

保護觀察制度에 관한 研究*

金 秀 吉**

目 次

- I. 序 論
- II. 保護觀察制度에 관한 一般的 考察
 - 1. 保護觀察制度의 概念
 - 2. 保護觀察制度의 沿革
 - 3. 保護觀察制度의 刑事政策的 價値
- III. 外國의 保護觀察制度
 - 1. 美國의 保護觀察制度
 - 2. 日本의 保護觀察制度
- IV. 우리 나라 類似保護觀察制度의 現況과 問題點
 - 1. 序說
 - 2. 少年法上の 保護觀察
 - 3. 少年善導保護制度
 - 4. 社會安全法上の 保護觀察
 - 5. 社會保護法上の 保護觀察
 - 6. 更生保護法上の 觀察保護
 - 7. 保護觀察의 試驗實施
- V. 保護觀察制度의 導入方案
 - 1. 保護觀察法의 制定 및 關係法令의 改正
 - 2. 保護觀察의 擔當機構
 - 3. 保護觀察의 對象範圍
 - 4. 保護觀察의 實施方法
- VI. 結 論

I. 序 論

오늘날 우리 나라의 犯罪傾向의 特徵은 犯罪의 過飽化와 再犯者의 增加現象이다.¹⁾ 대부분의 犯罪者들은 한번의 犯罪가 原因이 되어 犯罪惡循環의 軌道를 벗어나지 못하고 그 循環을

* 이 論文은 1987年度 文教部 研究助成費에 의해 研究되었음

** 法政大學 法學科 助教授

1) 지난 10년간 우리 나라의 犯罪者 再犯狀況을 보면, 1976년에 總刑法犯 305,105名 중 再犯者가 59,613명이었던 것이 1986년에는 2.1배가 증가한 120,209명으로 急增하였다. 總刑法犯에 대한 再犯者의 構成比率도 1976년에 19.5%에 불과하였으나 1986년에는 39.6%의 比率을 차지하고 있으며, 그것도 刑執行終了者가 52.2%로 나타나고 있다. 大檢察廳, 「犯罪分析」, 通卷 第59號~第102號(1976~1987).

계속하고 있다. 이러한 犯罪惡循環의 現象은 지금까지 막대한 國家費用으로 이룩된 矯正處遇機關이나 施設에서 犯罪者들에 대한 矯正處遇가 効率的으로 運營되지 못하고 또한 犯罪者들이 社會에 復歸하였을때 再犯防止에 대한 社會保護措置가 未洽·未備하였음을 나타내는 것이다. 여기에 우리는 犯罪豫防이라는 問題와 함께 犯罪人을 어떻게 教化改善시켜서 社會復歸를 促進하고 나아가서는 犯罪로부터 社會를 保護할 것인가에 관한 理論的 實踐的인 研究의 努力이 더 한층 傾注되어야 할 것이다.

犯罪에 對處하는 오늘날의 刑事政策의 思潮는 刑罰의 賦課와 執行을 통한 司法的 正義의 實現에만 머무르지 않고 積極的으로 犯罪人을 教化改善하여 再犯을 防止하고 社會秩序를 維持시키는 方向으로 發展하고 있으며 그 教化改善方向도 施設內矯正處遇에서 社會內矯正處遇로 轉換하고 있다. 이에 맞추어 矯正施設도 점차 開放하고 있을 뿐만 아니라 犯罪者들에 대한 社會的 保護措置도 改善·發展시키는데 많은 努力과 財政支援을 擴大하고 또한 社會의 參與度도 增大되고 있음이 現在 各國의 共通的인 現象이다.

保護觀察制度는 社會內 處遇手段의 代表的인 것으로서 先進 各國은 그 實施經驗을 통하여 犯罪人의 處遇를 위하여 가장 効率的인 手段이라고 인식하고 있으며, 各國은 保護觀察制度의 채택여부보다는 그 效果的인 活用に 努力을 기울이고 있다. 그러나 우리 나라는 아직도 統一的인 保護觀察制度는 導入되지 않고, 다만 一部의 法律에 保護觀察制度和 類似하거나 根本趣旨를 같이 하는 制度를 두고 있지만 그것도 制度的 뒷받침과 구체적인 프로그램의 缺如 등으로 犯罪人에 대한 事後管理가 體系的으로 이루어지지 않고 있는 실정이다. 現在 試驗實施 중인 假釋放者와 假退院者들에 대한 保護觀察(Parole)도 同業務를 담당할 人員 및 施設이 確保되지 않아 有明無實한 狀態에 있는바²⁾ 社會內處遇面에서 刑事政策의 貧困相을 드러내고 있다. 따라서 우리 나라에서도 조속한 時日內에 保護觀察制度를 全面的으로 導入하여 活性化함으로써 犯罪人의 矯正處遇에 轉換點을 마련하여야 할 것이다.

이에 本稿에서는 保護觀察制度의 內容과 各國의 立法 및 實態를 檢討한 후 現行法上 散在해 있는 類似保護觀察制度의 問題點을 살피고 保護觀察制度의 合理的인 導入方案을 提示하려는 데에 그 目的을 두었다.

II. 保護觀察制度에 관한 一般的 考察

1. 保護觀察制度의 概念

保護觀察制度는 英美系에서부터 發達한 Probation System만을 意味하나 一般적으로

2) 吳英根, "保護觀察制度의 活性化方案", 韓國刑事政策學會, 「刑事政策」, 창간호(1986), p. 241.

Probation System외에 同一한 次元에서 發達한 Parole System³⁾까지 包含한 概念으로 使用되고 있다. 이 制度는 犯罪人에 대하여 矯正施設內에 收容處罰하지 않고 일정한 期間 善行의 維持를 條件으로 刑罰의 全部 또는 一部 執行을 保留하여 社會內에서 自由를 주고, 國家에서는 專門機關의 個別的인 觀察, 卽 監督과 援護를 통하여 積極的으로 그의 更生과 社會復歸를 도와주는 刑事司法制度이다.⁴⁾ 그러므로 保護觀察制度는 犯罪防止手段으로서의 有機的인 「監視·監督的」機能과 對象者의 社會復歸를 支援하는 非權力的인 「補導·援護的」機能 등 두가지 機能을 가지고 있으며,⁵⁾ 特히 保護觀察擔當者와 對象者와의 밀접한 人格的 結合이 犯罪人의 社會復歸에 중요한 役割을 하고 있다.⁶⁾

이러한 意味에서 保護觀察制度는 刑罰에 의한 矯正施設에 收容하는 施設內處遇制度 및 國家機關의 적극적인 監督과 援護가 뒤따르지 않고 犯罪人을 社會에 放置하는 단순한 猶豫制度에 對應하는 概念이다. 따라서 保護觀察制度는 犯罪人에 대한 個別的 社會內 處遇方法이라는 점, 그 前提로서 刑罰의 猶豫 및 그 內容으로서의 監督과 援護 등이 必須的이라는 점 등을 本質的 要素로 하고 있다.⁷⁾

그런데 保護觀察制度의 法律的 性質에 관하여 保安處分의 一種으로 보는 見解도 있었으나⁸⁾ 兩者間에는 그 性質을 달리한다.⁹⁾ 保安處分이란 廣義로 犯罪의 危險을 防止하기 위하여 刑罰과는 別개로 그것을 代替 또는 補充하는 것으로서 國家에 의하여 行하여지는 改善·教化·保護 등 一切의 處分을 意味하고, 狹義로는 特定人의 犯罪行爲 또는 犯罪行爲를 前提로하여 그 者의 將來危險을 防止하기 위하여 刑罰 이외에 이를 補充 또는 代身하여 裁判所가 宣告하는 者에 대한 自由의 剝奪 또는 制限을 隨伴하는 隔離 및 改善處分을 뜻한다.¹⁰⁾ 保安處分이라

3) Probation은 有罪가 立證되어 상당한 刑을 賦課할 수 있으나 그 刑의 宣告나 執行을 猶豫하고 社會內에서 그 猶豫期間 중 國家機關에 의하여 指導·監督·援助 등 強制的(有權的)인 保護觀察를 받게 하는 制度 즉 保護觀察附執行(宣告)猶豫制度이다. 이에 대하여 Parole은 自由刑 또는 保護處分을 받고 一定期間 동안 矯導所나 少年院 등 일정한 矯正施設에서 矯正處遇를 받고 있는 者에 대하여 假釋放과 假退院 등을 許可하여 社會內에서 一定期間 중 國家機關 등에 의하여 指導·監督·援助 등 保護觀察를 받게 하는 制度 즉 保護觀察附假釋制度라는 점에서 兩者는 事實상 상당한 차이가 있다. 그러나 Probation과 Parole은 다 같이 犯罪人을 施設內에 收容하지 아니하고 國家機關의 監督下에 社會內에서 保護監督을 行하는 社會內處遇라는 점에서 이를 保護觀察로 통일하여 이해하여도 무방할 것이다. David Dressler, *Practice and theory of probation and parole*, 2nd ed., Columbia Univ. press, 1969, pp. 97~98.

4) Edwin H. Sutherland and Donald R. Cressey, *Criminology*, 8th ed., J.B. Lippincott Co., 1970 pp. 461~462.

5) Schönke-Schröder *Strafgesetzbuch Kommentar*, 18Aufl, München, 1976, S. 679.

6) David Dressler, op. cit., pp.153~154.

7) 申昌彥, "美國의 保護觀察制度", 法務部, 「海外派遣檢事研究論文集」, 第2輯, 1981, p. 100.

8) 小川太郎, 「自由刑의 展開」, 東京: 一粒社, 1964, pp. 179~188.

9) 菊田幸一, 「保護觀察의 理論」, 東京: 有信堂, 1969, pp. 31~32.

10) 吉川經夫, 「刑事政策」, 東京: 青林書院社, 1975, p. 196; 劉基天, 「刑法學(總論講義)」, 서울: 一潮閣, 1980, pp. 340~341; 鄭盛根, 「刑法總論」, 서울: 法志社, 1983, pp. 786~787.

할때는 一般的으로 狹義의 意味로 사용된다. 이에 대하여 保護觀察制度는 犯罪者를 一定한 施設에 拘禁함이 없이 이를 自由롭게 自主的인 社會生活을 영위케 하면서 保護官으로 하여금 한편으로는 그 者가 社會에 대하여 害를 끼치지 못하도록 監視·監督하고, 他方으로는 그 者가 社會復歸를 促進할 수 있도록 保護·援護·輔導하는 制度로서 兩者間에는 差異가 있다.

兩者의 差異를 좀더 구체적으로 살펴보면, 첫째 保護觀察制度는 英美에서 犯罪人의 保護와 更生을 主目的으로 하여 篤志家들의 自發的 實踐에 의하여 生成된 制度임에 反하여 保安處分은 歐洲大陸에서 주로 犯罪로부터 社會防衛를 目的으로 設計된 制度라는 점에서 그 發生史的 根據와 目的에 質的 差異가 있고, 둘째 保護觀察制度는 기왕의 犯罪行爲를 前提로 犯罪人에 대하여 矯導所 등 施設內에서 刑執行을 保留하는 대신 施設外에서 自由를 부여하는 社會內處遇로서 處罰을 緩和하는데 대하여 保安處分은 矯導所 등에 收容하는 施設內處遇를 原形으로 하여 刑을 加重하게 된다. 따라서 保護觀察制度는 刑罰의 一變形으로서 收容과 完全自由間의 中間段階로 矯導所 등의 代用物이라 할 수 있다.¹¹⁾

2. 保護觀察制度의 沿革

保護觀察制度의 起源은 13世紀以來로 英國의 普通法에서의 裁判上 慣行인 「聖職者의 特惠」(benefit of clergy)와 「善行의 誓約」(recognizance or bidding over for good behavior) 및 「保證附 猶豫」(bail) 등에서 찾아 볼 수 있지만¹²⁾ 오늘날 행하여지고 있는 진정한 意味에 있어서의 保護觀察制度는 19世紀 中葉 美國의 John Augustus에 의하여 開拓되었고 그의 헌신적인 實踐에 의하여 基本構成이 이루어졌다.

Boston市の 製靴工인 John Augustus는 1841年 어느날 禁酒協會會員의 資格으로 裁判廷에

11) 菊田幸一, 前掲書, pp. 31~38; 許柱旭, 「行刑學」, 서울: 一潮閣, 1983, p. 170; 李珍雨, 「社會安全法 講解」, 서울: 法文社, 1975, p. 33; 李正贊, 「現代行刑學」, 서울: 法曹文化社, 1978, p. 348; 咸泳業, 「保護觀察制度의 導入 必要性에 관한 研究(上)」, 「檢察」, 第1輯(通卷 第81號), 1981, p. 162.

12) 英國에서 普通法上의 慣行으로 행하여졌던 「聖職者의 特惠」는 聖職者에 대하여는 一般法院에 裁判權이 없다는 教會側의 요구에 따라 犯法聖職者를 釋放한데서 비롯되었다. 이 慣行은 나중에는 그 對象을 罪質이 輕한 一般人에게까지 확대하여 釋放하기에 이르렀다가 19世紀初에 廢止되었다. 또한 14世紀頃부터 生成된 「先行의 誓約」과 「保證附 猶豫」는 先行維持의 誓約이나 保證金의 支拂을 條件으로 刑의 宣告를 猶豫하여 釋放하고 誓約違反의 경우에는 다시 處罰하는 慣行이다. 이러한 慣行들은 오늘날 保護觀察制度의 진정한 前制度라기보다는 先行을 條件으로 한 단순한 猶豫와 관계가 있는 것이며, 特殊한 狀況에 대처하려는 初期의 獨自的인 努力으로 봄이 타당하다. 그러나 英美의 保護觀察制度의 發生 및 立法에 직접 간접으로 영향을 주었다고 하겠다.

David Dressler, op. cit., pp. 16~20; Charles L. Chute and Majorie Bell, *Crime, Court and Probation*, New York: macmillan, 1956, pp. 12~14; Alexander B. Smith and Louis Berlin, *Introduction to probation and Parole*, west publishing Co., 1976. p. 75.

