

# 중동호흡기증후군 2015년 사태와 관련된 의료법령의 분석과 입법론

－ 「의료법」 및 「감염병의 예방 및 관리에 관한 법률」의  
쟁점 조항을 중심으로 －

김 천 수\*

- I. 서설
- II. 의료법의 관련 조항에 관한 분석
  - 1. 감염관리위원회와 감염관리실 관련 시정명령과 개설허가 취소 및 폐쇄 명령
  - 2. 메르스 사태와 의료법 제47조의 상관성
  - 3. 의료법상 의료기관 폐쇄 조항의 검토
- III. 감염병예방법 관련 조항의 검토와 입법론
  - 1. 메르스와 감염병예방법 제2조의 입법 태도
  - 2. 메르스 사태의 초기 대응에 관련된 감염병예방법 조항 분석
  - 3. 감염병의 진단과 관련된 규율
  - 4. 감염병 사태의 통제
  - 5. 환자 및 의료기관의 손해배상책임
- IV. 결어

## I. 서설

2015년 대한민국이 겪은 일 가운데 의료법학이 간과해서는 안 될 것이 바로 ‘중동호흡기증후군<sup>1)</sup>’으로 인한 사태<sup>2)</sup>이다.<sup>3)</sup> 메르스로 인한 국가적 난국에

\* 논문접수: 2015. 12. 7. \* 심사개시: 2015. 12. 9. \* 수정일: 2015. 12. 20. \* 게재확정: 2015. 12. 28.  
\* 성균관대학교 법학전문대학원 교수.

즈음하여 분석되어야 할 관련 법령으로는 우선 ‘의료법’과 ‘감염병의 예방 및 관리에 관한 법률’(이하에서는 ‘감염병예방법’으로 약칭한다)이 있다. 의료법학의 목표에는 의료 관련 법률이 현실의 사태에 적용될 때 필요한 대안 즉 그 실용적인 대안을 제시하는 일도 포함된다. 이번 메르스 사태를 계기로 신종감염병과 관련된 법령이 제대로 갖추어져 있는지, 그러한 법령이 제대로 집행되었는지 등을 살펴보고 앞으로도 계속 발생할 신종감염병<sup>4)</sup>에 대응하는 합리적 법령을 갖추는 것은 우리 사회의 발전에 긴요한 일이다.

이하에서는 우선 의료법의 관련 조항을 간략하게 살펴보고, 감염병예방법의 해석론 및 입법론을 전개하기로 한다.

## II. 의료법의 관련 조항에 관한 분석

### 1. 감염관리위원회와 감염관리실 관련 시정명령과 개설허가 취소 및 폐쇄 명령

이번 메르스 사태에서 그 감염병 전파의 주된 경로는 의료기관이었다. 앞으로 있을 신종감염병 전파의 경로도 주로 의료기관일 것이므로 이와 관련하여 병원감염 예방에 관한 의료법의 조항을 살펴본다. 우선 의료법 제47조는 일정 규모 이상의 ‘병원급 의료기관’<sup>5)</sup>으로 하여금 감염관리위원회와 감염관리실을

1) Middle East Respiratory Syndrome(MERS). Severe Acute Respiratory Syndrome(SARS)를 ‘사스’로 표기하듯이 이를 ‘머스’로 표기하여도 무방하지만, 이 글에서도 언론 등 사회적으로 통용되는 ‘메르스’로 표기한다.

2) 이하에서는 ‘메르스 사태’로 표현한다.

3) 2015년 메르스 사태는 5. 20. 첫 메르스 환자가 최초로 확진된 뒤 180여 명의 후속 환자가 발생하였고 그 가운데 40명 가까이 사망한 대형사건이었다.

4) 신종감염병이란 국내의 관점에서 이르는 표현이다. 즉 국외에서 이미 창궐한 병원균이 국내에는 아직 본격적으로 나타나지 않은 감염병을 의미한다. 이에 관한 감염병예방법 조항에 대하여는 뒤에서 상세하게 서술한다. 이러한 신종감염병의 일차적 원인은 인간과 병원체를 수천 년 주고받은 가족을 꼽는 병원체 평형이론에 관하여는 박한신, “메르스와 전염병 인류학”, 『생명윤리포럼』, 제4권 제3호, 국가생명윤리정책연구원, 2015, 1면 참조 [[http://nibp.kr/news/2015\\_03/3.pdf](http://nibp.kr/news/2015_03/3.pdf)].

5) 이에 해당하는 규모의 의료기관은 의료법시행규칙 제43조에 의하면 200병상 이상의 병원

설치하여 운영하고 감염관리 업무를 수행하는 전담인력을 두도록 하고 있다.

이를 위반한 의료기관에 대하여 보건복지부 장관 및 기초자치 단체장은 시정명령을 내릴 수 있으며(의료법 제63조), 이러한 시정명령을 위반한 의료기관에 대하여, 개설 허가 대상인 의료기관인 경우에는 개설허가를 취소할 수 있고, 신고로 개설되는 의료기관인 경우에는 폐쇄 명령이 내려질 수 있다(의료법 제64조).

이와 관련하여 입법적으로 정비되어야 할 것은 개설허가 취소 권한의 귀속이다. 위에서 언급한 시정명령이나 개설허가 취소 및 폐쇄 명령에 관하여 그 권한이 광역지방자치단체장에게 없는 것이 현행 의료법의 태도이다. 의원급 이하의 의료기관 개설은 기초자치단체장에 대한 신고로 충분하지만, 병원급 이상의 의료기관 개설에는 광역자치단체장의 허가가 필요하다(의료법 제33조). 그런데 광역자치단체장의 허가를 받아 개설한 병원급 이상의 의료기관에 대한 개설허가를 취소함에 있어서, 취소 대상인 허가에 관하여 그 허가권자가 아닌 보건복지부 장관이나 기초자치단체장에게 그 허가 취소의 권한을 주는 것은 입법적으로 모순이다. 이 점은 바르게 잡혀야 한다.

## 2. 메르스 사태와 의료법 제47조의 상관성

감염관리위원회와 감염관리실의 설치를 규율하는 의료법 제47조의 “병원 감염”은 감염병예방법상 감염병의 감염에 한정되지 않는다. 하지만 이번 메르스 사태는 병원내 감염에서 전파된 것이므로,<sup>6)7)</sup> 이번 사태에 의료법 제47조

급 의료기관이다.

- 6) 이러한 병원내 감염으로 감염병이 확산되는 것이 현대적 감염병 전파의 특징이라고 하겠다. 이는 쥐에 의하여 대유행하였던 페스트의 경우와 같이 지역사회의 생활현장에서 유행의 원인을 찾을 수 있었던 중세 유행병의 창궐과는 다른 현상이다. 이러한 현대 감염병 전파의 특징에서 의학의 발전이 보복을 부를 것이라던 이반 일리치의 경고(Ivan Illich, 『Medical nemesis』, 1975, Calder & Boyars)를 떠올리는 언급으로 박한선, 앞의 논문, 2면 참조. 이 주장에 의하면 인류가 발견된 의료혜택을 누리고 있다고 생각하지만 엄청난게 많은 사람들이 병원 내 감염과 같이 의료의 부정적 효과로 희생당하고 있다는 것이다. 가령 영국에서만 매년 2만명이 원내 감염으로 사망하며 전세계적으로 약 1500만 명이 병원에서 감염되어 그 가운데 10%가 사망하는 것으로 추정된다고 한다. 그래서 거대화된

는 관련성이 인정된다.

따라서 메르스 사태에 대한 사후 평가에서, 의료법 제47조에 의한 감염관리 위원회의 전담인력이 관련 법령에 따라 구성되고 배치되었는지 여부, 그 운영의 적정성 여부, 아울러 해당 의료기관이 감염관리위원회와 인력을 통해 이번 사태와 관련된 감염관리체계를 제대로 가동하였는지 여부 등도 조사되어야 할 것이다. 이 조사 결과에서 의료법의 개정을 통해 해결되어야 할 원인이 드러나면 이는 입법적으로 반영되도록 추후 새로운 논의를 해야 한다.

