

연구총서 11-19

K O R E A N I N S T I T U T E O F C R I M I N O L O G Y

형사집행절차상 사법심사 방안에 관한 연구

Gerichtliche Kontrolle bei Vollstreckung und
Vollzug von Strafen und Maßnahmen

박학모 · 뮐러 · 야버스

Park/Müller/Jarvers

■ 박학모

한국형사정책연구원 전문연구원

■ Dr. Susanne Müller

프라이부르크 지방법원 부장판사

■ Dr. Konstanze Jarvers

막스플랑크 외국·국제형법연구소
이탈리아팀장

발간사

우리 형사법에서 형사집행절차는 공판절차에 뒤따르는 부수절차 정도로 인식됨으로써 그 형사정책적 중요성에 비하여 그동안 학술적으로 주목을 받지 못한 분야입니다. 형법 제정 당시 형벌로만 이루어졌던 일원주의 형사제재체계가 1980년대 이래 이원주의로 발전·재편되었음에도 불구하고, 여전히 ‘형벌의 집행’만을 의미하는 ‘형집행’이란 용어사용은 우리에게 익숙한 반면 ‘보안처분의 집행’까지 아우르기 위하여 사용된 ‘형사집행’이란 용어가 생소하게 다가오는 것도 그런 이유에서 일 것입니다.

이 연구는 형사집행절차에 대한 개념정리로부터 논의를 풀어낸 후, 형사집행절차상 사법심사의 규범적 토대를 기본적으로 사회법치국가적 요청으로부터 조명하고 있습니다. 그리고 현행 형사집행절차와 사법심사제도의 한계에 대하여 개관한 후에는 독일·프랑스·이탈리아의 형사집행부 및 형사집행법원 제도와 형사집행절차상 사법심사제도에 대하여 역사적 발전으로부터 최근의 동향에 이르기까지 밀도 있게 다루고 있습니다.

형사집행은 형사입법 및 형벌선고 단계를 통해 수행된 형사법의 과제를 구체적으로 실현하여 완성하는 단계로서, 이들과 불가분의 절차적 고리를 형성하고 있습니다. 형사법의 실현은 형벌현실에 가장 밀접하게 작용하는 형사집행절차를 향하여 이루어지고, 이는 다시 역방향으로 형사입법 및 형사소추·신고절차에 대하여 이론적, 경험적 성찰을 제공함으로써 전체 형사법체계와 형사실무를 조망하는 총체적 형사사법을 지향하게 만드는 토대가 된다 할 것입니다.

형사집행절차 및 사법심사에 대한 비교법적 검토를 통하여 우리 형사집행절차의 새로운 자리매김을 시도하는 이 연구는 날로 변화하고 진화하는 범죄현상과 형사제재현실에 직면하여 형사집행절차에 대한 논의에 관심 있는 학계와 실무

전문가들에게 논의의 시작을 위한 좋은 자료를 제공할 것입니다. 이 연구가 형사사법개혁의 마지막 사각지대와 같았던 형사집행절차에 대한 관심의 지평을 넓히고, 형사집행절차상 최적의 사법심사 방안을 모색하는 논의를 심화하는데 소중한 기여를 하리라 기대합니다.

공동연구자 섭의를 비롯하여 이 연구를 진행하는 과정에서 여러 모로 자문과 지원을 아끼지 않은 ‘막스플랑크 외국·국제형법연구소’(Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht, 독일 프라이부르크 소재) 선임연구원 리타 하퍼캄프 박사(PD. Dr. Rita Haverkamp)께 감사하며, 공동연구를 흔쾌히 승인하여 국제협력연구의 진행에 일조해 주신 막스플랑크연구소 소장 올리히 지버 교수(Prof. Dr. Ulrich Sieber)께도 이 자리를 빌어 감사의 뜻을 표합니다.

무엇보다 성심껏 공동연구를 수행해 준 막스플랑크연구소 이탈리아팀장 콘스탄체 야버스 박사(Dr. Konstanze Jarvers, ‘제6장 이탈리아 형사집행절차상 사법심사’ 집필)와 프라이부르크 지방법원 부장판사 수잔네 뮐러 박사(Dr. Susanne Müller, ‘제5장 프랑스 형사집행절차상 사법심사’ 집필)의 노고에 감사합니다. 아울러 짧은 시간 내에 뮐러 박사와 야버스 박사의 독일어원문보고서를 번역하느라 수고한 프랑크푸르트 대학 박사과정 주현경씨에게도 감사하며 학문적 정진을 기원합니다.

2011년 12월

한국형사정책연구원

원장 김 일 수

1. 문제의 제기

우리 형사소송법상 수사절차와 공판절차가 핵심적인 비중을 차지하고 있는 것과 비교할 바는 아니라 하더라도, 이 과정을 거쳐 확정된 형사제재의 집행에 대해 다루는 ‘형사집행절차’가 그 중요성에 비하여 지나치게 주목 받지 못하고 있다는 문제의식으로부터 이 연구는 출발하고 있다.

먼저 ‘형사집행’ 개념은 우리 형사제재체계가 일원주의로부터 이원주의로 발전한 점을 고려하여, 애당초 형벌의 집행에만 국한된 ‘형집행’의 범위를 넘어 ‘보안처분의 집행’까지 아우름으로써 현행 이원주의형사제재체계를 적극적으로 수용하는 개념이다. 주형(主刑)인 자유형을 중심으로 살펴보면, 개념적으로 (넓은 의미의) 형사집행의 영역은 ‘좁은 의미의 형사집행’과 ‘행형’으로 구분된다. 좁은 의미의, 동시에 본질적 의미의 형사집행의 주요관심사는 법원이 선고한 형사제재의 집행이 실제로 이루어지는가 하는 ‘집행여부’이다. 여기서 집행여부는 집행의 개시뿐 아니라 집행의 완료를 포함하기 때문에 시간적으로는 행형을 넘어 지속되며, 이러한 의미에서 형사집행절차는 형사제재의 ‘집행개시절차’임과 동시에 개시된 집행이 완료에 이르는 과정을 감독하는 ‘집행감독절차’이다. 집행개시부터 종료에 이르는 과정이 시간과 공간의 제약 속에서 실현되는 자유형과 자유박탈보안처분의 경우 그 집행이 어떻게 이루어지는가 하는 ‘집행방법’의 문제가 결정적 요소가 되며, 이것이 전통적으로 ‘행형’의 영역이다.

형사입법 및 형벌선고 단계에서 이루어진 이론적 작업들이 형사집행 단계에서 비로소 구체적으로 실현되며, 형사집행과정에서의 형벌의 체험, 즉 ‘형벌현실’에 대한 성찰이 진정한 형사법체계 이해의 전제가 된다는 점에서 형사집행절차에

대한 이론적, 경험적 성찰은 효과적인 형사사법을 위한 필요불가결의 토대라 할 것이다. 이 점에서 우리 형사집행절차는 우리 형사법 및 형사절차상 새롭게 자리매김 되어야 하며, 이와 함께 형사집행절차에 참여하는 기관의 위상과 역할 또한 재발견되고 제고되어야 한다.

현행법상 형사제재의 선고로써 마무리되는 형사절차의 종결과 함께 형사법원의 형사집행절차에 대한 관여나 감독은 사실상 종료되는 상황이나 다름없다. 그러나 형사집행영역에 대한 법원의 참여와 사법심사·통제는 한편으로는 개인의 권리보호·구제와 기관 간의 견제·균형이라는 법치국가적 요청과 다른 한편 현대사회에서 놀랍게 변화하는 ‘형벌현실’에 대한 사회국가적 고려를 아우르는 사회법치국가적 현대형사정책의 시대적 요청이 되고 있다. 이 점에서 법원이 선고한 형사제재의 사후적 변경과 수정이 법원에 의한 사법심사 없이 다양한 방식으로 행정처분에 의해 이루어지는 상황과 실태에 대한 비판적 검토가 이루어질 필요가 있다.

형사집행절차 및 행형에 대한 사법심사 방식과 관련하여 중간적 형태의 모델이나 세부적인 차이점을 제쳐 두고 기본틀에 따라 분류하자면 대략 세 가지 기본유형으로 구분할 수 있다. 첫 번째 사법심사유형은 과거 대부분의 사회주의국가에서 채택한 모델로, 사실심법원에서 형사집행 및 행형과 관련된 모든 결정을 내리는데 이 모델의 장점은 고도의 사법통제가 보장된다는 점이다. 그러나 판단 과정에서 형사집행 및 행형 관련 전문가들의 전문지식을 직접적으로 활용하는 것은 포기하고 있다는 단점이 있다. 두 번째 모델은 프랑스, 이탈리아와 같이 일찍부터 전문법관 또는 전문법원에 의한 사법심사를 규정한 유형으로, 이 경우에는 고도의 사법통제를 담보하면서 동시에 전문지식을 가진 법관(참심)도 활용할 수 있다는 장점이 있다. 하지만 그 밖의 사회학자, 심리학자와 같은 외부전문가의 직접적인 참여는 배제된다는 점은 단점에 속한다. 세 번째 모델은 앞의 두 모델과 달리 비법률인(행형유관) 전문가들에게 형사집행에 대한 심사권한을 넘긴 모델(과거의 캘리포니아모델)로서, 집행·행형관련 특별전문가들의 전문지식을 집행행위에 직접적으로 활용할 수 있다는 장점이 있는 반면, 사법심사·통제는 광범위하게 포기된다는 특징이 있다. 영미권과 우리나라의 형사집행모델이 기본적으로 이 세 번째 유형에 해당한다.

이 연구는 형사집행절차상 강화된 사법심사모델을 채택하여 우리와 차별화되는 독일, 프랑스, 이탈리아의 형사집행부 및 형사집행법원 모델을 중심으로 비교법적으로 고찰하는 가운데 우리 형사집행절차상 사법심사의 고려와 관련하여 시사점을 찾고 있다. 형사절차개혁의 마지막 사각지대와 같은 형사집행절차에 대한 재조명과 재구성 시도는 형사사법체계 전반에 걸친 사회법치국가의 지향이라는 헌법적, 형사정책적 함의를 그 배경으로 하고 있다. 사법심사·통제를 통해 견제와 균형이 작동하는 형사집행절차를 구성해야 한다는 법치국가적 권력분립의 요청은 물론이거니와, 우리 형사사법의 이념적 토대이자 지향점이라 할 수 있는 '사회적 법치국가'의 요청이 형사집행절차에 대한 전문적이고 효과적인 사법심사를 요구하기 때문이다.

2. 현행 형사집행절차와 사법심사

형사집행에 관한 기본적인 절차법규범은 형사소송법 제5편 '재판의 집행'이다. 보안처분을 형사특별법으로 규정하고 있는 현행 형사제재규율체계에 따라 보안처분의 집행 및 그 절차에 대한 규정은 각 보안처분을 규정하는 해당 특별법에 함께 규정되고 있다. 결과적으로 현행법상 형사집행 및 그 절차에 대하여 통일적으로 규정하고 있는 법률은 존재하지 않고 여러 법률에 산재하고 있으며, 그 세부사항은 대부분 행정규칙에 의존하고 있다. 이는 기본권 실현을 위한 본질적인 결정은 입법자의 입법권 행사를 통해 법률로써 규정되어야 한다는 헌법적 법률유보의 요청이나 규범적 명확성의 요청에서 볼 때 바람직하지 못한 현실이다.

검찰의 고유한 형사집행권의 영역으로 전적으로 검찰에 의해 관할하도록 규정된 사항을 제외하면, 현행 형사절차상 형사집행의 영역에 대해 규정된 법원의 사법심사는 대략 두 가지 형태로 구분된다. 형사집행과 관련하여 애당초 법원이 직접 결정을 내리도록 규정된 경우와 검찰의 형사집행에 대해 법원이 사법심사를 하도록 한 경우가 그것이다.

전자의 집행관련 결정은 집행기관인 검찰이 결정을 내리지 않고 검찰이 법원

에 청구하면 법원이 결정한 후 이를 검찰이 집행한다. 법원이 직접 결정 하도록 규정한 것은 이러한 결정이 모두 형사집행의 ‘여부’와 관련된 사항으로서 본질적으로 법원에 의한 사법적 판단이 이루어져야 하는 사항으로 규정되었기 때문이다.

후자에 속하는 것으로는 형사소송법 제488조와 제489조의 ‘재판해석 및 재판집행에 대한 이의신청’ 제도로써, 양자 모두 재판을 선고한 사실심법원이 이의신청에 대해 판단을 내린다. 재판집행에 대한 이의신청은 모든 형사집행의 영역에 대하여 가능하다. 우리 형사소송법은 검찰의 형사집행권 행사와 관련하여 매우 폭넓게 법원에 이의신청을 할 수 있도록 하여 포괄적인 사법심사를 허용하고 있는 반면 수사절차상 항고와 같은 내부구제절차로서 이른바 ‘집행항고’가 들어설 자리는 마련해 두지 않고 있다.

오늘날 형사제재제도가 처벌과 처분을 통해 겨냥하는 법익은 근본적·종국적으로 ‘자유’라는 점에서 자유형의 주형(主刑)으로서의 입지는 형사사법통계상의 숫자와 비율 그 이상의 의미와 상징성을 가진다 할 것이며, 형사집행절차상 사법심사를 논함에 있어서도 직접적으로 ‘자유’와 관계되는 자유형과 자유박탈·자유제한 보안처분의 집행 문제가 초점이 될 수밖에 없다 할 것이다. 그리고 이러한 자유제한 및 자유박탈과 직접적으로 관계되는 형사집행의 영역에 대한 사법심사가 곧 형사집행절차상 사법심사 평가의 가늠자가 된다고 해도 과언이 아닐 것이다. 형사집행 영역에서 법원의 역할이 충분하지 못하다고 생각하는 까닭은 현재 형벌의 중심이 되고 있는 자유형의 집행 및 행형에 대한 통제가 거의 이루어지지 않고 있기 때문이다.

자유형의 집행유예가 그 본질상 자유형의 변형, 그것도 집행의 변형이라는 점을 고려한다면 집행유예제도에 대해 양형법적으로 그 요건이 엄격히 규정되어야 할 것이며, ‘집행유예의 집행’ 또한 법원의 엄격한 감독과 통제 하에 둬으로써 그 형사정책적 취지를 살려 이 제도를 ‘유전무죄 무전유죄 도구화’ 혐의로부터 해방시켜야 할 것이다. 이를 위해 집행유예 중의 재차 집행유예 승인과 관련한 예측판단의 요건, 나아가 집행유예의 취소에 관한 판단요건 등도 입법적으로 정비될 필요가 있다.

다른 형벌과 달리 자유형만이 가지고 있는 고유의 ‘행형’ 과정은 행정권력에

위임되면서 형사사법에 있어서 광범위하게 독자성이 인정되는 영역으로 발전하였다. 그리고 행정권력이 ‘행형’의 과정을 구성하기 위해 내리는 처분도 사법처분이 아닌 행정처분이기 때문에 이에 불복이 있는 경우 행정법상의 권리구제절차에 따라 이러한 ‘행형처분’에 대한 심사가 이루어져 왔다. 그러나 행형의 독자성을 인정하는 것을 행형과정상 사법에 의한 집행감독의 배제를 의미하는 것으로 인식하는 것은 집행의 효율성에 지향된 위험한 행정편의적 인식이며, 자유형(집행)의 본질에도 반하는 것이다.

행형의 영역에서 자유형의 본질적 내용에 변경을 가하는 처분이 내려지는 경우 이 처분의 본질은 더 이상 단순한 행정작용이 아니라 실질적으로 사법작용이라 할 수 있으며, 따라서 형식적으로 ‘행형’이라는 독자적 영역에 속한다는 이유로 사법심사가 배제되어서는 안 되는 것이다. 이에 대해서는 우선적으로 법관의 직접 결정권이 보장되어야 하며, 아울러 사후적 사법심사·통제권도 확대되어야 할 것이다.

특히 현행 가석방심사체계는 전적으로 행정권력의 권한 아래 놓여 있어 법관이 개입하여 심사하는 것은 물론 내려진 결정에 대해 통제할 수 있는 여지조차도 없다. 가석방이 ‘원래 (만기) 선고되었던 형벌집행을 변경하는 중대한 조치’라는 점, 적어도 ‘형벌집행방식의 본질적 부분에 관련된 조치’라는 점에서 가석방 영역은 어디까지나 법원이 관여하여 사법심사를 통해 새로운 법적 판단을 내려야 하는 법선언의 영역이라 할 것이다. 이뿐 아니라 현대형사정책의 발전과정에서 ‘가석방’ 제도도 요건 규정에 따라 수형자의 권리적 측면이 강하다는 점에서 수형자에게 신청권을 부여하고 이를 사법심사 아래 두어야 할 것이다.

나아가 법치국가의 효과적 권리구제의 원칙은 기본권 침해에 대해 법원에 의한 신속하고 효과적인 사법구제의 보장이 이루어질 것을 요청한다. 따라서 형사집행과정에서 이루어지는 조치도 개인의 기본권을 침해하는 행정작용으로서 사법심사의 대상이 되는 것은 당연한 귀결이며, 특히 수형자들에게도 효과적인 권리구제의 방안이 보장되어야 한다는 것은 ‘특별권력관계론’의 청산 이래 자명한 것으로 이해된다. 그러나 현행법상 규정된 권리구제수단은 형사집행기관의 처분이 내려진 후에 침해된 권리구제를 위해 마련된 사후적 구제절차들이 대부분이다. 그러나 법관에 의한 사후통제는 수형자들에게 실질적 도움을 주지 못한다는

점에서 효과적인 권리구제를 위해서는 법률적으로 보장된 사법심사규정의 마련과 이에 대한 접근성의 확대가 있어야 한다. 권리구제에 나서는 수형자의 기본적인 입지가 취약하다는 점과 함께 수형자가 수용시설 내에서 침해된 권리를 회복하려 할 때 불가불 시간적 제약과 싸워야 한다는 점이 고려되어야 한다. 권리구제가 제때에 이루어지지 않고 뒤늦게 사후적으로 이루어질 경우 권리구제의 의미는 퇴색되거나 사실상 상실될 위험이 크다. 따라서 효과적 권리구제를 보장하는 방안은 비교적 ‘행형의 생리’를 잘 아는 ‘행형에 가까이 있지만 행형의 바깥에 있는’ 사법기관이 관여하는 방안이라 할 것이다.

전반적인 형사제재를 아우르는 형사집행절차를 형집행절차와 보안처분집행절차로 구분하여 살펴보면, 형벌의 집행절차가 대부분 형법 제정 당시의 ‘고전적인’ 모델을 유지하고 있는 반면 보안처분집행절차는 비교적 ‘현대적인’ 형사제재인 보안처분의 뒤늦은 도입과 함께 기존의 형집행절차에 부가적으로 구성되었다.

대표적 자유제한보안처분인 보호관찰처분의 부과절차는 이원화되어 선고유예 및 집행유예와 결부된 보호관찰처분은 필요한 경우 판결전조사절차를 거쳐 사실심법원이 부과를 명한다. 반면 성인가석방자에 대한 보호관찰의 부과는 보호관찰심사위원회가 심의하여 부과한다.

또한 선고유예·집행유예와 함께 보호관찰을 부과하는 경우 이외에는 법원이 집행절차상 사법심사에 관여하지 않으며, 보호관찰심사위원회가 보호관찰법이 정한 가석방과 그 취소, 임시퇴원과 그 취소, 보호관찰의 임시해제와 그 취소, 보호관찰의 정지와 그 취소, 가석방 중인 사람의 부정기형의 종료 등 포괄적인 심사권한을 행사한다.

이른바 ‘전자감독법’(‘전자발찌법’)에 따른 전자감독장치부착명령도 자유형 또는 형의 집행유예를 선고할 때 함께 부과명령을 하는 경우에는 법원이 선고하지만, 가석방·가퇴원의 경우 부착명령은 보호관찰심사위원회 또는 치료감호심의위원회의 권한에 속한다.

현행 치료감호법은 집행절차에 있어서 치료감호처분의 종료·가종료 여부 등을 치료감호심의위원회로 하여금 심사·결정하도록 하여 (구)사회보호법의 사회보호위원회와 대동소이하게 규정하고 있다. 처분의 부과 못지않게 중요한 처분의 종료 및 가종료의 심사·결정을 심의위원회로 하여금 담당하게 한 것과 관련

하여서는 줄곧 애당초의 사법처분을 사실상 행정처분화함으로써 피치료감호자의 적법절차권을 침해한다는 비판이 제기되어 왔다. 아울러 내용적으로는 난제인 재범위험성 예측과 불가결하게 결부되는 결정을 위원회의 결정에 맡기는 것이 합리적인지는 의문이다.

처분의 계속집행이나 종료의 문제도 부과에 못지않게 자유박탈, 즉 인신을 좌우하는 문제다. 아무리 보안처분이 사회전체를 위하여 부과되어지는 것이라고 하여도 자유박탈을 받는 대상자의 자유권과 인격권에 대한 중대한 제약을 의미하게 되므로 최소한 인신구속의 여부 내지 기간을 판단하는 것은 사법심사로 하는 것이 바람직하다. 치료감호법을 형법전에 편입시키는 2011년 형법일부 개정법률안 역시 ‘행정처분’으로 치료수용을 (가)종료할 수 있도록 하고, 치료위탁의 경우도 행정처분에 의하도록 하고 있는 것은 피치료감호처분자에게 보장되어야 할 적법절차의 흠결이며 법원에 사법심사를 보장하는 방향으로 수정되어야 할 것이다.

같은 형법개정법률안이 상습범 및 누범에 관한 가중처벌규정을 삭제하고 보안감호처분으로 ‘보호수용처분’을 형법상 규정하면서 가중료 등에 대해서는 행정처분에 의하도록 한 것에 대해서도 마찬가지이다. 법안 제83조의5는 (구)사회보호법에 따른 보호감호처분에는 없었던 형기종료시점의 집행전심사제도, 즉 이른바 “중간심사제도”를 도입하고 집행유예가 가능하도록 한 것은 매우 전향적인 입법으로 평가될 수 있다. 보안처분, 특히 보안감호처분의 경우 그 정당성이 실질적 요건인 재범위험성 여부에 의해 좌우되며 재범위험성이 탈락하는 경우 즉시 해당 보안처분의 정당성도 소멸한다는 점에서 실제로 집행되기 전에 이루어지는 중간심사가 필수적이라 할 수 있다.

결론적으로 특히 자유박탈보안처분의 집행과 관련하여, 우리 행형상 포괄적으로 사법심사가 배제되고 있는 현실이 여기에도 반영되어 사법심사의 요청이 간과되고 있는 점이 문제이다. 더욱이 자유형 행형과 달리 자유박탈보안처분의 경우 재범위험성을 이유로 보안의 목적상 특별희생을 감수하며 자유박탈에 처해져 있다는 점에서 보다 엄격한 사법심사가 요청되며 이 점에서 입법적, 사법적으로 전향적인 모색이 있어야 할 것이다.

3. 독일 형사집행절차상 사법심사

독일에서 형사집행절차와 관련된 본격적인 개혁논의는 전후에 기존의 행형시스템에 대한 비판과 함께 이를 개혁하기 위한 방안으로서 행형에 대한 법관의 사법심사를 함께 고려하는 논의들이 진행되면서 이루어졌다. 그 결과 먼저 청소년형법 영역에서 1953년 청소년법원법(JGG)을 통해 ‘형사집행지도판사’(Vollstreckungsleiter)제도가 입법되어, 청소년사건에 있어서는 형사집행의 지휘와 감독을 전적으로 청소년법원판사가 담당하게 되었다. 이는 나중에 일반형법상 형사집행부(Strafvollstreckungskammer)의 모델이 되었다.

1962년 형법개정안 정부초안에 형사집행법원의 도입이 포함되었고, 행형시설과의 인접성, 집행유예실무의 통일적 적용 및 법치국가원칙의 강화가 그 제안이유로 제시되었다. 1968년 칼스루에(Karlsruhe) 지방법원에 시험적으로 형사집행부가 설치되어 긍정적인 평가를 받은 후, 1974년 개정 법원조직법(GVG) 제78a, b조를 통해 마침내 독일 내에 형사집행부 구성의 법적 근거가 마련되었다. 형사집행부의 도입을 위해 신설된 법원조직법 제78a조가 형사집행부의 일반적인 관할을 규정하고 있다면, 제78b조는 형사집행부의 구성에 대해 규정하고 있다. 관할의 구체적 세부사항은 형사소송법 제462a조가 정하고 있으며, 청문의 종류와 방식 등 절차와 관련하여 중요한 내용은 형사소송법 제453, 454조가 규정한다. 행형판단과 관련한 사법심사에 대해서는 뒤이어 1977년 입법된 행형법 제109조 이하에 별도의 절차규정을 두고 있다.

형사집행부는 단독판사로 이루어진 ‘소집행부’와 3인의 직업법관으로 이루어진 ‘대집행부’로 구성된다. 여기서 ‘소집행부’의 단독판사에 의한 결정도 대집행부의 결정과 마찬가지로 단지 숫적으로만 달리 구성된 ‘통일적인 하나의 형사집행부’의 결정으로 간주된다. 무기징역의 잔형집행유예(가석방) 및 수용치료감호처분과 보안감호처분의 집행유예 판단의 경우만 3인 법관합의부인 대집행부에 의하도록 하고, 그 밖의 모든 사안은 단독법관인 소집행부에 의하도록 규정하고 있다. 이는 행형결정에 대해서는 합의부 결정이 배제됨을 의미하며, 1% 미만의 형사집행 결정만이 합의부 결정의 대상이 됨을 의미한다. 이에 대해서는 최소한 구법의 규정과 같이 법적으로 어렵거나 중대한 사안의 경우 합의부로 넘길 수 있도록

규정해야 한다는 비판이 제기된다.

토지관할과 관련하여, 형사집행부는 그 관할 구역 내에 행형시설이나 행형기관이 위치하고 있는 주지방법원에 설치되며, 해당구역 내 행형시설과 그 시설 행형공무원과 관련된 사안에 대해 관할권을 가진다. 입법자가 행형시설과 형사집행법원의 장소적 근접성을 중시한 것은 형사집행법원이 각 시설의 사정을 잘 알아야 하고, 나아가 각 수형자에 대하여 직접적이고 인격적인 판단을 형성할 수 있어야 하기 때문이다. 따라서 특히 행형사안에 있어서 행형기관이 소재하고 있는 관할구역의 형사집행부가 행형상의 모든 사법심사 신청에 대한 관할권을 가진다(행형인접의 원칙). 절차진행의 원활과 절차종결의 신속이라는 목적에 부합하는 경우 연방주정부들은 법규명령으로 토지관할과 관련하여 하나의 법원에 관할권을 집중시키는 방향으로 형사집행부를 설치할 수 있는 이른바 ‘관할집중’의 권한이 부여되어 있다(관할집중의 원칙).

형사집행부의 사물관할은 크게 ‘형사집행결정’(Vollstreckungsentscheidung)이라 할 수 있는 형사집행, 그 중에서도 자유형 및 자유박탈보안처분의 집행과 관련된 이른바 ‘사후결정’의 영역과 행형 하의 수형자 및 수용자에 대한 사법적 권리구제와 관련된 이른바 ‘행형결정’(Vollzugsentscheidung)의 영역으로 나눌 수 있다(형사집행부의 기능적 관할). 그러나 여기서 유의해야 할 점은 독일 형사집행부가 형사집행절차상 집행과 관련된 모든 판단을 ‘전속관할’하는 유일한 ‘형사집행법원’은 아니란 점이다. 독일 형사소송법은 자유형의 집행에 관한 형사집행부의 관할을 정하면서 일정한 사안에 대하여 제1심법원에 이송할 수 있음을 규정하고 있고, 또 형사집행부가 관할하는 이외의 사안에 대하여는 제1심법원의 형사집행관할권을 정하고 있다. 따라서 독일 형사집행절차상 형사집행관할법원은 제1심법원과 형사집행부이다. 그러나 제1심법원의 자유형집행과 관련한 형사집행관할권은 주고등법원이 제1심으로 형사집행을 관할하는 경우와 경합범에 대한 사후적인 병합형선고의 경우를 제외하면 형사집행절차상 실질적으로는 ‘보충적인 관할권’을 갖는데 그친다. 즉 벌금형만이 선고된 경우나 조건부 자유형집행유예에 대한 감독 및 아직 실질적인 행형개시, 즉 행형시설에 대한 입소가 이루어지지 않은 경우의 자유형집행관련 결정이 이에 해당한다.

형사소송법 사물관할규정(제462a조)의 핵심은 항상 오직 하나의 법원만이 결

정하도록 한 것인데, 이 역시 ‘관할집중의 원칙’이 관철된 결과로 형사집행부의 관할로 판단되는 경우 제1심법원의 관할은 배제되며, 그 이외의 경우에만 제1심 관할로 남는다. 이는 형사집행기관의 처분이나 명령에 대한 권리구제차원의 사법심사에도 역시 함께 적용된다. 관할이 경합하는 경우 유죄판결피고인이 자유형 또는 자유박탈보안처분에 대한 행형개시로 이미 수용된 경우에는 형사집행부가 관할하게 되며, 유죄판결피고인이 아직 수용되지 않은 경우는 제1심법원이 형사집행의 관할권을 가진다.

이 실체법적인 형사제재의 사후변경절차에서 검사는 형사집행기관이 아닌 형사소추기관으로서 특정된 판단을 신청하여야 하며, 형사집행부는 구두변론절차 없이 결정으로 이를 판단한다. 조건부 집행유예·선고유예와 관련된 사후결정절차에서는 검사와 피고인의 청문이 이루어져야 하고, 법원이 부담명령 또는 준수사항 위반을 이유로 집행유예의 취소에 대하여 판단하여야 하는 경우에는 유죄판결피고인에게 구두진술의 기회를 부여하여야 한다.

조건부 잔형집행유예(가석방)의 승인 여부에 대한 결정 및 최소집행기간요건의 미충족을 이유로 신청을 기각하는 결정절차에서는 검사, 유죄판결피고인 및 교정시설의 청문이 이루어져야 하고, 유죄판결피고인에게는 구두진술의 기회가 주어져야 한다. 특히 교정시설 측에서 수형자에 대해 불리한 내용으로 소견을 진술한 경우에는 이러한 법적 청문권의 보장이 반드시 보장되어야 한다.

결정에 대하여는 항고 또는 즉시항고를 통한 이의제기가 보장된다. 가석방허가결정에 대한 검사의 항고는 결정의 효력을 정지하는 효력을 가진다.

행형의 영역에서 개별 사건을 규율하기 위해 내려진 처분에 대해 사법심사를 신청할 수 있도록 행형법상 수형자에게 보장되는 사법심사신청권의 원만한 보장을 위하여 법원조직법은 이러한 이른바 ‘행형판단’을 교정시설에 인접한 지방법원에 설치되는 형사집행부의 관할로 규정하고 있다. 형사집행부는 자유형 및 자유박탈보안처분의 집행을 담당하는 행형·교정시설 또는 행형당국이 소재하는 지역을 관할하는 지방법원에 설치되며, 행형판단에 있어서 형사집행부는 단독판사로 구성되는 이른바 ‘소집행부’로 운용된다. 형사집행부에 의한 행형판단, 즉 행형사법심사를 통한 행형상의 권리구제절차는 광범위하게 행정법원에 의한 권리구제절차를 따르고 있다. 달리 규정이 없는 한 형사소송법을 준용하도록 한

준용규정에도 불구하고 행형법상 사법심사절차(제109조 이하)는 그 본질상 행정 소송절차의 특수한 적용사안이며 형사소송이 아니다.

권리구제가 효과를 거두기 위해서는 법원의 결정이 있기 전에 문제가 되는 행형처분에 대한 잠정적 권리구제가 가능하여야 한다. 그러나 독일행형법은 사법 심사 청구와 동시에 행형처분을 유예시키는 제도를 두지 않고 있으며, 이와 반대로 사법심사의 청구가 처분을 유예하는 효과를 갖지 않는다고 명시하고 있다. 다만 법원은 문제된 처분의 집행을 유예하고 일정한 예방적 처분을 잠정적으로 부과하도록 결정할 수 있으며, 잠정적으로 내린 처분의 결정을 변경 또는 취소할 수 있다.

행형판단을 위한 사법심사절차에서 형사집행부는 구두심리절차 없이 결정의 형식으로 재판한다. 형사집행부의 결정문은 형사재판에서의 판결이유와 같은 서면의 논증이 요구된다. 비록 변론절차를 채택하지 않고 있지만 형사집행부의 사법심사절차에도 실체적 진실의 발견을 위한 법원의 조사의무는 공판절차에서와 똑같은 수준으로 요구된다. 기본법 제103조제1항이 정하는 법적 청문권 보장 원칙에 따라 소송참가자들은 법원이 그 결정에서 참고하려고 하는 사실과 증거에 대해 청문할 권리를 갖는다.

형사집행부의 결정에 대해서는 법의 형성 또는 판례의 통일성을 담보하기 위하여 심사가 요청되는 경우, 법규가 적용되지 않았거나 올바르게 적용되지 않았다는 법률위반을 이유로 하여 불복이 있는 때에 법률항고(Rechtsbeschwerde)가 허용된다. 항고사건은 형사집행부를 그 관할 하에 두고 있는 주고등법원형사부가 관할한다. 항고의 제기 역시 행형처분의 집행을 정지시키는 효과는 없다.

이러한 법적 수단에 의해서도 권리구제를 받지 못한 수형자가 행형공무원이나 법원의 결정에 의해 자신의 헌법적 권리가 침해되었다고 믿는 경우에는 연방헌법재판소에 헌법소원을 제기할 수 있다. 여기서도 권리구제가 되지 않는 경우, 즉 국내적 권리구제수단이 고갈된 것을 전제로 수형자가 회원국정부를 상대로 유럽인권재판소(EGMR)에 개인소원(Individualbeschwerden)을 제기할 수 있다.

형사집행부 설치를 통해 형사집행절차를 전면재구성한 것은 수형자의 특별권력관계를 청산한 연방헌법재판소의 ‘수형자판결’로 구체화된 법치국가적 요청과 리스트의 마부르크강령 이래 그 지평을 넓혀온 사회국가적 재사회화 요청의

실현을 위한 비전에 한 걸음 더 다가서는 시도라고 볼 수 있다. 모든 형사집행 영역에 대한 사법심사를 전문인력의 배치로 전문화되고 행형에 인접한 형사집행 부에 집중시킴으로써 통일적인 판단을 이끌어 내는데 기여할 것이라는 기대가 형사집행부 도입에 걸려 있었다. 그러나 형사집행부의 관할, 구성 및 절차에 관한 법률규정이 형사집행부의 전부는 아니다. 특히 독일입법자가 행형법상 수형자의 효과적 권리구제를 보장하기 위해 행형처분에 대한 2단계의 사법심사를 기획하였지만, 수형자의 관점에서 볼 때 소송의 제기가 별다른 성과가 없다는 조사 결과는 독일의 사법심사체계의 한계를 잘 보여주고 있다.

먼저 형사집행부의 관할 및 구성을 규정함에 있어서 명확성요청은 헌법적인 법치국가적 요청, '법률적 법관'의 요청 및 효과적인 권리구제와 행형목적의 실현이라는 측면에서 매우 중요한 요청이다. 그러나 독일형사입법자가 형사집행이라는 복합테마를 간명하고 개관이 가능하게 규정하는데 성공하지 못했다는 것은 형사집행부 도입 이래 제기된 수많은 관할권다툼이 반증한다. 다른 한편 행형상의 사법심사와 관련하여서는 재판절차에 관한 규정의 불충분성이 지적된다.

전문법관에 의한 전문법원으로서 형사집행법원이라는 형사개혁가들의 비전의 실현은 여전히 요원하며, 이는 형사집행부 법관배정에 있어서 애당초 의도된 전문성 요청에 부응하려는 노력이 매우 미흡하다는 지적에서도 확인된다.

형사집행부 절차를 구상할 당시 소송경제의 원칙과 함께 관할집중의 원칙이 최우선시 되었다. 형사집행부의 도입에 의해 전문법원으로의 관할집중이 이루어짐으로써 여태까지 존재하던 복잡하고 산만한 관할권의 나열상태가 극복되고 시간적, 장소적, 인적, 재정적 부담을 경감하는 사건처리가 가능하게 될 것으로 기대하였다. 관할권의 집중은 여러 법원의 단절적인 사건관할로 인하여 서로 모순된 결정이 나오는 것을 피할 수가 있어서 무엇보다 수형자를 위한 재사회화 요청에도 부합되는 관점이다. 그러나 법률적으로 너무나 많은 예외가 규정됨으로서 관할집중이 훼손되고 실무상으로도 관할위반이 이루어지며 이러한 취지에 부합하지 못하고 있는 것으로 판단된다.

나아가 행형처분과 관련하여 형사집행부가 내린 행형판단의 관철, 즉 결정의(강제) 집행에 대하여 행형법은 침묵하고 있고, 실무상 이른바 '집행저항'(Renitenz)이 발생하면서 행형상 권리구제의 효율성을 해치는 것도 애당초의 사법심사의

취지를 손상하는 요인 중 하나이다.

4. 프랑스 형사집행절차상 사법심사

프랑스에서 법원에 의한 형사집행의 사법심사는 20세기 중반에 도입되었다. 프랑스의 형사집행법관은 애당초부터 자유형의 집행에 대한 감독뿐 아니라, 자유박탈은 없더라도 유죄판결피고인에 대한 감독이나 지원과 결부된 형사제재의 감독을 관할하였다. 그러나 2000년과 2004년 근본적인 개혁이 있기 전까지 형사집행법관의 결정은 법선언작용(Rechtsprechungsakte)이 아닌 사법행정적 처분(Maßnahmen richterlicher Verwaltung)으로 간주되었다. 법치국가적 요청도 이에 상응하여 낮았고, 따라서 유죄판결피고인에게 법정에서 청문을 받을 권리가 체계적으로 보장되지 않았고, 형사집행법관의 부담지우는 결정에 대한 법적 구제 수단도 존재하지 않았다. 2000년대에 들어서면서 시작된 개혁을 통하여 형사집행법원의 판단이 광범위하게 사법처분화되었고, 내용적 정당성을 지향하는 법치국가적 사법절차의 요청에 부응하게 되었다.

형사집행절차상 삼심제도가 존재하는데, 제1심은 형사집행법관 및 형사집행법원에 의해 이루어진다. 제2심으로서는 각 고등법원에 항소재판부로서 형사집행부가 설치된다. 형사집행부의 결정에 대해서는 상고법원에 상고를 제기할 수 있다. 형사집행법원은 판단의 기초사실에 대하여 직권조사를 하며, 이를 위해 경찰과 행정의 임무공조를 받을 수 있다. 제1심 형사집행법원에는 본질적으로 두 가지 절차유형이 존재하며, 이는 최근에 간이절차방식을 통해 보완되었다.

자유형이나 비자유박탈적 제재를 막론하고 형사집행절차상 대부분의 결정은 비공개구두심리절차로 진행되는 당사자주의절차를 통해 내려지며, 이 과정에서 유죄판결피고인(경우에 따라 변호인)과 검찰측이 참여하여 청문의 기회가 주어진다. 당사자주의절차에서의 결정은 결정이유를 포함하는 서면 판결을 통해 이루어진다.

자유형집행영역에서 일부 덜 침해적이거나 표준화된 결정 또는 일반적으로 긴급을 요하는 결정은 구두심리절차나 유죄판결피고인에 대한 직접적인 청문이 없

이 결정의 형식으로 이루어진다(예컨대 당사자주의절차를 통해 승인된 집행완화 방식의 단순한 변경, 수형자에게 권리로서 인정된 형기단축에 대한 결정 등). 이러한 사안에서는 절차에 앞서 법률상 당연직으로서 형사집행법관이 그 위원장인 행형시설내부의 형사집행위원회에 대한 청문이 이루어져야 한다.

간이절차는 자유형실형의 행형적합화에 대한 결정을 광범위하게 검찰과 행형기관(교정행정)의 권한에 맡기고 있다. 일정한 조건하에서 행형기관은 석방시점이 다가옴에 따라 수형자의 서면동의를 얻어 그의 자유시민적 쟁쟁에 도움이 되는 구체적인 행형완화처분을 준비한다. 그리고 검찰의 신청이 있으면 형사집행법관은 신청에 첨부된 자료를 검토한 후 별도의 청문절차 없이 해당처분에 대해 서명함으로써 이를 승인한다. 형사집행법관이 3개월 이내에 신청에 대해 결정을 내리지 않을 경우 검찰이 직접 해당처분을 부과할 수 있다. 이러한 간이절차로 다루어질 수 없는 예외로는 5년형 이상의 중죄에 대한 형벌, 그리고 남은 형기가 2년 이상인 경우이다.

모든 종류의 절차에서 유죄판결피고인은 변호인의 조력을 받을 권리가 있으며, 재정형편에 따라 국선변호인의 지원을 받을 수 있다.

프랑스형사절차적 이해에 따르면 형벌의 선고뿐 아니라 그 집행 역시 사회복지와 재범방지에 기여하여야 한다(형사소송법 제707조). 이 목적을 위하여 프랑스법은 형사집행과정에서 선고된 형벌이 광범위하게 변경될 수 있도록 하고 있다. 그동안 특히 자유형의 집행에 있어서 수형기간의 단축을 가져오거나 수형자의 점진적인 사회복지조치와 이에 대한 사법적 감독을 허용하는 엄청난 범주의 조치들을 발전시켰다. 이를 통해 동시에 지난 수년간 프랑스교도소를 압박하는 과밀수용이란 현안의 해소도 도모하고 있다. 하지만 최근 수년간 자유형실형선고의 증가와 평균적 선고형의 상향조정을 초래한 일련의 법정형강화가 도입되면서 프랑스의 수용시설을 압박하는 과밀수용 문제는 해소되지 않고 있다. 최근 몇 년 전부터 프랑스 형사집행법원은 일차적으로 자유형실형의 집행형태로써 전자감시가택구금제도를 활용함으로써 구금시설비용절감효과와 유죄판결피고인의 감시효과를 의도하고 있다.

개별사안에 있어서 (특히 자유형의) 집행적합화유형에 대한 판단은 각 형사집행법원의 관할에 속한다. 형사집행법원은 수형자석방 이전의 시점에도 원칙적으

로 모든 행형완화조치에 대한 관할권을 가지며, 이로써 행형계획에 결정적인 영향력을 행사한다. 경미범죄 및 중간범죄 사안에 있어서는 단독판사인 형사집행법원이 그 집행을 관할하며, 세 명의 직업법관으로 이루어진 합의부 형사집행법원은 특히 장기인 형벌 및 특히 중한 범죄 사안의 집행에 대해 판단한다.

수형자의 행형완화와 조기석방은 정치적으로 인기가 없는 조치이며, 조기석방된 자가 재범할 경우 특히 그러하다. 너무 관대하다는 평을 받는 직업법관들의 결정에 대응하는 차원에서 2011년 시험적으로 몇몇 법원구역에 한정된 ‘합의부 형사집행법원’에 시민참심제도를 도입하고, 특히 중한 범죄를 범한 수형자들의 행형완화 및 조기석방 사안의 결정에 참여하도록 하고 있다. 반면 수감자수의 감소를 위해서는 바로 얼마 전인 최근에 간이절차의 적용범위가 현저히 확대되었다.

이러저러한 모순성들과 형사집행법원과 사법사회복지서비스의 지속적인 인적·물적 자원의 결핍에도 불구하고 2000년과 2004년 개혁 이래 프랑스 형사집행법원제도 및 체계는 법관의 독립성에 기초하여 유죄판결피고인 및 수형자의 재사회화 요구에 형사집행을 적합화하고 있는 모범적인 모델이라 평가된다.

5. 이탈리아 형사집행절차상 사법심사

형사절차의 마지막 단계인 형사집행도 형사선고와 마찬가지로 사법통제 하에 놓여야 한다는 것이 오늘날 이탈리아형사법의 입장이다. 이러한 “사법통제의 원칙”(principio della giurisdizionalizzazione)은 형벌 및 보안처분과 관계되는 모든 처분에 대한 사법심사의 원칙만을 의미하는 것이 아니며, 유죄판결피고인에게 이와 관련하여 방어권과 당사자주의절차가 보장된다는 것을 함의한다. 법적 청문권과 당사자주의절차의 원칙(principio del contraddittorio)은 이탈리아에서 헌법적 지위를 가진다.

형사집행에 있어서 이탈리아법은 좁은 의미의 형사집행법과 행형법을 구분한다. 전자가 형사집행표제, 즉 법원의 유죄확정판결과 관계된 모든 문제를 다룬다면, 후자는 행형시설내에서의 삶, 특히 규제 및 특전 등에 대하여 규율한다.

1989년 이탈리아형사소송법은 형사집행에 독립된 하나의 장을 할애하고 있는데, 여기서 주도적인 역할을 하는 것은 검찰이다. 검찰은 형사집행을 개시하며, 이를 위해 집행명령장을 발부한다. 3년 이하의 자유형에 있어서는 원칙상, 유죄판결피고인이 구금대안처분(예컨대 가택구금)을 신청할 경우 그 결정이 날 때까지 불필요한 구금을 회피하기 위하여, 검찰이 자유형의 집행을 (잠정)유예한다. 검찰이 이러한 권한을 비롯하여 그 밖의 광범위한 권한을 가지는 것에 대해서는 학계 일각의 비판이 제기된다.

형사집행법원(giudice dell'esecuzione)은 형사집행절차상 사법심사를 관할하며, 형사집행과 관련하여 불가피하게 침해되는 기본권의 보장을 담당한다. 형사집행표제(판결)와 관련되는 모든 문제 및 그 존부와 효력 또는 그 사후적 상실근거에 대하여 판단한다. 나아가 검찰의 처분을 통제하며 유죄판결피고인의 신청에 대해 결정을 내린다. 원칙적으로 어떤 처분을 내린 법관이 그 집행에 대해서도 관할한다. 이는 해당처분을 내린 법관이 그 결정을 가장 잘 해석할 수 있다는 이유에서인데, 이에 대해서는 다른 측면으로부터 비판이 제기된다. 형사집행법원이 비록 매우 제한된 범위 내에서만 선고판결에 대하여 결정을 내릴지라도, 처분을 내린 법관은 일반적으로 형사집행절차는 단지 이미 내려진 확정판결을 최대한 충실하게 집행하는 것을 목적으로 한다는 확신을 갖고 있기 마련이다. 따라서 법원의 선입견배제, 역할과 과제의 분리 원칙 및 당사자주의절차원칙과 관련하여 의문이 제기된다.

몇몇 예외를 제외하면 형사집행절차는 당사자 일방의 신청으로 개시된다. 법률에 달리 규정되지 않은 이상, 비공개심리를 거쳐 결정으로 끝나며 상고가 인정되는 정식(공식)절차가 진행된다. 형사집행법원에 대해서는 집행표제(판결)의 존재와 유효 문제 및 그 구성요건이나 내용을 변경하는 사실에 관계되는 모든 쟁점사항에 대해 판단을 청구할 수 있다. 하지만 형사집행법원은 확정판결 자체를 변경할 수는 없으며, 단지 그 내용과 효력범위를 명확히 하는 해석을 할 수 있을 뿐이다. 형사집행과 관련된 검찰의 결정에 대해서는 항고가 허용되지 않으며, 그보다는 형사집행절차를 통한 사법심사가 허용된다. 형사집행법원의 일부 과제는 다양한 규정을 통해 구체화되고 세부사항까지 명확하게 규율되고 있는데, 여기서 특히 중요한 것은 비록 이미 판결이 확정되었을지라도 일정한 판결

상의 오류를 최소한 형사집행법적으로 어느 정도 수정하려는 것이다. 예컨대 일사부재리원칙에 위배되어 동일인의 동일사안에 대하여 다수의 유죄확정판결이 내려진 경우, 집행되어야 하는 처분이 법적으로 존재하지 않거나 아직 집행력이 존재하지 않는 경우, 상상적 경합이나 계속범이 사실심에서 고려되지 않은 경우 또는 유죄판결 후에 해당 형사구성요건이 폐지되거나 위헌판단을 받은 경우 등이 그러한 사례에 속한다.

반면 다른 사안들(예컨대 수용자의 신원에 대한 의혹이나 사면과 형면제의 적용 사안)에 대해서는 법률이 비공식절차를 규정하고 있다. 이 경우 형사집행법원은 결정으로 판단을 내리며, 이에 대해서 검찰, 당사자 및 그 변호인은 이의를 제기할 수 있다. 그리고 이의가 제기되면 사안은 공식절차를 통해 다루어진다.

헌법적으로 규정된 형벌목적인 재사회화의 보장을 위하여 행형 또한 통제되어야 한다. 한편으로는 형벌이 유죄판결피고인의 인격에 부합하는지 심사하기 위해서이며, 다른 한편으로는 경우에 따라 재사회화를 촉진하는 다른 가능한 제재를 적용하기 위해서이다. 이를 위해 이탈리아 형사법은 독자적인 재판권인 감독재판권(Überwachungsgerichtsbarkeit, magistratura di sorveglianza)을 설치하여, 한편으로는 형벌이 재사회화를 위하여 얼마나 효과적이고 효율적인지 등에 대한 문제를, 다른 한편으로는 인격의 위험성 등을 판단하는 과제를 담당하게 하고 있다. 감독재판관상 법관은 독립적이고 전문화된 사법기관으로서, 행형에 대한 전속관할권을 행사하는 행형전담정식법관이다. 따라서 이들에게는 동시에 다른 추가적인 임무가 부여되지 않는다.

감독재판관은 한편으로는 감독법관에 의해, 다른 한편으로는 2명의 직업법관과 2명의 전문가참심으로 구성되는 감독재판부에 의해 행사된다. 감독재판절차는 기본적으로 형사집행절차와 유사하나, 직권으로 개시될 수도 있다는 점에서 차이가 있다. 감독법관의 다양한 과제에 속하는 것 중에는 특히 행형시설의 조직에 대한 감독 및 미결구금과 보안처분의 집행을 들 수가 있다. 감독재판부는 기본적으로 구금대안처분에 대한 판단을 내리며, 감독법관의 결정에 대하여 제2심절차를 담당한다. 청소년 및 군사법원절차와 관련하여서는 특별감독법원이 존재한다.

이탈리아 형사집행체계는 종합적으로 볼 때 균형 잡힌 체계로 평가되며, 본질

적으로 법치국가적 원칙에 부합하고 있다. 다만 검찰과 변호인 사이에 남아 있는 불균형의 문제, 형사집행법원의 불편부당성 문제 및 일부 세부규정에 대해 비판이 제기될 수 있다. 법기술적 측면에서 언급될 수 있는 점은 형사집행관련 규정들이 대부분 복잡하고, 상세하며 개관성이 부족하게 구성되어 있고 여러 법률에 산재한다는 점이다. 가장 근본적인 문제인 이탈리아 행형시설의 과밀수용 문제는 행형법의 문제에서 비롯된다고 할 수는 없다. 그보다는 특히 외국인도 겨냥하고 있는 지속적으로 강성화된 최근의 형사정책이 문제이며, 따라서 사면이나 형면제와 기타 일시적 효과를 가진 처분들이 진정한 대책이 되지 못하고 있다. 오히려 광범위한 비범죄화조치 및 경미범죄로 수감되는 엄격한 재범처벌 규정의 완화가 해법으로 고려된다.

6. 결론적 고찰

가. 형사제재체계의 발전과 형사집행절차상 사법심사의 강화

형사집행절차 및 형사집행절차상 사법심사의 발전에 대한 비교법적 검토에서 가장 먼저 확인되는 바는 각각 고유의 독특한 형사집행절차상 사법심사체계를 발전시켜온 독일과 프랑스와 이탈리아가 모두 사법심사를 강화하는 방향으로 발전하여 왔다는 점일 것이다. 그리고 어느 경우든 그 사법심사체계가 완성된 모델로서 존재한다기보다는 형사제재체계의 발전과 맞물려 함께 진화하는 발전 양상을 보인다는 점이다. 그리고 이미 19세기 말부터 비교적 일관되게 형사집행절차, 특히 행형에 대한 사법통제권 확보에 노력한 이탈리아의 경우에도 형사집행 및 행형에 있어서의 전문적 형사집행법원제도의 도입이 관철된 것은 전후 진보적인 형사정책적 논의와 함께 이루어졌다는 점이다.

프랑스의 경우 자유형의 집행과 관련하여 수형자의 개선 및 재사회화 요청이라고 하는 점증하는 형사정책적 요청 및 목표설정과 함께 먼저 보호관찰감독 영역이라 할 수 있는 이른바 ‘개방환경’에서 이를 관할하는 전문법관인 ‘형사집행법관’ 제도를 도입하는 것으로부터 발전의 서막이 올랐다면, 이탈리아에서는 행형

에 대한 감독필요성에 대응하면서 ‘감독재판권’이라는 독자적인 전문재판권 및 전문법원을 창설하여 형사집행영역 전반으로 사법심사를 확대하여 간 특징을 보여준다. 1975년 새 행형법을 통한 행형개혁과 함께 구금에 대한 자유제한적 또는 개방적 대체처분들이 도입되면서 감독재판권을 포함한 형사집행법원의 조직도 재편·보강되었다. 그리고 독일은 이러한 제3국의 발전양상을 종합하여 다소 뒤늦게 ‘형사집행부’라는 제3의 방안을 선택하였다. 뒤이어 행형법을 제정하면서 수형자의 권리를 법률관계로 명확히 하고 행형판단에 대한 사법심사를 형사집행부의 관할로 집중하는 기능적 관할권을 창설하였다.

이러한 외국의 형사집행 및 행형 영역에서의 사법심사의 확대·강화와 이에 지향된 사법심사체계의 법률적 및 사법조직적 발전은 역사상 그 어느 때보다 형사제재체계의 발전에 있어서 많은 변화를 겪고 있는 현재 우리 형사사법에 시사하는 바가 많다 할 것이다.

형사집행과 행형에 대한 깊은 ‘인격적’ 관여와 이에 대한 전문성 확보 없이 내리는 형사제재선고는 사법적 법선언 그 자체로서의 정당성 토대도 아주 취약하게 가질 뿐이라는 인식을 우리 형사사법이 함께 나누어야 할 때이다. 그동안 ‘양형 없이 행형이 없다’는 일방통행의 논리만이 존재하였다면, 이제는 ‘행형 없이 양형도 없다’는 양형과 행형의 쌍방향 기능적 연관성이 심각하게 받아들여져야 한다. 사법의 형사집행과 행형에의 참여는 특히 보안처분법이 형법전에 편입되는 본격적인 이원주의형사제재의 시대를 앞두고 더 이상 선택의 문제가 아니라 책임과 의무의 문제라 할 것이다. 마지막 사법개혁의 장이라 할 수 있는 형사집행 및 행형 영역에 대한 최적의 사법심사 모델을 찾고 개발하는데 나서야 할 때이다.

나. 형사집행절차상 사법심사와 전문집행법원의 요청

독일과 프랑스 및 이탈리아의 사법심사모델을 비교해 볼 때, 독일의 ‘형사집행부 모델’은 애당초 ‘형사집행법원’의 창설을 지향하다 타협안으로 ‘형사집행부’라는 잠정적 성격의 사법심사유형에 머물러 오늘에 이른 측면이 있다. 이에 상응하여 사법심사의 내용에 있어서도 행형판단에 대한 사법심사를 광범위하게 배제

하여, 결과적으로 ‘형사집행부’의 위상을 위축시켜 사법심사의 기능을 제대로 살리지 못했다는 점에서 이는 최선의 사법심사모델은 아니라 할 것이다. 가장 바람직한 것은 프랑스 모델에 따라 ‘형사집행법관’이라는 전문법관제도와 이탈리아의 ‘감독법원’ 제도를 모델로 하여 ‘형사집행재판관’을 창설하는 것이나, 이는 법원조직법상 과감한 변화를 요구하는 이른바 ‘대개혁적 구상’이라 할 것이다.

행형에 대한 사법심사라든가 행형과 밀접하게 결부된 가석방의 사법심사과제를 사실심의 관할로 하는 것은 업무부담을 고려할 때 바람직하지 않으며, 이 경우 사실상 현행 행정처분과 같이 형식적인 처분이 될 수 있다는 우려에 유의할 필요가 있다. 물론 이탈리아의 경우와 같이 형사집행에 대한 사법심사법원을 그 사안에 대하여 제1심으로 판단을 내렸던 사실심법원으로 관할규정을 하는 것은 부분적으로 바람직할 수는 있다. 재판의 해석에 다툼이 있는 등 집행관련 판단을 추가적으로 내려야 할 경우 해당사안에 대하여 재판한 법원이 그 사안에 대하여 가장 정확한 해석을 내릴 수 있고, 또 절차의 효율성과 신속성을 꾀할 수 있다는 장점도 있기 때문이다. 그러나 행형판단과 가석방판단의 경우 사실심재판부에 또 다른 업무부담을 초래한다는 점에서 관할을 맡기는 것이 바람직하지 않다. 따라서 최소한 독일모델과 같이 지방법원 형사집행부에 행형판단에 대한 관할집중을 규정하는 것과 같이 수형자가 수용된 시설이 소재한 ‘행형인접’ 지방법원 형사집행부라든지 해당지역을 관할하는 고등법원 형사집행부의 모델이 되어야 한다. 이탈리아식 ‘감독재판부’의 전속관할로 하여 법원이 행형에 깊숙이 관여하게 하는 것도 장기적으로 고려될 수 있을 것이다. 형사집행절차 및 행형상 사법심사기능의 전문성을 도모하고 또 최적화하기 위해서는 과감하게 집행전문법관 및 집행전문법원을 제도화하는 것이 가장 바람직하다 할 것이다. 형사집행 및 행형 전문법관·법원이 도입될 때 이러한 전문성 문제와 필연적으로 맞물려 있으면서 또 여기에 촉진적으로 작용하는 것은 전문법관 및 전문법원의 사물관할의 확대가 함께 고려되어야 한다는 점이다.

다. 형사집행절차상 사법심사 영역(사물관할)의 확대

집행유예와 동일한 특별예방적 형사정책의 취지에 기반하고 있는 ‘잔형집행유

예'로서의 가석방과 자유박탈보안처분의 가종료·가퇴원의 판단을 행정처분에 의하도록 하는 것은 비록 입법자의 판단에서 비롯된 것이지만 형사사법의 입장에서 보면 재사회화를 지향하는 형사정책적 사법심사권한을 원천적으로 봉쇄하는 것과 다를 바 없다.

현재 보호관찰심사위원회와 가석방심의위원회 및 치료감호심사위원회 등으로 심사위원회의 조직 및 구성이 분산·중첩될 뿐 아니라 충돌하여 통폐합이 논의되는 마당임을 고려하며, 심사기관은 형사집행법원의 관할로 집중하여 사법심사를 강화하되 기존의 위원회제도는 교정행정의 자문기구나 내부적 심사기구로 활용하는 방안을 생각할 수 있을 것이다.

행형판단과 관련된 가장 시급한 사안이 형사집행법관이나 형사집행법원에 의한 가석방·가종료의 사법심사의 확보이다. 하지만 그 밖의 주요 행형판단에 대하여서도 대폭적으로 전문사법심사를 가능하게 할 필요가 있다. 사후적 사법심사에 의한 구제는 행형에 있어서 실질적으로 무용한 경우가 많다는 점에서 적극적인 (사전적) 사법심사를 보장할 필요가 있다. 그것이 행형을 관장하는 행형기관이 직접 판단을 담당함으로써 치하게 되는 결끄러운 '당국과 피처분자'의 관계의 역기능을 피하는 효과도 있어, 수형자의 객관적 상황인식에도 도움이 되고 수형자를 대상으로 재사회화를 추구하는 행형기관에도 짐을 더는 측면이 있다 할 것이다. 여기서 '더 많은 행형판단이 사법심사에 맡겨질수록, 더 활발한 (형사집행)법원과 행형기관과의 소통과 공조도 필요하다' 할 것이다.

라. 형사집행법원 도입을 위한 제언

1. 현대형법적 형사제재의 분화와 팽창은 형사제재의 양형·선고 뿐 아니라 집행·행형에 있어서도 일관된 특별예방적 고려에 기초한 사법심사를 요청하며, 이러한 요청에 부응하는 사후판단과 행형판단을 위하여 형사집행과 행형을 담당하는 형사집행법원이 도입되어야 한다. 장기적으로 전문법관으로서 형사집행판사제도의 도입에 대해서도 고려되는 것이 바람직하다.
2. 형사집행법원은 자유형 또는 자유박탈보안처분의 집행을 받는 수형자·수용자와 관련된 집행유예와 가석방 및 기타 형사제재 집행관련 결정과 행

형·수용관련 결정을 내린다. 수형자·수용자가 가석방·가종료 등으로 집행이 유예되거나 중단되더라도 이러한 형사집행법원의 관할은 유지되어야 한다.

3. 집행유예의 취소 및 가석방의 승인·취소에 관한 결정을 함에 있어서는 특히 유죄판결피고인의 참석을 전제로 하는 구두심리의 기회가 보장되어야 하며, 심사결과에 대해서는 ‘결정’으로 판단한다(강화된 요건 및 증거조사절차를 전제로 ‘판결’에 의한 결정도 고려될 수 있다).
4. 한 사안에서 형사집행법원의 관할이 인정되면 아직 종결되지 아니한 동일인에 대해 이루어져야 하는 모든 형사사법판단에 대해서 형사집행법원이 결정을 내리도록 관할규정을 하여야 한다(이른바 ‘형사집행법원으로서의 관할 집중’).
5. 형사집행법원은 일정규모의 교정시설이 소재하고 있는 지역의 지방법원에 설치한다. 형사집행법원의 결정에 대해서는 사안의 중대성 등을 기준으로 한 항고절차를 인정하여야 한다.
6. 형사집행법원은 행형·수용과정상 권리침해사안에 대하여 직권으로 조사하여야 하며, 심사결과에 대해서는 ‘결정’으로 판단을 내린다. 권리구제의 신속성과 효율성을 저해하는 행정심판전치주의는 배제된다.
7. 마지막으로 형사집행법원과 행형기관과의 교류·협력이 촉진되는 것이 바람직하며, 형사집행 및 행형과 관련한 행정기관 고유의 결정에도 형사집행법원이 관여할 기회가 폭넓게 인정되어야 한다.

KOREAN INSTITUTE OF CRIMINOLOGY

제1장 서론

박 학 모

제1절 형사집행절차의 개념

‘형사집행절차’는 우리에게 다소 생소한 용어여서 먼저 그 개념에 대한 문제제기로 부터 논의를 시작할 필요가 있다. 우선 ‘집행절차’라는 용어부터 살펴보면, 우리 형사절차에 과연 ‘집행절차’라는 개념이 존재하는지 인지하는 것부터가 쉽지 않다. 형사소송법은 범죄의 수사 및 재판에 관한 절차는 방대하게 다루는 반면, 이 과정을 거쳐 확정된 형사제재의 집행에 대해서는 형사소송법 말미 제5편에 ‘재판의 집행’이란 타이틀로 아주 작은 비중을 할애하고 있을 뿐이다.¹⁾ 형사소송법교과서에서도 형사집행절차는 체계적 완결성을 위해 구색을 맞추는 서술을 하는데 그치고 있어 강화상으로도 별 비중 없이 다루어진다는 것을 여느 형사소송법교과서에서나 확인할 수 있다. ‘집행절차’라는 용어 자체가 어느 교과서에서도 발견되지 않는다는 점은 ‘절차라고 할 만한 것이 없는’ 것으로 인식되는 우리 형사절차상 집행절차의 현주소를 의미한다고 볼 수 있다. 그러나 ‘일을 치르는 데 거쳐야 하는 순서나 방법’으로 정의되는 ‘절차’에 대한 사전적 의미에 따르더라도 ‘재판의 집행’은 재판의 실현을 위해 재판에 뒤따르는 엄연한 절차임이

1) 물론 실체법인 형법도 제3장 제5절 ‘형의 집행’에 ‘집행방법’에 관한 원칙적 규정을 두고 있어 집행절차와 무관하지 않다. 특히 집행절차와 관련하여 형법상 더 유의미한 ‘절차적’ 내용은 제4절 ‘형의 집행유예’와 제6절 ‘가석방’이라 할 수 있다.

자명한 것이 집행절차라 할 것이다. 따라서 시급하게 요청되는 것은 그 절차적격성 논의가 아니라 형사절차상 집행절차의 자리매김을 위한 노력이라 할 것이다.

다음으로 ‘형사집행’이란 용어 역시 우리 형사절차상 그리 자명한 용어는 아니다. 형사소송법교과서들은 ‘재판의 집행’에서 가장 중요하거나 핵심적인 부분으로 ‘형의 집행’, 즉 ‘형집행’을 들고 있다.²⁾ 이 연구에서 ‘형집행’과 차별화하여 사용되는 ‘형사집행’이란 개념은 형법 제3장 제5절의 ‘형의 집행’을 포함하지만 그보다 더 포괄적인 개념으로 사용된다.

우리 형사제재체계는 의문의 여지없이 형벌과 보안처분 양자를 포괄하는 이원주의형사제재체계를 채택하고 있다. 그럼에도 불구하고 보안처분제도를 처음 도입할 당시부터 현재까지 보안처분을 형법전 안에 형벌과 함께 통합적으로 규율하는 방식 대신에 형법전 밖에 특별법형태로 규율하는 이른바 ‘보안처분특별법주의’로 일관하여 왔다. 그 결과 보안처분의 실체적 요건은 물론 부과와 집행 등 절차에 관한 내용 역시 각 ‘보안처분(특별)법’에 규정되어 왔다. 이 점에서 제정 이래 아직 한 번도 전면개정 없이 그 원형을 유지하고 있는 형법전이나 형사소송법은 일원주의에서 이원주의로 발전해 온 우리 형사제재체계의 ‘체제변화’를 수용하고 있지 않은 셈이다. 따라서 일반형사법만 들여다보서는 우리 형사제재체계가 이원주의를 취하는 것조차 알 수가 없게 되어 있다. 형사소송법상 ‘재판의 집행’이 보안처분을 제외한 형벌과 형법상 처분들의 집행만을 다루고 있는 것도 이러한 배경에서 비로소 이해할 수 있다. 물론 용어문제에 국한하자면 ‘형집행’에서 ‘형’을 보안처분과 기타 형사제재까지 포괄하는 넓은 의미의 ‘형’, 즉 ‘형사제재’로 이해할 수도 있겠으나,³⁾ 적어도 우리 현행법 체계와 그 용어사용례에 따르면 이는 의문스런 확대해석이라 할 것이다. 이를 감안한다면 다소 미래

2) 이재상, 신형사소송법(2008), 778쪽; 배종대 외, 신형사소송법(2011), 924쪽; 신동운, 신형사소송법(2010), 1510쪽.

3) 행형의 관점에서 독일의 용어 ‘Strafvollstreckung’에 준하여 형집행을 ‘넓은 의미의 행형’으로 이치럼 이해하는 견해로는 배종대·정승환, 행형학(2002), 3쪽. 그러나 형사소송법의 이해에 있어서는 실정법 체계의 한계로 인하여 같은 용어를 좁은 의미의 ‘형벌의 집행’에 국한할 수밖에 없는 것으로 보인다(예컨대 배종대 외, 신형사소송법(2011), 924쪽 참조).

지향적이긴 하지만 형벌과 보안처분, 나아가 그 밖의 모든 형사제재처분을 포괄하여 그 집행에 대해 다루는 절차를 ‘형사집행절차’라고 칭하는 것이 바람직할 것이다. 이 연구에서 ‘형사집행절차’는 이처럼 포괄적 의미로 사용된다.

제2절 형사집행절차의 의의 - 형사집행과 행형의 구분

위에서 ‘형사집행절차’를 나름대로 개념정의한 것은 이원주의를 채택한 우리 형사제재체계에 부응하여 집행절차를 이해하고자 하는 취지에서이며, 형벌일원주의적 용어 ‘형집행’의 한계를 넘어서기 위한 시도이다. 그러나 이것만으로 아직 형사집행절차의 윤곽이 그려진 것은 아니다. 전통적으로 ‘행형’(Strafvollzug) 분야와의 관계 및 양자 사이의 구분과 관련하여 형사집행(Strafvollstreckung)의 주체와 범위 및 그 구성을 둘러싼 논의가 전개되어왔다.

과거 법률명으로도 ‘행형법’이 존재할 당시에는 적어도 용어상으로는 독일의 용어사용례에 준하여 ‘형사집행’과 ‘행형’의 개념구분이 비교적 명료할 수 있었다. 여기서 개념적으로 ‘넓은 의미의 형사집행’은 형사법관이 판결을 통해 선고한 모든 형사제재의 실현(Strafverwirklichung)을 통칭하며, 자유형의 집행은 물론 사형, 벌금형, 자격형뿐 아니라 보안처분의 집행을 포함한다.⁴⁾ 주형(主刑)인 자유형을 중심으로 살펴보면, ‘넓은 의미의 형사집행’은 보통 ‘좁은 의미의 형사집행’과 ‘행형’으로 구분된다.⁵⁾ 그리고 좁은 의미, 즉 고유한 의미의 형사집행에는 현행 형사소송법 제5편 ‘재판의 집행’에서 규율하는 부분과 함께 형사특별법으로 규율된 각 보안처분의 집행절차가 해당된다. 이러한 좁은 의미의 형사집행의 주요관심사는 무엇보다 법원이 선고한 형사제재의 집행이 실제로 이루어지는가 하는 ‘집행여부’이다. 여기서 집행여부는 집행의 개시뿐 아니라 집행의 완료를 포함하기 때문에 시간적으로는 행형을 넘어 지속된다. 따라서 형사집행절차는 형사제재의 집행이 개시되도록 하는 ‘집행개시절차’임과 동시에 집행의 완료에 이

4) Kaiser/Schöch, Strafvollzug(2002), 178쪽.

5) Roxin/Schünemann, Strafverfahrensrecht(2009), 450쪽.

르는 과정을 감독하는 ‘집행감독절차’까지 포괄한다.⁶⁾

사형, 벌금형, 자격형 및 일부 보안처분의 경우는 그 제재의 집행개시가 곧 집행을 실현, 즉 집행여부와 직결된다. 반면 자유형과 자유박탈보안처분의 경우는 집행개시로부터 종료에 이르는 과정이 시간과 공간의 제약 속에서 실현되는데 해당 형사제재의 본질적 특성이 있다. 그리고 자유박탈의 과정과 상황이 어떻게 구성되느냐에 따라서 비로소 그 형사제재의 본질이 규정된다고 해도 과언이 아니다.⁷⁾ 그러므로 여기에서는 형사제재의 집행이 어떻게 이루어지는가 하는 ‘집행방법’의 문제가 결정적 요소이며, 이를 (좁은 의미의) 형사집행과 구별하여 전통적으로 ‘행형’이라 부른다. 자유형과 자유박탈보안처분의 집행은 이처럼 형사집행의 영역과 행형의 영역으로 나누어지는 것을 볼 수 있다. 따라서 자유형을 선고한 판결의 효력을 다룬다든지 집행의 중단이나 종료를 다툼으로써 자유형의 ‘집행여부’ 자체에 대해 문제를 제기하는 경우는 ‘형사집행’ 영역의 문제가 되고, 이미 집행이 확정된 자유형에 대해 구체적으로 이를 실현하는 ‘방법 및 그 과정’ 상의 문제는 ‘행형’ 영역의 문제인 것이다.⁸⁾ 따라서 행형은 시간적으로는 교정시설에 수용되는 시점부터 이를 떠나는 시점까지를 관할하며, 내용적으로는 형사제재의 효과로서 담당 행형(교정)기관에 의해 시설 내에서 이루어지는 자유박탈의 실현 과정을 의미한다.

물론 현행 ‘형집행’이란 용어를 형벌 뿐 아니라 모든 형사제재의 집행으로 넓게 이해하는 입장에서는 ‘행형’ 또한 자유박탈제재에 국한하지 않고 모든 형사제재의 내용적 실현이라는 의미로 이해할 수도 있을 것이다.⁹⁾ 하지만 1950년 행형

6) Kaiser/Schöch, Strafvollzug(2002), 178쪽; Roxin/Schünemann, Strafverfahrensrecht(2009), 450쪽; Peter, Strafprozeß(1985), 693쪽; Laubenthal/Nestler, Strafvollstreckung(2010), 8쪽.

7) Schüler-Springorum(Strafvollzug im Übergang(1969), 125쪽 이하)은 자유형(자유박탈제재)은 집행될 뿐 아니라 (행형)실현이 이루어져야 한다는 특징이 있으며, 자유형에는 각 수형자 개인이 갖는 주관적 형벌체감의 차이에 추가적으로(서로 다른 교도소에 수용된 두 수형자를 생각해 보면) 행형의 차이라는 관점이 더하여진다고 한다. 세상에 어디에도 똑같은 행형을 하는 같은 교도소란 있을 수 없기 때문이다.

8) 배종대·정승환, 행형학(2002), 4쪽; Kaiser/Schöch, Strafvollzug(2002), 3, 178쪽; Laubenthal, Strafvollzug(2008), Rn. 12; Laubenthal/Nestler, Strafvollstreckung(2010), 7쪽 참조.

9) 행형(Strafvollzug)을 광의와 협의로 이해하는 입장에 대해 상세한 것은 Kaiser/Schöch, Strafvollzug(2002), 1쪽 이하 참조.

법 제정 이래 수십 년에 걸쳐 자리 잡은 ‘행형’이란 개념을 이렇게 넓혀 새로 정의할 필요성이나 그 실익은 거의 없다 할 것이다.¹⁰⁾ 그런데 2007년말 전면개정이 이루어지면서 행형법의 법률명이 「형의 집행 및 수용자의 처우에 관한 법률」¹¹⁾로 바뀔으로써 이제는 (구)행형법조차도 그 약칭을 ‘형집행법’으로 불러야 할 상황이 되었다.¹²⁾ 이는 50년 이상 「행형법」이 존재하여 왔음에도 행형과 형사집행을 구분하지 않고 대부분의 전문가들조차 형사집행절차를 간과한 채 그저 ‘형의 집행’의 약칭이 ‘행형’이라는 식으로 이해한 데서 기인한 측면이 있다. 2005년 행형법 전면개정안의 명칭을 둘러싸고 개진된 의견들을 종합하여 추론하자면, 부정적으로 각인된 ‘행형’이란 개념을 포기하되 동시에 교육형주의를 전면에 내세운 ‘교정’이란 개념을 채택하는 데 대한 반대 입장도 고려하여 ‘행형’과 ‘교정’ 양자 사이의 적절한 타협점으로서 ‘형의 집행’이란 용어가 법률명칭에 수용된 것이 아닌가 생각된다.¹³⁾

어쨌든 「형의 집행 및 수용자의 처우에 관한 법률」은 명칭만으로 보면 ‘형집행법’의 의미와 수용자처우법, 즉 ‘처우지향적 행형법’의 의미를 담고 있어서 마치 형사집행(절차)과 행형을 모두 다루고 있는 듯한 착각을 일으킨다. 이는 과거 독일에서 행형법이 제정되기 이전 형사집행법과 행형법을 함께 규율하여야 하며, 따라서 이를 ‘형사집행 및 행형에 관한 법률’(Strafvollstreckungs- und Strafvollzugsgesetz)로 칭해야 한다고 했던 유력한 입장과 이를 둘러싼 논란을 상기시킨다.¹⁴⁾ 형사집행절차가 이미 형사소송법에 자리 잡고 있기는 하였지만 그 자

10) 교정교화의 목적을 앞세워 행형법을 ‘교정시설 및 수용자처우 등에 관한 법률’로 바꾸려던 정부안에 대해 비슷한 취지에서 행형법이란 명칭을 유지하거나 ‘수용자처우법’ 정도로 바꾸자는 견해로서는 김희수, 법무부 행형법 개정안 공청회(자료집), 53쪽 참조.

11) 「형의 집행 및 수용자의 처우에 관한 법률」[시행 2008.12.22] (법률 제8728호).

12) 이미 이렇게 사용하는 사례로 눈에 띄는 것으로는 원형식·윤상로(공편)의 ‘교정학’이란 부제를 단 ‘형집행법개요’란 교과서(진원사, 2009), 그리고 ‘형집행법상 수용자 징벌 현황과 진단’이란 제목의 광병선(한국법학회 법학연구 제36집, 2009.11, 169쪽 이하) 논문 등이 있다.

13) 「형의 집행 및 수용자의 처우에 관한 법률」로 법률명이 변경되어 입법된, 2005년 행형법 전면개정안(정부안) ‘교정시설 및 수용자처우 등에 관한 법률’(안)의 명칭을 둘러싼 여러 견해에 대해서는 법무부, 행형법 개정안 공청회(자료집), 13, 30, 37, 53, 60, 88쪽 참조.

14) Baumann과 Pohlmann의 입장: 이에 대해서는 Müller-Dietz, Strafvollzugsgesetz oder Strafvollstreckungsgesetz?(1969), 112쪽 참조.

리매김에 대한 비판과 논의가 진행되는 상황에서 연방차원의 행형법 제정 필요성이 대두되었을 때, 이러한 문제제기는 단지 용어에 그치는 문제는 아니었다.¹⁵⁾ 이런 점에 비추어볼 때 어쨌든 ‘행형법’이란 법률명 대신 ‘형의 집행’이란 포괄적인 용어가 법률명에 등장한 것을 계기로 우리는 행형·교정과 형사집행에 대한 개념정리를 위한 논의를 심화시키는 계기로 발전시킬 필요가 있다. 다소 업그레이드된 행형법일 뿐인 현행 「형의 집행 및 수용자의 처우에 관한 법률」이 좁은 의미이든 넓은 의미이든 과연 ‘형집행법’의 명칭에 부합된다고 볼 수 있을지 재고될 필요가 있기 때문이다.

형사집행과 행형을 둘러싼 독일에서의 논의에서 비교적 빠르게 합의점에 도달한 것이 앞에서 서술한 바와 같은 (좁은 의미의) 형사집행과 행형을 구분 짓는 것이었다면, 양자가 형사실체법 및 형사절차법에 대한 관계에서 각각 어떻게 자리매김되는지에 대해서는 대략 세 가지로 의견이 나뉘었다.¹⁶⁾

하위개념인 ‘좁은 의미의 형사집행’과 ‘행형’을 포괄하는 ‘넓은 의미의 형사집행’이 사실심리절차와 마찬가지로 형사소송의 영역에 속한다는 입장이 1950-60년대 독일 다수설이었다. 반면 이와 대립각을 이루는 헨켈(Henkel)의 입장은 선고된 형의 집행은 어디까지나 형사절차의 바깥에 놓인 행정영역으로서 독자적인 형사법 (부분)영역인 ‘형사집행·행형법’에 속한다고 보았다. 세 번째 입장은 ‘좁은 의미의 형사집행’과 ‘행형’을 포괄하는 ‘넓은 의미의 형사집행’이란 상위개념 자체를 거부하고, 양자가 모두 형사실체법 및 절차법과 밀접한 관계를 갖고 있는 것이 사실이지만 각각이 담당하는 과제와 조직적 관점이 너무 상이하다는 이유로 양자를 서로 독립된 영역으로 보았다. 비록 개념적으로는 행형을 넓은 의미의 형사집행에 귀속시키는 것이 가능하다 할지라도 ‘행형’이 실체적으로 ‘행정’에 속하는 이상 이를 형사집행을 매개로 하여 형사절차의 영역에 귀속되도록 할 수는 없다는 이유에서였다.¹⁷⁾ 독일에서는 점차 행형영역의 법적 독립성을 인정하는 방향으로 논의가 전개되고 독립적인 행형법이 성립되면서, 그 자체는 형사

15) Müller-Dietz, 앞의 논문(1969), 111쪽

16) Müller-Dietz, 앞의 논문(1969), 116쪽.

17) Peters, Schmidt, Schäfer(Löwe-Rosenberg주석), Müller-Dietz 등이 이러한 입장이었다. 이에 대해 자세한 것은 Müller-Dietz, 앞의 논문(1969), 117쪽 이하 참조

절차에 속하면서 형사선고와 행형을 이어주는 연결고리 역할을 하는 ‘형사집행’과 형사제재를 내용적으로 실현하는 독립영역인 ‘행형’을 구분하는 입장이 관철되었다.

형사입법을 통한 형벌위협, 형사재판을 통한 형벌선고, 그리고 행형을 통한 형벌실현으로 형사법체계를 3단계(또는 세기둥)로 나누면서 그 마지막 단계를 담당하는 형사법체계의 독자적인 영역으로 행형을 자리매김하는데 결정적인 기여를 한 것은 이른바 ‘세기둥이론’¹⁸⁾의 성과라고 할 수 있다. ‘세기둥이론’에 기초한 형사법체계의 이해는 형사법체계의 각 영역과 단계에서 실현되어야 하는 과제와 기능을 섬세하게 차별화하고 특히 행형의 중요성을 부각시킨데 기여한 바가 크다.¹⁹⁾ 물론 형사정책의 중심에 자유형이 자리하고 자유형의 집행실무에 관심이 집중되었던 당시에 비하여 예컨대 오늘날 그 존재의미가 부각되고 있는 보호관찰의 영역²⁰⁾이 형사사법에서 담당하는 기능만 보더라도 이러한 형사사법의 이해가 변모된 형사제재의 집행현실을 반영할 수 있는지 의문이다. 무엇보다 법관이 형사제재를 선고할 뿐 아니라 그 집행을 감독하는 측면을 적절히 반영하지 못한다는 점에서²¹⁾ 이러한 형사법체계의 이해모델은 행형 및 전체 형사제재의 집행과정에 있어서 사법심사와 사법통제의 기능을 적절하게 투영하지 못하고 있다.

여기서 우리는 다시 행형법의 새 명칭으로서 유력한 ‘형집행법’이 우연에 가깝게 던진 고민으로 되돌아가 형사집행법과 행형법의 영역을 새롭게 자리매김하고 규정해야 할 것이다. 기본적으로 (구)행형법의 틀을 유지하고 있으며 자유형의

18) 록신(Roxin)으로부터 비롯된 것으로 설명되는 세기둥이론 또는 단계이론의 발전에 대해 자세한 것은 Müller-Dietz, Grundfragen des strafrechtlichen Sanktionensystems(1979), 30쪽 이하 및 배종대·정승환, 행형학(2002), 8쪽 이하 참조.

19) 그러나 동시에 이 점에 또한 결정적인 약점을 내포하고 있어서, 예컨대 형사절차상 경찰·검찰의 역할과 형사소추의 영역이 간과되고 있으며, 각 영역과 과제 간에 존재하는 중첩과 역동성이 무시되고 있다는 비판이 제기된다: Kaiser/Schöch, Strafvollzug(2002), 180쪽; Laubenthal, Strafvollzug(2008), Rn. 13.

20) 예컨대 독립적인 교정보호청의 설립을 제안하는 견해로는 한영수, 교정보호청(가칭)의 조직설계방향(2004), 145쪽 이하 참조.

21) Kaiser/Schöch, Strafvollzug(2002), 180쪽 참조.

내용적 실현이라는 의미에서 행형을 규정하는 법을 ‘형집행법’이라 칭하는 것은 크게 두 가지 점에서 문제가 있다. 첫째로 이 법은 넓은 의미에서 모든 형사제재의 집행을 의미하는 형집행 또는 형사집행을 규정한 법이 아니기 때문에 이를 형집행법이라 한다면 내용적으로 명칭의 오류가 된다.²²⁾ 이를 피하려면 앞으로 형집행은 자유형의 집행(만)을 의미한다고 축소·정의해야만 한다. 그러나 이미 존재하던 ‘행형’이란 개념을 폐기시키다시피 한 마당에 이제 ‘형집행’이란 용어마저 ‘행형’만을 뜻하는 것으로 인위적으로 축소시켜 소진한다면 이는 한꺼번에 두 개의 용어를 혼란스럽게 만드는 것으로 결코 바람직하지 않다.²³⁾ 둘째로, 행형의 ‘대체·순화용어’로서 ‘형집행’이 채용된다 하더라도 이 역시 우리 행형실무용어에 더 이상 부합되지 않는다 할 것이다. 행형을 담당하는 법무부 부서의 명칭이 교정국, 교정본부 등으로 사용되고, 교도소를 통칭할 때 보통 교정시설이라 하는데서 보듯이 적어도 실무에서 행형을 대체하는 순화용어는 이미 ‘교정’으로 고착되고 있기 때문이다.²⁴⁾ 이러한 일련의 문제점을 고려할 때, 『형의 집행 및 수용자의 처우에 관한 법률』은 잠정적으로 행형·교정의 기본법으로서 ‘수용자치우법’으로 칭하든지, 법률명의 ‘형의 집행’이 기존의 행형이란 용어의 순화에 불

22) 이는 형법 제3장제5장(제66-71조)의 ‘형의 집행’이 사형, 징역, 금고와 구류, 벌금과 과료, 노역장유치를 포괄하여 규정하고 있는 현행법상 용어사용례와도 부합되지 않는다.

23) 실무 자체의 개혁보다는 부정적으로 각인된 실무를 용어만 바꿈으로써 실무에 대한 인식의 전환을 유도하여 우회하려는 식의 발상은 단지 형사사법에 국한된 현상은 아니라 하겠지만, 특히 우리 형사사법에 있어서는 그 경박성(김화수, 행형법 개정안 공청회(자료집), 53쪽)을 드러내는 것이며, 나아가 ‘명칭사기’ 또는 ‘명칭세탁’의 혐의와 비난을 피할 수 없으리라 생각된다. 행형을 행형이라 부르지 말아야 할 이유가 없으며, 보안감호를 보안감호라 칭하지 못할 이유가 없다. 이를 교정이라 부르고, 보호감호나 보호수용이라 불려서 본질이 바뀔 수는 없으며, 본질적인 ‘해악성’을 애써 포장하고 외면해서도 안 될 것이다. 용어의 변경을 통해 일정한 인식과 실무의 전환을 기대할 수도 있지만, 잘못된 용어의 선택이 빚어내는 정체성혼란과 부작용을 간과해서도 아니 될 것이다.

24) 이러한 맥락에서 ‘행형학’보다 ‘교정학’이란 용어가 관찰되는 추세를 보이고, 심지어 해당 학문분과가 ‘교정학과’로 일부 대학에 자리 잡은 현상은 ‘교정’에 중점을 두어 행형을 이해하는 교육형주의적 경향에서 비롯된 것으로 이해할 수도 있겠지만, 형사법학계에서 행형학을 학문적 분과로서 자리매김하기 위한 노력을 너무나 오랫동안 태만하여온 데서 비롯된 측면이 적지 않다고 본다. 독일에서 행형법 제정이 모색되던 시기에 형사법학계의 편향된 형법도그마틱지향성과 행형학에 대한 무관심을 신랄하게 지적한 글로는 Kaufmann, Die Strafvollzugsreform(1971), 35쪽 이하; Schmidt, Strafvollzug und Gerechtigkeit im Strafrecht(1969), 97쪽 이하.

과하다는 취지를 감안하되 이 법 자체는 기존과 같이 ‘행형법’으로 칭하여야 할 것이다.²⁵⁾

법률명에 최초로 ‘형의 집행’이란 용어가 사용된 데서 진지하게 포착되어야 할 점은 그간의 우리 형사제재체계의 ‘체제변화’에 상응하는 지극히 현실적이면서 미래지향적인 ‘형사집행법’ 또는 ‘형사집행절차법’의 모색이 있어야 한다는 점이다. 앞서 언급한 ‘세기둥이론’이 형사입법과 형사재판절차 및 행형을 관통하여 형사정의실현에 관계되는 일련의 영역과 단계에 대하여 주의를 환기시킴으로서 ‘행형’의 존재의미를 부각시켰다면, 이제 보다 현대적으로 변화된 형사제재체계 하에서 그 역할과 기능이 부각되는 것이 형사집행영역 및 형사집행절차라고 할 수 있다. 과거 행형 영역을 소홀히 해 온 우리 형사법학계가 이에 못지않게 ‘형사절차의 부록편’ 정도로 무관심하게 홀대해 온 형사집행절차의 영역을 새롭게 발견하여야 할 때이다.

형사입법 및 형벌선고 단계에서 이루어진 이론적 작업들은 비로소 형사집행 단계에서 구체적으로 실현되며, 형벌 현실, 즉 형벌을 선고받은 자들이 어떻게 형벌을 경험하는가에 대한 성찰은 형사법체계에 대한 진정한 이해의 전제가 된다. 형벌의 집행에 대한 이론적, 경험적 성찰을 통하여 형사입법자는 범죄구성 요건과 그에 따른 형벌효과를, 형사법관은 그가 선고할 형벌의 정도와 방법을 각각 확정할 수 있는 것이며, 이를 통해 비로소 형사사법의 기능이 담보된다 할 것이다.²⁶⁾ 이러한 형사집행절차의 의의에 상응하여 형사집행절차에 참여하는 기관의 위상과 역할도 또한 제고되어야 한다.

제3절 연구의 내용과 방법

이 연구는 앞에서 제기된 문제의식을 토대로 먼저 우리 형사절차상 잊혀진 존재와 같은 형사집행절차의 자리매김을 모색하며, 형사집행의 양대 과제라 할 수

25) 전면개정이 되기는 하였지만 (구)행형법의 기본틀이나 패러다임이 바뀌지 않은 점을 감안하여 여기에서는 (구)행형법에 준하여 그대로 ‘행형법’ 또는 ‘2007년 행형법’이란 용어를 사용하기로 한다.

26) 정승환, 형벌집행에 대한 법관의 통제와 형집행법원의 필요성(2004), 375쪽.

있는 형사제재의 ‘집행과제’와 ‘감독과제’ 가운데서 특히 사법기관에 의한 감독의 측면에 초점을 맞추어 변모하는 형사제재체제와 형사집행절차에 상응하는 최적의 사법심사 방안을 모색하고자 한다.

현행법상 형사집행기관은 검찰(형사소송법 제460조제1항)로서 재판을 한 법원에 대응하는 검찰청의 검사가 집행을 지휘하도록 되어 있다. 검찰청법 제4조제1항도 재판집행의 지휘·감독을 검사의 직무와 권한으로 규정하고 있다. 검찰은 자유형, 재산형 등에 관한 검찰집행사무규칙을 두고 이를 기초로 집행을 지휘한다. 다른 한편 앞에서 서술한 바와 같이 자유형과 자유박탈보안처분의 집행인행형은 교정행정기관에 일임되어 있다.

따라서 현행법상 형사제재의 선고·부과와 그 확정으로 마무리되는 형사절차의 종결과 함께 형사법원의 형사집행절차에 대한 관여나 감독은 거의 배제되어 있는 상황이다. 그러나 검찰 및 경찰에 의해 주도적으로 진행되는 수사절차에 대해서도 법원의 사법통제가 이루어지는 것에 못지않게 중요한 것이 형사집행영역에 대한 법원의 참여 및 사법심사·통제이며, 이는 사회법치국가적 요청이라 할 수 있다. 다른 한편 현대사회에서 놀랍게 변화하는 ‘형벌 현실’에 대한 고려로부터, 그리고 형사제재분야의 변화·팽창과 맞물려 진행되는 형사집행절차의 변모에 부응하는 전문성 있는 사법심사의 필요성으로부터 집행절차상 법원의 역할은 시대적 요청이 되고 있다.

따라서 이 연구는 이미 현행법에 따라 법원이 선고한 형사제재의 사후 변경과 수정이 법원에 의한 사법심사 없이 다양한 방식으로 행정기관에 의해 이루어지고 있는 상황과 실태에 대한 검토로부터 시작하며, 법리적·형사정책적으로 요청되는 이러한 집행절차상 형사제재의 다양한 변화에 대한 사법심사의 필요성 및 방안에 대하여 검토한다.

형사집행절차 및 행형에 본질적인 심사권의 행사방식과 관련하여 다소 오래된 독일의 비교법 연구²⁷⁾에 따르면, 중간적 형태의 모델이나 세부적인 차이점을 일단 제쳐 두고 기본틀에 따라 분류하자면 대략 세 가지 기본유형으로 구분할 수

27) 대표적으로는 Grunau, Die Beteiligung des Richters an Entscheidungen im Vollzug nach ausländischem Recht(1956), 502쪽 이하; Blau, Der Vollstreckungsrichter(1970), 48쪽 이하; Thomann, Das Vollstreckungs- und Vollzugsgericht(1973), 9쪽 이하.

있다.

첫째는, 과거 대부분의 사회주의국가에서 채택한 모델로 사실심법원에서 형사 집행 및 행형과 관련된 모든 결정을 내리는 모델이다. 이 모델의 장점은 고도의 사법통제가 보장된다는 점이나, 판단과정에서 형사집행 및 행형 관련 전문가들의 전문지식을 직접적으로 활용하는 것은 포기하고 있다는 단점이 있다.

둘째는, 프랑스, 이탈리아와 같이 일찍부터 전문법관 또는 전문법원에 사법심사를 위임한 모델인데, 이 경우에는 고도의 사법통제가 담보되면서도 전문지식을 가진 법관도 활용할 수 있다는 장점이 있다. 하지만 그 밖의 사회학자, 심리학자와 같은 외부전문가의 직접적인 참여는 배제된다는 단점이 있다.

셋째는 앞의 두 모델과 다르게 비법률가 전문가들에게 형사집행에 대한 심사 권한을 넘긴 모델로, 과거의 캘리포니아모델을 그 예로 든다. 이 모델에서는 집행·행형관련 특별전문가들의 전문지식을 집행행위에 직접적으로 활용할 수 있다는 장점이 있는 반면, 사법심사·통제는 광범위하게 포기된다는 특징이 있다.

이 연구에서 비교법적 고찰을 함에 있어 첫 번째 모델에 대한 고찰은 자료의 접근성 문제에 있어서 근원적인 어려움이 존재하기도 하지만, 다른 한편 사실심법원에 의한 형사집행통제시스템으로부터 형사집행부를 채택하는 방향으로 연착륙한 독일모델을 고찰함으로써 어느 정도 간접적으로 참조할 수 있을 것이다. 반면, 세 번째 모델, 즉 영미권 모델은 기본적으로 우리 형사집행절차상 심사모델과 유사하고, 특히 미국에 대한 소개는 이미 비교적 많이 이루어졌다는 점에서 이를 인용하는 정도로 대신하기로 한다.²⁸⁾

특히 형사집행절차상 강화된 사법심사모델을 채택하여 우리와 차별화되는 독일, 프랑스, 이탈리아의 형사집행부 및 형사집행법원 모델을 중심으로 비교법적으로 고찰하는 가운데 우리 형사집행절차상 사법심사의 고려와 관련하여 시사점을 찾고자 한다. 형사집행절차에서 법원의 판단이 필요한 사항들을 관할하며 행형에 대한 사법적 심사·통제를 전담하는 전문법원 또는 전담재판부를 둘 필요

28) 가석방심사절차와 관련하여 대표적으로는 장영민·탁희성, 가석방의 실태와 효율적 운용방안에 관한 연구(1993); 장규원·진수명·이상용, 가석방 심사체제 정비방안에 관한 연구(1997); 박성래, 가석방의 운영실태와 개선방안(2004)를 들 수 있다. 수형자의 권리구제와 관련하여서는 정진수, 수형자의 법적 권리에 관한 연구(2002), 40쪽 이하 참조.

성 및 그 실익과 관련하여 우리 형사집행절차 및 형사사법실무에서 실현가능성을 염두에 둔 검토가 이루어질 필요가 있다.

지난 2000년대 이래 이루어져 온 일련의 형사사법개혁에서도 형사집행 영역은 전혀 관심의 대상이 되지 못하고 형사절차의 군더더기 정도로 취급되어 왔다. 형사집행 및 행형 과정을 도외시한 채 형벌과 처분의 선고로 끝나는 형사사법의 정의란 그 일관된 실현과 완성을 ‘묻지도 따지지도 않는’ 공허한 선언이라 할 것이다. 이 연구는 우리 형사절차 및 형사사법에 형사집행절차를 제대로 자리매김하고자 하는 시도 속에서 형사집행에 관여하는 행정 및 사법기관들의 가장 합리적인 참여와 소통과 통제의 시스템 마련을 모색함으로써 효과적이고 효율적인 형사집행과 사법심사 방안을 찾으려는 관심으로부터 출발한다. 형사절차의 마지막 사각지대와 같은 형사집행절차에 대한 재조명과 재구성 시도는 형사사법체계 전반에 걸친 사회법치국가의 지향이라는 헌법적, 형사정책적 함의도 그 배경으로 하고 있다 할 것이다.

KOREAN INSTITUTE OF CRIMINOLOGY

제2장

형사집행절차상 사법심사의 요청

박 학 모

형사집행절차상 사법심사의 요청

형사집행기관인 검찰의 지휘로 개시되는 형사집행절차, 나아가 행형담당기관에 의해 실현되는 행형에 대한 법원에 의한 사법심사의 요청 및 필요성은 크게 두 가지 카테고리 또는 두 단계로 나누어 고찰할 필요가 있다.

먼저 형사집행기관 및 행형기관과 법원의 관계에서 바라볼 때 형사집행 및 행형에 있어서 사법심사를 요청하는 논거들과 그 중요성에 대해 살펴볼 필요가 있다. 그 다음으로는 법원의 사법심사의 요청이 근거지어지는 경우, 어떠한 성격의 법원에 의한 어떠한 방식의 사법심사가 어떠한 범위에서 이루어지는 것이 가장 합리적이고 바람직한 것인지를 면밀히 검토해야 할 것이다.

이 장(章)에서는 첫 번째 관점, 즉 법원에 의한 사법심사의 요청 자체에 중점을 두고 살펴본다. 두 번째 관점, 즉 사법심사를 위한 전문법원이나 전문법관의 필요성이라든지 사법심사의 방식과 범위 등에 대한 구체적 사항은 비교법적 검토를 한 후 나중에 총괄적으로 정리하기로 한다.

제1절 형사집행절차상 권력분립의 요청

권력의 집중이 권력의 자의를 낳고 결국에는 시민의 자유와 권리가 설 자리마

저 빼앗는다는 역사적 체험으로부터 확립된 헌법적 권력분립의 원칙은 국가권력을 그 성질에 따라 여러 국가기관에 분산시킴으로써 상호간의 견제와 균형을 통해 국민의 자유와 권리 보호를 도모하는 법치국가 실현의 핵심적 수단으로 인식된다.²⁹⁾ ‘권력분리’에 초점을 맞춘 몽테스키외의 고전적 권력분립의 이념은 여전히 유효하며 또 존중되어야 하지만, 현대 자유민주국가에서는 국가권력의 엄격하고 기계적인 분리보다는 입법·사법·행정이라는 세 가지 기본적 국가기능이 기본권적 가치의 실현을 위해 기능적 협력관계를 유지하면서도 서로의 기능을 적절히 통제함으로써 국가의 통치권행사가 협동과 통제 속에 조화를 이루도록 돕는 실질적인 기능통제로 발전하고 있다.³⁰⁾ 우리 헌법도 이러한 현대적 의미의 권력분립원칙의 토대 위에서 각 핵심영역에 대한 입법·사법·행정의 독점적 기능을 인정하면서도 국가기능의 단절적 분리보다는 견제와 균형의 원리에 따라 통치기관의 기능행사가 이루어지도록 규정하고 있는 것으로 이해된다.³¹⁾ 따라서 어느 통치기관의 통치기능도 견제와 균형의 테두리를 벗어나는 일이 없도록 그 통제의 역학관계에 신경을 써야 한다는 것이 현대적 권력분립의 요청이다.³²⁾

이러한 권력분립의 원칙을 형사절차에 투영하여 역사적 관점에서 살펴보면, 과거 규문주의시대에 사법, 즉 법원에 집약되어 있던 형사소추와 재판 및 집행의 권한과 기능이 탄핵주의 형사절차로 변모하는 과정도 권력분립의 이념으로 뒷받침되고 있다. 법원은 형사재판만을 담당하도록 하고 형사소추와 형사집행을 담당하는 기관으로 검찰을 탄생시킨 배경에 이처럼 국가형벌권 실현을 둘러싼

29) 권력분립론의 전개에 대해 자세한 것은 허영, 헌법이론과 헌법(2010), 903쪽 이하 참조.

30) 허영, 앞의 책(2010), 927쪽 이하.

31) 헌법재판소의 권력분립원칙에 대한 기본입장을 담고 있다고 할 수 있는 헌법재판소판례들은 다음과 같이 권력분립을 이해하고 있다: ‘우리 헌법은 근대자유민주주의헌법의 원리에 따라 국가의 기능을 입법·사법·행정으로 분립하여 상호간의 견제와 균형을 이루게 하는 권력분립제도를 채택하고’(헌재 1992. 4. 28. 90헌바24, 판례집 4, 225쪽 및 229쪽), ‘현대국가의 특질의 하나로써(.....) 위임입법의 양적 증대와 질적 고도화라고 하는 정치수요의 현대적 변용에 대한 제도적 대응이 불가피 하더라도 (.....) 그와 함께 권력분립의 원리를 구현하기 위하여나 법치주의의 원리를 수호하기 위하여 위임입법에 대한 통제도 필요하다. 위임입법의 수요가 강하면 강할수록 그에 비례하여 위임입법에 대한 통제의 필요성 또한 강하게 요구’(헌재 1998. 5. 28. 96헌가1, 판례집 10-1, 509쪽 및 516쪽)된다.

32) 허영, 앞의 책(2010), 944쪽.

권력분리의 이념, 특히 고전적 권력분립론이 자리하고 있는 것이다.³³⁾

권력의 견제·균형을 지향하는 권력분립의 관점에서 수사절차 및 공판절차는 검찰과 법원에 각각의 고유 권한과 기능을 인정하면서도 모든 참여주체들이 서로 견제와 균형을 이루는 구조로 구성되어 있는 것을 볼 수 있다. 특히 형사집행기관이면서 동시에 수사절차의 주체인 검찰에 의해 주재되는 수사절차를 살펴보면, 수사의 주체가 검찰인 것은 분명하지만 법원 역시 수사에 참여하며 다양한 방식으로 수사절차의 형성 및 통제에 관여하고 있다. 특히 강제수사의 영역에서 권력분립에 기초한 대표적 사법심사·통제수단으로 영장주의³⁴⁾가 ‘사전적 통제수단’으로 기능하고 있다면, 증거능력의 제한이라든지 구속적부심제도와 같은 ‘사후적 통제·구제장치’도 마련되어 있다. 수사절차에 대한 이러한 사법심사·통제는 기본적으로 시민의 자유권보장이라는 취지에서 비롯되고 있다. 이는 국가권력행사의 측면에서 적절한 견제와 균형 속에서 헌법과 법률에 따른 법치국가적 수사절차가 담보될 때 가능한 것이다. 이는 또한 여기서 그치지 않고 수사절차에 뒤따르는, 법원이 주도하는 재판절차 및 형벌권행사가 원만히 기능하게 하는 보증수표와 같다 할 것이다. 따라서 수사절차와 공판절차의 기능적 연관성 고려 역시 적절한 사법참여와 통제를 기대하고 요청하고 있는 것이다.³⁵⁾

이러한 현대적 의미의 권력분립의 요청과 이에 상응하는 방향으로 발전해온 수사절차의 사례에 비추어 보면, 수사절차상 명실상부한 수사주체로 자리매김되고 있는 검찰에 비해 집행기관으로서의 검찰에 대해서는 법원의 개입과 통제로부터 거의 자유로운 영역으로 형사집행절차가 위임되어 있다 할 것이다. 이는 권력분립이 요청하는 ‘견제와 균형’에 기초한 국가기능행사의 최적화 취지에서 볼 때 적잖은 흠결이라 할 수 있다. 이는 나아가 유죄판결을 받은 피고인 및 수형자에 대한 형사집행절차상 법치국가적 권리보호의 흠결과도 직결되며, 아래서

33) 근대에 들어서며 상징적이고 극적인 형벌인 형벌의식이 형사절차로부터 사라지면서 형사사법이 ‘불유쾌한’ 형사집행의 과제를 관료들에게 떠넘김으로써 형사선고는 사법이, 형사집행은 행정이 담당하는 구조가 자리잡게 되었다는 비판적 고찰에 대해서는 Foucault, *Überwachen und Strafen*(1976), 17쪽 이하 참조

34) 배종대 외, *신형사소송법*(2011), 96쪽.

35) 이에 대해 자세한 것은 정승환, *형벌집행에 대한 법관의 통제와 형집행법원의 필요성*(2004), 377쪽 이하 참조

살펴보는 바와 같이 형사집행절차가 갖는 현대 형사정책적 요청의 측면에서도 문제가 아닐 수 없다.

제2절 형사집행절차와 법치국가적 요청

권력분립제도와 함께 빼놓을 수 없는 법치국가의 제도적 내용에 속하는 것이 기본권보장이다. 국민의 자유·평등 및 정의를 국가의 기능이나 조직형태를 통해 실현하는 구조적 원리로서의 법치국가원리는 ‘법우선원칙’의 기조 위에서 법률에 근거를 둔 합법적 국가작용으로서 법치행정이 이루어질 것을 요구하며, 나아가 위법적 국가작용은 물론 합법적인 공권력행사에 의해서도 발생할 수 있는 국민의 권리침해에 대한 효과적인 권리구제제도³⁶⁾의 마련을 촉구한다 할 것이다.³⁷⁾

자유형 및 자유박탈보안처분이 형사제재체계 내에서 차지하는 비중을 고려하면,³⁸⁾ 형사집행절차는 형사집행기관인 검찰과의 관계 뿐 아니라 넓은 의미의 형사집행절차에 포섭되는 행형, 즉 교정행정과의 관계에서 유죄피고인 및 수형자의 기본권제약의 문제와도 직결된다. 교정행정의 독자성이 강해지는 발전추세를 고려한다면, 행형에 대한 사법적 감독은 형사집행절차 일반에 대한 사법통제요청의 연장선상에서 뿐 아니라 행형이라는 수형자·수용자의 특수상황에 대한 고려에서 더욱 민감하게 법치국가적 요청에 상응하여야 할 것이다.

자유형 수형자의 자유박탈상황³⁹⁾은 과거 오랫동안 이른바 ‘특별권력관계’라는 이름으로 광범위하게 시민적 권리가 부정되며 마치 ‘법으로부터 자유로운 영역’

36) 헌법적 ‘효과적 권리구제의 원칙’은 곧 ‘공권력행위에 대한 효과적이고 가능한 빈틈없는 사법적 권리보호의 기본권’의 보장이라는 것이 독일 연방헌법재판소가 지속적으로 확인해 온 판례의 입장이기도 하다: BVerfGE 40, 272, 274 f.; 54, 94, 96 f.; 65, 76, 90; 96, 27, 39; 107, 395, 401 ff. 등.

37) 자세한 것은 허영, 앞의 책(2010), 293쪽 이하 참조

38) 이에 대해서는 한영수, 행형과 형사사법(2000), 30쪽 이하 참조

39) 수형자의 법적 지위 및 인권에 대해 자세한 것은 박재운, 수형자의 법적 지위(1989), 57쪽 이하; 정진수, 수형자의 법적 권리에 관한 연구(2002), 33쪽 이하 참조

으로 여겨져 왔다. 그러나 오늘날 이러한 ‘특수신분관계’는 오히려 더욱 민감하게 인권과 기본권 보장이 확보되어야 하는 공간과 영역으로 인식되며, 국가권력이 작용하는 그 어느 곳보다 사법심사와 감독이 절실히 요청되는 장소로 규정된다. 이러한 맥락에서 1987년 유럽평의회(Europarat) 이사회가 채택한 ‘유럽행형원칙’ 제5조도 ‘자유박탈의 합법성에 대한 특별한 고려 하에 통제장치를 마련함으로써 수용자의 인격권보호가 보장되어야 하며, 이는 사법기관에 의해 또는 행형에 속하지 않은 제3의 기관에 의해 구현되어야 한다’⁴⁰⁾고 권고하고 있다. 큰 맥락에서 행형법의 발전은 이러한 수형자의 권리보장 및 그 확대의 방향으로 진행되어 왔으며, 2007년 전면개정된 새 행형법도 수용자의 인권보장⁴¹⁾의 근본적인 확대를 위해 수용자처우의 ‘마그나카르타’를 탄생시키고자 하는 의욕 아래 추진되었다.⁴²⁾ 그러나 이를 통해 이른바 ‘비사법적 권리구제’의 영역은 다소 보완되었다 할 수 있지만, 행형에 대한 사법심사의 측면에서 새 행형법은 구 행형법과 별다른 차이가 없다.

수형자의 자유박탈이란 특수상황으로 특징지어지는 행형의 영역 뿐 아니라 유죄판결이 확정되어 형사제재처분의 집행을 받고 있는 자들은 넓은 의미에서 모두 수형자라고 할 수 있다. 이러한 ‘수형자’에 대한 형벌적인 자유제한 및 이와 결부된 처우 노력은 개별적이면서 다양한 양상으로 전개된다. 이 모든 과정에서 필연적으로 피고인 및 수형자의 인권과 권리·의무 및 그 한계의 문제들이 대두된다.⁴³⁾ 특히 현대 형사제재와 행형의 발전에 따른 수형자에 대한 영향력 행사의 확대는 수형자의 인격권의 보호와 관련하여서도 사법심사와 통제의 강화를 함께 요청한다 할 것이다.⁴⁴⁾ 이상과 같은 관점은 수형자의 권리와 지위의 시각에서 바라본 형사집행절차상 법치국가적 사법심사 요청의 측면이라 할 수 있다.

