

직원과 민영교도소장 및 직원은 수용자에게 특정의 종교 또는 사상을 강요하여서는 아니된다」라고 규정하고 있다. 따라서 민영교도소장 및 직원은 수용자에게 특정 종교의 교리·교의에 의한 교육·교화·의식 기타 행사에의 참가를 강요하여서는 아니되며, 민영교도소장 및 직원은 수용자에 대하여 특정종교를 신봉하지 아니한다는 이유로 처우상 불이익을 주어서는 아니된다(동법시행령 제15조).

또한 종교단체에 의해 민영교도소가 설치·운영되더라도 해당 종교와 관련없는 수용자의 수용도 감내해야 하며 특정종교 신봉자만을 위한 교도소의 운영도 바람직하지 않다.⁷⁴⁾ 그러나 민영교도소의 장 또는 직원이 사실상 수용자의 처우에 관하여 많은 권한을 행사함으로써 종교단체에 의해 교도소가 운영될 경우 종교의 자유에 대한 침해가 일어날 소지가 많으므로 국가에 의한 감독이 강화되어야 할 것이다.

9. 국가의 지원 및 감독

1) 국가의 지원

민영교도소에 대한 국가의 지원은 업무지원과 운영 경비 지원으로 구분된다.

동법 제32조에 의하면 법무부장관은 필요하다고 인정하는 때에는 직권 또는 당해 교정법이나 민영교도소장의 신청에 의하여 민영교도소에 소속공무원을 파견하여 그 업무를 지원하게 할 수 있다. 또한 국가가 보유하고 있는 업무상 지식과 관련 자료를 제공하고 전산프로그램 등 운영기법에 관한 내용도 비용부담은 별론으로 하고 적극 협조하여야 할 것이다.⁷⁵⁾

그리고 법무부장관은 수탁자 선정 후 기획예산처장관과의 협의를 거쳐 민영교도소를 운영 하는 교정법인에게 투자한 고정자산의 가액과 민영교도소등의 운영경비 및 국가에서 직접 운영할 경우의 소요경비 등을 참작하여 예산의 범위안에서 매년 당해 교도소의 운영에 필요한 경비를 지급한다(동법 제23조). 매년 지급하는 경비의 기준은 투자한 고정자산의 가액과 민영 교도소의 운영경비 및 국가에서 직접 운영할 경우의 소요경비 등을 참작하여 예산의 범위안에서 법무부장관이 정한다. 즉 위탁계약 체결당시의 법무부 교정행정 일반회계 예산을 기준으로 예산에 반영하여 결정되던 반영된 예산에서 10% 절감한 금액을 지급한다.⁷⁶⁾ 또한 운영경

비는 실적평가⁷⁷⁾ 및 실제 수용인원에 따른 정산⁷⁸⁾ 등에 의하여 가감될 수 있다.

2) 국가의 감독

교도소는 공중의 눈에 가시적인 시설이 아니기 때문에 모든 교도소에 대한 감시와 감독은 매우 중요하다. 감시감독의 기능은 민간 계약자가 계약을 제대로 준수하도록 확인하는 것이다. 특히 계약자가 기업일 때에는 이들 기업은 외부로부터의 통제에 거의 영향을 받지 않기 때문에 더욱 문제가 된다. 의미있는 감시와 감독을 위해서는 효과적인 감시와 감독체계의 마련이 중요하다. 특히 수요와 공급이라는 자유시장의 통제기제가 교도소에서는 적용되기 어렵기 때문에 더욱 중요시되고 민영화의 성패의 중요한 열쇠가 된다.⁷⁹⁾ 또한 국가가 의무를 계약으로 위임할 수는 있으나 책임을 계약으로 떠넘길 수는 없으므로 교도소에서 일어나는 일에 대한 궁극적인 책임은 정부에 있기 때문에 계약과 그에 대한 감독이 민영화의 가장 중요한 요소이다.⁸⁰⁾

가장 보편적인 국가감독은 교정국에 계약을 감독하는 위원회와 같은 조직을 두어 정기적으로 현장을 방문하여 감사하고 주기적으로 감사보고서를 작성하는 방법이 있고 두 번째는 교정공무원을 현장에 파견하여 근무하도록 함으로써 지속적인 감독을 할 수 있게 하는 것이다. 그리고 교정공무원이 주기적으로 현장을 방문하여 수시로 감독하는 경우도 있다.⁸¹⁾ 또한 교도소는 공공정책을 실행하는 기관이기 때문에 그 운영에 대해서는 공공의 통제가 가능해야 하는데, 민영교도소가 '상업적 비밀'을 이유로 정보공개를 거부하여 공공통제를 저해할 가능성도 있으므로 정보공개를 위한 법적 장치도 필요하다.⁸²⁾

77) 법무부는 민영교도소 운영의 내실을 기하고 효율적인 경영을 유도함으로써 궁극적으로 수용자 처우 및 사회복귀능력 신장을 도모하기 위하여 매년말 민영교도소의 운영실적을 평가하여 다음년도 운영 경비 지급에 반영할 예정이다. 즉 법무부장관이 교도소등에 대하여 실시하는 자체기관평가의 방법과 동일하게 평가하여 부진기관으로 선정된 경우에는 익년도 운영경비를 1%, 한단계 하향조정하여 지급한다. 이러한 조정은 매년 계속하여 시행하되 지급하는 운영경비의 하한은 적용연도의 민영교도소 예산의 -15%이며, 상한은 적용연도 민영교도소 예산의 -10%이다. 법무부, 전체서, pp.51-53.

78) 운영경비는 수용정원을 기준으로 지급하므로 실제 수용인원이 수용정원을 초과하거나 미달하는 경우가 발생할 수 있다. 따라서 위탁계약으로 따로 정함이 없으면 매년말 연평균 일일 수용인원을 계산하여 이를 기초로 운영경비를 정산한다.

79) 이윤호, 전계논문, p.360.

80) J. Fenton, "A Private alternative to public prisons", *Prison Journal*, 1985, 65(2):42-27, p.44.

81) W. C. Collins, "Privatization: Some legal considerations from a neutral perspective", *American jails*, 1987, 1:28-34, pp.32-33.

82) 장규원, 전계논문, p.176.

74) 수용자에게 특정의 종교 또는 사상을 강요한 자는 2년 이하의 징역 또는 2천만원 이하의 벌금에 처해진다(동법 제42조 제2항 제3호).

75) 김용진, "사설교도소의 도입 및 운영에 관한 연구", 한국형사정책연구원, 1996, p.130.

76) 2001년도 1인당 평균 수용단가가 8,858,070원이므로 10% 절감하면 7,972,263원이다. 따라서 300명 수용시 1년 운영경비는 2,391백만원, 500명 수용시 1년 운영경비는 3,986백만원이다. 법무부, 전체서, pp.51-52.

① 일상적인 지휘·감독

법무부장관은 민영교도소의 업무 및 그와 관련된 교정법인의 업무를 지휘·감독하며, 필요한 경우 지시나 명령을 할 수 있다. 다만 민간위탁의 취지상 민간의 자율적·창의적인 프로그램 개발을 위해 수용자에 대한 교육과 교화에 관하여는 당해 교정법인의 의견을 최대한 존중하여야 하고(동법 제33조 제1항),⁸³⁾ 교정법인 및 민영교도소장은 필요한 교육을 실시하는 외에 항상 소속직원의 근무수행 상황을 감독하여야 한다(동조 제3항).

그리고 민영교도소장은 매월 또는 분기마다 수용현황, 교정사고의 발생현황 및 징벌현황, 무기 등 보안장비의 보유·사용현황, 보건의료서비스 및 주·부식의 급여현황, 교육·직업훈련 등의 실시현황, 외부통학·외부출장직업훈련·귀휴·사회견학·외부통근작업 및 외부병원이송 등 수용자의 외부출입현황, 교도작업의 운영현황, 직원의 인사·징계에 관한 사항, 기타 장관이 필요하다고 인정하는 사항을 법무부 장관에게 보고하여야 한다(동법 제34조 1항). 그밖에도 장관은 필요하다고 인정하는 때에는 수시로 교정법인 또는 민영교도소에 대하여 그 업무·회계 및 재산에 관한 사항을 보고하게 하거나, 소속공무원으로 하여금 장부·서류·시설 기타 물건을 검사하게 할 수 있으며, 위법 또는 부당한 사실이 발견된 때에는 이에 따른 필요한 조치를 명할 수 있다(동법 제34조 2항).⁸⁴⁾

법무부장관은 민영교도소의 직원이 위탁업무에 관하여 이 법 또는 이 법에 의한 명령이나 처분에 위반한 때에는 당해 직원의 임면권자에게 그 직원의 해임이나 징적·감봉 등 징계처분을 하도록 명할 수 있고, 교정법인 또는 민영교도소장이 징계처분명령을 받은 때에는 즉시 징계처분을 하고 장관에게 이를 보고하여야 한다(동법 제36조).⁸⁵⁾

② 감독관의 파견

동법 제33조 2항에 의하면 교정업무의 지도·감독상 필요하다고 인정되는 때에는 민영교도소에 법무부소속 공무원을 파견하여 당해 민영교도소의 업무를 지휘·감독하게 할 수 있다. 이러한 감독관의 파견은 국가의 행정적인 출장지원이나 순회점검, 감사 등과는 다른 개념으로 민영교도소에서의 상주 근무를 의미하며 감독관에 대한 보수지급 및 후생복지, 복무감독, 인사조치

등은 전적으로 국가에서 행하며 이와 관련된 교정법인의 비용부담은 없다. 즉 민영교도소 수용정원이 300명 이상 400명 미만인 경우에는 감독관 5명(5급 1명, 6·7급 4명), 수용정원 400명 이상 500명 이하일 경우에는 감독관 6명(4급 또는 5급 1명, 6·7급 5명)을 파견하여 지도·감독업무를 수행하게 하는데 위탁계약으로 정하는 시기 또는 적당한 시기에 감독관 인원 등을 조정할 수 있다.⁸⁶⁾

민영교도소 수용자에 대하여는 그 성질상 허용되지 아니하는 경우와 법령 및 위탁계약에서 달리 정한 경우외에는 행정법을 준용하도록 되어 있으므로 대부분 민영교도소장의 책임하에 업무가 처리될 것이다.

그러나 수용자 처우중에서 중대한 결과가 예상되는 일정한 경우에는 장관이 민영교도소의 지휘·감독을 위하여 파견한 감독관의 승인, 의견서 첨부, 확인 등을 요구한다(동법 제27조). 교도소의 민간위탁 취지와 교도소의 일상적인 현실을 감안한 취지이다.⁸⁷⁾ 즉 ① 수용자의 도주·폭행·소요 또는 자살의 방지 기타 교도소의 안전과 질서유지를 위해 필요한 경우와 계구 사용, ② 수용자를 제압하기 위하여 신체적인 유행력을 행사하거나 교도동·가스분사기·최루탄 등 보안장비를 사용하는 경우, ③ 수용자 또는 수용자 외의 자에 대한 무기 사용, ④ 천재지변 기타 사변으로 인하여 교도소의 안에서 피난의 방법이 없다고 인정되는 때의 긴급이송과 일시 석방, ⑤ 적당한 수용자 치료를 위해 외부병원에서의 이송, ⑥ 외부통근 교육 및 작업, ⑦ 귀휴, ⑧ 징벌 등의 처분을 하고자 하는 때에는 감독관의 승인을 얻어야 한다. 다만 긴급한 상황으로 사전에 승인을 얻을 만한 시간적 여유가 없는 때에는 당해 처분 등을 한 후 즉시 감독관에게 통보하여 승인을 얻어야 한다.⁸⁸⁾

또한 민영교도소장이 행정성적이 우수하고 재범의 위험성이 없다고 인정되는 자에 대한 가석방심사를 신청하고자 하는 때에는 감독관의 의견서를 첨부하여야 하며, 사면, 형기종료 또는 권한 있는 자의 명령에 의한 석방을 하고자 하는 때에는 관계서류를 조사한 후 감독관의 확인을 받아야 한다.⁸⁹⁾

그러나 이러한 감독관의 파견은 민영화 비용이 증대되고, 소장이 파견된 하급 공무원과 협의하는 등 지휘통솔 체계가 흔들릴 수 있으며, 보수가 많고 혜택이 많은 공무원과 그렇지 못한 민영교도소 직원간에 접촉이 증대되어 직원들의 사기에 영향을 미칠 수 있으며 감독관을 매수

83) 유병철, "민영교도소 관련법령에 관한 고찰", 『법조』, 2001. 6, p.221.

84) 장관의 명명에 위반한 자는 2년 이하의 징역 또는 2천만원 이하의 벌금에 처해지며(동법 제42조 제2항 제6호), 보고를 게을리하거나 부실한 보고를 하는 경우에는 1천만원 이하의 과태료 처분을 받는다(동법 제44조 제1항 제6호).

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

86) 법무부, 전거서, p.57.

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

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

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

할 위험도 있다.⁹⁰⁾ 따라서 공중통제와 남용에 대한 제재방법이 고려되어야 할 것이다.

③ 감사 및 손해배상

위탁업무의 처리결과에 대해서도 장관은 매년 1회 이상 감사를 하여야 한다(동법 제35조 1항). 이 경우 감사를 거부하거나 이를 기피 또는 방해한 자는 2년 이하의 징역 또는 2천만원 이하의 벌금에 처해진다(동법 제43조 2항 7호). 이 감사결과 위탁업무의 처리가 위법 또는 부당하다고 인정되는 때에는 당해 교정법인 또는 민영교도소에 대하여 적절한 시정조치를 명할 수 있으며, 관계 임·직원에 대한 인사조치를 요구할 수 있다(동법 제35조 2항). 이때 장관의 시정 명령 또는 인사조치의 요구에 불응한 자는 2년 이하의 징역 또는 2천만원 이하의 벌금에 처해진다(동법 제43조 2항 8호).

교정법인의 임·직원과 민영교도소의 직원이 위탁업무를 행함에 있어 고의 또는 과실로 법령에 위반하여 국가에 손해를 기한 때에는 당해 교정법인은 이를 배상하여야 한다(동법 제38조 1항). 이러한 손해배상을 위하여 1억원 이상의 현금 또는 유가증권을 공탁하거나 이행보증보험에 가입하여야 한다(동법 제38조 2항). 또한 민영교도소의 경우 수용자들이 자살, 소요, 폭동 나아가 교도관들의 권한 남용 및 구금여건의 악화 등에 대해 누가 법적 책임을 질 것인지를 명확하게 할 필요가 있다. 특히 수용자의 자살이나 폭동 등이 민영교도소의 과실로 인한 경우 누가 궁극적인 책임과 배상의무를 질 것인지를, 만약 사고를 진압하기 위해 경찰이나 군이 동원되었을 경우 그 소요경비를 누가 부담할 것인지에 관하여 법적 책임소재를 계약서에 명확히 하지 않으면 안된다. 더불어 계약서를 작성할 때 국가는 분명한 기준을 마련해 놓을 필요가 있다.⁹¹⁾

V. 결론

교도소를 민영화할 것인가 아닌가는 더 이상 선택의 문제가 아니다. 지금까지의 논의과정을 통해서 민영교도소는 공영교도소를 보완할 수 있는 하나의 새로운 대안인 시도라는 사실이 확인된 까닭이다. 물론 민영교도소 도입과 운영상의 문제점도 지적되고 있지만 그 문제점 역시

공영교도소 운영에서도 나올 수 있는 교정 공통의 문제일 수 밖에 없어, 누가 교정 서비스를 제공해야 하는가 보다 누가 가장 저렴한 비용으로 가장 양질의 서비스를 제공할 수 있는가에 관심을 가져야 한다고 본다. 또한 교정의 민영화는 교정시설의 운영경비를 민간에게 위탁하여 그 경비를 절감하려는 목적보다는 재소자에 대한 교정교화의 성과를 더욱 높이고자 하는 의도에서 인도적인 자세를 가지고 추진하여야 할 것이다.

그리고 외국에서의 민영교도소에 대한 경험과 연구에서 나온 부정적 측면에 대한 보완도 지속되어야 할 것이다. 특히 종교의 자유에 대한 간섭과 침해 및 인권침해의 소지는 법률상의 여러 장치에도 불구하고 상존하는 것으로 국가에 의한 감시·감독이외의 제3자에 의한 감시·감독도 필요하다고 본다.

또한 민영교도소는 한번 운영되기 시작하면 사실상 계약의 해지가 불가능하므로 정부의 일정에 의해 추진하는 것보다 선정된 수탁자의 교정업무 수행의 능력을 충분히 심사하여 미비점을 보완하여 제반여건이 구비되었을 때 실시되어야 할 것이다.

90) 김성호, "호주 민영교도소의 국가 감독체계 비교 연구", 『교정』, 2001. 10, pp.65-67. ; D. K. Sechrest and D. Shichor, "Corrections goes public and private in California", Federal Probation, 1993, 57:3-8; A. V. Merlo, "Ethical issues and the private sector", pp.23-36 in P. J. Benekos and A. V. Marlo(eds.), Corrections: Dilemmas and Directions, Cincinnati, OH: Anderson, 1992.

91) 미국의 경우 민영교도소의 사고들에 대하여 국가나 주정부에 배상청구의 소를 제기하는 것이 가능하다고 연방대법원이 판시하였다. 장규원, 전제논문, pp.175-176.

<ABSTRACT>

A study on the Private Prison

Kwang-Sub Park**

여 백

Private prison, as a prison that a juridical person or a private who is given the correction duty from the minister of justice manages, is one of special correction systems being performed in countries recently advanced in correction. Recognizing that there is an obstacle in establishing a reasonable correction administration because in the government-oriented correction administration of the past, uneconomic, inefficient element is included, our country is also preparing for the opening of private prison in 2003 year to make a more efficient correction reform.

I reviewed private prisons of the Unites State, the England, the Australia, the Brazil because it is necessary to review private prisons of countries advanced in correction for the efficient management in our country. Through this study, I confirmed that private prison can be an alternative trial that can complement public prison. Even though the problem about the introduction of private prison is pointed out, that problem can be common for it can also come from the management of the public prison. Therefore, the Private management of correction should be done with the intention of improving the efficiency of correction of prisoners rather than with the purpose of curtailing the expenses by consigning the operation cost to a private person.

■ 주제어(Key Words) : 민영교도소

**Ph. D. in Law, Professor, College of Law, Chungnam National University.

법률 92 (2002.9) (542) 181

實務研究

民營矯導所의 推進狀況과 效率的 運營方案*

가사희 →

法務部 矯政局企劃團 事務官 俞炳喆

I. 序言

우리나라는 97년 외환위기에 따른 IMF 관리체제를 극복하면서 경제회생을 위해 기업·금융·공공·노사 등 4대 부문의 改革을 추진하고 있다.1) 그 중 공기업을 포함한 공공부문(public sector) 개혁은 기본적으로 공공부문과 민간부문(private sector)의 협력(partnership)을 도모하는 것으로서 크게 민營化, 외부 경영위탁, 공공부문에 대한 민간투자 유입의 세 가지 형태로 나타나고 있다고 할 수 있다.2)

공공부문의 존재이유는 '시장의 실패'에 있다고 볼 때, 시장의 실패로 인한 손실보다는 공공부문의 비효율로 인한 손실이 더 적다면 공

* 한국형사정책학회 2002년도 하계학술회에서 발표된 원고임(2002.5.18)
1) 2001. 3월말 정부가 발표한 4년간의 공기업 민영화의 성과를 보면 6개 공기업(국정교과서, 종합기술금융, 대한송유관, 포항제철, 한국중공업, 한국종합화학)의 민영화가 완료되었고, 현재 5개 공기업(한국통신, 담배공사, 지역난방공사, 가스공사, 한국전력)에 대한 민영화가 추진중이다.
2) 영국의 민營矯導所制度는 단순한 Privatization(민영화)보다는 Contrual Management(계약관리) 또는 PPP(Public Private Partnerships, 민관협력)로 소개되고 있으며 DCMF(Design, Construction, Management, Finance) 모두를 민간에 맡기는 방식으로 진행되고 있다. 실제로 영국 민영화 경험을 홍보할 때에는 민영교도소가 단골메뉴로 등장하고 있다.

공부문은 존재이유가 있지만 시장실패에 따른 손실이 명백히 크지 않다고 할 때에는 공공부문을 민營化하는 것이 바람직할 것이다.

民營化는 국민경제에 중요한 영향을 미치는 공공부문에 전문경영인에 의한 책임경영체제를 도입하여 경영의 효율성을 향상시키며, 이를 추진함에 있어 경제력집중을 방지할 수 있도록 함으로써 건전한 기업문화의 창달과 국민경제의 균형있는 발전에 이바지함을 목적으로 하는 것이다.3) 이는 단순히 공공부문의 민간개각이 아니라 政府가 담당하는 보편적 서비스 공급기능의 민간이양으로 폭넓게 해석되어야 한다.

民營矯導所의 등장도 이러한 추세와 무관하지 않고 공공부문과 민간부문의 협력을 도모하는 점에서 의미가 있다. 다만, 교도소는 公企業도 아닐 뿐만 아니라, 매각 등의 방법으로 민영교도소가 추진되는 것도 아니므로 일반적인 公共部門 民營化와는 거리가 있다고 할 수 있다.

외국에서도 교도소를 설치·운영하기 위하여 민간부문이 하나의 독립된 비즈니스를 만들어 투자하고 운영하는 방식으로 추진되고 있으며, 특히 미국·영국·호주 등에서의 주된 경향은 矯導所 건물신축과 그 운영, 자금조달을 모두 또는 교도소 운영 등 중요부문을 민간에게 맡기는 방식으로 진행되고 있다.4)

우리나라에서도 보다 많은, 보다 良質의 새로운 사회기반사업의 요구가 점차 늘어나는 것은 물론 그와 더불어 기존의 공공사업의 연장 또는 유지, 그리고 관리를 위한 예산확보의 필요성도 높아지고 있다. 政府가 그 예산지출을 줄이기 위해 비용을 분산하거나 정해진 예산을 관리비용으로 轉換할 수 있도록 민간부문과의 協力이 필요한 상황에 직면해 있는 것이다. 공공부문에 민간이 참여하는 것은 여러 理由가

3) 공기업의경영구조개선및민영화에관한법률(일부개정 98. 1.13, 법률 제5505호) 제1조 참조
4) 유병철, "외국의 민영교도소 사례분석", 法曹 2000·6(Vol 513), 229년 참조.

