



저작자표시-비영리-변경금지 2.0 대한민국

이용자는 아래의 조건을 따르는 경우에 한하여 자유롭게

- 이 저작물을 복제, 배포, 전송, 전시, 공연 및 방송할 수 있습니다.

다음과 같은 조건을 따라야 합니다:



저작자표시. 귀하는 원저작자를 표시하여야 합니다.



비영리. 귀하는 이 저작물을 영리 목적으로 이용할 수 없습니다.



변경금지. 귀하는 이 저작물을 개작, 변형 또는 가공할 수 없습니다.

- 귀하는, 이 저작물의 재이용이나 배포의 경우, 이 저작물에 적용된 이용허락조건을 명확하게 나타내어야 합니다.
- 저작권자로부터 별도의 허가를 받으면 이러한 조건들은 적용되지 않습니다.

저작권법에 따른 이용자의 권리는 위의 내용에 의하여 영향을 받지 않습니다.

이것은 [이용허락규약\(Legal Code\)](#)을 이해하기 쉽게 요약한 것입니다.

[Disclaimer](#)

碩士學位論文

戒護權 行使의 根據와 限界에 관한 研究

- 보호장비의 적정사용을 중심으로 -

濟州大學校 行政大學院

法學科 法學專攻

1952

朴 炳 宣

2009年 8月

戒護權 行使의 根據와 限界에 관한 研究

- 보호장비의 적정사용을 중심으로 -

指導教授 金昌君

朴炳宣

이 論文을 法學 碩士學位 論文으로 提出함

2009年 8月

朴炳宣의 法學 碩士學位 論文을 認准함

審査委員長 _____ (인)

委員 _____ (인)

委員 _____ (인)

濟州大學校 行政大學院

2009年 8月

목 차

제1장 서론	1
제1절 연구배경과 목적	1
제2절 연구범위와 방법	2
제2장 교정에 대한 일반적 고찰	3
제1절 교정의 개관	3
1. 교정의 개념	3
2. 교정의 목적과 영역	3
3. 교정조직	4
1) 교정조직 일반	4
2) 중앙조직(교정본부)	5
3) 중간감독조직(지방교정청)	6
4) 일선조직(교도소, 구치소와 그 지소)	7
(1) 교도소(소년, 여자교도소 포함)	7
(2) 구치소	9
제2절 교정의 주체와 객체	10
1. 교정의 주체로서의 교도관	10
1) 정의	10
2) 직무	10
3) 특성	11
2. 교정의 객체로서의 수용자	12
1) 정의	12
2) 미결수용자의 지위	12
3) 기결수용자의 지위	13
제3절 교정 주체와 객체의 관계	14
1. 개관	14
2. 특별권력관계이론의 성립 배경	14

3. 전통적 특별권력관계론	15
1) 기본권리의 제한	15
2) 법률유보의 배제	15
3) 사법심사의 배제	16
4. 특별권력관계 부인론	16
5. 특별권력관계 수정론	17
6. 현대 일반적 견해	17
7. 특별권력관계이론의 변천과정	18
1) 독일	18
2) 일본	19
3) 미국	20
8. 소결	22

제3장 교정행정작용으로서의 계호권 행사 24

제1절 계호권의 개념과 필요성	24
1. 계호권의 개념	24
2. 계호권 행사의 필요성	25
1) 도주저지	25
2) 질서유지	25
3) 외침방어	26
제2절 계호권 행사의 방법과 종류	26
1. 계호권 행사의 방법	26
1) 명령	26
2) 강제	27
3) 시찰	27
4) 검사	27
5) 정돈	28
6) 배제	28
7) 구제	28

2. 계호권 행사의 종류	29
1) 계호대상에 따른 구분	29
2) 계호수단에 따른 구분	29
3) 계호장소에 따른 구분	30
4) 계호정도에 따른 구분	30
제3절 계호권 행사의 근거와 한계	31
1. 계호권 행사의 근거	31
1) 헌법	31
2) 형집행법	31
3) 형집행법 시행령 및 시행규칙	31
2. 계호권 행사의 한계	32
1) 개관	32
2) 법규상 한계	33
3) 일반법원칙상 한계	34
(1) 과잉금지의 원칙 개념	34
(2) 과잉금지의 원칙 내용	35
① 적합성의 원칙	35
② 필요성의 원칙	36
③ 비례성의 원칙	37
제4장 계호권 행사로서 보호장비 사용의 근거와 한계	38
제1절 보호장비의 의의	38
제2절 보호장비 관련 외국사례 및 국제준칙	38
1. 외국 보호장비의 종류	38
2. 외국 보호장비의 사용요건	39
3. 외국 보호장비의 사용한계	40
4. 외국의 보호장비 사용에 따른 주요 통제절차	40
1) 미국	40
2) 영국	40

3) 캐나다	41
4) 싱가포르	41
5. 국제준칙(국제피구금지처우준칙)	42
제3절 현행 경찰관계법령상 보호장비	42
1. 개관	42
2. 경찰장구의 종류	43
3. 경찰장구의 사용요건	43
1) 영장집행 등에 따른 사용기준	43
2) 자살방지 등에 위한 사용기준	43
3) 불법집회 등에 따른 사용기준	43
4. 경찰장구의 사용한계	43
5. 경찰장구에 대한 안전교육 및 안전검사	44
1) 경찰장구의 안전교육기준	44
2) 경찰교육기간(경찰대학, 경찰종합학교 등)에서의 교육	44
3) 경찰장구의 안전검사기준	45
제4절 현행 교정관계법령상 보호장비	45
1. 보호장비의 종류	45
1) 수갑	46
2) 머리보호장비	47
3) 발목보호장비	47
4) 보호대	48
5) 보호의자	49
6) 보호침대	49
7) 보호복	50
8) 포승	50
2. 보호장비의 사용요건	51
3. 보호장비의 사용방법	51
1) 수갑의 사용방법	51
2) 머리보호장비의 사용방법	53

3) 발목보호장비의 사용방법	53
4) 보호대의 사용방법	54
5) 보호의자의 사용방법	55
6) 보호침대의 사용방법	55
7) 보호복의 사용방법	56
8) 포승의 사용방법	57
4. 보호장비의 사용에 따른 통제절차	58
5. 보호장비의 사용감독	59
제5절 비교검토 및 시사점	60
1. 보호장비 종류 측면	60
2. 보호장비 사용요건 측면	61
3. 보호장비 사용한계 측면	61
4. 보호장비 사용에 따른 통제절차 측면	61
5. 소결	62
제6절 판례로 통해 본 보호장비 사용의 한계	63
1. 대법원 판결의 분류	63
1) 교도소 내 질서유지를 위한 계구사용의 요건과 한계 I	63
(1) 사건개요	63
(2) 판결요지	64
(3) 평가분석	64
2) 교도소 내 질서유지를 위한 계구사용의 요건과 한계 II	64
(1) 사건개요	64
(2) 판결요지	65
(3) 평가분석	66
2. 헌법재판소 판례의 분류	66
1) 장시간 보호장비 사용으로 신체의 자유 등 기본권 침해를 인정한 사례 ·	66
(1) 사건개요	66
(2) 결정요지	67
① 보호장비 사용 목적의 정당성	67

② 보호장비 사용 수단의 형식적 정당성(한계)	67
③ 보호장비 사용 수단의 실질적 정당성(한계)	68
④ 과잉금지의 원칙에 따른 위헌 여부 검토	68
㉠ 적합성의 원칙	69
㉡ 필요성의 원칙	69
㉢ 비례성의 원칙	70
⑤ 소결	72
(3) 평가분석	72
2) 수갑 및 포승 후 피의자조사를 받도록 한 것이 과잉금지원칙에 위배된 사례 ·	73
(1) 사건개요	73
(2) 결정요지	73
① 미결수용자의 법적 지위와 처우의 기본원칙	74
② 미결수용자에 대한 계호 및 보호장비의 사용	74
③ 검사조사실내 수갑 및 포승 사용행위의 위헌성	75
(3) 평가분석	77
3) 검사조사실에서의 구속 피의자에 대한 보호장비 사용에 관한 원칙	78
(1) 사건개요	78
(2) 결정요지	78
① 심판대상 계호근무준칙조항	79
② 계호근무준칙 제298조의 위헌성	79
(3) 평가분석	80
3. 대법원과 헌법재판소 유권해석의 시사점	81
제5장 계호권 행사로서 보호장비의 적절한 사용방안	82
제1절 개관	82
제2절 실무상황별 적용연습	82
1. 도주의 우려가 큰 때	82
1) 상황설정	82
2) 보호장비 사용의 적합성 검토	83

3) 보호장비 사용의 필요성 검토	83
4) 보호장비 사용의 비례성 검토	84
2. 교정시설의 안전 또는 질서를 해칠 우려가 큰 때	84
1) 상황설정	84
2) 적정성 검토	84
3. 자살·자해의 우려가 큰 때	85
1) 상황설정	85
2) 적정성 검토	86
제3절 보호장비 사용상 적정방안 제언	87
1. 법령상 적정방안	87
1) 교도관의 계호권 및 교정장비에 대한 독립 법제화	87
2) 임신부 등 특별 보호대상자에 대한 완화규정 신설	87
3) 외부병원 도주방지용 발목고정용 보호장비의 도입	88
2. 시설상 적정방안	88
3. 운용상 적정방안	88
1) 보호대의 사용요건 확대를 통한 탄력적 보호장비 운용	88
2) 보호장비 사용매뉴얼의 개발을 통한 체험교육 강화	89
제4절 소결	90
제6장 결론	92
參考文獻	94
ABSTRACT	97

표 목 차

<표 4-1> 외국 보호장비의 종류	38
<표 4-2> 외국 보호장비의 사용요건	39
<표 4-3> 외국 보호장비의 사용한계	40
<표 4-4> 경찰장구의 안전교육기준	44
<표 4-5> 경찰교육기관에서의 교육	44
<표 4-6> 경찰장구의 안전검사기준	45



그림목차

<그림 2-1> 교정본부의 조직도	5
<그림 2-2> 지방교정청의 조직도	6
<그림 2-3> 일선교정기관의 분포도	7
<그림 2-4> 교도소의 조직도	8
<그림 2-5> 구치소의 조직도	9
<그림 4-1> 양손수갑과 그 제원	46
<그림 4-2> 일회용수갑과 그 제원	46
<그림 4-3> 한손수갑과 그 제원	46
<그림 4-4> 머리보호장비와 그 제원	47
<그림 4-5> 양발목보호장비와 그 제원	47
<그림 4-6> 한발목보호장비와 그 제원	48
<그림 4-7> 금속보호대와 그 제원	48
<그림 4-8> 벨트보호대와 그 제원	48
<그림 4-9> 보호의자와 그 제원	49
<그림 4-10> 보호침대와 그 제원	49
<그림 4-11> 보호복과 그 제원	50
<그림 4-12> 포승과 그 제원	50
<그림 4-13> 수갑의 사용방법(앞으로 사용)	52
<그림 4-14> 수갑의 사용방법(뒤로 사용)	52
<그림 4-15> 수갑의 사용방법(한손수갑)	52
<그림 4-16> 수갑의 사용방법(수갑보호기 부가)	53
<그림 4-17> 머리보호장비의 사용방법	53
<그림 4-18> 양발목보호장비의 사용방법	54
<그림 4-19> 한발목보호장비의 사용방법	54
<그림 4-20> 금속보호대의 사용방법	54
<그림 4-21> 벨트보호대의 사용방법	55

<그림 4-22> 보호의자(전신고정형)의 사용방법	55
<그림 4-23> 보호침대(보드형)의 사용방법	56
<그림 4-24> 보호복의 사용방법	56
<그림 4-25> 포승(간이승)의 사용방법	57
<그림 4-26> 포승(상체승)의 사용방법	57
<그림 4-27> 포승(하체승)의 사용방법	58
<그림 4-28> 무릎고정용 보호장비	60
<그림 4-29> 발목고정용 보호장비	60



제1장 서론

제1절 연구의 배경과 목적

범죄가 발생하고 형법을 비롯한 각종 형사처벌법규에 의해 일정한 범죄가 성립하면, 구체적인 형사소송절차에 따라 유무죄 판단이 내려지고 유죄판결 중 자유형이나 사형 등을 선고받은 자는 일정기간 교정시설에서 수용하게 된다. 국민의 정부 이후 국가인권위원회의 발족과 활동 등으로 인해 높아진 인권존중 분위기에 편승한 일부 수용자들이 각종 교정관련 규정에 따라 출원과 소송을 제기함으로써 특별권력관계이론에 젖어있던 교정현장의 일선 교도관들은 당혹하였을 뿐만 아니라, 이로 인해 노출된 교정행정에 대해 국가인권위원회는 개선권고, 사법부는 각종 판결, 헌법재판소는 위헌결정 등을 통해서 인권존중의 시대적 요구에 부응할 것을 압박하였다. 이에 정부에서는 수형자·미결수용자 등 교정시설 수용자에 대한 차별금지 사유의 확대, 여성·노인·장애인 수용자에 대한 배려, 미결수용자에 대한 처우 개선, 서신검열의 원칙적인 폐지 등으로 수용자의 기본적인 인권 및 외부교통권이 보호될 수 있도록 하고, 수용자별 처우계획의 수립, 수용장비의 과학화, 보호장비의 개선, 징벌종류의 다양화 등으로 수용관리의 효율과 수용자의 사회적 응력을 높일 수 있도록 하며, 그 밖에 청원제도 등 현행 제도의 미비점을 개선하여 수용자의 인권 신장과 수용관리의 과학화·효율화 및 교정행정의 선진화를 이루려 국회의 동의를 얻어 행형법을 전면개정하게 이르렀고, 이렇게 개정된 형의 집행 및 수용자의 처우에 관한 법률은 동 시행령 및 동 시행규칙과 더불어 2008. 12. 22. 발효됨으로써 교정행정도 명실상부한 법치행정의 대열에 들어서게 되었다. 오늘날 국가의 행정은 법의 구속을 받고, 법을 준수해야 한다는 법치행정의 원칙에 귀속되어 집행되고 있다. 특히, 교도관의 계호권은 권력적인 명령과 강제 작용으로서 국민의 자유와 권리를 침해할 가능성이 큰 경찰권과 상응함으로 법치행정의 원칙에 따라 반드시 법규의 근거와 한계에 따라 행사되어야 한다. 하지만 아직도 “계호권 행사에 있어 객관적인 통제시스템이 없다”라는 등 외부의 부정적 인식을 완전히 불식시키지 못하고 있는 것도 사실이다.

이에 본 논문에서는 주로 교정현장에서 계호권의 남용을 방지하고 수용자의 권리를 보장, 강화할 수 있는 적절한 계호권 행사의 방안을 모색하고자 그 근거와 한계에 대해서 살펴보고자 한다. 이를 위해 미국, 독일, 일본 등 선진 각국의 행정 동향과 최근 헌법재판소 및 대법원의 판례경향을 검토하여 이론의 전개방향을 설정하고, 이를 바탕으로 계호권 행사에 있어 문제점을 도출, 적절한 행사 방안을 제시하고자 한다.

제2절 연구의 범위와 방법

교정시설내 안전과 질서유지를 위해 행사되는 교도관의 계호권 중에는 금지물품의 배제, 신체검사, 전자장비를 이용한 계호, 보호실 및 진정실 수용, 보호장비의 사용, 강제력의 행사, 무기의 사용 등이 있다. 이중에서도 본 논문은 부제에서 밝힌 바와 같이 수용자의 인권침해 및 사회적 물의를 일으킬 가능성이 높은 보호장비의 사용에 한정하였다. 연구방법에 있어서는 이론 연구는 기존의 논문, 전문도서 등 각종 문헌을 참고하였으며, 법령 연구는 계호권의 법규적 근거라고 할 수 있는 헌법과 형의 집행 및 수용자 처우에 관한 법률(이하 형집행법이라 한다) 및 동 법률 시행령, 동 법률 시행규칙을 중심으로 검토하였으며, 사례연구는 대법원 판결과 헌법재판소 및 국가인권위원회의 결정을 중심으로 활용하였다.

본 논문은 총 6장으로 구성되어 있다. 제1장에서는 연구 주제의 선택 배경과 목적에 관하여 방향을 제시하였으며, 제2장에서는 각종 문헌을 참고로 교정의 개관과 특별권력관계이론에 대한 일반적인 고찰을 하였다. 제3장에서는 계호권의 개념을 살펴보고 근거와 한계에 대하여 법령과 관련 문헌을 파악, 분석하였다. 제4장에서는 계호권 행사로서 현행 보호장비 사용의 근거와 한계를 외국사례와 경찰, 그리고 대법원과 헌법재판소의 판례를 중심으로 살펴보았다. 제5장에서는 교정실무상 계호권의 적절한 행사방안을 사례를 중심으로 검토한 후 적절한 사용방안을 제언하였다. 제6장에서는 결론으로 연구결과를 요약정리한 후, 연구 성과의 한계와 향후 연구방향을 제시하였다.

제2장 교정에 대한 일반적 고찰

제1절 교정의 개관

1. 교정의 개념

국어학상으로 교정이란 “틀어지거나 잘못된 것 또는 결점 등을 바로 잡아 고친다”라는 의미를 가지고 있다. 한마디로 교정이란 바람직하지 못한 상태에 있는 것을 바로잡아 고친다는 개념이다. 원래 교정이란 영어의 ‘Correction’이란 단어에서 유래된 것으로 그것은 인간의 성격의 교정이라는 의미를 갖는 것으로서 최근에 있어서 미국교정의 이론과 실체를 지배하는 개념이다.¹⁾ 교정을 보다 구체적으로 정의한다면 “범죄피의자나 수형자를 관리할 책임이 있는 조직, 시설, 서비스 그리고 프로그램”의 집합이라고 할 수 있고, 이러한 의미에서의 교정은 사회의 요구에 따라 유죄가 확정된 범죄자를 격리구금을 통하여 처벌하고 재범의 방지와 장차 시민사회에 구성원으로 재통합될 수 있도록 취해지는 일련의 행위라고 할 수 있다.²⁾

2. 교정의 목적과 영역

현대에 있어서 교정의 목적이 범죄인의 재사회화를 위한 각종 교정처우를 실시하는데 있다는 점에는 의문의 여지가 없지만 교정목적의 실현대상자의 범위를 자유형집행대상자로 한정시킬 필요는 없다 하겠다. 왜냐하면 교정 목적의 실현대상자에는 형법이 규정하는 형벌적용 대상자로서의 범죄행위자뿐만이 아니라 범죄로부터 사회를 효과적으로 방위하기 위하여 부과되는 보안처분이나 보호처분의 대상자, 심지어 미결수용자도 비록 교정처우 작용의 부과 필요성이나 그 적용의 강도에 있어서는 차이가 있다하여도 확대 적용되어야 하기 때문이다. 따라서

1) 김화수 등, 「한국교정학」, 한국교정학회, 2007, 3면

2) 한상암, “교정공무원의 사기관리 방안에 관한 연구”, 「교정연구(제31호)」, 한국교정학회, 2006, 191면

교정목적의 실현 대상범위에는 자유형 집행대상자(수형자) 이외에 노역장 유치자, 사형확정자, 미결수용자, 보안처분 및 보호처분의 대상자까지도 포함시키는 것이 타당하다고 하겠다. 이렇게 해석하는 것이 현대 형벌사조에 있어서 주류를 형성하고 있는 범죄자 교정처우의 이념과도 부합된다 할 것이다.³⁾

3. 교정조직

1) 교정조직 일반

우리나라의 교정조직은 1894년 갑오개혁을 맞아 근대적 체계로 개편을 시도 하였으나 1909년 7월 기유각서에 의해 감옥사무가 일체에 박탈됨에 따라 식민지행정형이 시작되었다. 1923년 3월 조선감옥령이 제정되고 1923년 5월에는 감옥의 명칭이 형무소로 개칭되었으며, 1945년 해방과 더불어 군정법령에 의하여 미군정청에서 행형업무를 관장하였다. 1948. 7. 17. 대한민국 헌법이 제정·공포되고 법률 제1호로 정부조직법이 제정되었으며 동년 11월 4일에 대통령령 제21호로 법무부직제가 공포·시행되었다. 동 직제에 의하여 법무부가 1실 4국 21개과로 발족되었으며 그 중 교정행정을 총괄하는 형정국은 감사과, 형무과, 보호과, 교육과, 후생과, 작업과의 6개과로 조직되었다. 1962. 5. 21. 제9차 직제개정에 따라 형정국이 교정국으로 개명되고 교정과, 계획과, 관리과, 소년과의 4개과로 개편되었다. 1991. 11. 1.에는 일선교정기관을 직접 감독하는 중간감독기구인 지방교정청이 서울, 대구, 대전, 광주 등 4개 지역에 설치되었다. 현행 중앙기구인 법무부 교정본부는 2007. 11. 30. 제120차 직제개정에 따라 2정책관(교정정책관, 보안정책관), 9개과(교정기획과, 작업훈련과, 교육교화과, 사회복지지원과, 복지지원과, 보안관리과, 보안경비과, 분류처우과, 보건의료과)로 개편되어 운영되다가 이명박 정부 출범 후인 2008. 2. 29. 제123차 직제개정에 따라 2정책관과 9개팀(교정기획팀, 근로직능개발팀, 교육교화팀, 사회복지지원팀, 복지후생팀, 수용기획팀, 경비정책팀, 분류처우팀, 의료처우팀)으로 개편되었고, 이후 2009. 5. 25. 직제개정에 따라 2정책관과 7개과로 개편되었다.

3) 김화수 등, 앞의 책, 3-4면.

2) 중앙조직(교정본부)

교정행정을 총괄하는 중앙기구로는 <그림 2-1>과 같이 법무부장관과 차관 밑에 검사 또는 고위공무원단에 속하는 일반직공무원으로 보하는 교정본부장이 있다. 교정본부장을 보좌하는 기구로서 고위공무원단에 속하는 일반직공무원으로 보하는 교정정책단장과 보안정책단장을 두고⁴⁾ 있다. 그리고 각 소관업무에 관하여 정책을 입안하는 교정기획과(General Affairs & Planning), 보안과(Security Division), 직업훈련과(Vocational Training Division), 사회복지과(Social Rehabilitation Division), 복지과(Welfare Division), 분류심사과(Classification Examination Division), 의료과(Health care Division)를 두고⁵⁾ 있으며 이들은 부이사관 또는 서기관으로 보하도록 규정되어 있다.

<그림 2-1> 교정본부의 조직도



4) 법무부와 그 소속기관 직제(2009. 5. 25. 개정, 대통령령 제21502호) 제12조 제1항

5) 법무부와 그 소속기관 직제 시행규칙(2009. 7. 6. 개정, 법무부령 제675호) 제8조 제2항

3) 중간감독조직(지방교정청)

교정본부와 일선교정기관의 중간에 위치하여 일선기관 업무집행의 지휘감독을 관장하는 중간감독조직으로서 1991. 11월부터 서울, 대구, 대전, 광주 등 4개 도시에 지방교정청을 설치·운영하고 있다. 각 지방교정청은 설치 당시에는 청장을 정점으로 관리국 밑에 총무과, 보안과, 의료분류과를, 그리고 교화국 밑에는 작업과, 교무과 등 2국 5과의 조직으로 구성되어 있었으나, 1998. 2. 28. 법무부와 그 소속기관 직제(대통령령 15711호)의 개정으로 2개국이 폐지되고 <그림 2-2>와 같이 청장 밑에 직접 5개과를 두는 형태로 변경되었다.

<그림 2-2> 지방교정청의 조직도



※ 다만, 서울지방교정청에는 "전산관리과" 를 따로 두고 있음.

지방교정청장은 고위공무원단에 속하는 일반직공무원으로, 과장의 경우 총무과장, 보안과장, 직업훈련과장 및 의료분류과장은 은 서기관 또는 교정관으로 보하며, 사회복지과장은 부이사관 또는 서기관으로 보한다. 그리고 서울지방교정청에 설치된 전산관리과장은 서기관·기술서기관·교정관 또는 전산사무관으로 보하도록 규정되어 있다.

4) 일선조직(교도소, 구치소와 그 지소)

교정행정의 일선조직으로는 <그림 2-3>과 같이 전국에 모두 47개 교정시설이 분포되어 있으며 교도소, 소년교도소, 구치소, 여자교도소, 개방교도소, 직업훈련 교도소의 내부조직은 시설의 기능에 따라 약간의 차이가 있다.

<그림 2-3> 일선교정기관의 분포도

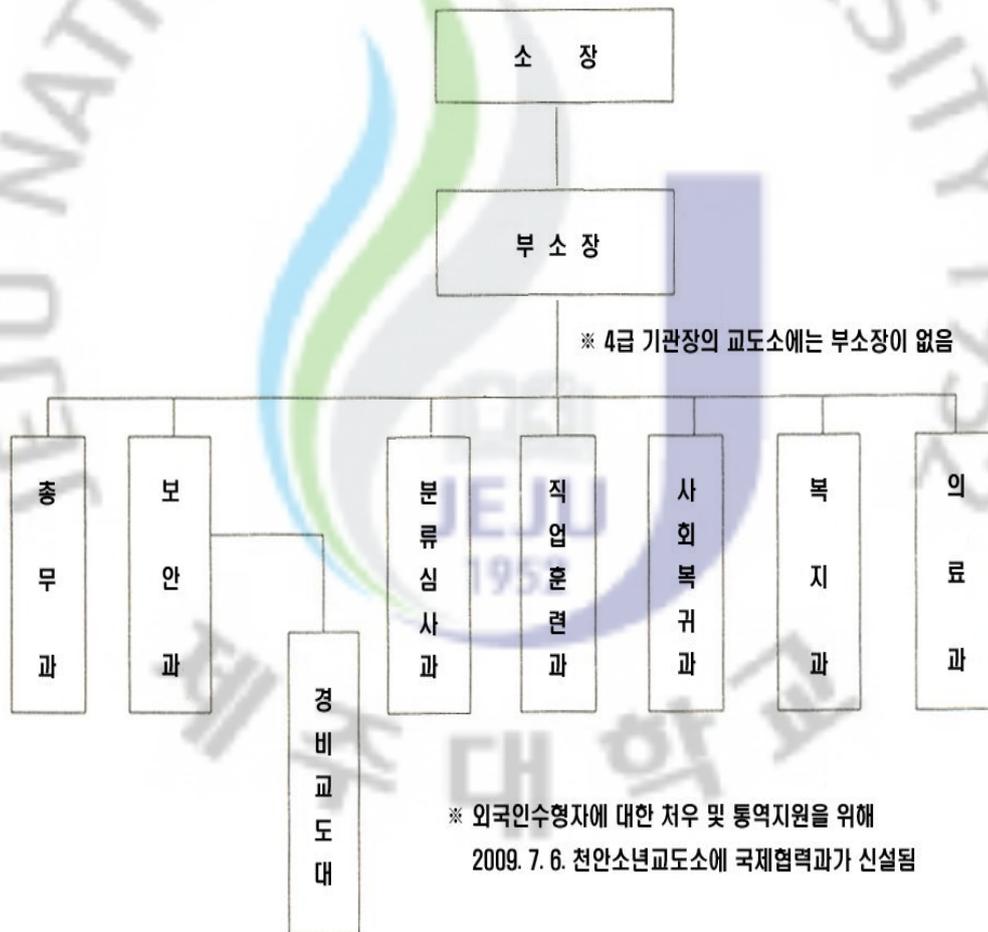


(1) 교도소(소년, 여자교도소 포함)

교도소는 형의 집행 등 행형에 관한 사무 및 미결수용자의 수용에 관한 업무를 관장하며 <그림 2-4>와 같이 소장을 정점으로(대규모 교도소에는 소장을 보좌하

기 위하여 부소장을 둬) 총무과, 보안과, 분류심사과, 직업훈련과, 사회복지과, 복지과, 의료과를 두고 있다. 대규모 교도소의 소장은 고위공무원단에 속하는 일반직공무원으로 보하고, 소규모 교도소의 소장과 대규모 교도소의 부소장은 부이사관 또는 서기관으로 보하며 각 과장은 서기관 또는 교정관 및 교감으로 보하고 있다. 다만 의료과장은 그 업무의 성질상 기술서기관 또는 의무사무관으로, 사회복지과장은 서기관 또는 교회관으로, 분류심사과장은 서기관 또는 분류관으로, 직업훈련과장은 교정관, 별정직 5급상당(직업훈련교사) 또는 교감으로 보한다.