나가 한 알콜中毒者의 犯法者를 보고 그를 更生시켜 볼 決心을 하였다. 그는 法官에게 請願하여 刑의 宣告를 猶豫한 다음, 자신의 모든 努力을 다하여 그를 教化하는데 成功하고 그 以後부터 死亡할 때까지 다른 犯罪者들에게도 同一한 일을 계속함으로써 오늘날의 Probation制度的 先驅가 되었다. 그는 또한 最初로 Probation이라는 用語를 사용하기도 하였다.¹³⁾

Augustus의 현실적인 活動은 그의 死亡後에도 神父, 牧師 등 社會篤志家들에 의하여 繼承 發展시켰는데, 그 結果 1869年 Massachusetts州에서는 保護觀察制度和 類似한 形式的인 成文法이 制定하기에 이르렀다.¹⁴⁾ 그러나 現代的 意味의 Probation를 最初로 確立한 法律은 1878年의 마사주세츠州法(Massachusetts Acts)이다. 이 法에서는 最初의 Probation이란 用語를 사용하였을 뿐만 아니라 內容에 있어서도 公的인 有給, 常勤의 保護觀察官을 두었고, 對象者 選定을 위한 判決前調査制度를 規定하였으며 刑의 宣告가 猶豫된 者에 대한 觀察과 結果報告制度, 條件違反의 경우 保護觀察取消에 의한 處罰條項 등을 두고 있다.¹⁵⁾ 1880年 同州法에서는 假釋放(parole)을 保護觀察과 結合시켰고, 이 州法은 保護觀察制度의 標本으로서 美國 各州는 勿論 全世界에 傳播되기에 이르렀다.¹⁶⁾

美國 「매사추세츠」法을 母體로 發展된 保護觀察制度는 普通法을 根幹으로 하는 英國에도 상당한 影響을 미쳤다. 英國의 保護觀察制度는 Birmingham의 판사 Matthew Hill이 처음으로 善行條件附 宣告猶豫制度를 직접 活用하였고, 行政改革家 Howard Vincent가 이끄는 協會가 Probation制度的 立法化의 요구에 따라 1887年 初犯者保護觀察法(Probation Frist offenders Act)이 制定되어 Probation을 認定하였다. 그러나 現代的 意味에서의 Probation의 基礎를 부여한 것은 1907年 犯罪者保護觀察法(Probation of offenders Act)이다.¹⁷⁾ 이 法의 施行에 의하여 英國의 Probation은 비약적인 發展을 하였고, 그후 1914年의 刑事裁判節次法(Criminal

13) Edwin H. Sutherland and Donald R. Cressey, op. cit., pp. 463~464 ; David Dressler, op. cit., pp. 21~27 ; Alexander B. Smith and Louis Berlin, op. cit., pp. 77~78.

14) 1869년에 制定된 마사주세츠州法(Massachusetts Acts and Resolves, 1869, chap. 453, An Act in addition to an Act to establish the Board of state charities)은 保護觀察制度和 類似한 오늘날의 少年犯에 대한 保護處分과 같은 猶豫 및 觀察制度를 規定한 形式的인 것에 불과하였고, Probation이란 用語도 사용하지 않았다. 다만 州知事が 任命하는 訪問官(Visiting agent)이 釋放者의 觀察과 援護業務를 行하였다. Alexander B. Smith and Louis Berlin, op. cit., p. 79.

15) Edwin H. Sutherland and Donald R. Cressey, op. cit., p. 464 ; David Dressler, op. cit., pp. 27~28.

16) 現在 保護觀察制度를 法制化한 國家는 英美法系 國家로서는 美國, 英國, 뉴우질랜드(1886), 오스트레일리아(1907), 캐나다(1921), 이스라엘(1944), 인도(1958), 싱가포르(1951), 홍콩(1956), 인도네시아(1969), 필리핀(1976), 말레이시아, 세일론, 남아연방 등이고, 大陸法系 國家로서는 덴마크(1905), 네덜란드(1915), 스웨덴(1918), 노르웨이(1919), 오스트리아(1920), 폴란드(1930), 스위스(1937), 서독(1953), 프랑스(1958), 벨기에(1964) 順으로 이를 法制化하였다. 李在祥, 「社會保護法論」, 서울: 經文社, 1981, pp. 171~173 ; 李正贊, 前掲書, pp. 346~347 ; 法務部, 東南亞各國更生保護實態調査研究 報告, 1982.

17) Charles L. Chute and Majorie Bell, op. cit., pp. 26~27 ; Max Grünhut, *Penal Reform, a comparative study*, Oxford University press, 1948, p. 300.

Justice Administration Act), 1933년의 少年刑事裁判法(Children and young person Act)에 의하여 점차 補強되어 1948年 刑事裁判法은¹⁸⁾ Probation에 관한 從來의 規定을 廢止하고 새로운 規定을 함에 이르렀다.

19世紀에 접어 들어서 뒤늦게 認定되기 시작한 歐洲大陸法系の 保護觀察制度는 美國의 Probation制度와는 달리 원칙적으로 執行猶豫에 부여하여지는 條件附判決制度를 原形으로 하고 있다.¹⁹⁾ 大陸에 있어서의 條件附判決은 1888년 벨기에(假出獄 및 條件附有罪에 관한 法律)와 1891年 불란서(刑의 減輕 및 加重에 관한 法)에 最初로 導入되었다. 벨기에·불란서式 條件附判決인 執行猶豫(Sursis)制度는 刑의 執行猶豫에 監督을 結合시킨 方式으로 犯罪者의 矯正·治療보다는 豫防에 重點을 둔 것으로 이 制度는 노르웨이(1894), 독일(1896) 등에 適用되었다. 그러나 그후 執行猶豫의 경우에도 援護者에 의한 觀察과 生活形成의 指導가 必要하다는 認識에 의하여 保護觀察이 추가되어 적용함으로써 現在는 거의 모든 大陸法 國家들이 保護觀察制度를 導入 發展시켜 나가고 있다.²⁰⁾ 西獨에서는 특히 1953年의 刑法改正을 통하여 執行猶豫와 假釋放에 保護觀察이 適用되었으며 이를 계기로 西獨의 執行猶豫制度는 美國의 Probation에 접근하게 되었다.²¹⁾

3. 保護觀察制度의 刑事政策的 價値

犯罪人의 社會內處遇로서 保護觀察制度의 刑事政策的 價値는 犯罪人의 更生保護와 犯罪에 대한 鬭爭手段이라는 見地에서 一般적으로 높이 評價되고 있는바²²⁾ 그 實益은 다음과 같다.

가. 執行猶豫 및 假釋放制度의 活用性 提高

保護觀察制度에 의한 安全裝置가 있는 경우에는 執行猶豫, 宣告猶豫, 假釋放, 假退院 등의 制度를 擴大適用함으로써 收容으로 인한 短期自由刑의 弊害로부터 犯罪人을 保護할 수 있으며

18) 이 法은 從來의 誓約附猶豫制度(Recognizance)가 發展의 廢止되고 判決前調査制度, Case work의 監督과 援護方法, 1年이상 3年이하의 期間規定, 取消과 解除 등 美國과 거의 비슷한 形態를 갖게 되었다. 李在祥, 前掲書, p. 169 ; 金振煥, "更生保護의 理論과 實際 및 改善方案", 法務研修院, 「法務研究」, 第八號(1981), pp. 108~109.

19) 菊田幸一, 前掲書, p. 63.

20) 李在祥, 前掲書, p. 171 ; 閔建植, "各國 保護觀察制度의 比較研究", 「海外派遣檢事研究論文集」, 第3輯(1981), p. 58 ; 申昌彥, "保護觀察制度에 관한 研究", 韓國法學院, Justice, 第14卷 第1號(1981), p. 153.

21) 小川太郎, 前掲書, p. 100.

22) Edwin H. Sutherland and Donald R. Cressey, op. cit., pp. 476~481 ; Harry E. Barnes and Negley

또한 受刑生活의 短縮으로 無氣力과 自虐을 除去하고 更生意慾을 鼓吹시킬 수 있다. 短期自由刑의 弊害를 是正한 執行猶豫制度라 할지라도 犯罪人을 社會內에서 適當한 指導와 生活與件을 造成하여 주지 않은채 放置한다면 그 再犯의 可能性이 높아지기만 한다.²³⁾ 特히 假釋放制度의 活用度가 外國에 比하여 훨씬 낮은²⁴⁾ 이유는 假釋放者를 社會內에서 적절히 處遇해 주고 一般 出所者가 가지는 弱點을 補完하여 건전한 社會生活에 復歸할 수 있도록 해 주는 社會的 安全裝置인 保護觀察制度의 未備에 있다고 하겠다.

나. 施設內의 效果的 處遇

執行猶豫, 宣告猶豫, 假釋放, 假退院 등의 擴大實施로 矯導所와 少年院 등의 收容密度를 減少시켜 施設內處遇活動을 効率的으로 實施할 수 있게 한다.²⁵⁾ 우리나라의 경우 1986年 12月末 現在 全國 矯正施設內 收容定員은 53,000名인데 比하여 1日 平均 收容人員은 1,010名이 초과한 54,010名에 이르고 있다.²⁶⁾ 이같이 受刑者의 범람으로 拘禁施設이 복잡화될 때 重要再犯者에 대한 矯正教化施策이 効率的로 추진될 수 없다.

다. 再犯率의 減少效果

基本的 問題로서 矯正效果面에서 保護觀察이 施設內處遇보다 훨씬 有利하여 再犯率을 減少시킨다고 한다. 美國의 「캘리포니아」州에서 實施한 調査研究에 의하면 少年犯罪者 중 重犯罪者를 除外한 나머지에 대하여 無作爲選擇方法으로 一部를 保護觀察에 附하고 다른 一部는 少年院에 送致한 後 5年뒤에 나타난 結果는 少年院에 送致된 者는 52%가 再犯하였고, 保護觀察에 附하여진 者는 28%만이 再犯하였다고 한다.²⁷⁾ 또한 日本에서도 法務省 法務總合研究所의 統計에 의하면 犯罪者들이 出所後 3年內에 再犯한 비율은 保護觀察과 結合된 假釋放者의 再犯率은 26.5%인데 比하여 一般 刑期滿了後의 釋放者의 再犯率은 50.7%로 나타나고 있다.²⁸⁾ 이와같이 保護觀察에 의한 社會內處遇方法이 犯罪者의 再犯防止에는 矯導所 등 施設內處遇보다 더 效果적이라 하겠다. 特히 保護觀察은 成人과 初犯 및 婦女者에 관하여는 가장 實効性 있

K. Teeters, *New Horizons in Criminology*, 3rd ed., Prentice-Hall, 1959, p. 777.

23) 平野龍一, 「累犯者處遇の法律上問題」, 東京: 有斐閣, 1949, pp. 33~34.

24) 最近 日本의 경우 假釋放制度의 活用率은 매년 平均 50%에 달하고 있지만 우리나라의 假釋放比率은 20%내외에 머물고 있다. 法務研修院, 「犯罪白書」, 1987, p. 249. 參照.

25) Leon Radzinowicz and Joan King, *The Growth of Crime: The International Experience*, London: Penguin Books, 1977, p.328.

26) 法務研修院, 「犯罪白書」 pp. 189~190.

27) *The challenge of crime in Free Society. A Report of the President's Commission on law Enforcement and Administration of Justice*, 1967, p. 170.

28) 日本 法務省 法務總合研究所, 「犯罪白書」 1981, p.263.

는 制裁手段으로 인정되고 있다.²⁹⁾

라. 社會的 意義

이에는 크게 두가지 側面에서 考慮할 수 있다.

첫째 保護觀察制度는 犯罪人을 社會內에서 處遇함으로써 施設收容內에서 오는 이른바 「短期自由刑의 弊害를 原則적으로 排除하면서 犯罪人の 更生意慾과 自主 自立精神을 涵養, 鼓吹하여 社會와의 紐帶感和 適應力을 기를 수 있다.³⁰⁾ 이에 反하여 矯正施設內에 收容되는 경우에는 犯罪人은 一定期間 隔離되어 疏外된 生活을 해오는 동안 現實社會에 대한 知識이 缺如되거나 잘못 認識되어 마침내 社會와의 適應이 어려워지는 「心理的 遲滯」(Psychological lag)現象에 빠져서 出所後 그들의 更生復歸를 阻害하는 重要的 要因으로 된다.³¹⁾

한편 出所者들은 이미 改善되고 再犯하지 않을 覺悟로 出所하였다고 하더라도 社會는 教化된 새로운 착한 사람으로 받아 주지 않고 그들을 前科者로 烙印적이고 冷待, 不信, 疎外하는 경우가 대부분이고 심한 경우에는 父母兄弟와 親舊마저도 그의 過去의 行蹟만 생각하고 矯正施設에서의 改過는 믿지 않은 서로의 親分的 人間關係가 缺如되는 경우가 허다하다. 이와같이 社會가 再出發하려는 出所者를 社會의 落伍者 또는 異端者로 規定하고 受容을 거부하는 「社會的 遲滯」(Community lag)現象이 있을때는³²⁾ 그만큼 社會와의 調停에 失敗하고 결국은 再犯의 惡循環이 되풀이 된다.

둘째 犯罪人으로 하여금 社會內에서 正常的인 生業에 從事케 함으로써 犯罪人 자신이 自己와 家族들의 生計費를 마련하여 家庭의 維持를 可能하게 하고, 아울러 그의 勞動力을 社會적으로 더욱 有用하게 善用함으로써 社會經濟에도 寄與케 한다. 또한 保護觀察處분에 附隨하여 損害賠償의 履行 등을 命함으로써 이를 確保할 수 있다. 美國의 「캘리포니아」州에서는 成人對象者의 약 40%에 罰金이나 賠償金의 納付를 附隨하여 命하고 있으며, 1956年の 경우 84,000名의 保護觀察對象者가 生活費 2,747,000弗을 벌고, 902,000弗의 損害賠償金을 納付한 것으로 集計되고 있다.³³⁾ 이같은 利益 때문에 美國은 매년 保護觀察에 부쳐지는 比率이 增加하고 있다.³⁴⁾

29) G. Kasier, *Kriminologie, Eine Einführung in die Grundlangen*, 3 Aufl, Karlsruhe, 1976, S. 152.

30) 申昌彦, "美國의 保護觀察制度", p. 101.

31) M. Grünhut, op. cit., p. 173.

32) Harry E. Barnes and Negley K. Teeters, op.cit., p. 453.

33) Special study commission Probation in California, p. 117, quoted in Edwin H. Sutherland and Donald R. Cressey, op. cit., p. 479.

34) Harry E. Barnes and Negley K. Teeters, op.cit., p. 561.

마. 經濟的 利益增大

保護觀察制度는 이를 運營하는 國家의 財政經濟的 側面에서 矯正施設의 收容人員을 減少시킴으로써 막대한 收容經費를 節減할 수 있다. 美國에 있어서 施設收容費는 保護觀察經費의 約 10倍 이상에 이르고 있다.³⁵⁾ 1967年 大統領特別委員會의 矯正에 관한 報告書에 의하면 少年院收容費가 年間 約 3,400弗 임에 비하여 保護觀察費는 約 330弗로서 10.3倍, 成人의 경우는 前者가 約 1,900弗이고 後者は 140弗 정도로서 約 13.6倍에 달하고 있다.³⁶⁾ 우리 나라의 調査에서는 施設收用費의 20分の 1로서 保護觀察를 實施할 수 있는 것으로 推計되었다.³⁷⁾

바. 各種 有用資源의 利用擴大

保護觀察의 實施로 社會에 散在하는 各種의 有用資源을 最大한 利用할 수 있다. 예컨대 精神神經病院, 職業輔導施設, 社會福祉施設, 宗教的 倫理的 感化를 줄 수 있는 人事 또는 그밖의 專門家들에 의한 相談 및 治療를 받을 수 있다.