있겠지만 전체적인 사회기반구조에 있어서의 질과 양을 향상시키고 보다 나은 가치 또는 이익을 제공할 수 있다는 점일 것이다. 이는 우리나라가 民營矯導所를 추진하는 근본적인 이유가 아닐까 한다.

우리나라에서 일반적인 정부업무를 민간에게 위임 또는 위탁하는 것은 行政權限의 委任 및 委託에 관한 규정⁵⁾에서 비롯된다고 할 수 있다.

그러나, 民營矯導所制度에 대한 法律的·이론적인 논쟁과 贊反兩論이 많고 위의 大統領令 규정만으로 또는 그 해석상 국민의 권리와 의무와 관계되는 형벌집행업무를 민간에게 위임 또는 위탁하기에는 무리가 있기 때문에 정부는 후술하는 바와 같이 공청회 등 여론수렴과정과 관계부처 협의를 거쳐 따로 이에 관한 법률을 制定하여 민영교도소제도를 추진하게 되었다.

이 논문에서는 일반적인(또는 위 대통령령에서 다루는) 행정권한의 위임 또는 위탁 개념이나 공기업 民營化에서 다루는 민영화 개념이 아니라, 우리나라 법령상의 民營矯導所制度를 중심으로 서술하고자 한다.

II. 民營矯導所制度 導入過程

1. 外國의 事例

외국에서 民營矯導所制度를 도입하게 된 배경에는 여러 가지가 있을 수 있다. 세계의 민영교도소 대다수를 보유하고 있는 미국은 원래 수용자를 민간에 위탁하였던 역사를 가지고 있었는데, 여러 가지 문

5) 대통령령 제17115호, 2001. 1. 29개정, 이 규정에서는 民營化 또는 민간위탁의 목적을 '정부조직법 및 기타의 법령에 의하여 행정간여의 범위를 축소하여 민간의 자율적인 행정참여의 機會를 확대하기 위하여 각종 법률에 규정된 행정기관의 소관사무 중 일부를 지방자치단체가 아닌 법인·단체 또는 그 기관이나 개인에게 위탁하는 것'이라고 하고 있다(동규정 제1조 참조).

제점으로 인하여 연방 또는 자치정부가 矯導所를 운영하게 되었다.⁶⁾

그러나 새롭게 현대적 의미의 민영교도소가 등장하게 된 가장 큰 이유는 신용보행주의·get-tough정책 등으로 야기된 교정시설의 과밀 수용현상이라고 할 수 있다.⁷⁾ 자료를 보면 1970년대 후반이후 약 10여년 동안 미국의 연방 및 주립 교정시설에 수용된 자는 거의 두 배 이상 증가하였고, 1984년 이래 수용인원이 지역 jail은 100%, 주립교도소는 213%, 연방시설에서는 290% 증가하였다. 1997년의 구금율은 1980년과 비교할 때 두 배 이상 증가하게 된다.⁸⁾

대부분의 주립 또는 연방교도소는 적절한 수용능력을 20% 이상 초과하여 過密收容하고 있었으나,⁹⁾ 그 過密收容 현상은 좀처럼 해결될 기미가 보이지 않았다. 이에 법원의 과밀수용에 대한 제재판결 등 사회적으로 문제가 심화되자 일부 州정부는 1970년대말 불법체류자에 대한 수용시설을 민간에 위탁운영하다가¹⁰⁾ 1980년대초에 이르러 소년 보호대상자와 수행자 및 미결수용자에게까지 확대하게 된다.

民營矯導所가 미국에서 등장한 이후 20여년이 지난 현재는 미국뿐

6) 미국 연방법률(18 U.S.C. Sec. 4082(b))에서는 모든 연방수형자들이 이용가능하고 적정하며 적당한 시설(any available, suitable, and appropriate institution or facility)에 수용되기를 요구하고 있을 뿐이며, 이는 그 수행자를 연방정부 또는 다른 주체의 시설에 수용하든 관계가 없다고 해석된다.

7) 미국 주·카운티·시 공무원연맹(American Federation of State, County, Municipal Employees, AFSCME)·미국 변호사협회(ABA) 등이 이 제도에 대하여 반대하고 있다.

8) Camile Camp and George Camp, "The Corrections Yearbook", 1997(South Salem, N.Y.: Criminal Justice Institute, 1997), p.11.

9) Bureau of Justice Statistics, "Census of State and Federal Correctional Facilities", 1995 (Washington, D.C. : U.S. Department of Justice, 1996), 이에 관한 자료는 www.ojp.usdoj.gov/hjs/abstract/csf95.htm를 참조하고, BJS의 일반적인 자료는 www.ojp.usdoj.gov/bjs/correct.htm를 참조.

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

만 아니라 영국, 호주, 뉴질랜드, 남아프리카공화국, 캐나다 등 주로 영연방국가들을 중심으로 민영교도소가 운영되고 있으며 태국, 싱가포르, 일본 등이 이 제도를 검토하고 있는 것으로 알려져 있다. 그 수용자의 특징도 처음에는 경구급 등 상대적으로 관리가 쉬운 자들을 대상으로 하였으나, 중구급수용자·마약류수용자·여성수용자·의료처우수용자 등 다양한 형태로 발전하여 왔다. 따라서, 정부와 민영교도소가 그 수용자 특성에 있어서는 차이가 없다고 할 수 있는 것이다.¹¹⁾ 현재 전세계적으로 약 14만명의 수용자가 민營矯導所에 수용되어 있으며, 시설수는 약 180여개에 이를 것으로 추측된다. 미국의 찰스 토마스 교수는 이미 1997년에 예견하기를 2002년 미국내 민영교도소 수용인원이 27만 5천여명을 넘게 될 것이라고 했지만 그 정도까지는 아니더라도 상당한 정도임에는 틀림없다.¹²⁾ 1980년대 이후 꾸준히 민영교도소 산업이 성장하고 있다는 사실은 이 제도의 실험적 가치를 충분히 증명하고 있다고 볼 수 있다.

2. 우리나라

우리나라가 민營矯導所 제도를 도입하게 된 배경¹³⁾에도 교정시설의 過密收容에 기인한 바가 크다. 정부가 민營矯導所制度를 도입하기로 결정하는 시점인 1998년말 한때 교도소·구치소의 과밀 수용인원이 1만 4천여명에 달했는데 이는 IMF 경제위기에 따라 생계형 범죄자가 급증한 것이 주된 이유였다. 이후 IMF 경제위기로부터 회복하

는 과정에서 조금 줄어들다가, 2000년 이후 민營矯導所法이 시행되는 2001년 7월에 이르기까지 과밀수용인원은 5천여명선을 유지하며 개선될 기미가 보이지 않고 있었다.¹⁴⁾ 過密收容 문제는 그 자체가 수용자에 대한 인권침해일 수 있고, 수용시설의 부족은 矯正教化 프로그램의 원활한 시행을 지체할 뿐만 아니라 수용자 구금확보까지도 증대한 위험을 초래할 수 있기 때문에 시급히 시정해야 하는 문제였다.

또한, 이 시기는 법무부 교정국이 '교정현대화'를 추진하면서 부부만남의 집 운영, 수용자 전화사용 허가 등 개혁적인 정책을 추진하던 와중이었고, 그 중에 민營矯導所制度 도입이 과제로 포함되었다. 과밀수용 해소라는 당면과제의 해결에 있어서 미국 등 서구의 민영교도소 운영실태는 이 제도를 긍정적으로 검토하게 된 배경이라고 할 수 있다.

이어서 법무부는 1998년 11월 민營矯導所制度 도입에 관한 公聽會¹⁵⁾를 개최하는 등 각계의 의견을 수렴하고 형사법과 정부조직법, 행정권한의 위임 및 위탁에 관한 규정 등 관계법령을 참고하여 다각적 연구를 진행하였다.¹⁶⁾

이 결과를 토대로 1999년 7월 행정법에 교정업무 민간위탁에 관한 근거규정¹⁷⁾을 두는 개정안과 「民營矯導所등의設置·運營에 관한法律

11) 미국도 처음에는 연방수형자를 민간에 위탁하지 않았지만 Arizona州 Eloy의 연방교도소를 Concept社에 위탁하였다.
 12) Charles W. Thomas, "Private Adult Correctional Facility Census, 1997", University of Florida, Gainesville, 1997.
 13) 민營矯導所制度의 도입배경에 관하여는 유병철, "외국의 민영교도소 사례분석", 法曹 1999·6(Vol 513호), 231~232면 참조

14) 유병철, "民營矯導所 설치·운영의 추진방향", 矯正 2001·9(Vol 305), 14~16면.
 15) 법무부는 1998년 11월 27일 한국교정학회의 후원으로 행정법 개정 및 민영교도소 도입에 관한 공청회를 개최하였으며, 이 때 경기대학교 이윤호 교수께서 "민영교도소 도입에 따른 문제점 및 대책"에 관하여 주제발표하신 바 있다.
 16) 유병철, "민영교도소 관련법령에 관한 고찰", 法曹 2001·6(Vol 537), 199~200면 참조.
 17) 동법 제4조의2(교도소등 설치·운영의 민간위탁) ①법무부장관은 교도소등의 설치 및 운영에 관한 업무의 일부를 법인 또는 개인에게 위탁할 수 있다. ②제1항의 규정에 의한 위탁에 있어서 위탁을 받을 수 있는 자의 자격요건, 교도소등의 시설기준, 수용대상자의 선정기준, 수용자 처우의 기준, 위탁절차, 국가의 감독 기타 필요한 사항은 따로 법률로 정한다.

案」을 작성·입법예고하여 종교계·인권단체 등 각계의 의견을 참고하였다. 1999년 12월 28일 행형법이 개정되고, 그 행형법의 교도소 민간위탁에 관하여는 따로 법률로 정한다는 규정에 따라 2000년 1월 28일 民營矯導所 등의 設置·運營에 관한 法律(법률 제6206호), 2000년 11월 9일 동법시행령(대통령령 제16996호), 2001년 5월 22일 동법시행규칙(법무부령 제506호)을 제정·공포하는 형식을 취하여 2001년 7월 1일부터 시행에 들어가게 되었다.

이는 그 동안 국가의 독점영역이었던 형벌집행업무 또는 교정업무를 민간에 위탁한다는 점에서 획기적인 일이었다. 민영교도소등의 설치·운영에 관한 법률(이하 民營矯導所法이라 한다) 제3조제1항의 ‘法務部長 官은 필요하다고 인정하는 때에는 교정업무를 공공단체외의 법인·단체 또는 그 기관이나 개인에게 위탁할 수 있다’는 규정에 따라 2001년 8월 24일 民營矯導所 設置·運營에 관한 提案要請을 일반에게 공고(법무부공고 제2001-22호)하여 사업자를 모집하게 되었다.

이 공고가 나간 후 건설·경비·보안 등 기업체와 기독교·불교·천주교·원불교 등 종교단체, 사회복지법인, 개인 등이 관심을 표명하였으며 그 중 일부는 참여를 위해 준비하다가 포기하였고, 결국 한국기독교총연합회의 한국기독교교도소설립추진위원회의 추진결과를 이어받아 설립된 재단법인 아가페가 법무부에 제안서를 제출하였다.

이에 법무부는 수탁자선정심사위원회를 구성¹⁸⁾하여 제안자에 대한 심사·평가¹⁹⁾를 진행하였고, 위원회는 제안자의 교정업무 수행능력에

18) 위원장은 법무부차관이며, 위원은 판사·검사·변호사, 관계행정기관의 공무원, 교수, 종교인, 언론인, 민간기업경영인 등으로서 교정 및 경영에 관한 학식과 경험이 풍부한 자와 시민단체(비영리민간단체지원법 제2조의 규정에 의한 비영리단체를 말한다)가 추천하는 자 중에서 법무부장관이 임명 또는 위촉하여 구성하였다.

19) 수탁자 선정을 위한 심사·평가 및 그 절차에 관하여는 유병철, “민영교도소 설치·운영의 추진방향”, 矯正 2001·9(Vol.305), 18~22면 참조.

관한 긍정적인 평가결과와 함께 法務部長官에게 그 의견을 제출하였다. 정부는 제안자와 민영교도소 설치·운영의 세부적인 사항에 대한 협의가 끝나는 대로 제안자를 상대로 민영교도소 설치·운영에 관한 委託契約을 체결하게 될 것이다.

법무부와 위탁계약을 체결하는 受託者가 民營矯導所를 운영하게 되며 그 운영에 필요한 교도소 시설 또한 수탁자의 부담으로 확보하여야 하므로, 위탁계약 직후 受託者는 시설건축 및 직원확보 등 민영교도소 운영에 필요한 준비를 진행하게 될 것이다.

Ⅲ. 民營矯導所 設置·運營方案

1. 矯正法人과 民營矯導所

교정법인은 장관으로부터 교정업무를 包括的으로 위탁받아 교도소·소년교도소·구치소 및 그 지소를 설치·운영하는 법인을 말한다. 즉, 교도소의 교정업무를 위탁받기로 정부와 위탁계약을 체결하여 교도소를 설치·운영하게 되는 법인²⁰⁾이 矯正法人이다.

교정법인은 민영교도소 설치·운영에 관한 업무를 수행함에 있어서 법령과 위탁계약이 정하는 범위안에서 권리·의무의 주체가 된다. 정부와 委託契約을 체결하는 당사자는 교정법인이며 독자적인 의사를 가지고 대표기관의 행위에 의하여 法律行爲를 하는 주체, 즉 수탁자가 되는 것이다.

受託者는 민영교도소 시설을 신축 또는 확보하고 이를 계속 보유하면서 장기간의 委託契約을 수행하게 되며, 정부는 運營經費를 지원함

20) 法人의 성격을 묻지 않으므로 사단법인 또는 재단법인, 영리법인 또는 비영리법인 어느 것이라도 교정법인이 될 수 있다.

으로써 정부의 예산절감 목적과 안정적인 교도소 운영 및 수용관리를 도모하게 된다.

교정법인은 민영교도소의 장을 비롯한 직원을 임용하여 민영교도소 업무를 개시하게 되는데, 법인은 民營矯導所의 업무를 대부분 민영교도소 소장에게 위임하게 될 것이다. 회계 및 재무관리의 투명성을 위해 민영교도소 등의 설치·운영에 관한 회계와 법인의 일반업무에 관한 회계로 구분하며, 전자는 교도작업회계와 일반회계로 하고 후자는 일반업무 회계와 수익사업회계로 나누어 관리하게 된다.

矯正法人과 민영교도소는 법령과 계약내용에 따라 행정법과 하부법령에 정하여진 제반 형벌집행업무인 矯正業務를 수행하게 되며 일정한 범위내에서 법무부의 지원과 지도감독을 받게 된다.

民營矯導所의 형태는 우리나라 교도소의 가장 일반적인 모습이라고 할 수 있으며 규모는 500명을 수용정원으로 하므로 비교적 소규모라고 할 수 있다. 미결수용자를 제외하며 조직폭력사범·마약사범 등과 기타 민영교도소에의 수용이 적절하지 않은 자는 제외된다.

2. 교도소 건축

外國事例를 보면 民營矯導所 시설을 마련하는 방법은 아주 다양하다. 정부가 기존에 보유하던 시설을 임대 또는 매각하여 민간에 그 운영만을 위탁하는 경우, 民間이 시설을 새로 건축하거나 다른 기업으로부터 시설을 매입하여 운영하는 방식 등 각각의 경우마다 각각 다른 내용의 계약을 체결하여 民營矯導所가 운영되고 있다.²¹⁾

21) 민간 교정회사가 정부 교도소를 운영하도록 선정되는 경우가 있는가 하면, 민간 교정회사가 자기비용으로 교도소를 건축하여 다양한 주체(카운티, 주, 연방 등)로부터 수용자를 수탁, 운영경비를 받고 민영교도소를 운영하는 경우도 있다. 한편, 오레곤주와 하와이주 위스콘신주는 해당 주의 지역내에

최근 영국에서는 DCMF(Design, Construction, Management, Finance)를 모두 민간이 수행하는 방식으로 민영교도소를 設置하고 있으며 호주의 Victoria州는 시설건축, 시설소유, 운영(Build, Own, Operate)을 모두 민간이 수행하는 방식으로 민영교도소를 추진하고 있다.

우리나라에서는 과밀수용 해소를 위한 수용공간 마련과 이에 따른 정부의 재정부담 輕減 등을 위하여 민영교도소 시설을 민간부담²²⁾으로 확보하도록 추진하고 있으며, 따라서 정부는 교도소 설치비용²³⁾을 지급하지 않게 되므로 민간이 소유한 교도소 부지에 시설도 민간부담으로 건축하여 시설소유를 민간이 확보한 상태로 민영교도소가 운영되도록 방향을 정했다.

교도소 시설을 민간이 건축하는 것은 정부가 하는 것 보다 사회적인 비용절감 효과가 크다고 한다. 미국의 Criminal Justice Institute 자료로 미국정부가 사용하는 1 cell당 평균 건축비용을 살펴보면 초중구급(maximum-security)시설은 80,562달러, 중간구급(medium-security)시설은 50,376달러, 경구급(minimum-security)시설은 31,189달러가 소요되는데,²⁴⁾ 민간이 건축하는 교도소는 그 비용이 상당히 많이 절약된다고 한다. 교정회사들은 정부보다 교도소 건축비용을 10% 내지 40%까지 절감할 수 있다고 주장²⁵⁾하면서 그 이유를 건축기간의 단축, 복잡

민영교도소를 두지 않으면서도 다른 주에 수용자를 보내 그 곳의 민영교도소에 위탁수용하는 방식을 이용하고 있다.

- 22) 따라서, 부지와 건축되는 교도소 건물은 그대로 민간소유로 유지하면서 민영교도소를 운영하게 된다.
- 23) 교도소 설치비용은 교도소의 보안수준·위치·수용구분·지역주민·부지가격·정부의 토지계획 등 일반적인 요소와 공사기간 및 자금조달 방식 등 건축자의 능력과 상황에 따라 천차만별로 달라질 수 있다.
- 24) Camile Camp and George Camp, "The Corrections Yearbook", 1997(South Salem, N.Y.: Criminal Justice Institute, 1997), p.69.
- 25) Industry annual reports; Alex Singal and Raymond Reed, "An Overview of the Private Corrections Industry", Legg Mason Equity Research, 1997,

한 정부조달 절차와 규제로부터의 자유, 변화에 대한 적응과정의 유연성, 복합디자인 건축의 효율성 등을 든다. 또한 교도소 건축을 민간이 추진하면 예상치 못한 비용발생 등의 많은 위험을 민간으로 분산하게 되는 장점이 있다고도 한다.

실제로 미국정부가 2년 반의 기간이 걸린다면 같은 유형의 교도소를 민간 교정회사는 반정도의 기간만에 완성한다고 하며,²⁶⁾ 겨우 90일 만에 교도소 하나를 건축한 사례도 보고되고 있다. 즉 100명의 초중구급 소년 수용시설에 대한 부지구입과 토지 기반공사를 마치고, 그에 소요되는 자금을 마련하며 설계와 실제 건축까지 단 3개월만에 마친 것이다.²⁷⁾

민營矯導所를 矯正法人이 건축하더라도 범 죄인을 수용하는 교도소의 기능에는 기존 국가운영 교도소와 다를 것이 없으므로, 교도소 시설이 범 죄인 구금과 교화 등 업무를 수행하는데 기능적 결함이 없도록 하기 위하여 법무부가 기본적인 설계의 방향을 제시하였다.²⁸⁾

이에 따르면, 민營矯導所는 범 죄인 구금을 충분히 확보할 수 있고 실질적인 교정교화가 가능하도록 시설 및 부지 등 주변환경을 설계하여야 하고, 矯正敎化 프로그램의 확대시행, 수용인원의 증가에 대처할 수 있도록 여유 있는 수용공간을 확보하도록 설계하며, 노약자·장애인 등 특별한 보호가 필요한 자가 시설을 이용하는데 불편이 없도록 설계하여야 한다.

또한 수용사동 및 주요 건물의 건축시 南向이 가능하고 일조 및 동풍 등 자연환경을 최대한 이용할 수 있도록 설계하고, 주변환경과 조화되어 교정시설이라는 느낌이 없이 아늑하여 민간의 연수시설로 연상될 정도의 분위기가 있는 조형으로 설계하는 것이 요구된다.

設計의 範圍는 동법 시행령 제14조에서 정한 시설기준과 설계의 기본계획 수립에 필요한 법무부 교정시설 시설기준을 참조하여 설계할 것이 요구되며, 완벽한 보안체계 확보 등 미래지향적이고 바람직한 교화방침을 구현할 수 있도록 최적의 環境을 제공하면서, 동시에 그 유지관리에 있어서도 최소의 관리인력으로 최대의 효과를 발휘할 수 있도록 설계하고 업무의 전산화 등 업무환경의 변화에 따른 첨단장비 활용 및 시스템운용의 자동화가 가능하도록 설계하여야 한다.

민營교도소의 부지²⁹⁾는 소속직원 및 가족의 생활, 受刑者의 교도작업 및 사회화습을 고려하여 인구 5만 이상의 도시 또는 지방자치법상 도농복합형태의 시에 해당하는 지역의 도심에서 반경 30km 이내로서 교정시설 건축이 가능한 지역이고, 가능한 한 국가운영 교도소와의 가까운 位置를 권장하여 정부와 유기적인 협조체계를 유지하고 정보 교환 등이 용이하도록 하였다.

3. 矯正業務 수행

정부가 민간에 위탁하는 교정업무는 行刑法 제1조의2제3호의 規定에 의한 수용자의 수용·관리, 교정·교화, 직업교육, 교도작업, 분류·처우 기타 行刑法이 정하는 업무이다.³⁰⁾

29) 교도소 면적은 법무시설 면적기준에 준하여 수용정원이 500명일 경우 3만 평을 기준으로 제시하면서 건물형태(방사형, 병렬형 등) 및 배치는 제안자의 운영계획 또는 교화프로그램에 따라 자율적으로 정하도록 하였다.

