

지금까지 범죄자(가해자)의 삶을 올바른 방향으로 변화시키려는 APAC 교도소 관계자의 노력은 성공적이었다. 이제까지 APAC 프로그램을 거쳐간 520명의 재소자들 중 단지 20명만이 교도소로 다시 돌아왔으며 결국 재범률은 4%에 그쳤기 때문이다.

오늘날 브라질 교도선교협의회는 APAC 교도소를 운영할 뿐만 아니라 몇몇 국영 교도소에서도 특별 감방을 운영하고 있다. 브라질 교도선교협의회는 이 프로그램을 만들기 위해 자국 정부와 협상 중에 있으며, 구아테말라의 한 단체는 비슷한 프로그램을 개발시켜 이미 5개 교도소에서 실행하고 있다.

PM
00002947

**행형법 개정 및
민영교도소 도입에 관한 공청회**

**행형법 개정 및
민영교도소 도입에 관한 공청회**

■ 제1주제 : 행형법개정방향

- 사 회 : 이형국 교수(연세대)
- 발 표 : 강영철 교수(단국대)
- 토 론 : 장규원 (형사정책연구원) · 김희수 (법무부 교정과장)

■ 제2주제 : 민영교도소 도입에 따른 문제점 및 대책

- 사 회 : 정갑섭 교수(경기대)
- 발 표 : 이윤호 교수(경기대)
- 토 론 : 오영근 교수(한양대) · 변동윤 (안양교도소장)

- 일 시 : 1998. 11. 27(금), 14:00 ~ 17:30
- 장 소 : 한국교원총연합회관 세미나실 (2층)

주최 : 법무부/후원 : 한국교정학회 · 재단법인 교정학

行刑法 改正方向

-수형자의 인권신장과 교정질서확립을 중심으로-

강 영 철

(단국대학교, 법대 교수)

行刑法 改正方向

-수형자의 인권신장과 교정질서확립을 중심으로-

<목 차>

I. 序 論

II. 行刑目的에 관한 改正方向

1. 사회국가원리와 수형자의 사회복지
2. 수형자의 사회복지를 위한 개방처우의 지향

III. 行刑原則에 관한 改正方向

1. 범죄국가원리와 수형자의 인권보장
 - (1) 수형자의 법적 지위
 - (2) 수형자의 기본권제한과 그 한계
 - (3) 수형자의 권리구제제도
2. 교정질서확립을 위한 개정방향
 - (1) 계호
 - (2) 경벌

IV. 結 論

I. 序 論

우리나라 行刑法은 1950년 3월 2일 법률 제105호로 제정된 이래 시대적 변화에 따라 6차에 걸쳐 개정되었음에도 불구하고 아직도 선진행형에 관한 국제적인 추세와는 거리가 멀 뿐만 아니라 실질적 범죄국가원리와 사회국가원리를 추구하는 헌법정신의 구현은 외면한 채 수형자를 인격적 주체가 아닌 단순한 교정의 객체로 취급하는 자유형집행법이라고 비판하는 자가 없지 않다. 그리하여

강 영 철

(단국대학교, 법대교수)

우리나라 행형법은 수형자와 국가와의 관계를 아직도 전통적인 특별권력관계¹⁾로 인식한 나머지 수형자의 법적 지위보장 및 인권보장이라는 측면보다는 교정시설의 안전과 질서유지를 위한 구금확보에 중점을 두는 단순한 시설관리법으로서의 성격 내지는 교도관의 직무규정으로서의 성격을 벗어나지 못하고 있다는 지적을 받고 있다.²⁾

그러므로 우리나라 행형법도 교정의 선진화를 추구하기 위해서는 교정처우의 기본원칙으로서 인간의 존엄과 가치의 보장이라는 헌법정신을 구현하겠다는 의지를 천명하여 수형자의 인간으로서의 확인을 해야 할 것이며, 수형자의 법적 지위, 수형자가 수형생활 중에 제한받는 자유와 권리의 범위와 한계, 수형자의 권리구제의 방법 및 절차 등을 명확하게 규정하여 수형자의 마그나 카르타적 성격을 분명히 밝혀야 할 것이다.³⁾ 그러나 수형자의 법적 지위보장 및 인권보장만을 강조한 나머지 교정절차가 문란해지게 되다면 수형자와 교정공무원의 생명·신체적 안전이 위협받게 될 뿐만 아니라 행형의 본질적 목표인 교정교화를 통한 수형자의 재사회화와 시설내 처우의 기본적 전제조건인 구금확보가 불가능하게 될 것이므로 교정시설내의 질서확립을 위하여는 행형법에 수형자가 준수해야 할 의무와 그 위반에 대한 제재내용을 가급적 명확하게 규정해 두어야 할 것이다.⁴⁾

이와 같이 수형자의 사회복귀라는 행형의 궁극적인 목적을 달성함에 있어서는 한편으로는 수형자의 인권을 보장하면서 다른 한편으로는 교정질서를 확립하여야 하는데, 수형자의 인권보장과 교정질서확립은 서로 대립관계에 있기 때문에 행형목적 내지 구금목적 달성을 위하여는 양자를 어떻게 조화시켜야 할 것인가가 문제점으로 제기되지 않을 수 없을 것이다.

따라서 본 논문에서는 수형자의 원활한 사회복귀를 위해서는 수형자의 인권신장과 교정질서확립을 어떻게 조화시키는 것이 합리적인가라는 관점에서 현행 행형법의 개정방향을 제시해 보고자 한다.

- 1) 전통적인 특별권력관계란 특별한 법률원인에 의거하여 성립되어 일정한 행형목적에 필요한 범위 내에서 특정한 자에게 포괄적 지배권이 부여됨으로써 상대편인 특정한 신분에 있는 자가 그 포괄적 지배권에 복종하는 권력관계로 보아, 특정한 행형목적의 능률적이고 효과적인 실현을 위한 특별권력의 발동에는 범주주의가 적용되지 않는다는 이론이다. 석중현, 행형법원론, 삼영사, 1995, 159면.
- 2) 양화식, 「행형법 개정의 기본방향에 관한 고찰」, 한국교정학회, 교정연구 <제2호>, 1992, 104-141면; 장규원, 「현행 행형법의 문제점과 개선방안」, 한국형사정책연구원, 연구보고서 94-16, 1995, 9면.
- 3) 장규원, 전개논문, 9-10면 참조.
- 4) 김병주, 「개정 행형법상의 징벌제도」, 한국교정학회, 교정연구 <제7호>, 1997, 81면.

II. 行刑目的에 관한 改正方向

1. 社會國家原理와 受刑者의 社會復歸

우리나라 헌법은 사회국가⁵⁾의 건설을 목표로 사회정의구현에 관하여 규정하고 있다. 특히 헌법 제10조는 「모든 국민은 인간으로서의 존엄과 가치를 가지며, 행복을 추구할 권리를 가진다. 국가는 개인이 가지는 불가침의 기본적 인권을 확인하고 이를 보장할 의무를 진다.」라고 규정하고 있으며, 또한 헌법 제34조는 「①모든 국민은 인간다운 생활을 할 권리를 가진다. ②국가는 사회보장·사회복지의 증진에 노력할 의무를 진다. ③국가는 노인과 청소년의 복지향상을 위한 정책을 실시할 의무를 진다.」라고 규정하여 사회보호작용을 위한 국가의 의무를 선언하고 있다. 그러므로 수형자도 국민의 한 사람인 이상 국가는 수형자의 사회복귀를 가능하게 하기 위해 그에게 인간적인 노력과 함께 사회적 보호와 배려를 해야 할 의무가 있는데, 국가의 이러한 의무는 사회국가건설을 목표로 하는 헌법정신에서 찾을 수 있을 것이다.⁶⁾

따라서 국가는 사회국가건설을 목표로 하는 헌법정신에 입각하여 수형자의 사회복귀에 필요한 인적·물적 설비를 갖추도록 노력해야 함과 동시에 수형자의 생활조건들을 수형자의 사회복귀에 기여할 수 있는 형태로 보장해야 할 의무를 부담하고 있다고 보아야 할 것이다.⁷⁾ 그리하여 국가는 적극적으로는 수형자에게 교육적·사회적·의료적 원조 등을 포괄적으로 제공해야 할 것이며, 소극적으로는 수용자의 사회복귀에 저해되는 모든 장애요인을 가능한 범위에서 배제시켜야 할 것이다.⁸⁾ 그러므로 행형법도 사회국가건설을 목표로 하는 헌법정신을 구현할 수 있도록 그 내용이 규정되어야 하는데, 우리나라 행형법 제1조(목적)도 「본법은 수형자를 ……교정교화하며……기술교육을 실시하여 사회에 복귀하게 하며…」라고 규정하고 있어 행형의 궁극적인 목적이 수형자의 사회복귀에 있다는 것을 천명하고 있다.

- 5) 사회국가란 모든 국민에게 그 생활의 기본적 수요를 충족시킴으로써 건강하고 문화적인 생활을 영위할 수 있도록 하는 것이 국가의 책임이면서 그것에 대한 요구가 국민의 권리로서 인정되어 있는 국가를 말하며, 사회국가의 원리란 사회정의를 구현하기 위하여 법치국가적 방법으로 모든 국민의 복지를 실현하려는 국가적 원리를 말한다. 권영성, 신판 헌법학원론 [95년 도관], 법문사, 1995, 135-136면.
- 6) 신양균, 「현행 행형법과 그 개정방향(II)」, 한국교정학회, 교정연구 <제4호>, 1994, 37-38면; 양화식, 전개논문, 109면; 장규원, 전개논문, 24면.
- 7) 신양균, 전개논문, 38면; 장규원, 전개논문, 24면.
- 8) 양화식, 전개논문, 109-110면; 장규원, 전개논문, 24면.

그러나 이 목적을 달성하기 위한 개별규정을 살펴보면 '무교육자 또는 소년 수형자에 대한 교육실시(행형법 제32조 1항)'를 제외한 ①기술습득을 위한 교육훈련(행형법 제32조 2항), ②기술습득을 촉진하기 위한 외부기업체 등과의 통근작업(행형법 제35조 2항) 등에 대해서는 「……할 수 있다.」라고 하는 제량규정으로 되어 있는 것으로 보아 우리나라 행형법은 사회국가원리라는 헌법 정신에 입각한 수형자의 사회복귀에 대한 국가의 실천적 의지가 미약하다고 볼 수 밖에 없다. 그러므로 우리나라 행형법도 국가가 헌법상 이행해야 할 의무사항에 대해서는 「……할 수 있다.」라고 하는 제량규정 대신에 「……하여야 한다.」라고 하는 기속규정으로 개정하는 것이 바람직할 것이다.

한편 수형자의 원활한 사회복귀를 위해서는 국가의 의무이행도 중요하지만 수형자도 사회복귀를 위한 국가의 노력에 협력해야 할 의무가 있는데, 수형자의 사회복귀를 행형의 목적으로 삼고 있는 독일 행형법(1976. 3. 16 발효)은 자유형의 집행원칙으로 국가의 의무와 수형자의 자세에 대하여 명확하게 규정하고 있다.⁹⁾ 동법 제3조(집행의 상태)는 「수형생활은 가능한 한 일반인의 생활 상태와 유사하게 하여야 한다.(동조 1항).」·「자유박탈에 의한 유해한 결과는 방지되도록 하여야 한다.(동조 2항).」·「형집행은 수형자에게 자유생활로의 복귀에 도움이 되도록 행사되어야 한다.(동조 3항).」라고 규정하여 국가가 형 집행에 있어서 준수해야 할 의무를 밝히고 있다. 또한 동법 제4조(수형자의 자세)는 「수형자는 그의 처우의 구체화 및 집행목적의 달성에 협력한다.(동조 1항 전단).」·「수형자는 이 법에 규정된 자유제한에 복종한다.(동조 2항 전단).」라고 규정하여 수형자가 국가의 교정처우를 받아들일 의무가 있음을 명백히 하고 있다.

그러나 사회국가원리에 근거를 둔 수형자의 사회복귀라는 행형목적은 지나치게 강조하게 되면 수형자의 자유를 제한하고 인권을 침해하는 결과를 가져올 수 있다. 그러므로 법치국원리 특히 실질적 법치국가원리에 의거한 수형자의 주체적 자유와 인권을 보장하기 위해서는 가능한 한 행형의 개입을 자제하는 소극적 행형이 요구된다. 따라서 행형에는 수형자의 사회복귀라는 행형목적의 달성을 위한 적극적 처우(사회국가원리에 근거를 둔 처우)와 수형자의 인권 보장을 위한 소극적 처우(법치국원리에 근거를 둔 처우)를 두 축으로 하는 갈등상황이 내재되어 있다고 할 수 있는데¹⁰⁾, 이 양면성을 어떻게 조화시켜 수형자의 인권을 존중하면서 수형자의 사회복귀라는 행형목적은 달성할 것인가가

금후의 행형의 최대과제라고 할 수 있을 것이다.¹¹⁾ 하지만 수형자의 사회복귀라는 행형목적은 달성하기 위해서 수형자의 인권이 지나치게 희생되어서는 안 될 것이다.

따라서 수형자의 사회복귀라는 행형목적은 수형자의 기본권제한이 가능한 한 최소에 그치는 한계내에서 이루어져야 할 것이다. 그러므로 사회복귀라는 사회국가원리의 요청에 따른 수용자의 처우는 실질적 법치국가원리에 의하여 인정되는 한계내에서만 허용되어야 할 것이다. 즉 사회국가원리에 근거한 행형목적은 법치국가적 방법과 그 한계내에서만 달성되어야 할 것이다.¹²⁾ 그런데 일본 형사시설법(안)은 제1조(목적)에서 「이 법률은 형사시설의 적정한 관리 운영을 도모하고 피수용자의 인권을 존중하면서 수용의 성질에 따른 적절한 처우를 행함을 목적으로 한다.」라고 규정하고 있는데, 우리나라 행형법도 제1조(목적)에 '인권존중'이라는 행형원칙을 포함시키는 것이 바람직하리라고 생각된다.

2. 受刑者의 社會復歸를 위한 開放處遇의 지향

수형자의 폐쇄적인 시설내처우는 수형자의 외부와의 교류를 크게 제한함으로써 석방후 사회생활에의 적응을 어렵게 할 뿐만 아니라 수형자의 자립의지와 책임의식도 고취시키지 못하여 결국 수형자의 사회복귀를 어렵게 하는 폐단이 있음이 종래부터 지적되어 왔다. 그리하여 폐쇄적 처우는 금세기 들어와 수형자의 인권존중과 사회복귀의 촉진이라는 현대적 행형이념에 따라 종래의 구금제도도 완화 내지 보완한 개방처우에 발전해 가고 있다. 이 개방처우는 폐쇄처우의 폐해를 극복하기 위하여 인적·물적 계호조건을 완화하여 가능한 한 시설내처우의 사회화를 도모하고 수형자의 자율과 책임감에 대한 신뢰를 기초로 하여 행하는 처우방법으로서 수형자의 사회복귀를 위한 가장 효과적인 방법으로 평가되고 있다.¹³⁾

그리고 유엔의 최저기준규칙 제63조 제2항도 「수용시설은 모든 그룹에 대하여 동일한 정도의 경비를 할 필요는 없고 각 그룹의 필요성에 따른 다양한 경비가 바람직하다. 개방시설은 도주에 대한 물리적인 수단을 가지지 않고 계소자의 자립을 신뢰하고 있다고 하는 그 사실에서 신중하게 선별된 수형자의 사회복귀를 위하여 가장 바람직한 조건을 구비하고 있다.」라고 규정하고 있다.

9) 독일 행형법에 대해서는 법무부 교정국, 제111집 의국교정관계법령집(III), 1988, 48-163면을 참조하였음.

10) 배중대, 형사정책, 홍문사, 1998, 402면.

11) 박계윤, 수형자의 권리와 권리구제제도, 국민대 출판부, 1996, 55면.

12) 신양근, 전개논문, 38-39면; 장규원, 전개논문, 25면.

13) 양희식, 전개논문, 123-124면.

그런데 우리나라 행정법도 귀류제도(동법 제44조 제4항)는 비교적 일찍이 인정되었으나 개방시설·외부통근제도·주말구급제·사회내처우센타 등과 같은 개방처우제도는 그동안 인정되지 않았다가 최근에 이르러야 개방시설(동법 제44조 제2항)과 외부통근직업제도(동법 제35조 제2항)의 법적 근거가 마련됨으로써 우리나라도 교정처우의 사회화 또는 개방화가 크게 촉진될 것으로 기대된다.

그러나 우리나라는 아직도 교정선진국¹⁴⁾에 비하여 개방처우에 있어서 많이 뒤쳐져 있는 것이 사실이다.¹⁵⁾ 그러므로 우리나라도 교정선진국의 개방처우제도를 과감하게 받아들이는 것이 바람직하리라고 생각된다. 그리고 외부통근직업제도는 이미 법적 근거가 마련되어 시행중에 있으므로 그것과 유사한 외부통학 및 출장직업훈련 등의 법적 근거도 법개정을 통하여 마련하는 것이 바람직할 것이며 아울러 귀류의 허가요건도 완화하고 그 기간도 합리적인 범위내에서 연장하는 것이 바람직하리라고 생각된다.