### 3. 의료법상 의료기관 폐쇄 조항의 검토

#### 가. 의료기관 폐쇄에 관한 의료법 일반조항

메르스 사태와 같은 신종감염병이 전파되어 국민 모두가 이에 대해 신속한 대응을 해야 하는 등의 사건이 발생한 경우에, 의료법에 의하면, 보건복지부장관이나 광역자치단체장은 “보건의료정책을 위하여 필요하거나 국민보건에 중대한 위해가 발생하거나 발생할 우려”가 있다고 판단되면 의료기관이나 의료인에게 필요한 지도와 명령을 내릴 수 있다(의료법 제59조). 이러한 지도와 명령에 따르지 않는 의료기관에 대하여 보건복지부장관이나 기초자치단체장은 그 의료업을 1년의 범위에서 정지시키거나 개설 허가를 취소하거나 의료기관 폐쇄를 명할 수 있다(의료법 제64조 제1항).<sup>8)</sup>

우선 이와 관련된 행정처분 권한의 귀속에 관하여 문제가 있다. 제59조에 따른 지도와 명령의 권한은 보건복지부장관과 광역자치단체장에게 귀속되지만

현대식 병원이 모든 병원체의 허브 역할을 하며, 과거의 사스(SARS)나 이번 메르스 역시 대부분 감염이 그러하다는 것이다.

- 7) 병원 내 감염과 관련하여, 현대 사회에서 새로운 전염병이 등장하는 지리적 배경과 공간적 전파에 관한 문제와 이러한 전염병의 출현과 확산에서 병원이라는 장소의 문제를 고찰한 문헌으로, 최병두, “메르스 사태의 지리학과 생명권력의 정치”, 『공간과 사회』, 제53권, 2015. 참조.
- 8) 물론 의료기관의 폐쇄라는 조치는 신고에 의하여 개설한 의료기관(의료법 제33조제3항과 제35조제1항 참조)에만 해당하는 것이다.

그러한 지도와 명령에 따르지 않은 점에 대한 제재조치의 권한은 의료법 제64조에 따라 보건복지부장관과 기초자치단체장에게 귀속된다는 것은 문제이다. 그리고 전술한 바와 같이 광역자치단체장이 개설을 허가한 병원급 이상의 의료기관의 개설허가 취소에 관한 권한을 기초자치단체장이 갖도록 하며, 기초자치단체장에게 개설을 신고한 의원급 의료기관에 대한 지도와 명령의 권한을 광역자치단체장이 갖도록 한 점은 잘못이라고 하겠다. 개설단계의 권한과 지도 명령 및 제재 단계의 권한이 의료기관의 종류에 따라 통일적으로 규율되도록 의료법 관련 규정들이 개정되어야 한다.

이러한 조치, 즉 지도와 명령의 조치, 개설허가 취소와 폐쇄명령의 조치 등은 이번 메르스 사태와 같은 신종감염병의 상황에 유용한 조치는 아니다. 그 이유로는 우선 아래와 같이 두 가지를 들 수 있다.

첫째, 해당 조치의 기간을 고려한다면 신종감염병에 대응하기에 유용한 조치가 아니다. 위와 같이 의료법 제64조 제1항에 의하여 개설 허가가 취소되거나 폐쇄 명령을 받은 의료기관은 그 취소된 날이나 폐쇄 명령을 받은 날부터 6개월 이내에, 의료업 정지처분을 받은 자는 그 업무 정지기간 중에 의료기관을 개설하거나 운영하지 못한다(의료법 제64조 제2항). 메르스와 관련하여 해당 의료기관 운영을 금지하는 것은 메르스 사태에 대한 대응 조치로서는 부적절한 것이다. 메르스의 전파가능성을 차단하기 위한 조치로서 폐쇄란 메르스 환자의 진료를 계속하는 것조차 금지하는 것은 비합리적인 조치이기 때문이다. 왜냐하면 운영이 금지된 의료기관에 있는 환자를 다른 의료기관으로 이송하는 과정에서 전파가능성이 높아지기 때문이다. 물론 메르스 등 신종감염병을 진료할 시설이나 인력이 부족한 경우라면 이송은 부득이할 것이며, 이러한 경우라고 하여도 그 운영을 금지하는 것은 전파가능성을 낮추는 데 도움이 되지 않는다.

둘째는 그 조치의 절차를 고려하면 신속한 대응을 해야 하는 신종감염병의 대응조치로서 부적절하다. 보건복지부장관이나 광역자치단체장이 의료법 제64조 제1항에 따라 개설허가를 취소하거나 의료기관의 폐쇄를 명령하는 처분

을 내리려면 청문을 실시하여야 한다(제84조). 이러한 절차는 메르스와 같은 신종감염병의 전파를 긴급하게 차단해야 하는 상황에 맞지 않는 규율이다.

이상과 같은 이유에서 의료법상 의료기관 폐쇄와 관련된 일반 조항은 이번 메르스 사태와 같은 상황을 해결하기 위하여 고려될 수 있는 조항이 아니라고 하겠다.

### 나. 메르스 사태에서 나타난 소위 ‘부분 폐쇄’의 성질

이번 메르스 사태에서 이루어진 소위 ‘부분 폐쇄’는 어떠한 성질의 것인가를 살펴본다. 먼저 이번 ‘부분 폐쇄’는 자율적 폐쇄로 보아야 할 것이다. 그것이 전술한 바와 같이 보건복지부 장관이나 기초자치단체장이 의료법 제64조에 따라 내린 폐쇄 명령에 의한 것이라면 해당 의료기관은 6개월 이내에 운영을 재개하지 못하며, 그 명령의 절차상 있어야 할 청문도 없었을 뿐만 아니라, 이러한 의료기관 폐쇄에는 부분폐쇄가 포함되지 않는다고 보아야 할 것이기 때문이다.

이러한 자율적 폐쇄는 다음과 같은 절차로써 가능할 것이다. 보건복지부장관이나 광역자치단체장이 의료법 제59조에 따라 자율적 부분폐쇄를 하도록 지도하거나 명령을 내리고 이를 의료기관이 수용하는 경우이다. 이러한 처분에 불응하면 의료법 제84조의 청문을 거쳐서 동법 제64조에 따른 폐쇄 명령 등이 내려질 수 있다. 이 경우에 야기될 불이익의 가능성이 있으므로 위 지도와 명령은 실효성 있는 처분이 될 것이다. 물론 실제에 있어서는 이러한 지도와 명령이 없이도 의료기관이 자체적인 판단에 의하여 그러한 그 의료기관의 부분 내지 전부 폐쇄를 자율적으로 실시하는 경우도 있다.

### 다. 실효적인 의료기관 폐쇄의 입법론

위에서 언급한 바 의료법상의 의료기관 폐쇄 규정으로 이번 사태와 같은 경우에 신속한 대응은 불가능하다. 한편 자율적 폐쇄의 방법도 부적절하다. 의료

기관이 자율적 폐쇄기간 중 입을 손실 자체도 매우 크며, 그로 인한 사회적 평판의 저하에 따른 장기적 재정손실을 감수하여야 한다. 그럼에도 불구하고 자율적 폐쇄를 종용하거나 이를 기다리는 현행 제도의 부적절성이 이번 사태에서 확인되었다고 하겠다.

정부의 일반적인 감독 규정만으로는 부족하며 위에서 지적한 청문절차를 거친다면 전파가능성을 차단할 시기를 놓칠 것은 명백하다. 이와 관련하여 입법론으로는 의료법이 아니라 감염병예방법에 강제로 ‘즉시’ 폐쇄시키는 명령의 권한을 보건복지부장관에게 부여하며 그 행사를 위하여 필요한 요건을 구체적으로 담는 규정의 신설이 필요하다.<sup>9)</sup>

### III. 감염병예방법 관련 조항의 검토와 입법론

이 글이 대한의료법학회에서 발표된 2015. 6. 20. 이후에 감염병예방법의 개정이 있었다. 이하에서는 발표 당시의 법률(2014. 9. 19. 시행. 이하에서 ‘당시법률’이라는 표현은 이 법률을 의미함)과 2015. 7. 6. 개정된 감염병예방법(2015. 7. 6. 또는 2016. 1. 7. 시행. 이하에서는 ‘개정법률’로 표현함)<sup>10)</sup>을 함께 기술하기로 한다.<sup>11)</sup>

9) 이 글이 2015. 6. 대한의료법학회에서 발표된 이후 감염병예방법에 관하여 이와 유사한 법률개정의 입법이 이루어졌다. 이에 관하여는 뒤에서 소개한다.

10) ‘개정법률’의 부칙(제13392호, 2015.7.6.) 참조(“이 법은 공포 후 6개월이 경과한 날부터 시행한다. 다만, 제2조, 제4조부터 제7조까지, 제14조, 제16조부터 제18조까지, 제34조, 제46조, 제47조, 제49조, 제50조, 제67조, 제74조의2의 개정규정은 공포한 날부터 시행한다.”). 한편 제51조의 시행일은 2016. 8. 12.이다.