30) 민營교도소등의 설치·운영에 관한 법률 제2조제1호 참조.

p.16.

26) Samuel J. Brakel, "Privatization and Corrections", Reason Foundation Policy Insight No. 107, 1989; and Charles H. Logan, "Private Prisons: Cons and Pros (New York: University Press, 1990), p.79.

27) Cathy Lazere, "Privatizing Prisons", CFO: The Magazine for Senior Financial Executives, February 1997, p.41.

28) 법무부공고 제2001-222호에 따라 일반에 공개된 「민營교도소 설치·운영에 관한 제안요청서」, 31면이하 참조.

국가운영 교도소와 업무가 동일하다고 할 수 있다. 다만, 민영교도소 직원은 공무원이 아니고 그 선발과 임용을 교정법원에서 하게 되며, 국가운영 교도소에서처럼 경비교도대가 없이 교도소 시설을 경비해야 하고, 교도작업을 수행하더라도 그 수입은 모두 국고로 하게 되는 점 등이 큰 차이이다.

법령에도 민영교도소에 수용된 수용자는 行刑法에 의한 矯導所에 收容된 것으로 보며, 그 성질상 허용되지 아니하는 경우와 법령 및 委託契約에서 달리 정한 경우를 제외하고는 行刑法을 準用한다. 따라서 일단 처우의 형태는 국가운영 교도소와 비슷하게 행해질 것이며, 대부분 民營矯導所의 長 책임하에 업무가 처리될 것이다.

국가운영 교도소보다 월등한 처우가 보장되는 것도 공평한 처우의 원칙상 바람직하지 않다.³¹⁾ 민영교도소는 원래 국가운영 교도소보다 양질의 서비스를 목적으로 한다고 볼 수 있으며, 미국의 여러 연구결과에서도 民營矯導所의 전문성과 서비스 질이 향상될 수 있다고 주장되고 있다.³²⁾ 법령에서도 矯正法人은 위탁업무를 행함에 있어서 같은 유형의 수용자를 수용·관리하는 국가운영의 교도소와 동등한 수준 이상의 矯正서비스를 제공하여야 한다고 규정하고 있다.

민영교도소의 업무는 신입자를 수용하는 단계에서부터 신원확인, 생활안내, 수용거실 지정이 있게 되고 작업이나 교육훈련 여부와 그

31) 실제 수용자 처우의 수준을 국가운영 교도소와 비교하는 것은 어려운 일이지만, 한국적 상황에서는 民營化가 受刑者의 권익을 신장할 수 있을 것으로 보는 견해도 있다. 이윤호, 「민營矯導所의 문제점과 개선방안」, 「정갑섭박사 퇴임기념 논문집」, 정진사, 1999, p.248 참조.

32) Dana C. Joel, "The privatization of secure adult prisons: Issues and evidence", pp.51-74 in Bowman, Simon Hakim, and Paul Seidenstat(eds.), Privatizing the United States Justice System - Police, Adjudication, and Corrections Services from the Private Sector, Jefferson, NC: McFarland & Company, Inc., 1992. ; 이윤호, 「민영교도소의 문제점과 개선방안」, 「정갑섭박사 퇴임기념 논문집」, 정진사, 1999, p. 240. 참조

내용을 결정하여 여러 가지 분류처우 및 교화프로그램을 시행하다가 형기를 마치게 되면 석방시키는 일이 수용자에 대해 행해진다.

교도소 수용중에는 수용자에 대한 구급을 확보하기 위하여 계호 등 여러 가지 조치가 따르게 되고, 규율위반시 징벌과 누진처우가 시행된다. 교도소 직원의 관리에 따라 접견하거나 서신을 주고받고 의식주 및 의료처우를 제공받게 되며, 그밖에 물품 및 시설관리, 각종 보고와 행정·회계감사, 직원 후생복지 등에 관한 업무가 처리된다.

민영교도소 職員은 行刑法에 의한 矯導官의 職務를 행하게 되므로 교도관직무에 관한 규정을 준수하여야 하며, 일정한 制服을 着用하고 근무하여야 한다. 또한 직무의 성격상 민영교도소의 직원에 대해서는 일반 공무원에 준하는 근무자세와 의무³³⁾가 요구된다.

민영교도소 운영에 필요한 경비(運營經費)³⁴⁾는 국가예산으로 지급하게 되며, 민영교도소에서는 이 예산으로 수용자 수용관리·교정교화·시설관리·직원 보수지급 및 후생관리 등 모든 업무를 처리해야 한다.

33) 국가공무원법상의 의무로서 법령을 준수하며 성실히 직무를 수행하여야 하며, 所屬上官의 職務上의 命令에 복종하여야 하고, 所屬上官의 許可 또는 正當한 이유없이 직장을 離脫하지 못하며, 眞摯公正히 勤務하여야 하고, 재직중은 물론 退職후에도 직무상 知得한 비밀을 嚴守하여야 하며, 직무와 關連하여 詐欺 또는 간첩을 本분하고 謝禮·贈與 또는 嚮應을 授受할 수 없고, 그 소속상관에 증여하거나 소속직원으로부터 증여를 받아서는 아니된다. 또한 직무의 내의를 本분하고 그 품위를 損傷하는 행위를 하여서는 아니되며, 公務 이외의 營利를 목적으로 하는 업무에 奉事하지 못하고, 政黨 기타 정치단체의 結成에 관여하거나 이에 가입할 수 없고, 선거에 있어서 특정정당 또는 특정인의 支持나 반대를 하기 위하여 투표를 하거나 하지 아니하도록 권유운동을 하는 등의 행위를 하여서는 아니된다. 그리고 노동운동 기타 공무 이외의 일을 위한 集團의 行爲를 하여서는 아니된다.

34) 정부예산을 일반회계예산과 각종 특별회계예산으로 크게 분류한다면, 민영교도소에 지급하는 예산은 전자로 교정행정에 투입되는 당해연도 예산을 기준으로 그 해 민영교도소에 수용되는 인원에 해당하는 금액을 일단 민영교도소 예산으로 편성하고, 그 금액의 90%를 지급하게 된다. 따라서 민영교도소에 명목상 10%의 예산절감을 미리 요구하고 있다고 볼 수 있다.

4. 국가의 指導·監督

전술한 바와 같이 민영교도소의 운영주체는 민간(교정법인)이다. 그러나 刑罰執行業務가 일반 건축공사나 병원운영처럼 누가 처리하든 관계가 없는 일이 아니고, 국가가 수십년간 축적해온 행정경험이 民間에게는 부족하기 때문에 국가의 간여가 상당부분 필요하다. 특히 민영교도소 경험이 없는 우리나라의 민간에게 모든 행정업무와 절차에 대한 教育과 정보제공, 그리고 업무상 긴요한 행정관행 등에 관한 支援이 필요하고, 교정업무에 특이한 經驗과 노하우를 전수해 줄 필요가 있다.

법령에 따르면, 법무부장관은 필요하다고 인정하는 때에는 職權 또는 당해 교정법인이나 民營矯正所長의 申請에 의하여 민영교도소에 소속공무원을 派遣하여 그 업무를 지원하게 할 수 있다.

또한 법무부장관은 민영교도소의 업무 및 그와 관련된 矯正法人의 업무를 指導·監督하며, 필요한 경우 지시나 명령을 할 수 있다. 다만, 민간위탁의 취지상 민간의 자율적·창의적인 프로그램 개발을 위해 수용자에 대한 教育과 教誨에 관하여는 당해 교정법인의 의견을 최대한 존중하여야 한다. 국가가 보유하고 있는 업무상 지식과 관련 자료를 제공하고 전산프로그램 등 운영에 관한 내용도 비용부담은 별론으로 하고 적극 협조하게 된다.³⁵⁾

한편, 국가가 민간에 교정업무를 위임할 수는 있으나 국가적·사회적인 책임까지 계약으로 정하여 민간에 떠맡길 수는 없으므로 교정법인 및 민영교도소장은 필요한 教育을 실시하는 외에 항상 소속직원의 근무수행 상황을 監督하여야 할 필요가 있다.³⁶⁾

교정업무의 지도·감독상 필요하다고 인정되는 때에는 민영교도소에 법무부소속 公務員을 파견하여 당해 민영교도소의 業務를 指導·監督하게 할 수 있다. 감독관은 수용자 처우중에서 중대한 결과가 예상되는 일정한 경우에는 승인, 의견서 첨부, 확인 등의 감독권을 행사하게 된다. 교도소의 민간위탁 취지에 반하지 않는 범위안에서 교도소의 안전과 일상적인 현실을 감안한 조치이다.³⁷⁾

즉, ① 수용자의 도주·폭행·소요 또는 자살의 방지 기타 교도소의 안전과 질서유지가 필요한 경우의 계구사용, ② 수용자를 제압하기 위하여 신체적인 유행력을 행사하거나 교도봉·가스분사기·최루탄 등 보안장비를 사용하는 경우, ③ 수용자 또는 수용자 외의 자에게 대한 무기사용, ④ 천재지변 기타 사변으로 인하여 교도소의 안에서 피난의 방법이 없다고 인정되는 때의 긴급이송과 일시석방, ⑤ 적당한 수용자 치료를 위해 외부 병원에의 이송, ⑥ 외부통근교육 및 작업, ⑦ 귀휴, ⑧ 징벌 등의 처분을 하고자 하는 때에는 감독관의 承認을 얻어야 한다. 다만, 긴급한 상황으로 사전에 承認을 얻을 만한 시간적 여유가 없는 때에는 당해 처분 등을 한 후 즉시 監督官에게 통보하여 承認을 얻어야 한다.

또한 民營矯正所長이 행형성적이 우수하고 재범의 위험성이 없다고 인정되는 자에 대하여 假釋放審査를 申請하고자 하는 때에는 監督官의 의견서를 첨부하여야 하며, 사면, 형기종료 또는 권한이 있는 자의 명령에 의하여 釋放을 하고자 하는 때에는 관계서류를 調査한 후 監督官의 확인을 받아 행하게 된다.

IV. 效果的인 運營을 위한 課題

Corrections: Defining the Issues", Federal Probation 50: 이윤호, 전제논문, p.246 참조.

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

35) 김용진, "사설교도소의 도입 및 운영에 관한 연구", 형사정책연구원, 1996, p.130 참조.

36) 미국 연방대법원은 민영교도소의 사고에 대하여 정부에 소를 제기하는 것이 가능하다고 판시하였다(장규원, 「민영교도소 도입을 위한 예비연구」, 형사정책연구원, 1999, p. 125 ; Robbins, Ira P., 1986, "Privatization of

1. 교도소 운영의 效率化

일반적으로 民營矯導所에서는 노동력을 줄이고 직원과 수용자간의 긴장관계를 줄이며 시설의 수용능력을 최대한 활용하고 물품 등을 효율적으로 조달할 수 있다고 한다.³⁸⁾

하지만, 이제는 민영교도소가 정부보다 비용을 절감할 수 있는지에 대한 논쟁은 별로 의미가 없다고 생각한다. 이미 미국 등 외국에서 많은 실험을 거쳐 교도 성장기를 지나 이제는 안정기에 접어들었다고 보아도 무리가 없기 때문이다.³⁹⁾ 오늘날 17개 정도인 외국의 교정회사들은 모두 한푼의 수익이라도 아쉬운 영리기업체이다.⁴⁰⁾

민영교도소가 처한 상황에 있어서 우리나라와 외국은 많이 다르다. 우선 우리나라에서 민영교도소가 국가로부터 지원받는 예산은 국가운영 교도소에서 사용되는 예산과 비교하여 10% 절감한 금액이 될 것이다. 이는 교도소를 민간에 위탁하는 것 자체가 국가예산 절감이라는 목표를 전제하고 있기 때문이다. 따라서 민영교도소측은 적은 비용으로 더 큰 효과를 거둘 수 있는 구조를 갖추어야 한다.

정부예산을 분석해보면, 국가운영 교도소의 예산중에서 가장 큰 비중을

차지하고 있는 것이 소속 직원에 대한 인건비⁴¹⁾이므로 이 인건비를 줄이는 것이 민영교도소의 비용절감에 가장 큰 효과를 볼 수 있을 것이다.

그렇다고 해서 民營矯導所가 낮은 대우로 직원을 채용하겠다는 발상은 곤란하다. 양질의 서비스를 제공하려면 고급인력을 활용해야 하고 고급인력을 확보하기 위해서는 그에 상응하는 대우를 해줘야 하는 것이 안정적일 것이기 때문이다. 보수 자체가 적다면 그에 상응한 인센티브가 적정해야 하고 최소한 국가운영 교도소의 공무원을 기준으로 보다 나은 대우가 보장되어야 할 것이다. 또한 부족한 인력을 이유로 초과근무 또는 과중한 업무를 유도하는 것은 장기적으로는 더 많은 비용지출을 초래할 수도 있다. 오히려 유능한 인력을 충분히 확보하여 더 효율적으로 직원을 관리한다면 장기적으로는 훨씬 더 비용절감에 도움이 될 것이다.⁴²⁾

민영교도소가 더 적은 인원⁴³⁾으로 교도소를 운영하기 위해서는 직원 개개인의 근무능력을 향상시키기 위한 직원교육을 강화해야 한다. 최소한 국가 공무원교육기관의 예를 참고하여 보다 강도 높은 훈련이 필요하게 될 것이다. 공무원으로서의 사명감과 책임감에 상응하는 정신자세가 갖춰질 것이 요구되기 때문이다.⁴⁴⁾

38) 미국의 자료(ACA, Vital Statistics, p. 43)에 의하면, 정부는 행정비용에 운영예산 전체의 29%를 지출하는 반면, 민간 교정회사는 6 내지 8%만을 행정비용으로 지출한다고 한다.

39) 20여년 가까이 미국 등 외국의 민영교도소 시장은 꾸준히 성장하여 왔고, 한 때 경영상 어려움을 겪고 호주 등 미국외지역의 자회사들 대부분 정리하여 철수시킨 CCA(Corrections Corporation of America)도 1998년 1주당 주가가 1달러도 안될 정도였지만 몇 년 전부터는 주가도 15달러 내외로 회복하였을 뿐만 아니라 현재 운영중인 民營矯導所의 기존계약에 대한 재계약율이 95%에 이르고 있다.

40) 미국의 일부 주에서는 계약체결 단계에서 비용절감을 요구하고 있기도 하다. 텍사스주와 미시시피주는 최소한 10%, 플로리다주는 7%, 테네시주는 정부보다 적은 수준으로 비용절감을 요구하고 있다.

41) 우리나라 교도소관련 예산에서는 전체예산의 80%가 직원인건비이다. 미국에서도 정부예산의 2/3가 직원인건비라고 한다. American Correctional Association(ACA), "Vital Statistics" (Washington, D.C.: American Correctional Association, 1994), p.43. 참조.

42) Logan, Private Prisons: Cons and Pros (New York: Oxford University Press, 1990), p.82.

43) 미국에서도 정부와 비교해 본 민영교도소의 직원 수는 약 1/3정도라고 한다. Charles Mahtesian, "Dungeons for Dollars," Florida Trend, October 1996, p.83. 참조.

44) American Correctional Association, Standards for Adult Correctional Institutions, 3rd ed. (Washington, D. C.: American Correctional Association, 1990), standards 3-4053과 3-4081. 참조. ACA가 120시간 교육을 요구하는데 반해 일부 교정회사는 160시간의 교육을 요구하고 있고, 주립대학과 파트너십

또한 불필요한 근무장소가 있으면 과감히 조정하고 최신의 시설장비를 갖추어 적은 인원으로 최대의 관리효과를 거둘 수 있는 방안으로 추진되어야 한다. 시설건축시 건물의 배치에서도 시행하는 교화프로그램과 연계되도록 하고 수용자의 동선과 직원근무배치 계획을 고려하여 최소인원으로 수용자의 동태를 감시 또는 관리할 수 있어야 한다.

교도소 생활에 관한 한 수용자가 직원보다는 한 수 위의 노련한(?) 경험자이고 그들만의 교도소 문화가 존재하므로 民營矯導所의 직원이 보다 잘 훈련되고 뛰어난 업무처리 능력을 갖추어야 하며 효율적인 직장문화가 형성되어야 한다.⁴⁵⁾ 도주·폭행 등 교도소내 사건사고는 수용자들에 대한 통제와 관리에 허점이 있을 때에는 필연적이라는 것이 그간 사고사례를 보아도 알 수 있기 때문이다.

그리고 교도소의 계속적·안정적인 운영을 위해 지속가능한 수익구조를 갖추고 會計管理를 투명하게 하는 것도 필요하다. 이에 대한 정부의 재무·회계감독이외에도 자체 감사기능이 일반 기업체에서보다도 강화되어야 할 것이다.

2. 矯導所 질서 및 受刑者 통제의 확보

흔히 형벌집행업무의 주된 틀을 보안과 矯正敎化라고 말한다. 교도소의 기능이라 할 수 있는 수형자 교정교화를 위해 교도소 질서와 구금확보는 그 전제조건이라고 할 수 있다. 교도소에서의 보안은 교도

계약을 맺어 소요진압훈련·비상대비 훈련 등 혁신적인 교육훈련을 실시하기도 한다. 또한 미국의 많은 주에서도 법령이나 계약으로 정부의 교도관과 같은 수준의 교육훈련을 요구하고 있고, 영국에서는 민영교도소 직원에게 정부 교도관과 같은 교육교재를 사용하도록 하고 있기도 하다.

45) Richard W. Harding, "Private Prisons and Public Accountability" (New Brunswick, N.J.: Transaction, 1997) p. 19~20.에 따르면 공무원에 비하여 민간의 부드럽고 자유스러운 직장문화도 비용절감과 관련이 있다고 한다.

소 존재 자체를 안정화시키고 교도소 기능을 제대로 수행하기 위해서는 필수적이다.

민영교도소도 예외일 수 없다. 오히려 처음 교도소 운영을 민간에 위탁하는 정부입장에서는 경험이 일천한 민영교도소에 대해 가장 염려하는 부분이다. 민영교도소에서의 수형자 도주·폭행·사망·화재 등은 그 자체가 해악일 뿐만 아니라 사회적으로도 큰 악영향을 끼친 것이다. 사고가 소송으로 이어지고 소송관계 직원이 필요하게 되면 직원이 추가로 필요하게 되어 비용이 증가하게 된다.⁴⁶⁾ 이러한 점에서 일말의 시행착오라도 줄이기 위해서는 운영초기만이라도 전직 교도관을 적극 활용하는 것이 바람직하다.

법령에 따르면 민영교도소의 직원은 행형법상의 교도관의 직무를 행하도록 되어 있으므로, 무기·계구사용과 기타 강제력을 행사할 수 있다. 또한 행형상 필요한 모든 계호작용을 통하여 수용자 및 직원, 출입하는 외부인을 보호하고 그 밖에 행형목적을 위해 필요한 조치를 취하여 교도소의 안전을 도모해야 한다.

외국의 민영교도소에서는 나름대로의 교도소내 사고를 줄이는 노하우를 개발하여 시행하고 있다. 이를테면 수용자 관리를 엄하게 하는 한편 각종 치우는 정부보다 잘해주기도 하며, 작업(노동)·교육·레크리에이션 등을 짜입세 있게 운영하여 수용자로 하여금 民營矯導所 직원의 합법적 권위를 인정하도록 유도한다는 것 등이다. 몇몇 연구결과들은 민영교도소가 정부운영 교도소보다 낮은 사고발생율을 기록하고 있다고 주장한다.⁴⁷⁾

46) Robin M. Gragal, "With a Captive Audience, Private Prisons Propagate", Investors' Business Daily, May 21, 1996.에 따르면 민간 교정회사들은 정부 교도소보다 덜 과열되고 더 나은 수용환경을 제공한다고 하면서 이는 수용자간 폭행사고를 줄이고 직원 근무환경도 동반 개선되는 효과를 가져온다고 한다.

한편, 민영교도소 직원에 의한 파업과 노동쟁의가 민영교도소의 안전과 질서유지에 장애가 될 소지도 있으나, 우리나라는 民營矯正所法 제30조 제2항에서 국가공무원법 제66조 제1항의 '集團行爲의 금지', 공무원은 노동운동 기타 公務 이외의 일을 위한 집단적 행위를 하여서는 아니된다는 규정을 준용하고 있으므로 이를 원칙적으로 봉쇄하고 있다고 할 수 있다.⁴⁸⁾ 영국은 형사사법법 (Criminal Justice Act 1991)에서 파업을 위한 조직결성 금지를 규정하고 있고, 미국 민영교도소에서도 최근 10여년간 파업이 발생한 적은 없다. 미국의 정부운영 교도소에서도 파업은 없었으나 교도관 勞組가 준법투쟁(job action)에 참여한 적이 있다고 한다.⁴⁹⁾ 하와이주 등지에서는 공무원인 교도관의 罷業 자체가 불법으로 규정되어 있다.

종교단체가 교도소를 운영하게 되는 경우에 그 종교적 이념을 이유로 수용자를 징벌하거나 계구 및 무기를 비롯한 물리적 強制力을 행사하는 것에 소극적일 수 있다. 그러나 교도소의 질서를 확립하고 수용자의 구금을 확보하는 것 역시 민영교도소 측에 책임이 있으므로 결코 소홀히 생각하거나 대처해서는 곤란하다.

3. 矯正業務의 改善

47) Charles H. Logan, Well Kept: "Comparing Quality of Confinement in a Public and a Private Prison" (Washington, D.C.: National Institute of Justice, 1991); Charles H. Logan, "Private Prisons": Cons and Pros (New York: University Press, 1990), p.55. 참조. 플로리다에서는 주정부 교도소의 강경대응책(get tough policy) 분위기의 영향으로 수용자의 수용자에 대한 폭행이 62% 증가하였고, 수용자의 교도관에 대한 폭행이 250% 증가하였지만 get tough policy가 적용되지 않는 플로리다주내의 민영교도소에서는 그러한 사고발생증가 현상이 보이지 않았다고 한다.

