인권정보자료실
CPa1.92

<행형관련 글 모음>

* 출처, 글쓴이 미상

감옥사를 통한 인권문제 제고찰

재소자의 법적 지위 연구

교도소 실태와 재소자 인권유린

범죄 수사와 인권문제

기본권 제한에 관한 결정에서 헌법재판소의 논증도구

인천물동사랑방

감옥인권팀 (2005. 2. 1)

인권정보자료실
CPa1.92

<행형관련 글 모음>

* 출처, 글쓴이 미상

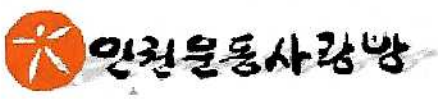
감옥사를 통한 인권문제 재고찰

재소자의 법적 지위 연구

교도소 실태와 재소자 인권유린

범죄 수사와 인권문제

기본권 제한에 관한 결정에서 헌법재판소의 논증도구



감옥인권팀 (2005. 2. 1)

감옥사를 통한 인권문제 재고찰

목 차

제 1 장 : 근대적 사회통제기관의 형성과 인권문제의 함수관계

(1) 근대감옥형성과 감옥의 진화

(2) 형벌과 사회구조의 연관성

(3) 지배이데올로기 일환으로서 현대적 행형성립

(4) 인권문제를 통한 현행법학의 과제

■ 열 면 서

98년 8월 15일. 정부는 정부수립 50돌을 맞아 공안사건 관련자, 한보관련 정치인, '96년 4·11총선 때의 선거사범 등을 포함해서 총 7007명에 대해 특별사면·복권, 가석방 조치를 단행했다.[1] 8월15일, 그날은 우리들에게 있어 희비가 교차하는 순간이었고 또한 정의가 다시 가위눌리는 운명적 장면을 목격해야 했었다.

우리는 이들 중 얼마나 많은 사람들이 독재의 풍랑 속에서 뿐만 아니라 '자유민주적 기본질서'를 수호한다는 허울좋은 기치아래에 희생되었는가를 돌이켜보지 않을 수 없다. 또한 정의(正義)는 결국 정의를 사수하려는 자들의 승리가 아닌 정의라는 미명아래 불의를 일삼는 자와의 타협의 산물로 나타나는 어처구니 없는 사태를 우리는 목도하고 있다. 대통령의 이러한 은사적 사면조치가 과연 '국민화합 계기'가 될 수 있는 있으며, '가장 신중하고 공평한 입장에서' 사면·복권 대상자를 선정했다는 것에 대한 의문을 금지 못하는 이유가 바로 여기에 있다. 이것은 이번만의 일이 아닌 늘상 사면조치가 있을 때마다 되풀이 되는 정부의 연례행사이며 이런 광경을 우리는 이미 전·노사면(3·13사면)때에도 보아왔었다.

새정부 출범 이래로 아직도 양심수로 복역하고 있는 숫자가 300여명 정도로 현재까지 계속 증가하는 추세에 있으며 또한 그들이 출소 이후에도 제대로 복권이 되지 않아 각종 국가시험의 기회가 박탈되기도 하며 복역사실을 숨기고 직장에서 근무하다가 해고당하는 등의 이중적 불이익을 당하고 있다고 한다.[2] 여기서 우리는 결국 국가의 허구적인 인권보장 테두리 속에 인권보호와 인권보장의 문제가 단순히 국가기관이 소관이 아니라는 것, 또한 그것을 그들에게 맡겨서도 않된다는 것이다. 과거의 정권에 비해 인권옹호자의 성격을 많이 드러내는 현 정부 또한 여전히 자의적인 구속수사와 법적용으로 그에 따른 피해자의 수가 계속적으로 증가하고 있다는 사실은 민주화실천가족협의회(민가협)의 통계[3]가 적확(的確)히 뒷받침해 준다. 바로 여기서 우리들의 기본적 인권보장을 위해서는 이때까지 투쟁의 역사가 보여준 교훈을 통해 우리 스스로의 기본적 인권을 정확히 인식해야 한다.

소위 말하는 국가의 안전보장·질서유지·공공복리의 실현을 위해서라도 그것이 국민을 위해서 실현되어야 할 목적이며 대상이 아니라 특정 집단의 이익에 우선하는 것이라면 절대 그 제한에 응해서는 안된다. 이러한 기본적 인권 쟁취투쟁은 단순히 양심수들의 문제에만 국한되는 것이 아니라 바로 우리의 문제로서 우리의 생활과 직결되어 있다.

따라서 '국가의 노예'[4]라는 죄인으로서의 꼬리표를 달고 복역하는 재소자들의 인권문제를 우리는 단순히 그들만의 문제로 바라보아서는 안된다. 그들의 처우문제가 곧 간과할 수 없는 사회현실의 반영이자 사회모순의 집약적인 모습들을 보여주기 때문이며 결국 이것은 앞서 말한 '우리의 문제'가 될 수 밖에 없다.

법외영역으로 치부되고 인권의 사각지대라고 불리었던 교도(구치)소내의 재소자의 기본적 인권문제를 좀 더 사회구조적인 측면과 아울러 현행법의 문제점들 폭로해 내는 작업을 통해 재소자 인권과 처우문제를 조명하려고 한다.

특히 현대 교정(矯正)에서 압도적으로 자리잡고 있는 허구적인 재사회화 정책의 비판을 통해 다각적으로 문제에 접근하려고 했으며, 미결수의 인권적·법적 지위(몸말 3장)에 대한 부분에설문을 통해 현실적으로 접근하려고 했으며 '교도소 실태에 관한 설문'은 98년 3월 출소자 대상으로 이루어진 설문자료(인권운동사랑방과 천주교인권위원회 공동조사)를 인용했으며, 마지막 보론에서는 외국 교정교육 제도와 우리나라의 비교고찰을 통해 행형의 문제점을 지적해내고 교정의 방법적인 문제에 대해 고민하였다.

1. 근대적 사회통제기관의 형성과 인권문제의 함수관계

(1) 근대감옥형성과 형벌의 진화

근대감옥의 발생하게 된 것은 보통 역사학자들이나 형법학자들이 대략 18세기 후반부터 19세기 중반에 걸쳐 형성·발전되었다고 보고 있다.[5]이 시기는 시민혁명과 산업혁명이라는 양대혁명의 결합에서 특징지어지듯이 경제·정치적인 대변혁과 더불어 인간의 생활양식에 근본적인 변화를 보이게 되었다. 특히 이 시기에는 역사적으로 전제적인 왕정시대에 종지부를 찍게되는 운명적인 시대사적 상황을 통해 국가기관의 변화를 통한 여러 제도들, 특히 형사사법제도와 형벌에 있어 많은 변화를 보이게 되었다.[6]

여기서 에밀 뒤르켐의 '형벌의 진화'[7]에 관한 이론은 시사하는 점이 많다. 사회가 단순한 기계적인 결합형태에서 복잡하고 유기적인 결합형태로 발전해 나가면서 법 자체의 성격도 억압적인 법에서 배상적인 법으로 변화하고 국가기관도 구제절차의 수행에 단지 부수적으로 관여하는 소극적인 역할만을 수행한다고 한다. 이러한 변화는 종래의 종교집단과 같은 집단의식에 의해 결속이 이루어지는 것이 아니라 개인에 대한 존중, 인간의 존엄, 인도주의 등과 같은 세속적 가치에 바탕을 두고 있기 때문이라고 본다. 뒤르켐은 **'형벌의 두가지 법칙(Two Law of penal Evolution)'**이라는 논문을 통해 사회변화에 따라 처벌의 종류와 정도도 사회의 발전에 따라 변화해 왔다고 지적하였다.

여기서 형벌의 양적인 진화는 사회발달 수준과 형벌의 가혹성의 정도를 설명하는 '양적변화의 원칙(the principle of quantitative change)'으로 설명하고 있다. 이 이론은 사회의 발달이 형벌의 가혹하고 잔혹한 형태를 완화하게 하며 또한 사회발달 정도와 별개의 것으로 형벌의 가혹성에 영향을 미치는 것이 **'정치권력의 중앙집권화'**라고 피력하였다. 18세기 서구사회 사형제도 폐지의 문제를 비롯한 형벌제도의 개선이 진행된 것도 이러한 맥락에서 설명될 수 있다.

두 번째로 형벌의 질적변화의 원칙(the principle of qualitative change)은 사회가 발전하고 종교적인 사회로부터 더욱 세속적인 사회로 전환될수록 신체에 가해지던 잔인한 형벌보다 감금을 통하여 격리하는 **자유형을 선호**하게 되었다는 것이다.

과거의 형벌은 종교적인 재판(중세 때의 마녀재판 경우)을 통해 이루지는 경우가 많았었고 국기기관의 개입이 상대적으로 적었으며, 그 형벌의 형태 또한 신체절단형, 사형, 화형 등과 같은 잔혹한 형벌이 주류를 이루었으며 특히나 그러한 형벌의 집행이 '공개적'이라는 것에 특징이 있다. 따라서 근대감옥이 형성되기 이전의 감옥은 형의 집행을 대기하는 임시적인 구금시설에 불과했으며 그 규모나 관리도 느슨하였다. 예를 들어 '청년을 부패시키고 국가가 믿는 제신을 믿지 않는 혐의'로 고소당한 소크라테스(B.C.470~399)의 경우, 배심원 501명중 361:140표로 재판[8]에서 사형판결을 받게 되는데 이때 그가 대기하고 있는 감옥에 제자들이 출입하여 그의 탈출을 도울려고 했다는 일은 누구나 아는 사실이다. 그러나 그러한 와중에도 소크라테스 뿐 만 아니라 다른 죄수들도 동일하게 그러한 감옥에 구금되어 있었다면 탈옥이 가능했을 것이다. 그러나 그들이 탈출하지 못했던 궁극적인 이유는 연좌제(連坐制)에 의한 처벌이 있었기 때문이었다. 따라서 재판중의 범법자를 엄격하게 다룰 필요가 없었다는 것이다. 그러나 절대권력이 붕괴되고 나서는 형벌의 개념이 육체적인 형벌을 대신하는 자유형의 개념으로 진화되었고 그 처벌형태도 비공개적으로 변화했다는 것이다. 따라서 자유형이라는 것은 **'자유=시간의 박탈'**[9]을 통해 부과되는 형벌로 18세기의 대표적

인 형벌로 자리잡게 되었다.

(2) 형벌과 사회구조의 연관성

이러한 과정 속에서 전근대적인 형벌의 개념은 정리되고 근대적인 형벌의 개념이 도입되면서 일정기간 동안 사회와 격리된 공간 속에서 노동과 교육을 주입함으로써 '정직하고 유순한 시민'으로서 사회에 복귀할 수 있도록 했다. 바로 이 시기에 자의적이고 불규칙적인 사법제도일반이 형벌법규와 정규적이고 관료화된 사법기구로서 재정비되었다. 여기서 근대감옥을 형벌의 진화로서 고립적으로 이해할 것이 아니라 이 시기의 사회사(社會史)적 상황과의 연관고리를 통해 거시적으로 조감해야 할 필요를 느낀다. **이 시기의 감옥의 통제기관적 성격은 단순히 감옥 뿐 만 아니라 여러 형태의 사회통제기관과 함께 형성**되었다는 것이다. 예컨대, 정신병원·노역장·유치장·부랑자 수용시설·군대(이러한 제도들을 총체적 통회제도total institution[10]라고한다.)등이 그 예이다. 형벌에 대한 국가기관의 적극적인 개입은 단순히 수감되어 있는 재소자들의 사회 재복귀의 문제를 다루기 위해서가 아니라 '일정한 국가 이데올로기적인 영향과 정치적 목적'들이 용해되어 있음에 착목해야 한다.

근대 자본주의 사회 형성과 더불어 많은 병폐들과 모순들이 극한에 이르렀을 때 국가는 반대급부로서 등장한 세력을 무마할 힘과 그에 대한 정당성을 찾기 위해 주력했고 그것의 방법적 지점 중에 하나를 '감옥'이라는 제도에 투영시키기 시작했다. 따라서 근대적 사회통제기관의 형성은 전반적으로 사회의 질적 토대를 구성하고 있는 경제적인 제문제와 맞물리게 되어있으며 또한 사회전반적인 변화에 의해 사회질서의 확보와 경제적 재생산이라는 관점으로 설명되어질 수 있다. 그러므로 근대감옥을 총체적으로 조감할 때 형벌형태를 규정하는 구성요건이 바로 **노동시장 여건의 일변과 이러한 여건 하에서의 죄수들에 대한 열등처우**[11]라고 할 수 있다. 근대감옥의 형태는 본질적으로 사회구성 전반의 질적 토대를 구성하고 있는 경제적 재생산의 영향이 지대하게 높다고 볼 수 있다. 좀 더 구체적으로 중세말기·근대 자본주의 형성시기의 감옥제도의 기능적인 부분을 살펴보자.

중세말기에는 인구가 급증하게 되고 이에 따라 범죄 또한 증가하게 되었다. 이에 17세기에는 노동시장의 여건이 크게 일변하게 되었으며 이즈음에 사회전반적인 문제(특히 경제적 불평등에 대한 제문제)가 서서히 싹을 틔우고 있었고 점차적인 농업시장의 몰락으로 사회문제의 양상은 좀 더 복잡해지게 되었다. 이러한 조건하에서 실제 노동을 할 수 있는 노동력의 수효는 격감하게 되었고, 중상주의 국가에서는 유용한 노동력을 활용할 가능성에 주목하게 되었다. 바로 이 때 인도적 행형이 우세하게 되고 질적으로는 체형보다 **징치감시설(house of correction 혹은 work house)**을 통해 부족한 노동력을 확보, 이를 착취하는 실질적인 원동력이 되었으며 이 때에 **근대 자본주의적 사회 내의 부르주아 계급의 경제적 토대를 구축**하게 되었다. 그러나 이러한 형벌제도도 산업혁명으로 인한 기계의 보편화를 통해 그 경제적 유용성을 상실하게 되었으나 감옥 내의 규율과 일상활동은 주기적으로 변화하는 경제여건과 노동시장의 상태에 많은 영향을 받게 되었다. 즉, 불경기에는 잔혹한 처우와 독거구금제(獨居拘禁制를) 실시하였고, 호경기에는 인도적 형행과 혼거작업제(混居作業制를) 채택하는 경향이 있었다. 이러한 논리에서는 결국경제적 재생산이 감옥의 성격과 형태를 결정한다는 편향된 이론이 아닌가[12]라는 의견도있을 수 있으나 실질적으로 근대까지 사회적인 상황을 분석하고 설명하는 데는 충분하다고 판단된다. 특히 중상주의적 국가형태 이후에는 그러한 형태의 노동은 당연히 부차적인 것일 수 밖에 없다. 다만 현대에도 국가기관과 사회통제기관 그리고 수용자의 제3자간 모순은 언제든지 발생할 수 있으며 그것은 필히 정치·경제적 변화와 노동시장 여건의 일변을 필요조건으로는 하지 않는다. 단적인 예로 그것이 축약된 모습으로 총체적인 모순을 드러내는 대표적인 사건은 '양지마을'사건으로 볼 수 있는데 그곳의 가장 큰 문제는 사회복지기관과 국가기관(감사와 지도감독을 맡은 연기군청과 보건복지부)과의 유착고리라고 할 수 있다. 그러한 유착의 본질적인 이유는 원생들에게 자행되는 일련의 **'강제노동'** 행위에 대한 묵인이라고 할 수 있다. 한해 수십억원의 국가보조금을 받으면서도 감사 한 번 재대로 이뤄지지도 않으며 또한 이 아무개씨라는 국회의원이 뒤를 봐준다는 얘기까지 나오고 있는 것은 당연한 논거가 된다.