<그림 2-4> 교도소의 조직도



(2) 구치소

구치소는 미결수용업무를 관장하고 있으며 그 성격상 교도소와 조직이 약간 상이하여 <그림 2-5>와 같이 총무과, 보안과, 분류심사과, 출정과, 수용기록과, 민원과, 사회복지과, 복지과 및 의료과를 두고 있고, 소장은 부이사관 또는 서기관, 부소장은 부이사관 또는 서기관, 각 과장은 서기관 또는 교정관으로 보하고, 의료과장, 사회복지과장 및 분류심사과장의 직급은 교도소와 같다.

<그림 2-5> 구치소의 조직도



제2절 교정의 주체와 객체

1. 교정 주체로서의 교도관

1) 정의

교도관은 교도관직무규칙 제2조에 따라 교정시설, 즉 교도소·소년교도소·구치소 및 그 지소에 재직 중인 공무원으로서 교정업무를 담당하는 일반직공무원 중 공안직군, 교정직렬에 해당하는 교정직공무원이다. 여기서 교정업무는 교도관직무규칙 제2조 제1호에 따라 ①수용자의 구금 및 형의 집행, ②수용자의 지도, 처우 및 계호, ③수용자의 보건 및 위생, ④수형자의 교도작업 및 직업능력개발훈련, ⑤수형자의 교육·교화프로그램 및 사회복귀 지원, ⑥수형자의 분류심사 및 가석방, ⑦교도소·구치소 및 그 지소의 경계 및 운영·관리, 그리고 그 밖의 교정행정에 관한 사항이다. 교도관은 크게 정복교도관과 사복교도관으로 분류되고 이중 사복교도관은 교회직교도관, 직업훈련교도관, 분류직교도관, 보건위생직교도관, 기술직교도관, 기능직교도관으로 구분된다.

2) 직무

“형집행법”에서는 교도관의 직무에 관하여 동법에서 규정하고 있는 사항 외에 법률로 정하도록 하고 있으나(동법 제10조) 현재 법무부령인 “교도관 직무규칙”으로 되어 있다. 동 규칙에 따르면 정복교도관은 수용자에 대한 지도·처우·계호, 경비교도대의 운영·관리, 교정시설의 경계, 교정시설의 운영·관리, 그 밖의 교정행정에 관한 사무를 담당한다.(동 규칙 제25조) 사복교도관의 직무는 다음과 같다. 교회직교도관수용자의 서신·집필, 종교·문화, 수형자의 교육 및 교화프로그램, 수형자의 귀휴, 사회견학, 가족 만남의 집 또는 가족 만남의 날 행사, 수형자의 사회복귀 지원, 그 밖의 교정행정에 관한 사무를 담당한다.(동 규칙 제59조) 직업훈련교도관은 수형자의 직업능력개발훈련에 관한 사무와 그 밖의 교정행정에 관한 사무를 담당한다.(동 규칙 제67조) 분류직교도관은 수형자의 인성, 행동특

성 및 자질 등의 조사·측정·평가, 교육 및 작업의 적성 판정, 수형자의 개별처우 계획 수립 및 변경, 가석방, 그 밖의 교정행정에 관한 사무를 담당한다.(동 규칙 제73조) 보건위생직교도관은 수용자에 대한 건강진단, 질병치료 등 의료, 교정시설의 위생, 그 밖의 교정행정에 관한 사무를 담당한다.(동 규칙 제81조) 기술직교도관은 건축, 전기, 기계, 화공, 섬유 및 농업 등 기술해당분야의 시설공사 및 수형자에 대한 기술지도 등에 관한 사무를 담당한다.(동 규칙 제92조) 기능직교도관은 차량의 운전·정비, 보일러·전기·통신시설 및 오수정화 시설 등 기계·기구의 취급·설비 관리와 행정사무 등에 관한 사무를 담당한다.(동 규칙 제96조)

3) 특성

Hawkins(1976)는 교도관을 ‘또 다른 수용자’(the other prisoner)라고 이름하였고, Lombardo(1981)는 ‘구금된 교도관’(guards imprisoned)이라고 하였으며, Wicks(1980)는 ‘전문적 수용자’(professional prisoner)라고 불렀다. 그래서 사회로부터 ‘거절당하고, 멸시당하고, 기피되는 사람’이라고까지 칭해지면서⁶⁾ 비교적 고립된 존재로서 묘사되고 있다. 그러나 이러한 정의는 교정시설이 갖는 사회이탈자 및 범죄자의 수용시설로서의 혐오감과 전래하여온 범죄자에 대한 가혹한 처우형태로 일반국민에게 각인된 일면적 특성에 의하여 지나치게 과소평가 되어진 일부분이다. 오히려 교도관은 신체적 위험, 찌통과 냉동실을 오가는 물리적 근무환경, 제한된 승진기회 등을 감수하고, 수용자로부터 심리적 희롱, 고소고발과 진정의 위협까지 감내하면서 ‘수사(搜查) - 재판(裁判) - 교정(矯正)’에 이르는 형사사법체계에서 사회방위를 담당하는 국가공무원으로서 행정직원이요 민원창구담당자이며 엄정한 형벌 집행으로 범죄자를 교정교화하여 사회복귀시키는 교정행정의 담당자이며 교직자로서의 역할을 동시에 수행하고 있는 성직자라고 볼 수 있다.⁷⁾

6) 이원호, 「교정학」, 박영사, 1995, 235면 참조

7) 이순길, “동기부여를 통한 교정조직의 발전방향”, 「교정연구(제8호)」, 1998, 161면

2. 교정 객체로서의 수용자

1) 정의

수용자는 “형집행법”(이하 법률이라고 한다) 제2조에 따라 수형자, 미결수용자, 사형확정자, 그 밖에 법률과 적법한 절차에 따라 교도소·구치소 및 그 지소에 수용된 사람을 말한다.(동조 제4호) 여기서 수형자란 징역형·금고형 또는 구류형의 선고를 받아 그 형이 확정⁸⁾된 사람과 벌금 또는 과료를 완납하지 아니하여 노역장 유치명령을 받은 사람을 말한다.(동조 제1호) 미결수용자란 형사피의자 또는 형사피고인으로서 체포⁹⁾되거나 구속영장의 집행을 받은 사람을 말한다.(동조 제2호) 사형확정자란 사형의 선고를 받아 그 형이 확정된 사람을 말한다.(동조 제3호)

2) 미결수용자의 지위

법관은 형사피의자 또는 형사피고인이 일정한 주거가 없거나 증거를 인멸할 우려 또는 도망할 염려가 있는 때에는 구속영장을 발부한다(형사소송법 제70조, 제201조). 이 영장이 집행되면 신병(身柄)은 교도소, 소년교도소 또는 구치소에 미결수용자로서 구금되고(형집행법 제2조 제2호), 격리된 시설에서 강제적인 공동생활을 하므로 구금의 목적상 헌법이 보장하는 신체의 자유 등 기본권에 대한 제한이 불가피하게 된다. 그러나 기본권의 제한은 헌법 제37조 제2항에서 규정한 국가안전보장, 질서유지 또는 공공복리를 위하여 필요한 경우에 한하여 법률로써 제한할 수 있으며, 제한하는 경우에도 자유와 권리의 본질적인 내용을 침해할 수 없는 것이다. 또한, 미결수용자는 헌법상 무죄추정의 원칙의 적용을 받는 자이다. 따라서 헌법상의 기본권의 향유에 있어서 일반 시민과 다른 차별 없는 제권리와 처우를

8) 재판이 통상의 방법에 의해서는 다룰 수 없게 되어 그 내용을 변경할 수 없게 된 상태로서 불복신청이 허용되는 재판이라 하더라도 상소기간 기타 불복신청기간의 도과, 상소 기타 불복신청의 포기 또는 취하, 불복신청을 기각하는 판결의 확정 등에 의하여 확정된다. 이러한 판결의 확정이 있으면 신분이 미결수용자에서 수형자로 변경이 있게 된다. 그러나 실무상에서는 검사가 발부한 형집행지휘서가 공문으로 접수되어야만 형의 집행을 개시되며 이때까지는 미결수용자로서의 신분이 유지된다.

9) 과거 “행형법”과는 달리 2008. 12. 22. 개정된 형집행법에는 법률과 적법절차에 따라 체포된 경우에도 구속영장의 집행을 받은 경우와 마찬가지로 교정시설에 수용할 수 있는 법적 근거가 마련되었다.

받을 자격이 있다. 다만, 형사절차상의 필요에 의하여 구금된 것에 지나지 않으므로 미결수용자의 자유와 권리에 대한 제한도 그 목적에 한정되어야 할 것이다.

이 점과 관련하여 헌법재판소도 “무죄가 추정되는 미결수용자의 자유와 권리에 대한 제한은 구금의 목적인 도망·증거인멸의 방지와 시설 내의 규율 및 안전유지를 위한 필요최소한의 합리적인 범위를 벗어나서는 안 되고, 이러한 기본권의 제한은 헌법 제37조 제2항에 따라 구체적인 자유·권리의 내용과 성질, 그 제한의 태양과 정도 등을 교량하여 한계를 설정하게 된다”고 판시하고 있다.¹⁰⁾

3) 기결수용자의 지위

징역형·금고형 또는 구류형의 선고를 받아 그 형이 확정된 사람과 벌금 또는 과료를 완납하지 아니하여 노역장 유치명령을 받은 사람은 그 집행을 위하여 교도소에 구금되며, 교도소는 “수형자를 격리하여 교정교화와 건전한 사회복귀를 도모하는 것”을 목적으로 하는 국가기관이다(형집행법 제1조, 제2조). 따라서 교도소에서 수형자의 복역관계(수용관계)는 위와 같은 행형목적 달성을 위하여, 자유형의 선고를 받은 자를 형집행법 등의 규정에 따라 수용함으로써, 국가와 수형자간에 성립하는 특수한 법률관계라고 할 수 있다. 이에 따라 수형자는 격리된 시설에서 강제적인 공동생활을 하게 되므로 헌법이 보장하는 신체의 자유 등 기본권에 대한 제한은 불가피하다. 그러나 이러한 수형자의 경우에도 모든 기본권의 제한이 정당화될 수 없으며 국가가 개인의 불가침의 기본적인 인권을 확인하고 보장할 의무(헌법 제10조)로부터 자유로워질 수는 없다.

이 점과 관련하여 헌법재판소도 “수형자라 하여 모든 기본권을 제한하는 것은 허용되지 아니하며, 제한되는 기본권은 형의 집행과 도망의 방지라는 구금의 목적과 관련된 기본권(신체의 자유, 거주이전의 자유, 통신의 자유 등)에 한정되어야 하고, 그 역시 형벌의 집행을 위하여 필요한 한도를 벗어날 수 없다. 특히 수용시설 내의 질서 및 안전유지를 위하여 행해지는 기본권의 제한은 수형자에게 구금과는 별도로 부가적으로 가해지는 고통으로서 다른 방법으로는 그 목적을 달성할 수 없는 경우에만 예외적으로 허용되어야 한다”고 판시하고 있다.¹¹⁾

10) 헌법재판소 1999. 5. 27. 선고 97헌마137·98헌마5(병합) 결정

제3절 교정 주체와 객체의 관계

1. 개관

형집행법은 제1조에서 “이 법은 수형자의 교정교화와 건전한 사회복귀를 도모하고, 수용자의 처우와 권리 및 교정시설의 운영에 관하여 필요한 사항을 규정함을 목적으로 한다”라고 규정하여 수용자의 모든 처우와 권리가 법률에 근거해야 함을 규정하고 있으며, 또한 동법 제4조에서는 “이 법을 집행하는 때에 수용자의 인권은 최대한으로 존중되어야 한다”라고 규정함으로써 수용자의 인권보장을 강조하고 있다. 이는 과거 수형자와 국가와의 관계, 수용자의 기본권 제한이론으로 활용되었던 특별권력관계이론의 지배에서 벗어나 헌법정신에 근거한 법률유보의 원칙이 반드시 적용되어야 함을 천명하고 있는 것이다. 이를 달리 표현하면 특별권력관계를 인정하더라도 법률의 근거없이 인간의 기본권을 제한할 수 없다는 것이다. 따라서 수용자와 국가의 관계, 즉 교정공무원의 계호권의 한계 설정을 위한 선행 작업으로 특별권력관계이론을 고찰하고자 한다. 그 이유는 수용자와 국가의 관계, 즉 수용자의 법적 권리를 어떻게 보는가에 따라 수형자의 권리보호의 정도와 한계가 달라질 수 있기 때문이다.

2. 특별권력관계이론의 성립 배경

“모든 국민은 인간으로서의 존엄과 가치를 가지며 행복을 추구할 권리를 가진다. 국가는 개인이 가지는 불가침의 기본적 인권을 확인하고, 이를 보장할 의무를 진다”고 헌법 제10조에 명시되어 있듯이 기본권은 국가에서 부여하는 것이 아니라 인간의 존엄과 가치에서 태생적으로 발생하는 초국가적·전국가적 권리라는 것을 알 수 있다. 하지만 국가가 특수한 목적을 달성하기 위해서는 여러 가지 유형의 특별권력관계가 필요할 수밖에 없고, 특별권력관계 본래의 목적을 달성하기 위해서는 일반 국민들과 같이 모든 기본권을 보장할 수 없으므로 부분적으로 제한하는 것을 당연시하였던 시대가 있었다. 그러나 현대에 접어들어서는 특별권력관계에서 탈피하여 특수한 신분관계로 완화하고, 특수한 신분관계는 특수한 생

11) 헌법재판소 2008. 5. 29. 선고 2005헌마137, 247, 376, 2007헌마187, 1274(병합) 결정

활관계이므로 이를 위한 불가피한 기본권 제한은 이른바 ‘규범 조화적 해석’과 ‘헌법의 통일성’의 테두리 내에서 평가되어야 하므로 법률에 의하지 않고는 절대 기본권을 제한할 수 없다는 헷세(K. Hesse)의 이론이 일반적인 지지를 받고 있다.¹²⁾ 이하에서 전통적 특별권력관계이론과 특별권력관계 부인론, 특별권력관계 수정론, 현대 일반적 견해로 나누어 살펴보고 그 변천과정을 알아본다.

3. 전통적 특별권력관계론

특별권력관계론이 성립된 것은 19세기 중반 경이다.¹³⁾ 당시 독일은 강한 군대와 관료에 대한 군주의 일방적인 지배논리를 필요로 했기 때문인데 특별권력관계의 이론적 근거를 제공한 마이어(O. Mayer)나 라반트(Laband)는 국가와 시민 간의 법률관계를 일반권력관계와 특별권력관계로 분류하고 일반권력관계는 법률의 유보와 사법심사 등이 가능한 법치주의적 영역으로 인정하고, 특별권력관계는 시민에 대한 국가의 절대적 지배권을 인정하고 법치주의가 인정되지 않는 영역으로 이론화되었다.¹⁴⁾ 그 특색을 분석하면 다음과 같다.¹⁵⁾

1) 기본권리의 제한

위의 포괄적 지배권과 관련하여 특별권력관계의 내부에 있어서는 그 설정목적에 비추어 필요하다고 인정되는 합리적 범위, 한계 내에서 그에 복종하는 자의 기본권을 법률의 근거가 없더라도 제한할 수 있는 것으로 보았다.

2) 법률유보의 배제

특별권력관계에서의 특별권력주체에는 포괄적 지배권이 부여되어 있어 그에

12) 김대식, “이른바 특별권력관계에서의 기본권 제한에 관한 연구”, 연세대학교 정경대학원 석사학위논문, 2004, 6면

13) 남궁호경, “독일에서의 수형자의 지위와 특별권력관계론의 변천”, 「형사정책(제5호)」, 한국형사정책학회, 1990, 208면

14) 김대식, 전개논문, 9-10면

15) 김동희, 「행정법 I」, 박영사, 2002, 105면 참조

복종하는 자에 대하여 특별권력을 발동하는 경우에도 개별적, 구체적인 법률의 근거를 요하지 않는다. 즉, 거기에 있어서는 법치주의의 원리, 특히 법률의 유보 원칙이 배제되는 것이다.

3) 사법심사의 배제

전통적 견해에서는 사법권의 기능이 일반시민의 법질서를 유지하는데 있는 것으로 보아 특별권력관계에서 발해지는 명령들은 법적 성질이나 효력을 갖지 않으므로 특별권력관계의 내부사항은 원칙적으로 사법심사의 대상이 되지 않는다는 것이다.

4. 특별권력관계 부인론

특별권력관계 부인론은 전면적·형식적 부인론과 개별적·실질적 부인론으로 구별된다. 일반적·형식적 부인론의 입장은 민주주의·법치주의·의회주의가 지배하고, 기본권보장을 그 기본이념으로 하는 오늘날의 헌법하에서는 공권력의 발동은 반드시 법률의 근거를 요하는 것이므로 헌법이나 법률에 근거가 없는 특별권력관계라는 개념은 인정될 수 없다고 보는 견해로서 특별권력관계를 전면적으로 부인하고 모두 일반권력관계로 환원하려는 점에 특색이 있다. 이러한 맥락에서 Freudenthal은 “법률에 의한 행정의 원리는 모든 행정분야에 적용된다. 자유형을 부과 받은 사람은 원칙적으로 사실상 단지 자유법익의 점에 있어서만 제한 할 수 있는 것이고, 국가와 범죄인의 관계는 모두 그 성립도, 그 내용도 법에 의해 규정되지 않으면 안 되고, 동시에 수형자의 법적 지위는 형의 집행에 의해 박탈되고 있는 권리를 제외하고 자유스런 일반국민과 같다”라고 하였다.¹⁶⁾ 개별적·실질적 부인론은 종래 특별권력관계라고 보아온 것이 모두 공법상의 권력관계라는 데에 의문을 제기하고 구체적 법률관계의 내용을 개별적으로 검토함으로써 특별권력관계로 다루어지던 관계를 관리관계 내지 일반적인 권력관계로 분해, 귀속시키는 견해로서 특별권력관계로 보아온 각 관계는 그 대부분이 비권력관계이고 수용자의 교도소 수용관계와 같이 권력적 요소가 강한 관계는 일반권력관계로 보는 점에 특색이 있다.¹⁷⁾

16) Freudenthal, Die staatsrechtliche Stellung des Gefangenen(Rektoratsrede) Jena 1910 (abgedr. in ZfstrVo 4(1955), 157-166.

5. 특별권력관계 수정론

일반권력관계와 특별권력관계 사이의 본질적 차이를 부정하면서도 특별권력관계에서는 특별한 행정목적에 위하여 필요한 범위 내에서 법치주의가 완화되어 적용될 수 있음을 긍정한다. 즉 특별권력관계에 있어서도 그 구성원의 기본권을 제한하기 위해서는 법률의 근거를 요하지만 이때에 입법권자는 개괄조항에 의하여 특별권력관계의 주체에게 상당한 자유영역을 부여할 수 있음을 인정한다. 특별권력관계의 주체는 법에 의하여 인정된 포괄적인 재량권 내지는 관리권에 의거하여 그 구성원에 대하여 독자적인 규율을 할 수 있는 점에 특별권력관계의 특별성이 있다는 것이다.¹⁸⁾ 이 설에 의하면 공무원이나 수용자 등 특별신분을 가진 자의 권리라 하더라도 법률의 근거 없이는 제한할 수 없다. 다만 이 경우 법률의 유보원칙을 엄격히 적용하면 특수영역에서의 행정목적에 합목적적으로 수행하기 어려우므로 어느 정도 법률구속의 완화를 인정하고 한정된 범위의 포괄조항을 통하여 공무원의 근무나 교육·교정과 같은 특별한 행정법관계의 기능이 최대한 발휘될 수 있도록 할 필요가 있다.¹⁹⁾

6. 현대 일반적 견해

특별권력관계는 그 연혁 자체가 법치주의의 적용을 배제한 이론으로서 오늘날 보편화된 법치주의 원칙 아래에서는 더 이상 그 정당성을 인정하기 어렵다고 보고 있다. 물론 과거 특별권력관계로 무조건 법률관계의 특수성이 있다는 것을 부정하는 것은 아니다. 국민 전체에 대한 봉사자로서의 공무원에게는 일반 국민에 비하여 더 강한 기본권 제한이 불가피하며, 전쟁억제에 필요한 국방력을 유지하기 위한 군복부 관계에 대해서 특수한 법적 취급이 필요하다는 것은 오늘날에도 엄연히 존재하는 사실이기 때문이다. 그러나 그러한 특수한 기능이나 목적은 법치주의를 배제할 정도의 특별한 성격을 갖는 것은 아니므로 특별권력관계는 여

17) 윤양수, 「행정법개론」, 제주대학교출판부, 2007, 143면

18) 김남진, 「행정법 I」, 박영사, 2001, 124면

19) 김완수, “수형자의 법적지위와 권리보호에 관한 연구”, 원광대학교 대학원 박사학위논문, 2001, 37면

타의 행정상 법률관계의 양적인 차이가 있음에 불과하며 다양한 행정상 법률관계 중 하나의 종류에 불과하다고 할 수 있다. 즉 종래 특별권력관계로 불리어온 법률관계에는 전면적으로 법치주의와 사법심사가 타당하며 양적인 특수성을 법률의 구성내용을 통하여 얼마든지 극복될 수 있는 성질의 것으로 본다.²⁰⁾

7. 특별권력관계이론의 변천과정

1) 독일

1972년 3월 14일 서독 연방헌법재판소가 「수형자의 기본권도 법률에 의하거나 법률의 근거가 있어야만 이를 제한할 수 있다. 또한 법적 기초를 갖지 않은 피수용자에 대한 기본권의 침해는 일정한 과도기에 감수하지 않으면 안 된다」라고 결정하였다.²¹⁾ 이 결정으로 특별권력관계이론이 사실상 폐기되었다고 주장하는 학자도 있다.²²⁾ 이와 같이 국회에 대해 제6입법기 중에 새로운 행형법을 제정해야 할 것임을 시사하는 결정을 내리게 되자, 이에 자극을 받아 이미 행형위원회의 심의를 거쳐 국회에 제출되어 있던 1972년의 정부초안을 참고로 하여 주로 ‘형법과 행형 합동 특별위원회’에서 심의를 거듭한 결과 1975년 11월에 정부안이 연방의회에서 가결되었다.²³⁾ 이러한 배경에서 독일 행형법은 1976년 3월 16일에 공포되어 1977년 1월 1일부터 발효하게 되었으며, 법치국가의 원리에 따라 동법 제4조에 수형자의 지위에 관한 명문규정을 두면서 수형자에 대한 자유의 제한은 행형법에 미리 규정되어야 할 것과 행형법에 규정이 없는 경우에 행정적 재량으로 자유를 제한하는 것은 안전유지 또는 중대한 질서의 파괴를 방지하기 위하여 불가피한 경우에만 가능하다고 규정하고 있다. 즉, 수용생활의 전과정을 권리의무관계로 규정한 것이다.²⁴⁾

20) 김대식, 앞의 논문, 21면

21) BVerfGE33, 1ff.=JZ 1972, 357ff.

22) 정진수, 「수형자의 법적권리에 관한 연구」, 한국형사정책연구, 2002, 37면

23) 김원수, 앞의 논문, 48면

24) 정진수, 앞의 논문, 37면

2) 일본

일본에 있어서는 종래 수용관계는 공법상의 특별권력관계라고 이해되어 왔고, 전통적인 견해에 따르면 특별권력관계의 주체는 이에 복종하는 사람에 대하여 포괄적인 지배권능을 가지며 특별권력관계의 설정목적은 달성하기 위하여 필요한 한도에 있어서 법률의 근거없이 그 권리를 제한하거나 의무를 과할 수 있는 동시에 이에 관한 사법심사도 원칙적으로 부정 내지 제약된다고 보았으므로, 이런 견해에 따라 1950년대 말 이전에는 수형자가 제기한 행정소송은 허용되지 않았었다.²⁵⁾ 그러나 1958년 8월 20일에 대판지방법판소에서 구치소 수용중인 한 사형확정자가 구치소장을 상대로 제기한 행정소송을 수리, 판결²⁶⁾함으로써 행형에 대한 사법적 심사가 시작되었다. 이 판결은 원고인 사형확정자가 서신의 발신 불허가, 신문의 구독금지 등 37개 항목에 걸친 구치소의 조치에 대하여 그 취소 또는 무효확인 등을 청구한 것인데 재판부는 수용관계를 특별권력관계로 보면서도 「구체적인 법률의 근거없이 명령강제를 할 수 있다고 속단할 수 없다. 일반적으로 영조물의 행정적 관리는 명령의 형식으로 가능하지만 사용의 강제와 자유권의 제한은 법률에 의하지 않으면 아니 된다」고 하면서 수형자의 기본권 제한은 법률의 근거가 필요하다고 하였다. 또한 「특별권력에 기초한 행위도 법률의 규제에 위반하거나 영조물설정의 존립목적으로부터 합리적이고 불가결하다고 생각되는 범위를 일탈하여 사회관념상 현저히 타당성을 결한 경우, 즉 위법하게 개인의 기본적 인권을 침해한 경우에는 사법구제를 청구하는 것이 가능하다」고 판시하였다. 이 판결은 수용자의 수용관계를 특별권력관계로 보면서도 「합리적이고 불가결하다고 생각되는 범위를 일탈하여 사회통념상 현저히 타당성을 결한 경우」에는 이에 대한 행정소송이 가능하다는 것을 밝히고 있다.²⁷⁾ 또한 이 판결에서는 구체적 사안에 관하여 ‘명백하고 현존하는 위험’의 이론을 도입함으로써 이에 해당하지 않는 통신의 금지조치를 무효라고 하고 감식별과 옥외운동 금지처분의 위법성을 명시했으며 피구금자의 의사에 반하는 특수종교에 의한 교회와 종교적 행사에의 참가강요에 관해서도 위헌성 판단을 표시하는 등 수

25) 김완수, 앞의 논문, 45-46면

26) 대판지재(大阪地裁) 1958(昭38). 8. 20. 판결

27) 정진수, 앞의 논문, 38면

형자의 법적 지위의 확립에 큰 영향을 미쳤으며 그 후 다수의 하급심판결이 이 판결을 답습했다.²⁸⁾ 다만 일본 판례의 입장은 전반적으로 행정관계에서 법치주의의 원칙을 엄격하게 요구하고 있다고는 할 수 없어 특별권력관계를 실질적으로 부정하고 있는 것이라고는 생각되지 않는다. 그러나 그동안 수형자의 행정소송에 대한 판례가 수형자의 수용에서부터 작업·교육·급양·위생·외부교통·징벌 등에 이르기까지 매우 다양하고 광범하여 행형에 대한 사법적 통제가 상당한 수준에 이르고 있다.²⁹⁾

3) 미국

1871년 미국 연방대법원이 Ruffin 사건에 대한 판결³⁰⁾에서 「수형자는 자기의 범죄결과로서 그 자유를 박탈당할 뿐만 아니라 법률이 그 자애로서 범죄인에게 인정되는 권리를 제외한 일체의 개인적 권리가 박탈된다. 수형자는 당분간 주의 노예(slaves of the State)이다」라고 판시함으로써 수형자의 처우문제에 대하여 이른바 불간섭주의(hands-off doctrine)를 취하여 행정의 일분야인 행형에 대해 사법부가 관여하지 않는다는 원칙을 고수하였다.³¹⁾ 이후 미국 연방대법원은 1964년 Cooper 사건에 대한 판결³²⁾에서 「교도소 당국이 회교도 수형자에게 이슬람경전과 예배를 허가하지 않은데 대해 교도소 당국은 제한할 권한이 없고 수형자는 연방시민법에 보호를 받을 권리가 있다」라고 판시함으로써 불간섭주의로부터 선회를 의미하는 중요한 판결을 내렸고, 1966년에는 수형자의 재판을 받을 권리에 관하여 「재판을 받을 권리는 수형자가 갖고 있는 권리의 하나로써 이는 귀중한 권리이며 이를 행정부의 구속을 받지 않고 행사할 수 있음으로써 보다 더 귀중한 권리의 보호를 위해 헤아릴 수 없는 중요성을 갖는다」라고 판시함으로써 수형자의 재판을 받을 권리를 인정하고 또 이 권리가 기본적인 권리임을 인정하게 된다.³³⁾

28) 김완수, 앞의 논문, 39면

29) 정진수, 앞의 논문, 39면

30) Ruffin v. Commonwealth, 62 Va.(21 Gratt.) 790, 796(1871)

31) 법무부, 「교정과 인권」, 2005, 26면

32) Cooper v. Pate, 378 U.S. 546(1964)

33) 법무부, 앞의 책, 26-27면 참조

그리고 결정적으로 1974년 Wolff 사건의 판결³⁴⁾에서 「수형자의 권리는 시설 사정의 요구와 긴급사태 때문에 저감될 수 있을지언정 수형자가 헌법적 보호로부터 완전히 배제되는 것은 아니다. 헌법과 교도소 사이에는 철의 장막(iron curtain)이 존재하지 않는다. 수형자의 생명, 자유 또는 재산은 법률의 적절한 절차에 의하지 않고는 박탈할 수 없다」라고 판시함으로써 수용자의 권리보호가 적정절차(Due Process)를 강조한 사법심사를 매개로 더욱 강화되었다.³⁵⁾ 그러나 이러한 변화에도 불구하고 아직까지 불개입주의의 흔적은 여전히 남아 있다. 다수의 사례³⁶⁾에서 연방대법원은 구금시설의 안전과 행형목표의 달성을 위한 교정공무원들의 재량을 강조하고 있으며 이러한 태도는 수형자의 헌법적 권리의 범위를 제한적으로 해석하는 결과를 가져오고 있다. 1970년대 중반부터 나타나고 있는 연방대법원의 이러한 태도를 자제주의(restrained hands doctrine)라 부르고 있다.³⁷⁾

특히 이러한 연방대법원의 자제적 태도는 1980년대 이후에도 강화되는 경향을 보이고 있다. 1986년 Daniels 사건의 판결³⁸⁾에서 「시설직원이 의도적으로나 고의로 손상을 가한 경우에만 수형자가 연방법원에서 손해배상의 소를 제기할 수 있다고 하면서, 재판장은 적정절차란 단지 공무원에 의한 권력의 남용만을 방어한다는 의미이지 부주의를 적절하게 배려하지 않는 것은 포함되지 않는다」고 판시하였으며, 1996년의 Lewis 사건의 판결³⁹⁾에서 「수형자들이 교도소에 있는 법률도서관을 충분히 이용하여 소송을 준비할 수 있도록 하는 법적 지원을 보장하는 것에 대한 요건과 절차는 더욱 엄격히 틀 더욱 엄격히 요구된다」고 판시하였다. 이러한 경향은 행형에 대한 지나친 사법적 개입이 교정의 전문성을 침해하거나 교정당국을 무력감에 빠지게 한다는 반성적 고려에서 나온 것으로 보인다.⁴⁰⁾

34) Wolff v. McDonnell, 418 U.S. 539(1974)

35) 김선수, “수형자의 법적 지위에 관한 연구”, 「경남법학(제3집)」, 1987, 34면

36) 대표적인 사례로 1976년 연방대법원이 Meachum v. Fano 판결에서 “적정절차에 관계되는가의 여부를 결정하는 것은 관련이익의 중대성보다 오히려 그 성질이라고 하면서 헌법상 명문의 규정이 없는 한 주(州) 법(法)만이 수형자의 자유의 이익에 대한 근거라면서 형무당국은 어떠한 이유에서든지 또는 이유가 없더라도 수형자를 다른 시설로 이송할 자유가 있다”고 판시함으로써 권리설정이론(an entitlement theory)을 채용했던 판결을 들 수 있다.(법무부, 앞의 책, 27면)

37) 정진수, 앞의 논문, 41면

38) Daniels v. Williams, 474 U.S. 327(1986)

39) Lewis v. Casey, 516 U.S. 804(1996)

40) 법무부, 앞의 책, 27-28면

이러한 경향은 오늘날 고소고발 등 각종 소송에 힘들어하고 있는 우리나라 교정 공무원과 사법부에 시사하는 바가 적지 않다.