48) 이운호, "民營矯正所의 문제점과 개선방안," 「정감섭박사 퇴임기념 논문집」, 정진사, 1999, pp.245-246 참조.

49) Charles H. Logan, "Private Prisons": Cons and Pros (New York: University Press, 1990), p.177.

민영교도소는 원래 국가운영 교도소보다 良質의 서비스를 목적으로 한다고 볼 수 있으며, 미국에서도 민영교도소의 전문성과 서비스 질이 향상될 수 있다고 주장되고 있다.⁵⁰⁾ 법령에서도 矯正法人은 위탁 업무를 행함에 있어서 같은 유형의 수용자를 수용·관리하는 국가운영의 교도소와 동등한 수준 이상의 矯正서비스를 제공하여야 한다고 규정하고 있다.⁵¹⁾

그러나, 동등이상의 水準이라고는 하지만 수용자 처우에 대해서는 민영교도소에 수용되는 아니면 국가 교도소에 수용되는 큰 차이가 없을 것이 바람직하다. 국가운영 교도소보다 월등한 처우가 보장되는 것은 다른 수용자와의 형평문제가 따르기 때문이다.⁵²⁾

민영교도소에 수용된 수용자는 行刑法에 의한 矯正所에 收容된 것으로 보며 그 성질상 허용되지 아니하는 경우와 법령 및 委託契約에서 날리 정한 경우를 제외하고는 行刑法을 準用하게 되므로 일단 처우의 형태는 국가운영 교도소와 비슷하게 행해질 것이다.

따라서, 기본적으로 행형법의 각종 처우는 그대로 민영교도소에서도 시행된다. 교도작업은 受刑者가 그 신분상 반드시 수행해야 하는

50) Dana C. Joel, "The privatization of secure adult prisons: Issues and evidence", pp.51-74 in Bowman, Simon Hakim, and Paul Seidenstat(eds.), Privatizing the United States Justice System - Police, Adjudication, and Corrections Services from the Private Sector, Jefferson, NC: McFarland & Company, Inc., 1992.; 이운호, 전제논문, p.240. 참조

51) 이운호, "民營矯正所의 문제점과 개선방안," 「정감섭박사 퇴임기념 논문집」, 정진사, 1999, p.248.에서는 실제 수용자 처우의 수준을 국가운영 교도소와 비교하는 것은 어려운 일이지만 한국적 상황에서는 民營化가 수용자의 권익을 신장할 수 있을 것이라고 한다.

52) 이러한 수용자 처우를 국가교도소와 비교하는 것이 사실상 매우 곤란한 경우가 많을 것이다. 미국 플로리다주에서는 최근의 'get-tough' 정책으로 말미암아 TV시청·웹쓰기구 사용 등 수용자에 대한 '사치스러운' 처우비용을 줄이고 있는 반면에 民營矯正所에서는 여전히 이들 처우를 제공하고 있어 비교가 되고 있다.

분야이고 民營矯導所에서도 수용생활의 가장 큰 부분을 차지하게 될 것이다.⁵³⁾ 정신교육·생활교육·학교교육·직업훈련 등 수용자 교육 훈련과 신문·방송·도서·잡필 등, 종교생활, 교화상담, 석방전 교육·사회참관 등 사회적응능력 향상을 위한 처우 실시계획, 귀휴(외출·외박 포함)실시 등 수용자 교화에 필요한 교정교화프로그램을 실시하여야 한다. 그 외에도 직원인사·교육훈련, 물품관리, 시설관리와 민원업무 등이 추가될 것이다.

이러한 업무를 수행함에 있어서 민간이 가지는 의사결정의 신속성·탄력성으로 법령상 가능한 범위안에서 교정업무가 개선되기를 기대한다.⁵⁴⁾ 민영교도소의 재범을 저하 등 범죄인 교정교화의 실적에 큰 관심과 기대를 갖게 될 것이다. 새로운 교육교화 프로그램을 탄력적으로 운영하여 민영교도소가 比較優位를 보이는 모습을 보여줘야 할 것이다.

국가운영 교도소 등에서 실시되고 있는 교화프로그램을 기본으로 하여 효율적인 교화방안을 나름대로 시행하게 되는 민영교도소에서는 새로운 프로그램과 효율적인 경영기법으로 국가운영 교도소보다 더 나은 교화실적을 보여야 하는 부담을 가지게 되는 것이다.

한편, 교도소의 민간위탁은 부당하고 비합리적인 權威의 탈피를 필연적으로 요구하게 될 것이다. 수용자에 대한 모든 처우 또는 교정교화프로그램 시행에 있어서 교도소장의 자의적인 재량권을 통제하고

53) 민간이 수용자의 勞動力을 이용할 수 있는가의 문제는 민간의 비용충당, 노동력 착취 등 윤리적인 타당성과 관련하여 다양한 논의가 있으나, 관련법령은 이를 허용하되 민영교도소에 수용된 收容者의 作業收入은 이를 國庫收入으로 하도록 하여, 노동력 착취의 가능성은 일단 차단되었다고 볼 수 있다.
54) 법령의 범위 안이므로 누진처우 등 각종 처우의 기본원칙은 지켜져야 한다. 서로 수행자가 형기중에 이송되기도 할 것이고, 국가든 민영이든 수용장소에 따라 처우원칙이 달라져서는 큰 혼란이 오고 형평에도 맞지 않을 것이기 때문이다. 이러한 점에서 국가와 민간의 이해와 협조가 중요하다고 생각한다.

제한하여 節次와 規則이라는 원칙이 중심이 되는 교도소 행정문화가 정립되어야 하는 것이다.

V. 結 語

民營矯導所는 교정업무, 즉 수형자 교정교화 분야에 있어서 정부와 민간의 역할분담 및 상호 협력체계에 대한 새로운 조망을 세우는 계기가 될 수 있다는 데에 큰 意味가 있다고 본다. 또한, 교도소라는 사회적리시설에서 오는 폐단을 줄여 수용자의 인권을 존중하고, 사회에의 복귀를 촉진시키는 矯正目的을 위해 새롭고 바람직한 교도소 문화를 창출하며, 수용자의 자율과 책임감을 증진시키는데 큰 기여를 할 수 있으리라 생각된다.

그러나, 기대가 많은 만큼 어려움도 많을 것이다. 민영교도소 발족 초기에는 시설·장비에 대한 투자비용과 직원 교육훈련 등 국가운영 교도소보다 그 예산이 단기간에 더 많이 투입되어야 하기 때문에 비용절감을 달성할 수 없을 수도 있다. 더욱이 사람의 가치관과 습성을 변화시키는 일은 그 효과가 신속하게 나타나는 것도 아니다. 장기적인 관점에서는 정부의 재정적·정책적 이익은 그리 크지 않을 수가 있는 것이다. 하지만, 민영교도소제도의 도입은 국가가 미래의 利益을 현재의 收益과 교환하는 것으로 보면 되지 않을까 생각한다.

현재 정부는 기독교단체가 설립한 非營利法人을 대상으로 민영교도소 위탁계약을 체결하기 위해 협의 중에 있다.

재단법인 아가페는 성경에 기초한 다양한 교정 프로그램(신앙훈련, 생활훈련, 직업훈련 등)으로 교도소를 운영하여 사랑의 공동체를 이룩할 것이라고 한다. 또한 교도소 내에만 국한되는 것이 아니라 출소 후의 삶까지 보살피는 출소 후 보호 프로그램도 시행할 것이라고 한다.⁵⁵⁾

일부 학자들이 우리나라 초기의 民營矯導所는 기업체 보다는 비영리단체 또는 종교단체가 운영하는 것이 바람직하다고 주장하고 있고,⁵⁶⁾ 또한 현실적으로 교도소에서 수행자를 대상으로 이익추구하는 영리기업보다는 이러한 비영리단체에 교정업무를 위탁하는 것도 긍정적일 수 있다. 아무래도 비영리 종교단체가 수익창출보다는 범죄인 교화측면에 전력을 다할 것이라는 기대를 하는 것이다.

나만, 범죄인을 교화하는데 가장 理想的이라고 하는 宗教프로그램이 포교 및 선교의 구체적인 내용에 있어서는 수행자의 종교자유를 침해할 가능성이 우려되기 때문에, 엄격히 정교분리를 추구하고 교정 교화에 효과적인 프로그램 시행과 자율적인 교도소 운영을 지원하면서 여러 가지 안전장치를 설치할 것이 요구된다고 할 수 있다.

법령에서도 교정법인의 任·職員과 민영교도소장 및 직원은 수용자에게 특정의 宗教 또는 思想을 강요하여서는 아니됨을 규정하고 있다. 따라서, 민영교도소장 및 직원은 수용자에게 특정종교의 교리·교의에 의한 교육·교화·의식 기타 행사에의 참가를 강요하여서는 아니되며, 민영교도소장 및 직원은 수용자에 대하여 특정종교를 신봉하지 아니한다는 이유로 처우상 불이익을 주어서는 아니된다. 또한 종교단체에 의해 民營矯導所가 설치·운영되더라도 해당 종교를 신봉하지 않는 수용자의 수용관리도 수행해야 하는 한편 특정종교 신봉자만을 위한 프로그램만을 시행하는 것은 불가능하다.⁵⁷⁾

55) <http://www.agapeprison.org/main2.asp> 참조.

56) 이윤호, "민영교도소 도입에 따른 問題點 및 대책", 「行刑法 개정 및 민영교도소 도입에 관한 공청회 資料輯」, 법무부, 1998. 33~34면; 건국대 이승호 교수는 "민영교도소 도입의 바람직한 방향"에서 단계적 도입론을 주장하면서 영리 교도소와 비영리 교도소를 동시에 추진하자는 의견을 제시하고 있다(www.fendi.co.kr/img/way-board/way-board.cgi?db=human&jv&no=2&pg=1).

57) 수용자에게 특성의 종교 또는 사상을 강요한 자는 2년 이하의 징역 또는 2

우리는 민영교도소가 수익을 창출하거나 재범을 저하 등 矯正教化에 있어서의 성과를 조급해 하지 말고 기다릴 수 있는 여유를 가져야 한다.⁵⁸⁾ 우선은 민영교도소를 추진하는 자의 철저한 준비가 필요하지만, 미국이 오랜 교도소의 민간참여 경험과 나름대로 다양한 현장실험을 거쳐 단계적으로 진행해왔음을 기억할 필요가 있다.

경쟁을 촉진하는 개혁이 없는 민영교도소, 즉 운영권한의 변화는 효율성의 증대를 가져오지 못하며 오히려 국가로부터 민간부문에 형벌집행권을 轉移시키는 부담만 초래할 뿐이다. 생각건대, 형벌집행업무를 경쟁적 환경에 노출시키는 것 자체가 큰 변화를 가져와 민영교도소의 未來를 밝게 할 것으로 본다. 따라서, 민영교도소의 운영에 대한 평가를 공정하게 하고 이를 다양한 관점에서 논의하여 문제점을 보완하는 자세로 접근하여 더 나은 제도로 발전시켜야 할 것이다.⁵⁹⁾

주제어 : 민영교도소, 교정업무, 위탁계약, 민간위탁, 교정법인, 과밀수용, 운영경비, 재단법인 이카페, 순탁지, 감독관

천만원 이하의 벌금에 처해진다(동법 제42조제2항제3호).

58) Hoeven & Sziraczki는 "Privatization and Labor Issues", (1997a)에서 民營化에 대한 그 동안의 사례연구들을 통해 분명해진 것은 '民營化의 비용'에 대해 분명히 인식해야 한다는 점이라고 지적한다. 많은 나라들에서 民營化는 예상보다 높은 비용을 치러야 했으며, 예상 및 기대와는 달리 경제안정화프로그램에 크게 기여하지 못했다는 것이다. 뿐만 아니라 누가 民營化의 社會的 費用(인력감축 및 노동자들의 삶의 질에 영향을 미치는 다른 부정적 효과들)을 감당해야 할 것이냐 하는 문제도 경제안정화 프로그램을 이행중인 나라에 있어서는 매우 대답하기 어려운 '정치적'인 문제의 하나라는 점도 귀담아 들어야 할 지적이다. <http://www.nanet.go.kr/nal/3/3-1-2/issu-178.htm>에서 새인용.

59) 호주 빅토리아주 정부는 민영교도소의 실적을 평가하여 運營經費에 연계(performance related fee)하여 지급하고 있다. Willam D. Eggers, "Prison Reform," Infrastructure Finance, December/January 1997, pp.53-55. 참조.

Third, we should not only make very clear and restricted punishment for the Criminals violating the Community Service Order, but also consideration to them for performing it positively.

Finally, we should make it into a law to perform the Community Service Order within a certain period of time after receiving the order from court, and the probation office should develop various Community Service Order programs to give criminals more chances to participate in these programs positively. Through these opportunities, we are able to let Criminals feel like a member of Society who should obey the law, public morals, and to assist them returning back to society as normal Criminal, with this Community Service Order system.

주제어 : 사회내처우, 사회봉사명령, 보호관찰

미국에 있어서 민영교도소에 관한 법적 쟁점 및 분석

An Analysis of the Legal Issues Regarding Private Prisons in America

광운대학교 법과대학 교수 **朴 相 烈**

기타의는 각기사 연필작성

〈目 次〉

I. 서 론	IV. 미국에 있어서 민영교도소에 관한 법적 쟁점
II. 미국 민영교도소의 역사	1. 위입불가법리
1. 민영화에 대한 일반론	2. 민영교도소의 수용자에 대한 민권보호의 적용가능성
2. 민영교도소의 역사	3. 민영교도소 교도관의 책임
III. 교도소 민영화에 대한 찬반론	V. 결 론

서 론

우리나라에 있어서 2001년 1월 28일에 법률 제6206호로 민영교도소등의설치·운영에관한법률이 제정되었다. 이 법에 제정되기 이전에 교도소의 민영화가 타당성과 필요성에 관하여 상당한 논란이 존재하였다. 하지만 이제는 이 법이 제정된 이후에 있어서 중요한 문제는 앞으로 어떻게 이 법을 적용하고 그로 인한 문제를 해결할 것인지 여부다.

이러한 관점에서 민영교도소의 역사가 일천한 우리나라법제에 있어서는 외국의 사례를 참고없이 주시할 필요가 있다. 그 중에서도 민영교도소의 역사가 오래되었던 미국 관련 사례가 풍부한 미국의 경험은 우리나라의 민영교도소가 앞으로 성공적으로 운영되는 데 도움이 될 것으로 믿는다.

미국의 민영교도소를 주제로 한 국내문헌이 여러 편 발표되어 있는 현실
본고는 미국의 민영교도소와 관련된 법적 쟁점을 중심으로 논의한다. 이러한
에는 다음의 세 가지가 존재한다.

그 첫 번째 쟁점은 교도소의 운영이 오로지 정부기능이기 때문에 민간기업
위임이 불가하다는 이유로 교도소민영화를 인정하는 법률이 위헌인지 여부다.

그 두 번째 쟁점은 민영교도소의 수용자가 정부가 운영하는 교도소의 수감자
동일한 헌법상 보장된 권리를 누릴 수 있는지 여부다.

교도소민영화를 인정하는 법률이 합헌이고 민영교도소의 수용자가 정부가 운
하는 교도소의 수감자와 동일한 헌법상 보장된 권리를 향유한다면 정부공무원
에 일반적으로 적용되는 면책규정이 민영교도소의 교도관에게 확대 적용할 수
는지 여부가 세 번째 쟁점이다.

하지만 본고는 민영교도소에 대한 이해를 돕기 위하여 우선적으로 민영교도
의 역사를 다룬다. 여기에서는 미국에 있어서 민영화에 대한 일반론 및 민영교
소의 역사를 함께 고찰한다. 그런 다음 미국에서 주장되어 온 교도소의 민영화
대한 찬반론을 소개한다. 그리고 전술한 바와 같은 세 가지 쟁점을 집중적으로
의한 다음 결론을 내린다.

II. 미국 민영교도소의 역사

1. 민영화에 대한 일반론

미국에 있어 민영화 운동은 한 때 쇠퇴하였으나 다시 활기를 띠고 있다.
에 연방정부, 주정부 및 지방정부는 계약을 통하여 전통적으로 정부의 역할
당하는 상당부분을 사적 부문(private sector)에 이전하였다.¹⁾ 이러한 운동은
정부의 예산축소 및 (2) 사적 부문이 公的 機能을 효과적으로 수행함에 있어
정통하다는 정치인의 신념에 의하여 생겨났다.²⁾ 민영화에 대한 관심의
1980년대 Ronald Reagan 대통령 당선시점까지 거슬러 올라갈 수 있다.³⁾ Re

물만에 가득찬 납세자들에게 호소하였다. 그들은 정부가 그들의 생활에
자로 깊숙이 관여하는 것을 목격하였다. Reagan대통령은 정부를 국민의
어내겠다고 맹세하였다.⁴⁾ Reagan 행정부시절, 당에 강한 애정을 가진
은 열성적으로 "자유로운 기업경영의 우월성"을 옹호하였다. 따라서 현대
운동이 탄생되었다.

세계대전 후, 식민지를 벗어나 사회주의에서 자본주의로 전환하는 국가에
민영화가 추진되었다. 이를 통하여 정부의 통제로부터 일정한 책무, 활동
상을 떼어놓을 수 있고 공적 통제로부터 공장, 광산, 항공 및 철도를 독립
있었다.⁵⁾ 그러한 상황들은 전형적으로 중앙정부에 집중된 세입 및 사적
그 관리를 위임하는 것과 관련성이 있다.⁶⁾

이 있어서 민영화가 아주 최근의 현상인 것으로 보이지만 민영화운동은 미
에서 한참 거슬러 올라간다.⁷⁾ 전통적인 정부의 기능을 민영화하는 것은 미
전반에 많은 혜택을 가져올 수 있다. 첫째, 사적 부문이 전형적으로 정부
보다 효율적으로 수행할 수 있다.⁸⁾ 둘째, 민영기업은 그 기업의 다른 민영
경영비를 분산할 수 있어서 개별적인 기업에 대한 단위당 서비스비용을
낮출 수 있다. 셋째, 사적 부문은 정부에 비해 동일한 기능을 보다 효율적으로 수행
한다. 왜냐 하면 그것은 영리를 추구하기 위하여 경쟁 속에서 경영하기 때
문이다. 넷째, 영리를 추구하는 경영인은 가장 효율적인 방식으로 기업을 경영
하여 초과시간을 투여할 것이어서 경영비용의 감축을 가져온다.¹¹⁾ 민영기
미스의 질을 희생하지 아니한 상태에서 모든 자원을 활용하여 효율성을
높일 수 있다. 다섯째, 사적 부문이 공공기관보다 더 잘 일한다는 점을 잘 알
고 있다. 그러나 이러한 유인을 가지고 있지 아니한다. 왜냐 하면 정부는 이익
추구를 위하여 민영기업의 우려하는 것 중 어느 것도 경험하지 못하기 때문

H. Logan, Private Prisons: Cons and Pros 3 (1990).

Logan, The Privatization Decision: Public Ends, Private Means 215 (1989).

supra note 1, at 490.

Bowman, et al., Privatizing the United States Justice System, Police,
Corrections, and Corrections Services from the Private Sector 290 (1992).

supra note 1, at 491.

Logan et al., supra note 8, at 290.

1) Paul Howard Morris, The Impact of Constitutional Liability on the Privatization
Movement After Richardson v. McKnight, 525 Vand. L. Rev. 489, 491 (1999).

2) Id.

이다.¹³⁾

1980년대까지 많은 미국인들은 가장 전통적인 정부의 역할조차도 민영화될 수 있는 광범위한 잠재적 이익을 목격하였다. Reagan 대통령은 어떤 책무를 수행하는 것이 타당하지 아니하거나 사적 부문이 그러한보다 효율적으로 수행할 수 있는 정부프로그램을 파악하기 위하여 대통령 영화추진위원회(President's Commission on Privatization)를 설치하였다. 이 위원회는 저임금노동자를 위한 정부건립주택, 항공교통통제, 교육, 신청, 교도소 및 의료보장제도에 대하여 민영화를 건의하였다.¹⁵⁾ 주정부는 부가 정한 예를 따랐다. 예컨대 1991년에 오하이오 주는 주정부가 운영하는 술을 민영화함으로써 대중에게 술을 판매하는 영업을 그만두었다.¹⁶⁾ 주정부가 하는 주점의 판매는 주정부를 분권하는데 도움이 되었을 뿐만 아니라 술 증가시키지 아니하고 수익성을 증가시켰다.¹⁷⁾

또한 1980년대에 미연방정부는 민영화운동에 참여하지 아니할 것 같은 인 주립 교도소와 연방교도소를 민영화하고자 그 타당성여부를 조사하였다. 동은 세 가지 경향-자유시장을 요청하는 이데올로기, 수용자수의 급증 및 용의 증가-이 한데 모이면서 급진전되었다.¹⁸⁾ 기업가, 자유시장옹호론자, 자에 직면한 공무원 및 학계는 교도소의 서비스의 질에 대한 희생이 없는 및 관리의 혁신을 보증하였다.¹⁹⁾ 1996년 말쯤에 미국에서 운영되는 민영 교소와 민영 연방교도소의 수를 100 곳을 넘었다.²⁰⁾

2. 민영교도소의 역사

현재의 교도소 환경에 대한 우려에서 최근에 대중은 교도소 민영화에

13) Martin P. Sellers, *The History and Politics of Private Prisons* 14 (1993).
14) Morris, *supra* note 1, at 492.
15) *Id.* at 492-93.
16) Steve Stephens, *Last Call for Ohio's Remaining Government-Run Stores*, *Columbus Dispatch*, November 10, 1996, at 1A.
17) David J. DelFiandra, *Comment, The Growth of Prison Privatization Threat Posed by 42 U.S.C. § 1983*, 38 *Duq. L. Rev.* 591, 593 (2000).
18) *Id.*
19) *Id.*
20) Richard W. Harding, *Private Prisons and Public Accountability* 4 (1997).

