공법상 수용된 (정신병) 환자의 결박에 대한 헌법적 요청[1)]

1. 사실관계

공법상 수용 중의 결박명령에 어떠한 헌법적 요청이 있는가에 관한 두 개의 헌법소원사건이 병합되었다. 여기서 문제는, 해당자의 운동능력을 전반적으로 혹은 철저히 박탈하기 위해 침대에 누인 채로 특별한 끈으로 침대에 결박하는 조치가 법관유보가 적용되는 자유의 박탈인가 여부이다.

(1) 사건번호 2 BvR 309/15의 헌법소원은 폐쇄 정신병동에 수용된 해당자의 변호인이 심판청구인으로 제기하였다. 2015년 1월 23일 루드빅스부르크 시법원은 조현정동장애(schizoaffektiv)를 앓는 해당자에 대해 그 질병으로 자신의 생명과 건강, 그리고 제3자의 법익을 침해할 우려가 있다 하여 2015년 3월 6일까지 정신병원 수용을 명하였다. 폐쇄 정신병원에서 해당자는 여러 날 반복하여 법관의 영장 없이 의사의 지시로 5군데(사지와 배) 결박(이하 5점 결박)을 당하였다. 심판청구인은 루드빅스부르크 시법원에, 의사가 지시한 해당자의 결박에 대한 위법확인을 구하였으나, 2015년 2월 4일 동 법원은 결박의 근거법률인 <정신병에 대한 구호와 보호에 관한 바덴-뷔르템베르크주 법률>(이하 정신병법) 제25조 제2항 4호와 제3항을 들어 기각하였다. 이에 심판청구인이 직접적으로는 동 법원의 기각결정에 대해 간접적으로는 그 결정의 근거인 정신병법 제25조 제3항에 대해 헌법소원을 제기하였다. 해당 규정은 다음과 같다.

제25조 특별한 안전조치

① 특별한 안전조치는 지정시설에서 심각한 자기 위태화나 제3자 법익의

1) 2018년 7월 24일자 사건번호 2 BvR 309/15, 2 BvR 502/16.

위태화 또는 수용자가 허락 없이 시설을 벗어나려 하는 경우와 같이 현존하는 심각한 안전 위험이 있고, 이 위험이 덜 침해적인 수단으로는 대처할 수 없는 경우 그 한도에서만 허용된다.

② 특별한 보호조치는 다음과 같다.

1~3. 생략

4. 결박

5. 생략

③ 특별한 보호조치는 지정 시설의 의사가 기한을 정하여 지시한다. 그 지시는 요건이 소멸하면 즉시 철회해야 한다. (이하 생략)

④ 특별한 보호조치의 지시와 근거, 종료는 기록해야 한다.

(2) 사건번호 2 BvR 502/16의 심판청구인은 도합 12시간 동안 정신병원에 임시로 수용되었는데, 그 사이 의사의 지시로 8시간 동안 7군데(사지와 배, 가슴, 이마)에 이루어진 결박(이하 7점 결박)에 관해 심판청구를 하였다. 그 임시수용의 법적 근거인 <정신병자의 수용과 보호에 관한 바이에른주 수용법>(이하 수용법)은 결박의 지시에 대한 별도의 수권 근거를 규정하고 있지 않다. 심판청구인은 바이에른 주정부를 상대로 뮌헨 지방법원과 고등법원에 결박으로 인한 손해배상 및 위자료 청구소송을 제기했으나 패소하였다.[2] 위 수용법상 임시수용의 근거규정은 다음과 같다.

제10조 임시의 즉시수용

① 법 제1조 제1항의 수용의 요건이 존재한다는 긴급한 사유가 있으나, 공공의 안전이나 질서에 임박한 손해를 방지하기에는 적시에 법원의 결정이 내려질 수 없는 경우에, 시·군·구청은 임시의 즉시수용을 명하고 집행할 수 있다. 시·군·구청은 지체 없이 익일 12시까지 관할 법원에 이송을 통지해야 한다.

2) 한국의 국가배상법 제2조에 해당하는 공무원의 위법행위로 인한 국가배상책임이 독일에서는 민법 제839조에 규정되어 있다.