8. 소결

특별권력관계이론이란 국민이 특별한 원인에 기함이 없이 국가의 통치권에 복종하는 법률관계로서 법치주의가 전면적으로 적용되는 일반권력관계에 대하여 일부의 국민이 특별한 원인에 의거하여 국가와 특별한 법률관계를 맺는 것을 특별권력관계라고 한다. 즉, 수용자는 수용관계라는 특별권력관계에 내재하는 일정한 행정목적의 실현을 위하여 교도소라는 국가의 구금시설을 이용하는 이용자로서 행정당국과 포괄적 지배복종관계에 있다는 것이다.⁴¹⁾ 이에 따라 수용자는 교정행정의 일정한 범위 내에서 기본권을 갖지 못하고(기본권리의 제한), 국가의 침해에 대해서도 다투지도 못하며(사법심사의 배제), 또한 법에 의한 규율이 아니라 합목적성에 따라 규율되는 것(법치주의의 배제)을 의미하였다.

그러나 오늘날 자유민주주의가 성숙된 법치주의와 가능한 한 국민의 기본권을 보장하는 헌법 아래서는 특별권력관계론을 인정할 근거가 없다고 하겠다. 다만, 특별한 행정목적의 수행을 위하여 국가와 국민 사이에 일반적인 결합관계와는 별도의 보다 강력한 결합관계가 필요함을 부인할 수 없다는 데 특별권력관계의 존재의미가 있었다. 특별권력관계는 일반권력관계와 상대적인 것으로 파악하여 합리적인 범위 안에서 그 적용의 제한을 인정하는 것이 옳을 수도 있다고 하겠다.

하지만, 독일에서 생성되고 일본에 수입되어 그들의 식민통치에 이바지해 왔던 수구적 논리인 특별권력관계이론이 안이하고도 편의적으로 남용되어 법치주의의 이념을 위배해온 점에서 본다면, 이를 부정하고 특별법률관계에서 오는 기본권의 제한이라고 보아야만 한다⁴²⁾라는 의견에 동의한다. 왜냐하면, 현행 형집행법에서도 수용자는 교도관의 직무상 지시에 복종하여야 한다(제105조 제3항)라고 규정함으로써 특별권력관계의 흔적을 찾아볼 수 있으나, 동법 제10조에서 ‘교도관의 직

41) 노기호, “헌법재판소 판례에 나타난 미결수용자의 법적 지위”, 「형사정책연구(제42호)」, 한국형사정책연구원, 2000, 100면

42) 김철수, 「헌법학개론」, 박영사, 2001, 338면

무는 법률로 정한다'라고 선언하고 있으므로 교정공무원의 모든 행정행위는 법치주의, 즉 법률유보(Gesetzesvorbehalt)의 원칙에 입각해서 이뤄져야 하기 때문이다. 개정전 행형법에서는 법무부장관이 정하도록 되어 있었으나 개정 법률에서는 법률로 정하도록 규정함으로써 보다 법치행정의 원리에 충실하고자 한 입법자의 취지를 엿볼 수 있다. 그러나 현행 교도관 직무규칙은 아직까지 법무부령으로 유지되고 있어 입법취지를 제대로 살리지 못하고 있는 실정이다.



제3장 교정행정작용으로서의 계호권 행사

제1절 계호권의 개념과 필요성

1. 계호권의 개념

계호라 함은 소사회라고 하는 교도소 등 교정시설의 안전 및 구금질서 유지를 목적으로 하는 일체의 강제력으로써 수용자에 대한 격리작용과 개선작용을 위하여 행하는 경계와 보호작용을 말하고⁴³⁾, 계호행위라 함은 교도관이 수용자의 구금확보를 위하여 수용자에게 적법하게 지시, 명령하고, 구금질서를 위하여 교정직원이 경계와 보호활동을 하는 일체의 행위를 말한다⁴⁴⁾. 계호는 오직 구금 작용만을 위하여 행사하는 것으로 인식되어 왔지만 현대 교정 행정의 궁극적인 목적은 수용자의 교정교화에 있을 뿐만 아니라 교도소 등의 구금질서가 파괴된 경우에는 이러한 교정교화 작용도 실효를 거둘 수 없는 것이므로 현대에 있어서의 계호작용은 구금뿐만 아니라 교정교화의 효과적인 수행을 위해서도 필요한 작용이 되고 있다는 것을 인식하여야 한다.⁴⁵⁾ 한편, 헌법재판소는 계호의 의의에 대해 「교정시설 내의 규율과 질서의 문란 때문에 수용자 또는 직원의 생명·신체가 위태롭게 된다면 행형목적의 달성을 기대하기 어렵다. 그러므로 교정시설의 규율과 질서가 유지되어야 한다는 것은 행형의 가장 기본적인 전제조건이라고 할 수 있다. 그러나 교정시설에서 규율과 질서를 지나치게 강조하면 수용자의 인권침해를 가져올 우려가 있고 또한 수용자가 관리의 객체로 전락하여 교정처우의 효과를 거두기 어렵게 된다. 따라서 계호에 있어서는 수용자의 인권과 사회복귀를 위한 처우행형을 여하히 조화시킬 것인가 하는 점이 중요하다. 계호는 구금확보를 위해 장애가 되는 요인들을 예방하고 배제하는 ‘경계(警戒)’적 기능과, 수용자나 제3자의 생명·신체·재산에 대한 장애나 위험을 예방·배제하여 수용자를 구제하는 ‘보호(保護)’적 기능을 함께 갖고 있다」⁴⁶⁾라고 판시한 바 있다.

43) 허주욱, 「교정학」, 법문사, 2002, 339면

44) 허주욱, 앞의 책, 341면

45) 김화수 등, 앞의 책, 411면

무릇 모든 조직적·집단적 생활은 그 무엇보다도 일정한 질서와 규율을 필요로 하며, 특히 미결수용자나 수용자의 경우 공동생활이 자발적 의사가 아닌 공권력의 강제명령에 의하여 이루어진 것이므로 시설의 안전과 구금생활의 질서를 유지하기 위하여 불가피하게 강제조치가 필요하다고 할 수 있다. 이러한 교정시설의 안전과 질서유지를 위하여 교정공무원에게 기본적으로 주어지는 권한이 ‘계호권’이다.⁴⁷⁾

2. 계호권 행사의 필요성⁴⁸⁾

1) 도주저지

인간은 본능적으로 자기 행동의 자유를 추구하며 이것이 가장 보편적인 인간의 생활양식이다. 때문에 이러한 행동의 자유가 억압되거나 박탈된 경우에는 이를 회복하기 위하여 노력하는 것도 인간의 본능에 속한다. 범죄행위에 대한 법률상의 효과로서 법원에 의하여 선고, 확정된 형의 집행을 받고 있는 수용자나, 수사와 재판단계에서 그 도주와 증거인멸을 방지하기 위하여 검사의 청구로 법원이 발부한 구속영장의 집행을 받고 있는 미결수용자나 모두 헌법, 형법, 형사소송법 등의 관계법령에 의하여 신병이 구금된 자로서 그 자유가 박탈된 상태에서 생활하여야 한다. 자유는 인간의 본능 면에서나 실제 생활상의 필요성면에서도 생명 다음으로 중요한 법익으로서 자유가 박탈된 수용자의 경우에는 이를 회복하기 위한 노력이 있게 마련이고 이것이 실현되면 현행법상 도주죄를 구성하게 된다. 이와 같이 도주를 방지하는 것이 계호의 제1차적인 필요성이 있는 것이다.

2) 질서유지

교정시설에는 다수의 범죄인을 집중 수용하고 있는데다가 이들 범죄인들은 준

46) 헌법재판소 2005. 5. 26 선고 2001헌마728 결정

47) 헌법재판소 위 결정

48) 김화수 등, 앞의 책, 411-412면 참조

법정신과 질서의식이 결여된 자가 많으므로 교정시설 내에서는 구금질서를 유지하기 위하여 범죄인들이 수용 생활중 지켜야 할 최소한의 규율이 필요하다. 반대로 말하면 수용자들이 규율을 준수하여야 만이 구금질서가 확립될 수 있는 기반이 확립되는 것이다. 규율위반 행위가 많이 발생하게 되면 교정시설 등의 수용질서가 무너지게 되고 이렇게 되면 교정시설의 존립 자체가 도전받게 된다. 따라서 이러한 규율위반 행위가 일어나지 않도록 지도나 감독을 철저히 함으로써 구금질서를 확보하는데 계호의 제2차적인 필요성이 있다.

3) 외침방어

외부 불순세력이 사회질서를 교란할 목적으로 교도소를 침공하거나 특정수용자의 탈취를 목적으로 교도소를 공격하는 것을 방어하는 것도 계호작용의 일환이고 이것이 곧 제3차적인 계호의 필요성이다.

제2절 계호권 행사의 방법과 종류

1. 계호권 행사의 방법

계호권 행사는 교도관이 구금확보를 위하여 수용자에게 적법하게 지시, 명령하고 구금질서의 유지를 위하여 과학적으로 각종 검사와 시찰을 행하고 강제조치를 취하며 계호장애물을 정돈하고 위험을 배제하며 이로부터 수용자를 구제하는 등 일체의 행위를 말한다.⁴⁹⁾ 이를 분설하면 다음과 같다.

1) 명령

명령이란 교도관이 수용자에 대하여 자기의 직무범위 내에서 그 직무목적 달성을 위하여 일정한 작위와 부작위를 강제적으로 요구하는 것으로서 수용자가 이에 응하지 않는 경우에는 강제력에 의하여 실현하는 계호행위를 말한다. 명령

49) 정갑섭, 앞의 책, 299면

의 종류로는 작위하명과 부작위하명으로 나눌 수 있으며 작위하명이란 수용자의 행위를 적극적인 행동으로 발현되기를 요구하는 감독작용을 말하고 부작위하명이란 수용자의 행위를 소극적으로 금지 또는 제지하는 감독작용을 말한다. 명령의 형식으로는 구두에 의한 명령, 서면 또는 게시에 의한 명령, 종령(鐘鈴)과 호루라기 등 신호에 의한 명령, 기타 부득이한 경우 묵시에 의한 명령 등이 있다.⁵⁰⁾

2) 강제

강제란 법규 또는 교도관의 정당한 명령에 수용자가 상당한 이유없이 그 의무를 불이행할 경우 그 이행이 있는 것과 동일한 상태를 실현시키기 위한 계호권의 작용을 말한다.⁵¹⁾

3) 시찰

시찰이란 수용자의 동정을 파악하는 계호행위로서 수용자의 심리적 추이 등 수정(囚情)의 파악과 교정시설의 파손이나 결함, 처우상의 흠결 등을 조사하여 수용자의 처우개선과 교도소 운영에 조력함과 아울러 교정사고를 미연에 방지하고자 행하는 계호행위로서 교정시설에서 가장 많이 시행되고 있는 계호권의 작용이다.⁵²⁾

4) 검사

검사란 교정사고를 미연에 방지하기 위하여 인적 또는 물적으로 나타난 보안위해상태를 조사하여 보안업무의 실제면에 있어 장애점의 유무를 사전에 발견, 조치하기 위한 판단작용을 말한다. 즉, 수용자의 구금확보를 위하여 그들의 불순한 음모예비, 수정(囚情)의 동향, 처우의 불공평점과 구금경계상 문제점 등을 사

50) 김용준/이순길, 교정학, 1999, 326면

51) 정갑섭, 앞의 책, 301면

52) 김용준/이순길, 앞의 책, 327면

전에 발견하여 그 사고를 미연에 방지함으로써 능률적인 교정행정을 수행함은 물론 교정사고가 발생하더라도 그로 인한 피해를 최소한으로 축소하자는데 그 목적이 있다.⁵³⁾

5) 정돈

정돈이란 교정시설내의 모든 시설과 물품의 이상유무는 직접 교정사고의 요인과 직결되는 바 이에 대한 조속한 확인방법의 하나이다. 또한, 정리정돈은 종래의 응보행형하에서는 교정사고예방이 주목적이었으나 오늘날의 교육행형하에서는 수용자의 교화개선용의 수단이기도 하다. 즉, 과거무질서한 생활습벽으로 인하여 범죄를 범한 수형자에게 규율적인 생활 순치를 통한 교화방법으로서의 정돈은 큰 의의가 있다고 하겠다.⁵⁴⁾

6) 배제

배제는 위험의 개연성이 있는 경우 사전 예방조치로서 행하는 계호행위로서 인위적, 자연적 원인으로 말미암아 계호상의 장애를 초래하거나 위험의 발생이 있는 경우 이를 사전 제거하여 교정시설의 안전을 유지하는 계호행위를 말한다.⁵⁵⁾ 구체적으로 위험발생 및 시설의 안전과 질서를 해칠 우려가 있는 마약, 총기, 도검, 폭발물, 흉기, 독극물, 주류, 담배, 화기, 수표, 음란물 등의 소지를 금지하고 이를 소지한 경우에는 몰수 또는 폐기하는 것이 여기에 해당된다.⁵⁶⁾

7) 구제

구제란 수용자의 일상생활 중에 위험의 발생을 방지하기 위하여 노력하였음에도

53) 정갑섭, 앞의 책, 302면

54) 김용준/이순길, 앞의 책, 328면

55) 정갑섭, 앞의 책, 304면

56) 이경식, 앞의 책, 594면

불구하고 위험이 발생한 경우에는 적절한 수단을 동원하여 이를 구제하는 계호방법이다. 예를 들면 수형자 목공장에서 작업을 하던 중 본인의 실수로 절단기에 손가락이 찢린 경우에 이를 즉시 사회내에 있는 전문병원에 후송하여 적절한 치료를 받게 하거나 맨홀이나 하수구에 빠진 수용자 등을 구출하는 행위 등이다.⁵⁷⁾

2. 계호권 행사의 종류

계호는 계호의 대상·수단·장소·사태의 긴박성 등에 따라 여러 가지 종류로 분류할 수 있다. 즉, 계호대상에 따른 구분으로는 대인계호와 대물계호로, 계호수단에 따른 구분으로는 인적계호와 물적계호로, 계호장소에 따른 구분으로는 호송계호와 출정계호, 사태의 긴박성에 따른 구분으로 통상계호와 비상계호로, 계호대상의 특별성에 따른 구분으로 일반계호와 특별계호로 나눌 수 있다.⁵⁸⁾

1) 계호대상에 따른 구분

계호는 계호대상에 따라 대인계호와 대물계호로 구분된다. 전자는 신체검사, 보호장비 및 무기사용, 송치 등과 같이 수용자 및 제3자의 신체의 자유를 구속하는 것과 같은 계호를 말하고, 후자는 차입물품의 검사, 소지품의 검사, 수용거실 및 공장에 대한 검사 등과 같이 수용자 및 제3자에 속한 것에 대한 계호를 말한다.⁵⁹⁾

2) 계호수단에 따른 구분

계호는 계호수단에 따라 인적계호와 물적계호로 구분된다. 전자는 교도소의 건조물이나 보호장비, 기타 제반시설에 의한 계호이고, 후자는 직원의 정신적, 육체적 기능에 의한 계호를 말한다.⁶⁰⁾ 한편 인적계호는 계호의 대상을 직접 대하느냐

57) 김화수 등, 앞의 책, 418면

58) 정갑섭, 앞의 책, 306면

59) 허주욱, 앞의 책, 344면

60) 허주욱, 앞의 책, 344면

또는 간접으로 대하느냐 따라 직접 인적 계호와 간접 인적계호로 나눌 수 있다. 직접 계호의 예로는 사동, 공장, 목욕, 운동시의 계호근무 등이 있으며, 간접 계호의 예로는 출입구의 경계, 후문의 입초, 순찰근무 등이 있다.⁶¹⁾ 후자의 계호를 동정계호라고 칭하는 학자도 있다.⁶²⁾

3) 계호장소에 따른 구분

계호는 계호장소에 따라 호송계호와 출정계호로 구분된다. 전자는 권한 있는 자가 수용자의 수용장소를 외부로 이동함에 따른 일시적 도중 계호작용을 말한다. 전자는 수용자가 일시적으로 구금시설외로 이동한다 하여 계호권으로부터 이탈되는 것은 결코 아니고 호송중에도 그 계호권은 계속 유지되는 것이다. 후자는 형사피의자 또는 피고인 등을 검사실 또는 법원의 소환에 응할 때의 계호를 말하며, 공판정에서의 계호는 법정경찰관이 법원에 있기 때문에 계호권의 제한을 가장 많이 받게 된다.⁶³⁾

4) 계호정도에 따른 구분

계호는 강제력 및 사태의 긴박성의 정도에 따라 통상계호와 비상계호로 구분할 수 있다. 전자는 평상시 업무진행의 일환으로 행하여지는 수용자의 신체나 의류의 검사, 공장 내의 작업도구검사, 운동의 감독 등의 계호를 말하고 수용자의 범익의 침해가 거의 없거나 아주 경미한 경우이다. 후자는 수용자의 도주 또는 난동이나 폭동, 화재나 수해의 발생, 외부인에 의한 교도소 습격 등의 비상사태가 발생한 경우에 인적, 물적 계호의 전 기능을 동원하여 이러한 사태를 수습, 진압하는 계호행위를 말한다.⁶⁴⁾

61) 정갑섭, 앞의 책, 307면

62) 수용자의 동정을 살피기 위해 수시 또는 정기적으로 행하는 계호로서 출입구입초, 시찰, 순찰계호를 동정 계호라고 칭하는 견해도 있다.(김용준/이순길, 앞의 책, 348면)

63) 정갑섭, 앞의 책, 307-308면

64) 김희수 등, 앞의 책, 420면

제3절 계호권 행사의 근거와 한계

1. 계호권 행사의 근거

1) 헌법

계호라 함은 사회의 최후의 보루라고 할 수 있는 교정시설의 안전과 구금질서 유지를 목적으로 수용자의 자유를 제한하는 법률적 사실적 행위를 할 수 있는 법률상의 힘을 뜻한다. 이러한 계호권 행사는 수용자의 기본권을 침해할 가능성이 매우 크기 때문에 법치행정의 원칙이 엄격하게 적용되어야 한다. 헌법 제37조 제2항의 규정에 의하면 “국민의 모든 자유와 권리는 국가안전보장, 질서유지 또는 공공복리를 위하여 필요한 경우에 한하여 법률로써 제한할 수 있으며, 제한하는 경우에도 자유와 권리의 본질적인 내용을 침해할 수 없다”라고 규정되어 있는 바, 공공의 안녕·질서의 유지를 위해 국민의 자유와 권리를 제한하는 계호권의 발동은 반드시 법률의 근거가 있어야 한다. 이는 일반통치권에 기초하여 수용자에게 명령·강제권을 갖는 계호권의 근거가 되는 교정법규에도 마찬가지이다.

2) 형집행법

현행 우리의 계호권 행사의 근거가 되는 교정법규는 형집행법이다. 동법 제10조에 교도관의 직무에 관한 사항을 법률로 정하도록 규정되어 있으나 현재까지 하위의 법무부령인 교도관 직무규칙으로 규율하고 있는 실정이다. 계호권의 근거 법규인 형집행법 제11장 제92조부터 제104조에 규정된 금지물품의 배제, 신체 검사, 전자장비를 이용한 계호, 보호실 및 진정실 수용, 보호장비의 사용, 강제력의 행사, 무기의 사용 등이 구체적인 계호권의 행사이다.

3) 형집행법 시행령 및 시행규칙

형집행법 제98조에 따라 보호장비의 사용절차 등에 관하여 필요한 사항은 대

통령령인 동 법률 시행령 제120조부터 제124조까지 규정되어 있다. 또한 형집행법 및 동 법률 시행령에 규정된 사항 외에 보호장비의 규격과 사용방법 등에 관하여 필요한 사항은 법무부령인 동 법률 시행규칙 제169조부터 제185조까지 규정되어 있다.

2. 계호권 행사의 한계

1) 개관

징역·금고·구류 등 자유형을 선고받아 그 형이 확정된 사람과 벌금·과를 완납하지 아니하여 노역장 유치명령을 받은 사람의 경우 그 집행을 위하여 교도소에 구금되며, 형사피의자·형사피고인은 일정한 주거가 없거나 증거를 인멸할 우려 또는 도망할 염려가 있는 경우 법관이 발부한 구속영장에 의하여 교정시설에 미결수용자로서 구금된다(형집행법 제2조). 이에 따라 이들은 격리된 시설에서 강제적인 공동생활을 하게 되며 헌법이 보장하는 신체의 자유 등 기본권에 대한 제한은 불가피하다. 그러나 이러한 수용자의 경우에도 모든 기본권의 제한이 정당화될 수 없으며 국가가 개인의 불가침의 기본적인 인권을 확인하고 보장할 의무(헌법 제10조)로부터 자유로워질 수는 없다. 따라서 수용자의 지위에서 제한이 예정되어 있는 자유와 권리는 형의 집행과 도망·증거인멸의 방지라는 구금의 목적과 관련된 신체의 자유 및 거주이전의 자유 등 몇몇 기본권에 한정되어야 하며 그 역시 필요한 범위를 벗어날 수 없다. 특히 수용시설 내의 질서 및 안전 유지를 위하여 행해지는 규율과 징계를 통한 기본권의 제한은 단지 공동생활의 유지를 위하여 수용자에게 구금과는 별도로 부가적으로 가해지는 고통으로서 다른 방법으로는 그 목적을 달성할 수 없는 경우에만 예외적으로 허용되어야 할 것이다. 더구나 미결수용자의 경우 헌법 제27조 제4항에 의하여 유죄의 판결이 확정될 때까지 무죄로 추정되므로 형사절차에서 필요한 최소한의 불이익만을 입도록 할 필요성은 형이 확정된 경우에 비하여 더욱 크다고 할 수 있다. 이와 같이 수용자의 기본권 제한에 대한 구체적인 한계는 헌법 제37조 제2항에 따라 구체적인 자유·권리의 내용과 성질, 그 제한의 태양과 정도 등을 교량하여 설정하게 된다.⁶⁵⁾

2) 법규상 한계

강제력 행사는 그것이 권력적인 명령과 강제로서 수용자의 자유와 권리를 침해하는 전형적인 작용이므로 기본적으로 법치행정의 원리가 가장 엄격하게 적용되어야 하는 영역인 것이다. 그것은 소극적으로 강제력 행사가 법률에 위반되어서는 아니 된다는 법률우위의 원칙이 아니라 법률에 의하여 수권을 받은 경우에만 가능하다는 법률유보의 원칙이 철저히 적용될 것이 요청되는 것이다. 따라서 근거법률의 부존재는 강제력 행사의 불가능을 의미한다고 볼 것이다. 즉 법률의 우위와 법률의 유보를 전제로 하여 모든 행정작용에 법률을 적용하여야 하고 법률을 회피하거나 위반하여서는 안 된다는 법치행정의 원리는 당연히 타당하다고 볼 것이다.⁶⁵⁾ 따라서, 국민의 자유와 권리는 국가의 안전보장, 질서유지, 공공복리를 위하여 필요한 경우에 법률로 제한 할 수 있고(헌법 제37조 제2항), 이를 근거로 하는 형집행법은 수형자를 교정교화하여 사회에 복귀시키기 위하여 교정시설의 장에게 교정교화의 임무를 부여함과 동시에 수용자의 일부 기본권을 계호권을 통해 제한 할 수 있도록 규정하고 있는 바, 이는 최대의 교정효과를 거두려는 입법취지에서 규정된 것이므로 그 정당성이 인정된다. 그러므로 형집행법규는 강제력 행사의 요건인 동시에 한계라고도 볼 수 있는 것이다.

또한, 강제력 행사가 법률에 근거하더라도 아무런 제한 없이 이루어 질 수 있는 것은 아니다. 즉 단순한 법규적 제약만으로는 충분하지 못하므로 일반적인 행정작용에 대한 법률유보의 원칙의 적용보다 강제력 행사에 있어서의 그것은 더욱 엄격한 해석과 적용이 요구된다고 보는 것이다. 강제력 행사의 법규상 근거가 존재하더라도 일정한 합리적 한계가 다시 인정되어야 한다고 보는 것이 전통적인 행정법학의 입장으로서 강제력 행사에 관한 "조리상의 한계" 이론이 그것이다. 이는 교정기관에게 다의적·불확정적으로 주어진 재량권을 전제로 그것의 한계를 불문법원인 조리를 통하여 2차적으로 제약해 보려는 의도를 가진 것이다. 이하에서 일반법원칙상 한계를 알아본다.