민영교도소는 미국의 형사법체계의 역사에 그 연원을 두고 있다.²¹⁾ 구형 수형자들이 그들의 죄를 뉘우칠 수 있도록 그들을 처벌하고 유치하기 위하여 사용되었다.²²⁾ 식민지시대의 미국에 있어서 민영교도소는 처음에는 기업체에서 운영되었다. 이에 따르면 수용자는 교도소에 수감하는 비용-출입에 관한 모든 거래를 포함함-을 지급하여야 하였다.²³⁾ 결과적으로 수용자는 그가 그의 전부를 사회 뿐만 아니라 교도소에 지불할 때까지는 석방이 불허되었다.²⁴⁾ 결국, 가난한 수용자는 그 제도에 의하여 혹사당하였고 그들의 비용을 지불하지 않아 거의 아사지경까지 작업을 강요받았으며 때때로 사망하게 되었다.²⁵⁾ 1866년 Raymond Stapleford는 메릴랜드 주에 교도소-식민지시대에 민간인이 운영한 교도소 중 하나-를 설립하였을 때 다른 접근방식을 시도하였다.²⁶⁾ Stapleford는 사인이 교도소의 노무를 하도록 그와 계약하였다.²⁷⁾ 1790년 펜실베이니아 주 Walnut가의 교도소는 "미국에 있어서 최초의 진정한 교소"였다.²⁸⁾ Walnut가의 교도소는 주정부가 감독하였다. 그러나 私人 契約者 賃金료를 구매하고 수용자는 그것을 완제품으로 만들었다. 그러면 사인 계약자 그 완제품을 시장에 내다 팔았다.²⁹⁾ 하지만 Walnut가의 교도소체계는 경제적으로 실패하였다.³⁰⁾

1816년에 뉴욕 주는 Auburn교도소를 건립함으로써 교도소 민영화를 실험하였고 뉴욕 주 의회는 Auburn 교도소가 자립이고 수익성이 있다고 주장하였다.³²⁾

21) David N. Ammons et al., *The Option of Prison Privatization: A Guide for Community Deliberations* 4 (1992).
22) Jack Betts, *A Short History of Corrections in North Carolina*, in *North Carolina Focus: An Anthology on State Government, Politics, and Policy* 695, 695 (Mebane Rash Whitman & Ran Coble eds., 1996).
23) Sean McConville, *Aid from Industry? Private Corrections and Prison Crowding, in America's Correctional Crisis: Prison Populations and Public Policy* 221, 223 (Stephen D. Gottfredson & Ralph B. Taylor eds., 1987).
24) *Id.* at 223.
25) *Id.*
26) Alexis M. Durham III, *Origins of Interest in the Privatization of Punishment: The Nineteenth and Twentieth Century American Experience*, 27 *Criminology* 107, 111 (1989).
27) Stephen P. Garvey, *Freeing Prisoners' Labor*, 50 *Stan. L. Rev.* 339, 342, 374-98(1998).
28) *Id.* at 348.
29) *Id.* at 349.

이러한 목적을 달성하기 위하여 그 교도소는 수용자의 저렴한 노동대가에 대하여 기꺼이 지급한 민영기업과 계약하였다.³³⁾

루이지애나 주는 뉴욕 주의 실험에서 한걸음 더 나아갔다. 즉 루이지애나 주는 사적 부문에 교도소 전체를 대여하였다.³⁴⁾ 이 체계 하에서는 그 사적 부문은 수용자를 무상으로 구급하였다. 텍사스 주와 캘리포니아 주는 그와 유사한 체계를 갖추었다. 다시 말하면, 그 주들은 교도소 전체를 민영기업에 대여하였다.³⁵⁾

코네티컷 주, 플로리다 주, 매사추세츠 주 및 켄터키 주도 또한 그들의 교도소를 대여하였고 1800년대 초반에서 중반까지 흑자로 돌아설 수 있었다.³⁶⁾ 교도소 수용자의 과잉과 상승하는 비용을 상쇄하기 위하여 버지니아 주는 사인이 수용자에게 음식, 주거 및 일당을 제공하도록 그 사인과 계약하였다.³⁷⁾ 이러한 민영교도소 실험 이외에 아칸소주, 오클라호마 주 및 미시간 주는 일찍이 민영교도소를 고용하였거나 교도소를 민간기업에게 대여하였다.³⁸⁾

구급시설과 민간기업간의 조창기 조합은 수익성이 있었고 혁신적이었지만 남용되었다.³⁹⁾ 종종 사인 계약자들은 수용자가 사망할 때까지 일이 시켰고 사소한 규칙 위반에 대하여 그들을 폭행하거나 죽였다. 또는 사인 계약자들은 그들에게 생활필수품(음식, 의류, 피난처)의 양과 질을 제대로 제공하지 못했다.⁴⁰⁾

인간의 존엄성을 확보하는 것 이외에 기업과 노동자들은 보다 저렴한 수용자 노동을 사용하는 사인이 초래한 부정경쟁에 대하여 항의하였다.⁴¹⁾ 더욱이, 교정의 목적으로 교도소를 사용하려는 희망은 사회적인 지지를 받았다.⁴²⁾ 이러한 요인의 결과로서 민영교도소 산업은 실패로 끝났다. 그러한 잔재는 1920년대에 플로리다

라메마 주에서 마지막으로 사라졌다.⁴³⁾

미국에 교도소의 관할권을 이전하는 것은 수용자가 직면한 조건의 개선과는 없었다.⁴⁴⁾ 민영교도소는 연혁적으로 비인도적인 생활환경을 제공하였을 수 있다. 현재 겪고 있는 수용자과잉과 고비용의 문제를 해결하기 위하여 교도소 운영을 지지하는 목소리가 다시 힘을 얻고 있다.⁴⁵⁾ 민영화운동은 1994년 연방 선거 및 공화당의 "미국과의 계약"에 의하여 지지되었다.⁴⁶⁾ 교도소산업의 부문을 제도입하기 위하여 주, 카운티 및 시는 민간기업과 계약하고 있었다. 1980년대 초 이래, 점차로 증가하는 법역(jurisdiction)들은 민영교도소의 사적 고용하는 법률을 입법하였다.⁴⁸⁾ 하지만 1984년까지 보안과 관련 없고 지역이 토대로 둔 시설만을 민영화하였다. 이에 사회복지시설, 불법체류의국인 수용소 및 소년원이 포함된다.⁴⁹⁾ 지속되는 교도소위기와 함께 이러한 초 실험이 가져온 비용절감효과로 인하여 민영교도소의 발전과 승인을 장려하였다.⁵⁰⁾ 1980년대에, 엘라스카 주, 아칸소 주, 콜로라도 주, 플로리다 주, 몬태나 주, 뉴멕시코 주, 오클라호마 주, 테네시 주 및 유타 주는 민영교도소의 활용을 가능하게 하는 법률을 채택하였다.⁵¹⁾ 현재 미국에는 100곳이 넘는 민영교도소가 운영중이다.⁵²⁾ 민영교도소에 있어서 수용자의 수는 한해당 30%씩 증가

31) Id. at 350.

32) Alexis M. Durtham III, The Future of Correctional Privatization: Lessons from the Past, in Privatizing Correctional Institutions, at 33, 35-36(Gary W. Bowman et al. eds., 1993).

33) Id. at 36.

34) Id.

35) Id. at 37.

36) Id. at 37-38.

37) Id. at 36.

38) John J. Dilulio, Jr., Private Prisons 2-3 (U.S. Dep't of Justice, Nat'l Inst. of Justice Crime File Study Guide No. NCJ-104561, 1988).

39) Ammons et al., supra note 21, at 5.

40) Dilulio, supra note 38, at 3.

41) Id.

at 222-23.

at 222.

Carvey, supra note 27, at 342.

Abn K. Chen, "Meet the New Boss...", 73 Denv. U.L.Rev. 1253, 1253 (1996).

Robert G. Schaffer, The Public Interest in Private Party Immunity: Extending Qualified Immunity from 42 U.S.C. § 1983 to Private Prisons, 45 Duke L.J. 1049-50(1996).

e.g., Alaska Stat. § 33.30.031(a)(Michie 1996); Colo. Rev. Stat. Ann. § 17-1-201(West 1997); Mont. Code Ann. § 53-30-106(3)(1997); Tenn. Code Ann. § 41-24-103(1997).

J. Duitsman, Comment, The Private Prison Experiment: A Private Sector Solution to Prison Overcrowding, 76 N.C.L.Rev. 2209, 2217 (1998).

e.g., Alaska Stat. § 33.30.031(a)(Michie 1996); Ark. Code Ann. § 5-10-106(Michie 1995); Colo. Rev. Stat. Ann. § 17-1-201(West 1997); Fla. Stat. § 957.03(1)(West 1996); Mont. Code Ann. § 53-30-106(3)(1997); N.M.Stat. § 33-1-17(Michie 1990 & Supp. 1997); Okla. Stat. Ann. Tit. 57, § 41-24-103(1997); Tenn. Code Ann. § 41-24-103(1997); Utah Code Ann. §

할 것으로 예상된다.⁵³⁾

미국교정회사는 공동창업자인 Doctor R. Crants와 Tom Beasley의 사업
장하였다.⁵⁴⁾ 1992년쯤 미국교정회사는 6개주, 영국 및 호주에서 6000명 이상
용자를 수용하는 21개의 교정시설을 운영하였다.⁵⁵⁾ 미국에서 범죄율이 증가
서 범죄자를 수용할 책임도 증가하였다. 1998년 말에 수용인원의 27%를 초
여 운영하는 연방교도소와 수용량의 13% 내지 22%를 초과하여 수용하는 주
소에 1,302,019명의 수용자가 수감되어 있었다.⁵⁶⁾ 지방교도소, 주교도소 및 연
도소에 있어 수용자의 연간 증가율은 매년 10%정도다.⁵⁷⁾ 미국교정회사의 199
차 주주총회보고서는 “우리 산업을 이끄는 강력한 시장의 힘이 존재하고 그
력은 거의 손상되지 아니하였다.”고 보고하였다.⁵⁸⁾ 미국의 냉혹한 민영교도소
사를 통하여 중요한 교훈을 배울 수 있다.⁵⁹⁾ 종전의 시행착오 및 민영화의 고
적인 사용을 통하여 달성할 수 있는 혜택은 현재 민영교도소실험에 대한 기초
제공한다.⁶⁰⁾

III. 교도소 민영화에 대한 찬반론

1. 긍정설

교도소 민영화에 대한 가장 일반적인 주장 두 가지는 그것이 보다 큰 효율성을
제고할 것이고 교도소의 설립 및 관리에 있어서의 질을 제고할 것이라는 점
이다.⁶¹⁾ 교도소시설의 건설에 있어서 효율성은 그 시설을 건축 및 개축하는 데

53) Warren L. Ratliff, The Due Process Failure of America's Prison Privatization Statutes, 21 Seton Hall Legis. J. 371, 372(1997).

54) Phil Smith, Private Prisons: Profits of Crime, Covert Action Quarterly, Feb. 1993, at 4 (visited Feb. 2, 2000).

55) Id. at 2.

56) <http://www.ojp.usdoj.gov/bjs/prisons.html>.

57) Bowman, et al, supra note 8, at 7.

58) Harding, supra note 20, at 4.

59) David Shichor, Punishment for Profit: Private Prisons/Public Concerns 44 (1997).

뿐만 아니라 비용절감을 통한 이익을 포함한다.⁶²⁾ 사적 부문은 종종 지방
주정부 및 연방정부가 예산의 한계로 인하여 재원을 마련할 수 없거나 그렇
고 하지 않는 주된 건설프로젝트에 대하여 자금을 조달할 자원을 가지고
63) 관리 효율성의 개념은 사인인 전문경영인이 직원의 최적 활용, 축소된 자
재, 및 부차적인 교도소물품이나 서비스를 가장 저렴한 가격으로 구매하는 것
을 통하여 비용을 줄이려고 노력할 것이라는 아이디어를 포함한다.⁶⁴⁾ 이러한 분
공기업의 경영이 전통적으로 비효율적인 영역이다.⁶⁵⁾ 개선된 건축의 질을
하여 사적 부문은 장소, 직원 및 물건의 선택에 보다 큰 유연성을 보일 수 있
도한 그것에 의하여 사적 부문은 가장 최근의 건축기술의 혜택을 누릴 수 있
교도소 수용자의 다양한 요구에 능동적으로 대응할 능력을 가질 수 있다.⁶⁶⁾

2. 부정설

민영화운동에 대한 많은 반대론자들은 민영화가 보다 큰 효율성을 가져올 것이
라고 시인한다. 하지만 그들은 전반적인 교도소의 질은 떨어질 것이라고 믿는다.
다 하면 이윤추구가 사적 부문의 궁극적인 목적으로 남아 있기 때문이다.⁶⁷⁾ 또
교도소 민영화에 대한 반대론자들은 범죄인들을 격리하는 과정이 윤리적으로
사적 부문에 위임될 수 없는 본질적인 정부기능이라고 주장한다.⁶⁸⁾ 미국시민자유
동맹(American Civil Liberties Union)의 공식적인 정책은 다음과 같다.

“수용자에 대한 통제와 감독을 민영단체에 위임하는 것은 본질적으로 그 자체
로 심각한 헌법적인 우려를 제기한다. 신체의 자유를 박탈하는 것은 국가가 부과
할 수 있는 자유에 대한 가장 심각한 간섭 중 하나이기 때문에 그리고 민간경영
이 초래할 사인의 자유에 대한 침해의 우려 때문에 타인에게서 그의 자유를 박탈
할 권한은 민간단체에 위임할 수 없다.”⁶⁹⁾

60) Bowman, et al, supra note 8, at 256.

61) Id.

62) Id.

63) Id.

64) Id.

65) Id.

66) Id.

또한 많은 주석가들에 따르면 민영화는 정부시설에서의 근무의 결과로서 월급, 연금, 직업안정성, 및 훌륭한 근무환경을 누리는 정부공무원으로부터 영리 추구하고 고용인에 대한 추후적인 혜택이 보다 적은 기업에게 부의 이전을 초래한다고 한다.

또한 민영교도소와 결부된 보안문제가 존재하였다. 유명한 하나의 예는 북오하이오 주 교정센터다. 이 교정센터는 1997년 Youngstown에서 설치된 것으로 미국교정회사가 운영하는 교도소다. 그 교도소는 처음에는 중간 정도의 보안을 감시하는 교도소로서 설립되었다. 하지만 미국교정회사는 곧 Washington, D.C. 지역에 소재하는 교도소로부터 Youngstown 교도소로 최대한 보안을 요하는 수감자를 이송하기 시작하였다. 교도소가 개설된 지 처음 10 개월 동안 20명의 수감자가 다른 수용자의 칼에 찔렸다. 그 중 2명은 치명상을 입었다. 주정부공무원 시공무원 양자는 Youngstown 교도소를 둘러싼 문제점을 인식하고 있었다. 그 외에도 불구하고 그들은 북오하이오 주 교정센터가 민영기업이기 때문에 그 문제를 감독하거나 통제할 방법을 가지고 있지 아니하였다. 거기에서 그 민영기업들은 민간단체에 수반하는 모든 사권을 향유하였다.⁶⁹⁾

1998년 7월 25일에 그 상황은 6명의 수용자가 Youngstown 교도소를 탈옥할 때 위협하게 되었다. 그들 중 4명은 수형자인 살인자들이었다.⁷¹⁾ 그 6인의 수용자는 Washington, D.C. 교도소로부터 이송되었다.⁷²⁾ 미국교정회사가 위협한 수용자 전부를 Youngstown에서 다른 교도소로 이송하였다고 연방법원판사에게 말한 뒤 2일 만에 그 탈옥이 발생하였다.⁷³⁾ 미국교정회사는 미국연방지방법원의 Sam Bell 판사가 Youngstown 교도소로의 수용자 이송금지를 철폐하도록 요청하였다.⁷⁴⁾ 그 탈옥 때문에 오하이오 주 상원의원인 Bob Hagan의원은 다음과 같이 언급하였다.

“한 차례의 탈옥으로 내가 옳다고 생각하지는 아니한다. 그러나 두 명의 살인 20여명의 자살 및 현재의 여섯 명의 탈옥에 비추어 볼 때 민영교도소는 오하이오 주가 추구하는 방향이 아니라고 생각한다.”⁷⁵⁾

69) Morris, supra note 1, at 495.

70) DelFiandra, supra note 17, at 598.

71) Id.

72) Id.

73) Id.

74) Id. at 599.

75) Id. at 599.

ge V. Voinovich 오하이오주지사는 Janet Reno 연방법무부장관 및 기타 직원에게 Youngstown 민영교도소를 즉시 폐쇄할 방법을 찾아 주도록 요청하였다.⁷⁶⁾ 이러한 요청을 지지하기 위하여 Voinovich는 미연방법무부가 콜롬비아 주의 교도소체계에 대한 재판관할권을 가진다는 사실을 인용하였다. 그 곳 Youngstown 탈옥수가 탈옥한 교도소체계를 갖추고 있었다.⁷⁷⁾ 민영시설이 그 감시하는데 최소한 30분이 걸렸고 다른 수용자들이 그 교도소 교도관들에 그 사실을 알려주어 그 사실을 인지하게 되었다는 사실을 알게 되었을 때 공익은 당황하였다.⁷⁸⁾ Janet Reno 법무부장관이 빙한 Youngstown교도소에 대 교서는 수용자인구의 삭감, 수용자의 여가활동의 증가 및 수용자활동을 감시 위하여 보다 경험 있는 감독관의 고용을 권고하였다.⁷⁹⁾ Youngstown 교도소 폐쇄는 교도소민영화를 반대하는 이들에게 그렇게 주장할 탄탄한 논거를 제공한다.⁸⁰⁾

미국에 있어서 민영교도소에 대한 법적 쟁점

교도소 민영화가 여러 주에서 시작되었지만⁸¹⁾ 교도소 민영화는 불명확하고 중립할 수 없는 법적 쟁점을 초래한다.

민영화반대론자들은 교도소의 운영이 오로지 정부기능이고 위임불가법리 (delegation doctrine)에 따르면 교도소민영화를 허용하는 법률이 위헌이라고 주장한다.⁸²⁾

민영교도소의 수용자가 정부가 운영하는 시설과 동일하게 헌법상 보장된 권리를 민영시설에서 누리지 못할 것이라는 우려가 존재한다.⁸³⁾ 미연방법전 제42

Mark Tatge, Youngstown Prison Should Be Cut in Size, Report Says, Cleveland Plain Dealer, December 5, 1998, at A1.

DelFiandra, supra note 17, at 599.

Ammons et al., supra note 21, at 30 fig. 5.

Michael Cody & Andy D. Bennett, The Privatization of Correctional Institutions: The Tennessee Experience, 40 Vand. L. Rev. 829, 849 (1987).

권 제1983조84)는 주법의 위임 하에 행하는 자에 대한 보호만을 제공하며 반대론자들은 정부가 민영기업과 계약하는 경우에 이러한 보호가 배제된다.85) 더욱이 민권보호가 민영시설의 수용자에게 확대될 것이라고 정부공무원에게 일반적으로 적용되는 면책규정이 민영시설의 고용인인지 여부라는 세 번째 법적 쟁점이 생겨난다.

1. 위임불가법리86)

위임불가법리는 연방헌법 제1조제1항에 근거한다. 그 조문에 따르면 "모든 입법권은 연방의회에 귀속한다"고 규정하고 있다. 어떠한 입법권도 연방의회에 의하여 다른 단체에 위임될 수 없다. 1935년 법원의 Schechter Poultry Corporation 대 United States 사건판결87)은 입법권을 대통령에게 위임한 연방산업개생법(National Industrial Recovery Act)을 무효화하기 위하여 위임불가법리를 적용하였다.88) 그 법의 제3조에 따르면 대통령은 준칙이 불공정한 회원가입제한을 부과하지 아니하였거나 소기업에 대한 독점을 제고하기 위하여 고안되지 아니하였다면 무역협회 또는 기업에 제시한 공정경쟁의 준칙을 승인할 권한을 가진다.90) 그 법원은 그 법의 권한의 광범위한 선언과 대통령의 권한에 대한 지침과 제한 양자의 혼란으로 위헌적인 위임이라고 판시하였다.91)

Schechter 사건담당법원의 분석에 따르면 위임불가법리는 법률이 사인이 무엇이고 법이 시행되는 때를 결정하도록 허락한다면 그 법률을 무효화하여 사용될 수 있다. 따라서 정부가 입법권 또는 행정권을 사인에게 위임하는 경우에는 언제나 그 사인이 그 권한을 행사할 권리를 가지는지 여부에 관한

92) 위임불가법리를 인용하면서 교도소민영화 반대론자들은 "정부만이 적법한 경찰권을 행사할 수 있고 그 권한이 사적 부문에 위임될 수 없거나 되어야 한다"고 주장한다.93) 마찬가지로 반대론자들은 연방의회가 입법권을 대외에 위임할 수 없는 것처럼 정부가 그들의 구금권을 민영기업에게 위임할 수 있다고 주장한다.94) 1986년 미국변호사협회는 "구금이 정부의 본질적인 기능에 속하며 정부가 교도소경영을 사기업에게 양도함으로써 그 책무를 포기해서 안 된다"고 주장하면서 이 주장을 지지하였다.95)

위임불가법리가 책임에 대한 방패로 민영화를 사용하는 정부에 대하여 반박하는 데 유용한 도구일 수 있는 반면에 민영교도소 반대론자들은 민영교도소에 관한 법적 쟁점이 그 정부가 그 책임을 배제할 수 있는지 여부가 아니라 정부가 그 권한을 위임할 수 있는지 여부라는 점을 인정하지 못한다. 유연성의 필요성을 인정하여 연방헌법의 초안자들은 그 목적을 시행하기에 충분한 권한의 위임을 허용하면서 장래에 규율할 필요성을 받아들여 "필요하고 적절한" 조항을 규정하였다.96)

대부분의 사람들은 사적 부문에 구금권환을 위임하는 것이 위임불가법리의 위반인지 여부에서 궁극적으로 논의하지 아니하였지만 연방대법원은 20세기 후반부에 다양한 형태의 위임을 무효화하지 아니하였다.97) 더욱이 위임불가법리의 현재의 실행 가능성은 상관없이 그 법리는 교도소민영화에는 적용될 것으로 보이지 아니한다. 하만은 구금기능의 이전이 입법권의 위임이 아니기 때문이다.98) 위임불가법리가 교도소민영화에의 적용가능성은 "학계와 연방대법원 대법원판사의 공통된 의견에 위임불가법리를 사문(dead letter)"으로 본다는 사실에 의하여 약화된다.99)

84) 42 U.S.C. § 1983 (1994).