40) Europäische Strafvollzugsgrundsätze: BMJ u.a.(Hrsg.), Freiheitsentzug(2004), 83쪽.

41) 전면개정된 새 행형법 하에서의 수형자의 권리에 대해서는 박영규, 「형의 집행 및 수용자의 처우에 관한 법률」에서의 수형자의 권리(2009), 127쪽 이하; 김태명, 행형법 개정과 수용자의 권리구제 제도(2007), 169쪽 이하 참조.

42) 한철호, 행형법 개정안 공청회(자료집), 3쪽 이하.

43) 조준현, 수형자의 인권과 그 한계(2004), 35쪽 이하 참조.

44) Blau, Der Vollstreckungsrichter(1970), 59쪽.

하지만 다른 한편 ‘판결·선고’라는 법원 고유의 사법과제에 대한 고려와 고민으로부터 제기되는 법치국가적 요청 또한 간과될 수 없다. 이는 과거 응보형주의의 토대 위에서 ‘해악으로서의 형벌부과’에 국한되었던 형사집행절차가 목적형, 특히 특별예방을 지향하는 현대형법적 형사집행절차로 그 패러다임이 근본적으로 전환된 것과 불가분의 관계에 있다.⁴⁵⁾ 즉 현대형법에서는 재사회화 요청 및 보안·예방의 필요성으로 인하여 형사제재의 선고가 이루어진 후에도 형사제재에 대한 사후적 개별화요청이 봇물 터지듯 넘쳐나게 되었는데, 이러한 판결·선고를 실제적으로 변경하는 일은 오직 법원만의 고유과제라는 점이다.⁴⁶⁾

제3절 형사집행절차와 사회국가적·형사정책적 요청

사회국가원리 및 사회국가조항의 성격과 내용을 둘러싼 논란은 아직 계속되고 있지만 우리 헌법상 ‘사회적 기본권’ 조항(헌법 제31-36조)을 통해 제도화된 사회국가원리의 핵심적 내용은 실질적인 자유와 평등의 실현이라 할 수 있다.⁴⁷⁾ 사회국가원리는 이러한 사회적 정의의 실현을 위하여 사회적 안전과 평등을 추구할 의무를 국가에 부과하며, 개인에게도 사회적 책임을 강조한다.⁴⁸⁾ 그리고 독일헌법 제28조제1항에 등장하는 ‘사회적 법치국가’(Sozialer Rechtsstaat)이라는 개념이 함축하듯이 사회국가원리와 법치국가원리는 불가분의 기능적 관련성을 갖고 상호보완적 관계에 선다.⁴⁹⁾

이러한 사회국가적 요청은 이미 19세기말부터 등장한 ‘사회적 법’(Soziales Recht) 및 ‘사회적 정의’(Soziale Gerechtigkeit)의 이념을 매개로 형사사법과 맞닿아 있

45) 한영수, 앞의 책(2000), 50쪽 이하 참조.

46) Blau, 앞의 논문(1970), 같은 쪽.

47) 허영, 앞의 책(2010), 306쪽 이하.

48) 인간의 존엄성, 즉 개인의 인격과 책임을 토대로 한 재사회화형법은 ‘수형자가 범공동체의 법적 평화의 유지·회복에 공동책임을 지듯이 범공동체도 수형자의 운명에 관한 그의 공동책임을 부담하지 않으면 안된다’는 입장으로는 김일수, 행형에서 생각할 책임과 예방(법·인권·인간 1990), 363쪽 이하 참조.

49) 허영, 앞의 책(2010), 304쪽 이하.

다. 사회에 구속되고 조건 지어지는 구성원으로서 원조를 필요로 하는 사회적 존재인 범죄자에 대하여 형사법관으로 하여금 ‘사람을 보지 말고’ (똑같이) 판단 하라고 하는 주장은 설득력을 잃게 되었다. 이러한 사회적 또는 사회국가적 사고는 형사정책에 있어서는 범죄자로부터의 사회의 보호와 함께 범죄자의 사회로의 복귀라고 하는 특별예방적 목적형을 지향한다.⁵⁰⁾

‘사회국가적 형법’은 형사법관으로 하여금 형사정의의 실현에 있어서 범죄자와 눈높이를 맞추어 인간적으로 범죄자의 인격을 대할 것을 요구한다. 예컨대 한때 독일에서는 형사절차를 선고절차와 양형절차로 분리할 것을 주장하는 ‘형사절차의 이분화’ 논리 역시 이러한 맥락에서 제기된 바 있다.⁵¹⁾

법관은 책임형법의 토대 위에서 행위책임을 기준으로 양형을 하여야 하지만 - 양형책임과 관련하여 지배적 견해인 이른바 ‘판단여지론’(Spielraumtheorie)에 따르면 - 책임의 상한과 하한의 범위 내에서 특별예방적 관점, 특히 재사회화의 목적을 고려할 수 있다. 따라서 자유형의 선고가 고려되는 경우에라도 재사회화에 지향된 ‘최후수단성 원칙’에 기초하여 가능한 한 자유형의 선고를 자제하여야 하고, 선고하더라도 대체제재를 통해 자유형의 집행이 회피될 수 있는 경우 그러한 대안적 방안을 모색하여야 한다.⁵²⁾ 이러한 신중한 양형의 취지가 관철되기 위해서는 선고 후에 진행되는 형사집행절차에 대한 법원의 일관성 있는 감독과 통제가 불가피하다 할 것이다.

형사절차에 대한 이러한 사회국가적 요청은 불가피하게 자유형의 집행, 즉 행형에 있어서 더욱 분명하게 구체화된다. 법치국가원리가 수형자의 ‘소극적·방어적 지위’에 대한 보장의 측면을 겨냥하고 있다면, 사회국가원리는 ‘적극적·사회통합적 지위’를 함의하고 있으며, 이는 곧 행형에 있어서의 ‘사회적 기본권’ 보장과 연결된다. 그리고 행형에 있어서 사회국가원리는 구 행형법이나 새 행형법이 각각 제1조에서 행형법의 목적으로 규정하고 있고, 새 행형법은 수형자처우의 원칙(제55조)으로도 구체화하고 있는 ‘사회복귀’ 또는 ‘(재)사회화’를 통해 구체화

50) Würtenberger, Kriminalpolitik im sozialen Rechtsstaat(1970), 126쪽 이하 참조.

51) Würtenberger, 앞의 책(1970), 152쪽 이하.

52) 한영수, 앞의 책(2000), 47쪽 이하 참조.

되고 집약되어 있다.⁵³⁾

독일연방헌법재판소는 인간의 존엄과 사회국가원리로부터 수형자의 (재)사회화 요청을 근거지우며, 비록 자신의 개인적 책임으로 말미암아 사회적 인격권의 발현에 장애를 받게 되었다 할지라도 국가는 이러한 수형자나 출소자와 같은 지위에 있는 사람들을 보호·배려할 의무가 있다고 판시하며,⁵⁴⁾ 재사회화가 행형에 있어서 갖는 의의와 입지를 거듭하여 확인하였다. 이러한 헌법적인 재사회화 요청(Resozialisierungsgebot)은 모든 국가권력을 구속하며, 특히 입법자에게는 효과적인 재사회화구상을 발전시키고 그 기초 위에서 행형이 실현될 수 있도록 해야 하는 의무를 부과한다. 아울러 형사집행기관 및 형사법원도 불명확한 법개념이나 일반조항의 해석에 있어서 재사회화요청을 지향해야 한다.⁵⁵⁾ 그렇다고 형사입법자가 어느 하나의 특정구상에 기초하여 규정을 확정지어야 하는 것은 아니다. 입법자는 광범위한 형성의 자유를 갖고 인간학, 범죄학, 사회치료 및 경제학 등이 제공하는 모든 활용가능한 인식의 토대 위에서 국가과제로서의 우선순위와 긴급성 등의 조화를 고려하여 효과적인 재사회화구상을 발전시켜야 한다.⁵⁶⁾

연방헌법재판소는 최근 보안감호제도에 대한 위헌판결에서 같은 논리를 보안감호집행에 있어서의 ‘집행차별화원칙’(Abstandsgebot)에 원용하면서, 특히 입법자에 대하여 강화된 ‘입법밀도’를 요구하였다. 형사입법자는 보안감호수용자의 자유권보장과 재사회화에 지향된 종합적 구상을 마련함에 있어서 그 책임을 행정과 사법에 떠넘기지 말고 최후수단의 원칙, 개별화·집중화원칙, 동기부여원칙, 수용최소화원칙, 권리구제와 통제의 원칙 등을 반영하여 가능한 상세하고 구체적인 내용을 실정법에 반영하여야 한다는 것이다.⁵⁷⁾

자유형의 행형 및 자유박탈보안처분의 수용처우는 사회국가적 재사회화요청과 관련하여 이처럼 아주 다면적으로 형사정책적 요청과 결부된다. 단순히 법치국

53) 한영수, 앞의 책(2000), 36쪽.

54) BVerfGE 33, 1, 7쪽 이하; BVerfGE 35, 202, 235쪽 이하 참조.

55) BVerfGE 98, 169, 200쪽 이하.

56) BVerfGE 98, 169, 201쪽.

57) BVerfG, 2 BvR 2365/09 vom 4.5.2011, Absatz-Nr. 110 이하 참조.

가적 권리보장의 차원에서가 아니라 수용자의 위험성을 완화시키기 위해 필요한 조치들을 실현하기 위해서도 효과적으로 실현가능한 법적 권리가 수용자에게 인정되어야 할 뿐 아니라 이에 상응하는 적절한 권리구제가 요청된다. 또 절차법적으로 보장된 집행유예 및 가석방·가출소 등에 대해 실체적인 심사를 보장하는 사법심사절차가 마련되어 있어야 한다.⁵⁸⁾

특히 현대형법에서 자유제한 및 자유박탈과 관계된 거의 모든 형사제재에 있어서 ‘재범위험성의 예측판단’이 - 재사회화와 더불어 특별예방의 다른 한 축을 이루는 - 보안·안전 목적의 판단을 위해 필수적으로 수반된다는 점이다.⁵⁹⁾ 이를 위해서는 범죄자의 인격에 대한 긍정적 또는 부정적 예측판단이 요구됨에 따라 형사제재의 집행절차 및 행형에서 요청되는 형사예측(Kriminalprognose)⁶⁰⁾의 문제가 형사정책의 또 다른 키워드이자 큰 도전이 되고 있다. 이 과정은 교정행정이 독자적으로 일임하도록 하기에는 피처분자를 위해서 뿐 아니라 교정행정을 위해서 너무 ‘위험한 과제’라 할 수 있다. 특히 보안처분의 필요성 및 정당성은 재범위험성에 대한 예측판단 결과에 따라 처분 자체의 정당성이 좌우된다는 점에서 예측판단을 누가 담당하느냐 하는 문제와 그 전문성을 어떻게 확보할 것인가 하는 문제는 제도의 정당성과 직결된 핵심사항이라는 점이 고려되어야 한다.

독일연방헌법재판소에 따르면 공판절차를 비롯한 모든 형사절차에 적용되는 법관의 자유심증의 토대가 되는 ‘최대한의 진실규명원칙’과 이에 상응하는 ‘법관의 증거조사의무’는 이러한 형사예측판단에도 똑같이 적용되며, 이 과정에서 법관은 전문가감정을 활용할 수는 있지만 예측판단이라는 법적 평가에 속하는 법

58) BVerfGE 109, 133, 162쪽 이하; BVerfG, 2 BvR 2365/09 vom 4.5.2011, Absatz-Nr. 118 참조.

59) 폴레네는 이러한 형사입법적 경향을 ‘의심스러울 때는 피고를 위하여’(in dubio pro leo) 원칙에 빗대어 ‘in dubio prognose’, 즉 ‘의심스러울 때는 예측판단을’으로 표현한 바 있다. Pollähne, Prognostik, Strafrecht und Risiko(2004), 11쪽.

60) 이에 대해 자세한 것은 Schöch, Kriminalprognose(2007), 359쪽 이하 참조. 형사예측은 적용영역 및 단계에 따라서 사실심 판결단계에서 필요한 판결예측(Urteilsprognose)과 자유형 및 자유박탈보안처분의 행형·수용단계에서 가석방·가중료요건의 판단에 필요한 석방예측(Entlassungsprognose)로 구분되며, 여기에 오늘날 제3의 형사예측으로 행형예측(Vollzugsprognose)이 추가되는데 이는 행형원화처분의 승인에 필요한 도주·악용위험성을 예측·판단하는 것이다. Schöch, Kriminalprognose(2007), 360쪽.

관 고유의 책무를 전문가에게 떠넘겨서는 아니 된다고 한다.⁶¹⁾

제4절 소결

이상에서 사법심사·통제를 통해 견제와 균형이 작동하는 형사집행절차를 구성해야 한다는 법치국가적 권력분립의 요청은 물론 우리 형사사법의 이념적 토대이자 지향점이라 할 수 있는 ‘사회적 법치국가’의 요청이 형사집행절차에 대한 전문적인 사법심사를 요구하고 있음을 볼 수 있다.

우리 형사법의 모법(母法)이라 할 수 있는 형사실체법으로서의 형법전과 형사절차법으로서의 형사소송법, 그 가운데서도 특히 형법전은 제정 이래 근본적인 변화나 개혁 없이 지금까지 그 근간을 유지해오고 있다. 하지만 주로 형사특별법을 통해 이루어진 이원주의 형사제재체계로의 “체제변화”는 매우 중대하고 근본적인 변화라 할 수 있다. 아울러 형법 제정 당시에는 전혀 예상치 못했던 사회적 변화와 변혁을 경험한 우리 법현실은 형사집행실무와 행형실무에 대하여도 이러한 변화와 변혁에 상응하는 패러다임전환을 요구하고 있다. 그러나 우리 형사집행절차는 이러한 형사정책적 체제변화와 현실변화를 뒷받침하는 절차적·제도적 변화와 보완책을 제공하지 않은 채 실무를 이러한 도전적 상황에 직면하도록 방치해왔다 해도 과언이 아니다.

사회법치국가적 형사법의 요청에 부응하기 위해서는 형사집행절차에 있어서의 사법심사의 당위성을 둘러싼 원초적 담론에 머물러 있기 보다는 이를 넘어 전문적이고 효과적인 사법심사의 방안을 모색하는데 논의가 집중되어야 할 것이다. 형사집행절차에 대한 사법심사의 당위성 논의는 헌법적 권력분립의 요청에 따른 사법과 행정의 견제와 균형을 통한 형사집행 기능의 법치국가적 정당성 확보라는 원론적 논의를 그 초점에 두고 있다면, 사법심사의 방안에 대한 모색은 사법, 즉 법원 내에서 어떻게 최적화된 사법심사를 조직함으로써 사법심사의 전문성을

61) BVerfGE 70, 297, 308쪽 이하; BVerfG, 2 BvR 867/99 vom 17.6.1999, Absatz-Nr. 18; Schöch, Kriminalprognose(2007), 387쪽.

추구하고 사회법치국가적 형사사법의 요청 및 현대형사정책적 요청에 부응하느냐의 문제이다. 이 과정에서 어떠한 관점과 원칙들이 확립되고 세워져야 하는지 현행 형사집행절차 및 주요국가의 형사집행절차에 대해 살펴보면서 검토되어야 할 것이다.

KOREAN INSTITUTE OF CRIMINOLOGY

제3장

현행법상 형사집행절차와 사법심사

박 학 모

현행법상 형사집행절차와 사법심사

제1절 형사집행절차의 법적 토대와 집행기관으로서의 검찰

1. 형사집행절차의 법원(法源)

형사재판을 통하여 피고인에게 특정 형사제재가 부과되면 일반적으로 이러한 형사재판의 실현과정이 필요하며, 이미 살펴본 바와 같이 이러한 형사제재의 집행을 개시하고 감독함으로써 형사재판을 실현하는 것이 형사절차의 일부인 형사집행절차의 과제이다. 현행법상 형사집행 및 그 절차에 대하여 통일적으로 규정하고 있는 법률은 존재하지 않으며, 여러 법률에 산재하고 있다. 이마저도 법률적으로는 매우 부실하게 규정되어 있으며, 이에 대한 보완은 기관 내부적 구속력을 가지는데 그치는 대법원의 형사소송규칙 및 검찰의 사무규칙⁶²⁾ 등의 형태로 이루어지고 있다. 이는 기본권 실현을 위한 본질적인 결정은 입법자의 입법권 행사를 통해 법률로써 규정되어야 한다는 헌법적 법률유보의 요청이나 규범적 명확성의 요청에서 볼 때 바람직하지 못하다 할 것이다.⁶³⁾

62) 대표적으로 자유형 등에 관한 검찰집행사무규칙과 재산형 등에 관한 검찰집행사무규칙을 들 수 있다(이하에서는 각각 ‘자유형등집행사무규칙’ 및 ‘재산형등집행사무규칙’이라 줄여 쓴다).

법률적 차원에서 형사집행에 관해서는 우선 실체법인 형법 제3장 제5절이 ‘형의 집행’ 방법에 대한 기본적 사항을 규정하고 있다. 그 밖에도 형법 제3장 제4절과 제6절은 ‘형의 집행유예’ 및 ‘가석방’을 규정함으로써 자유형 집행의 수정·변경에 대하여, 제7절 이하는 ‘형의 시효’ 등 형의 집행장애사유에 대하여 규정함으로써 직·간접적으로 형사집행에 관한 사항을 규정하고 있다.

형사집행에 관한 기본적인 절차법규범은 형사소송법 제5편 ‘재판의 집행’이다. 보안처분을 형사특별법으로 규정하고 있는 현행 형사제재규율체계에 따라 보안처분의 집행 및 그 절차에 대한 규정은 각 보안처분을 규정하는 해당 특별법에 함께 규정되고 있다. 집행시효와 심지어 형과 보안처분의 집행순서도 해당 특별법에 규정되고 있는데, 가장 대표적인 것이 자유형과 치료감호처분 사이에서 ‘보안처분집행우선주의’를 채택하고 있는 치료감호법상의 이른바 ‘대체주의’ 집행규정이라 할 수 있다(치료감호법 제18조). 우리 형사집행절차는 한편으로는 형법·형사소송법상의 미흡한 규정으로 인하여, 다른 한편으로는 보안처분을 규정한 특별형법들의 난무로 인하여 형사집행절차가 도무지 ‘종잡을 수 없게’ 규정되는 측면이 있다.⁶⁴⁾ 따라서 원칙적으로 집행절차상 사법심사를 규정하는 경우에도 집행의 일관성과 통일성을 담보하기 힘들다는 구조적 문제점을 안고 있다.

2. 형사집행과 형사집행기관 검찰형사집행기관으로서의 검찰

가. 형사집행기관으로서의 검찰

형사집행은 공익의 대변자인 검찰의 직무에 속하며 검사가 지휘·감독하는 것이 원칙이다(검찰청법 제4조제4호). 형사집행기관으로서의 검찰의 직무 역시 검찰의 수사 직무와 마찬가지로 내적·외적 지휘·감독에 기속된다.⁶⁵⁾ 수사 뿐 아

63) 독일형사소송법에 대해서도 부분적으로 같은 맥락의 비판이 제기되는데 이에 대해서는 Laubenthal/Nestler, *Strafvollstreckung*(2010), 4쪽 참조.

64) 예컨대 치료감호법, 보호관찰법, 특정 범죄자에 대한 위치추적 전자장치 부착 등에 관한 법률(이른바 전자발찌법), 성폭력범죄자의 성충동 약물치료에 관한 법(이른바 화학적거세법), 아동·청소년의 성보호에 관한 법률 등.

니라 형사집행에 있어서도 지휘감독권이 인정되어야 하는 것은 이를 통해 검찰 임무수행의 일반적인 ‘품질보증’과 최적화가 도모될 수 있기 때문이다. 하지만 이른바 ‘외적지휘권’으로 불리는 법무부장관에 의한 검찰지휘는 형사집행의 아주 일반적인 사항, 즉 법과 법률에 따른 형평성 있는 업무처리를 위한 검찰공통의 직무규칙이나 기준 등의 형태로 행사된다고 보아야 할 것이다.⁶⁶⁾ 이것이 검찰사무의 최고감독자로서 법무부장관으로 하여금 일반적으로 검사를 지휘·감독하며 구체적 사건에 대해서는 검찰총장만을 지휘·감독할 수 있도록 한 개정 검찰청법(제8조)의 취지에도 부합한다 할 것이다.⁶⁷⁾

형사집행기관으로서 검찰의 업무영역은 대략 집행기관 고유의 결정·집행 영역과 주로 신청권자로서 법원의 형사집행 및 행형 관련 결정에 참여·공조하는 영역으로 구분할 수 있다. 후자의 영역에 속하는 경합법에 대한 형의 경정의 신청이나 집행유예의 취소 신청 등에서 검찰의 역할이 형사집행절차에 대한 법원의 사법심사와 밀접하게 관계되는 분야이다. 여기서는 일단 전자의 영역, 즉 검찰 고유의 형사집행영역에 대하여 살펴보기로 한다.

나. 형사집행의 지휘 및 개시

형사집행은 재판의 성질상 법원이나 법관이 해야 하는 경우를 제외하고는 그 재판을 한 법원에 대응한 검찰청의 검사가 지휘한다(형사소송법 제460조). 상소심의 재판이나 상소의 취하로 인하여 하급법원의 선고에 따른 형사집행이 이루어져야 하는 경우에는 소송기록이 이미 상소법원에 넘어가 있는 형편을 고려하여 상소법원에 대응한 검찰청의 검사가 형사집행을 지휘하도록 하고 있다(형사소송법 제460조제2항). 따라서 소송기록이 하급법원 또는 이에 대응한 검찰청에

65) 검찰청법 제7조 및 제8조 참조.

66) 이에 대해 자세한 것은 Linden, Zur Rolle der Staatsanwaltschaft bei Prognosen im Straf- und Maßregelvollzug(2004), 103쪽 이하 참조.

67) 다만, 사형제도를 존치시키고 있는 현행법에 따를 때 사형의 집행은 법무부장관의 명령에 의해 집행된다는 특수성이 있다(형사소송법 제463조). 그러나 ‘사실상 사형폐지국가’로서 사형의 집행이 이루어지지 않는 점 등을 고려할 때 사형의 집행은 더 이상 우리 형사집행절차의 변수라 할 수 없으므로 여기에서 별도로 다루지는 않기로 한다.

있는 경우에는 그 검찰청의 검사가 지휘한다(같은 항 단서).

형사집행은 별도의 예외규정이 없는 한 법원의 판결이 확정되었을 것을 조건으로 하며,⁶⁸⁾ 확정된 후에는 ‘즉시집행’을 원칙으로 한다.⁶⁹⁾ 검사의 지휘를 요하는 형사집행은 반드시 서면(형집행지휘서)으로 하여야 하며, 여기에는 재판서 또는 재판을 기재한 조서의 등본 또는 초본이 첨부되어야 한다. 따라서 특별히 정한 예외의 경우가 아닌 이상, 법원은 이러한 서류를 재판의 선고 또는 고지한 때로부터 10일 이내에 검사에게 송부하여야 한다(형사소송법 제44조). 보호관찰법 제20조는 형법 제59조의2 또는 제62조의2에 따라 보호관찰을 명하는 판결이 확정된 때부터 3일 이내에 법원이 판결문 등본 및 준수사항을 적은 서면을 피고인의 주거지를 관할하는 보호관찰소장에게 보내도록 규정하고 있고, 치료감호법 제17조는 판결서등본을 첨부한 서면으로 검사가 치료감호의 집행을 지휘하도록 규정하고 있다.

한편 결정과 명령의 재판에 대해 즉시항고나 준항고가 제기되지 않은 경우라든지 벌금, 과료, 추징 등에 대한 가납판결이 있는 경우에는 예외적으로 판결이 확정되기 전에도 집행이 이루어질 수 있다.⁷⁰⁾

다. 집행순서의 결정 및 변경

2개 이상(자격상실, 자격정지, 벌금, 과료와 몰수 제외)의 형의 집행을 하는 경우에는 그 가운데 중한 형을 먼저 집행하는 ‘중형우선집행’ 원칙(형사소송법 제462조 본문 및 형법 제50조)이 적용되나, 검사는 소속검찰청장⁷¹⁾의 허가를 얻

68) 형사소송법 제459조 참조. 그 밖에도 예컨대 보안처분을 규정하는 보호관찰법은 제29조에서 ‘보호관찰은 법원의 판결이나 결정이 확정된 때 또는 가석방·임시퇴원된 때부터 시작된다’고 규정하고 있다.

69) 배종대 외, 신형사소송법(2011), 924쪽; 신동운, 형사소송법(2010), 1510쪽.

70) 이에 대해 자세한 것은 배종대 외, 신형사소송법(2011), 925쪽; 신동운, 형사소송법(2010), 1511쪽 참조. 참고로 스위스의 경우는 자유형의 실행선고가 예상되는 경우에 이른바 ‘조기집행’제도(스위스형법 제75조제2항)를 허용하고 있는데, 이는 본인의 동의를 전제로 미결구금의 폐해를 줄이고자 하는 취지에서 2002년부터 도입된 제도이다(Baechtold, Strafvollzug(2009), 89쪽 이하 참조).

71) 법조문의 ‘소속장관’은 소속검찰청의 장을 의미한다. 배종대·정승환, 행형학(2002), 103쪽 참조. 이 경우 검사는 ‘형집행순서변경서’를 작성하여 소속검찰청의 허가를 받아야 한다(자유형등집행사

어 중한 형의 집행을 정지하고 다른 형을 집행할 수 있다.

자유형과 벌금형이 병과되거나 자유형의 집행 중 다른 범죄로 벌금형이 선고된 수형자에 대하여 노역장유치의 집행을 지휘하는 때에는, 자유형을 먼저 집행하여도 벌금형에 관한 형의 시효가 완성되지 아니할 것이 명백하지 아니한 이상 검사는 소속검찰청의 장의 허가를 받아 자유형의 집행을 정지하고, 먼저 노역장유치의 집행을 지휘하여야 한다.⁷²⁾ 2개 이상의 자유형의 집행을 동시에 지휘할 때에는 집행할 순서를 정하여 지휘하여야 하며, 자유형의 집행 중에 다른 자유형의 집행을 지휘할 때에는 집행 중인 형에 계속하여 집행할 뜻을 명백히 하여 지휘하여야 한다.⁷³⁾

형의 집행순서의 결정 및 변경과 관련하여 우리 현행 형사집행절차는 형사소송법 제462조에 중형우선집행의 원칙 및 그 예외에 관한 기본규정을 둔 것 외에는 대부분의 구체적 집행관련 사항은 검찰집행사무규칙에 일임하여 규정하고 있는 것이 그 특징이다. 자유형과 자유박탈보안처분인 치료감호처분이 병과되는 경우 집행순서 등과 같은 이원주의 형사제재체계의 운용과 관련된 핵심사항에 대해서도 형법이나 형사소송법이 규정을 두고 있지 않다. 자유형보다 치료감호를 먼저 집행하고 치료감호의 집행기간을 형 집행기간에 산입하도록 ‘대체주의’를 규정하고 있는 것은 치료감호법 제18조이다.

3. 형집행불능에 대한 결정

검사는 형의 시효가 완성된 때(형법 제77, 80조), 형의 선고를 받은 자에 관하여 사면이 있는 때(사면법 제5조), 그리고 형의 선고를 받은 자가 사망한 경우에는 ‘형집행불능결정서’로써 형집행불능 결정을 하여야 하며, 이 결정서에는 집행

무규칙 제38조제1항).

72) 자유형등집행사무규칙 제39조제1항. 이 경우 검사의 노역장유치의 집행지휘는 자유형의 집행을 정지하고 먼저 노역장유치의 집행을 지휘한다는 뜻을 기재한 ‘노역장유치집행지휘서’에 의한다(같은 조문 제2항).

73) 자유형등집행사무규칙 제16조제1, 2항.

불능의 사유를 소명하는 자료를 첨부하여야 한다.⁷⁴⁾ 그러나, 형의 선고를 받은 자가 재판이 확정된 후 사망하더라도 벌금이나 추징금은 그 상속재산에 대하여 집행이 가능하다(형사소송법 제478조). 자유형의 본형에 산입된 판결선고 전의 구금일수가 본형의 형기를 초과하여 실제로 집행할 형기가 존재하지 않는 경우도 사실상 형집행이 불가능한 상황이라 할 수 있지만 검사는 형집행지휘를 하여야 한다.⁷⁵⁾

4. 형집행의 정지 결정

자유형의 선고를 받은 자가 심신장애로 인해 의사능력이 없는 상태에 있는 경우 검사는 심신장애가 회복될 때까지 형집행의 정지를 지휘하여야 한다. 이 경우 형집행정지의 관할은 형을 선고한 법원에 대응한 검찰청검사 또는 형의 선고를 받은 자의 현재지를 관할하는 검찰청검사에게 속한다(형사소송법 제470조). 검사의 재량이 개입할 여지가 없는 이러한 ‘필요적 형집행정지사유’와 함께 형사소송법 제471조는 검사의 재량에 의한 ‘임의적 형집행정지사유’로 형의 집행으로 인하여 현저히 건강을 해하거나 생명을 보전할 수 없을 염려가 있는 때, 연령 70세 이상인 때, 잉태 후 6월 이상인 때, 출산 후 60일을 경과하지 아니한 때, 직계존속이 연령 70세 이상 또는 중병이나 장애인으로 보호할 다른 친족이 없는 때, 직계비속이 유년으로 보호할 다른 친족이 없는 때와 더불어 ‘기타 중대한 사유가 있는 때’를 규정하고 있으며, 이 경우 소속 고등검찰청검사장 또는 지방검찰청검사장의 허가를 받아 형집행을 정지할 수 있도록 하고 있다.

필요적 형집행정지의 경우 의사의 감정서에 의한 심신장애 및 의사무능력 판단에 따라 형집행정지 여부의 결정이 좌우된다면, 임의적 형집행정지의 경우 ‘형의 집행으로 인하여 현저히 건강을 해하거나 생명을 보전할 수 없을 염려가 있는 때’ 또는 ‘기타 중대한 사유가 있는 때’라는 사유에 대해서는 의사의 감정이

74) 자유형등집행사무규칙 제2조제1항.

75) 자유형등집행사무규칙 제17조제1, 2항.

있는 경우에도 이를 토대로 하여 결국 검찰이 재량판단을 내려야 한다. 그런데 여기서 건강손상이나 생명위험에 대한 ‘염려’는 곧 예측판단 과제를 의미하며, ‘기타 중대한 사유’라는 요건은 지나치게 집행검사의 재량을 확대하는 불명확한 개념으로서 쓸모있는 판단의 준거점을 제시해 주지 못하는 문제를 안고 있다. 예컨대 독일의 경우(독일형사소송법 제455a조제1항)⁷⁶⁾와 같이 ‘행형시설상의 중대한 사유’도 이러한 집행정지에 해당하는 중대한 사유에 포함된다고 봐야하는 지 의문이다. 과밀수용에 대해 엄격한 수용자인권의 잣대를 들이 댈 경우 ‘수용불능, 즉 행형불능사태’가 초래될 수 있다는 점에서 이 요건은 더 명확화·구체화될 필요가 있다.

제2절 현행 형사집행절차상 사법심사의 유형

형사집행기관인 검찰의 고유한 형사집행권의 영역으로 전적으로 검찰에 의해 관할하도록 규정된 검찰의 집행지휘를 제외하면, 현행 형사절차상 형사집행의 영역에 대해 규정된 법원의 사법심사는 대략 두 가지 형태로 구분된다. 형사집행과 관련하여 애당초 법원이 직접 결정을 내리도록 규정된 경우와 검찰의 형사집행에 대해 법원이 사법심사를 하도록 한 경우가 그것이다.

1. 형사집행절차상 법원의 직접결정에 의한 사법심사

형사소송법상 형사집행과 관련하여 법원이 직접 결정을 내리는 경우는 즉시집행을 가능하게 하는 재산형의 가납재판(제334조), 형의 집행으로 이어지는 집행유예취소결정(제335조), 경합범에 대한 형의 경정결정(제336조제1항), 형의 선고유예 실효결정(제336조제1항), 재판상의 형의 실효 및 복권 결정(제337조제1항)

76) 이와 관련된 논의에 대하여는 Linden, Zur Rolle der Staatsanwaltschaft bei Prognosen im Straf- und Maßregelvollzug(2004), 107쪽 이하 참조.

등이다. 이밖에도 형사소송규칙 제25조는 재판서에 오산·오기 등의 잘못이 있는 경우 당사자의 신청이나 법원의 직권으로 이를 수정하는 ‘재판서의 경정결정’ 규정을 두고 있다.⁷⁷⁾

이러한 집행관련 결정은 집행기관인 검찰이 결정을 내리지 않고 검찰이 법원에 청구하면 법원이 결정한 후 이를 검찰이 집행한다. 형의 집행유예취소의 경우에는 피고인의 현재지 또는 최후의 거주지를 관할하는 법원이, 형의 경정이나 형의 선고유예취소의 경우에는 그 범죄사실에 대한 최종판결을 한 법원이 각각 결정한다.⁷⁸⁾ 이와 같이 법원이 직접 결정 하도록 규정한 것은 이러한 결정이 모두 형사집행의 ‘여부’와 관련된 사항으로서 본질적으로 법원에 의한 사법적 판단이 이루어져야 하는 사항이기 때문이다.⁷⁹⁾

2. 형사집행절차상 법원에 의한 권리구제절차로서의 사법심사

형사소송법은 제488조와 제489조에 ‘재판해석에 대한 이의신청’과 ‘재판집행에 대한 이의신청’ 제도를 규정하고 있다. 전자가 형의 선고를 받은 자가 집행에 관하여 재판의 해석에 대한 이의가 있는 경우에 재판을 선고한 법원에 권리구제를 신청하는 방법이라면, 후자는 재판의 집행을 받은 자가 집행에 관한 검사의 처분이 부당함을 이유로 재판을 선고한 법원에 이에 대한 권리구제를 신청할 수 있도록 한 제도이다.

‘재판해석에 대한 이의신청’은 판결주문의 취지가 불명확하여 주문의 해석에 의문이 있는 경우에 제기할 수 있는 것으로, 판결내용 자체의 부당을 이유로 하는 이의신청은 이에 해당되지 않으며, 허용되는 이의신청이 아니다.⁸⁰⁾ 재판해

77) 이에 대해 위임입법의 한계와 관련한 비판적 견해로는 최길수, 형사판결의 정정(2004), 547쪽 이하 참조

78) 자세한 것은 배종대·정승환, 형형학(2002), 104쪽 이하 참조

79) 집행유예의 취소의 경우와 달리 형법 제63조에 따른 집행유예의 실효로 인한 형의 집행은 법원에 의한 재판절차를 거치지 않고 바로 ‘형집행유예실효지휘서’에 의해 집행유예실효 및 형집행에 대한 지휘가 이루어진다(자유형등집행사무규칙 제19조제1항)는 특징이 있다.

80) 대법원결정 1985.8.20, 85모22; 대법원결정 1986.9.8, 86모32.

석에 대한 이의신청의 관할은 재판을 선고한 사실심법원이 한다(형사소송법 제488조).

검사의 '재판집행에 관한 이의신청'은, 예컨대 원칙적으로 확정판결을 전제로 집행해야 함에도 불구하고 재판이 확정되기 전에 검사가 형의 집행지휘를 한 경우에 제기될 수 있다.⁸¹⁾ 이의신청을 관할하는 법원도 재판해석에 대한 이의신청과 마찬가지로 형을 선고한 법원이다.⁸²⁾

재판집행에 대한 이의신청은 모든 형사집행의 영역에 대하여 가능하다. 형사소송법 제489조가 '집행에 관한 검사의 처분이 부당'할 경우로 포괄적으로 규정하고 있어서, 여기에는 자유형은 물론 사형, 재산형, 자격형 및 보안처분을 포괄하여 모든 형사제재의 집행과 관련된 검사의 처분이 법원의 사법심사의 대상이 될 수 있는 것으로 해석된다. 구체적으로 여기에 해당하는 검사의 처분으로는 형집행순서와 관련된 검사의 처분(형사소송법 제462조), 사형의 집행 시 검찰의 참여(제467조제2항), 사형·자유형의 집행정지처분(제469-470조), 재산형의 집행과 관련하여 상속재산이나 합병 후 법인에 대한 재산형의 집행처분(제478, 479조), 몰수물의 처분 및 교부(제483, 484조), 노역장유치 집행처분(제492조), 치료감호의 집행 및 집행정지처분(치료감호법 제18, 24조) 등 매우 포괄적이다.

이의신청에 대해서는 법원이 결정을 하여야 하고, 이에 대해서는 즉시항고가 허용된다(형사소송법 제491조). 또한 이의신청은 법원의 결정이 있기 전까지는 언제든지 취하될 수 있다(제490조). 즉시항고의 제기기간내 및 즉시항고가 제기된 경우에는 재판의 집행, 즉 형사집행이 정지된다(형사소송법 제410조).

판결확정 전 '수사기관'인 검사의 구금·압수 또는 압수물의 환부에 관한 처분에 대하여 불복이 있을 때에 청구하는 준항고(형사소송법 제417조)의 법리를 오해하여 검사가 '집행기관'으로서 내린 형집행정지처분의 취소 및 집행지휘에 대하여 준항고를 신청한 경우 이를 어떻게 처리해야 하는지 문제가 될 수 있다. 법리상 형의 집행은 이미 확정된 재판의 집행에 관한 처분일 뿐 준항고에서 말

81) 대법원결정 1964.6.23, 64도14. 그러나 형의 집행이 종료된 후에 비로소 이의신청을 한 경우에는 신청의 실익이 없으므로 허용되지 않는다는 것이 판례의 입장이다(대법원결정 1992.12.28, 92도39).

82) 대법원결정 1982.7.20, 82초25.

하는 구금관련 처분이 아니므로 준항고의 대상이 될 수는 없다. 하지만 이 경우에도 법원은 형식적 법리에 따라 신청을 기각할 것이 아니라 불복의 실질을 존중하여 이를 재판집행, 즉 형사집행에 대해 이의신청을 한 것으로 판단하여 이에 대한 결정을 내려야 할 것이다.⁸³⁾

3. 형사집행기관에 대한 ‘집행항고’ 제도의 필요성?

앞에서 언급한 준항고제도는 어디까지나 수사기관인 검찰의 강제처분과 관련된 사법심사의 하나로 넓은 의미에서 집행처분에 대한 불복으로서 형사집행절차상 이의제기와 그 취지가 같다 할 수 있다. 또 수사절차에서는 고소·고발인이 검사의 불기소처분에 불복하는 경우 그 검사가 속한 지방검찰청 또는 지청을 거쳐 서면으로 관할 고등검찰청 검사장에게 항고할 수 있고, 이 경우 항고가 이유 있다고 인정하면 해당 검사는 그 처분을 경정하도록 항고제도(검찰청법 제10조)와 재정신청제도(형사소송법 제260조 이하)를 규정하고 있다.

우리 형사소송법은 검찰의 형사집행권 행사와 관련하여 매우 폭넓게 법원에 이의신청을 할 수 있도록 하여 포괄적인 사법심사를 허용하고 있는 반면 수사절차상 항고와 같은 내부구제절차로서 이른바 ‘집행항고’(Vollstreckungsbeschwerde)⁸⁴⁾가 들어설 자리는 마련해 두지 않고 있다. 피고인의 권리보호를 위해서는 형사집행에 대한 포괄적인 사법심사제도를 인정하여 법원에 이의를 제기할 수 있도록 하는 제도가 바람직한 것이 사실이다. 하지만 다른 한편 효과적인 권리구제와 효율적 절차활용을 위해서는 사법심사에 있어서의 ‘집중성’과 ‘전문성’의 문제가 함께 고려될 필요가 있는 점도 무시할 수 없다. 그런 점에서 검찰의 재심사로 신속히, 그리고 충분히 권리보호가 이루어질 수 있는 비교적 단순한 사안의 경우에 한하여 내부권리구제절차로서 ‘집행항고’가 고려될 수 있으며, 이에 대해서는 즉시항고와 같이 형사집행을 정지하는 효과까지 부여할 필요는 없

83) 같은 취지의 판결로는 대법원결정 1993.8.6. 93도55.

84) 독일 연방공통 형사집행규칙(Strafvollstreckungsordnung) 제21조 참조

을 것이다.

다만 이러한 고려로 인해 형사집행절차상 유죄확정피고인의 실질적인 권리보호 및 구제가 축소되어서는 아니 된다는 점이다. 따라서 집행항고제도를 두더라도 이를 모든 사법심사에 대한 항고전치주의의 형태로 규정한다면 이는 현행 사법심사제도보다도 오히려 퇴보하는 것이다. 또 집행항고절차에 대해서는 구제절차로서 상급법원에 의한 사법심사가 보장되어야 할 것이다.⁸⁵⁾ 즉 집행항고제도는 그 도입을 고려할 경우, 일반적이고 효과적인 사법심사제도를 전제로 하여 어디까지나 ‘보충적 제도’로 구성되어야 한다. 수사절차상 불기소처분에 대한 항고신청에 있어서 검찰이 지극히 소극적으로 대처하는 관행⁸⁶⁾을 고려할 때, 집행항고제도의 도입이 논의될 경우 이를 감안하여 매우 비판적인 검토가 필요하할 것이다.

제3절 자유형의 집행 및 행형과 사법심사

1. 자유형에 있어서 형사집행의 의의

우리 현행 형사소송법 제489조는 앞에서 살펴본 바와 같이 형사집행에 대해 매우 포괄적인 사법심사를 가능하게 하고 있다. 그러면 우리 형사소송법이 이렇게 법원의 참여와 통제가 가능하게 하고 있는 것을 통해 사회법치국가적 기본권 보장 및 재사회화요청을 비롯하여 현대형사정책적 요청에 부응하는 형사집행영역에 대한 사법심사가 바람직한 수준에서 이루어지고 있다고 평가할 수 있을 것인가? 여기에 대한 답을 찾기 위해서는 형사집행의 핵심영역에 대한 실체법 및 절차법적 연관성과 아울러 그 총체적 시스템의 측면을 함께 살펴보아야 한다. 여기서 형사집행의 핵심영역은 동시에 우리 형사제재체계와 형사정책의 핵심영역과 일맥상통한다.

85) 독일에서도 연방주 법무부의 판단에 따라 행정사법심사에 앞서는 행정심판전치주의를 도입할 수 있도록 위임하고 있지만 실제로 이를 활용하는 주는 많지 않다.

86) 박미숙·곽상현, 재정신청제도의 전면 확대에 따른 정책 검토(2006), 50쪽 이하 참조.

형사제재의 발전을 둘러싼 현대적 발전양상을 가장 집약적으로 보여주는 것은 자유형의 성쇠라고 할 수 있다. 근대사회의 등장과 함께 생명형, 신체형의 야만을 밀어내고 교화·개선 이데올로기와 함께 형사정책의 희망처럼 등장한 것이 자유형제도였다. 하지만 이제는 현대사회법치국가에 있어서 개인의 ‘자유’가 재조명되면서 곧 ‘자유형에 대한 대안’의 모색이라는 형사정책적 기치에 그 자리를 내어주는 운명에 처하게 된 것이 곧 자유형의 약사(略史)라 할 수 있다.⁸⁷⁾

그럼에도 불구하고 아직 “자유형은 이제 역사에 속한다.”고 말할 사람은 없다. 더구나 우리 형사제재의 현실에서 여전히 자유형이 주형이라는 점은 형사제재통계상 자유형(실형)의 비율만 보더라도 명확히 드러난다.⁸⁸⁾ 그러나 자유형 및 자유박탈처분의 형사제재체계상의 입지는 단순히 통계적 숫자와 비율로써만 판단될 문제는 아니다.

바우만(Baumann)과 같이 자본주의사회에서 자유형이 갖는 두 가지 자유박탈의 형벌해악의 핵심을 ‘신체활동의 자유’와 ‘소비활동의 자유’의 박탈에서 찾다면, 벌금형도 첫 번째 해악은 회피하지만 두 번째 해악, 즉 소비활동의 자유를 박탈함으로써 삶의 질을 저하시키는 것이기 때문에 결과적으로는 벌금형에 의한 금전적 박탈 역시도 ‘자유형과 비교가능한 형벌해악’을 의미한다.⁸⁹⁾ 일수벌금제와 벌금형미납에 대한 대체자유형제도가 보다 적나라하게 드러나듯이 오늘날 형사제재제도가 처벌과 처분을 통해 겨냥하는 법익은 근본적·종국적으로 ‘자유’라는 점에서 자유형의 주형(主刑)으로서의 입지는 형사사법통계상의 숫자와 비율 그 이상의 의미와 상징성을 가진다 할 것이다.

87) 독일의 형사제재통계는 19세기말에서 20세기말에 이르며 자유형과 벌금형의 관계가 대략 8:2에서 2:8로 역전된 현상을 아주 일목요연하게 보여준다. 이를 다시 자유형 실행선고로 살펴보면 1882년에는 실형의 자유형 선고가 76.8%였으나, 1950년 39.1%에 달하였다가 2008년 현재는 8.3%에 달하고 있다: Heinz, Das strafrechtliche Sanktionensystem und die Sanktionierungspraxis in Deutschland 1882-2008(2008), 47쪽 이하 참조.

88) 법무연수원 범죄백서 2010, 246쪽 ‘제1심 공판사건 처리내용별 구성비(2009)’에 따르면 자유형의 실행선고가 17%에 달하며, 집행유예까지 합하면 46.5%에 달하고, 그 뒤를 이어 벌금형은 36.3%를 차지한다. 자유형과 벌금형만을 두고 양자의 비율을 따지면 56:44로 여전히 자유형이 벌금형보다 높은 비율을 차지하고 있다.

89) Baumann, Beschränkung des Lebensstandards(1968), 29쪽 참조.

따라서 형사집행절차상 사법심사를 논함에 있어서도 직접적으로 ‘자유’와 관계되는 자유형과 자유박탈·자유제한 보안처분의 집행 문제가 초점이 될 수밖에 없다 할 것이다. 그리고 이러한 자유제한 및 자유박탈과 직접적으로 관계되는 형사집행의 영역에 대한 사법심사가 곧 형사집행절차상 사법심사 평가의 가늠자가 된다고 해도 과언이 아닐 것이다. 형사집행 영역에서 법원의 역할이 충분하지 못하다고 생각하는 까닭은 현재 형벌의 중심이 되고 있는 자유형의 집행 및 행형에 대한 통제가 거의 이루어지지 않고 있기 때문이다.⁹⁰⁾

2. 자유형 집행유예의 선고와 감독

자유형은 그 본질상 좁은 의미의 형사집행의 영역과 행형의 영역을 함께 지니고 있는 형벌이다. 자유형 확정 후에 형사집행기관인 검찰에 의해 집행지휘·개시가 이루어져 진행되는 일련의 자유형집행절차도 중요하지만, 자유형 집행의 핵심은 어디까지나 행형시설 수용으로부터 시작되는 행형임이 틀림없다. 그래서 자유형의 본질은 행형의 시각으로 바라보아야 제대로 파악된다는 시각이 적확한 통찰을 담고 있다.⁹¹⁾

그러나 행형에서의 재사회화 요청 및 목적에 초점을 맞추어 행형을 부각시키는 관점에서 행형을 이해하는 편향된 행형중심적 사고는 행형수용이 함의하는 자유박탈이 수반하는 불가피한 본질적 해악에 눈 감는 결과를 초래할 수 있다. 행형에 있어서 ‘재사회화의 위기’⁹²⁾가 논해지기 훨씬 이전부터 ‘행형회피전략’이 형사정책의 중심에 놓이기 시작한 점에 유의하여야 한다. 즉 자유형은 형사선고 절차상 자유형의 선고가 고려됨과 동시에 그 집행에 대한 고려와 고민이 시작되는 형사제재이다. 어떤 의미에서는 행형 아닌 ‘또 다른 형태의 집행’을 포함하고 있는 형벌이 자유형인데, 이는 바로 자유형의 집행유예제도 때문이다. 그리고 ‘집행유예’에는 애당초 자유형의 집행을 저지하고 대안을 찾는 초기단계의 ‘입구

90) 정승환, 형벌집행에 대한 법관의 통제와 형집행법원의 필요성(2004), 384쪽.

91) Schmidt, Strafvollzug und Gerechtigkeit im Strafrecht(1969), 111쪽 이하 참조.

92) 이에 대해서는 Eser, Resozialisierung in der Krise? FS für Peters(1974), 505쪽 이하 참조.

전략'으로서의 '원래적 의미의 집행유예'가 있는가 하면, 행형이 시작된 후 만기 종료에 앞선 '출구전략'으로서 조기석방을 자유형의 형사정책적 전략으로 결합시킨 '잔형집행유예'(가석방)가 있다. 입구전략으로서든 출구전략으로서든 집행유예 제도는 '현대 형사정책의 개혁작업 중 가장 중요한 성과물의 하나'⁹³⁾로 평가되는 중요한 형사정책적 수단이다.

집행유예제도는 원래 단기자유형의 집행이 갖는 폐해를 방지하는 한편 보호관찰·사회봉사·수감명령과 같은 다양한 '부가처분'(flankierende Maßnahmen)을 활용하여 유죄피고인을 지원함으로써 효과적인 사회복귀를 실현하려는 것이 그 취지다. 그 부수효과로서 집행유예는 행형시설과밀화 현상을 완화시키는데 기여하며, 시설수용처우가 불가피한 중범죄자들에게 제한된 재정과 교정역량을 집중하여 교정의 효과를 높이는데도 일조한다.⁹⁴⁾ 집행유예제도는 아래의 표 '제1심 공판사건 중 집행유예현황(2005-2009)'에서 보는 바와 같이 우리 형사사법 실무에서도 이미 자유형 실행과의 관계에서 약 63 : 37의 비율로 집행의 원칙과 예외의 관계를 역전시키고 있는 것을 볼 수 있다.⁹⁵⁾ 하지만 이러한 집행유예제도가 우리 형사사법실무에서 이른바 '유전무죄(무전유죄)'의 상징적인 제도로 둔갑되어 회자되는 것은 안타까운 일이 아닐 수 없다.⁹⁶⁾ 이는 일차적으로는 집행유예제도의 실체법적 요건을 지나치게 포괄적으로 규정한 입법자의 책임이 크다. 아울러 법률적 틀 안에서 제한적이거나 양형실무를 통해 집행유예제도를 현대 형사정책적 취지에 부응하도록 발전시키지 못한 법원의 책임도 적지 않다 할 것이다.

93) 서보학, 집행유예제도 입법론적 비판과 대안(2001), 56쪽.

94) 서보학, 앞의 글(2001), 56쪽 이하.

95) 참고로 독일의 경우는 약 70:30이다. Heinz, Das strafrechtliche Sanktionensystem und die Sanktionierungspraxis in Deutschland 1882-2008(2008), 75쪽 참조.

96) 최근 이른바 '땃값폭행사건'으로 잘 알려진 SK그룹의 최철원씨에 대한 2심 집행유예선고가 초래한 파장에 관한 아래 신문기사도 이러한 맥락을 보여준다(한국일보기사 2011.11.1. 검색): <http://news.hankooki.com/lpage/opinion/201104/h2011041121003924370.htm>

표 1 제 심 공판사건 중 집행유예현황(2005-2009)⁹⁷⁾

연도	구분	유기장역(금고)	집행유예	집행유예율(%)
2005		114,195	72,659	63.6
2006		102,200	64,577	63.2
2007		119,433	77,215	64.7
2008		127,494	82,694	64.9
2009		130,892	83,031	63.4

우리 형법상 집행유예규정은 매우 포괄적인 규정방식을 취하여, 3년 이하의 자유형을 선고할 경우에 정상에 참작할 만한 사유가 있는 때에는 1년 이상 5년 이하의 기간 동안 형의 집행을 유예할 수 있도록 하고 있다(제62조제1항 본문). 1995년 형법개정으로 집행유예와 동시에 보호관찰·사회봉사·수강명령을 부가 처분으로 선고할 수 있지만 강행규정은 아니다.

우리 형법이 3년 이하의 자유형에 대해 집행유예 선고조건을 세분화·차별화 하지 않은 채 ‘정상에 참작할 만한 사유’로 포괄하여 그 판단을 전적으로 법원에 게 일임하는 것은 결코 집행유예의 본래 취지에 부합하는 것이라 할 수 없다. 여기서 ‘개전의 정’과 같이 다분히 막연한 조건 이외에는 ‘정상참작사유’를 어떻게 적용해야 하는지 아무런 제한을 받지 않기 때문에 법관의 의지가 집행유예 활용 여부의 결정적 요소가 된다.⁹⁸⁾ 독일 형법과 같이 선고형 기간에 따라 집행유예조건을 세분화하여,⁹⁹⁾ 유죄피고인의 사회화에 대한 긍정적 예측을 중심으로

97) 법무연수원 범죄백서 2010, 249쪽.

98) 한영수, *행형과 형사사법*(2000), 84쪽 참조.

99) 독일 형법은 집행유예를 1개월 이상 2년 이하의 자유형에 대해 가능하도록 하면서(제56조), 집행유예에 유예되는 자유형의 기간(6개월 미만, 6개월 이상 1년 미만, 1년 이상 2년 이하)에 따라 집행유예 선고의 조건을 다르게 규정하고 있다. 대략 ‘원칙적 집행유예’, ‘(예외가 있을 수 있는)준원칙적 집행유예’, ‘예외적 집행유예’로 집행유예를 단계화하고 있다고 볼 수 있다. 집행유예를 위한 자유형 상한을 3년으로 상향조정하는 방안이 지속적으로 논의되고 있으며, 이 경우 단계화에 적용되는 구분기간은 1년 미만, 1년 이상 2년 미만, 2년 이상 3년 미만으로 바뀌어야 한다는 견해가 유력하게 제기된다(이에 대해서는 독일연방법무부(BMJ) ‘형사제재체계개혁위원회’의 보고서 참조: Abschlussbericht der Kommission zur Reform des strafrechtlichen Sanktionensystems (2003.3), 7항 참조).

형기구간에 따라 차별화된 판단요소들을 고려하여 원칙에서 예외로 그 요건을 강화하는 것이 법관의 지나친 재량적 판단을 막고 집행유예제도의 취지를 활용하는 방안이 될 수 있다.¹⁰⁰⁾

더군다나 자유형의 집행유예가 그 본질상 자유형의 변형, 그것도 집행의 변형이라는 점¹⁰¹⁾을 고려한다면 집행유예제도에 대해 양형법적으로 그 요건이 엄격히 규정되어야 할 것이며, ‘집행유예의 집행’ 또한 법원의 엄격한 감독과 통제하에 뒀으로써 그 형사정책적 취지를 살려 이 제도를 ‘유전무죄 무전유죄 도구화’ 혐의로부터 해방시켜야 할 것이다. 이를 위해 집행유예 중의 재차 집행유예 승인¹⁰²⁾과 관련한 예측판단의 요건, 나아가 집행유예의 취소에 관한 판단요건 등도 입법적으로 정비될 필요가 있다.

보호관찰·수감명령·사회봉사명령에 처해진 자가 준수사항이나 명령을 위반하였을 때, 우리 현행 형법상 법원은 그 정도가 중한 경우 집행유예를 취소할 수는 있으나(제64조제2항) 그 밖의 경우에 위반행위를 그대로 방치하는 것 이외에는 다른 조치방법을 갖고 있지 않다. 즉 독일 형법(제56f조제2항)과 같이 집행유예기간을 연장하거나 부담명령·준수사항을 추가로 부과하는 방법으로 집행유예의 취소를 대신하고 그 위험성에 대처할 방안이 없는 것이다. 집행유예기간 중 준수사항이나 부담명령의 강제력을 담보하기 위해서는 취소제도, 즉 자유형 집행 가능성을 집행유예를 ‘백업’하는 압력수단으로 활용하는 것이 불가피하지만 재사회화의 가능성이 아직 남아 있는 경우 가능한 한 다른 대안적 수단으로 취소를 대체할 수 있도록 하는 것이 바람직하다. 따라서 대상자가 부담명령이나 준수사항 위반 시 곧바로 집행유예취소의 위험에 노출되도록 하기보다는 재사회화 예측판단에 따라 보호관찰기간 연장, 수강명령·사회봉사명령의 변경 또는 추가 등을 통해 다시 한 번 기회를 부여하는 가능성을 열어 놓는 것이 입법론적

100) 서보하, 집행유예제도 입법론적 비판과 대안(2001), 65쪽; 박상기, 현행 집행유예제도와 형법개정안(1993), 217쪽 참조.

101) 독일의 통설이며 판례의 입장: Stree/Kinzig, Schönke/Schröder-StGB(2010), § 56 Rn. 4; BGHSt 7, 184, BGHSt 31, 28 참조.

102) 이와 관련한 전향적 판결로는 대법원판결 1997. 10. 13, 96도118. 이에 대해 자세한 것은 서보하, 앞의 글(2001), 76쪽 이하 참조.

으로 바람직할 것이다.¹⁰³⁾ 이러한 집행유예와 관련된 실체법적 요건의 재정비와 세분화가 병행되지 않는다면 이는 심사기준의 미비를 의미하며, 따라서 법원에 의한 사법심사를 절차법적으로만 강화하는 것으로 제 기능을 담보하기 힘들다 할 것이다.

3. 자유형 잔형집행유예(가석방)에 대한 사법심사 요청

가. 자유형 잔형집행유예(가석방)의 사법처분성

다른 형벌과 달리 자유형만이 가지고 있는 고유의 ‘행형’ 과정은 행정권력에 위임되면서 형사사법에 있어서 광범위하게 독자성이 인정되는 영역으로 발전하였다. 그리고 행정권력이 ‘행형’의 과정을 구성하기 위해 내리는 처분도 사법처분이 아닌 행정처분이기 때문에 이에 불복이 있는 경우 행정법상의 권리구제절차에 따라 이러한 ‘행형처분’에 대한 심사가 이루어져 왔다. 특히 자유형 집행에서 형사집행의 영역과 행형의 영역을 구별하는 관점의 결핍으로 인해 자유형의 집행에 관한 것은 대개 행형의 문제로 속단하고 동시에 사법심사의 영역으로부터 사실상 배제하는 경향이 존재한다. 이는 우선 과거 ‘특별권력관계론’에 기초하여 행형 영역을 이해해온 관행과 인식이 여전히 팽배하여 자유형의 집행에 대한 사법심사를 별로 중시하지 않는데서 비롯된다. 아울러 행형영역을 포괄하는 형사집행의 함의, 즉 ‘사법에 의해 선언된 형벌의 집행과 그 사회법치국가적 및 형사정책적 감독’에 대한 인식의 부족 또한 그 원인으로 지목될 수 있다. 그러나 행형의 독자성을 인정하는 것이 행형과정상 사법에 의한 집행감독을 배제하는 것으로 인식하는 것은 집행의 효율성에 지향된 위험한 행정편의적 인식이며, 자유형(집행)의 본질에도 반하는 것이다.

자유형은 다른 형벌들과는 달리 그 자유박탈의 ‘내용’이 구체화되지 않은 채 ‘미완의 형벌’ 형태로 선고된다.¹⁰⁴⁾ 법원은 자유형의 선고로 형벌의 외연을 설정

103) 서보하, 앞의 글(2001), 77쪽; 박상기, 현행 집행유예제도와 형법개정안(1993), 217쪽; 정진연, 집행유예제도의 개선방안(2006), 17쪽 이하 참조.

할 뿐이어서, 수형자가 어떤 시설에서 어떤 정도의 권리를 박탈당하면서 어느 만큼의 형기를 마치는지는 행형당국의 판단에 좌우된다. 따라서 실제로 집행되는 형벌의 내용은 원래 선고된 형벌에서 많이 벗어날 수 있고, 심지어 가석방과 같이 ‘자유’와 결부된 자유형의 결정적인 부분에 대한 결정권한을 형사집행기관이 전횡할 경우, 법원에 의해 설정된 자유형의 외연마저도 행형에 의해 변경될 수 있게 된다. 행형의 영역에서 이와 같이 자유형의 본질적 내용에 변경을 가하는 처분이 내려지는 경우 이 처분의 본질은 더 이상 단순한 행정작용이 아니라 실질적으로 사법작용이라 할 수 있으며, 따라서 형식적으로 ‘행형’이라는 독자적 영역에 속한다는 이유로 사법심사가 배제되어서는 안 되는 것이다. 이에 대해서는 우선적으로 법관의 직접 결정권이 보장되어야 하며, 아울러 사후적 사법심사·통제권도 확대되어야 할 것이다.¹⁰⁵⁾

이와 같은 법치국가적 사법심사요청과 함께 고려되어야 하는 것은 형벌의 효과적 실현을 위한 선고단계와 집행단계의 총체적인 기능적 연관성의 관점이다. 형사선고단계에서 법관이 선고한 자유형은 형사집행 단계에서 행형을 통해 비로소 현실화되기 때문이다. 형사집행의 측면에서는 법관의 ‘법선포’를 존중해야 한다면, 법관은 행형의 현실을 고려하여 행형현실에 바탕을 둔 이해를 토대로 자유형을 선고하여야 하며, 나아가 행형을 통해 실현되는 자유형집행을 감시·통제할 필요가 있다.¹⁰⁶⁾ 형사법관들이 이러한 기능적 연관성에 무관심한 채 선고한 형벌이 행형에서 갖는 효과를 고려하지 않고 형벌을 선고하고, 또 선고를 통하여서 선포된 법이 선고가 끝나자마자 이미 실현된 것처럼 생각하는 것은 법관의 양형과 행형의 목적 및 과제 사이의 기능장애를 스스로 프로그램화하는 것이다. 이는 예컨대 세기둥이론에 기초하여 입법·사법·행정에 형사입법·형사선고·형사집행(행형)을 형식논리적으로만 등치시켜 이해하고 그 이상의 기능적

104) 이에 대해서는 정진수, 수형자의 법적 권리에 관한 연구(2002), 33쪽 참조

105) 정승환, 형벌집행에 대한 법관의 통제와 형집행법원의 필요성(2001), 384쪽; 사법심사의 도입에 회의적인 견해로는 박상기·손동권·이순래, 형사정책(2011), 426쪽; 형사집행법원의 도입 자체보다는 현실적 여건과 관련하여 회의적인 입장으로는 장영민·탁희성, 가석방의 실태와 효율적 운용방안에 관한 연구(1993), 193쪽 이하.

106) 정승환, 앞의 글(2001), 385쪽.

연관성과 역동성을 인지하지 않으려는 것과도 같다 할 것이다.

법관이 판결에서 실체형법의 양형요소를 고려하여 내린 판단과 행형과정에서 재사회화의 정도와 필요에 따라 내려지는 판단 사이에 불일치가 발생할 가능성을 어느 정도 예정하고 있는 것이 오히려 현대형사정책적 프로그램의 한 부분이라 할 수 있으며, 그것이 곧 개별예방적 형벌실현과정이라 할 것이다. 따라서 이러한 재사회화 목적에 지향된 형벌의 실현과정에 법관이 참여하며 판결내용을 집행 및 행형과정에 사후적으로 적용시키는 일에 참여하는 것은 선택이 아닌 당위의 문제라 할 수 있다.¹⁰⁷⁾ 자유형의 잔형집행유예(가석방)제도는 가장 대표적으로 이러한 요청을 반영(하여야)하는 제도라 할 수 있다.

나. 수형자의 권리로서의 가석방청구권

자유형집행을 받고 있는 자가 개전의 정이 현저하다고 인정될 때 형기만료 전에 조건부로 수형자를 석방할 수 있도록 하고, 이 처분이 취소 또는 실효되지 않고 일정기간을 경과하면 형집행을 종료한 것으로 간주하는 제도(형법 제72, 76조)인 가석방의 법적 성질에 대해서는 몇 가지로 견해가 나뉜다.¹⁰⁸⁾ 그러나 우리 형법상 ‘가석방’이나 이에 상응하는 보안처분법상 ‘가종료’란 용어는 처분의 성격을 프로그램화하여 담고 있는 용어들이다. 가석방에 해당하는 ‘잔형집행유예’(Strafrestausssetzung) 제도는 집행유예제도와 똑같은 취지에서 자유형의 개별화되고 탄력적인 집행을 통해 재사회화 및 사회복지를 지향하는 형사집행상의 처분으로서,¹⁰⁹⁾ 법적으로 규정된 요건의 틀 안에서 그 요건을 충족하는 것으로 (사법적으로) 판단되는 경우 수형자의 권리로서 보장되어야 한다. 그러나 우리

107) 정승환 앞의 글(2001), 386쪽 참조; 1937년 제4차 국제형법학대회 권고문은 ‘이러한 통제의 과정은 이 목적을 지속적으로 수행하는 임무를 지닌 법관, 또는 행형기관에 소속된 법관을 둠으로써 실현될 수 있다. 이 법관들의 임무는 원래 선고되었던 형벌을 변경하는 조치들과 형벌집행방식의 본질적인 부분에 관련된 모든 조치들에 대한 결정권을 행사하는 것이다’고 한다. 이에 대해서는 Blau, Der Vollstreckungsrichter(1970), 48쪽 이하.

108) 이에 대해서는 장영민·탁희성, 가석방의 실태와 효율적 운용방안에 관한 연구(1993), 29쪽; 장규원 외, 가석방 심사체제 정비방안에 관한 연구(1997), 33쪽 이하 참조.

109) Stree/Kinzig, Schönke/Schröder-StGB(2010), § 57 Rn. 2; BGH MDR 1982, 101 참조.

형사법상 ‘가석방’ 또는 ‘가중료’ 처분은 마치 모범수에게 국가가 내리는 시혜적 조치, 즉 일종의 ‘가처분’으로서 언제든지 거두어들일 수 있는 조치라는 인식 아래 프로그램화되어 있고, 제도적 구성 및 절차에도 투영되어 있다고 할 수 있다.¹¹⁰⁾ 형법 제72조제1항이 가석방이 행정처분임을 명시하고 있어서 법형식논리적으로는 행정처분으로 가석방을 결정하는 것에 문제가 없다 할지라도, 가석방이 ‘원래 (만기) 선고되었던 형벌집행을 변경하는 중대한 조치’라는 점, 적어도 ‘형벌집행방식의 본질적 부분에 관련된 조치’라는 점은 부인할 수 없는 사실이다. 따라서 가석방 영역은 어디까지나 법원이 관여하여 사법심사를 통해 새로운 법적 판단을 내려야 하는 법선언의 영역이라 할 것이다. 이뿐 아니라 잔형집행유예를 독일집행유예제도와 같이 단계화하고 있는 일부 외국법제¹¹¹⁾가 단적으로 보여주는 것처럼 현대형사정책의 발전과정에서 ‘가석방’ 제도도 요건 규정에 따라 수형자의 권리적 측면이 강하다는 점에서 수형자에게 신청권을 부여하고 이를 사법심사 아래 두어야 할 것이다.

현행 가석방심사체계는 전적으로 행정권력의 권한 아래 놓여 있어 법관이 개입하여 심사하는 것은 물론 내려진 결정에 대해 통제할 수 있는 여지조차도 없다. 현행제도상 가석방심사의 신청은 당사자가 아닌 교도소장의 권한이며, 가석방의 요건을 심사하고 결정하는 권한은 법무부장관 산하의 가석방심사위원회¹¹²⁾에 있고, 최종적으로 가석방을 허가하는 권한은 법무부장관이 가지고 있다. 이처럼 대략 3단계로 이루어져 있는 가석방심사체계 어디에도 사법의 관여에 의한 견제와 균형을 추구하는 장치는 찾아볼 수 없다.

교도소장은 가석방의 형식적 요건과 실질적 요건을 심사하여 가석방의 신청여부를 결정하는데, 실질적 요건의 충족여부에 대한 기준은 ‘수형자가 행형성적이 우수하고 재범의 위험성이 없다고 인정되는 때’이다. 그런데 ‘행형성적’과 ‘재범위

110) 이미 고착된 ‘가석방’이란 용어를 계속 사용하는 것이 용어의 혼선을 피하는 측면에서는 바람직할 수 있겠지만, 중요한 것은 ‘가석방’에 대한 인식의 전환이라고 하겠다.

111) 대표적으로 프랑스의 입법례를 들 수 있다. 아래의 프랑스 형사집행절차상 사법심사에 관한 내용 제5장 제4절 1, 나 참조.

112) 제6차 형형법 개정(1996년12월12일, 법률 제5175호)을 통해 각 교도소에 설치되어 있던 가석방심사위원회를 법무부에 설치하였고, 위원수를 종래 3-5인에서 5-9인으로 증원하였다. 교도소별로 가석방심사기준이 다를 수 있고, 투명성과 공정성이 문제시되는 점을 개선하자는 취지에서였다.

협성'에 대해서는 교도소의 간부급 교도관들로 구성된 분류처우회의에서 그 심사를 담당한다. 분류처우회의는 교도소의 일선실무자들로 구성된 분류처우예비회의의 자료를 토대로 심사하는데, 이 분류처우예비회의는 교도소 별로 1인당 많게는 300-400명씩을 담당해야 하는 분류직 교도관들이 작성한 자료를 토대로 심사하고 있다. 사실상 실질적 심사가 불가능한 상황에서 몇몇 교도관들이 내리는 '분류심사'에 따라 가석방의 신청여부가 좌우되고 있는 것이다.¹¹³⁾

교도관들의 자의를 방지하기 위해 법무부는 법무부예규(제981호)로 '가석방업무지침'을 두어 가석방의 기준을 설정하고 있다. 여기에는 가석방적격심사 신청기준¹¹⁴⁾이 범죄종류와 범수 등에 따라 미리 설정되어 있다. 가석방의 형식적 기준이나 실질적 기준과는 별개로 가석방적격심사 신청이 가능한 형기이수율이 책정되어 있다. 이러한 기준들이 '행상의 양호함'이나 '개전의 정', 그리고 '재범의 위험성' 등 형벌선고 이후 시점에 판단해야 할 문제들에 앞서 가석방의 최소요건 또는 차단요건으로 설정되어 있는 것이다. 그 결과 '성인 가석방자 형의 집행률 현황' 통계가 보여주는 바와 같이 일반적인 수형자들이 가석방될 때 그 형의 집행률은 대부분 80-90% 이상에 달하게 된다.¹¹⁵⁾

표 2 성인 가석방자의 형의 집행률 현황(2000-2009)¹¹⁶⁾

연도 \ 형집행률	계	50%미만	60%미만	70%미만	80%미만	90%미만	90%이상
계	91,059 (100)	3 (0.0)	83 (0.1)	436 (0.5)	9,060 (9.9)	43,505 (47.8)	37,972 (41.7)
2000	8,035 (100)	3 (0.0)	28 (0.4)	161 (2.0)	1,434 (17.8)	3,193 (39.8)	3,216 (40.0)
2001	9,393 (100)	—	1 (0.01)	75 (0.8)	1,667 (17.8)	4,202 (44.7)	3,448 (36.7)
2002	9,605 (100)	—	1 (0.0)	14 (0.1)	1,398 (14.6)	5,005 (52.1)	3,187 (33.2)

113) 정승환, 앞의 글(2001), 391쪽 참조.

114) 가석방 업무지침 제10조 및 별표1 참조.

115) 박성래, 가석방의 운영실태와 개선방안(2004), 26, 82쪽 참조.

116) 법무연수원 범죄백서 2010, 421쪽.

연도 \ 형집행률	계	50%미만	60%미만	70%미만	80%미만	90%미만	90%이상
2003	9,729 (100)	—	5 (0.1)	—	973 (10.0)	4,760 (48.9)	3,991 (41.0)
2004	10,848 (100)	—	1 (0.0)	9 (0.1)	337 (3.1)	5,647 (52.1)	4,854 (44.7)
2005	10,206 (100)	—	20 (0.2)	9 (0.1)	343 (3.4)	5,653 (55.4)	4,181 (41.0)
2006	8,379 (100)	—	—	12 (0.1)	429 (5.1)	4,208 (50.2)	3,730 (44.5)
2007	7,916 (100)	—	—	—	387 (4.9)	3,431 (43.3)	4,098 (51.8)
2008	8,389 (100)	—	—	6 (0.1)	383 (4.6)	3,780 (45.0)	4,220 (50.3)
2009	8,252 (100)	—	—	1 (0.0)	655 (7.9)	4,804 (58.2)	2,792 (33.8)

* 주: 무기형은 형기 20년으로 계산

가석방심사위원회의 위원은 판사·검사·변호사·법무부 소속 공무원 및 교정에 관한 학식과 경험이 풍부한 자 중에서 법무부장관이 임명 또는 위촉하도록 되어 있어 형식상 외부인사의 참여가 보장되어 있다. 여기에는 법관도 위원으로 참여하게 되어 있지만 ‘법률적 법관’으로서 독립적인 심사·결정권을 갖고 사법심사를 하는 것과 단순히 위원회의 구성원인 판사로서 심의에 참여하는 데 그치는 점은 분명히 구별되어야 한다.¹¹⁷⁾

4. 사법심사에 의한 수형자의 권리구제와 행형판단의 필요성

가. 현행법상 수형자 권리구제 장치와 그 한계

법치국가적 효과적 권리구제의 원칙은 기본권 침해에 대해 법원에 의한 신속

117) 가석방심사위원들이 월 평균 660건을 심사해야 함으로써 실질적 심사가 불가능하고 대부분의 위원들이 가석방심사전담직이 아니어서 심사가 허술한 면이 많다는 지적으로는 송광섭, 최근 형사 제재입법의 동향과 그 효용성, 그리고 형벌의 본질(2010), 221쪽.

하고 효과적인 사법구제의 보장이 이루어질 것을 요청한다. 따라서 형사집행과정에서 이루어지는 조치도 개인의 기본권을 침해하는 행정작용으로서 사법심사의 대상이 되는 것은 당연한 귀결이며, 특히 수형자들에게도 효과적인 권리구제의 방안이 보장되어야 한다는 것은 ‘특별권력관계론’의 청산 이래 자명한 것으로 이해된다.¹¹⁸⁾

2007년 개정 새 행형법에 대하여는 이러한 수용자의 법적 지위를 분명히 하였고 국가와 수형자 사이의 권리의무관계를 법률상 명문화함으로써 특별권력관계의 잔재를 청산하였다는 긍정적 평가¹¹⁹⁾가 있지만, 기본적으로 이러한 평가에 동의하면서도 구체적인 내용에 있어서는 이 법률안이 수용자의 권리를 보호·구제하는데 충분한 내용으로 구성되어 있는가에 대해서는 그동안 학계 등에서 꾸준히 주장되어 온 수형자의 권리구제 등에 대한 개선요구가 크게 반영되지 않았다는 이유로 회의적인 시각이 적지 않다. 단순히 자문기관 성격의 교정자문위원회를 신설하고 기존의 행형법과 시행령에 규정되어 있던 소장면담 및 청원제도를 다소 보완하는데 그치고 있다는 이유에서다.¹²⁰⁾

행정기관 내부의 권리구제 장치인 청원권 이외에 외부적 구제수단으로서는 행정심판청구 및 행정소송, 손해발생에 대한 민사배상청구, 형벌법규의 위반 시의 형사고소, 그리고 헌법소원에 의한 권리구제 등이 고려될 수 있으나, 그 사례가 드물고 대법원 및 헌법재판소의 대응도 그리 우호적이지 않아 이 수단들은 그 실효성이 매우 미미한 실정이다.¹²¹⁾

그나마 2001년 국가인권위원회법을 통해 설치된 국가인권위원회가 교도소 등 구금·보호시설에서 개인이 가지는 불가침의 기본적 인권을 보호하기 위하여 인권침해행위에 대한 조사와 구제, 인권침해의 유형·판단기준 및 그 예방조치 등에 관한 지침의 제시 및 권고 등의 행위를 할 수 있게 되어(국가인권위원회법 제1, 2, 19, 24, 25조), 교정시설을 방문하여 조사하고 시정을 권고하는 등¹²²⁾ 일반적

118) 수형자의 법적 지위에 관한 상세한 연혁적 고찰로는 박재운, 수형자의 법적 지위(1989), 60쪽 이하 참조

119) 박상열, 행형법개정의 의의(2010), 21쪽 이하.

120) 김태명, 행형법 개정과 수용자의 권리구제제도(2007), 171, 193쪽 이하 참조

121) 이에 대해 자세한 것은 정승환, 앞의 글(2001), 394쪽 참조

으로 수형자의 인권보장을 위하여 일정한 기여를 한 것으로 평가된다. 그러나 국가인권위원회는 구체적으로 손해배상을 결정하거나, 강제적 시정조치를 명령하는 기구는 아니며, 사안에 대하여 재판을 하는 사법심사기관은 더더욱 아니다.¹²³⁾

나. 사후적 권리구제의 한계와 행형판단으로서의 사법심사 요청

헌행법상 규정된 권리구제수단은 형사집행기관의 처분이 내려진 후에 침해된 권리구제를 위한 사후적 구제절차들이 대부분이다. 그러나 법관에 의한 사후통제는 수형자들에게 실질적 도움을 주지 못한다는 점에서 효과적인 권리구제를 위해서는 법률적으로 보장된 사법심사규정의 마련과 이에 대한 접근성의 확대가 있어야 한다. 비록 특별권력관계적 수형자에 대한 지위의 인식이 지양되었다 하더라도 행형의 조직구조상 수형자는 자기결정권을 빼앗긴 채 조직의 객체로서의 지위를 갖기 마련이며, 이러한 상황에서 객체로서의 지위를 벗어나 자기결정권을 행사하는 주체로서의 지위를 얻으려 시도하는 순간 이러한 수형자의 행동은 ‘교정행정’에 대한 도전 또는 침해로 평가되기 쉽다. 교정당국은 가능한 한 마찰 없이 교정시설의 안전을 유지하고 보호해야 한다는 데 방어기제에 따라 반응하기 마련이기 때문이다.

이렇게 권리구제에 나서는 수형자의 기본적 입지가 취약하다는 점과 함께 수형자가 수용시설 내에서 침해된 권리를 회복하려 할 때 불가불 시간적 제약과 싸워야 한다는 점이 고려되어야 한다. 권리구제가 제때에 이루어지지 않고 뒤늦게 사후적으로 이루질 경우 권리구제의 의미는 퇴색되거나 사실상 상실될 위험

122) 국가인권위원회, 2010 국가인권위원회 연간보고서, 26쪽 참조

123) 조준현, 수형자의 인권과 그 한계(2004), 47쪽 참조: 인권위원회의 조사 결과 인권침해사례로 확인되었을 때 위원회가 취할 수 있는 조치는 대략 다음과 같다. 피진정인 그 소속기관 단체 또는 감독기관의 장에게 구제조치를 하도록 권고하고(제44조), 권고 받은 기관의 장에게 정책과 관행의 개선 또는 시정을 권고한다(제25조). 진정내용이 범죄행위에 해당하고 형사처벌이 필요하다고 인정할 때는 검찰총장 등에게 고발이 가능하며, 인권침해가 있다고 인정할 때에는 소속기관의 장에게 책임있는 자를 징계하도록 권고한다(제47조). 피해를 위하여 법률구조를 요청할 수도 있고(제47조), 그밖에도 법원이나 헌법재판소에 의견을 진술할 수 있다(제28조제2항).

이 크다. 따라서 효과적 권리구제를 보장하는 방안은 비교적 ‘행형의 생리’를 잘 아는 ‘행형에 가까이 있지만 행형의 바깥에 있는’ 사법기관이 관여하는 방안이라 할 것이다.

이와 함께 적어도 자유형 및 행형의 본질과 관계되는, 즉 수형자의 권리로 이해할 수 있는 일정한 행형상의 처분에 대해서는 이에 대한 작위·부작위로 권리침해를 기다렸다가 나서는 사후적 권리구제가 아니라 법적으로 보장된 사전적 권리구제의형태가 되어야 한다. 어떠한 처분을 이러한 카테고리에 포함시키느냐의 문제는 사법과 행형의 견제와 균형, 집행 및 행형상 협력과 통제의 관점에서 양 기관의 참여 하에 입법적으로 규정되어야 할 것이다.

제4절 보안처분집행절차상 사법심사

전반적인 형사제재를 아우르는 형사집행절차를 이원주의의 잣대에 따라 형집행절차와 보안처분집행절차로 구분하여 살펴보자면, 형벌의 집행절차가 대부분 형법 제정 당시의 ‘고전적인’ 모델을 유지하고 있는 반면 보안처분집행절차는 비교적 ‘현대적인’ 형사제재인 보안처분의 뒤늦은 도입과 함께 기존의 형집행절차에 부가적으로 구성되었다. 이러한 배경에서 보안처분집행절차상의 사법심사체계도 한편으로는 형집행절차의 모델을 빌려 쓴 것이 있는가 하면, 다른 한편으로는 기존의 형집행절차에 비하여 현대적 보안처분집행의 특성상 사법심사의 범위를 확대하여 규정하고 있는 모습을 보인다.

각 보안처분마다 각각의 형사특별법에 규정되어온 우리 보안처분법의 특성상 수많은 보안처분법이 존재하나 여기에서는 대표적인 법률들이라 할 수 있는 보호관찰법¹²⁴⁾, 전자감독법¹²⁵⁾, 및 치료감호법을 중심으로 살펴보기로 한다. 각 보안처분별로 상술하기보다는 집행절차상의 사법심사와 관계되는 특기사항을 중심으로 어느 정도의 사법심사가 보안처분집행법 분야에서 실현되고 있는지 포괄적

124) 보호관찰 등에 관한 법률시행 2011. 1. 1](법률 제10220호).

125) 특정 범죄자에 대한 위치추적 전자장치 부착 등에 관한 법률시행 2010. 7. 16](법률 제10257호).

으로 개관한다.

1. 자유제한보안처분의 집행절차상 사법심사

먼저 대표적 자유제한보안처분인 보호관찰처분의 부과절차는 이원화되어 선고유예(형법 제59조의2) 및 집행유예(형법 제62조의2)와 결부된 보호관찰처분은 필요한 경우 판결전조사절차를 거쳐 사실심법원이 부과를 명한다(보호관찰법 제19, 20조). 아동·청소년대상 성범죄 사건 피고인에 대하여 보호관찰명령을 선고할 필요가 있는 경우에도 검찰의 청구로 법원이 선고한다(아동청소년성보호법 제48조). 반면 성인가석방자에 대한 보호관찰의 부과는 보호관찰심사위원회(보호관찰법 제5조 이하)가 심의하여 부과한다.

선고유예·집행유예와 함께 보호관찰을 부과하는 경우 이외에 법원은 집행절차상 사법심사에 관여하지 않으며, 보호관찰심사위원회가 보호관찰법이 정한 가석방과 그 취소, 임시퇴원과 그 취소, 보호관찰의 임시해제와 그 취소, 보호관찰의 정지와 그 취소, 가석방 중인 사람의 부정기형의 종료 등 포괄적인 심사권한을 행사한다(보호관찰법 제6조).

위치추적전자장치부착법(이른바 ‘전자감독법’ 또는 ‘전자발찌법’, 이하에서는 ‘전자감독법’이라 칭한다)에 따른 전자감독장치부착명령은 자유형 또는 형의 집행유예를 선고할 때 함께 부과명령을 하는 경우에는 법원이 선고하지만(전자감독법 제5, 28조), 가석방·가퇴원의 경우 부착명령은 보호관찰심사위원회 또는 치료감호심의위원회의 권한에 속한다(같은 법 제22, 23조). 전자감독집행의 감독과 관련하여 특이할 만한 사항은 비교적 경한 준수사항위반 등의 경우에 1년의 범위에서 부착기간을 연장하거나 준수사항을 추가·변경하는 판단을 검사의 청구로 법원에 의한 사법심사에 의하도록 한 점이다. 이와 비슷한 규정은 아동청소년성보호법에 따라 법원이 선고한 보호관찰처분의 감독과 관련하여서도 개정된 제49조에 규정되고 있다.

2. 자유박탈보안처분으로서 치료감호처분 집행절차와 사법심사

현행 치료감호법 제22조(가종료 등의 심사·결정)는 집행절차에 있어서 치료감호처분의 종료·가종료 여부 등을 치료감호심의위원회로 하여금 심사·결정하도록 하여 (구)사회보호법의 사회보호위원회와 대동소이하게 규정하고 있다. 처분의 부과 못지않게 중요한 처분의 종료 및 가종료의 심사·결정을 심의위원회로 하여금 담당하게 한 것과 관련하여서는 줄곧 애당초의 사법처분을 사실상 행정처분화함으로써 피치료감호자의 적법절차권을 침해한다는 비판이 제기되어 왔다. 심의위원회의 구성에 정신과 등 전문의의 자격이 있는 3명 이내의 위원을 규정하고 있을지라도 위원회는 형식적으로는 사법심사의 성질을 결하고 있다. 내용적으로는 난제인 재범위험성 예측과 불가결하게 결부되는 결정을 위원회의 결정에 맡기는 것이 합리적인지는 의문이다. 재범위험성 예측에 있어서 심리학자나 정신과의사와 같은 전문가가 오류부정을 최소화하기 위해 가능한 오류공정이 높아지는 것을 감수하는 경향을 보인다는 비판은¹²⁶⁾ 사안을 심도 있게 감정하는 법관의 책임 있는 개인적 판단에 있어서보다 감호소장이 제공하는 정보에 의존하는 위원회의 결정에 있어서 ‘의심스러운 경우에는 보안을 위하여’로 결정을 내리는 경향이 강할 수밖에 없을 것이다.

치료감호심의위원회는 최종적 심사결정기구로서가 아니라 법원에 의한 종료·가종료 등의 처분에 앞서 감호소장에게 심의 의견을 제출하는 자문기구로 활용하는 방안을 생각해 볼 수 있을 것이다.¹²⁷⁾ 처분의 계속집행이나 종료의 문제도 부과에 못지않게 자유박탈, 즉 인신을 좌우하는 문제다. 아무리 보안처분이 사회전체를 위하여 부과되어지는 것이라고 하여도 자유박탈을 받는 대상자의 자유권과 인격권에 대한 중대한 제약을 의미하게 되므로 최소한 인신구속의 여부 내지 기간을 판단하는 것은 사법심사로 하는 것이 바람직하다.

2011년 형법일부개정법률안 제83조의12제1항은 수용성적 또는 치료경과가 양호한 경우에 ‘행정처분’으로 치료수용의 가종료를 할 수 있도록 하고, 제5항은

126) 박광배, 법심리학(2001), 338쪽.

127) 위원회의 심의의견을 법원이 반드시 참조하도록 하자는 견해로는 김혜정, 보안처분제도의 개선방안(2004), 491쪽 이하.

가종료된 자에 대하여 역시 ‘행정처분’으로 치료수용의 집행을 면제할 수 있도록 규정하고 있다. 제83조의¹¹ 치료위탁의 경우도 행정처분에 의하도록 하고 있다. 집행 중에 이루어지는 집행의 지속여부와 관련된 중대한 판단들을 여전히 행정처분에 따르도록 한 것은 앞에서 서술한 가석방제도에 대한 비판과 같은 취지에서 피치료감호처분자에게 보장되어야 할 적법절차의 흠결로 법원에 사법심사를 보장하는 방향으로 수정되어야 할 것이다.

3. 형법개정안의 보호수용처분 집행절차와 사법심사

2010년 형법개정법률안¹²⁸⁾은 상습범에 관한 규정 및 누범에 관한 규정을 삭제하고 보안감호처분으로 ‘보호수용처분’을 형법상 규정하여, 방화, 살인 등의 죄로 징역 1년 이상의 실형을 3회 이상 선고받고 그 형기의 합계가 5년 이상인 자가 최종형의 전부 또는 일부의 집행을 받거나 그 집행이 면제된 후 5년 안에 방화, 살인 등의 죄를 고의로 범하여 1년 이상의 징역을 선고하는 경우 또는 일정한 죄에 관하여 상습성이 인정되는 경우에는 재범위험성을 판단하여 보호수용을 선고하도록 하도록 하고 있다.

보안감호처분은 형사제재 가운데 그야말로 최후의 수단(ultima ratio)으로서 이 제도를 규정한 나라에서는 어디든 중대한 법익침해를 요건으로 하면서 다양한 형식적 요건을 규정하여 그 최후수단성을 분명히 규정하고 있다. 어떻게 보안감호처분의 최후수단성을 입법 및 실무를 통해 담보하느냐에 보안감호제도의 정당성이 담보되기 때문이다. 이 점에서 법안의 새 규정은 (구)사회보호법에 비하여 훨씬 엄격한 형식요건을 규정하고 있는 것으로 보인다.

법안 제83조의4(보호수용의 내용)에서 보호수용은 보호수용시설에 수용하여 교화하고, 사회복귀에 필요한 직업훈련과 근로를 부과할 수 있도록 하고, 근로는 피보호수용자가 동의한 경우에 부과하도록 하고 있다. (구)사회보호법 제7조제1항(보호감호의 내용)을 그대로 넘겨받은 것으로, 행형법 제66조가 수형자에게 작

128) 형법일부개정법률안(의안번호 1811304호).

업의 의무를 부과하는 것과 차별화되는 부분이다. 하지만 이를 이른바 ‘행형과 보안처분집행의 차별화’라고 하기는 언감생심일 것이며, 보다 세밀한 차별화이념과 구상은 (따로 입법될 것으로 예상되는) 보안처분집행법에 반영되어야 할 것이다. 최근 독일연방헌법재판소는 행형과 보안감호(보호수용)집행의 차별화요청을 주요이유로 하여 현행 규정 및 실무가 이에 부응하지 못한다는 판단 하에 독일의 현행 보안감호제도를 위헌판단하고 ‘보안감호법’을 전부 개혁하도록 명한 바 있다.

법안 제83조의5는 (구)사회보호법에 따른 보호감호처분에는 없었던 보안감호처분에 대한 중간심사와 집행유예 제도를 도입하고 있다. 보호수용을 선고한 경우에는 징역형의 집행을 종료하기 6개월 전에 뉘우치는 빛, 교정성적, 재범의 위험성 등을 고려하여 보호수용 집행의 필요성에 대하여 심사하도록 하고, 심사결과 보호수용 집행이 필요하지 아니한 경우에는 판결로 2년 이상 7년 이하의 기간 동안 보호수용의 집행을 유예할 수 있도록 하고 있다. 보안처분, 특히 보안감호처분의 경우 그 정당성이 실질적 요건인 재범위험성 여부에 의해 좌우되며 재범위험성이 탈락하는 경우 즉시 해당 보안처분의 정당성도 소멸한다는 점에서 집행전 중간심사제도의 도입은 필수적이라 할 수 있다.

4. 보안처분집행절차상 사법심사 강화

앞서 언급한 바와 같이 보호수용의 집행전 중간심사제도 및 집행유예제도를 도입하며 이를 법원의 판결로 하도록 한 법안 제83조의5제2항은 비록 보안처분집행전에 이루어지는 결정이기는 하지만 보안처분의 집행여부와 관련한 결정을 처음으로 법원의 사법심사에 의하도록 규정하고 있다는 점에서 그 의의를 찾을 수 있다. 현행법상 가석방·가중료도 여전히 법원이 아닌 법무부 산하 심사위원회의 행정처분으로 하는 점에 비하면 상당히 전향적인 법치국가적 결단이라 할 것이다. 그러나 집행 중에 이루어지는 집행의 지속여부와 관련된 중대한 형사집행판단들을 여전히 행정처분에 따르도록(법안 제83조의11, 제83조의12) 한 것은 피처분자에 대한 적법절차의 보장의 흠결로 지적된다는 점에서 법원의 판단에

의하도록 규정함이 타당하다 할 것이다.

앞에서 살펴본 바와 같이 자유제한보안처분의 집행영역에서도 전자감독처분의 준수사항 위반이나 아동청소년성보호법에 따른 보호관찰처분의 감독에 있어서 처분의 감독 및 변경에 법원을 개입시키는 결정도 눈에 띄는 부분이다. 이러한 시도가 만일 형사집행전문법원이나 전문집행부가 설치되었을 때 보다 활성화될 수 있을 것인지 검토가 필요한 부분이다.

KOREAN INSTITUTE OF CRIMINOLOGY

제4장

독일 형사집행절차상 사법심사

박 학 모

독일 형사집행절차상 사법심사 - ‘형사집행부’의 역할을 중심으로

제1절 법형사집행에 대한 사법심사 논의의 전개와 형사집행부 도입

1. 논의의 시작 및 전개

1877년 독일형사소송법(제483조)은 형사집행의 개시결정을 법원의 권한으로 규정하였지만, 형사집행 자체는 전적으로 검찰의 권한에 속하도록 하였다. 그러나 이미 1882년에 리스트는 ‘마부르크강령’으로 잘 알려진 강연이자 새로운 형사정책의 패러다임을 제시한 논문 ‘형법상 목적사고’에서 행형시설을 감독하는 기관으로 ‘감독위원회’(Aufsichtsrat)을 두어야 한다고 역설하였다.¹²⁹⁾ 같은 맥락에서 1885년 로마 국제행형대회도 수감자들의 실태를 감독하기 위하여 행형시설에 특별행정기구를 설치하여야 한다는 입장을 표명하였다. 1937년 파리 국제형법학대

129) Liszt, Der Zweckgedanke im Strafrecht(1882/1905), 170쪽 이하.

회에서는 국제적인 차원에서는 처음으로 확정된 원래의 형사제재의 선고를 변경하거나 본질적인 행형방식과 관계되는 모든 처분에 대하여 판단하는 것은 법관의 임무이어야 한다는 입장이 제기되었다.¹³⁰⁾

하지만 이와 관련된 독일에서의 본격적인 개혁논의는 비로소 전후에 기존의 행형시스템에 대한 비판과 함께 이를 개혁하기 위한 방안으로서 행형에 대한 법관의 사법심사를 함께 고려하는 논의들이 진행되었다. 그 결과 먼저 청소년형법 영역에서 나중에 일반형법에 있어서 형사집행부(Strafvollstreckungskammer)의 모델이 된 ‘형사집행지도판사(Vollstreckungsleiter)제도가 1953년 청소년법원법(Jugendgerichtsgesetz)을 통해 입법되어, 청소년사건에 있어서는 형사집행의 지휘와 감독을 전적으로 청소년법원판사가 담당하게 되었다.¹³¹⁾

일반형법 영역에서는 1950년대에 연방법무부가 형법대개혁을 추진하면서 그루나우(Grunau) 박사의 용역연구¹³²⁾로 비교법적 연구에 기초하여 입법시안을 마련한 것이 결정적인 계기가 되었다. 이 제안에 기초하여 이미 형법대개혁위원회에 의해 채택된 1959년 형법개정초안은 형사집행법원(Vollstreckungsgericht)의 도입을 고려하였으며 1960년 뮌헨 독일법률가대회 형법학분과에서 이에 대한 대규모의 공청회가 이루어졌다. 여기에서 예세크(Jeschek) 교수는 형사집행법원 도입을 통해 법치국가적 요청에 부응하면서 행형인접성과 전문성이 확보되고 형사집행과 관련하여 결정의 통일성이 기대된다면 찬성 입장을 밝혔다. 반면 마우라흐(Maurach) 교수는 사실심법관으로부터 형사집행법원으로 사법권력의 중심이 이동할 수 있다는 우려와 함께 ‘사법적 형벌특정의 원칙’이 위태롭게 될 수 있다는 이유로 반대 입장을 표명하였다.¹³³⁾

1962년 형법개정안 정부초안은 재차 형사집행법원을 포함시켰고, 행형시설과의 인접성, 집행유예실무의 통일적 적용 및 법치국가원칙의 강화를 그 제안이유

130) Northoff, Strafvollstreckungskammer(1985), 18쪽 참조

131) 청소년법원판사의 형사집행지도판사로서의 역할에 대해 자세한 것은 Meier/Rössner/Schöch, Jugendstrafrecht, 2. Auflage(2007), 290쪽 이하 참조

132) Grunau, Die Beteiligung des Richters an Entscheidungen im Vollzug nach ausländischem Recht(1956), 475-533.

133) Northoff, 앞의 책(1985), 20쪽 참조

로 제시하였다.¹³⁴⁾ 이에 대해 형사집행법원의 지위와 권한을 한층 강화시킨 제안이 획기적이고 전향적인 재사회화형법을 지향할 것을 주장하는 대안형법학회의 1966년 대안형법초안(Alternativentwurf 1966)이었다.¹³⁵⁾ 이에 따르면 형사집행법원은 모든 보안처분과 집행유예부담명령(Bewährungsauflagen)을 일정한 범위에서 사후 변경할 권한을 가진다. 또 수형자에게 가석방을 승인하지 않을 경우 개방처우시설이나 중간처우시설수용을 결정할 권한을 법원에 주고 있다.¹³⁶⁾ 1967년 보호관찰협회(Bewährungshilfe e.V.) 연방대회도 형사집행법원의 도입이 시급한 요청임을 확인하고 사회보호에 대한 적절한 고려 하에 범죄자의 재사회화 및 사회복귀를 촉진하는 것을 형사집행법원이 지향해야 할 최상의 목표로 보았다.¹³⁷⁾

이러한 논의를 배경으로 하여 1968년 칼스루에(Karlsruhe) 지방법원에 시험적으로 형사집행부가 설치되었다. 이 프로젝트는 법률의 변경 없이 당시 현행법의 토대 위에서 지방법원 형사재판부법관들의 동의를 얻어 1968년 업무분장의 범주에서 진행되었다. 따라서 논란이 되었던 심리학자, 교육학자, 사회복지사, 정신의학자 등 이른바 ‘전문가참심’의 도입은 배제될 수밖에 없었다.¹³⁸⁾ 대신에 형사집행법원의 법관들에 대해 행형, 사법보조·보호관찰 및 범죄학과 인접학문에 관한 필요지식을 겸비할 것과, 교정담당자, 보호관찰관, 심리학자, 의사 등 집행관련 전문가들과의 지속적인 경험교환을 통하여 형사집행절차를 재사회화 지향적으로 구성할 수 있어야 할 것이 요청되었다.¹³⁹⁾

1969년 로마에서 개최된 제10회 세계형법학대회는 제III세션의 논의와 의결을 토대로 형사집행법원의 도입을 지지하는 결의안을 채택하고 형사집행이 사법심사에 놓여야 하고 사법체계는 법관들에게 형법적 정의에 지향된 교육방안을 모색해야 함을 촉구하였다.¹⁴⁰⁾ ‘형벌의 확정과 적용에 있어서의 법관의 과제’를 테

134) Bundestags-Drucksache IV/650, 206쪽 참조

135) Baumann u.a., Alternativ-Entwurf eines Strafgesetzbuches, Allgemeiner Teil(1966), 제73조에 대한 해설 참조

136) Baumann u.a., AE-StGB AT 1966, 제45, 48조에 대한 해설 참조

137) Northoff, 앞의 책(1985), 21쪽 참조

138) Thomann, MschrKrim(1969), 137, 141쪽 참조

139) Thomann, 앞의 글(1969), 144쪽 이하

마로 다른 제III세션이 제안하고 총회에서 채택된 결의안에서 다루고 있는 형사 집행 및 행형과 관련된 세 가지 권고사항은 다음과 같았다. “3. a) 형벌과 보안 처분의 집행은 법률적으로 규율되어야 한다, (...) 4. 형벌과 보안처분의 집행은 법관의 관할 아래 놓여야 한다. 5. 원래의 판결을 바꾸어 형벌과 보안처분의 집행조건을 변경하는 조치들은 법관에 의해 명령되거나 심사되어야 한다.”¹⁴¹⁾ 여기에서는 다양한 특별예방적 형사제재를 다뤄야 하는 현대형사사법에서 법관의 역할이 ‘사회보건의’(Sozialarzt)의 직업적 특성을 갖게 된다고 한 지버츠(Sieverts)가 인용되며 형사집행법원의 필요성이 강조되었다. 사실심법관이 환자를 진단한 후 전문병원에 입원·치료를 의뢰할 뿐 언제 환자가 퇴원해야 하는지를 결정하지는 않는 가정의(Hausarzt)와 같다면, 환자를 더 잘 알 기회를 가지며 그의 퇴원을 결정하는 전문의와 같은 역할을 하는 것이 형사집행법원이라는 것이다.¹⁴²⁾ 물론 이것이 형사집행법원이 행형의 전속법원(Hausgericht)이어야 한다는 뜻이 아닌 것은 권력분립원칙의 당연한 귀결이며, 행형시설을 위해서도 그것은 바람직하지 않다고 한다. 오히려 외부에 있는 형사집행법원이 행형이 담당해 온 결정들, 특히 수형자들을 실망시킬 수도 있는 결정들을 담당해 줄 때 자신들을 그 결정과 동질화해야 하는 부담이 떨어진다고 본다.¹⁴³⁾ 어쨌든 이로써 다른 직업군에서는 이미 일반화된 ‘전문가주의’가 형사집행분야에서 본격적으로 제기되었다. 그리고 1970년 베를린에서 개최된 행형개혁위원회(Strafvollzugskommission)의 제10차 워크숍에서는 보다 구체적으로 형사집행법원을 어떻게 구성할 것인지에 대한 논의가 이루어졌는데¹⁴⁴⁾, 이러한 논의의 결과로 제시된 ‘형사집행법원’ 테마에 대한 행형개혁위원회의 기본원칙들¹⁴⁵⁾은 나중에 연방법무부 법률안의

140) 제III세션 논의사항에 대한 자세한 대회보고는 ZStW 1970, 579쪽 이하 참조. 이 세계형법학대회 세션에서는 대표발제를 한 독일 페터스(Peters)와 트뢴들레(Tröndle) 교수의 입장과 보고에 대해서는 Peters, Die Aufgabe des Gerichts bei der Anwendung der Strafen(1969), 64쪽 이하 및 Tröndle, Die Aufgabe des Gerichts bei der Anwendung der Strafen(1969), 84쪽 이하 참조.

141) ZStW 1970, 588쪽 참조.

142) Tröndle, 앞의 글(1969), 97쪽 참조.

143) Blau, Der Vollstreckungsrichter(1970), 42쪽.

144) Thomann, Das Strafvollstreckungsgericht(1970), 67쪽 이하.

145) Bundesministerium der Justiz(Hrsg.): Tagungsberichte der Strafvollzugskommission, Band

토대가 되었다.¹⁴⁶⁾

2. 지방법원재판부로서의 형사집행부

1974년 형법시행법(EGStGB Art. 22 Nr. 6)을 통해 개정되어 1975년1월1일부로 발효된 법원조직법(GVG)에 신설된 ‘제5a장 형사집행부’(Strafvollstreckungskammer)의 두 조항 제78a, b조가 마침내 독일 내에 형사집행부가 구성되는 법적 근거가 되었다. 이에 앞서 1973년에는 1968년부터 칼스루에 형사집행부 프로젝트를 진행하였던 지방법원 판사 토만(Thomann)의 상세하고도 긍정적인 프로젝트 보고서가 발표된 바 있었다.¹⁴⁷⁾ 이보다 앞서 1969년7월4일 개정되었으나¹⁴⁸⁾ 역시 1975년1월1일부로 발효된 제2차 형법개혁법¹⁴⁹⁾은 이미 형사집행법원의 신설을 예정하고 실체법적 규정을 정비한 상태였다.¹⁵⁰⁾

형사집행부의 도입을 위해 신설된 법원조직법 제78a조가 형사집행부의 일반적인 관할을 규정하고 있다면, 제78b조는 형사집행부의 구성에 대해 규정하고 있다. 관할의 구체적 세부사항은 형사소송법 제462a조가 정하고 있으며, 청문의 종류와 방식 등 절차와 관련하여 중요한 내용은 형사소송법 제453, 454조가 규정한다. 행형판단과 관련한 사법심사에 대해서는 뒤이어 1977년 입법된 행형법 제109조 이하에 별도의 절차규정을 두고 있다.

형사집행부의 신설과 관련하여 어느 법원에 재판부를 설치할 것인가에 대하여는 대략 세 가지 모델이 제시되었었다.¹⁵¹⁾ 청소년형법(제85조제2항)의 형사집행

10(1970), 211쪽 참조

146) Bundestags-Drucksache VII/550, 312쪽; Northoff, 앞의 책(1985), 22쪽 참조

147) Thomann, Das Vollstreckungs- und Vollzugsgericht(1973).

148) 애당초 이 법은 1973년10월1일부로 발효될 예정이었으나(제1차 형법개혁법 제7조목(Art. 7) BGBl. I 1969, 742쪽) 발효가 연기되었다.

149) ‘Zweites Gesetz zur Reform des Strafrechts’(2. StrRG): 1969.7.4. 공표(BGBl. I 1969, 717쪽 이하).

150) 특히 형법 제56조의 ‘자유형 집행유예’와 제57조의 ‘자유형 잔형집행유예’(=가석방)에 관한 규정을 들 수 있다.

지도판사제도 모델과 같이 단독(판사)법원인 구법원(Amtsgericht) 판사로 하는 방안, 이른바 ‘칼스루에 모델’과 같이 지방법원(Landgericht)의 특수재판부로 설치하는 방안, 그리고 ‘양립모델’로서 1심 사실심 관할에 상응하여 구법원과 지방법원에 각각 설치하는 방안이 그것이다. 결국 칼스루에에서 시험적으로 운용되었던 것과 같이 지방법원 특수재판부 성격의 형사집행부를 두는 방안이 관철되었다. 법원조직법 제78b조가 대집행부와 소집행부를 두도록 하고, 소집행부는 단독판사로 운용된다는 점에서 사실상 구법원 및 지방법원 모델의 절충안으로 관철된 측면도 있다.¹⁵²⁾

아울러 명칭을 ‘형사집행부’(Strafvollstreckungskammer)로 하는 것에 대해서도 논란이 없지 않았다. 1969년 제2차 형법개혁법은 ‘집행법원’(Vollstreckungsgericht)란 용어를 사용한 반면¹⁵³⁾, 행형개혁위원회는 기존의 ‘형사집행’ 개념이 (사후)판결보완적 결정 및 행형법적 결정을 내려야하는 새 법원의 역할을 모두 포섭하기에는 역부족이라는 이유로 복합적인 ‘형사집행·행형법원’(Strafvollstreckungs- und Vollzugsgericht)용어를 사용하였다.¹⁵⁴⁾ 다른 한편 페터스(Peters)는 형사집행부가 사실상 행형법원이라는 이유로 ‘행형재판부’(Strafvollzugskammer)라고 해야 한다고 주장하였다.¹⁵⁵⁾ 하지만 결국 형사집행부라는 명칭이 관철된 것은 일반형사법원으로부터 완전히 분리된 특수법원이라는 인상을 주지 않아야 한다는 고려 때문이었다.¹⁵⁶⁾ 이에 대해서는 형사집행부의 사물관할인 집행유예, 가석방 등 사후결정들에 대한 개념적 파악이 아직 완결되지 않은 상황에서 입법자의 확실한 입장표명을 회피하려는 소극적 전략이자 실용적인 선택이었다는 평가도 있

151) 이에 대해 자세한 것은 Blau, Das Vollstreckungsgericht(1976), 361쪽; Peters, Der Auftrag des Gesetzgebers an die Strafvollstreckungskammer(1977), 105쪽 참조.

152) Schäfer, LR-StPO/GVG(1979), Vor § 78a, Rn. 2 참조.

153) 예컨대 형법 제57조, 제67조제3항, 제67a조, 제68f조제3항 등; BGBl. I 1969, 717쪽 이하 참조. 1975년 개혁형법이 시행에 들어가기 전인 1973년 형법시행법을 통해 ‘형사집행법원’이란 명칭은 ‘법원’으로 대체되었다(Bundestags-Drucksache VII/550, 10쪽 참조).

154) Bundesministerium der Justiz(Hrsg.): Tagungsberichte der Strafvollzugskommission, Band 10(1970), 211쪽 참조.

155) Peters, 앞의 글(1977), 100쪽.

156) Bundestags-Drucksache VII/550, 319쪽 참조.

다.¹⁵⁷⁾

형사재판부를 비롯한 지방법원의 재판부(Kammer)가 일반적으로 참심제인데 비하여, 형사집행부는 참심제가 아닌 직업법관만으로 구성되는 전문재판부로 결정되었다. 이는 공판절차 이외에 결정형식으로 내리는 형사재판에는 참심제를 적용하지 않는 형사절차의 일반원칙이 파괴되는 것을 피한 것으로 평가되기도 한다. 특히 진지하게 고려되었던 전문가참심제 도입 방안의 포기는 인력수급과 관련한 여러 가지 문제점이 지적되어 현실적이지 못하다는 판단이 내려진데서 비롯된 것으로 보인다.¹⁵⁸⁾

3. 형사집행절차의 법원(法源)

형사집행절차의 기본적 법적 토대를 이루는 법률로는 형사집행부의 구성과 관할을 규정하는 법원조직법(Gerichtsverfassungsgesetz, GVG), 일반적인 형사집행 절차를 규정하는 형사소송법(Strafprozessordnung, StPO), 그리고 행형상 권리구제에 대하여 규정하는 행형법(Strafvollzugsgesetz, StVollzG)을 들 수 있다. 형사집행지도판사제도를 채택하는 등 청소년형법상 형사집행절차는 물론 청소년법원법(Jugendgerichtsgesetz, JGG)이 그 법적 토대가 된다. 아울러 보안처분의 집행절차와 관련한 중요한 규정들은 형법(StGB)상 보안처분에 관한 실체법적 규정들과 함께 규정되고 있다. 사법보좌관법도 검찰의 형사집행업무 위임과 관련하여 형사집행절차와 관계된다.