교도소와 전혀 다를 바 없는 시설구조와 그들에게 자행되는 일련의 강제노동(한달 임금이 일만원)은 원내에 피임기구 강제시술과 이사장 등의 지시에 의한 강제결혼, 폭행, 암매장까지 엄청난 문제를 야기시키는 근원이 되어왔던

것이다.

[13] 따라서 양지마을 담당이사장의 궁극적 목적은 대가없는 노동력 확보를 통해 엄청한 이윤을 착취하려는데 있으며 이러한 일련의 정황은 자본주의적 메카니즘을 축소해 놓은 단적인 사례라고 볼 수 있는 것이다.

이러한 사실을 통해 단순히 발전주의적 발상에서의 근대와 현대의 이분법적 사고와 사회변동의 한 측면으로서 사회통제 기관의 인권문제가 대두되는 것이 아니다. **궁극적으로 자본주의 메카니즘을 운용하는 실질적인 권력의 테두리 속에 요구되는 이데올로기적 기능을 수행해내는 과정에서 사회통제기관의 문제와 인권문제가 발생**하게 되는 것이다. 나아가서 일반인 또한 사회통제기관의 일반적인 특성 때문에 사회통제기관의 현실적인 문제와 재소(수용)자의 인권에는 배타적이거나 관심조차 보이려고 하지 않는다는 것과 국가기관 역시 그러한 문제에 냉담한 반응과 적극적인 개입을 보이고 있지 않고 있는 것이 위의 사실을 충분히 뒷받침할 수 있다.

(3) 지배이데올로기의 일환으로서 현대적 행형성립

근대에서의 감옥의 성립을 통해 근대에서 현대로 이양되는 과정에서 감옥은 사회통제기능이 더욱더 확대되고 강화되었다. 자본주의가 점차 진전함에 따라 복잡한 양상의 사회문제를 해결하기 위해 국가의 개입으로 적극적인 통제가 이루어지게 되었으며 또한 국가는 자본축적을 위한 최소한의 조건을 확보하는 것 이외에 경제활동의 지도·조정·계획에서도 능동적인 역할을 요청받았다. 이것은 국가독점적인 형태의 양상을 띠게되는 계기가 되었으며 이러한 현상을 감옥이 부르주아 계급권력의 규율기재로 작용하여 사회통제의 역할을 수행한다고 볼 수 있다[14].

현대적 교정행형이 성립된 것은 19세기말 실증주의 범죄학이 대두하게 되고 특히, 롬보로소C.Lomboroso의 '범죄인론(L'uomo delinquente)'이 발표되는 것을 기점으로 범죄에 대한 과학적이고 실증적인 접근을 시작하게 된 것이다[15]. 이 주장에서는 범죄를 병리적인 현상으로 보게됨으로서 범죄원인의 제거를 강구하게 되었고 그것이 결국 병든 개인과 치료하는 국가의 구도로 대립됨으로써 시작된다. 따라서 국가의 역할은 자연히 확대될 수 밖에 없다. 국가는 본질적으로 교정, 사회복귀 등의 일을 수행하는 '선의(善意)'의 기관이므로 그 역할과 권한을 확장한다하더라도 잘못될 우려가 없다고 보는데[16] 이것은 시민의 일상생활에 대하여 규율과 통제를 확대·심화하려는 20세기 독점자본주의국가의 요청에 맞아떨어질 수 있다. 따라서 현대의 교정행형은 결국 **지배계급의 권력행사를 정당화하는 일반이익적 이데올로기**이며 보다 고차원적인 사회통제역할을 담당한다는 분석이 가능하게 된 것이다.[17]

(4) 인권문제를 통한 현행법학의 과제

앞에서 분석한 내용은 역사적인 과정에서 사회·경제구조의 내용과 감옥의 생성이 필연적인 연관고리를 가진다는 것이다. 이러한 구조적 논의에서 늘상 누락되는 재소자의 인권문제는 어떠한 관점으로 보아야할 것인가를 고민하지 않을 수 없다. 궁극적으로 '국가의 노예(혹은 지배계급의 노예)'가 되어버린 재소자의 인권적인 지위를 다시 한 번 재확인하는 일이 더 큰일임에도 주객이 전도된 결과를 낳은 것 같다.

근래에 들어 다시 한 번 탈주범 사건이 발생하게 되고, 보호관찰법에 의해 형기 끝난 사람은 다시 정치적인 목적에 의해 보호감호처분을 받아야 하는 이러한 현실[18]은 탈주범의 문제에 국한되는 것이 아니라, 보호관찰 대상에 속하는 사람만의 문제가 아니다. 이는 그 사건의 성격이 어떠하든지 간에 공공연하게 교도(구치)소내에서 일어나고 있는 비인권적 행위가 아직도 자행되고 있다는 사실을 여실하게 보여주는 것이라고 판단할 수 있기 때문이다.

현대 행형의 문제를 다시 한번 되새긴다면 행형은 당대 사회구조와 밀접한 연관을 가지고 있고, 또한 허구적인 재사회화 구실에 의해 이용당해 사회통제구실을 강화한다는 사실을 간과할 수 없다. 이를 토대로 88년 10월 8일 지강헌외 11명의 탈주사건[19]의 내용과 98년 1월20일 신창원의 탈주사건[20]은 위의 두가지 문제를 여실하게 반영하며, 또한 각 인권단체의 조사를 통해서도 공안사범 뿐 만 아니라 상대적으로 사회적 약자였던 재소자들의 인권을 크게 탄압하는 문제가 여전하다는 것을 알 수 있었다.

탈주범의 경우, 메모를 남긴 내용이 단순히 탈옥에 대한 자신의 변명이라기 때문이기에 무시하기 이전에 분명 그것이 변명이 될 만한 소지가 있다는 것을 먼저 주목해야 한다. 특히나 10년전의 사건에서 지강헌 외 11명이 애기한

내용이나 10년후 현재의 사건에서 신창원이 남기간 일련의 글들은 작위적인 냄새를 배제할 수는 없지만 내용적인 측면에서 교도소내의 생활은 어느 정도 진실성 및 신빙성이 있는 것으로 보아진다. 이것은 당사자도 더 이상 부가하거나 축소할 필요가 없다는 것을 누구보다 잘 알 것이기 때문이다. (단, 여기서는 몸말 4장 교도행정의 문제와 개선방향에서 다룰 예시·설문과는 다름을 밝힌다.)

여기에서 짚고 넘어갈 문제는 두가지로 압축할 수 있다.

첫째, **교도(구치)소내의 인권문제의 현실**을 자세히 착목할 필요가 있다는 곳이다. 10년전의 사건과 10년 후의 사건을 비교분석하여 현실의 문제를 유추·확인할 필요가 있다는 것이다.

둘째, **교도소내의 재사회화가 과연 얼마만큼 효율성과 효과**가 있는지를 확인해야 한다. 이것은 재소자들이 거쳐하는 생활에 일반영역 모두에 적용되는 것이기 때문이다.

먼저, 두가지 사례 중 '88년 탈주범사건'때의 지강헌을 비롯한 김동련, 손동완, 안광술등의 편지와 말들과 '98년 탈주범사건'때의 신창원이 남기고 간 탈주수기를 비교해 보자.

구분			
해당 사건	당사자	죄목	내용
8 8년 탈주범 사 건	김동련 (32)	상습절도 징역 7년	▶"교도관들은 재소자들을 인간적으로 대해 주십시오. '비녀꽂기'등 무조건 묶고때리고 하니 어디 재소자들이 살겠습니까? 가혹한 행위는 삼가 주시고 제발 인간대 인간으로 대해주세요." ▶"법무부 예산이 얼마인지 모르지만 부식이 형편없었다. 재소자들을 묶고 때리는 등 가혹행위가 심해 불안했다."
	손동완 (26)	상습절도 징역 12년	▶"현사회가 저주스럽고 교도소내 행정이 불만이다. 시정을 해달라고 하면 무조건 묵살해버리며 약간의 사건에도 갖은 방법으로 사람을 볶는다. 아직도 족발이 근성이 남아서 사건의 발단이 되고.....잡히면 어떻게 되는지 잘 알고 있다."
	안광술 (22)	상습절도 징역12년	▶"나는 폭력범으로 붙잡혀 이틀동안 고문당하고 강도로 변했다." ▶"권력에 의해 법을 처리하는 법관들이 저주스럽다. 이 사회는 돈이면 다되는 세상이다. 이 사회가 저주스럽다. 돈에 판검사가 매수되다니 말이 되나? 모든 판검사를 죽이고 싶다." ▶"내가 지은 죄에 비해 무거운 형량, 교도행정의 난맥, 그리고 교도소에서 용접사등 세가지 자격증을 따내 출감후 어렵사리 구한 직장을 사건만 터지면 찾아오는 형사들과 주위의 손가락질 때문에 갱생의 길을 포기했다."
	지강헌 (35)	상습절도 징역 7년 보호감호 10년	▶"나는 사람을 죽거나 다치게 한 적이 없는데 17년을 살아야 했다. 그런데 나보다 수 백배나 많은 돈을 훔쳐 먹은 전경환이가 7년이니 누가 이것을 옳다고 하겠는가? 연희궁에 꼭 들어가서 복수하려 했는데, 그러지 못한 것이 한이다. 우리가 도망다니던 중에 탄 택시의 기사 한 사람은 탈주범들이 기왕 들어가려면 잘 사는 집에 가야 한다고 하면서, 그래야 크게 털어 먼 곳으로 달아날 수 있지 않겠느냐고 했다."

9 8년 탈주범 사 건	신창원 (31)	강도살인죄 무기징역	▶"청송을 가기전에 대전에서 교육을 받았다....30여kg의 모래가마니를 어깨에 매고 훈련을 받는데 3시간을 땅에 내려놓지 않고 훈련을 받는다. 교도관들이 웃으면서 "너희들은 죽이지만 않으면 돼. 병신이 되어도 우리는 책임이 없어. 국가가 허락한 일이야.'.....영하 15도쯤 내려가는 추운 겨울 날씨가 계속되는 데도 마루바닥에서 담요 세장으로 견뎌야 했다. 방안에 있는 물이 꽁꽁 얼어 붙어도 얼굴은 내놓고 자야했다. 얼굴을 수건으로 덮고자면 깨우고, 그래도 너무 추워 수건으로 덮으면 자다말고 끌려나가 두들겨 맞기를 여러차례. 하루종일 정좌하고 앉아 몸이 꽁꽁 얼어 붙어서 발을 손으로 문지르면 자세 불량으로 얻어맞았다. 위장병과 간염이 생겨 열이 39도나 오르내리고 속에서 피가 넘어오기 시작했다." ▶"...너무나 아파서 방안을 굴러 다니며 치료를 받게 해달라고 하니까 보건의가 와 체온계를 재고는 '열이 있네'하면서 해열제만 한 알만 주고갔다. 해열제를 먹었는데 고통은 가시지 않고 속에서 피가 넘어오기 시작했다. 그래서 의사를 불러달라고 소리치니까 교도관 여러명이 오더니 '이 새끼가 방문을 차, 어디 한 번 죽어봐라.'하면서 끌고나가, 온 몸을 묶은채 1시간 반동안 얻어맞고 밟혔다."

이 두 사례을 비교했을 때 나타나는 교도행정의 총체적 인권문제들이 여전히 지속되고 있다는 것을 우리는 몇가지로 집약해 볼 수 있다. 일단 큰 맥락에서 밝힌 교도(구치)소내의 인권현실에 보충하자면 교도관 폭행, 가혹행위, 모욕적이고 비인격적 발언, 변칙적 계구 사용, 시설문제, 의료행위의 문제 등으로 요약할 수 있다.(별건수사는 이후 다음 장에서 밝히도록 하고, 재사회화의 허구는 몸말 4장을 보라.)

먼저 입법과 법적용단계에서 드러나는 법이념과 지도원리들에 대해 실제 행형은 별개로 작용하고 있다는 것을 알 수 있다[21]. 특히, 이들 사건으로 말미암아 보여지는 교도소내의 재소자 처우문제는 사회적 강자인 통제기관이 사회적 약자에게 불평등하게 분배된 '범죄를 규정하는 권한'을 가지고 사회적 약자를 통제하기 때문에 발생하는 것이 아니라 결국 사회적 약자들을 사회에로의 통합을 함에 있어 사회에 통합을 수행하는 것이 아니라 그 **반대의 역작용**하기 때문에 발생하는 것이다. 따라서 광범위하게 부여되어 있는 교도소의 재량권으로 말미암아 인권문제는 더욱 왜곡되고 축소·조작될 가능성이 있으며 또한 개선의 여지도 희박해진다. 이러한 재소자의 인권이 외면되어 있는 교정당국의 문제는 형법체계에서 추구하고자하는 이념자체를 뒤흔들며 개인의 인격적 완성이라는 과제에도 정면으로 반하면서 다만 처벌하는 사회를 위한 **안정화 수단(stabilisierungsistrumente)에 불과하다는 결론에 도달**한다.