② 제1항의 사안에서 지체할 수 없는 경우에 경찰은 시·군·구청의 명령 없이 해당자를 제1조 제1항의 시설에 이송할 수 있다. 경찰은 관할법원과 시·군·구청에 지체 없이 익일 12시까지 이송을 통지해야 한다. (이하 생략)

제12조 수용 및 보호

① 이 법률에 따라 수용된 자는 환자로 치료를 받을 권리를 가지며, 인신에 대한 최소한의 침해로써 수용의 목적이 달성될 수 있도록, 수용되고, 치료를 받고, 보호되어야 한다.

② 생략

제19조 직접강제

① 시설의 직원은 법 제12조 제1항 또는 시설의 안전이나 질서의 유지의 실현을 위해 필요한 경우에 피수용자에 대해 직접강제를 행할 수 있다. 치료조치시의 직접강제는 해당자의 수인의무가 있는 경우에 한해 적용될 수 있다.

② 생략

③ 가능하고도 적합한 직접강제조치가 다수 있다면 개인과 일반에게 최소한의 침해를 일으킬 것으로 예상되는 조치를 선택해야 한다. 직접강제로써 예상되는 손해가 의도하는 결과에 상당하지 않는 경우에는 직접강제를 행하지 않는다.

④ 직접강제를 하기 전에 경고가 있어야 한다. 경고는 불가피한 경우에만 생략할 수 있다.

2. 결정주문

(1) 생략

(2) a) 정신병법 제25조가 결박을 특별한 안전조치로 규정하는 한, 동 조항은 기본법 제2조 제2항 2문과 3문[3] 및 기본법 제104조 제1항과 제2항[4]에 합치하지 않는다.

b) 2015년 2월 4일자 루드빅스부르크 시법원의 결정은 기본법 제2조 제2항 2문과 3문 및 기본법 제104조 제1항과 제2항에서 도출되는 해당자의 기본권을 침해한다.

(3) a) 2016년 2월 4일자 뮌헨 고등법원의 판결은, 기본법 제2조 제2항 2문과 3문 및 기본법 제104조 제1항과 제2항에서 도출되는 심판청구인의 기본권을 침해한다. 이 판결을 파기하고, 사건은 뮌헨 고등법원으로 환송한다.

b) 그 밖에 제2심판청구인의 헌법소원은 각하한다.[5]

(4) 연방헌법재판소법 제35조[6]에 따라 다음과 같이 명한다.

a) 바덴-뷔르템베르크주에서 정신병법제25조에 따른 공법상 수용 중 결박은 2019년 6월 30일까지 계속 허용된다.

b) 바이에른주에서 공법상 수용 중 결박이 현존하는 심각한 자기위태화나 타인의 중대한 법익의 심각한 위태화를 방지하기 위하여 불가피한 한, 2019년 6월 30일까지 계속 허용된다.

c) 바덴-뷔르템베르크주와 바이에른주에서 5점 결박과 7점 결박에 기본법 제104조 제2항 1문의 법관유보가 적용된다. 지속기간이 30분 이하에 해당하는 단기의 조치에 불과할 경우에는 그러하지 않다. 결박의 종료 후에는 반드시 해당자에게 법원의 사후심사가 가능하다고 고지해야 한다.

(5) 바덴-뷔르템베르크주와 바이에른주의 법률제정자는 2019년 6월 30일까지 합헌적 상태를 조성할 의무를 갖는다.

---

3) 독일 기본법 제2조 ② 모든 사람은 생명과 신체를 훼손당하지 않을 권리를 갖는다. 신체의 자유는 불가침이다. 이 권리는 법률에 근거해서만 제한될 수 있다.

4) 기본법 제104조 ① 신체의 자유는 법률에 근거하여서만 그리고 법률에 정한 방식을 준수하여서만 제한될 수 있다. 피구금자는 정신적으로도 육체적으로도 학대를 받아서는 안 된다. ② 자유의 박탈을 허용할 것인지, 그리고 지속할 것인지는 법관이 결정한다. 법관의 명령에 의하지 않은 자유의 박탈은 지체 없이 법관의 결정을 받도록 해야 한다. 경찰이 체포한 다음 날의 종료시점 이후에는 더 이상 자신의 전권으로 구금하지 못한다. 이에 대하여 자세히는 법률로 정한다.