III. 行刑原則에 관한 改正方向

1. 法治國家原理와 受刑者의 人權保障

(1) 受刑者의 法的地位

1) 전통적 特別權力關係論과 受刑者의 法的地位

특별권력관계란 특별한 법률원인에 의해 성립되며 일정한 행정목적에 필요한 범위내에서 일방이 상대방을 포괄적으로 지배하고 상대방은 이에 복종함을 내용으로 하는 관계를 말하는 것¹⁶⁾으로서, 이 이론의 특징은 일반권력관계에서 통용되는 법치주의 또는 행정의 법률적합성의 원칙을 특별권력관계에서는 배제하는 데에 있었다.¹⁷⁾ 그리하여 특별권력관계에서 특별권력주체는 포괄적지배권을

가지고 특별권력복종자에 대하여 특정한 행정목적의 실현에 필요한 범위내에서 개별적인 법률의 근거없이 일방적으로 명령·강제할 수 있기 때문에 그러한 범위내에서 법치주의의 기본적인 ①법률유보의 원칙, ②기본적 인권보장, ③사법심사 등이 배제되는 특색을 가지는 것으로 보았다.¹⁸⁾

따라서 전통적 특별권력관계론에 의하면 수행자의 교정시설수용관계는 일반권력관계와는 달리 교정시설의长在 영조물권력에 의하여 수행자를 포괄적으로 지배하고, 수행자가 이것에 포괄적으로 복종하는 공권력관계로 보았다. 그렇기 때문에 수행자는 법의피박달자(법률상의 보호를 박탈당한 사람, outlaw)로 취급당하게 된 나머지 수행자의 인권 내지 법적 지위에 대한 배려는 거의 무시되거나 소홀히 되었다고 할 수 있을 것이다.

그러나 19세기 후반 독일의 입헌군주제를 기초로 한 비스마르크헌법하에 있어서의 통설이었던 전통적 특별권력관계론은 '비판의 十字砲火(Kreuzfeuer der Kritik)'를 받음으로써 오늘날의 민주국가에서는 그 타당의 기반을 상실했다고 할 수 있다.¹⁹⁾ 따라서 오늘날에 있어서는 특별권력관계를 부정하거나 또는 긍정하더라도 제한적으로 긍정하는 제한적 긍정설 또는 특별권력관계수정설이 주장되고 있다.²⁰⁾

그런데 제한적 긍정설에 의하면 헌법적 범주에서는 특별권력관계를 부정하면서도 행정법적 범주에서는 특별행정법관계를 긍정한다. 그리하여 특별행정법관계에 있어서는 ①법률유보의 원칙이 타당하다는 점, ②기본권의 제한은 법률 또는 법률의 근거에 의해서만 가능하다는 점, ③행정의 原來的 規律權이 허용되지 아니하는 점, ④권리침해에 대하여 사법심사에 의한 구제가 허용되어야 하는 점 등을 인정하고 있다.^{21,22)} 따라서 제한적 긍정설에 의하면 교정시설의长在 행정목적에 위하여 필요한 범위내에서 '법률에 의하여 인정된 개괄조항'(법에 의하여 인정된 재량권 내지 관리권)에 의하여 수행자의 자유를 제한할

14) 외국의 개방처우 운영실태에 대해서는 이병기의 1인, 「개방처우제도에 관한 연구」, 한국형사정책연구원, 연구보고서 94-06, 1995, 41~52면 참조.
 15) 우리나라에서 실시하고 있는 개방처우제도로는 개방교도소운영, 가석방 예정자 생활지도관 운영, 외부통근제도, 귀류제도 등이 있다. 우리나라 개방처우제도의 운영현황에 대해서는 이병기의 1인, 전개논문, 57~97면 참조.
 16) 김남진, 행정법 I [제6판], 법문사, 1997, 120면; 석중현, 전개서, 159면.
 17) O. Mayer, Deutsches Verwaltungsrecht, Bd. II, 1924, S.284.

18) 석중현, 전개서, 159면.
 19) 김남진, 전개서, 122면.
 20) 김남진, 전개서, 124~126면; 석중현, 전개서, 161~162면.
 21) 석중현, 전개서, 161면.
 22) 제한적 긍정설(수정설)은 일반권력관계와 특별권력관계 사이의 본질적 차이를 부정하면서도, 특별권력관계에서는 특별한 행정목적에 위하여 필요한 범위 내에서 법치주의가 완화되어 적용될 수 있음을 긍정한다. 즉, 특별권력관계에 있어서는 그 구성원의 기본권을 제한하기 위해서는 법률의 근거를 요하지만, 이 때에 입법권자는 개괄조항(Generalklausel)에 의해 특별권력관계의 주체에게 상당한 자유영역을 부여할 수 있음을 인정한다. 특별권력관계의 주체는 법에 의하여 인정된 포괄적인 재량권 내지 관리권에 의거하여 그 구성원에 대하여 독자적인 규율을 할 수 있다는 점에 특별권력관계의 특별성이 있다는 것이다. 김남진, 전개서, 124면.

수 있게 될 것이다.²³⁾ 그러나 이렇게 되면 수행자가 구급의 본질상 불가피하게 제한받지 않을 수 없는 자유(집회·결사의 자유, 거주이전의 자유, 직업선택의 자유, 신체의 자유 등) 이외의 자유(연구·창작의 자유, 통신의 자유, 알 자유, 읽음 자유, 쓸 자유 등)까지도 부당하게 침해받을 염려가 없지 않다.

2) 法治國家原理과 受刑者의 法的地位

현대 민주국가는 어느 나라를 막론하고 법치국가원리를 헌법적 원리의 하나로 삼고 있는데 우리나라도 그 예외는 아니다. 법치국가원리란 모든 국가적 활동과 국가적 생활은 국민의 대표기관인 의회가 제정한 법률에 근거를 두고 법률에 따라 이루어져야 한다는 헌법원리라고 할 수 있다.²⁴⁾ 그리하여 법치국가의 목적은 국민의 자유와 권리의 보장이고, 그 내용으로는 ①법률의 우위, ②법률에 의한 행정(=행정의 합법률성, 법치행정), ③법률에 의한 재판술 들 수 있다.²⁵⁾ 그리고 법치국가원리의 구성요소로는 최소한 ①성문헌법주의, ②헌법에 있어서 기본권과 적법절차의 보장 그리고 사법적 권리구제제도의 완비, ③권력분립, ④위헌법률심사제의 채택, ⑤집행부에 대한 포괄적 위임입법의 금지, ⑥행정의 합법률성과 그에 대한 사법적 통제, ⑦공권력행사에 대한 예측가능성의 보장과 신뢰보호의 원칙 등을 들 수 있는데²⁶⁾ ②④⑤⑥⑦은 수행자의 인권 보장과 직접적인 관련이 있는 요소라고 할 수 있을 것이다.

법치국가원리는 예전에는 행정과 재판이 법률에 적합하도록 행해질 것을 요청할 뿐 그 목적이나 내용을 문제삼지 아니하는 형식적 통치원리를 의미하는 형식적 법치주의로 이해하였다. 그러므로 형식적 법치주의에 의하면 의회에서 '인간의 존엄성에 기초를 둔 권리와 자유'를 침해하는 내용의 법률을 제정하더라도 법제도상으로는 따질 수 없고 국민은 그것에 구속될 수 밖에 없었다. 그러나 오늘날에는 법치국가원리를 법적 안정성의 유지와 인간의 존엄성존중 또는 실질적 평등과 같은 「정의의 실현을 그 내용으로 하는 법」에 의거한 통치원리를 의미하는 실질적 법치국가원리로 이해하고 있다.²⁷⁾ 따라서 실질적 법치국가원리에 의하면 의회가 제정한 법률이라고 할지라도 그 내용이 개인의 권리와 자유 및 그것을 실질적으로 보장하기 위한 생존권적 기본권을 부당하게 침해하는 법률은 헌법상 보장되어 있는 '인간의 존엄성에 기초를 둔 권리와 자유'를 침해하는 것이므로 위헌이라고 하지 않을 수 없을 것이다.

23) 김남진, 전거서, 124면.

24) 권영성, 전거서, 142면.

25) 권영성, 전거서, 143면.

26) 권영성, 전거서, 144면.

27) 권영성, 전거서, 144~145면.

그런데 우리나라 헌법상의 ①모든 영역에 있어서 기회균등의 보장과 자유·행복의 확보를 규정한 전문, ②인간으로서의 존엄과 기본권의 불가침성을 규정한 헌법 제10조, ③법 앞에서의 평등을 규정한 제11조, ④인신의 자유와 적법절차를 규정한 제12조 제1항, ⑤인간다운 생활권을 규정한 제34조 제1항, ⑥일반적 법률유보조항을 규정한 제37조, ⑦사법적 권리구제제도를 규정하고 있는 각 조문 등은 실질적 법치국가의 내용 및 구현방법을 규정한 것이다.²⁸⁾

이상에서 살펴본 바와 같이 우리나라 헌법은 실질적 법치국가원리를 헌법의 기본원리로 삼고 있는데, 그렇기 때문에 행정법에서도 헌법의 기본원리 중의 하나인 실질적 법치국가원리가 적용되어야 할 것이다. 그러므로 수행자도 국민의 한 사람인 이상 헌법상의 기본권은 보장되어야 하며 그 제한은 실질적 법치주의에 기한 「적정」한 법률을 통해서만 가능하고, 법률로써 제한하는 경우에도 헌법의 가치결정과 법원리들이 그 척도가 되어야 할 것이다. 따라서 수행자의 법적 지위와 처우도 헌법이 정한 기본권의 내용에 따라 정해져야 할 것이며 또한 수행자에 대한 권리제한도 헌법 그 자체나 개별법률(행형법)을 통해 유효를 인정하고 있는 기본권에 대해서만 가능하다고 해야 할 것이다.²⁹⁾

한편 수행자의 법적 지위와 관련하여 그것을 명확히 해야 한다는 것을 최초로 제창한 사람은 독일의 형법학자인 프로이덴탈(B. Freudenthal, 1872-1929)이었는데, 그는 1902년 대학총장취임강연 「수형자의 국법상의 지위」³⁰⁾에서 '처벌하는 국가'와 '자유박탈상태에 있는 수행자'와의 법률관계에 대하여 명확한 법적 보장이 주어질 필요가 있다는 것을 지적하고 법률과 판결이 행형에 있어서도 '마그나 카르타'일 것을 주장하였다(수용관계의 법률확요청). 이어서 그는 1911년의 논문 「공법상의 법률관계로서의 행형」에서 이러한 생각을 더욱 더 넓고 깊게 전개하였다.³¹⁾ 그리하여 프로이덴탈은 수행자의 법적 지위에 관하여 ①형식적으로 수행자의 권리제한은 법률 또는 그것에 기한 법규명령에 의하지 않으면 안되고, ②실질적으로도 행형을 법률관계인 국가와 수행자 사이의 권리의무관계로써 조직하여 정당한 법적 규제를 하지 않으면 안되고, ③형식적으로나 실질적으로나 수행자의 법적 지위를 보호하기 위한 권리구제제도가 확립되지 않으면 안된다고 하는 세 가지를 주장하였는데³²⁾, 이는 수행자와

28) 권영성, 전거서, 145-146면.

29) 장규원, 전거논문, 22-23면.

30) Freudenthal, Die staatsrechtliche Stellung des Gefangenen, Rektoratswechsel, 1910.

31) 宮澤浩一, 「刑事政策家としてのフロイデンタル」, 宮澤浩一編, 刑事政策の源流と潮流, 成文堂, 1977, 423面 以下 参照.

32) Freudenthal, Strafrecht und Strafvollzug in modernen Rechtsstaat, in: ZStW(39), 1918, S. 500ff.; 장규원, 전거논문, 22면 참조.

국가와의 관계를 특별권력관계론을 바탕으로 하는 명령·복종의 관계가 아닌 권리와 의무의 관계로 보았다는 점에서 그 당시로서는 매우 선구적인 견해이었다고 할 수 있을 것이다.

위에서 살펴본 바와 같이 프로이덴탈은 수형자와 국가와의 관계를 권리의무관계라고 주장하였는데, 프로이덴탈의 주장 이후에 국가는 경제생활의 질서에 있어서 「인간으로서의 가치있는 생활」을 보장해야 한다고 규정한 바이마르 헌법(1919년)(제151조 제1항)에 자극받아 수형자의 법적 지위를 둘러싼 논의는 더욱 활발하게 진행되었다.³³⁾ 또한 1929년 국제형법 및 형무위원회는 「피구금자처우최저기준규칙」을 작성하였는데, 이 규칙은 행형법의 최소한도를 규정한 것으로서 다소의 수정을 가한 후 1934년 국제연맹총회에서 승인되었다. 그리고 이 규칙은 제2차 세계대전후 피수용자처우에 있어서의 인권보장을 강화한 행형의 피구금자처우최저기준규칙(이하에서는 '최저기준규칙'이라고 칭함)이 되었다. 현행 규칙에는 피수용자의 기본적 인권, 私法的 權利, 사회보장상의 권리 등을 가능한 限 넓게 보호해야 한다고 규정되어 있다.

제2차 세계대전후 세계적인 인권의식이 고양됨에 따라 수형자가 교정시설측을 상대로 공권력의 위법한 행사를 이유로 하여 사법적 구제를 청구하는 경송이 급격히 증가하였으며, 수형자에 의한 권리확대운동은 미국과 유럽의 문명국에서 계속되어 1980년경에는 거의 정점에 달하였다. 그리고 이러한 경송이나 인권운동에 의하여 수형자와 국가와의 관계가 종래의 전통적인 특별권력관계가 아닌 권리의무관계라는 것이 명확하게 되었다.

이상에서 살펴본 바와 같이 실질적 법치국가의 등장, 특별권력관계론의 변화, 세계적인 인권운동의 확산, 인권보장을 위한 국제법규의 제정 등으로 인하여 이제는 수형자도 법률에 의하지 않거나 법률에 근거하지 않고서는 그 권리가 제한되지 않는다는 것이 정착하게 되었다. 즉 수형자는 형법에 규정된 자유형의 집행을 위해 법률에 규정된 합리적이고 필요최소한의 제한에만 복종하고 그 이외의 점에서는 모든 시민적 권리를 향유하며, 권리침해시 사법구제도 가능하다.³⁴⁾

그러나 수형자는 자유형의 집행을 위하여 공권력에 의해 강제적으로 구금되어 있는 특수한 법률관계를 맺고 있는 사람이므로 일반시민과는 달리 구금목적에

따른 최소한의 자유제한은 인정해야 할 것이며 또한 행형 목적을 위하여 필요한 최소한의 범위내에서 실질적 법치국가원리가 완화된 채 적용될 수 있으리라고 생각한다.³⁵⁾

그런데 우리나라 행형법은 주로 교도업무의 지침을 규정하고 있고, 수형자의 구체적 생활조건에 관한 사항은 행형법이 아닌 행형법시행령에서 규율하고 있는데, 이것은 아직까지도 행형법이 수형자의 '마그나 카르타'라기 보다는 오히려 행정적 관리규정의 성격을 더욱 강하게 가지고 있음을 의미한다. 따라서 현행 행형법은 부분적이 아닌 전면적인 검토가 요구되며, 헌법이 보장하는 기본권에 구속하여 수형자의 기본권을 보장하고 그 제한요건을 명확하게 할 필요가 있다고 본다.³⁶⁾

(2) 受刑者의 基本權制限과 그 限界

실질적 법치국가원리를 기본원칙 중의 하나로 삼고 있는 우리나라 헌법하에서는 수형자라고 할지라도 형벌로서의 자유구속을 당하는 이외에는 원칙적으로 일반자유인과 마찬가지로 취급되지 않으면 안 될 것이다. 따라서 문제가 되는 것은 수형자가 자유와 권리를 보유하고 있는가 아닌가에 있는 것이 아니고, 수형자에 대하여 제한되는 자유는 무엇이며 또한 수형자에게 남아 있는 권리는 무엇인가라는 점에 있다고 할 수 있다.

그런데 수형자도 국민의 한 사람이라는 보편성의 입장에서 본다면 수형자도 인간인 이상 인간으로서 당연히 행사할 수 있는 최소한의 기본권은 가지고 있다고 보아야 할 것이며, 또한 수형자는 자유형을 집행하기 위하여 공권력에 의해 강제적으로 구금되어 있는 특수한 신분을 가지고 있다는 특수성의 입장에서 본다면 수형자는 그 특수성으로 말미암아 일반국민과는 달리 구금목적 및 교정질서유지의 관점에서 기본권이 제한되지 않을 수 없을 것이다. 그러므로 문제가 되는 것은 수형자가 강제적으로 수용된 경우 어떠한 기본권이 어느 정도 제한 내지 금지되는 것인가라고 할 수 있는데, 이 점에 대하여 우리나라 행형법은 허등의 적극적인 배려를 하지 않고 있다.

