

자의 자발적 동참으로부터 출발한다. 둘째, 그러한(자발적) 동참은 行刑法 제2조 1문의 再社會化目的을 위한 處遇(안) 관계하므로 行刑法 제2조 1문의 再社會化目的에 반하는 외적 장애를 배제(안전임무)하는 처우는 가능하다. 셋째, 行刑(當局)은 受刑者の 자발적인 동참에로의 동기를 유발시켜야 할 의무를 지닌다. 이의 구체적 내용은 다음과 같다.

1) 自發性的 原則

자발적 동참을 行刑의 출발점으로 삼는 첫번째 說明은 헌법적 및 범죄교정적으로 다음과 같은 2가지의 중요한 귀결을 내포하고 있다.²³⁾

① 受刑者の 主體性이 확정된다. 즉, 受刑者는 결코 교도소 당국에 의하여 유형화된 再社會化 시도의 단순한 客體일 수 없다. 오히려 그는 스스로를 책임질 수 있는 人格體로서 行刑目的의 實現을 위한 학습과정에 자발적으로 참여하는 주체인 것이다.

② 동시에 그 說明은 再社會化 處遇의 구조를 명백히 하고 있다. 다시 말해 "어느 누구도 스스로의 의지 없이 또는 그에 반하여(再)社會化될 수는 없다"²⁴⁾고 할 것이므로 자발적 동참이란 효과적인 처우를 위한 필수불가결한 전제조건이다. 그 때문에 현행 行刑法 제정당시의 입법자는 受刑者の 협조"의무"를 규정하려는 일부의 요구를 명백히 거절했다.²⁵⁾ 行刑目的의 達成을 위한 受刑者の 협조의 의무성을 인정하게 된다면 行刑法의 원칙적 출발점을 송두리째 뒤엎리게 될 것이다. 즉 社會의 統合(Soziale Integration)이라는 이익을 위해 "선량한 구성원"으로 受刑者를 학습시키고 외적 순응을 강요함으로써 인간을 재사회화시키게 되어 憲法에 반하며, 범죄교정적 입장에서도 결코 정당화될 수 없는 再社會化 目的이란 미명하의 강제처우의 길로 치닫게 됨을 의미한다.²⁶⁾

물론 行刑은 受刑者の 협조를 그 출발점으로 삼고 있다. 하지만 受刑目的의 달성에로의 협조를 명시하고 있는 獨逸行刑法 제4조 1항 1문으로부터 制約이라는 수단을 통해 이의 관철이 담보

23) Vgl. dazu BT-Dr. 7/3998, 6; Schöck, Strafvollzug, 2. Aufl., 74 f.; Callies/Müller-Dietz, Kurzkomentar, §4 Rdn. 2; Müller-Dietz, Strafvollzugsrecht, 2. Aufl., 86 f.; Callies, Strafvollzugsrecht(1978), 98 f.

24) Müller-Dietz, Grundfragen, S. 139.

25) 당시의 학설들은 사회국가적으로 근거지워진 再社會化 目的으로부터 受刑者の 社會化에의 협조의무를 정당화시키고자 하는 예외적 태도를 제정하고 있었다(그 점에 관하여는 Würtemberger, Freiheit und Zwang, NJW 22(1969), 1750 참조). 이에 따라 行刑委員會의 行刑法草案(1971년) 제4조 1항과 政府 行刑法草案(BT-Dr. 7/918, 10, 47) 제4조 1항은 처우목적의 달성을 위한 受刑者の 협력을 "의무"라 하였으나, 입법자는 궁극적으로 그러한 의무규정의 구성을 압도적 다수로 부결시켰다(Vgl. BT-Dr. 7/3998, 6).

26) Vgl. Callies/Müller-Dietz, Kurzkomentar, §4 Rdn. 4.

되는 의무를 이끌어 내어서는 안 된다. 再社會化에의 협조자세의 결여는 受刑者の 의무침해를 근거지울 수 없으며, 단지 그것은 행정관청을 통한(권의제량적) 결정 및(진단적·예후적) 재고시, 특히 도구가능성의 예측이나 보다 완화된 처분의 허가 및 가석방(§57 D-StGB) 등의 판단시에 고려의 대상이 될 뿐이다²⁷⁾고 해석해야 한다.

2) 公共의 安全任務와 自發性 優先原則과의 관계

行刑目的의 達成에의 자발적 동참(원칙)은 獨逸行刑法 제4조 1항의 문언에도 명백히 나타나 있듯이 行刑의 課題에 관하여 규정하고 있는 同法 제2조²⁸⁾ 중 "단지" 제1문상의 行刑目的(Resozialisierungsmaßnahme/再社會化處遇)과만 관련하여 요청되는 것이므로, 장래의 범죄로부터 公共을 保護한다는 제2문상의 行刑의 두번째 課題(Sicherungsaufgabe/安全任務)의 실현에까지 요청되는 것은 아니다. 물론 제2조 1문의 再社會化處遇를 통해 受刑者の 累犯化가 저지된다면 그 한에서는 安全이라는 任務도 동시에 달성된다. 그와 달리 後者의 課題가 달성될 수 없는 경우에 行刑은 公共의 保護를 위해 부득이하고 필수적인 조치를 受刑者の 意思에 반하여 행할 수 있다.²⁹⁾

하지만 교도소 내의 安全과 秩序의 維持와 관련되는 그 밖의 점들에 있어서도 受刑者の 遵從과 자기책임이 원칙적으로 우선한다는 점은 타당하다. 獨逸行刑法 제81조 1항도 이에 따라 "교도소에서의 질서있는 공동생활을 위하여 受刑者の 責任意識을 환기·촉진시켜야 할 것"을 규정해 두고 있다. 그러므로 안전·강제 및 징벌조치는 교도소의 내적·외적 안전 내지 그곳에서의 질서있는 공동생활이·교육적·치료적 환경 및 사회화처우에 의해서는 더 이상 보장될 수 없는 때에만 비로소, 그리고 그 한에서만 보충적으로 행해져야 한다.³⁰⁾ 다시 말해 同條는 "강제에 앞선 자발성(Freiwilligkeit vor Zwang)" 우선의 원칙을 실현시키고자 하는 의도의 일환으로 보겠다.

27) Müller-Dietz, Grundfragen, S. 140; Schöck, Strafvollzug, 74 f.; Schwind/Böhm, Großkommentar(1983), §4 Rdn. 9; 그에 대한 비판적 견해로는 Grunau, Kritische Überlegungen zum Strafvollzug, JR 1977, 53.

28) §2 (行刑의 課題): 自由刑의 執行은 受刑者에게 강제에 새로운 犯行을 저지르지 않고 社會의 責任을 지는 삶을 수행할 능력을 함양시키는 데 있다(行刑目的). 自由刑의 執行은 累犯化 防止라는 公共의 保護에도 기여하도록 한다.

29) Vgl. BVerfGE 40, 285; Müller-Dietz, Grundrechtsbeschränkung im Strafvollzug, JuS 16(1976), 88 f.; Schöck, Strafvollzug, 2. Aufl.(1977), 74.

30) 이 때문에 獨逸行刑法 選擇草案 제121조(AE-D-StVollzG)는(의무와 권리제한의) 補充性的 原則 즉 處遇優先이라는 原則을 명도로 마련해 두고 있다.

나이가, 앞서 살펴 보았듯이 受刑者의 협조에의 의무성을 "일반적"으로 부정한다고 하여 후술하는 바의 권리제한에서 나타나는 것과 같이 "특별한" 행위유무 및 감수의무가 부과될 수 없는 것은 물론 아니다.

하지만 그와 같은 명시적 의무규정들을 제외한 나머지의 경우들은 자발성의 원칙이 受刑者의 삶의 조건형성이나 발전을 위해 결정적 중요성을 지닌다.³¹⁾ 따라서 行刑上의 處遇는 그것이 受刑者에게 특별한 범죄의무규정으로 구체화되어 있지 않는 한, 受刑者의 개인적 이익이 우선한다고 보아야 하며, 그 점은 자기책임하의 행위수행의 필수성과 중요성을 다시금 강조한다.

3) 行刑當국의 동기유발의무

獨逸行刑法 제4조가 요청하고 있는 受刑者の 處遇에의 동참에로의 준비자세는 그 속성상 당연히 受刑者의 일시적 동의만으로는 부족하다. 하지만 그렇다고 하여 자발성이 어떠한 상황에서도 항상 지속적인 것으로 파악할 수도 없다.³²⁾ 대부분의 경우 결정적으로 중요한 것은 오히려 受刑者로 하여금 일단은 그 과정에 동참해 보겠다는 동기를 유발시켜 주는 것이다.

그 점은 특히 다음과 같은 2가지의 경험상의 이유에서 찾을 수 있다. 먼저 강제적인 자유박탈상황은 이미 그 자체로서도 受刑者를 자발적으로 동참시키는 데로 유도하기에 적합치 않다. 즉 현실적으로는 受刑者의 심리적 장애나 내적 저항을 고려하지 않을 수 없다. 또한 오늘날에는 행정관계에 있어서 범죄행위자의 사회성의 결함이나 반사회성이 지나치게 과장인식되어 있기 때문에 그로 인한 배타적 사회사이가 受刑者의 사회적 유리감을 더욱 자극시키고 있음도 부정할 수 없다. 그 때문에 많은 경우 그러한 입장에 놓인 受刑者를 再社會化라는 處遇에 동참하도록 일단 동기를 유발시키는 데에 성공한다는 것이 처우의 성패에 결정적으로 중요하다고 보겠다.

이상의 고찰로써 행정당국의 원칙적 "동기부여의무"는 확정된다. 즉 교도소 당국은 受刑者의 자발적 동기유발 및 사회적 연대책임교회를 위해 지속적으로 노력해야 한다. 물론 그것은 잘 갖춰진 물적·인적 그리고 제도적 조건이 전제되어야만 할 것이며, 바로 그 때문에 교도소 당국이 行刑의 任務를 達成하는 데의 어려움이 잘 나타나며, 그 점은 따라서 至難한 課題로 남아 있게 된다.

31) 그러한 예로는 개별적 급부처우로서의 開放行刑處遇(§10 ①), 휴가(§13 ①) 등이 요구되는 受刑者의 同意, 그리고 자유시간의 활용(§67)시의 受刑者 개인적 취향우선의 원칙 등을 들 수 있겠다.

32) BT-Dr. 7/918, 46.

2. 受刑者の 權利制限原則

질서 잡힌 인간공동생활을 위하여는 일정한 규칙의 준수가 필연적으로 요청된다. 이는 곧 각 개인이 사회적 공동생활을 위한 필수적인 요청으로서의 자신의 행위자유에 대한 계약을 스스로 인정해야 함을 의미한다.³³⁾ 특히 교도소와 같이 상대적으로 한정된 공간 내에서의 타의적 집단생활은 受刑者에게 훨씬 더 많은 규칙의 준수가 요청되며, 그것 없이 受刑制度의 秩序 및 安全은 보장받을 수 없다. 이를 위해 行刑法 및 그에 관한 行政規則들은 受刑者의 의무규정들을 마련해 두고 있다.

하지만 行刑法에 의해 受刑者에게 주어지는 權利制限은 秩序 및 安全의 維持뿐만 아니라 憲法上의 法治國家 秩序 아래서 모든 受刑者의 평등한 처우에도 기여하는 것이어야만 한다.

1) 法治國家의 確定性的 原則

獨逸行刑法 제4조 2항 1문³⁴⁾(및 제81조 2항)은 行刑의 法治國家의 構成原則을 설정하고 있다.

同法 제4조 2항은 受刑者가 감수해야 할 權利의 制限을 憲法 및 憲法裁判所가 예정하거나 인정한 범위에서 제한시키는 데 그 본질이 있다. 따라서 獨逸行刑法의 골격을 이루는 사상은 同法 제2, 3, 4조에 규정된 行刑基本原則들을 기타의 모든 行刑規定을 구속하는 대원칙으로 삼고, 행정당국에 의한 受刑者의 權利制限은 단지 行刑目的(§2 D-StVollzG)과의 이해관계 속에서 자유박탈을 위해 미리 정해진 범위 내에서만 행사할 수 있다는 것이다.³⁵⁾

여기서 獨逸行刑法 제4조 2항이 비록 일반적 범주설정에 그치고 있고, 구체적인 것은 특별한 제한규정들의 法定化의 要求라는 원칙적 성격에 그친다고 할지라도 그것은 受刑者의 지위를 위하여는 다음과 같은 결정적 의미를 지닌다.

먼저 同法 제4조 1항 1문은 자유의 제한은 법률로써 명시적으로 정해져야만 한다는 점을 근본원칙으로 삼음을 제차 확인하고 있다. 따라서 行刑法이나 기타 다른 법률들에 의하여 受刑者

33) 이를 통상 권리의 구속성에 대한 상호인정원칙(Die Anerkennung der prinzipiellen Verbindlichkeit des Rechts)이라 부르며, 스스로의 권리를 주장하는 자는 오직 그 자신이 타인에게도 동일한 권리가 있음을 인정하고 그로부터 나타나는 의무에 스스로를 예속시킬 자제가 갖춰져 있다는 견해 아래서만 자신의 것도 요청할 수 있다는 점을 그 내용으로 한다(Brühl, ZfStrVO 1979, 219; Diepolder ZfStrVO 1980, 140).

34) §4 ② 1; 受刑者는 이 法律이 예정하고 있는 自由의 範圍에 拘束된다.

35) Callies/Müller-Dietz, Kurzkomentar, §4 Rdn. 11.

의 權利가 제한되지 않는 한, 受刑者도 憲法上 자유시민에게 허용된 것과 동등한 일반적 권리 지위가 인정된다.³⁶⁾

나아가 위 규정은 受刑者의 權利에 대한 교도소 당국의 침해를 예상가능케 한다는 점에서도 그 범치국가적 기능을 인정할 수 있다. 이에 따라 受刑者는 어떤 조건 아래서 그리고 어느 정도로 자신의 권리가 제한되어 있는가를 법률을 통해 스스로 확인할 수 있어야만 한다. 이러한 취지에서 나온 것이 입법자의 의무로서의 그러한 권리침해는 내용적으로 확정된 목록 속에 규정될 것을 요구하는 소위 列舉主義原則(Enumerationsprinzip)이다. 즉 受刑者의 "行爲義務 또는 甘受義務"은 개인의 권리제한에 속하며 따라서 구체적 법률 속에 규정되어 있어야만 한다.

법률을 통한 권리제한은 나아가 行刑法 제81조 2항의 비례성의 원칙에 구속된다. 즉 수단으로서의 의무부과 및 권리제한은 그 목적으로서의 안전과 질서유지와 서로 직접 상충하는 관계의 것이어야 하며, 그 정도도 필요한 최소한의 정도로 제한된다.

이상의 원칙에 따라 行刑法을 통해서 또는 法律을 근거로 부과된 의무(행정규칙·교도소규칙 또는 개별명령)를 관철시키기 위하여 獨逸行刑法은 제102조 내지 제107조에서 制裁手段(懲戒處分)을 마련해 두고 있다.

2) 一般條項의 嚴格解釋原則과 批判

受刑者의 權利制限(의무부과)에 있어서 이상의 列舉主義原則(§4 ①)과 比例性의 原則(§81 ②)이 포기할 수 없는 法治國家의 實體를 이루고 있다는 점은 명백하다. 그럼에도 불구하고 입법자는 실무상의 이유로 그러한 원칙을 스스로 양보하는 (모순된) 규정을 동시에 마련해 두고 있다.

獨逸行刑法 제4조 2항 "2문"은 法律에 (권리제한) 규정이 없더라도, 교도소의 安全維持 또는 秩序에 대한 중대한 장애로부터의 방어를 위하여 필수적인 權利制限을 인정하고 있다. 입법자는 그와 같은 긴급상황에 대한 유보조건의 필요성의 근거를 "교도소의 기능유지에 면저히 위협을 초래할 수 있는 상황을 모두 예상하여 입법화할 수는 없기 때문"이라는 데에 둔다.³⁷⁾ 그와 같은 一般的 留保條項(제4조 2항 2문)은 同條 2항 1문의 요정, 즉 權利制限은 法律을

36) Callies/Müller-Dietz, Kurzkomentar, §4 Rdn. 12; Schöck, Strafvollzug, S. 73.

37) §4 ② II; 이 法律이 다른 특별한 규정을 두고 있지 않는 한, 受刑者의 自由는 오직 安全의 維持 또는 교도소의 秩序에 대한 심각한 장애의 방지를 위하여 필수불가결한 경우에만 제한할 수 있다.

38) BT-Dr. 7/3988, 6 f.

통해 구체적인 견제·종류 및 범위를 정하도록 한 원칙으로부터 스스로 벗어나 있기 때문에 그에 대한 해석은 다음과 같이 엄격히 내려져야만 한다.³⁸⁾ ① 그와 같은 엄격하고 특별한 위험상태의 방어를 기어해야 할 조치는 최후의 수단(ultima ratio)이어야 한다. 따라서 다른 회피방법이 존재하지 않는 경우에만 보충적으로 허용된다. ② 그 조치는 교도소의 본질적 기능(elementare Funktion)의 보호를 위한 것이어야만 한다. ③ 위 조항은 行刑基本原則(§2, 3 D-StVollzG), 즉 行刑目的에 비추어 고려되고 적용되어야만 한다.

獨逸行刑法 제4조 2항 2문은 위와 같은 제한해석에도 불구하고 현재 독일에서 원본적인 측면에서 많은 비판을 받고 있다. 물론 기왕의 제한규정만으로는 통제불가능한 상황이 발생할 수도 있다는 점을 전적으로 배제할 수는 없다. 그럼에도 불구하고 그 조항은 再社會化處遇라는 行刑의 전체적 구상을 점차 이완시켜 다시금 監視監督의 經營에로 회귀시킬 위험을 지닌 安易한 발상일 수 있다는 비난³⁹⁾으로부터 벗어날 수 없다.

오히려 문제의 핵심은 行刑의 다양한 측면들을 개별화·구체화시켜 나가는 데 있다. 즉 行刑法 제4조 2항 2문과 같은 一般條項을 통한 개별적 해결의 시도가 아니라, 行刑實務者가 스스로 충분한 정도의 다양한 安全의 가능성을 찾아내어 이를 구체적 입법(내지 규칙)을 통해 마련해 둔다면 기왕의 권리제한체계도 내용적으로 공허해 지지 않고 운용될 수 있다.⁴¹⁾

그 한에 있어서 獨逸行刑法 제4조 2항 2문은 再社會化(改善)處分으로 지향된 行刑의 구축과 동시에 안전의 요구를 규범적으로 포섭시키는 데에 따른 어려움에 적절한 절충적 조항으로 볼 수 있다.

IV. 受刑者의 權利救濟節次

모든 형집행기관의 활동은 獨逸基本法 제20조 3항의 범치국가원칙에 따라 법률과 법에 엄격히 구속된다. 그리고 형집행기관의 조치는 그 재량권의 범동이 비록 법률상의 규정에 의거한다 할지라도 그것이 형집행기관의 절대적 자유를 의미하지는 않으며, 恣意禁止와 比例性의 원칙이 형집행기관의 활동을 구속한다.⁴²⁾

39) Callies/Müller-Dietz, Kurzkomentar, §4 Rdn. 18 u. 20 f.; Schöck, Strafvollzug, S. 70; Müller-Dietz, Grundfragen, S. 148.

40) Müller-Dietz, Grundfragen, S. 149.

41) Müller-Dietz, a. a. O., S.

42) BVerfGE 18, 353; 48, 168.

나아가 행정기관의 모든 활동의 합법성이라는 대명제가 특별한 보호를 통해 보장된다는 것도 현대적 의미의 범치국가원리에 속한다. 비록 수감증이라 할지라도 범질서의 태두의 내내 존재한다는 受刑者의 인식이 없다면 재사회화의 이념을 실현시키려는 행정상의 모든 노력은 수포로 돌아가고 말 것이기 때문에 (국가적) 행정활동의 적법성에 대한 受刑者의 신뢰도 포기할 수 없는 범치국가 원칙에 속한다.⁴³⁾

그러한 보호기능을 담당하는 것으로는 크게 3가지, 즉 행정의 내부통제(자기통제; Selbstkontrolle)와 의회와의 請願 그리고 행정활동의 사법적 심사(他者統制; Fremdkontrolle)를 들 수 있다.

1. 行政的 權利救濟

교도소의 모든 활동은 행정기관의 계층적 조직구조(§151 D-StVollzG)에 따라 상급관청(예컨대 Justizvollzugsamt, Justizministerium)의 감독 및 통제 아래에 놓이게 된다. 따라서 감독관청은 업무 내지 職務監督의 범주 내에서 하위관청을 통제하며, 구속적 지침을 하달하고 그가 내린 결정을 변경 또는 취소할 수 있다.

그와 같은 職務監督상의 조치들은 물론 감독관청의 독자적 결정에 따라 내려질 수 있기 때문에 受刑者의 이의제기가 이를 위한 필수적 전제조건은 아니다. 하지만 이미 獨逸基本法 제17조(請願權; Petitionsrecht)에 의하여 受刑者는 독자적으로 그에게 불리한 행정조치들의 검토를(기간의 제약 없이 서면으로) 요청할 수 있는 권리를 국민의 기본권으로서 당연히 보장받고 있다. 獨逸基本法 제17조는 主觀的 公權을 확보해 주고 있으며, 그 請願을 내용적으로 검토해 줄 것과 적어도 그 결과의 유효를 포함한 결정을 통보받을 권리를 보장한다.⁴⁴⁾

그 밖에 請願權은 正式訴訟(및 正式行政裁判) 외에 인간적인 공박과 근심을 인지하고 검토해 줄 것도 그 내용으로 한다. 그 때문에 請願權은 국가적 영역 안에서 "에르를 호소할(Herz ausschütten-Können)" 인간적인 기능도 담당하고 있다.⁴⁵⁾

43) Maetzel, Anmerkungen zum richterlichen Rechtsschutz im Strafvollzug, in: DÖV, 1970, 460.

44) 독일헌법 제17조는 허용된 請願을 하는 者에게, 行政訴訟上의 一般的 納付의 新로써 추구할 수 있는 權利를 특별히 보장하고 있다는 것이 법원과 학설의 지배적 견해이다(BVerfGE 2, 225; BVerwG in NJW 1976, 637; Maunz/Dübig/Herzog, Kommentar zum Grundgesetz, 1985, Art. 17, Rdn. 2, 6 ff.).

45) Maunz/Dübig/Herzog, Kommentar, Art. 17, Rdn. 1; Callies/Müller-Dietz, Strafvollzug, 4. Aufl.(1986), §108, Rdn. 2. 이와 같이 權利救濟는 行刑官廳 및 그 직원을 통한 모든 행위에 대하여 광범위하게 제기될 수 있으므로, 獨逸行刑法 제103조 1항이 의미하는 行刑處分으로서의 行刑行政活動(Vollzugsverwaltung)에만 국한시킬 필요도 없다(Schwind/Blau, Strafvollzug in der Praxis, 2. Aufl.(1988), S.

獨逸基本法 제17조에 의거하여 獨逸行刑法이 受刑者에게 인정하는 權利救濟手段으로서의 訴願權(Beschwerderecht, §108 ①②③ D-StVollzG)은 다음과 같다.

1) 自由로운 형식의 權利救濟(formlose Rechtsbehelfe)⁴⁶⁾

受刑者가 형식에 구애받지 않고 자유롭게 행사할 수 있는 행정상의 權利救濟節次로서는 抗議(Gegenvorstellung)와 職務監督訴願(Dienstaufsichtsbeschwerde, §108 ③ D-StVollzG)을 우선적으로 들 수 있다.

抗議(내지 이의제기)는 문제가 된 처분을 내린 行刑官廳(으로서의 교도관)에 직접 그 사안에 대한 再審의 請求를 하는 것이다. 이 때 당해관청(내지 교도관)은 受刑者에게 그와 관한 裁決을 공식적으로 통보해 줄 필요는 없으며, 그 밖의 權利救濟에 관한 지도도 불필요하다.⁴⁷⁾

職務監督訴願은 抗議와 동일한 목적의 달성을 위한 최근상급기관에의 구제신청이다. 이는 상급자로 하여금, 하급자가 내린 문제가 되는 處分 및 개별적 행위들을 시정케 하려는 절차이다. 따라서 下位의 교도관에 의한 조치는 교도소장에게, 소장의 처리에 대한 이의는 감독관청에 그 裁決官청이 있다.⁴⁸⁾ 이 경우 再審의 결과는 受刑者에게 통보된다.

2) 교도소장에게의 訴願權

獨逸行刑法 제108조 1항은 앞서의 자유로운 형식의 權利救濟外에도 교도소장에게 직접 희망 사항과 건의사안을 개진할 특별한 訴願權을 부수적으로 인정하고 있다.⁴⁹⁾

먼저 同法 제111조 1문은 受刑者가 일상상의 訴願事項을 직접 교도소장에게 출원할 권리를 보장하고 있다. 이러한 권리는 서면 또는 구두로 할 수 있다. 따라서 基本法 제17조에 규정된 서면의 형식⁵⁰⁾은 확장된다. 獨逸行刑法은 제3자를 위한 訴願(또는 請願)에 관하여 규정하고 있지

256).

46) 이는 正式的 權利救濟(formliche Rechtsbehelfe)인 行政裁判 등과 대별되는 개념이다.

47) 그럼에도 불구하고 受刑者에게 자신이 제기한 抗議의 처리에 관하여 "자유로운"형식의 최소한의 결과통보는 보장된다(Vgl. Schwind/Blau, Strafvollzug, S. 256).

48) 이와 같은 자유로운 형식의 職務監督訴願은 그 광범위한 심사가능성에도 불구하고, 종종 사실의 뒷받침에의 어려움때문에 인신공적으로 간주될 때가 많아 별로 성공적이지 못하다(Vgl. Kaiser/Kerner/Schöck, Strafvollzug, 3. Aufl, S. 209).

49) OLG Koblenz, ZStV 1981, 82; 피구급처우에 관한 UN의제기본규칙 제36조에서도 이와 동일한 의무규정을 마련해 두고 있다.

50) 물론 受刑者는 "언제나" 서면으로 교도소장에게 자신의 사안을 출원할 수 있다(Verwaltungsvorschriften Nr.1 Abs.1 zu § 108 D-StVollzG).

는 않다. 그럼에도 불구하고 그에 대한 가능성은 受刑者의 共同責任規定(§160 D-StVollzG)에 존재한다고 해석하는 것이 다수의 견해⁵¹⁾이다.

교도소장에게 訴願이 허용되는 사안의 종류 및 방식은 교도소 규칙(Hausordnung)으로 정하며, 이는 감독관청의 승인을 필요로 한다(§161 Abs. 2 Nr. 3 D-StVollzG). 교도소장과의 정기 면담은 보장된다(§108 Abs. 1 Satz 2 D-StVollzG). 따라서 교도소장은 원칙적으로 受刑者의 개별적 면담신청을 거절할 수 없다. 그럼에도 불구하고 獨逸行刑法 제156조 2항 2문에서의 의미의 하급관리자(교도관)에게 위임이 불가능한 것은 아니다. 다만 이 경우에는 그 사안이 하급관리자의 업무범위에 속하는가라는 점과, 그 한도 내에서 그가 위임에 의거 교도소장을 대리하여 결정권을 갖는가라는 점을 다시 검토해야 한다.⁵²⁾ 물론 訴願(내지 請願)의 접수는 제한없이 모든 기관에 할 수 있다. 하지만 그 점이 모든 접수기관에 그 사안의 處理管轄이 있음을 의미하지는 않는다. 事物管轄은 조직법상의 규정에 따라 결정된다. 獨逸行刑法 제108조 1항 및 이와 관련한 연방행정규칙 제2조 2항에 의하면 교도소의 하급관리에 대한 訴願의 裁決管轄은 법무부(내지 해당교정국)가 아니라, 교도소장에게 먼저 주어져 있다.⁵³⁾ 나아가 조직법규상의 관할이 없는 기관이 사안을 접수한 경우에는 관할기관으로의 이송의무가 있다.⁵⁴⁾ 교도소장과의 면담시 변호인의 동참권은 인정되지 않고 있다.⁵⁵⁾

3) 감독관청의 대표(巡關官)에의 訴願

獨逸行刑法 제108조 2항은 그 밖에 受刑者에게 감독관청의 대표자가 교도소 巡關時 그에게 자신의 사안(§161 Abs. 2 Nr. 3 D-StVollzG)을 출원할 가능성(Anhörungsrecht/聽聞權)을 인정하고 있다.⁵⁶⁾

2. 議會에의 請願

- 51) Schwind/Böhm, Großkommentar, §108 Rdn. 14; Calliess/Müller-Dietz, Kurzkomentar, §108 Rdn. 3, 11; Ak-Schmidt, §108 Rdn. 8.
- 52) Vgl. Schwind/Böhm, Großkommentar, §108 Rdn. 3; Calliess/Müller-Dietz, Kurzkomentar, §108 Rdn. 4; KG 6. 3. 1986-5 Ws 519/86 Vollz; OLG Hamm Z3 1. 1986-1 Vollz (Ws) 171/85.
- 53) Beyer VGH 20. 3. 1986-Vf 65-TV-85, Franke NSz 1987, 360.
- 54) Bonner Kommentar zum Grundgesetz(BK), Art. 17 Rdn. 106.
- 55) OLG Nürnberg ZfStrVO SH 1979, 93.
- 56) 獨逸行刑法 제6조, 兩行刑法施行令 제4조, 5조, 7조, 8조도 이에 상응하는 규정을 두고 있다. 이에 관한 상세한 점은 박재운, 수형자의 권리구제제도, 김동원교수학감기념논문집, 892면 이하 참조.

獨逸基本法 제17조는 受刑者에게 앞서의 관할행정기관에의 출원권리 외에 서면으로 의회에 請願을 제기할 가능성도 열어 두고 있다. 이러한 의회에의 請願權은 외국인 受刑者에게도 인정되며, 개인뿐만 아니라 타인과 공동으로, 즉 集團請願(Sammelpetition)⁵⁷⁾의 형태로도 가능하다. 여기서 의회(Volksvertretungen)란 연방하원과 Bremen, Hamburg 및 Berlin 각 州의 하원을 이른다.⁵⁸⁾ 이 때 의회의 개별정당이 請願의 접수기관이 될 수 없으며, 마찬가지로 개개 의원들에게 請願書類를 제출하는 것을 基本法 제17조의 의미에서의 請願의 提起라고 볼 수도 없다.⁵⁹⁾ 하지만 후자의 경우는 의회에의 이송절차를 통하여 請願의 효력을 발생시킬 수 있다. 의회에의 請願은 基本法 제17조에 의거 서면의 형식으로 해야 한다.⁶⁰⁾ 외국어로의 請願도 가능하며, 문명 受刑者에게는 代筆이 허용된다.⁶¹⁾

基本法 제17조는 비록 그 文意上으로는 請願權에 어떠한 제약도 가하고 있지 않지만, 判例는 일정한 한계를 설정하고 있다. 왜냐하면 請願權의 행사를 통하여 타인의 권리를 지나치게 침해하거나 허위의 주장을 내세워서는 안 되기 때문이다.⁶²⁾ 그리고 同條는 단지 請願의 자유로운 제기를 보장해 준다는 것이지, 그 내용의 不可罰性까지 보장하지는 않는다.⁶³⁾ 그러나 受刑者가 불평불만이나 부당한 요구의 관철을 위해 請願을 이용하는 경우가 많다는 이유(즉 권리남용의 가능성을 이유로)만으로 請願權에 대한 일반적 제약이라는 귀결을 이끌어 내어서는 안 된다.⁶⁴⁾ 의회는 상기의 請願에 대하여 자신이 직접 裁決權을 갖지는 않지만, 당해 請願의 고려(그 請願은 정당하다) 내지 참작(사안의 제심)을 위해 그 사안을 정부로 넘겨 주거나, 또는 행정기관의 처우에 문제가 없는 경우에는 그 사안의 종결을 선언할 수 있다. 이 경우 請願의 처리는 의회 내의 請願委員會(Petitionsausschuß)가 한다.⁶⁵⁾

그 밖에 受刑者에게 인정되는 非司法的 權利救濟制度로는 다음과 같은 것을 들 수 있다. 受

- 57) 하지만 憲法 제17조가 集團請願을 출원하기 위한 受刑者들간의 상호교류 및 접촉의 청구권까지 근거지워 주지는 않는다(Vgl. Maurz/Dürig/Herzog, Kommentar zum Grundgesetz, Art. 17, Rdn. 32; BK, Art. 17, Rdn. 72).
- 58) 그 밖의 시, 구 단위의 자치의회는 여기서 배제된다(Maurz/Dürig/Herzog, a. a. O., Rdn. 58b).
- 59) Maurz/Dürig/Herzog, Kommentar, Art. 17, Rdn. 60, 61.
- 60) Heasen 州와 Baden-Württemberg 州 憲法은 서면의 형식에 국한시키고 있지 않음.
- 61) Schwind/Böhm, Großkommentar, §108, Rdn. 3.
- 62) OLG Düsseldorf, NJW 1972, 651; BVerfGE 2, 225.
- 63) BK, Art. 17, Rdn. 81.
- 64) Böhm, Strafvollzug, 2. Aufl(1986), S. 208.
- 65) Rheinland-Pfalz 州에서는 市民受任委員(Bürgerbeauftragte)도 직접 또는 州하원의 請願委員會를 경유하여 그 사안에 관여할 수 있다.