이상과 같은 利點이 있는 反面 다음과 같은 制度上的 短點이 있음을 一部の 學者들은 指摘하고 있다.³⁸⁾ 첫째 犯罪者가 다시 再犯을 할 경우에는 그 者가 監禁되었다면 社會는 保護받을 수 있었을 테지만 그가 自由社會에서 活動하는 한 그가 逮捕될 때까지는 社會는 危險을 내포하게 된다. 둘째 이 制度는 犯罪에 대한 刑을 緩和함으로써 犯罪人에게 勇氣를 주어 犯罪를 增加시킨다. 셋째 犯罪者는 그를 犯罪人으로 만들어 버린 家族이나 犯罪環境으로 되돌아감으로써 다시 犯行에 빠지게 한다. 넷째 被害者의 復讐心을 充足시켜 주지 못한다. 다섯째 遵守事項의 過多에 의한 重壓感은 被觀察者로 하여금 조금만 事項의 違反까지도 罪惡感을 갖게 한다. 여섯째 만일 法院이 外部의 壓力에 이기지 못하면 職業的 犯罪者에게 Probation을 認定하게 된다는 등 保護觀察制度에 대한 批判도 加해지고 있다.

그러나 이와 같은 批判은 그 制度自體의 短點으로 指摘되는 것이 아니고 실제 運營方法에 대한 問題에 不過한 것이므로³⁹⁾ 그 施行過程에서 充分히 是正될 수 있다고 본다. 오늘날의 犯罪者 處遇制度는 단순한 拘禁의 確保에만 있는 것이 아니라 적극적으로 犯罪人을 教化更生시켜 再犯을 防止하고 완전한 社會復歸를 도모하는데 目的이 있으므로 이 目的을 실현하기 위해서는 그 處遇方法도 施設內處遇보다 社會內處遇에 重點을 두어야 할 것이다.

35) Edwin H. Sutherland and Donald R. Cressey, op.cit., p. 479 ; D.R. Taft, *Criminology*, 3rd ed., New York : Macmillan, 1959, p. 448.

36) The President's Commission on Law Enforcement and Administration of Justice, Task Force Report on Corrections, 1967, p. 28.

37) 更生保護會, 「韓國更生保護制度의 改善」, 1971, p. 18.

38) 柳寅鶴, 「韓國 更生保護制度의 問題點에 관한 考察」, 論文集, 第8輯, 漢陽大學校, 1974, p. 242.

39) Edwin H. Sutherland and Donald R. Cressey, op. cit., pp. 480~481 ; 菊田幸一, 前掲書, pp. 19~22.

Ⅲ. 各國의 保護觀察制度

1. 美國의 保護觀察制度

가. 序說

美國의 保護觀察制度는 聯邦政府와 各州에 따라서 그 制度의 法制와 運用方法이 제각기 다르므로 인하여 그것을 統一的으로 理解한다는 것은 매우 어렵다.⁴⁰⁾ 그러므로 여기에서는 美國의 學界에서 理想的인 法案으로 評價되고 또한 各州에서도 改正立法의 基準으로 삼고 있는 標準保護觀察法案(Standard Probation and Parole Act)을 中心으로 하여 살피면서 함께 美國의 聯邦 및 各州의 法과 實際에 關係 特記할만한 事項을 들어 언급하려고 한다.

全國保護觀察 및 假釋放協會(National Probation and Parole Association, N.P.P.A)가 1955년에 發表한 同標準法案은 35個條로 되어 있으며 各條文마다 註釋을 달고 있는 것이 특징이다.⁴¹⁾ 同協會는 1907년에 처음으로 發足한 後 1921년에 National Probation Association이란 이름으로 全國의 규모로 發展하였으며 1947년에는 National Parole Association이라는 團體를 흡수하여 National Probation and Parole Association(N.P.P.A)이 되었다. 그 후 1960년부터는 그 活動領域을 크게 擴張하여 National Council on crime and Delinquency (N.C.C.D, 全國犯罪 및 非行對策委員會)로 이름을 다시 바꾸고 犯罪問題와 刑事制度 全般에 걸쳐 調查研究를 行하고 制度의 統一化 및 標準化를 기하고 있다.

나. 保護觀察의 機構

1) 州保護觀察 및 假釋放委員會(State Board of Probation and Parole)

標準法案은 먼저 州內의 모든 Probation과 Parole의 關係業務를 統一的으로 管掌하는 機構로서 州知事 밑에 3인의 常勤委員으로 構成되는 保護觀察 및 假釋放委員會를 設置할 것을 規定하고 있다(第3條). 이 委員會는 保護觀察를 擔當하는 州保護觀察局長을 任命하고 副局長, 保護觀察官 기타 事務職員에 대한 任命을 承認하며(第7條), 그들의 調査와 觀察에 關係한 活動을 監督하고 假釋放의 許可와 取消에 關係한 審理와 決定을 行하며(第18條) 保護觀察活動의 規則을 制定한다.

40) David Dressler, op. cit., pp. 37~38.

41) 同法案은 그 基本立場으로서 同法案의 內容을 다음 두가지 觀點에서 解釋할 것을 規定하고 있다. 첫째 犯罪者에 대한 處遇는 個人的心理的·社會의 特性에 關係한 個別 調査에 의하여 個個人에게 맞도록 行하여야 한다는 것이고, 둘째는 各人에 대한 處遇에 있어서는 施設拘禁에 의하는 것보다는 社會內에서의 矯正이 더 有利하다는 것이다. 美國標準保護觀察法案, p. 9 參照.

그리고 關係資料를 保管하고 그 閱覽을 規制하며, 年中 實施한 調查研究와 觀察實施의 結果를 報告하는 報告書를 州知事에게 提出하는(第4條) 등 그 外에 減刑 赦免 등의 行政處分에 관한 申請이 있을 때 이를 調査해서 建議하는 機能을 가지고 있다.

同委員會의 常勤委員은 州大法院長, 州社會事業聯合會長, 州保護觀察官協會長, 州矯導所協會長 등으로 構成된 5人的 推薦에 의한 9人으로 候補者 중 3人을 州知事が 任命도록 되어 있다(第3條). 委員의 任期는 6年이며 每 2年마다 1名씩 交替하도록 해서 委員會 계속성을 維持시키고 있다. 同委員會의 모든 議決은 多數決로 定하게 하고 있으며, 委員會命令에 대해서는 法の 規定에 反하는 경우를 除外하고는 再審을 許可하지 않고 있다.⁴²⁾

2) 保護觀察局長

標準法案은 委員會에 事務局을 두고 그 事務局에 調査와 保護觀察 및 一般事務를 統率하는 保護觀察局長을 두고 있다. 局長은 委員會의 行政官으로서 委員會 또는 法院의 要求하는 調査와 觀察 責任을 지며 委員會의 承認을 얻어 州全體를 數個區로 區分하고 保護觀察官을 各 區域에 配屬시켜 勤務하게 한다. 또한 保護觀察官과 職員을 지휘하고 訓練을 實施하여 保護觀察對象者의 處遇와 福祉에 關係되는 모든 公私機關의 協助 紐帶를 도모할 任務를 지고 있다(第9條).

3) 保護觀察官

保護觀察官은 保護觀察局長이 委員會의 承認을 받아 公開競爭試驗으로 募集된 者 중에서 任命하고 被觀察者 50名當 1人씩 任命하는 것을 原則으로 하고 있다. 1964年 全國犯罪 및 非行對策委員會에 의하면 그 資格을 性格, 經驗, 教育으로 三分하고 그중 教育에 關하여는 최소한 大學의 社會社業科를 卒業한 學士임을 要求하고 있다.⁴³⁾

保護觀察官의 職務는 保護觀察局長 또는 그 所屬法院이 調査委託한 者를 調査하며, 釋放時에 그 監督下에 있는 者에게 書面으로 保護觀察의 條件을 說明 指示하고, 被監督者의 行動과 狀態를 계속하여 살피면서 適當한 方法을 이용하여 被監督者을 助力 및 激勵하고 그 行動과 狀態를 改善시키고 自己의 活動內容을 상세히 記錄 維持해야 한다. 그리고 保護觀察官은 法院의 命令에 따라 書面에 의한 定期報告書를 제출하여야 하며, 그 業務와 다른 社會福祉機關의 業務를 調整하고 그 擔當事件에 관한 情報를 그 管轄區域內에서 통용되는 社會社業指數와,

42) 閔建植, 前揭論文, p. 68.

43) N.C.C.D. *Standard for selection of Probation and Parole Personnel*, 1964, p. 6. Cavan教授가 제시하는 最小限의 資格條件을 보면, 社會科學分野에서 認定된 大學의 學·碩士 및 承認된 社會機關에서 有能한 觀察官으로서 1年간의 經驗, 關係分野에서의 實務經驗이나 적절한 訓練을 받은 者, 좋은 性格과 均衡있는 人格을 가진 者를 들고 있다. Ruth s. Cavan, *Criminology*, New York : Thomas Y. Corwell, 1953, p. 606.

變數換率에 맞추어 作成하여야 한다(第10條).⁴⁴⁾

다. 保護觀察의 決定節次

1) 決定機關

保護觀察附執行猶豫(Probation)의 決定은 法院에서 法官이 判決로서 行하게 되어 있으므로 標準法案은 이에 관하여는 別段의 言及이 없으나 假釋放(Parole)의 許可와 取消에 관한 決定은 委員會에서 하도록 規定하고 있다(第18條). 美國諸州의 假釋放委員會의 形態는 ① 各矯導所內에 두는 것 ② 州矯正局內에 州假釋放委員會를 두는 것 ③ 州矯正局 밖에 獨立한 假釋放委員會를 두는 것 등 3가지 形態가 있다. 그런데 지난 數十年 동안에 보여준 傾向은 標準法案이 勸告한 第3의 形態인 것으로 알려져 있다.⁴⁵⁾

2) 決定方法

가) 保護觀察附執行猶豫(Probation)

美國의 Probation 法制에서는 傳統的으로 Probation의 決定을 내리기 전에는 保護觀察官으로 하여금 被告人의 經歷, 性行, 經濟狀態, 家庭 기타 環境에 대한 醫學, 心理學, 社會學 등 專門知識을 活用한 調査를 行하게 하며, 그 調査의 結果와 意見을 붙인 報告書를 검토한 뒤 判決하도록 하는 判決前調査制度(Pre-Sentence Investigation)를⁴⁶⁾ 採用하고 있는데 現在 美國의 85%이상의 州에서는 重罪에 대하여 이 제도를 行하고 있다.⁴⁷⁾ 標準法案에서도 이에 관한 상세한 規定을 두고 있는데 그 內容은 다음과 같다.

① 有罪認定을 받은 者로서 당해 犯罪에 대한 處罰이 1年以上의 自由刑이 宣告될 수 있는 경우에는 保護觀察官이 法院에 調査報告를 提出하고 法院이 이를 審査하기 전에는 刑의 宣告와 다른 處分을 하지 못한다. 그러나 1年以下인 輕한 犯罪인 경우에는 法院의 裁量으로 被告人에 대한 刑宣告前 調査를 命할 수 있다.

② 保護觀察官은 犯罪의 情狀, 즉 告訴人이나 被害者, 殺人罪의 경우에는 可能한 限 被害者의 直系家族들의 態度 그리고 被告人의 前科關係, 社會經歷 및 現在狀態 등을 調査하며 必要에

44) 保護觀察官의 選任과 役割 및 資格要件에 관한 詳細는, 吳英根, 前掲論文 pp. 218~225 參照.

45) Edwin H. Sutherland and Donald R. Cressey, op. cit., pp. 641~642.

46) 判決前調査의 目的은 주로 法院이 保護觀察의 對象者 選定의 資料로 利用되나, 法院에 의하여 保護觀察의 處分 받은 觀察對象者를 保護觀察官이 監視나 援助를 行하여 更生시키는 데 있어서도 중요한 役割을 한다. Edwin H. Sutherland and Donald R. Cressey, op. cit., p. 468 ; David Dressler, op. cit., pp. 43~44 ; Robert G. Cadwell, *Criminology*, New York : The Ronald press Company, 1965, p. 476.

47) H. E. Allen and C. E. Simonsen, *Corrections in America*, 2nd ed., Encino : Glenco publishing Co., 1978, pp. 121~123.

따라서는 被告人의 身體檢事와 精神鑑定을 實施한다.

③ 被告人이 어느 施設에 收容되어 있는 때에는 그 調査機關은 그 調査報告書를 收容時에 收容機關에 送付하여야 한다(第11條).

④ 法官이 自由刑의 實刑宣告를 한 경우에는 60日以內에 그 宣告를 修正하여 Probation 또는 단순한 宣告猶豫 및 執行猶豫를 바꿀 수 있도록 하고 있다(第12條). 이 規定은 法律上 誤謬를 訂正하기 위해서라기 보다는 法院이 그 宣告에 대한 社會의 智慧에 關하여 더 熟考하여 볼 수 있도록 상당한 期間을 許容하고 있는 것이다.

나) 保護觀察附 假釋放(parole)

假釋放의 決定方法에 대하여 標準法案 第18條는 다음과 같이 規定하고 있다.

① 委員會는 受刑者가 最短期刑을 선고 받은 때에는 그 最短期刑에서 勞動成績과 善行點數에 의하여 얻은 期間을 空除한 期間을 服役한 후, 이러한 最短期刑期가 宣告되지 아니한 때에는 服役中 언제나 適當한 節次를 거쳐 保護觀察附 假釋放을 한다.

② 委員會는 各 受刑者가 矯導所에 收監된 날로부터 1年以內에 受刑者의 犯行情狀 등 그에 관한 모든 資料를 審査하여야 한다.

③ 保護觀察附 假釋放을 命令하기 前에 委員會는 반드시 受刑者를 出席시켜서 面談을 하고나서 決定한다. 이때 保護觀察附 假釋放은 社會의 利益을 위하여서만 이를 命하여야 하며, 刑期의 短縮이나 特赦으로 보아서는 안된다.

④ 委員會는 法律에 抵觸되지 아니하는 範圍내에서 受監者의 保護觀察附 假釋放 資格, 審査의 實施, 假釋放者에 부과할 條件 등에 關하여 必要한 規定을 採擇할 수 있다.

라. 保護觀察의 實施方法

保護觀察은 保護觀察官이 法院 또는 委員會에서 定한 遵守事項을 中心으로 被觀察者의 生活을 指導하고 援護하는 것을 말한다. 標準法案에서는 遵守事項의 決定과 保護觀察의 實施方法에 關하여 다음과 같이 規定하고 있다.

1) 遵守事項

保護觀察의 目的을 보다 용이하게 達成하기 위하여 保護觀察期間內에는 被保護觀察者에게 遵守事項이 부과되며, 保護觀察은 이 被保護觀察者에 부과된 遵守事項에 의하여 보충된다.⁴⁸⁾

委員會는 遵守事項에 관한 一般的 規定 또는 規則을 採擇할 수 있고 法院에서 다른 특별한 事項을 命令하지 않을 때는 이 委員會의 遵守事項을 遵守하게 하고 있다. 法院은 委員會의

48) 李在祥, 前掲書, p. 186.

規定에 구애됨이 없이 언제나 一般의이거나 特別한 遵守事項을 命할 수 있으며 또 修正할 수 있다.⁴⁹⁾

2) 指導監督

保護觀察官은 被保護觀察者가 遵守事項을 確實히 지키느냐 또는 違反事項은 없느냐 하는 것을 觀察하고 이를 確實히 지키도록 指導監督하며 法院에 監督結果를 報告한다.