그러므로 수형자의 법적 지위의 명확화와 그에 따르는 수형자의 법적 권리의 보장체계를 확립시키는 것이야말로 행형법의 중요한 개정과제라고 할 수 있는데, 수형자의 기본권제한의 한계를 긋는 기준으로 삼을 수 있는 입법원칙

33) Freudenthal, Die rechtliche Stellung des Gefangenen (Bumke, Deutsches Gefängniswesen, 1923), S. 144ff.; Jacobi, Die Rechtsstellung des Strafgefangenen, ZStW. Bd. 50, S. 376ff.

34) 박재윤, 전게서, 54면.

35) 박재윤, 전게서, 54면; 양화식, 전개논문, 105면; 장규원, 전개논문, 23면.

36) 배중대, 전게서, 404면; 양화식, 전개논문, 104·105면; 장규원, 전개논문, 9면.

으로는 보충성과 비례성의 원칙을 들 수 있다. 다시 말하면 수형자에 대한 권리제한이나 의무부과 등과 같은 불이익처분은 불가피한 경우에만 이루어져야 한다는 '보충성의 원칙'과 국가적 형벌부과를 통해 달성하고자 하는 목적과 이 목적을 위해 투입하는 행형의 여러 가지 수단은 비례관계에 놓여 있어야 한다는 '비례성의 원칙'이라는 규범원칙을 행형법의 입법원칙으로 삼아야 할 것이다.³⁷⁾

또한 수형자의 어떠한 권리가 제한·금지의 대상이 되는가는 헌법상 요청되는 기본적 인권의 성격과 당해 수용관계의 설정목적과의 비교형량에 의하여 합리적으로 검토하지 않으면 안될 것이다. 그런데 수형자의 법적 지위의 기초 이론과 기본적 인권의 성격 등을 고려하여 수형자의 기본권제한을 구체적으로 생각하면 ①기본권의 성격상 법률로써도 절대적으로 제한·금지할 수 없는 기본권, ②구금업무의 본래적 성격상 당연히 금지되는 기본권, ③구금목적 및 질서유지의 관점에서 법률로써 제한이 가능한 기본권 등으로 구분하는 것이 가능할 것이다.³⁸⁾

1) 基本權의 성격상 法律로써도 絶對적으로 制限·禁止할 수 없는 基本權

여기에 속하는 기본권으로는 사상 및 양심의 자유(헌법 제19조)³⁹⁾와 종교의 자유(헌법 제20조)를 들 수 있는데, 양심의 자유에 있어서는 국가가 수형자에게 자신의 윤리의식과 사상을 외부에 표명하도록 강요하거나 또는 사상에 반하는 행위를 강요해서는 안 될 것이다. 그러나 종교의 자유에 있어서는 신앙의 자유는 어떠한 근거에서도 제한되어서는 안 되겠지만 종교적 행사의 자유, 종교적 집회·결사의 자유, 선교의 자유 등은 질서유지의 관점에서 제한할 수 있을 것이다.

2) 拘禁業務의 본래적 성격상 당연히 禁止되는 基本權

여기에 속하는 기본권으로는 집회·결사의 자유(헌법 제21조 제1항), 거주·이전의 자유(헌법 제14조), 직업선택의 자유(헌법 제15조) 등을 들 수 있다.

37) 배종대, 전계서, 404면.

38) 배종대, 전계서, 404-406면; 柳本正春, 「受刑者の處遇制度」, 八木國之編, 刑事政策原論, 西井書店, 1984, 178-179면; 藤本哲也, 刑事政策概論, 青林書院, 1984, 249-250면.

39) 사상과 양심은 엄격한 의미에서는 동일한 개념이 아니지만 전혀 별개의 개념도 아니다. 윤리적 범주로서의 양심은 세계관적 확신을 의미하는 사상과 밀접한 관계를 가지므로 양심의 자유는 특수한 형태의 사상의 자유라고 할 수 있다. 권영성, 전계서, 427면.

3) 拘禁目的 및 秩序維持의 관점에서 法律로써 제한이 가능한 基本權

여기에 속하는 기본권으로는 사생활의 비밀과 자유(헌법 제17조), 통신의 비밀을 침해받지 않을 자유(헌법 제18조), 학문과 예술의 자유(헌법 제22조 제1항) 등이 있다. 그런데 특히 우리나라의 경우에 문제가 되는 것은 통신의 자유·서신의 비밀·알 자유·읽을 자유·쓸 자유·면회의 권리 등인데, 이러한 권리는 구금업무의 수행상(예를 들면 보안문제, 범죄방지, 교육적 관점, 위생관리 등) 또는 단순히 직원의 사무량의 한계 때문에 어느 정도의 제한을 받는 것은 어쩔 수 없었지만 이러한 외부와의 교통에 관한 것은 물리적 생활조건외의 확보뿐만 아니라 정신적인 활동을 위한 諸制度의 법적 담보도 수형자의 법적 지위의 중요한 일면이라는 것을 고려할 때 최대한 자유가 보장되어야 할 것이다.

그러나 우리나라의 행형법은 수형자가 타인과 접견하거나 서신을 수발할 때 소장의 허가를 받도록 되어 있고 또한 교도관의 참여와 검열을 반드시 받도록 되어 있다(행형법 제18조 제1·3항). 또한 현행 행형법에는 문명의 이기(利器)라고 할 수 있는 전화를 사용할 수 있는 근거규정조차 없으며⁴⁰⁾, 인간의 절대적 권리라고 할 수 있는 연구·창작의 자유를 인정할 근거규정도 없다. 이와 같이 우리나라 행형법은 외부교통권을 비롯하여 정신적인 여러가지 활동을 위한 조건마저도 보안과 질서유지를 위한다는 이름하에 지나치게 제한하고 있는데, 이러한 지나친 제한이 과연 타당하며 또한 그 제한범위는 필요한 최소한에 그치고 있는지는 의문이 아닐 수 없으며, 더욱이 대부분의 사항을 행형법이 아닌 행형법시행령에 위임하고 있는 것과 필요한 경우 소장의 재량에 의해서도 제한할 수 있도록 한 점은 문제가 아닐 수 없다.⁴¹⁾

(3) 受刑者の 權利救濟制度

수형자가 수형생활을 함에 있어서 실제적·절차적 권리를 가진다고 하더라도 그 권리를 실행하기 위한 유효한 수단과 구체적이 없거나 있더라도 그 운용이 형식에 그친다면 수형자에 대한 실질적 권리보장은 이루어질 수 없을 것이다. 따라서 수형자의 권리구제수단을 제도화하는 것은 수형자의 인권보장을 위한 전제조건일 뿐만 아니라 수형자의 법적 지위를 확립함에 있어서도 매우 중요한 의미를 가진다고 할 수 있는데, 현행 행형법상 인정되고 있는 수형자의 권리구제제도와 그 문제점을 살펴보면 다음과 같다.

40) 전화통화는 법무부가 대통령에 대한 업무보고를 통해 약속한 '모범 재소자 전화사용' 조치에 따라 부분적으로 이미 실시되고 있으며, 행정성이 우수한 '모범수'를 대상으로 시범운용한 뒤 올해 중에 전면실시할 방침이라고 한다. 1998. 4. 10(금) 동아일보 2면 참조.

41) 배종대, 전계서, 405면.

가. 순회점검과 청원 법무부장관은 교도소·소년교도소 및 구치소를 순회점검하거나 소속공무원으로 하여금 순회점검하게 할 수 있으며(행형법 제5조 제1항), 판사와 검사는 교도소·소년교도소 및 구치소를 수시로 시찰할 수 있도록 규정하고 있다(동조 제2항). 그리고 수용자(수형자 또는 미결수용자)는 그 처우에 대하여 불복이 있을 때에는 법무부장관 또는 순회점검공무원에게 청원할 수 있으며(행형법 제6조 제1항), 수용자가 법무부장관에게 청원하고자 할 때에는 그 취지를 기재한 서면을 당해 소장에게 제출하여야 하되 교도관은 청원서를 개봉하지 못하도록 하고 있으며(동조 제2항), 순회점검공무원에 대한 청원은 서면 또는 구술로써 할 수 있으나 순회점검공무원이 구술에 의한 청원을 청취하는 때에는 교도관을 참여시키지 못하도록 규정하고 있다.(동조 제3항).

그러나 순회점검제도는 수용자에 대한 권리구제제도라기 보다는 법무부장관이 소속기관인 행형기관에 대한 감독관청의 장으로서 교도행정을 감독·지시하기 위한 목적에서 행하여지는 형식적인 연례행사라고 볼 수 있으며, 또한 순회점검시에 수형자가 법무부장관이나 순회점검공무원에게 청원을 한다는 것은 현실적으로 도저히 불가능한 것이다.⁴²⁾ 그리고 청원이 실형 법무부장관 등에 의해서 받아들여졌다고 하더라도 국가는 청원을 수리하고 심사·처리할 의무는 있으나, 준사법적인 절차인 재결이나 결정이 필수적인 것이 아니므로 국가기관은 그 결과에 기속되지 않는다는 점에서 역시 한계가 있다. 따라서 청원제도가 수형자의 실질적인 권리구제수단이 되도록 하기 위해서는 행형법에 청원에 대한 재결의무, 재량에 따른 처분의 집행정지, 변호사에 대한 청원의 위임 등에 관한 규정을 보완하여야 할 것이다.⁴³⁾

나. 소장면담 소장은 매주 1회 이상의 면접일을 정하고 수용자의 처우 또는 일신상의 사정에 관하여 면담을 원하는 수용자를 면접하여야 한다고 규정하고 있다(행형법시행령 제19조 제1항). 소장면담제도는 수형자가 자기의 처우와 일신상의 사정을 이야기할 수 있는 가장 손쉬운 방법이라고 할 수 있으므로 이 제도가 제대로만 행하여진다면 수형자의 권리구제수단으로서 매우 효과적일 수 있을 것이다. 그러나 우리나라에서 시행되고 있는 소장면담제도는 수형자의 권리구제수단으로서 행하여지는 것이 아니고 일종의 면접지도(카운셀링)라고 할 수 있으므로 수형자의 권리를 구제하는 때에는 한계가 있는 제도라고 할 수 있을 것이다. 따라서 이 제도를 수형자의 권리구제제도도 정착시키기 위해서는 고충처리 또는 불복신청의 형태로 그 요건과 효과를 강화하여 규정한다면 수용자의 권익보호에 크게 이바지할 것으로 기대된다.⁴⁴⁾

42) 배종대, 전계서, 408면.
43) 장규원, 전계논문, 95면.
44) 장규원, 전계논문, 96면.

다. 소송제기 수형생활 중 행정당국에 의하여 위법하게 권리를 침해당한 수형자는 행정소송법에 의하여 법원에 처분의 취소와 무효확인 등의 항고소송을 제기할 수 있으며 또한 수형자의 신체에 대한 교정직원의 부당한 직접강제로 인하여 신체의 완전성이 침해되었을 때에는 교정직원에 대한 형사처분을 구하는 형사소송도 가능할 것이다.

그러나 우리나라 행정소송법은 행정심판전치주의를 채택하고 있기 때문에 행정소송을 제기하기 위해서는 먼저 행정심판을 거쳐야 하는데 수형자가 행정심판을 청구한다는 것은 사실상 어려울 뿐만 아니라 수형자의 권리침해와 관련하여 실제적으로 행정심판청구를 인용재결한 예도 거의 없을 것이다.⁴⁵⁾ 또한 교정직원에 대한 형사처분을 구하는 형사소송도 대부분 증거가 불충분하다는 이유로 기각되거나 무혐의 처리될 가능성이 많기 때문에 수형자가 형사소송을 제기하기란 그다지 쉽지 않을 것이며 제기하더라도 별다른 승산을 기대할 수 없을 것이다.

따라서 소송제기를 통하여 수형자의 권리를 구제한다는 것은 거의 기대할 수 없다. 그러므로 우리나라에 있어서도 수형자의 권리침해를 법원에 호소할 수 있는 적절하고 합리적인 방안을 강구하여야 할 필요성이 있다고 생각되는데, 행형법상 위법한 처분에 대한 재판청구권에 관한 절차규정을 행형법에 규정하는 것도 입법방법 중의 하나라고 생각된다.⁴⁶⁾

라. 헌법소원 공권력의 행사 또는 불행사로 인하여 헌법상 보장된 기본권을 침해받은 사람은 법원의 재판을 제외하고는 헌법재판소에 헌법소원심판을 청구할 수 있다. 그러나 다른 법률에 구제절차가 있는 경우에는 그 절차를 모두 거친 후가 아니면 청구할 수 없도록 규정하고 있다(헌법재판소법 제68조 제1항). 따라서 수형자는 행형기관의 적극적인 작위행위와 소극적인 부작위행위로 인하여 기본권이 침해된 때에는 헌법소원을 통해 권리를 구제받을 수 있을 길이 있다.

그러나 법원의 재판에 대해서는 헌법소원을 제기할 수 없으며, 법률의 위헌 여부심판의 제정신청에 대한 법원의 기각결정이 있는 때에 한하여 청구할 수 있도록 규정하고 있다(동조 제2항). 따라서 이 제도 역시 수형자가 접근하기에는 사실상 불가능한 실정이라고 해도 과언이 아닐 것이다.

45) 지금까지 행형과 관련하여 우리나라에서 제기된 행정소송은 단 한 건만이 있다고 한다(92구13198 미결구급자이송처분취소청구소송, 서울고등법원 1992년 9월 18일 판결). 장규원, 전계논문, 100면, 주52) 참조.
46) 장규원, 전계논문, 100면.

2. 矯正秩序確立을 위한 改正方向

교정시설내의 안전과 질서유지는 수행자와 교정직원의 생명·신체의 안전을 위해서 뿐만 아니라 행형목적의 달성을 위해서도 당연히 필요하다. 따라서 행형법에서는 계호와 징벌에 관한 규정을 두고 있는데, 전자는 교정시설내의 위험을 방지하기 위해 행사되는 일체의 강제력인 반면에 후자는 수행자의 시설내 의무위반에 대한 벌로서 과해지는 불이익처분이라는 점에서 양자간에는 분명한 차이가 있다. 그러나 양자는 수용자의 시설내 안전과 질서를 유지하게 위한 조치라는 점에서 공통점을 가지고 있기 때문에 여기서 함께 살펴보고자 한다.

(1) 戒護

1) 戒護의 意義

모든 조직적·집단적 생활은 일정한 질서와 규율이 필요한데, 특히 교도소사회는 수행자의 자발적인 의사에 의하여 공동생활이 이루어진 것이 아니고 강제적 명령에 의해서 이루어진 것이기 때문에 일반사회에 있어서의 질서·규율과는 차이가 있다. 이와 같이 교정시설의 질서와 규율을 유지하기 위한 행형법상의 규정이 바로 계호이다. 따라서 계호는 교정시설의 안전과 구금생활의 질서를 유지하기 위하여 행사되는 일체의 강제력을 의미한다.⁴⁷⁾

계호는 행형의 목적을 달성하기 위해 수행자에 대한 지휘·감독과 경비관계 전반을 담당하는 업무로서 교정질서를 확립하고 교정시설의 안전을 유지하는데 주된 목적이 있다. 그러나 여기에서 유의해야 할 것은 교정질서확립을 지나치게 강조한 나머지 수행자의 개선목적과 기본권존중이 무시되어서는 안될 것이다. 따라서 수행자의 사회복귀라는 행형목적 달성을 위해서 인권존중과 교정질서확립을 어떻게 조화시키는 것이 합리적인 것인가가 행형의 최대과제라고 해도 과언 아닐 것이다.

2) 戒護行爲의 限界

계호행위란 계호권자가 구금확보와 교정시설의 안전과 질서유지를 위하여 취하는 일체의 조치를 말하는 것인데, 계호행위⁴⁸⁾ 중에서도 '강제'와 같이 수행자의 권리·자유를 침해할 개인성이 큰 경우에는 사전에 '예고절차'가 필요하며 강제조치를 취할 경우에도 '비례의 원칙'이 적용되어야 할 것이다.

47) 배종대, 전계서, 457면.

48) 계호행위의 형태로는 시찰, 명령, 강제, 검사, 정돈, 구제, 배제 등이 있다.

그런데 계호행위의 한계와 관련하여 참고가 될 만한 입법례를 살펴보면, 유엔의 최저기준규칙 제27조는 「규율 및 질서는 엄정히 유지되어야 한다. 그러나 제한은 구금을 확보하고 질서있는 소내생활을 유지하기 위하여 필요한 한도를 넘어서는 안된다.」라고 규정하고 있으며, 또한 독일 행형법 제81조 제2항은 「교도소의 안전 또는 질서유지를 위하여 수행자에 부과되는 의무 및 제한은 그것이 그 목적에 상당한 관련이 있고 필요한 것 이상이어서는 아니되며 장기적으로 수행자의 권리를 침해하지 아니하는 정도이어야 한다.」라고 규정하고 있다. 따라서 우리나라 행형법도 이러한 입법례에 따라 계호행위의 한계를 규정하는 것이 바람직하리라고 생각된다.