刑者는 자신의 예로 교도소의 諮問委員(Beirat)에게 호소할 수 있다(§§162, 163 D-StVollzG). 그리고 受刑者에게는 빈민을 위한 권리자문 및 대변에 관한 법률(Beratungshilfegesetz)에 의거한 扶助를 요청할 가능성도 인정되지만, 이 경우는 그 후원이 교도소를 통해서만 제공될 수 없는 경우에 한한다. 따라서 교도소는(예컨대 略式法院(Amtsgericht)에로의 유도와 같은) 적절한 조치를 통하여 상기의 扶助를 받을 가능성을 제공해야 한다.

3. 訴訟節次

1) 지방법원 刑執行部(Strafvollstreckungskammer)⁶⁶⁾ 단계까지의 절차

공권력 행사시의 행정기관의 활동은 원칙적으로 基本法 제19조 4항의 권리보호규정에 예속된다(UN 被拘禁者處遇에 관한 最低基本規則 제56호 2항도 동일). 獨逸行刑法 제109조 내지 제121조는 자유형과 자유박탈적 보안처분의 집행(§1 D-StVollzG)에 있어서의 권리보호를 규정하고 있으며, 1985년 1월 1일 이후부터는 정신병원 또는 금단시설에서의 수용시 행정 이외의 기타 조치들을 위한 권리보호(§§136, 137 D-StVollzG)도 규정하고 있다. 行刑法 제109조 이하의 법원기본법시행법(EGVG) 제23조 이하에 따라 그 관할이 州고등법원에 있는 미결구금의 집행(이에 관해; §§126, 304 D-StPO)과 少年犯 刑罰(Jugendstrafe) 및 少年犯 拘押(Jugendarrest)의 執行 등에는 적용되지 않는다.⁶⁷⁾ 그러나 少年犯 刑罰을 성인교도소 내에서 집행받는 受刑者의 경우에 行刑處分의 再審은 단지 行刑法 제109조 이하의 절차에 의해서만 고려된다.

行刑法에는 독자적인 節次법이 없다; 行刑法이 訴訟節次에 관하여 달리 규정하지 않는 한, 비록 제고되어야 할 처분들의 경우에 기본적으로는 주로 행정기관의 행정행위가 문제시된다 할지라도, 行刑法 제120조 1항에 의거 刑事訴訟法의 "규정"들이 적용된다. 그리고 行刑法에 따른 절차는 법원기본법시행법 제23조 이하의 규정에 따른 訴訟節次와 마찬가지로 行政訴訟의 "구조"를 모방하고 있다.⁶⁸⁾

行刑法 제109조에 따른 재판의 신청에 관하여는 刑執行部가 제1심급의 사실심 법원으로서 결정한다.⁶⁹⁾ 刑執行部는 교도소 또는 다른 행정관청(교정국, 법무부) 소재지의 "관할지방법원.

- 66) 독일의 경우 하급법원으로서의 지방법원 행정부는 형집행법원(Strafvollstreckungsgericht)과 행정법원(Strafvollzugsgericht)의 성격을 겸하여 가지고 있다. 이에 관하여는 박재운, 상계논문, 877, 878면 참조.
- 67) Calliess/Müller-Dietz, Kurzkomentar, §109, Rdn. 1 u 2.
- 68) Calliess/Müller-Dietz, a. a. O., §109, Rdn. 3; Schwind/Böhm, Großkommentar, §120, Rdn. 1.
- 69) Vgl. dazu Schwind/Böhm, Strafvollzug in der Praxis, S. 339 ff.

에 둔다(§78a Abs. 1 GVG); 당해 行刑官廳(§§139, 151 D-StVollzG)의 소재지 구역을 行刑委員會의 土地管轄으로 한다(§110 D-StVollzG). 行刑法 제109조 이하에 따른 사법적 심사는 단지 행정상의 개별적 사안의 규율을 위한 처분⁷⁰⁾의 경우에만 허용된다. 여기서의 "處分(Maßnahme)"이란 行政訴訟法 제35조 1항의 정의에 따른 행정활동과 관련되는 개념이다. 즉 行刑處分은 그것이 개별사안의 규율로서 受刑者의 권리와 관계하며 직접적인 의외효과를 발생시키는 경우를 이른다. 따라서 내적인 업무사안들은 원칙적으로 그에 해당하지 않는다.⁷¹⁾ 반면 事實行爲(Realakte)는 원칙적으로 司法的 審査事項이다.⁷²⁾ 그 때문에 교도소 내부규칙(Hausordnung)이나 일반적 행정규칙을 문제삼는 것과 같은 추상적인 사법심사는 허용되지 않으며, 단지 그에 근거한 개별처분을 行刑法 제109조로써 논할 수 있을 뿐이다.⁷³⁾ 하지만 原告適格者에게 재판의 허용을 위하여 실제로 요구되는 것은 당사자의 권리침해사실의 사실적 존재입증이 아니라, 단지 그와 같은 권리침해가 가능한 것으로 여겨질 수 있는 상황을 제시하는 것으로 충분하다.

訴訟提起權(原告適格)은 오직 당해 처분을 통하여 자신의 권리를 침해당한 자에게만 있다(§109, Abs. 2 D-StVollzG). 그러한 原告適格은 受刑者 뿐만 아니라 자신의 면회신청을 거절당한 면회자와 같이 行政處分을 직접받은 제3자에게도 인정가능하다.⁷⁴⁾ 受刑者들의 共同責任"조직체"의 原告適格 有無에 관하여는 논란이 있다.⁷⁵⁾ 行刑法 제109조 이하에 따른 절차에 있어서 民衆訴訟(Popularklage)은 배제된다. 왜냐하면 訴訟目的과는 무관한 것을 추구하는 자의 권리를 보호해야 할 필요성은 없기 때문이다.⁷⁶⁾ 訴訟의 위임은 허용되며, 全權을 위임받은 변호사에게는 변호인(Verteidiger)의 지위가 주어진다.⁷⁷⁾

- 70) Müller-Dietz, Die Strafvollstreckungskammer als besonderes Verwaltungsgericht; in Festschrift 150 Jahre Landgericht Saarbrücken(1986), S. 348; Calliess/Müller-Dietz, a. a. O., §109, Rdn. 6; Schwind/Böhm, a. a. O., §109, Rdn. 11; Böhm, Strafvollzug, 2. Aufl, 1986 a. S. 210.
- 71) Schwind/Böhm, a. a. O., §109, Rdn. 20.
- 72) Schwind/Böhm, a. a. O., §109, Rdn. 18.
- 73) Calliess/Müller-Dietz, Kurzkomentar, §109, Rdn. 6-8; Schwind/Böhm, Großkommentar, §109, Rdn. 11-20. 마찬가지로 懲戒處分의 告知나 처우감독소원의 각하에 대한 직접적인 재판의 신청은 허용되지 않으며, 단지 그로 인한 구체적 권리침해사실만을 소송의 대상으로 삼을 수 있을 뿐이다(OLG Nürnberg, 22. 12. 1986; Schwind/Böhm, a. a. O., §109, Rdn. 12).
- 74) Calliess/Müller-Dietz, a. a. O., §109, Rdn. 9; Schwind/Böhm, a. a. O., §109, Rdn. 28.
- 75) OLG Hamm NSz 1981, 181 (구경); OLG Frankfurt NSz 1981, 79 (부경); 구체적 논의에 관하여는 Schwind/Böhm, a. a. O., §109, Rdn. 28; Calliess/Müller-Dietz, a. a. O., §109, Rdn. 11 참조.
- 76) BK Art. 19 Abs. 4, Rdn. 145.

재판의 신청으로 추구할 수 있는 목적은 아래와 같다: 이미 있는 처분의 취소 (§109 Abs. 1 Satz 1, 115 Abs. 2 Satz 1 D-StVollzG-에, 정계처분의 취소), 거부된 또는 부작위의 처분의 이행 (§109 Abs. 1 Satz 2, 115 Abs. 4 D-StVollzG-에, 휴가신청거절의 취소 및 行刑法 제13조에 따른 휴가허락을 위한 신청), 그리고 취하되거나 변경된 처분의 경우에는 원래의 처분이 위법이었다는 確定決定(Feststellung)도 그 요청에 상당한 이익이 있다면 역시 대상이 된다 (§115 Abs. 3 D-StVollzG-에, 이미 부분적으로 집행된 정계처분이 취소된 경우에 그 정계가 위법이었다는 확인결정의 요구). 취소나 이행의 신청으로부터 확정신청으로의 이전은 기판의 行刑處分으로부터 배척적 불이익을 받을 우려가 있는 경우 및 불이익 처분의 반복의 위험이 기대될 수 있거나 그 특정이 예컨대 國家賠償請求를 위한 기초가 될 수 있는 경우 등에 있어서 항상 허용된다. 그리고 예방적인 부작위신청도 반복의 위험이 있는 경우에는 역시 허용된다. 79)

재판의 신청은 원칙적으로 법원에 직접해야 한다 (§112 Abs. 1 Satz 1 D-StVollzG). 하지만 개별 州에 따라서는 行刑法 제109조 3항에 의거 州법무행정관청에 의한 行政訴訟의 前段階로서의 行政處次(Verwaltungsvorverfahren/行政前階)에 신청의 허용여부를 맡길 수도 있다. 따라서 州法이 이러한 行政前階處次를 두고 있는 한, 行政處分の 適法性 및 合目的性이 재판의 신청단계 이전에 검토되어야 한다. 다시 말해 그러한 절차를 통하여 이미 있는 行刑處分이 취소되거나 또는 그 신청이 각하될 수 있으므로 위의 州들에서 이의신청의 취하는 行政訴訟의 제기를 위한 사실판단의 필수적 전제가 된다.

거부되거나 이행하지 않은 처분은 그에 대한 결정이 송달 또는 서면상으로 고지된 후 2주 이내에 제소할 수 있다 (§112 Abs. 1 D-StVollzG). 물론 당해 조문으로부터 처분 및 처분사유를 신청자에게 서면으로 알려 주어야 할 行刑官廳의 의무를 곧바로 이끌어 낼 수는 없다. 하지만 적어도 처분의 구두에 의한 통보는 2주간의 시효를 개시시키지 못한다는 점은 文書上 명백하다. 재판의 신청은 이에 따라 1년 이내의 기간까지도 허용되고 있다. 80) 提訴期間이 提訴權者의 責任없이 경과한 경우에는 新權回復을 請求할 수 있다 (§112 Abs. 1 u 2 D-StVollzG). 변호인의 책임은 이 경우 受刑者에게 귀속된다. 權利救濟手段에 관한 행정지도의 결여는 원칙적으로 회복(Wiedereinsetzung)사유가 되지 않는다(獨逸 刑事訴訟法 제44조 2문과는 반대). 왜냐하

77) Schwind/Böhm, a. a. O., §26, Rdn. 3. 그리고 행정사안들의 경우도 다수신청인을 위한 변호사 1인의 동시 공동변호(Mehrfachvertretung: §146 D-StPO)는 금지된다(BVerfGE NJW 1986, 1161).
78) Müller-Dietz, Strafvollstreckungskammer, 346, 347; Schwind/Böhm, a. a. O., §115, Rdn. 17.
79) Schwind/Böhm, a. a. O., §109, Rdn. 24-27; Callies/Müller-Dietz, a. a. O., §109, Rdn. 14.
80) Callies/Müller-Dietz, a. a. O., §112, Rdn. 1.

면 受刑者는 이미 특별히 보장된 정보전달 방식에 의하여 자신의 권리를 충분히 인지받고 있기 때문이다. 81) 재판의 신청은 관할법원에 서면으로 또는 법원사무소의 조서로써 제기되어야 하며, 刑事訴訟法 제299조에 따른 약식법원의 제기도 가능하다.

재판절차에의 당사자는 다음과 같다 (§111 D-StVollzG): 신청인(원고)과 당해 처분판정, 그리고 州고등법원 및 연방대법원에서의 절차에 있어서는 감독관청이 당사자(피고)가 된다 (§121 Abs. 2 VVG). 82) 行刑法 제11조 및 그 밖의 다른 소송법상의 규정들도 누가 權利新願의 조정권을 가지는가에 대하여는 언급하고 있지 않다. 통상 교도소뿐만 아니라 감독관청도 이를 수행할 수 있는 것으로 보고 있다. 83)

행정관청을 통한 新願의 처리가 지체되는 경우 권리보호의 촉진을 위하여 行刑法 제113조는 受刑者에게 履行申請(Vornahmeantrag)을 법원에 청구할 권리를 인정하고 있다(예컨대 受刑者가 신청한 특정기일의 휴가신청에 대한 결정이 계속 지연되고 있는 경우). 즉 모든 受刑者들은 자신의 사안이 적정한 기간 내에 처리될 것을 요구할 권리를 가진다. 行刑官廳이 스스로 내려야 할 결정뿐만 아니라, 합법적이며 정당하고 또한 중극적으로는 적절한 기간 내에 내려진 결정을 이끌어 내는 데 기여하는 절차진행과정도 基本法上的 恣意禁止의 고려대상에 포함되기 때문이다. 하지만 착수신청서의 법원에의 제출은 해당관청에 원래의 처분이행을 신청한 후 3개월이 경과해야만 가능하다.

불리한 行政處分에 대한 權利救濟의 제기시에는 그와 관련된 잠재적인 권리보호도 역시 효과적인 권리보호(Abs. 19 Abs. 4 GG)를 위하여 필수적이다. 하지만 行刑法는 행정법원법(VwGO) 제80조 1항에서 처법 소송제기로서 당해 처분의 자동적인 보류효과를 인정하지 않고 있다. 즉 行刑法 제114조 1항에 따라 재판의 신청은 정지의 효력을 갖지 못한다. 따라서 대다수의 결정적인 行刑處分들이 더 이상 취소의 효과를 나타낼 수가 없게 되며, 그 결과 가능한 권리침해로부터 나타나게 될 피해들은 사후적으로는 더 이상 치유될 수 없거나 불완전하게 부분적으로만 배제될 수 밖에 없는 위험이 있다. 그 때문에 行刑法 제114조 2항은 "법원을 통한" 당해 처분의 집행의 중지를 규정하고 있다. 물론 受刑者의 提訴가 있을 경우 당해 행정기관이 자신의 처분을 재판의 종결시까지 스스로 중지할 수는 있다. 그 밖에도 법원은 행정법원법 제

81) §5 ② D-StVollzG(권리회복의 고지).
82) 바이에른 州에서 안은 별도의 조지령을 통해 그때 그때마다의 관할 고등법원장이 州법무부를 대표하여 고등법원사안을 관장하도록 하고 있다.
83) 이에 관해 Callies/Müller-Dietz, a. a. O., §111, Rdn. 3 u 4; Schwind/Böhm, a. a. O., §111, Rdn. 5 u 6.

123 조 1항에 상응한 가명령을 내릴 수 있다. 84) 잠재적인 권리보호는 당해처분이 위법하다고 가정할 때 그 처분의 중지 또는 가명령을 통해 침해되는 行刑上의 利益보다 受刑者의 侵害法益이 훨씬 경우라면 항상 인정되어야 한다. 85) 처분의 집행중지와 가명령은 그들이 동일한 목적을 추구하는 한에 있어서는 동시에 요청될 수 없으며, 가명령은 원칙적으로 중극결정보다 우위에 놓일 수 없다. 처분 및 가명령의 집행중지에 관한 결정은 抗告할 수 없다. 하지만 법원은 자신의 결정을 언제나 변경하거나 취소할 수 있다 (§114 Abs. 2 Satz 3 D-StVollzG).

처방법원 刑執行部의 결정(Beschluß)은 소송관계인의 진술없이 결정으로 내려진다 (§115 Abs. 1 D-StVollzG); 刑執行部는 서면으로 결정이유를 제시해야 한다. 결정이유의 요건은 형사판결사유의 경우와 동일하다 (§267, 34 D-StPO). 訴訟法上 職權主義(Untersuchungsgrundsatz)는 여기서도 타당하다. 즉 법원은 사안의 해명과 실제적 진실판명에의 의무를 진다. 當事者處分主義(Verfügungsgrundsatz)에 따라 원고가 법원 및 다른 당사자에게 구속적 효력을 갖는 소송대상을 결정한다. 따라서 일정한 사안에 신청을 국한시키는 것은 허용된다. 마찬가지로 법원은 신청자의 放棄意思表示에도 구속된다. 그리고 法的審問의 原則(Der Grundsatz des rechtlichen Gehörs; Art. 103 Abs. 1 GG)은 소송당사자에게 법원이 자신의 결정시 고려하고자 하는 사실과 증거결과를 청문할 권리를 보장한다. 따라서 법원은 오직 소송당사자가 자신의 입장을 표명할 수 있는 사실과 증거결과만을 사용해야 한다. 이와 관련하여 受刑者가 受刑者身上 紀錄簿의 열람을 요청할 권리는 원칙적으로 부정된다. 하지만 그럼에도 불구하고 범죄심문의 원칙에 의거, 受刑者가 그 서류의 내용을 모르고는 자신의 권리를 피할 수 없는 경우에는 예외적으로 서류열람의 보장을 요구할 수 있다. 86) 행정행위사안의 訴訟節次에 있어서 새로운 사유의 추가(Nachschieben von Gründen)는 제소된 처분의 본질이 그를 통해 변경되지 않을 경우에만 제한적으로 허용된다. 87)

법원은 사안의 심리결과 提訴가 이유있는 경우에는 (§109 Abs. 1 Satz 1 D-StVollzG) 당해 처분을 취소하며 行政前階處次가 선행된 경우에는 그 (반대) 결정을 취소한다 (§115 Abs. 2

84) Callies/Müller-Dietz, Kurzkomentar, §114, Rdn. 1 u 2; Böhm, Strafvollzug, 2. Aufl., 1986, 218-219; Schwind/Böhm, Großkommentar, §114.
85) Schwind/Blau, Strafvollzug, S. 262.
86) Schwind/Böhm, Großkommentar, §108, Rdn. 9 u §115, Rdn. 7; Callies/Müller-Dietz, Kurzkomentar, §108, Rdn. 12 u §115, Rdn. 5; Rötting NVwZ 1986, 304; Franke NSZ 1987, 360. 반면 병상기록의 열람은 원칙적으로 受刑者에게 거부될 수 없다(OLG Hamm, ZStVO 1985, 318; OLG Nürnberg ZStVO 1986, 61; OLG Celle NSZ 1986, 284).
87) Schwind/Böhm, a. a. O., §115, Rdn. 4; Müller-Dietz, Strafvollstreckungskammer, 349, 350.

Satz 1 D-StVollzG). 취소의 효력은 통상 처분을 내린 시점으로 소급한다. 이미 집행된 처분도 취소된다. 따라서 신청자는 行刑法 제2항 2 문에 의거, 결과배제(치유; Folgenbeseitigungsanspruch)를 요구할 수 있다. 88) 법원의 중극재판 이전에 주된 사안이 종결(주처분이 이미 철회되었거나 달리 해결된 경우)되었더라도 법원은 신청이 있는 경우(확인결정의 계속신청/Fortsetzungsfeststellungsantrag) 그 처분이 위법하다는 확정을 내릴 수 있다 (§115 Abs. 3 D-StVollzG). 89) 나아가 刑執行部는 거부하거나 이행하지 아니한 行刑處分에 대한 더 이상의 심리가 불필요하며 그 처분의 위법성이 확정되면 行刑官廳으로 하여금 청구된 처분을 이행할 의무를 지을 수 있다 (§115 Abs. 4 Satz 1 D-StVollzG).

재량적 결정 내지 재고의 여지가 인정되는 결정의 경우에 있어 결정의 정당성 여부는 종종 더 나아가 확인결정에 의존한다. 예컨대 刑執行部는 휴가신청 (§11 Abs. 2, 13 D-StVollzG)에 대한 行刑處分の 불복이 문제되는 경우에 교도소가 내린 도주 내지 남용의 우려에 관한 예후판단(Prognose)을 법원 스스로의 판단으로 대체시키지는 못한다. 또한 처분의 명령 또는 거부를 위한 재량이 교도소에 있는 때에는 刑執行部는 단지 그 교도소의 결정과 관련한 재량의 흠결만을 심사할 수 있을 뿐이며, 법원 스스로가 교도소의 재량에 의한 결정을 다른 타당한 결정으로 대체할 수는 없다 (§115 Abs. 5 D-StVollzG). 하지만 刑執行部는 비록 그 사안의 결정권이 없는 경우라 할지라도 行刑法 제115조 제4항 2문에 의거, 行刑官廳에 법원의 견해를 존중하여 신청사안을 새로이 결정해 줄 의무를 지을 수는 있다. 따라서 이 경우에는 교도소가 종래에 내려왔던 결정을 근거로 당해처분을 더 이상 명령 또는 거부를 할 수 없으며 이에 기한 새로운 명령도 더 이상 적용될 수 없게 된다.

行刑官廳의 재량적 결정권은 항상 그에게 입법자가 적법한 것으로 볼 수 있는 수개의 결정들 중에서의 선택이 허용되는 경우에 비로소 존재한다. 그러한 입법자가 의도한 재량의 여지를 판단하는 실마리는 "할 수 있다(kann)", "허용된다(darf)", "권한이 있다(ist befugt)" 등과 같은 서술형식에 있다.

교도소가 구체적 결정을 내림에 있어서 실무상 결정적인 역할을 담당하는 것은 주 법무부가 연방에 통일적으로 내린 行刑法 施行을 위한 行政規則이다. 이 行政規則은 受刑者의 평등처우를 보장해야만 한다. 行政規則은 그러나 법규범의 격(Rechtsnormqualität)을 갖지 않으므로 법

88) Böhm, Strafvollzug, 2. Aufl., 1986, 214, 215.
89) 예컨대 그러한 처분의 반복위험성이 있거나 확인을 근거로 하여 損害賠償請求權이 고려되는 경우 등 (Vgl. Callies/Müller-Dietz, Kurzkomentar, §115, Rdn. 13).

원을 구속할 수 없다. 하지만 刑行官廳의 재량권행사 경우에는 行政의 自己拘束이라는 의미에서 行政規則에 법적 구속의 효력이 인정될 수 있다.90)

受刑者의 대다수는 소송의 수행시 발생하는 재정적 부담을 질 수 있는 입장에 있지 못하다. 따라서 受刑者들은 법정에서 자신의 권리를 추구하거나 방어할 수 없게 될 수도 있다; 그러한 경우에 受刑者의 권리보호가 위태로울 수도 있게 된다. 이러한 것을 저지하는 것도 獨逸 民事訴訟法 제114조 이하의 訴訟費用救濟條項의 입장에 속하므로, 刑行法 제120조 2항은 이 규정을 준용하게 하고 있다. 소송비용구제의 승인은 구체적인 소송의 결과에 상의 심사에 의존한다.

2) 法律審을 구하는 抗告(Rechtsbeschwerde)

하급법원 刑執行部의 결정은 法律審을 구하는 抗告(§§116-119 D-StVollzG)를 할 수 있다. 여기서의 法律審으로서의 上訴는 법의 계속적 형성 또는 일관된 판례의 보장을 위하여 刑執行部 결정의 재심이 필요한 경우에만 허용된다(§116 Abs. 1 D-StVollzG vgl. Lauch §80 Abs. 1 OWiG). 이러한 특별한 허용조건 외에 불복도 당연히 있어야 한다. 하지만 여기서의 抗告는 刑執行部의 결정이 抗告許容條件의 충족여부를 심사할 수 없을 정도로 불충분한 경우에도 실제로 허용되고 있다.91) 물론 法律審 抗告로써 사실심이 개시될 수는 없다. 法律審 抗告는 단지 刑執行部의 결정이 법률에 위배된다는 점만을 대상으로 한다(§116 Abs. 2 D-StVollzG). 나아가 法律審 抗告는 단지 刑執行部의 主事案의 決定(Hauptsachentscheidung)에 대해서만 허용된다.92)

獨逸 刑行法 제116조 3항 1문에 따라 法律審 抗告도 執行停止의 효력을 갖고 있지 않다. 따라서 刑行官廳은 법원의 刑執行部가 受刑者의 신청에 따라 결정을 내린 경우에 刑執行部의 법적 판단을 존중하여 그 결정을 실행에 옮겨야 할 의무를 진다.93) 다만 法律審 抗告의 제기시에도 신청자의 신청에 기하여 刑行法 제116조 제3항 2문 및 제114조 2항 2문에 의거한 당해 결정의 집행중지의 가명명 내지 당해소송중 별도의 다른 실체의 결정이 내려질 경우는 예외로 한다.94)

90) Böhm, Strafvollzug, 217; Callies/Müller-Dietz, a. a. O., §13, Rdn. 3; 관련 판례에 관하여는 vgl. Schwind/Böhm, a. a. O., §4, Rdn. 14 ff u §115, Rdn. 23.
91) Schwind/Böhm, a. a. O., §116, Rdn. 6.
92) Schwind/Böhm, Großkommentar, §116, Rdn. 10; Franke NSZ 1987, 361.
93) Schwind/Blau, Strafvollzug, S. 265.
94) OLG Koblenz, ZfStVO 1978, 180; OLG Hamm, ZfStVO SH 1979, 105; OLG Zweibrücken NSZ 1987, 344; Schwind/Blau, a. a. O., S. 116, Rdn. 10. 이의 반대되는 견해, 즉 이 경우 행정관청은 법원의 형집행부가 수형자의 신청을 받아들여 내린 결정(Beschluß)에 구속되지 않으며, 수형자가 자신의 요구를 관철시키기 위하여는

刑事訴訟法の 규정들은 法律審 抗告訴訟에서도 상용하게 적용된다(§116 Abs. 4 D-StVollzG). 法律審 抗告訴訟에 관한 결정의 관할권은 刑執行部의 소재지를 관장하는 州高等법원의 형사부(Strafsenat)에 있다(§117 D-StVollzG). 고등법원 형사부의 재판은 결정(Beschluß)의 형식을 취한다(§119 Abs. 1 D-StVollzG). 法律審을 구하는 抗告는 법원의 결정이 송달된 후 1개월 이내에 그 결정을 내린 법원에 변호사가 서명한 문서 또는 법원사무소의 조서의 형식으로 제기되어야 한다. 그러한 抗告時 그 이유도 함께 기재해야 한다(§118 D-StVollzG). 抗告期間이 경과한 경우에는 원심법원에 抗告權 회복을 청구할 수 있다; 그럼에도 불구하고 이는 刑事訴訟法 제45조 제1항에 따라 1주일 이내에만 허용된다. 抗告를 이유있다고 인정할 때에 고등법원 형사부는 하급법원 刑執行部의 결정을 취소하고 필요한 경우에는 抗告事件에 대하여 직접 재판하거나(§119 Abs. 4 S.1 u. 2 D-StVollzG) 刑執行部에 환송한다(§119 Abs. 4 S.1 u. 3 D-StVollzG). 法律審 抗告訴訟에 있어서는 확인결정의 계속신청(Fortsetzungsfeststellungsantrag)은 허용되지 않는다.95)

3) 법적수단 종결시의 기타 訴訟節次

이상의 모든 법적 수단이 성과를 거두지 못한 경우에 受刑者는(여기서의 受刑者에는 외국인도 해당), 그럼에도 불구하고 그가 刑行官廳 또는 법원의 결정을 통해 자신의 憲法上的 권리가 침해되었다고 믿는다면, 聯邦憲法裁判所에 憲法訴訟를 제기할 수 있다(Art. 93 Abs. 1 Nr. 4a GG). 모든 법적 수단을 거쳤다는 것은 원칙적으로 고등법원의 결정을 통해 法律審 抗告訴訟이 종결되었음을 뜻한다. 그리고 모든 국내법상의 법적 수단이 종결된 후에는 유럽인권규약(EMRK) 제25조에 의거, 스트라스부르크 소재 구주공동체 의회 내의 유럽위원회(Europäischer Kommission)에 個別訴訟 Individualbeschwerde)를 할 가능성이 남아 있다. 이상의 과정을 도식화 하면 아래와 같다.

V. 맺음말

독일의 경우, 과거에는 국가와 受刑者의 관계에 관한 法理論으로서 소위 特別權力關係理論이 우세했던 데다가 權威主義의인 行政이 지배하였으므로 受刑者는 國家刑罰權의 客體일 뿐 權利義務의 主體성이 인정되지 않았다. 하지만 70년대에 이르러 특별권력관계가 붕괴되고 受刑者의 再社會化를 지도이념으로 하는 處遇行刑이 등장하게 됨에 따라 行刑의 大原則은 刑罰로서의 자유의 박탈과 노동의 부과라는 고유한 制裁의이외에는 가능한 한 일반사회인과 마찬가지로 인간의 존엄에 상응하는 基本的 權利와 生活이 受刑者에게 보장되어야 한다는 것이다.96)

또한 UN이 제정한 "被拘禁者 處遇에 관한 最低基準原則, 제36조97)에 부응하여 受刑者의 權利를 실현시키기에 유효한 救濟를 그들의 刑行法 속에 구체적으로 마련해 두고 있으며, 그것은 獨逸 判例 및 行刑實務를 통해 적용발전되어 오고 있다.

이에 반하여 우리 行刑은 선진화를 위한 行刑法의 改正과 行刑實務의 改善이 시급히 요망된다고 하겠다. 우리 行刑의 改善은 먼저 현재와 같이 刑行法을 교도소의 안전과 질서유지 내지 구금의 확보를 위한 단순한 관리운영지침으로 삼는 시각98)에서 벗어나고 동시에 刑行法에 再社會化處遇의 具體化라는 "受刑者의 權利典範, 的 本質을 인정함으로써 비로소 가능하다.

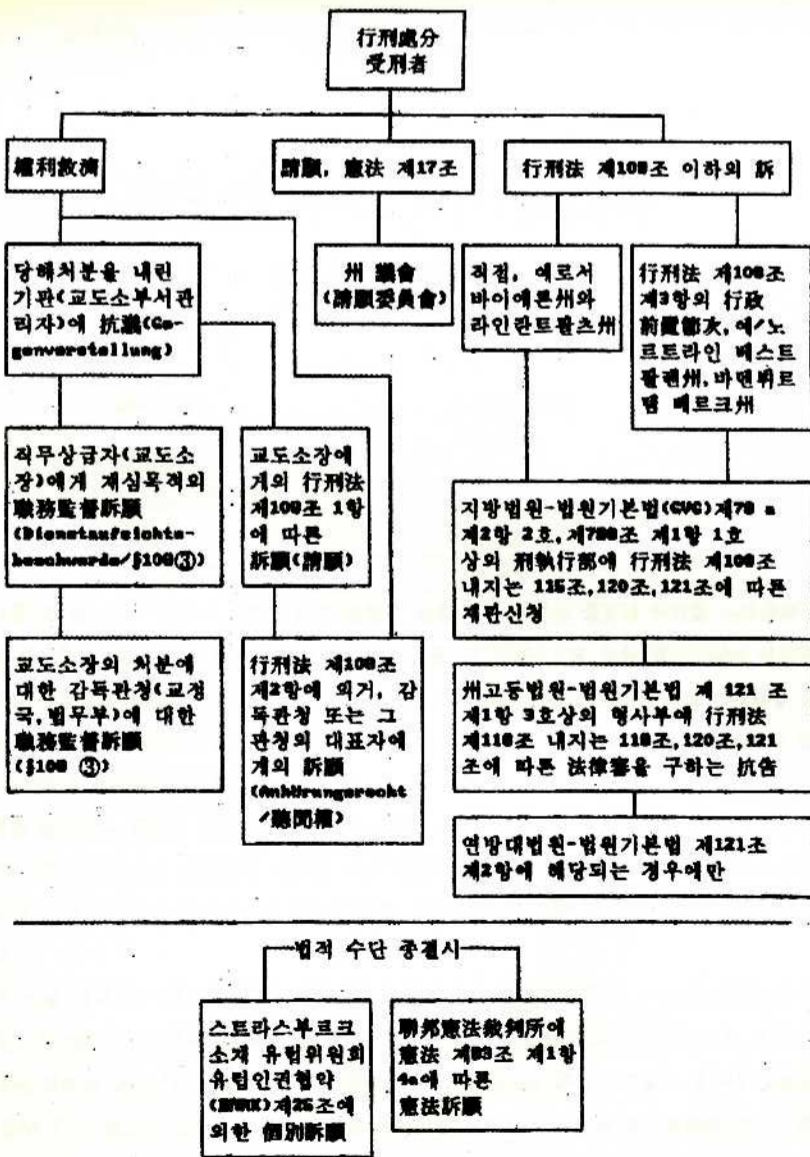
그러한 개선안의 하나로써, 앞서 살펴본 獨逸 刑行法에서의와 같이 刑行法의 買原에 行刑의 大原則으로서 再社會化理念 및 교도소 생활과 자유생활자의 差異의 最小化原則 등을 명시함과 동시에, 인간의 존엄과 현대적 법치국가원칙에 상응한 受刑者의 法的地位 및 權利制限에 대한 基本原則도 설정할 것을 진지하게 검토해야 한다.99)

96) UN의 "被拘禁者의 處遇에 관한 最低基準原則, 제57조가 이점을 명시하고 있으며, 獨逸를 비롯한 선진국국의 刑行立法과 判例가 이점을 규정하고 확인하기에 이르렀다.

97) 同規則 제36조는 ① 형법에 소강 또는 그 대리자에 대한(처분의) 요구 또는 불복신청 ② 입의 없는 시설감찰에 대한 요구 또는 불복신청 ③ 정열없는 중앙형형당국 및 사법관청에 대한 요구 또는 불복신청 그리고 ④ 부당하게 지연되지 않는 응답 등을 보장하도록 규정하고 있다.

98) 단적인 예로 우리 刑行法은 제46조 2항에서 懲罰의 종류로서 일본의 감옥법 제60조 1항을 그대로 답습하여 5일 이내의 운동금지(2호), 7일 이내의 飮食과 같은 懲罰으로서의 상계를 지닌 制裁手段을 규정하고 있다. 이 규정은 "懲罰, 상할수용 기타 모든 잔인하고 비인간적·굴욕적 刑罰의 禁止"를 요청하고 있는 "UN 최저기준규칙, 제35조에 정면으로 반한다. 이에 대한 상세한 논의는 양희석, 수형자의 법적지위와 처우, 김중원교수학간기념논문집(1991), 868면 이하 참조.