둘째, 재소자가 거쳐하는 생활영역 전반에 대한 재사회화 교육의 작용에 대한 문제이다. 안광술의 얘기처럼 분명 범죄자라는 낙인이 사회로부터 이루어지는 것 뿐 만 아니라 결국 자기자신에 대한 **자기자신의 낙인으로 귀결**된다는 것이다. 재사회화[23]이념에 대한 자세한 논의는 몸말 4장에서 다시 밝히겠지만 분명 현실적인 현행 교정당국의 재사회화 교육은 문제가 있다는 것, 그리고 그것이 현실에 적용되는 과정의 문제가 아니라 재사회화 교육의 전반적인 부분에 문제가 있다는 것을 다시 주목해야 한다. 이는 논의를 응보형으로 옮겨간다는 것이 아니라 재사회화 교육의 방향이 새로이 정립되어야 할 것을 요청하는 것이다. 카프만kaufmann의 얘기처럼 '형행에서 진실로 기적을 요구해서는 안된다.'라는 말을 상기할 때 구체적인 단계에서 이러한 논의는 진행되어야 한다. 재사회화 문제는 단순히 이번 법무부에서 밝힌 '학과공부 교도소 지정'[24]으로 가능한 것이 아니다. 고등학교 과정을 교육하고 중학교 교육하면서 검정고시 합격자를 양산해낸다는 것은 큰 의미를 가지지 못한다. 문제는 아직까지 정부 정책의 방향이 교정중심으로만 이루진다는 것이며 실질적으로 재소자의 인권보장의 측면을 고려하지 않는 일방적인 처사라고 할 수 있다. 이것은 추상화 단계(abstraktionsniveau)[25]가 높은 재사회화 논의는 문제해결에 도움을 줄 수 없다는 것을 의미한다.

5차례의 행형법 개정을 통해서도, 시행령·규칙들의 개정으로도 이는 해결될 수 없다는 것이 바로 10년전이나 10년 후나 다를 바 없는 교도행정의 전형적인 행태에서 알 수 있다. 그만큼 교정조직의 실질적 운영자체은 아직까지

음성화되어 있다는 증거이며, 이를 위한 해결의 방향이 단순히 입법과정이나 부수적인 정책으로 이루어질 수 없다는 것을 다시 한 번 확인할 수 있다. **무엇보다 중요한 것은 행형과정에서의 재사회화 목적의 기대수준을 낮추는 일이라고 할 수 있으며 기대수준을 낮추기 위해서는 무엇보다 자율성을 부여받는 강제력이 최대한 소멸**되어야 한다는 것이다.

만약 데러리스트, 확신범, 양심범(종교적 신념의 시행을 위한 양심범을 포함하여)의 재사회화의 효과성과 효율성이 있다고 고민할 때 그들을 '유순하고 선량한 시민으로'만드는 작업이 선행되어야 하는 것이 아니라 처벌의 탈사회화의 부작용을 최소화하는데 주력해야한다는 것이다. 서독 행형법 제3조 1항의 경우 **'수형생활은 가능한 일반인의 생활상태와 유사하게 하도록 하지 않으면 안된다.'**라고 규정하고 있다. 또한 유엔 최저기준규칙 제60조 1항에는 '시설의 관리제도는 수형자의 책임관념을 박약하게 하거나 인간존엄에 대한 존경심을 감소시킬 만한 어떠한 교도소 생활과 자유생활 사이의 차이라도 최소화 하도록 노력하지 않으면 안된다.'라고 하고 있다.[26] 여기서 우리는 재사회화 개념이 사회복귀로의 성격과 재범방지의 측면만을 규정하는 것이 되어서는 안되며 '사회에 복귀하는데 기여하는 심리구조 내지 기능을 촉진하는 것'으로 이해해야 할 것이다.

따라서 수형자가 당연히 응보의 처벌을 받아야 하는 관리규율의 객체로서 인식하는 시대착오적인 관념을 제거해야 하며 재소자 스스로가 인간의 존엄성과 가치를 향유하는데 있어 불평등한 대우를 받을 '전혀 이유없다'는 것을 통해 스스로의 책임과 개선능력을 지닌 주체이자 한 사람의 국민으로서의 동등한 인격체라는 인식을 하는 것이 무엇보다 중요한 우리의 과제이자 목표가 되어야 할 것이다.[27]

□ 각 주

1) 한겨레 1998. 8.15일자 1면/ 2) 인권하루소식 1998. 1.27/ 3) 한겨레21 1998. 7.16 36-37면/ 4) Price v. Johnston. 334. v・s.266, 1871/ 5) 미셸푸코, <감시와 처벌>, 1994, 337면이하/ 6) 한인섭, <자본주의 국가의 감옥과 사회통제 제 관한 연구>, 서울대 박사논문, 1989/ 7) 양 건, <법사회학>, 1986, 65면 이하 윤대규, <법사회학>, 경남대학교 출판부, 1997, 90-95면/ 8) <세계대백과 사전>, 단문당, 1980/ 9) 한인섭, <감옥과 사회통제>, 창작과 비평사(법과 사회), 1989/ 10) E. Goffman(1961), asyums, chicago : aldine 재인용/ 11) G. Rusche (1933/1980), 15면이하/ 12) 경제결정론에 대한 비판적 내용, D. Melossi(1980), "punishment and social structure"을 재인용/ 13) 한겨레21, 1998. 7.30 34-36면 / 월간 <말>, 1988. 8월호, 100-107면

14) 미셸푸코, 이광래譯, <구조주의 연구>, 85면 참고

배종대, 형법총론, 박영사, 1996. 23면 및 [푸코는 형벌의 신체침해를 노동력착취 로 정신침해를 이데올로기에 길들이기(Diszipline)로 파악한다.

15) 한인섭, 앞의 논문, 235면이하 참조

16) 한인섭, 앞의 논문, 244면이하 참조

17) B. Fine, "The birth of burgeosis punishment", 1980, 26면이하

18) 한겨레, 1998. 8.

19) 경향신문 1988.10.11-26 / 동아일보 1988.10.10-19 / 중앙일보 1988.10.10-20

20) 한겨레 21, 1998. 7.30 20면 / 시사저널 1998. 7.30 11-13면 / 주간조선 1998. 7.30 54,56면

21) 정승환, <행형에서의 이론과 현실에 대한 비판>, 1989, 고려대학교 석사학위논문

23) 사회화이론(sozialisationtheorie)에 의하면 행형시설내의 수형자들 대부분은 사회화 과 정에서 실패하거나 탈락된 사람들이므로 '재사회화'보다는 먼저 '사회화', '일차 사회화 (ersatz-sozialisation)'가 되어야 한다는 지적이 있다.

24) 정승환, 앞의 논문, 67면이하

25) 한겨레, 1998. 9.

26) 박재윤, <피구금자처우 최저기준규칙-해설 및 전문>, 교정협회, <교정>, 1988.7-8

27) 한인섭, <재소자 인권과 처우>, 1990, 창작과 비평사, (법과 사회)

재소자의 법적지위 연구

목 차

1. 재 소 자 의 법 적 지 위

(1) 특별권력관계이론의 발생배경과 구조
1) 특별권력관계이론의 연혁과 구조적 특성
2) 특별권력관계의 현대적 동향
3) 현대의 헌법적 관점에서 변화해야 할 특별권력관계이론의 과제
4) 학설의 대립과 현실의 문제

(2) 헌법적 관점에 본 행형단계
1) 형사사법행정의 기본적 토대로서의 헌법
2) 헌법적 관점을 통한 인권보장적 형사사법의 방향

(3) 인권보장 차원에서의 자유형과 형벌의 한계
1) 인권보장을 통한 자유형의 본질
2) 자유형의 목적과 그 현실
3) 자유형 제한원리 자유형의 기본방향 모색

(4) 소 결 - 맺음말

■ 열 면 서

'재소자는 과연 어떠한 존재인가'라는 문제를 통해 우리는 항상 기본적 인권의 범위내서 재소자의 인권과 법적 권리를 누락해 왔다. 사실 이는 로마법 이래 수형자는 시민으로서의 권리를 박탈해 왔으며 오직 국가의 시혜적인 부분을 통해 최소의 생존만을 유지해 왔기 때문이다. 그러나 수형자가 형기내에서는 '국가의 노예'[1]이며 존재론적으로 인간적인 대우와 삶을 살아갈 가치가 없다면 우리는 이 글을 전개할 가치가 없다. 그러나 수형자 처우는 시대의 요청과 그 사회를 체제의 민주성을 가늠하는 잣대로서 가치기준이 되었으며 또한 이는 감옥개혁운동과 여러 시대정신과 어우러져 계속적인 지양·개선·발전되기 시작했다. 그러나 **재소자의 기본적인 권리를 좌우우지하는 궁극적인 열쇠는 국가라는 공권력 행사주체와의 작위적인 연결고리**에 있다. 첫째로 재소자와 국가 사이에는 특별권력관계 이론이라는 지배·복종수단의 매커니즘에 의해 조정되며 둘째, 행형에서도 이러한 이론을 바탕으로 어떻게 행형영역에 이러한 이론이 용해되었는지를 알아볼 필요가 있다. 이를 통해 각국의 행형제도를 분석함으로써 한국의 행형제도 속에서 재소자의 법적인 지위를 찾는 것이 바로 이 글의 목적이다.

1. 재소자의 법적 지위

(1) 특별권력관계이론(The Special Power Relation)의 발생배경과 구조

1) 특별권력관계의 연혁과 구조적 특성

공법상의 특별권력관계이론은 19세기 독일에서 입헌·법치국가의 발전과 때를 같이하여 발생하였는데 역사적 사실로써는 그 이전부터 찾을 수 있다. 중세봉건시대에서는 특히 공공조합(예를 들면 Guild)이나 교회규율에서처럼 오늘날의 공법적 색채를 가진 조직내의 규율은 일면에 있어서 그 소속원과의 관계를 이면적(二面的) 특별관계화하여 속세로 넘어오게 된다. 따라서 지금의 특별권력관계 및 공무원관계의 경우는 이러한 교회법이 가진 특별권력관계적 요소를 선험적으로 이어왔기 때문에 19세기가지 별 무리없이 계승되어 왔다. **전통적 특별권력관계의 이론은 그 자체로써 독립적으로 생성된 것이 아니라 중세교회법등에 착안하여 그것을 세속의 법률관계로 변환**한 것이라고 볼 수 있다.[2]

19세기 후반의 입헌군주국가에서는 국가의 공권력이 법적으로 기속하게 되었으며 절대군주로부터 일반행정권자의

지위로 전락하게 된 19세기 독일의 입헌주의적 군주와 고의관료단이 그 특권적·관료주의적 행정권의 우월성을 보호하기 위한 이론으로 자리매김되었다. 그이후 특별권력관계는 궁극적으로 입헌군주제 시대의 왕과 의회의 타협의 산물로 나타나게 되었으며 이러한 **특별권력관계는 권력의 주체가 국민을 포괄적으로 지배하고, 국민은 권력의 주체에게 절대적으로 복종하는 특별한 법률관계**를 뜻한다[3]

특별권력관계에 있어서는 일반적으로 법적인 근거를 필요로 함없이 권력복종자의 포괄적 복종을 기초로 하여 각개의 행정목적을 달성하기 위하여 기존의 범위내에서 필요한 명령·강제를 할 수 있다. 따라서 일반권력관계와 달리 법률유보(Vorbehalt des Gsetzes)의 원칙이 특별권력관계에서는 배제된다. 따라서 특별권력관계에서의 특별한 법률원인이 성립될 수 있는 경우는 두가지로 나눠서 설명하는데 첫째로 법률의 규정에 의해서 성립하는 경우와 둘째로 상대방의 동의에 의하여 성립하는 경우로 나눌 수 있다.

ㄱ. 특별권력관계에서 법률의 규정에 의하여 직접 성립되는 경우로서 그 원인인 사실이 발생하면 당사자의 구체적인 의사표시내지는 동의여부와 관계없이 발생하는 경우가 있다. 이를 법률의 규정에 의하여 성립하는 경우라고 보자. 이 경우는 국가와 군인(병역법), 교도소와 수형자(행형법), 병원과 전염병환자(전염예방법), 수용소와 마약중독자(마약법) 등과 같은 경우로 이는 법률와 의거하여 특별권력관계가 성립된 경우로 볼 수 있으며 행정주체는 필요한 범위내에서 포괄적 수권이 이루어진 것으로 볼 수 있으며, 결국 불특정 명령이나 강제를 수반하게 되는 것이다.

ㄴ. 상대방의 동의에 의하여 성립되는 경우

특별권력관계가 성립하기 위해서 법률의 근거가 없는 경우에는 본인의 동의가 법률에 갈음케 되는데 이 경우에는 사실상 동의의 범의는 법률이 허용하는 한도내에서 이뤄져야 한다. 따라서 이러한 동의에 의한 경우는 다시 임의적 동의와 의무적 동의로 나누는데 간략하게 요약하면 다음과 같다.[4]

	상대방의 동의가 그의 자유스러운 동의에 의하여 이루어 지는 경우	특별권력관계를 성립시키는 동의자자의 임의의 의사에 의하는 것이 아니라 법률에 의하여 의무지워진 경우
	국공립학교에의 입학, 공무원의 근로관계, 국공립도서관의 이용등의 공공시설(영조물)이용관계	학령아동(學齡兒童)의 초등학교 취학과 같은 경우

이러한 비교 속에서 우리가 착목해야하는 것은 특별권력관계의 여러 형태중에 수형자에게 밀접하게 관계된 **'징벌권'의 문제**이다. 특별권력 주체가 특별권력관계의 내부질서를 보존·유지하기 위하여 특별권력관계에서의 의무의반자에 대하여 제재를 가할 수 있는 권력을 징벌권이라고 하는데, 이러한 징벌권도 소극적으로 본 경우에는 공공시설물을 이용하는데 있어 규율되는 일정한 제재와 적극적인 입장에서 본 공부원관계, 학생, 소년원생·수형자 등을 들 수 있다.

징벌권은 보통 법률의 근거없이 행정규칙에 의해 행사되는 것이 보통이나, 행형법은 수형자가 규율을 위반한 때에는 5가지 징벌을 취한다고 되어 있고 또한 징벌을 과함에 있어서도 필요한 기준은 법무부 장관이 정한다고 되어있다. 나름대로 징벌권행사에 있어서 법적 기준을 제시한다고 했지만 '수형자 징벌에 관한 규칙'은 대체로 일반생활을 억압하는 형태의 '가만히 숨만 쉬고 있어라는 식'의 규율방식이 문제가 될 수 밖에 없다. 따라서 동의의 구분에서 임의적 동의에 해당하는 **특별권력관계속의 수형자는 항상 자의적인 해석·적용에 의해 받는 처분에 대항할 수 없도록 되어있고 또한 그러한 구제수단이 있다고 하더라도 결국 특별권력관계의 특성을 내세우는 악순환을 거듭하고 있는 것이 사실이다.**

2) 특별권력관계의 현대적 동향

특별권력관계이론이 긍정된 제2차 세계대전이후의 이 이론은 군국주의적인 요소에 위법·비민주적 성격으로 비판받으면서도 독일이나 일본의 헌법질서 아래서 당연히 예상될 수 있었던 것이라고 할 수 있다. 그러나 역사의 흐름

속에서 **특별권력관계에 대한 논의와 인권의 문제를 다루면서 정책적으로나 법적으로 커다란 벽에 봉착하고 있는 것이 사실**이다.