3) 戒具 및 武器의 使用

가. 戒具의 使用 계구(포승·수갑·사슬·안면보호구)는 원칙적으로 소장의 명령에 따라 수용자의 도주, 폭행, 소요 또는 자살의 방지 기타 필요한 경우에 사용할 수 있도록 규정하고 있으며(행형법 제14조 제3항·행형법시행령 제45조), 계구의 모양과 규격·사용방법 등에 관하여 필요한 사항은 법무부장관이 정하도록 하고 있다(동법 제14조 제3항).

그러나 계구의 사용은 수용자의 육체적·정신적 건강을 크게 해칠 우려가 있으므로 인적 계호가 불가능한 경우에 한해서만 사용해야 할 것이고,⁴⁹⁾ 계구를 사용할 경우에도 적절한 방법과 비례성의 원칙을 지켜야 할 것이며, 아울러 기대되는 효과와 예상되는 침해가 균형을 이루어야 비로소 정당화될 수 있을 것이다.⁵⁰⁾

그런데 우리나라 행형법은 제14조에서 「기타 필요한 경우」에 계구를 사용할 수 있으며(동조 제1항) 또한 사용방법에 관한 필요한 사항은 법무부장관이 정하도록 규정하고 있는데(동조 제3항), 수용자의 인권침해에 미치는 영향이 큰 계구사용에 대하여 이러한 형식으로 규정하게 되면 계구사용의 남용이 우려되므로 계구사용의 범위와 방법 및 한계 등에 관한 기본원칙을 명확하게 규정하여야 할 것이다. 그리하여 계구가 징벌의 수단 내지 강화 및 대체수단으로 남용되지 않도록 하여야 한다.

나. 武器의 使用 우리나라 행형법 제15조는 일정한 상황에서 교도관으로 하여금 수용자(동조 제1항) 또는 수용자 이외의 자(동조 제2항)에 대하여

49) 독일 행형법 제94조 제1항 참조.

50) 독일 행형법 제96조 참조.

무기를 사용할 수 있도록 규정하고 있는데, 무기에도 여러 종류가 있겠지만 살상용 총기류는 사람의 신체와 생명에 직접적인 위협을 초래할 것이므로 그 사용은 반드시 계호의 최후수단으로만 제한되어야 한다. 따라서 무기는 교정시설의 안전과 질서유지를 위하여 부득이한 경우에만 사용될 수 있도록 그 요건을 엄격하게 정형화하여 남용을 막아야 한다.⁵¹⁾ 그리하여 생명이나 신체에 대한 현재의 위협을 방지하기 위해 필요한 경우가 아니면 '경고발사'나 '예고'가 전제되어야 하고, 물건에 앞서 신체에 대한 무기사용을 해서는 안되고 신체에 대해 사용하더라도 치명적인 사용은 불가피한 경우에 한하며, 제3자에 대한 위협 발생의 개연성이 큰 경우에는 무기를 사용하는 것이 허용되지 않는다.⁵²⁾

그런데 무기도 살상용 총기류와 그렇지 않은 총기류(예:가스총) 등 여러 종류가 있으므로 우리나라 행정법도 총기류의 종류에 따라 그 사용범위와 방법 및 한계에 관한 기본원칙을 규정하여 두는 것이 바람직하리라고 생각된다.

(2) 懲罰

1) 意義 및 原則

징벌이란 교정시설내에서 구금의 확보와 시설내 질서를 유지하기 위해 제정한 일정한 규율에 위반한 수용자에 대해 별도로 과하는 불이익처분을 말한다. 징벌은 행정법상의 질서벌(징계)의 일종으로서 수용자의 권리에 대한 제한을 수반하므로 엄격한 제한하에서 만 인정되어야 할 것이다. 따라서 징벌의 요건·절차·내용·한계·제재 등에 관한 기본원칙은 법률로써 엄격하게 규정하여야 할 것이며(정형화의 요청), 징벌은 구금목적과 질서유지를 위해 필요한 최소한에 그쳐야 하고(필요최소한의 원칙), 질서유지를 위해 다른방법이 없는 경우에 한해 과해져야 하며(보충의 원칙), 징벌내용도 적정을 기하도록 해야 하고(비례성의 원칙), 또한 징벌의 공정성을 담보하기 위하여 징벌기관의 구성원도 합리적으로 구성되어야 할 것이다(징벌기관의 공정성).⁵³⁾

2) 現行 懲罰制度的 改正方向

징벌은 수용자에게 신체적·정신적 고통이 클 뿐만 아니라 구금생활중 치우상 불이익을 줄 수 있으며 더 나아가서는 가석방시기를 결정하는 데에도 영향을 미칠 수 있기 때문에 징벌은 엄격한 요건과 원칙하에서 이루어져야 한다.

51) 배종대, 전계서, 460면.

52) 정영석·신양균, 형사정책 [97 수정판], 법문사, 1997, 559면.

53) 배종대, 전계서, 461~462면; 정영석·신양균, 전계서, 559면.

그러나 우리나라 행정법은 제10장(분류와 처우)에서 「①수용자의 규율에 관한 사항은 법무장관이 정한다(동법 제45조), ②수용자가 규율을 위반한 때에는 징벌(경고, 1월 이내의 도서열람 제한, 청원작업의 금지, 작업상여금의 전부 또는 일부의 삭감, 2월이내의 금지)에 처한다(동법 제46조 제 1·2항), ③징벌을 과함에 있어서 필요한 기준은 법무부장관이 정한다(동법 제46조 제 3항), ④징벌은 징벌위원회(소장과 3인 이상 5인 이내의 과장)의 의결로써 정한다(동법 제47조).」라고만 규정하고 있을 뿐이다. 따라서 우리나라 행정법상의 징벌제도의 문제점 및 개선방안을 살펴보면 다음과 같다.

가. 정형화의 흠결 행정법 제46조는 징벌의 근거와 종류만을 규정하고 있을 뿐이고 구체적인 부과기준은 명령에 위임하고 있다.⁵⁴⁾ 그러나 위임명령은 포괄적인 위임입법의 금지⁵⁵⁾라고 하는 헌법의 기본원리에 반한다고 볼 수 있다. 따라서 우리나라 행정법도 수행자가 어떤 행위를 했을 때 어떤 징벌이 부과되는가를 법률로써 규정해야만 위헌의 소지를 없앨 수 있을 것이다.

나. 징벌기관의 공정성 확보 징벌을 결정하기 위해 구성되는 징벌위원회는 소장과 시설내의 부소장과 과장들만으로 구성되기 때문에 판단의 공정성을 담보할 수 없을 것이다. 따라서 징벌의 공정성을 유지하기 위해서는 외부인사, 즉 검사, 판사, 인권단체 등의 참여를 제도화시킬 필요가 있을 것이다.

다. 징벌대상자의 불복절차 정비 징벌절차에 있어서도 징벌대상자에게 사전에 징벌이 요구되어 있다는 사실을 고지해 주는 제도가 마련되어 있지 않아 대상자가 자신을 변호할 기회를 충분히 갖지 못할 우려가 있으며 또한 징벌대상자가 의결된 징계내용에 대해 불복하는 경우에도 이에 대한 구체적인 구제방법이 마련되어 있지 않다. 그런데 이 점에 대하여 유엔의 최저기준규칙은 제30조 제2항에서 「피구금자는 자신에 대하여 주장되는 위반을 불고받고 이에 대해 항변할 적절한 기회를 부여받지 아니하고서는 징벌받지 아니한다. 권한있는 기관이 사건의 철저한 심리를 행한다.」라고 규정하고 있다. 따라서 우리나라 행정법도 유엔의 최저기준규칙 제30조 제2항에 입각하여 수행자에게 변호 기회를 주고 징계내용에 대해 불복할 수 있는 제도를 마련하는 것이 바람직하리라고 생각된다.

라. 준수사항의 지나친 엄격성 규칙 제3조는 수용자가 준수해야 할 규율

54) 이에 따라 규정된 것이 「수용자 규율 및 징벌에 관한 규칙(1996. 8. 11. 법무부령 제411호)」이다.

55) 권영성, 전계서, 146면.

사항으로 35개의 항목을 정해 놓고 있는데, 준수사항의 내용이 수용자의 일상 생활을 지나치게 제약하는 것으로 되어 있다.⁵⁶⁾ 또한 규칙 제3조 35호는 「제1호 내지 제34호 이외에 수용자의 안전과 수용질서를 유지하기 위하여 고지된 사항을 위반하는 행위를 하여서는 아니된다.」라고 포괄적으로 규정하고 있는데, 이러한 포괄적인 규정을 삭제하고 아울러 징벌의 대상이 되는 준수사항을 엄격하게 한정하는 것이 타당할 것이다.

마. 징벌내용의 완화 징벌내용 중에는 '1월 이내의 도서열람 제한(행형법 제46조 제2항 2호)'과 '2월 이내의 금치(동법 제46조 제2항 5호)'가 있는데, 전자의 경우는 '알 권리'라는 차원에서 제한의 대상이 될 수 없다고 생각하지만 질서유지를 위하여 꼭 필요하다면 부분적 금지를 하거나 기간을 단축하는 것이 타당할 것이며, 후자의 경우는 아예 삭제하거나 또는 기간을 대폭 단축하는 것이 타당하리라고 생각된다.

IV. 結 論

이상에서는 수형자의 사회복귀라는 행형목적의 달성하기 위해서는 수형자의 인권보장과 교정질서확립을 어떻게 조화시키는 것이 합리적인가라는 관점에서 현행 행형법의 개정방향을 검토하여 보았다. 그런데 앞에서 살펴본 바와 같이 「사회복귀」·「인권보장」·「교정질서확립」은 한편으로는 相生關係에 있으면서도 다른 한편으로는 相剋關係에 있기 때문에 이 세 가지를 어떻게 조화시키는 것이 바람직한 교정방향인가는 대단히 어려운 과제가 아닌가 생각된다.

그러나 교정처우에 있어서 반드시 지켜야 할 원칙은 사회복귀와 교정질서확립을 달성하기 위해서 '인간의 존엄성에 기초를 둔 자유와 권리의 본질적 내용'을 침해해서는 안될 것이며⁵⁷⁾, 수형자라는 특수성 때문에 어쩔 수 없이 금지되거나 제한이 가능한 기본권도 '교정시설에 의한 자유구속'이라는 것 그 이상의 자유제한을 해서는 안될 것이다.⁵⁸⁾ 그리고 사회복귀나 교정질서확립을 위하여 부득히 수형자의 자유와 권리를 제한할 경우에도 반드시 비례성의 원칙에 입각하여 필요최소한에 그쳐야 할 것이다.

56) 규칙 제3조 26호는 「실내에서 취침시간 이외에 허가 없이 잠을 자거나 자리에 누워서는 아니된다.」·동조 28호는 「거실·취침장 등 일상생활장소의 청소 또는 정돈을 소홀히 해서는 아니된다.」라고 규정하고 있는데, 이러한 규정은 상식적으로 이해할 수 없는 내용이다.

57) 이 점에 대해서는 헌법 제37조가 분명히 선언하고 있으며, 유엔의 최저기준규칙 제60조 제1항도 같은 취지라고 생각된다.

58) 유엔의 최저기준규칙 제57조도 이러한 취지를 밝히고 있다.

따라서 이상과 같은 원칙이 행형법의 개정시에 반영되어야 한다는 전제하에 현행 행형법의 기본적인 개정방향을 제시하면 다음과 같다.

첫째, 사회국가건설을 목표로 하는 헌법이념에 부합하도록 하기 위해서는 '국가가 수형자를 사회에 복귀시킬 책임이 있다'는 것을 행형법에 명시하는 것이 필요할 것이다. 그리고 수형자의 사회복귀를 원활하게 하기 위하여 개방처우의 범위를 확대함과 동시에 독일 행형법 제3조 제1항과 같이 「수형자의 생활은 가능한 한 일반인의 생활상태와 유사하도록 하여야 한다.」라고 하는 규정을 신설하는 것이 바람직할 것이다.

둘째, 실질적 법치국가원리에 입각하여 수형자의 법적 지위를 명확히 하여 수형자를 행형의 단순한 객체가 아닌 권리·의무의 주체로 인정함과 동시에 수형자의 인권을 최대한 보장하고 법률의 근거없이 수형자의 인권을 침해하거나 제한할 수 없다는 기본원칙을 분명하게 밝혀야 할 것이다. 그리고 아울러 수형자의 자유와 권리가 행형당국에 의하여 부당하게 침해당한 경우에는 불복하거나 사법절차에 따라 권리구제를 할 수 있는 방법을 규정해 두는 것이 바람직할 것이다.

셋째, 현행 행형법의 규정형식을 살펴보면 대부분 「.....할 수 있다.」·「특별한 사정이 있는 경우.」·「상당한 이유가 있는 경우.」·「필요하다고 인정할 때.」·「기타 필요한 경우.」·「대통령령으로 정한다.」·「법무부령으로 정한다.」·「법무부장관이 정한다.」등으로 규정되어 있다. 그러므로 법조문을 해석할 때 임의적 내지 자의적으로 해석할 가능성이 있으며, 또한 포괄적 위임 입법을 금지하고 있는 헌법원칙에 반한다는 비판을 받을 수 있는데 그 대표적인 것이 행형법 제46조라고 할 수 있다. 따라서 행형법을 개정할 때에는 이러한 점에 유의하여 가급적이면 구체적이고 명확하게 규정하는 것이 바람직할 것이다.

넷째, 수형자와 사회보호법상의 보호처분대상자는 그 법적지위가 다름에도 불구하고 사회보호법 제42조는 「보호처분에 관하여 이 법에 특별한 규정이 있는 경우를 제외하고는 그 성질에 반하지 아니하는 범위 안에서 행사소송법과 행형법의 규정을 준용한다.」라고 규정하고 있다. 따라서 행형법에 별도의 장을 신설하여 보호처분대상자의 집행기준 및 방법을 규정하는 것이 바람직할 것이다.

민營矯導所 導入에 따른
問題點 및 對策

이 윤 호
(경기대 교수, 범죄학박사)

<목 차>

- 1. 矯導所民營化의 背景
 - 1) 교정수요의 증대
 - 2) 교정경비의 증대와 효율성
 - 3) 공공교정의 실패
 - 4) 한국의 경우

- 2. 矯導所民營化의 爭點
 - 1) 교정의 민영화는 경제적인가
 - 2) 교정의 민영화는 타당한 것인가
 - 3) 교도소의 민영화는 윤리적인가
 - 4) 전문적인 양질의 서비스는 가능한가
 - 5) 在所者의 勞働力을 私的으로 이용할 수 있는가
 - 6) 武力의 使用은 가능한가
 - 7) 민영교도소에서의 권위는 서는가
 - 8) 누구에 의한 민영화여야 하는가
 - 9) 사회통제력의 약화인가 확대인가

- 3. 矯導所民營化의 問題點
 - 1) 이해당사자들의 입장
 - 2) 노동쟁의
 - 3) 사고책임
 - 4) 수행자의 권리
 - 5) 수행자와 시설의 선택
 - 6) 이권개입과 부패
 - 7) 근무자의 자결
 - 8) 정치적 영향력
 - 9) 계약서의 작성과 지도감독

- 4. 矯導所民營化의 未來

이 윤 호
(경기대 교수, 범죄학박사)

민營化(privatization)라는 단어는 1980년대 이후 주요 정치, 경제적 개념의 하나로 자리잡고 있다. 사실, 경찰분야, 특히 범죄예방분야에 있어서 민영화는 우리의 상상을 초월하는 수준이어서 美國에서는 私警備(private security)회사가 경찰만큼이나 오랜 역사를 가지고 있으며, 오늘날 종사자의 수가 경찰관의 수를 능가하며 그들의 예산이 경찰의 예산을 능가하고 있다¹⁾.

교정 분야도 예외는 아니며 오히려 矯正에 있어서의 민營化는 가장 급속하게 성장하고 있으며 동시에 가장 논란의 대상이 되기도 한다. 교정의 민영화가 교정을 파산으로부터 구할 수 있는 정책으로서 받아들여지기도 하나 공공의 안전에 대한 국가책임의 완전한 폐기로도 그려지기도 한다²⁾. 그런데, 경찰의 민영화와 교정의 민영화는 그 동기나 계기가 일면 다른 점이 있다. 警察의 민營化는 소위 수익자, 즉 소비자의 필요에 의한 산물이었으나 矯正의 민營化는 소비자, 즉 재소자의 요청에 의한 것이 아니라는 점이다. 교정의 민영화는 범죄자의 구금에 대한 시민의 요구증대, 교정여건과 환경의 개선을 요구하는 법원의 개입증대, 그리고 정부의 재정적 압박과 한계 등 세 가지 역사적 추세에 따른 것이다. 즉, 교정의 질적 향상에 대한 공공의 요구를 충족시키지 못하는 공공분야의 능력의 한계에서 교정의 민영화는 논의되고 시도되는 것이다.