99) 그와 같은 大原則을 刑行法 總則에 정립시킨 후, 各則에서 보다 현대화된 개별처우 및 의무규정들을 가능한 한 구체적이고 명확하게 규정하는 방식이 요망된다.



行刑法를 통한 受刑者の 權利지위의 확립은 나아가 우리 憲法상으로도 인정되고 있는 다양한 法的 權利救濟制度의 實效性을 보장해 주게 된다. 실제로 行刑法에 실제적인 권리가 인정되지 않거나, 그 存否가 대부분 불명확한 현실 아래서 인정되고 있는 현행 權利救濟制度는 그 實效性이 희박한 형식적인 제도 그 자체일 뿐이다. 그리고 현재와 같이 司法審査 및 行政審判制度를 行政訴訟法과 行政審判法에서 援用하는 방식이 아니라, 受刑關係에 관한 한 이를 직접 行刑法 속에 설정하는 것이 行刑上의 權利救濟制度의 運用과 실현에 보다 적극적인 방안이 될 것이다.

이와 함께 受刑者の 權利의식의 고취를 위해 'UN 최저기준규칙' 제35조 1항과 獨逸行刑法 제5조 2항에서와 같이 受刑者를 수용할 때에 불복신청을 하기 위하여 허용되고 있는 방법을 포함한 受刑者の 權利와 義務를 당사자에게 미리 고지해 주어야 할 것을 교도소 당국의 의무로서 行刑法에 명시할 것도 요망된다.

受刑者の 權利保護는 人間的 尊嚴性이라는 人道的 觀點에서 뿐만 아니라 동시에 果犯化 防止라는 刑事政策的 觀點에서도 필수적이다. 다시 말해 受刑者の 權利·義務에 대한 主體性을 인정해 줄 때에 自發性과 社會的 連帶責任에의 동참을 그 출발점으로 삼는 處遇行刑이 비로소 효과를 낼 수 있다. 모조록 우리 行刑法 發展을 위한 보다 활발한 검토와 논의를 기대한다.

여백

교정논설

10144947

독일 行刑에 있어서 施設의 安全과 秩序

I. 論議의 必要性	(2) 特別한 保安措置
II. 比較法的 檢討	(3) 實用賠償
1. 原則規定	4. 保安措置
2. 行動規定	5. 直接強制
3. 個人物品의 所持	(1) 直接強制
4. 保安措置	(2) 強制的 監禁措置
III. 受刑者의 人權保障	6. 懲罰措置
1. 序 說	(1) 懲罰事由
2. 受刑者의 生活條件과 人權	(2) 懲罰의 種類
3. 懲罰과 受刑者의 人權	(3) 懲罰의 順序
(1) 一般的 保安措置	III. 結 論



신상균/전북대학교 법과대학 교수

I. 論議의 必要性

현행 行刑법은 제3장에서 세호에 관한 규정, 제9장에 임치에 관한 규정, 제10상 분류와 처우에서 구금 및 징벌에 관한 규정을 두고 있다. 그러나 이러한 규정들은 그 체계상의 위치에도 불구하고 교도소 등의 안전과 질서유지를 위해 필요한 조치들을 정하고 있다는 점에서 공통점을 가지고 있다. 자유형의 집행이 수형자의 재사회화라는 목표를 달성하기 위해 필요한 처우를 주된 내용으로 하고 있음은 계론할 여지가 없으나, 시설 내에서의 집행이라는 성격상 집행시설의 안전과 질서유지 또한 중요한 관심사가 되고 있으며, 실무에서는 각종 교정사고로 인한 교정직원의 책임 소재 등과 관련하여 안전과 질서의 문제가 오히려 더 큰 관심사일 수 있다.

교도소 등의 안전과 질서에 관한 주된 내용을 이루는 계호는 [경계와 보호]라는 개념내용에도 불구하고, 실무상으로는 시설내 안전과 질서를 위협하는 요소들을 제거하는 억압적 성격과 관련성을 부인하기 어렵다. 독일의 경우에도 재사회화를 위한 집행이 강조되더라도 불구하고 여전히 [구금을 위주로 한 행형](Verwahrnollzug)의 요소들이 많이 남아 있다는 비판이 계속되고 있다.¹⁾ 이론적으로 보면 시설의 안전과 질서 유지는 처우를 위한 집행이라는 행형의 목표를 달성하는 데에도 기여하는 측면을 가지고 있다. 즉 자유형을 선고받은 자가 장차 다른 범죄행위를 저지르지 않고 사회적으로 책임 있는 생활을 할 수 있도록 하기 위해서 공동생활을 위해 미리 정해진 규칙을 학습하고 준수해야 하며, 이러한 의미에서 시설 내에서 안전과 질서는 [처우의 장](Behandlungsfelder)에 속한다고 할 수 있다. 우리 行刑법이 징벌에 관한 내용을 제10장

1) 이에 대해서는 독일, Fred. Kohnenator zum Straf Vollzugsrecht, Besie. Altkommentar 2/2, 3. Aufl. 1960, 181 Pn 18

생활" 즉 시설 내 생활을 위한 구조적이고 상호작용적인 조건들과 전제들의 총체를 의미하는데, 독일 행정법 제4조 2항에 따르면 이러한 질서에 헌신하게 지장을 초래하는 경우에만 수용자의 자유에 대한 제한이 가능하다고 규정하고 있다. 질서 개념 자체가 포괄적이고, 자기목적적인 것이 아니라 처우의 목표를 위한 수단 개념이라는 점을 고려하면, 재사회화를 하는 데 필요한 질서를 침해한 경우에만 수용자의 자유 제한이 가능하다고 보아야 하고, 따라서 수용자가 단순히 완고한 태도를 보인다든가 조직기숙상의 시설규정에 위반하거나 불편한 행동을 보인다는 이유만으로 수용자의 자유를 제한해서는 안된 것이다.

한편 안전과 질서를 유지하기 위해서는 일정한 경우에 시설 내에서 우려되거나 현실로 나타난 위험을 방지하기 위한 강제조치가 필요하다. 그러나 이러한 강제조치들은 수용자의 기본권에 대한 침해 내지 제한을 수반하게 되므로 엄격한 법적 규제가 필요하다. 법이 이를 허용하는 경우라도 比例의原則(Verhältnismäßigkeitsgrundsatz)이 적용된다. 즉 각종 강제조치를 통한 특별한 의무나 제약은 달리 방법이 없는 경우에 한하여 허용되며(補充性), 適合性(Angemessenheit)과 必要性(Notwendigkeit)을 갖추어야 한다. 제81조 2항은 "시설의 안전이나 질서를 유지하기 위해 수용자에게 부과되는 특별한 의무와 제약들은, 그 목적과 적합한 관계에 있고 그 정도와 기간에 있어서 필요한 이상으로 수용자를 침해하지 않도록 선별해야 한다"고 규정함으로써 적합성과 필요성을 요구하고 있다. 이 외에도 比例性을 심사하는 경우에 일정한 처분을 부과함으로써

3) Colucco/Müller, Die Grundrechtsdogmatik, Kurzcommentar, 8. Aufl. 2000, § 4 Rn. 134 ff. 134 ff.
 4) Schwend/Bore, Kronung, Gesetzgebung, 2. Aufl. 1991, § 81 Rn. 7.
 5) 비우판은 이 문고 49권 1호에서 독일헌법재판소의 헌법소송판례에 대해서 E. 1997, 3-101.

재사회화라는 행위의 목표를 위태롭게 하지 않는가 여부도 고려해야 한다(均衡의原理)는 점도 제81조 2항에 포함되어 있다." 따라서 단기적으로는 시설의 안전과 질서를 유지하는 데 기여하는 것이라도 그러한 침해가 집행목표에 따른 처우의 장기적 위태롭게 할 경우에는 그러한 침해를 과해서는 안된다.

2. 行動規定

독일 행정법 제82조는 시설 내에서 질서 있는 공동생활(geordnete Zusammenleben)을 보장하기 위한 일반적인 행동규정들(Verhaltensvorschriften)을 두고 있는데, 이것은 우리 행정법 제15조의 [규율 등]에 상응하는 것이다. 현행법이 제46조 이하의 징벌을 위한 전제로서 규율 등에 관한 규정을 두고 있는데 비하여, 독일 행정법은 시설의 안전과 질서를 유지하기 위한 일반적인 전제로서 행동규정을 두고 있는 것이 특징이다. 시설내 규율이 질서 있는 공동생활을 통한 재사회화를 위한 것이라는 점을 고려하면, 규율과 징벌만을 따로 떼어 처우의 장에 나란히 규정한 우리 행정법의 입법방식은 검토를 요한다고 할 수 있다.

독일 행정법에서 행동규정은 인과의 준수, 질서 있는 공동생활의 침해 금지, 교도관의 지시에 대한 복종 의무, 정돈의무, 위험에 대한 보고의무 등 내용으로 하고 있다. 우리 행정법 제45조 1항이 법무부장관이 정하는 규율에 대한 일반적인 준수 의무를 규정하고, 제46조 1항 5호가 이에 대한 위반을 징벌사유로 규정하고 있는데 비하여, 독일 행정법은 의무의 범위를 명시하는 한편 수용자가 그 의무를 고의 또는 과실로 위반한 경우에만 징벌을 과할 수 있도록 함으로써 제한적인 태도를 취하고 있는 것이 특징이다. 또한 일과시간에

6) Lauterbach, aaO., Kap. 7 Rn. 67.

[분류와 처우]에서 규정하고 있는 것도 이와 같은 맥락이라고 할 수 있다.

아래에서는 독일에서 시설 내 안전과 질서를 유지하기 위한 조치가 법적으로 규율되고 있는가를 우리 행정법과 비교하여 살펴봄으로써 우리 행정에서 고려해야 할 점들을 정리해보기로 한다.

II. 比較法的 檢討

독일 행정법 제4조 2항은 1문에서 [수용자는 이 법에 성한 자유의 제한을 받는다]고 규정하고, 2문에서는 [법률에 특별한 규정이 없으면 시설의 안전을 유지하거나 질서의 중대한 장애를 방지하기 위해 불가피한 제한만을 수용자에게 과할 수 있다]고 규정함으로써, 시설의 안전과 질서가 수용자의 자유 제한의 근거가 될 수 있음을 명시하고 있다. 이를 근거로 제82조 이하에서는 시설 내 안전과 질서를 유지하기 위해 제82조 이하에서 집행기관이 수용자의 기본권을 침해 내지 제한할 수 있는 경우를 명시하고 있는데, 행동규정들(제82조, 제83조), 보안조치들(제84조 내지 제92조), 식집강제의 사용(제94조 내지 제101조), 성계조치(제102조 내지 제107조), 구금된 자에 대한 배상청구(제93조) 등이 그것이다. 체계적으로 보면, 제11장 [안전과 질서]에서 원칙규정에 이어 행동규정, 영치, 검진, 안전수용을 위한 이송, 감시조치, 체포권, 특별한 보안조치, 비용배상에 관한 조항 등을 두고 있고, 제12장 [직접강제]에서는 시설의 안전이나 질서에 대해 우려되거나 손해하고 있는 위험을 방지하기 위한 조치들을 명시하고 이어서 제13장에서는 징벌조치에 대해 규정하고 있다. 이 가운데 특별한 보안조치들은 우리 행정법의 특별개호와 유사한 성격을 가지고 있으며, 위험방지를 위한 조치라는 점에서는 직접강제와 유사하다고 할 수 있다.

전체적으로 보면 우리 행정법과 큰 차이가 없으나, 관련규정의 체계적 위치나 구체적인 내용에 있어서 적지 않은 차이점을 발견할 수 있다. 아래에서는 구체적으로 우리 행정법과의 차이에 중점을 두어 개별적인 내용들을 살펴보기로 한다.

1. 原則規定

독일 행정법 제81조는 안전과 질서에 관한 원칙규정에 해당한다. 먼저 제1항에서는 사회적으로 적극적인 측면을 自己責任의原理(Selbstverantwortungsprinzip)로 구체화하였다. 즉 "시설 내에서 질서 있는 공동생활을 위해 수용자의 책임의식을 환기하고 촉진시켜야 한다"고 규정함으로써, 시설 내에서 안전과 질서는 일차적으로 책임의식 있는 상호 교류를 근거로 확보되어야 함을 강조하고 있다. 즉 시설 내 안전과 질서는 집행기관의 일방적 지시나 요구에 의해서 유지되는 것이 아니라, 수용자의 자발적인 협력을 이끌어낼 때에만 가능함을 확인한 것이라고 할 수 있다.

여기서 안전(Sicherheit)이란 내적 안전과 외적 안전을 포괄하는 개념이다. 즉 시설 내에 있는 사람이나 물건에 대한 구체적인 위험을 방지하는 것과 자유박탈을 근거로 하는 신방의 확보(시설에서 도주하거나 외부에서 수용자를 탈출시키려는 활동을 방지하는 것)를 의미한다. 이러한 안전의 유지가 침해되는 경우 마구어 말하면 안전한 상태를 적어도 이미 완화하는 현실적이고 직접적인 위험이 존재하는 경우에만 일정한 조치가 가능하므로, 단순한 예비행위나 계획을 넘어서는 구체적인 개별 행위가 존재해야 하고 일반적인 우려만으로는 미흡하다.

한편 秩序(Ordnung)란 시설 내에서 규칙적이고 인간다운 공동

7) Lauterbach, aaO., Kap. 7 Rn. 67.

우리 행정법은 개인물건의 소지를 누진처우의 관점에서만 파악함으로써 수용자의 인격권 내지 행복추구권, 재산권 보장이라는 기본권 보장의 관점을 충분히 고려하지 못하고 있다. 개인물건의 소지는 수용자의 생활을 일반인들의 생활조건과 대등하게 맞춘다는 기본관점에서 재사회화를 위해 필요한 경우라면 폭넓게 허용하는 것이 바람직하고, 법률이 유일적인 기준에 따라 이를 제한한 것이 아니라, 재사회화와 시설의 질서와 안전이라는 두 가지 기준을 고려하여 개별적으로 허가 여부를 결정하는 방향으로 진화하는 것이 바람직할 것이다.

4. 保安措置

독일 행정법은 집행기관에게 안전과 질서의 유지를 위해 필요한 침해를 명하고 집행할 권한을 부여하고 있다. 이러한 권한은 보안조치를 통해 구체화되는데, 일반적으로 행정법 제84조 내지 제87조에 규정된 일반적 보안조치들(allgemeine Sicherungsmaßnahmen)과 행정법 제88조 내지 제92조에 규정된 특별한 보안조치들(besondere Sicherungsmaßnahmen)로 구분된다. 전자의 경우에는 후자와는 달리 구체적인 위험이 존재하지 않더라도 일반적인 시설의 안전과 질서유지를 위해 필요한 경우에 실시될 수 있다는 점에서 구별의 실익이 있다.

(1) 一般的 保安措置

독일 행정법은 제84조 내지 제87조에서 일반적인 보안조치로서, 검색, 중구급시설로의 이송, 감시조치들 그리고 체포권(Festnahmerecht)을 규정하고 있다. 이러한 일반적 보안조치들의

91 M. Ver. D. 1978, S. 195

경우에도 제81조 2항이 규정한 비례의 원칙을 준수해야 함은 분명하다.

① 檢索 독일 행정법 제81조가 규정한 검색(Durchsuchung)은 우리 행정법 제17조의 2가 규정과 유사하지만, 신체나 기실의 검색을 보다 구체적으로 규정하고 있다. 특히 검색의 빈도와 관련하여, 독일 행정법 제84조에 대한 관리규정 제1조는 위험한 수용자, 도망의 혐의가 있는 수용자의 경우에 그 기실과 비치 물건들을 매일 검색할 수 있도록 하고, 그러한 수용자와 자살이나 자상의 위험이 있는 수용자의 신체도 그들의 물건처럼 더 자주 검색하도록 규정하고 있는데, 이 점에서 모든 거실을 매일 검색하는 우리의 실무보다 검색을 제한적으로 운용하고 있다고 할 수 있다. 게다가 직원 이 구금실 및 비치 불건에 대해 수색을 하는 동안 수용자가 참여권을 가지지 못하기 때문에 지속적으로 불시에 기실 등을 수색하는 것은 불신과 공격성의 분위기를 만들어내거나 유지시키고 이르게 해 처우에 지향된 집행을 하기 어렵게 만들뿐만 아니라, 무차별한 검색은 개별처우의 취지에도 부합하지 않는 비판이 유력하다.

한편 신체에 대한 수색과 관련하여 제84조 2항은 알몸(Entkleidung) 수색에 대해 명시적인 규정을 두고 있다. 즉 알몸 상태에서의 신체수색은 위험이 급박한 경우 또는 시설의 장(또는 감독관청의 허가받은 맡아 소장이 위임한 한 직원)의 개별적 지시를 근거로 해서만 이루어질 수 있다. 알몸 수색을 실시할 것인가 여부는 종국적으로 소장의 재량에 속하는 것이지만, 이 경우에 시설 내 안전과 질서의 유지라는 목적과 함께 일반적인 집행원리들도 고려해야 한다. 알몸수색은 수용자의 수치심을 자극하고 종국적으로 처우의 목표를 위태롭게 할 수 있기 때문이다. 신체수색은 자연스럽

91 Colloquium über D. 1978, S. 195

대해서도 우리 행정법 제15조 2항은 이를 소장이 정하도록 하고 있으나, 독일 행정법 제161조 1항은 소장이 감독관청의 동의를 받아 일과시간, 점심시간 등의 시설규칙(Hausordnung)을 정하도록 하고 있는 점도 눈에 띈다.

독일 행정법 제82조 1항 2문에 따르면, 수용자는 시설의 직원, 공동수용자 기타 타인(예컨대 교화위원, 외부강사, 순열집검공무원 등)에 대한 태도로 시설 내에서 질서 있는 공동생활에 지장을 주어서는 안된다고 규정하고 있다. 일반적으로 교정직원에게 명제 행위를 저지르는 경우가 여기에 해당하는데, 폭력적인 태도를 취하는 경우뿐만 아니라 모욕적인 태도를 취하는 경우도 문제가 될 수 있다.

수용자가 교정직원의 고압적인 태도에 격분하여 모욕적인 언동을 하여 징계처분을 받은 사안에 대하여, 수용자가 기본권 침해의 이유로 헌법소원을 제기하였다. 이에 대해 독일 연방헌법재판소는 "먼저 요구되는 것은 분제된 표현이 어떤 맥락에서 어떤 계기로 이루어졌으며 어느 정도로 시설 내에서 규칙적인 공동생활에 지장을 초래했는가를 해명하는 일이다. 그러한 해명은 기초로 해야 비로소 수형자의 사유로운 의사표현에 대한 권리가 사법집행시설에서 규칙적인 공동생활과 안전이라는 이익과 적절히 보장될 수 있다"(BVerfG, StV 1994, 411)고 판시하면서, 이 사안에서 수형사의 표현이 가지는 객관적 의미내용이 비록 형법상 의미에서 모욕에 해당한다 하더라도 질서 있는 공동생활에 대한 의무위반에 해당하지 않는다고 결론을 내렸다.

행동규정과 관련하여 또 하나의 특징은 제82조 4항이 수용자에게 생명에 대한 위험이나 사람의 건강에 대한 중대한 위험을 의미하는 사실들을 시체없이 신고한 의무를 부과하고 있는 점이다. 이러한 신고의무는 독일 행정법 제3조 1항이 규정하고 있는 조성의

원칙(Angleichungsgrundsatz), 즉 집행 중의 생활은 가능한 한 일반적인 생활조건과 상응해야 한다는 원리를 고려하여, 독일 행정법 제32조의 2가 정한 일반적인 구조이행의무를 수용자에게 부과한 것이라고 할 수 있다.

3. 個人物品의 所持

개인물품의 소지도 시설의 안전과 질서에 영향을 미칠 수 있다는 점에서 시설의 안전과 질서의 문제에 포함시켜 논할 필요가 있다. 현행 행정법은 제9장에서 이에 대해 별도로 규율하고 있는데, 수용자가 휴대한 물품에 대해서는 교도소에 영치함을 원칙으로 하고 있고, 개인물품의 소지를 엄격히 제한하고 있으며, 수형자분류치우규칙에서는 기실상식, 차입물품의 사용, 시계 착용, 가족 등의 사진소지 및 비치 등을 누진계급 등을 고려하여 부분적으로 허용하고 있다.

이에 비하여 독일 행정법 제83조는 누진계급과 관계없이 집행기관이 지급하거나 집행기관이 동의를 한 물품을 소지할 수 있도록 규정하는 한편, 시설의 동의를 없더라도 다른 수용자로부터 값나가지 않는 물건을 받을 수 있도록 함으로써 소규모 교환거래를 승인하고 있다. 이와 함께 독일 행정법은 거실의 장식(제19조), 물품 등의 구입(제22조), 소포수령(제33조), 종교서적이거나 물품의 소지(제53조 2항, 3항), 신문·잡지의 구독(제68조), 개인 라디오나 TV의 소지(제69조 2항), 여가시간을 즐기기 위한 도서나 문헌의 소지(제70조) 등에 대해서는 별도의 규정을 두고 있으며, 일반적으로 시설의 안전과 질서 내지 집행의 목적을 위태롭게 하는 경우에 한해서만 이를 제한할 수 있도록 규정하고 있다.

91 S. 195, Kol. 7 Nr. 679

위를 확대하고 있는데, 도주의 개념을 넓게 해석한다면 현실적으로 차이는 없다고 할 수 있으나 개념을 명확히 한다는 점에서 보면 참고할 만한 입법방식이라고 하겠다. 한편 독일에서는 1998년 제4차 형법 개정에서 자료보호(Datenschutz)와 관련한 다양한 근거 규정을 두었는데, "체포권과 관련하여도 제87조 2항에서 체포할 수 있는 수용자를 수배하거나 체포하기 위해 필요한 경우에 형집행기관과 형사소추기관에 필요한 자료를 제공할 수 있는 근거규정을 두었다."

(2) 特別한 保安措置

독일 형법 제88조는 시설의 안전에 내린 구체적인 위협이나 실서에 대한 중대한 장애가 존재하는 경우에 수용자의 자유를 제한하는 특별한 보안조치를 취할 수 있도록 규정하고 있다. 특별한 보안조치들은 구애, 집견, 서신교환, 여가활동을 위한 물건의 소지 등의 제한이나 일반적 보안조치들과는 달리 구체적인 위협이나 중대한 장애를 전제로 하고 있고, 구체적인 조치내용들은 제한적으로 열거하고 있다는 점이 특징이다. 특별한 보안조치들은 징벌을 과하는 경우와는 달리 수용자의 유해한 행동을 선제로 하지 않지만, 원칙적으로 수용자 자신으로부터 나온 구체적인 위협을 전제로 한다."

우리 형법이 제14조에서 계구의 사용에 대해서만 규정하고 있는 것과 비교하면 시설의 안전과 질서를 해하는 구체적인 위협을 전제로 광범위한 보안조치의 가능성을 열어놓고 있는 것이 특징이

12) 이것은 수용자를 위한 열매와 같은 기타의 기타 규정에서는 특별히 규정된 보호를 위한 조치가 수용자에게 적용된다는 것을 의미한다. 독일 형법 제88조 2항은 "수용자에게 특별한 보안조치를 취할 수 있는 경우"에 대한 규정이다. 이는 "수용자에게 특별한 보안조치를 취할 수 있는 경우"에 대한 규정이다. 독일 형법 제88조 2항은 "수용자에게 특별한 보안조치를 취할 수 있는 경우"에 대한 규정이다. 독일 형법 제88조 2항은 "수용자에게 특별한 보안조치를 취할 수 있는 경우"에 대한 규정이다.

13) Gesetz über die Strafvollstreckung in den Bundesländern vom 22. März 1990

라고 할 수 있다. 교정실부를 고려하면 계구라는 물리적 수단을 사용하는 방법 이외에 다양한 보안조치를 인정하는 것이 시설의 안전과 질서의 확보라는 차원에서 필요할 것으로 본다.

① 種別 독일 형법 제88조 2항에 따르면 특별한 보안조치로서, 물건(예컨대 면도기)의 박탈 또는 유치, 야간 감시, 최장 21시간 동안 다른 수용자와 일시적인 단순 격리(Absonderung), 기실의 체류의 박탈 또는 제한, 위험한 물건이 없는 특별히 안전한 구금실(소위 안정실: Beruhigungszelle)에의 수용, 결박(Fesselung)을 명할 수 있다. 우리의 경우와 비교하면 계구를 사용하지 않고 위험요소를 관찰 또는 제거하거나 다른 수용자와 격리하기 위한 다양한 방안들을 강구하고 있다고 할 수 있다.

한편 제89조는 단순한 격리나 안정실에 수용하는 것과는 별도로 - 심지어 3개월 이상도 허용되는(형법 제89조 2항) - 獨房拘禁(Einzelfanghaft)을 명할 수 있도록 하고 있다. 이러한 독방구금은 수용자의 유해한 규율위반을 선제로 하여 징벌의 일종으로 과해지는 4주 이내의 급치(Arrest)와 구별해야 한다. 독방구금은 일정한 수용사 개인에게 존재하는 사유를 이유로 일과시간과 관계없이 지속적으로 격리하는 것(unausgesetzte Absonderung)을 말한다. 즉 수용자 개인에게 도주, 자살 등의 구체적인 위협이 지속되어 다른 보안조치로는 효과를 기대할 수 없는 경우에 예외적으로 장기간의 격리를 할 수 있도록 한 것이다. 이러한 보안조치는 불가결한 경우에만 허용되므로, 다른 수단을 통해 대체될 수 있는 경우에는 허용되지 않는다. 따라서 시설은 지속적인 구금을 예방하고 그 필요성을 제거하기 위해 다른 조치들을 먼저 사용해야 한다. 또한 의사의 의견

14) 독일 형법 제89조 2항은 "수용자에게 3개월 이상도 허용되는(형법 제89조 2항) - 獨房拘禁(Einzelfanghaft)을 명할 수 있도록 하고 있다. 이러한 독방구금은 수용자의 유해한 규율위반을 선제로 하여 징벌의 일종으로 과해지는 4주 이내의 급치(Arrest)와 구별해야 한다. 독방구금은 일정한 수용사 개인에게 존재하는 사유를 이유로 일과시간과 관계없이 지속적으로 격리하는 것(unausgesetzte Absonderung)을 말한다. 즉 수용자 개인에게 도주, 자살 등의 구체적인 위협이 지속되어 다른 보안조치로는 효과를 기대할 수 없는 경우에 예외적으로 장기간의 격리를 할 수 있도록 한 것이다. 이러한 보안조치는 불가결한 경우에만 허용되므로, 다른 수단을 통해 대체될 수 있는 경우에는 허용되지 않는다. 따라서 시설은 지속적인 구금을 예방하고 그 필요성을 제거하기 위해 다른 조치들을 먼저 사용해야 한다. 또한 의사의 의견

게 들여다 볼 수 있는 신체의 구멍과 열린 부분에 있는 물건을 찾는 것도 포함되지만, 수용자가 삼키거나 그밖에 신체 내부에 있는 물건을 찾기 위해 내시경 등 의학적 보조수단을 사용하는 것은 여기에 해당하지 않는다.

검색은 일반적이거나 노획적인 형태로 이루어지는 안되며, 특정한 수용자에 대해 개별적으로 이루어져야 한다. 따라서 작업장에서 거실로 돌아오는 모든 수용자에 대해 신체를 수색하거나(OLG Koblenz, NSZ 1984, 287) 충분한 감시 없이 공동집견을 한 수용자들 가운데 세 명 중 한 명 씩으로 신체를 수색하는 것(OLG Koblenz, ZfStVw 1990, 55)은 허용되지 않는다. 다만 형법 제81조 3항에 따라 외부에 나갔다가 시설로 들어오는 수용자에 대해서는 개별적인 명칭 없이 일반적인 수색이 가능하다."

② 拘禁施設로의 移送 보다 안전한 수용(sichere Unterbringung)을 위한 이송이라는 제도는 拘禁施設로의 이송에 대한 법적 근거가 된다고 할 수 있다. 즉 독일 형법 제85조에 따르면 도망의 위험이 높거나 그의 행동이나 상태가 시설의 안전이나 질서에 대한 위협을 나타내는 경우에 수용자를 보다 안전하게 수용하는데 적합한 시설로 이송할 수 있다. 그러나 현실적인 계기로 인해 단기간에 제거할 수 있는 위험이 분제되는 경우라면 후술하는 특별한 보안조치를 명해야 하고, 이러한 이송제도를 활용해서는 안되며, 개별 수용자에게 그러한 사유가 존재하는가를 판단함이 없이 특정한 유형의 수용자들에 대해 획일적으로 이러한 이송을 인정해서도 안된다. 본래 이송제도가 시설 내 수용자의 치우침 위해 필요한 경우나 시설이 가지는 현실적인 이유 등을 고려하여 인정되는 점을 감안하면, 안전을 전면에 내세운 이러한 중구급시설로

15) Gesetz über die Strafvollstreckung in den Bundesländern vom 22. März 1990

의 이송제도는 특별한 상력을 가진 것이라고 보아야 한다. 따라서 징송 제2교도소와 같은 엄정정비시설을 두고 있는 우리의 경우에도 이러한 근거규정을 명시하는 것이 필요한 것이다.

③ 鑑識措置 독일 형법 제86조가 규정한 감식업무에 따른 조치들(erkennungsdienliche Maßnahmen)은 수용자의 신원 확인을 위한 각종 조치들을 의미하며, 우리 형법 제10조에 상응하는 것이라고 할 수 있다. 이러한 조치들은 무엇보다도 도주한 수형자를 쉽게 수배하거나 다시 체포할 수 있기 위한 준비로서 의미를 가진다. 이러한 조치를 통해 얻은 기록들은 수용사신원기록(Gefangenenspersonalakten)에 첨부되고, 수사자료로 보관될 수도 있다(동조 2항). 또한 감식조치를 받은 사람은 석방된 후에 수집된 감식업무상의 기록을 폐기할 것을 요구할 수 있고, 감식조치를 취할 때와 석방을 할 때에 이러한 권리를 고지받아야 한다(동조 3항). 우리 형법 제10조 2항은 신입자 이외의 수용 중인 자에 대해서도 수용부적상 필요하다고 인정할 경우에는 사진촬영 등을 할 수 있도록 하는 규정을 두고 있는데, 여기서 [수용목적상 필요한 경우]란 엄격히 해석해야 하고, 단순히 시설의 안전과 질서의 유지에 필요하다는 이유만으로 감식조치가 임의로 실시되어서는 안되며 집행을 확보하기 위한 불가결한 사유가 있는 경우에 한해서만 허용해야 할 것이다."

④ 逮捕權 독일 형법 제87조는, 구금된 자가 도주하였거나 그 외에 허가 없이 시설 외에 미문고 있는 경우에 집행관에게(형사소송법에 따른 체포의 요건을 갖추었는가를 불문하고) 체포권(Festnahmerecht)을 인정하고 있다. 우리 형법이 도주자의 체포에 대한 근거규정만을 두고 있는 것과 비교하면 체포권의 사용범

16) Gesetz über die Strafvollstreckung in den Bundesländern vom 22. März 1990

그러나 우리나라의 경우에는 사업입금제를 채택하지 않고 있어 수용자가 시설 내에서 배상을 위한 재원을 충당하기 어렵고, 자유롭게 쓸 수 있는 생활비(Hausgeld) 제도도 인성되어 있지 않으므로, 이러한 제도를 도입하는 데 현실적인 문제가 뒤따르게 된다.

5. 直接強制

우리 행정법 제11조의 2가 새로 도입한 [강제력의 행사]에 해당하는 것이 독일 행정법 제91조 이하에 따른 직접강제의 사용이다. 여기에는 직접강제뿐만 아니라 건강부조를 위한 강제지분들도 포함된다.

(1) 直接強制

직접강제(unmittelbarer Zwang)는 위법 방지 또는 제거를 위해 수용자의 권리를 가장 중대하게 침해하는 집행상의 조치로서, 행정법 제95조 1항에 따르면 [신체적 유형력, 그 보조수단 그리고 무기를 통해 사람이나 물건에 대해 영향을 미치는 것]을 말한다. 여기서 신체적 유형력이란 사람이나 물건에 대해 직접 신체적 강제 영향을 미치는 것 일체를 의미하며(행정법 제155조 2항), 그 보조수단으로서 예시적으로 결박도구(Fesseln)를 들고 있다. 예컨대 전기충격기와 같이 그 사용이 인간의 존엄을 해하는 경우가 아니면 외부적으로 수용자에게 영향을 주는 다른 수단들, 예컨대 살수로, 작부용 개 등을 사용하는 것도 허용된다. 행정법 제95조 1항에 따르면 무기는 직무상 허용된 도검과 총기 및 자극물질(예컨대 최루탄)이다.

직접강제의 사용에 대해서는 우리 행정법상 강제력의 행사와 경우처럼 비례의 원칙을 명시하고 있고(제96조), 사전경고의무(제98

조)를 규정하고 있으며, 무기사용에 대해서도 별도의 규정을 두고 있다(제99조, 제100조). 다만 독일 행정법은 무기 이외의 방법을 통한 직접강제에 대해서도 그 대상을 수용자에 국한시키지 않고, 수용자를 탈출시키려고 하거나 시설의 영역으로 불내하게 침입한 경우 또는 권한 없이 시설 내에 체류하는 경우에는 수용자 이외의 자에 대해서도 직접강제를 사용할 수 있도록 규정하고 있다(제91조 2항).

