

# 감염병의 대유행에 있어서 의약품 부족 시 의약품 제공기준에 관한 헌법적 정당성

정 문 식\*

## I. 문제의 제기

1. 2009년 신종플루의 대유행과 대한민국정부의 대응
2. 대유행 경험을 통한 국가법질서의 검증과 반성
3. 헌법적 문제로서 대유행 시 의약품 부족과 제공

## II. 대유행 시 감염병 예방과 치료를 위한 국가의 기본권 보호

1. 감염병의 대유행과 기본권 보호의무
2. 생명과 신체에 대한 위협으로서 감염병의 대유행
3. 국가의 기본권보호조치로서 '신종 인플루엔자 대유행 대비·대응 계획'과 '감염병의 예방 및 관리에 관한 법률'
4. '신종플루 대유행 계획'과 '감염병예방법'을 통한 국가의 보호의무 충족 여부

## III. 기본권 보호의무의 한계상황으로서 의약품 부족

1. 역사적 경험과 이론적 가능성
2. 보호의무의 현실적 한계로서 의약품의 부족
3. 국민의 생명보호를 위한 부족한 의약품의 제공과 분배조치?
4. 부족한 의약품 제공과 분배를 위한 법적 근거와 기준 등의 부재?

## IV. 의약품의 제공과 분배기준 설정에 관한 헌법적 정당성

1. 형식적 정당성 근거로서 '감염병의 예방 및 관리에 관한 법률'
2. 인간존엄의 원칙과 실체적·구체적 기본권으로서 생명권의 보호
3. 평등원칙에 따른 불합리한 차별금지
4. 부족한 의약품의 제공과 분배를 위한 예시로서 기준들
5. 절차적 정당성을 위한 감염병관리위원회?

## V. 결 론

1. 대유행 시 부족한 의약품의 제공기준에 관한 헌법적 정당성
2. 현행 법률에 대한 평가와 대안

\* 논문접수: 2012.4.15. \* 심사개시: 2012.5.10. \* 수정일: 2012.6.4. \* 게재확정: 2012.6.8.  
\* 한양대학교 법학전문대학원 교수/법학박사

## I. 문제의 제기

### 1. 2009년 신종플루의 대유행과 대한민국정부의 대응

2009년 봄 4월15일 미국 질병통제예방센터(CDC)가 새로운 인플루엔자 바이러스의 정체를 ‘H1N1’ 바이러스로 확인하였다. 이것은 1918년 첫 번째 대유행을 일으키며 세계적으로 2천만 내지 1억 명까지 사망시킨 것으로 추정되는 소위 ‘스페인독감’과 같은 H1N1 유형이었다. 세계보건기구(WHO)는 평소와는 달리 상당히 빨리 2009년 6월을 기점으로 소위 신종인플루엔자(신종플루)의 감염단계를 제6단계인 대유행(Pandemie) 단계로 격상하며,<sup>1)</sup> 세계 모든 국가들에 대하여 철저한 대비를 할 것을 주문했다. 그러나 2009년 10월에 이미 세계적으로 약 5천 명이 사망한 것으로 보도되었고,<sup>2)</sup> 2010년 6월 마침내 1만 8천 명의 사망자를 내고 신종플루는 소멸단계에 접어든 것으로 평가되었다.<sup>3)</sup> 2010년 8월 10일 세계보건기구는 정식으로 대유행 후단계로 조정함으로써 대유행 종식 선언을 하였으나, 세계적으로는 184,497명이, 국내에서는 263명이 신종플루로 인해 사망한 것으로 집계되었다.<sup>4)</sup>

보건복지부는 다른 선진국들에 비해서 그다지 발 빠른 대응을 하지 못했을 뿐만 아니라, 이미 그러한 대응을 하기 어려운 상황 속에 있었다. 항바이러스제에 대한 예산이 2008년 111억 원이었던 반면에 2009년 91억 원으로 줄었고, 항바이러스제 비축량도 2009년 8월 당시 인구의 약 5%인 200만 명분밖에 없었기 때문이다. 최악의 사태에 대비해 인구의 20% 이상 분을 비축해두는 선진국의 경우와는 극명한 차이를 나타냈다. 정부의 정책에도 일관성이 없었다.

1) 세계보건기구가 대유행과 관련된 의사결정과정에서 투명성이 부족하고, 제약업계의 영향력이 개입되었을 가능성이 있다는 의구심의 제기와 이에 대한 세계보건기구의 대응에 대해서는, 박상표·조홍준, “2009 신종플루의 위험성과 한국 정부의 대응에 대한 비판적 평가”, 『상황과 복지』, 제30호, 2010, 제25~27면 참조.

2) 안수찬, “그리고 인간은 신종플루를 만들었다”, 『한겨레21』, 784호, 2009.11.9, 제22~25면.

3) 박상표·조홍준, 상계논문, 제7면.

4) 박상표·조홍준, 상계논문, 제9면.

신종플루 확산의 고비인 가을철을 앞두고 2009년 8월, 노약자 등 고위험군과 입원환자에게 치료제라 할 수 있는 항바이러스제 타미플루의 처방을 허용했다가, 9월에는 의심환자 대부분에게 처방하도록 방침을 바꾸었으며, 10월에는 일반 약국에도 타미플루를 공급하는 것으로 방침을 변경했다.

치료제뿐만 아니라 신종플루에 대한 예방접종약품이라고 할 수 있는 백신의 확보에도 대응이 빠르지 못했다. 정부는 이미 2006년 신종플루 백신의 선구매 기회를 놓쳤고, 녹십자 백신공장의 완공을 앞당겨 백신생산에 박차를 가하지도 않았다. 2009년 6월 대유행이 발효된 이후에도 평상시처럼 백신입찰을 시도했다가 다국적 제약사들이 아예 참가등록을 하지 않아 입찰 자체가 이루어지지 않으면서 백신구입에 실패하였다. 뒤늦게 정부 담당자가 유럽에 있는 백신회사 본사까지 찾아가 항바이러스제 300만 명분을 확보했고, 10월 말이 되어서야 인구의 24% 선까지 확보하는 계약을 마쳤다.<sup>5)</sup> 2009년 11-12월에 제2차 신종플루의 파고가 몰려올 때, 정부는 2009년 말까지 천만 명 백신접종만을 계획하고 있었을 뿐이다. 유럽에서 상대적으로 대유행에 대한 대비가 민첩하지 못했던 영국도 인구 100%에 대한 백신을 확보한 상태였는데, 대한민국 국민의 65%는 2010년이 되어서야 예방접종이 가능했다.<sup>6)</sup>

## 2. 대유행 경험을 통한 국가법질서의 검증과 반성

2009년 신종플루는 전염병 재난으로서 전 세계와 대한민국의 사회에 큰 영향을 미쳤을 뿐만 아니라<sup>7)</sup> 이와 관련된 국내 법질서의 많은 문제들을 노출시켰다.<sup>8)</sup> 즉, 전염병의 대유행 단계에서 국가의 대응체제에 관한 조직의

---

5) 송미옥, “신종플루의 치료제, 백신 생산의 문제점과 안정적 공급 대안”, 『복지동향』, 2009. 10, 제52~54면.

6) 신윤동욱, “전염병이 개인의 질병인가”, 『한겨레21』, 제784호, 2009.11.9, 제28~29면.

7) 신종 인플루엔자 대유행이 우리나라 경제에 약하게 영향을 미칠 경우에는 연간 GDP를 0.4~2.5%, 심각하게 영향을 미칠 경우에는 최대 9.1%까지 감소시킬 수 있다는 경제적 분석에 대해서는 대표적으로 조경업·송원근, “신종 인플루엔자 대유행의 경제적 영향”, 『정책연구 2009-11』, 한국경제연구원, 특히 제42~44면 참조.

8) 2009년 신종플루 경험에 대한 일반적인 내용은 김우주, “대유행 인플루엔자(H1N1 2009)

부재와 거점병원을 지정할 법적 근거의 부재,<sup>9)</sup> 대응체제의 실제 운영에 있어서도 문제가 발생한 것이다.<sup>10)</sup> 생활습관과 사람들의 경로이동 등을 통제함으로써 전염병을 예방하는 비약물대책<sup>11)</sup> 뿐만 아니라 의약품으로 전염병을 예방하고 통제하는 약물대책의 문제점, 그 중에서도 특히 신종플루에 대한 예방의약품으로서 백신과 치료의약품으로서 타미플루의 부족상황은 몇 가지 법적 측면에서 의문을 야기했다. 타미플루의 비축분이 모자라는 긴급한 상황임에도 불구하고 특허권자의 보호를 이유로 강제실시를 할 수 없는 법적인 문제<sup>12)</sup>와 백신과 치료제가 모자랄 경우 누구에게 먼저 백신을 접종하고 타미플루를 처방할 것인가 하는 문제 등이 그것이다.<sup>13)</sup>

2009년의 신종플루는 다행스럽게도(?) 1918년 스페인독감 바이러스처럼 치명적이지는 않아 생각보다 큰 피해는 없었다.<sup>14)</sup> 그러나 신종플루는 계속해서 매년 경계해야 할 문제이다. 왜냐하면 바이러스는 다른 바이러스와 교잡하며 변이를 통해 계속해서 새로운 ‘신종’ 바이러스로 변화하며 사람들에게 전파되기 때문이다.<sup>15)</sup> 2009년에는 그나마 괜찮았지만, 언제 그 이상의

의 경험과 교훈”, 『Infection & Chemotherapy』, 제42권, 2010, 제61~63면; 이동한 외 3인, “정부의 신종인플루엔자 A(H1N1) 대응”, 『JPMPH(예방의학과공중보건)』, 제43권, 2010, 제99~104면; 최원석·김우주·정희진, “2009년 발생한 신종인플루엔자 대유행에 대한 정책적 대응 평가”, 『JPMPH』, 제43권, 2010, 제105~108면 등 참조. 정부 측에서의 긍정적인 자체평가는 이종구·정은경·이한성, “인플루엔자 범유행 대응 정책”, 『대한의사협회지』, 2010(53), 제52~58면 참조.

9) 신윤동욱, 전계문, 제29~30면.

10) 박상표·조홍준, 전계논문, 제36~40면.

11) 이에 대해서 일반적으로 박상표·조홍준, 전계논문, 제29~36면 참조.

12) 치료제나 백신의 강제실시에 관한 특허법적 문제와 관련해서는 대표적으로 정차호, “신종 플루 등 대유행 전염병에 대비하기 위한 강제실시 제도의 개선방안”, 『법학논총』, 제29집 제2호, 전남대, 2009, 제7~46면 참조. 그 밖에도 홍지은, “타미플루 강제실시를 허하라”, 『한겨레21』, 제776호, 2009, 제58~59면 참조.

13) 김양중, “신종플루 취약층 8살 이하 먼저 챙겨야”, 『한겨레21』, 제786호, 2009, 제16~17면; 김우주, “신종인플루엔자 A(H1N1) 대유행의 전망과 대책”, 『대한내과학회지』, 제77권 제2호, 2009, 제140~141면; 박상표·조홍준, 전계논문, 제33~34면; 정재승, “신종 플루보다 지독한 ‘신종플루 신드롬’”, 『한겨레21』, 제776호, 2009, 제54~56면 등 참조.

14) 안수찬, 전계문, 제26~27면; 정재승, 전계문, 제54면.

15) 신종플루란 명칭에 대한 문제와 논란은 박상표·조홍준, 전계논문, 제14~15면; 전성식, 「신종 돼지 기원 인플루엔자 A(H1N1)」, 제131~132면 등 참조.

신종플루가 대유행이 되어 나타날 것인지 쉽게 예측할 수 없고, 앞으로 강력한 신종플루 대유행이 출현할 것이라는 전망은 이제 시간문제일 뿐이다.<sup>16)</sup> 따라서 ‘신종플루 신드롬’이 한풀 꺾이고 계절 독감만 유행하는 상황이라고 해서 신종플루에 대한 예방이나 대비책이 더 이상 불필요한 것은 아니다. 오히려 지금이야말로 앞으로 다가올 제2 또는 제3의 신종플루 대유행을 대비하여 그 동안 나타났던 문제점들을 차분하게 분석하고, 적절하고 합리적으로 문제점들을 해결할 수 있는 예방책이나 대비책을 제시할 수 있는 더 좋은 기회이다.<sup>17)</sup>

처음으로 대유행이 최고조에 달한 가운데, 예상치 못한 상황에 대한 국가의 미숙한 대응조치는 어느 정도 정당화 될 수 있을지 모른다. 그러나 이미 한 번 위기를 경험한 이후에도 아무런 (법적인) 준비를 하지 않은 채 또 다른 대유행을 맞이하여 허둥대고 주먹구구식으로 대처하는 것은 현대 자유민주주의적 법치국가의 이상 내지 헌법국가 이념과 합치하지 않는다.<sup>18)</sup> 만일 이러한 문제들을 해결하고 합리적인 대비책을 마련하지 않는다면, 2006년 8월 이미 “신종 인플루엔자 대비·대응 계획”을 마련하고도<sup>19)</sup> 2009년 신종플루의 대유행에 미숙하게 대처했던 선례를 답습할 수밖에 없다. 따라서 법적 후진성을 벗어나기 위해서 뿐만 아니라 실질적으로 국민의 생명과 신체의 안전과 건강을 보장하기 위하여 어떻게 전염병의 대유행에 대처할 것인지, 특히 예방이나 치료를 위한 의약품의 부족상황에서는 어떻게 위기상황을 극복해 나갈 것인지 미리 법적으로 해결해 놓는 것이 헌법적인 국가의 과제(Staat-saufgabe) 측면에서 반드시 필요하다.<sup>20)</sup>

---

16) Michael Kloepfer, “Einleitung”, in: ders. (Hrsg.), *Pandemien als Herausforderung für die Rechtsordnung*, Nomos, 2011, S.9.

17) Kloepfer, 상계논문, 제19~20면.

