

# 결핵예방법의 격리명령의 실행과 한계에 관하여

김 장 한\*

## I. 서론

### II. 감염병 치료를 위한 강제 구금의 원칙과 한계

1. 강제 구금을 시행하기 위한 기본 원칙
2. 환자의 자기결정권과 관계
3. 강제 구금 명령 발동의 요건들

### III. 결핵예방법상의 격리 명령과 기본권 보호

1. 입원명령제도 시행상의 문제점
2. 격리명령제도 도입과 고려하여야 할 법적 관점

## IV. 결론

## I. 서론

일반적으로 결핵은 기침, 대화, 노래 부르기와 같은 일상적인 생활에서 전파되는데, 전염성 결핵 환자는 1년 동안 10명 이상의 사람을 감염시킨다고 한다. 우리 사회로부터 결핵을 퇴치하기 위해서는 전염원이 되고 있는 결핵 환자에 대한 치료와 관리가 필수적이며, 의료진의 치료 지시에 불응하는 환자는 본인의 건강과 공중 보건 측면에서 큰 문제가 된다. 일차적으로는 결핵균을 외부로 배출하는 결핵 감염 환자가 문제이지만, 이차적으로는 치료에 의하여 감염성이 일시적으로 없어진 경우라도, 지속적인 치료를 받지 않으면, 예컨대 결핵 약

\* 논문접수: 2015. 12. 7. \* 심사개시: 2015. 12. 11. \* 수정일: 2015. 12. 20. \* 게재확정: 2015. 12. 28.  
\* 울산대학교 의과대학 인문사회의학교실.

을 복용하지 않으면 결핵이 재발할 가능성이 높은 결핵 환자라면, 치료 불응이 개인과 공중보건에 잠재적 위험이 될 수 있다. 결핵 환자가 의료진의 치료 지시 또는 권유에 불응한다면, 의료적 조치는 공적인 강제력과 결합하게 된다. 결핵은 환자 개인의 문제가 아니라 공중보건에 위해를 일으키는 감염병이기 때문에, 환자의 치료 거부권은 공공복리를 위한 기본권 제한 사유(헌법 제37조 제2항)가 되는 것이다. 다만 환자에 대하여 강제력을 부가하는 경우에도, 시행하고자 하는 강제 방법의 종류에 따라 기본권의 제한의 정도가 다를 수 있다. 일반적으로 강제 구금과 같은 신체의 자유에 대한 강한 제한을 시행하기 이전에, 약한 정도의 제한이 가해지는 직접복약확인치료(Directly Observed Therapy, DOT)와 같이 환자가 자신이 약을 복용하는 것을 약속하고, 직접 의료진이 확인함으로써, 치료 순응도를 확인하고 환자의 자유를 좀 더 보장하는 것이 강제 구금과 같은 강한 기본권 제한 방법보다 좋을 것이라는 점은 일응 타당하다. DOT 치료에 대하여 순응하지 않거나, 기존에 환자가 보여 주었던 태도에 비추어 치료에 불순응할 것으로 강하게 예측되는 경우라면, 의료진은 환자를 강제 구금하고 치료하는 방법을 취하게 될 것이다. 우리나라의 결핵 예방법은 강제 구금과 관련하여, 두 단계의 명령 제도를 가지고 있는데, 첫째는 입원명령제도(결핵예방법 제15조)이고, 둘째는 격리명령제도(결핵명령법 제15조의2)이다. 본 논문에서는 강제 구금 명령에서 가장 기본권 제한의 정도가 심한 격리 명령을 분석하는 것인데, 이를 위하여 결핵에 대한 강제 치료 조치로서 격리 명령에 대한 기본권 제한과 그 한계에 관하여 국제 규약과 외국의 사례에 비추어 이론적 고찰을 시행하고, 이를 통하여 치료 불순응 결핵 환자에 대한 강제 조치로서 새롭게 도입된 결핵예방법상의 격리 명령 제도의 실행 방안과 실행에 있어서 법적 한계를 다루고자 하는 것이다.

## II. 감염병 치료를 위한 강제 구금의 원칙과 한계

### 1. 강제 구금을 시행하기 위한 기본 원칙

개인의 자유/권리 행사가 다른 사람에게 해가 될 경우에는 국가가 개입할 수 있다는 원칙은 인정된다. 우리 헌법 제37조 2항에 의하여 인정된 공공복리에 의한 기본권 제한이 그 근거가 될 것이다. 포괄적인 인권 조약인 1966년, 유엔 인권 협약 제12조<sup>1)</sup>에 의하면, 거주 이전과 이동의 자유(right to liberty to movement and freedom to choose his residence)에 대한 제한 사유로 공중 보건(public health)을 보호하기 위하여 필요한 경우를 예로 들고 있다. 1950년, 유럽 인권 조약의 제5조 제1호 (e)<sup>2)</sup>에서도 자유권에 대한 합법적 제한 사유의 하나로 감염병(infectious disease)을 들고 있다. 또한 이러한 강제 조치의 행사는 공권력의 의무이기도 하다. 적절한 강제 조치로 공중을 감염병으로부터 방어하는 노력을 게을리 하는 경우에는 국가가 개인에 대하여 손해배상 책임을 물을 가능성이 있다. 그러므로 공권력에게는 개인의 인권을 존중하고 공중을 감염의 위협에 처하지 않게 하는 과제가 주어지고 있는 셈이다. 다만, 민주주의 국가에서는 형사범 이외의 사람이 구속 등의 인권을 제한 받는 것은 예외적인 것이다. 인권 제한 법적 타당성을 판단할 때 사용하는 국제적 지침으로 시라쿠스 원칙(Siracusa Principles)(1985년/[인권을 제한할 때의 기본적 원칙])<sup>3)</sup>이 있다. 세계보건기구에서 광범위 약제 내성 결핵 환자에 대한 비자발적 구금(involuntary detention)에 대하여 공식적으로 취한 입장의 예를 들면 다음과 같다.<sup>4)</sup> “만약에 환자가 고의로 치료를 거부하면 그것은 공중 보건에

1) International Covenant on Civil and Political Rights, December 1966, Article 12, 1, Article 12, 3. <http://www.ohchr.org/en/professionalinterest/pages/ccpr.aspx>

2) Council of Europe: European Convention on Human Rights. Rome, 4 November 1950, Article 5(Right to Liberty and Security), 1 (e). [http://www.echr.coe.int/Documents/Convention\\_ENG.pdf](http://www.echr.coe.int/Documents/Convention_ENG.pdf)

3) United Nations, Economic and Social Council, U.N. Subcommission on Prevention of Discrimination and Protection of Minorities: Siracusa Principles on the Limitation and Derogation Provisions in the International Covenant on Civil and Political Rights. 1985. <http://www1.umn.edu/humanarts/instree/siracusaprinciples.html>

위험이 될 수 있다. 광범위 내성 결핵균에 의한 심각한 위험이 노출될 경우라면 그것은 보다 넓은 공중을 위하여 개인의 인권을 제한할 수 있다는 것을 의미한다.” 그 경우에는 감염 질병을 막기 위하여 격리(Quarantine, Isolation)를 할 수 있다. 다만, 이것은 다른 방법이 모두 실패한 경우에 최후의 수단으로 취하여야 한다. 세계보건 기구는 시라쿠스 원칙으로 부터 다섯 가지 원칙을 도출하고 있다.

- 가. 제한은 법에 따라서 진행되어야 한다.
- 나. 제한은 일반 이익이라는 합법적 목적을 위하여야 한다.
- 다. 제한은 목적에 도달하기 위하여 민주 사회의 엄격한 필요에 의하여야 한다.
- 라. 동일한 목적을 달성하기 위하여 덜 침습적이고 제한적인 방법이 없어야 한다.
- 마. 제한은 과학적 증거에 기초하여야 하고, 인위적으로 부과되거나 만들어져서는 안 된다. 예컨대, 비합리적이거나 차별적인 방법.

## 2. 환자의 자기결정권과 관계

의사 결정 능력이 있는 사람은 자신이 받는 치료에 대해서 이를 받을지 아니면 거부할지에 대한 자기 결정권이 있다. 헌법적으로는 신체에 대한 자기결정권의 하나로 보아야 하는데, 일반적으로 치료 거부의 결과가 사망 등의 바람직하지 않더라도, 개인이 그 결과를 감수하겠다는 조건하에, 의사 결정 능력이 있는 성인의 치료 거부권은 인정된다. 구금 상태에서 시행하는 강제 검사, 투여 경로를 불문하고 본인의 뜻에 반한 강제 투약은 고도의 인권 침해로 간주되는데, 강제 입원을 인정하는 것과 강제 치료(투약을 포함)을 인정하는 것은 인권 침해에 있어서 다른 의미를 가지고 있다. 미국 뉴저지 주 법원 사례 City of Newark v. J.S.<sup>5)</sup> 판결에서 뉴저지주 결핵관리법(TB Control Statue)에 의하

4) WHO Guidance on human rights and involuntary detention for xdr-tb control.