또한 독일 행정법은 직접강제의 주체에 대해서 명확한 규정을 두고 있다. 먼저 제91조 1항은 직접강제의 사용을 사법집행시설의 직원에 국한시키는 한편, 직접강제를 적법하게 실시하도록 하고 달리 집행이나 보안을 위한 조치를 하는 목적을 달성할 수 없는 경우에만 이를 실시하도록 규정하고 있다(제94조 1항). 또한 그들은 독자적으로 직접강제를 할 수도 있고 권한 있는 상관의 명령을 근거로 할 수도 있는데, 후자의 경우 행정법 제97조는 개별 직원의 복종의부의 범위와 한계 및 석박하지 않은 지시에 대한 그의 책임을 규율하고 있다. 특히 직원은 상관의 지시에 따름으로써 범죄를 구성하게 될 경우에는 직접강제에 대한 상관의 지시에 따라서는 안되며, 가능하다면 직원은 상관의 명령의 적법성에 대한 의문을 명을 발한 상관에게 제기하여야 한다(제97조 1항, 2항).

(2) 強制的 醫療措置

한편 독일 행정법 제101조도 우리 행정법 제29조의 2와 마찬가지로 強制的인 醫療措置에 대한 근거조항을 두고 있다. 관련자의 의사에 반하는 의료조치는 자유로운 자기결정과 신체의 완전성에 대한 개인의 권리에 영향을 주고, 특별한 경우에는 종교적 내지 세계관적 확신도 영향을 받을 수 있지만, 행정법 제56조 이하에 따

151 Festschr. Rechtsch. 1999, 474ff. 1999, 524f.

고 듣고 정기적으로 진단을 하는 등의 조치가 수반되어야 한다. 독방구금은 사회성의 상실을 가져오고 치우침행의 위급과도 무관하지 않는다는 점을 고려하면, 이러한 제도를 도입하는 데에는 신중한 검토가 요구된다.

② 要件 독일 행정법 제88조 1항에 따르면, 특별한 보안조치는 [수용자의 행동에 따른 때 또는 그의 정신상태를 이유로 도주의 위험이냐 사람이나 물건에 대한 폭력행위의 위험 또는 자살이나 자상의 위험이 고도로(in erheblichem Maße) 존재하는 경우]에만 가능하다. 다만 수용자로부터 위험이 나타나지 않은 경우라도 탈출한 위험이나 시설 내 결서에 대한 중대한 장애를 달리 피하거나 제거할 방법이 없는 경우에는 다른 수용자를 보호하기 위해서 물건, 유치, 격리, 기실 외 체류 제한, 구급실 수용 등이 가능하다(동조 3항). 한편 외출, 수용자의 인체 내지 수용의 경우에는 제1항의 사용이 없는 경우라도 도주의 위험이 고도로 존재하는 경우에는 수용자를 결박할 수 있다(동조 4항). 우리 행정법 제11조의 1항이 [수용자의 도주·폭행·소요 또는 자살의 방지 기타 교도소 등의 안전과 질서유지를 위해 필요한 경우]에 계구를 사용할 수 있도록 하고, 개별적인 계구의 사용요건을 행정법 시행령에 위임하고 있는데, 여기서 [안전과 질서유지를 위해 필요한 경우]란 도주·폭행·소요 또는 자살방지와 동일한 정도로 구체적인 위험이나 중대한 장애를 의미한다고 보아야 할 것이다.

우리 행정법은 계구의 사용에 대해서는 강제력의 행사와는 달리 비례의 원칙을 명시하고 있지 않지만, 계구의 사용을 포함한 특별한 보안조치들이 수용자의 자유에 대한 제한을 내용으로 하는 것임을 고려하면, 당연히 이 경우에도 비례의 원칙이 적용되어야 한다. 독일 행정법 제88조 5항은 [특별한 보안조치들은 그 목적이 요구하는 한도 내에서만 유지될 수 있다]고 함으로써 이 점을 명시

하고 있다. 특별한 보안조치들은 이미 그 성격상 오로지 단기간의 빈간한 위험상황을 극복하기 위해서 사용될 수 있을 뿐이며(OIG Zweibrücken, StV 1991, 119), 지속적인 위험이 존재하는 경우라면 감시조치에 의해 이를 예방하는 것이 허용될 뿐이다.

③ 命命 및 執行 특별한 보안조치들은 행정법 제91조 1항에 따라 시설의 장이 명하며, 행정법 제156조 3항에 따라 감독기관의 허가를 받아 다른 공무원에게 그 권한을 위임할 수 있다. 위험이 급박한 경우에는 다른 집행직원들이 임시로 그러한 조치를 명할 수 있다.

한편 수용자가 의사를 치료를 받고 있거나 관찰 아래 있는 경우 내지 수용자의 정신상태로 인하여 보안조치를 실시하는 경우에는 시설의 장은 행정법 제91조 2항에 따라 사전에 의사의 의견을 들어야 한다. 특히 안전한 구급실에 수용하거나 시설 내에서 결박을 하는 경우에 행정법 제92조에 따라 의사가 지속적으로 가능한 한 매일 그 수용자를 감독해야 한다. 거실 외 체류를 제한 또는 막탈하는 기간동안에도 정기적으로 의사의 의견을 들어야 한다.

(3) 費用賠償

독일 행정법 제93조 1항에 따르면, 수용자가 고의 또는 중대한 과실로 자상 또는 다른 수용자에게 상해를 입힌 경우에 수용자는 그로 인한 비용을 집행기관에게 배상할 의무가 있다. 즉 일반적인 손해배상과는 별개로 집행기관은 수용자에게 치료불하는 데 든 비용 등을 청구할 수 있도록 한 것이다. 따라서 행정법 제93조 1항 2문을 근거로 하거나 다른 배상청구(예컨대 집행직원에게 저지른 상해로 인한 집행직원의 배상청구, 시설 내에서 재물손괴로 인한 집행기관의 배상청구)는 이 규정과 관련이 없다(BGHSL 36, 801).

200 Ostf.-Wahl. 1991, 199, 44; Leisner, StV 1991, 100, 101; 1992, 101, 102; 1993, 101, 102; 1994, 101, 102; 1995, 101, 102; 1996, 101, 102; 1997, 101, 102; 1998, 101, 102; 1999, 101, 102.

반의 내용을 보면, 시설의 안전과 질서에 대한 현실적인 침해 가능
정보보다 일상적인 생활수칙을 포괄적으로 정한 듯한 성격이 강하여
징벌사유가 지나치게 포괄적이라는 비판을 면하기 어렵다. 이에 비
하여 독일 행정법 제102조 1항은 [행정법에 의하여 부과되거나,
행정법을 근거로 부과된 의무]를 고의나 과실로 위반한 경우를 징
벌사유로 규정하고 있다. 우리의 경우와는 달리 의무위반이 고의나
과실로 이루어진 경우에 한정하고 있는 점이 특징이 있다.

독일 행정법상 징계법에서 의미를 가지는 수용자의 의무로는 다음과 같은 것들이
있다.²⁹⁾ 수의 착용(제20조 1항), 방문시 허가에 따른 물건의 교부(제27조 4항), 시
설을 통한 서신의 발송과 수신(제30조 1항), 수령한 서신의 밀봉하지 않은 채로 유지
(제30조 3항), 면제되지 않은 경우의 직업의무(제41조 1항), 건강부수와 위생을 위해
필요한 조치들에 대한 협력(제56조 2항), 시설 내에서 임과의 준수(제82조 1항 1
문), 집행직원, 동료수용자 그리고 다른 사람에 대한 행동을 통한 규칙적인 공동생활
을 문란하게 하지 않을 것(제82조 1항 2문), 집행직원의 명령의 준수(제82조 2항 1
문), 허가 없이 지정된 채류영역을 떠나지 않을 것(제82조 2항 2문), 구금실과 시설
이 넘겨준 물건의 정돈 및 세심한 취급(제82조 3항), 생명에 대한 위협이나 사람의
건강에 대한 중대한 위협을 의미하는 사정들의 지체없는 통지(제82조 4항), 집행기관
에 의해서 또는 그의 동의를 받아 인도된 물건만에 대한 소지(제83조 1항) 등이 그것
이다

이 외에도 행정법을 근거로 의무가 부과되는 경우에는, 행정법 규범에서 그 정당
성의 근거를 찾는(예컨대 행정법 제161조에 따른 시설 규칙을 통한) 일반적인 규정
들이나(예컨대 행정법 제84조 3항에 따른) 시설의 장에 의한 일반적인 지시들이 의
무의 근거가 될 수 있고, 개별 사례에 대한 명령이 법률에 근거하는 경우에는 그 명

²⁹⁾ 여기서 명해, 정한법에 따라 수용자 의무의 정도는 정해지거나, 다른 법률에서 행법 제102조 1
항에서 정한 제102조의 경우와 다른 경우에 다르게 정해지거나, 같은 경우에 다른 규정이 없는 경우에
제102조의 경우와 다른 경우에 정해지거나, 다른 경우에 정해지거나, 다른 경우에 정해지거나, 다른
Callender, A. D. E. 1994, 102, 103; Schmidt, K. 1994, 102, 103; Schmidt, K. 1994, 102, 103; Schmidt,
102, 103.

³⁰⁾ Schmidt, K. 1994, 102, 103.

령이 의무의 근거가 되기도 한다(예컨대 행정법 제14조 1항에 따른 원회 내지 구금휴
기를 위한 지시).

한편 독일의 학설과 판례가 징벌사유가 되는 의무위반에 해당되
지 않는다고 보는 경우를 보면, ① 다인에게 손상을 주지 않고 시설
로부터 도주 또는탈출을 하거나 이를 시도한 경우,³⁰⁾ ② 수용자가
처우나 집행목표의 달성에 단순히 협력하지 않은 경우, ③ 수용자
가 상호수단으로 사용하거나 이것으로 시설의 질서를 문란하게 할
목적용을 가지고 있지 않는 자상이나 자살의 시도,³¹⁾ ④ 복역하는 동
안(휴가기간 포함) 가벌적 행위를 저지른 경우 등이다. 특히 ④의
경우에 대해서는 우리 행정법 제46조 1항 1호가 명시적으로 징벌사
유로 규정하고 있으나, 가벌적 행위가 동시에 시설 내 규율에 별도
로 위반한 경우(예컨대 공동수용자에 대해 상해를 가함으로써 질
서있는 공동생활을 할 의무에 위반한 경우, 교도관에게 폭행을 가
함으로써 직무집행을 방해하여 징벌규칙에 위반한 경우)가 아니면
동일한 행위로 인하여 二重處罰을 하는 결과로 되기 때문에 타당
한 입법방식이라고 할 수 없다. 자상이나 자살의 경우에도 이 점은
 마찬가지라고 할 수 있다.

학설에 따르면, 일반적인 범죄의 경우와는 달리 징벌사유에 해당
하는 행위는 既遂에 이르러야 하고, 공동수용자의 의무위반에 단순
히 가담한 행위만으로는 - 별도의 규율위반에 해당하지 않는 한 -
징벌사유에 해당되지 않는다고 한다.³²⁾

(2) 懲罰의 種類

³¹⁾ Schmidt, K. 1994, 102, 103; Schmidt, K. 1994, 102, 103; Schmidt, K. 1994, 102, 103; Schmidt,
102, 103.

으면 집행기관은 구금된 자의 신체와 건강에 대한 부조의무를 진
다는 동시에 고려한 것이다. 따라서 건강에 대한 부조를 통해 추구
하는 목적이 의료조치를 통해 침해되는 구금된 자의 기본권보다
가치가 더 높은 경우에는 국가에게 침해권한이 인정된다."³³⁾

독일 행정법은 강제적인 의료조치를 위한 요건을 보다 상세히
규정하고 있는데, ① 수용자의 생명에 대한 위협이 있는 경우, 건강
에 대한 중대한 위협이 있는 경우 또는 다인의 건강에 대한 위협
이 있는 경우라야 하고, ② 그러한 조치들이 참가자들에 대해 기대
가능한 것이어야 하며, ③ 수용자의 생명이나 건강에 대한 중대한
위험으로 연결되지 않아야 한다(제101조 1항 1문). 예컨대 시설 내
에서 수용자에 대한 감염을 막기 위해 강제로 모든 수용자에 대해
에이즈 검사를 위해 채혈을 실시하는 것은 구금된 자나 다른 사람
의 구체적인 생명의 위험 내지 건강에 대한 중대한 위협을 방지하
기 위한 것이라고 볼 수 없으므로 - 건강진단의 일환으로 개별적
으로 이루어진 경우가 아니라면 - 허용되지 않는다고 보아야 할
것이다.³⁴⁾

그리고 수용자가 자유로운 의사결정을 할 수 있는 경우라면 집
행기관은 그 조치를 실시할 의무를 지지 않지만(제101조 1항 2문),
수용자가 그러한 의료조치에 반대하는 의사를 가진 경우라도 그
조치를 취할 권한을 가진다. 다만 후자의 경우에 의료조치가 수형
자의 생명이나 건강에 대한 중대한 위험으로 연결될 수 있다면 수
용자의 동의가 필요하다.

한편 구금된 자는 이러한 강제적인 의료조치와는 별개로 건강의 보호(예컨대 의
사의 예방적인 검사)와 위생(예컨대 행정법 제5조 3항에 따른 수용처우의 과정에서 검
사)을 위한 조치에 협력해야 하고, 이를 하지 않으면 직접강제의 대상이 될 수 있다.

³³⁾ Schmidt, K. 1994, 102, 103; Schmidt, K. 1994, 102, 103; Schmidt, K. 1994, 102, 103; Schmidt,
102, 103.

³⁴⁾ Schmidt, K. 1994, 102, 103; Schmidt, K. 1994, 102, 103; Schmidt, K. 1994, 102, 103; Schmidt,
102, 103.

한편 의료조치가 아무런 신체적인 침해와 연결되어 있지 않은 경우에, 일반적인 건강
보호와 위생을 위하여 강제적인 의료조치를 위한 요건이 존재하지 않더라도 강제적인
신체검사가 허용된다(행정법 제101조 2항).

6. 懲罰措置

앞에 소개한 각종 보안조치들과 직접강제가 시설의 안전이나 질
서에 대해 우려되거나 존재하고 있는 위험을 방지하는 데 기여하
는 것이라면, 독일 행정법 제102조 이하에 따른 징벌조치는 진압의
목적(repressive Zwecke)을 추구한다. 즉 안전이나 질서에 대한 과
거에 있던 특정한 침해는 형벌과 유사한 효과를 가진 제재로써 대
응하고 있다.

징벌조치의 부과는 시설 내에서 규칙적인 공동생활을 위해 정해진 규칙을 명
백히 한다는 점에서 수용자에 대해 일반예방의 효과를 가진다. 또한 특별예방의
관점에서 의무위반을 징계로 처벌하는 것은 경고기능만을 가지는 것이 아니고,
재사회화를 목표로 하는 집행이라는 또 다른 맥락에서 그것은 처우에 포함되어야
한다. 따라서 질서 있는 처우를 위한 집행을 위한 전제조건들이 널리 보장될 수
없는 경우에만, 이러한 조건들을 징벌조치를 통해 확보할 수 있다. 그러므로 징
벌조치의 본래의 목적은 집행 목표에 맞추어진 행형을 확보하는 데 있다
(BVerfG, StV 1994, 438).³⁵⁾

(1) 懲罰事由

우리 행정법은 7차 개정을 통해 징벌사유들은 행정법에 명시하
고 있으나, 제16조 1항 5호가 규정하고 있는 "기타 법무부장관이
정하는 규율을 위반하는 행위"를 통하여 규율위반행위를 포괄적으
로 징벌사유로 규정하고 있다. 특히 이 조항을 근거로 한 현행 [수
용자규율및징벌에관한규칙]에 규정된 35개 항목에 이르는 규율위

³⁵⁾ Schmidt, K. 1994, 102, 103; Schmidt, K. 1994, 102, 103; Schmidt, K. 1994, 102, 103; Schmidt,
102, 103.

III. 結論

위에서 독일 행정법상 시설의 안전과 질서를 유지하기 위한 각종 조치들을 우리 행정법과 비교하여 살펴보았다. 전체적으로 보면, 수용자의 자유를 제한하거나 침해하는 각종 조치들을 행정법에서 자세히 규정함으로써 행정법률주의에 접근하려는 태도는 취하고 있으며, 그 해석에 있어서도 기본권 보장과 사회화를 위한 처우에 중점을 두고 있음을 알 수 있다.

우리 행정법은 시설의 안전과 질서의 문제에 대하여 법적 근거가 불명확한 점이 많고 기본권 보장에 비흡한 부분들이 적지 않다. 뿐만 아니라 누진처우방식에 따라 수용자들에 대한 처우내용이 단계적·획일적으로 정해짐으로써 수용자들에게 원칙적으로 보장되어야 할 처우내용들이 마치 시설이 배수는 특혜로 이해되는 측면이 적지 않고, 시설관리의 차원이 여전히 강조되고 있음을 부인하기 어렵다. 현실적인 여건에 상당한 차이가 있는 독일과 우리나라를 같은 차원에서 비교하는 데에 따른 어려움이 있는 것이 사실이지만 기본권 보상이나 사회화를 위한 처우라는 기본원칙에 차이가 있는 것은 아니므로, 이 원칙이 시설의 안전과 질서의 유지라는 차원에서 어떻게 실현되고 있는가 하는 점은 우리에게 시사하는 바가 적지 않다고 생각한다.

독일 행정법 제103조 1항은 징벌의 종류로서 아홉 가지를 열거하고 있으나, 크게 세 가지 유형으로 나눌 수 있다. 즉 ① 모든 위반행위에 대해서 과해될 수 있는 一般的懲罰로서, 견책(Verweis)과 3개월 이내의 생활비 처분과 개인구매의 제한 또는 박탈, ② 징계들 통한 교육효과를 거두기 위해 가능한 한 위반행위와 징벌조치간의 관련이 있는 경우에 과해지는 特別懲罰로서, 2주 이내의 독서 및 라디오·TV 시청의 제한 또는 박탈, 3개월 이내의 여가시간 환동을 위한 물건의 사용이나 공동체 행사에의 참여의 제한 또는 박탈, 1 주 이내의 여가시간 동안 격리 수용, 행정법에 규정된 임금을 상실하고 4주 이내의 지정된 작업이나 환동의 박탈, 3개월 이내의 시설 외에 있는 사람과의 교통을 긴급한 사안에만 국한하는 것, ③ 중대하거나 수 차례 반복된 위반행위가 있는 경우에만 가능한 加重懲罰로서 1주 이내의 유치(Arrest)가 그것이다. 여기서 중대한 위반행위란 사람이나 물건에 대해 폭력을 사용함으로써 시설 내부나 외부의 안전을 침해하는 경우를 말하고, 시설 내에서 기본적인 작업관계와 의사소통관계의 기능을 현저히 침해하는 것들도 여기에 속한다."

독일 행정법도 징벌의 명과를 허용하고 있으며(제103조 3항), 징벌의 감면이나 집행유예를 인정하는 것이 학계의 실무의 일치된 견해이다.

(3) 懲罰節次

징벌절차에 있어서 독일 행정법은 우리의 경우와 실제로 큰 차

29) 양형수준이 높고 징벌의 기간도 길다. 제103조 1항 2호 2차항에서는 "중대한 위반행위"에 대한 징벌로서, 견책, 생활비 처분, 개인구매의 제한 또는 박탈, 3개월 이내의 여가시간 환동을 위한 물건의 사용이나 공동체 행사에의 참여의 제한 또는 박탈, 1 주 이내의 여가시간 동안 격리 수용, 행정법에 규정된 임금을 상실하고 4주 이내의 지정된 작업이나 환동의 박탈, 3개월 이내의 시설 외에 있는 사람과의 교통을 긴급한 사안에만 국한하는 것, 1주 이내의 유치(Arrest)가 그것이다. 여기서 중대한 위반행위란 사람이나 물건에 대해 폭력을 사용함으로써 시설 내부나 외부의 안전을 침해하는 경우를 말하고, 시설 내에서 기본적인 작업관계와 의사소통관계의 기능을 현저히 침해하는 것들도 여기에 속한다."

이가 없으나, 중요한 사항에 대해서 징벌규칙에 위임하지 않고 행정법에 명시하고 있는 점이 두드러진다. 또한 징벌도 처우를 위한 조치라는 점을 고려하여, 중대한 위반행위에 대해서는 소장이 결정을 내리기 전에 수용자의 처우에 관여하는 사람들과 회의록 지지하도록 하고, 특히 의사의 치료를 받고 있는 수용자에 대해서는 의사의 의견을 듣도록 하고 있다(독일 행정법 제106조 2항).

독일에서는 징벌절차에서 수용자가 진술의 자유 내지 陳述拒否權을 가진다는 점에 대해 학설이 일치하고 있다. 다만 집행기관이 사전에 이러한 권리를 고지할 의무가 있는가에 대해 논의가 있다. 수용자가 형벌과 유사한 제재에 처할 위험에 놓여 있고 - 사안의 심함마다 - 징벌절차에 의한 조사결과가 형사소추기관에 전달될 수 있다는 점을 고려하면, 적어도 수용자의 징벌사유가 형법상 범죄행위와 관련되는 경우에는 그러한 告知義務에 반하여 이루어진 진술은 증거로 사용할 수 없다는 것이 연방대법원 판례의 입장이다(BGH, NSIZ 1997, 614).

독일의 경우에도 우리와 마찬가지로 수용자가 징벌절차에 출석하지 않은 경우에는 법적 청문권이 상실되어 서면심리만으로 징벌을 의결할 수 있다. 다만 수용자의 불출석은 당해 징벌절차에서 수용자에게 불이익하게 작용할 뿐이므로, 자기부죄거부의 특권에 비추어 별도의 징벌사유로 되지는 않는다는 판례가 있다(OLG Frankfurt, NSZ RR 1997, 153).

미국의 교정제도*

The Correctional System in the U.S.A.

상지대학교 법학과 교수 崔 秉 文**

〈目 次〉

I. 서 론

IV. 미국 교정의 쟁점

II. 미국 교정의 발전

V. 결 론

III. 미국의 교정조직

I. 서 론

이 글은 미국 사회에서의 교정제도, 교정행정, 교정정책에 관한 실무적·이론적 제 연구성과의 검색을 통해 현행 제도의 구조와 배경 및 그 기능적·역기능적인 면을 회고적·전망적으로 살펴봄으로써 오늘날 우리나라가 당면하고 있는 교정제도 개혁론을 위한 비교법제도적 연구자료를 제시하고자 한 것이다.

미국에서 교정(corrections)은 범죄로 기소되거나 유죄판결을 받은 자를 관리할 책임이 있는 수많은 프로그램, 서비스, 기관, 및 조직들을 말한다. 교도소(prisons)와 구치소(jails) 뿐만 아니라, 보호관찰(probation), 반집(halfway houses), 교육 및 직장석방(education and work release), 가석방 감독(parole supervision), 상담(counseling), 지역사회봉사(communitry service) 등이 포함된다. 600만명 이상의 성인과 소년들이 50만명 이상의 행정가, 심리학자, 공무원, 상담자, 사회사업가, 기타 전문가들로부터 교정 감독을 받고 있다. 교정의 권한은 모든 단계의 정부가 가지고, 공적 조직과 사적 조직 모두에 의해 관리되며, 그 비용은 연간 약 350억

달리에 이른다.

이하에서는 미국의 교정제도를 최근의 몇 가지 문헌¹⁾과 인터넷²⁾ 검색서론(I)에 이어, 미국 교정의 발전(II), 교정조직(III), 미국 교정의 쟁점(IV)의 순서로 살펴보고자 한다.

II. 교정의 발전

교정이 어떻게 오늘날의 위치에 이르게 되었는가? 범죄자들이 왜 식민지 시대에 처형되거나 화형에 처하지 않고 이제는 보호관찰이나 구금에 처하는가? 지난 약 200년 이상 형벌에 대한 관념이 시계추같이 한쪽 방향으로 움직였다.

1. 감화원의 고안 (Invention of the Penitentiary)

18세기 후반은 유럽과 미국의 학자와 사회개혁가들이 사회의 본질과 사회 안에서의 개인의 위치를 다시 생각해본 시기였다. 계몽기(Enlightenment) 동안

* 이 논문은 상지대학교 2000년도 교내연구비에 의해 수행되었다.
** 상지대학교 법학과 교수 (bmchoe@mail.sangji.ac.kr)

1) George E. Cole/Christopher E. Smith, *Criminal Justice in America*, 3rd ed., Wadsworth: Belmont, Calif., 2002; Abraham S. Blumberg, *Criminal Justice: Issues & Ironies*, 2nd ed., N.Y.: New Viewpoints, 1979; James A. Inciardi, *Criminal Justice*, 7th ed., N.Y.: Oxford University Press, 2002; John Palmer/Stephen E. Palmer, *Constitutional Rights of Prisoners*, 6th ed., Cincinnati: Anderson Publishing Co., 1999; Frank Schmalleger, *Criminal Justice Today: Introductory Text for the 21st Century*, 4th ed., Upper Saddle River, N.J.: Prentice-Hall, Inc. 1997; Joseph Senna/Larry J. Siegel, *Introduction to Criminal Justice*, 4th ed., St. Paul, Minn.: West Publishing Co., 1995; Joseph L. S. Va. Annual Editions: *Criminal Justice 1999/2000*, 23d ed., Guilford, Conn.: Dushkin/McGraw-Hill, 1999.

2) Dennis C. Bemamati/Phyllis A. Schultze/Adam C. Bouloukos/Graeme Newman, *Criminal Justice Information: How to Find It, How to Use It*, Phoenix, Va.: The Oryx Press, 1998; 정완, 「인터넷과 형사정책정보 검색편람」(연구보고서 97-02), 서울: 한국형사정책연구원, 1998. 4.

통해 결론

대의 뒤 주

에 학

자들과 개혁가들은 개인, 정부에 대한 제한, 합리주의(Rationalism)에 대해 새로운 관념으로 전통에 도전했다. 그러한 생각이 미국혁명 배후의 주요한 지적 힘이었고, 또한 범죄의 본질과 형벌의 방법에 대한 새로운 국가의 관점에 영향을 주었다.

1980년 이전에 미국은 주요 형사 제재로서 신체형(physical punishment)을 사용하면서 유럽의 것을 배겼다. 채찍질(Flogging), 낙인(branding), 절단(Maiming)이 비행자를 통제하고 공공의 안전을 유지하는 방법들이었다. 보다 심각한 범죄의 경우에는 범죄자들이 교수형(hanged on the gallows)에 처해졌다. 구치소가 전국에 걸쳐 존재했지만, 단지 공판이나 형벌을 기다리는 사람이나 그들의 빚을 갚을 수 없는 사람을 유치하기 위한 것이었다. 영국에서처럼 미국 식민지시대에 교정원(houses of correction)이 있었는데, 거기서 범죄자들을 범죄로부터 되돌리는 수단으로서 중한 강제노역(hard labor)이 부과되었다.

프랑스 학자 미셀푸코(Michel Foucault)는 18세기 후반에 계몽사상의 확산에 대하여 기술했다. 1789년의 프랑스 혁명 이전에 유럽 정부들은 고문(torture)과 공공연한 교수형(hanging into public spectacles) 등의 형벌로 범죄를 통제하려고 했다. 19세기 초에 그러한 관행들은 점차 개인 범죄자에 맞는 형벌을 강조하는 현대적 형벌제도에 의해 대체되었다. 새로운 목표는 범죄자의 신체에 고통을 주는 것이 아니라 개인을 변화시켜 바른 길로 가도록 하는 것이었다.

명백히 이것은 정책에서 주요한 변화였다. 신체형(physical, corporal punishment)에서 범죄자의 교정(correction)으로의 변화는 범죄의 원인과 개선가능한 행위에 대한 새로운 관념을 반영하였다.

많은 사람들이 교정의 개혁을 촉진했지만, 특히 영국의 베드포드셔의 보안관(sheriff of Bedfordshire)이었던 존 호워드(John Howard, 1726-1790)의 영향이 컸다. 1777년에 간행된 그의 책, 영국과 웨일즈의 교도소 상태(The State of Prisons in England and Wales)에서 그가 방문한 교도소의 관찰보고를 기술하였다. 일반적으로 열악한 조건들 중에서, 그는 원칙의 부족을 특히 염려하였다.

이 책에 대한 공공의 반응은 의회에 의한 1779년의 감화원법(Penitentiary Act)의 통과를 초래했는데, 이 법으로 범죄자들이 최고 2년간 구금될 수 있는 중노역원(a house of hard labor)을 만들게 되었다. 이 기관은 다음 4가지 원리에 기초하였다. 첫째, 보안 및 위생 건물(A secure and sanitary building), 둘째, 범죄자들이 규칙을 준수하도록 감시(Inspection to ensure that offenders followed

the rules), 셋째, 범죄자들의 음식에 부과된 비용의 폐지(Abolition of the fee charged offenders for their food), 넷째, 개선조치(A reformatory regime).

밤에는 수형자들이 개인 방에 구금되었다. 낮에는 그들이 공동의 방에서 조용히 일하게 되어 있었다. 수형생활은 엄격하고 질서정연했다. 그의 퀘이커교(Quaker) 친구들의 영향을 받아 호워드는 새로운 기관은 산업의 장이 되어야 한다고 믿었다. 그러나 더 중요한 것은 범죄자들이 참회(penitence; sorrow and shame for their wrongs)와 후회(repentance; willingness to change their ways)를 할 수 있는 기회의 장이어야 했다. 요컨대 이 감화원(penitentiary)의 적은 처벌과 개선이었다.

호워드의 감화원 관념은 그의 사후 50년인 1842년까지 영국에서 적용되지 않았다. 비록 그의 조국에서는 입법이 되는데 더뎠지만, 미국은 호워드의 관념을 훨씬 더 빨리 적용했다.

2. 미국에서의 개혁

1776년부터 1830년경까지 미국의 범죄처벌의 사상에 새로운 혁명이 일어났다. 비록 영국 개혁가들의 작업에 기초하였지만 새로운 교정 철학이 독립선언(the Declaration of Independence)에 나타난 인간성과 개인의 완전성에 대한 낙관적 견해를 포함하는 많은 관념들에 반영되었다. 비행은 인간성의 한 부분이라는 가정에서부터 범죄는 환경의 힘의 결과라는 믿음으로 그 강조점이 바뀌었다. 새우운 국가의 인도주의와 낙관적 관념들은 범죄자의 개선에 초점이 맞춰졌다.

19세기의 처음 10년간, 펜실베이니아와 뉴욕에서 감화원이 만들어지자 다른 주의 입법자들과 유럽으로부터 온 조사자들의 관심을 끌었다. 교정에 특별한 관심이 없는 외국으로부터 온 여행자들조차도 그들의 여행일정에 감화원(penitentiary)을 포함할 정도였다. 1800년대 중반까지 미국의 감화원은 세계적으로 유명해졌다.

① 펜실베이니아 제도(The Pennsylvania System): 미국에서 일련의 단체들이 범죄처벌의 기관과 관행을 개선하는데 헌신했다. 이들 단체 중의 하나가 1787년에 만들어진 공공 교도소의 비극을 경감시키기 위한 필라델피아 협회(the Philadelphia Society for Alleviation the Miseries of Public Prisons)였다. 많은 퀘이커 교도들이 포함된 이 단체는 호워드의 생각에 영

감을 받았다. 이 협회는 범죄자들이 감화원(penitentiaries)에서 다른 사람과 사회로부터 고립되어 그들의 범죄를 살펴보고, 반성하며 개선하면, 가장 잘 교화될 수 있다고 주장했다. 1790년에 펜실베이니아 입법부는 냉혹한 흉악범(hardened and atrocious offenders)의 독거수용(the solitary confinement)을 위한 2개의 감화원의 건설을 승인했다. 그 하나가 필라델피아에서 기존의 3층 석조건조물로부터 만든 월넛스트리트 구치소(the Walnut Street Jail)였다. 이 40×25 피트(feet) 건물에는 각 층에 6×8×9 피트 크기의 8개의 어두운 방이 있었다. 마당이 이 건물에 붙어 있었다. 한 수용자가 각 방을 차지하고 어떤 종류의 상호연락도 허용되지 않았다. 바깥쪽 높이 달려있는 작은 창살을 통해 수용자들은 하늘과 땅을 볼 수도 없었다. 독거구금(separate confinement)의 펜실베이니아 제도가 이러한 제한된 시작으로부터 진화했다. 다음과 같은 5가지 원리에 기초하였다. 첫째, 수형자는 복수하듯이 다루어져서는 안되고, 힘든 선택적인 고통을 통해 그들이 자신의 삶을 변화시킬 수 있다고 확신해야 한다. 둘째, 독거수용은 내부 수형자가 더 타락하는 것을 막는다. 셋째, 고립되어 범죄자들은 자신의 범법을 반성하고 후회하게 된다. 넷째, 인간은 본질적으로 사회적 동물이므로 독거수용이 형벌이 된다. 다섯째, 수형자들이 후회하는데 많은 기간이 필요하지 않고, 적은 수의 간수자들이 필요하며, 피복비의 비용이 적어지기 때문에 독거수용이 경제적이다. 1829년에 필라델피아 부근의 이스턴 감화원(the Eastern Penitentiary)의 개원은 필라델피아 협회에 의한 42년간의 개혁활동의 정점이었다. 1829년 10월 25일 첫 번째 수형자 찰즈 윌리엄(Charles Williams)이 도착했다. 그는 18세의 아프리카 아메리칸이고 절도로 2년형을 선고받았다. 불행하게도 이 제도는 실패했다. 월넛스트리트 구치소는 장기수가 많아지면서 과밀화되었다. 그것은 인간창고가 되었다. 정치가들이 구치소의 운영에 영향을 미쳤다. 피츠버그 부근의 두 번째 펜실베이니아 감화원은 독거가 불완전하고 방이 독거에 너무 적어 곧 구식이라고 선언되었다. 다른 기관에서 과밀이 문제가 되자 피츠버그 시설은 1833년에 철거되었다.