18) Michael Kloepfer, *Verfassungsrecht*, Bd.I, C.H.Beck, 2011, §28, Rn.2.

19) 이에 대한 평가는 이은영·이일학·손명세, “WHO 권고안과 우리나라 신종 인플루엔자 대유행 대응 전략 비교 분석”, 『한국의료법학회지』, 제14권 제2호, 2006, 제7~28면 참조.

20) 오늘날 국가사무가 무엇인가에 관하여는 일반적으로 규정할 수 없고, 헌법에 열거된 국가사무를 의무적인 것으로 파악해야 한다(Butzer, Sicherstellungsaufgabe, in: Isensee/

### 3. 헌법적 문제로서 대유행 시 의약품 부족과 제공

신종플루(또는 그 밖의 감염병)의 대유행과 관련하여 헌법적인 측면에서 논의될 수 있는 것은 크게 국가조직적 측면과 기본권적 측면으로 나누어 볼 수 있다. 국가조직법적 측면에서 문제되는 것은 대유행 발생 시 국가의 대응 체제에 관한 것이다.<sup>21)</sup> 이와 관련해서는 몇몇 대안들이 제시되고 있다.<sup>22)</sup> 그러나 대유행 시 의약품의 분배문제에 대해서는 아직 구체적인 대안들이 제시되고 있지 않았다. 특히 의약품의 부족 시 누구에게 먼저 의약품을 제공할 것인지에 대해서 우선순위를 결정하기 위한 기준과 그 근거, 그리고 형평성과 정당성의 문제 등에 대해서는 특별한 내용들을 찾아보기 어렵다.<sup>23)</sup>

예방의약품과 치료의약품의 접종과 처방에 있어서는 가장 먼저 국민의 생명과 신체, 건강 보호를 위한 국가의 기본권보호의무가 문제 될 수 있다. 2009년 신종플루라고 하는 국민들의 생명과 신체·건강을 침해하는 대유행을 경험하고도 국가가 이에 대한 예방과 특별한 보호조치를 취하지 않는다면 국가의 기본권 보호의무에 대한 위반이 될 수 있기 때문이다. 그러나 국가가 어느 정도의 예방 내지 보호조치를 취해야 하는가, 특히 국가가 최대한 국민의 기본권을 보호하기 위한 조치를 취하였음에도 예상하지 못한 상황, 예컨대 의약품이 부족한 상황이 발생하면 어떻게 할 것인가 등이 구체적인 한계문제로 남는다. 또한 의약품이

---

Kirchhof, HStR Bd.IV, 3.Aufl., 2006, §74, Rn.7). 감염병의 대유행이라는 재난으로부터 국민의 생명과 재산의 보호라는 국가사무는 헌법 전문(...우리들과 우리들의 자손의 안전과 자유와 행복을 영원히 확보할 것을 다짐하면서...), 제34조 제6항, 제36조 제3항 등에서 국가의 의무를 도출할 수 있을 것이다.

- 21) 독일과 같은 연방국가의 경우에는 연방정부와 주정부의 대유행 대응에 관한 권한문제 내지 유럽연합과 유럽연합회원국 간의 권한문제 등이 중요한 의제로 제기되고 있다. 이에 대해서는 Andreas Walus, "Pandemie und Katastrophennotstand: Zuständigkeitsverteilung und Kompetenzmängel des Bundes", DÖV 2010, S.127ff.; ders., "Europäischer Katastrophenschutz", EuR 2010, S.54ff. 등 참조.
- 22) 예컨대 대표적으로 김태열, "신종인플루엔자 대유행시 효율적인 응급 보건의료조직체계 구축 방안", 『한국위기관리논집』, 제6권 제4호, 2010, 제105~118면.
- 23) 심지어 보건복지부 산하 질병관리본부(<http://www.cdc.go.kr/>) 자료에도 "신종인플루엔자 A(H1N1) 예방 및 환자관리지침"이나 "항바이러스제 배분지침", "예방접종의 실시기준 및 방법"(보건복지부 고시 제2010-126호) 등은 있지만, 백신이나 치료제 의약품의 부족 시 접종이나 처방우선순위 결정에 관한 구체적인 내용은 나타나 있지 않다.

부족하여 모든 사람에게 충분한 의약품 제공이 불가능하더라도 시민과 환자들 중 누군가에게는 의약품을 제공해야 한다면, 국가는 어떤 규범에 따라 이를 실시할 것인가도 평등원칙 측면에서 상당히 중요한 헌법적 문제이다.

따라서 여기서는 먼저 신종플루 같은 국민들의 생명과 신체·건강 등을 위협하거나 침해하는 감염병의 대유행 시를 대비하여 예방조치나 대비책을 세우는 것이 헌법적 측면에서 보았을 때 국가의 기본권 보호의무와 관련이 있는 것인지, 관련이 있다면 구체적으로 현재 감염병의 예방과 대비를 위한 법적 대비책들이 국가의 기본권 보호의무를 충분히 이행한 것인지 여부를 살펴본다(II). 둘째로 실제 발생가능성이 있는 의약품의 부족 상황을 헌법적인 측면에서 어떻게 평가할 것인지, 만일 의약품 부족을 기본권 보호의무의 한계 상황으로 본다면 이를 극복할 수는 없는지, 만일 극복할 수 있다면 그 방안과 가능성은 무엇인지 탐색해 본다(III). 셋째로 의약품 부족 상황에서도 의약품을 국민에게 제공해야 한다면 어떤 헌법적 문제점이 제기될 수 있는지, 이러한 문제를 극복하기 위하여 헌법적 정당성을 가질 수 있는 원칙과 기준은 어떤 것이 있는지 찾아본 후에(IV), 이에 따라 감염병 대유행 시 의약품이 부족한 한계상황에서 어떤 기준에 따라 의약품을 분배하고 제공해야 하는지, 현행 우리 법체계의 문제점과 개선책을 결론으로 제시한다(V). 물론 이 과정은 특히 신종플루를 대비한 현행 우리나라(감염병의 예방 및 관리에 관한 법률을 중심으로) 법규범에 대한 평가를 수반한다.

## II. 대유행 시 감염병 예방과 치료를 위한 국가의 기본권 보호

### 1. 감염병의 대유행과 기본권 보호의무

#### 가. 예방과 통제 가능한 재난으로서 대유행

재난을 대규모의 물적·인적 피해를 야기하는 일반적인 사건으로서 자연 재난 뿐만 아니라 인공적인 원인에 의한 재난까지도 포함시킨다면,<sup>24)</sup> 신종

플루 대유행은 자연 내지 인간에 의한<sup>25)</sup> 재난의 일종으로 파악할 수 있다.<sup>26)</sup> 재난 및 안전관리 기본법 제3조 제1호 에서도 재난을 “국민의 생명·신체·재산과 국가에 피해를 주거나 줄 수 있는 것”으로 정의하고 있으며, 대유행은 다목에서 “「감염병의 예방 및 관리에 관한 법률」에 따른 감염병”으로서 재난에 포섭된다.

일반적인 자연재난의 경우 이에 대한 대비책은 주로 자연재난 자체로부터 개인의 생명과 신체를 보호하는 것이며, 예방하기 어려운 또는 예방할 수 없는 자연의 대재앙으로부터 가능한 얼마나 많은 국민을 구조해 내는가 하는 점이 주요 관심대상이다. 감염병의 경우 발생 자체를 방지하기는 어렵다. 그러나 일단 발생한 질병에 대해서는 예방대책을 통한 국민들의 교육, 선도, 계몽, 구체적인 통제와 예방약의 접종 등을 통하여 재난의 확산과 악화를 방지할 수 있고, 다른 한편으로는 치료약이 개발되고 치료기회만 놓치지 않는다면 감염된 환자의 경우에도 생명을 보호할 수 있다는 점에서 다른 자연재난과 차이점이 있다.<sup>27)</sup>

#### 나. 국가의 기본권 보호의무

헌법 제34조 제6항은 “국가는 재해를 예방하고 그 위험으로부터 국민을 보호하기 위하여 노력하여야 한다”고 규정함으로써, 국가에 대하여 재해로부터 국민의 생명·신체·건강과 재산을 보호해야 할 기본권 보호의무<sup>28)</sup>를

24) 김철수 외 9인, 『주석헌법 헌법』, 법원사, 1995, 제280면. 독일헌법상 재난(Katastrophe)의 개념에 대해서는 일반적으로는 Michael Kloepfer, Verfassungsrecht I, C.H.Beck, 2011, S.984f. 참조. 여기서는 재난과 재해를 엄격히 구별하지 않는다.

25) 안수찬, 전계문, 제26~27면 참조.

26) Walus, 전계논문, S.127f.

27) Kloepfer, 전계논문, 제9~10면 참조.

28) 여기서는 국가의 기본권 보호의무와 일반적인 국가의 보호의무를 구별하지 않는다. 독일식의 국가의 기본권보호의무(grundrechtliche Schutzpflichten)와 국가의 보호의무(Staatliche Schutzpflichten)의 구별이 우리 헌법체계에서는 큰 의미가 없음에 대해서는 정문식, “생명윤리법상 국가의 기본권 보호의무”, 『공법학연구』, 제8권 제3호, 2007, 제169~171면 참조. 이와 달리 헌법재판소는 국가의 기본권보호의무(예컨대 헌재 2008.12.26, 2008헌마419,

부여하고 있다.<sup>29)</sup> 국가의 기본권 보호의무란, 제3자의 행위나 그 밖에 다른 원인으로 인한 개인의 기본권 침해로부터 개인을 보호하고, 그에 대한 적절한 조치를 강구하여 개인의 기본권침해를 방지하도록 국가에게 일정한 과제로서 부과되는 의무를 의미한다.<sup>30)</sup>

국가가 헌법상 부과된 기본권 보호의무를 위반하고 있는지 판단하기 위하여는, 먼저 국가의 기본권 보호의무가 존재함을 확인하고(2), 국가가 기본권 보호의무를 실현하기 위하여 구체적인 보호조치를 취했는지(3) 판단한다. 기본권 보호의무가 있음에도 보호조치를 취하지 않았으면 기본권 보호의무

20-2하, 제960면(미국산 쇠고기 및 쇠고기 제품 수입위생조건 위헌확인))와 국가의 보호의무(예컨대 헌재 2009.11.26, 2007헌마734, 21-2하, 제597면(의료급여법 제10조 등 위헌확인))를 구분하는 것으로 보인다. 그러나 이러한 구별 입장이 과소(보호)금지원칙을 위헌심사기준으로 적용하는 경우 무슨 의미가 있는지 의문이다. 그 밖에 국가의 기본권 보장에 대한 의무를 상세하게 분석하고 구별하는 견해는 김해원, “기본권관계에서 국가의 의무”, 『공법학연구』, 제12권 제4호, 2011, 제85~112면 참조. 독일에서 양자를 엄격하게 구별하려는 끈질긴 최근의 노력에 대해서는 대표적으로 Josef Isensee, “Das Grundrecht als Abwehrrecht und als staatliche Schutzpflicht”, in: ders. / Kirchhof (Hrsg.), HStR Bd.IX, 3.Aufl., 2011, §191, S.502ff., 특히 Rn.190ff. 참조. 이젠제(Isensee)는 (법치)국가적 혹은 기본권 보호의무와 사회국가적(sozialstaatliche) 보호의무를 구분하고 있는데, 이는 사회권이 기본권으로 규정되지 않은 독일헌법의 특징상 피할 수 없는 것으로 보이며, 사회권도 기본권목록에 포함된 우리의 경우에 그의 주장을 아무런 비판이나 생각 없이 그대로 수용하기란 쉽지 않을 것으로 보인다. 독일에서 기본권이란 주로 자유권이기 때문에 기본권 보호의무는 자유권 보호의무를 의미하겠지만, 사회권도 기본권 목록에 있는 우리나라에서 기본권 보호의무의 대상이 되는 기본권을 주로 자유권으로 이해하려면 차라리 국가의 ‘자유권’ 보호의무라고 하는 것이 더욱 타당하다. 따라서 우리나라에서 한국헌법상 ‘기본권’ 보호의무라는 용어를 사용하는 한, 기본권 보호의무의 대상이 되는 기본권에는 사회권까지 포함된다 고 보아야 한다.

29) 국가의 기본권 보호의무에 대한 우리 헌법상 일반적 근거는 헌법 제10조 제2문에서 찾을 수 있지만(정문식, 전계논문, 제172~174면), 재해예방과 관련해서는 헌법 제34조 제5항에서 구체적으로 직접 기본권 보호의무를 부과하고 있다. 김철수 외 9인, 전계서, 제281면.

30) 정문식, 전계논문, 제169면. 이에 대해 자연재해로 인한 생명과 재산의 침해에 대해서는 소위 私인에 의한 기본권침해가 전제되지 않기 때문에 국가의 ‘기본권’ 보호의무를 인정하지 않고, 단순한 ‘보호의무’만을 주장하는 견해가 있다. 대표적으로 Isensee, 전계논문, Rn.206f. 그러나 이젠제 교수도 인간의 작위나 부작위를 이유로 발생한 자연재해에 대해서는 이를 국가의 기본권 보호의무로 인정할 것인지에 대해서 한계적인 상황으로 이해한다. 또한 순전한 자연재해를 독자적인 국가사무(Staatsaufgabe sui generis)로 이해하고, 전염병 같은 경우는 국가의 일반적인 보호의무로 이해하고 있는데, 이는 사회권조항이 없는 독일헌법의 한계 때문에 발생하는 것으로 보이며, 이러한 이젠제의 구별노력은 특히 우리나라 헌법조문을 바탕으로 한다면 별로 설득력이 없어 보인다.