11) 이 글은 ‘개정법률’ 이후에 게재되는 것이지만, 그 이전에 이루어진 대한의료법학회 발표를 바탕으로 하는 것이다. 필자가 ‘개정법률’에 관하여 상세하게 전개한 논의는 ‘개정법률’ 이후인 2015. 10. 23.에 개최된 대한예방의학회 추계학술대회에서 발표된 바 있고, 이 발표문은 대한예방의학회의 요청에 따라 예방의학회지에 게재되어야 한다. 따라서 소위 ‘자기표절’의 비난을 피하기 위해 아쉽지만 이 글에서는 ‘개정법률’에 관한 필자의 논의를 필요한 범위에서 간략하게 언급할 수밖에 없다는 점에 대한 양해를 구한다.

## 1. 메르스와 감염병예방법 제2조의 입법 태도

### 가. 감염병의 종류와 정의에 관한 ‘당시법률’

어느 질병이 감염병예방법의 적용대상인지 여부는 매우 민감한 쟁점이다. 왜냐하면 그 적용대상이 됨으로써 환자의 개인적 인권과 공익 사이의 대립구도가 형성되며, 환자를 치료한 의료기관에 관한 정보의 보호와 공개라는 공익과 사익의 충돌이 나타나기 때문이다.<sup>12)</sup>

감염병예방법은 ‘감염병’ 자체의 개념을 정의하지는 않고, 먼저 감염병의 종류를 열거한 뒤, 각 종류의 개념을 정의한다(감염병예방법 제2조). 감염병예방법 제2조는 감염병을 제1군감염병, 제2군감염병, 제3군감염병, 제4군감염병, 제5군감염병, 지정감염병, 세계보건기구 감시대상 감염병, 생물테러감염병, 성매개감염병, 인수(人獸)공통감염병 및 의료관련감염병 등으로 단순하게 나열하고 있다(감염병예방법 제2조).<sup>13)</sup> 이들 종류별 개념을 그 아래 각 호에서 정의하고 있는데, 각 개념의 범위가 겹치기도 하여 이들을 입체적으로 유형화할 필요가 있다. 이 문제는 위 ‘개정법률’에서 반영되지 않았다.

감염병 분류 체계의 부적절성을 좀 더 상세하게 언급한다면 아래와 같다. 감염병예방법 제2조 제1호에서 정의하는 “감염병”으로 단순하게 나열되어 있는 제1군~제5군의 감염병과 지정감염병 기타 5개 유형들은 포함관계 내지 중첩관계가 인정되는 개념들인데 이들을 독립유형으로 단순히 나열하는 형식을 취하여 개념의 이해에 혼란을 야기한다는 점이 문제이다. 이들을 이해하기 쉽게 체계적으로 입법할 필요가 있음은 물론이다. 감염병예방법 시행규칙 제6조 제4항 관련 ‘별표 2’의 ‘감염병의 진단 기준’을 봐야 비로소 윤곽이 잡히는 입법 방식은 문제이다. 이 기준에 의하면 감염병의 독립적 유형은 6개인데 제1군~

12) 메르스로 인한 언론의 자유와 환자의 인권, 확산방지를 위한 개인정보 공유와 개인정보보호법상의 대치 등 이익충돌 상황에 관한 언급으로, 조준성, “감염병과 환자의 인권”, 국가생명윤리정책연구원, 『생명윤리포럼』, 제4권 제3호, 2015, 6면 참조[[http://nibp.kr/news/2015\\_03/1.pdf](http://nibp.kr/news/2015_03/1.pdf)].

13) 동 조항에서는 ‘감염병’의 정의를 종류의 열거로 대체하고 있지만 이는 종류로 표현하는 것이 타당하다.



제5군 그리고 지정감염병이 그것이다. 하지만 제1군~제5군 사이에도 중첩부분이 나타난다. 한편 감염병예방법 시행규칙 별지 제1호 서식 ‘감염병 발생 신고(보고)서식’에 의하면 제1군~제4군 밖에 없다는 점도 문제이다. 이들에 대한 체계화도 다음 개정의 기회에 반영되어야 할 것이다.

아무튼 메르스는 이 가운데 “제4군감염병”에 해당한다고 하겠다. ‘당시법률’ 제2조는 제5호에서 이 개념을 “국내에서 새롭게 발생하였거나 발생할 우려가 있는 감염병 또는 국내 유입이 우려되는 해외 유행 감염병으로서 보건복지부령으로 정하는 감염병”이라고 정의하였고, 그 구체적 열거를 시행규칙(시행 2015. 1. 5)에 맡기고 있었으며 동 규칙 제2조이 바로 그것인데 거기에 당시에는 메르스가 구체적인 열거 목록에 포함되어 있지 않아서 해석에 의존해야 하는 입법 상황이었다.<sup>14)</sup> 이에 따라 메르스는 시행규칙 제2조 제13호의 “신종감염병증후군”에 해당하는 것으로 해석되어 제4군감염병으로 분류될 수 있었다.

## 나. 감염병의 종류와 정의에 관한 ‘개정법률’

‘당시법률’의 위와 같은 입법 태도는 문제가 있었다.<sup>15)</sup> 감염병으로 분류되면 환자가 감수해야 하는 법적침해가 중대하므로 법률에 열거하는 것이 바람직하다.<sup>16)</sup> 그리고 어느 종류의 감염병인가에 따라 관련자의 신고 절차에 관한 규율이 크게 달라진다. 제4군감염병이면, i) 의료기관장이 보건소장에게 보고하며(법 제11조 제2항), ii) 이를 보건소장이 기초단체장에게 보고하고, 이어서 iii) 기초단체장이 질병관리본부장 및 광역자치단체장에게 보고하는(법 제

14) 2014. 1. 질병관리본부가 발간한 「2014 법정감염병 진단·신고 기준(Case Definitions for National Notifiable Infectious Diseases)」에서 제4군감염병 중 신종감염병증후군에 새롭게 ‘중동호흡기증후군(MERS) 진단기준’이 추가되었다는 것이 단국대학교 의과대학 박형욱 교수의 전언이며, 이러한 내용은 인터넷 검색을 통해 확인할 수 있었다.

15) 이러한 입법 태도에 대하여 이 글이 발표될 당시에 발표문에서 지적된 것이다.

16) 감염병으로 분류되면 국가나 지자체의 강제조치가 있게 된다. 환자의 자기결정권 등 인권의 보호보다 전파가능성의 조기 차단 등 공익이 우선하여, 환자 기본권에 대하여 광범위한 침해가 있어도 이는 적법하게 된다. 이러한 국민의 권리의무에 대한 중대한 침해 가능성을 부여하는 결정을 일률적으로 ‘부령’이나 ‘장관 고시’에 위임하는 것은 부적절한 것이다.

13조, 규칙 제10조 제1호) 등의 절차가 “지체 없이” 이루어져야 한다. 하지만 단순히 지정감염병이면 위와 같은 i)의 보고는 일주일 이내에 이루어지면 되고 (법 제11조 제2항), 위 ii)와 iii)의 보고는 매주 1회(법 제13조, 규칙 제10조 제2호) 이루어져야 한다.<sup>17)</sup>

이러한 문제점은 위 ‘개정법률’에서 해소되었다. 즉 ‘개정법률’ 제2조의 제5호가 제4군감염병의 개념을 적극적으로 정의하고 있는바, “국내에서 새롭게 발생하였거나 발생할 우려가 있는 감염병 또는 국내 유입이 우려되는 해외 유행 감염병으로서”<sup>18)</sup>라고 하면서 “다음 각 목의 감염병을 말한다.”라고 하여 그 구체적인 열거가 ‘법률’에서 이루어지게 되었다.

이처럼 관련 규정의 위치를 시행규칙에서 법률로 격상함에는 단점이 지적될 수도 있다. 즉 법률의 개정이 시간이 소요되는 절차상 문제점이다. 하지만 이 문제점은 열거항목에 ‘신종감염병증후군’이라는 포괄적 항목이 있어서 해소될 수 있으며 단서에서도 “갑작스러운 국내 유입 또는 유행이 예견되어 긴급히 예방·관리가 필요하여 보건복지부장관이 지정하는 감염병을 포함한다.”라고 하여 이 문제점은 해결된다고 하겠다.

## 2. 메르스 사태의 초기 대응에 관련된 감염병예방법 조항 분석

### 가. 감염병예방법 제11조, 제12조 및 제13조

감염병 사태의 초기 대응은 환자의 발견(진단)에 임한 의료인 등의 신고 내지 보고에서 시작된다. 이와 관련된 감염병예방법 조항은 제11조, 제12조 및 제13조이다. 이들 조문을 요약하여 정리하면 아래와 같다.