65) 헌법재판소 2003. 12. 18. 선고 2001헌마163 결정 참조

66) 김재호, "경찰권의 한계(평등·비례·소극목적의 원칙상 제약을 중심으로)", 「법학연구(Vol.11 No.1)」, 충남대학교, 2000, 참조

3) 일반법원칙상 한계

현재 우리나라에서는 강제력 행사의 정도나 조건 등에 관하여 구체적으로 명시되어 있지 않은 경우에 헌법이념과 행형의 목적 및 성질에서 우리나라는 일정한 한계로서 제1단계적인 법규상의 한계에 이어 제2단계적인 조리상의 한계가 재량권의 남용과 일탈을 방지하는 제약요소로서 중요한 의의를 갖는 것으로 해석되고 있다. 이하에서는 그중 대표적이라 할 수 있는 ‘비례의 원칙’을 중심으로 살펴 보도록 하겠다.

(1) 과잉금지의 원칙 개관

과잉금지의 원칙(Übermaßverbot)⁶⁷⁾이라 함은 한마디로 정의하기는 어렵지만, 일반적으로는 “국가의 권력은 무제한적으로 행사되어서는 아니 되고, 이는 반드시 정당한 목적을 위하여 그리고 또한 이러한 목적을 달성하기 위하여 필요한 범위 내에서만 행사되어야 한다”는 의미로 이해되고 있다.⁶⁸⁾ 이러한 과잉금지의 원칙은 국가의 권력도 원칙적으로 한계가 있는 것이고, 따라서 일반 국민은 단순히 국가권력 내지는 국가의 자의의 객체에 지나지 않는 것이어서는 아니 된다는 점을 분명히 하고 있는 점에서, 소위 법치국가원리의 가장 중요한 본질적 징표중의 하나로서 인정되고 있다.⁶⁹⁾ 헌법 제37조 제2항에 의하면 국민의 기본권도 국가안전보장·질서유지 또는 공공복리를 위하여 필요한 경우에는 법률로써 이를 제한할 수 있지만 그 경우에도 기본권의 본질적인 내용을 침해할 수 없음을 물론 이른바 과잉금지의 원칙에도 위배되어서는 아니 되는 바, 과잉금지의 원칙이라 함은 헌법적으로 보호되고 있는 개인적 기본권과 국가안전보장·질서유지·공공복리 등을 위한 공익간에 서로 충돌하는 경우에 한 법익이 다른 법익을 위해 완전

67) 우리 헌법재판소는 과잉금지의 원칙이라는 용어를 주로 사용하고 비례의 원칙이라는 용어를 함께 사용하고 있다. 독일연방헌법재판소의 관례에서는 비례성의 원칙이라는 말을 많이 쓰고 과잉금지라는 말을 함께 쓰고 있다. 용어가 통일적으로 사용되고 있지 않지만 적어도 과잉금지의 원칙과 넓은 의미의 비례성의 원칙은 개념상 동위의 위상을 갖는다고 볼 수 있다.(황치연, “과잉금지원칙의 내용”, 「공법연구(제24집제3호)」, 한국공법학회, 1996, 278면)

68) 고영하, “과잉금지의 원칙”, 석사학위논문, 한양대학교, 2002, 6면

69) 서정범(역), 「독일경찰법론」, 세창출판사, 1998, 180면

히 무시되어져서는 아니 되고, 두 법익이 “최적의 작용”에 이를 수 있도록 조정되어야 하고, 그럼으로써 실제적 조화를 이루어야 한다는 원칙을 말한다. 그러므로 이는 구체적 사안에서 무엇이 비례적인가를 말해주는 내용적 결정기준이 아니고 절차적 지도로서 실질적 해결방도의 과정을 확정하는 해석원칙이라고 할 수 있으며, 따라서 구체적 사안에서 무엇이 비례적인가는 협의의 비례원칙이 내포한 교량과정을 통해서 실현되어지게 되는 것이다.⁷⁰⁾

한편, 헌법재판소는 과잉금지원칙에 관해서 “과잉금지의 원칙은 국가가 국민의 기본권을 제한하는 내용의 입법활동을 함에 있어서, 준수하여야 할 기본원칙 내지 입법활동의 한계를 의미하는 것으로서 국민의 기본권을 제한하려는 입법의 목적이 헌법 및 법률의 체제상 그 정당성이 인정되어야 하고(목적의 정당성), 그 목적의 달성을 위하여 그 방법이 효과적이고 적절하여야 하며(방법의 적절성), 입법권자가 선택한 기본권 제한의 조치가 입법목적달성을 위하여 설사 적절하다 할지라도 보다 완화된 형태나 방법을 모색함으로써 기본권의 제한은 필요한 최소한도에 그치도록 하여야 하며(피해의 최소화), 그 입법에 의하여 보호하려는 공익과 침해되는 사익을 비교형량 할 때 보호되는 공익이 더 커야한다(법익의 균형성)는 헌법상의 원칙이다”⁷¹⁾라고 실시하고 있다. 즉, 과잉금지원칙이 헌법상의 원칙임을 실시하며, 그 부분원칙으로서 목적의 정당성, 방법의 적절성, 피해의 최소화, 법익의 균형성을 설명하고 있다.⁷²⁾ 이 과잉금지의 원칙을 교정에 원용하면, 교정기관이 질서유지라는 목적에 적합하게(적합성의 원칙) 그에 대한 위해의 방지·제거에 필요한 최소한도의 수단을 선택하여(필요성의 원칙) 그 수단의 행사로 목적을 실현하되, 수용자의 권익 침해의 정도와 합리적인 균형이 유지되어야 (상당성의 원칙)한다는 원칙을 말하는 바 이하에서 분설하기로 한다.

(2) 과잉금지의 원칙 내용

① 적합성의 원칙

70) 고영하, 앞의 논문, 10-11면

71) 헌법재판소 1990. 9. 3. 선고 89헌가95 결정

72) 고영하, 앞의 논문, 9면

적합성의 원칙⁷³⁾이란 어떤 목적을 실현하기 위하여 취한 조치 또는 수단이 그
 가 의도하는 목적달성에 적합해야 함을 의미한다. 어떤 조치의 적합성여부가 불
 확실한 경우에는 이미 알려져 있는 수단 또는 이론에 비추어 그 적합성여부가
 심사될 필요가 있으며, 그러한 심사가 행해졌다면 그 요건은 충족되는 것으로 볼
 수 있다.⁷⁴⁾ 이미 취하여진 조치가 부적합함이 사후에 판명된 경우에는 당해 조
 치를 중지해야 하며 최대한으로 원상회복에 노력하여야 한다.⁷⁵⁾ 이 때 적합성의
 의미는 그 채택된 수단의 도움으로 의욕하는 결과의 발생을 촉진 또는 조금이라
 도 그 결과의 발생에 영향을 주지 않는다거나, 의도한 결과의 발생을 어렵게 만
 드는 경우에는 적합성이 존재하지 아니한다고 말할 수 있다.⁷⁶⁾ 과잉금지 원칙의
 핵심은 목적의 통제에 있는 것이 아니라 목적과 수단의 관계에 있어서 수단
 의 통제에 놓여있는 것이다. 우리가 과잉금지 원칙의 한 내용으로 파악하고 있
 는 적합성의 원칙은 목적에 대한 수단의 적합성을 의미하는 것이다. 따라서 목적
 의 정당성을 적합성의 원칙의 내용으로 삼아도 실제적으로 무의미한 사족(蛇足)
 에 불과하다. 왜냐하면 수단의 적합성의 원칙에는 목적의 정당성이 당연한 논리
 적 전제이기 때문이다.⁷⁷⁾

② 필요성의 원칙

필요성의 원칙⁷⁸⁾이란 목적실현을 위해 필요한 한도를 넘어 조금이라도 더 침

73) 적합성의 원칙이라는 용어 대신에 유용성의 원칙, 목적 유용성의 원칙, 충분성의 원칙, 불훼손성의 원칙이라는 용어가 사용되고 있지만 본 논문에서는 적합성의 원칙이란 용어로 통일하여 사용하기로 한다.

74) 헌법재판소 2003. 12. 18. 선고 2001헌마163 결정 이후 2004. 6. 29. 법무부령 제556호로 제정된 “계구의 규격과 사용방법 등에 관한 규칙”에 따라 실시되기 시작한 보호장비 사용심사를 적합성여부 심사로 볼 수 있겠다.

75) 김동복/오테곤, “국제화 시대의 경찰작용 통제법리에 관한 연구(경찰권 발동의 한계를 중심으로)”, 「한국 콘텐츠학회논문지(Vol.5 No.3)」, 2005, 67면

76) 황치연, 앞의 논문, 280면

77) 황치연, 앞의 논문, 286면

78) 필요성의 원칙이라는 용어 대신에 불필요한 침해의 배제원칙, 보충성의 원칙, 불훼손성의 원칙, 가능한 한 최소침해성의 원칙, 절제적 수단선택의 원칙, 최약수단선택의 원칙, 최소개입명령, 최소침해의 원칙, 가능한 한 최소제한의 원칙, 경제성의 원칙, 감면적 침해의 원칙, 최소수단선택의 원칙, 그리고 경미한 수단선택의 원칙이란 용어들이 사용되고 있으나 본 논문에서는 필요성의 원칙이란 용어로 통일하여 사용하기로 한다.

해하는 수단을 선택해서는 아니 된다는 원칙을 말한다. 이 때 필요성의 의미는 침해의 중대성의 정도에 있어서 보다 낮은 단계의 침해수단으로는 동일한 목적 또는 보다 나은 목적을 실현할 수 없게 되는 경우를 말한다. 따라서 필요성의 원칙은 당연히 적합성의 원칙을 전제로 한다. 즉 필요성의 원칙은 여러 가지 적합한 수단중에서 그 수단의 적용으로 가장 적게 침해하는 결과를 초래하는 그러한 수단을 선택해야 한다는 명령을 일컫는 것이다.⁷⁹⁾ 또한 필요성의 원칙은 최소침해의 수단을 찾기 위한 것인데 이 때 최소침해의 판단척도는 당사자 개인에서 찾아야 할 것이다. 왜냐하면 과잉금지의 원칙이 궁극적으로 국가와 개인간의 관계에 있어서 개인의 권익을 보장하기 위한 국가작용의 통제로서 기능하여 국가가 아무런 조치나 임의적으로 하라는 것이 아니라 필요한 조치만을 하라는 언명이기 때문이다.⁸⁰⁾ 우리 헌법재판소 또한 선택된 수단이 목적을 달성함에 있어서 필요하고 효과적이며 상대방에게는 최소한의 피해를 줄 때(피해의 최소성)에 한해서 국가작용이 정당화된다는 표현을 사용하고 있다.

③ 비례성의 원칙

비례성의 원칙⁸¹⁾은 어떤 행정조치가 설정된 목적을 위하여 필요한 경우라도 그 행정조치를 취함에 따른 불이익(자유제한)이 그것에 의해 초래되는 효과(장해제거)보다 큰 경우에는 동 행정조치가 취해져서는 안 된다는 것(법익의 균형성)을 의미한다.⁸²⁾ 즉 국가행위가 침해되는 법익과 보호(실현)되는 법익의 양면적 효력을 가질 때 총체적으로 형량에서 참작해야 하며 나아가 제한의 절박성도 법익형량의 판단지표로 삼아야 한다. 또한 비례성의 원칙은 재량권 행사의 한계로 기능한다. 그래서 비례성의 원칙도 여러 가지 재량통제 방법 중의 단지 하나의 방법에 불과할지라도 일단 재량은 비례성의 원칙에 기속되기 때문에 재량권 행사의 적부, 적법여부를 판단하는 척도로서 비례성의 원칙이 규제적 기능을 한다.⁸³⁾

79) 황치연, 앞의 논문, 287-288면

80) 황치연, 앞의 논문, 289-290면

81) 비례성의 원칙이라는 용어 대신에 상당성, 적정성, 등비성, 초과침해금지, 과잉금지의 원칙들이 사용되고 있으나 본 논문에서는 비례성의 원칙이란 용어로 통일하여 사용하기로 한다.

82) 김동복/오태곤, 앞의 논문, 68면

제4장 계호권 행사로서 보호장비 사용의 근거와 한계

제1절 보호장비의 의의

보호장비란 수용자의 도주·자살·자해 또는 다른 사람에 대한 위해를 방지하거나 시설의 안전과 질서유지를 목적으로 특정수용자의 신체를 속박하여 자유로운 행동을 제한하는 데 사용되는 도구를 말한다.⁸⁴⁾

제2절 보호장비 관련 외국사례 및 국제준칙

1. 외국 보호장비의 종류⁸⁵⁾ <표 4-1>

구분	보호장비의 종류
미국 ⁸⁶⁾ (연방)	- 輕보호장비 : 비닐이나 가죽끈으로 된 수갑, 포승 - 重보호장비 : 금속으로 된 허리고정 보호장비, 금속 허리시슬, 구속용 의자, 구속용 침대
미국 (텍사스주)	- 일반적 보호장비 : 금속수갑, 족쇄, 발목체인 또는 구속벨트, 플라스틱 수갑, 안면보호구(참발)방자구 포함 - 기타 호송용/이동용 보호장비 : 발목 고정용 튜브(Leg-Tubes), 다리관절 고정용 꺾쇠(Leg-braces) - 의료적 보호장비 : 장갑, 구속대, 구속복, 고무 또는 가죽 벨트 및 수갑, 팔목토시와 구속복, soft ties
캐나다 (연방)	- 輕보호장비 : 가죽벨트, 가죽끈, 구속복, 구속의자 등 - 신체구속구 : 수용자를 침대에 억제하기 위해 벨트와 가죽끈을 결합한 장비 - 重보호장비 : 수갑, 족쇄, 신체구속벨트와 시슬 등
영국	- 수갑, 신체구속벨트(body belt : 가죽수갑과 유사), 가죽족쇄
일본 ⁸⁷⁾	- 수갑, 포승, 구속의
싱가폴	- 일반적 보호장비 : 수갑, 족쇄 등 - 의료적 보호장비 : 시슬, 족쇄, 구속복, 수갑

83) 황치연, 앞의 논문, 299면

84) 이경식, 앞의 책, 600면

85) 이경식, “계구 관련 법령 개정 방향”, 법무부, 2003, 87면 참조

86) 연방 교정국이 허가하는 범위 내에서 각주별로 다른 보호장비의 사용을 허용하고 있다.

87) 일본은 1908년 교도소의 관리와 수형자 처우의 법적근거가 되어 온 “감옥법”을 2005. 5. 18. “형사시설 및 수형자의 처우 등에 관한 법률”로 개정하여 2007. 6. 1.부터 시행하고 있다.

2. 외국 보호장비의 사용요건⁸⁸⁾<표 4-2>

구분	보호장비의 사용요건
미국 (연방)	<ol style="list-style-type: none"> 1. 타인에 대한 폭행 2. 정부재산 파괴 3. 자살시도 4. 자해 5. 폭력적이 되거나 급박한 폭력징후가 보일 때
미국 (텍사스주)	<ol style="list-style-type: none"> 1. 수용자를 교정시설 밖으로 이송하는 경우 2. 교정시설 등의 질서를 유지하는데 보호장비 사용 외 다른 통제방법이 없을 때 3. 물건을 던지거나 기물을 파손하는 등 난동을 일으킬 때 4. 의료적 이유나 의사의 지시에 의해 자해를 방지하기 위해 5. 사형수를 호송하는 경우 6. 물리적 충돌이 발생한 직후 또는 수용자가 폭력적이 된 때
캐나다 (연방)	<p>수용자에 대한 위험평가 후 다음과 같은 상황에서 직원, 수용자 및 공공을 보호하기 위하여 사용</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. 시설 내에서 수용자 이동 (격리실 수용을 위한 이동, 격리실 밖으로의 이동, 위험성이 높은 수용자의 이동, 특별사동 내부에서의 이동) 2. 도주를 방지하기 위한 사전수단 또는 작업 외 다른 목적으로 시설 외로 호송하는 수용자를 통제하기 위해 3. 자해, 타인에 대한 상해, 재산 손괴를 예방하기 위해 보호장비 사용 외의 다른 통제방법이 없거나 보호장비 사용이 가장 안전하고 합리적인 방법일 경우
영국	<ol style="list-style-type: none"> 1. 자해, 타인에 대한 상해, 재산손괴 및 소란방지를 위해 사용 2. 이송 또는 의학적인 이유로 필요한 때
일본	<ol style="list-style-type: none"> 1. 도주하는 경우 2. 자신 상해 또는 타인에게 위해를 가하는 경우 3. 형사시설의 설비, 기구 기타의 물건을 파괴하는 경우
상기폴	<ol style="list-style-type: none"> 1. 지속적으로 폭력적, 반항적, 분열적 행동을 보이는 수용자 2. 정신질환 처방중인 수용자 3. 우울증에 빠져있거나 그 증상을 보이는 수용자 4. 도주 시도 수용자

88) 이경식, 앞의 논문, 88면 참조

3. 외국 보호장비의 사용한계⁸⁹⁾<표 4-3>

구분	보호장비의 사용한계
미국	- 징벌의 방법으로 사용금지, 신체기능 훼손방식의 보호장비 사용금지, 불필요한 육체적 고통이나 아주 심한 불편을 주는 방식의 보호장비 사용금지, 수용자의 자기 통제기능 회복시까지만 사용가능
캐나다	- 사용전, 사용중 의료진의 진료, 보호장비 사용보고서 작성 의무화, 구속용 침대 사용시 직원의 대면계호를 규정
독일	- 보호장비 외에 대안이 없을 때 사용하되, 침해가 최소화되도록 하고, 예견된 침해정도와 보호장비 사용의 효과는 비례하도록 규정
일본	- 보호실 수용만으로는 도주, 폭행 또는 자살을 억제할 수 없다고 인정되는 경우에 한해 보호실에 수용되어 있는 수용자에 대하여 보호장비 사용

4. 외국의 보호장비 사용에 따른 주요 통제절차⁹⁰⁾

1) 미국

보호장비를 8시간을 초과할 때에는 소장이 지방교정청장이나 담당근무자에게 전화하여 승인을 받아야 하며 매 8시간마다 계속 보고하여야 한다.

2) 영국

보호장비를 사용하게 되면 지체없이 방문위원회위원(a member of the board of visitors), 의료직원(the medical officer) 또는 의사(a medical practitioner)에게 고지되어야 한다. 이때 고지를 받은 의료직원 또는 의사는 즉시 소장에게 보호장비를 사용해서는 안되는 어떤 의료적 이유가 있는지 여부를 알려주어야 한다. 수용자는 필요이상으로 보호장비 사용에 처해져서는 안되며 방문위원회위원

89) 법무부, 「행형법 개정관련 기초자료 I」, 2003, 326면 참조

90) 법무부, 「교정관련 외국자료(징벌, 계구, 교정시설)」, 2003, 119-121면 참조

또는 내무장관 소속 직원(an officer of the Secretary of State : 교도소 직원이 아님)의 서면으로 된 지시 없이 24시간 이상 보호장비 사용에 처해져서는 안 된다. 그리고 모든 보호장비 사용 경우의 특이사항은 즉시 기록되어야 한다.

3) 캐나다

자살 또는 자해의 우려가 있는 수용자에게 4시간 이상의 보호장비 사용이 필요한 경우 의무직원(health care staff)은 보호장비 해제 시까지 매 2시간마다 수용자를 방문해야 한다. 보호장비 사용이 8시간 이상 지속될 경우 복합징벌조치팀(multidisciplinary team)은 보호장비 사용을 재검토하기 위하여 수용자를 만나야하며 의료시설로 이송이 필요한지 결정해야 한다. 복합징벌조치팀은 부소장의 책임하에 정신과의사, 심리학자, 교정본부(Correctional Operations)의 직원을 포함해야 한다. 또한, 보호장비가 해제된 후 72시간 이내에 또는 수용자가 의료시설로 이송된 후 복합징벌조치팀은 다음사항을 실시해야 한다.

- a. 보호장비 사용의 적절성 평가
 - b. 정책 가이드라인이 준수되었는지 여부를 판단
 - c. 관찰기록, 비디오 테이프 및 관련서류 재검토
 - d. 소장에게 평가 서면보고서 제출 및 부분을 지방교정청의 부청장에게 송부
- 또한, 자해·타인에 대한 상해·재산 손괴를 방지하기 위하여 보호장비가 사용될 때에 직원은 '격리 및 보호장비감독 보고서'를 작성해야 한다. 이 경우 매 15분 간격으로 모든 것이 이 보고서에 기록되어야 한다. 직원은 매 보고할 수준의 강제력 사용 후 보호장비 사용에 따라 '강제력 사용보고서'(Use of Force Report)를 작성해야 한다.

4) 싱가포르

보호장비를 사용할 경우 보호장비 사용의 특이사항은 즉시 감독일지(Chief Rehabilitation Officers Journal)에 기록되고 그 기록은 순회판사 등(Visiting or other Justice)에게 보고되어야 한다. 사슬 등 중(重)보호장비는 보호장비 사용

이유와 그러한 보호장비를 사용하는 시간을 명시하는 판사(Justice)의 서면지시 없이 24시간 연속하여 사용해서는 안되며, 그 서면지시는 감독자(the Chief Rehabilitation Officer)의 보호장비 사용 근거자료로 보존된다.

5. 국제준칙(국제피구금자처우준칙)⁹¹⁾

국제피구금자처우준칙 제33조는 “수감, 연쇄, 차꼬 및 구속복 등 보호장비는 결코 징벌의 수단으로 사용되어서는 안 된다. 특히 연쇄나 차꼬는 보호장비로서 사용되어서는 안 된다. 그 밖의 보호장비는 다음 각 호의 경우를 제외하고는 사용되어서는 안 된다.

a. 호송중 도피에 대한 예방책으로 사용되는 경우, 다만 사법 또는 행정당국에 출석할 때에는 보호장비를 해제하여야 한다.

b. 의료상의 이유에 의하여 의사를 지시받는 경우

c. 피구금자가 자기 또는 타인에게 침해를 가하거나 재산에 손해를 주는 것을 다른 수단으로써는 방지할 수 없어서 소장이 명령하는 경우, 이 경우 소장은 지체없이 의사와 상의하고 상급행정관청에 보고하여야 한다.”라고 규정하고 있다.

또한, 동 제34조에서는 “보호장비의 제식 및 그 사용방법은 중앙행정당국이 정하여야 한다. 이러한 보호장비는 엄격히 필요한 시간을 초과하여 사용되어서는 안된다.”라고 명시하고 있다.

제3절 현행 경찰관계법령상 보호장비

1. 개관

현행 경찰에서 범인검거와 범죄진압 등 직무수행에 사용하고 있는 장비로는 경찰관직무집행법 제10조 제4항에 근거한 경찰장비로, 경찰장비의 사용기준 등에 관한 규정 제2조에 따라 경찰장구, 무기, 분사기 및 최루탄, 기타장비로 나뉘지며 이중 교정의 보호장비와 유사한 장비는 경찰장구이다.

91) 국가인권위원회(국제인권팀), 「국제피구금자처우준칙(Making Standards Work)」, 2007, 42면

2. 경찰장구의 종류

경찰장구에는 수갑, 포승, 호송용 포승, 경찰봉, 호신용경봉, 전자충격기, 방패 및 전자방패가 있다.

3. 경찰장구의 사용요건

1) 영장집행 등에 따른 사용기준

경찰관은 체포, 구속영장을 집행하거나 신체의 자유를 제한하는 판결 또는 처분을 받은 자를 법률이 정한 절차에 따라 호송하거나 수용하기 위하여 필요한 때에는 최소한의 범위 안에서 수갑, 포승 또는 호송용 포승을 사용할 수 있다.

2) 자살방지 등을 위한 사용기준

경찰관은 범인, 주취자 또는 정신착란자의 자살 또는 자해기도를 방지하기 위하여 필요한 때에는 수갑, 포승 또는 호송용 포승을 사용할 수 있다.

3) 불법집회 등에 따른 사용기준

경찰관은 불법집회, 시위로 인하여 발생할 수 있는 타인 또는 경찰관의 생명, 신체의 위해와 재산, 공공시설의 위험을 방지하기 위하여 필요한 때에는 최소한의 범위 안에서 경찰봉 또는 호신용경봉을 사용할 수 있다.

4. 경찰장구의 사용한계

경찰장비는 통상의 용법에 따라 필요한 최소한의 범위 안에서 인명 또는 신체에 대한 위해를 최소화하여 사용한다. 특히, 14세 미만의 자 또는 임산부에 대하여 전자충격기 또는 전자방패를 사용하여서는 아니 되며, 전극침 발사장치가 있

는 전자총격기를 사용하는 경우 상대방의 얼굴을 향하여 전극침을 발사하여서는 아니 된다.

5. 경찰장구에 대한 안전교육 및 안전검사

경찰관직무집행법은 경찰장비의 사용근거를 명시하고 이에 근거한 경찰장비의 사용기준 등에 관한 규정에 경찰장구의 안전교육기준과 안전검사기준을 다음과 같이 제시하고 있다.

1) 경찰장구의 안전교육기준<표 4-4>

구분	교육내용	교육대상	교육빈도
수갑	사용요건, 사용방법	경위이하 소속 경찰관	부서발령시 1회, 연간 1회
포승 호송용포승	사용요건, 포박요령 및 해제방법	경위이하 소속 경찰관	부서발령시 1회, 운용요원은 반기 1회
경찰봉 호신용경찰봉	사용요건, 안전수칙	경위이하 소속 경찰관	부서발령시 1회, 외근/기동대 반기 1회
전자총격기	사용요건, 작동요령, 안전수칙	경위이하 소속 경찰관	부서발령시 1회, 운용요원은 반기 1회
방패 전자방패	사용요건, 사용방법, 안전수칙	경위이하 소속 경찰관	부서발령시 1회, 운용요원은 반기 1회

2) 경찰교육기관(경찰대학, 경찰종합학교 등)에서의 교육<표 4-5>

구분	교육내용	교육대상	교육빈도
수갑	사용요건, 사용방법	경정이하의 신규임용과정 교육대상자	1회 이상
경찰봉 호신용경찰봉	사용요건, 안전수칙	경정이하의 신규임용과정 교육대상자	1회 이상
방패	사용요건, 안전수칙	경정이하의 신규임용과정 교육대상자	1회 이상

3) 경찰장구의 안전검사기준<표 4-6>

구분	검사내용	검사빈도
수갑	1. 해제하는 경우 톱날의 회전이 자유로운지 여부 및 과도한 힘을 요하는지 여부 2. 물리적 손상에 의하여 모서리 등에 날카로운 부분이 있는지 여부	연간 1회
포승 호송용포승	면사, 나이론사 이외의 재질이 사용되었는지 여부	연간 1회
경찰봉 호신용경봉	1. 물리적 손상 등으로 날카로운 부분이 있는 여부 2. 호신용경봉은 찢을 때 봉의 말단이 부착되어 있는지 여부 및 접혀짐, 펴짐이 자유로운지 여부	반기 1회
전자충격기	1. 작동순간 전압 60,000볼트, 실효전류 0.05암페어, 1회 작동시간 30초를 초과하는지 여부 2. 자체결함, 기능손상, 균열 등으로 인한 누전현상 유무	반기 1회
방패	균열 등으로 모서리 기타 표면에 날카로운 부분이 있는지 여부	반기 1회
전자방패	1. 균열 등으로 모서리 기타 표면에 날카로운 부분이 있는지 여부 2. 작동순간 전압 50,000볼트, 실효전류 0.0039암페어를 초과하는지 여부 3. 자체결함, 기능손상, 균열 등으로 인한 누전현상 유무	반기 1회

제4절 현행 교정관계법령상 보호장비

1. 보호장비의 종류⁹²⁾

종전 행형법에서는 ‘계구’로 불리던 것이 개정 법률에서는 ‘보호장비’로 그 명칭이 변경되었다. 또한 인간의 존엄성을 해치기 쉬운 잔혹한 계구로서 국제규약상 사용을 금지하고 있는 사슬은 폐지되고, 머리보호장비·발목보호장비·보호대·보호의자·보호침대·보호복 등이 새롭게 도입되었다. 보호장비의 종류와 사용요건에 대해서는 형집행법 제98조, 사용절차에 대해서는 동법 시행령 제120조부터 제124조, 보호장비의 규격에 대해서는 동법 시행규칙 제170조에 규정되어 있다. 이하에서 분설한다.