에 위반되지만, 보호조치를 취했다 하더라도 그러한 국가의 보호조치가 기본권을 보호하기 위한 최소한의 의무를 이행한 것인지 소위 과소보호금지원칙에 의해 평가할 수 있다(4).<sup>31)</sup>

## 2. 생명과 신체에 대한 위협으로서 감염병의 대유행

국가의 기본권 보호의무가 존재함을 확인하기 위해서는 두 가지 측면에서 고찰이 필요하다. 첫째는 ‘기본권에 대한 위협상황이 발생하였는가’ 또는 ‘발생가능성이 있는가’이며, 둘째는 이에 대한 ‘헌법상 기본권 보호의무가 존재하는가’이다. 2009년 한국을 강타했던 신종플루 인플루엔자 A(H1N1)pdm09는 계절 인플루엔자와 유사했지만 대부분의 사람들이 바이러스에 대한 면역력을 가지고 있지 않아 다소 위협했던 것으로 평가된다.<sup>32)</sup> 대유행의 임상증상 발현율이 20% 이상인 반면 계절성 독감은 5~10%인데, 2009년 신종플루는 10%(5~20%)였고, 인플루엔자 유사환자(ILI)분율도 2009년 11월에만 다른 해의 유행보다 다소 높았기 때문이다.<sup>33)</sup> 그러나 263명이나 사망한 것은 결코 과소평가될 수 없으며, 신종 인플루엔자 대유행의 경제적 영향을 고려할 때 재산적 손실도 결코 간과할 수 없는 것이다. 특히 인간의 생명권이 문제가 될 때에는 아직 직접적인 생명침해가 발생하지 않았더라도, 심각한 생명에 대한 위협(Gefährdung)이 있는 경우에는 효과적인 생명보호를 위하여 생명권에 대한 제한을 인정하고 있다.<sup>34)</sup> 따라서 신종플루 대유행은 국민의 생명권과 재산권에 대한 위협이 존재하는 경우라고 인정할 수 있다.

둘째로, 국가는 대유행의 위협으로부터 국민의 생명과 재산을 보호하기

31) 정문식, “헌법 제37조 제2항 ‘필요한 경우에 한하여’의 의미”, 『한양법학』, 제20권 제3집, 2009, 제28~29면. 그 밖에 국가의 기본권 보호의무를 심사한 구체적인 사례(생명윤리법)에 대해서는 정문식, 전제논문(생명윤리법상 국가의 기본권 보호의무), 제178~187면 참조.

32) 질병관리본부(<http://www.cdc.go.kr/>), 대유행 인플루엔자 A(H1N1)pdm09 자료 참조.

33) 박상표·조홍준, 전제논문, 제16면.

34) 정문식, “기본권으로서의 생명”, 『법학논총』, 제31집 제2호, 전남대, 2011, 제19면.

위한 노력을 기울여야 하며, 이는 헌법으로부터 도출되는 의무이다. 헌법적인 국가의 기본권 보호의무는—이미 앞에서<sup>35)</sup> 언급했듯이—헌법 제34조 제5항에서 명시적으로 인정되고 있다. 실정법상으로도 ‘재난 및 안전관리 기본법’ 제4조는 국가와 지방자치단체에게 “재난으로부터 국민의 생명·신체 및 재산을 보호할 책무를 지고, 재난을 예방하고 피해를 줄이기 위하여 노력하여야 하며, 발생한 재난을 신속히 대응·복구하기 위한 계획을 수립·시행하여야” 할 의무를 구체적으로 부과하고 있다.

### 3. 국가의 기본권보호조치로서 ‘신종 인플루엔자 대유행 대비·대응계획’과 ‘감염병의 예방 및 관리에 관한 법률’

기본권 보호의무가 있음에도 국가가 아무런 보호조치를 취하지 않았거나, 보호조치를 취했다라도 기본권 보호를 위해 적절하고 효율적인 최소한의 보호조치가 아니라면, 그러한 국가의 부작위 내지 불충분한 조치는 기본권 보호의무를 충족하지 못한 것이며, 기본권 보호의무 이행에 위반되는 것이다.<sup>36)</sup> 세계보건기구가 1999년부터 인플루엔자 대유행 계획(Influenza Pandemic Plan)을 수립하고<sup>37)</sup> 2005년에는 이를 보충한 권고안을 내놓음에 따라,<sup>38)</sup> 정부도 2006년 “신종 인플루엔자 대유행 대비·대응계획(이하 신종

35) II, 1, 2)

36) “국가가 국민의 생명·신체의 안전에 대한 보호의무를 다하지 않았는지 여부를 헌법재판소가 심사할 때에는 국가가 이를 보호하기 위하여 적어도 적절하고 효율적인 최소한의 보호조치를 취하였는가 하는 이른바 ‘과소보호 금지원칙’의 위반 여부를 기준으로 삼아, 국민의 생명·신체의 안전을 보호하기 위한 조치가 필요한 상황인데도 국가가 아무런 보호조치를 취하지 않았든지 아니면 취한 조치가 법익을 보호하기에 전적으로 부적합하거나 매우 불충분한 것임이 명백한 경우에 한하여 국가의 보호의무의 위반을 확인하여야 하는 것이다.”헌재 2008.12.26, 2008헌마419, 20-2하, 960, 975.

37) WHO, *Influenza Pandemic Plan. The Role of WHO and Guidelines for National and Regional Planning*, 1999([http://www.who.int/csr/resources/publications/influenza/WHO\\_CDS\\_CSR\\_EDC\\_99\\_1/en/](http://www.who.int/csr/resources/publications/influenza/WHO_CDS_CSR_EDC_99_1/en/)).

38) WHO, *WHO global influenza preparedness plan: The role of WHO and recommendations for national measures before and during pandemics*, 2005 ([www.who.int/csr/resources/publications/influenza/en/WHO\\_CDS\\_CSR\\_GIP\\_2005\\_5.pdf](http://www.who.int/csr/resources/publications/influenza/en/WHO_CDS_CSR_GIP_2005_5.pdf)).

플루 대유행 계획)”을 수립했다.<sup>39)</sup> 또한 신종플루 대유행의 최고조가 지나, 국가 재난단계가 ‘심각’에서 ‘경계’로 하향조정된 후 2009년 12월에는 기존의 “전염병예방법”만으로는 감염병의 예방 및 관리를 효율적으로 수행하는데 한계가 있다고 판단하여, 신종감염병 및 생물테러감염병 등에 효율적으로 대응할 수 있도록 “감염병의 예방 및 관리에 관한 법률(이하 감염병예방법)”을 제정하였다. 이를 통해 전염병이라는 용어를 사람들 사이에 전파되지 않는 질환도 포함할 수 있는 포괄적인 개념으로서 감염병으로 정비하고, 감염병에 관한 주요사항을 심의하기 위한 감염병관리위원회를 설치하며, 감염병 대유행 시 예방·치료 의약품과 장비의 비축과 구매 등을 위한 근거 등을 마련하였다.

#### 4. ‘신종플루 대유행 계획’과 ‘감염병예방법’을 통한 국가의 보호의무 충족 여부

2006년 보건복지부 질병관리본부의 ‘신종플루 대유행 계획’을 법적으로 실현하기 위하여 관련 법률의 개정 내지 새로운(가칭 ‘신종 인플루엔자 대유행 등 신종 전염병 및 생물테러 대책수립에 관한 법률’) 법률의 제정을 제안하는 견해가<sup>40)</sup> 제시되었으나 법정책에 실질적으로 반영되지 못한 것으로 보인다. 또한 2009년 대유행 시 정부의 신종플루 대유행 계획은 실행에 관한 구체성과 현실적합성의 결여로 인해 실제 상황에서는 제대로 작동되지 않았다고 평가되기도 한다.<sup>41)</sup> 그렇다고 국가의 조치가 기본권 보호의무에 위반된다고 단적으로 평가하기는 어렵다. 기본권 보호의무 심사기준인 과소보호 금지에 따르면, “취한 조치가 법익을 보호하기에 전적으로 부적합하거나 매우 불충분한 것임이 명백한 경우에 한하여”<sup>42)</sup> 기본권 보호의무 위반에 대한 확인이 가능하기 때문이다.

39) 보건복지부 질병관리본부, 『신종 인플루엔자 대유행 대비·대응계획』, 2006. 8.

40) 이은영·이일학·손명세, 전계논문, 제23~26면.

41) 박상표·조홍준, 전계논문, 제27~28면.

42) 헌재 2008.12.26, 2008헌마419, 20-2하, 960, 975; 1997.1.16. 90헌마110등, 9-1, 90, 122.

2009년 신종플루 대유행에 대한 정부의 대응이 여러 측면에서, 예컨대 정부와 국민 간의 소통부재, 의약품의 준비 부족, 의료진에 대한 교육과 준비 부족 등에서 비난을 받은 것은 사실이다.<sup>43)</sup> 그러나 정부의 ‘신종플루 대유행 계획’이나 ‘감염병예방법’ 제정 조치들이 전적으로 대유행에 전혀 무의미하다거나 매우 불충분하다고 평가하기는 어렵고, 또한 그렇게 평가하는 견해도 없다. 따라서 신종플루 대유행에 대한 대한민국 정부의 보호조치를 만족스럽게 긍정적으로만<sup>44)</sup> 볼 수는 없겠지만, 최소한 헌법적으로 볼 때 국가의 기본권 보호의무를 위반했다고 평가하기는 어렵다.

### III. 기본권 보호의무의 한계상황으로서 의약품 부족

#### 1. 역사적 경험과 이론적 가능성

정부의 2009년 신종플루 대유행에 대한 대비와 대응이 국가의 기본권 보호의무를 위반한 것이 아니라고 평가될 수 있다 하더라도, 그것이 당연히 헌법적으로 아무런 문제가 없음을 의미하는 것은 아니다. 원칙적으로 국가는 국민의 기본권(생명·신체·건강) 보호를 위해 가능한 모든 노력을 기울여야 한다. 기본권 보호의무는 국가가 기본권 보호를 위한 최소한의 노력도 기울이지 않는 부작위의 한계를 규범적으로 설정하는 것이지, 최소한 보호조치만 취하면 국가의 의무가 면제된다는 의미가 아니기 때문이다. 그러나 국가가 ‘최대한’ 보호노력을 기울였음에도 불구하고 문제가 발생한 경우에는 어떻게 할 것인가? 이것을 기본권 보호의무의 한계상황이라고 할 수 있다.

신종플루 대유행은 법적인 측면에서 볼 때, 강제접종이 가져오는 신체의

---

43) 전반적으로 비판적인 견해는 대표적으로 박상표·조홍준, 전계논문 참조. 그 밖에도 김우주, 전계논문, 제62면; 최원석·김우주·정희진, 전계논문, 제106~107면; 김태열, 전계논문, 제113~114면; 송미옥, 전계논문, 제52면 등 참조.

44) 긍정적인 정부 측 평가는 대표적으로 이동한 외 3인, 전계논문; 이종구·정은경·이한성, 전계논문 참조.

자유에 대한 제한, 대유행이라는 재난발생을 원인으로 하는 인력과 장비의 강제동원, 부족한 의약품을 제공하고 분배할 때 나타나는 평등(내지 정의와 형평), 의약품 비용부담의 분배 등이 문제될 수 있다.<sup>45)</sup> 2009년 신종플루 대유행 시 정부의 대응에 대한 가장 많은 비판은 특히 항바이러스제의 비축 및 백신의 부족에 관한 것이었다.<sup>46)</sup> 정부는 이러한 비판을 수용하고, 장래 대유행 시 국민의 생명과 신체, 건강을 위하여 우선적으로 의약품 확보와 생산을 위한 노력을 기울일 것이다. 그런데 정부가 항바이러스제의 비축과 백신의 확보에 대한 최대한 노력을 기울였음에도, 의약품 부족상황이 발생한다면 어떻게 할 것인가?

## 2. 보호의무의 현실적 한계로서 의약품의 부족

신종플루 대유행이 시작되더라도 신종플루 감염예방을 위한 백신이나 신종플루 감염자에 대한 치료제로서 항바이러스제가 충분하다면 아무런 문제가 없다. 그러나 새로운 변종 인플루엔자 바이러스가 출현하고, 이를 원인으로 한 대유행이 상당히 빠르게 진행되어 감염률이 급격하게 상승하지만, 그에 적합한 백신이나 항바이러스제 같은 의약품이 부족하다면 문제가 다르다. 무엇보다 부족한 의약품을 누구에게 먼저 제공할 것인가? 누가 신종플루에 감염되지 않아야 하고, 누가 신종플루로부터 치료를 받아서 생존해야 하는가 하는 생명권과 관련된 선택의 문제가 발생하는 것이다.<sup>47)</sup>

이는 단순히 이론적인 문제만은 아니다. 대유행이 시작되어야 원형 바이러스 주(prototype virus)를 획득하여 백신 생산이 가능하기 때문에 대유행 백신의 생산은 실제로 4~6개월 이상이 소요된다. 백신주에 따라 생산수율

45) 이에 대해서는 Michael Kloepfer·Sandra Deye, "Pandemien als Herausforderung für die Rechtsordnung", DVBl 2009, S.1216ff. 참조.

46) 김우주, 전계논문, 제62면; 송미옥, 전계논문, 제52면; 박상표·조홍준, 전계논문, 제31~36면, 특히 최원석·김우주·정희진, 전계논문, 제107면은 백신비축과 항바이러스제 비축분에 대한 정부의 대비에 대해서는 "낙제"로 평가하고 있다.

47) Kloepfer·Deye, 전계논문, S.1218.

(yield)도 달라지므로 백신생산량에 대한 예측은 사실상 어려운 것이다.<sup>48)</sup> 따라서 국가가 적극적으로 신종플루 대유행에 대응하기 위한 노력을 기울여 더라도, 대유행 초기 또는 대유행 기간 내내 생산량 부족으로 전체인구를 대상으로 백신을 접종할 수 없는 상황이 발생할 가능성이 높기 때문에<sup>49)</sup> 백신 접종에 대한 우선순위를 결정해야 할 상황을 피할 수는 없다.

