

본 연구보고서는 2001년도 법무부 용역과제로서
연구내용은 법무부의 공식견해가 아님

연 구 진

진 수 명 (전문연구원)

김 혜 정 (부연구위원)

발 간 사

보호관찰제도는 1989년 소년에 대하여 처음으로 실시된 이후 매년 대상자의 수가 급격히 증가해왔고, 형법 개정 등의 법률 정비작업을 통하여 가정폭력사범, 성폭력사범, 성인범에게까지 적용범위가 확대되어 오늘날 형사정책상의 주요한 제재수단의 하나로 자리잡았습니다.

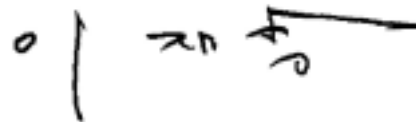
그렇지만 아직까지 제도 운영 초기에 발생하는 몇가지 미흡한 점들이 보완되어야 할 필요가 있고, 그중 하나가 보호관찰의 준수사항에 관한 것입니다. 보호관찰은 보호관찰 대상자의 준수사항의 이행여부에 따라 제재 및 은전조치를 취하고 있으나 준수사항 규정을 적용함에 있어 해석을 달리할 수 있는 애매한 개념이 많아 논란의 여지가 있어 왔습니다.

이 연구는 2001년도 법무부의 용역을 받아 수행된 과제로서 우리나라의 현행 보호관찰 준수사항을 보완하기 위하여 미국과 일본, 그리고 독일의 보호관찰 준수사항의 구체적인 내용 및 운영현황에 대하여 면밀히 검토한 것입니다. 좋은 연구주제를 제공해준 법무부 관계자 여러분들에게 감사드리며, 아울러 연구를 수행한 진수명 전문연구원과 김혜정 부연구위원의 노고를 높이 치하하는 바입니다.

2001년 12월

한국형사정책연구원

원 장



목 차

국문요약	
제1장 들어가는 말	11
제1절 문제제기와 연구의 목적	11
제2절 우리나라의 보호관찰 준수사항 검토	14
제2장 미국의 보호관찰 준수사항	21
제1절 미국의 보호관찰제도와 준수사항	21
1. 지역사회 교정활동 준수사항 부과의 두가지 모델	22
2. 지역사회 감독 준수사항 부과의 논리적 근거	26
3. 준수사항의 선정에 있어서의 재량에 대한 통제의 필요성	31
제2절 개별 준수사항의 내용	36
1. 준법적 생활	36
2. 수색 허용	40
3. 무기소지나 사용의 금지	41
4. 정보의 제공이나 거짓말검사 수용	42
5. 일정기간 구치소 구금	43
6. 연설(대화)의 제한	44
7. 교우관계의 제한	44

8. 거주이전의 자유에의 제한	45
9. 자동차 이용의 제한	49
10. 필수적 유급 고용 혹은 자원봉사 근로	51
11. 취업금지	55
12. 배상금의 지불	57
13. 가족지원비용 지불	58
14. 벌금 및 각종 비용 지불	59
15. 교 육	60
16. 약물과 알콜음료의 이용 제한	61
17. 의무적 의료처우	62
18. 상담에의 참여	63
19. 보호관찰관이나 가석방담당관과의 접촉 유지	64
20. 보증금 납부	65
21. 항소의 포기	66
22. 선행유지	66
23. 복장 및 외모	67
24. 기타 준수사항들	67
제3절 준수사항의 부과	70
 제3장 일본의 보호관찰 준수사항	 75
 제1절 준수사항의 의의와 성격	 75
1. 가출옥제도와 준수사항	76
2. 보호관찰과 준수사항	84
3. 준수사항의 법적 성격 및 기능	91

제2절 준수사항의 종류와 내용	97
1. 준수사항의 종류	97
2. 일반준수사항	101
3. 특별준수사항	105
제3절 준수사항의 절차	132
1. 설 정	132
2. 지시, 서약	139
3. 부가변경	141
제4절 준수사항위반에 의한 가출옥 취소	143
1. 취지 및 운용	143
2. 준수사항 위반으로 인한 가출옥 취소의 기준	144
3. 준수사항 위반으로 인한 가출옥 취소절차	150
 제4장 독일의 보호관찰 준수사항	 161
제1절 독일 보호관찰제도 일반론	161
1. 보호관찰제도의 역사적 변천	161
2. 보호관찰의 지위	162
3. 독일 보호관찰 준수사항의 법적 성격	163
4. 실무상 준수사항의 부과기준	167
제2절 독일 소년법원법(JGG)상의 보호관찰 준수사항	168
1. 소년 보호관찰의 개관	168
2. 교육적 처분단계에서의 보호관찰	175
3. 징계적 처분단계에서의 보호관찰	183
4. 소년형벌단계에서의 보호관찰	188

5. 준수사항 및 의무사항 위반에 의한 보호관찰의 취소	193
6. 소년 보호관찰 대상자의 준수사항(구체적 사례 검토)	195
7. 독일 소년 보호관찰준수사항의 전반적인 경향	199
제3절 독일 형법(StGB)상의 보호관찰 준수사항	200
1. 형 집행유예의 조건으로서 보호관찰의 형사정책적 의미	200
2. 가석방의 조건으로서 보호관찰의 형사정책적 의미	201
3. 보호관찰선고에 따른 준수사항	202
4. 성인 보호관찰 대상자의 준수사항(구체적 사례 검토)	216
5. 독일 성인 보호관찰준수사항의 전반적인 경향	220
 제5장 맺는 말	 223
 제1절 연구의 요약	 223
제2절 정책적 제언	225
 참고문헌	 227

표 목 차

<표 2-1> 처벌의 개념(공정)	27
<표 2-2> 위험통제의 개념	29
<표 2-3> 판결전조사 보고서 작성관에게 제시된 사건기록내용	33
<표 2-4> 20인의 판결전조사 보고서 작성관의 권고내용 요약	34
<표 3-1> 일반준수사항과 중복되는 특별준수사항	100
<표 3-2> 구체성이 결여된 준수사항의 예	107
<표 3-3> 직접적인 재범금지조항의 예	118
<표 3-4> 재범유발 상황 금지 조항의 예	122
<표 3-5> 생활안정 노력촉구 조항의 예	127
<표 3-6> 정신적 혼시조항의 예	129
<표 3-7> 기본관계유지 조항의 예	131
<표 3-8> 가출옥 취소의 필요성과 상당성의 기준	148
<표 4-1> 소년형벌의 유예건수	171
<표 4-2> 1년 미만 자유형의 유예건수와 2년 미만 자유형의 유예건수의 비교	172
<표 4-3> 선고유형에 따른 보호관찰	173

제1장 들어가는 말

제1절 문제제기와 연구의 목적

보호관찰제도는 죄를 범한 자의 재범방지 및 건전한 사회복귀를 촉진하기 위해 지도·원호를 함으로써 개인 및 공공의 복지를 증진하고 사회를 보호함을 목적으로 하고 있다. 따라서 이러한 보호관찰은 보호관찰 대상자가 준수사항을 잘 지키도록 하는 것이 중요한 하나의 임무라고 할 수 있다.

준수사항은 보호관찰기간 중 보호관찰 대상자가 지켜야 할 사항을 말한다. 따라서 준수사항은 보호관찰의 성패를 좌우하는 보호관찰관의 지도·원호의 기준이라고 할 수 있다. 그러나 무엇보다도 보호관찰의 적절한 시행을 위해 보호관찰의 준수사항은 개개 범죄인에게 알맞은 것으로 정해져야 한다. 그 준수사항은 대상자의 준법성, 선행성을 촉진하고 그들의 개선 및 교화에 합리적으로 관련되어야 하며, 자유를 과도하게 제약하여서도 안 될 것이다. 또한 준수사항은 현실성과 실현가능성이 있고 명확하여야 할 것이다.

보호관찰의 선고와 함께 부과되는 준수사항은 정상적인 사회생활을 유지하기 위한 준법정신을 함양할 수 있는 생활지침이고 행위기준이며 합법적으로 생활을 영위하는데 도움이 되는 것이므로 지나치게 도덕적으로 강제하거나 인권침해가 되지 아니하는 범위 안에서 결정되어야 한다. 특히 준수사항이 지나치게 엄격한 경우, 보호관찰관이 보호관찰 대상자의 의무 위반을 눈감아 주는 경우가 발생할 수 있음으로써 오히려 보호관찰 대상자가 보호관찰관의 지도를 따르지 않는 잘못된 결과를 발생시킬 수도 있을 것이다.

그렇다고 하여도 역시 보호관찰 준수사항이 형벌적인 요소를 완전히 배제할 수는 없다. 준수사항을 반드시 이행해야한다는 점에서 대상자의 자유제한은 어느 정도 수반되고 그러한 과정을 통해서 피해자의 응보에 대한 법감정도 일정부분 해소되는 부분도 있을 수 있어야 한다.

또 무엇보다도 준수사항은 보호관찰 대상자에 따라 개별화되어야 될 필요가 있다. 사회내처우를 실시하는 중요한 목적은 역시 처우의 다양화, 개별화라고 할 수 있다. 따라서 적절한 준수사항의 부과는 이러한 처우의 다양화 내지 개별화의 목적을 실현할 수 있는 부분일 것이다.

따라서 다음과 같은 준수사항은 올바른 준수사항으로 인정받기 어렵다고 할 수 있다.

1) 위법한 준수사항

보호관찰의 준수사항의 결정에 대해 법적 근거를 갖고 있지만, 이것이 자의적으로 행사되어서는 안 된다. 피고인이 유죄확정을 받은 범죄행위와 무관하거나, 그 자체로서는 범죄가 성립되지 않는 행위에 관련되었거나, 장래의 범죄가능성과 무관한 행위를 요구하거나 금지하는 준수사항들은 인정받기 어렵다. 예를 들어 미국의 판례를 살펴보면, 보호관찰기간 중에는 성취될 수 없는 조건, 추방을 조건으로 한 것¹⁾ 등은 무효라고 하고 있다. 또한 예컨대 문제된 강도행위와 무관하고 장래의 범죄가능성과도 무관한 피고인이 임신을 하지 않을 것을 요구하는 조건, 피고인의 능력을 초월하여 만성알콜중독자에게 5년 동안 술을 끊을 것을 요구하는 조건²⁾, 보호관찰 대상자에게 통고하지 않고 보호관찰관이 일방적으로 배상금의 액을

1) People v. Dominguez, 256 Cal. App. 2d. 623 (1967); People v. Baum, 251 Mich. 187 (1930).

2) Sweeney v. United States, 353 F. 2d. 10 (7th Cir. 1965).

정한 조건³⁾, 소년범에게 주일학교의 정기적 출석을 요구하는 것과 같이 종교의 자유를 침해하는 조건⁴⁾, 살던 동네를 떠나도록 하는 조건⁵⁾, 적십자에 헌혈을 하도록 하는 조건⁶⁾, 법정된 벌금을 초과하여 벌금을 납부하도록 하는 조건⁷⁾ 등은 무효라고 한다(Rubin, 1973 : 227-28).

이에 대하여 다음과 같은 준수사항은 적법한 것으로 받아들여질 수 있을 것으로 본다.

2) 적법한 준수사항

위에서 언급한 것과는 달리, 보호관찰 대상자가 보호관찰을 선고받게 된 원인이 되는 범죄행위와 관련되고, 장래 재범을 예방할 수 있는 구체적인 내용과 관련된 준수사항은 적법한 것으로 받아들여 질 수 있을 것이다. 예를 들면, 데모와 관련하여 범죄를 한 피고인이 데모에 가담하지 않을 것⁸⁾을 명하거나, 전화를 이용하여 범죄를 한 피고인이 전화를 소유하지 않을 것⁹⁾을 명하는 것 등은 유용한 것으로 받아들여지고 있다.

본 연구는 우리 나라의 보호관찰 제도의 발전을 위하여 보호관찰 대상자의 준수사항 부과와 집행, 그 의미 등에 관하여 보호관찰 운용의 역사가 긴 미국과 일본, 그리고 독일의 사례를 중심으로 살펴보고, 우리 나라 준수사항의 개선방안을 모색함을 그 목적으로 한다.

준수사항을 연구함에 있어 준수사항의 의미와 중요성에 대하여는 대체

3) Morgan v. Wofford, 472 F. 2d. 822 (5th Cir. 1973).

4) Jones v. Commonwealth, 185 Va. 335 (1946).

5) People v. Smith, 252 Mich. 4 (1930).

6) Springer v. United States, 148 F. 2d. 411 (9th Cir. 1945).

7) People v. Lababera, 89 Cal. App. 2d. 639 (1949).

8) People v. King, 396 U.S. 1028 (1970).

9) People v. Stanley, 162 Cal. App. 2d. 416 (1958)

로 학계와 실무계 모두 상당한 일치를 보고 있음에도, 준수사항을 주제로 본격적으로 탐구한 연구는 국내외에 극히 소수에 그쳐 선행연구자료의 수집에 상당한 어려움을 겪었다. 본 연구는 국내외의 선행연구를 수집하고 이로서 포괄할 수 없는 부족한 부분에 대하여는 현지 방문출장과 실무가 자문과 운영현황자료 및 문서를 참고하여 보호관찰에 있어서의 준수사항의 활용에 대하여 보다 충실히 확인하고자 하였다.

제2절 우리나라의 보호관찰 준수사항 검토

우리나라에서는 보호관찰등에관한법률 제32조 제2항에 보호관찰대상자의 준수사항과 동법 제62조 제2항에 사회봉사 및 수강명령대상자의 준수사항을 일괄적으로 규정하고 있다. 즉 보호관찰 대상자의 준수사항으로는 첫째로 보호관찰 대상자가 주거지에 상주하면서 생업에 종사하여야 하고, 둘째로 보호관찰 대상자가 가지고 있는 범죄로 이어지기 쉬운 나쁜 습관을 버리고 선행을 하며, 범죄를 행할 우려가 있는 자들과 교제하거나 어울리지 말아야 하고, 셋째로 보호관찰관의 지도와 감독에 순응할 뿐만 아니라 보호관찰관이 보호관찰 대상자를 방문하는 것에도 순응하여야 하며, 넷째로 보호관찰 대상자가 주거를 이전하거나 1개월 이상의 국내외 여행을 할 때에는 미리 보호관찰관에게 신고하여야 한다는 것이다.

이에 대하여 사회봉사 및 수강명령대상자에 대하여는, 첫째로 보호관찰관의 집행에 관한 지시에 따를 것과 둘째로 보호관찰 대상자의 준수사항과 같이 주거를 이전하거나 1개월 이상의 국내외여행을 할 때에는 미리 보호관찰관에게 신고하여야 한다는 것이다.

이처럼 보호관찰등에관한법률에 규정되어 있는 일반준수사항은 법정준

수사항으로서 성인과 소년의 모든 보호관찰 대상자에게 공통적으로 필요한 기본적 사항을 법으로 정한 것이다. 이처럼 소년과 성인 모두에게 공통된 내용을 법으로 정한다는 의미는 보호관찰의 기본적 틀을 명시하는 것뿐만 아니라, 중요하고 기본적인 권리제한에 관한 사항에 대해서는 법률에 의한다는 하는 관점에 기인한다고 할 수 있다. 그러나 성인과 소년이라는 근본적인 차별성을 무시하고, 일률적으로 준수사항을 규정하여 성인과 소년 모두에게 적용하는 것은 다소 문제가 있다고 볼 수 있다. 특히 보호원칙을 강조하고 있는 소년 보호관찰제도와 관련하여서는 그러한 취지에 초점을 맞춘 준수사항의 검토도 생각해 볼 필요가 있다.

이러한 일반준수사항 이외에 보호관찰등에관한법률 제32조 제2항 3호 및 제62조 제2항 1호에 의거하여 보호관찰관이 보호관찰 대상자의 개인적 특성에 따라 지시사항을 부여할 수 있는 법적 근거가 마련되어 있다. 따라서 보호관찰을 집행하는 실무 당사자로서 보호관찰관은 보호관찰 대상자에게 공통으로 부여되는 일반준수사항 이외에 특별한 준수사항을 부여할 수 있다. 특별준수사항은 대상자의 인권 보장과 적법절차의 준수차원에서 그 설정 및 해석에 있어서 명확한 기준을 필요로 한다. 보호관찰등에관한법률시행령 제19조는 특별준수사항에 관하여 ① 재범의 기회나 충동을 줄 수 있는 장소에 출입하지 아니할 것, ② 사행행위에 빠지지 아니할 것, ③ 주류를 과도하게 음용하지 아니할 것, ④ 마약 및 향정신성의약품, 대마 기타 남용되거나 해독작용을 일으킬 우려가 있는 물질을 사용하지 아니할 것, ⑤ 가족의 부양 등 가정생활에 있어서 책임을 이행할 것 등 다섯 가지를 열거하고 있으나 이에 한정되는 것은 아니고 보호관찰 대상자의 생활력, 심신의 상태, 범죄 또는 비행의 동기, 거주지의 환경 등으로 보아 보호관찰 대상자가 준수할 수 있고 인정되고 자유를 부당하게 제한하지 아니하는 범위 내에서 다른 구체적인 사항을 부과할 수 있을 것이다.

준수사항은 보호관찰실시에 있어서 중요한 내용이 되며 대상자와 보호관찰관의 교섭, 활동의 근거가 되기도 한다. 그러나 준수사항은 활동의 자유를 제한할 수 있는 권력적 성격을 가지고 그 권위에 의하여 준수사항의 이행이 담보되는 것이기 때문에, 준수사항설정은 법률상 명확하고 한정적으로 규정될 필요가 있다.¹⁰⁾ 이러한 요구에 기하여 우리나라에서는 위에서 언급한 것과 같이 일반준수사항과 특별준수사항을 규정하고 있다.

이러한 준수사항은 법원 또는 심사위원회에서 보호관찰등에관한법률 제32조에 의거하여 서면으로 교부하도록 하고 있다(동법 시행령 제17조 참조).

1) 일반(법정)준수사항

일반준수사항은 현행 보호관찰등에관한법률의 적용을 받는 모든 보호관찰대상자가 보호관찰관의 지도·감독을 받으며 지켜야 하는 일반적인 준수사항으로 이에 대하여는 동법 제32조 제2항에 규정되어 있다. 즉 1) 주거지에 상주하고 생업에 종사할 것, 2) 범죄로 이어지기 쉬운 나쁜 습관을 버리고 선행을 하며 범죄를 행할 우려가 있는 자들과 교제하거나 어울리지 말 것, 3) 보호관찰관의 지도·감독 및 방문에 순응할 것, 4) 주거를 이전하거나 1월 이상의 국내외 여행을 할 때에는 미리 보호관찰관에게 신고할 것 등이다.

이 일반준수사항에 기하여 보호관찰대상자는 보호관찰관의 지도·감독을 받으며 준수사항을 지키고 스스로 건전한 사회인이 되도록 노력하여야 하는 것이다. 따라서 대상자가 이 일반준수사항을 지킴에 있어서는 보호관

10) 이정수, “보호관찰에 있어서 보호위원의 역할”, 청소년범죄연구 제7집, 1989, 87면 참조.

찰관의 지도나 감독에 의하는 것보다는 스스로 개선 및 갱생을 위하여 지켜야한다는 노력과 자세가 있어야 할 것이다.

2) 특별준수사항

보호관찰대상자에게는 각자 범죄의 동기, 주위환경, 성격특성 등이 다르기 때문에 일반적으로 부과되는 법정(일반)준수사항 만으로는 각자의 특성 있는 범죄성향을 교정하기가 어려운 경우도 있다. 그런 점을 고려하여 현행법은 법원 또는 보호관찰심사위원회는 판결을 선고하거나, 결정을 고지할 때, 일반준수사항 외에 심리나 심사과정에서 알게된 대상자의 특성을 고려하여 대통령령이 정하는 범위 안에서 그의 악습제거와 선행을 유지, 유도할 수 있는 특별준수사항을 별도로 부과 할 수 있도록 하고 있다.

따라서 보호관찰등에관한법률 제32조 제3항에 의거하여 법원 및 보호관찰심사위원회는 위에서 언급한 일반준수사항 이외에 특별히 준수하여야 할 사항을 따로 과할 수 있도록 하고 있다. 이에 동법 시행령 제19조에서는 특별준수사항에 대하여 구체적으로 열거하고 있다. 즉 1) 재범의 기회나 충동을 줄 수 있는 장소에 출입하지 아니할 것, 2) 사행행위에 빠지지 아니할 것, 3) 주류를 과도하게 마시지 아니할 것, 4) 마약·향정신성의약품·대마 기타 남용되거나 해독작용을 일으킬 우려가 있는 물질을 사용하지 아니할 것, 5) 가족의 부양 등 가정생활에 있어서 책임을 이행할 것 등이다.

그러나 이러한 특별준수사항은 보호관찰대상자의생활력, 심신의 상태, 범죄 또는 비행의 동기, 거주지의 환경 등으로 보아 그 대상자가 준수할 수 있다고 인정되는 범위 안에서 자유를 부당하게 제한하지 아니하는 범위 안에서 특히 그들의 개선 및 자립에 도움이 된다고 인정되는 범위 안

에서 부과되어야 하는 것이다. 따라서 지나치게 과도하거나 지나치게 자유를 제한할 수 있는 준수사항은 부과하지 않는 것이 바람직하다고 할 것이다.

또 특별준수사항은 항상 대상자의 심중에 강한 인상을 심어주는 것이어야 한다. 이렇게 하기 위하여는 그 내용이 본인의 이해능력에 따라 알기 쉬운 말로 표현되어야 하고 난해한 문구는 가능한 한 피해야 할 것이다. 그리고 객관적으로 불가능한 사항이 포함되어서는 안 될 것이다. 만약 불가능을 강요한다는 것은 오히려 대상자로 하여금 반발심을 조장케 하여 보호관찰을 무의미하게 만들기 때문이다.

특별준수사항의 수에는 제한이 없으나 여러 사항을 잡다하게 열거하는 방법은 대상자에게 준수의욕을 약화시킬 수 있으므로 본인의 갇생을 위하여 반드시 필요하다고 생각되는 사항을 적절하게 선정하여야 할 것이다.¹¹⁾

또 법원 또는 보호관찰심사위원회는 대상자에게 준수사항을 부과할 때에는 보호관찰의 취지를 설명하고 준수사항을 기재한 서면을 교부하여야 하며 적절한 훈계를 할 수 있다.¹²⁾

보호관찰의 주된 내용은 보호관찰대상자가 준수사항을 지키도록 하기 위한 활동이라 할 수 있으며 준수사항은 보호관찰기간 중 대상자가 지켜야 할 사항을 말한다. 따라서 준수사항은 보호관찰의 성패를 좌우하는 보호관찰관의 지도 및 감독의 기준이고 선행유지조건인 것이다.

준수사항은 보호관찰을 받는 입장에서 보면 생활의 규범이요, 행동의 기

11) 차정일(“일본의 보호관찰제도에 대한 소고”, 법무부 해외검사연구논문집 제4집, 110면 참조)은 특별준수사항을 2-3개를 선정하는 것이 가장 효과적이라고 언급하고 있다.

12) 특히 필자가 지난 7월에 독일 Wiesbaden 지방법원지원을 방문하여 소년재판을 참관하는 과정에서 담당판사는 소년대상자에게 부과되는 사항을 그들의 언어로 구체적으로 설명하여 충분히 이해했는지를 확인하여 보호관찰의 의미와 준수사항의 고지를 정확하게 자세를 취하는 모습을 보았다.

준이 된다. 그러므로 구체적으로 이를 실행할 수 있는 내용이 되지 않으면 안 된다.

3) 준수사항의 문제점

보호관찰등에관한법률 제32조 제4항에 동조 제2항 및 제3항의 준수사항은 서면으로 이를 고지하여야 한 다라고 규정하면서, 제33조 제2항의 지도·감독의 방법으로서 2호에 보호관찰대상자에 대하여 제32조의 준수사항을 이행함에 적절한 지시를 하는 것을 가능하게 하는 규정을 두고 있다. 이는 실질적으로 또 다른 준수사항의 역할을 함으로써 모든 준수사항이 법원의 결정에 의하여 서면으로 고지되어야 한다는 제32조 제4항의 내용과 배치되는 면을 가지고 있다고 할 수 있을 것이다.

참고로 보호관찰직원을 대상으로 행한 조사결과를 살펴보면¹³⁾, 보호관찰등에관한법률 제33조에 근거하여 보호관찰관 스스로 보호관찰대상자에게 다음과 같은 특별 지시를 부과하고 있다. 즉 지나친 음주를 삼가라, 규칙적인 귀가를 하여라, 언행을 조심해라, 용모단정한 생활을 해라, 준법의식을 함양해라, 직업을 가져라, 약물복용을 금지해라, 학업에 충실해라, 정신과 치료를 받아라 등이다. 이는 비록 동법 제33조에 근거한 필요한 지시사항으로써 부과하는 것이라고 하여도 그 성격상 준수사항으로서의 성질을 가지고 있음으로써 대상자에게는 일정부분에서 자유제한적인 성질을 가지고 있음에도 불구하고 보호관찰관 임의로, 특히 일정한 형식을 갖추기보다는 구두로 지시를 한다는 것은 자칫 대상자에게 지나친 자유제한을 하는 근거가 될 수 있다는 점에서 다소의 문제점을 가지고 있다고 볼 수 있다.

13) 여기에서 인용되는 자료는 김혜정, 성인범 보호관찰의 운영에 관한 조사연구, 한국형사정책연구원, 2001에서 조사된 설문결과에 근거하고 있다.

또 준수사항의 내용에 있어서도 다소 불분명하게 포괄적인 개념을 가지고 있는 부분이 있어 해석하기에 따라서는 모호하게 처리될 수 있는 부분도 있다고 할 것이다. 또 어떤 준수사항의 경우는 실무에서 처리하기에 상당히 어려운 부분이 있어 그 실효성이 의심되는 사항이 있다고 보여진다.

사실 아무리 사소한 준수사항이라고 하더라도 이는 대상자의 자유를 일정부분 제한할 수 있는 것이므로 무엇보다도 그 준수사항의 실행가능성에 대한 검토와 함께 보다 명료한 표현을 사용하고 가능하다면 법원의 선고에 의할 필요가 있다고 본다. 물론 보다 적절한 지도 및 원호를 위해서는 법원은 이러한 준수사항의 선고에 있어서 보호관찰관의 견해를 반드시 참조하는 장치가 마련될 필요가 있다는 것은 의심의 여지가 없다고 본다.

제2장 미국의 보호관찰 준수사항

제1절 미국의 보호관찰제도와 준수사항

지역사회 처우의 핵심내용은 범죄자에게 제시하여준 행동준칙인 준수사항의 내용과 집행, 그리고 감독에 나타나 있다. 준수사항은 범죄자의 처벌, 미래의 범죄행위의 예방, 그리고 범죄자에 대한 교정경험의 범죄억제 효과라고 하는 사법적 관심과 관련되어 있다(Clear, 1992:31-2).

미국의 보호관찰 준수사항에 관하여 살펴볼 본 장에서는 먼저 제1절에서 보호관찰에 있어서의 준수사항의 의미에 대하여 준수사항의 선택적 부과의 이유와 논리적 근거를 살펴보고, 보호관찰의 목표를 실현시키기 위하여 준수사항을 설정할 필요성을 제시할 것이다. 다음 제2절에서는 다양하게 활용되고 있는 보호관찰 준수사항의 개별 내용에 대하여 보호관찰의 목표와 관련하여 준수사항 설정을 살펴보고, 실제 적용에 있어서의 내용과 한계를 다룰 것이다. 그리고 제3절에서는 실제 적용되고 있는 준수사항의 내용을 중심으로 다른 나라의 보호관찰 준수사항과 다른 특징을 보이는 미국의 준수사항 부과에 대하여 살펴볼 것이다.

정책적 관점에서 볼 때 준수사항의 선택적 부과와 집행에 대한 학자들의 입장은 일치하지 않고 있다. 일부 학자들은 준수사항의 선정과 집행은 범죄의 심각성에 따라 ‘공정’의 가치를 반영해야 한다고 주장한다(von Hirsch & Hanrahan, 1978; McAnany, Thompson, & Fogel, 1984). 다른 학자들은 준수사항이 지역사회 감독기능의 범죄통제적 목표를 정당화하는 것으로 보고 있다(O’Leary & Clear, 1984). 또다른 일부 학자들은 준수사항에 대하여 강경한 집행정책을 반영해야 하며 이를 통해 일반인들이 감

독의 신뢰성을 확인할 수 있도록 하는 합리적 수단이라고 주장한다 (Barkdall, 1976).

1. 지역사회 교정활동 준수사항 부과의 두가지 모델

1) 충분모형

충분모형(Sufficient Model)은 범죄를 저지른 사람은 처벌을 받아야 마땅하고, 사회내 처우의 선고는 구금형과 같은 처벌의 의미에서 부과된 것으로 인식한다. 따라서 범죄자에 대하여 보다 관대한 지역사회의 감독형을 부과하는 것은 다양한 형태의 제한적이며 강압적인 준수사항을 정당화할 정도로 충분히 개선된 상태인 것이다. 이 입장은 범죄자가 법률을 어기었고 선고에 있어서 구금을 피한 것이기 때문에, 지역사회 감독에 부과되는 어떤 준수사항도 정당한 것일 수 있다는 생각에 근거한다(Clear, 1992:32).

이러한 입장에서는 특정 준수사항이 대상자에게 지나치게 성가신지 여부에 대한 질문에 대하여 ‘기소된 범죄자가 이러한 요구사항을 수행하도록 기대하는 것이 불합리한 것인가’라고 반문하면서 답변하는 입장이라고 할 수 있다. 사실상 거의 모든 요구사항들이 이같은 사고체계 하에서 정당화할 수 있기 때문에 충분모형의 입장이 실무관행에 실제 적용되는 때에는 아주 많은 준수사항들이 범죄자에게 부과되는 결과를 낳는다. 만약 누군가가 준수사항의 정당성에 의문을 제기하는 경우, 일반적인 반응은 결국 그 사람이 범죄를 저질렀고, 그로 인해 처벌을 받는 경우 더욱 악화될 수도 있기 때문에 준수사항은 철회될 수 없다는 것이다.

충분모형의 적용에 있어 준수사항은 지역사회 감독을 받는 모든 대상자들에게 공통적으로 적용되는 패키지의 형태로 제공된다. 음주, 취업, 교우

관계의 제한에서부터 처우프로그램 참여, 각종 비용과 벌과금의 납부, 사회봉사활동에 이르기까지 보통 10여개, 혹은 그 이상의 아주 많은 준수사항이 부과되는 형태가 일반적이다. 충분모형을 적용받고 있음을 나타내주는 준수사항중의 하나는 바로 보호관찰 감독비용이다. 사회내 처우하의 범죄자에게는 정당한 감독비용을 청구할 수 있는데, 왜냐하면 그렇지 않은 경우 교도소 구금이기 때문에 이에 비하여 비용부담은 사소한 처분이라는 주장이다.

충분모형에 대한 문제중의 하나는 모든 준수사항들이 집행되리라고 기대하는 것이 불합리하다는 것이다. 사실상 복잡한 충분모형의 준수사항 패키지에서는 거의 모든 대상자들이 감독기간 동안에 최소한 하나 이상의 준수사항을 위반할 수 있다. 준수사항의 목록을 엄격하게 적용하기에는 지나치게 길고 매우 포괄적이기 때문이다. 결과적으로 감독관은 불가피한 규칙위반을 원칙에 따라 처리할 것인지 혹은 사소한 불복종 정도로 무시할 것인지의 딜레마에 처하게 되는 것이다.

보호관찰관이 모든 불복종에 대하여 처리할 수 없기 때문에 사실상 선택은 존재하지 않는다(McCleary, 1980). 따라서 보호관찰관은 감독에 있어 일정 정도의 불합리성을 용인해야할 필요 등과 같이 재량으로 판단해야 하는 상황에 직면한다. 재량의 행사는 규칙위반의 판단, 보고 시기와 위반 범죄자, 그리고 그 이유에 모아진다. 불합리성은 범죄자와 보호관찰관 모두 완전한 집행이 불가능하다는 사실을 알고있다는 점에서 제기되며, 결과적으로 준수사항들이 잠재적으로는 속빈 강정과 같이 될 위험을 내재하고 있다. 이는 교도소가 지나치게 과밀하여 더 이상 ‘기술적인’ 위반에 대한 처분취소를 허용할 수 없는 상황에 나타나며, 그리고 보호관찰관이 준수사항의 위반에 대하여 무시할 수 있는 법적 권한을 갖고 있지 않다는 사실에 비추어볼 때 심각한 문제를 제기한다.

충분모형은 실제 적용에 있어서는 상황을 아주 냉소적으로 만들어버릴 위험이 있다. 모든 준수사항들을 집행할 수 없기 때문에 대상자들이 따르도록 정리할 필요가 있다. 개별 준수사항들이 정당한 것으로 보이면서도 사실상 모두를 집행할 수 없기 때문에 이 모형은 대상자들의 복종이 아주 훌륭하고 감사해야할 정도의 행동이지만, 불복종에 대하여는 사실상 아무런 조치도 취하지 않게 되는 실무상의 관행을 가져오기 쉽다. 많은 낙관적인 전망을 제기하지만, 사실상 정리되는 것은 없다는 비판을 받고 있다.

또다른 문제점으로는 준수사항들의 균형성에 관한 것이다. 지역사회의 감독이 모든 대상자들에게 공통적으로 적용되는 표준 준수사항의 패키지로 운영될 때 특정한 행위와 그 결과의 심각성간의 관계를 판단하기가 매우 어려워진다. 충분모형 하에서는 범죄의 내용이 아주 다양한 대상자들에게 대하여 동일한 반응을 가져올 것을 기대하고 있다. 게다가 가장 경미한 범죄자들일지라도 준수사항의 내용은 대부분의 행동을 엄격하게 제한하는 조치들로 이루어져 있다.

2) 필요모형

필요모형(Necessary Model)은 범죄자에 대한 지역사회 감독의 요구조건인 준수사항은 감독의 목적을 이루는데 있어 절대적으로 필요한 범위에서만 정당한 것이라는 생각에 기반하고 있다. 감독의 준수사항은 범죄자에 대한 법률적 요구사항이며, 따라서 준수사항은 형사사법제도의 권한을 해치지 않기 위하여 명확하게 밝힐 수 있는 상황이나 문제에만 엄격하게 제한되어야 한다. 충분모형의 관대한 접근방법과는 달리, 필요모형은 개별 준수사항이 해당 범죄자의 효과적인 감독에 전략적으로 반드시 필요한 것인지를 확인한다.

실제 적용에 있어 필요모형은 준수사항들을 개별화하도록 요구하여 각 조건들에 대하여 “이 준수사항이 부과되지 않는다면, 이 범죄자에 대한 지역사회 감독처분이 정당하다고 할 수 없는가?”라는 질문을 제기한다. 결과적으로 부과되는 준수사항의 수는 보통 대부분의 경우 2개나 3개 정도로 작게 마련이고, 해당 대상자의 구체적인 문제에 맞추어지는 것이 일반적이다.

필요모형에서의 재량은 실제 부과될 준수사항의 내용이 검토되고 선정되는 초기과정에서 나타나게 된다. 각 준수사항이 해당 대상자에 비추어 ‘필수적’인가를 검토하기 때문에 이 모델에서의 준수사항들은 완벽하게 집행되어야만 하는 것이다. 따라서 필요모형은 충분모형의 ‘준수사항 패키지’ 접근에 대한 논리적 대안으로 거론된다. 절대적으로 필요한 준수사항만을 구체화시켜야 하며, 부과된 준수사항의 중요성 때문에 의미있는 결과를 도출할 수 있도록 완벽하게 집행되어야만 한다.

필요모형에는 두가지 중요한 문제점이 있다. 첫째는 양형에서 준수사항의 선정에 있어 폭넓은 재량이 가능하고, 특히 실제 운용에 있어서 인간의 행동과 필요성의 해석에 대한 판단이므로 무엇이 ‘필수적인’가에 관하여 전혀 다른 판단의 불일치가 나타나게 된다. 지역사회 내에서 범죄자들을 감독하는데 있어 완벽한 해설서란 존재할 수 없다. 단지 일부 정보에 기초하여 판단하게 되는데, 이것이 때로는 실수를 가져오기도 하고, 또한 항상 일정정도는 판단하는 개인의 선입견을 반영하게 되는 것이다.

둘째, 실수의 불가피성과 함께 의견의 불일치는 한 개인에게 ‘필수적인’ 준수사항들이 다른 사람에게는 불필요한 것으로 나타날 수 있고, 어떤 경우에는 잘못된 부과로 판명되기도 한다는 것을 의미한다. 이는 보호관찰관의 예측에 크게 의존하게 되는 결과를 가져온다. 또한 범죄자의 환경이 변화하기도 하여, 한때 ‘필수적’이었던 것이 감독기간의 후반에는 관계없는 사항으로 변하기도 한다. 이런 요인들로 인하여 법률적인 준수사항의 동적

모델이 형사사법 체계 하에서 과연 효율적으로 추구될 것인지의 여부가 불확실하게 된다.

결국은 최근 미국의 대부분의 교도소와 구치소가 과밀되어 있는 상황에서 준수사항의 완전집행모형이 과연 실질적인 의미를 갖는지에 대하여 의문이 들게 된다. 왜냐하면 ‘필수적인’ 준수사항의 위반의 결과는 완전한 구금으로 귀결되어야만 하기 때문이다.

2. 지역사회 감독 준수사항 부과의 논리적 근거

준수사항은 법률의 정당한 목적에 비추어 비록 범죄자라 할지라도 시민의 삶에 적용되는 강제적 제재로서의 도덕적인 정당성을 갖추어야 한다. 그러므로 감독 조건으로 부과되는 준수사항은 구체적이어야 하고, 단호하게 적용되는 강제적 제재조치이어야 한다. 또한 준수사항은 법률적으로 그리고 법리적으로 용인되어야만 한다.

감독에 있어 용인될만한 논리적 근거는 교정 프로그램의 정당한 목적과 밀접한 관련을 갖는다. 교정프로그램의 정당한 목적으로는 처벌(흔히 공정 혹은 응보)과 위험통제를 제시할 수 있다. 그러므로 감독 준수사항은 범죄자의 위험통제를 개선시키거나 형법에 부합하는 벌칙을 행사하기 위하여 부과되는 것이다.

1) 처 벌

처벌(punishment)은 어떤 잘못을 저지른 개인은 그 잘못된 행동에 대한, 최소한 상징적으로라도, 사회적 비난을 보여주는 특정의 반응을 받아야 한다(von Hirsch, 1975)는 오래된 관념에 근거한다. 처벌에 대하여는 많은

이론들이 있는데, 처벌에 대한 주장들은 다음 <표 3-1>에 정리된 바와 같이 공통된 내용을 포함하고 있다.

<표 2-1> 처벌의 개념(공정)

이	개인에 대한 정부권력의 사용은 개인이 비난받거나 책임져야할 금지된 행위를 범했을 경우에만 정당화될 수 있다
목	정부활동의 목적은 그 행위의 비난가능성에 대한 의도적이며 가시적인 상징으로서 손해, 손실, 고통을 상당 정도 분할하는 것이다
한	1. 손해, 손실, 고통의 양은 행위의 비난가능성에 비례해야만 하며, 따라서 무책임한 행위의 정도에 따라 수준의 차이가 드러나야 한다
계	2. 행위의 비난가능성 때문에 의도하지 않았거나 부수적인 손실은 회피해야만 한다
	3. 정부는 반드시 손해, 손실, 고통을 가해야 하지만, 이는 행위의 비난가능성에 의해 정당화되는 범위에서만 허용된다

출 처 : Clear, 1992:35

처벌의 핵심개념은 잘못을 저지른 사람은 자신들의 잘못에 상응하는 고통스런 결과를 경험해야만 한다는 아주 단순한 생각에서 출발한다. 이런 핵심주장은 ‘잘못 없으면 처벌도 없다’ 혹은 ‘눈에는 눈’과 같은 말에 잘 표현되어 있다.

처벌에 대한 정부의 관심은 금지된 행위로 인하여 나타나는 것이고 더 이상 정당화할 필요가 없다. 그러나 손해를 부과할 정부의 권리가 전적으로 백지위임된 것은 아니다. 사소한 손해를 가져오는 금지된 행위에 대하여 심각한 고통이 정당화되는 것은 아니다. 예를 들면 상점절도 행위에 대하여 5년의 구금형을 선고하는 것은 모순된 것이다. 마찬가지로 심각하게 해로운 행동에 대하여 아주 사소한 형벌을 부과하는 것 또한 문제가 있다. 예컨대 강제추행에 대하여 소량의 벌금을 부과할 수는 없는 것이다. 따라서 정부에 의해 부과되는 고통, 손실, 상실의 정도는 다소간 행위의 심각

성에 부합하도록 조정해야만 한다.

사회내 처우인 지역사회 감독은 오랫동안 비례적 처벌의 필요성을 충분히 감안하지 않았다고 비판을 받아왔다(von Hirsch et al., 1989). 한편으로는 아주 심각한 범죄를 저지른 자에 대하여 지나치게 관대한 처분을 부과하였다는 주장이 있고(Feld, 1981), 다른 한편으로는 아주 사소한 비행에 대하여 그 행위 자체의 비례성에 비추어 심각한 처벌을 받게 되었다는 주장이 있다(Krisberg & Schwartz, 1983). 이런 비판적 주장들은 교정에서 범죄자를 처벌하는데 있어서는 실제 범행에만 비추어 적용되어야할 상한선과 하한선의 제한을 마련할 필요가 있다는 것을 의미한다.

이외에 처벌에 있어 몇가지 고려해야할 사항들이 있다. 첫째, 처벌의 부수적 효과를 가능한 줄여야만 한다. 이것이 우리의 현대 문화에서 절도범의 손목을 자를 수 없는 이유이다. 이같은 처벌은 상징적인 응보의 조건을 훨씬 넘어서는 의도하지 않은 손해를 부과하는 것이다. 이러한 이유로 해서 교도소에서 구금에 따른 자유의 상실 이상의 고통을 부과할 때 위험임을 선언하는 것이다. 둘째, 정부는 범죄에 대한 반응으로 부과하는 고통, 손해, 상실을 정당화할 수 있도록 납득할만한 대표성을 보여야 한다.

2) 위험통제

위험통제(risk control)는 처벌과는 완전히 다른 개념이다. 위험통제 개념의 이념적 토대는 다음의 <표 2-2>에 나타나 있다.

위험통제는 순수하게 공리주의적 개념이다. 정부는 손해가 보다 큰 선행을 가져오는데 필수적이지 않는 한 시민에게 손해를 부과하지 않는다. 사회내 처우의 부문에서 이는 손해가 더 큰 미래의 해로운 행동, 즉 범죄를 회피하는데 반드시 필요해야만 한다. 해로운 행동의 위험이 존재하는 경우

에만 정부활동의 이해관심이 정당성을 갖고, 그 권리를 갖는다. 그리고 정부는 의도적인 개입과정을 통하여 위험을 완화시키는 것이다.

<표 2-2> 위험통제의 개념

이	넘	시민에 대한 정부권력의 사용은 권한이 시민의 안녕을 증진시키는 경우에만 정당화될 수 있다
목	적	정부활동의 목적은 특정한 해로운 행위의 가능성을 감소시키거나 제거하는 것이며, 그 활동은 해로운 행위의 발생가능성과 심각성에 맞춰 조정하는 것이다.
한	계	1. 정부는 해로운 행위의 가능성을 감소시키거나 제거하기 위하여 가용한 방법의 강제적이거나 고통스러운 측면의 이용을 최소한으로 제한하여야 한다 2. 행위의 발생가능성을 바꾸려는 의도가 시민에게 막대한 아픔이나 고통을 부과하는 변명으로 이용해서는 안된다 3. 정부는 a) 먼저 해로운 행위의 실제발생가능성이 존재해야 하며 그리고 b) 정부의 조치는 그 가능성을 감소시키거나 제거하는데 필수적이어야 한다는 것을 증명할 임무를 지닌다.

출 처 : Clear, 1992:36

물론 항상 일정 정도의 해로운 행동의 위험이 존재한다. 위험통제는 모든 시민의 삶에 개입할 수 있는 허가증이 되어서는 안된다. 개입은 새로운 해로운 행동의 심각성과 가능성에 비추어 판단해야 한다. 상점절도를 할 가능성이 있는 사람에게 5년의 구금형을 선고하는 것이 정당화될 수 없고, 마찬가지로 성추행을 일으킬 가능성이 아주 낮은 사람에게 종신형을 선고하는 것 역시 정당화될 수 없는 것이다. 해악은 반드시 심각해야 하고 가능성이 아주 높아야 하며, 심각한 폭행을 일으킬 가능성이 아주 높은 사람을 구금하는 데에는 문제가 되지 않는다.

위험통제의 목적은 전체의 이익을 위하여 개인에 대한 제재를 부과하는 것이기 때문에, 그 사용에 있어 제한조치를 적용해야 한다. 첫째, 항상 위험을 통제하기 위하여 최소한의 제재를 부과하는 방법이 채택되어야 한다. 완

화된 통제조치가 가능한 경우에 상당히 심각한 통제를 적용하는 것은 정당화될 수 없다. 위험통제의 정당화는 보복적 처벌에 이용되어서는 안된다. “위험이 없어도 구금이 허용될 수 있는데, 이는 처벌을 마땅히 받을만한 사람이기 때문이다”라고 말하며 위험통제를 위하여 누군가를 구금하는 것은 부당하다. 위험통제의 정당성은 처벌의 요구와는 분리되어야 한다.

결국 위험이 현존함을 증명하는 임무는 정부의 몫이며, 또한 특정 방법이 위험을 통제하는데 있어 필수적인 것임을 증명해야한다. 어떤 비인간적인 통제조치일지라도 사회의 이익에 필수적인 것이라면 실시될 수도 있다. 정부는 위험의 발견이 사실에 근거해야하고, 다른 통제조치는 비효율적임을 제시할 의무가 있다.

범죄행위에 대한 정부의 개입을 정당화하는 입장은 현재까지는 처벌과 위험통제라는 이론에 근거하여 발전해 왔다. 어느 정도 이 양자의 철학적 입장은 상호 배제적이다. 처벌은 위험에 관계없이 부과될 수 없으며, 위험은 특정 행위의 비난가능성을 고려하지 않고서도 통제될 수 있는 것이다. 그러나 어느 한쪽의 입장만을 이루려고 하는 지역사회 교정기구는 심각한 외부의 압력을 받게 될 것이다. 위험을 무시하는 것은 안전에 대한 지역사회의 열망을 공개적으로 위협하는 것이다. 처벌을 무시하는 것은 지역사회의 가치관을 조롱하는 것이 될 것이다. 지역사회 교정에서는 양측 입장의 일방을 배제할 수 없음은 분명하다.

이외에도 또 특별히 고려해야할 사항이 있다. 특정한 개입방식이 위험을 통제하는데 유익하다는 사실만으로는 당연한 것으로 정당화할 수 없다. 반대로 위험의 존재가 처벌을 당연시할 수도 없는 것이다. 현재의 범죄의 심각성과 새로운 범죄실행 위험의 양자간에는 관계가 거의 없다는 것이 상황을 어렵게 만들고 있지만 이는 사실이다(Gottfredson & Gottfredson, 1988). 처벌적 차원과 위험통제의 차원은 지역사회 교정활동의 독립적인

주제이다. 한 행위가 금지되었기 때문에 사회는 처벌을 하고자 한다. 잘못을 저지른 행위자가 사회를 위협하기 때문에 사회는 더 이상의 해악을 피하고자 한다. 한쪽의 근거가 다른 일방과 연관되어 있지 않다.

처벌과 위험통제의 확실한 준수사항과는 대조적으로 관리적인 준수사항(management conditions)은 본질적으로 수동적이다. 이는 지역사회 내에서 감독을 운영하는데 필요한 행정적인 목적의 규칙성을 수행할 것을 요구하는 것이다. 예를 들면, 범죄자에게 자신의 거주장소, 취업장소, 생활상황, 그리고 이 지역에서 발생하는 어떤 변화를 보고하는 것이 요구된다. ‘지시받은 대로’ 보고하기 또한 감독의 기본적인 요소이다. 이같은 예들에 해당하는 준수사항 모두 명백하게 처벌이나 통제를 위해서 마련된 것들은 아니지만, 범죄자의 순응이 없다면 의미있는 감독은 어려울 것이다.

본질적으로 관리적인 준수사항은 행정적인 편리성을 위하여 고안되었고 다른 목적에는 이용되지 않는다. 결과적으로 이러한 준수사항은 적용에 있어 아주 제한적인 방식으로 명시되어, 감독에 필수적인 요소들에만 엄격하게 제한된다.

3. 준수사항의 선정에 있어서의 재량에 대한 통제의 필요성

대부분의 지역사회 감독기관은 충분모형과 필요모형 양쪽의 요소들을 혼합한 접근방식을 수행하고 있다. 일부 준수사항들은 거의 모든 범죄자들에게 공통적으로 적용되고 있다. 이러한 준수사항들을 모두 해당하는 것은 아닐지라도 ‘관리적인’ 준수사항들로 생각할 수도 있을 것이다. 이같은 표준화된 준수사항들로는 총기 제한, 고용제한, 알콜 사용금지, 그리고 준수사항의 보고 등과 같은 다양한 요소들을 포함하고 있다. 확실히 이와 같은 목록에는 처벌적인 요소들과 위험통제적 준수사항들이 모두 포함되어 있

고, 그러므로 “모든 대상자들이 준수해야 하는” 것처럼 인식하여 충분모형에 따르는 것으로 생각할 수 있다. 그러나 또한 실제로 거의 모든 지역에서 대상자의 독특한 특징에 적용되는 ‘특별’ 준수사항을 추가로 기재하는 것이 가능하다. 이와 같은 추가기재에 따른 특별준수사항의 활용은 “개인을 감독하기 위하여 추가적인 준수사항을 적용하는” 필요모형의 논리에 부합하는 접근방식이다.

보통 준수사항의 구성이 혼란스럽고, 확고한 논리적 근거에 기반하지 않고 있다는 논의들이 존재하면서, 또다른 비난으로는 현재의 관행이 준수사항에 대한 혼돈을 조장하고 형사정책의 특징을 혼란시키고 있다는 것이다.

이러한 상황은 1986년에 한 보호관찰 기관에서 판결전 조사관들을 위해 실시된 양형권고에 관한 훈련프로그램의 결과에 잘 나타나 있다. 전체 조직은 대략 100여명의 보호관찰관과 가석방담당관으로 구성되어 있었고, 이들중 20퍼센트는 전적으로 판결전조사 보고서(PSI) 작성만을 전담하고 있었다(Clear, 1992:38-41).

3일 동안의 훈련과정 동안에 이들 판결전조사 보고서 작성자들에게 최초의 양형권고내용만을 삭제한 채로 이들 자신의 사건기록에서 발췌한 최근의 판결전조사보고서를 보여주었다. 이 기관은 대상자들이 보호관찰에 처분될 것을 가정하면서 범죄자의 사회적, 개인적, 그리고 범죄경력을 자세하게 담고있는 상당히 긴 판결전 조사보고서를 작성하는 것이 관행이었다. 20명의 판결전 조사관에게 잘 정리된 3건의 보고서를 읽고, 이들이 보호관찰에 처해진다고 가정하고는 각 대상자의 준수사항의 내용을 포함하는 각각의 양형권고안을 작성하도록 요구하였다. 다음의 <표 3-3>은 해당 사건의 간략한 요약내용이며, <표 3-4>는 이들 20인의 조사관들의 준수사항 권고내용이다.

<표 2-3> 판결전조사 보고서 작성관에게 제시된 사건기록내용

특 징	사건기록 1	사건기록 2	사건기록 3
1. 본범내용	1급 강도	2급 상해	주거침입절도 2회
2. 이전 전과	1회 강도죄 기소	3회 상해 기소, 11회 체포	2회의 경범죄 기소
3. 현 거주상황	혼자 생활	할머니와 생활	판결전 구금상태
4. 혼인상태	독신	독신	독신
5. 취업상황	용접, 시간당 \$6.80 수입	조경 주당 \$100 수입	실직
6. 교육	고졸	10학년	9학년
7. 사회관계력	소년원 장기수용	조모에 의해 양육	만성적 비행
8. 정신분석내용	‘정서적 미성숙’	‘심각한 정서 장애’	‘반사회적 인격’
9. 약물남용 패턴	사용안함	심각한 중독 아님	정기적 대마초 사용
10. 기타	거친 환경, 지난 5년간 범죄경력 없음	충동적, 낮은 지능	죄책감이나 양심의 가책을 보이지 않음

출처 : Clear, 1992:39

<표 2-4>에 나타난 권고의 내용을 살펴보면 이 기관에서는 모든 보호관찰 대상자에게 공통적으로 적용되는 14개의 표준 준수사항목록을 갖고 있음을 알 수 있다. 따라서 <표 2-4>에서는 14개의 표준 준수사항에 추가적으로 적용된 특별준수사항들의 내용을 살펴볼 수 있다.

표에 나타난 결과를 통해 볼 때 준수사항의 부과에 있어 아주 많은 다양성이 존재할 수 있다. 동일한 기관에 근무하는 20인의 경험많은 보호관찰관들이 동일한 정보를 읽고서는 사건기록1에는 19개의 서로 다른 특별준수사항을, 사건기록2에 대하여는 29개의, 그리고 사건기록 3의 대상자에게는 23개의 특별준수사항을 권고한 것이다. 이는 평균적으로 조사관 일인당 한가지 이상의 다른 특별준수사항을 권고한 것이다. 각 사건기록마다 단지 1개의 특별준수사항이 절반 이상의 조사관에 의해 기재되고, 3건의 기록에 기재된 71개의 준수사항들중 단지 10개만이 1/3 이상의 조사관에

의해 제시된 반면에, 21개는 단지 1명의 조사관들만 권고한 것이다.

<표 2-4> 20인의 판결전조사 보고서 작성관의 권고내용 요약

사건기록 1		사건기록 2		사건기록 3	
준수사항	N	준수사항	N	준수사항	N
배상	17	정신심리치료	14	배상	13
교제 제한	7	보호관찰비용	9*	약물/알콜검사	10
6개월 구금	6	약물/알콜치료	8	약물/알콜치료	9
사회봉사	5	벌금	7*	1년구금	8
보호관찰비용	5*	상담	6	소변검사	5
벌금	5*	약물사용제한	5	압수수색	5
소송비용	4*	음주 제한	5	정신심리치료	4
구직활동	4	6개월 구금	5	벌금	4*
1년 구금	4	1년 구금	5	보호관찰비용	4*
정신심리치료	4	집중감독	5	약물사용금지	3
통행금지	3	교육개발	4	사회봉사	3
소변검사	2	배상	3	소송비용	3*
고용 점검	2	정신건강 감정	3	6개월 구금	3
압수수색	2	소변검사	3	교제제한	2
정신건강 감정	1	90일 구금	3	거짓말검사	2
사과문	1	고용 점검	2	약물검사	2
상담	1	직업훈련	2	고용 점검	2
집중감독	1	약물검사	2	정신건강 감정	1
피해자접근 금지	1	압수수색	2	여가시간 제한	1
		NCTI 프로그램	1	집중감독	1
		거주환경개선	1	교육개발	1
		매주보호관찰관접촉	1	90일 구금	1
		입원치료	1		
		여자친구교제금지	1		
		사회봉사	1		
		교제제한	1		
		보호관찰관의 주거승인	1		
		\$500 벌금	1		
		30일 구금	1		

* 주범에서는 요구하지만 보호관찰관이 적용하지 않을 수 있는 준수사항

출처 : Clear, 1992:40

부과된 준수사항의 특징적인 유형들에 대하여 살펴볼 때 더 큰 혼돈이 존재함을 알 수 있다. 일부 준수사항들은 합법적으로 법규에 의하여 요구되는 것들이지만, 다른 일부는 약물사용과 같이 불법적인 행동의 금지를 반영하는 것이다. 이중에는 소변검사, 정신건강 처분, 수색 등과 같은 위험 통제적인 준수사항들이 있고, 구치소 구금, 사회봉사, 시설입소 등과 같은 처벌적인 준수사항도 있으며, 이외에 가석방담당관의 거주이전 승인과 같이 일부 관리적인 준수사항도 존재한다. 그러나 어떻게 이런 준수사항들이 적용되는지에 대한 일관된 패턴은 나타나지 않고 있다. 동일한 문제점을 가진 사항에 대하여 본질적으로 다른 해결방안을 제시하는 것처럼 보이기도 하여 약물남용 문제에 대하여 소변검사, 약물 치료, 그리고 약물금지 준수사항을 가져오게 되고, 이같은 방식으로 약물사용의 위험을 통제하는 개입방식에 있어서의 차이에 있어서도 공통점이 거의 없는 것이다.

이같은 다양성이 틀린 것은 아닐 것이다. 감독의 목적을 달성하는데 있어 아주 다양한 방법이 존재하고 있다. 또한 아직까지도 이같은 준수사항의 다양성은 어쨌든 해로운 것은 아닐 것이다. 각 준수사항은 구금의 위협에 연결되어 합법적으로 부과하는 요구사항이다. 대상자에게 대한 구금의 위협은 대상자 평균 3.8개의 부과에서 5.2개까지 나타나고 있다. 대부분의 준수사항은 단지 극소수의 조사관에게만 중요하게 인식되고 있고, 이중 거의 1/3 가량의 준수사항은 오직 한사람만의 창작물인 것이다. 이는 동일한 결과를 가정하기보다는 특이성이 존재하는 것이며, 이렇게 함으로서 심각한 정책적 문제점을 제기하게 된다. 법적 권한을 갖는 특이한 규칙의 적용은 형사사법체계의 근거에 내포된 기본적인 가치와 모순될 수 있다.

