

시 징계처분을 하고 장관에게 이를 보고하여야 한다.⁵⁴⁾

3. 監督官 派遣

교정업무의 지도·감독상 필요하다고 인정되는 때에는 民營矯導所에 법무부소속 公務員을 파견하여 당해 민영교도소의 業務를 指導·監督하게 할 수 있다.⁵⁵⁾

민영교도소 수용자에 대하여는 그 성질상 허용되지 아니하는 경우와 법령 및 委託契約에서 달리 정한 경우의 예는 行刑법을 준용하도록 되어 있으므로 대부분 민영교도소장의 책임하에 업무가 처리될 것이다.

그러나 수용자 처우중에서 중대한 결과가 예상되는 일정한 경우에는 장관이 민영교도소의 指導·監督을 위하여 파견한 감독관의 승인, 의견서 첨부, 확인 등을 요구한다. 교도소의 민간위탁 취지와 교도소의 일상적인 현실을 감안한 취지이다.⁵⁶⁾

즉, ①수용자의 도주·폭행·소요 또는 자살의 방지 기타 교도소의 안전과 질서유지를 위해 필요한 경우의 계구사용, ②수용자를 제압하기 위하여 신체적인 유행력을 행사하거나 교도봉·가스분사기·최루탄 등 보안장비를 사용하는 경우, ③수용자 또는 수용자 외의 자에게 대한 무기사용, ④천재지변 기타 사변으로 인하여 교도소의 안에서 피난의 방법이 없다고 인정되는 때의 긴급이송과 일시석방, ⑤적당한

54) 이 규정에 위반하여 징계처분을 하지 아니하면 2년 이하의 징역 또는 2천만원 이하의 벌금에 처해지며(동법 제42조 제2항 제1호), 징계처분을 하고 보고를 게을리하거나 부실한 보고를 하는 경우에는 1천만원 이하의 과태료에 처해진다(동법 제44조 제1항 제6호).

55) 장관은 이 법에 의한 權限의 인부를 관할 地方矯正廳長에게 위임할 수 있다(동법 제39조).

56) 이윤호, 전계논분, p.241; David Shichor, Punishment for Profit: Private Prisons/Public Concerns, Thousand Oaks, CA:Sage, 1995, p.101.

수용자 치료를 위해 외부병원에서의 이송, ⑥외부통근교육 및 작업, ⑦귀휴, ⑧징벌 등의 처분을 하고자 하는 때에는 감독관의 承認을 얻어야 한다. 다만, 긴급한 상황으로 사전에 承認을 얻을 만한 시간적 여유가 없는 때에는 당해 처분 등을 한 후 즉시 監督官에게 통보하여 承認을 얻어야 한다.⁵⁷⁾

또한 민영교도소장이 행정성적이 우수하고 재범의 위험성이 없다고 인정되는 자에 대한 假釋放審査를 申請하고자 하는 때에는 監督官의 의견서를 첨부하여야 하며, 사면, 형기종료 또는 권한이 있는 자의 명령에 의하여 釋放을 하고자 하는 때에는 관계서류를 調査한 후 監督官의 확인을 받아 행한다.⁵⁸⁾

4. 監査 및 損害賠償

委託業務의 처리결과에 대해서도 장관은 매년 1회 이상 監査를 하여야 한다. 이 경우 감사를 거부하거나 이를 기피 또는 방해한 자는 2년 이하의 징역 또는 2천만원 이하의 벌금에 처해진다.

이 감사결과 위탁업무의 처리가 違法 또는 부당하다고 인정되는 때에는 당해 교정법인 또는 민영교도소에 대하여 적절한 是正措置를 명할 수 있으며, 관계 任·職員에 대한 인사조치를 요구할 수 있다. 이때 장관의 시정명령 또는 인사조치의 요구에 불응한 자는 2년 이하의 징역 또는 2천만원 이하의 벌금에 처해진다.

교정법인의 任·職員과 민영교도소의 직원이 委託業務를 행함에 있어 故意 또는 過失로 法令에 위반하여 국가에 損害를 가한 때에는 당해 교정법인은 이를 賠償하여야 한다. 이러한 손해배상을 위하여 1억

57) 이러한 처분에 대하여 감독관의 승인을 얻지 아니한 자는 2년 이하의 징역 또는 2천만원 이하의 벌금에 처해진다(동법 제42조 제2항 제4호).

58) 이때 감독관의 확인을 받지 아니하고 수용자를 석방한 자는 2년 이하의 징역 또는 2천만원 이하의 벌금에 처해진다(동법 제42조 제2항 제5호).

원 이상의 현금 또는 유가증권을 공탁하거나 이행보증보험에 가입하여야 한다.

5. 罰 則

교정법인 또는 민영교도소의 임직원의 행위가 법령에 위반하였거나 정당한 이유없이 일정한 행위를 하지 아니하는 경우에는 위반으로 인한 잠재적 이익을 줄이기 위해⁵⁹⁾ 懲役 또는 罰金에 처할 수 있고, 위반행위의 정도가 작은 경우에는 過怠料 처분도 가능하다. 예컨대, 정당한 이유없이 위탁업무의 수행을 거부하거나 이를 遺棄한 者는 2년 이하의 징역 또는 2천만원 이하의 벌금에 처하는 규정(동법 제42조 제2항 제1호)을 든 것 등이다.

또한 법인에 대하여는 兩罰規定을 적용하여 교정법인의 任職員과 민영교도소 직원이 그 법인업무에 관하여 징역 또는 벌금에 해당하는 위반행위를 한 때에는 행위자를 罰하는 외에 그 法人에 대하여도 부과된 罰金刑과 같은 벌금형을科한다.

과태료는 법무부장관이 賦課·徵收하며, 과태료처분에 불복이 있는 者는 그 처분의 告知를 받은 날부터 30日 이내에 장관에게 異議를 제기할 수 있다. 장관은 과태료를 부과하는 때에는 당해 위반행위를 조사·확인한 후 위반사실·과태료금액·이의제기방법 및 이의제기기간 등을 서면으로 명시하여 이를 납부할 것을 과태료처분대상자에게 通知하여야 한다. 또한 장관은 과태료를 부과하고자 하는 때에는 10일 이상의 기간을 정하여 과태료 처분대상자에게 口述 또는 書面에 의한 의견진술의 기회를 주어야 한다.

59) 이윤호, "민영교도소 도입에 따른 문제점 및 대책", 「행정법개정 및 민영교도소 도입에 관한 공청회」, 1998, p.44 참조.

出入國管理法上

旅券의 「有效性」에 관한 小考

法務部 滯留審査課 出入國管理主事 朴相淳

I. 問題의 提起

출입국관리법¹⁾ 제2조 제3호에서 "여권이라 함은 ... 대한민국정부가 유효하다고 인정하는" 것과 법 제3조 제1항이하에서 "국민(외국인)이 대한민국에 입국 또는 출국하고자 할 때에는 유효한 여권 또는 선원수첩"등을 소지하도록 규정하면서 「유효하다」와 「유효한」이라는 용어를 법 전반에 걸쳐 사용하고 있다. 그런데 '유효하다(validate)'와 '유효한(valid)'에서 보는 바와 같이 현행법령에서 말하는 소위 여권의 「有效性」에 관한 개념적 정의문제와 관련하여 실무적으로 혼란이 있는 등 여러 가지 법리적 문제점이 야기되고 있다.²⁾

- 1) 출입국관리법은 행정주체의 우월성, 강행성, 명령성, 행위규범성등을 특성으로 하는 행정작용을 규정한 법이면서 출입국사범이 되는 요건과 그 처분 또는 처벌절차를 규정한 법이라고 할 수 있다. 이 법은 1963년 3월 5일 제정된 이래 지금까지 10차례 개정되었다. 이하 출입국관리법은 "법"으로, 동법 시행령은 "시행령"으로, 동법시행규칙은 "시행규칙"으로 각각 칭한다.
- 2) 이러한 문제는 출입국자의 증가와도 밀접한 관련이 있다. 법무부의 내부통계에 따르면, 2000년도 총 출입국자는 21,801,568명에 달하는 것으로 나타났다. 이중에서 전체의 52.7%인 11,481,027명이 국민이었고, 외국인도 47.3%

우리나라 '민영교도소법¹⁾'의 허용성과 위험성

김성돈*



I. 들어가는 말

민영화의 파고가 드디어 교도소의 담장도 넘겼다. 오는 7월 1일부터 시행되는 민영교도소법에 따라 법인 또는 개인이 교도소를 설립하고 운영할 수 있게 되었다. 1998년 한국기독교총연합회가 기독교교도소를 설립하려는 구상을 실현하기

* 성균관대학교 법과대학 부교수, 형사법전공

1) 이하에서 민영교도소법이라고 할 때에는 '민영교도소등의설치·운영에관한법률'을 가리킨다.

위해 교도소의 민영화에 관한 논의를 촉발시킨 이래 이 문제를 둘러싸고 단기간 안에 손꼽힐 정도의 찬반논의가 있었으나, 정해진 시나리오는 큰 변화없이 원안대로 유지되었다.²⁾ 민영교도소법이 국회를 통과한 후에는 민영교도소시대에 속출할 지도 모를 문제에 관한 문제제기도 없고, 반대론자들의 목소리도 전면에서 완전히 사라져 버렸다. 기독교교도소의 설립을 기정사실로 예고하는 신문지상의 보도만 가끔씩 등장하여 이 법률의 시행일이 임박했음을 알려줄 뿐이다.

이 글은 교도소민영화의 찬반에 관한 일반론을 전개하지 않는다. 민영교도소법의 시행에 앞서 두가지 리트머스시험지를 가지고 이 법률의 정당성과 합법성을 점검하는 데 목적이 있다. 첫째, 형벌집행을 민간에게 위탁하기로 결정한 행정법 및 민영교도소법의 태도가 과연 헌법이 허용하는 범위 내에 있는 것인가? 둘째, 형벌집행의 민간위탁이 초래하게 될 수형자의 인권침해의 위험성에 대해 민영교도소법이 적절하게 대처하고 있는가?

2) 민영교도소법의 주요 내용은 다음과 같다.

- 수용자의 수용관리·교정교화·직업교육·교도작업 등 교정업무를 법인·단체 또는 그 기관이나 개인에게 위탁가능(제3조 1항)
- 수탁자선정은 수탁자선정심사위원회의 심의를 거쳐 법무부장관이 함(제3조 2항)
- 위탁 계약기간은 교도소 등의 설치비용을 부담하는 경우는 10년 이상 20년 이내, 기타의 경우는 1~5년(제4조 4항)
- 위탁계약의 내용을 명시함(제5조)
- 위탁업무 부적합시 계약 해지 가능(제7조)
- 국가는 교정법인에게 매년 민영교도소 등의 운영을 위하여 필요한 경비를 지급(제23조)
- 수용자의 작업수입은 원칙적으로 국고로 귀속(제26조)
- 계구사용, 강제력행사, 무기사용, 수용자간담무송, 징벌, 귀류 등의 경우에는 파견감독관의 승인을 얻어야 함(제27조)
- 민영교도소 등의 직원은 당해 교정법인이 자율적으로 임명하고, 민영교도소의 장에게 임명권을 위임도 가능(제29조)
- 공무원을 파견하여 업무의 지도와 감독을 가능하게 함(제33조)
- 법무부장관은 위탁업무의 처리결과를 매년 1회 이상 감시함(제35조)
- 민영교도소의 직원은 법령에 의하여 공무에 종사하는 자로 의제(제37조)

II. 민영교도소법의 헌법적 허용성

1. 교도소민영화물 가능케 하기 위한 규범적 조건

(1) 실정법적 근거

자유형의 집행은 재판의 집행의 일부로서 원칙적으로 국가의 행정에 속한다. 형사소송법도 이에 관해 재판의 집행은 그 재판을 한 법원에 대응한 검찰청검사의 지휘에 의해 이루어짐을 규정하고 있다(형소법 제460조 제1항). 자유형의 집행에 관한 교정행정은 종래까지 국가의 독점적 권력의 영역으로 인정되어 왔으나, 1999년 12월 28일에 이루어진 제7차 행정법 개정으로 인해 민간위탁의 대상으로 들어 오게 되었다. 행정법 제4조의 2의 제1항에 의하면 "법무부장관은 교도소등의 설치 및 운영에 관한 업무의 일부를 법인 또는 개인에게 위탁할 수 있고", 제2항에 의하면 "전항의 규정에 의한 위탁에 있어서 위탁을 받을 수 있는 자의 자격요건, 교도소 등의 시설기준, 수용대상자의 선정기준, 수용자처우의 기준, 위탁절차, 국가의 감독 기타 필요한 사항은 따로 법률로 정(하도록)"되어 있기 때문이다. 민영교도소법은 여기에 근거하여 교도소의 설립 및 교정행정의 민간위탁에 관한 사항을 정하기 위해 2000년 1월28일에 제정되었고 오는 2001년 7월 1일부터 시행되기로 되어 있다.

여기서 제기될 수 있는 근본적인 의문은 도대체 국가의 행정작용 중에 어떤 부분이 민간위탁의 대상이 될 수 있는가 하는 점이다. 이에 관한 유일한 실정법적 지침은 대통령령에 해당하는 행정권한의위임및위탁에관한규정 제11조가 제공하고

3) 행정권한의위임및위탁에관한규정 제2조 제3호에 의하면 민간위탁이란 각종 법률에 규정된 행정기관의 사무 중 일부를 지방자치단체가 아닌 법인·단체 또는 그 기관이나 개인에게 맡겨 그의 명의로 책임하에 행사하도록 하는 것이라고 규정하고 있다.

있다. 이에 의하면 행정기관은 법령이 정하는 바에 따라 그 소관사무 중 조사·검사·검정·관리업무 등 국민의 권리·의무와 직접 관계되지 아니하는 사무를 민간위탁할 수 있도록 하고 있다. 여기서 다시 자유형의 집행도 민간위탁의 대상이 될 수 있는가가 문제된다.

(2) 헌법적 근거

우리나라 헌법은 국가의 임무 가운데 국가가 국가 아닌 제3자에게 위탁해서는 안될 이른바 고권적 임무에는 어떤 것들이 있는가, 국가가 담당해 왔던 임무 가운데 민간에게 위탁할 수 있는 임무가 있다면 어떤 형태로 그 임무의 위탁이 가능한지에 대해 명시적인 규정을 두고 있지 않다. 그러나 분명한 것은, 종래 국가의 것으로 받아들여져 왔고 국가의 재원으로 지원되어 왔던 모든 임무들이 어떠한 경우에도 계속적으로 국가에 의해 수행되어야 하는가는 헌법정책적·법정정책적인 문제이다. 그럼에도 불구하고 현행 헌법 내지 법률의 토대 위에서 필연적으로 국가의 임무로 인정해야 할 것으로는 무엇이 있는가 하는 법적인 문제는 여전히 중요하다. 이러한 법적인 문제가 특히 행형을 민영화하는 경우에 제기되어야 할 이유는 수행자의 신체의 자유박탈이라는 중대한 기본권제한을 내용으로 하는 것이므로 국민의 권리·의무와 직접 관계되는 행정작용이기 때문이다.

오늘날 행형은 그 자체로서 국가의 권력독점의 영역으로 분류되고 있다. 왜냐하면 행형은 국가가 가지고 있는 독점적 형벌청구 및 형사소추의 결과물이기 때문이다. 행형은 따라서 본질상 그 자체가 '전체적으로' 사인에게 위탁되어서는 안될 국가의 고권작용이라고 할 수 있다.⁴⁾ 이러한 고권적 작용의 행사는 국가공무원에게

4) 오늘날 이 문제를 다루고 있는 독일의 헌법학자들은 고권작용에 의해 수행하는 국가임무로서 민영화 될 수 없는 핵심영역으로 의무영역, 경찰영역, 재정영역, 사법, 그리고 국방영역에서 고권적인 국가기능과 관련된 영역이라고 한다. Vgl. Heitz Joachim Bonk, Rechtliche Rahmenbedingungen einer Privatisierung im Strafvollzug, JZ 9/2000, S. 439. Di Fabio, Privatisierung und Staatsvorbehalt, JZ 12/1999, S. 591에서는 사법, 경찰, 소방, 세관, 행정 및 세금인상을 고권적 핵심영역이라고 한다.

유보되어 있을 뿐만 아니라 원칙적으로 국가유보사항이다. 이와 같은 국가유보원칙(민영화금지원칙)은 민주주의원리 및 법치국가원리 그리고 기본권보장원리에 스며들어가 있다. 고권적인 권한의 행사는 국가의 독점적 권력의 투입을 의미하고 통상 헌법상의 자유제한 혹은 자유보장을 의미한다. 따라서 이러한 영역에 대해서는 민주적인 통제, 법치국가적 정형성 그리고 기본권을 척도로 한 사법심사가능성 등이 요청된다. 그러므로 이와 같은 헌법적 질서의 본질적 전제조건을 충족시키는 경우에는 행형의 일부에 대해서 제3자인 사인에 의한 기능수행이 가능하다고 할 수 있다. 이른바 기능적 민영화는 행형이 공적인 임무를 수행함에 있어서 사적인 권리주체를 끌어들여와 인정한 활동에 대한 조력을 받고 그 사인에게 그 임무 중의 일부를 독자적으로 혹은 비독자적으로 통상 국가의 전체책임과 통제하에서 수행하게 하는 경우를 말한다.⁵⁾

우리 입법자도 자유형집행과 관련한 행형의 일부만의 민영화를 인정하고 있고, 그 인정방식도 행정법이 포함하고 있는 국가의 임무 및 사물관할에 관한 규정의 변화를 초래하는 법률규정을 신설함으로써 일단은 법치국가적 정형성 내지 형식적인 법률유보의 조건을 충족시키고 있다고 볼 수 있다.

2. 실질적 민영화와 형식적 민영화

국가의 공적 임무는 헌법과 조화를 이루는 방법으로 민간위탁될 수 있다 하더라도, 그 업무의 내용이 국민의 기본권 침해를 내용으로 하는 이른바 개입행정영역에 해당하는 부분은 무차별 민간위탁될 수는 없다. 이미 언급한 바와 같이, 행정권 한의위임및위탁에관한규정 제11조 제1항도 행정업무의 민간위탁의 범위를 '국민의 권리·의무와 직접 관계되지 아니하는' 사무로 국한시키면서 "단순사실인 행정작용, 공익성보다 능률성이 현저히 요청되는 사무, 특수한 전문지식 및 기술을 요하는 사무, 기타 국민생활과 직결된 단순행정사무"만을 민간위탁의 대상범주에 넣

5) Bonk, 앞의 논문, S. 437.

고 있다. 따라서 행형분야에서도 급이나 의료 등 교정서비스에 해당하는 분야나 더 나아가 위협방지를 위한 교도소경계근무 등은 민간위탁이 가능하지만 계호나 징계, 강제력행사 등 교도소 내에서 수행자의 권리의무와 직결되는 부분까지를 민간위탁할 수는 없다고 보아야 한다.⁶⁾

따라서 국가의 감독과 통제없는 행형의 민간위탁은 행형의 성질상 허용될 수 없다. 다시 말해서, 행형업무가 민간에게 위탁된다라도 그 업무로부터 국가가 완전히 물러서는 실질적인 의미의 민영화방식을 취할 수는 없는 것이다. 다만 그 업무의 수행방식에 변화를 가져오는 민영화방식, 즉 집행의 민영화, 절차의 민영화, 기능의 민영화를 허용할 수 있을 뿐이라고 해야 한다.⁷⁾ 따라서 행형업무의 성격 자체가 공적인 것이라는 점에 대해 변화를 가져올 수는 없고, 단지 그 업무의 수행만 민간에게 위탁할 뿐이라면 실질적으로 전면적 민영화라고 보기는 어렵다고 할 것이다.⁸⁾

우리나라 민영교도소법에 의하면 수탁자가 민영교도소법 또는 이 법에 의한 명령이나 처분에 위반할 경우에는 위탁업무를 정지시킬 수도 있고(제6조), 민영교도소검사 뒤에 보정명령을 불이행하거나 기타 다른 명령이나 처분에 중대한 위반행위 등을 할 경우에 법무부장관에게 계약해지권한을 부여(제7조)하고 있으며, 민영교도소의 장은 여러 가지 사항에 관하여 법무부장관에 보고·검사의무가 부과되어 있으므로(제34조) 사실상 국가의 통제권이 미치고 있다. 더 나아가 법무부장관에게 민영교도소등의 업무 및 그와 관련된 교정법인의 업무에 대한 지도·감독권(법 제33조), 감사 및 시정조치요구권 및 관계임직원에 대한 인사조치권(법 제35조)까지 부여하고 있는 등 국가의 감독권이 형식상으로는 여전히 유지되고 있다고

6) 그러나 뒤에서 살펴보겠지만 우리나라 민영교도소법의 구체적인 내용을 보면 행정법상의 '일부' 민영화원칙을 벗어나서 사실상 교정업무의 '전면적' 민영화를 인정하고 있음을 알 수 있다.

7) Bonk, 앞의 논문, S. 436f.

8) Stefan Braum/Marianne Varwig/Christine Bader, Die "Privatisierung des Strafvollzugs" zwischen fiskalischen Interessen und verfassungsrechtlichen Prinzipien, ZStRVo 2/99, S. 67.

할 수 있다. 따라서 우리나라의 민영교도소법은 형식적 의미에서만 민영화되어 있을 뿐이라고 말할 수 있다.⁹⁾

III. 민영교도소법에 내재해 있는 반법치국가적 위험성

1. 민영화와 형식적 법률유보

교정행정의 일부를 법인 또는 개인에게 위탁하더라도 그 수탁자가 여전히 국가의 감독과 통제 아래 놓이게 된다면 원칙적으로 헌법에 반하는 것은 아니다. 그러나 사법상의 권리주체인 법인 혹은 개인이 국가공권력과 마찬가지로 수행자의 기본권을 제한한다면, 그들에 대해서도 기본권제한의 대원칙인 법률유보원칙은 적용되어야 한다.

국가와 수행자의 관계를 특별권력관계로 파악하지 아니하고 일반권력발동관계로 보거나 양자관계를 여전히 특별권력관계에 있는 것으로 본다 하더라도, 기본권의 제한은 기본권의 가치질서에 의하여 용인될 수 있는 공동체와 유관한 목적달성을 위하여 부득이한 경우에 한하여 헌법에 규정된 형식으로써만 - 법률에 의하여 또 법률에 근거가 있는 경우에만 - 제한될 수 있고,¹⁰⁾ 또 "위법·부당한 특별권력의 발동으로 인하여 권리를 침해당한 자는 그 법·부당한 처분의 취소를 구할 수

9) 이러한 의미에서 보면 우리나라 민영교도소법의 국가임무 위임방식은 위탁(Contracting out)과 민영화(Privatization)의 중간개념으로서 민자유치(Private Finance Initiative)라는 중간개념으로 설명하는 것이 타당할 것 같다. 민자유치란 제공되는 서비스의 성격규정은 국가가 하고, 시설의 건설과 서비스제공은 민간사업자가, 그리고 시설의 소유는 민간사업자도 할 수 있고 국가도 할 수 있도록 하는 형태를 말한다. 민자유치는 국가가 서비스에 대한 성격규정 및 시설의 소유도 할 수 있다는 측면에서 민영화와 차이가 있다.

10) BVerfGE 15, 288, 293ff.

있다"¹¹⁾는 것이 정설로 되어 있다.