이러한 파편적인 형사집행 관련 법률들과 함께 연방차원에서 통일적인 형사집행실무를 담보하려는 취지에서 연방법무부와 연방주들의 법무부가 합의하여 마련한 연방공통 형사집행규칙(Strafvollstreckungsordnung)이 있다. 이 규칙은 원칙적으로 각 연방주법무부의 행정규칙(Verwaltungsvorschrift)의 성격을 갖는다.

157) Schäfer, LR-StPO/GVG(1979), Vor § 78a, Rn. 3 참조

158) Schäfer, 앞의 책(1979), Vor § 78a, Rn. 4; Northoff, 앞의 책(1985), 24쪽 참조

제2절 형사집행부와 형사집행기관

1. 형사집행부의 구성

형사집행부는 1인법관으로 이루어진 이른바 ‘소집행부’(Kleine Vollstreckungskammer) 및 3인법관으로 이루어진 이른바 ‘대집행부’(Große Vollstreckungskammer)로 구성된다(법원조직법 제78b조제1항제1,2호). 이는 애당초 형사집행부의 대표적인 두 가지 과제, 즉 형사선고에 대한 전형적인 ‘형사집행결정’으로서의 집행유예 및 잔형집행유예(가석방)와 관련된 사후변경결정과 행형상의 권리구제, 즉 ‘행형결정’에 상응하는 구성이라고 볼 수 있다.

사법업무경감법¹⁵⁹⁾ 이전의 법원조직법 구법에 따르면 이른바 ‘사후결정’과 관련해서는 해당사례가 2년 이하의 자유형에 해당하는 경우 한 사람의 법관으로 구성된 ‘소집행부’에서 판단을 하고, 기타의 경우에는 3인의 법관으로 구성된 ‘대집행부’에서 각각 관할하도록 하였다(구 법원조직법 제78a조제1항제1호 참조). 행형상의 권리구제, 즉 행형에 대한 사법심사 사안은 원칙적으로 단독법관이 진행하는 소집행부가 관할하도록 하고, 다만 사안이 법적으로 어렵거나 특별히 중대한 의미를 지닐 때에는 3인의 법관으로 구성된 대집행부, 즉 합의부에 넘길 수 있도록 하였다(구 법원조직법 제78a조제1항제2호). 여기서 ‘소집행부’의 1인법관에 의한 결정도 단지 단독판사로서의 결정이 아니며, 대집행부의 결정과 마찬가지로 단지 숫적으로 달리 구성된 ‘통일적인 하나의 형사집행부’의 결정이다.¹⁶⁰⁾

그러나 독일통일 후 구 동독지역 사법재건을 위한 법원예산감축 차원에서 1993년 개정 법원조직법은 원칙과 예외의 관계를 전환하여 이제는 무기징역의 잔형집행유예(가석방) 및 수용치료감호처분과 보안감호처분의 집행유예 판단의 경우만 3인 법관합의부인 대집행부에 의하도록 하고, 그 밖의 모든 사안은 단독법관인 소집행부에 의하도록 규정하였다. 이로써 행형결정에 대한 합의부 결정은 완전히 배제되었고, 1% 미만의 형사집행결정만이 합의부 결정의 대상이 되었다.¹⁶¹⁾

159) Gesetz zur Entlastung der Rechtspflege(RPflEntlG) v. 11.01.1993 BGBl. I 52쪽 참조.

160) Diemer, KK-StPO/GVG(2008), § 78b Rn. 1 참조.

이에 대해서는 잔형집행유예(가석방) 판단 및 행형완화 판단에 있어서 단독법원에 대한 책임이 가중됨에 따라 의심스러운 경우에는 안전·보안을 지향하는 결정을 내리는 경향을 나타내게 되어 행형의 재사회화 취지에 부합하여 판단의 전문성을 높이고자 한 애당초 형사집행부 도입의 취지에 반하는 개악이라는 비판이 제기된다. 최소한 구 법원조직법 제78a조제1항제2호와 같이 법적으로 어렵거나 중대한 사안의 경우 합의부로 넘길 수 있도록 규정해야 한다는 비판이 제기된다.¹⁶²⁾

2. 형사집행부의 토지관할

가. 행형인접의 원칙

형사집행부는 그 관할 구역 내에 행형시설이나 행형기관이 위치하고 있는 주지방법원(Landgericht)에 설치되며(법원조직법 제78a조제1항), 해당구역 내 행형시설과 그 시설 행형공무원과 관련된 사안에 대해 토지관할권을 가진다(형사소송법 제462a조, 행형법 제110조).

입법자가 형사집행법원의 토지관할과 관련하여 중시한 것은 행형시설과 법원의 장소적 근접성이다. 형사집행법원이 각 시설의 사정을 잘 알아야 하고, 나아가 각 수형자에 대하여 직접적이고 인격적인 판단을 형성할 수 있어야 하기 때문이다.¹⁶³⁾ 따라서 특히 행형사안에 있어서 행형기관이 소재하고 있는 관할구역의 형사집행부가 모든 행형상의 모든 사법심사 신청에 대한 관할권을 가진다(행형법 제110조제1문). 연방주에 따라 행정심판전심절차를 규정할 수 있으나(행형법 제109조제3항), 이 경우에도 이로 인하여 형사집행부의 토지관할은 변경되지 아니 한다(행형법 제110조제2문).¹⁶⁴⁾

161) Kaiser/Schöch, Strafvollzug(2002), 367쪽 참조.

162) 이에 대해 자세한 것은 Kaiser/Schöch, 앞의 책(2002), 같은 쪽 참조.

163) Bundestags-Drucksache VII/918, 84쪽.

164) 따라서 전심절차에서 이의신청을 재결하는 감독관청이 그 처분이 다투어지고 있는 행형시설과 다른 지방법원의 관할구역에 소재하고 있더라도, 관할구역 내에 그 시설이 있는 지방법원의 형사집행

나. 관할집중의 원칙

절차진행의 원활과 절차종결의 신속이라는 목적에 부합하는 경우 연방주정부들은 법규명령으로 토지관할과 관련하여 하나의 법원에 관할권을 집중시키는 방향으로 형사집행부를 설치할 수 있는 이른바 ‘관할집중’(Zuständigkeitskonzentration)¹⁶⁵⁾의 권한이 부여되어 있다(법원조직법 제78a조제2항제2문). 다수의 주들이 이러한 제도를 활용하고 있으며, 경우에 따라 한 연방주가 다른 연방주영역 내에 행형시설을 둔 경우 이 주들은 이른바 ‘행형공동체’¹⁶⁶⁾(Vollzugsgemeinschaften)를 구성한 경우에는 형사집행부의 관할에 대한 합의를 할 수 있다(법원조직법 제78a조제3항).¹⁶⁷⁾

3. 형사집행기관과 보충적 권리구제절차

가. 형사집행기관으로서의 검찰의 형사집행관할

독일형사소송법 제451조제1항¹⁶⁸⁾은 검찰을 형사집행기관으로 규정하고 있으며, 이 조항이 검찰에 의해 이루어지는 것으로 규정하는 ‘형사집행’(Strafvollstreckung)에는 연방공통 형사집행규칙(Strafvollstreckungsordnung) 제1조제1항이 정하는 바와 같이 형벌, 부수형, 부수효과, 보안처분, 즉 일체의 형사제재를 선고한 판결 및 이에 버금하는 모든 결정의 집행을 의미한다(독일형법상 형사제재는 아래의 표와 같이 개관할 수 있다). 형사집행의 개시와 감독을 담당한 형사집행기관인 검찰은 집행연기나 집행정지, 집행중단 또는 집행면제 등과 같은 집행장애사유에 대해 판단함에 있어서 예컨대 제455조제4항의 복합적인 예측판단

부가 관할권을 가진다: Laubenthal, Strafvollzug(2008), Rn. 786.

165) Schäfer, LR-StPO/GVG(1979), § 78a Rn. 6.

166) 이에 대하여는 라우벤탈, 독일행형법(신양균 외 번역, 2010), Rn. 40 이하 참조.

167) 이 경우 이송 및 관할변경 등에 관한 자세한 것은 라우벤탈, 독일행형법(신양균 외 번역, 2010), Rn. 787 이하 참조.

168) “형사집행은 법원사무국 서기가 발급하는 집행력이 인증된 판결주문의 등본을 근거로 하여, 집행기관인 검찰에 의해 이루어진다.”

등과 관련하여 적지 않은 어려움에 봉착하기도 한다.¹⁶⁹⁾

표 3 독일형법(StGB)상 형사제재¹⁷⁰⁾

형면제 (Absehen von Strafe, § 60 StGB)		
선고유예 (Verwarnung mit Strafvorbehalt, §§59–59c StGB)		
형벌(Strafen)		
주형 (Hauptstrafen)	자유형 (§38 StGB)	집행유예형 (§§56–56g StGB)
		실형
	벌금형 (§40 StGB)	
부수형 (Nebenstrafen)	재산형 (Vermögensstrafe, § 43a StGB) 2002.3.20. 위헌결정	
	운전금지 (§44 StGB)	
부수효과 (Nebenfolgen)	공무담임권피선거권투표권 박탈 (§§45ff StGB)	
	유죄판결공시 (§§165; 200 StGB)	
처분(Maßnahmen, §11 I Nr. 8 StGB)		
보안처분 (Maßregeln der Besserung und Sicherung)	자유박탈보안처분	수용정신치료처분 (§63 StGB)
		수용중독치료처분 (§64 StGB)
		보안감호처분 (§§66, 66a, 66b StGB) 2011.5.4. 위헌결정
	그 밖의 (자유제한)보안처분	보안관찰처분 (Führungsaufsicht, §§68–68g StGB)
		운전면허취소 (§§69–69b StGB)
		직업금지 (§§70–70b StGB)
박탈 (Verfall, §§73–73e StGB)		
몰수 (Einziehung, §§74, 75 StGB)		
폐기 (Unbrauchbarmachung, §74d StGB)		

형사집행기관으로서의 검찰의 사물관할은 법원조직법 제142, 142a조 및 형사집행규칙 제4조에 따라 별도의 규정이 없는 한 기본적으로 지방법원에 상응하는 검찰이 담당한다. 토지관할은 법원조직법 제141조 및 제143조제1항 및 형사집행규칙 제7조제1항에 따라 원칙적으로 제1심법원의 소재지에 따라 결정된다.¹⁷¹⁾

169) Linden, Zur Rolle der Staatsanwaltschaft bei Prognosen im Straf- und Maßregelvollzug(2004), 101쪽 이하 참조

170) Heinz, Das strafrechtliche Sanktionensystem und die Sanktionierungspraxis in Deutschland 1882-2008(2010), 25쪽 참조

171) 그 밖의 관할에 관한 상세한 사항은 Laubenthal/Nestler, Strafvollstreckung(2010), 24쪽 이하 참조

형사집행기관인 검찰의 형사집행업무는 연방주법무부의 위임으로 (검찰)사법보좌관(Amtsanwalt)에게 위임될 수 있으며(제451조제2항), 이 경우 형사집행업무를 수행하는 사법보좌관은 사법경찰관이 검사의 수사지휘를 받아야 하는 것처럼 검찰의 지휘에 구속을 받는다. 사법보좌관법 제31조제2a항은 사법보좌관이 검사의 지휘에 따르지 않으려는 경우나 자신의 위임업무와 검찰이 수행하는 임무 사이의 밀접한 관련성 때문에 자신이 수행하는 것이 합리적이지 못하다고 판단하는 경우 및 검찰의 강제처분에 대해 유보적인 태도를 가지는 경우 사안을 검찰에 넘기도록 하고 있다.¹⁷²⁾

나. 형사집행에 대한 보충적 권리구제절차

독일 형사소송법은 형사판결의 해석이나 선고형의 산정에 대해 의문이 있거나 형사집행의 허용여부¹⁷³⁾에 대해 불복하는 경우(제458조), 벌금형의 납입부담완화의 승인여부, 납입면탈을 예상한 조기징수, 대체자유형 집행, 박탈·몰수·폐기의 집행 등 형사집행에 대해 불복하는 경우(제459h조) 등에 대하여 법원에 의한 사법심사가 이루어지도록 규정하고 있다.

이러한 사법적 권리구제를 위한 법원관할이 존재하지 않는 경우에 대하여 연방공통 형사집행규칙 제21조는 검찰의 집행에 대해서는 주검찰총장에게, 집행기관이 주검찰총장인 경우에는 주법무부장관에게, 그리고 집행기관이 연방대검찰인 경우에는 연방법무부장관에게 ‘집행항고’(Vollstreckungsbeschwerde)를 제기할 수 있도록 규정하고 있다. 사법보좌관법 제31조제6항제2문은 사법보좌관의 위임 형사집행에 대해서는 검찰에 항고할 수 있도록 규정하고 있다. 집행항고는 형식이나 기한에 특별한 규정이나 제한이 존재하지 않는다.

나아가 법원조직법시행법(EGGVG) 제23조 이하는 사법행정행위에 대한 사법심사신청의 가능성을 열어두고 있는데 이는 앞의 집행항고에 대한 비사법적 심

172) Laubenthal/Nestler, Strafvollstreckung(2010), 25쪽 참조

173) 이는 형사판결 자체의 유무효나 합법성에 대한 이의제기가 아니라 형사집행의 요건 또는 집행장요건의 존재 여부에 대한 불복을 의미한다. Laubenthal/Nestler, Strafvollstreckung(2010), 218쪽 참조

사기관, 즉 검찰청장은 물론 법무부장관의 결정까지 대상이 될 수가 있다. 같은 법 제24조제2항은 사법심사신청에 앞서 항고절차가 선행되어야 할 것을 규정하고 있다.

제3절 형사집행부와 형사집행관할

형사집행부의 사물관할은 크게 ‘형사집행결정’(Vollstreckungsentscheidung)이라 할 수 있는 형사집행, 그 중에서도 자유형 및 자유박탈보안처분의 집행과 관련된 이른바 ‘사후결정’(Nachträgliche Entscheidung)의 영역과 행형 하의 수형자 및 수용자에 대한 사법적 권리구제와 관련된 ‘행형결정’(Vollzugsentscheidung)의 영역으로 나눌 수 있다(법원조직법 제78a조제1항 제1-3호). 이러한 형사집행부의 관할을 토지관할 및 사물관할로부터 구별하여 ‘기능적 관할’로 표현하기도 한다.¹⁷⁴⁾ 그러나 여기서 유의해야 할 점은 독일 형사집행부가 형사집행절차상 집행과 관련된 모든 판단을 ‘전속관할’하는 유일한 ‘형사집행법원’은 아니란 점이다. 먼저 형사집행의 사물관할의 핵심조항인 독일형사소송법 제462a조¹⁷⁵⁾가 이를 잘

174) 이에 대해서는 Meyer-Goßner, StPO(2009), Vor § 1 Rn. 8 참조.

175) 형사집행의 사물관할에 관한 핵심조항인 독일형사소송법 제462a조의 내용은 다음과 같다.

- ① 유죄판결피고인에 대하여 자유형을 집행하는 경우, 법원이 그 사건을 다룰 당시 유죄판결피고인이 수용되어 있던 행형시설이 소재한 지역의 형사집행부에 제453조, 제454조, 제454a조 및 제462조에 의한 재판의 관할이 있다. 자유형의 집행이 중단되거나 조건부 잔형집행유예(가석방)가 이루어진 이후에 행해지는 재판에 대하여도 이 형사집행부가 관할권을 갖는다. 형사집행부는 제458조 제1항과 관계된 제462조에 따른 개별결정을 제1심법원에 이송할 수 있으며, 이 경우 이송은 구속력을 갖는다.
- ② 제1항에서 정한 경우 이외에는 제1심법원이 관할권을 갖는다. 법원은 제453조에 의한 재판의 전부 또는 일부 유죄판결피고인의 주소 또는 주소가 없는 경우에는 통상의 거소가 소재하는 지역의 지방법원에 이송할 수 있으며, 이 경우 이송은 구속력을 갖는다.
- ③ 제460조의 경우에는 제1심법원이 재판한다. 수개의 법원이 수개의 판결을 선고한 경우 가장 중한 형 또는 동종의 형들 중 최고형을 선고한 법원에 관할이 있으며, 이에 따르더라도 수개의 법원에 관할이 있는 경우에는 최후에 판결을 내린 법원에 관할이 있다. 상급법원이 상기의 요건에 따른 기준이 되는 판결을 선고한 경우 제1심 법원이 병합형을 확정하며, 제1심 판결을 주고등법원이 선고하는 경우에는 주고등법원이 병합형을 확정한다. 구법원에 병합형의 형성에 관한 관할이 있으나 그 법원의 형벌권이 이에 충분치 못한 경우에는 그 법원이 속하는 지방법원의 형사

보여준다.

1. ‘형사집행(관할)법원’으로서의 제1심법원

형사소송법 제462a조제1항은 자유형의 집행에 관한 형사집행부의 관할을 정하면서 일정한 사안에 대하여 제1심법원에 이송할 수 있음을 규정하고 있고, 제2항은 형사집행부가 관할하는 이외의 사안에 대하여 제1심법원의 형사집행관할권을 정하고 있다. 즉 독일 형사집행절차상 형사집행관할법원이란 일반적 의미의 ‘형사집행법원’은 제1심법원과 형사집행부이다.¹⁷⁶⁾ 이 조문은 자유형의 집행에 관한 것이나 ‘다른 규정이 없는 이상 형사집행에 관한 규정을 보안처분의 집행에도 준용’하도록 한 제463조제1항에 기초하여 자유박탈보안처분의 집행에도 준용된다.

제1심법원의 자유형집행과 관련한 형사집행관할권은 주고등법원이 제1심으로 형사집행을 관할하는 경우(제462a조제3항)와 경합범에 대한 사후적인 병합형 선고(Gesamtstrafenbildung, 제460조)¹⁷⁷⁾의 경우를 제외하면 형사집행절차상 실질적으로는 ‘보충적인 관할권’을 갖는데 그친다.¹⁷⁸⁾ 제1심법원, 즉 사실심법원의 기본적인 형사집행관할은 벌금형만이 선고된 경우와 자유형의 조건부 집행유예에

부가 재판한다.

④ 제460조와 달리 수개의 법원이 유죄판결피고인에 대하여 형을 선고하는 확정판결을 내리거나 그 선고를 유예하는 경우 이들 중 한 법원만이 제453조, 제454조, 제454a조 및 제462조에 의한 재판의 관할권을 갖는다. 제3항 제2문과 제3문을 준용한다. 제1항의 경우에는 형사집행부가 재판하며, 이는 제1항제3문에 영향을 미치지 않는다.

⑤ 주고등법원이 제1심에서 판결을 내린 경우 형사집행부를 대신하여 주고등법원이 재판한다. 주고등법원은 제1항과 제3항에 의한 재판의 전부 또는 일부를 형사집행부에 이송할 수 있다. 그 이송은 구속력을 갖지만, 주고등법원은 이를 취소할 수 있다.

⑥ 제354조제2항과 제355조의 경우 제1심법원은 사건이 환송된 법원이며, 재심절차에서 제373조에 의한 재판이 이루어진 경우에는 그 재판을 한 법원이 제1심법원이다.

176) Laubenthal/Nestler, Strafvollstreckung(2010), 28쪽 참조.

177) 제462a조제5항에 따라 형사집행관할권을 가진 제1심법원으로서 재판한 주고등법원이 지방법원 형사집행부에 집행을 위임하는 경우는 그 예외가 된다.

178) Laubenthal/Nestler, Strafvollstreckung(2010), 35쪽 참조.

대한 감독의 경우에 존재한다. 자유형이나 자유박탈보안처분이 집행되어야 하는 경우에도 아직 실질적인 행형개시, 즉 행형시설에 대한 입소가 이루어지지 않은 경우 형사집행부의 관할은 시작되지 않으며, 이 경우에는 사후결정도 아직 제1심법원의 관할에 속한다. 자유형 선고 당시에 미결구금이 이미 자유형 형기의 3분의2에 달하여 형기합산됨으로써 행형개시가 고려되지 않은 경우도 마찬가지이다. 그 밖에 제462a조제1항제3문에 따라 형사집행부가 개별결정을 제1심법원에 위임하는 경우로, 여기에는 제458조제1항이 정한 형사판결의 해석이나 선고된 형의 산정에 관한 이의제기 및 형사집행의 허용과 관련한 이의제기에 대한 판단이 이에 속한다. 이러한 판단에는 형사집행부를 둔 애당초의 취지인 형사집행법원의 행형인접성이 특별히 필요치 않기 때문이다.¹⁷⁹⁾

2. 관할집중의 원칙에 의한 형사집행 관할

형사소송법 제462a조의 사물관할규정의 핵심은 항상 오직 하나의 법원만이 결정하도록 한 것이다. 이 역시 앞에서 언급한 ‘관할집중의 원칙’이 관철된 결과로 형사집행부의 관할로 판단되는 경우 제1심법원의 관할은 배제되고, 그 이외의 경우에만 제1심관할로 남는다. 이는 형사집행기관의 처분이나 명령에 대한 권리구제차원의 사법심사에도 역시 함께 적용된다.

제460조의 경합범으로 인한 병합형선고의 경우가 아니고 여러 형사법원에 의한 다수의 유죄판결이 존재하는 경우 여러 법원의 형사집행관할이 존재한다. 이 경우 여러 법원의 관할권 다툼과 상이한 사후결정의 위험을 회피하기 위하여 제462a조제4항에 따른 관할집중이 이루어진다. 그 결과 오직 하나의 법원에만 집행유예형에 대한 사후결정(제453조), 잔형집행유예(가석방) 및 관련 결정(제454-454a조), 그 밖의 형사집행 관련 사법심사(제462조)에 대한 관할권이 인정된다.

이 경우 관할집중을 위한 집행법원은 제462a조제4항제3문에 의해 준용된 같은

179) Laubenthal/Nestler, Strafvollstreckung(2010), 36쪽 참조.

조문 제1항의 기준에 따라 결정된다. 즉 유죄판결피고인이 자유형 또는 자유박탈보안처분에 대한 행형개시로 이미 수용된 경우 형사집행부가 관할하게 되며, 유죄판결피고인이 아직 수용되지 않은 경우는 제1심법원이 형사집행의 관할권을 가진다.¹⁸⁰⁾ 여러 제1심법원의 관할이 경합할 때는 다시 제462a조제4항제2문에 의해 준용된 같은 조문 제3항제2-3문의 우선권순위에 따라 제1심법원인 주고등 법원에 최우선권이 주어지고, 그 다음에는 형벌의 종류, 형벌의 중합, 그리고 마지막으로 유죄판결의 선후관계에 따라 관할이 결정된다.

3. 형사집행부의 사후적 집행결정

가. 수형자에 대한 형사집행 관련 결정

법원조직법 제78a조제1항제2문제1호 및 형사소송법 제462a조제1항과 제463조 제1항에 따르면, 유죄판결피고인에 대하여 자유형 또는 자유박탈보안처분을 집행하는 경우 법원이 그 사건을 다룰 당시 유죄판결피고인이 수용되어 있던 행형 시설이 소재한 지역의 지방법원 형사집행부는 제453조, 제454조, 제454a조 및 제462조의 재판을 관할한다. 이 경우 자유형의 집행이 중단되는 경우나 조건부 잔형집행유예(가석방)가 이루어진 이후에 행하여지는 재판에 대하여도 이 형사 집행부가 관할권을 갖는다(제462a조제1항제2문). 이를 구체적으로 나열하면 다음과 같다:

- ① 조건부 집행유예 또는 선고유예(형법 제56a-56g조, 제58조, 제59a, b조)와 관계되는 사후적 형사집행결정(형사소송법 제453조),
- ② 조건부 잔형집행유예(가석방, 형법 제57-58조) 승인여부 및 이와 관련된 부수적인 결정(형사소송법 제454, 454a조),
- ③ 자유박탈보안처분 영역에서의 결정(형법 제67조 이하, 형사소송법 제463조)
- ④ 수형자의 그 밖의 형사집행과 관련된 결정들(형사소송법 제462조)

180) 자세한 것은 Laubenthal/Nestler, Strafvollstreckung(2010), 37쪽 이하 참조.

보호관찰기관 동안 집행유예된 유죄판결피고인에 대한 감독은 원칙적으로 제1심법원의 관할에 속하며, 형법 제56e조에 따른 사후적 집행변경결정, 나아가 집행유예의 취소 결정도 제1심법원의 관할이다(제453b조제2항).¹⁸¹⁾ 그러나 이미 다른 사안에 따라 수형자 상태인 유죄판결피고인에게 있어서는 조건부 집행유예 및 잔형집행유예(가석방)와 관련된 사후결정이나 자유박탈보안처분 영역에서의 사후결정이 모두 ‘자유’와 관계되는 결정적인 판단에 해당하며, 수형자라는 특수 신분 및 상황과 관계된다. 따라서 행형에 인접한 지방법원 형사집행부에서 이를 관할하도록 하며(제462a조제4항제3문),¹⁸²⁾ 집행유예 및 잔형집행유예(가석방) 관련 형사집행절차에 대해서는 적법절차가 다른 권리구제(제462조)에 비해 강화된 형태로 보장되고 있다.

나. 결정절차상 적법절차의 보장

실체법적인 형사제재의 사후변경절차에서 검사는 형사집행기관이 아닌 형사소추기관으로서 특정된 판단을 신청하여야 하며¹⁸³⁾, 형사집행부는 구두심리절차 없이 결정으로 이를 판단한다.

조건부 집행유예·선고유예(형법 제56a-56g조, 제58조, 제59a, 59b조)와 관련된 사후결정절차에서는 검사와 피고인의 청문이 이루어져야 하고, 법원이 부담 명령 또는 준수사항 위반을 이유로 집행유예의 취소에 대하여 판단하여야 하는 경우에는 유죄판결피고인에게 구두진술의 기회를 부여하여야 한다. 또 집행유예가 보호관찰조건부인 때에는 집행유예의 취소나 형집행면제에 관한 결정이 고려되는 경우 이 사실을 보호관찰관에게 고지하여야 하며, 보호관찰의 목적상 요청되는 것으로 판단되는 경우 다른 형사절차로부터 법원이 인지한 사항에 대해서도 고지하여야 한다(제453조제1항).

조건부 잔형집행유예(가석방, 형법 제57-58조)의 승인 여부에 대한 결정 및 최소집행기간요건의 미충족을 이유로 신청을 기각하는 결정절차에서는 검사, 유죄

181) Meier, Strafrechtliche Sanktionen(2009), 120쪽.

182) Meyer-Goßner, StPO(2009), § 453 Rn. 3.

183) Meyer-Goßner, StPO(2009), § 453 Rn. 5; § 454 Rn. 9 참조.

판결피고인 및 교정시설의 청문이 이루어져야 하고, 유죄판결피고인에게는 구두 진술의 기회가 주어져야 한다. 특히 교정시설 측에서 수형자에 대해 불리한 내용으로 소견을 진술한 경우에는 이러한 법적 청문권의 보장이 반드시 보장되어야 한다.¹⁸⁴⁾ 따라서 형사집행기관과 교정시설이 잔형집행유예(가석방)의 승인을 제안한 경우나 신청의 형식적 요건 미충족 등 기각사유가 분명한 경우에는 유죄 판결피고인에 대한 구두진술절차를 생략할 수 있다(제454조제1항).¹⁸⁵⁾

조건부 집행유예에 대한 사후결정에 대해서는 처분의 위법을 다투거나 보호 관찰기간의 사후연장을 이유로 하는 사안에서는 항고가 허용되고, 집행유예의 취소, 형집행면제, 집행면제의 취소, 선고유예된 형의 선고 및 면소의 확인(형법 제56f조, 제56g조, 제59b조)에 대하여는 즉시항고로써 다룰 수 있다(제453조 제2항).

조건부 잔형집행유예 결정에 대하여는 즉시항고가 허용되며, 검사의 항고는 결정의 효력을 정지하는 효과를 가진다(제454조제3항).

4. 형사집행부의 행형상의 사법심사: 행형판단

가. ‘행형재판부’로서의 형사집행부 관할

독일 행형법(StVollzG) 제109조제1항제1문에 기초하여 행형의 영역에서 개별 사건을 규율하기 위해 내려진 처분에 대해서는 사법재판을 신청할 수 있도록 수형자에게 보장되는 사법심사신청권의 원만한 보장을 위하여 법원조직법(GVG) 제78a조제1항제2문제2호는 이러한 이른바 ‘행형판단’을 교정시설에 인접한 지방

184) Meyer-Goßner, StPO(2009), § 454 Rn. 18.

185) 다만 무기자유형의 조건부 잔형집행유예(가석방) 판단에 있어서 중요한 요건의 하나인 ‘특별히 중한 책임’(Besondere Schwere der Schuld, 형법 제57a조제1조제1문제2호)의 판단에 요구되는 사실들은 형사집행부의 판단사항이 아니며 이미 사실심으로서 사건을 관할한 (참심)형사재판부가 확인하고 잔형집행유예(가석방)관련 책임의 중대성 관점에서 평가하여야 한다는 것이 연방대법원과 헌법재판소의 입장이다(BVerfGE 86, 288; BGHSt 39, 121, 208). Diemer, KK-StPO/GVG(2008), § 78b Rn. 1 참조.

법원에 설치되는 형사집행부가 관할하도록 규정한다. 형사집행부는 자유형 및 자유박탈보안처분의 집행을 담당하는 행형·교정시설 또는 행형당국이 소재하는 지역을 관할하는 지방법원에 설치된다(법원조직법 제78a조제1항제1문). 행형판단에 있어서 형사집행부는 단독판사로 구성되는 이른바 '소집행부'로 운용된다(같은 법 제78b조제1항제2호).

형사집행부에 의한 행형판단, 즉 행형사법심사를 통한 행형상의 권리구제절차는 광범위하게 행정법원에 의한 권리구제절차를 따르고 있다. 달리 규정이 없는 한 형사소송법을 준용하도록 한 준용규정(행형법 제120조제1항)에도 불구하고 행형법 제109조 이하의 사법심사절차는 그 본질상 행정소송절차의 특수한 적용사안이며 형사소송이 아니다.¹⁸⁶⁾ 행정소송적 성격은 행형법 제109, 113조에서 인정되고 있는 신청(청구권)의 종류와 법원조직법시행법 제23, 27조의 비교를 통해서도 분명해진다.

행형처분에 대한 사법심사 신청요건을 라우벤탈(Laubenthal)의 예에 따라 일목요연하게 도식화하면 다음의 표와 같다.¹⁸⁷⁾

행형처분에 대한 사법심사 신청요건(행형법 제109조 이하)¹⁸⁸⁾

1. 사법심사의 대상 (제109조제1항)

- ① 행형영역: 자유형·자유박탈보안처분에 따른 국가·수형자의 행형관계
- ② 개별사건: 개별사건관련성(일반적인 방식에 대한 신청 배제)
- ③ 규율: 직접적 법률효과로서 수형자의 주관적 권리의 침해
- ④ 처분: 행형상의 권리침해와 관계되는 모든 처분

186) Calliess/Müller-Dietz, StVollzG(2008), § 109 Rn. 5; Volckart, AK-StVollzG(2004), § 109 Rn. 1 참조. 자세한 것은 Laubenthal, Gewährung verwaltungsrechtlichen Rechtsschutzes durch den Strafrichter(2002), 485쪽 이하; Müller-Dietz, Rechtliche und gerichtliche Kontrolle von Strafvollstreckung(1995), 285쪽 참조.

187) 각 요건에 대한 사례를 결집한 상세한 설명은 Laubenthal, Strafvollzug(2008), Rn. 763(라우벤탈, 독일행형법(신양균 외 번역, 2010), 446쪽 이하) 참조.

2. 신청의 종류¹⁸⁹⁾

- ① 취소신청 (제109조제1항제1문, 제115조제2항제1문)
- ② 의무이행신청 (제109조제1항제2문, 제115조제4항)
- ③ 작위신청 (제109조제1항제2문, 제113조)
- ④ 부작위신청 (예방적, 보충적 신청)
- ⑤ 확인신청 (제115조제3항)

3. 신청자격 (제109조제2항): 주관적 권리의 침해가능성

4. 전심절차(제109조제3항): 해당 연방주법이 전심절차를 규정한 경우

5. 형사집행부 관할

- ① 사물관할 (법원조직법 제78a조제1항제2문제2호)
- ② 토지관할 (제110조제1문)

6. 신청의 형식 및 기간

- ① 서명형식 또는 법원의 조서형식 (제112조제1항제1문)
- ② 취소신청 · 의무이행신청 기간 (제112조제1항): 처분통지 후 2주

7. 당사자 능력 (제113조제1항)

- 신청인
- 불복된 처분을 하였거나 신청된 처분을 거부 · 부작위한 행정당국

188) Laubenthal, Strafvollzug(2008), Rn. 799(라우벤타, 독일행형법(신양균 외 번역, 2010), 469쪽 이하) 참조 재구성.

189) 이에 대해 반대하고 상세한 서술은 라우벤타, 독일행형법(신양균 외 번역, 2010), 455쪽 이하 참조

나. 사법심사 청구절차

사법심사 청구권자는 ① 자유형 및 자유박탈보안처분의 집행과 관련한 국가와 수형자라고 하는 행형영역에서의 특수관계에서 수형자의 주관적 권리를 침해하는 ② 개별사건을 ③ 규율하는 ④ 행형처분을 받았다고 주장하는 자이다. 여기에는 수형자 뿐 아니라 행형처분에 직접 관련된 제3자(예컨대 접견신청을 거부당한 자)도 해당된다. 행형과 직접 관련이 없는 형의 집행(Strafvollstreckung) 영역에서의 결정을 이유로 행형법 제109조 이하의 사법심사를 청구할 수는 없다. 다만 행형법상 사법심사대상에 해당하지 않고 그 밖의 구제수단이 존재하지 않는 경우에는 보충적 권리구제수단을 규정하는 법원조직법 시행법 제23조 이하에 따라 사법심사를 청구할 수 있다.¹⁹⁰⁾

행형처분의 취소를 요구할 때는 처분이 내려진 후 2주 이내에, 거절된 처분의 허용을 요구할 때는 처분의 거절을 서면으로 통보받은 후 2주 이내에 사법적 결정을 청구하여야 한다. 행정심판을 거친 경우에는 이의제기할 수 있음을 고지 받은 후 2주 이내에 사법심사를 청구하여야 한다(행형법 제112조제1항). 심사의 청구는 서면으로 법원에 제출하여야 한다. 사법심사절차에는 청구를 제기한 자와 청구에 관련된 행형공무원이 당사자로 참여한다. 고등법원이나 연방대법원에 서의 상소심 절차에서는 행형공무원과 함께 감독공무원도 참여한다(제111조).

사법심사청구는 원칙적으로 법원에 직접 제기될 수 있지만(행형법 제112조제1항제1문), 행정심판전치주의 채택을 각 연방주의 판단에 맡긴 제109조제3항에 따라 연방주 법무부가 이를 규정할 경우에는 사법심사청구에 앞서 행정심판을 통해 행형처분의 합법성 및 합목적성의 심사를 받아야 한다. 행정심판을 통한 이의절차를 도입할 수 있도록 한 것은 ‘불복이 있는 처분에 대해 우선적으로 행 해당국이 먼저 심사하도록 함으로써 결정의 방식이 제한되어 있는 간접적인 사법심사에 앞서 적절하고 건설적인 해결을 가능하도록 하기 위함’¹⁹¹⁾이다. 감독기

190) BGH NStZ-RR 2002, 26쪽 이하; OLG Frankfurt, NStZ-RR 2006, 253쪽; OLG Schleswig, NStZ-RR 2008, 126 쪽; Laubenthal, Strafvollzug(2008), Rn. 767 참조(외부전문가 감청서를 교도소측의 입장을 정하는데 사용하지 못하도록 청구한 사례는 행형사법심사에 해당하지 않는다).

191) Bundestags-Drucksache VII/918, 84쪽.

관은 적법성 심사뿐만 아니라 내용적 합목적성 통제를 할 수 있기 때문이다.¹⁹²⁾ 그러나 이로 인한 행형 영역에서의 사법심사를 통한 권리보호와 관련하여, 특히 단기수형자에 중요한 의미를 가질 수 있는 절차지연의 위험이 지적되면서,¹⁹³⁾ 지금까지 단지 일부의 연방주가 행정심판전치주의를 취하고 있다.¹⁹⁴⁾

권리구제가 효과를 거두기 위해서는 법원의 결정이 있기 전에 문제가 되는 행형처분에 대한 잠정적 권리구제가 가능하여야 한다. 행형처분에 대한 사법판단이 내려지더라도 이미 침해된 권리가 회복될 수 없거나 부분적으로만 회복될 수 있는 경우 사후적 구제는 의미가 없기 때문이다. 그러나 독일행형법은 사법심사 청구와 동시에 행형처분을 유예시키는 제도를 두지 않고 있으며, 이와 반대로 사법심사의 청구가 처분을 유예하는 효과를 갖지 않는다고 명시하고 있다(행형법 제114조제1항). 다만 법원은 문제된 처분의 집행을 유예하고 일정한 예방적 처분을 잠정적으로 부과하도록 결정할 수도 있다(행형법 제114조제2항). 이 경우는 ‘신청인의 권리실현이 좌절되거나 중대하게 곤란해질 수 있고 즉시 집행을 해야 할 이익이 더 크지 않은 때’로, 법원은 불복된 처분의 집행을 정지시킬 수 있다. 법원은 잠정적으로 내린 처분과 관련하여 언제든지 이 결정을 변경 또는 취소할 수 있다. 행형공무원이 재량으로 법원의 결정이 있을 때까지 수형자의 요구에 따르는 처분을 할 수 있음은 물론이다.

다. 형사집행부의 결정

행형판단을 위한 사법심사절차에서 형사집행부는 구두변론절차 없이¹⁹⁵⁾ 결정의 형식으로 재판한다. 형사집행부의 결정문은 형사재판에서의 판결이유와 같은 서면의 논증이 요구된다. 비록 변론절차를 채택하지 않고 있지만 형사집행부의

192) Laubenthal, Strafvollzug(2008), Rn. 783.

193) Kaiser/Schöch, Strafvollzug(2002), 326쪽.

194) Laubenthal, Strafvollzug(2008), Rn. 783.

195) 절차의 본질에 부합하기 위해서는 ‘구두변론절차 없이’라는 제한이 없어야 한다고 하며(예컨대 대안행형법초안(AE-StVollzG) 제155조제1항), 심지어 변론절차 또는 공판절차의 도입과 ‘결정’이 아닌 ‘판결’로 결정해야 한다고 주장한 견해로는 Schüler-Springorum, Rechtsbehelfe gegen Vollzugsmaßnahmen(1970), 150, 152쪽.

사법심사절차에도 실체적 진실의 발견을 위한 법원의 조사의무는 공판절차에서와 똑같은 수준으로 요구된다. 기본법 제103조제1항이 정하는 법적 청문권 보장 원칙에 따라 소송참가자들은 법원이 그 결정에서 참고하려고 하는 사실과 증거에 대해 청문할 권리를 갖는다. 그리고 법원은 소송참가자가 자신의 의견을 제시할 수 있었던 사실과 증거만을 토대로 평가하여야 한다.¹⁹⁶⁾

사법심사의 결과 처분이 위법하고 신청인이 이로 인해 그 권리를 침해받은 것으로 확인된 경우 법원은 그 처분을 취소한다. 행정전심절차가 선행된 경우에는 이의신청에 대한 결정을 취소한다. 처분이 이미 집행된 경우 법원은 더 이상의 조사가 불필요할 만큼 사건의 성숙성이 인정되는 때에 한하여 행형기관이 그 집행을 취소하도록 결정하도록 하고 그 방법까지 결정할 수 있다(행형법 제115조 제2항제2문).

처분이 사전에 철회되거나 다른 방법에 의하여 해결된 경우, 법원은 이러한 확인에 대하여 신청인에게 정당한 이익이 있는 때에는 신청에 의하여 그 조치가 위법한 것이었음을 선언할 수 있다(행형법 제115조제3항). 처분의 기각 또는 부작위가 위법하고 신청인이 이로 인하여 권리의 침해를 받은 경우에 사건의 성숙성이 인정되는 때에는 법원은 해당 직무행위를 착수하도록 행형시설의 의무를 선언한다. 반면 그렇지 않은 경우에는 법원의 법적 견해를 참조하여 신청인에게 통지해 줄 의무를 선언한다(행형법 제115조제4항).

처분의 부과나 거절에 대해 행형기관에 일정한 재량이 인정되는 재량행위에 대한 사법심사는 재량권 행사의 위법여부만 심사한다(행형법 제115조제5항). 따라서 행형기관이 내린 재량판단을 법원이 옳다고 여기는 다른 판단으로 대체하는 것은 허용되지 않는다.

라. 항고절차와 그 밖의 권리구제절차

형사집행부의 결정에 대해서는 법의 형성 또는 판례의 통일성을 담보하기 위하여 심사가 요청되는 경우, 법규가 적용되지 않았거나 올바르게 적용되지 않았

196) 정승환, 형벌집행에 대한 법관의 통제와 형집행법원의 필요성(2004), 401쪽 참조.

다는 법률위반을 이유로 하여 불복이 있는 때에 법률항고(Rechtsbeschwerde)가 허용된다(행형법 제116조제1, 2항). 항고사건은 형사집행부를 그 관할 하에 두고 있는 주고등법원형사부가 관할한다(제117조). 항고의 제기 역시 행형처분의 집행을 정지시키는 효과는 없다(제116조제3항). 항고가 정당하다고 판단되는 경우 항고법원은 형사집행부의 결정을 파기하고 사건의 성숙성이 인정되는 경우 스스로 결정을 내리며, 그렇지 않은 경우 형사집행부에 환송한다. 항고법원인 주고등법원형사부의 판단은 최종적이어서 더 이상 다룰 수 없다(제119조제4-5항).

이러한 법적 수단에 의해서도 권리구제를 받지 못한 수형자가 행형공무원이나 법원의 결정에 의해 자신의 헌법적 권리가 침해되었다고 믿는 경우에는 연방헌법재판소에 헌법소원을 제기할 수 있다(연방헌법재판소법 제90, 93조).¹⁹⁷⁾ 여기서도 권리구제가 되지 않는 경우, 즉 국내적 권리구제수단이 고갈된 것을 전제로 수형자가 회원국정부를 상대로 유럽인권재판소(EGMR)¹⁹⁸⁾에 개인소원(Individualbeschwerden)을 제기할 수 있다(유럽인권협약¹⁹⁹⁾ 제34, 35조).²⁰⁰⁾

대부분의 수형자들은 사법심사에 필요한 재정적 부담을 감당하기 힘든 형편에 처해 있다고 볼 수 있으며, 이는 수형자들이 자신의 권리를 법원에서 관철하거나 방어하는데 장애가 되며 심지어 수형자의 권리구제를 위해 사법심사제도를 그림의 떡이 되게 하기 쉽다. 이를 방지하기 위해 민사소송법상 소송비용지원(Prozesskostenhilfe)에 관한 규정을 준용하는데(독일행형법 제120조제2항), 소송비용지원에 대한 승낙 여부는 소송의 성공전망에 대한 평가에 따라 좌우된다(민사소송법 제114조).

197) 이에 대해 자세한 것은 Laubenthal, Strafvollzug(2008), Rn. 848 참조.

198) Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte(EGMR).

199) Europäische Menschenrechtskonvention (EMRK, Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten vom 04.11.1950). 현행 유럽인권협약은 의정서 14호를 통해 2004년5월13일 최종 개정되어, 2010년6월1일부로 발효되었다.

200) 이에 대해 자세한 것은 Laubenthal, Strafvollzug(2008), Rn. 849 이하 참조.

제4절 형사집행부와 사법심사에 대한 비판적 조명

형사집행법원의 도입을 지향하였던 형사법개혁론자들은 마침내 형사집행부 설치를 통해 형사집행절차를 전면재구성하면서 이 제도에 큰 희망을 두었다. 여기에는 독일기본법(GG) 제20조, 제105조와 수형자를 오랫동안 특별권력관계로 다루어온 관점을 청산한 연방헌법재판소의 판결²⁰¹⁾에서 구체화된 법치국가적 요청에 대한 고려와 함께 리스트의 마부르크강령 이래 그 지평을 넓혀온 사회국가적 재사회화 요청의 실현이라는 명제가 함께 하고 있었다. 모든 형사집행영역에 대한 사법심사를 행형에 인접하고 전문인력의 배치로 전문화된 형사집행부에 집중시킴으로써 통일적인 판단을 이끌어 내는데 기여할 것이라는 기대가 형사집행부 도입에 걸려 있었다.²⁰²⁾

따라서 형사집행부의 실무에 대해 법치국가적으로 요청되는 관할·규정의 명확성 관점, 전문성 관점 및 집중성의 관점에서 살펴본 1985년 노르트호프²⁰³⁾의 분석은 시사하는 바가 많다. 형사집행부의 도입은 개혁론자들의 이상과 환상에 기초한 임기응변적 정책산물이라기 보다는 오랫동안 제기된 개혁요청에 대한 오랜 논의의 결과로써 보다 인간적이고 전문적이고 의미 있는 형사집행 및 행형을 위한 노력의 차원에서 관철된 입법적 성과라 할 수 있다. 그러나 형사집행부의 관할, 구성 및 절차에 관한 법률규정이 형사집행부의 전부는 아니다. 이 제도에 얼마나 많은 직군과 이익그룹이 관계되어 있으며, 국가의 재정부담 등과 관련하여 어떤 문제가 있는지 등 이를 사회적·제도적 맥락에서 살펴보며 평가할 필요가 있다.²⁰⁴⁾

201) BVerfGE 33, 1쪽 이하(이른바 ‘수형자판결’).

202) Northoff, Strafvollstreckungskammer(1985), 8쪽 참조.

203) 1981년 본인 스스로 함부르크 지방법원 형사집행부 판사이기도 했던 노르트호프(Northoff)는 그의 박사논문에서 형사집행부의 전면도입 10여년에 대한 평가로 함부르크의 2개 형사집행부를 중심으로 형사집행부의 실무상의 성과와 한계에 대하여 조사하였는데, 여기에서는 이를 중심으로 형사집행부의 실무에 대해 살펴보기로 한다(Northoff, Strafvollstreckungskammer(1985), 7쪽 참조). 아울러 2011년9월26일 독일 프라이부르크 지방법원 형사집행부 클라이네코작(Dr. Kleine-Cosack) 부장판사와의 인터뷰를 참조하기로 한다.

204) Northoff, 앞의 책(1985), 25쪽 이하 참조.

특히 독일입법자가 행형법 제109조 이하에서 행형처분으로부터 수형자의 효과적 권리구제를 보장하기 위해 2단계로 구성된 사법심사를 기획하였지만, 행형법 시행 이후 수형자의 관점에서 볼 때 소송의 제기가 별다른 성과가 없다는 조사 결과에 대해 비판적으로 검토할 필요가 있다.²⁰⁵⁾

1. 형사집행부 규정체계의 복잡성과 불충분성

먼저 독일에서 형사절차상 새 조직인 형사집행부 제도를 도입할 당시 이를 규정하는 방식에 있어서부터 문제가 있었음이 지적된다. 형사집행부 관련 핵심조항을 법원조직법상 제5a장(5a. Titel)에 제78a, 78b조로, 형사소송법상 제462a조로 규정한 것은 임시방편적, 끼워넣기의 성격이었다는 비판이 그것이다. 배심법원에 관한 규정이 제도의 폐지로 삭제되어 (지금도) 자리가 비어있는 제6장(제79-92조)에 ‘충분한 공간’이 있어서 이를 활용하여 명실상부한 독립의 장에 형사집행부를 규정할 수 있었음에도 불구하고 형사집행부에 이러한 입지를 부여하지 않았다는 것이다.²⁰⁶⁾

이뿐 아니라 형사집행부의 관할 및 구성을 규정함에 있어서 명확성요청은 헌법적인 법치국가적 요청, ‘법률적 법관’의 요청 및 효과적인 권리구제와 행형목적의 실현이라는 측면에서 매우 중요한 요청이다. 그러나 독일형사입법자가 형사집행이라는 복합테마를 간명하고 개관이 가능하게 규정하는데 성공하지 못했다는 것은 형사집행부 도입 이래 제기된 수많은 관할권다툼이 반증한다. 이에

205) 1980년대 중반 연방 전체의 주상급법원의 행형법 제116조에 따른 법률항고사건 238건에 대한 조사에 따르면 수형자의 승소가 약 7%에 해당하였다. 대부분 승소는 형사집행부로의 파기환송인데 이 경우 형사집행부가 새로운 결정으로 신청인이 자신의 요구를 최종적으로 관철시킨 경우는 3.5%에 지나지 않았다. 1986년에서 1989년까지 아른스베르크 지방법원 형사집행부가 행형법 제109조 이하에 따라 사법심사한 1,611건의 분석도 단지 5.4%의 승소율을 보였다(행형법 제114조의 절차를 제외하면 그나마 4.8%에 그쳤다. 이에 대해 자세한 것은 Laubenthal, Strafvollzug(2008), Rn. 840 및 각주 255 문헌 참조.

206) Northoff, 앞의 책(1985), 26쪽; Peters, Der Auftrag des Gesetzgebers an die Strafvollstreckungskammer(1977), 106쪽 참조.

대해서는 장기적으로 검찰, 사실심, 형사집행부, 행형기관 사이의 관할과 협조 관계에 대해 규정하는 복잡한 준용규정을 대폭 줄이면서 이를 보다 명확하게 규정할 필요가 있다고 한다.²⁰⁷⁾

그 외에도 행형상의 사법심사와 관련하여 재판절차에 관한 규정의 불충분성이 지적된다. 독일 행형법 제120조는 행형법에 달리 규정이 없는 이상 형사소송법적 및 행형절차법적 요소를 고려하여 형사소송법 규정의 개괄적인 준용에 그치고 있어 행형 영역에서의 법원에 의한 권리보호의 특수성을 간과하고 있다. 행형상 권리구제절차는 형사절차적 성격을 가지면서도 동시에 행정소송적 요소를 지닌 행정행위에 대한 독자적 사법심사절차이기 때문이다.²⁰⁸⁾ 개별적인 영역에서 분명한 규정이 부족한 탓에 형사소송법 또는 행정법원법의 어느 원칙과 규정을 적용해야 하는가에 대해 무용한 다툼을 가져오고 있어,²⁰⁹⁾ ‘행형상 사법심사절차’에 대한 새로운 법률규정을 마련해야 한다는 주장도 존재한다.²¹⁰⁾

2. 형사집행부의 전문성 문제

다른 한편 형사집행부의 형사사법상의 평가와 관련하여서는, 형사사법실무 내부에서 형사집행부의 업무부담이 어떻게 평가되고 있는가 하는 점 역시 빼놓을 수 없다. 이에 대해 구속력 있는 형식적 평가기준은 존재하지 않지만 참조가 될 수 있는 것이 각 직군(법관, 검찰, 사법보좌관)이 1년에 처리해야 할 사건수, 즉 직군업무처리상 시간부담을 숫자화하고 있는 법무부의 ‘인력수요계산체계’이다.²¹¹⁾ 이를 기준으로 삼았을 때 예컨대 1979년 함부르크 지방법원의 예를 보면, 지방

207) 이에 대해 자세한 것은 Northoff, 앞의 책(1985), 30쪽 이하 참조.

208) Baier, Grenzenlose Sicherheit?(2001), 588쪽 참조.

209) Müller-Dietz, JR(1993), 478쪽.

210) 이에 대해 자세한 것은 Laubenthal, Strafvollzug(2008), Rn. 842 참조.

211) 과거에는 이를 이른바 ‘Pensenschlüssel’ 라 하였는데 최근 바뀐 시스템은 이를 ‘PEBB§Y’(웹시)로 약칭하고 있다. Personalbedarfsberechnungssystem(인력수요계산시스템)의 약자이다. 이에 관한 독일연방주 니더작센의 PEBB§Y에 대한 자세한 소개는 다음의 법무부웹사이트 참조(2011.11.1. 검색): http://www.mj.niedersachsen.de/portal/live.php?navigation_id=3779&article_id=0316&psmand=13

법원의 다른 업무에 비하여 형사집행부 소집행부 업무가 압도적 차이로 가장 하위를 차지하였다. 민사법관이 1건의 항고사건을 처리하고 일반형사부 법관이 2건의 항고사건을 처리할 시간에 형사소집행부 법관은 3건의 결정업무를 처리해야 하였다. 사안이 심각한 무기자유형이나 보안감호처분의 잔형집행유예(가석방)에 대해 결정하는 대형사집행부 법관조차도 민사부의 항고사건보다 빨리 처리하도록 요구되었다.²¹²⁾ 이는 형사집행부의 업무가 형사사법 내부에서 그 만큼 저평가되고 있다는 반증이라 할 수 있다.

이와 불가분의 관계에 있는 것이 법원 내부에서의 형사집행부 업무에 대한 관심도 및 인기도라 할 수 있으며, 이는 다시 형사집행부의 우수인력 및 전문성 확보문제와 결부된다. 노르트호프(1985년) 판사의 일상체험적 관찰조사에 따르면 법원 내에서 법관업무별 랭킹은 상사재판부, 민사재판부, 형사재판부, 형사집행부 순이었다. 여기서 일반형사재판부(Strafkammer) 업무는 “그래도 그 결과로써 어쨌든 ‘판결’이 나오지 않느냐”는 다소의 호평이 있었다면, 형사집행부(Strafvollstreckungskammer) 업무에 대해서는 “기껏 수형자들을 상대하여 ‘결정’을 내리는 업무로서 근본적으로 법학과 상관이 없다”거나, “일반재판사안에 비해 엘리트변호사들을 상대할 기회도 적다”는 등 법률가경력과 관련한 고려에서 부정적 평가가 지배적이었다.²¹³⁾ 이러한 배경에서 형사집행부를 일반형사재판부가 겸하는 식의 지방법원 업무분장의 형태는 비교적 흔한 방식이다.²¹⁴⁾ 그러나 민사재판부가 형사집행부를 겸하는 것과 같은 이질적인 결합방식은 문제가 있는 것으로 지적된다.²¹⁵⁾

212) Northoff, 앞의 책(1985), 27쪽; Laubenthal, Strafvollzug(2008), Rn. 844 각주 257 참조

213) Northoff, 앞의 책(1985), 28쪽. 이러한 저평가에 비하여 수형인 중 일부 ‘집중신청인’의 ‘신청폭탄’으로 인한 형사집행부의 업무과중 또는 잔무과중에 대해서는 Laubenthal, Strafvollzug(2008), Rn. 842 참조

214) 프라이부르크 지방법원의 경우 2011년 업무분장을 살펴보면, 제12형사재판부가 제1형사집행부를, 제13형사재판부가 제2형사집행부를 겸하고 있는 것을 볼 수 있다. 제2형사집행부가 모든 관할구역의 행형판단사안과 Emmendingen 정신치료센터에서 수용정신치료처분을 받는 수용자들에 대한 형사집행판단을 관할하고, 나머지 형사집행사안은 제1형사집행부가 관할한다(Landgericht Freiburg, Geschäftsverteilung für das Geschäftsjahr 2011, 17쪽 이하, 아래 웹사이트 참조 2011.11.1. 검색): <http://www.landgericht-freiburg.de/servlet/PB/show/1271958/GV.Plan%20Richter%C4nderungen%2010.10.2011.pdf>.

이는 형사집행부 도입 10여년이 된 1980년대 초반의 평판이었다는 제한이 있지만 이러한 분위기는 근본적으로 지양되지 않은 것으로 보여, 전문법관에 의한 전문법원으로서 형사집행법원이라는 형사개혁가들의 비전이 여전히 요원하거나 되레 퇴보한 감이 있어 보인다.²¹⁶⁾ 그 원초적 원인은 형사집행법원이라는 전문법원 및 전문법관 체제를 도입하려다 형사집행부를 설치하는데 그친 데서 비롯된 측면이 있다. 하지만 다른 한편 행형의 독립성을 강조하여 가석방판단 이외에는 행형과 관련된 실체적 결정을 대부분 행형기관에 일임하고, 단지 권리구제에 대한 사법심사에 그치고 있는 독일 형사집행 및 행형 사법심사체계의 한계도에 일조하고 있다. 예컨대 독일 행형법은 휴가결정이나 개방처우 등의 결정이 행형기관의 전권에 속하며, 이에 대한 불복만이 사법심사 대상이 된다. 그러나 이러한 행형판단이 누구에 의해 어떻게 이루어지느냐에 따라 실체적 사법심사에 속하는 가석방판단에도 결정적인 영향을 미친다. 형사집행부가 휴가결정 등에 개입하고 직접 조건부 감증을 한 경우에 가석방판단도 보다 실체적으로 할 수 있고, 또 수형자의 사회복귀에 지향된 결정을 더 전문적으로 할 수 있기 때문이다.²¹⁷⁾

형사집행부 법관배정에 있어서도 애당초 의도된 전문성 요청에 부응하려는 노력이 매우 미흡한 것으로 지적된다.²¹⁸⁾ ‘칼스루에 형사집행부 프로젝트’를 진행

215) Northoff, 앞의 책(1985), 37쪽.

216) Laubenthal, Strafvollzug(2008), Rn. 842 참조.

217) 2011년9월26일 인터뷰 당시 제2형사집행부 소속 클라이네코작 부장판사에 따르면 프라이부르크 지방법원에 설치된 13개의 형사재판부 가운데 2개의 형사재판부가 각각 형사집행부를 겸하고 있는 것은 하나의 전담 형사집행부를 두어 이에 집약·전담시킬 만큼 지방법원의 형사집행관할사안이 많지 않기 때문이라고 하였다(Northoff, 앞의 책(1985), 37쪽 역시 이 점을 언급하고 있다). 만약에 휴가처분, 개방처우 등 시설의 변경처분 등도 형사집행부의 사물관할에 속하게 되어 보다 깊숙이 행형에 관여하게 된다면 하나의 전담형사집행부로 하는 것이 합리적일 것이라는 입장이었다. 그러나 주법무부차원에서는 자주 교도소 등 수용시설을 방문하도록 법원과 형사집행부에 권고를 하지만 현행 체계상 행형영역에 법원이 더 깊이 관여할 근거가 없어 일정한 거리를 둘 수밖에 없는 것으로 보인다.

218) 1985년의 현실에 대해서는 Northoff, 앞의 책(1985), 38쪽 이하 참조. 프라이부르크 형사집행부 판사와의 인터뷰 결과에 의하면 2011년 현재에도 형사집행부 법관을 배정함에 있어서 형사집행이나 행형에 대한 사전교육이나 경험에 대한 고려는 물론 배정 후의 전문연수교육 등의 노력이 거의 전무하였다.

한 토만(Thomann) 판사는 형사집행부 법관은 심지어 범죄자진단·예측판단을 하여야 하기 때문에 범죄학전문지식을 필요로 한다고 하며, 이러한 전문지식을 갖추고 이미 법관 또는 검찰 경력을 통해 검증된 법관 중에서 선발해야 한다고 주장하였다.²¹⁹⁾ 이러한 전문지식과 함께 행형상의 재사회화 관점에 대한 개인적인 관심 및 동기부여도 매우 중요하다. 하지만 이에 대한 법관교육 및 배정상의 제도적 노력이 매우 부족한 상태이다.²²⁰⁾

3. 형사집행부로의 관할집중의 손상

형사집행부 절차를 구상할 당시 소송경제의 원칙과 함께 관할집중의 원칙이 최우선시 되었다. 형사집행부 탄생의 산모 역할을 한 칼스루에 법관 토만(Thomann)은 형사집행부의 도입에 의해 전문법원으로서의 관할집중이 이루어짐으로써 여태까지 존재하던 복잡하고 산만한 관할권의 나열상태가 극복되고 시간적, 장소적, 인적, 재정적 부담을 경감하는 사건처리가 가능하게 될 것으로 기대하였다.²²¹⁾ 관할권의 집중은 여러 법원의 단절적인 사건관할로 인하여 서로 모순된 결정이 나오는 것을 피할 수가 있어서 무엇보다 수형자를 위한 재사회화 요청에도 부합되는 관점이다.

이러한 관할집중의 원칙은 형사소송법 제462a조제4항을 통하여 여러 유죄판결의 경우 한 법원이 관할하고, 다수 법원의 관할이 인정될 때는 형사집행부에 우선권을 인정하는 식으로 규율되었다.

그러나 실무에서는 사실심과의 관계에서 몇 가지 문제가 제기되는데 그 첫째는 집행유예의 감독을 사실심이 하는 과정에서 형사집행부와의 의사소통이 이루어지지 않아 재범사실로 인해 이미 유죄판결을 받아 행형시설에 수용되어 형사집행부의 관할이 인정되었음에도 관할권이 없는 사실심이 집행유예취소를 선고

219) Thomann, Das Vollstreckungs- und Vollzugsgericht(1973), 27쪽 이하 참조.

220) Northoff, 앞의 책(1985), 39쪽 이하; 개선책으로 업무분장상의 배려와 재교육기회제공 등을 지시하는 입장으로는 Laubenthal, Strafvollzug(2008), Rn. 842.

221) Thomann, 앞의 책(1973), 34쪽 참조.

하는 사태가 발생한다는 것이다. 그리고 이러한 관할집중 원칙의 위반에도 불구하고 수형자의 무지로 인해 항고기간이 지남으로써 결정은 확정되어, 관할권 위반 역시 문제시되지 않게 되고 만다.

둘째로 법률적으로 관할집중의 원칙의 일관성을 깨는 사례는 형사소송법 제462a조제3항으로 사후적인 병합형의 선고를 사실심 관할로 규정한 것이다. 이는 병합형의 선고가 형사집행보다는 사실심리에 가깝다는 측면에서 도그마틱적으로는 옳은 판단이라 할 수 있다. 그러나 입법자는 예컨대 형사소송법 제458조의 형사판결의 해석에 관한 불복에서 이 사안이 도그마틱 문제인 '해석'의 문제임에도 관할집중의 원칙에 따라 형사집행부의 관할로 두고 있다는 점에 반드시 일관적인 것도 아님을 볼 수 있다. 관할집중의 결과로 형사집행부에 모든 판단과 정보가 집약된다는 점에서 병합형의 선고도 형사집행부가 더 합리적이고 신속하게 결정할 수 있을 것으로 기대되어 형사집행부에 의한 병합형선고 관할이 바람직한 것으로 평가되고 있다.²²²⁾

이러한 광범위한 형사집행부로의 관할집중이 형이나 처분을 선고한 사실심을 소외시키는 문제도 일리가 있는 지적이라 할 수 있으나²²³⁾ 관할의 집중이 근본적으로 수형자의 재사회화화를 촉진하는 측면이 있다는 점에서 전자는 감수해야 될 부분이자 법원 내의 의사소통의 문제라 할 것이다.

4. 형사집행부 행형사법심사와 집행권의 문제

행형처분과 관련하여 형사집행부가 내린 행형판단의 관철, 즉 결정의 (강제)집행에 대하여 행형법은 침묵하고 있고, 행정법원법 제170조, 제172조의 유추적용도 인정되지 않는다는 것이 판례의 입장이나²²⁴⁾, 헌법적 효과적 권리구제원칙을 고려할 때 이를 준용할 수 있다는 학계의 입장도 존재한다.²²⁵⁾ 입법자는 행형에

222) Northoff, 앞의 책(1985), 43쪽 이하.

223) Northoff, 앞의 책(1985), 44쪽.

224) OLG Frankfurt, NSTZ 1983, 335; OLG Celle, NSTZ 1990, 207 f.; LG Gießen, NSTZ-RR 2006, 61 f.

대한 사법심사를 규정하면서 설마 행형당국이 법원의 결정을 따르지 않는 사태가 발생하지 않으리라 예상한 것 같지만 실제로는 적지 않게 이른바 ‘집행저항’(Renitenz)이 발생하면서 행형상 권리구제의 효율성을 해치고 있다.²²⁶⁾ 이 경우 수형자는 추가적인 권리구제 수단에 의존해야 한다는 점에서 행정법원법 제 170조, 제172조를 준용하거나 독립적 규정으로 입법적인 해결이 요청되고 있다.²²⁷⁾ 행형사법심사에서 효과적인 권리보호는 결국 법원의 결정의 집행을 통한 권리실현을 포함함으로써 확정된 권리침해를 효과적으로 제거할 수 있는 결정권한이 형사집행부에 인정되어야 한다는 입장이 지배적이다.²²⁸⁾

225) Volckart, AK-StVollzG(2000), § 109 Rn. 81; Laubenthal, Strafvollzug(2008), Rn. 847;

Ullenbruch, Vollzugsbehörde contra Strafvollstreckungskammer(1993), 522쪽.

226) Laubenthal, Strafvollzug(2008), Rn. 847.

227) Calliess/Müller-Dietz, StVollzG, § 116 Rn. 7; Kaiser/Schöch, Strafvollzug, 381쪽.

228) Laubenthal, Strafvollzug(2008), Rn. 847 참조.

제5장

프랑스 형사집행절차상 사법심사

Dr. Müller

프랑스 형사집행절차상 사법심사

제1절 형사집행에 대한 사법통제의 발전

형사집행법관(juge de l'application des peines)은 오늘날 프랑스 형사법체계에 서 본질적인 구성요소이다. 하지만 애당초 늘 이랬던 것은 아니다. 1950년대 말 까지 자유형 집행과 행형에 대한 통제는 전적으로 교도소 행정의 소관사항이었다. 판결이 선고된 후 형사사법은 형사집행 과정 및 그 이후의 수형자의 운명에 대해서 더 이상 관할권이 없었다.²²⁹⁾ 하지만 제2차 세계대전 이후부터 근본적인 사고의 전환이 이루어지기 시작하였다. 전쟁으로 인한 파괴와 독일 점령 및 비쉬(Vichy) 통치로부터의 해방과 함께 프랑스 사회에서 발생하게 된 변혁들로 인해, 그동안의 전통적 개념들에 대한 의문이 제기되었고, 광범위한 개혁의 필요성이 대두되었다.²³⁰⁾

자유형의 의미와 구성에 관한 문제제기에 대해서는 이미 1945년 5월에 이른 바 ‘아모르 위원회’(Commission Amor)에서 행형 개혁을 위한 ‘14개항개혁안’이 수립되었다. 이 중 제1항은 자유형의 목적을 수용자의 개선 및 재사회화에 두는

229) Guglielmi 1991, 622쪽.

230) Haensch/Tümmers 1993, 66쪽; vgl. Patin 1947, 343쪽.

방향설정이며, 제9항은 법관의 형사집행 감독에 관한 것이었다.²³¹⁾ 이후 몇 년 간 행형행정이 법관에게 장기자유형 집행 감독을 위임하는 시범적 프로젝트가 있었다.²³²⁾ 1958년 12월 23일 개정된 프랑스 형사소송법(CPP: Code de procédure pénale) 제5편은 형사집행과 집행유예 외에 행형 전체를 규율하고 있는데, 여기에는 ‘아모르 위원회’의 몇 가지 구상이 수용되어 있다. 특히 그동안 시범적으로 진행된 법관의 형사집행에 대한 통제가 법적 근거를 확보하여, 자유형 집행에 대한 전문형사집행법관의 관할권이 규정되었다.²³³⁾ 형사집행법관의 기초적 과제는 수형자에 대한 본질적 처우 방식을 결정하는 것이었다.²³⁴⁾ 또한 형사집행법관은 이른바 개방환경에서의(im offenen Milieu) 형사집행에 대한 관할권을 가졌다. 형사집행법관은 처음에는 보호관찰감독을 담당하였으나, 점차 여러 가지 대안제재가 도입되면서²³⁵⁾ 그 관할 범위도 상응하여 확대되었다.

이 때 형사집행법관의 재판이 가지는 법적 성질이 무엇인가가 불명확하여 논쟁거리가 되었다. 판례를 수용하여 1978년 법률개정에서 이 재판은 법관의 행정 처분(mesures d'administration judiciaire)이며,²³⁶⁾ 법관의 판결은 아니라는²³⁷⁾ 표현을 받아들이기는 하였지만, 법도그마틱상 그리고 실무적으로 이것이 의미하는 바가 무엇인지에 대해서는 여전히 의문이 남았다. 이는 결코 - 개방환경에서의(im offenen Milieu) 일부 결정은 예외였지만 - 구두심리에서 기인하는 문제는 아니었다. 형사집행법관이 이른바 폐쇄환경(milieu fermé)을 담당하는 한, 즉 자유형 행형에 관련되는 한, 형사집행법관은 교도소 행정에 귀속되는 형사집행위원회(commission de l'application des peines) 위원장으로서 재판하였다.²³⁸⁾ 이

231) vgl. Gassin 1975, 7, 11쪽.

232) Gassin 1975, 11쪽.

233) Guglielmi 1991, 622쪽.

234) 2004년부터 유효한 법률인 형사소송법 제722조.

235) 아래 제3절 2 참조.

236) 1978년부터 2000년까지 유효하였던 법률인 형사소송법 제733-1조.

237) 따라서 형사집행법관의 재판은 논증될 필요가 없었고, 법률적으로 규정된 몇 가지 예외의 경우에만 논증의무가 있었다. Desportes/Le Gunehec 2009, n° 1040-1; Guglielmi 1991, 627쪽.

238) vgl. Herzog-Evans, 2007, 177쪽 이하; Guglielmi 1991, 625쪽. 형사집행위원회에 대해 자세한 것은 아래 제2절 2, 나 참조.

재판을 받는 유죄판결피고인은 일반 법원의 소송절차를 통해 불복할 수 없었던 반면, 검사는 형사집행법관의 재판에 대해 형사법원에 항고할 수 있었다.²³⁹⁾ 수형자가 형사집행법관의 재판에 대해 행정법원에 권리구제를 신청할 수 있는가, 할 수 있다면 그 범위는 어느 정도인가 하는 문제는 1990년대 초까지 논쟁이 계속되어 왔다.²⁴⁰⁾

이러한 법적 상황이 지니는 단점에 대해 20세기 말까지 계속적으로 비판이 제기되었다. 형사집행법관의 재판을 법관의 행정처분이라고 분류하는 것은 법도그마틱상 근거가 부족한 것으로 여겨졌기 때문이다.²⁴¹⁾ 상소 허용이 제한되어 있다는 점, 그리고 검사가 항고할 경우 소송은 일반적으로 제1심 형사법원에서 끝나게 된다는 점 때문에 현행법의 법적 상황에 대하여 확고한 판례법이 발전하지 못하였다. 대신에 지역 실무에 의한 형사집행의 구성 노력이 두드러졌다.²⁴²⁾ 특히 법관의 재판이 지니는 본질적인 요소들, 즉 유죄판결 당사자, 경우에 따라 그 변호사, 그리고 검사 출석 하에 구두주의와 당사자주의가 실현되는 변론절차, 논증의무, 법원의 심급제도 등을 살려 재판의 내용적 정당성을 최대한 보장하는 방안이 촉구되었다.²⁴³⁾

입법자는 이러한 비판을 고려하여 2000년 및 2004년 근본적인 법률개혁을 단행하였으며, 형사집행법을 새로 구상하였다. 그리고 이에 뒤이어 지속적인 개혁이 이루어졌다. 특히 2007년 개정법률 및 2009년 11월 29일 개정된 교도소법(*loi pénitentiaire*)에는 계속하여 수많은 변경사항이 받아들여졌다.

아래에서 다룰 내용은 2011년 7월 현행법상황을 토대로 하고 있다.²⁴⁴⁾

239) Desportes/Le Gunehec 2009, n° 1040-1, Guglielmi, 1991, 629쪽 이하. 시기가 이른 수용자 석방을 명령하는 재판 예를 들어 집행유예를 허가하는 재판에 대해 검사가 항고하면, 항고는 이러한 명령을 유예시키는 효과를 가지고 있었다. Müller, 2003, 217쪽; Guglielmi, 1991, 629쪽 이하 참조.

240) vgl. Guglielmi 1991, 625쪽 이하 판례자료 참조.

241) Staechele 1991, 389쪽; Guglielmi 1991, passim.

242) Herzog-Evans 2007, 176쪽 이하.

243) Herzog-Evans 2007, 176쪽 m. w. N.

244) 2011년 8월 10일에 시행된 법률 변경을 통해 도입된 내용인 형사사법 및 소년법에 대한 시민의 참여에 대해서 더 자세히는 아래 제6절 참조.

제2절 형사집행법원의 조직 및 절차

1. 다양한 형사집행법원

2004년부터 프랑스 형사소송법 제4편 제2장에 형사집행재판권(juridictions de l'application des peines)에 대한 전반적인 규정이 포함되어 있다.

형사소송법 제712-1조에 따르면 이 재판권의 첫 번째 심급은 형사집행법관(juge de l'application des peines, JAP) 및 형사집행법원(tribunal de l'application des peines, TAP)이다. 동법 동조 1항에 따르면 이들의 과제는, 법률적으로 의도된 조건에 맞게 자유형 및 특정한 자유제한적 형벌 집행의 본질적 방식을 확정하고, 그 형벌의 행형 조건을 특정·통제하는 것이다.

동법 제712-2조제1항에 따르면, 형사집행법관의 지명 및 면직소환은 각 지방법원(tribunal de grande instance, TGI)²⁴⁵⁾ 최고법관심의회의 청문을 거친 후 법규명령을 통해 이루어진다. 즉 이 부분은 일반재판관에서의 다른 모든 법관들과 동일하다. 형사집행법관으로의 직책은 동일 재판권역에서 기본적으로 10년을 초과하여 연달아 수행할 수 없다.²⁴⁶⁾ 형사집행법원은 각 고등법원(Cour d'appel)²⁴⁷⁾ 관할지역 내의 지방법원 1곳에 또는 여러 곳에 설치된다. 장소적 관할은 법규명령으로 정해진다. 형사집행법원의 구성원은 - 1명의 재판장과 2명의 배석판사 - 고등법원장이 그 관할영역에서 직무하고 있는 형사집행법관의 순서에 따라 지명한다(형사소송법 제712-3조).

각 고등법원에는 항소부인 형사집행부(chambre de l'application des peines)가 설치되며, 이는 1명의 재판장과 2명의 배석판사 및 경우에 따라²⁴⁸⁾ 수형자 갱생보호기관 및 피해자지원단체 대표자 각1명으로 구성된다(형사소송법 제712-13조 제2항). 3명의 직업법관과 2명의 공익단체 대표자는 고등법원 법관회의의 청문

245) 대략 독일의 지방법원(Landgericht)에 상응하는 법원이다.

246) 2001년 6월 25일 시행 법원조직법 상 1958년 법관규약령 제28-3조; Duflo u.a., 2010, Rn. 5 참조

247) 대략 독일의 고등법원(Oberlandesgericht)에 상응하는 법원이다.

248) 아래 제2절 3. 참조

을 거쳐 고등법원장이 지명한다. 직업법관 중 1명은 고등법원 관할지역 형사집행문제특임관²⁴⁹⁾의 역할을 수행한다(형사소송법 제D. 49-8조).

2. 1심법원 절차의 종류

형사소송법 제712-4조는 형사집행법원 1심에서 적용되는 절차를 규정하고 있다. 이는 대체로 3가지 종류의 절차로 구분된다.

가. 구두변론에 의한 당사자주의 절차

형사소송법 제712-6조에 따르면 형사집행법원은 해당조문에 언급된 것에 해당할 경우에는²⁵⁰⁾ 비공개, 구두변론, 당사자주의 심리를 하여야 한다. 이 심리에서는 유죄판결피고인, 경우에 따라 그의 변호사 및 검사가 출석하여야 하며 그들을 청문하여야 한다. 교도소 행정의 소견은 미리 서면으로 제출받는다. 교도소 행정측 대리인에 대해서도 - 추가적으로 - 구두청문할 수 있다.²⁵¹⁾

형사소송법 제712-6조제2항에 따르면 형사집행법관(JAP)은 본래 구두심리가 요구될 수 있는 재판에서, 검사 및 당사자와의 합의 하에 구두심리 없이도 서면 절차로 수형자에게 유리한 판결을 내릴 수 있다.

1심의 형사집행법원(TAP)은 항상 구두심리를 통한 당사자주의적 절차를 진행하여야 한다(형사소송법 제712-7조).²⁵²⁾

이러한 종류의 절차에서 형사집행법관(JAP)과 형사집행법원(TAP)의 판결은 서면에 의하여야 하며, 논증이 포함되어야 한다(형사소송법 제712-4조).²⁵³⁾

249) 아래 제5절 참조.

250) 법률의 다른 여러 곳에서 언급되는 사례들의 경우에도 마찬가지이다.

251) Duflo u.a., 2010, Rn. 711.

252) Duflo u.a., 2010, Rn. 755.

253) Duflo u.a., 2010, Rn. 671, 759.

나. 당사자주의적 구두변론 없는 재판

중요성이 떨어지거나, 일반적으로 긴급을 요하는 형사집행법관의 재판에서는 구두심리 없이, 그리고 유죄판결피고인에 대한 필요적 개인청문 없이 결정(Beschluss)을 발할 수 있다.

이에 대해서는 형사소송법 제712-8조가 규정하고 있는데, 서면절차에서 이미 부과한 처분을 단순히 변경하는 경우에는 이유를 적시한 결정으로 판단을 내린다. 결정을 내리기 전에 형사집행법관은 검찰 및 유죄판결피고인의 입장을 서면으로 제출받아야 한다. 이 때 유죄판결피고인에 대해서는 교도소 내 사회복지사(Sozialdienst)의 심문조서로 족하다.²⁵⁴⁾ 이러한 사안에서도 검사의 신청이 있는 경우(에만) 형사집행법관은 비용이 더 들더라도 형사소송법 제712-6조가 규정하는 구두심리절차로 넘어가야 한다(형사소송법 제712-8조제1항 후문).

형사소송법 제712-5조에 따라 형벌기간 단축²⁵⁵⁾ 및 계호인 없이 또는 계호인과 함께 수형자를 행형시설 바깥으로 외출하도록 허가하는 것²⁵⁶⁾ 역시 구두심리 없이 재판할 수 있다. 하지만 이 때 긴급사안이 아니라면 사전에 행형시설 내 형사집행위원회(die commission de l'application des peines, CAP)를 청문하여야 한다. 이 위원회는 한편으로는 행형시설 내부 근무자간의 정보교류의 보장에 기여하며, 다른 한편으로는 형사소송법 제712-5조의 재판의 준비를 위한 형사집행법관에 대한 자문 및 정보 제공에 기여한다.²⁵⁷⁾ 이 위원회는 법률에 의거하여 각 행형시설의 장과 검찰 측 1명 및 형사집행법관 본인으로 구성되며, 형사집행법관은 법률상 당연히 위원장이 된다(형사소송법 제712-5조제3항). 교도소 직원 대표자 및 교도소의 사회복지사도 또한 이 위원회의 구성원이 된다. 형사집행법관은 교도소장의 동의 하에 다른 전문인력을 상시적으로 또는 개별사안과 관련하여 회의에 참석하도록 요구할 수 있다(형사소송법 제D.49-28조). 형사집행법관은 또한 관련 수형자를 청문하기 위해 그를 위원회에 참석하도록 지시할 수 있

254) Duflo u.a., 2010, Rn. 763.

255) 아래 제4절 1, 가 참조

256) 아래 제4절 1, 다, 5) 참조

257) Duroché/Pédron 2011, Rn. 980.

다. 형사집행법관은 형사집행위원회 회의 중에 또는 그 후에 이유를 갖춘 결정으로써 판단을 내린다. 형사집행법관은 - 구두로 밝힌²⁵⁸⁾ - 형사집행위원회의 입장에 구속되지는 않는다.

다. 간이절차

마지막으로 행형완화에 관한 결정 또는 자유형실형 행형의 변경에 대한 재판에서 간소화된 방식의 절차가 도입되었다. 여기서 형사집행법관의 역할은 행형완화를 위한 검찰의 신청을 확인(homologation)하는 것에 한정된다(형사소송법 제723-19조 이하).²⁵⁹⁾ 이 절차방식이 적용되기 위해서는, 원래 선고된 자유형실형이 2년을 초과하지 않거나, 또는 원래 선고된 자유형실형이 5년을 초과하지 않고 앞으로 실제 복역하여야 하는 잔여형기가 현재 최대 2년 이하인 경우에 해당하여야 한다.

이러한 요건 하에 ‘수형자갱생보호서비스’(사법사회복지서비스, SPIP)²⁶⁰⁾ 지역소장은 형기가 얼마 남지 않았고, 예외적으로 석방에 부적합한 것으로 보이지 않는 수형자를 위해, 형사집행적합화²⁶¹⁾를 준비한다. 이는 수형자가 앞으로 있을 자유로 나아가기 전에 좀 더 나은 과도기를 만들어주는 것이다(형사소송법 제723-20조제1항). 이러한 처분을 위해서는 지역 소장은 수형자로부터 서면동의서를 받아야 하며(형사소송법 제D.147-22조), 그리고 나서 검찰에 제안을 제시한다. 관할 검사가 이에 찬성하면 소장은 형사집행법관의 서명을 받기 위해 이 제

258) Duflo u.a., 2010, Rn. 76.

259) 이 규정은 적용범위 확대를 위해 2009년 11월 24일 변경되었다.

260) Service pénitentiaire d'insertion et de probation, SPIP. 이전에는 행형 내/외부의 사회복지사는 분리된 조직에 속해있었는데, 이후 1999년 이 공동 사법사회복지서비스가 법규명령(Dekret)에 의해 설립되었다; Duflo u.a., 2010, Rn. 237 참조. 각 지역에서 행형시설 1개 또는 다수를 관할하는 장은 교도소 간부가 된다. Duroché/Pédron 2011, Rn. 310.

261) Service pénitentiaire d'insertion et de probation, SPIP. Dieser gemeinsame Justizsozialdienst wurde 1999 durch Dekret gegründet, nachdem zuvor die Sozialarbeiter innerhalb und außerhalb des Strafvollzugs getrennten Organisationen angehörten; vgl. Duflo u.a., 2010, Rn. 237. Die regionale Direktoren, die für eine oder mehrere Vollzugsanstalten zuständig sind, gehören zur Gefängnisleitung, Duroché/Pédron 2011, Rn. 310.

안서를 형사집행법관에게 제출한다(형사소송법 제723-20조제3항). 형사집행법관이 이 제안을 변경함이 없이 서명함으로써 이 처분은 부과된다. 수형자 및 검찰 양측 모두 이에 불복할 상소 권한이 없다.

형사집행법관은 확인을 구하는 검찰의 신청을 - 서면 절차에서 - 이유를 제시한 결정(Beschluss)으로 거부하거나 변경할 수 있다²⁶²⁾(형사소송법 제723-22조, 제723-25조). 그러한 결정에 대하여 수형자와 검찰은 항소할 수 있다(형사소송법 제712-11조).

수형자갱생보호서비스(SPIP)가 제안한 처분에 동의하지 않는 경우, 검찰은 이 제안내용 및 이를 거부한다는 내용을 기재하여 형사집행법관에게 제출하고 수형자에게도 이를 알린다. 형사집행법관은 직권으로 또는 수형자의 신청에 따라 형사집행의 변경을 명하기 위하여 제712-6조의 당사자주의 절차로 전환할 수 있다.

형사집행법관이 3주 안에 검찰의 신청에 대해 재판하지 않으면, 검찰은 자기 관할 내의 갱생보호서비스 소장에게 처분의 부과를 위임할 수 있다. 이 경우 처분은 다시금 - 2004년 형사집행에 대한 대개혁 이전의 상황과 같이 - 사법행정 처분(mesure d'administration judiciaire)으로 규정되며, 이에 대해 수형자는 상소할 수 없게 된다(형사소송법 제723-24조).²⁶³⁾ 교도소 행정이 수형자에게 부과한 부담명령(Auflage)을 수형자가 위반한 경우에도 교도소행정은 이미 승인된 행형 변경명령을 스스로 취소할 수 없다. 취소결정은 형사집행법관에게 유보되어 있으며, 형사집행법관은 직권으로, 또는 갱생보호서비스나 검찰의 신청에 따라 이를 처리한다(형사소송법 제723-26조제2문).

3. 상소

형사소송법 제712-1조제2항은 1심, 즉 형사집행법관 및 형사집행법원의 재판

262) 변경하거나 추가하는 경우 미리 유죄판결피고인 또는 그 변호인의 동의를 얻어야 한다. 형사소송법 제723-25조 및 제D. 147-21조.

263) 이를 요약서술한 것으로는 Desportes/Le Gunehec 2009, Rn. 1063-5.

에 대하여 항소할 수 있다고 명시하고 있다. 하지만 1심 판결은 법률상 당연히 (법 자체로, *ipso iure*) 잠정적으로 집행이 가능하다. 판결 송달 후 24시간 내에 제기된 검찰의 상소만이 집행연기의 효력을 가지며, 이 연기의 효력은 항소법원이 이에 대해 판결을 내릴 때까지이다. 이는 최대 2개월이다(형사소송법 제712-14조).

형사소송법 제712-5조 및 제712-8조에 규정된 서면절차를 통한 결정(*Beschluss*)은 송달 후 24시간 내에, 형사소송법 제712-6조 및 제712-7조에 규정된 구두심리에 따른 판결에 대해서는 10일 내에 항소해야 한다. 형사소송법 제712-5조 및 712-8조에 규정된 서면절차를 통한 재판에 대한 항소는 고등법원 형사집행부 재판장이 서면절차를 통해 재판한다(형사소송법 제712-12조). 형사집행법관이 내린 구두심리에 따른 판결에 대한 항소의 경우, 3인의 항소법관으로 구성된 합의체 재판부인 형사집행부에서 당사자주의적 구두심리를 거쳐 재판한다. 형사소송법 제712-7조에 따른 형사집행법원의 판결에 관련된 경우, 형사집행부는 그 외에도 구두심리에 갇생보호단체 및 피해자지원단체의 대표자가 배석하도록 해야 한다(형사소송법 제712-13조제2항). 유죄판결피고인은 심리에서 변호사가 자신을 대리하도록 할 수 있으며, 자유재량에 따라 스스로 청문에 참여할 수도 있다(형사소송법 제712-3조제1항).

합의체의 구성에 관계없이 항소법원의 재판에 대하여는 상고(*pourvoi en cassation*)²⁶⁴⁾가 허용되지만, 이 절차 때문에 형사집행이 연기되는 효력은 발생하지 않는다(형사소송법 제712-15조). 최고상고재판소(*Cour de cassation*)²⁶⁵⁾에서 형사부는 일반적인 상고규정(순수 법률에 대한 심사이며 사실심급이 아님)에 따라 이러한 상소를 관할한다.²⁶⁶⁾

264) 독일의 형사소송법 제333조 이하에 규정하고 있는 상고절차에 상응한다.

265) 독일의 연방대법원에 상응한다.

266) Duflo u.a, 2010, vor Rn. 145.

4. 1심 및 2심의 공통적 절차규정

형사집행법원은 각 규정에 정해진 바에 따라 직권으로, 또는 형사집행기관인 검찰의 신청에 의해, 또는 수형자의 신청에 의해 심리를 개시한다(형사소송법 제712-4조제1항).²⁶⁷⁾

유죄판결피고인은 형사집행법원의 모든 종류의 절차에서 변호사를 통해 방어할 권리가 있다.²⁶⁸⁾ 유죄판결피고인이 재정적 형편이 어려운 경우 국고에서 소송비용 보조 방식으로 변호사비용을 지불한다.²⁶⁹⁾

형사소송법 제712-16조 이하는 2개의 사실심급에 공통되는 절차규정을 포함하고 있다. 판결을 준비하기 위해 조사를 하거나 조사를 지시하는 것에 대한 무제한적 권력 부여가 특히 강조된다(형사소송법 제712-16조).²⁷⁰⁾ 즉 직권조사절차인 것이다. 법원은 당사자의 진술에 구속되지 않는다. 형사소송법 제712-17조에 따라 형사집행법원은 특정한 조건 하에서, 부담명령(Auflage) 및 준수사항(Weisung)을 이행하지 않는 수형자에게 구인·구속영장을 발급할 수 있다. 또한 형사집행법원(형사집행법관 또는 형사집행법원)은 이러한 경우 수형자에게 호혜적 처분을 유예하며, 그가 가석방된 경우에는 잠정적 체포를 명할 수 있다(형사소송법 제712-18조, 제712-19조). 나아가 피고인이 자신에게 호혜적 처분을 위반한 경우 그 처분을 취소할 수 있다(형사소송법 제712-20조). 성범죄 또는 특정폭력범죄로 인해 유죄판결 받은 수형자의 조기석방 또는 임시석방의 경우, 경우에 따라 그에 상응하는 부담명령을 부과하기 위해 치료가능성 및 재범위험성에 대해 정신과 전문감정인의 감정을 받게 해야 한다(형법 제712-21조).

형사집행법원은 수형자의 일시적 또는 지속적 석방을 위한 재판에 앞서서는

267) 특정한 상황에서는 교도소행정도 신청할 수 있다. 예를 들어 형사소송법 제B.723-26조제2문의 경우 위의 제2절 2. 다 참조 형사소송법 제721조제3항의 경우 아래 제4절 1. 가, 1) 참조

268) 형사소송법 제D.49-14조는 제712-6조 및 제712-7조에 따른 소송방식만을 언급하고 있다. 하지만 실제로는 2001년부터 변경된 소송보조령에 따라 형사집행법원에서 활동한 모든 소송보조인에게 비용을 지불할 수 있게 되었다. Duflo u.a., 2010, Rn. 174.

269) Duflo u.a., 2010, Rn. 171쪽 이하.

270) 이로써 형사집행법원은 은행 및 사회보험사에게 정보를 구할 수 있고, 경찰 및 행정의 법원조를 이용할 수 있다. Duflo u.a., 2010, Rn. 407, 408.

항상 피해자의 이해를 고려하여야 한다. 이를 위해 석방에 대한 재판에 앞서 범죄피해자를 청문할 수 있다(형사소송법 제712-16-1조). 형사소송법 제712-16-2조에 따라 석방자에게 피해자 및 피해자의 거주지와 근무지에 접근해서는 안 된다는 부담명령을 부과할 수 있으며, 피해자는 이에 대해 형사집행법원으로부터 고지를 받을 수 있다.

5. 형사집행법원의 집행실무

모든 형사집행법원은 형사소송법 제712-2조에 따라 각 1명의 사법보좌관(greffier)²⁷¹⁾ 및 비서의 보조를 받으며, 더 큰 형사집행부서의 경우에는 추가인력으로 과장 자격의 사법보좌관 1명의 지원을 받는다.²⁷²⁾ 사법보좌관에게는 광범위하고 책임이 요구되는 과제들이 부여된다. 사법보좌관은 심리 및 공판에서 조서직원일 뿐만 아니라, 서류관리를 담당한다.²⁷³⁾ 즉 사법보좌관은 자신의 책임으로 모든 절차를 광범위하게 준비하여, 형사집행법원이 구두심리 혹은 서면재판을 하는 시점까지 모든 중요한 서류를 준비하고 다룰 수 있도록 하여야 한다(전과기록부의 초록 구비, 법률에 규정되어 있는 소견서의 요청 및 수발감독, 다른 소송참여자들에게 서면 전달 등).²⁷⁴⁾ 또한 사법보좌관은 재판결과가 규정대로 모든 절차참여자에게 송달되도록 살펴야 한다.²⁷⁵⁾

형사집행법원 및 교도소행정에 부속되어 있는 갱생보호서비스(사법사회복지서비스)는 2005년부터 공통의 컴퓨터프로그램('APPI')을 사용하고 있다. 이 프로그램에는 형사집행법원 및 사법사회복지사의 통제 하에 있는 전체 수형자들의 정보가 입력되어 있다. 이 프로그램은 사법인트라넷의 수준에서 운영되며, 각 법원관할영역에 한정되어 있다. 형사집행 주무 검사들은 이 프로그램 사용을 위해

271) 독일의 사법보좌관(Rechtspfleger)과 비슷한 개념이다.

272) Duflo u.a., 2010, Rn. 150.

273) vgl. i. E. Duflo u.a., 2010, Rn. 152쪽 이하.

274) vgl. Duflo u.a., 2010, Rn. 696쪽 이하.

275) vgl. Duflo u.a., 2010, Rn. 803쪽 이하.

개인적으로 등록한 경우에만 이 데이터를 열람할 수 있다.²⁷⁶⁾

유죄판결피고인이 교도소에 수감되지 않은 자유의 몸인 경우, 법원 건물 내 공판실 또는 형사집행법관 사무실에서 (비공개) 구두심리가 열린다.²⁷⁷⁾ 수용된 수형자인 경우, 구두심리는 기본적으로 교도소에서 열린다(형사소송법 제D.49-13 조제2항과 연관된 형사소송법 제712-6조제1항 2문, 제712-7조제2항 2문). 그 외에도 형사소송법 제712-6조제1항 3문, 제712-7조제2항 3문에 규정된 구두심리는 형사소송법 제706-71조에 상응하는 화상회의 방식으로 진행될 수 있으며, 이 때 교도소의 수형자는 화상으로 연결된다.²⁷⁸⁾ 변호인은 교도소나 법관의 심리실 중 하나를 선택하여 배석할 수 있다.²⁷⁹⁾ 특별한 긴급사안의 경우 형사집행법관 또는 형사집행법원 재판장은 이미 수감되어 있는 수형자에 대한 구두심리가 법원 건물에서 이루어지도록 하고 여기에 수형자가 참석하도록 지시할 수 있다(형사소송법 제D.49-13조제3항).

6. 청소년수형자에 대한 형사집행관할

프랑스법에 따라 청소년형사사범에게 교육적 제재나 처분 대신 원래적 의미의 형벌을 부과할 수 있는 한,²⁸⁰⁾ 부과된 형벌을 집행하는데 있어 형사집행법관 및 형사집행법원의 과제는 기본적으로 청소년법원(행위비난의 강도에 따라 단독판사로서 청소년판사, 또는 합의체 재판부인 청소년법원)의 책임이 된다. 이는 청소년에 대한 제재에 대한 이들의 전문성을 형사집행에서도 활용하기 위해서이다. 형사집행에서 청소년법원의 관할은 수형자가 만 21세가 될 때 종료된다. 피고인이 유죄판결 시에 이미 성년(18세)인 경우 청소년법원은 형사집행이 앞으로

276) Duflo u.a., 2010, Rn. 162.

277) Duflo u.a., 2010, Rn. 681.

278) 형사소송법 제53-33조 내지 제53-99조에 따른 화상회의 시행.

279) Duflo u.a., 2010, Rn. 686.

280) 형법 제122-8조 참조. 성인에게 부과하는 것과 같은 형벌은 - 상한을 낮추어 - 13세 이상의 미성년자에게 부과할 수 있고, 이른바 교육적 처분은 10세 이상의 미성년자에게 부과할 수 있다. Desportes/Le Gunehec 2009, Rn. 658-1.

청소년법원의 책임이라는 점을 판결에서 확정하여야 하며, 그렇지 않은 경우에는 일반 형사집행법원이 형사집행을 관할하게 된다. 수형자에 대한 형사집행이 이루어지는 시기에 이미 18세는 되었지만 아직 21세에 도달하지 않은 경우 청소년법원은 그에 대한 형사집행을 일반 형사집행법원으로 넘길 수도 있다.²⁸¹⁾

제3절 자연인에 대한 프랑스 형사제재법의 기본특징²⁸²⁾

지난 몇 년간 프랑스 형사집행법원에는 점점 더 큰 스펙트럼의 과제들이 지정되었다. 프랑스 형사집행법원 관할의 전체범위를 이해하기 위해서는 우선 프랑스 제재법의 기본적 특징에 대한 전반적 설명이 필요하다.

1. 중죄

중죄(Verbrechen)²⁸³⁾의 확정판결에 대해서는 자유형²⁸⁴⁾이 주형(主刑)로 정해져 있다(프랑스형법(Code pénal, CP) 제131-1조). 이 때 자유형은 유기형으로는 최대 30년, 또는 무기형에 해당하는 경우이다. 사형은 1981년 폐지되었다.²⁸⁵⁾ 그 외에도 부가형 및 추가형이 부과될 수 있는데, 이러한 것들은 일부는 권리박탈

281) Desportes/Le Gunehec 2009, Rn. 1040-5.

282) 프랑스 형법에 따르면 법인에 대한 형사처벌도 가능하다. 더 자세한 근거를 통해 서술하고 있는 Müller 2003, 29쪽 이하 참조. 이에 관한 설명은 여기서 생략한다. 특히 법인에 대해 부과할 수 있는 형벌의 집행에 있어서는 형사집행법원의 역할이 작은 편이다(Duflo u.a., 2010, Rn. 507 참조).

283) 이는 (일반범죄에 대해) réclusion criminelle(교도소 Zuchthaus) 형식의 자유형, 또는 détention criminelle(이른바 정치범죄에 대한 것으로, 전래적으로 성채금고형으로 번역된다)으로 제재되면 중죄로 정의내려진다(형법 제131-1조). 반면 경죄는 ‘징역형’인 자유형으로 규정되어 있다.

284) 아래에서는 자유를 박탈하는 형벌 모두를 ‘자유형’이라는 개념으로 통일하여 사용하겠다. 왜냐하면 집행에는 본질적 차이가 없기 때문이다. 자유형의 종류는 형사소송법 제717-1조에 따라, 다양한 종류의 사법행형시설에 수형자를 나누는 여러 가지 기준 중 하나일 뿐이다. Desportes/Le Gunehec 2009, Rn. 807쪽 이하 참조.

285) Vgl. Müller, 2003, 296쪽, m. w. N.

에 관련되고, 다른 일부는 교도소에서 석방된 후의 시간을 위한 준수사항을 포함하고 있기도 하다.²⁸⁶⁾

2. 경죄

이와 반대로 경죄(Vergehen)의 확정판결에 대한 제재수단은 최근 거의 한 눈에 조망할 수 없을 정도로 방대해졌다. 특히 단기자유형 실행부과를 감소시키기 위해 20세기에 수많은, 이른바 ‘대안제재’들이 도입되었다. 이 대안제재들은 자유형을 대신하여 또는 부분적으로 자유형에 부가하여서도 부과될 수 있다.²⁸⁷⁾ 이를 선고하는 법원은 현재²⁸⁸⁾ 경죄 판결에 대하여 본질적으로²⁸⁹⁾ 다음과 같은 종류의 형벌을 적용할 수 있으며, 이 형벌들은 다양한 방법으로 서로 결합될 수도 있다.

가. 일반적 법정형상한 10년의 징역형(형법 제131-4조): 형이 5년 이하인 경우, 이 형의 집행은 전체적 또는 부분적으로²⁹⁰⁾ 3가지 상이한 방식으로 집행 유예될 수 있다.

- 단순 집행유예(sursis simple): 요건은 피고인이 이전 5년 동안 자유형을 선고받은 적이 없어야 한다는 것이다. 유죄판결피고인은 이 때 어떠한 종류의 지시나 감독도 받지 않는다. 법률로 확정된 5년이라는 집행유예기간은 그 기간이 성공적으로 지나가면 법률상 당연히(ipsa iure) 종료된다. 집행

286) 아래 제3절 3 참조

287) vgl. Müller, 2003, 198쪽 이하.

288) 목록은 자주 변경된다. 입법자가 늘 새로운 제재방식을 도입하기 때문이다.

289) 실무 및 특히 법관의 형사집행 감독에 대한 문제에서 중요하지 않은 여러 가지 특별규정들은 아래에서는 고려하지 않기로 한다. 또한 외국인에게만 부과되는 형벌 예를 들어 프랑스 국경 내 체류 금지 등은(형사소송법 제131-30조 이하) 유럽인권법원판결의 여러 가지 특수성 때문에 아래에서는 다루지 않는다.

290) 예를 들어, “피고인에게 10개월의 징역형을 선고하고 그 중 7개월을 집행유예한다.”

유예 기간에 저지른 범죄에 대해 새로운 유죄판결을 내리는 경우 집행유예는 법률상 당연히(ipso iure) 취소된다. 다만 새로운 절차에서 사실심법원이 집행유예의 파기에도 불구하고 이전의 형벌을 집행하지 않는다고 명시적으로 명령하는 경우에는 그렇지 아니하다(형법 제132-29조 이하).²⁹¹⁾

- 부담명령 및 감독 조건부 집행유예(sursis avec mise à l'épreuve, SME): 이 집행유예는 재범 범죄자²⁹²⁾가 이미 이전의 유죄판결에서 동일한 유형의 집행유예(SME)를 받은 적이 있는 경우는 제외된다.²⁹³⁾ 사실심법원은 집행유예의 기간을 정하는데, 그 기간은 12개월에 미달하거나 3년을 초과할 수 없다(형법 제143-42조). 또한 형법 제132-44조 내지 제132-46조의 목록에 있는 부담명령(Auflage)을 부과할 수 있다. 이 집행유예를 감독하는 것은 형사집행법관의 책임이다. 수형자가 부담명령(Auflage)을 위반한 경우, 형사집행법관은 형사집행유예를 전체적 또는 부분적으로 취소할 수 있다.²⁹⁴⁾ 새로운 범죄를 저지른 경우에는 새로운 범죄를 판결하는 법원이 집행유예의 취소여부도 판단한다(형법 제132-49조).
- 공익근로 부담명령 조건부 집행유예(sursis TIG, travail d'intérêt général) (형법 제132-31조 이하): 이 경우 사실심법원은 근로시간 시수(최소 20시간 최대 210시간) 및 기간(최대 18개월)을 확정하여야 한다. 집행유예기간은 수형자가 근로시간을 완전히 이행하는 즉시, 늦어도 이행기간이 마감될 때 종료된다. 또한 피고인에게 다른 종류의 부담명령, 예를 들어 감독조건부 집행유예(SME) 등이 병과될 수 있다. 이 경우 집행유예기간은 적어도 부담명령을 위해 정한 기간이 만료된 후에야 종료된다. 부과, 감독 및 취소에 대한 규정은 부담명령 및 감독 조건부 집행유예에 준한다.

291) vgl. i. E. Müller, 2003, 150쪽 이하.

292) 형법 제132-8조, 제132-9조 및 제132-10조의 법률적 개념정의.

293) 반면 형법 제132-41조 및 제132-42조에 따라, 법률적으로 재범으로 개념정의된 재범에게 이전에 어떠한 부담명령 및 감독 조건부 집행유예(SME)도 허용되지 않았던 경우에는 심지어 10년까지의 자유형 판결에서 최고 5년을 부담명령 조건부 집행유예로 할 수 있다. Desportes/Le Guenhec 2009, Rn. 989-1 참조.

294) 아래 제4절 2 참조

- 나. 2가지 다른 종류의 벌금형(형법 제131-1조제2호의 총액벌금형 및 형법 제131-5조의 일수벌금체계하의 벌금)
- 다. 주형(主刑)으로서 주 20 - 210 시간 범위의 공익근로(형법 제131-8조)
- 라. 형법 제131-6조에 열거된 15개의 자유제한적 제재, 예를 들어 운전면허 취소 또는 정지, 특정차량운전금지, 수표 또는 신용카드 사용금지, 특정장소 또는 특정 인물 방문금지 등
- 마. 2004년부터 도입된 ‘stage de citoyenneté’, 즉 관용 및 인간존엄에 대한 존중이라는 사회적 기본가치를 전수하는 코스를 수료할 의무(형법 제131-5-1조)
- 바. 2007년부터 도입된 형벌로서의 피해원상회복(형법 제131-8-1조): 이 경우 판결에서 미리 자유형의 최고기간(6개월까지) 또는 벌금형(최고 15,000 유로)이 확정되며, 유죄판결피고인이 피해에 대한 원상회복을 실행하지 않는 경우 형사집행법관은 판결에서 미리 확정된 제재의 형사집행을 명할 수 있다(형법 제131-8-1조제5항).²⁹⁵⁾
- 사. 부담명령 혹은 준수사항 조건부 또는 무조건의 최대 1년 이하의 형선고유예(형법 제132-60조 이하, 제132-63조 이하 및 제132-66조 이하): 첫 번째 심리기일(공판기일)에서 두 번째 심리기일을 확정하며, 두 번째 심리는 1년 안에 열려야 한다. 두 번째 기일에 법원은 형벌선고를 면제할 것인지 또는 법률상 규정된 형벌 종류 중 하나를 부과할 것인지 결정한다.

사실심법원은 이 외에도 경죄 선고의 영역에서 최대 2년 이하의²⁹⁶⁾ 자유형실행을 부과하는 경우, 이미 판결에서 스스로 집행방식을 정할 수 있다(형법 제133-25조에서 제132-26-1조). 즉 사실심법원은 개방수용시설²⁹⁷⁾에서 집행할 것인지, 혹은 교도소 담장 바깥의 시설에서²⁹⁸⁾ 집행할 것인지, 또는 전자감시 가택구

295) 이에 대해 아래 제4절 2 참조.

296) 재범의 경우 1년.

297) semi-liberté, ‘반(半)자유(Halbfreiheit)’, 아래 제4절 1, 다, 2) 참조.

298) 예를 들어 보호시설에서, 또는 그와 유사한 곳에서(이른바 placement à l’extérieur), 아래 제4절 1, 다, 1) 참조.

금 형식²⁹⁹⁾으로 집행할 것인지를 명할 수 있다.

3. 부가(추가)제재

개별 범죄구성요건에서 중죄(Verbrechen)뿐 아니라 경죄(Vergehen)의 경우에 각각 다양한 부가제재를 부과할 수 있다. 중죄로 판결될 때에는 자유형에 추가하여 부가제재를 정할 수 있다. 경죄인 경우, 이 제재유형은 - 단독으로 또는 결합된 형태로 - 주형(主刑)으로 부과할 수 있다(형법 제131-11조).

여기서는 특히 다음과 같은 점이 중요하다.

- 체류금지(interdiction de séjour): 사실심법원이 확정한다. 이 체류금지는 모든 지방을 포함할 수도 있고 특정 건물만을 포함할 수도 있다³⁰⁰⁾(형법 제131-31조).
- 성범죄자에 대한 사회사법적 감독 및 통제(suivi socio judiciaire)(형법 제131-36-1조): 법원은 법률에 열거된 사안의 경우,³⁰¹⁾ 경죄선고의 영역에서는 10년 내 기간동안, 중죄선고의 영역에서는 20년까지의 기간동안(경우에 따라 30년까지) 사회복지사 및 형사집행법관의 감독을 명령할 수 있으며, 그에게 재범 방지를 위한 의학적 처치를 준수사항으로 부과할 수 있다. GPS 기술을 사용하여 당사자의 체류를 감독하는 것을 포함하여 다른 통제 처분을 부과할 수도 있다. 이 경우에도 법원은 이미 선고 판결시에 자유형을 확정해야 하며(경죄의 경우 최고 3년, 중죄의 경우 최고 7년), 피고인이 사회사법적 감독(suivi socio judiciaire) 부과를 통해 생기게 되는 의무들을 위반하는 경우 형사집행법관이 형사집행할 내용에 대해서도 재판하여야 한다.
- 그 외 다양한 추가제재들, 예를 들어 프랑스 국경 바깥으로의 출국금지, 특정한 시민권 행사의 금지, 동물 압수, 판결의 공시 등.

299) 아래 제4절 1, 다, 3) 참조

300) vgl. Müller, 2003, 200쪽.

301) 이는 실제적으로는 모든 성범죄를 뜻한다. Müller, 2003, 48쪽 참조.

4. 대안제재 및 추가제재 불이행시의 제재

대안제재나 추가제재를 부과하는 유죄판결을 통해 생기는 의무를 위반할 경우, 이는 형법전 각론상의,³⁰²⁾ 부분적으로는 부수형법상의 독립적인 형벌구성요건에 해당하게 된다.³⁰³⁾ 따라서 이러한 위반은 새로운 범죄가 되므로 새로운 형사소추 및 유죄판결로 나아갈 수 있다. 그 대신에 사실심법원은 이미 판결에서 이러한 제재들이 이행되지 않는 경우 형사집행법관이 수형자에게 전체 또는 부분적으로 집행을 할 수 있는 제재를 미리 정할 수 있다³⁰⁴⁾(형법 제139-9조제2항, 제131-11조제2항).

5. 수용시설의 과밀수용

특히 경죄로 판결할 때에 자유형이 아닌 다른 제재수단을 통해 범죄행위에 대해 대응할 수 있는 다양한 기회를 만들 수 있었음에도 불구하고, 프랑스 형사법원은 지금까지 다양한 스펙트럼의 제재를 거의 사용하지 않았다. 오히려 자유형은 경죄로 판결되는 영역에서 가장 빈번하게 부과되는 주형(主刑)이며,³⁰⁵⁾ 빈번하게 집행유예 없이 실형 선고된다.³⁰⁶⁾ 오히려 최근 몇 년간, 특히 2007년 법률에서 재범에 대한 형벌이 강화된 이후 특히 단기자유형 실형선고가 증가하였다.³⁰⁷⁾ 또한 부과된 자유형의 평균형기 역시 증가하고 있다.³⁰⁸⁾

302) Art. 434-38 ff. CP.

303) vgl. Desportes/Le Gunehec 2009, Rn. 1088.

304) 이에 대해 아래 제4절 2 참조.

305) 중죄에서는 거의 100%의 사안들에 대해 자유형이 부과된다. Les condamnations 2009, 9쪽 참조.