3) 住居 및 診療施設

委員會는 被保護觀察者의 住居를 위하여 住居施設 및 診療施設을 設置하여 運用할 수 있도록 하였다. 標準法案에서는 이러한 施設에 收容되어 住居하는 일을 遵守事項의 하나로서 命할 수 있다는 것도 規定하고 있다. 그러나 施設의 收容은 90日을 超過하지 못하나 法院의 許可를 얻어 1회에 限하여 90日間 연장할 수 있게 하고 있다(第6條).

4) 保護觀察附 假釋放者를 위한 準備

長期間의 拘禁生活를 겪고 나서 假釋放되어 나오는 者에게 物質的 援護를 提供하도록 하고 있는데, 州로부터 民間衣服과 居住하게 될 場所까지 旅費를 支給받는 외에 委員會의 裁量으로 臨時生計費를 받을 수 있다(第24條).

5) 保護觀察의 取消

가) Probation의 取消

Probation의 取消에 關하여 標準法案에서는 ① 法院은 保護觀察附 刑의 猶豫 또는 刑의 猶豫期間 中에는 언제든지 釋放條件을 違反한 被告人에 對한 逮捕令狀이나 違反事實에 關한 答辯을 위하여 出頭하라는 通知書를 發할 수 있다. ② 保護觀察官은 令狀이 없더라도 遵守事項의 위반사항이 있었다고 인정될 때는 犯罪者를 逮捕 및 拘禁할 수 있다. ③ 保護觀察官은 被告人을 逮捕 및 拘禁한 때에는 즉시 이를 法院에 通知하고 被告人이 어떠한 方法으로 釋放條件을 違反하였는가에 關한 報告書를 提出하여야 한다. ④ 法院은 審理를 통하여 違反事實이 확인되면 保護觀察附 刑의 猶豫를 계속하거나 取消할 수 있으며, 被告人에게 宣告된 刑期 또는 減輕된 刑期를 服役하도록 要求할 수 있고, 宣告가 猶豫되었던 경우에는 처음에 할 수 있었던 宣告를

49) 標準法案 第14條 註釋에서 제시하는 遵守事項의 內容은 다음과 같다. ① 有害하거나 不道德한 習慣을 버릴 것 ② 評判이 나쁜 者와 交際를 피할 것 ③ 指示된 바에 따라 保護觀察官에게 報告할 것 ④ 保護觀察官의 訪問에 응할 것 ⑤ 적당한 職業에 充實히 從事할 것 ⑥ 特定한 地域內에 滯留할 것 ⑦ 罰金과 그 밖에 命된 費用을 支拂할 것 ⑧ 法院이 정하는 損害賠償을 할 것 ⑨ 扶養家族을 돌볼 것 등이다.

할 수 있도록 規定하고있다(第17條). 保護觀察期間을 刑期에 算入할 것인가에 대해, Connecticut, Illinois, Montana, New Mexico, Virginia州 등에서는 算入을 인정하고 있고, Missouri, New Hampshire, Rhode Island, South Dakota州 등에서는 裁量에 의해 決定하도록 하고 있다.⁵⁰⁾

나) Parole의 取消

標準法案은 Probation의 取消에 관한 規定을 Parole에 관한 規定에 있어서도 거의 그대로 反復하고, 다만 取消의 決定을 내리는 機關을 法院 대신에 委員會로 바꾸어 規定하고 있다(第25條). 그러나 假釋放 중 再犯으로 刑의 宣告를 받은 경우에는 殘刑과 새로운 刑期를 執行하도록 法으로 固定시키고 있다(第26條).

6) 保護觀察의 延長 및 終了

가) Probation의 終了

保護觀察附 刑의 猶豫에 관한 期間은 5年以內의 期間으로 法院이 定하고, 5年을 超過하지 않은 範圍내에서 法院은 그 期間을 延長할 수 있다. 그러나 法定最高刑期가 5年以下일 경우에는 그 期間을 超過할 수 없다. 이러한 保護觀察附 刑의 猶豫期間이 경과함으로써 保護觀察은 자동적으로 終了가 되며 期間이 경과되기 전이라도 法院이 終了決定으로 終了된다(第16條).

나) Parole의 終了

假釋放者의 保護觀察期間은 殘刑期로 하고 이를 경과하면 자동적으로 終了가 된다. 그런데 假釋放者가 殘刑期間 終了前이라도 行狀이 良好하여 社會와 當事者의 福利에 反하지 않는다고 생각될 경우에는 委員會에서 終了를 許可할 수 있다. 다만 殘刑期가 1年을 넘을 경우에는 적어도 期間이 지난 후에야만 終了를 許可할 수 있도록 規定하고 있다(第27條).

2. 일본의 保護觀察制度

가. 序說

日本은 第2次世界大戰 終戰前까지는 우리의 現行制度和 類似한 任意的인 更生保護制度로서 司法保護制度가 있는 외에 少年法上的 保護觀察制度가 다소 有權性을 띤 制度로서 실시되었을 뿐 有權

50) 吳英根, 前揭論文, p. 231.

의 保護觀察制度는 거의 發展하지 아니 하였다.⁵¹⁾ 그러나 終戰후 美國法制의 영향과 保護觀察制度에 대한 認識이 高潮로 인하여 1949년에 犯罪者豫防更生法이 制定됨으로써 先進의 保護觀察制度의 法的 基礎가 確立되었다. 그후 1953년의 刑法 一部改正과 1954년의 執行猶豫者保護觀察法이 制定으로 본격적인 保護觀察制度의 實施가 있게 되었다.

나. 保護觀察機構의 構成과 機能

현재 日本의 保護觀察을 담당하고 있는 機構는 法務省保護局, 中央更生保護審査會, 地方更生保護委員會, 保護觀察所 등이 있다.⁵²⁾ 그 組織의 構成과 業務에 대하여 概括해 보면 다음과 같다.

1) 法務省 保護局

모든 保護觀察機構는 法務省 傘下에 두고 있으며 法務省에 總務課, 調査連絡課, 觀察課, 恩赦課의 4個課로 構成되는 保護局을 設置하여 犯罪者의 更生에 관한 諸般業務를 담당하게 하고 있다.

2) 中央更生保護審査會

5인의 委員으로 構成되는 中央更生保護審査會는 法務大臣의 附屬機關이며 獨自의인 機關이다. 委員은 國會兩院의 同意를 얻어서 法務大臣이 任命하며 任期는 3年이다. 同審査會의 權限으로서는 ① 法務大臣에게 特赦, 減刑, 刑執行免除, 復權의 實施를 請求, ② 地方更生保護委員會의 決定에 대한 不服으로 再審請求가 있을 때의 審査와 기타 法律에 規定하는 事項을 決定하도록 되어 있다.⁵³⁾

3) 地方更生保護委員會

地方更生保護委員會는 假釋放과 假退院의 許可 및 取消, 不定期刑의 刑執行終了決定, 保護觀察所의 事務에 대한 監督 기타 法律에 定한 事項을 處理할 權限을 갖고 있는 독립적인 議決機關으로서 美國「標準法案」에서의 保護觀察 및 假釋放委員會(State Board of Probation and Parole)와 비슷하다. 이러한 委員會는 各 高等裁判所 所在地마다 1個씩 設置하여 現在 8個所가 있고 各 委員會는 3~12人으로 構成되며 委員의 任期는 3年이고 法務大臣이 任命한다. 委員은 대체로 前職 保護觀察

51) 菊前幸一, 前掲書, pp. 12~14. ; 小川太郎, 前掲書, pp. 156~160.

52) 이에 관한 詳細는, 法務部, 「保護觀察의 處遇技法」, pp. 31~34 ; 法務部編, 日本의 保護關係法令, 1983 ; 崔鉛熙, 崔昌植·金洪吉, 「東南亞各國更生保護實態調查研究報告」, pp. 52~53 ; 閔建植, 前掲論文, pp. 83~88 ; 車正一, 日本의 保護觀察制度에 관한 考察」, 法務部, 「海外派遣 檢事研究論文集」, 第4輯(1983), pp. 72~87.

53) 吉岡一男, 「刑事政策」, 東京 : 青林書院, 1980, pp. 323~325.

所長, 矯導所長 등을 거친 人士들이며 1내지 2級 國家公務員의 待遇를 받고 있으며, 委員會에는 事務局을 두고 있다.⁵⁴⁾

4) 保護觀察所

保護觀察 및 기타 更生保護活動을 직접 간접으로 이끌어가는 第一線 執行機關인 保護觀察所는 府縣의 地方裁判所 所在地마다 1個씩 設置되어 있다.⁵⁵⁾ 그 主要所管事務는 保護觀察의 實施, 犯罪豫防을 위한 輿論啓發의 指導, 社會環境改善 및 地方住民 犯罪豫防活動의 助長 그리고 犯罪者 豫防更生保護法과 기타 法律에 의한 保護觀察所의 所管事務를 취급한다.

保護觀察所에는 一般職員外에 保護觀察職員이 配置되어 犯罪者의 改善·更生과 犯罪豫防에 관한 事務를 담당하고 있다. 保護觀察官은 醫學, 心理學, 教育學, 社會學 기타 更生保護에 관한 專門的 知識이 있는 者 중 國家公務員 上級試驗 또는 法務省의 選拔 試驗을 거쳐 任命된다.

5) 保護司制度

日本에 있어서 保護觀察制度의 特色은 專門公務員인 保護觀察官과 民間篤志家인 保護司와의 緊密한 協同에 의하여 犯罪人에 대한 社會內處遇를 效果的으로 完遂하도록 組織되어 있는 것이다.⁵⁶⁾ 保護司는⁵⁷⁾ 保護觀察所 所長이 推薦한 者 중에서 保護司選考會의⁵⁸⁾ 意見을 들어 法務大臣이 委囑하거나 法務大臣의 委任에 따라 地方更生保護委員會 委員長이 委囑한다(保護司法 第3條). 保護司의 定數는 全國的으로 52,000名을 超過할 수 없다(同法 第2條). 保護司들은 各 保護區域內에서 保護觀察官을 補助하여 保護觀察의 目的을 達成하게 하고 그 밖에 保護觀察所 所管業務에 從事하도록 되어 있는 바, 이러한 業務遂行에 있어서도 保護觀察所長의 指揮監督을

54) 法務部, 「保護觀察의 處遇技法」, p. 31.

55) 1985.6.1 現在 保護觀察所는 本廳 50個所, 支廳 30個所 및 駐在官事務所 27個所로 構成되어 있다. 法務省 法務總合研究所, 「犯罪白書」, 1985, p. 174.

56) 日本에서는 保護司制度를 保護觀察官으로 부족한 점을 그 地域性 民間性으로 보충하는 필요불가결한 制度라고 표현하고 있다. 車正一, 前掲論文, p. 76 ; 法務部, 「保護觀察의 處遇技法」, p. 32.

57) 保護司는 우리 나라 更生保護法上的 更生保護委員에 해당하는 것이지만 保護觀察官과 함께 保護觀察을 담당하는 日本의 保護司는 뚜렷한 法的地位를 인정 받는 점, 任務 등에서 우리 나라의 更生保護委員과는 많은 차이가 있다.

58) 保護司選考會는 각 保護觀察所 所在地(50個所)에 設置되어 있는데, 地方裁判所 또는 家庭裁判所長, 檢事長, 辯護士會長, 矯正施設의 長, 都道府縣教育委員會委員長, 都道府縣民生委員審査會委員長, 都道府職業安定審査會會長, 學職 經驗者 가운데서 法務相이 위촉하는 委員으로 構成된다(保護司의 選考에 관한 規則 第3條).

받게 되어 있다.⁵⁹⁾

保護司는 民間篤志家로서 社會奉仕者의 精神으로 勤務하게 되어 있는데 報酬를 받지 않으며 다만 豫算의 範圍內에서 職務遂行에 드는 費用의 全部 또는 一部를 支給받는다(同法 第11條). 任期는 2년이며 再任할 수 있다(同法 第7條). 保護司의 資格要件은 ① 人格 및 行動에 대하여 社會의인 信望이 있을 것 ② 職務遂行에 필요한 熱意 및 時間的 여유가 있을 것 ③ 生活이 安定되어 있을 것 ④ 健康하고 活動力이 있을 것 등이며(同法 第3條) 禁治產者, 準禁治產者, 禁錮 以上の 刑을 받은 者 및 日本政府를 暴力으로 破壞할 것을 目的으로 하는 團體를 結成하거나 이에 加入한 者는 保護司가 될 수 없다(同法 第4條).⁶⁰⁾

다. 保護觀察의 節次

1) 保護觀察對象者와 觀察期間

保護觀察의 種類는 1號觀察 내지 5號觀察이 있는 바 그 對象者 및 期間은 다음과 같다.

① 1號觀察 : 少年法 第24條 第1項의 保護處分을 받은 者로서 保護觀察期間은 本人이 20歲에 달할 때까지 實施하며 20歲가 되기 까지의 期間이 2年未滿일 때는 최소한 2年間 實施한다(犯罪者豫防更生法).

② 2號觀察 : 少年院에서 假退院한 者로서 保護觀察期間은 假退院의 期間이다(犯罪者豫防更生法).

③ 3號觀察 : 矯導所에서 假釋放된 者로서 保護觀察期間은 殘刑期間이지만 無期刑의 경우에는 終身토록 實施한다(犯罪者豫防更生法).

④ 4號觀察 : 保護觀察附 執行猶豫의 宣告를 받은 者로서 保護觀察期間은 執行猶豫期間이다(執行猶豫者保護觀察法).

⑤ 5號觀察 : 地方更生保護委員會의 決定으로 婦人輔導院에서 假退院된 者로서 保護期間은 輔導處分의 殘餘期間이다(賣春防止法).

이상의 對象者 중 ①과 ④는 英國의 傳統的인 Probation制度에서 緣由된 것으로 刑事訴訟制度에 基礎를 두고 法院의 宣告와 結付되어 運用되고 있는 反面 그 나머지는 Parole制度에 속한 것으로 法院의 宣告猶豫 또는 執行猶豫와는 별도의 犯罪人處遇手段으로 理解되고 있다.⁶¹⁾

59) 保護司의 自治組織으로서는 地區保護司會, 都道府縣保護司會, 地方保護司聯盟 및 全國保護司聯盟 등이 있다. 地區保護司가 실제로 行하는 業務들은 ① 擔當保護觀察事件의 相互援助 ② 環境調整의 相互援助 ③ 保護觀察의 知識과 技術을 향상하기 위한 Case研究 ④ 輔導援護協力者의 발견, 獲得을 위한 相互援助 ⑤ 關係機關과의 연락 ⑥ 犯罪豫防活動의 촉진 ⑦ BBS운동, 更生保護婦人會, 協力雇用主 등의 協力組織의 育成 ⑧ 更生保護事業의 보급선진 ⑨ 保護司相互間의 親睦 등이다. 宮澤浩-外 3人編, 「刑事政策講座」, 第3卷, 東京 : 成文堂, 1972, pp.384~385.

60) 保護司에 대하여 지적되고 있는 長點과 短點에 관한 詳細는, 吳英根, 前揭論文, pp. 235~236 참조.