### 3. 국민의 생명보호를 위한 부족한 의약품의 제공과 분배조치?

#### 가. 국가의 기본권 보호의무 발생과 보호조치 필요성

국가의 기본권 보호의무 측면에서 본다면 대유행 시 의약품 부족상황은 다시금 국가에게 기본권(생명권)을 보호하기 위하여 보호조치를 취할 의무를 부과한다. 생명권의 주체인 국민이 대유행이라는 기본권제한 상황에 놓여있기 때문이다. 이때 국가의 기본권 보호조치는 먼저 대유행의 확산을 최대한 방지하고 부족한 의약품의 생산과 공급 등에 최대한 노력을 기울이는 것이지만,<sup>50)</sup> 다른 한편으로는 최대한 국민의 생명을 보호하기 위하여 부족한 의약품이라도 분배하는 것이다. 정부가 의약품이 부족하다고 아무런 조치를 취하지 않는 부작위는 기본권 보호의무가 있음에도 불구하고 의무를 이행하지 않는 위헌적인 것이다.<sup>51)</sup>

#### 나. 구체적인 기본권 보호조치

현재 대유행 발생 시 국민들을 대유행으로부터 보호하기 위한 법적 근거로 대표적인 것은 소위 ‘감염병예방법’이다.<sup>52)</sup> 법 제24조 이하에서는 지방자치

48) 보건복지부 질병관리본부, 전계서, 제177면.

49) 보건복지부 질병관리본부, 전계서, 제63~64면.

50) Kloepfer, 전계논문, S.17f.

51) 다만, 입법부작위로 인한 국가의 배상책임은 이론적으로 인정할 수 있겠지만, 현실적으로 국회의원의 고의·과실을 인정하기 어렵기 때문에 실제로 배상책임을 인정하기는 어려울 것이다. 김준규, 『행정법입문』, 제5판, 2012, 제353면.

52) 감염병의 예방 및 관리에 관한 법률(법률 제10789호, 2011.6.7. 타법개정, 시행 2011.12.9.)

단체장에게 임시예방접종을 책임지고 시행할 것을 규정하고, 제34조 이하에서는 보건복지부장관에게 감염병 위기관리대책의 수립과 시행에 대한 책임을 지도록 규정하고 있다. 또한 보건복지부장관과 지방자치단체장은 감염병에 관한 강제처분을 할 수 있으며(제42조), 감염병환자와 가족 감염의심자 등에 대해 건강진단 및 예방접종 등의 조치를 취할 수 있다(제46조). 제49조 이하에서는 예방조치 등에 대해서 규정하고 있다.

감염병예방법 시행령<sup>53)</sup> 제7조 제1항 제7호에 따르면 대유행 시에는 감염병 위기관리대책위원회가 대유행과 관련된 중요한 문제를 다루고 심의하여 해결할 것으로 보이며, 보건복지부장관은 감염병 위기관리대책을 수립하여 관계 중앙행정기관장에게 통보할 것이다(시행령 제22조). 감염병예방법 시행규칙<sup>54)</sup> 제26조에서는 보건복지부장관이 예방접종 전문위원회(시행령 제7조 제1항 제1호)의 심의를 거쳐 예방접종의 실시기준과 방법을 고시하도록 규정하고 있다. 이에 따라 ‘예방접종의 실시기준 및 방법(이하 예방접종고시)’<sup>55)</sup> 제정되어 있다.

#### 4. 부족한 의약품 제공과 분배를 위한 법적 근거와 기준 등의 부재?

##### 가. 부족한 의약품 제공과 분배의 근거로서 고시?

그런데 문제는 의약품 부족 시 백신이나 치료제를 분배함에 있어서 명백한 기준이 없으며, 이와 관련된 법적인 근거도 찾기 어렵다는 점이다.<sup>56)</sup> 예방접

53) 감염병의 예방 및 관리에 관한 법률 시행령(대통령령 제23356호, 2011.12.8. 타법개정, 시행 2011.12.8).

54) 감염병의 예방 및 관리에 관한 법률 시행규칙(보건복지부령 제92호, 2011.12.8. 타법개정, 시행 2011.12.8).

55) 예방접종의 실시기준 및 방법(보건복지부고시 제2011-77호, 2011.7.1. 일부개정, 시행 2011.7.1.).

56) 예방접종고시를 부족한 백신이나 치료제 분배의 기준으로 본다 하더라도, [별표 2] 제⑧에서 인플루엔자의 우선접종대상을 ①만성폐질환자, 만성심장질환자, ②만성질환으로 사회복지시설 등 집단 시설에서 치료, 요양, 수용 중인 사람 ③ 만성간질환자, 만성신질환자, 신경-근육 질환, 혈액-종양 질환, 당뇨병자, 면역저하자(면역억제제 복용자), 아스피린 복용 중인 6개월-18세 소아 ④ 65세 이상의 노인 ⑤ 의료인 ⑥ 만성질환자, 임신

종고시는 인플루엔자 발생 시 ‘예방접종’에 관한 내용을 다룰 뿐이어서 이를 대유행 시 부족한 의약품의 분배 순서에 적용할 수 있는지 문제가 된다. 또한 예방접종고시에 규정된 우선접종대상자 각각의 번호를 부족한 의약품의 분배순서로 볼 수 있는지도 의문이다.

#### 나. 2009년 가을철 신종인플루엔자 대유행 대비 항바이러스제 배분 지침?

보건복지부와 질병관리본부는 2009년 신종인플루엔자 대유행 시 항바이러스제 배분 지침(이하 항바이러스제 배분지침)을 만들었다.<sup>57)</sup> 이는 국가비축 항바이러스제의 효율적인 사용을 위한 것이었는데, 급성열성호흡기질환 입원환자와 고위험군<sup>58)</sup> 외래환자를 투약대상으로 하고 있다.<sup>59)</sup> 입원환자 및 외래환자 등에 대한 항바이러스제 투약기준은 학교, 군대, 사회복지시설 및 교정시설 거주자 중 7일 이내 2명 이상에게 급성열성 호흡기질환이 있는 경우, 급성열성호흡기질환 입원환자, 고위험군 외래환자 등으로 규정하였다.<sup>60)</sup> 그 밖에도 치료거점병원에서는 급성열성호흡기질환 입원환자와 고위험군 외래환자, 추정·확진환자와 접촉한 보건의료인 등으로,<sup>61)</sup> 일반 의료기관에서는 급성열성호흡기질환 입원환자에게 투약하도록 규정하고 있다.<sup>62)</sup>

---

부, 65세 이상 노인과 함께 거주하는 자 ⑦ 6개월 미만의 영아를 돌보는 자 ⑧ 임신부 ⑨ 50세~64세 인구 ⑩ 생후 6개월~59개월 인구 등으로 규정하고 있을 뿐이다.

57) 대한의사협회에서는 질병관리본부의 신종플루 예방 및 관리지침을 중심으로 실제 진료 현장에서 사용할 수 있는 ‘일반의료기관용 신종플루 환자 진료 안내서’를 만들었다. 그러나 여기에서도 신종플루환자의 감염예방조치나 진단과 항바이러스제 투약에 관한 절차 등만이 제시되었을 뿐, 의약품 부족 시 의약품 분배에 관한 기준이나 내용은 기술되지 않았다.

58) 지침 5면에서 고위험군은 65세 이상 노인, 만성질환자(폐질환, 만성 심혈관 질환, 당뇨, 신장질환, 만성간질환, 악성종양, 면역저하자), 임신부, 59개월 이하 소아 등으로 규정하고 있다.

59) 항바이러스제 배분 지침 제1면.

60) 상계지침 제5면.

61) 상계지침 제6면.

62) 상계지침 제7면.

항바이러스제 배분지침은 어떤 환자들에게 항바이러스제를 투여할 것인지에 관한 지침이지 여러 환자 중에 누구에게 먼저 투여할 것인지에 관한 지침이기 때문에 우선 투여에 관한 지침으로 유추해서 적용할 수 있을지 의문이다.

#### 다. 법률유보원칙과 의회유보원칙상 문제점

예방접종고시를 부족한 의약품의 분배순서에 유추·적용하여 우선접종대상자의 번호를 분배순서로 보고, 항바이러스제 배분 지침을 부족한 의약품 분배의 근거라고 보더라도, 기본권제한에 관한 일반적 이론상 ‘법률유보원칙’ 내지 ‘의회유보원칙’의 문제가 남는다. 기본권제한은 형식적 의미의 법률, 즉 국회가 제정한 법률로 직접 제한하거나 법률에 근거하여야 한다는 것이 법률유보원칙이고,<sup>63)</sup> 기본권을 제한할 때 그 내용의 일부를 하위법령에 위임할 수 있으나 기본권제한의 핵심적 내용은 반드시 법률 자체에서 규정해야 한다는 것이 기본권제한에서의 의회유보원칙이다.<sup>64)</sup> 특히 이러한 의회유보원칙과 법률유보원칙은 생명권제한과 관련해서는 더욱 엄격하게 준수되어야 한다.<sup>65)</sup>

국가가 부족한 의약품을 분배하는 기준과 순서는 개인의 생명이나 신체, 건강 측면에서 본다면 개인의 생명·신체·건강을 위협할 수 있는 아주 중대한 기본권제한 기준이다. 부족한 의약품이 공급되지 않음으로써 국가의 부작위에 의한 생명권제한이 발생할 수 있기 때문이다.<sup>66)</sup> 이를 감염병예방법 제32조 및 시행규칙 제26조에 근거한 고시에서 규정한 것으로 본다 하더라도, 기본권제한의 중대한 내용이라고 할 수 있는 부족한 의약품 분배에 관한

63) 양건, 전게서, 제246면.

64) 양건, 전게서, 제247면. 현재 1995.5.27. 98헌바70, 11-1, 633(643-644). 법률유보원칙과 의회유보원칙은 동일한 것은 아니며, 의회유보원칙이 더 포괄적인 것이다. Michael Brenner, Das Prinzip Parlamentarismus, in: Josef Isensee·Paul Kirchhof (Hrsg.), HStR Bd.III, 3.Aufl., 2005, §44, Rn.27.

65) 정문식, 전게논문(기본권으로서의 생명), 제20면.

66) 정문식, 전게논문(기본권으로서의 생명), 제19~20면.

기준에 관하여 법률에 아무런 언급도 없이 고시에 의해서 직접 순위를 정하고 있기 때문에<sup>67)</sup> 법률유보원칙 내지 의회유보원칙에 위반된다고 평가할 수 있다. 항바이러스제 배분 지침의 경우에도 ‘부족한’ 항바이러스제를 분배하는 기준이 상위 법규범에는 아무런 내용이 없고 단순히 지침에만 규정되어 있다면, 이 또한 법률유보와 의회유보의 원칙이 준수되지 않고, 순전히 행정부의 결정에 의해서 국민의 기본권에 중대한 제한이 가해지는 것이다.<sup>68)</sup> 결국 예상접종고시와 항바이러스제 배분지침은 의약품 부족 상황을 대처할 정당한 법적 근거라고 할 수 없다. 따라서 현재로선 의약품 부족 상황에서 의약품을 배분할 합법적인 근거가 없기 때문에 이에 대한 대응이 하루 빨리 이루어질 것이 필요하다.

---

67) “헌법은 법치주의를 그 기본원리의 하나로 하고 있으며, 법치주의는 행정작용에 국회가 제정한 형식적 법률의 근거가 요청된다는 법률유보를 그 핵심적 내용의 하나로 하고 있다. 그런데 오늘날 법률유보원칙은 단순히 행정작용이 법률에 근거를 두기만 하면 충분한 것이 아니라, 국가공동체와 그 구성원에게 기본적으로 중요하고도 중요한 의미를 갖는 영역, 특히 국민의 기본권실현에 관련된 영역에 있어서는 행정에 맡길 것이 아니라 국민의 대표자인 입법자 스스로 그 본질적 사항에 대하여 결정하여야 한다는 요구까지 내포하는 것으로 이해하여야 한다(이른바 의회유보원칙). 입법자가 형식적 법률로 스스로 규율하여야 하는 그러한 사항이 어떤 것인가는 일률적으로 획정할 수 없고, 구체적 사례에서 관련된 이익 내지 가치의 중요성, 규제 내지 침해의 정도와 방법 등을 고려하여 개별적으로 결정할 수 있을 뿐이나, 적어도 헌법상 보장된 국민의 자유나 권리를 제한할 때에는 그 제한의 본질적인 사항에 관한 한 입법자가 법률로써 스스로 규율하여야 할 것이다. 헌법 제37조 제2항은 “국민의 모든 자유와 권리는 국가안전보장·질서유지 또는 공공복리를 위하여 필요한 경우에 한하여 법률로써 제한할 수 있다.”고 규정하고 있는바, 여기서 “법률로써”라고 한 것은 국민의 자유나 권리를 제한하는 행정작용의 경우 적어도 그 제한의 본질적인 사항에 관한 한 국회가 제정하는 법률에 근거를 두는 것만으로 충분한 것이 아니라 국회가 직접 결정함으로써 실질에 있어서도 법률에 의한 규율이 되도록 요구하고 있는 것으로 이해하여야 한다.” 헌재 2011.8.30, 2009헌바128, 공179, 1258(1265-1266).

68) 2006년 신종플루 대유행 계획(제178면)에서는 백신의 공급부족 상황에서 우선순위 결정은 예방접종심의위원회 인플루엔자 분과위원회가 기술적으로 검토 및 심의를 하고, 1차적으로 보건복지부장관이 결정하도록 권고(?)하고 있다. 그러나 이는 백신 공급부족 상황에 유연하게 대처할 수 있을지는 몰라도, 헌법적인 측면에서 보면 중대한 국가의 결정이 아무런 법적 근거도 없이 행정(각)부에 의해서 내려지는 것으로서 의회유보원칙과 법률유보원칙에 대한 중대한 위반에 해당한다.