306) 2008년에는 경죄로 판결내려진 영역에서 다음과 같은 주형(主刑)들이 부과되었다. 판결의 약 55%는 자유형, 그 중 약 40%는 (전체 경죄 판결 중 21%) 전체 또는 부분적으로 집행유예 없음; 29%는 벌금, 대안형은 단지 10%, 그 중 일수 벌금형은 전체 경죄 영역 판결 중 3.8%로 근래 다른 대안형(운전금지/suspension du permis de conduire 2.8%, 주형으로서의 공익근로 2.4%)보다 우세하다. 나머지는 대체로 소년법적 처분이다. Les condamnations 2009, 9쪽 참조.

307) Rapport « Évaluation du nombre de peines d'emprisonnement ferme en attente d'exécution » (아직 집행되지 않은, 집행유예 없는 자유형 숫자 평가), 2009, 10쪽 이하.

이러한 상황은 이미 오래전부터 존재해온 문제인 형사집행시설의 과밀수용 문제를 더욱 심화시켰다.³⁰⁹⁾ 중앙의 대형수용시설들 또는 그런 수용부서에서는 과밀수용 문제는 크지 않은 편이다. 이 곳은 장기형 복역을 위한 곳이고, 원칙적으로 수형자들이 야간에는 개별적으로 자야 한다는 규정이 일반적으로 잘 지켜진다.³¹⁰⁾ 오히려 수많은 각 지역의 미결구치소(maisons d'arrêts)³¹¹⁾에 수형자들이 과밀수용 되어 있다. 이곳에서 수형자들은 주로 다수의 작은 방에 머물며, 부분적으로는 바닥에 매트리스를 깔고 자야 하는 경우도 있다.³¹²⁾

이러한 상황 때문에 자유형실형을 집행할 때 석방가능성을 완화하고 조기석방을 가능하게 하는 집행의 유연화가 불가피하다. 동시에 2000년대 초반부터 다수의 언론보도를 통해 시민들이 범죄에 대한 두려움이 증대되는 과정을 거치면서, 그리고 범죄와의 전쟁³¹³⁾으로 정치적 프로파일링을 시도하는 과정에서 재범방지라는 문제가 프랑스 형사정책의 핵심관심사가 되었다. 이는 한편으로 재범자에 대한 법률상 형벌강화를 초래하였지만, 다른 한편으로는 통제나 감독 없이는 석방하지 않아야 할 필요성, 다시 말해 가능한 한 형기만료전에 석방하되 부담명령(Auflage) 부과 하에 석방할 필요성이 계속 커져갔다.³¹⁴⁾ 따라서 자유형실형집행의 개별화 방식들, 즉 재사회화 및 감시를 통한 재범 방지 목적의 자유형집행

308) 예를 들어 최근 재범에게 기본적으로 부과되었던 자유형의 평균 기간은 2006년 7.2개월이었고, 2007년 15.9개월이었다. Rapport « Évaluation du nombre de peines d'emprisonnement ferme en attente d'exécution » 2009, 12쪽. 국민에 대한 처벌적 입장이 점점 더 증가하고 있는 것이 법원의 행형에 미치는 영향에 대해서는 Faucher 2007, 각주 7 참조.

309) 2011년 7월 1일에는 64,726명이 수용시설에 수용되었으나(수형자 및 미결수용자), 예정되어 있는 수용인원 수는 56,081명에 불과하였다. Libération vom 15.07.2011, 11쪽 참조.

310) Desportes/Le Gunehec, 2009, Rn. 810-1; Garreau 2007, 139쪽.

311) 우선적으로 미결구금 집행에 관할권이 있는 곳이다. 또한 이 곳 수형자들의 대부분은 단기자유형 실형선고를 받았거나 잔여복역기간이 얼마 남지 않은 수형자들이다. Desportes/Le Gunehec, 2009, Rn. 807쪽 이하 참조.

312) 2010년 10월 1일에는 226명의 수형자가 침대 없이 매트리스만 깔고 생활하였다. 총 약 5000명의 수형자가 과밀수용되어 그들 대부분은 maisons d'arrêt에서 2층침대를 사용하였다. Tournier 2010a, 4쪽 참조.

313) vgl. Herzog-Evans 2007, 181쪽.

314) 이른바 기습적 석방(sortie sèche)을 방지함. Desportes/Le Gunehec 2009, Rn. 1046, 1057 이하.

의 수정 방식들은 지난 몇 년간 점점 더 확대되었다. 이 과제에 대한 관할은 형사집행법원에 속한다.

제4절 형사집행법원의 사물관할

2004년부터 형사집행의 목적, 효율성 및 유연화가 법률에 명시적으로 규정되었다. 형사소송법 제707조는 다음과 같이 규정하고 있다. 형사법원이 부과하는 형벌은 법원의 통제 하에 효율적으로, 또 신속하게 집행되며(제1항), 형사집행은 유죄판결피고인의 (사회)복귀 및 재편입, 그리고 재범방지의 목적을 지닌다(제2항). 또한 이러한 목적에 따라, 피고인의 인격과 그의 경제적, 실질적, 사회적 생활환경이 이를 허락하는 한에서, 형벌은 이미 형사집행 시작부터 또는 그 집행과정 속에서 적합하게 맞추어지고 변화된다. 여기서는 이러한 형사집행의 개별화는 형사집행 과정에서 가능한 한 수감자의 점차적인 자유로의 복귀를 허용하여야 하며, 사법적 감독 없는 석방은 방지되어야 한다(2009년부터 유효한 현행 개정법 제3항).

형사소송법 제708조제1항에 따르면 형사판결이 확정력을 가지거나 집행가능할 때 검사는 형사판결의 집행을 개시한다. 형사집행 과정에서 중요한 재판은 형사집행법원의 책임이다. 아래에서 살펴보는 것처럼 자유형실형 집행에서뿐만 아니라 조건부 자유형 집행에서도, 그리고 대안형벌 집행에서도 모두 마찬가지이다.

1. 자유형실형 집행(이른바 ‘폐쇄환경’)

행형시설을 장소적으로 관할하는 형사집행법관은 - 일반적으로³¹⁵⁾ 검찰에 의해 개시되는 - 형벌복역을 위한 수감시점부터(미결구금은 제외) 해당 유죄판결피고인(수형자)에 대한 관할책임을 진다. 법관의 비서는 각 형사수형자를 위해 하나의 서류철을 작성한다.³¹⁶⁾ 2009년부터 유효한 개정 형사소송법 제717-1조에

315) 예외에 대해서는 아래 제4절 1, 마 참조

따라 교도소 관리직은 사법사회복지서비스와 공조하여 수형자에 대한 관찰 업무를 진행하며, 이와 함께 형사집행 과정에 대한 잠정적 계획을 세운다. 이는 형사집행법관에게 보고되며, 추후의 변동사항 역시 보고된다. 중한 폭력범죄나 성범죄로 인해 15년 또는 그 이상의 자유형이 선고된 경우, 수형자가 최소한 6주 동안 한 행형시설의 부서에서 수용되어 이 기간 동안 사회적 처우 및 의료적 처치 가능성을 확정짓는 특수화가 이루어진다. 그 다음에 형사집행법관은 스스로 형사소송법 제717-1-A조에 따라 형사집행계획을 수립할 수 있다.

이러한 행형계획의 목적은, 이미 수용 시작시점부터 집행의 완화 가능성, 대안적 집행방식 및 조기석방을 염두에 두고 있는 것이며, 이에 상응하는 준비를 하는 것이다(형사소송법 제707조제3항). 즉 자유형실형이 판결에서 정한 형기동안 완전히 집행되는 것은 프랑스에서는 예외에 속하는 것이다. 먼저 자유형은 집행기간동안 체계적으로 단축된다(아래 가). 그 외에도 수형자는 원래의 수감기간이 종료하기 전에 가석방될 수 있다(아래 나). 나아가 자유형실형 집행기간 동안 수형자는 종종 사실상 교도소 내에 있지 않거나, 혹은 수용 중이라 하더라도 수용시설을 잠정적으로 떠나는 것을 허용하는 완화조치가 취해진다(아래 다).

이러한 모든 형사집행 적합화(aménagements de la peine)는 프랑스 형사소송법에서 형사집행의 핵심규정인 제707조제2항에 따라 ‘사회의 이해와 피해자권리에 고려 하에 유죄판결피고인의 사회복지와 재범방지를 촉진’하여야 한다. 또한 형사집행 적합화는 행형시설 과밀수용문제를 해결하려는 지속적인 노력에도 기여한다.

가. 선고자유형 형기의 단축³¹⁶⁾

1) 자동적 형기단축

이미 1972년부터 사후적인 형기 단축이 가능해졌다. 그 당시에는 형사집행법관이 허가하는 사안이었다.³¹⁷⁾ 사후적인 형기단축은 행형규율을 잘 지킬 것을

316) Duflo u.a., 2010, Rn. 23.

317) 밀고하여 또 다른 중범죄가 발생하는 것을 막은 고발인(밀고인 Kronzeugen)에 대해 크게 두드러진 형기단축을 해 줄 가능성(형사소송법 제721-3조)은 없다. 큰 실무적 의미가 없기 때문이다.

목적으로 한 것이었다. 왜냐하면 교도소에서의 석방과 마찬가지로 사후형기단축은 수형자가 행형기간동안 잘못된 일이 없을 때에만 보장되는 것이기 때문이다.³¹⁹⁾ 2004년부터 수형자는 이미 행형이 시작될 때부터 법률에 의거하여 도입된 형기단축을 요구하게 된다(*crédit de réduction de peine*, CRP). 이는 첫 반년동안에는 3개월, 그 뒤 매해마다 2개월씩, 그리고 1년 이하의 형벌이거나 남은 형기가 1년 미만인 경우에는 매달 7일씩이다(형사소송법 제721조제1항).³²⁰⁾ 재범의 경우³²¹⁾ 첫 해에는 단지 2개월만 단축되고, 그리고 후년부터는 1개월, 매해가 시작될 때마다 5일이 단축된다(형사소송법 제721조제2항).

수형자의 행상이 불량한 경우, 혹은 특정한 중한 성범죄 또는 폭력범죄로 인해 수감되어 그에게 형사집행법관이 내린 처분을 행하지 않은 경우에는 교도소 행정 또는 검찰의 신청에 따라 형사집행법관은 형기단축 요구를 완전히 또는 부분적으로 받아들이지 않을 수 있다(형사소송법 제721조제3항).

수용시설에서 석방된 이후 유죄판결피고인은 실제 허용된 형기단축기간에 상응하는 기간 동안 한 종류의 집행유예 상태에 있게 된다. 형사소송법 제721조제5항은 2004년부터 다음과 같이 규정하고 있다. 이 시기동안 새로운 범죄를 저지른 경우 새로운 형사소송을 담당하는 법원은 추후에 형기단축의 허용을 완전히 또는 부분적으로 취소할 수 있고, 그러한 한에서 피고인의 수용을 지시할 수 있다.

2) 추가 형기단축

형사소송법 제721-1조제1항에 따르면, 수형자가 사회복귀를 위해 진지한 노력을 하는 모습을 보이거나³²²⁾ 피해원상회복을 위해 노력하는 경우 형사집행법관은 추가로 형기를 단축할 수 있다. 최고 단축기간은 1년에 3개월 또는 형

318) Müller 2003, 216쪽.

319) Giacomelli 2007, 155쪽, m. w. N.

320) 자동적으로 이루어지는 형기단축을 계산하는 데 관하여는 검찰이 형사집행기관으로서 관할한다. Cour de cassation, Urteil vom 31.10.2006, RSC 2007, 357 m. A. Poncela.

321) 형법 제132-8조, 제132-9조, 제132-10조의 법률적 개념정의에 따른다.

322) 수용시설 내에서 직업훈련이나 재범방지 목적의 심리치료를 행할 때를 예로 들 수 있다.

체가 1년 이하이거나 잔여 형기가 1년 이하인 경우 1개월에 7일이다; 재범의 경우 그리고 특별히 중한 성범죄자 및 폭력범죄자인 경우 연간 2개월 혹은 1개월에 4일이다. 특별히 중한 성범죄 및 폭력범죄의 재범인 경우에는 1년에 1개월, 1개월에 2일이다(형사소송법 제721-1조제2항).

추가형기단축 사항은 형사집행법관이 직권으로 검토하며, 1년 이상의 자유형의 경우 해마다, 단기자유형의 경우 형집행기간 중 1회 검토한다(형사소송법 제721-1조제3항). 수형자는 다른 시기에도 스스로 추가형기단축의 승인을 신청할 수 있다.³²³⁾

유죄판결피고인이 석방 이후 형기단축에 상응하는 시간 내에 새로운 범죄를 저지른 경우, 형사소송법 제721-1조에 따른 추가형기단축의 취소는 규정되어 있지 않다.³²⁴⁾

3) 형기단축 심사절차

형기단축 박탈 및 승인에 대해서는 형사집행법관이 형사집행위원회의 청문을 거친 후 서면절차로 결정한다(형사소송법 제712-5조).

4) 조건부 형기단축

2004년부터 형사집행법관은 수형자에게 직권으로 또는 검찰의 신청에 의해, 자동적 형기단축기간 그리고/또는 추가적 형기단축기간에 상응하는 기한동안 석방 이후 피해자와의 접촉을 금하거나 손해배상을 하도록 하는 의무를 부과할 수 있다. 이른바 ‘조건부 형기단축’이다(형사소송법 제D.117조 이하). 이 부담명령(Auflage)은 형사소송법 제712-6조에 따라 당사자주의적 구두심리를 거친 후 확정될 수 있다(형사소송법 제721-2조제1항 및 2항). 수형자가 이 부담명령을 어기는 경우, 형사집행법관은 형기단축을 - 이 경우 추가형기단축도 마찬가지이다 - 제712-6조에 따른 구두심리를 거쳐 완전히 또는 부분적으로 취소할 수 있다(형

323) Duflo u.a., 2010, Rn. 431.

324) Duflo u.a., 2010, Rn. 433.

사소송법 제721-2조제3항).

나. 가석방(조건부 석방)

1) 가석방제도의 도입

형기만기종료 전 가석방(libération conditionnelle)³²⁵⁾은 프랑스에서 이미 1885년에 최초의 형사집행 개별화 처분으로 도입되었다.³²⁶⁾ 가석방 허가는 오랜 기간 동안 법무부장관의 책임이었다. 2000년도까지 5년 이상 자유형 사안에서는 법무부장관이 관할권을 가졌으며, 단기자유형에 대한 가석방은 형사집행법관이 판단하였다.³²⁷⁾ 이 분야에서 형사집행법관이나 법무부장관의 결정에는 논증의 의무가 없었다. 가석방 거부에 대항하는 상소 과정보도 존재하지 않았으며, 가석방 취소에 대한 상소 역시 거의 없었다.³²⁸⁾ 2000년 이후 형사집행법 개혁을 통해 잔형집행유예가 완전히 법제화되었다. 이는 현재 형사소송법 제729-733조 및 제 D.520-526조에 규정되어 있다.

2) 가석방의 요건

형사소송법 제729조제1항에 따르면 잔형집행유예는 수형자의 재사회화 및 재범방지를 위한 것이다. 형사소송법 제729조제2항에 따르면, 이를 허가하기 위한 전제조건은 수형자 본인이 사회로 재편입되기 위해 진지한 노력을 다하고 이를 증명하는 경우, 석방 이후 근무지나 직업교육훈련소에 속해 있을 것, 주양육자로서 자녀양육을 하는 경우, 의료적 치료를 받는 경우, 손해원상회복을 위해 노력하는 경우, 또는 그 외 재사회화 프로젝트를 수행하는 경우 등이다.³²⁹⁾ 특별한 성범죄 또는 폭력범죄로 인한 수형자는 행형에서 제공하는 치료기회를 모두 활

325) 기능적으로 볼 때 독일 형법 제57조 이하의 잔형집행유예에 상응한다.

326) Faucher 2007, 127쪽; 실무상 변경에서의 제한에 대해서는 Müller 2003, 144쪽 참조.

327) Desportes/Le Gunehec 2009, Rn. 1059.

328) Desportes/Le Gunehec 2009, Rn. 1057.

329) 이러한 기회 및 그 기관을 찾을 때 수형자는 사법사회복지서비스(SPIP)의 지원을 받아야 한다. Duflo u.a., 2010, 470쪽 참조.

용하여야 하며/하거나 석방 후 재범을 방지하기 위한 치료를 받아야 한다(형사소송법 제729조제5항).

형사소송법 제729조제3항 및 4항에 따르면 석방은 일러도³³⁰⁾ 실제로 부과된 자유형 전체 형기의 절반을 복역한 후에야 허용될 수 있으며,³³¹⁾ 여기에 자동적 형기단축 및 이미 결정된 추가형기 단축기간은 제외된다.³³²⁾ 늦어도 15년 이후에는 가능하다. 재범³³³⁾ 및 중범죄자는 제한된 조건 하에서 가능하다. 재범은 적어도 두 배의 기간을 복역해야 하며, 최장 20년 후에 가능하다. 무기형 선고를 받은 자는 적어도 18년, 법률상 규정된 재범 전제조건 하에서는 적어도 22년 복역하였어야 한다.

2010년부터 무기형의 경우 재판 전에 정신과 감정인 1명, 특정범죄로 인한 무기형인 경우 2명으로부터 평가서를 받아야 하며, 관할 '학제간 보안처분위원회'³³⁴⁾의 입장을 받아야 한다.³³⁵⁾

330) 하지만 특히 장기수형자에게 석방은 가능한 가장 이른 시기에 잘 허용되지 않는다. 왜냐하면 복역해야 할 잔여형기가 일반적으로 너무 길어 보이기 때문이다. Faucher 2007, 131쪽 참조. 실무에서는 부분적으로 다음과 같은 통례가 적용된다. 유죄판결피고인이 - 형기단축 덕분에 더 짧아진 즉 실제 복역해야 하는 형 기간이 아닌 - 판결로 부과 받은 형기의 절반을 복역했어야 한다. Laflaquière 2007, 150쪽 참조.

331) 70세를 넘은 수형자는 예외이다(형사소송법 제720조제6항). 다른 예외사유는, 남은 복역기간이 4년 이하인 동시에 10세 이하의 자녀와 함께 살면서 부모로서 보육해야 하는 유죄판결피고인이 재범이 아닐 때이다(형사소송법 제729-3조). 이 두 가지 경우에만 전체 형기 집행이 시작되기 전에 '가' 석방'이 결정될 수 있다. Desportes/Le Gunehec 2009, Rn. 1058; Duflo u.a., 2010, Rn. 466 참조.

332) Desportes/Le Gunehec 2009, Rn. 1058.

333) 형법 제132-8조, 제132-9조 및 제132-10조의 법률적 개념정의.

334) «Commission pluridisciplinaire des mesures de sûreté», COPMES. 프랑스에 8개 있는 이 위원회의 구성원은 다음과 같다(Duflo u.a., 2010, Rn. 279). 고등법원 부장, 행정관할 지역자치단체장, 사법사회복지서비스의 지역 포괄 단위의 장, 정신의학전문가, 심리전문가, 피해자보호단체 대표, 변호사. 형사소송법 제R.61-8조제1항.

335) 위험한 것으로 평가되는 성범죄자 및 폭력범죄자에 대한 그 외의 제한적 조건에 대해서는 Duflo u.a., 2010, Rn. 466 참조.

3) 가석방의 효과

가석방을 허가하는 재판에서 형사집행법관은 수형자가 석방될 조건을 확정하며(예: 주거지, 구체적 직업훈련처분 또는 치료처분 참가 등), 그에게 행할 지원 및 통제 처분, 그리고 그 기간을 확정한다. 형사집행법관이 고를 수 있는 지원 처분 및 통제 처분은 형사소송법 제731조제1항 1문에 따라 수형자의 재사회화를 촉진하고 재확인하는 목적에 기여하는 것으로, 이를 위해 내려진 법규명령(Verordnung)에 열거되어 있다(형사소송법 제D.532조 이하).³³⁶⁾ 형사소송법 제731-1조에 따르면 특정 성범죄 및 폭력범죄자는 감독 기간동안 사회사법적 감독(suivi socio judiciaire)³³⁷⁾ 하에 있을 수 있으며, 특정한 상황 하에서는 전자 발찌 착용으로 GPS를 통해 피감시자가 있는 장소를 감독소에서 무선으로 확인하도록 할 수도 있다. 감독하는 기간은 석방재판에서 확정되어야 하며 형사소송법 제732조에 따르면 유기형의 경우 감독하는 기간은(규칙적 형기단축이 공제되고) 남아있는 실제 복역해야 하는 수감기간보다 짧아서는 안 되고, 남아있는 실제 수용기간 1년을 가산한 기간보다 길어서도 안 된다. 무기형의 경우에는 적어도 5년이어야 한다. 어떤 경우에도³³⁸⁾ 10년을 넘을 수는 없다(형사소송법 제732조).

수형자가 석방재판에서 부과한 부담명령을 위반하거나 그 기간 중 새로운 범죄를 저지른 경우, 잔형집행유예는 완전히 또는 부분적으로³³⁹⁾ 취소될 수 있다(형사소송법 제733조제1항 내지 3항).

유예가 취소되지 않는 경우 석방은 확정된다. 형벌은 석방된 날에 완전히 집행된 것으로 본다(형사소송법 제733조제4항).

336) 예를 들어 보호관찰관의 호출을 이행하고, 보안관찰관이 집에 들어오는 것을 허락하며, 그에게 주거지 및 직업지에 관한 변경사항에 대해 정보를 끊임없이 제공할 의무. 형법 제132-44조, 형사소송법 제D.533조 참조

337) 위 제3절 3 참조

338) 이에 관련하여 한 가지 예외사유가 2010년 도입되었다. 특별히 위험한 것으로 평가되는, 재범성향이 있는 중범죄 범죄자로서 무기형 선고를 받은 사람은 예외이다. 이 글에서는 - 지금까지 실무적 중요성이 결여되어 있어서 - 자세히 설명하지 않는 절차에서 아주 제한된 조건 하에 2년의 감독기간이 연장될 수 있다(형사소송법 제732-1조).

339) Desportes/Le Gunehec 2009, Rn. 1061.

4) 가석방 심사절차

수형자가 최대 10년 이하의 자유형을 선고받았거나 또는 원래 더 긴 자유형에서 잔여형기가 3년을 초과하지 않는 경우, 가석방의 허가 및 취소에 관련된 결정은 형사집행법관이 관할한다. 원 판결이 10년 이상의 장기형인 경우, 그리고 3년을 초과하여 복역해야 하는 경우 형사집행법원(TAP)이 관할한다(형사소송법 제730조제1, 2항).³⁴⁰⁾

최소복역기간이 지난 후 관할 형사집행법원은 매해 1회씩 - 구두심리 없이 - 가석방을 고려할 수 있는지 심사해 보아야 하며(형사소송법 제730조제3항), 경우에 따라 구두심리일을 정해야 한다. 수형자는 최소복역기간이 지난 후 언제든지 가석방을 신청할 수 있다. 관할 형사집행법관(JAP)은 4개월 내에, 형사집행법원(TAP)은 6개월 내에 이 신청에 대해 재판을 위한 심리일(공판일)을 정하여야 한다. 이를 행하지 않는 경우 수형자는 고등법원의 항소부(chambre de l'application des peines)에 부작위 항고를 할 수 있다.

재판은 당사자주의 구두심리로 이루어진다(형사소송법 제712-6조, 제712-7조). 이 때 수형자에게는 변호인이 있어, 그가 수형자를 위해 변호한다.³⁴¹⁾ 형사소송법 제730조제4항에 따라 2009년부터 신청에 의해 피해자 변호인도 심리에 참여할 수 있다.

형사집행법원(TAP)이 석방판결을 내리더라도, 가석방기간동안의 수형자에 대한 감독은 형사집행판사(JAP)의 책임이다. 이 때 사법사회복지서비스(SPIP) 및 경우에 따라 허용된 독립 단체의 지원을 받는다(형사소송법 제731조제2항). 형사집행법관은 석방판결에서 함께 판결내린 부담명령(Auflage)을 언제든지 변경할 수 있다. 형사집행법원의 재판인 경우, 형사집행법관은 본인이 필요한 것으로 여기는 변경사항에 대한 재판을 위해 형사집행법원에 서류를 제출할 수 있다(형사소송법 제732조제4항).

340) 2011년 8월 10일 공포된 법률을 통해 여기에 변경사항이 생겼다. 하지만 이러한 변경사항은 대부분 2012년 1월 1일해야 비로소 특정한 법원관할영역에서 효력을 지니며 새로 시도해 보는 의미를 지니고 있다. 이 법률에 대해서는 아래 제6절 참조

341) Duflo u.a., 2010, Rn. 470.

단기(잔여)자유형에서 가석방은 형사소송법 제723-19조에 따른 간이절차에서도 허가될 수 있다.³⁴²⁾

5) 실무적 의미

많은 학자들은 가석방이 형사집행을 수형자에게 개인적으로 적용시키는 적합화(개별화)의 핵심이라 말해왔고, 따라서 가석방은 재사회화 및 재범방지라는 형벌목적을 지향하는 형사사법의 하나로 여겨지지만, 그럼에도 불구하고 실무적 의미는 오히려 적은 편이다. 2006년에는 모든 범죄의 6.3%에서 가석방이 허가되었다.³⁴³⁾ 반면 대규모 국가수감시설의 장기형집행을 관할하는 고도로 특수화된 형사집행법원에서는 가석방이 더 빈번히 실무에 이용되고 있다.³⁴⁴⁾

다. 자유형의 행형시설 외 집행

프랑스 형사집행법은 자유형을 완전히 또는 부분적으로 행형시설 외에서, 즉 교도소 담장 바깥에서 집행할 수 있는 다양한 가능성들을 제시하고 있다. 이를 명하는 것은 형사집행법관의 관할에 속한다.

1) 외부 수용

형법 제132-25조 및 형사소송법 제D.126-136과 결부된 형사소송법 제723조제1항에 따르면 수형자는 자신의 형벌을 행형시설외부에서 복역할 수 있다. 이는 이른바 ‘외부수용’(placement à l’extérieur, PE)이라 불리운다. 전제조건은 수형자가 이 기간동안 업무를 규칙적으로 수행해야 한다는 점이다. 시설 외 체류는 - 밤 시간을 포함하여 - 일과의 특정시간에도 가능하며, 몇 주 또는 몇 달 단위로도 허용될 수 있다. 수형자가 지속적으로 교도소직원의 계호 하에 있어야 한다

342) 위 제2절 2. 다 참조

343) Faucher 2007, 128쪽, Fn. 6 m. w. N.

344) Laflaquière 2007, 151쪽 참조. Centre de Détention de Muret, Département Haute Garonne의 수형자 중 절반 이상이 가석방된다.

는 조건이 붙을 수 있다. 또한 사회복지사나 (무보수) 명예직의 동반은 허용되지 않거나 1명만 허용될 수 있다. 이 완화 처분은 시설 밖의 구체적 작업에 한정된다. 예를 들어 교도소 주변의 녹지 관리 등을 들 수 있다. 이 작업들을 완료하기 위해 단기간동안 계호 하에 시설을 벗어나는 것(이른바 *corvées extérieures*)은 행형기관의 장이 고유의 권한으로 결정한다.³⁴⁵⁾

형사수형자에게 그에 상응하는 작업을 제공해 주는 지역 조직의 참여에 따라 이 완화처분의 구체적인 형태가 크게 좌우된다.³⁴⁶⁾

외부수용은 2009년 준수사항전제조건이 크게 확장된 이후, 2년을 넘지 않는 자유형실형 판결을 받거나 실제 복역해야 할 잔여형기가 2년을 넘지 않는 모든 수형자들에게 허용될 수 있게 되었다(형법 제132-8조 이하 법률적으로 개념정의된 재범의 경우 1년)(형사소송법 제723-1조제1항). 외부수용은 가석방의 준비처분으로 부과될 수도 있다(형사소송법 제723-1조제2항).

관할은 기본적으로 형사집행법관(JAP)에게 있으며, 형사소송법 제712-6조에 따라 구두심리로 재판한다. 형사집행법관은 처분의 경과를 감독하며, 필요에 따라 조건을 변경하고, 위에 설명한 규율을 남용하는 경우 외부수용의 승인을 취소한다.

이 처분은 형사소송법 제723-19조 이하의 요건 하에서 간이절차를 통해서도 승인될 수 있다.³⁴⁷⁾

외부수용 허용은 계속하여 증가하는 추세이지만, 아직 실무에서 결정적으로 중요한 수준에 달한 것은 아니다. 2005년에는 외부수용이 515건 허용되었고, 그 후 2009년에는 1,005건의 외부수용이 허용되었다(전체 50,470명의 형사수용자 가

345) Duflo u.a., 2010, Rn. 444.

346) Duflo u.a., 2010, Rn. 445의 예 참조. 남프랑스에서 실시한 프로젝트: 프로젝트 기간동안 수형자 한 그룹은 월요일부터 금요일까지 지역 수용시설(*maison d'arrêt*)에서 자고, 공익단체의 감독 하에 숲에서 산불방지 작업을 하였다; 오베르뉴(*Auvergne*) 지역 프로젝트: 공익 시설이 운영하는 농가에서 1주간(주야시간 모두) 15-20명의 수형자가 석방 후에 가질 직업적 전망의 관점에서 농업 활동을 하였다; 국내 교도소 행정은 프랑스 철도청 및 국영 수자원공사와 협약을 체결하여, 수형자가 그 곳에서 단순 노동을 할 수 있도록 하였다. 입원 중독 치료 또는 다른 의학적 처치 역시 교도소 외부에서 묵으면서 행해진다.

347) 위의 제2절 2, 다 참조.

운데 차지하는 비율은 약 2%이다).³⁴⁸⁾ 2010년 6월 1일에는 총 1,064명의 수용자가 외부수용중인데, 이 중 640명은 일체 행형시설 내에 체류하지 않으며, 424명은 작업시간 이외에는 교도소 내에 수용된다.³⁴⁹⁾

2) 반(半)자유처우

형법 제132-26조 및 형사소송법 제D.137조 이하가 규정하는 이른바 반자유처우(semi-liberté)이라는 종류의 행형이 의미하는 바는, 수형자가 근로를 위해서, 연수나 의료처치를 받기 위해서, 가족생활을 위한 본질적 기여를 하기 위해서, 또는 재사회화를 목적으로 하는 다른 활동에 참여하기 위해 수용시설에서 벗어날 수 있다는 것이다. 실무에서는 대부분 주중에는 아침에 교도소를 벗어났다가 저녁에 돌아오거나 또는 주말에 돌아오는 형식으로 이루어진다.³⁵⁰⁾ 이 행형의 집행은 이러한 방식의 행형이 계획되어 있는 행형시설 또는 부서에서만 가능하다.³⁵¹⁾

반자유처우의 부과 및 취소 요건과 절차는 앞에서 서술한 외부수용 부과 및 취소 요건과 절차에 준한다. 이러한 방식의 행형이 부과된 수형자 숫자 역시 제한적이다. 2010년 6월 1일에는 실제로 행형시설 내에 수감된 45,714명 중 1,848명, 즉 약 4%에게 이 행형방식이 지시되었다.

3) 전자감시 가택구금

1997년부터 자유형실형은 완전히 또는 부분적으로 전자감시 하의 가택구금으로 복역하는 것이 가능해졌다(placement sous surveillance électronique, PSE)(형법 제132-26-1조 이하, 형사소송법 제723-7조 이하, 제D.121조 이하, 제R.57.10조 이하).

실무적으로는 유죄판결피고인이 전자팔찌 또는 발찌를 착용하고, 유죄판결피

348) Rapport ONDRP 2010, 380쪽.

349) Tournier 2010b, 387쪽.

350) Desportes/Le Gunehec 2009, Rn. 963.

351) Duflo u.a., 2010, Rn. 443.

고인의 집에 설치되고 유선전화로 연결된 수신기를 통해 교도소 행정에서 관리하는 감독센터에 규칙적으로 신호를 보낸다. 유죄판결피고인은 집을 벗어나서는 안되며, 그에게 부과된 시간동안에만(예를 들어 직업활동 등) 집을 벗어날 수 있다. 이러한 시간들은 전자 감독시설에 저장된다. 유죄판결피고인이 그 이외의 시간에 집을 벗어나거나 팔찌/발찌를 몸에서 떼어내는 경우 경고신호가 보내진다. 감독센터의 직원은 전화를 걸어 그가 집 안에 머물러 있는지 재확인한다. 유죄판결피고인이 감독센터와 연락하지 않은 채로 계획되어있지 않은 시간에 집 밖에 머무르는 시간이 1시간이 넘을 경우에는 그는 도주한 것으로 간주된다.³⁵²⁾ 감독센터의 담당자는 즉시 팩스나 전화로 유죄판결피고인 관할 교도소에 연락하며, 교도소는 이에 상응하는 조치를 취하고 검찰에 연락한다. 유죄판결피고인과 추후에 전화연락이 되어 늦은 것이 해명되더라도 감독센터 직원은 사건보고서를 작성하여 사법복지서비스에 전달하여야 한다.³⁵³⁾

교도소 담장 바깥에서 진행되는 이러한 집행방식의 적용범위는 2009년 이래로 더욱 넓어졌으며, 이를 허가하기 위한 전제조건은 당사자가 2년 이하의 자유형 실행 선고를 받거나, 부분적 복역 이후 실제 남은 잔여형기가 2년 이하인 경우이다³⁵⁴⁾(형사소송법 제723-7조, 재범의 경우 각각 1년). 이 외에도 전자로 감시되는 가택구금의 자유형 집행은 잔여형기가 더 긴 경우에도 가석방의 전제조건으로 지시될 수 있다(형사소송법 제723-7조제2항). 이 경우 전자감시 가택구금기간은 1년을 초과할 수 없으며, 아무리 빨라도 최소복역기간³⁵⁵⁾이 끝나기 1년 전에야 지시할 수 있다.

수형자는 이러한 처분에 대해 명시적으로 동의를 표시해야 한다. 그는 이러한 결정을 받기 위해 자신의(국선)변호인을 선임할 권리가 있다. 또한 이에 대한 정보를 제공받아야 한다(형법 제132-26-1조제3항).

전자감시 허가를 부과하고 - 완전히 또는 부분적으로 - 취소하는 것은(형사소송법 제723-13조) 기본적으로 형사집행법관의 권한이며, 구두심리를 거친 후 판

352) 형사소송법 제D.125조

353) Dufflo u.a., 2010, Rn. 459.

354) 그 전까지는 각각 1년이었다.

355) 위의 제4절 1, 나, 2).

결(Urteil)로서 확정하거나(형사소송법 제712-6조), 형사소송법 제723-19조 이하의 간이절차를 통해 판단한다. 이를 허가할 때에는, 가석방에 상응하는 다양한 부담명령 또는 준수사항을 함께 부과할 수 있고(형사소송법 제723-10조), 시간이 경과함에 따라 이를 변경할 수도 있다(형사소송법 제723-11조). 허가를 취소할 경우 유죄판결피고인은 취소된 형벌 부분을 행형시설에서 복역한다. 이때 가택구금으로 복역한 날짜는 수용일수에 산정된다(형사소송법 제723-13조제2항).

전자감시 가택구금은 프랑스에서 근래 들어 가장 자주 사용되는 형식의 적화와 집행(aménagement de peine)이다. 2010년 6월 1일 자유형실형 집행을 받고 있는 수감자 52,039명 중 전자감시 가택구금 처분을 받는 자는 5,685명으로 약 11%에 달한다. 전자감시 가택구금(placement sous surveillance électronique)은 자유형실형 집행 전체 중 2/3에 속하며, 교소도 담장 밖의 현실화된 집행 중에서는 90%를 차지한다.³⁵⁶⁾

이 형식의 집행을 좀 더 빈번하게 사용하여 수감시설의 과밀수용 문제를 줄이려는 노력으로, 2009년에는 새로운 방식으로 이 집행을 부과하는 것이 형사소송법에 수용되었다. 형사소송법 제723-28조에 따르면 특정한 조건 하에서 관할 사법사회복지서비스는 검찰의 감독 하에 - 형사집행법관의 확인을 먼저 받지 않고도 - 전자감시 가택구금의 방법의 집행을 지시할 수 있다. 그에 동반되는 부담명령 및 준수사항은 이 경우 검찰이 확정한다. 수형자가 자신이 저지른 경죄(Vergehen) 때문에 5년 이하의 자유형을 선고받고, 실제 복역해야 할 기간이 4개월 남았으며, 그 동안 자신의 형벌에 대해 적합화된 집행 지시를 받은 적이 없는 경우 전자감시 가택구금 절차는 체계적으로 언제나 적용된다.³⁵⁷⁾ 전자감시 가택구금을 고려하지 않는 때도 있다. 실제로 전자 감시 가택구금을 집행하는 것이 불가능하거나,³⁵⁸⁾ 당사자가 이 처분을 거부하거나, 재범을 저지를 위험의 관점에서 볼 때 그의 개성과 이 처분이 결합되기 힘들 것으로 보이는 경우 등이다. 부정적 기준에 해당하지 않음에도 불구하고 행형행정이 수형자에게

356) Tournier 2010b, 388쪽.

357) 여기에 형기단축은 계산되지 않는다.

358) 예를 들어 보호시설이나 석방자 수용시설에서도 자리를 찾지 못한 노숙자들에게.

이 처분을 가능하게 하지 않는다면, 수형자는 형사집행법관에게 형사소송법 제 712-6조에 따른 구두심리절차를 통해 이를 지시하도록 신청할 수 있다. 이러한 절차방식은 2010년 10월 27일 개정명령 공포 이후에야 실무화되었다.

4) 행형의 중지 및 집행기간의 분할

형사소송법 제720-1조 및 제720-1-1조는 경죄(Vergehen) 영역에서 자유형 집행을 잠정적으로 중지하거나 시기를 나누어 분할하여 복역할 수 있도록 규정하고 있다. 적용범위는 2009년 더욱 확대되었다.³⁵⁹⁾ 이 처분은 경죄로 유죄판결 받고 아직 최고 2년동안 더 실제³⁶⁰⁾ 복역을 해야 하는 모든 수형자에게 허용될 수 있다. 전제조건은 의학적, 가족관계상, 직업적, 또는 사회적 종류의 이유³⁶¹⁾가 존재해야 하며, 그리고 중지 또는 분할 때문에 형사집행기간이 4년 이상 늘어나지 않아야 하며, 시기 분할을 통해 분할된 하나의 집행시기가 2일보다 짧지 않아야 한다. 이러한 적합화 행형을 허가하는 것은 형사집행법관(JAP)의 관할이며 형사소송법 제712-6조에 따른 절차방식(구두심리에 따른 판결)으로 행한다.³⁶²⁾ 배우자가 아프거나 자녀를 양육해야 할 때, 석방 후 일하고 싶은 직장에 취업하기 위해 몇 주간의 실습시간 완료가 필요한 경우 등에 적용할 수 있다.³⁶³⁾ 법원은 재판에서 시설 외부에서의 행동에 따르는 부담명령을 부과할 수 있다(형사소송법 제720-1조제1항 3문).

형사소송법 제720-1-1조에 따라 피고인이 생명이 위독하게 아프거나, 혹은 건강상태가 형사집행병원에서의 수감도 허용되지 않을 정도인 경우에는, 언제든지 모든 종류의 자유형에서, 즉 중죄 및 경죄 영역에서, 기한 없는 집행 중지를 결정할 수 있다. 이는 형사집행법관의 관할이며, 부과된 형벌이 10년을 넘지 않는 경우 또는 그 이상의 형벌에 해당하면 앞으로 실제 복역해야 할 기간이 3년을

359) 그 전까지는 이러한 가능성은 거의 사용되지 않았다. Duflo u.a., 2010, Rn. 참조.

360) 즉 자동적, 추가적으로 허용된 형기단축기간을 산정한 이후 시점을 뜻한다.

361) 2009년까지는 ‘중대한 이유’였어야 했다.

362) 형사소송법 제723-19조 이하의 간이 절차에서는 이 집행완화를 지시할 수 없다.

363) Duflo u.a., 2010, Rn. 463.

초과하지 않는 경우에 가능하다. (잔여)형기가 더 긴 자유형인 경우 합의체 재판 부인 형사집행법원(TAP)이 관할한다. 모든 경우 형사소송법 제712-6조 및 제 712-7조에 따른 당사자주의적 구두심리를 거쳐 재판한다.

5) 외출

형사소송법 제D.188조 이하 및 제D.142조 이하와 결부된 형사소송법 제723-3조에 따르면 피고인이 직업생활이나 사회생활로의 재편입을 준비하거나, 가족간의 유대를 강화하거나, 또는 출석의무를 이행하기 위해 구체적 목적을 가지고 몇 시간 또는 며칠 동안 교도소를 떠날 수 있도록 허가할 수 있다. 형사소송법 제D.143조 이하에 따르면 예를 들어 며칠 동안 계획 없이 가족을 방문하는 것을 허가할 수 있다. 법률은 특정 형벌방식이나 (잔여)형기 등의 제한을 두고 있지 않다.³⁶⁴⁾ 예외적인 경우에 모든 수형자에게 행형 직원의 계호 하에 외출이 허락될 수도 있다(형사소송법 제723-6조).

외출 허가의 관할권은 형사집행법관에게 있다. 이를 위해서는 형사소송법 제 712-5조에 따라 형사집행위원회의 청문 후에 서면 절차로 재판한다. 형사집행법관은 형사소송법 제723-4조에 따라 수형자에게 외출시간동안 체류장소 및 행동에 대한 부담명령(Auflage)을 부과할 수 있다. 수형자가 외출시간동안 범죄를 저지른 경우 형사집행법관은 이전에 미리 시작된 자동적 형기단축을 추후에 사용하지 못하도록 할 수 있다(형사소송법 제723-5조).

라. 보안기간 중 자유형실형 집행변경의 제한

계호 하의 교도소 바깥으로의 외출과 관련하여 설명된 모든 처분들은 보안기간(période de sûreté) 동안에는 불가능하다(형법 제132-23조, 형사소송법 제720-2조 이하).³⁶⁵⁾ 보안기간은 적어도 10년 이상의 유죄판결을 받은 특정 중범죄자

364) 형법 제132-8조, 제132-9조 및 제132-10조에서 법률적으로 개념 정의된 재범은 예외이다. 이에 대해 상세하게는 Duflo u.a., 2010, Rn. 439 참조.

365) vgl. Müller 2003, 344쪽.

에게 법률상 당연히 도입된다(형법 제132-23조제1항). 그 외에도 사실심법원이 5년 이상의 자유형의 실형을 선고하는 경우에도 항상 이를 부과할 수 있다(형법 제132-23조제3항). 보안기간은 적어도 부과된 형벌기간의 절반 이상이며, 무기형의 경우 18년이다. 또한 사실심법원은 명시적으로, 부과된 형벌기간의 2/3까지 보안기간을 연장하거나, 경우에 따라 30년까지 또는 무기로 연장할 수도 있다(형법 제132-23조제2항). 수형자가 본인의 재사회화를 위해 진지하게 노력할 수 있으면, 보안기간은 예외적인 사안에서 추후에 정지하거나 짧아질 수도 있다. 이러한 추후 정지나 단축 판결은 형사집행법원 합의부(TAP) 관할이며(형사소송법 제720-4조, 제712-7조), 처음 보안기간이 30년으로 정해진 경우 20년이 경과하기 전에는 추후 정지나 단축 판결이 불가하고, 판결에서 무기자유형 기간 전체를 보안기간으로 지시한 경우에는 30년 전에는 추후 정지나 단축 판결이 불가하다.

마. 자유형실형에 대한 비수용 집행

단기자유형 집행에서는 처음부터 폐쇄행형 외에 다양한 집행방식을 취할 수 있다(형사소송법 제723-15조 이하).³⁶⁶⁾ 이를 통해 한편으로는 단기자유형 행형의 탈사회화 효과를 감소시키고, 다른 한편으로 행형시설의 과밀수용을 막는 효과가 있다.³⁶⁷⁾

형사소송법 제723-15조제1항에 따라 판결이 내려지는 시점까지 구금되어 있지 않으며 최고 2년까지의 자유형을 판결받은 사람에 대해서는,³⁶⁸⁾ 가능한 사람의 범위 내에서, 또한 그의 성정과 상황이 적합해 보이는 한에서, 형사집행 처음부터 형집행중지 또는 형의 분할 복역 또는 전자감시 가택구금 등을 허가할 수 있다. 그 외에도 형사소송법 제747-2조와 결부된 형법 제132-57조는 최대 6개월까지의 자유형실형 판결을 추후에 집행유예로 변경시키고 의무부과와 공익근로³⁶⁹⁾

366) vgl. Duflo u.a., 2010, Rn. 874.

367) Desportes/Le Gunehec 2009, Rn. 1063-4; Duflo u.a., 2010, Rn. 874.

368) 2009년 이후부터 형사소송법 제707조제4항은 아직 확정력이 없는 유죄판결로 인해 구금되어 있는 피고인에게도 구금 시작 전에 형사집행 적합화를 지시하는 것을 추가적으로 허용하고 있다.

를 이행하도록 하는 것을 허가하고 있다.

이 처분을 부과하는 것은, 이미 판결내린 법원이 판결에서 미리 정하지 않은 경우, 형사소송법 제723-15조 이하에 따라 형사집행법관의 권한이다.³⁷⁰⁾ 형사소송법 제723-15조제1항에 언급된 사안의 경우 검찰은 그러한 판결 집행을 (피고인 수용을 경찰에 위임하는 방식으로) 스스로 시작하지 않는다. 오히려 피고인은 형사집행판사에게로 소환된다. 이는 실무에서는 두 가지 방식으로 나타날 수 있다. 피고인이 공판기일에 참석한 경우(이는 프랑스에서는 필수적인 것은 아닌데)³⁷¹⁾ 피고인에게는 공판기일 마지막에, 형사집행판사 앞에 출두해야 하는 소환의 경우 30일 이내의 소환일, 사법복지서비스로의 소환인 경우 45일 이내의 소환일에 대한 (정확한 날짜와 시간이 적힌)³⁷²⁾ 소환증이 교부된다(형사소송법 제474조).³⁷³⁾ 피고인이 공판기일에 참석하지 않은 경우에는 판결에 확정력이 생긴 이후 검찰이 관할 구역 형사집행법관(JAP)에게 판결 및 프랑스 연방중앙범죄기록(casier judiciaire)의 초록 및 그 외 법관에게 정보가 되는 것으로 보이는 서류 등을 보낸다(형사소송법 제723-15조제2항). 형사집행판사는 자신의 동료 판사

369) 20-210시간 사이.

370) 위의 제3절 2, 마지막 부분 참조.

371) 불참석시의 유죄판결 가능성에 대해 Müller 2004, 64쪽 이하.

372) 지난 몇 년 동안 검찰에 의해 거의 모든 지역에 - Duflo u.a., 2010, Rn. 876 참조 - 지방법원에서 이른바 형사집행사무소(bureaux d'exécution des peines, BEX)가 설립되었다. 이 사무소는 형사집행 신속화를 위한 것이며, 유죄판결피고인에 대한 좀 더 나은 정보제공에 기여하기도 한다. 이러한 형사집행사무소가 존재하면, 공판기일이 끝날 때 재판장, 또는 공판조서를 작성하는 사법보좌관은 유죄판결피고인에게 이 사무소로 가서, 그 곳에서 다음 절차에 대해 설명을 들도록 권한다. 형사집행사무소에서 근무하는 사법보좌관은 조서를 작성하는 사법보좌관으로부터 판결 주문 및 피고인 이름을 메일로 전송받는다. 따라서 피고인이 형사집행사무소에 올 때에는 사무소에 근무하는 사법보좌관은 이미 그에 대한 본질적 상황에 대한 정보를 모두 가지고 있다. 형사집행사무소 방문은 피고인의 의무가 아니다. 하지만 일반적으로 피고인들은 이 권유를 받아들인다. 좀 더 평온한 상태에서, 그리고 비공개적으로 자신의 상황에 대해 정보를 구할 수 있기 때문이다. 형사집행사무소의 업무를 좀 더 자세히 기술한 것으로 Clément 2009, 142쪽 이하; Duflo u.a., 2010, Rn. 877 참조. 형사집행사무소가 존재하지 않거나, (예를 들어 공판이 19시 이후에 끝나서) 업무를 하지 않는 경우에는 형사부 재판장이 피고인에게 형사집행법관을 호출하도록 한다.

373) 피고인이 항소하는 경우, 피고인은 소환에 응답할 필요가 없다. 왜냐하면 이 판결은 아직 집행가능하지 않기 때문이다. Duflo u.a., 2010, Rn. 877 참조; 예외사항에 대해서는 Desportes/Le Gunehec 2009, 1035쪽 참조.

가 유죄판결피고인을 소환하도록 할 수 있을 뿐만 아니라, 유죄판결피고인이 사회복지서비스로 소환되도록 할 수도 있다.³⁷⁴⁾ 여기에 자유형실형이 처음부터 행형시설 밖에서 집행되거나 (노동)부담명령부 조건으로 변경될 가능성이 있는 경우,³⁷⁵⁾ 형사집행법관은 형사소송법 제712-6조에 따른 구두의 공판기일에서 이를 지시할 수 있다(형사소송법 제723-15-1조). 형사집행법관은 자신이 계획하고 있는 판결을 실현할 가능성에 대해 더 많은 정보를 필요로 한다면 사법사회복지서비스의 추가 보고서를 주문할 수 있다(형사소송법 제723-15-1조제2항). 유죄판결피고인이 집행의 수정이나 변경을 원하지 않아서, 또는 사안의 조건에 따라 현실이 이에 적합하지 않는 것으로 보여서 집행의 수정이나 변경을 고려하지 않게 되는 경우에는, 형사집행법관은 특정한 날짜에 행형시설 내에서 형집행을 시작하도록 지시한다(형사소송법 제723-15-2조제1항). 유죄판결피고인이 정해진 날짜에 자발적으로 입소하지 않으면, 형사집행법관은 검찰에게 이에 관련된 정보를 제공하고, 검찰은 경찰이 유죄판결피고인을 체포하여 교도소로 이송시키도록 한다(형사소송법 제723-15-2조제3항).

형사집행법관이 4개월 내에 집행 방식을 결정하지 않으면, 검찰은 집행을 스스로 지휘할 수 있다(형사소송법 제723-15-2조제2항).³⁷⁶⁾ 예외적으로 도주위험 또는 재범위험이 있거나 피고인이 다른 소송 때문에 구금되어 있는 경우에는, 검찰은 형사집행법관이 기존에 위임한 내용을 도외시키고 곧장 스스로 형사집행을 이행할 수 있다(형사소송법 제723-16조).

바. 별론: 형사집행법원관할 외 자유형실형 집행관련 재판

이미 설명하였듯이 자유형실형 집행에서는 기본적으로 형기가 끝나기 전에 교

374) 신규조문인 형사소송법 제723-15조에서 이를 위해 예정된 기간 역시 마찬가지로 30-45일인데, 이 조문을 적용하라는 지시가 아직 없기 때문에 조문은 아직 변경되지 않았다. Duflo u.a., 2010, Rn. 878.

375) 또는 예외 사안에서 형벌이 시작되기 전에 이미 가석방이 되는 경우, 위의 제4절 1, 나, 2) 참조

376) 형사집행법관이 4개월 경과 후에 재판한 경우, 이 재판은 유효하며 검찰의 형사집행지휘보다 우선한다(Cour de Cassation, Entscheidung vom 01.03.2006, AJ Pénal 2006, 224 m. A. Herzog-Evans).

도소를 떠나는 것과 관련한 모든 결정은 형사집행법원이 관할한다. 하지만 형사판결을 집행하는 과정에서 형사집행법원이 관할하지 않는 상황이 생긴다. 하지만 근래에는 이에 대해서도 또한 광범위한 법원적 통제가 이루어질 수 있다.

1) 형사소송법 제710조에 따르면 형사판결 집행에 관련되는 쟁점들을 판결선고하는 법원이 빼버릴 수 있다. 이는 - 형사집행법원의 관할권과 구분되는 - 형사판결을 해석함에 있어서, 그리고 예를 들어 검찰의 의무인 실제 복역해야 하는 기간을 계산하는 데 있어서도, 특별히 의문점이나 쟁점이 되는 부분이 존재함을 의미한다.³⁷⁷⁾

2) 더 큰 실무적 의미를 지니는 것은, 자유형 행형동안 행형행정에서 결정하는 내용에 대하여 수형자가 누려야 할 법적 보호에 대한 문제이다. 이는 특히 징계처분과 관련된다. 오랜 기간 동안 행형행정이 스스로의 권한으로 내린 결정은 내부 처분으로 보아왔고, 이에 대해 수형자는 어떠한 항소도 할 수 없었다. 이는 프랑스 행정법원(Conseil d'État)³⁷⁸⁾의 판결 이후 90년대 중반부터 변경되었다. 1995년 2월 17일 판결 이후부터는 다음과 같은 점이 인정되었다. 수형자에게 교도소 행정이 내리는 행형시설 내부에서의 처분 역시 수형자의 권리를 침해할 수 있는 것이며(faire grief), 법적 기초를 지키지 않았다면 (이른바 권한남용 *excès de pouvoir*) 위법이고, 이러한 처분은 수형자를 위해 사법적으로 재검토되어야 한다는 것이다.

교도소행정의 결정을 행정법원이 통제하는 것은 이 판결 이후 점점 더 많아지고 있다.³⁷⁹⁾ 징계결정에 대한 행정법원의 통제가 광범위해졌다.³⁸⁰⁾ 자신의 위치를 불리하게 하는 다른 처분에 대해서도 피고인은 행정법원에 의한 법적 보호를 신청할 수 있다.³⁸¹⁾ 하지만 행정법원이 수형자의 신청을 허가할 것인지의 여부, 그리고 처분에 대해 내용적 검증을 할 것인지 여

377) Cour de cassation, Urteil vom 31.10.2006, RSC 2007, 357 m. A. Poncela.

378) 독일의 연방행정법원에 상응한다.

379) 이 영역에서 특히 유럽인권법원 판결에 영향을 받고 있는 행정법원 판결의 발전경향에 대해서는 Rey-Bethbeder 2007, 55쪽 이하 참조.

380) Céré 2010, 213쪽 이하.

381) 예를 들어 예방적인 이유를 들어 방문시 격리되어 있을 것을 지시하는 것에 대하여 Février 2007, 17 참조.

부, 또는 구체적으로 내려진 처분을 통제의 영향력 하에 있지 않은 내부 규율로 볼 것인지의 여부를 수행자가 늘 미리 알 수 있는 것은 아니다. 따라서 수행자가 한 교도소시설에서 다른 시설로 이감될 때마다 이에 대해 재검토해달라고 할 수는 없고,³⁸²⁾ 이를 통해 특수한 방식으로 자신의 권리가 침해되었음을 설명하여야 한다.³⁸³⁾

2. 조건부 자유형 및 대안제재·추가제재의 집행(이른바 ‘개방환경’)

조건부 자유형 및 대안형 또는 추가형 집행에서, 이 형벌이 유죄판결피고인에 대한 통제 및/또는 그에 대한 보호에 관련되거나 관련될 수 있는 경우 형사집행법관이 이를 관할한다.

이런 모든 경우에 형사집행법관은 사실심법원이 부과한 부담명령 및 준수사항을, 그리고 이를 위해 허용된 기간을 변경할 수 있다. 또한 형사집행법관은 구인영장을 발부하여 유죄판결피고인을 잡아오게 할 수 있다.

이에 해당하는 것으로는

- 부담명령 또는 준수사항 조건부 형선고유예(형법 제132-63조, 132-66조 및 형사소송법 제747-3조 이하)
- (근로)부담명령조건부 조건부 형집행유예(이는 자유형에 대한 이른바 단순 집행유예가 아니다)
- 주형(主刑)으로서의 공익근로(형법 제131-22조 및 형사소송법 제733-1조 이하)
- 사회사법적 감독(suivi socio judiciaire): 성범죄자에게 주형(主刑) 또는 부가형으로 선고될 수 있다(형법 제131-36-1조, 형사소송법 제763-1조 이하, 보건법(Code de Santé public) 형사소송법 제L.3711조 및 제R.3711조).
- 형법 제131-31조, 형사소송법 제761-1조 이하 및 제571-1조에 따른 특정장소 체류금지: 형사집행법관은 금지되는 장소 목록을 변경할 수 있고 체류

382) 덧붙여 형사소송법 제717-1-1조에 따라 교도소행정은 수행자에 대한 이감 전에 형사집행법관의 의견을 들어야 한다.

383) 이감에 대한 판결 개별사례에 대해서는 Céré 2010, 217쪽.

금지를 잠정적으로 폐기할 수 있다. 하지만 체류금지를 예상보다 이르게 폐지하는 것은 형사집행법관의 권한이 아니며 사실심법원의 권한이다(형사소송법 제702-1조). 유죄판결피고인이 이 금지를 위반하면, 이는 새로운 범죄행위가 되고, 이를 이유로 유죄판결피고인은 수감에 처해진 상태로 간이절차에서 이 범죄에 대해 피소될 수 있다. 이 경우에는 사실심법원이 이미 사전에 자유형을 확정하는 것이 허용되지 않는다.³⁸⁴⁾

많은 경우 형사집행법관은, 유죄판결피고인이 자신의 의무를 위반하는 경우, 법적으로 정해져 있는 제재 - 주로 자유형 집행 - 를 지시할 권리가 있다. 이런 경우, 각각 여기에 정해진 조건에 해당하면(일반적으로, 유죄판결피고인의 체류지가 알려지지 않은 경우) 형사집행법관은 유죄판결피고인에 대해 구속영장도 발부할 수 있다.

이에 해당하는 것으로는

- (근로)부담명령 조건부 자유형의 집행

유죄판결피고인이 부과된 부담명령을 실행하지 않거나, 유책적 사유로 근로시간을 끝까지 이행하지 않은 경우, 형사집행법관은 집행유예를 전체적으로 또는 부분적으로 취소하고 수형을 명령할 수 있다. 이 경우 사실심법원에서 부과했던 자유형이 집행된다. 경우에 따라 부분적으로 집행할 수도 있다. 이는 처음부터 자유형실행이 부과되는 것과 동일한 규율에 따라 적합화되고 수정된다.

- 대안제재의 선고: 이는 사실심법원이 이미 판결에서 벌금형 또는 자유형의 크기를 확정하고, 유죄판결피고인이 시설외부에서의 제재 요건을 충족하지 않은 경우에 집행된다.³⁸⁵⁾ 사실심법원이 결과적으로 받아야 할 형을 판결에서 이미 확정하지 않은 경우, 형사집행법관은 유죄판결피고인의 대안제재의 이행거부에 대한 보고서를 작성하여 검찰에 송부할 뿐이다. 검찰은 이 보고서를 송부받은 후 이에 상응하는 범죄행위(부과한 대안제재 불이행)를 이유로 새로운 수사절차를 진행한다.

384) vgl. Duflo u.a., 2010, Rn. 68.

385) 위의 제3절 1, 4 참조

많은 경우 형사집행법관은 확정력을 파기함으로써 시설외부 집행 제재를 다른 제재로 대체할 수 있다. 형사소송법 제712-6조에 따른 구두심리를 진행한 후 근로부담명령 조건부 자유형 및 공익근로를 주형(主刑)으로 하는 판결을 변경시켜 일수벌금제에 따라 벌금을 부과할 수 있다(형사소송법 제733-1조, 제747-1-1조).

3. 벌금형 집행

프랑스 법에는 2가지 종류의 벌금형이 있다. 총액벌금형(peine d'amende)과 일수벌금제체계에 따른 벌금형(jours amende)³⁸⁶⁾이 그것이다. 두 종류의 벌금형 집행은 우선적으로 검찰의 책임이며, 검찰은 국고에 강제징수를 위임한다.³⁸⁷⁾ 벌금을 납부하지 않을 경우, 이로부터 생기는 효과를 명하는 것은 형사집행법관의 관할로 넘어간다. 그 내용은 다음과 같다.

유죄판결피고인이 총액벌금을 납부하지 않으면, 그는 이른바 사법강제(contrainte judiciaire)의 부과를 통해 체포될 수 있다.³⁸⁸⁾ 2004년부터 형사집행법관은 검찰의 신청에 따라 구금을 명할 수 있다(형사소송법 제754조제2항).³⁸⁹⁾ (이행) 강제구금(Zwangshaft) 복역 후에도 수형자는 벌금 납부의 의무에서 자유로워질 수는 없다. 이는 순수한 납부강제구금(Erzwingungshaft)이다(형사소송법 제761-1

386) 피고인의 경제적 상황에 따라 하루에 해당하는 금액을 산정한다. 최고 1,000유로이다. 일수는 개별사안에 따라 결정되며, 최고 360일이다. 형법 제131-5조 참조. 일수벌금제 하의 벌금형 판결은 일수만큼 유예된다는 것을 포함하고 있다. 예를 들어 매일 15유로로 50일의 판결이 선고되면, 그 총합인 750유로는 50일의 기간이 경과한 후에야 비로소 확정력이 생긴다. Müller 2003, 286쪽 참조

387) 이에 대한 강제징수 가능성에 대해서는 Desportes/Le Gunehec 2009, Rn. 1085, Müller 2003, 101쪽, Duflo u.a., 2010, Rn. 1132 참조.

388) 전제조건은, 당사자가 유죄판결받은 해당 범죄구성요건이 원래 자유형도 부과될 수 있었던 것이어야 한다는 점이다(형사소송법 제749조). 이는 프랑스 내에서 경죄로 판결내리는 영역에서는 어느 경우에도 마찬가지이다; 다만 독일법상 질서위반행위에 해당하는 위반행위는 제재의 4가지 강도 중에서 벌금형으로 처벌된다.

389) 그 전까지는 그 당시의 신체적 구속(contrainte par corps)인 이른바 강제구금이 검찰에 의해 지시되었다. Müller 2003, 101쪽 참조.

조). 하지만 그가 계속해서 벌금을 납부하지 않더라도 강제구금은 단 한번만 부과될 수 있다(형사소송법 제760조). 유죄판결피고인이 경제적으로 벌금을 납부할 능력이 없음을 증명한 경우에는 강제구금을 부과할 수 없다(형사소송법 제752조). 또한 65세 이상 수형자에게 강제구금을 부과할 수 없고, 부부 양측에 동시에 강제구금을 부과할 수도 없다(형사소송법 제751조 및 제753조). 강제구금 최대기간은 20일에서 3개월 사이이며, 벌금형의 크기에 따라 결정 된다(형사소송법 제750조).³⁹⁰⁾ 강제구금은 2,000유로 이하 벌금형에서는 부과될 수 없다(형사소송법 제750조).

강제구금 부과는 형사집행법관이 결정하는데 경우에 따라 더 많은 조사를 한 후(형사소송법 제712-16조) 구두주의 및 당사자주의적 절차에 따라 재판한다(형사소송법 제712-6조).³⁹¹⁾ 형사집행법관은 판결을 6개월까지 연기할 수 있고, 유죄판결피고인에게 그 때까지 납부기일을 인용할 수 있다(형사소송법 제754조제3항 4문).

강제구금은 프랑스 판례에서는³⁹²⁾ 형벌구금이 아니라, 강제적인 벌금형집행으로 보고 있다.³⁹³⁾ 따라서 위에 설명한 형기단축 및 형사집행방식은 여기에는 적용될 수 없다.³⁹⁴⁾ 강제구금 지시는 잠정적으로 집행가능하다. 항고로 인해 집행을 유예하는 효과가 생기지는 않는다(형사소송법 제754조제3항 3문).

유죄판결피고인 일수벌금제상의 벌금을 기한³⁹⁵⁾이 지나도록 납부하지 않는 경우, 부과된 일수기간동안 구금될 수 있다(형사소송법 제131-35조제2항 1문).³⁹⁶⁾

390) 조세형벌납부는 프랑스에서 일반적으로 마약 거래로 인한 유죄판결피고인에게 자유형 또는 그 외의 형벌에 추가하여 부과하는 것인데, 이 방식에 대해서는 강제구금 기간이 1년까지 가능하다. Desportes/Le Gunehec 2009, Rn. 1083 참조

391) 필요한 경우 형사집행법관은 이전에 유죄판결피고인에 대해 구속영장 또는 구인영장을 발부할 수 있다(형사소송법 제712-17조와 결합한 형사소송법 제754조제3항). Duflo u.a., 2010, Rn. 1137.

392) 유럽 인권법원의 다른 견해에 대해서는 Entscheidung vom 08.06.1995, Jamil vs Frankreich, RSC 1995, 855쪽 m. A. Pettiti.

393) 하지만 강제구금은 형벌구금과 동일한 구금요건 하에서 집행 된다(형사소송법 제761조).

394) 형사소송법 제D.115-5조 및 제D.116-1조; Desportes/Le Gunehec 2009, Rn. 1083의 더 많은 근거 참조

395) 법률이 정한 납부기간은 부과된 일수와 일치한다(형법 제135-25조제1항).

396) 복역한 구금일수는 납부하지 않은 벌금을 대체한다. 따라서 벌금형이 집행된 것으로 본다.

이 구금은 강제구금에 적용되는 절차에서 형사집행법관에 의해 부과된다(형사소송법 제131-35조제2항 2문). 형사소송법 제762조는 제752조 및 제753조를 준용한다. 따라서 형사소송법 제131-35조에 따른 대체자유형도 지불불능의 수형자에게, 그리고 부부 양쪽에 동시에 부과될 수 없다.

제5절 형사집행법관의 일반 과제

형사집행을 조직하는 것과 관련하여 형사집행법관은 그 외 다양한 과제들에 대한 책임이 있다.³⁹⁷⁾

- 형사소송법 제D.576조제1항에 따라 형사집행법관은, 자신이 사법사회복지서비스에게 형사집행에 관련하여 위탁한 과제들을 사법사회복지서비스가 어떻게 수행할지에 대해 그 종류와 방식의 일반적 방향성을 정하고, 이러한 지침들을 변형하는 것에 대해 평가한다.³⁹⁸⁾
- 형사소송법 제D.578조에 따라 형사집행법관은 매년 1회 사법사회복지서비스의 장과 함께 법적 통제 하에 있는 형사집행 영역으로서 사람들이 숙박하는 수용시설 및 조직을 방문한다.³⁹⁹⁾
- 형사소송법 제D.176조에 따라 형사집행법관은 매월 적어도 1회 자신의 관할구역내의 행형시설을 방문하여 그 곳의 행형조건들을 재검토한다.⁴⁰⁰⁾. 행형시설의 장은 형사집행법관에게 - 또한 관할지역 검찰청장에도 마찬가지로 - 교도소 내에서 일어난 특별한 사고에 대한 보고서를 송부한다(형

Desportes/Le Gunehec 2009, Rn. 1086.

397) 이 과제를 위해 지방법원장이 법관회의의 청문을 거쳐, 각 지방법원관할구역마다 각 1명의 - 전 통적으로 근무 연수가 가장 많은 - 형사집행법관을 임명한다. Duflo u.a., 2010, Rn. 5 참조

398) 형사소송법 제D.576조제2항에 따라 형사집행법관은, 경우에 따라 사법사회복지서비스를 이용할 수도 있는 동료들, 예를 들어 수사법관 및 검사들과 함께 평가하여야 한다.

399) vgl. Duflo u.a., 2010, Rn. 262.

400) 형사집행법관의 업무부담때문에, 그리고 수형자의 청문 및 구두주의 심리가 일반적으로 행형시설에서 이루어진다는 사실 때문에(형사소송법 제706-71조와 결합하는 형사소송법 제712-6조제1항 3문 및 제712-7조제2항 3문) 거의 활용되지 않는다. Duflo u.a., 2010, Rn. 244 참조

사소송법 제280조).⁴⁰¹⁾

- 이른바 형사집행문제담당관(conseiller chargé de l'application des peines)와의 접촉관계를 유지한다.⁴⁰²⁾ 이는 고등법원장이 법관회의 청문 후에 임명하는 고등법원 법관에게 내려지는 과제이다. 이 법관은 고등법원 관할지역 내에서 형사집행법관의 활동을 조정한다(법원조직법 시행규칙 제L.226-1조 및 형사소송법 제R.57-1조).
- 형사소송법 제R.57-2조에 연관하여 형사소송법 제D.176조에 따라 형사집행법관 중 1인은, 모든 형사집행법관의 활동에 대한 연간보고서를 작성하여 법무부장관, 형사집행문제 카운셀러(conseiller chargé de l'application des peines) 및 주(州) 검찰에게 송부하고, 관할 지역 법관 전체회의 및 검사 전체회의에서 구두로 설명하여야 한다.
- 6개월에 1회씩 고등법원 단위에서 이른바 ‘형사집행 적합화 및 구금 대안을 위한 지역 컨퍼런스’를 개최한다(형사소송법 제D.48-5-1조). 이는 고등법원장이 주재한다. 이 컨퍼런스에는 형사집행을 위임받은 검찰, 형사부·형사집행부·소년재판부 재판장, 초지역적 사법사회복지서비스 기관장, 소년보호행정기관장, 그리고 형사사법에서 일하는 기관대표들, 특히 공익근로 투입장소를 준비하고 석방자들을 돌보는 일들과 관련되는 기관의 대표들이 초대된다. 이러한 지역 컨퍼런스는 그 지역에서의 형사집행을 결산하는데 그치지 않고, 구금의 대안으로 장려될 수 있는 구체적인 처분들에 대해 협의하고 결정할 수 있다. 형사집행법관은 이 회의에서 자신의 연간 활동 보고서의 일부분을 발표해야 한다(형사소송법 제D.48-5-1조 끝에서 2번째 문장).
- 그 외에도 2009년부터 모든 지방법원 관할 단위에서는 형사집행위원회가 설립된다. 이 위원회는 형사집행법관, 검사 및 지역의 범죄자원조단체가 참여한다.⁴⁰³⁾ 지역 단위에서의 협력활동, 특히 구금을 막는 관점에서의 협

401) Duflo u.a., 2010, Rn. 243쪽.

402) Duflo u.a., 2010, Rn. 230쪽.

403) Duflo u.a., 2010, Rn. 232.

력활동을 개선시키는 목적이다.

- 이 외에도 많은 법원관할구역에서는 구체적 형식을 갖추지 않은 지역 모임이 개최되어 폐쇄된 행형환경에서의 자유형 형사집행에 대한 논의를 하게 된다. 이 모임은 형사집행법원이 조직하고 주재하며, 참가하는 사람은 검찰 대표 및 사법사회복지서비스 대표, 법원 및 그 지역 사법행형시설에서 형사집행을 위탁받은 사법보좌관 및 지역 행형행정 담당자들이다. 이 모임에서는 관리에 관련된 실무적 문제를 그 자리에서 논의한다.⁴⁰⁴⁾
- 형사집행법원은 그 외에도 국가행정상의 다양한 위원회 및 지역적 기반 및 분과적 기반에서 설립한 예방위원회에 참여하여야 한다.⁴⁰⁵⁾

제6절 최근의 발전 동향

프랑스 형사집행법은 지속적인 변화를 겪어왔다. 2011년 7월 6일에는 사법에 대한 시민 참여를 확대하는 법이 가결되었는데, 형사집행법원 역시 이에 해당된다.⁴⁰⁶⁾ 이 법안이 의결되자, 상원 및 하원에서 각각 적어도 60명의 의원이, 프랑스 헌법재판소(Verfassungsrat)에 법률 전체가 헌법에 위반된다고 주장하는 위헌 신청을 제기하였다. 그러나 2011년 8월 4일 판결에서 프랑스 헌법재판소(Conseil constitutionnel)는 형사집행법원의 판결에 시민의 참여에 관계되는 한 이 법률은 대체로 헌법에 합치됨을 명백히 하였다.⁴⁰⁷⁾ 이 법은 이러한 이유로 2011년 8월 10일 법원관보에 공시된다.

404) Duflo u.a., 2010, Rn. 245.

405) Conseil local de sécurité et de prévention de délinquance, vgl. Duflo u.a., 2010, Rn. 251쪽.

406) Loi sur la participation des citoyens au fonctionnement de la justice pénale et le jugement des mineurs.

407) 형사집행법에서 프랑스 헌법재판소(Conseil constitutionnel)는 좀 더 제한적으로 규정하였다. 절차적 선문제, 예를 들어 신청이 허용되는 것인지 또는 이와 비슷한 것과 같은 선문제들은 복잡하기 때문에 시민 배심과 함께 재판할 수 없다. 그 외에도 대체로 몇가지 규정들의 위헌성은 해당 소년범형사절차에서 확정되었다. 2011년 8월 4일의 n° 2011-635 DC 판결 참조 인터넷 사이트 www.conseil-constitutionnel.fr 에서 볼 수 있음.

이 법 텍스트 내 새로운 법조문인 형사소송법 제712-13-1조에 따라, 형사소송법 제712-7조에 따른 형사집행법원의 판결에 대한 항고에 대해 재판하는 고등법원 형사집행부는 추가적으로 3명의 항고법관과 2명의 이른바 ‘시민법관’(참심, citoyens assesseurs)으로 구성된다. 갇혀있는 자 및 피해자지원단체의 대표자들은 더 이상 참여할 수 없다. 신형사소송법 제720-41조에 따라 형사집행법원(TAP)이 보안기간(période de sûreté) 단축에 대해 판결할 경우, 형사집행법원 합의부(TAP)는 기존보다 확대되어 2명의 시민이 배석한다. 형사소송법 제730조에 따른 가석방 허용은 새로 도입된 형사소송법 제730-1조에 따라 단독판사가 재판할 수 있는데, 부과된 형벌이 최대 5년인 경우(이전에는 10년) 또는 실제 복역해야 하는 잔여형기가 2년(이전에는 3년)인 경우에 가능하다. 원래 선고된 형이 5년 이상이고 실제 복역하여 할 잔여형기가 2년 이상인 경우, 또는 이전에 허용되어 실행된 외출·외부 수용·전자감시 가택구금 처분에 가석방 허용이 연관·종속되어 있을 수 있는 경우에는, 가석방(libération conditionnelle) 및 이전의 완화조치에 대해 앞으로는 3명의 직업법관 및 2명의 배석 시민으로 구성된 형사집행법원(TAP)이 재판하여야 한다. 특정 성범죄로 인해 최소 10년 이상의 자유형을 선고받은 유죄판결피고인에 대한 가석방은, 잔여형기가 2년 이하로 남아있더라도 더 이상 단독판사가 판결할 수 없고, 전래적 방식으로 구성된 형사집행법원이 판결한다. 가석방 허용을 위한 전제조건은 중한 성범죄 및 폭력범죄의 경우에 더 강화되었다. 이른바 이동성 전자 감시(GPS를 통한 지속적 체류감시)를 지시할 수 있는 가능성도 확대되었다(신형사소송법 제731-1조).⁴⁰⁸⁾

시민의 참여는, 이 규정이 일반화되어 모든 프랑스 법원에서 판결되기 전에 2012년 1월 1일부터 2014년 1월 1일 사이 10개의 고등법원 지역에서 우선 실험적으로 실시된다(제54조제2항). 이에 상응하는 변경규정은 아직 공포되지 않았다.⁴⁰⁹⁾

408) 보호관찰감독에 대한 세부내용 등이 변경된 2011년 7월 6일 법률의 그 외 규정들에 대한 설명은 생략하기로 한다.

409) 법률관보에 공포한 후에 직접적으로 적용되는 규율에 대해서는, 2011년 8월 11일의 공문(circulaire)에서 곧 변경될 수 있는 법이 포함하고 있는 규정에 대해 알리고 있다. www.justice.gouv.fr, Dokumenten-Nr. JUSD1122738C에서 볼 수 있다.

제7절 평가

프랑스 형사집행법은 2000년 및 2004년의 개혁 이후 법관의 독립성을 유지하면서 유죄판결피고인에 대해 재사회화 필요에 따라 형사집행을 가능한 한 최적화시킨 좋은 모델로 평가된다. 하지만 규율의 복잡성이 증가하였고 적용변경이 잦아 적용에 어려움이 있다.

지난 몇 년간 입법자의 활동이 모순적이었다는 측면은 비판적으로 평가되고 있다. 형사집행이 입법화되었고, 독립적인 법관에게 권한이 위임된 점은 긍정적이다. 하지만 최근 구금시설의 과밀수용 및 점점 커져가는 통제필요성을 배경으로 하여 행형행정 및 검찰이 행형 완화에 대해 다시금 자신의 권한을 확보하였다. 특히 단기의 잔여 형기를 전자감시 가택구금 집행하는 데에서 이러한 경향을 살펴볼 수 있다. 그 외에도 2011년 형사집행재판에 대한 시민참여제도가 도입됨으로써, 전문적인 형사집행법원의 관대한 태도를 저지하는 방향으로 나아가고 있다.⁴¹⁰⁾ 즉 형사집행의 개별화 및 유연화가 제한되고 있다.

통제의 밀도가 점점 더 넓어지는 것 역시 문제가 있는 것으로 보인다. 특히 전자감시 가택구금을 부과하여 구금을 회피하려는 영역에서 보면, 오히려 유죄판결피고인에게 전자감시 가택구금을 지시하는 대신 처음부터 외부처분으로 판결하거나 또는 전자감시 없이 석방할 수도 있었을 것이다.⁴¹¹⁾

좀 더 정확히 보면 의문스러워 보이는 점은 또 있다. 먼저 판결을 선고하는 법원에서 가능한 한 개성에 걸맞는 제재를 골라야 한다는 것에 대한 가치를 적게 두고 있다는 점이다. 오히려 내려진 판결의 확정력을 추후에 상대화하면서야

410) 형사집행재판에 시민참여를 확대하는 것은, 수감 후 석방된 자가 저지른 여성에 대한 여러 가지 폭력범죄를 계기로 추후에 도입되었다. 프랑스 대통령 니콜라스 사르코지(Nicolas Sarkozy)는 범죄로 의심되는 이러한 사안에 대해 내적으로 격앙된 상태에서 여러번 공공연하게 다음과 같은 점을 여러번 강조해 왔다. 자신은 형사집행법원의 업무활동을 이해할 수 없으며, 이러한 잘못을 방지하기 위해 앞으로 시민들이 특히 가석방 재판에 참여하여야 한다는 것이다. 2011년 4월 29일 형사사법에 시민참여를 확대하는 법률안에 대한 법관 및 검사 노동조합(syndicat de la magistrature)의 입장표명 3쪽에서 이러한 인용문이 있다. www.syndicat-magistrature.org에서 볼 수 있다.

411) 이른바 ‘통제망확대효과’(net-widening effect). vgl. Tournier 2010b, 340, 380쪽.

비로소 범죄자의 개인적 사정에 대해 정확한 검증을 하고, 그 때에서야 비로소 추후의 법적보호관찰의 의미에서 범죄자에게 영향을 미칠 수도 있는 것에 대해 묻는다는 것이 문제이다.

특히 형사집행을 법관이 형성해 내는 프랑스 모델에서는 실무상 재정부족이 문제된 바 있다. 사법에 물적·인적 자원이 부족한 점은 일반적으로 프랑스에서 큰 문제가 되고 있다.⁴¹²⁾ 형사집행법원 및 사법사회복지서비스는 최근 몇 년간 예전보다는 더 많은 재정을 공급받기는 하였지만, 여러 가지 측면에서 점점 더 과제가 많아지고 있기 때문에 형사집행법원 및 사법사회복지서비스 양쪽 모두 계속하여 아주 과도한 부담을 지고 있다.⁴¹³⁾ 물적·인적 자원을 충분히 갖추지 않고서는 아무리 최고의 법률이라도 그 목적을 충분히 달성할 수 없을 것이다.

412) 이에 대한 독일어 문헌으로 Müller 2010, 15쪽.

413) 더 많은 근거를 통해 증명하는 Herzog-Evans 2007, 180 참조; Duflo u.a., 2010, Rn. 240; Laflaquière 2007, 152쪽. 2011년 초의 상황은 다음과 같다. 예를 들어 루아르아틀랑티크(Loire-Atlantique) 지역의 부서에서 계류 중인 소송 680개가 사회복지사에게 위탁될 수 없는 것이었다. 상급 형사집행법관 자리가 지속적으로 부족하고 이 상황이 고착화되었으며, 게다가 공석의 자리에 새로 임명되는 사람이 없었다. 또한 낭뜨(Nantes) 지역 지방법원 형사집행 영역의 상급 사법보좌관 인력수요를 산출해 보면 11.5명이 필요하지만 실제 업무에 투입된 인력은 5명 밖에 되지 않는다. Sainati 2011, 18쪽 참조.

제6장

이탈리아 형사집행절차상 사법심사

Dr. Jarvers

이탈리아 형사집행절차상 사법심사

제1절 형사집행절차에 대한 개관

1. 서론

형사집행은 형사절차의 마지막 단계이다. 형사집행은 모든 유죄판결에 뒤따르는 논리적 귀결이며, 형사집행이 없다면 유죄판결은 아무런 효력이 없는 상태로 남게 된다. 따라서 (넓은 의미에서의) 형사집행법은 ‘유죄판결에 포함되어 있는 법관의 처벌명령을 언제, 그리고 어떻게 구체적으로 실행하는가’라는 문제를 다룬다. 즉 논리적으로 볼 때 형사집행법은 사실심절차 후에 시간적으로 뒤따르는 것이고, 그러한 까닭에 형사집행법에 걸맞는 규범들은 기본적으로 형사절차법(diritto penale processuale)으로 편입된다.⁴¹⁴⁾ 형사집행법상 중요한 규범들은 분산되어 다양한 법원(法源)에 흩어져 규율되고 있다. 헌법(제13, 24, 25, 27조) 및 국제법적 법원(法源)(유럽인권협약 제6조, 시민적·정치적 권리에 대한 국제협약 제14조) 외에, 무엇보다 형사소송법(codice di procedura penale, c.p.p.) 제10편

414) Di Ronza, 1쪽.

및 행형법(ordinamento penitenziario, o.p.)이 형사집행법에 관련된 법원(法源)으로서 의미가 있다. 개별적으로 중요한 규정들은 수많은 다른 법률들에서도 발견된다.⁴¹⁵⁾

형사집행과정은 법원의 통제 하에 있어야 한다. 과거 형사집행은 단지 형사소송에 붙어있는 행정법적 부속물이고, 따라서 형사집행은 실체형법을 행정법적으로 이행하는 것이라고 받아들여졌지만,⁴¹⁶⁾ 그 후 이탈리아 헌법재판소는 다음과 같은 점을 거듭 강조하였다. 즉 유죄판결피고인에게 형사집행기간동안 - 사실심 절차상에서 피고인에게 대우하는 것과 동일하게 - 독립적인 판사에 의해 재판받을 권리를 보장하여, 형사집행에 대해 당사자 간의 무기평등을 이룰 수 있도록 해야 한다는 것이다.⁴¹⁷⁾ 이러한 법원에 의한 형사집행 통제원칙(principio della giurisdizionalizzazione)은 새로운 형사소송법 공포를 위한 1974년 위임법률⁴¹⁸⁾에서 수용되었고, 현행 형사소송법을 위한 위임법률⁴¹⁹⁾ 제2조제96항에도 포함되었다. 형벌이나 보안처분에 해당하는 모든 형사제재처분을 사법적으로 재심사할 수 있어야 한다는 점이 이 원칙에 속한다. 뿐만 아니라 이와 관련하여 유죄판결 피고인은 방어권을 가지며, 당사자주의적 공판(심리)(contraddittorio)⁴²⁰⁾을 받을 수 있는 권리도 가진다는 것이 이 원칙의 내용이다.⁴²¹⁾ 형벌 및 보안처분 집행에 대한 사법적 통제는 한편으로는 형사집행법원에 의해, 다른 한편으로는 감독 재판부를 통해 이루어진다.⁴²²⁾

415) 형사소송법시행법(제28-31조), 형법(codice penale, 이하 c.p.로 약칭 제145-148조), 평화시를 위한 군사법전(제81조), 소년법에 대한 형사소송령(제1조, 제30조, 제40조), 민법전(제2907-2933조), 민사소송법(제474-632조) 등에 규정되어 있다. Gaito/Ranaldi, Voce 'esecuzione penale,' 545쪽의 개관 참조.

416) Siehe hierzu u.a., Santoro, 17쪽 이하. vgl. auch Perchinunno, 619쪽 이하; Presutti, 1쪽.

417) Vgl. u.a., Corte Cost. 29 maggio 1968, n. 53, Giur. Cost. 1968, 802쪽 이하. Corte Cost. 18 maggio 1970, n. 69, Giur. Cost. 1970, 973, 976쪽 이하.

418) Dir. 79 L. delega 8 aprile 1974, n. 108쪽. 하지만 이 법을 근거로 새 형사소송법이 공포되는데 이르지지는 못하였다.

419) L. delega 16 febbraio 1987, n. 81쪽.

420) 이탈리아 헌법 제111조제4항에 의해 법적 청문권 및 당사자주의 원칙(principio del contraddittorio)이 - 증거형성에 관련하여 항상 - 헌법적으로 보호된다.

421) Vgl. Perchinunno, 620쪽. 비판적으로는 Gaito/Ranaldi, Esecuzione penale, 6쪽 이하.

2. 형사집행 및 행형

형사집행법 및 행형법은 동일하게 자유박탈에 관련된 사항을 다루지만, 동시에 상이한 목적을 가지고 자유박탈을 행한다. 형사집행법(diritto dell'esecuzione penale)은 형사집행 타이틀(확정판결)의 존재, 효과적 실현, 효력범위 및 집행력과 관계하며, 특히 자유형 판결을 받은 자의 권리를 보장하여야 한다. 그 외에 형사집행절차에서는 다른 형사집행기관(특히 검찰)의 잘못을 교정할 수 있고, 또는 - 상황이 변경된 경우 - 이전에는 가능하지 않았던 신청들을 받아들일 수도 있다.⁴²³⁾ 이에 반해 행형법(diritto penitenziario)의 규율사항은 행형시설 내에서의 생활이며, 무엇보다도 규율(징계), 특전 또는 포상 등을 규율한다.⁴²⁴⁾ 그러므로 형사집행법 및 행형법은 서로간의 교차점이 있어서 정확한 경계설정이 불가능하긴 하지만, 각각 고유의 범영역이다.⁴²⁵⁾

3. 형사집행의 요건: 재판의 확정

재판에서 형사집행의 전제조건이 되는 것은 항상 재판의 확정력이 있어야 한다는 점이다. 이탈리아 형사소송법은 형사집행을 다루는 제10편 시작부분에 첫 표제로 확정판결사안(giudicato)이라는 표제를 달고 있다. 형사소송법 제648조제 1, 2항에 따라, 재심을 제외하고 상소가 불가능한 경우 또는 상소기간이 지났거나 상소 불허용에 대한 재판의 불복기간이 지난 경우, 사건에 대한 판결은 확정력을 지닌다. 상고의 경우, 상고가 허용되지 않아서 또는 근거불충분으로 판단되어 기각되는 날에 확정력이 발생한다. 약식명령의 확정력은 형사소송법 제649조제2항이 규율하고 있다.

재판의 확정성은 다양한 결과를 가져 온다. 첫째로 재판의 내용은 더 이상 변경

422) 이에 대해 상세히는 아래 제3절 및 제4절 참조.

423) Vgl. Gaito/Ranaldi, Voce 'Esecuzione penale' 555쪽.

424) Di Ronza, 2쪽 이하.

425) Vgl. Di Ronza, 2쪽.

이 불가하다(*immutabilità del contenuto decisorio*).⁴²⁶⁾ 이러한 의미에서 한 사건에 대한 두 번의 재판은 금지된다(*divieto di un secondo giudizio*, 형사소송법 제649조).⁴²⁷⁾ 여기서 일사부재리원칙(*ne bis in idem*)은 국내적·국외적 측면으로 구분되며, 나아가 확정력 있는 재판은 제3자에 대해서도 구속력이 있다(*obbligatorietà*). 따라서 다른 민사판결이나 행정법적 판결에도 영향을 미칠 수 있다(*efficacia del giudicato in altri giudizi*, 형사소송법 제651조 이하).⁴²⁸⁾ 마지막으로 재판에 확정력이 생김으로써 형사집행도 가능해진다(*esecutività del giudicato*, 형사소송법 제650조).⁴²⁹⁾

4. 이탈리아의 형사제재체계 개관

이탈리아 형법전은 형벌과 보안처분으로 이루어진 이원주의체계를 채택하고 있다. 형벌(*pena*) 부과를 위해서는 범죄자에 대한 귀책이 가능하여야 한다. 주형(主刑: *pene principali*)으로는 중죄(*Verbrechen*)에 대하여 무기형(*ergastolo*), 15일에서 24년까지의 유기징역형(*reclusione*) 및 (중죄)벌금형(*multa*)이 있다. 무기형은 26년이 경과한 후에 가석방이 가능하다(형법 제176조제3항). 경죄(*Übertretungen*)에 대해서는 5일에서 3년 사이의 징역(*Haftstrafe*, *arresto*) 및 (경죄)벌금형(*ammenda*)이 있다. 많은 범죄에 대해서 추가적으로 부가형(*pene accessorie*)을 부과할 수 있다. 특정직업금지 또는 부모로서의 권리박탈 등을 예로 들 수 있다. 그 외에도 1981년에는 이른바 ‘대체형’(*pene sostitutive*)이 도입되어, 초범

426) 이러한 변경불가의 효력이 제한되는 경우가 있다. 한편으로 재심절차(*revisione*, 형사소송법 제629조 이하), 특별상고(*ricorso straordinario*, 형사소송법 제625조 이하)와 같은 특별상소수단을 통해 변경이 가능하거나, 또 다른 한편으로는 경우에 따라 유럽인권재판소의 재판을 통해 변경이 가능한 경우에 그러하다. Chiavario, 508쪽 참조; Perchinunno, 620쪽 이하; 형사소송법 제625-bis조를 자세히 설명하는 비판적 문헌으로 Gaito/Ranaldi, *Esecuzione penale*, 61쪽 이하.

427) 전제조건에 대해서는 Siracusano/Tranchina/Zappalà, 315쪽 참조.

428) 이에 대해 상세하게는 Chiavario, 511쪽이하; Perchinunno, 623 쪽 이하; Siracusano/Tranchina/Zappalà, 316쪽 참조.

429) 확정력 및 집행력의 일치 및 그 예외에 대해서는 Perchinunno, 622쪽 이하 참조.

에게는 단기자유형 대신 대체형을 부과할 수 있다.⁴³⁰⁾

2002년부터 다수의 대중범죄 및 경미범죄에 대해 관할권을 가지게 된 치안판사(Friedensrichter)는 중죄 및 경죄 모두에 통일적으로 통용되는 고유의 형사재체계를 갖게 되었다. 치안판사는 자유형을 부과할 수 없는 대신에 벌금형(pena pecuniaria) 외에 공익근로(lavoro di pubblica utilità)와 가택구금(permanenza domiciliare)을 주형으로 부과할 수 있다.⁴³¹⁾

형벌의 대안으로 또는 형벌에 추가하여 보안처분(misure di sicurezza)이 부과될 수 있다. 보안처분에서는 행위자의 책임이 아니라, 행위자의 위험성이 관건이다. 보안처분으로는 정신병원수용과 다양한 방식의 체류금지 또는 대상의 몰수 등을 예로 들 수 있다. 보안처분은 형법 제199조 이하에 규율되어 있다.

5. 자유박탈적 형벌 및 보안처분 집행 개관

형사집행은 이탈리아 형사소송법의 한 편에 독립적으로 기술되어 있다. 자유형 집행에 대해서는 우선 검찰이 형사집행명령을 내리고, 변호인에게 송달하며, 복사본을 당사자에게 송부한다.⁴³²⁾ 관할권은 관할 형사집행법원에 상응하는 검찰에 있다(형사소송법 제665조 및 제655조). 형사집행명령의 합법성은 유죄판결 피고인이 형사집행법원에서 형사소송법 제666조에 따른 절차로 재검증하도록 할 수 있다.⁴³³⁾

최대 3년 이하의 형벌⁴³⁴⁾을 집행하는 경우, 형벌의 형사집행은 검찰에 의해(잠정적으로)⁴³⁵⁾ 유예될 수 있다. 이러한 ‘필요적 유예’는 유죄판결피고인 또는 그 변호인에게 이탈리아 행형법에서 규율하고 있는 수감에 대한 특정한 대안처

430) 대체형에 대해 아래 제4절 4. 다 참조

431) 자세한 설명은 Jarvers, Massen- und Kleinkriminalität, 60쪽 이하.

432) 형사집행명령을 구체적으로 행하는 것은 경찰의 업무이다. Chiavario, 414쪽 참조.

433) Giarda/Spangher, Art. 656 XVIII. Rn. 1 참조 이 절차에 대해서는 아래 제3절 3. 가 참조

434) 이에 반해 치료를 받고 있는 약물중독자에 대해서는 6년 이하의 자유형에 대해 연기가 가능하다 (Art. 90 und 94 D.P.R. 9 ottobre 1990, n. 309).

435) Giarda/Spangher, Art. 656 V. Rn. 3.

분⁴³⁶⁾을 신청할 기회를 주기 위해서이다.⁴³⁷⁾ 사정에 따라 이 처분의 수혜를 얻어 수감을 면할 수 있는 사람에게 처분을 신청하고 이에 대한 재판이 진행되는 동안 잠정적으로 행형시설에 수용되어 있도록 요구하여서는 안 된다.⁴³⁸⁾ 이러한 유예의무에는 몇 가지 예외가 존재하는데, 형사소송법 제656조제7항 및 제9항이 규율하고 있는 그러한 ‘유예의 예외’가 적용되는 경우는 다음과 같다.

- － 동일한 유죄판결로 인해 그에게 이미 한 번 잠정적 유예 지시가 내려진 적이 있는 경우(제7항),⁴³⁹⁾
- － 범죄자가 특정중범죄⁴⁴⁰⁾로 인해 유죄판결을 받은 경우(제9a항)

436) 집행유예부 사회봉사 위탁(affidamento in prova al servizio sociale, 행형법 제47조, 일반적인 내용은 Pavarini, 96쪽 이하 참조): 이 처분은 최장 3년 이하의 유죄판결시에만 고려된다. 전제조건은 범죄 후 유죄판결피고인의 행동이, 더 이상의 범죄를 저지를 것으로 우려되지 않을 것으로 추정되고, 이 처분이 재사회화를 위해 기여한다는 가정이 근거로 존재하여야 한다.(Filippi/Spangher, 27쪽 참조).

가택구금(detenzione domiciliare, 행형법 제47-ter조): 가택구금은 유죄판결피고인이 70세 이상일 때 부과될 수 있다(재범의 경우 제외, 행형법 제47-ter조, 01항). 특정한 건강상의 이유 또는 사회적 이유 때문에 특수한 어려운 개인적 상황에 처한 사람(예: 임신부, 배우자가 사망한 자로 양육해야 할 어린 아이가 있는 자, 환자, 청소년)들은 가택구금으로 형을 복역할 수 있다. 이 때 자유형은 최대 4년 이하(재범의 경우 최대 3년 이하)로 선고된 경우여야 한다(행형법 제47-ter조 제1.1항). 이러한 연관 하에서, 형사집행의 자동적 유예에 관련된 자유형 선고기간(자유형의 경우 3년) 및 가택구금 허용에 관련된 자유형 선고기간(최대 4년이하의 자유형)이 잘못 조정되어 있다는 비판이 있다(Giarda/Spangher, Art. 656 IV. Rn. 6 참조). 그 외 가택구금이 부과될 수 있는 경우에 대해서는 행형법 제47-ter조제1-bis항 및 1-ter항이 규율한다.

반(半)자유(semilibertà, 행형법 제50조): 6개월 이하의 자유형 선고를 받은 유죄판결피고인, 또는 이미 자유형 형기의 절반 이상을(특별히 중한 범죄에서는 2/3, 무기형의 경우 20년) 복역한 유죄판결피고인은 하루의 일부분을 수용시설 바깥에서 보낼 수 있다. 예를 들어 일을 하러 나가거나, 교육을 받거나, 수업을 듣거나 그 외 재사회화에 필요한 활동에 참여할 수 있게 하는 것이다(이에 대해 포괄적으로는 Di Ronza, 344쪽 이하; Pavarini, 149쪽 이하).

437) Chiavario, 515쪽; Perchinunno, 627쪽. 이러한 신청은 재판을 위해 감독재판부로 넘겨진다. 이에 대해 아래 제4절 5, 나 참조.

438) Giarda/Spangher, Art. 656 IV Rn. 1에 따르면 유죄판결피고인은 구금되지 않았을 때에도 유효하다.

439) 이를 통해 연쇄신청으로 형벌 집행을 끝없이 연기하는 것을 막아야 한다. Giarda/Spangher, Art. 656 VI. Rn. 1 참조.

440) 한편으로는 행형법 제4-bis조의 목록에 포함되어 있는 범죄(테러리즘, 마피아 범죄, 노예제, 미성년자 매춘, 중한 관세법 및 마약법), 다른 한편으로는 방화 및 중절도.

- － 유죄판결피고인이 본인이 유죄판결을 받은 범죄행위로 인해 판결이 확정력을 가지는 순간 이미 구금되어 있는 경우(제9b항),⁴⁴¹⁾
- － 또는 유죄판결피고인이 형법 제99조제4항에서 의미하는 재범인 경우(제9c항)

유예결정을 송달하면서, 30일 이내에 대안처분을 신청하지 않으면 형사집행이 직접적으로 진행된다는 것을 안내하게 된다(형사소송법 제556조제5항). 이에 상응하여 대안처분 신청을 기한에 맞추어 신청하지 않았거나, 감독재판부에서 허용되지 않는 것으로 보거나 근거불충분으로 기각하는 경우에 유예결정은 취소될 수 있다(형사소송법 제556조제7항). 유죄판결피고인이 가택구금 상태인 경우, 형사소송법 제565조제10항에 따라 형의 집행은 역시 유예된다. 하지만 이 경우 유죄판결피고인이 자유롭게 되는 것이 아니며, 감독재판부의 재판이 있을 때까지 원래 상태(가택구금상태)로 머물러 있게 된다.

집행해야 할 형기를 확정할 때 법관은 이미 내려져 있는 미결구금 및 경우에 따라 가택구금기간을 형기에 산입하여야 한다(형사소송법 제284조제5항, 제657조제1항, 형법 제137조).⁴⁴²⁾ 해당 결정은 신청이 있는 경우 형사소송법 제666조에 정한 절차에서 형사집행법원에 의해 심사된다.

보안처분 집행(몰수는 예외)에 있어서는 일반규칙과는 달리 감독판사에 상응하는 검찰이 관할권을 가진다. 형사집행법원의 검찰은 감독판사에게 이러한 목적을 위해 서류를 송부한다(형사소송법 제658조제1항). 보안처분이 단지 임시적으로만 선고된 경우, 잠정적 처분을 선고한 법원의 검찰이 관할권을 갖는다(형사소송법 제658조제2항).

441) (자유 상태에 있는) 사람이 형벌을 행형시설에서 복역해야만할 필요가 없다는 가능성이 존재할 때, 그에 대한 수용을 방지하여야 한다는 것은 연기의 이유가 되지 않는다. Giarda/Spangher, Art. 656 VII. Rn. 8도 참조.

442) Chiavario, 515쪽.

6. 형사집행기관에 대한 개관

형사집행절차에서 검찰(pubblico ministero)은 중요한 역할을 수행한다. 이탈리아 법원조직법(ordinamento giudiziario, o.g.) 제73조에 따르면, 확정판결에 대한 형사집행 및 모든 다른 법관의 처분에 대한 형사집행은 검찰의 과제에 속한다. 또한 형사소송법 제655조는 검찰이 직권으로 처분에 대한 집행을 담당한다고 규정하고 있다. 형사집행 영역에서 검찰의 과제로는 다음과 같은 것들을 들 수 있다.

- 형사집행명령의 지휘: 이를 통해 유죄판결피고인의 수감 및 이송이 처리된다(형사소송법 제656조제1항).
- 보안처분 집행(관할 감독법원 소재지의 검찰이 관할권을 가진다, 형사소송법 제658조제1문).
- 형사소송법 제312조에 따라 일시적으로 선고된 보안처분 집행(형사소송법 제658조제2문, 제659조제2문).
- 감독법관의 절차인 지불불능으로 인해 변경되는 벌금형집행절차의 지휘(형사소송법 제660조제2항 이하).
- 대체형이 선고된 경우 판결초록을 감독법원에 송부(형사소송법 제661조).
- 부가형이 선고된 경우 판결초록을 주무관청에 송부(형사소송법 제662조).
- 치안판사에 의해 가택구금이나 공익근로가 선고된 경우, 형사집행명령을 내리고 유죄판결피고인 주소지의 경찰에 전달(제43조 법규명령 28 agosto 2000, n. 274).
- 형사소송에서 확정된 행정법적 위반행위인 경우, 해당 제재를 시행하는 관할 행정청으로 판결초록 송부(형사소송법 제664조제4항)

이렇게 검찰이 광범위한 권한을 가지고 있는 점에 대해서는 많은 비판이 제기되고 있다. 검찰의 위치가 우세하기 때문에 모든 형사소송 단계에서 원고와 피고의 평등을 보장하여야 한다는 형법체계의 지향성과 부합하지 않는다는 것이다.⁴⁴³⁾

443) Gaito/Ranaldi, Voce 'Esecuzione penale', 548, 553쪽; Presutti, 2쪽.

형사집행법원(giudice dell'esecuzione)은 형사집행절차에서 사법심사를 관할한다. 형사집행 영역에서 불가피하게 맞닥뜨리게 되는 기본권 보호를 보장하기 위해서이다.⁴⁴⁴⁾ 법원은 형사집행 표제와 관련된 모든 질문들에 대해 결정한다. 형사집행 표제의 존재, 효력 또는 그것을 폐지하기 위해 추후에 다루는 근거 등을 예로 들 수 있다.⁴⁴⁵⁾ 기본적으로 처분을 내리는 법관이 그 집행에도 관할권을 가진다(형사소송법 제665조제1항).⁴⁴⁶⁾

형사집행법원과는 좀 다르게, 감독재판관(magistratura di sorveglianza)은 본질적으로 실체형법에 관계된 문제를 다룬다. 감독재판관은 형벌의 합목적성 및 효율성에 관한 부분을 통제하고, 따라서 이탈리아 헌법(Costituzione) 제27조제3항에서 규정하고 있는 재사회화라는 형벌목적과 아주 밀접한 관련이 있다.⁴⁴⁷⁾

제2절 역사적 발전과정

이탈리아에서 형사집행 방식에 대한 통제에 대해서는 17세기 사르디니아 왕국 치하에서 처음 문제가 제기되었다. 롬바르디 왕국은 수형시설 내부에서 일어나는 일들을 감독하기 위해 첫 특별 ‘법원’을 설립하였다. 1770년에 공포된 규율에 따르면, 이른바 (법원)장 및 그 대리자로 구성된 ‘투린 및 그 관할구의 법원家들’이, 정기적으로 교도소를 방문하여야 하고, 경우에 따라 수형자의 항의 내용을 수집해야 한다는 의무가 존재하였다.

1817년 사보이 왕정 하에서는 사전 통보 없이 교도소를 1주일에 수회 방문해야 하도록 확정하였다. 이때 행정부가 수형자의 ‘교정교육’을 담당하는 권한을 가지고 있었던 반면, 사법부는 교도소 상황에 대한 통제권을 가지고 있었는데, 이 통제권은 특히 전횡과 부패를 방지하기 위한 것이었다. 이러한 이원적 관할 때문에 혼란이 일어, 1847년에는 ‘수감시설에 대한 일반감독관’이 투입되었다. 감

444) Tonini, 880쪽.

445) Presutti, 8쪽.

446) 형사집행법원에 대해 자세하게는 아래 제3절 참조.

447) Vgl. Presutti, 11쪽; Tonini, 880쪽. 감독재판관에 대해 상세히는 아래 제4절 참조.

독관은 해마다 교도소의 상황과 개선할 점이 있는 경우 자신의 제안을 담은 보고서 작성하여야 했다.

1853년에는 토스카나 대공국에서도 조사법관 및 배심재판소장이 적어도 월 1회 이상 교도소를 방문하여야 한다는 규율을 공포하였다.⁴⁴⁸⁾

이탈리아 통일 이후 규정들을 통일할 필요성이 생겨났으며, 형사집행은 1865년 형사소송법에 규율되었고, 검찰의 관할권 아래 있게 되었다. 행형법, 즉 유죄 판결피고인에 대한 처우에 대해서는 1862년 처음으로 통일된 규정이 생겨났다.

1891년에는 드디어 새로운 일반 행형법이 공포되었다. 이 행형법은 그 대상을 통일적이고 체계적으로 규율하였고, 수형자들에 대한 비인간적 사항들을 개선하였다(예를 들어 강제노동자에 대해 쇠사슬을 채우지 못하게 하고, 강제복장이나 골방감금과 같은 종류의 형벌 폐지). 1차 세계대전 이후 수형자 처우에 여러 가지 개선이 이루어졌으나, 파시즘이 발호하면서 갑자기 중단된다. 1930년에는 형법전과 동시에 형사소송법도 새로 만들어졌는데 본질적으로 규문주의 체계가 지배적이었고, 당시 법무부장관의 이름인 Alfredo Rocco에서 이름을 따와 형법전과 마찬가지로 ‘로코법전’(Codice Rocco)이라 명명되었다. 그 당시의 견해에 따르면 형사집행법은 고유의 법영역을 갖지 못하는 것으로 보았다.⁴⁴⁹⁾ 1931년에도 역시 교도소 생활을 규율하는 것을 포함한 새 형사소송법이 공포되었다. 이 규율들은 ‘교도소 상황을 개선하는데 적합하도록 요구되었지만, 형벌의 고통스럽고 위하하는 성격을 없애지 않았으며, 형벌의 목적인 억압, 속죄, 일반예방 및 개선을 위해 사용된다’고 하였다. ‘행정적 형벌집행’에 대한 통제⁴⁵⁰⁾는 새로 만들어진 감독법원(giudice di sorveglianza)의 임무가 되었다. 하지만 이 법원의 기능은 대부분 행정적 성격을 띠고 있었다. 본질적으로 감독법원의 일반적 과제는 형사집행을 감독하는 것이었다. 감독법원은 진정한 재판 권한을 별로 가지지 못했으며, 오히려 단순히 의사표시에 따른 결정을 할 뿐이었다(예를 들어 경우에 따른 가석방, 다른 시설로 수형자 이감, 정신병동시설으로 이감하는데 대해 그러하였

448) 이에 대해 전체적으로는 Di Ronza, 3쪽.

449) 구체적인 것은 Di Ronza, 12쪽.

450) Vgl. Di Ronza, 15쪽.

다). 오히려 행형시설의 장이 행형법적 처우에 대해 구체적 권한을 가지고 있었다. 하지만 그 역시 법무부 장관의 직속 관할 하에 있었다.⁴⁵¹⁾ 보안처분 영역에서는 감독법원의 결정은 판결을 내린 법원의 재판을 변경할 수도 없고, 그에 위배되어서도 안 되었다. 또한 자기 고유의 재판 사건에 대해 신속절차로 재판하는 형사집행법원은 단지 협소한 재판권한을 가졌다. 형사집행은 그저 '형사판결에서 확정된 재판을 성실히 실행'하는 것이라 보았다.⁴⁵²⁾

1948년 이탈리아 헌법이 제정되고 1955년 유럽인권협약이 비준된 후 몇 가지 기본 원칙들이 도입되었는데, 이는 형벌집행에도 관련되는 것들이었다. 헌법은 재사회화의 의미로 이해되는 '재교육'(rieducazione, 헌법 제27조제3항)이라는 형벌목적을 강조하였고, 넓은 범영역이 사법처리의 대상이라고 결정하였다. 이미 일찍이 헌법재판소는 이 점으로부터 형사집행단계에 대해 사법적 통제가 필요하다는 점을 도출해 내었다.⁴⁵³⁾

1950-60년대에 개혁시도가 실패한 이후 1975년 드디어 - 형식적 법률로서는 처음으로 - 오늘날까지 유효한 행형법(ordinamento penitenziario)이 공포되었다(L. 26 luglio 1975, n. 354). 행형법은 유죄판결피고인의 지위, 그리고 유죄판결피고인과 형사집행기관과의 관계에 대한 새로운 시각을 바탕으로 구성되었다. 주관적 법적 지위가 인정되고 행형기관이 만들어졌으며, 사실심절차에서와 마찬가지로 절차적 보장이 이루어지는, 따라서 형사집행 표제의 변경도 가능한 절차가 마련되었다.⁴⁵⁴⁾ 행형법 제1조제1항에 따라 형사수형자에 대한 처우는 인간적이어야 하며, 인간의 존엄을 존중하여야 한다. 그 중심 목적은 모든 유죄판결피고인이 각각 형벌 복역 이후 다시 사회에 편입되도록 한다는 것이다.⁴⁵⁵⁾ 그 외에도 행형법 제38조는 법률주의 원칙을 도입하였다. 수형자는 명령에 반하는 위반이라고 명시적으로 규율되어 있는 행위에 대해서만 징계될 수 있다. 그 외에 새로워진 것은 수감에 대한 대안처분(misure alternative)이 새로 생긴 것이다. 대

451) 이에 대해서는 Di Ronza, 16쪽; Giarda/Spangher, Art. 678 II. Rn. 1.