[http://www.who.int/tb/features\\_archive/involuntary\\_treatment/en/](http://www.who.int/tb/features_archive/involuntary_treatment/en/)

5) 279 N.J. Super. 178 (1993) 652 A.2d 265. Available at <http://www.leagle.com/dec>-

면, 인간면역결핍바이러스 감염과 함께 발병한 다제 내성균 결핵 환자에 대한 강제 구금은 인정했지만, 강제 검사 및 강제 투약은 인정하지 않았다. 사실 관계는 다음과 같다. J.S.는 40세 먹은 아프리카인이며, 인간면역결핍바이러스 감염과 결핵이 함께 감염된 환자이다. 병원의 의료진은 노워크(Newark) 당국에 J.S.가 의료진의 치료 지시에 불응하고 병원을 탈출하였기 때문에 이를 처리하여 줄 것을 요청하였다. J.S.는 호텔 로비에 후줄근한 평상복 차림으로 앉아 있는 것이 발견되었다. 이전에 J.S.는 의료진의 치료에 불응하여 병원을 탈출한 경력이 있었는데, 당시에는 병이 악화되어 응급실을 통하여 다시 재입원하였던 일이 있었다. 또한 1993년 3월 J.S.는 병원 퇴원 후 요양원에 거주한 적이 있는데, 외출 후 귀가하는 과정에서 길을 잃은 일이 있고, 당시 수중에 가진 돈이 없었기 때문에, 결핵 치료의원에 정해진 시간에 가서 치료를 받지 못한 있었다. 이런 이유로 J.S.는 의료진의 지시에 불응할(Non-Complaint) 환자로 추정되었다. J.S.의 객담(Sputum) 검사에서 감염성 결핵이 확인 되었는데, 강제 구금후 객담(Sputum) 검사를 거부하였으며, 심한 통증을 수반하는 근육 주사 맞기를 거부하였다. 이에 대하여 법원은 환자의 치료 거부권을 인정하고 있다. 법원의 입장은 치료 지시 불응환자가 치료에 협조하여 전염성이 없어져서 강제 입원의 상태에서 벗어나거나, 강제 치료를 거부하고 퇴원할 기한 없이 병원에서 지내야 하는 두 가지 선택을 하도록 하고 있다. 결핵 감염 방지 목적은 구금으로 충분하고, 투약을 거부한 환자에게 강제적 투약을 하는 것은 구금보다 인권 제한 수위가 한층 높은 것으로 보기 때문에, 강제 투약은 기본적으로 인정받지 못한 것이라고 생각하는 것이 타당하다.<sup>6)</sup> 영국<sup>7)</sup>과 이스라엘,<sup>8)</sup> 독일 등 유럽의 보고에서도, 격리는 가능하지만 치료는

tion/1993457279NJSuper178\_1442/CITY%20OF%20NEWARK%20v.%20J.S.

6) Bayer R., Dupuis L., Tuberculosis, Public Health, and Civil Liberty, Ann Rev Pub Health. 1995, 16:307-326.

7) Coker R.J., The Law, Human Rights, and The Detention of Individuals with Tuberculosis in England and Wales. J Pub Health Med. 2000, 22: 263-267

8) Weiler-Ravell D., Leventhal A., Coker R.J., et al., Compulsory Detention of Recalcitrant Tuberculosis Patients in The Context of A New Tuberculosis Control Program in Israel. Pub

강제할 수 없다고 되어 있다. 또, 만일 강제적 투약을 인정했다고 해도 치료를 거부한 환자에게 그 의사에 반하여 장기 투약하는 것은 현실적으로도 어렵다. 다만 공중 보건에 위해를 끼치는 경우는 환자의 자기 결정권을 제한하는 이익 형량의 문제가 나타나게 되기 때문에, 치료에 협조하지 않을 경우에 결핵 환자는 계속적으로 구금되어야 한다는 현실적인 문제가 있다.

### 3. 강제 구금 명령 발동의 요건들

앞에서 언급한 시라쿠스 원칙과 관련하여 구체적으로 다음과 같은 사항들이 강제 구금 명령 발동을 위한 요건이 된다.

#### 가. 비합리적이거나 차별적인 방법이 아닐 것

강제 구금은 과학적 증거에 기초하여야 하고, 비합리적이거나 차별적인 방법과 같이 인위적으로 부과되어서는 안 된다. 예컨대, 공권력에 의한 강제적 목적은 공중 보건을 방어하는 것이므로, 이것의 이름을 빌린 특정 집단의 차별 등이 있어서는 안 된다. 1900년 캘리포니아 순회 재판소에서 격리(Quarantine)의 합법성을 둘러싼 미국의 고전적 판례로 *Jew Ho v. Williamson et al*<sup>9)</sup>이 있다. 1900년 미국 샌프란시스코 보건당국은 당시 페스트(Bubonic Plague)로 9명이 사망하였는데, 그들이 사망 당시에 중국인 거주 지역 주변에서 거주하였다고 발표하고, 12블록 내 거주자의 수만 명의 아시아인들에 대하여 방역격리(Quarantine)를 한다고 결정하였다. 원고인 Jew Ho는 해당 지역에서 식료품 가게를 운영하는 자로서 두 가지 이유를 들어 위 명령에 대한 금지청구(Injunction)를 하였는데, 첫째는 의료 전문가의 감정 증언을 신청하여 페스트라는 질환에 의하여 사망하였다는 시 당국 의료진의 진단내용에 대한 의문을

---

Health. 2004, 118:323-328.

9) Circuit court. N.D. California. 103 F. 10 (1900). available at <http://www.publichealthlaw.net/Reader/docs/JewHo.pdf>.

제기하였고, 둘째는 역학적으로 질병이 창궐하고 있다고 하더라도, 방역격리가 부적절하고 비효율적으로 설정되었다고 하였다. 원고의 주장은 현재 명령은 아시아인들이 거주하는 집들을 대상으로 격리를 시행하는 것이기 때문에 효과가 없고, 아시아인과 백인간의 차별이 없이 동일하게 격리명령이 집행되어야 의학적으로 효과가 있다고 주장하였다. 원고의 주장에 근거하여 법원은 위 명령은 미연방헌법 수정 제14조의 적법절차 조항에 위반하였다고 판시하였는데, 그 이유로 차별적이고, 의학적으로도 페스트를 방역하기 위한 방법으로 비합리적이라고 보았다. 그렇지만 사망한 9명의 집과 접촉자에 대한 격리 명령은 유지하도록 하였다.

### 나. 동일한 목적을 달성하기 위하여 최소 침해의 원칙

위 원칙은 “Least restrictive alternative”의 원칙이라고 한다. Least restrictive(or intrusive, or invasive, or drastic, or coercive) alternative(or means)는 “같은 목적을 달성할 수 있는 수단 중 가장 인권 제한의 정도가 약한 대체 수단”을 뜻하며 공권력에 의한 강제 조치에서는 “Least restrictive alternative”를 사용하여야 한다는 원리이다. 1950년 이후, 미국에서는 감염증 환자에 대하여 강제 조치한 재판은 그렇게 많지 않다. 감염증 환자 강제 조치 조건들은 1965년~1970년대에 미국에서 발생한 정신 질환자에 대한 강제 조치를 둘러싼 재판에서 발전한 이론이 응용되고 있다. 위 원칙은 공적 사유에 의한 강제 조치에서, 비례 원칙과 함께 인정되고 있는 주요 원칙 중의 하나이며, 1972년 미국 연방 지방 법원(정신 질환 환자의 구속을 둘러싼 재판)인 *Lessard v. Schmidt*<sup>10)</sup>에 명확히 기술되어 있다.

사실 관계는 다음과 같다. 1971년 10월 자살 시도 이후, 알버트 레사드(Alberta Lessard)는 경찰에 검거되었고, 법원은 편집성 조현병(paranoid schizophrenia)의 치료를 받기 위한 구금을 명령하였다. 레사드는 밀위키 법률

10) 414 U.S. 473 (1974). Available at <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/414/473/>

구조공단의 도움을 받아서 당시 시행되고 있었던 위스콘신 주 비발적 구금법 (Wisconsin's involuntary civil commitment statutes)에 의하여 구금되어 있던 자들을 대신하여 집단소송(class action)을 제기하였다. 소송은 정신질환 자들에 대한 구금과 그 절차의 위헌성에 집중되었다. 위스콘신 주는 당시 다른 주와 마찬가지로 구금의 근거로서 좀 느슨한 규정을 가진 정법을 가지고 있었다. 구금 대상이 되는 정신질환자의 정의는 “치료와 간호를 받는 것이 자신과 사회의 복지를 위하여 필요한(requires care and treatment for his own welfare, or the welfare of others in the community) 사람이라고 하였고, 이 경우 “적절한 후견과 치료를 위하여(a proper subject for custody and treatment)” 구금할 수 있다고 규정되어 있었다. 밀워키에 위치한 연방지방법원은 위스콘신 주의 정신건강법(mental health act)에 의한 구금을 위헌이라고 판결하는데, 3명의 재판관은 구금을 허용하기 위한 위험 기준을 다음과 같이 제시하였다. “구금하지 않는다면, 해당자가 자신이나 타인에게 피해를 가할 것이라는 매우 높은 개연성이 있어야 한다(there is an extreme likelihood that if the person is not confined he will do immediate harm to himself or others.)” 더 나아가 법원은 구금을 위한 재판의 진행을 형사 절차에 준하여 진행하여야 한다고 하면서, 법률 조언을 받을 수 있고, 묵비권을 행사할 수 있으며, 전문증거는 배제하고, 합리적 의심의 여지가 없는 증거 기준을 제시하였다.