61) 車正一, 前揭論文, pp. 89 ; 法務部, 「保護觀察의 處遇技法」, p.34.

2) 保護觀察의 決定機關

1號觀察은 家庭裁判所, 4號觀察은 一般刑事裁判所, 2·3·5號觀察은 地方生保護委員會가 그 決定機關이다.

① 家庭裁判所 : 少年法の 規定에 의하여 20歲未滿의 少年保護事件에 관하여 審理한 結果, 保護觀察에 附하는 것이 適當하다고 인정될 경우에는 保護觀察에 附한다.

② 刑事裁判所 : 刑法의 規定에 의하여 審理한 結果, 刑의 執行猶豫를 宣告할 경우에 刑事裁判所의 判事는 保護觀察에 附하는 것을 결정할 수 있는데, 麻藥 또는 「알콜」 中毒者에 대하여 執行猶豫를 宣告할 경우에는 거의 保護觀察에 附한다.

③ 地方更生保護委員會 : 少年院, 婦人輔導院에서 假退院 된 者나 矯導所에서 假釋放된 者는 假退院 또는 假釋放의 期間 중 반드시 保護觀察을 받도록 되어 있는 바, 이러한 경우의 假退院 및 假釋放의 決定은 모두 犯罪者豫防更生法の 規定에 의하여 地方更生保護委員會에서 이를 行한다.⁶²⁾

라. 保護觀察의 方法

保護觀察은 對象者에 대한 指導監督과 輔導援護를 그 주된 內容으로 하고 있다.⁶³⁾ 指導監督은 保護觀察對象者와 適當하게 接觸을 維持하면서 그의 行狀을 觀察하고 遵守事項을 지키도록 하기 위해 여러 가지 指示를 하는 등 本人이 社會의 善良한 一員으로 되는데 必要한 措置를 하는 것을 말한다.⁶⁴⁾

保護觀察者의 遵守事項은 法定遵守事項(一般 遵守事項이라고도 불리운다)과 行政機關의 裁量에 의하여 定해지는 特別遵守事項이 있다. 法定遵守事項은 保護觀察에 回附되는 限 누구라도 公同적으로 遵守해야 할 基本의 事項으로서 그 內容을 法律로 미리 定해 둔다.⁶⁵⁾ 特別遵守事項이란 4號觀察을 除外한 1號·2號·3號 및 5號觀察의 對象者 個個人에 대하여 그 改善更生을 도모하는데 반드시

62) 閔建植, 前掲論文, pp. 89~92 ; 車正一, 前掲論文, pp. 93~95.

63) 指導監督이 保護觀察制度의 一面인 權力關係의 機能의 表現이라고 한다면 輔導援護는 非權力의 人間的 結合關係로서의 기능 또는 社會福祉的인 機能의 表現이라고 할 수 있다. 따라서 前者는 犯罪人의 內的 矯正을 目的으로 하는데 대하여 後者는 外的 更生을 돕는 것이라고 할 수 있다. 許柱旭, 前掲書, p. 136 ; 車正一, 前掲論文, p. 115.

64) 犯罪者豫防更生法 第35條 및 執行猶豫者 保護觀察法 第7條.

65) 犯罪者豫防更生法 第34條, 第2項은 法定遵守事項을 ① 일정한 住居에 居住하고 일정한 職業에 從事 것 ② 善行을 維持할 것 ③ 犯罪性이 있는 者 또는 素行이 不良한 者와 交際하지 말 것 ④ 住居를 移轉하거나 장기간 旅行을 할 때에는 미리 保護觀察을 行하는 者의 許可를 받을 것 등 4가지 事項을 規定하고 있다. 또한 執行猶豫者 保護觀察法 第5條에서는 ① 保護觀察에 回附된 후 速히 일정한 住居를 定하여 保護觀察所長에 申告할 것 ② 善行을 유지할 것 ③ 住居를 移轉하거나 1個月 이상 旅行을 할 때에는 미리 保護觀察所長에게 申告할 것 등의 3가지 事項을 規定하고 있다.

필요하다고 생각되는 具體的 事項을 保護觀察決定機關에서 그 決定時에 一般遵守事項에 追加하여 지시하는 것으로서 미리 定하지 않고 各 決定機關에서 定하여 지시할 수 있다는 規定만을 두고 있는 것이다.⁶⁶⁾

輔導援護는 敎養訓練, 就業斡旋, 醫療, 宿食, 歸住旅費, 衣類提供 등 生活上의 援護와 必要한 環境調整에 協助하여 犯罪者의 社會復歸를 支援하는 것이다.⁶⁷⁾ 輔導援護를 實施함에 있어 緊急한 경우에는 保護觀察所에서 직접 保護를 行하기도 하나⁶⁸⁾ 되도록이면 다른 援護機關에 依賴하여 필요한 援護를 반도록 하고 있는데 주로 國家의 許可와 財政支援를 받아서 運營하는 更生 保護會에 委託하고 있다.⁶⁹⁾

마. 保護觀察의 停止

이것은 假釋放者의 경우에 적용되는 것으로서 假釋放者가 行方不明으로 保護觀察의 實施가 不可能할 때에 保護觀察所長의 申請에 따라 地方更生保護委員會에서 保護觀察의 停止를 決定할 수 있다. 停止期間 中에는 刑期가 進行되지 않으며 所在가 判明되면 即時 停止의 解除를 決定하고 이때부터 다시 保護觀察이 進行된다.(犯罪者豫防更生法 第42條의 2)

바. 保護觀察의 解除와 假解除

犯罪者豫防更生法 第33條 第4項에서는 家庭裁判所의 決定으로 保護觀察에 附해진 少年(1號觀察)에 대하여 期間滿了前에 保護觀察을 解除하는 制度를 인정하였고, 또 刑法 第25條 第2項에서는 保護觀察을 받은 執行猶豫者에 대하여 期間滿了前에 假解除를 할 수 있는 制度를 인정하고 있다.

解除는 保護觀察의 完全終了를 意味하는데 이는 保護觀察所의 長이 保護觀察 擔當者의 申請을 받거나 意見을 들어 行하며 적어도 1年の 保護觀察을 經過한 후에만 할 수 있게 하고 있다. 한편 假解除는 取消條件附의 試驗인 解除이며 필요하다고 인정할 경우에는 假解除를 取消하고 다시 保護觀察을 實施할 수 있는데⁷⁰⁾ 이러한 假解除는 保護觀察所長의 申請에 의하여 地方更生保護委員會가 決定한다.

66) 1號觀察의 경우에는 保護觀察所長이 少年法 第24條 第1項 第1號의 處分을 行한 家庭裁判所의 意見을 들어 特別遵守事項을 정하도록 되어 있으며(犯罪者豫防更生法 第38條 第1項), 2號·3號 및 5號觀察의 경우에는 地方更生保護委員會가 假退院 또는 假釋放을 許可하는 결정을 하면서 特別遵守事項을 정하도록 되어 있다(犯罪者豫防更生法 第31條 第3項).

67) 犯罪豫防更生法 第36條 및 執行猶豫者保護觀察法 第6條.

68) 犯罪豫防更生法 第40條 및 執行猶豫者保護觀察法 第6條 第2項 參照.

69) 日本의 更生緊急保護法은 바로 이러한 輔導援護의 實施方法에 관한 法이라 할 수 있다.

70) 吉岡一男, 前掲書, p. 337.

사. 保護觀察의 取消과 終了

1) 取消

保護觀察官은 被觀察者가 遵守事項의 違反 등 重大한 事實이 있을 때에는 執行猶豫 또는 假釋放의 取消을 當局에 請求할 수 있다.⁷¹⁾

2) 終了

保護觀察의 終了事由로서는 첫째 執行猶豫 또는 假釋放 등의 期間의 經過, 둘째 執行猶豫 또는 假釋放 등의 取消, 셋째 保護觀察의 停止, 넷째 家庭判決所의 1號觀察에 대한 解除의 경우 등이다.

IV. 우리나라 類似保護觀察制度의 現況과 問題點

1. 序說

現在 우리나라에는 統一된 保護觀察制度가 導入되어 있지는 않으나 一部 刑事法規 또는 기타 法令에서 保護觀察制度和 類似하거나 根本 趣旨을 같이 하는 制度를 두고 運用하고 있는 狀態이다. 즉 少年法上 少年에 대한 保護處分의 一種으로서의 保護觀察處分, 少年院法上의 假退院 少年에 대한 追隨指導制, 法務部 少年善導保護指針에 의한 少年善導保護制度, 社會安全法上의 保護觀察處分, 社會保護法上의 保護觀察, 更生保護法上 刑餘者에 대하여 本人의 同意下에 실시하는 觀察保護制度, 法務部の 保護觀察試驗實施指針에 의한 假釋放 및 假退院者 등에 대한 保護觀察 등은 保護觀察制度和 類似한 制度라 할 수 있다.

그런데 이들 制度의 目的이 再犯防止라는 점에서 保護觀察制度和 類似하지만 그 導入經路가 散發的 無計劃的이고 制度의 背景이 되는 社會事業的 理論의 發達이나 受容이 뒤따르지 못하여 다음과 같은 공통적인 問題點을 안고 있다.⁷²⁾

첫째, 專門의 體系의 으로 對象者를 指導·援護할 수 있는 人的·物的設備가 없어 實効性 있는 指導가 될 수 없을 뿐 아니라 家庭, 學校 및 各種 社會團體의 力量을 모으고 積極적으로 地域社會를 組織하여 犯罪豫防活動을 展開할 中樞의 힘이 없고, 둘째 각 類似制度의 實施內容에 있어서 對象者를 個別的 効果의 으로 指導·援護할 수 있는 方法이나 프로그램의 缺如 등으로 積極的 指導가 불가능하다. 결국 이들 類似制度가 實質은 없고 制度의 一面만을 模倣·導入한 形式뿐이라는 結論에

71) 取消에 관한 詳細는 犯罪者豫防更生法 第42條, 第43條, 第44條 및 刑法 第26條, 第26條의 2, 第29條 第1項—參照.

72) 法務部, 「保護觀察의 處遇技法」, pp. 6~8 ; 咸泳業, 前揭論文, p. 176.

이르게 된다고 할 것이며, 더우기 理論上 당연히 保護觀察의 事後管理가 필요한 執行猶豫者나 假釋放者에 대하여는 아무런 制度的 裝置조차 없는 實情이다.

이하에서는 現行법에 散在해 있는 類似保護觀察制度的 實態와 問題點을 살펴보기로 한다.

2. 少年法上的 保護觀察

少年法 第30條 第1項 第6號에서는 少年에 대한 保護處分의 一種으로서 그 性格上 Probation이라 할 수 있는 保護觀察을 規定하고 있고,⁷³⁾ 大法院 少年審判規則에서는 그 節次와 方法을 一部 補完하여 少年의 非行을 特別히 保護함으로써 少年의 健全한 社會復歸를 도모하고 있다. 保護觀察에 附하는 處分은 少年部判事가 필요하다고 인정할 때에 主된 處分 또는 1號 내지 4號處分과 併合하여 處分한다. 保護觀察에 附하는 處分을 決定하기 위해서는 少年部判事は 調査官에게 少年, 保護者 또는 參考人 등에 대하여 性行, 經歷, 家族狀況 등을 調査하도록 命할 수 있고 이때 調査는 精神科醫師, 心理學者, 教育者 등 專門家의 診斷·意見 및 少年鑑別所의 鑑別結果를 參照하여야 한다 (少年法 第9條 내지 第11條, 少年審判部規則 第17條).

少年部判事は 保護觀察에 附하는 決定을 할 때에는 少年, 保護者 또는 受託者에 대하여 少年保護에 관한 必要事項을 指示하고⁷⁴⁾ 期間을 定하여 調査官으로 하여금 保護狀況을 觀察하여 報告할 것을 命하여야 하고, 觀察期間은⁷⁵⁾ 調査官의 意見을 參照하여 延長 또는 短縮할 수 있다(少年審判部 第35條). 少年部判事로부터 保護觀察의 命을 받은 調査官은 少年의 生活狀況과 保護者 또는 受託者의 少年保護狀況 特히 少年審判規則 第36條 第1項의 指示狀況의 履行與否를 觀察하여야

73) 少年法 第30條 第1項에 의한 保護處分의 種類로는

- ① 保護者 또는 적당한 者의 監護에 委託하는 것(1號處分)
- ② 少年保護團體, 寺院 또는 教會의 監護에 委託하는 것(2號處分)
- ③ 病院 또는 療養所에 委託하는 것(3號處分)
- ④ 感化院에 送致하는 것(4號處分)
- ⑤ 少年院에 送致하는 것(5號處分)
- ⑥ 保護觀察에 附하는 것(6號處分) 등이다.

1號 내지 4號處分과 6號處分은 併合할 수 있는데 現在の 實務에 있어서는 6號處分은 거의 대부분 1號處分과 併合하여 所謂 1號 6號處分이라는 이름으로 行하여지고 있다. 韓相鎔, "少年審判制度 運營現況 및 改善方案", 法務部, 「青少年犯罪研究」, 第1輯(1983), p. 49.

74) 少年保護에 관한 必要事項 指示란 遵守事項을 定하여 履行을 命하는 것과 保護者 또는 受託者에게 少年保護에 관하여 條件을 붙이는 것 등이다(少年審判部規則 第36條 第1項).

여기에서 遵守事項의 內容은 實務上 서울家庭法院의 경우, ① 住居地를 移轉하거나 長期 家出할 때에는 觀察者에게 報告할 것 ② 月1回 反省文을 寫할 것 ③ 惡友들과의 交際를 끊을 것 ④ 保護者는 月1回 保護少年의 監護에 관한 問題點을 觀察者와 相讓하고 그 指示를 받는 것 등이다. 金英蘭, "少年保護觀察制度的 問題點 및 改善方案", 法務部, 「青少年犯罪研究」, 第3輯, 1985, p. 146; 文權赫, "少年에 대한 保護觀察制度", 法院行政處, 「家庭法院事件의 諸問題」, 裁判資料 第18輯(1983), p. 853.

75) 實務上 保護觀察期間은 통상 6月이고 경우에 따라 1年内지 2年까지 연장할 수 있다.

하며, 保護觀察의 結果를 每月 1回 意見을 붙인 書面으로 報告해야 한다(同規則 第36條 第2項, 第3項). 그리고 少年部判事は 調査官의 保護觀察結果의 報告 또는 意見을 듣고 決定으로 保護觀察處分을 取消 또는 變更할 수 있다(同規則 第37條).