452) 이에 대해 전체적으로는 Di Ronza, 17쪽; Presutti, 1쪽.

453) 위의 제1절 1 참조.

454) Di Ronza, 19쪽.

455) Vgl. Di Ronza, 19쪽.

안처분은 대부분 전체 형기 중 특정된 어느 부분만큼을 복역한 후에 고려된다 (집행유예부 사회봉사, 반(半)자유, 조기석방 및 가택구금). 아울러 그에 상응하는 사법적 통제도 새로 생겼다.⁴⁵⁶⁾ 마지막으로 감독재판권도 새로 편성되어, 감독법원(giudice di sorveglianza) 대신 2개의 다른 기관이 만들어졌다. magistrato di sorveglianza라고 불리는 단독판사, 그리고 합의재판부인 감독재판부(tribunale di sorveglianza)가 그것이다. 감독재판부는 1심 및 2심 모두를 담당한다.

1989년에는 새로운 형사소송법이 발효되어,⁴⁵⁷⁾ 여기에서도 형사집행절차 및 감독절차를 규율하기는 하지만, 이 법이 최종적인 것은 아니다. 이에 상응하여 형사소송법 시행규칙은 ‘감독재판부는 더 나아가 행형법의 절차법적 규정을 주의하여야 한다’고 명시적으로 규정하고 있다.

행형법 뿐만 아니라 새 형사소송법에도 이미 부분적으로 큰 변경이 있었는데 여기에는 속하는 것은 다음과 같은 것들이다. 1981년 단기자유형을 대신하는 대체형 도입(반(半)수감, 통제하의 자유, 벌금형),⁴⁵⁸⁾ 1992년 조직범죄 사건에서 구금 조건의 강화 가능성,⁴⁵⁹⁾ 형사집행절차 및 대체처분에서의 변경(1998년, 2000년),⁴⁶⁰⁾ 수형자 재사회화 증진을 위한 규정(2000년),⁴⁶¹⁾ 내부고발자에 대한 행형법적 특전(2001),⁴⁶²⁾ 수형자와 그의 미성년자녀의 관계를 보호하기 위한 대체처분(2001),⁴⁶³⁾ 재범에 대한 특전 제외(2005).⁴⁶⁴⁾

456) 대안제재에 대해서는 위의 제1절, 5 및 아래 제4절, 5, 나 참조.

457) D.P.R. 22 settembre 1988, n. 447.

458) L. 24 novembre 1981, n. 689. Siehe zu den Ersatzstrafen unten D.4.c Fn. 135. 3.

459) D.L. 8 giugno 1992, n. 306, umgewandelt in L. 7 agosto 1992, n. 356.

460) L. 27 maggio 1998, n. 165, das sog. ‘Legge Simeone’ bzw. D.L. 24 novembre 2000, n. 341.

461) L. 22 giugno 2000, n. 193 und D.P.R. 30 giugno 2000, n. 230.

462) L. 13 febbraio 2001, n. 45.

463) L. 8 marzo 2001, n. 40.

464) L. 5 dicembre 2005, n. 251, sog. legge ‘ex-Cirielli’.

제3절 형사집행에 대한 사법적 통제

1. 서론

형사집행단계에서도 확정된 판결에 영향을 미치는 많은 상황이 발생할 수 있다. 이 절차단계에서는 기본권, 특히 개인의 자유권이 문제된다. 이러한 사안에 대해서는 사법적 통제를 보장하는 법관이 존재하여야 한다. 이 과제를 형사집행 법원(giudice dell'esecuzione)이 담당한다.⁴⁶⁵⁾ 형사집행법원은 형사집행 판결의 존재와 효력, 즉 그 집행력을 심사한다.⁴⁶⁶⁾ 나아가 검사의 처분 및 유죄판결피고인의 신청에 대해 심사한다.⁴⁶⁷⁾

2. 형사집행법원의 기능적 관할권

형사소송법 제665조제1항의 기본규칙에 따르면 사실심절차에 참여하지 않은 중립적 재판부가 아니라, 처분을 내린 그 법관이 해당처분의 집행에 대한 재판의 관할권을 가진다. 판결을 해석하는데 가장 적합한 판단자는 그 판결을 내린 법관이라고 여겨지는 것이다.⁴⁶⁸⁾ 이러한 해결방법은 절차의 효율성과 신속성에도 기여한다. 형사집행법원은 원 판결주문(dispositivo)의 좁은 한계 내에서만 결정을 내린다. 하지만 이에 대해서는 법관의 선입견 문제, 그리고 역할과 과제 분리의 원칙의 관점에서의 문제가 지적된다.⁴⁶⁹⁾ 다른 한편 이러한 관할규칙을 통해서 당사자주의 원칙(contraddittorio)⁴⁷⁰⁾에도 제한이 가해지는 것으로 본다. 왜냐하면 처분을 내린 법관으로서는 형사집행절차의 목표는 오직 확정된 판결이 가능한 한 성실히 집행되는데에만 있고, 자신의 과제는 본질적으로 가능한 한

465) Giarda/Spangher, Art. 665 II. Rn. 1; Perchinunno, S. 630; Siracusano/Trachina/Zappalà, 318쪽.

466) Di Ronza, 68쪽.

467) Di Ronza, 69쪽.

468) Siracusano/Tranchina/Zappalà, 319쪽.

469) Giarda/Spangher, Art. 665 III. Rn. 2 m.w.N.; Presutti, 2쪽.

470) 당사자주의(contraddittorio)에 대해서는 위의 제1절 1 참조.

정석의 해석을 내리는데 있다고 확신하기 마련이기 때문이다.⁴⁷¹⁾

재판에 불복이 없거나, 항소(appello)가 기각되거나, 항소절차상에서의 재판이 단지 형벌,⁴⁷²⁾ 보안처분 또는 민사법적 효과에 관련되어서만 변경되면, 1심법원이⁴⁷³⁾ 형사집행법원으로서의 관할권을 가진다. 이에 반하여 항소심 판결이 내용상 실질적으로 변경된 경우에는 항소법원이 형사집행법원이 된다(형사소송법 제665조제2항).

재판에 대하여 상고(ricorso per cassazione)하는 경우에는 형사소송법 제665조제3항이 적용된다. 이 법률조항에 따르면 상고가 기각되는 경우 1심법원이 관할 형사집행법원이 된다. 재판이 환송 없이 파기되는 경우에는 다음과 같이 규율된다. 재판에 항소적격이 결하였던 경우, 비약상고가 제기되었던 경우, 또는 항소재판에서의 판결이 양형 또는 보안처분이나 민사법적 효과와 관련 하여서만 변경된 경우에는 1심법원이 집행법원이 된다. 항소재판에서 내용상 실질적 변경이 있었던 경우에는 항소법원이 관할한다. 상고재판에서 판결이 내려지지 않고 소송이 환송되는 경우에는 환송받은 법원이 형사집행법원으로서의 관할권을 가진다.

형사소송법 제665조제4항 및 제4-bis항은 각각 상이한 법원에서 내려진 다수의 재판에 대해 형사집행의 방법을 규율하고 있다. 이때에는 기본적으로 마지막으로 확정력을 가지는 판결을 내린 법원이 관할권을 가진다. 하지만 재판이 부분적으로는 일반 법원에서, 부분적으로는 특별법원에서(예컨대 군사법원) 내려진 경우는 예외이며, 이러한 경우에는 일반법원이 형사집행을 관할한다. 부분적으로는 지방법원 단독판사가, 부분적으로는 합의재판부에서 재판하였다면, 모든 재판의 집행은 합의재판부가 맡는다.⁴⁷⁴⁾ 이러한 규율에 따라 적어도 이러한 사안에서는 1심법원에서 형사집행법원으로 이어지던 관할의 연결이 해체되며, 독립

471) Vgl. Gaito/Ranaldi, Esecuzione penale, 165쪽 이하.

472) 상세하게 볼 때 어떤 것이 이에 해당하는지에 대해서는 논쟁이 있다. 더 많은 논증이 있는 Giarda/Spangher, Art. 665 III. Rn. 3 참조.

473) 다음과 같은 재판부가 1심법원이 될 수 있다: 지방법원의 단독판사, 지방법원의 합의부 재판부, 배심 재판소, 치안판사, 소년법원, 군사법원, 또한 수사검사 또는 예비협상 판사, Giarda/Spangher, Art. 665 II. Rn. 4 참조.

474) 하지만 Di Ronza, 65쪽에 따르면 이는 동일 법원 내부에서만 유효하다.

적인 법원에 의한 통제가 이루어진다.⁴⁷⁵⁾

외국의 판결에 대한 집행은 형사소송법 제738조제2항에 따라 항소법원(corte di appello)이 일반소송에서 유죄판결을 선고하고 따라서 형사집행법원으로서의 관할권도 가지는 법원과 동일하게 취급되어 형사집행관할권을 가진다.

2001년에 기업의 행정법적 책임이 규정되면서부터⁴⁷⁶⁾ 형사집행법원은 또한 기업에 대한 행정법적 제재집행에 대한 사법통제도 관할한다(제74조 법규명령 231/2001).⁴⁷⁷⁾

3. 형사집행법원에서의 절차

사실심법원과 마찬가지로 형사집행법원도 판단을 내리기 위해서는 절차상 특정 형식과 기한을 엄수하여야 한다. 이를 위해 입법자는 단순히 사실심절차를 여기에 준용하지 않고, 형사소송법에 ‘형사집행절차’(procedimento di esecuzione) 고유의 규정을 만들었다. 즉 형사집행절차는 그 구조상 사실심절차와 구분된다. 당사자주의(contraddittorio)⁴⁷⁸⁾ 권리가 구현되는 방법에 있어서도 차이가 있고, 소송이 종결되는 재판의 형식에 있어서도 상이하며(판결 대신 결정), 상소의 방법도 상이하다.⁴⁷⁹⁾ 그럼에도 불구하고 - 형사집행절차에 대한 특별규율이 없어서 생기는 - 개별적 문제에 있어서는 그에 상응하는 사실심절차에 관한 규정을 준용할 수 있다(예: 심리 진행과정 또는 절차상 행위의 무효의 경우).⁴⁸⁰⁾ 형사집행법원은 형사사안의 성격에 따라 공식 절차 또는 비공식 절차로 재판하게 된다.

475) 따라서 동의하는 입장으로는 Gaito/Ranaldi, Voce ‘esecuzione penale’, 557쪽.

476) 법규명령 8 giugno 2001, n. 231.

477) 구체적인 것은 Perchinunno, 630쪽 참조.

478) 당사자주의(contraddittorio)에 대해서는 위의 제1절 1 참조.

479) Di Ronza, 497쪽.

480) Di Ronza, 493, 497쪽; Giarda/Spangher, Art. 666, II. Rn. 2.

가. 공식절차

형사집행법원에서 행해지는 절차는 - 법적으로 규정된 경우를 제외하고는 - 직권으로 시작될 수 없고, 형사소송법 제666조제1항에 따라 당사자(검찰 또는 유죄판결피고인⁴⁸¹⁾ 및/또는 그 변호인)의 신청으로 개시된다. 이 절차에서 검찰과 변호인의 참여는 절대적 필요조건이다.

신청에 결함이 있어 조건을 충족하지 못하는 것이 명백해 보이는 경우, 또는 이미 동일한 요인에 기초한 신청이 기각된 적이 있는 경우에, 법관 또는 합의부 재판장은 검찰을 청문한 후, 이유를 적시한 결정(decreto)으로 신청이 허용되지 않음을 명확히 한다(형사소송법 제666조제2항). 하지만 검찰만 청문하고 당사자는 의무적으로 청문할 필요가 없다는 문구는 의아스러운 반응을 낳았다. 이에 대해 헌법재판소는 헌법합치결정을 내리며, 신청으로 형사집행절차를 개시한 사람이 중요하다고 해석하였다. 신청으로 절차를 개시한 사람이 유죄판결을 받은 당사자라면, 법관은 불허를 밝히기 전에 실제로 검사만을 청문하면 된다. 하지만 검찰이 신청하였다면, 불허를 밝히기 전에 사건당사자를 청문하여야 한다.⁴⁸²⁾ 하지만 헌법재판소의 해석은 단지 정보권만을 보장한 것이라고 비판되고 있다. 비판론에 따르면, 양측이 모두 함께 모인 곳에서 함께 논의할 수 있는 당사자주의(contraddittorio)⁴⁸³⁾에 따를 권리도 요구된다고 한다. 당사자주의는 법관이 허용 여부를 재판할 때 중요한 것이다. 소송경제에 대한 고려 때문에 이런 필터가 만들어졌기 때문에, 지연되고 있는 신청들로부터 형사집행절차의 부담을 신속·간편하게 덜기는 하지만 - 사실심절차와는 반대로 - 당사자주의적 권리에 대한 보장 범위는 더 좁게 된다.⁴⁸⁴⁾ 명령(Dekret)은 신청자에게 5일 내에 송달되며, 이에 대해서는 15일 내에 상고할 수 있다(형사소송법 제585조제1a항, 제606조제

481) ‘이해당사자’(interessato)라는 개념은 항소법원(Kassationshof)에서는 좀 더 넓게 해석된다. Cass. 23 gennaio 1996, Cass. pen. 1997, 1418쪽에 따르면 당사자는 사실심절차에 참여했거나 아닌가에 관계없이, 특정한 결정내용이 더 강화되거나 수정됨에 따라 장/단점을 갖게 되는 주관적 법 지위에 있는 사람을 뜻한다.

482) Corte Cost. 19 giugno 1995, n. 267, Giur. Cost. 1914.

483) 이에 대해서는 위의 제1절 1 참조.

484) Giarda/Spangher, Art. 666, I. Rn. 1 und IV. Rn. 1; Perchinunno, 631쪽.

1a항).

이 신청이 불허로 거부되지 않으면, 법관 또는 합의부재판장은 - 당사자에게 변호인이 없는 경우 국선변호인을 선임한 후 - 비공개 공판기일(udienza in camera di consiglio)을 정한다. 이에 대한 통지는 양측 및 변호인에게 적어도 확정된 기일로부터 10일 전에 송달되어야 한다.⁴⁸⁵⁾ 그렇지 않으면 형사소송법 제178조제1항에 따라 이 기일확정은 무효이다. 공판 5일 전까지 법원사무실에 청원서(memorie)를 제출할 수 있다(형사소송법 제666조제3항). 공판일에는 검찰 뿐만 아니라 변호인도 필수적으로 출석하여야 한다. 그렇지 않으면 결과적으로 절대적 무효가 된다. 이러한 방식의 규율을 통해 당사자주의(contraddittorio)적 권리⁴⁸⁶⁾를 고려하고 있다.⁴⁸⁷⁾

이에 반해 유죄판결피고인이 직접 출석해야 한다는 점은 명시적으로 규율되어 있지 않다. 신청이 있을 경우 유죄판결피고인은 기본적으로 직접 청문되어야 한다. 하지만 이 관할 구역 외부에 수용되어 있는 경우에는, 형사집행법원이 이송을 지시하지 않는 한, 그 지역을 관할하는 감독법관이 대신 청문한다(형사소송법 제666조제4항). 이러한 규율은 안전을 이유로 만들어진 것이다. 왜냐하면 이송에는 유죄판결피고인이 도주할 위험, 또는 다른 범죄적 목적을 추구할 위험 및 이 신청을 단지 다른 관할로 이송되기 위한 구실로 사용할 위험을 어느 정도 내포하고 있기 때문이다. 하지만 이런 조직상의 논증이나 안전에 대한 논증으로 유죄판결피고인의 당사자주의(contraddittorio)적 권리를 빼앗는 결과를 초래하여서는 안 된다. 따라서 어떤 유죄판결피고인이 관할지역 외부에 수용되어 있고 직접 청문할 것을 신청한 경우에 이를 거부하는 것은 헌법에 위배된다는 주장이 제기되고 있다. 관할 지역 밖에 수용되어 있는 자에게, 판결 권한이 있는 법관이 아닌 제3자인 감독법관이 청문하는 것으로는 당사자주의를 보장할 수 없다는 것이다.⁴⁸⁸⁾ 헌법재판소는 이에 상응하는 부수적 헌법소원을 형식적 근거를 들어

485) 정신적으로 장애가 있는 사람에게는 후견인 및 보호자에게도 송달하여야 한다. 후견인이나 보호자가 없는 경우에는 일시적인 보호자가 임명 된다(형사소송법 제666조제8항).

486) 당사자주의(contraddittorio)에 대해서는 위의 제1절 1 참조

487) Perchinunno, 632쪽.

488) 이에 대해 전체적으로는 Di Ronza, 500쪽 이하; Presutti, 13쪽.

지금까지 기각해 왔다.⁴⁸⁹⁾ 조직범죄 때문에 1998년 법개정(L. 7 gennaio 1998, n. 11)을 통해 절차에 비디오신문을 도입한 이래(형사소송법 시행규칙 제45 bis 조) 진기한 결과가 도출되었다. 비디오신문은 형사집행절차의 비공개심리에서도 허용되는데, 문제는 절차에 대한 능동적 참여를 가능하게 하는 이 제도의 수혜가 ‘일반’ 유죄판결피고인에게만 주어지지 않는다는 점이다.⁴⁹⁰⁾ 입법자가 이 규정을 범죄행위에 관계없이 모든 유죄판결피고인에게 확대한다면, 불평등한 처우 문제 및 당사자주의(contraddittorio)⁴⁹¹⁾ 보장이 더 쉽게 해결될 수도 있을 것이다.

비공개 공판에서는 ‘필요에 따라’ 증거조사도 허용된다. 그렇다고 하여 자신에게 유리한 재판을 신청하는 사람이 증거부담을 진다는 결론에 이르는 것은 아니다.⁴⁹²⁾ 증거조사는 직권으로 특정한 형식에 구속되지 않고 진행 된다(형사소송법 시행규칙 185조). 증인 소환 및 감정에 관련되는 사항 역시 마찬가지이다. 즉 형사집행법원은 특정한 형식이나 방식을 엄수할 필요가 없다. 하지만 형사소송법 제666조제5항은 당사자주의(contraddittorio)적 권리를 준수하여야 한다고 명확하게 규율하고 있다. 따라서 형사집행법원이 완전한 재량의 자유를 가진다고 단정할 수도 없다. 형사집행법원은 절차가 올바르게 진행되도록 하는 보증인이기 때문에, 예를 들어 어떠한 금지된 증거도 수집·조사하여서는 안 되고(형사소송법 제190조), 항상 반대증거가 가능하도록 해야 하며(형사소송법 495조제2항), 각 당사자 측에게 입장표명을 할 기회를 주기 위해서 새로운 서류를 받은 경우에는 새로운 심리에 착수하여야 한다.⁴⁹³⁾

비공개심리는 이유를 제시하는 결정(ordinanza)으로 종료되며, 이는 지체 없이 양 당사자 및 변호인에게 송달되어야 한다(형사소송법 제666조제6항). 이에 대해서는 상고가 허용된다. 하지만 형사소송법 제666조제7항에 따라 형사집행법원이 정지를 확정한 경우를 제외하고는 상고에 의해 집행이 정지되지 않는다. 상

489) Corte Cost. 15 febbraio 1991, n. 86, Giur. Cost. 1991, 579쪽.

490) Vgl auch Giarda/Spangher, Art. 666 VII., Rn. 3.

491) 당사자주의(contraddittorio)에 대해서는 위의 제1절 1 참조.

492) Cass. 14 novembre 2000, Cass. pen. 2002, 2815쪽 이하.

493) Giarda/Spangher, Art. 666 VIII, Rn. 2. m.w.N.

고에는 일반규정, 즉 형사소송법 제568조 이하의 규정이 적용된다.⁴⁹⁴⁾

나. 비공식절차

공식절차 외에 특정한 예외 사안의 경우 위에 언급한 형식 및 기한이 적용되지 않는 절차가 존재한다. 이러한 비공식절차로 내린 결정(ordinanza)은 검찰 및 신청인에게 송달되며, 검찰, 유죄판결피고인 및 변호인은 15일 이내에 통지 혹은 송달받은 결정에 대해 형사집행법원에 이의를 제기할 수 있다(opposizione). 이러한 이의제기가 있는 경우, 사안은 형사소송법 제666조에 따른 공식절차에 따라 진행되며, 다시 당사자주의(contraddittorio)⁴⁹⁵⁾적 권리가 보장된다.⁴⁹⁶⁾ 이와 관련하여 다시금 문제가 발생하는데 이는 이미 결정을 내렸던 판사가 이의제기에 의해 공식절차에 따라 다시 동일한 의사결정을 내려야 한다는 것이다.⁴⁹⁷⁾

다. 치안판사에 의한 형사집행절차

2000년 법규명령(28 agosto 2000, n. 274) 제40-46조를 통해 치안판사의 형법적 권한이 규정되면서 치안판사가 내리는 재판을 집행하는 것에 관한 고유의 규율 또한 만들어졌다. 법규명령 274/2000 제40조제1항에 따라, 치안법원의 절차에서는 선고를 내리는 치안판사가 그 집행을 관할한다는 원칙이 있다. 상이한 법원들로부터 다수의 집행 판결이 내려지는 경우, 법규명령 274/2000 제40조제2-4항은 형사소송법 제665조제4항 및 4-bis항과 비슷하게 규율한다.⁴⁹⁸⁾ 이에 따르면 기본적으로 가장 마지막에 확정력을 갖게 된 재판을 한 법원이 형사집행

494) 또한 특정한 상소기한이 존재한다. 그럼에도 불구하고 다수설에 따르면 사실심절차의 재판에서처럼 확정력을 가지는 것은 아니다. 위에 서술한 형사소송법 제666조제2항의 사안(신청에 결함이 있을 경우 형사집행절차 불허)을 제외하고는, 각 시점마다 새로 신청할 수 있다. Gaito/Ranaldi, Esecuzione penale 198쪽 dies. Voce 'Esecuzione penale', 560쪽 이하 참조.

495) 당사자주의(contraddittorio)에 대해서는 위의 제1절 1 참조.

496) Chiavario, 517쪽; Perchinunno, 632쪽.

497) Gaito/Ranaldi, Esecuzione penale, 201쪽 이하는 이로부터 형사집행법관은 첫 번째로 자신이 비공식절차에서 내렸던 결정을 폐기하여야 한다고 결론 낸다.

498) 위의 제3절 2 참조.

관할권을 가진다. 그리고 일반법원이 치안법원에 관할권에 있어서 우선한다. 재판이 부분적으로는 치안법원에서, 부분적으로는 특별법원에서 내려진 경우에는, 양쪽 모두 관할하지 않고, 치안법원이 소재지의 지방법원의 합의부 재판부에서 형사집행을 관할한다.

형사집행절차를 위해 법규명령 274/2000 제41조제1항은 형사소송법 제666조를 준용한다. 여기에는 예외가 있는데, 치안법원이 신청을 불허한다고 밝히는 재판에 대해, 송달로부터 15일 이내에 지방법원 단독판사에게 적법항고를 제기할 수 있다(법규명령 274/2000 제41조제2항). 즉 이러한 항고에 대해서는 최고 재판소가 재판하지 않는다.⁴⁹⁹⁾

4. 형사집행법원의 과제

형사집행법원에는 형사집행 판결표제의 존재, 유효성 또는 그 구성요건이나 내용을 변경시키는 사실 등에 관계되는 모든 분쟁이 되는 문제들에 대하여 재판을 요구할 수 있다. 판결만이 아니라, 형사집행되어야 하는 모든 사법적 결정이 검증 대상이 된다. 하지만 형사집행법원이 확정력있는 재판 결과를 변경해서는 안 된다. 형사집행법원은 그 내용과 효력범위를 명확하게 하기 위해 단지 해석을 할 수 있을 뿐이다.⁵⁰⁰⁾ 형사집행에서 검찰의 결정은 상소로 불복할 수 없다. 검찰의 결정은 오히려 형사집행절차에서 사법적으로 심사된다. 형사집행법원의 몇 가지 과제는 다양한 규정으로 구체화되어 있고 상세하게 규율되어 있다.⁵⁰¹⁾ 판결에서 생겨난 어떤 실수를 - 이미 확정력이 생겼다 하더라도 - 적어도 형사집행법적으로 어느 정도 교정할 수 있다는 것이 중요하다. 달리 규정되지 않은 한, 형사집행법원은 형사소송법 제666조에 따른 공식절차에 따라 재판한다.

499) 치안판사 판결의 집행에 대해 상세하게는 Di Ronza, 523쪽 이하 참조

500) Vgl. Giarda/Spangher, Art. 665 II. Rn. 3 m.w.N.

501) Chiavario, 516쪽.

가. 동일인의 동일 범죄에 대한 복수판결

동일한 사람이 저지른 동일사건에 대하여 일사부재리 원칙에 반하여 여러 번 확정력있는 유죄판결이 내려진 경우 형사집행법원이 우선 관할권을 가진다. 이러한 잘못은 형사집행절차에서 바로 잡을 수 있다. 실제로 처음 확정력을 가졌던 유죄판결을 집행하도록 하는 해결방법이 가장 자명한 듯하다. 왜냐하면 그 뒤에 따른 모든 재판들은 원칙적으로는 잘못된 방식으로 이루어져 2중처벌 금지 원칙을 위반한 것이기 때문이다. 하지만 입법자는 ‘피고인에게 유리하게’(favor rei)라는 일반 원칙의 효력을 선택하였다.⁵⁰²⁾ 즉 가장 가벼운 유죄판결을 집행하는 것이다. 그리고 다른 유죄판결들은 형사집행법원이 무효선언한다(형사소송법 제669조제1항). 부과된 형벌이 상이한 종류인 경우에는, 그 중 어떤 형벌을 집행할지 유죄판결피고인이 고를 수 있다(2항). 유죄판결피고인이 고르지 않는 경우에는 형사소송법제669조제3항 및 4항에 따라 피고인에게 가장 유리한 유죄판결이 어떤 것인지를 정하게 된다. 이에 따르면 벌금형이 자유형보다 앞서고, 자유형 중에서는 더 짧은 자유형이 더 긴 자유형보다 앞선다. 벌금형 중에서는 액수가 더 적은 것이 우선하고,⁵⁰³⁾ 구금형(Haftstrafe, arresto)이 징역형(reclusione)에 앞선다.⁵⁰⁴⁾ (경죄)벌금형(ammenda)이 (중죄)벌금형(multa)에 우선하며,⁵⁰⁵⁾ 대체형이 기본형보다 앞선다. 주형(主刑)이 동일한 경우, 유죄판결 중 어떤 것을 집행할지 정할 때 경우에 따라 부과되는 부가형 또는 보안처분도 고려하여야 한다. 여러 번의 유죄판결이 완전히 동일한 경우에만 처음 확정력이 생긴 판결을 집행한다. 무효 선언한 판결이 이미 완전히 또는 부분적으로 집행되었다면, 이는 유효하게 유지된 판결을 집행하는 것으로 보아 유효하다(형사소송법 제699조제5항).⁵⁰⁶⁾

502) Giarda/Spangher, Art. 669, II. Rn. 1; Perchinunno, 634쪽; Siracusano/Tranchina/Zappalà, 319쪽.

503) 이는 상이한 종류의 벌금형, 즉, (중죄)벌금형과 (경죄)벌금형이 부과될 때에도 유효하다. Giarda/Spangher, Art. 669 VII. Rn. 2도 참조.

504) 자유형의 형기가 동일한 경우.

505) 벌금형 금액이 동일한 경우.

506) 다수의 약식명령이 문제가 되거나, 유죄판결과 약식명령이 동시에 문제가 되거나, 1개의 범죄행위가 다른 범죄행위와 함께 1개의 범죄를 구성하거나, 1개의 행위가 연속행위의 한 부분으로 판

형사소송법 제669조는 - 1930년 형사소송법에서의 규율내용과는 달리 - 다수의 유죄판결 사이의 충돌사안을 규율할 뿐만 아니라, 확정력을 가진 상이한 재판들 간에 일어날 수 있는 모든 상상 가능한 충돌을 규율한다.⁵⁰⁷⁾ 당사자가 형사소송법 제669조제2항의 기한 내에 고르지 않는 한, 형사집행법원은 다수의 무죄선고 사이에서, 또는 다수의 기소유예판결 사이에서, 각각 가장 유리한 재판을 고른다(형사소송법 제669조제7항). 당연히 무죄선고는 유죄판결에 앞선다.⁵⁰⁸⁾ (형사소송법 제434조에 따라 취소할 수 있는) 기소유예판결(Einstellungsurteil)과 본안에 대한 판결(또는 약식명령) 사이에 충돌이 있을 경우에는 형사소송법 제669조제9항에 따라 후자가 우선한다.

나. 형사집행의 표제에 관한 문제

형사집행법원은 또한 형사집행 판결표제에 관련된 문제에도 관할권을 가진다. 예를 들어, 집행할 처분이 (법적으로) 존재하지 않는다고 확정하거나(예: 기능적 관할권이 없는 법원의 판결), 또는 집행할 수 없다고 확정하는 경우(예: 송달되지 않았거나 송달의 효력이 없어서 이의제기가 가능하거나, 상소절차가 아직 종료되지 않은 경우),⁵⁰⁹⁾ 형사집행법원은 이를 결정을 통해 밝히고, 형사집행을 유예하며, 경우에 따라 유죄판결피고인을 석방하도록 지시한다(형사소송법 제670조제1항). 경우에 따라 진행되는 상소절차는 형사집행력에 대한 재판과는 완전히 독립된 것이다.⁵¹⁰⁾ 형사집행법원은 형사집행력에 대해 재판한 이후에 서류를, 상소 허용에 대한 물적 판단을 하여야 하는(형사소송법 제670조제2항) 관할 사실심법원에 보낸다. 형사소송법 제670조제3항에 따라, 당사자가 처분의 집행불

단될 때, 이 규정은 일반적으로 유효하다(형사소송법 제699조제6항).

507) Vgl. Perchinunno, 634쪽.

508) 그 외에도, 유죄판결이 확정력을 갖게 된 후에야 비로소 삭제근거가 다루어질 때, 범죄행위 삭제에 따른 무죄선고가 문제가 된다. 유죄판결의 확정력에 따라 삭제근거는 더 이상 효력을 갖지 못한다. 따라서 유죄판결은 집행된다(형사소송법 제669조제8항; 또한 Giarda/Spangher, Art. 669 VIII. Rn. 6 참조).

509) Vgl. Siracusano/Tranchina/Zappalà, 319쪽.

510) Di Ronza, 192쪽; Perchinunno, 636쪽.

가능성을 확정해 달라는 신청을 한 경우, 이 역시 형사집행법원이 재판한다. 왜냐하면 재심절차의 요건은 이전의 상황에 따른 것이기 때문이다. 상소법원에 재심신청이 들어오지 않은 경우, 형사집행법원은 이에 대해서도 스스로 결정한다. 하지만 (형사집행법원이) 부정적으로 판결할 때, 즉 처분이 집행가능하다고 판결할 때만 그러하다.⁵¹¹⁾ 이러한 경우에는 형사집행법원 및 상소법원의 선택적 관할권 문제가 되어,⁵¹²⁾ 재심신청을 다시 상소법원에 신청할 수 없다.

다. 상상적 경합과 연속행위

또한 상상적 경합 및 연속관계 사안을 위해 형법 제81조에서 정하고 있는 형벌 신규규정은 형사집행절차에서도 이루어질 수 있다. 하지만 이미 사실심절차에서 상상적 결합이나 연속행위로 재판되지 않아 동일인에 대한 여러 개의 유죄판결이 있는 경우에만 가능하다(형사소송법 제671조제1항 및 제2-bis항).⁵¹³⁾ 그러면 형사집행법원은 형벌을 완전히 새로 정하게 된다. 이를 통한 형벌은 개별판결이나 약식명령으로 부과된 형벌의 총합보다 적어야 하기 때문에, 집행유예(형법 제163조 이하) 또는 형사기록부에 유죄판결에 대해 기록하지 않는 것(형법 제175조)이 허용될 수 있다. 이 때 형사집행법원은 상상적 경합의 전제조건(하나의 행위 또는 부작위) 또는 형법 제81조에 따른 (동일한 행위계획 하의) 연속관계를 심사한다.⁵¹⁴⁾ 형사소송법 제671조에서는 형벌의 범위와의 관계에서, 그리고 위에 언급한 특전들을 이유로 한, 확정력 있는 재판의 불가침성 원칙의 예외를 다루고 있다. 하지만 (구성요건 적합성, 위법성 또는 행위자의 책임과 같은) 그 외의 내용들은 다루고 있지 않다.⁵¹⁵⁾ 그리고 이는, 사실심법원이 전제조

511) 형사집행법원이 더 이상 처분을 집행할 수 없다고 본다면, 복귀에 대한 재판의 이익이 없다. 왜냐하면 새로운 상소기한이 진행되기 때문이다. Cass. 14 aprile 2001, Cass. pen. 2002, 1095 쪽 이하; Giarda/Spangher, Art. 670 IV. Rn. 1.

512) Vgl. Di Ronza, 192쪽 이하; Cass. 11 novembre 2003, Cass. pen. 2005, 111쪽; 형사소송법 제670조제3항에 대해 비판적으로는 Gaito/Ranaldi, Esecuzione penale, 208쪽 이하.

513) 그러한 한에서 형사집행법원은 단지 보충적으로만 관할권을 갖는다. Gaito/Ranaldi, Voce 'esecuzione penale', 563쪽 이하; Presutti, 10쪽 참조.

514) Di Ronza, 194, 196쪽.

515) Di Ronza, 193, 195쪽.

건이 존재함을 간과한 경우에만 유효하다. 상상적 경합 또는 연속관계 존재가 부인되면, 형사집행법원을 통한 추후의 고려는 불가능하다(형사소송법 제671조 제1항). 절차는 유죄판결피고인나 검찰의 신청⁵¹⁶⁾에 따라 시작된다. 이 신청에서는 - 대략 윤곽만 나타낸다면 - 형법 제81조의 적용을 정당화하고, 유죄판결피고인을 상상적 경합 또는 연속관계와 관련시키는 사실을 설명한다. 그러면 형사집행법원은 자신의 측면에서, 이에 상응하는 유죄판결 또는 약식명령을 취합하여(형사소송법 제666조제2항에 따라) 신청이 허용되는지에 대해 결정한다.⁵¹⁷⁾

라. 행위의 가벌성 상실에 따른 판결파기(무효선언)

범죄구성요건이(확정력이 생긴) 유죄판결이 있는 후에 폐지되거나 위헌선언되면, 형사집행법원은 직권으로⁵¹⁸⁾ 그에 상응하는 유죄판결 또는 그에 상응하는 약식 명령을 파기한다. 경우에 따라 이미 신청된 건은 상소할 수 없다. 왜냐하면 확정력 있는 재판에 대해 더 이상 반박할 수 없기 때문이다. 형사집행법원은 사실에 대해 새롭게 가치 평가할 수는 없다. 형사집행법원은 단지 서류만 검토하여, 행위가 유죄판결되었는지, 비범죄화되었는지, 또는 위헌으로 판결되었는지에 대해서만 검토한다. 하지만 그에게는 어느 정도의 재량권이 있다. 어떤 구체적인 행위가 더 이상 유효하지 않은 범죄구성요건에 해당하는지를 평가하기 위해 필요한 것이라 볼 수 있는 법적 확정, 또는 사실적 확정을 사실심법원이 하지 않은 경우, 형사집행법원은 무효선언을 하기 위한 전제조건을 검토하기 위하여 스스로 이에 상응하는 평가를 진행한다.⁵¹⁹⁾

516) Gaito/Ranaldi, Esecuzione penale, 218쪽은 여기에서 이러한 신청을 하여야 할 검찰의 의무를 확인하고 있다. 이는 형사소송법 제663조로부터 도출되는 것으로, 동조에 따르면 검찰은 형사집행에서 형벌이 동시에 일어나는 것에 관련된 규정을 주의하여야 한다.

517) Cass. 24 settembre 1993, Cass. pen. 1995, 980쪽, Di Ronza, 198쪽.

518) 형사집행절차의 기본적 신청요구사항에 대한 예외가 된다.

519) 이에 대해 전체적으로는 Di Ronza, 207쪽.

5. 다른 처분의 취소

어떤 유죄판결에서 사실심법원이 다른 유죄판결로 인해 생긴 호혜적 조치(조건부 형선고유예, 사면, 조건부 사면, 조건부 형 면제, 또는 형사기록부에 유죄판결을 기록하지 않음)를 취소하지 않은 경우(예를 들어, 이것이 법원에게 알려져 있지 않기 때문에), 형사집행법원이 이를 취소한다(형사소송법 제674조제1항). 형사집행법원은 이러한 한에서 사실심법원에 대하여 보충적 관할권한을 가진다. 형사집행법원은 형법 제164조에 거스르는 새로운 유예 역시 취소한다.

6. 서류위조 관련 판단

문서나 공공기록을 위조했음이 확인되면, 이러한 점은 형사소송법 제537조에 따라 기본적으로 판결에 의해 결정된다. 사실심법원이 이를 간과하여 판결이 이미 확정력을 가지게 되면, 이에 대한 이해관련자 누구라도(형사소송법 제666조제1항에서 언급한 사람들이 아니라도) 형사집행법원에 이에 대한 판단을 신청할 수 있다. 형사소송법 제675조제2-4항은 이러한 판단의 실행에 관련된 개별적인 사항들을 규정하고 있다.

7. 비공식절차에서의 결정

몇 가지 문제들은 빠르고 직접적인 판단을 요구하고, 따라서 예외적으로 비공식절차에 따르게 된다.⁵²⁰⁾ 형사집행법원은 결정(odianza)으로 재판하고, 이에 대해서 검찰, 당사자, 그 변호인은 이의를 제기할 수 있다. 이의제기한 경우에는 사안은 공식절차에서 다루어진다.⁵²¹⁾

그러한 비공식절차는 형사소송법 제667조제4항에 따라 무엇보다도 구금된 사

520) SiracusanoTranchina/Zappalà, 320쪽.

521) 위의 제3절 3, 가 참조

람의 정체성에 대한 의문이 있는 경우 적용된다. 비공식절차를 통해, 구금된 사람의 정체성에 상응한 관점에서 그의 이익을 고려하게 되어, 착오의 경우에 지체 없이 풀려나도록 한다. 이는 형식적인 비공식 절차에서는 가능하지 않을 수 있다.⁵²²⁾ 형사집행법원은 구금자를 신문하며, - 법관경찰을 통해 - 모든 가능한 수사를 진행할 수 있다. 그 사람이 의심이 없는 것으로 확인되고, 유죄판결피고인이 아닌 경우에는, 형사집행법원은 지체 없이 석방을 지시한다. 착오가 명백해 보일 경우에는 잠정적으로 검찰도 석방을 지시할 수 있다(형사소송법 제667조제2, 3항). 그에 대한 의심이 아직 남아있는 경우에는, 형사집행법원은 형사집행을 유예하고, 석방 지시하며, 검찰에게 더 수사할 것을 요구하여야 한다(형사소송법 제667조제2항). 구금이 적절한 것이라는 결과에 이르게 되면, 검찰은 형사집행 법원에게 집행유예를 취소하고 형사집행명령의 실행가능성을 명백히 할 것을 요청한다.⁵²³⁾

이름을 바꾸어 다른 사람 대신 유죄 판결받은 경우의 절차도 비슷하다. 이름을 다르게 알렸을 뿐만 아니라, 아예 다른 사람에 대해 심리한 경우, 재판은 형사소송법 제130조에 따라 단순히 수정될 수 없다. 형사집행법원은 따라서 착오로 인해 유죄판결받은 사람에 대한 형사집행을 유예하고(형사소송법 제668조), 진짜 당사자에 대해 형사소송법 제630조제1항에 따라 절차를 재개한다.

비공식절차에서 재판될 수 있는 또 다른 사례는 사면과 형집행면제(Straferlass)의 적용이다.⁵²⁴⁾ 여기서는 형사소송법 제672조제1항이 명시적으로 형사소송법 제667조제4항에 따른 절차를 준용하고 있다. 여기서는 형사소송법 제676조에 따른 그 밖의 관할권에서와 마찬가지로, 절차의 간이화가 필요한 이유는 다음과 같다고 한다. 자신의 형을 (더 이상) 복역할 필요가 없는 유죄판결피고인에 대해서는 가능한 한 빨리 집행되도록 하여야 한다는 쪽으로 처분이 이루어져야 할 필요가 있다는 것이다.⁵²⁵⁾ 이러한 맥락에서 형사집행법원은 가벌성을 추후에 탈

522) Perchinunno, 632쪽.

523) Di Ronza, 188쪽.

524) 사면 및 형 면제에 대한 자세한 내용은 Jarvers, Begnadigung, Amnestie, Aufhebung der Strafbarkeit. In: Sieber Sieber/Cornils(Hrsg.), Nationales Strafrecht, 592쪽 이하 참조.

525) Perchinunno, 633쪽.

락시키는 이유(estinzione del reato), 또는 형벌집행을 저지하는 이유(estinzione della pena)⁵²⁶⁾를 논증하는 재판에 대해 관할권을 지닌다. 부가형에 대해, 또는 압수물의 환부 결정에 대해 관할권을 가진다.

제4절 행형에 대한 사법적 통제

1. 서론

응보, 일반예방 및 특별예방 외에도 이탈리아에는 헌법 제27조제3항에서 헌법적으로 보호되고 있는 형벌목적으로 특별한 의미에서의 재교육을 들고 있다. 이로부터 형사집행 역시 자주 통제되어야 한다는 점으로 귀결된다. 이는 한편으로는 형벌이 유죄판결피고인에게 개인적으로 적합한지를 재검토하고, 다른 한편으로는 경우에 따라사회복귀를 촉진하는 다른 제재가능성을 활용하기 위해서이다.⁵²⁷⁾

이를 위해 입법자는 고유의 재판권을 만들어내었는데, 그것이 바로 감독재판권(magistratura di sorveglianza)이다. 형사집행법원과의 차이점은 이미 형사소송법 초안(Vorentwurf)에 기술되어 있다. 이에 따르면 감독재판권은 한편으로는 실체법에 속한 문제를 판단한다. 여기서는 형벌을 얼마나 합목적적이고 효과적으로 재사회화를 위해 사용하는가가 가장 중요하다. 다른 한편 개인의 위험성을 확정하는데 결정적인 그런 문제들에 대해 판단한다.

감독재판권을 가진 법관은 독립적인 전문사법기관이다. 행형에 대해서 독점적 관할권을 가지고 있다. 그러므로 이 법관에게는 동시에 다른 과제가 부여될 수 없다.⁵²⁸⁾ 감독재판권은 한편으로는 감독법관⁵²⁹⁾에, 다른 한편으로는 감독재판

526) 그 외에 형벌 ‘소멸’(Erlöschen)는 가석방(형법 제176조), 또는 집행유예부 사회봉사로 회부한 결과로도 생겨난다.

527) Tonini, 901쪽.

529) Tonini, 75쪽 참조.

529) 이에 대해 아래 제4절 4 참조.

부⁵³⁰⁾에 속해있다. 이들은 지방법원에 설치된다. 모든 지방법원에 설치되는 것은 아니고, 1986년부터 행형법에 부가되어 있는 별표에 포함되어 있는 법원에 설치된다(행형법 제68조제1항).⁵³¹⁾

2. 토지관할

감독재판권의 토지관할은 사실심법원의 관할에 전혀 좌우되지 않는다. 오히려 감독재판권의 토지관할은 해당 판결자의 거주지에 따라 결정하는데, 이는 아주 실용적으로 보인다.⁵³²⁾ 여기서는 해당 판결자가 수용되어 있는지 아닌지를 구분하여야 한다. 해당 판결자가 형벌 또는 보안처분 집행을 위해 수용되어 있으면, 형사소송법 제677조제1항에 따라 감독법원이 관할권을 가지며, 그가 절차 시작 시 수용되어 있는 수용시설에 대한 재판권을 행사한다. 수용되어 있지 않은 사람에 대한 토지관할은 해당 판결자의 주소지에 따른다. 보조적으로는 집행 판결(판결이 다수일 때는 최종 확정력을 가지는 판결)이 내려진 장소에 따르기도 한다(형사소송법 제677조제2항).

3. 감독절차

감독절차(procedimento di sorveglianza)에 대해서는 형사소송법 제678조제1항은 원칙상 형사소송법 제666조에 따른 공식적 형사집행절차를 준용한다. 해당 수형자의 재사회화 또는 그의 위험성에 관련된 감독절차에서는, 특히 그를 법관 맞은편에 앉도록 하는 것이 중요할 수 있다.⁵³³⁾ 감독절차가 신청을 통해 이루어

530) 이에 대해 아래 제4절 5 참조.

531) 이 표에는 감독법원 소재지 및 감독법원이 관할하는 지방법원관할구역을 열거한다. 전체 이탈리아 지역에는 총 58개의 감독법원이 분포되어 있다.

532) Vgl. Gaito/Ranaldi, Esecuzione penale, 233쪽.

533) Vgl. Gaito/Ranaldi, Esecuzione penale, 242쪽.

지기도 하지만, 직권으로도 도입될 수 있다는 사실은 공식적 형사집행절차와는 다른 중요한 차이점이다. 이는 감독재판권에서 따르고 있는 재사회화 목적을 통해 정당화된다. 재사회화 목적을 위해서는 독립적인 법관 앞에서의 ‘당사자주의적 절차’, 즉 당사자의 신청에 의해서만 법관이 개입할 수 있는 절차가 적합하지 않다.⁵³⁴⁾ 법원은 다시금 공판일을 확정하고 양 당사자 및 변호인에게 적어도 10일 전에 알린다. 공판은 비공개로 진행되지만, 검찰과 변호인은 동석한다. 당사자의 참여는 자유재량이다. 이 점 때문에 한 가지 문제가 생긴다. 관찰구역 바깥에서 수용되어 있는 당사자는 공판에 참여할 권리를 가질 수 없다는 것이다.⁵³⁵⁾ 신청권한을 가진 사람은 유죄판결피고인 또는 수형자, 그리고 검찰이며, 그 외에도 종종 다른 사람들도 신청할 수 있다.⁵³⁶⁾ 이로써 행형법 제57조에 따라 예를 들어 행형법 제47, 50, 52-54조의 특전들은, 유죄판결피고인 혹은 수형자의 가까운 가족들이, 또는 징계위원회(Disziplinarkommission, consiglio di disciplina)에서도 제안할 수 있다. 이론상으로는 감독절차가 특혜를 보장하는 목적을 가지고 있는 경우, 당사자는 항상 감독절차를 포기할 수 있다고 보고 있다.⁵³⁷⁾

형사소송법 제678조제2항에서는 당사자가 학문적 관찰의 대상이 될 수 있는 사안을 규율한다. 이 때 감독법원은 서류를 요구하고, 필요할 경우 해당 전문가에게 조언을 청한다.

감독법원의 재판(Entscheidung)은 다양한 형식으로 이루어진다. 결정(Beschluss, ordinanza) 형식은 감독절차 실시 후에 내리는 것으로 항상 논증으로 뒷받침되어야 한다. 심리에서 양 당사자 사이에 쟁점이 없었던 경우 - 법적으로 정해진 사안에서만 논증으로 뒷받침된 - 명령(Dekret, decreto)을 내린다. 명명되지 않은 처분(provvedimenti innominati)은 일반적으로 행정법적 성격만을 가지고 있다. 마지막으로 소견표명(Stellungnahme, parere)은 특정사안, 예를 들어 사면(Begnadigung)이 허용되어야 하는지 등에 대해 가치 평가하는 것이다.⁵³⁸⁾

534) Siracusano/Tranchina/Zappalà, 322쪽 이하.

535) 위의 제3절 3, 가 참조

536) Di Ronza, 510쪽 이하.

537) Di Ronza, 512쪽.

또한 감독법원의 재판은 검찰이 집행한다. 형사소송법 제678조제3항에 따라 (감독재판부의 재판에 대해서는) 항고법원의 검찰, 혹은 (감독법관의 재판에 대해서는) 감독법원이 소재한 그 지방법원에서의 검찰이 관할권을 가진다. 하지만, 재판이 이루어져 결정된 바에 따라 유죄판결피고인에 대한 구금이나 석방이 뒤따라 이루어진 것이라면 이렇게 적용되지 않다. 이때에는 유죄판결 집행을 관할하는 검찰이 감독재판의 집행을 관할한다. 이러한 규율이 가지고 있는 장점은, ‘구금상태’에 영향을 미치는 모든 재판은 동일한 기관에 배속된다는 것이다. 즉, 유죄판결을 선고하는 법원의 검찰이 집행한다는 것이다.⁵³⁹⁾

4. 감독법관

감독법관(magistrato di sorveglianza)은 단독판사이다. 감독법관은 무엇보다 수형시설 조직 및 미결구금과 보안처분을 집행하는 조직을 감독한다. 감독법관은 재판 뿐 아니라 행정적 활동도 한다. 감독법관의 다양한 과제에 대해서는 행형법 제69조, 형사소송법 제679조 및 제681조, 그 외 수많은 세부규정에서 정하고 있다. 이 글에서는 감독법관의 과제를 몇 가지로 분류해 살펴본다.⁵⁴⁰⁾

가. 감독·통제과제

- － 행형시설 조직을 감독하고, 개별 근무지의 요구사항들을 법무부장관에게 전달한다(특히 재사회화 원칙을 실현하는 것과 관련된 사항들, 행형법 제69조제1항). 이를 위해 감독법관은 수용시설을 방문하고, 면담을 하고, 서류를 열람하며, 시설 내부의 동정 및 수형자 처우에 대해 직접적으로 정보를 얻는다(행형법 시행령 제5조⁵⁴¹⁾). 하지만 감독법관은 스스로는 어떤 일

538) Di Ronza, 81쪽, 형사소송법 제125조 참조.

539) Vgl. hierzu Siracusano/Tranchina/Zappalà, 323쪽.

540) Vgl. Di Ronza, 81쪽 이하.

541) = D.P.R. 30 giugno 2000, n. 230.

에도 착수할 수 없고, 다만 적합한 지위에 있는 사람에게 그에 적합한 처분을 행할 것을 요구할 수 있을 뿐이다. 즉, 감독법관은 여기서 관리자적 입장으로 활동하는 것이다.⁵⁴²⁾

- 미결구금이 법 규정에 부합하게 실행되고 있는지를 감독한다(행형법 제69조제2항). 이에 대해서도 감독법관은 스스로 잘못된 점에 맞설 수는 없고, 이를 법무부에 보고한다.
- 보안처분 집행에 대한 감독(행형법 제69조제4항).
- 수형자들의 구두/서면 이의제기에 대한 조사(행형법 제35조): 헌법재판소는 이 규범에 대해, 교도행정 행위에 대해 사법적 통제를 하도록 정해놓지 않았으므로 위헌이라 하였다.⁵⁴³⁾ 하지만 입법자는 지금까지도 이러한 잘못을 규범적으로 고치지 않고 있다.
- 수형자들과 직접 접촉하기 위해 수용시설을 자주 방문한다(행형법 시행령 제75조).

나. 행정법적 내용의 처분부과과제

감독법관은 행형법 제69조제7항에 따라 논증을 포함하는 명령(decreto)으로 다음과 같은 것을 결정한다.

- 행형법 제13조에 따라, 각 수형자들에 대한 처우를 위해 작성된 계획의 수용. 하지만 감독법관이 법률침해사항을 발견하면, 감독법관은 이 계획서에 소견을 첨부하여 되돌려주어 계획서를 새로 작성할 수 있도록 한다(행형법 제69조제5항).
- 대안처분으로 반(半)자유시간 처분을 허용받은 유죄판결피고인 및 수형자를 위한 외부통근작업(licenza)(행형법 제52조)⁵⁴⁴⁾(행형법 제53조)⁵⁴⁵⁾의 결정.

542) 이러한 견해로는 Di Ronza, 82쪽.

543) Corte Cost. 11 febbraio 1999, n. 26, Giur. Cost. 1999, 176쪽 이하.

544) 이 때 하나의 또는 다수의 외부통근작업은 총 최대 45일까지 가능하다. 외부통근작업 기간 중에는 감독 하의 자유(libertà vigilata, 형법 제228조 이하)라는 보안처분을 내릴 수 있다. 반(半)자유시간의 자세한 내용에 대해 위의 제1절 5 참조.

545) 수용자(Untergebrachte)에게는 공공에 대한 위험성이 있는지 검증한 후에, 기한이 끝나기 전에, 6

- 유죄판결피고인을 위한 허가 처분(예: 생명이 위독하거나 중요한 가족에 대한 일이 있는 경우 친지 또는 배우자 방문, 또는 모범적 수형생활을 하고 있는 유죄판결피고인에게 최대 15일간 연이어 직업적 문화활동이나 정서적 관심사에 전념하도록 허가하는 처분(행형법 제30조, 제30-bis조, 30-ter조).
- 경우에 따라, 집행유예부 사회봉사(행형법 제47조제8항)나 가택구금(행형법 제47-ter조제4항) 사안에서 부과했던 부담명령(prescrizioni)의 변경.
- 행형법 제21조에 따른 수용시설 외부에서의 근무 허용에 대한 동의.
- 1심 판결 전까지 피고인이 전화 통화를 할 수 있도록 허용(행형법 제18조 제8항).

감독법관이 내리는 처분 중 명명되지 않은 처분으로는 아래의 내용들을 들 수 있다.

- 수용시설에서 할 수 없는 처치나 진단이 필요한 경우 민간 병원 또는 다른 처치장소로(1심) 유죄판결피고인 및 수용자(Untergebrauchte) 이송(형법 제11조제2항). 이송을 정당화시켰던 이유가 다시 없어지면 그 즉시 감독법관은 이 처분을 취소한다(형사소송법 시행규칙 제240조).
- 책임무능력자 및 한정책임능력자인 수용자가 정신적 이유로 자신의 과제를 인지하지 못할 경우 다른 수용자와의 분리(행형법 시행령 제20조제6항).
- 유죄판결피고인 또는 수용자(Untergebrauchte)가 특별한 이유로 월급(작업장려금) 저축액 중 일정 부분(작업장려금의 1/5)을 사용할 수 있도록 허용(행형법 시행령 제57조제3항).
- 보호자의 행형시설 자유 방문 허용 및 사회복지센터와의 협동작업을 교도행정에 제안(행형법 제78조).
- 보안처분을 적용, 변경, 연장 또는 종료하여야 하는지를 검토해 보도록 성

개월까지 외부통근작업을 하도록 할 수 있다. 그 외에도 1년에 1회 중요한 개인적 상황, 또는 가족적 상황이 있을 때나 수용자(Untergebrachte)가 반(半)자유시간에 있을 때에도 최대 30일 외부통근작업이 가능하다. 이는 사회적 생활에 다시 적합하게 되도록 장려하는 것이다. 또한 여기에 수용자(Untergebrachte)의 외부통근기간동안 감독하의 자유라는 보안처분(형법 제228조 이하)을 부과할 수 있다.

인 사회복지센터에 신청(행형법 제72조제2항a호).

- 경우에 따른 사면과 관련하여 필요한 정보를 수집하고 항고법원에 대응하는 검찰청의 소견 수집(형사소송법 제681조제2항 및 제3항).
- 유죄판결피고인 및 수용자(Untergebrauchte)의 권리가 침해될 경우 이를 바로잡도록 지시(행형법 제69조제5항제3문).

다. 법선언(재판)과제

감독법관은 감독절차에 따라 아래와 같은 문제들에 대해 결정한다.

- 습관성(Gewohnheitsmäßigkeit), 영업성(Gewerbsmäßigkeit), 또는 성향범죄자인지의 여부에 대한 판단. 사실심절차에서 행해지지 않은 경우에 한하여, 이에 대한 판단에 의해 경우에 따라 보안처분을 부과한다(형사소송법 제678조제1항, 제679조). 이는 직권으로 또는 검찰의 신청에 따라 행해진다.
- 보안처분 적용에 있어 공공에 대한 위험이 계속하여 존재하는지의 여부 판단(형사소송법제679조, 행형법 제69조제4항) 및 경우에 따라 습관성, 영업성 또는 성향범죄자라는 선언의 철회결정. 이 역시 직권으로 또는 검찰의 신청에 따라 행해진다.
- 안처분의 완화 또는 강화(행형법 제231조).⁵⁴⁶⁾
- 다양한 종류의 보안처분 통합(행형법 제209조).
- 당사자가 곤궁한 경우 소송비용 및 생계비를 위한 채무 허용(대통령령 D.P.R. 제6조제2항, 30 maggio 2002, n. 115).
- 형사집행 전이나 집행중 책임무능력 상태에 도달하는 경우 형사집행을 유예하고 당사자를 책임무능력자로 지정하는 결정(형법 제148조).
- 보안처분 받은 사람이 최소복역기간이 경과한 후에 여전히 공공에 대한 위험성이 존속하는지의 여부, 그리고 보안처분의 (조기)부과, 집행, 변경 또는 종료(형법 제208조, 행형법 제69조제4항).

546) 구체적 사항에 대해서는 Di Ronza, 87쪽.

- 벌금형 선고 후 벌금을 납부하지 않아 변경 부가된 대체형(pene sostitutive),⁵⁴⁷⁾ 반(半)수감(semidetenzione), 통제하의 자유(libertà controllata) 및 감독되는 대체노동 하의 자유(lavoro sostitutivo) 집행 양식을 정함(형사소송법 제660조).

감독절차 없이 법원은 다음과 같은 문제를 결정한다.

- 가석방(형법 제176조, 제177조와 연관되는 제228조제2항, 제230조제1항 2문)의 경우, 또는 보안처분으로서 부과된 경우(형사소송법 시행규칙 제190조) 감독조건부 자유를 보안처분을 위한 규정으로 정하는 결정.
- 습관성, 영업성 또는 성향범죄자인지에 대한 판단을 논증이 있는 명령(decreto)를 통해 취소하는 결정.
- 근래에 다른 집행가능한 자유형이 추가된 경우, 이 처분이 형벌의 누적에 따라 가능한지 아닌지에 따라, 논증이 된 명령을 통해 수용에 대한 대안처분⁵⁴⁸⁾을 유예하거나 잠정적으로 계속하는 결정(행형법 제51-bis조).
- 감독재판부가 수용에 대한 대안처분을 당사자의 잘못된 행동을 이유로 취소할 것이 예상될 때, 이유가 있는 명령을 통해 이 처분을 미리 유예하는 결정(행형법 제51-ter조).
- 직업자격, 작업장려금(월급) 지급, 실습, 노동, 사회보험 또는 모든 가능한 징계관련문제(행형법 제69조제6항)와 관련해서 수용자의 이의제기에 대해 결정(ordinanza)으로 재판. 이 결정에 대해서는 상고할 수 없다.
- 수용자가 시설로 돌아오지 않았거나, 그 밖의 잘못된 행동을 하였기 때문에, 귀휴 또는 외부통근작업에 사용한 시간이 자유박탈처분의 기간에 산입되지 않는다는 결정. 이는 수용자가 이러한 특전을 받을 자격이 없음을 의미한다. 이에 대항하여 수용자는 감독재판부에 이의를 제기할 수 있다(행

547) 대체형은 Art. 53 ff. L. 24 novembre 1981, n. 689을 통해 만들어졌고, 초범에게는 법원이 단기 자유형 대신 적용할 수 있다. 매일 적어도 10시간 이상 교정시설에 머물러야 하는 반(半)구금(semidetenzione)이 가능하다. 유죄판결피고인이 자신의 집에 머물며 특별한 허가 없이 떠날 수 없고 매일 관청에 신고하여야 하는 ‘통제된 자유’(libertà controllata)도 가능하다. 마지막으로 벌금형도 가능하다.

548) 대안적 제재에 대해 위의 제1절 5 참조

형법 제53조 bis).

- 대체형 집행양식의 결정. 위반의 경우 감독재판부에 서류를 전달하여 대체형을 형벌로 다시 변경한다(행형법 제53조 66 L. 689/81).
- 형사집행법원의 신청에 따라 형사집행절차를 위한 수형자 청문(형사소송법 제666조제4항).⁵⁴⁹⁾
- 감독재판부가 형법 제146조 이하의 집행을 유예할 것이라 기대되는 경우,⁵⁵⁰⁾ 형사집행을 잠정적으로 유예하거나(형법 제146조), 불이익이 우려되는 경우에는 수형자를 잠정적으로 석방하는 결정.
- 비공개절차에서 당사자 청문(형사소송법 제127조제3항).
- 유죄판결피고인의 석명의 수용(형사소송법 제489조제2항 및 3항).
- 모국에서의 형벌집행을 목적으로 외국인을 추방(송환)하는 것에 대한 동의 판단 수용(제5조제2항 L. 3 luglio 1989, n. 257).
- 경우에 따라 유죄판결피고인에 대한 형사집행을 유예하고 석방 선고. 유죄판결피고인이 형사집행 시작 이후 집행유예부 사회봉사라는 대안적 처분을 신청하고, 그에 상응하는 전제조건을 갖추었음을 밝히고, 수형이 계속될 경우 생기는 큰 단점에 대해 구체적으로 진술하는 경우 가능하다. 이 유예는 감독재판부가 처분의 허용 여부를 결정할 때까지 유효하다(행형법 제47조제4항).
- 형사집행 시작 후에 신청된 경우 잠정적으로 가택구금 적용(행형법 제47-ter 조제1-quater항).
- 유죄판결피고인이 사회적 생활에 편입되고 싶어한다는 것을 증명하였을 때, 형사집행 시작 후 반(半)자유시간 적용(행형법 제50조제6항).
- 유죄판결피고인이 가택구금상태이고, 수용규정의 집행이 유예된 경우, 감독재판부가 대안적 제재 신청에 대해 결정할 때까지 유죄판결피고인은 가택구금 상태에 머무르게 된다. 감독재판부는 이에 상응하는 규정들을 충족하

549) 이에 대해 제3절 3. 가 참조

550) 임신부, 영아를 키우는 여인, 또는 에이즈(AIDS)나 다른 중병을 앓고 있는 환자를 이러한 예로 들 수 있다.

는지 살펴본다(형사소송법 제656조제10항).

- 행형법 제47-quinquies조⁵⁵¹⁾에 따른 특수한 가택구금을 위한 부담명령 변경 및 잠정적 유예결정. 유죄판결피고인이 정당한 권리 없이 12시간 이상 거주지를 벗어나는 경우 감독재판부가 취소 결정을 하기 전에 사용된다. (행형법 제47-sexies조).
- 긴급사안에서는 논증이 되어 있는 명령을 통해 특정 조직범죄 때문에 유죄판결받은 자가 사법기관에 협력하였다는 이유로 특전을 베푸는 것을 예방적으로 유예하는 결정(L. 13 febbraio 2001, n. 45 제16-nonies조 제7항).

5. 감독재판부

가. 감독재판부의 구성

감독재판부(tribunale di sorveglianza)는 합의부 기관이다. 감독재판부는 2명의 직업법관(재판장 1인 및 재판장이 임명하는 직업법관 1인) 및 2명의 참심법관 법관으로 구성된다. 후자인 참심법관 법관은 한편으로는 심리학, 사회복지(Sozialarbeit), 교육, 정신의학 또는 임상범죄학 전문가들이다. 그들은 다양한 관점에서 유죄판결피고인에 대해 전문가적으로 기여한다.⁵⁵²⁾ 다른 한편으로는 수사 기술 뿐만 아니라, 범죄를 저지른 사람에게 관련되는 문제에 대처할 수 있는 특별한 전문적 지식이 있는 범죄학 강사들도 가능하다(행형법 제70조제3항, 제80조제4항).⁵⁵³⁾ 비직업적 법관은 적당한 숫자만큼 감독재판부 재판장이 제안하여 3년의 임기로(연장가능) Consiglio Superiore della Magistratura⁵⁵⁴⁾가 임명한다(행

551) 일반적 가택구금의 전제조건에 해당하지 않더라도, 자녀가 있는 모(母)에게는 10년 이하로 (또는 모가 사망하고 그 외 자녀를 양육할 수 있는 사람이 없는 경우 부(父)도 동일) 가능하다. 이 때에는 적어도 부과된 형벌의 1/3 이상 (또는 무기형의 경우 15년) 복역하였어야 하며, 앞으로 다른 범죄행위에 대한 위협이 없어야 한다.

552) Grevi/Giostra/Della Casa, Art. 80 IV. Rn. 1.

553) Della Casa, 36쪽; Di Gennaro/Bonomo/Breda, Art. 70, 384쪽.

형법 제70조제4항 및 제70조제2e항). 직업법관은 동일한 관할구역내의 감독법관이 다. 그 중 한명은, 관할 유죄판결피고인 혹은 수형자에 대한 관할권을 가진 감독법관이어야 한다. 감독재판부는 독점적으로 재판을 하는 기능을 가지고 있다.⁵⁵⁵⁾ 감독재판부는 부분적으로는 1심으로, 부분적으로는 항소법원으로 활동한다.

나. 1심 관할

1심에서는 감독재판부가 다음과 같은 사안들을 재판 한다.⁵⁵⁶⁾

- 집행유예부 사회봉사의 부과 및 취소·종료(행형법 제47조, 70조제1항).
- 가택구금 허용 및 취소·종료(행형법 제47-ter조, 제70조제1항).
- 치료프로그램을 받거나 지속하기를 원하는 에이즈 환자에 대해, 위에서 언급한 2가지 대안적 수용처분의 적용 및 취소·종료(행형법 제47-querter조, 제70조제1항).
- 특정한 가택구금 및 그 방식의 적용 및 취소·종료(행형법 제47-quinquies 조제3항, 행형법 제70조제1항).⁵⁵⁷⁾
- 반(半)자유시간 허용 및 취소·종료(행형법 제48조, 제50조, 제70조제1항).
- 가석방 허용⁵⁵⁸⁾ 및 취소·종료(형법 제176조, 제177조, 행형법 제70조제1항).
- 조기석방 허용⁵⁵⁹⁾ 및 이에 관련되는 형기단축 허용(행형법 제54조, 제70조

554) 이는 헌법에서 정하고 있는 사법부속 자기행정기관이다.

555) Di Ronza, 92쪽.

556) Di Ronza, 92쪽 이하.

557) 이에 대해서는 위의 제4절 4. 다 참조.

558) 가석방(liberazione condizionale)은 형법 제176조제1항에 따라, 한편으로는 유죄판결피고인이 회개하는 경우, 즉, 형벌집행과정동안 유죄판결피고인이 개선되었다는 것을 확실히 받아들이게 되었을 때 가능하다. 다른 한편으로는 이미 최소 3개월 또는 어느 경우여라도 부과된 형기의 절반 이상을 복역하였어야 하며, 남아있는 잔여형기가 5년을 넘어서는 안된다. 재범의 경우 조건은 더 강화 된다(4년 혹은 부과된 형벌의 3/4, 형법 제176조제2항). 무기형 판결시 형법 제176조제3항에 따라 가석방은 26년 복역 후에도 고려해 볼 수 있다.

559) 형법 제54조에 따른 선(先)석방(liberazione anticipata)은 수용에 대한 대안적 처분이다. 수용기간 중 유죄판결피고인이 재사회화가 준비되어 있음을 증명하는 매6개월마다 유죄판결피고인에게 45일간 형기를 삭감한다. 이에 대해서는 6개월마다 개별적으로 그리고, 다른 것에 좌우되지 않고

제1항).

- 자유형 혹은 대체형(반(半)수감 및 통제하의 자유)의 의무적 또는 임의적 집행연기(형사소송법 제684조, 행형법 70조제1항).⁵⁶⁰⁾
- 대체형에 상응하여 부과된 부담명령을 위반하였을 때 대체형을 자유형으로 변경(법 제66조 및 제108조 L. 689/81).
- 유죄판결피고인이 다른 범죄를 저질러 이전의 권리를 박탈당하고 아직 시행되지 않은 경우, 형법 제179조, 제180조에 따라 이전의 권리로 복귀시키는 것을 허용하거나 취소한다(형사소송법 제683조).
- 가석방의 결과로 또는 집행유예부 사회봉사의 결과로 인한 형의 실효(형사소송법 제676조, 형사소송법 시행규칙 제236조).
- 약물중독 때문에 치료적 처분을 받은 자에 대한 자유형 집행유예 및 이 유예처분에 대한 취소(대통령령 제90조 9 ottobre 1990, n. 309).
- 가석방, 수형시설 외부에서의 근무 지정, 사법협조를 이유로 특별보호 하에 있는 사람에 대해 포상·특사하거나 형에 대해 대안처분 적용, 변경 및 종결(법 제16-nonies조 제7항 L. 45/2001).

다. 2심 관할

감독재판부는 감독법관의 재판에 대한 항소법원(appello)으로서도 기능한다(형사소송법 제680조제1항). 이 경우 감독법관이 감독재판부에 속하여서는 안된다(행형법 제70조제2항). 항소법원으로서 감독재판부는 다음과 같은 사안들에 대한 항소를 재판한다.⁵⁶¹⁾

- 보안처분을 부과하기 위한 공공에의 위험성이 여전히 존재하는 경우(형사소송법 제679조).

판단한다. 선석방은 무기 자유형의 판결에서도 명시적으로 적용될 수 있다(형법 제54조제4항). 즉, 특혜를 가장 많이 받는 경우 1/4까지의 형벌 감축이 가능하다. 선석방은, 다른 수용에 대한 대안적 처분과 마찬가지로, 전적으로 유죄판결피고인들에게 계속하여 사회에 재판입할 수 있도록 한다.

560) 위의 제4절 4, 다 참조

561) Di Ronza, 95쪽의 분류 및 위의 제4절 4, 다 참조

- 형사집행절차에서 보안처분의 적용(행형법 제70조제2항).
- 감독조건부 자유 상태에 있는 사람의 상태가 그대로 고수되어야 한다는 준수사항(형법 제176조, 제177조, 제228조 이하, 형사소송법 시행규칙 제190조).
- 보안처분의 약화 또는 강화(형법 제231조).
- 다양한 보안처분의 통합(형법 제209조).
- 보안처분 최소기간 경과 후 보안처분수용자에게 여전히 공공에 미치는 위험성이 계속하여 존재하는지의 유무, 경우에 따라 보안처분의 조기 부과, 집행, 변경 또는 종료(형법 제208조, 행형법 제69조제4항).
- 습관성, 영업성 또는 성향범죄자인지에 대한 판단의 철회(형법 제69조제4항).
- 판결의 일부에 대해서만(유죄, 무죄 또는 기소유예) 이의를 제기하고, 이것이 보안처분에만 관련되는 경우(몰수는 예외)(형사소송법 제579조제2항, 제680조제2항).

감독재판부는 또한 다양한 상태의 처분에 대한 항고심급(reclamo)이기도 하다.⁵⁶²⁾

- 보상적 특전(permessi ordinari e permessi premio, 행형법 제30-bis조)에 대한 감독법관의 결정에 대한 항고 및 특전이나 외부 통근작업 시 수행자가 돌아오지 않거나 기타 중한 잘못된 행동이 있을 때 특혜나 외부 통근작업으로 사용된 시간을 형기로 산입하지 않는 감독법관의 결정에 대한 항고(행형법 제53-bis조).⁵⁶³⁾
- 특정한 감독⁵⁶⁴⁾을 지시하였거나 연장하는 교도행정 처분에 대한 항고(행형법 제14-ter조).
- 특혜를 주는 기제들이 질서 및 안전 요구에 모순되는 경우, 범죄단체 및

562) Di Ronza, 95쪽.

563) 위의 제4절 4. 나. 다 참조.

564) 행형법 제14-bis조에 따르면 최고 6개월까지의 시간동안, 안전을 위협하는 행동, 수용시설의 질서를 어지럽히거나, 폭력 또는 위협을 수단으로 하여 다른 수형자의 행동을 저지하거나 다른 수형자들이 복종하도록 하는 개인에 대해 특별한 감시를 명할 수 있다. 이러한 처분은 수회 연장될 수 있으며, 각각 최대 3개월 연장될 수 있다.

테러단체와 접촉하는 것으로 간주되는 특정한 그룹에 대해(특히 마피아범 죄영역에서) 처분규칙 및 행형규정에서 규율하는 이러한 호혜적 기제들을 배제하는 법무부장관의 처분에 대한 항고(행형법 제41-bis조).

라. 감독재판부 재판장의 관할

감독재판부 재판장은 최고상고법원(Kassationshof)의 법관이다. 항소법원 이외의 업무분야에 투입된 감독재판부에서 재판장은 항소법원(Berufungsgericht)의 법관이다(행형법 제70-bis조). 재판장은 위계질서상 자기 아래의 감독법관을 대표하거나, 예전의 감독법관의 기능을 수행한다. 감독재판부의 일반적 과제 외에도 재판장은 감독재판부 내에서 감독재판부의 활동을 통솔·조직한다. 이러한 업무에 속하는 것으로는 특히 업무분장, 대리규정 또는 각 분야전문가인 비전문 법관 임명제청 등을 들 수 있다.⁵⁶⁵⁾

6. 특별감독법원

특별법원은 이탈리아 법질서상 자기 고유의 감독법원을 가지고 있다. 행형법 제79조에 따라 소년법⁵⁶⁶⁾을 위해서는 기본적으로 행형법이 적용되기는 한다. 하지만 감독재판권의 과제는 소년법원(tribunale per i minorenni) 또는 소년법원의 감독법관(giudice di sorveglianza presso il tribunale di minorenni)이 수행한다.

군사재판권 영역에도 군사감독재판부(tribunale militare di sorveglianza)가 존재한다. 군사감독재판부는 로마의 군사항소법원에 소재하고 있으며, (상고법원(Kassationshof)의 법관인) 재판장 1인, 감독법관 1인, 각 분야 전문가인 비전문 법관 2인으로 구성되고, Consiglio superiore della magistratura militare⁵⁶⁷⁾에서 임명한다. 하지만 유죄판결피고인이 군대 소속이고 현재에도 근무 중이어야

565) 개별적인 것은 행형법 제70-bis조 참조

566) 예를 들어 미성년부터 25세가 될 때까지의 사람. 대통령령 제3조 22 settembre 1988, n. 448 참조

567) 이는 군사법관의 자기행정기관이다. L. 30 dicembre 1998, n. 561 참조

만⁵⁶⁸⁾ 군사감독재판권의 관할이 된다.

제5절 실무와 사례

실무와 관련하여 이탈리아 법무부는 수형시설의 실태에 대해 수많은 통계를 작성하였다. 가장 최근인 2011년 7월 31일자 통계에 따르면 총 66,942명이 수용되어 있고, 그 중 2,895명(4.3%)가 여성, 23,916명(35.7%)이 외국인이다. 이 숫자는 반(半)자유시간 시스템 하에 있는 918명(1.4%)을 포함하고 있다. 이들은 대체로 밤에만 교정시설에서 생활한다.⁵⁶⁹⁾ 반(半)자유시간 시스템 하에 있는 외국인은 96명으로 그 비율은 10.5%로 전체 수용자비율보다 적다. 절차단계와 관련하여서는 27,572명(41%)이 미결구금상태이며, 37,650명이 수형자, 1,632명은 자유박탈보안처분 수용자이다.⁵⁷⁰⁾ 외국인 수용자는 대부분(20.4%) 모로코 출신이며, 14.9%가 루마니아, 12.8%가 튀니지, 11.5%가 아르메니아, 4.9%가 나이지리아 국적자이다.⁵⁷¹⁾

또한 수용에 대한 대안처분에 대한 2011년 7월 31일자 통계에 따르면, 10,051명이 이 시점에 집행유예부 사회봉사로 넘겨졌고, 926명에게 반(半)자유시간이 허용되었으며, 8,235명은 가택구금 처분을 받고 있다.⁵⁷²⁾ 감독조건부 자유시간을 갖는 보안처분⁵⁷³⁾을 받고 있는 사람은 2,983명이다. 대체형⁵⁷⁴⁾에서는 7명이 반(半)자유시간, 120명이 통제하의 자유 상태에 놓여있다. 다른 처분으로는 치안판사가 부과할 수 있는 주형(主刑)으로서의 공익근로(239명), 집행유예(17명), 노동

568) Vgl. Di Ronza, 100쪽.

569) 수용에 대한 대안처분에 대해서는 위의 제1절, 5 참조.

570) http://www.giustizia.it/giustizia/it/mg_1_14_1.wp?facetNode_1=0_2&previousPage=mg_1_14&contentId=SST657285

571) http://www.giustizia.it/giustizia/it/mg_1_14_1.wp?facetNode_1=0_2&previousPage=mg_1_14&contentId=SST657269

572) http://www.giustizia.it/giustizia/it/mg_1_14_1.wp?facetNode_1=0_2&previousPage=mg_1_14&contentId=SST657647

573) 이에 대해 위의 제4절 4, 다 참조.

574) 대체형에 대해서는 위의 제4절 4, 다 참조.

(477명) 혹은 수용시설 외 미성년자 자녀양육(1명)이 있었다.⁵⁷⁵⁾

전문가들은 주로 감독재판부 재판에 있어서만 공조를 하며, 그 밖의 경우에는 본질적인 역할을 하지 못하고 있다. 심지어 보안처분 영역에서 위험성을 판단하는 데 있어서는 전문가의 참여가 법률에 의해 배제되고 있다. 형사소송법 제220조제2항은 상습성, 영업성, 범죄적 경향성, 피고인의 성격 및 인격구조 및 일반적으로 병리학적 원인에 의해 조건지어지지 않은 심리적 특성을 확인할 목적으로 전문가 감정서가 허용되지 않는다고 명시적으로 규정하고 있다.

제6절 이탈리아 형사집행절차에 대한 평가와 최근 동향

이탈리아 형사집행체계 및 행형체계상 사법심사에 관한 법적 평가는 거의 찾아보기 힘들다. 기껏해야 세부규율사항에 대한 비판이 있는 정도이다. 하지만 사법통제원칙을 인정하는 취지에 비추어 보더라도 모든 자유박탈 영역(형사집행 및 행형 영역)을 하나의 통일된 법전으로 규율하고 하나의 단일재판권 관할로 지정해야 하며,⁵⁷⁶⁾ 아직도 남아있는 검찰과 변호인 사이의 불균형을 제거되어야 한다는 요구가 제기된다.⁵⁷⁷⁾ 또한 형사집행법원의 비편파성, 당사자의 출석권, 형사집행법원 혹은 감독법원이 당사자의 신청에 대해 결정을 내려야하는 기한에 대한 규정의 미비 등도 비판되고 있는 소재들이다.⁵⁷⁸⁾ 또한 청소년수형자를 위한 별도의 행형법적 규율이 필요한 것으로 보인다.⁵⁷⁹⁾

법적 평가보다 훨씬 중요한 것은 이탈리아에서 전체 형사법체계에 대한 정치적·사회적 평가이며, 이것이 수용자수의 위협적인 증가를 초래하였다는 점이다.

575) http://www.giustizia.it/giustizia/it/mg_1_14_1.wp?facetNode_1=0_2&previousPage=mg_1_14&contentId=SST657648

576) Di Ronza, 27쪽, Gaito/Ranaldi, Voce 'esecuzione penale', 566쪽.

577) Gaito/Ranaldi, Esecuzione penale, 41쪽은 특히 검찰의 포괄적 관할권 및 긴 기한을 비판하고 있다.

578) 특히 Gaito/Ranaldi, Voce 'esecuzione penale', 566쪽 참조. 위의 제2절 5; 제3절 2; 제3절 3, 가 참조.

579) Di Ronza, 28쪽.

이탈리아 형형시설은 반복적으로 늘 붕괴직전 상황에 직면하고 있다. 207개의 수용시설은 45,000명의 수용자를 수용하기 위한 것이지만, 현재 약 67,000명의 수용자에 의해 절망적으로 과밀수용되어 있다.⁵⁸⁰⁾ 1990년대에는 수용자 숫자가 대략 수용가능한 범주에 머물다가 이후 꾸준히 상승하여 2006년 여름 마침내 61,264명에 달하였다. 이러한 과도한 수용시설 과밀수용 때문에 2006년 법률(L. 31 luglio 2006, n. 41)을 통해 광범위한 형면제 사면(indulto)⁵⁸¹⁾이 이루어졌고, 그 결과 수용자 수는 약 39,000명 수준으로 감소하였다. 그러나 채 5년이 지나지 않은 현재 - 이는 최근의 강벌주의 형사정책 때문이기도 한데⁵⁸²⁾ - 수용자 수는 다시 2배 가까이 늘어나 2006년보다 더 높아진 상황이다.

수용시설의 실태가 이처럼 반복적으로 드라마틱한 상황을 보이곤 하지만, 입법자는 이에 대해 그다지 개입하지 않고 있으며, 그다지 개혁의지도 보이지 않고 있다. 수용자수를 감소시키기 위해 최근에 내린 한 가지 형사제재적 조치는 자기 주소지에서 1년 이하의 자유형집행이 가능하도록 한 법률이다.⁵⁸³⁾ 이에 따르면 1년 이하의 자유형을 부과하는 유죄판결의 경우, 또는 최대 1년 이하의 잔여형기가 남은 경우, 해당 자유형은 유죄판결피고인의 집이나 관리소, 보호소 등에서 집행될 수 있다. 이 규정은 2013년 12월 31일까지만 한시적으로 유효한 규정으로, 지금까지 수용자 수를 효과적으로 줄이지는 못하였다. 이 법률이 2011년 7월 31일 공포됨으로써 총 2,942명이 이 법률에 근거하여 석방되었지만, 수용자 총 숫자는 1,019명이 감소했을 뿐이다(2010년 12월 31일 기준 67,961명, 2011년 7월 31일 66,942명).⁵⁸⁴⁾ 동시에 더 많은 수용자가 새로 수용되었기 때문

580) 2011년 7월 31일 기준(출처: 이탈리아 법무부): http://www.giustizia.it/giustizia/it/mg_1_14_1.wp?facetNode_1=0_2&previousPage=mg_1_14&contentId=SST657285

581) 형 면제는 일반적인 특전행위이다. 하지만 형 면제는 사면과는 달리 범죄행위에 영향을 미치지 않고, 오직 주형(主刑)의 집행에만 영향을 미친다. 이는 완전히 또는 부분적으로 내려지거나 다른 주형(主刑)으로 변경된다(형법 제174조제1항). 형 면제는 - 다른 사면과 마찬가지로 - 의회 상하원 모두 2/3의 다수가 동의하여 만든 법률을 통해 내려진다. 형 면제 가능성은 부과된 형벌의 종류나 크기에 따라 제한되지 않는다. 하지만 일반적으로 형 면제는 특정한 양의 벌금형 또는 자유형에 관련되며, 주로 특정한 종류의 범죄행위에서는 제외된다.

582) 이는 크게 외국인에도 향해 있다. 이에 대해서는 Bettels, ZStW 2010, 725쪽 참조.

583) L. 26 novembre 2010, n. 199.

584) 이탈리아 법무부

이다. 따라서 다시 또 새로운 사면이 이루어져야 한다는 목소리가 나오고 있다. 하지만 이 방안은 정치적으로 아주 인기가 없기 때문에 어떤 정치세력도 의회에 그러한 신청안을 제출할 엄두를 못내고 있다. 더구나 1991년부터는 이를 위해 2/3 이상의 동의가 필요하기 때문에(헌법 제79조제1항) 더욱 그러하다. 그 밖에 현재는 다른 문제들, 특히 경제적인 문제가 더 심각한 것으로 여겨지고 있다. 법관들이 중심인 학술단체들로부터는 더 많은 범죄영역을 비범죄화하여 질서위반행위로 다루어야 한다는 제안이 빈번히 제기된다. 하지만 이러한 논의로부터 아직까지 구체적 방안이 도출되지는 못하였으며, 현재는 형사집행 및 행형 영역에 대해 어떠한 개혁 노력도 존재하지 않는 실정이다.⁵⁸⁵⁾

http://www.giustizia.it/giustizia/it/mg_1_14_1.wp?facetNode_1=0_2&previousPage=mg_1_14&contentId=SST657228

http://www.giustizia.it/giustizia/it/mg_1_14_1.wp?facetNode_1=0_2&facetNode_2=1_5_1&previousPage=mg_1_14&contentId=SST165666

http://www.giustizia.it/giustizia/it/mg_1_14_1.wp?facetNode_1=0_2&previousPage=mg_1_14&contentId=SST657285

585) 평가 및 그 밖의 소중한 지적에 대해 저자(Jarvers)는 볼로냐 대학의 Renzo Orlandi 교수에게 이 자리를 빌어 감사의 뜻을 표한다!

KOREAN INSTITUTE OF CRIMINOLOGY

제7장

결론적 고찰

박 학 모

제1절 형사제재체계의 발전과 형사집행절차상 사법심사 요청

형사집행절차 및 형사집행절차상 사법심사의 발전에 대한 비교법적 검토에서 가장 먼저 확인되는 바는 - 이는 부분적으로는 미국의 경우에도 크게 다르지 않은 것으로 보이는 상황인데 - 각각 독특한 고유의 형사집행절차상 사법심사체계를 발전시켜온 독일과 프랑스와 이탈리아가 모두 사법심사를 강화하는 방향으로 발전하여 왔다는 점일 것이다. 그리고 어느 경우든 그 사법심사체계가 완성된 모델로서 존재한다기보다는 형사제재체계의 발전과 맞물려 함께 진화하는 발전 양상을 보인다는 점이다. 그리고 이미 19세기 말부터 비교적 일관되게 형사집행절차, 특히 행형에 대한 사법통제권 확보에 노력한 이탈리아의 경우에도 형사집행 및 행형에 있어서의 전문적 형사집행법원제도의 도입이 관철된 것은 전후 진보적인 형사정책적 논의와 함께 이루어졌다는 점이다.

프랑스의 경우 자유형의 집행과 관련하여 수형자의 개선 및 재사회화 요청이라고 하는 점증하는 형사정책적 요청 및 목표설정과 함께 먼저 보호관찰감독 영역이라 할 수 있는 이른바 ‘개방환경’에서 이를 관할하는 전문법관인 ‘형사집행법관’ 제도를 도입하는 것으로부터 발전의 서막이 올랐다면, 이탈리아에서는 행형에 대한 감독필요성에 대응하면서 ‘감독재판관’이라는 독자적인 전문재판권 및 전문법원을 창설하여 형사집행영역 전반으로 사법심사를 확대한 특징을 보여준

다. 1975년 새 행형법을 통한 행형개혁과 함께 구금에 대한 자유제한적 또는 개방적 대체처분들이 도입되면서 감독재판권을 포함한 형사집행법원의 조직도 재편·보강되었다. 그리고 독일은 이러한 제3국의 발전양상을 종합하여 다소 뒤늦게 ‘형사집행부’라는 제3의 방안을 선택하였다. 뒤이어 행형법을 제정하면서 수형자의 권리를 법률관계로 명확히 하고 행형판단에 대한 사법심사를 형사집행부의 관할로 집중하는 기능적 관할권을 창설하였다.

이러한 외국의 형사집행 및 행형 영역에서의 사법심사의 확대·강화와 이에 지향된 사법심사체계의 법률적 및 사법조직적 발전은 현재 역사상 그 어느 때보다 형사제재체계의 발전에 있어서 많은 변화를 겪고 있는 우리 형사사법에 시사하는 바가 많다 할 것이다. 우리나라에서는 여전히 과거의 일원주의적 기조 위에 규정된 ‘일반 형집행’의 영역보다는 전자감독처분과 보호관찰처분 영역의 확대로 특징지어지는 보안처분법 영역을 중심으로 형사집행절차에 대한 사법심사 및 사법통제가 확대되고 있는 측면이 있다. 하지만 이러한 발전양상은 형벌 및 보안처분의 특별예방적 과제와 수형자의 권리보호라는 높아진 인권·권리의식을 두 축으로 하여 체계적으로 진행되고 있다기보다는 매스미디어에 의해 증폭된 ‘범죄공포’와 ‘범죄와의 전쟁’의 틀 속에서 입법포퓰리즘에 내몰려 이루어지는 다분히 임기응변적 입법의 작품이라는 점이다.

다른 한편 ‘검찰영역’의 집행절차와 ‘교정영역’의 행형, 나아가 ‘보호영역’으로 규정될 수 있는 보호관찰 등 자유제한보안처분의 집행절차에 ‘법원’이 관여하게 되는 포괄적 구도상의 ‘형사집행절차’는 필연적으로 기관들 간의 입장과 이해의 충돌을 함의할 수 밖에 없다는 점이다. 그리고 그간 진행된 ‘형사사법개혁’ 논의에서 노정된 바는 바로 이 부분에 이르면 생산적인 ‘형사정책적 논의’ 대신에 기관과 조직의 갈등으로 비화될 위험이 크다는 점이다. 그러나 형사집행절차 및 행형에 대한 사법심사의 확대·강화라는 명제를 단지 형사집행기관인 검찰과 행형기관인 교정행정에 대한 법원의 “본격적인” 간섭과 통제의 시작으로 이해한다면 이는 지나치게 피상적인 조직논리에 함몰된 접근이라 할 것이다. 사법심사에 대한 논의는 모든 관여기관의 공동의 고민과 공조에 기초하여 진행됨으로써 사법심사의 최적화가 곧 각 담당기관에 바람직한 방향의 형사집행절차 및 행형·교정·보호과제실현의 최적화를 가져오는 방안이라는 점이 공유될 필요가 있다.

가장 우선적으로는 법원의 입장에서부터 형사집행과 행형 영역에 대한 그동안의 지나친 소극·방관주의에 대한 반성이 있어야 한다. 실제적 진실의 발견을 위한 노력과 형사판결에 의한 법선언으로써 범죄로 파괴된 법적 평화를 회복하기 위한 법원의 역할은 끝나고 그 사회법치국가적·형사정책적 소임을 다한 것으로 보아서는 안 될 것이다.⁵⁸⁶⁾ 형사집행과 행형에 대한 깊은 ‘인격적’ 관여와 이를 위한 전문성 확보 없이 내리는 형사제재선고는 사법적 법선언 그 자체로서의 정당성 토대도 아주 취약하게 가질 뿐이라는 인식을 우리 형사사법이 함께 나누어야 할 때이다. 그동안 ‘양형 없이 행형이 없다’는 일방통행의 논리만이 존재하였다면, 이제는 ‘행형 없이는 양형도 없다’는 양형과 행형의 쌍방향 기능적 연관성을 심각하게 받아들여야 한다.

단적으로 오늘날 핵심적 형사정책테마의 하나인 ‘재범’의 문제가 바로 이러한 인식의 고리를 형성하고 있다. 재범, 재범율, 재범위험성의 문제는 범죄자나 행형만의 책임이 아닌 형사법이 함께 고민함이 없이 다룰 수 있는 문제가 아니며, 오늘날 거의 모든 보안처분제재와 결부되어 있는 문제이다. 사법의 형사집행과 행형에의 참여는 특히 보안처분법이 형법전에 편입되는 본격적인 이원주의형사제재의 시대를 앞두고 더 이상 선택의 문제가 아니라 책임과 의무의 문제라 할 것이다. 특히 교정행정의 입장에서 법원의 적극적인 사법심사 관여는 종종 개선과 보안 과제 사이의 딜레마 상황에 서야 하는 교정행정을 대신하여 ‘긋은 일’을 대역하는 ‘선한 이웃’이 될 수도 있다는 점이다. 사법심사가 없는 상황에서 모든 책임은 교정이 홀로 떠맡아야 하지만 사법심사가 들어서면 불가불 법원이 악역을 담당하는 측면이 있기 때문이다.⁵⁸⁷⁾ 이런 점에서 마지막 사법개혁의 장이라

586) 푸코는 18세기에서 19세기로 넘어가는 역사적 과정에서 법관에 의해 지휘되던 공개처형과 같은 ‘형벌의식’이 소멸하며 사법이 ‘유쾌하지 못한’ 집행 및 행형의 영역을 행정에 넘겨주고 손을 떼었다고 비판적으로 해석한다. Foucault, *Überwachen und Strafen*(1976), 17쪽. 이는 마치 예수를 심판한 후 대중 앞에서 손을 씻음으로써 말 그대로 ‘그 사건으로부터 손씻는’ 것처럼 착각했던 빌라도의 행태와 같은 ‘빌라도사법’적 행태가 아닌지 자문해야 한다.

587) 예컨대 수형자의 외출이나 휴가, 나아가 가석방의 신청이 있을 때 교육·개선을 담당하며 ‘후견’의 지위를 자임하는 교정행정이 이에 대한 심사권을 가지고 있고 또 이를 거부할 경우와 제3자인 법원이 심사권을 가지고 거부하는 경우를 비교하여 생각해 볼 수 있다. 물론 수형자를 더 잘 안다고 볼 수 있는 교정행정의 판단이 경우에 따라 더 옳은 판단을 내릴 수는 있겠지만 수형자의

할 수 있는 형사집행 및 행형 영역에 대한 최적의 사법심사 모델을 찾고 개발하는데 사법과 행형이 함께 나서야 할 것이다.

제2절 형사집행절차상 사법심사와 전문집행법원의 요청

위에서 살펴본 독일과 프랑스 및 이탈리아의 법원에 의한 형사집행 및 행형에 대한 사법심사모델을 비교해 볼 때, 독일의 ‘형사집행부 모델’은 애당초 ‘형사집행법원’의 창설을 지향하다 타협안으로 ‘형사집행부’라는 잠정적 성격의 사법심사 유형에 머물러 오늘에 이른 측면이 있다. 이에 상응하여 사법심사의 내용에 있어서도 행형판단에 대한 사법심사를 광범위하게 배제하여, 결과적으로 ‘형사집행부’의 위상을 위축시켜 사법심사의 기능을 제대로 살리지 못했다는 점에서 이는 최선의 사법심사모델은 아니라 할 것이다. 가장 바람직한 것은 프랑스 모델에 따라 ‘형사집행법관’이라는 전문법관제도와 이탈리아의 ‘감독법원’ 제도를 모델로 하여 ‘형사집행재판관’을 창설하는 것이나, 이는 법원조직법상 과감한 변화를 요구하는 이른바 ‘대개혁적 구상’이라 할 것이다.

행형에 대한 사법심사라든가 행형과 밀접하게 결부된 가석방의 사법심사과제를 사실심의 관할로 하는 것은 업무부담을 고려할 때 바람직하지 않으며, 이 경우 사실상 현행 행정처분과 같이 형식적인 처분이 될 수 있다는 우려⁵⁸⁸⁾에 유의할 필요가 있다. 물론 이탈리아의 경우와 같이 형사집행에 대한 사법심사법원을 그 사안에 대하여 제1심으로 판단을 내렸던 사실심법원으로 관할규정을 하는 것은 바람직할 수는 있다. 재판의 해석에 다툼이 있는 등 집행관련 판단을 추가적으로 내려야 할 경우 해당사안에 대하여 재판한 법원이 그 사안에 대하여 가장 정확한 해석을 내릴 수 있고, 또 절차의 효율성과 신속성을 꾀할 수 있다는 장점도 있기 때문이다. 그러나 행형판단과 가석방판단의 경우는 사실심재판부에

입장과 견해는 이와 다르다는 점이다. 교정행정이 행형법이 정하는 수형자를 위한 본연의 행형과 제에 집중하며 ‘역할충돌’의 딜레마에 빠지는 것을 피하기 위해서라도 법원의 적극적인 관여와 ‘보조’가 요청된다 할 것이다.

588) 장영민·탁희성, 가석방의 실태와 효율적 운용방안에 관한 연구(1993), 194쪽 참조

또 다른 업무부담을 초래한다는 점에서 관할을 맡기는 것이 바람직하지 않다. 따라서 최소한 독일모델과 같이 지방법원 형사집행부에 행형판단에 대한 관할집중을 규정하는 것과 같이 수형자가 수용된 시설이 소재한 ‘행형인접’ 지방법원 형사집행부라든지 해당지역을 관할하는 고등법원 형사집행부의 모델이 되어야 한다. 이탈리아식으로 행형을 ‘감독재판부’의 전속관할로 하여 법원이 행형에 깊숙이 관여하게 하는 것도 장기적으로 고려될 수 있을 것이다.

형사집행절차 및 행형상 사법심사기능의 전문성을 도모하고 또 최적화하기 위해서는 과감하게 집행전문법관 및 집행전문법원을 제도화하는 것이 가장 바람직할 것이다. 앞으로 우리 형사사법에서 배심재판제도가 자리 잡게 될 것을 전제로 한다면 이와 필연적으로 결부되지는 않더라도 공판절차의 이분화, 즉 사실판단과 양형판단 분리의 원칙도 관철될 수 있을 것으로 보인다. 이 경우 적어도 직업법관의 업무는 후자에 집중되는 방향으로 발전할 수 있지 않을까 조심스럽게 전망해 볼 수 있으며, 이러한 상황은 앞으로 형사집행법관 또는 행형법관 등 전문법관제도의 도입과 더 긍정적으로 결합될 수 있는 가능성을 제공하리라 생각된다.

전문법관 및 전문법원제도의 도입과 관련하여서는 어떻게 형사집행법관 및 형사집행법원의 전문성을 실질적으로 높일 수 있는지에 대한 고민이 뒤따라야 한다. 형사집행부 업무에 대한 무관심과 저평가를 초래한 독일 형사집행부모델의 구조적인 문제점은 충분히 비판적으로 고려되어야 한다. 업무분장의 고려에서부터 법관로테이션 제도의 합리성에 대한 검토를 넘어 전문연수교육 및 개인적인 형사집행·행형에 대한 관심과 연대를 촉진하는 방안에 이르기까지 종합적인 고려와 배려가 이루어져야 할 것이다. 여기서 형사집행 및 행형 전문법관·법원이 도입될 때 이러한 전문성 문제와 필연적으로 함께 맞물려 있으면서 이에 촉진적으로 작용하는 것은 전문법관 및 전문법원의 사물관할의 확대가 함께 고려되어야 한다는 점이다. 특히 행형에 대한 사법심사를 금기시하고 있는 우리 현행 행형시스템을 출발점으로 삼아 생각할 때 이는 쉽지 않은 난제임을 유념하여야 할 것이다.

제3절 형사집행절차상 사법심사 영역(사물관할)의 확대

그동안에 가석방제도와 그 효율성 개선 등에 대해 이루어진 다수의 연구가 존재하지만 전문법원에 의한 사법심사의 제고의 필요성이나 효과에 대한 언급은 거의 존재하지 않는다. 집행유예와 동일한 특별예방적 형사정책의 취지에 기반하고 있는 ‘잔형집행유예’로서의 가석방과 자유박탈보안처분의 가중료·가퇴원의 판단을 행정처분에 의하도록 하는 것은 형사사법의 입장에서 보면 재사회화를 지향하는 형사정책적 사법심사권한을 원천적으로 봉쇄하는 것과 다를 바 없다. 적어도 개인의 기본권 침해와 직결되는 형사제재처분에 대한 심사기관으로서 ‘심사위원회제도’를 운용하는 것은 바람직하지 않다. 가석방을 시혜적 조치로 이해하지 않는 이상, 이는 어디까지나 일정한 요건의 충족을 토대로 한 ‘조기석방’의 권리의 측면이 있다. 따라서 가석방판단이 침해적인 판단이 아니기 때문에 행정처분으로 하여도 무방하다는 견해는 가석방처분에 대한 올바른 이해라 할 수 없다. 합리적이고 책임 있는 심사가 이루어졌을 경우 승인될 수 있었고 승인 되었으면 (조기의) 재사회화에도 기여하였을 가석방처분이 부실심사로 거부된다면, 그리고 이러한 사례가 누적된다면 이는 단순한 개인적인 침해의 문제에서 그치지 않는 제도적 차원의 문제라 할 것이다.

아울러 현재 보호관찰심사위원회와 가석방심의위원회 및 치료감호심사위원회 등으로 심사위원회의 조직 및 구성이 분산·중첩될 뿐 아니라 상호충돌하여 통제폐합이 논의되는 마당임을 고려하면, 현행 심사위원회의 기능을 형사집행법원의 관할로 집중하여 사법심사를 강화하되 기존의 위원회제도는 교정행정의 자문기구나 내부적 심사기구로 활용하는 방안을 생각할 수 있을 것이다.

행형판단과 관련된 가장 시급한 사안은 형사집행법관이나 형사집행법원에 의한 가석방·가중료의 사법심사의 확보이다. 하지만 그 밖의 주요 행형판단에 대하여서도 대폭적으로 전문사법심사를 가능하게 할 필요가 있다. 사후적 사법심사에 의한 구제는 행형에 있어서 실질적으로 무용한 경우가 많다는 점에서 적극적인 (사전적) 사법심사를 보장할 필요가 있다. 그것이 행형을 관장하는 행형기관이 직접 판단을 담당함으로써 처하게 되는 결끄러운 ‘당국과 피처분자’의 관계의 역기능을 피하는 효과도 있어, 수형자의 객관적 상황인식에도 도움이 되고

수형자를 대상으로 재사회화를 추구하는 행형기관에도 짐을 더는 측면이 있다 할 것이다. 여기서 ‘더 많은 행형판단이 사법심사에 맡겨질수록, 더 활발한 (형사집행)법원과 행형기관과의 소통과 공조도 필요하다’ 할 것이다. 일반적으로 수형자를 더 잘 아는 것은 행형기관임이 자명하고, 법원이 그 정도로까지 수형자 개인에 대해 파악하는 것이 쉽지는 않겠지만 수형자와 그의 행형시설에 대한 단순한 거리적 인접성이 아닌 인격적인 인접성이 확보되지 않고는 재사회화를 염두에 둔 사법적 판단을 내릴 수 없기 때문이다. 따라서 가석방의 사법처분화는 물론 그 밖의 행형판단에 대한 사법심사의 확대에 대해서도 형사집행법원의 도입과 함께 입법적으로 새롭게 검토되어야 한다.

제4절 형사집행법원 도입을 위한 제언

1. 현대형법적 형사제재의 분화와 팽창은 형사제재의 양형·선고 뿐 아니라 집행·행형에 있어서도 일관된 특별예방적 고려에 기초한 사법심사를 요청하며, 이러한 요청에 부응하는 사후판단과 행형판단을 위하여 형사집행과 행형을 담당하는 형사집행법원이 도입되어야 한다. 장기적으로 전문법관으로서 형사집행판사제도의 도입에 대해서도 고려되는 것이 바람직하다.

2. 형사집행법원은 자유형 또는 자유박탈보안처분의 집행을 받는 수형자·수용자와 관련된 집행유예와 가석방 및 기타 형사제재 집행관련 결정과 행형·수용관련 결정을 내린다. 수형자·수용자가 가석방·가중료 등으로 집행이 유예되거나 중단되더라도 이러한 형사집행법원의 관할은 유지되어야 한다.

3. 집행유예의 취소 및 가석방의 승인·취소에 관한 결정을 함에 있어서는 특히 유죄판결피고인의 참석을 전제로 하는 구두심리의 기회가 보장되어야 하며, 심사결과에 대해서는 ‘결정’으로 판단한다(강화된 요건 및 증거조사절차를 전제로 ‘판결’에 의한 결정도 고려될 수 있다).

4. 한 사안에서 형사집행법원의 관할이 인정되면 동일인에 대해 이루어져야 하는, 아직 종결되지 아니한 모든 형사사법판단에 대해서 형사집행법원이 결정을 내리도록 관할의 집중을 하여야 한다(이른바 ‘형사집행법원으로서의 관할집중’).

5. 형사집행법원은 일정규모의 교정시설이 소재하고 있는 지역의 지방법원에 설치한다. 형사집행법원의 결정에 대해서는 사안의 중대성 등을 기준으로 한 항고절차를 인정하여야 한다.

6. 형사집행법원은 행형·수용과정상 권리침해사안에 대하여 직권으로 조사하여야 하며, 심사결과에 대해서는 ‘결정’으로 판단을 내린다. 권리구제의 신속성과 효율성을 저해하는 행정심판전치주의는 배제된다.

7. 마지막으로 형사집행법원과 행형기관과의 교류·협력이 촉진되는 것이 바람직하며, 형사집행 및 행형과 관련한 행정기관 고유의 결정에도 형사집행법원이 관여할 기회가 폭넓게 인정되어야 한다.

국내문헌

- 강영철, 자유형과 행형제도의 발전방향, 교정연구 제19호 2003.6, 117-162.
- , 가석방제도의 개선방안, 교정연구 제21호 2004.12, 117-155.
- 강우예·박학모, 보안처분제도의 정비방안(형사법개정연구 IV), 한국형사정책연구원 2009.
- 권형식, 형집행정지제도 운용상 문제점 및 개선 방안 연구, 교정연구 제36호 2007.9, 197-219.
- 김성돈, 보호관찰의 실효성 확보방안, 형사정책 제18권 제1호, 2006, 23-49.
- 김영식, 수형자 사회복귀 제도의 실효성 제고 방안, 교정연구 제42호 2009.3, 163-192.
- 김일수, 법·인권·정의. 법의 인간화를 위한 변론, 박영사 1990.
- , 보호관찰제도의 과제와 발전방안, 보호 제16호 2004.12, 7-21.
- , 범죄인 전자감독에 관한 연구, 한국보호관찰학회 2005.
- , 보호감호처분의 재도입 및 보안처분제도의 형법 편입, 고려법학 2010.
- 김진혁, 자유형제도와 인권에 관한 연구, 교정연구 제23호 2004.6, 101-126.
- 김태명, 행형법 개정과 수용자의 권리구제제도, 교정연구 제35호 2007.6, 169-200.
- 김혜정, ‘특정 성폭력범죄자에 대한 위치추적 전자장치 부착에 관한 법률’에 관한 검토, 형사정책연구 제20권 제1호, 2009, 645-668.
- , 보안처분과 의심스러운 경우에는 피고인의 이익으로 원칙과의 관계, 법학논총 제15집, 2003.

- _____, 보호감호제도의 개선방안 연구, 한국형사정책연구원 2003.
- 박광배, 법심리학, 학지사 2001.
- 박상기, 현행 집행유예제도와 형법개정안, 연세행정논총 제18집 1993.5, 203-219.
- 박상기·손동권·이순래, 형사정책. 제11판, 한국형사정책연구원 2010.
- 박상열, 행형법 개정의 의의, 교정연구 제47호 2010.6, 7-33.
- 박성래, 가석방의 운영실태와 개선방안, 한국형사정책연구원 2004.
- 박영규, 수형자 귀휴제도의 문제점과 개선방안, 교정연구 제37호 2007.12, 33-56.
- _____, ‘형의 집행 및 수용자의 처우에 관한 법률’에서의 수형자의 권리, 교정연구 제45호 2009.12, 127-155.
- 박재윤, 수형자의 법적 지위, 국민대학교 법학연구소 법학논총 제1집, 1989.2, 57-82.
- _____, 수형자의 법적 지위와 행형목적과의 관계, 교정연구 창간호 1991.6, 93-108.
- _____, 개정 행형법에 대한 평가와 개선방향, 국민대학교 법학연구소, 법학논총 제7집 1995.2, 45-67.
- 배종대, 현행 보안처분법의 문제점과 개선점, 형사정책 제3호 1988, 115-122.
- _____, 형사정책. 제8전정판, 홍문사 2011.
- 배종대·이상돈·정승환·이주원, 신형사소송법. 제3판, 홍문사 2011.
- 배종대·정승환, 행형학, 홍문사 2002.
- 법무부, 행형의 과제와 실험(법무자료 제120집), 1989.
- _____, 행형법 개정안 공청회(자료집), 법무부 2005.12.22.
- 서보학, 집행유예제도. 입법론적 비판과 대안, 형사정책 제13권 제1호 2001.6, 56-81.
- 손동권, 구금형의 개선방안, 형사법개정연구 자료집, 법무부, 2008.

- _____, 집행유예의 요건과 예외, 비교형사법연구 제18권 제1호 2006, 201-230.
- 송광섭, 최근 형사제재입법의 동향과 그 효용성, 그리고 형벌의 본질, 동아대학교 법학연구소 동아법학 제49호 2010.11, 213-250.
- 송동권, 한국 형사정책의 이슈와 전망, 형사정책연구 2009.9, 5-29.
- 송문호·장유식·오창익, 사회보호법상 보호감호제도 실태연구, 국가인권위원회 2003.
- 신동운, 신형사소송법. 제2판, 법문사 2010.
- 신양균, 현행 행형법과 그 개정방향(Ⅱ), 교정연구 제4호 1994.
- _____, 행형법 개정과 수형자의 인권보장, 형사정책 제12권 제2호 2000.12,
- _____, 현행법상 수용과 처우에 대한 일반적 검토. 행형법개정안에 대한 검토를 중심으로, 형사정책 제18권 제1호 2006.6, 85-108.
- 신양균 외(공역), 독일행형법, 한국형사정책연구원 2010(원저: Laubenthal, K.: Strafvollzug, 5. Auflage, Berlin 2008).
- 아바딘스키(Howard Abadynski, 문선화 외 옮김), 보호관찰 제도와 실천, 아시아미디어리서치 2000.
- 양화식, 개정행형법(제7차 개정)에 대한 비판적 검토, 교정연구 제11호 2000.12, 7-34.
- 원혜욱, 현행 가석방제도에 대한 비판적 고찰, 교정연구 제47호 2010.6, 35-56.
- 오기두, 미국의 형벌제도, 한국법학원, 저스티스 통권 제82호 2004.12, 115-153.
- 이경재, 미국 행형의 역사와 그에 대한 평가, 형사정책연구 2001.6, 225-248.
- 이백철, 미국 행형의 위기와 미래: 진보주의적 관점, 형사정책연구 2002.6, 155-196.
- 이운호, 교정학, 박영사 2007.