감염병 환자를 초진한 의료인(의사·한의사)은 제11조에 따라 의료기관의 장에게 보고하고<sup>19)</sup> 의료기관의 장은 이를 관할 보건소장에게 신고하면, 그 이

17) 한편 감염병예방법 제11조제1항 단서의 신고, 즉 기관소속 아닌 의사·한의사가 보건소장에게 해야 하는 신고에 관하여는 그 시기 등 규정이 미비한 점도 지적될 수 있다.

18) 이 부분의 문언은 ‘당시법률’과 동일하다.

19) 다만, 의료기관에 소속되지 아니한 의사 또는 한의사는 그 사실을 직접 관할 보건소장에

후는 제13조가 규율한다. 한편 감염병 의심환자 내지 그로 인하여 사망한 사람을 발견한 사람(세대주 등)은 제12조에 따라 관할 보건소장에게 신고하며, 그 이후는 역시 제13조가 규율한다. 제11조 및 제12조에 따라 신고를 받은 보건소장은 제13조에 따라 기초자치단체장에게 보고하고, 기초자치단체장은 이를 보건복지부장관<sup>20)</sup> 및 광역자치단체장에게 신고한다.

이러한 신고 및 보고의 시기에 관하여 감염병예방법은 제1군 내지 제4군 감염병인 경우에는 “지체 없이” 할 것으로 규정하며 제5군 및 지정감염병은 7일 이내로 하며 매주 1회 계속적으로 보고하도록 하였다.

## 나. 검토 및 입법론적 의문

위와 같이 감염병 환자 등의 발견에 따른 신고 내지 보고의 체계가 관할 보건소장과 그의 보고를 받는 관할 기초자치단체장으로 되어 있는 입법 태도는 문제이다. 우선 관할의 문제가 있다. 환자의 진료지와 주거지 내지 동선이 여러 관할에 걸친 경우, 해당 기초자치단체장 모두에게 보고하여야 하는지의 문제이다. 하지만 그 위로 올라가면서 감염병의 통제가 다원화되는 구조도 문제이다. 한편 시행령 제32조가 보건복지부장관 대신 질병관리본부장에게 보고하도록 함으로 인하여 위기 국면의 통제권이 약화된 측면은 없는지 살펴볼 일이다. 이번 메르스 사태의 경우에 초진 의료진이나 기관장이 위 신고나 보고 의무를 지체하였거나 위반한 사실은 없는지 의문이다. 더구나 관할 보건소장에서 기초자치단체장으로 이어지는 중간단계의 일원화 보고체계가 가동되었는지 의문이다. 나아가서 보건소장의 보고가 광역단체장에 대하여도 제대로 이루어졌는지 의문이다.<sup>21)</sup> 감염병 전파 가능성을 고려한다면 지방자치단체의 관할이 오히려 무의미하거나 신속한 초기 대응에 장애요인으로 작용할 수 있음을

계 신고하여야 한다.

20) 이 보고를 받는 장관의 지위는 질병관리본부장이 대신한다(시행령 제32조의 위임에 따른 시행규칙 제10조).

21) 당시 서울시장의 기자회견 등으로 미루어 보아 제대로 보고를 받지 못한 것으로 여겨진다.

업무에 두고 신고 내지 보고 체계를 중앙정부로 일원화할 필요가 있다.

신고(보고)의무자에 ‘치과의사’가 배제된 이유는 진단능력의 결여 때문인지 의문이다.<sup>22)</sup> 의무자에 포함되어 있는 한의사에 비하여 치과의사가 그러한 진단능력이 더 미흡한지도 역시 의문이다.<sup>23)</sup> 물론 치과의사도 제12조에 따라 신고의무를 부담한다. 하지만 동조 제2항에 불과한 경우라면 그 신고의무 위반에 대한 제재규정이 감염병예방법에는 없다.<sup>24)</sup> 한편 동조 제1항에 따른 세대주나 학교 등 일정 장소의 관리인 등의 신고의무 위반에 대한 동법 제81조의 제재는 진단능력과 무관한 것이다. 따라서 감염병에 의한 증상이 있지만 그 증상이 감염병으로 인한 것인지 모르면서 진료를 의뢰받은 의료인이 그 확진 등과 무관하게 신고의무를 부과하고 이를 위반한 자에 대하여 제재를 하는 것은 진단능력의 관점이 아니라 환자 등을 발견할 가능성을 기준으로 한 것이며, 이는 사실적 가능성이지 의학적 가능성이 아니다. 후자의 가능성은 진단능력에 관한 것이다. 환자 발견의 의학적 가능성(즉 진단능력)이 아니라 사실적 가능성이 높은 자에게 신고의무를 부과하면서 그 위반의 제재를 가하는 것은 감염병의 전파력을 고려할 때 적절한 입법 태도이다. 이러한 점에서 원인이 감염병인지 모른 채 아파서 온 환자나 그 가족으로부터 진료 의뢰를 받을 가능성은 한 의사에게도 있으며, 따라서 감염병환자로 의심되는 사람을 발견할 사실적 가능성이 일반인에 비하여 높은 한의사에게 제11조의 신고의무를 부과한 것이 비합리적인 것은 아니다. 그런데 이러한 규율은 치과의사에게도 역시 마찬가지로

22) 이 점에 관하여 감염병예방법 제2조 제13호에서 “감염병환자”에 대한 정의규정상 제11조의 신고의무에서 치과의사를 배제한 것은 당연하다는 취지의 심사의견은 한편으로는 타당하다. 동법 제2조의 정의규정과 제11조의 신고의무 규정은 상충하며 양자의 일관성 자체는 입법적으로 타당하다. 동법 제2조 제13호가 의사 및 한의사에 한하여 어느 환자를 감염병환자로 진단할 수 있는 법적 권한을 부여하였다면 이는 그 진단능력을 전제로 하여야 할 것이다.

23) 이 언급이 한의사를 신고의무자 내지 진단권한자에서 배제하자는 취지가 아니며, 이는 후술하는 소위 ‘사실적 가능성’ 때문이다.

24) 동조 제1항 제2호의 병원 관리인·경영자·대표자가 아닌 치과의사는 동조 제2항의 신고의무를 부담할 뿐이며 동항의 신고의무 위반에 대하여는 제재규정이 없다는 점에서 신고의무 근거규정의 차이에 법률적 의미가 있다.

지로 이루어져야 한다.

신고(보고)의 시기가 이원화되어 있는 것도 문제이다. 전술한 바 감염병 유형 내지 종류에 대하여 혼란스러운 입법 태도로 말미암아 이원화된 시기 규율은 더욱 문제이다. 이를 “지체 없이”로 일원화할 필요가 있다.<sup>25)</sup>

### 3. 감염병의 진단과 관련된 규율

#### 가. 감염병예방법상의 규율 개관

감염병예방법 제2조에 따르면 감염병환자는 “감염병의 병원체가 인체에 침입하여 증상을 나타내는 사람”인데 이러한 증상의 판별은 “제11조 제5항의 진단 기준에 따른 의사 또는 한의사”에 의한 진단이나 “보건복지부령으로 정하는 기관의 실험실 검사”에 의한 확인을 통하여 이루어진다. 후자의 실험실 검사를 할 수 있는 기관은 질병관리본부, 국립검역소, 보건환경연구원, 보건소, 일정한 의료기관(의료법 제3조에 따른 의료기관 중 진단검사의학과 전문의가 상근(常勤)하는 기관), 의과대학 등이다(시행규칙 제4조).<sup>26)</sup>

#### 나. 문제점

우선 메르스와 같은 감염병의 진단에 있어서 제11조 제5항의 기준에 따른 정확한 진단을 일반 의사에게, 더구나 한의사에게 기대할 수 있는지 의문이다.<sup>27)</sup> 더 나아가 변종 유무를 확인하기 위하여 지정한 기관도 이러한 규율에 따라야 하는가? 가령 네덜란드 에라스무스 병원(Erasmus Medical Center)에

25) 물론 제5군감염병과 지정감염병에 관한 매주 1회의 계속적 보고는 그 자체의 의미가 있을 것이므로 별론으로 한다.

26) 기타 대한결핵협회나 한센병환자 등의 치료·재활을 지원할 목적으로 설립된 기관은 해당 병원체의 확인에 한정되어 진단기관의 지위를 가진다.

27) 이 점은 감염병환자의 발견에 관하여 전술한 바 ‘의학적 가능성’ 즉 ‘진단능력’의 문제이다. 전술한 바와 같이 감염병환자로 의심되는 사람을 발견할 ‘사실적 가능성’이 일반인에 비하여 현저하게 높은 사람에게 제11조의 신고의무를 부과하고 제81조에 따라 그 위반의 제재를 가하는 규율과는 다른 측면의 논의임에 유의해야 한다.