85) Duitsman, supra note 49, at 2219.

86) David M. Lawrence, Private Exercise of Government Power, 61 Ind. L. 649-51 (1986).

87) U.S. Const. art. I, § 1.

88) 295 U.S. 495 (1935).

89) Pub. L. No. 73-67, ch 90, 48 Stat. 195, 195, abrogated by Schechter, 295 U.S. 495, 541-42.

90) Schechter, 295 U.S. at 521-23.

91) David H. Bruff, Public Programs, Private Deciders: The Constitutionality in General Programs, 67 Tex. L. Rev. 441, 456-57 (1989).

92) Michael Froomkin, Reinventing the Government Corporation, 1995 U. Ill. L. Rev. 543, 575 (1995).

93) Bruff, supra note 63, at 382.

94) Bonnie Mayer, Legal Issues Surrounding Private Operation of Prisons, 24 Crim. Justice Bull. 309, 319 (1986).

95) U.S. Const., art. I, § 8, cl. 18.

96) Duitsman, supra note 49, at 2222.

2. 민영교도소의 수용자에 대한 민권보호의 적용가능성

민영기업이 교정시설을 운영하도록 계약하는 것이 위헌적인 권한위임이고 가정할 때 다음 관련된 쟁점은 민영교정시설의 수용자가 정부가 운영시설의 수용자에게 제공되는 동일한 헌법적인 보호를 누릴 것인지 여부다. 제42조제183조(이하 “제183조”라고 약칭함)는 연방헌법 또는 제정법에 규정된 대로 모든 사람의 권리를 보호한다.¹⁰⁰⁾ 이 제정법에 규정된 보호는에게 적용된다.¹⁰¹⁾ 민영교도소의 반대론자들은 민영교도소가 어떤 사람에게를 지우지 아니하고 영리를 추구하게 하여 수용자의 인권을 희생할 것이라며 이를 표현하였다.¹⁰²⁾ 교도소의 운영이 전통적으로 주정부의 기능으로 고로 민영교도소가 주규정과 주정부의 자금에 따라 이 기능을 수행하고 있을 것 민영교도소가 헌법적 목적으로 주정부인 것처럼 간주될 것인지 여부의 쟁점이 전히 남아 있다.¹⁰³⁾

어떤 주의 제정법, 조례, 규정, 관습 또는 관행의 위임 하에(under color of law) 하는 자는 연방법전 제42권 제183조에 따른 민권위반에 대하여 책임을 지는다.¹⁰⁴⁾ 주정부는 민간인과 계약할 수 있지만 사인의 행위는 제183조의 주정부의 행위에 해당하지 아니한다고 Charles W. Thomas 교수가 주장한다.¹⁰⁵⁾ 하지만 연방대법원은 Adickes 대 S.H.Kress & Co.사건판결¹⁰⁶⁾에서 부공무원 뿐만 아니라 사인도 법의 위임에 따라 행할 수 있다고 판시하였다.

100) 42 U.S.C. § 1983 (1994).

101) 1989년에만 수용자들은 연방법원에 18389건의 민권관련소송을 제기하였다(D. Joel, *The Privatization of Secure Adult Prisons: Issues and Evidence*, *Privatizing Correctional Institutions* 69 (Gary W. Bowman et al eds., 1993).

102) Brett R. Carter, Comment, *Civil Rights--Richardson v. McKnight: The Rise and Fall of Private Guards' Qualified Immunity*, 28 U. Mem. L. Rev. 627-28 (1998).

103) Harold J. Sullivan, *Privatization of Corrections: A Threat to Prisoners' Rights*, *Privatizing Correctional Institutions* 141 (Gary W. Bowman et al eds., 1993).

104) 42 U.S.C. § 1983 (1994).

105) Charles W. Thomas, *Resolving the Problem of Qualified Immunity for Defendants in Section 1983 and Bivens Damages Suits*, 53 La. L. Rev. 472 (1992).

106) 398 U.S. 144 (1970).

사자와 관련된 제183조의 사건을 검토하면 법원들이 일관되게 사인의 행위가 주정부 사이의 어느 정도의 연계유형 내지 연계정도를 요구하였다.¹⁰⁸⁾ 그럼에도 불구하고 민간기구에 대한 주정부의 지원 또는 규율은 그것만으로는 제183조의 주정부의 행위를 성립하기에 불충분하다.¹⁰⁹⁾

Adickes 대 Toledo사건판결¹¹⁰⁾에서 연방대법원은 제183조의 요건을 기술하였는데 그 판결은 주법의 위임에 따라 행하는 사람이 원고에게서 연방법상 권리 침해하였다고 원고가 주장하여야 한다고 설명한다.¹¹¹⁾ 그 행위가 주법의 위임에 수행되었는지 여부를 판단함에 있어서 연방대법원은 다음의 세 가지 기준을 제시하였다. 그 첫 번째는 공적 기능 테스트(public function test)다. 그 두 번째는 밀접한 관계(close nexus) 테스트다. 그 세 번째는 주정부의 강제테스트(compulsion)다. 아래에서는 이 세 테스트를 논의한 다음 그 테스트들이 민영교도소에 적용될 수 있는지 여부를 살펴본다.

공적 기능 테스트

공적 기능 테스트는 사인의 행위가 주정부의 행위에 해당하는지 여부를 판단하는 일반적인 접근방식이다. 왜냐 하면 이 접근방식은 주정부를 위하여 행하는 자와 주정부와 동일한 법적 제한을 받는다고 주장하기 때문이다.¹¹²⁾ 공적 기능 테스트는 수행하는 기능의 유형에 초점을 둔다.

교도소의 운영은 역사적으로 사적 당사자와 공적 당사자 양자에 의하여 수행될 수 있다. 수용자를 구금할 책무는 정부에게 주어져 있다.¹¹³⁾ 따라서 공적 기능의 테스트에 따르면 교도소운영은 사인이 경영하는 경우에도 주정부의 행위에 해당할 수 있다.¹¹⁴⁾ 그 결과, 공적 기능 테스트에 따르면, 민영교도소를 운영하

Thomas, supra note 105, at 472.

Richardson v. Metropolitan Edison Co., 419 U.S. 345 (1974).

439 U.S. 635 (1980).

at 6404.

Matthew M. Farley, Comment, *Crashing the Party--The Supreme Court Prevents Political Parties to Preclearance Under Section 5 of the Voting Rights Act of 1965 in Morse v. Republican Party of Virginia*, 31 U. Rich. L. Rev. 191, 197.

W. Dunham, Note, *Inmates' Rights and the Privatization of Prisons*, 117 La. L. Rev. 1475-84 (1992).

는 민간기업이 제1983조에 따른 수용자의 헌법상 권리를 보호할 책임을 다. 교정과 구금은 전통적으로 주정부의 책무에 해당하였기 때문에 공격적 민간의 행위가 주정부의 행위에 해당한다는 사실인정에 대한 특력 있는 수단으로서 승인되었다.¹¹⁵⁾

나. 밀접한 관계 테스트

공적 기능 테스트와 마찬가지로, 밀접한 관계 테스트는 그 행위가 주정부에 해당하기 위하여 사인이 수행하는 행위와 주정부 자체와의 밀접한 요건으로 한다. 예컨대, Jackson 대 Metropolitan Edison Co. 사건판결¹¹⁶⁾ 방대법원은 주정부와 규율되는 단체의 행위 사이에 충분히 밀접한 관계가 후자의 행위가 주정부의 행위로 실제로 간주될 수 있는지 여부를 고려하여 이 밀접한 관계 테스트는 주정부가 침해행위에 공동참가인으로 간주될 정도 교와 그 자신을 연결하였기 때문에¹¹⁸⁾ 행위교정프로그램을 사용하는 학교가 의 위임 하에 행하였는지 여부를 판단하기 위하여 Milonas 대 Williams 사건¹¹⁹⁾에서 사용한 테스트다. 119) 그 법원은 밀접한 관계를 인정하기 위하여 네 가지 실에 초점을 두었다. 첫 번째 사실은 소년법원에 의한 프로그램배정의 비자발적 성격이다. 그 두 번째 사실은 교육부와 지방교육청 사이의 상세한 계약이다. 세 번째 사실은 주정부에 의한 수업료의 지원이다. 네 번째 사실은 주정부에 의한 교프로그램의 중대한 규율이다.¹²⁰⁾

Milonas 사건판결에서의 이러한 요인들을 사용할 때 민영교도소의 운영자와 밀접한 관계 테스트에 따라 1983조의 책임을 질 개연성이 있다. Milonas 사건은 직접적으로 그 논점을 다루지 아니하였지만 그 법원이 참작한 요인들은 민영교도소에도 유사하게 적용될 수 있다. Milonas 사건판결에서의 학교와 마찬가지로 영구금시설에서의 배정은 비자발적이고 민영교도소가 주정부로부터 자금을 받는다. 게다가 민영교도소는 주정부와의 상세한 위임계약에 따라 운영되고

광범위한 주정부의 규제를 받는다.¹²¹⁾ 그 결과로서 민영교도소와 주정부의 충분히 밀접한 관계가 존재한다. 따라서 이 테스트에 따르면 민영교도소는 1983조의 책임규정의 적용을 받는다.

주정부의 강제 테스트

주정부의 강제 테스트는 제1983조 책임을 야기하기 위하여 사인의 행위와 주정부의 행위를 요한다. 기타 테스트처럼 일반적으로 사용되지는 아니하지만 이 테스트는 연방대법원의 Lugar 대 Edmundson Oil Co. 사건판결에서 승인되었다.¹²²⁾ 이 테스트에 따르면 "주정부는 법에서 사인의 선택이 주정부의 그것인 것으로 볼 수 없거나 명시적으로 또는 묵시적으로 강제적인 권한을 행사하거나 중대한 장려책 등을 취할 것을 요건으로 한다."¹²³⁾

민영교도소는 교도소를 운영하도록 강제된다. 정부기능을 위임하는 주정부의 능력과 책무에 관한 우려가 민영교도소에 존재한다. 따라서 민영교도소의 운영자의 위임을 받은 행위자일 듯싶다. 결론적으로 민영교도소 운영자는 주정부가 교도소를 유지함에 있어서 수용자의 권리를 보호하는 것과 마찬가지로 그러한 권리를 보호할 동일한 헌법상 의무에 대하여 책임을 져야 한다.¹²⁴⁾

민영교도소 교도관의 책임

서론

어떠한 테스트에 의하더라도 민영교도소운영자는 주법의 위임에 따라 수용자의 헌법상 권리를 보호할 책임을 져야 한다.¹²⁵⁾ 일단 주정부의 행위와 권리가 충족되고 헌법상 위반이 발생하면 다음 쟁점은 제한적 면책(qualified immunity)이 존재하는지 여부다. 본래, 면책의 개념은 "왕은 어떠한 위법행위를

115) Charles W. Thomas & Linda S. Calvert Hanson, The Implications of 42 U.S.C. § 1983 for the Privatization of Prisons, 16 Fla. St. U. L. Rev. 933, 943 (1989).
116) 419 U.S. 345 (1974).
117) Id. at 351.
118) 691 F.2d 940 (10th Cir. 1982).
119) Id. at 931.

P. Robbins, Privatization of Corrections: Defining the Issues, 40 Van.L.Rev. 821 (1987).
122) 457 U.S. 922, 939 (1982).
123) City v. Hahn, 960 F.2d 1331, 1335 (6th Cir. 1992).

범할 수 없다"는 명제로부터 비롯되었다.¹²⁶⁾ 따라서, 그 개념은 정부공무
적용될 따름이었다. 하지만 정책과 효율성의 우려 때문에 면책은 점차로
용되었다.¹²⁷⁾ 이와 관련하여 연방법전 제42권제1983조는 불법행위책임에
면책을 인정하는 명시적 조문을 두고 있지 아니하다.¹²⁸⁾ 면책이 제1983조
여 명시적으로 허용되지 아니하더라도 법원들은 일정한 상황 하에서 면
책을 승인하였다.¹²⁹⁾ 아래에서는 민영교도소와 관련하여 제한적 면책을 논

나. Richardson 대 McKnight사건판결 이전의 법

(1) 연방법전 제42권 제1983조

McKnight의 미국교정회사 직원에 대한 소는 미국의 남북전쟁 후 제
지 거슬러 올라가는 법적 구제책인 1871년 민권법(The Civil Rights
1871)에 호소하였다.¹³⁰⁾ 그 법은 현재 연방법전 제42권 제1983조에 규정되
는데 이 제1983조는 타인에 의하여 연방헌법상 권리를 침해당한 사인의
위하여 금지처분명령적 구제책(injunctive relief), 보상적 손해배상(compensatory
damages) 및 징벌적 손해배상(punitive damages)을 제공하는 강력한
"검"이다.¹³¹⁾ 그 조문이 제정된 이래, 그 조문은 위법한 주정부의 행위로부터
국시민을 보호하는 연방의회의 주된 수단이 되었다. 하지만 연방대법원은 이
책이 절대적이지 아니하고 경우에 따라서는 피고인 정부가 제1983조에 따라
된 소에 대하여 면책된다고 판시하였다.¹³²⁾ 연방법원에서 이 판례법에 따른
면책법리의 발전은 다음과 같은 경합하는 목적에 의하여 영향을 받았다. 그
하는 목적은 공익을 위하여 그 재량권을 행사하여야 하는 정부공무원을 보호하
서 시민의 권리를 보호하기 위하여 손해배상책임을 마련하는 것이다.¹³³⁾ 이

의 긴장관계는 주권면책법리에 대한 연방대법원의 무원칙의 발전에 있어
다.

연방의회는 남북전쟁 후 남부에 널리 퍼진 폭력에 대응하여 민권법을
했다.¹³⁴⁾ Ku Klux Klan 동조론자들이 주법원체계를 붕괴하고 있다고 염려
법부는 연방헌법 제14차 개정조항에 의하여 주정부의 침해에 대하여 보호
리를 위반하여 주정부공무원이 주법에 따른 권한을 빙자하여 사용하는 것
연방구제책을 제공함으로써 이러한 무법천지를 고치고자 하였다.¹³⁵⁾ 제
지정함에 있어서 연방의회는 외형적으로는 주권면책을 인정하지 아니하
법위책임의 유형을 창출하였다. 그 규정의 법문은 절대적이고 무제한적이
주장할 수 있는 특권, 주권면책 또는 항변에 대하여 전혀 언급하지 아니
이 절대적인 법문 및 명백한 입법제정사¹³⁷⁾에도 불구하고, 연방대법원은
조를 관대하게 해석하지 아니하였다. 대신에 연방대법원은 공무에 의하여
손해의 배상을 청구하는 소¹³⁸⁾에 대하여 종종 공무원이 절대적 면책 또는
면책¹³⁹⁾을 주장할 수 있도록 허용하였다. 주권면책이 인정된 때에는 그것
임으로부터의 자유뿐만 아니라 소로부터 주권면책을 제공한다.¹⁴⁰⁾ 더욱이,
무원은 주권면책불허¹⁴¹⁾에 대한 중간항소(interlocutory appeal)¹⁴²⁾를 즉시
수 있다. 따라서 주권면책은 제1983조에 따른 청구를 제기하는 자에게 중
양애몰을 제공한다.

(2) 역사적 접근방식

대법원은 피고가 1951년의 Tenney 대 Brandhove사건에서 제1983조에 따
로부터의 면책을 주장할 수 있는지 여부를 최초로 고려하였다.¹⁴³⁾ Tenney
당법원은 캘리포니아 주 의회의 여러 의원에 대하여 정치적 운동가(political
ist)의 민권을 고려하였다.¹⁴⁴⁾ William Brandhove는 제1983조의 전신인 법

126) Edwin M. Borchard, Government Liability in Tort, 34 Yale L.J. 1, 2 n2 (1922).
127) Schaffer, supra note 47, at 1063-68.
128) Imbler v. Pachtman, 424 U.S. 409, 417 (1976).
129) Thomas, supra note 105, at 462.
130) Oliver Barber, Civil Rights-Lock-Up for Government Contractor Impunity, Private Prisons Denied Section 1983 Immunity-Richardson v. McKnight, 117 S.Ct. 2100(1997), 71 Temp. L. Rev. 417, 422 (1998).
131) Sheldon H. Nahmod, Civil Rights and Civil Liberties Litigation: The Law Section 1983, § 1.01 at 2 (2d ed. 1986).
132) Barber, supra note 130, at 423.

Cong. Globe, 42nd Cong., 1st Sess. 244 (1871).
Lugar v. Edmondson Oil Co., 457 U.S. 922, 948 (1982).
Owen v. City of Independence, 445 U.S. 622, 635 (1980).
Cong. Globe, 42nd Cong., 1st Sess. 244 (1871).
Barber, supra note 130, at 423.
Id.
Mitchell v. Forsyth, 472 U.S. 511 (1985).
472 U.S.C. § 1292 (1978).

에 따라 반미활동에 대한 캘리포니아사실인정위원회(California Fact-Finding Committee on Un-American Activities) 및 그 회장인 Jack Tenney를 상소 제소하였다.¹⁴⁵⁾ Brandhove는 그 위원회가 입법목적으로 개최되지 아니하고 위협적이고 침묵시키고자 열린 공식청문회에 그를 소환하였다고 주장하였다. Brandhove는 그 위원회가 언론의 자유, 적법절차 및 평등권을 위반한 것에 대해 배상으로서 보상적 손해배상과 징벌적 손해배상을 청구하였다.¹⁴⁷⁾

Tenney사건담당법원은 Brandhove의 민권법상 소에 대하여 판시함에 있어 법 활동의 영역 내에서 행해진 행위에 대하여 민사상 책임 또는 형사상 책임으로부터의 자유라는 미국의 강한 전통을 기술하였다.¹⁴⁸⁾ 그 법원은 연방의회가 또 다른 곳에서 구체적으로 상세히 설명하지 아니하는 한, 연방의회가 전통과 역사에 의거하여 잘 확립된 이 자유를 침해하려고 하지 아니하였을 것이라고 인정하였다.¹⁴⁹⁾

Tenney 사건담당법원은 이용 가능한 입법제정사를 검토한 후, 연방의회가 미법상 입법부의 면책 역사를 폐지하려는 의사를 분명히 하지 아니하였다고 결론 내렸다.¹⁵⁰⁾ 폐지된 이 면책이론을 사용하여 그 법원은 연방의회가 1871년 민권법을 제정하였던 때에 합법적인 입법부의 활동에 대한 면책의 전통을 보존하였다고 인정하였다.¹⁵¹⁾ 그 위원회의 활동이 적법한 입법부의 활동에 해당하는지 여부를 검토할 때, 그 Tenney사건담당법원은 “가치 없는 목적”의 주장조차도 의회의원의 면책특권을 파괴하지 못한다고 판시하였다.¹⁵²⁾ 그 위원회의 Brandhove에 대한 출석요구는 공식적인 조사의 일부였기 때문에 그 법원은 쟁점이 된 그 활동이 적법한 입법부의 활동으로 특정지워질 수 있다고 판시하였다.¹⁵³⁾ 따라서 그 위원회가 Brandhove의 소로부터 면책된다고 결론 내렸다.¹⁵⁴⁾

Tenney 사건담당법원은 그 법원의 판시의견이 새롭고도 검증된 바 없는 법리를 창출한다고 인정하였고 따라서 의회의원이 제1983조에 따른 소로 피소될 수

는 때에 대한 조사와 함께 그 판시의견을 결론지었다.¹⁵⁵⁾

첫째, 그 법원은 그 위원회의 조사가 사법부 또는 행정부에 전속적으로 귀속하 기능의 명백한 침해를 통하여 입법부의 권한의 한계를 초과하였다면 입법부의 권한의 외적 한계에 도달하였을 것이라고 인정하였다.¹⁵⁶⁾ 그 판결에서 Black대법관의 부수의견에 따르면, 의회의원의 행위가 그렇게 입법권한의 한계를 초과하는 정도에 대하여 그는 제1983조의 소에 있어 개인적으로 책임을 질 수 있다고 판시하였다.¹⁵⁷⁾

둘째, 그 법원은 Tenney피고들이 입법부의 실제적인 의원이라고 언급하였다.¹⁵⁸⁾ 그 법원은 “그러한 사건에서 의회의원의 특권이 입법부를 대표하여 공무를 수행하는 공무원에 대하여 소가 제기된 경우보다 더 존중을 받을 만 하다”고 판시하면서 이것을 중요하다고 여겼다.¹⁵⁹⁾

의회의원의 대리인이 아니라 의회의원이 소에 대하여 면책된다고 판시함에 있어서 Tenney사건담당법원은 피고들이 단순히 정부기능을 수행하였다는 이유로 피고를 면책하는 판결을 내리지 못하였다.¹⁶⁰⁾ 따라서 Tenney 사건담당법원의 접근방식은 면책이 피고의 공적 지위에 달려 있다는 것을 의미한다. 피고들이 연혁적으로 보호받는 당사자들인 것으로 인정되면 Tenney 사건판결의 접근방식은 소가 제기된 행위의 성격을 고찰한다. 이 행위가 연혁적으로 보호받는 영역에 있는 것으로 간주된다면 피고들은 소로부터 면책된다.