② 뉴욕 제도(The New York System): 1819년에 뉴욕은 오번(Auburn)에 독거구금의 펜실베이니아 개념의 경쟁자로서 발전한 감화원(penitentiary)을 열었다. 뉴욕의 집단제도(New York's congregate system) 하에서 수형자들이 밤에는 독거 수용되지만, 낮에는 작업장에서 동료 수형자들과 일했다. 그

들은 침묵의 규칙하에서 일했는데, 작업할 때나 식사시에 서로 눈길 주고받는 것도 금지되었다. 사람들은 노동과 침묵의 이익을 누렸다. 그들은 강한 통제와 단순한 규정식으로 살았고, 그들 수용비용의 일부분을 지불하기 위해 일했다. 미국의 개혁가들은 뉴욕의 접근방식을 큰 진보로 보아 북동부지역에 걸쳐 모방했다. 수용자들이 팔 물건을 만들기 때문에 운영비가 커버된 것이라고 지지자들은 말했다. 이 기간동안 펜실베이니아와 뉴욕 계획의 지지자들은 공공단상과 전국적인 정기간행물에서 토론했다. 양 제도의 지지자들은 수용자를 사회로부터 격리하여 훈련과정에 두어야 한다는데 동의했다.

3. 개량운동 (Reformatory Movement)

19세기 중엽까지 개혁가들은 감화원(penitentiary)에 환멸을 느끼게 되었다. 이러한 실패는 기본 개념의 약점의 신호였다고보다는 어설픈 행정의 결과로 보여졌다. 지어진지 40년이 안되어 감화원들은 과밀화되었고 직원이 모자랐으며 최소한도의 재정지원을 받았다. 훈련은 느슨했고, 잔인성은 일반적이었으며, 행정가들이 부패했다. 뉴욕의 오씨닝(Ossining)에 있는 싱싱감화원(Sing Sing Penitentiary)이 그 예이다.

① 신시내티 원리선언(the Cincinnati Declaration of Principles): 1870년에 새로 만들어진 전국교도소협회(National Prison Association; 오늘날의 미국 교정협회(American Correctional Association)의 전신)가 신시내티(Cincinnati)에서 만났다. 이 협회는 새로운 형벌개혁의 새로운 장을 나타내는 원리선언(a Declaration of Principles)을 했다. 진보적 개혁가들은 행형학(penology)을 위한 새로운 안을 주장했다: 수용자들은 개선되면 석방으로 보상받는 수용자 변화(inmate change)의 철학에 기초하여 관리되어야 한다. 웨이커교도와 마찬가지로 이 개혁가들도 갱생(rehabilitation)이 교도소 담 뒤에서 행해져야 한다고 믿었다. 그러나 신시내티 선언도 부정기형이 확정형을 대체해야 하고, '단순한 시간의 경과'(mere lapse of time) 보다는 개선의 증명(proof of reformation)이 수용자의 석방을 위해 요구된다고 주장했다. 이 개선 프로그램은 수용자의 성격면에서의 개선에 근거한 수용자의 개선분류(a progressive classification of prisoners)를 요구했다.

② 엘리마 감화원(Elima Reformatory): 첫 번째 감화원이 즈블론브로크웨이(Zebulon Brockway)가 소장(superintendent)으로 임명되었을 때 뉴욕의 엘리마에서 1876년에 만들어졌다...개별화된 작업과 교육처우프로그램이 그 때 처방되었다. 수용자는 낮에는 엄격한 작업일정을 따랐고, 저녁에는 학술적, 직업적, 도덕적 과목의 교육과정을 밟았다. 16-30세의 초범인 중범죄자를 위해 고안된 엘리마에서의 접근방법은 분류의 표시제("mark" system of classification), 불확정선고형, 가석방을 혼합했다. 각 범죄자들은 2급 시설에 들어갔는데, 열심히 일하고 학교과제를 완성하며 문제를 일으키지 않음으로써 6개월 동안 1달에 9점을 따면, 석방에 필수적인 1급으로 옮겨질 수 있었다. 만약 그가 협조하지 않고 제 규정을 어기면 3급으로 떨어지고, 만족할 만한 3개월간의 행위를 마칠 때까지는 궁극의 석방을 향한 길로 되 돌아올 수 없었다. 이 제도는 수용자의 운명을 가능한 한 그 자신의 손에 두었다. 1900년까지 개량운동이 전국에 확산되었지만, 1914년에 제2차 세계 대전이 일어남으로써 곧 쇠퇴하기 시작했다. 대부분의 시설들에서 건축, 간수들의 태도, 훈련의 강조가 과거의 방향과 거의 다르지 않았다. 너무나 자주 교육적·갱생적 노력들이 전통적인 형벌의 강조에 뒤로 밀려났다. 브로크웨이(Brockway)조차도 그 태도가 바뀐 수용자들과 교도소 규정에 따라 단순히 생활한 수용자들을 구분하기가 어려움을 인정했다. 좋은 수용자가 되는 것이 가석방을 받는 길이 되었지만, 그 수용자들이 진정으로 변화되었음을 보장하지는 못했다.

4. 여성을 위한 교도소 조건의 개선

19세기가 시작할 때까지, 유럽과 북미의 여성 범죄자들이 남성과 달리 처우받지 못했고, 수용될 때 남성과 구분되지 않았다. 단지 1777년의 존 호워드(John Howard)의 영국의 감옥조건의 폭로(exposé of prison conditions in England)와 필라델피아의 감화원의 발전으로 여성 범죄자의 곤궁에 관심을 갖기 시작했다. 영국 개혁가 가운데 중류계층의 웨이커교도인 엘리자베스 거니 프라이(Elizabeth Gurney Fry)가 변화를 강조한 첫 번째 사람이었다. 그녀와 동료 웨이커들이 1813년에 런던 뉴게이트 교도소(London's Newgate Prison)를 방문했을 때, 여

성 수용자들과 그들의 아이들이 생활하고 있는 조건들에 의해 충격을 받았다. 라이(Fry)가 노력하는 뉴스가 미국에 퍼져나갔다. 여성교도소협회(the Women Prison Association)가 1844년에 뉴욕에서 여성 수용자들의 처우를 개선하고 들을 남성 수용자들로부터 구분하기 위한 목적으로 결성되었다. 1844년부터 1873년까지 상에서 여성 간수장이었던 엘리자베스 파른햄(Elizabeth Farnham) 프라이(Fry)의 생각을 적용하려고 노력했지만, 남성 관리자들에 의해 꺾혔다. 신시대 원리선언은 여성 범죄자들의 문제점들을 다루고 있지 않았다. 이는 단지 여성을 위한 처우중심의 구분 교도소를 만드는 것을 승인했다. 비록 처(the House of Shelter), 여성감화원(a reformatory for women)이 미국 내 전쟁(the Civil War) 이후에 디트로이트(Detroit)에서 만들어졌지만, 인디애나(Indiana)에서 여성전용교도소가 처음 문을 연 1873년까지는 없었다. 3가지가 이 기간 중에 여성교도소 개혁을 지도했다: 첫째, 여성 수용자들을 남성들과 구분, 둘째, 여성이 필요로 하는 것들을 보관하도록 관리하는 규정, 셋째, 여성들에 의한 여성 수용자들의 관리. 여성에 의해 여성을 위해 운영됨으로써(operated by and for women) 여성 감화원들은 결정적으로 여성시설이었다. 시간이 지남에 따라 개혁가들의 초기 생각들이 머뭇거렸다. 1927년에 첫 번째 연방 여성교도소가 웨스트 버지니아(West Virginia)의 앨더슨(Alderson)에서 매리 벨 해리스(Marry Belle Harris)를 교도소장으로 하여 열었다. 그러나 1935년까지 여성의 개량운동은 그 목적(여성들에 의한 관리되는 구분된 교도소의 설립)을 대부분 성취하여 갈 데까지 갔다.

5. 진보주의자들의 개혁

20세기의 처음 20년간 진보주의자로 알려진 개혁가들은 대형 기업과 도시의 과도화를 비판하고 빈민가, 매춘, 범죄에 맞서는 정부의 대책을 주장했다. 진보주의자들은 과학이 사회문제를 푸는데 도움을 줄 수 있다고 믿었다. 그들은 범죄자의 갱생의 지도이념으로서 사회적 행동과학으로부터의 지식이 종교적이고 선적인 도덕적 지혜를 대신해야 한다고 주장했다. 진보주의자들의 2가지 주요 목적은 범죄를 낳는 토양이라고 생각되는 사회적 제 조건을 개선하는 것과 개인 범죄자들을 갱생시키는 방법을 개선하는 것이었다.

1920년대까지 보호관찰, 불확정 선고, 판결선고전 보고서, 가석방, 처우프로그램들이 범죄성에 대한 보다 과학적인 접근방법으로서 촉진되었다. 이들 구성요소들은 반드시 진보주의자들의 목표와 방법에 꼭 합치되게 사용되지는 않더라도 오늘날 교정에서 남아있다.

6. 갱생모형 (Rehabilitation Model)

비록 진보주의자들이 새로운 형벌 이념의 발전에 도움이 되었지만, 1930년대까지는 교정의 갱생모형(the rehabilitation model of corrections)으로 알려지게 된 것을 전적으로 적용하려는 시도는 없었다. 사회과학의 새로운 명성에 편승하여 행동형학자들은 교정의 강조점을 옮기는데 도움을 주었다. 새로운 접근방법은 범죄자의 사회적, 지능적, 생물학적 제 결함을 그들 범죄의 원인으로 보았다. 가석방, 보호관찰, 불확정 선고의 본질적 요소들이 이미 대부분의 주에서 정착되었고, 따라서 갱생모형의 혼합은 범죄자들을 진단하는 분류제(classification systems)와 그들을 갱생시키기 위한 처우프로그램(treatment programs)을 첨가하는 것을 뜻하였다.

행형학자들이 새로운 교정방법을 병원의 의사에 의해 사용되는 것에 비유하기 때문에, 이러한 접근방법을 종종 의학모형(the medical model)으로 언급되었다. 교정시설들은 개인의 범죄행위의 원인을 진단하고, 처우프로그램을 처방하며, 그 범죄자가 언제 나서서 지역사회에 안전하게 석방될 수 있을지를 결정할 수 있는 직원들로 채워졌다.

제2차 세계대전에 뒤이어, 갱생은 새로운 추종자들을 얻었다. 집단치료(group therapy), 행위교정(behavior modification), 상담(counseling), 기타 몇 가지 접근 방법들은 새로운 행동형학의 한 부분이 되었다. 그러나 의학모형이 절정에 달했던 1950년대조차도 단지 적은 일부분의 州교정예산만이 갱생에 배정되었다. 처우를 담당했던 많은 사람들을 좌절시킨 것은 주들이 갱생모형의 수사학을 채용하고 있는 중에도 시설들은 아직도 구금(custody)을 가장 중요한 목표로 다루었다.

갱생모형은 그 목표를 달성하는데 실패하여 1970년대에는 불신을 받았다. 문제는 교정공무원들과 심리학자들이 언제 특별한 수용자들이 갱생될지를 일관되고 정확하게 판단할 수 있다는 추정에 있었다. 처우프로그램의 연구들은 어떤 수용자

들은 성공적으로 사회에 복귀했지만, 한편 다른 수용자들은 그들의 범죄의 길을 되돌아갔다. 교정공무원들은 어떤 기술들이 효과적인지, 또는 모든 수용자가 갱신될 수 있는 잠재력을 가졌는지 여부를 명확하게 알 수 없었다. 갱생모형에 대한 실망의 결과로서 새로운 개혁이 떠올랐다.

7. 지역사회모형 (Community Model)

교정의 목표와 방법들은 특정 기간의 사회적 정치적 가치들에 의해 영향받는다. 1960년대와 1970년대 초기에 미국 사회는 민권운동(the civil rights movement), 가난과의 전쟁(the War on Poverty), 그리고 베트남 전쟁에 대한 저항(resistance to the war in Vietnam)을 경험했다. 1967년에 대통령법집행법행정위원회(the President's Commission on Law Enforcement and the Administration of Justice)의 교정담당팀(the Task Force on Corrections)은 교정의 목적이 범죄자를 지역사회에 복귀시키는 것이어야 한다고 강조했다.

이러한 지역사회 교정모형(model of community corrections)은 교정의 목표가 범죄자를 지역사회에 복귀시키는 것이라는 가정에 기초하였다. 지지자들은 교도소를 범죄자들이 자유롭게 범죄할 수 있는 생활태도(a crime-free lifestyle)를 발견하지 못하게 막는 기술적인 시설로 보았다. 심리적 치료를 제공하는 대신에 범죄자들이 성공적인 시민들이 될 수 있는 기회를 많이 주는 게 강조되어야 했다. 프로그램들은 범죄자들이 직업을 찾고, 그들의 가족들과 지역사회와 관계를 지속하게 도와주도록 되어있었다. 범죄자들이 그들의 적응에 도움이 될 수 있는 교육과 직업훈련을 추구할 수 있게 구금보다는 가능한 한 보호관찰이 선호되었다. 구금되어야 할 적은 부분의 범죄자들은 가석방으로 석방되기 전에 교도소에 최소한도의 시간을 보냈다. 복귀를 촉진하기 위해 교정분야 일꾼들(correctional workers)은 고용상담, 의료치료, 재정지원을 제공하는 정부기관들을 다루면서 범죄자들의 지지자들로서 봉사하도록 되어 있었다.

지역사회 모형은 1970년대 후반기까지 지배적이었다. 그것은 확정선고의 재탄생(the rebirth of the determinate sentence)과 관계하여 형사사법에서 새로운 응보(a new punitiveness)에 길을 내주었다. 복귀의 지지자들은 이전의 개혁가들이 그러했듯이 이 생각은 결코 적절히 조사되지 못했다고 주장했다. 그럼에도 불

구하고 지역사회 교정은 교정의 최근의 역사에서 하나의 중요한 이념과 관행으로 남아있다.

8. 범죄통제모형 (Crime Control Model)

1970년대와 1980년대에 정치적 기후가 변하면서, 입법가들, 판사들, 공무원들이 교정의 범죄통제 모형(a crime control model of corrections)을 다시 강조하기 시작했다. 범죄에 대해 보다 응보적인 이러한 접근방법은 구금(incarceration)(특히 폭력범과 전과범들의 경우), 장기의 선고(longer sentences), 의무선고(mandatory sentences), 피보호관찰자와 가석방자들의 엄격한 감독(strict supervision of probationers and parolees)을 더 많이 사용하게 되었다. 2001년까지 이러한 강경한 정책들이 구금된 사람들의 숫자, 긴 수용기간, 막대한 보호관찰 인구에 의해 나타났다. 어떤 주에서는 범죄자들에 대한 강경한 열정이 사슬에 묶인 강도를 다시 제도화하고, 교도소에서 텔레비전, 육체미 운동기구, 대학의 교과과정을 제거하는 결과를 가져왔다. 어떤 지지자들은 범죄통제정책들을 범죄율을 떨어뜨리기 위한 이유로서 강조했다. 다른 사람들은 범죄경향이 있는 연령군에 남성의 숫자가 적은 점과 미국 사회에서의 다른 변화들을 고려하면, 범죄통제정책들이 어떤 차이를 가져왔는지 의문을 제기했다.

미국에서의 교정 역사는 하나의 모형에서 다른 모형으로의 일련의 흔들림이었다. 21세기가 시작되면서, 교정 정책에 대한 또 다른 시각을 위해 시간이 무르익었다. 형사사법 잡지에서 현재 사용되는 언어는 30년 전에 그들의 쪽에서 발견되던 것과는 현저하게 다르다. 한때 교정을 풍미했던 낙천주의는 줄어들었다. 1990년대의 응보적 범죄통제 정책들의 재정적 인간적 비용은 현재 심사받고 있다. 구금과 감시의 제 비용은 정당화되는가? 범죄는 감소했는가? 사회는 오늘날 더 안전한가? 많은 연구자들은 그렇지 않다고 생각한다. 미래를 향하여 교정을 위한 새로운 방향이 있을 것인가? 있다면, 무엇이 그 초점이 될 것인가?

III. 미국의 교정조직

미국의 교정조직은 쪼개져 있다. 정부의 각급 부서가 교정에 약간의 책임
고 있다. 연방정부, 50개주, 워싱턴디시(the District of Columbia), 3,047개
대부분의 시들은 모두 적어도 하나의 교정시설과 많은 교정프로그램을 가지
다. 주와 지방 정부가 국가의 모든 교정활동 비용의 약 95%를 지불한다.

1. 연방교정 체계

연방정부의 교정 책임은 연방교정국(the Federal Bureau of Prisons)
교도소들을 운영하는 법무부(the Department of Justice)와 보호관찰과
감독을 책임지고 있는 연방법원행정처(the Administrative Office of the Uni
States Courts)에 나뉘어져 있다.

- ① 연방교정국(Federal Bureau of Prisons): 1930년에 연방의회에 의해 만들어진 연방교정국(the Federal Bureau of Prisons)은 현재 전국에 걸쳐 30,000명 이상의 직원에 의해 감독받고 있는 100,000명 이상을 수용하는 교도소 제도를 운영하고 있다. 시설과 수용자들은 보안정도에 따라 분류되는데, 1급(최소보안, 플로리다(Florida) 틴달(Tyndall)의 연방교도소캠프(the Federal Prison Camp)와 같은 캠프류의 환경)에서부터 5급(최대보안, 콜로라도(Colorado) 플로렌스(Florence)의 최대한의 교도소(the supermax penitentiary)까지의 범위가 있다. 이들 약 극단 사이에 2급부터 4급까지의 연방교정시설들, 즉 기타 연방교도소, 행정기관, 의료시설, 여성과 소년들 위한 특별기관들이 있다. 연방교정국은 반집(halfway houses), 사전석방 프로그램(prerelease programs), 전자감시(electronic monitoring) 등의 집 사회 용역을 제공하기 위해 주, 시, 사설기관들과 계약을 체결한다.
- ② 연방 보호관찰 및 가석방 감독(Federal Probation and Parole Supervision): 연방 범죄자들을 위한 보호관찰과 가석방 감독은 「연방법원행정처」(the Administrative Office of the U.S. Courts)의 한 부서인 「연방 보호관찰 및 공판전 서비스 제도」(the Federal Probation and Pretrial Services System)에 의해 행하여진다. 보호관찰관(probation officers)들은

연방법원에 의해 임명되고 법원을 위해 일한다. 1927년에 처음으로 전임의 연방 보호관찰관이 임명되었다. 그들은 판결선고전 조사를 돕지만, 주로 보호관찰을 받는 자들을 감독하고, 가석방(parole)이나 의무석방(mandatory release)으로 석방되는 범죄자들을 감독한다. 그들의 평균적인 업무량은 70명이다.

2. 주교정 체계

비록 주들이 교정을 어떻게 조직할 것인지 상당히 다르지만, 모든 주에서 교도소 행정은 주정부의 행정부의 한 부서이다. 보호관찰은 종종 법원의 한 부분이고, 가석방은 교정과 구분되며, 대부분의 주에서 구치소(jails)는 군정부(county government)에 의해 운영되기 때문에 이 점은 중요하다.

- ① 주교도소 체계(State Prison Systems): 광범위한 주 교정기관, 시설, 프로그램들이 성인 중범죄자를 위해 존재한다. 예컨대, 교도소(prisons), 감화원(reformatories), 교도소농장(prison farms), 삼림캠프(forestry camp), 반집(halfway houses) 등이 그것이다. 이러한 다양성은 여성 수용자의 인구가 적다는 이유로 여성들에게는 존재하지 않는다. 주교정기관들은 그들의 보안 수준에 따라 분류되고, 그들 인구의 유형은 범죄자들의 특별한 필요에 따라 바뀐다. 보안수준은 건물의 물리적 성격에 의해 나타난다. 최고보안교도소(the maximum security prison)(여기에 주수용자들의 35%가 구금)는 요새 같이 지어지는데, 보통 감시탑이 있는 돌담으로 둘러싸이고 도망가지 못하게 고안되어 있다. 새로운 시설들은 담장 꼭대기를 따라 또 그 사이에 레이저 철선을 포함한 이중으로 된 철망 담장으로 둘러싸여 있다. 수용자들은 배관과 위생설비를 갖춘 독방에서 생활한다. 교도관이 스위치 한번 작동으로 모든 수용자들을 그들의 독방에 구금할 수 있도록 빔장문은 전기로 작동된다. 최고보안시설의 목적은 구금(custody)과 훈련(discipline)이다. 명령하는데 군대식으로 접근한다. 수용자들은 엄격한 일과를 따른다. 스테이트빌(Stateville), 아티카(Attica), 유마(Yuma), 싱싱(Sing Sing) 등의 가장 유명한 교도소들은 최고보안시설들이다. 중간보안교도소(the medium security prison)(주수용자들의 47%를 수용)는 외관상으로는 최고보안교도소를 닮았

다. 약간 다른 기초 위에 조직되었기 때문에 그 분위기가 덜 엄격하고 덜 긴장되어 있다. 수용자들은 방문객들, 편지, 라디오·텔레비전에의 접근을 통해 외부 세계와의 더 많은 접촉을 한다. 대부분의 주에서는 비록 그들이 아마도 중대한 범죄를 저질렀다고 하더라도 개선불가능한 범죄자(hardened criminal)로 보지 않기 때문에 중간보안교도소는 갱생 프로그램(rehabilitative programs)을 강조한다. 최소보안교도소(the minimum security prison)(州 수용자들의 18%)는 경미한 폭력범(the least violent offenders), 깨끗한 징벌기록(clean disciplinary record)을 가진 장기의 중범, 그들의 형기를 거의 마친 수용자들이 수용된다. 최소보안교도소는 교정기관들에 연상되는 감시탑과 돌담장들이 없다. 수용자들은 보통 빛장의 독방 대신에 기숙사나 작은 개인방에서 생활한다. 개인의 자유가 더 많다. 수용자들은 텔레비전 수상기를 가지고, 그들 자신의 옷을 선택하며, 건물안에서 이따금씩 돌아다닌다. 이 제도는 갱생 프로그램(rehabilitation programs)에 의존하고 교육(education)과 외부통근제(work release)의 기회를 제공한다. 최소보안시설에서 경미한 처벌이 진행된다고 외부인들이 생각할 수도 있지만 이것은 어디까지나 하나의 교도소이다. 수용자들은 제한을 받고 사회로부터 격리되어 있다.

② 주 여성기관들(State Institutions for Women): 수용인구의 단지 6.4%만 여성이기 때문에 상대적으로 적은 여성 시설이 있다. 한편 대부분의 폭력범을 남성 범죄자들이 저지르는 경향의 결과로 여성 피고인들의 높은 비율이 보호관찰(probation)과 중간형벌(intermediate punishments)을 선고받는다. 그러나 피구금여성의 수의 증가율은 1981년 이후 남성의 그것을 넘었다. 1985년부터 1998년까지 주와 연방 교도소의 남성 인구는 211% 증가했는데 비해, 여성의 경우는 311% 증가했다. 지난 10년간 약물범죄로 주교도소에 수용된 여성의 수는 거의 450% 증가했다. 여성 범죄자들은 141개의 여성기관과 161개의 혼성시설에 구금된다. 여성전용시설이 없는 어떤 주에서는 범죄자들이 주교도소의 구분된 구역에 배정되고, 어떤 여성 범죄자들은 주정부간의 계약에 의해 이웃하는 주들(neighboring states)에 수용된다. 여성 교정 시설들의 조건들이 유사한 남성시설의 경우보다 쾌적하다. 보통 건물은 층을 든 탑과 가시철조망이 없다. 그러나 적은 인구 때문에 대부분의 주들은 하나의 시설을 가지는데, 종종 도시 중심에서 멀리 떨어진 시골에 위치하고

있다.

③ 사설교도소(Private Prisons): 교도소와 구치소의 과밀과 증가하는 직원비용에 대한 하나의 반응이 납세자들의 이익과 적은 비용으로 적어도 정부의 어떤 수준만큼은 효과적이고 안전하며 인도적으로 교도소를 짓고 관리할 수 있다고 주장하는 사기업가들(private entrepreneurs)로부터 나왔다. 사적 계약 아래 성인 중범범죄자들을 위한 전 기관을 관리하는 것은 1980년대에 시작된 새로운 접근방법이다. 1999년말 까지 30개주, 워싱턴디시(the District of Columbia), 푸에르토리코(Puerto Rico)에서 전체 177,867명의 수용자들을 수용할 수 있는 138개의 성인을 위한 사설교도소가 운영되고 있었다. 연간 10억불의 사설교도소 기업은 「미국교정회사」(Corrections Corporation of America)와 「왜컨헛교정회사」(Wackenhut Corrections Corporation)에 의해 주도되었는데, 이 양자는 합쳐서 사설교도소 기업의 시장점유율(the market share)의 사분의삼(3/4)보다 더 많다. 사적으로 운영되는 교도소들의 지지자들에 의해 주장되는 주요 이익들은 그들은 州들과 같은 수준의 관리를 보다 싸고 융통성 있게 제공한다는 것이다. 하나의 문제는 많은 “진정한 비용들”(true costs)(부가급부(fringe benefits), 계약감독(contracting supervision), 연방기금(federal grants))이 고려되지 않았다는 것이다. 존재하는 사적 시설들의 인용된 비율은 다양하다. 텍사스에서는 州가 州관리 시설에서의 일당 39.5불과 비교하여, 사적 회사에게 각 수용자에 대해 평균 일당 약 30불 정도를 지불한다. 그러나 39.5불의 숫자는 사적 회사가 관리하지 않는 「비싼 최대보안교도소」(expensive maximum security prisons)를 포함한다. 연방 일반회계국(the U.S. General Accounting Office)의 한 보고서는 테네시(Tennessee)의 유사한 교도소들-1개의 사설교도소와 2개의 정부교도소-의 한 연구에서 일당 비율은 거의 비슷하다고 했다. 교정이 교도소의 사적 소유권과 작용에 너무 지나치게 위임되기 이전에, 정치적, 재정적, 윤리적, 행정적 쟁점들이 검토되어야 한다. 사회통제 기능을 국가 이외의 개인들에게 위임하는 것이 타당한지 여부의 윤리적 의문을 포함하는 정치적 쟁점들은 가장 극복하기 어렵다. 어떤 사람들은 사법행정은 위임될 수 없는 정부의 기본 작용이라고 믿고 있다. 계약자들이 공공의 이익이 아니라 프로그램을 지속하기 위해 그들의 정치적인 영향력을 행사하려고 하기 때문에 교정정책이 왜곡될 수 있음이 우려된다. 예컨대, 그들은 높은 수용수준을 유

지할 것을 주장하고, 대부분의 문제자들(troublesome)을 공공교정제도에 내고 최선의 수용자들을 걸어내는 데에만 흥미를 가질 수 있다. 사적 교정의 재정적 가치는 아직 나타날 수 없다. 그러나 노동조합은 시설보안과 같은 다른 영역의 노동자들의 봉급, 이익, 연금은 공공부분의 그것보다 낮음 지적하면서, 공공영역에의 이러한 침입을 반대해왔다. 결국 서비스의 질, 서비스제공자들의 교정공무원에 대한 책임, 계약감독에 관련된 제 문제에 하여 의문이 제기되었다. 반대자들은 집단가정(group homes), 낮시간센터(day-care centers), 병원, 학교에서 사적으로 계약된 서비스들이 부패, 인성, 수준이하의 서비스로 인해 끝났던 많은 예를 인용한다. 민영화에 대한 논쟁은 교정으로 하여금 몇 가지 강하게 지지되었던 믿음들을 다시 생각해 만들었다. 이러한 점에서 사적 영역으로부터의 경쟁가능성은 적극적 영향을 미칠 수 있다.

3. 구치소: 지역의 교정시설

대부분의 미국인들은 구치소(jails)와 교도소(prisons)를 구분하지 않지만, 중요한 차이가 있다. 구치소는 교정의 이상한 잡종이다: 한편으로는 공판을 기다리는 사람들을 위한 구속센터이고, 한편으로는 선고받은 경범죄자들을 수용하는 형벌기관이며, 다른 한편으로는 한 종류나 다른 종류의 사회적 부적응자(social misfits)를 위한 수용시설이다. 교도소는 보통 1년 이상의 자유형을 선고받은 범죄자만을 수용한다. 미국에는 개인을 48시간 이상 구속할 수 있는 권한을 가진 구치소가 약 3,300개 있다. 대형 25개가 전국의 구치소 수용자들의 27%를 수용하고 있다. 「로스앤젤레스 郡의 남성중앙구치소」(the Los Angeles County Men's Central Jail)는 6,000명 이상을 수용하고 있다. 그러나 대부분의 구치소는 훨씬 적다: 67%는 50명보다 적게 수용한다. 적은 구치소들은 새 건물이고 몇 개 군에 걸치는 새로운 지방의 시설이기 때문에 덜 붐빈다.

구치소 인구의 가장 최근의 1일 통계는 10년간 35%가 증가한 605,943명의 수용자(성인 거주자 100,000명당 222명)였다. 그러나 구치소에서 어느 한 시점에 수용되어있는 사람들의 숫자는 완전한 얘기를 하지 못한다. 많은 사람들은 24시간보다 적게 수용되고, 다른 사람들은 선고받은 사람처럼 1년까지도 구치소에 수용될

수 있으며, 어떤 사람들은 1년 이상 동안 그들의 공판을 기다릴 수도 있다. 반전을 이 너무 커서 1년에 1300만의 미국인들이 수용된다.

많은 시민들이 교도소, 정신병원, 반집(halfway houses)의 내부보다도 구치소의 내부를 본다.

구치소는 보통 선출된 공무원들(보안관(sheriffs)이나 郡행정가(county administrators))에 의해 지역적으로 관리된다. 알래스카(Alaska), 커넥티컷(Connecticut), 델라웨어(Delaware), 하와이(Hawaii), 로드아일랜드(Rhode Island), 버몬트(Vermont)에서만 州정부에 의해 관리된다. 구치소는 전통적으로 법집행기관들에 의해 관리되어왔다. 피고인을 체포하고, 구속하며, 법원에 호송하는 기관이 그들을 수용하는 시설도 관리해야 하는 것이 합리적인 것처럼 보이지만, 일반적으로 보안관들(sheriffs)이나 그들의 대리인들은 교정에 많은 관심을 가지고 있지 않다. 그들은 스스로를 경찰관이라고 생각하고 구치소를 단순히 법집행 활동의 연장이라고 생각한다. 그러나 구치소 수용자의 거의 반은 교정당국 아래의 선고받은 범죄자들이다.

구치소의 제1차적 기능은 공판을 기다리는 사람들과 1년 이하의 자유형을 선고 받은 경범죄자들을 수용하는 것이다. 그러나 전국적으로 구치소 수용자들의 약 50%가 공판전 구속이기 때문에 이 숫자는 현혹시킨다. 어떤 주에서는 유죄선고를 받은 중범들(convicted felons)이 교도소 대신에 구치소에서 1년 이상 수용된다. 87%의 선고받은 인구를 제외하고는 구치소에 1월 미만 수용된다.

구치소(jails)와 경찰서 유치장(police lockups)은 형사피고인과 범죄자들 뿐만 아니라 사회에 의해 문제시되는 사람들을 수용한다. 형사사법제도는 따라서 정부의 다른 기관들과 연결된다. 정신적 문제를 가진 사람들이 교도소 인구의 새로운 한 부분이 되었다. 비록 불법은 아니지만 일반 시민에게 혐오감을 주는 비행(공중 방뇨하거나, 분별력을 잃어보이거나, 외설을 고함치는 등)시에 경찰에 종종 보고된다. 경찰이 그러한 상황들을 다루어야 하고 적절한 사회 서비스 시설이 제공되지 않으면 유치장이나 구치소에의 일시적인 구금이 필요할 수 있다. 이러한 상황은 이러한 "거리의 사람들(부랑자)"(street people)을 유치장에서 구치소로 옮기는 회전문에 비유되곤 했다. 법원에 출석한 후 길거리로 석방되면 그들은 또다시 그 제도를 통한 그들의 순환을 시작한다.

지속적인 수용자 순환 때문에, 또 지방통제는 비용을 낮추는데 인센티브를 주기 때문에, 교정 서비스는 보통 부족하다. 대부분의 구치소에서 오락시설(recreational

facilities)과 처우프로그램(treatment programs)이 없다. 의료 서비스는 일반적으로 최소한이다. 그러한 조건들이 구치소에 수용되어 있는 기간의 게으름(idleness)과 긴장(tensions)에 더해진다. 자살과 높은 수준의 폭력은 많은 구치소의 품목(hallmarks)이다. 어느 한 해 동안 구치소에서 죽은 사람들의 거의 반이 자살한 광범위하게 다양한 연령과 범죄전과를 가진 범죄자들의 혼합은 종종 인용된 미국 구치소의 또 다른 문제이다. 대부분의 수용자들을 일시적 수용자로 보기에 문에 보안이나 처우 목적에서도 그들을 분류하려는 시도가 거의 없다. 보다 많고, 강하고, 더 폭력적인 수용자들이 어린 범죄자들을 잘못 다룬 공포 미아가 가끔 공공의 관심을 끈다. 대부분 구치소의 물리적 조건은 노후되고, 과밀하며, 본시설부족으로 이러한 상황을 악화시킨다. 선고받은 많은 중범들이 체 조건이 나온 주교도소로 옮겨가길 바란다.