이상과 같이 非行少年에 대한 少年法上의 保護觀察은 法院의 決定에 따라 開始되고 法院調査官인 公務員이 擔當한다는 점에서 典型的인 Probation 制度라고 할 수 있지만⁷⁶⁾ 다음과 같은 理由에서 實効성이 거의 없는 實情이다. 첫째 保護觀察을 少年法上 保護處分의 一種으로 規定하고 있으면서 擔當機關, 觀察方法, 觀察期間 등에 관한 節次規定이 전혀 없어 法制上으로는 保護觀察을 實施할 수 없게 되어 있고, 둘째 保護觀察을 法院調査官이 擔當하고 있으나 調査官의 非專門性業務의 過重負擔 등으로 인하여 1년에 2·3回 정도의 訪問觀察이 行하여지는 外에 當該 少年이나 保護者에게 反省文을 提出케하는 정도로서 완전히 形式的인 정도에 그치고 있으며,⁷⁷⁾ 셋째 保護觀察의 實際運營에 있어서도 6號處分으로서의 保護觀察이 거의 1號處分과 併合하여 所謂 1號6號處分이라는 이름으로 대부분 保護者에게 委託하여 歸家措置시키고 있으므로 保護觀察은 實効性 있게 운영되지 못하고 있다고 하겠다.⁷⁸⁾

3. 少年善導保護制度

法務部 少年善導保護指針에 의하여 實施되고 있는 少年善導保護制度는 保護觀察과 類似的인 制度이다. 이 制度는 檢察에서 委囑된 民間人인 善導保護委員이⁷⁹⁾ 善導條件附 起訴猶豫處分을 받은 少年에 대하여 接觸·援護 등에 의한 善導를 통하여 再犯을 豫防하고 健全한 社會人으로 復歸시키고 靑少年犯罪나 非行을 未然에 防止함을 그 目的으로 하고 있다.

그 對象은 少年擔當檢察官이 그 罪質과 犯情을 살피서 選定하며 아울러 善導委員을 定하여 少年의 身柄을 引受토록 하고 一般 起訴猶豫時와 같이 誓約書를 徵求하며 一定한 遵守事項을 附與한다. 善導委員은 對象少年과 接觸하여 相談 등으로 少年의 反社會性을 矯正하여 情緒를 純化시키거나 歸住處가 없는 등 無依無託한 少年에게 福祉施設이나 기타 적당한 住居施設에 起居하게 하고 衣食住를 提供하면서 接觸善導한다.⁸⁰⁾ 善導期間은 基本的으로 6個月이고 善導委員의 觀察에 따라

76) 吳英根, 前揭論文, p. 238.

77) 金鎮寬, "少年保護觀察制度의 構想", 法務部, 「靑少年犯罪研究」 第3輯(1985), p. 166; 金英蘭, 前揭論文, pp. 146~147.

78) 韓相鎬, 前揭論文, p. 55.

79) 1986. 12. 31 現在 全國 少年善導委員數는 4,846名이다. 이들은 2年 任期(연임가능)의 無報酬 名譽職으로 奉仕하며 필요한 資料를 檢察에 요청할 수 있다. 靑少年善導對策委員會, 「靑少年白書」 1987, p. 285.

80) 檢察은 1981년부터 善導猶豫制度를 全國的으로 확대 실시하여, 1981년 4,070名, 1982年 6,340名, 1983年 7,949名, 1984年 8,426名, 1985年 8,212名, 1986年에도 7,594名을 各各 起訴猶豫하여 善導委員으로 하여금 善導케 하였다. 靑少年對策委員會, 靑少年白書, 1987, p. 285.

3個月씩 그 延長이 可能하며 最長期間은 1年이다. 少年이 善導期間 중에 再犯을 하거나 誓約書上的 遵守事項을 현저히 違反하였을 때는 善導猶豫는 取消된다.

이 같은 善導保護制度는 法院의 判決이나 決定이 아닌 檢察의 決定에 의하여 그 對象者가 選定되고 있고 民間人 身分의 善導委員이 犯罪를 저지른 少年의 指導·監督을 담당하고 있다는 점에서 先進諸國에서 施行하고 있는 保護觀察制度와는 根本的으로 다르다. 이 制度가 自發的인 民間人의 參與로 少年에 대한 善導를 시도함으로써 經濟的으로 國家에 큰 負擔을 주지 않으면서 地域社會에서 靑少年善導事業에 적극 參與할 수 있도록 하는 契機가 되었다는 점에서 劃期的인 制度임은 分明하다.⁸¹⁾

問題는 善導猶豫處分に 附해지는 少年이 事實상 少年部에 送致되는 少年보다 非行性이 深化되지 않음에도 法院이 有罪判斷없이 一定期間동안 少年法上的 一號處分보다 무거운 觀察이 附해지는 것은 衡平의 原則에 벗어 나고 그리고 善導猶豫少年을 담당하는 善導導員들은 少年問題에 관하여 專門知識을 가진 사람이 아니고 대부분 그 地域의 有志나 篤志家로 활동하는 사람들이므로 科學的 知識에 基礎를 둔 社會事業方法에 의한 적절한 觀察 및 善導가 이루어지지 못하고 形式的制度에 그칠 우려가 있다는 批判을 免하기 어렵다. 또한 檢察의 決定에 의하여 開始되므로 人權侵害의 可能性을 排除할 수 없다. 少年法上的 保護觀察處分 등 保護觀察制度가 실질적인 機能을 다하게 되면 이 制度는 굳이 獨立해서 存在할 理由가 없게 될 것이다.⁸²⁾

4. 社會安全法上的 保護觀察

社會安全法은 第3條 第1號에서 保安處分의 一種으로서 保護觀察處分을 規定하고 있다. 保護觀察處分은 反國家的 犯罪를 犯하여 禁錮 이상의 刑의 宣告를 받고 그 執行을 받은 事實이 있는 者가(同法 第2條) 다시 犯罪를 犯할 危險性이 있다고 충분한 理由가 있어 教育改善이 필요하다고 인정될 때(同法 第4條) 檢察의 請求에 의하여(同法 第12條) 保安處分審議委員會의 審議·議決을 거쳐서 法務長官이 行한다(同法 第17條). 保護觀察處分을 받은 者는 大統領이 定하는 바에 따라 所定의 事項(同法 施行令 第3條)을 住居地管轄警察署長에게 申告하고 그 指示에 따라 保護觀察을 받아야 한다(同法 第2條 第2項). 保護觀察處分期間은 2年이며 그 期間은 更新할 수 있다(同法 第8條). 更新回數의 制限이 없는 것으로 보아서 이는 危險性이 있는 한 계속한다는 趣旨인 것 같다.⁸³⁾

保護觀察擔當機關은 管轄警察署長이며, 그는 被保護觀察者의 動態를 觀察하고 社會에 復歸하도록

81) 安在球, "法院과 非行靑少年의 社會復歸機關相互間的 協助" 法務部, 「靑少年犯罪研究」, 第2輯(1984), p. 39.

82) 金英蘭, 前揭論文, pp. 147~148 ; 安在球, 前揭論文, pp. 39~40 ; 金鎮寬, 前揭論文, pp. 167~168.

83) 李珍雨, 「社會安全法講解」, 서울 : 法文社, 1975, p. 127.

록 善導하여 罪를 犯하지 아니하도록 豫防하고 保護觀察에 필요한 때에는 被保護觀察者에게 出席을 命하거나 檢事의 承認을 받아 一定한 事項을 遵守하도록 書面으로 指示할 수 있다(同法施行令 第4條). 이러한 指示事項 등에 違反한 경우에는 住居制限處分이나 保護監護處分の 不利益을 받을 수 있게 하였다(同法 第5條 第1項 및 第2項, 第6條 第1項 第2號).

社會安全法上 保護觀察處分은 管轄警察署長의 保護觀察를 받아야 하는 등 觀察이 必要的이고 賦課된 遵守事項을 違反할 경우에는 一定的 制裁가 加해진다는 점에는 保護觀察制度和 類似하다. 그러나 同處分은 一般刑事犯이 아닌 內亂, 外患犯, 國家保安法과 軍刑法 違反犯 등(同法 第2條) 特定犯罪에 대한 社會防衛에 主目的을 둔 保安處分으로서 犯罪人의 更生 및 社會復歸를 위한 社會內處遇의 保護觀察이라고 하기 보다는 警察監視의 性格을 지닌 行政處分이라는 점에서 본래 意味의 保護觀察制度和는 本質적으로 相異하다고 하겠다.

5. 社會保護法上의 保護觀察

1980年 12月 18日 制定 公布된 社會保護法은 保護處分の 種類로서 保護觀察를 規定하고 있다(同法 第3條). 保護處分の 對象者는 ① 數個의 刑을 받거나 數個의 罪를 犯한 者(過失로 인하여 罪를 犯한 者는 除外) ② 犯罪를 目的으로 團體 또는 集團의 首魁 및 幹部인 者 ③ 心神障礙者, 麻藥中毒者 및 알콜 中毒者 등이다(同法 第2條). 社會保護法上 保護觀察의 開始는 첫째 被保護監護者가 假出所한 때 또는 併科된 刑의 執行 중 假釋放된 후 그 假釋放의 取消되거나 失効됨이 없이 殘刑期를 경과한 때(同法 第10條 第1項 第1號), 둘째 被治療監護者가 治療監護施設 外에서의 治療를 위하여 親族에게 委託된 때(同法 第10條 第1項 第2號)이다.

保護觀察의 內容은 被保護觀察者에 대하여 一定한 場所에의 出入制限이나 特定物品의 使用禁止 기타 遵守事項을 부과하고 被保護觀察者는 그러한 遵守事項을 성실히 履行하고 保護觀察擔當者의 指導監督에 順應해야 하는 것이다(同法 第11條). 遵守事項은 法規의 遵守와 善行의 維持를 根幹으로 하고 있는데, 社會保護法施行令 第6條 第2項은 被保護觀察者의 遵守事項을 구체적으로 規定하고 있다.

保護觀察의 方法은 擔當司法警察官 및 更生保護委員이 月 1回이상 被保護觀察者 또는 그 친족과 面談하여 遵守事項의 履行與否와 主要動態 및 治療經過를 확인하고 精神的인 指導敎化를 하며 필요한 경우에는 補導援護를 취하도록 되어 있다.⁸⁴⁾ 保護觀察機關은 同法 第10條와 第11條에 의하여 保護觀察擔當者를 豫定하고 있으나 그 구체적 規定은 두고 있지 아니하며, 保護觀察擔當者

84) 社會保護法上의 保護觀察指針 參照.

가 任命될 때까지는 管轄警察署長이 그 任務를 擔當하도록 同法 附則 第3條에 규정하고 있다.⁸⁵⁾

保護觀察의 期間은 3年이다. 다만 3年前이라도 社會保護委員會의 保護監護의 執行免除 또는 治療監護의 終了 決定이 있거나 保護觀察의 開始된 者가 다시 保護監護 또는 治療監護의 執行을 받게 되어 再收容되거나 禁錮 이상의 刑의 執行을 받게 된 때에는 保護觀察이 終了된다 (同法 第10條 第3項).

社會保護法上 保護觀察은 일정한 경우에 保護觀察이 필요적으로 開始되고 그 方法과 內容에 있어서도 Parole과 아주 類似한 制度로서 社會保護法の 制定은 保護觀察制度의 發展에 進一步 접근시킨 것으로 큰 意義를 갖고 있다. 그러나 社會保護法上 保護觀察은 그 決定에 있어서 法院이 審理를 거쳐서 宣告로서 부과되는 것이 아니고 法律의 規定에 의하여 事由가 발생하면 당연히 開始되고, 그 對象者는 常習犯이나 麻藥 및 알콜 中毒者 등이 罪를 犯하여 有罪가 인정되어 刑이 執行된 者에 限定하고 있고 또한 被保護觀察者에 대하여 輔導援護보다는 주로 指導監督作用을 規定하였다는 점에서 本來의 保護觀察이 아니라 實刑과 併科되는 또 다른 處分 卽 保安處分の 性格이 強한 西獨刑法上 行狀監督(Führungsaufsicht)에 해당하는 處分이다.⁸⁶⁾ 따라서 이는 英美의 保護觀察制度와는 상당한 거리가 있는 극히 限定된 制度만이 導入된 것이라 할 수 있다.

6. 更生保護法上の 觀察保護

更生保護法은 犯罪者의 自立意識을 鼓吹하고 經濟的 自立基盤을 造成시켜 健전한 社會復歸을 促進함으로써 再犯의 危險性을 防止하기 위하여(同法 第1條) 刑餘者에게 直接保護와 觀察保護를 할 수 있도록 規定하고 있다(同法 第6條). 更生保護法上 觀察保護는 更生保護對象者 중 罪質, 環境, 經歷, 年齡 기타 情況에 비추어 正常的인 社會生活이 곤란하거나 再犯의 우려가 있는 者에 대하여 民間篤志家인 更生保護委員이⁸⁷⁾ 通信 面接 또는 訪問에 의하여 善行을 指導·獎勵하고 家庭·住居 및 交友 등의 環境을 調整改善해 주는 保護方法이다(同法 第6條 및 第8條, 同法施行令 第2條).

85) 社會保護法上の 保護觀察指針에서는 保護觀察擔當者의 職務는 被保護觀察者의 住居地를 管轄하는 警察署長이 所屬司法警察官史에게 委任하여 保護觀察을 擔當하도록 하고 있으며 更生保護委員이 그 業務에 協助하고 있다.

86) 朴在允 "保安處分", 「刑事法講座Ⅱ」, 서울: 博英社, 1984, p. 864.

87) 更生保護委員은 社會德望家 중에서 당해 支部長의 推薦에 의하여 法務長官이 委囑한다. 委囑된 委員은 당해 保護區에서 無報酬로 出所者의 保護를 擔當하게 되어 있으며, 任期는 3年이고 連任할 수 있다. 保護委員은 保護觀察事務의 執行에 관하여 所屬 支部長의 指揮 監督을 받는다. 保護委員의 定數는 人口 3千人에 委員1人을 基準으로 하여 更生保護會 會長이 定한다.(更生保護法 第17條, 更生保護會의 支所 設置, 職員 및 保護委員의 定員 등에 관한 規則 第19條 第2項). 1986.12.31 現在 委囑된 保護委員 數는 9,990名이며 大學生 保護委員은 1,199名이다. 更生保護會, 1986년도 事業實績 및 決算書.

觀察保護는⁸⁸⁾ 有權的으로 실시되는 것이 아니고 어디까지나 本人의 申請이나 同意를 前提로 해서 任意的 方法으로 실시되는 것으로 말하자면 相談指導 性格을 띠는 것이다.⁸⁹⁾ 觀察保護期間은 保護開始日로부터 滿2年이 되면 終了되나 支部長이 필요하다고 인정될 때에는 延長할 수 있다(同法施行令 第2條 第6項).