- 이재상, 신형사소송법. 제2판, 박영사 2008.
- 이태희, '중간처우의 집' 도입과 운영의 실제, 교정연구 제43호 2009.6, 95-120.
- 이호중, 구금형식과 구금완화, 형사정책연구 1999.12, 187-229.
- 장규원, 행형법의 개정을 통한 행형의 세계화 방안, 형사정책연구 1995.3, 109-129.
- , 현행 행형법의 문제점과 개선방안, 한국형사정책연구원 1995.
- , 독일 행형법에 관한 연구, 한국형사정책연구원 1996.
- 장규원 · 진수명 · 이상용, 가석방 심사체제 정비방안에 관한 연구, 한국형사정책연구원 1997.
- 장영민 · 탁희성, 가석방의 실태와 효율적 운용방안에 관한 연구, 한국형사정책연구원 1993.
- 장중식, 가석방제도 개선방안에 관한 연구, 교정연구 제37호, 2007.12, 83-108.
- , 행형법 전부개정법률안의 수용과 관련한 보완적 고찰, 교정연구 제33호 2006.12, 119-142.
- 전정주, 가석방제도의 개선방안, 교정연구 제27호, 2005.6, 137-166.
- 정승환, 행형법관(Strafvollzugsrichter)의 도입에 관한 고찰, 형사정책연구 2001.12, 66-98.
- , 형벌집행에 대한 법관의 통제와 형집행법원의 필요성, 형사법연구 제22호 2004 겨울, 374-406.
- 정종섭, 한국의 민주화에 있어서 헌법재판소와 권력통제, 서울대학교 法學 제42권 제1호 2001, 61-106.
- 정진수, 수형자의 법적 권리에 관한 연구, 한국형사정책연구원 2002.
- 정진수 외, 21세기 교정비전과 처우의 선진화방안, 한국형사정책연구원 2003.
- 정진연, 가석방제도와 관련된 제 문제의 검토, 교정연구 제20호, 2003.9,

- 147-185.
- _____, 집행유예제도의 개선방안, 숭실대학교 법학논총 제16집 2006.8, 205-229.
- _____, 행형법 개정과 헌법원칙, 교정연구 제31호 2006.6, 149-168.
- 조준현, 수형자의 인권과 그 한계, 교정연구 제25호 2004.12, 35-65.
- _____, 행형의 이념·목적과 행형법 개정방향, 교정연구 제29호 2005.12,
- _____, 보호관찰제도의 운영과 과제, 교정연구 제35호 2007.6, 7-46.
- _____, 가석방 절차와 가석방대상자에 대한 사회복지 준비에 대한 비교제
도론적 검토, 교정연구 제38호 2008.3, 31-55.
- _____, 21세기 형사정책의 방향에 대한 소고, 형사정책연구 2009.3,
833-857.
- 최길수, 형사판결의 정정, 형사판례연구 제13권 2004, 524-550.
- 최종술, 행형의 목적과 수용자 인권, 교정연구 제21호 2004.12, 47-82.
- 하태훈, 현행 보안처분제도의 문제점과 개선방안, 형사정책 제5호 1990,
97-112.
- _____, 형법개정안의 보안처분제도에 대한 평가, 형사정책연구 제3권 제2
호 1992.
- 한국형사정책학회 외, 형법개정의 쟁점과 검토 - 죄수·형벌론 및 형법각
칙. 한국형사정책연구원·한국형사법학회·한국형사정책학회·법
무부 공동학술회의자료집, 2009.
- 한영수, 행형과 형사사법, 세창출판사 2000.
- _____, 현행 가석방 심사체계의 문제점, 형사정책 제15권 제1호 2003,
155-180.
- _____, 교정보호청(가칭)의 조직설계방향, 교정연구 제24호, 2004.9,
145-174.
- _____, 사회내제재의 실효성 확보방안에 관한 연구, 형사정책연구 2007.9,
441-466.

한인섭, 한국 교정의 딜레마와 당면과제, 서울대학교 법학 제40권 제1호 1999.5., 313-333.

허 영, 헌법이론과 헌법. 신4판, 박영사 2010.

형사소송법 개정특별위원회(위원장 신양균), 형사소송법 개정연구, 한국형사정책연구원 2010.

독일문헌

Ancel, M., Der Strafvollzugsrichter in Frankreich, ZStW 79(1967), 900-910.

Arloth, F., Strafvollzugsgesetz(*StVollzG*), 2. Auflage, München 2008.

Baechtold, A., Strafvollzug. Straf- und Massnahmenvollzug an Erwachsenen in der Schweiz, 2. Auflage, Bern 2009.

Baier, H., Grenzenlose Sicherheit? Die Unterbringung gefährlicher Straftäter zwischen Bundes- und Landesrecht, Jura 2004, 552 ff.

Baumann, J., Beschränkung des Lebensstandards anstatt kurzfristiger Freiheitsstrafe, Neuwied 1968.

Baumann, J. u.a., Alternativ-Entwurf eines Strafgesetzbuches, Allgemeiner Teil(*AE-StGB AT*), Tübingen 1966.

Baumann, J. u.a., Alternativ-Entwurf eines Strafvollzugsgesetzes (*AE-StVollzG*), Tübingen 1973.

Baur, F., Besserung und Sicherung - Zur Problematik des Vollzuges der Maßregeln der Besserung und Sicherung für psychisch Kranke und suchtkranke Täter nach §§ 63 und 64 StGB, StV 1982, 33-40.

Bemmann, G., Über das Ziel des Strafvollzuges, In: Festschrift für Bockelmann, München 1979, 891-899.

- Bettels, T., Der Ausländer als Sicherheitsrisiko - Das italienische 'Pachetto sicurezza' und seine ausländerstrafrechtlichen Aspekte, ZStW 2010, 723-740.
- Blankenburg, E., Justizreform in Raten, ZRP 1974, 273-279.
- Blankenburg, E.(Hrsg.), Empirische Rechtspsychologie, München 1975.
- Blau, G., Der Vollstreckungsrichter, In: Bundesministerium der Justiz (Hrsg.), Tagungsberichte der Strafvollzugskommission, Band 10, 1970, 28-66.
- Blau, G., Die Mitwirkung des Richters beim Vollzug, KrimGegfr 11(1974), 94-120.
- Blau, G., Das Vollstreckungsgericht, In: Schwind/Blau(Hrsg.), Strafvollzug in der Praxis, Berlin, New York 1976, 359-366.
- Bringewat, P., Strafvollstreckung. Kommentar zu den §§ 449 - 463d StPO, Baden-Baden 1993.
- BMJ u.a.(Hrsg.), Freiheitsentzug. Empfehlungen des Europarates zum Freiheitsentzug 1962-2003, Mönchengladbach 2004.
- Calliess, R.-P./Müller-Dietz, H., Strafvollzugsgesetz(*StVollzG*), 11. Auflage, München 2008.
- Dahs, H./Feigen, H. W., Offizialverteidigung auch im Strafvollstreckungsverfahren?, NStZ 1984, 66-67.
- Damian, W., Die Entwicklung der (anfänglichen) Strafaussetzung zur Bewährung, der (nachträglichen) Aussetzung des Strafrestes und der staatlichen Bewährungshilfe, BewHi 1982, 185-201.
- Dertinger, Ch., Strafvollzug und Strafvollstreckungskammer, ZfStrVo 26(1977), 111-114.
- Diemer, H., Karlsruher Kommentar zur StPO(*KK-StPO/GVG*), 6. Auflage, München 2008.

- Doller, H., Organisation und Geschäftsgang der Strafvollstreckungskammer, DRiZ 1976, 169-172.
- Doller, H., Die mündliche Anhörung des Verurteilten durch die Strafvollstreckungskammer, DRiZ 1977, 80-82.
- Doller, H., Die Kalamitäten des §462a StPO, MDR 1977, 272-277.
- Eichmüller, P. u.a., 1975 - ein Jahr Strafvollstreckungskammern, BewHi 1976, 283-295.
- Eisenberg, U., Über sozialtherapeutische Behandlung von Gefangenen, ZStW 86(1974), 1042-1066.
- Eisenberg, U., Kriminologie, 6. Auflage, 2005.
- Feest, J.(Hrsg.), Kommentar zum Strafvollzugsgesetz(*AK-StVollzG*), 4. Auflage, Neuwied 2000.
- Fenn, R., Kriminalprognose bei jungen Straffälligen, Probleme der kriminologischen Prognoseforschung nebst einer Untersuchung zur Prognosestellung von Jugendrichtern und Jugendstaatsanwälten, Freiburg 1980.
- Fischer, Th., Strafgesetzbuch und Nebengesetze(*StGB*), 57. Auflage, München 2010.
- Foucault, M., Überwachen und Strafen, Frankfurt 1976.
- Franke, D., Die Besetzung der Großen Strafvollstreckungskammer bei der mündlichen Anhörung nach §454 I 3 StPO, JZ 1977, 125-128.
- Grunau, Th., Die Beteiligung des Richters an Entscheidungen im Vollzug nach ausländischem Recht, In: Bundesministerium der Justiz (Hrsg.), Materialien zur Strafrechtsreform - Reform des Strafvollzugsrechts, 8. Band - Rechtsvergleichende Arbeiten, 1. Teil, 1956, 475-533.

- Heinz, W., Das strafrechtliche Sanktionensystem und die Sanktionierungspraxis in Deutschland 1882-2008(Stand: Berichtsjahr 2008). Internet-Publikation: Konstanzer Inventar Sanktionsforschung 2008. <http://www.ki.uni-konstanz.de/kis/Sanktionierungspraxis-in-Deutschland-Stand-2008.pdf>(Version 1/2010).
- Herzog, W., Dauer der Zuständigkeit der Strafvollstreckungskammer, NJW 1976, 1077-1079.
- Hinkel, F., Zur Methode deutscher Rückfallprognosetafeln, Göttingen 1975.
- Hörster, B., Die (soziale) Gerichtshilfe zur Persönlichkeitserforschung, JZ 1982, 92-99.
- Jarvers, K., Massen- und Kleinkriminalität vor dem italienischen Friedensrichter, Berlin 2007.
- Jarvers, K., Begnadigung, Amnestie, Aufhebung der Strafbarkeit in Italien. In: Sieber, Ulrich/Cornils, Karin(Hrsg.), Nationales Strafrecht in rechtsvergleichender Darstellung. Allgemeiner Teil. Teilband 5: Gründe für den Ausschluss der Strafbarkeit - Aufhebung der Strafbarkeit - Verjährung. Duncker & Humblot, Berlin 2010, S. 592 ff.
- Kaiser, G., Strafvollzug im europäischen Vergleich, Darmstadt 1983.
- Kaiser, G., Kriminologie, 3. Auflage, Heidelberg 1996.
- Kaiser, G./Schöch, H., Strafvollzug, 5. Auflage, Heidelberg 2002.
- Kamann, U., Handbuch für die Strafvollstreckung und den Strafvollzug, 2. Auflage, Münster 2008.
- Kammeier, H.(Hrsg.), Maßregelvollzugsrecht. Kommentar, 3. Auflage, Berlin 2010.
- Kastenhuber, G., Zusammenarbeit zwischen Strafvollstreckungskammern,

- Bewährungshelfern und Führungsaufsichtsstellen, BewHi 1980, 152-158.
- Katholnigg, O., Zur Zuständigkeit der Staatsanwaltschaft in der Strafvollstreckung, NStZ 1982, 195-196.
- Kaufmann, Arth., Die Strafvollzugsreform, Karlsruhe 1971.
- Kerner, H.-J., Strukturen von 'Erfolg' und 'Mißerfolg' der Bewährungshilfe. Eine Analyse anhand offizieller Daten, BewHi 1977, 285-295.
- Krahforst, P., Zur Kooperation bei der Entlassungsvorbereitung nach §57 StGB, DRiZ 1976, 132-134.
- Laubenthal, K., Gewährung verwaltungsrechtlichen Rechtsschutzes durch den Strafrichter im Verfahren nach §§109 ff. StVollzG, In: GS für Meurer, Berlin 2002, 483 ff.
- Laubenthal, K., Strafvollzug. 5. Auflage Berlin 2008.
- Laubenthal, K./Nestler, N., Strafvollstreckung, Berlin 2010.
- Leferenz, H., Die Kriminalprognose, In: Göppinger, H./Witter, H.(Hrsg.), Handbuch der forensischen Psychiatrie, Berlin u.a., 1972, 1347-1384.
- Linden, G., Zur Rolle der Staatsanwaltschaft bei Prognosen im Straf- und Maßregelvollzug vor dem Hintergrund der Einschaltung der Landesjustizministerien, In: Rode/Kammeier/Leipert(Hrsg.), Prognosen im Strafverfahren und bei der Vollstreckung, Münster 2004, 101-121.
- Liszt, F. v., Der Zweckgedanke im Strafrecht(1882), In: Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge, Band 1, Berlin 1905.
- Maetzel, B., Prozeßvertretung in strafrechtlichen Vollstreckungssachen, NJW 1971, 874.

- Meier, B.-D., Strafrechtliche Sanktionen, 3. Auflage, Berlin 2009.
- Meyer-Goßner, L., Strafprozessordnung(*StPO*), 52. Auflage, München 2009.
- Meynert, G., Die bedingte Entlassung und ihr Widerruf, MDR 1974, 807-809.
- Müller, S., Sanktionen und Strafauswahl in Frankreich, Freiburg 2003.
- Müller, S., Die Anwendung von Strafzumessungsregeln im deutsch-französischen Vergleich, Freiburg 2004.
- Müller, S., Justiz im Aufruhr - Angriffe auf die richterliche Unabhängigkeit in Frankreich, In: Landesinfo Baden-Württemberg 2010, 14-17, abrufbar unter www.nrv-net.de, unter Landesverband Baden-Württemberg, Publikationen.
- Müller-Dietz, H., Strafvollzugsgesetz oder Strafvollstreckungsgesetz?, In: Busch, M./Edel, G.(Hrsg.), Erziehung zur Freiheit durch Freiheitsentzug, Neuwied 1969, 111-120.
- Müller-Dietz, H., Probleme der Sozialprognose, NJW 1973, 1065-1069.
- Müller-Dietz, H., Grundfragen des strafrechtlichen Sanktionensystems. Heidelberg 1979.
- Müller-Dietz, H., Anmerkung zum Beschluss des OLG Hamm v. 22. 12.1992, JR 1993, 476 ff.
- Müller-Dietz, H., Rechtliche und gerichtliche Kontrolle von Strafvollstreckung und Strafvollzug in der Bundesrepublik Deutschland, In: Eser/Kaiser(Hrsg.), Strafrechtsreform, Strafverfahrensrecht, Wirtschafts- und Umweltstrafrecht, Strafvollstreckungsrecht, Baden-Baden 1995, 273 ff.
- Northoff, R., Strafvollstreckungskammer. Anspruch und Wirklichkeit, Bad Godesberg 1985.

- Peters, K., Die Aufgabe des Gerichts bei der Anwendung der Strafen, ZStW 81(1969), 64-83.
- Peters, K., Der Auftrag des Gesetzgebers an die Strafvollstreckungskammer, GA 1977, 97-110.
- Peter, K., Strafprozeß. Ein Lehrbuch, 4. Auflage, Heidelberg 1985.
- Pollähne, H., Prognostik, Strafrecht und Risiko, In: Rode/Kammeier/Leipert(Hrsg.), Prognosen im Strafverfahren und bei der Vollstreckung, Münster 2004, 11-82.
- Roxin, C./Schünemann, B., Strafverfahrensrecht. Ein Studienbuch, 26. Auflage, München 2009.
- Röttle. R./Wagner, A., Strafvollstreckung, Handbuch der Rechtspraxis, 8. Auflage, München 2009.
- Schäfer, K., Löwe-Rosenberg Großkommentar. Die Strafprozeßordnung und die Gerichtsverfassungsgesetz. Fünfter Band(GVG, EGGVG, Anhang)(LR-StPO/GVG), 23. Auflage, Berlin 1979.
- Schmidt, Eb., Strafvollzug und Gerechtigkeit im Strafrecht, In: Busch, M./Edel, G.(Hrsg.), Erziehung zur Freiheit durch Freiheitsentzug, Neuwied 1969, 111-120.
- Schmidt, W., Die Strafvollstreckungskammern in der Praxis, NJW 1975, 1485-1491.
- Schöch, H., Kriminalprognose, In: Schneider, H. J.(Hrsg.), Internationales Handbuch der Kriminologie. Bd. 1, 2007, 359-393.
- Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch(*Schönke/Schröder-StGB*), 28. Auflage, München 2010.
- Schüler-Springorum, H., Strafvollzug im Übergang, Göttingen 1969.
- Schüler-Springorum, H., Rechtsbehelfe gegen Vollzugsmaßnahmen, In: Bundesministerium der Justiz(Hrsg.), Tagungsberichte der

- Strafvollzugskommission, Band 10, 1970, 136-153.
- Schwenn, J., Pflichtverteidigung im Vollstreckungsverfahren?, StV 1981, 203-206.
- Sonnen, B.-R., Die Bedeutung sozialtherapeutischer Maßnahmen für die Sozialprognose, KG NJW, 1420 und KG NJW 1972, 2228, JuS 1976, 364-368.
- Steierer, F., Das vollzugsnahe Vollstreckungsgericht, In: Bundesministerium der Justiz(Hrsg.): Tagungsberichte der Strafvollzugskommission, Band 10, 1970, 122-135.
- Stein, W., Das Vollstreckungsgericht nach zukünftigem Recht, BewHi 1968, 55-61.
- Stromberg, E., Die Strafvollstreckungskammern der Landgerichte, MDR 1979, 353-358.
- Surber, R. A., Das Recht der Strafvollstreckung, Zürich 1998.
- Tenckhoff, J., Die Kriminalprognose bei Strafaussetzung und Entlassung zur Bewährung, DRiZ 1982, 95-101.
- Thomann, R., Das Vollstreckungsgericht, MschrKrim 1969, 137-154.
- Thomann, R., Das Strafvollstreckungsgericht, BewHi 1969, 175-202.
- Thomann, R., Das Strafvollstreckungsgericht, In: Bundesministerium der Justiz(Hrsg.), Tagungsberichte der Strafvollzugskommission, Band 10, 1970, 67-121.
- Thomann, R., Zum Vollstreckungs- und Vollzugsgericht, DRiZ 1973, 390-392.
- Thomann, R., Das Vollstreckungs- und Vollzugsgericht, Stuttgart 1973.
- Treptow, W., Das Verfahren der Strafvollstreckungskammern, NJW 1975, 1105-1108.
- Treptow, W., Die Strafvollstreckungskammern in der Praxis - Eine Er-

- widerung, NJW 1976, 222-223.
- Treptow, W., Aus der Arbeit der Strafvollstreckungskammern, In: Kurskorrekturen im Recht, Vorträge und Referate des deutschen Richtertages 1979, 319-327.
- Tröndle, H., Die Aufgabe des Gerichts bei der Anwendung der Strafen – unter besonderer Berücksichtigung des ‘Vollstreckungsgerichts’ des Strafgesetzentwurfs 1962, ZStW 81(1969), 84-113.
- Ullenbruch, Th., Vollzugsbehörde contra Strafvollstreckungskammer – Zur Problematik justizinterner Rechtsbeschwerden, NStZ 1993, 517-522.
- Valentin, R., Obergerichtliche Rechtsprechung zu Zuständigkeitsfragen bei §462a StPO, NStZ 1981, 128-131.
- Volckart, B./Pollähne, H./Woynar, I., Verteidigung in Vollstreckung und Vollzug, 4. Auflage, Heidelberg 2008.
- Wegener, M., Das Verfahren vor der Strafvollstreckungskammer nach der Strafprozeßordnung unter besonderer Berücksichtigung der Anhörung der Verfahrensbeteiligten, Berlin 1979.
- Wegener, M., Die mündliche Anhörung des Verurteilten vor der Strafvollstreckungskammer, MDR 1981, 617-621.
- Wager, A., Strafvollstreckung, Lehrbuch für Studium und Praxis, 2. Auflage, München 2009.
- Weis, K., Zeit als Maß für Reife und Strafe, In: Weis, K.(Hrsg.), Was treibt die Zeit?, München 1998.
- Wolf, Th./Jabel, H. P., Strafvollstreckungsordnung und Grundrechtschutz, NStZ 1994, 63-66.
- Würtenberger, Th., Kriminalpolitik im sozialen Rechtsstaat, Stuttgart 1970.

프랑스문헌

- Céré, Jean-Paul, La défense du détenu, RPDP n° spéc. 2010, 211-219.
- Clément, Gérard, Les bureaux de l'exécution des peines, RSC 2009, 139 ff.
- Desportes, Frédéric, Le Gunehec, Francis, Droit pénal général, 16ème édition, 2009.
- Duflo, Jérôme/Martin, Eric(Hrsg.), Traité pratique de l'application des peines, Paris 2010.
- Duroché, Jean-Philippe, Pédrón, Pierre, Droit pénitentiaire, Paris 2011.
- Faucher, Pascal, Libération conditionnelle, Une mesure sous tentions, RPDP n° spéc. 2007, 127-134.
- Février, François, Jurisprudence administrative et discipline pénitentiaire - le sillage et le sillon, RDPD n° spéc. 2007, 13-22.
- Garreau, Philippe, Le SPIP et les différentes procédures d'aménagement de peines: Entre commande-quantité et recherche-qualité, RPDP n° spéc. 2007, 139 ff.
- Gassin, Raymond, L'influence du mouvement de la défense sociale nouvelle sur le droit pénal français, in: Aspects nouveaux de la pensée juridique, Recueil d'études en hommage à Marc Ancel, Band 2, Paris 1975, 3-17.
- Giacopelli, Muriel, Les réductions des peines, RPDP n° spéc. 2007, 153 ff.
- Guglielmi, Gilles J., Le juge de l'application des peines est-il un chiroptère? RSC 1991, 622-635.
- Haensch, Günther/Tümmers, Hans J., Frankreich, München 1993.
- Herzog-Evans, Martine, Droit de l'application des peines; 2ème édition, 2005 .

- Herzog-Evans, Martine, Juridictionnalisation de l'application des peines: le bilan RPDP n° spéc. 2007, 175-182.
- INHESJ - ONDRP, La criminalité en France - rapport de l'Observatoire National de la Délinquance et des réponses pénales 2010.
- Inspection Général des Services Judiciaires, Rapport Évaluation du nombre de peines d'emprisonnement ferme en attente d'exécution, Paris, März 2009.
- Laflaquière, Philippe, Le recours devant le tribunal d'application des peines, RPDP n° spéc. 2007, 149-152.
- Ministère de la Justice, Les condamnations en 2008, Paris 2009.
- Patin, Maurice, Du sursis et des circonstances atténuantes, RSC 1947, 341-347.
- Rey-Bethbeder, Eric, Le juge administratif et le monde carcéral: De l'ignorance volontaire à l'effectivité du droit de recours, RPDP n° spéc. 2007, 55 - 59.
- Sainati, Gilles, Trois rapports d'inspection, mais une seule responsabilité politique, in: J'essaime ... pour une autre justice, n° 17/2011, 14-19.
- Staechele, François, Le juge de l'application des peines - magistrat du siège ou administrateur judiciaire? RSC 1991, 385-392.
- Tournier, Pierre Victor, Arpenter le champ pénal, Ausgabe n° 204 vom 29.11.2010, Internetzeitung, [http://Arpenter-champ-penal.blogspot.com/\(2010a\)](http://Arpenter-champ-penal.blogspot.com/(2010a)).
- Tournier, Pierre Victor, Le placement sous surveillance électronique - est-ce que ça marche, in: Rapport de l'Observatoire National de la Délinquance et des réponses pénales 2010, (Hrsg.) INHESJ/ ONDRP, Paris 2010(2010b).

이탈리아문헌

- Chiavario, Mario, Diritto processuale penale. Profilo istituzionale. 3. Aufl. Turin 2007.
- Della Casa, Franco, La magistratura di sorveglianza. 2. Aufl. Turin 1994.
- Di Gennaro, Giuseppe/Bonomo, Massimo/Breda, Renato, Ordinamento penitenziario e misure alternative alla detenzione. 4. Aufl. Mailand 1987.
- Di Ronza, Paolo, Manuale di diritto dell'esecuzione penale. 5. Aufl. Padua 2003.
- Filippi, Leonardo/Spangher, Giorgio, Diritto penitenziario, Mailand 2000.
- Gaito, Alfredo/Ranaldi, Gianrico, Voce 'Esecuzione penale'. Enciclopedia del diritto, agg. IV. Mailand 2000, 545-567.
- Gaito, Alfredo/Ranaldi, Gianrico, Esecuzione penale. 2. Aufl. Mailand 2005.
- Giarda, Angelo/Spangher, Giorgio, Codice di procedura penale commentato. 3. Aufl. Mailand 2010.
- Grevi, Vittorio/Giostra, Glauco/Della Casa, Franco, Ordinamento penitenziario. 3. Aufl. Padua 2006.
- Pavarini, Massimo, Codice commentato del esecuzione penale Vol.I, Turin 2002.
- Perchinunno, Vincenzo, L'esecuzione penale. In: Manuale di procedura penale. 8. Aufl. Bologna 2008.
- Presutti, Adonella, Voce "Esecuzione penale". Enciclopedia giuridica Treccani, vol. XIII. Rom 1996, 1-14.
- Santoro, Arturo, L'esecuzione penale. 2. Aufl. Turin 1953.
- Siracusano, Delfino/Tranchina, Goivanni/Zappalà, Enzo, Elementi di

diritto processuale penale. 3. Aufl. Mailand 2007.

Tonini, Paolo, Manuale di procedura penale. 10. Aufl. Mailand 2009.

Gerichtliche Kontrolle bei Vollstreckung und Vollzug von Strafen und Maßnahmen

Hark-Mo Daniel Park*

Dr. Susanne Müller**

Dr. Konstanze Jarvers***

Vorbemerkung****

Die vorliegende Arbeit befasst sich mit der Strafvollstreckung und deren gerichtlicher Kontrolle. Diese Thematik führt in Korea sowohl in der Strafrechtspflege als auch in der Lehre ein weitgehendes Schattendasein und hat demzufolge bislang wissenschaftlich kaum Beachtung gefunden. Die koreanische Strafprozessordnung(kStPO) begnügt sich mit einer knappen Darstellung, und zwar beschränkt auf die Vollstreckung der ‘Strafen’ im engeren Sinne. Obwohl sich der koreanische Strafgesetzgeber seit 1980 für ein zweispuriges Sanktionensystem entschieden hat, beinhaltet das koreanische

* Fachreferent, KIC

** Vorsitzende Richterin, Landgericht Freiburg

*** Leiterin des Referats Italien, Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht

**** An dieser Stelle danke ich Frau PD. Dr. Rita Haverkamp(Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht) für ihre tatkräftige Unterstützung ganz herzlich. Ohne ihre engagierte Vermittlung wäre die gemeinsame Arbeit mit den beiden hervorragenden Spezialisten(Dr. Müller/Dr. Jarvers) von vornherein unvorstellbar gewesen. Darüber hinaus hat sie die Forschung vielseitig mit Rat und Tat unterstützt.

Strafgesetzbuch(kStGB) keine Maßregeln. Diese werden vielmehr in einzelnen Maßregelgesetzen geregelt, also in Sonderstrafgesetzen. So ist auch die Vollstreckung der Maßregeln Regelungsmaterie der jeweiligen Sonderstrafgesetze. Diese Situation führt zur Unübersichtlichkeit des geltenden Sanktionensystems, die einerseits eine konsequente Verwirklichung der Sanktionen nahezu unmöglich macht und andererseits auch zur Vernachlässigung der Individualisierung der Sanktionen bei Vollstreckung und Vollzug führt. In der jetzigen Lage stellt sich daher die ernsthafte Frage, ob sich die koreanische Justiz überhaupt für die Vollstreckung und den Vollzug der Sanktionen zuständig fühlt.

In der vorliegenden Arbeit wird einleitend den Begriff "Strafvollstreckung (sverfahren)" erklärt und dessen Stellenwert begründet, wobei es für den Verfasser besonders darauf ankommt, mit dem Begriff "Strafvollstreckung" Strafen und Maßnahmen bzw. Maßregeln, also alle strafrechtliche Sanktionen mit einzubeziehen. Im Großen und Ganzen erfasst die Arbeit die gerichtliche Kontrolle des Strafvollstreckungsverfahrens aus normativen Postulaten des modernen sozialen Rechtsstaats. Nach einer kritischen Beleuchtung des geltenden Systems der gerichtlichen Kontrolle in der koreanischen Strafvollstreckung geht die Arbeit darauf ein, die Regelung und Praxis der Strafvollstreckung in Deutschland, Frankreich sowie Italien zur Rechtsvergleichung vorzustellen. Insbesondere behandeln die Länderberichte Frankreich und Italien eingehend das Strafvollstreckungsverfahren von der historischen Betrachtung über die geltende Regelung bis zu aktuellen Trends. So sind im Folgenden hauptsächlich die wichtigen Inhalte der beiden Länderberichte zusammengefasst.

Gerichtliche Kontrolle bei Vollstreckung und Vollzug von Strafen und Maßnahmen in Frankreich

Die gerichtliche Überwachung der Strafvollstreckung durch einen unabhängigen Richter wurde in Frankreich in der Mitte des 20. Jahrhunderts eingeführt. Von Anfang an war der französische Strafvollstreckungsrichter sowohl für die

Überwachung der Vollstreckung von Freiheitsstrafen als auch solcher Sanktionen zuständig, die nicht mit Freiheitsentzug, aber mit einer Überwachung oder Begleitung des Verurteilten verbunden waren. Die Entscheidungen des Strafvollstreckungsrichters wurden dabei aber bis zu den grundlegenden Reformen im Jahr 2000 und 2004 nicht als Rechtsprechungsakte, sondern als Maßnahmen richterlicher Verwaltung angesehen. Entsprechend gering waren die rechtsstaatlichen Anforderungen: Weder wurde der betroffene Verurteilte systematisch selbst vom Gericht angehört noch konnte er gegen ihn belastende Entscheidungen des Strafvollstreckungsrichters ein Rechtsmittel einlegen. Seit den im Jahr 2000 begonnenen Reformen sind die Entscheidungen der Strafvollstreckungsgerichte nunmehr weitgehend verrechtlicht und folgen im Wesentlichen den Anforderungen, die nach französischer Vorstellung für ein rechtsstaatliches, an der inhaltlichen Richtigkeit der Entscheidung orientiertes gerichtliches Verfahren erforderlich sind.

Es besteht ein dreigliedriger Instanzenzug: Die erste Instanz wird gebildet aus dem Strafvollstreckungsrichter und dem Strafvollstreckungsgericht. Als zweite Instanz wird bei jedem Oberlandesgericht eine Strafvollstreckungskammer als Berufungskammer eingerichtet. Gegen deren Entscheidungen ist die Revision zum Revisionsgericht möglich. Die Strafvollstreckungsgerichte ermitteln die Grundlagen ihrer Entscheidungen von Amts wegen und können hierzu die Amtshilfe von Polizei und Verwaltung in Anspruch nehmen. Den erstinstanzlichen Strafvollstreckungsgerichten stehen im Wesentlichen zwei Verfahrensarten zur Verfügung, die in jüngerer Zeit durch vereinfachte Verfahrensweisen ergänzt wurden:

- Die meisten Entscheidungen bei der Vollstreckung sowohl von Freiheitsstrafen als auch von ambulanten Sanktionen müssen im kontradiktorischen Verfahren aufgrund einer nicht öffentlichen, mündlichen Verhandlung gefällt werden, in der der Verurteilte, gegebenenfalls sein Rechtsanwalt und ein Vertreter der Staatsanwaltschaft anwesend sind und gehört werden. Die Entscheidung im kontradiktorischen Verfahren ergeht durch schriftliches, begründetes Urteil.

- Manche weniger einschneidenden, standardisierten oder in der Regel eilbedürftigen Entscheidungen im Bereich der Vollstreckung von Freiheitsstrafen trifft der Strafvollstreckungsrichter ohne mündliche Verhandlung und ohne notwendige persönliche Anhörung des Verurteilten durch Beschluss (z. B. die bloße Abänderung der Modalität einer Vollzugslockerung, die im kontradiktorischen Verfahren bewilligt worden war, oder Entscheidungen über Strafzeitverkürzungen, auf die der Gefangene grundsätzlich einen Anspruch hat). In diesen Fällen muss zuvor die vollzugsinterne Strafvollstreckungskommission angehört werden, deren Vorsitzender der Strafvollstreckungsrichter kraft Gesetzes ist.
- Ein vereinfachtes Verfahren verlagert die Anordnung von Vollzugsanpassungen unbedingter Freiheitsstrafen weitgehend in die Verantwortung von Staatsanwaltschaft und Vollzugsverwaltung: Unter bestimmten Voraussetzungen bereitet die Vollzugsverwaltung im Hinblick auf den herannahenden Entlasszeitpunkt eine konkrete Lockerungsmaßnahme mit schriftlicher Zustimmung des Gefangenen vor, die dem besseren Übergang in die Freiheit dienen soll. Auf Antrag der Staatsanwaltschaft bestätigt der Strafvollstreckungsrichter die beabsichtigte Maßnahme nach Sichtung der dem Antrag beigefügten Unterlagen durch bloße Unterschrift ohne weitere Anhörungen. Bearbeitet der Strafvollstreckungsrichter den Antrag nicht innerhalb von drei Monaten, kann die Staatsanwaltschaft selbst die vorbereiteten Lockerungsmaßnahme anordnen. Von dieser vereinfachten Verfahrensweise sind Strafen für schwere Straftaten (Strafen über fünf Jahre) ausgenommen, außerdem darf der noch zu verbüßende Strafreist nicht mehr als zwei Jahre betragen.

In allen Verfahrensarten können Verurteilte sich von Rechtsanwälten beistehen lassen, die bei Mittellosigkeit vom Staat bezahlt werden.

Nach französischer Vorstellung soll nicht nur die Verhängung einer Strafe, sondern auch ihre Vollstreckung der Wiedereingliederung und Rückfallverhütung dienen (Art. 707 CPP). Zu diesem Zweck können im französischen Recht die verhängten Strafen im Laufe der Strafvollstreckung weitgehend verändert werden. Insbesondere bei der Vollstreckung von Freiheitsstrafen hat

sich inzwischen eine große Bandbreite von Möglichkeiten entwickelt, die eine Verkürzung der Verweildauer im Gefängnis mit sich bringen sowie die allmähliche Rückkehr eines Gefangenen in die Freiheit und dort seine richterliche Überwachung erlauben sollen. Hiermit soll zugleich das seit Jahren drängende Problem der Überbelegung französischer Gefängnisse verringert werden. Allerdings wurden in den letzten Jahren immer neue Strafschärfungen eingeführt, die zu einer Zunahme der Verhängung unbedingter Freiheitsstrafen und zu einem Anstieg der durchschnittlichen Strafhöhen führen. Das drängende Problem der Überbelegung französischer Haftanstalten besteht daher fort. Seit einigen Jahren setzt das französische Strafvollstreckungsrecht nun primär auf das Mittel des elektronisch überwachten Hausarrests als Vollzugsvariante unbedingter Freiheitsstrafen, um hierdurch eine kostengünstige Entlastung der Vollzugsanstalten und gleichzeitig eine Überwachung der Verurteilten zu erzielen.

Die Entscheidung über die Art der Flexibilisierung der Vollstreckung insbesondere von Freiheitsstrafen im Einzelfall obliegt jeweils den Strafvollstreckungsgerichten. Sie sind dabei grundsätzlich für sämtliche Vollzugslockerungen auch vor der Entlassung eines Gefangenen zuständig und beeinflussen somit die Vollzugsplanung maßgeblich mit. Dabei sind in Fällen der kleinen und mittleren Kriminalität Strafvollstreckungsrichter als Einzelrichter zuständig; die Strafvollstreckungsgerichte als Kollegialgericht mit drei Berufsrichtern entscheiden bei besonders langen Strafen und besonders schweren Straftaten.

Lockerungen und vorzeitige Entlassungen von Strafgefangenen sind politisch wenig populär, insbesondere wenn ein vorzeitig Entlassener erneut eine Straftat begeht. Um einer vermeintlich zu großzügigen Handhabung durch die Berufsrichter entgegenzuwirken, wurde daher 2011 die – zunächst versuchsweise auf einige Gerichtsbezirke beschränkte – Beteiligung von Bürgern als Beisitzern in den kollegialen Strafvollstreckungsgerichten in den Fällen beschlossen, in denen es um Lockerungen oder vorzeitige Entlassungen von wegen schwerster Straftaten verurteilten Gefangenen geht. Im Interesse einer Reduzierung der Gefangenenzahlen wurde andererseits erst kurz zuvor der

Anwendungsbereich für das o. g. vereinfachte Verfahren erheblich erweitert.

Trotz dieser und anderer Widersprüchlichkeiten und einer permanenten sachlichen und personellen Unterausstattung der Strafvollstreckungsgerichte und des Justizsozialdienstes stellt das französische Strafvollstreckungsrecht nach den Reformen der Jahre 2000 und 2004 ein gutes Modell für die in richterlicher Unabhängigkeit mögliche Anpassung der Strafvollstreckung an die Resozialisierungsbedürfnisse des Verurteilten dar.

Gerichtliche Kontrolle bei Vollstreckung und Vollzug von Strafen und Maßnahmen in Italien

Die Vollstreckung der Strafe als letzte Phase des Strafverfahrens muss nach heutiger italienischer Auffassung - ebenso wie ihre Verhängung - der gerichtlichen Kontrolle unterliegen. Zu diesem Prinzip der gerichtlichen Kontrolle (*principio della giurisdizionalizzazione*) gehört nicht nur die gerichtliche Überprüfbarkeit von allen Verfügungen, die Strafen oder Sicherungsmaßnahmen betreffen, sondern auch, dass dem Verurteilten diesbezüglich das Recht auf Verteidigung und eine streitige Verhandlung zusteht. Das Prinzip des rechtlichen Gehörs bzw. des kontradiktorischen Verfahrens (*principio del contraddittorio*) hat in Italien Verfassungsrang. Bei der Vollstreckung der Strafe unterscheidet das italienische Recht zwischen dem Strafvollstreckungsrecht im engeren Sinne und dem Strafvollzugsrecht. Ersteres betrifft alle Fragen, die mit dem Vollstreckungstitel, also der rechtskräftigen richterlichen Entscheidung in Zusammenhang stehen. Demgegenüber regelt das Strafvollzugsrecht das Leben in der Vollzugsanstalt, also unter anderem Fragen der Disziplin oder von Vergünstigungen.

Der Strafvollstreckung widmet die italienische Strafprozessordnung von 1989 einen eigenen Titel. Dabei hat die Staatsanwaltschaft eine tragende Rolle. Sie bringt die Vollstreckung in Gang und erlässt hierzu den Vollstreckungsbefehl. Bei Freiheitsstrafen bis zu drei Jahren setzt sie die Vollstreckung in der Regel (vorläufig) aus, damit der Verurteilte, wenn er einen Antrag auf alternative Maßnahmen zur Haft (z.B. Hausarrest) stellt, nicht die Zeit in Haft verbringen

muss, bis über diesen Antrag entschieden ist. Dass die Staatsanwaltschaft diese und andere weitreichenden Kompetenzen hat, stößt in der Literatur teilweise auf Kritik. Das Vollstreckungsgericht (*giudice dell'esecuzione*) ist zuständig für die gerichtliche Kontrolle im Vollstreckungsverfahren und soll den Schutz der Grundrechte, die unvermeidlich im Rahmen der Strafvollstreckung betroffen werden, gewährleisten. Es entscheidet über alle Fragen, die mit dem Vollstreckungstitel in Zusammenhang stehen, wie seine Existenz, seine Wirksamkeit oder nachträglich eintretende Gründe für seine Aufhebung. Ferner kontrolliert es die Maßnahmen der Staatsanwaltschaft und entscheidet über die Anträge des Verurteilten. Grundsätzlich ist derselbe Richter, der eine Verfügung erlassen hat, auch für seine Vollstreckung zuständig. Dies wird damit begründet, dass er am Besten seine eigene Entscheidung interpretieren kann. Von anderer Seite wird diese Regelung hingegen kritisiert. Obwohl das Vollstreckungsgericht nur in den engen Grenzen des Urteilstenors entscheide, sei der Richter der die Maßnahme erlassen habe, der Überzeugung, dass das Vollstreckungsverfahren allein die möglichst getreue Ausführung der rechtskräftigen Entscheidung zum Ziel habe. Hier ergibt sich tatsächlich ein Problem, was die Unvoreingenommenheit des Gerichts, den Grundsatz der Trennung von Rollen und Aufgaben sowie allgemein das Prinzip des *contraddittorio* betrifft. Das Vollstreckungsverfahren wird - von wenigen Ausnahmen abgesehen - auf Antrag einer Partei eingeleitet. Soweit gesetzlich nichts anderes bestimmt ist, findet ein förmliches Verfahren statt, das aufgrund einer nichtöffentlichen Verhandlung mit einem durch Revision anfechtbaren Beschluss endet. Dem Vollstreckungsgericht können alle bestreitbaren Fragen zur Entscheidung vorgelegt werden, die die Existenz, die Gültigkeit des Vollstreckungstitels oder Tatsachen, die seinen Tatbestand oder Inhalt verändern, betreffen. Das Vollstreckungsgericht darf eine rechtskräftige Entscheidung aber nicht ändern. Es kann sie lediglich interpretieren, um ihren Inhalt und ihre Reichweite zu verdeutlichen. Die Entscheidungen der Staatsanwaltschaft bei der Strafvollstreckung können nicht mit Rechtsmitteln angegriffen werden. Sie werden vielmehr im Vollstreckungsverfahren gerichtlich überprüft. Einige Aufgaben des Vollstreckungsgerichts sind in

verschiedenen Vorschriften konkretisiert und ausdrücklich im Detail geregelt. Vielfach geht es dabei auch darum, bestimmte Fehler des Urteils - obwohl es bereits rechtskräftig ist - zumindest vollstreckungsrechtlich noch etwas zu korrigieren, so z.B. wenn unter Verstoß gegen den Grundsatz des *ne bis in idem* mehrere rechtskräftige Verurteilungen gegen dieselbe Person in derselben Sache ergangen sind, wenn die zu vollstreckende Verfügung (rechtlich) nicht vorliegt oder nicht vollstreckbar ist, wenn eine Idealkonkurrenz oder ein Fortsetzungszusammenhang im Erkenntnisverfahren nicht berücksichtigt worden ist, oder auch wenn ein Straftatbestand nach der rechtskräftigen Verurteilung aufgehoben oder für verfassungswidrig erklärt wurde. Für andere Fälle (z.B. bei Zweifeln über die Identität der inhaftierten Person oder bei der Anwendung von Amnestie und Straferlass) bestimmt das Gesetz hingegen ein formloses Verfahren. Dann entscheidet das Vollstreckungsgericht durch Beschluss, dem die Staatsanwaltschaft, der Betroffene und sein Verteidiger widersprechen können. Im Falle eines Widerspruchs wird die Sache im förmlichen Verfahren behandelt.

Um den verfassungsrechtlich geschützten Strafzweck der Umerziehung zu gewährleisten, muss auch der Strafvollzug selbst kontrolliert werden, um zum einen zu überprüfen, ob die Strafe zur Persönlichkeit des Verurteilten passt und zum anderen, um ggf. andere Sanktionsmöglichkeiten anzuwenden, die eine Wiedereingliederung in die Gesellschaft ermöglichen. Hierfür gibt es in Italien eine eigene Gerichtsbarkeit, die Überwachungsgerichtsbarkeit (*magistratura di sorveglianza*), die zum einen über Fragen entscheidet, wie zweckmäßig und effektiv die Strafe für die Resozialisierung ist und zum anderen solche, bei denen die Feststellung der Gefährlichkeit der Person entscheidend ist. Die Richter in der Überwachungsgerichtsbarkeit sind unabhängige und spezialisierte Rechtsprechungsorgane. Es handelt sich um ordentliche Richter mit ausschließlicher Zuständigkeit für den Strafvollzug. Deshalb können diesen Richtern nicht gleichzeitig auch noch andere Aufgaben zugewiesen werden. Zur Überwachungsgerichtsbarkeit gehören zum einen der Überwachungsrichter und zum anderen die Überwachungskammern, die mit zwei Berufsrichtern und zwei sachverständigen Laienrichtern entscheiden. Das Überwachungsverfahren

ähnelt im Wesentlichen dem Vollstreckungsverfahren, mit der wichtigen Ausnahme, dass es auch von Amts wegen eingeleitet werden kann. Zu den vielfältigen Aufgaben des Überwachungsrichters gehören vor allem die Überwachung der Organisation der Strafanstalten und die Vollstreckung von Untersuchungshaft und Sicherungsmaßnahmen. Die Überwachungskammer entscheidet im Wesentlichen über alternative Maßnahmen zur Haft und als zweite Instanz über die Entscheidungen des Überwachungsrichters. Besondere Überwachungsgerichte gibt es für Jugendliche und im Rahmen der Militärgerichtsbarkeit.

Das italienische Vollstreckungssystem erweist sich insgesamt als ausgewogen und genügt im Wesentlichen rechtsstaatlichen Grundsätzen. Zu kritisieren sind jedoch verbleibende Ungleichgewichte zwischen Staatsanwaltschaft und Verteidigung und Probleme in Bezug auf die Unparteilichkeit des Vollstreckungsgerichts, sowie weitere Detailregelungen. Gesetzestechisch ist zu bemerken, dass die die Strafvollstreckung betreffenden Vorschriften oft kompliziert, detailreich und unübersichtlich gefasst und über verschiedene Gesetze verstreut sind. Das grundsätzliche Problem, nämlich die Überfüllung der italienischen Haftanstalten liegt aber auch nicht im Vollstreckungsrecht begründet. Grund ist vielmehr die immer rigidere Kriminalpolitik der letzten Jahrzehnte, die sich in hohem Maße auch gegen Ausländer richtete. Daher helfen auch Amnestien/Straferlasse und sonstige nur vorübergehend wirksame Maßnahmen nicht, sondern erforderlich wären umfangreiche Entkriminalisierungsmaßnahmen sowie eine Abmilderung der strengen Rückfallregelungen, die viele Täter eher kleinerer Delikte in die Gefängnisse bringen.

Schlussbemerkung

Die Arbeit gelangt zu dem Schluss, dass die Feststellung und Empfehlung des 10. internationalen Strafrechtskongresses in Rom(1969) heute auch und gerade für das koreanische Recht gilt: Das koreanische Strafvollstreckungsverfahren sollte also einerseits dem Bedürfnis nach Individualisierung bei der Sanktionenverwirklichung im Lichte moderner kriminologischer Erkenntnisse

gerecht werden und andererseits dem Postulat der rechtsstaatlichen Kontrolle der Sanktionenvollstreckung durch das Gericht entsprechen.

Die Postulate des sozialen Rechtsstaats für Vollstreckung und Vollzug von Strafen und Maßregeln führen folgerichtig dazu, dass das Institut “Strafvollstreckungsrichter bzw. -gericht” am besten für diese Aufgabe geeignet ist. Das italienische bzw. französische System mit dem Strafvollstreckungs- bzw. Überwachungsrichter erweist sich im Wesentlichen als bewährt. Das Prinzip bzw. die Idee der “Zuständigkeitskonzentration” bzw. einer “vollzugsnahen” Vollstreckungskammer gilt ebenfalls als vorbildlich und sollte bei einer Reform jedenfalls zur Kenntnis genommen werden; doch Vorzug gebührt dem Modell eines selbständigen Strafvollstreckungsgerichts, das sich ausschließlich mit der Vollstreckung bzw. dem Vollzug beschäftigen sollte.

- Länderbericht Frankreich -

Die gerichtliche Kontrolle bei Vollstreckung und Vollzug von Strafen und Maßnahmen in Frankreich

Dr. Susanne Müller

Gliederung

- I. Einführung der gerichtlichen Kontrolle der Strafvollstreckung - Historischer Überblick
- II. Organisation und Verfahren der Strafvollstreckungsgerichte
 1. Die verschiedenen Strafvollstreckungsgerichte
 2. Verfahrensarten in der ersten Instanz
 - 2.1. Das kontradiktorische Verfahren mit mündlicher Verhandlung:
 - 2.2. Entscheidungen ohne kontradiktorische mündliche Verhandlung
 - 2.3. Vereinfachtes Verfahren
 3. Rechtsmittel
 4. Gemeinsame Verfahrensvorschriften für die erste und zweite Instanz
 5. Praktische Umsetzung
 6. Besonderheiten bei jugendlichen Verurteilten
- III. Grundzüge des französischen Sanktionenrechts gegenüber natürlichen Personen

1. Verbrechen
2. Vergehen
3. Zusatzstrafen,
4. Die Sanktionierung der Nichterfüllung von Alternativ- oder Zusatzstrafen
5. Überbelegung der Haftanstalten

IV. Die sachliche Zuständigkeit der Strafvollstreckungsgerichte

1. Die Vollstreckung von Freiheitsstrafen ohne Bewährung
 - 1.1. Die Verkürzung der verhängten Freiheitsstrafe
 - a) Automatische Strafzeitverkürzung
 - b) Zusätzliche Strafzeitverkürzung
 - c) Verfahren
 - d) Bedingte Strafzeitverkürzung
 - 1.2. Die bedingte Entlassung
 - a) Geschichte
 - b) Voraussetzungen
 - c) Folgen
 - d) Verfahren
 - e) Praktische Bedeutung
 - 1.3. Die Vollstreckung unbedingter Freiheitsstrafen außerhalb der Justizvollzugsanstalt
 - a) Die Außenunterbringung
 - b) Die Halbfreiheit
 - c) Der elektronisch überwachte Hausarrest
 - d) Die Suspendierung und Aufteilung der Strafvollstreckung in Abschnitte
 - e) Ausgang
 - 1.4. Die Einschränkung der Modifizierung von unbedingten Freiheitsstrafen - “Sicherungszeit”
 - 1.5. Die Vollstreckung kürzerer unbedingter Freiheitsstrafen ohne Inhaftierung
 - 1.6. Exkurs: Entscheidungen bezüglich der Vollstreckung unbedingter Freiheitsstrafen, die nicht in der Kompetenz der Strafvollstreck-

ungsgerichte liegen

a) Art. 710 CPP

b) Rechtsschutz des Gefangenen gegen Entscheidungen der Vollzugsverwaltung

2. Die Vollstreckung von bedingten Freiheitsstrafen sowie von Alternativ- und Zusatzstrafen

3. Die Vollstreckung von Geldstrafen

V. Die allgemeinen Aufgaben des Strafvollstreckungsrichters

VI. Neueste Entwicklungen

VII. Beurteilung

I. Einführung der gerichtlichen Kontrolle der Strafvollstreckung - Historischer Überblick

Der *juge de l'application des peines*, der Strafvollstreckungsrichter, ist heute wesentlicher Bestandteil des französischen Strafrechtssystems. Dies war nicht immer so: Bis Ende der 50er Jahre des 20. Jahrhunderts oblag die Vollstreckung von Freiheitsstrafen und die Kontrolle des Strafvollzugs ausschließlich der Gefängnisverwaltung; nach dem Urteilsspruch war die Strafjustiz für das weitere Schicksal der Verurteilten während und nach der Strafvollstreckung nicht mehr zuständig.¹⁾ Seit dem Ende des Zweiten Weltkrieges hatte aber ein Umdenken begonnen. Die Zerstörungen des Krieges und die Umwälzungen, die in der französischen Gesellschaft mit der Befreiung von der deutschen Besatzung und vom Vichy-Regime einhergingen, führten dazu, dass überkommene Konzepte in Frage gestellt und Erneuerungen in vielen Bereichen für notwendig gehalten wurden.²⁾ Bezüglich

1) Guglielmi 1991, 622.

2) Haensch/Tümmers 1993, S. 66; vgl. Patin 1947, S. 343.

der Frage nach Sinn und Ausgestaltung von Freiheitsstrafen hatte bereits im Mai 1945 die so genannte *Commission Amor* einen 14-Punkte-Plan für die Reform des Strafvollzugs aufgestellt, darunter als ersten Punkt dessen Ausrichtung am Ziel der Besserung und Resozialisierung der Gefangenen sowie als neunten die richterliche Überwachung der Strafvollstreckung³⁾. In den folgenden Jahren wurden in Modellversuchen Richter von der Vollzugsverwaltung mit der Überwachung der Vollstreckung langer freiheitsentziehender Strafen beauftragt⁴⁾. Im 5. Buch des neuen *Code de procédure pénale* (CPP), der französischen Strafprozessordnung von 23.12.1958, wurde sodann neben der Strafvollstreckung und der Bewährungsaussetzung auch der gesamte Strafvollzug geregelt; hierbei wurden einige der Ideen der *Commission Amor* aufgegriffen. So erhielten insbesondere die bisherigen Modellversuche einer richterlichen Kontrolle der Strafvollstreckung eine gesetzliche Grundlage, indem die Zuständigkeit eines speziellen Strafvollstreckungsrichters für die Vollstreckung von Freiheitsstrafen vorgeschrieben wurde⁵⁾. Dessen primäre Aufgabe war es, die wesentlichen Modalitäten der Behandlung des Gefangenen im Vollzug zu bestimmen⁶⁾. Auch erhielt der Strafvollstreckungsrichter Zuständigkeiten im so genannten offenen Milieu. Diese betrafen zunächst die Bewährungsüberwachung und weiteten sich im Laufe der Jahre durch die Einführung zahlreicher Alternativstrafen⁷⁾ mehr und mehr aus.

Die rechtliche Natur der Entscheidungen des Strafvollstreckungsrichters war dabei unklar und umstritten. Zwar übernahm eine Gesetzesänderung im Jahr 1978 die von der Rechtsprechung entwickelte Formulierung, es handele sich bei diesen Entscheidungen um *mesures d'administration judiciaire*⁸⁾, also um Maßnahmen richterlicher Verwaltung, nicht aber um Rechtsprechung⁹⁾. Was

3) vgl. Gassin 1975, S. 7, 11.

4) Gassin 1975, S. 11.

5) Guglielmi 1991, S. 622.

6) Art. 722 CPP in der bis 2004 geltenden Fassung.

7) siehe unten III 2.

8) Art. 733-1 CPP in der von 1978 bis 2000 geltenden Fassung.

dies aber rechtsdogmatisch und praktisch bedeutete, war fraglich. Sie beruhten in aller Regel - Ausnahmen gab es nur bei manchen Entscheidungen im "offenen Milieu" - nicht auf einer mündlichen Verhandlung. Soweit der Strafvollstreckungsrichter im so genannten geschlossenen Milieu, *milieu fermé*, tätig wurde, also im Zusammenhang mit dem Vollzug von Freiheitsstrafen, entschied er als Vorsitzender der *commission de l'application des peines*, der Strafvollstreckungskommission¹⁰⁾, die der Gefängnisverwaltung zuzuordnen ist. Dem betroffenen Verurteilten war der Rechtsweg zu den ordentlichen Gerichten verschlossen, die Staatsanwaltschaft konnte demgegenüber beim Strafgericht Beschwerde gegen die Entscheidungen des Strafvollstreckungsrichters einlegen¹¹⁾. Bis Anfang der 90er Jahre des 20. Jahrhunderts war umstritten, ob und inwieweit der Verurteilte gegen die Entscheidungen des Strafvollstreckungsrichters Rechtsschutz bei den Verwaltungsgerichten beantragen konnte¹²⁾.

Die Nachteile dieser Rechtslage wurden gegen Ende des 20. Jahrhunderts mehr und mehr kritisiert: Die Einordnung der Entscheidungen des Strafvollstreckungsrichters als Maßnahmen richterlicher Verwaltung wurde rechtsdogmatisch als unhaltbar angesehen¹³⁾. Wegen der beschränkten Zulässigkeit von Rechtsmitteln und der Tatsache, dass der Rechtsweg bei Beschwerden der Staatsanwaltschaft in der Regel bei den erstinstanzlichen Strafgerichten endete, entwickelte sich keine gefestigte Rechtsprechung bezüglich der geltenden Rechtslage; statt dessen war die Ausgestaltung der

9) Die Entscheidungen mussten daher mit wenigen, gesetzlich vorgesehenen Ausnahmen auch nicht begründet werden; Desportes/Le Gunehec 2009, n° 1040-1; Guglielmi 1991, 627.

10) Vgl. Herzog-Evans, 2007, S. 177; Guglielmi 1991, 625; näher zur Strafvollstreckungskommission unten II 2.2.

11) Desportes/Le Gunehec 2009, n° 1040-1; Guglielmi, 1991, 629 f. Die Beschwerde der Staatsanwaltschaft hatte aufschiebende Wirkung, wenn es sich gegen Entscheidungen richtete, mit denen die vorzeitige Freilassung des Gefangenen angeordnet wurde, etwa durch die Bewilligung einer Strafaussetzung zur Bewährung, Vgl. Müller, 2003, S. 217; Guglielmi, 1991, 629 f.

12) Vgl. Guglielmi 1991, 625 f. mit Nachweisen aus der Rechtsprechung.

13) Staechle 1991, 389; Guglielmi 1991, passim.

Strafvollstreckung von örtlichen Praktiken geprägt¹⁴⁾. Insbesondere wurde angemahnt, dass die Wesensmerkmale richterlicher Entscheidungen, nämlich die mündliche, kontradiktorische Verhandlung in Anwesenheit des betroffenen Verurteilten sowie gegebenenfalls seines Anwalts und eines Vertreters der Staatsanwaltschaft, die Begründungspflicht und ein gerichtlicher Instanzenzug, die beste Gewähr für die inhaltliche Richtigkeit einer Entscheidung bieten¹⁵⁾.

Der Gesetzgeber hat dieser Kritik durch zwei grundlegende Reformgesetze in den Jahren 2000 und 2004 weitgehend Rechnung getragen und das Strafvollstreckungsrecht neu konzipiert. Weitere Reformen folgten. Insbesondere ein Gesetz aus dem Jahr 2007 und das *loi pénitentiaire*, das Gefängnisgesetz, vom 29.11.2009 brachten zahlreiche weitere Modifikationen.

Die folgende Darstellung beruht auf der im Juli 2011 geltenden Rechtslage¹⁶⁾.

II. Organisation und Verfahren der Strafvollstreckungsgerichte

1. Die verschiedenen Strafvollstreckungsgerichte

Seit 2004 ist im 2. Kapitel des 5. Buchs der französischen Strafprozessordnung eine umfassende Regelung über die "*juridictions de l'application des peines*", die Gerichtsbarkeiten der Strafvollstreckung, enthalten:

Gem. Art. 712-1 CPP wird die erste Instanz dieser Gerichtsbarkeit gebildet aus dem Strafvollstreckungsrichter (*juge de l'application des peines*, JAP) und dem Strafvollstreckungsgericht (*tribunal de l'application des peines*, TAP). Ihre Aufgabe ist es gem. Art. 712-1 Abs.1 CPP, entsprechend den gesetzlich vorgesehenen Bedingungen die wesentlichen Modalitäten der Vollstreckung von Freiheitsstrafen und von bestimmten die Freiheit beschränkenden Strafen festzulegen und die Bedingungen ihres Vollzugs zu bestimmen und zu

14) Herzog-Evans 2007, 176 f.

15) Herzog-Evans 2007, 176 m. w. N.

16) Vgl. zu weiteren Veränderungen durch das Gesetz vom 10.08.2011 über die Beteiligung der Bürger an der Strafrechtspflege und am Jugendstrafrecht unten VI.

kontrollieren.

Gem. Art. 712-2 Abs. 1 CPP werden nach Anhörung des Obersten Richterrats bei jedem *tribunal de grande instance* (TGI¹⁷⁾) Strafvollstreckungsrichter durch Dekret bestimmt und wieder abberufen – also wie alle anderen Richter der ordentlichen Gerichtsbarkeit auch. Die Funktion des Strafvollstreckungsrichters kann im selben Gerichtsbezirk grundsätzlich nicht länger als 10 Jahre hintereinander ausgeübt werden¹⁸⁾.

Die Strafvollstreckungsgerichte werden im Bezirk *jeder Cour d'appel*¹⁹⁾ jeweils für ein oder mehrere Landgerichte eingerichtet. Ihre örtliche Zuständigkeit wird durch Dekret bestimmt. Die Mitglieder der Strafvollstreckungsgerichte – ein Vorsitzender und zwei Beisitzer – werden vom Präsidenten des Oberlandesgerichts aus den Reihen der in seinem Bezirk tätigen Strafvollstreckungsrichter ernannt, Art. 712-3 CPP.

Bei jedem Oberlandesgericht wird als Berufungskammer außerdem eine *chambre de l'application des peines*, eine Strafvollstreckungskammer, eingerichtet, die aus einem Vorsitzenden und zwei Beisitzern sowie unter Umständen²⁰⁾ einem Vertreter jeweils einer Organisation für die Wiedereingliederung von Strafgefangenen und für Opferhilfe besteht, Art. 712-13 Abs. 2 CPP. Die drei Berufsrichter und die beiden Vertreter der gemeinnützigen Vereine werden vom Präsidenten des Oberlandesgerichts nach Anhörung der Richterversammlung beim Oberlandesgericht ernannt. Einer der Berufsrichter muss Beauftragter für Strafvollstreckungsfragen²¹⁾ in seinem Oberlandesgerichtsbezirk sein, Art. D. 49-8 CPP.

2. Verfahrensarten in der ersten Instanz

Art. 712-4 ff. CPP regeln das in der ersten Instanz der Strafvollstreck-

17) entspricht ungefähr dem deutschen Landgericht.

18) Art. 28-3 der Verordnung über das Richterstatut von 1958 in der Fassung des Gerichtsverfassungsgesetzes (Loi Organique) vom 25.06.2001; Vgl. Duflo u.a., 2010, Rn. 5.

19) entspricht ungefähr dem deutschen Oberlandesgericht.

20) siehe unten II. 3.

21) siehe hierzu unten V.

ungsgerichte anzuwendende Verfahren. Es sind im Wesentlichen drei Verfahrensarten zu unterscheiden:

2.1. Das kontradiktorische Verfahren mit mündlicher Verhandlung

Gem. Art. 712-6 Abs. 1 CPP hat der Strafvollstreckungsrichter in den dort genannten Fällen²²⁾ eine nicht öffentliche, mündliche, kontradiktorische Verhandlung durchzuführen, in der der Verurteilte, gegebenenfalls sein Rechtsanwalt und ein Vertreter der Staatsanwaltschaft anwesend sein und gehört werden müssen. Die Stellungnahme der Gefängnisverwaltung wird zuvor schriftlich eingeholt; ihr Vertreter kann aber auch - zusätzlich - mündlich angehört werden²³⁾. Gem. Art. 712-6 Abs. 2 CPP kann der JAP den Verurteilten begünstigende Entscheidungen, die eigentlich eine mündliche Verhandlung erfordern würden, mit Zustimmung der Staatsanwaltschaft und des Verurteilten auch ohne mündliche Verhandlung im schriftlichen Verfahren treffen. Vom *tribunal de l'application des peines*, dem Strafvollstreckungsgericht erster Instanz (TAP), ist immer das kontradiktorische Verfahren mit mündlicher Verhandlung durchzuführen, Art. 712-7 CPP²⁴⁾.

JAP und TAP entscheiden in dieser Verfahrensart durch schriftliches, begründetes Urteil, Art. 712-4 CPP²⁵⁾.

2.2. Entscheidungen ohne kontradiktorische mündliche Verhandlung

Manche weniger einschneidenden oder in der Regel eilbedürftigen Entscheidungen des JAP werden ohne mündliche Verhandlung und ohne notwendige persönliche Anhörung des Verurteilten durch Beschluss getroffen.

So sieht Art. 712-8 CPP vor, dass über die bloße Änderung einer bereits angeordneten Maßnahme im schriftlichen Verfahren durch mit Gründen zu versehenden Beschluss entschieden wird. Zuvor muss der JAP die

22) und in anderen, an verschiedenen Stellen im Gesetz genannten Fällen.

23) Duflo u.a., 2010, Rn. 711.

24) Duflo u.a., 2010, Rn. 755.

25) Duflo u.a., 2010, Rn. 671, 759.

Stellungnahmen der Staatsanwaltschaft und des Verurteilten schriftlich einholen, wobei hinsichtlich des Verurteilten ein Anhörungsprotokoll des Sozialdienstes des Gefängnisses ausreicht²⁶⁾. Auf Antrag (nur) der Staatsanwaltschaft muss der Strafvollstreckungsrichter auch in diesen Fällen in das aufwändigere mündliche Verfahren gem. Art. 712-6 CPP übergehen, Art. 712-8 Abs. 1, letzter Halbsatz CPP.

Gem. Art. 712-5 CPP werden die Entscheidungen über Strafzeitreduzierungen²⁷⁾ und über die Erlaubnis begleiteter oder unbegleiteter Ausgänge eines Gefangenen aus der Vollzugsanstalt²⁸⁾ ebenfalls ohne mündliche Verhandlung getroffen. Außer in Eilfällen muss hier aber zuvor die vollzugsinterne Strafvollstreckungskommission, die *commission de l'application des peines* (CAP), angehört werden. Diese Kommission dient einerseits der Gewährleistung des Informationsflusses zwischen den Diensten innerhalb der Vollzugsanstalt, andererseits der Beratung und Information des Strafvollstreckungsrichters zur Vorbereitung der in Art. 712-5 CPP genannten Entscheidungen²⁹⁾. Sie besteht kraft Gesetzes aus dem Leiter der jeweiligen Justizvollzugsanstalt und einem Vertreter der Staatsanwaltschaft sowie dem JAP selbst, der kraft Gesetzes auch ihr Vorsitzender ist, Art. 712-5 Abs. 3 CPP. Weiter gehören ihr Vertreter des Gefängnispersonals und der Sozialarbeiter des Gefängnisses an; der JAP kann im Einverständnis mit dem Leiter der Anstalt auch andere kompetente Personen zur ständigen oder auf den Einzelfall bezogenen Teilnahme an ihren Sitzungen auffordern (Art. D. 49-28 CPP). Der JAP kann auch das Erscheinen des betroffenen Gefangenen vor dieser Kommission anordnen, um ihn dort anzuhören. Er entscheidet jeweils durch begründeten Beschluss entweder während der Kommissionssitzung der CAP oder danach. Er ist an die - mündlich geäußerten³⁰⁾ - Stellungnahmen der Mitglieder der CAP nicht gebunden.

26) Duflo u.a., 2010, Rn. 763.

27) siehe unten IV.1.1.

28) siehe unten IV. 1. 3. e).

29) Duroché/Pédron 2011, Rn. 980.

30) Duflo u.a., 2010, Rn. 776.

2.3. Vereinfachtes Verfahren

Schließlich wurde für Entscheidungen über Vollzugslockerungen bzw. Modifizierungen des Vollzugs unbedingter Freiheitsstrafen noch eine vereinfachte Verfahrensweise eingeführt, in der sich die Rolle des Strafvollstreckungsrichters auf die Bestätigung (*homologation*) eines Antrags der Staatsanwaltschaft zur Vollzugslockerung beschränkt, Art. 723-19 ff. CP P³¹⁾. Zur Anwendung kommt diese Verfahrensart, wenn die ursprünglich verhängte unbedingte Freiheitsstrafe nicht länger als zwei Jahre war oder wenn sie fünf Jahre nicht überstieg und jetzt noch ein Strafreist von max. zwei Jahren effektiv zu verbüßen ist.

Unter diesen Voraussetzungen bereitet der regionale Direktor des “Dienstes für Gefangene, Eingliederung und Bewährung”³²⁾ für Gefangene, deren Entlasszeitpunkt sich nähert und die nicht ausnahmsweise als hierfür ungeeignet anzusehen sind, eine Vollstreckungsanpassung³³⁾ vor, die dem besseren Übergang in die Freiheit dienen soll, Art. 723-20 Abs. 1 CPP. Zu der Maßnahme muss er die schriftliche Zustimmung des Verurteilten einholen, Art. D. 147-22 CPP. Der Direktor des SPIP unterbreitet den Vorschlag anschließend der Staatsanwaltschaft. Wenn der zuständige Staatsanwalt sie befürwortet, legt er sie dem JAP zur Unterschrift vor, Art. 723-20 Abs. 3 CPP. Unterschreibt der Strafvollstreckungsrichter den Vorschlag in unveränderter Form, ist die Maßnahme damit angeordnet. Rechtsmittel hiergegen stehen weder dem Verurteilten noch der Staatsanwaltschaft zu.

Der Strafvollstreckungsrichter kann den Antrag der Staatsanwaltschaft auf

31) Die Vorschriften wurden durch das Gesetz vom 24.11.2009 verändert, um ihren Anwendungsbereich zu erweitern.

32) Service pénitentiaire d’insertion et de probation, SPIP. Dieser gemeinsame Justizsozialdienst wurde 1999 durch Dekret gegründet, nachdem zuvor die Sozialarbeiter innerhalb und außerhalb des Strafvollzugs getrennten Organisationen angehörten; Vgl. Duflo u.a., 2010, Rn. 237. Die regionale Direktoren, die für eine oder mehrere Vollzugsanstalten zuständig sind, gehören zur Gefängnisleitung, Duroché/Pédron 2011, Rn. 310.

33) nämlich die bedingte Entlassung, siehe unten IV.1.2., die Außenunterbringung, siehe unten IV.1.3.a), die Halbfreiheit, siehe unten IV.1.3.b), oder den elektronisch überwachten Hausarrest, siehe unten IV.1.3.c).

Bestätigung auch - im schriftlichen Verfahren - durch begründeten Beschluss ablehnen oder abändern³⁴⁾, Art. 723-22, 723-25 CPP. Gegen einen solchen Beschluss können der Verurteilte und die Staatsanwaltschaft Berufung einlegen, 712-11 CPP. Ist die Staatsanwaltschaft mit der vom Justizsozialdienst (SPIP) angeregten Maßnahme nicht einverstanden, legt sie dem JAP dessen Vorschlag mit einem ablehnenden Vermerk vor und informiert hierüber auch den Gefangenen. Der Strafvollstreckungsrichter kann dann von Amts wegen oder auf Antrag des Gefangenen ins kontradiktorische Verfahren des Art. 712-6 CPP übergehen, um eine Modifizierung der Strafvollstreckung anzuordnen.

Entscheidet der JAP nicht innerhalb von drei Wochen über einen Antrag der Staatsanwaltschaft, kann diesedem Direktor des Sozialdienstes in eigener Zuständigkeit anweisen, die Maßnahme anzuordnen. Die Maßnahme wird in diesem Fall wiederum - wie vor Inkrafttreten der großen Reform der Strafvollstreckung im Jahr 2004 - als *mesure d'administration judiciaire*, Maßnahme richterlicher Verwaltung, definiert, gegen die der Verurteilte kein Rechtsmittel hat, Art. 723-24 CPP³⁵⁾. Verstößt der Gefangene gegen die ihm dann von der Gefängnisverwaltung auferlegten Auflagen, kann diese die bewilligte Vollzugsmodifizierung allerdings nicht selbst widerrufen. Vielmehr ist die Widerrufsentscheidung dem Strafvollstreckungsrichter vorbehalten, der von Amts wegen, auf Antrag des Justizsozialdienstes oder der Staatsanwaltschaft tätig wird, Art. 723-26 S. 2 CPP.

3. Rechtsmittel

Art. 712-1 Abs. 2 CPP legt fest, dass gegen die Entscheidungen der ersten Instanz, also des JAP und des TAP, Berufung eingelegt werden kann. Die Entscheidungen der ersten Instanz sind aber ipso iure vorläufig vollstreckbar; nur ein Rechtsmittel der Staatsanwaltschaft innerhalb von 24 Stunden nach Zustellung der Entscheidung hat aufschiebende Wirkung, bis das

34) Im Fall der Abänderung oder Ergänzung bedarf es zuvor der Zustimmung des Verurteilten oder seines Anwalts, Art. 723-25 und Art. D. 147-21 CPP.

35) Vgl. zusammenfassend Desportes/Le Gunehec 2009, Rn. 1063-5.

Berufungsgericht darüber entschieden hat, längstens aber für die Dauer von zwei Monaten, Art. 712-14 CPP.

Gegen die im schriftlichen Verfahren gem. Art. 712-5 und 712-8 CPP getroffenen Beschlüsse muss innerhalb einer Frist von 24 Stunden ab Zustellung, gegen die Urteile nach mündlicher Verhandlung gem. Art. 712-6 und 712-7 CPP innerhalb von 10 Tagen Berufung eingelegt werden. Über die Berufungen gegen Entscheidungen im schriftlichen Verfahren gem. Art. 712-5 und 712-8 CPP entscheidet der Vorsitzende der Strafvollstreckungskammer beim Oberlandesgericht im schriftlichen Verfahren, Art. 712-12 CPP. Über Berufungen gegen Urteile des JAP nach mündlicher Verhandlung entscheidet die Strafvollstreckungskammer in kollegialer Besetzung mit drei Berufsrichtern nach mündlicher kontradiktorischer Verhandlung durch Urteil. Handelte es sich um ein Urteil des Strafvollstreckungsgerichts gem. Art. 712-7 CPP, muss die Strafvollstreckungskammer zudem in der mündlichen Verhandlung mit je einem Vertreter eines Vereins zur Straffälligenhilfe und zur Opferhilfe besetzt sein, Art. 712-13 Abs. 2 CPP. Der Verurteilte wird in den Verhandlungen durch einen Rechtsanwalt vertreten und ist nur fakultativ selbst anzuhören, Art. 712-3 Abs. 1 CPP.

Gegen die Entscheidungen des Berufungsgerichts ist, unabhängig von seiner Besetzung, der so genannte *pourvoi en cassation*³⁶⁾ zulässig, der allerdings keine aufschiebende Wirkung hat, Art. 712-15 CPP. Beim Kassationsgericht³⁷⁾, der *Cour de cassation*, ist ein Strafsenat zur Entscheidung über diese Rechtsmittel nach den allgemeinen Regeln der Kassation (reine Rechtskontrolle, keine Tatsacheninstanz) zuständig³⁸⁾.

4. Gemeinsame Verfahrensvorschriften für die erste und zweite Instanz

Die Strafvollstreckungsgerichte werden von Amts wegen, auf Antrag der Staatsanwaltschaft als Strafvollstreckungsbehörde oder des Verurteilten tätig, je

36) entspricht in etwa dem deutschen Revisionsverfahren gem. §§ 333 ff. StPO.

37) entspricht in etwa dem deutschen Bundesgerichtshof.

38) Duflo u.a., 2010, vor Rn. 145.

nachdem, was in den jeweiligen Vorschriften vorgesehen ist, Art. 712-4 Abs. 1 CPP³⁹⁾.

Der Verurteilte hat in allen Verfahrensarten vor den Strafvollstreckungsgerichten das Recht, sich von einem Rechtsanwalt verteidigen zu lassen⁴⁰⁾. Dieser wird im Wege der Prozesskostenhilfe von der Staatskasse bezahlt, wenn der Verurteilte nicht über eigene finanzielle Mittel verfügt⁴¹⁾

Art. 712-16 ff. CPP enthalten gemeinsame Verfahrensvorschriften für beide Tatsacheninstanzen. Hervorzuheben ist insbesondere die unbeschränkte Ermächtigung, Ermittlungen zur Vorbereitung der Entscheidung anzustellen oder anstellen zu lassen, Art. 712-16 CPP⁴²⁾. Es handelt sich also um Amtsermittlungsverfahren; das Gericht ist an den Vortrag der Beteiligten nicht gebunden. Gem. Art. 712-17 CPP kann der JAP unter bestimmten Bedingungen einen Vorführungs- oder Haftbefehl gegen einen Verurteilten erlassen, der seinen Auflagen und Weisungen nicht nachkommt. Auch kann das Vollstreckungsgericht (JAP oder TAP) in diesem Fall ihn begünstigende Maßnahmen aussetzen und, wenn er bedingt entlassen war, seine provisorische Inhaftierung anordnen, Art. 712-18 und 712-19 CPP. Weiter kann es die ihn begünstigenden Maßnahmen widerrufen, wenn der Angeklagten hiergegen verstoßen hat, Art. 712-20 CPP. Wenn es um die vorzeitige oder vorübergehende Freilassung eines Gefangenen geht, der wegen einer Sexual- oder bestimmter Gewaltstraftaten verurteilt wurde, muss ein psychiatrisches Sachverständigengutachten über seine Behandlungsfähigkeit und über die

39) In einer bestimmten Fallkonstellation kann auch die Gefängnisverwaltung Anträge stellen, Vgl. z. B. 723-26 S. 2 CPP, siehe oben II.2.3., und Art. 721 Abs. 3 CPP siehe unten IV 1.1 a).

40) Art. D. 49-14 nennt zwar nur die Verfahrensarten nach Art. 712-6, 712-7 und 712-8; tatsächlich ergibt sich aber aus der 2001 geänderten Verordnung über die Prozesskostenhilfe von 2001, dass jeder Beistand vor den Strafvollstreckungsgerichten bezahlt werden kann, Duflo u.a., 2010, Rn. 174.

41) Duflo u.a., 2010, Rn. 171 ff.

42) So können die Strafvollstreckungsgerichte Auskünfte bei den Banken und den Sozialversicherungsträgern einholen und Rechtshilfe der Polizei und der Verwaltung in Anspruch nehmen, Duflo 2010, Rn. 407, 408.

Rückfallgefahr eingeholt werden, um gegebenenfalls die entsprechenden Auflagen anordnen zu können, Art. 712-21 CP.

Die Strafvollstreckungsgerichte müssen vor jeder Entscheidung, die die vorübergehende oder dauernde Freilassung eines Gefangenen bedeuten würde, die Interessen der Geschädigten berücksichtigen; diese können vor der Entscheidung über die Freilassung auch angehört werden, Art. 712-16-1 CPP. Gem. Art. 712-16-2 CPP kann dem Entlassenen die Auflage erteilt werden, sich dem Geschädigten und seiner Wohn- und Arbeitsstätte nicht zu nähern; hierüber kann der Geschädigte vom Vollstreckungsgericht informiert werden.

5. Praktische Umsetzung

Jeder Strafvollstreckungsrichter wird gem. Art. 712-2 CPP von einem *greffier*⁴³⁾ und einem Sekretariat unterstützt, bei größeren Strafvollstreckungsabteilungen auch von einem zusätzlichen Rechtspfleger als Abteilungsleiter⁴⁴⁾. Den französischen Rechtspflegern obliegen dabei weitreichende und verantwortungsvolle Aufgaben: Sie sind nicht nur Protokollbeamte während der Verhandlungen, sondern sind auch für die Aktenverwaltung zuständig⁴⁵⁾ und müssen eigenverantwortlich die Verfahren so weit vorbereiten, dass der Strafvollstreckungsrichter zum Zeitpunkt der mündlichen Verhandlung bzw. der schriftlichen Entscheidung über alle wesentlichen Aktenbestandteile verfügt (Beiziehung eines Auszugs aus dem Strafregister, Anforderung und Überwachung des Eingangs der gesetzlich vorgeschriebenen Stellungnahmen, Weiterleitung von Schriftstücken an die anderen Verfahrensbeteiligten usw.)⁴⁶⁾, und für die ordnungsgemäße Zustellung der Entscheidungen an alle Verfahrensbeteiligten sorgen⁴⁷⁾.

Die Strafvollstreckungsgerichte und die der Gefängnisverwaltung angeglie-

43) entspricht ungefähr dem deutschen Rechtspfleger.

44) Duflo u.a., 2010, Rn. 150.

45) Vgl. i. E. Duflo u.a., 2010, Rn. 152 ff.

46) Vgl. Duflo u.a., 2010, Rn. 696 ff.

47) Vgl. Duflo u.a., 2010, Rn. 803 ff.

dernten Justizsozialdienste verfügen seit 2005 über ein gemeinsames Computerprogramm ("APPI"), in dem sämtliche Verurteilten erfasst werden, die der Kontrolle der Strafvollstreckungsgerichte und der Justizsozialdienste unterstehen. Dieses Programm wird auf der Ebene des justiziellen Intranets geführt, ist also nicht auf die jeweiligen Gerichtsbezirke beschränkt. Die für die Strafvollstreckung zuständigen Staatsanwälte können die Datei einsehen, wenn sie hierfür persönlich registriert sind⁴⁸⁾.

Wenn der Verurteilte auf freiem Fuß ist, finden die (nicht öffentlichen) mündlichen Verhandlungen im Gerichtsgebäude in einem Verhandlungssaal oder auch im Büro des Strafvollstreckungsrichters statt⁴⁹⁾. Wenn es sich um einen inhaftierten Verurteilten handelt, soll die mündliche Verhandlung grundsätzlich im Gefängnis durchgeführt werden, Art. 712-6 Abs. 1 S. 2, 712-7 Abs. 2 S. 2 CPP i. V. m. Art. D. 49-13 Abs. 2 CPP. Außerdem kann die mündliche Verhandlung gem. Art. 712-6 Abs. 1 S. 3, 712-7 Abs. 2 S. 3 CPP im Wege der Videokonferenz entsprechend Art. 706-71 CPP durchgeführt werden, bei der der Gefangene vom Gefängnis aus zugeschaltet wird⁵⁰⁾. Der Verteidiger kann dabei entweder im Gefängnis oder im richterlichen Verhandlungsraum anwesend sein⁵¹⁾. In bestimmten Eilfällen kann der Strafvollstreckungsrichter bzw. der Vorsitzende des Strafvollstreckungsgerichts auch anordnen, dass die mündliche Verhandlung bezüglich eines inhaftierten Gefangenen im Gerichtsgebäude stattfindet und der Gefangene vorzuführen ist, Art. D. 49-13 Abs. 3 CPP.

6. Besonderheiten bei jugendlichen Verurteilten

Soweit nach französischem Recht gegen straffällige Jugendliche echte Strafen anstelle von erzieherischen Sanktionen oder Maßnahmen verhängt werden können⁵²⁾, obliegen die Aufgaben des JAP und des TAP bei der

48) Duflo u.a., 2010, Rn. 162.

49) Duflo u.a., 2010, Rn. 681.

50) Durchführung der Videokonferenz gem. Art. 53-33 bis 53-99 CPP.

51) Duflo u.a., 2010, Rn. 686.

Vollstreckung der verhängten Strafen grundsätzlich den Jugendgerichten (Jugendrichter als Einzelrichter oder Jugendgericht als Kollegialgericht je nach Schwere des Tatvorwurfs), um deren spezifischen Kenntnisse bei der Sanktionierung Jugendlicher auch in der Strafvollstreckung zu nutzen. Die Zuständigkeit der Jugendgerichte in der Strafvollstreckung endet, wenn der Verurteilte das 21. Lebensjahr erreicht hat. Wenn der Angeklagte zum Zeitpunkt seiner Verurteilung bereits volljährig (18 Jahre) ist, muss das Jugendgericht im Urteil festlegen, dass die Vollstreckung weiterhin dem Jugendgerichtobliegt, andernfalls sind dann die allgemeinen Strafvollstreckungsgerichte zuständig. An diese kann das Jugendgericht die Vollstreckung auch abgeben, wenn der Verurteilte im Laufe der Vollstreckung 18 Jahre, aber noch nicht 21 Jahre alt geworden ist⁵³⁾.

III. Grundzüge des französischen Sanktionenrechts gegenüber natürlichen Personen⁵⁴⁾

Den französischen Strafvollstreckungsgerichten ist in den letzten Jahren ein immer größeres Aufgabenspektrum zugewiesen worden. Um die ganze Bandbreite ihrer Zuständigkeit nachvollziehen zu können, müssen zunächst zusammenfassend die Grundzüge des französischen Sanktionenrechts dargestellt werden.

52) Vgl. Art. 122-8 CP. Strafen wie für Erwachsene - allerdings mit abgesenkten Obergrenzen - können für Minderjährige ab 13 Jahren, so genannte erzieherische Sanktionen für solche ab 10 Jahren verhängt werden, Desportes/Le Gunehec 2009, Rn. 658-1.

53) Desportes/Le Gunehec 2009, Rn. 1040-5.

54) Das französische Strafrecht kennt auch die Strafbarkeit juristischer Personen, Vgl. Müller 2003, S. 29 f. m. w. N. Von der diesbezüglichen Darstellung wird vorliegend abgesehen, zumal die Strafvollstreckungsgerichte nur eine geringe Rolle bei der Vollstreckung der Strafen spielen, die gegen juristische Personen verhängt werden können (Vgl. Duflo 2010, Rn. 507).

1. Verbrechen

Für die Aburteilung von Verbrechen⁵⁵⁾ ist als Hauptstrafe die Freiheitsstrafe⁵⁶⁾ vorgesehen, Art. 131-1 des *Code pénal* (CP), des französischen Strafgesetzbuchs, und zwar als zeitige Freiheitsstrafe mit einer Dauer von maximal 30 Jahren oder als lebenslange Freiheitsstrafe. Die Todesstrafe wurde 1981 abgeschafft⁵⁷⁾.

Zusätzlich können diverse Neben- und Zusatzstrafen verhängt werden, die teils die Aberkennung von Rechten betreffen, teils aber auch Verhaltensanweisungen für die Zeit nach der Entlassung aus dem Gefängnis beinhalten⁵⁸⁾.

2. Vergehen

Das Sanktionsarsenal für die Aburteilung von Vergehen ist dagegen mittlerweile nahezu unübersichtlich groß. Um die Verhängung insbesondere kurzfristiger Freiheitsstrafen ohne Bewährung zurückzudrängen, wurden im Laufe des 20. Jahrhunderts zahlreiche so genannte Alternativstrafen eingeführt, die anstelle und teilweise auch neben einer Freiheitsstrafe verhängt werden können⁵⁹⁾. Dem erkennenden Gericht stehen derzeit⁶⁰⁾ im Bereich der Aburteilung von Vergehen im Wesentlichen⁶¹⁾ folgende Strafarten zur

55) Definiert durch die Androhung von Freiheitsstrafe in der Form der réclusion criminelle - Zuchthaus (für allgemeine Verbrechen) - oder der détention criminelle (für so genannte politische Verbrechen, herkömmlich mit Festungshaft übersetzt), Art. 131-1 CP, während für Vergehen die Freiheitsstrafe als "Gefängnisstrafe" angedroht ist.

56) Im Folgenden wird für alle freiheitsentziehenden Strafen nur der einheitliche Begriff "Freiheitsstrafe" verwendet, da in der Vollstreckung keine wesentlichen Unterschiede gemacht werden: Die Art der Freiheitsstrafe ist gem. Art. 717-1 CPP und Art. D. 74 CPP nur noch eines von mehreren Kriterien zur Aufteilung der Gefangenen in die verschiedenen Arten von Justizvollzugsanstalten, Vgl. Desportes/Le Guehec, 2009, Rn. 807 ff.

57) Vgl. Müller, 2003, S. 296 m. w. N.

58) siehe unten III.3.

59) Vgl. Müller, 2003, S. 198 ff.

60) Die Liste unterliegt häufiger Veränderung, da der Gesetzgeber immer wieder neue Sanktionen einführt.

Verfügung, die es auch in vielfältiger Weise miteinander kombinieren kann:

2.1. Die Gefängnisstrafe mit einer allgemeinen Höchstdauer von 10 Jahren, Art. 131- 4 CP. Deren Vollstreckung kann, wenn sie fünf Jahre nicht übersteigt, ganz oder teilweise⁶²⁾ zu drei verschiedenen Arten der Bewährung ausgesetzt werden:

- Zur einfachen Bewährung (*sursis simple*). Voraussetzung ist, dass der Angeklagte in den vorausgegangenen fünf Jahren nicht zu einer Freiheitsstrafe verurteilt worden war. Der Verurteilte unterliegt hierbei keinerlei Weisungen oder Überwachung. Die gesetzlich festgesetzte Bewährungszeit von fünf Jahren endet nach erfolgreichem Verlauf ipso iure. Im Fall einer neuen Verurteilung für eine im Laufe der Bewährung begangene Tat gilt die Vollstreckungsaussetzung ipso iure als widerrufen, es sei denn, das im neuen Verfahren erkennende Gericht hat ausdrücklich anordnet, dass die frühere Strafe trotz des Bewährungsbruchs nicht vollstreckt werden soll⁶³⁾, Art. 132-29 ff. CP.
- Zur überwachten Bewährung mit Auflagen (*sursis avec mise à l'épreuve* - SME). Diese Bewährung ist ausgeschlossen, wenn ein Rückfalltäter⁶⁴⁾ bereits bei der früheren Verurteilung einen *sursis avec mise à l'épreuve* erhalten hatte⁶⁵⁾. Das erkennende Gericht bestimmt die Dauer der

61) Manche in der Praxis und insbesondere für die Frage der richterlichen Überwachung der Strafvollstreckung nicht relevante Spezialvorschriften werden im Folgenden außer Acht gelassen. Auch wird auf die Strafen, die nur gegenüber Ausländern in Betracht kommen, etwa das Verbot, sich auf französischem Staatsgebiet aufzuhalten, Art. 131-30 CP ff., wegen der zahlreichen auf die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte zurückgehenden Besonderheiten im Folgenden nicht eingegangen.

62) also z. B. "Der Angeklagte wird zu 10 Monaten Gefängnisstrafe verurteilt, von denen sieben zur Bewährung ausgesetzt werden".

63) Vgl. i. E. Müller, 2003, S. 150 ff.

64) gem. der gesetzlichen Definition der Art. 132-8, 132-9 und 132-10 CP.

65) Gem. Art. 132-41 und 132-42 CP kann andererseits sogar bei einer Verurteilung zu Freiheitsstrafe von bis zu 10 Jahren ein maximal fünf Jahre währender Teil zur Bewährung mit Auflagen ausgesetzt werden, wenn es sich um einen Wiederholungstäter nach den gesetzlichen Definitionen handelt, dem zuvor noch kein SME gewährt worden war, Vgl.

Bewährungszeit, die nicht kürzer als 12 Monate und nicht länger drei Jahre sein darf, Art. 132-42 CP, und setzt Auflagen aus dem Katalog der Art. 132-44 bis 132-46 CP fest. Die Überwachung obliegt dem Strafvollstreckungsrichter. Dieser kann die Vollstreckungsaussetzung ganz oder teilweise widerrufen, wenn der Verurteilte gegen die Auflagen verstößt⁶⁶⁾. Bei Begehung einer neuen Straftat entscheidet dagegen das in der neuen Sache erkennende Gericht über den Widerruf der Bewährung, Art. 132-49 CP.

- Zur Bewährung mit der Auflage, gemeinnützige Arbeit (*travail d'intérêt général, TIG*) zu leisten (*sursis-TIG*), Art. 132-31 ff. CP. Indiesem Fall muss das erkennende Gericht die Anzahl der Arbeitsstunden (mindestens 20, höchstens 210) und die Frist bestimmen, innerhalb derer sie abzuleisten sind (maximal 18 Monate). Die Bewährungszeit endet, sobald der Verurteilte die Arbeitsstunden vollständig abgeleistet hat, spätestens mit Ende der Ableistungsfrist. Dem Angeklagten können aber auch weitere Auflagen wie bei der überwachten Bewährung (SME) erteilt werden; dann endet die Bewährungszeit jedenfalls erst nach Ablauf der festgesetzten Zeit. Die Regeln für Anordnung, Überwachung und Widerruf entsprechen der überwachten Bewährung mit Auflagen.

2.2. Zwei verschiedene Arten der Geldstrafe (Geldsummenstrafe, Art. 131-1 Nr. 2 CP, und Geldstrafe im Tagessatzsystem, Art. 131-5 CP)

2.3. Gemeinnützige Arbeit zwischen 20 und 210 Stunden als Hauptstrafe, Art. 131-8 CP

2.4. Die fünfzehn in Art. 131-6 CP enumerativ aufgezählten freiheitsbeschränkenden Strafen, z. B. Entzug oder Suspendierung der Fahrerlaubnis, Verbot des Führens bestimmter Kraftfahrzeuge, das Verbot, mit Schecks oder Kreditkarten zu zahlen, das Verbot,

Desportes/Le Guenhec 2009, Rn. 989-1.

66) siehe unten IV.2.

bestimmte Orte oder Personen aufzusuchen usw.

2.5. Seit 2004 die Verpflichtung, einen “*stage de citoyenneté*” durchzuführen, einen Kurs zur Vermittlung der gesellschaftlichen Grundwerte von Toleranz und Respekt vor der Menschenwürde, Art. 131-5-1 CP.

2.6. Seit 2007 die Wiedergutmachung des Schadens als Strafe, Art. 131-8-1 CP, wobei im erkennenden Urteil bereits die Höchstdauer der Freiheitsstrafe (bis zu sechs Monate) oder der Geldstrafe (max. 15.000,- €) festzusetzen ist, deren Vollstreckung der Strafvollstreckungsrichter anordnen kann, wenn der Verurteilte den Schaden nicht wiedergutmacht, Art. 131-8-1, 5. Absatz CP⁶⁷⁾.

2.7. Den Strafaufschub für längstens ein Jahr mit oder ohne Bewährungsaufgaben bzw. Verhaltensweisung, Art. 132-60 ff., 132-63 ff und 132-66 ff. CP. In einem zweiten Verhandlungstermin, der während des ersten bestimmt wird und innerhalb einer Frist von längstens einem Jahr stattfinden muss, entscheidet das Gericht sodann, ob es von der Verhängung einer Strafe absieht oder eine der gesetzlich vorgesehen Strafkategorien verhängt.

Das erkennende Gericht kann zudem im Bereich der Aburteilung von Vergehen bereits im Urteil selbst Vollstreckungsmodalitäten bestimmen, wenn es eine Freiheitsstrafe ohne Bewährung von maximal zwei Jahren⁶⁸⁾ verhängt, Art. 132-25 bis 132-26-1 CP. So kann es anordnen, dass die Strafe in einer Freigängeranstalt⁶⁹⁾ bzw. außerhalb der Gefängnismauern in einer Einrichtung⁷⁰⁾ oder in Form des elektronisch überwachten Hausarrestes⁷¹⁾ vollstreckt wird.

67) siehe hierzu unten IV.2.

68) bei Wiederholungstätern ein Jahr.

69) semi-liberté, “Halbfreiheit”, IV.1.3.b).

70) z. B. in einer betreuten Einrichtung o. ä. (so genanntes *placement à l'extérieur*), siehe unten IV.1.3.a).

3. Zusatzstrafen

In den einzelnen Straftatbeständen werden sowohl bei Verbrechen also auch bei Vergehen außerdem diverse Zusatzstrafen angedroht. Diese können bei der Aburteilung von Verbrechen zusätzlich zur Freiheitsstrafe festgesetzt werden. Wenn es sich um ein Vergehen handelt, können sie aber auch als - einzige oder kombinierte - Hauptstrafe verhängt werden, Art. 131-11 CP.

Hierbei handelt es sich insbesondere um:

- ein Aufenthaltsverbot (*interdiction de séjour*), das vom erkennenden Gericht bestimmt wird und ganze Departements, aber auch nur ein bestimmtes Gebäude umfassen kann⁷¹⁾, Art. 131-31 CP
- den so genannten *suivi socio-judiciaire*, sozial-gerichtliche Begleitung und Kontrolle für Sexualstraftäter, Art. 131-36-1 ff. CP: Das Gericht kann den Angeklagten in den gesetzlich genannten Fällen⁷²⁾ für einen Zeitraum von bis zu 10 Jahren im Bereich der Aburteilung von Vergehen, bis zu 20 Jahren im Bereich der Aburteilung von Verbrechen (u. U. sogar 30 Jahre) unter die Aufsicht eines Sozialarbeiters und des Strafvollstreckungsrichters stellen, ihm die Weisung erteilen, eine medizinische Behandlung zur Rückfallverhütung durchzuführen, und weitere Kontrollmaßnahmen inklusive der Überwachung des Aufenthalts des Betroffenen mithilfe von GPS-Technik anordnen. Auch in diesem Fall muss das Gericht bereits im erkennenden Urteil die Freiheitsstrafe festsetzen (max. drei Jahre bei Vergehen, max. sieben Jahre bei Verbrechen), über deren Vollstreckung der Strafvollstreckungsrichter zu entscheiden hat, wenn der Angeklagte gegen die sich aus der Verhängung des *suivi socio-judiciaire* ergebenden Verpflichtungen verstößt.
- diverse andere Zusatzstrafen, z. B. das Verbot, das französische Staatsgebiet zu verlassen, das Verbot der Ausübung bestimmter

71) siehe unten IV.1.3.c).

72) Vgl. Müller, 2003, S. 200.

73) dies sind praktisch alle Sexualstraftaten, Vgl. Müller 2003, S. 48.

bürgerlicher Rechte, Beschlagnahme eines Tieres, Veröffentlichung des Urteils u. v. a.

4. Die Sanktionierung der Nichterfüllung von Alternativ- oder Zusatzstrafen

Der Verstoß gegen die aus der Verurteilung zu einer Alternativ- oder Zusatzstrafe folgenden Verpflichtungen ist im Besonderen Teil des Strafgesetzbuches⁷⁴⁾ und teilweise in Nebengesetzen jeweils als eigenständiger Straftatbestand ausgestaltet⁷⁵⁾ und kann daher zur erneuten Strafverfolgung und Verurteilung wegen dieser neuen Straftat führen. Stattdessen kann – in manchen Fällen muss, siehe oben – das erkennende Gericht aber auch bereits im Urteil die Strafe festsetzen, die der Strafvollstreckungsrichter gegen den Verurteilten ganz oder teilweise zur Vollstreckung bringen kann⁷⁶⁾, falls dieser die Strafe nicht ausführt, Art. 139-9 Abs. 2, 131-11 Abs. 2 CP.

5. Überbelegung der Haftanstalten

Obwohl somit insbesondere bei der Aburteilung von Vergehen zahlreiche Möglichkeiten geschaffen wurden, nicht mit Freiheitsstrafen, sondern mit anderen Sanktionen auf die Begehung von Straftaten zu reagieren, machen die französischen Strafgerichte bislang von diesem breiten Sanktionsspektrum wenig Gebrauch. Vielmehr bleibt die Freiheitsstrafe die am häufigsten verhängte Hauptstrafe im Bereich der Aburteilung von Vergehen⁷⁷⁾ und sie wird häufig ohne Bewährung verhängt⁷⁸⁾. Insbesondere die Verhängung kurzer

74) Art. 434-38 ff. CP.

75) Vgl. Desportes/Le Gunehec 2009, Rn. 1088.

76) siehe hierzu unten IV.2.

77) Bei Verbrechen werden ohnehin nahezu 100 % der Fälle Freiheitsstrafen verhängt, Vgl. Les condamnations 2009, S. 9.

78) 2008 wurden im Bereich der Aburteilung von Vergehen folgende Hauptstrafen verhängt: In knapp 55 % der Urteile Freiheitsstrafen, davon in knapp 40 % (21 % aller Urteile wegen Vergehen) ganz oder teilweise ohne Bewährung; in 29% die Geldsummenstrafe, Alternativstrafen lediglich in 10 %, wobei die Geldstrafe im Tagessatzsystem mit 3,8 % aller Urteile im Vergehensbereich die anderen Alternativstrafen (Fahrverbot – *suspension du*

Freiheitsstrafen ohne Bewährung hat in den letzten Jahren, u.a., aufgrund einer gesetzlichen Strafschärfung für Rückfalltäter im Jahr 2007, sogar zugenommen⁷⁹⁾. Auch steigt die durchschnittliche Dauer der verhängten Freiheitsstrafen an⁸⁰⁾.

Diese Umstände verschärften das bereits seit vielen Jahren bestehende Problem der Überbelegung der französischen Strafvollzugsanstalten⁸¹⁾. Betroffen sind davon weniger die großen, zentralisierten Anstalten oder Abteilungen, in denen Langstrafen verbüßt werden und in denen die grundsätzlich vorgeschriebene Einzelunterbringung der Gefangenen bei Nacht in der Regel eingehalten wird⁸²⁾. Aufgefangen wird die Überbelegung vielmehr in den zahlreichen örtlichen *maisons d'arrêts*⁸³⁾, in denen die Gefangenen häufig zu mehreren in kleinen Zellen untergebracht sind und teilweise auf Matratzen auf dem Boden schlafen müssen⁸⁴⁾.

permis de conduire - mit 2,8% und gemeinnützige Arbeit als Hauptstrafe mit 2,4 %) mittlerweile überwiegt. Die verbleibenden Prozentsätze betreffen im Wesentlichen jugendrechtliche Maßnahmen, Vgl. Les condamnations 2009, S. 9.

79) Rapport «*Évaluation du nombre de peines d'emprisonnement ferme en attente d'exécution*» (Evaluation der Anzahl der noch nicht zur Vollstreckung gebrachten Freiheitsstrafen ohne Bewährung), 2009, S. 10 ff.

80) So stieg z. B. die durchschnittliche Dauer der Freiheitsstrafen, die für Rückfalltäter mittlerweile grundsätzlich zu verhängen sind, von 7,2 Monaten im Jahr 2006 auf 15,9 Monate im Jahr 2007, Rapport «*Évaluation du nombre de peines d'emprisonnement ferme en attente d'exécution*» 2009, S. 12; Vgl. auch Faucher 2007 bei Fn. 7 über den Einfluss einer zunehmend punitiven Einstellung der Bevölkerung auf die Strafzumessung durch die Gerichte.

81) So waren am 01.07.2011 insgesamt 64.726 Personen in Haftanstalten untergebracht (Straf- und Untersuchungsgefangene), während es nur 56.081 vorgesehene Plätze gab, Vgl. *Libération* vom 15.07.2011, S. 11.

82) Desportes/Le Gunehec, 2009, Rn. 810-1; Garreau 2007, 139.

83) Zuständig primär für die Vollstreckung von Untersuchungshaft, beherbergen sie aber auch den Großteil der Gefangenen, die zu einer kurzen Freiheitsstrafe ohne Bewährung verurteilt wurden oder nur noch eine kurze Restverbüßungszeit vor sich haben, Vgl. Desportes/Le Gunehec, 2009, Rn. 807 ff.

84) Am 01.10.2010 war für 226 Gefangene kein Bett, sondern nur eine Matratze vorhanden, bei einer Überbelegung von insgesamt ca. 5.000 Gefangenen, die überwiegend durch die

Dieser Zustand machte eine Flexibilisierung der Strafvollstreckung unbedingter Freiheitsstrafen mit weitgehenden Lockerungs- und vorzeitigen Entlassmöglichkeiten unerlässlich. Gleichzeitig wurde seit Beginn der 2000er Jahre im Zuge einer durch vermehrte Medienberichterstattung stärkeren Kriminalitätsfurcht der Bevölkerung und des Versuchs politischer Profilierung im Bereich der Kriminalitätsbekämpfung⁸⁵⁾ die Frage der Rückfallverhütung ein zentrales Anliegen französischer Kriminalpolitik. Dies führte einerseits zu gesetzlichen Strafschärfungen für Rückfalltäter. Andererseits wuchs das Bedürfnis, Gefangene nicht ohne weitere Kontrolle und Begleitung, also möglichst vor Strafende, aber unter Auflagen zu entlassen⁸⁶⁾. Die Möglichkeiten zur Individualisierung der Vollstreckung unbedingter Freiheitsstrafen, also zu ihrer Modifizierung mit dem Ziel der Rückfallverhütung durch Resozialisierung und Überwachung, wurden daher im Laufe der letzten Jahre mehr und mehr erweitert. Zuständig für diese Aufgabe sind die Strafvollstreckungsgerichte.

IV. Die sachliche Zuständigkeit der Strafvollstreckungsgerichte

Seit 2004 sind Zweck, Effizienz und Flexibilisierung der Strafvollstreckung gesetzlich normiert: Art. 707 CPP schreibt vor, dass die von den Strafgerichten verhängten Strafen unter gerichtlicher Kontrolle effektiv und schnell zu vollstrecken sind (Abs. 1), dass die Strafvollstreckung der Eingliederung oder Wiedereingliederung der Verurteilten und der Rückfallverhütung dient und die Interessen der Gesellschaft und der Geschädigten zu berücksichtigen hat (Abs. 2) und dass zu diesem Zweck die Strafen schon vor Beginn ihrer Vollstreckung oder währenddessen angepasst und verändert werden,

Verwendung von Etagenbetten in den *maisons d'arrêt* aufgefangen wird, Vgl. Tournier 2010a, S. 4.

85) Vgl. Herzog-Evans 2007, 181.

86) Vermeidung der so genannten *sortie sèche*, der trockenen bzw. plötzlichen Entlassung, Desportes/Le Gunehec 2009, Rn. 1046 f., 1057.

soweit die Persönlichkeit des Angeklagten und seine wirtschaftlichen, materiellen und sozialen Lebensumstände es erlauben, wobei diese Individualisierung der Strafe im Zuge der Vollstreckung soweit möglich die allmähliche Rückkehr eines Gefangenen in die Freiheit erlauben und eine Freilassung ohne juristische Begleitung verhindern soll (Abs. 3 in der seit 2009 geltenden Fassung).

Gem. Art. 708 Abs. 1 CPP leitet die Staatsanwaltschaft die Vollstreckung der Strafurteile ein, wenn sie rechtskräftig bzw. vollstreckbar geworden sind. Die wesentlichen Entscheidungen im Laufe der Strafvollstreckung obliegen im Folgenden jedoch sowohl bei der Vollstreckung unbedingter Freiheitsstrafen als auch bei derjenigen von bedingten Freiheitsstrafen und Alternativstrafen den Strafvollstreckungsgerichten.

1. Die Vollstreckung von Freiheitsstrafen ohne Bewährung (so genanntes geschlossenes Milieu, *milieu fermé*)

Der für eine Justizvollzugsanstalt örtlich zuständige Strafvollstreckungsrichter ist ab dem Moment der – in aller Regel⁸⁷⁾ von der Staatsanwaltschaft veranlassten – Inhaftierung eines Gefangenen zwecks Strafverbüßung (nicht aber bei Untersuchungshaft) für diesen Gefangenen verantwortlich; sein Sekretariat legt eine Akte für jeden Strafgefangenen an⁸⁸⁾. Gem. Art. 717-1 CPP in der seit 2009 geltenden Fassung stellt die Gefängnisleitung in Zusammenarbeit mit dem Justizsozialdienst nach einer Phase der Beobachtung des Gefangenen und in Zusammenwirken mit diesem einen vorläufigen Plan über den Ablauf der Strafvollstreckung auf. Dieser wird dem Strafvollstreckungsrichter mitgeteilt, ebenso wie seine späteren Veränderungen. Bei Verurteilungen zu 15 Jahren oder mehr Freiheitsstrafe wegen bestimmter schwerer Gewalt- oder Sexualverbrechen stellt der Strafvollstreckungsrichter selbst gem. Art. 717-1-A CPP den Vollstreckungsplan auf, nachdem der Gefangene mindestens sechs Wochen in einer Abteilung einer Vollzugsanstalt

87) zu einer Ausnahme siehe unten IV.1.5.

88) Duflo u.a., 2010, Rn. 23.

untergebracht war, die darauf spezialisiert ist, Möglichkeiten sozialer und medizinischer Betreuung des Gefangenen während der Haft zu bestimmen.

Ziel dieser Vollzugsplanung ist, bereits zu Beginn der Haft die Möglichkeiten von Lockerungen, alternativen Vollstreckungsarten und/oder einer vorzeitigen Entlassung ins Auge zu fassen und die entsprechenden Vorbereitungen zu treffen, Vgl. Art. 707 Abs. 3 CPP. Freiheitsstrafen ohne Bewährung werden in Frankreich nämlich nur ausnahmsweise vollständig in der im Urteil genannten Länge im Gefängnis vollstreckt. Zum einen werden Freiheitsstrafen in Laufe ihrer Vollstreckung systematisch verkürzt (1.1.). Außerdem kann der Verurteilte vor dem Ende der eigentlichen Haftzeit bedingt entlassen werden (1.2.). Während der Dauer der Vollstreckung von Freiheitsstrafen ohne Bewährung befindet der Verurteilte sich häufig tatsächlich nicht im Gefängnis oder erhält, auch wenn er sich in Haft befindet, Lockerungen, die ihm das vorübergehende Verlassen der Haftanstalt erlauben (1.3.).

Alle diese Vollstreckungsanpassungen (*aménagements de la peine*) sollen gem. Art. 707 Abs. 2 CPP, der Schlüsselvorschrift der Strafvollstreckung in der französischen Strafprozessordnung, “unter Berücksichtigung der Interessen der Gesellschaft und der Opferrechte die Eingliederung oder Wiedereingliederung der Verurteilten und die Verhinderung des Rückfalls fördern”. Zugleich dienen sie auch dem Bestreben, die chronisch überbelegten Vollzugsanstalten zu entlasten.

1.1. Die Verkürzung der verhängten Freiheitsstrafe⁸⁹⁾

a) Automatische Strafzeitverkürzung

Bereits 1972 wurde die Möglichkeit einer nachträglichen Strafzeitreduzierung eingeführt, die damals der Strafvollstreckungsrichter bewilligte⁹⁰⁾. Sie diente

89) Von der Darstellung der Möglichkeit einer ganz erheblichen Strafzeitverkürzung für Kronzeugen, deren Aussagen die Begehung anderer schwerer Straftaten verhindert hat (Art. 721-3 CPP), wird mangels größerer praktischer Bedeutung abgesehen.