그러나 엄밀한 의미에서 보면 행형의 민영화는 국가가 공권력의 발동이라는 수단을 포기하거나 철회하는 것을 의미하는 것이 아니라 그 모습을 바꾸고 있음에 지나지 않는다. 다시 말해서, 행형의 민영화란 국가가 행형에 관한 직접적이고 필연적인 헌법상의 책임영역으로부터 일부 물러서는 것을 의미한다. 이러한 일부 물러섬의 전술로 인해 법률에 의한 기본권제한의 원칙이 명확성을 유지하지 못하게 될 위험성이 높아진다. 즉 민영주체가 형벌집행 중에 하자 있는 행위를 하였을 경우 언제 그것이 국가행위로 귀속될 수 있고, 어느 정도로 사법심사의 대상이 될 수 있는가가 불확정한 상태로 남아있게 되는 것이다. 이렇게 되면, 국가는 그 민영주체만 적절하게 통제하고 감독하면 책임을 면하게 되므로 국가의 재량범위만 더욱 커지게 되는 결과가 되며, 법률에 의한 기본권제한원칙은 온데 간데 없어지게 되므로 사실상 고전적인 의미의 특별권력관계이론에 근접해가는 것과 다를 바 없게 된다.

이러한 결과는 1999년 12월 28일 행형법개정을 통해 행정분야에서 빛나는 진보를 이루어낸 수행자인권선언조항, 즉 "이 법을 집행함에 있어서 수행자 또는 미결수용자의 기본적 인권은 최대한으로 존중되어야 하며, 국적·성별·종교 또는 사회적 신분등에 의한 차별은 금지된다"는 행형법 제1조의 3규정을 무색하게 만들어 버리고 만다. 행정분야에서의 민영화로 인해 수행자는 국가와의 관계에서만 특별한 권력(혹은 신분)관계에 있지 않고 '사적으로 매개된' 권력관계에도 놓이게 되는 불안한 지위에 있게 된다.¹²⁾

2. 민영화와 실질적인 법률유보

오늘날 법률유보원칙은 단순히 행정작용이 법률에 근거를 두기만 하면 충분한 것이 아니라, 국가공동체와 그 구성원에게 기본적으로도 중요한 의미를 갖는 영

11) 대법원 1982.7.27, 80누86.

12) Stefan Braum 등, 앞의 논문, S. 69.

역, 특히 국민의 기본권실현과 관련된 영역에 있어서는 국민의 대표자인 입법자가 그 본질적 사항에 대해서 스스로 결정하여야 한다는 요구까지 내포하고 있다(의회유보원칙).¹³⁾ 행정의 민영화는 수행자의 생활조건과 구급기간 등에 관한 사항에 대한 결정권을 가지고 있다는 측면에서 국민의 기본권실현에 관련된 영역에 속하고, 수행자의 자유제한이라는 측면은 수행시설 내에서도 누려야 할 기본권의 보장 등과 함께 수행자의 인권에 관한 본질적인 중요한 사항이므로 국회가 스스로 정하여야 하는 사항에 속하는 것임에 분명하다. 그럼에도 민영교도소법이 여러 곳에서 국회의 결정이나 관여를 배제한 채 수용자들의 처우문제 등 민영교도소의 운영에 관한 중요한 사항을 수탁법인이나 민영교도소의 장으로 하여금 스스로 결정할 수 있게 한 것은 법률유보원칙에 위반된다.¹⁴⁾ 이러한 실질적 의미의 법률유보원칙에 반할 가능성이 있는 내용은 다음과 같다.

(1) 선정기준의 모호성과 선정주체의 재량은 의회유보원칙에 반한다

입법자는 민영교도소의 운영주체를 선정할 경우에 기준이 될 구체적인 선정기준을 명시함이 없이, 그 선정을 법무부장관의 재량사항으로 만들어 놓았고, 위탁의 필요성에 관한 사항도 법무부장관에게 일임하여 두고 있기 때문에 민영교도소가 법무부장관의 개인적 결단에 의해 창설되고 선정될 우려가 있다. 민영교도소법 제3조 제1항은 법무부장관이 "필요하다고 인정"할 경우에 행형을 민간위탁할 수 있다고 하고 있고, 제2항은 수탁자를 선정할 경우에 "수탁자의 인력·조직·시설·제정능력·공신력 등을 종합적으로 검토한 후 적정한 자를" 선정하도록 되어 있어서 이러한 요건들이 어느 정도 수준이어야 하는지에 대한 기준을 마련하지 않고 있다.¹⁵⁾ 제3항에서는 법무부장관이 수탁자선정심사위원회를 가동하도록 해 두었으나, 이 위원회는 심의기구에 불과할 뿐 최종 결정은 여전히 법무부장관이 내리

13) 현재 1998.5.27. 98헌바70.

14) Joseph E. Field, Making Prisons Private: An improper Delegation of a governmental Power, Hofstra Law Review, Spring, 1987, pp. 661.

15) 이 법률의 시행령에도 수탁자선정기준에 관한 구체적인 규정은 없다.

도록 한 것은 의회입법의 대상을 지나치게 행정부에 위임한 것이라고 할 수 있다.¹⁶⁾

(2) 민영교도소 운영에 사적 동기가 개입할 여지를 막을 길이 없다

민영교도소의 운영에는 교정업무의 본질과 배치되는 요소가 있을 수 있다. 교정법인은 국영교도소를 운영하는 경우와는 달리 교도소운영을 사업으로 하는 것이기 때문에 그 사업의 성패는 이윤의 극대화와 비용 및 손실의 최소화전략에 달려있기 때문이다. 이윤추구동기는 민영교도소로 하여금 공공복리라는 목표와 배치되는 방향으로 나아가게 한다. 예컨대, 이윤을 높이기 위해서는 지출을 최소한도로 유지해야 하는데, 인건비가 예산의 가장 중요한 부분을 차지하기 때문에 비용을 줄이는 가장 단명한 방법이 그 직원을 감소하는 방법이다. 이러한 방법은 경제적으로는 의미가 있을지 몰라도 실제적으로는 무의미하다. 시설내의 경비와 직원을 감축하는 것은 경비와 수용자 모두에게 위험을 가중시키게 되기 때문이다. 민영교도소법도 이러한 바람직하지 못한 결과를 예방할 수 있을 만한 규정이 되지 못한다. 즉, 이 법 제20조 제2항에 의하면 "시설안의 수용자의 수용·관리와 교정서비스의 제공에 '적합한 직원'을 확보하여야 한다"라고만 하여 너무 막연한 기준을 제시하고 있기 때문이다. 이윤추구는 직원의 숫자 감축으로만 나타나질 않는다. 낮은 봉급으로 직원을 채용하려고 하기 때문에 또 공무원채용의 경우와 같은 자질과 능력을 검증하는 절차가 없기 때문에¹⁷⁾ 그만큼 수준미달의 직원이 채용될 가능성이 높고, 또 자질을 갖추었더라도 교정법인과 정실관계에 있는 직원이 채용될 우려가 높다. 민영교도소법 제29조에서는 민영교도소의 장과 대통령령이 정하

16) 법 제9조는 법무부장관이 위탁계약을 해지할 때에는 청문을 실시하여야 한다고 하여 계약 해지를 어렵게 하여 수탁법인을 오히려 보호하고 있으나, 위탁계약을 체결할 때에는 오히려 청문절차를 요구하고 있지 않다.

17) 민영교도소등의설치운영에관한법률시행령 제17조 제1항에 의하면 직원의 임용자격은 18세이며, 법무부령으로 정하는 신체조건에 해당하기만 하면 된다. 또 제2항에서는 민영교도소에 배치되기 전에 직무교육을 받도록 의무화하고 있으나, 교육기간, 교육과목, 수업시간 기타 교육실시에 필요한 사항은 모두 법무부장관이 정하도록 미루고 있을 뿐이다.

는 직원¹⁸⁾의 임면에 있어서는 법무부장관의 승인을 얻어야 하지만 그 밖의 직원의 임면권한을 민영교도소의 장에게 위임할 수 있도록 해 두었기 때문에 그러한 가능성에 무방비한 상태이다. 또 이 법 제26조는 이윤추구 및 수용자들에 대한 혹독한 노동을 막기 위해 작업수입은 국고수입으로 한다고 못박고 있으나, 이 법 시행령 제12조 제3항 제3호에 의하면 "기타 교도작업에 따른 제 수입"을 민영교도소의 수입으로 처리하도록 해 두었기 때문에 수용자의 노동력을 통한 이윤추구의 가능성은 여전히 존재하고 있다고 하겠다.

(3) 위탁의 범위나 개념정의가 불명확하다

민영교도소법에서는 민간위탁의 범위나 개념정의가 불명확하게 되어 있다. 예컨대, 위탁계약의 내용을 정하고 있는 이 법 제5조 제1항 5호에 의하면 위탁업무를 재위탁할 수도 있도록 하고 있는데, 재위탁의 경우에 그 재수탁자의 선정은 누가 하며 그 재수탁자의 선정요건은 또 어떠한지 하는지에 대해서 전혀 언급되어 있지 않다. 더 나아가, 제6호에는 위탁수용 대상자의 범위에 관한 사항도 위탁계약내용에 포함되도록 하고 있는데, 만약에 법무부장관과 수탁법인이 사회가 우리 할 만한 수용자 혹은 수탁법인과 관계있는 특정 수용자만 수용대상자로 정하는 계약을 맺을 경우에도 이를 통제할 방법이 없다.¹⁹⁾ 또 이 법 제7조 제1항 제1호는 수탁자가 법무부장관이 명하는 시설검사 후 보정명령을 받고도 이를 이행하지 않을 경우 위탁계약을 해지할 수 있도록 하고 있는데, 여기서도 그 불이행의 기간을 "상당한 기간이 지난 후에도"라는 막연한 개념을 사용하고 있어서 문제의 소지가 있는 권한 위임이라고 볼 수 있다. 더 나아가 국가가 교정법인에 대해 지급하는 운영경비와 관련해서도 모호한 개념들로 가득하다. 이 법 제23조에 의하면 법무부장

18) 여기에 해당하는 직원이 구체적으로 어떤 직원을 가리키는지에 대해서는 민영교도소등의설치운영에관한법률시행령에도 나타나 있지 않다.

19) 이 법 제5조 제2항에서는 이를 우려하여 위탁수용 대상자의 범위를 정함에 있어서는 "수탁자의 관리능력, 교도소 등의 안전과 질서, 수용자의 사회복귀에의 유용성 등을 참작하여야 한다"라고 다시 제한해 두었지만 이것만으로는 부족하다.

관은 매년 민영교도소의 운영에 필요한 경비를 지급해야 하는데, 이 때 연간 지급경비의 기준은 "투자한 고정자산의 가액과 민영교도소등의 운영경비 및 국가에서 직접 운영할 경우의 소요경비 등을 참작하여 예산의 범위안에서" 정하도록 되어있다. 투자한 고정자산의 가액을 포함한 필요경비를 그리고 국가에서 직접 운영할 경우의 소요경비 등을 참작하면 비용절감의 효과는 어디에서 얻을 수 있을지 의문이다. 만약에 비용절감을 위해 국가에서 직접 운영할 경우의 소요경비에 미달되는 경비를 지급한다면 결국은 거기에 비례해서 수용자들만 불이익을 입게 될 것이다. 뿐만 아니라 필요경비에는 필연적으로 현재 수용인원을 고려해야 할 것인데, 교정법인은 예산확보를 위해 기대와는 반대로 수용능력을 초과하는 인원을 수용하려고 할 것이고, 가석방 등의 심사대상자들까지 줄여가며 최대치의 수용인원을 고수하려 할 우려가 높다.

3. 민영교도소법의 반법치국가적 위험성

교도소민영화는 형벌집행에 있어서 국가와 시민 그리고 시민과 시민상호간의 관계를 새롭게 설정하게 된다. 즉 국가-수형자라는 2자 관계에서 국가-사인-수형자라는 3자 관계로 변화를 가져오게 된다. 여기서 우리는 국가의 고권작용의 일환인 형벌집행작용과 관련된 법치국가원리가 국가에 대해 혹은 국가공무원에 대해 타당한 것이기 때문에 사인에 대해서도 마찬가지로 법치국가원리가 작동하도록 하는 장치를 만들지 않으면 행형의 법치국가원리가 형해화될 위험성이 높아지게 될 것임을 예상할 수 있다. 따라서 우리나라 민영교도소법이 과연 법치국가원리를 국가의 행형업무를 위탁받은 사인에 대해서도 작동될 수 있도록 하는 일정한 제도적 장치를 마련하고 있는가를 검토해 보아야 한다.

(1) 국가와 교정업무 수탁자간의 법률관계와 그 문제점

먼저 국가가 교정업무를 민간위탁(제3조)할 경우 선정된 주체와 교정업무에 관

한 위탁계약을 체결(제4조)하는데, 이때 위탁계약의 법적 성질이 무엇인가가 문제된다. 이 위탁계약을 어떻게 이해하느냐에 따라 당해 교정법인의 활동범위 및 그에 대한 국가의 통제수단 등이 정해지기 때문이다. 가능한 한가지 해석방법은 이 위탁계약으로 인해 수탁자는 일정한 권한을 새롭게 부여받게 되므로 형성적 행위인 '특허'에 해당하는 것으로 보는 방법이다(이렇게 보면 수탁자인 교정법인은 특허기업이 된다). 그런데 특허의 법적 성질에 관해서는 국내의 행정법 학자들간에 견해가 일치되어 있지 않다.

먼저 특허를 특정인에게 독점적 경영권을 설정해 주는 형성적 행위로 보는 견해가 있다.²⁰⁾ 그러나 이렇게 보면 민영교도소법이 교정법인에 대해 부여하고 있는 권한²¹⁾과 특권²²⁾은 무리없이 설명될 수 있지만, 특허권자인 국가가 특허기업자인 교정법인에 대해 부과하고 있는 의무와 부담(보정명령이행의무, 지시감독을 받을 의무 등)을 설명하는 데는 난점이 생기게 된다. 또 특허의 경우에는 당해 사업자의 기업경영권을 보장하기 위하여 사실상의 독점적 지위가 인정되는 것이 보통이므로 행정주체가 특허기업의 특허를 다수자에게 행함으로써 종전의 특허기업자의 기업경영이 어렵게 되는 경우에는 권리의 침해로서 행정쟁송을 통해 이를 다룰 수도 있을 가능성이 생기게 되는데, 교정법인에 대해 이러한 권한까지 부여하는 일은 실제로 교정업무의 공익적 성질에 부합하지 않는다고 하겠다.

그러므로 우리나라 민영교도소법의 위탁계약의 성질을 '독점적 경영권설정행위'로 보는 것은 무리가 있다고 보여진다. 오히려 교정법인에게 당해 공익사업을 경영할 수 있는 권리와 그 효과적인 경영을 담보하기 위하여 특권을 부여함과 동시에 특별한 의무·부담의 부과를 내용으로 하는 '포괄적 법률관계의 설정행위'로 보아야 할 것이다.²³⁾

20) 박윤근, 행정법 강의, 411쪽.

21) 민영교도소법 제4조 제4항의 기업경영권의 보장.

22) 민영교도소법의 제27조 제1항의 공용부담특권, 공물사용권, 물리적 강제력의 사용, 제3자에 대한 행정벌에 의한 보호, 동법 제23조 제1항의 경비지급 등 경제상의 보호.

23) 김동희, 행정법 II, 249쪽.

(2) 국가 및 수탁자와 수용자간의 법률관계와 그 문제점

1) 특별권력관계의 부활을 인정하는 영역이 만들어질 수 있다

전통적으로 교도소등의 수용관계는 특별권력관계에 의한 공법상의 영조물이용관계라는 특별한 원인에 의하여 성립되며, 일정한 행정목적에 필요한 범위 내에서 일방이 상대방을 포괄적으로 지배하고 상대방은 이에 복종하는 특별권력관계로 파악하여 왔다. 이에 따르면 특별권력관계내부에서는 법률유보원칙이 인정되지 않고, 그 권력작용이 사법심사의 대상도 되지 않는다고 하였다. 그러나 시민적 법치주의와 기본권존중주의가 확립된 헌법구조하에서 전통적인 의미의 특별권력관계이론은 인정되지 않는다는 것이 주류적인 견해로 되었고, 수형자와 국가간에 특별권력관계성을 인정하더라도 사법심사대상이 된다는 것이 일반화되었다.²⁴⁾ 특히 1999년 12월 28일 개정된 행정법 제1조의 3에서 수형자에 대한 기본권보장에 대한 원칙이 선언됨으로써 행정법해석이나 행정관련입법에 헌법의 기본권보장위리가 정면으로 들어와야 하는 것이 당연한 요청으로 되었다.

이에 따르면 민영교도소의 수용자들에 대해서도 국영교도소의 수용자에게 인정되는 기본권제한의 법률유보, 즉 행정법의 규정이 당연히 준용되어야 하고, 기본권침해시 법원에 의한 구제를 받을 수 있도록 되어야 한다. 그러나 민영교도소법 제40조는 민영교도소에 수용된 자에 관하여 원칙적으로 행정법을 준용하되, 행정법을 준용하지 않는 예외를 인정하고 있다. 법 제40조에 의하면 그 성질상(행정법의 준용이) 허용되지 아니하는 경우와 민영교도소법 및 위탁계약에서 달리 정한 경우가 그러한 경우라고 하는데, 여기서는 두 가지 문제점이 있다. 하나는 그 성질상 행정법의 준용이 허용되지 않는 경우가 어떤 경우인가가 모호하다는 점이다. 행정법의 준용이 허용되지 않는 성질을 가진 민간교도소 내에서의 교정업무라도 형식적 법률유보원칙은 여전히 지켜져야 하므로 그러한 업무에 대해서는 민영교도소법으로 규율해야 할 것이다. 그러나 그 내용을 민영교도소법으로 규율하지 않

24) 대법원 1992.5.8. 91부8

고 민영교도소의 운영주체와 법무부장관간의 위탁계약사항으로만 처리한다면 실질적 법률유보의 원칙에 위반된다고 보아야 한다. 이렇게 되면 수용자의 기본권이 법률에 의하지 않고 민간교도소 운영주체의 광범위한 제량에 의해 제한될 우려가 생기고, 이는 이미 극복된 것으로 여겨지고 있는 전통적 의미의 특별권력관계를 부활시키는 영역을 만들어내는 것과 다름없는 처사라고 하겠다.

2) 사인의 자의적 행위를 통제할 구체적인 방안이 결여되어 있다

행형법에 의하면 수용자는 소장이 정하는 일과시간표를 준수해야 하고, 교도관의 직무상의 지시에 복종해야 할 의무가 있다. 교도소장은 교도소 내에서 만들어진 준수사항이나 지시사항에 불복하는 수용자에 대해서는 행형성적을 부정적으로 매겨 가석방신청에 불이익을 줄 수 있고, 징벌을 부과할 수 있으며, 교도관은 계구를 사용하거나 강제력, 무기를 사용할 수도 있으며, 필요한 경우에는 수용자의 신체·의류·휴대품·거실 및 직업장을 검사할 수도 있으므로, 이들에게는 준수법적 역할이 부여되어 있다. 이 때문에 오늘날 행형부분의 법률화가 꾸준히 이루어져 인권의 사각지대를 하나하나 없애가고 있는 것이라고 할 수 있다.

그러나 민영교도소의 운영주체에 대해서 국영교도소의 운영주체에 대해 요구되는 법치국가적 요청사항(법치국가적 정형성)을 그대로 요구하지 않는다면, 민영교도소의 수용자들은 그야말로 민영교도소 운영주체의 제량의 칼을 피해가지 못하는 존재로 전락하고 만다. 이러한 허점을 보완하기 위해 민영교도소법 제33조 제1항은 "법무부장관은 민영교도소의 업무 및 그와 관련된 교정법인의 업무를 지도·감독하여 필요한 경우 지시나 명령을 할 수 있다"라고 하여 사인의 행위에 의한 기본권제한에 대한 법률유보의 진공상태를 메우고 있다. 따라서 이러한 법률유보의 진공상태를 실질적으로 메꾸기 위해서는 언제 그러한 지도·감독이 필요한 경우라고 할 것인가 그리고 그 지도·감독이 어떠한 방법으로 이루어져야 할 것인가에 대해서 구체적으로 규정하고 있어야 할 것이다. 그러나 민영교도소법 제33조 제2항에서는 "필요하다고 인정되는 때에는"이라고 동어반복으로 답하고 있을 뿐이고, 그 방법에 대해서도 "소속공무원을 파견"한다는 태도만을 보이고 있다. 예컨대, 민영교도소법 제27조 제1항은 민영교도소의 장이 계구사용, 강제력의 행사, 무기의

사용, 수용자긴급구송, 교도소 밖의 병원에의 이송, 외부통근교육, 외부통근작업, 귀휴, 징벌 등의 처분을 하고자 할 때에는 민영교도소의 지휘감독을 위하여 법무부장관에 의해 파견된 소속공무원의 승인을 얻는 절차를 만들어 두었으나, 긴급상황으로 인해 승인을 얻을 시간적 여유가 없을 때에는 승인없이도 처분을 할 수 있도록 규정하고 있다. 제2항은 민영교도소의 장이 가석방심사를 신청할 경우에도 파견된 소속공무원의 의견서만을 첨부하도록 함으로써 지극히 형식적으로 국가의 감독을 받도록 하고 있다. 특히 민영교도소장과 파견공무원이 결탁하여 사실상의 재판을 행사할 가능성이 높기 때문에 민영교도소에 수용된 자를 자의적 행정재판행위의 비를 피하게 하려면 법치국가원리의 우선을 여기에도 마련하고 있지 않으면 안된다.²⁵⁾

요컨대 사인에 의한 기본권제한에 대해 법치국가적 정형성을 담보해내기 위해서는 법치국가적 요청을 그 사인에 대해서도 타당하게 해야 한다. 국가행위에 대해 요구되는 법치국가적 요청을 국가로부터 임무를 위탁받은 사인에 대해서도 타당하도록 해야 하는 것은 국가의 당연한 의무에 해당한다.²⁶⁾ 이러한 차원에서 민영교도소법도 파견된 소속공무원의 사전 및 사후통제라는 절차를 마련해 두긴 했다. 그러나 이 법에는 파견된 국가공무원의 구체적인 감시·감독내용을 전혀 두고 있지 않아서 민영교도소의 소장파 파견된 공무원이 아합할 경우 이를 감시할 수 있는 제도적 장치가 보완되지 않으면 안된다고 하겠다.

3) 종교단체가 수탁법인이 될 경우 종교의 자유는 유명무실해진다

민영교도소법은 종교단체가 민영교도소의 운영주체가 될 경우에 대비하여 교정

25) 예컨대 유엔최저기준규칙 제30조 제2항에 의하면 "피구급자는 자신에 대하여 주장되는 위반을 통고받고 이에 대해 항변할 기회를 부여받지 아니하고는 징벌받지 아니한다. 권한있는 기관은 사건의 철저한 심리를 하여야 한다." "구류 또는 구금된 자에게는 징벌이 집행되기 전에 청문을 받을 권리가 있어야 한다. 징벌을 받은 자는 상급기관에 재심을 신청할 권리를 갖도록 해야 한다."

26) Ahmed A. White, Rule of Law and the Limits of Sovereignty: The Private Prison in Jurisprudential Perspective, *American Criminal Law Review*, Winter, 2001, p. 138.

법인의 임직원과 민영교도소의 장 및 직원은 수용자에게 특정의 종교 또는 사상을 강요해서는 안된다는 규정을 마련해 두고 있다(법 제25조 제3항). 뿐만 아니라 이 규정에 위반하는 자에 대해 2년이하의 징역 또는 2천만원이하의 벌금까지 부과하고 있다(법 제42조 제2항 제3호). 그러나 종교단체에 의해 운영되는 민영교도소에서 종교의 자유가 유명무실하게 되는 것은 차별금지 내지 강제금지라는 단순한 조항하나로 막기에는 역부족이다. 행정성적에 따라 이루어지는 누진처우제도가 존재하는 한, 특정 종교단체가 운영하는 민영교도소에서 종교의 자유는 사실상 증발하고 말게 될 것임은 말할 필요조차 없다. 특히 법 제33조 제2항에서는 법무부장관이 "수용자에 대한 교육과 교화에 관하여는 당해 교정법인의 의견을 최대한 존중하여야 한다"라고 규정함으로써 수탁법인이 특정 종교단체일 경우 그 종교교리에 편향된 교육과 교화가 이루어질 것에 대한 우호적인 태도가 엿보이는 문제점을 나타내고 있다.