5) 이 각하결정의 대상은 뮌헨 지방법원의 판결에 대한 헌법소원인데, 뮌헨 고등법원의 판결과 결정의 범위 및 이유가 그대로 중복되므로 권리보호이익이 없어 각하함(Rn. 60).

6) 연방헌법재판소법 제35조 연방헌법재판소는 결정에서 누가 그 결정을 집행할 것인가를 지정할 수 있고, 집행의 종류와 방식 역시 개별 사례에 따라 정할 수 있다.

(6) 생략

3. 결정이유

(1) 환자의 결박은 그가 갖는 신체의 자유(기본법 제2조 제2항 2문과 3문 및 기본법 제104조 제1항과 제2항)에 대한 침해이다.

1) 기본법 제2조 제2항 2문은 신체의 자유를 "불가침"이라 규정한다. 이러한 헌법적 근본결단에서 이 자유권이 중대한 사유로만 제한할 수 있는 고도의 법익임이 드러난다. 국가의 제한으로부터 보호되는 것은 실정법상의 일반질서에서 가능한, 사실적인 신체 운동의 자유이다. 신체의 자유에 대한 제한인가 여부는 오로지 해당자의 사실적이고도 자연적인 의사에 달렸다. 사리분별력이 없다고 기본법 제2조 제2항 2문의 보호에서 벗어나는 것은 아니어서 정신병자나 행위능력이 불완전한 경우에도 보호된다. 정신병을 앓는 이야말로 자유의 제한을 받아들이기가 쉽지 않을뿐더러, 각별히 위협적으로 받아들인다.

2) ① 기본법 제2조 제2항 2문의 보호는 자유의 제한 및 박탈에 미치는데, 연방헌법재판소는 양자를 제한의 강도에 따라 구분한다. 원래는 사실적으로도 법적으로도 접근할 수 있는 장소임에도, 자신의 의사에 불구하고 공권력에 막혀 그곳을 방문하거나 그곳에 머물지 못하는 경우가 자유의 제한이다. 자유의 제한이 가장 중대한 형태인 자유의 박탈은, 원래는 사실적으로도 법적으로도 가능한 운동의 자유가 어떤 방향으로든 차단된 경우이다. 그 전제는 제한의 강도가 매우 높고, 그 조치가 단시간에 그치지는 않는다는 것이다.

② 어쨌든 띠로 해당자의 사지 전체를 침대에 고정시키는 5점 결박이나 7점 결박은 기본법 제104조 제2항에 규정된 자유의 박탈이다. 단시간에 그치는 조치는 그렇지 아니한데, 통상 약 반시간을 밑도는 경우가 그러하다. 5점 결박이나 7점 결박으로 운동의 자유를 전적으로 차단하게 되면, 해당자는 폐쇄된 정신병동에 수용되면서 정신병동에서, 아니면 최소한 병실에서 그나마

남아있던, 움직일 자유마저 빼앗긴다.

3) 단시간에 그치지 않는 사지의 결박은 그 제한의 매우 높은 강도에 비추어 기존의 자유가 박탈된 상태와 별도의 독자적인 자유의 박탈로 보아, 기본법 제104조 제2항 1문의 법관유보를 새로이 야기한다 할 것이다. 수용 중에 밀실감금이나 좁은 공간에 제한하는 등의 징계조치가 있을 수 있는데, 이는 물론 법관이 명한 기존의 자유 박탈의 연장선상에서, 그 집행의 방식을 단지 엄격하게 변경하는 것으로 본다. 하지만 이러한 일련의 조치에서 그 제한의 정도에 비추어 5점 결박이든 7점 결박이든 법관의 수용명령으로써 족하지 않고, 별도의 자유 박탈로 보는 것이 정당하다. 이러한 형태의 결박에서는 어떠한 방향으로도 움직일 자유가 차단되어, 폐쇄 시설에 수용되는 박탈의 정도를 벗어난다.