Tenney사건판결은 면책을 제1983조의 일정한 피고에게 확장한 일련의 연방대법원판결을 낳았다. 연방대법원은 판사,¹⁶¹⁾ 검사, 대배심원,¹⁶²⁾ 행정부의 특정 공무원¹⁶³⁾ 및 대통령¹⁶⁴⁾에 대하여 절대적 면책을 인정하는 때에 보통법상 면책을 제1983조에 융합하는 Tenney사건판결의 역사적인 공식(historical formula)을 적

144) Id. at 370-71.

145) Id.

146) Id. at 371.

147) Id.

148) Id. at 372-77.

149) Id.

150) Id. at 376.

151) Id.

152) Id. at 376.

153) Id. at 377.

155) Id.

156) Id.

157) Id. at 379.

158) Id. at 378.

159) Id. at 378-79.

160) James L. Ahlstrom, Note, McKnight v. Rees: Delineating the Qualified Immunity "Haves" and "Have-Nots" Among Private Parties, 1997 BYU L. Rev. 385, 385 (1997).

161) Pierson v. Ray, 386 U.S. 547 (1967).

162) Imbler v. Pachtman, 424 U.S. 409 (1976).

163) Butz v. Economou, 438 U.S. 478, 506 (1978).

용하였다. 하지만 이러한 공무원들 면책함에 있어서 연방대법원은 Tenney사건판결에서 한 것처럼 피고들의 공적 지위를 일관되게 강조하지 아니하였다. Tenney사건판결의 지위의식에 눈뜬 접근방식으로부터의 이탈은 입법부의 면책 초과한 행위에 대한 그 법원의 면책확장을 보통법상 지지하지 못한 것에 기인할 수 있고¹⁶⁶⁾ 보통법상 지지가 흠결하고 있는 경우에조차 그 법원이 면책을 확대 적용하려는 희망에 기인할 수 있다.¹⁶⁷⁾ 이 두 번째 우려-불명확한 역사적 지지의 불구하고 피고가 면책을 받을 만한지 여부-는 Richardson사건판결을 도출하는 여러 중요한 면책판결의 핵심쟁점이 되었다.¹⁶⁸⁾

(3) 기능적 접근방식

연방대법원의 1978년 판결인 Butz 대 Economou사건판결¹⁶⁹⁾은 긴급한 정책적 쟁점에 직면한 때에 Tenney사건판결의 역사적 접근방식을 포기하려는 연방대법원의 의지를 예증한다. Butz사건담당법원은 원고를 조사하고 그에 대한 재판절차를 제기한 농무부내 여러 공무원에 대하여 제기된 제1983조의 소를 고려하였다.¹⁷⁰⁾ 피고들에는 농무부 장관 및 차관보, 시행절차를 제시한 정부변호사 및 기타 조사하는 회계감사관이 포함되어 있었다.¹⁷¹⁾ 원고는 그의 몇몇 청구원인을 제1차 개정조항 및 제5차 개정조항에 두었다.¹⁷²⁾

연방대법원은 연방공무원에 대한 광범위한 면책을 거부하였으나 공무원이 상 검사나 판사로서 한 행위¹⁷³⁾에 대하여 면책 받을 수 있다고 인정하였다. 면책이 공공기업의 행위¹⁷⁴⁾에 필수적이라고 입증된 예외적인 상황이 존재할 수 있다고 지적하면서 연방대법원은 검찰 및 법원에 대한 면책사례들이 그러한 공적의 특별한 사회적 기능을 승인하였다고 인정하였다.¹⁷⁵⁾

165) See, e.g., *Cleavinger v. Saxner*, 474 U.S. 193, 201 (1985).

166) Richard A. Matasar, *Personal Immunities Under Section 1983: The Limits of the Court's Historical Analysis*, 40 Ark. L. Rev. 741, 771-81 (1987).

167) *Harlow v. Fitzgerald*, 457 U.S. 800, 812-13 (1982).

168) *Richardson v. McKnight*, 117 S.Ct. 2100 (1997).

169) 438 U.S. 478 (1978).

170) *Id.* at 508-17.

171) *Id.* at 482.

172) *Id.* at 483 and n. 5.

173) *Id.* at 516-17.

174) *Id.* at 507.

Tenney사건판결에서 설명한 면책의 역사적 토대를 강조하는 대신에 그 사회에 있어 피고의 역할 또는 기능 및 그러한 기능의 중요성을 고찰하였

사건담당법원은 연방기구내 재판이 사법절차와 중요한 특징을 공유한다고 하였다.¹⁷⁶⁾ 심문관(hearing examiners) 및 판사가 "기능적으로 비교될" 수 없으며 그 법원은 심문관이 판사로서 동일한 면책을 받을 만하다고 판시하였다. 따라서 Butz사건담당법원은 그 법원의 면책공식에 기능적인 요인을 추구하였다. Butz사건판결의 피고들-행정적, 준사법공무원-이 면책 받을 만한지 여부에 있어 역사가 도움이 되지 아니하기 때문에 그 법원은 피고들의 기능을 역으로 면책 받은 당사자들의 그것과 비교하였다. 판사의 기능에 필적할 만한 공무원의 기능을 인정하면서 그 법원은 피고에게 면책을 확장하였다. 하지만 사건담당법원은 한 곳을 손질하였다. 즉 그들은 피고들에게 판사가 향유하는 면책보다는 제한적 면책을 부여하였다.

제한적 면책과 절대적 면책의 적용 사이의 주된 상이점은 절차적인 것이다.¹⁷⁸⁾ 원고의 법익에 대하여 책임을 진다고 가정하는 경우에조차 절대적 면책은 소송에 대하여 방어하여야 하는 것으로부터 자유롭게 하면서 처음에 그 소송을 제기한다. 하지만 제한적 면책은 제1심법원이 피고의 행위의 적절성을 판단할 때만 피고를 보호하고¹⁷⁹⁾ 그들이 모든 상황 하에서 객관적으로 합리적이라고 판단한다.¹⁸⁰⁾

Butz사건담당법원의 판시의견은 연방대법원이 제한적인 면책에 대하여 명시적 기능적인 접근방식을 택한 최초의 사례다. Butz사건판결에 뒤이은 사례들에 연방대법원은 역사적 접근방식과는 일정한 거리를 두었고 점차로 Butz 사건담당법원의 사례별 기능적 접근방식을 따랐다.¹⁸¹⁾ 예컨대 1982년의 *Nixon 대 Fitzgerald*사건¹⁸²⁾에서 연방대법원은 방어의 범위가 공무원의 역할의 성격에 따라 다르다고 판시하면서 대통령과 기타 연방행정부공무원을 면책하기 위하여 기능적 접근방식을 채택하였다.¹⁸³⁾ Nixon 사건담당법원은 Butz 사건판결의 기능적 접

Id. at 513-14.

Id. at 515-17.

Hamblin, 424 U.S. at 419 and n. 13.

Id.

Harlow v. Fitzgerald, 457 U.S. 800, 818 (1982).

Nehmod, supra note 131, at 426.

근방식을 확장하였다. 다시 말하면 Nixon사건판결은 판사와 검사가 그들의 특수성 때문에 책임으로부터 완전히 면책되어야 한다고 선언하였다.¹⁸⁴⁾

Butz사건판결에 대한 Nixon사건담당법원의 적용은 정책적 고려를 강조함으로써 연방대법원이 벗어나는 대세를 예증한다. 연방대법원의 판결은 피고의 기능의 필수적인 성격 및 공익이 면책에 의하여 가장 잘 달성될 수 있도록 면책의 여부를 강조하였다. Tenney사건담당법원은 면책을 확장할 수 있는지 여부를 판단하는 데 넓은 역사적 정보를 가졌던 반면에 Butz사건판결과 Nixon사건판결은 그들의 판결의 토대가 되는 보다 덜한 보통법상 판례를 가졌다. 두 사례에서 한 역사적인 지침의 희소성에 대한 연방대법원의 대응은 정책을 보다 더 깊이 추구하는 것이었다. 정책에 토대를 둔 접근방식에 대한 이러한 경향은 Richardson사건판결을 이끌어 내는 사례에서 보다 분명해졌다.

(4) 주립교도소 또는 연방교도소에 대한 주권면책

1978년 Proconier 대 Navarette사건판결¹⁸⁵⁾에서 연방대법원은 기능적인 접근 방식 또는 역사적 접근방식 양자를 채택하지 아니한 정책에 기초한 면책판결을 선고하였다. Proconier사건담당법원은 교도소의 교도소장, 부교도소장(assistant warden), 교정자문위원 2인 및 수용자의 우편을 관리하는 교도소 직원에 대하여 수용자가 제기한 제1983조의 소를 고려하였다.¹⁸⁶⁾ 수용자인 Navarette는 여러 법적인 논거하에서 제소하였다. 그의 청구 중 하나는 우편에 대한 그의 권리를 침해한 주의로 관여한 혐의로 교도소 직원을 고발하였다. 그 쟁점은 연방대법원이 상고할 수 있는 것이다.¹⁸⁷⁾ 연방대법원은 우편에 대한 관습이 피소될 수 있는지 여부를 쟁점을 회피하고 대신에 제한적 면책을 이유로 사실심리생략판결을 선고하였다.¹⁸⁸⁾ Proconier사건담당법원의 영성한 분석은 교도소의 교도관이 제1983조에서 절대적으로 면책되기 보다는 제한적으로 면책되는 이유에 대한 논의를 포함하지 아니한다. 더욱이 연방대법원은 교도소 직원의 면책에 대한 기능적, 역사적 또는 보통법상 적절성을 논의하지 아니하였다. 대신에 연방대법원은 그 교도소직원에게

면책에 대한 사실심리생략판결을 선고하였다.¹⁸⁹⁾

Stevens 대법원판사는 그 연방대법원의 판결이 "제1983조 소송에서 모은 피고의 면책에 대한 제한적 면책을 주장할 수 있다"고 강력하게 암시한다고 언급하였다. 또한 Stevens의 반대의견은 연방대법원의 판결의 역사적 접근방식을 포기한 것에 대하여 다수의견을 비난하였다. Proconier사건판결 이전까지는 Stevens 대법원판사는 "보통법에 대한 신중한 조건의 승인에 대한 필수적인 전제조건"이라고 주장하였다.¹⁹¹⁾ Stevens 대법원판사는 연방대법원이 면책법리를 발전시켰기 때문에 그것은 신중하게 그 판결을 특정공무원으로 제한하였다. Proconier사건에 있어서 연방대법원의 판결에 Stevens 대법원판사는 "이러한 제한들이 현재 포기되었다"고 언급하였다.¹⁹²⁾ Stevens 대법원판사가 지적한 대로, Proconier 사건담당법원은 주교도소의 교도관에게 대한 그 법원의 면책의 확장 이면의 논거를 적절하게 설명하지 못했다. Proconier 사건판결의 다수의견은 교도소의 교도관의 기능을 역사적으로 면책되는 당사자의 그것과 비교하지 아니하였고 그 교도관의 사회에서의 기능의 중요성을 논의하지도 아니하였다. 그러한 분석의 척도가 없다면 연방대법원의 분석은 면책에 대한 기능적인 접근방식을 사용한 것으로 언급될 수 없다. Proconier 사건판결의 접근방식이 교도소 직원을 면책하는 판결에 도달함에 있어서 역사적 또는 기능적인 고려를 채택하지 아니하였기 때문에 그 접근방식은 단순한 정책적 지향점으로 특징지워질 수 있다.¹⁹³⁾ Proconier사건판결의 논거가 무엇이든간에 그 판결의 결과는 제1983조로부터 교도소 직원을 제한적으로 면책하는 것이었다.¹⁹⁴⁾

이러한 의견표명 이면의 논거를 Proconier 사건담당법원이 명백히 밝히지 못한 것은 교도소직원이 제1983조로부터 면책되는 이유에 관하여 연방법원은 지침-선례구속의 원칙 이외에-을 가지지 못한 채로 남게 되었다. 따라서 Proconier 사건담당법원의 영성한 분석은 그 판사의견이 보다 광범위하게 적용되는 것을 삼가게 하였고 민영교도소 면책에 관한 Richardson의 문제와 같이 유사한 쟁점에 대하여

183) Id. at 745.

184) Id.

185) 434 U.S. 555 (1978).

186) Id. at 556-57.

187) Id. at 558-59.

189) Barber, supra note 130, at 429.

190) Proconier, 434 U.S. at 568.

191) Id.

192) Id.

193) Richardson v. McSpight, 117 S.Ct. 2100, 2109 (1997).

상이한 결론에 도달하는 법원들의 가능성을 열어 놓았다.

(5) 연방법전 제42권 제1983조에 따른 사인의 행위

(가) 주법의 위임에 따른 헌법상 권리의 박탈

연방의회는 주정부의 행위에 대하여 사인의 자유를 보호하는 연방헌법 제14조 개정조항을 시행할 명시적 목적을 위하여 1871년 민권법을 통과시켰다.¹⁹⁵⁾ 연방대법원은 사인에게서 연방헌법상 권리를 박탈하는 주정부공무원과 관련하여 주법의 위임에 따라(under color of state law) 행한 것에 대하여 제1983조에 의하여 피소될 수 있다고 판시하였다.¹⁹⁶⁾ 1982년 Lugar 대 Edmondson Oil Co. Inc. 사건판결¹⁹⁷⁾에서 연방대법원은 사인인 당사자들이 제1983조상의 책임에 노출될 수 있는 기준을 상세히 설명하였다.

Lugar 사건담당법원은 위헌적인 주제정법과 그러한 제정법들이 사인인 당사자들에게 의하여 채택된 방식 사이의 관계를 고려하였다. 원고는 여러 사인 당사자들이 원고에게서 적법절차 없이 그의 재산을 박탈하기 위하여 주정부와 함께 활동하였다고 주장하였다.¹⁹⁸⁾ 그 법원은 사인 피고의 -위헌적인 법률을 사용하여- 가압류소송이 제1983조의 책임의 목적으로 주정부의 행위에 해당하지 아니한다고 인정하였다.¹⁹⁹⁾ 그 법원은 주법이 창출한 구제책이 원고의 박탈을 초래하는 한 박탈을 초래한 자는 "주정부의 행위자(a state actor)"로 지정될 수 있다고 인정하였다.²⁰⁰⁾ Lugar 사건판결은 제1983조의 목적상 사인행위를 주정부의 행위와 동일하게 다루는 때를 판단하기 위한 테스트를 확립하였지만 이러한 사적 행위자들이 공무원과 동일한 면책을 받을 수 있는지 여부를 논의하지 아니하였다.²⁰¹⁾ 1992년에 연방대법원에서 Wyatt 대 Cole 사건판결에서 사인의 면책의 문제를 다루었다.²⁰²⁾

195) Note, Limiting Section 1983 Action in the Wake of Monroe v. Pape, 82 Harv. L. Rev. 1486, 1488-98 (1969).

196) Adickes v. H.S.Kress & Co., 398 U.S. 144, 150-52 (1970).

197) 457 U.S. 922 (1982).

198) Id. at 924-26.

199) Id. at 936-37.

200) Id. at 937.

201) Schaffer, supra note 47, at 1050 n. 4.

202) 504 U.S. 158 (1992).

(나) Wyatt 대 Cole 사건판결

Wyatt 사건에서 당사자들은 조합(partnership)을 결성한 두 명의 목장주였다.²⁰³⁾ Cole은 Howard Wyatt와의 조합을 해체하길 원하였다.²⁰⁴⁾ Wyatt와의 합의 체결할 수 없어서 Cole은 미시시피주법에 따라 Wyatt에 대하여 압류동산회복(eviction)의 소를 제기하였다.²⁰⁵⁾

Wyatt는 제1983조의 소를 제기하였고 미연방지방법원은 미시시피주의 제정법 압류동산회복명장을 거부할 재량권을 판사에 부여하지 아니하여 Wyatt의 적법행위에 대한 권리를 위반하였다고 하면서 그 법이 위헌이라고 판시하였다.²⁰⁶⁾ 연방대법원은 Cole과 그의 변호사가 사인으로서 제1983조에 따른 책임을 피할 수 있을 정도로 제한적 면책을 받을 수 있는지 여부를 판단하기 위하여 상고를 허가하였다.²⁰⁷⁾ Wyatt 사건담당법원은 공익에 기여하거나 재능 있는 후보가 손해배상 청구에 피소될 것을 우려하여 공직에 지원하지 아니하는 것을 방지하기 위하여 필요한 경우에 정부공무원에 대한 제한적 면책을 승인하였다고 강조하였다. 또한 그 법원은 제한적 면책이 공적 행위에 의하여 피해를 입은 자에게 보충되는 것과 정부가 그 전통적인 기능을 수행할 능력을 보호하는 것의 비교형량에 기초한다고 지적하였다.²⁰⁹⁾

Wyatt 법원은 성실 항변(good faith defense)의 가능성을 열어 놓았다. 즉, 이 법원은 제1983조의 책임에 직면한 사인 피고가 성실 또는 법적 인과관계에 기반한 합리적인 항변을 할 수 있는 가능성 또는 정부 당사자가 사인 당사자에 대한 제정조가 원고에게 추가적인 부담을 이행하도록 요구할 가능성을 봉쇄하지 아니한다고 판시하였다.²¹⁰⁾

"성실" 항변은 장래에 민영교도소의 교도관에 대하여 제기되는 제1983조의 소송의 다수를 패소시키기 위하여 사용될 수 있다. 하지만 현재까지는 연방대법원은 민영교도소의 교도관에 대하여 성실 항변을 인정하지 아니하였다.²¹¹⁾

203) Id. at 159.

204) Id.

205) Id. at 159-60.

206) Wyatt v. Cole, 710 F.Supp. 180 (S.D.Miss. 1989).

207) Wyatt, 504 U.S. at 161.

208) Id. at 167.

209) Id.

210) Id. at 169.

211) DelFiandra, supra note 17, at 610 (2000).

다. Richardson 대 McKnight사건판결

(1) 사실관계

1986년 테네시 주는 민영화를 통하여 교도소서비스의 질을 제고하고 운영 비용을 통제하려는 실험적인 노력을 개시하였다.²¹²⁾ 테네시 주의 의회는 민영화에 대한 대중의 요청과 주의 국고에 4억2천5백만 달러를 추가하려고 제안하는 법안에 대응하여²¹³⁾ 테네시주의회는 여러 주교도소의 감독권을 전 세계적으로 규모가 큰 민영교도소이익단체인 미국교정회사에게 양도하였다.²¹⁴⁾ 테네시주에 대한 위임법인 1986년 민영교도소위임계약법(The Private Prison Contracting Act of 1986)은 민영교도소관리계약자들이 수용자에 대하여 감독의 경찰권 대부분을 행사하도록 입법되었다. 하지만 그 법은 직원에 대한 감독의 횡수 및 빈도를 감독하는 것처럼 정부공무원에 대한 제한적인 감독을 제공한다. 그 법은 주정부에 어느 정도의 권한을 유보함에도 불구하고 수용자의 계약자에 의하여 취급될 것이라고 규정하고 있다. 또한 그 법은 수용자들이 한 보험-민권청구의 보증을 구체적으로 포함하여-에 가입할 것을 요구한다.²¹⁵⁾ 남지구 중앙 교정센터(South Central Correctional Center; 이하 "SCCC"로 칭함)는 미국교정회사가 운영하는 테네시 주 Clifton에 소재하는 교도소이다. 1994년 3월에 그 시설의 수용자인 Ronnie Lee McKnight는 교도소장 및 교도직원 중 두 명-Daryll Richardson 및 John Walker-을 상대로 본인소송을 제기하였다.²¹⁷⁾ McKnight는 Richardson과 Walker가 극도로 꽉 조이는 수갑과 족쇄를 채운 채로 테네시 주 Nashville로부터 SCCC로 이송하였다고 주장하였다.²¹⁸⁾ 몸무게가 302파운드나 되는 McKnight는 그러한 신체적 압박이 그의 큰 덩치에는 매우 고통스럽고 그의 손발의 혈액순환을 막는다고 말했다.²¹⁹⁾ McKnight는 그의 고통이 너무 명백하여 다른 수용자들이 교도관들에게 그 속박을 느슨하게

212) Cody & Bennett, supra note 82, at 841-42.

213) Id.

214) Petitioner's Brief, Richardson v. McKnight, 117 S.Ct. 2100 (1997).

215) Brief of the United States as Amicus Curiae Supporting Respondent McKnight, Richardson v. McKnight, 117 S.Ct. 2100(1997).

216) McKnight v. Rees, 88 F.3d 417, 418 (6th Cir. 1996), aff'd, Richardson v. McKnight, 117 S.Ct. 2100 (1997).

217) Andrews v. Bechtel Power Corp., 780 F.2d 124 (1st Cir. 1985).

218) Respondent's Brief, Richardson v. McKnight, 117 S.Ct. 2100 (1997).

219) Id.

것을 애원하였다고 주장하였다.²²⁰⁾ 더욱이 McKnight는 두 명의 교도관이 고통을 알아차렸으나 그의 속박을 푸는 대신에 그에게 모욕적인 인사를 피했다고 주장하였다.²²¹⁾ McKnight가 SCCC에 도착한 시점쯤, 그는 타인의 부속을 볼 수 없었다.²²²⁾ McKnight는 위원을 요일 정도도 취한 신체적 손상을 입었다고²²³⁾ 그는 그 사건 이후 적어도 3년 동안 그의 혈액순환을 회복하기 위하여 지속적으로 받았다.²²⁴⁾ McKnight는 1871년 민권법에 따라 보상적 손해배상 징벌적 손해배상을 청구하였다.²²⁵⁾ 이제 그 법은 연방법전 제42권 제1983조로 규정되어 있다.

(2) 절차

Richardson과 Walker는 교도소의 교도관로서의 직업 때문에 제한적 면책을 받을 수 있다고 주장하였고 원고의 소를 각하하라고 신청하였다.²²⁶⁾ 연방지방법원은 각하신청을 받아들이지 아니하였다. 왜냐 하면 민영교도소에 고용된 교도관은 1983조의 소로부터 제한적 면책을 받을 수 없기 때문이다.²²⁷⁾ 피고들은 중간항소를 제기하였다.²²⁸⁾ 연방항소법원은 민영교도소직원이 제1983조의 소로부터 제한적 면책을 부여받을 수 없다는 연방지방법원의 재판을 인용하였다.²²⁹⁾ 연방대법원은 민영교도소의 직원인 교도관이 연방법전 제42권 제1983조의 위반을 이유로 수갑자가 제기한 소로부터 제한적인 면책을 향유할 수 있는지 여부의 문제를 해결하기 위하여 상고를 허가하였다. 그런 다음 연방대법원은 그들이 면책을 누리지 아니한다고 판시하였다.²³⁰⁾

220) Id.