변종 유무의 확인을 요청하려면 보건복지부령을 개정해야 하는지 여부의 입법론적 문제도 있다. 만일 그러한 개정이 필요하다면, 신속한 대응이 필요한 경우에 적법한 대응을 할 수 있도록 입법 조치가 필요하다.<sup>28)</sup>

이번 메르스 사태에 의학적 실패가 인정된다면 그 요인의 하나가 진단 능력의 결여일 것이다. 마지막 메르스 환자에 대한 진단이 양성과 음성 사이를 오고 간 사실은 환자의 기저질환에 원인을 돌릴 수도 있겠지만 진단능력의 향상이 필요함을 말해준다. 신속하고 정확한 진단은 사익(私益)과 공익 모두의 보호에 필요한 대목임은 다언을 요하지 않는다. 여기에 진단 혼란의 이유가 검체 채취의 정확성도 문제일 것이고 진단기관의 지정이 형식에 그치고 진단능력의 확보 유지 및 향상을 위한 보건 당국의 역할도 문제가 될 수 있다. 진단기관을 국가기관으로 통일하고 그 기관의 진단능력 및 수용능력을 확보하는 것이 필요하다. 감염병환자인지 여부 및 완치 여부에 대한 판단을 진단기관이 서로 미루는 모습이 있어서는 안 된다.

#### 4. 감염병 사태의 통제

감염병 사태에 대한 통제는 감염병예방법 제47조가 규율하는 방역조치 규정에서 찾을 수 있다. 여기서 그 방역조치의 수단과 그 조치의 권한 귀속이 어떻게 되어 있는지 살펴본다.

##### 가. ‘당시법률’의 규율

메르스 사태와 같은 긴급상황에서 ‘당시법률’에 따라서 의료기관의 폐쇄가 실효적으로 이루어지기 위한 해석론을 시도한다. 이는 환자(이는 확진환자이든 의심환자이든 불문하는 표현이며 이하에서도 마찬가지이다)의 격리 등에 관하여 해석과 적용을 시도할 의료법 조항은 기초자치단체장 권한에 관한 감

28) 가령, 적절한 위치에 “보건복지부 장관의 허가를 받아 …에 의뢰할 수 있다.”라는 문구의 삽입이나 조항의 신설 등 입법조치가 있어야 할 것이다.

염병예방법 조항(법 제47조)의 해석 및 적용의 문제이다.

‘당시법률’ 제47조는 감염병이 유행하는 경우 감염병 전파를 막기 위하여 특별자치도지사 또는 시장·군수·구청장으로 하여금 취하도록 한 조치로는 i) 감염병환자등이 있는 장소나 감염병병원체에 오염되었다고 인정되는 장소의 교통을 일정한 기간 차단하는 것, ii) 감염병병원체에 감염되었다고 의심되는 사람을 적당한 장소에 일정한 기간 입원 또는 격리시키는 것 등이 있었다. 이와 관련하여서는 ‘교통 차단’이 해당 지역 의료기관의 출입차단으로 해석될 수 있는지 여부, 사람의 격리가 역으로 다른 사람의 접근을 차단하는 것도 포함되는지 여부 등의 논의가 필요했다.

이와 관련하여 제기한 입법론적 의문으로는 우선 이러한 권한을 기초자치단체장에게만 부여한 것이 타당한지 여부와 ‘특별자치도지사’의 위상에 관하여 감염병예방법의 혼란에 관한 것이었다.<sup>29)</sup> 이러한 문제점은 ‘개정법률’에서 어느 정도 해소되었다.

## 나. ‘개정법률’의 규율

대한의료법학회에서 이 글의 바탕이 된 발표가 이루어진 이후에 개정 및 시행에 이른 ‘개정법률’에서는 의료법에 관하여 위와 같이 자연스럽게 않은 해석을 굳이 해야 할 필요가 없게 대체로 잘 정리되었다. 즉 ‘개정법률’ 제47조에 따른 조치로서 ‘당시법률’의 “방역조치”에 추가되었거나 구체화된 것으로는 해당 장소에 대한 일시적 폐쇄와 일반 공중 출입 금지, 해당 장소 내 이동제한, 그

29) 특별자치도지사를 기초자치단체장과 같은 위상으로 규율하는 제47조와 달리 ‘특별자치도지사’(현재는 제주도지사가 여기에 해당함)를 광역자치단체장에 포함시키는 조항으로 제7조가 있다. 동 조항은 감염병 예방 및 관리 계획의 수립 등에 관한 규정인데 제3항이 특별시장·광역시장·도지사·특별자치도지사를 “시·도지사”로 묶어서, 시장·군수·구청장과 구별하여 광역자치단체장의 개념범위에 넣고 있다. 하지만 위 제47조만이 아니라 제13조도 특별자치도지사를 기초자치단체장에 포함시킨다. 이는 보건소장 등의 보고에 관한 규정인데 제1항에서 보건소장으로 하여금 “관할 특별자치도지사 또는 시장·군수·구청장”에 보고하도록 규정하며 “보고를 받은 특별자치도지사 또는 시장·군수·구청장”이 보건복지부장관 및 광역자치단체장에게 각각 보고하도록 하고 있다.

밖에 통행차단을 위하여 필요한 조치와 아울러 의료기관에 대한 업무 정지 등이 있다.<sup>30)</sup>

또한 방역조치의 권한이 ‘당시법률’에서 특별자치도지사나 기초자치단체장에게만 주어졌었는데 ‘개정법률’에서 특별자치도지사를 삭제하고 보건복지부장관, 광역자치단체장을 추가하였다. 하지만 의료기관의 개설 절차와 관련하여 광역자치단체장에 의하여 개설허가를 받은 병원급 이상의 의료기관에 대한 방역조치의 권한을 기초자치단체장이 가진다는 것은 부적절하다. 개설 절차와 관련하여 방역조치의 권한이 상응하도록 권한의 분배가 이루어지는 개정이 향후 필요하다.

### 다. 방역조치에 관한 ‘당시법률’과 ‘개정법률’의 비교

‘개정법률’에서는 ‘당시법률’ 제47조 제1호의 교통차단 조치를 해당 장소의 일시적 폐쇄 등으로 구체화하였고, 의료법에서 규율하는 의료기관 제재 유형인 업무정지의 조치를 감염병예방법 동조 제2호로 신설하였다. 그리고 방역조치의 권한에 대한 정비가 전술한 바와 같이 이루어졌다.

당시법률	개정법률
<p>제47조(감염병 유행에 대한 방역 조치) 특별자치도지사 또는 시장·군수·구청장은 감염병이 유행하면 감염병 전파를 막기 위하여 다음 각 호에 해당하는 모든 조치를 하거나 그에 필요한 일부 조치를 하여야 한다.</p> <ol style="list-style-type: none"> <li>1. 감염병환자등이 있는 장소나 감염병병원체에 오염되었다고 인정되는 장소의 교통을 일정한 기간 차단하는 것</li> <li>2. 감염병병원체에 감염되었다고 의심되는</li> </ol>	<p>제47조(감염병 유행에 대한 방역 조치) 보건복지부장관, 시·도지사 또는 시장·군수·구청장은 감염병이 유행하면 감염병 전파를 막기 위하여 다음 각 호에 해당하는 모든 조치를 하거나 그에 필요한 일부 조치를 하여야 한다. &lt;개정 2015.7.6.&gt;</p> <ol style="list-style-type: none"> <li>1. 감염병환자등이 있는 장소나 감염병병원체에 오염되었다고 인정되는 장소에 대한 다음 각 목의 조치</li> </ol>

30) 이들 ‘개정법률’ 상의 조치에 관한 상세한 논의는 2015. 10. 23.에 개최된 대한예방의학회 추계학술대회에서 발표한 바 있으며 그와 관련된 글은 예방의학회지에 게재해야 하므로 여기에서는 상세한 언급을 생략한다.



사람을 적당한 장소에 일정한 기간 입원 또는 격리시키는 것 3. 감염병병원체에 오염되었거나 오염되었다고 의심되는 물건을 사용·접수·이동하거나 버리는 행위 또는 해당 물건의 세척을 금지하거나 태우거나 폐기처분하는 것 4. 감염병병원체에 오염된 장소에 대한 소독이나 그 밖에 필요한 조치를 명하는 것 5. 일정한 장소에서 세탁하는 것을 막거나 오물을 일정한 장소에서 처리하도록 명하는 것	가. 일시적 폐쇄 나. 일반 공중의 출입금지 다. 해당 장소 내 이동제한 라. 그 밖에 통행차단을 위하여 필요한 조치 2. 의료기관에 대한 업무 정지 3. 당시법률 2호와 동일 4. 당시법률 3호와 동일 5. 당시법률 4호와 동일 6. 당시법률 5호와 동일
---	---

### 라. 방역조치 권한 중복의 문제

감염병 사태에 대한 통제를 규율하는 감염병예방법 제47조는 ‘당시법률’이나 ‘개정법률’ 모두 기초자치단체장에게도 방역조치의 권한을 주고 있다.<sup>31)</sup> 한편 일원화된 통제기구(control tower)를 설치하는 근거규정을 감염병예방법은 가지고 있지 않다. 그렇다면 일반 행정법의 원리에 따라<sup>32)</sup> 상황에 따른 임시조치로서 통제기구를 구성하는 방법 밖에 없을 것이다. 하지만 이는 신종감염병에 신속하고 질서 있게 대응하기에는 부적절한 입법 태도 내지 상황이다.