4) 기타 사후적 권리구제수단이 미흡하다

민영교도소법은 민영교도소에 수용된 수용자를 행정법에 의한 교도소에 수용된 자로 의제하고(제24조), 민영교도소의 직원을 법령에 의하여 공무에 종사하는 자로 의제한다(제37조 제1항). 이에 따르면 민영교도소이용관계에 의하여 그 권리가 침해된 수용자는 민영교도소장을 상대로 행정소송을 제기하여 침해된 권리를 구제받을 수 있다.

그러나 여기서 민영교도소직원의 직무상 불법행위로 인한 손해배상책임을 어떻게 인정할 것인가가 문제된다. 국가손해배상청구권이 성립하기 위해서는 '공무원이 그 직무를 집행함에 당하여 고의 또는 과실로 법령에 위반하여 타인에게 손해를 가할 것'이라는 요건이 필요하다. 여기서의 공무원에는 공무원수탁사인도 포함되므로 민영교도소의 직원도 당연히 여기에 해당된다. 여기서 제기되는 문제는 민영교도소의 직원의 행위도 국가배상책입의 한 요건인 공무원의 행위에 해당하는 이상 국가도 당연히 책임을 지게 되므로 수용자는 국가를 상대로 하거나 교정법인을 상대로 하거나 어느 쪽을 상대로 하여 소송을 제기할 수 있다. 그러나 이 법 제38조 제1항에 의하면 만약 수용자가 국가를 상대로 하였을 경우 국가가 손해배상책

임을 졌다면 교정법인이 이를 배상하여야 한다고 함으로써 국가가 사실상 책임지게 되는 범위를 줄이는 효과를 보고 있다. 이러한 경우 민영교도소의 직원이 교정법인에게 구상을 당하는데, 민영교도소의 직원에게 예외적인 면책가능성도 인정되는가가 문제된다. 즉 일반 공무원의 경우에는 경과실에 의한 업무상 불법행위로 인한 손해에 대해 공무원개인이 책임을 지지 않는데,²⁷⁾ 민영교도소의 직원에게도 이러한 면책의 길을 열어야 하는가가 문제되는 것이다. 뿐만 아니라 이러한 사후구제수단을 민영교도소의 수용자들이 얼마나 활용할 수 있을 지는 의문이다. 따라서 사후구제수단 이전에 사전적 구제수단을 이 법 속에 마련하는 것이 급선무라 할 수 있다. 사후적 구제수단으로서 독립된 인권보장기구인 인권위원회에 제소할 수 있는 규정도 마련할 필요성이 있으며, 이 위원회가 교정시설을 순회점검하고 비밀이 보장된 청원이 가능하게 하는 절차도 마련해야 할 것이다.

5) 사회적 법치국가의 역기능이 드러날 가능성이 높다

교도소의 민영화에 대해서는 사회국가원리에 의해 재사회화행목표가 더욱 더 바람직한 방향으로 나아가길 것으로 기대하는 낙관론이 많다. 민영교도소법도 교정서비스라는 용어까지 등장시키면서 이 부분에 막연한 기대를 걸고 있다. 그러나 민영교도소법은 민영교도소의 운영주체가 별도로 특별한 재사회화프로그램을 가동시켜야 할 의무나 지원체계의 존재를 구체적으로 적시하고 있지 않다. 더 나아가 재사회화행목표에 내재되어 있는 이데올로기의 강제가능성은 민영교도소안에서 더욱 더 심각하게 악화될 여지도 간과할 수 없다.

뿐만 아니라 법무부장관은 수탁법인이 명령이나 처분에 위반한 때에는 위탁업무를 정지할 수도 있고 나아가 보정명령을 받고도 이행하지 않는 경우에는 위탁계약을 해지할 수 있도록 해 두었으나, 교정업무 및 그 사업의 정설상 정지나 해지되었을 경우 사후수습이나 그 시설물의 처리 문제가 복잡하여 현실적인 압박수단으로 작용하기가 어려울 것임을 충분히 예상할 수 있다. 따라서 법무부는 일단 선정된 수탁법인에게 수동적으로 끌려갈 수 밖에 없는 지위에 처하게 될 것이다.

27) 대법원 1996.2.15. 95다38677 전원합의체판결.

IV. 나오는 말

교도소의 민영화는 공적 영역과 사적 영역이 결합되는 형식으로 이루어져야 하기 때문에 일단 법률관계의 모호성을 해결하는 것이 급선무이다. 민영교도소를 국가의 탈규제화경향의 맥락 안에 들어오는 것으로 오인해서는 안된다. 수행자의 권리의무에 직접적 영향을 미치는 행형의 성질상 국가는 민영교도소에 대해서도 여전히 감독과 통제에 끈을 놓을 수도 없고 놓아서도 안된다. 그러나 우리나라 민영교도소법을 자세히 살펴보면 국가에 대해 민영교도소에 대한 감독과 통제권을 인정하면서도 사인인 민영위탁자를 국가와 수행자의 중간에 매개시켜 그 사인에 막중한 책임을 지우으로써 행정문제의 현실을 외면하는 이중적인 통제 전술을 사용하고 있음을 알 수 있다.

그러므로 민영교도소법은 그 형성배경이나 생성과정에서 볼 때 행정분야에서 예상치 못할 제약을 끌고 올 현대판 "트로이의 목마"²⁸⁾가 될 소지가 다분하다. 성스러운 종교의 옷을 입든, 합리적인 기업윤리의 옷을 입든 그 목마 안에는 행정제도의 왜곡, 수행자의 인권탄압 등의 제앙이 도사리고 있는 점에는 변함이 없다. 민영교도소법이 국가의 책임회피수단 내지 국가의 재사회화행형의 포기라는 오명을 뒤집어 쓰거나 혹은 민영법인을 내세운 국가통제망의 확대라는 고도의 전술이라는 혐의를 받지 않도록 하려면 이 법률 속에 있는 그러한 잠재적 제앙의 요소들을 제거해야 한다.

형사정책적 차원에서 볼 때 그 가운데 가장 무서운 제앙적 요소는 수행자에 대해 법치국가적 보호장치가 떨어져나갈 위험성이다. 이러한 위험성을 진단하고 그에 대한 안전장치를 마련하지 않으면 민영교도소법은 이 땅에 대표적인 반민주적 악법으로 될 것이며, 종교적 확신이나 기업의 이윤추구에 눈이 먼 민간 운영주체들이 수행자들 위에 제왕적 지위를 가지고 군림할 수 있는 길을 터 주게 될 것이다.

28) Braum 등, 앞의 논문, S. 72.

민영교도소법 속에 들어있는 반법치국가적 요소를 찾아 이를 바로 잡고, 민영교도소의 운영에 대해서도 국가의 개입행정에 대해 작동할 엄격한 헌법적 법적 규율 장치를 찾아내어 이를 민영교도소법에 편입시킨다면, 종교계의 파문, 인권단체들의 우려, 일반국민들의 생경감을 불식시키고 그 정당성과 합법성을 동시에 유지할 수 있게 될 것이다.

해결방안은 민영화의 적격성이 인정되는 부분에 국한시켜 민영화하는 방안뿐이다. 전면적인 민영화가 아니라, 부분적인 민영화만이 가능한 해결 방안이다. 민영화 원칙적으로 금지되는 부분이 무엇인가를 찾아내어 이 부분에 관한 깊은 성찰을 한 후에야 민영화 작업에 착수해야 할 것이다. 개입적 교정행정의 영역-기본권제한 내지 침해영역-에 대해서는 국가가 기본권에 포괄적으로 구속되고, 기본권제한을 하는 경우에도 법률에 의한 제한만이 가능하다. 따라서 이 부분에 대해서는 원칙적으로 민간위탁이 금지된다. 민간위탁이 있더라도 백퍼센트 국가의 감독과 통제가 이루어져야 한다. 그렇지 않으면 수용자는 민영교도소장의 제방행위에 무차별 노출되어 법치국가적 정형성을 보장받지 못하는 방법으로 기본권을 제한당하거나 침해당할 수 밖에 없게 된다. 재사회화목표달성을 위한 급부적 교정행정영역에 대해서는 민간위탁이 효율성과 실효성을 보장해 줄 수도 있다. 그렇지만 이 영역에서도 위탁자와 민영교도소의 운영주체간에는 동상이몽(同床異夢)의 관계에 있을지도 모르기에 막연한 기대는 금물이다.



▶ 김성돈

민영교도소 / 민영화 / 법률유보 / 의회유보 / 위탁 / 수용자
수탁법인 / 행정법

Zulaessigkeit und Risiko vom koreanischen Privatstrafvollzugsanstaltsrecht

Prof. Dr. Kim, Seong Don

Ab 1. Juli 2001 trat das koreanische Privatstrafvollzugsanstaltsrecht in Kraft. Bei der Erscheinung dieses Gesetzes hatte der Vorschlag von "koreanische gesamte evangelische Verein" in den Vordergrund gestanden, der auf die Vollzugswirklichkeit von Korea ins Auge gefasst hat. Die politische Diskussionsprozesse um die Privatisierung des Strafvollzuges sind aber ohne genaue Pruefungen auf die Widerspuechlichkeit mit dem Rechtsstaatsprinzip und verfassungsrechtliche Grundrechte zu schnell in das Ende gekommen.

Deswegen beschaeftige ich mich in der vorliegenden Arbeit mit zwei Thematik: erstens, Ob die Umwendung des kor. Strafvollzugsrechts und Privatstrafvollzugsanstaltsrechts zur Privatisierung verfassungsrechtlich legitimiert ist? und zweitens, Ob das kor. Privatstrafvollzugsanstaltsrecht auf die Risiko des Eingriffs auf die Grundrechte, die die Privatisierung des Strafvollzuges herbeifuehren koennte, richtig reagiert?

Dafuer ist zu pruefen, ob das kor. Strafvollzugsrecht und Privatstrafvollzugsanstaltsrecht, das die Durchfuehrung des Vollzugs einer Freiheitsstrafe einer juristischen Person des privaten Rechts uebertraegt, mit dem kor. Verfassungsgesetz vereinbar waere. In diesem Zusammenhang scheint mir das kor. Strafvollzugsrecht und Privatstrafvollzugsanstaltsrecht erfuellt das verfassungsrechtliche Erfordernis in formaler Hinsicht, weil der mit dem Vollzug einer Freiheitsstrafe verbundene Eingriff in die Grundrechte is dem Vorbehalt des Gesetzes unterworfen ist. In materieller Hinsicht scheint mir jedoch das

verfassungsrechtliche Erfordernis aus folgenden Gruenden fragwuerdig:

1. Die Vagheit von Kriterien fuer die Auswahl des aufzutragenden juristischen Person und der ueberwiegende Freiraum des Auswaelhers widerspuechen sich mit dem Gesetzlichkeitprinzip(Parlament- Delegationsprinzip).
2. Das kor. Privatstrafvollzugsanstaltsrecht versorgt sich mit keine Hindernisse-Apparate, die sich die Einmischung vom privatliche Motivationen in die Operationen des Vollzugs abwenden koennen.
3. Der Umfang und Begriffsdefinition von Auftrag sind nicht klar.

In diesem Sinne ich haelt das kor. Privatstrafvollzugsanstaltsrecht als ein "neue trojanische Pferd", daraus verschiedene autoritaere Vollzugskonzeptionen entspringen koennte. Diser Verdacht ist um so evident, wenn wir in die einzelne Regelungen des kor. Privatstrafvollzugsanstaltsrechts eingehen. Ich nenne hier einige Probleme, die das Prinzip des materiellen Gesetzesvorbehalts in Frage stellen koennen:

1. Es gibt im kor. Privatstrafvollzugsanstaltsrecht die Faktoren, die zur atavis-tischen Wiederbelebung vom 'besonderen Gewaltverhaeltnis' fuehren kann.
2. Es gibt keine Konzeptionen, die willkuerliche Herrschaft des privatrechtlichen juristischen Person ueber die zu kontrollieren.
3. Religioese Freiheit des Gefangenen wird nur auf dem Papier bleiben, wenn die Operation des Vollzugs einem bestimmen religioese Verband beauftragt wird.
4. Es fehlt an die nachtraegliche Rechtsschutz Mittel, damit Gefangene die unrechten Massnahme anfechten kann.
5. Risiken, das Zwangselement des Resozialisierungsvollzugs zu verstaerken, sind nicht beseitigt.

형사사법업무의 민간위탁에 관한 연구¹⁾

(Privatisierung der Strafrechtspflege)

한 영 수

(경원대 법학과 교수)

I. 들어가는 글

범죄로부터 시민의 자유와 안전을 지키고, 범죄인을 처벌함으로써 법질서를 유지하며 재범을 방지할 의무와 권한이 국가에게 있음은 오늘날 누구나 인정하고 있는 너무도 자명한 사실이다. 시민의 안전보장과 사회의 질서유지는 곧 국가의 존립근거라고 말할 수 있기 때문이다. 이러한 관점에서 볼 때 형사사법(刑事司法)은 국가업무의 핵심영역에 속한다. 역사적으로 보더라도 근대국가의 성립 이후 형사소추와 형사재판 및 형벌집행에 관한 거의 모든 권한과 의무가 국가에게 귀속되는 과정을 밟았음을 알 수 있다. 아직도 몇몇 국가에서는 사인소추(私人訴追)제도가 예외적으로 남아 있기는 하지만, 형사사법분야에 있어서 '국가의 독과점'은 모두 인정하고 있다. 즉, 사인재판이나 사적 보복은 허용되지 않으며, 형벌권행사에 관한 모든 절차와 집행은 국가의 배타적 업무영역에 해당한다.

그러나 최근 형사사법분야에도 민간인의 참여와 활동이 크게 대두되면서 이러한 '국가의 독과점' 현상이 흔들리는 양상을 보이기 시작하였다. 우리 나라의 경우 경찰업무와 교정업무의 민간위탁을 위한 제반 법률의 개정 및 제정이 이루어졌고, 관련법률들은 2001년 7월부터 각각 그 시행에 들어갔다. 예컨대 개정 '경비업법'(2001년 7월 8일부터 시행) 제14조는 민간경비원(일반경비원이 아닌 특수경비원)이 무기(총기)를 휴대·사용할 수 있도록 함으로써 이른바 '민간경찰'이 국가경찰을 대신하여 인천공항 등 각종 특수시설의 경비와 보안업무를 담당할 수 있게 되었으며, 2001년 7월 1일부터 시행되는 '민영교도소등의 설치·운영에 관한 법률'에 따라 사설교도소의 등장을 눈앞에 두고 있다. 또한 이미 형사제재수단의 하나로 자리잡은 '사회봉사명령'의 집행은 민간인에 의해 운영되는 위탁기관의 협력을 받아 이루어지는 경우가 적지 않다.

형사통제영역과 형벌집행영역에서의 국가업무의 민간위탁의 현상은 국가 전체적으로 보면 공기업의 민영화와 공적 임무의 민간이양의 큰 흐름을 타고 진행되고 있다.²⁾ 국가(공)기관의 구조조정 차원에서 이루어지고 있는 공공부문의 민영화는 경쟁원리에 따라 시장(市場)수요에 재빠르게 대응할 수 있는 유연성을 높이고, 영리를 추구하는데서 나오는 자발성을 도모함으로써 효율적인 업무수행과 비용절감을 극대화하려는 목표를 지니고 있다. 즉, 관료조직의 경직성과 비효율성을 극복하고 민간기업의 경영의 노하우를 국가의 공적 업무수행에 접목시키려는 노력이다. 이와 같은 공공부문의 민간위탁 경향은 전통적인 국가관의 변화에 기인한다고 말할 수도 있다. 즉, 공법학자들이 말하는 국가고권(staatliche Hoheit)이 상대화되어가고, 국가의 임무와 역할이 축소되어 가는 추세다.

1) 이 논문은 2000년도 한국학술진흥재단의 지원에 의하여 연구되었음(KRF-00-C00023).

2) 이승호, "교도소 민영화에 관한 연구", 형사정책 제12권 제2호(2000), 161쪽 이하.

국가와 사인(私人)간의 업무분담이 점차 불명확해지면서 공법과 사법의 엄격한 구별도 쉽지 않아졌다.

그러나 공적 업무를 국가가 아닌 사인이 이윤추구의 목적으로 수행하게 되면 공적 이해(利害)보다 사적 이해가 더 고려되고, 결과적으로 공정성과 형평성을 잃고 영리성과 당파성에 좌우되리라는 우려가 큰 것도 사실이다. 특히 형사사범은 국가의 가장 강력한 공권력인 형벌권의 행사와 관련되어 있다는 점에서 개인의 이윤추구와 당파적 이해가 앞설 수 없는 분야이다. 경찰업무나 보호·교정업무일지라도 국가의 형벌권행사와 관련되어 있는 이상 국가의 최종책임(Letzverantwortlichkeit)이 뒤따르므로 관련업무의 완전한 민간이양에는 한계가 있다.³⁾ * 2001. 4. 9. 경찰법 개정 ~ 중대범죄의 부인정.

II. 양태와 동향

1. 민간경비산업의 발전과 민간인에 의한 경찰업무대행

6,25전쟁 이후 주로 주한미군의 용역경비를 담당하면서 태동된 우리 나라의 민간경비산업은 1973년 청원경찰법의 개정과 1976년 용역경비업법(현재는 경비업법)의 제정으로 그 법률적 기반을 갖게 되었고, 1980년대 아시안게임과 올림픽경기와 같은 국제적인 행사를 치르면서 양적·질적 성장을 하였다.⁴⁾ 특히 1993년 대전엑스포의 경우 국가경찰이 아닌 민간인이 그 경비를 도맡아 성공적으로 행사를 마침으로써 민간경비산업의 발전에 큰 공헌을 한 것으로 알려져 있다. 경찰청통계에 의하면 한국경비협회가 설립되었던 1978년 당시 불과 10여 개에 지나지 않던 민간경비업체의 수가 2000년에 이르러서는 1,882개로 급증하였으며, 경비원의 수도 81,618명으로 늘어나 현재 약 9만 명을 상회하고 있는 직업경찰관(전·의경 제외)의 수에 거의 육박하고 있다.⁵⁾

또한 앞서 언급한 바 있듯이 2001년 4월 7일 개정된 경비업법(7월 8일부터 시행됨)은 민간경비원을 일반경비원과 특수경비원으로 구분하고, 시설·호송·기계경비업무와 신변보호업무를 담당하는 일반경비원과 달리 국제공항 등 국가중요시설의 경비를 맡게 되는 특수경비원은 담당구역 내에서 무기(총기)를 휴대할 수 있도록 하였다.⁶⁾ 총기휴대 조건이 엄격히 제한되어 있기는 하지만, 민간경비원의 총기보유가 가능해졌다는 점에서 법개정의 의의는 매우 크다고 하겠다. 총기를 휴대하고 사용할 수 있다는 것은 민간경비원도 명실공히 국가경찰에 상응하는 물리적 강제력을 보유하게 되었음을 의미하고, 이것은 민간경비산업의 또 한 차례의 역동적 발전의 계기로 작용할 것으로 보인다.

3) Walter, Privatisierung der Strafrechtspflege: Leistungsoptimierung oder staatliche Kapitulation?, in: Schäfer/Sievering(Hrsg.), Strafvollzug contra Resozialisierung?, 1999, S. 28.

4) 한국에서의 민간경비산업의 발전과 경찰과 민간경비의 역할분담에 관한 현황에 대해서는 서진석, 치안환경변화에 따른 경찰과 민간경비의 역할분담에 관한 연구, 경원대학교 행정학과 박사학위논문 1999년, 90쪽 이하를 참조.

5) 경찰청 홈페이지 자료실(<http://www.police.go.kr/introduction/policeact2001/3-4-3.htm>).

6) 경비업법(법률 제6467호) 제14조.

2. 범죄예방자원봉사위원의 활동과 민간 협력기관·단체의 역할증대

(1) 범죄예방자원봉사위원의 보호관찰업무보조

법무부는 1996년 6월 12일 보다 체계적이고 종합적인 민간자원봉사체제를 구축하려는 취지에서 '범죄예방자원봉사기본규정'(법무부훈령 제363호)을 제정하고, 기존의 소년선도위원, 보호선도위원, 갱생보호위원 등 법무부 산하 3개 민간자원봉사조직을 '범죄예방자원봉사위원'(이하에서는 범죄예방위원으로 약칭)으로 통합하였다.⁷⁾ 또한 1996년 12월 2일 개정된 '보호관찰 등에 관한 법률' 제18조는 범죄예방활동을 행하고 보호관찰과 갱생보호사업을 지원하기 위하여 범죄예방위원을 둘 수 있다고 규정함으로써 범죄예방위원제도의 법적 근거를 마련하였다.

범죄예방위원은 법무부 보호국 산하 각 보호관찰소를 중심으로 그 지역사회에서 신망과 덕망이 있고 범죄예방활동에 관심을 갖고 있는 사람들로 구성되며, 주로 보호관찰소 관장업무를 지원한다. 즉, 보호관찰관의 소년선도업무와 보호관찰업무 및 갱생보호업무를 보좌함으로써 재범을 방지하고 궁극적으로는 그 지역사회의 범죄예방을 도모함을 활동목표로 삼고 있다.⁸⁾ 법무부는 이러한 민간자원봉사조직을 통합·일원화하고 범죄예방위원에 대한 정기교육의 실시와 더불어 이들의 신분과 지위를 보장하는 등의 지원을 함으로써 민간인에 의한 전문적이고 조직적인 범죄예방활동이 전개되도록 돕고 있다. 이처럼 법무부가 민간자원봉사조직의 활성화를 적극 지원하게 된 이유 중의 하나를 든다면, 무엇보다 1997년에 전면확대 실시한 보호관찰제도의 성공적 운영을 위해 지역사회의 총체적 지원을 받을 필요가 있었기 때문이다. 즉, 보호관찰관의 절대적인 부족으로 말미암아 야기될 수 있는 업무수행의 공백을 민간자원봉사자의 도움으로 보충하고 있는 것이다.⁹⁾ 2000년 12월 31일 현재 활동하고 있는 범죄예방위원의 수는 총 18,039명으로 선도조건부 기소유예자와 보호관찰대상자 및 출소자에 대한 상담지도, 보호관찰관의 사회봉사명령집행업무와 환경조사업무에 대한 보조, 직업훈련 및 취업알선과 재정지원, 의료시혜와 약품지원, 학교폭력예방활동을 비롯한 지역사회에서의 범죄예방활동 등을 전개하면서 보호관찰업무를 적극 보조하고 있다.¹⁰⁾ 보호관찰제도의 확대실시와 함께 범죄예방위원의 역할증대는 민간 중심의 지역사회 범죄예방활동의 중요성이 점차 고조되고 있음을 반영하고 있다.