“Least restrictive alternative” 원칙에 따르면 결핵 환자에 대하여 강제 조치가 취해지기 전에 환자의 치료에 대한 자발적 협력을 가능하게 하는 수단이 고려되어야 한다는 것이다. 결핵 환자가 결핵 치료에 협조하는 것이 불가능한 사회적 상황임에도 불구하고, 이러한 상황의 개선을 우선시 하지 않고, 보건 당국이 치료 비협조를 이유로 환자를 구속하는 것은 허용되지 않는다는 의미가 된다. 결핵의 경우 “Least restrictive alternative”에는 인근 병원에서 무료 치료라는 것, 자발적 입원을 하는 것, 자발적 직접복약확인제도를 이용하는 것 등이 포함된다. “Least restrictive alternative” 원칙은 단순해 보이지만, 사실적인 면에서 2개의 다른 수단의 유효성을 정확하게 예상하여야 하는 사실적 문제가



있다. 이로 인하여 감염증 대책에서 있는 강제 조치를 선택함에 있어서, “더 인권 제한의 정도가 약한 수단”이 실제로 시행되어 실패했다는 것이 실제로 증명될 필요가 있는가라는 점과 “Least restrictive alternative” 원칙에 관한 그 범위가 어디까지인가를 확정하는 것이다. 여기에는 두 가지 견해가 가능하다. 첫째는 “least restrictive alternative” 원칙이 인권 제한의 정도의 보다 높은 조치를 취하기 전에 모든 『인권 제한의 정도가 약한 수단』이 실제로 모두 취해질 것을 요구하지는 않으며, 사전에 검토하여 고려하는 것을 요구한다는 것이다. 이에 반대하는 의견은 이러한 입장을 취하는 것은 해당 원칙을 무효화 하는 것에 다름이 없다고 한다. 1990년대 결핵이 다시 창궐하게 된 뉴욕에서 이 문제가 제기되었다. 당시 뉴욕시 보건조례(New York City Health Code), 11.47조(Section 11.47)(1993년)를 개정하여 보건 당국에 결핵 환자에 대한 구금을 시행할 수 있는 권한을 부여하였다. 이와 함께 5일 이내에 법원에 구금에 대한 결정을 하도록 하는 절차를 거치도록 하고, 법원의 결정 이후 60일 또는 90일이 지나면 다시 구금에 대한 법원의 심사를 받도록 하고 법률 조언을 받을 권리와 가족 등에게 구금 사실을 알리도록 하는 절차 조항도 만들었다. 이때 구금을 시행하기 위한 조건으로 “실질적 개연성(substantial likelihood)”을 요구하였는데, “환자의 과거와 현재의 언행에 비추어 보아 환자가 접촉 시 주의사항을 포함한 의학적 처치에 순응할 것이라고 믿을 수 없는 경우라는 실질적 개연성이 있는 경우에 보건 당국에 의한 구금이 가능한 것으로 하고 있다. 의학적 처치에는 복약 거부 또는 실패, 치료 방문 약속 불이행이 포함된다.”고 하였다.

실제로 구금 명령이 내려진 1995년 사례에서 피구금 대상자가 뉴욕시를 상대로 소송을 제기한 *City of New York v. Antoinette R.*<sup>11)</sup> 판결에 보면, 구금 대상자인 피고인(Antoinette R)은 폐결핵의 악화로 인하여 수차례 병원 응급실을 드나들었고, 그 외중에 적절한 치료를 받기 위하여 입원도 하였지만, 예정된 치료를 다 마치지 못하고 병원에서 사라졌다. 피고인에게 직접복약확인 제

11) Supreme court of New York queens county 165 Misc. 2d 1014; 630 N.Y.S.2d 1008. Available at <http://www.publichealthlaw.net/Reader/docs/AntoinetteR.pdf>

도의 도움이 제공될 것이라는 점이 설명되었다. 자신의 어머니 집에서 만나서 치료 확인을 할 것이라고 했지만, 자신의 전화번호는 가르쳐 주지 않았는데, 결국 연락이 안 되었고 거주지 파악이 안 된 상태에서 연락이 두절되었다. 이에 대하여 뉴욕시는 구금명령을 내렸고, 이에 대한 법원의 결정은 구금 명령이 적법하다는 것이었다. “Least restrictive alternative” 원칙에 치료에 대한 협조를 향상시키는 사회적 지원을 제공할 의무와 같은 적극적인 의무를 정부에 지운 것이라고 해석하기는 어려움이 있다. 구체적으로 환자의 주거 불안정의 문제가 있을 때, 결핵 환자에 대하여 주거 안정을 확보해 주어야 할 의무를 부담하는 것과 같은 적극적인 의미의 의무를 부담한다고 보기에는 어려움이 있다. 보건 복지 재정과 연결된 문제로서 현실적으로 모든 것을 요구하기는 어려움이 있으므로, 개별 국가의 개별사례에 따라 판단하여야 할 것으로 보아야 한다. 일반적으로 입원, 치료 기회, 복약확인제도와 같은 의학적 방법들과 함께 치료비 보조, 생계 보조와 같은 가능한 사회적 구제 방법이 “Least restrictive alternative” 원칙을 적용하기 위하여 사전에 제공되어야 할 것으로 보아야 한다.

#### 다. 비례원칙(proportionality)

강제 조치들이 타당하려면, 과학적 근거가 뒷받침된 일정 이상의 의미가 있는 위험이 있어야 한다. 단순히 막연한 자의적 공포이어서는 안 되며, 충분한 과학적 근거 없이 국민의 불안을 고려한 조치로 감염증 환자의 인권을 제한할 수는 없다. 또한 회피하려는 위험의 정도에 비례하여 강제 조치에 의한 인권 제한의 정도가 정해져야 한다. 비례원칙은 결핵환자의 강제 구금의 필요성을 평가하는 도구가 되는데, 이와 관련하여서는 개별평가의 원칙이 논의되고 있다. 개별 평가의 원칙은 환자가 갖는 집단적 속성(예컨대, 노숙자 등)만으로 강제 조치 여부를 결정해서는 안 되며, 각각의 예에서 환자들이 가지는 개별적으로 위험도를 평가하고 이를 바탕으로 강제 구금 결정을 하여야 한다고 한다. 개별

평가 원칙은 환자에 강제 구금 여부는 개별 환자의 위험 정도에 비례하여 적용하여야 한다는 비례 원칙의 구체적 내용으로 보아야 한다.

결핵을 둘러싼 미국 판결로 School Board of Nassau County v. Arline<sup>12)</sup>에서의 논의가 있다. 사실 관계는 다음과 같다. 진 에어린(Gene Arline)은 초등학교 교사이다. 결핵이 3번째로 재발하자 플로리다 주 낫소(Nassau) 카운티 교육청은 1979년 에어린을 교사직에서 해고한다. 에어린은 이후 교육청에 재정적인 지원을 요구하지만 거절당한다, 에어린은 연방지방법원에 교육청의 행위는 핸디캡(hadicated)만을 이유로 불이익을 당한 자에 대하여 구제조치를 시행하지 않는 것을 금지한 1973년 재활법(Rehabilitation Act) 504조에 위반한 것이라고 주장하였다. 즉 자신은 교육청으로부터 재정적인 지원을 받아야 한다는 것이다. 법조문에 감염병에 이환된 것이 핸디캡에 해당하는지 여부가 명시적으로 규정되어 있지는 않았다. 연방지방법원은 감염병이 법에 규정된 핸디캡이 아니라고 하였지만, 연방항소법원은 제11 지방법원의 판결을 뒤집으면서, 그녀는 감염병 외에 교사로서의 다른 조건은 모두 충족하였기 때문에, 해고에 관하여 그녀의 질병은 핸디캡에 해당한다고 보았다. 미국 연방 대법원은 결핵 환자의 교직 해고의 타당성을 둘러싼 사법 판단에서, 감염병에 이환된 자가 법에서 요구하는 핸디캡 상태인지 아닌지(Handicapped status)를 판단하기 위해서는, 먼저 다른 조건을 충족하고 있는지를 판단하여야 하기 때문에(otherwise qualified), 감염병으로 인하여 발생한 환자의 신체적 장애가 그 사람의 주요한 일상생활(또는 직업)에 문제를 일으키고 있는지는 적절한 사실 확인과 개별적인 평가를 통하여야 한다고 하였다.