감염병에 대한 사후적 대응 가운데 대상자나 대상기관에게 주는 법익침해나 손실야기가 큰 것이 환자의 격리 진료, 관련 물품의 폐기나 사용 제한, 그리고 의료기관의 폐쇄 등이다. 이러한 방역 조치를 기초자치단체장이 취하는 것이 특히 심각한 감염병이 유행하는 경우에는 두 측면, 즉 그 권한을 행사할 수 있는 지역이 제약된다는 점과 기초자치단체의 재정이 부족하다는 점에서 부적절하다.<sup>33)</sup>

31) ‘당시법률’은 “특별자치도지사 또는 시장·군수·구청장”에게, ‘개정법률’은 “보건복지부장관, 시·도지사 또는 시장·군수·구청장”에게 방역조치의 권한을 부여하고 있다.

32) 정부조직법상의 권한에 따라 특별규정 없이도 국무총리 또는 대통령이 감염병에 관한 방역 관련 조치를 취할 수 있음은 물론이다.

33) 재정의 부족이라는 문제에 대하여는 후술한다.

또한 감염병예방방법상으로는 감염병에 대응하는 국가 조직의 최고 직위는 장관이지만 광역 및 기초의 지방자치단체장에게도 동일한 권한을 부여하고 있어서 각 권한 행사의 모순과 충돌의 상황이 예정되어 있는 규율체계이다. 이러한 상황을 방지하려면 중앙정부의 고위직으로 하여금 대응조직(Task Force)을 구성하도록 하는 방법으로 조직을 수직적 구조로 일원화하여 중앙정부의 고위직이 그 조직의 최고 책임자를 담당하도록 하는 입법조치가 현실적으로 필요하다.

감염병에 대한 방역 내지 대응 조치의 정점에 중앙정부의 장관과 지방정부의 (기초 또는 광역의) 장이 병존하는 방식에 상호 협력 및 보완 등의 장점이 있고, 그 운용에 따라서는 효율적일 수도 있으므로, 현재의 병렬적 권한 부여 방식이 문제가 있다고 일률적으로 비판하는 것은 잘못이라는 반론도 가능하겠으나. 하지만 그 권한의 병렬으로 인한 문제점이 이번 메르스 사태에서도 드러났다. 이러한 권한의 행사에 따른 결정이 서로 다를 경우에 우선하는 결정권자를 누구로 할 것인지를 규율하는 행정법령이 필요하다. 감염병의 전파가능성을 고려한다면 이렇게 시급한 사안을 헌법재판소에 가서 해결할 수 없음을 물론이다.

입법론으로서는, 중앙정부로 그 권한을 통일함이 바람직하다. 결국 감염병 예방법에서 방역조치 등 대응 관련 규정의 대부분은 장관의 권한으로 하고 사안의 경중에 따라 그 위임에 따른 질병관리본부장이 그 권한을 대행하는 형태로 개정되거나 관련 조항이 신설되어야 한다. 왜냐하면 대체로 해외에서 유입되는 신종감염병에 대한 대응은 국가 차원에서 국제공항 등 국경에서 선행되어야 한다는 점,<sup>34)</sup> 지방자치단체의 경계가 그 경계를 넘어 퍼지는 감염병에는 무의미하다는 점 등에서 그러하다. 전파성이 강한 감염병에 대한 방역조치 등 대응에 관한 권한을 지방자치단체장에 부여하는 것은 바람직하지 않다고 하겠다.

34) 감염병은 국경을 넘어서서 다른 대륙에서 유행하던 것이 우리 집 앞으로 올 수 있는 현실을 적시한 글로, 조준성, 앞의 논문, 7면 참조.

## 마. 방역 조치 권한과 손실 전보 재원의 일치

감염병에 관한 신고와 진단의 ‘신속성’과 ‘정확성’은 견비하기 어렵다. 또한 양자의 균형은 방역 조치의 신속성과 정확성의 전제이다. 이러한 균형의 기준 및 그 기준의 부합 여부는 방역 조치 권한을 가진 기관이 판단해야 한다. 문제는 현실적으로 그 판단에 주된 영향을 미치는 것이 방역조치로 인하여 발생할 사회적 혼란과 환자 등과 의료기관이 입게 될 재산상 피해이다. 신고와 진단의 정확성이 방역 조치의 신속성에 대한 변수로 작용하는 것은 불가피하며 이는 균형이라는 사실의 문제이다. 하지만 사회적 혼란은 차치하고 적어도 그 재산상 피해가 방역 조치의 신속성을 저해하는 것은 사회적으로 큰 손실이며, 이러한 문제는 입법적으로 극복되어야 한다. 그 극복의 방안이 감염병에 대하여 방역조치 등을 실시하는 대응 권한의 귀속 주체와 그 대응으로 인한 손실을 전보하는 재원의 관리주체를 일치시키는 것이다.

2015년 메르스 사태에서 보고의 체계가 제대로 가동되지 않았던 것으로 보인다. 관련 보고체계의 정점에 있는 서울특별시장이 관련 정보를 제대로 확보하지 못하여 기자회견을 통해 감염병 전파의 진원지인 의료기관에 관한 정보의 제공을 요구한 모습은 당시 보고체계가 제대로 가동되지 않았음을 여실히 보여주는 것이다.<sup>35)</sup> 전술한 바와 같이 법률상으로 각 지역보건소장이 수집하여 취합한 감염병 관련 정보가 장관 및 광역자치단체장에게 이르는 창구는 구청장 등 각 기초자치단체장인데, 이번 메르스 사태에서 강남구청장 등 기초자치단체장의 존재감이 전무했던 점도 구청장 등 기초자치단체장에 대한 보고체계가 제대로 가동되지 않았음을 추정케 한다.

한편 법률상의 보고체계가 제대로 가동되었다고 하여도 과연 구청장이 감염병예방법에서 부여된 권한의 행사로서 의료기관 폐쇄의 조치를 취할 수 있

35) 메르스 사태에서 정부의 실패 가운데 가장 심각한 것으로 지목된 것이 소위 “위험소통”(risk communication)이다. 김은성, “메르스 위험소통의 한계에 대한 사회적 요인 분석 및 개선방안”, 『생명윤리포럼』, 제4권 제3호, 국가생명윤리정책연구원, 2015, 1면 참조 [http://nibp.kr/news/2015\_03/4.pdf].

을지는 현실적으로 의문이다. 가령 강남구청장이 삼성서울병원을 폐쇄 조치한 경우 그것이 오판이었다면 그로 인하여 해당 의료기관이 입은 손실과 혼란은 해당 구청장이 감당하기에 너무 막대하다.

방역 조치로 인한 혼란과 손실은 불가피하다. 문제는 오판에 따른 무의미한 혼란과 손실이다. 혼란과 손실의 가능성은 기초자치단체장만이 아니라 광역자치단체장이나 중앙정부의 장관이 방역 조치를 위한 경우에도 있다. 문제는 그러한 손실을 전보하여 줄 재정적 능력이다. 문제는 그러한 손실을 우려하여 폐쇄조치를 지연한 결과로 감염병이 광범위하게 확산하여 그로 인한 외국인 관광객 격감 등에 따른 국부(國富)의 손실이 방역 조치로 인하여 해당 의료기관 등이 입은 손실에 비하여 매우 크다는 점이다. 또한 국부의 차원에서 본다면 해당 의료기관이 폐쇄 조치 등으로 입은 손실은 손실이 아니다. 다른 의료기관이 상대적으로 그 손실에 어느 정도 상응하는 이익을 갖기 때문에 국부의 감소는 거의 없다.