준수사항의 구성에 있어서는 정책적인 일치성은 나타나고 있지 않고, 최소한 살펴본 기관의 자료에서는 그렇다. 그러나 이 기관과 판결전조사 부서는 그 지역에서 최고라는 명성을 갖고 있었다. 질적인 운영이 가능하

면 다른 운영에 있어서 준수사항은 얼마나 혼란스러운 것일까?

지금까지 지역사회 감독을 위한 준수사항의 부과관행을 구성하는 정책 개발에 관한 논의를 살펴보았다. 일관된 논리적 근거가 없이 감독관행은 뒤죽박죽이어서, 아주 많은 수의 준수사항들이 부과되고 집행에 있어 재량에 따라 운영되거나 준수사항 자체의 부과에 있어서도 재량이 존재하고 있었다. 준수사항을 평가할만한 개념적 틀조차 없어서 더욱 혼란을 가져왔다. 정책적으로 제시된 준수사항의 숫자를 제한할 필요가 있고, 준수사항의 각각의 논리적 근거와 집행방법, 그리고 보호관찰관의 운영방식에 대하여도 검토해야만 할 것이다.

제2절 개별 준수사항의 내용

미국의 보호관찰 제도는 매우 다양한 대상자를 대상으로 부과되고 있고, 형사정책 전체에 있어 차지하고 있는 비중이 상당하여 개별 대상자의 특징에 따라 성격이 다른 프로그램들을 많이 운영하고 있다. 이에 따라 부과되는 준수사항의 내용도 수십 가지의 다양한 행동준칙들을 준수사항에 포함하여 대상자에게 제시되고 있다. 본 절에서는 범죄자의 재화와 지역사회의 안전의 확보라는 보호관찰의 주요 목적과 관련하여 각각의 개별 준수사항의 의미와 내용을 살펴보도록 할 것이다.¹⁴⁾

1. 준법적 생활

14) 개별 보호관찰의 내용을 살펴볼 본 절의 주요 내용은 보호관찰 부과에 대한 법률적 측면을 매우 상세하게 접근한 코헨과 고버트의 저작을 중심으로 다룰 것이다. 보다 상세한 내용은 코헨과 고버트의 연구(Cohen & Gobert, 1983)중 제5장과 제6장을 살펴볼 것.

보호관찰과 가석방의 준수사항중 가장 일반적이며, 포괄적인 용어로 기재되어 있는 준수사항은 범죄자에게 법규의 위반을 금지하는 것이다. 이 준수사항을 위반하는 자에게는 두가지의 제재부과가 가능하다. 첫째는 준수사항의 순응에 대한 실패로 인하여 보호관찰과 가석방을 취소할 수 있고, 둘째는 범죄자들의 새로운 범죄행위에 따라 본범 내용과는 별개로 기소하거나 재판에 부과하고 제재할 수 있다.

이 준수사항의 적절성은 법원에서 널리 인정되고 거의 도전을 받지 않는다. 준법적 생활을 할 것을 규정한 이 준수사항은 범죄자의 재활과 공공의 안전을 도모하려는 보호관찰과 가석방의 양대 목적에 기여하는 것이며, 준법생활에 대한 구체적인 기준을 제시하고 불법적 행위에 대한 부가적인 억제기능을 제공하는 방식으로 기능한다.

1) 법규 및 판례

여러 주의 법규들에서는 통칭으로 준법 준수사항(*obey the law condition*)이라고 부르고 있으며, 정확한 용어는 상당히 다양하게 적용하고 있다. 주로 이용된 용어들은 지방, 주, 혹은 연방의 법령 위반을 금지하며, 형법과 민법 모두에 적용되는지에 대하여는 논란이 있다. 그러나 엄밀하게 의미할 때는 단지 형법의 위반만을 의미하며 보통은 연방정부와 모든 주 정부의 형법에 대한 위반행위를 포함하는 것으로 이해할 수 있다. 외국 정부의 법령에 대한 위반여부를 포함하는지는 불명확하다¹⁵⁾. 또한 지방자치단체의 조례 위반을 포함하는지 역시 불분명하다. 일부 법률에서는 명확하게 지방자치단체의 조례¹⁶⁾와 기타 법규의 범위를 지방자치단체의 규정을

15) *Carmel v Thomas*, 510 F Supp 784(SDNY 1981)에서는 ‘모든 법령’의 위반을 금지한 가석방 준수사항에는 프랑스와 스웨덴의 법률 또한 포함된다고 밝혔다.

16) 18 USC §4209(a) (가석방자) 연방, 주, 그리고 지방의 범죄행위를 해서는 안된다;

포함하는 광범위한 ‘범죄행위’로 정의하고 있다. 준수사항의 취소에 있어서 그와 같은 모든 위반행위로 충분한지 여부나 단지 심각한 위반으로 할 것 인지에 대하여는 주 법령에서는 거의 규정하지 않고 있다. 법률적으로 모든 형법규정의 위반 행위를 포함하는 것이라고 해석할 수도 있지만, 일부 소수의 판례에서는 교통위반과 같은 사소한 범죄는 보호관찰이나 가석방 명령에 포함되지 않는다고 주장하고 있다¹⁷⁾. 법령이나 보호관찰 가석방 명령에서 구체적으로 범죄행위를 하지 말 것을 서면화하지 않았을지라도, 상당수의 법원들은 이 준수사항은 워낙 근본적인 것이어서 보호관찰이나 가석방의 부과시 내재하는 것이라는 입장을 피력하였다.

때로는 준법적 생활의 준수사항은 ‘훌륭한 행동을 하라’ 등과 같이 아주 일반적인 용어로 제시되기도 한다. 이같이 폭넓은 요구사항이 배우자에게 욕설을 하는 것에서부터 의도적 살인행위까지 다양한 행동을 금하는 것으로 읽힐 수 있으나 대부분의 법원에서는 준법적 준수사항과 동일한 것으로 본다¹⁸⁾. 때로는 이러한 견해가 더 나아가 훌륭한 행동을 하라는 준수사항이 보호관찰대상자나 가석방자에게 단지 형법만을 준수하도록 강제하는 입장으로 진전되기도 한다¹⁹⁾. 이러한 제한의 근거는 훌륭한 행동이라고 하는 개념의 성격상 제한을 안하는 경우 범죄자의 모든 행동에 대하여 판사나 가석방위원회가 전제적인 권한을 남용할 가능성이 있기 때문이다. 또한 훌륭한 행동의 요구사항이 문자 그대로 이해되어서 강제될 때 제기될

Mich Comp Laws Ann §771.3(1) (보호관찰 대상자); Rev Stat §144.270(2)(f) (가석방자) 지방자치단체, 카운티, 주, 그리고 연방의 법규를 준수해야 한다.

17) State v Carney, 390 A2d 521(Me 1978) 면허 정지 상태에서 음주운전으로 보호관찰이 취소된 사건에 대하여 법원은 ‘단지 교통범죄’만으로는 ‘범죄행위’를 구성하지 않는다고 언급하였다.

18) State v Oliver, 247 A2d 122 (Me 1968); State v Chestnut, 11 Utah 2d 142, 356 P2d 36 (1960).

19) State v Gordon, 214 La 822, 38 So 2d 794 (1949) ; State v Millner, 240 NC 602, 83 SE2d 546 (1954).

수 있는 심각한 위험적 요소로 인하여 법원은 협소한 해석을 제시하게 되는 것이다.

2) 증 거

앞에서 살펴본 대로, 많은 법규와 전형적인 보호관찰 가석방 명령은 특정한 법률의 위반을 금하고 있다. 따라서 대부분의 법원은 준수사항의 위반을 규정하기 위해서는 반드시 형사 소추가 있어야 하는 것이 아니라는 입장을 견지한다²⁰⁾. 사실상 범죄자는 기소되지 않고도 범죄행위로 인하여 보호관찰이나 가석방이 취소될 수 있으며, 혹은 행위를 하려했다는 이유만으로 취소 절차를 통해 취소되기도 한다²¹⁾. 그러나 위반행위 그 자체는 취소 청문회에서 밝혀져야만 하는 것이다²²⁾. 체포의 증거²³⁾ 혹은 고소나 고발의 제기²⁴⁾만으로는 불충분하다.

위반행위가 발생하였는지를 결정하기 위하여 활용할 적합한 검사에 대하여는 논란이 있다. 일부 법원에서는 합리적 의심을 넘어서는 증거를 요

20) United States v Markovich, 348 F2d 238 (2d Cir 1965); United States v Lewis, 475 F Supp 156 (ED Mich 1979); Hoffa v State, 267 Ind 133, 368 NE2d 250 (1977). 반면에 State v Palama, 62 Hawaii 159, 612 P2d 1168 (1980)의 판례에서는 반드시 기소가 있어야 한다고 판시하였다.

21) State v Devoe, 560 P2d 12 (Alaska 1977); Hinton v State, 127 Ga App 853, 195 SE2d 472 (1973). 증거로 인한 체포만으로도 보호관찰을 취소하기에 충분하다는 판례. 그러나 Ewing v Waldrop, 397 F Supp 509 (WDNC 1975)에서는 범죄행위로 인한 기소만으로는 취소에 충분치 않다는 판례이다. State v Sussman, 374 So 2d 1256 (La 1979)에서는 체포의 증거만으로는 취소에 충분치 않다는 판례를 낳았다.

22) State v Sussman, 374 So 2d 1256 (La 1979) 단지 보호관찰관의 증언만으로는 부족하고 위반에 대한 많은 증거가 존재해야만 한다.

23) State v Sussman, 374 So 2d 1256 (La 1979)

24) United v Lewis, 475 F Supp 156 (ED Mich 1979) ; Bullock v State, 392 So 2d 848 (Ala Crim App 1980)

구하고²⁵⁾, 혹은 분명하고 확정적인 증거를 요구하기도 한다²⁶⁾. 그러나 덜 엄격한 증거의 우위 기준²⁷⁾과 연방의 합리적으로 위반행위를 만족할만한 기준²⁸⁾이 보다 일반적으로 이용되는 기준이라고 할 수 있다. 대부분의 사법부는 또한 보호관찰과 가석방 취소절차에서는 일정 기준의 증거규칙을 완화하여 적용함으로써 형사법정에서는 이용할 수 없는 증거들을 취소절차에서는 가능케 하고 있다.

취소절차에서의 증거의 기준과 규칙들은 형사법정에 비해 덜 엄격하게 적용되기 때문에 보호관찰 대상자나 가석방자의 새로운 범죄사건의 자백은 범죄자의 인정에 기반한 취소로 대부분 받아들여진다. 자백은 합리적 의심을 넘어서는 유죄의 기준을 만족시키지는 못할지라도 이것이 완화된 증거기준에 부합하지 않는 것은 아니기 때문이다²⁹⁾.

2. 수색 허용

일부 사법부에서 보호관찰 대상자와 가석방자는 여러 형태의 수색에 대하여 동의하도록 요구하는 준수사항을 부여받는다. 이 준수사항은 보호관찰관이나 가석방담당관에 의한 수색을 언제든지 인정하는 것이고 때때로 형사사법관리에 의한 수색까지도 받아야 한다³⁰⁾. 이 준수사항의 범위는

25) People ex rel CB, 196 Colo 362, 585 P2d 281 (Colo 1978)

26) People v Coleman, 13 Cal 3d 867, 120 Cal Rptr 384, 533 P2d 1024 (1975)

27) LeMatty v State, 121 Ariz 333, 590 P2d 449 (1979); People v Pavelich, 76 Ill App3d 779, 395 NE2d 202 (1979); Cooper v State, 599 P2d 419 (Okla Crim App 1979); Lloyd v State, 574 SW2d 159 (Tex Crim App 1978).

28) United States v Smith, 571 F2d 370 (7th Cir 1978)

29) State v Jameson, 112 Ariz 315, 541 P2d 912 (1975); People v Hayko, 7 Cal App 3d 604, 86 Cal Rptr 726 (1970)

30) 만약 준수사항이 보호관찰관이나 가석방담당관에 의한 수색만을 인정하는 것인 경우, 보호관찰이나 가석방 직원과 별개로 경찰관에 의한 수색을 허용하지는 않는다. People v Natale, 77 Cal App 3d 568, 143 Cal Rptr 629 (1978).

범죄자 개인, 가옥, 자동차, 그리고 재산에 대한 수색까지 허용한다.

이러한 수색을 허용하는 준수사항은 몇가지 심각한 정책적 문제를 야기할 가능성이 있다. 분명히 이러한 내용은 잘못을 저지른 보호관찰 대상자와 가석방자를 발견할 수 있도록 해줄 수 있다. 따라서 이는 범죄자의 재화와 공중의 보호 모두에도 기여하는 것이다. 그러나 이러한 긍정적 기대 효과는 대가를 필요로 한다. 수색허용(Submission to Searches) 준수사항은 조사의 대상이 되는 보호관찰 대상자와 가석방자 개인과 그 재산의 사생활을 침해하는 것이다. 게다가 가택이나 차량에 대한 수색을 허용하는 수색허용 준수사항으로 인하여 보호관찰 대상자나 가석방자의 배우자와 같은 제3자의 사생활에 대한 보호를 침해하게 되는 것이다.

3. 무기소지나 사용의 금지

보호관찰과 가석방 명령중에는 범죄자로 하여금 위험한 무기를 소지하거나 사용하는 것을 금할 것을 요구하기도 한다³¹⁾. 이 준수사항은 무장한 범죄자로부터 대중을 보호하고 또 무기를 잘못 사용할 가능성이 있는 범죄자의 재화를 돕는 두가지의 목표를 이루기 위하여 마련된 것이다.

이 준수사항이 일반적임에도 불구하고, 법규상에서는 명시적으로 이를 규정하고 구체적인 내용상의 차이를 밝힌 예는 찾아보기 어렵다. 대부분은 화기와 위험한 무기 양자 모두에 대한 범죄자의 접촉을 제한하도록 하고 있다³²⁾. 일부에서는 또한 탄약³³⁾과 파괴적인 도구³⁴⁾까지 범위를 넓히고

31) United States v Dane, 570 F2d 840 (9th Cir 1977)

32) Hawaii Rev Stat §706-624; Ill Ann Stat ch 38, §1005-6-3(Smith-Hurd); La Code Crim Proc Ann art 895 (West); Me Rev Stat Ann tit 17-A, §1204; Neb Rev Stat §29-2262.

33) Vt Stat Ann tit 28, §252(b)(7)

34) NC Gen Stat §15A-1343(b)(8); Vt Stat Ann tit 28, §252 (b)(7)

있고, 일부는 흉기 자체를 금지하고 있다³⁵⁾.

4. 정보의 제공이나 거짓말검사 수용

보호관찰과 가석방의 조건으로서 일부 범죄자들은 경찰, 검사, 대배심, 그리고 보호관찰관이나 가석방 감독관 등과 같은 다양한 공무원들에 대하여 정보를 제공할 것을 준수사항으로 명령받기도 한다. 또한 범죄자들에게 거짓말 검사를 받도록 명령하기도 하고, 때로는 정기적인 간격으로 검사에 응하도록 하게 된다.

이같은 준수사항은 드러나는 정보의 성격에 비추어 두 가지의 독특한 목적에 기여하도록 마련된 것이다. 그 정보가 보호관찰 대상자나 가석방자 외에 다른 사람에 의해 저질러지는 범죄에 관한 것일 때, 이 정보를 통해 이들의 체포와 기소가 이루어지고 범죄행위를 중지시켰다면 대중의 안전은 높아지는 것이다³⁶⁾. 정보를 통해 보호관찰 대상자나 가석방자 자신들에 의한 범죄행위가 밝혀질 때, 대중의 안전과 재활기능 모두가 충족될 수 있다. 자주는 아니더라도 거짓말 탐지기는 주로 범죄자의 재활을 격려하고 평가하기 위한 목적에 활용된다. 거짓말 검사를 준수사항으로 명령받는 대부분의 사건들은 불법적인 약물관련 범죄들이다³⁷⁾.

사실상 어떤 보호관찰이나 가석방 법규에서도 구체적으로 범죄자에게 거짓말 검사를 받게 하거나 보호관찰관이나 가석방 담당관 외의 사람에게 정보를 제공할 것을 요구하는 준수사항을 인정하지는 않고 있다. 그럼에도 불구하고, 거짓말 검사나 정보의 제공과 같은 준수사항은 보호관찰과 가석

35) Or Rev Stat §144.270(2)(e)

36) State v Langford, 12 Wash App 228, 529 P2d 839 (1974). 이 사건에서는 약물소지자에게 헤로인의 구입처를 밝힐 것을 명령하였다

37) State v Wilson, 17 Or App 375, 521 P2d 1317 (1974)

방의 부과기간 동안에 이를 허용하는 해당 지역 사법부의 일반 법률에 근거하여 실시되고 있다³⁸⁾.

5. 일정기간 구치소 구금

일부 지역에서는 보호관찰에 처해진 형사범들을 보호관찰의 준수사항으로서 구치소나 교도소에 일정 기간 구금(serving a jail term)하고 있다³⁹⁾. 분리보호관찰(split probation) 혹은 충격보호관찰이라고도 불리는 이러한 관행은 구금기간에 연속하여 일반적인 보호관찰을 실시하기도 하고, 혹은 저녁이나 주말에만 구치소에 구금되는 것과 같이 간헐적인 구금으로 실시하여⁴⁰⁾ 범죄자가 구치소에 있지 않은 경우에만 보호관찰 준수사항을 부과하게 된다. 대상자가 구금되어 있는 동안에 보통 전체 보호관찰 기간에 대한 선시점수를 획득하게 되며⁴¹⁾, 일부 지역에서는 구치소 구금 준수사항을 폭넓게 활용하고 있다⁴²⁾.

이 준수사항은 가석방자에 대해서는 활용되지 않는다. 가석방으로 석방되기 이전에 이미 가석방 대상자는 교도소에서 자신의 죄에 대하여 복역을 경험하게 된다. 이 교도소 구금형은 범죄에 대한 실질적인 처벌이며, 미래의 범죄행위에 대한 억제수단으로 제시된 것이다. 반면에 보호관찰 대상자는 선고 이전에 교도소나 구치소에 구금되지 않는다.

38) Mann v State, 154 Ga App 677, 269 SE2d 863 (1980); State v Fogarty, 610 P2d 140 (Mont 1980)

39) Annot, 6 ALR4th 446 (1981).

40) People v Pahlman, 51 Ill App 3d 879, 366 NE2d 1090(1977)

41) Villery v Florida Parole & Probation Commn, 396 So 2d 1107 (Fla 1981) 판결에서 보호관찰 대상자는 보호관찰의 준수사항으로서 부과된 교도소 구금형을 복역하고 자신이 가석방 자격을 가져야 한다고 주장하였으나 패소하였다.

42) 캘리포니아 주의 중범보호관찰 대상자중 절반 가량은 보호관찰 준수사항으로 일정기간 구치소에 구금되고 있다.

보호관찰 대상자가 구치소 구금 준수사항을 받았을 때, 대상자는 구금기간 뒤에 조건부 자유기간을 갖게된 가석방자와 마찬가지로의 처지가 된다. 중요한 차이는 보호관찰 대상자는 구금의 시작 단계에서부터 구금기간이 얼마나 되는지를 정확하게 아는 반면에, 가석방자는 가석방 위원회에서 만 기시점에 임박하여 석방기일을 결정하기 전까지는 그 날을 알지 못한다는 것이다.

6. 연설(대화)의 제한

드문 경우이지만 범죄자에게 다른 사람들과의 의사소통을 제한하는 보호관찰이나 가석방 준수사항을 부여하기도 한다. 연설의 제한(limits on speech) 준수사항은 가석방자보다는 보호관찰 대상자에게 많이 부과되며, 주된 대상자들은 보통 정치적 시위에 연루되어 범죄를 저지른 정치활동가이다⁴³⁾.

보호관찰 준수사항의 전형적인 내용은 시위, 피켓팅, 전단배포, 그리고 연설 등의 활동을 제한하거나 금지하는 것이다. 가끔은 비정치적인 연설도 금지하거나 제한하기도 한다⁴⁴⁾. 법규정에 의해 명시적으로 이같은 준수사항을 구체화하고 있지는 않지만, 보통은 법원이나 가석방 위원회의 권위에 의해 적절한 석방조건에 연설에 대한 합리적인 제한을 부과하게 된다.

7. 교우관계의 제한

범죄의 원인에 대한 입장들에 관계없이 사람들은 보통 범죄행위가 범죄

43) Annot, 45 ALR3d 1022 (1972)

44) Barlip v Commonwealth Bd of Prbation & Parole, 45 Pa Commw 458, 405 A2d 1338 (1979). 가석방담당관의 허가없이 사회단체와의 접촉을 금하는 준수사항 부과

자의 특정한 사회적 환경에 의해 나오게 된다는 입장에 동의하는 편이다. 사회적 상황중의 중요한 부분에는 범죄자가 접촉을 하는 사람들일 것이다. 이 사람들은 두가지 방식으로 범죄성을 조장할 것이다. 첫째, 이들이 공범이나 스승, 그렇지 않다면 범죄자에게 형법에 저촉되는 행위를 하도록 격려할 수 있다. 둘째, 이들이 범죄행위의 피해자여서 범죄자로 하여금 범죄행위를 하도록 조장하는 경우도 있을 수 있다.

다른 사람들이 범죄자의 재화를 방해할 수 있다는 사실을 인식하고는, 많은 법원과 가석방위원회에서는 다른 범죄자의 실행을 조장할 수 있는 사람들에게 대한 접근을 제한하려는 목적의 보호관찰과 가석방 준수사항을 부과한다⁴⁵⁾. 사실상 보호관찰과 가석방 준수사항은 이 목적을 직간접적으로 성취하게 된다. 간접적인 수단으로는 다른 내용을 금지하는 준수사항을 부과하지만, 실제로는 바람직하지 못한 교제를 제한하기 위한 목적인 형태를 말한다. 예를 들면 한 보호관찰 대상자에게 자정에서 새벽 5시 30분까지에 자동차 운전을 금지시켰다⁴⁶⁾. 법원의 이러한 준수사항 부과도는 범죄행위에 가담하는 사람들과의 접촉할 기회를 최소화함으로써 범죄자의 재화에 기여할 수 있도록 하기 위한 것이었다. 반면에 직접적인 교제금지의 준수사항은 구체적인 교제관계를 적시하여 금하는 것이다. 이러한 예들에는 중죄로 기소된 사람, 범죄전과를 가진 사람 혹은 개인의 이름을 거명하며 접촉을 금하는 가석방 준수사항 등이 있을 수 있다.

8. 거주이전의 자유에의 제한

거주이전의 자유에 대한 제한은 보호관찰과 가석방 준수사항에 있어 폭

45) Annot, 99 ALR3d 967(1980)

46) State v Cooper, 304 NC 180, 282 SE2d 436 (1981)

넓게 활용되고 있다. 범죄자들은 해당 사건에 대한 관할 권리를 갖는 사법 구역인 카운티, 구역, 혹은 주를 떠날 수 없다⁴⁷⁾. 이외, 또다른 형태로는 보호관찰 대상자들과 가석방자에게 보호관찰과 가석방 기간 동안에 구체적인 장소에 있지 못하도록 금지된다.

1) 근 거

많은 법률의 규정을 통해 다양한 형태로 거주이전의 자유를 제한하고 있다. 법원이나 가석방위원회가 범죄자에게 구체적인 장소내⁴⁸⁾에, 법원 관할구역내⁴⁹⁾에, 혹은 주내⁵⁰⁾에 머물도록 명령하는 형태가 일반적이다. 일부 법규정은 범죄자에게 기존 재활시설의 활용을 장려하기 위하여 대상자의 보호관찰과 가석방 기간동안에 적절한 시설에 방문하거나 거주하도록 요구하는 준수사항을 부과한다⁵¹⁾.

47) Berrigan v Sigler, 499 F2d 514(DC Cir 1974) 가석방자는 ‘이 가석방 증서에 표시된 구역으로 즉각 찾아가며 ... 보호관찰관의 서면허가 없이는 ... 그 경계를 벗어날 수 없다’는 문서를 받는다.

48) 보호관찰에 대하여는 Fla Stat Ann §948.03 (West); Ga Code Ann §42-8-35; Kan Stat Ann §21-4610; Ky Rev Stat Ann §533.030 (Baldwin); Miss Code Ann §47-7-35; Tex Code Crim Proc Ann art 42.12, §6(Vernon).
가석방에 대하여는 Fla Stat Ann §947.20 (West) (구체적 장소) ; Ga Code Ann §42-9-44 (특정 지역); Ind Code Ann §11-13-3-4(a)(e) (Burns) (구체적인 가석방 지역); 28 CFR §2.40(a)(3) (가석방증서에 기재된 제한구역); Model Penal Code §305.13(1)(c).

49) Ark Stat Ann §41-1203(3)(b); Hawaii Rev Stat §706-624; La Code Crim Proc Ann art 895(West); Me Rev Stat Ann tit 17-A, §1204; Neb Rev Stat §29-2262; NJ Stat Ann §2C:45-1 (West); NY Penal Law §65.10 (McKinney); NC Gen Stat §15A-1343; Vt Stat Ann tit 28, §252; Model Penal Code §301.1(2)(i).

50) 보호관찰에 대하여는 Mich Comp Laws Ann §771.3; Ohio Rev Code Ann §2951.02 (Page); W Va Code §62-12-9.
가석방에 대하여는 Ala Code §15-22-29(b)(1) ; Cal Penal Code §3059 (West); Fla Stat Ann §947.20 (West); Ga Code Ann §42-9-44 의 법 규정에서 허가없이 주를 떠나지 말 것이라고 명시

상당수의 법률들이 보호관찰 대상자나 가석방자가 특정 지역내에 머물도록 요구하는 준수사항을 허용하는 규정을 가진 것과 같이 범죄자의 특정한 장소 출입을 금지하는 준수사항을 허용한다. 가장 일반적인 형태는 평이 좋지 않거나 해로운 장소를 피해야만 한다는 것처럼 막연한 기준으로 표현되는 것이다⁵²⁾. 아마 이러한 준수사항을 부과하는 보호관찰과 가석방 명령은 일반적인 법률적 용어로 표현되거나 혹은 피해야할 장소를 상당히 구체적으로 기술하는 방식을 취하게 될 것이다.

직접적으로 장소에 관한 준수사항을 허용하는 법 규정을 갖고 있지 않은 지역에서도 이러한 내용은 법원이나 가석방위원회에서 석방 조건에 부과함으로써 실시될 수 있다⁵³⁾.

51) 보호관찰에 대하여는 Hawaii Rev Stat §705-624; Ill Ann Stat ch 38, §1005-6-3 (Smith-Hurd); Neb Rev Stat §29-2262; NC Gen Stat §15A-1343; Vt Stat Ann tit 28, §252(b)(3); Model Penal Code, §301.1(2)(e). 일부 법률에서는 소수 약자에 대하여만 적용한다. 예컨대 Conn Gen Stat Ann §53a-30(a)(5); Ill Ann Stat, ch 38, §1005-6-3(b)(8) (Smith-Hurd); NY Penal Law §65.10(2)(i) (McKinney). 보호관찰 대상자에 대하여 해당 시설에서 불합리한 이유로 거절하는 경우 시설거주 명령의 실패를 이유로 처분취소를 못하도록 규정한 판례는 State v Nakamura, 55 Hawaii 378, 581 P2d 759 (1978).

가석방에 대하여는 18 USC §4209(c); Ill Ann Stat ch 38, §1003-3-7(b)(3) (Smith-Hurd); Tex Code Crim Proc Ann art 42.12, §15(h) (Vernon).

52) 보호관찰에 대하여는 Ala Code §15-22-52; Fla Stat Ann §948.03 (West); Ga Code Ann §42-8-35; Kan Stat Ann §21-4610; Ky Rev Stat Ann §533.030 (Baldwin); Miss Code Ann §47-7-35; SC Code Ann §24-21-430 (Law Co-op); Tex Code Crim Proc Ann art 42.12, §6 (Vernon). 이와 유사한 표현으로는 ‘불법적인 혹은 평판이 좋지 않은’ 장소이다. Hawaii Rev Stat §706-624; La Code Crim Proc Ann art 895 (West); Me Rev Stat Ann tit 17-A, §1204 (불법적 장소만 규정); Neb Rev Stat §29-2262; NY Penal Law §65.10 (McKinney); Model Penal Code §301.1(2)(f).

53) Malone v United States, 502 F2d 554 (9th Cir 1974), cert denied, 419 US 1124(1975); People v Bray, 77 Mich App 339, 258 NW2d 220 (1977) (알콜재활센터에 거주할 것). 그러나 People v Deskin, 60 Ill App 3d 476, 376 NE2d 1086(1978)에서는 보호관찰 규정을 통해 주류취급 면허를 가진 매장의 방문까지 금지하는 준수사항은 허용될 수 없다는 판례

일반적으로 범죄자의 거주이전의 자유에 대한 합리적인 제한을 부과하는 보호관찰과 가석방 준수사항은 법률적으로 인정된다. 대부분 법원들은 이러한 준수사항에 대하여 범죄자의 재화와 대중의 보호를 지원하는 적절한 방법과 수단으로 인정하고 있다.

2) 통행금지

이동의 제한 준수사항의 타당성은 제한방법에 의해 결정되기도 한다. 준수사항이 범죄자에게 특정한 시간(대개는 일반적인 취침시간 동안)에 특정한 장소(대개는 집)에 머물도록 요구할 때, 이러한 제한이 범죄자의 배경정보를 통해 범죄자에 대한 감독을 용이하게 하고 해로운 교우관계나 활동을 하지 못하도록 하는 것을 가정할 때 정당화될 수 있다⁵⁴⁾. 그러나 통행금지가 아주 엄격하게 적용되어 필요하다고 할 실제적인 지침에 의해 지지받지 못한다면, 이 준수사항은 효력을 상실하게 될 것이다. 예를 들어 자동차 절도로 기소된 25세의 여성에게 향후 5년동안 매일같이 오후 9시부터 오전 5시까지 집에 머물도록 명령을 부과하였다⁵⁵⁾. 통행금지명령의 재활효과가 의심스럽게 되고 오히려 대상자의 재활의지를 꺾게 됨을 알게 되고는 법원은 대상자의 부실한 기록을 검토한 후 준수사항을 관대하게 적용할 것을 지시하였다. 보호관찰 대상자의 일상활동과 범행내용을 보여주는 제대로 된 많은 정보를 통해 준수사항이 그 여자 대상자의 재활에 유익한 수단이 되는 경우에는 법원은 준수사항이 가혹할 지라도 최소한 보호관찰 기간의 초기 시작단계에 대하여는 정당한 것으로 간주할 수 있었을 것이다.

54) State v Donovan, 116 Ariz 209, 568 P2d 1107 (Ct App 1977); State v Sprague, 52 Or App 1063, 629 P2d 1326 (1981); Salinas v State, 514 SW2d 754 (Tex Crim App 1974)

55) People v Peterson, 62 Mich App 258, 233 NW2d 250 (1975)

3) 지정된 구역내에 머물기

일반적으로 보호관찰과 가석방 준수사항에 있어 합리적인 통행금지가 정당한 것으로 인정되는 것과 마찬가지로 법원은 보통 범죄자에게 주나 카운티와 같이 특정한 지리적 구역내에 머물도록 요구하는 준수사항을 부과한다⁵⁶⁾. 여러 사법부에서 이러한 준수사항을 부과한다. 첫째, 범죄자의 활동에 있어 지리적인 제한을 부여함으로써 새로운 범죄행위에 대한 기회를 제한할 수 있다. 둘째, 이러한 준수사항은 범죄자를 해당 지역에 머물게 함으로서 범죄자의 활동을 감독할 책임을 갖는 보호관찰관이나 가석방 담당관의 감독활동을 용이하게 한다. 셋째, 이 준수사항은 보호관찰 대상자와 가석방대상자를 지역내에서 억제함으로써 취소절차가 신속하게 처리될 수 있고, 최소한의 서류 작업만으로도 가능하다. 넷째, 이 준수사항은 보호관찰제도를 보다 폭넓은 대안적인 방법으로 만들어, 상당 정도의 처벌을 부과할 수 있다. 예를 들어 일리노이주법은 보호관찰의 조건으로서 가택구금의 부과를 허용하고 있다⁵⁷⁾.

9. 자동차 이용의 제한

특별히 자동차의 부적절한 사용으로 기소된 보호관찰대상자들과 일부 가석방자들에게 자동차나 오토바이의 이용을 제한하는 준수사항을 부과하기도 한다⁵⁸⁾. 이 준수사항은 보통 다음 두가지중 하나의 형태를 취한다. 아주 엄격한 방법은 범죄자가 보호관찰이나 가석방 기간동안에 자동차를

56) Miller v State, 330 SW2d 466 (Tex Crim App 1959) (카운티)

57) Ill Ann Stat ch 38, §1005-6-3(b)(11) (Smith-Hurd)

58) People v Willi, 77 AD2d 711, 430 NYS2d 428 (Sup Ct 1980) 음주운전으로 기소된 보호관찰대상자는 5년간의 보호관찰 기간동안에 자동차나 오토바이를 운전할 수 없다고 판결

구입하거나 운전하는 것을 전면 금지하는 것이다. 덜 엄격한 방식은 대상자가 자동차를 구입하거나 운전하거나 혹은 운전면허를 취득하기에 앞서 보호관찰관이나 가석방 감독관, 법원이나 가석방위원회의 허가, 보통은 서면허가를 요구한다. 비록 후자의 접근방법이 두가지 형태중 보다 유연한 방식일지라도 실제 운영상에 있어서의 차이는 그다지 크지 않다. 법원이나 가석방위원회는 보호관찰이나 가석방 기간중에 언제라도 석방시의 준수사항을 바꿀 권한을 갖기 때문에 범죄자는 자동차에 대한 접근을 엄격하게 제한하는 고통에서 해소될 수 있다. 그러므로 전면적인 금지의 규정은 법원이나 가석방위원회의 허가로 변경될 수 있다.

이같은 준수사항은 법 규정에 의해 명시되는 경우는 거의 없다고 할 수 있다. 자동차에 대한 접근을 제한하는 근거는 대중을 보호하거나 범죄자를 재활시킬 어떤 준수사항이라도 부과할 수 있도록 되어 있는 보호관찰과 가석방법률에 제시된 일반적이며 포괄적인 규정이다⁵⁹⁾. 그러나 이와 같은 일반적인 근거는 남용될 가능성이 있다. 도난당한 신용카드의 소지로 기소된 보호관찰대상자에 대한 State v Cooper의 사건⁶⁰⁾과 같은 악명높은 사례도 있다. 이 사건에서 대상자는 3년동안 자정에서 오전 5:30까지 자동차 운전을 금하는 준수사항을 부과받았다. 법원은 이 준수사항이 범죄자의 재활과 관련이 있으므로 유효하다고 결정하였다. 법원은 이러한 제한을 통해 범죄에 연루된 사람들과의 접촉을 최소화할 수 있다고 보았다. 흥미롭게도 법원은 본 범죄에 있어 자동차가 이용되었거나 범행이 야간에 저질러졌다는 증거가 없음을 암시하였다. 아마도 법원은 재활에 있어서의 필연관계가 존재한다고 가정하였을 것이다.

법원은 여러 교통관련 법률을 통해 범죄자의 운전면허를 정지시키며 처

59) State v Sandoval, 92 Idaho 853, 452 P2d 350 (1969); City of Detroit v Del Rio, 10 Mich App 617, 157 NW2d 324 (1968)

60) 304 NC 180, 282 SE2d 436 (1981)

별할 수 있기 때문에 유사한 제한사항을 포함하는 보호관찰과 가석방 준수 사항들은 이러한 교통법규와 충돌하기 때문에 무효라고 주장할 수도 있다.

10. 필수적 유급 고용 혹은 자원봉사 근로

보호관찰과 가석방 준수사항은 일반적으로 범죄자로 하여금 해당 기간 동안에 유급의 직업을 가질 것을 요구하고 있다. 게다가 일부 보호관찰 대상자에게는 보호관찰 기간동안에 무급의 지역사회 봉사를 수행하도록 명령이 내려진다.

1) 유급 고용활동

법원과 가석방 위원회는 보호관찰 대상자와 가석방자에게 석방 기간 동안에 유급의 고용을 유지할 것을 일상적으로 요구한다⁶¹⁾. 보통 이 준수사항은 일반적인 용어로 표현되어 있다⁶²⁾. 그러나 드문 경우이기는 해도 구체적인 직업의 이름이 기재되기도 한다⁶³⁾.

비록 실업과 재범간의 연계가 반드시 이어지는 것이라는 증거는 없지만, 대부분의 권위있는 학자들은 취업이 재화에 있어서 긍정적인 요인이라고 간주하고 있다. 실제로 가석방 위원회는 취업자리가 확정될 때까지 재소자를 석방하지 않기도 한다⁶⁴⁾.

취업 준수사항이 재화 과정에 있어 실질적인 역할을 하고 있다는 점은

61) 이외의 보호관찰과 가석방 준수사항은 간접적으로 범죄자에게 직업을 갖거나 직업훈련을 받도록 요구할 수 있다. 예를 들어 일부 준수사항은 범죄자에게 부양가족을 경제적으로 지원하거나 직업훈련 프로그램에 등록하도록 하고 있다.

62) *Driver v United States*, 232 F2d 418 (4th Cir 1956) (만족스런 고용).

63) *State v Jogan*, 388 So 2d 322 (Fla Dist Ct App 1980) (군에 입대할 것)

64) *Wis Stat Ann* §57.06(2) (West)

거의 논의된 바 없다⁶⁵⁾. 따라서 취업은 범죄자의 시간과 에너지를 소모케 하거나, 바람직한 근로의 습관을 조장⁶⁶⁾하는 특징으로 볼 수 있다. 또다른 주장으로는 취업을 통해 합법적인 소득원천을 제공함으로써 범죄를 실행하는 재정적인 유인의 매력을 감소시킬 수 있다는 것이다.

많은 법 규정이 이 준수사항을 명시적으로 규정하고 있다. 가장 일반적인 제시 형태는 법원이 범죄자에게 “가능한 한 적당한 취업장소에서 성실하게 일하도록” 명령하는 것이다⁶⁷⁾. 일부 주에서는 소수 약자들에게 자신들을 부양하도록 요구하는 보호관찰 준수사항을 구체적으로 적시하고 있다⁶⁸⁾. 직접적인 법규정을 갖고 있지 못한 사법부에서는 법원이나 가석방 위원회의 합리적이고, 재화에 유익한 석방조건으로서 의무적으로 취업을 요구하는 보호관찰과 가석방 준수사항이 부과될 수 있을 것이다⁶⁹⁾. 그러나 때때로 이러한 일반 규정이 다른 법률에 의하여 제한을 받는 경우가 있다. 예를 들어 *Fillastre v State*⁷⁰⁾ 사건에서 법원은 보호관찰 대상자에게 가난한 사람들에게 서비스를 제공하도록 주정부 기관에 취업하라는 명령을 내렸다. 심리법원이 보호관찰의 준수사항으로서 취업을 요구할 수는

65) *People v Wells*, 90 Ill App 3d 320, 413 NE2d 218 (1980) 취업준수사항은 재화에 기여한다고 전제한다

66) Model Penal Code §301.1, commentary at 142

67) 보호관찰에 대하여는 Ala Code §15-22-52; Fla Stat Ann §948.03 (West); Ga Code Ann §42-8-35; Kan Stat Ann §21-4610; Ky Rev Stat Ann §533.030 (Baldwin); Miss Code Ann §47-7-35; NY Penal Law §65.10 (McKinney); SC Code Ann §24-21-430 (Law Co-op); Tex Code Crim Proc Ann art 42.12, §6 (Vernon). Vt Stat Ann tit 28, §252(b)(1).

가석방에 대하여는 Ill Ann Stat ch 38, §1003-3-7(b)(1) (Smith-Hurd) ; Model Penal Code §305.13 (취업이나 직업의 승인)

68) Conn Gen Stat Ann §53a-30(a)(5) (West); Ill Ann Stat ch 38, §1005-6-3 (Smith-Hurd); NY Penal Law §65.10 (McKinney)

69) *People v Wells*, 90 Ill App 3d 320, 413 NE2d 218 (1980)

70) 387 So 2d 400 (Fla Dist Ct App 1980). 또다른 예로서는 *State v Dean*, 102 Wis 2d 300, 306 NW2d 286 (Ct App 1981) 3년동안 인도에서 일하도록 의사에게 부과한 준수사항이 무효로 인정된 사건.

있을지라도, 항소법원에서는 무급의 사회봉사에만 근거를 부여한 규정과 충돌하기 때문에 그 준수사항을 무효화하였다. 심리법원은 무급의 공공봉사는 허용될 수 있었을 것이지만, 유급의 공공봉사를 요구하는 잘못을 저질렀다.

2) 자원봉사 근로

보호관찰 준수사항에 있어서 하나의 경향은 범죄자에게 복지기관이나 공공기관에서 많은 시간동안 보수를 받지 않고 일할 것을 요구하는 것이다⁷¹⁾. 이 때 준수사항의 내용에 특정한 기관명을 실제로 기재하기도 하지만⁷²⁾, 보다 일반적으로 표시하기도 한다⁷³⁾.

이 준수사항의 명칭에 대하여는 다양한 이름으로 부르며, 지역마다 서로 다른 용어로 사용하고 있다. 예를 들면 지역사회 봉사(communitary service), 자원봉사근로(volunteer work), 공공근로시간(public service time), 용역상환(service restitution), 그리고 자선근로(charitable work) 등으로 부르고 있다.

자원봉사 근로작업이 때로는 보호관찰이나 가석방의 기간동안 유급의 정규취업 준수사항에 부가되어 처분되기도 한다. 가끔은 두개의 준수사항이 과다하게 압박할 수도 있다. 예컨대 보호관찰 대상자가 정규 직장에서

71) 1977년에 캘리포니아에서 31,000명 이상의 재소자들이 1백3십만 시간이상의 사회봉사를 실시하였다(Umbreit, "Community Service Sentencing : Jail Alternative or Added Sanction?" Federal Probation 45(3), 1981)

72) Cogburn v State, 264 Ark 173, 569 SW2d 658 (1978) 매월 80시간씩 아칸소주 콘웨이 아동보호소에서 자원봉사자로 근로하라는 내용

73) United v Arthur, 602 F2d 660 (4th Cir), cert denied, 444 US 992 (1979) (법원과 보호관찰관이 승인한 자선단체에서 2년간 풀타임으로 근로하라); People v Ford, 95 Mich App 608, 291 NW2d 140 (1980), revd on other grounds, 410 Mich 902, 301 NW2d 831 (1981) (자선단체에서 매월 4시간씩 근로); People v Johnson, 92 Mich App 766, 285 NW2d 453 (1979) (약물퇴치 노력에 협조하라).

주당 50에서 60시간의 노동을 하고 의무적인 자원봉사 근로작업으로 매월 80시간의 봉사활동을 할 수 있다⁷⁴⁾.

이같은 공공근로 준수사항은 여러 목적을 위한 것이다. 범죄가 일반 대중에 대한 나쁜 행동이기 때문에, 이 준수사항은 무급의 노동을 통해 일반 대중에 이익을 줌으로서 배상의 형태로 활용된다⁷⁵⁾. 이러한 사회봉사 준수사항은 또한 범죄자에게 상당한 불편과, 노력과 비용을 지불케 함으로서 일종의 처벌적 의미를 갖는다. 예를 들어 보호관찰 대상자는 연속하여 10주의 매 주말마다 하루 8시간씩 보수를 받지 않고 병원에서 일하도록 명령을 받을 수 있다. 이는 범죄자에게 고된 작업을 장기간 해야하는 것뿐만 아니라 정규 직장에서의 야근작업이나 주말동안 파트타임으로 추가로 돈을 벌 기회를 박탈하는 것이다. 이러한 처벌적 특징은 범죄자들에게 억제와 함께 재활을 할 수 있도록 도와주는 것이다.

다른 재활적인 목적으로는 책임의식을 높이고⁷⁶⁾, 공공기관의 도움이 필요한 사람들을 도와주게 함으로서 동정심을 갖게 하고⁷⁷⁾, 자신의 범죄행위로 인해 야기된 고충에 대처하도록 하려는 것이다⁷⁸⁾. 또한 공공근로의 경험은 범죄자에게 좋은 노동의 습관을 가르쳐줄 수 있고, 과거의 근로경험이 성공적이지 못했던 범죄자들에게 직업기술을 익히게도 할 수 있다. 일부 범죄자들은 공공근로 준수사항의 성공적으로 마치고 나서는 자신들이 일했던 동일한 공공기관에 전임 직원으로 고용되기도 한다.

사회봉사 준수사항은 또한 일반 대중에게 응보의 인상을 제공하는데, 이는 범죄자들에 대하여 일부 실질적인 처벌이 이루어지기 때문이다⁷⁹⁾. 이

74) Cogburn v State, 264 Ark 173, 569 SW2d 658 (1978)

75) United States v Arthur, 602 F2d 660 (4th Cir), cert denied, 444 US 992 (1979)

76) Higdon v United States, 627 F2d 893, 899 n 14 (9th Cir 1980)

77) Fillastre v State, 387 So 2d 400(Fla Dist Ct App 1980)

78) People v Johnson, 92 Mich App 766, 285 NW2d 453 (1979) (약물관련법 위반자에게 약물퇴치 노력에 협력하도록 명령)

를 통해 일반 대중들이 보호관찰에 대하여 보다 우호적으로 인식하게 할 수 있다. 마지막으로 보호관찰의 맥락에서 사회봉사의 준수사항은 구금의 대안으로서의 경제적인 이익을 제공하고 다른 구금된 범죄자들과 교제함에 따라 나타날 악풍의 감염을 피할 수 있게 해준다.

사회봉사의 준수사항에 대하여 상세하게 규정한 법규는 비교적 적은 편이다⁸⁰⁾. 이들중 일부는 아주 구체적이며 사회봉사 작업의 정의로서 구체적인 항목들을 포함하고 있다⁸¹⁾. 규정이 마련되어 있는 중에서도 일부는 특정범죄의 기소에만 적용되기도 한다⁸²⁾. 결국 이들 법률의 일부는 요구되는 근로시간의 수에 대한 제한을 정해놓거나⁸³⁾, 사회봉사시간을 결정하기 위하여 활용하는 수식을 만들어 놓거나⁸⁴⁾, 혹은 무급 사회봉사활동의 수행이 범죄자의 유급취업활동을 방해하지 않도록 정해놓음으로써⁸⁵⁾ 법원의 재량권 남용을 제한하기 위한 것이다. 구체적인 규정이 마련되어 있지 않은 경우에 사회봉사 준수사항은 보통 합리적이고, 재활적인 보호관찰과 가석방의 기간을 부과하는 사법부의 일반 법령에 따라 효력을 갖는다.

11. 취업금지

79) State v Dean, 102 Wis 2d 300, 306 NW2d 286 (Ct App 1981)

80) Alaska Stat §12.55.055; Fla Stat Ann §948.031 (West); Ill Ann Stat ch 38, §1005-6-3(b)(10) (Smith-Hurd); Me Rev Stat Ann tit 17-A, §1204(2)(L); NY Penal Law §65.10(2)(h) (McKinney).

81) 알래스카주법에서는 ‘사회봉사 작업’(community work)을 구체적으로 개인에 대한 ‘사적 이익’을 가져오지 않을 작업으로 정의하고 있다(Alaska Stat §12.55.055).

82) Ariz Rev Stat Ann §13-1805(g) (상점절도)

83) NH Rev Stat Ann §651:2(VI-a) (최대 50시간); Ohio Rev Code Ann §2951.02(g) (Page) (최대 80시간)

84) Cal Penal Code §490.5(c) (West); Fla Stat Ann §812.015(2) (West). 사회봉사의 시간수는 최저임금의 기준에 따라 최소한 벌금을 납부하는데 필요한 시간으로 계산

85) Fla Stat Ann §948.031 (West)

비록 보호관찰과 가석방 준수사항들이 범죄자에게 직업을 갖거나 무급의 사회봉사 근로작업을 수행하도록 요구하고 있지만, 다른 한편으로는 특정 유형의 취업을 금지하고 있다. 예를 들어 증권사기로 기소된 자에 대하여는 증권이나 채권의 판매에 종사하지 못하도록 금하는 것이다⁸⁶⁾. 마찬가지로 증서를 날조한 변호사는 법률관련 업무 종사를 못하게 할 수 있고⁸⁷⁾, 세금을 탈세한 도박꾼은 도박을 금할 것을 명할 수 있는 것이다⁸⁸⁾.

금지의 내용은 전문직⁸⁹⁾, 공직⁹⁰⁾, 사업⁹¹⁾, 조합⁹²⁾, 혹은 노무직⁹³⁾ 등을 포함하여 어느 직종으로든 확대할 수 있다.

이러한 준수사항은 두가지 목적을 갖는다. 첫째, 이는 불법행동을 계속할 수 있는 상황적인 유혹을 제거함으로써 재발을 도모할 수 있다. 따라서 자동차 할부금업을 하면서 FBI 기관원을 사칭하여 기소된 범죄자에게 할부금업에 가담하지 말도록 명령하는 것이다⁹⁴⁾. 둘째, 이러한 준수사항은

86) United States v Greenhaus, 85 F2d 116 (2d Cir 1936)

87) Yarbrough v States, 119 Ga App 46, 166 SE2d 35 (1969)

88) Barnhill v United States, 279 F2d 105 (5th Cir), cert denied, 364 US 824 (1960)

89) People v Frank, 94 Cal App 2d 740, 211 P2d 350 (1949) (의사); Yarbrough v States, 119 Ga App 46, 166 SE2d 35 (1969) (변호사).

90) United States v Tonry, 605 F2d 144 (5th Cir 1979) (정치활동); United States v Villarin Gerena, 553 F2d 723 (1st Cir 1977) (경찰).

91) Whaley v United States, 324 F2d 356 (9th Cir 1963), cert denied, 376 US 911 (1964) (할부금융사업); Bricker v Michigan Parole Bd, 405 F Supp 1340 (ED Mich 1975) (위생설비사업); People v Burden, 105 Cal App 3d 917, 166 Cal Rptr 542, cert denied, 449 US 983 (1980) (금융기관으로부터 대출을 받지 말며, 홍보나 기업활동에 관여하지 말 것); People v Caruso, 174 Cal App 2d 624, 1 Cal Rptr 428, 345 P2d 282 (1959) (일반판매업).

92) United States v Barrasso, 372 F2d 136 (3d Cir 1967); Berra v United States, 221 F2d 590 (8th Cir 1955), affd, 351 US 131 (1956); People v Osslo, 50 Cal 2d 75, 323 P2d 397, cert denied, 357 US 907 (1958).

93) Stone v United States, 153 F2d 331 (9th Cir 1946) (식당차량 종업원).

94) Whaley v United States, 324 F2d 356 (9th Cir 1963), cert denied, 376 US 911 (1964). 이외에 People v Keefer, 35 Cal App 3d 156, 110 Cal Rptr 597 (1973) (난방수리업).

직업과 관련한 범죄를 저지를 의지를 보인 사람으로부터 일반 대중을 보호한다. 즉 체포를 하면서 직권남용으로 기소된 경찰관에게 경찰업무를 사직하도록 명령하는 것이다⁹⁵⁾.

12. 배상금의 지불

보호관찰에 있어 그리고 심지어는 가석방에 있어서도 범죄자로 하여금 피해자나 타인들에게 범죄행위로 야기된 손실을 지불하도록 요구하는 내용의 준수사항이 늘어가고 있다⁹⁶⁾. 그러므로 횡령범에게는 횡령한 액수만큼을 지불하도록 명할 수 있고, 혹은 운전과실범에게는 부주의한 운전의 결과로 피해를 입은 사람의 의료비와 기타 비용을 지불하게 하는 것이다. 때로는 범죄자가 손실을 보상하기 위하여 피해자를 위해 직접 일을 하기도 하고 배상금을 마련키 위하여 돈을 벌기도 한다⁹⁷⁾.

배상이 합법적인 준수사항으로서 폭넓게 받아들여지고 있지만, 이에 대한 이론적 정당성을 제공하려는 시도는 별로 찾아볼 수 없었다. 한가지 분명한 근거는 범죄의 해악으로부터 피해자의 고통을 완화시킬 수 있다는 것이다. 다른 명분으로는 배상을 통해 범죄자를 보다 인간적인 방식으로 처벌할 수 있어, 그들이 나쁘게 얻은 수익을 박탈하고 자신들이 야기시킨

95) United States v Villarin Gerena, 553 F2d 723 (1st Cir 1977).

96) Annot, 79 ALR3d 976 (1977); Annot, 97 ALR2d 798 (1964). 역사적으로 배상의 활용은 새로운 것이 아니다. 근대법률체계가 마련되기 이전에는 배상이 범죄행위에 대한 제재에 있어 주요한 역할을 수행하였다.

97) 보호관찰과 가석방의 준수사항은 또한 범죄자에게 자발적인 공공근로를 하도록 강제함으로써 일종의 배상을 요구할 수 있다. 이 준수사항은 복지 사기와 마찬가지로 일반 대중들이 직접적으로 피해를 입은 경우나 모든 범죄를 사회에 대한 해악으로 보았을 경우에는 배상에 따른 것이라고 할 수 있다. 사회봉사 작업의 금전적 가치가 해당 피해에 대한 지불이 된다.
또다른 유형의 배상형태로는 범죄자의 체포, 기소, 그리고 감독과 관련한 각종 비용의 청구를 요구하는 것이라고 할 수 있다.

손실을 보상할 수 있도록 한다는 것이다⁹⁸⁾. 배상은 또한 범죄자와 다른 사람들에게 범죄는 수익을 가져다주지도 비용이 안드는 것도 아니라는 생각을 가르쳐줌으로써 억제로서 기능할 수 있다⁹⁹⁾.

그러나 배상에 대한 이와 같은 명분은 그 어느 것도 판례에 폭넓게 반영되지 못하고 있는데, 이는 전통적인 정설이 보호관찰과 가석방의 준수사항이 범죄자를 재활시키거나 대중을 보호해야만 한다는 점을 강조하고 있기 때문이다. 결과적으로 대부분의 사법부의 입장은 재활을 위한 장치로서의 배상의 역할을 강조하여, 범죄자 자신들이 해로운 사람이고 전체 피해자에게 봉사할 의무를 지며¹⁰⁰⁾, 그리고 요구된 금액을 지불함으로써 책임을 지려는 자신들의 의지를 보여주도록 범죄자를 이해시키는 기능을 할 것으로 본다¹⁰¹⁾.

13. 가족지원비용 지불

보호관찰이나 가석방준수사항에 있어 부양가족을 지원하기 위한 돈을 지불하도록 요구할 수 있다. 처자에 대한 유기, 포기, 혹은 미부양과 같은 범죄로 기소될 때 부과되는 준수사항으로 자주 활용되고 있지만, 이는 또한 가족부양과 관련없는 범죄에 대하여도 부과되고 있다¹⁰²⁾.

이 준수사항은 법원에서 빈번히 활용하여 보호관찰 대상자에게 주로 적용되며, 가끔은 가석방 위원회도 이를 활용하곤 한다. 준수사항의 내용에

98) In re DGW, 70 NJ 488, 361 A2d 513 (1976)

99) United States v Krutschewski, 509 F Supp 1186 (D Mass 1981)

100) People v Richards, 17 Cal 3d 614, 552 P2d 97, 131 Cal Rptr 537 (1976); State v Bausch, 83 NJ 425, 416 A2d 833 (1980).

101) Coles v State, 290 Md 296, 429 A2d 1029 (1981); State v Harris, 70 NJ 586, 362 A2d 32 (1976).

102) United States v Wilson, 365 F Supp 1185 (SDNY 1973) (우편횡령)

는 지불해야할 정확한 금액과 지불일정, 그리고 그 돈을 받을 기관을 구체적으로 지정하곤 한다. 이에 반해 보호관찰이나 가석방준수사항의 표준양식을 활용하는 일부 법원이나 위원회에서는 범죄자에게 단지 “모든 부양가족을 부양할 것”이라고만 요구한다. 이 준수사항은 지원해야할 사람이나 지원액과 일정 어느 것도 알 수 없기 때문에, 모호성¹⁰³⁾이라는 측면과 보호관찰기간동안에 부과된 의무의 불법적인 불이행¹⁰⁴⁾ 모두에 대하여 심각한 문제를 제기한다.

14. 벌금 및 각종 비용 지불

범죄행위로 인한 기소의 결과로서 피고에게 벌금과 기타 법정관련 비용을 지불하도록 명령한다. 이같은 비용지불은 범죄자가 집행유예로 석방되지 않는 경우에도 부과된다. 따라서 15년의 교도소 구금과 벌금 \$5000의 형을 선고받은 강도범에게 법정비용 \$1700을 지불할 것을 명령하기도 한다. 이 금액을 지불하지 못할 경우 지불하도록 민사소송을 하거나 일부 사법부에서는 법정모독에 대한 제재를 부과하기도 한다. 이 비용의 지불이 보호관찰이나 가석방의 조건이 될 수 있을 것인가? 만약 그렇다면, 벌금과 비용을 지불하지 못하는 경우 보호관찰이나 가석방 취소를 가져올 수 있고, 따라서 구금으로 이어지게 될 수 있다.