개별 평가의 한계는 감염병에 관하여 질병이 장래에 어떻게 진행될 것인지에 관하여 환자의 장래 행동과 어떻게 관련될 것인지를 예측하는 것은 어렵다는 점이다. 높은 수준의 위협이 존재하고, 어떠한 행동이 장래 위협이 될지 예상 불가능한 경우라면(예컨대, 과학적 기준에 비추어 공권력이 합리적으로

12) 480 U.S. 273 (1987). Available at <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/480/273/case.html>

행동하고 있고, 개별 평가가 불합리한 정도라고 판단되는 경우) 개별 평가의 원칙이 완화될 수 있을 것인지가 문제가 된다. 가장 문제되는 부분은 광범위 내성 또는 다제 내성 결핵균에 감염된 환자가 수 주 또는 수 개월의 약물 치료에 순응하여 현재 비감염성인 상태로 전환되었지만, 정해진 날짜에 병원에 방문하지 않고, 연락이 되지 않아서 추가적인 복약이 되지 않는다면, 이 환자의 결핵은 다시 재발할 것이라는 예측이 의학적으로 매우 유력해 지기 때문에, 현재 감염성이 없더라도 강제 구금할 수 있는가라는 문제이다. 이 문제에 관하여 1993년 개정 뉴욕시 보건조례 11.47조는 비감염성 결핵 환자라도 계속적으로 치료에 비협조적인 경우, 적정절차보호(due process protection)와 엄격한 조건 하에 치유할 때까지 구속하는 권한을 위생국에 주었다. 그 후 1995년 미국 조사에서는 12개 주가 비감염성 환자의 구속을 인정하고 있었다. 물론 구속 대상을 확장하기 위해서는 치료 비협조 감염성 환자의 구속 때보다 그 필요성을 증명하기 위하여 공권력에 요구되는 것이 많아진다. 이에 대한 찬반 논의가 있었는데, 일반적으로 미국의 찬성 의견과 이에 대한 유럽의 반대 의견이 있었다.

### 라. 절차적 적법절차(procedural due process)

강제 조치에 필요한 절차를 미리 정하는 당사자에게도 이의 제기와 결정 과정 참여권을 인정하고 강제 조치의 남용을 회피하는 적법절차 보호를 주어야 한다. 시라쿠스 원칙에서는 “인권의 제한은 자의적이어서는 안 되며, 법적 검토에 부쳐질 수 있는 투명성 높은 절차에 의한 실행할 것, 및 그러한 방침의 실시 절차가, 자의적 차별적으로 되지 않음을 확실히 하기 위해서 충분한 체크 기능과 밸런스 기능을 갖추고 있을 것, 모든 인권 제한은 그 남용에 대한 이의 제기와 대항 가능성을 주는 것, 인권 제한의 남용에 저항하기 위한 적절한 기준으로 유효한 대항 수단이 법에 규정되어야 할 것”을 요구하고 있다. 결핵에 관련한 판례 *Greene v. Edwards*<sup>13)</sup>에서 1980년 웨스트버지니아 항소 최고법원은

13) Supreme Court of Appeals of West Virginia 164 W. Va. 326; 263 S.E. 2d 661. Available

결핵 환자의 격리 구속을 위한 주의 입법이 적법 절차 조항을 갖추지 못했다는 이유로 위헌이라고 판단한 예가 있다. 사실관계는 다음과 같다. 윌리엄 아서 그리네(William Arthur Greene)는 맥도웰 카운티 순회법원(Circuit Court of McDowell County)의 명령에 의하여 파인크레스트(Pinecrest) 병원에 강제 구금되었다. 근거는 웨스트버지니아의 결핵예방법(Tuberculosis Control Act)과 웨스트버지니아 규정(code) 26-5A-1 et seq였다. 그리네는 인신보호절차(Habeas corpus proceeding)에 의하여 청원을 하였다. 사유는 결핵에 의한 구금 절차를 진행하는 과정에서 제기된 인신보호절차를 준비하면서 그리네에게 적법하게 선임된 변호인에 의한 도움을 받을 권리를 고지하지 않았고, 그로 인하여 청문 과정에서 변호인의 도움을 받지 못하고 그리네는 법정에서 홀로 나가게 되었다. 이에 대하여 항소 최고법원은 웨스트버지니아 규정(code) 26-5A-5에 의하여, 감염성 결핵(Communicable tuberculosis)으로 인하여 구금되는 사람에 대하여 보장하여야 할 절차로는 (1) 구금의 사유와 근거에 대하여 충분하게 기술된 문서에 의한 고지, (2) 적법하게 선임된 변호사와의 상담을 통하여 절차를 충분하게 준비하여야 할 수 있어야 할 것, (3) 절차 참여권으로서 증인을 청하고, 반대 심문하는 권리 보장, (4) 구금을 위한 명백하고 신뢰할만한 증거를 갖추어야 하고, (5) 항소를 위하여 축약된 보고서를 받을 권리가 있다고 하였다.

### III. 결핵예방법상의 격리 명령과 기본권 보호

#### 1. 입원명령제도<sup>14)</sup> 시행상의 문제점

2006년 9월 결핵퇴치 2030 계획에서 다제 내성 결핵 환자의 치료 순응도를

---

at <http://www.publichealthlaw.net/Reader/docs/Greene.pdf>

14) 이형민, “결핵접촉자 검진 및 결핵환자 입원명령제도 소개”, 『제112차 대한결핵 및 호흡기학회 추계학술대회』, 2011, 25~28면.

높이기 위한 약제비 지원 사업이 시작되었고, 2008년 3월 19일 기존 결핵퇴치 2030을 개정하여, 진료비 지원과 함께 격리 치료를 위한 지정전문병원 운영과 지원이 시작되었다. 이를 바탕으로 2010년 1월 25일 결핵예방법(법률 제 9963호, 2010.1.25., 전부개정] 제15조에 입원명령이 도입되었다. 입원명령은 시·도지사 또는 시장·군수·구청장이 결핵환자가 동거자 또는 제3자에게 결핵을 전염시킬 우려가 있다고 인정할 때에는 결핵의 예방을 위하여 결핵환자에게 일정 기간 보건복지부령으로 정하는 의료기관에 입원할 것을 명하는 것이다. 또한 동법 제16조에 의하면, 제15조에 따라 입원 명령을 받은 결핵환자에 대하여 부양가족의 생계유지가 곤란하다고 인정될 때에는 부양가족의 생활 보호에 필요한 조치를 할 수 있게 되었다. 이에 더하여 기존 결핵 사업에서 시행되던 입원 환자에 대한 치료비용 지원도 함께 진행되고 있다. 결국 현재의 입원 명령 제도는 강제 구금과 같은 기본권의 제한과 입원 명령을 받고 치료에 순응하는 결핵 환자에 대해서는 입원비, 고가의 2차 약제에 대한 치료비 보조, 가족에 대한 생활비의 일정 부분 보조라는 대책을 제공함으로써 당근과 채찍을 함께 사용하여 치료 순응도를 높이고 있다. 입원 명령이 진행되는 절차는 다음과 같다.<sup>15)</sup> 외래 진료를 통하여 다제 내성 결핵균 감염 환자가 발견되면 원칙적으로 약물치료를 하게 되는데, 결핵균에 따라 치료 기간에 차이를 두고 있다. 감수성 결핵 환자가 가장 짧아서 6~9개월 정도, 다제 내성(Multi-Drug Resistance, MDR) 결핵 환자는 20개월, 광범위약제 내성(Extensively Drug Resistant, XDR) 결핵 환자는 2년 이상 약물 치료를 시행하는 것을 원칙으로 하고 있다. 약물 치료 기간 중에 외래 또는 입원을 하게 되는데, 일차적으로 1) 환자가 외래 치료를 원하는 경우에는 외래 치료를 하는 것을 인정하고, 2) 환자가 입원을 원하는 경우에는 보건소에 입원 명령을 신청하게 된다. 감염성이 있고, 입원을 하는 경우에 감염성이 있을 경우에 음압 병실에 입원하는 것을 원칙을 하고, 입원 기간은 환자의 상태에 따라 달라지는데, 일반적으로는 결핵도

15) 2015년 4월 10일, 국립중앙의료원을 방문하여 결핵치료 의료진과의 대담한 결과를 요약한 것임.