92) 종전 “행형법”에서는 ‘계구’로 불리던 것이 개정 법률에서는 ‘보호장비’로 그 명칭이 변경되었다. 또한 사슬이 폐지되고, 머리보호장비·발목보호장비·보호대·보호의자·보호침대·보호복 등이 새롭게 도입되었다.

1) 수갑

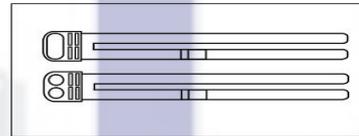
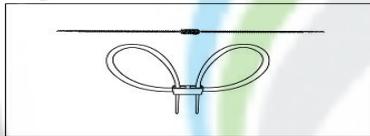
팔 또는 상체의 작용을 억제하기 위해 손목에 사용하는 보호장비를 말하며 양손수갑, 일회용수갑, 한손수갑이 있다. 이들 수갑의 규격은 규칙(이하 규칙이라 한다) 제170조 제1항에 따라 [그림 4-1], [그림 4-2], [그림 4-3]과 같다.

[그림 4-1] 양손수갑과 그 제원



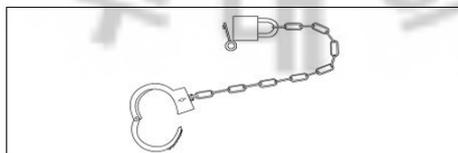
재 질	잠 금 장 치	연결고리	수갑을 채운 상태의 규격	최소사용 손목 크기
· 스테인리스스틸 · 두랄루민 · 탄소강	툽날 또는 물림홈 형태	길이 2.5cm의 고리규격 또는 경첩	최대: 20cm 이상 최소: 16cm 이상	지름: 5cm

[그림 4-2] 일회용수갑과 그 제원



재 질	형 태	잠금장치	규격
특수 플라스틱	좌우 동형 또는 상하 동형의 띠	가운데 홈으로 끝을 통과시키며 홈 안에서 조임	(50cm~88.5cm)×1.3cm×0.3cm (길이, 넓이, 두께)

[그림 4-3] 한손수갑과 그 제원

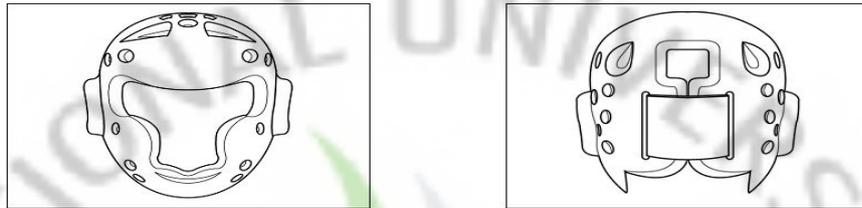


재 질	형 태	연결고리	최소사용 손목 크기	구성
· 스테인리스스틸 · 두랄루민 · 탄소강	툽날 또는 물림홈 형태	길이 80cm 미만의 고리규격	지름: 5cm	· 수갑 1쪽 · 연결고리 · 자물쇠

2) 머리보호장비

머리의 보호를 위한 헬멧형 보호장비를 말한다. 이의 규격은 규칙 제170조 제1항에 따라 [그림 4-4]와 같다.

[그림 4-4] 머리보호장비와 그 제원

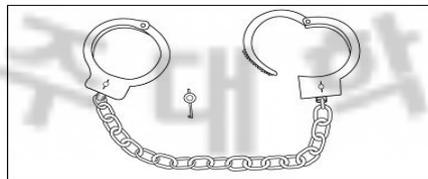


재 질	형 태	규 격	색 상	구 성
고무 또는 우레탄	헬멧	머리둘레: 55cm ~ 65cm 두께: 1.5cm	베이지 또는 파란색	· 후두부 중앙 고정장치 · 지름 1cm 미만의 환기구멍

3) 발목보호장비

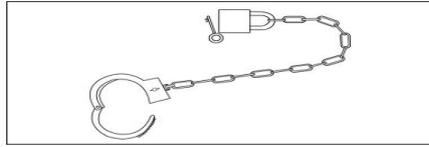
다리의 작용을 억제하기 위해 양 발목에 사용하는 보호장비를 말하며 양발목 보호장비, 한발목보호장비가 있다. 이들의 규격은 규칙 제170조 제1항에 따라 [그림 4-5], [그림 4-6]과 같다.

[그림 4-5] 양발목보호장비와 그 제원



재 질	잠금장치	연결고리	수갑을 채운 상태의 규격	최소사용 발목 크기
· 스테인리스스틸 · 두랄루민 · 탄소강	톱날 또는 물림흡 형태	길이 35cm 미만의 고리규격	최대: 59cm 이상 최소: 53cm 이상	지름: 7cm

[그림 4-6] 한발목보호장비와 그 제원



재 질	잠금장치	연결부위	최소사용 발목 크기	구 성
스테인리스스틸 또는 두랄루민	틀날 또는 물림흔 형태	길이 80cm 미만의 고리규격	지름: 7cm	· 수갑 1쪽 · 연결고리 · 자물쇠

4) 보호대

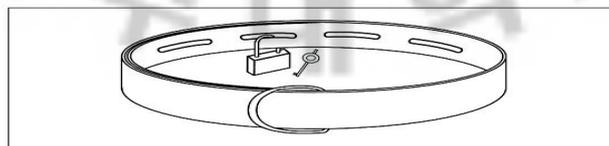
상체 또는 하체의 작용을 억제하기 위해 사용하는 폭이 좁은 띠 형태의 보호 장비를 말하며 금속보호대, 벨트보호대가 있다. 이들의 규격은 규칙 제170조 제 1항에 따라 [그림 4-7], [그림 4-8]과 같다.

[그림 4-7] 금속보호대와 그 제원



재 질	규격	구 성
스테인리스스틸	길이 150cm 미만의 고리규격	· 수갑연결용 고리 · 안전자물쇠

[그림 4-8] 벨트보호대와 그 제원

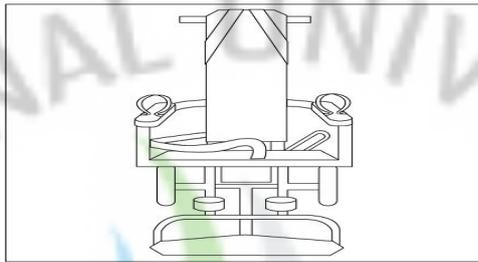


재 질	형 태	규 격	구 성
벨트: 폴리프로필렌 링: 스테인리스스틸	벨크로접착 띠	140cm×5cm	· 벨크로접착 띠가 부착된 중앙 분리형 벨트 · D형 고리 · 안전 자물쇠

5) 보호의자

앞은 자세를 유지시키는 의자형 보호장비를 말한다. 이의 규격은 규칙 제170조 제1항에 따라 [그림 4-9]와 같다.

[그림 4-9] 보호의자와 그 제원

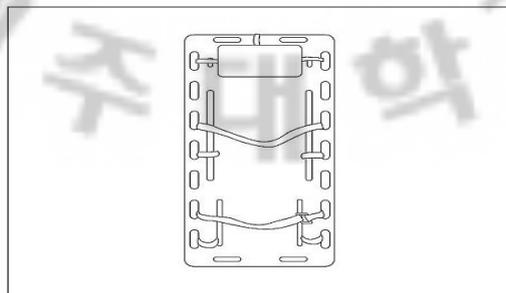


형 태	규 격	중 량	구 성
6개의 단방향조절식 잠금장치가 부착된 전신고정형 의자	70cm×117cm×112cm (넓이, 깊이, 높이)	32Kg	<ul style="list-style-type: none"> · 의자: 38cm×51cm (넓이, 깊이) · 등받이: 30cm×81cm (넓이, 높이) · 팔걸이: 9cm×43cm (넓이, 길이) · 어깨, 배, 다리, 팔 구속벨트 및 잠금장치

6) 보호침대

누운 자세를 유지시키는 침대형 보호장비를 말한다. 이의 규격은 규칙 제170조 제1항에 따라 [그림 4-10]과 같다.

[그림 4-10] 보호침대와 그 제원

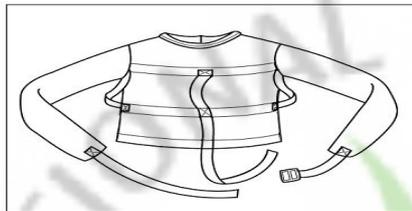


형 태	재 질	규 격	구 성
보드형	보드: 고품식 합성목재 벨트: 폴리프로필렌	81cm×190cm×5cm 가로, 세로, 두께	<ul style="list-style-type: none"> · 보드 1개 · 6점점 구속벨트 · 머리충격방지용 베개 1개

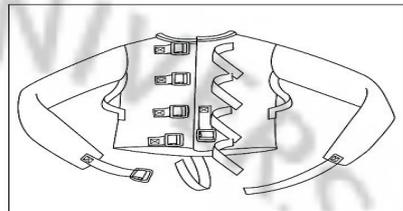
7) 보호복

상체의 작용을 억제하기 위해 사용되는 의복형 보호장비를 말한다. 이의 규격은 규칙 제170조 제1항에 따라 [그림 4-11]과 같다.

[그림 4-11] 보호복과 그 제원



앞면



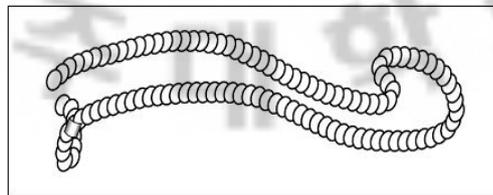
뒷면

형 태	재 질	규격(가슴둘레)	구 성
재킷형	면	대: (109~124) 중: (94~114) 소: (81~99)	<ul style="list-style-type: none"> 버클 6개: 등판 왼쪽 4개, 등판 오른쪽 아래 1개, 왼쪽 소매 끝 1개 나일론 버클 조임끈 6개 목부위 마찰방지 바이어스 처리

8) 포승

상체, 하체 또는 상·하체 전체의 작용을 억제하기 위해 사용되는 긴 끈 형태의 보호장비를 말하며 일반포승, 개인포승이 있다. 이의 규격은 규칙 제170조 제1항에 따라 [그림 4-12]와 같다.

[그림 4-12] 포승과 그 제원



종 류	재 질	길이(m)	지름(cm)
일반용	면	11	0.7
개인용	면	4	0.3

2. 보호장비의 사용요건

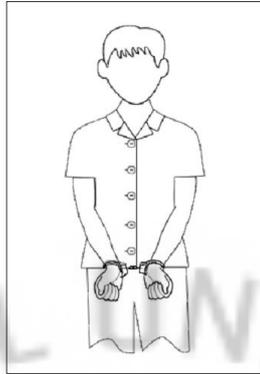
교도관은 형집행법 제97조 제1항에 따라 수용자가 다음의 어느 하나에 해당하면 보호장비를 일반적으로 사용할 수 있다. 이송·출정, 그밖에 교정시설 밖의 장소로 수용자를 호송하는 때(제1호), 도주·자살·자해 또는 다른 사람에 대한 위협의 우려가 큰 때(제2호), 위력으로 교도관 등의 정당한 직무집행을 방해하는 때(제3호), 교정시설의 설비·기구 등을 손괴하거나 그 밖에 시설의 안전 또는 질서를 해칠 우려가 큰 때(제4호)이다. 또한, 보호장비의 종류별 사용요건은 형집행법 제98조 제2항과 같다. 수갑·포승은 위 제97조 제1항 각호 어느 하나에 해당되는 때, 머리보호장비는 머리부분을 자해할 우려가 큰 때, 발목보호장비와 보호대, 보호의자는 위 제97조 제1항 제2호부터 제4호까지의 어느 하나에 해당되는 때, 보호침대·보호복은 자살·자해의 우려가 큰 때이다.

3. 보호장비의 사용방법

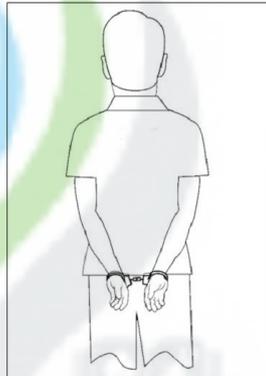
1) 수갑의 사용방법

수갑은 법률 제97조 제1항 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 [그림 4-13]의 방법으로 사용한다. 법률 제97조 제1항 제2호부터 제4호까지의 규정의 어느 하나에 해당하는 경우 [그림 4-13]의 방법으로는 사용 목적을 달성할 수 없다고 인정되면 [그림 4-14]의 방법으로 사용한다. 진료를 받거나 입원 중인 수용자에 대하여 한손수갑을 사용하는 경우에는 [그림 4-15]의 방법으로 사용한다.(규칙 제172조 제1항). [그림 4-13]과 같이 수갑을 사용하는 경우에는 [그림 4-16]과 같이 수갑보호기를 함께 사용할 수 있다(규칙 제172조 제2항). 규칙 제172조 제1항 제2호에 따라 [그림 4-14]의 방법으로 수갑을 사용하여 그 목적을 달성한 후에는 즉시 [그림 4-13]의 방법으로 전환하거나 사용을 중지하여야 한다(규칙 제172조 제3항). 수갑은 구체적 상황에 적합한 종류를 선택하여 사용할 수 있다. 다만, 일회용수갑은 일시적으로 사용하여야 하며, 사용 목적을 달성한 후에는 즉시 사용을 중지하거나 다른 보호장비로 교체하여야 한다.

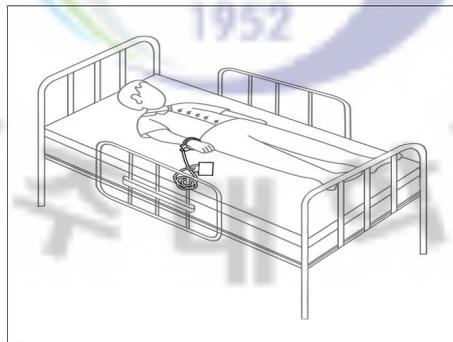
[그림 4-13] 수갑의 사용방법(앞으로 사용)



[그림 4-14] 수갑의 사용방법(뒤로 사용)



[그림 4-15] 수갑의 사용방법(한손수갑)



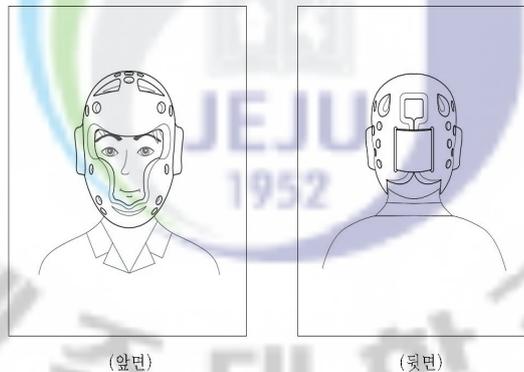
[그림 4-16] 수갑의 사용방법(수갑보호기 부가)



2) 머리보호장비의 사용방법

머리보호장비는 규칙 제173조에 따라 [그림 4-17]과 같은 방법으로 사용하며, 수용자가 머리보호장비를 임의로 해제하지 못하도록 다른 보호장비를 함께 사용할 수 있다.

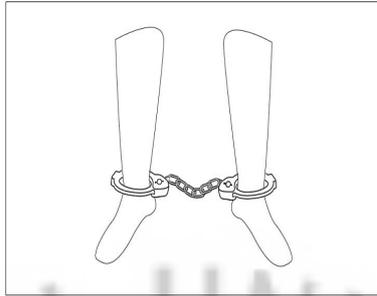
[그림 4-17] 머리보호장비의 사용방법



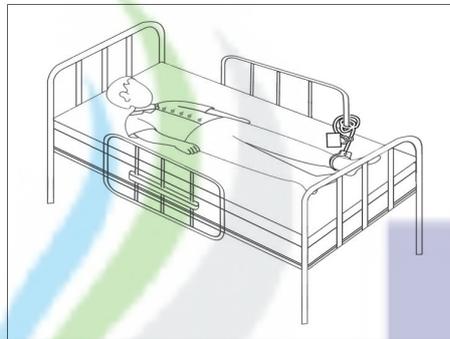
3) 발목보호장비의 사용방법

발목보호장비는 규칙 제174조에 따라 [그림 4-18]과 같은 방법으로 사용하며, 진료를 받거나 입원 중인 수용자에 대하여 한발목보호장비를 사용하는 경우에는 [그림 4-19]과 같은 방법으로 사용한다.

[그림 4-18] 양발목보호장비의 사용방법



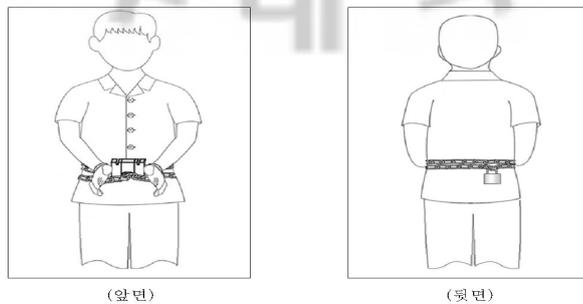
[그림 4-19] 한발목보호장비의 사용방법



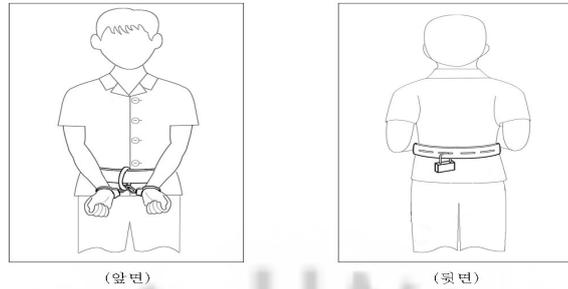
4) 보호대의 사용방법

보호대는 규칙 제175조에 따라 금속보호대는 [그림 4-20]와 같이 수갑과 수갑보호기를 보호대에 연결하여 사용하고, 벨트보호대는 [그림 3-21]과 같이 보호대에 부착된 고리에 수갑을 연결하여 사용한다.

[그림 4-20] 금속보호대의 사용방법



[그림 4-21] 벨트보호대의 사용방법



5) 보호의자의 사용방법

보호의자는 규칙 제176조에 따라 [그림 4-22]와 같은 방법으로 사용하며, 다른 보호장비로는 법 제97조 제1항 제2호부터 제4호까지의 규정의 어느 하나에 해당하는 행위를 방지하기 어려운 특별한 사정이 있는 경우에만 사용하여야 한다. 또한 보호의자는 규칙 제184조 제2항에 따라 그 사용을 일시 해제하거나 완화하는 경우를 포함하여 8시간을 초과하여 사용할 수 없으며, 해제 후 4시간이 경과하지 아니하면 다시 사용할 수 없다.

[그림 4-22] 보호의자(전신고정형)의 사용방법

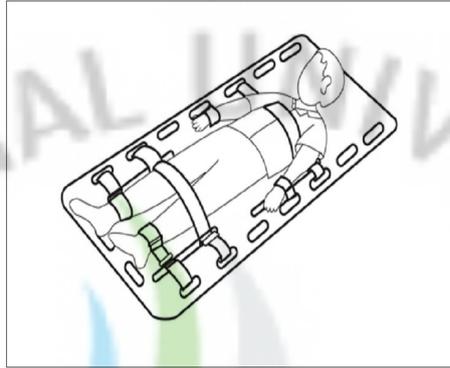


6) 보호침대의 사용방법

보호침대는 규칙 제177조에 따라 다른 보호장비로는 자살·자해를 방지하기 어려운 특별한 사정이 있는 경우에만 [그림 4-23]과 같이 사용하여야 한다. 또한

보호의자와 마찬가지로 그 사용을 일시 해제하거나 완화하는 경우를 포함하여 8 시간을 초과하여 사용할 수 없으며, 해제 후 4시간이 경과하지 아니하면 다시 사용할 수 없다.

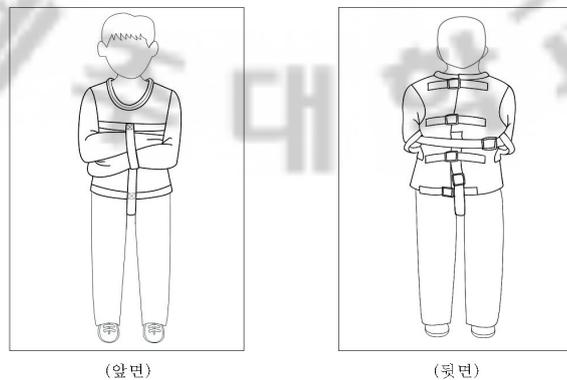
[그림 4-23] 보호침대(보드형)의 사용방법



7) 보호복의 사용방법

보호복은 규칙 제178조에 따라 [그림 4-24]와 같이 사용하여야 한다. 또한 보호의자와 마찬가지로 그 사용을 일시 해제하거나 완화하는 경우를 포함하여 8 시간을 초과하여 사용할 수 없으며, 해제 후 4시간이 경과하지 아니하면 다시 사용할 수 없다.

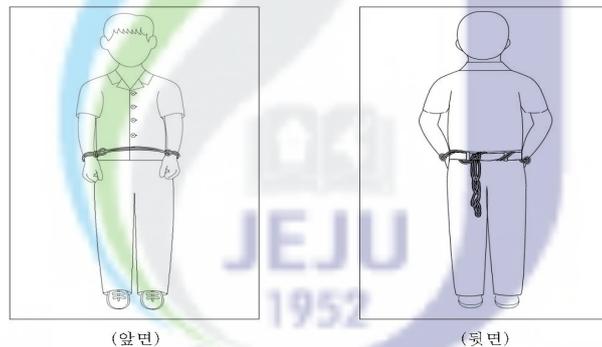
[그림 4-24] 보호복의 사용방법



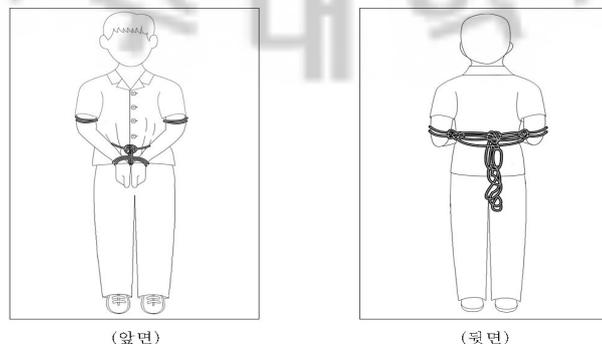
8) 포승의 사용방법

포승은 규칙 제179조에 따라 고령자·환자 등 도주의 위험성이 크지 아니하다고 판단되는 수용자를 개별 호송하는 경우에는 [그림 4-25]와 같이 사용할 수 있다. 이외 수용자를 호송하는 경우 또는 법률 제97조 제1항 제2호부터 제4호까지의 규정의 어느 하나에 해당하는 경우에는 [그림 4-26]와 같이 사용한다. 법률 제97조 제1항 제2호부터 제4호까지의 규정의 어느 하나에 해당하는 경우 [그림 4-26]의 방법으로는 사용목적을 달성할 수 없다고 인정되면 [그림 3-27]의 방법으로 한다. 이 경우 2개의 포승을 연결하여 사용할 수 있다. 포승을 상체승으로 사용하여 2명 이상의 수용자를 호송하는 경우에는 수용자 간에 포승을 연결하여 사용할 수 있다. 한편, 개인포승은 일시적으로 사용하여야 하며, 계속하여 사용할 필요가 있는 경우에는 일반포승으로 교체하여야 한다.

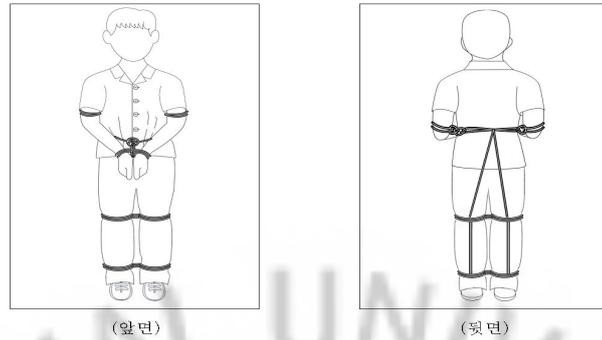
[그림 4-25] 포승(간이승)의 사용방법



[그림 4-26] 포승(상체승)의 사용방법



[그림 4-27] 포승(하체승)의 사용방법



4. 보호장비의 사용에 따른 통제절차

보호장비를 사용하는 경우에는 수용자의 나이·건강상태 및 수용생활 태도 등을 고려하여야 하며(법률 제97조 제2항), 교도관이 교정시설의 안에서 수용자에 대하여 보호장비를 사용한 경우 의무관은 그 수용자의 건강상태를 수시로 확인하여야 한다(동조 제3항). 교도관은 소장의 명령 없이 수용자에게 보호장비를 사용하여서는 아니 되며, 다만 소장의 명령을 받을 시간적 여유가 없는 경우에는 사용 후 소장에게 즉시 보고하여야 한다(시행령 제120조). 보호장비를 사용하는 경우에는 수용자에게 그 사유를 알려주어야 하며(시행령 제122조), 보호장비를 착용중인 수용자는 특별한 사정이 없으면 계호상 독거수용한다(시행령 제123조). 교도관은 보호장비 규격에 맞지 아니한 보호장비를 수용자에게 사용해서는 아니 되며(규칙 제170조 제2항), 소장은 보호장비 사용을 명령하거나 승인하는 경우에는 보호장비의 종류 및 사용방법을 구체적으로 지정하여야 하며, 이 규칙에서 정하지 아니한 방법으로 보호장비를 사용하게 해서는 아니 된다(규칙 제171조). 하나의 보호장비로 사용목적은 달성할 수 없는 경우에는 둘 이상의 보호장비를 사용할 수 있으며, 다만 보호의자를 사용하는 경우와 보호침대를 사용하는 경우에는 다른 보호장비와 같이 사용할 수 없다(규칙 제180조). 교도관은 보호장비를 사용하는 경우에는 보호장비 사용심사부에 기록하여야 한다. 다만 이송·출정, 그 밖에 교정시설 밖의 장소로 수용자를 호송하는 때에 보호장비를 사용하거나 중경비시설 안에서 수용자의 동행계호를 위하여 양손수갑을 사용하는 경우에는 호송계획서나 수용기록부의 내용 등으로 그 기록을 갈음할 수 있다(규칙 제181조).

의무관은 보호장비 착용 수용자의 건강상태를 확인한 결과 특이사항을 발견한 경우에는 보호장비 사용심사부에 기록하여야 하며(규칙 제182조), 소장은 보호장비를 착용 중인 수용자에 대하여 보호장비 사용심사부 및 보호장비 착용자 관찰부 등의 기록과 관계직원의 의견 등을 토대로 보호장비의 계속 사용 여부를 매일 심사하여야 한다(규칙 제183조 제1항) 교도관은 보호장비 사용사유가 소멸한 경우에는 소장의 허가를 받아 지체없이 사용중인 보호장비를 해제하여야 한다. 다만 교도관이 소장의 허가를 받을 시간적 여유가 없을 때에는 보호장비를 해제한 후 지체 없이 소장의 승인을 받아야 하며(규칙 제184조 제1항), 보호장비 착용 수용자의 목욕, 식사, 용변, 치료 등을 위하여 필요한 경우에는 보호장비 사용을 일시 해제하거나 완화할 수 있다.(동조 제2항) 소장은 보호의자, 보호침대, 보호복을 사용하거나 포승을 하체승의 방법으로 사용하게 하는 경우에는 교도관으로 하여금 수시로 해당 수용자의 상태를 확인하고 매 시간마다 보호장비 착용자 관찰부에 기록하게 하여야 한다.(규칙 제185조) 의무관은 수용자에게 보호장비를 계속 사용하는 것이 건강상 부적당하다고 인정하는 경우에는 소장에게 즉시 보고하여야 하며, 이 경우 소장은 특별한 사유가 없으면 보호장비 사용을 즉시 중지하여야 하고(시행령 제121조 제1항), 의무관이 출장, 휴가, 그 밖의 부득이한 사유로 보호장비를 사용한 수용자의 건강상태를 수시로 확인하는 직무를 수행할 수 없을 때에는 그 교정시설에 근무하는 의료관계 직원에게 그 직무를 대행하게 할 수 있다(동조 제2항). 소장은 의무관 또는 의료관계 직원으로부터 보호장비의 사용 중지 의견을 보고받았음에도 불구하고 해당 수용자에 대하여 보호장비를 계속하여 사용할 필요가 있는 경우에는 의무관 또는 의료관계 직원에게 건강유지에 필요한 조치를 취할 것을 명하고 보호장비를 사용할 수 있다. 이 경우 소장은 보호장비 사용심사부에 보호장비를 계속 사용할 필요가 있다고 판단되는 근거를 기록하여야 한다.(규칙 제183조 제2항)

5. 보호장비의 사용감독

소장은 보호장비의 사용을 명령한 경우에는 수시로 그 사용실태를 확인, 점검하여야 하며(시행령 제124조 제1항), 지방교정청장은 소속 교정시설의 보호장비 사용실태를 정기적으로 점검하여야 한다(동조 제2항)

제5절 비교검토 및 시사점

1. 보호장비 종류 측면

종전 행형법에서는 4종(수갑, 포승, 사슬, 안면보호구)으로 제한되었던 보호장비가 개정 형집행법에서는 사슬이 폐지되고 시대에 맞는 머리보호장비·발목보호장비·보호대·보호의자·보호침대·보호복 등 6종이 새롭게 도입 또는 개선되어 총 8종으로 다양화됨으로써 각종 실무상황에 적절히 대처할 수 있게 되어 선진외국이나 경찰에 비교하여 부족한 점이 없어 보인다.