현대사회에서의 개인의 지위가 상승되고 또한 사회와의 긴밀한 네트워크 속에서 인간의 권리와 존엄성에 대한 수많은 고찰이 병행되어 온 것 사실이다. 이러한 인류보편사적 과정 속에서 국민의 민주적 요청과 더불어 권위적이고 억압적인 법형태에서 벗어나고 했다면 원리적으로 헌법원칙과 사법심사에서 배제되는, 행형권력의 존재를 시인하는 이 이론의 문제점을 구체적으로 짚어볼 필요가 있다.

종래의 국가와 수형자의 관계에서 수형자는 수용관계에 내재하는 행형목적의 범위 내에서 교도소라는 국가시설의 이용자로서 행형당국이 제정한 규율을 매개로 **포괄적인 지배복종관계**에 들어간다고 고찰되어왔다. 여기서는 일반 권력관계에 보장된 권리 특히 헌법상의 기본권과 법률의 유보, 사법적 심사는 배제된다는 것이다. 더 구체적으로 사법적 심사·사법적 구제는 물론이고 법치주의·입헌주의 원리가 배제된다는 것으로 보아도 무리가 없을 것이다. 미국사회에서도 행형영역의 문제에 대해 불개입원칙(Hands-off Doctrine)[5]이 특별권력관계론의 기능을 대신하여 왔다. 불개입을 정당화하는 근거로 행형실무가의 전문적 소양에 재량을 위임한다거나 사법권의 범위에서 행형목적의 수행을 분리시킨다거나 하는 것이다. 따라서 행형실무가들에게 독점적 권력을 부여함으로서 많은 문제[6]가 생기게 된 것이다.

3) 현대의 헌법적 관점에서 변화해야 할 특별권력관계이론의 과제

특별권력관계가 대표적인 비판의 표적이 될 수밖에 없는 것은 무엇보다도 헌법정신과 헌법의 논리에 배치된다는 것이다. 그러나 **무엇보다 중요한 것은 최고규범이자 기본적 인권의 현실적 보호기능을 담당해야 하는 헌법을 해석하고 적용하는 기관의 입장이 주목**된다는 것이다. 서독의 경우를 보면 70년대 전반기 일련의 판결을 통해, '수형자의 기본권은 오직 법률의 근거가 있는 경우'에만 제한될 수 있으며 그 '제한은 헌법에 의하여 승인된 공동체 유지의 목적을 실현하기 위하여 꼭 필요하다고 인정하는 경우에만 허용'된다고 선언하였다.[7]

일본 또한 1958년 지방재판소의 판례를 통해 일반 공법상의 특별권력관계가 성립된다고 보았다. 그러나 피구금자의 모든 인권의 제한은 원칙적으로 법률에 의거하고, 그 제한은 구금의 본질, 목적에 비추어 합리적이고 필요하다고 인정되는 범위내에서 시인된다고 하여 특별권력관계의 수정내지 재구성을 시도하고 있다.

미국은 **'수형자는 완전한 무권리상태로부터 이제는 헌법적 가치의 실현과 행형의 필요성이라는 현실사이에 결정되는 것으로 되었다. 수형자는 법률에 의해 명시적으로 박탈되거나 필요한 한도내에서 제한을 받는 경우를 제한하고는 일반시민과 동등한 권리를 가진다.**'라고 수형자의 권리를 보장하려는 노력을 보여 주었다.

그러나 일본의 경우와 같이 특별권력관계를 공법상으로 인정하면서를 재구성하는 시도는 기본적으로 수형자에게 주어져야 하는 기본적 권리에 대한 헌법상의 요청과 될 수 밖에 없다. 다만 개별적인 사안에 대해 부분적인 수정은 있을 수 있으나 또다른 집단(국가공무원의 경우)과의 불평등을 가져올 수 있으므로 개별적인 수정 및 재구성은 전면적 부정 혹은 **'법률에 근거한 경우에만 제한'**할 수 있는 경우로 나아가기 위한 수행과정상의 충격완화의 역할외에는 별다른 의미는 없다.

특별권력관계에서의 수형자의 권리보호는 사실상 사법기관과 행형기관사이의 간격이 줄어들지 않은 한은 결코 가능하지 않을뿐더러 사법기관이 행형에 관한 모든 사무를 관장한다고 해서 문제는 해결되는 것은 아니다. 시설보안과 내부질서, 규율유지 등 특수한 기능을 수행하는 행형기관의 사무는 결국 법률에 의해 관장될 수 있는 입법의 강화와 함께 사법기관에서의 행형업무를 조정·감독·견제할 수 있는 실효성있는 기관이 필요할 것이다. 그렇지 않다면 **'인권위원회'의 독립성·강력한 제재기능이 보장된다는 가정하에서 '행형기관 내의 제소자 처우 및 규율·보안에 대한 감독사무'를 그러한 기관에서 위임할 필요**도 있는 것이다. 문제는 행형사무의 효율성도 그것을 감독·조정할 기관보다는 '법률의 근거에 기반'한 행형기관 내의 기관운영이 필요할 것이며 이것은 궁극적으로 기본적 인권에 대한 헌법적 요청에 의해야 할 것이다.

4) 학설의 대립과 현실의 문제

특별권력관계에서 우리는 수형자의 지위를 고려한 관점을 통해 특별권력관계의 새로운 논의구도와 재구성을 시도하려는 여러 국가의 노력과 기본적 방향을 고민하였다. 그러면 우리나라에서는 그러한 논의가 어떻게 이뤄지는지를 학설로써 고찰해보고 그에 수반되는 현실적 문제를 고민해야겠다. 문제는 긍·부의 문제, 찬·반 양립의 문제가 아니라 궁극적으로 수형자의 기본적 인권의 위상을 정립하려는 그 목적을 두고 고찰해야 함은 물론이다.

1) 특별권력관계부정설

일반적으로 부정설은 ① 일반적·형식적 부정설, ② 개별적 ·실질적 부정설, ③기능적·재구성적설로 나뉜다.

① 일반적·형식적 부정설

일반적·형식적 부정설은 과거의 독일에서 특별권력관계이론의 모델을 태동하게한 입헌군주주의헌법에서 현행입헌민주주의에로의 변천과정상의 형법체제에 무게를 두고 있으며 이는 일반권력관계와의 구별을 부정하는 즉, 일반적·형식적으로 부인하는 입장을 말한다. 따라서 **모든 공권력은 법률의 근거를 요하는 것이며, 특별권력관계에서 공권력의 행사라고 해서 예외일 수는 없다는 견해다.** 특별권력관계에서도 일반권력관계와 마찬가지로 법치주의가 전면적으로 인정되야 하므로 그에 관한 소송또한 행정소송에 의해야 한다는 것이다.

② 개별적·실질적 부정설

이 견해는 먼저 일반적·형식적 부정설과 달리 종래의 특별권력관계의 기본적인 논의구도를 이탈하여 전혀 다른 논의중심으로 문제를 이끌어 간다. 바로 특별권력관계가 공법상의 권력관계라는 것을 문제시하여 출발하는 것인데, 이는 가령 공무원관계와 사립학교재학관계를 다르지 않은 동일한 법적기초 위에서 판단함으로써 하나하나의 법률관계의 내용을 개별적이면서 구체적으로 검토하고 분석한다. 따라서 **실질적인 판단을 우선하므로써 기본권제한에 있어서도 그 제한이 필요한 경우라고 할지라도 일일이 법률의 개별적인 수권이 있어야 할 것이며, 그 제한의 범위나 정도가 극히 한정되어져야 할 것이라고 하며, 또한 공무원관계에 있어서 소송의 경우, 그것이 법률적인 쟁소가 되는 한 그 관계의 내부·외부의 구별에 관계없이 모두 사법심사의 대상이 되며, 징계처분에 있어서는 법률의 명시적 규정이 없을 때 항고소송(행정쟁송)으로 다투는 것이 아니라 민사소송으로 다뤄지게 된다**고 한다.

③기능적·재구성적설

이에 선행하여 '사회적·기능적 권력관계'라고 하는 것이 있는데 이는 특별권력관계라는 관념을 해체한 후, 일반시민관계의 경우와 다른 부분법질서 내지 부분적·자율적 법관계를 사회적·기능적 또는 특수기능적 법률관계라고 포괄하여 재구성하려고 한다. 따라서 이러한 관점은 개념의 재구성의 의도는 이러한 관념으로서 불리러지는 관계가 공권적 행정에 관한 법질서가 아니라는 것을 명백히 하기 위한 것이며 그 실익으로서 **'포괄적 지배권의 행사에 있어서 법률의 유보의 배제'**를 강조한다. 이 견해를 '특수기능적 법률관계'라고 하는 것이 바람직하다고 하기도 하는데 그 논거는 다음과 같다.

첫째, 특별권력관계론은 먼저 국회입법주의·법치주의·기본적 인권주의라고하는 헌법적 차원으로부터 원론적이고 실질적인 비판의 발상에 따라 재구성함으로써 헌법원리에의 복귀라고 하는 관점에서 새로운 문제제기를 하며 둘째, 현대의 복잡다단한 정치사회에 있어서 각 집단의 개별적이고 기능화·특수화 되어있는 집단의 성격을 그대로 직시하고 그에 따른 '국가법질서 보편성의 일원성'을 통해 상대적인 자율성을 구체적으로 판단해야한다는 것이다. 셋째로, 법적기술(legal technique)의 유효성을 인정하기 위해 행정제도의 사회적·현실적이는 요청에 부응해야 한다.

마지막으로 전통적 특별권력관계에서의 방대하고 포괄적인 부분을 유형별로, 사례별로 분석하고 검토함으로써 기

능적으로 개별적인 검토작업을 할 수 있으며 또한 그 사물의 분석을 용이하게 한다. 결국 이러한 작업은 **법치주의, 사법심사 내지 시민법적 사법원리 등의 적용문제의 해결과 적용범위의 확정에 궁극적인 실익이 있다라고 할 수 있겠다.**

(2) 헌법적 관점에 본 행형단계

1) 형사사법행정의 기본적 토대로서의 헌법

국가기관과 수형자를 정의하는 특별권력관계를 인정하지 않는다는 소극적인 차원을 뛰어넘어 헌법에 명시된 헌법적 요구에 비춰 국가기관과 수형자의 관계를 모색해야 할 필요를 느낀다.

먼저 헌법 제12조 제1항은 "모든 국민은 신체의 자유를 가진다. 누구든지 법률에 의하지 않고서는 체포, 구속, 압수.....처벌·보안처분 또는 강제노역을 받지 아니한다"고 하여 죄형법정주의를 포섭하는 것으로 이해하였다 만약 죄형법정주의 혹은 형사절차의 법정주의라고 인정하는 한은 형사절차적 일반사항은 법률에 근거해야 한다는 것이며 따라서 행형 또한 '행형법정주의'로 이해되어야 한다는 것이다.

만약 국가와 수형자의 관계를 법률에 근거한 적법한 차원의 관계라고 정의한다면 헌법 제10조의 내용을 그대로 행형에 적용할 수 있을 뿐만 아니라 수형자의 법적지위의 헌법적 근거를 제12조 1항에서 찾을 수도 있을 것이며, **행형의 문제를 형사정책의 문제의 일환으로 혹은 입법재량의 문제라고 취급할 필요없이 헌법론으로 치환하여 전개할 수 있다.**[8] 따라서 이러한 논거로 국가형벌권에 대한 인권보장의 영역을 기본적으로 헌법적 관점에서 보장할 수 있으며 통일적인 형사사법행정의 전과정을 기대할 수 있다.

이러한 과정에서 우리는 **피의자·피고인·미결수·기결수의 관계를 단절적으로 파악할 필요없이 일련의 통일된 과정으로 파악하여 기본적 인권또한 차등없이 부여될 수 있다.** 이는 제한의 문제를 부각하기 보다는 '보장·보호'의 측면을 더 강화함으로써 실제로 '제한'은 상대적 자율성을 통해 통제될 수 있다. '시설유지 및 보안'상의 문제 또한 형을 선고받고 복역하는 사람의 직접적이고 개별적인 대우의 문제 뿐만 아니라 집단적이거나 개인적인 의사소통의 통로가 봉쇄되어 있음으로 인해 생기는 만성적인 장애가 그러한 문제를 야기시킨다고 볼 수 있다면, 궁극적으로 헌법적 관점에서의 제한은 결국 '보장'의 문제를 우선으로 고민해야 하며 그 '보장의 남용'과 '악영향'에 대한 일정한 조치로서 '제한'의 문제가 대두되어야 한다고 생각한다. 이는 '시설유지 및 보안'에 대한 목적을 취하면서 일정한 제한을 가한다는 것은 결국 자의적이고 밀실적인 적용을 그대로 취한다는 논리밖에 되지 않는다.

2) 헌법적 관점을 통한 인권보장적 형사사법의 방향

교정·행형제도는 헌법적 요구를 통해 기본적 인권의 보장적 기능을 수행하여야 한다. 이를 위 글에서는 먼저 국가형벌권이 행사되기 위한 기본전제를 헌법의 토대 위에 두어야 하며 따라서 형사사법행정의 민주상이 확보되는 것이라고 말했다.

그렇다면 헌법상의 개별적 권리를 향유할 수 있는 주체로서의 지위와 함께 논구되어야 할 것은 헌법이 요구하는 기관일반의 현실적 방향은 무엇인가를 살펴보아야 겠다.

형벌권이 작용하는데 있어 헌법적 관점을 이탈해서는 아니된다는 것은 누구나 동의하는 바이다. 그렇다면 한국에서의 제도적 개선이 이뤄져야 할 것은 형벌권 작용의 문제도 있겠지만 형벌의 중점을 어디에 두느냐도 문제가 된다.