1. 矯正所 民營化의 背景

1) 矯正需要의 增大

사회적 환경의 악화로 인한 전반적인 범죄 발생량의 증가, 마약과의 전쟁, 사회 일반의 형벌위주의 범죄관과 형사사법기관의 대안없는 강경대응(get tough)으로 수용인원의 증대와 과밀수용을 초래하고, 그리고 과밀수용은 범죄자에 대한 교화개선을 어렵게 하여 직업적인 범죄자를 양산하게 되고 수용의 장기화를 초래하게 된다. 또한, 사회의 변동으로 인한 각종 신종범죄의 등장과 교화개선의 실패로 인한 교정 극한자 위주의 수용은 교정의 질적 다양성과 어려움을 초래하게 된다. 따라서, 범죄자의 과대수용, 과밀수용, 그리고 장기수용은 교정수요의 양적 증대와 질적 변화를 요구하고 이는 결국 과밀, 과다, 장기수용을 악화시키게 된다.

- 1) Samuel Jan Brakel, "Private Corrections," pp.254-274 in Gary W. Bowman, Simon Hakim, and Paul Seidenstat(eds.), Privatizing the United States Justice System - Police, Adjudication, and Corrections Services from the Private Sector, Jefferson, NC: McFarland & Company, Inc., 1992
- 2) M.J. Mahoney, "Prisons for profit: Should corrections make a buck?" Corrections Today, 1988, 50:104,106-107

이러한 교정수요의 증대는 교화개선의 어려움, 재소자 인권의 침해, 그리고 교정경비의 증대 등 거의 모든 교정분야에 지대한 영향을 미치기 때문에 그 해결이 시급한 과제로 등장하여 법원에 의한 조기석방 긴급명령(Emergency Powers Act), 선별구금(Selective Incapacitation), 지역사회교정(Community-based Corrections), 전자감시 가택구금(House Arrest with Electric Monitoring), 집중감시보호관찰(Intensive Supervision Probation), 벌금형의 확대 등 수용인원을 줄이거나 기존의 교정시설을 보다 효율적으로 활용하려는 노력을 경주하고 있다³⁾. 즉, 이들 선진국에서는 대체로 수용규모의 제한과 수용능력의 증대를 통하여 교정수요의 증대를 해결하려고 한다. 그런데, 수용규모의 제한은 오히려 투입의 조절과 같이 사법정책의 대상이거나 배출의 조절처럼 교정행정이 주도하기 어려운 현실로 인하여 교정행정이 추구할 수 있는 대안은 수용능력의 증대라고 할 수 있다.

그러나, 수용능력의 증대는 교정시설의 증축을 전제로 하며 이는 막대한 예산을 요하기 때문에 쉽게 추진하기 어려운 대안이어서 미국에서는 교도소의 벽을 허물고(Tear down the walls) 범죄자를 가급적 시설에 수용하지 않으려고 노력하였으나 이 또한 시민의 법감정과 사회의 위험성 초래 등의 문제로 여의치 않자 교정의 중요한 역할을 민간부분에게 맡기자는 소위 교도소의 벽을 팔자(Sell the walls)는 교정의 민영화에서 그 돌파구를 찾으려고 한다. 그런데, 민영화교도소는 기존의 공공 교도소를 대체하여 이용되는 것이 아니며 교정제도의 폭을 넓히고 다변화하는 것, 즉 선택을 극대화하는 것이다.

2) 矯正經費의 增大와 效率性

교정의 수요가 증대하면 필요한 교정의 경비 또한 그 만큼 증대될 수밖에 없는데, 문제는 경비충당을 위한 재원은 한계가 있다는 것이다. 따라서, 교정관리의 효율화를 통해서만이 수요의 증대에 대응할 수 있게 되는데, 즉 경제원리에 입각하여 적은 투자로 산출을 극대화할 수 있는 생산성의 향상이라는 비용-편익(cost-benefit)적인 경영기법의 도입이 절실히될 수밖에 없다.

역사적 경험을 통하여 관료제관 능률성이라는 측면에서 민간기업의 수준에 미치지 못한다는 사실은 많은 선진국에서 진행되어 온 국가기관이나 공기업 등의 민영화 현상에서 입증되고 있다. 즉, 같은 경비로서 교정당국보다 민간기업

- 3) Charles H. Logan, "Private prisons: Cons and pros," pp.266-274 in Richard C. Monk(ed.), Talking Sides: Clashing Views on Controversial Issues in Crime and Criminology(3rd ed.), Guilford, CT: The Dushkin Publishing Group, Inc., 1993

이나 민간분야에서 더 좋거나 적어도 유사한 결과를 창출할 수 있기 때문에 더 생산적이고 효율적으로 교정을 운영관리할 수 있을 것이라는 믿음에서 교정의 민영화가 시도되고 있다.

한편, 민영 교도소의 존재는 공공 교도소를 비교, 대조할 수 있는 대안적 기준을 제공해 줄 수 있다는 것도 교도소 민영화의 또 다른 이점이 될 수 있다. 계약의 지속을 위하여 민영 교도소는 기대감을 높이고 기준을 높게 책정함으로써 공공 교도소 운영도 향상시키도록 압력을 가하게 된다. 그래서, 교도소의 민영화는 교정의 질을 향상시키고자 하는 목적을 가지고 있다.

또한, 민영 교도소는 형사사법제도에 융통성을 제공할 수 있다. 사법정의와 처벌에 대한 공공의 관심, 즉 범죄에 대한 강경대응(get tough)은 교도소의 과밀수용을 심화시킬 것이라는 우려를 낳고 있다. 일부 범죄학자들은 Front door와 Back door 전략을 통해서 이 과밀수용을 해소하려고 하나, 이는 고정된 수용능력에 맞추어서 재소자를 수용하는 것인데 범죄발생률을 통제할 수 없는 국가에서는 불가능한 일이며 따라서 정의모형론자들의 주장처럼 재소자의 수용은 국가에서 통제할 수 없는 범죄율에 따라야 하기 때문에 수용능력은 융통성이 있어야 한다는 것이다. 즉, 수용인원의 감축은 제한된 교도소 공간, 즉 수용한계 때문이 아니라 사법정의나 형사사법제도의 향상을 위한 것이어야 한다. 그런데, 민영 교도소의 존재가 바로 이러한 융통성을 제공할 수 있다는 것이다⁴⁾.

3) 公共矯正의 失敗

국가기관에 의한 독점적 교정이 교정의 목표를 만족스럽게 달성하지 못했는데 대해서는 재범률이라는 사실적 자료에 의해서 입증되고 있으며, 시민, 교도관, 재소자, 피해자 등 교정관련자 누구도 현재의 교정에 만족하지 못한다는 지적도 공공교정의 실패를 엿보게 해준다⁵⁾.

더구나 교정의 목표가 사회재통합이라면 국가에 의한 독점적 교정은 실패할 수밖에 없다. 사회재통합은 범죄자와 사회의 동시변화를 통한 재통합을 주장하는데, 이를 위해서는 교정의 사회화가 철저히 요청되고, 이는 사회의 교정참여와 교정의 개방화가 전제되어야 한다. 矯正의 開放化는 교도소의 벽을 허무는 것이 가장 적극적인 방안이지 않을 수 없다.

4) C.H. Logan, "Well kept: Comparing quality of confinement and public prisons," The Journal of Criminal Law and Criminology, 1993, 83:577-613
5) 이윤호, 형사정책, 박영사, 1996, p.535

또한, 교정실패의 한 원인으로 낙인의 영향을 지적하는 경우가 적지 않은데 범죄자에 대해서 국가가 개입하면 할수록 그만큼 부정적 낙인의 정도와 그 영향이 심화될 수밖에 없다는 사실도 교정의 민영화를 정당화할 수 있는 주장의 하나다.

특히, 공공선택(public choice)론자들은 시장경쟁으로부터 정부의 독점을 보호하는 것은 비민주적이라고 주장한다. 그것은 개인이나 집단으로 하여금 경쟁하고 양질의 서비스를 저렴한 가격으로 공급할 수 있는 기회를 박탈하는 반면 정부독점의 보호로 공공에게 비민주적으로 질이 낮은 서비스를 높은 가격으로 강요하는 결과를 초래하기 때문이다⁶⁾. 이들 공공선택론자들은 교정의 민영화가 경쟁의 개방을 초래하고 국가의 독점을 대체하고 따라서 공공의 이익을 보호할 것으로 가정한다. 적어도, 공개 경쟁이 제한되면 항상 독점적 상황이 탈선될 가능성이 있으며 착취와 시장실패의 근거가 될 수도 있는 것이다⁷⁾.

4) 韓國의 경우

한국적 상황에서의 교정의 민영화는 그 배경이 서구와는 다른 점이 있다. 우선 서구에서의 교정의 민영화가 주로 경제적 측면이 강조되고 있으나 재소자에 대한 교화개선효과와 향상, 출소자의 사회복귀의 용이, 출소자에 대한 경쟁보호의 확대, 교정과 재소자에 대한 시민의 인식의 전환 등이 경제성이나 효율성 보다 더 중요한 민영화의 배경이 되고 있다. 그러나, 한국에서도 교정수요의 증대와 수용능력과 자원의 한계가 심화되면 앞으로는 경제성과 효율성이 교정민영화의 중요한 배경이 될 것으로 보인다.

2. 矯正所 民營化의 爭點

1) 矯正의 民營化는 經濟的인가?

경쟁의 초점은 효율성(efficiency)의 추구가 질의 저하를 초래하지는 않는가라는 점이다. 논쟁의 핵심은 과연 민영화가 교정의 질을 회생시키지 않고도 더

6) D.R. Morgan and R.E. England, "The two faces of privatization," Public Administration Review, 1988, 48:979-986; J. Moore, "British Privatization- Taking capitalism to the people," Harvard Business Review, 1992 January-February:115-124; C.R. Wise, "Public service configurations and public organizations: Public organization design in the post-privatization era," Public Administration Review, 1990, 50:41-155

7) Logan, 1993, op cit.

생산적인 결과를 얻을 수 있는가에 모아진다. 민영화의 결과 적지 않은 예산이 절감되었다는 주장에 반대론자는 재소자에 대한 비인간적인 처우라는 서비스의 질의 저하를 담보로만 가능한 것이라고 주장하는 반면 찬성론자는 관리기술의 혁신과 교도작업, 그리고 이윤추구 동기 등으로 서비스의 질을 저하시키지 않고도 비용은 절감할 수 있다고 주장한다. 반대로 일부에서는 공공 교도소건 민영 교도소건 기본적인 서비스는 동일하기 때문에 혁신적인 운영관리라는 것은 있을 수 없다고 비판한다.

그러나, 실제 연구결과, 민영화가 시설물의 상태, 안전과 보안, 직원의 전문화와 재소자의 처우, 의료서비스, 여가선용시설과 프로그램, 종교 및 기타 상담 서비스, 혼욕절차, 재소자 청원 절차, 그리고 법률서비스 등의 분야에서 상당한 질적 향상도 동반하는 것으로 밝혀지고 있다⁸⁾. 결론적으로, 민영 교도소의 경제성은 낭비와 비효율성을 제거하는 등 교도소의 관리운영을 통한 비용의 절감과 구매의 규모로 인한 경제성, 즉 대량구매를 통한 경제성의 확보로서 가능하다고 한다⁹⁾. 그 결과, 미국에서는 질의 저하를 초래하지 않으면서도 적어도 4%에서 무려 52.23%에 이르기까지 상당한 비용의 절감을 가져올 수 있었다고 보고되고 있다¹⁰⁾.

효율성의 문제는 외국의 경우 교도소 신축에서부터 시작되는데 그것은 건축기간의 단축과 재정지원의 신속 및 최신 기술과 모형의 도입 등으로 인한 것이나 한국의 경우는 교도소의 건설까지 민간에 위임하지 않거나 하더라도 철저한 기준에 따라 이루어져야 하기 때문에 크게 문제가 되지는 않을 것으로 보인다. 한편, 관리의 효율화로서 민간기업은 직원의 효율적 활용, 장비 등 투자의 축소, 그리고 대량구매 등으로 인한 저렴한 가격으로의 물품구매, 그리고 관료제로 인한 비용의 절감 등으로서 교도소의 운영경비를 최소화할 수 있다는 것이다.

예를 들어, 전산화된 출입문 통제와 중앙집중화된 영상기술의 활용을 통한 보안인력의 축소 또는 최신의 건축설계를 통한 직접적인 감시의 강화 등으로 소요인력을 최소화하고 따라서 경비를 절감할 수 있는데, 이러한 변화는 시설

의 향상뿐만 아니라 다양한 특성의 재소자들의 다양한 요구를 더 잘 충족시켜 줄 수 있게 하여 서비스의 질과 효율성을 동시에 추구할 수 있다고 한다. 더구나, 이윤추구를 위한 경쟁은 공공분야의 경쟁도 유도하게 되어 공공 교도소의 발전에도 동기가 될 수 있다고 한다¹¹⁾.

2) 矯正의 民營化는 妥當한 것인가?

이는 사실교도소의 윤리성문제라고 할 수 있는 것으로 민간부분의 이윤추구동기와 권한의 민간위임의 정당성이 쟁점의 핵심이다. 그것은 국가가 기업이 아니며 교정의 민영화는 단순히 기업적 결정이 아니기 때문이다. 즉, 형사사법행정과 형사제재 등 국가의 권한을 바탕으로 사적인 이윤을 추구하는 것이 정당한가, 그리고 사기업과 그에 고용된 민간인이 동료 시민의 자유를 박탈하고 강제할 수 있는가 라는 논쟁이다. 심지어 이윤을 추구하지 않는 종교기관이나 사회복지기관에서 교정봉사를 하고 서비스를 개선하고 경비를 절감하더라도 과연 정당화될 수 있는가와 정부의 권한과 책임의 범위는 어디인가가 해결되어야 할 쟁점인 것이다.

고전적 자유주의 전통이나 사회계약적 관점에서는 국가권력은 개인에 의해서 조건부로 위임된 것이며, 따라서 형벌권이 국가에 배타적이거나 유일무이한 것일 수 없다고 한다. 여기서 중요한 사실은 범죄자를 처벌하는 권리가 국가로부터 비롯되는(originate) 것이 아니라 국가에 위임되는(transferred) 것이라는 점이다. 즉, 형벌권은 시민의 동의에 기인하며 따라서 동의에 의해서 더욱 위임될 수 있다는 것이다. 형벌권이 국가로부터 비롯되는 것이 아니기 때문에 원칙적으로 그리고 유일무이하게 국가에만 귀속되는 것도 아니고 민간에게도 넘겨줄 수 있다는 것이다. 결국, 국가가 형벌권을 소유(own)하는 것이 아니며 단지 법에 따라 시민을 대신하여 믿고 집행(administer)할 따름이기 때문에 형벌권의 일부 민간 위임도 전혀 문제될 것이 없다는 논리이다.

물론, 범죄자를 구금하는 것은 국가의 고유한 독점적인 권한이나, 이러한 국가의 형벌권을 민간에 위임하는데 대해서 미국의 법원은 대체로 민영교도소를 일종의 정부의 대리자(Agents)로 보아 민영교도소의 행위도 국가의 행위로 인정할 수 있는 것으로 보고 있어서 다수의 주에서 민영교도소를 입법화하고 있음이 이를 대변하고 있다. 결국, 민영교도소를 국가 체계권의 확장으로 해석하는데, 이는 국가가 고용한 공무원이 국가기능을 위임받은 대리인임과 마찬가지로 시설교도소도 국가의 대리인으로 간주하는 것이다¹²⁾.

11) Charles H. Logan, "Private prisons: Pros and cons," pp.266-274 in Monk(ed.), op cit.

8) S.J. Brakel, "Prison management, private enterprise style: The inmates' evaluation," New England Journal on Criminal and Civil Confinement, 1988, 14:175
 9) G. Larry Mays, "What does the future hold and what can we do about it?" pp.155-158 in G. Larry Mays and Tara Gray(eds.), Privatization and the Provision of Correctional Services: Context and Consequences, Cincinnati, OH : Anderson Publishing Co., 1996
 10) Wayne Calabrese, "Low cost, high quality, good fit: Why not privatization?" pp.175-191 in Bowman et al.(eds.), op cit.

더구나, 교도소의 민영화는 국가 형벌권의 완전한 위임이라기보다는 단지 형벌집행권(right to administer punishment)의 위임에 지나지 않는 것으로 볼 수 있다. 이는 구금을 부과하는 권한과 그것을 집행하는 권한을 분명하게 구별하고 있다. 따라서, 누구를 얼마 동안 교도소에 수용할 것인가는 두말할 필요도 없이 국가의 권한이더라도 그 형벌의 집행은 민간분야에 위임될 수 있다는 것이다¹²⁾.

3) 矯導所의 民營化는 倫理的인가?