[그림 4-28] 무릎고정용 보호장비(leg-Brace)⁹³⁾



무릎고정용 보호장비
(Leg-Brace)

[그림 4-29] 발목고정용 보호장비(leg-weight)⁹⁴⁾



발목고정용 보호장비
(Leg-Weight)

착용모습

93) 법무부, 「교정관련 외국자료(징벌, 계구, 교정시설)」, 2003, 130면

94) 법무부, 앞의 책, 131면

다만, 미국 텍사스주에서 호송 및 이동용 보호장비로 활용하고 있는 [그림 4-28] 무릎고정용 튜브(Leg-Tubes)와 [그림 4-29] 발목고정용 꺾쇠(Leg-braces)는 외부병원 등에서의 도주방지를 위해 도입, 활용을 신중히 검토할 필요성이 있어 보인다.

2. 보호장비 사용요건 측면

현재 형집행법 제97조 제1항에 따라 교도관은 수용자가 다음의 어느 하나에 해당하면 보호장비를 일반적으로 사용할 수 있다. 이송·출정, 그밖에 교정시설 밖의 장소로 수용자를 호송하는 때(제1호), 도주·자살·자해 또는 다른 사람에 대한 위협의 우려가 큰 때(제2호), 위력으로 교도관 등의 정당한 직무집행을 방해하는 때(제3호), 교정시설의 설비·기구 등을 손괴하거나 그 밖에 시설의 안전 또는 질서를 해칠 우려가 큰 때(제4호)이다. 제1호를 제외하고는 수용자의 이상 행동에 사용요건이 집중되어 있다. 그러나 수용자의 이상행동을 유발케 하는 정신적인 면이 사용요건에 반영되어 있지 않다. 싱가포르나 영국, 그리고 미국 텍사스주의 경우 정신질환에 따른 의료적인 이유로 필요한 때 보호장비를 사용할 수 있도록 법제화한 경우에 대해서는 긍정적인 입법연구의 필요성이 있다.

3. 보호장비 사용한계 측면

일본의 경우 보호실 수용만으로는 도주, 폭행 또는 자살을 배제할 수 없다고 인정되는 경우에 한해 보호실에 수용되어 있는 수용자에 대해 보호장비를 사용하고 있다는데 주목된다. 우리나라도 보호장비 사용에 앞서 보호실과 진정실의 적절한 활용을 먼저 고려하는 실무적 접근 태도가 요망된다.

4. 보호장비 사용에 따른 통제절차 측면

교도관은 보호장비를 사용하는 경우에 보호장비 사용심사부에 기록하여야 하며, 소장은 보호장비를 착용 중인 수용자에 대하여 보호장비 사용심사부 및 보호

장비 착용자 관찰부 등의 기록과 관계직원의 의견 등을 토대로 보호장비의 계속 사용 여부를 매일 심사하여야 한다고 규정하고 있다. 그러나 외국의 경우를 살펴 보면 우리나라의 경우보다는 훨씬 엄격하다는 것을 알 수 있다.

미국의 경우 보호장비를 8시간을 초과할 때에는 소장이 지방교정청장이나 담당근무자에게 전화하여 승인을 받아야 하며 매 8시간마다 계속 사용여부를 보고하게 하고 있으며, 영국에서는 보호장비를 사용하게 되면 지체없이 방문위원회위원 등에 보고하여야 하며, 내무장관 소속 직원의 서면으로 된 지시 없이 24시간 이상 보호장비를 사용할 수 없도록 규정하여 철저히 사후 통제를 하고 있다. 나아가 싱가포르에서는 사슬 등 중(重)보호장비를 사용하는 시간을 명시하는 순회판사의 서면지시 없이 24시간 연속하여 사용할 수 없도록 하고 있다. 특히, 캐나다의 경우 자살 또는 자해의 우려가 있는 수용자에게 4시간 이상의 보호장비 사용이 필요한 경우 의무직원은 보호장비 해제 시까지 매 2시간마다 수용자를 방문하여야 하며, 보호장비 사용이 8시간 이상 지속될 경우 복합징벌조치팀은 보호장비 사용을 재검토하기 위하여 수용자를 만나야하며 의료시설로의 이송이 필요한지 결정해야 한다.

우리나라의 경우에도 보호장비 사용에 따른 사후통제를 주야간 교대전후 소속 의무직원의 의견을 들어 계속 사용여부를 심사하는 등 강화가 필요(매일 2회)하며, 보호장비 사용자의 특이동정을 수시로 기록함으로써 심사의 정확도를 높이는 등 정당성 확보방안을 시스템화 할 수 있는 보완이 요망된다.

5. 소결

형집행법 개정에 따라 우리나라의 보호장비제도는 교정선진외국과 비교하여도 손색이 없다. 다만, 보호장비 사용의 사후통제방법에 대한 강화의 필요성은 있어 보이며, 현행 보호장비 사용의 적정방안에 대해서는 장을 바꿔 논하기로 한다.

제6절 판례로 통해 본 보호장비 사용의 한계

1. 대법원 판결

1) 교도소 내 질서유지를 위한 계구사용의 요건과 한계 I⁹⁵⁾

(1) 사건개요

원고는 1993. 7. 22. 전투경찰대설치법위반죄로 구속되어 ○○지방법원에서 징역 1년 6월을 선고받고 항소하여 ○○○교도소에 수감되어 있던 중, 1994. 1. 19. 13:45경 인사를 공손히 하지 아니한다는 이유로 교도소장으로부터 훈계를 받자 그에게 욕설과 폭언을 하고 이어 출입문을 발로 2, 3회 걷어차는 등 소란을 피운 사실, 교도소 직원이 같은 날 14:00경 원고를 불러내어 이러한 소란행위를 조사하기 위하여 수갑을 채우려 하자 원고는 이를 거부하며 먹살을 잡고 시비하는 등 소란을 피우다가 결국 교도관들에 의하여 수갑이 채워지고 포승으로 묶인 채 독거실에 수용되기에 이르렀고, 이러한 과정에서 끌려 나가면서 휴게실 출입문을 발로 차 손괴한 사실, 원고는 독거실에 수용된 후에도 계속하여 수갑이 채워지고 양 손목과 양팔 및 상체가 포승으로 묶인 상태로 지내오다가 같은 달 22일 개최된 징벌위원회에서 소란행위 및 시설물 손괴를 이유로 금치 1월의 징벌처분을 받고 종전과 같이 수갑이 채워지고 포승으로 묶인 상태로 독거실에 수용되었으며, 독거실에 수용된 같은 달 19일부터 징벌처분을 받은 같은 달 22일까지 교도소장과의 면담을 요청하면서 단식을 계속하여 온 사실, 교도소 측은 원고에게 수갑을 채우고 포승으로 묶은 지 9일이 지난 같은 달 27일 수갑과 포승을 풀어 주었다. 그 후 원고는 과잉 보호장비 사용에 대하여 소송을 제기하였으며, 제1심 원고 기각, 제2심 원고 일부승소 판결, 제3심 피고의 상고기각, 원심판결이 확정된 사건이다.

95) 대법원 1998. 1. 20. 선고 96다18922 판결

(2) 판결요지

교도소장이 교도관의 먹살을 잡는 등 소란행위를 하고 있는 원고에 대하여 수갑과 포승 등 보호장비를 사용한 조치는 적법하나, 원고가 소란행위를 종료하고 독거실에 수용된 이후 별다른 소란행위 없이 단식하고 있는 상태에서는 원고에 대하여 더 이상 보호장비를 사용할 필요는 없는 것이고, 그럼에도 불구하고 원고에 대하여 9일 동안이나 계속하여 보호장비를 사용한 것은 위법한 행위라는 이유로 피고는 원고에 대한 손해배상의무가 있다.

(3) 평가분석

이 사건은 보호장비의 사용은 사용 목적과 필요성, 그 사용으로 인한 기본권의 침해 정도, 목적 달성을 위한 다른 방법의 유무 등 제반 사정에 비추어 상당한 이유가 있는 경우에 한하여 그 목적 달성에 필요한 최소한의 범위 내에서만 허용된다는 과잉금지의 원칙을 심사기준으로 제시한 보호장비 관련 리딩케이스로 의의가 있다.

2) 교도소 내 질서유지를 위한 계구사용의 요건과 한계⁹⁶⁾

(1) 사건개요

망인은 1990년부터 1991년까지 사이에 절도죄 등의 범죄 전력이 수차례 있는 자로서, 강도상해죄의 혐의로 1994. 3. 4. 구속되어 ○○○구치소에 수감되었다가 1994. 6. 9. 제1심법원에서 징역 장기 3년, 단기 2년을 선고받고 항소함으로써 1994. 6. 15. ○○○교도소로 이감되었으며, 망인은 당시 선천성심장판막증 수술 등으로 인하여 건강이 허약함을 호소하여 의무병동에서 치료를 받은 후 1994. 6. 20. 소년수용자 수용거실에 수용되었다. 망인은 1994. 7. 9. 7:00경 같은 방에 함께 수용되어 있던 다른 수용자가 자신을 별명인 '감자'라고 부르자,

96) 대법원 1998. 11. 27. 선고 98다17374 판결

이를 참지 못하고 서로 엉겨 붙어 몸싸움을 하던 중 적발되어 교위 ○○○으로부터 그 싸움의 경위 등을 조사받은 다음 서로 화해할 것을 종용받았으나 이를 거절하였다. 이에 ○○○은 같은 날 17:30경 망인과 다른 수용자를 각자 양손목에 수갑을 채우고 포승으로 양손목과 어깨를 묶은 다음, 독거실인 1사 하층 6실과 18실에 격리수용하였다. 위 독거실은 넓이가 0.78평가량으로 쇠창살로 된 환기창이 설치되어 있으며, ○○○교도소의 1사 하층에는 이와 같은 독방이 1실부터 차례로 33실까지 33개가 있다. ○○○교도소 교도 ○○○은 그 다음날인 1994. 7. 20. 21:00경 위 독거실을 시찰하다가 망인이 수갑과 포승을 풀고 출입문 안쪽에 치약으로 "엄마 아빠 죄송합니다. 속만 썩혀드리다가 먼저 갑니다. 엄마 아빠 사랑해요. 사랑하는 동생들아. 너희들을 사랑한다."는 내용의 유서를 남기고, 양동이 위에 올라가 몸에서 풀 포승을 환기창의 쇠창살에 묶어 목을 맨 것을 발견하고, 그를 즉시 의무과로 옮겨 인공호흡을 시키고 인근 병원으로 후송하였으나, 그는 같은 날 21:45경 경부압박으로 인한 질식으로 사망하였다.

(2) 판결요지

망인은 단지 같은 방에 수감되어 있던 다른 수용자와 몸싸움을 하는 것이 적발되어 교도관으로부터 화해할 것을 종용받고도 이를 거절하였을 뿐이라는 것이고, 기록을 살펴봐도 망인은 그 당시 폭행, 소요 또는 자살이나 자해를 행하려고 시도한 바 없을 뿐 아니라, 장차 그들을 격리수용할 경우 망인이 위와 같은 행동을 감행할 염려가 있다고 볼 만한 정황을 찾아볼 수도 없는 바, 사정이 그와 같다면, 설사 망인이 다른 수용자와 재차 싸움을 벌일 염려가 있고 규율 위반으로 장차 징벌에 처할 필요가 있었다고 하더라도, 이러한 목적을 달성하기 위해서는 그들을 서로 격리수용하거나 독거수용하는 것만으로 족하고, 소년수용자인 망인에 대하여 반드시 보호장비를 사용하였어야 할 필요성이 있었다고 보기 어렵다고 할 것이다. 그럼에도 불구하고 교도관이 망인을 포승으로 묶고 수갑을 채운 상태로 독거수용하였을 뿐 아니라, 그 이후 망인 별다른 소란행위 없이 싸운 경위의 조사에 응하고 식사를 하는 등의 상태에서는 더 이상 보호장비를 사용할 필요가 없다고 할 것임에도 그가 자살한 상태로 발견되기까지 무려 27시간 동안

이나 계속하여 보호장비를 사용한 것은 그 목적 달성에 필요한 한도를 넘은 것으로서 위법한 조치라고 하지 않을 수 없다.

(3) 평가분석

이상의 대법원 판례를 종합하여 보면 보호장비의 사용은 사용목적과 필요성, 그 사용으로 인한 기본권의 침해 정도, 목적 달성을 위한 다른 방법의 유무 등 제반 사정에 비추어 상당한 이유가 있는 경우에 한하여 그 목적 달성에 필요한 최소한의 범위 내에서만 허용된다는 사법부의 일관된 주장을 확인할 수 있는데 이러한 판결의 태도가 보호장비 사용의 한계라고 하겠다.

2. 헌법재판소 결정

1) 장기간 보호장비 사용으로 신체의 자유 등 기본권 침해를 인정한 사례⁹⁷⁾

(1) 사건개요

청구인은 1999. 11. 5. 향정신성의약품관리법 위반혐의로 구속되어 ○○교도소에 수용되었고 특정범죄가중처벌등에관한법률위반(강도)죄 등으로 추가 기소되어 2000. 2. 24. ○○지방법원 법정에서 재판을 받던 중 공범 2명과 합동하여 미리 준비한 흉기로 법정계호 근무중인 교도관을 찌르고 도주하였다가 같은 해 3. 7. 체포되어 위 교도소에 재수용된 후 금치2월의 징벌을 부과 받고 징벌실에 수용되었는데, 재수용된 직후 금속수갑 2개가 채워졌으며 징벌이 종료된 후에도 해제되지 않았고 ○○교도소로 이송되는 2001. 4. 2. 까지 계속하여 위 보호장비들을 착용하였다. 위 보호장비는 이송된 ○○교도소에서 같은 해 6. 18. 해제되었다. 이에 청구인은 보호장비를 착용하고 있던 중인 2001. 3. 7. 위와 같은 「보호장비 사용행위에 의하여 헌법상 보장된 청구인의 인간의 존엄과 가치 및 신체의 자유 등 기본권을 침해당했다고 주장」 하면서 피청구인 ○○교도소장의

97) 헌법재판소 2003. 12. 18. 선고 2001헌마163 결정

위 보호장비 사용행위와 그 당시 근거규정인 ‘계구의제식과사용절차에대관한규칙(형집행법시행규칙으로 개정전) 제2조제1항제2호 및 제5조제2항제2호’에 대한 위헌확인을 구하는 이 사건 헌법소원심판을 청구하였고, 같은 해 10. 30. 헌법소원심판청구 보호장비 사용행위에 대한 위헌확인을 구하였다.

(2) 결정요지

① 보호장비 사용 목적의 정당성

수용시설의 안전과 구금생활의 질서가 유지되지 않으면 수용목적은 제대로 달성할 수 없거나 수용자들과 직원들의 생명과 신체가 위태롭게 되므로 피청구인의 수용시설의 안전과 질서유지를 책임지는 교도소의 소장으로서 청구인의 도주 및 자살, 자해 등을 막기 위하여 수갑 등의 보호장비를 사용한 목적은 정당하다.

② 보호장비 사용 수단의 형식적 정당성(한계)

모든 조직적, 집단적 생활은 일정한 질서와 규율을 필요로 하며 특히 미결수용자나 수형자의 경우 공동생활이 자발적 의사가 아닌 공권력의 강제명령에 의하여 이루어진 것이므로 시설의 안전과 구금생활의 질서를 유지하기 위하여 일정한 강제조치가 불가피한 경우가 발생할 수 있다. 이에 따라 행형법(형집행법으로 개정전)은 필요한 경우 보호장비를 사용(제14조)하거나 강제력을 행사(제14조의 2)할 수 있도록 하고 있고 나아가 무기의 사용(제15조)까지 허용하고 있다. 현재 사용되는 보호장비에는 포승, 수갑, 사슬, 안면보호구가 있으며(형집행법으로 개정전 행형법 제14조제2항) 행형법시행령(형집행법시행령으로 개정전)과 계구의 제식과사용절차에관한규칙(형집행법시행규칙으로 개정전)은 그 사용의 요건과 절차에 대하여 자세히 규정하여 그 형식적 요건에 대한 정당성의 근거를 제시하고 있다.

③ 보호장비 사용 수단의 실질적 정당성(한계)

보호장비는 수용자에 대한 직접강제로 작용하므로 이것이 사용되면 수용자는 팔, 다리 등 신체의 움직임에 큰 지장을 받게 되고 육체적, 정신적 건강을 해칠 가능성이 높다. 따라서 보호장비의 사용은 무엇보다 수용자들의 육체적, 정신적 건강상태가 유지되는 범위 내에서 이루어져야 하고 시설의 안전과 구금생활의 질서에 대한 구체적이고 분명한 위협이 임박한 상황에서 이를 제거하기 위하여 제한적으로 필요한 만큼만 이루어져야 한다. 그 경우에도 가능한 한 인간으로서의 기본적인 품위를 유지할 수 있도록 하여야 함은 물론이다. 결국 보호장비는 원칙적으로 공동생활의 질서와 안전을 유지하기 위하여 불가피한 경우 일시적으로 사용되어야 하고 명백한 필요성이 계속하여 존재하지 않는 경우에는 이를 즉시 해제하여야 하는 것이다.

④ 과잉금지 원칙에 따른 위헌 여부 검토

헌법은 제10조에서 모든 국민은 인간으로서의 존엄과 가치를 가지고 있다고 규정하고 정신적 자유와 더불어 이를 구현하기 위한 가장 기본적인 자유로서 제12조제1항에서 신체의 자유를 보장하고 있다. 이와 같은 신체의 자유는 모든 기본권 보장의 전제가 되는 것으로서 신체활동을 자율적으로 할 수 있는 신체거동의 자유와 함께 신체의 안전성이 외부로부터의 물리적인 힘이나 정신적인 위협으로부터 침해당하지 아니할 자유를 포함한다. 이와 같이 신체의 자유는 헌법상 모든 기본권 보장의 종국적 목적이자 기본이념이라 할 수 있는 인간의 존엄과 가치에 밀접하게 관련되어 있으므로 그 침해 여부는 헌법 제37조제2항에 따라 엄격하게 심사되어야 한다. 따라서 수용시설내의 안전과 질서를 유지하기 위하여 일부 제한이 불가피하다 하더라도, 그 본질적인 내용을 침해하거나 목적의 정당성, 방법의 적정성, 피해의 최소성 및 법익의 균형성 등을 의미하는 과잉금지 원칙에 위배되어서는 아니 되는 것이다.

㉠ 적합성의 원칙

적합성의 원칙은 목적실현을 위한 수단이 적합하여야 한다는 것이다. 피청구인은 청구인이 법정에서 재판을 받던 중 교도소 내에서 제작한 흉기로 계호근무중인 교도관을 찌르고 도주한 후 체포된 자로서 또 다시 도주를 기도할 가능성이 상당히 높고 수용되었을 당시 체포와 채수용에 따른 심한 정신적 불안과 갈등에 의하여 자살, 자해 등의 우려가 있다고 판단하여 수갑 등의 보호장비를 사용하였다. 따라서 이 사건 보호장비 사용행위는 청구인의 도주기도 및 심리적 불안에 의한 자살, 자해를 방지하기 위한 것으로 볼 수 있다. 수용시설의 안전과 구금생활의 질서가 유지되지 않으면 수용목적은 제대로 달성할 수 없거나 수용자들과 직원들의 생명과 신체가 위태롭게 되므로 피청구인이 수용시설의 안전과 질서유지를 책임지는 교도소의 소장으로서 청구인의 도주 및 자살, 자해 등을 막기 위하여 수갑 등의 보호장비를 사용한 목적은 정당하다. 금속수갑은 튼날 또는 물림 홈 형태의 잠금장치로서 이를 손목에 사용하면 양팔이 서로 고정되게 되고 가죽수갑의 경우 허리띠와 손목걸이를 이용하여 양팔을 허리에 고정시킴으로써 착용자의 운동범위는 극히 제한되게 된다. 이들 보호장비가 채워진 상태에서는 무기를 제작하는 등 도주를 시도하기 어렵고 도구 등을 사용하여 자살, 자해를 하기도 쉽지 않게 된다. 따라서 이 사건 보호장비 사용행위는 청구인의 도주 및 자살, 자해 등을 막기 위한 적합한 수단인 것으로 생각된다.

㉡ 필요성의 원칙

필요성의 원칙은 피해의 최소성을 갖춘 수단이어야 한다는 것이다. 청구인에게 금속수갑 및 가죽수갑을 사용한 행위 자체가 정당한 목적을 위한 적합한 수단이었다 하더라도 그 사용기간과 청구인이 입은 피해의 정도에 비추어 보면 이 사건 보호장비 사용행위가 정당화되기는 어렵다. 우선 이 사건 보호장비 사용행위로 인하여 청구인이 입은 피해가 너무나 크다. 이 사건 보호장비 사용행위는 1년이 넘는 기간 동안 계속되었다. 이러한 장기의 기간 동안 허리에 가죽벨트를 두르고 양팔을 여기에 완전히 고정된 상태에서 지내게 되면 어깨와 양팔 그리고

허리부분의 건강에 심각한 해를 입을 수 있다. 게다가 도주 후 체포되어 ○○교도소에 수용될 당시 청구인은 허리디스크와 발가락 골절상에 의하여 정상적인 건강상태가 아니었고 오히려 적절한 치료와 처치가 필요한 상황이었다. 그럼에도 불구하고 청구인은 많아야 하루 1, 2시간 정도의 목욕, 집필 등에 필요한 시간을 제외하고 줄곧 보호장비를 착용하고 있음으로써 취침이나 식사 등 일상생활을 정상적으로 수행할 수 없었고 이러한 상태가 장기간 지속됨으로써 건강의 회복에 어려움이 있을 뿐 아니라 오히려 신체적, 정신적으로 건강에 해를 입었을 가능성이 높다. 건강상의 피해뿐 아니라 청구인은 이 사건 보호장비 사용행위로 인하여 인간으로서 최소한의 품위유지조차 어려운 생활을 장기간 강요당했다. 가족수갑 등으로 양팔이 허리에 고정된 상태에서는 편안한 자세로 취침을 하기가 어렵고 정상적인 방법에 의한 식사나 용변처리를 할 수 없을 것임은 쉽게 짐작할 수 있다. 이와 같이 보호장비 때문에 인간으로서 가장 기본적인 생리현상을 정상적으로 처리할 수 없거나 다른 사람의 도움이 없이는 해결할 수 없다면 이는 인간으로서의 기본적인 품위유지가 불가능한 상황으로 볼 수 있으며 그로 인하여 청구인은 막대한 정신적, 물리적 피해를 입었다고 할 수 있다.

㉔ 비례성의 원칙

비례성의 원칙은 이익의 비교형량이 상당하여야 한다는 것이다. 이 사건 보호장비 사용행위로 인하여 보호되는 공익은 제한적으로 인정될 뿐이며, 청구인의 기본권을 덜 제한하는 다른 방법이 없었던 것도 아니다. 도주의 위험성이 높은 상황, 타인에 대한 가해, 자살이나 자해 등의 가능성이 높아 생명이나 신체와 같은 중대한 법익에 대한 위협이 있는 긴급한 상황에서는 신체의 자유를 구속함으로써 건강에 다소 해가 되거나 기본적인 인간으로서의 품위유지가 어렵게 된다고 하더라도 보호장비와 같은 물리적인 강제력을 동원하여 그러한 위협을 막아야 할 필요성이 인정될 수 있다. 예를 들어, 호송중인 경우가 그렇다. 그러나 이와 같은 강제력의 행사는 위와 같은 위협이 임박한 상황에서 극히 제한적으로, 그리고 필요한 만큼만 이루어져야 하는 것이다. 기록(동태상황부)에 의하면 처음에 청구인에게 이중금속수갑 및 가족수갑을 착용시킨 이유는 "도주 후 체포수용으

로 인한 심적불안으로 도주, 자살, 자해 등 교정사고의 우려가 현저한 자로 판단 "되기 때문이라는 것이었고, 그 후로도 중형선고로 인한 심적 동요로 도주 및 자살의 우려가 있다거나, 애인과의 연락이 두절되고 중형선고, 공범간의 진술 불일치로 불안한 상태이므로 보호장비를 계속 사용한다고 하였는데, 비록 청구인이 도주의 경력이 있고 중형선고가 예상되거나 선고받았으며, 심한 정신적 불안과 갈등으로 인하여 자살, 자해의 위험이 있다 하더라도 그러한 전력과 성향이 1년 이상의 교도소 수용기간동안 상시적으로 양팔을 몸통에 완전히 고정시켜둘 정도의 보호장비 사용을 정당화 할 만큼 분명하고 구체적인 사유가 된다고 할 수가 없다. 보호장비는 구체적 필요가 있을 때 필요한 정도로만 사용하여야 하며 이는 도주의 전력이 있거나 폭력적 성향이 있는 자라 하더라도 마찬가지이다. 더구나 호송중인 자가 아니라 교도소에 수용중인 자에 대해 몸을 제대로 움직일 수 없게 하는 정도의 보호장비를 장시간 사용하기 위해서는 전력이나 성향, '중형선고로 인한 불안정'이라는 막연한 이유보다는 예컨대 현재 도주의 가능성이 있다거나 난동을 제어할 수 없다든지 하는 보다 더 구체적이고 분명한 사유가 필요하다. 나아가 교도소에 수용중이지만 성향이나 태도로 볼 때 도주, 자살, 자해 등의 위험이 항상 현저히 높다고 하더라도, 그와 같은 경우에는 보호장비를 계속 착용시켜 몸을 움직일 수 없게 하는 방법으로 그 위험을 예방할 것이 아니라 수용시설을 보완하고 감시를 강화하여야 할 것이다.

그럼에도 불구하고 보호장비 사용 사유에 관한 위 기록이 매일 수시로 작성된 것이 아니라 수일에 한번 또는 수개월에 한번 간헐적으로 작성, 보관된 것으로 볼 때 피청구인들은 처음 보호장비를 사용하기 시작한 후에는 보호장비의 계속적인 사용을 위하여 적극적인 사유의 확인이 필요하다고 보기보다는 별 다른 상황변동이 없으면 처음의 상태를 유지해도 좋다고 판단한 것으로 보인다. 이는 원칙과 예외가 바뀐 것으로서 그 때 그 때 보호장비를 사용할 사유가 적극적으로 인정되지 않는 한 보호장비를 사용하지 않는 것이 원칙이 되었어야 한다. 한 걸음 더 양보하여 가령 청구인이 교도소에 수용되어 있는 동안 도주나 자살, 자해의 위험이 항상 매우 높았고 단기간 내에 수용시설을 보완하거나 감시를 강화하는 것이 현실적으로 불가능하였다고 하더라도 적어도 기본적인 생리현상을 해결할 수 있도록 일시적으로 보호장비를 해제하거나 그 사용을 완화하는 조치가 불

가능하였다고 볼 수는 없다. 특히 청구인은 징벌기간동안은 잠금장치가 되어 있는 이중 출입문으로 봉쇄되어있는 특별 독거실에 수용되어 있었고 허리 디스크와 우측5족지말단부골절상으로 거동이 불편한 상황이었는데 이러한 상태에서 위와 같은 전력과 성향에 관한 사유 외에는 별다른 사유가 없이 보호장비를 항상 사용할 필요가 있었다고 보기는 어렵다. 결국 청구인이 도주전력이 있고 중형선고 등으로 심리적으로 불안정하다는 이유만으로 교도소 수용거실에 수용중인 기간동안 1년이 넘는 장기간에 걸쳐 상시적으로 양팔을 사용할 수 없는 정도의 위 보호장비를 착용하게 한 것은 위 위험방지와 공익보호를 위해 필요한 정도를 훨씬 넘은 과도한 조치였다고 본다.