221) Id.

222) Id.

223) Id.

224) Id.

225) Richardson, 117 S.Ct. at 2102.

226) McKnight, 88 F.3d at 419; Robert Trant, Comment, Richardson v. McKnight: Are Private Prison Operators Engaged in State Action for the Purposes of 42 U.S.C. 1983?, 25 New Eng. J. Crim. & Civ. Conf. 579 (1999).

227) Id.

228) Id.

229) Id. at 418.

(3) 판시의견

1997년까지 제한적 면책이 민영교도소에 적용되어야 하는지 여부에 관한 논란이 있었다. 왜냐 하면 교도소의 교도관은 정부교도소의 교도관과 거의 동일한 기능을 수행하기 때문이다.²³¹⁾ 연방대법원은 Richard 대 McKnight사건에서 이 논쟁을 해결하였다. 즉 이 판결은 민영기업에 고용된 교도소의 교도관이 사용자가 제기한 제1983조의 소로부터 제한적 면책을 받을 수 없다고 판시하였다.²³²⁾ 그 법원은 교도소의 교도관의 면책을 부정하기 위하여 그 법원의 판결을 구속하는 Wyatt 대 Cole사건판결의 네 가지 측면을 고찰하였다.²³³⁾ 첫째, 제1983조의 소송은 때때로 사인에게 책임을 부과할 수 있다.²³⁴⁾ 둘째, 소로부터의 면책과 기타 법적 항변은 차별화된다.²³⁵⁾ 세 번째, 사인이 책임으로부터 보호를 향유하는지 여부를 판단하기 위하여 제1983조의 책임의 역사와 목적을 고찰하여야 한다.²³⁶⁾ 넷째, Wyatt는 그 판결의 토대가 된 사실관계에만 국한하여 적용되고 사인에 관한 모든 사례에 적용되어서는 아니 된다.²³⁷⁾

제한적인 면책 항변의 정당성을 심사함에 있어서 Richardson사건담당법원은 사용자가 민영교도소직원에게 적용될 수 있는 면책의 확실한 전통을 드러내지 아니한다고 강조하였다.²³⁸⁾ 교도소의 교도관을 정부교도소의 교도관과 동일한 의무를 수행하므로 동일한 면책을 받아야 한다고 주장하였다.²³⁹⁾ 그 법원은 기능적 접근방식에 따른 그 쟁점의 판단이 제1983조의 의미에 대한 그릇된 해석을 초래한다고 판시하였다.²⁴⁰⁾ Stephen Breyer대법원판사가 작성한 다수의견은 제한적 면책을 정부교도소의 교도관에게 확대함에 있어서 가장 중요한 요인-보장받지 못한 두려움(unwarranted timidity)-이 민영교도소에는 존재하지 아니한다는 사실에 초점을 두었다.²⁴¹⁾ 그 법원의 다수의견에 따르면, 경쟁시장의 압력으로 인하여 효과적이

무수행이 보장된다. 왜냐 하면 소송의 결과로서 사용인이 직면하는 비용 상승률이 너무 겁이 많거나 너무 무례한 교도관들은 대체될 것이기 때문이다.²⁴²⁾ 효과적인 업무를 수행하지 못하는 민영교도소는 효과적으로 그 의무를 수행하고 보충할 충분한 비용으로 그것을 수행하는 경쟁업체에 의하여 대체될 것이다. Richardson사건판결의 다수의견은 “시장압력이 지나치게 겁이 많거나, 불충분하게 열정적인 고용인의 업무수행을 회피할 강한 유인을 제공한다”고 판시하였다. 정부고용인은 선출된 공무원과 투표한 대중 전체에 대한 책임을 진다.²⁴⁴⁾ 민영교도소의 교도관의 개별적인 업무수행은 드물게 고려되고 공무원규칙은 정부교도소의 교도관의 능력을 보상 또는 처벌로 제한한다.²⁴⁵⁾ 즉 정부교도소의 교도관은 제한적 면책을 향유한다.

결과적으로, 민영교도소는 종종 손해배상청구의 소로부터 잠재적인 고용인을 보호하기 위하여 보험에 가입한다. 그래서 효과적으로 자격 있는 교도관 지원자가 잠재적 소송의 위협으로 인하여 지원하길 꺼릴 상황을 효과적으로 제거한다.²⁴⁶⁾ 정부교도소 교도관 보험은 제1983조에 따른 책임으로부터의 제한적 면책의 형태로 나타난다.²⁴⁷⁾

이러한 민영화로 인하여 민영교도소는 고용인의 경력에 따른 통일된 차등지급과 같은 공무원법상 제한을 따를 필요가 없다고 그 법원은 지적하였다.²⁴⁸⁾ 공립기업과는 달리 민영기업은 보다 교액의 월급 또는 연금혜택으로 증가하는 위협을 견디할 능력을 가진다.²⁴⁹⁾

결론적으로 Richardson사건담당법원은 민영교도소의 교도관에 대한 소로 인하여 그들의 의무가 산만하게 되기 때문에 제한적 면책이 민영교도소의 교도관에게 허용되어야 한다는 주장을 받아들이지 아니하였다.²⁵⁰⁾ 제한적 면책사건에 대한 선례를 고려하면서 그 법원은 주의산만이 그것만으로는 면책을 위한 충분한 근거가 될 수 없다고 판시하였다.²⁵¹⁾ 따라서 그 법원은 면책법리를 민영교도소에 확대 적용

231) Wyatt, 504 U.S. at 168-69.
232) 521 U.S. 399 (1997).
233) Richardson, 521 U.S. at 402.
234) Id. at 403.
235) Id.
236) Id. at 403-04.
237) Id. at 404.
238) Id. at 407-08.
239) Id. at 408.
240) Id.

Id.
Id. at 410.
Id.
Id. at 410-11.
Id. at 411.
Id.
Id.

할 특별한 이유가 없다고 결론 내렸다.²⁵²⁾

Antonin Scalia 대법원판사는 Richardson사건판결에서 반대의견을 표명하였다. 이 의견에는 Rehnquist 대법원장과 Kennedy 및 Thomas 대법원판사가 동의하였다.²⁵³⁾ Scalia 대법원판사는 다수의견이 판례법 또는 공공정책에 의하여 지지 못하고 다수의견이 기능적 접근방식을 사용하여 제1983조의 책임을 판단할 때 연방대법원의 확립된 관행을 사용하지 못했다고 주장하였다.²⁵⁴⁾ 기능적 접근방식을 사용하는 것은 그 법원으로 하여금 제1983조의 책임에 대한 제한적 면책항목을 승인하도록 강제할 것이다. 왜냐 하면 민영교도소의 교도관은 정부교도소의 교도관과 동일한 기능을 수행하기 때문이다.²⁵⁵⁾ Scalia대법원판사는 사인이 정부교도소의 기능을 수행하는 경우에 정식으로 면책을 받았다고 지적하였다.²⁵⁶⁾ 반대의견은 사자가 사안을 규율한다고 믿기 때문에 민영교도소의 교도관에 대한 제한적 면책항목 거부한 정책적 이유가 존재한다는 다수의견에 반박하였다.²⁵⁷⁾ Scalia 대법원판사는 민영교도소의 교도관과 정부교도소의 교도관을 구별하는 다수의견의 논리를 의심하고 다수의견의 효과가 교도소민영화의 비용을 인위적으로 인상하는 것이라고 언급함으로써 결론내렸다.²⁵⁸⁾

V. 결 론

본고는 전술한 바와 같이 미국의 민영교도소와 관련된 법적 쟁점을 중심으로 논의하였다. 이러한 쟁점에는 다음의 세 가지가 존재한다.

그 첫 번째 쟁점은 교도소의 운영이 오로지 정부기능이기 때문에 민간기업에 위임이 불가하다는 이유로 교도소민영화를 인정하는 법률이 위헌인지 여부다. 이 쟁점에 대하여 교도소민영화를 인정하는 법률이 위헌이 아니란 것을 논증하였다.

251) Id.
252) Id. at 412.
253) Id. at 414.
254) Id. at 416.
255) Id.
256) Id. at 417.
257) Id. at 418.
258) Id. at 419.

두 번째 쟁점은 민영교도소의 수용자가 정부가 운영하는 교도소의 수감자와 동일한 헌법상 보장된 권리를 누릴 수 있는지 여부다. 이와 관련하여 각종 테스트를 통해 민영교도소의 수용자가 정부가 운영하는 교도소의 수감자와 동일한 헌법상 보장된 권리를 향유할 수 있다는 점을 입증하였다.

교도소민영화를 인정하는 법률이 합헌이고 민영교도소의 수용자가 정부가 운영하는 교도소의 수감자와 동일한 헌법상 보장된 권리를 향유한다면 정부공무원에 일반적으로 적용되는 면책규정이 민영교도소의 교도관에게 확대 적용할 수 있는지 여부가 세 번째 쟁점이다. 이 쟁점과 관련하여 민영교도소의 교도관이 제1983조에 따른 소에서 제한적 면책을 받을 수 없다고 판시한 Richardson사건판결을 중심으로 논의하였다.

Richardson사건판결은 적어도 임시적으로는 제한적 면책과 민영교도소의 교도관에 대해 그 법리의 적용가능성의 쟁점을 해결하였다. 하지만 민영교도소가 점차로 증가하면서 관련쟁점은 향후 논의될 것이 분명하다. Richardson 사건판결이 지적한 대로 그 판결은 제1983조에 따른 면책의 쟁점에 관련이 있고 책임에 대해서는 관련이 없다.²⁵⁹⁾ 미국에 있어 증가하는 수용자의 수와 함께 교도소유지에 수반된 전체비용이 급속도로 상승하였다.²⁶⁰⁾ 주와 연방의 예산 양자는 이러한 상승을 감당해야 한다.²⁶¹⁾ 이러한 엄청난 비용은 결과적으로 민영교도소의 대중적 인기를 증가시켰다.²⁶²⁾ 민영교도소의 수가 증가함에 따라 민영교도소의 교도관에 대한 제1983조에 따른 청구의 수도 증가할 것이다. 가까운 장래에 그 법원은 Richardson사건과는 상이한 사실관계를 다루어야 할 수 있다. 예컨대 사적 통제와 공적 통제가 혼재한 상황 하에서 운영되는 교도소가 그러하다. 장래의 의견은 제한적 면책의 향변을 거부당한 민영교도소의 교도관에게 “성실” 향변이 적용될 수 있는지 여부를 결정할 필요가 있을 것이다. Wyatt사건판결은 “성실” 향변의 가능성을 열어 놓았다. 즉, Wyatt사건판결은 “제1983조의 책임에 직면한 사인 피고가 성실함 또는 법적 인과관계에 기한 적극적인 향변을 할 수 있는 가능성 또는 정부 당사가 사인 당사자에 대한 제1983조가 원고에게 추가적인 부담을 이행하도록 요구할 가능성을 봉쇄하지 아니하였다”고 판시하였다.²⁶³⁾ Richardson사건판결도,

259) Id. at 413.
260) DelFiandra, supra note 17, at 614.
261) Id.
262) Id.
263) Wyatt, 504 U.S. at 169.

Wyatt사건판결도 성실 항변의 요건을 논의하지 아니하였으나 Wyatt사건에서 Anthony Kennedy의 부수의견은 어느 정도의 지침을 제공한다.²⁶⁴⁾ 그는 피고의 그의 행위가 주관적으로 합헌적이라고 믿고 그의 믿음이 객관적으로 합리적이라는 점을 입증할 수 있다면 성실 항변이 유효할 것이라는 점을 시사하였다.²⁶⁵⁾

참고문헌

Chen, K. (1996). "Meet the New Boss...", 73 *Denv. U.L.Rev.* 1253.

Durham III, M. Origins of Interest in the Privatization of Punishment: The Nineteenth and Twentieth Century American Experience, 27 *Criminology* 107 (1989).

Durtham III, M. The Future of Correctional Privatization: Lessons from the Past, in *Privatizing Correctional Institutions* (Gary W. Bowman et al. eds., 1993).

Froomkin, Michael. (1995). Reinventing the Government Corporation, 1995 *U. Ill. L. Rev.* 543.

Carter, R. (1998). Comment, Civil Rights--Richardson v. McKnight: The Rise and Fall of Private Guards' Qualified Immunity, 28 *U. Mem. L. Rev.* 611.

Logan, H. (1990). Private Prisons: Cons and Pros.

Thomas, W. (1992). Resolving the Problem of Qualified Immunity for Private Defendants in Section 1983 and Bivens Damages Suits, 53 *La. L. Rev.* 449.

Thomas, W. & Linda S. Calvert Hanson. (1989). The Implications of 42 U.S.C. § 1983 for the Privatization of Prisons, 16 *Fla. St. U. L. Rev.* 933.

Mayer, (1986). Legal Issues Surrounding Private Operation of Prisons, 24 *Crim. L. Bull.* 309.

Joel, C. The Privatization of Secure Adult Prisons: Issues and Evidence, in *Privatizing Correctional Institutions* (Gary W. Bowman et al eds., 1993).

DelFiandra, J. (2000). Comment, The Growth of Prison Privatization and the Threat Posed by 42 U.S.C. § 1983, 38 *Duq. L. Rev.* 591.

Lawrence, M. (1986). Private Exercise of Government Power, 61 *Ind. L. J.* 647.

Ammens et al. (1992). *The Option of Prison Privatization: A*

- Guide for Community Deliberations.
- David Shichor. (1995). Punishment for Profit: Private Prisons/Public Concerns
- Douglas W. Dunham. (1986). Note, Inmates' Rights and the Privatization of Prisons, 86 Colum. L. Rev. 1475.
- Edwin M. Borchard. (1924). Government Liability in Tort, 34 Yale L.J. 1.
- Gary W. Bowman. (1992). et al., Privatizing the United States Justice System, Police, Adjudication, and Corrections Services from the Private Sector.
- Harold H. Bruff (1989). Public Programs, Private Deciders: The Constitutionality in Federal Programs, 67 Tex. L. Rev. 441.
- Harold J. Sullivan, Privatization of Corrections: A Threat to Prisoners' Rights, in Privatizing Correctional Institutions (Gary W. Bowman et al. eds., 1993).
- Ira P. Robbins. (1987). Privatization of Corrections: Defining the Issues, 46 Van.L.Rev. 813.
- J. Donahue. (1989). The Privatization Decision: Public Ends, Private Means.
- Jack Betts, A Short History of Corrections in North Carolina, in North Carolina Focus: An Anthology on State Government, Politics, and Policy 695 (Mebane Rash Whitman & Ran Coble eds., 1996).
- James L. Ahlstrom. (1997). Note, McKnight v. Rees: Delineating the Qualified Immunity "Haves" and "Have-Nots" Among Private Parties, 1997 BYU L. Rev. 385.
- John J. Dilulio, Jr., Private Prisons (U.S. Dep't of Justice, Nat'l Inst. of Justice Crime File Study Guide No. NCJ-104561, 1988).
- Mark Tatge, Youngstown Prison Should Be Cut in Size, Report Says, Cleveland Plain Dealer, December 5, 1998, at A1.
- Martin P. Sellers. (1993). The History and Politics of Private Prisons.
- Matthew M. Farley, Comment, Crashing the Party--The Supreme Court Subjects Political Parties to Disproportionate Liability, 100 Harv. L. Rev. 1007 (1987).
- Virginia, 31 U. Rich. L. Rev. 191 (1997).
- Note, Limiting Section 1983 Action in the Wake of Monroe v. Pape, 82 Harv. L. Rev. 1486 (1969).
- Oliver Barber, Civil Rights--Lock-Up for Government Contractor Impunity: Private Prisons Denied Section 1983 Immunity--Richardson v. McKnight, 117 S.Ct. 2100(1997), 71 Temp. L. Rev. 417 (1998).
- Paul Howard Morris. (1999). The Impact of Constitutional Liability on the Privatization Movement After Richardson v. McKnight, 525 Vand. L. Rev. 489.
- Peter J. Duitsman, Comment, The Private Prison Experiment: A Private Sector Solution to Prison Overcrowding, 76 N.C.L.Rev. 2209 (1998).
- Phil Smith, Private Prisons: Profits of Crime, Covert Action Quarterly, Fall 1993, at 4 (visited Feb. 2, 2000).
- Richard A. Matasar. (1987). Personal Immunities Under Section 1983: The Limits of the Court's Historical Analysis, 40 Ark. L. Rev. 741.
- Richard W. Harding. (1997). Private Prisons and Public Accountability.
- Robert G. Schaffer. (1996). The Public Interest in Private Party Immunity: Extending Qualified Immunity from 42 U.S.C. § 1983 to Private Prisons, 45 Duke L.J. 1049.
- Robert Trant, Comment, Richardson v. McKnight: Are Private Prison Operators Engaged in State Action for the Purposes of 42 U.S.C. 1983?, 25 New Eng. J. Crim. & Civ. Conf. 579 (1999).
- Sean McConville, Aid from Industry? Private Corrections and Prison Crowding, in America's Correctional Crisis: Prison Populations and Public Policy 221 (Stephen D. Gottfredson & Ralph B. Taylor eds., 1987).
- Sheldon H. Nahmod, Civil Rights and Civil Liberties Litigation: The Law of Section 1983 (2d ed. 1986).
- Stephen P. Garvey. (1998). Freeing Prisoners' Labor, 50 Stan. L. Rev. 339.

- Warren L. Ratliff. (1997). The Due Process Failure of America's Prison Privatization Statutes, 21 Seton Hall Legis. J. 371.
- W.J. Michael Cody & Andy D. Bennett. (1987). The Privatization of Correctional Institutions: The Tennessee Experience, 40 Vand. L. Rev. 829.

ABSTRACTS

An Analysis of the Legal Issues Regarding Private Prisons in America

Written by Park, Sangyull

Following the discussion on the history of private prisons and pros and cons of prison privatization in America, this Article will delve into the legal issues related to private prisons in America.

Despite the fact that prison privatization has been carried out by several states, it creates some unclear and often unanswered legal issues. Among them, these following issues are focal.

The first issue is whether the nondelegation doctrine, which is grounded in Article I, section 1 of the United States Constitution, will be applied to prison privatization.

The answer to this question is that the doctrine does not appear applicable to prison privatization because a transfer of the incarceration function is not a delegation of legislative authority.

Assuming that contracting with a private sector to operate prison facilities is not an unconstitutional delegation of authority, the next relevant issue is whether prisoners in private prison will receive the same constitutionally guaranteed rights as ones in government-operated prison.

The civil rights statute, 42 U.S.C. § 1983, protects every person's rights, as provided by the U.S. Constitution or statute. The protection provided by this statute is applicable to inmates.

Persons who act under color of any statute, ordinance, regulation, custom, or usage of any state may be liable for a civil rights violation under this statute. In determining whether act was done under color of state law, the Supreme Court has recognized three tests: the public functions test; the close nexus test; and the state compulsion test.

Given that the requirement of state is met and a constitutional violation has taken place, the next issue is whether qualified immunity exists. This Article will discuss on this question, focusing on Richardson v. McKnight.

미국에 있어서 민영교도소에 관한 법적 쟁점 및 분석

박상열

우리나라에 있어서 2001년 1월 28일에 법률 제6206호로 민영교도소등의설치·운영에관한법률이 제정되었다. 이 법에 제정되기 이전에 교도소의 민영화가 타당한지 여부와 관련하여 상당한 논란이 존재하였다. 하지만 이제는 이 법이 제정된 이상 현시점에서 중요한 문제는 앞으로 어떻게 이 법을 적용하고 그로 인한 문제점을 해결할 것인지 여부다.

이러한 관점에서 민영교도소의 역사가 일천한 우리나라법제에 있어서는 외국의 경험을 빠짐없이 주시할 필요가 있다. 그 중에서도 민영교도소의 역사가 오래되었고 이와 관련된 사례가 풍부한 미국의 경험은 우리나라의 민영교도소가 앞으로 점을 시행착오를 줄이는 데 도움이 될 것으로 믿는다.

미국의 민영교도소를 주제로 한 국내문헌이 여러 편 발표되어 있는 현실에서 본고는 미국의 민영교도소와 관련된 법적 쟁점을 중심으로 논의한다. 이러한 쟁점은 다음의 세 가지가 존재한다.

그 첫 번째 쟁점은 교도소의 운영이 오로지 정부기능이기 때문에 민간기업에 책임이 불가하다는 이유로 교도소민영화를 인정하는 법률이 위헌인지 여부다. 본고는 이 쟁점에 대하여 교도소민영화를 인정하는 법률이 위헌이 아니란 것을 논증한다.

그 두 번째 쟁점은 민영교도소의 수용자가 정부가 운영하는 교도소의 수감자와 동일한 헌법상 보장된 권리를 누릴 수 있는지 여부다. 이와 관련하여 각종 테스트는 민영교도소의 수용자가 정부가 운영하는 교도소의 수감자와 동일한 헌법상 보장된 권리를 향유할 수 있다는 점을 입증한다.

교도소민영화를 인정하는 법률이 합헌이고 민영교도소의 수용자가 정부가 운영하는 교도소의 수감자와 동일한 헌법상 보장된 권리를 향유한다면 정부공무원에게 일반적으로 적용되는 면책규정이 민영교도소의 교도관에게 확대 적용할 수 있는지 여부가 세 번째 쟁점이다. 이 쟁점과 관련하여 본고는 민영교도소의 교도관이 제1983조에 따른 소에서 제한적 면책을 받을 수 없다는 것을 판례를 통하여 설명한다.

하지만 본고는 민영교도소에 대한 이해를 돕기 위하여 우선적으로 민영교도소

Keywords : Richardson v. McKnight, private prison, prison guard, qualified immunity, nondelegation doctrine