또한 해당자가 5점 결박이나 7점 결박을 당한 경우 무력하게 진행되는 상황에 자신을 맡겨야 하므로, 운동의 자유에 대한 제한을 더욱 위협적으로 받아들인다는 점에서 제한의 강도가 더욱 높아진다. 수용되는 사람은 더욱이 그 심리적 상태로 말미암아 자신의 의사를 존중하지 않는다는 것을 특히 예민하게 받아들인다. 나아가 해당자의 생리욕구 실현은 전적으로 요양인이 적시에 도와주느냐에 달렸다. 따라서 다른 강제조치에 비하여 해당자의 결박은 원칙적으로 특별히 침익적이라 보인다. 이러한 문제들을 넘어, 결박을 적절히 실행한다고 하여도, 해당자가 장시간 부동 상태로 있음으로써 정맥혈전증이나 폐색전증과 같은 건강문제를 일으킬 위험이 존재한다.

(2) 결박과 같이 중대한 기본권제한이라도 원칙적으로 법률제정자가 허용할 수는 있다. 하지만 그러한 제한에는 자유권과 비례원칙에 비추어 엄격한 정당화 근거가 필요하다. 즉 수권근거법률이 충분히 명확하고, 좀 더 완화된 수단이 (더 이상) 고려의 대상이 되지 못하는 경우 최후의 수단으로 결박이 허용된다는 실질적 요건을 규정해야 한다. 또한 특히 자유권의 절차적 보장에 의존하는 피수용자의 기본권보장을 위해 수권근거법률에서 절차적 요청

을 규정해야 한다. 이에 속하는 사항으로, 결박조치에 의사의 명령과 관찰이 있어야 하고, 5점 결박과 7점 결박의 경우라면 원칙적으로 치료 내지 요양인력이 일대일로 지키고 있을 것이며, 이러한 조치의 사유와 실행 및 경과시간, 관찰방식을 기록할 것 등이다. 이에 더하여 그 조치가 종료한 후 해당자에게 이 결박에 대해 법원이 사후심사를 하도록 할 수 있다는 사실을 알릴 의무를 규정해야 한다.

(3) 1) 자유박탈의 경우 기본법 제104조 제2항은 기본법 제2조 제2항 3문에서 규정한 불가침의 자유권적 기본권을 제한하는 형식적 법률의 유보에 더하여, 법률제정자의 처분권한을 벗어난 법관 결정의 절차법적 유보를 추가한다. 기본법 제104조 제2항 4문에서 법관유보를 절차법적으로 형성할 법률제정자의 규율의무가 도출된다. 법관유보의 효과 유무는 각각의 영역에서 규정된 절차에 따라 결정된다. 법률제정자는 자유박탈여부의 결정에 맞추어진 각각의 절차를 규정하면서, 자유박탈 이전에 해당자에게 사법절차와 결부된 법치국가적 보호를, 절차 적용의 맥락이 영역별로 각각 다른 특수성에 알맞도록 보장해야 한다. 기본법 제104조 제2항이 직접 효력을 갖고 적용될 수 있는 규범이라 하더라도 동항 제4문에서 부여한 규율의무가 불필요한 것은 아니다. 법률제정자가 이 의무를 이행하지 않으면, 자유박탈을 수권한 규범이 위헌이 되는 것이다.

2) 법관유보는 기본법 제2조 제2항 2문에서 도출되는 기본권의 보장을 강화한다. 그 취지는 독립적이고 중립적인 기관이 일정한 조치를 사전에 통제하도록 하자는 것이다. 이 규정의 전제는, 법관은 인적·물적으로 독립성을 갖고 엄격하게 법률에 기속되므로, 가장 잘, 그리고 가장 안정적으로 해당자의 권리를 보호할 수 있다는 것이다. 모든 국가기관은 법관유보가 실제로 주효하도록 노력할 의무가 있다. 이로부터 최소한 주간에는 담당법관에 연락할 수 있도록 보장하고, 이와 관련하여 법관에게는 법관으로서의 임무를 적절하게 수행할 수 있도록 할 국가의 의무가 도출된다.