90) Müller 2003, S. 216.

der Vollzugsdisziplin, da sie nur gewährt wurde, wenn der Verurteilte sich im Vollzug nichts zu Schulden kommen ließ, sowie der Entlastung der Gefängnisse⁹¹⁾. Seit 2004 hat der Gefangene bereits bei Eintritt in den Strafvollzug Anspruch auf eine kraft Gesetzes eintretende Strafzeitreduzierung (*crédit de réduction de peine*, CRP). Diese beträgt im ersten Haftjahr drei Monate, in jedem folgenden Jahr zwei Monate und bei Strafen unter einem Jahr und Resthaftzeiten von unter einem Jahr sieben Tage monatlich, Art. 721 Abs. 1 CPP⁹²⁾. Wiederholungstätern⁹³⁾ stehen stattdessen nur zwei Monate im ersten Jahr, ein Monat in den folgenden Jahren und fünf Tage pro angefangenem Jahr zu, Art. 721 Abs. 2 CPP.

Auf Antrag der Gefängnisverwaltung oder der Staatsanwaltschaft kann der Strafvollstreckungsrichter den Anspruch auf Strafzeitreduzierung ganz oder teilweise entziehen, wenn der Gefangene sich schlecht führt oder wenn er wegen bestimmter, schwerer Sexual- oder Gewaltstraftaten verurteilt wurde und die ihm vom JAP auferlegte Behandlung nicht durchführt, Art. 721 Abs. 3 CPP.

Nach der Haftentlassung befindet sich der Verurteilte während einer Dauer, die der tatsächlich gewährten Strafzeitreduzierung entspricht, unter einer Art Bewährung: Art. 721 Abs. 5 CPP schreibt seit 2004 vor, dass im Fall der Begehung einer neuen Straftat während dieser Zeit das im neuen Strafverfahren erkennende Gericht nachträglich die Bewilligung der Strafzeitreduzierung ganz oder teilweise widerrufen und insofern die Inhaftierung des Angeklagten anordnen kann.

b) Zusätzliche Strafzeitverkürzung

Gem. Art. 721-1 Abs. 1 CPP kann der Strafvollstreckungsrichter zusätzlich die Strafzeit reduzieren, wenn der Verurteilte ernsthafte Bemühungen um seine

91) Giacomelli 2007, 155, m. w. N.

92) Für die Berechnung der automatisch eingetretenen Strafzeitverkürzungen ist die Staatsanwaltschaft als Vollstreckungsbehörde zuständig, Cour de cassation, Urteil vom 31.10.2006, RSC 2007, 357 m. A. Poncela.

93) nach der gesetzlichen Definition der Art. 132-8, 132-9 und 132-10 CP.

soziale Wiedereingliederung zeigt⁹⁴⁾ oder sich um die Wiedergutmachung des Schadens bemüht. Die maximale Dauer beträgt drei Monate pro Jahr bzw. sieben Tage pro Monat für Strafen und Strafreise unter einem Jahr; bei Wiederholungstätern und den wegen bestimmter schwerer Sexual- und Gewaltstraftaten Verurteilten zwei Monate jährlich bzw. vier Tage pro Monat, wenn letztere Wiederholungstäter sind lediglich ein Monat pro Jahr und zwei Tage pro Monat, Art. 721-1 Abs. 2 CPP. Die Frage einer zusätzlichen Strafzeitreduzierung prüft der JAP bei Freiheitsstrafen über einem Jahr jährlich von Amts wegen, bei kürzeren Freiheitsstrafen einmal im Laufe der Vollstreckung, Art. 721-1 Abs. 3 CPP. Der Gefangene kann ihre Bewilligung auch zu anderen Zeiten selbst beantragen⁹⁵⁾.

Ein Widerruf der zusätzlichen Strafzeitreduzierung nach Art. 721-1 CPP, wenn der Verurteilte nach der Entlassung während der der Reduzierung entsprechenden Zeit eine neue Straftat begangen hat, ist nicht vorgesehen⁹⁶⁾.

c) Verfahren

Die Entscheidungen über den Entzug und die Bewilligung von Strafzeitverkürzungen werden vom Strafvollstreckungsrichter im schriftlichen Verfahren nach Anhörung der Strafvollstreckungskommission getroffen, Art. 712-5 CPP.

d) Bedingte Strafzeitreduzierung

Seit 2004 hat der Strafvollstreckungsrichter die Möglichkeit, dem Verurteilten von Amts wegen oder auf Antrag der Staatsanwaltschaft aufzugeben, während einer der - automatischen und/oder zusätzlichen - Strafzeitreduzierung entsprechenden Zeitspanne nach seiner Entlassung den Kontakt mit dem Geschädigten zu vermeiden und Schadensersatz zu leisten, so genannte

94) z. B. eine Berufsausbildung oder eine psychologische Behandlung mit dem Ziel der Rückfallverhinderung in der Haft durchführt.

95) Duflo u.a., 2010, Rn. 431.

96) Duflo u.a., 2010, Rn. 433.

bedingte Strafzeitreduzierung (Art. D. 117 ff. CPP). Diese Auflagen können nur nach Durchführung einer mündlichen kontradiktorischen Verhandlung gem. Art. 712-6 CPP festgesetzt werden, Art 721-2 Abs. 1 und 2 CPP. Verletzt der Verurteilte die Auflagen, kann der Strafvollstreckungsrichter die Strafzeitreduzierungen – in diesem Fall auch die zusätzliche – nach Durchführung einer mündlichen Verhandlung gem. Art. 712-6 CPP ganz oder teilweise widerrufen, Art 721-2 Abs. 3 CPP.

1.2. Die bedingte Entlassung

a) Geschichte

Die *libération conditionnelle*, die bedingte Entlassung vor Ende der Strafzeit⁹⁷⁾, wurde in Frankreich bereits 1885 als erste Maßnahme zur Individualisierung der Strafvollstreckung eingeführt⁹⁸⁾. Ihre Bewilligung oblag lange Zeit dem Justizminister; bis zum Jahr 2000 blieb dieser für die Fälle von Freiheitsstrafen über fünf Jahren zuständig, während der Strafvollstreckungsrichter über die bedingte Entlassung bei kürzeren Freiheitsstrafen entschied⁹⁹⁾. Weder seine noch die Entscheidungen des Justizministers in dieser Materie mussten begründet werden; Rechtsmittel gegen die Verweigerung der *libération conditionnelle* waren nicht, gegen ihren Widerruf kaum gegeben¹⁰⁰⁾. Durch die Reformen des Strafvollstreckungsrechts seit 2000 wurde die Reststrafenaussetzung vollständig verrechtlicht. Sie wird heute in den Artikeln 729 bis 733 CPP und D. 520 bis 526 CPP geregelt.

b) Voraussetzungen

Gem. Art. 729 Abs. 1 CPP dient die Reststrafenaussetzung der Resozi-

97) entspricht funktionell ungefähr der deutschen Reststrafenaussetzung gem. §§ 57 ff. StGB.

98) Faucher 2007, 127 Müller 2003, 144 auch zu den Einschränkungen bei der praktischen Umsetzung.

99) Desportes/Le Gunehec 2009, Rn. 1059.

100) Desportes/Le Gunehec 2009, Rn. 1057.

alisierung der Verurteilten und der Verhütung von Wiederholungstaten. Voraussetzung für ihre Bewilligung ist gem. Art. 729 Abs. 2 CPP, dass der Verurteilte ernsthafte Anstrengungen für seine soziale Wiedereingliederung unternimmt und belegt, dass er nach seiner Entlassung eine Arbeits- oder Ausbildungsstelle haben, sich wesentlich um die Kinderbetreuung kümmern, eine medizinische Behandlung durchführen, Anstrengungen zur Schadenswiedergutmachung unternehmen oder sonst ein Projekt zur Resozialisierung durchführen wird¹⁰¹⁾. Gefangene, die wegen bestimmter Sexual- oder Gewalttaten verurteilt wurden, müssen im Vollzug angebotene Therapiemöglichkeiten genutzt haben und/oder bereit sein, nach der Entlassung eine rückfallreduzierende Therapie durchzuführen, Art. 729 Abs. 5 CPP.

Gem. Art. 729 Abs. 3 und 4 CPP ist die Aussetzung frühestens¹⁰²⁾ nach der Verbüßung der Hälfte der insgesamt effektiv zu verbüßenden Strafe zulässig¹⁰³⁾, wobei die automatischen Strafzeitreduzierungen und die bereits beschlossenen zusätzlichen Strafzeitreduzierungen abgezogen werden¹⁰⁴⁾, längstens nach 15 Jahren. Rückfalltäter¹⁰⁵⁾ und Täter schwerster Verbrechen unterliegen einschränkenden Bedingungen: Rückfalltäter müssen mindestens das

101) Bei der Suche nach einer solchen Gelegenheit und deren Organisation muss er von den Justizsozialdiensten, dem SPIP, unterstützt werden, Vgl. Duflo 2010, 470.

102) Sie wird aber besonders bei Langstrafgefangenen selten zu diesem frühestmöglichen Zeitpunkt bewilligt, da der noch zu verbüßende Strafreist in der Regel als zu lang angesehen wird, Vgl. Faucher 2007, 131 f. In der Praxis wird teilweise die Regel angewendet, dass der Verurteilte die Hälfte der verhängten – nicht der zu verbüßenden, durch die Strafzeitreduzierungen wesentlich kürzeren – Strafe verbüßt haben muss, Vgl. Laflaquière 2007, 150.

103) Ausnahmen bestehen für über 70-jährige Strafgefangene, Art. 729 Abs. 6 CPP, und für Verurteilte, die nicht mehr als vier Jahre zu verbüßen haben, wenn sie die elterliche Sorge für ein Kind unter 10 Jahren haben, das bei ihnen wohnt, soweit es sich nicht um Wiederholungstäter handelt, Art. 729-3 CPP. Nur in diesen beiden Fällen kann die bedingte 'Entlassung' schon vor Beginn der Vollstreckung für die gesamte Strafe beschlossen werden, Vgl. Desportes/Le Gunehec 2009, Rn. 1058; Duflo u.a., 2010, Rn. 466.

104) Desportes/Le Gunehec 2009, Rn. 1058.

105) in der gesetzlichen Definition der Art. 132-8, 132-9 und 132-10 CP.

Doppelte, längstens 20 Jahre, zu lebenslanger Freiheitsstrafe Verurteilte mindestens 18, unter den gesetzlichen Rückfallvoraussetzungen mindestens 22 Jahre verbüßt haben.

Seit 2010 muss bei lebenslanger Freiheitsstrafe vor der Entscheidung das Gutachten eines oder – bei bestimmten Delikten – zweier psychiatrischer Sachverständiger und die Stellungnahme der zuständigen 'multidisziplinären Kommission für Sicherungsmaßnahmen'¹⁰⁶⁾ eingeholt werden¹⁰⁷⁾.

c) Folgen

In der Entscheidung, mit der die bedingte Entlassung bewilligt wird, bestimmt das zuständige Strafvollstreckungsgericht die Bedingungen, unter denen der Verurteilte entlassen wird (z. B. Wohnsitz, Teilnahme an einer konkreten Ausbildungs- oder Behandlungsmaßnahme usw.) sowie die Maßnahmen der Unterstützung und Kontrolle, denen er unterliegt, und deren Dauer. Die möglichen Unterstützungs- und Kontrollmaßnahmen, unter denen der Strafvollstreckungsrichter die Auswahl hat, dienen gem. Art. 731 Abs. 1 S. 1 CPP dem Zweck, die Resozialisierung des Verurteilten zu fördern und zu überprüfen und sind in einer hierzu erlassenen Verordnung genannt (Art. D. 532 ff. CPP¹⁰⁸⁾). Gem. Art. 731-1 CPP können bestimmte Sexual- und Gewaltstraftäter während der Überwachungsphase auch einem *suivi socio-judiciaire*¹⁰⁹⁾ unterworfen werden und unter bestimmten Umständen mit

106) «*Commission pluridisciplinaire des mesures de sûreté*», COPMES. Mitglieder dieser Kommissionen, von denen es in Frankreich acht gibt (Duflo u.a., 2010, Rn. 279), sind ein Senatsvorsitzender des Oberlandesgerichts, der Präfekt des Verwaltungsbezirks, der Direktor der überörtlichen Einheit des Justizsozialdienstes, ein psychiatrischer Sachverständiger, ein psychologischer Sachverständiger, ein Vertreter einer Opferschutzvereinigung, ein Rechtsanwalt, Art. R. 61-8 Abs. 1 CPP.

107) zu weiteren einschränkenden Voraussetzungen bei als gefährlich eingeschätzten Sexual- und Gewaltstraftätern Vgl. Duflo u.a., 2010, Rn. 466.

108) z. B. die Verpflichtung, den Einbestellungen des Bewährungshelfers nachzukommen, ihm den Zutritt zur Wohnung zu erlauben, ihn über Veränderungen hinsichtlich Wohnort und Arbeitsstelle auf dem Laufenden zu halten, sowie Art. 132-44 CP, Verweis durch Art. D. 533 CPP.

einer elektronischen Fußfessel ausgestattet werden, die per GPS den jeweiligen Aufenthaltsort des Überwachten an die Überwachungsstelle funkt.

Die Dauer der Überwachungsphase muss ebenfalls in der Entlassungsentscheidung festgesetzt werden und darf gem. Art. 732 CPP bei zeitigen Freiheitsstrafen nicht kürzer sein als die verbleibende effektiv noch zu verbüßende Haftzeit (also unter Abzug der regelmäßigen Strafzeitreduzierungen) und nicht länger als die verbleibende effektive Haftzeit zuzüglich eines Jahres. Bei lebenslanger Freiheitsstrafe muss sie mindestens fünf Jahre betragen. In keinem Fall¹¹⁰⁾ darf sie länger als 10 Jahre sein, Art. 732 CPP.

Verstößt der Verurteilte gegen die Auflagen in der Entlassungsentscheidung oder begeht er während ihrer Dauer neue Straftaten, kann die Aussetzung der Reststrafe ganz oder teilweise¹¹¹⁾ widerrufen werden, Art. 733 Abs. 1 bis 3 CPP.

Wird die Aussetzung nicht widerrufen, ist die Entlassung endgültig; die Strafe gilt dann mit dem Tag der Entlassung als vollständig vollstreckt, Art. 733 Abs. 4 CPP.

d) Verfahren

Zuständig für die Entscheidungen betreffend die Bewilligung und den Widerruf der bedingten Entlassung ist der Strafvollstreckungsrichter (JAP), wenn es sich um die Verurteilung zu einer Freiheitsstrafe von höchstens 10 Jahre handelt oder wenn der Strafreist - auch bei ursprünglich längeren Freiheitsstrafen - nicht mehr als drei Jahre beträgt. Bei ursprünglich längeren Freiheitsstrafen als 10 Jahren ist das Strafvollstreckungsgericht (TAP) zuständig, wenn hiervon noch mehr als drei Jahre zu verbüßen wären, Art.

109) siehe oben III.3.

110) Eine Ausnahme wurde diesbezüglich 2010 für als besonders gefährlich einschätzte, rückfallgeneigte Täter schwerster Verbrechen eingeführt, die zu einer lebenslangen Freiheitsstrafe verurteilt wurden: Unter engen Bedingen und in einem hier - wegen der bislang fehlenden praktischen Relevanz - nicht näher darzustellenden Verfahren kann die Überwachungszeit noch um zwei Jahre verlängert werden, Art. 732-1 CPP.

111) Desportes/Le Gunehec 2009, Rn. 1061.

730 Abs. 1 und 2 CPP¹¹²⁾.

Nach Ablauf der Mindestverbüßungsphase hat das zuständige Vollstreckungsgericht einmal jährlich - ohne mündliche Verhandlung - zu prüfen, ob eine bedingte Haftentlassung in Betracht kommen könnte, Art. 730 Abs. 3 CPP, und gegebenenfalls eine mündliche Verhandlung anzuberaumen. Der Verurteilte kann nach Ablauf der Mindestverbüßungszeit jederzeit den Antrag auf bedingte Entlassung stellen. Der zuständige Strafvollstreckungsrichter (JAP) muss innerhalb einer Frist von vier Monaten, das Strafvollstreckungsgericht (TAP) innerhalb einer Frist von sechs Monaten eine Verhandlung zur Entscheidung über diesen Antrag anberaumen, Art. D. 524 CPP. Tut es dies nicht, kann der Verurteilte eine Art Untätigkeitsbeschwerde bei der Berufungskammer, der *chambre de l'application des peines* beim Oberlandesgericht, einreichen.

Die Entscheidungen werden aufgrund mündlicher, kontradiktorischer Verhandlung gem. Art. 712-6, 712-7 CPP getroffen. Der Gefangene wird hierbei von einem Rechtsanwalt verteidigt¹¹³⁾. Gem. Art. 730 Abs. 4 CPP kann seit 2009 auf Antrag auch der Rechtsanwalt des Geschädigten an der Verhandlung teilnehmen.

Auch wenn das TAP die Entlassungsentscheidung getroffen hat, obliegt die Überwachung des Gefangenen während der bedingten Entlassung dem Strafvollstreckungsrichter (JAP), der hierbei vom Justizsozialdienst (SPIP) und gegebenenfalls zugelassenen selbständigen Organisationen unterstützt wird, Art. 731 Abs. 2 CPP. Der JAP kann die in der Entlassungsentscheidung getroffenen Auflagen jederzeit abändern. Wenn es sich um eine Entscheidung des TAP handelt, kann er die Akte auch dem TAP zur Entscheidung über eine von ihm für nötig befundene Änderung vorlegen, Art. 732 Abs. 4 CPP.

Bei kurzen (Rest-)Freiheitsstrafen kann die bedingte Entlassung auch im vereinfachten Verfahren nach Art. 723-19 ff. CPP bewilligt werden¹¹⁴⁾.

112) Durch ein am 10.08.2011 verkündetes Gesetz haben sich hier Änderungen ergeben, die aber überwiegend erst am 01.01.2012 und nur versuchsweise in bestimmten Gerichtsbezirken in Kraft treten werden. Vgl. zu diesem Gesetz unten VI.

113) Duflo u.a., 2010, Rn. 470.

e) Praktische Bedeutung

Obwohl die bedingte Entlassung von vielen Autoren als das Kernstück der Anpassung der Strafvollstreckung an die persönliche Entwicklung des Verurteilten (Individualisierung) und somit einer an den Strafzwecken der Resozialisierung und Rückfallverhütung ausgerichteten Strafrechtspflege angesehen wird, ist die praktische Bedeutung eher gering. Insgesamt wurde 2006 nur bei 6,3% aller Strafen eine bedingte Entlassung bewilligt¹¹⁵⁾. Bei den hochspezialisierten Strafvollstreckungsgerichten, die für die Langstrafenvollstreckung in den großen nationalen Haftzentren zuständig sind, wird die bedingte Entlassung dagegen häufiger praktiziert¹¹⁶⁾.

1.3. Die Vollstreckung unbedingter Freiheitsstrafen außerhalb der Justizvollzugsanstalt

Das französische Strafvollstreckungsrecht sieht verschiedene Möglichkeiten vor, eine Freiheitsstrafe ganz oder teilweise außerhalb der Gefängnismauern zu vollstrecken, für deren Anordnung jeweils der JAP zuständig ist.

a) Die Außenunterbringung

Gem. Art. 132-25 CP und 723 Abs. 1 CPP i. V. m. Art. D. 126-136 CPP kann der Gefangene seine Strafe auch außerhalb der Justizvollzugsanstalt verbüßen, so genanntes *placement à l'extérieur*, PE. Voraussetzung ist, dass er während dieser Zeit einer Beschäftigung nachgeht. Der Aufenthalt außerhalb der Anstalt kann für bestimmte Stunden des Tages, aber auch für Wochen und Monate – inklusive der Nächte – erlaubt werden. Er kann unter der Bedingung stehen, dass der Verurteilte dauernd von Gefängnispersonal überwacht wird, aber auch keine oder nur eine sozialarbeiterische oder

114) siehe oben II.2.3.

115) Faucher 2007, S. 128, bei Fn. 6 m. w. N.

116) Vgl. Laflaquière 2007, 151: Von den Gefangenen im *Centre de Détention* de Muret, Département Haute Garonne, werden über die Hälfte bedingt entlassen.

ehrenamtliche Begleitung erlauben. Die Lockerungsmaßnahme ist abzugrenzen von konkreten Arbeiten außerhalb der Anstalt wie z. B. der Pflege der Grünanlagen um das Gefängnis herum. Über das kurzfristige, überwachte Verlassen der Vollzugsanstalt zur Erledigung dieser Arbeiten (so genannte *corvées extérieures*) entscheidet der Leiter der Vollzugsanstalt in eigener Kompetenz¹¹⁷⁾.

Die konkrete Ausgestaltung dieser Lockerungsmaßnahme hängt stark vom Engagement örtlicher Organisationen ab, die entsprechende Beschäftigungsangebote für Strafgefangene zur Verfügung stellen¹¹⁸⁾.

Die Außenunterbringung kann nach einer erheblichen Ausweitung der Anordnungsvoraussetzungen im Jahr 2009 mittlerweile für alle Gefangenen bewilligt werden, die zu einer unbedingten Freiheitsstrafe von nicht mehr als zwei Jahren verurteilt wurden oder nur noch eine effektive Reststrafe von nicht mehr als zwei Jahren zu verbüßen haben (jeweils ein Jahr für Rückfalltäter in der gesetzlichen Definition der Art. 132-8 ff. CP), Art. 723-1 Abs. 1 CPP. Auch kann sie als Vorbereitungsmaßnahme für eine bedingte Entlassung angeordnet werden, Art. 723-1 Abs. 2 CPP.

Zuständig ist grundsätzlich der Strafvollstreckungsrichter (JAP), der aufgrund einer mündlichen Verhandlung gem. Art. 712-6 CPP entscheidet. Er überwacht den Ablauf der Maßnahme, ändert erforderlichenfalls die Bedingungen und widerruft die Bewilligung der Außenunterbringung im Fall des Missbrauchs

117) Duflo u.a., 2010, Rn. 444.

118) Vgl. die Beispiele bei Duflo u.a., 2010, Rn. 445: Projekt in Südfrankreich: Während der Zeit des Projekts schläft eine Gruppe von Gefangenen von montags bis freitags in der örtlichen Haftanstalt (*maison d'arrêt*) und ist unter Aufsicht des gemeinnützigen Vereins mit Waldarbeiten beschäftigt, die der Waldbrandverhütung dienen; Projekt in der Auvergne: Ein von einer gemeinnützigen Einrichtung betriebener Bauernhof nimmt für eine Woche (Tag und Nacht) 15 - 20 Gefangene auf, denen landwirtschaftliche Kompetenzen im Hinblick auf eine eventuelle berufliche Perspektive nach der Entlassung beigebracht werden; die nationale Gefängnisverwaltung hat Absprachen mit der französischen Schienenverkehrsgesellschaft und der staatlichen Gewässerverwaltung geschlossen, die die Beschäftigung von Gefangenen mit einfachen Arbeiten vorsehen usw. Auch stationäre Suchtbehandlung oder andere medizinische Behandlungen können im Wege der Außenunterbringung durchgeführt werden.

nach den oben dargestellten Regeln.

Die Maßnahme kann unter den Voraussetzungen der Art. 723-19 ff. CPP auch im vereinfachten Verfahren bewilligt werden¹¹⁹⁾.

Die Außenunterbringung wird zunehmend häufiger bewilligt, ist aber immer noch nicht entscheidend praxisrelevant. Im Jahr 2009 wurden 1.005 Außenbringungen bewilligt (bei insgesamt 50.470 Strafgefangenen ein Prozentsatz von knapp 2%), nach lediglich 515 Bewilligungen im Jahr 2005¹²⁰⁾. Am 1. Juni 2010 befanden sich insgesamt 1.064 Gefangene in der Außenunterbringung, davon 640 ohne jeden Aufenthalt in einer Strafvollzugsanstalt, 424 mit Unterbringung im Gefängnis außerhalb der Beschäftigungszeiten¹²¹⁾.

b) Die Halbfreiheit

Die Vollzugsart der so genannten *semi liberté* (Halbfreiheit) bedeutet gem. Art. 132-26 CP und Art. D. 137 f. CPP, dass der Verurteilte die Haftanstalt verlassen kann, um zu arbeiten, eine Fortbildung oder medizinische Behandlung durchzuführen, einen wesentlichen Beitrag zum Familienleben zu leisten oder an anderen Aktivitäten teilzunehmen, die seiner Resozialisierung dienen. In der Praxis wird sie meist in der Form durchgeführt, dass Verurteilte mit einer Arbeitsstelle das Gefängnis werktags morgens verlassen und abends sowie für das Wochenende zurückkehren¹²²⁾. Sie kann nur in hierfür vorgesehenen Vollzugsanstalten oder -Abteilungen vollstreckt werden¹²³⁾.

Die Voraussetzungen und das Verfahren für die Anordnung und den Widerruf der Halbfreiheit entsprechen denen für die Außenunterbringung. Hierauf wird daher verwiesen. Die Anzahl der in dieser Vollzugsart untergebrachten Gefangenen ist ebenfalls beschränkt: Am 01.06.2010 waren es

119) siehe oben II.2.3.

120) Rapport ONDRP 2010, S. 380.

121) Tournier 2010b, S. 387.

122) Desportes/Le Gunehec 2009, Rn. 963.

123) Duflo u.a., 2010, Rn. 443.

von 45.714 tatsächlich in einer Vollzugsanstalt lebenden Strafgefangenen 1.848, also ca. 4 %.

c) Der elektronisch überwachte Hausarrest

Seit 1997 kannunbedingte Freiheitsstrafe auch ganz oder teilweise im Wege des elektronisch überwachten Hausarrestes verbüßt werden (*placement sous surveillance électronique*, PSE), Art. 132-26-1 ff. CP, 723-7 ff. CPP, Art. D. 121 ff. CPP und Art. R. 57.10 ff. CPP.

Praktisch bedeutet dies, dass der Verurteilte einen elektronischen Sender am Hand- oder Fußgelenk trägt, der über einen in der Wohnung des Verurteilten installierten und mit dem Festnetztelefon verbundenen Empfänger regelmäßig Signale an ein von der Gefängnisverwaltung betriebenes Überwachungszentrum sendet. Der Verurteilte darf die Wohnung nicht oder nur zu bestimmten, ihm auferlegten Zeiten (z. B. zur Ausübung einer Berufstätigkeit o. ä.) verlassen. Diese Zeiten werden in der elektronischen Überwachungseinrichtung gespeichert. Verlässt der Verurteilte zu anderen Zeiten die Wohnung oder entfernt er den Sender von seinem Körper, wird ein Warnsignal ausgesendet. Ein Angestellter des Überwachungszentrums überprüft dann telefonisch, ob der Verurteilte sich in seiner Wohnung aufhält. Dauert die außerplanmäßige Abwesenheit mehr als eine Stunde, ohne dass der Verurteilte Kontakt mit dem Überwachungszentrum hatte, wird angenommen, er sei geflüchtet¹²⁴⁾. Der zuständige Mitarbeiter des Überwachungszentrums informiert sofort per Fax oder Telefon das für den Verurteilten zuständige Gefängnis, das die entsprechenden Maßnahmen einleitet und die Staatsanwaltschaft informiert. Klärt sich eine Verspätung durch telefonische Rücksprache mit dem Verurteilten, erstellt der Mitarbeiter des Überwachungszentrums dennoch einen Vorfallsbericht, den er dem Justizsozialdienst übersendet¹²⁵⁾.

Voraussetzung für die Bewilligung dieser Vollstreckungsart außerhalb der Gefängnismauern ist seit einer deutlichen Erweiterung des

124) Art. D. 125 CPP.

125) Duflo u.a., 2010, Rn. 459.

Anwendungsbereichs im Jahr 2009, dass der Betroffene zu einer unbedingten Freiheitsstrafe von nicht mehr als zwei Jahren verurteilt wurde bzw. nach Teilverbüßung nicht mehr als zwei Jahre effektive Reststrafe offen sind¹²⁶⁾, Art. 723-7 CPP (für Wiederholungstäter jeweils ein Jahr). Darüber hinaus kann die Vollstreckung der Freiheitsstrafe im elektronisch überwachten Hausarrest auch bei längeren Reststrafzeiten als Voraussetzung für eine bedingte Entlassung angeordnet werden, Art. 723-7 Abs. 2 CPP. Sie darf dann nicht länger als ein Jahr dauern und frühestens ein Jahr vor Ende der Mindestverbüßungszeit¹²⁷⁾ angeordnet werden.

Der Verurteilte muss zu dieser Maßnahme seine ausdrückliche Einwilligung geben. Er hat das Recht, dass ihm für diese Entscheidung ein Rechtsanwalt beigeordnet wird. Hierüber muss er informiert werden, Art. 132-26-1 Abs. 3 CP.

Die Anordnung und die - ganze oder teilweise - Entziehung der Bewilligung der elektronischen Überwachung (Art. 723-13 CPP) steht grundsätzlich in der Kompetenz des Strafvollstreckungsrichters, der aufgrund einer mündlichen Verhandlung durch Urteil gem. Art. 712-6 CPP oder im vereinfachten Verfahren nach Art. 723-19 ff. CPP entscheidet. Die Bewilligung kann mit verschiedenen Auflagen und Weisungen versehen werden, die denen bei der bedingten Entlassung entsprechen, Art. 723-10 CPP, und je nach Verlauf auch modifiziert werden können, Art. 723-11 CPP. Im Fall des Widerrufs der Bewilligung verbüßt der Verurteilte den widerrufenen Teil der Strafe in der JVA, wobei die im Hausarrest verbrachten Tage als Haftzeit angerechnet werden, Art. 723-13 Abs. 2 CPP.

Der elektronisch überwachte Hausarrest stellt in Frankreich mittlerweile die am häufigsten verwendete Form der Vollstreckungsanpassung (*aménagement de peine*) dar: Am Stichtag des 01.06.2010 befanden sich von allen 52.039 Personen, an denen zu diesem Zeitpunkt eine unbedingte Freiheitsstrafe vollstreckt wurde, 5.685 und somit ca. 11% in dieser Maßnahme. Von allen Vollstreckungsanpassungen unbedingter Freiheitsstrafen macht der

126) bislang jeweils ein Jahr.

127) siehe oben IV.1.2.b).

placement sous surveillance électronique zwei Drittel aus, von den Vollstreckungsanpassungen außerhalb der Gefängnismauern sogar 90%¹²⁸⁾.

In dem Bestreben, diese Vollstreckungsform noch häufiger anzuwenden und hierdurch das Problem der Überbelegung der Haftanstalten zu reduzieren, wurde 2009 eine neue Verfahrensweise für ihre Anordnung die Strafprozessordnung aufgenommen: Gem. Art. 723-28 CPP kann unter bestimmten Bedingungen der Direktor des zuständigen Justizsozialdienstes unter der Aufsicht der Staatsanwaltschaft die Vollstreckung im Wege des elektronisch überwachten Hausarrest selbst - ohne vorherige Bestätigung durch den Strafvollstreckungsrichter - anordnen. Die begleitenden Auflagen und Weisungen setzt in diesem Fall die Staatsanwaltschaft fest. Diese Verfahrensweise soll systematisch immer dann zur Anwendung kommen, wenn der Gefangene wegen eines Vergehens zu einer Freiheitsstrafe von nicht mehr als fünf Jahren verurteilt worden war, nur noch vier Monate seiner Freiheitsstrafe effektiv zu verbüßen hat und bislang keine Vollstreckungsanpassungen für seine Strafe angeordnet wurden¹²⁹⁾. Ausscheiden soll die Anordnung des elektronisch überwachten Hausarrestes in diesen Fällen nur, wenn seine Durchführung tatsächlich nicht möglich ist¹³⁰⁾, der Betroffene die Maßnahme verweigert oder sie mit seiner Persönlichkeit im Hinblick auf die Gefahr eines Rückfalls nicht vereinbar ist. Wenn die Vollzugsverwaltung dem Gefangenen die Maßnahme nicht ermöglicht, obwohl die Negativkriterien nicht erfüllt sind, kann der Gefangene beim Strafvollstreckungsrichter ihre Anordnung im mündlichen Verfahren gem. Art. 712-6 CPP beantragen. Diese Verfahrensweise wird erst seit Erlass der Umsetzungsverordnung vom 27.10.2010 praktiziert.

128) Tournier 2010b, S. 388.

129) hierzu zählen nicht die Strafzeitreduzierungen.

130) z. B. bei Obdachlosen, die auch keinen Platz in einer betreuten Wohneinrichtung oder einem Straftlassenheim finden.

d) Die Suspendierung und Aufteilung der Strafvollstreckung in Abschnitte

Art. 720-1 und 720-1-1 CPP regeln die Möglichkeit, die Vollstreckung einer Freiheitsstrafe im Vergehensbereich vorübergehend zu suspendieren oder in Abschnitte aufzuteilen. Der Anwendungsbereich wurde 2009 erheblich erweitert¹³¹⁾ : Die Suspendierung oder Aufteilung der Vollstreckung in Abschnitte kann nunmehr für jeden Gefangenen bewilligt werden, der wegen eines Vergehens verurteilt worden ist und nur noch maximal zwei Jahre effektiv¹³²⁾ zu verbüßen hat. Voraussetzung ist, dass es für die Suspendierung oder Aufteilung einen Grund¹³³⁾ medizinischer, familiärer, beruflicher oder sozialer Art gibt, dass sich die Vollstreckungsdauer durch die Suspendierung oder Fraktionierung nicht auf mehr als vier Jahre ausdehnt und dass bei einer Aufteilung in Abschnitte kein Vollstreckungsabschnitt kürzer als zwei Tage ist.

Zuständig für die Bewilligung dieser Vollzugsanpassung ist der Strafvollstreckungsrichter (JAP) in der Verfahrensweise gem. Art. 712-6 CPP (Urteil nach mündlicher Verhandlung)¹³⁴⁾. Sie kommt z. B. in Betracht, wenn der in Freiheit lebende Ehepartner erkrankt und die Kinder betreut werden müssen, wenn für eine in Aussicht genommene Arbeitsstelle nach der Entlassung eine mehrwöchige Probezeit absolviert werden muss u.a.¹³⁵⁾. Das Gericht kann in der Entscheidung Auflagen für das Verhalten außerhalb der Anstalt erteilen, Art. 720-1 Abs. 1 S. 3 CPP.

Gem. Art. 720-1-1 CPP kann für jede Art der Freiheitstrafe, also im Verbrechens- oder Vergehensbereich, auch jederzeit eine unbefristete Suspendierung der Vollstreckung beschlossen werden, wenn der Angeklagte lebensbedrohlich erkrankt ist oder sonst sein Gesundheitszustand eine Inhaftierung auch im Vollzugskrankenhaus nicht zulässt. Hierfür ist der

131) Bislang wurde von dieser Möglichkeit selten Gebrauch gemacht, Vgl. Duflo u.a., 2010, Rn.

132) also nach Abzug der automatischen und zusätzlich bewilligten Strafzeitreduzierungen.

133) bis 2009 musste es ein schwerwiegender Grund sein.

134) Im vereinfachten Verfahren nach Art. 723-19 ff. CPP kann diese Vollstreckungserleichterung nicht angeordnet werden.

135) Duflo u.a., 2010, Rn. 463.

Strafvollstreckungsrichter zuständig, wenn die verhängte Strafe 10 Jahre nicht übersteigt oder bei längeren Strafen nicht mehr als drei Jahre effektiv noch zu verbüßen sind. Bei längeren (Rest-)Freiheitsstrafen ist das Strafvollstreckungsgericht in der Kollegialbesetzung (TAP) zuständig. Entschieden wird jeweils nach mündlicher, kontradiktorischer Verhandlung gem. Art. 712-6 und 712-7 CPP.

e) Ausgang

Art. 723-3 CPP i. V. m. Art. D. 118 f. und D. 142 ff. CPP sehen vor, dass dem Angeklagten gestattet werden kann, die Justizvollzugsanstalt für Stunden oder auch mehrere Tage zu konkreten Zwecken zu verlassen, um seine Wiedereingliederung beruflicher oder sozialer Art vorzubereiten, seine familiären Bindungen zu stärken oder Anwesenheitspflichten nachzukommen. Gem. Art. D. 143 ff. CPP können z. B. mehrtägige unüberwachte Familienbesuche als Ausgang bewilligt werden. Das Gesetz sieht keine Einschränkungen auf bestimmte Strafarten oder (Rest-)Straflängen vor¹³⁶). In Ausnahmefällen kann jedem Verurteilten ein vom Vollzugspersonal überwachter Ausgang bewilligt werden, Art. 723-6 CPP.

Zuständig für die Bewilligung des Ausgangs ist der Strafvollstreckungsrichter, der hierüber im schriftlichen Verfahren nach Anhörung der Strafvollstreckungskommission gem. Art. 712-5 CPP entscheidet. Er kann gem. Art. 723-4 CPP dem Gefangenen für die Zeit des Ausgangs Auflagen bezüglich seines Aufenthaltsortes und seines Verhaltens erteilen. Wenn der Gefangene während des Ausgangs eine Straftat begeht, kann der JAP die vorher bereits eingetretenen automatischen Strafzeitreduzierungen nachträglich entziehen, Art. 723-5 CPP.

136) außer für Wiederholungstäter gem. der gesetzlichen Definition der Art. 132-8, 132-9 und 132-10 CP, Vgl. hierzu im Einzelnen Duflo u.a., 2010, Rn. 439.

1.4. Einschränkung der Modifizierung von unbedingten Freiheitsstrafen bei Anordnung von “Sicherungszeit”

Sämtliche dargestellten Maßnahmen, die mit unbewachtem Ausgang aus dem Gefängnis verbunden sind, sind während des Laufs einer so genannten *période de sûreté*, der Sicherungszeit, ausgeschlossen, Art. 132-23 CP und Art. 720-2 ff. CPP¹³⁷⁾. Die *période de sûreté* tritt bei bestimmten, schwersten Straftaten ipso iure ein, wenn der Täter zu einer Freiheitsstrafe von mindestens 10 Jahren verurteilt wurde, Art. 132-23 Abs. 1 CP. Zudem kann das erkennende Gericht sie immer dann anordnen, wenn es eine Freiheitsstrafe von fünf Jahren oder mehr ohne Bewährung verhängt, Art. 132-23 Abs. 3 CP. Die Sicherungszeit dauert mindestens die Hälfte der verhängten Strafe bzw. 18 Jahre bei lebenslänglichen Freiheitsstrafen, wenn das erkennende Gericht sie nicht ausdrücklich bis zu einer Dauer von zwei Dritteln der verhängten Strafe, u. U. bis zu 30 Jahren oder sogar lebenslänglich verlängert hat, Art. 132-23 Abs. 2 CP. Sie kann nachträglich in Ausnahmefällen aufgehoben und verkürzt werden, wenn der Gefangene ernsthafte Anstrengungen zu seiner Resozialisierung belegen kann. Zuständig für diese Entscheidung ist das Strafvollstreckungsgericht in Kollegialbesetzung (TAP), Art. 720-4, 712-7 CPP, allerdings nicht vor Ablauf von 20 Jahren, wenn die Sicherungszeit auf 30 Jahre angehoben wurde, und nicht vor 30 Jahren, wenn sie im Urteil für die Dauer der lebenslänglichen Freiheitsstrafe angeordnet wurde.

1.5. Die Vollstreckung kürzerer unbedingter Freiheitsstrafen ohne Inhaftierung

Die Vollstreckung kürzerer unbedingter Freiheitsstrafen kann von Anfang an auf Vollstreckungsvarianten außerhalb des geschlossenen Vollzugs hin ausgerichtet werden¹³⁸⁾, Art. 723-15 ff. CPP. Hiermit soll einerseits die entsozialisierende Wirkung der Vollstreckung kurzer Freiheitsstrafen verringert, andererseits der Überbelegung der Justizvollzugsanstalten entgegen gewirkt

137) Vgl. Müller 2003, S. 344.

138) Vgl. Duflo u.a., 2010, Rn. 874.

werden¹³⁹⁾.

Gem. Art. 723-15 Abs. 1 CPP soll den Personen, die zum Zeitpunkt der Urteilsverkündung nicht inhaftiert sind¹⁴⁰⁾ und die zu einer Freiheitsstrafe von bis zu maximal zwei Jahren verurteilt wurden, im Rahmen des Möglichen und soweit es angesichts ihrer Persönlichkeit und Situation angemessen erscheint, von Beginn der Strafvollstreckung an der Freigang, die Suspendierung oder Aufteilung der Strafe oder der elektronisch überwachte Hausarrest bewilligt werden. Zudem erlaubt Art. 132-57 CP i. V. m. Art. 747-2 CPP es sogar, eine rechtskräftige Verurteilung zu einer unbedingten Freiheitsstrafe von maximal sechs Monaten nachträglich umzuwandeln in eine Freiheitsstrafe mit Bewährung und der Verpflichtung, gemeinnützige Arbeit¹⁴¹⁾ abzuleisten.

Die Anordnung dieser Maßnahmen obliegt gem. Art. 723-15 ff. CPP dem Strafvollstreckungsrichter, wenn sie nicht bereits das erkennende Gericht im Urteil vorgesehen hatte¹⁴²⁾. In den in Art. 723-15 Abs. 1 CPP genannten Fällen leitet die Staatsanwaltschaft die Vollstreckung solcher Urteile nicht selbst ein (indem sie die Inhaftierung des Angeklagten durch die Polizei in Auftrag gibt). Vielmehr wird der Angeklagte zunächst zum Strafvollstreckungsrichter einbestellt. Dies kann in der Praxis auf zweierlei Weise geschehen: Ist der Angeklagte in der Hauptverhandlung anwesend (was in Frankreich nicht notwendig der Fall ist¹⁴³⁾), bekommt er am Ende der Hauptverhandlung eine Einbestellung zum Vorstellungstermin beim Strafvollstreckungsrichter innerhalb der nächsten 30 Tage und zum Justizsozialdienst innerhalb der nächsten 45 Tage ausgehändigt (mit genauem Datum und Uhrzeit)¹⁴⁴⁾, Art.

139) Desportes/Le Gunehec 2009, Rn. 1063-4; Duflo u.a., 2010, Rn. 874.

140) Art. 707 Abs. 4 CPP erlaubt seit 2009 zusätzlich, Anpassungen der Strafvollstreckung von Beginn der Haft an auch gegenüber noch nicht rechtskräftig verurteilten, in Untersuchungshaft befindlichen Angeklagten anzuordnen.

141) zwischen 20 und 210 Stunden.

142) siehe oben III.2. a.E.

143) Vgl. zu den Möglichkeiten der Verurteilung in Abwesenheit Müller 2004, S. 64 ff.

144) In den letzten Jahren sind nahezu flächendeckend durch die Staatsanwaltschaften - Vgl. Duflo u.a., 2010, Rn. 876 - bei den Landgerichten so genannte *bureaux d'exécution des peines*, BEX, Strafvollstreckungsbüros, eingerichtet worden. Diese sollen der

474 CPP¹⁴⁵⁾. War der Angeklagte in der Hauptverhandlung nicht anwesend, übersendet nach Rechtskraft des Urteils die Staatsanwaltschaft dem örtlich zuständigen Strafvollstreckungsrichter (JAP) das Urteil und einen Auszug aus dem *casier judiciaire*, dem französischen Bundeszentralregister, sowie weitere ihr informativ erscheinende Unterlagen, Art. 723-15 Abs. 2 CPP. Der JAP lässt den Verurteilten dann von seinen Mitarbeitern einbestellen und auch zum Justizsozialdienst vorladen¹⁴⁶⁾. Wenn sich hieraus die Möglichkeit ergibt, dass die unbedingte Freiheitsstrafe von Anfang an außerhalb einer Vollzugsanstalt vollstreckt wird oder in eine Freiheitsstrafe mit Bewährung und Arbeitsauflage umgewandelt wird¹⁴⁷⁾, ordnet der JAP dies in einer mündlichen Hauptverhandlung gem. Art. 712-6 CPP an, Art. 723-15-1 Abs. 1 CPP. Wenn der JAP weitere Informationen über die Machbarkeit einer von ihm ins Auge gefassten Entscheidung benötigt, kann er einen zusätzlichen Bericht des Justizsozial-

Beschleunigung der Strafvollstreckung, aber auch der besseren Information der Verurteilten dienen. Ist ein solches BEX vorhanden, wird der Angeklagte am Ende der Hauptverhandlung vom Vorsitzenden oder vom Rechtspfleger, der das Verhandlungsprotokoll schreibt, aufgefordert, zu diesem Büro zu gehen und sich dort die weiteren Schritte erklären zu lassen. Der im BEX tätige Rechtspfleger bekommt von dem protokollführenden Rechtspfleger zugleich den Urteilstenor und den Namen des Angeklagten gemailt, so dass er bereits über die wesentlichen Umstände informiert ist, wenn der Angeklagte bei ihm erscheint. Das Aufsuchen des BEX ist für den Angeklagten keine Pflicht; in der Regel kommen die Angeklagten der Aufforderung aber nach, um sich in größerer Ruhe und nichtöffentlich über ihre Situation informieren zu können, Vgl. mit ausführlicher Beschreibung der Arbeitsweise der BEX Clément 2009, 142 ff.; Duflo u.a., 2010, Rn. 877.

Wenn kein BEX existiert oder nicht besetzt ist, z. B. weil die Hauptverhandlung nach 19.00 Uhr geendet hat, händigt der Vorsitzende des Strafgerichts dem Angeklagten die Einbestellung zum JAP aus.

145) Legt der Angeklagte Berufung ein, muss er der Einbestellung keine Folge leisten, da das Urteil dann noch nicht vollstreckbar ist, Vgl. Duflo u.a., 2010, Rn. 877 zu Ausnahmen Vgl. Desportes/Le Gunehec 2009, 1035.

146) Die im neuen Art. 723-15 CPP hierfür vorgesehenen Fristen von ebenfalls 30 und 45 Tagen sind mangels Anwendungsdekret noch nicht umgesetzt, Duflo u.a., 2010, Rn. 878.

147) oder dass einer der Ausnahmefälle für eine bedingte 'Entlassung' bereits vor Strafantritt vorliegt, siehe oben IV.1.2.b).

dienstes in Auftrag geben, Art. 723-15-1 Abs. 2 CPP. Scheidet eine Modifizierung oder Umwandlung aus, weil der Verurteilte sie nicht wünscht oder die Sache nach den Umständen des Falles hierfür nicht geeignet erscheint, ordnet der Strafvollstreckungsrichter den Strafantritt in der Vollzugsanstalt zu einem bestimmten Datum an, Art. 723-15-2 Abs. 1 CPP. Tritt der Verurteilte die Haft nicht zu diesem Datum freiwillig an, informiert der JAP die Staatsanwaltschaft, die dann die Strafe vollstrecken lässt, indem sie den Verurteilten von der Polizei inhaftieren und dem Gefängnis zuführen lässt, Art. 723-15-2 Abs. 3 CPP.

Wenn der JAP nicht innerhalb von vier Monaten über die Art der Vollstreckung entschieden hat, kann die Staatsanwaltschaft die Vollstreckung selbst einleiten (Art. 723-15-2 Abs. 2 CPP)¹⁴⁸⁾. Ausnahmsweise kann sie von der vorherigen Befassung des Strafvollstreckungsrichters absehen und die Strafvollstreckung sofort selbst einleiten, wenn Flucht- oder Wiederholungsgefahr besteht oder der Angeklagte in einem weiteren Verfahren inhaftiert ist, Art. 723-16 CPP.

1.6. Exkurs: Entscheidungen bezüglich der Vollstreckung unbedingter Freiheitsstrafen, die nicht in der Kompetenz der Strafvollstreckungsgerichte liegen

Wie dargestellt, sind bei der Vollstreckung unbedingter Freiheitsstrafen grundsätzlich die Strafvollstreckungsgerichte für sämtliche Entscheidungen im Zusammenhang mit dem Verlassen des Gefängnisses vor Ende der Strafzeit zuständig. Es entstehen aber im Laufe der Vollstreckung von Strafurteilen auch Situationen, die nicht ihrer Kompetenz unterliegen. Auch diese sind aber mittlerweile weitgehend richterlicher Kontrolle zugänglich.

a) Gem. Art. 710 CPP sind Streitigkeiten, die die Vollstreckung von

148) Wenn der JAP aber nach Ablauf der 4-Monats-Frist noch entscheidet, ist seine Entscheidung wirksam und geht der Vollstreckungseinleitung durch die Staatsanwaltschaft vor (Cour de Cassation, Entscheidung vom 01.03.2006, AJ Pénal 2006, 224 m. A. Herzog-Evans).

Strafurteilen betreffen, vor dem erkennenden Gericht auszutragen. Hiermit sind - in Abgrenzung zur Zuständigkeit der Strafvollstreckungsgerichte - insbesondere Zweifel oder Streitigkeiten über die Auslegung von Strafurteilen gemeint, aber auch z. B. über die der Staatsanwaltschaft obliegende Berechnung der tatsächlich zu verbüßenden Strafzeiten¹⁴⁹⁾.

- b) Von größerer praktischer Bedeutung ist die Frage des Rechtsschutzes des Gefangenen gegen die Entscheidungen der Vollzugsverwaltung während des Vollzugs unbedingter Freiheitsstrafen. Dies betrifft insbesondere Disziplinarmaßnahmen. Lange Zeit wurden die von der Vollzugsverwaltung in eigener Kompetenz getroffenen Entscheidungen als interne Maßnahmen angesehen, gegen die dem Gefangenen kein Rechtsmittel zusteht. Dies hat sich seit Mitte der 90er Jahre aufgrund der Rechtsprechung des *Conseil d'État*¹⁵⁰⁾ geändert: Seit dessen wegweisender Entscheidung vom 17.02.1995 ist anerkannt, dass auch vollzugsinterne Maßnahmen der Gefängnisverwaltung gegenüber dem Gefangenen dessen Rechte beeinträchtigen können (*faire grief*), rechtswidrig sind, wenn sie ohne Rechtsgrundlage erfolgen (so genannter *excès de pouvoir*, Kompetenzüberschreitung) und dies für den Gefangenen gerichtlich überprüfbar sein muss.

Die verwaltungsgerichtliche Kontrolle von Entscheidungen der Gefängnisverwaltung verdichtet sich seitdem mehr und mehr¹⁵¹⁾. Für Disziplinarentscheidungen ist sie umfassend gegeben¹⁵²⁾. Gegen andere, seine Stellung verschlechternde Maßnahmen kann der Angeklagte ebenfalls Rechtsschutz bei den Verwaltungsgerichten beantragen¹⁵³⁾. Allerdings ist für den Gefangenen nicht immer vorhersehbar, ob das Verwaltungsgericht seinen Antrag für

149) Cour de cassation, Urteil vom 31.10.2006, RSC 2007, 357 m. A. Poncela.

150) entspricht ungefähr dem deutschen Bundesverwaltungsgericht.

151) Vgl. zur Entwicklung der verwaltungsgerichtlichen Rechtsprechung in diesem Bereich insbesondere unter dem Einfluss der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte Rey-Bethbeder 2007, 55 ff.

152) Céré 2010, 213 ff.

153) z. B. gegen eine Trennungsanordnung bei Besuchen aus präventiven Gründen, Vgl. Février 2007, 17.

zulässig halten und in eine inhaltliche Prüfung der Maßnahme eintreten wird oder ob es die konkret angegriffene Maßnahme doch als eine interne Regelung ansehen wird, die keiner Kontrolle unterliegt. So kann ein Gefangener nicht jeden Transport von einem Gefängnis in das andere überprüfen lassen¹⁵⁴⁾, sondern muss darlegen, dass hierdurch in besonderer Weise in seine Rechte eingegriffen wurde¹⁵⁵⁾.

2. Die Vollstreckung von bedingten Freiheitsstrafen sowie von Alternativ- und Zusatzstrafen (*milieu ouvert*)

Bei der Vollstreckung bedingter Freiheitsstrafen und von Alternativ- oder Zusatzstrafen ist der Strafvollstreckungsrichter zuständig, wenn die Strafe mit einer Kontrolle und/oder Betreuung des Verurteilten verbunden ist bzw. sein kann.

In allen diesen Fällen kann er im Laufe der Zeit die vom erkennenden Gericht verhängten Auflagen und Weisungen und die hierfür bewilligten Fristen abändern; auch kann er Vorführungsbefehle erlassen, um des Verurteilten habhaft zu werden.

Dies betrifft

- den Strafaufschub mit Bewährungsaufgaben oder Verhaltensanweisung, Art. 132-63, 132-66 CP und Art. 747-3 f. CPP
- die bedingte Freiheitsstrafe mit Bewährungs- oder Arbeitsaufgabe (dagegen nicht die Freiheitsstrafen mit so genannter einfacher Bewährung)
- die gemeinnützige Arbeit als Hauptstrafe, Art. 131-8 ff. 131-22 CP und 733-1 ff. CPP
- den *suivi socio-judiciaire*, die soziale und gerichtliche Begleitung, zu der Sexualstraftäter als Haupt- oder Nebenstrafe verurteilt werden können, Art. 131-36-1 ff. CP, 763-1 ff. CPP, Code de Santé public (Gesetz über

154) Gem. Art. 717-1-1 CPP muss im Übrigen die Gefängnisverwaltung vor der Verlegung eines Gefangenen den JAP anhören.

155) Vgl. zu Einzelfällen der Rspr. zu Verlegungen Céré 2010, 217.

das Gesundheitswesen) Art. L 3711 und R. 3711.

- das Aufenthaltsverbot an bestimmten Orten gem. Art. 131-31 CP, 762-1 ff. und D. 571-1 CPP. Der Strafvollstreckungsrichter kann hier zwar die Liste der verbotenen Orte verändern und das Aufenthaltsverbot vorübergehend außer Kraft setzen. Die vorzeitige Aufhebung des Aufenthaltsverbots steht aber nicht ihm, sondern dem erkennenden Gericht zu, das das Aufenthaltsverbot verhängt hat, Art. 702-1 CPP. Verstößt der Verurteilte gegen die bezeichneten Verbote, stellt dies eine neue Straftat dar, wegen der er im Schnellverfahren mitvorausgehender Inhaftierung angeklagt werden kann. Die Festsetzung einer Freiheitsstrafe bereits vorab durch das erkennende Gericht ist in diesem Fall nicht zulässig¹⁵⁶⁾.

In vielen Fällen steht dem Strafvollstreckungsrichter auch das Recht zu, im Fall des Verstoßes des Verurteilten gegen seine Verpflichtungen die gesetzlich vorgesehene Sanktion, häufig die Vollstreckung einer Freiheitsstrafe, anzuordnen. In diesen Fällen kann der Strafvollstreckungsrichter jeweils auch einen Haftbefehl gegen den Verurteilten erlassen, wenn die jeweils hierfür vorgesehenen Bedingungen vorliegen (i. d. R., wenn der Aufenthalt des Verurteilten unbekannt ist).

Dies betrifft

- die bedingte Freiheitsstrafe mit Bewährungs- oder Arbeitsauflage. Hier kann der Strafvollstreckungsrichter die Vollstreckungsaussetzung ganz oder teilweise widerrufen und die Inhaftierung anordnen, wenn der Verurteilte den erteilten Auflagen nicht nachkommt bzw. die Arbeitsstunden schuldhaft nicht ableistet. Vollstreckt wird dann die vom erkennenden Gericht verhängte Freiheitsstrafe, gegebenenfalls teilweise. Diese wird nach denselben Regeln angepasst und modifiziert wie eine von vornherein unbedingt verhängte Freiheitsstrafe.
- die Verurteilungen zu Alternativstrafen, wenn das erkennende Gericht bereits im Urteil die Höhe der Geld- oder Freiheitsstrafe festgesetzt hat,

156) Vgl. Duflo u.a., 2010, Rn. 68.

die zu vollstrecken sind, falls der Verurteilte die ambulante Sanktion nicht erfüllt¹⁵⁷⁾. Hat das erkennende Gericht diese Folge nicht bereits im Urteil festgesetzt, kann der Strafvollstreckungsrichter lediglich einen Bericht über die Verweigerung der Erledigung der Alternativstrafe durch den Verurteilten an die Staatsanwaltschaft schicken, die dann ein neues Ermittlungsverfahren gegen ihn wegen der entsprechenden Straftat (Nichtableistung auferlegter Alternativsanktionen) einleitet.

In manchen Fällen kann der Strafvollstreckungsrichter die verhängte ambulante Sanktion unter Durchbrechung der Rechtskraft durch eine andere ersetzen. So kann er nach Durchführung einer mündlichen Verhandlung gem. Art. 712-6 CPP eine bedingte Freiheitsstrafe mit Arbeitsauflage und eine Verurteilung zu gemeinnütziger Arbeit als Hauptstrafe jeweils in eine Geldstrafe im Tagessatzsystem umwandeln, Art. 733-1, 747-1-1 CPP.

3. Die Vollstreckung von Geldstrafen

Das französische Recht kennt zwei Arten von Geldstrafen, die Geldsummenstrafe (*peine d'amende*) und die Geldstrafe im Tagessatzsystem (*jours-amende*¹⁵⁸⁾). Die Vollstreckung beider Arten obliegt primär der Staatsanwaltschaft, die mit der Beitreibung den Fiskus beauftragt¹⁵⁹⁾. Im Fall der Nichtzahlung geht die Zuständigkeit für die Anordnung der sich hieraus ergebenden Folgen auf den Strafvollstreckungsrichter über:

Zahlt der Verurteilte eine Geldsummenstrafe nicht, kann er hierzu durch die Anordnung der so genannten *contrainte judiciaire*, des gerichtlichen Zwangs,

157) siehe oben III.1.4.

158) Berechnung der Tagessatzhöhe nach wirtschaftlichen Verhältnissen des Angeklagten, max. 1.000,- €, Anzahl der Tagessätze je nach Umständen des Einzelfalls, max. 360, Vgl. Art. 131-5 CP. Die Verurteilung zu einer Geldstrafe im Tagessatzsystem enthält einen Zahlungsaufschub um die Anzahl der Tagessätze. Wenn z. B. ein Urteil auf 50 Tagessätze zu jeweils 15,- € lautet, wird die Summe von 750,- € - in voller Höhe - erst nach Ablauf einer Frist von 50 Tagen nach Rechtskraft fällig, Vgl. Müller 2003, S. 286.

159) Vgl. zu deren Beitreibungsmöglichkeiten Desportes/Le Gunehec 2009, Rn. 1085, Müller 2003, S. 101, Duflo u.a., 2010, Rn. 1132.

angehalten werden¹⁶⁰⁾. Hierbei handelt es sich um eine Inhaftierung, die seit 2004 vom Strafvollstreckungsrichter auf Antrag der Staatsanwaltschaft angeordnet wird, Art. 754 Abs. 2 CPP¹⁶¹⁾. Die Verbüßung der Zwangshaft befreit den Verurteilten nicht von der Pflicht, die Geldstrafe zu zahlen, sondern ist vielmehr echte Erzwingungshaft, Art. 761-1 CPP. Allerdings kann sie nur einmal angeordnet werden, auch wenn der Verurteilte die Geldstrafe weiterhin nicht zahlt, Art. 760 CPP. Die Anordnung der Zwangshaft ist ausgeschlossen, wenn der Verurteilte belegt, dass er wirtschaftlich zahlungsunfähig ist, Art. 752 CPP. Auch darf sie nicht für Verurteilte ab einem Alter von 65 Jahren und nicht gleichzeitig gegen beide Eheleute verhängt werden, Art. 751 und 753 CPP. Die maximale Dauer beträgt zwischen 20 Tagen und drei Monaten, je nach Höhe der Geldstrafe, Art. 750 CPP¹⁶²⁾. Für eine Geldstrafe unter 2.000,- € kann sie überhaupt nicht angeordnet werden, Art. 750 CPP.

Über die Anordnung der Zwangshaft entscheidet der Strafvollstreckungsrichter nach eventueller Durchführung weiterer Ermittlungen (Art. 712-16 CPP) aufgrund mündlicher kontradiktorischer Verhandlung gem. Art. 712-6 CPP¹⁶³⁾. Er kann seine Entscheidung auch bis zu sechs Monate vertagen und dem Verurteilten bis dahin eine Zahlungsfrist einräumen, Art. 754 Abs. 3 S. 4 CPP.

160) Voraussetzung ist, dass der Straftatbestand, wegen dessen Verwirklichung der Betroffene verurteilt wurde, die Verhängung einer Freiheitsstrafe zugelassen hätte, Art. 749 CPP, was im Bereich der Aburteilung von Vergehen in Frankreich in aller Regel der Fall ist; lediglich Übertretungen - entspricht ca. Ordnungswidrigkeit nach deutschem Recht - sind in den ersten vier Schwerestufen nur mit Geldstrafe bedroht.

161) Bis dahin wurde die damals *contrainte par corps*, körperlicher Zwang, genannte Zwangshaft von der Staatsanwaltschaft angeordnet, Vgl. Müller 2003, S. 101.

162) Für eine Art Steuerstrafzahlung, die in Frankreich in der Regel bei einer Verurteilung wegen Handels mit Betäubungsmitteln zusätzlich zu einer Freiheits- oder sonstigen Strafe verhängt wird, kann sie bis zu einem Jahr dauern, Vgl. Desportes/Le Gunehec 2009, Rn. 1083.

163) Erforderlichenfalls kann er zuvor gegen den Verurteilten einen Haft- oder Vorführungsbefehl erlassen, Art. 754 Abs. 3 i. V. m. Art. 712-17 CPP; Duflo u.a., 2010, Rn. 1137.

Die Zwangshaft wird von der französischen Rechtsprechung¹⁶⁴⁾ nicht als Strafhafte, sondern als zwangsweise Vollstreckung von Geldstrafen angesehen¹⁶⁵⁾, so dass die oben dargestellten Strafzeitverkürzungen und Vollstreckungsmodalitäten auf sie nicht anwendbar sind¹⁶⁶⁾. Ihre Anordnung ist vorläufig vollstreckbar; Rechtsmittel haben keine aufschiebende Wirkung, Art. 754 Abs. 3 S. 3 CPP.

Zahlt der Verurteilte eine Geldstrafe im Tagessatzsystem nach Ablauf der Zahlungsfrist¹⁶⁷⁾ nicht, kann er für die Dauer der Anzahl der verhängten Tagessätze inhaftiert werden, Art. 131-35 Abs. 2 S. 1 CPP¹⁶⁸⁾. Diese Inhaftierung wird in dem auch für die Erzwingungshaft geltenden Verfahren vom Strafvollstreckungsrichter angeordnet, Art. 131-35 Abs. 2 S. 2 CPP. Art. 762 CPP verweist auf Art. 752 und 753 CPP; auch die Ersatzfreiheitsstrafe nach Art. 131-35 CPP kann daher weder für insolvente Verurteilte noch für beide Eheleute gleichzeitig angeordnet werden.

V. Die allgemeinen Aufgaben des Strafvollstreckungsrichters

Im Zusammenhang mit der Organisation der Strafvollstreckung obliegen dem Strafvollstreckungsrichter zahlreiche weitere Aufgaben¹⁶⁹⁾:

- Gem. Art. D. 576 Abs. 1 CPP bestimmt der Strafvollstreckungsrichter die allgemeine Ausrichtung der Art und Weise, wie der Justizsozialdienst

164) a. A. der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte, Entscheidung vom 08.06.1995, Jamil /J. Frankreich, RSC 1995, 855 m. A. Pettiti.

165) Allerdings wird sie unter denselben (vollzugsinternen) Haftbedingungen vollstreckt wie Strafhafte, Art. 761 CPP.

166) Art. D. 115-5 und D. 116-1 CPP; Vgl. Desportes/Le Gunehec 2009, Rn. 1083 m. w. N.

167) Die gesetzliche Zahlungsfrist entspricht der Anzahl der verhängten Tagessätze, Art. 135-25 Abs. 1 CP.

168) Die so verbüßte Haft tritt an die Stelle der nicht bezahlten Geldstrafe, die daher als vollstreckt gilt, Desportes/Le Gunehec 2009, Rn. 1086.

169) Für diese Aufgaben wird pro Landgerichtsbezirk jeweils ein - traditionell der dienstälteste - Strafvollstreckungsrichter vom Landgerichtspräsidenten nach Anhörung der Richterversammlung ernannt, Vgl. Duflo u.a., 2010, Rn. 5.

- die ihm im Zusammenhang mit der Strafvollstreckung übertragenen Aufgaben erfüllen soll und evaluiert die Umsetzung dieser Vorgaben¹⁷⁰⁾.
- Gem. Art. D. 578 CPP besucht der Strafvollstreckungsrichter zusammen mit dem Direktor des Justizsozialdienstes einmal jährlich die Heime und Organisationen, die Personen beherbergen, welche im Rahmen der Strafvollstreckung unter gerichtlicher Kontrolle sind¹⁷¹⁾.
 - Gem. Art. D. 176 CPP soll der Strafvollstreckungsrichter mindestens einmal monatlich die Strafvollzugsanstalten in seinem Bezirk besuchen, um die dortigen Vollstreckungsbedingungen zu überprüfen¹⁷²⁾. Die Vollzugsleitung muss ihm – ebenso wie dem Leiter der örtlichen Staatsanwaltschaft – Berichte über besonderen Vorfälle innerhalb der Anstalt zuleiten, Art. D. 280 CPP¹⁷³⁾.
 - Er hat Kontakt mit dem so genannten Beauftragten für Strafvollstreckungsfragen (*conseiller chargé de l'application des peines*) zu halten¹⁷⁴⁾. Hierbei handelt es sich um einen Richter beim Oberlandesgericht, der vom OLG-Präsidenten nach Anhörung der Richterversammlung bestellt wird und die Aufgabe hat, die Tätigkeiten der Strafvollstreckungsrichter im Bezirk des Oberlandesgerichts zu koordinieren, Art. L. 226-1 Gerichtsverfassungsgesetz und Art. R. 57-1 CPP.
 - Gem. Art. D. 176 CPP i. V. m. Art. R. 57-2 CPP muss einer der Strafvollstreckungsrichter einen jährlichen Bericht über die Tätigkeit aller Strafvollstreckungsrichter in seinem Landgerichtsbezirk erstellen, den er

170) Gem. Art. D. 576 Abs. 2 CPP hat der Strafvollstreckungsrichter sich dabei mit den Kollegen, die ebenfalls den Justizsozialdienst in Anspruch nehmen können, z. B. Ermittlungsrichter und Staatsanwälte, abzustimmen.

171) Vgl. Duflo u.a., 2010, Rn. 262.

172) Angesichts der Arbeitslast der Strafvollstreckungsrichter und der Tatsache, dass die Anhörungen und mündlichen Verhandlungen mit den Gefangenen ohnehin in der Regel in der Vollzugsanstalt stattfinden, Art. 712-6 Abs. 1 S. 3, 712-7 Abs. 2 S. 3 i. V. m. Art. 706-71 CPP, wird hiervon allerdings selten Gebrauch gemacht, Vgl. Duflo u.a., 2010, Rn. 244.

173) Duflo u.a., 2010, Rn. 243.

174) Duflo u.a., 2010, Rn. 230 f.

- dem Justizminister, dem *conseiller chargé de l'application des peines* und dem Generalstaatsanwalt übersenden und mündlich vor der Vollversammlung der Richter und Staatsanwälte seines Bezirks vortragen muss.
- Einmal pro Halbjahr tagt auf der Ebene jedes Oberlandesgerichts die so genannte “Regionalkonferenz für Vollstreckungsanpassungen und Alternativen zur Haft”, Art. D. 48-5-1 CPP. Diese wird vom OLG-Präsidenten geleitet; ihr gehören mit der Strafvollstreckung betraute Staatsanwälte, die Vorsitzenden unter den Straf-, Strafvollstreckungs- und Jugendrichtern, die überregionalen Direktoren des Justizsozialdienstes und der Jugendschutzverwaltung sowie auf Einladung Vertreter von Organisationen an, die in der Strafrechtspflege, insbesondere im Zusammenhang mit der Bereitstellung von Einsatzstellen für gemeinnützige Arbeit und mit der Betreuung von Straftlassenen, tätig sind. Diese Regionalkonferenzen sollen nicht nur die Strafvollstreckung in ihrem Bezirk bilanzieren, sondern auch konkrete Maßnahmen beschließen, durch die Alternativen zur Inhaftierung gefördert werden können. Der Strafvollstreckungsrichter hat dieser Versammlung Teile seines jährlichen Tätigkeitsberichts vorzutragen, Art. D. 48-5-1 vorletzter Absatz CPP.
 - seit 2009 werden zudem auf der Ebene jedes Landgerichtsbezirks Strafvollstreckungskommissionen eingerichtet, die mit Strafvollstreckungsrichtern, Staatsanwälten und Vertretern der örtlichen Straffälligenhilfvereine besetzt sind¹⁷⁵⁾ und auf lokaler Ebene die Zusammenarbeit insbesondere im Hinblick auf Haftvermeidung verbessern sollen.
 - Zusätzlich werden in vielen Gerichtsbezirken informelle örtliche Treffen über die Vollstreckung von Freiheitsstrafen im geschlossenen Vollzug abgehalten, die der Strafvollstreckungsrichter organisiert und leitet und an denen Vertreter der Staatsanwaltschaft und des Justizsozialdienstes, die bei Gericht und in der örtlichen Justizvollzugsanstalt mit der Vollstreckung beauftragten Rechtspfleger sowie Verantwortliche der örtlichen Vollzugsverwaltung teilnehmen. In diesen Versammlungen

175) Duflo u.a., 2010, Rn. 232.

werden praktische Fragen der Handhabung vor Ort geklärt¹⁷⁶⁾.

- Der Strafvollstreckungsrichter soll zudem an verschiedenen Gremien der staatlichen Verwaltung teilnehmen, so an den auf örtlicher und auf Departments-Ebene eingerichteten Präventionsräten¹⁷⁷⁾.

VI. Neueste Entwicklungen

Das französische Strafvollstreckungsrecht ist ständigen Veränderungen unterworfen. So wurde am 06.07.2011 ein Gesetz verabschiedet, das die Teilnahme der Bürger an der Justiz erweitern soll und auch die Strafvollstreckungsgerichte betrifft¹⁷⁸⁾. Jeweils mindestens 60 Mitglieder des Parlaments und des Senats befassten im Anschluss an die Verabschiedung den Verfassungsrat mit dem Antrag, das gesamte Gesetz für verfassungswidrig zu erklären. In seiner Entscheidung vom 04.08.2011 hat der *Conseil constitutionnel* das Gesetz, soweit es die Beteiligung der Bürger an den Entscheidungen der Strafvollstreckungsgerichte betrifft, im Wesentlichen für verfassungsgemäß erklärt¹⁷⁹⁾. Das Gesetz wurde daraufhin am 10.08.2011 im Gesetzblatt veröffentlicht.

In der Fassung dieses Gesetzes sieht ein neuer Art. 712-13-1 CPP vor, dass die Strafvollstreckungskammer beim Oberlandesgericht zusätzlich zu den drei Berufsrichtern mit zwei so genannten "*citoyens assessesseurs*", beisitzenden Bürgern, besetzt ist, wenn sie über Berufungen gegen Urteile des

176) Duflo u.a., 2010, Rn. 245.

177) *Conseil local de sécurité et de prévention de délinquance*, Vgl. Duflo u.a., 2010, Rn. 251 f.

178) Loi sur la participation des citoyens au fonctionnement de la justice pénale et le jugement des mineurs.

179) Im Strafvollstreckungsrecht hat er allerdings einschränkend vorgeschrieben, dass prozessuale Vorfragen, beispielsweise über die Zulässigkeit von Anträgen o. ä., wegen ihrer Komplexität nicht von den Bürger-Beisitzern mitentschieden werden dürfen. Im Übrigen wurde im Wesentlichen die Verfassungswidrigkeit einiger weniger Vorschriften betreffend das Jugendstrafverfahren festgestellt, Vgl. die Entscheidung n° 2011-635 DC vom 04.08.2011, abrufbar auf der Internet-Seite www.conseil-constitutionnel.fr.

Strafvollstreckungsgerichts gem. Art. 712-7 CPP entscheidet. Vertreter der gemeinnützigen Vereine für Straffälligen- und Opferhilfe werden nicht mehr beteiligt. Gem. Art. 720-4-1 CPP (neu) soll die Besetzung des kollegialen Strafvollstreckungsgerichts (TAP) um zwei Bürger als Beisitzer erweitert werden, wenn das TAP über die Verkürzung der Sicherheitszeit (*période de sûreté*) entscheidet. Die Bewilligung einer bedingten Entlassung gem. Art. 730 CPP soll nach einem neu einzufügenden Art. 730-1 CPP nur noch dann vom Einzelrichter entschieden werden können, wenn die verhängte Strafe maximal fünf Jahre betrug (statt bisher 10) oder die effektiv noch zu verbüßende Reststrafe zwei Jahre (statt bisher drei). Wenn die ursprünglich verhängte Strafe mehr als fünf Jahre betrug und noch mehr als zwei Jahre Reststrafe effektiv zu verbüßen sind oder wenn die Bewilligung der bedingten Entlassung von der vorherigen Bewilligung und Durchführung von Freigang, Außenunterbringung oder elektronisch überwachtem Hausarrest abhängig gemacht werden kann, soll über die *libération conditionnelle* und die vorherigen Lockerungen in Zukunft das TAP in der Besetzung mit drei Berufsrichtern und zwei beisitzenden Bürgern entscheiden. Wenn die Verurteilung zu einer Freiheitsstrafe von mindestens 10 Jahren auf der Begehung bestimmter Sexualstraftaten beruht, kann die bedingte Entlassung auch bei geringeren Restfreiheitsstrafen als zwei Jahren nicht mehr vom Einzelrichter entschieden werden, sondern vom TAP in der herkömmlichen Besetzung. Die Voraussetzungen für die Bewilligung der bedingten Entlassung werden für die Fälle schwerer Sexual- und Gewaltkriminalität weiter erschwert, die Möglichkeiten der Anordnung der so genannten mobilen elektronischen Überwachung (ständige Aufenthaltsüberwachung per GPS) erweitert, Art. 731-1 CPP neu¹⁸⁰).

Die Bürgerbeteiligung soll im Zeitraum zwischen dem 01.01.2012 und dem 01.01.2014 zunächst auf der Basis eines Experiments in bis zu 10 OLG-Bezirken ausprobiert werden, bevor über eine Verallgemeinerung dieser Regeln für alle französischen Gerichte entschieden wird, Art. 54 Abs. 2 des

180) Von der Darstellung weiterer Bestimmungen des Gesetzes vom 06.07.2011, mit denen Einzelheiten der Bewährungsüberwachung verändert werden, wird abgesehen.

Gesetzes. Die entsprechenden Umsetzungsvorschriften sind noch nicht erlassen¹⁸¹⁾.

VII. Beurteilung

Das französische Strafvollstreckungsrecht stellt nach den Reformen der Jahre 2000 und 2004 ein gutes Modell für die in richterlicher Unabhängigkeit mögliche Anpassung der Strafvollstreckung an die Resozialisierungsbedürfnisse des Verurteilten dar. Allerdings erschweren die zunehmende Komplexität der Regelungen und die Häufigkeit ihrer Abänderungen die Anwendung.

Kritisch zu bewerten ist die Widersprüchlichkeit der gesetzgeberischen Aktivitäten in den letzten Jahren: Zwar wurde die Strafvollstreckung verrechtlicht und der Kompetenz unabhängiger Richter anvertraut. Mittlerweile erhielten aber vor dem Hintergrund überbelegter Haftanstalten und wachsender Kontrollbedürfnisse die Vollzugsverwaltung und die Staatsanwaltschaft erneut eigene Kompetenzen zur Anordnung von Vollzugslockerungen, insbesondere bei der Vollstreckung von kurzen Strafresten im Wege des elektronisch überwachten Hausarrestes. Zudem soll mit der Einführung der Bürgerbeteiligung an Strafvollstreckungsentscheidungen im Jahr 2011 einer vermeintlich zu permissiven Haltung der professionellen Strafvollstreckungsgerichte entgegengewirkt¹⁸²⁾, also die Individualisierung und Flexibilisierung

181) Vgl. zu den Vorschriften, die seit der Verkündung im Gesetzblatt unmittelbar anwendbar sind, Rundverfügung - circulaire - vom 11.08.2011 über die Vorschriften, die sofort umsetzbares Recht beinhalten, abrufbar unter www.justice.gouv.fr, Dokumenten-Nr. JUSD1122738C.

182) Die Ausweitung der Bürgerbeteiligung auf Strafvollstreckungsentscheidungen wurde erst nachträglich aus Anlass verschiedener Gewalttaten gegen Frauen eingeführt, die von Haftentlassenen begangen worden sein sollen. Der französische Staatspräsident Nicolas Sarkozy hatte im Zuge der medialen Aufregung über die vermutlichen Verbrechen mehrfach öffentlich betont, die Arbeit der Strafvollstreckungsgerichte sei unverständlich und zur Vermeidung solcher Fehler seien demnächst Bürger an Entscheidungen insbesondere über bedingte Entlassungen zu beteiligen, Vgl. die entsprechenden Zitate in der Stellungnahme des *syndicat de la magistrature* (Gewerkschaft der Richter und Staatsanwälte) zum Gesetzentwurf bzgl. der Bürgerbeteiligung an der Strafjustiz vom

der Strafvollstreckung gerade zurückgedrängt werden.

Als problematisch kann die zunehmende Ausweitung der Kontrolldichte angesehen werden, insbesondere im Bereich der Haftvermeidung durch die Anordnung elektronisch überwachten Hausarrestes gegenüber Verurteilten, die ohne dieses Mittel möglicherweise von vornherein zu ambulanten Maßnahmen verurteilt bzw. ohne elektronische Überwachung entlassen worden wären¹⁸³⁾.

Aus deutscher Sicht fraglich erscheint es weiter, dass wenig Wert auf eine möglichst persönlichkeitsentsprechende Sanktionierung durch das erkennende Gericht gelegt wird und unter Relativierung der Rechtskraft der verhängten Urteile erst im Nachhinein eine genauere Prüfung der persönlichen Verhältnisse des Straftäters und der Frage stattfindet, wie auf ihn im Sinne einer späteren Legalbewährung eingewirkt werden könnte.

Insbesondere aber fehlen dem französischen Modell der richterlichen Gestaltung der Strafvollstreckung in der Praxis die Mittel: Die mangelnde Ausstattung der Justiz mit sachlichen und personellen Ressourcen stellt allgemein in Frankreich ein erhebliches Problem dar¹⁸⁴⁾. Die Strafvollstreckungsgerichte und der Justizsozialdienst wurden zwar in den letzten Jahren auf allen Ebenen mit etwas mehr Mitteln als zuvor ausgestattet; angesichts der um das Vielfache angestiegenen Aufgaben sind beide aber weiterhin stark überlastet¹⁸⁵⁾. Ohne ausreichende Ausstattung mit sachlichen und personellen Mitteln können aber auch die besten Gesetze ihren Zweck nicht ausreichend erfüllen.

29.04.2011, S. 3, abrufbar unter www.syndicat-magistrature.org.

183) net widening effect, Vgl. Tournier 2010b, S. 388, 340.

184) Vgl. hierzu in deutscher Sprache Müller 2010, S. 15.

185) Vgl. Herzog-Evans 2007, 180 m. w. N.; Duflo u.a., 2010, Rn. 240; Laflaquière 2007, S. 152. Dies führte Anfang 2011 dazu, dass z. B. im Département Loire-Atlantique 680 anhängige Verfahren keinem Sozialarbeiter zugeteilt werden konnten, ein konstanter Mangel an Planstellen für Strafvollstreckungsrichter festgestellt wurde, wobei zusätzlich vakante Stellen nicht neu besetzt wurden, und einem errechneten Personalbedarf von fast 11 ½ Rechtspflegern in Vollzeit für den Strafvollstreckungsbereich des Landgerichts in Nantes lediglich knapp 5 tatsächlich besetzte Stellen gegenüber standen, Vgl. Sainati 2011, S. 18.

Literaturverzeichnis

Céré, Jean-Paul	La défense du détenu, RPDP n° spéc. 2010, 211 - 219
Clément, Gérard	Les bureaux de l'exécution des peines RSC 2009, 139 ff.
Desportes, Frédéric; Le Gunehec, Francis	Droit pénal général, 16ème édition, 2009
Duflo, Jérôme; Martin, Eric (Hrsg.)	Traité pratique de l'application des peines Paris, 2010
Duroché, Jean-Philippe Pédron, Pierre	Droit pénitentiaire Paris 2011
Faucher, Pascal	Libération conditionnelle: Une mesure sous tensions, RPDP n° spéc. 2007, 127 - 134
Février, François	Jurisprudence administrative et discipline pénitentiaire – le sillage et le sillon RDPD n° spéc. 2007, 13 - 22
Garreau, Philippe	Le SPIP et les différentes procédures d'aménagement de peines: Entre commande-quantité et recherche-qualité, RPDP n° spéc. 2007, 139 ff.
Gassin, Raymond	L'influence du mouvement de la défense sociale nouvelle sur le droit pénal français, in: Aspects nouveaux de la pensée juridique, Recueil d'études en hommage à Marc Ancel, Band 2, Paris 1975, S. 3 - 17
Giacopelli, Muriel	Les réductions des peines, RPDP n° spéc. 2007, 153 ff.
Guglielmi, Gilles J.	Le juge de l'application des peines est-il un chiroptère? RSC 1991, 622 - 635
Haensch, Günther Tümmers, Hans J.	Frankreich, München 1993
Herzog-Evans, Martine	Droit de l'application des peines; 2ème édition, 2005
Herzog-Evans, Martine	Juridictionnalisation de l'application des peinesle bilan RPDP n° spéc. 2007, 175 - 182

INHESJ – ONDRP	La criminalité en France – rapport de l’Observatoire National de la Délinquance et des réponses pénales 2010
Inspection Général des Services Judiciaires	Rapport Évaluation du nombre de peines d’emprisonnement ferme en attente d’exécution, Paris, März 2009
Laflaquière, Philippe	Le recours devant le tribunal d’application des peines RPDP n° spéc. 2007, 149 - 152
Ministère de la Justice	Les condamnations en 2008 Paris 2009
Müller, Susanne	Sanktionen und Strafauswahl in Frankreich, Freiburg 2003
Müller, Susanne	Die Anwendung von Strafzumessungsregeln im deutsch-französischen Vergleich Freiburg 2004
Müller, Susanne	Justiz im Aufruhr – Angriffe auf die richterliche Unabhängigkeit in Frankreich, in: Landesinfo Baden-Württemberg 2010, 14 – 17, abrufbar unter www.nrv-net.de , unter Landesverband Baden-Württemberg, Publikationen
Patin, Maurice	Du sursis et des circonstances atténuantes, RSC 1947, 341 - 347
Rey-Bethbeder, Eric	Le juge administratif et le monde carcéral De l’ignorance volontaire à l’effectivité du droit de recours RPDP n° spéc. 2007, 55 - 59
Sainati, Gilles	Trois rapports d’inspection, mais une seule responsabilité politique inJ’essaime ... pour une autre justice, n° 17/2011, S. 14 - 19
Staechele, François	Le juge de l’application des peines – magistrat du siège ou administrateur judiciaire? RSC 1991, 385 - 392
Tournier, Pierre Victor	Arpenter le champ pénal, Ausgabe n° 204 vom 29.11.2010, Internetzeitung, http://Arpenter-champ-penal.blogspot.com/ , (2010a)
Tournier, Pierre Victor	Le placement sous surveillance électronique – est-ce que ça marche? inRapport de l’Observatoire National de la Délinquance et des réponses pénales 2010, Hrsg. INHESJ/ONDRP, Paris 2010 (2010b)

- Länderbericht Italien -

Die gerichtliche Kontrolle bei Vollstreckung und Vollzug von Strafen und Maßnahmen in Italien

Dr. Kontanze Jarvers

Gliederung

A) Einführung und Überblick

1. Einführung
2. Strafvollstreckung und Strafvollzug
3. Die Voraussetzungen der Strafvollstreckung: Die rechtskräftige Entscheidung
4. Exkurs: Das italienische Sanktionensystem
5. Überblick über die Vollstreckung von freiheitsentziehenden Strafen und Maßnahmen
6. Überblick über die Organe der Strafvollstreckung

B) Historische Entwicklung

C) Die gerichtliche Kontrolle der Strafvollstreckung

1. Einführung
2. Funktionelle Zuständigkeit des Vollstreckungsgerichts
3. Das Verfahren vor dem Vollstreckungsgericht
 - a) Förmliches Verfahren
 - b) Formloses Verfahren
 - c) Das Vollstreckungsverfahren vor dem Friedensrichter
4. Aufgaben des Vollstreckungsgerichts
 - a) Mehrere Urteile gegen dieselbe Person wegen derselben Tat, Art. 669 c.p.p.
 - b) Fragen hinsichtlich des Vollstreckungstitels, Art. 670 c.p.p.
 - c) Idealkonkurrenz und fortgesetzte Tat, Art. 671 c.p.p.
 - d) Widerruf des Urteils wegen Beseitigung der Strafbarkeit der Tat,

Art. 673 c.p.p.

e) Widerruf anderer Verfügungen, Art. 674 c.p.p.

f) Fälschung von Urkunden, Art. 675 c.p.p.

g) Entscheidungen im formlosen Verfahren

D) Die gerichtliche Kontrolle des Strafvollzugs

1. Einführung

2. Örtliche Zuständigkeit

3. Das Überwachungsverfahren

4. Der Überwachungsrichter

a) Überwachungs- und Kontrollaufgaben

b) Erlass von Verfügungen mit verwaltungsrechtlichem Inhalt

c) Rechtsprechungsaufgaben

5. Die Überwachungskammer

a) Zusammensetzung der Überwachungskammer

b) Erstinstanzliche Zuständigkeit

c) Zweitinstanzliche Zuständigkeit

d) Zuständigkeiten des Präsidenten der Überwachungskammer

6. Besondere Überwachungsgerichte

E) Praxis mit Beispielen

F) Beurteilung/Bewertung des Systems

G) Jüngste Entwicklung, etwaige Kritik, Problematik bzw. Reformdiskussion

Literaturverzeichnis

Abkürzungsverzeichnis

A) Einführung und Überblick

1. Einführung

Die Strafvollstreckung stellt die letzte Phase des Strafverfahrens dar. Sie ist die logische Folge jeder Verurteilung, die ohne ihre Vollstreckung wirkungslos bliebe. Das Strafvollstreckungsrecht (im weiteren Sinne) behandelt dabei die Frage, wann und wie der in der Verurteilung enthaltene richterliche Befehl zur Bestrafung konkret auszuführen ist. Das Strafvollstreckungsrecht folgt also logischerweise dem Erkenntnisverfahren zeitlich nach, weshalb die entsprechenden Normen grundsätzlich dem Strafverfahrensrecht (*diritto penale processuale*) zugerechnet werden.¹⁾ Die für das Strafvollstreckungsrecht relevanten Normen sind zersplittert und in verschiedensten Quellen geregelt. Neben der Verfassung (Art. 13, 24, 25 und 27 Cost. und internationalen Quellen (Art. 6 EMRK, Art. 14 des Internationalen Pakt über bürgerliche und politische Rechte) sind vor allem die Strafprozessordnung (*codice di procedura penale*, c.p.p., X. Buch) und die Strafvollzugsordnung (*ordinamento penitenziario*, o.p.) von Bedeutung. Einzelne relevante Bestimmungen finden sich aber auch noch in zahlreichen weiteren Gesetzen.²⁾

Auch die Phase der Strafvollstreckung muss der gerichtlichen Kontrolle unterliegen. Nachdem man zuvor angenommen hatte, dass die Vollstreckung lediglich ein verwaltungsrechtlicher Anhang zum Strafprozess und damit die verwaltungsrechtliche Ausführung des materiellen Strafrechts sei,³⁾ hatte schon der italienische Verfassungsgerichtshof mehrfach angemahnt, dass dem Verurteilten in der Phase der Strafvollstreckung – genau wie dem Angeklagten im Erkenntnisverfahren – die Garantie eines unabhängigen Richters zur Verfügung

1) Di Ronza, S. 1.

2) Im Ausführungsgesetz zur Strafprozessordnung (Art. 28 - 31), im Strafgesetzbuch (*codice penale*, c.p. Art. 145 - 148), im Militärstrafgesetzbuch für Friedenszeiten (Art. 81), in den Bestimmungen zum Strafprozess gegen Jugendliche (Art. 1, 30 und 40), im Zivilgesetzbuch (Art. 2907 - 2933), in der Zivilprozessordnung (Art. 474 - 632) usw., Vgl. die Zusammenstellung in Gaito/Ranaldi, Voce "esecuzione penale", S. 545.

3) Siehe hierzu u.a., Santoro, S. 17 f.; Vgl. auch Perchinunno, S. 619; Presutti, S. 1.

gestellt werden müsse, damit auch hier die Waffengleichheit zwischen den Parteien hergestellt werden könne.⁴⁾ Dieses Prinzip der gerichtlichen Kontrolle (*principio della giurisdizionalizzazione*) der Strafvollstreckung wurde dann auch in das Ermächtigungsgesetz von 1974 zum Erlass einer neuen Strafprozessordnung⁵⁾ aufgenommen und ist auch in Art. 2 Abs. 96 des Ermächtigungsgesetzes⁶⁾ zu der heute geltenden Strafprozessordnung enthalten. Hierzu gehört nicht nur die gerichtliche Überprüfbarkeit von allen Verfügungen, die Strafen oder Sicherungsmaßnahmen betreffen, sondern auch, dass dem Verurteilten diesbezüglich das Recht auf Verteidigung und eine streitige Verhandlung (*contraddittorio*)⁷⁾ zusteht.⁸⁾ Bei der Vollstreckung von Strafen und Sicherungsmaßnahmen wird die gerichtliche Kontrolle zum einen durch das Vollstreckungsgericht und zum anderen durch die Überwachungsgerichtsbarkeit ausgeübt.⁹⁾

2. Strafvollstreckung und Strafvollzug

Strafvollstreckungs- und Strafvollzugsrecht beschäftigen sich gleichermaßen mit dem Freiheitsentzug, allerdings mit verschiedenen Zielen. Das Strafvollstreckungsrecht (*diritto dell'esecuzione penale*) betrifft die Existenz, das wirksame Zustandekommen, die Reichweite und die Vollstreckbarkeit des Vollstreckungstitels (also der rechtskräftigen richterliche Entscheidung) und soll insbesondere auch die Rechte des zu einer Freiheitsstrafe Verurteilten schützen. Daneben können im Strafvollstreckungsverfahren auch Fehler der

4) Vgl. u.a., Corte Cost 29 maggio 1968, n. 53, Giur. Cost. 1968, 802 ff.; Corte Cost. 18 maggio 1970, n. 69, Giur. Cost. 1970, 973, 976 ff.

5) Dir. 79 L. delega 8 aprile 1974, n. 108. Auf dieses Gesetz hin ist es aber nicht zum Erlass einer neuen Strafprozessordnung gekommen.

6) L. delega 16 febbraio 1987, n. 81.

7) In Italien ist das Prinzip des rechtlichen Gehörs bzw. des kontradiktorischen Verfahrens (*principio del contraddittorio*) in Art. 111 Abs. 4 Cost. – jedenfalls in Bezug auf die Beweisbildung – verfassungsrechtlich geschützt.

8) Vgl. *Perchinunno*, S. 620. Kritisch: *Gaito/Ranaldi*, *Esecuzione penale*, S. 6 ff.

9) Siehe hierzu im Einzelnen unten C. und D.

anderen Vollstreckungsorgane (insbesondere der Staatsanwaltschaft) korrigiert oder Anträge gestellt werden, die – wegen veränderter Umstände – zuvor nicht eingebracht werden konnten.¹⁰⁾ Demgegenüber regelt das Strafvollzugsrecht (*diritto penitenziario*) das Leben in der Vollzugsanstalt, also unter anderem Disziplin, Vergünstigungen oder Belohnungen.¹¹⁾ Strafvollstreckung und Strafvollzugsrecht stellen daher jeweils ein eigenes Rechtsgebiet dar, wenn es auch Überschneidungen gibt und daher eine genaue Abgrenzung unmöglich ist.¹²⁾

3. Die Voraussetzungen der Strafvollstreckung: Die rechtskräftige Entscheidung

Voraussetzung der Vollstreckung einer Entscheidung ist stets ihre Rechtskraft. Die italienische Strafprozessordnung enthält am Beginn des 10. Buchs, das die Vollstreckung behandelt, einen ersten Titel über die rechtskräftig entschiedene Sache (*giudicato*). Nach Art. 648 Abs. 1 und 2 c.p.p. sind Urteile in der Sache dann rechtskräftig, wenn außer der Wiederaufnahme kein Rechtsmittel zulässig ist oder wenn die Rechtsmittelfrist bzw. die Frist zur Anfechtung der Entscheidung über die Unzulässigkeit des Rechtsmittels abgelaufen ist. Im Falle der Revision tritt die Rechtskraft an dem Tag ein, an dem die Revision als unzulässig verworfen oder als unbegründet zurückgewiesen wird. Die Rechtskraft von Strafbefehlen regelt Art. 648 Abs. 2 c.p.p.

Die Rechtskraft einer Entscheidung hat verschiedene Folgen:

Zunächst kann der Inhalt der Entscheidung nicht mehr verändert werden (*immutabilità del contenuto decisorio*).¹³⁾ In diesem Sinne gilt auch das

10) Vgl. *Gaito/Ranaldi*, Voce “Esecuzione penale”, S. 555.

11) *Di Ronza*, S. 2 f.

12) Vgl. *Di Ronza*, S. 2.

13) Dies gilt insofern nur eingeschränkt, als eine Veränderung zum einen durch außerordentliche Rechtsmittel, wie die Wiederaufnahme des Verfahrens (*revisione*, Art. 629 ff. c.p.p.) oder die außerordentliche Revision (*ricorso straordinario*, Art. 625-bis c.p.p.) und zum anderen durch eine eventuelle Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte möglich ist, Vgl. auch *Chiavario*, S. 508 f.; *Perchinunno*, S. 620 ff.

Verbot eines zweiten Urteils in der Sache (*divieto di un secondo giudizio*, Art. 649 c.p.p.).¹⁴⁾ Hier wird zwischen dem Grundsatz des *ne bis in idem* auf nationaler und auf internationaler Ebene unterschieden. Die rechtskräftige Entscheidung ist ferner auch für Dritte verbindlich (*obbligatorietà*) und kann somit auch andere zivil- oder verwaltungsrechtliche Urteile beeinflussen (*efficacia del giudicato in altri giudizi*, Art. 651 ff. c.p.p.).¹⁵⁾ Schließlich wird eine Entscheidung durch ihre Rechtskraft auch vollstreckbar (*esecutività del giudicato*, Art. 650 c.p.p.).¹⁶⁾

4. Exkurs: Das italienische Sanktionensystem

Das Strafgesetzbuch sieht ein zweispuriges System von Strafen und Sicherungsmaßnahmen vor. Für die Verhängung einer Strafe (*pena*) ist die Zurechnungsfähigkeit des Täters notwendig. Als Hauptstrafen (*pene principali*) gibt es für Verbrechen die lebenslange Gefängnisstrafe (*ergastolo*), die zeitige Gefängnisstrafe (*reclusione*) von 15 Tagen bis 24 Jahren und die (Verbrechens-)Geldstrafe (*multa*). Bei lebenslanger Gefängnisstrafe ist nach 26 Jahren eine bedingte Entlassung möglich (Art. 176 Abs. 3 c.p.). Für Übertretungen sind Haftstrafe (*arresto*) von fünf Tagen bis drei Jahren und (Übertretungs-)Geldstrafe (*ammenda*) vorgesehen. Bei vielen Straftaten können zusätzlich Nebenstrafen (*pene accessorie*) verhängt werden. Dies sind zum Beispiel bestimmte Berufsverbote oder der Entzug der elterlichen Gewalt. 1981 wurden zudem die sogenannten Ersatzstrafen (*pene sostitutive*) eingeführt, die der Richter bei Ersttätern anstelle von kurzen Freiheitsstrafen verhängen kann.¹⁷⁾

Der Friedensrichter, der seit 2002 für zahlreiche Straftaten der Massen-

Ausführlich und kritisch zu Art. 625-bis c.p.p. *Gaito/Ranaldi*, Esecuzione penale, S. 61 ff.

14) Zu den Voraussetzungen Vgl. *Siracusano/Tranchina/Zappalà*, S. 315 f.

15) Siehe hierzu im Einzelnen *Chiavario*, S. 511 ff.; *Perchinunno*, S. 623 ff.; *Siracusano/Tranchina/Zappalà*, S. 316.

16) Zur Übereinstimmung von Rechtskraft und Vollstreckbarkeit sowie zu den Ausnahmen Vgl. *Perchinunno*, S. 622 f.

17) Zu den Ersatzstrafen siehe unten D.4.c) Fn. 135.

und Kleinkriminalität zuständig ist, verfügt über ein eigenes Sanktionensystem, das einheitlich für Verbrechen und Übertretungen gilt. Er kann keine Freiheitsstrafen verhängen, dafür gibt es neben der Geldstrafe (*pena pecuniaria*) die Hauptstrafen gemeinnützige Arbeit (*lavoro di pubblica utilità*) und Hausaufenthalt (*permanenza domiciliare*).¹⁸⁾

Alternativ oder zusätzlich zu den Strafen können Sicherungsmaßnahmen (*misure di sicurezza*) angeordnet werden, bei denen es nicht auf die Schuld, sondern auf die Gefährlichkeit des Täters ankommt. Dies sind zum Beispiel die Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus, verschiedene Aufenthaltsverbote oder die Einziehung von Gegenständen. Die Sicherungsmaßnahmen sind in den Art. 199 c.p. geregelt.

5. Überblick über die Vollstreckung von freiheitsentziehenden Strafen und Maßnahmen

Der Strafvollstreckung ist in der italienischen Strafprozessordnung ein eigenes Buch gewidmet. Für die Vollstreckung einer Freiheitsstrafe erlässt zunächst die Staatsanwaltschaft den Vollstreckungsbefehl, stellt im dem Verteidiger zu und übersendet eine Kopie an den Betroffenen.¹⁹⁾ Zuständig ist die Staatsanwaltschaft beim zuständigen Vollstreckungsgericht (Art. 655 i.V.m. 665 c.p.p.). Die Rechtmäßigkeit des Vollstreckungsbefehls kann der Verurteilte vom Vollstreckungsgericht im Verfahren gemäß Art. 666 c.p.p. überprüfen lassen.²⁰⁾

Soll eine Strafe von maximal drei Jahren²¹⁾ vollstreckt werden, wird die Vollstreckung der Strafe durch die Staatsanwaltschaft (vorläufig)²²⁾ ausgesetzt.

18) Ausführlich: *Jarvers*, Massen- und Kleinkriminalität, S. 160 ff.

19) Den Vollstreckungsbefehl konkret in die Tat umzusetzen ist dann Sache der Polizei, Vgl. *Chiavario*, S. 414.

20) Vgl. *Giarda/Spangher*, Art. 656 XVIII. Rn. 1. Zu diesem Verfahren siehe unten C.3.a.

21) Bei Drogenabhängigen, die sich einer Therapie unterwerfen ist im Gegensatz hierzu eine Aussetzung von Freiheitsstrafen bis zu sechs Jahren möglich (Art. 90 und 94 D.P.R. 9 ottobre 1990, n. 309).

22) *Giarda/Spangher*, Art. 656 V. Rn. 3.

Diese - obligatorische - Aussetzung dient dazu, dem Verurteilten bzw. seinem Verteidiger die Möglichkeit zu geben, einen Antrag auf bestimmte, in der italienischen Strafvollzugsordnung geregelte, alternative Maßnahmen zur Haft²³⁾ zu stellen.²⁴⁾ Einer Person, die eventuell von diese Maßnahmen profitieren und so die Haft vermeiden kann, soll nicht zugemutet werden, die Zeit, in der sie den entsprechenden Antrag stellen kann und bis darüber entschieden ist, vorübergehend doch in der Vollzugsanstalt verbringen zu müssen.²⁵⁾ Von

23) Dies sind:

- Überweisung an den Sozialdienst zur Bewährung (*affidamento in prova al servizio sociale*, Art. 47 o.p., Vgl. allgemein *Pavarini*, S. 96 ff.): Sie kommt nur bei Verurteilungen bis zu drei Jahren in Betracht. Voraussetzung ist, dass das Verhalten des Verurteilten nach der Tat vermuten lässt, dass die Begehung weiterer Straftaten nicht zu befürchten ist und der Grund zu der Annahme besteht, dass die Maßnahme zur Resozialisierung beiträgt (Vgl. auch *Filippi/Spangher*, S. 27).
- Hausarrest (*detenzione domiciliare*, Art. 47-ter o.p.): Hausarrest kann u.a., angeordnet werden, wenn der Verurteilte über 70 Jahre alt ist (außer es liegt Rückfall vor, Art. 47 ter Abs. 01 o.p.). Personen, die sich aus bestimmten gesundheitlichen oder sozialen Gründen in einer besonders schwierigen persönlichen Situation befinden (z.B. Schwangere, Witwer mit kleinen Kindern, Kranke, Heranwachsende), dürfen ihre Strafe im Hausarrest verbüßen, wenn (noch) eine Freiheitsstrafe von maximal vier Jahren (bei Rückfall von maximal drei Jahren) zu verbüßen ist (Art. 47-ter Abs. 1.1. o.p.). In diesem Zusammenhang wird kritisiert, dass die Fristen der automatischen Aussetzung der Vollstreckung (bei Freiheitsstrafen bis zu drei Jahren) und der Zulässigkeit des Hausarrests (Freiheitsstrafen bis zu vier Jahren) schlecht koordiniert sind (Vgl. *Giarda/Spangher*, Art. 656 IV. Rn. 6). Weitere Fälle, in denen Hausarrest gewährt werden kann, regeln Art. 47-ter Abs. 1-bis und 1-ter o.p.
- Halbfreiheit (*semilibertà*, Art. 50 o.p.): Bei Freiheitsstrafe bis zu sechs Monaten oder wenn bereits die Hälfte der Freiheitsstrafe (bzw. zwei Drittel bei bestimmten besonders schweren Straftaten oder zwanzig Jahre bei lebenslanger Haft) verbüßt ist, kann der Verurteilte einen Teil des Tages außerhalb der Haftanstalt verbringen, um beispielsweise einer Arbeit nachzugehen, eine Ausbildung zu machen oder an Lehrgängen oder sonstigen der Resozialisierung dienenden Aktivitäten teilzunehmen (umfassend hierzu: *Di Ronza*, S. 344 ff.; *Pavarini*, S. 149 ff.).

24) *Chiavario*, S. 515; *Perchinunno*, S. 627. Dieser Antrag wird an die Überwachungskammer zur Entscheidung weitergeleitet, Vgl. hierzu unten D.5.b.

25) Nach *Giarda/Spangher*, Art. 656 IV Rn. 1 gilt dies auch, wenn der Verurteilte nicht greifbar ist.

dieser Pflicht zur Aussetzung gibt es einige Ausnahmen, die in Art. 656 Abs. 7 und 9 c.p.p. geregelt sind. So ist die Aussetzung ausgeschlossen, wenn:

- sie wegen derselben Verurteilung schon einmal angeordnet wurde (Abs. 7),²⁶⁾
- der Täter wegen bestimmter schwerer Straftaten²⁷⁾ verurteilt wurde (Abs. 9a),
- wenn sich der Verurteilte wegen der Tat, wegen der er verurteilt wurde, in dem Moment, in dem die Verurteilung rechtskräftig wird, in Untersuchungshaft befindet (Abs. 9b),²⁸⁾
- oder wenn der Verurteilte wiederholter Rückfalltäter i.S.d. Art. 99 Abs. 4 c.p. ist (Abs. 9c).

Mit der Zustellung des Aussetzungsbeschlusses erfolgt der Hinweis, dass, wenn innerhalb von dreißig Tagen ein solcher Antrag nicht erfolgt, die Strafvollstreckung unmittelbar ihren Lauf nimmt (Art. 556 Abs. 5 c.p.p.). Dementsprechend wird der Aussetzungsbeschluss widerrufen, wenn der Antrag auf eine alternative Maßnahme nicht rechtzeitig gestellt oder von der Überwachungskammer als unzulässig oder unbegründet zurückgewiesen wird (Art. 556 Abs. 7 c.p.p.). Befindet sich der Verurteilte in Hausarrest, so wird die Vollstreckung der Strafe nach Art. 565 Abs. 10 c.p.p. ebenso ausgesetzt. Er kommt aber nicht in Freiheit, sondern verbleibt bis zur Entscheidung der Überwachungskammer in dem Status, in dem er sich befindet.

Bei der Bestimmung der zu vollstreckenden Strafe muss der Richter die abgeessene Untersuchungshaft sowie ggf. Hausarrest abziehen (Art. 284

26) ierdurch soll vermieden werden, dass durch Kettenanträge die Vollstreckung der Strafe unendlich aufgeschoben wird, Vgl. *Giarda/Spangher*, Art. 656 VI. Rn. 1.

27) Das sind zum einen die Straftaten, die im Katalog des Art. 4-bis o.p. enthalten sind (u.a., Terrorismus, Mafiadelikte, Sklaverei, Minderjährigenprostitution, schwere Zoll und Drogendelikte), zum anderen Brandstiftung und schwerer Diebstahl.

28) Hier zieht der Grund für die Aussetzung nicht, dass die Inhaftierung einer (in Freiheit befindlichen) Person vermieden werden soll, wenn die Möglichkeit besteht, dass sie die Strafe gar nicht in der Vollzugsanstalt verbüßen muss, Vgl. auch *Giarda/Spangher*, Art. 656VII. Rn. 8.

Abs. 5, 657 Abs. 1 c.p.p., Art. 137 c.p.).²⁹⁾ Die entsprechende Entscheidung wird auf Antrag durch das Vollstreckungsgericht im Verfahren gemäß Art. 666 c.p.p. überprüft.

Für die Vollstreckung von Sicherungsmaßnahmen (mit Ausnahme der Einziehung) ist – in Abweichung von der allgemeinen Regel – die Staatsanwaltschaft beim Überwachungsgericht zuständig. Die Staatsanwaltschaft beim Vollstreckungsgericht übermittelt ihm zu diesem Zweck die Akten (Art. 658 Abs. 1 c.p.p.). Sind die Sicherungsmaßnahmen nur provisorisch angeordnet, ist die Staatsanwaltschaft bei dem Gericht zuständig, das die vorläufige Maßnahme angeordnet hat (Art. 658 Abs. 2 c.p.p.).

6. Überblick über die Organe der Strafvollstreckung

Im Strafvollstreckungsverfahren hat die Staatsanwaltschaft (*pubblico ministero*) eine tragende Rolle. Nach Art. 73 des italienischen Gerichtsverfassungsgesetzes (*ordinamento giudiziario*, o.g.) gehört es zu den Aufgaben der Staatsanwaltschaft, rechtskräftige Entscheidungen und alle anderen Verfügungen des Richters zu vollziehen. Auch Art. 655 c.p.p. bestimmt, dass die Staatsanwaltschaft von Amts wegen die Vollstreckung der Verfügungen übernimmt. Zu den Aufgaben der Staatsanwaltschaft im Rahmen der Strafvollstreckung gehören u.a.:

- Erlass des Vollstreckungsbefehls, mit dem die Inhaftierung des Verurteilten verfügt wird sowie seine Zustellung (Art. 656 Abs. 1 und 5 c.p.p.).
- Vollstreckung einer Sicherungsmaßnahme (hier ist allerdings die Staatsanwaltschaft am Sitz des zuständigen Überwachungsgerichts zuständig, Art. 658 S. 1 c.p.p.).
- Vollstreckung einer gemäß Art. 312 c.p.p. provisorisch angeordneten Sicherungsmaßnahme (Art. 658 S. 2, 659 Abs. 2 c.p.p.).
- Einleitung eines Verfahren auf die Vollstreckung einer aufgrund von Zahlungsunfähigkeit umzuwandelnden Geldstrafe beim Überwachungs-

29) *Chiavario*, S. 515.

- richter (Art. 660 Abs. 2 ff. c.p.p.).
- Im Falle der Verurteilung zu einer Ersatzstrafe Übersendung des Urteilsauszugs an den Überwachungsrichter (Art. 661 c.p.p.).
 - Im Falle der Verurteilung zu einer Nebenstrafe Übersendung des Urteilsauszugs an die entsprechende Behörde (Art. 662 c.p.p.).
 - Im Falle einer Verurteilung zu Hausarrest oder gemeinnütziger Arbeit durch den Friedensrichter, Erlass des Vollstreckungsbefehls und Übersendung an die Polizei am Wohnsitz des Verurteilten (Art. 43 D.Lgs. 28 agosto 2000, n. 274).
 - Im Falle einer in einem Strafverfahren festgestellten verwaltungsrechtlichen Zuwiderhandlung Übersendung des Urteilsauszugs an die zur Durchführung der entsprechenden Sanktion zuständigen Verwaltungsbehörde (Art. 664 Abs. 4 c.p.p.).