형사사법정책이 보다 처벌적(punitive)이 됨에 따라, 구치소가 교도소와 마찬가지로 과밀화되었다. 연구들은 지난 5년간 매해 평균 6% 증가했다고 보고했다. 조건물과 선서후석방 프로그램(release on recognizance programs), 다이버전(diversion), 집중보호관찰감독(intensive probation supervision), 전자감시의 가택구금(house arrest with electronic monitoring) 등의 대안에도 불구하고, 구치소 인구는 계속 증가한다. 새로운 시설을 짓는데 방 1개당 10만불 정도로 높은 비용과 1년에 수용자 1인당 약 20만불의 수용비용으로, 연간 4,500만불의 구치소 운영비용은 지방정부의 재정에 큰 부담이 되고 있다.

IV. 미국 교정의 생전

1940년대부터 1973년까지 미국에서 구금된 사람들의 숫자가 상당히 안정적이고 개개인의 성격이 거의 변하지 않았다. 1940년대와 1950년대에는 구금율이 인구 10만명당 약 110명 정도로 유지되었다. 갱생(rehabilitation)과 사회내교정(community corrections)을 강조하는 경향이 있었던 1960년대 후반의 짧은 기간 동안 구금율이 감소했다. 역설적으로 미국의 범죄가 지난 8년간 감소하고 있음에도 불구하고 교도소의 수용자수는 계속 늘고 있다.

1. 구금의 경향

매년 6월과 12월에 미국 교도소 인구의 통계가 사법통계국(the Bureau of Justice Statistics)에서 행해진다. 그림 11.1에서 보듯이, 1972년에 인구 10만명당 98명의 낮은 데서부터 구금율이 꾸준히 증가해서, 2000년 1월까지 그것은 10만명당 476명이었다. 이것은 주와 연방 교도소들의 1,276,053명의 남성과 90,668명의 여성에 해당한다. 추가적인 605,943명은 지방 구치소의 수용자들이었다.

급등하는 교도소 인구는 교정의 과밀위기를 낳았다. 많은 주에서 신입자들이 이미 불록해진 기관들에 수용된다. 어떤 범죄자들은 군구치소와 임시 지구에 수용되지만, 다른 범죄자들은 복도와 지하에 수용된다. 그러한 조건들에 직면하여, 몇몇 주의 법원들은 과밀은 헌법에 위반된다고 믿기 때문에 변화되길 요구했다.

그러나 교도소 인구의 크기와 증가는 전국에 걸쳐 고르게 분포되어 있지는 않다. 그림 11.2에서 보듯이, 가장 높은 구금율을 가진 10개주의 7개가 남쪽에 있다. 1999년에 남부는 주민 10만명당 543명의 사람들을 구금했는데, 이 비율은 전국평균 476명보다 훨씬 높은 비율이다. Arizona, Delaware, Nevada가 상위 10개주에 속하기 때문에 남부만이 높은 구금율이 아님을 뜻한다.

왜 이러한 일이 일어나는가? 범죄율(the crime rate)과 구금율(incarceration rate) 사이에 거의 관계가 없다. 그렇다면, 어떤 요소들이 증가를 설명하는가? 이러한 증가에 대해 종종 다섯 가지 이유들이 인용된다: 체포의 증가와 구금시키려는 경향, 보다 엄격해진 선고관행, 교도소 건설, 마약과의 전쟁, 州정치학.

① 증가하는 체포와 구금화(Increased Arrests and More Likely Incarceration) : 어떤 분석가들은 범죄문제에 쓰여진 수십억 달러가 성과 있다고 주장했다. 체포율, 특히 마약위반, 가중폭행, 성폭행과 같은 범죄에 대한 체포율이 증가했을 뿐만 아니라, 교도소에 보내질 가능성도 극적으로 증가했다. 1980년과 1994년(최근의 입수가 가능한 데이터) 사이에 체포 후의 구금가능성이 약물위반에는 5배, 무기범죄에는 4배, 절도(larceny-theft), 자동차절도(motor vehicle theft), 강간(rape)이 아닌 성폭행(sexual assault)에는 2배 증가했다. 단지 하나의 범죄-謀殺(murder)/非過失故殺(nonnegligent manslaughter)은 중범죄 구금감소율과 비슷했다. 교도소 선고의 가능성은 과거보다 오늘날 더 높고, 증가한 범죄자들은 보호관찰과 가석방 위반으로 교도소에 보내지고 있다. 1980년에 교도소에 들어가는 수용자들의 82.4%가

법원선고의 결과로서 바로 교도소에 갔다. 이 퍼센트는 1994년에 64.5%로 떨어졌는데, 이것은 지역사회감독의 제 조건을 위반하여 교도소로 보내진 숫자의 증가를 반영한 것이다. 앨런벡(Allen Beck)의 분석은 1980년부터 1994년까지 州교도소의 총 신입자의 수가 42% 증가한 것이 이 요인에 의할 수 있음을 보여준다.

- ② 엄격한 선고 관행(Tougher Sentencing Practices): 어떤 관찰자들은 범죄자들에게 대한 공공의 강경한 태도가 장기의 선고, 보호관찰의 유죄선고를 받은 비율이 낮은 것, 첫 번째 가석방 심사에서 석방되는 숫자가 적은 것에 반영된다고 생각한다. 지난 십수년간 주와 연방 정부는 대부분의 범죄에 대해 선고를 늘이는 법을 통과시켰다. 그러나 엄격한 선고가 보다 장기의 기간 동안 범죄자들을 교도소에 가두어두는 주요한 요인인 것 같이 보이지는 않는다. 차라리 수용된 시간의 증가량이 그 요인이다. 이제 州 수용자의 적은 퍼센트가 가석방위원회에 처음 출석하여 석방되고 있다. 석방의 숫자가 1990년에 100명의 州수용자의 37명에서 1996년에 31명으로 떨어졌다. 폭력범의 평균 수용시간은 1993년에 43개월이던 것이 1997년에 49개월로 늘었다. 보다 장기로 수용하는 것이 수용자 인구의 증가에 더 큰 원인인 것 같다.
- ③ 교도소 건설(Prison Construction): 구금의 증가율은 전국의 교도소에 추가 공간을 만드는 것과 관계있을 수 있다. 보다 처벌적인 선고정책을 선호하는 일반의 태도는 입법자들로 하여금 더 많은 교도소를 짓는 것을 승인하도록 영향을 미친다. 1990년대의 교도소 건설은 10년의 전반부 5년 동안 213개의 주와 연방 교도소를 지은 하나의 성장산업(a growth industry)이었다. 많은 주들이 대중이 더 많은 교도소 공간을 필요로 하는 처벌적 선고정책을 선호하는 것으로 보이기 때문에 교도소의 과밀문제를 해결하기 위해 지으려고 했다. 그러나 새 교도소의 영향은 꿈의 장(the Field of Dreams) 각본의 변형을 야기할 수 있다-- 교도소를 지으면 올 것이다. 조셉데이비(Joseph D. Davey)가 지적했듯이, 예술적 州교도시설이 비어있으면 형사법원 판사들로 하여금 보호관찰을 받을 수 있는 피고인을 구금시키는 것을 두려워할 수 있다. 건설비가 아마도 교도소 팽창의 가장 큰 방해요인의 하나일 것이다. 새로운 방 하나의 평균비용이 75,000불이지만, 주들이 건설비를 빌리기 때문에 그 이자를 고려하면 실제 한 방당 비용은 100,000불 이상이 됨을 뜻한다. 가설적으로 500베드 중간보안시설의 경우에, 기본 건설비는 3100만불 정

도가 될 것이다. 그러나 상응하는 교도소를 건설하고 운영하는 실제 비용은 이 기본비용에서 시작하여 설계비(architects' fees), 가구비(furnishings), 부지선정비(site preparation)을 합치면 합계 4,100만불에 이른다. 여기에 줄 잡아 한 수용자당 연간 19,000불, 전체는 연간 950만불로 추정되는 운영비(operating costs)를 합쳐야 한다. 건설과 운영을 위해 납세자가 30년간 부담해야 될 세금은 따라서 입법토론에서 언급된 3,100만불이 아니라 약 2억 5000만불이 된다.

- ④ 마약과의 전쟁(The "War on Drugs"): 1800년대 후반 이래 미국 정치의 되풀이되는 주제는 마약과의 투쟁이다. 최근의 표명은 로널드 레이건(Ronald Reagan) 대통령이 또하나의 "마약과의 전쟁"(war on drugs)을 선언하고 의회로 하여금 마약집행직원와 교도소 공간을 위해 더 많은 돈을 비축할 것을 요구했다. 이것은 많은 지역사회를 황폐화하고 살인률이 증가하는 결과를 가져온 정제 코케인(crack cocaine)의 출현에 의해 국가가 위협을 받던 시기에 나왔다. 1987년에 의회는 연방 마약법 위반에 대해 최소한의 의무적인 강경한 선고를 부과했다. 이러한 선고법이 많은 주들에 의해 모방되었다. 전쟁은 부시(Bush)와 클링턴(Clinton) 행정부에 계속되어, 두 대통령은 의회가 마약에 대한 전면적인 법집행 운동을 위해 10억 이상을 승인해줄 것을 촉구했다. "마약과의 전쟁"은 전선에서는 전국의 교도소를 마약범죄자로 채워 넣음으로써 목적이 달성되었지만, 그러나 많은 학자들은 그것이 모두라고 믿고 있다. 집행을 위한 추가자원과 압력으로 마약법에 대해 교도소 형이 선고된 사람들의 숫자가 꾸준히 증가해왔다. 1980년에는 州교도소에서의 처음 법원명령 1,000건 중 단지 19건이던 것이 1994년에는 1,000건당 80건으로 증가했다. 마약범으로 구금된 여성들의 숫자는 모든 비약물범죄자들의 경우에 129퍼센트 증가한 것에 비해, 1986년부터 1996년까지 888퍼센트나 증가했다. 오늘날 州수용자의 21퍼센트는 마약범으로 구금되어 있고, 연방교도소에서의 퍼센트는 수용자의 거의 60%에 이를 정도로 아주 높다.
- ⑤ 주의 정치(State Politics): 구금률이 지역과 주에 따라 다양한데, 유사한 성격을 가진 주들이 왜 교도소의 사용에서 다른가? 그것은 교정정책에 지방정치적 요인들이 작용하기 때문인가? 어떤 사람들은 주마다 범죄율의 차이와 구금율의 차이간에 어떤 관계--범죄가 많을수록 교도소도 많다--가 있다고 생각한다. 그러나 데이비(Davey)에 의해 알려졌듯이, 범죄율이 높은

어떤 주들이 상응하는 높은 구금율을 갖고 있지 않다. 유사한 사회적 및 인구통계적 특성--가난, 실업, 인종적 혼합, 마약체포--을 가지는 경우에도 구금율에서의 차이를 설명할 수 없었다. 예컨대, North Dakota와 South Dakota는 유사한 사회적 성격과 범죄율을 가지지만, South Dakota의 구금율은 1972년부터 1992년까지 300% 증가했고, 오늘날 North Dakota에서 조사된 것의 3배를 유지하고 있다. Connecticut와 Massachusetts, Arizona와 New Mexico, Minnesota와 Wisconsin주와 같이 인접하고 유사한 주들에서 높은 범죄율을 가진 주가 낮은 구금율을 가지고 있다. 1980년대 이래로 대부분의 정치가들은 대중들이 "범죄에 강경"(tough on crime)해질 것을 요구한다고 느꼈다. 주지사(Governors)나 입법자들이 범죄에 대한 한 방법으로서 선고를 강경하게 하고 구금을 더 많이 사용하도록 하는 것을 가했다. Davey는 "법과 질서"(law-and-order) 주지사를 뽑은 7개 주에서, 범죄율의 변화에 관계없이 구금율에 급격한 증가가 있었음을 발견할 때, 처벌적인 정책을 주장한 주지사가 있는 인접 주들에서는 구금율이 낮아지지 않았다.

2. 교정정책의 경향

범죄와 형벌에 대한 대중의 현재 태도, 범죄의 공포, 교도소 공간의 확장을 고려하면, 구금율이 높을 것 같다(What Americans Think 참조). 아마 이러한 형태의 형벌의 비용이 납세자의 호주머니에 강한 영향을 줄 때에만 구금에 대한 태도를 더 강조하면서 태도와 정책이 변화할 것이다. 그러나 The Policy Debate에서 논의했듯이 많은 사람들은 필요에 상관없이 구금을 많이 사용하게끔 권유하는 어떤 "교도소-상업복합체"(prison-commercial complex)가 존재한다고 믿고 있다.

3. 수용자 (Who is in Prison?)

전국 교도소 수용자의 특성은 무엇인가? 대부분의 범죄자들이 중한 범죄의 오랜 기록들을 가지고, 경미한 범죄를 저지른 초범 수용자의 숫자가 상당한가? 모든

수용자들이 구금을 필요로 하는가?

대부분의 수용자들은 20대 후반이나 30대 초반의 남성이고, 고등학교 교육보다 낮은 학력이며, 불균형하게도 소수자 그룹의 구성원들이다.

가장 최근의 연구는 상습범이고 폭력범의 유죄판결을 받은 수용자들이 교도소 인구의 주도적인 부분을 구성한다. 수용자의 60% 이상이 적어도 두 번 구금되었거나 보호관찰을 받았고, 수용자의 45%는 3번 이상, 거의 20%는 6번 이상이었다. 수용자의 2/3은 현재 폭력범의 선고를 받고 수용되어 있거나 과거에 폭력범으로 유죄선고를 받은 적이 있었다. 이러한 것은 전 수용자의 약 40%만 그러한 범죄를 저질렀던 지난 수십년간의 교도소 인구로부터의 주요한 움직임이다.

교도소 인구에서의 변화 이외에도, 4가지 추가요인들이 교정 작용에 영향을 준다 : 노인 수용자 숫자의 증가, '선천성면역결핍증'(acquired immune deficiency syndrome ; AIDS)이나 AIDS의 원인이 되는 '면역부전'(the human immunodeficiency virus ; HIV)를 가진 많은 수용자, 정신적 질환이 있는 수천 명의 수용자들, 장기의 구금형을 선고받은 수용자 숫자의 증가.

① 노인수형자(Elderly Prisoners): 교정 공무원들은 최근에 55세 이상의 수용자의 숫자가 늘어가는 것을 알게 되었다. 그 숫자는 이제 3만명 이상인데, 그 중에 75세 이상이 약 1,000명이다. 이 수용자들의 약 반은 장기형을 복역하고 있고, 나머지 반은 늦게 범죄를 저질렀다. 비록 노인 수용자들이 아직 전 수용자 인구의 적은 부분을 구성하고 있지만, 그 숫자가 4년마다 배가 되고 다음 10년안에 교정의 주요한 문제가 될 수 있다. 노인 수용자들은 일반 수용자들과 달리 안전과 치료받을 필요가 있다. 일련의 주에서는 그들이 보다 젊고 거친 수용자들과 섞이지 않도록 시설의 특별구역이 이 노인 인구를 위해 지정되었다. 노인 수용자들은 심장병(heart disease), 뇌졸중(stroke), 암(cancer)과 같은 만성적 질환을 앓고 있을 가능성이 많다. California에서 55세 이상의 수용자들을 위한 연평균 유지 및 의료비는 보통의 2배인 46,800불이다. 노인 구금의 역설(paradox)은 교도소에 있는 동안 범죄자의 생명이 연장될 것이고, 그의 의료관리는 방면될 때보다 훨씬 더 나올 것이다.

② 후천성면역결핍증 수형자(Prisoners with HIV/AIDS): 앞으로 몇 년간 AIDS가 35세 이하의 남성 사이에 첫째가는 사망 원인이 될 것이다. 35세 이하의 성인 수용자 인구의 68%와 더불어, 교정공무원들은 AIDS 뿐만 아

나라 HIV의 문제, 기타 건강의 쟁점들도 극복해야 한다. 1998년에 4만 상의 HIV 양성 수용자들(교도소 인구의 2.3%)과 거의 9,000명의 AIDS 죄자들(교도소 인구의 0.5%)이 있었다. 주와 연방 교도소에서 확인된 사례의 비율이 전 미국의 인구에 비해 6배나 더 높다. 900명 이상의 수가 1996년에 구금 중에 AIDS로 사망했는데, 이것은 수용자 사망의 원운데 두 번째로 많은 단일 사유이다. HIV 감염된 많은 수용자들이 전지 않고 있기 때문에 이들 숫자는 문제의 범위를 과소평가하는 것 AIDS 징후나 바이러스 양성반응(test positive for the virus)을 하는 자들을 다루기 위해 교도소 공무원들은 질병의 전염을 막는 방법, 수용자들의 수용, 모든 증상을 나타내는 수용자를 위한 의료관리에 관한 것들을 개발할 수 있다. 행정가들은 시설이 어떠한 조치를 취해야 할지 결정할 때 일단의 법적(legal), 정치적(political), 의료적(medical), 예산(budgetary), 태도상의(attitudinal) 요인들과 직면하고 있다. 그러한 쟁점의 하나가 A Question of Ethics에서 피력된다.

- ③ 정신질환 수형자(Mentally Ill Prisoners): 1960년대에 정신질환자를 공공병원들이 대량 폐쇄되기 시작했다. 그 당시에 지역사회에서 환자 치료하기 위해 만든 새로운 항정신성 의약품(antipsychotic drugs)이 정신의 입원에 대한 보다 인간적이고 덜 비싼 대안으로 보였다. 그러나 약이 효과적이지 않고 정신질환자를 보조하기 위해 진료실(clinics)과 반집(hall houses)이 있어야만 지역사회 처우가 작용함이 곧 명백하게 되었다. 훨씬 많은 정신질환자들이 州병원(62,000명)보다 전국의 구치소와 교도소(거의 30만명)에 수용되어 있다. 정신질환자의 구금율이 일반 인구의 4배이다. 3천명의 정신질환 수용자를 가진 New York City's Rikers Island와 같은 어떤 교정기관들은 州의 가장 큰 정신치료 시설이 되었다. 지난 10년 이상 Connecticut의 교도소 인구의 정신질환자 비율은 20%로 40%로 되었다. Los Angeles에서 郡구치소에 들어가는 50%가 정신질환자로 확인된다. 어떤 수용자들은 구치소나 교도소에서 받는 정규 약물 치료로부터 이익을 받지만, 다른 수용자들은 구금의 스트레스로 더 많은 우울증(depressions)하게 되고, 망상의 강도가 높아지거나, 종종 정신분열(mental breakdown)을 초래하기 때문에 고통스러워한다. 많은 수용자들이 자살을 시도한다.

- ④ 장기수(Long-term Prisoners): 서구의 다른 국가보다 미국에서 더 많은 수용자들이 장기형을 복역하고 있다. 초범자의 평균은 약 22개월 수용되고, 약 10만명 이상인 총 수용자의 11-15%로 추산되는 수용자가 교도소에 7년 이상 수용될 것이다. 약 9%가 종신형(life sentences), 24%는 25년 이상의 형을 복역하고 있다. 이들 장기수들은 종종 수반되는 모든 문제를 가진 노인 수용자가 될 바로 그 사람들이다. 장기수들은 일반적으로 통제문제(control problem)로 보이지는 않는다. 단기의 수형자에 비해 약 반정도 자주 규율위반으로 징벌을 받는다. 그러나 장기수들은 오랜 기간 거기에 있을 사람들에게 교도소 생활이 살만하도록 만들 방법을 찾아내야만 하는 행정가들을 위한 관리문제(management problem)를 나타낸다. Timothy Flanagan(1991), an authority on long-term inmates에 의하면, 행정가들은 주요 3가지 원리를 지킬 필요가 있다: 첫째, 수용자가 생활환경에서 선택을 행사할 기회를 극대화한다. 둘째, 의미있는 생활을 위한 기회들을 만든다. 셋째, 수용자가 바깥세계와 접촉을 유지할 수 있게 돕는다. 대부분의 장기수들은 그들의 황금기를 구금으로 보낸 뒤 결국 석방될 것이기 때문이다. 범죄자들이 50, 60, 70의 나이에 지역사회에 되돌아갈 때 스스로를 먹여 살릴 수 있을까? 과밀 시설들의 맥락에서 현재의 수용인구는 교정 직원들에게 몇 가지 도전(challenges)을 제공한다. 대부분의 수용자들을 위해 갱생 프로그램을 제공하기 위한 자원(resources)이 부족할 것이다. 비록 자원이 있더라도, 안전하고 건강한 환경을 유지하려는 목표는 직원의 능력을 비난할 것이다. 이들 어려움이 AIDS 존재와 노인과 장기수 숫자의 증가에 의해 훨씬 배가된다. 현재의 교정 제도는 폭력 성향이 있는 다른 유형의 수용자를 다루어야 하고, 인종갈등(racial tensions)이 큰 교도소 사회를 다루어야 한다. 어떻게 이 교정적 도전을 잘 충족하느냐는 미국 사회에 중요한 영향을 줄 것이다.

V. 결론

우리나라와 같이 자유민주주의 체제를 유지하고 있는 미국에서의 교정제도의 배경, 장단점, 문제점에 대한 개선책, 정책방법의 비교연구는 우리나라 교정제도를 다른 시각에서 비판적으로 재검토하여 앞으로 우리나라 교정제도의 입법론, 교정

행정의 개혁, 기타 교정정책의 방향제시에 도움을 줄 수 있다. 예컨대, 미국에서의 교정제도상의 역기능적인 면을 가져오게 한 변수의 발견과 우리나라의 그것과의 비교는 외국법제도의 우리나라에의 계수에 신중을 기하게 한다. 그리고 미국에서 최근에 많이 거론되는 노인 수용자, 후천성면역결핍증(AIDS)자, 정신질환 수용자, 장기수 등의 문제에 대한 논의는 우리에게도 시사해 주고 있다.

참고 문헌

- 정 완, (1998. 4), 「인터넷과 형사정책정보 검색편람」(연구보고서 97-02), 서울: 한국형사정책연구원.
- 한국형사정책연구원 편, 「연구보고서」 시리즈 기타.
- 菊田幸一/山田道郎, (1999), 「受刑者の人權と法的地位」(明治大學社會科學研究所叢書), 第1版, 東京: 日本評論社.
- 藤本哲也, (1991), 「刑事政策の新動向」, 東京: 青林書院, 初版.
- 平野龍一/高澤幸子 譯, (1984), 「アメリカの刑事司法: 犯罪學Ⅱ」, 初版, 東京: 有信堂, (Sutherland, E. H./Cresscy, D. R., *Criminology, Part II: The Processing of Delinquency and Crime*, 10th ed., J. B. Lippincott Co., 1978.).
- Bemamati, Dennis C./Schultze, Phyllis A./Bouloukos, Adam C./Newman, Graeme, R. (1998). *Criminal Justice Information: How to Find It, How to Use It*, Phoenix, Va.: The Oryx Press.
- Blumberg, Abraham S. (1979). *Criminal Justice: Issues & Ironies*, 2nd ed., N.Y.: New Viewpoints.
- Cole, George F./Smith, Christopher E. (2002). *Criminal Justice in America*, 3rd ed., Wadsworth: Belmont, Calif.
- Inciardi, James A. (2002). *Criminal Justice*, 7th ed., N.Y.: Oxford University Press.
- Palmer, John W./Palmer, Stephen E. (1999). *Constitutional Rights of Prisoners*, 6th ed., Cincinnati: Anderson Publishing Co.
- Schmallegger, Frank, *Criminal Justice Today: An Introductory Text for the 21st Century*, 4th ed., Upper Saddle River, N.J.: Prentice-Hall, Inc. 1997.
- Senna, Joseph/Siegel, Larry J. (1995). *Introduction to Criminal Justice*, 4th ed., St. Paul, Minn.: West Publishing Co.
- Victor, Joseph L., *Annual Editions: Criminal Justice 1999/2000*, 23d ed., Guilford, Conn.: Dushkin/McGraw-Hill, (1999).

ABSTRACTS

The Correctional System in the U.S.A.

Byung-Moon Ch

This paper was focused on the pressing issues of the U.S. correctional system. The outlines of the paper is as follows: Chap. 1. Introduction, Chap. 2. The Development of Corrections in the U.S., Chap. 3. Organization of Corrections in the U.S., Chap. 4. Issues in the U.S. Corrections, Chap. 5. Concluding Remarks.

The findings can be summarized as follows: From the colonial days to the present in the United States of America, the methods of criminal sanctions that are considered appropriate have varied. The development of the penitentiary brought a shift from corporal punishment. The Pennsylvania and New York systems were competing approaches to implementing the ideas of the penitentiary. The Declaration of Principles of 1870 contained the key element for the reformatory and rehabilitation models of corrections. The administration of corrections in the United States is fragmented in that various levels of government are involved. Jails, which are administered by local government, hold persons awaiting trial as well as sentenced offenders. Prison populations have more than doubled during the past decade. There has also been a great increase in facilities and staff to administer them.

주제어 | 교정제도, 미국교정제도

3) Professor of Law at Sangji University, South Korea

美國의 收容者 人權

崔秉文(尙志大學校 法學科 教授)

- I. 서론
- II. 미국 수용자 인권의 배경
- III. 미국 수용자 인권의 내용
- IV. 결론

I. 서론

이 글은 미국의 교정기관에 既決囚나 未決囚로 收容되어 있는 囚人의 人權을 둘러싼 법적 논의와 동향을 관련 판례와 최근의 문헌 검색을 통해 살펴봄으로써, 우리나라 교정제도상의 收容者에 대한 인권정책의 방향에 시사를 얻고자 한 것이다. 여기서는 주로 受刑者의 경우가 연구대상이 될 것이나 때로는 未決收容者의 경우도 포함된다. 서론(I)에 이어, 미국 수용자 인권의 배경(II), 내용(III), 결론(IV)의 순서로 살펴보자.

II. 미국 수용자 인권의 배경

미국에는 주와 연방의 이원적인 형사사법제도가 있다. 법역에 따라 명칭과 구조에서 차이는 있지만, 주법원에는 제한관할권의 주법원(Court of Limited Jurisdiction), 일반관할권의 주법원(Court of General Jurisdiction), 주상소법원(Appellate Court)이 있고, 연방법원에는 연방지방법원(U.S. District Courts), 연방항소법원(U.S. Courts of Appeals) 또는 연방순회법원(U.S. Circuit Courts), 연방대법원(U.S. Supreme Court)이 있다. 주의 수용시설에는 주 지방구치소, 경죄와 중죄의 주교도소, 사회내 교정기관이 있고, 연방의 수용시설에는 연방구치소와 연방교도소가 있다.

수용자 인권의 근거로 주장되는 연방헌법 규정은 다음과 같다. ① 수정 제1조: 수용자의 종교의 자유, 언론 출판 기타 표현의 자유, 집회의 자유, 청원권 등. ② 수정 제4조: 부당한 체포 수색 압수의 금지 등. ③ 수정 제5조: 부당한 징벌이나 격리금지, 적법절차 등. ④ 수정 제8조: 잔인하고 이상한 형벌 등. ⑤ 수정 제14조 제1항: 적법절차, 평등보호 등.

1960년대까지 수형자는 시민권이 박탈된 [州의 노예]란 표현에서처럼 법적 차별을 받았고, 헌법상의 권리나 불복신청의 수단도 없었다. 연방법원은 교도소 행정에 대한 사법심사는 교도소의 안전을 침해할 수 있다고 보아 [不干涉主義](hands-off doctrine)를 취했다. 州에는 시민권을 보호하는 헌법이 있었으나, 수형자는 [市民的 死者](civilly dead)로 취급되었다. 수형자의 권리는 주로 1871년의 연방시민권법(Federal Civil Rights Act)이 다루어 왔다. Monroe v. Pape (1961) 판례는 법원이 수형자 소송에 문호를 열고 시민권법을 엄격히 적용한 최초의 사례이다. 이것은 연방헌법 수정 제14조의 적법절차 권리를 침해한 직원에 대해

향소된 州당국에 시민권법이 적용된 것이다.

1980년의 [교도소 구치소연방기준](Federal Standards for Prisons and Jail)에서 수용자는 ① 자기 유죄나 신병구금의 적법성, ② 교정시설에서의 위법한 상태나 처우에 대한 보상, ③ 민사적 구제, ④ 교정 기타 행정 당국에 대한 헌법 법령 보통법상의 권리 주장을 포함한 모든 소송을 제기할 권리가 있고, 이에 대한 보복을 받아서는 안된다고 했다.

오늘날 수형자 권리의 3가지 원리는 다음과 같다. ① 수형자는 자유사회에서와 동일한 일정한 권리를 가진다. ② 수형자는 모든 시민권이 박탈되는 것이 아니다. ③ 교도소는 헌법이나 기본권을 침해하지 않는 한 자유재량권을 가진다.

1960년대 수용자의 인권은 黑人の 시민권 운동에 영향을 받았다. 1950년대까지는 북 서부의 州교도소 수용자의 대부분이 白人이었는데, 1960년부터 1970년에 걸쳐 남부의 州로부터 많은 인구가 유입되고 수용자의 대부분이 흑인이나 貧民으로 바뀌면서 교도소의 실태가 문체되었다. 특히 흑인회교도들(Black Muslims)은 1960년대부터 인종과 종교의 평등을 구하는 소송을 제기하면서 수형자들만이 아니라, 법률가, 교도소개선단체, 기타 일반시민들과 연계하여 수형자의 인권회복 운동을 추진하여, 결국 연방정부와 연방대법원의 同調을 얻어내게 되었다. Cooper v. Pate (1964) 판례는 수형자의 인권에 관한 최초의 연방대법원 판결이다. 여기서 연방대법원은 교도소가 회교도 수형자에게 이슬람경전(Koran)과 예배를 허가하지 않은데 대해, 교도소는 제한할 권한이 없고 수형자는 연방시민권법의 보호를 받을 권리가 있다고 판시했다.

1976년의 [시민권변호사비용지급법](Civil Rights Attorney's Fees Awards Act)은 시민권의 행사를 뒷받침했고, 1980년의 [수용자시민권법](Civil Rights of Institutionalized Persons Act)은 州의 수용자가 헌법과 연방법상의 권리박탈에 대해 [시민권]을 근거로 구제받기 쉽게 했고, 구금상황에 대해 법원에 제소할 권리를 확립했다.

연방대법원은 Johnson v. Avery (1969) 판례에서 다른 수형자의 법률문서 작성을 도와줌으로써 교도소규칙을 위반했다는 이유로 獨居收容의 징벌을 받은 경우에, 이러한 규칙은 무효라고 판시했다. Wolff v. McDonnell (1974) 판례에서는 수용시설내의 법적 부조 프로그램이 헌법기준에 미달하고 변호사와의 서신교환 규칙도 부당하다는 소송에 대해, ① 용의사건에 대한 14시간 이전의 書面告知, ② 수용자의 증인신문과 書證제출, ③ 심판에서의 수용자 청문, ④ 심판위원회의 書面宣告 등의 [최소한의 절차]가 필요하다고 하면서, "헌법과 이 나라의 교도소에 철커편은 없다"는 유명한 말을 남겼다. Bounds v. Smith (1977) 판례에서 North Carolina주가 법률관련 설비가 없어서 연방헌법 수정 제14조의 권리를 침해하고 법원에의 접근(access)을 거부했다는 청구에 대해, 연방대법원은 수용자의 입장에서 州의 법률도서관과 법률부조시설을 갖출 것을 명령했다.

Procunier v. Martinez (1974) 판례에서 법원은 전통적인 불간섭주의와 교도소의 [정당한 형벌목적]의 우위성을 인정하면서도, 지나치게 광범위한 서신검열이나 제한적인 접견 규칙은 무효라고 판시했다.

전술한 Wolff v. McDonnell (1974) 판례에서 법원은 증인喚問과 書證제출을 위해 징계심문 절차가 필요하지만, 교도관의 자유재량권에 의한 決定이 수형자의 기본권(fundamental rights)을 침해하지 않고 정당하게 행하여진다면 불간섭주의를 지지한다고 판시했다.

연방법원은 수형자에게 인정되는 헌법상의 일정한 권리를 법적 근거 없이 교도관이 처우상의 이유로 제한할 수 없게 하고 그 변경에 개입하면서, 교도소내 징벌에는 잘 간섭하지 않는다.

Turner v. Safley (1987) 판례에서는 이른바 Turner Test라는 합리적 기준(reasonableness test)이 제시되었다. 즉 교도소의 규칙에 의한 제한과 수용목적 사이의 합리적 연관성, 수형자의 소송권리 인정이 다른 교도관, 수형자, 시설에 미치는 영향의 심각성, 수형자 권리를 실현하는 다른 방법 여부 등을 따져서 판단한다.

이러한 대법원 판례의 입장을 반영하여 법령을 정비한 州도 있다. 예컨대, Illinois주는 1973년에 [통일교정법](Uniform Code of Corrections)을 제정하여, 라디오, TV, 법률서적, 정신장애 수형자의 처우에 관한 징벌절차를 마련했고, California주는 1975년까지 교도소장이 교도소 규칙을 개정하거나 새 규칙을 제정할 수 있게 했으며, Connecticut주는 대법원보다 앞서 輕警備시설에서 重警備시설로 移送한 懲罰에 대해 제소권이 있다고 규정하였다.

[미국변호사협회](American Bar Association; ABA)는 1970년 Washington, D.C.에 [교정시설자문위원회]를 창설했다. [전국형사사법자문위원회]는 1973년에 제출한 [교정보고서]에서 수형자의 권리기준을 명확히 했고, 미국변호사협회도 1977년에 수형자의 법적 지위에 관한 기준초안을 발표했다. 1974년 현재 24개 주변호사협회가 교정위원회를 만들었다. [전국교정협회](The National Institute of Corrections; NIC)는 수형자의 인권활동에 기여했다. 예컨대, 시설내의 법제도 조사, 회의, 훈련 등을 지원하고, [지역사회사법센터](Center for Community Justice)와 협력하여 수형자 고충처리를 도와주는 기구를 설치하였으며, 근래에는 교도소에 대한 재판명령을 효과적으로 조정하는 특별직원을 두고 있다.