3) 자유의 박탈에는 원칙적으로 사전에 법관의 영장이 필요하다. 자유를 박탈하는 조치 이전에 법관의 영장이 발부되어야 한다면, 자유박탈로써 추구하는, 헌법이 허용하는 목적의 달성이 불가능한 경우에 한해 사후영장이 허용된다. 물론 해당자에게서 연유하는 자기 또는 타인의 위태화를 방지하기 위해 5점 결박 또는 7점 결박을 명하는 경우는 통상 이러한 경우일 것이다.

4) 그러한 경우 기본법 제2조 제2항 2문에 따라 지체 없이 법관의 결정이 사후 보완되어야 한다. 여기서 구성요건표지 "지체 없이"는 정당한 사유 없이는 어떠한 지체도 없이 법관의 결정이 사후 보완되어야 한다고 해석할 것이다. 법관의 결정이 정당하게 지체되는 사유로, 청문이나 변호인의 참여와 같이 해당자를 보호하기 위한 절차적 사전조치의 불가피성을 들 수 있다. 야간에 법관의 사전영장 없이 의사가 결박을 명한 경우라면 지체 없는 사후영장은 다음날 아침에나 가능할 것이다. 이러한 맥락에서, 해당자의 보호를 확실히 하기 위해 민사소송법 제758a조 제4항 2문[7]에 비추어 06시에서 21시까지를 담당하는 당직법관제가 필요하다.

(4) 이러한 척도에 비추어 헌법소원은 이유 있다. 해당 법원의 결정은 기본법 제2조 제2항 2문과 3문 및 기본법 제104조 제1항과 제2항에서 도출되는 제1사건 해당자와 제2사건 심판청구인의 기본권을 침해한다.

1) 바덴-뷔르템베르크주의 정신병법 제25조가 기본법 제2조 제2항 2문 및 제104조 제1항 1문의 요청을 충족하기는 한다. 무엇보다 이 규정은 지정 시설의 안전을 보호하고, 심각한 자기위태화로부터 해당자를 보호하고, 제3자의 중대한 법익을 보호한다는 중대한 사유를 근거로 하여 신체의 자유에 대한 제한을 하도록 규정하고, 현재의 심각한 위험을 요건으로 함으로써 제한의 한계를 높게 설정하고, 비례원칙의 요청에 합당한 절차적 규율을 두고 있다.

하지만 이 규정에는, 결박이나 이에 상응하는 조치의 종료 후에 그 조치의

7) 민사소송법 제758a조 제4항 2문 야간은 21시에서 06시까지의 시간이다.

적법성에 대한 사법심사 가능성을 해당자에게 고지해야 한다는 내용이 없다. 그리고 5점 결박이나 7점 결박의 경우에도 의사의 지시만을 규정하고, 법관의 결정에 대한 규정이 없다는 점에서, 법률제정자는 기본법 제104조 제2항 제4문에서 도출되는 규율의무를 따르지 않았다. 제1사건의 해당자에게 이루어진 5점 결박에 합헌적인 법률근거가 존재하지 않는다.

따라서 루드빅스부르크 시법원의 결정은 제1사건 해당자의 자유권을 침해한다. 일반법원이 할 일은, 인용된 각각의 법적 근거가 헌법에 합치하는지 심사하고, 경우에 따라 가구제를 하면서, 심사결과가 부정적인 경우에 사안을 연방헌법재판소의 구체적 규범통제절차로 제청하는 것이다. 또한 법률상의 제한근거의 합헌성은 일반법원이 각 원고의 이의에 관계없이 직권으로 심사할 수 있다. 이 시법원은 문제의 결정에서, 바덴-뷔르템베르크주의 법률제정자가 특별한 보호조치의 명령을 지정 시설의 의사에게 맡기면서도 법관유보를 전혀 규정하지 않았으므로, 결박조치의 심사는 오로지 담당의사가 정신병법 제25조를 준수했는지에 비추어 할 수밖에 없다고 설시하였다. 따라서 시법원은 법적 근거의 합헌성에 대한 의문 없이, 단지 의사 지시의 적법성만을 심사하였다.