⑤ 소결

이 사건 보호장비 사용행위는 기본권 제한을 최소화하면서도 도주, 자살 또는 자해의 방지 등과 같은 목적을 달성할 수 있음에도 불구하고 헌법 제37조제2항에 정해진 기본권제한의 한계를 넘어 필요 이상으로 장기간, 그리고 과도하게 청구인의 신체거동의 자유를 제한하고 최소한의 인간적인 생활을 불가능하도록 하여 청구인의 신체의 자유를 침해하고, 나아가 인간의 존엄성을 침해한 것으로 판단된다.

(3) 평가분석

헌법재판소는 본 사건의 해결을 위해 신체의 자유는 헌법상 모든 기본권 보장의 종국적 목적이자 기본이념이라 할 수 있는 인간의 존엄과 가치에 밀접하게 관련되어 있으므로 그 침해 여부는 헌법 제37조제2항에 따라 엄격하게 심사되어야 함으로 수용시설내의 안전과 질서를 유지하기 위하여 일부 제한이 불가피하다 하더라도 그 본질적인 내용을 침해하거나 목적의 정당성, 방법의 적정성, 피해의 최소성 및 법익의 균형성 등을 의미하는 과잉금지의 원칙에 위배되어서는 아니 된다는 과잉금지의 원칙을 심사기준으로 제시하였다. 즉, 수용시설의 안전과 구금생활의 질서유지, 그리고 수용자와 직원의 생명·신체보호를 위한 보호장비

사용의 목적을 정당성을 인정하면서도 피해의 최소성을 담보하지는 못하고 필요 이상으로 장기간, 그리고 과도하게 청구인의 신체거동의 자유를 제한하고 최소한의 인간적인 생활을 불가능하도록 하여 청구인의 신체의 자유를 침해한 것으로 판단한 것에 교정의 현장근무자는 주목할 필요가 있겠다.

2) 수갑 및 포승 후 피의자조사를 받도록 한 것이 과잉금지원칙에 위배된 사례⁹⁸⁾

(1) 사건개요

청구인은 2001학년도 ○○대학교 총학생회장으로 활동하던 중 2001. 9. 21. ○○경찰청 보안수사 2대에 의하여 국가보안법위반혐의로 구속된 후, 같은 달 28. ○○지방검찰청 ○○지청에 송치되면서 ○○구치소에 수용되었다. 청구인은 2001. 9. 28., 9. 29., 10. 4., 10. 5. 등 일자에 위 ○○지청 검사조사실에 소환된 후, ○○구치소 계호교도관에 의하여 포승으로 팔과 상반신이 묶이고 양손에 수갑이 채워진 상태에서 조사를 받던중 계호교도관 및 수사검사에게 수갑과 포승에 의해 결박당하지 않은 자유로운 상태에서 진술하고 싶다며 보호장비를 해제하여 달라고 요구하였고, 이에 대해 수사검사가 위 교도관에게 도주우려가 없는 것 같으니 풀어주라고 요청하였으나 위 교도관은 법무부훈령인 계호근무준칙 제298조제1호 및 제2호의 규정에 따라 검사조사실에서는 보호장비를 해제할 수 없다며 청구인과 검사의 요구를 거절하였다. 이에 청구인은 2001. 10. 18. 위와 같이 보호장비를 사용하도록 한 것은 헌법 제37조제2항의 과잉금지원칙에 위반하여 인간으로서의 존엄과 가치 및 행복추구권(헌법 제10조), 신체의 자유(헌법 제12조제1항), 무죄로 추정될 권리(헌법 제27조제4항) 등 청구인의 헌법상 기본권을 침해한 것이라고 주장하면서 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다.

(2) 결정요지

98) 헌법재판소 2005. 5. 26. 선고 2001헌마728 결정

① 미결수용자의 법적 지위와 처우의 기본원칙

우리 헌법은 제27조 제4항에서 “형사피고인은 유죄의 판결이 확정될 때까지는 무죄로 추정된다.”고 규정하고 있고, 이러한 헌법정신을 이어받아 형사소송법 제275조의2도 같은 내용을 규정함으로써 이른바 무죄추정의 원칙을 제도적으로 보장하고 있다. 그리고 이러한 입법의 정신은 비단 법에 명시된 피고인뿐만 아니라 절차의 전단계에 있는 피의자에 대하여도 적용된다고 보아야 할 것이다.

1955년 제1회 “국제연합 범죄방지 및 범죄인 처우에 관한 회의(UN Congress on the Prevention of Crime and the Treatment of Offenders)”에서 채택된 「피구금자 처우를 위한 최저기준 규칙 (Standard Minimum Rules for the Treatment of Prisoners)」(이하 ‘최저기준규칙’이라 한다) 제84조제2항도 “유죄판결을 받지 아니한 피구금자는 무죄로 추정되고 무죄인 자로서 처우되어야 한다.”고 규정하고 있듯이, 무죄추정의 원칙은 수사절차에서 공판절차에 이르기까지 형사절차의 전 과정을 지배하는 지도원리이기 때문이다.

또한, 피고인에게 형사재판에서 검사와 대등한 대립소송당사자로서의 법적 지위에서 자신을 방어하고 변호할 권리가 보장되어 있듯이, 피의자도 당사자에 준하는 지위를 가지고 있으므로 형사절차에서 자신의 정당한 권리를 방어할 수 있는 권리가 보장되어야 한다. 미결수용자에 대한 방어권의 보장은 구금목적이나 시설내 질서유지를 위한 권리제한을 통제하는 소극적 원리일 뿐만 아니라, 나아가 교정당국은 미결수용자가 형사절차에서 적정하게 방어권을 행사할 수 있도록 충분히 배려해야 하는 적극적 원리로 인식되어야 하기 때문이다.

② 미결수용자에 대한 계호 및 보호장비의 사용

계호라 함은 “교정시설 내의 규율과 질서를 유지하기 위하여 행사되는 일체의 강제력”을 의미한다. 교정시설 내의 규율과 질서의 문란 때문에 수용자 또는 직원의 생명, 신체가 위태롭게 된다면 행형목적의 달성을 기대하기 어렵다. 그러므로 교정시설의 규율과 질서가 유지되어야 한다는 것은 행형의 가장 기본적인 전제조건이라고 할 수 있다. 그러나 교정시설에서 규율과 질서를 지나치게 강조하

면 수용자의 인권침해를 가져올 우려가 있고 또한 수용자가 관리의 객체로 전락하여 교정처우의 효과를 거두기 어렵게 된다. 따라서 계호에 있어서는 수용자의 인권과 사회복귀를 위한 처우행형을 여하히 조화시킬 것인가 하는 점이 중요하다. 계호는 구금확보를 위해 장애가 되는 요인들을 예방하고 배제하는 경계적 기능과 수용자나 제3자의 생명·신체·재산에 대한 장애나 위협을 예방·배제하여 수용자를 구제하는 보호적 기능을 함께 갖고 있다.

보호장비라 함은 “교정시설에서 수용자가 도주, 타인에 대한 폭행 또는 소요행위를 야기하거나 혹은 자살의 기도 등으로 교정시설의 안전과 질서를 침해하거나 위협할 경우에 이를 진압 또는 방지하기 위하여 수용자에 대하여 사용하는 실력강제의 기구”를 말하며, 이러한 교정시설의 안전과 질서유지를 위하여 교정 공무원에게 기본적으로 주어지는 권한이 계호권이다. 무릇 모든 조직적, 집단적 생활은 그 무엇보다도 일정한 질서와 규율을 필요로 하며, 특히 미결수용자나 수형자의 경우 공동생활이 자발적 의사가 아닌 공권력의 강제명령에 의하여 이루어진 것이므로 시설의 안전과 구금생활의 질서를 유지하기 위하여 불가피하게 강제조치가 필요하다고 할 수 있다. 국제적 규범이라 할 수 있는 최저기준규칙 제33조 에서도 수감, 연쇄, 차꼬 및 구속복 등과 같은 보호장비는 징벌의 수단으로서 결코 사용되어서는 아니되고, 특히 연쇄, 차꼬는 보호장비로서도 사용되어서는 아니 되며, 그 밖에 보호장비를 사용할 수 있는 경우를 ① 호송중 도피에 대한 예방책으로 사용되는 경우(이 경우에도 사법 또는 행정당국에 출석할 때에는 해제하여야 한다), ② 의료상의 이유에서 의사의 지시를 받은 경우, ③ 피구금자가 자기 또는 타인에게 침해를 가하거나 재산에 손해를 주는 것을 다른 수단으로는 방지할 수 없어서 소장이 명령하는 경우(다만 이 경우에도 소장은 지체 없이 의사와 상의하고 상급 행정관청에 보고하도록 되어 있다)에 한정하고 있음은 보호장비 사용에 관하여 중요한 기준을 제시하고 있다할 것이다.

③ 검사조사실내 수감 및 포승 사용행위의 위헌성

일반적으로 피의자신문을 위해 검사조사실에 머무는 상태는 피구금자를 수용하는 시설인 교도소나 구치소 내에 있을 때와 비교하면 상대적으로 도주 등의

우려가 더 높다. 검사조사실은 구치소나 교도소와는 달리 도주나 폭행, 자살 등의 방지를 위한 시설이 미비하고 현실적으로 계호인력도 부족하며 피의자가 사복을 착용하는 등 계호에 어려움이 있기 때문이다. 다만, 구체적으로는 검찰청에 따라서 또는 각 검사실마다 도주 등의 위험정도나 계호의 용이성 정도에 영향을 미치는 구조와 환경에 차이가 있으나 청구인이 조사를 받은 ○○지방검찰청 ○○지청의 검사조사실은 다른 검사조사실과 별반 다르지 않은 반개방적인 구조였던 것으로 보인다. 또한 검사조사실에는 민원인 등 외부인이 출입하고 책상 주변에 무기로 사용될 수 있는 사무용품들도 비치되어 있는데, 피청구인이 지적하는 바와 같이 이러한 것들이 도주·가해·자살·자해를 유발하거나 계호를 방해하는 요소가 될 수도 있다고 할 것이다.

그러나, 보호장비는 수용자에 대한 직접강제로 작용하므로 이것이 사용되면 수용자는 팔·다리 등 신체의 움직임에 큰 지장을 받게 되고 육체적·정신적 건강을 해칠 가능성이 높다. 따라서 보호장비의 사용은 무엇보다 수용자의 육체적·정신적 건강 상태가 유지되는 범위 내에서 이루어져야 하고, 시설의 안전과 구금생활의 질서에 대한 구체적이고 분명한 위험이 임박한 상황에서 이를 제거하기 위하여 제한적으로 필요한 만큼만 이루어져야 한다. 결국, 보호장비는 원칙적으로 공동생활의 질서와 안전을 유지하기 위하여 불가피한 경우 일시적으로 사용되어야 하고 명백한 필요성이 계속하여 존재하지 않는 경우에는 이를 즉시 해제하여야 한다. 나아가, 피의자신문은 장시간 걸리는 경우가 있어서 수갑이나 포승으로 신체를 속박하는 것이 상당한 고통을 가져올 수 있고, 그렇지 않더라도 방어권을 제대로 보장하기 위해서는 보호장비 사용으로 인한 심리적 위축을 제거할 필요가 있다. 검사조사실의 환경이나 계호의 권한과 책임의 소재와 같은 행정적 이유는 피의자의 자유, 권리를 제약하면서 일률적으로, 그리고 피의자신문을 하는 시간동안 계속 보호장비를 사용하는 것을 정당화하기에는 부족하다.

이 사건 청구인은 도주·폭행·소요 또는 자해 등의 우려가 있다고 단정하기 어렵고, 수사검사도 이러한 사정 및 당시 검사조사실의 정황을 종합적으로 고려하여 청구인에 대한 보호장비의 해제를 요청하였던 것으로 보인다. 그럼에도 불구하고 피청구인 소속 계호교도관이 이를 거절하고 포승으로 청구인의 팔과 상반신을 묶고 양손에 수갑을 채운 상태에서 피의자조사를 받도록 한 조치는, 청구인

의 신체의 자유를 과도하게 제한하고, 피의자가 유죄로 확정될 때까지는 무죄로 추정받고 자신에게 이익되는 사실을 자유롭게 진술하고 변명할 수 있는 기회를 충분히 보장하려는 무죄추정의 원칙 및 방어권행사를 보장하는 근본취지에도 반한다고 할 것이다.

(3) 평가분석

민원인이나 불구속 피의자들의 왕래가 잦고, 참고인이나 공범 등을 함께 조사할 때에는 그들 사이의 이해관계가 첨예하게 충돌할 경우 폭력 등 돌발적 사고가 발생할 위험성이 매우 높은 점 등 검사조사실은 일반적으로 교도소 등 교정시설이나 구치감 거실과는 달리 도주나 폭행, 자해, 자살방지를 위한 시설이 갖추어지지 않은 것이 현실이다. 또한, 검사조사실 내에서의 자해, 투신 등의 사례가 적지 않게 발생하였고 헌법재판소의 결정⁹⁹⁾을 존중하여 미결수용자의 사복착용을 허용하고 있어 검찰의 조사과정에서 도주 및 폭행 등이 우려가 더욱 높아진게 현실이다. 이러한 현실을 감안하여 볼 때 비록 보호장비를 사용하여 미결수용자가 검사조사실에서 조사를 받음에 있어서 다소 심리적·육체적으로 위축되었다고 하더라도 피의자에게 보장된 진술거부권이나 변호인의 조력을 받을 권리 등에 의하여 자신의 방어권을 충분히 행사할 수 있고, 무죄추정의 원칙은 “형사 피고인은 유죄의 판결이 확정될 때까지 무죄로 추정된다.”는 것으로 이러한 정신에 따라 불구속 수사 및 재판은 원칙으로 하고 예외적으로 피의자 또는 피고인이 도망할 우려가 있거나 증거를 인멸할 우려가 있는 때에 한하여 구속수사 또는 구속재판을 하고 있다. 그러나 일단 구속된 피의자 등은 구금목적의 달성을 위해 검사조사실에서 조사를 받는 동안 보호장비를 사용하는 것은 불가피하다고 보는 것인데, 이를 들어 무죄추정원칙의 근본취지에 반한다고 보기는 어렵다고 할 것이다.¹⁰⁰⁾ 이 기회를 통해 필자는 문제의 원천적 해결방안으로 향후 신설 교정시설은 법원, 검찰청과 함께 한 구역 안에 설립하는 법조타운 건설을 제안한다. 또한 미시적 해결방안으로는 검사조사실에서 조사가 진행되는 동안에는 보호

99) 헌법재판소 1999. 5. 27. 선고 97헌마137 결정

100) 이 사건의 재판관 송인준, 주선회의 반대 의견이다.

장비를 원칙적으로 해제하여야 하나 법정 내와는 달리 호송중이거나 그 연장선 상으로 볼 수 있는 검사조사실에서의 계호책임은 전적으로 교도관에게 있으므로 도주, 폭행, 소요의 우려, 또는 그러한 동정이 있을 때에는 우선적으로 유연하고 탄력적인 보호장비 사용을 위한 적극적인 고려가 요구된다. 같은 맥락에서 헌법재판소는 “검사조사실에서의 구속 피의자에 대한 보호장비 사용은 도주, 폭행, 소요 또는 자해나 자살의 위험이 분명하고 구체적으로 드러난 상태에서 이를 제거할 필요가 있을 경우에만 예외적으로 보호장비를 사용하여야 할 것이다”라고 판시한 바 있다.¹⁰¹⁾

3) 검사조사실에서의 구속 피의자에 대한 보호장비 사용에 관한 원칙¹⁰²⁾

(1) 사건개요

청구인은 독일 거주 사회학자로서 국가보안법 위반 등의 혐의로 체포영장이 발부된 상태에서 입국한 다음 수사를 받다가 구속되어 2003. 10. 22.경 ○○구치소에 수용되었다. 이후 같은 달 24.경부터 같은 해 11. 6.까지 사이에 수회에 걸쳐 ○○지방검찰청 검사조사실에서 피의자신문을 받았는데 그 대부분의 시간 포승과 수갑으로 신체가 결박된 채 신문물을 받았다. 이에 2004. 1. 16. 위와 같은 보호장비 사용으로 인해 신체의 자유, 인간으로서의 존엄과 가치 등 기본권이 침해되었다고 하여 피청구인의 위 보호장비 사용행위 및 계호근무준칙 제298조의 각 위헌확인을 구하는 헌법소원심판청구를 하였다.

(2) 결정요지

이 사건의 심판대상은 ① 2003. 10. 24.경부터 같은 해 11. 6.까지 사이에 수회에 걸쳐 청구인이 ○○지방검찰청 검사조사실에서 조사를 받는 동안 수갑과 포승으로 계속 청구인의 신체를 결박해 둔 피청구인 산하 교도관의 행위의 위헌

101) 헌법재판소 2005. 5. 26. 선고 2004헌마49 결정

102) 헌법재판소 2005. 5. 26. 선고 2004헌마49 결정

여부, ② 계호근무준칙(2000. 3. 29.법무부훈령 제422호로 개정된 것) 제298조 제1호·제2호의 위헌 여부이다. 심판대상 ①에 대한 보호장비 사용의 위헌성 여부는 앞 사례 검토내용과 유사하므로 이하에서는 심판대상 ②에 대해서만 살펴보고자 한다.

① 심판대상 계호근무준칙조항

계호근무준칙 제298조(검사조사실 근무자 유의사항) 검사조사실 계호근무자는 다음 사항에 유의하여야 한다.

1. 보호장비를 사용한 채 조사실 안에서 근접계호를 하여야 한다.

2. 검사로부터 조사상 필요에 따라 계호근무자의 퇴실 또는 보호장비의 해제를 요청받았을 때에는 이를 거절하여야 한다. 다만, 상관으로부터 지시를 받았을 때에는 예외로 한다.

상기 규정은 원칙적으로 구속된 상태에 있는 모든 피의자나 피고인은 검사 조사실에서 조사를 받는 시간 중 보호장비로 결박된 상태에서, 그리고 계호교도관이 같은 방에서 계호를 하는 상태에서, 조사를 받는 것이 확립된 관행으로서 검사가 보호장비를 해제하라고 요구하는 경우에도 계호교도관은 위 준칙조항에 따라 이에 바로 응하지 않고 지휘계통을 따라 상급자에게 보고하여 승인을 받아야만 비로소 해제가 이루어지는 것이다.

② 계호근무준칙 제298조의 위헌성

구속 피의자에 대한 보호장비의 사용은 도주·폭행·소요 또는 자해나 자살의 위험이 분명하고 구체적으로 드러난 상태에서 이를 제거하기 위해 필요한 만큼만 사용하는 것이 원칙이라고 보아야 한다. 또한 검사가 피의자신문을 하는 경우에는 보호장비의 계속적 사용이 피의자의 심리상태를 위축시키고 검사에게 대항하여 자기를 정당하게 변호할 의지력을 약화시킬 수 있다는 점이 정면으로 고려되어야 한다. 피의자의 방어권을 충분히 보장해 주어야 한다는 헌법과 형사소송법의 정신은 이 경우에도 최대한 관철되어야 하기 때문이다.

그렇다면 검사가 검사조사실에서 피의자신문을 하는 절차에서는 피의자가 신체적으로나 심리적으로 위축되지 않은 상태에서 자기의 방어권을 충분히 행사할 수 있도록 보호장비를 사용하지 말아야 하는 것이 원칙이고 다만 도주, 폭행, 소요, 자해 등의 위험이 분명하고 구체적으로 드러나는 경우에만 예외적으로 보호장비를 사용하여야 할 것이다. 이렇게 볼 때 이 사건 준칙조항의 위헌성은 그대로 드러난다. 왜냐하면 이 조항은 위에서 설명한 바와는 반대로, 검사실에서의 보호장비 사용을 원칙으로 하면서(제1호) 심지어는 검사의 보호장비 해제 요청이 있더라도 이를 거절하도록 규정함으로써(제2호 본문) 보호장비의 사용을 거의 절대적인 원칙으로 삼고 있기 때문이다. 비록 제2호 단서에서 “다만, 상관으로부터 지시를 받았을 때에는 예외로 한다.”라고 하는 예외를 형식상 두고 있지만 이것이 실제로 적용되기란 매우 어려울 것이라는 점은 권력의 속성과 관료체계의 경직성으로부터 쉽게 이해될 수 있다. 따라서 이 조항이 취하고 있는 원칙과 예외의 이러한 완전한 전도는, 기본권은 원칙으로 최대한 보장하고 예외로 최소한도 미만 제한하여야 한다는 헌법상의 기본권보장원칙에 어긋나게, 신체의 자유를 원칙적으로 과도하게 제한하여 이를 침해하는 결과를 가져오므로 헌법에 위반된다.

(3) 평가분석

결론적으로 검사실에서의 조사를 받는 구속피의자에게 수갑, 포승 등 보호장비 사용을 원칙으로 하면서 심지어는 검사의 보호장비 해제요청이 있더라도 이를 거절하도록 규정한 계호근무준칙의 이 사건 조항은 원칙과 예외를 바꾼 것으로서 기본권은 원칙으로 최대한 보장하고 예외로 최소한도 미만 제한하여야 한다는 헌법상의 기본권보장원칙에 어긋나게 신체의 자유를 원칙적으로 과도하게 제한하여 이를 침해하므로 헌법에 위반된다는 헌법재판소의 취지이다. 이러한 결정은 국제피구금자처우준칙 제33조 a항¹⁰³⁾에서 규정하고 있는 입법취지에 합치된다

103) 국제피구금자처우준칙 제33조, 수갑·연쇄·차꼬 및 구속복 등 보호장비는 결코 정벌의 수단으로 사용되어서는 안 된다. 특히 연쇄나 차꼬는 보호장비로서 사용되어서는 안 된다. 그 밖의 보호장비는 다음 각호의 경우를 제외하고는 사용되어서는 안 된다.

- a. 호송 중 도피에 대한 예방책으로 사용되는 경우, 다만 사법 또는 행정당국에 출석할 때에는 보호장비를 해제하여야 한다.
- b. 의료상의 이유에 의하여 의사의 지시를 받는 경우

고 하겠다. 그러나 법정 내와는 달리 검사조사실에서의 계호책임은 전적으로 교도관에게 있으므로 계호업무지침 제195조에 따라 도주·폭행·소요의 우려, 또는 그러한 동정이 있을 때에는 우선적으로 유연하고 탄력적인 보호장비 사용을 위한 적극적인 고려가 요구된다.

3. 대법원과 헌법재판소 유권해석의 시사점

대법원과 헌법재판소의 유권해석을 종합하여 보면 보호장비의 사용은 사용목적과 필요성, 그 사용으로 인한 기본권의 침해 정도, 목적 달성을 위한 다른 방법의 유무 등 제반 사정에 비추어 상당한 이유가 있는 경우에 한하여 그 목적 달성에 필요한 최소한의 범위 내에서만 허용된다는 비례성의 원칙을 강조한 일관된 주장을 확인할 수 있었다. 이에 다음 장에서는 교정실무상 보호장비를 적정하게 사용할 수 있는 방안을, 사례를 중심으로 과잉금지의 원칙을 적용하여 살펴보고자 한다.

c. 피구급자가 자기 또는 타인에게 침해를 가하거나 재산에 손해를 주는 것을 다른 수단으로써는 방지할 수 없어서 소장이 명령하는 경우, 이 경우 소장은 지체없이 의사와 상의하고 상급행정관청에 보고하여야 한다.

제5장 계호권 행사로서 보호장비의 적절한 사용방안

제1절 개관

앞 절 대법원과 헌법재판소의 분석사례를 통해 계호권 행사중 보호장비 사용에 대한 기본원칙과 허용한계에 대해 살펴볼 수 있었다. 그러나 수용자에 대한 정확한 이해와 보호장비 사용에 대한 실무적, 이론적 지식이 풍부하다 할지라도 현장에서 다양한 상황이 발생했을 경우 객관적이고 합리적인 판단 아래 얼마간 보호장비를 사용할 것인가에 대한 일반법적 규정은 없다고 할 수 있다.

따라서 이하에서는 대법원과 헌법재판소가 제시한 과잉금지의 원칙을 적용하여 보호장비 사용의 구체적인 행사에 있어서 수용질서를 유지하면서도 수용자의 자유와 권리를 최대한 보장할 수 있는 객관적이고 합리적인 통제방안을 강구함으로써 보호장비 사용의 바람직한 방향을 모색해 보고자 한다.

제2절 실무상황별 적용연습¹⁰⁴⁾

1. 도주의 우려가 큰 때

1) 상황설정

양다리 전부 소아마비로 인하여 거동에 불편을 호소하는 절도혐의수용자의 출정시, 형집행법 제97조 제1항 제1호에 근거하여 동법 제98조 제2항 제1호의 수갑과 포승을 일반수용자와 같이 확일적으로 사용하려 하자 당해 수용자가 장애자는 “형집행법상 특별보호대상자이니 보호장비를 완화하여 사용할 수 있는 것이 아니냐”며 소장면담을 요구하고 있다. 적절한 보호장비의 사용인가?

104) 조병주, “사례로 본 계구사용의 적정성 확보방안”, 「교정과 인권의 조화를 위한 판례연구」, 광주지방교정청, 2005, 61-66면 참조

2) 보호장비 사용의 적합성 검토

일반적으로 출정을 위해 호송되는 경우는 피구금자를 수용하는 시설인 교도소나 구치소 내에 있을 때와 비교하면 상대적으로 도주 등의 우려가 매우 높다. 이는 호송차량 등 출정환경은 구치소나 교도소와는 달리 도주 등의 사고방지를 위한 시설이 미비하고 현실적으로 계호인력도 부족하며 피의자가 사복을 착용하는 등 계호에 어려움이 있기 때문이다. 따라서 구속영장이 집행된 경우 피의자 또는 피고인을 구속, 구금하는 행위는 구치소나 교도소의 장이 그 권한을 행사하고, 구금시설에 수용된 피의자, 피고인의 도주방지 기타 모든 계호행위에 대한 책임이 교도소 등의 장에게 있는 것은 사실이라고 할 수 있으므로 출정 수용자의 도주 등을 막기 위하여 수갑 등의 보호장비를 사용한 목적은 정당하다 하지 않을 수 없다.

3) 보호장비 사용의 필요성 검토

과거에는 특별권력관계의 속성을 중시하여 수용자의 기본권을 소홀히 하고 수용자를 교정행정의 객체로 파악하는 경향이 짙었으나, 오늘날은 수용자도 일반국민과 같이 헌법상 보장된 기본권의 한 주체로 보고 있다. 따라서 구금으로 인하여 불가피하게 발생하는 기본권제한은 법률로써만 가능하고 기본권을 제한하더라도 본질적인 내용은 침해할 수 없으며 구금 그 자체로 인하여 발생하는 기본권제한 이외에 다른 고통이나 제재를 가해서는 안 된다.¹⁰⁵⁾ 그럼에도 불구하고 상기 사례의 수용자는 양다리 모두 소아마비로 인하여 거동불편을 호소하고 있는 바, 수갑과 포승으로 신체를 속박하는 것이 상당한 육체적 고통을 가져올 수 있고, 또한 장애인으로서 정신적 피해를 입을 가능성이 높다. 따라서 계호업무지침 제191조(근무자 유의사항) 제5호(도주의 우려가 없는 수용자, 중증장애인, 중증환자 중 보호장비를 사용하기 곤란한 수용자는 소장의 허가를 받아 보호장비 사용을 완화 할 수 있음)에 따라 피해의 최소를 위해 수갑만을 사용하는 등 상황에 따른 현장 근무자와 감독자의 탄력적 보호장비 사용이 요청되는 사례라고 하겠다.