말검사 결과 (-) 결과가 3번 나오는 경우는 음압병실에서의 격리 해제가 가능하다. 8시간마다 도말 검사를 할 수 있기 때문에, 가장 빠르게 시행하면 최초의 도말검사 (-) 이후 24시간 만에 격리 해제가 가능하기도 하다. 도말검사 (+) 경우에도 배양 (-)이면 결핵균이 죽은 상태로 도말 된 것으로 판단하여 음압 병실 퇴원이 가능하다. 이러한 도말 음성 전환은 감염성이 치료에 의하여 없어졌다는 것을 의미하는 것으로 2주에서 6개월까지 환자에 따라 입원 기간에 차이가 있다. 결핵예방법상의 입원 명령을 신청하는 경우는 생계비 지원을 받을 수 있다는 장점이 있어서, 일용직 노동자 수준의 환자들은 대개 입원 명령을 신청하게 되는데, 이때 시·군·구 보건소에 입원명령을 신청하게 되고, 보건소의 명령을 받아 입원을 시행하게 된다. 또한 광범위 내성 결핵균에 사용하는 자이복스(비급여 약물)는 한 알에 현재 58,000원 정도의 고가약이므로, 약값을 보조받기 위해서라도 입원 명령에 의하여 입원을 하여야 한다. 퇴원은 음압병실에서 치료 후 격리 해제가 가능해진 경우에는 퇴원을 고려할 수 있다. 다만 환자의 일반적인 상태를 고려하여 퇴원을 미루는 결정을 할 수도 있다. 입원 명령 운용상의 문제점으로는 입원 명령 시행 과정에서 의료진의 치료 지시에 순응하지 않고, 입원과 도주를 반복하는 환자의 경우에는 보건소에 보고하고 퇴원을 시키는 것을 원칙으로 하고 있는데, 이 경우에는 사회에 전염원을 풀어 놓는 결과가 된다는 것이다. 결핵예방법에서 도입된 격리 명령을 시행하여야 할 대상 환자이지만, 현재 의료기관의 입장은 치료에 불순응하는 환자에 대한 격리명령을 시행할 수 있는 시설과 인력 구조가 갖추어져 있지 않기 때문에, 자발적인 협조가 가능한 입원명령만 치료한다는 문제가 나타나고 있다.

## 2. 격리명령제도 도입과 고려하여야 할 법적 관점

결핵예방법 제15조2(입원명령거부자 등에 대한 조치)에 의하면, “시·도지사 또는 시장·군수·구청장은 결핵환자가 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우 제15조제1항에 따른 의료기관 중 보건복지부장관이 지정하는 의료기관

에 격리치료를 명하여야 한다. 1. 제15조제1항에 따른 입원명령을 거부한 경우, 2. 입원치료 중 임의로 퇴원하거나 치료 중단 또는 무단 외출 등으로 공중에 결핵을 전파시킬 우려가 있는 경우”라고 규정하고 있다. 결핵예방법 제15조에 의한 입원 명령은 당근과 채찍을 함께 사용하고 있지만, 실제로 이를 거부하고 거리에서 살기를 원하는 자나 치료 받기를 명시적으로 거부하는 자에 대한 강제 조치로서는 현실적 실효성이 없었다. 2013년 국정감사에서 현실적으로 의료진의 치료에 불순응하는 결핵환자에 대한 대책이 부실하다는 지적이 있었고, 이를 해결하기 위하여 새로운 유효성 있는 강제 조치 제도로서 결핵예방법에 격리 명령이 도입된 것이다(법률 제12358호, 2014.1.28., 일부개정). 하지만 앞서 언급한 바와 같이 격리 명령을 시행하기 위한 시설상의 문제로 인하여, 2014년 국립중앙의료원의 입원 명령 신청 건수는 10건 정도인데 반하여, 개정된 결핵예방법상의 격리 명령은 신청된 바 없고, 전국적으로 마찬가지 실정이다. 또한 격리 명령이 시행되기 위해서 법적으로 고려하여야 할 점들이 있는데, 이러한 부분에 대한 논의가 부족한 점도 격리 명령 실행에 걸림돌이 되고 있다.

### 가. 절차적 적법절차와 인신보호법의 적용

격리 명령을 받은 결핵 예방 환자에 대한 절차적 적법 절차는 첫째, 법원에 의하여 강제 구금의 적법성 심사가 이루어지는 것. 둘째, 법원 심사가 가능한 이른 시간 내에 이루어지는 것. 셋째, 적법성 심사를 제기할 수 있는 자에 대하여 구금의 사유와 근거에 대하여 충분히 기술된 고지를 할 것. 넷째, 능력이 부족한 피수용자에 대하여 법정 대리인 또는 국선 변호인을 선정 또는 제공하는 것. 다섯째, 기각이나 각하에 대하여 상급 법원에 항소할 권리를 보장하는 것이 핵심이 된다.

미국은 보건 행정 당국에 의한 즉시 강제 형태의 구금과 행정 명령에 구금 모두에 대하여 일정한 시간 내에 법원을 통한 심사와 구금 연장 및 심사라는 과정



을 거치도록 하고 있다. 예컨대 미국 질병관리본부 지침에 의하면, “모든 격리 명령은 대상자의 이름과 시행 일자를 기재하여야 하며, 그 기간이 6개월을 넘어서는 안 된다. 격리 명령을 시행할 때, 대상자에게는 구금을 해제할 것을 요구할 수 있는 권리가 있다는 알려야 하며, 명령서에는 구금 대상자가 만나서 도움을 요청할 수 있는 사람이 명시되어야 한다. 구금 대상자가 구금의 해제를 요구한 경우에 5일을 초과하여 구금할 수 없으며, 구금 기간을 연장하고자 하는 경우에는 법원의 명령을 받는 것이 필요하다. 명령에서 정해진 기간이 종료한 경우에 구금되었던 자가 감염력에 없어졌는지에 대하여 다시 검사하여야 한다.”고 하고 있다. 독일의 경우는 가사사건 및 비송사건 절차법 제7편 자유박탈 사건에 관한 절차에 의하여 “자유박탈은 법원이 오직 관할권한을 지닌 행정청의 신청을 받아 명령할 수 있다(제417조 신청(Antrag) (제1항))<sup>16)</sup>.”고 하고 있는데, 이에 의하면 “법원은 자유박탈 명령을 발하기 전에 당사자로부터 직접 청문해야 한다. 당사자가 청문기일에 참석하지 않으면, 제33조 제3항의 규정에서 벗어나, 즉시 소환하라고 명령할 수 있다(제420조 청문; 소환 (제1항))<sup>17)</sup>.” 이에 반하여 일본은 자유박탈 절차가 행정절차에 의하여 이루어지며, 행정법상의 요건으로 전염의 위험 또는 우려라는 의학적 사유가 중요하게 거론되고 있지만, 72시간의 시간에 한하여 강제 구금되며 그 이상 강제 구금할 수 있는 절차가 없다. 결핵예방법에 의한 격리 명령의 집행에 의하여 결핵전문 의료기관에 강제 구금되어 격리된 환자의 경우에, 법원에 강제 구금의 적법 여부를 심사받는 것이 현재 인신 보호법(법률 제11005호)에 의하여 가능한 지가 문제된다. 인신보호법 제1조는 “위법한 행정처분 또는 사인(私人)에 의한 시설에의 수용으로 인하여 부당하게 인신의 자유를 제한당하고 있는 개인의

16) Gesetz über das Verfahren in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit (FamFG) § 417 Antrag. Available at [http://www.gesetze-im-internet.de/famfg/\\_417.html](http://www.gesetze-im-internet.de/famfg/_417.html)

17) Gesetz über das Verfahren in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit (FamFG) § 420 Anhörung; Vorführung. Available at [http://www.gesetze-im-internet.de/famfg/\\_420.html](http://www.gesetze-im-internet.de/famfg/_420.html)

구제절차를 마련함으로써 「헌법」이 보장하고 있는 국민의 기본권을 보호하는 것을 목적으로 이 법이 제정되었음을 밝히고 있다. 동법 제3조 단서에서 “다른 법률에 구제절차가 있는 경우에는 상당한 기간 내에 그 법률에 따른 구제를 받을 수 없음이 명백하여야 한다”고 규정하고 있고, 이와 관련하여 동법 제6조 제1항 제3호에서도 “다른 법률의 구제절차에 따른 구제를 받을 수 있음이 명백한 때”에는 구제청구를 결정으로 각하할 수 있도록 규정하고 있다. 결핵예방법상의 격리 명령에 대하여 행정기관에 의한 구제나 처분의 취소를 구하는 행정소송 등을 제기하는 것이 가능하기 때문에, 이것이 인신보호법에서 말하는 “다른 법률의 구제절차”에 해당한다면, 이러한 구제 절차를 모두 제기한 이후에만 인신보호법상의 심사청구가 가능하다고 할 수 있을 지가 문제된다. 이에 대하여 “인신의 자유에 대한 기본법으로 인신보호법의 입법 취지, 즉 권리구제 기관인 법원에 의한 신속한 신체적 자유의 해방이라는 입법 취지를 고려해 볼 때 다른 법률에 의한 구제절차는 그 주체가 법원이어야 하고, 그 목적이 수용해제(퇴원이나 석방)여야만 다른 법률에 의한 동종의 구제절차로 그 절차를 거쳤는지 여부를 심사해야 할 것이다. 행정기관에 의한 구제나 처분의 취소를 구하는 행정소송 등은 인신보호법과 동종의 구제절차로 보기 어려워 이를 인신보호법에서 말하는 ‘다른 법률의 구제절차’라 하여 그 이후에만 인신보호청구가 가능하다고 볼 수는 없다.”<sup>18)</sup>고 한다. 통상적으로 격리치료명령을 집행하는 경우에 처분 대상자는 격리 명령 취소에 관한 항고소송이 가능하고, 격리 명령 집행정지 신청이 동시에 가능하다. 그러므로 집행정지 신청이 들어 온 경우에는 해당 절차를 마친 다음에 격리 명령을 실행하고, 그 외의 경우에는 격리 명령을 실행하여 대상자의 신병을 확보한 경우에는 정해진 의료기관으로 신병을 이전한다. 그러므로 항고소송을 제기한 경우로서 집행 정지 신청이 되지 않거나 실효된 경우라면 굳이 인신보호법에 의한 구제를 인정할 필요가 없고 본다. 다만 항고소송을 제기하지 않고 구금된 경우 또는 도주의 우려와 같은 긴급

18) 신권철, “현행 인신보호법의 문제점과 개선방안”, 『사법논집』, 제50집, 2011, 337~382면.