따라서 이러한 국부의 손실을 막으려면, 지나칠 정도로 민감하게 폐쇄조치 등 방역의 조치를 취할 수 있어야 한다. 그 결과가 과잉 조치이든 적절한 조치이든 해당 의료기관이 입은 재산적 손실을 공적 자금으로 충당하여 준다는 원칙만 있으면 의료기관을 폐쇄하는 권한을 행사함에 주저함이 없게 된다. 그러한 효과는 국부 손실의 방지에 있는 것이므로 이러한 손실은 국가의 재정에 의하여 전보되어야 하는 것이다.<sup>36)</sup>

그렇다면 적어도 방역조치로서의 의료기관 폐쇄는 중앙정부의 권한이어야 하고 그로 인한 재산적 손실을 국가재정에 의하여 전보한다는 점이 법령으로 명문화되어야 한다. 왜냐하면 그 손실전보의 법령상 근거가 없으면 중앙정부의 고위직이라고 하여도 오판에 따른 권한 행사라는 비난가능성이 두려워 조속한 대응에 주저함이 있게 될 것이다.<sup>37)</sup> 조속한 대응 없이 감염병 확산으로

36) 백신 개발에서 시장원리가 아닌 국가 내지 정부의 개입을 강조하는 주장(김은성, 앞의 논문, 10면)도 국부(national wealth) 차원의 접근과 일맥상통하는 것이라 하겠다.

37) “감염병에 있어서는 효율적인 방어가 가장 인권을 보호하는 전략이 될 수 있다.”는 언급

인한 국부 손실을 막을 수 없고, 조속한 대응에는 오판의 가능성도 있기 때문에, 방역조치 권한의 귀속과 재산적 손실 전보의 재원은 동일한 기관이어야 한다.<sup>38)</sup>

‘개정법률’ 제5조가 제1항에서 “의료인 및 의료기관의 장 등은 ... 감염병 환자의 진단 및 치료 등으로 인하여 발생한 피해에 대하여 보상받을 수 있다.”는 규정을 두고 있지만 이렇게 막연한 조항은 위와 같은 손실 전보의 근거로서는 매우 미흡하다.

## 5. 환자 및 의료기관의 손해배상책임

여기서 논의하고자 하는 손해배상책임은 민법 및 국가배상법 등 기존 특별법에 의한 일반 법리의 적용을 논의하고자 함이 아니다.<sup>39)</sup> 신종감염병과 관련하여 발생한 손해의 귀속 주체로는 환자<sup>40)</sup>와 의료기관 그리고 국가가 있을 것이다. 국가의 손해배상책임에 관하여 필자가 주장할 특별한 입법론이 현재로서는 없다.

감염병의 전파 내지 확산의 가능성에 예견 및 회피의 가능성이 있음에도 불구하고 주의를 기울리 하여 이 전파나 확산을 야기한 ‘사람’이나 ‘의료기관’의 민사책임을 민법상 일반불법행위의 법리로 규율할 것인지의 문제이다. 우선

(조준성, 앞의 논문, 7면)에서 효율성은 신속한 대응을 전제로 한다.

38) 대체로 지적되는 정부의 초동대응 실패에 대한 분석으로서 전문성의 한계와 콘트롤 타워(control tower)의 리더십 부재를 지적하면서 후자에서 크게 결핍된 요소가 긴급 의사결정의 타이밍(timing)이라는 주장(김은성, 앞의 논문, 6면)에 공감하며, 이는 재산적 손실의 전보 기능이 결여된다면 해결될 수 없는 문제점이라고 하겠다.

39) 민법학자로서의 필자가 감염병으로 인한 손해의 귀속에 대하여 민사책임의 일반원리를 적용하는 언급은 민사법 연습(?)과 같은 수험서에서 이루어지는 언급일 뿐이어서 학술적 가치가 크지 않음에도 불구하고 부족한 지면을 이것을 위하여 할애하는 것은 부적절하다. 물론 이와 관련하여 물론 학술적 가치가 있을 만한 논의의 대상이 없지 않으며, 그러한 논의 대상으로는 특히 부작위로서의 행위성이 인정되기 위하여 작위의무의 존부와 그 위반 여부에 관한 탐구가 우선 있다. 전자인 작위의무와 관련하여서는 먼저 감염병예방법에서 그들에게 부과하는 의무가 우선 정리되어야 할 것이다.

40) 여기에는 가해행위자, 즉 손해의 원인을 제공한 자라면 ‘감염병환자’ 외에도, ‘감염병의사환자’나 ‘병원체보유자’(이들 개념에 관하여는 감염병예방법 제2조 제14호 및 제15호 참조) 등을 포함한다.

결론적으로 언급한다면, 그 확산으로 인하여 입은 피해에 대한 손해배상을 일반 불법행위의 법리에 맡기는 것은 가해자의 입장이나 피해자의 처지에서 부적절하다고 하겠다.

먼저 가해자의 입장에서 보면, 감염병의 경우 인과관계가 인정되는 범위의 손해액이 개인이나 개별 의료기관이 감당하기 어려운 액수인 경우가 대부분일 것이다. 피해자의 처지에서는 자신의 손해 결과와 인과관계에 있는 원인, 즉 전파자를 특정하여 증명하는 것이 곤란한 경우도 다수 있을 것이다. 한편 피해자는 또 다른 피해자에게 가해자가 될 수도 있다. 더구나 이번 메르스와 같은 신종감염병의 경우에는 자신의 보균 내지 감염 사실을 인식하거나 자신의 행위로 인한 가해의 가능성을 인식하기 어려우므로 과실의 존부를 판단하는 것도 쉬운 일이 아닐 것이다. 가령 국가 간 전쟁이 발발한 경우 그로 인한 개인의 손해에 관하여 전쟁발발의 원인을 제공한 개인에게 책임을 묻는다는 것은 비현실적이다.

이와 같이 감염병으로 인한 가해자와 피해자의 관계를 민법상 불법행위 법리로 규율함은 부적절하다. 물론 고의나 미필적 고의로 감염병 전파 내지 확산을 야기한 경우까지 면책하는 것은 도덕적 해이를 야기하여 바람직하지 않다는 반론이 가능하다. 하지만 그에게 민사책임이 인정된다고 하여도 그로 인한 피해자의 숫자와 피해액은 개인 재산으로 감당하기 어려울 것이다. 이러한 피해의 구제를 개인의 재산에 의한 전보를 전제로 하는 불법행위의 법리에 맡기는 것은 비현실적이다.

이러한 경우 역시 국가의 재정에 의하여 그 재산적 피해를 구제하는 것이 바람직하며,<sup>41)</sup> 국가가 가해자 개인에게 구상함이 바람직하다. 그리고 그러한 가해자에게는 도덕적 해이를 예방할 수 있도록 형사적 제재를 가해야 할 것이

---

41) 여기서 주장하는 국가의 구제는 국가배상법의 적용에 의한 것이 아니다. 국가배상법에 의하려면 공무원의 불법행위가 성립됨, 그 요건의 구비에 대한 증명을 전제로 하는 것인데, 이러한 증명을 요구한다면 위에서 말하는 피해의 구제를 국가에 기대하는 것은 비현실적이기 때문이다.

다.<sup>42)</sup> 하지만 이를 넘어서서 이들이 사회적 낙인이 찍히는 가혹한 현상은 유의해야 할 것이다.<sup>43)</sup>

이러한 시각에서 감염병에 따른 민사적 구제와 형사적 제재에 대한 입법적 논의가 조속하게 이루어져야 할 것이다. 이러한 논의는 역시 감염병예방법의 개정으로 반영되어야 할 것이다. 민사적 구제에 대한 정책적 관점은 구제 대상과 구제 액수일 것이다. 이는 국가 재정의 문제와 관련되기도 하다. 이 점은 국방의 예산과 같은 차원에서 접근해야 할 것이다.<sup>44)</sup>

#### IV. 결어

이 주제에 관한 기존 법률문헌이 거의 없다. 이에 필자가 의료법과 감염병 예방법의 관련 조항을 분석하고 그 문제점을 적시하여 입법론을 전개하는 형태로 이 글을 작성하였다.

우선 감염병 분류 체계의 합리화를 지적하였다. 일부는 발표 직후 ‘개정법률’에서 반영되었지만 여전히 유형의 중복성을 제거하는 등 그 합리화를 위한 작업이 필요하다.

감염병의 신고 내지 보고 체계의 합리화를 지적하였다. 신고 내지 보고의 무자과 상대방 및 그 시기 등의 관점에서 합리화를 위한 입법적 조치가 필요함을 언급하였다.

42) 감염병으로 인한 손실의 전보에 대한 합리적 체계가 수립되지 않으면 가해자에 대한 도덕적 비난이 과도할 수 있다. 이번 메르스 사태의 경우 전파자로 지목된 환자들에게는 심지어 “살인자”, “경제침체의 주범” 등의 비난이 있었다는 사실은 이러한 점을 반증한다. 조준성, 앞의 논문, 4~5면 참조.