7) 통합되기 전까지 법무부 산하 민간자원봉사자로는 갱생보호위원과 소년선도위원 및 보호선도위원이 있었다. 갱생보호위원은 1961년 9월 30일 갱생보호법의 제정에 따라 출소자의 사후관리와 경제적 지원을 위한 활동에 참여하게 되었으며, 1989년 보호관찰제도가 도입되기 전까지 형사사법 분야에 있어서 법률적 근거를 가진 유일한 민간봉사조직이었다. 한편, 1978년 4월 1일 광주지방검찰청에서 시범적으로 실시된 비행소년에 대한 선도조건부 기소유예제도가 1981년 1월 20일 '소년선도보호지침'(법무부훈령 제88호)의 제정으로 전국적으로 확대 실시되면서 소년선도위원은 기소유예 소년사범에 대한 선도를 담당하는 민간봉사조직을 구성하게 되었다. 또한 1988년 12월 31일 '보호관찰법'이 제정되어 1989년 7월 1일 주로 소년사범을 대상으로 보호관찰제도가 실시되면서 민간자원봉사자인 보호선도위원들이 보호관찰관의 보호관찰업무를 보조하게 되었다. 법무부 보호국 소관업무와 관련된 활동을 수행하는 민간자원봉사조직의 발전과 근황에 대해서는 법무부, 뉴밀레니엄 보호행정, 2001, 10쪽 이하를 참조.

8) 법무부, 범죄예방활동실무(범죄예방자원봉사위원 연수자료 II), 1997, 127쪽.

9) 정동기, "사회봉사명령제도의 현황과 개선방안", 형사정책 제11호(1999), 35쪽 이하 참조.

10) 법무부, 뉴밀레니엄 보호행정, 2001, 12쪽.

(2) 협력기관·단체 위주의 사회봉사명령집행

1989년부터 소년범을 대상으로 실시되기 시작한 사회봉사명령은 1997년에 성인범에게 전면확대 실시되면서 이제는 우리나라에서도 중요한 형사제재수단의 하나로 자리잡았다.¹¹⁾ 사회봉사명령의 집행방법은 '직접집행'과 '위탁집행'으로 구분할 수 있다.¹²⁾ 직접집행이란 보호관찰관이 사회봉사명령의 집행계획을 구체적으로 수립하고 그 대상자를 직접 인솔하여 작업과정 전체를 감독하는 방식을 말한다. 반면에 위탁집행은 보호관찰관이 대상자를 협력기관·단체에 보내어 그 기관의 업무를 수행 또는 보조하게 하고, 수시로 또는 정기적으로 협력기관을 방문·순회함으로써 협력기관의 충실집행여부와 대상자의 작업충실여부를 간접적으로 지도·감독하는 방식이다.¹³⁾ 직접집행의 경우보다는 위탁집행의 경우 협력기관의 역할이 상대적으로 더 크다고 하겠다. 물론 직접집행의 경우에도 협력기관·단체의 도움이 필요한 때가 있다. 이처럼 사회봉사명령의 집행을 위해서는 협력기관·단체의 적극적 지원이 요구되고 있음을 알 수 있다.¹⁴⁾ 사회봉사명령의 집행에 협력하는 기관과 단체는 국가기관, 지방자치단체, 한국更生보호공단, 사회복지시설 등 공익분야가 많지만, 병원, 정신병원, 의료원, 치료센터와 같은 의료시설처럼 사인이 영리의 목적으로 운영하는 곳도 적지 않다.

범죄자에 대한 선입견으로 인해 사회봉사명령의 시행(확대실시)초기에는 협력기관·단체를 확보하기가 수월하지 않았으나, 사회봉사명령제도가 정착되면서 값싼 노동력의 확보라는 유용성 때문에 현재는 1,500개가 넘는 위탁기관·단체가 협조하고 있다.¹⁵⁾ 특히 사회봉사명령이 확대 실시된 이후 그 활용빈도가 높아지면서 1995년 5,405명에 불과했던 사회봉사명령대상자가 1997년에는 23,528명, 2000년에는 42,761명으로 급증하여 2000년을 기준으로 할 때 1일 평균 약 3,000여명이 전국 각 곳의 협력기관에 배치되어 사회봉사명령이 집행되었다.¹⁶⁾ 쓰레기를 분류하는 고된 작업을 해야 하는 한국자원재생공사와 같은 곳에서는 사회봉사명령대상자의 노동력에 대한 의존도가 높아 이제는 그들이 없으면 운영하기 곤란한 정도가 되었다.¹⁷⁾ 반면, 2000년 12월에 전국의 보호관찰직 공무원은 394명이었으며, 그 중에서 사회봉사명령 전담직원은 70여명에 지나지 않았다. 이로 인해 사회봉사명령의 집행에 있어서 보호관찰관보다 오히려 협력기관·단체가 더 주도적인 역할을 수행하는 현상이 나타났다.¹⁸⁾ 사회봉사명령을 전담하는 보호관찰관의

11) 성인범에 대한 형사제재수단으로서 사회봉사명령의 의의에 대해서는 한영수, *행형과 형사사법*, 2000, 167쪽 이하를 참조.

12) 직접집행과 위탁집행에 대한 자세한 설명은 정동기, "사회봉사명령제도의 현황과 개선방안", *형사정책* 제11호(1999), 25쪽 이하를 참조.

13) 위탁집행의 근거규정: '보호관찰 등에 관한 법률' 제61조 1항 단서.

14) 이영란, "사회봉사명령의 양형과 효과에 관한 경험적 연구", *형사정책* 제12권 제1호(2000), 52쪽; 이영란 교수의 연구결과에 의하면, 설문조사에 응한 사회봉사명령이행자의 94.8%가 협력기관·단체의 직원들이 '잘 지도하고 있다'는 긍정적인 평가를 내리고 있다고 한다.

15) 법무부, *뉴밀레니엄 보호행정*, 2001, 52쪽; 법무부 보호국, *사회봉사명령 집행실태분석 사례집* (법무부 보호국 홈페이지 자료실에 있음), 1998, 4쪽.

16) 법무부, *뉴밀레니엄 보호행정*, 2001, 51쪽 이하를 참조.

17) 법무부 보호국, *사회봉사명령 집행실태분석 사례집*(법무부 보호국 홈페이지 자료실에 있음), 28쪽.

18) 강호성(법무연수원), *사회봉사명령집행 프로그램의 효율화방안*, 2000, 21쪽.

업무과중은 필연적으로 협력기관·단체에 대한 의존도를 높이고, 사회봉사명령대상자의 직업·연령·성별 등 적성에 맞는 집행보다는 협력기관·단체의 수요에 맞추는 식의 집행이 이루어지게 된다.

이러한 문제점을 인식한 법무부는 2000년 7월에 서울, 인천, 광주, 창원, 제주 등 5개 보호관찰소에 '지역사회봉사센터'를 설치하여 시범적으로 운영하고 있다.¹⁹⁾ 지역사회봉사센터는 지역사회 내의 사회봉사수요를 조사·발굴하는 '사회봉사수요조사반', 집행을 전담하는 '사회봉사명령집행반', 민간자원봉사자들을 효율적으로 관리·운영하는 '자원봉사뱅크운영반'으로 구성되어 있다. 이러한 시도는 협력기관·단체의 수요에 따라 좌우되는 기존의 집행양태에서 벗어나 각 보호관찰소 관할 지역의 봉사수요를 적극적으로 발굴하여 수많은 사회봉사명령대상자를 보다 체계적이고 효율적으로 활용할 수 있는 관리시스템을 구축하려는 노력으로 보인다. 지역사회봉사센터의 운영은 사회봉사명령을 집행함에 있어서 보호관찰소와 지역의 민간자원봉사자와 협력기관·단체의 유기적 협조체제를 구축한다는 의미도 있다.

3. 민영교도소의 도입을 위한 법률제정과 추진현황

1999년 12월 28일에 개정된 행형법(2000년 3월 29일부터 시행) 제4조의 2는 법무부장관이 교정시설의 설치 및 운영에 관한 업무의 일부를 민간(법인이나 개인)에 위탁할 수 있도록 하고, 수탁자(受託者)의 자격, 시설기준, 수용자 선정과 처우의 기준, 위탁절차, 국가의 감독 등 필요한 사항을 별도의 법률로 정할 수 있게 하였다. 이와 같은 행형법상의 근거규정을 마련함과 동시에 제정된 '민영교도소 등의 설치·운영에 관한 법률'(이하 민영교도소법으로 약칭)은 2001년 7월 1일부터 시행되고 있다. 또한 그 시행령도 2000년 11월 9일에 대통령령 제16996호로 제정되어 민영교도소법과 함께 시행되고 있다. 교도소의 민영화를 위한 제반 법률적 근거가 모두 갖추어진 셈이다.

민영교도소법 제3조 1항은 공공단체 이외의 법인·단체 또는 그 기관은 물론 '개인'에게도 교정업무를 위탁할 수 있게 하고 있으나, 교정업무를 포괄적으로 위탁하여 1개 또는 수 개의 교도소 등을 설치·운영할 수 있게 하는 경우에는 '법인'에게만 위탁할 수 있도록 제한하고 있다. 이에 따라 민간인이 국가로부터 교정업무를 포괄적으로 위탁받아 교도소를 설치하고 독자적으로 운영하려면 '교정법인'을 설립하여야 한다. '교정법인'에 대하여는 민영교도소법 제10조 내지 19조에서 상세한 규정을 두고 있다. 또한 민영교도소의 설치와 운영에 관한 내용은 같은 법 제19조에서 27조까지 규율하고 있다. 여기서 주목할 부분은 국가가 민영교도소의 운영경비를 매년 지급하도록 규정하고 있으며(제23조), 민영교도소에 수용된 수용자의 작업수입은 국고수입으로 하고 있다(제26조)는 점이다. 또한 민영교도소의 장이 행형법상의 계구(戒具)를 사용할 때는 법무부장관이 민영교도소의 지도·감독을 위하여 파견한 소속공무원(감독관)의 사전(긴급한 경우에는 사후)승인을 받도록 하고 있으며(제27조 1항), 가석방심사를 신청하고자 하는 때에는 감독관의 의견서를 첨부하여야 하고(제27조 2항), 석방을 하고자 하는 때에는 감독관의 확인을 받아야 한다.

19) 지역사회봉사센터에 대한 자세한 설명은 법무부, 뉴밀레니엄 보호행정, 2001, 51쪽 이하를 참조.

이에 따라 법무부는 2001년 8월 24일 '민영교도소 설치·운영에 관한 제안요청 공고'를 내고 12월 21일까지 제안서 접수를 받기로 했다.²⁰⁾ 그리고 '수탁자선정심사위원회'의 심사와 평가를 거쳐 2002년에 1개 민영교도소 사업자를 선정한 다음 300~500명을 수용할 수 있는 민영교도소 사업허가를 내 주고, 일단 1개 민영교도소를 시범적으로 운영해 본 뒤 추가설립여부를 결정하기로 방침을 세웠다고 한다.²¹⁾ 언론에 보도된 바에 의하면 민영교도소 사업제안요청을 준비중인 곳은 한국기독교총연합회가 설립한 '아가페'와 원불교가 설립 준비중인 법인, 민간 중소기업체 2곳 등으로 알려져 있다. 이 중에서 민영교도소의 설립을 위해 가장 활발한 움직임을 보이고 있는 단체는 한국기독교총연합회이다. 한국기독교총연합회는 2001년 6월 6일 민영교도소를 운영할 목적으로 출범하는 재단법인 아가페의 창립총회를 열고 15명의 법인이사를 포함한 50명의 운영이사진을 구성하였으며,²²⁾ 기독교교도소 설립을 신청하여 사업자로 선정되면 2002년 가을에 개소한다는 목표를 세우고 있다.²³⁾ 구체적으로 수도권 일대에 500명의 재소자를 수용할 수 있는 시설을 설립하고, 기독교교도소가 민영교도소의 모델로 성공하면 소년원과 약물중독자를 위한 치료감호소의 운영 등으로 사업을 확대해나갈 예정이라고 한다. 그러나 민영교도소를 설립하기 위해서는 사업자 선정, 부지 물색과 매입, 교도소 건축 등 여러 과정을 거쳐야 하므로 앞으로 적지 않은 기간이 소요될 것으로 보인다.

4. 기타 가능성과 앞으로의 전망

우리 나라의 경우 형사사법업무의 민간위탁은 경찰업무와 보호·교정업무 부분에서 상당한 정도로 진척되고 있음을 살펴보았다. 민간에 위탁되고 있는 경찰업무는 주로 범죄예방을 위한 경비분야이며, 보호·교정업무는 형벌(보호처분도 포함)의 집행분야라고 볼 수 있다. 교정업무의 민간위탁이 자유박탈 형벌의 집행업무의 민간이양이라면, 보호업무의 민간위탁은 비자유박탈 형벌과 보호처분의 집행업무의 민간이양이라고 할 수 있다. 한편, 정보화사회가 진행되면서 컴퓨터범죄의 증가로 경찰은 컴퓨터범죄의 수사에 있어서 민간전문가의 도움을 받을 필요가 커졌고, 일반시민은 정보보안(컴퓨터범죄의 예방)을 위해 경찰보다 보안업체를 의지해야 하는 상황이 되었다. 또한 형사제재영역에서도 전자감시제도의 도입여부에 대한 논란이 있다.²⁴⁾ 첨단기술과 장비에 대한 의존도가 높은 전자감시제도를 운영하고 그 적용범위를 확대한다는 것은 곧 전자장비를 잘 다룰 줄 아는 민간전문기술자의 역할이 형사사법의 영역에서 증대된다는 것을 의미한다.²⁵⁾

20) 법무부공고 제2001-22호.

21) 동아일보 2001년 8월 11일자 기사.

22) 한국일보, 2001년 6월 7일자 기사.

23) 국민일보, 2001년 6월 6일자 기사; 관계자의 말에 의하면, 선정과정과 교도소건축에 소요되는 시간을 고려할 때 실질적으로는 2003년 개소를 목표로 하고 있다고 한다.

24) 전자감시제도의 도입여부에 대한 자세한 논의는 한국형사정책연구원, 전자감시제도의 도입 및 운영을 위한 예비연구, 2000, 129~155쪽; 김혜정, "전자감시제도의 적용가능성에 대한 검토", 형사정책 제12권 제2호(2000), 107~137쪽; 박영규, "전자감시제도와 가택연금에 관한 연구", 교정연구 제12호(2001), 159~186쪽; 한영수, 행정과 형사사법, 2000, 241~255쪽.

25) 이에 대한 설명과 논증은 한영수, 행정과 형사사법, 2000, 242쪽을 참조.

그러나 형사소추와 형사재판의 영역에서는 아직까지 '국가의 독과점'이 철저히 지켜지고 있다고 하겠다. 다만, 형사재판의 영역에서는 직업법관이 아닌 일반시민이 재판부를 구성하는 외국의 배심원제도와 참심원제도의 도입여부에 대한 논란이 있다.²⁶⁾ 물론 이런 논의는 '민간경찰'이나 민영교도소의 도입과는 다소 다른 취지에서 진행되고 있는 것은 사실이다. 즉, '형사사법의 민주적 개혁'이라는 방향에서 논의되고 있다고 생각한다. 그러나 형사사법업무의 민간위탁이라는 보다 거시적인 관점에서 바라보면 형사재판에의 민간인의 참여는 경찰·보호·교정업무의 민간위탁의 흐름과 일치되는 부분이 없지 않다. 이외에도 형사재판에 조정 또는 협의(Absprache)제도를 도입하여 '민간조정위원'의 중재(예: 피고인이 피해자에게 피해배상 및 원상복구를 시켜 주도록 함)에 의하여 형사절차를 종결짓는 가능성이 거론되기도 한다.²⁷⁾ 조정·협의제도는 배심원·참심원제도만큼이나 민간인이 주도적으로 형사사법업무에 관여하는 것일 수 있다는 점에서 주목된다.

현재까지 형사사법업무의 민간위탁현상은 형사소추와 형사재판 등 형사사법의 핵심영역보다는 경찰의 치안업무나 보호국과 교정국의 형벌(보호처분)집행업무와 같은 형사사법의 주변영역에서 주로 가시화(可視化)되고 있음을 알 수 있다. 그러나 주변에서부터 시작된 이러한 흐름은 나중에 가면 핵심영역에까지 번져나가기 마련이다. 특히 시민의 목소리가 높아지고 국가권력의 지방·분권화가 진행되는 상황에서 형사사법의 핵심영역에서도 '국가의 독과점'이 철저히 유지되기란 쉽지 않을 것으로 예상된다.

III. 현상에 대한 이해

1. 민영화의 유형과 '형사사법업무의 민간위탁'의 의미

형사사법업무는 기본적으로 형사소추와 형사재판 및 형벌집행에 이르는 일련의 유기적 연관성을 지니고 수행되는 국가의 중요한 공적 업무(公임무)에 속한다. 보다 넓은 의미로 해석하면, 방법(경비)·수사·공소제기·재판·형벌부과·형벌집행·재범방지(갱생보호)를 모두 포함하는 국가의 공적 업무로서 주로 범죄예방 및 범죄인처벌과 관련되어 있다. 이러한 형사사법업무는 법원, 검찰, 경찰, 교도관, 보호관찰관 등 형사사법(보조)기관에 의해 수행된다. 형사사법(보조)기관이 국가의 공적 기관에 속함은 두말할 여지가 없다. 형사사법업무의 민간위탁이란 결국 형사사법(보조)기관이 수행하던 업무의 일부 또는 전부를 민간인이 수행하도록 그 권한과 의무를 이양하는 것을 의미한다. 그러므로 '공기업의 민영화'와 '공임무(公任務)의 민영화'를 구분하는 관점²⁸⁾에서 본다면, 형사사법

26) 이와 관련하여 한국형사정책학회는 2001년 2월 23일 미국, 일본, 독일의 형사절차에서 일반시민의 참여와 활동에 대한 소개와 한국 형사사법의 민주적 개혁방안에 대한 논의를 내용으로 하는 국제학술회의를 개최한 바 있다.

27) 유인학, "형사법상 유죄담변절차(Plea of Guilty)에서의 사법협상의 법리와 그 개선책에 대한 연구", 한양대학교 법학논총 제2집(1985), 2쪽 이하; Bussmann, Ausbau und Legitimierung des Strafjustizsystems durch prozedurale Anpassung - Absprachen im Strafrecht -, in: Sack/Voß/Frehsee/Funk/Reinke(Hrsg.), Privatisierung staatlicher Kontrolle: Befunde, Konzept, Tendenzen, 1994, S. 303-319.

28) 공기업의 민영화와 공임무의 민영화에 대한 개념구별에 대해서 자세한 설명은 이원우, "민영

업무의 민간위탁의 문제는 주로 '공임무의 민영화'에 관한 문제라고 할 수 있다.

여기서 민영화의 개념을 유형별로 구분하는 독일의 논의²⁹⁾를 원용하면, 민영화는 기본적으로 형식적 민영화와 실질적 민영화로 구분되어진다.³⁰⁾ 형식적 민영화는 국가가 여전히 법률상 또는 사실상의 지배권을 잃지 않으면서도 더 이상 기존의 완전한 공법(公法)기관의 형태로만 행위하지 않고 사법(私法)적으로 자신의 업무를 수행하는 것을 말한다. 그 예로는 도로나 다리를 건설함에 있어서 민간자본을 유치하고 민간인이 그 도로나 다리의 사용료를 징수할 수 있도록 함으로써 수익을 보장하고 일정기간이 지나면 국가에 반납하도록 하는 경우나 정부투자기관(공기업)의 소유지분 중 일부를 민간에 매각하는 경우를 들 수 있다.

반면에 실질적 민영화는 국가가 공적업무의 축소 차원에서 자신의 재정적, 법률적 또는 사실상의 지배권을 현격히 감축시키거나 민간인에게 경영권을 완전히 이양하는 것을 의미한다. 이런 방향의 노력을 그 유형별로 분석해보면 다음 4가지의 경우로 나눌 수 있다. 첫째는 사인(私人)에게 일정한 공적 의무를 강제적으로 부과하는 법령을 제정하는 형태다. 일정규모의 건물을 지으려면 그에 상응하는 주차장시설을 확보하도록 하고 있는 것을 그 예로 들 수 있다. 둘째는 기능적 민영화로서 여전히 국가의 업무관할 영역에 속하지만 국가가 그 업무수행을 민간인에게 완전히 위탁하는 형태가 있다. '예술의 전당'과 같은 영조물법인(공공문화시설)의 운영을 민간인에게 위탁하는 것이 이에 해당된다. 셋째는 특정한 공공업무를 수행하려는 민간인에게 국가가 인허가를 주는 형태다. 독일의 예를 들면 사인이 고속도로휴게소의 운영이나 쓰레기분류처리 등의 공적 업무를 수행하기를 원하는 경우 국가가 그와 일정한 계약을 맺고 업무수행을 할 수 있도록 해 주는 경우가 있는데, 이것이 바로 여기에 해당한다. 대개의 경우 독점적인 운영권을 줌으로써 민간인의 참여를 유도하기도 한다. 물론 이 때는 '공권의 이양'(die Übertragung öffentlich-rechtlicher Kompetenzen)이 요구되지 않는다는 점에서 다음에 설명하고자 하는 실질적 민영화의 또 다른 형태와 차이가 있다. 즉, 실질적 민영화의 네 번째 형태는 국가가 민간인에게 특정업무를 위임하면서 그 업무수행에 필요한 공권력을 함께 부여하는 경우다. 이처럼 '국가의 공권력(hoheitliche Kompetenzen)이 부여된 사인(Beliehne)'을 '수탁공무사인(受託公務私人)'이라고 일컫기도 한다.³¹⁾ 예를 들어 토지 수용법에 따라 사기업이 개인의 토지를 수용하거나, 상선의 선장이 일정한 경찰사무 또는 호적사무를 수행하는 경우가 여기에 해당한다.

형사사법업무의 민간위탁의 문제는 바로 위에서 마지막으로 설명한 실질적 민영화의 네 번째 형태와 주로 관련되어 있다고 하겠다. 사인(私人)이 경찰업무나 교정·보호업무를 보조하는 수준을 넘어서 어느 정도 독자적으로 이러한 형사사법업무를 수행하기 위해서는 국가로부터 공권력을 부여받아야 하기 때문이다. 특히 민간(법)인이 민영교도소를 설치하여 독자적으로 운영하기 위해서는 사인인 민영교도소장과 그 직원들이 국가의

화에 대한 법적 논의의 기초", 한림법학 FORUM 제7권(1998), 223쪽 이하를 참조할 것.

29) 민영화 현상에 대한 독일법학자들의 논의를 정리한 국내논문으로는 이원우, 앞의 논문, 231쪽 이하.

30) 이에 대한 자세한 설명과 참고자료의 소개는 Kulas, Privatisierung hoheitlicher Verwaltung, 1996 Darmstadt, S. 28ff.

31) 김동희, 행정법 I, 제7판(2001), 77쪽.

형벌집행권(의 일부)을 행사할 수 있는 권한을 부여받아야 하므로 이들은 이른바 '수탁 공무원사인'이 되는 셈이다. 이와 같이 사인이 국가의 공권력을 부여받기 위해서는 법적 근거가 있어야 함은 물론이다.

2. 형사사법업무의 국가독과점 현상과 그 위기

형사사법업무의 국가독과점은 근대국가의 성립을 계기로 각 국가마다 확고한 현상으로 자리잡았다. 국가는 범죄예방과 범죄인처벌의 의무를 전적으로 부담하면서 이에 필요한 권한을 독점하게 된 것이다. 이처럼 형사사법업무를 독점한 국가는 범죄로부터 시민의 자유와 안전을 지켜주는 '후견자'의 역할을 수행하게 되었다. 형벌은 국가만이 부과할 수 있으며 또한 국가에 의하여 집행되어야 한다는 것은 사적 보복이나 결투가 결코 용납될 수 없음을 뜻한다. 즉, <국가에 의한 형벌권의 독점행사는 사투(私鬪)나 '런치'는 허용될 수 없으며 범죄예방과 범죄인처벌은 오직 국가가 책임진다는 것을 의미한다.>

그러나 이렇듯 근대국가이념의 틀 속에서 확립된 형사사법업무의 국가독과점 현상이 탈(脫)근대사회(post-moderne Gesellschaft)에서도 불변의 진리로 통할 수는 없다. 정치·경제·사회의 변화로 형사사법업무의 국가독과점, 즉 형사사법분야에 있어서 형성되어 있었던 강한 '카르텔'이 - 비록 부분적이기는 하지만 - 균열현상을 보이기 시작하고 있는 것이다.