한 사정에 의하여 격리 명령을 수행함으로써 항고소송을 제기하지 못한 경우에는 구금된 사실 자체에 의하여 인신보호법상의 권리 구제가 가능한 것으로 보아야 한다. 그러므로 구금 절차의 진행은 첫째, 의료기관의 격리명령 신청과 권한을 가진 행정청의 격리명령. 둘째, 관할 경찰서장에 협조 요청 및 구금의 실시. 셋째, 일반적으로 3~5일(공휴일이 포함된 경우) 기간이 지나기 전에 법원에 인신보호법상의 격리명령 적부심을 신청하고 법원의 판단을 받는 과정이 필요하다. 격리명령에 의하여 구금이 개시되면, 구금 시작과 함께 피구금자에게 인신보호법상의 권리가 있음을 고지하고, 이에 의한 법원의 심리를 받기 위한 필요 문서를 배부하여야 한다. 피구금자가 법원에 임신보호심사를 받기를 원하는 경우에는 필요한 서면을 준비하고, 제출하는 것을 구금을 시행하는 의료기관이 도와주어야 한다. 피구금자가 신청한 문서는 가능한 빠른 시간에 법원에 제출되어야 하며, 필요한 문서는 의료기관에 준비되어 있어야 한다. 격리명령을 수행할 경우에, 피구금자의 법정대리인 등에게 피구금의 사실을 알려야 한다.

또한 격리 명령의 시행 이후 얼마나 지나야 퇴원이 가능 할 것인지에 관한 문제도 법원의 심사 대상이 된다. 인신 구속 시작점에서 법원의 심사를 받았지만, 일정한 기간이 흐른 다음에는 계속 구금을 하여야 하는지 아니면 석방하여야 할 새로운 사건이 발생하였는지 법원의 심사를 받아야 한다. 미국의 경우 입법에 따라서 3개월에서 6개월까지 기간을 정하여 계속적 구금이 필요한 경우에 법원의 심사를 받고 하고 있다. 1993년 미국 뉴욕에서 개정된 결핵관리 규정에 의하여 구금명령이 도입되고, 시행하였을 당시에 격리 대상 환자는 법원에 격리에 대한 청문을 신청할 권리가 보장되었고, 90일마다 법원의 구금 계속의 타당성에 대한 심사를 받게 하였다.<sup>19)</sup> 독일의 경우는 법원의 심사를 받도록 규정. 우리나라의 경우 결핵예방법에 이에 관한 규정이 없고, 인신보호법 역시 이러한 계속적 구금에 대해서는 특별한 규정이 없다. 사건으로는 치료 기간

19) Seema P., Sumeet S., Saleem A., et al.(2014). Risk Factors for and Outcomes of Detention of Patients With TB in New York City An Update: 2002-2009. CHEST 145(1):95-100.

인 3개월이 지났지만, 치료가 완결되지 않은 경우(예컨대, 계속적으로 치료에 불순응 하는 경우로서 결핵균의 음전이 되지 않는 경우)에는, 이미 격리 명령에 대한 취소 처분을 청구할 기간이 도과하였고, 격리 명령을 해제할 수도 없는 상황이므로, 해당 의료기관에서 격리 명령 대상자와 보호자[법에 의하면 피수용자, 그 법정대리인·후견인·배우자·직계혈족·형제자매·동거인·고용주(이하 “구제청구자”라고 한다))에게 해당 사실을 통보하고, 격리 여부에 대하여 인신보호법에 의한 심사를 받을 수 있다는 사실을 고지하고, 법원 심사를 신청할 것인지를 결정할 수 있도록 도와주어야 한다.

#### 나. 비감염성 치료 불순응자 구금과 개별 평가

일정 기간 치료를 받아서 비감염 상태가 된 이후에, 의료진의 치료 지시를 거부하는 경우에 격리 명령을 할 수 있는 지에 대한 논의가 있다. 이것은 해당 환자가 결핵 예방법상 “입원명령을 받았으나, 이를 거부하는 경우(동법 제15조의2 제1항 제1호)와 입원치료 중 임의로 퇴원하거나 치료 중단 또는 무단 외출 등으로 공중에 결핵을 전파시킬 우려가 있는 경우(동항 제2호)”에 해당하는지의 문제이다. 미국의 입법 예<sup>20)</sup>는 다제 내성균 결핵 환자가 의학적 권고에 의한 복약을 성실하게 이행하지 않는 것으로 판단되는 경우에, 보건공무원(health officer)은 환자에 대한 격리명령을 내릴 수 있고, 환자가 더 이상 전염력이 없을 것으로 보이는 경우에도 예정된 치료 스케줄을 완료하지 않은 경우라면 이러한 명령을 내릴 수 있다.<sup>21)</sup> 보건공무원은 비전염 단계(a non-communicable stage) 결핵 환자에게 의료 감시 하에 있도록 요구(다른 사람들과 물리적으로 격리되는 것을 포함)할 수 있는데, 이때 대상자가 충분한 화학 치료법을 받기 거부하는 경우라면, 구금 명령을 발할 수 있다.<sup>22)</sup> 결핵 의심 또는 확진 환자가 다제 내성균 결핵 또는 광범위 약제 내성균 결핵으로 의심되

20) <http://www.cdc.gov/tb/programs/laws/menu/isolation.htm>.

21) 콜로라도 주법(Colo. Rev. Stat. § 25-4-507 (2009)).

22) 메릴랜드 주법(Md. Code Regs. 10.06.01.21 (2009)).

거나 확진된 경우로서 전염의 위험이 있음에도 치료 계획에 불응하거나 불응하겠다고 위협을 하는 경우라면, 환자가 도주할지 안할지 그 위험을 고려하지 않고, 전염의 결과가 중하기 때문에 격리명령을 하는 것보다는, 보건 공무원은 이 절의 내용에 따라 즉각적으로 임시 구금(temporary confinement) 명령을 하여야 한다.<sup>23)</sup> 독일의 경우는 감염병저지법 격리수용(Quarantäne)(제5장 제30조)<sup>24)</sup>에서 “기타 질병에 걸린 사람은 물론 질병에 걸렸다고 의심되는 사람……, 감염되었다고 의심되는 사람과 병원체를 내보내는 사람의 경우, 이들을 적절한 병원으로 또는 기타 적합한 방법으로 격리해야 한다고 명령할 수 있으며(제1항 제2문)”이고, “당사자가 자신에 대한 격리조치 명령에 승복하지 아니하는 경우 또는 지금까지 그가 행동해온 바에 비추어 그가 그 명령에 충분할 정도로 승복하리라 기대할 수 없는 경우, 강제적 방식으로 폐쇄된 병원 또는 병원의 폐쇄된 장소에 격리하여 수용해야 한다(제2항 제1문).”라고 하고 있다. 일본의 경우<sup>25)</sup>는 결핵 예방법에서는 “입소 명령” 제도를 두면서 “결핵 환자가 그 동거자에 결핵을 전염시킬 우려가 있는 경우에 …… 결핵 요양소(결핵 환자를 수용하는 시설을 가진 병원을 포함. 이하 동일)에 입소하거나 입소시키는 것을 명할 수 있다(제29조).”고 하였다. 결핵예방법이 감염증법에 개정 포함되면서 “입원 권고” 제도로 바뀌었다. 입원 권고에 따르지 않는 경우에는 “입원 조치”가 된다. 결핵예방법에서는 “입소명령”에 강제적인 권한이 없었지만, 감염증법의 입원조치는 즉시 강제로서 강제력이 있다. 입원조치 기간인 72시간동안 강제로 입원할 수 있는 있지만, 이후에는 이를 강제할 방법이 없다. 2013년 국가결핵관리지침에 의한 입원대상 결핵 환자<sup>26)</sup>에 의하면, 가. 수약 불협조자, 치료순응도가 낮은 전염성 결핵환자, 나. 그 외 결핵환자로서 입원

23) 뉴저지 주법(N.J. Admin. Code § 8:57-5.12 (2009)).

24) Gesetz zur Verhütung und Bekämpfung von Infektionskrankheiten beim Menschen (Infektionsschutzgesetz - IfSG) § 30 Quarantäne. Available at [http://www.gesetze-im-internet.de/ifsg/\\_30.html](http://www.gesetze-im-internet.de/ifsg/_30.html)

25) 改正感染症法における結核対策. Available at <http://idsc.nih.go.jp/iasr/28/329/dj3292.html>

26) 질병관리본부, 에이스·결핵관리과, 『2013년 국가결핵관리지침』, 93면.