保護對象者는 ① 懲役 또는 禁錮의 刑의 執行이 終了되거나 그 刑의 執行이 免除된 者 ② 假釋放된 者 ③ 刑의 執行猶豫 또는 宣告猶豫의 宣告를 받은 者 ④ 公訴提起의 猶豫處分을 받은 者 ⑤ 少年法 第30條 第1項 第1號 내지 第3號 또는 第6號의 規定에 의하여 保護處分을 받은 者 ⑥ 少年院法 第7條의 規定에 의하여 退院 또는 假退院된 者 ⑦ 社會保護法에 의한 保護監護 또는 治療監護의 執行이 終了되거나 假出所 또는 治療委託된 者이다.⁹⁰⁾

이와 같이 更生保護法은 그 保護對象者로서 自由刑의 執行終了者와 免除者뿐만 아니라 假釋放者와 各種 猶豫處分을 받은 者 및 少年院 退院者(假退院者)등 刑事拘禁으로부터 釋放된 모든 犯罪人을 광범위하게 規定하고 있다. 그러나 이중 實際로 保護의 對象이 될 수 있는 者는 주로 滿期釋放者, 刑執行免除者, 假釋放者 등 矯導所에서의 出所者 및 少年院에서의 退院·假退院者 정도이다. 그것도 本人의 同意와 申請이 있는 경우에 限해서만 保護對象으로 하는 任意的 更生保護의 方法을 採用하고 있으므로(同法 第7條 第1項), 現行法上 保護對象者가 위와 같이 광범위하게 規定되어 있다고 하더라도 실제로 更生保護를 받을 수 있는 者는 그 全部는 아니고 限定되어 있다고 할 것이다.⁹¹⁾

觀察保護는 犯罪者의 再犯防止와 건전한 社會人으로의 復歸를 促進하기 위하여 指導監督·輔導援護를 실시한다는 점에서 전통적인 保護觀察制度和 매우 恰似하다고 하겠다. 그러나 保護觀察制度는 刑의 執行에 대한 代替手段인데 反하여 觀察保護는 刑의 執行終了者 및 假釋放 등 條件附出所者에 대하여 自活의 勸進을 마련하여 주고자 하는 強制性이 없는 任意的 保護에 그치고 있고, 그 擔當者도 國家機關이 아닌 公法人인 民間團體의 職員이나 民間 篤志家에 의하여 실시되고 있다는

88) 觀察保護는 一般的으로 直接保護와 併行하여 실시된다. 直接保護란 被保護者의 住居가 不明하거나 친족 緣故者 등으로부터 援助를 얻을 수 없는 경우 등 사정으로 保護가 필요하다고 인정되는 者에게 직접 物質的인 援助의 惠澤을 提供하여 自活을 위한 生業의 指導와 就業을 斡旋하는 保護活動을 말한다. 更生保護法 第6條 第2項에서는 그 실시방법으로 다음의 5種을 列擧하고 있다. ① 宿食提供 ② 旅費支給 ③ 生業道具의 貸與 또는 生業造成金品の 支給 ④ 職業訓練 및 就業斡旋 ⑤ 기타 保護對象者에 대한 自立支援 등이다.

89) 慎鍾揆, 「犯罪學叢, 刑事政策」 서울: 法文社, 1987, p. 737.

90) 更生保護法 第3條.

91) 실제로 更生保護를 필요로 하는 者는 ① 無依無託한 者로서 釋放된 후에도 保護를 받을 家族 기타 親知와 緣故者가 없는 者 ② 家族 기타 緣故者가 있더라도 歸住地까지 歸住할 費用이 없는 者 ③ 生活手段(技術, 資金, 就業處)를 소유하고 있지 않으므로 經濟的으로 自立할 수 없는 者 ④ 精神의 身體的 缺陷과 交友環境의 不良 등으로 인하여 自力으로 社會에 적응하기 곤란한 者 등으로 精神的 物質的으로 남의 힘을 빌리지 않고서는 更生이 不可能 내지 再犯을 저지를 우려가 있는 者이다. 姜昌鎭, 「韓國更生保護」, 大韓辯護士協會誌, 1979.7. p. 31; 更生保護會, 韓國의 更生保護, 1970. p. 7.

점에서 區別이 되어야 한다.⁹²⁾ 特히 更生保護法上の 觀察保護는 任意的으로 실시됨으로써 被保護者가 忌避할 경우에 保護의 실시가 不可能할 뿐만 아니라 遵守事項을 違反할 時에도 制裁方法이 없어서 그 實効性이 아주 未洽한 實情이다.⁹³⁾

7. 保護觀察의 試驗實施

現在 法務部에서는 保護觀察制度를 導入하기 위한 準備段階로서 保護觀察試驗實施指針을 통하여 假釋放者 및 假退院者 중 更生保護法에 의한 觀察保護對象者에게 保護觀察을 試驗的으로 실시하고 있다.⁹⁴⁾

保護觀察을 담당하는 機構로는 更生保護支部長이며, 그 아래 保護觀察을 직접 담당할 更生保護委員會를 두고 있다. 擔當保護委員은 原則的으로 동시에 被保護觀察者 3名을 초과하여 保護觀察을 할 수 없다. 保護觀察의 對象者는 矯導所(少年矯導所 포함), 拘置所 및 少年院에서 假釋放 또는 假退院된 者로서 保護觀察이 필요하다고 인정되는 者이다. 保護觀察의 방법은 擔當保護委員이 月1회 이상 被保護觀察者와 通信 또는 面談하여 遵守事項과 特別遵守事項의 遵守與否를 확인하고 再犯 또는 再非行의 우려가 있다고 인정되는 구체적인 事項을 발견하면 이를 自覺시키고 精神的인 指導·教化와 物質的인 支援 등 필요한 措置를 취한다. 遵守事項違反 등 假釋放 및 假退院의 取消에 해당하는 事由가 발생하면 그 取消과 동시에 殘刑執行 또는 再受容된다. 保護觀察期間은 殘刑期 또는 假退院期間과 같으며 保護期間의 終了, 假釋放 또는 假退院 取消, 假釋放 失効, 保護觀察의 終了決定 등에 의하여 保護觀察이 終了된다.⁹⁵⁾

이러한 保護觀察의 試驗實施는 Parole System에 類似한 것으로 이는 保護觀察制度의 全面的導入을 위한 劃期的인 裝置라 하겠다. 다만 구체적인 制度의 裝置가 未備, 그 基準이 不明確하고 非專門的인 民間人(更生保護委員)으로 하여금 保護觀察을 담당케 함으로써 많은 問題點을 그대로 안고 있다고 할 것이다.

1983년부터 1986년까지 4年間 保護觀察을 試驗的으로 실시한 결과를 보면 保護觀察이 開始된 者는 同 期間 중의 假釋放 및 假退院者 合計 39,272名의 20.2%인 7,917名이다. 保護觀察開始人員

92) 咸泳業, "保護觀察制度의 導入必要性에 관한 研究(下)", 「檢察」, 通卷 第83號(1981), p. 97; 安在暎, 前揭論文, p. 42.

93) 1987年度 更生保護會의 保護實績狀況을 보면, 直接保護가 17,095名(收容保護 1,732名, 歸住保護 10,322名, 生業造成金支給 2,567名, 職業訓練 728名, 就業斡旋, 1,746名)이며 觀察保護는 5,669名이다. 更生保護會, 1986年度 事業實績 및 決算書.

94) 이 制度는 1983. 1.27부터 釜山, 馬山 地域에서 矯導所 등에서 假釋放者를 對象으로 保護觀察制度를 試驗實施한 이래 1984. 3. 1부터 全國에 擴大實施하였으며, 1984. 9. 1부터는 그 對象을 少年院의 假退院者에게까지 擴大하였다.

95) 이에 관한 詳細는, 法務部, 保護觀察試驗實施指針(1985. 2) 參照.

7,917名 중 68.5%인 5,421名에 대하여는 事前調査를 거쳐 保護觀察을 開始하였고 나머지 2,496名에 대하여는 事前調査를 거치지 아니한 채 保護觀察을 開始하였다. 保護觀察의 方法으로는 指導面談, 職業斡旋, 自立支援, 職業訓練 등이 있는데, 그 중 指導面談이 대부분을 차지하여 1986年度의 경우 全體保護觀察開始人員의 58.1%를 차지하고 있으며 그 다음이 20.2%의 比率을 보이고 있는 自立支援이다. 保護觀察期間別로는 6個月이상이 가장 많아 全體保護觀察開始人員의 61.2%를 차지하고 있다.⁹⁶⁾

V. 保護觀察制度의 導入方案

1. 保護觀察法の 制定 및 關係法令의 改正

保護觀察制度를 全面的으로 導入하고 活性化하기 위하여는 먼저 保護觀察에 관한 基本事項을 規制할 基本法으로 保護觀察法을 制定하고 併行하여 關係法令의 改正이 필요하다. 保護觀察法은 Probation과 Parole를 統合한 形態를 根幹으로 하여 保護觀察機關과 그 組織, 保護觀察官의 資格과 任命方法, 保護觀察의 適用範圍 및 實施方法 등 保護觀察의 諸般事項을 規定하고, 각종 特別法에 散在한 規定을 統合하여 整理하여야 한다. 特히 刑法總則에 執行猶豫 및 宣告猶豫를 받은 者에 대한 Probation制度和 假釋放者에 대한 parole制度를 規定해야 한다.⁹⁷⁾

2. 保護觀察의 擔當機構

가. 保護觀察의 組織

保護觀察制度를 導入·擴大하는 경우 이를 統合적으로 管理할 機構를 設置할 것이 요청된다. 保護觀察業務는 司法的인 것이 아니라 行政的 性格을 지니고 있기 때문에⁹⁸⁾ 行刑業務를 擔當하는 法務部에 所屬시킴이 타당하다고 본다.⁹⁹⁾ 保護觀察業務를 行政機關에 담당시킴으로써 保護觀察擔當職員들의 業務를 合理的으로 배정할 수 있고 矯正機關과 關聯機關의 交流 및 協力을 증진시키고¹⁰⁰⁾ 통일된 指導監督에 의하여 保護觀察을 強化할 수 있다.¹⁰¹⁾

96) 法務研修院, 「犯罪白書」, 1987. pp. 252~253.

97) 吳英根, 前揭論文, p. 241.

98) Edwin H. Sutherland and Donald R. Cessey, op. cit., pp. 466~467.

99) 小川太郎, 前掲書, p. 225.

100) 吳英根, 前掲論文, p. 216.

101) 美國의 標準保護觀察法 및 日本의 경우에도 保護觀察의 組織을 行政府 管轄을 채택하고 있다.

保護觀察에 대한 管掌機構는 法務部 保護局 觀察課에 두고 保護觀察業務를 전담하도록 하고 그 傘下에 保護觀察委員會와 保護觀察所를 設置·運營한다. 保護觀察委員會는¹⁰²⁾ 假釋放 또는 假退院의 許可 및 取消, 被保護者에 대한 遵守事項의 부과, 保護觀察所의 監督 기타 法律이 정하는 事項을 관장하도록 한다. 그리고 保護觀察所는 保護觀察을 전담할 一線機關으로서 保護觀察官으로 組織되며, 최소한 各 地方法院 所在地에 1個씩 地方保護觀察所를, 各 地方法院支院 所在地에 地方保護觀察所의 支所를 1個씩 設置 運營되어야 할 것이다.

이와 같이 法務部에서 保護觀察機構를 관장하는 것이 그 業務의 性格上 당연하지만, 保護觀察의 決定與否는 外國의 例와 같이 刑의 宣告猶豫 또는 執行猶豫의 경우에는 保護觀察官의 判決前調査의 結果를 토대로 하여 法院이 決定토록 하고 假釋放 假退院 받은 者는 保護觀察委員會에서 決定하도록 하는 것이 바람직하다.

나. 保護觀察官

保護觀察의 主된 使命은 被保護觀察者에 대한 援護의 指導와 教育 및 社會復歸에 있으므로¹⁰³⁾ 保護觀察業務를 직접 수행하는 保護觀察官은 業務內容上 國家에 의하여 任命된 專門職 公務員으로 하고 그 資格에 있어서는 일정한 制限이 요구된다. 資格要件으로는 犯罪學, 心理學, 精神醫學, 教育學, 社會事業學, 社會學, 行政學 등에 관한 專門知識과 關聯學問分野의 學士學位 이상의 所持者로 하여야 한다.¹⁰⁴⁾ 그 選拔方法은 行政高試에 準하는 方法으로 하고 그 職級은 事務官 이상으로 정하여야 할 것이다.¹⁰⁵⁾ 이러한 專門家들의 參與나 主導가 없는 犯罪者 事後管理는 단순히 監視에 불과하거나 任意的 更生保護에 불과할 뿐 엄격한 意味에서 保護觀察이라고는 할 수 없다.¹⁰⁶⁾

保護觀察의 社會的 實効性을 확보하기 위하여는 保護觀察官 1人當 30名에서 50名 정도의 對象者를 관리하는 것이 가장 바람직하지만,¹⁰⁷⁾ 이는 곧 豫算의 問題로 돌아감으로 우리 나라의 諸般事情에 비추어 볼 때 保護觀察官 1人當 200名 정도를 擔當할 수 있도록 확보해야 할 것이다.

102) 保護觀察委員會는 英美의 保護觀察 및 假釋放委員會 또는 日本의 地方更生保護委員會와 같은 機能을 갖는 것으로 해석한다.

103) 李在祥, 前掲書, p. 192.

104) 保護觀察官의 任用資格에 관하여는 美國의 1964年 全國 犯罪 및 非行對策委員會(N.C.C.D)에서 作成된 選別基準에 의하면 保護觀察官은 최소한 社會事業科를 卒業한 學士를 要求하고 있다. 西獨에서는 社會事業의 專門學校를 卒業하고 1년간의 實務修習을 마칠 것을 要求하고 있으며, 日本의 있어서는 國家公務員 上級試驗, 保護觀察職員試驗에 의하여 任命하고 있으며 大學卒業의 資格을 要求하고 있다. N.C.C.D, Standard for Selection of Probation and Parole Personnel, 1964, p. 6 ; 菊田幸一, 前掲書, p. 193 ; 金承熙, “獨逸의 保護觀察制度”, 「司法行政」, 通卷 第324號(1987. 12), p. 94.

105) 吳英根, 前掲論文, p. 241.

106) 安在暎, 前掲論文, p. 50.

107) Edwin H. Sutherland and Donald R. Cressey, op.cit., p. 471 ; 吉川經夫, 前掲書, p. 272.

그리고 保護觀察官과 유기적 관계를 맺으면서 일선에서의 직접 保護觀察活動을 담당할 保護委員을 확보해야 한다. 保護委員은 地域社會의 篤志家로 社會의 信望과 犯罪者 改善教化에 대한 熱意, 時間的 餘裕와 活動力을 가진 人事들을 委囑하여 保護觀察官을 補助하도록 해야 할 것이다. 이 경우 이미 組織되어 있는 善導條件附 起訴猶豫時의 善導委員이나 更生保護委員들 중의 상당수를 委囑하여 保護委員으로 活用하는 것도 한 方便이 될 것이다.

3. 保護觀察의 對象範圍

保護觀察制度의 前提가 되는 保護觀察의 對象者를 어느 範圍로 할 것인가의 決定은 중대한 問題이다. 現在 保護觀察試驗實施 指針을 통하여 實施되고 있는 保護觀察의 對象者는 假釋放者와 假退院者에 局限되고 있다. 장차 保護觀察制度를 導入 立法化함에 있어서는 그 對象者의 範圍를 확대시켜야 할 것이다.

그 對象範圍는 英美國家에서 一般的으로 規定하고 있는 假釋放者 및 假退院者는 물론이고 刑의 宣告猶豫와 刑의 執行猶豫를 받은 者에까지 포함시켜야 한다. 원래 保護觀察制度가 刑의 執行猶豫 또는 宣告猶豫와 表裏關係를 맺고 發展하였고 또한 猶豫制度가 충분히 그 本來的 機能과 役割을 발휘할 수 있도록 하기 위하여는¹⁰⁸⁾ 반드시 必要하다. 全面的이고 有權의인 保護觀察制度의 實施는 執行猶豫 또는 宣告猶豫까지 확대시키지 않고서는 그 實効를 거두기 어렵다.