## IV. 의약품의 제공과 분배기준 설정에 관한 헌법적 정당성

### 1. 형식적 정당성 근거로서 ‘감염병의 예방 및 관리에 관한 법률’

#### 가. 정당성 해결의 기본 방향

국민의 생명·신체·건강을 보호하기 위한 국가의 공적 보건체계는 기본적으로 충분하거나 완벽하게 이루어지기 어렵다.<sup>69)</sup> 따라서 문제의 해결은 이러한 한계를 어떻게 정당화 할 것인지에 있다. 그러한 정당성은 크게 세 가지 측면에서 근거를 제시할 수 있을 것이다. 첫째는 누가 어떤 절차를 거쳐서 그러한 한계적인 상황에 대해 규율하고 결정할 것인가, 둘째는 한계상황에 대처하여 어떤 원칙들을 지켜야 하는가, 셋째는 어떻게 하면 가능한 부족한 의약품의 분배로 인한 부작용을 최소화 할 수 있는가이다.<sup>70)</sup>

#### 나. 기본권제한의 형식적인 헌법적 정당성으로서 의회유보원칙

부족한 의약품의 공급과 분배에 관한 기준과 결정은 대유행의 전개 사정이나 지역별 상황에 따라 상당히 가변적일 수 있고, 의료인의 구체적인 판단에 따라 이루어져야 하는 전문적이고 기술적인 사항일 수 있다.<sup>71)</sup> 헌법재판소도 전문적이고 기술적인 사항이거나 기본권제한 문제가 경미한 경우에는 구체적으로 범위를 정하여 위임할 수 있고, 위임의 형식에 있어서도 법규명령 뿐만 아니라 행정규칙에 직접 위임하는 것도 인정하고 있다.<sup>72)</sup> 그러나 앞에서 설명한 바와 같이 대유행 시 의약품을 제공받지 못하는 개인 입장에서는

69) Stephan Huster, “Knappheit und Verteilungsgerechtigkeit im Gesundheitswesen”, DVBl 2011, S.1069 (1070f.).

70) 최근 독일에서 보건분야에서 의료시스템의 분배문제에 관한 논의와 관련하여 Huster, 전제논문, S.1069ff.; Thorsten Kingreen, “Knappheit und Verteilungsgerechtigkeit im Gesundheitswesen”, VVDStRL 70(2011), S.152ff. 참조.

71) 신중 플루 대유행 계획, 제178면.

72) 현재 2004.10.28, 99헌바91, 16-2하, 104(119); 2006.12.28, 2005헌바59, 18-2, 601(612); 2008.7.31. 2007헌가4, 공142, 1001(1009) 등 참조.

분배기준과 근거가 생명과 신체, 건강 등의 제한에 결정적인 영향을 미칠 수 있기 때문에 결코 기본권제한 문제가 경미한 경우라고 평가할 수 없다.

누가 어떤 절차를 거쳐서 의약품 부족이라는 한계적인 상황에 대해 규율하고 결정할 것인가는 관련 국민에게 중대한 기본권제한을 야기하므로, 기본적으로 의회 즉 국회에서 법률로 정해야 한다.<sup>73)</sup> 이는 공동체의 중요하고 본질적인 문제, 특히 기본권과 관련된 문제는 의회 스스로 결정한다는 헌법상 의회유보(Parlamentsvorbehalt) 원칙에서 요구되는 내용이다.<sup>74)</sup> 구체적으로 어떤 내용을 법률로 정할 것인지에 대해서는 입법자의 형성재량에 달려있다. 하지만 부족한 의약품의 공급과 분배에 있어서 고려되어야 할 헌법적 내용에는, 예컨대 인간존엄의 원리나 생명권보장, 평등원칙의 준수 등이 포함되어야 할 것이다. 그 밖의 구체적인 기준에 대해서는,<sup>75)</sup> 예컨대 최대생존율, 긴급성, 치료가능성, 진료(비용)의 효율성, 연령, 국적, 사회적 정의 등도 법률에 기준으로 규정할 것인지에 대해서는 입법자가 결정할 수 있을 것이다.

#### 다. ‘감염병의 예방 및 관리에 관한 법률’

입법자가 부족한 의약품 공급 분배기준을 법률로 정한다고 할 때, 새로운 법률을 제정할 것인지 아니면 대유행을 규율하는 기존의 감염병예방법을 개정하여 내용을 추가할 것인지는 재량으로 정할 수 있다. 물론 부족한 의약품 공급에 관한 분배기준을 재난상황을 극복하는 일반적인 내용으로 이해하여 ‘재난 및 안전관리 기본법’에서 규정할 수도 있다. 즉, 대유행을 단순히 재난

73) Kloepfer, 전계논문, S.18; Kloepfer·Deye, 전계논문, S.1219; Alexander Brech, Triage und Recht, Duncker & Humblot, 2008, S.312f.; Jochen Taupitz, Infektionsschutzrechtliche „Triage“, – Wer dar überleben? – Zur Verteilung knapper medizinischer Güter aus juristischer Sicht-, in: Michael Kloepfer, Pandemien als Herausforderung für die Rechtsordnung, Momos 2011, S.109f.

74) 이에 대해서 일반적으로는 Brenner, 전계논문, Rn.25ff. 참조.

75) 그 밖의 개별적인 기준들에 대한 가능성과 관련해서 상세한 내용은 Brech, 전계서, S.208ff. 참조.

의 한 종류로 이해하여 ‘재난 및 안전관리 기본법’에서 원칙적인 내용을 규정할 수도 있는 것이다. 그러나 대유행을 구체적이고 특수한 재난의 한 형태로 이해하게 된다면 의약품 부족 시 의약품 분배에 관한 기준 역시 감염병예방법에서 규율하는 것이 대유행 시 의약품부족을 대비하는 데 더욱 적합할 것이다.<sup>76)</sup>

## 2. 인간존엄의 원칙과 실체적·구체적 기본권으로서 생명권의 보호

### 가. 계량화명령으로서 인간존엄의 원칙?

의약품이 부족한 상황에서 누구에게 먼저 의약품을 공급할 것인지의 문제는 여러 가지 측면에서 고려될 수 있을 것이다. 여러 가지 상황들과 이해관계가 충돌하고 갈등할 때에는 가능한 모든 것을 조정하여 최적의 결과를 도출해야 한다는 것이 소위 실체적 조화(praktischer Konkordanz<sup>77)</sup> 또는 schonender Ausgleich<sup>78)</sup>) 원리이다. 대유행의 경우 의약품 부족으로 구해야 하는 생명 간에 형량을 피할 수 없다면, 가능한 많은 생명을 구할 수 있는 방법, 즉 생존자 숫자를 최대화(Maximierung der Überlebendenzahl) 할 수 있는 방법이 생명 보호를 위한 효율적인 분배방식으로서 중요한 결정기준이 될 것이다.<sup>79)</sup> 제한된 의약품 공급으로 생명을 구해야 한다면 가장 많은 생명을 구조하는 기본방침 말고 다른 기준이 제시되기는 어려울 것이다.

이러한 생명구조의 계량적 접근은 흔히 ‘생명의 고귀성’ 내지 ‘생명의 절대 가치’ 때문에 생명은 다른 어떤 가치와도 비교되거나 계량화 될 수 없다는 계

76) 독일에서도 대유행 시 의약품 분배에 관한 기준을 전염병예방법(Infektionsschutzgesetz)과 재난관리법(Katastrophenschutzgesetz)에서 모두 규율할 수 있지만, 전염병예방법을 특별 재난관리법으로 이해하여 전염병예방법에서 규율하는 것을 지지하는 입장은 Michael Kloepfer, Katastrophenschutzrecht—Strukturen und Grundfragen—, VerwArch 2007, S.163(170); Taupitz, 전계논문, S.111f. 참조.

77) Konrad Hesse, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 20.Aufl., 1999, Rn.72.

78) Peter Lerche, Übermaß und Verfassungsrecht, 2.Aufl., 1999, S.151ff.

79) Taupitz, 전계논문, S.116f.; Brech, 전게서, S.208ff. 참조.

량화금지(Quantifizierungsverbot)의 비판대상이 될 수 있다.<sup>80)</sup> 인간생명은 인간의 자유와 권리행사의 생물학적·물리적 전제조건으로서 아주 중대한 헌법적 가치이지만, 유일하거나 절대적인 헌법적 가치라고는 할 수 없기 때문에, 세심하고도 엄격한 조건 하에서 다른 중대한 헌법적 가치와 함께 형량할 수 있는 것이다.<sup>81)</sup> 특히 여러 사람들의 생명 구조가 문제될 때, 한 사람의 생명의 생명가치가 동일하다고 인정하면, 다수의 생명을 구조하는 것이 더욱 가치가 있는 것이다.<sup>82)</sup> 이 점에서 가능하면 더 많은 생명을 구조해야 한다는 계량화명령(Quantifizierungsgebot)은 인간존엄에 위배되는 것이 아니라, 오히려 생명권을 더 강하게 보장하고 인간존엄을 지향하는 것이라고 볼 수도 있다.

#### 나. 구체적 기본권보장의 최대화로서 생명권보호

생존자의 숫자를 가능한 최대화하는 것은 인간존엄성의 보장이라고 하는 헌법원리적 측면에서 뿐만 아니라, 생명권보호라고 하는 구체적인 기본권보호 측면에서도 요구되는 것이다. 특히 생명권은 객관적 가치질서로서 성격도 갖기 때문에 개인이 기본권보장을 주장하지 않더라도 국가에게는 국민의 생명권을 보호할 의무가 부여되는 것이다.<sup>83)</sup> 국가의 생명권 보호의무를 심사하는 과소보호금지 원칙은 엄격한 심사기준이 아니기 때문에, 부족한 의약품을 최대한 생명구조를 위해 기준을 정하고 분배하고자 최선의 노력을 기울였다면, 피할 수 없는 생명의 손실에도 불구하고 위헌적인 평가는 받지 않을 것이다.

---

80) 이러한 비판과 반박에 대한 상세한 내용은 Brech, 전게서, S.209ff. 참조.

81) 이에 대해서는 정문식, 전게논문(기본권으로서의 생명), 제20~22면.

82) 이와 관련하여 Brech, 전게서, S.246ff.; Taupitz, 전게논문, 117f. 참조.

83) 정문식, 전게논문(기본권으로서의 생명), 제18면.

### 3. 평등원칙에 따른 불합리한 차별금지

#### 가. 국가공권력의 통제원리로서 평등원칙

대유행 시 부족한 의약품의 공급하고 분배하는데 있어서 생명권보호를 통한 인간존엄원칙 외에 지켜져야 할 것이 헌법상 평등원칙이다. 우리헌법은 “모든 국민은 법 앞에 평등하다”고 규정하고 있으며, 이는 법의 집행과 적용에서의 평등뿐만 아니라, 법의 내용까지도 평등원칙에 따라 정립되어야 한다는 의미를 갖는다. 즉, 평등원칙은 행정권과 사법권뿐만 아니라 입법권까지도 구속한다.<sup>84)</sup> 따라서 입법자는 감염병예방방법에서 특히 부족한 의약품 공급과 분배에 관한 기준을 정할 때, 평등원칙을 준수해야 한다.<sup>85)</sup>

#### 나. 우리 헌법상 요구되는 평등의 의미로서 상대적 평등

우리 헌법상 ‘평등’은 절대적·기계적 평등이 아닌 상대적 평등으로서, ‘같은 것을 같게 다른 것을 다르게’ 대우하라는 의미를 갖는다. 즉 비교대상 간 모든 차별을 금지하는 것이 아니라 합리적이고 근거 있는 차별이나 불평등은 정당화되지만, 같은 것을 다르게 다른 것을 같게 대우하는 것과 같이 불합리하거나 근거가 없는 불평등 내지 차별은 정당화되지 않는 것이다. 따라서 부족한 의약품의 공급과 분배에 있어서 의약품 분배 대상자 간에 불합리하거나 근거가 없는 기준을 가지고 우선순위를 정해서는 안 된다. 입법자가 의약품 분배 기준을 설정할 때 근거로 삼은 내용이 불합리한지 여부에 대한 심사의 정도는, 차별로 말미암아 관련 기본권에 중대한 제한이 미치게 된다면 엄격하게 심사해야 한다.<sup>86)</sup> 대유행 시 의약품이 부족한 경우에 의약품의 차별적인 공급이나 분배는, 의약품 공급이나 분배를 받지 못하는 개인의 생명권에

84) 양건, 전계서, 제324면.

85) Kloepfer·Deye, 전계논문, S.1219.

86) 차별로 말미암아 관련 기본권에 중대한 제한이 초래된다는 의미가 어떤 것인지에 대해서는 정문식, “평등위반 심사기준으로서 비례원칙”, 『법학연구』, 제51권 제1호, 부산대, 2010, 제35~36면 참조.

중대한 영향을 미치기 때문에 단순히 합리적인 이유만으로 의약품 공급이나 분배기준을 (차별적으로) 정할 수는 없을 것이다.

#### 다. 금지되는 차별기준

헌법에서 차별기준으로 삼지 말도록 명시적으로 언급한 기준, 예컨대 헌법 제11조 제1항 제2문의 성별과 종교, 사회적 신분<sup>87)</sup>에 따라 부족한 의약품의 공급기준을 삼는 것은, 이를 정당화할 만한 긴절(compelling)한 이유가 없는 한 정당화 될 수 없다. 그 밖에도 보급 내지 분배 기준의 근거가 개인이 인위적으로 변경할 수 없는 것인 경우,<sup>87)</sup> 예컨대 인종이나 출신을 기준으로 하는 경우에도 역시 이를 정당화할 만한 절박한 이유가 요구될 것이다.

이와 관련하여 “모든 국민은 성별, 나이, 민족, 종교, 사회적 신분 또는 경제적 사정 등을 이유로 차별받지 아니하고 응급의료를 받을 권리를 가진다”는 응급의료에 관한 법률 제3조의 내용은 참조할 만하다. 동 조항에서는 “국내에 체류하고 있는 외국인도 또한 같다”고 규정하여 응급의료에 있어서 외국인과 내국인의 차별도 금지하고 있다.