많은 사법부에서 범죄자들에게 보호관찰의 준수사항으로서 벌금과 다양한 비용을 지불하도록 요구한다. 그러한 준수사항이 가석방의 조건으로 부과되는 경우는 거의 없다. 대개 피고, 변호사, 판사, 그리고 보호관찰관에 의해 적절한 지불일정이 수립된다. 일정에 따라 이들 비용의 총액을 지불

103) La Code Crim Proc Ann art 895 (West) ‘가족의 책임을 다해야한다’고 부과

104) People v Silcott, 177 Colo 451, 494 P2d 835 (1972) 보호관찰 부서가 아닌 법원은 아동부양을 위한 지불비용과 일정을 설정해야 한다.

하지 못하는 경우 보호관찰 취소를 통해 구금의 결과를 가져올 수 있다.

15. 교 육

일부 보호관찰과 가석방 준수사항은 범죄자에게 교육 프로그램에 참여할 것을 요구한다. 전형적인 프로그램에는 고등학교, 대학교, 직업학교, 도제프로그램의 참가 등이 있고 혹은 상응하는 과정에 참가하기도 한다. 이들 준수사항은 이들의 취업 가능성을 높이고 지식의 세계에 대한 접촉을 늘려줌으로써 범죄자들을 재활시키기 위한 것이다¹⁰⁵⁾. 이는 또한 일반대중에 대한 안전의 기능에도 기여를 하는데, 예를 들면 음주운전으로 기소된 보호관찰 대상자에게 음주운전을 줄일 수 있도록 알콜남용교육에 참여토록 요구하는 것이다¹⁰⁶⁾. 마찬가지로 자동차관련 법률 위반(과속, 무모운전 등) 사건에 대한 보호관찰 준수사항으로서 운전자교육이 필수적으로 포함되기도 한다.

많은 사법부에서는 교육적인 보호관찰과 가석방 준수사항을 정당화할 특정한 법률을 마련하였다. 대부분의 이들 법률은 법원에서 범죄자에게 학업이나 직업훈련과정을 이수하도록 명령할 근거를 제공해준다¹⁰⁷⁾. 수정헌법 제1조(표현의 자유)인 자유로운 종교활동과의 충돌을 피하기 위하여, 일부 사법부에서는 학습과정이 반드시 비종교적이어야 한다고 제한하기도 한다¹⁰⁸⁾. 이는 범죄자에게 주일학교나 성경학습모임에의 참여를 요구하는

105) Model Penal Code §301.1, commentary at 143

106) State v Muggins, 192 Neb 415, 222 NW2d 289 (1974)

107) 보호관찰 : Conn Gen Stat Ann §53a-30 (West); NY Penal Law §65.10(2)(c) (McKinney); NC Gen Stat §15A-1343(b)(2); Vt Stat Ann tit 28, §252(b)(1).

가석방 : Hawaii Rev Stat §353-67; Ill Ann Stat ch 38, §1003-3-7 (b)(1) (Smith-Hurd).

108) Ark Stat Ann §41-1203(2)(c); Hawaii Rev Stat §706-624(2)(d); Me Rev Stat Ann tit 17-A, §1204(2-A)(E); Neb Rev Stat §29-2262(2)(f).

것도 금지하는 것이다.

16. 약물과 알콜음료의 이용 제한

보호관찰과 가석방의 준수사항중 가장 보편적인 사항중 하나는 아마도 범죄자의 알콜음료와 불법 약물에의 접촉을 제한하는 것일 것이다. 이 준수사항이 보편적으로 활용되는 점을 감안할 때, 구체적으로 이를 인정하는 법규가 거의 없음은 놀라운 일이다¹⁰⁹⁾. 대부분의 사법부에서 이는 석방에 따른 조건을 부과하는데 있어서 법원의 재량을 인정하는 연방¹¹⁰⁾과 주¹¹¹⁾의 보호관찰과 가석방법률에 나타나는 포괄적인 규정에 따라 부과된다.

이같은 알콜과 약물관련 준수사항들은 어떤 약물이나 알콜을 규제하는가에 따라 다양한 형태를 취하게 된다. 알콜관련 준수사항에 따라 직접적으로 범죄자에게 취하게 하는 음료를 섭취하는 것을 의미하여 절대금주를 요구하기도 한다¹¹²⁾. 덜 제한적으로 알콜의 과다한 이용을 금하는 경우도 있다¹¹³⁾. 게다가 일부 보호관찰과 가석방준수사항에는 알콜음료를 단지 소

109) Cal Penal Code §1203.02 (West) (알콜); Me Rev Stat Ann tit 17-A, §1204(2-A)(I) (알콜)

110) 18 USC §3651; Annot, 37 ALR Fed 843 (1978)

111) Conn Gen Stat §53a-30(a)(9); NY Penal Law §65.10(2)(k) (McKinney); Vt Stat Ann tit 28, §252(b)(12).

112) Cal Penal Code §3053.5 (West) (성범죄자에게는 필수적으로 절대금주를 요구하는 가석방준수사항을 부과할 수 있다); State v Oyler, 92 Idaho 43, 436 P2d 709 (1968) (일년간 금주); State v Gallamore, 6 NC App 608, 170 SE2d 573 (1969) (5년간 금주).

‘취하게 하는(intoxicating)’의 개념은 여러 가지로 해석될 수 있다. Sincup v Blackwell, 608 SW2d 389 (Mo 1980)에서는 취하게 하는 음료는 흥분시키는 경향을 갖는 것으로, 3.2%의 맥주이거나 혹은 이보다 강할 것을 의미하지는 않는다. 이에 비해 State v Miller, 45 Ohio App 2d 301, 345 NE2d 82 (1975)에서는 ‘취하는 음료’는 ‘알콜음료’와 같은 것이라고 규정.

113) 28 CFR §2.40(a)(9); Me Rev Stat Ann tit 17-A, §1204(2-A)(I); State v Parra,

유하는 것조차 금지하기도 하여, 이 경우 범죄자가 실제로 알콜을 전혀 소비하지 않았어도 처분취소를 할 수 있다.

관련된 준수사항으로는 보호관찰대상자나 가석방자에게 알콜음료가 판매되는 장소를 금지하는 내용도 있다¹¹⁴⁾. 이는 술에 대한 접근뿐만 아니라 술집을 자주 찾는 사람들과의 교제를 제한하려는 것이다. 이러한 준수사항들은 다른 형법에서 요구하는 기준을 초과하여 부과하는 것들이다. 예를 들어, 절대금주 준수사항은 성인보호관찰대상자가 공공장소에서 단지 맥주 1병을 마시고 취하지 않았음에도 불구하고 처분이 취소될 수 있는 것이다.

17. 의무적 의료처우

일반적으로 폭넓게 이용되는 것은 아니지만 의료처우가 보호관찰의 준수사항이 될 수 있고, 가석방 준수사항으로도 이용된다. 이 준수사항은 여러 형태를 취할 수 있다. 가장 일반적인 형태는 범죄자에게 심리치료와 상담을 받을 것을 요구하는 것이다. 이 준수사항은 성범죄나 약물 혹은 음주 관련 문제점을 지닌 사건에 아주 많이 이용된다. 아주 드문 경우이기는 하지만 수술과 같은 비심리치료적 의료처우를 요구하기도 한다.

일부 주의 보호관찰과 가석방 법규에는 구체적으로 법원이나 가석방위원회에 필요한 경우 환자로서 의료처우를 명령할 수 있도록 권한을 부여하고 있다¹¹⁵⁾. 이 준수사항은 모든 범죄자에 대하여 필요한 경우 부과할

27 Ariz App 756, 558 P2d 951 (1976)

114) State v Gallamore, 6 NC App 608, 170 SE2d 573 (1969); State v Miller, 45 Ohio App 2d 301, 345 NE2d 82 (1975).

115) 보호관찰 : Conn Gen Stat §53a-30(a)(2); Hawaii Rev Stat §706-624(2)(c); Ky Rev Stat Ann §533.030(2)(e) (Baldwin); Neb Rev Stat §29-2262(2)(e); NY Penal Law §65.10(2)(d) (McKinney); NC Gen Stat §15A-1343(b)(3); Vt Stat Ann tit 28, §252(b)(2); Model Penal Code §301.1(2)(c).

가석방 : Ill Ann Stat ch 38, §1003-3-7 (Smith-Hurd); Model Penal Code

수 있다. 다른 법률에서는 약물이나 알콜중독에 대한 의료치료를 허용하고 있다¹¹⁶⁾. 법원이나 가석방 위원회는 또한 보호관찰 대상자나 가석방자에게 약물을 사용했는지를 확인하기 위하여 주기적인 검사를 받도록 명령할 수 있다¹¹⁷⁾. 많은 주에서 구체적으로 적시한 법률을 갖고 있지 않지만, 이러한 준수사항들은 재활을 위한 조건을 부과하는 법원이나 위원회의 일반적인 권한의 일부로서 유효하게 인정받고 있다.

18. 상담에의 참여

현대의 교정에 있어서 재활에 집중하여 나타난 산물중의 하나는 대부분의 보호관찰과 가석방 준수사항들이 최근 범죄자들에게 일정 형태의 상담에 참여할 것을 요구한다는 점이다. 흔히 상담은 범죄자와 그들의 보호관찰관과 가석방담당관 사이에 정규모임에서 비공식적으로 이루어진다. 그러나 보호관찰관과 가석방 담당관은 시간이 부족하거나 집중적인 심리요법을 전개할 전문적인 훈련이 부족하기 때문에, 법원이나 가석방위원회는 정신병리학자, 심리학자, 혹은 사회사업가와 같은 전문적인 심리치료사와의 상담을 실시하도록 명령한다. 이같은 상담에 소요되는 비용에 대하여 범죄자들 자신이 비용을 지불해야만 하는 경우도 많은 편이다¹¹⁸⁾.

전문적인 상담을 지시하는 보호관찰이나 가석방 준수사항은 보통은 막

§305.13(1)(h).

116) 18 USC §4209 (가석방); 28 CFR §2.40(c), (d) (가석방); Ill Ann Stat ch 38, §1005-6-3 (b)(4) (Smith-Hurd) (보호관찰).

117) Nev Rev Stat §176.187 (보호관찰); Wood v State, 378 So 2d 110 (Fla Dist Ct App 1980) (약물을 확인하기 위하여 신체검사를 받아야 한다)

118) State v Muggins, 192 Neb 415, 222 NW2d 289 (1974) 사건에서는 금주활동 프로그램에 대하여 \$100의 벌금을 지불하라고 명령. 그리고 18 USC §3651에서는 지역사회 치료센터에서 거주하는 사람들은 거주에 따라 발생하는 비용을 지불하도록 요청할 수 있다고 규정

연하고 기한도 정해져있지 않는다. 상담치료의 형태, 빈도, 그리고 기간은 상담분야의 전문적인 판단에 따라 결정된다. 따라서 대상자에게 “상담을 받도록” 명령을 내리거나, 혹은 보다 구체적으로 “Dr. X와” 혹은 “ABC 정신건강센터”에 가서 상담치료를 받도록 지정하는 형태를 취한다. 상담에 실패한 보호관찰대상자나 가석방자는 법원이나 가석방위원회에 대하여 심리전문가를 바꿀 수 있도록 허가를 요청하거나 상담준수사항을 취소해달라고 요청할 수 있다.

19. 보호관찰관이나 가석방담당관과의 접촉 유지

보호관찰과 가석방제도는 모든 범죄자들이 보호관찰관이나 가석방담당관 혹은 동등한 사람들의 감독하에 있으며 정기적인 접촉을 유지할 것을 가정한다. 따라서 보호관찰과 가석방 준수사항에 따라 보호관찰관이나 가석방 담당관과의 접촉의무를 준수하지 못하였을 경우 보호관찰이나 가석방 취소를 가져올 수 있다.

범죄자와 상담자간의 접촉은 범죄자를 재활시키면서 일반 대중을 보호한다는 보호관찰의 두가지 목적과 밀접한 관련을 지닌다. 첫째, 범죄자의 행동을 감독할 기재를 제공한다¹¹⁹⁾. 이같은 감독활동을 통해 범죄자로 하여금 금지행위에 가담하지 못하게 억제하고, 위반행위를 쉽게 발견할 수 있으며, 대상자가 곤란에 처하거나 상담이 필요한 경우 즉시 응할 수 있게 해준다. 둘째, 여러 형태의 도움을 필요로 하는 범죄자들은 보호관찰관이나 가석방 담당관과의 정기적인 접촉을 통해 전문적인 상담자에게 접근할 수 있는 통로로서 활용할 수 있다. 대화를 통해 자신들의 어려운 문제를 해결할 수 있을 뿐만 아니라, 고용주, 정부정책, 치우프로그램에 대한 대처

119) State v Knapp, 174 Mont 373, 570 P2d 1138 (1977)

에 있어서의 도움과 같이 구체적인 행동에 있어서의 도움을 받기도 한다.

범죄자와 상담자의 접촉의 방식은 보통 정기모임을 통해 유지되며, 사무실에서 매주 혹은 매월 이루어진다. 이 기간동안 보호관찰관이나 가석방 담당관은 범죄자의 일상활동에 관한 정보를 서로 주고받는다. 때로는 상담자가 범죄자의 집이나 직장을 방문하거나 전화를 하며, 대면접촉의 일환으로 우편이나 전화를 통해 대화를 하기도 한다.

접촉 유지 준수사항은 범죄자와 상담자간의 관계의 중요성을 반영하는 것이며, 범죄자에게 접촉을 효과적으로 유지할 수 있는 여러 가지 사항을 요구하고 있다. 보호관찰 대상자나 가석방자는 흔히 보호관찰관의 접촉을 유지하고, 필요한 경우 유관정보를 제공하며, 그리고 보호관찰관의 합리적인 명령을 따르도록 지시를 받는다.

20. 보증금 납부

석방 준수사항을 지키지 못한 경우에 대한 가장 강력한 제재는 구금으로 이어지는 취소이다. 그러나 일부 보호관찰 대상자들은 보호관찰 규칙을 지키지 못한데 대하여 금전적 벌칙으로 납부하기도 한다. 흥미롭게도 이와 같은 금전적 제재는 보호관찰 준수사항으로서 부과될 수 있다. 여러 사법부에서 보호관찰 대상자들에게 보호관찰 조건을 준수하겠다는 보증으로서 일정 액수의 보증금을 납부할 것을 요구하는 보호관찰 준수사항을 부여받을 수 있다¹²⁰⁾. 보통 보증금은 보호관찰 대상자가 개인적으로 납부하거나 혹은 전문보증업체에 의해 납부된다. 하나 이상의 준수사항이 지켜지지 않은 경우 보증금의 전액 혹은 일부는 몰수될 수 있다. 보증금 납부의 준수사항은 가석방 사건의 경우에는 활용되지 않는다.

120) Annot, 79 ALR3d 1068 (1977)

21. 항소의 포기

드문 경우이기는 하지만 범죄자에게 자신의 항소권을 포기(waiver of appeal)하도록 명령하는 준수사항이 부과되기도 한다¹²¹⁾. 해당 사건은 만장일치로 이 준수사항이 무효라는 결정을 내렸다. 일부 법원에서는 이 포기준수사항이 비합리적이고 따라서 관련된 보호관찰 법규에 의해 정당화될 수 없다고 결정하였고¹²²⁾, 범죄자의 재활이나 대중의 안전과 같은 보호관찰의 정당한 목적에도 도움이 안된다는 판례도 있다¹²³⁾. 이와 관련하여 항소를 규정하는 법률의 위반이므로 포기준수사항을 무효로 보기도 한다. 이들 규정은 항소를 권리로서 허용하며, 해당 권리의 행사에 벌칙을 적용하지 못하도록 하고 있다¹²⁴⁾.

22. 선행유지

보호관찰 대상자나 가석방자의 바람직하지 못한 행동은 그 내용이 워낙 다양하여 법관이나 가석방위원회가 예측하고 구체적으로 금지시키기에는 그 범위를 넘어서기 때문에 일부 법원과 가석방위원회는 포괄적인 선행유지의 준수사항을 부과한다. 예를 들어 범죄자에게 바람직한 행동을 하며, 불법이나 사악한 습관을 피하고, 자신을 존경할 수 있을 정도로 혹은 훌륭한 시민으로서 행동하도록 명령한다.

이같은 선행유지 준수사항은 여러 기능을 갖는다. 첫째, 보호관찰대상자

121) Annot, 117 ALR 929 (1938); Comment, The Conflict Between Probation and the Right to Appeal in Kansas, 15 U Kan L Rev 569 (1967).

122) State v Rhinehart, 267 NC 470, 148 SE2d 651 (1966)

123) Biondo v Regan, 69 AD2d 880, 415 NYS2d 690 (1979). “원고의 법률적 시정노력이 가석방의 위반이나 잘못된 행위라고 말할 수 없다”고 결정

124) State v Buck, 139 Vt 310, 428 A2d 1090 (1981)

와 가석방자가 스스로 바르게 행동하지 않는다면 구금으로부터 자유롭지 못할 것이라는 정책의지를 보여주는 것이다. 대중을 보호하기 위한 필요라는 목적이 바람직한 행동을 요구하는 준수사항의 부과를 정당화한다. 둘째, 선행유지 준수사항은 석방된 범죄자들에게 높은 행동기준을 제공함으로써 재화에 도움을 준다. 훌륭한 행동의 준수사항을 지켜야하는 사람들에게 이 목표를 만족시킬 개인적 선택이 의무라는 것을 알려준다.

23. 복장 및 외모

보호관찰과 가석방 준수사항은 드문 경우이지만 행동뿐만 아니라 복장과 외모를 규제한다. 보통 이러한 준수사항은 범죄자에게 두발을 단정히 할 것을 요구하며, 가끔 범죄자의 복장선택의 변화를 명령하기도 한다. 이러한 준수사항을 구체적으로 규정한 법규가 없기 때문에, 범죄자의 재화를 돕거나 대중을 보호하는데 유익한 합리적인 준수사항의 부과를 허용하는 일반적인 법규정에 따라 정당화된다.

아마도 이같은 복장 및 외모 준수사항은 항소가 거의 없는 경미한 범죄의 보호관찰 사건에 대하여 주로 부과되기 때문에 준수사항의 범위와 타당성을 논하는 법원의 결정은 많지 않다.

24. 기타 준수사항들

비록 거의 대부분의 보호관찰대상자와 가석방자들에게 동일한 내용의 일상적인 보호관찰이나 가석방의 준수사항 꾸러미를 준수하도록 부과될지라도, 창조적인 법관이나 가석방위원회는 가끔 범죄자의 개별 요보호성에 부합하도록 설계된 준수사항을 부과한다는 준수사항의 원칙을 지키려고

노력한다. 그 결과 보기도문, 가끔은 이상해 보이기까지 하는 석방조건이 제시된다.

1) 환경의 변화

범죄자의 환경의 특징을 변화시키라고 명령하는 이같은 독특한 준수사항은 범죄자가 불법행동을 반복하기 어렵게 만들려는 목적이다. 이러한 준수사항은 범죄행위로부터 범죄자를 재활시키고 대중을 보호하는데 기여한다. 이 준수사항의 사례를 살펴보면, 마권업으로 기소된 범죄자에게 자신의 전화를 갖지 못하도록 명하고¹²⁵⁾, 음란물을 발송하여 기소된 사람에게 모든 음란물을 소유하지 말고 포르노업에 대한 관심을 갖지 말도록 요구하고¹²⁶⁾, 세금을 탈세하여 기소된 자에게는 모든 수입을 신고하도록 명하고¹²⁷⁾, 연방선거법을 위반하여 기소된 자에게 모든 정치활동에 개입하지 말도록 명하고¹²⁸⁾, 부정수표로 기소된 자에게 백지수표책을 소지하지 못하고 당좌구좌를 개설하지 못하도록 요구하였다¹²⁹⁾. 은행대출을 얻기 위한 허위문서 이용으로 절도로 기소된 범죄자에 대하여는 금융기관으로부터의 대출에 관여하지 말도록 금지시켰으며¹³⁰⁾, 자식에게 화상을 입혀 기소된 부모에게는 보호관찰 기간동안에 어린 두 자녀의 후견을 금지시켰다¹³¹⁾.

125) *People v Stanley*, 162 Cal App 2d 416, 327 P2d 973 (1958)

126) *United States v Kohlberg*, 472 F2d 1189 (9th Cir 1973). 이 준수사항을 통해 형법을 위반하는 것에 대한 포괄적인 금지를 부과하는 것도 가능할 수 있다.

127) *United States v Lacy*, 658 F2d 396 (5th Cir 1981); *United States v Stout*, 601 F2d 325 (7th Cir 1979).

128) *United States v Tonry*, 605 F2d 144 (5th Cir 1979)

129) *Wood v State*, 378 So 2d 110 (Fla Dist Ct App 1980)

130) *People v Burden*, 105 Cal App 3d 917, 166 Cal Rptr 542, cert denied, 449 US 983(1980)

131) *State v Davis*, 119 Ariz 140, 579 P2d 1110 (Ct App 1978); *Rodriguez v State*, 378 So 2d 7 (Fla Dist Ct App 1979).

2) 공적 활동의 수행

그밖의 보호관찰 준수사항에는 범죄자에게 일정 형태의 공적활동에 참여하도록 요구하는 것이 있다. 이 준수사항이 범죄자에게 공공의 의식을 심어주어 재화에 기여하는지에 대하여 논란이 있기는 하지만, 범죄행위에 대한 처벌에 보다 부합될 수 있다. 이 공적활동 준수사항은 여러 형태를 취한다. 첫째는 범죄자에게 정해진 시간만큼 금전적인 보상없이 자선단체나 공공기관에서 근로하도록 하는 것이다. 또다른 형태는 범죄자에게 헌혈을 하거나¹³²⁾, 재산을 몰수당하거나¹³³⁾, 혹은 약물퇴치활동에 참여하는¹³⁴⁾ 등의 공적 활동을 수행하도록 명령받는다.

세 번째 유형의 공적 활동 준수사항은 범죄자에게 범죄의 측면이나 일반적인 훌륭한 시민에 관한 주제로 연설을 하거나 글을 쓰도록 요구하는 것이다. 예를 들어 소득세 사기로 기소된 사람에게 범죄행위와 그 자신과 가족에 미친 범죄의 영향에 관한 15회의 대중연설을 하도록 준수사항이 부과되었다¹³⁵⁾. 이와 비슷하게 배심원과의 불법의사소통으로 기소된 보호관찰 대상자에게 배심제도에 관한 논설을 작성하도록 요구하였다¹³⁶⁾.

3) 형사사법의 관리에 도움

132) Springer v United States, 148 F2d 411 (9th Cir 1945) 이 준수사항은 무효로 결정되었다.

133) Higdon v United States, 627 F2d 893 (9th Cir 1980) 주택을 포함한 모든 재산을 몰수한다

134) People v Johnson, 92 Mich App 766, 285 NW2d 453 (1979)

135) United States v White, No CR-74-436 CBR (ND Cal Nov 22, 1974)

136) People v Eaton, 39 Ill App 3d 719, 350 NE2d 268 (1976). 또한 Butler v District of Columbia, 346 F2d 798 (DC Cir 1965) 사건에서는 허위보고로 기소된 경찰관에게 경찰에 대한 존경심에 관한 에세이를 쓰도록 요구하였다.

기타 준수사항의 또다른 형태로는 형사사범의 관리에 대한 것으로, 예를 들어 보호관찰 대상자나 가석방자에게 송환에 동의할 것을 요구하는 준수사항이다. 범죄자들은 다른 주로 가기 위한 허가를 받기 위한 조건으로 송환증서에 동의해야한다¹³⁷⁾. 송환준수사항의 타당성에 대한 논란은 이것이 강제된 동의에 기반하고 있다는 것이다¹³⁸⁾.

송환 준수사항은 보호관찰과 가석방 준수사항의 두가지 목적에 분명하게 기여하고 있다. 첫째, 보호관찰 대상자나 가석방자가 잘못을 저질렀을 때 신속하게 돌아오도록 함으로써 재화에 도움을 준다. 시의적절한 원상회복을 가능케 하고 상황의 악화를 막을 수 있다. 둘째, 송환의 동의 준수사항은 다른 사법부에서의 범죄활동을 단념시킴으로서 일반 대중을 보호한다.

제3절 준수사항의 부과

미국내의 보호관찰은 여러 가지 다양한 유형이 있으며, 가장 전형적인 프로그램은 일반보호관찰이며 전체 대상자중 약 85퍼센트 가량이 일반보호관찰을 받고 있다. 이러한 일반보호관찰의 특징은 대상자에게 부과되는 준수사항을 통해 살펴볼 수 있으며, 그 내용은 주에 따라 큰 차이를 보이는 않는다. 다음은 플로리다주의 보호관찰 준수사항이다(Champion, 2001: 84-86).

- 1) 보호관찰 대상자는 지정된 보호관찰관에게 반드시 보고하여야 한다.
- 2) 보호관찰 대상자는 보호관찰관이 거주지나 그밖의 장소를 방문하는

137) Ga Code Ann §42-8-35(10)

138) Pierson v Grant, 527 F2d 161 (8th Cir 1975)

것을 허용하여야 한다.

- 3) 보호관찰 대상자는 가능한 적절한 직업에 종사하고 성실히 일해야 한다.
- 4) 보호관찰 대상자는 지정된 장소에 거주하여야 한다.
- 5) 보호관찰 대상자는 자신의 범죄로 인한 피해와 손실에 대해 법원이 결정한 액수에 따라 피해자에게 배상하여야 한다.
- 6) 보호관찰 대상자는 구치시설의 수용기간동안 받은 의료, 치료, 입원, 교통비용 등을 카운티나 기초자치단체에게 지불하여야 한다.
- 7) 보호관찰 대상자는 자신의 법률적 부양가족을 최대한 돌봐야 한다.
- 8) 보호관찰 대상자는 사정변경(change of circumstances)에 의해 평가된 금액을 주 정부에 지불하여야 한다.
- 9) 보호관찰 대상자는 사정변경에 의해 평가된 변호인의 비용과 소송비용 등을 부담하여야 한다.
- 10) 보호관찰 대상자는 범죄활동과 관련이 있는 자들과 교제해서는 안 된다.
- 11) 보호관찰 대상자는 알콜이나 약물을 사용하고 있는지를 검사하기 위하여 보호관찰관이나 알콜/약물치료를 받고 있는 처우기관의 전문직원의 지시에 의한 임의적 약물검사를 받아야 한다.
- 12) 보호관찰 대상자는 법원에 의해 허가되지 않거나 보호관찰관이 동의하지 않은 어떤 무기류도 구입하거나 휴대하거나 소유하는 등의 행위를 할 수 없다.
- 13) 보호관찰 대상자는 과도한 음주를 하거나 의사의 처방없이 어떠한 종류의 약물이나 마약류를 소지할 수 없다. 또한 보호관찰대상자는 주류, 약물, 혹은 기타 위험물질이 불법적으로 판매되거나 조제되고 사용되는 장소를 방문할 수 없다.

- 14) 보호관찰 대상자는 거주지역의 카운티에서 운영하는 최소 2시간에서 4시간 이상의 HIV/AIDS 교육프로그램이 있는 경우, 대상자의 부담으로 참가케 할 수 있다.
- 15) 보호관찰 대상자는 보호관찰 기간동안 교정국의 사회복지노력을 보조하기 위하여 설립된 비영리 단체에 대해 매월 1달러를 넘지않는 범위에서 그 비용을 부담하게 할 수 있다.

일반준수사항 외에 대상자의 개별 요보호성에 따라 특별준수사항을 부과할 수 있는데, 앞에서 살펴본 플로리다주의 특별준수사항에는 다음과 같은 내용들이 포함될 수 있다(Florida Department of Corrections, 2001(Champion, 2001: 86에서 재인용)).

- 1) 보호관찰 대상자에게 강도높은 감독과 집중보호관찰을 부과할 수 있다.
- 2) 보호관찰 대상자는 보호관찰관과 지정된 접촉을 유지해야 한다.
- 3) 보호관찰 대상자는 고용이나 공공활동에 참가하는 시간을 제외하고는 허용된 거주지에만 상주케 할 수 있다.
- 4) 보호관찰 대상자에게 강제적인 공공봉사활동을 수행케 할 수 있다.
- 5) 보호관찰 대상자는 전자감시장비에 의해 지도감독을 받을 수 있다.
- 6) 전자감시처분을 받은 보호관찰 대상자는 24시간 내내 감독을 받을 수 있다.
- 7) 전자감시처분을 받은 보호관찰 대상자는 24시간 이내 언제든지 보호관찰관에 의한 조사와 감독을 받을 수 있다.
- 8) 법원은 적절한 사회내처우를 위해서 보호관찰 대상자에게 진단과 평가를 받도록 할 수 있다.

지금까지 미국의 보호관찰 준수사항에 관하여 살펴보았다. 보호관찰에

있어서의 준수사항의 의미와 근거를 살펴보았고, 개별 준수사항의 부과내용과 한계를 구체적으로 검토하였고, 그리고 실제 부과된 사례를 중심으로 미국의 준수사항에 대하여 살펴보았다. 미국의 보호관찰 준수사항 부과특징은 첫째, 그 내용이 아주 다양하며 수적으로도 많이 부과되어 보호관찰 대상자의 행동범위를 매우 구체적으로 지정해주고 있었고, 둘째 준수사항의 내용에 있어 재활의 목적뿐만 아니라 범죄에 대한 처벌과 지역사회에 대한 보상의 목적, 그리고 보호관찰 부과와 관련하여 관리의 차원 등 다양한 목표를 이루기 위하여 제시되고 있었다.

제3장 일본의 보호관찰 준수사항

제1절 준수사항의 의의와 성격

준수사항은 가출옥제도와 보호관찰제도에 있어 가장 핵심적인 위치를 차지하는 조건으로, 보호관찰을 실시하는 자에게는 지도감독의 목표와 기준이 되고, 보호관찰을 받는 자에게는 재활을 위한 생활지침 및 행동규범으로서의 역할을 한다. 그러나 준수사항의 구체적인 내용이나 일반적인 특성을 전형화할 수는 없으며 실제로 일본 내에서도 역사적으로 다양한 유형의 준수사항이 존재해왔다. 이것은 준수사항의 특성이 보호관찰의 본질과 관련된 문제이며 그 법적 성격 역시 보호관찰이나 가출옥의 성격에 의해 결정되는 부분이 크기 때문이다. 따라서 준수사항에 관한 논의들은 법이론이나 처우이론 모두와 연관되는 매우 폭넓은 문제영역을 갖고 있으며, 보호관찰의 법률상의 성격이 다양한 것처럼 준수사항의 성격이나 형식도 복잡하고 다양하다.

일본의 현행법은 『범죄자예방갱생법』 34조 2항에서 ‘보호관찰에 부처진 자는 그 기간 중 준수사항을 준수하지 않으면 안된다’고 규정하고 있다. 그러나 준수사항의 성격에 대해서 구체적으로 밝힌 곳은 없다¹³⁹⁾ 그 결과 준수사항이 가석방의 조건인가, 보호관찰의 조건으로서 부과된 것인가가 명확하지 않아, 준수사항의 성격을 파악하기 위해서는 보호관찰의 위상과 성격 규정과 관련해서 이해하는 수밖에 없다¹⁴⁰⁾. 따라서 보호관찰 및 가석

139) 川崎政宏(1994), 가석방시의 준수사항에 관한 연구, 法務研究報告書 제83집 제3호, P.2.

140) 鈴木昭一郎『보호관찰의 준수사항에 관한 연구』법무연구보고서 60집 3호 p.4

방 준수사항의 법적 성격을 이해하기 위해서는 준수사항의 배경에 있는 가출옥제도의 형사정책적 의의를 밝히고, 그 역사적 변화과정을 살펴보아야 한다.

1. 가출옥제도와 준수사항

1) 가출옥제도의 역사적 변화

가) 명치13년의 구(舊)형법

일본에서 가출옥이 법제도로써 입법화된 것은 명치13년의 구형법에서부터이다(제53~57조). 가출옥을 허가 받은 자는 잔형기 동안 특별감시에 부처지고(부칙40조), 일정 한도의 행동 제약을 받으며 경찰서의 감시를 받는다. 또한 재범에 의한 가출옥취소제도가 도입되었고, 가출옥 중에 재범을 한 자에 대해서는 더 이상의 가출옥을 허용하지 않았다.

준수사항에 대해서는 부칙에 다음과 같은 규정을 두었다.

제44조 특별감시에 부처진 자는 그 기간동안 아래의 조건을 준수해야 한다

1. 매주 1회 관할 경찰서에 출석해 근실했음을 보이고 감시표를 제출해 관리의 날인을 받아야 한다. 단 질병 또는 어쩔 수 없는 사고가 있어 경찰서에 올 수 없는 때에는 그 사유를 제출해야 한다.
2. 술자리 등 유흥장에 가거나 또는 사람이 많이 모이는 장소에 가는 것을 금지한다.
3. 사고가 있어 주거를 옮기고자 할 때는 경찰서에 신청해 허가를 받아야 한다. 단 다른 부현으로 옮기는 것은 허가하지 않는다.
4. 왕복 1일 이상 되는 곳으로 여행하는 것을 금지한다.

제45조 특별 감시기간 동안에는 경찰관리가 때에 따라 주택에 임거할 수 있다.

나) 명치40년의 형법

명치40년 제정된 형법은 구형법의 가출옥 제도를 계승했지만, 경찰관서에 의한 ‘감시’를 ‘감독’으로 개칭하였으며, 가출옥 중의 출두 회수, 여행의 제한 등 여러 조건들을 완화하였다. 또한 가출옥 취소는 29조에서 1호 내지 4호 사유에 의해 실시되도록 하였으며, 4호에 『가출옥 단속규칙』 위반이 규정되었고, 감옥법 67조에는 준수사항이 규정되었다. 그러나 여전히 감독은 경찰에게 일임되어 있다.

구체적인 준수사항의 규정은 다음과 같다.

제67조 가출옥을 허가 받은 자는 그 기간동안 아래의 규정을 준수해야 한다.

1. 올바른 직업을 갖고 선행을 유지할 것
2. 경찰관서의 감독을 받을 것. 단 경찰관서는 감옥의 의견을 물어 다른 곳에 그 감독을 위임할 수 있다
3. 주거를 이전하거나 또는 10일 이상 여행하려 할 때는 감독자의 허가를 받을 것. 주무대신은 가출옥을 허가 받은 자의 해외 여행을 허가할 수 있다.

다) 소년법

대정11년에 제정된 소년법에 의해 보호관찰제도가 최초로 도입되었다. 이에 따라 가출옥을 허가받은 소년에 대해 경찰 감시가 배제되고 경찰 이외의 전문 감독자인 소년보호사의 관찰이 부가되었다(6조). 가출옥을 허가 받은 소년의 경찰감독에 대해서는 소년법 12조의 규정에 기초해 세목은 명령으로 정해지며, 대정 11년 12월 사법성령 제32호로 『가출옥소년단속규칙』이 정해졌다.

라) 사상범 보호관찰법

소화11년의 사상범 보호관찰법은 이전의 보호관찰 대상을 소년에서 성인으로 확대하였다. 이 법은 치안유지법 위반자의 가출옥에 대해서는 보호관찰심사회의 의결에 따라 보호관찰에 부치도록 하고 있는데, 이는 형을 모두 마친 사람에 대해서도 적용된다. 사상범 보호관찰법은 범죄예방을 위한 치안유지제도로, 그 목적을 치안유지법 위반자를 보호해서 재범을 저지를 위험을 방지하기 위해 그 사상 및 행동을 관찰하는 것에(2조) 두었다. 또한 관찰기간은 2년마다 갱신하도록 하였고, 그 횟수에 제한은 없으며(5조), 거주, 교우 및 통신의 제한 등 적당한 조건의 준수를 명할 수 있다.

마) 2차 대전 이후의 가출옥 제도

전후 일본의 가출옥 제도는 소화24년 미국의 가석방제도를 기초로 한 『범죄자예방갱생법』(이하 『갱생법』이라 한다)의 제정으로 전면적인 변화가 이루어졌다. 이에 따라 일본의 가석방제도는 예전의 대륙형 조건부 석방 방식에서 사회내 처우로서의 보호관찰을 중시하는 미국형 가석방 형태로 변화되었다. 2차 대전 이전에 경찰감독 위주로 이루어지던 보호관찰은 갱생법의 제정으로 보호관찰관과 보호사에 의한 지도감독·보도원호하에 실시되게 되었으며, 가석방의 허가결정은 사법부 대신에서 ‘지방갱생보호위원회’로 그 권한이 위임되었다.

다시 말해서 일본의 가출옥 제도는 이전의 경찰감시에서 2차 대전 이후 사회내 처우로서의 가석방제도로 변화되었다. 즉 보호관찰의 도입에 의해 일본의 가출옥은 『갱생조치』로서 자리잡았다고 할 수 있다. 또한 이 법으로 가출옥자에 대해 일반준수사항 외에 특별준수사항의 제약이 부가되기 시작하였으며, 이 둘의 구분은 종래의 감옥법 67조 대신 형법 29조 1항 4호의 『가출옥 중 준수해야 할 사항을 준수하지 않았을 때』의 조항에서 규정하고 있다.

2) 준수사항의 역사적 변화와 의의

가) 준수사항의 역사적 변화

일본의 가출옥제도가 역사적으로 ‘감시 및 감독’에서 ‘개선갱생’을 목적으로 하는 보호관찰적 성격으로 변화함에 따라 준수사항의 내용 역시 엄격하며 제한적인 것에서 보다 느슨하고 비제한적인 것으로 변화되었다.

『갱생법』 이전에도 분명히 준수사항은 존재했지만, 그것은 가출옥자와 경찰의 신분관계를 나타내는 것으로 생활규범으로서의 특성은 매우 미약했다. 이전의 준수사항은 처우원칙 면에서 사법보호사업법에는 규정이 없고, 단지 사법보호위원집무규범에 ‘엄부자모의 마음을 닮은’(6조)이라는 매우 권위주의적인 표현을 사용하고 있다. 반면 『갱생법』은 갱생을 위한 생활규범으로서의 준수사항을 고안하여 피관찰자에게 준수사항을 지킬 의무를 부과하였고, 관찰자에게는 피관찰자가 준수사항을 지키도록 지도·감독하며, 피관찰자 자신의 자조 책임의 전제상 필요한 한도내의 보도원호를 실시하도록 하는 것을 처우의 기본 원칙으로 삼았다.

갱생법의 의의는 첫째, 개별적으로 부과된 특별준수사항 규정을 설치하였고, 둘째, 자조의 책임이라는 표현으로 피관찰자의 자발성을 인정하고 있다는 데 있다.¹⁴¹⁾ 다시 말해서 갱생법은 일반준수사항의 내용을 완화하고 특별준수사항을 새롭게 설치함으로써 대상자 자신의 자조의 책임을 전제로 대상자의 권리와 자유를 보장함과 동시에 개별적인 필요에 따른 특별준수사항을 신설함으로써 개선갱생에 중점을 두었다고 할 수 있다.

일본의 준수사항은 역사적으로 법익 보호 요건으로서의 금지 규범이라기 보다는 개선갱생을 위해 필요한 생활규범으로서의 의미가 강해졌다고 할 수 있다. 다시 말해서 준수사항에 의한 권리제한은 본인의 위험으로부터

141) 伊福部舜兒『大坪先生の業績』갱생보호와 범죄예방 67호 p.67

터 사회를 보호하기 위한 권리제한이기 이전에 본인자신의 권리와 자유를 지키기 위한 권리제한이다.

나) 가출옥제도의 목적과 준수사항

앞서 지적한 대로 일본의 가출옥제도는 소화24년 갱생법 제정으로 유럽 대륙형 조건부석방방식에서 사회내 처우로서의 보호관찰을 중시하는 미국형 가석방으로 변화되었다. 유럽의 가석방은 조건부 은사의 형식으로 시작되었고 누진제도와 결부되어 처우의 최종단계에서 실시되는 제도로서 정착했지만, 보호관찰처럼 사회 내에서 보호감독하고 처우하는 제도는 아니었다. 반면 미국의 보호관찰은 가석방허가와 그 후의 감독을 합친 것으로 석방 후 전문가의 지도감독을 주요 특성으로 한다.

2차 대전 이후 U.N이 배포한 팜플렛인 『가석방과 애프터 케어(Parole and After-care)』¹⁴²⁾는 가석방의 목적을 다음의 네 가지로 정리하고 있는데¹⁴³⁾, 이를 요약하면 ① 포상으로서의 가석방¹⁴⁴⁾, ② 형벌개별화의 한 방법으로서의 가석방¹⁴⁵⁾, ③ 사회방위적 견지에서의 가석방¹⁴⁶⁾, ④ 형 집행의 한 단계로서의 가석방¹⁴⁷⁾이다. 이를 준수사항과 관련하여 살펴보면 ①과 ②에서는 가출옥과 보호관찰과의 관계는 필요적이지 않고, 준수사항은 가출옥의 조건으로서의 의미가 강하다고 할 수 있다. 반면 ③ 및 ④에서는 가출옥과 보호관찰과의 관계는 필요적이라고 할 수 있고, 보호관찰의 독립성 역시 강하므로 오히려 준수사항은 보호관찰의 조건으로서의 의미가 강해진다.

142) United Nations, Parole and After-care 1954, p.2

143) 소 내의 선행 유지에 대한 혜택으로서 부여한다

144) 자유형의 폐해를 줄이는 의미에서 출소 후 사회에 재적응 가능성이 있는 경우 가석방하는 것을 말한다.

145) 위험한 범죄자에게는 부정기형이 고려되지만 이에 대응해 석방 때에도 반드시 보호관찰을 붙이고, 만약 사회에 적응하지 못하면 재수용해야 한다.

146) 재소자가 선량하건 위험하건 형무소라고 하는 부자유스런 사회로 출소할 때는 보도와 원호를 필요로 하므로 모든 수용자에게 적응되어야 한다.

일본은 갱생법 제정 이전에는 ①의 목적으로, 제정 후에는 ②의 목적으로 운용되고 있다고 볼 수 있는데¹⁴⁷⁾, 갱생법 자체는 원칙적 가석방을 지향하며 ④의 목적을 주안으로 하고 있다고 보는 견해도 있다¹⁴⁸⁾. 갱생법은 가석방과 보호관찰을 결합시킴으로써 ‘은혜적이고 예외적인 조치로서의 가석방’이라는 종래의 인식을 변경시키고, ‘가석방의 원칙화’를 목표로 한다¹⁴⁹⁾.

이상적으로는 ④의 관점이 중요하다고 할 수 있다. 그러나 가출옥이 갱생 조치라고 하더라도 모든 수형자에게 가출옥을 적용한다는 생각 속에는 두 가지 다른 관점이 포함되어 있는 점에 주의할 필요가 있다. 하나는 개인에게 초점을 맞춰 모든 수형자에게 가출옥의 기회를 주어 사회복귀를 순조롭게 하도록 해야 한다는 것이며, 가출옥자에 대한 보호관찰의 이익척분적 측면을 강조한 것이다. 두 번째 관점은 위험한 수형자에게는 석방 후에도 보호감독이 필요하다는 것으로 더욱 중요한 부분이다. 이것은 사회방위에 초점을 맞추고 있는 ③의 목적과 통하는 것이며, 또한 재범의 위험이 있다고 판단된 자에게는 가석방을 허가하지 않아 만기석방에 따른 방임상태를 만들어 내고 있다는 현실비판에 근거한 것이기도 하다.

일본의 현행 가출옥제도는 원칙적으로 재범의 위험이 없고 갱생의욕이 있는 자를 대상으로 하고 있으며, 재범의 위험이 있는 만기석방자는 스스로 갱생긴급보호법에 의한 보호 신청을 하지 않는 한 아무런 원조도 받을 수 없다. 그 결과 여러 비판들이 제기될 수 있는데 첫째는 위험한 수형자는 가석방을 허용받지 못하고 만기까지 혹은 만기직전까지 구금되기 때문에 일단 출소하면 전혀 또는 거의 보호관찰을 받지 않고 혼자 힘으로 사회에 적응해야 한다는 점이다¹⁵⁰⁾. 둘째는 재범의 염려가 없는 자에 대해

147) 千條武『가출옥의 취소에 관한 실증적 연구』법무연구보고서 69집 2호 p.21 참조

148) 朝倉京一『가석방의 원칙화를 둘러싼 일 고찰』갱생보호와 범죄예방 50호

149) 森本益之『행형의 현대적 전개』p.267

극히 단기간의 가석방을 허가하는데 그치기 때문에 사실상 가석방은 소내에서의 선행에 대한 포상적 제도로써 기능하게 되고, 보호관찰관 입장에서도 '개선을 기대하지 않고 만기까지 사고 없이 진행되는 보호관찰'을 실시하게 하는 결과가 되고 있다는 것이다¹⁵¹⁾.

이러한 문제 제기는 가출옥제도의 본질적인 문제에 관한 것으로 가출옥제도 운영상의 현실적인 어려움과도 긴밀히 연관되어진다. 필요적 또는 원칙적 가출옥의 운용은 가출옥제도의 본래 목적을 위협한 범죄자로부터 사회를 보호한다는 사회방위에 둔다는 의미이며, 따라서 형사정책적 관점에서 보면 가출옥제도에 보다 적극적인 의의를 부여하는 것이라 할 수 있다. 그러나 형벌의 목적은 사회복귀에 한정되는 것은 아니다. 형벌은 응보이며, 동시에 범죄의 억제나 격리에 의한 사회의 안전한 보호도 목적으로 하는 것이다. 이 두 가지 목적사이의 조화를 고려하면서 수형자의 개별적인 특성을 토대로 갇생 전망이 높은 자를 선택하여 가출옥을 허가함으로써 사회복귀를 꾀한다고 하는 것이 일본의 가출옥제도의 취지이며, 운용의 실체라고 할 수 있다.

이러한 개별처우의 이념에 기초한 재량적인 가출옥의 운용은 매우 어려운 문제를 제기한다. 수형자의 갇생에 중점을 두고 가출옥을 적극적으로 적용하려 한다면 가출옥자의 재범이 많아지게 될 것이고, 가출옥자의 재범을 지나치게 경계하면 가출옥의 적용범위가 좁아져 제도로서의 존재의의가 희박해지고 만다. 재활 가능성이 높은 자를 선택해 가출옥을 적용할 경우 가출옥을 허가 받지 못한 자에 대한 갇생원조가 문제가 된다. 실제로 가출옥을 허가 받지 못한 자의 대다수는 사회복귀에 상당한 곤란을 겪고 있으며 석방후의 원조를 한층 더 필요로 하고 있다.

또한 만기석방에 상당하는 자를 가출옥제도에 포함시키기 위해서는 보

150) 平野龍一 『범죄자 처우법의 제문제』 p.86

151) 森本 전게서 p.270

호관찰 자체의 내용이 감독적 색채를 띠지 않을 수 없다. ③의 관점에서 본다면 가출옥 기간은 본인의 위험성에 따라 정해져야 하며(考試期間主義)¹⁵²⁾, 만기석방자나 만기 직전에 겨우 가출옥되는 자야말로 오히려 보호 감독이 필요하다고 할 수 있다. 그러나 이 제도는 대상자의 인권보장상 문제가 있다고 하는 비판이 많아 본래의 가출옥제도 안으로 흡수하는 데는 필요적 가석방제도의 채용 등의 형태를 채택하지 않을 수 없다. 석방자 전체의 재범방지를 강조한다면 범죄성이라는 점에서 상당한 문제가 있는 자라 하더라도 석방후의 보호관찰에 기대해 가석방을 인정한다는 운용이 되지 않을 수 없다. 분명 형사정책상 거시적인 관점에서는 이러한 적극적인 노력은 중요한 것이다. 그러나 지나치게 적극적인 자세는 오히려 보호관찰의 감독처분적 색채를 강하게 하며, 그 본질을 흐릴 수도 있기 때문에 종래의 보호관찰 속에 이질적인 요소를 도입하기 쉽다.

결론적으로 일본의 현행 보호관찰제도는 대상자의 갱생의욕을 존중한 케이스 워크적 기법에 의한 개선갱생을 보호관찰의 본질로 삼는다. 보호관찰의 관계가 성립하는 데에는 본인의 주체적인 갱생 의사가 필요불가결하며 그 의사에 기초한 처우를 전개한다는데 그 핵심이 있다. 갱생의 의사가 없는 기한 전 석방자는 원조의 전제가 되는 갱생에의 지향성이 결여되어 있으며, 스스로 갱생한 자기상을 갖지 못한 대상자에 대한 지도는 감시적인 것이 될 수밖에 없다. 따라서 만기석방자 대책에 대해서는 가출옥제도로의 가능한 한 흡수할 필요가 있지만 그 모두를 가출옥제도 다시 말해 보호관찰에서 맡게되면 기존의 개선갱생을 위한 온건한 보호관찰로는 부족하며 감독처분으로서 보다 엄격한 사회내 조치를 부가시키게 될 것이다. 따라서 일본에서는 수형자 모두를 가출옥제도 속에 흡수함으로써 보호관찰의 감독적 색채를 강화하는 것이 아니라, 오히려 만기후의 애프터 케어

152) 考試期間主義에 관해서는, 森下忠 『형사정책 大綱 [신판]』 p.297 참조

의 충실을 꾀하는 방향이 타당한 해결방법이라고 보고있다.

이와 유사하게 준수사항 역시 사회에 초점을 두는가, 개인에 초점을 두는가에 따라 그 의미가 변한다. 현행 일본의 가출옥제도는 법의 취지에서 보아 사회방위보다 본인의 개선갱생에 중점을 두고 있다고 할 수 있으며, 준수사항 역시 단순한 석방의 조건(선행보증)이 아니라 보호관찰과 결부된 가출옥에 대한 보호관찰의 조건으로서의 성격을 가진다.

일본의 가출옥제도가 보호관찰과 밀접하게 연결된 가석방을 기초로 한 제도이기 때문에 가출옥제도의 주된 목적을 어디에 두는가에 따라 보호관찰의 성격에도 큰 영향을 미치게 된다. 또한 가출옥의 성격 역시 보호관찰의 성격을 고려하지 않고 이야기할 수 없다. 따라서 다음 절에서는 보호관찰과 준수사항의 관계를 검토하고자 한다.

2. 보호관찰과 준수사항

1) 보호관찰의 유형과 성격

보호관찰 준수사항의 법적 성격을 명확히 하기 위해서는 먼저 보호관찰의 법적 성격을 분명해 해야 한다. 그러나 보호관찰은 역사적으로나 국가별로 그 형태나 내용이 다양하여 이를 한마디로 정의하기는 어렵다.

일본 현행법상 보호관찰은 다음의 다섯 가지 종류로 나뉘어져 있다.

- ① 가정재판소의 결정에 의해 보호관찰에 부쳐진 자에 대해 실시하는 것(1호관찰)
- ② 지방갱생보호위원회(이하 『지방위원회』라 한다)의 결정에 의해 소년원에서의 가퇴원을 허가받은 자에 대해 실시하는 것(2호관찰)
- ③ 지방위원회의 결정에 의해 형무소에서의 가출옥을 허가받은 자에 대

해 실시하는 것(3호관찰)

④ 재판소의 결정에 의해 형 집행을 유예받고 보호관찰에 부처진 자에 대해 실시하는 것(4호관찰)

⑤ 지방위원회의 결정에 의해 부인보도원에서의 가퇴원을 허가받은 자에 대해 실시하는 것(5호관찰)

이 다섯 가지 보호관찰의 공통적인 특성은 ‘선택된 범죄전력자에 대해 그 개선생활을 돕기 위해 자유로운 사회 안에서 통상의 생활을 영위하게 하면서, 케이스 워크적 방법에 따라 지도나 원조를 실시하는 특수한 유권적 처우로, 권한을 가진 관청의 처분에 기초해 실시된다¹⁵³⁾’는 점이다.

이것은 보호관찰을 실천적인 면에서 받아들이는 정의인데, 이를 법리적인 면에서 파악하려하는 경우 필연적으로 매우 복잡한 형법이론상의 대립이 수반되게 된다. 다시 말해서 보호관찰과 형 또는 형의 유예와의 관계, 또 보호관찰과 행형 또는 가석방과의 관계, 나아가 보호관찰과 보안처분과의 관계에 대한 학자나 실무가 사이에 여러 가지 의견의 대립이 발생하는 것이다¹⁵⁴⁾.

롤프 야오하는 자유형의 집행에 수반되는 부작용을 피하기 위한 여러 제도를 『조건부 유죄판결』이라는 포괄적인 개념으로 설명하고, 그 종류를 다음과 같이 제시하고 있다.

① 조건부 형사소추의 연기

② 판결의 조건부 유예

153) 법무종합연구소·연수교재 갱생보호 p.7

154) 보호관찰과 형 또는 형의 유예와의 관계, 또 보호관찰과 행형 또는 가석방과의 관계에 대한 여러 가지 학설에 대해서는, 須須木主一·『집행유예의 본질』 와세다(早稻田)법학 제38권 제1, 2책(1962) 및 『가석방의 목적과 구조』 와세다(早稻田)법학 제39권(1963)에 상세히 기술되어 있다.

- ③ 재판소의 공판연기에 따른 것
- ④ 유죄 선고의 연기에 따른 것
- ⑤ 형 확정지 조건부 연기
- ⑥ 형 집행의 조건부 유예
- ⑦ 조건부 은사
- ⑧ 조건부 석방

또한 이 외에도 여러 가지 체계의 요소를 포함하고 있는 절충적 형태도 생각할 수 있다고 말하고 있다¹⁵⁵⁾.

이처럼 많은 조건부 유죄판결의 형태와 보호관찰과의 결부, 나아가서는 보안처분과의 결부, 그리고 또 이들 결부의 형식이나 관계의 강약 문제를 고려할 때 보호관찰의 유형은 복잡하고 다양해질 수밖에 없다. 이와 관련해 小川 박사는 보호관찰의 제 형태를 다음의 3가지로 종합하였다.

- ① 독립된 보안처분으로서 이용되는 것
- ② 형을 대신하는 것으로서 이용되는 것(정기형을 대신하는 것과 부정기형을 대신하는 것 2종류로 나눌 수 있다)
- ③ 다른 보안처분을 대신하는 것으로서 이용되는 것¹⁵⁶⁾.

그는 나아가 보호관찰의 유형을 형사절차의 제 단계에 따라 다음의 7종류로 나누고 있다.

- ① 기소유예자에게 부하는 보호관찰
- ② 기소 후에서 유죄 언도까지 사이에, 형사소송을 정지하고 부하는 보

155) 볼프 야오하 · 『조건부 유죄판결과 조건부 석방』 법무자료 제374호, 독일 형법개정자료 제2권 I(상) p.249-250

156) 小川太郎 · 자유형의 전개 p.192

호관찰(이것은 (가) 유죄가 결정되기 전에 실시되는 것과, (나) 유죄는 결정됐지만 판결에 이르기 전에 실시되는 것으로 나뉜다)

- ③ 선고유예에 부하는 보호관찰
- ④ 집행유예에 부하는 보호관찰
- ⑤ 가출옥자에게 부하는 보호관찰
- ⑥ 자유를 박탈하는 보안처분시설에서의 가출옥자에게 부하는 보호관찰
- ⑦ 형 종료자에게 부하는 보호관찰

이 때 ③④⑤는 필요적으로 보호관찰에 처해지는 경우와, 재량적 혹은 부수적으로 처해지는 경우로 나누어질 수 있으며, 1호관찰은 ②에, 2호 및 5호관찰은 ⑥에, 3호관찰은 ⑤에, 4호관찰은 ④에 속한다고 보았다¹⁵⁷⁾.

이상과 같이 보호관찰은 조건부 유죄판결, 또는 보안처분과의 결부에서 많은 형태를 가지고 있으며, 또한 그것들과의 관계에서 부수적으로 부처지는가, 독립적으로 부처지는가, 나아가서 필요한가 재량적인가에 따라 그 성격을 달리하고 있다.

2) 필요적 보호관찰과 부수적 보호관찰

가출옥자에게 부처지는 보호관찰이 필요한가 재량적인가, 부수적인가 독립적인가에 따라 다양한 제도적 조합이 가능하다. 일본의 현행제도는 대상자의 개선갱생을 주된 목적으로 삼고 필요적이면서 부수적인 보호관찰이 실시되고 있다.

가) 필요적 보호관찰

157) 상동, p.190-192

보호관찰을 가출옥자의 사회적응을 원조하는 과정으로 이해함으로써 그 이익 처분성을 강조한다면 가출옥자 전원에게 부가되는 것이 바람직할 것이다. 반면 보호관찰을 출소자의 범죄성을 제거하기 위한 개선처분이라고 이해한다면 그 불이익 처분성을 부인할 수 없기 때문에 이미 개선갱생의 영역에 도달한 자에게 보호관찰을 부가하는 것은 불필요할 것이다.