105) 헌법재판소 2005. 5. 26. 선고 2001헌마728 결정

4) 보호장비 사용의 비례성 검토

위 사례에서 마지막으로 고려해야 할 사항은 도주위험 방지와 공익보호를 위해 보호장비를 사용한 행정조치가 해당 수용자가 입은 인권침해와 비교형량하여 상당한가라는 판단이다. 위 해당 수용자의 도주방지를 위해 장애인임을 고려하여 물적계호를 최소화(신사승의 포승 또는 금속수갑만을 단독 사용하는 방법)하는 반면 적정하게 인적계호를 조정하는 수단에 의해 과도하게 인권을 침해하는 여지를 배제하는 유연한 계호방법의 선택도 필요하다 하겠다. 다시 말해서 위 사례에서는 수갑과 포승의 획일적인 사용이 절박해 보이지는 않는다는 것이다.

2. 교정시설의 안전 또는 질서를 해칠 우려가 큰 때¹⁰⁶⁾

1) 상황설정

사동청소부가 약을 잘못 전달한 문제로 소장면담을 신청하였으나 관구교감이 상담사유가 명확치 않다는 이유로 거절하자 입실하지 않고 버티다가 기동순찰팀에 의해 강제로 입실된 후 거실문을 수회 발로 차고 소리를 지르며, 거실 벽에 부착된 거울을 파손하자 보호대와 금속수갑 각 1개를 채워 조사수용하였다. 그 이후에도 수 십 차례 거실문을 걷어차고 소란을 피워 포승을 추가로 시승하였는데, 포승을 시승할 때 하지승을 하면서 다리를 뒤로 접어 허리의 포승과 연결하는 방식으로 약 1시간 10분여동안 시승해 놓았다. 이 경우 보호장비 사용은 적정한가?

2) 적정성 검토

소란행위는 그 판단에 있어서 상대적일 수밖에 없다. 수용자 입장에서 보면 자신의 정당한 요구를 관철시키기 위해 목소리를 높였을 뿐이라고 주장하고, 근무자의 입장에서 보면 “수용자가 흥분하여 금방이라도 달려들 듯이 눈을 부릅뜨고,

106) 국가인권위원회 2004. 5. 19. 결정 03진인5132 참고 재구성

삿대질을 하며 거칠게 항의하여 더 이상 방치할 경우 직원폭행 등의 우려가 현저하여 소란행위로 조사수용하려하자, 더욱 흥분하고 일어섰다 앉았다를 반복하는 등 심적 불안상태의 징후를 보여 부득이하게 복수의 보호장비를 사용하였다”고 항변할 수 있다는 것이다. 이와 같이 동일한 상황에서 그 상황에 대한 견해가 서로 상대성이 높을 경우의 보호장비 사용이 가장 많은 문제를 야기할 우려가 많으며 수용자에 대한 심리적 반감을 유발할 수 있다. 즉 수용자가 근무자에게 자신의 정당성에 대하여 항변할 수 있는 목소리, 표정, 몸짓의 범위와 한계가 어느 정도인가라는 반문이 있을 수 있다는 것은 그와 같은 기준을 계량화하여 정할 수 없기 때문에 근무자의 일방적이고 자의적 판단에 의한 조사수용이고, 보호장비 사용이며, 수단의 정당성을 합리화하기 위해 근무자가 유리하게 상황을 조작하여 보호장비를 사용할 필요가 없음에도 불구하고 보호장비를 사용하여 징벌의 수단으로 사용한다는 수용자들의 불만을 초래할 수 있다는 것이다.

상기 사례의 문제는 보호장비의 변형사용이다. 형집행법 시행규칙에 따른 정해진 방법 이외의 방법으로 보호장비를 사용하여서는 아니 되며, 아울러 보호장비의 사용으로 불필요한 육체적 고통을 주거나 신체의 기본적 기능을 훼손하여서는 아니 됨에도 불구하고 이를 변형 사용한 것은 교정시설의 안정과 수용자 보호라는 목적을 달성하기 위한 수단이 관계 법령에 적합하지 못하므로 적합성의 원칙에 위배되었다고 할 수 있겠다.

3. 자살·자해의 우려가 큰 때¹⁰⁷⁾

1) 상황설정

정신분열증의 진단을 받은 바 있던 조사자가 생활지도교육자와 함께 수용된 것에 불만으로 독거수용을 요구하자 사동근무자가 불가함과 조만간 전방해주겠다고 설명하였으나 수용되지 않는 것에 대한 불만으로 고성과 함께 거실문을 주먹과 발로 차며 소란을 피웠고, “목을 매어 자살하겠다”고 중얼거리므로 폭행 및 자해, 자살의 우려가 있어 금속수갑을 뒤로 채운 후 식사 및 용변을 위해 2시간

107) 국가인권위원회 2005. 6. 27. 결정 04진인4100 참고 재구성

동안 일시 해제한 것 외에 38시간여 동안 조사실에 수용하였다. 이러한 조치에 당해 수용자는 부당하다며 소장면담을 요구하고 있다. 이 경우 보호장비 사용은 적정한가?

2) 적정성 검토

보호장비의 사용은 그 사용목적의 달성에 필요한 최소한의 범위 내에서(필요성의 원칙) 그 사용으로 인한 기본권의 침해 정도, 목적달성을 위한 다른 방법의 유무 등 제반 사정에 비추어 상당한 이유가 있는 경우에 한하여(비례성의 원칙) 관계 규정에 따라 정해진 방법으로(적합성의 원칙) 불필요한 육체적 고통을 주거나 신체의 기본적 기능을 훼손함이 없이 사용하여야 한다는 것이 이제까지 살펴본 적정한 보호장비 사용기준이다. 그러나 이러한 보호장비 사용기준을 위 사례에 적용하여 살펴보면, “고성과 함께 거실문을 주먹과 발로 차며 소란을 피웠고, 목을 매어 자살하겠다”고 하므로 자해와 폭행, 자살을 방지하기 위해 형집행법 제97조에 따라 보호장비를 사용함에는 적합한 것으로 보인다(적합성의 원칙). 다만 식사, 용변 등을 위해 약 2시간 동안 보호장비를 해제하였을 때 특별한 이상행동을 보이지 않은 것으로 볼 때 폭행 및 자해, 자살의 우려가 현저히 존재하였다고 보기에는 어려울 것 같고(비례성의 원칙 위반), 더구나 정상적인 수면 등이 곤란하게 금속수갑을 뒤로 착용한 것은 신체의 기본적 기능을 훼손하는 등 필요 최소한의 범위 내에서 사용하였다고 보기에도 힘들다(필요성의 원칙 위반).

또한, 상기 사례의 발단은 독거실로의 전실요구이다. 보호장비 사용에 앞서 충분한 이해와 설득 그리고 정신질환 전력 등을 감안하여 다른 거실로의 수용 조치를 통한 심적 안정유도가 우선되어야 했던 것으로 보인다. 그러함에도 계속 소란행위를 할 경우에는 보호실로의 격리 조치라는 여지가 남아 있다. 따라서 보호장비 사용에 앞서 보호실 수용이라는 다른 수단¹⁰⁸⁾도 존재함으로 곧바로 보호장비를 사용한 것은 과잉금지의 원칙 중 필요성의 원칙에 위배될 가능성이 높다고 하겠다.

108) 실무상 보호장비 사용외 다른 수단이라 함은 예를 들어 독거실 격리수용, 보호실·진정실 격리수용, 대면 계호나 감시카메라에 의한 집중감시, 병동 수용 및 치료 등을 말한다.

제3절 보호장비 사용상 적정방안 제언

1. 법령상 적정방안

1) 교도관의 계호권 및 보호장비에 대한 독립 법제화

국민의 권리 보호 및 사회공공의 질서유지를 위해 경찰관의 경찰권을 독립된 법으로 규정한 경찰관직무집행법, 그리고 경찰권 행사와 관련된 경찰장비의 종류·사용기준·안전교육 및 안전검사기준 등을 독립된 규정으로 마련되어 있는 경찰장비의 사용기준에 관한 규정(대통령령)은 시사하는 바 크다고 할 수 있겠다. 특히 규정의 내용면에서도 안전교육 및 안전검사기준까지 마련하고 있다는 것은 매우 긍정적인 면이다. 따라서 가칭 ‘교도관 직무집행법’과 ‘보호장비의 사용기준 등에 관한 규정’의 독립 법제화를 통한 보다 정형화된, 근거와 한계가 일목요연한 계호권의 법제화가 요망된다. 물론 여기에는 보호장비 사용강도에 대한 규정 신설도 적극 검토할 필요가 있겠다.

2) 임산부 등 특별 보호대상자에 대한 완화규정 신설

현행 보호장비의 사용상 가장 큰 애로점이라면 이송·출정·외부병원 진료 등의 사유로 수용자를 교정시설 밖의 장소로 호송하기 위해 수갑·포승·보호대 등 보호장비를 사용할 경우, 장애인·노인·여성 등에 대해서는 해당 수용자의 나이·건강상태 등을 고려하여 탄력적으로 사용할 수 있는 법적 근거가 없어 해당 수용자와 실무상 다툼의 여지가 많다. 물론 실무적으로 중증장애인·중환자·임산부에 대해서는 보호장비를 미사용하고 노인·여성수용자는 수갑만 사용하는 등 탄력적 운용을 하고 있으나, 형집행법이 수용자의 보호적 기능을 해야 한다면 법률상 특별보호대상자인 여성·임산부·노인·장애인 수용자에 대해 법률상 보호장비 완화사용의 규정신설은 당연한 것이다.

3) 외부병원 도주방지용 발목고정용 보호장비¹⁰⁹⁾의 도입

외부병원 입원중 도주사고 발생의 개연성이 매우 높은 점을 감안할 때 현재 진료 또는 입원중 침대사용시 한발목보호장비의 사용을 보완하기 위해 현재 미국에서 도주방지용으로 사용중에 있는 발목고정용 보호장비(leg-weight)의 보완, 도입을 제안하다. 이를 사용한다면 직접적인 금속의 신체접촉과 신체해탈을 배제하는데 용이할 것으로 보이기 때문이다.

2. 시설상 적정방안

교정시설과 관련된 애로점도 있다. 실례로 정보 비공개처분에 대한 행정소송으로 법원에 출석 시 계호직원들이 도보로 이동하는 과정에서 얼굴이 민간인들에게 노출되어 초상권이 침해되었다며 국가인권위원회에 진정¹¹⁰⁾하고 이를 다시 손해배상청구하는 경우 있었다. 이러한 문제점을 원천적으로 해소하는 방안으로 인천구치소와 같이 법원, 검찰청과 함께 한 구역안에 공존하는 범조타운 조성에 찬성한다. 그렇게 된다면 보호장비를 사용된 채로 장시간 이동하는 수용자의 불편도 인권보장의 차원에서 해소되는 한편 구속 피의자·피고인의 민원인이 겪어야 하는 불편해소, 즉 범조타운을 한 번 방문함으로써 관련 민원을 일괄처리할 수 있으며, 출정에 따른 인적·물적 비용도 대폭 감소할 수 있기 때문이다.¹¹¹⁾

3. 운용상 적정방안

1) 보호대 사용요건 확대를 통한 탄력적 보호장비 운용

앞서 살펴본 바와 같이 보호대는 형집행법 제98조에 따라 동법 제97조 제1항 제2호부터 제4호까지의 어느 하나에 해당하는 때 사용토록 요건을 제한하고 있다.

109) 법무부, 「교정관련 외국자료(정벌, 계구, 교정시설)」, 2003, 131면

110) 국가인권위원회 2008. 8. 12. 결정 08진인1442

111) 박병선, “구치감내 계구사용과 관련된 판례연구”, 「교정판례연구(제2호)」, 제주교도소, 2001, 68면

즉, 도주·자살·자해 또는 다른 사람에 대한 위협의 우려가 큰 때, 위력으로 교도관 등의 정당한 직무집행을 방해하는 때, 그리고 교정시설의 설비·기구 등을 손괴하거나 그 밖에 시설의 안전 또는 질서를 해칠 우려가 큰 때이다. 따라서 이송·출정, 그 밖에 교정시설 밖의 장소로 수용자를 호송하는 때는 사용할 수 없다. 그러나 외부 의료시설 진료시 보호장비를 환자복 내에 착용할 수 있도록 보호대를 사용, 개선함으로써 보호장비 외부노출로 인해 해당 수용자가 느끼는 수치심과 인권침해 소지를 해소하고 의료시설 관계자와 일반국민이 느끼는 혐오감을 해소함으로써 안정된 진료분위기 조성 등에 기여하고 있는 실정이다. 이에 형집행법 제98조(보호장비의 종류 및 사용요건)에 대한 개정검토가 요망된다.

2) 상황별 보호장비 사용매뉴얼의 개발을 통한 체험교육의 강화

현재 교도관의 계호권과 관련된 보호장비 관계규정은 과거 행형법 아래의 규정보다 매우 진일보하였다. 하지만 경찰의 경우에서 살펴본 바와 같이 안전교육 및 안전검사기준을 마련하여 정기적으로 실시하고 있는 등의 사례는 시사하는 바 크다. 즉, 구체적인 교육이 없는 가운데 인권을 강조할 경우 오히려 법집행이 왜곡되어 교도관의 사기저하와 법질서의 문란으로 나타날 수 있다.¹¹²⁾ 따라서 철저하고 구체적인 교육이 되기 위해서는 예상되는 상황별로 매뉴얼을 만들어 그에 따른 반복교육이 필요하다. 복잡한 수용상황에서 보호장비 사용의 모든 것을 매뉴얼화 할 수는 없으나 중요한 사안은 반드시 매뉴얼화해야 한다. 왜냐하면 현재의 보호장비 사용 교육이 정신교육 또는 일반적 사례교육 위주로 되어 있는 관계로 구체적 상황 속에서 어떻게 대처할지 몰라 수용자의 인권을 보호하지 못하는 사례가 없지 않기 때문이다. 매뉴얼화하는 방법은 자살, 자해, 폭행, 기물파손 등 상황별 매뉴얼과 보호장비 종류별 매뉴얼로 구분할 수 있을 것이다. 결론적으로 인권침해의 사례를 배제하기 위해 구체적 상황을 설정하고 매뉴얼에 따른 대처방법을 평상시 반복적으로 체험교육하자는 것이다.

112) 노호래, “계구사용의 효율화 방안”, 「교정연구(제23호)」, 한국교정학회, 2004, 146-147면 참조

제4절 소결

국제상공회의소가 뽑은 '세계에서 가장 뛰어난 인물 10인'에 선정된 바 있고 전 세계적으로 가장 유명한 변화심리학의 최고 권위자라고 할 수 있는 앤서니 라빈스(Anthony Robbins)는 그의 저서 “네 안에 잠든 거인을 깨워라(Awaken the giant within)”에서 다음과 같이 ‘교도소 제도의 문제에 관하여’ 언급한 바 있다. “우리는 같은 수용자들에게 매를 맞거나 공격당할까봐 걱정하지 않아도 되는 환경을 만들어주어야 한다. 그러나 동시에 교도소를 그들이 한 번도 구경할 수 없었던 가정처럼 좋게 만들어서도 안 된다. 나는 교도소의 생활조건이 바람직하지 않아야 한다고 생각한다. 복역 기간에 바깥세상에서 자신을 통제하고 즐거움과 가능성을 경험하는 방법을 가르쳐주어, 석방될 때 두려움보다는 즐거움을 추구하도록 해주어야 한다고 제안한다. 그들에겐 반드시 교도소안은 고통이, 바깥세상은 즐거움이 연상되도록 해야 한다. 그러지 않으면 교도소에서 몸에 익힌 행동은 절대 변화되지 않는다.”

옛날 전기밥솥이 보편화되기 전에는 가마솥에 밥을 지었다. 손등으로 적당히 물의 양을 맞추고 불을 지피면 뜨거운 수증기가 가마솥 뚜껑을 밀고 나온다. 이때 뚜껑을 열면 밥이 되지 않는다. 밥물이 흘러내리면 불의 양을 줄이면서 얼마간 뜸을 드린다. 맛있는 밥은 이렇게 탄생한다. 뜨거운 수증기를 이겨내야만 맛있는 밥이 되는 것이다. 수용자는 교정시설의 각종 규율을 준수해야만 성공적으로 사회에 복귀할 수 있다는 의미이다. 또한, 뜨거운 가마솥 뚜껑에 한 번 데이면 조심할 수밖에 없다. 자식을 바른 길로 인도했던 것은 솥뚜껑을 뒤집어 부침개를 만들어 주었던 어머니의 사랑스런 손길도 있었지만 이 보다는 아버지가 눈물을 머금고 들었던 사랑의 회초리에 있었다. 앤서니 라빈스가 지적한 교도소의 문제를 해결하는 비법이 과거 우리를 키워왔던 가마솥의 뚜껑에 숨어있었던 것이다.¹¹³⁾ 이를 수용자 수용관리기법에 있어 “가마솥 뚜껑의 법칙”이라 칭하고자 한다. 왜냐하면 열악한 환경 속에서도 자식을 위해 부침개를 만들어 주었던 어머니의 한량없는 사랑과 자식을 위해 눈물을 머금고 회초리를 들었던 아버지의 심정이 정당한 직무집행을 방해한다든지, 교정시설의 안전 또는 질서를 저해한다든지,

113) 박병선, “가마솥 뚜껑의 법칙”, 『한라일보(제6037호)』, 2008. 12. 31., 14면

다른 사람을 위해한다든지, 도주·자살·자해하는 수용자에게 보호장비를 사용하는 교도관의 심정과 너무나 흡사하기 때문이다.

아무쪼록 교도관은 보호장비를 사용함에 있어서는 반드시 형집행법 제97조와 제98조의 요건을 충족할 경우에 한하여 적법절차에 따라야 한다. 즉, 목적의 정당성·방법의 적정성·피해의 최소성 및 법익의 균형성 등을 의미하는 과잉금지의 원칙에 위배되지 않도록 하면서 사랑하는 자식에게 회초리를 드는 절제된 아버지의 심정 이상으로 신중하게 보호장비를 사용해야 할 것이다. 또한, 어떠한 경우에도 보호장비를 보호가 아닌 징벌의 목적으로 사용해서는 안 될 것이다.



제6장 결론

현대 국가에 있어서 모든 권력은 국민으로부터 나오고, 또한 그 권력은 국민을 위하여 사용되어야 한다. 권력분립원칙에 기초하여 생성된 법치주의는 연혁적으로는 행정법 성립의 토대가 되었을 뿐 아니라 현대국가의 기본적 원리를 이루는 것으로서 이러한 법치주의의 이념에 따라 모든 행정도 법에 근거하고 그에서 정한 범위와 한계 내에서만 행사 되도록 하는 법치행정의 원리를 파생시켜 모든 행정작용을 통제하는 역할을 하고 있다.¹¹⁴⁾ 이제 교정행정도 과거 특별권력관계의 향수에서 벗어나 법치로 교정시설내 정의를 바로 세우고 미래로 나아가야만 하는 변화의 열차에 동승하였음을 거부할 수는 없게 되었다. 특히 보호장비 사용 등 강제력 행사에 있어 상기에서 살펴본 바와 같이 과잉금지의 원칙을 계호권 한계의 판단기준으로 삼아 집행 단계마다 심사하는 관행을 내재화할 때, “계호권 행사에 있어 객관적인 통제시스템이 없다”라는 등 외부의 부정적 인식을 불식시킬 수 있고, 나아가 수용질서 확립을 가져올 수 있는 지름길이라고 믿어 의심하지 않는다.

결론적으로 수용자에 대한 보호장비 사용의 문제는 교정시설의 공익과 수용자의 권리간 이익 충돌의 한 형태로 정의할 수 있는 바, 이와 같은 상황을 균형있게 조정하고 통제할 수 있는 판단기준으로 헌법재판소와 대법원에서 제시한 위의 과잉금지의 원칙(비례의 원칙)이 교정실무에서 적극 활용되었으면 하는 바람이다. 나아가 인권침해의 사례를 배제하기 위해 구체적 상황을 설정하여 보호장비 사용매뉴얼을 작성, 평상시 반복적으로 체험교육을 실시하여야 하겠다. 법적 판단기준이 되는 객관적 증거확보를 위해 형집행법시행규칙 제181조 등에 따라 보호장비 사용심사부, 동정기록부, 상담기록부, 교도관근무일지의 적극적 활용과 확보가 요망된다. 아무튼 보호장비를 사용할 만큼 수용자의 기본권 제한 요건이 충족되었다고 하더라도 필요이상 과도하게 제한해서는 안 된다는 과잉금지의 원칙을 이해하는데 본 논고가 조금이나마 도움이 되었으면 한다. 한편, 일률적인 보호장비의 사용에서 발생하는 문제점을 보완하기 위해 수용자의 성별·죄질·범수·수용태도·나이·건강상태 등을 고려하여 탄력적인 운용이 가능토록 보호대의 사용

114) 김동복/오테곤, 앞의 논문, 69면

요건 확대는 물론, 여성·임산부·노인·장애인 수용자에 대한 보호적 기능의 형집행법에 맞게 이들에 대한 보호장비 완화사용규정을 신설하는 작업도 요망된다. 또한, 교정시설의 합리적인 운용을 위해 거시적 관점에서 수용인원을 500명 이내로 그 규모를 법률로서 제한¹¹⁵⁾하는 입법취지와 같이 교정시설을 단독으로 발주하는데서 오는 해당 주민의 반발을 최소화하고 형사민원인의 동선(動線)을 줄여 편의를 도모하는 한편, 출정을 위해 보호장비를 착용하는 형사피의자와 피고인의 인권보장은 물론 교정의 위상을 제고하기 위해 향후 신축하는 교정시설, 법원, 검찰청은 동일 구역 내에 건축토록 법률사항으로 강제할 것을 제안한다.

끝으로 본 논문은 보호장비 사용을 중심으로 교정공무원의 계호권의 근거와 한계를 살펴보았는데 그 한계와 문제점을 가지고 있다. 따라서 향후 강제력 행사 등 교정공무원의 계호권 전반에 대한 연구, 계호권의 주체인 교정공무원과 객체인 수용자에 대한 설문조사에 의한 실증적 연구 등 보다 구체적이고 실효성 있는 연구작업이 있어야 하겠다.

115) 형집행법 제6조

參考文獻

I. 국내문헌

1. 단행본

- 광주지방교정청, 「교정과 인권의 조화를 위한 판례연구」, 2005
- 국가인권위원회, 「국제피구금자처우준칙」, 2007
- 김남진, 「행정법 I」, 박영사, 2001
- 김동희, 「행정법 I」, 박영사, 2002
- 김용준/이순길, 「교정학」, 국시원, 1999
- 김용준, 「교정법학」, 박영사, 2001
- 김철수, 「헌법학개론」, 박영사, 2001
- 김화수, 「행형법학」, 동민출판사, 1991
- 김화수 등, 「한국교정학」, 한국교정학회, 2007
- 김양수, 「행정법개론」, 제주대학교출판부, 2007
- 법무부, 「교정과 인권」, 2005
- 법무부, 「형집행법령 조문대비표」, 2008
- 법무부, 「훈령·예규집」, 2008
- 서정범(역), 「독일경찰법론」, 세창출판사, 1998
- 이경식, 「메카교정학」, 한국교육문화원, 2009
- 이운호, 「교정학」, 박영사, 1995
- 정갑섭, 「최신교정학」, 경기도서, 1995
- 정진수, 「수형자의 법적권리에 관한 연구」, 한국형사정책연구, 2002
- 제주교도소, 「교정판례연구(제2호)」, 2001
- 제주교도소, 「수용자 인권향상을 위한 판례연구」, 2002
- 조광근, 「나이스교정학」, 고시동네, 2009
- 허주욱, 「교정학」, 법문사, 2002

2. 논문

- 고영하, “과잉금지의 원칙”, 석사학위논문, 한양대학교 대학원, 2002
- 김대식, “이른바 특별권력관계에서의 기본권 제한에 관한 연구”, 석사학위논문, 연세대학교 정경대학원, 2004
- 김동복/오태곤, “국제화 시대의 경찰작용 통제법리에 관한 연구(경찰권 발동의 한계를 중심으로)”, 「한국콘텐츠학회논문지(Vol.5 No.3)」, 2005
- 김선수, “수형자의 법적 지위에 관한 연구”, 「경남법학(제3집)」, 1987
- 김안식, “계구의 종류 및 사용요건과 관련한 법무부 입장”, 「구금시설내 계구 사용과 수용자의 인권」, 국가인권위원회 공청회 자료, 2003
- 김완수, “수형자의 법적지위와 권리보호에 관한 연구”, 박사학위논문, 원광대학교 대학원, 2001
- 김재호, “경찰권의 한계(평등·비례·소극목적의 원칙상 제약을 중심으로)”, 「법학연구(제11호)」, 충남대학교, 2000
- 김화수, “계구사용의 적법성에 관한 연구”, 「단국법학(제7호)」, 단국대학교, 1999
- 남궁호경, “독일에서의 수형자의 지위와 특별권력관계론의 변천”, 「형사정책(제5호)」, 한국형사정책학회, 1990
- 노기호, “헌법재판소 판례에 나타난 미결수용자의 법적 지위”, 「형사정책연구(제42호)」, 한국형사정책연구원, 2000
- 노호래, “계구사용의 효율화 방안”, 「교정연구(제23호)」, 한국교정학회, 2004
- 신양균, “계구와 수용자의 인권”, 「구금시설내 계구 사용과 수용자의 인권」, 국가인권위원회 공청회 자료, 2003
- 이경식, “계구 관련 법령 개정 방향”, 법무부, 2003
- 이순길, “동기부여를 통한 교정조직의 발전방향”, 「교정연구(제8호)」, 1998
- 한상암, “교정공무원의 사기관리 방안에 관한 연구”, 「교정연구(제31호)」, 한국교정학회, 2006
- 황치연, “과잉금지원칙의 내용”, 「공법연구(제24집 제3호)」, 한국공법학회, 1996

II. 외국문헌

BVerfGE33, 1ff.=JZ 1972, 357ff.

Cooper v. Pate, 378 U.S. 546(1964)

Daniels v. Williams, 474 U.S. 327(1986)

Goles, Frances S., 1987, "The Impact of Bell V.Wolfish upon Prisoner's Right", journal of Crime and Justice, Vol.10.

Lewis v. Casey, 516 U.S. 804(1996)

Preudenthal Die staatsrechtliche Stellung des Gefangenen(Rektoratsrede)
Jena 1910 (abgedr. in ZfstrVo 4(1955)

Ruffin v. Commonwealth, 62 Va.(21 Gratt.) 790, 796(1871)

Wolff v. McDonnel, 418 U.S. 539(1974)



ABSTRACT

A Study on the Foundation and Limitation for the Exercising of Correction Power

- Focused on the appropriate employment of legal protective devices -

Park, Byung Seon

The Department of law

the Graduate School of Public Administration

Jeju National University

Supervised by professor Kim, Chang-Kuhn

The Constitution of the Republic of Korea prohibits violating human dignity, human rights, and freedom but also limits those rights and freedom by law if necessary. Therefore, the administration is subject to the Law and takes action according to the principal of law.

Especially, the power of correctional officers should be practiced thoroughly according to the basis of law since it can be exaggerated by legislative orders and ministerial regulations and empowerment like the power of police officer can abrogate a person's rights. Without an objective control, the system is open to criticism.

This paper searches for appropriate practices of the correction power which would include the use of protective devices to prevent abuse and protect the basic rights of inmates. It reviews the trend of precedent cases of the Constitutional Court and the Supreme Court about the limitation of correction power in the U.S., Germany, and Japan.

As a result, I defined the practice of the Prisoner Rights Protection over the inmates as a balance between the public interests of the institution and the private rights of the individual. Then I suggested the principles prohibiting excessive subjugation as proposed by the Supreme Court. Prohibition of excessive subjugation clarifies that unnecessary limitation of an inmates' rights by using a protection device is not proper even though the situation meets the condition where the officers can limit basic rights of inmates.

In conclusion, Article 37, clause 2 of the constitution, the general provision about limiting basic rights of inmates, is not just for limiting the right but for limiting the excessive and arbitrary exercise of public power. Therefore the foundation of correction power featuring the treatment of inmates is also for limiting the arbitrary exercise and the abuse of authority by correctional officers, not for limiting the fundamental rights of inmates.