법률위반자의 처벌로서 돈을 버는 것이 과연 윤리적으로 도덕적으로 타당한 것인가? 그러나, 대부분의 사람들은 이 문제를 매우 실용적으로 보기 때문에 크게 문제삼지 않는다. 즉, 형벌의 도덕성이나 윤리성 또는 상징성은 형벌의 집행자가 아니라 결정권자에게 적용되는 덕목이라고 주장한다. 더구나, 심지어 민영 교도소에의 참여 동기를 고려하더라도 영리추구가 민간분야에만 국한되어서는 곤란하다는 것이다. 공공 교도소도 교도작업을 통하여 이윤을 남기려고 노력하고 예산의 확보에 신경을 쓰는 등 민간분야와 다를 바 없는 경우가 적지 않아서 이윤을 추구하는 전문가에 의해서 집행되는 것이 잘못 되었다고 하기에는 문제가 있다는 것이다. 즉, 이윤추구 동기는 보편적인 것이며, 이를 민영 교도소에만 적용하여 비도덕적이라고 반대하는 것은 옳지 않다는 것이다. 물론, 이들의 주장은 개인의 자기이익을 위한 동기와 기업의 이윤추구 동기를 구분하지 않고 있어서 문제가 되지만 심지어 민영화를 반대하는 사람까지도 민간분야의 동기에 문제의 초점이 맞추어져서는 곤란하다고 주장한다¹⁴⁾.

4) 專門的인 良質의 서비스는 가능한가?

행정의 전문성 문제로서 과연 누가 교정행정의 전문가인가라는 근본적인 의문이다. 교정민영화의 주요한 배경의 하나가 경제성이라면 생산성이나 효율성에서 민간분야가 공공분야보다는 우세하다고 할 수 있고 따라서 민간분야가 더욱 전문성이 있다고 할 수 있다. 그러나, 삼성이 수원교도소보다 더 잘 운영한다고 보장할 수 있는가? 현재 교정이 많은 비판의 대상이 되기는 하지만 삼성이 수원교도소보다 더 전문가라고 확신할 수는 없는 것이다¹⁵⁾. 그러나 민간

12) Robert B. Levinson, "The private sector and corrections," *Corrections Today*, 1984, 46:42-46
 13) D.C. McDonald, "When government fails: Going private a last resort," pp.179-189 in D.C. McDonald(ed.), *Private Prison and the Public Interest*, New Brunswick, NJ: Rutgers University Press, 1990
 14) C.H. Logan, "The propriety of proprietary prisons," *Federal Probation*, 1987, 51(3):35-40

교도소가 시설의 혁신적인 경영기법의 활용 등 경영의 전문가이고 민간 교도소 도입의 기본적인 취지의 하나인 경제성을 고려한다면 충분히 전문성이 있다고 고려된다. 또한, 교정의 전문성이라는 측면에서도 민간 교도소가 모든 근무자를 교정의 문외한을 고용할 수는 없으며 대부분을 전·현직 교도관을 활용하고 또 신입사원을 고용하는 경우는 철저한 교육훈련을 거치기 때문에 교정의 전문성도 크게 문제될 것이 없다고 볼 수 있다.

한편, 서비스의 질은 서비스의 질이 감득될 수 있는 정도인 현실적이고 활발한 경쟁의 유무와 업무수행에 기초하여 계약자를 대체하고 처벌하고 보상할 정부의 의향과 능력에 크게 좌우된다. 그런데, 이미 일부나마 교정이 민영화되었다면 경쟁이 있게 마련이고 따라서 경비의 절감과 효율성의 증대라는 점에서 성공하고 있는 것이다. 또한, 정부의 감독기능과 능력도 민영 교도소의 업무수행에 영향을 미치는데, 공공교도소에 대해서는 동일한 평가와 감독이 이루어지지 않고 있지만 민영교도소에 대해서는 빈번한 현장방문감독, 각종 프로그램의 감독, 평가보고서의 지속적인 검토 등 평가절차가 점차 표준화되고 있어서 긍정적인 결과를 얻고 있다. 그리고, 정부는 일련의 지원집단 중에서 계약자를 선별하여 계약하기 때문에 업무수행과 서비스의 질을 향상시킬 수 있게 된다. 이러한 모든 가능성은 활발한 경쟁이 전제되어야만 가능한 것이다¹⁶⁾.

더구나, 기업의 환경변화에 대한 빠른 적응력으로 수용인구의 변화에 쉽게 적응할 수 있고, 직원을 새로 고용하지 않고도 새로운 프로그램을 실험할 수 있으며, 분권화를 통하여 지역적으로 또는 프로그램의 특성에 따라 다양화할 수 있으며, 따라서 처우를 전문화시킬 수 있다는 점 등이 교도소의 민영화가 교정서비스의 질을 높여줄 수 있음을 보여주고 있다¹⁷⁾.

실제 연구결과, 물리적 시설, 분류제도, 직원의 재소자처우, 훈육제도, 그리고 의료제도 등이 민영화 결과 향상되었다고 하며, 여가활동과 시설, 종교 및 기타 상담, 수행자 소청제도 및 절차, 그리고 법률부조와 접근 등의 면에서 상당한 장점이 있었던 것으로 보고되었다. 또한, 민영 교도소의 직원들이 업무에 더 열정적이고 참여적이며 재소자를 위한 일에 더 관심과 흥미를 가지고 교도소 자체도 보다 융통성이 있어서 직원과 재소자 모두가 민영 교도소의 서비스와

15) Alvin W. Cohn, "The failure of correctional management: The potential for reversal," *Federal Probation*, 1987, 51:3-7
 16) Dana C. Joel, "The privatization of secure adult prisons: Issues and evidence," pp.51-74 in Bowman et al.(eds.), op cit.
 17) Norman R. Cox, Jr. and William E. Osterhoff, "The public-private partnership: A challenge and an opportunity for corrections," pp.113-129 in Bowman et al.(eds.), op cit.

프로그램에 더 높은 점수를 주었고, 도주 및 교정사고율도 낮아졌고, 직원과 수형자 모두가 더 편안함을 느꼈다고 대답한 것으로 보고되기도 하였다. 이를 종합하면, 민영 교도소의 전문성과 서비스의 질은 오히려 향상될 수 있음을 보여주고 있다¹⁸⁾.

5) 在所者の 勞動力을 私的으로 利用할 수 있는가?

교도소를 운영하는 민간의 이익을 위하여 재소자의 노동력을 이용하는 것이 합당한 것인가? 물론, 교도작업 등을 통하여 행형경비를 충당하는 것은 오랜 관행이었다. 현재도 교도작업은 교정의 핵심적인 부분이고 미국에서는 교도소를 담장이 있는 공장(Factories with fences)이라고 하며, 실제로 당국에서도 UNICOR라는 연방직업공사라는 연방기업을 운영하고 있는 실정이다¹⁹⁾. 더욱이, 국가가 직접 공공 교도소에서 교도작업을 통하여 제품을 생산하고 시장에 판매하는 것은 민간기업의 압박이라는 견지에서 제한되고 있지만 공공 교도소가 민간기업으로 하여금 재소자를 고용하여 제품을 생산하고 시장에 판매하도록 하는 것은 허용하고 있으며, 또한 다양한 방법으로 활용되고 있는 외부통근 등에 비추어서도 수형자의 노동력을 사적으로 활용하는 것이 큰 문제가 되는 것은 아니라고 보인다.

더구나, 민간기업에 의한 재소자의 노동력을 활용한 이윤의 추구 등 경제성이나 효율성보다는 종교단체나 비영리단체에 의한 재소자의 교화개선 효과의 신장 등을 중심으로 민영화가 추진되고 있는 한국에서는 노동력의 착취 등은 크게 문제될 것이 없는 것으로 보인다.

6) 武力의 使用은 가능한가?

민영 교도소의 종사자들에게 무력이나 무기사용을 허가할 수 있는가, 그리고 있다면 어디까지 허용되어야 하는가의 문제이다. 수형자의 훈육과 권익의 문제는 항상 무력사용의 문제를 야기 시킨다. 대체로 교정공무원이 입수행상 특정한 상황에서 특정한 무력을 사용할 수 있다면 민영 교도소의 종사자에게도 유사한 범위 내에서 허용되어야 한다고 보여진다. 일부에서는 민영 교도소의 직원들을 평화관(peace officer)으로 대리로 임명하여 공공임무를 수행하

도록 한다. 이를 위해서는 무기사용에 관한 규정이 행형법에 분명히 규정되어야 하고 이것이 민영 교도소에서 준용되도록 하면 좋을 것이다²⁰⁾.

문제는 민간 계약자가 무력을 합법적으로 사용할 수 있는가 이다. 일부에서는 무력의 사용은 국가의 고유권한이기에 민간에게 허가되어서는 안 된다고 한다. 그러나, 교도소에서의 일상적인 현실을 고려한다면 억지에 불과한 주장이다. 무력사용의 금지는 곧 자신은 물론이고 다른 수형자에 대한 보호를 어렵게 하기 때문이다. 사실, 시설의 질서를 유지하기 위해서는 일부 강제력의 사용이 불가피하다. 따라서, 무력사용이 금지된다면 이를 위해서 어쩔 수 없이 교정공무원이 현장에 상주할 수밖에 없는데 이는 민영화의 취지는 물론이고 조직구조의 틀을 허무는 결과를 초래한다²¹⁾.

한편에서는 일정한 제한된 상황에서는 살상용이 아닌 무력의 사용을 일부 허용하고 살상용 무력은 정해진 여건 하에서 교정공무원에게 남겨둘 것을 주장한다. 이 경우는 도주나 폭동 등의 경우에 교정공무원만이 무력을 사용할 수 있게 되어 위의 경우와 마찬가지로 일정수의 교정공무원이 상주해야 하는 문제가 생긴다.

결국, 민영 교도소의 직원에게도 살상과 비살상용 무력을 사용할 수 있도록 하자는 주장이 대두되었다. 이렇게 함으로써 정부는 민영 교도소의 무력사용에 관해서는 아무런 관련이 없게 되고, 민영 교도소 측에서는 응급한 사태에 즉각적이고 부드럽게 대응할 수 있게 된다. 그러나, 이 경우는 남용될 소지가 있기 때문에 계약에 분명한 안전판과 지침이나 규정 등이 명시되어야 한다.

직접한 훈련과 정책, 그리고 가능하다면 면허 등을 통하여 무력사용에 따른 책임문제도 줄일 수 있을 것이다. 탈주 등의 경우는 공공 교도소와 마찬가지로 외부의 법집행기관을 이용하기 때문에 정점이 되지 않는다. 그러나, 무력의 사용에 관해서는 가능한 한 구체적으로 명기되어야 책임규명이 분명해질 수 있다²²⁾.

20) David Shichor, Punishment for Profit: Private Prisons/Public Concerns, Thousand Oaks, CA : Sage, 1995, p.101

21) I.P. Robbins, "The legal dimensions of private incarceration," American University Law Review, 1969, 3:531-854

22) Linda G. Cooper, "Minimizing liability with private management of correctional facilities," pp.131-137 in Bowman et al.(eds.), op cit.

18) Joel, op cit.

19) Charles A. Kuhl, "Free venture employes youths," Corrections Today, 1985, 47:102-110;
Gerald M. Farkas, "Prison industries: Working with the private sector," Corrections Today, 1985, 47:102-103

7) 民營矯正所에서의 權威는 서는가?

민영 교도소가 재소자의 눈에 권위와 합법성이 부족하지는 않은가? 합법성 또는 권위라는 것이 권한을 행사하는 비용을 절감하는 가장 효과적인 방법이다. 정당화 또는 합법화는 권한의 공정한 행사를 담보로 주어지는 것이기 때문에 이윤을 추구하는 민영 교도소는 재소자들이 규칙의 적용이 정의롭고 분파적이지 않은 것으로 간주해 주기를 바란다. 잘못으로 인한 소송비용이나 보형료 등을 무한정 감내할 수만은 없기 때문에 민영 교도소에서는 공정성에 대한 관심을 증대시킬 수밖에 없다. 더구나, 계약은 실적에 따라 연장될 수도 파기될 수도 있기 때문에 재소자와의 마찰이나 문제가 없어야 하고 이 점 또한 공정성의 확보를 위해 노력하게 한다. 따라서, 민영 교도소의 이윤추구 등 경제적 동인이 교도소의 관리뿐만 아니라 재소자를 다스리는 것도 잘 하도록 동기를 부여하기 때문에 민영 교도소의 합법화나 정당화 또는 권위는 크게 문제될 것이 없다고 한다.

특히, 계약에 의한 교도소의 민영화는 재량권을 제한하고 통제하며, 규칙을 분명히 하며, 절차를 지키도록 하는 좋은 수단이 되기도 하여 교도소에서의 적법절차(Due process)에 기여할 수도 있다. 즉, 교도소의 민영화는 곧 법원으로 하여금 교정행정에 대한 무관심인 전통적인 불간섭(Hands-off)주의를 버리고 영리목적의 민간에 형벌권을 위임하는데 대한 법원의 오랜 의구심의 결과 법원의 감시와 개입이 강화될 수 있기 때문이다. 민영 교도소의 영리추구가 시민의 안전과 재소자의 권익을 침해하거나 방해하지 않도록 법원이 강력한 절차적 보호를 주장할 것이다.

8) 누구에 의한 民營化여야 하는가?

교정의 민영화가 활발한 대부분의 선진국에서는 민영화의 동기가 주로 경제성과 효율성에서 찾고 있어서 민영 교도소를 운영하고자하는 지원자도 대부분 영리를 목적으로 하는 민간기업체였다. 미국에서는 Correctional Corporation of America를 위시하여 교도소 운영만을 전담하는 전문회사들이 수없이 활동하고 있다.

그러나, 이들과는 달리 교정의 개방화와 사회화, 교정의 다양화, 사회자원의 활용, 일부 교정경비의 절감과 과밀수용의 해소, 그리고 재소자에 대한 배려와 사회복지 등에 기초하여 민영화하려는 우리 나라에서는 외국처럼 영리를 목적으로 하는 민간기업보다는 비영리단체가 더 바람직한 것으로 사료된다. 그 중

에서도 비교적 교정에 관련이 있고 활동경험이 있는 단체가 더 좋을 것이며, 이런 점에서 교정협회, 갱생보호협회, 기타 사회복지단체, 그리고 특히 각종 종교단체들이 좋은 예가 될 수 있다. 이들 중 종교단체에 대해서는 경중의 분리가 종교간 차별이다 등의 문제를 제기하는 경우도 있으나, 이는 특정 종교만이 아니라 원하는 모든 종교단체에 개방한다면 아무런 문제가 되지 않을 것으로 생각된다. 사실, 교정교화에 있어서 지금도 각종 종교단체에서 중추적인 역할을 하고 있음에 비추어 더욱 문제가 되지 않을 것으로 보인다. 특히, 종교단체는 신앙심을 기초로 사회봉사적 차원에서 참여하기 때문에 인권의 침해나 경비 등이 전혀 문제되지 않는다.

9) 社會統制力の 弱화인가 擴大인가?

교도소 민영화를 반대하는 일부에서는 교정의 민영화를 국가의 사회통제력의 약화로 이해하기도 하지만 사실은 사회통제력의 확대로 이해되어야 한다. 이는 교정의 민영화가 새로운 확대된 형사제도와 사회통제 유형을 만들어내기 때문이며, 따라서 민영 교도소가 공공 교도소를 대체하는 것이 아니라 보완, 보충하는 것으로 주장되고 있는데, 이 점에 대해서 두 가지 상반된 평가를 받고 있다. 우선, 공공 교도소를 대체하지 않고 보완, 보충하는 것이라면 그것은 국가의 통제력을 행사하는 방법을 확대하는 것이다²³⁾. 만약, 민영화가 과밀수용의 해소를 위한 것이라면 교정제도를 다양화하고 선택을 극대화할 수 있게 되는 것이다.

역사적 경험에 비추어 기존의 제도에 대한 보완이나 보충은 결국 사회통제의 확대를 초래해 왔다. 공간의 부족으로 조기에 석방되거나 처음부터 수용되지 않았던 범죄자까지도 민영 교도소에 수용되는 결과를 초래하게 된다. 더구나, 수용능력이 증대되면 항상 수형자로 채워지게 마련이다. 결과적으로 민영화는 형사사범의 망을 확대할 수 있다는 우려를 지울 수 없게 된다. 그러나, 이는 민영화의 원래 의도와는 상반된 것이며 범죄자나 공공의 이익에도 반하고 단지 민간기업의 이익만 충족시켜줄 수 있기 때문에 이의 해결을 위해서는 민영 교도소의 수형자를 출소에 입박한 수형자나 경미범죄자 등 민영 교도소가 없었다면 그냥 석방될 소위 soft end수형자가 아니라 민영 교도소가 없었다면 공공 교도소에 수용되어야 하는 소위 hard end수형자를 수용하여야 한다²⁴⁾.

23) A.A. Vass, Alternatives to Prison: Punishment, Custody, and the Community, London: Sage, 1990, p.166

24) Shichor, op cit., pp.60-64

3. 矯導所 民營化의 問題點

1) 利害當事者들의 입장

(1) 一般市民의 입장

교정의 민영화를 어렵게 하는 가장 큰 장애요소의 하나가 민영교도소에 대한 시민의 감정과 태도일 것이다. 즉, 시민은 교정에 대한 민간기업의 침투를 반대하기 쉽다. 사실, 교정의 민영화가 재소자의 처우나 권리를 신장시키지 않은 않는 데도 시민의 눈에는 그것이 범려자에 대한 관용으로 보일 수 있기 때문에 민영교도소에 대한 반대의 목소리가 적지 않다²⁵⁾. 이러한 시민의 부정적 태도를 불식시키기 위해서는 가급적 지역주민을 민영교도소에서 고용하고 대민관계를 원활히 하며 시민단체의 참여를 권장할 필요가 있다.