일본의 현행법은 가출옥자 전원에게 보호관찰을 부하고 있다. 바로 이 점에서 보호관찰의 이익처분성과 불이익처분성 양자에 대한 논의가 필요하다. 현실적으로 처음부터 완전히 개선갱생 되었다고 판단되는 사람은 없다. 누구든지 상당기간 교정시설에 수용되게 되면 외부사회와 차단되고 고립되어지며 그 결과 사회복귀시 일정기간 상담이나 조연을 필요로 하게 된다. 또한 가출옥은 본인의 완전한 갱생의욕을 기초로 허가된다고도 할 수 있는데 그 이유는 이 조건을 엄격히 요구할 경우 가출옥제도의 적용범위가 지나치게 제한되기 때문이다. 그러나 어느 정도는 개선갱생의 기대정도가 판단기준이 되는 것은 사실이며 보호관찰, 특히 가출옥 초기의 보호관찰의 필요성은 매우 높다고 할 수 있을 것이다. 더불어 준수사항의 준수 상황에 따라 보호관찰을 해제 또는 가해제할 수 있는 양호조치를 도입한다면 보호관찰의 불이익성 문제에도 유연하게 대응할 수 있다. 이런 의미에서 개정 형법 초안 83조 2항은 재량적으로 보호관찰에 처하지 않는 가출옥을 인정하고, 또한 보호관찰의 가해제(89조), 해제(90조)를 규정하고 있다.

보호관찰과 준수사항의 관계면에서 볼 때 필요적으로 보호관찰에 처할 때는 준수사항이 가출옥의 조건인지 보호관찰의 조건인지 형식상 분명하지 않다. 재량적으로 보호관찰에 처해지는 경우에는 보호관찰이 붙지 않은 가출옥의 경우의 조건이 순수한 가출옥의 조건이라고 할 수 있다. 이 점에 대해 小川박사는 보호관찰에 처하지 않는 경우에도 조건이 붙는 경우가

있으며, 재범을 하지 않는 것이 이 경우의 주된 조건이라고 보았다. 때로는 주거의 신고가 의무로 부과되는 경우도 있고 그 외의 조건을 붙여도 감독이 실시되지 않는 한 적절한 운용은 기대하기 힘들다. 보호관찰에 있어서는 준수조건이 개별처우를 목적으로 하는데 비해, 형의 유예의 경우에는 다른 면에 목적을 둔다고 할 수 있다. 그것은 사법 절차의 정확한 유지나 인권의 보호를 목적으로 함과 동시에 재판소나 행정청에 대한 직무규범적인 의미를 갖게 한다고 할 것이다. 원초적 조건(elementary condition), 혹은 일반적 조건[일반준수사항]이라고 불리는 것은 이 목적에 따른 것으로, 보통 법으로 규정되어 있다. 이에 비해 특별조건[특별준수사항]은 개별처우를 실시하기 위해 이용되는 것으로 보통 사례별로 재량에 맡기고 있다. 특별조건이 붙여지는 것은 물론, 보호관찰에 처해지는 경우로 한정되며 그렇지 않으면 실효를 거둘 수 없다. 또한 小川박사는 보호관찰의 조건은 형의 유예나 가출옥의 조건과는 개념상 구별되어야 하며 보호관찰이 독립된 처분으로 인정되어야 한다고 주장한다.

따라서 필요적으로 보호관찰에 처하는 경우라도 보호관찰이 본래 개별처우를 취지로 하는 것인한 준수사항은 보호관찰의 조건으로서의 의미가 강하다고 할 수 있다. 특히 특별준수사항은 그 성질상 개별화의 요청이 강해 보호관찰의 조건이라고 해석해야 한다. 일반준수사항에 대해서도 2호의 선행유지의무에 대해서는 가출옥의 최저한의 조건이라고 할 수 있겠지만, 1, 4호의 주거에 관한 조건은 가출옥의 조건이라고 하기 보다, 보호관찰 관계를 유지하기 위한 전제조건이라고 할 수 있다(또한 4호의 전거허가조항도 권리제한의 정도가 강하기 때문에 법정사항으로 한 것이라고 생각된다).

결국 보호관찰을 예정하지 않은 가출옥 조건은 세밀하게 정해지더라도 그 실효성을 담보할 수단이 없기 때문에 아주 간략한 형태로밖에 규정할

수 없다. 예를 들어 행 일본 가출옥제도 상으로도 사실상 보호관찰의 실시가 예정되지 않는 외국인 가출옥자에 대해서는 준수사항의 수가 적으며, 일반준수사항 외에 대략 다음과 같은 특별준수사항이 붙여져 있는데 지나지 않는다. 이것은 퇴거강제절차가 예정되어 있기 때문이다.

- ① 가방면, 재류특별허가 또는 영주허가를 받았을 때에는, 신속히 ○○보호관찰소에 출두해 그 지시를 받을 것
- ② 법률을 준수하고 선량한 사회생활을 할 것

나) 부수적 보호관찰

일본 현행법은 보호관찰을 가출옥에 수반된 부수처분이라고 규정하고, 잔형기 중 보호관찰에 처하고 있다. 따라서 가출옥을 형 집행의 한 형태로 보는 입장에 적합하다고 할 수 있다. 이에 대해 독립처분으로서의 보호관찰을 두는 제도도 있는데 예를 들어 앞 절에서 필요적 가석방과 관련해서 설명한 만기가석방자에 대한 보호감독처분이 그것이다.

보호관찰을 부수 처분이라고 이해한다면 만기가석방자에 대해 보호관찰에 처할 수 없으며, 그 결과 위험성이 높은 자가 아무런 조치도 받지 못하는 모순이 생기기 때문에, 형과는 독립된 보호감독처분의 필요성이 대두된다. 이 견해에 따르면 만기가석방자의 경우에 한정하지 않고, 모종의 형태로 형을 중단하고(가출옥은 형 소멸의 한 형태로 본다), 그 후의 보호관찰은 본인의 위험성에 따라 개별적으로 정하는 것도 가능하다.

이 때 문제는 이를 보호관찰의 범주에 포함할 것인가 여부인데, 본인의 재범 위험성에 주목한 보안처분에 속하는 것이라 할 수 있다. 이러한 독립적인 보호관찰에 대해서는 보호관찰에 처해진 자에게 준수조건의 현저한 위반이 있는 경우 형을 집행(또는 재수용)하는 것이 불가능하기 때문에 어느 정도 효과를 거둘 수 있는지는 의문이다. 그러나 보호관찰의 내용을 확

대함으로써 지도감독이나 보도원호와 병행해서 치료명령, 보호관찰시설에의 수용 등 조치를 채택할 수 있도록 하는 것은 가능하며, 이미 이를 실시하고 있는 입법례가 적지 않기 때문에 어느 정도 재범 방지의 효과를 기대할 수 있을 것이다. 이것은 특히 각성제사범 출소[원]자, 정신장애가 있는 출소[원]자에 대해 효과가 있다¹⁵⁸⁾.

보호관찰이 독립처분이 될 경우 준수사항의 위반에 대해서도 가출옥 취소와 직결되는 대신 별도의 독립처분이 예정된다. 그러나 앞 절에서도 검토한 것처럼 여기서의 보호관찰은 대상자의 자조의 책임을 중시하는 보호관찰과는 취지를 달리하는 감독제도임에 주의해야 한다. 그리고 만기석방상당자를 가출옥시키는 형태로 필요적 가석방제도를 채택한 경우에는 보호관찰이 감독적 요소를 강화해야 하는 정도만큼 준수사항의 규범성도 강해지는 경향이 있다.

가출옥의 목적이 개인에게 중점을 두는 경우와 사회에 중점을 두는 경우가 다른 것과 마찬가지로 보호관찰도 그 성격상 대상자 개인의 개선갱생이라고 하는 이익보호와 사회방위 양자를 저울대 위에 놓을 수밖에 없는 숙명에 있다. 사회방위를 중시하면 감독적 준수사항이 많아지며, 개인의 개선갱생을 중시하면 원조적 준수사항이 많아지게 된다. 보호관찰의 본질은 자조의 책임, 다시 말해 자기결정에 있는 이상 그것이 없는 자에게는 강제적 관여를 하지 않을 수 없고 따라서 감독적인 성격을 띄게 된다.

3. 준수사항의 법적 성격 및 기능

1) 가출옥의 조건인가, 보호관찰의 조건인가

158) 森下忠 『형사정책 大綱[신판]』 p.308

준수사항은 가출옥 허가결정에 붙이는 조건이며, 조건위반의 경우에는 가출옥이 취소될 수 있다. 준수사항의 성격을 생각할 때 그것이 가출옥의 조건인가, 보호관찰의 조건인가가 문제가 되는 것은 준수사항 위반이 있을 때의 대응이 달라지기 때문이다. 다시 말해서 가출옥의 조건이라고 생각하는 경우에는 가출옥 취소권 발동의 요건으로서의 의미가 전면에서 부각되지만, 보호관찰의 조건이라고 생각할 경우에는 지도감독을 요하는 사항으로의 의미가 강해져 준수사항 위반은 직접 가출옥취소로 연결되지 않는다.

준수사항을 준수하지 않으면 가출옥을 취소 당한다는 의미에서 볼 때 일본의 준수사항은 가출옥의 직접적 조건이라고 하는 견해도 가능하다. 그러나 준수사항은 보호관찰의 조건으로서 가출옥의 간접적 조건이라고 볼 수도 있기 때문에 양자의 차이는 관념적인 것에 지나지 않는다는 견해 역시 타당하다. 단 취소권 행사의 운용에 있어서는 양자간의 차이가 생긴다고 할 수 있을 것이다¹⁵⁹⁾. 이 점 때문에 일부에서는 가석방에 있어서 가출옥과 보호관찰을 일체로 이해하고, 준수사항 역시 분리하여 인식하지 않고 갱생에 필요한 사항이라고 보기도 한다.

그러나 일본의 특별준수사항의 경우에는 개별적인 성격을 가질 뿐 아니라 보호관찰의 조건으로서의 측면이 강하다고 할 수 있는데, 그 이유는 가출옥자간의 권리제한의 개별화를 정당화하는데에는 특별준수사항을 가출옥의 조건으로서보다는 보호관찰의 조건으로서 이해하는 쪽이 적당하기 때문이다. 다시 말해 가출옥 기간 중에는 보호관찰에 처하는 것을 조건이라고 보면 충분하며, 보호관찰에 있어서 권리제한은 대상자의 개선갱생을 위해 개별성을 중시해 실시되기 때문에 보다 쉽게 개별화가 정당화될 수 있기 때문이다.

159) 山田憲兒『보호관찰부 형집행유예의 취소 등에 관한 연구』법무연구보고서 75집 2호 p.64 참조

2) 준수사항 설정의 불이익 처분성

준수사항은 대상자의 권리, 자유를 제한하는 것으로, 일본에서는 일반 준수사항에 관해서는 법률로 정하고있는 반면, 특별준수사항의 설정에 대해서는 불이익 처분으로서 행정처분성이 인정되어 불복신청의 대상이 되고 있다.

권리의 제한은 법률에 의할 필요가 있지만, 특별준수사항의 설정은 갱생법이 수권법이 되어 31조 3항에 의해 「법무성령이 정하는 범위 내에서」 특별준수사항을 정하도록 규정되고, 또 그 설정기준은 법무성령인 가출옥 및보호관찰등에관한규칙 제5조에 의해 정해지고 있다. 준수사항 위반에 대한 벌칙은 갱생법에 독자적으로 정해져 있지 않지만, 준수사항 위반이 형법 29조 1항 4호에서 가출옥 취소사유라고 규정되어 있는 점에서 준수사항에는 규범성이 있다고 할 수 있다.

그러나 일본의 가석방 준수사항은 주로 개선 모델에 기초해 구성되어 있기 때문에 가석방 대상자의 이익을 피하기 위하여 그 권리자유를 제한한다는 의미가 강하며 법이 예정한 불이익 처분성이 애매해지기 쉽다. 특히 일반준수사항과 달리 특별준수사항은 구체적이고 개별적인 필요가 있는데도 불구하고 개선모델의 경우 그 내용이 생활지침, 지도지침적인 것이 주가 되기 때문에 조항의 표현도 노력 목표적인 형태(「...에 힘쓸 것.」 「...를 삼갈 것.」 등)가 많고, 내용적으로도 추상적·규범적인 형태(「성실히...할 것.」 「성의를 갖고...할 것.」 등)가 많아 전체적으로 볼 때 훈시규정화되어 있다고 보여진다. 외국인을 제외한 290명의 대상자에 대한 준수사항에 대한 실례 조사 결과에서도 1,253개 사항 중 표현과 내용상 명확하게 노력규정으로 설정되어 있는 것이 전체의 19.0%를 차지하는 것으로 나타났다¹⁶⁰⁾.

훈시규정이 많은 준수사항은 결정기관에 의한 내용적 한정이 느슨하므로 집행기관이 유연한 지도를 실시할 수 있는 이점이 있긴 하지만, 대상자 측에서 보면 애매한 규정이 많고 인권보장기능이 약하다고 할 수 있다. 또한 준수사항을 중시하는 처우가 실시된다고도 할 수 없어 보호관찰의 내용이 불투명하다는 비판도 받기 쉽다. 준수사항의 불이식성을 명확화하고 그 규범성을 과도하게 강조하는 것은 준수사항을 경직된 것으로 만들고, 인권보장 기능을 약화시키며, 보호관찰 전체를 감시·관리형, 형벌형으로 이끌 우려가 있다.

3) 준수사항의 기능

준수사항은 보호관찰을 실시하는 자에게는 지도감독의 목표 내지 기준이 되는 것이며, 보호관찰을 받는 자에게는 개선갱생을 위한 생활지침이 되고 행위규범이 되어야 하는 것이다.

가) 규범성

일본의 준수사항은 그에 위반하는 것이 가출옥취소의 요건이 된다는 점에서(형법 29조 1항 4호) 규범성을 가진다고 여겨진다. 그러나 일본 준수사항의 규범성에는 형법의 구성요건과는 상당한 차이가 있고 일률적으로 설명할 수 없는 부분 역시 존재한다.

형법의 구성요건과 준수사항은 위반에 대해 형벌에 의한 제재가 예정되어 있는 점에서는 동일하다. 형법 구성요건의 경우에는 미리 위법·유책 행위를 유형화함으로써 규제기능과 자유보장기능을 다하는 것으로, 구성요건은 미리 위법행위와 그렇지 않은 행위를 구별해 법익보호를 꾀함과 동

160) 川崎政宏(1994), 法務研究報告書 제83집 제3호, p.21.

시에 국민의 권리와 자유를 보장하는 기능을 갖고 있다.

반면 준수사항의 경우에는 일반준수사항은 미리 보호관찰 대상자 전원에게 제시되는 것으로 자유보장기능을 갖기는 하지만, 법익보호기능이라는 점에서는 준수를 게을리하는 것이 모두 법익침해라고는 할 수 없다. 국민으로서 최저한의 금지행동을 제시한 것이 아니라 가출옥자로서 갇생을 저해하는 행위를 제시한 것이라 할 수 있다. 예를 들어, 『선행 유지』, 『선거의 허가』가 그것이며, 『불량교우 금지』에 대해서도 마찬가지이다. 결국 준수사항이 반드시 법익보호를 위한 사항이 아니라 오히려 본인의 이익보호를 위한 개입의 계기라 할 수 있는 사항이 많은 것이 사실이다.

이것은 특별준수사항에 있어서 한층 선명해지는데, 실제로 법익침해행위의 금지가 명시된 것은 일반준수사항 2호를 구체화한 재범금지조항뿐이라고 해도 과언이 아니다. 결국 특별준수사항은 대상자의 개별성에 대응해 설정되는 것으로 규범의 수신인은 대상자 개인뿐이며 구성요건처럼 유형화해서 일반국민에게 제시하기 위한 것은 아니다. 특별준수사항은 금지되는 위법 행위의 제시가 아니라 갇생에 필요한 행위를 나열한 것으로, 반드시 '준수사항위반=법익침해'가 되지는 않는다는 점에 특징이 있다고 할 수 있다. 따라서 '준수사항위반=가출옥취소'라는 공식은 성립하지 않는다. 平野교수는 준수사항은 재범방지의 수단이며, 그 위반은 재범의 위험성을 보이는 징표에 불과하기 때문에 준수사항 위반이 곧바로 가출옥 취소로 이어질 수 없다고 보았다¹⁶¹⁾. 따라서 가출옥 취소를 검토할 때에는 준수사항 위반사실에 더해서 그 정상의 경중이 실질적 요건으로서 고려되어야 한다.

나) 지도 지침성

준수사항은 대상자의 갇생에 있어 필요한 행위를 제시한 것인 동시에,

161) 平野龍一 『교정보호법』 p.105

한편으로 보호관찰을 실시하는 측에게도 지도의 지침이 되는 틀이라고 할 수 있다. 보호관찰소에 있어서는 준수사항을 전제로 처우계획을 책정하고, 보호관찰관, 보호사가 일체가 되어 그 처우계획에 기초한 처우를 실시한다. 준수사항을 준수할 수 있도록 처우가 전개되지만, 준수사항 내용의 개별화가 진보하면 할수록 대상자에게 제시되는 내용은 세밀해지고, 어떤 면에서 개인의 생활에 대한 간섭도 강해지기 쉽다. 가출옥 취소를 배경으로 한 규범으로서의 의미는 약하지만, 반대로 준수사항에 의한 지도지침의 개별화가 발달하면 같은 보호관찰을 받으면서도 권리제한의 정도가 합리적 구별의 한도를 넘어 불평등해지는 현상도 발생할 수 있다. 물론 보호관찰을 완전한 이익처분 내지 복지적 처우라고 받아들일 수도 있다. 그러나 정기적인 보고의무가 부과되고 주거의 이동도 허가제인데다 상황에 따라서는 가출옥취소도 가능하다는 면에서 보호관찰이 불이익처분이라는 점을 부정할 수 없기 때문에 특별준수사항에 의해 행위 제한을 개별화하는 방법을 어느 선까지 발전시켜야 할지를 분명히 하지 않으면 안된다. 바로 이것이 대상자 일반에 있어서의 특별준수사항 설정의 한계이다. 또한 특별준수사항의 설정은 전문적·기술적 사항으로 위원회의 재량이 인정되지만, 개별화로서 허용할 수 있는 재량의 한계로서 상당성에 관해서도 논의할 필요가 있을 것이다(당해 대상자에 있어서의 한계)

제2절 준수사항의 종류와 내용

1. 준수사항의 종류

1) 일반준수사항과 특별준수사항의 특성

일본의 준수사항은 법으로 일률적으로 정하는 일반준수사항(갱생법 34조)과 법에 근거해 규칙이 정하는 범위 내에서 지방갱생보호위원회가 설정하는 특별준수사항(갱생법 31조, 38조, 규칙 5조)으로 나뉘어진다.

일반준수사항은 법정준수사항이라고도 불리며, 모든 보호관찰 대상자에게 공통적으로 필요한 기본적 사항을 법으로 정한 것이다. 이 의미는 보호관찰의 기본적 틀을 명시하는 동시에, 기본적인 중요 권리제한에 관한 사항에 대해서는 법률에 의한다는 입장의 표명이라는데 있다.

특별준수사항은 일반준수사항의 내용에 넣을 수 없는 개별적인 사항을 각각의 사안에 가장 적합하다고 인정되는 구체적인 형태로 정하는 것이다. 보호관찰의 개별처우원칙은 가출옥자에 대한 보호관찰에 대해서도 마찬가지로 적용되어 지방위원회가 개별적으로 준수사항을 설정한다. 다시 말해서 일반준수사항과 특별준수사항의 성격상의 특징은 일반준수사항은 개개의 대상자에게 필요한 사항 중에서 모든 대상자에게 공통적으로 필요한 기본적 사항을 뽑아서 정한 것이라 할 수 있으며, 반면 특별준수사항은 일반준수사항에 망라할 수 없는 개별적인 사항을 선정함으로써 일반준수사항의 불비를 보완하는 것이라고 할 수 있다. 통상 일반준수사항은 일반적이고 추상적인 특성을 띠는 반면 특별준수사항은 개별적이고 구체적인 특성을 가진다고 이해되고 있다. 그러나 양자는 이론적으로는 명확하게 구별되어 있지만 실제 운용에서는 일반준수사항이 그저 표현을 바꾸기만 했을

뿐 여전히 추상적이거나, 일반준수사항 이외의 사항에도 추상적인 사항이 있는 경우가 있어 양자의 구별을 애매하게 하고 있다.

2) 일반준수사항과 특별준수사항의 관계

일반준수사항은 일반적이고 추상적이며, 특별준수사항은 개별적이고 구체적이라는 점에서 준수사항의 내용을 배분하는 문제에 대해서는 여러 가지 견해가 있을 수 있다. 小川박사는 특별준수사항을 세세히 들어 규정하는 것은 입법으로는 불가능하며 이를 법률 규정의 틀 속에 열거하는 것이 오히려 오택나 문제를 발생시킬 것이라고 보았다. 그의 견해에 따르면 준수사항의 조건은 세 개의 층위로 이루어져야 한다. 첫째, 선행유지나 재범을 일으키지 않는 등의 기본적 조건은 법으로 정하고, 둘째, 특수시설에 입소를 명하는 등 특수조건에 대해서는 재판소와 기타 언도기관의 재량에 맡기는 한편, 셋째, 법률 규정으로 보호관찰에서의 특별권력관계의 근거를 확보한다면 그것으로 충분하다는 것이다¹⁶²⁾. 이때 보호관찰에서의 개개의 조건을 들기보다 보호관찰의 내용을 구체적으로 내세우는 쪽이 현명하다. 또한 보호관찰이 행정청에 휘둘리지 않도록 제한을 둘 필요가 있으며, 기본적 조건 및 권리자유의 제한의 정도가 큰 조건에 대해서는 법률에 의하는 것이 바람직하다.

일반준수사항과 특별준수사항의 효력을 비교해보면, 전자가 일반적, 추상적이며, 후자가 개별적, 구체적이라는 성격상의 상위가 있기는 하나, 양자간에 처우상의 의미나 법적 효과상의 우열의 차는 없다¹⁶³⁾라고 하는 것이 통설이다. 이 점에 대해 갱생법 34조 2항은 「...특별한 준수사항 외에 왼쪽에 드는 사항을 준수해야 한다」라고 규정하고 있다. 즉, 일반준수사항

162) 小川太郎 『자유형의 전개』 p.211

163) 『연수교재 갱생보호』(平成5년판) p.39

과 특별준수사항은 내용적으로 별개의 것이라고 형식적으로 이해할 여지도 있지만, 준수사항은 애초부터 위반에 대한 제재를 전제로 부과되는 것이 아니라 본인의 개선갱생에 필요한 사항으로서 부과되는 것이므로, 일반 준수사항은 기본적인 공통사항으로서 명시되고 있는데 불과하며, 내용적으로 중시하는 특별준수사항을 배제하는 것은 아니다. 따라서 일반준수사항, 특별준수사항 모두 준수사항으로서 동등한 효력을 지니며, 내용적으로 결합하는 경우에도 어느 쪽이 우선이라고는 할 수 없다. 이 때 특별준수사항에는 ① 일반준수사항을 더욱 구체화한 것과 ② 일반준수사항 이외의 구체적인 것이 있게 된다.

실례조사에 따르면 일반준수사항과 내용적으로 중복되는 특별준수사항의 유형을 정리하면 <표 3-1>과 같다¹⁶⁴⁾. 野中の 분석에 따르면 예를 들어 「행실이 좋지 않은 자와는 교제하지 않을 것」이라는 특별준수사항은 일반준수사항 3호인 「범죄성이 있는 자 또는 소행불량인 자와 교제하지 않을 것」과 똑같은 내용을 형태를 조금 바꿔 반복하는 것이다. 같은 내용이라도 특별준수사항에 속하게 되면 그 케이스에 중요한 사항으로서 특별한 의미를 부여받게 되며, 반복에 의해 의미가 강조되는 효과는 있다¹⁶⁵⁾ 또한 일반준수사항 2호와 특별준수사항의 재범금지조항의 경우에는 너무나 당연한 내용이라는 비판이 있어 직접적으로 범죄행위만을 금지하는 것이 아니라 그 원인이 될 수 있는 행동을 규제하는 내용으로 바꾸는 것이 바람직하다¹⁶⁶⁾.

164) 川崎政宏(1994), 法務研究報告書 제83집 제3호, p 29.

165) 野中忠夫 『가석방 사안의 특별준수사항에 관하여』 보호월보 48호 p.14

166) 鈴木昭一郎 『보호관찰 준수사항에 관한 연구』 법무연구보고서 60집 3호 p.63

<표 3-1> 일반준수사항과 중복되는 특별준수사항

1. 일반준수사항 2호와 중복되는 특별준수사항(‘재범금지조항’)
· 타인의 금품에 손을 대지 않을 것 · 폭력을 휘둘러 금품을 빼앗는 행위를 하지 않을 것 · 각성제를 소지하거나 사용하지 않을 것 · 신나를 흡입하지 않을 것 · 무면허운전을 하지 않을 것
2. 일반준수사항 3호와 중복되는 특별준수사항(‘교우제한조항’)
· 소행이 좋지 않은 자와 교제하지 않을 것 · 각성제와 관계있는 자와 교제하지 않을 것 · 폭력조직 관계자와 교제하지 않을 것
3. 일반준수사항 4호와 중복되는 특별준수사항(‘갱생보호회 무단퇴회금지 금지조항’)
· 갱생보호회의 규칙을 지키고, 무단퇴회하지 않을 것

특별준수사항이 단순히 일반준수사항과 내용이 중복되기만 한다면 의미가 없다. 예를 들어 일반준수사항 2호는 내용적으로는 재범금지조항을 모두 포함하고 있으므로 이미 『위법한 행위를 해서는 안된다』라는 규범이 부여되고 있는 것으로, 준수사항 위반이 있는 경우에 재범금지조항이 없어도 일반준수사항 2호 위반으로 가출옥을 취소하는 것도 가능하기 때문이다. 그러나 일반준수사항의 『선행을 유지하라』 『나쁜 짓을 해서는 안된다』는 추상적인 지시를 반복하는 것만으로는 처우가 심화되지 않는다. 특별준수사항은 범죄의 형태, 본인의 자질·능력, 금후 본인이 갱생하는데 어떤 것을 지키면 갱생이 기대되는가 등을 토대로 개별적·구체적으로 결정되는 것이다. 따라서 본인의 성격, 환경, 범죄의 동기 및 원인으로 보아 직접 범죄행위 금지를 본인에게 구체적으로 명시하는 것이 필요한 경우에는 특별준수사항에 보다 구체화시킬 필요가 있고, 그렇게 함으로써 보호관찰의 과정에서 개별적, 실제적인 지시, 주의, 조언이 이루어지기 쉽게 된다. 결

국 특별준수사항의 내용이 일반준수사항과 중복되더라도 개별성의 관점에서 특별히 주의시키기 위해 규정함으로써, 대상자의 의식을 환기하는데 의미가 있다. 오히려 문제는 특별준수사항의 내용을 얼마큼 개인에게 적절한 형태로 구체화할 수 있는가에 있다.

2. 일반준수사항

1) 일반준수사항의 내용

일본의 갱생법 34조 2항은 일반준수사항을 다음과 같이 규정하고 있다.

1호 일정한 주거에 거주하고, 올바른 직업에 종사할 것

2호 선행을 유지할 것

3호 범죄성이 있는 자 또는 소행이 불량한 자와 교제하지 않을 것

4호 주거를 옮기거나 장기 여행을 할 때에는 미리 보호관찰을 실시하는 자의 허가를 받을 것

각 호는 실무상 다음과 같이 해석되어 운용되고 있다¹⁶⁷⁾.

1호 사유 - 「일정한 주거에 거주한다」란 특정한 장소에 거주할 것을 명령하는 거주지정 내지 거주제한을 내용으로 하는 것이 아니라, 거주부정의 유량적인 생활태도를 금지하고 보호관찰을 받는 생활의 근거지로서의 주거를 확실히 해 둘 것을 명한 것이다. 또한 「올바른 직업」이란 일반적으로 풍속에 해가 없는 일, 본인의 갱생에 지장이 없는 일이라고 해석되어 사회

167) 『연수교재 갱생보호』(平成5년판) p.40 참조

통념에 따라 결정된다. 올바른 일에 종사하는 것은 단순히 직종의 적부 문제뿐만 아니라 근면하게 일한다고 하는 기본적인 생활규범을 나타낸 것이다. 본인에게 취업의 의사가 있어도 적당한 일을 얻지 못했을 경우, 심신 상태로 취업할 수 없는 경우, 혹은 취업이 필요하지 않은 경우 등도 있으므로 미취업이 본 호 위반으로 문책되는 것은 본인의 책임으로 돌릴 사유가 있는 경우에 한정된다.

2호 사유 - 『선행』이란 일반 사회인 이상의 규범적인 생활태도의 유지나 일일일선(一日一善)이라는 어떤 종류의 도덕적 행위를 적극적으로 실시하는 것까지를 의미하는 것은 아니며, 일반 건전한 사회인과 같은 생활태도를 계속할 것을 지시하는 것이다. 『선행 불유지(不維持)』의 상태란 사회적 비난을 받을만한 구체적 행위가 존재하고 있는 상태를 말하며, 사안에 따라 개별적으로 인정할 수밖에 없지만 범죄에 해당하는 행위는 물론, 그 외에 광의로는 본인의 개선갱생에 방해가 되고, 사회에 해를 끼치며 나아가서 재범을 촉진한다고 인정되는 행위도 포함된다.

3호 사유 - 『범죄성이 있는 자』란 현재 범죄 경향을 갖고 있는 자이며 범죄전력자 모두, 또는 공범자 혹은 교정시설에서 알게 된 자 모두를 가리키는 것이 아니라, 사안에 따라 개별적·구체적으로 범죄성의 유무를 진단해야 한다. 『소행불량자』란 『범죄성이 있는 자』와 중복되는 부분도 있지만 반사회적인 성행을 가지고 사회에 해악을 끼치는 경향이 있는 자라고 이해할 수 있다. 또한 『교제』란 정당한 이유 또는 목적없이 상호간에 관계하는 관계가 계속되는 경우를 말하며, 우연히 만나 이야기를 하는 경우 등은 교제에 해당하지 않는다.

4호 사유 - 『주거를 옮긴다』란 생활의 근거로서의 주거지를 계속적으로 다른 장소로 옮기는 것을 말하며, 『장기여행』이란 여행 첫날부터 기산해 7일 이상의 여행을 말하는 것으로 해석된다(규칙42조).

2) 일반준수사항의 문제점

가) 문언(文言)의 명확성

현행 일본의 일반준수사항은 『선행유지』, 『소행불량자』라는 추상적이고 막연한 문언이 많기 때문에(특별준수사항의 문언도 유사한 상황이라 할 수 있다), 헌법31조가 함의하는 명확성의 원칙에 반한다는 비판이 많다. 그러나 北澤의 지적에 따르면 ‘법정준수사항의 문언은 너무나 광범위하고 무한정한 금지, 억제 또는 요구처럼 보이지만 이제까지 확립된 해석과 운용으로 점점 명확해지고 한정되어 가고 있다’¹⁶⁸⁾고 할 수 있으며, 더구나 당해 문언의 내용에 대해 사전설명이 개별적으로 이루어지므로 헌법31조에는 위반하지 않는다고 풀이한 바 있다.

最判昭50. 9. 10刑集29·8·489는 명확성의 원칙에 대해 언급하고 있다. 이에 따르면 형벌법규가 정하는 구성요건이 애매하고 명확하지 않기 때문에 헌법 31조를 위반해 무효라고 볼 수는 없다. 그 이유는 첫째, 그 규정이 통상의 판단능력을 가지고 있는 일반인에 대해 금지되는 행위와 그렇지 않은 행위를 식별하기 위한 기준을 제시한 부분이 없고, 둘째, 그 때문에 그 적용을 받은 국민에 대해 형벌의 대상이 되는 행위를 미리 고지하는 기능을 다하지 못하며, 셋째, 그 운용이 이를 적용하는 국가 또는 지방 공공단체 기관의 주관적 판단에 맡겨져 자의로 흐르는 등 중대한 폐해를 발생시키기 때문이다.

준수사항의 경우에도 그 위반으로 가출옥이 취소되기 때문에 그 규범성에 비추어 헌법31조의 취지가 유추된다고 해석된다. 단 위의 판결문에도 언급된 것처럼 명확성의 원칙의 취지는 막연하고 불명확한 형법법규는 국민에 대해 적정한 사전고지를 결여하고, 적용에 자의를 초래할 위험이 있

168) 北澤信次 『보호관찰의 방법』 강좌·소년보호(제3권) p.157

다는 점에 있다. 그러나 준수사항의 경우 형벌법규의 구성요건과는 다음의 점에서 다르다. 첫째, 일반인을 대상으로 하는 형벌법규와 달리 준수사항은 개별성을 원칙으로 하며, 둘째, 법으로 정하는 일반준수사항에 대해서도 실무에서 이미 정착되어 있는 한정해석에 기초해(『선행유지』『소행불량자』 등), 대상자와 최초 면접시에 구두로 친절하게 내용설명을 하고 있어 대상자는 그 설명으로 한정된 규범내용을 사전에 알 수 있다. 셋째, 게다가 운용 자체가 한정적인 해석 하에서 정착되어 있어 자의적 운용의 우려가 적다. 따라서 준수사항은 곧바로 명확성에 반한다고는 할 수 없다고 풀이된다.

물론 대상자에의 설명은 보호관찰관이 개별적으로 실시하고 있다는 점에서 설명이 여러 가지로 잘못 전달될 우려도 있자는 점을 지적하는 의견도 있다¹⁶⁹⁾. 준수사항의 설명 자체가 일정하지 않거나 가지각색이라면 대상자에게 뜻하지 않은 타격이 되므로 그 설명방법이 중요하다. 따라서 鈴木이 지적하는 것처럼 서면에 의한 교시, 설명을 병행하는 것이 바람직하다고 생각된다¹⁷⁰⁾.

나) 각 호의 운용

준수사항 위반을 이유로 가출옥이 취소되는 사례에 대한 선행연구 결과에 따르면 취소사유는 특별준수사항 위반과 중복되는 것이 대부분이지만 일반준수사항 위반으로 한정할 경우 2호 위반과 4호 위반이 반반인 실정이며, 또한 대부분이 재범에 의한 신병구속을 계기로 가출옥 취소절차가 진행되고 있다¹⁷¹⁾. 100개의 사례 중에서 입건된 재범행위가 가장 많아 88

169) 武井和宏 외, 『준수사항』 갱생보호와 범죄예방 92호 p.41

170) 鈴木昭一郎 『보호관찰의 준수사항에 관한 연구』 법무연구보고서 60집 3호 p.21
참조

171) 川崎政宏(1994), 法務研究報告書 제83집 제3호, p34.

사례였으며, 12개 사례는 재범에 이르기 전에 인치를 위해 취소하였다. 보호관찰 실시 중에 재범행위가 있는 자는 당연히 2호 위반이 되는데, 보호관찰에서 이탈해 보호관찰 정지 중에 재범에 이르는 자는 보호관찰 정지 중의 준수사항 위반은 취소이유가 되지 않으므로 보호관찰로부터의 이탈 행위인 4호 위반을 이유로 취소되고 있다.

3. 특별준수사항

1) 특별준수사항의 범위와 기준

특별준수사항은 그 성격상 대상자의 권리·자유에 제한에 관한 것이기 때문에 법률로 그 내용을 명확히 할 필요가 있다. 그러나 개별처우의 각 장을 법률 규정의 틀 안에 넣을 수 있는 것이 아니기 때문에, 특별준수사항을 세밀하게 규정하는 것은 입법으로는 불가능하다고 할 수 있다. 그러나 행정청이 임의적으로 운영할 수 없도록 제한을 두는 것은 필요하다¹⁷²⁾.

가) 설정 원칙

(1) 가석방 및 보호관찰 등에 관한 규칙 5조

일본의 현행법은 특별준수사항이 고도의 전문적, 기술적 판단에 기초해 개별적으로 설정될 필요가 있다는데 초점을 맞춰 설정권자의 합리적 재량에 맡기고, 그 설정의 범위와 기준은 성령(省令)에 위임하고 있다.

갱생법 31조 3항은 가출옥자에 대한 특별준수사항의 설정은 법무성령이 정하는 범위내에서 정해야 하며, 법무성령 『가석방 및 보호관찰 등에 관한

172) 小川太郎 『자유형의 전개』 p.211

규칙』(昭和49년 4월 1일 법무성령 제24호) (이하 「규칙」이라 한다) 제5조에 특별준수사항 설정의 기준과 범위가 다음과 같이 제시되고 있다.

제5조 예방갱생법 제31조 제3항(매춘방지법 제25조 제3항에서 준용하는 경우)를 포함한다. 또는 제38조 제1항의 규정에 의한 다음의 특별준수사항은 기타 본인의 개선갱생에 도움이 된다고 인정되는 구체적인 사항으로, 본인의 생활력(生活歴), 심신의 상태, 범죄 또는 비행의 원인 및 형태, 거주지의 환경 등의 측면에서 볼 때 적절하고, 본인이 이를 서약하고 준수할 수 있다고 인정되며, 또한 본인의 자유를 부당하게 제한하지 않는 것이어야 한다.

1. 풍기가 좋지 않은 장소에 출입하지 않을 것
2. 사행적 행위에 빠지지 않을 것
3. 주류를 과도하게 음용하지 않을 것
4. 마약, 각성제 기타 약물을 함부로 사용하지 않을 것
5. 정신 또는 신체의 장애에 대해 치료를 받을 것
6. 가족의 부양 등 가정생활상의 책임을 다할 것

이 규정에서는 특별준수사항의 설정에 관한 네 가지 원칙인 ① 구체성의 원칙, ② 상당성의 원칙, ③ 준수가능성의 원칙, ④ 기본적인 인권존중의 원칙이 도출되어질 수 있다¹⁷³⁾ ①에서 ③은 케이스 워크의 원칙에 기초한 것으로, 가출옥의 본질이 「갱생의 조치」이기 때문에 당연히 필요한 것이다. 또한 ④는 현행 헌법하에서의 당연한 결과라고 할 수 있다.

이하에서는 각 원칙별로 운용상의 문제점을 정리하였다.

(2) 구체성의 원칙

173) 榎本正也 『보호관찰의 준수사항-특별준수사항 설정의 기준과 한계를 둘러싸고』 형사법학의 현대적 전개(하) p.338

구체성의 원칙이 요청되는 것은 추상적인 사항으로는 지도지침이 성립될 수 없을 뿐만 아니라 무엇이 규범인가를 대상자가 알 수 없기 때문이다. 구체성이 결여된 특별준수사항은 비록 한정해석을 해서 사전 설명을 했다고 해도 일반준수사항과 같은 한정된 운용이 정착되어 있지 않기 때문에, 그 준수사항 위반이 직접적인 가출옥 취소사유가 될 수는 없다.

그러나 현실적으로는 구체적으로 무엇을 주의해서 행동해야 하는가에 대해 설정자가 의도한 점이 처우자측에 전달되지 않는 경우가 있다. 예를 들어 준수사항의 설명을 실시하는 교도소 직원과 최초 면접시 보호관찰관은 설명에 어려움을 겪을 수 있기 때문에 일반적인 이해력을 가진 자라면 누가 보더라도 이해할 수 있는 구체적 내용으로 표현되어야 한다. 이러한 추상적인 정신훈시적 조항은 당초부터 준수사항 위반에 의한 가출옥 취소를 상정하지 않은 훈시조항이라 할 수 있어 준수사항 자체의 규범성을 약화시키는 경향이 있다.

실례조사에서도 이러한 구체성을 결여한, 추상적인 생활신조나 생활태도를 지시한 것을 다수 볼 수 있다(<표 3-2>)¹⁷⁴⁾.

<표 3-2> 구체성이 결여된 준수사항의 예

1. 소극 조항
· 인간의 생명·신체의 안전을 충분히 배려할 것(살인미수사건의 예) · 절대로 타인에게 폐를 끼치지 않을 것 · 전후를 잘 생각해 행동할 것 · 사물의 선악을 잘 생각해, 신중하게 행동할 것 · 범죄를 유발하기 쉬운 환경에의 출입을 삼갈 것 · 이성과의 안이한 교제를 삼갈 것
2. 적극 조항
· 생활의 목표를 세워 실현에 힘쓸 것 · 장래를 생각해, 계획적으로 행동하도록 노력할 것 · 착실하게 생활할 것

174) 鈴木昭一郎『보호관찰의 준수사항에 관한 연구』법학연구보고서 60집 3호 p.40

이러한 조항의 대다수는 가출옥 취소이유가 되는 준수사항의 내용과 부합된다. 이 조항들은 훈시규정이라고 밖에 해석할 수 없는 규정들이 많아 가출옥취소의 사유는 될 수 없기 때문에 대상자의 권리침해로는 연결되지 않는다. 그러나 일반적으로 누구에게나 들어맞는 내용이라면 규정할 필요가 없으며, 훈시적으로라도 구체적으로 대상자에게 강하게 자각을 요구할 필요가 있는 경우라면, 보다 분명하게 구체적인 내용을 보여야 한다.

(3) 상당성의 원칙

상당성의 원칙은 ‘본인의 개별적 사정에서 볼 때 적절할 것’을 의미하며¹⁷⁵⁾, 다음에 살펴볼 준수가능성의 원칙과 함께 특별준수사항이 개별적으로 설정되는 취지를 가장 잘 나타내고 있다고 할 수 있다.

문제는 상당성의 내용이다. 특별준수사항은 ‘본인의 생활력(生活歷), 심신의 상황, 범죄 또는 비행의 원인 및 형태, 거주할 곳의 환경 등’을 고려해 설정자가 적절하다고 인정하는 것을 정하며, 따라서 설정권자의 재량에 맡겨지는 부분이 많다고 할 수 있다. 鈴木은 상당성의 내용을 개별성, 실현가능성, 현실성으로 나누어 설명하고, 다음과 같은 사항은 적당성을 결여했다고 분석하였다¹⁷⁶⁾.

- 본인의 개별적인 조건이나 사정에 적합하지 않은 사항
- 본인의 능력으로 보아 도저히 실현을 기대할 수 없는 사항
- 현실사회의 통념, 기본적 신조 등에서 볼 때 적당하다고 시인할 수 없는 사항

(4) 준수가능성의 원칙

175) 규칙해설집, 보호월보 103호 p.5

176) 鈴木昭一郎, 전계 보고서 p.39 참조

준수가능성의 원칙은 ‘본인의 준수를 기대할 수 있다고 인정되는 것’을 의미한다¹⁷⁷⁾. 이는 케이스 워크의 개별성의 원칙에서는 당연한 요청이라고 할 수 있다. 그러나 형벌법규와 같은 금지규범은 일반인의 준수가능성을 기준으로 하고 있으므로 개개인의 준수가능성을 문제로 삼아서는 규범의 법익보호기능을 상실하게 된다. 반면 준수사항에는 법익보호기능이 중시되고 준수할 수 없었던 사정은 책임 차원에서 개별적으로 검토되기 때문에 법익침해에 이르지 않은 행위가 개별적으로 금지되고 행위규범으로서 대상자 본인에게 제시된다.

또한 특별준수사항에 의한 권리제한은 대상자의 이익을 지키기 위해 이루어지는 점에 특징이 있다. 따라서 준수가능성은 당해 대상자를 기준으로 생각해야 하며, 이 견해를 발전시키면 본인의 동의의 필요성까지 주장하는 논리에까지 발전하게 된다. 보호관찰의 목적인 개선갱생과 사회방위 중 개선갱생에 무게를 두는 입장은 준수가능성, 즉 동의성을 중시하지만, 사회방위에 무게를 두는 입장은 준수가능성을 그다지 문제삼지 않는다.

(5) 기본적 인권존중의 원칙

기본적 인권존중의 원칙은 어떤 면에서 당연한 것이지만, 설정자의 자의를 억제하는 의미에서 ‘보호관찰이라는 권력관계 하에서의 보호관찰 대상자의 인권의 옹호라는 견지에서 겸허한 권력행사의 본연의 자세를 요구해’¹⁷⁸⁾ 주의적으로 규정된 것이라고 생각된다.

나) 규칙5조의 예시

일본의 특별준수사항은 규칙5조에 6개 항목이 예시되어 있다. 이처럼 준

177) 전게 규칙해설서 p.5

178) 榎本 전게 p.337

수사항의 항목을 열거하는 것은 과거의 경험에 비추어 필요하다고 인정되며, 준수사항으로서 적합한 사항에 대해 지정자의 주의를 환기시키는 동시에 준수사항으로서 허용되는 일련의 범위를 제시해 지정자의 자의적인 재량을 배제하기 위해서이다.

열거의 방법에는 예시열거와 제한열거가 있다. 제한적으로 열거하는 것은 열거사항 이외의 것은 선택할 수 없는 것을 말하며, 예시적으로 열거하는 것은 열거사항 이외의 것에서도 유사한 것은 선택할 수 있는 것을 말한다. 이 두 가지 방식은 각각 나름대로의 장단점을 가지는데 우선 제한적 열거는 자의적인 재량에 의한 부당한 인권침해를 방지하는 장점이 있는 반면, 개별적으로 필요한 사항을 선택할 범위가 한정되어 있다는 단점이 있다. 반면 예시적 열거는 개별적으로 필요한 사항을 예시한 것과 비슷한 범위에서 넓게 선택할 수 있는 장점을 가지고 있지만, 준수사항으로서 허용되는 한계가 명확하지 않기 때문에 부당한 제약을 부과할 우려가 있다¹⁷⁹⁾.

규칙5조는 「다음에 드는 사항과 기타 본인의 개선갱생에 도움이 된다고 인정되는 구체적인 사항」이라고 명시하고 있어 예시열거라고 해석된다. 그 때문에 준수사항으로서 허용되는 한계가 문제가 되며 대상자에게 부당한 제약을 부과하는 일이 없도록 배려할 필요가 있다.

또 다른 문제는 예시의 범위를 넘어 권리를 제한하는 것이 가능한가 하는 문제이다. 예를 들면 두 번째 예시인 「사행적 행위에 빠지지 말 것」에 대해 「경마를 그만둘 것」을, 세 번째 예시인 「주류를 과도하게 음용하지 말 것」에 대해 「금주할 것」을 설정하는 것이 허용되는가 하는 문제가 논란의 여지가 있다. 이에 대해서는 우선 규칙5조의 규정이 「...다음에 드는 사항과 기타...」라고 되어 있고, 각 호가 단순한 예시로 삼기에는 상세하고도 구체적인 내용을 갖고 있기 때문에, 각 호의 예시에 관한 사항에 대해서는 예시의 범위를

179) 鈴木昭一郎, 전계 보고서 p.11

넘어 제한하는 것은 허용되지 않는다고 해석되고 있다.

그러나 현행 규칙 개정 때의 규칙해설서¹⁸⁰⁾에 의하면 특별준수사항은 본인의 개선갱생에 도움이 된다고 인정되는 구체적인 사항이어야 하므로, 각 호에서 열거한 예시에 대해서도 개별적인 사정에 따라 그 내용이 바뀌는 것은 당연하다. 또한 개별성의 원칙하에서 각 호의 내용에 대해서도 그 취지가 적용됨을 부기하고 있어, 각 호에 나열한 예시는 전형적 사례로서의 의미를 갖는데 불과함을 당연한 전제로 하고 있다.

단지 예시에 있는 6개 항목은 실제 특별준수사항 설정에도 많이 쓰이고 있으며, 또 예시의 범위를 넘어선 제한도 상당수에 이르고 있는 것이 실정이다. 예시의 문언을 엄격하게 해석하면 과잉 제한을 가한다고 보이는 조항이 많이 존재하는데, 실무상으로는 만약 1회의 준수사항 위반이 있을 경우 범죄행위나 남에게 피해를 주는 행위와는 달리, 그것으로 곧바로 ‘준수사항 위반=가출옥취소’ 조치가 채택되지는 않는다. 이는 금주를 벌 또는 제재로서 부과하고 있는 것은 아니기 때문이다. 준수사항을 준수하지 못한 본인에 대해 엄격한 지도가 가해진다는 점에서 훈시규정과도 다르다. 이는 그것을 방치하는 것이 본인의 자기가해, 나아가서는 타인가해로 이어지는 행동이므로 본인에 대한 개입이 필요해지기 때문이다.

2) 平野박사와 小川박사의 특별준수사항 내용 분류

여러 선행 연구들은 일본에서 현실적으로 어떤 종류의 특별준수사항이 설정되어 있는지 실례조사에 기초해 그 내용을 분석하였다. 그 중에서도 平野박사, 小川박사의 분류는 대표적인 특별준수사항에 관한 연구라 할 수 있다.

180) 전게 규칙해설서 p.5

가) 平野박사의 분류¹⁸¹⁾

- ① 본인의 갇생과는 직접 관계가 없는 의무를 사회 내지 제3자의 이익을 위해 부과하는 것[예: 피해를 배상할 것, 가족을 부양할 것 등]
- ② 보호관찰의 기초적인 조건을 완성하기 위한 것[예: 일정한 주거에 거주할 것, 일정한 시기에 보고 또는 연락을 할 것 등]
- ③ 대상자의 갇생을 돕기 위한 구체적인 지시[예: 과도한 음주를 하지 않을 것, 특정 단체의 사람과 교제하지 않을 것, 특정 물건을 소지하지 않을 것, 기타, 휴가, 수입의 이용방법 등]

나) 小川박사의 분류¹⁸²⁾

- ① 감독을 용이하게 위한 조건[예: 주거, 직업 등에 대해 보고하게 하는 것이나 정기통신, 출두의무 등을 부과하는 것]
- ② 갇생복귀를 촉진하고 재범을 막기 위한 조건[예: 선행을 유지하고, 올바른 직업에 종사한다는 일반적인 조건부터 본인에게 알맞은 개별적 조건까지를 포함한다. 불량교우의 금지, 알코올 음료의 금지, 외박 금지, 특정한 장소에의 출입금지 등이 있다. 나아가 주거, 직업, 가계, 교육, 치료 등에 대한 적극적인 조건도 이에 속한다.]
- ③ 재판의 목적을 완성하기 위한 조건[예: 피해배상, 소송비용의 지불, 부양의무위반의 경우에는 부양료의 지불 등]
- ④ 징계적 성질의 조건[예: 단기구금, 벌금, 일시적 금주, 금연의 명령 등]

다) 종 합

두 사람의 분류는 크게 세 가지 유형으로 종합되어질 수 있다.

181) 平野龍一 『교정보호법』 p.104

182) 小川太郎 『자유형의 전개』 p.209

제Ⅰ유형(平野박사의 ②, 小川박사의 ①)은 최저한도의 사회내 처우로서의 보호관찰이 성립하기 위한 전제 조건으로써의 성격을 갖고 있으므로 일반적 조건으로 규정되어야한다¹⁸³⁾.

제Ⅱ유형(平野박사의 ③, 小川박사의 ②)은 개선갱생을 목적으로 하는 보호관찰의 본질적 요소라고 할 수 있는 것으로 대상자의 개선갱생을 위한 지도지침이 되며, 대상자에게는 생활규범이 되어야 할 사항으로, 수적으로도 가장 많고 내용적으로도 중요하다. 平野박사는 준수사항은 준수 그 자체가 중요한 것이 아니라 재범방지의 수단이며, 그 위반은 재범의 위험성을 나타내는 징표로서의 의미가 있는데 불과하다고 보았다. 따라서 위반이 곧바로 취소로 연결되지는 않는다. 또한 그 내용은 재범 원인의 제거에 도움이 되는 구체적·보도적인 것이어야 하며, 형식적이고 교훈적인 것이어서는 안된다.

제Ⅲ유형(平野박사의 ①, 小川박사의 ③, ④)은 보호관찰을 형벌적인 성격의 것으로 만들 여지가 있는 준수사항으로 현행법상 부과할 수 있는가 없는가는 논쟁의 여지가 있는 조항이다. 예를 들어 손해배상명령이나 사회봉사명령 등을 상정할 수 있지만, 개선갱생목적이 아니라 완화된 형벌로서 부과되는 것이라면 보호관찰과는 이질적인 것이라 할 수 있어 융화될 수 없다. 이 점에 대해 小川박사는 조건은 이를 적용받는 자에 대해 의미가 있는 것이어야 하며, 따라서 단순히 그 행동을 제한하는 의미밖에 갖지 않는 것은 보호관찰이 갖는 건설적인 성질을 해치는 것이 된다고 보았다. 범죄에 대한 사회감정과 타협하기 위해 이런 종류의 조건을 붙이는 것은 부정할 수 없지만, 보호관찰의 근본적인 취지를 일탈한 것이란 사실은 분명하다는 것이다. 따라서 ③과 ④는 가능한한 본인의 자발적 의사를 기대하고, ②에 속하는 조건으로서 생각하는 것이 바람직하다. 보호관찰은 형식

183) 小川 전게서 p.210

적으로는 권력관계이다. 그러나 그 내용은 부과되어진 조건에 대한 본인의 자발적 동의에 의해 실현된 것이다¹⁸⁴⁾.

3) 川崎政宏의 특별준수사항 내용 분류

川崎政宏은 平成6년 전국 8개 지방위원회에서 가출옥 허가결정을 받은 케이스(294건)를 수집하여 실무상 설정되어 있는 특별준수사항의 내용을 파악하고 그 문제점을 분석하였다. 그는 앞서 설명한 平野・小川 두 박사의 분류를 참고로 하고, 내용적으로 가장 많은 제Ⅱ유형을 다시 5개 유형으로 분류했다. 이 때 권리제한의 정당화 근거에 따른 분류인 침해원리¹⁸⁵⁾, 소극적 온정주의¹⁸⁶⁾, 적극적 온정주의, 교훈주의를 참고로 했다.

川崎政宏가 분류한 5가지 특별준수사항 유형은 아래와 같다. 이 중 ①은 「침해원리」, ②는 「소극적 온정주의」, ③은 「적극적 온정주의」에 기초한 것으로, 앞서 말한 제Ⅱ유형에 속하는 것이다. ④에는 훈시규정으로만 의미를 갖는 것이, ⑤에는 앞서 말한 제Ⅰ유형에 속하는 것이 포함되었다.

184) 상동

185) 침해원리(Harm Principle)란 「개인의 의사에 반해 그 자유에 간섭할 수 있는 것은 그 개인의 타인에 대한 모종의 침해를 방지하기 위해서만이다」라는 원리이며, 준수사항에 위반하는 것이 타인의 이익침해로 이어지는 경우를 가리킨다.

186) 온정주의란 「타인에게 어떤 피해도 끼치지 않지만, 방치하면 그 개인 자신의 이익이 해가 되다는 이유로 그 개인에게 간섭한다」는 것이다. 온정주의를 권리제한의 정당화 근거로 삼는 것에 관해서는 비판도 많지만, 보호관찰이 의도하는 바는 본인의 개선을 목적으로 그 자유를 제한하는 것이기 때문에 준수사항을 분석하는 개념으로서 유용하게 사용되는 것이다.

통상적으로 온정주의가 문제로 삼는 자기 가해의 자기 이익에는, 소극적 이익과 적극적 이익이 있으며, 그에 따라 개입원리로서 「소극적 온정주의」와 「적극적 온정주의」가 있다고 여겨진다. 「소극적 온정주의」란 「본인의 생활이익이 평균이하인 때, 그것을 평균적 상태로까지 끌어올리는 것」으로, 「방치=自損」 「개입=현상유지」라는 관계를 볼 수 있고, 「적극적 온정주의」란 「그 상태 이상으로 끌어올리는 것」으로, 「방치=현상유지≠自損」 「개입=복지증진」이라는 관계가 있다.

현행법상, 특별준수사항 1호, 2호는 귀주지, 출두장소의 지정이며, 정형화되어 있으므로 분류에서는 제외했다.

① 재범을 직접 금지하는 조항

- 「타인의 물건에 손 대지 않을 것」
- 「각성제에 손 대지 않을 것」 등
(규칙 5조의 예시 「4 마약, 각성제 기타 약물을 함부로 사용하지 않을 것」)

② 재범유발 상황에서 멀어지게 하는 조항(마이너스 요인의 제거)

- 「음주를 굳게 삼가할 것」
- 「경마를 그만둘 것」
- 「폭력단과의 교제를 끊을 것」 등
(규칙5조의 예시 「1 의심스러운 장소에 출입하지 않을 것」, 「2 사행적 행위에 빠지지 않을 것」, 「3 주류를 과도하게 음용하지 않을 것」)

③ 생활안정예의 적극적 노력을 촉구하는 조항(플러스 요인의 축적)

- 「성실히 일할 것」
- 「저축에 힘쓸 것」 등
(규칙5조의 예시 「5 정신 또는 신체의 장애에 대해 치료를 받을 것」, 「6 가족의 부양 등 가정생활상의 책임을 다할 것」)

④ 정신적 훈시조항

- 「피해자의 명복을 빌 것」
- 「건실한 생활에 항상 유의할 것」 등

⑤ 기본관계 유지를 위한 조항

- 「보호사를 방문해 그 지도를 받을 것」
- 「更生보호회의 규칙을 지키고 무단 퇴회 하지 않을 것」 등

294 사례에 설정된 1,33개 조항 중 정형적인 귀주, 출두조항을 제외한 1253개 항목을 위의 다섯 가지 유형의 특별준수사항으로 분류하면 규범성이 강한 ①의 재범금지조항, ⑤의 기본적 관계유지 조항은 90% 이상의 대상자에게 부과되고 있다. 특히 재범금지조항은 1인당 1.2항목이 부과되며, 기본적 관계유지조항에 대해서도 갱생보호회 귀주자에게는 『갱생보호회의 규칙을 지키고, 무단으로 퇴회하지 않을 것』 등의 보호회 조항이 전원에게 부과되고 있다. 한편 ③의 취로조항도 90% 이상의 대상자에게 부과되어 있는데 규정에 따라 의미하는 내용이 미묘하게 달라지며, 규범성 면에서는 상당히 약하다고 할 수 있다. 또한 조사결과 한 사람에게 6~7개의 특별준수사항이 다음과 같은 형태로 부과되고 있는 실정이다.