무엇보다도 구금률을 낮추어야 하는데 입법작용에 의해 자유형에 대한 의존도를 줄이고, **구류형을 폐지**해야 할 것이다. 자유형에 대한 의존도를 줄인다는 것은 상대적으로 포화상태[9]에 이른 수용시설 과밀화 현상을 해결할 수 있으며, **구류형의 경우는 일제시대의 잔재이자 세계적으로 유례가 없는 즉결심판을 폐지하는 것과 같은 맥락에서 이해**될 수 있다. 경찰이 법원에 직접 소추하여 형사처벌을 받게하는 **즉결심판제도는 모두 결찰권 행사의 효율성을 기한다는 명목뿐 궁극적으로 개인의 기본권을 박탈하는 경향까지 보이며 이는 경미한 사항의 위법행위를 형사벌로 처벌함으로써 궁극적으로 형사문제화**한다는 것이다. 따라서 이러한 과정에서 드러나는 구류형은 사실상

'시민의 인권의 견지'에서는 도저히 용납할 수 없는 문제이다. 특히 경찰권의 행사가 검사의 약식청구(재산형에만 한정하고 있다)를 능가한다면 이미 인권의 억압수단으로서 경찰권이 작용하고 있는 것은 사실이다.

위의 두가지의 문제를 통해 세계적인 동향이 어떻게 나아가고 있는지를 고민한다면 분명 답은 명백하다. 자유형이 신체를 억압함으로서 궁극적으로 인권의 예견된 침해를 자행하며 재사회화를 미명하에 개인의 능력은 소진되어버리는 사실을 인지한다면 자유형은 분명 벌금형의 확대로 그 영역을 좁혀 들어가야 하며, 좀 더 나아가서는 위법행위가 자유형이나 벌금형으로 치환될 수 있는 중한 죄인지를 판단함으로써 경미하고 개선가능성 있는 경우에는 사회봉사명령[10]과 같은 **완화된 법적 통제이거나 비법적 통제적인 효과와 효율을 아울러 가지는 형태에 중점**을 가져야 할 것이다. **벌금형의 경우도 개인의 재산권을 최대한 존중하는 한도내에서 죄질과 수입수준을 적당히 고려**해야 하며 벌금을 분할해서내거나, 봉급생자의 경우 월급중 일부를 공제하여 완납하도록 하는 장치도 고려함으로써 개별적인 기본권 신장에도 역점을 두어야 한다.[11]

이와 같이 수형자의 권리 보호를 위해서는 먼저 수형자도 기본권향유 주체라는 것을 인정함으로서 헌법사의 개별적 기본권의 향유는 물론이며, 그것을 기초짓는 중핵으로서의 '인간의 존엄과 가치'를 포함해야 한다. 이때까지의 수형자의 유죄판결은 인간성을 부정당하고, 범죄방비 및 구금의 확보라는 조직적인 목적을 위해 자의적으로 관리대고 통제되는 대상이었으나 이제는 **국가가 당해 제한의 목적을 입증함으로서 행형의 정당성을 확보**하고 적법절차에 의한 구제수단을 마련해야 한다.

따라서 결과적으로 헌법적 관점에서 요구되는 기본적 토대위에 행형은 다시 정립되어야 하며 더 나아가 형사사법 일반이 이러한 기초 위에서 정당성을 확보하고 운용되어야 한다고 생각한다.

(3) 인권보장 차원에서의 자유형과 형벌의 한계

1) 인권보장을 통한 자유형의 본질

우리는 위의 글에서 형벌이 선진형으로 나아가면서 그 형태가 개인의 자유를 억압하는 '억압적인 법'에서 좀 더 기본적 인권을 향유할 수 있는 주체를 보호하기 위한 '응답적인 법'[12]으로 나아가야 한다.

형벌이론 중, 형벌을 유책한 범죄행위에 대한 '응보(應報)'인가, 아니면 '일반인에 대한 위하(겁주기)'나 '범죄인에 대한 영향력 행사'로써 인식하여야 할 것인가를 고민하여야 한다. 먼저 수형자의 기본적 권리를 보장한다는 차원에서는 인간존중, 인격, 이성적 존재성을 부인해서는 아니되며 이는 우리 헌법이 가지고 있는 기본적 입장이다. 범죄행위에 대한 책임으로써 응보라는 개념을 칸트(I. kant,1729~1804)나 헤겔(F.Hegel,1770~1831)은 이렇게 설명한다.

"형벌을 통해 사회에 유익한 목적을 추구하려고 하는 것은 사람인 범죄자를 마치 물건처럼 취급하여 물권법의 대상으로 만드는 것과 다름이 없다. 그렇게 함으로써 인간은 목적을 위한 단순한 수단으로 전락하게 된다. 이것은 인간존엄에 반한다"고 하며 "법과 정의는 인가의 자유와 의지에 근거를 가져야 한다. 위하(威嚇)가 지향하는 부자유에 근거가 있는 것이 아니다. 따라서 형벌위하를 통해 범죄를 저지하고자 한 예방사상은, 인간을 그의 자유와 명예에 따라 대우하지 않고 마치 개처럼 취급하여 개한테 겁주기 위한 막대기를 드는 것이(gegen einen Hunt den Stock erhebt)과 같다. 인가은 분노시키기에 마땅한 이 위하는 결국 정의를 송두리째 무시하는 결과를 다져온다. 사람은 오히려 이러한 위하에 대항하여 그의 자유를 증명해 보여야 한다."[13]면서 형벌을 통한 목적추구를 단호히 거부한다. 절대적 형벌이론이 현실적인 비판과 형사정책적으로 한계지점을 가진다고 하지만은 궁극적으로 범죄인·수형자를 인격적 존재로 인정함으로써 형벌은 범죄에 대한 책임이상 부과될 어떤 이유도 없다고 한다. 이는 **수형자의 부당한 인권침해를 방지할 수 있다는 탁월한 장점**[14]을 가지고 있다. 비록 위에서 지적한 현실과의 괴리, 특히 시공을 초월하여 절대적으로 적용될 수 있는가의 문제는 의문이지만 형벌이 가지는 지배이데올로기적 인권침해를 배제할 수 있는 토대는 된다고 볼 수 있다. 그러나 우리나라는 형벌의 본질이 '법적 비난으로서의 고통이지만 그 목적은 장래의 범죄예방에 있다'고 하여 합일적·상대적 응보형론에 입각하고 있다. 이는 '법적 비난으로서의 고통의 강제'와 '사회복귀를 위한 처우의 강제'라는 두가지의 강제가 결국 수형자의 인권 제약의 주요한 계기가 되고 있음이 사실이다.

역사적인 과정 속에서 적어도 19세기에 들어서면서-머리말 <근대적 사회통제기관의 형성과 인권문제의 함수관계 >를 참고하라-'자유형은 자유와 시간의 박탈'이라는 등식을 통해 궁극적으로 자유와 시간이라는 개념을 다시 돌이키게 한다. 초기 사회통제기관이 형성되던 시기의 자유형은 완전한 격리, 고립, 처우의 열악성 등과 같은 인권의 박탈을 통해 개인의 자유가 배제된 생활을 해야했다. 이는 **형벌자체로서 고통을 극대화하려는 의도가 아니라 응보와 격리의 극한인 사형과 추방형을 대신하여 출현**[15]한 것이다. 따라서 개인에게 양도되어 있는 시간이라는 개념은 이미 자신이 운용하고 행동할 수 있는 전제를 박탈시키는 것이다. 따라서 수형자에 대한 자유형이라는 개념은 인권탄압적이면서 개인의 인격을 배제한 채로 오직 '국가의 노예'로써의 역할만이 그들에게 주어지는 정의였다. 물론 양형에 있어서의 기간은 죄질이나 범죄인의 범죄 횟수 등에 의해서 규정되기 보다는 외부와의 격리를 통해 범죄인의 수를 줄이거나 '본보기'로서의 위하만을 고려한 것이 많았다.

범죄에 대한 법적 비난으로서 어느 정도의 고통이 가해져야 하는가의 문제는 매우 곤란한 가치평가 및 이익형량의 문제로 환산될 수 있는 것이다.

그러나 이는 구금의 질을 먼저 논구해야 하므로 세계 각 국의 입법례를 통해 정리할 필요가 있다.

서독은 '자유 박탈의 유해한 영향을 배제되지 않으면 안된다'고 행형법 제3조 제2항에 법적 근거를 두고 있으며, 유엔의 '최저기준규칙'의 제57조에는 '자기 결정의 자유의 박탈을 넘어서는 고통 증대의 금지 규정'을 두고 있다. 도한 유엔 인권 B규약에는 '비인도적 혹은 품위를 손상시키는 처우를 금지'해야한다는 규정이 제7조에 나타나 있다. 이는 헌법적 관점에서 본 형벌의 변화 요구와 크게 맞물리는데 위에서 언급했다시피 행형의 개방화와 사회화 경향에 발을 맞추어야 한다는 것이다. 자유형의 유형 또한 가령 외부통근제, 주말구금제, 반(半)구금제, 개방시설에 구금 등의 양상으로 전환되어야 한다는 것이고 이는 형벌목적과의 관계에서 구금의 질과 예방효과의 상관성 여부에 대해 아무런 근거가 없는 것이 되므로 강제적이고 억압적인 행형이나 형벌은 의미가 없다는 것이다.

따라서 자유의 박탈은 '신병확보'와 '형사시설에 구금'이라는 정도에서 그쳐야 하고, 그 외의 기본적 권리는 향유할 수 있게 되어야 한다. 수형자가 가장 기본적인 권리 마저 포기하게 된다면 결국 또다른 범죄에 대한 '잠정적인 대기'에 그칠 뿐이다. 또한 시간이라는 개념도 수형자의 기본적 권리가 확보됨으로서 자연스럽게 보장될 수 있는 것이다. '시설유지'를 위한 계획된 시간이 단순히 개인의 기본적 권리를 억압하지 않는다고 생각하는 한 박탈된 시간이 궁극적으로 수형자의 본질적 자유를 침해하지 않는 것이며, 계획된 시간은 수형자가 구금시설에서 생활하는 동안 자신의 책임을 부여할 수 있는 시간으로서의 역할만이면 족하다는 것이다.

2) 자유형의 목적과 그 현실모색

자유형의 목적을 어떻게 설정하여야 하는가의 문제는 이미 위에 살펴보았다. 그러면 역사적으로 어떠한 과정을 거치게 되었으며 현대까지 이르게 되었는지의 논의 구도를 간략하게 살펴보자.

▶ 각 이론에 따른 자유형의 목적

	· 종래의 응보사상에 따르면 형벌은 사리를 변별할 능력이 있는 자가 하지 말았어야 할 행위를 과거에 범하였기 때문에 그 만큼의 벌을 받아야 한다는 사고 방식에 기초를 두고 있었다. 따라서 자유형은 형벌을 통해 궁극적으로 비난받을 한 사람의 책임에 대한 고통을 의미했다. ex) 칸드, 헤겔

·형벌의 예방사상을 중심으로 한 목적형론 사상의 기본 입장은 형벌의 대상은 범죄행위가 아니고 행위자이며 따라서 형벌의 목저고 행위자의 사회적 위험서을 제거하여 재사회화 시킴으로써 형벌의 목적이 달성된다고 보며 이러한 점에서 형벌의 목적은 응보가 아니라 교육이 된다고 한다. 그러므로 이런 입장에서 자유형이란 범죄예방 및 범인의 재사회화에 주된 목적을 가지고 범인의 교화개선에 착목하며 다시는 죄를 범하지 않게하여 사회는 결국 범죄로부터 방위된다고 보는 것이라고 했다. ex)특별예방이론-포이어 바흐[16], 리스트
·목적형론과 종래의 응보설을 통합한 입장으로 형벌의 목작은 과거의 범죄행위를 비난함으로써 장래의 범죄예방에 기여해야 한다고 주장한다.[17]

위에서 본 바와 같이 여러 학설로 집요하게 대립되는 자유형의 기본목적은 현대에 있어서 절충설로 대변되고 있으나 위 글에 본 바와 같이 수형자는 결국 두가지의 강제에 종속될 수밖에 없다는 결론에 이른다. '순수한 응보적 관점에서는 말할 것도 없고 그 밖의 사상들에서도 기본적으로 형벌에서 가장 중요한 자유형이 올바른 집행을 하기만 하면 사회는 법평화를 가져올 수 있고 수형자가 개선 내지 사회복귀가 이뤄질 수 있다는 점을 전제로 하고 있다'고 하지만 자유형의 올바른 집행이라는 것은 결국 수형자의 관점에서 수형자의 인권보장이 얼마나 실효성있게 되고 있는가가 바로 그 지표가 되는 것이며 또한 그러한 지표는 기본적 인 형벌의 방향을 어디에다 두고 있느냐에 따라 달라진다는 것을 역사적 과정을 통해 우리는 경험적으로 파악했다.

자유형의 재사회화 이념은 궁극적으로 더 이상 가능하지 않으며 이미 죽은 것으로 보는 견해가 증대되고 있으며 이는 실증적인 조사를 통해 증명된다. 자유형은 개선교화의 목적으로 교도소에 구금하여 다소의 사회적 치료 치료요법을 통하여 재사회화하려는 노력이었다고 하지만 현실의 모습을 돌이켜 본다면 속출하고 있는 범죄인의 대부분이 초범보다는 재범이상의 범죄인이라는 사실에 착목할 때 결국 형사정책에 있어서도 자유형의 재사회화 이념은 결국 실패로 돌아갈 수 밖에 없다는 것이다. 이러한 것은 결국 행형의 문제와 이데올로기적인 문제를 동시에 안고 있는 것이다. 배종대 교수도 역시 형벌과 보안처분에 있어서 재사회화 목적의 문제가 '실제적으로 범죄인의 신체와 정신을 이중으로 침해하는 매우 가혹한 형벌'[18]이라고 지적하고 있으며, 푸코(M.Focault)는 '형벌의 신체침해를 노동력 착취로, 정신침해를 이데올로기에 대한 길들이기'로 파악한다. 따라서 재사회화이념은 결국 수형자의 기본적 인권은 배제한 셈이다. 또한 교도시설의 낙와 수용인구의 과밀화로 수형자의 교육과 재사화화 목적으로 자유형을 강요하는 것은 목적론적인 자유형의 기본이념과도 배치된다고 할 수 있다. 우리나라 역시 **자유형의 현실이 형벌목적적인 측면에서는 응보형에 근거한 책임상살 이외에는 아니며, 실효성을 기대할 수 없다**[19]고 볼 수 있다.

3) 자유형 제한원리 자유형의 기본방향 모색

자유형 제한의 원리로서 크게 3가지의 원리를 들 수 있는데 먼저 **1)자유형의 보충성 2)책임주의 3) 인간존중주의**로 볼 수 있다.

자유형의 보충성이란 형벌의 목적이 형벌을 통해서 인간의 자유롭고 평화로운 삶을 확장 유지하는 데 있는 것이라면, 비록 형벌이란 제재가 불가피한 경우라 할지라도 자유형이란 형벌을 사용할 때에는 자유형의 역기능이 적지 아니하므로 범죄의 중요성와 사회방위를 위해 특히 필요한 경우가 아니면 자유형 이외의 다른 대체수단을 이용해야 한다는 것이다.