현실적으로 살펴보더라도 시민의 안전보장과 공공의 질서유지는 반드시 '형사사법업무의 국가독과점'에 의해 달성될 수 있는 것은 아니다. 국가가 모든 시민의 세세한 사항까지 간섭하고 그 안전을 지켜줄 수는 없을 뿐만 아니라 형사사법업무의 효율적 수행을 위해서는 오히려 민간인과 민간단체의 적극적인 참여와 협력이 요구되기도 한다. 민간 자원봉사자의 적극적 활용이나 자율적 방법 및 사비(私費)에 의한 보안·경비시스템의 구축, 교정시설의 설치와 운영을 위한 민간자본의 유치와 민간인력의 활용 등은 모두 이러한 현실적 필요성에 기인하고 있는 측면이 크다.

또한 정치적으로 살펴보더라도 '권위주의적 사회'에서 '민주적 사회'로 발전됨에 따라 시민의 목소리가 커지면서 형사사법분야에 있어서도 일반시민의 참여와 활동 및 협력이 주목을 받기 시작하였다. 국가는 이제 더 이상 시민의 '후견자'가 아니라 '동반자'로서 시민과 함께 범죄예방과 안전보장의 책임을 감당해야 할 필요성이 생긴 것이다. 뿐만 아니라 분권화와 지방화를 지향하는 새로운 흐름이 사회 곳곳에 분출되면서 지역주민과 연계된 범죄예방대책의 중요성이 점차 강조되고 있다.³²⁾ 앞에서 이미 설명한 바 있듯이 우리 나라 법무부 보호국이 이른바 '지역사회봉사센터'를 시범적으로 운영하고 있는 것도 이러한 차원에서 이해할 수 있다.

형사사법분야에 있어서 국가독과점의 균열현상은 탈(脫)근대사회의 발전과 그 맥락을 같이 하고 있음을 알 수 있다.³³⁾ 즉, 근대국가의 이념을 그 바탕에 깔고 있던 '형사'

32) 경찰을 비롯한 국가의 형사사법(보조)기관이 지역주민과 보다 깊이 연대하여 지역사회와 범죄예방에 힘쓰는 정책, 즉 지역사회범죄예방(Kommunale Kriminalprävention 또는 community involvement)의 내용에 대한 요약설명은 Schwind, Kriminologie, 10. Aufl. 2000, S. 338ff.; 자세한 설명은 Feltes(Hrsg.), Kommunale Kriminalprävention in Baden-Württemberg, 1995과 Kurz(Hrsg.), Konzepte Kommunaler Kriminalprävention, 1997을 참조.

사법업무의 국가독과점'은 탈(脫)근대화의 진행으로 말미암아 위기를 맞고 있는 것이다. 다양성을 지향하고 있는 포스트모더니즘에 비추어볼 때 국가가 모든 형사사법업무를 독점하여 처리하는 것은 너무 획일적으로 느껴지고 있는 것이다.

3. 형사사법업무의 민간위탁 현상에 관한 이론과 정책

(1) 보안시장(保安市場)의 형성과 수요창출

보안시장(Sicherheitsmarkt)은 경비, 경호, 방범 등의 치안(治安)업무를 비롯하여 범죄로부터 시민의 자유와 안전을 보장하는 데 필요한 제반 업무에 대한 수요와 공급을 통해 형성된다. 범죄의 증가는 곧 범죄에 대한 공포로 이어지고, 범죄에 대한 공포는 보안시장(保安市場)을 확대하는 작용을 한다. 범죄에 대한 공포는 공식 통계상으로 나타나는 범죄증가와 상관관계가 있긴 하지만, 실제적으로는 언론과 방송의 보도내용에 더 좌우되는 경향이 있다. 특히 대중언론매체에 의하여 전달되는 단편적 정보에 의해 일반시민의 범죄에 대한 공포는 증폭되기 쉽다. 이와 맞물려서 보안에 대한 수요가 증대하고 결과적으로 보안시장이 급속하게 성장하는 현상을 볼 수 있다.³⁴⁾

이처럼 보안시장이 형성되면서 민간보안산업의 발전도 괄목할만한 수준에 이르렀다. 앞에서 이미 언급한 바 있듯이 현재 우리 나라에서 민간경비원의 수(數)는 직업경찰관의 수(數)에 근접해 있다. 이러한 양적인 성장과 더불어 정보사회의 진행에 따라 정보보안의 문제로 인한 첨단과학기술의 진보가 이루어지고 이 분야에 있어서도 민간보안산업은 눈부시게 발전하고 있다. 그러나 보안시장에서 민간산업이 차지하는 비중이 커지면 커질수록 자본주의원리에 따라 필연적으로 성장(팽창)압력을 받기 마련이다. 즉, 최소한의 고용유지를 위해서라도 계속적인 성장(팽창)을 해야 한다. 주로 경비·장비업체를 중심으로 형성되었던 민간보안산업이 계속적인 성장을 위해서 새로운 수요창출을 도모하게 되고, 그 동안 엄격한 국가독과점의 우산 아래 있었던 형벌집행의 분야에까지 크게 진출하는 현상을 볼 수 있다. 그 대표적인 예가 바로 미국의 대표적 민영교정회사들인 CCA와 WCC를 들 수 있다.³⁵⁾

(2) 국가의 재정부족에 따른 '선택과 집중'의 논리

형사사법업무의 증가에도 불구하고 국가가 형사사법분야에 투입할 수 있는 재정(財

33) 같은 취지로 Walter, Über Privatisierungen der Verbrechenskontrolle aus kriminologischer Sicht, in: ZfSrVo 1/1998, S. 7f.

34) Voß, Privatisierung staatlicher Sozialkontrolle durch kommerzielle Sicherheitsunternehmen? Analyse und Kritik, in: Sack/Voß/Frehsee/Funk/Reinke(Hrsg.), Privatisierung staatlicher Kontrolle: Befunde, Konzepte, Tendenzen, 1995, S. 219f.

35) CCA(Corrections Corporation of America)와 WCC(Wackenhut Corrections Corporation)은 미국뿐 아니라, 영국과 호주 등에도 지사를 두고 있는 영리회사로서 최근 고속성장 중인 기업의 하나이다. 미국의 교정회사에 대한 간략한 설명과 참고자료의 소개는 이승호, "교도소 민영화에 관한 연구", 형사정책 제12권 제2호(2000), 166쪽과 "교도소 민영화에 놓인 장애들", 형사정책연구 제10권 제2호(1999년 여름호), 134쪽을 참조.

政)의 확대는 제대로 이루어지지 못하고 있다. 예를 들어 보호관찰 대상자를 대폭 확대하는 정책을 수립하고 실행함으로써 그 수(數)가 급증하고 있지만, 이들을 담당할 보호관찰인력은 재정부담으로 인해 담보상태에 머물러 있다. 전국의 교정시설이 대부분 과밀수용의 문제로 골머리를 앓고 있지만, 교정시설의 확충과 교정인력의 증원을 통한 해결은 막대한 예산의 투입이 수반되어야 하기 때문에 현재로서는 기대하기 어렵다.³⁶⁾ 범죄예방과 범인검거 등 치안업무를 담당하고 있는 경찰들이 격무에 시달리고 있지만, 재정상의 한계로 인해 경찰인력의 대폭적 증강은 쉽지 않다. 매년 형사법원에 기소되는 인원은 급증하고 있지만, 검사와 법관의 정원(定員)이 크게 늘어나지 않고 있는 것도 따지고 보면 재정적 이유가 크다. 이것은 형사사법분야가 국가의 재정투입에 있어서 다른 분야에 비해 상대적으로 우선순위에 놓여 있지 않음을 보여주고 있다.

형사사법분야에 투입될 수 있는 재원이 이렇듯 제한되어 있으므로 국가는 이 분야에 있어서 보다 중요한 업무를 '선택'하여 그와 같은 핵심업무에 자신의 역량을 '집중'하도록 요구받고 있다. 즉, 재정적자를 논거로 삼아(이른바 Defizitthese³⁷⁾) 국가는 핵심업무만 수행하고 나머지 업무의 대부분은 민간에 이양해야 한다는 논리이다.³⁸⁾ 결국 이것은 형사사법분야에 투입될 국가재정이 늘 충분하지 못한 상황에서 한정된 인적·물적 자원을 효율적으로 사용해야 한다는 논리다.

(3) 구조조정과 민영화

IMF경제위기 이후 사회전반에 밀어닥친 구조조정의 열풍은 공공부문에 도 영향이 주어져 이제 공기업이나 공공기관도 비용절감과 경쟁력제고를 위한 변화와 개혁에 나서지 않으면 안 되는 분위기가 조성되었다. 공기업의 민영화가 바로 이러한 공공부문 구조조정의 시금석으로 받아들여지면서³⁹⁾ 교도소의 민영화를 비롯하여 형사사법업무의 민간위탁방안이 진지하게 논의되는 계기가 되었음은 분명하다.⁴⁰⁾ 국가독과점 상태의 형사사법시스템이 '구조조정'을 요구받고 있는 것이다. 구조조정의 일환으로서 민영화의 논리는 민간자본의 유치와 민간기업의 경쟁시스템의 도입으로 공공부문의 비용절감과 공공기관의 경쟁력제고(提高)를 해야 한다는 것이다. 따라서 형사사법업무의 민간위탁은 정부의 비용절감과 형사사법(보조)기관의 경쟁력강화를 기본목표로 삼고 있다.

IV. 형사사법업무의 민간위탁의 한계

36) 과밀수용의 실태·원인·결과·해소방안에 대한 자세한 분석과 설명은 한영수, 행형과 형사사법, 2000, 61-112쪽을 참조.

37) 이에 대하여 비판적인 견지에서 Voß, Strafrecht, soziale Kontrolle, soziale Disziplinierung, in: Jahrbuch für Rechtssoziologie und Rechtstheorie, Bd. 15, 1993, S. 94f.

38) Walter, Über Privatisierungen der Verbrechenskontrolle aus kriminologischer Sicht, in: ZfStrVo 1/1998, S. 7.

39) 물론 공기업의 민영화를 반대하는 진영도 있음은 당연하다.

40) 비슷한 취지에서 이승호, "교도소 민영화의 장애들", 형사정책연구 제10권 제2호(1999년 여름호), 129쪽과 "교도소 민영화에 관한 연구", 형사정책 제12권 제2호(2000), 161쪽.

1. 형사사법업무 수행에 있어서 국가의 최종책임

형사사법업무는 입법, 사법, 안보, 외교, 통화, 조세 등에 관한 업무와 함께 국가의 고유업무(Kernaufgaben)⁴¹⁾에 속한다고 보고, 형사사법업무의 민간위탁은 국가가 자신의 고유업무를 방기하는 것이라는 비판이 있을 수 있다.⁴²⁾ 즉, 민간경찰의 활용이나 민영교도소의 운영은 국가의 고유업무를 민간에 맡기는 것이므로 허용될 수 없다는 주장이다. 다시 말하자면, 국가의 고유업무와 비(非)고유업무를 구분하여 고유업무는 민간에 위탁할 수 없다는 것이다.

그러나 이러한 주장은 설득력을 주지 못한다. 그 이유는 국가의 고유업무란 개념 자체가 다의적일 뿐만 아니라 시대와 상황에 따라 가변적일 수밖에 없기 때문이다.⁴³⁾ 구체적으로 어떤 업무가 국가의 고유업무에 속하는지 일반화시켜 말하기가 상당히 어려워 졌다는 것이다. 즉, 국가의 고유업무와 비(非)고유업무의 구별이 쉽지 않다. 그리고 특정 업무를 국가의 고유업무로 파악하더라도 국가가 이미 사인(私人)의 협조와 협력을 받아 그 업무를 수행하고 있거나 민간에게 그 업무의 일정부분을 이양한 경우도 적지 않다. 따라서 단지 국가의 고유업무이기 때문에 민간에 위탁할 수 없다는 논거는 설득력이 약하다.

다만, 이와 같이 특정업무를 국가의 고유업무로 파악하여 민간위탁을 허용하지 않으려는 입장은 기본적으로 업무의 공익성(公益性)을 고려하여 사인(私人)이 아닌 국가(國家)에게 업무수행의 최종책임(Letzverantwortung)을 귀속시키려는 의도를 담고 있기도 하다. 이러한 한도 내에서 국가의 고유업무라는 개념의 구성은 의의를 지닐 수도 있다고 생각한다. 즉, 전통적 의미에서의 국가고권(staatliche Hoheit)을 고수하려는 것이 아니라, 업무의 공익성을 고려하여 국가의 최종책임을 인정하는 논거로 사용할 수는 있다는 것이다. 형사사법은 국가의 고유한 업무영역에 해당하므로 형사사법업무를 수행함에 있어서 국가가 사인(私人)과 역할분담을 하더라도 그 최종책임은 어디까지나 국가에게 있다는 논리다. 그러나 형사사법업무의 최종책임이 국가에게 있음은 법치국가원칙으로부터 직접 도출해낼 수 있으며,⁴⁴⁾ 굳이 국가의 고유한 업무영역을 따로 설정하는 방식으로 근거를 댈 필요는 없다고 생각한다. 공정한 형사사법시스템은 법치주의를 지탱하는 주요 구성물이기 때문이다.

형사사법업무를 수행함에 있어서 국가의 최종책임을 인정한다는 것은 국가가 특정업무를 민간에 위탁하더라도 그 업무가 형사사법과 관련이 있는 한, 그 업무에 대한 감독·통제권이 국가에게 있음은 물론 손해배상을 비롯한 모든 법적 책임과 의무가 궁극적으로는 국가에게 귀속된다는 것을 의미한다. 즉, 민간경찰의 활용과 민영교도소의 운영이 실제적으로 치안업무와 행형(교정)업무의 민간이양을 뜻하더라도 치안과 행형(교정)에 대한 궁극적인 책임은 국가에게 있다는 것이다. 따라서 국가는 민간경찰이나 민

41) Kulas, Privatisierung hoheitlicher Verwaltung, 1996, S. 44ff.

42) Ostendorf, Alternativen zum herkömmlichen Strafvollzug, in: ZfStrVo 1991, S. 87.

43) Däubler, Privatisierung als Rechtsproblem, 1980, S. 64; Kulas, Privatisierung hoheitlicher Verwaltung, 1996, 47.

44) Walter, Privatisierung der Strafrechtspflege, in: Schäfer/Sievering(Hrsg.), Strafvollzug im Wandel - Privatisierung contra Resozialisierung?, 1999, S. 28.

영교도소에 대한 감독권과 통제권을 갖고 있어야 하며, 수탁공무사인(受託公務私人)의 잘못으로 인하여 발생할 수 있는 모든 법적 책임도 궁극적으로는 부담하여야 한다는 결론에 이르게 된다.

2. 침익(侵益)행정에 있어서 민영화의 한계

국가가 국민의 복지를 적극적으로 증진시키기 위하여 행하는 수익적 행정작용인 '급부행정'(Leistungsverwaltung)⁴⁵⁾과 달리 국민의 자유 또는 권익을 제한하고 침해하는 행정작용인 '침익행정'(Eingriffsverwaltung)⁴⁶⁾은 원칙적으로 민영화할 수 없다는 주장이 있다.⁴⁷⁾ "(형사)사법업무는 전기통신사업이나 수도사업, 철도사업 등의 수익업무와 성질이 다르다"는 이승호 교수의 지적⁴⁸⁾도 바로 이 주장과 그 맥락을 같이 하고 있다고 생각한다. 시민의 자유나 권리 또는 법익을 침해하는 업무의 일체를 민간에 위탁할 수는 없으며, 원칙적으로 국가에 의해 수행되어야 한다는 것이다.

일반적으로 급부행정과 침익행정을 구별할 수는 있으나, 구체적인 행정업무의 성격에 따라 양자의 구별이 쉽지 않은 경우도 있다.⁴⁹⁾ 예를 들어 소방업무가 원칙적으로는 급부행정에 속하지만, 화재진압을 위해 옆집의 담벼락을 무너뜨리는 행위는 침익적(侵益的)인 것이라고 말할 수도 있다. <또한 경찰이 폭력시위를 막기 위해 진입로를 차단했을 때 이것은 시위자에게는 침익행정이 분명하지만, 일반시민에게는 폭력으로부터의 보호를 뜻하는 것일 수 있다.>

현재 형사사법업무의 민간위탁이 문제가 되고 있는 부분도 바로 이처럼 급부와 침익의 양 요소가 혼재(混在)되어 있는 영역이다. 예를 들어 경비·보호관찰·행형(교정) 등의 업무는 한편으로는 침익적 성격을 지니고 있지만, 다른 한편으로는 급부적 성격도 내포하고 있는 경우에 해당한다. 이처럼 양 요소가 혼재되어 있는 경우에 '침익행정은 민영화대상이 될 수 없다'는 단순논리로는 민영화의 한계를 명확히 설정하는데 도움이 되지 못한다. 그러나 법익에 대한 침해가 강한 행정업무일수록 민간위탁의 허용범위도 자연스럽게 축소될 수밖에 없음은 당연하다.

3. 형사사법절차의 정형화와 민영화

전체 사회통제 메커니즘 속에서 형사사법시스템은 규범일탈(범죄)에 대한 가장 강력한 사회통제수단(형벌)으로 무장되어 있는 까닭에 절차상의 정형화(Formalisierung)요청이 매우 크다.⁵⁰⁾ 형사통제를 다른 사회통제와 구별하고 특징짓는 요소 중의 하나가 바로 '형사사법절차의 정형화'인 것이다. 형사사법절차의 정형화는 무엇보다 형사통제의

45) 급부행정에 대한 간략한 개념설명은 김동희, 행정법I 제7판(2001), 17쪽을 참조.

46) 침익행정에 대한 간략한 개념설명은 김동희, 앞의 책, 20쪽을 참조.

47) Hamer/Gebhardt, Privatisierungspraxis, 2.Aufl. 1992, S. 27 und 109; Knemeyer, Privatisierung öffentlicher Aufgaben, in: WiVerw 1978, S. 65.

48) 이승호, "교도소 민영화에 놓인 장애들", 형사정책연구 제10권 제2호(1999년 여름호), 141쪽.

49) Kulas, Privatisierung hoheitlicher Verwaltung, 1996, S. 54f.

50) Hassemer, Aufgaben des Strafrechts in privater Hand?, in: Sack/Voß/Frehsee/Funk/Reinke (Hrsg.), Privatisierung staatlicher Kontrolle: Befunde, Konzepte, Tendenzen, 1994, S. 210ff.

투명성과 예견가능성을 높여줌으로써 형사사법시스템의 정당성을 높여주는 역할을 한다. 또한 피의자나 피고인 또는 수형자의 기본권을 보장하는 기능을 담당한다.

민영화와 정형화가 서로 상반되는 개념은 아니지만, 형사사법업무의 민간위탁은 - 그것이 설사 일부에 국한하여 행해진다고 하더라도 - 장기적으로 볼 때 형사사법절차의 비정형화(Entformalisierung)를 촉진하는 방향으로 나아가기 쉽다는 비판이 제기된다.⁵¹⁾ 즉, 당파적 이해관계에 좌우되는 민간(법)인이 국가로부터 권한을 위임받아 형사사법업무를 담당하게 되면, 보다 효율적이고 능률적인 업무수행을 위해 기존의 정형화된(까다로운) 절차에서 벗어나려고 할 것이고, 이것은 결과적으로 형사사법절차의 투명성과 예견가능성을 해치게 된다는 것이다. 그러므로 형사사법업무의 민간위탁은 형사사법절차의 정형화를 크게 해치지 않는 범위 내에서만 허용되어야 한다고 생각한다.

계정... (주)가 법제 강)
 소위 권자 → 행정부부...
 ...정형화... 민영화... → 동등성...
 ...정형화... 민영화... → 동등성...

4. 형벌집행권의 민간이양의 문제

민영교도소의 도입은 형벌집행권의 민간이양이라는 문제를 안고 있다.⁵²⁾ 이와 관련하여 우선 국가의 형벌권을 사인(私人)에게 양도할 수 있는가 하는 원론적 수준의 의문이 제기될 수 있다.⁵³⁾ 이에 대하여 민영교도소의 설치와 운영을 찬성하는 진영에서는 형벌집행은 이미 법관에 의해 부과된 형벌을 단순히 집행하는 것에 불과하므로 국가의 형벌권을 민간에 이양하는 것은 아니라고 한다.⁵⁴⁾ 그러나 전체 형사통제시스템 안에서 형벌부과와 형벌집행을 단순히 분리시켜 생각할 수는 없다. 형벌부과와 형벌집행은 상호작용을 하면서 전체 형사통제 메커니즘을 형성하고 있기 때문이다.⁵⁵⁾ 예를 들어 형벌집행단계에서 가석방이 취소되면 잔형에 대한 집행이 새로이 부과된 것과 동일한 효과를 가져온다.

설사 형벌집행은 형벌부과와는 근본적으로 다른 성격을 지닌다는 주장을 받아들인다 하더라도, 민간에게 위임된 형벌집행권이 법치국가원칙에 따라 공정하고 공평하게 행사될 수 있는가 하는 문제가 제기될 수 있다. 완전한 형태의 민영교도소가 설치·운영됨으로써 형벌집행권이 私인에 의해 주도적으로 행사될 때 형벌집행의 '경제성과 효율성'이 형벌집행의 '공정성과 형평성'보다 우선적으로 고려될 가능성이 높다. 특히 영리법인이든 개인이든 '이윤추구'의 목적으로 교도소를 운영하게 되면 더욱 그러할 수밖에 없다.

그러므로 형벌집행의 단계에서 법치국가원칙을 준수하기 위해서는 국가가 어떤 형태로든 민영교도소에 대한 감독과 통제를 하지 않을 수 없다. 무엇보다 민간시설 내에 구금되어 있는 수형자의 인권이 침해되지 않도록 국가의 감독과 통제가 철저히 이루어져야 한다.⁵⁶⁾ 그러나 이러한 국가의 감독과 통제가 제대로 이루어질 수 있을지는 의문

51) Hassemer, 앞의 논문, 216쪽 이하.

52) 한영수, 행형과 형사사법, 2000, 234쪽 이하.

53) 장규원, "교정시설의 민영화에 대한 법이론적 논쟁", 교정연구 제10호(2000), 172쪽 이하.

54) Moyle, "Privatisation of prisons in New South Wales and Queensland: a review of some key development", in: Howard Journal of Criminal Justice, 32(1993), pp. 231-250[이승호, "교도소 민영화에 놓인 장애들", 형사정책연구 제10권 제2호(1999), 141쪽에서 재인용].

55) 같은 취지에서 이승호, 앞의 논문, 140쪽 이하.

56) 통제와 감독의 구체적 방안에 대해서는 이윤호, "교도소 민영화의 쟁점과 과제", 교정연구 제9호(1999), 360쪽 이하를 참조.

이다. 민간인이 운영하는 일부 사회복지시설에서 원생들에 대한 인권침해가 있었지만 이에 대한 국가의 감독과 통제가 사실상 전무했던 경험을 갖고 있는 우리 나라에서 이런 우려는 더욱 클 수밖에 없다. 또한 민간시설을 감독하고 통제하는 공무원(예: 민영교도소 상주 교정공무원 또는 파견 교정공무원)과 受託民間(法)人 사이에 은밀하게 진행될 뒷거래의 가능성 등 여러 가지 부패가능성을 근절할 수 있는 대책을 수립하는 것도 쉬운 일만은 아니다. 수행자의 권리구제를 위한 법적 제도적 장치가 기존 공영교도소의 경우에도 투명하게 정비되어 있지 못한 것이 현실이지만, 민영교도소의 재소자들에게는 이러한 법적 권리구제가 더욱 어려워질 수도 있다는 지적이 있다.