[예1 :각성제 사건]

1. 평성○년○월○일까지 ○○현○○시○○정○-○ ○○○으로 갈 것
2. 평성○년○월○일까지 ○○보호관찰소에 출두할 것
3. 각성제에는 두 번 다시 손을 대지 않을 것
4. 각성제나 폭력조직과 관계된 자와 교제하지 않을 것
5. 일정한 직업을 갖고 성실하게 일할 것
6. 자진해서 보호사를 방문하고, 그 지도 조언에 따를 것

[예2: 절도사건]

1. 평성○년○월○일까지 ○○현○○시○○정○-○ ○○○에 갈 것
2. 평성○년○월○일까지 ○○보호관찰소에 출두할 것
3. 타인의 금품에는 절대 손을 대지 않을 것
4. 음주를 굳게 삼가할 것
5. 일정한 직업을 갖고 참을성 있게 일할 것

6. 갱생보호회의 규칙을 지키고, 무단외박이나 무단퇴회 하지 않을 것

가) 직접적인 재범금지 조항

(1) 특 징

재범금지조항은 거의 전원(95.5%)에 부과되고 있다. 290명중에 이 조항이 부과되지 않은 자는 단 12명으로, 그중 11명이 초범이다. 죄명별로는 살상범(殺傷犯) 6명, 재산범 4명, 특별법범 2명이다. 특히 살상범에 대해서는 다음과 같은 『명복조항』이 특별준수조항의 앞부분에 부가되고 있다.

- 피해자의 명복을 빌고, 공양에 힘쓸 것
- 인명의 존귀함을 마음에 새기고, 죽은 자의 공양에 힘쓸 것
- 부모의 명복을 빌고, 두 번 다시 같은 잘못을 저지르지 않을 것을 맹세할 것

일부 살상사건에서는 통상적으로 ‘폭력적인 행위를 하지 않을 것’, ‘생명, 신체에 위해를 가하는 행위를 하지 않을 것’ 등의 재범금지조항이 부과되기도 한다. 그러나 본인이 진심으로 후회하거나 귀주 환경이 양호한 경우에는 재범금지조항을 부과할 필요가 없다. 또한 일과성 범죄의 경우에는 특별준수사항을 망라해서 드는 것보다, 명복조항을 필두에 드는 쪽이 본인에의 감명을 주는 효과가 있을 수 있다.

재범금지조항의 내용은 표현에 다소의 차이가 있긴 하지만, 주로 가출옥의 대상이 된 형의 범죄 내용에 따라 대략 다음과 같은 것이 설정된다(<표 3-3>).

재범을 직접적으로 금지하는 조항의 특징은 다음과 같다.

첫째, 재범금지 조항은 특별준수사항의 앞부분에 제시된다. 대부분의 사례에서 귀주, 출두를 지시한 1호, 2호에 이어서 3호는 재범금지조항을 두고 있다. 특별준수사항 사이에는 우선 순위가 없지만, 대상자에게 강한 인상을 남기기 위해 사안에 따라서는 명복조항을 앞부분에 두기도 한다.

<표 3-3> 직접적인 재범금지조항의 예

재산범	
절 도	· 타인의 (물건·금품)에 손을 대지 않을 것 · 타인의 금품에 손을 대지 않을 것 · 타인의 금품을 훔치지 않을 것 · 차량을 훔치지 않을 것
사 기	· 남을 속이지 않을 것 · 타인을 속이는 행위를 하지 않을 것 · 남을 속여 폐를 끼치는 행위를 하지 않을 것 · 타인을 속여 불법적인 이익을 얻지 않을 것 · 남을 속여 금품을 취득하지 않을 것
강 도	· 폭력을 휘둘러 금품을 빼앗는 행위를 하지 않을 것
공 갈	· 타인을 위협해 불법적인 이익을 얻는 일을 하지 않을 것 · 남을 위협해 금품을 취득하는 행위를 하지 않을 것 · 남을 위협해 금품을 취득하지 않을 것
횡 령	· 타인의 금품을 착복하지 않을 것
조직폭력범	
· 난폭한 행위를 하지 않을 것 · 남을 위협하지 않을 것 · 남에게 폭력적인 행위를 하지 않을 것 · 타인에게 폭력을 휘두르지 않을 것 · 타인에게 피해를 가하는 난폭한 행위를 하지 않을 것 · 생명과 신체에 피해를 가하는 난폭한 행동을 하지 않을 것 · 생명에 위협을 주는 위협을 가하는 난폭한 행동을 하지 않을 것 · 생명을 존중하고, 살인 등의 흉악한 행위를 하지 않을 것	
성범죄범	
· (부녀자·여성)에 대해 음란한(말, 행위)를 하지 않을 것 · 여성의 인격을 존중하고, 음란한 행동을 하지 않을 것 · 여성에 대해 난폭한 행위를 하지 않을 것	
방화범	
· 방화 등의 위험한 행위를 하지 않을 것 · 방화 등 타인에게 폐를 끼치는 일을 하지 않을 것 · 방화 등의 위험하고 남에게 폐를 끼치는 행위를 하지 않을 것	

<표 3-3> 직접적인 재범금지조항의 예(계속)

교통사범	
· (무면허·음주·속도위반·무모한) 운전을 하지 않을 것 · 오토바이 등의 무면허 운전을 하지 않을 것	
약물사범	
각 성 제	· 각성제 등의 약물에 손대지 않을 것 · 각성제에 손대지 않을 것 · 각성제를 소지하거나 사용하지 않을 것 · 각성제를 사용하지 않을 것
신 나	· 신나 등의 약물에 손대지 않을 것 · 신나 등에 손대지 않을 것 · 신나류에 손대지 않을 것 · 신나 등 약물의 흡입을 하지 않을 것 · 신나 등 유기용제의 흡입을 하지 않을 것 · 신나류를 흡입하지 않을 것
대 마	· 대마 등 위법한 약물에는 손대지 않을 것
총도법 위반	
· 총검 등 위험한 물건을 소지하지 않을 것 · 총검 등을 소지하지 않을 것 · 칼 등 위험한 물건을 함부로 갖고 다니지 않을 것	

둘째, 과거의 범죄와의 관련성이 강하다. 일반적으로는 죄명에 따라 준수조항이 부과된다. 그러나 과거의 범죄력과 행동방식을 포함하여 재범 방지상 유의해야 할 행동을 미리 금지하는 경우도 있는데, 예를 들어 여죄사건이 있는 자, 집행유예기간 종료 전에 다른 사건을 일으킨 자, 교통사범이지만 조폭범 전력이 많은 자 등이다.

셋째, 형벌법규의 구성요건과 같은 표현을 사용하지 않는다. 「절도를 하지 않을 것」, 「사기치지 않을 것」이라는 표현을 사용하지 않고, 「남의 물건에 손대지 않을 것」, 「남을 속이는 행위를 하지 않을 것」이라는 법적 평가가 아닌 자연적 행위를 금지하는 형태로 구성되어 있다. 이는 형벌법규의 적용여하의 문제가 아니라, 선행유지의무를 구체화시켜서 나타낸 것이

기 때문이다. 본인의 자각을 강하게 촉구하는 효과를 노린 것이라 할 수 있다.

넷째, 범죄 자체의 특성(일과성, 누행성의 차이 등) 면에서 살인 등에 대해서는 비교적 동종 행위의 금지라기보다, 범죄에 이르게 된 원인쪽에 중점을 둔 규정이 되고 있다. 자책에 빠진 본인에 대한 배려에서 직접적 표현을 피하고 있는 것도 볼 수 있다.

(2) 문제점

가장 큰 문제점은 내용상 일반준수사항 2호와 중복된다는 점이다. 이에 대해서는 다음과 같은 견해가 있다. 하나는 일반준수사항 2호로 선행유지의무를 부과하고 범죄행위를 당연히 금지하고 있기 때문에, 굳이 특별준수사항으로 중복해서 규정할 필요는 없다고 하는 견해이다. 이 견해는 특별준수사항은 일반준수사항의 규정사항 이외의 것 중에서 재범방지상 중요한 것을 설정해야 한다고 생각한다. 가출옥중 재범행위가 있다고 해도 일반준수사항 2호 위반 책임을 물으면 충분하기 때문에 재범방지조항이 없어도 가출옥 취소에 아무런 장애는 없다. 그러나 선행유지의무는 추상적이며, 단지 범죄를 저지르지 않고 보통의 생활을 요구한다고 해서 본인에게 구체적인 생활규범으로서 내면화된다고는 하기 어렵다. 오히려 굳이 구체적인 범죄행위를 표시해서 본인의 주의를 환기하는데 의미가 있다고 할 수 있을 것이다.

또 하나의 견해는 케이스 워크적 배려를 중시하는 입장에서 범죄행위를 금지하는 것은 너무 직접적이고 지도감독의 구체적 지침이 되기 어렵기 때문에 오히려 거기에 이르는 과정에 대해, 지도감독의 목표가 될 사항이 설정되어야 한다고 보고있다. 범죄행위를 직접 금지하는 것보다, 범죄에 결부되기 쉬운 생활상의 행위를 규제하는 것이 의미가 있다는 것이다. 이

런 조항은 지도감독의 목표라고 하기 보다 주로 본인에 대한 내면적 효과를 노리는 것에 불과하다고도 할 수 있다. 실제상으로는 재범방지에의 배려, 사회방위의 관점에의 배려로서 부과되고 있다고 볼 수도 있다.

나) 재범유발상황에서 멀어지게 하는 조항

(1) 특 징

소극적 온정주의에 기초한 조항이란 당해 조항에 위반되는 행위가 타인의 이익을 해치는 것은 아니지만, 방치하면 재범 우려가 있는 행위를 제한하는 조항을 말한다. 본인의 개선갱생을 목적으로 한 개입이 필요한 것이라고 할 수 있다(<표 3-4>).

구체적으로는, 음주, 도박, 교우에 관한 사항이 많다. 모두 보통이라면 법령상 금지되는 행위가 아니며, 개인의 자유에 맡겨진 영역의 문제이다. 그러나, 보호관찰 대상자에 대해서는 규칙5조도 예시하는 것처럼, 이들 행위의 제한이 예정되어 있으며, 또한 실제상으로도 많은 사례에서 설정되어 있다.

이상의 실례를 보면 재범유발상황 금지조항에는 다음과 같은 특징이 나타났다.

첫째, 교우관계조항은 많이 설정되어 있음에도 불구하고 가출옥 취소의 이유가 되는 경우는 적으며, 훈시적 의미가 강한 내용이 많다. 교우관계조항은 일반준수사항 3호와 내용적으로 중복되는데도 41.7%의 대상자에게 설정되어 있다. 특히 각성제 사건 대상자 91명중 78명(85.7%)에게 당해 조항이 설정되어 있고, 가출옥취소이유로 교우관계조항은 100개 사례 중 1개 사례밖에 올라있지 않은데, 이는 불량교우의 사실인정이 곤란하다는 점에서 실제상 각성제 사용 등의 재범이 있는 경우는 일반준수사항 2호 및 재범금지조항 위반을 이유로 하고, 교우조항위반까지는 이유로 들지 않기 때문이다.

122 각국의 보호관찰 대상자 준수사항에 관한 연구

<표 3-4> 재범유발 상황 금지 조항의 예

교우관계		121사례(41.7%)
폭력조직	· 폭력단에서 이탈할 것 · 폭력조직 관계자와 사귀지 않을 것 · 폭력조직 관계자에게 접근하지 않을 것	
각 성 제	· 각성제 남용자와 사귀지 않을 것 · 각성제를 사용하는 동료와 교제하지 않을 것 · 각성제를 함부로 다루는 자와는 사귀지 않을 것 · 각성제에 관계되는 자와 교제하거나, 만나거나, 연락하거나 하지 않을 것 · 각성제 관계자와 교제하지 않을 것 · 각성제 관계자와는 관계를 갖지 않을 것 · 각성제 관계자에게 접근하지 않을 것	
공 범 자	· 공범자와 사귀지 않을 것 · 공범자와의 교제를 하지 않을 것	
불량교우 전반	· 형무소에서 만난 사람과 사귀지 않을 것 · (…등) 소행이 좋지 않은 자와의 교제를 끊을 것 · (…등) 소행이 좋지 않은 자와 교제하지 않을 것 · (…등) 소행이 좋지 않은 자와 사귀지 않을 것 · 범죄를 유발하기 쉬운 나쁜 교제를 끊을 것 · 불량교우를 끊을 것 · 교우관계에 주의하고, 나쁜 유혹에 빠지지 않을 것 · 친구를 잘 선택하고, 나쁜 유혹에는 빠지지 않을 것 · 의사를 굳게 갖고, 나쁜 유혹에는 빠지지 않을 것 · 이성과의 안이한 교제를 삼가할 것 · 나쁜 교제를 하지 않을 것	
음 주		69사례(23.8%)
· 술을 끊을 것 · 결심한대로 금주할 것 · 갱생보호회 재회 중에는 술을 마시지 않을 것 · 음주를 굳게 삼가할 것 · 음주·유흥을 굳게 삼가할 것 · 음주를 삼가할 것 · 음주·유흥을 삼가할 것 · 간염에 걸린 점을 자각해서 술에 손대지 않을 것 · 건강유지를 첫째로 해서 음주를 삼가며, 규칙적인 생활을 할 것		

<표 3-4> 재범유발 상황 금지 조항의 예(계속)

사행적 행위		48사례(16.6%)
도박	· (경마·경륜·競艇·내기 마작 등의) 도박·내기를 하지 않을 것 · 결심한대로 경륜 등의 도박을 그만둘 것 · 결심한대로 경마 등의 내기를 하지 않을 것 · 내기를 하지 않을 것	
빠징꼬	· 빠징꼬를 하지 않을 것 · 결심한대로 빠징꼬를 그만둘 것 · 빠징꼬나 포커 등의 게임을 굳게 삼가할 것 · 빠징꼬 놀이를 굳게 삼가할 것 · 빠징꼬를 삼가할 것 · 빠징꼬 놀이에 빠지지 않을 것 · 빠징꼬나 슬롯머신 등에 돈을 헛되게 쓰지 않을 것 · 빠징꼬 등으로 낭비하지 않을 것	
가출방랑		9사례(3.1%)
· 가출, 방랑을 하지 않을 것 · 가출, 방랑을 하지 않고 건실한 생활을 할 것		
특정장소에서의 출입금지		3사례(1.0%)
· 빠징꼬 가게, 게임 센터 등 유흥장에 출입하지 않을 것 · 범죄를 유발하기 쉬운 환경에서의 출입을 삼가할 것 · 의심스러운 장소에 출입하지 않을 것		

각성제 사건 대상자는 물론, 폭력조직에 가입했던 사람 등에게 있어서 각성제 관계자, 폭력조직 관계자와의 교제는 그 자체로 재범에 이르는 개연성이 높다고 할 수 있으며, 교우관계조항 중에서도 상당히 규범성이 강한 것이라고 할 수 있다. 비록 재범에 결부되지 않는 경우라도 보호관찰의 실시상 엄격히 지도되고 있다. 반면 일반적으로 불량교우에 대한 주의를 촉구할 뿐인 조항은 구체성이 없어 일반준수조항 3호와 별도로 특별히 규정한 의미가 결여되었다.

둘째, 음주조항에 대해서는 금지나 제한이 이루어지는 경우가 많고, 본인의 준수가능성을 배려해서 표현에도 고심한 흔적이 있다. 음주조항이 부

과되고 있는 69명을 구체적으로 보면, 38명은 범죄시에 음주상태인 자이며, 나머지 31명에서도 과거에 알콜중독으로 입원력이 있는 자, 범행 직전의 생활파탄의 원인이 음주에 있는 자 등이 많다.

금주조항에 대해서는, 규칙5조의 예시3이 『과도한 음용』을 제한하고 있을 뿐이라는 점에서, 대상자의 자유를 부당하게 제약하고 있다는 견해도 있다. 또한 원래 문제음주행위가 있는 자에 대해 금주를 요구하는 것은 준수가능성이라는 점에서도 의문이 있다. 그러나 문제음주벽이 있는 자에게 있어, 음주는 통상의 위안, 오락의 범위를 넘어선 것이며, 게다가 『술을 삼가할 것』이라는 표현으로는 심리적으로도 억제되지 않아 금주조항은 필수적이다. 본인의 개선갱생을 위해서나, 재범방지를 위해서는 금주상태의 지속이 가장 중요한 지도목표라 할 수 있다. 단 위원 면접시 본인의 준수가능성을 끝까지 확인하고 금주의 동의를 받은 후 실시한다.

또한 금주조항에 위반한 것을 이유로 가출옥취소가 되는 경우에도 1회의 음주행위로 곧바로 취소해서는 안되며, 음주행위를 반복해 타인에게 피해를 주는 단계에 이른 경우야 가능하다. 실질적으로는 『과도한 음주』인가 아닌가, 사회내 처우의 지도의 한계를 넘었는가 아닌가를 종합해서 취소의 판단이 이루어진다. 그런 의미에서 금주의 서약은 금주지도의 전제조건이라고도 할 수 있다.

셋째, 사행적 행위조항을 살펴보면 금지 또는 제한이 이루어지는 경우가 많음에도 불구하고, 가출옥 취소의 사유가 되는 경우는 적어 훈시규정적 의미가 강함을 알 수 있다. 사행적 행위에 대해서는 음주와 같이 범죄를 직접 유발하는 관계는 없지만, 재산범을 유발할 가능성이 많다. 문제는 위법한 도박행위의 금지는 당연하더라도 빠짱꼬나 공영경기에 의한 합법행위까지 일괄 금지하는 것이 대상자의 자유를 부당하게 제약하는 것은 아닌가 하는 점이다. 음주행위가 육체적, 정신적, 경제적으로 자신을 해할 뿐 아니라 타

인에게 피해를 주는 행위로 이어지기도 쉬워 조기 개입이 필요한데 비해, 사행적 행위는 근로의욕의 상실, 경제의 파탄이라는 자기를 해하는 면이 주가 되며 곧바로 재범과 결부되는 것은 아니라고 할 수 있어 원칙적으로 전 부금지를 실시하는 것은 타당하지 않다고 할 수 있을 것이다.

그러나 음주가 통상의 위안, 오락의 범위를 넘어서는 것이며, 『술을 삼가할 것』이라는 표현으로는 심리적 억제가 되지 않는 것과 마찬가지로, 사행적 행위에 의한 생활파탄력이 있는 자에게 『경마에 빠지지 않을 것』이라는 표현으로는 심리적 억제가 되지 않을 뿐만 아니라, 도리어 경마를 허용하고 있다는 점이 강조되고 마는 점은 문제가 있다. 그런 의미에서는 사행적 행위로 인한 생활파탄으로 범죄에 이를 개연성이 높은 자에 대해 예외적으로 가출옥후 자립에의 목표가 설 때까지 일정기간에 한정해서 전부금지 등의 엄격한 제약을 부과하는 것도 허용된다. 그러나 사행적 행위조항 위반을 이유로 가출옥 취소가 실시되는 예는 거의 없다. 위반사실의 인정이 곤란한데다 음주와 달리 실태를 파악해 지도하기 어려운 측면이 있기 때문이다. 이런 점에서 사실상 이런 종류의 조항은 훈시적 조항에 가깝게 취급되기 쉽다.

(2) 문제점

소극적 온정주의에 기초한 권리 자유의 제한에 대해서는 비교적 정당화하기 쉽다. 물론, 문제 음주자에 관해서는 온정주의만이 아니라 침해원리에 의해서도 규칙을 정당화할 수 있다. 본인 보호이건 타인 보호이건 방치할 수 없는 상태를 전제로 한 개입이라는 점에서는 공통된다. 문제는 개선갱생의 목적을 위해 합법행위를 금지, 제한하는 것의 정당화(자기가해저지 원리로서의 소극적 온정주의) 및 그 한계이다. 특히 음주 등의 자유에 대해서도 헌법 13조의 자기결정권에 포함된다고 해석하는 학설도 유력하기

때문에 그 제한을 둘러싸고 케이스 워크 이론과 관련해 중요한 의미를 갖는다.

다) 생활안정 노력을 촉구하는 조항

(1) 특 징

적극적 온정주의에 기초한 조항은, 위반행위를 방치해도 본인의 이익을 해치지 않는지만 본인의 이익을 보다 증진시키고, 생활의 안정화를 꾀하기 위한 조항이라고 할 수 있어 적극적 조건으로서 부과되고 있는 것이다. 구체적으로는, 취로, 저축·경제생활, 생활태도, 가정생활에 관한 것이 많으며, 실례조사에서는 다음과 같은 조항이 설정되어 있다(<표 3-5>).

생활안정을 촉구하는 조항의 특징은 개선갱생을 위한 조항이지만, 노력목표적 규정이 많다는 점에 있다. 본래 강제적으로 개입해야 할 영역의 문제가 아니기 때문에 『...에 힘쓸 것』 『...에 유의할 것』이라는 노력목표적 표현이 사용되고, 그 위반이 가출옥취소의 이유가 되지도 않는다. 그러나 재범방지와 직접적인 관계가 없어도 가출옥자의 생활 안정화를 위해 지도조언이 필요한 사항이라 할 수 있어, 보호관찰을 실시할 때 조언지도 또는 보도원호를 위한 지침이 되는 것이다.

<표 3-5> 생활안정 노력촉구 조항의 예

취로	269사례(92.8%)
· 「놀지 말고 ☐☐☐☐ 성실하게 ☐☐☐☐ · 고정된 직장에 취업해서 ☐☐ ☐☐ 참을성있게 ☐☐ 일할 것 · ↳ 올바른 직장에 취업해서 ☐☐☐☐ ☐☐ 허세를 부리지 말고 ☐☐ ☐☐☐☐ 착실하게 ☐☐☐☐ · 일을 가리지 말고 참을성있게 일하고, 함부로 전직하지 않을 것 · 성실하게 일하고 ☐☐☐☐ 자립을 향해 ☐☐☐☐ 노력할 것 ☐☐☐☐ 처자의 신용을 되돌리도록 ☐☐☐☐ · 착실하고 견실한 일이나 생활을 통해 신용의 회복에 힘쓸 것 · 올바른 직장에 취업해서 참을성있게 일해 가족을 안심시킬 것	
생활태도	34사례(11.7%)
· ☐☐☐☐ 부모로서의 책임을 잘 생각하고, ☐☐☐☐ · ☐☐ 유흥을 삼가하고, ☐☐ · ☐☐ 허영이나 허세를 부리지 말고, ☐☐ · ☐☐ 가족에 대한 자신의 책임을 자각해, ☐☐☐☐☐☐ 견실한 생활 ☐☐☐☐을 할 것 · ☐☐ 한 가족의 기둥이라는 점을 자각해, ☐☐☐☐☐☐ 착실한 생활 ☐☐☐☐ · ☐☐ 견실한 생활계획을 세워, ☐☐ · ☐☐ 가족을 생각해서, ☐☐ · ☐☐ 전후를 잘 생각해, ☐☐ · ☐☐ 일에 힘쓰고, ☐☐ · ☐☐☐☐ 고용주의 온정에 보답해, ☐☐☐☐ · (부모로서의 입장을 자각해) 올바른 생활을 할 것 · ☐☐☐☐ 부모로서의 책임을 잘 생각해, ☐☐☐☐ · ☐☐ 사물의 선악을 잘 생각해 행동하고, ☐☐ · ☐☐ 가족의 걱정이나 고생을 잘 생각해, ☐☐ 제멋대로 행동하지 않을 것 · ☐☐ 가정에서의 자신의 입장을 잘 생각해, ☐☐ ☐☐☐☐ 전후를 잘 생각해, ☐☐☐☐ · 사물의 선악의 잘 생각해, 신중하게 행동할 것 · 전후를 잘 생각해 행동할 것 · 생활의 목표를 확실히 세워, 그것을 향해 노력할 것 · 장래를 생각해 계획적으로 행동하도록 노력할 것	

그러나 본인의 현실에 맞춰서 구체적 내용을 제시한 그 외의 많은 조항은 바로 개선모델의 준수사항의 전형적인 예이며, 수형자와의 면접심리를 근거로 본인에게 가장 감명도가 높은 것을 케이스 워크적 배려에 기초해

설정했다고 할 수 있다. 본인의 가족상황, 신체상황, 경제상황 등을 고려해 본인의 자립을 위한 생활지침으로서 의미있는 노력목표가 설정되어 있다고 할 수 있다.

라) 정신적 훈시조항

(1) 특 징

정신적 훈시조항은 내면적 문제에 관한 조항으로, 구체적으로는 피해자의 명복을 비는 것, 피해변상·위자료 지불, 책임의 자각에 관한 것이 있으며, 다음과 같은 조항을 예로 들 수 있다(<표 3-6>).

<표 3-6> 정신적 훈시조항의 예

명복	23사례(7.9%)
· 피해자의 명복을 빌 것 · 피해자의 慰靈에 힘쓸 것 · 피해자의 공양에 힘쓸 것 · 인명의 존귀함을 마음에 새기고, 죽은 자의 공양에 힘쓸 것 · 죽은 자의 명복을 빌고 □□□□ 공양하고, 속죄의 생활을 보낼 것 □□□□ □□□□ 죄를 근절하는 생활을 보낼 것 □□□□	
피해변상·위자료	20사례(6.9%)
· 피해변상에 성의를 다할 것 · 피해자(유족)의 위자에 성의를 다할 것	
책임의 자각	15사례(5.2%)
· 한 가족의 기둥으로서, 법률을 지키고 선량한 사회생활을 할 것 · 부모로서의 책임을 잘 생각해 …할 것	

정신적 훈시조항은 강제적 성격을 띠 수 없기 때문에, 「…에 힘쓸 것」 「성의를 다해 …할 것」 「…자각할 것」이라는 노력규정의 형식을 취할 수밖에

에 없으며, 그 위반을 준수사항 위반으로는 보지 않는다. 단지 상해범의 경우에는 이들 조항이 본인에게 주는 심리적 영향이 크기 때문에 필요하며, 보호관찰 실시 과정에서도 잊어서는 안될 문제라고 할 수 있다.

(2) 문제점

분명 이들 조항은 성질상 강제할 수 없는 사항이며, 준수사항 위반을 묻지 않는 것은 물론, 지도의 대상으로서 강하게 개입할 수 없는 것이라 할 수 있어, 본인의 자각에 기초해 자주적으로 실시될 때 비로소 의미있는 사항이라 할 수 있을 것이다. 따라서 정신적 혼시조항을 특별준수사항으로 설정하는 것이 오히려 준수사항의 규범성을 약화시킨다는 비판이 제기되고 있다.

그러나 이들 조항이 대부분 살상범이나 과실치사 교통사건 대상자에게 부과됨으로써 피해자의 입장이나 피해자 감정에의 배려를 본인만이 아니라, 지도감독을 실시하는 측에서도 잊지 않도록 주의적으로 규정하고는 역할을 한다. 특히 무기형 대상자에 관해서는 보호관찰의 종료는 은사(형 집행의 면제)에 의할 수밖에 없어, 피해자 감정, 사회 감정의 관대한 용서를 향한 노력은 시간의 경과와 함께 잊혀지기 쉬운 문제인만큼 본인의 주의를 환기시키는데 중요한 의미를 갖는 조항이라 할 것이다.

마) 기본관계 유지를 위한 조항

보호관찰의 기본적 관계 유지를 위한 조항으로는, 지정 귀주지로의 귀주(특별 준수사항 1호), 보호관찰소에의 출두(특별준수사항 2호), 주거의 안정·무단전거의 금지(일반준수사항 1호, 4호), 보호사와의 접촉·생활상황의 보고(보호사조항) 및 갇생보호회의 규칙 준수(보호회조항)가 이에 포함된다. 보호사조항, 보호회조항에 대해서는 다음과 같은 조항이 설정되어 있다(<표 3-7>).

기본관계 유지조항은 모든 대상자에게 공통되는 기본적 조항으로, 보호관찰의 틀이 되는 대전제라 할 수 있다. 귀주지 지정, 출두지시, 보호회조항(보호사조항)은 대상자마다 다르기 때문에 특별준수사항으로만 규정되어 있으며, 내용적으로는 일반준수사항으로 규정해야 할 내용이라고 할 수 있다.

<표 3-7> 기본관계유지 조항의 예

보호사조항
· 자진해서 보호사를 방문해, 지도·조언을 받을 것 · 자진해서 보호사를 방문해, 그 지도조언을 따를 것 · 매월 보호사를 방문해 지도·조언을 받을 것 · 보호사의 지도나 조언에 따를 것 · 어려울 때는 자진해서 보호사와 상담하고 그 지도를 받을 것
보호회조항
· 갱생보호회의 규칙을 지키고, 직원의 지도를 받을 것 · 갱생보호회의 규칙을 지키고, (특히)무단으로 외박이나 퇴회(퇴거)하지 않을 것 · 갱생보호회의 규칙이나 직원의 지시를 지키고, 무단으로 외박이나 퇴회하지 않을 것 · 가출옥 일로부터 1개월간은 상기 갱생보호회에 거주하고, 그 규칙 및 직원의 지시에 따라 소 내의 중간처우를 받을 것

제3절 준수사항의 절차

1. 설정

특별준수사항은 지방위원회가 가출옥의 허가와 동시에 이를 정한다(更生법 31조 3항). 설정 때에는 가출옥 심리에 관한 모든 자료가 참고되는데 그 사람의 개선갱생에 가장 적합한 조항을 설정하기 위해서는 충분한 사전조사가 중요하다.

1) 사전조사의 필요성

가출옥의 심리는 교정시설의 장의 신청을 받아 시작되지만, 이미 그 전부터 사전조사가 실시되어 정보를 수집하고 있다. 본인에 관한 정보의 내용은 교정시설로부터의 신상조사서, 신상변동조사서와 함께 지방위원회 사무국에 소속된 보호관찰관이 교정시설에 가서 본인을 면접한 자료를 중심으로 수집되고 있다. 또한 본인이 거주할 환경에 관한 정보는 보호관찰소가 환경조정보고서, 환경조정추가보고서를 통해 지방위원회에 알리고 있다.

이들 정보를 기초로 주사위원과 본인과의 면접이 실시되고 위원회에서 가출옥의 적부가 판단할 뿐 아니라, 이러한 절차를 매개로 수집된 수많은 정보는 특별준수사항의 설정에도 이용되게 된다.

가) 가석방 준비조사

일본에서 지방위원회의 보호관찰관에 의한 가석방 준비조사가 제도화된 것은 소화41년으로 가석방 준비조사 실시요강(소화59. 9. 17보호관찰329호通達, 구 요강은 소화41. 9. 28保觀甲제393호通達)에 기초해 실시되고 있다.

가출옥 신청전의 조기 단계부터 교정시설 담당직원과의 정보교환에 의해 본인의 심신상황 및 행상의 추이 등을 파악함과 동시에 본인과 면접을 통해 사실조사만이 아니라 문제점의 확인, 상담·조언 활동도 병행해서 실시된다. 보호관찰관이 조사결과를 지방위원회에 의견을 진술해야 한다는 법률상의 규정은 없지만, 조사표에 조사결과 기재시 특별준수사항이나 보호관찰 실시상의 유의점에 관한 의견을 기재하도록 되어 있다. 실제로 특별준수사항 설정에 관한 의견기재는 그다지 많지 않지만 보호관찰 실시상의 유의사항과 합해서 기재되는 예가 많다. 지방위원회에 따라서는 특별준수사항을 유형화해서 부호로 기재하는 방법을 사용하기도 한다.

준비조사 결과는 지방위원회의 심리자료로서의 의의를 가질뿐 아니라 보호관찰소 또는 교정시설에 정보를 제공하여 환경조정의 원활화에 도움이 된다.

나) 환경조정 보고서

본인의 거주 예정지를 관할하는 보호관찰소는 본인의 희망에 기초하여 거주 예정지의 환경조정을 실시한다. 보호관찰관 또는 보호사는 면접 등 환경의 조정을 실시하고, 그 결과를 근거로 거주환경으로서 적당한가에 대한 소장의견을 첨부하여 환경조정 보고서를 교정시설과 지방위원회에 송부한다. 환경조정 보고서에는 준수사항을 정하는데 대한 의견란이 있어서 보호관찰소장이 의견을 기재하도록 되어 있다.

과거에 보호관찰력이 있는 자도 많기 때문에 ‘전회의 보호관찰 성적’을 함께 기재함으로써 보호관찰에 의한 갱생기대 가능성이 판단된다. 단 전회의 보호관찰 성적이 불량한 자에 대해서는 엄격하게 평가되기 때문에 이 경우 최초의 환경조정 보고서는 규제적인 의견이 많아지기 쉽다.

다) 가출옥 신청서

가출옥 신청서에는 개별 대상자에게 특히 준수할 필요가 있는 사항을 기재하도록 되어 있다. 가출옥 신청서의 성질상 2~3항목에 대해 간결하게 기재해야 하기 때문에, 본인의 소내 행동이나 성격에 관한 구체적인 내용을 기대할 수 없다. 오히려 가출옥 신청서 이전의 소내에서의 처우상·성격상의 문제점에 대한 보고가 중요하며, 통상 이러한 내용은 신상변동통지서에 의해 통지되거나 가석방 준비조사 때에 보호관찰관과의 협의에 의해 밝혀지게 된다. 소년원과 같이 시설내 처우와 사회내 처우의 유기적 일체화가 제도화되어 있는 경우에는 개별적 처우계획의 송부 등을 통해 시설, 지방위원회, 관찰소가 공통된 시간설정 속에서 일할 것이 기대되지만, 행형 시설의 경우 현행 가출옥제도 하에서는 공통된 시간설정 속에서 3자가 일하는 것은 어려운 부분이 있다. 이런 상황 속에서 진정으로 가출옥을 필요로 하는 자에게는 적기에 가출옥이 이루어지도록 지방위원회의 주체적 자세가 요구되기 때문에, 가석방 준비조사제도, 나아가서는 그것에 한 발 앞선 시설주재관제도는 지방위원회의 보호관찰관이 교정시설, 지방위원회, 보호관찰소의 3자의 중계역으로서 적극적으로 활용되는 것이 기대된다.

라) 위원 면접

면접은 특별준수사항의 설정에서 가장 중요한 과정이다¹⁸⁷⁾. 일반적으로 주사위원이 단독으로 본인과의 면접을 실시하지만 사안에 따라서는 복수위원에 의한 면접이 실시되는 경우도 있다(규칙23). 주사위원은 가출옥 신청서, 신상조사서, 환경조정 보고서, 가석방 사건 조사표, 피해자 감정조사 결과 보고서 등의 관계서류를 검토할 뿐 아니라, 본인과의 면접에 의해 본인의 성격, 수감중의 행형성적, 입소전의 생활상황, 가족관계 기타 관계사

187) 鈴木昭一郎『보호관찰의 준수사항에 관한 연구』법무연구 60집 3호 p.77 참조

항을 조사한다(갱생법 30조 1항). 또한 조사상 필요한 경우에는 형사사건 기록의 열람(규칙28)이나 인수인이나 보호자 등의 관계자를 불러 심문하는 것도 가능하다(갱생법 55조 1항).

일본의 갱생법은 주사위원에게 일부 경우를 제외하고 본인과의 면접을 하도록 하고 있다(갱생법 30조). 따라서 수형자에게 면접심사 청구권은 인정되지 않지만, 결과적으로는 본인과의 면접이 원칙적으로 보장되는 형태이다. 그러나 이 면접은 가출옥 허가절차의 적정화를 위해 본인의 절차 관여를 인정한다는 견해에서 이루어진 것이 아니라 가출옥 허가의 가부판단을 위한 정확한 심증파악을 위한 것이기 때문에 사안에 따라서는 면접을 생략하는 것도 가능하다.

가출옥의 경우 면접이 생략되는 경우는 ① 본인이 중병 혹은 중상인 경우(갱생법 30조 2항 단서), ② 본인이 개방적 처우를 받고 있는 경우(규칙 27조 1호), ③ 앞서 종결된 본인에 관한 가출옥 심리사건에서 같은 지방위원회 위원이 본인과의 면접을 실시하고, 그 면접일로부터 4개월을 경과하지 않은 경우(규칙 27조 3호)가 해당된다. 면접이 생략될 수 있는 근거를 설명하면 ①은 사실상 면접이 불가능하기 때문이고, ③은 증거 파악이라는 점에서 큰 변화가 없다고 판단되어지기 때문이다. 또한 ②의 경우에는 가출옥을 전제로 한 처우대상자이기 때문에 예외적으로 면접을 필요로 하는 경우만을 제외하고는 서류심리로 문제가 없기 때문이다.

현실적으로 주사위원의 실제 면접사건 담당률이 높아, 일부 위원의 경우 월 5,60건의 출장 면접을 해야하는 경우가 있음에도 불구하고 일본내에서는 학계뿐 아니라 실무에서도 면접 생략범위를 확대하는데에는 부정적인 입장을 보이고 있다. 그 이유는 위원면접이 단순한 가출옥의 적부를 판단하기 위한 조사면접이 아니라, 위원면접 역시 일련의 가출옥 절차 속에서 케이스 워크의 과정 중 하나로 볼 수 있기 때문이다. 鈴木는 ‘가출옥 심리

를 위한 일련의 작업은 단순히 가출옥의 적부나 적기를 판단하기 위함이라는 이유에 그치지 않고, 본인의 개선갱생을 촉진하기 위한 케이스 워크의 과정이기도 하다. 보호관찰관의 조사, 위원의 심리, 허가결정 후 보호관찰로 이행하는 마지막 순간까지 거기에는 본인을 조금이라도 좋은 조건하에서 사회에 복귀시키려는 배려와 노력을 잊어서는 안된다¹⁸⁸⁾라고 지적한 바 있다. 즉 면접심리의 실질적 의의를 갱생촉진에 둠으로써, 가출옥제도 전체는 갱생법에 있어서 ‘갱생의 조치’로서의 의미를 갖게된다.

위원 면접시의 유의사항은 다음과 같다.

- 본인의 진술내용, 태도 기타에서 가석방 허가의 적부 판단을 하기 위해 필요한 사항(자질, 환경 등의 사실관계, 내면적인 심정, 후회과정, 갱생의 의욕 등)을 파악해서, 정확한 심증을 얻는데 노력할 것(규칙25).
- 본인의 사회복귀를 원활히 하기 위한 상담에 응하고 조언할 것(규칙25)
- 정확한 심증을 얻는 과정에서 특별준수사항에 대해 구체적으로 고려할 것¹⁸⁹⁾

케이스에 따라서 심층적인 면접심리가 필요하다는 점에 대해서는 많은 사람들이 지적하고 있는데¹⁹⁰⁾, 특히 심층 면접이 가출옥의 조기화를 필요로 하는 케이스의 발견에 중요하다고 보고 있다¹⁹¹⁾. 특별준수사항의 설정에 관해서도 마찬가지이며, 개별 케이스 별로 대상자를 단순한 사건으로서

188) 鈴木昭一郎 『가출옥 심리 단상』 갱생보호와 범죄예방 81호 p.8

189) 『연수교재 갱생보호』(平成5년판) p.187 참조

190) 吉田次郎 『가출옥제도의 운용을 둘러싼 제문제』 갱생보호와 범죄예방 15호, 黒川 又郎 『가석방 심리와 인간이해』 갱생보호와 범죄예방 52호

191) 鈴木 전게서

가 아니라 인간으로서 존중하고 소중히 여기는 관계 속에서¹⁹²⁾ 본인의 갱생에 있어 진정으로 필요한 준수사항의 설정이 가능하다고 할 수 있을 것이다.

2) 본인의 동의

이제까지는 특별준수사항 설정에 있어서 설정자 입장에서의 문제들을 검토하였다. 이제 대상자 본인 입장에서의 문제를 검토하면 다음과 같다.

우선 문제가 되는 것은 특별준수사항의 설정에 있어 본인의 동의가 필수적인가 하는 점이다. 일반적으로는 특별준수사항의 효력요건은 아니라는 것이 통설이며, 실무에서도 이에 따라 운용되고 있다. 구미의 경우에는 본인의 동의가 없으면 준수사항을 부과할 수 없다는 입법례도 있지만, 일본의 경우 준수사항을 부과하는데 있어서 본인의 서약이나 동의를 요한다는 규정은 없다. 따라서 본인이 서약을 거부한다고 해도 준수사항의 효력에는 영향이 없으며, 또한 가석방 허가결정의 효력은 서약의 유무에 상관없이 발생한다. 준수사항의 서약 절차는 준수사항을 본인에게 명확하게 제시함과 동시에, 그 이행에 대한 본인의 내면적 동기부여 및 책임감의 자각을 촉구하기 위한 절차라고 본다¹⁹³⁾.

본인의 동의는 준수사항의 한계에 대해서 중요한 의미를 갖을 뿐 아니라 준수사항의 법적 성격과도 관련된 본질적 문제라고 할 수 있다. 가출옥이나 보호관찰관계를 특별권력관계로 해석한다면 준수사항이란 의무사항이 되므로 본인의 동의를 문제삼을 여지가 없으며, 이 때 서약은 준수사항의 내용을 정당화하는 것이 아니라 단순히 기술 내지 편의에 속하는 것이 될 것이다¹⁹⁴⁾.

192)鈴木 전게서

193)『주석 범죄예방갱생법』 p.108

케이스 워크적 배려를 중시하는 鈴木는 설정자 측의 고도의 전문성이 중시되기 때문에 대상자의 동의는 준수사항을 정당화하는 것은 아니라고 보고있다. 단 동의 내지 서약의 지위에 대해서는 단순한 편의상의 것이라고는 할 수 없으며, 준수사항이 본인의 개선개생의 생활지침으로서 의의를 가지며 또한 유효하도록 하기 위한 이른바 처우효과를 기대한 실천적, 실제적인 요청에 의한 것이라고 보았다¹⁹⁵⁾.

그러나 前澤는 준수사항의 설정이 대상자 본인의 의향이나 납득을 필요로 하지 않는다는 의미는 아니라고 보았다. 보호관찰이 강제권의 발동이긴 하지만 본인의 참가를 배제한 일방적인 준수사항의 결정은 보호관찰의 본질에서 벗어나는 것이라는 것이다¹⁹⁶⁾. 또한 前澤는 근대적 케이스 워크의 요소로서 자기 참여의 원리가 의미하는 서약이란 위커측에서의 일방적 강요가 아니라 클라이언트측의 참가와 주체적인 결의를 내포하는 것이어야 한다고 보았다.

그러나 보호관찰 관계를 클라이언트의 주체성을 중시하는 케이스 워크 이론으로 설명하려고 할 때 준수사항은 많은 문제점을 가지게 되며, 또한 현실적으로도 가출옥의 적부 판단과정을 모두 케이스 워크 과정으로서 받아들이기에는 무리가 있는 부분도 많다. 그 결과 준수사항의 설정과 서약이 사회방위적 입장에서 일방적으로 진행됨으로써 준수사항은 권위가 구상화된 행동규범으로, 보호관찰과정은 일방적으로 강제된 준수사항 서약의 내용을 클라이언트의 지도감독, 보도원호하는 형태로 되기 쉽다¹⁹⁷⁾.

이 외에도 동의의 문제는 더욱 복잡한 문제를 가지고 있다. 본인의 동의를 고려할 경우 주체적 선택이 중시됨과 동시에 반대로 그 선택에는 엄격

194) 加藤東治郎『기본적 인권과 보호관찰』보호월보 41호 p.42

195) 鈴木 전게서 p.86

196) 前澤雅男『보호관찰처우의 기초적 기법론(상)』p.63

197) 상동 p.41

함이 요구된다. 동의를 중시하는 것은 본인의 주체성을 중시한다는 의미가 있는 반면, 동의를 요건으로 함으로써 오히려 엄격한 권리 자유의 제한이 정당화되기 쉽다는 것이다.

또한 케이스 워크적 배려라고 해도 설정된 면접이 어디까지나 행형시설 속에서, 게다가 수형자에게 있어서는 가출옥이 인정되느냐 마느냐의 매우 긴장된 상황 속에서 이루어진다는 것을 고려할 때 비록 동의를 요구하더라도 그것이 강요된 동의라는 의심은 항상 뒤따르게 된다. 따라서 수형자의 대등성을 강조하여 보호관찰관계를 계약관계로 이해하는 것이 가능하더라도 그 계약관계에는 강제적 요소가 내재하게 된다.

결론적으로 동의를 설정시 필요한 요건으로 보건, 보지 않건 어느 경우에도 문제는 남게된다. 필요요건으로 하지 않는 경우에는 일반적 강요가 되지 않도록 본인의 주체성 존중이 필요하며, 필요요건이라고 생각하는 경우라도 동의와 관계된 강제적 요소의 배제와 동의에 의해서도 방지할 수 없는 권리를 명확하게 하는 과정이 필요할 것이다. 일반적으로 행정절차에 있어서는 국민의 관여에 의한 민주적 통제가 문제시되기 때문에 불이익처분에 대한 고지·청문의 권리가 확보되어있다. 그러나 일본의 행정절차법에서는 가출옥 및 보호관찰에 관한 절차는 그 특수성 때문에 적용예외로 여겨지고 있다. 따라서 향후 가출옥 허가절차에서의 특별준수사항의 설정에 관한 사전 의견표명, 본인참가의 문제도 논의될 필요가 있다.

2. 지시, 서약

특별준수사항의 서약에 대해서는 갱생법 32조에 규정되어있다. 이에 따르면 교도소장은 수형자를 석방할 때 본인에게 서면으로 준수사항을 제시하고, 또한 서명 또는 압인으로 그 사항을 준수할 뜻을 서약시켜야 한다.

일반준수사항에 대해서도 마찬가지로 사항이 서식상 이루어지고 있다. 또한 수형자는 가출옥 허가결정의 고지를 받고, 불복 신청에 대해서도 교시를 받는다.

1) 본인 동의 여부

앞에서 살펴보았듯이 본인이 서약하지 않아도 가출옥 허가결정이나 특별준수사항의 설정의 효력에 영향이 없다. 일반적으로 준수사항은 외부적 권위에 의해 명령이나 지도의 형식으로 본인에게 부과된다. 이처럼 외부로부터 강요되고 강제되는 규범은 본인의 행동의 동기로서 내면화되기 힘들다. 따라서 준수사항이 본인의 생활신조로서 일상생활 속에서 유효하도록 하기 위해서는 그것을 내면화시키고 자율화시키는 운영이 필요하다. 준수사항의 지시나 서약이라는 절차는 이와 같은 의미에서 본인이 준수사항을 충분히 이해하고 납득하며, 내면적, 자율적으로 이를 수용해 가도록 하기 위한 운영방법이다. 다시 말해서 본인이 자각과 책임을 가지고 준수사항을 받아들일도록 하기 위한 수단이라고 할 수 있다¹⁹⁸⁾.

본인에 대한 준수사항의 지시, 서약의 절차는 본인에의 고지에 대한 증명도 되는 것이라고 할 수 있다. 또한 가출옥 취소가 문제가 되는 경우, 사전에 무엇이 준수사항 위반이 되는가를 본인에게 알린다는 고지기능이 인권보장상 중요할 수 있다¹⁹⁹⁾.

2) 본인에의 고지 및 설명

198) 鈴木昭一郎『보호관찰의 준수사항에 관한 연구』법무연구보고서 60집 3호 p.86

199) 東京高判昭55. 2. 27(보호월보 122호 p.72)

통상 가출옥 허가결정이나 특별준수사항의 고지 및 불복신청의 설명 절차에 대해서는 교정시설에서 석방전 교육단계에 이루어지고 있다. 석방전 교육은 행형시설 직원에 의해 실시되지만, 가까운 보호관찰소의 보호관찰관이 출장을 가서 그 일부를 담당하거나 시설 주재관이 협력하는 경우도 있다. 특히 가출옥 초기부터 보호관찰을 이탈하는 자에 대한 대책은 교정·보호 모두에게 있어서 무시할 수 없는 문제이며, 석방 전 교육의 충실화를 비롯한 방대책에 관해서도 연대가 필요하다. 또한 준수사항의 설명은 가출옥 후 각 보호관찰소에서 다시 실시된다. 특히 준수사항에 반한 경우의 불이익처분인 보호관찰 정지, 가출옥 취소 제도에 대해서는 필수적으로 설명이 실시되고 있다.

규범의 내면화의 절차로서 최초 면접은 매우 중요한 과정이다. 그러나 최초 면접시의 준수사항에 대한 충분한 설명의 중요성이 지적됨에도 불구하고, 실제 설명 과정에 있어서는 통일되지 않은 부분이 많고, 설명자에 따라 일반준수사항조차 가지각색으로 전달되고 있다는 것이 선행 연구에 의해 밝혀졌다²⁰⁰⁾. 따라서 적어도 중요한 사항에 대해서는 서면에 의해 본인에게 교부하도록 할 필요가 있다.

3. 부가변경

현행법에는 특별준수사항의 부가, 변경, 취소에 관한 규정이 빠져 있다.

이론적으로는 준수사항이 본인의 행위규범이며 보호관찰 실시상의 지침이라면, 본인 및 본인을 둘러싼 환경의 변화에 따라 준수사항도 변용되는 것이 당연하므로, 케이스 워크적 관점에서 그 부가, 변경, 취소의 필요성을 인정해야한다는 적극적 입장이 유력하다.

200) 武井和宏 외 『준수사항』 갱생보호와 범죄예방 92호 p.41

특별준수사항의 내용은 상황변화에 따라 유연하게 변화되어야 한다. 다시 말해, 이미 상황의 변화에 의해 무의미해진 내용의 준수사항이 계속 부과되거나, 상황 변화에 따라 필요해진 새로운 준수사항이 부과되지 않은 특별준수사항은 본인의 행위규범으로서나 보호관찰의 지침으로서도 더 이상 의미가 없다고 할 수 있다. 더구나 그와 같은 부적당한 준수사항이 부과됨으로써 대상자의 자유를 구속당하고 그 위반이 재수용이나 가출옥 취소 등의 요건이 되어서는 안된다. 또한 이처럼 공문화(空文化)된 준수사항은 보호관찰을 실시하는 측에게나 받는 측에게 준수사항에 대한 신뢰성을 잃게 하고, 그 권위를 실추시키는 결과가 된다²⁰¹⁾.

부가변경이 인정된다면 중간목표의 설정이나 목표변경 등의 면에서 유연한 지도가 가능해질 수 있다. 가출옥 기간이 짧은 경우라면 그다지 큰 생활환경의 변동이 없으므로 부가변경의 필요가 없지만, 무기형을 포함한 장기형 가출옥자 등의 경우 가출옥 초기의 문제와 그 후의 생활의 변화에 의한 문제점은 차이가 생길 수 있기 때문에 적절한 지도를 실시하기 위해서는 준수사항의 부가변경은 필요불가결하다

다만 실무적으로는 준수사항의 부가변경은 소극적 입장에서만 운용되고 있다. 이는 특별준수사항의 설정이 불이익처분이기 때문에 명문화된 법규가 없는 상태에서 그 부가변경을 인정하는 것이 대상자에게 오히려 권리 및 자유를 침해하는 등 불이익이 될 수 있어 이를 방지하기 위한 목적에서이다. 부가변경 권한은 지방위원회에 부여하고 있으며 사전 수속 보장 및 사후 불복신청권의 보장이 요건이 된다²⁰²⁾

201) 鈴木昭一郎『보호관찰의 준수사항에 관한 연구』법무연구보고서 60집 3호

202) 西岡正之『형법 및 소년법 개정의 동향과 갇혀보호상의 문제점』갱생보호와 범죄예방 18호

제4절 준수사항위반에 의한 가출옥 취소

1. 취지 및 운용

1) 가출옥 취소 사유

형법 29조 1항은 다음의 경우 가출옥 취소가 가능하다고 규정하고 있다.

- ① 가출옥 중에 다시 죄를 저질러 벌금 이상의 형에 처해진 때
- ② 가출옥 전에 범한 다른 범죄에 대해 벌금 이상의 형에 처해진 때
- ③ 가출옥 전의 다른 죄에 대해 벌금 이상의 형에 처해진 자에 대해 그 형을 집행해야할 때
- ④ 가출옥 중에 준수해야할 사항을 준수하지 않았을 때

가출옥 취소사유의 결정은 취소사유의 경중, 보호관찰의 경과, 가출옥제도의 취지 등을 고려하여 가출옥의 취소가 합목적적으로 운용을 위해 지방위원회의 재량처분권이 주어진다²⁰³⁾.

2) 가출옥 취소의 취지 및 운용

준수사항이 가출옥의 조건으로서의 의미를 갖기 때문에 이를 위반한 경우는 교정시설에 재수용하는 것이 제도의 실효성을 담보하는데 필요하다. 형법 29조 1항은 1~3호 사유와는 별도로, 4호 사유로 준수사항 위반을 이유로 하는 가출옥의 취소를 인정하고 있다.

203) 大 Kommertar 형법(제1권) p.517, 주석 범죄자예방갱생보호법 p.176

준수사항 위반에 의한 가출옥의 취소는 그 위반이 가출옥에 의한 보호관찰이 목적으로 하는 사회내 처우에 의한 개선갱생의 가능성을 부정하고, 계속 사회내에 머무를 때 다시 범죄에 빠질 위험이 있다고 생각될 경우 본인의 개선 및 갱생과 사회의 보호를 위해 시설내 처우로 되돌리는 것이라고 할 수 있다²⁰⁴⁾. 준수사항은 가출옥의 조건인 동시에 보호관찰의 조건이다. 특히 특별준수사항의 내용에 따라서는 보호관찰의 조건으로서의 의미를 강하게 갖는 것도 있어, 그 위반 이유로 곧바로 가출옥을 취소하는 것은 타당하지 않다고도 할 수 있으므로, 준수사항의 내용에 따라 그 규범성을 검토해야 한다고 할 수 있다.

일반적으로 준수사항 위반은 재범을 수반하는 경우가 많아 1호 사유에 의해 취소되는 경우가 많다. 그러나 판결이 미확정인 경우이거나 벌금 이상의 형에는 처해지지 않았지만 보호관찰의 취지에 비추어 사회내 처우에 그치는 것이 상당하지 않다고 판단되는 경우에는 4호 사유에 의해 취소하는 경우도 있다. 또한 재범을 수반하지 않은 이른바 순수준수사항 위반에 의해 가출옥 취소가 결정되는 경우도 적지 않다.

2. 준수사항 위반으로 인한 가출옥 취소의 기준

1) 기본 이념

가출옥 취소는 지방위원회의 재량처분이며, 준수사항 위반사실의 확인과 취소의 필요성 및 상당성을 고려해서 실시된다. 명확한 운용기준은 표시되지 않았지만 실무에서는 다음과 같은 기본이념에 기초해서 운용이 이루어지고 있다.

204) 大 Kommertar 형법(제1권) p.517

첫째, 가출옥 취소는 단순한 징벌 내지 제재로서 사용되어서는 안된다. 이는 가출옥, 보호관찰 모두 본인에게 있어 『갱생의 조치』의 의미를 갖기 때문에 징벌적이고 제재적인 가출옥 취소의 운용은 그 본질에 위배되기 때문이다. 따라서 시설내 처우와 보호관찰에 의한 사회내 처우를 종합적으로 비교검토하고, 본인의 개선 및 갱생과 사회의 보호에 보다 적합한 방법의 선택을 하여야 한다. 다시 말해 가출옥 취소는 준수사항을 준수하지 않은 것에 대한 징벌이나 제재의 의미가 아니라 본인의 갱생이나 사회방위적 기능이 불가능하여 사전에 교정처우로 대처함으로써 본인에게 갱생에의 새로운 전기를 부여하고, 동시에 재범을 미연에 방지하는 것에 그 목적이 있다²⁰⁵⁾.

둘째, 가출옥 취소시에는 필요성 및 상당성이 요구된다. 가출옥 취소가 제재로서 실시되어서는 안되기 때문에 형식적으로 준수사항을 위반했다고 해서 곧바로 가출옥을 취소해서는 안된다. 다시 말해서 준수사항 위반 사실의 인정을 근거로 가출옥 취소의 필요성·상당성을 판단하는 것이 필요하다. 예를 들어 음주를 하고 기물손괴사건을 일으킨 경우 형식적으로는 선행유지의무 위반으로 일반준수사항 2호 위반에 해당된다. 그러나 보호관찰의 과정에서 보아 행상 전반이 불량하고, 준수사항 위반은 그 하나의 발현에 불과한 경우에는 당연히 가출옥 취소에 상당하다고 할 수 있겠지만 피해자와의 화해가 성립하거나 피해자의 고소가 취하된 경우에는 본인의 보호관찰 성적이 비교적 양호하다면 그 위반만으로 취소하는 것은 합당하지 않다. 결국 같은 준수사항 위반이라 하더라도 그 동기나 위반의 형태 등을 종합적으로 검토하여 필요성·상당성을 판단하게 된다²⁰⁶⁾.