#### 라. 가능한 차별기준들?

결국 부족한 의약품의 공급과 분배 및 처방에 대한 기준은 평등원리 측면에서 볼 때, 아주 중대하고 긴절한 이유에 근거를 두고 설정되어야 한다. 그러나 구체적으로 어떤 기준들이 인정될 수 있을지에 대해서는 입법자에게 상당한 재량권한이 있는 것으로 볼 수 있다. 그 기준들을 모두—제한된 지면 때문에—여기서 다룰 수는 없다. 따라서 이하에서는 부족한 의약품의 제공과 분배를 위한 기준들로서 문제가 될 수 있는 것들에 대한 검토를 예시적으로 제시해 볼 수 있을 뿐이다.<sup>88)</sup>

87) 양건, 전게서, 제332면.

88) 여기서는 Brech, 전게서, S.258ff.; Taupitz, 전계논문, S.118ff.에 제시된 여러 가지 기준들

#### 4. 부족한 의약품의 제공과 분배를 위한 예시로서 기준들

##### 가. 응급환자 분류체계(Triage)의 준용?

##### (1) Triage

의약품 부족에도 불구하고 감염병 환자들을 진료하고 치료해야 하는 상황은, 마치 전쟁이나 재난 시 부족한 의료진이나 의료시설에도 불구하고 부상병이나 환자들을 치료해야 하는 경우와 유사하다. 이러한 긴급상황에 대처하여 환자의 치료우선순위를 결정하는 것을 흔히 응급환자분류로 해석되는 Triage라고 한다.<sup>89)</sup> Triage는 대량사상자가 발생하여 의료조치가 필요한 모든 사람들에 대한 의료적 대응문제를 해결하기 위하여, 우선적으로 진료와 이송이 필요한 환자들을 개별적으로 평가하고 확정하는 선정절차를 일컫는다.<sup>90)</sup> 제한된 의료진과 의료시설을 기반으로 한 경우에는 얼마나 많은 환자들의 생존을 보장할 수 있는지가 의료지원의 성공여부를 결정하는 것이다. 따라서 시간적 제한의 압박을 받을수록, 사고를 당한 환자들에게 의료지원이 불충분 할수록 환자들에 대한 신속한 진단과 평가, 결정의 중요성은 증가

---

중에서 예시적으로 일부를 선택하여 논의한다.

89) Triage는 본래 “trier”라는 프랑스어에서 유래된 것으로, 14세기 상품의 품질과 가격에 따라, 예컨대 곡물이나 옷감, 목재 등을 선별할 때 사용하던 용어를, 나폴레옹 군대의 야전 의사였던 래리(Jean Dominique Larrey: 1766-1842)가 전투 중 발생한 부상병들을 치료하고 후방으로 이송하거나 다시 전투지로 돌려보낼 환자들을 선별할 때 사용하면서 의료계에서 부상병들의 선별이라는 의미를 갖게 되었다. 이후 러시아 외과의사인 피로고프(Nikolai Iwanowitsch Pirogow: 1810-1881)가 코카서스전쟁과 크림전쟁에서 경험을 바탕으로 부상자들을 계획적으로 분류하고 이송함으로써 군인들의 생존기회를 확대시키면서 “환자분산(Krankenzerstreuung)”을 체계화하여 전쟁터에서 적용하기 시작했다. 이후 Triage는 독일과 프랑스, 미국, 영국 등에서도 전시 부상병들에 대한 선별절차로 활용되었다. 프랑스어로는 triage, 영어로는 sorting, 독일어로는 Sichtung 등으로 사용되고 있다. 이에 대한 내용은 Brech, 전게서, S.48ff. 참조.

90) Brech, 전게서, S.51; Fuchs, Infektionsschutzrechtliche “Triage”-Wer darf überleben?-Zur Verteilung knapper medizinischer Güter aus medizinischer Sicht-, in: Kloepfer, Pandemien als Herausforderung für die Rechtsordnung, 2011, S.98. 이것은 결코 일반화시켜서 의료분야에 적용할 수 있는 것이 아니다. 대규모 사상자 발생으로 인한 극단적이고 한계적인 상황에서 어쩔 수 없이 결정해야 하는 상황을 전제로 하는 것이다. Timo Blöß, Zwang zur Selektion, DÄBl 2004, S.A2218.

하게 된다.<sup>91)</sup>

일반적으로 Triage는 네 그룹으로 구분된다. 첫 번째 집단(T1)은 긴급환자로서 빠른 시간 내에 응급처치를 요하는 중증환자로서 즉각적인 의료조치가 필요한 집단이다. 두 번째 집단(T2)은 응급환자라고 할 수 있는데 빠른 시간 이내의 응급처치를 요구하지만 현장에서의 치료만 가지고는 해결할 수 없어서 의료기관으로 이송하여 병원에서 치료나 수술이 요구되는 집단이다. 세 번째 집단(T3)은 비응급환자 또는 경상환자로서 치료를 지연하거나 이송을 지연해도 생명에는 관계가 없는 집단이다. 네 번째 집단(T4)은 생존가망이 없는 환자들로서 다른 환자들의 구조를 포기하고 긴급조치를 취해도 생존이 어려운 집단이다.<sup>92)</sup>

## (2) 치료제의 경우 3단계 분류?

이러한 응급환자의 분류방식을 의약품이 부족한 경우 분배기준으로 그대로 적용하기는 어려울 것으로 보인다. 신종플루로 인한 대유행의 경우에는 합병증 등으로 인한 예외적인 경우를 제외하고는 중대한 수술이나 이송 등이 크게 문제되는 것이 아니기 때문이다. 따라서 일반적으로 응급환자 분류체계에서 인정되는 네 그룹 대신 크게는 세 그룹으로 구분해 볼 수 있을 것이다. 첫째 긴급환자로서 신종플루에 감염되었을 뿐만 아니라 즉각적인 의약품의 지급 내지 투여가 필요한 환자들, 둘째 신종플루에 감염되어 증상을 나타내고 있으나 즉각적인 의약품 지급은 필요하지 않은 정도의 비응급환자들, 셋째 이미 거의 사망단계에 이르렀거나 회복이 불가능한 환자들이다.

우선순위는 긴급환자들에게 부족한 의약품을 먼저 제공하고, 비응급환자들에 대한 의약품 제공은 여유분이 있을 때만 허용하는 것으로 원칙을 정할 수 있다. 물론 더욱 극단적으로 긴급환자들에게 제공할 의약품도 부족한 경

---

91) Brech, 전게서, S.52.

92) 네 단계로의 구분에 대해서는 상세하게 Brech, 전게서, S.52ff.; Peter Sefrin, Sichtung als ärztliche Aufgabe, DÄBl 2005, S.A1426 참조.

우라면, 또 다시 긴급환자들 간에 우선분배에 관한 기준이 필요할 것이다. 또한 세부적으로 긴급환자들과 비응급환자들의 분류를 어떻게 할 것인지, 비응급환자들 간에도 세부적으로 우선순위를 구분할 것인지 등에 대해서는 신종플루에 의한 대유행 발생 시의 구체적인 상황에 따라 의료계의 전문적인 지식을 바탕으로 개별적인 기준을 설정할 수 있을 것이다.

### (3) 예방제의 경우 2단계 구분?

신종플루에 감염되었을 때 치료제로서 항바이러스제의 제공 내지 분배와는 달리 감염병의 감염으로부터 신체의 면역력을 강화시키는 백신의 공급은 2단계로 구분할 수 있을 것이다. 면역력 강화를 위한 백신이 부족한 경우에는 상대적으로 면역력이 약한 사람들과 면역력이 강한 사람들로 구분하여, 면역력이 약한 사람들에게 먼저 백신을 공급하는 것을 원칙으로 할 수 있을 것이다. 물론 이때도 의약품을 분배할 수 있는 비축량에 따라 백신을 제공해야 하는 면역력의 강약을 세분화하여 결정할 수 있을 것이다.

### (4) 응급의료에 관한 법률과의 갈등?

신종플루에 감염된 환자 중에서 응급환자로 분류할 수 있는 환자는 응급의료에 관한 법률 제3조에 의해서 응급의료를 받을 권리를 갖는다. 동법 제6조 제2항에 따르면 응급의료종사자는 응급환자에 대한 응급의료업무를 정당한 사유 없이 거부할 수 없다. 이를 거부한 사람은 3년 이하의 징역 또는 1천만원 이하의 벌금에 처해질 수 있다(동법 제60조 제2항). 그러나 응급의료에 관한 법률의 경우에는 일반적인 응급의료환자를 다루는 응급의료종사자들에게 적용되는 것이며, 감염병예방법에서 응급한 환자 간 선별을 규정한다면 특별법 우선의 원칙에 따라 우선 적용될 수 있고, 동일한 정도의 응급환자 간 선별은 피할 수 없는 응급의료업무의 거부에 대한 정당한 사유에 해당될 것으로 보인다.

(5) 분류의 한계?

이러한 구분방식도 일정한 한계가 있음을 인정해야 한다. 첫째, 다른 요소를 전혀 고려하지 않고 순전히 감염여부와 생명의 위협 정도만 가지고 판단했기 때문이다. 감염자의 주관적인 요소, 예컨대 어른인지 아이인지 또는 대유행 대응에 필요한 필요인력(의료인 내지 구조대원 등)인지 아니면 단순히 민간인인지 등을 고려하지 않았다.<sup>93)</sup> 항바이러스제가 10인분 밖에 없는데, 의료인 5인과 민간인 20인이 감염되어 생명이 위태롭다면 누구에게 먼저 치료제를 투여해야 하는가에 대해서는 아무런 해답을 제공하지 못한다.

둘째로 의약품이 극단적으로 부족할 때는 오히려 살 가능성이 많은 사람부터 투여해야 할 필요성이 발생할 수도 있다. 예컨대 100여명의 위독한 사람들이 있는데, 단지 10여 명 분의 치료제밖에 존재하지 않는다면, 이때는 생존가능성이 높은 10여 명부터 치료제를 투여해야 할 가능성도 발생할 수 있다. 특히 시간은 촉박하고, 치료제의 확보가 점점 더 어려워지는 상황이라면 더욱 그러할 것이다.

셋째로 시간의 부족과 치료제의 부족이라는 극단적인 상황에서는 분류기준이라고 하는 것이 의약품을 지급해야 할 사람과 그렇지 않은 사람으로 단순하게 2단계 분류밖에는 할 수 없을 것이다.

넷째로 많은 환자가 존재하는 상황에서 의약품을 분배하는 것이 아니라, 제한된 의약품이 구비되어 있는 상황에서 먼저 의약품을 필요로 하는 응급환자가 도착했다면 기준에 관계없이 의약품을 필요로 하는 응급환자에게 의약품을 분배해야 할 것이다. 특히 시간적으로 긴박한 상황일수록, 먼저 도착한 응급환자에게 의약품을 우선적으로 지급해야 할 필요성은 높아질 것이다.

---

93) 예컨대 대유행 등 재난의 경우에는 개인의 기본권보다도 공동체 구성원들의 건강유지가 더 중요하다는 입장은 대표적으로 Fuchs, 전제논문, S.98ff. 참조. 그러나 아쉽게도 폭스(Fuchs) 교수는 철학적 또는 법학적, 윤리적인 근거를 제시함이 없이 단순히 의사의 입장에서 주장하고 있는 것으로 보인다.

### 나. 생존(치료)가능성

그러나 감염과 생명의 위험 여부 외에 생존가능성(또는 치료가능성)을 어떻게 평가할 것인지는 그렇게 단순한 문제가 아니다. 여기서 주의할 것은 생존가능성은 현존하는 의학적 가능성에 관한 문제이지, 결코 생명과 생명을 형량하거나 평가하는 것이 아니라는 점이다.<sup>94)</sup>

생존가능성을 평가할 때 문제가 될 수 있는 것은, 생존했을 때 잔여생존기간(Überlebensdauer)과 생존상태의 질(Lebensqualität)도 고려해야 하는지 여부이다. 예컨대 70대 노인의 생존과 30대 성인, 10대 청소년의 생존에 대해서는 서로 다른 주관적·객관적 평가를 할 수 있다.<sup>95)</sup> 그러나 잔여생존기간이나 생존의 질에 대해서 평가하는 것은 적어도 평등원칙이나 인간존엄의 측면에서 보았을 때 수인되기 용이한 기준이 아니다.<sup>96)</sup>

### 다. 나이

나이에 따라서 의약품의 분배기준을 삼는 것도 문제될 수 있다. 예컨대 대한의사협회가 발행한 일반의료기관용 신종플루 환자 진료 안내서에는 항바이러스제 투약 대상 고위험군으로 65세 이상 노인과 59개월 이하 소아를 포함시키고 있다.<sup>97)</sup> 헌법재판소의 평등심사기준에 관한 일반원칙에 따르면,<sup>98)</sup> ‘나이’를 기준으로 한 차별은 개인이 인위적으로 변경할 수 없는 사유에는 해당하지만, 모든 사람이 일정한 시기를 동일하게 경험하게 되는 것이므로 엄격한 심사기준을 적용하기는 어려운 것으로 보인다. 또한 헌법재판소의 판례에서도 나이를 근거로 한 차별의 경우<sup>99)</sup> 엄격한 심사기준을 적용

94) Taupitz, 전계논문, S.118.

95) Taupitz, 전계논문, S.119.

96) Brech, 전게서, S.263ff. 참조.

97) 대한의사협회, 『일반의료기관용 신종플루 환자 진료 안내서』, 2009. 9. 21, 제41면.

98) 이와 관련해서는 정문식, 전계논문(평등위반 심사기준으로서 비례원칙), 제37~41면 참조.

99) 예컨대 공무원임용시험령에서 응시연령에 따른 차별의 경우(헌재 2006.5.25, 2005헌마11 등, 18-1하, 134(144))나 국민연금제도 가입대상의 18~60세 제한의 경우(헌재2001.4.