진료가 필요하다고 인정되는 자라는 항목이 있는데, “수약 불협조자”, “그 외 입원 치료가 필요한 자”가 이에 해당하는 지 역시 마찬가지로 의미를 가지고 있다. 현재 우리 결핵예방법 제15조에 의하여, 동거자, 제3자 또는 공중에 결핵을 전파 시킬 우려가 있는 경우에는 입원 명령이 가능하다. 해석상 “우려”라는 부분을 구체화한다면, 개별 평가에 의한 강제 구금이 가능하다고 본다. 그 요건을 구체화한다면, 첫째, 다제내성 결핵 또는 광범위 내성 결핵균으로 의심되거나 확진된 경우로서, 둘째, 치료에 의하여 또는 현재의 상황이 전염성이 아닌 경우이지만, 셋째, 의료진의 치료 계획에 불응하거나 불응하겠다고 위협을 하는 경우라면, 가까운 장래에 결핵이 재발하여 주변에 전염을 시킬 가능성이 높기 때문에, 개별 평가 원칙에 비추어 입원 명령 및 격리 명령이 가능하다고 하겠다. 구체적으로 사례를 상정하여 보면, 다제 또는 광범위 내성 결핵균 감염의 심환자로서 비전염단계인데, 의료진의 복약지시에 불응하는 경우(예컨대, 외래 진료를 받기로 한 약속을 어기고, 연락이 두절되는)에 강제 구금이 가능할 것인지는 고민이 되는 부분이다. 개별 판단이 중요한 부분이며, 감염 의심의 정도는 얼마나 되는지, 주변에 감염을 일으킬 염려는 얼마나 되는지, 연락이 닿지 않는 정도는 어느 정도인지 등을 고려하여 격리 명령을 내리는 것이 가능하다고 본다.

#### 다. 강제 구금의 형태와 장소 문제

미국에서 격리 장소에 대하여 잠금 장치 있는 병원, 일반 병원, 교도소, 시설 등 다양하게 언급되었는데, 실질적으로 치료 비순응자에 대한 격리명령은 잠금 장치가 있는 병원이 가장 타당한 것으로 논의되었다. 1993년 미국 뉴욕에서 개정된 결핵관리 규정에 의하여 구금명령이 도입되고, 시행하였을 당시에 상황은 다음과 같다.<sup>27)</sup> 가. 격리 대상 환자는 걸려오는 전화를 받을 수 있는 전

27) Seema P., Sumeet S., Saleem A., et al.(2014). Risk Factors for and Outcomes of Detention of Patients With TB in New York City An Update: 2002–2009. CHEST 145(1): 95–100.

화, 텔레비전, 컴퓨터, 운동기구, 각종 활동과 미술 치료를 받을 수 있었다. 나. 후천성 면역결핍증에 대한 치료, 정신건강에 대한 치료, 약물 중독에 대한 치료가 제공되었다. 다. 원하는 경우 변호사가 제공되었고, 격리 대상 환자는 법원에 격리에 대한 청문을 신청할 권리가 보장되었고, 90일마다 법원의 구금 계속의 타당성에 대한 심사를 받게 하였다. 다른 논문에서 표현하는 1993년 뉴욕시 구금명령 시행 상황은 다음과 같다.<sup>28)</sup> 감염성이 있는 환자들은 대개 벨뷰 병원(Bellevue Hospital)에 구금되었다. 그들은 표준적인 격리 병실에 구금되었는데, 복도에는 감시인(a guarded ward)하는 사람이 배치되었고, 거기에는 호흡기 질환을 가진 구금되지 않은 환자들도 치료를 받고 있었다. 비감염성 환자들은 골드워터 기념병원(Goldwater Memorial Hospital)에 구금되었는데, 그곳에는 29개의 병상이 있었고, 대부분은 한방에 4개의 병상이 있는 구조였다. 모든 환자들에게는 케이블 텔레비전이 제공되었고, 걸려오는 전화를 받을 수 있는 전화기가 제공되었다. 병동에는 발코니가 있었고, 낮 병동(day room)이 있었다. 병원 내(hospital grounds)에서 동반 감시를 받으면서(escorted) 병동밖 활동이 가능했다.

이스라엘의 경우<sup>29)</sup>는 인접 국가인 에티오피아, 이전 소비에트 공화국에 사는 사람들이 이스라엘 지역으로 이민 오는 경우가 많아지면서, 이스라엘 사회에 결핵 유병률이 높아졌고, 이로 인하여 1997년 강제 격리(compulsory isolation)를 재정비하게 된다. 기존에 존재하였지만 실시하지 않았던 공중보건조례 제15조 (b)(Section 15 (b) of the Public Health Ordinance)에 의하여 감염병을 가진 환자가 거주 장소가 불특정하여 결핵을 전파할 위험이 있는 경우 경우에는 병원이나 적당한 장소에 강제 격리 하는 것이 가능하도록 프로그램을 만들었다. 위 조례에 의하면 환자 측에서 반대하는 경우에는 법원의 심사

28) Gasner MR., Maw KL., Feldman GE., et al., The Use of Legal Action in New York City to Ensure Treatment of Tuberculosis. N Eng J Med. 1999, 340(50):359-366.

29) D. Weiler-Ravella., A. Leventhal., R.J. Coker., D. Chemtoba., Compulsory detention of recalcitrant tuberculosis patients in the context of a new tuberculosis control programme in Israel. Public Health 2004; 118:323-328.

를 거쳐서 이를 허가하도록 하였다. 1997년 이후 사례에서 강제 격리 조치가 들어가기 전에 환자가 입원에 동의한 경우는 입원 치료하였고, 강제 격리를 시행한 환자는 먼저 병원 입원 치료를 시행하였고, 이에 불순응한 자들은 교도소로 보내져 치료를 받도록 하였다.

우리나라에서 결핵예방법의 격리 명령은 행정 명령이므로, 치료 장소를 일차적으로 교도소로 하는 것은 형사법과 관련된 적법절차와 관련하여 불가능하다고 본다. 다만 격리 명령 대상자의 치료 불순응 정도가 매우 심하거나 반복적으로 입원과 격리를 반복하는 경우라면, 의료기관에서 적절한 치료를 하기 어렵기 때문에, 공중 보건상의 위해를 제거하기 위하여 좀 더 강한 조치를 취할 필요가 있다. 현재 결핵예방법상 격리 명령을 위반한 경우에는 형사 고발이 가능하고, 동법 제 33조 제3호 벌칙 조항에 의하여 위반자는 500만원 이하의 벌금에 처하게 된다. 현실적으로 결핵 환자의 경우 경제적 사정이 빈곤하여 벌금을 납부하지 못할 가능성이 높기 때문에 노역장에 환형 유치를 할 가능성이 높다. 결핵환자는 건강 상태가 좋지 못하여 노역을 제대로 수행하기 어려울 것으로 판단되고, 도리어 노역장 유치를 할 경우에 환자에 대한 적극적 치료를 시도하는 것이 필요하다. 이러한 경우라면, 다른 수형자들을 결핵 감염으로 보호하기 위하여 일반 재소자들의 수감시설과는 분리되어야 할 것이다. 그런 의미에서 본다면, 격리 명령자 또는 격리 명령 위반자들에 대한 형사 고발 절차를 고려하는 것도 의미가 있는 것으로 판단된다.

#### IV. 결론

강제 구금과 관련된 첫 번째 요건으로서, 비합리적이거나 차별적인 방법이 아닐 것이라는 점은 현재 우리나라 상황에서 특별한 논점을 찾기 어려웠다. 또한 결핵예방법상의 입원명령제도와 함께 부양 가족 생활비 지원과 환자 본인에 대한 의료비 지원이 진행되고 있는 점에 비추어서 동일한 목적을 달성하기



위하여 최소 침해의 원칙으로서 “Least restrictive alternative” 원칙은 지켜지고 있다고 보았다. 결국 우리나라의 결핵예방법상의 격리명령을 시행함에 있어서 문제 되는 것은 비례 원칙과 개별 평가, 절차적 적법 절차, 기본권의 본질에 대한 침해 금지로서 강제 구금의 실제 모습이라고 보았다. 결핵예방법상의 격리명령 실행을 위하여 격리명령의 대상을 정하는 기준을 정리하여야 하고, 격리명령이 내려진 상황에서 피구금자의 인권을 보장하기 위하여 가능한 방법을 고려하여야 한다. 결핵 환자에 대한 격리명령은 명령의 시행 초기에 인신보호법의 적용하는 것과 구금이 일정기간 진행된 다음에 격리 명령의 계속 유지 여부에 대하여 법원의 심사를 받는 것이 중요하다고 보았다. 일시적으로 비전염성으로 전환되었다고 하더라도 광범위 내성 또는 다제 내성 결핵환자의 경우는 지속적인 복약을 하는 것이 중요하기 때문에, 경우에 따라서는 격리 명령이 대상이 될 수 있는 것으로 보았다. 구금 장소와 관련해서 격리 명령을 위반한 자에 대한 교도소 유치에 될 수 있으므로, 이에 대하여 준비를 하는 것이 중요하다고 보았다. 현실적으로는 강제 구금을 타당하고 보다 유효한 것으로 만들기 위하여, 격리 치료용 잠금 장치가 갖추어진 전용 병상 시설을 설치하는 것이 매우 중요하고, 이를 유지하기 위한 인력, 재정 지원을 하는 것도 반드시 고려하여야 한다.