205) 吉田次郎 『형사정책으로서의 갱생보호』 p.164

206) 준수사항 위반사실과 가출옥 취소의 필요성·상당성의 관계는, 준수사항의 내용이 본인의 개선갱생에 관계되는 내용인 경우에는, 소년사건의 비행사실과 요보호성의 관계와 유사하다.

셋째, 가출옥 취소 사유로서의 준수사항 위반은 중(重)할 것이 요구된다. 이는 두 번째 이념과도 연관되는 것으로 가출옥 취소 결정이 준수사항에 위배되는가 아닌가 하는 형식적 판단이 아니라, 위반 형태의 중대성 등 실질적 판단이 중요하다는 의미이다. 집행유예 취소의 이유로서의 준수사항 위반은 그 정상이 중할 것이 법률상의 요건이 되고 있는데(형법 26조 2호, 3호), 가출옥 취소에 관해서도 준수사항 위반의 ‘정상의 중함’을 실질적 요건으로 해석해야 한다²⁰⁷⁾.

넷째, 충분한 보호관찰이 실시될 필요가 있다. 가출옥 취소는 제재가 아니며 본인의 개선갱생을 사회내 처우 속에서 피할 수 있는 한계를 제범방지, 사회방위와의 긴장관계 속에서 찾는 것이 중요하다. 따라서 본인의 개선갱생을 지도원조하는 보호관찰이 적절하게 실시되고 있는 것이 취소의 전제가 된다. 충분한 보호관찰을 실시하지 않은 채 준수사항 위반사실만을 들어 본인의 책임을 묻는 것은 보호관찰의 목적과 취지에 반하기 때문이다. 보호관찰 정지 중의 준수사항 위반에 대해 가출옥 취소의 이유로 삼지 않는(갱생법 42조의 2, 5항) 것도 마찬가지 취지에서이다²⁰⁸⁾.

반대로 충분한 지도를 거듭하는데도 불구하고 본인이 그 지도에 따르지 않고 준수사항 위반을 반복하는 경우에는 비록 개개의 준수사항 위반의 사실은 경미하다고 해도 보호관찰 전체를 통해 본 정상이 중(重)하다고 평가된다. 보호관찰에 의한 지도의 전제가 되는 것은 본인의 갱생의욕이며, 비록 규범성 자체는 약한 준수사항이더라도 보호관찰관에 의해 준수해야 할 규범으로서 반복 지도가 이루어짐에도 불구하고 반규범적 태도를 반복하는 경우에는 갱생의욕이 없다고 평가되게 되며, 사회내 처우의 한계를 구분짓는 하나의 기준이 되는 것이다.

207) 榎本正也 『준수사항 위반을 이유로 하는 가출옥 취소를 둘러싼 제문제』 갱생보호와 범죄예방 111호 p.14~19

208) 주석 범죄자예방갱생법 p.165

鈴木은 이상과 같은 가출옥 취소 기본이념에 대해 다음의 8개 사항을 종합적으로 판단해야한다고 보았다²⁰⁹⁾.

- ① 준수사항이 본인에게 있어 적당한 것이었는가, 또한 그 위반에 대해 강제조치를 취한 것이 타당한 내용인가.
- ② 어떤 원인으로 위반이 이루어졌는가.
- ③ 위반이 전체적 경과에서 보아 어떤 의미를 갖고 있는가.
- ④ 위반이 금후에도 반복될 전망은 있는가.
- ⑤ 보호관찰이 어떻게 실시되었는가.
- ⑥ 보호관찰의 계속에 의해 어떤 효과가 기대되는가.
- ⑦ 위반이 사회에 어느 정도의 위험을 가져오는가.
- ⑧ 강제조치가 보다 효과적인 처우를 제공할 수 있는 방법인가.

2) 가출옥 취소의 필요성·상당성의 기준

이상과 같은 기본이념에 기초하여 가출옥 취소의 필요성·상당성에 대한 기준을 검토하면 <표- 3-8>과 같다. 준수사항 자체가 다양한 내용을 포함하고 그 규범성에 강약이 있기 때문에 일률적으로 판단할 수 없으므로 특별준수사항의 내용적 분류에 따라 구체적으로 검토할 필요가 있다.

준수사항의 내용에 따라 그것을 위반한 경우 대상자에 대한 비난의 정도나 보호관찰의 대응방식이 달라진다. 예를 들면 재범행위를 일으킨 경우 ①처럼 통상 형사재판절차에 의해 실형이 선고될 것으로 예상되는 사안의 경우(살인, 강도 등)에는 해당 재범행위만으로도 가출옥 취소가 필요하다고 판단하는 데에는 문제가 없다.

②처럼 같은 재범행위라도 비교적 경미한 도로교통법 위반사건 등으로

209) 鈴木昭一郎『보호관찰의 준수사항에 관한 연구』법무연구보고서 60집 3호 p.97

벌금 또는 기소유예가 될 것이 예상되는 경우에는 선행유지의무 위반 사실은 명확하더라도 재범사실만으로 가출옥 취소가 상당하다고는 할 수 없다. 도로교통법 위반 외에 절도나 사기 등에서 손해배상을 완료함으로써 기소유예가 되거나 기물 손괴 등의 친고죄에서 고소가 취하되 불기소된 경우 등이 이 유형에 속한다.

<표 3-8> 가출옥 취소의 필요성과 상당성의 기준

위반형태	필요성 · 상당성의 판단
① 중대한 준수 사항 위반	중대한 반규범성이므로 특단의 장해사유가 없는 한 곧바로 가출옥을 취소하기에 상당하다고 판단할 수 있다.
② 경미한 준수 사항 위반	비교적 경미한 반규범성이므로 그 사실만으로 곧바로 취소하는 것은 어렵기 때문에, 가출옥중의 행동을 포함한 기타 정상을 고려해서 취소가 상당한가를 판단한다.
③ 합법 행위 규제 위반	행위 자체는 일반인에게 있어 반규범성이 있는 것이 아니지만 특정 대상자에게 있어서는 특정 위반행위의 반복이 위법행위로 이어질 가능성이 높다고 판단될 수 있다. 보호관찰관이 반복 지도했음에도 불구하고 위반 행위를 하는 것은, 갇생의욕의 결여로 간주될 수 있고, 타인 가해의 위험성도 커지므로, 그때까지의 지도상황과 가출옥중의 행동 및 태도 등을 종합적으로 고려하여 취소가 상당한가를 판단한다.
④ 단순한 훈시 규정 위반	위반 자체는 가출옥 취소 사유가 되지 않는다. 어디까지나 그 위반에 대해 보호관찰상 지도, 조언을 요하는 경우가 있는데 불과하다.

③은 모든 합법적 행위를 포함한 것은 아니며, 음주나 사행적 행위 등 특정한 가출옥자에게 있어 해당 행위의 반복 및 탐닉이 생활파탄이나 피해를 주는 행위 나아가서는 범죄행위로 이어질 우려가 심각한 행위만을 말한다. 다시 말해서 음주나 빠징꼬, 경마·경륜 등의 행위는 그 행위 자체를 보면 아무런 반규범성도 없으므로 특정 대상자, 예를 들어 폭음을 하거나 음주 후 폭력행위를 하는 과거 경력을 가진 자의 경우처럼 타인에게

가해행위를 할 가능성이 큰 자를 제외하면 위반행위가 곧바로 가출옥 취소로 연결되지는 않는다. 지도를 거듭함에도 불구하고 본인이 동종 위반을 반복할 때는, 비록 피해를 주는 행위나 범죄행위에 이르지 않은 경우라도 사회 내에서 개선갱생하려고 하는 의욕이 현저히 결여되어 이 이상 사회 내 처우에 의한 개선갱생은 기대할 수 없는 것으로 보아 가출옥 취소에 상당하다고 판단하게 된다.

따라서 실무상 가장 어려운 점은 사회내 처우의 한계를 찾는 것으로, 예를 들어 음주행위 한 가지를 가지고도 몇 번이나 지도를 하면 불량조치를 채택할 수 있을까의 문제이다. 이는 일괄적으로 규정할 수 있는 문제가 아니며 보호관찰 과정에서의 지도상황과 본인의 지도를 받아들이는 태도, 갱생의욕과의 상관관계에서 결정되는 문제라고 생각된다.

④는 내용적으로 노력 규정적이고 훈시 규정적인 것이며, 위반상태가 반드시 '재범의 위험성을 나타내는 징표'라고는 할 수 없다. 보호관찰의 과정에서, 예를 들어 「피해자에 대한 위로와 사과에 성의를 다할 것」이라는 준수사항이 설정되어 있음에도 불구하고, 아무 것도 하지 않는 가출옥자에 대해서는 상담조언을 실시하고, 「저축에 힘쓸 것」이라는 준수사항을 준수하지 않는 가출옥자에 대해서는 저축에 노력하도록 지도한다. 그러나 ③과는 달리 가출옥자가 이들 지도를 따르지 않는 경우라도 가출옥 취소 그 상태가 재범위험을 나타내는 징표가 아니기 때문에 가출옥 취소 절차를 선택할 수 없다. 예를 들어 피해자에게 위로와 사과를 하지않는 가출옥자에 대해서는 도의적인 비난은 가능하지만 그것을 이유로 가출옥 취소를 할 수는 없다. 저축에 대해서도 생활과탄을 초래하는 값을 수 없는 빚을 지는 행위가 반복하는 경우가 아니라, 저축을 하지 않는 것 자체만으로는 노력 부족으로서의 의미는 있더라도 수입에 걸맞는 생활을 계속하고 있는 이상 가출옥을 취소하는 것은 불가능하다.

3. 준수사항 위반으로 인한 가출옥 취소절차

1) 보호관찰소로부터의 신청

갱생법 제44조 제2항은 준수사항 위반을 이유로 하는 가출옥의 취소 결정은 보호관찰소장의 신청에 의하도록 하고 있다. 지방위원회는 가출옥의 허가에 있어서의 직권심리 규정(갱생법 29조 2항 참조)이 없기 때문에 보호관찰소장의 신청이 없는 한 가출옥 취소의 심리, 결정을 할 수 없는 구조라고 할 수 있다. 지방위원회는 직접 준수사항 위반 사실을 인지할 수 없을 뿐 아니라, 보호관찰을 실시하는 보호관찰소으로 하여금 가출옥 취소의 필요성, 상당성에 대해 일차적으로 판단시키는 것이 바람직하기 때문이다.

2) 지방위원회에서의 심리

가) 심리의 필요성

갱생법 44조 2항에는 「준수해야 할 사항을 준수하지 않았음을 이유로 하는 가출옥 취소 결정은, ... 심리를 거친 후가 아니면 안된다」라고 정하고 있으며, 그에 따라 신청사건, 보고사건은 모두 가출옥 취소과정에서 심리과정을 거친다.

지방위원회의 심리과정에 대해서는 가출옥 취소 결정은 이미 그 형이 확정되어 있는 경우 재판과정에서 사실이 밝혀지게 되므로 심리의 필요가 없다고 하는 견해²¹⁰⁾와 취소인가 아닌가의 점에서 재량의 여지가 있으므로 문제가 있을 때에는 심리를 할 필요가 있다는 견해²¹¹⁾가 공존하고 있

210) 小川太郎 『갱생보호법』 p.131

211) 平野龍一 『교정보호법』 p.106

다. 그러나 가출옥의 취소가 보호관찰에 있어서 매우 중요한 조치이기 때문에 그 취소의 필요가 있는가에 대해서는 당연히 신중한 심리를 거쳐 결정되어야 한다²¹²⁾는 것이 통설이라고 할 수 있다.

나) 심리의 방식

서면심리가 원칙이며, 본인에게 면접심리 청구권은 인정되지 않고 있다. 일부에서는 이 점에 대해 심리에는 본인의 출두를 필요로 한다는 주장을 제기하고 있다²¹³⁾. 예를 들어 榎本는 가출옥 취소의 심리구조에서 아래와 같이 언급한 바가 있다²¹⁴⁾.

가출옥을 취소할 때에는, 지방갱생보호위원회의 재량에 따른 본인과의 면접기회 부여규정(가석방 및 보호관찰 등에 관한 규칙 제23조·제60조)이 있긴 하지만, 그 심리구조는 소송법적인 대심구조를 취하는 대신 지방갱생보호위원회가 주도적인 입장에 서서, 본인에 관계되는 준수사항 위반 사실을 인정하고 취소의 당부를 검토한다는 직권주의적인 것으로, 이때 심리 방법은 서면에 의한다. 통상 지방갱생보호위원회는 신청청으로부터의 신청과 함께 증거자료를 일괄 송부받아 준수사항 위반에 대한 개연적 심증을 얻은 후 심리를 실시한다. 이와 같은 가출옥 취소절차에는 당사자주의적 대심구조를 채용하고 있는 절차를 전제로만 인정되는 전문법칙은 적용되지 않으며, 가출옥자에게 증거조사 청구 등의 절차적 권리는 인정되지 않는다고 해석된다. 이 때 증거조사의 범위와 증거조사 방법에 대해서는 모두 지방갱생보호위원회의 합리적인 재량에 맡겨져 있다.

구두심리를 실시하는 것은 본인에게 해명의 기회를 부여함과 동시에, 직

212) 吉田次郎 『범죄자에방갱생법 입문』 갱생보호논집 p.192

213) 香川達雄 『주석 형법(1)』 團藤重光 편 p.237

214) 榎本正也 『가출옥 취소에서의 준수사항 위반 사실 인정의 요건』 갱생보호와 범죄예방 81호 p.38

접 본인을 통해 진실 해명을 한다는 점에서 적정한 심리를 확보할 수 있다는데 그 의의가 있다. 그러나 현재 일본은 지방위원회가 전국에 8개밖에 없고, 한정된 수의 위원이 멀리 떨어진 교정시설에 출장 면접을 통해 많은 건수의 가출옥 허가 심리를 실시해야 하는 시간적·지리적·인원적 한계가 있기 때문에 모든 사례에 대해 구두주의를 적용하는 것은 현실적으로 불가능하다. 그러나 최근에는 가출옥 취소에 불복하거나, 준수사항 위반 사실을 부인해서 다투는 사례가 증가하고 있으며, 특히 사안 해명의 필요상 위원회에서 직접 심리를 필요로 하는 경우에는, 본인에 대한 심문을 실시하고 있다.

3) 형사절차의 제원칙의 적용가능성

가) 총론

가출옥 취소처분은 행정처분의 일종이며, 형사절차의 제원칙이 그대로 적용되는 일은 없다. 그러나 가출옥 취소절차는 행정처분 중에서도 형벌의 집행과 밀접하게 관계된 것으로 가출옥자 본인에 대한 신체구속을 동반하기 때문에 적정절차의 필요성이 대두되고 있다.

당사자주의 소송절차에 의해 진행되는 형사재판절차에 비해, 가출옥 취소절차는 한정된 가출옥 기간내에 재범 방지 및 사회방위를 지키기 위하여 신속하고 효율적으로 실시되어야 한다. 가출옥자가 준수사항 위반을 반복함으로써 타인에게 위해행위를 하지 못하도록 함과 동시에, 자기가해행위로 생활과탄을 초래하지 않도록 하기위해서는 사회내 처우에서 시설내 처우로의 신속한 전환이 필요하며 따라서 엄격한 절차가 요구되어서는 안 되기 때문이다.

가출옥 취소절차에 형사절차와 유사한 절차를 요구해서는 안된다는 건

해는 두 가지 입장에서 논의되어진다. 하나는 가출옥의 법적 성격을 형벌의 집행으로 끌어들어서 생각하는 입장이다. 이 입장에서는 가출옥은 형벌 집행의 한 형태이며, 가출옥자의 신분의 본질적 변경은 없다고 본다. 따라서 준수사항 위반의 사실이 인정되는 경우, 특단의 절차 보장을 부여하지 않고서도 가출옥을 취소하는 것은 당연한 조치라고 할 수 있다.

다른 하나는, 가출옥 취소를 처우적 입장에서 보호적 조치로서 받아들이는 것이다. 즉 가출옥 취소 역시 『처우』의 한 장(場)이기 때문에 처우자측의 전문적·기술적 사항으로서 재량의 여지가 크며, 적정절차의 요청이 끼어들기 어렵다는 것이다. 그러나 전자의 입장은 가출옥자의 권리주체성을 경시하는 것이며, 후자 역시 단순히 『처우』라 해서 적정절차의 요청을 배제할 수는 없다. 이는 교육적·복지적 색채가 강한 소년보호사건의 심리에 있어서조차 소년의 적정절차를 받을 권리가 문제가 되는 것에서도 분명하다²¹⁵⁾.

문제는 일률적으로 형사절차와 같은 절차를 보장해야하는가가 아니라, 가출옥 취소절차를 비롯한 가출옥자에 대한 각종 조치의 성질에 따라, 각각에 대해 가장 적합한 적정절차가 무엇인가의 문제라고 할 수 있다. 단 주의해야 할 점은 성급한 절차적정화의 주장이 오히려 케이스 워크의 후퇴로 이어지는 것은 아닌가 하는 우려라고 할 수 있다. 어떤 면에서 이것은 가출옥 취소절차의 적정화를 확립해가는 과정에서 불가피한 문제이다. 가출옥자에게 취소절차의 적정성을 보장하는 것은 자칫하면 절차상의 애로로 초기 단계에서의 조치가 취해지지 않거나, 또는 반대로 불량조치를 너무 의식해서 절차만을 고집하고 준수사항의 확인만을 실시하는 형식적·감독적인 보호관찰로 빠질 우려가 있다²¹⁶⁾.

215) 소년보호사건에서의 적정절차 보장의 문제에 대해, 합중국에서의 역사적 경위와 최근의 후퇴 현상의 개략에 대해, 森田明 『학교와 재판소-미국 연방최고재판소에 있어의 보호와 자치-』 Jurist No. 1037, p.166이하 참조.

나) 각 론

(1) 고지, 청문절차

헌법 31조가 보장하는 적정절차의 핵심은 「고지와 청문(notice and hearing)」이다. 다시 말해서 공권력이 국민에게 형벌과 기타 불이익을 부과하는 경우에는, 당사자에게 미리 그 내용을 고지하고, 당사자에게 해명과 방어의 기회를 주어야 한다는 것이다²¹⁷⁾.

이를 가출옥 취소절차와 관련하여 살펴보면, 현행법상 심리의 대상이 되는 준수사항 위반사실의 고지 및 그에 대해 가출옥자에게 있어 해명을 하거나 그 사실을 다룰 기회를 주도록 하는 규정은 없다. 가출옥자가 구체적으로 어떤 이유로 가출옥이 취소되는가를 명확하게 아는 것은 가출옥 취소결정서 등본을 교부받았을 때이다. 사후적으로 행정불복심사법에 기초해 불복신청의 길이 열리고는 있지만(쟁쟁법 49조), 사전에 심리의 대상이 되는 준수사항 위반사실이 무엇인가를 알고, 반론할 기회를 보장받고 있지는 않다. 따라서 구체적으로 본인의 어떤 행위가 어느 준수사항에 위반함으로써 심리가 실시되는가에 대해 지방위원회가 사전에 본인에게 고지하는 일은 없으며, 단지 보호관찰관이 가출옥 취소신청을 검토하기 위해 본인에게 질문조사를 할 때 본인의 문제를 사실상 이해할 수 있다는데 불과하다. 또한 이 과정은 어디까지나 사실상의 문제에 불과하고 제도적으로 담보된 것은 아니다.

그러나 준수사항 위반사실 여부에 대해 시비가 있거나, 가출옥취소의 상당성이 애매한 경우 본인에게 해명·방어의 기회를 줄 필요성이 있으며,

216) 澤登俊雄 『소년법 입문』 p.239는 소년보호사건에 있어 적정절차문제와 관련해서, 「적정절차 강화의 주장이 실체면에 반영되어 비행사실의 중시, 비행과 처분과의 균형에의 요구를 낳게 되고, 그 결과로서 소년사범의 형사사법화가 촉진되는 것은 아닌가 하는 우려가 표명되고 있다」라고 말하고 있다.

217) 芦部 健 『전거서』 p.180

준수사항 위반의 사실 인정의 적정성을 담보하기 위해서도 위원회가 직접 본인으로부터 위반사실 여부에 대해 청취하는 것이 중요하다. 이런 점에서 최근 일본에서는 지방위원회에서 장기형 가출옥자 등 일부 사례의 경우에는 『심문』을 통해 본인에 대한 면접심리를 실시하고 있다.

(2) 증거의 수집과 증거조사

형사재판절차에서 범죄사실의 인정은 증거에 의하며(형사소송법 317조), 증거의 수집·확보를 위한 수사기관의 활동이나 공판에서의 증거조사의 절차에 대해서도 법으로 정하고 있다.

이와 달리 갱생법에는 가출옥 취소 심리사건에 있어서 증거조사의 방법과 정도에 대한 규정을 두지 않고 있다²¹⁸⁾. 가출옥 취소 신청사건의 경우 심리에 필요한 자료는 보호관찰소가 수집해서 위원회에 제출하는데(갱생법 41조, 41조의 2, 57조), 다시 위원회에서 독자적으로 조사, 수집하는 것도 가능하다(갱생법 41조, 41조의 2, 55조, 57조). 조사방법은 모두 임의적 조사이며, 증인심문이나 수색·차압 등의 강제적인 조사를 실시할 근거규정은 없다. 단지 준수사항위반이 의심되는 가출옥자에 대해 위반내용의 조사를 위해 임의로 출두를 요구할 수 있고[출두지시], 출두에 응하지 않을 때에는 인치라는 강제적 수단을 사용할 수 있다(갱생법 41조 1항, 규칙 46조). 인치는 신병구속을 동반하는 것으로 인치장이라는 영장에 의하도록 규정되었으며 사전 사법심사를 받도록 되어 있다.

(가) 묵비권

일본 헌법은 『누구도 자기의 불이익한 진술을 강요받지 않는다』라고 규

218) 榎本正也 『가출옥 취소에 있어서 준수사항 위반사실 인정의 요건』 갱생보호와 범죄예방 81호 p.38.

정하고 있다(헌법 38조 1항). 이를 이어받은 형사소송법은 「피고인은, 시종 침묵하거나 또는 개개의 질문에 대해 진술을 거부할 수 있다」라고 규정하고 있으며(형사소송법 311조 1항), 피의자에 대해서도 피고인과 같은 묵비권을 갖는다고 해석되고 있다(동법 198조 2항). 또한 묵비권의 고지도 의무화하고 있다(동법 198조 2항, 291조 2항).

반면 가출옥 취소절차에서의 본인의 진술 채취는 단지 준수사항 위반의 조사확인을 위한 것이며, 형사책임을 취급하기 위한 절차가 아니기 때문에 묵비권이 보장되지 않는다. 그러나 이 때에도 진술의 강제는 인정되지 않는 것은 말할 것도 없다(헌법 38조 2항).

(나) 변호인 의뢰권

형사절차에 있어서는, 피고인, 피의자에게 당사자적인 지위를 실질적으로 보장하기 위해, 변호인 의뢰권이 인정되고 있다(헌법 34조, 37조 3항, 형사소송법 30조, 78조).

이와 달리 보호관찰에 관한 절차 중에는 변호인이 관여할 수 있는 규정은 없다. 당사자주의적 심리구조를 채택하고 있지 않은 일본의 현행 가출옥 취소 심리제도하에서는 변호인이 관여할 여지는 없기 때문이다. 현행법상 행정절차법의 청문에 관한 행위, 행정불복심사법의 심사청구에 대해서는 대리인에 의하는 것이 가능한 규정이 있지만(행정절차법 16조, 행정불복심사법 12조), 전자는 적용 예외사항이며, 후자는 사후구제절차이기 때문에 가출옥 취소절차에 변호인이 관여할 여지는 없다. 그러나 향후 가출옥 취소절차에 어떤 형태로든지 고지·청문의 보장이 검토될 때에는 대리인의 관여도 병행해 검토되게 될 것이다.

(다) 증거조사 청구권, 증인신문권

형사절차에 있어서는, 현행법상 당사자주의적 소송구조가 채택되어 있어, 증거의 제출이나 증거조사 청구는 당사자가 하는 것이 원칙이다(형사소송법 298조). 또한, 헌법도 피고인에게 증인심문권, 증인요구권(헌법 37조 2항)을 보장하고 있으며, 반대신문을 거치지 않은 전문증거에는 증거능력은 인정되지 않는다(형사소송법 320조).

반면 가출옥 취소절차는 당사자주의 구조를 채택하고 있지 않으며, 주로 신청권자인 보호관찰소장에 의해 수집, 제출된 서면자료를 기초로, 위원회가 보충적으로 직권조사를 실시해 심증형성을 하는 것이 원칙이며, 가출옥자에게 증거를 제출하거나 증거를 다룰 기회는 주어지지 않는다. 또한 가출옥자는 어디까지나 질문조사의 대상으로 당사자로서의 지위는 제도적으로 부여받고 있지 않아, 증거제출권이나 증거조사 청구권이 인정되지 않은 것은 물론, 전문증거도 심문의 자료가 된다.

(3) 보강법칙

형사소송절차에서는 자백만으로 유죄의 심증을 얻을 수 있는 경우라도 보강증거가 없으면 유죄로 할 수 없다고 규정하고 있다(헌법 38조 3항, 형사소송법 319조).

이와 달리 가출옥 취소절차에서 준수사항 위반사실의 인정에는 보강법칙을 채용하는 규정은 없으며, 사실인정에 대해서는 위원회의 자유심증에 맡겨져서, 원칙적으로 본인의 진술의 신용성이 높은 경우는 그것만으로도 문제가 없다고 생각되어 왔다. 그러나 최근의 실무에서 중앙갱생보호심사회는 ‘위반사실의 인정을 위해서는 본인의 진술만으로는 부족하며, 사실의 존재를 확인하기 위한 자료가 필요하다’²¹⁹⁾는 점을 반복하여 지적한 바 있

219) 平成6년 지방갱생보호위원회 사무국 심사과장 협의회에서의 보호국 코멘트, 보호월보 173호 p.29등 참조

다. 단지 이때에도 보강을 위한 자료는 최소한 사실의 존재를 확인할 수 있는 자료면 충분하다고 여겨지고 있으며, 경과보고서, 관계인 조서·면접표·전화청취서, 타기관의 기록 사본 등이 그 예로 제시된 바 있다. 일반적으로 보강증거 적격의 문제로서 전문증거는 배제된다²²⁰⁾는 점을 고려할 때, 가출옥 취소과정에서는 엄밀한 의미에서의 보강법칙이 그대로 적용되지 않는다고 할 수 있다.

현실적으로 준수사항 위반사실의 전부에 대해 일률적으로 보강을 요구하는 것은 무리이다. 판례 역시 ‘자백을 보강해야 할 증거는 반드시 자백에 관계된 범죄구성사실 전부에 걸쳐 빠짐없이 이를 뒷받침하는 것일 필요는 없으며, 자백에 관계된 사실의 진실성을 보증할 수 있는 것이면 충분하다’²²¹⁾고 밝히고 있다. 수사권한이 없고 정보수집능력에 제약이 있는 갱생보호기관에 있어서 준수사항 위반사실을 직접 보강하는 자료는 없더라도 자백과 더불어 준수사항 위반사실을 증명할 수 있는 자료라면 간접적 부분적 자료라도 가능하다는 의미이다. 예를 들어, 『금주할 것』이라는 특별준수사항을 위반했는가에 대해서는 음주행위 자체를 현재 인정하고 있지 않더라도, 술에 취한 상태로 보호사를 방문하거나 술 냄새를 풍기며 보호회에 돌아온 것이 확인되면 목격증언으로도 본인의 진술을 뒷받침할 수 있다.

(4) 전문법칙

형사절차에서 피고인에게는 증인에 대한 반대신문권이 인정되고 있다(헌법 37조 2항). 따라서 공판정에서 반대신문에 의한 테스트를 거치지 않은 전문증거는 특별한 필요성과 신용성의 정황적 보장이 없으면 증거능력을 인정받을 수 없다(형사소송법 320조).

220) 보강증거 적격에 대해서는, 光藤 전게서 p.188

221) 最判昭23. 10. 30刑集2·11·1427

그러나 가출옥 취소절차는 직권주의적 심리구조를 채용하고 있고 당사자에게 반대신문권도 보장되어 있지 않기 때문에, 당사자주의적 대심구조를 채용하고 있는 절차를 전제로만 인정되는 전문법칙 역시 적용되지 않는다. 또한 전문법칙이 적용되지 않기 때문에 관계기록, 예를 들어 보호사의 보호관찰 경과보고서, 사고보고서를 원용할 수 있고, 본인의 진술을 녹취한 것이라면 그것이 질문조사라는 형식을 취한 경우이건 면접표의 형식을 취한 것이건 증거로서의 자격은 동등하다.

(5) 위법수집증거의 문제

형사재판 절차에서는 수사단계에서의 증거수집 절차에 중대한 하자가 있는 경우, 당해 증거가 위법수집증거로서 배제되게 된다.

반면 가출옥 취소심리의 경우에는 관계자를 속여 제출받은 자료나 가출옥 취소를 하지 않을 것을 조건으로 입수한 자료 등의 경우에는 사실인정에 사용되는 것이 허용되지 않는다²²²⁾.

문제는 재범사건에 관한 수사절차에 중대한 위법이 있어 재범사건을 기소할 수 없는 경우 동 재범사실을 선행유지의무 위반으로서 거론할 수 있는가 하는 점이다. 일반적으로 형사절차에 있어서 위법수집증거라도 가출옥 취소심리에서는 사실인정의 기초로 삼는 것은 허용되는데, 그 이유는 형사절차와 가출옥취소절차는 개별 절차이기 때문에 수사절차상의 중대한 하자라 해도 행정절차가 계승하는 일은 없기 때문이다.

222) 증거능력에 제한이 없고, 증명력의 자유평가가 인정되는 민사소송절차에 있어서도 위법수집증거의 취급법에 변화가 보인다. 위법수집증거의 문제는 종래 증명력의 평가 문제에 불과하다고 여겨져 왔던 것이 근래에는 증거능력의 제한 차원에서 제약요건에 대해 논의가 심화되고 있다.

제4장 독일의 보호관찰 준수사항

제1절 독일 보호관찰제도 일반론

1. 보호관찰제도의 역사적 변천

1841년 미국의 John August에 의해 시작되어 발달한 보호관찰제도가 독일에 도입되어 시범적으로 실시가 되기 시작한 것은 19세기말 20세기초에 수감자에 대한 은전조치(사면)로써 수감자를 조건부 가석방하는 것에서 시작되었다. 그후 영국의 “Probation Office”와 같은 외국의 모델과 독일 전역에서의 시범실시의 결과로 1953년에 독일에서는 처음으로 보호관찰부 집행유예에 관한 내용이 입법화되기에 이르렀다. 그러나 그 당시 독일의 보호관찰제도는 단순히 통제라는 관점에 국한되어 실시됨으로써 영미 법계의 보호관찰제도(Probation)와는 다소 거리가 있는 제도였다.

그러던 것이 1969년에 가결된 독일 개정형법 제24의 c조 제3항에 의거하여 보호관찰이 더 이상 통제의 관점에 초점을 맞추는 것이 아니고, 원호의 관점으로 그 무게중심이 전환되기에 이르렀다. 이에 따라 독일 보호관찰제도에서 처음으로 사회적 원조라는 관점이 강조되었다. 이러한 법률적 재정립을 바탕으로 사법부에서도 보호관찰을 강력하게 수용함으로써 보호관찰 대상자의 수가 급격하게 증가하게 되는 계기가 되었고, 그와 함께 보호관찰의 구조적인 면에서도 오늘날과 같은 사법부내의 사회(복지)적 임무(Soziale Dienste)가 큰 영역을 확보하는데 영향을 끼치게 되었다.

독일에서 이러한 보호관찰제도는 1975년 제2차 형법개정법률 이후로 오늘날까지 큰 변화 없이 사회복지적 원호에 우선하는 관점에서 유지되고

있다²²³⁾.

2. 보호관찰의 지위

독일에서 베를린과 함부르크를 제외한 모든 州에서 보호관찰은 사법부 관할로 되어 있으며, 주로 지방법원(Landgericht)에 속해있다. 예를 들면 바덴뷔르템베르크州에는 17개의 지방법원관할구역(Landgerichtsbezirke)이 존재하며, 그러한 관할구역 중의 하나인 슈트트가르트 지방법원 안에는 6개의 보호관찰 담당구역이 나뉘어져 있다²²⁴⁾.

독일에서는 보호관찰소를 보호관찰업무의 독립성 및 업무수행의 편의상 법원청사 밖에 두고 있다. 이는 보호관찰 대상자가 야간에도 보호관찰관을 방문하는데 편리하고, 보호관찰관과의 신뢰관계를 유지하며, 부수적으로 나타날 수 있는 낙인효과 등을 제거하기 위하여 보호관찰소를 법원과는 별도의 건물에 둘 필요가 있기 때문이라고 한다. 그와 함께 보호관찰관에게는 보호관찰 대상자와의 자유로운 대화를 위하여 보호관찰관 각자에게 개인 사무실이 주어지고, 필요한 경우에는 공동작업(Gruppenarbeit)을 하기 위한 별도의 시설이 구비되어 있는 경우도 있다.

독일에서 보호관찰관은, 다른 나라에서와 같이, 일반적으로 두 가지 임무를 가지고 있다. 그 하나는 원호의 임무이고, 다른 하나는 통제의 임무이다. 즉 보호관찰관은 보호관찰 대상자가 필요한 원호업무를 담당할 뿐만 아니라, 법적 준수사항을 제대로 지키는지 여부를 감독한다. 만약 보호관찰관이 보호관찰 대상자의 준수사항위반사실을 발견하면 곧바로 법원에

223) <http://home.debitel.net/user/kweinmann/page6.html>에서 참조.

224) 우리 나라의 경우와 비교해 볼 때, 각각의 지방법원관할구역 안에는 보호관찰소가 자리잡고 있다고 볼 수 있을 것이고, 그러한 관할구역 안에 있는 각각의 담당구역 안에는 보호관찰지소가 존재하는 것으로 이해할 수 있을 것이다.

통보하여야만 한다. 뿐만 아니라 보호관찰관은 규칙적으로 판사에게 보호관찰의 진행상황을 서면으로 보고하여야 한다. 이러한 보호관찰관의 업무에 관한 법적 기본사항은 독일 형법(Strafgesetzbuch) 제56의 d조²²⁵⁾와 독일 소년법원법(Jugendgerichtsgesetz) 제24조²²⁶⁾에 명시되어 있다.

3. 독일 보호관찰 준수사항의 법적 성격

독일에서는 보호관찰제도의 목적달성과 그 효과를 거두기 위하여 보호

225) 독일 형법(StGB) 제56의 d조에는 “① 법원은, 만약 재범방지에 적절하다면, 형의 선고를 받은 자에 대하여 보호관찰기간의 전부 혹은 일부 기간동안 보호관찰관의 감독 및 지도를 명한다. ② 법원은, 만약 9개월 이상의 자유형의 집행을 유예하고 형의 선고를 받은 자가 27세 미만인 경우에는, 제1항에 따른 준수사항(Weisung)을 명한다. ③ 보호관찰관은 형의 선고를 받은 자를 원호하고 보호한다. 보호관찰관은 법원과 협력하여 의무사항(Auflagen), 준수사항(Weisungen), 급부제안(Anerbieten) 및 약속(Zusagen)의 이행을 감독한다. 보호관찰관은 법원이 정한 기간마다 형의 선고를 받은 자의 생활태도에 관하여 보호한다. 보호관찰관은 의무사항, 준수사항, 급부제안 및 약속에 대한 현저하거나 지속적인 위반 사실을 법원에 통지한다. ④ 보호관찰관은 법원이 임명한다. 법원은 보호관찰관에게 제3항에 따른 업무에 관해 지시할 수 있다. ⑤ 보호관찰관의 업무는 정규직 혹은 명예직으로 수행한다.”라고 규정되어 있다.

226) 독일 소년법원법(JGG) 제24조에는 “① 법원은 청소년에게 최고 2년의 보호관찰기간 안에 정규직 보호관찰관의 감독과 지도를 명한다. 법원은, 만약 교육의 이유에서 목적달성이 가능하다면, 명예직 보호관찰관에게 보호관찰을 명한다. 독일 소년법원법 제22조 제2항 1문은 여기에도 유용하다. ② 법원은 보호관찰기간의 경과 전에 제1항에 따른 결정을 변경하거나 중지할 수 있다; 법원은 보호관찰기간 안에서 보호관찰을 새롭게 지정할 수 있다. 그와 함께 제1항 제1문에 규정된 최고기간을 초과할 수는 없다. ③ 보호관찰관은 청소년 대상자를 원호하고 보호한다. 보호관찰관은 법원과 협력하여 의무사항, 준수사항, 약속 및 제공된 것의 이행을 감독한다. 보호관찰관은 청소년의 교육을 장려해야만 하고 가능한 교육담당자와 법적 대리인과 함께 깊은 신뢰로 함께 영향을 주어야 한다. 보호관찰관은 그들의 공무실행에 있어서 청소년에게 가기 위해 자유로운 출입권리를 가진다. 보호관찰관은 교육담당자, 법적 대리인, 학교, 직업교육을 시키는 자에게 청소년 대상자의 생활태도에 대한 정보를 요구할 수 있다.”라고 규정되어 있다.

관찰기간 중에 보호관찰 대상자에게 부과되는 준수사항이, 우리 나라와는 달리, 의무사항(Auflagen)과 준수사항(Weisungen)으로 구별되어 규정되어 있다²²⁷⁾. 따라서 아래에서 그에 대한 법적 성격의 차이를 간략하게 살펴보고자 한다.

1) 의무사항(Auflagen)

의무사항(Auflagen)은 과거의 범죄에 대한 속죄 내지 응보의 관점에서 주어지는 과거지향적 사항이다. 즉 의무사항은 이미 저지른 불법을 배상하는 것을 주목적으로 함으로써 형벌과 유사한 처벌적 성격을 가지고 있다. 따라서 의무사항의 내용을 보면, 무엇보다도 피해(자)보상(Täter-Opfer-Ausgleich)에 초점을 맞추고 있다. 대다수의 보호관찰 대상자는 보호관찰과 함께 사회봉사명령(Gemeinnützige Arbeit)²²⁸⁾을 의무사항(Auflagen)으로 부과 받아 사회봉사명령의 실행을 통해 얻어진 수익을 피해자에게 지

227) 다른 문헌에서는 Auflage를 부담조치, 부담사항 혹은 조건이라고 번역하고, Weisung을 지시사항 혹은 지시라고 번역하고 있으나, 각각의 성격을 고려하고 우리나라에서 일반적으로 사용되는 용어를 고려하여, 본 보고서에서는 의무사항(Auflage)과 준수사항(Weisung)이라고 표현하기로 한다.

228) 독일의 Gemeinnützige Arbeit는 우리 나라의 사회봉사명령과는 다소 차이점을 가지고 있다. 즉 우리 나라의 사회봉사명령은 무보수에 의한 형벌적 요소가 다소 높은 제재라고 한다면, 독일의 사회봉사명령은 보수가 지급되지만, 다만 그러한 보수가 보호관찰 대상자 본인에게 돌아가는 것이 아니고, 피해보상 혹은 다른 공익단체에 기부금형식으로 납부되는 방식을 취하고 있는 데에서 차이점이 있다. 또한 우리 나라의 사회봉사명령은 독립명령이 가능하지만, 독일의 Gemeinnützige Arbeit는 의무사항으로 부과되는 경우만 있다. 따라서 독일의 Gemeinnützige Arbeit를 우리 나라에서와 같이 사회봉사명령이라고 표현하는 것은 다소 정확하지 못해 번역하기는 하지만, 그 법적 성질은 유사하다고 보아, 새로운 용어의 사용으로 야기될 수 있는 개념의 혼동을 회피하고자, 본 보고서에서는 사회봉사명령이라는 표현을 그대로 사용한다. 그렇더라도 양자의 차이점은 분명히 인식될 필요가 있다고 본다.

급하거나 범죄와 관련된 공공시설에 기부금으로 납부하는 방식을 취하고 있는 경우가 많다. 물론 이러한 처리는 보호관찰관에 의하여 이루어진다.

이와 같은 의무사항은 법원이 선고하는 형벌과 유사한 조치로서 이미 범한 범죄를 상쇄시키기 위한 것으로 볼 수 있다²²⁹⁾. 따라서 범죄인에게 기대하기 불가능한 의무사항을 부과하는 것은 허용되지 않고 있다.

독일 형법 제56의 b조에는 의무사항과 관련하여 다음과 같이 규정하고 있다.

제1항 법원은 형의 선고를 받은 자에게 불법행위의 배상을 내용으로 하는 의무를 부과할 수 있다. 이 경우 형의 선고를 받은 자에게 기대하기 어려운 요구를 하여서는 아니 된다.

제2항 법원은 형의 선고를 받은 자에게 다음 각 호의 사항을 부과할 수 있다.

1. 최선을 다하여 범죄행위로 인하여 야기된 손해를 배상할 것
2. 범죄행위와 행위자의 인격을 고려할 때 타당한 경우, 공익시설을 위하여 일정금액을 납입할 것
3. 기타 공익을 위한 급부를 제공할 것
4. 국고에 일정한 금액을 납입할 것

법원은, 의무사항의 이행이 손해의 배상과 배치되지 아니하는 경우에 한하여, 제2호부터 제4호에 따른 의무사항을 부과해야 한다.

제3항 법원은, 형의 선고를 받은 자가 불법행위의 배상을 위하여 적정한 급부를 제안한 경우, 그 제안의 이행을 기대할 수 있는 때에는, 특별한 사정이 없는 한 의무사항을 잠정적으로 면제한다.

2) 준수사항(Weisungen)

229) 의무사항을 부과하는 이유로, 범죄행위자에 대하여 형의 집행을 유예하였음에도 불구하고 아무런 조치가 없을 때에는 일반인이 법집행의 불공정성에 대한 의구심을 가질 수 있는 것을 없애기 위해서라고 할 수 있다. 이는 또한 피고인에게 자신에 대한 판결효과를 현실적으로 느끼게 하는 효과를 가져올 수도 있을 것이다.

준수사항(Weisungen)은 위에서 언급한 의무사항(Auflagen)과는 달리 보호관찰 대상자에게 부과되는 미래지향적 사항이라고 할 수 있다. 즉 의무사항이 과거에 저지른 불법에 대한 응보의 관점인 것과는 달리, 준수사항은 재사회화의 이념에 근거하여 범죄를 다시 저지르는 것을 방지하기 위한 금지 또는 명령의 예방적 처분의 성격을 지닌다. 대상자가 장래 범죄를 더 이상 저지르지 않고 원활하게 사회에 복귀하는데 필요하다고 보이는 경우에 여러 가지 사항들을 준수사항(Weisungen)으로 부과할 수 있는 것이다. 예를 들어 약물중독으로 인하여 범죄를 저지르게 되었던 대상자에게는 약물중독을 없애기 위해서 치료시설 프로그램에 참여하게 하는 것 등이 있을 수 있다. 뿐만 아니라 사회봉사명령을 준수사항으로 대상자에게 부과하는 경우에는 그러한 사회봉사명령의 실행을 통해서 과거에 자신이 범했던 범죄에 대한 속죄 및 응보를 경험할 수 있도록 하여 그를 통해 장래 범죄를 더 이상 저지르지 않게 하기 위한 교육적인 목적에서 실시하는 것이다. 예를 들어 인간을 경시하는 범죄를 저지른 범죄자에게는 인간의 존엄을 체험할 수 있는 것과 관련된 곳에서 사회봉사명령을 실행하도록 명하는 것과 같이, 그 대상자가 범한 범죄와 관련이 있는 곳에서 사회봉사명령을 실시하게 함으로써 그러한 공익근로를 통하여 자신들의 문제점을 개선하고 올바른 삶을 배울 수 있도록 하는데 그 목적이 있다고 하겠다.

이러한 준수사항은 장차 범죄를 범하지 않게끔 보호관찰 대상자를 돕기 위하여 법관이 부과하는 요구사항 또는 금지사항을 말한다.

독일 형법 제56의 c조에는 준수사항과 관련하여 다음과 같이 규정하고 있다.

제1항 법원은, 장래 재범방지를 위하여 필요한 경우, 보호관찰기간동안 형의 선고를 받은 자에게 준수사항을 부과한다. 이 경우 형의 선고를 받은 자의 생활태도에 있어서 기대하기 어려운 요구를 하여서는 아니 된다.

제2항 법원은 형의 선고를 받은 자에게 특히 각 호의 사항을 지시할 수 있다.

1. 거주, 교육, 근로 또는 여가에 관한 지시나 경제관계규제에 관한 지시를 준수할 것
2. 지정한 일시에 법원 또는 기타 관청에 보고할 것
3. 장래 범죄행위의 기회나 동기를 제공할 수 있는 특정인 또는 특정단체에 속 한 자와 교제하거나 이를 고용, 훈련 또는 숙박시키지 말 것
4. 장래 범죄행위의 기회나 동기를 제공할 우려가 있는 특정 물건을 소유, 휴대하거나 이를 보관하지 말 것
5. 부양의무를 이행할 것

제3항 다음 각 호의 준수사항은 형의 선고를 받은 자의 동의를 있는 경우에만 부과할 수 있다.

1. 신체적 조치와 관련된 치료 또는 금단치료를 받을 것
2. 적정한 공공수용시설 또는 적정한 기관 내에 거주할 것

제4항 법원은, 형의 선고를 받은 자가 장래의 생활태도에 관하여 적정한 약속을 경우, 그 약속의 준수를 기대할 수 있는 때에는, 특별한 사정이 없는 한 준수사항을 잠정적으로 면제한다.

4. 실무상 준수사항의 부과기준

독일에서 보호관찰 실무에 종사하는 보호관찰관들의 기본적인 생각은 보호관찰은 통제보다는 원호의 관점에 더 무게중심을 두어야 한다는 것이다. 또한 법원에서 보호관찰 대상자에게 준수사항을 부과하는 과정에서도 이러한 관점은 적극적으로 수용되고 있다. 따라서 위에서 언급한 다양한 준수사항의 법적 근거 및 명시적인 규정에도 불구하고 실질적으로 법원에서 대상자에게 부과하는 준수사항은 그다지 많지 않다²³⁰⁾. 이처럼 독일 실무에서 적은 수의 준수사항을 부과하는 기본적인 생각은 지나치게 구체적

230) 이에 대한 구체적인 내용은 후술하는 각각의 구체적 사례에서 살펴볼 수 있다.

이고 다양한 준수사항을 부과하는 경우에는 보호관찰 대상자의 자유를 오히려 억압하는 기능과 준수사항을 위반할 수 있는 기회를 더 많이 부여하는 결과를 가져올 수 있는 것과 함께 그들이 자발적으로 사회에 재적응하는데 부정적인 효과를 줄 수 있다는 것에서 기인한다. 즉 독일 실무에서는 오히려 보호관찰 대상자 스스로에게 자생의 기회를 부여하는 것이 필요하다고 보아 가능한 한 가장 기본적인 준수사항만을 부과하는 방침을 유지하고 있다. 이러한 관점은 보다 구체적인 준수사항을 다양하게 많이 부과하고 있는 미국의 실무와는 상당히 다른 관점이라는 것을 알 수 있다.

제2절 독일 소년법원법(JGG)상의 보호관찰 준수사항

1. 소년 보호관찰의 개관

1) 소년 보호관찰의 발전과정

독일에서 조건부 자유형의 도입에 대한 요구는 1923년 독일 소년법원법(JGG) 제10조에 의해 이루어졌다. 따라서 형을 선고받은 자는 일정한 시범기간동안 양호한 품행을 유지하면 형을 면제받을 수 있었다. 물론 그러한 결과는 자신의 노력을 통해서 재범의 유혹에서 벗어나야 하는, 즉 형을 선고받은 자 스스로의 몫으로 넘겨졌다. 그러나 이처럼 은전적으로 보장되는 자선의 결과는 높은 실패율을 가져왔다²³¹⁾. 그러한 높은 실패의 결과, 보호관찰 부 집행유예(Strafaussetzung zur Bewährung)가 1943년 독일 소

231) Schaffstein/Beulke, Jugendstrafrecht : eine systematische Darstellung, 1998, § 24, I.

년법원법에서 완전히 폐지되고, 그 대신에 구금이 도입되었다²³²⁾. 그 후, 1953년 독일 소년법원법에서는 다시 영국의 “보호관찰(Probation)”과 같은 의미에서 소년형벌(Jugendstrafe)을 보호관찰을 조건으로 집행을 유예할 수 있는 가능성이 다시 이루어졌다. 그러나 보호관찰 부 집행유예를 받은 소년이 보호관찰기간동안 양호한 품행을 유지하면 형벌을 면제받을 수 있다는 이러한 집행유예는 1년 이하의 자유형에서만 가능하였다(구 독일 소년법원법 제20조). 그러한 집행유예를 받을 수 있는 전제조건에 대하여는 구 독일 소년법원법 제21조에 명시해 놓았다. 그 후에 2년 이하의 자유형에 대하여도 집행유예를 부과할 수 있는 가능성의 확장이라는 실제적인 변화는 1969년 6월 25일에 제1차 형법개정법률(StrRG)과 함께 실현되었다. 그 후 다시 1974년 3월 2일의 독일 형법시행령(EGStGB)을 통해서 독일 소년법원법 제21조 제1항에 규정된 전제조건이 충족되는 경우에 있어서 강제적인 집행유예를 실시하는 것이 명문화되었다.

그와 함께 집행유예를 선고받는 경우에도 다음과 같은 사유가 존재하는 경우에는 보호관찰 부 집행유예를 취소할 수 있도록 하였다. 즉 “1) 집행유예의 목적에서 볼 때 그 취소가 요구되는 경우, 2) 16세 이상의 소년이 보호관찰과 함께 부과되는 준수사항을 이행하겠다고 약속하는 것을 거부하는 경우, 3) 소년이 보호관찰 준수사항을 유책하게 이행하지 않는 경우, 4) 다른 방법으로 소년에게 주어진 신뢰가 정당화되지 않는다고 보이는 경우, 법관은 소년형벌의 집행유예를 취소한다”. 제1차 독일 소년법원법 개정법에서 1년 이상 2년 이하의 소년형벌에 대한 법규적인 집행유예를 명문화하였고(독일 소년법원법 제21조 제2항), 동시에 취소결정도 변경되었다.

232) Ostendorf, Jugendgerichtsgesetz Kommentar, Grdl. z. §§ 21-26, Rn. 2.

2) 법률적인 목표

실무적인 필요성과 함께 소년에게 있어서 자유형의 집행은 회피되어야 한다는 소년형벌의 집행유예에 대한 목표설정에 근거하여, 독일 소년법원법(JGG)은 제21조부터 제26의a조에 걸쳐 집행유예에 대하여 규정해 놓고 있다. 이러한 보호관찰 부 소년형벌의 집행유예는 단지 소년형벌의 한 변형으로 간주된다.

그러나 무엇보다도 보호관찰에 대한 결정에 앞서 먼저 공식적으로 소년형벌 그 자체에 대한 결정이 이루어져야만 한다. 그리고 난 후, 현행법상 집행유예를 결정하기 위해서는 독일 형사소송법(StPO) 제263조 제1항에 근거하여 참여법관의 3분의 2라는 다수의 동의가 요구된다. 그러나 이러한 소년형벌의 확정은 단지 보호관찰의 부과가능성이 처음부터 요구되는데, 왜냐하면 보호관찰을 조건으로 유예된 형벌은 그 본질과 목적에 있어서 집행될 수 있는 형벌과는 다른 것이기 때문이다.²³³⁾ 이러한 결론에 따라, 판례에서는 책임에 근거한 형벌이라는 목적을 가진 성인형벌과는 달리, 소년형벌에서는 책임에 대한 갈음이라는 형벌목적은 나타나지 않는 것으로 보고 있다²³⁴⁾.

설사 보호관찰 부 집행유예가 취소되는 사례에서 형벌위하적인 요소가 실현된다고 하더라도, 보호관찰은 대상자들에 대하여 독립적인 의미를 가지고 있다. 즉 보호관찰지시와 함께 부과되는 준수사항과 의무사항 더 나아가 의무적인 보호관찰이 그 성격을 결정하지만, 역시 독일의 보호관찰에서는 원호기능이 항상 우위에 선다. 이러한 점에서 독일 소년법원법(JGG) 제26조 제3항 제1문과 제26의 a조 제2문에 대상자에게 준수사항(Weisungen), 의무사항(Auflagen), 약속(Zusagen) 혹은 제의(Anerbieten)를 이행하기 위해 가

233) Böhm, Einführung in das Jugendstrafrecht, 1996, S. 225.

234) Ostendorf, Jugendgerichtsgesetz Kommentar, § 5, Rn. 2.

저오는 급부는 대체되지 않는다고 규정하고 있다. 그와 함께 이러한 제재는 형벌적 성격을 가지고 그러한 독립성은 특별히 명문으로 강조되고 있다.

3) 실무의 동향

지난 몇 년 동안의 통계를 살펴보면, 보호관찰 부 소년형벌의 집행유예는, 2년 이하의 자유형이 집행된 소년형벌과 비교해 볼 때, 현저하게 증가하였다는 것을 알 수 있다²³⁵⁾.

아래에 있는 <표 4-1>에서 볼 수 있듯이, 특히 1969년에는 집행유예의 가능성이 확대되면서 집행유예의 건수에 엄청난 증가가 나타나고 있다. 그와 함께 집행유예를 실시하는 비율은 아래의 <표 4-2>에서 볼 수 있듯이, 당연히 높은 형량을 받은 소년형벌에서 보다는 낮은 형량을 받은 소년형벌에서 더 높은 것으로 나타났다.

<표 4-1> 소년형벌의 유예건수

년 도	집행유예가 가능한 (2년 이하) 소년형벌 합계	유예된 건수
1960	8,253	4,553 (55.2%)
1969	8,247	5,881 (71.3%)
1980	16,378	11,192 (68.3%)
1985	15,836	10,936 (69.1%)
1990	10,917	7,784 (71.3%)
1995	12,386	8,875 (71.7%)
1998	15,259	10,977 (71.9%)

* 자료: 독일연방통계청²³⁶⁾

235) Ostendorf, Jugendgerichtsgesetz Kommentar, Grdl. z. §§ 21-26a, Rn. 5.

236) Statistisches Bundesamt, Fachserie 10, Reihe 3, Strafverfolgung(범주 : 1990년

<표 4-2> 1년 미만 자유형의 유예건수와 2년 미만 자유형의 유예건수의 비교

년 도	①6월이상 1년 미만 소년형벌	①에서 유예된 건수	②1년이상 2년 미만 소년형벌	②에서 유예된 건수
1960	8,253	4,553 (55.2%)	-	-
1970	8,318	6,052 (72.8%)	-	-
1980	12,771	10,161 (79.6%)	3,607	1,031 (28.6%)
1985	11,493	9,093 (79.1%)	4,343	1,843 (42.7%)
1990	7,542	5,961 (79.0%)	3,393	1,823 (53.7%)
1995	7,890	6,193 (78.5%)	4,496	2,682 (60.4%)
1997	9,125	7,430 (81.4%)	5,410	3,269 (60.4%)
1998	9,636	7,748 (80.4%)	5,623	3,229 (57.4%)

* 자료: 독일연방통계청

아래의 <표 4-3>은 일반 형법(StGB)에 의한 성인에 대한 보호관찰과 소년법원법(JGG)에 의한 소년에 대한 보호관찰의 건수를 비교하여 보여주고 있다. 이러한 소년형벌의 집행유예 비율과 관련하여, 예를 들어 약물범죄에 있어서 평균이 넘는 보호관찰비율이 나타나고 있다는 것은 범죄특성상 주목해 볼만한 것이다. 즉 1982년 6월 이상 1년 미만의 소년형벌에 대한 보호관찰 부 집행유예의 비율이 84.6%, 1년 이상 2년 미만의 보호관찰 부 집행유예의 비율이 46.1%인 것 중에서 독일 약물법(Betäubungsmittelgesetz) 제29조 제3항 및 제30조에 의한 특히 중한 사례가 52.8%나 차지하고 있다. 이는 독일실무에서 약물과 관련되는 행위를 가능하면 범죄화하려는 경향으로 선회하려고 시도하고 있다는 것임을 보여준다.

까지는 구서독지역만 포함, 1995년부터는 동베를린을 포함한 구서독지역만 포함).

<표 4-3> 선고유형에 따른 보호관찰

(괄호 안은 여성)

년도	계	일반형법에 의한 보호관찰			소년법원법에 의한 보호관찰		
		소 계	집행유예	가석방	소 계	집행유예	가석방
1970	39,503(1,903)	17,560(1,211)	7,109	10,451	21,943(692)	15,544	6,399
1975	61,532(3,444)	28,932(1,592)	15,002	13,930	32,600(1,852)	24,395	8,205
1980	93,840(7,545)	53,472(4,542)	27,263	26,209	40,368(3,003)	30,833	9,535
1985	124,868(10,470)	79,962(7,623)	43,906	36,056	44,906(2,847)	33,511	11,395
1990	131,381(11,769)	97,579(9,777)	55,259	42,320	33,802(1,992)	24,914	8,888
1995*	132,147(12,396)	102,789(10,679)	63,394	39,395	29,358(1,717)	22,781	6,577
1997	141,195(13,536)	109,722(11,662)	68,368	41,354	31,473(1,874)	25,090	6,383

* 1995년 통계 중에서 니더작센 통계는 1994년에 근거한 것임.