假釋放者, 假退院者, 執行猶豫 및 宣告猶豫를 받은 者에게 保護觀察處遇를 함은 상당하다고 할 수 있으나, 滿期釋放者에게도 이와 同等한 保護觀察를 附하여야 할 것인가에 관하여는 問題가 있다. 滿期釋放者들 중에는 恒상 再犯의 蓋然性이 있으므로 本人은 물론 一般人을 保護하기 위하여 일정기간 동안의 保護觀察는 필요하다는 견해가 있으나¹⁰⁹⁾ 이는 刑事政策的 面이나 法治國家의 理念에 비추어 볼 때 지나친 확대는 삼가하여야 할 것이다.¹¹⁰⁾ 오히려 滿期釋放者에 대하여는 本人의 申請에 의한 任意的 保護觀察를 부과함으로써 管理機關을 통한 監視와 援護를 併行하는 任意的 更生保護制度를 活性化함이 타당하다.

108) 1986年の 경우 第1審刑事公判事件對象者 105,681名 중 執行猶豫者는 47,840名(45.3%)에 이르고 있지만 이들에 대한 積極적인 事後管理制度가 거의 실시 되지 않으므로써 猶豫制度가 本來的 機能을 충분히 발휘하지 못하고 있다. 또한 宣告猶豫率이 平均 1.1% 內外 밖에 되지 않은 것은 保護觀察制度和 같은 충분한 安全裝置가 없기 때문이다. 法院行政處, 「司法年鑑」, 1987, p. 297.

109) Theoder Lenckner, *Strafe, Schuld und schuldfähigkeit*, in Göppinger-Witter Handbuch der fornschen psychiatrie, Tübingen, 1972, S.221.

110) 西獨刑法 第68條에서는 故意로 인한 犯罪로 2年이상의 自由刑의 執行을 終了한 경우에는 矯正施設로부터 釋放과 동시에 行狀監督을 開始하도록 規定하고 있으나, 이 規定은 여기에서 말하는 積極적인 社會 內處遇의 方法인 保護觀察이 아니라 保安處分의 一種으로 理解해야 할 것이다.

保護觀察의 對象範圍와 관련하여 또 하나의 문제는 어떤 犯罪人을 選定하여 保護觀察에 附할 것인가이다. 犯罪人중 更生의 意志가 없고 更生復歸의 可能性이 없는 者를 保護觀察附로 放免하는 경우에는 再犯 등의 害惡만 초래할 것이다. 따라서 對象者의 選定問題는 保護觀察制度에 있어서 그 목적의 達成與否를 좌우하는 중요한 要素라 하겠다.¹¹¹⁾ 保護觀察制度가 犯罪人에게 社會內에서의 自由를 주는 個別的인 處遇方法이라는 점에 비추어 볼 때 그 구체적인 對象者의 選定은 法院의 判決前調査와¹¹²⁾ 科學的인 犯罪豫測方法을¹¹³⁾ 거쳐서 綜合的이고 合理的인 自由裁量에 맡기는 것이 바람직하다.¹¹⁴⁾ 그러나 犯罪者가 保護觀察에 適合하다고 인정되는 경우에도 一般大衆의 관심과 여론을 고려하여 社會에 衝擊을 안겨준 重犯罪者를 保護觀察에 附하는 것은 삼가하여야 할 것이다.¹¹⁵⁾

4. 保護觀察의 實施方法

保護觀察은 自由狀態에 있는 保護觀察對象者를 保護觀察期間 동안 社會의 保護 및 犯罪人의 社會復歸라는 特別豫防의 處置이므로 保護觀察의 實施方法에는 基本的으로 다음과 같은 事項이 規定되어야 한다.

가. 遵守事項의 賦課

保護觀察決定機關은 觀察對象者에게 觀察期間동안 先行條件인 遵守事項을 부과하여 이에 違反됨이 없도록 指導監督하고 觀察케 한다. 遵守事項은 被觀察者 누구에게나 적용되는 一般遵守事項과 特定被觀察者에게만 적용되는 特別遵守事項으로 나누어 規定하도록 한다. 前者는 法規에 그 事項을 列擧하는 法定遵守事項으로 하고,¹¹⁶⁾ 後者는 保護觀察決定機關 또는 保護觀察所長이 필요하다고 인정되는 事項을 裁量으로 부과하도록 規定한다.

111) 申昌彦, "保護觀察制度에 관한 研究", p. 160.

112) 判決前調査(Pre-sentence investigation)란 法官이 有罪가 인정된 犯罪人 個個人에 대하여 保護觀察 處分 등 적절한 處遇方法을 선택하는 資料로 쓰기 위하여 犯罪人의 性格과 人生觀, 犯罪觀, 經歷과 前科, 環境과 交友關係 등 犯罪에 영향을 미칠 수 있는 諸般事項에 관한 綜合的인 事實調査를 의미한다. Edwin H. Sutherland and Donald R. Cressey, op. cit., pp. 467~468.

113) 犯罪豫測(Prognose)이란 犯罪者를 調査하여 그 장래의 犯罪를 豫測하는 것을 말하고 이를 社會的 豫後(soziale Prognose)라고도 한다. 犯罪豫測은 犯罪 또는 非行의 豫測時點의 차이에 따라 早期豫測, 裁判時豫測 및 釋放時豫測 등 세 가지로 區別된다. 保護觀察制度에서 犯罪豫測은 保護觀察對象者의 選定에 있어서 處遇可能性에 대한 豫測이며, 保護觀察의 성공을 위한 유력한 수단으로 인식되고 있는데, 이에는 裁判時豫測과 釋放時豫測이 중요한 의미를 가질 수 있다. 鄭榮錫, 「刑事政策」, 서울 : 法文社, 1986, pp. 430~441.

114) David Dressler, op. cit., p. 46 ; Robert G. Caldwell, op. cit., p. 477.

115) David Dressler, op. cit., p. 37.

116) 社會保護法 施行令 第6條에서는 一般遵守事項에 대하여 6가지 事項을 規定하고 있다.

遵守事項의 구체적 내용은 保護觀察分의 對象者에 따라 多樣할 수밖에 없는 것이어서 일의적으로 열거하기란 매우 어렵지만¹¹⁷⁾ 一般的으로 法規의 遵守와 善行의 維持를 根幹으로 하여 健全한 思考와 品行, 善良한 交友關係, 定業에의 持續從事 및 扶養義務의 履行 등 正常的인 社會生活, 飲酒와 麻藥 등의 服用禁止, 關係機關에의 出頭와 報告義務의 履行 등이 포함되며 때로는 住居의 制限이나 罰金 및 損害賠償의 支給같은 事項을 포함시키고 있다.¹¹⁸⁾ 이들 遵守事項은 擔當側에서 보면 指導監督의 目標나 基準이 되지만 被觀察者側으로 보면 生活의 規範이라고 할 수 있으므로,¹¹⁹⁾ 그 내용은 지나치게 道德的으로 強制性을 가지거나 人權侵害가 되지 않은 範圍內에서 各 對象者에게 맞도록 多樣化하고, 犯罪人의 社會復歸에 効果的인 새로운 條件들을 계속적으로 발견해내야 한다.¹²⁰⁾

나. 保護觀察의 方法

1) 指導監督

保護觀察擔當者는 保護觀察對象者가 遵守事項·指示事項의 違反이 없도록 觀察監督하고 적극적으로 更生에 도움이 되는 指導措置를 강구하여야 한다. 이를 위하여는 保護觀察擔當者는 人間的 親和關係를 바탕으로 하여 被觀察者와 적당한 접촉을 유지하면서 遵守事項을 擔當者의 強制에 의하여 단순히 지키게 하는 것이 아니라 그 對象者로 하여금 責任性 있게 자신의 意志力으로 스스로 지켜야 하겠다는 意慾을 북돋아 줄 수 있도록 Case work의 방법으로 說得과 激勵를 통하여 그를 적절히 指導啓發해야 할 것이다.¹²¹⁾ 保護觀察 중에 被觀察者가 遵守事項의 違反 등 중대한 事實이 발생한 때에는 그에 대한 적절한 保護觀察의 取消나 刑의 執行이라고 하는 強制措置가 豫定되어 있지만, 이 強制的 措置는 모든 違反에 대하여 취할 것이 아니라 社會의 保護上 반드시 필요하고 危險이 急迫한 때에 비로소 취하고 그 이외의 경우는 強制措置는 가급적 완화시켜야 할 것이다.¹²²⁾

2) 輔導援護

輔導援護의 措置는 被保護觀察者의 生活環境을 調整改善하여 遵守事項의 違反이나 再犯을 犯하지 않도록 實質的이고 恒久的인 福祉의 作用으로 行하여져야 한다. 輔導援護에 必要한 구체적 內容

117) 小川太郎, 前掲書, p. 209.

118) Edwin H. Sutherland and Donald R. Cressey, op. cit., p. 470 ; 日本 犯罪者豫防更生法 第34條 第2項과 執行猶豫者保護觀察法 第5條 ; 美國 標準法案 第14條 註釋 參照.

119) 文權赫, 前掲論文, p. 844.

120) 吳美根, 前掲論文, p. 242.

121) Edwin H. Sutherland and Donald R. Cressey, op. cit., pp. 471~472.

122) 藤井惠, "社會內處遇理論의 展開", 朝倉京一外 5人 編著, 「日本の矯正と保護」第3卷, 保護編, 東京 : 有斐閣, 1981, p.176.

과 방법은 保護觀察對象者의 自立意志와 更生意慾을 鼓吹하는 精神的 啓導를 비롯하여 就業斡旋, 家庭環境改善, 宿所의 제공, 醫療保護 및 各種 社會資源의 活用 등 多樣하게 實施케 한다.¹²³⁾

VI. 結 論

이상에서 犯罪人에 대한 社會內處遇方法으로서의 保護觀察制度에 관하여 그 意義와 外國의 制度 및 우리 나라의 類似制度를 檢討해 봄으로써 保護觀察制度의 全面導入을 위한 몇 가지 方案을 提示하여 보았다. 오늘날 刑事司法에 있어 從來 威嚇의인 施設內 拘禁에서부터 矯正處遇의 側面이 強調되고 특히 犯罪者에 대한 事後管理對策으로서 社會內處遇의 重要性이 점차적으로 대두되어지고 있다. 이에 處遇의 對象者도 假釋放者 뿐만 아니라 刑의 執行猶豫 및 宣告猶豫를 받은 者도 포함시켜 이들에 대하여 一定期間 遵守事項의 履行을 條件으로 國家의 強制力에 의한 保護觀察制度를 채택하여 그들을 保護監督함으로써 再犯을 防止하고 社會秩序를 維持시키고 있으며 나아가서는 그동안 지적되어 온 短期自由刑의 弊端을 是正하고 拘禁施設內의 收容人員을 減少시킴으로써 豫算節約과 施設內의 矯正效果의 極大化를 기하고 있다.

우리 나라는 保護觀察制度를 채택한 國家들과 같이 刑法에 刑의 執行猶豫와 宣告猶豫 및 假釋放 등을 規定하고 있을 뿐 아니라 해마다 犯罪者들이 執行猶豫, 宣告猶豫, 假釋放 등이 되고 있으나 社會內處遇制度로서의 保護觀察制度가 導入되어 있지 않아서 이들을 직접 保護하지 못하고 社會內에 放置할 수 밖에 없는 實情에 있다. 이러한 現實을 勘案할 때, 우리 나라에서도 施設內矯正處遇 못지 않게 社會內 各種 處遇制度를 정비하고 이와 함께 그 制度의 効用이 立證되어 先進 各國이 이미 채택하여 큰 成果를 보고 있는 保護觀察制度를 全面的으로 導入하고 活性化함으로써 犯罪人의 更生을 促進하여 再犯을 防止하고 犯罪로부터 社會를 保護·防衛하여야 할 것이다.

그러기 위해서는 刑法, 刑事訴訟法, 少年法 등 關係法令을 改正하여 各種 猶豫者와 假釋放者에 대한 保護觀察 規定을 設置하고, 保護觀察에 관한 基本事項을 規制할 基本法으로 保護觀察法을 制定하여야 하며, 또한 教育機關을 통하여 이 事業에 필요로 하는 人的資源을 養成할 수 있는 制度의인 裝置가 있어야 한다. 특히 保護觀察制度는 社會內處遇이기 때문에 法에 의한 制度的인 施策만으로는 그 效果를 거둘 수가 없으므로 社會全體가 이들에 대한 收容의인 姿勢와 一般國民들의 이 分野에 自發적으로 參與케 하는 方案도 講究할 必要가 있다.

이의 모든 것은 犯罪者 및 犯罪의 危險者에 대한 更生復歸와 再犯防止에 있는 만큼 社會內矯正處遇의 合理化와 더불어 矯正行政에 있어서도 科學的 方法에 의한 處遇面에도 깊은 관심과 研究가 있어야 한다.

123) Edwin H. Sutherland and Donald R. Cressey, op. cit., p. 475.

A Study on Probation and Parole

Kim Soo-kil

Crimes are becoming more varied these days, together with the high development of economy and the diversity of social phenomena, and also criminals are repeatedly committing crimes because of their maladjustment to social changes. This can be verified by the supersaturation of crimes and the increase of old offenders. Hence, we ought to concentrate our theoretical and practical studies on the problem crime prevention and of protection of society from crimes through edification, improvement and rehabilitatoin of criminals.

Recognizing the fact that rectification is not enough to prevent crimes and repetition of them, the developed countries today has reformed radically the treatment of criminals, shifting the focus from institutional treatment to community treatment. The typical example of community treatment is probation and parole. Throguh the experience of enforcing it, probation and parole has been considered the most efficient means of improving and educating criminals indeveloped countries, which are devoted to effective use of it rather than to acceptance or rejection of it.

On the other hand, unified system of probation and parole has not been yet introduced into our country. Although only some law has the system that is similar to probation and parole, or has the purport of it, yet it is not enough for post supervision of criminals owing to the lack of specific programs. The test enforcement of probation and parole for criminals on parole is simply nominal due to the lack of the personnel and facilities for it.

Taking this situation into consideration, our country is needed to break from institutional treatment and adopt extensively probation and parole and investigate multilaterally for the efficient utilization of it. This thesis, therefore, aims to establish a reasonable plan of introducing probation and parole on the premise that it is to

be introduced into our country, by examining the contents of it, and the legislation and conditions of each country, and by investigating the problem of the similar law that is scattered over the existing law.

As the plans of introducing probation and parole, the writer has suggested the establishment of a basic probation and parole act that will regulate fundamental items for probation and parole, and a general principle to be applied to the institution and organization of probation and parole, the qualification of probation officers and the method of their appointment, the application scope of probation and the method of its application.

The increasing introduction of probation and parole is expected to contribute greatly to the modern criminal policy of socialized execution, to the prevention of repetition of offenses, and to the efficient protection of society from crimes.