책임주의는 인간의 자유로운 삶의 보장을 위해서라고 자유형은 '책임없으면 형벌없다'는 책임원칙을 적용해야 할 것이다. 만약 단순한 결과책임이나 책임질 수 없는 사항에 대하여까지 책임을 귀속한다면 인간의 사회적 활동의 자유를 위축시킬 것이 틀림없다. 따라서 책임원칙은 형벌의 전제조건이 되며 더 나아가 책임은 자유형을 산정하는데

있어서 기초가 될 뿐 만 아니라 자유형의 한계로서 기능하여 책임의 범위를 이탈하는 자유형은 금해야 하는 범위까지를 포괄할 수 있어야 한다.

마지막으로 **인간존중주의**는 우리헌법 제10조에서 보장하고 있는 인간의 존엄성과 그 가치를 자유형으로 인해 침해될 수 없다는 것이며 인간성을 근본적으로 파괴하고 잔악하고 고통스러운 자유형은 배제되어야 하고 소멸되야 할 뿐 아니라 수형자에 대한 비인간적인 대우는 절대적으로 근절되어야한다. 또한 자유형이 부과되는 한도내에서의 개인의 자유는 법률에 근거한 제약에 불과하며 이는 인간의 본질적인 존엄성에 훼손을 가하는 일은 어떤 경우라도 인정해서는 아니된다.(헌법 제37조제2항) 또한 자유형의 선고 및 집행단계에서 집행기관의 편리와 효율성을 범죄자의 인권보다 우선해서는 안될 것이다.[20]

위와 같은 자유형의 기본방향을 모색하는 가운데서 결국 수형자의 인권을 존중하는 것이 단순한 존중의 문제로 치환될 수 있는 것 아니라 **법질서를 통한 행형의 재구성 모색과 사회구조적 인식의 전환 등 여러 제 현상과 맞물려 있음을 알 수 있다.**

(4) 소 결-맺음말

우리는 국가형벌권의 목적이 먼저 헌법적 기반에서 이뤄져야 한다는 사리을 인식해야 한다는 것과 형벌의 목적자체가 수형자의 권리를 침해하고 또한 그러한 기본권 인권에 반하는 '강제된 행위'를 배제함으로서 그 정당성을 확보할 수 있다고 본다. 마지막 소결에서는 수형자의 법적지위를 정립하기 위하여 현행법의 인권보장적으로 개선되어야 할 부분을 모색하기로 한다.

위의 글에 밝혔다시피 현행법상의 자유형제도는 수형자의 권리를 외면한 부분이 많으며 이런 부분을 보완 개선하기 위해서는 무엇보다도 사회구조적인 요청과 더불어 기본 법질서를 통한 새로운 행형을 정립하는데 역점을 두어야 한다.

현행법상 사형은 말할 것도 없거니와 **무기자유형의 경우에도 무기형벌법규의 과다와 그 적용남용이 문제가 되며 또한 무기형은 형벌목적에 비춰볼 때에도 재사회화이념이라든지 예방과는 전혀 무관**하다는 것이다. 다만 매우 중대한 범죄로부터 사회적 방어차원에 국한되는 경우라는 명목하에서 사회방어적 의미는 있을지 모르지만 궁극적으로 인권을 보장할 수 있는 도구로서의 역할은 전혀 배제되어 있는 것이다. 이는 장기간의 집행으로 인하여 개별적인 차이가 있지만은 정신적 장애와 인격의 퇴화, 유년단계로 퇴보, 사회적응능력의 상실등의 경우[21]로 나타날 수 있다는 것이다.

헌법상의 기본권 보장은 무기수에게도 예외일 수 없으며 수형자로서 신체적인 자유를 박탈당했다고 하지만 전인격을 박탈당했다고 생각하지 않는 한은 특별권력관계가 기본권의 사각지대로서 통용되어서는 아니되며기본권제한 입법의 한계를 이탈해서도 아니된다. 또한 무기형은 자유형의 본래 목적으로부터 일정한 요건하에서 임의적이 아닌 필연적인 출소가능성이 부여되지 않는다는 것에서도 자유형의 목적과 정면으로 배치된다.

그리고 문제가 되는 **징역과 금고의 분류의 문제**에 있어서도 수형자가 파렴치범이냐의 여부에 따라 징역의 의무가 있는 징역형과 그런 의무가 없는 금고를 구분하고 있는 현행법제도는 자유형의 목적으로 볼 때 구분해할 이유가 없다. 이것은 먼저 징역이냐 금고이냐라는 구별기준인 파렴치범의 판단기준이 불분명하며, 또한 일관성도 없다. 왜냐하면 파렴치범이냐 아니냐는 국민의 가치판단과 밀접한 관련을 갖고 있어 시대와 더불어 변화하는 개념이고 따라서 그것의 객관적인 기준을 정하기 어렵고 결국 자의적인 기준으로 둔갑할 수밖에 없다는 것이다. 따라서 이러한 기준은 파렴치범이라는 낙인을 찍으므로써 수형자의 심리적 굴욕감과 동시에 반항심과 분노심을 만들고 결국 사회에 부적응하는 문제를 양산해 낸다는 것이다. 따라서 **자유형은 단일화되어야 하며 일정한 조건 내에서 수형자에게 기본적 권리를 실현할 수 있도록 노동할 수 있는 권리를 부여해야 한다.**

구류의 문제 또한 형기를 제외하고 신체의 자유를 박탈한다는 점에서 그내용이 자유형과 전혀 다를 바 없으며 현행형법전에서 구류를 법정형으로 인정한 범죄[22]의 적절한 판단기준이 마련되어 있지 않기 때문에 법관이 형향을 판단함에 있어서 지나친 재량권으로 말미암아 지량권이 남용될 소지가 아주 많다는 것이다. 이는 경미한 위법행

위를 형사문제화하여 결국 형사처벌로 이어지게 하여 궁극적으로 인간의 사회적 자유를 근본적으로 침해하는 형사제재인 것이다. 위의 글에서도 언급하였듯이 경미한 위법행위에 대해서는 사회내 처우를 강조하면서 공익노동·사회봉사명령·수강명령 등을 보호관찰과 결합하여 운용하도록 해야한다. 유례없는 즉결심판의 종식과 함께 검토되어야 할 중요한 문제라고 할 것이다.

끝으로 **단기자유형**은 교정교화적 목적과는 전혀 상반되게 짧은 형기내에서 비교적 오래 수감한 자와 접촉을 통해 범죄의 위험이 있으며, 또한 전과자라는 낙인을 통해 사회복귀후에 많은 인격적 침해가 예상되며, 이것이 더 나아가 가족의 문제로 확산될 가능성이 농후하다. 따라서 보석제도의 확충과 선고·집행유예제도를 대폭 손질하는 방향을 적극 검토해야 할 것이다.

□ 각 주

1) 미국의 러핀판결에서

"수형자는 자기의 범죄의 결과로 자유를 박탈당할 뿐만 아니라, 법이 그에게 자비로 부여한 특권을 제외한 모든 개인적 권리를 상실한다. 수형자는 형기내에서는 **국가의 노예**인 것이다."라고 판시한 바 있다.

2) 유만식, <특별권력관계에 있어서 기본권보장에 관한 연구>, 전북대학교 석사학위논문,1987. p5-9

오늘날의 경우 국가기관과 공무원과의 관계, 수형자와 교도소간의 관계, 국립대학과 학생의 관계 등이 좋은 예이다

3) 허영, <한국헌법론>, 박영사, 1998, p283면이하

4) 이 부분에 있어서는 학자에 따라서 의무적 동의는 어디까지나 강제이기 때문에 법률의 직접규정에 의한 성립과 다름이 없다고 하여 의무적 동의는 법률의 규정에 의한 경우에 포함시키는 견해도 있다.

5) <법과사회>, 창착과 비평사, 1989, p148면이하

6) <법과사회>, 창착과 비평사, 1989, p148면이하

7) 서독연방헌법재판소는 "행형은 재사회화를 토대를 마련함을 과제로 한다. 국가는 마땅히 인간의 존엄성을 그 가치질서의 중심에 놓아야 하고, 사회국가의 원리를 실현할 의무를 지닌은 공동체의 자명한 원리이며.....기본권의 침해가 문제되는 한, 그것은 법률에 의하여 혹은 법률에 의거해서만 허용된다는 것은 헌법상의 요청이다. 종래 단순한 행정규칙에 의해 규율되어 왔던 행형의 분야에서도 그러한 요청을 충족시킬 법률을 제정할 의무가 입법자에게 있다." 라고 판시한 바 있다.

8) <법과사회>, 창착과 비평사, 1989, p150~151면

형사사법전과정을 통하여 통일적으로 고찰하는 헌법상의 관점을 제공한다.

9) 현재 사설교도소의 논의가 계속 진전되고 있는데 동아일보 98년9월 28일자 신문기사의 내용에서와 같이 '소년범과 교통사고범 같은 경한 범죄자들을 수용하는 쪽으로 논의'되고 있다는 사실을 통해 수용자의 분산을 통한 과밀해소보다는 앞으로 들어오게 될 경미한 범죄에 대한 범죄자를 우선하는 것으로 보인다. 또한 현재 우리나라의 교도소 수용능력 5만 6천 5백명인데 비해 7만명을 넘겨버린 수용자 수를 사설교도소가 분산해낸다는 것은 버거운 일이 아닐 수 없다. 따라서 구류·단기자유형의 완화 및 폐지를 통해 이러한 과밀화 분산작업은 병행되어야 한다고 본다. 좀 더 나아가 선고·집행유예제도도 같은 맥락에서 이해될 수 있다.

10) 사회가 선진화될수록 형벌은 완화(머리말 참조)되며 최근에는 사회내 처우를 강조하면서 공익노동·사회봉사명령·수강명령 등을 보호관찰과 결합하여 운용하는 추세라고 한다. 또한 자유형의 경우에도 주말구금·야간구금·휴가구금과 같은 현태로 발전하면서 최대한 개인의 존엄성과 기본적 권리를 보장한다고 한다.

11) 일수벌금제 그것이며, 봉급생활자의 경우 월급 중에 일부를 매달공제하는 방식으로 완납하는 방식이다. 이는 목돈을 억지로 조달해야 하는 부담을 줄여주고 또한 장기적으로 오랫동안 납부하게 함으로써 궁극적으로 재범을 방지하도록 하는 데 기여도가 크며 당사자의 노동에 대한 일부를 공제하는 것이므로 계속적인 노동력 창출을 통한 사회

생활의 참여도가 증진된다고 생각된다.

12) 근대이후(post-modern)의 법에 관한 여러 이론들 가운데 특히 주목받아온 것으로 '노네트 셀즈닉(Nonet-Selznik)의 응답적인 법(respossive law)의 이론'이 있다. 이에 따르면 '근대이전의 억압적인 법'과 '근대의 자율적인 법(autonomous law)'에 대비하여 근대이후의 법을 응답적인 법이라고 특징짓는데, 응답적인 법이란 사회적인 요구에 대한 응답의 촉진체로서의 법을 의미한다.

13) 배종대,<형법총론>,1996,홍문사.14~15면

14) 같은 책, p16~17면

15) <법과사회>, 창착과 비평사, 1989, p155면이하

16) 포이어 바흐(P.J.A. Feuerbach,1775~1833)는 심리강제설을 통해 다음과 같이 일반예방이론의 근거를 제공했다.

"범죄를 예방하는데는 두 가지 가능성이 있다. 첫 번째는 모든 사람들에게 쇠고랑을 채우는 방법이 있는데, 그러나 이는 불가능한 일이다. 두 번째는 사람들이 범죄행위를 심리적으로 할 수 없도록 만드는 방법이 있다. 즉 법률을 통해 일정한 범죄행위가 발생하였을 경우 형벌집행을 부과한다고 위하한다. 그리고 실재로 그러한 행위가 발생하였을 경우 형벌집행을 함으로써 형벌위하의 진지성을 보여준다. 이러한 과정은 사람들에 심리강제로 작용해서 결국 범죄행위를 단념시키는 결과를 가져온다. 하지만 개선과 보안은 형벌목적으로 인정될 수 없다. 왜냐하면 그러한 목적을 추구하는 것은 국가권력의 권한에 속하지 않기 때문이다."

17) 안애란, <현행형법상 자유형에 제도에 관한 연구>, 동아대학교 석사학위논문 1991,p6~12

18) 배종대, <형법총론>,홍문사,1996 p23면

19) 허일태, <형법연구(Ⅰ)>, 세종출판사,1997, p223~226

20) 위의 글, <형법연구(Ⅰ)>, p227~231

21) 안애란, <현행형법상 자유형에 제도에 관한 연구>, 동아대학교 석사학위논문 1991,p6~12

22) 공연음란죄(형소245), 폭행죄(형소260), 협박죄(형소283①) 등

교도소 실태와 재소자 인권유린

목 차

■ 교 도 소 실 태 분 석
(1) 재 소 자 의 규 율 과 징 벌
(2) 그 에 따 른 불 복 신 청
(3) 노 동 실 태 (작 업 과 상 여 금)
(4) 여 성 재 소 자 문 제
■ 설 문 해 제 · 분 석

■ 열 면 서

계속적인 재소자의 기본적 권리를 주장하는 목소리가 커져가고 있다. 사설교도소 설립이라든지 교도소 개방등 재소자의 기본적 인권에 대한 관심도 높아지면서 사회적 문제로 대두되고 있는 재소자의 인권상황을 설문을 배경으로 소개하려 한다.

우리나라 행형의 역사를 통해 근대적 의미의 교정이데올로기가 수형자의 인권에 대한 문제의식 성장과 그에 따른 개혁에서 비롯된 것이 아니고, 외부에 의해서 수입되었고 그나마 지배체계의 통제강화를 위장하려는 의도에서 시작되었다고 판단한다면 먼저 행형법의 재검토를 통해 지배권력의 변화와 사회혼란의 시기에 지배층이 사회통제를 강화하려는 권위주의적 의도를 불식해야 한다. 그리고 행형이 '보안우선'에 주안점을 두었다고 한다면 수형자의 법적 지위를 새로이 정립함으로써 행형의 본래의 방향성을 찾는 것이 급선무의 과제이다.

그러므로 이러한 연장선상에서 재소자의 법적지위를 다시금 인식하면서 1)재소자의 규율과 징벌, 2)그에 따른 불복신청, 3)노동실태(작업과 상여금), 4)여성 재소자 문제에 대해서 고민해 보았으면 좋겠다. 여기에서는 먼저 행형이 정당성을 확보하기 위한 과제로써 현실의 문제를 점검하고 이를 제거·개선해야 한다는 관점을 통해 다음과 같이 문제의 목적을 압축할 수 있다.

