<table>
<tr><td colspan="5">의료법</td><td>번호: IV - B - 1</td></tr>
<tr><td rowspan="2">제 목</td><td>국문</td><td colspan="4">공중보건법에서의 강제조치와 적법절차원리의 적용</td></tr>
<tr><td>영문</td><td colspan="4">The Compulsory Action in Public Health Law and the Application of Due Process of Law</td></tr>
<tr><td rowspan="2">저 자
및
소 속</td><td>국문</td><td colspan="4">이경환, 정영철
연세의대 의료법윤리학과, 연세대 대학원 의료법윤리학과</td></tr>
<tr><td>영문</td><td colspan="4">Lee Kyoung-Hwan, Jung Young-Chul
Department of Medical Law
and Ethics Medical College of Yonsei University</td></tr>
<tr><td>분 야</td><td colspan="2">보건관리
의료법</td><td>발 표 자</td><td>이경환
일반회원</td><td>발표형식</td><td>구 연</td></tr>
<tr><td>진행상황</td><td colspan="5">연구중</td></tr>
</table>

1. 연구목적

근대 행정법의 기초를 닦은 Otto Mayer의 특별권력관계 이론은 행정의 일정한 영역에서의 법률에 의한 기본권 제한의 일부예외를 인정하고 있었다. 이에 따라 국립대학교의 입학, 수형자의 수감, 그리고 전염병 환자의 강제입원 등을 그 예로 들어 공중보건영역에서 법률에 의한 기본권 제한의 일부예외를 인정하였다. 그러나 오늘날 자유민주주의를 표방하고 있는 국가는 헌법의 기본이념으로 권력분립원리·사회국가원리 등과 더불어 예외 없이 법치주의원리를 들고 있다. 이러한 법치주의원리는 모든 국가행위에 법적 근거를 요구하게 되었고 법치주의원리는 공중보건법 영역에도 침투하게 되었다.

한편, 국가권력으로부터의 침해에 대한 방어적인 성격에서 출발한 적법절차원리는 이론적 배경으로 인해 소극적인 성격을 띨 수밖에 없었다. 하지만 오늘날 법률에 의한 기본권 제한의 예외가 존재해서는 안 된다는 생각이 지배적인 사상으로 자리잡게 되었고 공중보건법의 강제격리, 강제입원 등의 행정행위에 적법절차원리의 준수를 요구하고 있다. 이에 소극적인 성격의 적법절차원리를 적극적으로 국가권력의 제한원리로 또는 개인의 기본권 실현의 방법적 기초로서 이를 공중보건법에 적용 내지는 강화할 수 있는가의 문제가 자연스럽게 발생한다. 이러한 문제의식을 바탕으로 본 연구는 형사절차에서 개인의 기본권을 보장하려는 취지에서 발전한 적법절차원리가 공중보건법의 신체의 자유를 제한하는 강제입원, 강제격리 등에 어떤 형태로 변용되어 적용할 것인가를 연구하고자 한다.

2. 연구방법

공중보건법규 중에서 개인의 기본권을 제한할 소지가 있는 강제격리, 강제입원 등의 행정처분의 규정을 두고 있는 몇 개의 공중보건법만을 연구의 대상으로 삼았다. 정신보건법, 전염병예방법, 검역법, 후천성면역결핍증예방법, 마약류관리에관한법률, 결핵예방법의 관련 규정을 대상으로 하여 헌법의 적법절차원리의 적용 문제를 검토하고자 한다.

첫째, 적법절차원리의 의의와 기능을 살펴 보고 둘째, 적법절차원리의 연혁과 발전을 언급하고자 한다. 마지막으로 우리 헌법에서의 적법절차원리의 내용과 해석의 문제를 분석한 후 공중보건법규에서 적법절차원리가 어떻게 적용되며 강화될 수 있을 것인지를 고찰하고자 한다.