4) 형사정책적인 평가

독일에서의 보호관찰제도에 대한 형사정책적인 의미를 살펴본다면, 무엇보다도 기존의 구금시설에서는 수형자 1인당 일년에 28,000 DM정도가 소요되는데 비하여, 보호관찰대상자를 위해서는 1인당 일년에 1,300 DM정도만이 소요된다는 경제적인 효율성에서 찾아볼 수 있을 것이다²³⁷⁾. 물론 그러한 원활한 제도의 운영을 위해서는 명예직 보호관찰관²³⁸⁾과 정규직 보호관찰관과의 협력이 요구될 수 있다. 그러나 그와 함께 정규직 보호관찰관의 증원에 대한 요구는 독일 보호관찰제도와 관련하여 가장 크게 대두되는 문제점이라고 한다.

뿐만 아니라 보호관찰기간과 보호관찰관에 의한 원호기간²³⁹⁾의 세분화

237) Schwind, BewHi, 1984, S. 74.

238) 우리 나라의 범죄예방자원봉사위원을 생각해 볼 수 있을 것이다.

239) 독일에서는 우리 나라와는 다르게 보호관찰기간과 보호관찰관에 의한 지도·감독기간이 반드시 일치하는 것은 아니다. 즉 예를 들어 한 대상자가 보호관찰기

와 관련하여, 오히려 보호관찰기간을 1년에서 2년 정도로 줄이는 것이 필요하다는 견해도 있다. 즉 보호관찰관의 원호 없는 보호관찰기간은 그만큼 개별사례에 있어서 의미가 없음을 나타낸다고 한다. 그러나 제1차 독일 소년법원법 개정법에 따라 1년 이하의 소년형벌에 대한 집행유예와 1년에서 2년 사이의 소년형벌의 집행유예 사이에 더 이상 차별화 될 필요가 없다는 것, 즉 일반적으로 보호관찰이 적용될 수 있다는 것은 환영할 만한 것이라고 하며, 더 나아가 보다 더 높은 형량의 소년형벌에 대해서도 보호관찰 부 집행유예가 이루어져야 한다고 한다.

더 나아가 개개인의 보호관찰관의 독립성이 보장되어야 하고, 그들 사이의 역할충돌이 있는 경우에는 각자의 책임으로 되어야만 하고, 상급 보호관찰관에 의한 간섭은 배제되어야 한다고 하는 요구가 있다.

또 보호관찰관에 의해 보호를 받는 대상자는 ‘범죄자’로 낙인 지워진다. 그러므로 1954년 11월 25일의 청소년 및 청년을 위한 보호관찰관에 대한 서베를린 법률 제3조 제2항에 규정되어 있는 것과 같이 보호관찰관들은 단지 준수사항의 범위 안에서만 활동해야 한다고 한다. 물론 베를린, 함부르크, 브레멘 등에서 청소년담당 보호관찰관들에 의해 시행되는 것과 같은 청소년에 대한 특별한 원호는 필요하다. 이를 위해서는 청소년부서(Jugendbehörde)와의 협력은 도움이 된다고 본다. 원칙적으로 독일에서의 보호관찰관의 법적 지위는 소년사법보조(Jugendgerichtshilfe)의 법적 지위와 동일한 것으로 본다²⁴⁰⁾.

간을 3년을 부과 받았다고 하더라도 그 중에 2년 동안만 보호관찰관의 지도·감독을 받도록 지시하는 경우도 있다.

240) 독일에서는 모든 소년 사건과 관련하여 우선적으로 소년부(Jugendamt)에 속해있는 소년사법보조(Jugendgerichtshilfe)에서 권한을 행사하고 있다. 소년사법보조의 역할은 소년 사건에 대한 객관적인 사실관계 조사에서부터 소년범죄자에 대한 지도·감독 및 원호의 역할까지 광범위하게 행하고 있다. 예를 들어 소년사건에 대한 재판에 있어서 소년사법보조원이 출석하지 않은 상태에서는 이루어질 수 없으며, 소년범죄자에게 보호관찰이 부과되는 경우 보호관찰관은 소년사법보

독일에서는 소년에 대한 보호관찰과 관련하여서는 우리나라와는 달리, 3단계의 처우단계를 독일 소년법원법에 규정하고 있다. 즉 독일에서는 소년에 대하여 첫째로 교육적인 처분, 둘째로 징계적인 처분, 그리고 셋째로 소년형벌이라는 3단계의 구별과 함께 각각의 단계에서 부과될 수 있는 준수사항에 대하여 차별화를 하고 있다. 다음에서 각 단계별로 살펴보도록 한다.

2. 교육적 처분단계에서의 보호관찰

1) 교육적 처분의 목적

독일 소년법원법(JGG)은 청소년 범죄자에 대한 첫 번째 제재로 교육적 처분을 규정하고 있다. 동법 제9조에 근거한 교육적 처분은 준수사항(Weisungen)을 부과하고 동법 제12조의 의미에서 교육을 위한 도움을 요구하는 것을 선고하도록 한다. 따라서 교육적 처분단계에서는 의무사항(Auflagen)은 부과되지 않는다. 이는 교육적 처분의 목적이 불법에 대한 징계적 관점에서 응보가 아니라 교육적 관점에서 장래 더 이상 불법을 저지르지 않도록 지도한다는 관점에서 나타난 결과라고 본다.

그럼에도 불구하고 교육적 처분을 통해서 청소년에게 상당한 제재를 가하는 것이 가능하다. 즉 아무리 교육적 처분이라고 해도 이 또한 첫 번째 제재단계인 것이다. 그러나 그 내용에 있어서는 법률에 따라 교육적인 것이 되어야지 억압적인 형벌이 되어서는 안 된다(독일 소년법원법 제10조 제2항 제1문). 이것은 “교육적 처분”이라는 표현에 이미 명시적으로 나타나 있다고 볼 수 있다.

조원과 협동작업을 이루어야만 한다.

비록 이러한 교육적 처분의 관점에서 부과되는 준수사항이라고 하더라도 부과된 준수사항을 이행하지 않는 경우에는 “불복종구금(Ungehorsam-sarrest)”이라는 제재가 뒤따르게 된다. 이러한 억압적 효과에도 불구하고 교육적 처분의 유일한 목적으로 긍정적인 개별예방을 들고 있다.

독일 소년법원법 제10조에는 교육적 처분(제재)으로서 준수사항(Weisungen)과 관련하여 다음과 같이 규정하고 있다.

제1항 준수사항은, 청소년 대상자의 생활태도를 규율하고 그러한 규율을 통하여 그의 교육을 장려하고 확실하게 해야하는 허가사항과 금지사항이 있다. 이 경우 청소년 대상자의 생활태도에서 기대하기 어려운 요구를 하여서는 아니 된다. 법원은 청소년 대상자에게 특히 각 호의 사항을 지시할 수 있다.

1. 거주지에 관련된 준수사항을 따를 것
2. 가족과 함께 혹은 보호시설에서 살 것
3. 직업교육이나 직업알선을 받아들일 것
4. 노동급부를 이행할 것
5. 특정인(보호자)의 보호와 감독 하에 있을 것
6. 사회교육에 참여할 것
7. 피해자에 대한 보상을 이행하도록(Täter-Opfer-Ausgleich) 노력할 것
8. 특정인과의 교제 혹은 술집과 유흥장의 출입을 하지 말 것
9. 교통교육에 참여할 것

제2항 법원은 청소년 대상자에게 교육권리자와 법정 대리인의 동의를 얻어 전문가를 통하여 양호치료적 처우와 교육치료를 받을 것을 부과할 수 있다. 청소년 대상자가 만 17세 이상인 경우, 본인의 동의를 받아야만 한다.

2) 준수사항

독일 소년법원법(JGG) 제10조 제1항에 규정된 준수사항들 중에 대상자의 행동능력 등에 대한 신중한 검토를 통해 대상자 자신에게 부과된 준수사항에 대하여는 법원에서는 정확하게 고지하여야만 한다. 동법 제10조 제1항 제3문 2번, 5번, 6번, 7번, 9번에 규정된 준수사항을 구체화하는 데에 소년사법보조(Jugendgerichtshilfe)가 관여하는 것이 자연히 허락된다. 물론 동법 제11조 제2항에 의거하여 준수사항은 차후에 변경도 가능하다. 이러한 준수사항에 대한 내용은 그것을 이행하지 않는 경우에 받게되는 동법 제11조 제3항에 규정된 징계처우에 대한 내용과 함께 보호관찰 대상자가 이해할 수 있는 언어로 해당 대상자에게 정확하게 고지되고, 또다시 같은 내용이 서면으로 고지되어야 한다. 이는 청소년의 경우 성인에 비하여 사고력 내지 이해력이 부족하다는 전제하에, 그 대상자가 받게되는 보호관찰과 그에 따른 준수사항의 내용을 정확하게 고지하여 차후에 발생할 수 있는 문제를 예방하기 위한 것으로 본다.

또 이러한 준수사항은 반드시 그 이행함에 있어서 통제 가능한 것이어야 한다. 통제 불가능한 준수사항은 따라서 허락되지 않는다. 예를 들면 동법 제10조 제1항 제3문 8번에 규정된 “특정인과의 교제 혹은 술집과 유흥장의 출입을 하지 말라”는 준수사항과 같은 내용은, 따라서 이러한 관점에서 볼 때, 문제점이 있다는 비판도 있다. 왜냐하면 이와 같은 준수사항의 이행여부는 단지 부모와의 깊은 유대에서만 통제가 가능하고 보호관찰관이 쉽게 통제하기 어려운 부분이기 때문이다.

실질적으로 교육적 처분으로 부과되는 준수사항은 이러한 처분을 받게 된 그 원인이 되는 행동을 저지하기 위해 직접적인 영향을 줄 수 있는 관계에 있어야만 한다. 따라서 단순히 책임에 같음하는 의미에서 억압적인

처분을 위한 목적은 교육적 처분에서는 허락되지 않는다. 즉 “금지된 약물을 모든 범위에서 금지하라”라는 준수사항은 단순히 법규적 금지의 반복이며 예방적인 관점의 규정이라고 보기는 어렵다고 한다. 그와 더불어 각각의 대상자에게 적절한 준수사항이 부과되어야 하는데, 이는 예를 들어 15세 대상자에게 적절한 내용이 19세 대상자에게 적절하지 않을 수 있기 때문이다.

기본적으로 일반적인 형사제재에서와 같이, 교육적 처분에서도 비례성 원칙은 지켜져야 한다는 입장을 취하고 있다. 이는 결국 제10조 제1항 제2문에 명백하게 규정되어 있는 것과 같이, 그 교육적 처분으로서 준수사항이 대상자에게 기대가능성이 인정되어야지, 기대 불가능한 준수사항의 부과는 원칙적으로 허락되지 않는다는 것이다²⁴¹⁾.

다음에서 이러한 교육적 처분으로서의 준수사항에 대한 구체적인 내용에 대하여 살펴보도록 한다.

가) 제10조 제1항 제3문에 근거한 준수사항

독일 소년법원법(JGG) 제10조 제1항 제3문에는 9가지 준수사항을 구체적으로 나열하고 있다.

첫째, 거주지에 관계된 준수사항을 따르라고 하는 것이다. 따라서 임의로 이주하는 권한이 제한을 받게 된다. 이러한 준수사항은 실질적으로 개인의 자유에 중대한 침해가 따른다고 볼 수 있다. 따라서 이러한 준수사항은 예방목적과 관련하여 단지 예외적으로 사용되어야 한다고 하는 견해가 있다.

둘째, 가족과 함께 혹은 보호시설에서 살라고 하는 준수사항이다. 이 경우 교육권자의 동의는 필요하지 않지만, 교육권자의 동의가 있는 경우에는

241) Frellesen, Die Zumutbarkeit der Hilfeleistungen, 1980, S. 167ff. 참조.

더욱 의미가 있는 것으로 보고 있다. 물론 이 경우 원칙적으로 자기 가족과 함께 사는 것이 가장 우선 시 되는 것은 당연하다. 따라서 각각의 대상자에게 어떤 전제조건이 존재하는가에 따라 체류조건이 차별적으로 설명될 수 있을 것이다. 이와 함께 비용에 대한 문제도 숙고되어야 할 것이다. 예를 들어 대상자가 비용부담을 해야 하는 경우와 같은 준수사항은 기대하는 것이 불가능하기 때문이다.

셋째, 직업교육이나 직업알선을 받아들이라고 하는 준수사항이 있다. 이러한 준수사항을 결정하는데 있어서는 대상자의 자유, 직업 그리고 직업교육의 장소에 대한 고려와 함께 비교적 자유롭게 선택될 수 있는 부분이 있다. 그러나 실질적으로는 청소년에 대한 직업교육장소의 부족과 또 일자리가 없다는 점에서 오늘날 이러한 준수사항은 현실과는 다소 거리가 먼 것으로 실무에서는 판단하고 있다. 사실 법원에서 보호관찰을 결정하는 과정에서 이러한 직업교육과 일자리까지도 구체적으로 중재할 수 있다면, 가장 바람직하다고 할 것이나, 현실에서는 그것이 실현 불가능하여, 단지 노동청(Arbeitsamt)에 신청을 해놓고 기다리는 정도에 불과하다고 한다.

넷째, 노동급부를 이행하라는 준수사항이다. 교육적 처분으로서 노동급부(Arbeitsleistung)는, 의무사항과는 달리, 단지 긍정적인 개별예방의 관점에서만 그에 대한 선고가 허락된다. 즉 노동을 통해서 준법적인 행동지침에 따르기 위해 긍정적인 영향을 끼칠 수 있도록 노력되어야만 한다. 예를 들어 폭행으로 사고를 유발한 사람에게 병원에서의 노동을 통해 자신의 행동의 부정적인 사회적 결과를 경험하게 함으로써 자신의 행동을 반성하고 장래 올바르게 살아가는데 교육적으로 도움이 되어야 한다는 것이다. 이러한 노동급부에 대한 보수는 지금까지 논의의 주제가 되지 않았다.

다섯째, 특정인의 보호와 감독 하에 있어야 한다는 것이다. 이러한 준수사항을 명시적으로 규정한 입법자의 결정은 이러한 준수사항이 분명히 공

정적인 평가를 가져올 수 있을 것이라고 판단한 것으로 본다. 이러한 원호에 대한 지시는 부모나 혹은 교육권자 등에 한하여 고려된 것으로 보이고, 이러한 원호를 위해 소년부(Jugendamt)나 소년사법보조 자체가 고려된 것은 아니라고 본다. 물론 이러한 준수사항이 성공적으로 이행되기 위해서는 대상자와 감독자 사이에 신뢰관계가 전제되어야 한다고 본다.

여섯째, 사회교육과정에 참여하라는 준수사항이다. 사회교육과정은 대상자 스스로가 자발적으로 혹은 원호의 방법으로 실행될 수 있다. 그러한 교육을 통해 대상 청소년들이 범죄 없는 삶을 이끌 수 있도록 사회적으로 중재되어야만 한다. 제1차 독일 소년법원법 개정법에 대한 입법취지설명에서 “사회적 교육과정”은 단지 하나의 가능한 교육적 집단작업의 형태로써 예를 든 것으로 이해될 수 있다고 강조되었다. 따라서 여기에서 다른 형태의 교육적 집단작업들이 배제되는 것은 아니라고 한다. 그러한 집단작업(Gruppenarbeit)을 위해서는 공동작업(Mitarbeit)을 위한 준비가 전제되어야 하고, 다음과 같은 교육과정으로 구분된다.

- 주말과정(한번 혹은 여러 번의 주말에 예컨대, 같은 세미나에 참석하는 것)
- 단기과정(수일간 혹은 주말에 예컨대, 요트수업, 산악등반 등에 참여하는 것)
- 장기과정(수개월 동안 주말 혹은 주중에 계속해서 참여하는 것)
- 복합과정(다른 제재와 결합해서 하는 것)

이러한 사회교육과정은 사회에 위험요소로 나타나는 재범과 관련하여 성공적인 것으로 결과가 나타났다²⁴²⁾. 즉 사회적 교육과정을 거친 경우와 단순히 구금에 의한 경우를 비교하여 재범에 대한 성공여부를 평가해본

242) Kraus/Rolinski, MschrKrim 1992, S. 32ff.

결과, 사회적 교육과정에 참여한 경우 재범율이 낮은 것으로 나타났다²⁴³⁾.

일곱째, 피해자에 대하여 피해보상을 이행하도록 노력하라는 것이다. 제 1차 소년법원법 개정법에서 피해자화의(Täter-Opfer-Ausgleich)가 피해원상회복(Schadenswiedergutmachung)이라는 의무사항과 함께 명시적인 준수사항으로 조문에 삽입되었다. 준수사항에서는 단순히 피해자화를 위한 노력으로만 제한된다. 따라서 그에 대한 성공여부까지 준수사항의 이행과 관련하여 기대되는 것은 아니다. 예를 들어 피해자가 지나치게 과도한 요구를 내세우거나 혹은 화해의 의사를 완전히 부정하는 상황이 나타날 수도 있는데, 그 경우 보호관찰 대상자가 피해자화에 대한 성실한 노력을 하였다면 그것만으로 충분한 것이고, 그 결과가 성공적으로 나타나지 않았다고 하여 불이행에 따른 징계를 받지는 않는다.

여덟째, 특정인과의 교제 혹은 술집과 유흥업소에 출입을 하지 말라는 것이다. 결국 하나의 집단은 항상 개개인의 집합체가 되기 때문에, 접촉금지하는 항상 특정집단에 초점이 맞추어지게 된다. 이러한 준수사항은 사실 실무에서는 통제가 불가능하기 때문에 부적절한 것으로 받아들이고 있다.

아홉째, 교통교육에 참여하라는 준수사항이 있다. 이러한 준수사항은 커다란 실무적인 의미를 가지고 있다. 이러한 준수사항은 특히 음주운전자를 위해 고려될 수 있는 것으로 본다. 특히 1983년부터 음주와 관련된 초범자의 재교육을 위한 모델을 시도하여 그 결과 재범을 현저히 줄이는 결과를 가져왔다²⁴⁴⁾. 이러한 긍정적인 결과는 새로운 조사에서도 나타나고 있는데, 그 조사결과에 따르면, 음주관련 범죄자에 있어서 일반적으로 재범율이 43.2%정도 나타나는데, 그 중에서 재교육을 받지 않은 재범자에 있어서는 32.3%의 재범율이 나타난대 비해, 재교육과정에 참여했던 범죄자들

243) Welhöfer, MschrKrim 1995, S. 42ff.

244) Ostermann, in: Tätigkeitsbericht des Max-Planck-Instituts für ausländisches und internationales Strafrecht, 1986, S. 57ff. 참조.

은 13%정도의 재범율을 보여주고 있다고 한다²⁴⁵⁾. 이와 관련하여 입법자는 “교통규칙의 위반에 있어서”라는 전제조건을 삭제함으로써 이 준수사항의 적용범위를 더욱 넓혀 놓고 있다. 물론 제재를 가하기 위해서는 범죄가 있어야하므로 일반적으로 교통범죄가 전제된다고 본다.

나) 제10조 제2항에 의한 준수사항

또 다른 교육적 처분의 준수사항으로서 독일 소년법원법(JGG) 제10조 제2항에는 치료적 처치와 금단치료에 대한 내용이 규정되어 있다. 이러한 준수사항을 위해서는 일반적으로 그 전제조건으로 해당 청소년의 교육권자나 법률적 후원자의 동의를 강제적으로 요구하고 있다. 더불어 이러한 처분을 위해서는 만약 대상 청소년이 만16세 이상의 청소년인 경우 그들의 동의까지도 요구하고 있다. 왜냐하면 이러한 준수사항은, 치료라는 그 본래적인 성질상, 대상자의 의지에 반해서 실행될 수 없기 때문이라고 본다.

치료교육적인 처치(heilerzieherische Behandlung)와 관련하여서는 단지 좁은 의미에서의 치료교육(Heilpädagogen)뿐만 아니라 모든 치료요구가 고려된다고 한다. 이러한 치료교육적인 처치를 위하여 전제가 되는 원인범죄로는 종종 중한 폭력범죄, 성범죄 혹은 방화범 등이 거론된다.

그러나 이러한 준수사항과 관련하여 금단치료(Entziehungskur)는 ‘금단 시설에 수용하는’ 보안처분²⁴⁶⁾과는 구별되어야 한다. 여기에서는 단지 약물중독 등으로 범죄위험이 있는 사람들을 위해 사회치료과정이 고려될 수 있을 뿐이다.

교육적 처분과 관련한 준수사항의 집행은 독일 소년법원법 제38조 제2

245) Winkler/Jacobschagen/Nickel, Unfall- und Sicherheitsforschung Straßenverkehr, Heft 64, 1988, S. 31.

246) 독일 형법 제61조에 규정된 보안처분의 종류에서 두 번째로 금단시설수용을 규정하고 있다.

항 제5문에 의거하여 소년사법보조(Jugendgerichtshilfe)의 의무이다. 여기에서 소년법원판사는 당연히 준수사항 집행의 장이 된다. 따라서 소년법원판사는 교육적 처분과 관련하여 준수사항을 선고하기 전에 항상 소년사법보조담당자의 협조를 요청할 수도 있고, 혹은 때에 따라서는 보호관찰관의 협조를 요청할 수도 있다.

3) 준수사항의 불이행에 따른 징계로서 구금(Jugendarrest)

소년법원판사는 교육적 처분으로서 준수사항을 선고하면서 그 이행기간을 정해준다. 그 이행기간은 일반적으로 2년을 넘지 않는다. 특히 독일 소년법원법 제10조 제1항 제3문 5번에 의한 준수사항(특정인의 보호와 감독 하에 있을 것)은 일반적으로 1년을 넘지 않고, 6번에 의한 준수사항(사회 교육에 참여할 것)은 6개월을 넘지 않는다. 소년법원판사는 교육적인 이유에서 필요하다면, 준수사항을 변경하거나, 그 중에 일부를 면제하거나 그 이행기간을 3년으로 늘릴 수도 있다.

그러나 만약 소년법원에서 선고받은 이러한 준수사항을 해당 대상자가 유책하게 이행하지 않는다면, 독일 소년법원법 제11조 제3항 제1문에 따라 일반적으로 “불복종구금(Ungehorsamsarrest)”이라고 칭하는 소년구금(Jugendarrest)을 할 수 있도록 하고 있다. 그러나 그러한 구금은 4주일을 넘어서는 안 된다고 규정하고 있다.

3. 징계적 처분단계에서의 보호관찰

1) 징계적 처분의 목적

독일 소년법원법은 소년범죄자에 대한 두 번째 제재로 제13조에서 제16조에 걸쳐 징계적 처분(Zuchtmittel)을 규정하고 있다. 이러한 징계적 처분의 개념은 사회국가적 교육이념에 상응한 1943년의 독일 소년법원법(JGG)과 함께 처음으로 형식적으로 도입되었다. 그 이전에는 이러한 종류의 제재는 교육적 처분으로 분류되었다. 비록 그 당시의 징계적 처분이 형벌과 같은 법적 효과를 가지지 않았더라도(1943년 독일 소년법원법 제7조 제3항 참조), 소년구금은 이미 교육형벌, 명예형벌 혹은 충격형벌이라는 의미에서 형벌적 성격을 나타내고 있었다고 볼 수 있다.

즉 이러한 징계적 처분은 진정한 형사처벌의 효과를 가지고 있지 않으면서도 억압적인 성격이 인정되고 있다. 이러한 징계적 처분의 억압적인 요소는 소년법원법 제13조 제1항에 명시적으로 나타나고 있다. 따라서 징계적 처분이라는 제재의 목적은 불법에 대한 갈음이나 행위책임에 대한 갈음에서 이야기될 수 있다²⁴⁷⁾. 징계적 처분의 한 형태로서 의무사항을 부과하도록 독일 소년법원법 제13조에 규정되어 있다.

독일 소년법원법 제15조에는 징계적 처분으로서의 의무사항(Auflage)과 관련하여 다음과 같이 규정하고 있다.

제1항 법관은 청소년 대상자에게 다음 각 호의 사항을 부과할 수 있다.

1. 최선을 다하여 (자신의) 행위로 야기된 손해를 배상할 것
2. 피해자에게 개인적으로 사죄할 것
3. 노동금부를 제공할 것
4. 공익시설을 위하여 일정한 금액을 납입할 것

이 경우 청소년 대상자에게 기대하기 어려운 요구를 하여서는 아니 된다.

제2항 법관은 다음의 각 호에 해당하는 경우에 일정금액의 납부를 부과해야만 한다.

247) Meyer-Höger, Der Jugendarrst, 1998, S. 10.

1. 청소년 대상자가 가벼운 비행을 저지르고 스스로 처리가 허락된 방법으로 일정금액을 지불하는 것이 받아들여진 경우
2. 청소년 대상자에게서 범죄행위로 얻은 이익이나 혹은 범죄행위를 하기 위하여 얻은 수입을 박탈해야 하는 경우

제3항 법관은, 교육의 이유에 의한 경우, 사후에 의무사항을 변경할 수 있거나 혹은 그 이행을 전부 혹은 부분적으로 면제할 수 있다. 의무사항을 자신의 책임으로 불이행한 경우, (독일 소년법원법) 제11조 제3항을 준용한다²⁴⁸⁾. 소년구금이 집행되는 경우, 법관은 의무사항의 전부 혹은 일부를 끝난 것으로 선언할 수 있다.

2) 징계처분의 한 형태로서 의무사항

독일 소년법원법(JGG)과 관련하여서, 위에서도 언급한 것과 같이 의무사항은, 미래지향적인 관점에서 재범방지에 중점을 가지고 있는 준수사항(Weisungen)과는 달리, 과거에 행한 불법에 대한 형벌적 성격을 가지고 있는 것으로 파악할 수 있다. 다음에서 독일 소년법원법 제15조 제1항에 구체적으로 열거된 의무사항에 대하여 살펴보도록 한다.

가) 피해원상회복(Schadenswiedergutmachung)

독일 소년법원법 제15조 제1항 1번에는 최선을 다하여 (자신의) 행위로 야기된 피해를 배상하라고 규정하고 있다. 이러한 피해원상회복은 민법적인 요구에 근거해야만 한다. 물론 이러한 피해원상회복이 시효의 문제에서

248) 독일 소년법원법 제11조 제3항은 “청소년 대상자가 유책하게 준수사항을 이행하지 않은 경우, 만약 유책한 위반행위의 결과에 대한 경고(Belehrung)가 있었다면, 소년구금이 집행될 수 있다. 이에 따라 집행되는 소년구금은 선고시 총 4주를 넘어서는 안 된다. 법관은, 청소년 대상자가 구금의 집행에 따라 준수사항을 이행하는 경우, 소년구금의 집행을 중지한다.”라고 규정되어 있다.

배제되는 것은 아니다. 피해원상회복과 관련하여 법규정에는 명문으로 피해보상에 대해 구체화하고 있지는 않지만, 이것은 법치국가적 원칙에서 근거되는 것이라고 보아야 할 것이다.

나) 사죄(Entschuldigung)

독일소년법원법 제15조 제1항 2번에 피해자에게 개인적으로 사죄할 것을 규정하고 있다. 그러나 이러한 의무사항은 실질적으로는 단지 몇몇의 적은 사례에서만 적절한 것으로 보인다. 이러한 의무사항을 통해 피해자의 용보관념을 다소는 해소해 줄 수 있을 것이라는 가능성은 있으나, 실제에 있어서 큰 실익이 있을 것인가에 대하여는 다소의 의문이 있다.

다) 노동급부

동법 제15조 제1항 3번에는 노동급부를 제공할 것을 규정하고 있다. 이러한 의무사항과 관련하여 제1차 독일 소년법원법 개정법에서 노동급부를 징계처분으로 부과하는 가능성이 도입되었다. 이러한 의무사항을 도입하게 된 입법의 근거²⁴⁹⁾로 “비록 현행법에서는 사회봉사명령의 부과가 단지 독일 소년법원법 제10조 제1항 제3문 4번에 따라 교육적 처분으로 선고될 수 있지만, 소년법원 실무에서는 분명히 사회봉사명령이라는 사항의 부과를 단지 단순한 교육적 처분으로서만이 아니고, 그와 함께 청소년에게 효과적으로 그가 저지른 불법에 대한 책임을 지어야만 한다는 인식을 가져와야 하는 경우에도 청소년에게 부과할 수 있는 것으로 보았다. 실무에서는 이러한 규정을 교육적 처분과 징계처분 사이에 존재하는 이론적인 분리의 관점에서 넓게 확대해놓았다”라고 한다.

249) BT-Drucks. 11/5829, S. 18.

라) 납입금(Geldbuße)

동법 제15조 제1항 4번에는 공익시설을 위하여 일정한 금액을 납입할 것을 의무사항으로 규정하고 있다. 여기에서 납입금(Geldbuße)은 실무에서는 일반형법에서 성인에게 부과하는 벌금(Geldstrafe)의 기능으로 수용하고 있다.

이러한 납입금의 액수를 결정하는데 있어서는 비례성원칙에 따라 먼저 불법비난을 고려하고 행위책임에 따라 정해진다²⁵⁰⁾. 따라서 그 액수는 적절해야 하고, 이러한 납입금 액수의 결정에 있어서 피고인의 경제적인 사정은 결정적인 영향을 미친다고 할 수 있다. 이와 관련하여 제15조 제1항 제2문에서는 의무사항의 실행에 대한 기대가능성에 대하여 다시 한번 명문으로 규정하고 있다. 물론 독일 형법 제42조에 근거한 분할 납부도 여기에서 생각되어질 수 있다.

3) 의무사항의 불이행

만약 법원에 의하여 부과된 의무사항을 대상자 스스로가 유책하게 이행하지 않은 경우에 교육적 처분으로서와 같이 소년법원법 제11조 제3항에 따라 교정적인 대체처분으로 소년구금(Jugendarrest)을 선고할 수 있다. 그러나 제15조 제1항 2번에 규정된 사죄를 행하라는 의무사항에 있어서는 설사 이행을 하지 않았다고 하더라도 그에 따른 “불복종구금”은 원칙적으로 배제시키고 있다. 사죄와 관련하여서는 해당 대상자가 성실하게 이행하는 그 자체만으로 충분한 것으로 간주하기 때문이다.

250) Schnitzerling, MDR 1957, S. 201.

4. 소년형벌단계에서의 보호관찰

독일 소년법원법 제17조 이하에 소년 범죄자에 대한 세 번째 제재로서 소년형벌(Jugendstrafe)을 규정하고 있다. 원칙적으로 독일 소년법원은 가능하면 소년 범죄자에게 형벌을 부과하는 것은 회피하자는 입장을 취하고 있으면서도 교육적 처분과 징계적 처분이 효과를 가질 수 없거나 죄질이 매우 중한 경우에는 소년형벌을 허용하는 입장을 취하고 있다. 그렇다면이라도 이러한 소년형벌은 동법 제21조에서 26조에 걸쳐 규정이 되어 있는 보호관찰 부 집행유예를 통해 그 집행을 자제하는 입장을 보이고 있다. 다음에서 이에 대한 내용을 살펴보도록 한다.

1) 보호관찰 부 집행유예

독일 소년법원법(JGG) 제21조에 의하면 1년 미만의 소년형벌을 선고받는 청소년에게 법원은 보호관찰을 조건으로 형의 집행을 유예할 수 있다고 하고 있다. 보호관찰 부 집행유예를 위한 전제조건으로, 법원은 이미 형의 선고 그 자체를 통해 해당 청소년에게 경고의 효과를 가지고 형집행의 효과 없이도 보호관찰기간동안 장래 준법생활을 할 수 있을 것으로 기대할 수 있어야 한다(독일 소년법원법 제21조 제1항). 또 법원이 청소년의 장래 태도변화와 관련하여, 형을 집행하는 것이 허락되지 않는 경우에도 2년 미만의 소년형벌을 보호관찰을 조건으로 유예할 수 있다. 이처럼 소년형벌을 유예하면서 조건으로 청소년에 부과하는 보호관찰은 반드시 2년 이상 3년 미만의 기간 안에서 선고되어야 한다(독일 소년법원법 제22조 제1항). 이는 우리나라에서 소년에 대한 보호관찰의 경우 그 기간이 짧은 것과 대조되는 부분이라고 할 수 있다.

이처럼 일반적으로 2년 이상 3년 미만으로 되어 있는 보호관찰기간도 법관의 판단에 따라 추후에 1년으로 단축될 수도 있고, 혹은 최장 4년으로 연장될 수도 있다(독일 소년법원법 제22조 제2항 제2문). 그러나 제21조 제2항에 해당하는 경우, 즉 2년 이하의 소년형벌(Jugendstrafe)을 선고받은 경우에는 보호관찰기간을 2년 이하로 단축할 수 없도록 하고 있다(독일 소년법원법 제22조 제2항 제3문).

특기할만한 것으로는 독일에서는 보호관찰기간 내내 보호관찰관의 감독 하에 두지 않는다는 것이다²⁵¹⁾. 법관은 보호관찰기간 중에 최고 2년까지 정규 보호관찰관의 감독과 지도 하에 둘 수 있도록 하고 있다(독일소년법원법 제24조 제1항 제1문). 이는 보호관찰기간은 곧 보호관찰관의 지도·감독을 받는 기간과 일치하는 우리 나라의 보호관찰제도와 차이를 보이는 점이라고 하겠다.

구체적인 보호관찰기간은 법관을 통해서 결정된다. 그러한 보호관찰기간에 대한 결정은 제재목적에 따라, 즉 목적을 달성하기 위해 적절한 기간이 얼마인지에 따라 결정된다. 물론 이와 더불어 이러한 형벌목적지향은 비례성원칙에 근거한다. 이는 보호관찰기간이 장기로 되는 경우 재사회화목적의 의미에서 부적절한 것으로 보일 수 있다는 것으로 의견이 접근되고 있다. 결국 장기의 보호관찰은 해당 대상자에게 더 이상 제재로서의 자극이 아니라 그들을 의기소침하게 만들뿐이라고 한다. 그와 함께 재사회화라는 형벌목적에도 역효과를 나타낸다고 한다. 2년 정도의 법적 보호관찰기간이 일반적으로 장래 긍정적인 예측을 위하여 충분한 자극을 줄 수 있는 기간으로 간주된다. 이와 함께 감경가능성을 고려하여 보호관찰기간의 최장기간을 늘어놓은 발상은 오히려 그로 인해 부적절한 제재를 이끌어 낼 수 있다는 비판을 받고 있다. 아무리 완화된 제재이고 사회 내에서 쳐우되는

251) 위의 주 239 참조.

제재라고 하더라도 역시 보호관찰도 하나의 고통의 기간이고, 장기의 보호관찰인 경우에는 더 큰 고통의 기간이 될 것이다. 따라서 보호관찰기간을 연장한다는 것은 결국 고통을 연장시키는 결과를 야기하게 된다. 따라서 보호관찰기간은 그 범위를 2년 정도로 지향하는 것이 바람직하다고 한다.

그 경우 보호관찰관들의 과도한 업무부담비율도 줄어들 수 있고, 따라서 보호관찰관들이 집중적으로 그들의 대상자를 돌볼 수 있을 것이라고 한다. 실무에서 따라서 최장 3년의 보호관찰기간을 판결하고 있는 추세이다.

2) 의무사항과 준수사항의 종류 및 범위

소년형벌을 집행유예하는 경우에는 준수사항과 의무사항을 모두 부과할 수 있고 그러한 준수사항과 의무사항의 종류는 일반적으로 독일 소년법원법(JGG) 교육적 처분부분의 제10조에 규정되어 있는 준수사항(Weisungen)과 징계적 처분부분의 제15조에 규정되어 있는 의무사항(Auflagen)을 준용한다. 그러나 만약 해당 대상자에게 특별한 조건이 있는 경우에는 물론 그 조건에 초점이 맞추어 진다. 그러한 결정은 개별예방의 목적을 통해 그리고 비례성원칙을 통해 결정된다. 보호관찰은 선고 자체로써 이미 대상자에게 부담을 준 것이고, 여기에 부가적으로 준수사항 및 의무사항의 이행이라는 부담과 함께 그것을 이행하지 않는 경우에 항상 집행유예에 대한 취소가 가능하다는 위하가 고려될 수 있다. 일반적으로 대부분의 대상자의 경우 재정적으로 어려운 상황에 있어서 벌금은 부과되지 않는다. 또 약물중독 여부에 대한 검사를 위해 소변샘플을 제출하도록 하는 준수사항은 약물중독법에 따라 피고인에게 약물로 인한 범죄를 저지르지 않고 장래 준범생활을 할 수 있도록 도울 수 있는 경우에서만 엄격하게 허락되는 것으로 보인다.

준수사항 및 의무사항의 종류와 범위는 법원의 결정에 의한다. 따라서 법원의 결정전에 보호관찰관을 통해 준수사항과 의무사항이 전달되는 것은 일반적으로 허락되지 않는다. 예를 들어 보호관찰관을 통해 일반적으로 유지되는 준수사항의 내용을 구체화(예를 들면 채무변제 등)하는 것을 위임하게 되면 자칫 지나치게 운용이 될 수 있다는 비판이 있다. 이러한 준수사항과 의무사항은 정확하게 결정되어야 한다. 그밖에 기타 준수사항 내지 의무사항을 부과하는 것은 적절하지 않다고 한다. 따라서 보호관찰관을 통해 추후결정에 의해 약물중독여부를 증명하기 위한 소변샘플을 제출하게 하는 준수사항 등은 문제가 있다고 한다. 즉 준수사항 내지 의무사항의 결정에는 보호관찰관의 영향이 많이 작용하지만, 반드시 법원의 결정에 의하여야만 한다.

독일 소년법원법(JGG) 제24조에 따라 대상자를 보호관찰관의 감독과 지도하에 두게된다. 특히 그와 함께 보호관찰관이 임의를 권고사항을 부과하는 것은 허락되지 않는다. 보호관찰관의 권고는 비록 준수사항이나 의무사항과 같은 자격은 가지고 있지 않지만, 만약 이행되지 않는 권고가 준수사항이나 혹은 의무사항으로 바뀌게되는 경우는 보호관찰 관계에 있어서 문제가 될 수 있기 때문이다.

준수사항(Weisungen)은 독일 소년법원법 제23조 제1항에 따라 명시적으로 표현되어야만 한다. 다시 말해서 준수사항은 모든 경우에 의무로 부과되어지는 것은 아니지만, 이유 있는 예외의 상황이 인정되지 않는 경우에는 일반적으로 모든 경우에 준수사항은 부과되는 것으로 본다.

의무사항(Auflagen)은 준수사항에 따라 부수적으로 부과될 수 있는 고려된다. 따라서 이러한 의무사항의 부과를 위한 조사가 먼저 이루어져야 한다. 당연히 이러한 의무사항의 선고에 있어서도 비례성원칙은 고려되어야 한다. 의무사항의 경우는 준수사항에 비하여 대상자에게 보다 중한 부

담을 의미하게 되므로, 항상 준수사항이 우선적으로 고려된다.

독일 소년법원법 제23조 제1항 제2문에 따라 준수사항(Weisungen)과 의무사항(Auflagen)을 추후에, 즉 보호관찰결정 후에 결정하여 부과할 수 있다. 이러한 가능성은 그러나 단지 예외적으로만 인정될 수 있는데, 왜냐하면 제재를 단계적으로 결정하는 경우 오히려 부적절하게 제재를 강화하는 결과를 낳을 수 있고, 이는 대상자에게 불이익 한 것으로 보여지기 때문이다.

뿐만 아니라 이미 부과된 준수사항과 의무사항은 추후에 바뀔 수도 있고, 일부 혹은 전부 폐지될 수도 있다. 이러한 준수사항 내지 의무사항의 변경과 관련하여서 개개의 준수사항 혹은 의무사항의 내용 안에서 변경하는 것 또는 다른 사항을 통해 대체하는 것도 가능할 수 있다. 이러한 준수사항 및 의무사항의 변경이나 폐지의 근거로는 새로운 사실관계가 원인이 될 수도 있고, 혹은 판결할 때에 알려지지 않은 대상자의 생활상황이 새로운 사실관계로 평가가 될 수도 있다. 다수의 견해에 따르면 제재목적은 의무사항의 차별화에 대하여 부정하지 않는 것으로 본다²⁵²⁾. 그러나 독일 소년법원법(JGG) 제26조 제2항은 준수사항과 의무사항을 강화함으로써 결국 그 이행이 이루어지지 않은 경우 보호관찰의 취소에 이르는 사유로 고려될 수 있다는 점을 명백히 한다. 따라서 차별적인 준수사항과 의무사항의 부과는 단지 제한된 예외적인 사례에서만 허락될 수 있다.

만약 대상자가 유책하게 준수사항 혹은 의무사항을 이해하지 않으면, 다음에서 언급하는 것과 같이 독일 소년법원법 제23조 제1항 제4문, 제11조 제3항, 제15조 제3항 제2문에 따라 소년구금(Jugendarrest)으로 연결된다. 즉 소년구금은 이러한 처분을 대체하게 된다. 그러나 ‘자유롭게’ 했던 약속(Zusage) 혹은 제의(Anerbieten)를 이행하지 않은 경우는 소년구금으로 연

252) Schönke/Schröder/Stree, § 56e StGB, Rn. 3.

결되지 않는다.

5. 준수사항 및 의무사항 위반에 의한 보호관찰의 취소

보호관찰 부 집행유예는 그 취소 및 철회결정을 할 수 있다²⁵³⁾. 다수설에 따르면, 이러한 취소 및 철회의 결정은 보호관찰기간 중에 ‘언제라도’ 가능해야 한다고 하고 있다²⁵⁴⁾. 이러한 보호관찰의 철회는 독일 소년법원법(JGG) 제26조 제1항 1호에 의해 보호관찰 기간 중에 새로운 범죄를 저지르는 경우에도 철회의 사유가 되지만, 보호관찰 선고와 함께 부과된 준수사항과 의무사항의 위반에 의해서도 보호관찰은 취소될 수 있다.

1) 준수사항(Weisungen)과 보호관찰관의 지도·감독에 대한 위반

보호관찰 취소의 첫 번째 사유가 재범의 발생이라면, 보호관찰 취소의 두 번째 사유가 준수사항 혹은 보호관찰관의 지도·감독을 위반한 경우이다. 따라서 자발적인 약속(Zusage) 혹은 제의(Anerbieten)의 불이행은 직접적인 제재력이 있는 것이 아니기 때문에 보호관찰 취소의 원인이 되지 않는다.

우선 준수사항에 대한 위반은 중대한 것이어야 한다. 즉 객관적으로 중대한 위반행위이고, 대상자가 스스로 이러한 위반을 알고있었을 뿐만 아니라 자발적인 동기로부터 원해서 준수사항에 주의를 기울이지 않았다면, 그 위반은 “중대한(gröblich)” 것이 된다²⁵⁵⁾. 독일 소년법원법(JGG) 제60조 제1항 제2문²⁵⁶⁾에 따라 준수사항에 대한 고시 더 나아가 그에 대한 교육을

253) Schönke/Schröder/Stree, § 56f StGB, Rn. 12.

254) Brunner/Dölling, § 26, Rn. 1; 반대로는 Eisenberg, §§ 26, 26a, Rn. 22.

255) Brunner/Dölling, §26, Rn. 4; Eisenberg, §§26, 26a, Rn. 8.

하지 않았거나 혹은 불충분하게 한 경우는, 그 위반이 취소의 사유가 되는 중대한 위반에서 배제된다.

또 준수사항에 대한 위반은 계속성을 요한다. 즉 보호관찰관의 경고 혹은 법원의 경고에도 불구하고 준수사항에 대해 계속 주의를 기울이지 않는다면, 그 위반은 지속적인 것이다²⁵⁷⁾. 대상자가 예를 들어 신고 없이 여러 차례 이사를 하여, 보호관찰관의 손이 닿지 않는 곳에 있다면, 대상자는 보호관찰관의 지도와 감독에서 계속적으로 벗어난 것이다. 하지만 대상자가 단순히 출석상담에 한번 정도 빠진 것으로는 보호관찰의 취소사유로 하기 위한 위반으로는 충분하지 않다. 또 대상자가 제60조 제1항 제3문에 따라 일자리를 바꿀 때마다 신고하는 의무를 행하지 않아도 그것이 준수사항으로 부과된 내용이 아닌 경우에는, 보호관찰의 취소사유로 충분한 것이 아니다.

2) 의무사항에 대한 위반

위에서 준수사항 및 보호관찰관의 지도·감독과 관련하여 언급한 것과 같이, 중대하거나 지속적인 의무사항의 위반은 보호관찰의 취소사유로 충분하다고 한다. 왜냐하면 의무사항은 준수사항과는 달리 그 자체 목적을 가지고 있는 것이 아니고, 재범을 막기 위하여 부과한 것이기 때문에 부정적인 예측이 필요하다. 즉 입법자는 이러한 경우에 있어서 분명히 재범위험이라는 예측에 근거하고자 했던 것으로 본다.

256) 본 조문에는 “보호관찰의 장은 청소년 대상자에게 준수사항과 의무사항을 직접 알려주어야 하고 동시에 대상자에게 집행유예, 보호관찰기간, 보호관찰관에 의한 감독기간, 준수사항과 의무사항 더 나아가 집행유예의 취소 가능성에 대한 의미를 고지한다”라고 규정하고 있다.

257) Eisenberg, §§ 26, 26a, Rn. 8; Lackner/Kühl, § 56f StGB, Rn. 6.

3) 취소에 대한 대안

보호관찰 부 집행유예의 취소사유가 발생한 경우, 그에 대한 첫 번째 대안은 또 다른 준수사항 혹은 의무사항의 부과가 고려될 수 있다는 것이다(독일 소년법원법 제26조 제2항 1번). 이처럼 보호관찰 취소에 대신하여 부과되는 이러한 처분은 보다 강경한 제재로서 부과되는 것이 아니라, 성공적인 보호관찰을 이끌기 위하여 고려될 수 있는 것으로 본다. 뿐만 아니라 이런 경우에 담당 보호관찰관의 교체도 도움이 될 수 있다고 한다.

두 번째 대안으로는 독일 소년법원법 제26조 제2항 2번에 따라 보호관찰기간 혹은 보호관찰관에 의한 감독기간을 연장하는 것이 있을 수 있다²⁵⁸⁾. 이 경우 보호관찰관에 의한 감독기간은 4년까지 고려될 수 있다. 사실 1981년 12월 8일 제20차 형법 개정법을 통하여 이러한 규정은 분명히 폐지할 수 있었음에도, 입법자의 의지가 반영되어 유지되고 있다.

끝으로 준수사항 혹은 의무사항의 위반에 있어서 “불복종구금(Ungehorsamsarrest)”을 집행하는 가능성을 대안으로 고려에 넣고 있다. 만약 이러한 구금집행이 다양하게 재사회화목적을 수행하지 않는다면, 이러한 제재는 단순한 형벌집행으로서 가장 작은 해악을 나타낸다.

6. 소년 보호관찰 대상자의 준수사항(구체적 사례 검토)

다음에서는 라인란트팔츠州的 트리어 보호관찰소, 헤센州에의 비스바덴 보호관찰소 그리고 니더작센州的 괴팅엔 보호관찰소에서 수집한 보호관찰 결정문을 통하여 실무에서 어떤 준수사항 및 의무사항이 부과되는지를 살

258) 제1차 독일 소년법원법개정법을 통해 보호관찰기간과 보호관찰관에 의한 감독기간의 차별화에 대한 동법 제24조의 새로운 규정에 대한 고려와 함께 입법자는 보호관찰부 집행유예의 취소에 대한 또 다른 대안을 확보한 것이다.

펴봄으로써 독일의 보호관찰 준수사항에 대한 실질적인 상황을 검토해보기로 한다.

[1번 사례 (선고당시 만 19세 1981년생)]

약물범죄(Verstoß gegen das BTM-Gesetz : Bitburg 지방법원지원 보호관찰 결정문)

1. 독일 소년법원법(JGG) 제60조에 따라 보호관찰결정문에 따라 보호관찰을 실시한다.
2. 보호관찰기간은 3년으로 한다.
3. 보호관찰기간 중 2년 동안 보호관찰관의 감독을 받는다.
4. 약물의 소비를 금한다. 피고인은 법원에 명령에 따라 소변검사를 받는 것을 명한다.
5. 피고인이 주거지를 옮기는 경우, 곧바로 법원과 보호관찰관에게 보고할 것을 명한다.
6. 피고인에게 공익시설에 보수를 납부하는 것을 위하여 무보수로 200시간 하는 것을 명한다. 이 준수사항은 직업이 없는 경우에 2000년 6월 1일부터 적용된다. 노동시간은 2000 DM의 벌금(Buße)을 할부로 납부하는 것과 대체될 수 있다.

1번 사례에서 실질적인 준수사항은 소년법원법 제10조에 근거한 준수사항으로서 4번, 5번과 동법 제15조에 근거한 의무사항으로서 6번이 해당된다. 독일 보호관찰의 실무에서는 미국에서와는 달리 원칙적으로 과다하지 않은 준수사항 혹은 의무사항을 부과하고 오히려 대상자 스스로에게 자율적으로 행동함으로써 스스로 준법생활을 할 수 있는 힘을 키울 수 있도록 배려하는 것을 주장하고 있다.

[2번 사례 (선고 당시 만 17세 1984년생)]

절도죄(Bitburg 지방법원지원 보호관찰결정문)

1. 보호관찰기간은 2년으로 한다. 이기간 동안 피고인의 보호관찰관의 감독을 받는다. 피고인은 규칙적으로 보호관찰관과 접촉할 의무가 있다.
2. 피고인에게 피해원상회복이 2002년 6월 30일까지 Wolsfeld안에 GiGa-Markt 상점의 이득을 위해 2,000 DM을 지불한다.
3. 피고인은 모든 주거지변동을 즉시 법원과 보호관찰관에게 신고한다.
4. 피고인은 모든 약물소비를 금지하고 법원의 결정에 따라 소변샘물을 제출한다.

2번 사례에서도 실질적인 준수사항은 의무사항으로서 2번과 준수사항으로서 1번, 3번, 4번이 해당된다. 2번 사례에서도 1번 사례에서와 같이 과도한 준수사항은 회피하고 있는 경향을 발견할 수 있다. 특히 청소년에 대한 보호관찰의 경우 낙인효과를 최대한으로 줄이기 위하여 대상자의 자율성을 상당히 배려하는 것으로 나타나고 있다. 다음의 3번 사례는 보호관찰 준수사항과 관련하여 가장 무거운 처분의 예로써 수집된 자료이다.

[3번 사례 (선고당시 만19세 1981년생)]

교통범죄로 소년형벌(Jugendstrafe) 1년 3월을 선고받음(Wittlich 지방법원지원 보호관찰결정문)

- I. 보호관찰: 보호관찰기간은 현행법에 있고 보호관찰관은 법원의 감독 하에서 보호관찰에 책임이 있다. 보호관찰관은 대상자의 입장에서 도와주고 원호해야만 한다. 고려할 수 있는 모든사람과 선생님 그리고 고용주에게 보호관찰관은 대상자의 생활지도에 대한 정보를 요구할 수 있다.
- II. 보호관찰의무사항:
 1. 피고인은 항상 보호관찰관으로부터 인가된 일을 해야만 한다. 모든 일자리 변경은 사전에 동의를 요한다. 일자리를 상실하게 되는 모든 경우(사

- 직 등) 보호관찰관에게 즉시 신고한다.
2. 주거지의 변경은 단지 보호관찰관의 동의와 함께 허락된다. 모든 주거지 변경은 보호관찰관과 법원에 즉시 신고한다.
 3. 처벌가능한 행동을 통해 피해를 야기하는 경우 피해는 최대한 보호관찰관과 함께 심리 안에서 원상회복해야 한다. 이러한 목적을 위해 모든 경우에 되돌려주도록 결정된 액수에 대한 임금양도는 분할할 수 있다.
 4. 보호관찰관의 밀접한 준수사항, 예를 들어 상담을 위한 소환, 특정 장소의 방문금지, 나쁜 교제 특히 예전의 친구들과의 교제 금지 등은 주의 깊게 따라야만 한다.
- III. 보호관찰기간 중에 유책하게 준수사항을 불이행하거나 새로운 범죄를 하는 경우에 집행유예 혹은 가석방은 취소된다.

3번 사례를 살펴보면, 독일에서 보호관찰의 일반적인 경향을 파악할 수 있다. 즉 보호관찰결정문에 명문으로 원호적인 보호관찰에 대하여 언급하고 있다. 또 다른 사례와는 다르게 비교적 강제적인 의무사항을 명시하고 있으나, 실질적인 내용에 있어서는 대상자의 자유를 경미하게 제한하는 정도에 머무르고 있다는 것을 발견할 수 있다.

[4번 사례 (선고당시 만18세 1983년생)]

주거침입죄 (Göttingen 지방법원지원 보호관찰결정문)

1. 보호관찰기간은 2년으로 한다.
2. 보호관찰기간동안 모든 주거변동 및 체류변동은 법원에 즉시 신고한다.
3. 보호관찰기간동안 권한있는 보호관찰관의 지도 및 감독을 받는다.
4. Reha-직업훈련처분의 시작을 위해 노력해야 한다.

4번 사례에서도 실질적으로 대상자가 지켜야 할 준수사항으로는 4번에 명시한 직업훈련과 주거지변경 등에 대한 신고에 불과하고 있다.

7. 독일 소년 보호관찰준수사항의 전반적인 경향

이상에서 독일 소년법원법(JGG) 상 보호관찰 준수사항에 대하여 살펴본 것과 같이, 독일에서는 전반적으로 우리나라에서 준수사항으로 부과하는 내용을 두 가지의 관점에서 준수사항(Weisungen)과 의무사항(Auflagen)으로 분류하고 있다는 것을 알 수 있다. 즉 준수사항의 경우에는 과거의 불법행위에 대한 형벌적 요소보다는 미래지향적으로 장래 준법생활을 할 수 있는데 효과적인 내용을 담고 있는 것으로, 그 제재의 정도가 다소 경미한 내용을 담고 있는 것을 발견할 수 있다. 따라서 그 내용을 보더라도 약물치료, 교통교육, 직업교육 등과 같이 대부분이 교육적인 내용을 포함하거나 사회봉사명령의 경우에도 의무사항(Auflagen)에서 요구하는 형벌적 요소에서의 노동이 아니고 노동을 통해서 교육적 효과를 유도하려는 관점에서 부과하여 보호관찰 대상자의 재범방지를 목적으로 하고 있다.

이에 대하여 의무사항은 과거에 행한 불법에 대한 응보적 관점에서 피해자에게 사죄를 하거나 피해원상회복 및 불법에 대한 제재로써 납입금을 지불하는 것(일반형법에서 벌금형에 준한 것으로 이해할 수 있다) 등 다소 형벌적 요소가 가미된 제재라고 할 수 있다. 이로써 피해자의 법감정을 해소할 수 있고, 또 범죄를 행한 해당 청소년에게는 자신의 죄에 대한 처벌로써 받아들일 수 있을 것이다.

이처럼 준수사항과 의무사항의 법적 성질을 달리하여, 제재의 단계를 다양화함으로써 가벼운 제재에는 준수사항과 같이 교육적인 처분을, 보다 무거운 제재에는 의무사항과 같이 형벌적인 처분을 부과하여, 각각의 제재의 목적을 효과적으로 달성하고자 하는 것을 살펴볼 수 있다. 이는 소년에 대한 보호관찰이 무엇보다도 교육적인 효과를 중시할 수 있다는 장점을 가지고 있어 우리 나라에서도 충분히 검토해 볼 의미가 있다고 본다.

제3절 독일 형법(StGB)상의 보호관찰 준수사항

지금까지 소년에 대한 보호관찰과 관련한 준수사항에 대하여 살펴보았다. 이처럼 소년에 대한 보호관찰을 독일 소년법원법에 근거하여 실시하고 있다면, 성인에 대한 보호관찰은 독일 형법에 근거하여 실시하고 있다. 다음에서 성인 보호관찰과 관련된 준수사항에 대하여 살펴보도록 한다.

1. 형 집행유예의 조건으로서 보호관찰의 형사정책적 의미

독일 형법 제56조에 의거하여 법원은 2년 이하의 자유형을 보호관찰을 조건으로 형의 집행을 유예할 수 있다. 이 경우 형의 선고를 받은 자는 형벌을 받는 것 대신에, 법원에서 보호관찰 선고와 함께 그들에게 보호관찰 결정문 안에 의무로써 부과한 의무사항(Auflagen)과 준수사항(Weisungen)을 이행해야만 한다. 또 경우에 따라서는 보호관찰관의 감독과 지도를 받는다. 형의 선고를 받은 자가 법원에 의해 결정된 보호관찰기간 내에 다른 범죄를 더 이상 저지르지 않고 그에게 부과된 준수사항을 성실히 이행하게 되면, 보호관찰의 종료와 함께 형이 면제된다. 그러나 만약 보호관찰 대상자가 준수사항을 위반하면, 형의 집행유예는 취소되고 다시 형이 집행된다.

이러한 제재선택은 1953년 제3차 (일부)형법개정을 통해 도입되고, 1969년 제1차 (전면)형법개정 및 1986년 제23차 (일부)형법개정을 통해 광범위하게 확대되었으며, 이러한 제재의 형사정책적 의미는 특별예방의 형벌목적에 대한 촉진에 있다고 할 수 있다²⁵⁹⁾. 즉 중한 범죄가 아닌 사례에 있

259) Jescheck/Weigend, Lehrbuch des Strafrechts Allgemeiner Teil, 5.Aufl., 1996, S. 833 참조.