하지는 않는 것으로 보인다.

객관적으로 보았을 때 20대와 40대의 잔여생존기간과 생존의 질에 대해서는 엄격한 구분이 어렵겠지만, 20대와 80대의 잔여생존기간과 생존의 질에 대한 차이는 합리적으로 인정할 수 있을 것이다. 또한 치료제의 경우와 달리 예방제의 경우에 있어서 생존가능성은 나이와 관련하여 다른 의미를 가질 수 있다. 예컨대 2009년 신종플루 대유행 당시 보여주었던 것처럼,<sup>100)</sup> 만 9세 이상은 면역력이 상당한 반면, 만 8세 이하 영유아의 경우는 유사 바이러스 경험이 없었기 때문에 이들에게 백신접종을 우선적으로 하는 것이 정당화 될 수도 있다. 물론 여기에 대해서는 응급의료에 관한 법률 제3조는 나이에 의한 차별을 금지하고 있기에 응급의료법과 갈등 문제가 있을 수 있다. 그러나 나머지 모든 조건이 동일한 상황이라면, 부족한 의약품의 분배에 있어서 극단적으로 나이에 따른 기준 설정이 반드시 헌법적으로 불가능한 것은 아니다.<sup>101)</sup>

#### 라. 생존가능성과 치료가능성에 기초한 사회적 유용성

개인의 사회적·정치적·경제적·문화적 가치평가에 따라서 치료제의 분배를 정할 수 있는지도 고려해 볼 수 있다. 예컨대 노숙자보다 외과의사에게 먼저 치료제를 배분할 수 있는지, 특히 대유행 시 공동체에서 대유행의 확산을 방지하고 생명을 구조하는 일에 필수적인 인력에 대해서 부족한 치료제의 우선적 분배를 인정할 수 있는지 고려해야 한다.<sup>102)</sup>

어떤 삶이 더 사회적 가치가 있는지 비교하여 법적으로 평가하는 것은 원칙적으로 인간생명에 대한 비교를 금지하는 평등원칙과 인간존엄 사상에 의

26, 2000헌마390, 13-1, 977(988) 등에서 헌법재판소는 완화된 심사기준(자의금지)을 적용하여 차별의 합리성 정도만을 판단하였다.

100) 김양중, 전계문, 제16~17면.

101) Brech, 전계서, S.277; Taupitz, 전계논문, S.119ff.

102) 이에 대한 상세한 논의에 대해서는 Brech, 전계서, S.287ff. 참조.

하여 금지된다. 그러나 대유행과 관련하여 평가한다면, 앞에서 언급한 공동체 구성원들의 생존가능성이나 치료가능성을 높일 수 있는 측면에서는 이러한 평가가 가능할 수도 있다.<sup>103)</sup> 과거의 업적만을 기준으로 한 사람의 사회적 가치를 평가하여 우열을 가리는 것은 문제가 될 수 있지만, 대유행 시 재난의 극복과 다른 사람들의 구조를 위해, 국가공동체의 전체적인 기능유지를 위해 필요한 인력은 재난 당시에는 가치가 있는 것으로 평가할 수 있을 것이다.<sup>104)</sup> 물론 이때 구조가 다른 구성원의 생존가능성이나 치료가능성을 높이는지 불분명한 경우, 예컨대 국가의 공공질서와 기능보장을 위해 필수한 인력이라기보다 단순한 사무직을 수행하는 공무원의 경우에는 치료제 배분에 있어서 우선적인 사회적 평가를 내리는데 정당성이 약할 것이다.

#### 마. 비용과 그 밖의 기준들

비용을 기준으로 하는 경우에는 구별해야 할 것이 있다. 첫째는 의약품 분배를 위해 드는 비용과 노력 등의 문제이고, 둘째는 의약품에 대한 지불비용의 문제이다. 먼저 의약품에 대해 지불능력이 있는 사람에 대해 먼저 의약품

103) Brech, 전게서, S.291f.; Taupitz, 전게논문, 121f.

104) 예컨대 스위스의 인플루엔자대유행 대책법(Verordnung über Maßnahmen zur Bekämpfung einer Influenza-Pandemie) 제12조는 다음과 같이 우선명단(Prioritätenliste)을 규정하고 있다(Kloepfer·Deye, 전게논문, S.1220 또는 [http://www.admin.ch/ch/d/sr/818\\_101\\_23/a12.html](http://www.admin.ch/ch/d/sr/818_101_23/a12.html)에서 참조 가능).

제12조(우선명단): 연방행정안전부(Das Departement: Eidgenössischen Departements des Innern)는 백신, 항바이러스제 또는 인플루엔자에 적합한 다른 의약품이 부족한 경우에는 위험상황에 맞게 우선명단과 분배기준을 규율할 수 있다. 이 때 연방행정안전부는 주(Kantonen)와 함께 협력하며 주의 요청에 따른 가능성을 고려한다. 분배 시에는 국민전체의 보건의 가능한 최대도 보장되도록 추구되어야 하며, 특히 적절한 보건체제(Gesundheitsversorgung)와 중요한 공공업무(Dienste)가 유지되어야 한다. 다음과 같은 인적 그룹에 우선권이 허용될 수 있다.

a. 의료·보건인력

b. 경찰과 국방, 운송, 통신, 에너지, 식수, 영양공급 등과 같은 중요한 공적 업무를 담당하는 인력

c. 감염되면 사망위험이 증가되는 인력

분배는 그 밖에도 공인된 의학적·윤리적 기준을 지향한다. 경제적 필요도 고려되어야 한다.

을 지급하는 것은 생명문제를 경제적 능력에 따라 결정하는 것으로서 정당화되기 어려울 것으로 보인다. 치료제의 분배에 있어서 민간제약회사 등이 비용부담을 하더라도 국가의 보상 등을 통해 해결할 수 있기 때문에 의약품 자체에 대한 비용지불능력을 기준으로 치료제를 분배하는 것은 문제가 될 수 있다.<sup>105)</sup> 그러나 의약품을 전달하기 위해서 드는 비용과 노력, 예컨대 도서 지방 환자의 구조를 위해서 많은 시간과 노력이 드는 경우에는 가능한 많은 생명구조를 위해서 도시 근교의 환자에 먼저 의약품을 지급하는 것이 정당화될 수 있을 것이다.<sup>106)</sup>

그 밖에도 국적에 따른 항바이러스제나 백신의 분배 우선순위가 정당화될 수 있는지,<sup>107)</sup> 또는 감염이나 생명위험의 책임이 정부의 지시를 무시하고 자의적으로 행한 환자에게 있을 경우(자기책임: Selbstverschulden)에는 우선순위에서 배제할 수 있는지,<sup>108)</sup> 아예 모든 사람에게 공평하게 기회를 주기 위하여,<sup>109)</sup> 제비뽑기를 통해 운명에 따라 우선순위를 정할 수 있을지,<sup>110)</sup> 경제적 요소<sup>111)</sup> 등이 논의될 수 있다. 이에 관한 상세한 논의는 개별적인 경우마다 구체적으로 결정할 수밖에 없을 것이며, 여기서는 더 이상 다루지 않는다.

---

105) Brech, 전게서, S.285ff.

106) Taupitz, 전계논문, S.122f.

107) 이에 대해서는 Brech, 전게서, S.283ff. 참조. 기본적으로 생명은 국적을 불문하고 모든 사람에게 인정되는 기본권이기 때문에 응급의료에 관한 법률 제3조에서는 외국인에 대한 응급의료에 있어서 차별을 금지하고 있다. 그러나 응급의료에 관한 자원의 부족 가운데 내국인과 외국인 중에 선별을 해야 한다면, 보건의료체제의 이용을 위하여 대한민국에 입국한 외국인에게 국적에 따른 차별 기준을 적용한다고 해서 곧바로 위헌이라고 평가하기는 쉽지 않을 것이다.

108) 이에 대해서는 Brech, 전게서, S.292ff. 참조. 기본적으로 자기책임의 원리에 비추어보면 일응 합리성이 있어 보이나, 국가의 개인의 생명권보호의무나 인간존엄 내지 평등원칙 측면에서 본다면 의약품 배분에서 중요한 배제기준으로 삼기는 어려울 것이다.

109) 이에 대해서는 Brech, 전게서, S.306f. 참조.

110) 이에 대해서는 Brech, 전게서, S.297ff. 참조.

111) 앞의 스위스 인플루엔자대유행 대책법 제12조 제3항의 경우에는 경제적 필요(wirtschaftliche Bedürfnisse)도 고려할 것을 법률에서 요구하고 있다.

## 바. 예방과 치료의 긴급성(Dringlichkeit)

감염의 위험과 생명의 위협이라는 급박한 상황에 놓인 개인을 구조하는 것은 당연한 헌법적 요청이며 국가의 의무이다. 이때 급박성 내지 긴급성은, 특히 대유행 시 의약품 부족의 경우처럼 예외적인 상황에서는 개별 환자의 위험성 자체만 가지고 평가하기 어렵고, 대유행 위험의 전체적인 크기와 전염성의 규모 등 모든 상황을 고려하여 판단해야 한다. 기본적으로는 생명의 위험성과 감염의 위험성이 높은 사람들에게 치료와 접종의 긴급성이 인정될 것이다. 예컨대 백신의 경우에는 많은 인플루엔자 환자들을 다루거나 관리하게 될 의료인이나 담당공무원들이,<sup>112)</sup> 치료제의 경우에는 생명이 위독한 환자들이 여기에 해당할 것이다. 이때 앞에서 언급한 응급환자 분류체계(Triage) 제1 내지 제3 집단에게는 치료에 있어서 긴급성이 인정될 수 있을 것이다. 그러나 앞(IV, 4, 1), ⑤에서 이미 언급했듯이, 치료제의 분배에 있어서 긴급성과 생존 내지 치료 가능성 사이에는 긴장관계가 형성된다.<sup>113)</sup>

## 5. 절차적 정당성을 위한 감염병관리위원회?

### 가. 실체법상 내용의 집행은 절차법적으로 보장하기 위한 집행기관의 조직과 구성

대유행 시 의약품 부족 상황에 대비하기 위하여 법률에 정당성 근거를 마련하고, 부족한 의약품의 분배와 치료에 관한 기준도 헌법에 위반되지 않도록

112) 인플루엔자의 우선접종대상을 ① 만성폐질환자, 만성심장질환자, ② 만성질환으로 사회복지시설 등 집단 시설에서 치료, 요양, 수용 중인 사람 ③ 만성간질환자, 만성신질환자, 신경-근육 질환, 혈액-종양 질환, 당뇨병자, 면역저하자(면역억제제 복용자), 아스피린 복용 중인 6개월~18세 소아 ④ 65세 이상의 노인 ⑤ 의료인 ⑥ 만성질환자, 임신부, 65세 이상 노인과 함께 거주하는 자 ⑦ 6개월 미만의 영아를 돌보는 자 ⑧ 임신부 ⑨ 50세~64세 인구 ⑩ 생후 6~59개월 인구 등으로 규정하고 있는 '예방접종의 실시기준 및 방법'은 긴급성을 중심으로 규정하고 있는 것으로 보인다.

113) Taupitz, 전제논문, S.124에서는 부족한 의약품의 분배기준으로서 긴급성과 생존가능성 사이의 긴장관계를 입법자의 결정을 통해 해결해야 한다고 본다.

구성한다 하더라도, 이를 구체적으로 집행할 기관이 요구된다. 이는 가능하면 정치적 영향을 받지 않고, 대유행 시 감염병의 규모와 위험 여부를 신속하게 파악하고, 대처할 수 있는 전문성을 가진다면 더욱 바람직할 것이다.<sup>114)</sup> 기관의 조직과 구성은 대유행 시 부족한 의약품 분배와 제공에 관한 기준을 구체적으로 수립하고 실현하는데 절차적 정당성을 제공한다는 측면에서 중요하다. 중요한 집행기관의 절차적 정당성이 인정되지 않는다면 정당성을 획득한 실제적 내용의 법률이 집행되는데 한계가 있을 수밖에 없기 때문이다.

#### 나. 감염병관리위원회와 감염병 위기관리대책전문위원회?

현행 감염병예방법 제9조 이하에서는 감염병의 예방 및 관리에 관한 주요 시책을 심의하는 기구로서 보건복지부에 감염병관리위원회를 설치하도록 규정하고 있다. 위원회는 예방접종의 실시기준과 방법에 관한 사항과 감염병 위기관리대책의 수립과 시행, 그리고 그 밖에 위원장이 위원회에 회부하는 사항에 대해 심의한다(감염병예방법 제9조 제2항 제6호 및 제7호). 이를 근거로 감염병관리위원회는 부족한 의약품의 분배와 제공에 관하여도 심의할 수 있을 것이다.

위원들은 감염병 관련 공무원, 감염병 전공 의료인, 감염병에 관한 전문지식 소유자 또는 감염병에 관한 지식과 경험이 풍부한 사람, 그 밖에 비영리민간단체의 추천자 중에서 보건복지부장관이 임명하기 때문에, 위원회의 전문성은 어느 정도 보장되고, 또한 비영리민간단체를 통해서 사회를 대표하는 위원들이 참여할 가능성도 열려있다. 그러나 기본적으로 보건복지부장관이 주도적으로 위원들을 임명할 수 있고, 위원장도 보건복지부차관이 당연직으로 겸하고 있어서(법 제10조 제2항) 정부로부터 독립성을 어느 정도 가지게 될지에 대해서는 의문이다.<sup>115)</sup> 또한 의회나 사회의 개입 없이 행정부가 주도적으로

114) 예컨대 폭스교수는 대유행에 대비하여 중요한 사항들을 신속하게 결정할 수 있으며, 독립성이 보장된 보건이사회(Gesundheitsrat)의 설립을 제시하고 있다. Fuchs, 전계논문, S.100.

로 구성할 수 있다는 점에서 민주적 정당성을 보장하기 어려운 것으로 보인다.