1) 행형목적이 규율과 징계(징벌)의 기준점이 되어야 하듯 수형자의 지위 또한 행형법의 개별적인 규율영역에 대해 규범적, 실재적 준거점이 되어야 한다. **따라서 행형목적은 수형자의 법적지위를 결정하고 수형자의 법적지위에 따라 교도소내의 규율과 징벌은 결정**되어야 한다.

2) 행형목적을 규율과 징계가 재소자의 기본적 인권을 침해하였을 때 방어권을 장애하도록 해서는 안되며 방어권 행사의 장애는 또다른 기본적 권리의 침해를 가져온다. **따라서 재소자의 방어권에 있어 제한은 기본적 권리행사에 침해를 가져온다.**

3) 작업에 있어서 작업이 과연 재소자의 사회복귀와 재소해있는 동안에 실질적인 행형목적에 비추어 실효성이 있는지를 평가해야 한다. 이는 궁극적으로 재소자의 노동에 대한 권리 뿐만 아니라 그것을 통해 **자기실현을 할 수 있는 권리를 보장해야 한다는 것과 같이 논의되어야 한다.**

4) 여성재소자 문제는 재소의 문제로 치환할 것 아니라 총체적인 여성의 기본적인 권리와 아울러 남성과 다른 조건의 육체적·정신적 이질성을 인정해야 한다. 이는 사회적인 관계속에서 형성된 기본적인 여성의 권리를 보장하려는 것이며, 인간의 기본적 권리향유 보장에 있어서 '고려의 문제'를 환원해서 생각해서는 안되며 **'당위의 차원'으로 견인해야 하는 문제이다.** 참고로 이 자료는 인권운동사랑방과 천주교인권위원회에서 공동으로 98년 3월 출소자를 대상으로 조사한 것이라는 것을 밝힌다.

A. 피설문자 배경

1.입소전 직업

학생	84	55.3
노동자	9	5.9
자영업	8	5.3
사무직	10	6.6
사회운동	8	5.3
무직	7	4.6
기타	15	9.9
무응답	11	7.2
합계	152	100

2. 전과경력

1	41	27.0
2	15	9.9
3	3	2.0
4	5	3.3
5	2	1.3
5이상	3	2.0
전과없음	79	52.0
무응답	4	7.22.6
합계	152	100

3.혼인여부

기혼자	35	23.0
미혼자	111	73.0
무응답	6	3.9
합계	152	100

B. 분 류

1.당신은 20세 미만인 소년수와 같은 감방에 수감된 일이 있습니까?

있다	100	65.8
없다	44	28.9
무응답	8	5.3
합계	152	100

▶ 광주교도소: '97. 7 ▶ 대구교도소: '98.4
▶ 대전교도소: '98. 3 ▶ 부산교도소: '97.8
▶ 춘천교도소: '98. 5

(1) 재소자의 규율과 징벌

가. 규율과 징벌

1. 교도관이나 경비교도원으로부터 폭행을 당한 일이 있습니까?

있다	42	27.6
없다	·	·
무응답	110	72.4
합계	152	100

2. 위 설문에서 "있다"라고 대답한 분은 어떤 폭행을 당했습니까?

몽둥이로 구타	13	5.2
손으로 구타	26	10.3
물 고 문	5	1.9
발로차기	23	9.1
수갑, 포승등의 과잉사용	35	13.9
기 합	8	3.2
회 초 리	1	0.4
심한 욕설	36	14.3
기 타	105	41.7
합계	252	100

3. 당신은 행형법 제46조에 규정된 징벌의 다섯가지 종류를 알고 있습니까?

안다	31	20.4
모른다	118	77.6
무응답	3	2.0
합계	152	100

4. 당신은 징벌 받은 경험이 있습니까?

있다	38	25.0
없다	111	73.0
무응답	3	2.0
합계	152	100

5. 위 설문에서 "있다"고 대답한 분은 어떤 규율 행위 때문에 징벌을 받았습니까?

① 소내 불편사항을 말했다고 ② 필요한 물건을 바꾸었다고 ③ 통방했다고 단식처분 ④ 교 도관에게 거짓말 했다고 얼굴에 먹물을 뿌림 ⑤ 폭행을 막기위해 폭행을 반대하다가 도리어 폭행당하고 치료까지 거부당함 ⑥ 담배 피우다가 규율위반으로 징계

6. 그 규율위반 행위에 대하여 조사받는 과정에서 교도관으로부터 폭행을 당했습니까?

당했다	23	15.1
당하지×	38	25.0
무응답	91	59.9
합계	152	100

① 수갑을 찬채 구타(1), 구타(9), 폭언(4), 모포로 말아놓고 구타(2), 계구과잉사용(4) 비녀꽂기(1), 족수정(1), 포승(1), 수갑(3), 독방감금(1), 4-5명에게 사지끌려(1), 사슬착용(1), 멱살(1), 포승한 채 몽둥이·통닭구이·구두발로 찼음(1)

7. 당신이 징벌을 받았다면 어떤 종류의 징벌을 선고 받았습니까?

경고	10	6.4
1개월이내 도서열람 금지	4	2.55
청원작업의 금지	4	2.55
작업상여금의 전부 또는 일부의 삭감	19	12.1
2개월 이내의 금치		
무응답	120	76.4
합계	157	100

8. 당신이 징벌을 받았다면 정식으로 징벌의 종류와 기간, 그리고 징벌 이유를 통지받았습니까?

정식 서면으로 통보받았다	1	0.6
계장이상의 교도(구치)소 간부로부터 구두로 통지받았다	5	3.3
징벌위원회에 출석하여 그 자리에서 통보받았다	9	5.9
주임으로부터 정식로 통지받았다	2	1.3
사동교도관으로부터 정식으로 통지받았다	6	3.9
정식으로 통보받은 바 없고 지나가는 말로 내가 징벌을 받은 사실을 알았다	9	5.9
어떤형태로든 통보받은 사실이 없다.	7	4.6
무응답	114	74.5
합계	153	100

9. 당신은 교도(구치)소에서 위 다섯가지 징벌의 종류외에 변질된 징벌형태를 목 격한 일이 있습니까?

있다	45	29.6
없다	26	17.1
무응답	81	53.3
합계	152	100

① 심한 시승, 연쇄 사용(5) ② 사슬, 시갑, 독방감금, (0.75평에 3-4명 수용) ③ 대변을 보지 못함 ④ 사동복도를 순회하면서 '잡답하지 맙시다'라고 ⑤ 서신불허 ⑥ 영화시청금지 ⑦ 접견금지 ⑧ 철창에 매달고 가죽혁대로 때림 ⑨ 물가득 담근 도라무통에 머리를 담금 ⑩ 겨울에 포박후 물뿌리기 ⑪ 몽둥이 구타 ⑫ 혁수정으로 한체 맞음(3).....

10. 당신이 징벌을 받았다면, 다음과 같은 처분을 아울러 받았습니까?

가족이나 친지와의 면회금지	31	10.2
편지나의 수신이나 발신금지	35	11.5
운동금지	37	12.1
종교집회 참가금지	28	9.2
위안 · 오락 등 일반 집회 참가금지	27	8.9
세면 금지 또는 제한		
목욕금지 또는 제한		
침구나 의류등 사용제한	10	3.3
기타	23	7.5
무응답	114	37.3
합계	296	100

① 자변식품 반입금지(3) ②독서 및 신문 열람금지(2) ③ 젓가락 사용금지(1)
④ 포박(1) ⑤ 약품투입 금지(1) ⑥ 수갑 및 포승한 채 세면(10 ⑦ 방송구/혁수정(1)
⑧ 먹방생활(1) ⑨ 겨울 기상시 모포수거(1)

11. 당신이 징벌을 받았다면 징벌부에 계구(포승, 수갑, 사슬, 안변보호구)를 사용한 일이 있습니까?

있다	34	22.4
없다	17	11.2
무응답	101	66.5
합계	152	100

12. 위 설문에 "있다"라고 대답한 분은 아래 계구중 어느것을 착용했습니까?

포승	28	14.1
수갑	37	18.9
사슬	4	2.0
안면보호구	7	3.6
기타		
무응답	120	61.2
합계	196	100

연쇄(1), 혁수정(2)

13. 징벌을 어떤 장소에서 받았습니까?

징벌방	21	11.8
먹방	10	5.3
일반독거방	8	4.6
기타	3	2.0
무응답	113	74.3
합계	152	100

17. 교도소 간부들로 이루어진 징벌위원회라는 것이 있다는 것을 아십니까?

알고있다	46	30.3
모른다	56	36.8
들은 적이 있다	20	3.2
무응답	30	19.7
합계	152	100

18. 징벌을 받을 때, 징벌위원회에 출석하여 자신에게 유리한 사실을 진술하거나 또는 징벌위원회앞으로 그런 내용의 진술서를 제출할 수 있다는 것을 알고 계십니까?

알고있다	39	25.7
모른다	59	38.8
무응답	54	35.5
합계	152	100

19. 징벌을 받을 때 징벌위원회에 출석하신 일이 있습니까?

있다	17	11.2
없다	35	23.0
무응답	100	65
합계	152	100

※ 이하 생략

26. 징벌문제와 관련하여 특별히 하실 말씀은?

- 신체적 억압에 관한 부분, 특히 계구 사용에 대한 부분을 지적

(징벌 중에는 수갑, 사슬, 족쇄 등을 착용)

- 재소자 간의 폭행문제
- 출역도중 규율위반으로 계장에게 폭행('97. 8월), 이를 항의하자 접견, 서신등 외부연락금지
- 면회금지 협박
- 전향거부로 고문(바늘로 고문)

(2) 그에 따른 불복신청

나. 불복신청

1. 혹시 당신은 교도(구치)소에 입소할 때 불복신청을 할 권리가 있다는 사실과 구체적인 방법등에 대하여 교도관으로부터 정식으로 통지를 받은 일이 있습니까?

있다	1	0.7
없다	149	97.4
무응답	3	2.0
합계	152	100

3. 담당교도관에게 면담을 신청한 일이 있습니까?
4. 위 설문에 '있다'라고 대답한 분은 그 신청이 받아들여졌습니까?

쉽게 받아들여 졌다	2	1.3
어렵게 받아들여졌다	17	11.2
받아들여지지 않았다	54	35.5
무응답	79	52.6
합계	152	100

5. 소장을 실제로 면담해 본 일이 있습니까?

있다	24	15.8
없다	100	65.8
무응답	28	18.4
합계	152	100

6. 법무부 장관에게 청원하기 위하여 집필을 신청해 본 일이 있습니까?

있다	31	20.4
없다	97	63.8
무응답	24	15.8
합계	152	100

7. 청원집필 신청은 받아들여졌습니까?

받아들여졌다	8	5.3
정식으로 거부되었다	4	2.6
묵살당했다	21	13.8
무응답	119	78.3
합계	152	100

8. 판사, 검사, 혹은 법무부 당사자가 교도(구치)소를 순회점검하는 것을 알고 있습니까?
9. 위 순회 점검때 검열관에게 말로 혹은 문서로 청원을 하려고 한 일이 있습니까?

있다	29	19.1
없다	99	65.1
무응답	24	15.8
합계	152	100

10. 위 설문에 '없다'라고 답한 분들은 왜 청원을 하지 않았습니까?

누가 순시하는지 몰랐다	51	30.4	수감생활에 불편이 없었기 때문이다	2	1.2
교도(구치)소당국의 보복이 두려웠다	5	2.9	기타/무응답	10/61	6.0/36.3
청원을 해봐야 소용없다고 생각했다	39	23.2	합계	168	100

11. 순회검열관에게 청원하려고 한 분은 교도(구치)소의 당국자에 의하여 방해받거나 제지당한 일이 있습니까?

있다	25	16.4
없다	17	11.2
무응답	110	72.4
합계	152	100

12. 불복신청제도와 관련하여, 특별히 하실 말씀은?

불복신청에 대한 충분한 인식이 결여 되어있으며, 설사 알고 있다하더라도 불복신청 을 통해 당국의 부정독촉 때문에 쉽게 하기가 어렵다고 함.

(3) 노동실태(작업과 상여금)

가. 작업 및 상여금

1. 당신은 작업을 했습니까?

예	21	13.8
아니오	83	54.6
무응답	48	31.6
합계	152	100

외부통근(2)

2. 작업분류시 자신의 의사가 어느 정도 반영되었습니까?

모두 반영	1	0.7
절반 반영	5	3.3
반영되지 않는다	17	11.2
무응답	129	84.9
합계	152	100

3. 작업에 따른 안전사고 예방을 위한 교육과 안전시설 등의 조치가 충분했습니까?

충분하다	7	4.6
충분하지 않다	19	12.5
무응답	126	72.9
합계	152	100

4. 작업능력은 능력있는 사람에 의해 충분하게 실시되었습니까?

그렇다	5	3.3
그렇지 않다	20	13.2
무응답	127	83.6
합계	152	100

5. 작업 환경은 만족스러웠습니까?

만족스럽다		
만족스럽지 않다	21	13.8
잘 모르겠다	5	3.3
무응답	126	82.9
합계	152	100

6.산재발생시 교도소 당국은 어떠한 조치를 했습니까?

숨김, 축소/조작/은폐/왜곡, 유야무야

8. 작업시간은 평균 몇 시간 이었습니까?

야간작업(강제), 일요일 작업(1)

9. 각종 직업훈련이 재범방지를 위해 효과가 있다고 생각합니까?

그렇다	16	10.5
그렇지 않다	29	19.1
무응답	107	70.4
합계	152	100

10. 수용시설에서 배운 기술로 사회에 적응할 수 있다고 생각합니까?

그렇다	5	3.3
그렇지 않다	24	15.8
전혀 그렇지 않다	18	11.8
무응답	105	69.1
합계	152	100

11. 재소자들이 받고 싶은 교육에 대해 모두 열거해 주십시오.

12. 당신은 출소직전 몇 급수였으며, 작업 상여금은 얼마나 받았습니까?

13. 작업상여금이 적당하다고 생각하십니까?

적당하다	1	0.7
박하다	5	3.3
터무니없이 박하다	24	15.8
모르겠다	4	2.6
무응답	118	77.6
합계	152	100

(4) 여성 재소자 문제

가. 여성(여성만 답해주십시오)

8. 임신중일 경우 건강검진은 자격있는 사람 또는 기관에 의해 정기적으 로 진행되었습니까?

그렇다		
그렇지 않다	7	4.6
무응답	145	95.4
합계	152	100

9. 아이를 출산하는 경우 어떤 형태로 출산을 합니까?