Diese weitgehenden Kompetenzen der Staatsanwaltschaft werden vielfach kritisiert. Ihre überlegene Stellung passe nicht zur Ausrichtung des Strafrechtssystems, das in jedem Stadium des Strafverfahrens die Parität zwischen Anklage und Verteidigung garantieren soll.³⁰⁾

Das Vollstreckungsgericht (*giudice dell'esecuzione*) ist zuständig für die gerichtliche Kontrolle im Vollstreckungsverfahren, um den Schutz der Grundrechte, die unvermeidlich im Rahmen der Strafvollstreckung betroffen werden, zu gewährleisten.³¹⁾ Er entscheidet über alle Fragen, die mit dem Vollstreckungstitel in Zusammenhang stehen, wie seine Existenz, seine Wirksamkeit oder nachträglich eintretende Gründe für seine Aufhebung.³²⁾ Grundsätzlich ist derselbe Richter, der eine Verfügung erlassen hat, auch für seine Vollstreckung zuständig (Art. 665 Abs. 1 c.p.p.).³³⁾

Im Unterschied zum Vollstreckungsgericht beschäftigt sich die Überwachungsgerichtsbarkeit (*magistratura di sorveglianza*) im Wesentlichen mit Fragen, die mit dem materiellen Strafrecht zusammenhängen. Sie übt die

30) So *Gaito/Ranaldi*, Voce "Esecuzione penale", S. 548 und 553; *Presutti*, S. 2.

31) *Tonini*, S. 880.

32) *Presutti*, S. 8.

33) Vgl. zum Vollstreckungsgericht im Einzelnen unten C.

Kontrolle über Zweckmäßigkeit und Effizienz der Strafe aus und steht daher in engem Zusammen mit dem in Art. 27 Abs. 3 der italienischen Verfassung (*Costituzione*, *Cost.*) vorgeschriebenen Strafzweck der Resozialisierung.³⁴⁾

B) Historische Entwicklung

Die Frage einer Kontrolle der Modalitäten der Strafvollstreckung wurde in Italien zuerst unter sardischer Herrschaft im 17. Jahrhundert gestellt. Das Lombardische Königreich setzte als erstes besondere „Gerichte“ ein, um den inneren Ablauf in den Strafanstalten zu überwachen. Dabei wurde 1770 eine Regelung erlassen, nach der die sogenannten „Gerichtsfamilien Turins und seiner Provinzen“, die aus einem Hauptmann und einem Stellvertreter zusammengesetzt waren, die Verpflichtung hatten, regelmäßig die Gefängnisse zu besuchen und eventuelle Proteste der Gefangenen zu sammeln.

Im Jahr 1817 legte die savoyische Regierung fest, dass die Besuche ohne Vorankündigung auch mehrmals pro Woche zu erfolgen hätten. Dabei war die Verwaltung für die „korrektive Erziehung“ der Gefangenen zuständig, während die Justiz die Kontrolle über Zustände in den Anstalten hatte, insbesondere um Willkür und Korruption zu vermeiden. Da diese doppelte Zuständigkeit zu Verwirrung führte wurde im Jahr 1847 ein „Generalinspektor für die Haftanstalten“ eingesetzt, der jährlich einen Bericht über die Situation in den Gefängnissen mit eventuellen Verbesserungsvorschlägen abfassen musste.

1853 erließ auch das Großherzogtum Toskana eine Regelung, nach der der Untersuchungsrichter und der Präsident des Schwurgerichts mindestens einmal monatlich die Gefangenen zu besuchen hatten.³⁵⁾

Mit der Einigung Italiens ergab sich die Notwendigkeit einer Vereinheitlichung, und die Strafvollstreckung wurde in der Folge in der Strafprozessordnung von 1865 geregelt und der Zuständigkeit der

34) Vgl. *Presutti*, S. 11; *Tonini*, S. 880. Vgl. zur Überwachungsgerichtsbarkeit im Einzelnen unten D.

35) Zum Ganzen: *Di Ronza*, S. 3 f.

Staatsanwaltschaft unterworfen. Das Strafvollzugsrecht, also die Behandlung der Verurteilten, erhielt 1862 seine erste einheitliche Regelung.

1891 wurde schließlich ein neues allgemeines Strafvollzugsgesetz erlassen, das die Materie einheitlich und systematisch regelte und einige unmenschliche Bedingungen für die Gefangenen verbesserte (beispielsweise die Abschaffung der Ketten für Zwangsarbeiter sowie der Bestrafung mittels Zwangsjacke oder Dunkelzelle). Nach dem Ersten Weltkrieg erfolgten einige Verbesserungen in der Behandlung der Gefangenen, weitere Reformversuche fanden jedoch mit dem Beginn des Faschismus ein jähes Ende. Gleichzeitig mit dem Strafgesetzbuch wurde 1930 auch eine neue, im Wesentlichen vom inquisitorischen System dominierte Strafprozessordnung geschaffen, die nach dem damaligen Justizminister *Alfredo Rocco* wie das Strafgesetzbuch *Codice Rocco* genannt wurde. Damals war man der Auffassung, dass das Strafvollstreckungsrecht kein eigenes Rechtsgebiet darstelle, wobei die Qualifikation im Einzelnen umstritten war.³⁶⁾ 1931 wurde ebenfalls eine neue Strafvollzugsordnung mit Regeln für das Gefängnisleben erlassen, die geeignet sein sollten, „die Situation der Gefangenen zu verbessern, die aber der Strafe ihren leidvollen und einschüchternden Charakter nicht nehmen und den Strafzielen der Repression, Sühne, Generalprävention und Besserung dienen“ sollten. Die Kontrolle über die „verwaltungsmäßige Vollstreckung der Strafen“³⁷⁾ wurde dem neu geschaffenen Überwachungsgericht (*giudice di sorveglianza*) übertragen. Seine Funktion war aber vorwiegend verwaltender Natur. Im Wesentlichen hatte er die allgemeine Aufgabe, die Vollstreckung zu überwachen. Dabei hatte er wenig echte Entscheidungsbefugnisse, sondern konnte (beispielsweise zu einer eventuellen bedingten Entlassung, zur Verlegung des Inhaftierten in eine andere Anstalt oder zur Einweisung in eine Irrenanstalt) lediglich sein Votum abgeben. Es war vielmehr der Direktor der Vollzugsanstalt der die konkreten Befugnisse bei der vollzugsrechtlichen Behandlung hatte. Dieser unterstand jedoch direkt dem Justizminister.³⁸⁾ Im

36) Vgl. im Einzelnen *Di Ronza*, S. 12.

37) Vgl. *Di Ronza*, S. 15.

38) Siehe hierzu *Di Ronza*, S. 16; *Giarda/Spangher*, Art. 678 II. Rn. 1.

Bereich der Sicherungsmaßnahmen durften die Entscheidungen des Überwachungsrichters die des erkennenden Gerichts weder verändern noch ihnen widersprechen. Auch das Vollstreckungsgericht, das mit einem schnellen Verfahren über Vorkommnisse seiner eigenen Entscheidungen entschied, hatte nur geringe Entscheidungsbefugnisse. Die Strafvollstreckung sollte nun mal der „getreuen Ausführung der im Strafurteil rechtskräftig entschiedenen Sache“ dienen.³⁹⁾

Mit der Schaffung der italienischen Verfassung im Jahr 1948 und der Ratifikation der Europäischen Menschenrechtskonvention 1955 wurden einige grundlegende Prinzipien eingeführt, die auch die Vollstreckung der Strafe betrafen. So legt die Verfassung den Akzent auf den Strafzweck der Umerziehung (*rieducazione*, Art. 27 Abs. 3 Cost. verstanden im Sinne einer Resozialisierung) und bestimmt weite Rechtsbereiche als justiziabel. Hieraus leitete der Verfassungsgerichtshof schon früh auch für die Phase der Strafvollstreckung die Notwendigkeit einer gerichtlichen Kontrolle ab.⁴⁰⁾

Nach einigen fehlgeschlagenen Reformversuchen in den fünfziger und sechziger Jahren wurde schließlich – erstmals durch ein formelles Gesetz – mit L. 26 luglio 1975, n. 354 die Strafvollzugsordnung (*ordinamento penitenziario*) erlassen, die heute noch in Kraft ist. Sie erwuchs aus einer neuen Vorstellung von der Stellung des Verurteilten und seinem Verhältnis zu den Vollstreckungsorganen. Es wurden subjektive Rechtspositionen sowie Organe und Verfahren geschaffen, die wie das Erkenntnisverfahren prozessuale Garantien gewähren und dadurch die Änderung des Vollstreckungstitels ermöglichen.⁴¹⁾ Nach Art. 1 Abs. 1 o.p. muss die Behandlung der Strafgefangenen human sein und die Würde der Person respektieren. Im Vordergrund steht das Ziel, jeden einzelnen Verurteilten nach Verbüßung der Strafe wieder in die Gesellschaft einzugliedern.⁴²⁾ Zudem wurde in Art. 38 o.p. das Gesetzlichkeitsprinzip eingeführt. Die Gefangenen können nur für

39) Zum Ganzen: *Di Ronza*, S. 17; *Presutti*, S. 1.

40) Siehe oben A.1.

41) *Di Ronza*, S. 19.

42) Vgl. *Di Ronza*, S. 19 f.

Handlungen diszipliniert werden, die ausdrücklich als Verstoß gegen die Ordnung geregelt sind. Eine weitere Neuerung war die Schaffung von alternativen Maßnahmen (*misura alternativa*) zur Haft, die meist nach Verbüßung eines bestimmten Teils der Strafe in Betracht kommen (Überweisung an den Sozialdienst zur Bewährung, Halbfreiheit, vorzeitige Entlassung und Hausarrest) und die Schaffung einer entsprechenden gerichtlichen Kontrolle.⁴³⁾ Schließlich wurde die Überwachungsgerichtsbarkeit neu formiert, statt dem *giudice di sorveglianza* wurden zwei verschiedene Organe geschaffen: der Einzelrichter, der nun *magistrato di sorveglianza* genannt wird, und die Überwachungskammer (*tribunale di sorveglianza*), einem Kollegialorgan mit sowohl erstinstanzlichen als auch zweitinstanzlichen Zuständigkeiten.

1989 trat eine neue Strafprozessordnung in Kraft,⁴⁴⁾ die auch das Vollstreckungs und das Überwachungsverfahren regelt, allerdings nicht abschließend. Dementsprechend bestimmt Art. 236 Abs. 2 disp. att. c.p.p. ausdrücklich, dass die Überwachungskammer weiterhin die verfahrensrechtlichen Vorschriften der Strafvollzugsordnung beachten muss.

Sowohl die Strafvollzugsordnung als auch die neue Strafprozessordnung waren bereits teilweise tief greifenden Änderungen unterworfen. Hierzu gehören die Schaffung von Ersatzstrafen anstelle von kurzen Freiheitsstrafen im Jahr 1981 (Halbgefangenschaft, die kontrollierte Freiheit und Geldstrafe),⁴⁵⁾ die Möglichkeit der Verschärfung der Haftbedingungen im Fall von organisierter Kriminalität im Jahr 1992,⁴⁶⁾ Änderungen im Vollstreckungsverfahren und bei den alternativen Maßnahmen (1998 und 2000),⁴⁷⁾ Bestimmungen zur Förderung der Resozialisierung von Gefangenen (2000),⁴⁸⁾ die strafvollzugsrechtliche Begünstigung von Kronzeugen (2001),⁴⁹⁾ alternative

43) Zu den alternativen Maßnahmen siehe oben A.5. Fn. 23 und unten D.5.b.

44) D.P.R. 22 settembre 1988, n. 447.

45) L. 24 novembre 1981, n. 689. Siehe zu den Ersatzstrafen unten D.4.c Fn. 135.

46) D.L. 8 giugno 1992, n. 306, umgewandelt in L. 7 agosto 1992, n. 356.

47) L. 27 maggio 1998, n. 165, das sog. "*Legge Simeone*" bzw. D.L. 24 novembre 2000, n. 341.

48) L. 22 giugno 2000, n. 193 und D.P.R. 30 giugno 2000, n. 230.

Maßnahmen zur Haft zum Schutz des Verhältnisses der Gefangenen zu ihren minderjährigen Kindern (2001)⁵⁰⁾ sowie der Ausschluss von Vergünstigungen für Rückfalltäter (2005).⁵¹⁾

C) Die gerichtliche Kontrolle der Strafvollstreckung

1. Einführung

Auch in der Phase der Strafvollstreckung können viele Ereignisse eintreten, die sich auf die rechtskräftige Entscheidung auswirken. In diesem Verfahrensabschnitt sind dabei in besonderem Maße die Grundrechte, und insbesondere die persönliche Freiheit, betroffen. Für diese Fälle muss ein Richter vorhanden sein, der die gerichtliche Kontrolle, gewährleistet. Diese Aufgabe nimmt das Vollstreckungsgericht (*giudice dell'esecuzione*) wahr.⁵²⁾ Es überprüft die Existenz und die Wirksamkeit und somit die Vollstreckbarkeit des Vollstreckungstitels.⁵³⁾ Ferner kontrolliert es die Maßnahmen der Staatsanwaltschaft und die Anträge des Verurteilten.⁵⁴⁾

2. Funktionelle Zuständigkeit des Vollstreckungsgerichts

Nach der Grundregel des Art. 665 Abs. 1 c.p.p. ist nicht ein am Erkenntnisverfahren unbeteiligter unbefangener Spruchkörper, sondern der Richter, der eine Maßnahme erlassen hat, für die Entscheidung über ihre Vollstreckung zuständig. Dieser wird am Geeignetsten angesehen, die Entscheidung zu interpretieren.⁵⁵⁾ Außerdem dient diese Lösung der Effizienz

49) L. 13 febbraio 2001, n. 45.

50) L. 8 marzo 2001, n. 40.

51) L. 5 dicembre 2005, n. 251, sog. *legge "ex-Cirielli"*.

52) *Giarda/Spangher*, Art. 665 II. Rn. 1; *Perchinunno*, S. 630; *Siracusano/Trachina/Zappalà*, S. 318 f.

53) *Di Ronza*, S. 68.

54) *Di Ronza*, S. 69.

55) *Siracusano/Trachina/Zappalà*, S. 319.

und Schnelligkeit des Verfahrens. Zwar entscheidet das Vollstreckungsgericht nur in den engen Grenzen des Urteilstenors (*dispositivo*), dennoch wird ein gewisses Problem mit der Unvoreingenommenheit des Richters und dem Grundsatz der Trennung von Rollen und Aufgaben gesehen.⁵⁶⁾ Andere sehen hierdurch auch das Prinzip des *contraddittorio*⁵⁷⁾ eingeschränkt, da der Richter, der die Maßnahme erlassen habe, der Überzeugung sei, Ziel des Vollstreckungsverfahrens sei allein die möglichst getreue Ausführung der rechtskräftigen Entscheidung und seine Aufgabe bestehe im Wesentlichen in deren möglichst authentischen Interpretation.⁵⁸⁾

Ist eine Entscheidung nicht angefochten worden oder wurde die Berufung (*appello*) zurückgewiesen oder die Entscheidung im Berufungsverfahren lediglich in Bezug auf die Strafe,⁵⁹⁾ auf Sicherungsmaßnahmen oder auf zivilrechtliche Folgen abgeändert, ist also das erstinstanzliche Gericht⁶⁰⁾ das zuständige Vollstreckungsgericht. Wurde das Urteil in der Berufung hingegen substantiell abgeändert, wird das Berufungsgericht zum Vollstreckungsgericht (Art. 665 Abs. 2 c.p.p.).

Wurde gegen die Entscheidung Revision (*ricorso per cassazione*) eingelegt, so gilt Art. 665 Abs. 3 c.p.p. Danach ist das erstinstanzliche Gericht zuständiges Vollstreckungsgericht, wenn die Revision zurückgewiesen wurde. Ist die Entscheidung ohne Zurückverweisung aufgehoben worden, so gilt folgende Regelung: das erstinstanzliche Gericht ist zuständig, wenn die Entscheidung nicht berufungsfähig war, wenn Sprungrevision eingelegt wurde oder wenn das Urteil in der Berufungsverhandlung nur im Strafmaß oder in Bezug auf Sicherungsmaßnahmen oder zivilrechtliche Folgen abgeändert

56) Giarda/Spangher, Art. 665 III. Rn. 2 m.w.N.; Presutti, S. 2.

57) Zum *contraddittorio* siehe oben A.1. Fn. 7,

58) Vgl. Gaito/Ranaldi, Esecuzione penale, S. 165 ff.

59) Was im Einzelnen noch hierunter fällt, ist umstritten, vgl. Giarda/Spangher, Art. 665 III. Rn. 3 m.w.N.

60) Dies können sein: der Einzelrichter am Landgericht, das Kollegialgericht am Landebergericht, das Schwurgericht, der Friedensrichter, das Jugendgericht, das Militärgericht, aber auch der Ermittlungsrichter oder der Richter der Vorverhandlung, vgl. Giarda/Spangher, Art. 665 II. Rn. 4.

wurde; das Berufungsgericht ist zuständig, wenn die Entscheidung in der Berufung substantiell abgeändert worden war. Wurde eine Entscheidung im Revisionsverfahren aufgehoben und das Verfahren zurückverwiesen, ist das Gericht, an das zurückverwiesen wurde, das zuständige Vollstreckungsgericht.

Art. 665 Abs. 4 und 4-bis c.p.p. regeln den Fall, dass mehrere Entscheidungen, die von verschiedenen Gerichten erlassen wurden, vollstreckt werden sollen. Hier ist grundsätzlich der Richter zuständig, der die Entscheidung erlassen hat, die als Letztes rechtskräftig geworden ist. Eine Ausnahme gilt allerdings, wenn die Entscheidungen teils von ordentlichen Gerichten, teils von besonderen Gerichten (z.B. Militärgerichte) erlassen worden sind. In diesem Fall ist der ordentliche Richter für die Vollstreckung zuständig. Sind die Entscheidungen teils vom Einzelrichter am Landgericht, teils vom Kollegialgericht erlassen worden, so ist die Vollstreckung aller Entscheidungen dem Kollegialgericht überlassen.⁶¹⁾ Durch diese Regelung wird die feste Verbindung von erkennendem Gericht und Vollstreckungsgericht zumindest in diesen Fällen aufgehoben und damit eine unabhängige gerichtliche Kontrolle geschaffen.⁶²⁾

Bei Vollstreckung ausländischer Urteile ist nach Art. 738 Abs. 2 c.p.p. das Berufungsgericht (*corte di appello*) dem Gericht gleichgesetzt, das in einem normalen Verfahren eine Verurteilung ausgesprochen hat und ist damit auch zuständiges Vollstreckungsgericht.

Seit der Schaffung der verwaltungsrechtlichen Verantwortlichkeit von Unternehmen im Jahr 2001⁶³⁾ ist das Vollstreckungsgericht auch zuständig für die gerichtliche Kontrolle der Vollstreckung verwaltungsrechtlicher Sanktionen gegen Unternehmen (Art. 74 D.Lgs. 231/2001).⁶⁴⁾

61) Nach *Di Ronza*, S. 65 ff. gilt dies allerdings nur innerhalb desselben Gerichts.

62) Zustimmend daher: *Gaito/Ranaldi*, Voce “esecuzione penale”, S. 557.

63) Durch D.Lgs. 8 giugno 2001, n. 231.

64) Vgl. im Einzelnen *Perchinunno*, S. 630 f.

3. Das Verfahren vor dem Vollstreckungsgericht

Das Vollstreckungsgericht hat - ebenso wie das erkennende Gericht - für seine Entscheidungsfindung ein Verfahren mit bestimmten Formen und Fristen einzuhalten. Der Gesetzgeber hat sich dafür entschieden, diesbezüglich nicht einfach auf das Erkenntnisverfahren zu verweisen, sondern hat dem „Vollstreckungsverfahren“ (*procedimento di esecuzione*) in der Strafprozessordnung eine eigene Regelung geschaffen. Es unterscheidet sich nämlich vom Erkenntnisverfahren in seiner Struktur, in der Art, wie das Recht auf das *contraddittorio*⁶⁵⁾ verwirklicht wird, in der Form der das Verfahren abschließenden Entscheidung (Beschluss statt Urteil) und in den Rechtsmitteln.⁶⁶⁾ Dennoch kann für Einzelfragen - mangels einer speziellen Regel für das Vollstreckungsverfahren - auf die entsprechende Regelung für das Erkenntnisverfahren zurückgegriffen werden (z.B. für den Ablauf der Verhandlung oder die Nichtigkeit von Verfahrenshandlungen).⁶⁷⁾ Je nach Sachfrage entscheidet das Vollstreckungsgericht aufgrund eines förmlichen oder eines formlosen Verfahrens.

a) Förmliches Verfahren

Das Verfahren vor dem Vollstreckungsgericht wird - außer in den gesetzlich bestimmten Fällen - nicht von Amts wegen eingeleitet, sondern nach Art. 666 Abs. 1 c.p.p.) nur auf Antrag einer Partei (Staatsanwaltschaft oder Betroffener⁶⁸⁾ und/oder dessen Verteidiger). Hierbei ist die Beteiligung der Staatsanwaltschaft und des Verteidigers absolut unerlässlich.

65) Zum *contraddittorio* siehe oben A.1. Fn. 7.

66) *Di Ronza*, S. 497.

67) *Di Ronza*, S. 493 ff. und 497; *Giarda/Spangher*, Art. 666, II. Rn. 2.

68) Den Begriff des „Betroffenen“ (*interessato*) hat der Kassationshof weit ausgelegt. Nach Cass. 23 gennaio 1996, Cass. pen. 1997, S. 1418 bezieht er sich auf jede Person, die am Erkenntnisverfahren beteiligt war oder auch nicht, und Inhaber von subjektiven Rechtspositionen ist, denen infolge der Festigung oder Beseitigung einer bestimmten Entscheidung ein Vor- oder Nachteil entsteht.

Wenn der Antrag wegen Fehlens entsprechender Voraussetzungen offensichtlich unbegründet erscheint oder einen auf denselben Faktoren basierenden bereits zurückgewiesenen Antrag enthält, erklärt ihn der Richter bzw. der Präsident des Kollegialgerichts, nachdem er die Staatsanwaltschaft gehört hat, durch ein begründetes Dekret (*decreto*) für unzulässig (Art. 666 Abs. 2 c.p.p.). Nachdem die Formulierung, nach der nur die Staatsanwaltschaft, nicht aber der Betroffene zwingend zu hören ist, vielfach Erstaunen hervorgerufen hatte, hat der Verfassungsgerichtshof durch eine verfassungskonforme Auslegung die Vorschrift dahingehend interpretiert, dass es darauf ankommt, wer mit seinem Antrag das Vollstreckungsverfahren in Gang gebracht hat. War dies der Betroffene, so muss vor der Erklärung der Unzulässigkeit tatsächlich nur die Staatsanwaltschaft gehört werden. Hat aber die Staatsanwaltschaft den Antrag gestellt, so ist der Betroffene vor der Erklärung der Unzulässigkeit zu hören.⁶⁹⁾ Vereinzelt wird kritisiert, dass das Verfassungsgericht durch seine Interpretation nur das Recht auf Information gewährleistet habe, das Recht auf das *contraddittorio*⁷⁰⁾ erfordere aber, dass den Parteien die Möglichkeit gegeben werden müsse, bei allem mitzureden, was für die Entscheidung des Richters über die Zulässigkeit relevant ist. Da dieser "Filter" aus Gründen der Prozessökonomie geschaffen wurde, kommt man aber zu dem Ergebnis, dass hier - im Gegensatz zum Erkenntnisverfahren - die Garantien eine geringere Reichweite haben könne, um das Vollstreckungsverfahren schnell und einfach von verschleppenden Anträgen zu entlasten⁷¹⁾. Das Dekret wird dem Antragsteller innerhalb von fünf Tagen zugestellt. Dagegen kann innerhalb von 15 Tagen Revision eingelegt werden (Art. 585 Abs. 1a), 606 Abs. 1a) c.p.p.).

Wird der Antrag nicht als unzulässig abgelehnt, setzt der Richter bzw. der Präsident des Kollegialgerichts - nachdem er dem Betroffenen, falls er keinen Verteidiger hat, einen Pflichtverteidiger bestellt hat - einen Termin zur nichtöffentlichen Verhandlung (*udienza in camera di consiglio*) fest. Die

69) Corte Cost. 19 giugno 1995, n. 267, Giur. Cost. 1914 ff.

70) Zum *contraddittorio* siehe oben A.1. Fn. 7.

71) Giarda/Spangher, Art. 666, I. Rn. 1 und IV. Rn. 1; Perchinunno, S. 631.

Benachrichtigung hiervon wird den Parteien und dem Verteidiger mindestens zehn Tage vor dem festgesetzten Termin zugestellt,⁷²⁾ ansonsten ist die Festsetzung gemäß Art. 178 Abs. 1 c.p.p. nichtig. Bis zu fünf Tage vor der Verhandlung können bei der Gerichtskanzlei Eingaben (*memorie*) eingereicht werden (Art. 666 Abs. 3 c.p.p.). An der Verhandlung müssen sowohl die Staatsanwaltschaft als auch der Verteidiger notwendig anwesend sein, ansonsten hat dies die absolute Nichtigkeit zur Folge. Durch diese Regelung wird dem Recht auf das *contraddittorio*⁷³⁾ Rechnung getragen.⁷⁴⁾

Dass der Verurteilte persönlich anwesend sein muss, ist demgegenüber nicht ausdrücklich geregelt. Auf entsprechenden Antrag muss er zwar grundsätzlich persönlich gehört werden, wenn er sich aber außerhalb des Bezirks in Haft befindet, wird er stattdessen vom dortigen Überwachungsrichter gehört, sofern nicht das Vollstreckungsgericht die Überstellung anordnet (Art. 666 Abs. 4 c.p.p.). Diese Regelung wurde aus Sicherheitsgründen geschaffen, da eine Überstellung immer ein gewisses Risiko mit sich bringt, dass der Verurteilte versucht, zu fliehen oder andere kriminelle Ziele verfolgt und den Antrag nur als Vorwand für eine Überstellung nutzt. Organisatorische oder Sicherheitsargumente dürfen aber nicht dazu führen, dass dem Verurteilten das Recht auf das *contraddittorio* genommen wird. Daher wird vertreten, dass es verfassungswidrig sei, einem Verurteilten der außerhalb des Bezirks inhaftiert ist und beantragt, persönlich gehört zu werden, dies zu verweigern. Dass der weiter weg Inhaftierte stattdessen vom Überwachungsrichter, also einem anderen Richter als dem, der zur Entscheidung befugt ist, gehört wird, könne dieses Recht nicht entsprechend gewährleisten.⁷⁵⁾ Der Verfassungsgerichtshof hat entsprechende inzidente Verfassungsbeschwerden – aus formellen Gründen – bislang abgewiesen.⁷⁶⁾ Ein seltsames Ergebnis wird seit der Einführung der

72) Bei geistig behinderten Personen muss diese Benachrichtigung auch dem Vormund bzw. Betreuer zugestellt werden. Fehlt ein solcher, wird ein provisorischer Betreuer ernannt (Art. 666 Abs. 8 c.p.p.).

73) Zum *contraddittorio* siehe oben A.1. Fn. 7.

74) *Perchinunno*, S. 632.

75) Zum Ganzen: Di Ronza, S. 500 ff.; *Presutti*, S. 13.

audiovisuellen Vernehmung in Verfahren wegen organisierter Kriminalität (Art. 45-*bis* disp. att. c.p.p.) durch L. 7 gennaio 1998, n. 11 erreicht, die auch in der nichtöffentlichen Verhandlung im Vollstreckungsverfahren zulässig ist. Diese Möglichkeit einer (aktiveren) Beteiligung am Verfahren bleibt dem “normalen” Verurteilten verwehrt.⁷⁷⁾ Würde der Gesetzgeber diese Vorschrift auf alle Verurteilten, unabhängig von der begangenen Tat, ausweiten, könnte er das Problem der Ungleichbehandlung und der Garantie des *contraddittorio*⁷⁸⁾ besser lösen.

In der nichtöffentlichen Verhandlung ist, “wo nötig”, auch eine Beweisaufnahme zulässig. Daraus folgt jedoch nicht, dass derjenige, der eine für ihn günstige Entscheidung beantragt, die Beweislast hätte.⁷⁹⁾ Eine solche erfolgt von Amts wegen ohne Einhaltung bestimmter Förmlichkeiten (Art. 185 disp. att. c.p.p.), auch was die Ladung von Zeugen und die Durchführung von Gutachten betrifft. Das Vollstreckungsgericht muss also keine bestimmten Formen oder Modalitäten einhalten, aber Art. 666 Abs. 5 c.p.p. regelt ausdrücklich, dass das Recht auf das *contraddittorio* beachtet werden muss. Daher ist auch nicht anzunehmen, dass das Vollstreckungsgericht völlige Ermessensfreiheit hätte. Da es Garant für den korrekten Ablauf des Verfahrens ist, darf es zum Beispiel keine verbotenen Beweise erheben (Art. 190 c.p.p.), muss stets den Gegenbeweis ermöglichen (Art. 495 Abs. 2 c.p.p.) und eine neue Verhandlung ansetzen, wenn es neue Unterlagen erhält, um den Parteien Gelegenheit zur Stellungnahme zu geben.⁸⁰⁾

Die nichtöffentliche Verhandlung endet mit einem begründeten Beschluss (*ordinanza*), der unverzüglich an die Parteien und den Verteidiger zugestellt werden muss (Art. 666 Abs. 6 c.p.p.). Diese können Revision einlegen. Hierdurch wird aber nach Art. 666 Abs. 7 c.p.p. die Vollstreckung nicht ausgesetzt, außer das Vollstreckungsgericht bestimmt die Aussetzung. Im

76) Corte Cost. 15 febbraio 1991, n. 86, Giur. cost. 1991, S. 579.

77) Vgl. auch *Giarda/Spangher*, Art. 666 VII., Rn. 3.

78) Zum *contraddittorio* siehe oben A.1. Fn. 7.

79) Cass. 14 novembre 2000, Cass. pen. 2002, S. 2815 f.

80) *Giarda/Spangher*, Art. 666 VIII, Rn. 2. m.w.N.

Übrigen gelten für Revision die allgemeinen Bestimmungen, d.h. Art. 568 ff. c.p.p.⁸¹⁾

b) Formloses Verfahren

Neben dem förmlichen Verfahren ist für bestimmte Ausnahmefälle ein Verfahren vorgesehen, für das die obengenannten Formen und Fristen nicht gelten. Der daraufhin erlassene Beschluss (*ordinanza*), der der Staatsanwaltschaft mitgeteilt und dem Antragsteller zugestellt wird, können Staatsanwaltschaft, Verurteilter und Verteidiger innerhalb von 15 Tagen nach deren Mitteilung bzw. Zustellung beim Vollstreckungsgericht widersprechen (*opposizione*). Wird ein solcher Einspruch eingelegt, so wird die Sache im förmlichen Verfahren gemäß Art. 666 c.p.p. verhandelt, das wiederum das Recht auf das contraddittorio⁸²⁾ garantiert.⁸³⁾ In diesem Zusammenhang gibt es wiederum das Problem, dass derselbe Richter, der seine Entscheidung bereits getroffen hatte, nun nach dem aufgrund des Widerspruchs erfolgten förmlichen Verfahren nochmals dieselbe Entscheidungsfindung vollziehen muss.⁸⁴⁾

c) Das Vollstreckungsverfahren vor dem Friedensrichter

Mit der Schaffung strafrechtlicher Kompetenzen vor dem Friedensrichter wurden in den Art. 40 -46 D.Lgs. 28 agosto 2000, n. 274 auch eigene Regeln für die Vollstreckung der von ihm gefällten Entscheidungen geschaffen. Auch im friedensgerichtlichen Verfahren gilt nach Art. 40 Abs. 1 D.Lgs. 274/2000 der Grundsatz, dass das Friedensgericht, das die Verfügung erlassen hat, für

81) So gibt es auch bestimmte Rechtsmittelfristen. Dennoch gibt es nach h.M. keine Rechtskraft wie beim den Entscheidungen im Erkenntnisverfahren. Abgesehen von den oben beschriebenen Fällen des Art. 666 Abs. 2 c.p.p. können die Anträge zu jedem Zeitpunkt neu gestellt werden. So u.a., *Gaito/Ranaldi*, Esecuzione penale S. 198; dies. Voce "Esecuzione penale", S. 560 f.

82) Zum contraddittorio siehe oben A.1. Fn. 7.

83) *Chiavario*, S. 517; *Perchinunno*, S. 632.

84) *Gaito/Ranaldi*, Esecuzione penale, S. 201 ff schließen daraus, dass der Vollstreckungsrichter als erstes seinen im formlosen Verfahren erlassenen Beschluss aufheben muss.

seine Vollstreckung zuständig ist. Sind mehrere zu vollstreckende Entscheidungen von verschiedenen Gerichten erlassen worden, so enthalten Art. 40 Abs. 2 -4 D.Lgs. 274/2000 eine ähnliche Regelung wie Art. 665 Abs. 4 und 4-*bis* c.p.p.⁸⁵⁾ Demnach ist grundsätzlich das Gericht zuständig, das die Entscheidung erlassen hat, die als Letztes rechtskräftig geworden ist. Ordentliche Gerichte gehen dem Friedensgericht vor. Sind die Entscheidungen teils vom Friedensgericht, teils von einem besonderen Gerichten erlassen worden, so ist allerdings keines von Beiden, sondern das Kollegialgericht am Landgericht, in dessen Bezirk das Friedensgericht liegt, für die Vollstreckung zuständig.

Für das Vollstreckungsverfahren verweist Art. 41 Abs. 1 D.Lgs. 274/2000 auf Art. 666 c.p.p., mit der Ausnahme, dass gegen die Entscheidung, mit der das Friedensgericht eine Antrag für unzulässig erklärt hat, innerhalb von 15 Tagen ab der Zustellung Rechtmäßigkeitsbeschwerde beim Einzelrichter am Landgericht eingelegt werden kann (Art. 41 Abs. 2 D.Lgs. 274/2000). Über diese Beschwerde entscheidet hier also nicht der Kassationsgerichtshof.⁸⁶⁾

4. Aufgaben des Vollstreckungsgerichts

Dem Vollstreckungsgericht können alle bestreitbaren Fragen zur Entscheidung vorgelegt werden, die die Existenz, die Gültigkeit des Vollstreckungstitels oder Tatsachen, die seinen Tatbestand oder Inhalt verändern, betreffen. Dabei geht es nicht nur um Urteile, sondern Gegenstand der Überprüfung können alle gerichtlichen Entscheidungen sein, die vollstreckt werden sollen. Das Vollstreckungsgericht darf eine rechtskräftige Entscheidung aber nicht ändern. Es kann sie lediglich interpretieren, um ihren Inhalt und ihre Reichweite zu verdeutlichen.⁸⁷⁾ Die Entscheidungen der Staatsanwaltschaft bei der Strafvollstreckung können nicht mit Rechtsmitteln angegriffen werden.

85) Siehe oben C.2.

86) Zur Vollstreckung friedensgerichtlicher Entscheidungen siehe eingehend u.a., *Di Ronza*, S. 523 ff.

87) Vgl. *Giarda/Spangher*, Art. 665 II. Rn. 3 m.w.N.

Sie werden vielmehr im Vollstreckungsverfahren gerichtlich überprüft. Einige Aufgaben des Vollstreckungsgerichts sind in verschiedenen Vorschriften konkretisiert und ausdrücklich im Detail geregelt.⁸⁸⁾ Vielfach geht es dabei auch darum, bestimmte Fehler des Urteils – obwohl es bereits rechtskräftig ist – zumindest vollstreckungsrechtlich noch etwas zu korrigieren. Soweit nichts anderes bestimmt ist, entscheidet das Vollstreckungsgericht darüber im förmlichen Verfahren gemäß Art. 666 c.p.p.

a) Mehrere Urteile gegen dieselbe Person wegen derselben Tat, Art. 669 c.p.p.

Das Vollstreckungsgericht ist zunächst zuständig, wenn unter Verstoß gegen den Grundsatz des *ne bis in idem* mehrere rechtskräftige Verurteilungen gegen dieselbe Person in derselben Sache ergangen sind. Dieser Fehler kann im Vollstreckungsverfahren noch korrigiert werden. Eigentlich wäre hierfür die Lösung naheliegend gewesen, die Verurteilung vollstrecken zu lassen, die als erstes rechtskräftig geworden ist, denn alle nachfolgenden Entscheidungen sind im Grunde genommen fälschlicherweise unter Verstoß gegen das Doppelbestrafungsverbot erfolgt. Der Gesetzgeber hat sich aber für die Geltung des allgemeinen Grundsatzes des *favor rei* entschieden.⁸⁹⁾ Es wird also die mildeste Verurteilung vollstreckt, die anderen Verurteilungen werden durch das Vollstreckungsgericht widerrufen (Art. 669 Abs. 1 c.p.p.). Bei Verschiedenartigkeit der verhängten Strafe kann sich der Verurteilte aussuchen, welche davon vollstreckt werden soll (Abs. 2). Tut er dies nicht, so bestimmen Art. 669 Abs. 3 und 4 c.p.p., welche die für den Angeklagten günstigere Verurteilung ist. Demnach geht die Geldstrafe der Freiheitsstrafe, die kürzere Freiheitsstrafe der längeren, die geringere Geldstrafe der höheren,⁹⁰⁾ die

88) *Chiavario*, S. 516.

89) *Giarda/Spangher*, Art. 669, II. Rn. 1; *Perchinunno*, S. 634; *Siracusano/Tranchina/Zappalà*, S. 319.

90) Dies gilt für den Fall, dass verschiedenartige Geldstrafen verhängt wurden, also (Verbrechens-)Geldstrafe und (Übertretungs-)Geldstrafe. Vgl. auch *Giarda/Spangher*, Art. 669 VII. Rn. 2.

Haftstrafe (*arresto*) der Gefängnisstrafe (*reclusione*),⁹¹⁾ die (Übertretungs-) Geldstrafe (*ammenda*) der (Verbrechens-)Geldstrafe (*multa*)⁹²⁾ und die Ersatzstrafe der ordentlichen Strafe vor. Sind die Hauptstrafen identisch, so sind bei der Bestimmung, welche der Verurteilungen vollstreckt wird, auch eventuell verhängte Nebenstrafen oder Sicherungsmaßnahmen zu berücksichtigen. Nur, wenn sich die Verurteilungen völlig decken, wird das Urteil vollstreckt, das zuerst rechtskräftig geworden ist. Ist das zu widerrufene Urteil bereits ganz oder teilweise vollstreckt worden, so gilt dies als Vollstreckung des wirksam gebliebenen Urteils. (Art. 699 Abs. 5 c.p.p.).⁹³⁾

Art. 669 c.p.p. regelt - anders als sein Vorgänger in der Strafprozessordnung von 1930 - nicht nur die Fälle des Konflikts zwischen mehreren Verurteilungen, sondern alle denkbaren Konflikte zwischen verschiedenen rechtskräftigen Entscheidungen.⁹⁴⁾ So wählt das Vollstreckungsgericht zwischen mehreren Freisprüchen oder mehreren Urteilen auf Einstellung des Verfahrens die jeweils günstigere Entscheidung, soweit nicht der Betroffene innerhalb der Frist des Art. 669 Abs. 2 c.p.p. bereits gewählt hat (Art. 669 Abs. 7 c.p.p.). Selbstverständlich geht ein Freispruch auch einer Verurteilung vor.⁹⁵⁾ Bei einem Konflikt zwischen einem (nach Art. 434 c.p.p. widerrufenen) Einstellungsurteil und einem Urteil in der Sache (bzw. einem Strafbefehl) geht nach Art. 669 Abs. 9 c.p.p. letzteres vor.

91) Wenn der Umfang der Freiheitsstrafe gleich ist.

92) Wenn die Höhe der Geldstrafe gleich ist.

93) Diese Regelungen gelten im Übrigen entsprechend, wenn es sich um mehrere Strafbefehle oder Verurteilungen und Strafbefehle handelt oder wenn die Tat in Tateinheit mit anderen Straftaten oder als Teil einer fortgesetzten Tat abgeurteilt wurde (Art. 699 Abs. 6 c.p.p.).

94) Vgl. *Perchinunno*, S. 634 f.

95) Außer es handelt sich um einen Freispruch wegen Erlöschens der Straftat, wenn der Erlöschensgrund erst eingetreten ist, nachdem die Verurteilung rechtskräftig geworden ist. Nach Rechtskraft der Verurteilung kann der Erlöschensgrund nicht mehr wirken, daher wird die Verurteilung vollstreckt (Art. 669 Abs. 8 c.p.p., vgl. auch *Giarda/Spangher*, Art. 669 VIII. Rn. 6).

b) Fragen hinsichtlich des Vollstreckungstitels, Art. 670 c.p.p.

Das Vollstreckungsgericht ist auch für Fragen zuständig, die den Vollstreckungstitel als solchen betreffen. Stellt es beispielsweise fest, dass die zu vollstreckende Verfügung (rechtlich) nicht vorliegt (z.B. ein Urteil eines funktionell unzuständigen Gerichts) oder nicht vollstreckbar ist (z.B. weil es - etwa wegen fehlender oder nicht wirksamer Zustellung - noch angefochten werden kann oder ein Rechtsmittelverfahren noch nicht abgeschlossen ist),⁹⁶⁾ erklärt es dies durch Beschluss, setzt die Vollstreckung aus und ordnet ggf. die Entlassung des Verurteilten an (Art. 670 Abs. 1 c.p.p.). Ein eventuelles Rechtsmittelverfahren ist dabei völlig unabhängig von der Entscheidung über die Vollstreckbarkeit.⁹⁷⁾ Nachdem das Vollstreckungsgericht seine Entscheidung hierüber gefällt hat, übermittelt es die Akten an das zuständige erkennende Gericht, das dann die sachliche Entscheidung über die Zulassung des Rechtsmittels zu treffen hat (Art. 670 Abs. 2 c.p.p.). Nach Art. 670 Abs. 3 c.p.p. entscheidet das Vollstreckungsgericht auch, wenn der Betroffene einen Antrag auf Feststellung der Nichtvollstreckbarkeit einer Verfügung stellt, weil die Voraussetzungen der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand vorliegen. Es entscheidet dann auch über die Wiedereinsetzung selbst, wenn beim Rechtsmittelgericht noch kein Wiedereinsetzungsantrag gestellt worden ist, allerdings nur, wenn es negativ entscheidet, also der Ansicht ist, dass die Verfügung vollstreckbar ist.⁹⁸⁾ Es handelt sich in diesem Fall um eine alternative Zuständigkeit von Vollstreckungs- und Rechtsmittelgericht,⁹⁹⁾ sodass der Wiedereinsetzungsantrag nicht erneut beim Rechtsmittelgericht gestellt werden kann.

96) Vgl. *Siracusano/Tranchina/Zappalà*, S. 319.

97) *Di Ronza*, S. 192; *Perchinunno*, S. 636.

98) Ist das Vollstreckungsgericht der Ansicht, dass die Verfügung nicht vollstreckbar ist, fehlt es an einem Interesse für die Entscheidung über die Wiedereinsetzung, da nun neue Rechtsmittelfristen laufen, Cass. 14 aprile 2001, Cass. pen. 2002, 1095 f.; *Giarda/Spangher*, Art. 670 IV. Rn. 1.

99) Vgl. *Di Ronza*, S. 192 f.; Cass. 11 novembre 2003, Cass. pen. 2005, 111 f. Kritisch zu Art. 670 Abs. 3 c.p.p.: *Gaito/Ranaldi*, *Esecuzione penale*, S. 208 ff.

c) Idealkonkurrenz und fortgesetzte Tat, Art. 671 c.p.p.

Auch die für die Fälle der Idealkonkurrenz und des Fortsetzungszusammenhangs nach Art. 81 c.p. vorgesehene Neubestimmung der Strafe kann noch im Vollstreckungsverfahren erfolgen, allerdings nur soweit dies nicht bereits im Erkenntnisverfahren geschehen ist und es daher mehrere Verurteilungen zu Lasten derselben Person gibt (Art. 671 Abs. 1 und 2-*bis* c.p.p.).¹⁰⁰⁾ Das Vollstreckungsgericht führt dann eine komplette Neubestimmung der Strafe durch. Da die Strafe hierdurch geringer werden muss als die Summe der mit den einzelnen Urteilen oder Strafbefehlen verhängten Strafe, kann auch noch eine Aussetzung der Strafe zur Bewährung (Art. 163 ff. c.p.) oder die Nichterwähnung der Verurteilung im Strafregister (Art. 175 c.p.) gewährt werden (Art. 671 Abs. 2 und 3 c.p.p.). Das Vollstreckungsgericht hat dabei die Voraussetzungen der Idealkonkurrenz (eine einzige Handlung oder Unterlassung) der bzw. Fortsetzungszusammenhangs (einheitlicher Verbrechensplan) gemäß Art. 81 c.p. zu prüfen.¹⁰¹⁾ Bei Art. 671 c.p.p. handelt es sich in Bezug auf den Umfang der Strafe und aus diesem Grund zu gewährenden obengenannten Vergünstigungen um eine Ausnahme vom Prinzip der Unantastbarkeit der rechtskräftigen Entscheidung, nicht aber bezüglich der sonstigen Inhalte (wie die Tatbestandsmäßigkeit, die Rechtswidrigkeit oder die Verantwortlichkeit der Person);¹⁰²⁾ und dies gilt auch nur für den Fall, dass das erkennende Gericht das Vorliegen der Voraussetzungen nicht gesehen hat. Hat es das Vorliegen der Idealkonkurrenz bzw. des Fortsetzungszusammenhangs abgelehnt, so ist deren nachträgliche Berücksichtigung durch das Vollstreckungsgericht ganz ausgeschlossen (Art. 671 Abs. 1 c.p.p.). Das Verfahren findet auf Antrag des Verurteilten oder der Staatsanwaltschaft¹⁰³⁾

100) Insofern ist das Vollstreckungsgericht nur subsidiär zuständig, vgl. auch *Gaito/Ranaldi*, Voce "esecuzione penale", S. 563 f.; *Presutti*, S. 10.

101) *Di Ronza*, S. 194 und 196.

102) *Di Ronza*, S. 193 und 195.

103) *Gaito/Ranaldi*, Esecuzione penale, S. 218 sehen hier eine Verpflichtung der Staatsanwaltschaft, diesen Antrag zu stellen. Abgeleitet wird dies aus Art. 663 c.p.p., nach dem die Staatsanwaltschaft bei der Strafvollstreckung die Vorschriften über das

statt. In diesem Antrag sind – wenigstens in groben Zügen – die Tatsachen vorzutragen, die die Anwendung von Art. 81 c.p. rechtfertigen und die Verurteilungen anzugeben, auf die sich die Idealkonkurrenz bzw. der Fortsetzungszusammenhang beziehen. Das Vollstreckungsgericht muss sich dann seinerseits die entsprechenden Verurteilungen bzw. Strafbefehle zusammensuchen und dann (gemäß Art. 666 Abs. 2 c.p.p.) über die Zulässigkeit des Antrags entscheiden.¹⁰⁴⁾

d) Widerruf des Urteils wegen Beseitigung der Strafbarkeit der Tat, Art. 673 c.p.p.

Wird ein Straftatbestand nach der (rechtskräftig gewordenen) Verurteilung aufgehoben oder für verfassungswidrig erklärt, so widerruft das Vollstreckungsgericht von Amts wegen¹⁰⁵⁾ die entsprechende Verurteilung bzw. den entsprechenden Strafbefehl. Ein ggf. gestellter Antrag stellt kein Rechtsmittel dar, denn die rechtskräftige Entscheidung ist nicht mehr mit Rechtsmitteln anfechtbar. Außerdem darf das Vollstreckungsgericht keine Neubewertung der Tatsachen vornehmen. Er überprüft nur nach Lage der Akten, ob die Tat wegen der die Verurteilung erfolgt ist, entkriminalisiert oder für verfassungswidrig erklärt worden ist. Allerdings wird ihm dabei eine gewisse Ermessensfreiheit zugestanden. Wenn rechtliche oder tatsächliche Feststellungen des erkennenden Gerichts fehlen, die für die Überprüfung, ob die konkrete Tat mit dem nicht mehr geltenden Straftatbestand übereinstimmt, notwendig wären, muss das Vollstreckungsgericht selbst die entsprechende Bewertung vornehmen, um die Voraussetzungen für einen Widerruf zu prüfen.¹⁰⁶⁾

Zusammentreffen von Strafen zu beachten hat.

104) Cass. 24 settembre 1993, Cass. pen. 1995, 980; *Di Ronza*, S. 198.

105) Es handelt sich hier um eine Ausnahme vom grundsätzlichen Antragserfordernis im Vollstreckungsverfahren.

106) Zum Ganzen: *Di Ronza*, S. 207 f.

e) Widerruf anderer Verfügungen, Art. 674 c.p.p.

Wenn bei einer Verurteilung das erkennende Gericht die wegen einer anderen Verurteilung erfolgten Begünstigungen (bedingte Aussetzung der Strafe, Begnadigung, bedingte Amnestie bedingter Straferlasses oder Nichterwähnung der Verurteilung im Strafregister) nicht widerrufen hat (z.B. weil diese dem Gericht nicht bekannt waren), so geschieht dies durch das Vollstreckungsgericht (Art. 674 Abs. 1 c.p.p.), das insofern gegenüber dem erkennenden Gericht subsidiäre Kompetenzen hat. Es widerruft auch eine entgegen Art. 164 c.p. erfolgte erneute Aussetzung.

f) Fälschung von Urkunden, Art. 675 c.p.p.

Sind Fälschungen von Schriftstücken oder Urkunden festgestellt worden, so wird dies nach Art. 537 c.p.p. grundsätzlich im Urteil erklärt. Hat das erkennende Gericht dies unterlassen und ist das Urteil bereits rechtskräftig, so kann jeder, der ein Interesse daran hat (also auch über die in Art. 666 Abs. 1 c.p.p. genannten Personen hinaus), beim Vollstreckungsgericht eine solche Erklärung beantragen. Art. 675 Abs. 2 - 4 c.p.p. enthalten Einzelheiten, was die Ausführung diese Erklärung betrifft.

g) Entscheidungen im formlosen Verfahren

Einige weitere Fragen erfordern eine schnelle und direkte Entscheidung und erfolgen daher ausnahmsweise im formlosen Verfahren.¹⁰⁷⁾ Das Vollstreckungsgericht entscheidet durch Beschluss (ordinanza), dem die Staatsanwaltschaft, der Betroffene und sein Verteidiger widersprechen können. Im Falle eines Widerspruchs wird die Sache im förmlichen Verfahren behandelt.¹⁰⁸⁾

Ein solches formloses Verfahren wird gemäß Art. 667 Abs. 4 c.p.p. u.a. bei Zweifeln über die Identität der inhaftierten Person eingeleitet. Hierdurch wird

107) *SiracusanoTranchina/Zappalà*, S. 320.

108) Siehe oben C.3.a.

dem Interesse des Inhaftierten Rechnung getragen, im Falle eines Irrtums unverzüglich aus der Haft entlassen zu werden, was im förmlichen nichtöffentlichen Verfahren nicht möglich wäre.¹⁰⁹⁾ Das Vollstreckungsgericht vernimmt den Inhaftierten und kann – auch mittels der Gerichtspolizei – alle möglichen Ermittlungen vornehmen. Kann die Person zweifelsfrei identifiziert werden und handelt es sich nicht um den Verurteilten, so ordnet das Vollstreckungsgericht die unverzügliche Freilassung an. Dies kann provisorisch auch durch die Staatsanwaltschaft erfolgen, wenn der Irrtum offensichtlich ist (Art. 667 Abs. 2 und 3 c.p.p.). Verbleiben immer noch Zweifel über die Identität der Person, muss das Vollstreckungsgericht die Vollstreckung aussetzen, die Entlassung anordnen und die Staatsanwaltschaft auffordern, weitere Ermittlungen vorzunehmen (Art. 667 Abs. 2 c.p.p.). Ergibt sich daraufhin, dass die inhaftierte Person doch die richtige war, beantragt die Staatsanwaltschaft, dass das Vollstreckungsgericht die Aussetzung der Vollstreckung widerruft und die Vollziehbarkeit des Vollstreckungsbefehls erklärt.¹¹⁰⁾

Ähnlich wird verfahren, wenn eine Person wegen einer Namensverwechslung anstelle einer anderen verurteilt worden ist. Wurde nicht nur ein falscher Name angegeben, sondern auch gegen die falsche Person verhandelt, kann das Urteil nicht einfach nach Art. 130 c.p.p. berichtigt werden. Das Vollstreckungsgericht setzt daher die Vollstreckung gegen die irrtümlich verurteilte Person aus (Art. 668 c.p.p.), gegen die richtige Person erfolgt die Wiederaufnahme des Verfahrens gemäß Art. 630 Abs. 1 c.p.p.

Ein weiterer Fall, in dem im formlosen Verfahren entschieden werden kann, ist die Anwendung von Amnestie und Straferlass.¹¹¹⁾ Hier verweist Art. 672 Abs. 1 c.p.p. ausdrücklich auf das Verfahren gemäß Art. 667 Abs. 4 c.p.p. Hier, wie auch in den weiteren Zuständigkeiten gemäß Art. 676 c.p.p., findet die Vereinfachung des Verfahrens ihre Rechtfertigung in der Notwendigkeit,

109) *Perchinunno*, S. 632.

110) *Di Ronza*, S. 188.

111) Einzelheiten zu Amnestie und Straferlass in: *Jarvers*, Begnadigung, Amnestie, Aufhebung der Strafbarkeit. In: Sieber Ulrich/Cornils, Karin (Hrsg.), Nationales Strafrecht, S. 592 ff.

dass Maßnahmen die dazu führen, dass der Verurteilte seine Strafe nicht (mehr) verbüßen muss möglichst sofort vollstreckt werden sollen.¹¹²⁾ In diesem Zusammenhang ist das Vollstreckungsgericht zuständig für die Entscheidung über Gründe, die die Strafbarkeit nachträglich aufheben (*estinzione del reato*) oder die Vollstreckung der Strafe hindern (*estinzione della pena*),¹¹³⁾ über Nebenstrafen oder über die Rückgabe beschlagnahmter Sachen.

D) Die gerichtliche Kontrolle des Strafvollzugs

1. Einführung

Neben Vergeltung, General- und Spezialprävention ist in Italien der in Art. 27 Abs. 3 Cost. verfassungsrechtlich geschützte Strafzweck der Umerziehung von besonderer Bedeutung. Hieraus folgt, dass auch die Strafvollstreckung selbst häufig kontrolliert wird, um zum einen zu überprüfen, ob die Strafe zur Persönlichkeit des Verurteilten passt und zum anderen, um ggf. andere Sanktionsmöglichkeiten anzuwenden, die eine Wiedereingliederung in die Gesellschaft ermöglichen.¹¹⁴⁾

Hierfür hat der Gesetzgeber eine eigene Gerichtsbarkeit geschaffen, die Überwachungsgerichtsbarkeit (*magistratura di sorveglianza*). Was den Unterschied zum Vollstreckungsgericht ausmacht, beschreiben schon die Erläuterungen zum Vorentwurf der Strafprozessordnung. Danach ist der Überwachungsgerichtsbarkeit die Entscheidung zum einen über solche Fragen zugewiesen, die eher dem materiellen Recht zugehören, wo es vorwiegend darum geht, wie zweckmäßig und effektiv die Strafe für die Resozialisierung ist und zum anderen solche, bei denen die Feststellung der Gefährlichkeit der

112) *Perchinunno*, S. 633.

113) Außer das „Erlöschen“ der Strafe folgt aus der bedingten Entlassung (Art. 176 c.p.) oder der Überweisung an den Sozialdienst zur Bewährung.

114) *Tonini*, S. 901.

Person entscheidend ist.

Die Richter in der Überwachungsgerichtsbarkeit sind unabhängige und spezialisierte Rechtsprechungsorgane. Es handelt sich um ordentliche Richter mit ausschließlicher Zuständigkeit für den Strafvollzug. Deshalb können diesen Richtern nicht gleichzeitig auch noch andere Aufgaben zugewiesen werden.¹¹⁵⁾ Zur Überwachungsgerichtsbarkeit gehören zum einen der Überwachungsrichter¹¹⁶⁾ und zum anderen die Überwachungskammer.¹¹⁷⁾ Sie sind an den Landgerichten angesiedelt, allerdings nicht an allen, sondern seit 1986 nur noch an denen, die in der Strafvollzugsordnung angehängten Tabelle enthalten sind (Art. 68 Abs. 1 o.p.).¹¹⁸⁾

2. Örtliche Zuständigkeit

Die örtliche Zuständigkeit der Überwachungsgerichtsbarkeit ist völlig unabhängig vom erkennenden Gericht, sie richtet sich vielmehr nach dem Aufenthaltsort des Betroffenen, was für diesen wesentlich praktikabler ist.¹¹⁹⁾ Dabei ist zu unterscheiden, ob der Betroffene inhaftiert ist, oder nicht. Befindet er sich zur Vollstreckung einer Strafe oder Sicherungsmaßnahme in Haft, so ist nach Art. 677 Abs. 1 c.p.p. das Überwachungsgericht zuständig, das die Gerichtsbarkeit über die Anstalt ausübt, in der er sich zum Zeitpunkt der Einleitung des Verfahrens befindet. Bei nicht Inhaftierten richtet sich die örtliche Zuständigkeit nach dem Wohnsitz des Betroffenen, hilfsweise nach dem Ort, an dem das vollstreckte Urteil (bei mehreren Urteilen, dasjenige, das zuletzt rechtskräftig geworden ist) gefällt wurde (Art. 677 Abs. 2 c.p.p.).

115) Siehe *Tonini*, S. 75 f.

116) Siehe hierzu unten D.4.

117) Siehe hierzu unten D.5.

118) In dieser Tabelle sind der Sitz der Überwachungsgerichte sowie die Landgerichtsbezirke, die von diesen abgedeckt werden, aufgeführt. Insgesamt gibt es 58 Überwachungsgerichte auf alle italienischen Regionen verteilt.

119) Vgl. *Gaito/Ranaldi*, *Esecuzione penale*, S. 233.

3. Das Überwachungsverfahren

Für das Überwachungsverfahren (*procedimento di sorveglianza*) verweist Art. 678 Abs. 1 c.p.p. grundsätzlich auf das förmliche Vollstreckungsverfahren gemäß Art. 666 c.p.p. Gerade im Überwachungsverfahren, wo es um die Resozialisierung des Betroffenen oder um seine Gefährlichkeit geht, wäre es besonders wichtig, ihn dem Richter gegenüberzusetzen.¹²⁰⁾ Eine wichtige Abweichung vom förmlichen Vollstreckungsverfahren bildet aber die Tatsache, dass das Überwachungsverfahren nicht nur auf Antrag stattfindet, sondern auch von Amts wegen eingeleitet werden kann. Dies rechtfertigt sich durch den von der Überwachungsgerichtsbarkeit verfolgten Zweck der Resozialisierung. Hierzu passt ein "Parteienprozess" vor einem unabhängigen Richter, der nur auf Antrag der Parteien tätig werden kann, nicht.¹²¹⁾ Das Gericht setzt wiederum einen Termin zur Verhandlung fest und benachrichtigt die Parteien und den Verteidiger mindestens zehn Tage davor. Die Verhandlung findet ohne Öffentlichkeit aber mit Staatsanwaltschaft und Verteidiger statt. Die Beteiligung des Betroffenen ist fakultativ. Dementsprechend stellt sich auch hier das Problem, dass der Betroffene, der außerhalb des Bezirks in Haft ist, kein Recht auf Anwesenheit in der Verhandlung hat.¹²²⁾ Antragsberechtigt sind neben dem Verurteilten bzw. Inhaftierten und der Staatsanwaltschaft aber manchmal noch weitere Personen.¹²³⁾ So können nach Art. 57 o.p. beispielsweise die Vergünstigungen der Art. 47, 50, 52, 53 und 54 o.p. auch von den nahen Angehörigen des Verurteilten bzw. Inhaftierten beantragt oder von der Disziplinarkommission (*consiglio di disciplina*) vorgeschlagen werden. In der Lehre ist man der Auffassung, dass der Betroffene stets auf das Überwachungsverfahren verzichten kann, wenn dies die Gewährung von Vergünstigungen zum Ziel hat.¹²⁴⁾

120) Vgl. *Gaito/Ranaldi*, Esecuzione penale, S. 242.

121) *Siracusano/Tranchina/Zappalà*, S. 322 f.

122) Siehe oben C.3.a.

123) *Di Ronza*, S. 510 ff.

124) So u.a., *Di Ronza*, S. 512.

Art. 678 Abs. 2 c.p.p. regelt den Fall, dass die betroffene Person unter wissenschaftlicher Beobachtung steht. Dann fordert das Überwachungsgericht die Unterlagen an und zieht die entsprechenden Fachleute zu Rate, wenn es dies für erforderlich hält.

Die Entscheidungen des Überwachungsgerichts ergehen in unterschiedlicher Form: Ein Beschluss (*ordinanza*) erfolgt nach einem durchgeführten Überwachungsverfahren und erfordert stets eine Begründung; ein – nur in den gesetzlich bestimmten Fällen zu begründendes – Dekret (*decreto*) ergeht, wenn es keine streitige Verhandlung zwischen den Parteien gegeben hat; unbenannte Verfügungen (*provvedimenti innominati*) haben normalerweise nur verwaltungsrechtlichen Charakter; die Stellungnahme (*parere*) enthält schließlich Bewertungen eines bestimmten Falls, wie z.B., ob eine Begnadigung gewährt werden soll.¹²⁵⁾

Auch die Entscheidungen der Überwachungsgerichtsbarkeit werden von der Staatsanwaltschaft vollstreckt. Zuständig ist nach Art. 678 Abs. 3 c.p.p. die Staatsanwaltschaft am Berufungsgericht (bei Entscheidungen der Überwachungskammer) bzw. die Staatsanwaltschaft bei dem Landgericht, bei dem das Überwachungsgericht seinen Sitz hat (bei Entscheidungen des Überwachungsrichters). Dies gilt aber nicht, wenn aus der Entscheidung die Inhaftierung oder die Freilassung des Verurteilten folgt. Hierfür ist die Staatsanwaltschaft zuständig, die auch für die Vollstreckung der Verurteilung zuständig ist. Dies hat den Vorteil, dass alle Entscheidungen, die sich auf den „Inhaftierungsstatus“ auswirken, in der Hand desselben Organs liegen, hier also in der Hand der Staatsanwaltschaft an dem Gericht, das die Verurteilung ausgesprochen hat.¹²⁶⁾

4. Der Überwachungsrichter

Der Überwachungsrichter (*magistrato di sorveglianza*) ist ein Einzelrichter. Er überwacht unter anderem die Organisation der Strafanstalten und die

125) So die Auflistung in *Di Ronza*, S. 81; vgl. auch Art. 125 c.p.p.

126) Vgl. hierzu *Siracusano/Tranchina/Zappalà*, S. 323.

Vollstreckung von Untersuchungshaft und Sicherungsmaßnahmen. Er wird nicht nur rechtsprechend, sondern auch verwaltend tätig. Seine vielfältigen Aufgaben sind in Art. 69 o.p., in den Art. 679 und 681 c.p.p. sowie in zahlreichen weiteren Detailvorschriften enthalten. In der Literatur werden diese Aufgaben in verschiedenen Gruppen zusammengefasst.¹²⁷⁾

a) Überwachungs- und Kontrollaufgaben

- Überwachung- der Organisation der Strafanstalten und Mitteilung von Bedürfnissen der einzelnen Dienststellen an den Justizminister (insbesondere in Bezug auf die Verwirklichung des Resozialisierungsprinzips, Art. 69 Abs. 1 o.p.) Hierzu kann der Überwachungsrichter die Anstalten besuchen, Gespräche führen oder Dokumente einsehen, um direkte Informationen über die Abläufe in den Anstalten und die Behandlung der Inhaftierten und Untergebrachten zu erhalten (Art. 5 reg. esec. o.p.¹²⁸⁾). Er kann aber selbst nichts unternehmen, sondern nur die entsprechenden Stellen dazu auffordern, entsprechende Maßnahmen zu ergreifen, der Überwachungsrichter wird hier also eher verwaltend tätig.¹²⁹⁾
- Überwachung, ob die Untersuchungshaft im Einklang mit den gesetzlichen Vorschriften durchgeführt wird (Art. 69 Abs. 2 o.p.). Auch hier geht der Überwachungsrichter nicht selbst gegen eventuelle Missstände vor, sondern teilt sie dem Justizministerium mit.
- Aufsicht über die Vollstreckung von Sicherungsmaßnahmen (Art. 69 Abs. 4 o.p.).
- Untersuchung von mündlichen oder schriftlichen Beschwerden von Inhaftierten und Untergebrachten (Art. 35 o.p.). Der Verfassungsgerichtshof hat diese Norm insoweit für verfassungswidrig erklärt, als sie keine gerichtliche Kontrolle über die Handlungen der Vollzugsverwaltung

127) Vgl. hier die Aufstellung in: *Di Ronza*, S. 81 ff.

128) = D.P.R. 30 giugno 2000, n. 230.

129) So die Auffassung von *Di Ronza*, S. 82.

- vorsah.¹³⁰⁾ Der Gesetzgeber ist aber bislang noch nicht tätig geworden, um diesen Missstand normativ zu beseitigen.
- Häufige Besuche in den Haftanstalten, um den direkten Kontakt zu den Häftlingen zu halten (Art. 75 reg. esec. o.p.)

b) Erlass von Verfügungen mit verwaltungsrechtlichem Inhalt

Der Überwachungsrichter entscheidet nach Art. 69 Abs. 7 p.p. mit begründetem Dekret (decreto) über:

- die Annahme des Plans, der nach Art. 13 o.p. für die Behandlung jedes Häftlings erstellt wird. Stellt der Überwachungsrichter aber Rechtsverletzungen fest, so gibt er den Plan mit seinen Anmerkungen zurück, damit er neu erstellt werden kann (Art. 69 Abs. 5 Satz 1 o.p.);
- die Entscheidung über Freigang (*licenza*) für Verurteilte, die zur alternativen Maßnahme der Halbfreiheit zugelassen sind (Art. 52 o.p.)¹³¹⁾ und für Untergebrachte (Art. 53 o.p.);¹³²⁾
- die Verfügung über Erlaubnisse für Verurteilte (z.B. Besuche bei Verwandten oder Lebensgefährten in Falle von Lebensgefahr oder wichtigen familiären Ereignissen oder bei Verurteilten mit guter Führung die Möglichkeit, bis maximal 15 Tage am Stück ihren kulturellen arbeitsmäßigen oder Gefühlsinteressen nachzugehen, Art. 30, 30-*bis* und 30-*ter* o.p.);

130) Corte Cost. 11 febbraio 1999, n. 26, Giur. Cost. 1999, S. 176 ff.

131) Hier sind ein oder mehrere Freigänge von insgesamt maximal 45 Tagen möglich. Während des Freigangs gilt dann die Sicherungsmaßnahme der Freiheit unter Aufsicht (*libertà vigilata*, Art. 228 ff. c.p.). Näheres zur Halbfreiheit oben A.5. Fn. 23.

132) Für Untergebrachte kann Freigang für die Zeit von sechs Monaten vor dem Ende der Frist, nach der die Gefährlichkeit für die Allgemeinheit zu überprüfen ist, gewährt werden. Ferner ist einmal im Jahr ein Freigang in wichtigen persönlichen oder familiären Angelegenheiten oder wenn sich der Untergebrachte in Halbfreiheit befindet, für maximal 30 Tage möglich, um die Wiedereinpassung an das soziale Leben zu fördern. Auch hier ist während des Freigangs der Untergebrachte der Sicherungsmaßnahme der Freiheit unter Aufsicht (Art. 228 ff. c.p.) unterstellt.

- die eventuelle Änderung von Auflagen (*prescrizioni*), die im Falle der Überweisung an den Sozialdienst zur Bewährung (Art. 47 Abs. 8 o.p.) und des Hausarrests (Art. 47-ter Abs. 4 o.p.) erteilt wurden;
- die Zustimmung zur Zulassung zur Arbeit außerhalb der Haftanstalt gemäß Art. 21 o.p.;
- die Erlaubnis zur telefonischen Korrespondenz von Angeklagten bis zum erstinstanzlichen Urteil (Art. 18 Abs. 8 o.p.).

Unbenannte Verfügungen des Überwachungsrichters können folgende Inhalte haben:

- die Verlegung der (erstinstanzlich) Verurteilten sowie der Untergebrachten in zivile Krankenhäuser oder andere Behandlungsorte zu einer erforderlichen Behandlung oder Diagnose, die in den Haftanstalten nicht möglich ist (Art. 11 Abs. 2 o.p.). Der Überwachungsrichter widerruft die Verfügung, sobald die Gründe, die die Einlieferung gerechtfertigt haben, wieder wegfallen (Art. 240 disp.att. c.p.p.);
- die Ausschließung von unzurechnungsfähigen und bedingt unzurechnungsfähigen Häftlingen von der Vertretung anderer Häftlingen, wenn sie aus psychischen Gründen diese Aufgabe nicht wahrnehmen können (Art. 20 Abs. 6 reg. esec. o.p.);
- die Erlaubnis, dass der Verurteilte oder der Untergebrachte mit besonderer Begründung auch den gebundenen Teil der Ersparnisse (=1/5 des Lohns) verwenden darf (Art. 57 Abs. 3 reg. esec. o.p.);
- den Vorschlag an die Vollzugsverwaltung, freiwilligen Betreuern den Besuch der Vollzugsanstalten zu gestatten, und mit den Zentren des Sozialdienstes zusammenzuarbeiten (Art. 78 o.p.);
- den Antrag an das Zentrum des Sozialdienstes für Erwachsene, zu untersuchen, ob Sicherungsmaßnahmen angewendet, geändert, verlängert oder aufgehoben werden sollen (Art. 72 Abs. 2 a) o.p.);
- die Sammlung von nützlichen Informationen und Bemerkungen des Generalstaatsanwalts am Berufungsgericht in Bezug auf eine eventuelle Begnadigung (Art. 681 Abs. 2 und 3 c.p.p.);
- Anordnungen, die eine eventuelle Verletzung von Rechten der

Verurteilten und Untergebrachten beseitigen (Art. 69 Abs. 5 S. 3 o.p.).

c) Rechtsprechungsaufgaben

Der Überwachungsrichter entscheidet nach einem Überwachungsverfahren über folgende Fragen:

- Erklärung der Gewohnheitsmäßigkeit, Gewerbsmäßigkeit oder zum Hangverbrecher und eventuelle Verhängung von daraus folgenden Sicherungsmaßnahmen, soweit dies noch nicht im Erkenntnisverfahren erfolgt ist (Art. 678 Abs. 1, 679 c.p.p.). Dies geschieht entweder von Amts wegen oder auf Antrag der Staatsanwaltschaft;
- Fortbestehen der Gefährlichkeit für die Allgemeinheit zur Anwendung von Sicherungsmaßnahmen (Art. 679 c.p.p., Art. 69 Abs. 4 o.p.) und eventuelle Aufhebung der Erklärung der Gewohnheitsmäßigkeit, Gewerbsmäßigkeit oder zum Hangverbrecher. Auch hier wird der Überwachungsrichter von Amts wegen oder auf Antrag der Staatsanwaltschaft tätig;
- Milderung oder Verschärfung von Sicherungsmaßnahmen (Art. 231 c.p.);¹³³⁾
- Zusammenfassung von verschiedenen Sicherungsmaßnahmen (Art. 209 c.p.);
- Erlass von Schulden für Prozesskosten und Unterhalt, wenn der Betroffene bedürftig ist (Art. 6 Abs. 2 D.P.R. 30 maggio 2002, n. 115);
- Beschluss auf Aufschiebung der Strafvollstreckung und Einweisung des Betroffenen, wenn vor oder während der Vollstreckung eine Unzurechnungsfähigkeit eintritt (Art. 148 c.p.);
- Fortbestehen der Gefährlichkeit für die Allgemeinheit von Personen, die einer Sicherungsmaßnahme unterworfen sind, wenn die Mindestfrist abgelaufen ist sowie die (auch vorzeitige) Verhängung, Vollstreckung, Veränderung oder Aufhebung von Sicherungsmaßnahmen (Art. 208 c.p., 69 Abs. 4 o.p.);

133) Vgl. im Einzelnen *Di Ronza*, S. 87.

- Bestimmung der Modalitäten der Vollstreckung von den Ersatzstrafen (*pene sostitutive*)¹³⁴⁾ Halbgefangenschaft (*semidetenzione*) und kontrollierte Freiheit (*libertà controllata*) sowie der Freiheit unter Aufsicht und der Ersatzarbeit (*lavoro sostitutivo*), die in Umwandlung einer unbezahlten Geldstrafe verhängt worden sind (Art. 660 c.p.p.).

Ohne Überwachungsverfahren entscheidet der Richter über folgende Fragen:

- Bestimmung von Vorgaben für die Sicherungsmaßnahme Freiheit unter Aufsicht (*libertà vigilata*), die entweder im Falle einer bedingten Entlassung (Art. 228 Abs. 2, 230 Abs. 1 Nr. 2 i.V.m. 176, 177 c.p.) oder als Sicherungsmaßnahme verhängt wurde (Art. 190 disp. att. c.p.p.);
- Widerruf der Erklärung der Gewohnheitsmäßigkeit, Gewerbsmäßigkeit oder zum Hangverbrecher (Art. 69 Abs. 4 o.p.) durch begründetes Dekret (*decreto*);
- Aussetzung oder vorläufige Fortsetzung der alternativen Maßnahmen zu Haft¹³⁵⁾ durch begründetes Dekret, wenn mittlerweile eine weitere vollstreckbare Freiheitsstrafe hinzukommt, je nachdem, ob die Maßnahmen auch nach der Kumulierung der Strafen noch möglich sind oder nicht (Art. 51-*bis* o.p.);
- Vorsorgliche Aussetzung der alternativen Maßnahmen zu Haft durch begründetes Dekret, wenn zu erwarten ist, dass die Überwachungskammer, diese wegen Fehlverhaltens der Betroffenen aufheben wird (Art. 51-*ter* o.p.);
- Entscheidung mit Beschluss (*ordinanza*) über Beschwerden von Inhaftierten und Untergebrachten betreffend berufliche Qualifikation, Entlohnung, Praktikum, Arbeit, Sozialversicherung oder alle möglichen Disziplinarfragen (Art. 69 Abs. 6 o.p.). Gegen diesen Beschluss kann

134) Die Ersatzstrafen wurden durch Art. 53 ff. L. 24 novembre 1981, n. 689 geschaffen und können bei Ersttätern vom Richter anstelle von kurzen Freiheitsstrafen angewendet werden. Möglich sind die Halbgefangenschaft (*semidetenzione*), d.h. der Aufenthalt von mindestens zehn Stunden täglich in der Vollzugsanstalt, die kontrollierte Freiheit (*libertà controllata*), in der der Verurteilte u.a., seinen Wohnort ohne besondere Erlaubnis nicht verlassen darf und sich täglich bei den Behörden melden muss, und schließlich die Geldstrafe.

135) Vgl. zu den alternativen Maßnahmen oben A.5. Fn. 23.

- Revision eingelegt werden;
- Entscheidung darüber, dass die im Hafturlaub oder Freigang verbrachte Zeit nicht von der Dauer der freiheitsentziehenden Maßnahme abzuziehen sind, weil der Inhaftierte oder Untergebrachte nicht in die Anstalt zurückgekehrt ist oder sonst ein Fehlverhalten begangen hat, das zeigt, dass er diese Vergünstigung nicht verdient hat. Hiergegen kann er Beschwerde bei der Überwachungskammer einlegen (Art. 53-*bis* o.p.);
 - Bestimmung der Vollstreckungsmodalitäten von Ersatzstrafen und im Falle von Zuwiderhandlungen Übermittlung der Akten an die Überwachungskammer, damit diese die Strafe wieder umwandelt (Art. 53 o.p., 66 L. 689/81);
 - Anhörung des Inhaftierten oder Untergebrachten für das Vollstreckungsverfahren auf Antrag des Vollstreckungsgerichts (Art. 666 Abs. 4 c.p.p.);¹³⁶⁾
 - Vorläufiger Aufschub (Art. 146 c.p.) der Strafvollstreckung oder im Falle von drohenden Nachteilen auch vorläufige Freilassung des Inhaftierten, wenn zu erwarten ist, dass die Überwachungskammer die Vollstreckung gemäß Art. 146 f. c.p.¹³⁷⁾ aussetzen wird;
 - Anhörung des Betroffenen im nichtöffentlichen Verfahren (Art. 127 Abs. 3 c.p.p.);
 - Aufnahme von Erklärungen des in Abwesenheit Verurteilten (Art. 489 Abs. 2 und 3 c.p.p.);
 - Aufnahme der Zustimmungserklärung zur Auslieferung eines Ausländers zum Zwecke einer eventuellen Vollstreckung der Strafe im Heimatland (Art. 5 Abs. 2 L. 3 luglio 1989, n. 257);
 - Gegebenenfalls Aussetzung der Vollstreckung und Anordnung der Freilassung des Verurteilten, wenn dieser erst nach Beginn der Strafvollstreckung einen Antrag auf die alternative Maßnahme der Überweisung an den Sozialdienst zur Bewährung gestellt und konkrete

¹³⁶⁾ Vgl. hierzu oben C.3.a).

¹³⁷⁾ Dies ist z.B. der Fall bei schwangeren Frauen, Frauen mit sehr kleinen Kindern oder Personen, die an AIDS oder einer anderen schweren Krankheit erkrankt sind.

- Angaben über das Vorliegen der entsprechenden Voraussetzungen sowie schwerer Nachteile im Falle der Fortsetzung der Haft gemacht hat. Die Aussetzung gilt bis zur Entscheidung der Überwachungskammer über die Gewährung der Maßnahme (Art. 47 Abs. 4 o.p.);
- Vorläufige Anwendung des Hausarrests, wenn der Antrag erst nach Beginn der Strafvollstreckung gestellt wurde (Art. 47-ter Abs. 1-*quater* o.p.);
 - Anwendung der Instituts der Halbfreiheit nach Beginn der Strafvollstreckung, wenn der Verurteilte bewiesen hat, dass er sich in das soziale Leben eingliedern möchte (Art. 50 Abs. 6 o.p.);
 - Wenn sich der Verurteilte in Hausarrest befindet und die Vollstreckung des Inhaftierungsanordnung ausgesetzt wird, bis die Überwachungskammer über den Antrag auf alternative Maßnahmen entschieden hat, verbleibt der Verurteilte in Hausarrest. Der Überwachungsrichter sorgt für die Erfüllung der entsprechenden Bestimmungen (Art. 656 Abs. 10 c.p.p.);
 - Änderungen von Auflagen für den besonderen Hausarrest nach Art. 47-*quinquies* o.p.¹³⁸⁾ sowie ihre vorläufige Aussetzung, wenn die Verurteilte sich unberechtigtweise länger als 12 Stunden von ihrem Wohnsitz entfernt, bis die Überwachungskammer über einen eventuellen Widerruf entschieden hat (Art. 47-*sexies* o.p.);
 - In Eilfällen durch begründetes Dekret: vorbeugende Aussetzung von Vergünstigungen, die Verurteilte wegen bestimmten Delikten organisierter Kriminalität erhalten haben, weil sie mit der Justiz zusammenarbeiten (Art. 16-*nonies* Abs. 7 L. 13 febbraio 2001, n. 45).

138) Dieser ist für Mütter mit Kindern unter 10 Jahren (oder auch für Väter, wenn die Mutter verstorben oder verhindert ist und sich auch sonst niemand um die Kinder kümmern kann) möglich, auch wenn die Voraussetzungen des regulären Hausarrests nicht vorliegen, wenn mindestens ein Drittel der verhängten Strafe (oder 15 Jahre bei lebenslänglicher Freiheitsstrafe) verbüßt ist und keine Gefahr der Begehung weiterer Straftaten besteht.

5. Die Überwachungskammer

a) Zusammensetzung der Überwachungskammer

Die Überwachungskammer (*tribunale di sorveglianza*) ist ein Kollegialorgan. Sie besteht aus zwei Berufsrichtern (einem Präsidenten und einem weiteren Berufsrichter, der den Präsidenten vertritt) und zwei Laienrichtern. Letztere sind zum einen Sachverständige in Psychologie, Sozialarbeit, Pädagogik, Psychiatrie oder klinische Kriminologie. Sie können unter verschiedenen Blickwinkeln einen fachlichen Beitrag zur Person des Verurteilten leisten.¹³⁹⁾ Zum anderen sind dies auch Kriminologiedozenten (Art. 70 Abs. 3 und 80 Abs. 4 o.p.), denen besondere Fachkenntnisse zugeschrieben werden, was sowohl Ermittlungstechniken, als auch Probleme angeht, die mit der Person, die eine Straftat begangen hat zusammenhängen.¹⁴⁰⁾ Die Laienrichter werden in angemessener Anzahl auf Vorschlag des Präsidenten der Überwachungskammer für die Dauer von drei Jahre (mit Verlängerungsmöglichkeit) vom *Consiglio Superiore della Magistratura*¹⁴¹⁾ ernannt (Art. 70 Abs. 4 und 70-bis Abs. 2e) o.p.). Die Berufsrichter sind Überwachungsrichter aus demselben Bezirk. Einer davon muss der Überwachungsrichter sein, der für den betreffenden Verurteilten bzw. Inhaftierten zuständig wäre. Die Überwachungskammer hat ausschließlich rechtsprechende Funktion.¹⁴²⁾ Sie wird teils erstinstanzlich, teils als Berufungsgericht tätig.

b) Erstinstanzliche Zuständigkeit

In erster Instanz entscheidet die Überwachungskammer über:¹⁴³⁾

- die Überweisung an den Sozialdienst zur Bewährung und den entsprechenden Widerruf bzw. die entsprechende Aufhebung (Art. 47, 70

139) Grevi/Giostra/Della Casa, Art. 80 IV. Rn. 1.

140) Della Casa, S. 36; Di Gennaro/Bonomo/Breda, Art. 70, S. 384.

141) Das ist ein von der Verfassung vorgesehenes Selbstverwaltungsorgan der Justizangehörigen.

142) Di Ronza, S. 92.

143) So die Aufstellung in Di Ronza, S. 92 ff.

- Abs. 1 o.p.);
- die Zulassung zum Hausarrest und den entsprechenden Widerruf bzw. die entsprechende Aufhebung (Art. 47-ter, 70 Abs. 1 o.p.);
 - die Anwendung bzw. den Widerruf der beiden vorgenannten alternativen Maßnahmen zur Haft auf AIDS-Erkrankte, die ein Therapieprogramm aufnehmen oder fortsetzen möchten (Art. 47-quater, 70 Abs. 1 o.p.);
 - die Anwendung des besonderen Hausarrests und seiner Modalitäten bzw. seinen Widerruf (Art. 47-quinquies Abs. 3 o.p., Art. 70 Abs. 1 o.p.);¹⁴⁴⁾
 - die Zulassung zur Halbfreiheit und ihr Widerruf bzw. ihre Aufhebung (Art. 48, 50, 70 Abs. 1 o.p.);
 - die Gewährung der bedingten Entlassung¹⁴⁵⁾ und ihr Widerruf bzw. ihre Aufhebung (Art. 176, 177 c.p. 70 Abs. 1 o.p.);
 - die Gewährung der vorzeitigen Entlassung¹⁴⁶⁾ und der damit verbundenen Reduzierung der Strafe (Art. 54, 70 Abs. 1 o.p.);
 - den obligatorischen oder fakultativen Aufschub von Freiheitsstrafen bzw.

144) Siehe hierzu oben D.4.c. Fn.135.

145) Die bedingte Entlassung (*liberazione condizionale*) ist nach Art. 176 Abs. 1 c.p. möglich, wenn Verurteilte zum einen reuig ist, wenn er sich also während der Vollstreckung der Strafe so geführt hat, dass mit Sicherheit anzunehmen ist, dass er sich gebessert hat. Zum anderen müssen bereits mindestens dreißig Monate oder jedenfalls mindestens die Hälfte der verhängten Strafe verbüßt worden sein und der verbleibende Strafreist darf fünf Jahre nicht überschreiten. Bei Rückfalltätern gelten schärfere Bedingungen (4 Jahre bzw. drei Viertel der verhängten Strafe, Art. 176 Abs. 2 c.p.). Bei Verurteilung zu lebenslanger Haft kommt nach Art. 176 Abs. 3 c.p. eine bedingte Freilassung erst nach Verbüßung von 26 Jahren in Betracht.

146) Die vorzeitige Entlassung (*liberazione anticipata*) nach Art. 54 o.p. stellt eine alternative Maßnahme zur Haft dar. Für jedes Halbjahr der Haft, in dem der Verurteilte seine Bereitschaft zur Resozialisierung unter Beweis gestellt hat, werden ihm 45 Tage von seiner Strafe abgezogen. Dabei wird jedes Halbjahr einzeln und unabhängig von den anderen beurteilt. Ausdrücklich ist die vorzeitige Haftentlassung auch für Fälle einer Verurteilung zu einer lebenslänglichen Freiheitsstrafe vorgesehen, Art. 54 Abs. 4 o.p. Im günstigsten Fall ist also eine Reduzierung der Strafe um nahezu ein Viertel möglich. Die vorzeitige Haftentlassung dient, wie auch die anderen alternativen Maßnahmen zur Haft, ausschließlich dazu, den Verurteilten nach und nach in die Gesellschaft wieder einzugliedern.

- von den Ersatzstrafen Halbgefangenschaft und kontrollierte Freiheit nach Art. 146 f. c.p. (Art. 684 c.p.p., 70 Abs. 1 o.p.).¹⁴⁷⁾
- die Umwandlung von Ersatzstrafen in Freiheitsstrafen, wenn gegen die entsprechenden Auflagen verstoßen wurde (Art. 66 und 108 L. 689/81);
 - die Gewährung der Wiedereinsetzung in die früheren Rechte nach Art. 179, 180 c.p. und ihr Widerruf, wenn dieser noch nicht mit der Verurteilung wegen einer anderen Tat erfolgt ist (Art. 683 c.p.p.);
 - die Erklärung des Erlöschens der Strafe als Folge der bedingten Entlassung oder der Überweisung an den Sozialdienst zur Bewährung (Art. 676 c.p.p. 236 disp. att. c.p.p.);
 - die Aussetzung der Vollstreckung der Freiheitsstrafe gegenüber einer Person, die eine therapeutische Maßnahme wegen Drogenabhängigkeit durchführt sowie für den Widerruf dieser Aussetzung (Art. 90 D.P.R. 9 ottobre 1990, n. 309);
 - die Anwendung, Änderung und Aufhebung der bedingten Entlassung, der Zuweisung zur Arbeit außerhalb der Strafanstalt, von prämierenden Vergünstigungen und alternativen Maßnahmen zur Haft gegenüber von Personen, die unter besonderem Schutz stehen, weil sie mit der Justiz zusammenarbeiten (Art. 16-*nonies* Abs. 7 L. 45/2001).

c) Zweitinstanzliche Zuständigkeit

Die Überwachungskammer fungiert auch als Berufungsgericht (*appello*) gegen die Entscheidungen des Überwachungsrichters (Art. 680 Abs. 1 c.p.p.). Letzterer darf dann aber der Überwachungskammer nicht angehören (Art. 70 Abs. 2 o.p.). Diese entscheidet über die Berufung in folgenden Fällen:¹⁴⁸⁾

- Fortbestehen der Gefährlichkeit für die Allgemeinheit zur Anwendung von Sicherungsmaßnahmen (Art. 679 c.p.p.);
- Anwendung von Sicherungsmaßnahmen im Vollstreckungsverfahren (Art. 70 Abs. 2 o.p.);

147) Siehe oben D.4.c. Fn. 138.

148) Vgl. die Zusammenstellung in *Di Ronza*, S. 95 und oben D.4.c).

- Weisungen, an die sich eine der Freiheit unter Aufsicht unterstellte Person halten muss (Art. 176, 177, 228 ff c.p., 190 disp.att. c.p.p.);
- Milderung oder Verschärfung von Sicherungsmaßnahmen (Art. 231 c.p.);
- Zusammenfassung von verschiedenen Sicherungsmaßnahmen (Art. 209 c.p.);
- Fortbestehen der Gefährlichkeit für die Allgemeinheit von Personen, die einer Sicherungsmaßnahme unterworfen sind, wenn die Mindestfrist abgelaufen ist und ggf. die (auch vorzeitige) Verhängung, Vollstreckung, Veränderung oder Aufhebung von Sicherungsmaßnahmen (Art. 208 c.p., 69 Abs. 4 o.p.);
- Aufhebung der Erklärung der Gewohnheitsmäßigkeit, Gewerbsmäßigkeit oder zum Hangverbrecher (Art. 69 Abs. 4 o.p.);
- wenn nur die Teile eines Urteils (Verurteilung, Freispruch oder Einstellung) angefochten werden, die nur die Sicherungsmaßnahmen (mit Ausnahme der Einziehung) betreffen (Art. 579 Abs. 2, 680 Abs. 2 c.p.p.).

Die Überwachungskammer ist auch Beschwerdeinstanz (*reclamo*) gegen Maßnahmen verschiedener Stellen:¹⁴⁹⁾

- gegen Entscheidungen des Überwachungsrichters über (belohnende) Vergünstigungen (*permessi ordinari e permessi premio*, Art. 30-*bis* o.p.) und über die Nichtanrechnung der während der Vergünstigung oder des Freigangs verbrachten Zeit, wenn der Inhaftierte oder Untergebrachte nicht zurückgekommen ist oder sonst ein schweres Fehlverhalten vorliegt (Art. 53-*bis* o.p.);¹⁵⁰⁾
- gegen Verfügungen der Vollzugsverwaltung, mit denen die besondere Überwachung¹⁵¹⁾ angeordnet oder verlängert wird (Art. 14-*ter* o.p.);
- gegen Verfügungen des Justizministers, mit denen die Behandlungsregeln

149) Siehe *Di Ronza*, S. 95.

150) Vgl. oben D.4.b. und c.

151) Nach Art. 14-*bis* o.p. kann für eine Zeit von maximal sechs Monaten die besondere Überwachung von Personen angeordnet werden, die mit ihrem Verhalten die Sicherheit gefährden oder die Ordnung in der Anstalt stören, oder die durch Gewalt oder Drohung die Tätigkeiten anderer Häftlinge unterbinden oder die andere Häftlinge unterwerfen. Diese Maßnahme kann mehrfach um jeweils maximal drei Monate verlängert werden.

und die in der Strafvollzugsordnung geregelten (vergünstigenden) Mechanismen gegenüber bestimmter Tätergruppen (vor allem im Bereich der Mafiakriminalität), bei denen Grund zur Annahmen besteht, dass sie weiterhin den Kontakt zur kriminellen, terroristischen oder umstürzlerischen Vereinigungen pflegen, ausgesetzt werden, wenn sie mit den Erfordernissen der Ordnung und der Sicherheit in Widerspruch stehen (Art. 41-*bis* o.p.).

d) Zuständigkeiten des Präsidenten der Überwachungskammer

Beim Präsidenten der Überwachungskammer handelt es sich um einen Richter am Kassationshof. Bei Überwachungskammern, die in den Dezernaten außerhalb des Berufungsgerichts eingesetzt sind, ist der Präsident ein Richter am Berufungsgericht (Art. 70-*bis* o.p.). Er wird vom Überwachungsrichter, der ihm in der Hierarchie folgt oder bei gleicher Funktion vom ältesten Überwachungsrichter vertreten. Neben seinen normalen Aufgaben innerhalb der Überwachungskammer leitet und organisiert der Präsident die Tätigkeiten der Überwachungskammer. Dazu gehören insbesondere die Geschäftsverteilung, Vertretungsregelungen oder Vorschläge für die Ernennung der sachverständigen Laienrichter.¹⁵²⁾

6. Besondere Überwachungsgerichte

Für spezielle Gerichtszweige sieht die italienische Rechtsordnung auch eigene Überwachungsgerichte vor. So ist für Jugendliche¹⁵³⁾ nach Art. 79 o.p. zwar grundsätzlich auch die Strafvollzugsordnung anwendbar, die Aufgaben der Überwachungsgerichtsbarkeit werden aber vom Jugendgericht (*tribunale per i minorenni*) bzw. vom Überwachungsrichter am Jugendgericht (*giudice di sorveglianza presso il tribunale di minorenni*) wahrgenommen.

Auch im Bereich der Militärstraferichtsbarkeit gibt es die Militärüber-

¹⁵²⁾ Siehe im Einzelnen Art. 70-*bis* o.p.

¹⁵³⁾ Bzw. für Personen, die zur Tatzeit minderjährig waren bis zur Vollendung ihres 25. Lebensjahres, vgl. Art. 3 D.P.R. 22 settembre 1988, n. 448.

wachungskammer (*tribunale militare di sorveglianza*). Sie ist am Militärberufungsgericht in Rom angesiedelt und besteht aus einem Präsidenten (Richter am Kassationshof), einem Überwachungsrichter und zwei sachverständigen Laienrichtern, die vom *Consiglio superiore della magistratura militare*¹⁵⁴⁾ ernannt werden. Die Zuständigkeit der Militärüberwachungsgerichtsbarkeit ist aber nur gegeben, wenn der Verurteilte den Streitkräften angehört und auch aktuell im Dienst steht.¹⁵⁵⁾

E) Praxis mit Beispielen

Was die Praxis betrifft, so führt das italienische Justizministerium zahlreiche Statistiken über die Situation in den Haftanstalten, die zum 31. Juli 2011 aktualisiert wurden. Danach waren insgesamt 66.942 Personen inhaftiert, davon 2.895 (=4,3%) Frauen und 23.916 (=35,7%) Ausländer. In diesen Zahlen enthalten sind auch 918 Personen (=1,4%), die dem System der Halbfreiheit unterstellt sind, sich also im Wesentlichen nur nachts in der Vollzugsanstalt aufhalten.¹⁵⁶⁾ Hier ist der Ausländeranteil von 96, also 10,5% wesentlich geringer. Was die Verfahrensstadien betrifft, so befinden sich 27.572 (41%) in Untersuchungshaft, 37.650 im Strafvollzug und 1.632 sind aufgrund einer freiheitsentziehenden Sicherungsmaßnahme eingewiesen.¹⁵⁷⁾ Bei den ausländischen Inhaftierten stammen die meisten (20,4%) aus Marokko, 14,9% aus Rumänien, 12,8 aus Tunesien, 11,5% aus Albanien und 4,9% aus Nigeria.¹⁵⁸⁾

Auch über die alternativen Maßnahmen zur Haft gibt es Zahlen bezogen auf den 31. Juli 2011: 10.051 Personen waren zu diesem Zeitpunkt an den

154) Das ist das Selbstverwaltungsorgan der Militärrichter, vgl. L. 30 dicembre 1998, n. 561.

155) Vgl. *Di Ronza*, S. 100.

156) Zu den alternativen Maßnahmen zur Haft siehe oben A.5. Fn. 23.

157) http://www.giustizia.it/giustizia/it/mg_1_14_1.wp?facetNode_1=0_2&previousPage=mg_1_14&contentId=SST657285

158) http://www.giustizia.it/giustizia/it/mg_1_14_1.wp?facetNode_1=0_2&previousPage=mg_1_14&contentId=SST657269

Sozialdienst zur Bewährung überwiesen, 926 zur Halfreiheit zugelassen und 8.235 befanden sich in Hausarrest.¹⁵⁹⁾ Der Sicherungsmaßnahme der Freiheit unter Aufsicht¹⁶⁰⁾ waren 2.983 Personen unterstellt. Bei den Ersatzstrafen¹⁶¹⁾ befanden sich 7 Personen in Halfgefängenschaft und 120 in kontrollierter Freiheit. Weitere Maßnahmen waren die vom Friedensrichter verhängbare Hauptstrafe der gemeinnützigen Arbeit (239 Personen), die Strafaussetzung zur Bewährung (17 Personen), die Arbeit (477 Personen) bzw. die Betreuung minderjähriger Kinder (1 Person) außerhalb der Haftanstalt.¹⁶²⁾

Sachverständige wirken im Wesentlichen nur bei den Entscheidungen der Überwachungskammer mit. Ansonsten spielen sie keine wesentliche Rolle. Bei der Beurteilung der Gefährlichkeit im Rahmen von Sicherungsmaßnahmen ist die Beteiligung von Sachverständigen sogar im Gesetz ausgeschlossen. Art. 220 Abs. 2 c.p.p. bestimmt ausdrücklich, dass zur Feststellung der gewohnheits- oder gewerbsmäßigen Begehung, der Neigung zum Verbrechen, der Charaktereigenschaften und Persönlichkeitsstruktur des Angeklagten sowie allgemein der nicht durch pathologische Ursachen bedingten psychischen Eigenschaften Sachverständigengutachten nicht zulässig sind.

F) Beurteilung/Bewertung des Systems

Rein juristische Bewertungen, was die gerichtliche Kontrolle im italienischen Strafvollstreckungs- und Strafvollzugssystem betrifft, sind wenig zu finden. Kritik gibt es allenfalls an Detailregelungen. Allerdings wird - auch aufgrund der Anerkennung des Prinzips der gerichtlichen Kontrolle -

159) http://www.giustizia.it/giustizia/it/mg_1_14_1.wp?facetNode_1=0_2&previousPage=mg_1_14&contentId=SST657647 . Zu den alternativen Maßnahmen zur Haft siehe oben A.5. Fn. 23.

160) Siehe hierzu oben D.4.c.

161) Zu den Ersatzstrafen siehe oben D.4.c. Fn. 135.

162) http://www.giustizia.it/giustizia/it/mg_1_14_1.wp?facetNode_1=0_2&previousPage=mg_1_14&contentId=SST657648

gefordert, den ganzen Bereich des Freiheitsentzugs (Strafvollstreckung und Strafvollzug) in einem einheitlichen Gesetzbuch zu regeln und einer einzigen Gerichtsbarkeit zuzuweisen¹⁶³⁾ und verbleibende Ungleichgewichte zwischen Staatsanwaltschaft und Verteidigung zu beseitigen.¹⁶⁴⁾ Auch die Unparteilichkeit des Vollstreckungsgerichts, das Anwesenheitsrecht des Betroffenen und die fehlende Frist, innerhalb derer Vollstreckungsgericht bzw. Überwachungsgericht über Anträge des Betroffenen zu entscheiden haben sind Themenbereiche, in denen Kritik geäußert wird.¹⁶⁵⁾ Auch hält man spezielle strafvollzugrechtliche Regelungen für Jugendliche für erforderlich.¹⁶⁶⁾

Viel wichtiger ist in Italien freilich eine eher politisch/soziale Bewertung des gesamten Strafrechtssystems. Dies hat nämlich zu einer bedenklichen Zunahme der Gefangenenzahlen geführt. Die Situation in den italienischen Gefängnissen ist seit Jahren immer wieder nahe am Zusammenbrechen. Ausgerichtet auf ca. 45.000 Häftlinge sind die derzeit 207 Strafanstalten mit knapp 67.000 hoffnungslos überbelegt.¹⁶⁷⁾ Nachdem sich die Gefangenenzahlen in der 90er Jahren mehr oder weniger in diesem Rahmen gehalten hatten, war bis Sommer 2006 ein kontinuierlicher Anstieg bis auf 61.264 zu verzeichnen. Aufgrund dieser starken Überfüllung der Haftanstalten wurde durch L. 31 luglio 2006, n. 41 ein umfangreicher Straferlass (indulto)¹⁶⁸⁾ gewährt, der

163) *Di Ronza*, S. 27; *Gaito/Ranaldi*, Voce “esecuzione penale”, S. 566.

164) *Gaito/Ranaldi*, Esecuzione penale, S. 41 kritisieren hier insbesondere zu weitgehende Zuständigkeiten der Staatsanwaltschaft und zu lange Fristen.

165) Vgl. u.a., *Gaito/Ranaldi*, Voce “esecuzione penale”, S. 566. Siehe auch oben B.5., C.2. und C.3.a.

166) *Di Ronza*, S. 28.

167) Stand: 31. Juli 2011. Quelle: Italienisches Justizministerium http://www.giustizia.it/giustizia/mg_1_14_1.wp?facetNode_1=0_2&previousPage=mg_1_14&contentId=SST657285

168) Der Straferlass ist ein allgemeiner Gnadenakt, er wirkt sich aber im Gegensatz zur Amnestie nicht auf die Straftat aus, sondern ausschließlich auf die Vollstreckung der Hauptstrafe. Diese wird ganz oder teilweise erlassen oder in eine andere Hauptstrafe umgewandelt (Art. 174 Abs. 1 c.p.). Der Straferlass wird – wie auch die Amnestie – durch Gesetz mit 2/3 Mehrheit in beiden Kammern des Parlaments gewährt. Die Möglichkeit des Straferlasses ist weder von der Art noch von der Höhe der verhängten Strafe her begrenzt. In der Regel bezieht er sich jedoch auf ein bestimmtes Höchstmaß

zu einem Rückgang der Gefangenen auf ca. 39.000 führte. Innerhalb von fünf Jahren hat sich - auch aufgrund der rigiden Kriminalpolitik der letzten Jahre¹⁶⁹⁾ - die Zahl wiederum fast verdoppelt und ist nun höher als vor dem Straferlass.

G) Jüngste Entwicklung, etwaige Kritik, Problematik bzw. Reformdiskussion

Obwohl die Situation in den Haftanstalten immer wieder dramatische Züge annimmt, schreitet der Gesetzgeber nur sehr wenig ein und auch Reformvorschläge stocken. Die einzige Maßnahme die in letzter Zeit ergriffen wurde, um die Zahl der Inhaftierten zu vermindern, war das Gesetz über die Vollstreckung von Freiheitsstrafen bis zu einem Jahr am eigenen Wohnsit z.¹⁷⁰⁾ Danach kann bei einer Verurteilung zu einer Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr oder wenn noch maximal ein Jahr Reststrafe verbleibt, diese auch in der Wohnung des Verurteilten oder an einer anderen Pflege-, Fürsorge- oder Anlaufstelle vollstreckt werden. Diese Regelung gilt nur vorübergehend bis zum 31. Dezember 2013 und hat bislang auch noch nicht zu einer durchgreifenden Verringerung der Gefangenenzahlen geführt. Zwar wurden seit dem Inkrafttreten bis zum 31. Juli 2011 insgesamt 2.942 Personen aus diesem Grund entlassen, die Zahlen sanken insgesamt aber nur um 1.019 (67.961 am 31.12. 2010 und 66.942 am 31.7.2011¹⁷¹⁾), weil gleichzeitig entsprechend mehr Personen wiederum neu in Haft kamen. Es wird daher vielfach nach einer neuerlichen Amnestie gerufen. Da diese aber sehr

von Geld- oder Freiheitsstrafen und schließt häufig bestimmte Arten von Straftaten aus.

169) Diese richtet sich in hohem Maße auch gegen Ausländer, vgl. hierzu auch *Bettels*, ZStW 2010, 725 ff.

170) L. 26 novembre 2010, n. 199.

171) Italienisches Justizministerium: http://www.giustizia.it/giustizia/it/mg_1_14_1.wp?facetNode_1=0_2&previousPage=mg_1_14&contentId=SST657228 http://www.giustizia.it/giustizia/it/mg_1_14_1.wp?facetNode_1=0_2&facetNode_2=1_5_1&previousPage=mg_1_14&contentId=SST165666 http://www.giustizia.it/giustizia/it/mg_1_14_1.wp?facetNode_1=0_2&previousPage=mg_1_14&contentId=SST657285

unpopulär ist, traut sich keiner der politischen Kräfte, einen solchen Antrag ins Parlament einzubringen, zumal hierfür seit 1991 auch eine 2/3-Mehrheit erforderlich ist (Art. 79 Abs. 1 Cost.). Außerdem werden momentan auch andere Probleme – insbesondere wirtschaftliche – als vordringlich angesehen. Bei wissenschaftlichen Zusammenkünften ist – meist von Richtern – des Öfteren der Vorschlag zu hören, weitere Deliktsbereiche zu entkriminalisieren und in Ordnungswidrigkeiten umzuwandeln. Konkrete Vorschläge sind daraus bislang aber nicht erwachsen. Dementsprechend gibt es in Italien derzeit keine Reformbestrebungen im Bereich der Strafvollstreckung und des Strafvollzugs.¹⁷²⁾

172) Für Einschätzungen und Bewertungen sowie für weitere wertvolle Hinweise dankt die Autorin Herrn Prof. *Renzo Orlandi*, Universität Bologna.

Literaturverzeichnis

- Bettels, Till, Der Ausländer als Sicherheitsrisiko - Das italienische “Pachetto sicurezza” und seine ausländerstrafrechtlichen Aspekte, ZStW 2010, S. 723 - 740.
- Chiavario, Mario, Diritto processuale penale. Profilo istituzionale. 3. Aufl. Turin 2007.
- Della Casa, Franco, La magistratura di sorveglianza. 2. Aufl. Turin 1994.
- Di Gennaro, Giuseppe/Bonomo, Massimo/Breda, Renato, Ordinamento penitenziario e misure alternative alla detenzione. 4. Aufl. Mailand 1987.
- Di Ronza, Paolo, Manuale di diritto dell’esecuzione penale. 5. Aufl. Padua 2003.
- Filippi, Leonardo /Spangher, Giorgio, Diritto penitenziario, Mailand 2000.
- Gaito, Alfredo/Ranaldi, Gianrico, Voce “Esecuzione penale”. Enciclopedia del diritto, agg. IV. Mailand 2000, S. 545 - 567.
- Gaito, Alfredo/Ranaldi, Gianrico, Esecuzione penale. 2. Aufl. Mailand 2005.
- Giarda, Angelo/Spangher, Giorgio, Codice di procedura penale commentato. 3. Aufl. Mailand 2010.
- Grevi, Vittorio/Giostra, Glauco/Della Casa, Franco, Ordinamento penitenziario. 3. Aufl. Padua 2006.
- Jarvers, Konstanze, Massen- und Kleinkriminalität vor dem italienischen Friedensrichter. Berlin 2007.
- Jarvers, Konstanze, Begnadigung, Amnestie, Aufhebung der Strafbarkeit in Italien. In: Sieber Ulrich/Cornils, Karin (Hrsg.), Nationales Strafrecht in rechtsvergleichender Darstellung. Allgemeiner Teil. Teilband 5: Gründe für den Ausschluss der Strafbarkeit - Aufhebung der Strafbarkeit - Verjährung. Duncker & Humblot, Berlin 2010, S. 592 ff.
- Pavarini, Massimo, Codice commentato del esecuzione penale Vol.I, Turin 2002.
- Perchinunno, Vincenzo, L’esecuzione penale. In: Manuale di procedura penale. 8. Aufl. Bologna 2008.

Presutti, Adonella, Voce “Esecuzione penale”. Enciclopedia giuridica Treccani, vol. XIII. Rom 1996, S. 1 - 14.

Santoro, Arturo, L'esecuzione penale. 2. Aufl. Turin 1953.

Siracusano, Delfino/Tranchina, Goivanni/Zappalà, Enzo, Elementi di diritto processuale penale. 3. Aufl. Mailand 2007.

Tonini, Paolo, Manuale di procedura penale. 10. Aufl. Mailand 2009.

Abkürzungsverzeichnis

Abs.	Absatz
agg.	aggiornamento (Aktualisierung)
Art.	Artikel
Aufl.	Auflage
bzw.	beziehungsweise
Cass.	corte di cassazione (Kassationshof)
Cass. pen.	Cassazione penale (Entscheidungssammlung)
Corte Cost.	corte costituzionale (Verfassungsgerichtshof)
Cost.	costituzione (italienische Verfassung)
c.p.	codice penale (italienisches Strafgesetzbuch)
c.p.p.	codice di procedura penale (italienische Strafprozessordnung)
dies.	diesel ben
Dir.	direttiva (Direktive)
disp. att. c.p.p.	disposizioni di attuazione, di coordinamento e transitorie del codice di procedura penale (Durchführungs-Koordinierungs- und Übergangsbestimmungen zur Strafprozessordnung)
D.L.	decreto legge (Gesetzesdekret)
D.Lgs.	decreto legislativo (gesetzesvertretendes Dekret)
D.P.R.	decreto del presidente della Repubblica (Dekret des Präsidenten der Republik)
EMRK	Europäische Menschenrechtskonvention
f., ff.	folgende, fortfolgende
Fn.	Fußnote
ggf.	gegebenenfalls
Giur. Cost.	Giurisprudenza costituzionale (Entscheidungssammlung)
h.M.	herrschende Meinung
Hrsg.	Herausgeber
i.S.d.	im Sinne des/der
i.V.m.	in Verbindung mit
L.	legge (Gesetz)
L.	delega Legge delega (Ermächtigungsgesetz)
m.w.N.	mit weiteren Nachweisen

Nr.	Nummer
n.	numero
o.p.	ordinamento penitenziario (italienisches Strafvollzugsgesetz)
Rn.	Randnummer
S.	Seite
sog.	sogenannt
u.a.	unter anderem
usw.	und so weiter
vgl.	vergleiche
vol.	volume
z.B.	zum Beispiel