수형자의 선거권, 공무원자격, 기타 자격상실 여부는 연방대법원이 아니라 州의 헌법이나 법률에서 결정할 문제로 보고 있다. 중대범죄자의 경우에 계약권, 訴權을 포함한 [모든 권리]를 박탈한 州도 있지만, 대부분의 주에서는 주와 연방의 [선거권]을 수용중이나 이후에도 박탈하고 있고, 직접적인 규정이 없는 주에서도 사실상 투표권을 박탈하고 있다. In Ray v. Commonwealth of Pa (1967) 판례에서는 수형자의 [선거권] 기타 공민권 박탈은 헌법이 보장하는 [기본적 인권적 최소한의 권리] 박탈에 해당되지 않는다고 판시했다. 이후에 선거권을 주는 것이 바람직하다는 Kramer v. Union Free School District No.15 (1969) 판례도 있지만, 연방대법원은 Richardson v. Ramirez (1974) 판례에서 연방헌법 수정 제14조가 수형자의 선거권 박탈을 인정하고 있는 것이라고 판시했다. 그러나 1978년의 [통일법자문위원회의 모범양형 교정법](Uniform Law Commission's Model Sentencing and Correction Act)이나 1981년의 [미국변호사협회의 수용자법적지위표준](A.B.A. Standards Relation to the Legal Status of Prisoners)은 수용자에게 [선거권]을 인정할 것을 권고하였다. 투표사기(voting fraud) 등을 제외한 일반 범죄자로부터 선거권을 박탈할 이유는 없다고 보는 것이다.

미국에서는 수용자 인권에 관한 법원의 역할과 관련하여 [解釋主義](Interpretivism)와 [非解釋主義](noninterpretivism)의 두 흐름이 있다. 前者는 헌법자체에서 헌법정신을 정당하게 찾아내려는 입장이고, 後者는 [적법절차]나 [잔인하고 이상한 형벌 금지] 등의 일반조항을 통해 새로운 헌법규범의 창조를 허용하려는 입장인데, 오늘날 후자의 입장이 주도적이다. 즉 1960년대까지 법원은 전자의 입장에서 수용자의 처우 기타 교도소 행정에 비전문가인 법관이 개입하는 것은 無用한 간섭으로서 바람직하지 않다고 보아 수용자 권리보장에 소극적이었으나, 이후 수용자 인권보호운동이 많은 지지를 받으면서 연방대법원도 시민의 자유에 대한 국가의 침해를 감시하고 통제하는 것이 법원의 책임이라고 보는 [사법적극주의] 입장을 취하고 있다.

III. 미국 수용자 인권의 내용

미국의 수용자 인권에 관한 法源에는 연방과 州의 헌법과 법령이 있다. 일반적으로 州法은 주교도소에, 연방법은 연방교도소에 적용되지만, 1871년의 시민권법처럼 주교도소의 수용자에게 연방법원 제소권이 인정된 경우도 있다. 교도소의 수용 상황은 輕警備(minimum security), 中警備(medium security), 重警備(maximum security), 最重警備(super maximum security) 등에 따라 다르지만, 수용자의 최소한의 인권을 침해하는 경우에는 도구나 폭동으로 연결될 수 있다. 이 장에서는 미국에서의 수용자 인권의 구체적인 내용을 잔인하고 이상한 형벌 금지(1), 교도소내 징벌과 적법절차(2), 치료받을 권리(3), 분류와 이송(4), 접견의 권리(5), 검열과 적법절차(6), 표현의 자유(7), 몸가짐과 복장(8), 수형자 조합(9), 종교의 자유(10), 사유물에 대한 권리(11)의 순서로 살펴본다.

1. 잔인하고 이상한 형벌 금지

[잔인하고 이상한 형벌]을 금지하는 연방헌법 수정 제8조는 1689년의 영국의 權利章典에서 비롯된 것인데, 이러한 규정이 모든 주헌법에도 규정되었다. 처음에는 이러한 형벌을 미국독립 이전의 [야만적 형벌]에 局限하다가, 20세기에 들어와서는 교도소의 과잉수용을 포함한 비인도적 처우도 포함하게 되었다. 시민사회에 충격(shock)을 주거나 불필요하게 잔인하거나 형벌목적을 초과한 형벌, 수형자의 신체학대, 의료조치불비, 과잉수용, 비위생적 환경 등이 문제되었다.

연방헌법 수정 제1조를 근거로 종교의 자유, 언론 출판의 자유, 독서의 권리, 면회의 권리 등이 문제되었고, 수정 제4조를 근거로 거실 안의 재물에 대한 부적절한 검사에 의한 몰수가 문제되었으며, 수정 제5조와 제14조의 적법절차 조항을 근거로 청문이나 심판의 기회를 주지 않은 부당한 징벌이나 격리가 문제되었다. 또 수정 제1조, 제5조, 적법절차 규정 등을 근거로 법률도서관 출입, 변호사와의 접견권, 원고와의 교섭에 대한 불만 등이 문제되었다.

Trop v. Dulles (1958) 판례에서 연방대법원은 戰時逃走罪로 유죄선고를 받은 자에 대한 시민권 박탈은 연방헌법 수정 제8조의 뿌리인 영국의 권리장전의 관점에서 사람의 품위를 낮추는 형벌로서 금지된다고 판시했다. 身體刑으로서 의복을 입히거나 신체상황에 주의하는 [채찍질형]이 이전에 허용된 적이 있었으나, 이제는 [잔인하고 이상한 형벌]로서 전면 금지되었다.

Holt v. Sarver (1970) 판례에서 연방지방법원은 Arkansas州 교도소의 현실이 일반시민에게 충격(shock)을 줄 정도로 열악하여 전체적으로 [잔인하고 이상한 형벌]에 해당되므로 헌법상 인내할 수 있는 수준까지 개선되지 않는 한 수용해서는 안된다고 판시했다. 이것은 법원이 헌법상의 구제를 동기로 교도소를 폐쇄한 최초의 사례이다.

Bell v. Wolfish (1979) 판례에서 법원은 뉴욕시교정센터(Metropolitan Correctional Center in New York)에서 1인용 거실에 2인을 수용하는 것은 인간의 품위, 사생활(privacy), 개인의 안전, 인간성을 부정하는 것으로서, 학대가 없었더라도 수용자가 이러한 상태에 놓여져 있는 사실만으로 [잔인하고 이상한 형벌]에 해당한다고 판시했다.

연방대법원도 Rhodes v. Chapman (1981) 판례에서 Ohio州 重警備교도소에서 獨居室의 2인용침대(double bed)에 2인을 수용한 것은 시민의 최저생활 요건을 박탈하고 현대의 품위 기준에서 [잔인하고 이상한 형벌]에 해당한다고 판시했다. 이것은 과잉수용이 연방헌법 수정 제8조에 위반한다고 본 최초의 연방대법원 판결이다.

그러나 법원이 연방헌법 수정 제8조를 근거로 위헌판결과 州교도소 개선명령을 내리더라도 예산이 따르지 않으면 실효성이 없다는 문제점이 있다.

교도소내에서 문제 있는 수형자를 다른 수형자와 격리하여 따로 獨居收容하는 懲罰로서의 [隔離收容]이 [잔인하고 이상한 형벌]에 해당되는지 여부가 문제된다. 격리수용은 채찍질보다 가혹하고, 사람의 품위기준을 내리며, 인간성을 무시하고, 비인도적이며, 불필요하게 잔인하다는 등의 이유로 違憲 논의가 제기되어 왔으나, 대부분의 법원은 격리수용이 合憲이라고 판시했다. 규율위반에 비례하는 부가적 징벌로서의 격리수용은 필요하다고 본 것이다.

그러나 Johnson v. Anderson (1974) 판례에서 법원은 청결한 거실이라도 다른 수형자와의 접촉이나 거실 밖에 나갈 기회를 박탈하는 격리수용은 잔인한 형벌이라고 판시했다.

Hutto v. Finney (1978) 판례에서 대법원은 Arkansas州 교도소의 8-10feet 창없는 거실에 不定期 격리수용한 것은 그 자체가 연방헌법 수정 제8조에 위반된다고 판시하면서, 격리실에서 잔인하고 이상한 형벌의 방지책을 州에 요구했다.

구체적 違憲 사례를 보면, 화장실이나 물 없이 13일간 수용한 경우, 운동기회를 박탈한 경우, 사형수의 목욕, 운동 등에 하루 15분밖에 허용하지 않은 경우 등 다양한데, 그 기준은 불명확하다.

[전국범죄 비행협의회](NCCD)가 권고한 격리수용의 기준은 다음과 같다. ① 격리수용자에게 적어도 1일 2500kcal의 식사를 제공하고, ② 격리실이 시설내의 다른 거실과 같은 넓이에 낮에는 밝고 쾌적한 실내온도를 유지하고, ③ 화장실, 도시락, 음료수, 세탁수도 일반수용자와 같은 정도로 공급하며, ④ 통상의 의복도 격리수용자 보호의 경우를 제외하고는 박탈할 수 없다.

격리수용기간의 제한이 제정법이나 교도소규칙에 규정되어 있어야 한다. [미국교정협회]의 편람에는 30일 이내의 격리수용 기간을 규정하고 있다.

미국변호사협회가 1981년에 제시한 [수용자법적지위표준](Standard for Legal Status of Prisoners)은 다음과 같다. ① 교도소 수용으로 모든 헌법상의 보장이 상실되는 것은 아니다. ② 그러나 보안, 내부규율과 질서유지라는 시설의 기본목적에 위해서는 수용자의 헌법상 권리를 제한할 필요가 있다. ③ 교도소 운영에 필연적으로 따르는 어려움 때문에, 교도소장에게는 시설의 목적달성에 필요한 정책을 시행하기 위한 폭넓은 재량권이 주어져야 한다. ④ 마찬가지로 교도소장에게 내부규율과 질서유지, 헌법상의 보장에 필요한 정책을 시행하

기 위한 폭넓은 재량권이 인정되어야 한다.

연방사법성이 1980년에 작성한 [연방수용자 구치소표준](Federal Standards for Prisons and Jail)에는 시설내에서의 금지행위와 처벌범위를 규정하고 있다. 즉 시설의 질서유지나 프로그램 운영에 직접적으로 유해한 영향이 미친다고 증명될 수 있는 행위만을 금지하고 그 처벌범위를 명시하였으며, [수용자행위준칙](written rules of inmate conduct)의 成文化를 권고했다.

연방대법원은 수용자가 정신이상자로 분류되어 처리되지 않도록 수용자의 자유권을 인정하고 있다. 州는 수용자를 정신병동에 수용하기 전에 적법절차를 보장해야 한다.

수용자가 검열을 받지 않고 서신을 발신할 권리가 있음이 연방헌법 수정 제1조를 근거로 인정되므로, 교도관이 검열하는 경우에는 적법절차를 보장해야 한다.

연방헌법 수정 제14조의 적법절차 조항은 수용자의 법적 권리를 논하는데 기본이다. 형사 재판이나 행정처분을 내리기 전에 이 원칙은 엄격히 적용되어야 한다. 교도소 행정에서는 특히 징벌과 분류 이송 결정에서 중요한 의미가 있다.

2. 교도소내 징벌과 적법절차

교도소에 수용되면 일반시민이 당연히 가지는 기본권을 많이 상실하게 되지만, 헌법상의 적법절차 보장이 박탈되는 것은 아니다. 교도소의 규칙이나 불문율에 의해 수용자가 불합리한 처분을 받지 않도록 하는데 적법절차 보장의 의미가 있다.

교도소내에서 징벌이 불가피하더라도 그것이 헌법상의 권리보호나 정의에 반하면 오히려 역효과다.

1970년까지 교도소내 징벌은 교도소 행정의 문제였다. 징벌절차는 교도소장, 부소장, 분류심사관, 상급교도관 등의 위원으로 구성되는 [조정위원회](adjustment committee)나 [교도소 위원회](prison board)에서 다루어졌다. 수용자에 대한 告知나 심판 없이 불공정하게 징벌이 결정되고 不服신청권도 잘 인정되지 않았다.

Goldberg v. Kelly (1970) 판례에서 대법원은 최소한의 적법절차에 죄의 고지, 청문의 기회, 증인대결권, 변호인의뢰권, 공평한 결정권자, 결정이유의 공표, 증거의 제시 등이 필요하다고 판시했다. 적법절차에 대해 어떤 법원은 수용자에 대한 告知와 공정한 위원회에 의한 聽聞의 기회가 주어지면 된다고 보았지만, 다른 법원은 7일간의 고지기간, 변호인선임권, 변호인대리권이 더 필요하다고 보았다.

[전국범죄 비행협회의]의 1972년 [모범수용자권리보호법](Model Act for the Protection of Rights of Prisoners)에는 변호인이나 수용자가 선임한 자의 출석에 의한 청문 없이 징벌이 결정되어서는 안된다고 규정하였다.

Wolff v. McDonnell (1974) 판례에서 대법원은 Nebraska州 교도소가 수형자에게 적법절차 보장없이 善時制(good-time system)의 특권을 박탈하는 징벌을 결정한 것은 잘못이라고 판시하면서, ① 24시간 이전에 위반행위에 대한 징벌을 告知하고, ② 증거사실과 징벌이유에 대한 문서를 제출하며, ③ 징벌에 대한 반론을 준비하는데 도움받을 권리, 예컨대 영어보조 등을 보장하고, ④ 수형자를 징벌하지 않으면 시설의 안전이나 교정목적에 의심없이 위험하

다는 증거와 서면을 교도소측에 제출시킬 권리 등을 보장할 것을 권고했다. 그러나 징벌심판을 교도소내의 재량권 행사로 보아 중대한 경우를 제외하고는 수용자의 대결권, 반대신문권, 변호인선임권 등을 인정하지 않았다. 이것은 수형자에게 징벌을 내리기 전에 최소한의 적법절차를 州가 보장해야 함을 인정한 최초의 대법원 판결이다.

Baxter v. Palmigiano (1976) 판례에서 대법원은 교도소내의 징벌심판에서 州범죄에 해당하는 경우에도 수용자에게 변호인과 상담할 권리는 인정되지만 변호인 선임권은 인정되지 않는다고 판시했다. 다만 나중에 이 증거로 형사처벌될 수도 있을 경우에는 특권이 주어져야 한다고 보았다.

Chavis v. Rowe (1981) 판례에서 연방항소법원은 징벌심판에서 무죄의 증거가 제출되지 않은 것은 誤審이라고 판시했다.

Ponte v. Real (1985) 판례에서 법원은 징벌심판에서 증인을 구하는 수형자의 요구를 거부한 경우에는 그 이유를 수형자에게 알려주어야 하지만, 요구 당시에 문서로 준비할 필요는 없다. 그러나 그 사건이 법원에서 再審判되고 교도소 행정기록에 그 사실이 기재되어 있지 않다면 거부이유를 서면으로 준비해야 한다고 판시했다.

오늘날 행정기록이나 제정법에 의한 적법절차권의 보장에 미국변호사협회 표준 등이 기여했다.

1980년의 [연방기준]에는 수용자 행동준칙의 제정, 징벌대상의 범위 절차 등의 고지, 경미한 비품행처리지침, 징벌위원회에의 보고사항, 고지와 10일 이내의 이의신청, 심사의 방침 절차, 심사에서의 증인호출 서증제출권 등이 규정되어 있다. 그리고 징벌위원회의 심사를 거쳐 규칙위반이 인정된 후에 격리수용되는데, 그 기간은 1단계 15일 이하, 중대한 경우 30일 이하이다. 격리실은 건강하게 유지 관리되고, 충분한 의류가 주어지고, 自傷행위의 위험이 없는 한 기본적 私物이 인정되고, 일반수용자와 마찬가지로의 의류 침구 아마섬유(linier)가 지급되고, 목욕 세탁 이발 등이 허용되며, 적어도 1주 5일, 1일 1시간 이상 거실 밖에서 운동이 허용된다. 30일 이상의 격리수용에는 개인면접 기타 심리학적 평가가 실시되어야 한다.

징벌절차는 주나 시설에 따라 다르지만 일반적인 경우는 다음과 같다. 즉 수용자의 교도소 규칙위반을 이유로 교도관 등이 징벌심판의 訴를 제기하면 통상 1주에서 1월 이내에 교도소 징벌위원회가 수용자를 소환하여 징벌사실을 고지하고 변명의 기회를 준다. 이 때 일련의 판례에서 인정한 최소한의 적법절차를 보장해주어야 하고, 당해 사건의 조사 청문을 유예하는 경우에는 그 사이 부당한 징벌을 부과할 수 없고 이전과 동일한 상태로 처우해야 한다.

3. 치료받을 권리

적당한 치료를 받을 수용자의 권리는 미국의 보통법(common law)이나 제정법에서 인정되어 왔고, 국제연합의 [최저기준규칙]에서도 이를 규정하고 있다. 의료가 결여된 수용은 잔인하고 이상한 형벌에 해당한다.

Newman v. State (1977) 판례에서 법원은 치료를 받을 수형자의 헌법상의 권리를 인정했

다. 즉 Alabama州 교도소의 의료조치가 "거칠고" "寒氣를 느끼는 충격"으로서 연방헌법 수정 제8조에 위반된다고 하면서, 시설내의 긴급조치 不備, 직원의 수준, 의료품 부족 등을 연방정부의 의료프로그램 기준에 만족하도록 개선할 것을 명령했다.

Freeman v. Lockhart (1974) 판례에서 항소법원은 결핵환자와 함께 구금되어 감염된 경우에는 시민권법 제1983조의 불복신청 사유에 해당된다고 판시했다.

Estelle v. Gamble (1976) 판례에서 대법원은 교도소 작업 중에 수형자가 입은 중상의 골절에 대해 의료조치는 있었으나 적당한 의료조치 없이 방치한 경우에, 이를 고의로 태만히 하면 불필요하고 이유 없는 고통으로서 연방헌법 수정 제8조의 잔인하고 이상한 형벌에 해당되지만, 이 사례처럼 부주의로 충분한 조치를 취하지 않은 경우는 해당되지 않는다고 판시했다.

한편 강제적 의료조치를 거부할 권리가 있는지 여부가 문제된 경우도 있었다. Peek v. Ciccone (1968) 판례에서 법원은 교도소 의무관이 지시한 정신안정제를 수형자가 거부하자 의사 아닌 교도관이 강제로 주사한 것은 이상한 형벌에 해당하지 않는다고 판시했다. 의무관이 지시한 공인된 정신안정제의 주사는 형벌이 아니기 때문이다.

치료를 거부할 권리나 치료할 권리의 문제는 특히 교도소의 정신위생 분야에서 증가하고 있다. Wyatt v. Stickney (1972) 판례에서 법원은 강제적 정신치료를 받을 헌법상의 권리를 환자에게 인정했고, 시설의 최저기준으로 인간미 있는 정신적 물리적 환경, 충분한 직원, 개별적 처우계획 등을 제시했다.

Rouse v. Cameron (1966) 판례는 心神障礙 때문에 처벌되지 않는 자를 의료시설에 수용하는 것은 인신보호영장의 처우받을 권리가 수형자에게 있음을 [제정법]을 근거로 인정한 것이다. 여기서는 처우를 수반하지 않는 구금이 [헌법]상의 적법절차, 평등한 보호, 잔인하고 이상한 형벌 조항에 문제될 수 있음을 시사했다.

Welsch v. Likins (1974) 판례에서 법원은 수용자의 치료받을 헌법상 권리를 명백히 하고 지역사회에서의 비형벌적 보호를 위한 州의 노력을 기대했다.

오늘날 수용된 알콜중독자, 마약중독자, 후천성면역결핍증(AIDS) 환자에 대한 불충분한 조치가 연방헌법 수정 제8조에 위반되는지 여부가 문제되고 있지만, 법원은 인정하고 있지 않다.

4. 분류와 이송

징벌로 이송되거나 州法이나 교도소규칙에서 그 재량권이 제한된 경우를 제외하고는 수용자 이송에 대해 교도관의 자유재량권이 인정된다.

교도소의 수용자 분류처우나 특별교도소 정신병원 기타 시설에 이송하는 경우에 적법절차의 보장을 법원에 청구할 수 있다.

Cloncy v. Richardson (1974) 판례에서 지방법원은 수용조건이 많이 달라지는 행동제한 프로그램에 강제로 이송하는 경우에는 최소한의 적법절차를 보장해야 한다고 판시했다.

Meachum v. Fano (1976) 판례에서 대법원은 2개월반 동안 교도소 안에서 9번의 화재가 발생한 후 교도소분류위원회에서 문제되어 수형자를 이송한 경우에 이것은 적법절차의 [자유이익](liberty interest)을 침해한 것이 아니라고 판시했다. 즉 자유형은 교도소를 특정하지 않고 선고되므로 이송은 교도소의 자유재량에 속하는 것으로서 수형자의 자유를 침해하는 것이 아니라고 본 것이다.

Montanye v. Haymes (1976) 판례에서 대법원은 1971년의 이송 후 Attica 교도소에서 다른 교도소로 심판 없이 재이송한 것이 '실질적으로 참기 어려운 결과'이더라도 적법절차 조항을 위반한 것은 아니라고 판시했다.

Vitek v. Jones (1980) 판례에서 대법원은 告知나 심판 없이 수형자를 州정신병원에 강제 이송하는 것은 연방헌법 수정 제14조의 적법절차 조항에 위반된다고 판시했다. 당시 Nebraska주법에는 교도소 안에서 심신장애의 수형자를 처우할 수 없다고 의사가 판단하면 당국이 이송할 권한이 있었으나, 이 때 수형자에게 적법절차 보장 없이 심신장애자로 분류하여 강제로 정신병원에 이송해서는 안된다고 본 것이다. 이 경우의 자유상실은 더 심각한 것이기 때문이다.

Olim v. Wakinekona (1983) 판례에서 대법원은 문제의 수형자를 Hawaii州 교도소에서 이송심판하여 California州 重懲備교도소로 이송한 것은 교도소 당국의 재량권에 속하는 것으로서 적법절차에 위반한 것이 아니라고 판시했다.

Hewitt v. Helms (1983) 판례에서 대법원은 집행상의 이유로 수형자(A. Helms)을 이송한 후 격리수용한 것은 연방헌법 수정 제14조의 적법절차에 위반한 것이 아니라고 판시했다. 여기서 적법절차의 충족 여부를 판단하기 위해 2단계의 심사를 했다. ① 먼저 憲法과 州法을 검토했다. 당시 Rehnquist 대법관은 [교도소의 자유재량권]과 [수형자의 인내] 사이에 균형(balance)이 필요한데, 이 경우는 전자의 교도소 자유재량으로 보았다. ② 다음에 수형자에게 행한 절차를 검토했다. 이 때 수형자(A. Helms)의 [개인이익]과 교도소 수용자들의 [일반이익] 사이의 균형이 문제되는데, 다수의견은 교도소 통제라는 후자의 이익이 더 크다고 보았다. 그러나 이러한 심사방식에는 다음과 같은 문제점이 있다는 비판이 있다. ① 수형자의 헌법상 권리를 최소한이라고 보고 있고, ② 권력쪽의 균형이며, ③ 교도소 재량권을 견제하려는 법원이 수형자 학대를 중시하지 않는 점 등이다.

5. 접견의 권리

(1) 가족 친구와의 접견

수형자의 가족이나 친구가 수형자를 접견할 권리는 연방헌법 수정 제14조가 보장하는 기본권이다. 한편 접견은 권리가 아니라 특권(privileges)이므로 가족이나 친구와의 접견 거부는 헌법상의 문제가 되지 않는다는 판례도 있다. 그러나 수형자와 접견인이 다른 人種이라는 이유로 접견을 거부했다면 연방헌법 수정 제14조를 위반한 것이다.

[미국변호사협회의 표준]과 [통일주법위원회의 모범양형 교정법](Uniform State Law Commissioners, Model Sentencing and Corrections Act)은 [접견의 권리]를 인정하는 제정법을 권고하고 있다. 또 교정직원이 접견에 대해 관대하게 다루는데 그치지 말고 가족접견을 우선할 것을 권한다. [미국변호사협회의 표준]은 보안의 필요성을 인정하면서도 즐겁고

은밀한 접견장소가 시급하고, 교정직원도 대화를 엿듣거나하여 사생활을 침해하지 말 것을 권고하고 있다.

[연방기준]에서는 사생활(privacy)을 보호해주고, 대화를 엿듣지 않으며, 보안상의 위험이 없으면 접견인과의 신체적 접촉(physical contact)도 허용한다. [미국교도소협회](The America Prison Association)는 접견을 통해 가족과 접촉을 유지하는 것이 가석방(parole) 성공에 필수적이라고 보고 있다. 시설의 종류에 따라 접견의 조건도 다르지만, 접견은 일반적으로 거실같은 접견실이 이용된다. 접견은 매일 허용되고 아이들이 접견하기 쉽도록 배려해야 한다.

Agron v. Montanye (1975) 판례에서 법원은 종교상의 이유가 아닌 다른 이유로 가족 친구의 접견을 거부한 뉴욕주 교도소의 조치는 잘못이라고 판시했다. 교도관의 접견인 통제권과 수형자 가족 친구의 접견 필요성 사이에 후자를 더 중시한 것이다.

Briscoe v. LaHue (1983) 판례에서 지방법원은 교도소 당국이 수형자의 도주를 돕고 있다는 의심을 받는 여자친구와의 접견을 거부한 것은 연방헌법 수정 제1조에 위반되지 않는다고 판시했다. 접견의 권리는 수형자의 상황이나 형벌목적에 의해 제한될 수 있다.

Mississippi州와 California州 교도소에는夫婦접견시 수형자와 배우자의 성적 관계를 가질 수 있는 시설이 있다.夫婦접견의 기회를 주지 않은 것은 사생활(privacy)권의 침해라는 청원이 있었으나, 연방대법원은 헌법상의 권리로 인정하지는 않았다. 변호인과의 접견은 시간 장소 방법에 제한은 있지만 권리로 인정된다.

(2) 매스컴과의 접견

매스컴 관계자와 수형자의 접견이 요즈음 주요 문제가 되고 있다. 미국에서 연방헌법 수정 제1조의 언론의 자유는 모든 면담(interview)에 적용된다. 수형자와의 면담도 시간 장소 방법에 제한은 있지만 광범위하게 인정된다. 다만 특정한 수형자와의 면담은 제한되고 있다. 이것은 1971년 3명의 직원과 2명의 수용자가 언론과의 면담에서 다른 수용자를 慰勞한 것이 원인이 되어 그 수용자가 살해된 사건이 발생한 이후에 州교도소 내의 보안과 질서유지를 위해 이러한 제한이 법제화되었다. 물론 매스컴이 우편을 통한 접촉이나 교도소 방문 중에 무작위로 뽑힌 수용자들과의 면담은 허용된다.

Pell v. Procnier (1974) 판례에서 4명의 수형자가 3명의 언론인과 면담하려는 신청을 California州 교정국이 州규칙을 근거로 거부한 것이 연방헌법 수정 제1조와 제14조의 표현의 자유를 침해했다는 소송에 대해, 연방대법원은 수형자의 매스컴 접근(access)이 우편이나 가족 변호사 친구 등을 통해 가능하므로 당국의 조치는 연방헌법 수정 제1조에 위반한 것이 아니라고 판시했다.

Procnier v. Martinez (1974) 판례에서 법원은 수형자가 매스컴과 면담하는 것을 제한하는 교도소 규칙이 연방헌법 수정 제1조의 표현의 자유를 침해하는 것이 아니라고 판시했다.

Saxbe v. Washington Post Co. (1974) 판례에서 報道(report)를 금지하고 輕警備를 제외한 연방교도소의 특정 수형자와의 개별면담(interview)을 금지한 연방교도소국(Federal Bureau of Prisons)의 규칙에 대해, 법원은 이 규칙이 일반적인 언론의 접근(press access)을 부정하는 것은 아니므로 언론자유를 박탈한 것은 아니라고 판시했다. 그러나 Powell 판사는 교도소에 대한 언론의 기능을 강조하면서 개별면담의 금지는 연방헌법 수정 제1조에 위반된다는 소수견해를 강하게 주장하였다.

Houchins v. KQED Inc. (1978) 판례에서 세 번에 걸쳐 면담을 신청한 매스컴에 대해, 법원은 교도소의 상황을 일반에게 보고하는 다른 현실적 수단이 없더라도 출판을 위해 기록하는데는 동의할 수 없다고 판시했다.

Nolan v. Fitzpatrick (1971) 판례에서 법원은 금제품, 도주계획이나 반항 등 교도소 규칙에 위반되는 경우를 제외하고는 수형자가 교도소 관리, 범죄자 처우, 개인적 고민 등에 관한 서신을 언론에 보낼 권리가 있다고 판시했다.

수형자와 매스컴의 書信에서 發信은 검열할 수 없지만 受信은 금제품 검사에 한하여 검열할 수 있다고 보는 견해도 있다. 교도소는 특별한 이유 없이 수형자의 언론에 대한 서신의 권리를 제한할 수 없다. 수용자와 매스컴 사이의 통신장애를 없애고 검열로부터 서신을 보호하는 것은 수형자의 권리뿐만 아니라 일반대중도 보호하는 것이다. 연방교정국이나 New York주, Pennsylvania주, Massachusetts주 등의 州교정국에서는 수형자와 매스컴의 면담을 허가해주고 있다.

6. 검열과 적법절차

(1) 우편물 등의 검열

서신의 자유는 일반적으로 인정되지만, 구체적으로 누구에게도 발신되는지, 자기거실에서 쓰는지, 지체 없이 발송되는지, 비용 없이도 발송되는지 등이 문제될 수 있다.

일반적으로 마약, 외설물(porno), 인종차별이나 범죄관련 불량서적, 소동에 악용되는 우편물 등은 검열할 수 있다.

Procnier v. Martinez (1974) 판례에서 법원은 수형자의 서신이 보안이나 사회복귀에 지장이 되는 현실적 증거가 있을 때 일정한 적법절차를 거쳐 검열할 수 있다고 판시했다. 수형자에 대한 서신거절의 고지, 반론기회의 제공, 이러한 절차의 공개 등이 필요하다.

연방헌법 수정 제1조는 수형자의 통신을 보호한다. 법원은 수형자가 종교서적을 포함한 서적, 신문, 잡지 기타 書物을 受理할 권리가 있음을 인정하고 있다.

연방헌법 수정 제1조의 표현의 자유는 1960-70년대에 문제되었는데, 법원은 매스컴이나 대중의 표현의 자유에 제한을 가하는데 소극적이었다. 수형자에게는 언론 출판의 자유가 적용되지 않는다고 보던 전통적인 견해가 1970년대부터 변화하기 시작했다.

Palmigiano v. Travisono (1970) 판례에서 법원은 연방헌법 수정 제1조는 수형자에게도 적용되고, 시설이나 직원을 비판하는 우편물을 검열해서는 안된다고 판시하면서, 다음과 같은

서신검열의 제한을 열거했다. ① 조사의 근거 없이 수용자가 發信한 우편물을 읽는 것은 연방헌법 수정 제1조의 권리를 침해하는 것이다. ② 공무소나 변호사를 제외한 모든 受信의 우편물은 개봉하여 금제품을 검열할 수 있다. ③ 목록에 없는 자로부터의 우편물은 선동적 표현이나 외설물(porno)을 읽으면서 검열할 수 있지만, 목록에 있는 자로부터의 우편물은 읽을 수는 없고 금제품의 검열만 할 수 있다. 이 판결 이후에 연방헌법 수정 제1조를 근거로 검열 없이 서신을 주고받을 수 있는 권리를 인정판례가 늘어났다.

Fortune Society v. McGinnis (1970) 판례에서 지방법원은 수형자의 知的 접근권에 대한 제한은 교도소 보안이 침해될 명백하고 현존하는 위험이 있거나 교도소 행정에 대한 명백한 간섭인 경우에만 허용되므로 검열해서는 안된다고 하면서도, 교도소 행정을 비판한 소식지는 교도소 당국에 대한 도전으로 보아 그 검열에 대한 이의신청을 받아들이지 않았다.

Johnson v. Anderson (1974) 판례에서 법원은 독거수용되어 서적 잡지 정기간행물에 대한 접근이 거부된 경우에도 연방헌법 수정 제1조에 위반되지 않는다고 판시했다.

[전국형사사법표준 목적자문위원회](National Advisory Commission on Criminal Justice Standards and Goals)는 다음과 같이 권고하고 있다. 즉 [범죄자의 표현의 자유에 관한 법적 제한은 이러한 제한을 바라는 부득이한 州의 이익에 의해 정당화될 수 있다. 이러한 정당화가 있는 한, 기관은 가능하면 범죄자의 권리에 간섭하지 않고 주의 이익을 효과적이게 하는 규칙을 채용할 수 있다. 교정당국은 우편물의 양을 제한할 수 없다. 교정당국은 受信의 서신을 점검할 권리를 가지지만, 읽으면서 검열해서는 안 된다. 단, 시설의 보안을 위태롭게 하는 위법한 것은 그러하지 아니하다.]

Bell v. Wolfish (1979) 판례에서 연방대법원은 출판물의 제한은 밀수품이나 위험성 있는 경우에 한하고, 출판사나 서점에서 직송된 것을 제외하고는 두꺼운 표지(hardcover)의 책을 금지한다고 판시했다. 이러한 책에는 현금 마약 무기를 숨기기가 쉽기 때문이다.