피구금시설내의 의료기관에서	4	2.6
사회병원에서	4	2.6
석방되어 출산	1	0.7
무응답	143	94.1
합계	152	100

12.그밖에 여성 재소자와 관련해 특별히 하실 말씀은?

여성의 특수성을 고려하지 않는다, 최소한 생리시에는 눕게나 따뜻한 곳이 필요, 신체적 문제, 출산시에도 수갑을 찬 채로 출산, 산후15일이면 일반 수감자와 같이 처우, 기결 수용시 40-80명이 같이 수용

■설문해제 · 분석

위에서 본 것과 같이 교도소의 현실적인 문제를 통해 개선방향을 찾아내는 작업이 시급하다. 각 장에서 재소자의 법적지위를 고찰을 통해 재소자의 처우·환경과 행형의 새로운 방향을 모색해야 한다. 그러기 위해서 먼저 위 설문에서의 쟁점이 될 문제를 개별적으로 검토하는 작업을 하여야 겠다.

1. '분류'(B)에서 소년수와 같은 감방을 최근(춘천교도소가 '98년 8월까지)까지 사용한다는 것은 소년수가 범죄를 학습하게 될 수 있으며, 또한 소년수는 경미한 범죄에 의해 수감되는 경우가 많은데 그러한 범죄에 대한 예방효과도 기대할 수 없게 될 수 있다. 심리적으로도 위축되어 계도기간이 길어질 수 있으며 타 소년수와의 괴리감을 형성함으로써 '수형자 분류'가 본질적으로 행형목적을 실현하는데 장애가 된다.

국민 1만명 중 13명 정도가 교도소에 있는데 그 13명의 인권은 사실상 포기된 것과 다름없는 생활을 한다. 특히 분류에 있어서 이들의 권리는 많은 부분 박탈당하고 있다. 우리나라는 A, B , C, D급으로 분류된 재소자에게 수형생활의 태도에 따른 누진처우제를 실시하고 있는데 여기에서 D급(미전향, 흉악범)은 이 제도를 적용하지 않는다고 한다. 교화와 교육이 목표라면 모든 재소자를 동등하게 대해야 함에도 D급 재소자는 이미 포기한 것으로 간주해 버리는 것이다. 또한 미전향자는 2년 이상의 독거수용을 금지함에도 불구하고 20~40년씩 무기한 독거를 하고 있다.

따라서 분류에 대한 규칙을 다시 검토할 것과 그 적용에 있어서 헌법상에 보장된 기본원리를 토대로 행형목적을 실현해야 할 것이다. 참고: 박홍규, 법은 무죄인가, 1997, 개마고원

2. '규율과 징벌에서 [1] ' 징벌받은 사람들 뿐만 아니라 징벌을 받아보지 못한 사람도 행형법 46조의 징벌의 다섯가지 형태를 모르고 있으며(3번)이는 변질적인 징벌을 유발하게 되고(10번) 또한 신입자교육기간에 있어서 결정적인 문제점을 드러낸다. 생활공간에서 어떤 규정을 통해 어떠한 방식으로 규율하는가를 알려줘야 할 의무를 사실상 교도행정기관은 간과하고 있다는 것이다. 나아가 징벌의 형태가 자의적이거나 일방적인 것을 견제하고 징벌의 정당

성을 확보하기 위해서 '징벌위원회'가 있어야 함에도 불구하고 징벌위원회의 구성자체의 문제를 생각치 않을 수 없다(17번). 징벌위원회 위원이 교도소내의 간부급들로 이뤄지기 때문에 교도관이나 경비교도원의 폭행이 유야무야하게 넘어가는 일이 보통이다(1번). 징벌과 폭행은 불가분의 관계에 있는 듯하다. 징벌받은 사람들의 대부분이 규율위반에 대해서 징벌을 받았으며 이는 징벌받은 사람의 수와 폭행당한 사람의 수가 거의 비슷한 수준으로 나와있기에 이와 같은 추측을 할 수 있다(2, 5, 6번).

징벌 또한 징벌위원회에서 해당 규율위반사실을 가지고 회의를 소집하는데 있어서도 과연 그러한 위원회가 정식으로 운영되고 있는지 의문이다. 아예 그러한 징벌위원회를 간부들도 모르고 있는 것은 아닐까라는 생각이 든다. 또한 징벌이 규율위반 행위자의 인격과 기본적인 권리를 침해하여서는 아니된다. 예를 들면 겨울철에 모포를 수거한다든가, 겨울철에 옷을 벗기고 물을 뿌린다든가 하는 것은 인간 이하의 대우를 통해 정신적으로나 육체적으로 심한 모멸감을 느끼게 하는 행위이다(9번, 10번). 나아가 계구를 사용하는 것은 소내질서와 시설보호를 위해 사용에 있어서 필요최소한도의 제한만이 허용범위라고 해야 함에도 불구하고 징벌시 계구사용을 당했다는 수(34명)가 징벌받은 수(38명)와 거의 일치한다. 이는 징벌시에 계구사용이 빈번하게 이뤄졌다는 것을 알 수 있는 단서가 될 수 있다.

방어권 행사에 있어서도 결정적으로 문제가 되는 것은 소내에서의 징벌위원회에 출석 및 진술서를 통해 자신의 유리한 진술을 할 수 있음에도 불구하고 이러한 사실을 모르는 비율(18번)이 상당히 있음을 알 수 있었다. 이는 스스로에게 부여된 기본적 권리를 행사할 수 없는 무지의 문제로 환원하기 보다는 징벌위원회에서 징벌에 대한 조치에 더 많은 비중을 두기 때문이라고 할 수 있다. 징벌또한 소내의 행정처분이기 때문에 그 처분에 불복하거나 유리한 진술을 할 수 있음을 인지시켜야 하는 의무를 간과함으로써 결국 기본적 권리를 박탈한 것과 다름없다.

3. 불복신청 [2] 의 경우 징벌이라는 행정처분에 대해 방어권을 행사할 수 있음에도 불구하고 소내의 보복적 처분이 계속적으로 이뤄짐으로써 방어권 행사를 제약한다는 것이다. 특히 위에서도 입소시 교육을 통해 불복신청과 더불어 방어권을 행사할 수 있다는 사실을 알려야 함에도 불구하고 이러한 사실을 정식으로 통보받는 것은 겨우 1명에 불구했다(1번). 행형법 제6조에는 청원과 교도소장 면담, 순회공무원에게 청원 등의 방법등으로 행정처분에 대한 이의제기를 할 수 있다. 그러나 청원과 면담은 그리 효율적인 구제방법은 되지 못한다. 이는 설문 4번과 5번의 경우를 보면 알 수 있듯이 면담을 신청해도 받아들여지기가 상당히 어려우며 실제로 면담을 요청하여 면담이라도 성사(?)된 경우는 15.8%에 그쳤다. 면담이 소내에서의 구제방법 중 하나라면 이 방법의 구제가능성에 의문을 가질 수 있고 따라서 법무부장관에게 청원을 할 수 있는데 청원하기 위해 집필신청을 한 사람 31명중 집필신청이 받아들여지는 예는 8명에 한했다. 따라서 청원에 까지 이를 수 있는 비율은 아주 미약하다는 것이다(6, 7번). 또한 청원은 행형법제6조 2항에 명시된 바로는 '교도관은 이를 개봉하지 못한다'고 하여 사실상 교도소장은 '개봉 가능하다'라는 의구심을 가지게 한다. 소내의 구제방법이 적절치 못하면 외부적으로 이를 심사·구제할 수 있는 기관에게 조력을 요청하는 것인데 이를 교도소장이 개봉한다면 또다시 방어권 행사에 문제가 생긴다는 것이다.

순회점검공무원, 판사, 검사 등이 소를 방문할 때에도 청원을 할 수 있음에도 이들이 왔는지를 모르는 경우가 허다하며 심지어는 당국의 방해까지 받는다는 것이다(11번). 따라서 이를 보완하기 위해서는 인권위의 불시점검권 및 불시점검 확인후의 조치와 더불어 행형옴부즈맨 제도가 시급히 정착되어 이러한 구제방법과 절차에 새로운 전기를 마련해야 한다.

4. 작업과 상여금 [3] 에서 무엇보다 중요한 것은 첫째, 작업에 대한 임금과 둘째, 산재에 따른 보상 그리고 셋째, 사회복귀나 개인자질의 계발 등에 도움을 줄 수 있는 가의 효율성 문제를 꼽을 수 있다. 작업은 소내에서 생활하는 재소자에게 많은 영향을 줄 수 있다. 만약 행형에서 작업이라는 것을 투영시키지 못한다면 재소자는 준비된 범죄자일 다름이다. 사실상 우리나라 재범비율은 50%정도로 교화에 실패하고 있다. 이는 작업에서 두드러지게 나타난다.

일반적으로 재소자는 아침 6시반에 기상해서 8시께 취침하는데 낮에는 공장에서 일당 6백원에서 3천6백원의 노동을 한다고 한다. 근래의 자세한 수치는 알 수 없지만 박홍규 교수의 '범은 무죄인가' 제5장(p386이하)에서는 다음과

밝힌다.

'작업생산 실적은 83년에 85억 3천만원에서 92년에 1백70억9천만원으로 늘었다. 그러나 92년 노임액은 32억2천만원에 불과하며 그 차액이 1백38억에 이르렀다. 노임 외에 관리비 등을 제외하고 87억여 원이 국가예산이었다.'

그러나 박교수의 '노임'이라는 용어는 틀린 말이다. 노동에 대한 임금을 노임이라고 하는 데 실제로 재소자는 '노임'이 아닌 '상여금'을 받는다. 상여금은 상(賞)으로 금품을 주는 행위로써 급료와는 다른 성격을 가지며 보너스의 형태를 가지는 것이다. 군인이 월급을 받는다고 하지만 그것은 월급이 아니라 상여금의 형태로써 지급된다는 것과 다를 바가 없다. 따라서 재소자 받는 작업에 대한 돈은 임금의 형태가 아니라는 것이다. 그러나 이 작업상여금 모두에게 다 지급되는 것 또한 아니다. 행형법 제39조에서는 '작업의 종류, 성적, 행장 기타 사항을 참작하여' 작업상여금을 '지급할 수' 있다고 한다. 이는 교육형주의를 우선하는 우리나라행영에 있어서 비효율적인 작업 양태를 양산해 내고 또한 그러한 작업이 개인의 계발에 있어서도 도움이 되지않는 것이다. 형사정책연구소에서 밝힌 바와 같이 '교도작업은 수형자의 적성과 기술에 맞고 출소 뒤 취업이 용이한 직종보다는 세입 목표 달성을 위한 작업실시 차원에서 작업지정에 그치고 있다'고 한다.

또한 안전시설 면에서도 충분하지 못한 것을 알 수 있으며 능력에 따라 작업을 고루 분배하지도 않는다는 것 또한 알 수 있다. 산재시 이들에게 산재보상이 이뤄져야 함에도 불구하고 그러한 제도적 장치 상당히 미약하고 따라서 그들은 계속 국가의 노예로 전락할 수밖에 없도록 만드는 것 현실이다(6번). 형사정책연구원에서 밝힌바와 같이 결국 작업은 국가의 세입과 정책에 의해서만 가치를 가지지 그 이상의 재소자의 재범방지나 사회복귀시의 기술습득으로 인한 원만한 사회관계 형성에는 관심이 없는 것이다.

우리나라의 행형은 재사회화 기대수준을 다시 상정해야 할 필요가 있으며 자유박탈과 사회로부터 격리가 오히려 재소자의 탈사회화를 초래한다는 것을 인식해야 한다. 물론 재소자의 작업에 대해서 개인의 능력과 자질을 고려한 작업을 분류하고 제공해 주어야 하며 이를 통해 재소자가 소내에서 향유할 수 있는 기본권 권리를 인정해 주어야 한다.

작업상여금은 '임금'으로 바뀌어야 하고 그러한 임금을 통해 미결수용자의 자변을 도울 수 있으며 기결수에게는 기본적으로 소내에서 필요한 물자를 구입하거나 저축을 통해 사회복귀시 유용하게 사용할 수 있도록 만들어 주어야 한다. 이러한 형사정책적인 관점외에도 작업수익은 행형비용에 충당함으로써 재정적 내지 경제적 비용 절감의 효과를 거둘 수 있으며 일반인의 조세저항의 무마시킬 수 있다. 따라서 상여금의 적정기준이 없으므로 대부분이 박하고 생각하는 것을 염두해 둘 때에도 상여금은 임금의 형태를 가져야 하며 결국 임금의 형태는 재소자의 작업능률과 자기계발을 하는데 많은 도움을 줄 것이라고 생각한다.

행형법 제40조의 <위로금·조의금 규정>에서 '사망 또는 불구자가 된 때에는 그 상황을 참작하여 ..위로금 또는 조의금을 지급'한다고 하는 법문에서 그 기준과 '상황'이라는 것을 명확히 할 필요가 있다. 나아가 산재혜택을 적용함으로써 궁극적으로 자신이 입은 피해에 대한 적절한 보상과 사망시에는 출소 후의 유가족의 생계를 고려하여 '재소자 산재에 관한 규정'을 신설하든가 기존의 산재규정을 적용하는 방안을 검토해야 할 것이다.

5. 여성재소자 문제 [4] 에서 먼저 여성은 육체적으로 남성과 본질적으로 같지 아니하다. 이 문제는 처우의 평등문제가 아니라 기본권인 인권의 보장의 측면에서 고려되어야 하는 사항이다. 예를 들어 생리시나 출산시는 당연히 여성의 신체적 특수성을 고려해 주어야 함에도 불구하고 남성과 다를바 없는 처우가 사실상 불평등의 문제르 야기할 수 있다는 것이다. 생리시아 출산시에는 기본적으로 정신적 안정과 육체적으로 억압이 없는 상태를 조성해 주어야 한다. 그렇지 못하면 사실상 이러한 보장이 없다는 것이 궁극적으로 여성의 인권을 침해하는 것이다. 출산시에 수갑을 찬채로 출산한다면 형의 목적과 아무런 개연성없는 산모의 육체적 고통을 감수해야 하며 이는 수형되어있는 가운데서 받는 고통과 함께 그 고통의 양이 양적으로 배가되어 심리·정신적으로도 위험하게 될 수도 있다. 이는 미국의 수정헌법 제8조 '잔혹하고 비통상적 형벌금지'에 해당할 수 있는 문제 이므로 우리나라 행정당국에서도 신중한 배려가 있어야 할 것이다. 결국 인간의 신체는 수형시설에 있는 동안에도 사회생활을 영위할 때처럼 동일한 조