형벌집행권의 민간이양의 문제는 신중히 다루어져야 할 사안이라고 생각한다. 즉, 형벌집행권을 민간에 이양하였을 때 파생할 수 있는 문제점들을 충분히 분석하고 그 대응 방안을 마련해야 한다. 정부가 일단 실험적 모델로 1개의 민영교도소의 설립을 허용하기로 방침을 정한 것으로 알려져 있는데, 이것은 신중한 접근이라는 점에서 긍정적인 방향이라고 생각한다.

V. 나오는 글

지금까지 형사사법업무의 민간위탁 현상에 대한 분석과 함께 앞으로의 발전가능성과 그 한계에 대해서 각각 살펴보았다. 형사사법분야에 있어서 국가 독과점이 근대국가의 성립과 더불어 확고하게 정립되었다면, 형사사법업무의 민간위탁은 탈(脫)근대사회의 진행과 더불어 새로운 시대현상으로 등장하고 있다. 다양화와 분권화를 특징으로 하는 탈(脫)근대사회에서 형사사법업무에 관한 권한과 의무의 획일적인 국가집중은 더 이상 지탱하기 어려운 현실이 되었으며, 공적 업무의 민간위탁은 하나의 시대흐름으로 통하고 있다. 그러나 형사사법업무의 수행에 있어서 공정성과 형평성을 어떻게 보장하며, 사인(私人)의 영리성과 당파성을 어떻게 극복할 것인가 하는 문제가 제기되고 있다. 이 물음은 곧 형사사법업무의 민간위탁의 허용범위와 한계를 설정해 주는 하나의 기준이라고 생각한다. 즉, 국가가 업무를 독점함으로써 생길 수 있는 획일주의와 중앙집중주의를 피하되, 동시에 민간위탁으로 말미암아 야기될 수 있는 영리주의와 당파주의를 극복할 수 있어야 한다.

민영교도소에 관한 고찰

박 광 섭*

[목 차]

- I. 서론
- II. 교도소 민영화의 배경과 형태
 - 1. 교도소 민영화의 배경
 - 2. 민영교도소의 형태
- III. 민영교도소에 대한 비교법적 고찰
 - 1. 미국
 - 2. 영국
 - 3. 호주
 - 4. 브라질
- IV. 현행법상 민영교도소의 설립 및 운영에 대한 검토
- V. 결론

I. 서론

우리나라는 1999년 교도소등 설치·운영의 민간위탁에 관한 규정을 행형법에 규정하면서(제4조의2) 민영교도소제도 도입의 법적 근거를 마련하고 2003년 민영교도소 개소를 준비하고 있다. 민영교도소는 그 동안 국가가 담당해오던 교정업무를 법무부장관으로부터 포괄적으로 위탁 받은 법인이나 민간이 운영하는 것으로서, 최근 교정 선진 제국에서 도입 운영하고 있는 특수한 교정처우의 한 형태를 말한다.

교도소 민영화 추세는 다양한 동기와 배경에 근거하고 있으나, 가장 중요한 것은 교정행정의 경우 국가가 직접 담당하기 보다는 민간위탁 경영의 방법을 활용하는 것이 보다 효율적일 수 있다는 판단이 설득력을 지니고 있다는 점이다. 즉 그 만큼 기존의 관공시적 교정행정에는 일정부분 비경제적·비효율적 요소가 내재되어 있어 합목적적 교정행정 구현에 장애가 있었다는 사실을 발견하였다는 점에 민영교도소 등장의 의미가 있다고 하겠다. 특히 교도산업은 의외로

*충남대학교 법과대학 교수

비스, 마약치료, 건설 등의 각종 사기업의 적극적인 관심대상일 수 밖에 없고, 또 현실적으로도 이러한 교정업무 등이 민간부분에서 제공되고 있음을 미루어 볼 때 교도소의 운영 및 관리에 민간참여의 당위성은 필연적인 시대적 요청일 수 밖에 없다. 뿐만 아니라 민영교도소는 작은 정부를 지향하며 국가권력의 분권화를 촉진하는 도약일 뿐만 아니라, 교정에 있어서 민간참여의 폭을 넓혀 정부에 의한 교정의 실패부분을 보완할 수 있는 제도로서, 이제 교정영역의 민영화는 찬·반, 선택여부의 문제가 아니라 당위적으로 수용할 수 밖에 없는 현실의 문제라고 생각한다.¹⁾ 따라서 2003년 민영교도소 도입을 앞두고 있는 현실에서 볼 때 그 합리적·성공적 운영을 위하여 외국의 제도를 비롯한 민영교도소 운영 전반에 걸친 내용을 점검할 필요가 있다고 하겠다.

II. 교도소 민영화의 배경과 형태

1. 교도소 민영화의 배경

1980년대 중반부터 일기 시작한 교도소 민영화의 바람은 대체로 시장경제원리와 수용인구의 증대로 인한 수용경비의 증대, 교정자원의 한계 및 재범율의 증가라는 국가 독점적 교정의 실패 등에 대한 현실적 대안의 하나로서 나타난 추세라고 할 수 있다.²⁾ 즉 민간분야가 더 많은 재소자에게 더 좋은 처우와 서비스를 더 효율적으로 제공하여 더 효과적인 교화개선을 하고 재범율을 낮출 수 있다는 가정에서 시작되었다.

또한 서구에서의 교정의 민영화³⁾가 주로 경제적인 측면에서 제기된 반면, 우리나라에서는 재소자에 대한 교화개선효과의 향상, 출소자의 사회복귀의 용이, 출소자에 대한 갱생보호의 확대, 교정과 재소자에 대한 시민의 의식의 전환 등이 경제성이나 효율성 보다 더 중요한 교도소 민영화의 배경이 되었다.⁴⁾

1) 교정수요의 증대

범죄성을 증가시키는 사회적 환경의 악화는 전반적인 범죄발생량을 증대시키고, 과거 범죄자에 대한 교정교화에 대한 불만으로 범죄자에 대한 강경정책(get-tough policy) 등 형사정책의 보

1) 이윤호, "교도소 민영화의 쟁점과 과제", 『교정연구』, 1999, pp.335-336. 참조.
 2) P. Smith, "Private prisons: Profits of crime", *Covert Action Quarterly*, Fall 1993, p.2.
 3) 교정의 민영화와 민영교도소의 개념은 엄격히 구분되나 본 연구에서는 교정의 민영화의 개념에 민영교도소가 포함되는 것으로 본다. 자세한 것은 장규원, "교정시설의 민영화에 대한 법이론적 논쟁", 『교정연구』, 2000, pp.165-166.
 4) 이윤호, 전계논문, p.354. : 장규원, 전계논문, p.170.

수화로 교정시설에 수용되는 수용자의 수가 늘어날 뿐만 아니라 수용자의 수용기간도 장기화되어 전체적인 시설수용인원이 폭증하여 과밀수용을 초래하게 되었다.⁵⁾ 우리나라의 경우 <표 1>에서 처럼 1992년까지는 수용인원과 수용정원이 비슷하여 적절한 수용밀도를 유지했으나 1993년 이후 많은 차이를 보이기 시작하여, 1997년 말 IMF 관리체제의 절도와 강도 등 생계형 범죄 증가와 벌금미납으로 인한 노역장 유치 수형자의 증가로 그 차이가 심화되었다. 또한 교정업무를 직접 수행하는 교정국 산하 기관으로는 교도소 32개(지소1포함), 구치소 10개(지소 3포함), 보호감호소 2개 등 총 44개의 교정시설을 갖추고 있으나,⁶⁾ 수용인원은 62,000여명으로 1개 시설당 수용인원이 1,400명 정도로 UN 피구금자처우최저기준규칙 제63조 2항의 1개 시설당 적정권고선인 500명을 훨씬 초과하고 있다.⁷⁾

<표 1> 최근 10년간 수용인원 및 수용정원 추이⁸⁾

(단위: 명)

연도	1991	1992	1993	1994	1995	1996	1997	1998	1999	2000
수용정원	54,300	54,300	55,300	55,300	55,800	55,800	57,360	57,660	56,500	58,000
수용인원	53,169	55,123	55,159	59,145	58,188	60,166	59,762	59,327	67,883	68,087
과밀수용인원	-1,131	823	-141	3,845	2,388	4,366	2,402	1,667	11,383	10,087

이러한 과밀수용은 수용자의 처우환경을 악화시켜 과밀수용 그 자체가 인권침해가 될 수 있을 뿐만 아니라 다시 수형자에 대한 교화개선을 어렵게 하여 수형자의 누범화를 가중시키고, 이는 다시 직업적인 범죄자를 양산하게 되어 이들의 과다수용과 장기수용으로 과밀수용이 초래되는 악순환을 겪고 있다. 따라서 수용자의 인권차원에서 과밀수용을 해소하도록 노력하게 되었는데, 이에 대하여 교정당국에서는 대체로 가석방 및 불구속 수사를 통한 시설수용을 줄이거나 수용시설의 신축을 통한 수용능력을 증대시키는 방향에서 그 해결책을 찾으려고 하였다. 그러나 수용능력의 증대는 수용시설의 증설을 전제로 하기 때문에 막대한 예산을 요구하게 되므로 교정당국이 수용능력의 증대를 위해 찾아낸 돌파구가 교도소 민영화 사업이다.⁹⁾

5) 이윤호, 「교정학」, 박영사, 1995, p.335.

6) 이영근, "한국교정조직 운영의 효율화 방안", 「교정연구」, 2000, p.47.

7) 남상철, "21세기 교정의 발전적 전망", 「교정연구」, 1998, p.20.

8) 법무부, "민영교도소 설치·운영에 관한 제안요청서", 2001, pp.9-10. 참조 2001년 8월까지 수용인원은 약63,000명으로 적정한 수용규모인 58,000명보다 5천여명 정도를 초과수용하고 있다.

9) 우리 나라의 경우 교정예산은 2001년 5,293억원이나 교정시설 건축예산은 약 400억원 정도로 기존 노후시설의 이전·개축에 소요되므로 교도소 신축에 필요한 예산확보가 어려운 실정이다. 법무부, 전 개서, pp.10-11.

2) 과다한 교정비용

교정수요의 증대와 그로 인한 교정경비의 증대에 대해 교정당국이 찾을 수 있는 방안은 당연히 교정관리의 효율화로 귀착될 수 밖에 없다. 경제원리에 입각하여 적은 투자로 산출을 극대화할 수 있는 생산성의 향상이라는 비용편익적인 경영기법의 도입이 절실했을 수 밖에 없는 것이다. 즉 같은 경비를 가지고도 교정당국보다는 민간기업이 더 생산적이고 효율적으로 교정을 운영·관리할 수 있다는 사실에 입각하여 교정의 민영화가 시도되고 있다고 할 수 있다.¹⁰⁾

일반적으로 교도소를 민간기업이 건축할 때는 정부보다 약 20%의 비용을 절감할 수 있고, 교도소를 운영하는 비용은 약 5-15%가량 절약할 수 있다고 한다.¹¹⁾ 따라서 교정에 대한 국가 독점보다도 공개경쟁이라는 시장원리에 맡기는 것이 경제적이란 인식을 바탕으로 하고 있다.

3) 국가에 의한 교정행정의 실패

지금까지 국가에서 독점적으로 운영하던 교정이 사실은 만족스러운 결과를 낳지 못했다는 비판이 있다. 즉 교정당국이 범죄자를 처우하여 교화·개선시키고 사회에 복귀시켜 완전히 재통합할 수 있도록 하려는 당초의 교정목표를 만족스럽게 달성하지 못했다는 것이다. 거의 모든 국가에서 경험하는 높은 재범율이 이것을 입증하고 있다.¹²⁾

더구나 최근에 강조되는 교정이념이 사회재통합¹³⁾이라는 사실을 고려할 때 국가기관이 교정당국에만 의존하는 교정은 결국 실패할 수 밖에 없음을 알 수 있다. 이를 위한 교정당국의 노력이 바로 교정의 사회화¹⁴⁾이다. 특히 소년사범의 목적이 청소년의 건전한 육성과 보호에 있다

10) M. Tolechin, "Companies Aid in Easing Crowded Jails", New York Times, February 17, 1985, p.29.

11) Charles H. Logan and Bill W. McGriff, "Comparing Costs of Public and Private Prisons", Research in Action(Washington, DC : National Institute of Justice, 1989).

12) 미국의 교정민영화위원회(Correctional Privatization Commission)의 주 의회 제출 보고서에 의하면 일반적으로 민영교도소의 출소자들이 정부교도소 출소자보다 낮은 재범율을 보이고 있다. 민영교도소의 경우 17%이나 정부교도소는 24%의 출소자가 재범을 한 것으로 분석되었다. 재포된 자의 수를 비교하여 보면 민영교도소는 10%, 정부교도소는 19%가 다시 1년 만에 재포되었으며 출소 후 다시 새로운 범죄로 재범을 하여 형벌을 선고받은 수는 민영교도소가 4.5%로서 정부교도소의 6-10% 보다 낮은 결과를 나타내고 있으며, 교정시설에 재입소하는 비율은 민영교도소 출소자가 10%, 정부교도소 출소자가 14%의 재입소하였다. 출소자의 재범내용을 분석한 결과로는 정부교도소 출소자가 민영교도소의 출소자 보다 중대한 범죄를 저지른다고 보고하였다. 유병철, 「외국의 민영교도소 사례분석」, 「법조」, 1999, 6, pp.250-251.

13) 사회재통합이란 범죄자는 물론이고 범죄를 유발했거나 조장하였던 사회가 모두 개선되고 변화되어서 이들이 상호 재통합될 수 있어야만 범죄자의 완전한 복귀와 재범이 가능해진다는 것이다. 김학의, "한국형사정책에 있어서의 교정이념과 현실", 「형사정책」, 제3집, 1988, p.126.

면 국가의 사법기관 보다는 사회복지기관이, 복지기관보다는 민간분야가 더 유리하다는 것은 의심의 여지가 없을 것이다. 이는 범죄자에 대해서는 국가의 사법기관이 개입하면 오히려 부정적 낙인의 정도와 그 영향이 심화되며 범죄자의 사회복지를 어렵게 하는 가장 큰 장애요인이 라는 사실이 잘 입증해 주고 있다.¹⁵⁾

또한 우리나라의 경우 교정공무원 수가 12,410명¹⁶⁾으로 교도관 1명당 6.3명의 수용자를 관리하고 있어 수용자의 탈출방지 등 보안기능에만 주력함으로써 적극적인 교화기능을 수행하지 못하고 있는 실정¹⁷⁾으로 교정에의 민간참여가 절실하다.¹⁷⁾

2. 민영교도소의 형태

민영교도소의 형태는 투자와 소유권의 귀속관계에 따른 분류, 업무의 분화에 따른 분류, 영리성 에 따른 분류 등으로 나누어 살펴볼 수 있다. 투자와 소유권의 귀속관계에 따른 분류는 코코스(COCOS: COntactor owned and COntactor operated)와 고코스(GOCOS: GOvernment owned and COntactor operated)로 나눌 수 있다.¹⁸⁾ 업무의 분화에 따른 분류 기준에 의하면 교도소의 운영 전체를 분화하지 않고 전부 민간이 운영하는 미분화형태, 교정당국이 분야별로 민간에 위탁계약을 맺는 분화형태로 나눌 수 있다. 분화형태는 교정당국이 민간기업과 분야별 임대계약을 체결하고 민간기업은 계약에 따라 제조자를 수용하여 먹고, 재우고, 입고, 감시·감독하고, 수용자의 노동력을 이용하여 회사의 경비를 충당하고 이익을 남기며 그 대신 국가는 합의된 비용을 지급하는 형태로서 운영되며 그 대상으로는 교도직업분야, 서비스분야, 교정시설 운영분야 등이 대표적이다.¹⁹⁾ 미국 국립교정연구소(National Institute of Corrections)에

따르면 32개 종류의 교정분야서비스가 민간에 의해 제공되고 있는데 그 중 가장 많은 것이 의료관련 서비스이고 그 다음이 지역사회에 있는 치료센터(Community Treatment Centers), 민간에 의한 교정시설의 건설, 교육프로그램, 마약치료, 직원교육, 대학프로그램, 상담, 직업훈련 등 다양한 형태의 서비스프로그램들 이라고 한다.²⁰⁾

또한 참여하는 민간기업의 영리성 추구 여부에 따라 영리성 민영교도소와 비영리성 민영교도소(예를 들면 종교교도소)로 나눌 수 있다.²¹⁾

1) 영리성 민영교도소

영리 목적 교도소의 대표적인 모델로 평가되는 미국식 민영교도소는 다음과 같은 방법으로 이윤을 창출한다.

첫째, 민영교도소의 수입의 대강을 차지하는 것이 정부보조금으로 그 액수는 민영계약을 체결할 때 협상되는데, 통상적으로 수행자 1인당 하루 소요비용을 기준으로 결정한다. 각 교도소별 정확한 액수는 상업비밀의 원칙상 상세히 알기가 힘들으나 2000년에 행사사범에 투입된 미국의 예산이 1,500억 달러였고 민영교정시설이 차지하는 규모가 전체 교정행형의 10% 남짓 된다는 점을 감안하면 전체 정부지출액의 액수가 반반치 않음을 짐작할 수 있다.²²⁾

둘째, 수행자가 생산노동에 종사하여 받는 임금도 민영교도소의 중요한 재원이 된다. 물론 동 임금 중 일부는 수행자에게 돌아가지만 그 액수는 미비하고, 대부분이 교도소의 운영비용으로 충당된다.²³⁾

셋째, 민영교도소의 수익창출의 방법의 하나는 지출비용의 절감이다. 즉 정부교도소와 비교하여 경제성의 우위를 차지할 수 있는 배경은 수입 면보다 지출 면에서의 비용절감 정책에서 찾아진다. 특히 교도소 운영상 총 지출의 80% 가량이 인건비라는 점을 감안하면, 비용절감의 포인트는 주로 인건비 감축에 맞추어 진다. 즉 정규인력을 대폭 줄이면서 계약직 노동력을 사용하고, 아울러 보안의 상당부분을 전자감시체계로 대신하는 등 혁신적인 인력관리정책을 통해 지출비용의 상당부분을 줄이는 것이다.

이런 방법으로 미국의 민영교도소는 성장을 거듭하고 있다. 즉, 전통적으로 공권력을 가진 정부기관만이 운영할 수 있는 것으로 여겨져 왔던 교정시설이 성장 전망이 아주 밝은 사업이

20) Alexis M. Durham III, Crisis and Reform ; Current Issues in American Punishment (New York ; Little, Brown, 1994), pp.263-267.

21) 장규원, 전계논문, pp.165-166.

22) 이승호, "기대 만, 우려 반의 민영교도소", 『시민과 변호사』, 2001. 7, p.21.

23) 1998년에 발표된 한 연구결과에 의하면 수행자의 노동력을 사용하는 외부 회사들이 교도소측에 지불하는 임금은 시간당 5달러에서 7달러 정도인데, 그 중 교도소가 수행자에게 돌려주는 금액은 23센트에서 1달러 15센트 가량이므로 그 차액은 교정회사의 수입이 된다. 이승호, 전계논문, p.22.

14) 교정의 사회화란 첫째, 교정시설에서의 제조자 생활수준이나 생활양식을 가급적 일반사회의 그것에 접근시키는 등 교정시설의 비사회성이나 소내생활의 이상성을 배제하는 것, 둘째, 수행자의 주체성을 가급적 존중하고 사회복지를 위한 보다 효과적인 지도·훈련의 충실을 도모하는 것, 셋째, 교정시설의 일반사회로부터의 고립·격리성을 제거하고 나아가 국가의 행정작용에 관하여 일반사회의 일정한 관여를 인정하는 것 등을 지향하여 교정과 사회의 의미있는 관계를 정립시키는 것으로 일반적 관계가 아닌 쌍방향 관계를 위한 사회에서 교정에 참여하는 것과 교정의 개방화를 전제로 한다. 남상철, 전계논문, p.9.

15) 허주욱, "교정제도의 개선방안에 관한 연구", 강원대학교 대학원 박사학위 논문, 1998, p.83.

16) 2001년 5월 1일 기준, www.moj.go.kr/corrections/official/job.html 참조.

17) 미국의 경우는 1997년 기준 교정직원 1명당 2.9명, 일본의 경우는 2.3명으로 매우 낮은 비율을 보이고 있다. 장규원, 전계논문, p.163. 참조.

18) 코코스란 교정시설을 민간기업이나 단체가 직접 소유하여 운영하며, 그에 소유되는 자본도 민간자본으로 투자된 형태의 교도소를 말하며, 고코스란 정부가 소유하고 있는 시설을 민간이 참여하여 교정 서비스를 제공하는 업무를 전담하는 경우의 교도소를 말한다.

19) 미국의 캘리포니아주, 미시시피주, 위싱턴주, 유타주, 및 연방교정국에서는 계호업무까지도 민간업체와 계약을 맺고 있다. 허주욱, 전계논문, p.83.

라는 인식하에 미국 각 주의 민영화 정책으로 이어졌다.²⁴⁾ 범죄인을 다루는 사업이어서 위험 부담도 크지만 효율적인 관리만 한다면 정부에서 경영하는 것보다 훨씬 경제적이라는 평가를 받을 수 있다.

영리 목적의 미국의 민영교도소는 처음에는 각 주 또는 카운티의 재정결핍을 보완하기 위해 민영교도소를 허용하여 왔으나,²⁵⁾ 점차 교화의 내실화를 위한 민영교도소가 되어야 한다는 의견이 점차 확산되고 있다.

2) 종교교도소

영리를 목적으로 하는 미국식 민영교도소 이외에 최근 들어 부쩍 활발해진 민간 참여 교도소의 또 다른 모델이 종교교도소이다. 주로 기독교 교단에 의해 운영되는데, 그 시발은 브라질의 휴미타 교도소로 알려져 있다. 대부분의 산업화된 나라가 그러하듯이 브라질도 20세기 후반에 들어와 교회실패와 과밀수용이라는 전형적인 행형위기를 맞게 되어 그 해결 방책으로 휴미타 교도소에서 종교단체가 개입한 교회실행이라는 새로운 실험이 행해졌다. 즉 브라질에서도 민영화와 행형위기 극복의 방책으로 제시되었다. 미국식 민영교도소와는 달리 종교교도소의 모습을 띠면서 과밀수용의 해소보다는 교화의 성공을 도모하였다는 특색을 지닌다. 그리고 당연한 연장선상에서 휴미타 교도소는 비영리를 지향하였다. 국가의 개입으로 말미암아 혁신적인 프로그램의 개발 및 시행에 장애가 초래되는 것을 방지하기 위하여 국가의 재정보조도 최소화를 원칙으로 하는 대신 재정의 상당부분은 민간기부에 의존하고 그와 동시에 수인들의 작업수입 중 일부를 자발적 기부의 형태로 받아 운영비용에 충당하였다.

이후 휴미타의 모형은 남미의 몇 나라들을 거쳐 미국으로까지 파급되어 교도사목 분야의 대부적인 콜슨(Charles Colson)이 1997년에 텍사스 주의 당시 주지사인 조지 부시의 지원을 받아 제2 제스터 교도소의 운영을 위탁받아 이곳을 또 하나의 휴미타로 꾸려나갔다.²⁶⁾ 아울러 '속 사람의 변화, 자유의 첫걸음(Inner Change, Freedom Initiative)'이라는 교회 프로그램을 실행하였는 바, 성경공부, 기독교적 가치의 교육, 자원봉사자에 의한 멘토링 등으로 구성된 등 프로그램은 종교적 교화의 대표적 방법으로 평가받고 있다.²⁷⁾

24) 허주옥, 「교정학」, 일조각, 1998, pp.302-303.
 25) 남상철, 전계논문, p.20.
 26) 이승호, 전계논문, p.23.
 27) 이승호, 전계논문, p.23.