3. 연구 결과

적법절차원리는 공권력에 의한 국민의 생명·자유·재산의 침해는 반드시 합리적이고 정당한 법률에 의거해서 정당한 절차를 밟은 경우에만 유효하다는 원리로서, 영미법계의 나라에서는 인권보장의 가장 핵심적인 헌법상의 원리로 기능하고 있다. 이러한 적법절차원리는 영국의 '대헌장'(Magna Carta)에 그 기원을 둔다. 그 후 영국의 Coke는 영국군주의 절대군권을 제한하기 위한 '권리청원'을 만들어 '의회의 동의 없는 增稅禁止', '理由告知 없는 체포금지', '정당한 司法節次의 보장' 등을 찰스 1세(Charles Ⅰ)로부터 얻어 내는 데 성공했다. 적법절차의 이런 고전적인 내용이 그 후 1791년 미국연방헌법 수정 제5조에 수용되어 "누구든지… 적법절차에 의하지 아니하고는 생명, 자유, 또는 재산을 박탈당하지 아니한다"라는 규정으로 나타났고,이 규정이 1868년 미국연방헌법 수정 제14조 제1항(Section)에 그대로 되풀이되어, 모든 주의 공권력까지를 기속하는 헌법상의 원리로 정착된 후 오늘에 이르고 있다.

적법절차원리는 미국 연방대법원의 무수한 판례를 통해 그 내용과 기능이 자주 변해 왔는데 '절차적 적법성의 보장원리'에서 '실체적 적법성까지의 보장원리'로, '극단적인 자유주의적 인권사상의 보호원리'에서 '사회국가적 사회정의의 실현원리'로 변해 왔다고 요약할 수 있다. 그러므로 우리 헌법 제12조 제1항과 제3항의 적법절차규정도 미국적 운용상황을 거울삼아 '절차적 차원의 適正性'과 '실체적 차원의 適正性'을 함께 요구하고 있다고 해석하는 것이 합리적이라 본다. 또한 적법절차원리는 형사처벌이 아닌 행정상의 불이익처분의 경우에도 적용되므로 공중보건법의 강제격리, 강제입원 등에도 엄격하게 적용되어야 한다. 형사절차는 '응보사상'을 밑바탕에 깔고 있기 때문에 적법절차원리가 엄격하게 적용되어야 하겠지만 공중보건의 영역은 기본적으로 질병예방, 사태의 응급성, 위험상황의 현존성 등으로 인해 적법절차원리의 완화된 적용이 이루어지고 있다. 따라서 검역법, 정신보건법, 마약류관리에관한법률에는 적법절차원리가 강화되어야 할 필요가 있지만 결핵예방법, 전염병예방법, 후천성면역결핍증예방법은 국가의 보건에 대한 보다 강한 권한이 부여되어야 함과 아울러 그에 상응한 적법절차원리가 뒤따르는 형태로 적용되어야 할 것이다.

4. 고찰

적법절차원리가 공권력의 부당한 침해로부터 개인의 기본권을 보호하고 人身權 신장에 지대한 공을 세웠다는 것은 주지의 사실이다. 우리 헌법도 제12조 제1항 後文에서 "누구든지 법률에 의하지 아니하고는 逮捕·拘束·押收·搜索 또는 審問을 받지 아니하며, 법률과 적법한 절차에 의하지 아니하고는 處罰·保安處分 또는 强制勞役을 받지 아니한다"라고 규정하고 있으며 제12조 제3항 前文은 "逮捕·拘束·押收 또는 搜索을 할 때에는 적법한 절차에 따라 검사의 신청에 의하여 법관이 發付한 令狀을 제시하여야 한다"라고 규정하여 국민의 인신권 보호에 만전을 기하고 있다. 적법절차원리는 형사절차에 국한하여 적용할 것이 아니라 보안처분 및 강제노역 등 공권력의 인신구속에 대한 행정처분에도 적용되어야 한다. 아울러 개별의 공중보건법규에 있어서는 적법절차원리를 강화함과 아울러 공중보건권 강화와 함께 적법절차원리의 고려가 어떠한 형태로 적용되어야 하는지 심사숙고해야 할 문제이다.