연방헌법 수정 제1조는 수용자에게도 정부에 대해 청원할 시민의 권리를 보장한다. 州와 직원은 수용자가 연방법원에 대해 [인신보호영장](habeas corpus)을 청구할 권리를 박탈하거나 제한할 수 없다. 마찬가지로 수용자가 국회의원이거나 공무원에 대해 우송하는 문서를 이유 없이 못하게 하거나 복사할 수 없다. 공무원에 대한 서신 검열에 관한 하급법원의 견해는 나뉜다. New York주에서는 허용되지만 많은 법원은 허용하지 않는다. 그 이유는 교도소의 안전과 질서에 대해 명백하고 현존하는 위험이 입증되는 경우에만 검열할 수 있기 때문이다.

Ex parte Hull (1941) 판례에서 법률문서는 교정직원을 거쳐 法規課에서 적법하게 작성된 것이라고 인정된 후에 우송된다는 규칙에 따라 교도소 당국이 수형자가 작성한 [인신보호영장] 신청서의 우송을 거부한 데 대해, 연방대법원은 인신보호영장을 청구할 수형자의 권리를 박탈하는 이러한 규칙은 무효라고 판시했다. 문서가 적법하게 작성되었는지 여부는 교도소가 아니라 법원이 판단할 문제라고 보았다.

수용자의 우편물을 검열하는 교도소 권한에는 현실적으로 곤란한 점이 많다. 예컨대 변호

인의 서신에 대해 안전과 질서를 이유로 어디까지 검열할 수 있는지 문제이다. 헌법상의 요구는 아니지만 일반적으로 수형자의 면전에서 개봉하여 검열할 것을 요구한다. 법원으로부터 송달된 우편물에 대하여는 금제품 검사는 할 수 있지만 그 내용을 검열할 수는 없다.

Nolan v. Fitzpatrick(1971) 판례에서 교도소 당국은 마스크와 수용자의 교통이 교도소 안전에 해롭다고 주장했으나, 법원은 이것이 증명되지 않아 발신 금지에는 불충분하다고 판시했다. 이 판결을 근거로 연방법원도 마스크에 대한 수용자 서신을 전면 금지한 Massachusetts州 교도소 규칙은 주관적 평가가 가능한 경우가 너무 많아 무효로 했다.

[최저기준규칙]에는 소송의 진행이나 시설의 안전 질서에 지장을 주지 않는 서적, 신문, 筆紙, 여가 물품 등을 白費나 제3자의 비용으로 입수하는 것이 허용되고, 신문, 정기간행물, 시설의 특별간행물을 열람하고, 라디오 방송을 청취하고, 강연을 들으며, 주요뉴스를 정기적으로 알 수 있게 허용된다.

[연방기준]에는 시설의 보안에 필요한 상당한 이유가 있는 경우를 제외하고는 제한을 두지 않고, 그 내용이 종교적 철학적 정치적 사회적 性的이라는 이유로 거부되지 않는다. 受信하는 우편물이 보안에 위협이 되는 상당한 이유가 있는 경우 등을 제외하고는 읽거나 검열하거나 거절되어서는 안된다. 거절되거나 검열한 경우에는 이유를 붙여 告知하고, 수용자에게는 항변의 기회가 주어진다. 또 법원, 변호사, 연방 기타 공공기관에 대한 서신은 수용자 면전에서 금제품 검열을 위해서만 개봉할 수 있다.

교도소는 외설적이거나 불법행동을 선동하는 내용의 우편물이 명백하고 현존하는 위험이 있으면 최소한의 절차보장을 거쳐 그 수령을 허가하지 않을 수 있다.

(2) 출판물의 검열

약간의 차이는 있지만 어떤 종류의 책과 잡지를 수형자가 읽을 수 있는지 교도관이 검열하고 있다. 수용자에게 허용되는 출판물 목록이 있는 교도소도 있으나, 대부분은 경우에 따라 구체적으로 판단하고 있다. 예컨대 性的 출판물의 검열에서 일반적으로 나체화(nude)는 허용되고 외설물(porno)은 금지되는데, 그 기준은 상대적인 것이다.

그리고 출판물이 시설의 보안에 나쁜 영향을 미친다는 인과관계가 없음에도 불구하고 교도소 현장에서는 [열람권]이라는 신화(myth)에 집착하고 있다는 비판이 있다. 교도소의 현실에 대한 글이 담긴 잡지를 수용자가 受理하지 못하게 교도소 당국이 금지한데 대해, New York 연방지방법원의 Weinfield 판사는 그 금지의 설득력 있는 이유가 제시되고 있지 못하다고 비판하면서, 다음과 같이 기술하고 있다. [사회문제에 대한 자유로운 논의는 미국정신(Americanism)의 기본원리이다. 이것은 우리들의 소중한 전통문화이다. 교정행정은 현대사회에 깊은 관계를 가진다. 시민, 대중, 당국자도 수용자와 같이 우리들의 교정과 형벌의 실무와 절차에 날카로운 비판을 해왔다. 이것은 사회의 여러 분야가 교정과 교도소 행정에 책임을 지기 때문이다. 법원도 마찬가지로 행정적 不備와 정책에 책임을 지고 있다. 이들 당면과제의 책임이 정당화되는지 여부는 신문을 포함한 다방면에서 판단되어왔다. 그러나 이들의 비판을 불쾌하다고 하여 방해하는 근거가 확실한 정보에 의한 것이라면, 그것에 의해

지속되어온 출판물의 금지는 정당화될 수 없다. 교정과 교도소 당국은 교도소를 관리한다는 이유만으로 당연히 검열권을 가지는 것은 아니다.]

7. 표현의 자유

연방헌법 수정 제1조의 표현의 자유와의 관계에서 문제되는 것 중의 하나가 시설 내에서의 체험을 수형자가 자유로이 발표할 수 있는지 여부이다. 이전에는 수형자가 교도소에서 책을 출판할 수 없었다.

Roberts v. Peppersack (1966) 판례에서 수형자가 교정직원에게 의한 부당하고 불공평한 처우나 범죄행위에 대해 자기방위를 위해 스스로 정보를 공개한데 대해, 법원은 수형자의 동기나 정신에서 보아 정당화될 수 없다고 판시했다.

Sostre v. McGinnis (1971) 판례에서 제2순회 항소법원은 표현의 자유 조항을 적용하여 단지 수형자가 믿는 바를 표현한 것에 대해 징벌을 가할 수는 없다고 판시했다. 물론 이것이 교도소 치안에 위협이 되면 몰수할 수 있다.

연방대법원은 수형자의 표현이 단지 노골적이거나, 환영할 수 없다거나, 부정확하다는 등의 이유로 교도소 당국이 이를 비난할 수 없다고 했다.

Luparar v. Stoneman (1974) 판례에서 법원은 일단 州가 수형자에 의한 신문의 발행을 허가하여 州의 지출로 부분적으로 유지되고 있는 경우에 그 내용이 바람직스럽지 못하다고 하여 발행을 중단시킬 수는 없다고 판시했다.

Pittman v. Hutto (1979) 판례에서 제4순회 항소법원은 교도소 신문의 기사가 시설의 형벌 목적에 저촉되고, 명령, 질서 등을 혼란시키는 충분한 증거가 있으면 금지할 수 있다고 판시했다. California州 대법원은 교도소내의 수형자 신문을 검열하고 제한할 수 있는 지침을 마련할 것을 권고했다.

[미국변호사협회]와 [통일주법위원회의 모범양형 교정법](Uniform State Law Commissioners, Model Sentencing and Corrections Act)는 California州의 기준을 채택하지 않고 Pittman 판례를 지지하였다.

교도소 안에서 표현의 자유를 확대하는 것은 교도소 직원과 사회 일반의 이익에 모두 도움이 된다고 평가된다. 많은 연구결과에 의하면, 적당한 표현의 발산은 긴장을 완화시킨다. 그러나 이것이 사상을 조종하거나 강압하는 수단으로 사용되어서는 안된다.

8. 물가집과 복장

법원은 수형자의 용도에 관한 교도소의 규제에 간섭하지 않는다. 유행머리형이 종교적인 문제와 관계된 경우가 있다. 한편 수형자에게 동일한 의류가 지급되고, 동일하게 이발되고, 수형자 번호로 불리는 것 등은 수형자의 자존심을 상하게 하고 자유사회에의 복귀를 곤란하게 한다는 지적이 있다. 수형자의 삭발도 일시적이거나 사회의 경멸을 본인에게 관념화시키

고 억압하고 비굴하게 만드는 시대착오적인 관행이며, 매춘여성의 모발 삭발을 일종의 신체 형으로 보는 비판적인 견해도 있다.

Brown v. Wainwright (1969) 판례에서 법원은 면도와 이발을 요구하는 교도소의 규칙은 적당하다고 판시했다. Proffitt v. Ciccone (1974) 판례에서는 미국 인디언(American Indian)의 장발이 명백히 진지한 종교적 신념의 것이라면 교도소 규칙으로 이를 규제하는 것은 연방헌법 수정 제1조의 종교의 자유에 대한 침해라고 판시했다. New York주와 Connecticut주 교도소에서는 일정한 유형의 수염을 기를 수 있으나, 대부분의 주 교도소에서는 인정되지 않는다.

9. 수형자 조합

California주에는 수형자가 서로 단결하여 헌법상의 권리를 위해 투쟁하기 위한 [연합수형자조합](United Prisoner's Union)이 있어 [수형자조합잡지](Prisoner's Union Journal)를 발행하고 있다.

Butler v. Preiser (1974) 판례에서 법원은 Attica 교도소의 폭동에서 발생한 범죄사건의 변호사 비용의 지불을 수형자 기금에서 인출할 것을 청구했는데 이것을 교도소 직원이 자의적으로 금지한 것은 조합의 권리에 대한 침해로 보아 금지해제의 명령을 내렸다.

Brooks v. Wainwright (1977) 판례에서 수형자조합의 조직화를 시도하여 수형분류가 변경된 수형자가 연방헌법 수정 제1조의 권리를 침해당하였다는 청원에 대해, 법원은 교도소가 신념을 자유롭게 표현하는 공개된 광장이 아니고 수용목적에 위해 헌법상의 자유는 제한된다는 이유로 각하했다.

일반적으로 수형자에게는 표현의 자유만이 아니라 다른 수형자와의 연합도 엄격하게 제한된다.

Evans v. Moseley (1972) 판례에서 흑인 수형자가 교도소 내에서 [흑인연합전선](Black United Front) 支部를 결성하려다가 징벌에 회부된 데 대해, 법원은 '잠재적 폭발상황'의 방지를 중시하는 교도소 직원의 입장을 지지했다.

National Prisoner's Reform Association v. Sharkey (1972) 판례에서 교도소 조건을 개선하기 위한 '수형자조합'의 조직화를 교도소 당국이 방해하고 중지명령을 내린 데 대해, Rhode Island 연방지방법원은 연방헌법 수정 제1조를 근거로 수형자조합 결성의 자유가 있다고 판시했다.

Jones v. North Carolina Prisoner's Labor Union Inc. (1977) 판례에서 연방대법원은 연방헌법 수정 제1조의 조합결성권은 교도소 행정에서는 소극적인 것으로서, 형벌목적에 혼란시키는 합리적 근거가 있으면 그 권리는 박탈될 수 있다고 판시했다.

미국변호사협회의 [수형자법적지위표준](Standards Relating to the Legal Status of Prisoners)에는 연방헌법 수정 제1조의 권리는 어떤 행동이 시설의 안전과 치안, 수형자와

직원을 위협하는 급박한 상황에서 제한할 수 있게 되어 있다.

수용자의 투표권에 대한 견해는 다양한데, 공민권 박탈의 문제는 기본적으로 州의 헌법과 제정법에 근거를 두고 있다. California주에서는 重罪 수형자의 투표권을 박탈하고 있고, Alabama주에서는 흑인에 대한 차별을 이유로 한 공민권 박탈은 위헌으로 보았으며, New York주에서는 미결수용자의 부재자 투표를 금지한 것은 연방헌법 수정 제14조의 평등보호 규정에 위반된다고 했다.

10. 종교의 자유

종교는 전통적으로 수형자의 갇힘에 중요한 의미를 가져왔다. 국제연합의 [최저기준]에서도 수용자의 종교의 자유를 인정하고 있다. 교도소 내에서 종교의 자유는 시설의 보안, 재정, 기타 합리적인 이유로 제한할 수 있다.

Knuckles v. Prasse (1969) 판례에서 대법원은 시설의 보안에 명백하고 현존하는 위협이 있는 경우에는 특정한 종교상의 자유를 제한할 수 있다고 판시했다.

독거수용된 자는 종교의식에 참가할 수 없다. 교도소 직원은 예배 등의 종교의식에 출석하여 방청할 권리가 있다.

Gittlemacker v. Prasse (1970) 판례에서 유대인 수형자에게 재정적 부담을 이유로 유대교 지도자를 제공하지 않은 것은 합리적이라고 판시했다.

종교의 자유에 대한 소송의 대부분은 회교도(Islam)에 의한 것인데, 回教聖典, 종교서적, 예배, 식사 등이 문제되었다. 예컨대 회교 규정식에서 돼지고기를 피하는 것, 라마단 R에는 어두워진 이후에 식사하는 것 등이 교도소 행정에 지장을 준다. 법원은 종교상의 特別食에 대한 수형자의 불만에 적용하는데는 한계가 있다고 보았다. 유대인의 [코산食]의 경우에도 법원은 모든 유대인 수형자에게 이것을 급여할 의무는 없다고 했다. 예산절약을 이유로 급여하지 않거나, 냉동된 코산식과 대체식품을 조합한 건강식을 급여한다. 현재는 교도소 당국의 재량에 맡겨져 있다.

Cruz v. Beto (1979) 판례에서 다른 종교의 수형자에게는 교도소 교회의 사용이 허용되고 불교도에게는 허용되지 않은 사실 등이 시민권 침해라는 청원에 대해, 대법원은 종교상의 차별을 금지하는 연방헌법 수정 제1조와 제14조에 위반된다고 판시했다. 그러나 규모에 관계없이 모든 종교에게 예배장소를 제공할 필요는 없고, 수요를 고려하여 敎誨師, 사제, 목사 등의 성직자를 제공해야 한다고 보았다.

교도소 당국은 시설의 보안에 위협받을 위험이 있는 경우에 특정한 수형자의 종교예식 참가를 거부할 수 있다.

신종종교의 문제가 있다. [흑인회교도](Black Muslim)는 1960년대에는 종교가 아니라고 보아 연방헌법 수정 제1조의 종교의 자유 문제를 회피했으나, 이제는 종교로 인정되었다. [Church of New Song]의 경우에 연방대법원은 종교가 아니라고 보았으나, Iowa州에서는 종교로 보아 연방헌법 수정 제1조의 보호를 받아야 된다고 보았다. Theriault v. Carlson (1972) 판례에서 종교를 창설한 수용자가 신앙확대를 위해 예배의식을 행하려다가 징벌로서

격리수용된 데 대해, 제1심은 예배의식을 허가하도록 했으나 환송재판에서는 종교로 인정하지 않았다.

어떤 종교서적이 시설의 안전이나 기능에 실질적으로 침해됨을 교도소가 입증해야 이것을 금지할 수 있다. [최저기준규칙]에는 수용자가 시설 내에서 예배에 출석하고 자기의 종교서적을 소지할 수 있도록 규정되어 있다.

11. 사유물에 대한 권리

Weddle v. Director, Patuxent Institution (1970) 판례에서 법원은 수형자로부터 3.52 달러의 물건을 몰수하는 것은 부적당하다고 하면서, [개인권](personal rights)을 보호해야 한다고 판시했다.

Parratt v. Taylor (1981) 판례에서 원고(Taylor)가 Nebraska州 교도소 소장과 여가활동 책임자를 상대로 [부주의로] 분실한 사유물의 발견을 청구하는 소를 제기하면서 연방헌법 수정 제14조의 적법절차에 위반한 사유물 처분이라고 주장한 데 대해, 대법원은 분실된 사유물에 대한 손해배상을 인정하면서 교도소 직원의 부주의에 의한 재산분실에까지 적법절차가 적용되는 것은 아니라고 판시했다. Hudson v. Palmer (1984) 판례에서 대법원은 Virginia州 교도소 직원(Hudson) 등이 수용자(Palmer)의 사유물을 [고의로] 처분한 경우에도 연방헌법 수정 제14조의 적법절차가 적용되지 않는다고 했다.

수용작업에 대한 보상문제가 있다. 수형자는 州나 사적 고용주로부터 임금을 받지만, 법원은 연방헌법 수정 제5조, 제13조, 제14조를 근거로 한 보상 논의를 부정하고 있다.

Sims v. Parke Davis & Co. (1971) 판례에서 법원은 수형자의 노동에 대해 합리적 지불을 하지 않는 것은 '권리와 특권에 제한을 가하는 법적 수용'이기 때문에 기본권을 부정하는 것이 아니라고 판시했다. 이 때는 연방과 주의 노동법이 적용되지 않는다고 보았다.

NCCD는 적어도 [최저임금을 내려가지 않는 임금]을 지불하고, 수용자의 가족과 사회보장에 필요한 비용을 지불하고, 교도소내의 식사나 경비의 약간을 지불하며, 사회복지에 대비하여 저급할 수 있어야 한다고 기술하고 있다. 미국변호사협회의 [수용자법적지위표준]에도 수형자에게 최저임금 이상의 임금이 지불되고 사기업과 경합하도록 되어 있다.

IV. 결론

1960년대까지 미국의 법원은 교도소 행정에 간섭하는 것이 바람직하지 않다고 보아 수용자 권리보장에도 소극적이었으나, 이후 수용자의 인권보호운동과 더불어 연방대법원도 시민의 자유에 대한 국가의 침해를 감시하고 통제하려는 사법적극주의 입장을 취하고 있다. 미국의 수용자 인권에 관한 주요 法源에는 연방과 州의 헌법과 법령이 있다. 州法은 주교도소에, 연방법은 연방교도소에 적용되지만, 1871년의 시민권법처럼 주교도소의 수용자에게 연방법원 제소권이 인정된 경우도 있다. 교도소의 수용 상황은 시설에 따라 다르지만, 최소한의 인권이 침해되는 경우에는 도구나 폭동으로 연결될 위험성이 있다.

우리나라와 같이 자유와 인권을 표방하고 있는 미국에서의 수용자 인권에 관한 논의는 우

리의 나아갈 방향에 시사하는 바가 있다. 우리나라에서는 1999년에 행형법과 관계법령이 개정되면서 규범적으로는 많이 개선되었다고 평가되지만, 현실적으로는 여전히 문제가 남아 있다고 생각된다. 2000년 국제앰네스티의 보고서에 나타난 우리나라 행형의 현실을 살펴보면서 결론에 갈음하고자 한다.

“교도소와 감옥의 수감조건은 여전히 열악하며, 수인들에 대한 가혹행위가 보고되었다. 감옥에는 겨울에 난방이 되지 않아 많은 이들이 동상에 걸리고, 여름에는 통풍이 제대로 되지 않는다. 경제위기로 인해 범죄율이 높아져 수인들은 과다 수용되고 있다고 보고되었다. 교도소와 감옥의 의료시설은 열악하다. 흔히 정치적 수인들은 독방에 수용된다. 교도소 전체인구 중 소수를 차지하는 여성들은 여성으로서 특별히 필요로 하는 것이 충족되지 않기 때문에 구조적 차별로 고통받는다. 여성 수인을 위한 보건과 관련하여 특별한 규정이 없는 것으로 보이며, 임신부와 산모를 위한 감옥의 분리나 식이요법에 관한 규정도 없는 것으로 보인다. 일부 교도소와 감옥의 수인들이 수갑과 체인을 차는 것으로 보고되었으며, 교도소 규칙을 어기면 그 처벌로 오랜 기간 독방에 수용된다고 한다. 또한 수인들은 충분한 음식을 제공받지 못하고 구타당하며, 빛이 들어오지 않고 똑바로 눕기에 너무 작은 징벌방에 갇히기도 한다. 다른 수인들도 잠을 못 자게 하고 오랜 기간 같은 자세로 앉도록 강요받았다고 주장했다. 5월, “영남위원회” 사건으로 갇힌 9명의 정치적 수인들은 자신들이 부산구치소에서 교도관들로부터 수 차례 구타당했다고 주장했다. 사건은 이들 중 일부를 다른 교도소로 이감시킬 것이라는 계획에 항의하여 이들이 단식투쟁을 시작한지 며칠 후에 일어났다. 수인들 중 5명은 부산 교도소로 이송되던 중 수갑을 찬 상태에서 주먹질과 발길질을 반복해서 당했다고 한다. 부산 구치소에 남아있던 4명 역시 구타를 당했는데, 이중 박경순은 간경화를 앓고 있었다.”

참 고 문 헌

- 권태정, 재소자 분류수용제도에 관한 연구(연구보고서 91-06), 서울: 한국형사정책연구원, 1992.
- 김상희/이인순/윤영철, 교정시설의 교화활동에 관한 연구(연구보고서 91-14), 서울: 한국형사정책연구원, 1992.
- 김상희/정동진/윤영철, 교정처우의 현황과 개선방안(연구보고서 90-28), 서울: 한국형사정책연구원, 1992.
- 김성돈, 자유형제도의 개선방안(연구보고서 94-17), 서울: 한국형사정책연구원, 1995.
- 김영찬, 소년원교육에 대한 참여관찰연구: 직원의 직무와 원생의 생활을 중심으로(연구보고서 90-01), 서울: 한국형사정책연구원, 1990.
- 문영호/이인순/박강우, 수형자 직업훈련의 효율성에 관한 연구(연구보고서 92-03), 서울: 한국형사정책연구원, 1993.
- 박재윤, 교정공무원의 의식에 관한 연구(연구보고서 91-10), 서울: 한국형사정책연구원, 1992. 수형자의 권리와 권리구제제도, 초판, 서울: 국민대학교출판부, 1996.
- “수형자의 법적지위와 행형목적과의 관계,” 교정연구, 창간호, 초판, 서울: 한국교정학회, 1991.
- 박찬운/김선수/박승욱/유선영, 국제인권원칙과 한국의 행형(법과사회 11), 서울지방변호사회, 서울: 역 사비평사, 1993.

심영희/윤성은/임희철/김치곤, 재소자의 생활실태 및 의식에 관한 연구(연구보고서 90-27), 서울: 한국형사정책연구원, 1992.

“앰네스티 2000년도 연례보고서,” 국제앰네스티, 2000년 7/8월호, 서울: 국제앰네스티 한국지부, 2000.7.

장규원, 현행 행형법의 문제점과 개선방안(연구보고서 94-16), 서울: 한국형사정책연구원, 1995.

장영민/박강우, 정신질환자에 대한 법정치료 및 보호에 관한 연구(연구보고서 94-15), 서울: 한국형사정책연구원, 1995.

정영석/신양균, 형사정책, 수정판, 서울: 법문사, 1997.

정 완, 인터넷과 형사정책정보 검색편람(연구보고서 97-02), 서울: 한국형사정책연구원, 1998.

한인섭, 교정교화분야의 민간참여에 관한 연구(연구보고서 91-27), 서울: 한국형사정책연구원, 1993.

菊田幸一, 受刑者の人権と法的地位(明治大學社會科學研究所叢書), 第1版, 東京: 日本評論社, 1999.

宮澤浩一/中山研一 編譯, 行刑改革の諸問題, 初版, 東京: 成文堂, 昭和 51年(1976) (Kaufmann, Arthur, Herg., Strafvollzugsreform: Eine kritische Bestandsaufnahme, 1971.)

藤本哲也, 刑事政策の新動向, 初版, 東京: 青林書院, 1991.

山下剛利, 精神衛生法批判, 第1版, 東京: 日本評論社, 1985.

森田 明, 未成年者保護法と現代社會: 保護と自律のあいだ, 初版, 東京: 有斐閣, 1999.

芝原邦爾, 刑事司法と國際準則, 初版, 東京: 東京大學出版會, 1985.

Amnesty International: Report 2000, London: Amnesty International Publications, 2000. 6. Benamati, Dennis C./Schultze, Phyllis A./Bouloukos, Adam C./Newman, Graeme R., Criminal Justice Information: How to Find It, How to Use It, Phoenix, Ariz., ORYX Press, 1998.

Gettinger, Stephen H., New Generation Jails: An Innovative Approach to an Age-Old Problem, U.S. Department of Justice, National Institute of Corrections, Lexington, Ken.: UNICOR Print Plant, 1984.

Schmallegger, Frank, Criminal Justice Today: An Introductory Text for the 21st Century, 4th ed., Upper Saddle River, N.J.: Prentice-Hall, Inc., 1997.

enna, Joseph J./Siegel, Larry J., Introduction to Criminal Justice, 4th ed., St.Paul, Minn.: West Publishing Co., 1995.

Sullivan, John J./Victor, Joseph L., Criminal Justice 86/87 (The Annual Editions Series), 10th ed., Guilford, Conn.: The Dushkin Publishing Groups, Inc., 1986.

[차례]

- I. 머리말
- II. 裁判上の 救濟制度
 - 1. 救濟制度
 - 1) 行政訴訟
 - 2) 民事訴訟(損害賠償請求)
 - 3) 刑事訴訟(告訴, 告發)
 - 4) 人身保護法에 위한 구제청구
 - 2. 裁判上 救濟制度의 문제점
 - 1) 行政訴訟과 民事訴訟에서의 문제점
 - 2) 刑事告訴, 刑事告發
 - 3) 人身保護請求
- III. 行政上の 救濟制度
 - 1. 監獄法上の 救濟制度
 - 1) 所長面接
 - 2) 情願
 - 2. 監獄法 이외의 법령에 의한 不服申請制度
 - 1) 請願
 - 2) 人權侵害의 申告
- IV. 行政上 受刑者의 不服申請制度의 문제점
 - 1. 所長面接制度의 문제점
 - 2. 情願制度의 문제점
 - 1) 법적 문제점
 - 2) 현실적 문제점
 - 3. 기타 수단과 그 문제점
 - 1) 辯護士會에 대한 人權救濟申請
 - 2) 外部交通의 制限과 權利救濟의 곤란
- V. 改訂 刑事拘禁法要綱案의 不服申請制度
 - 1. 不服申請의 對`象(제118)
 - 2. 情報提供 및 申請方法(제119)
 - 3. 共同不服申請(제120)
 - 4. 委任(제121)
 - 5. 不服審査會의 審理(제122)
 - 6. 執行停止(제123)
 - 7. 裁決(제124)
 - 8. 行政訴訟과의 關係(제125)
 - 9. 불이익한 취급의 금지(제126)
 - 10. 준용규정(제127)
- VI. 또 다른 대안의 모색
 - 1. 독립된 제3자의 권리구제기관의 설치 필요
 - 2. 독립된 교도소사찰제도의 필요
 - 3. 시민참가와 지역사회와의 연대 필요
- VII. 맺음말

I. 머리말

우리나라의 국내법상 수형자의 불복신청과 권리구제제도는 行刑法과 그 施行規則上 순회 점검, 청원, 교도소장 면담 등의 제도가 있고, 國家人權委員會法의 진정이 있다.¹⁾ 그 외에도 행정소송과 민사소송 그리고 형사상 고소 고발 등도 가능하고, 헌법소원심판의 청구도 할 수 있다.²⁾

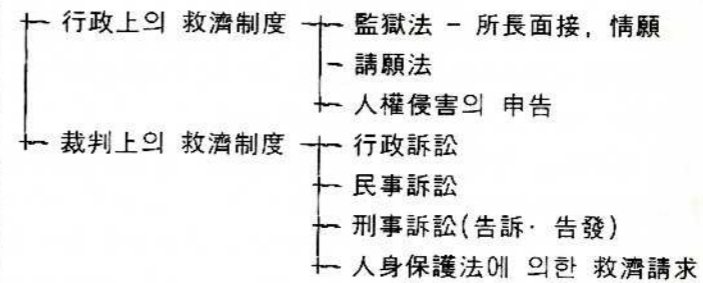
일본의 경우 被收容者³⁾가 행형시설의 조치에 의하여 권리 또는 이익을 박탈당하거나 그럴 위험이 있는 경우 이에 대한 구제수단은 다음의 두 가지를 들 수 있다. 하나는 행정 내부에 의한 구제를 구하는 간이하고 신속한 수단으로서 行政上의 不服申請制度이고, 다른 하나는 裁判에 의한 救濟制度이다.

前者인 不服申請에 대하여는 「監獄法」(明治41年, 法律 制28号) 제7조의 '情願'과 監獄法 施行規則 제9조 제1항의 '所長面接'이 있고, 그 외에 「請願法」(昭和22年, 法律 制13号)에 의한 '請願'⁴⁾, '人權侵害의 申告'가 있다. 後者인 재판에 의한 구제에는 행형시설의 조치 그 자체의 효력을 다투는 行政訴訟, 행형시설의 조치에 의하여 받은 손해배상을 구하는 民事訴訟, 그 외에 人身保護法(昭和23年 法律 第199号)에 의한 구제청구가 있다. 한편, 형사소송법사의 告訴·告發도 구제기능을 가지고 있다.⁵⁾

1992년, 1994년, 그리고 2001년 일본의 被收容者가 제기한 불복신청건수를 보면 대략 다음과 같다. 1992년에는 情願이 800여건, 소송이 20여건, 고소·고발이 100여건 정도이고, 1996년에는 情願 1천여건, 소송 20여건, 고소·고발이 100여건이며, 2001년에는 情願 3,000여건, 소송 20여건, 고소·고발이 200여건이다.⁶⁾

- 1) 최근 우리나라 교도소에서도 수용자들의 인권구제를 위해 많은 노력을 하고 있다고 하는데 그 대표적인 예로서 「진정함」의 설치(2001년 11월 - 2002년 12월까지 접수된 진정 건수는 약 2,600여건이라 하고 이중 이유 있는 것으로 받아들여진 경우가 14건 정도라고 한다)와, 2002년 3월 1일부터 시행된 수용자의 인권보장을 위해 만들어진 「수용자 고충처리반」을 들 수 있다(법무부 교정국, 「교정행정개선」, 1998-2002, 2003, 56-59면 참조).
- 2) 수형자의 권리구제제도에 관한 국내문헌으로는 박재운, 「수형자의 권리와 권리구제제도」, 국민대학교 출판부, 1996; 문정민, 「수형자의 권리침해에 대한 구제」, 「교정연구」(제13호, 2001), 233-262면 참조.
- 3) 일본에서 被收容者는 우리의 收容者와 같다.
- 4) 憲法과 請願法에는 “누구라도 청원으로 인하여 어떠한 차별도 받지 않는다”(憲 16, 請願 6)라고 규정하고 있는데, 이는 被收容者의 불복신청과 소송의 제기에 대하여도 당연하다고 말할 수 있고, 被收容者가 불복신청과 소송을 제기한 이유로 그 자에 대하여 불이익한 취급을 해서는 안 된다.
- 5) 한편, 「行政不服審査法」(昭和37年, 法律 制160号)에서는 행형시설의 被收容者에 대하여 행해진 처분에 대하여는 불복신청의 대상에서 제외하고 있으므로 이에 대하여는 同法에 의한 불복신청을 할 수 없다(法務省矯正研修所編, 「研修教材 行刑法」, 財團法人矯正協會, 1998, 20頁).
- 6) 法務總合研究所, 「犯罪白書」(平成14年版), 2002, 123頁.

[被收容者の 人權救濟制度]



II. 裁判上の 救濟制度

1. 救濟制度

1) 行政訴訟

「行政事件訴訟法」은 행정권의 행사에 대하여 개인적인 권리의 이익의 보호구제를 피할 것을 목적으로 하는 주관적 소송으로서 抗告訴訟 및 當事者訴訟을 규정하고 있다. 이 가운데 抗告訴訟은 직접 '행정청의 공권력행사에 관한 불복소송'이다.⁷⁾

被收容者가 訴狀의 제출을 신청하면 일반서신과 같이 검열하고 그 내용을 알 수 있으므로 그 訴가 시설의 소관사항에 관한 것일 때에는 소장 부분에 소장의 의견 등을 첨부하여 矯正管區長에게 보고하도록 되어 있다.

시설의 소관사무에 관한 행정소송에서 피고는 행정청이다. 피고행정청은 그 所部의 직원을 지정하여 소송을 수행케 한다. 이 지정을 받은 직원을 指定代理人이라 한다. 지정대리인은 소송에 관하여 광범위한 권한을 갖는데, 선임할 때에는 소송의 대상인 계류사실에 대하여 상세한 지식이 있고 행정청을 대리하는 데에 어울리는 지위를 가진 직원을 선정해야 한다. 또 矯正管區에 訟務擔當者가 배치되어 있으므로 이도 지정대리인의 역할을 하고 있다. 그러나 행정청의 所部職員은 통상 소송절차에 관한 지식과 경험 등이 부족하므로 행정청의 대리인을 지정할 때에는 가장 가까운 法務局 또는 地方法務局에 소송수행을 의뢰한다.

2) 民事訴訟(損害賠償請求)

被收容者가 제기하는 민사소송의 대부분은 손해배상청구이고, 그 대부분은 「國家賠償法」에 기초한 것이다. 이 법에 의한 국가배상은 공권력의 기초한 손해의 배상(國家賠償法 1)과 公營造物の 설치관리의 하자에 기초한 損害賠償(國家賠償法 2)이 있고,⁸⁾ 그 외에 민법상 불법행위에 기초한 손해배상청구가 있다.⁹⁾

國家賠償法에 기초한 민사소송의 당사자는 국가이지 행정청이 아니다. 국가가 당사자가

7) 이하의 내용은 法務省矯正研修所編, 위의 책, 25頁 참조.

8) 山下 進, 「不服申立制度」, 「日本行刑の展開」(森下 忠外), 一粒社, 1994, 202頁.

9) 上同.