Ⅲ. 민영교도소에 대한 비교법적 고찰

현재 민영교도소제도가 실시되고 있는 나라는 미국, 영국, 호주, 뉴질랜드, 캐나다, 스코틀랜드, 남아공화국 및 네덜란드령 안틸레스 제도 등이 있다.²⁸⁾

미국의 경우 민영교도소 수는 전세계의 84%를 점유하나 민영시설 수용인원은 미국 전체수용인원의 6%에 불과하고 호주는 전체수용인원의 약 35%, 영국은 전체 수용인원의 약 10%를 민영시설에 수용중이다. 영국을 제외한 유럽에서는 민영교도소에 대한 관심은 적으나, 프랑스는 건축·교육·작업 등을 민간위탁하였고, 독일에서는 최근 Hessen주에서 민영교도소를 추진하고 있다.

민영교도소의 운영주체는 대부분 영리목적의 대기업으로 CCA, WCC, MTC, Group 4 등 5개 기업이 세계시장의 89%를 점유하고 있다.

<표 2> 외국 민영교도소 현황(구치소 포함)²⁹⁾

구치소	인원	민영시설	인원	민영수용인원	민영수용인원/전체수용인원
미국	152	119,449	781	6.0%	2백만
호주	14	7,334	524	95.3%	20,753
영국	10	7,161	716	9.7%	73,545
캐나다	1	1,184	1,184	3.0%	39,334
뉴질랜드	1	384	384	7.3%	5,236
안틸레스(네덜란드령)	1	737	737	5.4%	13,618
남아공	2	6,048	3,024	4.2%	142,410
전체	183	143,213	778		

<표 3> 외국 민영교도소 운영회사 현황³⁰⁾

(단위: %)

운영회사	구치소	인원	민영수용인원
CCA	52	0	43
WCC	22	55	28
MTC	8	7	8
Cornell Corrections	7	0	6
Group 4	0	24	4
기타	11	14	11

28) 유병철, "민영교도소 설치·운영의 추진방향", 「교정」, 2001. 9, p.16.
 29) 민영시설·수용인원은 2001년 7월 자료로 건축중인 민영교도소 시설까지 포함한 것이다. 법무부, 전개서, p.17. 참조.
 30) 2000년 7월 자료이다. 법무부, 전개서, p.18. 참조.

1. 미국

미국에서의 민영교도소는 미국 이민국인 INS(Immigration and Naturalization Service)가 1979년부터 강제추방대상인 불법체류자들을 구금하는 시설을 민간에게 위탁하는 데에서 힌트를 얻어 등장하였다.³¹⁾

1984년에 최초로 군단위 운영계약으로 Tennessee주의 Hamilton County(Chattanooga)가 Corrections Corporation of America와 계약을 맺었고, 주단위 계약은 1985년에 Kentucky주가 U.S. Corrections Corporation사와 맺은 계약이다. 최초의 중요한 의미를 가진 연방 차원의 계약은 1984년에 INS(Immigration and Naturalization Service)가 Corrections Corporation of America와 Houston Processing Center의 운영에 관하여 합의한 것이다.³²⁾ 그 후 1986년에 미국교정회사 U.S. Correction Corporation가 최초로 민영교도소를 개설한 이래 CCA, WWC, Wackenhut, USCC, Eclectic Communications, Pricor, Concepts 등 20여개의 민영교정회사가 정부와 계약을 맺고 그 계약에 따라 교정업무를 수행하고 있으며,³³⁾ 수용인원도 110,449명에 이르고 있고 연간 매출규모 1천억 달러에 이르고 있다.³⁴⁾ 또한 수용인원도 <표 4>에서 보는 바와 같이 연간 35%의 증가율을 보이고 있다.³⁵⁾

<표 4> 미국 민영교도소 수용자 증가 추세

(단위: 명)

수용인원	2,620	3,122	4,630	10,973	15,300	15,476	20,687	32,555	49,154	63,595	76,932
------	-------	-------	-------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------

미국내 민영교정시설의 현황을 보면 텍사스주가 43개의 시설을 보유하여 3만여명을 수용하고 있고 캘리포니아주가 24개의 시설에 1만천여명의 수용자를 수용하고 있다. 이들 두 개 주의 최근 수용인원 증가가 가장 많았는데 이러한 현실이 그대로 민영교도소의 적극적인 증설로 이어졌음을 알 수 있다. 그 밖에 플로리다에서는 10개의 시설에서 6,255명이 수용되어 있고, 기타 오클라호마, 미시시피, 뉴멕시코, 테네시, 에리조나 지역이 민영교도소의 도입에 적극적인 것으로 보인다. 푸에르토리코와 콜롬비아 특구를 제외하면 미국내 31개의 주에서 민영교도소를

31) Douglas C. McDonald, "Public Imprisonment By Private Means", PRISON IN CONTEXT, OXFORD UNIVERSITY PRESS, 1994, p.29.

32) 최찬희, "미국 민영교도소 제도 : 그 역사와 발전", 『교정』, 1999. 10, p.22.

33) 법무부 교정국, "외국의 사설교도소 운영실태(입법례를 중심으로)", 1998, p.1.

34) 법무부 교정국, 「민영교도소 관련 자료 제1집」, 1998, p.248.

35) 중앙일보, 1996. 3. 19. 27면.

운영하고 있으며 시설 수는 전체 161개이다.

<표 5> 미국내 각주의 민영시설과 수용인원 현황³⁶⁾

주명	시설수	수용인원	주명	시설수	수용인원
에리조나	6	6,860	미시시피	7	4,630
아칸소	2	1,200	미조리	2	660
캘리포니아	24	11,294	뉴멕시코	7	4,696
콜로라도	9	4,644	노스 캐롤라이나	2	2,112
플로리다	10	6,255	오하이오	2	2,256
조지아	5	6,418	오클라호마	8	9,702
캔사스	2	529	푸에르토리코	3	3,000
켄터키	4	2,631	텍사스	43	29,577
류지애나	2	2,948	테네시	6	7,326
콜롬비아 특구	1	866	뉴욕	1	200
아이다호	1	1,250	펜실바니아	1	1,200
일리노이	1	220	로드아일랜드	1	302
인디애나	1	670	유타	1	400
미시간	1	480	버지니아	1	1,500
미네소타	1	1,338	워싱턴	1	150
몬타나	1	512	뉴저지	1	300
네바다	1	500			

2. 영국

영국에 현대적 의미의 교도소가 들어선지 200년, 수용자의 인간적 처우와 사회복귀를 추구하고 온 전통적 교정행정 이념에서 보면 교도소 민영화는 대단한 변화를 가져온 것이다. 영국이 이처럼 교도소 민영화를 추진하고 있는 것은 무엇보다 경비절감을 위해서이다. 1990년 4월 제조사, 교도관 등 수십명의 사상자를 낸 '벤체스터' 교도소 폭동사태가 직접적인 계기가 되어 교정업무를 담당하는 내무부에서는 교도소를 더 지어야 한다는 쪽으로 결론을 냈지만 문제는 예산이었다. 1991년에서 1992년까지 3,768명을 수용할 6개 교도소를 짓는데 2억 2천 2백파운드의 비용이 산출되었으나 경제가 급속히 힘을 잃어가는 상황에서 비용을 감당키 어려운 부담이

36) Charles W. Thomas(Director) & Dianne Bolinger(Project Assisntnt), University of Florida, Private Corrections Project, April 5, 1999.

되어 나온 대안이 교도소 민영화이다.³⁷⁾

영국은 1991년 8월 형사사법법(Criminal Justice Act) 제84조에서 민영구치소 계약에 관한 근거조항을 마련하고, 1992년 4월 3일 잉글랜드 북동부 협머사이드에 Wolds 구치소를 "Group 4" 경비회사가 5년간 관리하는 계약을 체결함으로써 Wolds 구치소 미결수용자들은 자기 거실 열쇠를 소지하고 하루 15시간을 거실 밖에서 지내면서 교육, 작업, 운동, 상담, 오락 등으로 시간을 보내게 되었다.³⁸⁾ 1992년에는 650명 수용규모의 Blakenhurst 교도소를 CCA와 영국건설 회사의 합작기업에 위탁하는 계약을 체결하였고, 1993년 2월 형사사법법(Criminal Justice Act)은 추가로 기존 및 새로운 교정시설을 계약에 의하여 관리할 수 있도록 개정하고 Salford 교도소를 1000명 수용규모로 민간기업이 운영하도록 하였으며, 동년 영국 내무성은 정부교도소인 스트레인지웨이즈 교도소의 운영을 민간위탁하기 위하여 입찰을 하도록 하였다. 1994년 6월 세계 최대 민영교도소 회사인 미국 웨컨히트사가 컨소시엄 형태로 구성된 Premier Prisons社로 하여금 영국 정부와 계약을 맺어 건설한 순 미국식 민영교도소인 "돈카스터"를 운영하게 하였다. 교육·운영의 모든 것을 민간회사가 책임을 지고 정부는 재소자 1인당 1주일에 310파운드를 민간운영자에게 지불하는데 영국내 수용자 한 사람당 평균 교정비용 442파운드에 비하면 30%나 싼 편이다.

1994년 개정된 영국의 형사사법법(Criminal Justice Act)은 '민영화(Privatization)'라는 부정확한 용어보다는 계약관리(Contract management)라는 용어를 사용하면서 계약관리에 관한 분명한 내용을 제시하고 있다. 이에 따르면 ① 정부교도소와 동일한 수준의 감독 ② 민영교도소 직원에 대한 감독 ③ 민영교도소 운영자인 민간기업이 계약을 이행하지 못할 경우의 정부가 시설을 인수할 준비 ④ 폭동 등의 사태발생시 민영교도소와 정부와의 협조 및 지원 ⑤ 직원의 태업을 위한 조치구성 금지 등 민영교도소의 운영에 대한 확고한 안전장치와 통제, 감독 등에 관한 규정을 두고 있다.³⁹⁾ 또한 모든 계약은 최초에는 5년간으로 되어 있으며, 최대 14년간 경쟁없이 계약기간을 연장할 수 있다.

영국에서는 Group 4 Remand Service Ltd, UK Detention Services(미국 CCA와 합작회사), PPS(Premier Prison Services) 등 3개 회사가 4개의 민영교정시설을 운영하고 있으며 수용인원은 약 2,600명이다.⁴⁰⁾

3. 호주

호주의 민영교도소는 3개의 민영교정회사에서 7개 시설을 운영하고 있으며 수용인원은 98년 5월 기준으로 약 3,200명 정도이다. 회사별로는 미국 CCA의 자회사인 호주교정공사(Corrections Corporation of Australia)에서 퀸즈랜드 주의 보랄론 교도소(Borallin Correctional Centre)와 빅토리아주의 수도여자교도소를, 미국 Wackenhut의 자회사인 Australia Corrections Management에서 퀸즈랜드주의 아더 고리 구치소(Arthur Gorrie Correctional Centre) 뉴사우스웨일즈주의 유니교도소, 빅토리아주의 풀햄교도소를 운영하고 있으며, 네델란드에 본부를 둔 경비전문회사인 Group 4에서는 빅토리아주의 포트 필립교도소와 남호주의 뉴마운트컴비아 교도소를 교정국과 계약에 의하여 민간업자가 교정국을 대신하여 교도소를 운영하고 있다.

민영교도소의 건물과 부지는 정부의 소유이고, 관리와 운영만 민간기업체가 담당하고 있으며, 교정국은 민간업자와 교도소 위탁경영에 대한 계약을 할 때 예산 및 수용자를 위한 각종 프로그램 등 제반조건을 심사하여 판단한 후 결정한다.⁴¹⁾ 1990년에 개칭한 보랄론 교도소는 브리즈번 서부 60킬로미터 지점에 위치하고 있으며 조적은 소장 밑에 운영, 재정행정, 프로그램, 의무, 용도, 지능조사, 훈련, 인권담당을 두고 200여명의 직원으로 1990년 1월 2일 240명의 수용정원으로 운영을 시작하였다. 이 교도소는 처음에는 수용자의 대부분이 경구금 및 개방수준의 수용자들이었으나 1년이 지난 후에는 수용자의 90%가 중간구금처우대상자들이 되었으며 나머지 10%정도가 경구금 및 개방처우 대상으로 바뀌었다.

1992년 6월에 개칭한 아더고리 민영구치소는 퀸즈랜드주 서부에 위치하여 직원 전원이 민간인으로 수용인원 600여명의 미결, 불법체류자를 수용하고 있다.⁴²⁾ 구치소 주벽은 특수 3중 철조망으로 구축되어 있으며, 철조망에 전자감응장치를 부착하고 있고, 수용시설은 일반거실과 특수거실로 나누어지고 일반거실은 단층건물에 1실 2인수용이며, 특수거실은 자살방지를 위해 침구, 침대시트 등은 벗어지지 않는 천을 사용하며 거실 천장 좌측 모서리에 감시카메라를 설치하고, 5명 규모의 독거운동장을 설치해 두고 있다. 정문, 통용문은 전자식으로 개폐되며 중앙통제실에서 출입문을 개폐하여 작동시키고 있다. 일반 점진실은 50평 규모의 장소에 플라스틱 책상과 탁자를 비치하고 1주일에 2회 2시간씩 합동점견을 실시하고 있다. 또한 청사에 감시모니터실을 설치하여 시설내 각 통용문 및 주요 요소를 감시카메라로 모니터링 한다. 그러나 의료, 분류, 서신, TV 시청, 전화, 구내, 담배, 직업 등의 수용자 처우내용은 주정부 교정시설과 대동소이하다.⁴³⁾

37) 허주욱, 전게서, p.303.

38) Douglas C. McDonald, op. cit., pp.29-36.

39) 유병권, "외국의 민영교도소 사례분석", pp.244-245.

40) 법무부 교정국, 전게서, p.257.

41) 최강주, "오세아니아 교정제도 소개", 『교정』, 1996. 3, p.59.

42) 허주욱, 전게서, p.304.

43) 수용자 처우 내용을 살펴보면 의료의 경우 일반환자는 소내에서 치료하고 중환자는 외부병원에 이

4. 브라질

1972년 변호사이자 시의회 의원이었던 오토보니(Ario Ottboni)박사가 몇 명의 기독교도들과 범죄예방과 재범감소 프로그램을 개발하였던 것이 시초가 되어 주정부 교도소였던 휴마이다 교도소를 폐쇄 전 1984년 정부로부터 인수받아 마르케즈판사(Judge Silvio Marques)와 같이 발전적으로 재건하여 그 유명한 휴마이다 민영교도소를 운영하게 되었다.⁴⁴⁾

휴마이다 교도소는 APAC(Association to Protect and Assist the Convicted, 범죄인 보호지원협회로 교도선교협의회회의의 전신)에 의해 운영되는데 브라질에서는 민영교도소로서 종교교도소가 설립된 것은 브라질의 문화적 특성과 교도소의 수용자가 수용능력의 4-5배를 넘어선 상황이라는 점이다. 브라질 인구의 90% 이상이 카톨릭 신자이며, 브라질 사회 어느 장소든 가 보더라도 종교적 상징물을 쉽게 발견할 수 있을 정도로 브라질 문화에서는 종교가 중요한 비중을 차지하고 있다. 수용결정 및 석방은 판사의 권한이며 휴마이다교도소에 수용이 적당한 자를 재판단계에서 선정하거나, 전국의 수용자 중에서 가석방예망자를 주로 선정하고 있다. 또한 가족의 자원봉사활동 참여와 수용자와의 유대를 고려하여 사실상 가족이 교도소 근처에 살고 있는지 여부가 수용결정에 큰 영향을 미치고 있다. 브라질 교도선교협의회(Prison Fellowship Brazil)는 고도로 발달된 보안장치나 무장된 교도관 없이 수행자는 입소와 동시에 기독교 교리⁴⁵⁾에 따라 수갑을 풀고 교정교화하여 사회에 복귀시키는 교정철학⁴⁶⁾에 기초하여 이 교도소를 운영하고 있다. 교도소의 보안체계는 신뢰를 바탕으로 하고 있으므로 험악하게 보이는 창살과 높은 담장은 없다. 그렇다고 경범죄자를 구금하는 경구금시설은 아니고, 이곳에 수용된 수용자들은 살인, 폭행, 강도, 마약관련사범에 이르기까지 다양한 범죄로 실형을 받은 사람으로서 이들의 평균 복역기간은 10년이다.

휴마이다 교도소의 운영 프로그램은 제1단계 엄정구금 보호, 제2단계 중간구금 보호, 제3단

송하여 치료한다. 수용자의 분류는 죄질, 개인적인 특성, 수용태도 등에 따라 High, Medium, Low, Open 4등급으로 분류하여 퀴르랜드 주 각 교정시설로 이송하여 수용처우하며, 서신제한은 없으며, 전하는 분류등급에 따라 사용이 허용되어진다. 최강주, 전개논문, pp.67-69. 참조.

44) 허주욱, 전개서, p.306.

45) 사랑의 수갑이 당신의 마음을 묶는다. 하나님은 당신의 일거수 일투족을 지켜보고 있다. 예수님은 당신의 죄를 담당하시고 형벌을 받았다.

46) 휴마이다 교도소의 교정철학은 다음과 같다. ① 인간을 구하기 위하여 범죄자를 구한다. ② 계소자 교육에 가족의 동참을 서약 받는다. ③ 하나님의 사랑을 통하여 계소자를 교정교화시킨다. ④ 하나님의 사랑은 자원봉사자의 행동으로 나타난다. ⑤ 사랑을 통한 엄격한 수행생활을 한다. ⑥ 인간의 존엄성이 회복되고 존중된다. ⑦ 교정교화는 시간이 소요되고 단계적으로 이루어진다. 허주욱, 전개 논문, p.89.

계 최소보호, 제4단계 가석방으로 분류된다.

제1단계에서는 인간가치·자기존중·책임감 교육, 범죄성향의 제거, 자치능력의 배양에 중점을 두고 주로 교도소내에서 생활하거나 작업을 한다. 자치활동으로 개인적 차원에서 절반이상의 수용자가 직무를 담당하고 있고, 각자는 다른 수용자의 후견인으로 책임을 지며 수용처실별로 감독자, 총무 등 임원을 선출한다. 수용자심의회의 일환으로 자치에 관한 최고 의결기구로 수용자가 선출한 15인의 위원과 회장을 두고 각 위원은 수용자의 행동을 관찰하여 회장에게 보고하며, 행동점수에 따라 처우에 반영한다.

제2단계에서는 사회복귀의 준비단계로 한 차원 높은 책임감의 배양과 지역사회와의 바람직한 관계 형성을 목적으로 교도소 안에 기숙사 형태로 수용하며 교도소 안에서의 자유로운 생활을 보장한다. 수용자심의회의가 주요사항을 결정하고 중구금 수용자를 감독하거나 운영에 참여하는 임무를 부여하고 외부이송시 호송업무, 서신수발, 매점관리 등 점수제로 수용생활을 통제하며 규율을 위반하거나 적용하지 못하면 중구금단계로 이전시키며 자기노작한 제품을 외부 또는 내부 매점에서 판매가능하다. 작업의 수입은 전부 본인에게 귀속하며 작업수입으로 가족을 부양하거나 교도소 운영기금으로 납부할 수 있으며 지역사회의 공동체 활동에도 참가한다.

제3단계에서는 지역사회 구성원으로서의 복귀를 실행하는 단계로 지역사회 내에서의 정상적인 생활을 유도한다. 본인의 가정에서 거주하며, 교도소와 자원봉사 단체의 협조로 인한 취업 알선과 직장생활 및 가정생활이 가능하다. 출근 전에 매일 교도소에 와서 확인하고 2달에 한번씩 교도소 직원과 회동하여 계속 지원과 협조체제를 유지한다.

제4단계에서는 가석방 중의 일정한 생활조건을 부여하며, 출소자 보호와 지원, 자원봉사자와의 계속적인 유대관계의 지속, 교도소를 중심으로 한 사후관리체제를 유지한다. 일정한 조건을 부여한 석방으로서 이를 준수하여야 하며 자원봉사자와 매월 모임을 갖고 지속적인 협조를 받으며 교도소의 행사에도 항상 초청을 받는다.⁴⁷⁾

브라질 교도소의 파월현상과 급증하는 범죄율을 감안해 볼 때 APAC의 결과는 매우 성공적인 사례로 보고 있다. 그 이유는 이 프로그램이 비단 수용자들과 가족에게 뿐만 아니라 지역사회에도 유익한 파급효과를 미치고 있다는 점이다. APAC 관리자들은 이 프로그램을 이수한 수용자들 중 3.84%에 해당하는 사람들이 재범을 했고, 지난 6년 동안 프로그램을 중도하차한 수용자는 단지 6명이었다고 한다. 또한 APAC 프로그램은 주정부가 교도소를 운영하기 위해 부담하는 액수를 절반까지 줄여주는데 APAC에서는 기부금 제도를 활용함으로써 수용자 1인당 소용되는 비용을 주정부 교도소 수용자 1인당 50%의 수준으로 낮추었다. 이와 더불어 간접적인 납세에 절감 효과와 지역 사회내의 자원봉사들과 사업자들에게 자신들의 노력한 바에

47) 이상현, "민영교정제도 도입의 타당성에 관한 연구", 동국대학교 대학원 박사학위 논문, 1998, pp.112-117.

따라 결과가 어떠한지 체험할 수 있는 기회를 제공하며 교인들로 하여금 믿음을 삶에서 구체적으로 표현하는 법을 깨우쳐 주고 영적 이해의 차원을 개발할 수 있도록 도와주는 효과도 가지고 있다는 점을 효과로 제시하고 있다.⁴⁸⁾ 브라질의 일반 교도소를 출감한 자들의 재범율은 75%에 달하는 점을 감안해 볼 때 APAC의 이러한 프로그램은 재범율 감소에 매우 효과적이므로 브라질의 120여개의 경부운영의 일반교도소에서도 APAC가 개발한 프로그램을 실시하고 있다.

휴마이라 교도소의 괄목할 만한 성과에 따라 현재 미국을 비롯한 서구계국에서 자기 나라의 실정에 맞는 종교교도소의 도입을 적극 추진하고 있다.⁴⁹⁾ 에쿠아도르 교도선교협의회와 페루 교도선교협의회는 브라질의 모델을 기초로 한 프로그램을 만들기 위해 자국 정부와 협상 중에 있으며, 과테말라의 한 단체는 비슷한 프로그램을 개발시켜 이미 5개의 교도소에서 실행하고 있다.