#### 다. 위원회 구성의 척도로써 전문성, 독립성, 정당성

기본적으로 감염병관리위원회가 결정기구가 아니라 심의기구이기 때문에 특별히 법적 책임을 지지 않는다는 점에서 독립성이나 정당성이 크게 문제되지 않을 수도 있다. 그러나 대유행 시 구체적인 상황에 직면하여 부족한 의약품 분배와 제공기준을 결정하는데 있어서 감염병 위기관리대책 전문위원회의 도움을 받을 수는 있지만, 사안의 중대성을 감안하면 최종적인 결정은 감염병관리위원회가 직접 하는 것이 타당하다. 전문위원회의 도움을 받을 수 있는 감염병관리위원회는 기본적으로 전문성 측면에서는 큰 문제가 없다. 그러나 보건복지부장관이 일방적으로 임명 내지 위촉하기보다, 최소한 과반수의 위원은 각계각층에서 추천받은 전문가들 중에서 보건복지부장관이 임명하는 것이 위원회의 독립성과 민주적 정당성을 보장하는 데 도움이 될 것으로 보인다.<sup>116)</sup>

## V. 결 론

### 1. 대유행 시 부족한 의약품의 제공기준에 관한 헌법적 정당성

앞에서의 논의를 전체적으로 정리해 본다면 다음과 같이 요약할 수 있다.

첫째, 앞으로 신종플루와 같은 감염병이 대유행 할 것인지는 가능성의 문

115) 정부 각부 장관이 심의위원회 당연직 위원으로 구성된 국가생명윤리심의위원회의 독립성에 대한 비판은 홍석영, “생명윤리및안전에관한법률에 대한 비판적 검토”, 『생명윤리』, 제5권 제1호, 2004, 제5면; 정문식, “학문의 자유와 입법정책”, 『법과 정책연구』, 제6집 제2호, 2006, 제591~592면. 위원회의 독립성과 전문성, 정당성 등을 보장하기 위한 노력의 한 예로서 독일의 줄기세포연구중앙윤리위원회의 구성에 대해서는 정문식, “독일 줄기세포연구중앙윤리위원회의 구성과 사무”, 『헌법학연구』, 제11권 제4호, 2005, 제420~425면 참조.

116) 국회의원이 1~2인이 참여하는 것도 민주적 정당성을 보충한다는 측면에서는 고려해 볼 만하다.

제이기보다 시기의 문제라고 할 수 있다.

둘째, 감염병의 대유행으로부터 국민의 생명을 보호하기 위하여 국가는 헌법에서 도출되는 기본권 보호의무를 이행해야 한다. 현재 감염병예방법과 관련하여 국가는 헌법상 요구되는 국민의 생명권 보호의무를 전혀 이행하지 않았다고 평가하긴 어렵다. 다행히 충분한 치료제와 백신의 개발로 큰 피해 없이 대유행을 해결할 수 있다면 문제가 없지만, 심각한 대유행에도 불구하고 의약품이 부족한 경우에는 국가의 보호의무 이행에 대한 한계가 발생한다.

셋째, 이러한 한계상황을 해결하기 위하여 다시금 국가에게 부족한 의약품의 분배와 제공기준에 관한 최소한의 규정을 설정해야 할 헌법적 의무가 발생한다. 제한된 양의 부족한 의약품을 분배하고 제공하는데 있어서 적어도 헌법적 측면에서 기준설정의 정당성이 인정될 수 있어야 한다.

넷째, 먼저 형식적인 측면에서, 부족한 의약품의 제공기준은 국민의 생명과 직접 관련성을 맺는 중대한 기본권 제한이기 때문에 민주적 정당성을 갖는 국민의 대표, 국회가 직접 형식적 법률로 최소한의 기준을 설정해야 한다(의회유보원칙).

다섯째, 부족한 의약품의 분배와 제공기준을 적용하여 지향하는 것은 기본적으로 국민의 생명을 구조하는 것이다(구체적 기본권 보장으로 생명권보호).

여섯째, 그러나 의약품의 부족 때문에 어쩔 수 없이 생명 간 선택을 강요받는 경우, 헌법적으로 생명은 동일한 가치를 갖는다고 전제한다면, 가능한 많은 생명을 구할 수 있는 방향으로 기준을 설정하는 것이 생명권보호 뿐만 아니라 인간 존엄 원칙에도 적합할 수 있다(인간존엄원칙의 내용으로서 생명의 최대보장).

일곱째, 부족한 의약품의 분배와 제공기준을 설정하는데 있어서 헌법에서 금지하고 있는 성별, 종교, 사회적 신분 등에 따른 차별은 긴절한 이유가 없는 한 인정될 수 없지만, 응급환자의 분류체계(Triage)에 따른 기준설정, 생존 내지 치료가능성, 나이, 사회적 유용성, 비용과 긴급성, 그 밖의 기준들에 대해서는 고려해 볼 수 있고, 이에 대해서는 최종적으로 입법자의 재량에 따라 법률로써 결정할 수 있다.

여덟째, 실제 개별적인 상황에서 설정된 의약품의 분배와 제공기준을 구체적으로 적용하는데 있어서도 전문성과 독립성, 민주적 정당성을 가진 집행기관이 이를 수행한다면 헌법적으로 절차적 측면에도 정당성이 인정된다.

## 2. 현행 법률에 대한 평가와 대안

이러한 내용에 비추어 현행 법률을 평가한다면, 감염병예방법에서는 대유행 시 의약품의 부족상황에 대처할 구체적인 기준을 마련하고 있지 못하다. 이러한 기준들을 하위 규범에서도 정할 수 있겠지만 부족한 의약품의 분배와 제공기준이 미칠 결과를 고려하면, 입법자가 직접 법률에서 규정하는 것이 타당하다. 또한 감염병관리위원회의 구성에 있어서도 약간의 개정을 통해 독립성과 정당성을 강화할 수 있다. 가능한 최소한의 법률개정을 통해 감염병예방법의 헌법적 정당성을 보충하고자 대안을 제시한다면 다음과 같다.

제9조(감염병관리위원회) ① 감염병의 예방 및 관리에 관한 주요 시책을 심의하기 위하여 보건복지부에 감염병관리위원회(이하 “위원회”라 한다)를 둔다.

② 위원회는 다음 각 호의 사항을 심의한다.

...

7. 제34조에 따른 감염병 위기관리대책의 수립 및 시행

7-1. 제34조의2에 따른 우선순위와 분배기준의 결정

...

제10조(위원회의 구성) ① 위원회는 위원장 1명과 부위원장 1명을 포함하여 20명 이내의 위원으로 구성한다.

② 위원장과 부위원장은 위원 중에서 호선하며, 위원은 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 사람 중에서 보건복지부장관이 임명하거나 위촉하는 사람으로 한다.

1. 감염병의 예방 또는 관리 업무를 담당하는 공무원
  2. 대한의사협회에서 추천하는 감염병을 전공한 의료인
  3. 관련 학회에서 추천하는 감염병과 관련된 전문지식을 소유한 사람
  4. 「비영리민간단체 지원법」 제2조에 따른 비영리민간단체가 추천하는 사람
  5. 그 밖에 감염병에 관한 지식과 경험이 풍부한 사람
- ...

제34조의2(의약품 부족 시 우선순위) ① 보건복지부장관은 감염병의 예방 접종과 치료에 있어서 의약품이 부족할 때는 위원회의 심의를 거쳐 우선순위와 분배기준을 정할 수 있다.

② 우선순위와 분배기준은 인간존엄과 생명권보장, 평등원리 등 헌법상 원칙이 유지되며, 국민전체의 생명을 최대한 보장할 수 있도록 결정하되, 국가전체의 보건체계와 사회질서가 유지될 수 있도록 하기 위하여 다음 각 호의 사람들에 대한 우선순위를 허용할 수 있다.

1. 의료 및 보건에 종사하는 사람
2. 경찰, 국방, 소방 등 질서유지를 위해서 중요한 공공업무를 담당하는 사람
3. 감염으로 사망의 위험이 급증하는 사람

③ 그 밖에 우선순위와 분배기준 결정에 관한 상세한 내용과 필요한 사항은 대통령령으로 정한다.

감염병예방법 제34조의2를 새롭게 규정하고, 필요한 사항을 대통령령으로 정할 수 있도록 한다. 감염병관리위원회의 구성에 있어서 보건복지부장관의 임명권한을 약화시키고, 위원회의 독립성을 위하여 위원장과 부위원장을 위원 중에서 호선하도록 하였다.

주제어 : 대유행, 신종플루, 의약품 부족, 부족의약품의 분배, 기본권보호의무

## [ 참고 문헌 ]

## 1. 국내문헌

- 김우주, “대유행 인플루엔자(H1N1 2009)의 경험과 교훈”, 『Infection & Chemotherapy』, 제42권 제2호, 2010.
- 김우주, “신종인플루엔자 A(H1N1) 대유행의 전망과 대책”, 『대한내과학회지』, 제77권 제2호, 2009.
- 박상표·조홍준, “2009 신종플루의 위험성과 한국 정부의 대응에 대한 비판적 평가”, 『상황과 복지』, 제30호, 2010.
- 송미옥, “신종플루의 치료제, 백신 생산의 문제점과 안정적 공급 대안”, 『복지동향』, 2009.
- 이동한·신상숙·전병율·이종구, “정부의 신종인플루엔자 A(H1N1) 대응”, 『JPMPH (예방의학과공중보건)』, 제43권 제2호, 2010.
- 이은영·이일학·손명세, “WHO 권고안과 우리나라 신종 인플루엔자 대유행 대응 전략 비교 분석”, 『한국의료법학회지』, 제14권 제2호, 2006.
- 이종구·정은경·이한성, “인플루엔자 범유행 대응 정책”, 『대한의사협회지』, 제53권 제1호, 2010.
- 정문식, “생명윤리법상 국가의 기본권 보호의무”, 『공법학연구』, 제8권 제3호, 2007.
- 정문식, “기본권으로서의 생명”, 『법학논총』, 제31집 제2호, 전남대, 2011.
- 최원석·김우주·정희진, “2009년 발생한 신종인플루엔자 대유행에 대한 정책적 대응 평가”, 『JPMPH』, 제43권 제2호, 2010.

## 2. 외국문헌

- Brech, Alexander, 『Triage und Recht』, Duncker & Humblot, 2008.
- Fuchs, Christoph, “Infektionsschutzrechtliche “Triage”-Wer darf überleben?-Zur Verteilung knapper medizinischer Güter aus medizinischer Sicht-”, in: Kloepfer, 『Pandemien als Herausforderung für die Rechtsordnung』, 2011.
- Huster, Stephan “Knappheit und Verteilungsgerechtigkeit im Gesundheitswesen”,

DVBl 2011.

Kingreen, Thorsten, “Knappheit und Verteilungsgerechtigkeit im Gesundheitswesen”,  
VVDS<sub>StRL</sub> 70, 2011.

Kloepfer, Michael, “Einleitung”, in: ders.(Hrsg.), 『Pandemien als herausforderung für die Rechtsordnung』, Nomos, 2011.

Kloepfer, Michael·Deye, Sandra, “Pandemien als Herausforderung für die Rechtsordnung”, DVBl 2009.

Taupitz, Jochen, “Infektionsschutzrechtliche „Triage“-Wer darf überleben?-Zur Verteilung knapper medizinischer Güter aus juristischer Sicht-”, in: Michael Kloepfer, 『Pandemien als Herausforderung für die Rechtsordnung』, Momos 2011.

Walus, Andreas, “Pandemie und Katastrophennotstand; Zuständigkeitsverteilung und Kompetenzmängel des Bundes”, DÖV 2010.

## Verfassungsrechtliche Rechtfertigung für Die Kriterien bei Verteilung Knapper Medizinischer Güter in Pandemie

Munsik Jeong

*School of Law, Hanyang University*

### =Zusammenfassung(Abstract)=

Nach der sog. Neue Influenza(Schweinegrippe)-Pandemie wird die Verhütung und Bekämpfung von Infektionskrankheiten eine essentielle Aufgabe für das Gemeinwesen und stellt eine komplexe Herausforderung für die Rechtsordnung dar. Die nächste Pandemie ist nicht mehr eine Frage der Ob, sondern lediglich der Zeit.

Zwar ist der jetzige Influenza-Pandemie Plan und der koreanische Infektionsschutzgesetz (ISchG) nicht verfassungswidrig, weil mit ihnen die Untergrenzen des Gestaltungsspielraums von Gesetzgeber nicht unterschreitet und damit die grundrechtliche Schutzpflicht von Staat nicht verletzt ist. Jedoch ist aber gesetzlicher Ergänzung bedürftig, denn es gibt keine konkrete Regelungen, die in einer Verknappungssituation von medizinischen Gütern bei Pandemien anwendbar sind. Würde die Knappheit von Impfstoff nicht vermeiden, dann dürfte darüber entschieden werden, wem die Ressourcen in der Verwendungskonkurrenzen bevorzugt zugeteilt werden sollen.

In Knappheitssituationen ist zuerst die Frage der Verteilung medizinischer Gütern von so wesentlicher Bedeutung, dass sie von Verfassungs wegen durch das Parlament zu regeln ist. Zweitens kann die Verteilung knapper medizinischer Ressourcen auf Maximierung der Überlebendenzahl als Menschenwürdegrundsatz und Lebensschutzpflichten vom Staat gerichtet sein. Drittens dürfen die in Art.11 KVerf genannte Kriterien, wie Geschlecht oder Religion, weil sie als Ungleichbehandlungskriterium im koreanischen Verfassungstext verboten sind, nicht zur Verteilung und Zuteilung herangezogen

werden. Nicht zuletzt darf und muss der Gesetzgeber darüber regeln, wer in welchem Verfahren behandelt bzw. geschützt werden soll.

Stichwörter : Pandemie, Influenza, Knappheit medizinischer Güter, Verteilung knapper medizinischer Güter, Grundrechtliche Schutzpflichten.