그러나, 대부분의 경우는 일반 시민은 교정예산이 축소화되는데 대한 기본적인 관심 외에는 교정이나 교도소 또는 재소자에 대한 관심은 크지 않다. 따라서 민영화가 효율성을 제고하고 나아가 경제적이며 교정예산을 절감할 수 있다는 사실로서 시민의 관심을 일깨워 줄 수 있을 것이다. 더구나, 철저한 계약과 계약자 선정을 통해서 양질의 서비스를 최소의 비용으로 제공하고 따라서 시민의 부담도 최소화할 수 있다면 시민의 부정적 태도는 해소될 수 있을 것이다.

(2) 在所者의 입장

재소자들의 관심은 매우 기본적인 것으로 깨끗한 환경, 질 높은 서비스, 공정한 절차, 다양한 혜택과 특전의 부여 등에 있기 때문에 누가 교도소를 운영하는가에 대해서는 큰 관심이 없을 수도 있다. 대부분의 재소자는 민영교도소에서의 이들 권리가 적어도 나쁘지는 않은 한 민영교도소를 싫어하지는 않는다고 한다. 다만, 이익의 극대화를 위해서 민영교도소가 항상 재소자가 만원으로 유지할 것이라는 불안감은 가질 수 있다. 그러나, 이에 대해서 민영 교도소로 하여금 재소자의 수행기간에 관한 결정을 할 수 있는 재량권을 주지 않음으로써 해결 될 수 있고, 또한 수용인원을 극대화시킴으로써 소득도 극대화시킬 수 있도록 하는 재소자 1인당 일정액을 지불하는 식의 계약이 아니라 수용인원에 관계없이 일률적인 액수를 책정하는 방법으로 계약함으로써 해소될

25) Charles H. Logan, "The propriety of proprietary prison," Federal Probation, 1987, 51:35-40; Francis T. Cullen, "The privatization of treatment: Prison reform in the 1980's," Federal Probation, 1986, 50:8-16

수 있다. 한편, 계약이 법률의 범위 내에서 그리고 구체적으로 이루어지며, 국가와 민영 교도소 모두에게 책임을 묻는 법원의 태도와 재소자에게 이중의 보호막을 제공해주기도 하기 때문에 재소자의 권의 침해의 우려는 해결 될 수 있을 것이다.

(3) 民間企業의 입장

주로 계약기간과 내용의 문제로서 기업은 가급적 장기계약을 원하지만 장기계약은 공정한 경쟁을 어렵게 하여, 재소자에 대한 처우나 권익의 보호 또는 경제성과 효율성 및 기타 민영 교도소에 기대하였던 장점들을 해치게 된다. 반면에 단기계약은 경쟁을 부추길 수는 있으나 교정의 안정성, 지속성을 해치고 비용을 증대시킬 가능성이 있다. 이러한 입장을 고려하여 가장 합리적인 계약 기간으로 대부분 3-4년으로 하고 있다.

계약의 구체적인 내용은 효과적인 집행과 감시감독을 위해서 시설에 맞는 구체적인 것이어야 하나, 지나치게 구체적이면 민영 교도소의 장점을 살리기가 어렵게 된다. 계약이 적어도 혁신적인 경영기법과 구매방법 등을 통하여 비용을 절감하고 그래서 이윤을 남길 수 있는 가능성을 막을 정도로 제한적이어서는 곤란하다. 대신에, 계약의 준수는 재계약을 통해서 철저히 통제할 수 있기 때문이다.

2) 勞動爭議

민간기업이 계약에 의해서 교도소를 운영하면 근로자들의 노동쟁의가 있을 수 있으며, 파업이 강행된다면 커다란 사회적 위험을 초래하게 된다. 따라서, 계약할 때 계약이 끝날 때까지 노동조합과의 계약기간을 맞추거나 연장하고 또는 다른 노동쟁의 조정방안을 제시하도록 요구하여야 한다. 물론, 현재로서는 노동쟁의 등 교정공무원의 집단행위는 불가능하지만 교도관도 인제까지나 집단행동을 하지 않을 것이라고는 할 수 없으며, 노동쟁의가 발생하면 비상대책을 구체적으로 명시하도록 하는 등 계약내용을 구체적으로 작성할 필요가 있다.

적은 비용으로 동일한 또는 더 좋은 서비스를 제공하기 위해서는 임금의 삭감, 복지혜택의 축소 등을 통한 경비의 절감이 필요한데 이는 곧 노사협상의 대상이고 노동쟁의의 위험성을 내포하고 있다. 이에 대해서 일부에서는 선진국의 전문경영인에게 많이 있는 소위 stock option이나 stock ownership plan 제도를 권하고 있다. 이는 일정 기간 주어진 역할을 제대로 수행하면 제공되기 때문에 복지후생이나 임금축소분에 대한 보상이 될 수 있다.

3) 事故責任

민영 교도소와 관련된 법률적 쟁점은 책임소재와 업무감독에 직결된다²⁶⁾. 책임의 소재는 재소자에 의한 법률적 도전을 의미한다. 이 경우 국가는 법률적 책임을 면하거나 최소화할 수 있는가 라는 의문이다. 즉, 재소자의 권익이 침해되거나 교정사고가 발생하면 그 책임이 누구에게 있는가의 문제이다. 국가가 계약을 하고 위임을 하기 때문에 궁극적인 법률적 책임이 있다고 본다. 국가가 일부 권한을 위임하고 그에 대한 철저한 감독을 하지 않았다면 국가가 책임을 면할 수 없다는 것이다²⁷⁾.

국가가 임무를 계약으로 위임할 수는 있으나 책임까지 계약으로 떠넘길 수는 없다고 한다. 민영 교도소라고 할지라도 그 안에서 일어나는 일에 대한 궁극적인 책임은 국가에 있다는 것이다. 문제는 책임의 여부가 아니라 민영 교도소에 대한 책임이 정부의 법률비용을 더 증대시키는가 아니면 줄여주는가와 민영 교도소에 대한 책임을 정부가 지는 것이 교정을 위하여 바람직한 것인가이다. 민영화의 주장자들은 책임과 보호를 강조하기 때문에 교정, 특히 재소자를 위하여 유리하다고 믿는다²⁸⁾.

교정은 분명한 국가적 임무이고 따라서 민영화된 교정이라도 국가의 책임이 없을 수 없다. 결국, 국가와 민간기업의 공동책임을 천명하는 경향이 있다. 국가와 민간기업이 공동으로 책임이 있다는 주장은 재소자의 마음은 편하게 해줄 수 있으나 책임을 피할 수 있다는 민영화의 장점의 하나는 없어지게 되는데, 이러한 장에는 부분적으로라도 재소자의 소송으로 인한 재판 비용을 민간기업이 차후에 부담하도록 하는 보상 또는 보장(indemnification)을 계약에 포함시킴으로써 해결될 수 있다고 한다.

한편, 일부에서는 이러한 보상책임으로 인하여 계약액수가 증액되고 결국 민영화의 장점인 경제성이 침해받을 수 있다고 주장한다. 이에 대해서 다른 일부에서는 보험으로 그 비용을 최소화할 수 있다고 반론을 제기하고 있다. 대부분의 경우 따라서 계약에 의해서 보험을 가입하도록 하고, 모든 책임비용을 계약자에게 넘기는 배상조항을 계약에 명기하고 있다.

26) E.S. Fairchild, "The scope and study of prison litigation issues," Justice System Journal, 1984, 9:325-341; G.L. Mays and M. Olszta, "Prison litigation: From 1960s to the 1990s," Criminal Justice Policy Review, 1989, 3:279-298

27) Robert H. Chaires and Susan A. Lentz, "Some legal considerations in prison privatization," pp.31-60 in Mays and Gray(eds.), op cit.

28) Shichor, op cit., pp.88-89

그런데, 이러한 법률적 책임의 공방은 결국은 민영 교도소의 업무수행과 계약을 준수하는지를 감독하는 국가의 감시감독 장치에 달려있다²⁹⁾. 감독되지 않은 계약은 곧 공공의 이익과 재소자의 보호에 대한 국가의 완전한 책임을 초래한다. 한가지 방법은 소위 quality control이라고 하는 것으로서 교정국 내에 감독기구를 설치하여 주기적으로 현장을 방문하여 검사하고 연례 보고서를 작성하는 것이다. 또 다른 방법은 교정 공무원을 민영 교도소에 파견하여 현장에서 항상 지속적으로 감시하는 것으로 일상적인 계약사항의 준수는 물론이고 돌발적인 상황에 대한 즉각적인 지도가 가능하다³⁰⁾.

그러나, 구체적인 계약과 철저한 계약의 준수를 통하여 책임이 감면될 수 있다고 한다. 권리침해나 사고시 구제에 대한 명확한 계약상 명기가 필요한 이유가 여기에 있다³¹⁾. 만약, 국가가 민영 교도소의 업무수행 방법을 구체적으로 명기하고 일상적인 운영에 간섭하게 되면, 책임을 면할 수 없기 때문에 계약은 민영 교도소의 개괄적인 업무만 기술하고 구체적인 운영과 집행은 민영 교도소에서 책임지도록 하는 범위 내에서 쓰여지고, 국가는 민영 교도소의 업무집행에 관한 절차와 정책을 감독하는 것이다. 정부에서 일정한 기준을 제시하고 그 기준에 미치지 못할 때는 계약을 파기하는 방법으로 지도 감독하는 것이다.

결국, 책임의 여부와 정도는 상당 부분 우수한 경험 있는 계약자와 정부의 적절한 지도감독을 전제로 한다³²⁾. 결과적으로, 계약을 통하여 법으로 강제된 공공 교도소보다 훨씬 엄격하고 세밀한 임무를 규정하고 목표, 기준, 범주 등을 구체화하며 이들이 지켜지지 않을 때는 제재를 가하고 정부의 지도감독도 빈번하기 때문에 책임과 통제가 강화될 수 있다.

4) 受刑者의 權利

미국의 경우 계약시 최소 적법절차의 기준에 의한 수행자 권리가 침해받지

29) W.C. Collins, "Privatization: Some legal considerations from a neutral perspective," American Jails, 1987, 1:28-34

30) Mays, op cit.

31) S. Borna, "Free enterprise goes to prison," British Journal of Criminology, 1985, 28:321-334; M.P. Sellers, "Private and public prisons: A comparison of costs, programs, and facilities," International Journal of Offender Therapy and Comparative Criminology, 1989, 33:241-256; H.J. Sullivan, "Privatization of corrections and correctional rights of prisoners," Federal Probation, 1989, 53:36-42

32) Linda G. Cooper, "Minimizing liability with private management of correctional facilities," pp.131137 in Bowman et al.(eds.), op cit.

않도록 강조하고 있다. 그러나, 여기서 문제가 되는 것은 수행자에 대한 포상과 처벌로서 종래 교정당국에서 행하는 것을 민영 교도소에 위임할 수 있는가이다. 그러나, 대개는 민영 교도소에게도 유사한 절차를 부여하여 교정당국에 추천하고 교정당국에서 최종 결정하는 형태로 재량권을 행사할 수 있도록 해 줄 필요가 있는 것으로 알려지고 있다.

한편에서는 민영 교도소일수록 공공 교도소보다 더 강력한 안전장치를 마련할 수 있다고 한다. 민영 교도소에서의 재소자 권리의 보장을 위한 가장 직접적인 해결책은 역시 국가가 재소자의 권익에 직접적으로 영향을 미치는 모든 결정의 권한을 가지는 것이다. 만약 국가가 재소자의 혼육, 분류, 누진등급 등과 같은 모든 결정을 계속 유지하게 되면 수행자의 권익의 중대한 침해는 있을 수 없을 것이다. 그런데, 그러한 결정에 책임이 있는 관리가 민영 교도소 당국으로부터 독립성을 지키는 것이 중요하다³³⁾.

더구나, 특히 경제성 등 교정관리보다는 교화개선 등 재소자를 위한 측면에서 민영화를 시도하는 한국적 상황에서는 교도소의 민영화가 오히려 수행자의 권익을 신장하고 더 안전하게 보호할 수 있을 것으로 보인다.

또한, 교정사고나 소송에 대한 민사적 책임을 묻게 되고, 재계약을 위해서는 좋은 평가를 받아야 하는 등의 이유로 민영 교도소의 재소자 권리는 더 많이 더 잘 보호받을 수 있다고 한다. 한편, 민영 교도소의 직원들은 공무원과는 달리 공공에 대한 책임이 있는 것이 아니라 회사에 이윤을 남기는 책임이 있기에 공무원처럼 공무에 따른 면책이 거의 없다. 따라서, 민영 교도소와 그 직원들은 공무원과 공공 교도소에 비해 면책이 적기 때문에 민영 교도소의 재소자 권리는 더욱 잘 보호될 수 있다.

그리고, 민영 교도소의 직원에게는 재소자의 혼육, 분류, 그리고 석방과 같은 결정에는 최종적인 통제력을 갖지 못하도록 하고 있는 것도 수행자의 권리를 보호할 수 있는 한 방법이 된다. 물론, 이런 결정에 상당한 영향을 미칠 수는 있지만 대부분의 민영 교도소에서는 예를 들어 혼육의 경우 교도소 내에 상설위원회를 두어 단지 사실확인과 조사만 하도록 하고 이를 기초로 최종 결정은 교정공무원이 하도록 하거나 정부가 임명한 교정공무원이 사실을 조사하고 결정도 하도록 함으로써 민영 교도소에서의 권익침해에 대처할 수 있게 한다.

33) Harold J. Sullivan, "Privatization of corrections: A threat to prisoners' rights," pp.139-156 in Bowman et al.(eds.), op cit.

5) 受刑者와 施設의 選擇

민영 교도소에 대한 의문의 하나는 과연 보안등급이 높은 교도소도 운영할 수 있을 것인가 하는 것이다. 대다수 전문가들, 특히 교정 일선의 실무전문가들은 경구금 시설만 민영화하도록 권장하고 있는데, 이러한 태도는 대체로 지역 사회와 주민들이 자신의 지역에 민간이 운영하는 중구금 시설에 반대할 것이라는 기대와 우려 때문이라고 한다. 이러한 주장으로 민영화된 중구금 교도소는 아직 없지만 보안수준과 위험성이 다양한 그래서 중구금 교도소에 수용되어야 할 범죄자를 포함한 구치소는 많이 민영화되었고, 따라서 중구금 교도소를 운영할 수 없다고 단정하기는 어렵다.

그렇다면, 왜 중구금 교도소의 민영화를 문제시 하는가? 그것은 대부분의 사람들이 보안수준이 높을수록 살상무기의 사용 등 강제력을 더욱 많이 필요로 할 것이라는 우려 때문일 것이다. 그러나, 미국에서의 경험은 이러한 우려가 기우에 지나지 않았으며 아무런 문제없이 잘 운영되고 있는 것을 보여준다. 따라서, 물론 경구금 또는 개방시설을 민영화하는 것이 교도소, 재소자, 그리고 사회의 안전을 위해서도 지역사회의 반대를 설득하기 위해서도 우선은 쉬운 편이나 보안수준에 관계없이 중구금 교도소까지도 민영화할 수 있다고 여겨진다³⁴⁾.

6) 利權介入과 腐敗

일부에서는 그 동안의 정부가 발주하는 계약 등의 경험에서 교정 당국이 특정 계약자나 단체에 지나치게 의존하게 되어 공정한 경쟁과 계약을 어렵게 하고 부패할 수 있다는 우려를 제기할 수 있다. 그러나, 하나의 경로로서는 모르지만 교도소 민영화 자체를 반대하는 논리로서는 자가당착이라고 할 수 있다. 즉, 경쟁의 필요성을 인정하면서 동시에 경쟁을 반대하는 모순이다. 물론, 불공정한 계약은 피해야 하나 정부의 독점은 불공정한 경쟁의 문제를 해결해 주지도 않는다.

또 한편에서는 정부가 지나치게 민간분야나 계약에 매달리게 되어 종속적일 수 있다고 경고하나 그렇다고 민간 계약자가 없다고 그 문제가 해결되지도 않는다. 어떠한 용역이 정부에 의해서만 제공된다면 그것 또한 일종의 종속이기 때문이다. 따라서 교도소의 민영화가 이러한 정부에 의한 독점과 그로 인한 공무원에 대한 지나친 의존이나 종속성으로부터 해방시킬 수 있는 것이다. 특정의 용역이 중요할수록 더욱 더 용역을 공급하는 근원을 다변화할 필요성도 커지는 것이다.

34) Logan, 1993, op cit.