IV. 현행법상 민영교도소의 설립 및 운영에 대한 검토

1. 민간위탁의 목적

외국에서의 민영화의 논의는 기본적으로 정부행정의 비능률적이고 불필요하게 과다한 비용이 드는 점을 비판하면서 시작되었다고 할 수 있다. 수용자 처우에 있어서 민간이 정부보다 더 나은 처우를 보장하리라는 명확한 증거도 없지만,⁵⁰⁾ 최소한 능률에 있어서는 민간부문이 앞선다는 전제하에 경제원리에 입각하여 생산성을 향상하기 위한 시도인 것이다.⁵¹⁾

우리나라의 경우 민영교도소등의 설치·운영에 관한 법률 제1조에서 민영교도소제도의 목적을 ① 교도소 운영의 효율성 제고 ② 수용자 처우의 향상 ③ 수용자 사회복귀 촉진 등으로 하고 있다. 즉 민간의 인적·물적 자원을 활용하여 교정시설의 과밀수용에 능동적으로 대처함으로써 국가의 재정부담을 완화하고, 교도소 등의 운영에 민간 경영기법 및 회계관리방법 등을 적용함으로써 업무의 생산성·효율성을 제고하고, 수용자의 관리, 교화, 상담 및 교육훈련 등에 있어서 민간의 탄력적인 프로그램 개발을 유도하여 수용자의 처우향상과 사회복귀를 촉진하며,

교도소의 건축에 민간부문 투자 및 참여를 활성화하고, 설계·건축·관리에 새로운 접근방법을 접목하여 생산적이고 효율적인 결과를 도출하는데 목적이 있다.⁵²⁾

2. 민간위탁의 교정업무

민간에 위탁하는 교정업무는 행정법 제1조의2 제3호의 규정에 의한 수용자의 수용·관리·교정·교화, 직업교육, 교도작업, 분류·처우 기타 행형법이 정하는 업무와 기타 교정업무 수행에 필요한 제반업무로 교정업무 전반을 포괄하고 있으므로(동법 제2조 1호), 수탁자는 교정업무 수행에 필요한 교도소 부지확보와 건물신축을 수탁자의 부담으로 수행하여야 한다.

교정업무를 수탁받을 수 있는 자는 공공단체외의 법인·단체 또는 그 기관이나 개인이다. 단 교정업무를 포괄적으로 위탁받아 1개 또는 수개의 교소도등을 설치·운영하도록 하는 경우에는 법인⁵³⁾에게만 위탁할 수 있도록 함으로써 교정업무의 부분위탁과 구별하고 있다(동법 제3조 1항). 부분위탁⁵⁴⁾은 일부 교정업무를 특정하여 위탁하는 경우로 비교적 간단한 절차로 가능하다. 동법은 포괄위탁을 중심으로 규정하고 부분위탁의 경우에는 그 규정을 준용하도록 하고 있다(동법 제41조).

민영화의 동기를 주로 경제성과 효율성에서 찾는 서구의 경우는 민영교도소의 운영주체 즉, 민간계약자가 거의 영리를 목적으로 하는 전문기업에 반하여 교정의 개방화와 사회화, 교정의 다양성 확보, 사회자원의 활용, 일부 교정경비의 절감과 과밀수용의 해소 및 재소자에 대한 배려와 교화개선을 통한 사회복귀를 위하여 민영화를 추진하는 우리나라에서는 영리단체보다는 비영리단체가 더 적합할 것이다.⁵⁵⁾ 그 중에서도 비교적 교정과 관련이 있고 활동경험이 있는 단체가 더 좋을 것이며, 현재로서는 유관 비영리사회단체 또는 종교단체를 활용할 수 있을 것이다. 실제로 비영리단체가 전환프로그램이나 경구금 시설 등을 운영하는 경우가 많이 있는 실정이며, 현실적으로 교도소의 민영화와 관련된 거의 대부분의 쟁점과 문제가 이윤의 추구에 기인하기 때문이라는 점에서도 비영리단체에 의한 민영화가 가장 무난할 것이다.⁵⁶⁾ 반면에 중구

48) 유병철, "브라질 교정제도 시찰보고" 법무부 교정국, 1998, p.318.

49) 미국의 재범기업가인 Jack Eckerd는 브라질의 휴마이라교도소와 같은 종교교도소를 미국에 도입하기 위한 체계적인 준비조사를 실시하기 위해 각 방면의 학자들로 구성된 연구팀으로 하여금 휴마이라를 연구하도록 하였다. Van Patten, D., The APAC Prison Initiative : A Research Paper for the Eckerd Foundation by Prison Fellowship Ministries, Washington D.C. : Prison Fellowship (1999), 참조.

50) 유병철, "외국의 민영교도소 사례분석", pp.227-263.

51) 이윤호, "민영교도소의 문제점과 개선방향", 『정감섭박사 퇴임기념 논문집』, 정진사, 1999, p.235.

52) 법무부, 전거서, p.11.

53) 제안서 제출일 현재 설립예정이거나 설립중의 법인, 2개 이상의 법인이 컨소시엄 형태로 제안할 수 없으나, 비영리·영리 및 제단·사단법인을 불문하며, 상업상 회사 또는 법무부 이외의 부처를 주무관청으로 하는 법인도 가능하다. 법무부, 전거서, p.25. 참조.

54) 국가가 운영하는 교도소등의 업무중 직업훈련, 교도작업 등 일부 교정업무를 특정하여 위탁하는 경우 그 수탁자에 관하여는 그 성질상 허용되지 아니하는 경우와 위탁계약에서 달리 정한 경우를 제외하고는 교정법인에 관한 규정을 준용한다(동법 제41조).

55) 이윤호, "교도소 민영화의 쟁점과 과제", p.355.

56) J. W. Rogers and G. L. Mays, Juvenile Delinquency and Juvenile Justice, Englewood Cliffs, NJ: Prentice Hall, 1987, pp.441-442.

금 시설은 보안의 중요성 등을 고려할 때 사실 상당한 동기의 부여가 필요하므로 이윤의 추구라는 동기가 있는 영리단체가 운영의 주체가 되는 것이 합당하다고 생각된다.

3. 수탁자 선정절차

법무부 장관은 교정업무를 위탁하고자 할 때에는 제안요청⁵⁷⁾, 제안서 접수⁵⁸⁾, 제안서 심사·평가, 수탁자 선정의 과정을 차례로 거쳐야 한다. 제안요청은 위탁할 업무, 위탁기간, 계약의 조건, 수탁자 선정기준 및 제안서의 형식 등에 관한 사항을 명기한 제안요청서를 판보와 3개 이상의 일간신문에 공고함으로써 한다(동법시행령 제3조 1항).

수탁자를 선정하기 위해서는 수탁자선정심사위원회가 구성되어야 하며 선정위원회는 법무부 차관을 위원장으로 하여 10인 이상 20인 이내의 위원으로 하고, 위원은 판사·검사·변호사, 관계행정기관의 공무원, 교수, 종교인, 언론인, 민간기업경영인 등으로서 교정 및 경영에 관한 학식과 경험이 풍부한 자와 시민단체⁵⁹⁾가 추천하는 자 중에서 임명 또는 위촉한다(동법시행령 제2조). 수탁자 선정의 공정성과 투명성을 확보하기 위하여 시민단체와 민간기업경영인 등이 선정위원회 위원으로 추가되었다.

선정위원회는 법무부의 제안요청에 응한 자에 대하여 제안서의 내용과 인력·조직·시설·제정능력·공신력 등을 종합적으로 검토하여 위탁업무의 수행능력을 심사·평가하며⁶⁰⁾ 그 심사·평가 결과를 장관에게 제출하고 장관이 이를 참작하여 수탁자를 선정한다(동법시행령 제3조 2항, 3항)⁶¹⁾

4. 위탁계약

1) 위탁계약의 내용

민영교도소제도는 정부와 개별 법인간의 계약에 의하여 성립하므로(동법 제4조) 합의 또는 계약이 중요한 역할을 한다. 민간금융에 의한 교정시설의 건축, 교도작업의 민간위탁, 시설관리, 민간업체에 의한 금융과 건설·운영을 포함하는 전 교정업무의 위탁운영이 이루어지는 근본적인 원인행위가 정부와 민간기업의 계약이기 때문이다. 따라서 명확하게 쓰여지고 구체적인 계약이 민영교도소에 있어서 성공의 중요한 요소라고 할 수 있다.⁶²⁾

동법 제5조에 의하면 위탁계약에는 ① 위탁업무를 행함에 있어서 수탁자가 제공하여야 하는 시설 및 교정업무의 기준에 관한 사항 ② 수탁자에게 지급하는 위탁의 대가와 그 금액의 조정 및 지급방법에 관한 사항 ③ 계약기간⁶³⁾ 및 계약기간의 수정·갱신과 계약의 해지에 관한 사항, ④ 교도작업에 있어서의 작업상여금·위로금 및 조위급의 지급에 관한 사항, ⑤ 위탁업무를 재위탁할 수 있는 범위에 관한 사항, ⑥ 위탁수용대상자의 범위에 관한 사항, ⑦ 기타 장관이 필요하다고 인정하는 사항 등이 포함되어야 한다.

이러한 내용으로 위탁계약을 체결하는 경우 계약사항의 누락방지, 계약내용의 일관성 유지, 계약체결의 효율성 및 공정성 제고를 위하여 교정업무의 민간위탁에 관한 표준계약서를 정하여 두는 것이 필요하다. 위탁계약은 법무부장관이 수탁자와 계약내용에 관하여 약정하고 당해 계약서에 서명, 날인함으로써 성립한다(동법시행령 제4조).

2) 위탁업무의 정지 및 위탁계약의 해지

민영교도소는 국가의 형사벌책무를 수탁하여 운영되는 것이므로 수탁자의 교정업무 수행능력이 부족하게 되거나, 정당한 지도·감독을 이행하지 아니하는 경우에는 비상조치를 취할 수 있

57) 제안요청 공고는 2001년 8월 24일에 있었고, 8월 28일 민영교도소 제안 요청 설명회를 개최하였으며, 9월 7일 제안의향을 접수하였다. 의향서를 제출한 단체는 종교단체, 복지법인, 시설경비업체 등 10여 단체에 이른다. 제안의향서는 법무부의 정보제공을 위한 참고용이므로 제안의향서를 제출하지 않더라도 제안서의 제출은 가능하다.
 58) 제안서 제출 마감은 2001년 12월 21일이었다.
 59) 비영리민간단체지원법 제2조의 규정에 의한 비영리민간단체를 의미한다.
 60) 제안서의 심사·평가 사항은 법인현황 30점, 설치계획 100점, 운영계획 100점, 기타사항 20점으로 총 250점만점으로 각 항목별 수, 우, 미, 양, 기로 점수를 배분하여 평가한다. 자세한 내용은 법무부, 전개서, pp.81-84. 참조.
 61) 법무부에 의하면 2002년 1월 중 제안서 심의를 하고, 2월 중에 법무부 장관에게 심의결과를 제출하여 민영교도소 수탁자를 선정하여 3월 중 위탁계약을 체결할 예정이다. 법무부, 전개서, p.29.

62) M. R. Woolley, Prisons for profit : Policy Considerations for Government officials. DicKenson Low Review, 1985, pp.307-331.
 63) 계약기간은 기업 측에서는 가급적 장기계약을 원하지만 지나친 장기계약은 공정한 경쟁을 어렵게 하고 민영교도소에 대한 통제도 곤란해지며 부패의 위험을 초래한다. 반면 단기계약은 경쟁을 부추길 수 있고 계약자의 업무수행이 만족스럽지 못하거나 계약을 충족시키지 못하면 계약자를 바꿀 수 있고 변화하는 여건을 반영할 수 있도록 계약상 할 수 있다. 그러나 교정에 있어서 지나친 단기계약은 예산확보, 프로그램과 직원확보, 예산편성 등이 시간이 걸리고 어렵기 때문에 문제점이 나타난다. 또한 회사는 입찰가를 올려서 비용을 충당하려고 하기 때문에 경비부담이 늘어나 민영화로 인한 경제적 잇점을 얻어지게 된다. 이윤호, 천계논문, p.368. 참조. 법에서는 위탁계약 기간은 수탁자가 교도소의 시설비용을 부담하는 경우에는 10년 이상 20년 이내로 하고, 기타의 경우에는 1년 이상 5년 이내로 하며, 그 기간은 연장할 수 있다(동법 제4조 4항).

어야 한다. 따라서 동법 제6조 및 제7조에서는 위탁업무를 정지할 수 있는 경우와 위탁계약을 해지할 수 있는 경우를 규정하고 있다. 즉, 수탁자가 동법 또는 동법에 의한 명령이나 처분에 위반한 때에는 6월 이내의 기간을 정하여 위탁업무의 전부 또는 일부의 정지를 명할 수 있으며, 이 경우 장관은 소속공무원으로 하여금 그 정지된 위탁업무를 처리하게 하여야 한다. 다만, 위탁업무의 정지명령을 할 사유가 있음에도 법무부 소속공무원으로 하여금 정지된 업무를 처리하게 할 수 없는 어려운 사정이 있는 경우에는 그 사정이 해소될 때까지 그 정지명령의 집행을 유예할 수 있다. 또한 위탁계약의 해지사유로는 첫째, 수탁자가 수용시설에 대한 보정명령을 받고 상당한 기간이 지난 후에도 이를 이행하지 아니한 경우 둘째, 동법 또는 동법에 의한 명령이나 처분에 중대한 위반을 한 경우 셋째, 현저한 사업경영의 부실 또는 재무구조의 악화 기타의 사유로 인하여 이 법에 의한 위탁업무를 계속함이 적합하지 아니하다고 인정되는 경우를 규정하여, 이러한 사유가 발생하는 경우 법무부의 일반적인 의사표시로 교도소 위탁이라는 계속적 계약관계를 장래에 향하여 소멸시킬 수 있도록 하였다.

한편 위탁계약 양당사자의 합의로도 위탁계약을 해지할 수 있다(동법 제7조 2항). 이른바 약정해지사유로서 위탁계약에서 정한 해지사유가 발생하면 어느 일방 당사자는 장래에 향하여 위탁계약을 해지할 수 있다.⁶⁴⁾

위탁계약이 해지된 경우 국가가 부득이한 사정으로 인하여 위탁업무를 즉시 처리할 수 없는 때에는 수탁자 또는 그의 승계인은 국가가 그 업무를 처리할 수 있을 때까지 종전의 위탁계약에 따라 그 업무의 처리를 계속하여야 한다(동법 제8조).⁶⁵⁾ 위탁계약이 해지되었다고 해서 교정업무의 수행이 중단될 수 없으므로 별도의 약정이 없더라도 수탁자 또는 그의 승계인은 국가가 수용자 이송 등 교정업무를 정상화할 수 있을 때까지 교정업무를 계속 수행하도록 특별 규정을 하고 있는 것이다. 즉 이러한 경우에는 위탁계약의 해지가 가지는 계약효력의 소급적 소멸이라는 성질을 일정부분 제한한 것이다.

위탁계약의 해지는 해지사유로 인한 손해에 대한 배상청구에는 영향을 미치지 않는다. 또한 해지되더라도 청산할 의무가 존속하는 동안에는 양당사자 사이에 일정한 범위에서 채권관계가 존속하게 된다.

5. 민영교도소의 시설

교정법인이 민영교도소를 설치하고 운영하기 위해서는 일정한 기준에 따른 시설⁶⁶⁾을 갖추어야 하나, 위탁수용대상자의 특성을 고려하여 양당사자의 합의로 위탁계약에서 달리 정할 수 있다.

민영교도소는 범죄인 구금을 확보할 수 있고 실질적인 교정교화가 가능하도록 시설 및 부지 등 주변환경을 설계하여야 하고, 교정교화 프로그램의 확대시행, 수용인원의 증가 등 상황변화에 대처할 수 있도록 여유있는 수용공간을 확보하도록 하며, 노약자·장애인 등 특별한 보호가 필요한 자가 시설을 이용하는데 불편이 없도록 하여야 한다. 또한 수용사동 및 주요 건물의 건축시 남향이 가능하고 일조 및 풍풍 등 주변환경을 최대한 이용할 수 있도록 하고 주변환경과 조화되어 교정시설이라는 느낌이 없이 아늑하고 민간의 연수시설로 연상될 정도로 분위기가 있는 조형이어야 한다.⁶⁷⁾

한편 완벽한 보안체계 확보 등 미래지향적이고 바람직한 교화방침을 구현할 수 있도록 최적의 환경을 제공하면서, 동시에 그 유지관리에 있어서도 최소의 인력으로 최대의 효과를 발휘할 수 있도록 설계하고 업무의 전산화 등 업무환경의 변화에 따른 첨단장비 활용 및 시스템운용의 자동화가 가능하도록 설계하여야 한다.⁶⁸⁾

교정법인은 민영교도소의 시설이 법령 및 위탁계약의 내용과 합치하고 민영교도소 운영에 적합한지의 여부에 관하여 검사를 받아야 한다. 시설에 대한 검사결과 그 시설이 수용시설로서 부적당하다고 인정되는 때에는 교정법인에게 그 보정을 명할 수 있다(동법 제22조).⁶⁹⁾

교정법인은 특별교회를 실시하기 위하여 마련된 장소를 제외하고는 그가 운영하는 교도소의 시설 안에서 수용자가 상시 출입하거나 접견 할 수 있는 장소에 특정종교의 상징물을 설치하여서는 안된다. 다만 장관이 국가의 종교적 중립성 및 종교간의 형평성을 해하지 아니하는 범위 안에서 특별히 허가한 경우에는 그러하지 아니하다(동법시행령 제14조 2항).

66) 교정법인이 기본적으로 갖추어야 할 시설은 동시행령 제14조에 의한 거실 및 수용사동, 작업장 및 직업훈련시설, 절전실 및 그 부대시설, 교육·집회시설, 위생·의료시설, 운동장, 취사장 및 그 부대시설, 목욕탕·이발관 등 수용자 후생복지시설, 기타 위탁계약으로 정하는 시설 등이다.

67) 기타 자세한 것은 법무부, 전거서, pp.35-42 참조.

68) 유병철, "민영교도소 설치·운영의 추진방향", p.24.

69) 검사를 거부하거나 이를 기피 또는 방해한 자는 2년 이하의 징역 또는 2천만원 이하의 벌금에 처해진다(동법 제42조 제2항 제2호).

64) 이러한 위탁계약의 정지 및 해지에 관한 규정에 위반하여 위탁업무의 정지명령을 받거나 위탁계약이 해지된 후에도 권한없이 위탁업무의 처리를 계속한 자에게는 3년 이하의 징역 또는 3천만원 이하의 벌금에 처할 수 있다(동법 제42조 제1항 제2호).

65) 위탁업무 해지 후 일정기간 수탁자 또는 그 승계인이 위탁업무의 처리를 계속하지 않는 경우에는 2년 이하의 징역 또는 2천만원 이하의 벌금에 처해진다(동법 제42조 제2항 제1호).

6. 위탁수용 대상자와 처우 기준

1) 위탁수용 대상자

위탁수용 대상자는 법무부장관이 정하여 민영교도소에 이송하며, 민영교도소에서 국가 운영 교도소동으로의 이송은 법무부장관 직권 또는 민영교도소장의 신청에 의하여 법무부장관이 결정한다. 위탁수용 대상자의 원칙적 범위는 국내 최초의 민영교도소임을 감안하여 수탁자의 관리능력, 교도소의 안전과 질서, 수용자의 사회복귀에의 유용성 등을 참작하여 형벌집행을 담당하게 될 민간인의 업무수행능력과 위탁대상 수용자의 특성 등을 종합적으로 고려하여 결정한다. 즉 다음의 요건을 모두 충족하는 수형자로서 법무부장관이 지정하여 이송하는 자이다. ① 범수 2월 이하, ② 형기 5년 이하 및 잔여형기 6월 이상, ③연령 20세 이상 60세 미만의 자로 범수 산정의 기준은 수형자분류처우규칙에 의하고 형기산정 및 연형계산의 기준일은 법무부장관의 이송명령시이다.⁷⁰⁾ 단 조직폭력사범, 마약류사범, 사회불의사범, 공안사범 등과 기타 민영교도소에의 수용이 적절하지 않은 자는 제외한다. 수용정원은 300명 이상 500명 이하이나 위탁계약이 정하는 범위안에서 실제 운영중 다소의 증감이 있을 수 있다. 또한 법무부 장관은 위탁수용 인원을 계약된 수용정원에 근접한 범위 안에서 조정할 수 있으며 연 평균 수용인원이 수용정원에 미달하거나 초과됨으로 인하여 발생된 손해에 대하여는 정산하여 준다. 수탁자는 수용관리자에 대해서 국가운영 교도소 등의 예에서와 같이 이송신청을 할 수 있으나 법무부가 이송하는 수용자에 대하여 이송거절 또는 이송보류 요구 등을 할 수 없다(동법 25조 2항).

2) 수용자 처우의 기준

민영교도소는 원래 국가운영 교도소보다 양질의 서비스를 목적으로 한다고 볼 수 있으며, 미국에서도 민영교도소의 전문성과 서비스 질이 향상될 수 있다고 주장되고 있다.⁷¹⁾

동법 제25조에서도 교정법인은 위탁업무를 행함에 있어서 같은 유형의 수용자를 수용·관리하는 국가운영의 교도소와 동등한 수준 이상의 교정서비스를 제공하여야 한다고 규정하고 있다. 민영교도소에 수용된 수용자는 행형법에 의한 교도소에 수용된 것으로 보며(동법 제24조), 그 성질상 허용되지 아니하는 경우와 법령 및 위탁계약에서 달리 정한 경우를 제외하고는 행형법을 준용한다(동법 제40조). 따라서 일단 처우의 형태는 국가운영 교도소와 비슷하게 행해

질 것이며, 국가운영 교도소보다 월등한 처우가 보장되는 것도 평등의 원칙상 바람직하지 않다.

민영교도소에 수용될 자의 결정은 전적으로 법무부장관의 권한이다. 교정법인은 민영교도소에 수용되는 자에 대하여 수용자의 특이사유를 이유로 수용을 거부할 수 없다. 다만 수용·작업·교화 기타 처우상 특히 필요하다고 인정되는 때에는 장관에게 수용자의 이송을 신청할 수 있으나, 이에 대한 법무부의 결정에 따라야 한다.

7. 민영교도소의 조직

민영교도소는 국가가 운영하는 교도소에 준하는 조직을 갖추어야 한다(동법 제21조 1항). 현재 국가 운영 교도소는 소장 또는 부소장, 서무과, 보안과, 작업과, 용도과, 의무과, 분류심사과, 교무과와 분류처우회의, 급식관리위원회, 귀휴심사위원회, 징벌위원회 등이 설치되어 있다.⁷²⁾ 민영교도소는 이와 유사한 조직을 갖추어야 하는데 그 명칭 및 관장업무나 소속부서의 인원, 소속인원의 체제 등은 자율로 정할 수 있다.

8. 교도작업과 종교활동

1) 교도작업

수용자의 노동력을 민간이 이용할 수 있는가의 문제는 민간의 비용충당, 노동력의 착취 등 윤리적인 타당성과 관련하여 다양한 논의가 있으나, 동법 제26조에서 이를 허용하되 민영교도소에 수용된 수용자의 작업수입은 국고수입으로 하도록 하여, 노동력 착취의 가능성은 일단 차단되었으나 교정법인의 교도작업 수행에 대한 노력이 부족할 우려가 있다. 또한 모든 징역형 수형자는 정역에 복무하게 하여야 하므로 민영교도소에서는 평상시 교도작업 실시인원은 전체 수용인원의 3/5 이상이 유지되어야 한다. 즉 학과교육 또는 직업훈련 중인 자, 기타 작업을 수행할 수 없는 자를 제외하고 전 수형자에게 작업이 부과되어야 한다.⁷³⁾ 반면에 교도작업에 소요되는 비용의 지급 및 작업수입 등 일반적인 교도작업 내용에 관하여는 따로 별도의 계약으로 정하고 그 소요비용을 교도작업특별회계 예산에서 모두 지급함을 원칙으로 한다.

2) 종교활동

수형자라 할지라도 종교의 자유는 보장되어야 하므로, 동법 제25조 3항에 「교정법인의 임·

70) 법무부, 전거서, p.23.

71) Dana C. Joel, "The privatization of secure adult prisons : Issues and evidence", pp.51-74 in Bowman, Simon Hakim, and Paul Seidenstat(eds.), Privatizing the United States Justice System-Police, Adjudication, and Corrections Services from the Private Sector, Jefferson, NC: McFaland & Company, Inc., 1992.

72) www.moj.go.kr/corrections/intro/organ.html. 참조.

73) 유병철, "민영교도소 설치·운영의 추진방향", pp.26-27.