2) 뮌헨 고등법원이 손해배상청구소송에서 내린 판결은 제2사건 심판청구인의 자유권을 침해한다. 동 법원의 견해와 달리 바이에른주 수용법 제12조 제1항 및 제19조는 심판청구인의 결박에 대한 충분한 법률근거가 되지 못한다. 이 규정들에는 공법상 수용 중 결박의 지시와 구체적으로 관련된 규율이 없어 기본법 제104조 제1항의 명확성 요청을 충족하지도 못하고, 7점 결박을 통한 자유 박탈에 대한 법관의 영장을 요구하지도 않는다.

(5) 결박과 관련해 바덴-뷔르템베르크주의 정신병법 제25조가 부분위헌이라 하더라도 바로 부분무효가 되는 것은 아니다. 해당 규범을 즉각 무효화하면, 어떤 경우에도 결박이 허용되지 않아, 법률제정자에게 새로운 상태에 맞추어 동가치적인 대안을 만들 기회도 주지 않고, 해당자의 생명과 신체의 안전이

나 제3자의 중요한 법익을 심각한 위험으로부터 보호할 근거가 사라지게 된다. 이로써 피수용자뿐 아니라, 직원과 다른 피수용자의 헌법적 이익이 위험에 처하여 보호의 흠결이 생길 것이다. 헌법을 기준으로 한 해당 규정의 흠결을 관련 기본권과 형량을 해보면, 그러한 제한은 경과기간 동안은 감수되어야 한다. 정신병법 제25조를 부분무효로 하는 경우 해당자와 제3자의 기본권에 대한 실체적 보호 자체가 문제가 생기는 데에 반해, 이 조항의 흠결은 실체적으로는 원칙적으로 허용되는 조치를 내릴 수 있는 절차규정이기 때문이다.

(6) 1) 바덴-뷔르템베르크주에서는 2019년 6월 30일까지의 경과기간 동안, 5점 결박과 7점 결박의 경우 기본법 제104조 제2항에서 도출되는 법관유보를 적용하여야 한다. 경과기간 동안에 또한 담당의사가 결박의 종료 후 법관의 심사를 청구할 수 있다는 고지를 할 의무가 자유권으로부터 직접 도출된다.

2) 바이에른주에서도 마찬가지로 현재 공법상 수용 중 결박의 지시에 관해 헌법적 요청을 충족하는 법적 근거가 전반적으로 결여되었다 하여, 2019년 6월 30일까지의 경과기간 동안 결박조치가 금지되는 것은 아니다.

① 지금 상태보다 헌법적 요청에서 더욱 동떨어진 상태를 피하기 위하여 연방헌법재판소는 위헌적인 법상태를 잠정적으로 감수할 수 있다. 바이에른주의 법률제정자가 어떤 방식으로 합헌적인 상태를 조성할지, 그리고 특별한 안전조치로 결박을 지속하려 할지에 관해 어떠한 결정도 아직 내리고 있지 않으므로, 바이에른주에서도 역시 보호의 흠결이 생길 수 있는 것이다. 이미 확인된 헌법 차원의 결함을 즉각적으로 결박을 금지하여 발생할 수 있는 결과와 형량하면, 바덴-뷔르템베르크주의 경우에서와 마찬가지로 기본법 제2조 제2항 제1문에서 도출되는 법익의 보호를 위하여 결박을 잠정적으로 허용할 이익이 압도적이다. 따라서 바이에른주에서도 본래 결박의 지시에 필요한 법

적 근거가 없지만, 이는 잠정적으로 감수되어야 한다.

② 그렇다고 하여 바이에른주에서 피수용자의 결박이 경과기간 동안이라도 임의로 허용되는 것은 아니다. 자유권이 고도의 가치를 갖는다는 점에 비추어 결박의 경우에는 항상, 현재의 심각한 자기위태화와 타인의 중대한 법익의 심각한 위태화를 방지하기 위하여 이러한 결박조치가 (언제까지) 불가피한지를 심사하여야 한다. 또한 5점 결박과 7점 결박에는 기본법 제104조 제2항에서 도출되는 법관유보가 직접 효력을 갖는다. 해당자에게 결박조치의 종료 후에 법원의 심사를 받을 수 있다는 사실을 고지하여야 함은 마찬가지이다.