[ 참 고 문 헌 ]

- 신권철, “현행 인신보호법의 문제점과 개선방안”, 『사법논집』, 제50집, 2011.
- 이형민, “결핵접촉자 검진 및 결핵환자 입원명령제도 소개”, 『제112차 대한결핵 및 호흡기학회 추계학술대회』, 2011.
- 질병관리본부, 에이즈·결핵관리과. 『2013년 국가결핵관리지침』, 2013.
- Bayer R, Dupuis L., Tuberculosis, Public Health, and Civil Liberty, *Ann Rev Pub Health*, 16, 1995.
- Coker RJ., The Law, Human Rights, and The Detention of Individuals with Tuberculosis in England and Wales, *J Pub Health Med*, 22, 2000.
- Gasner MR., Maw KL., Feldman GE., et al., The Use of Legal Action in New York City to Ensure Treatment of Tuberculosis, *N Eng J Med*, 340(50), 1999.
- Seema P., Sumeet S., Saleem A., et al., Risk Factors for and Outcomes of Detention of Patients With TB in New York City An Update: 2002-2009, *CHEST*, 145(1), 2014.
- Weiler-Ravell D., Leventhal A., Coker RJ., et al., Compulsory Detention of Recalcitrant Tuberculosis Patients in the Context of a New Tuberculosis Control Program in Israel, *Pub Health*, 118, 2004.
- International Covenant on Civil and Political Rights, December 1966, Article 12, 1, Article 12, 3., <http://www.ohchr.org/en/professionalinterest/pages/ccpr.aspx> (2015.11.11.).
- Council of Europe: European Convention on Human Rights. Rome, 4 November 1950., [http://www.echr.coe.int/Documents/Convention\\_ENG.pdf](http://www.echr.coe.int/Documents/Convention_ENG.pdf) (2015. 11.11.).
- Menu of Suggested Provisions For State Tuberculosis Prevention and Control Laws., <http://www.cdc.gov/tb/programs/laws/menu/isolation.htm> (2015.11.11.).
- United Nations, Economic and Social Council, U.N. Subcommission on Prevention

of Discrimination and Protection of Minorities: Siracusa Principles on the Limitation and Derogation Provisions in the International Covenant on Civil and Political Rights. 1985., <http://www1.umn.edu/humanrts/instree/siracusaprinciples.html> (2015.11.11.).

WHO Guidance on human rights and involuntary detention for xdr-tb control., [http://www.who.int/tb/features\\_archive/involuntary\\_treatment/en/](http://www.who.int/tb/features_archive/involuntary_treatment/en/) (2015. 11.11.).

Gesetz über das Verfahren in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit (FamFG), <http://www.gesetze-im-internet.de/famfg/> (2015.11.11.).

Gesetz zur Verhütung und Bekämpfung von Infektionskrankheiten beim Menschen (Infektionsschutzgesetz-IfSG), <http://www.gesetze-im-internet.de/ifsg/> (2015.11.11.).

改正感染症法における結核対策, <http://idsc.nih.go.jp/iasr/28/329/dj3292.html> (2015. 11.11.)

<판결례>

279 N.J. Super. 178 (1993) 652 A.2d 265.

Circuit court. N.D. California. 103 F. 10 (1900).

414 U.S. 473 (1974).

480 U.S. 273 (1987).

Supreme court of New york queens county 165 Misc. 2d 1014; 630 N.Y.S. 2d 1008.

Supreme Court of Appeals of West Virginia 164 W. Va. 326; 263 S.E. 2d 661.

## [국문초록]

## 결핵예방법의 격리명령의 실행과 한계에 관하여

김장한(울산대학교 의과대학 인문사회이학교실)

일반적으로 결핵은 기침, 대화, 노래 부르기와 같은 일상적인 생활에서 전파되는데, 전염성 결핵 환자는 1년 동안 10명 이상의 사람을 감염시킨다고 한다. 우리 사회로부터 결핵을 퇴치하기 위해서는 전염원이 되고 있는 결핵 환자에 대한 치료와 관리가 필수적이며, 의료진의 치료 지시에 불응하는 환자는 본인의 건강과 공중 보건 측면에서 큰 문제가 된다. 일차적으로는 결핵균을 외부로 배출하는 결핵 감염 환자가 문제이지만, 이차적으로는 치료에 의하여 감염성이 일시적으로 없어진 경우라도, 지속적인 치료를 받지 않으면, 예컨대 결핵약을 복용하지 않으면 결핵이 재발할 가능성이 높은 결핵 환자라면, 치료 불응이 개인과 공중보건에 잠재적 위험이 될 수 있다. 결핵 환자가 의료진의 치료 지시 또는 권유에 불응한다면, 의료적 조치는 공적인 강제력과 결합하게 된다. 결핵은 환자 개인의 문제가 아니라 공중보건에 위해를 일으키는 감염병이기 때문에, 환자의 치료 거부권은 공공복리를 위한 기본권 제한 사유(헌법 제37조 제2항)가 되는 것이다. 다만 환자에 대하여 강제력을 부가하는 경우에도, 시행하고자 하는 강제 방법의 따라 기본권의 제한의 정도가 다를 수 있다. 일반적으로 강제 구금과 같은 신체의 자유에 대한 강한 제한을 시행하기 이전에, 약한 정도의 제한이 가해지는 직접복약확인치료(Directly Observed Therapy, DOT)와 같이 환자가 자신이 약을 복용하는 것을 약속하고, 직접 의료진이 확인함으로써, 치료 순응도를 확인하고 환자의 자유를 좀 더 보장하는 것이 강제 구금과 같은 강한 기본권 제한 방법보다 좋을 것이라는 점은 일응 타당하다. DOT 치료에 대하여 순응하지 않거나, 기존에 환자가 보여 주었던 태도에 비추어 치료에 불순응할 것으로 강하게 예측되는 경우라면, 의료진은 환자를 강제 구금하고 치료하는 방법을 취하게 될 것이다. 우리나라의 결핵 예방법은 강제 구금과 관련하여, 두 단계의 명령 제도를 가지고 있는데, 첫째는 입원명령제도(결핵예방법 제15조)이고, 둘째는 격리명령제도(결핵명령법 제15조의2)이다. 본 논문에서는 강제 구금 명령에서 가장 기본권 제한의 정도가 심한 격리 명령을 분석하는 것인데, 이를 위하여 입원 명령과 격리 명령의 차이점을 살펴보고, 이를 통하여 치료 불순응 결핵 환자에 대한 강제 조치로서 격리 명령 제도의 실행 방안과 실행에 있어서 법적 한계를 다루고자 하는 것이다.

주제어 : 결핵예방법, 입원명령, 격리명령, 강제구금, 인신보호법

## **The Implementation and limits of Involuntary Detention of the Tuberculosis Prevention Act**

Jang Han Kim

*Professor, Department of Medical Humanities & Social Sciences,  
College of Medicine, University of Ulsan*

### **=ABSTRACT=**

The tuberculosis is the infectious disease. Generally, the active tuberculosis patient can infect the 10 persons for one year within the daily activities like casual conversation and singing together. The infectivity of tuberculosis can continue for a life time, and infected persons can remain at risk for developing active tuberculosis. To control this contagious disease, along with the active tuberculosis patients, non-infectious but non-compliant patients who can be infectious if their immune systems become impaired have to be managed. To control the non-complaint patients, medical treatment order should be combined with the public order. Because tuberculosis is the risk of community health, the human rights like liberty and freedom of movement can be restricted for public welfare under the article 37(2) of constitution. Even when such restriction is imposed, no essential aspect of the freedom or right shall be violated. The degree of restriction on the rights of citizens is different what methods are chosen to non-complaint patients. For example, under the directly observed therapy program, the patients and medical staffs make an appointment and meet to confirm the drug intakes according to the schedule, which is the medical treatment combined with the mildest public order. If the patients break the appointments or have the history of disobedient, the involuntary detention can obtain the legitimate cause. The Tuberculosis Prevention Act has the two step programs on this involuntary detention, The admission order (Article 15) is issued when the patients are infectious. The quar-

antine order (Artle 15-2) is issued when the patients are infectious and non-complaint. The legal criteria for involuntary detention are discussed and published through the international conventions and covenants. For example, World Health Organization had made guidance on human rights and involuntary detention for tuberculosis control. The restrictions should be carried out in accordance with the our law and in the legitimate objective of public interest. And the restriction should be based on scientific evidence and not imposed in an unreasonable or discriminatory manner. We define and adopt these international criteria under our constitution and legal system. Least restrictive alternative principle, proportionality principle and the individual evaluation methods are explained through the reviews of United States court decisions. Habeas Corpus Act is reviewed and adopted as the procedural due process to protect the patient rights as a citizen. Along with that, what conditions and facilities which are needed to performed quarantine order are discussed.

Keyword: The Tuberculosis Prevention Act, Admission Order, Quarantine Order, Involuntary Detention, Habeas Corpus Act