어서 형벌목적과 일치하는 경우에는 폐쇄된 시설 안에서 형을 집행하는 것을 억제해야만 한다는 것이다. 이러한 보호관찰 부 집행유예를 통해서 해당 대상자에게 한편으로는 도움과 원조를 통해 원활한 사회재복귀를 꾀하고 다른 한편에서는 보호관찰 취소와 같은 위하를 통해 준법생활 및 재범방지를 강요하는 외래적 제재의 형태에 목적을 두고 있다.

2. 가석방의 조건으로서 보호관찰의 형사정책적 의미

보호관찰부 형의 집행유예 없이 자유형의 선고를 받은 자가 반드시 자유형의 전부를 치러야 하는 것을 의미하는 것은 아니다. 만약 일반시민의 안전을 고려하여 책임지어질 수 있다고 보이면, 3분의 2의 형기가 집행되었다는 조건과 함께 혹은 경우에 따라서는 형기의 절반을 집행한 후에 잔형의 집행은 보호관찰을 조건으로 중지되고, 보호관찰기간이 무사히 경과되는 경우 형을 선고받은 자는 형이 면제될 수 있다(독일 형법 제57조). 만약 종신형을 선고받은 범죄인의 경우, 가석방은 특별히 중한 책임으로 인하여 계속적인 형집행을 요구되지 않는 한, 15년이 경과된 후에 보호관찰부 가석방이 고려된다(독일 형법 제57의 a조).

이러한 보호관찰부 가석방의 형사정책적 의미는 특별예방적 형벌목적의 결과에 기인한다²⁶⁰⁾. 즉 수감자에게 조기에 형의 면제라는 기회를 주기위하여는 형을 집행하는 동안에 가석방의 전제조건이 될 수 있는 긍정적 예측을 위해 집행방법에 영향을 줄 수 있는 것이 주어져야만 한다. 가석방은 형집행완화의 보장과 같이(독일 행형법 제11조, 제13조) 실제적인 요소가 재사회화이념을 추구하는 형집행 안에 표현되어야 한다. 또 다른 면에서는

260) 비교해 볼 때, Jescheck/Weigend, 1996, S. 849; Streng, Strafrechtliche Sanktionen, 1991, S. 99; SK-Horn, § 57 StGB, Rn. 2.

가석방과 함께 부과되는 보호관찰을 통해 대상자에게 사회의 요구에 적합할 수 있는 준법생활에 대한 부가적인 압력이 야기된다. 물론 대상자에게 준수사항의 부과와 보호관찰의 부과를 통해(독일 형법 제57조 제3항, 제57a조 제3항과 관련하여 제56a조 이하) 원호라는 부가적인 도움이 주어질 수 있다. 이처럼 보호관찰부 가석방은 독일 형법 제56조에 기초한 보호관찰 부 집행유예와 같은 목적과 같이 폐쇄적인 형집행의 단점으로 회피하고자 하는 범죄자처우 방법의 하나를 추구한다.

3. 보호관찰선고에 따른 준수사항

1) 보호관찰의 목적

보호관찰관의 감독과 원호를 받는 보호관찰은(독일형법 제56의 d조 제1항) 준수사항의 부과와 함께 특별예방적 목표를 추구한다. 보호관찰선고는 대상자에게 도움과 원조뿐만 아니라 형집행을 하지 않고도 대상자가 준법생활이 가능하게 하기 위한 목적에 합당하고 필요한 지도와 감독도 또한 실시하는 기능을 가지고 있다.

많은 범죄자들이 실업, 부족한 취업능력, 물질적 궁핍, 채무, 무주택, 인격적인 고립, 부분적인 중독 혹은 심적인 문제 등과 관련한 정신병학적인 특징 등에 의해 종종 범죄로 나아가는 것을 볼 수 있다. 특히 그러한 많은 범죄자들은 그들의 문제상황을 자립적으로 극복할 수 있는 상황에 있지 못하다는 것은 자명하다. 따라서 보호관찰을 통해 그러한 범죄자들의 문제상황을 극복할 수 있도록 도움을 주는 것도 하나의 과제라고 할 수 있다(독일형법 제56d조 제3항 제1문). 동시에 보호관찰관은 대상자를 지도·감독하고 법원에 그들의 생활태도에 대하여 보고한다(독일형법 제56d조 제3

항 제2문에서 제4문). 이러한 감독을 통해 보호관찰 대상자가 법률에 근거한 집행유예의 목적, 즉 그들이 장래 범죄를 더 이상 범하지 않는다는 기대를 채우는지 여부를 법원에 보고하는 것이 가능하다. 보호관찰은 따라서 보호관찰 처분의 실행에 있어서 두 가지 역할기능을 가지고 있다고 할 수 있다. 즉 보호관찰관은 일면에서는 대상자들을 위한 도움과 사회적인 원조의 임무를 수행하고, 다른 면에서는 법원의 지시에 따라 대상자의 감독과 통제에 있어서 법원을 원조한다²⁶¹⁾.

보호관찰의 선고는 법원이 대상자의 재범을 막기 위한 처분으로 상당하다고 보이는 것으로 확신할 수 있는 경우, 항상 선고되어야 한다(독일형법 제56의 d조 제1항). 반대로 보호관찰의 부과가 대상자에게 적절한 처분으로 보이지 않는 경우에는 부과되어서는 안 된다는 것이 인정된다. 이와 관련하여 입법자는, 대상자가 9개월 이상의 자유형을 선고받고 27세 미만인 경우에 보통 보호관찰을 선고하는 것이 범죄예방적 처분으로 적절한 것으로 보인다는 법규추정을 형성해 놓았다(독일형법 제56의 d조 제2항). 소년의 경우에 의무적인 보호관찰의 부과(독일 소년법원법 제24조 제1항)는, 우선 통계에서 자주 나타나는, 초범의 경우와 장기의 자유형을 선고받은 경우에도 보호관찰의 선고를 통해 특별히 범죄예방효과를 기대할 수 있는 경우이다. 법원은 보호관찰처분이 무용한 것으로 보이는 특별한 이유가 존재하는 경우에는 보호관찰 선고를 하지 않아야 한다. 이러한 이유로는 예를 들면, 형을 선고받은 자가 스스로 치료를 받거나 혹은 적절한 시설에 머무는 것을 받아들임으로써(독일형법 제56조 제3항) 원호와 감시라는 측면이 보다 완화된 제재형태로 보장될 수 있는 경우는 보호관찰을 부과할 필요가 없다고 본다²⁶²⁾.

261) Streng, 1991, S. 76f.; Maelicke, in: Cornel/Maelicke/Sonnen, Handbuch der Resozialisierung, 1995, S. 144f. 참조.

262) LK-Gribbohm, § 56d, Rn. 3.

독일에서는 보호관찰기간에 의무적으로 보호관찰관의 지도와 감독을 받는 것은 아니다. 보호관찰관의 지도 및 감독 하에 두는 것은 보호관찰기간의 전부 혹은 일부에 해당할 수 있다(독일형법 제56d조 제1항). 이러한 기간은 이론적으로 2년에서 5년의 기간사이에 결정될 수 있다(독일형법 제56a조 제1항, 제56f조 제2항). 따라서 실질적으로 보호관찰관의 감독 하에 두는 기간(Unterstellungszeit)과 보호관찰기간(Bewährungszeit)이 반드시 완전히 일치하는 것은 아니고, 오히려 대상자에게 스스로 책임 있는 생활 형태를 유지하도록 자율적인 부분을 인정하고 요구하는 형태를 취하도록 하는 것을 권한다. 그와 함께 물론 보호관찰관의 감독 하에 두는 기간이 처음부터 보호관찰기간보다 짧아야 하는 것을 의미하는 것은 아니고, 감독기간의 단축에 대한 결정을 차후에 할 수도 있는 것이다(독일형법 제56의 e조). 이러한 기간의 단축은 따라서 보호관찰의 진행이 긍정적으로 잘 이루어지는 것에 좌우될 수도 있다.²⁶³⁾

2) 의무사항(Auflagen)

위에서도 언급한 것과 같이, 독일의 보호관찰제도에서 의무사항(Auflagen)은 과거의 불법행위에 대한 보상에 있다(독일 형법 제56의 b조 제1항 제1문). 이러한 규정과 함께 입법자는 형벌의 책임감응기능을 수용하고자 한 것으로 보인다. 법원이 형을 선고받은 자에게 보호관찰을 선고하는 경우, 불법행위와 관련하여 의무사항이라는 부담을 부과함으로써, 국가, 사회 그리고 경우에 따라서는 피해자에게 범죄자가 법규범의 위반에 따른 처벌을 받았다는 것과 같은 법감정을 충족시켜줄 수 있다.

이러한 의무사항은 대상자에게 선고된 자유형의 해약을 줄이기 위한

263) Schöch, NSTZ 1992, S. 369.

“대체물”이 되면서도 책임관점에서의 제재와 같은 부담을 가능하게 하는 기능을 가지고 있다. 따라서 보호관찰 부 형의 집행유예를 선고받은 대상자들이 결과적으로 경미한 행위로 “단순히” 벌금형을 부과 받은 범죄자들보다도 현저하게 더 적은 부담을 받게 되어서는 안 된다고 본다²⁶⁴⁾.

의무사항은 준수사항과는 달리, 독일 형법 제56의 b조 제2항 제1문에 의해 형을 선고받은 자에게 다음과 같은 형태로 부과된다:

- ① 힘닿는 대로 (자기의) 행위로 야기된 피해를 원상회복하라는 의무사항(제1호).

피해원상회복의 개념과 함께 입법자는 민법, 즉 독일 민법 제249조 이하를 제시하였다²⁶⁵⁾. 범죄자가 자신의 행위를 통해 야기한 물질적 혹은 비물질적인 피해를 피해보상과 위자료의 지불을 통해 보상하는 것이 의무사항으로써 요구된다. 이러한 피해원상회복을 함에 있어서 범죄자에게 단지 “힘닿는 대로”라고 요구되어진다는 관점에서, 당연히 범죄자의 경제적인 관계는 고려된다²⁶⁶⁾. 예를 들어 설사 형을 선고받은 자가 민법적으로 완전한 피해보상의 책임이 있다고 하더라도, 그러한 의무사항이 그에게 형법적으로 과도한 이행의무가 된다면 부과되어서는 안 된다는 것이다. 이는 형을 선고받은 자에게 기대할 수 없는 과도한 의무사항을 부과해서는 안 된다는(독일 형법 제56b조 제1항 제2문) 금지조항을 위반하는 것이 될 것이기 때문이다.

비록 처벌을 위해 독일 형법 제46의 a조에서 얘기하는 사회구조적 선택을 위해 필수적이고 자발적인 요소가 원상회복을 결여했다고 해도, 피해자

264) Jescheck/Weigend, 1996, S. 840; SK-Horn, § 56b, Rn. 2f.

265) OLG Stuttgart NJW 1980, S. 1114; LK-Gribbohm, § 56b, Rn. 5; SK-Horn, § 56b, Rn. 4.

266) LK-Gribbohm, § 56b, Rn. 8.

의 관점에서 원상회복에 대한 의무사항은 모든 사례에서 받아들이는 형벌 대체의 형태이다. 왜냐하면 원상회복은 범죄자에게 경우에 따라서는 민사 소송에 대한 시간과 비용의 낭비를 종종 면하게 하기 때문이다. 피해원상회복 의무사항은 따라서, 법률적 체계를 명확하게 하는 것처럼, 다른 의무사항에 대해 기본적으로 우위를 차지한다(독일형법 제56의 b조 제2항 제2문)²⁶⁷⁾.

② 공공시설을 위한 일정금액을 지불하는 의무사항(제2호).

여기에서 “공공시설(Gemeinnützige Einrichtung)”은 공공의 특히 사회적 혹은 문화적 목적을 추구하는 모든 공공시설 내지 사설시설을 의미한다²⁶⁸⁾. 가령 적십자, 교통관련 공공시설, 알콜 및 마약 금지협회, 어린이보호협회, 여성의 집, 동물보호센터, 출소자보호모임, 재사회화기금, 피해자기금 등등을 생각해 볼 수 있다. 이러한 의무사항을 위한 공공시설의 선택은 법원의 몫이다. 왜냐하면 의무사항에 있어서 범죄자에게 요구되는 “상징적인” 원상회복의 형태가 중요하기 때문에, 법원은 가능한, 그 활동이 사건 발생과 관련이 되도록 하는 시설을 선택해야만 한다.

공공시설에 지급하여야 하는 금액의 액수는 일면에서는 범죄자의 책임과 다른 면에서는 그의 경제적인 이행능력에 맞추어 결정된다. 여기에서 형을 선고받은 자에게 기대할 수 없는 정도의 요구는 허락되지 않는다(독일 형법 제56의 b조 제1항 제2문). 따라서 금액의 최고액의 결정을 위해서는 대상자의 수입이 기준이 되고 보호관찰기간동안 그 대상자가 얼마의 수입을 갖는가에 따른다²⁶⁹⁾.

267) Lackner/Kühl, § 56b, Rn. 3; Tröndle/Fischer, § 56b, Rn. 2.

268) LK-Gribbohm, § 56b, Rn. 12.

269) SK-Horn, § 56b, Rn. 9이하; Horn, StV 1992, S. 539f. 참조. 또한 OLG Frankfurt/M, StV 1989, S. 250 비교참조.

③ 그밖에 사회봉사명령을 이행(gemeinnützige Leistungen)하라는 의무사항(제3호).

이 의무사항은, 피해보상도 공공시설에 대한 일정금액의 지불도 범죄자의 재정적 상황에 비추어볼 때 가능하지 않을 경우, 우선 고려되는 부분이다. 즉 경제적인 피해원상회복이 어려운 경우, 병원, 고아원, 양로원과 비슷한 공공시설에서의 사회봉사명령의 이행을 생각해 볼 수 있는 것이다. “사회봉사명령(gemeinnützige Arbeit)”의 개념은 그러나 소년형법에서 표현하고 있는(독일 소년법원법(JGG) 제15조 제1항 제1문 제3호) “노동급부(Arbeitsleistung)”보다는 넓은 의미로 이해해야 한다. “사회봉사명령”은 따라서 예를 들면 야채상인에게 정해진 범위 안에서 일정한 공공시설에 현물배달을 명하는 의무사항 등이 있을 수 있다²⁷⁰⁾. 또한 사회봉사명령 의무사항은 그 합법성을 일반적으로 불법행위에 대한 응보의 관점에서 근거를 짓는다²⁷¹⁾.

이러한 의무사항에 준하여 실시할 수 있는 급부의 대상은, 설사 실무적으로 종종 법원이 적절한 시설을 찾는데 많은 시간이 낭비되는 것과 관련하여, 보호관찰을 담당할 보호관찰관에게 위임한다고 하더라도, 원칙적으로 급부의 방법과 범위는 법원에 의해 결정되어야만 한다고 한다.²⁷²⁾ 형을 선고받은 자에게 요구되는 급부의 방법은, 금액지불 의무사항과 비슷하게, 불법행위의 형태와 관련하여 고려되어야만 한다. 그와 함께 급부의 대상이 되는 해당시설의 협력정도 뿐만 아니라 형을 선고받은 자의 이행능력도 고려되어야 한다. 예컨대 기대 불가능한 요구는 부과되어서는 안 된다(독일 형법 제56b조 제1항 제2문). 사회봉사명령의 시간범위와 관련하여

270) 참고로 LK-Gribbohm, § 56b, Rn. 17.

271) SK-Horn, § 56b, Rn. 11; 다른 관점으로는 OLG Celle NStZ 1990, S. 148 mit Kritische Anmerkung von Arloth.

272) SK-Horn, § 56b, Rn. 11a; § 56d, Rn. 2.

보호관찰기간 안에 형을 선고받은 자에게 과도하게 부담을 주지 않는 범위에서 최고 360시간을 초과할 수가 없다²⁷³⁾. “사회봉사명령(community service order)”을 확실하게 만든 영국과 웨일즈에서는 이러한 관점에서 최고 240시간을 초과하지 못하게 하고 있다. 통상 시간적 범위는 금액지불 의무사항의 결정의 경우와 같이 일면에서는 범죄자의 책임에 따라 또 다른 면에서는 범죄자의 개인적인 이행능력에 맞추어 고려된다.

그밖에 공공의 급부를 이행하는 의무사항은 독일 헌법(Grundgesetz)에 일치하여야 한다²⁷⁴⁾. 여기에서 언급하는 의무사항은 독일 헌법(GG) 제12조 제2항과 제3항에 규정된 노동강제와 강제노동의 금지에 대한 보호범위에 들지 않는다. 강제노동과 관련된 기본권은 개개인에게 단지 노동대체의 통상적인 방법의 적용을 통한 강제노동에 대하여 보호하려고 하는 것이고, 법률적으로 인정되고 차등화 된 제재체계의 범주에서 제한적인 강제적인 노동의무에 대해 보호하려고 하는 것은 아니다. 의무사항의 전제조건, 목표 그리고 제한은 독일 형법 제56조, 제56의 a조 그리고 제56의 b조에서 명시적으로 규정되어 있다.

④ 국고에 일정금액을 지불하는 의무사항(제4호).

이 의무사항은 공공시설에 일정금액을 납부하는(제2호) 의무사항과 같은 것으로 독일 형법 제56의 b조 제2항에 명시적으로 나타나는 것처럼, 단지 보충적인 역할을 하게 된다²⁷⁵⁾. 결정된 일정금액의 정도와 관련하여, 제2호의 의무사항의 경우와 같은 요구가 유용하게 적용된다.

273) Feuerhelm, Stellung und Ausgestaltung der gemeinnützigen Arbeit im Strafrecht, 1997, S. 179ff., 406f. 참조.

274) BVerfGE 83, 119(125ff.); 비교하여 BVerfG 74, 102(115ff.).

275) 반대되는 견해로 Tröndle/Fischer, § 56b, Rn. 8a.

위에서 언급한 모든 의무사항의 부과에 대한 결정은 - 독일형법 제56의 b조 제1항 제2문, 제2항 제2문에 언급된 제한은 제외하고 - 법원의 조사에 근거한다. 따라서 법원의 관점에서, 형을 선고받은 자에게 의무사항을 부과할 수 있다²⁷⁶⁾.

그에 대한 특별규정은 독일형법 제56의 b조 제3항에 찾아 볼 수 있다. 즉 만약 형을 선고받은 자가 스스로 불법행위에 대한 보상으로 적절할 수 있는 급부를 이미 약속했다면, 법원 급부와 관련된 의무사항의 부과를 일시적으로 중지하여야만 한다.

“적절한 급부”에는 법원이 형을 선고받은 자에게 의무사항의 방법에서 요구할 수 있는 모든 급부방법이 해당된다. 그러나 법원이 형을 선고받은 자에게, 가령 기대할 수 없는 급부(예를 들어 자유의지에 의한 헌혈) 혹은 독일형법 제56의 b조 제2항의 열거된 내용에 없기 때문에 요구할 수 없는 자유의지에 의한 급부의 방법은 여기에서 제외된다²⁷⁷⁾.

3) 준수사항(Weisungen)

독일 보호관찰과 관련하여 부과되는 준수사항은 위에서 언급한 것과 같이 미래지향적인 성향을 가지고 있는 내용이다. 따라서 준수사항은 형을 선고받은 자가 장래에 더 이상 범죄를 범하지 않도록 도움을 줄 수 있는 내용이어야만 하는 것이다(독일 형법 제56의 c조 제1항 제1문). 이러한 준수사항은 의무사항과는 달리 “처벌과 유사한” 책임에 대한 응보에 목적을 둔 것이 아니라, 결국 특별예방적 목적을 추구하는 것이다. 따라서 준수사항은 형을 선고받은 자의 준법생활태도를 돕고 교정하도록 하는 법원에서

276) SK-Horn, § 56b, Rn. 13.

277) LK-Gribbohm, § 56b, Rn. 22; Tröndle/Fischer, § 56b, Rn. 9; SK-Horn, § 56b, Rn. 15.

선고된 금지사항과 허가사항이라고 할 수 있다.

의무사항과는 달리 준수사항에 대한 내용은 독일형법 제56의 c조 제2항에 의거하여 다음과 같은 사항을 고려해 볼 수 있다.

① 체류, 교육, 근로 혹은 여가 혹은 경제관계의 질서에 관한 지시(제1호).

형을 선고받은 자는 이러한 규정에 따라 지정된 장소(역주변), 시설(술집, 디스코장) 혹은 집(범죄피해자의 집)을 피하라는 것을 지시 받을 수 있다. 대상자는 자신의 능력과 성향에 일치하는 교육을 시작하거나 혹은 안전의무적인 활동에 노력하는 것을 지시 받을 수 있다²⁷⁸⁾. “경제관계의 질서”는 형을 선고받은 자가 채무이행계획의 제의를 위한 의무를 의미할 수 있다.

② 지정된 시간에 법원이나 다른 장소에 신고하는 의무(제2호).

이러한 준수사항은 우리나라의 경우 한달에 한번씩 보호관찰소에 출석하여 상담을 받는 것과 관련하여 생각해 볼 수 있는 준수사항이다. 따라서 형을 선고받은 자는 보호관찰관과 규칙적인 접촉을 유지하고 그러한 규칙적인 접촉을 준수하지 않는 대상자에게는 보다 강화된 지도 및 감독을 실시할 수 있게 된다.

③ 장래 범죄의 기회나 동기를 제공할 수 있는 특정인 혹은 특정단체에 속한 사람들과 교제하거나 이를 고용, 훈련 또는 숙박시키지 말라는 의무(제3호).

이러한 준수사항을 부과하는 이유로는 한편에서는 그러한 “범죄환경” 안에서 움직이는 사람들과 접촉하는 것을 막고, 다른 한편에서는 가상의

278) 비교하여 BVerfG NJW 1983, S. 442.

피해자와의 접촉을 막는 것을 목표로 한다고 할 수 있다. 형을 선고받은 자는 따라서 예를 들면 모든 이혼한 배우자와의 접촉도 금지되는 것으로 통보 받을 수 있다²⁷⁹⁾.

- ④ 장래 범죄행위의 기회나 동기를 제공할 우려가 있는 특정 물건을 소유, 휴대하거나 이를 보관하지 말라는 의무(제4호).

그러한 준수사항과 함께 형을 선고받은 자는 범죄를 저지르기에 적절한 (예를 들어 절도를 위한 도구, 무기, 위조도구 등) 물건을 소유하는 것이 금지될 수 있다. 그러나 법원의 이러한 준수사항이 부과되어 범죄행위와 관련된 물건이 법원에 의해 박탈될 수 있다고 해도(독일 형법 제74조 제1항), 그러한 준수사항을 근거로 단지 보호관찰 대상자가 상응한 대체물건을 획득하는 것까지도 저지할 수는 없다.

- ⑤ 부양의무를 이행하라는 명령(제5호).

이 준수사항의 목적은 독일 형법 제170조에 의한 새로운 범죄를 저지하기 위한 것이다. 그러나 여기에서 부과되는 부양의무는 민법적인 부양의무를 넘어서는 것이어서는 안 된다. 왜냐하면 독일형법 제56의 c조 제2항은 법정 준수사항의 결정적인 내용의 열거를 의미하는 것이 아니라 단지 예시에 불과하기 때문에, 법원은 대상자에게 적절하다고 보이는 준수사항만을 부과할 수 있다.

- ⑥ 교통법규교육에 참여하라는 의무(독일 형사소송법 제153의 a조 제1항 제2문 제6호 참조)

279) BGH b. Holty MDR 1988, S. 1001.

⑦ 사회교육적, 가족치료적 혹은 다른 원호적 처분에 참여하라는 준수사항(독일 형벌절차 및 벌금절차를 위한 예규²⁸⁰⁾ 제235조 제3항 참조)²⁸¹⁾

⑧ 더 이상 약물을 복용하지 말고 일정기간동안 약물 없이 살고 있다는 것을 증명하기 위해 소변검사에 응하라는 약물중독 대상자에 대한 법원의 준수사항²⁸²⁾.

그밖에 다음의 두 가지 명령은 단지 그 대상자가 동의한 경우²⁸³⁾에 법원에 의해 부과될 수 있다(독일 형법 제56의 c조 제3항):

① 신체적 조치와 관련된 치료 또는 금단치료를 받으라는 준수사항(제1호).

이러한 준수사항은 독일형법 제63조 및 제64조에 의한 보안처분을 선고하기 위한 전제조건을 충족하지는 못하지만 한정책임능력 상태인 범죄인들에게 고려될 수 있는 준수사항으로 인정되고 있다²⁸⁴⁾. 여기에서 “치료”의 개념에 있어서 가장 먼저 정신치료적인 처치를 생각해 볼 수 있다. 그러나 준수사항은 자유형을 집행 받고 있는 사례에서 사회치료시설(sozialtherapeutischen Anstalt)에 수용되어 있는 범죄자의 경우도 또한 고려된다(독일 행형법 제9조 참조)²⁸⁵⁾.

280) Richtlinien für das Strafverfahren und Bußgeldverfahren(RiStBV).

281) “의무사항”에 대해서는 Beulke/Theerkorn, NStZ 1995, S. 474ff. 비교.

282) BVerfG NJW 1993, S. 3315; Lackner/Kühl, § 56c, Rn. 4 참조: 비판적으로 Hoferer NStZ 1997, S. 172ff.

283) LG Frankfurt/M NJW 2001, S. 697참조. 그에 따르면, 정해진 시간에 자신의 거주지에 있는지 없는지를 “전자발찌”의 방법으로 감시되는 것은 형을 선고받은 자에게 동의와 함께 준수사항으로 부과할 수 있다.

284) SK-Horn, § 56c, Rn. 13; Lackner/Kühl, § 56c, Rn. 8.

여기에서 “신체적 조치와 관련된”이란 약물을 투약하는 치료를 의미한다²⁸⁶⁾. 신체적 조치와 관련되지 않는 치료는 기본적으로 동의 없이 이루어질 수 있다고 본다. 특별예방적 관점에서 그런 종류에 대한 “강제적 치료”에 대하여 일부에서 회의적으로 보는 입장도 있다²⁸⁷⁾.

② 적정한 공공수용시설 또는 적정한 기관 내에 거주하라는 준수사항 (제2호).

이러한 준수사항과 관련하여서도 역시 독일 형법 제63조 내지 제64조에 의한 보안처분선고를 위한 전제조건을 충족시키지 않지만 한정책임능력인 범죄자들과 관련하여 생각되어질 수 있다. 제2호에 의거한 준수사항은 형을 선고받은 자가 보호, 원호 및 감시를 받을 수 있는 지역(예를 들어 보호지역 혹은 양로원)에 보내져서 그곳에서 만약에 나타날 수 있는 재범을 억제할 수 있도록 하는 것이다. 그러나 이러한 준수사항의 부과와 관련하여서 명시적인 (“자격 있는”) 동의 없이 대상자를 폐쇄적인 장소에 보낼 수는 없는 것이다. 일반적으로 위에서 언급한 제1호와 제2호에 의한 준수사항은 상호 결합되어 부과될 수 있다.

의무사항의 부과와는 달리, 준수사항의 부과에 있어서는 법원의 판단이 아니라, 대상자가 재범을 하지 않기 위하여 준수사항에서 언급된 것과 같은 도움이 필요하다고 법원이 확신하는 경우에는 항상 부과되어야만 한다

285) Tröndle/Fischer, § 56c, Rn. 10a; 보호관찰에 있어서 성범죄자들의 처우에 대한 견해는 Stiel-Glenn/Willing, “Arbeit mit Sexualstraftätern in der Bewährungshilfe”, BewHi 1996, S. 54ff.; Macke/Schendler, “Zur konzeption einer Behandlung und Betreuung von Sexualstraftätern in der Bewährungshilfe”, BewHi 1998, S. 288ff. 참조.

286) Lackner/Kühl, § 56c, Rn. 8b 참조.

287) Jäger, “Sicherheit durch Therapie – Alibi-funktion der Strafgesetzgebung?”, ZRP 2001, S. 28ff. 참조.

(독일 형법 제56의c조 제1항 제1문). 반대로 형을 선고받은 자가 이러한 도움을 필요로 하지 않는 경우에는 준수사항이 부과되어서는 안 된다. 결론적으로 법원을 통해서 대상자를 감시하는 것(예를 들어 실무에서 종종 법원에 보호관찰기간동안 모든 주거이전을 신고하라는 준수사항)을 달성하는 것과 같은 목적을 추구하는 준수사항은 허락되지 않는다고 한다²⁸⁸⁾.

특히 기본권을 침해하는 준수사항(예를 들어 특정한 단체 혹은 종교모임에 참여하라는 준수사항 혹은 참여하지 말라는 준수사항)은 허락되지 않는다²⁸⁹⁾. 또한 준수사항이 형을 선고받은 자에게 준법생활태도에 도움을 주기 위한 것으로 부적절한 경우, 혹은 준수사항이 필요성의 정도를 넘어선 경우에도, 그러한 준수사항은 허락될 수 없다. 형을 선고받은 자가 자신의 장래 생활태도를 위해 자유의지로 약속한 경우, 법원은 임시로 준수사항의 부과를 유보하고, 먼저 그 대상자가 자신의 약속을 지키는지 여부를 기다려야 한다(독일 형법 제56의c조 제4항). 그러나 통상적으로 법원은 준수사항을 선택하고 구체화하는데 있어서 자유롭다.

4) 준수사항 위반을 통한 보호관찰의 취소

보호관찰 부 집행유예는 두 가지 경우, 즉 보호관찰을 취소하는 경우와 형을 면제하는 것을 통해서 종료될 수 있다.

먼저 보호관찰의 취소의 근거는 법률에 명시적으로 표현되어 있다(독일

288) OLG Köln NStZ 1994, S. 509 mit kritischer Anmerkung von Bringewat, "Aus der Rechtsprechung in Strafsachen", BewHi 1994, S. 463; OLG Frankfurt/M NStZ-RR 1997, S. 2; SK-Horn, § 56c, Rn. 2, 5.

289) LK-Gribbohm, § 56c, Rn. 17ff.에서 다양한 예를 찾아볼 수 있는데, 몇가지만 언급한다면, 예를 들어 성인 대상자에게 교통법규를 여러 번 받아쓰는 것을 요구하는 식의 학교방식의 처벌은 독일헌법 제1조 제1항(인간의 존엄권)에 의해 허락될 수 없는 준수사항으로 보고 있다.

형법 제56의f조 제1항). 첫 번째 취소근거는 재범에 의한 경우이다(동조 제1항 제1문 1호). 만약 대상자가 집행유예의 결정과 법원으로부터 선고된 보호관찰기간의 종료 사이에 다시 범죄를 범한 경우, 대상자가 더 이상 범죄를 저지르지 않을 것이라는 기대를 충족하지 못했기 때문에 보호관찰은 취소된다.

보호관찰 부 집행유예의 취소를 위한 두 번째 근거로는, 형을 선고받은 자가 보호관찰 선고와 함께 그에게 부과된 준수사항을 중하게 위반하였거나 지속적으로 위반한 경우, 특히 보호관찰관과의 협력을 거부하는 경우 혹은 그에게 부과된 의무사항을 지속적으로 위반하는 경우에 취소된다. 여기에서 언급하고 있는 “중하거나 혹은 지속적인(gröblich oder beharrlich)”이라는 범규정과 관련하여 당연히 경미한 위반만으로는 충분하지 않고, 중한 위반에 대하여 경고를 했음에도 불구하고 법원으로부터 부과된 의무사항 및 준수사항을 제대로 이행하지 않으면 보호관찰이 취소된다는 것을 의미하는 것이라고 한다.

만약 보호관찰의 취소사유가 발생하면, 법원은 보호관찰 취소에 대한 대안으로 대상자에게 덜 부담되는, 즉 자유형의 집행이라는 강제적인 결론에 대한 대안으로써 선택이 될 수 있는 방법이 있는지 여부를 검토해야만 한다. 그러한 선택으로써 예컨대, 다른 의무사항이나 혹은 준수사항을 부과하는 것, 보호관찰관의 감독과 지시 하에 두는 것 더 나아가 보호관찰기간이나 혹은 감독기간을 늘리는 것 등을 고려할 수 있다(독일 형법 제56의f조 제2항). 보호관찰기간의 연장은 그러나 법으로 규정하고 있는 최장기간 5년을 초과할 수 없으나(독일 형법 제56의a조 제1항 제2문), 실질적으로는 합산하였을 때 법원에서 처음 결정된 보호관찰기간의 절반보다 더 장기로 실행될 수 없다는 것으로 이해된다(독일 형법 제56의f조 제2항 제2문). 따라서 절대적인 최장한계는 7년 6개월이다²⁹⁰⁾.

위에서 언급된 보호관찰의 취소에 대한 대안으로 선택된 것이 집행유예의 목적(가령 대상자가 이것을 통해서 긍정적인 효과를 가져올 수 없기 때문에²⁹¹⁾)을 실현하기에 충분하지 않다고 보이는 경우, 집행유예결정의 취소는 피할 수 없다. 보호관찰이 취소되더라도, 그 사이에 대상자가 의무사항, 지시사항, 준수사항 혹은 약속한 것의 이행 등에 의해 행한 급부는 대상자에게 되돌려지지 않는다. 법원은 그러나 그러한 이행사항들을 조사하여 형집행에 산입할 수 있다(독일 형법 제56의f조 제3항).

4. 성인 보호관찰 대상자의 준수사항(구체적 사례 검토)

다음에서는 위의 소년 보호관찰사례에서와 같이, 독일 트리어 보호관찰소, 비스바덴 보호관찰소 그리고 괴팅엔 보호관찰소에서 수집한 성인에 대한 보호관찰 결정문을 통하여 독일 실무에 대하여 살펴보도록 한다.

[1번 사례 (선고당시 만34세 1967년생, 여성)]

비상호출(Notrufen)의 남용 (Zweibrücken 지방법원 보호관찰부 가석방에 대한 보호관찰결정문)

1. 독일 형법 제57조 제1항에 근거하여 25 VRs 274/00 StA Trier 안에서 2/3의 형집행 후에 보호관찰을 조건으로 형집행을 중지한다.
2. 보호관찰기간은 2년으로 한다.
3. 보호관찰기간동안 장래 주거지를 관할하는 보호관찰관의 지도 감독을 받는다. 그러한 도움과 함께 그는 보험의무적인 노동관계의 종결을 위해 노력하고 모든 일자리와 주거지 변경을 신고한다.
4. 따라서 Westeifel지역을 위한 카톨릭단체의 직업알선부서의 조언의 제공과

290) LK-Gribbohm, § 56f, Rn. 29ff.; Tröndle/Fischer, § 56f, Rn. 8.

291) OLG Düsseldorf NStZ-RR 1997, S. 323.

도움의 제공을 위해 상담하고 매6주마다 담당보호관찰관에게 원조상담에 대해 증명하는 것을 동의와 함께 지시된다.

위의 1번 사례에서 보면, 대상자가 부과 받은 준수사항으로는 주거지 변동에 대한 신고의무와 직업알선에 대한 상담을 받고 그 결과를 보고하는 사항에 불과하다. 이처럼 독일에서는 성인에 대한 보호관찰의 경우에서도 소년에 대한 보호관찰의 경우와 마찬가지로 지나치게 구체적인 준수사항의 부과는 피하고, 가능하면 기본적인 준수사항만을 부과하여 대상자 스스로가 자율적으로 준법생활을 할 수 있도록 유도하는데 그 목적을 두고 있는 것으로 보인다.

[2번사례 (신고당시 만40세 1953년생)]

어린이 성폭행(sexuellen Mißbrauchs von Kindern : Aachen 지방법원 보호관찰부 가석방에 대한 보호관찰결정문)

1. 보호관찰기간은 4년으로 한다.
2. 피고인은 보호관찰기간동안 자신의 주거지를 담당하는 보호관찰관의 지도 및 감독을 받는다.
3. 노동부 혹은 직업알선을 위해 허락하는 다른 곳에 실업신고를 하고 제공되는 모든 기대가능한 일자리를 받아들인다.
4. Aachen에 있는 “Pro Familia”에서 외래치료를 받고 치료사의 동의 없이 그리고 보호관찰관과의 상담없이 이것을 끝내지 못한다.
5. 보호관찰관과 상의없이 주거지 및 일자리를 바꾸지 말고,
6. 주거지를 바꾸게 되는 모든 경우에 Aachen지방법원에 신고한다.

위의 2번 사례에서 볼 수 있듯이, 대상자가 행한 어린이 성폭행이라는 중죄에 근거하여 보호관찰기간은 4년이라는 장기의 보호관찰을 선고받았

음에도 불구하고 보호관찰부 가석방을 하게 된 이유에 그가 어렸을 때 불우한 환경에서 성장하면서 범죄에 빠지게 된 것을 참작하여 다시 한번 그에게 올바르게 살아갈 수 있는 기회를 준다는 취지에서 그리고 정상적인 가정을 체험함으로써 재범을 하지 않도록 준수사항에 “Pro Familia”에서 치료를 받으라는 것과 함께 보호관찰을 부과한다고 제시하고 있다. 이처럼 현재 독일에서의 보호관찰의 기본적인 목적은 가능한 보호관찰대상자에게 자율적으로 스스로 준법생활을 행할 수 있도록 원호적인 측면에서 도움을 주는 입장으로 나아가고 있다는 것을 확인할 수 있다.

[3번 사례 (신고당시 만21세 1979년생)]

음주운전(Bitburg 지방법원지원 보호관찰결정문)

1. 보호관찰기간을 3년으로 한다.
2. 2년 동안 보호관찰관의 감독을 받는다.
3. 피고인은 Bitburg에 있는 Caritas에서 채무상담을 할 수 있다.
4. 피고인에게 1999년 1월 18일의 보호관찰결정문으로부터 지불의무를 신고 이전문제 안에서 계속 이행한다.
5. Bitburg에 있는 적십자사에서 먼저 알콜중독에 대한 상담을 받아야 한다.
6. 모든 족지 변경은 곧바로 법원과 보호관찰관에게 신고한다.

3번 사례에서 살펴보면, 보호관찰기간과 보호관찰관의 지도 및 감독을 받는 기간에 차별성을 부여하고 있다. 이는 보호관찰 기간동안에 대상자로 하여금 단계적으로 자율적인 준법생활을 할 수 있는 하나의 선택으로 받아들여지고 있다고 보인다. 이러한 원호에 중점을 둔 보호관찰제도의 목표가 독일 보호관찰제도의 전반적인 방향을 결정해주고 있다는 것을 알 수 있다.

[4번 사례(선고당시 만 37세 1964년생)]

보호관찰부 가석방(트리어 지방법원 보호관찰결정문)

1. 2001년 5월 22일부로 보호관찰부 가석방한다.
2. 보호관찰기간은 3년으로 한다.
3. 보호관찰기간동안 보호관찰관의 지도 및 감독을 받는다.
4. 모든 주거지 변경은 곧바로 형집행부와 보호관찰관에게 신고한다.
5. 피고인은 가석방후에 외래 알콜중독치료를 받고 치료사와 보호관찰관 그리고 형집행부의 동의없이 중지할 수 없다.

위의 4번 사례에서도 역시 위의 다른 사례들과 마찬가지로 대체적으로 원호적인 관점에서의 준수사항으로써 중독치료를 받는 것만을 준수사항으로 부과하고 있음을 볼 수 있다.

[5번 사례 (선고당시 만34세 1967년생)]

사기(Göttingen 지방법원 보호관찰결정문 : 보호관찰부 가석방)

1. 보호관찰기간은 4년으로 한다.
2. 보호관찰기간동안 자신의 주거지를 담당하는 보호관찰관의 지도 및 감독을 받는다.
3. 대상자는 준수사항에 따라 보호관찰관과 최소한 매월 규칙적으로 2번씩 개인적으로 접촉한다.
4. 대상자는 보호관찰기간동안 주거지와 일자리 변동을 즉시 보호관찰관과 법원에 신고한다.
5. 2001년 9월 30일까지 보호관찰관과 형집행위원회에 자세한 채무명세서를 제출하고 이러한 명세서를 일년에 4번 제출한다.
6. 월수입과 규칙적인 월지출 내역을 제시한다.
7. 피해자에게 경제적인 손실을 최대한 원상회복해 주고 그 상황을 매월 증명해야 한다.

위의 5번 사례에서는 해당 범죄의 특성상 피해원상회복에 대한 의무사항 위주로 준수사항을 부과하고 있음을 볼 수 있다.

[6번 사례 (선고당시 39세 1962년생)]

약물법(Betäubungsmittelgesetz) 위반(Göttingen 지방법원지원 보호관찰결정문)

1. 보호관찰기간은 4년으로 한다.
2. 보호관찰관의 지도 및 감독을 받는다.
3. 150시간 사회봉사명령을 부과한다. 그 실시장소는 보호관찰관이 결정한다.
4. Polamydontherapie Gesprächstherapie를 받아야 하고 두 가지 치료를 의사의 충고에 반해서 중지해서는 안된다.
5. 모든 주거변경은 법원에 신고한다.

[7번 사례 (선고당시 만37세 1964년생)]

무면허운전(Groß-Gerau 지방법원지원 보호관찰부 가석방)

1. 보호관찰기간은 3년으로 한다.
2. 준수사항은 독일 형법 제56c조에 있는 것을 따른다.

5. 독일 성인 보호관찰준수사항의 전반적인 경향

이상에서 독일에서의 성인범에 대한 보호관찰 준수사항과 관련하여 살펴 보았다. 그 결과 일반적으로 성인에 대하여 선고되는 보호관찰기간이 상당히 장기인 경우가 많다는 사실을 발견할 수 있었다. 이는 특히 보호관찰 선고의 원인에 되는 죄질과 많은 연관관계를 가지고 있다는 것을 알 수 있다.

그럼에도 불구하고 전반적인 독일 보호관찰의 기본목표는 제재보다는 원호위주의 보호관찰을 실시한다는 취지에 맞추어, 보호관찰과 함께 부과

되는 준수사항은 상당히 경미한 것으로 나타나고 있다. 뿐만 아니라 보호관찰 기간중이라도 보호관찰관에 의한 감독기간을 단축하여 보호관찰관의 감독 없이 스스로 자율적으로 준법생활을 이끌어 갈 수 있는 단계적인 처우를 실시하고 있는 것으로 나타나고 있다.

보호관찰과 함께 부과되는 의무사항 및 준수사항과 관련하여서는, 소년범의 경우 처우 단계에 따라 준수사항만을 부과하는 경우, 의무사항만을 부과하는 경우 그리고 두 가지 사항을 결합하여 부과하는 경우로 나누어 볼 수 있었다. 이는 처벌위주보다는 교육위주로 가야한다는 소년범에 대한 특성에 근거한다고 볼 수 있을 것이다. 그러나 성인범의 경우는 그러한 교육위주의 처우가 적합하지 않다는 관점에서, 보호관찰과 함께 의무사항 및 준수사항을 결합하여 부과할 수 있는 것으로 되어 있다. 그러나 실무에서는 의무사항과 준수사항의 구별이 명확한 것으로 나타나고 있지는 않다. 실질적으로 독일에서 본 연구자가 방문한 3곳의 보호관찰소에 있는 보호관찰관들이 의무사항과 준수사항을 명확하게 구별하고 있는 경우는 한 경우도 없었다. 단지 부과 사항과 함께 어떻게 보호관찰 대상자의 원활한 사회복귀를 가능하게 할 수 있는가에 관심을 가지고 있는 것으로 보였다. 또한 기본적으로 독일 보호관찰의 기본목표가 원호위주로 나아가고 있기 때문에 결과적으로 준수사항의 부과를 가능한 한 최소화하고 있는 경향을 발견할 수 있었다.

여기에서 독일 보호관찰의 준수사항이 의무사항(Auflagen)과 준수사항(Weisungen)으로 나누어 그 법적 성질에 차이를 두고 있는 점은 우리 나라 보호관찰 준수사항과 관련하여 참고로 살펴볼 필요가 있다고 본다. 특히 소년범에 관한 보호관찰의 경우, 우리 나라에서도 보호원칙을 기본으로 하고 있는 점에서, 단계적 처우와 함께 각 단계에 적절한 준수사항의 차별화도 충분히 검토해 볼 의미가 있다고 본다.

제5장 맺는 말

제1절 연구의 요약

지금까지 본 연구에서는 미국과 일본, 그리고 독일의 보호관찰 대상자의 준수사항에 대하여 살펴보았다. 각국의 보호관찰 제도의 목표와 형사정책에 따른 운영상의 차이에 따라 보호관찰 준수사항의 부과 및 그 내용은 아주 다양한 차이를 보여주고 있었다.

미국의 보호관찰은 각 주마다 보호관찰의 운영과 내용에 있어 다소간의 차이가 있으나 대체로 다음과 같다. 보호관찰부 집행유예의 경우 법원이 보호관찰을 선고하면서 준수사항을 부과하며 그 내용은 범규를 준수할 것, 범죄자와 교제하지 아니할 것, 주기적으로 보호관찰관에게 보고할 것, 직업 또는 주거의 변동 등 모든 변화에 대해 신고할 것, 총기 등 무기를 소지하지 아니할 것, 과음을 삼가할 것, 사전허가없이 법원의 관할지역을 장기간 떠나지 아니할 것 등의 준수사항을 부과하고 있었다. 보호관찰부 가석방의 경우에는 가석방위원회에서 가석방을 허가하면서 조건을 부과하며, 가석방 즉시 주거지에 돌아가서 3일 이내에 지정된 보호관찰관에게 보고할 것, 보호관찰관의 허가없이 가석방증명서의 주거지를 떠나지 아니할 것, 주거지 이전시에는 즉시 보호관찰관에게 보고할 것, 보호관찰 기간중 매월 정기적으로 보호관찰관에게 보고서를 제출할 것, 법률을 위반하지 아니할 것, 정상적인 직업에 종사할 것, 과음하지 아니할 것, 총기등 무기를 소지하지 아니할 것, 일정기간 동안 지역사회 치료센터의 치료프로그램에 참여할 것 등의 준수사항을 부과하고 있었다.

미국의 보호관찰 준수사항 부과 특징은 비교적 상당히 많은 준수사항

을 매우 구체적으로 적시하여 보호관찰의 목적에 부합할 수 있도록 범죄자의 행동범위를 제한하고 지도하는 형태로 운영되고 있었다. 준수사항의 내용 역시 보호관찰 대상자의 재할뿐만 아니라 지역사회의 보호라는 목적에 부합하도록 운영되고 있었으며, 판사와 가석방위원회에서 부과한 준수사항에 대하여 보호관찰관과 가석방집행관은 이들과 긴밀한 협조 하에 매우 신중적으로 운영하고 있었다.

일본의 경우 보호관찰 처분의 종류에 따라 준수사항이 다소 달랐으며 대체로 적은 수의 준수사항을 부과하는 특징을 보여주었다. 가석방 대상자에게는 일정한 주거지에 거주하고 올바른 직업에 종사할 것, 선행을 할 것, 범죄성이 있는 자와 교제하지 아니할 것, 주거이전 또는 여행을 할 때에는 미리 보호관찰관의 허가를 받을 것 등의 준수사항을 부과하고 있었고, 집행유예자에게는 보호관찰 처분후 지체없이 주거신고를 보호관찰소장에게 서면으로 제출할 것, 선행을 할 것, 주거를 이전하거나 1월 이상의 여행을 할 때에는 미리 보호관찰소장에게 신고할 것 등이었다.

독일의 경우에는 보호관찰 대상자에게 보호관찰의 조건으로 의무사항과 준수사항을 구별하여 제공하고 있었다. 의무사항은 과거의 범죄에 대한 속죄 내지 응보의 관점에서 주어지는 과거지향적 사항으로 이미 저지른 불법을 배상하는 것을 주목적으로 함으로써 형벌과 유사한 처벌적 성격을 가지고 있다. 이에 비하여 준수사항은 미래지향적 사항으로 재사회화의 이념에 근거하여 범죄를 다시 행하는 것을 방지하기 위한 금지 또는 명령의 예방적 처분의 성격을 지닌다.

독일의 보호관찰의 기본 목표가 제재보다는 원호 위주의 보호관찰을 실시한다는 취지에 맞추어 독일의 보호관찰 준수사항 부과 특징은 상당히 경미하였고, 보호관찰 기간중이라도 보호관찰관에 의한 감독기간을 단축하여 보호관찰관의 감독없이 스스로 자율적으로 준법생활을 이끌어갈 수 있

는 단계적인 처우를 실시하고 있었다.

미국과 일본, 그리고 독일은 보호관찰의 운용에 있어 보다 감독지향적인 미국의 경우 상대적으로 아주 많은 수의 준수사항을 매우 구체적으로 규정하여 부과하며, 이의 집행을 엄격히 감독하고 있었고, 처벌 및 제재보다는 보호와 원호에 보다 큰 의미를 부여하는 일본과 독일의 경우 적은 수의 준수사항을 일반적으로 규정하여 집행하고 있었다.

제2절 정책적 제언

보호관찰에 있어서의 준수사항의 부과는 먼저 보호관찰의 목적에 대한 명확한 규정에 따라 달라져야 할 것으로 보인다. 보호관찰제도의 운용을 처벌적 의미를 강조하는 경우 미국의 보호관찰 준수사항 부과가 우리에게서 훌륭한 교훈으로 이용될 수 있을 것이다. 현재 우리 나라의 보호관찰과 같이 급증하는 대상자 수의 증가에 비하여 현저히 부족한 인원으로 대처해야만 하는 경우 운용에 있어 감독적 기능의 강화에 따른 대상자 관리의 편리성이라는 목표를 부수적으로 얻을 수 있을 것이다. 반면에 이 경우 대상자에 대한 지도와 원호라는 보호관찰 본래의 의미의 상당 부분을 퇴색시킬 위험이 따른다.

반면에 지도와 원호를 강조하는 일본과 독일의 준수사항의 경우 보호관찰 대상자 개개인의 문제에 따라 개별적으로 지도하고 처우를 하고 있었다. 일본의 경우 보호사(保護司)라 불리는 민간보호관찰 인력이 매우 적극적으로 범죄자의 지도와 원호에 참가하며 때로는 보호관찰관보다 주도적으로 대상자를 관리하고 있고, 독일의 경우에는 각종 사회단체를 적극 활용하여 범죄자의 재화에 참여케 하는 등 우리의 현실 여건과는 아주 다른

실정이었다. 이에 비해 우리 나라의 경우 범죄예방위원의 보호관찰 대상자 지도가 그다지 크지 않은 실정이어서 거의 전적으로 보호관찰 인력에 의존해야 하는 형편이며 따라서 대상자 개개인의 재활가능성과 요보호성에 입각한 개별화된 처우의 제공은 곤란하다고 할 수 있다.

지금까지 본 연구를 통해 각국의 보호관찰의 운영과 준수사항에 대하여 살펴보았다. 준수사항은 보호관찰의 목표를 달성할 수 있는 기능적 수단이며, 보호관찰의 성과를 점검하고 효과를 평가할 지표이며, 그리고 보호관찰에 대한 일반인의 인식을 확산시킬 효과적인 수단으로 활용할 수 있다. 준수사항의 적용에 있어 보다 구체적으로 내용을 규정하고, 대상자의 배경과 재활가능성에 기초하여 폭넓은 선택을 적용할 수 있도록 확대될 필요가 있었다.

참고문헌

1. 일본문헌

- 山崎政宏. 1994. 假釋放における遵守事項の研究. 法務総合研究所. 法務研究報告書 第83集 第3號.
- 山田憲兒. 1986. 保護觀察付刑執行猶豫の取消し等に関する研究. 法務総合研究所. 法務研究報告書 第75集 第2號.
- 染田 恵. 1997. 犯罪者の社會内處遇の多様化に関する比較法制的研究. 法務総合研究所. 法務研究報告書 第86集 第1號.
- 鈴木昭一郎. 1971. 保護觀察の遵守事項に関する研究. 法務総合研究所. 法務研究報告書 第60集 第3號.

2. 독일문헌

- Beulke, Werner/Theerkom, Gerd, "Gewalt im sozialen Nahraum-Beratungsaufgabe als (ein) Ausweg?", NStZ 1995, S. 474-481.
- Block, Petra, "Rechtliche Strukturen der ehrenamtlichen Bewährungshilfe", BewHi 1998, S. 121-132.
- Böhm, Alexander, Einführung in das Jugendstrafrecht , 1996.
- Bringewat, Peter, "Aus der Rechtsprechung in Strafsachen", BewHi 1994, S. 463-470.
- Brunner, Rudolf/Dölling, Dieter, Jugendgerichtsgesetz : Kommentar, 10. Auflage, 1996.

- Bruns, Hans-Jürgen, “Rechtsgrundlage und Zulässigkeitsgrenzen strafrichterlicher Auflagen und Weisungen”, GA 1959, S. 193-228.
- Eisenberg, Ulrich, Jugendgerichtsgesetz : Kommentar, 8. Auflage, 2000.
- Feuerhelm, Wolfgang, Stellung und Ausgestaltung der gemeinnützigen Arbeit im Strafrecht, 1997.
- Frellesen, Peter, Die Zumutbarkeit der Hilfeleistungen, 1980.
- Horn, Eckhart, “Die Bemessung der Geldauflage nach § 56b Abs. 2 Nr. 2 StGB-tatsächlich ein Rechtsproblem,” StV 1992, S. 537-540.
- Jäger, Matthias, “Sicherheit durch Therapie - Alibi-funktion der Strafgesetzgebung?“, ZRP 2001, S. 28-33.
- Jescheck, Hans-Heinrich/Weigend, Thomas, Lehrbuch des Strafrechts Allgemeiner Teil, 5. Auflage, 1996.
- Kraus, Ludwig/Rolinski, Klaus, “Rückfall nach Sozialem Training auf der Grundlage offiziell registrierter Delinquenz,” MschrKrim 1992, S. 32-46.
- Lakner, Karl/Kühl, Kristian, Strafgesetzbuch mit Erläuterungen, 24. Auflage, 2001.
- Macke, Klaus/Schendler, Jürgen, “Zur Konzeption einer Behandlung und Betreuung von Sexualstraftätern in der Bewährungshilfe”, BewHi 1998, S. 288-291.
- Meyer-Höfer, Maria, Der Jugendarrest : Entstehung und Weiterentwicklung einer Sanktion, 1998.
- Ostendorf, Heribert, Jugendgerichtsgesetz : Kommentar, 5. Auflage, 2000.
- Schaffstein, Friedrich/Beulke, Werner, Jugendstrafrecht : eine systematische Darstellung, 1998.

- Schnitzerling, Manfred, “Von den Bewährungsauflagen und den Grenzen richterlicher Zuständigkeit besonders aus verkehrsstrafrechtlicher Sicht,” MDR 1957, S. 201-203
- Schöch, Heinz, “Bewährungshilfe und Führungsaufsicht in der Strafrechtspflege,” NSTZ 1992, S. 364-372.
- Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch : Kommentar, 26. Auflage, 2001.
- Stiels-Glenn, Michael/Willing, Heinz, “Arbeit mit Sexualstraftätern in der Bewährungshilfe”, BewHi 1996, S. 54-70.
- Streng, Franz, Strafrechtliche Sanktionen : Grundlagen und Anwendung, 1991.
- Tröndle, Herbert/Fischer, Thomas, Strafgesetzbuch und Nebengesetze, 50. Auflage, 2001.
- Wellhöfer, Peter, “Soyiale Trainingskurse und Jugendarrest. Versuch einer vergleichenden Erfolgskontrolle,” Mschrkrim 1995, S. 42-46
- Winkler/Jacobschagen/Nickel, Unfall- und Sicherheitsforschung Straßenverkehr, Heft 64, 1988.

3. 미국문헌

- Carter, Madeline M.(ed.). 2001. Responding to Parole and Probation Violations : A Handbook to Guide Local Policy Development. Center for Effective Public Policy, Silver Spring, Maryland.
<<<http://www.nicic.org/pubs/2001/016858.pdf>>>
- Champion, Dean J. 2001. "미국의 보호관찰(Probation in the United

- States).“ □□보호□□ 2001년 10월. 법무부. 통권 13호. 71-147쪽.
- Clear, Todd R. 1992. "Punishment and Control in Community Supervision." Pp.31-42 in Clayton A. Hartjen & Edward E. Rhine(eds.). Correctional Theory and Practice. Chicago : Nelson-Hall Publishers.
- Cohen, Neil P. & James J. Gobert. 1983. The Law of Probation and Parole. Colorado Springs, CO : McGraw-Hill, Inc.
- del Carmen, Rolando V., Susan E. Ritter, & Betsy A. Witt. 1998. Briefs of Leading Cases in Corrections. 2nd ed. Cincinnati, OH : Anderson.
- Federal Judicial Center. 1994. Effective Practices : Enhanced Supervision. Washington, DC : Federal Judicial Center.
- Levin, Marjorie H. 1984. "Corporate Probation Conditions : Judicial Creativity or Abuse of Discretion." Fordham Law Review 52(4) : 637-62.
- President's Commission on Law Enforcement and Administration of Justice. 1967. Task Force Report : Corrections. Washington, DC : Government Printing Office.
- Rubin, S. 1973. The Law of Criminal Correction. 2nd.
- Weissman, James C. 1982. "Constitutional Primer on Modern Probation Conditions." New England Journal on Prison Law 8(1) : 367-92.