7) 勤務者의 資質

민영 교도소의 종업원은 누구인가, 그들의 자질은 충분한가, 그리고 과연 교도소를 제대로 운영할 수 있는가 등도 쟁점으로 등장하고 있다. 인사와 관련된 쟁점의 초점은 바로 교정공무원이 아닌 민영 교도소 종사자인데, 그 중에서도 그들의 자질 또는 자격요건이 논의의 핵심이 되고 있다. 사실, 민영 교도소에서는 관료제에서는 어려운 각종 승진제도 등을 이용하여 다수의 종업원을 전직 교정공무원들로 채우고 있다³⁵⁾.

문제는 교도소는 예산의 대부분을 인건비로 지출하고 있다면 민영 교도소에서 우수한 자원을 충분히 고용하면서, 특히 경력이 많은 전현직 교정공무원을 고용하면서 운영경비를 절감할 수 있는가 라는 사실이다³⁶⁾. 대부분의 민영 교도소는 이 문제를 보수는 제대로 지급하지만 가급적 적은 인원을 고용함으로써 해결하고 있다. 물론, 이는 양질의 서비스를 제공한다는 주장에 어긋날 수도 있으나 혁신적인 시설의 설계와 기계화나 자동화를 통하여 해결될 수 있다고 자신한다. 결국, 시설의 현대화와 기계화 등으로 비교적 소수이지만 전현직 공무원 등 경험 있는 양질의 근무자를 고용하여 적은 비용으로도 양질의 서비스를 제공하며 민영 교도소를 운영할 수 있다고 주장한다.

8) 政治的 影響力

일반적으로 민영 교도소의 계약자는 다수의 재소자를 장기간 수용하기를 원한다고 한다. 이를 위하여 이들은 정치권에 영향력을 행사하려고 노력할 것이다. 그 결과 수용의 장기화를 초래하여 재소자에게 불이익이 초래될 것이라고 경고하기도 한다.

그러나, 교도소의 민영화는 공공 교도소를 대체하는 것이 아니라 추가적이고 향상된 수용능력을 가진 추가자원을 제공하는 것이다. 더구나, 민영 교도소는 재소자의 식방과 출소에 아무런 영향력과 통제력도 행사할 수 없다. 모든 식방결정은 국가에 의해서만 이루어질 수 있기 때문이다. 또한, 비록 민영 교도소는 수용인원을 조절할 수 없지만 수용인원의 변화에 능동적이고 즉각적으로 대처할 수 있는 기업 특유의 융통성을 가졌기 때문에 정치적 영향력으로 인한 수용의 장기화와 불이익은 크게 문제되지 않을 것으로 보인다³⁷⁾.

35) G. Larry Mays, "Correctional privatization: Defining the issues and searching for answers," pp.3-10 in Mays and Gray(eds.), op cit.

36) J.D. Henderson, "Private sector management: Promoting efficiency and cost-effectiveness," Corrections Today, 1988, 50:98,100,102

37) Joel, op cit.

9) 契約書의 作成과 指導監督

범법자의 처벌을 집행할 권한을 민간에 위임하고, 민영 교도소에서 일어나는 일에 대해서 법적 책임을 국가가 피할 수 없다는 사실로 인하여 계약의 작성과 지도감독이 중시되고 있으며, 일부에서는 교도소 민영화의 성패가 여기에 달렸다고도 한다. 민영 교도소의 계약 시 대체로 다음의 6 가지 사항이 고려되어야 한다³⁸⁾.

가. 계약의 기간

통상 3-4년으로 하고 있는데, 계약기간이 짧으면 업무수행이 만족스럽지 않을 때 정부로 하여금 계약자를 쉽게 바꾸거나 재계약을 협상할 수 있게 해주는 반면, 계약자에게는 프로그램을 개발하고 예산을 세우고 직원을 채용하는 등이 어려워지기 때문에 문제가 될 수 있다. 이런 경우에 대비하여 추가비용을 가산하기 때문에 민영화의 경제적 이점이 살아질 수 있다. 반대로 계약기간이 너무 길면 업무수행이나 계약이행이 만족스럽지 못하더라도 감수해야 하는 경우가 생긴다.

나. 적절한 금액의 산정

대부분 재소자 한 명 당 하루 경비를 정하여 지불하는데, 이는 몇 명의 재소자가 얼마 동안 수용되어 얼마의 예산이 필요한가를 계산할 수 있게 해주고, 따라서 교정 당국에게는 예산초과의 위험을 해소해 주고 계약자에게는 수용인원을 예상할 수 있게 한다. 그러나, 예상하지 못한 갑작스러운 수용인원의 증축을 막기 위해서 최소한의 수용인원이나 수준을 명기하기도 한다.

다. 최소 및 최대 수용능력

충분한 인원이 수용되지 않으면 금전적 손실의 가능성이 있기 때문에 그 위험성을 최소화하기 위해서 최소수용 정도를 정하는데, 이는 수용인원의 통제권 전적으로 정부의 손에 달렸기 때문이다. 보통 최소수용 수준은 수용능력의 70% 정도로 정하고 있다. 최대수용 수준을 정하는 것은 일정 수준의 수용공간이 있으며 과밀수용 되지 않는다는 것을 확인할 수 있기 때문이다.

38) Shichor, op cit., pp.111-118

라. 수용자의 유형

누구를 수용할 것인가를 규정하는 것이 계약의 중요한 부분이다. 여기서 석방과 이송의 결정 시 계약자의 역할도 분명히 해야 한다. 대부분의 계약자가 위험성이 적은 보안수준이 낮은 수형자나 마약이나 알콜 등 추가 소득이 있는 특수한 처우를 필요로 하는 수형자를 원하기 때문에 명확히 규정할 필요가 있다.

마. 업무수행 기준

업무수행 기준을 명확히 정하는 것은 양자에게 모두 보호막을 제공해 준다. 그것이 없다면 이윤을 극대화하려는 계약자와 안전하고 인간적인 여건을 유지하려는 정부의 관심과 재소자의 송사가 있을 때 양자가 충돌 할 수 있다. 특히, 직원채용, 근무행태, 공간배정, 근무배치, 안전 및 위생, 보안과 통제 절차, 훈육절차, 감독절차, 음식과 의료, 교육훈련, 여가활동, 그리고 작업 등을 비롯하여 회계, 장부정리, 보고, 지도감독 등과 같은 행정사무까지 모두 포함되어야 한다.

바. 성과급

업무수행 능력의 고양을 위하여 일부 incentives를 제공하거나 벌칙규정을 정하고 있다. 공공의 안전과 재소자의 권익을 보장할 수 있도록 통제하는 장치들 마련할 필요가 있고 그 대안의 하나가 바로 상벌조항이 될 수 있다고 한다. 한가지 방법은 계약기간의 연장과 단축이 될 수 있다.

그러나, 계약의 내용이 아무리 좋아도 계약대로 지켜지지 않는다면 소용이 없기 때문에 계약에 대한 감시가 필요하다. 특히, 교도소란 공공에 개방된 곳이 아니기 때문에 더욱 그렇다. 계약에 대한 감시는 계약자가 계약을 준수하는가를 확인하는 것이다. 효과적인 감시를 위해서는 대부분 효과적인 mechanism이 필요하다고 한다. 수요와 공급이라는 자유시장원리에 의한 통제기제는 교도소에서는 제한적으로 적용될 수밖에 없기 때문에 보다 철저할 필요가 있다. 기본적으로는 분명하게 쓰여지고 구체적인 계약이 성공의 열쇠이다.

한 가지 방법은 교정공무원을 민영 교도소에 상주시키는 것이다. 이 방법은 경비가 많이 필요하지만 계약자가 계약을 준수하고 있는지 확인하는 데는 가장 효과적이다. 그러나, 이 방법은 경비가 추가로 필요하게 됨은 물론이고, 소장 이하급 공무원을 따라야 하는 위계질서의 파괴가 우려되며, 대우가 좋은

공무원과 민간 고용인간의 접촉으로 인하여 민간 근로자들의 사기를 저하시킬 수 있고, 유착이나 매수 등의 우려가 있다는 문제점이 있다. 그래서, 비교적 덜 효과적이지만 나은 대안이 지정된 공무원으로 하여금 주기적으로 감사를 하도록 하는 것이다.

현장 상주감사는 사전 예방도 할 수 있으나 이 경우는 사후 적발만 할 수 있지만 비용이 적게 든다. 불시에 자주 검사하고 감시한다면 더 효과적일 수도 있다. 이러한 감시제도에 대한 보완책으로서 민영 교도소를 언튼을 포함한 일반에게 개방하는 방안이 제시되고 있다. 이 방법은 추가경비를 요하지 않고도 추가적인 감시기회를 가질 수 있으나, 어디까지나 정부 감시제도에 대한 보완이어야지 그 대안이 되어서는 안 된다.

이와 함께, 민영 교도소를 통제하기 위해서는 위반이나 남용에 대한 제재도 가능해야 한다. 제재방법은 주로 위반으로 인한 잠재적 이익을 줄이기 위해서 벌금형이 바람직하다. 물론, 지속적으로 위반한다면 계약의 파기 등 강경한 조치가 따라야 할 것이다. 한편, 재소자들로 하여금 언론과의 접촉을 통하거나 법에 호소하는 등의 조치를 취하게 하여 스스로 감시하도록 하거나 민간회계회사나 전문기관에 감사를 맡기는 방안도 제시될 수 있다. 그러나, 이러한 모든 방안들도 충분한 업체가 있어서 완전한 경쟁이 보장 되어야 할 가능한 것이다³⁹⁾.

4. 矯導所 民營化의 未來

민영화할 것인가 아닌가는 더 이상 문제가 아니다. 교도소의 민영화는 법률적 책임으로 인한 비용을 절감하고, 수형자에게 가능한 법률적 조치의 범위를 확대시켜 주며, 교정경비를 절감하고, 교정서비스의 질을 향상시키며, 정부의 교정시설에 대한 통제와 감독을 강화시켜주는 결과를 가져다주었을 뿐만 아니라⁴⁰⁾, 교정의 민영화 또는 민영 교도소는 합법적이며 합헌적이라고 알려지고 있다⁴¹⁾. 어떠한 형태든 교정의 민영화는 매우 긍정적이라고 할 수 있다. 이미 일부 용역계약이나 납품, 그리고 보안수준이 낮은 시설의 운영에 이르기까지

39) Shichor, op cit., pp.119-127

40) Charles W. Thomas and Charles H. Logan, "The development, present status, and future potential of correctional privatization in America," pp.213-240 in Bowman et al.(eds.), op cit

41) I.P. Robbins, "Privatization of corrections: Defining the issues," Federal Probation, 1986, 50:24-30, Judicature, 1986, 69:324-331

다양한 분야에서 민영화이 이루어지고 있으며 일부에서는 심지어 보안수준이 높은 중구급 교도소의 운영까지 실험되고 있는 실정이다. 기존 시설의 과밀수용은 증대되고 이에 대한 법원의 개입도 강화되어 교정시설의 수용인구의 증대와 재정부담을 더욱 심화시키게 된다. 민영 교도소가 감내할 수 있을 정도의 비용으로 이 문제를 해결할 수 있는 대안으로 등장하게 된다. 그러나, 어떠한 형태이든 민영 교도소가 공공 교도소를 대체하는 것이 아니라 보완하는 것이어야 한다.

물론, 민영화에 대한 비판이나 반대 또는 문제점도 지적되고 있으나 이들 문제는 공공 교도소도 마찬가지로 겪고 있는 교정 공통의 문제에 지나지 않는다. 또한, 안전하고, 인간적이고, 효율적이며, 공정한 교도소의 운영은 정부에게만 맡겨 놓기에는 너무나 중요한 목표이다. 만약, 이처럼 중요한 목표가 민영화를 통해서 이루어질 수 있다면 적어도 그것을 증명할 수 있는 기회는 주어져야 한다. 반대로 그 목적이 정부에 의해서 가장 잘 성취될 수 있다면 정부는 그 사실을 실증적으로 보여주어야 할 것이다.

그러나, 민영 교도소도 문제가 없는 것은 아니다. 민영 교도소가 모든 시설에서 모든 재소자에게 효과적이고 효율적이며 유용한 것은 아니다. 순수한 구급이라는 견지에서 보면 민영 교도소가 공공 교도소보다 나은 점이 하나도 없다. 모든 가능성을 고려한다면 적어도 우리는 公私間 協同(partnership)의 시대로 접어들고 있다⁴²⁾.

이제는 누가 교정서비스를 제공해야 되는가가 아니라 교정서비스를 누가 가장 저렴한 비용으로 가장 양질의 서비스를 제공할 수 있는가에 관심을 가질 때이다. 성인범죄자에 대한 교정이 더 이상 공공 교도소의 독점과 전유물이 아니고, 교정시설이 가장 효과적이고 효율적으로 업무를 수행할 수 있는 누구에 의해서 관리 운영되어야 하는 시기를 맞고 있다. 그 결과 현대 교정은 경쟁을 권장하고 책임감을 요구하며, 창의성을 자극하고 성공에 대해서 보상하며, 선택을 가능하게 하도록 변하고 있다. 때로는 민간기업이 때로는 공공기관이 승자가 될 수 있으며, 승자가 누구이든 그것은 공공의 이익이 되는 것이다.

그런데, 교정의 민영화가 성공하기 위해서는 몇 가지 선결과제가 있다. 먼저, 교정의 궁극적인 고객은 누구인가를 알아야 한다. 정부는 책임을 최소화

하고 비용을 절감하는데 관심이 있고, 일반시민은 사회의 안전을 강조하고, 재소자는 양질의 서비스에 관심을 가지게 마련이다. 따라서, 교정의 민영화가 누구를 위한 것인지 먼저 정리되어야 한다. 즉, 교정의 민영화가 누구의 이익을 위한 것인지를 분명히 해야 하는데, 그것은 모든 고객에게 모든 것을 제공하려는 것은 누구에게도 아무런 서비스도 제대로 제공하지 못하게 되기 때문이다. 한국의 경우는 민영 교도소의 도입을 추진하는 배경이 재소자를 고객으로 그들의 이익을 위한 것으로 알려지고 있다.

교정의 국가독점도 경쟁을 제한하기 때문에 높은 비용으로 질이 낮은 서비스를 제공하게 하는 상황을 초래할 뿐만 아니라, 이를 해소하기 위하여 교정의 민영화를 도입하는 경우에도 철저한 시장경제와 경쟁의 원리가 지켜지지 않는다면 유사한 결과를 초래하게 된다. 이러한 결과는 특히 국가가 민영 교도소를 다시 떠맡을 능력과 시설을 유지하지 못해서 또는 경쟁의 상대가 없어서 재계약을 통한 통제가 사실상 불가능하기 때문이다. 따라서, 이를 해소하기 위해서는 국가도 인제라도 문제가 된 민영 교도소를 다시 맡을 준비가 되어 있어야 하며, 또한 민영 교도소 참여 희망자가 다수여서 경쟁이 가능하여야 한다. 결국, 민영 교도소는 특정 집단이나 단체 또는 기업에 독점적 지위를 부여해서는 안되며 모두에게 개방되어서 경쟁의 원리가 지켜질 수 있어야 한다⁴³⁾.

42) T.D. Hutto, "Corrections partnership: The public and private sectors work together," Corrections Today, 1988, 50:20,22; B. Turner, "Cutting red tape: How privatization can help the public sector perform more efficiently," Corrections Today, 1988, 50:74,76,87

43) Michael J. Gilbert, "Private confinement and the role of government in a civil society," pp.13-20 in Mays and Gray(eds.), op cit.

민영교도소등의설치·운영에관한법률안 의견서 검토결과

(제출자: 대한불교조계종)

법 무 부 교 정 국

99. 9. 14 장안재무

99. 9. 28 법무국

제 출 자	제 출 의 견	검 토 의 견
대한불교조계종	<ul style="list-style-type: none"> ○ 각 언론에서 민영교도소등의설치·운영에관한법률의 제정추진이 특정종교단체의 정치권에 대한 로비를 통해 이루어졌다고 보도하고 있음 ○ 종교계와 사회단체, 언론등에서는 민영교도소운영시의 문제점 및 장단점에 대한 공개적인 토론부재를 지적하고 있으며, 성급한 법제정에 반대하는 여론등 광범위하고 충분한 의견수렴절차가 필요함 	<ul style="list-style-type: none"> ○ 민영교도소등의설치·운영에관한법률안은 관계부처협의, 입법예고등을 거쳐 현재 규제개혁위원회 심사의뢰를 준비중에 있고, 향후 법제처 심사, 당정회의, 국무회의 상정 등을 거쳐 11월경에 국회에 제출할 예정인데 이는 보도와는 달리 여론을 반영하여 법무부의 자체판단으로 추진하는 사업임 ○ 이 법안은 국회의 토론 및 표결과정에서 더욱 폭넓은 여론 수렴을 거칠것으로 생각되고 국회를 통과하더라도 시행령제정, 표준공개제안요청서 및 계약서작성 등에 1년여의 준비기간이 소요될 것으로 예상됨 ○ 또한 이 법의 시행은 전적으로 법무부장관의 재량에 위임되어 있으므로 실제 교정업무의 민간위탁 시행여부는 그 당시의 국민적 합의, 변화된 교정여건, 적정한 운영주체의 등장 등을 종합적으로 고려한 법무부장관의 결정에 달려 있음