43) 감염병 전파자에 대한 사회적 낙인과 차별 그리고 불안 은폐 감염 확산의 악순환에 대하여는, 박한선, 앞의 논문, 7면 참조. 이러한 낙인은 위험소통에서도 부정적 요인으로 지적된다. 김은성, 앞의 논문, 20면 참조.

44) ‘국방’에 못지않은 관심과 예산의 투입이 필요한 곳이 ‘방역’임을 강조하는 취지의 언급 [2015. 6. 20. 발표 후 토론과정에서 있었던 대한의료법학회 상임고문 이윤성 교수(서울대학교 의과대학)의 발언임]에 전적으로 공감한다.

감염병의 대응 조치에 관하여 지적된 바 의료기관의 폐쇄에 관한 방역조치는 발표 직후의 ‘개정법률’ 제47조에서 획기적으로 개선되었다. 감염병예방법에 강제로 즉시 폐쇄시키는 명령의 권한을 보건복지부장관에게 부여하는 규정의 신설에 관한 입법론을 발표문에서 역설하였고 이는 어느 정도 발표 이후의 ‘개정법률’에 반영되었다. 하지만 방역조치의 권한이 여전히 중앙정부와 지방정부에 병렬적으로 중첩적으로 분배되어 있다는 점은 문제이다. 그 권한 귀속의 합리화는 중앙정부로의 일원화에서 찾아야 하며, 그 논거와 함께 그 필요성을 우선 지적하였다.

한편 역설한 점은 장관 등 중앙정부 기관장이 그러한 폐쇄 명령이나 격리 명령을 내리는 경우, 그로 인하여 의료기관이나 환자가 입은 재산상 손실의 전부 또는 일부를 국가가 전보해 줄 의무를 지도록 하는 규정이 필요함이다. 이는 권한 귀속과 연계되는 것인바, 방역조치의 권한 귀속 주체와 그 손실전보를 위한 재원의 관리주체가 일원화되어야 할 필요성을 역설하였다. 방역조치 권한의 실효성은 그 손실 전보의 보장이 담보하는 것이며 이는 국부(國富)의 차원에서 접근해야 한다는 점에서 중앙정부로의 일원화에 관한 입법론을 전개하였다.

나아가서 감염병으로 인한 개인이나 의료기관의 재산상 손실은 민법의 일반불법행위의 법리에 맡기는 것이 비합리적이라는 점을 논술하였다. 이 역시 중앙정부의 재정에 의한 전보와 고의 내지 미필적 고의가 인정되는 개인에 대한 국가의 구상권 행사로 민사 분쟁을 해결함이 피해자의 구제에 합리적인 이유를 들어서 입법론을 제시하였다.

이번 메르스 사태에 대하여는 지속적인 조사 절차에서 개선이 필요한 내용이 더 밝혀지기를 기대한다.<sup>45)</sup> 이는 정치적 책임 공방의 문제가 아니다. 감염병 사태는 앞으로도 나타날 것이므로,<sup>46)</sup> 지속적인 관심과 논의가 필요한 주제

45) 아쉽게도 2015. 9. 21. 국회 보건복지위원회에서 보건복지부와 질병관리본부 등을 상대로 이루어진 국정감사는 시작된 지 1시간도 되지 않아 정회되었다가 6시간 만에 재개되었지만 정치적 입장 차이만 확인한 채 막을 내렸다. 김양중, “중동호흡기증후군(메르스) 보도 톨아보기”, 『생명윤리포럼』, 제4권 제3호, 국가생명윤리정책연구원, 2015, 1면 참조 [http://niibp.kr/news/2015\_03/2.pdf].



가 바로 감염병의 예방과 관리에 관한 법령의 정비이다.<sup>47)</sup> 앞으로도 그러한 논의에 따라 보다 더 합리적이고 구체적인 입법론이 전개되기를 바란다.

전술한 바와 같이 방역조치의 신속성과 정확성이 균형을 이루려면 감염병 관련 신고와 진단의 ‘신속성’과 ‘정확성’ 양자의 균형이 있어야 하는데, 이들 균형의 문제뿐만 아니라 방역조치로 인하여 발생할 재산적 피해를 포함하여 사회적 혼란이 방역 조치 권한을 가진 기관의 현실적 고민이다. 사회적 혼란이라는 문제를 학문적으로 분석하고 이에 입법적으로 어떻게 대응할 것인가의 문제도 매우 중요하다. 하지만 그 분석 및 그에 따른 실효적인 입법론을 필자는 구체적으로 생각하지 못하였다. 이러한 문제는 사회학을 포함한 사회과학과 인문학적 접근이 필요하여 필자로서는 매우 어려운 주제이다. 이러한 연구는 법학 특히 의료법학과 관련 인문사회과학 사이 공동의 관점에서 접근되어야 할 것이며, 그 연구 결과에는 감염병예방법의 입법론에 반영되어야 할 구체적인 내용도 있을 것이라는 점을 언급하면서 이 글을 마친다.

---

46) 신종감염병의 주기적 대유행은 인류가 이제 피할 수 없는 상황이라고 한다. 박한선, 앞의 논문, 11면 참조.

47) 메르스 관련 언론보도도 2015. 6. 많이 쏟아졌지만 이제는 언론에서도 자취를 감춘 지 오래이다. 관련 보도로는 김봉규, “메르스 자가격리 대상자는 유급휴가를 받을 수 있을까요?”, 『한겨레신문』, 2015. 6. 10.자; 박효순, “메르스 차단에 주민번호 활용하러니 개인정보 보호법에 걸려 공개 난감”, 『경향신문』, 2015. 6. 11.자; 유인술, “메르스(MERS)가 재난이 아닌 이유”, 『청년 의사』, 2015. 6. 17.자; 김양중, “메르스환자는 ‘죄인’이 아니다”, 『한겨레신문』, 2015. 6. 30.자 등이 있다.

[ 참 고 문 헌 ]

- 김봉규, “메르스 자가격리 대상자는 유급휴가를 받을 수 있을까요?”, 「한겨레신문」, 2015. 6. 10.
- 김양중, “메르스환자는 ‘죄인’이 아니다”, 「한겨레신문」, 2015. 6. 30.
- \_\_\_\_\_, “중동호흡기증후군(메르스) 보도 톺아보기”, 『생명윤리포럼』, 제4권 제3호, 국가생명윤리정책연구원, 2015. [[http://nibp.kr/news/2015\\_03/2.pdf](http://nibp.kr/news/2015_03/2.pdf)]
- 김은성, “메르스 위험소통의 한계에 대한 사회적 요인 분석 및 개선방안”, 『생명윤리포럼』, 제4권 제3호, 국가생명윤리정책연구원, 2015. [[http://nibp.kr/news/2015\\_03/4.pdf](http://nibp.kr/news/2015_03/4.pdf)]
- \_\_\_\_\_, “메르스관련 정부 위험소통의 한계에 대한 사회적 원인 분석”, 『한국위기관리논집』, 제11권 제10호, 2015.
- 박한선, “메르스와 전염병 인류학”, 『생명윤리포럼』, 제4권 제3호, 국가생명윤리정책연구원, 2015. [[http://nibp.kr/news/2015\\_03/3.pdf](http://nibp.kr/news/2015_03/3.pdf)]
- 박효순, “메르스 차단에 주민번호 활용하려니 개인정보 보호법에 걸려 공개 난감”, 「경향신문」, 2015. 6. 11.
- 유안술, “메르스(MERS)가 재난이 아닌 이유”, 「청년의사」, 2015. 6. 17.
- 조준성, “감염병과 환자의 인권”, 『생명윤리포럼』, 제4권 제3호, 국가생명윤리정책연구원, 2015. [[http://nibp.kr/news/2015\\_03/1.pdf](http://nibp.kr/news/2015_03/1.pdf)]
- 최병두, “메르스 사태의 지리학과 생명권력의 정치”, 『공간과 사회』, 제53권, 2015.

[국문초록]

**중동호흡기증후군 2015년 사태와  
관련된 의료법령의 분석과 입법론**  
- 「의료법」 및 「감염병의 예방 및 관리에 관한 법률」의 쟁점 조항을 중심으로 -

김천수(성균관대학교 법학전문대학원 교수)

이 글은 2015년 메르스 사태를 계기로 2015. 6. 20. 의료법과 감염병예방법의 관련 조항을 분석하고 그 문제점을 적시하여 입법론을 전개한 발표문을 바탕으로 한 것이다. 발표에서 우선 감염병 분류 체계의 합리화를 지적하였다. 이 지적은 발표 직후의 ‘개정법률’에서 반영되었지만 여전히 유형의 중복성을 제거하는 등 그 합리화를 위한 작업이 필요하다. 한편 감염병의 신고 내지 보고 체계에 관하여 신고 내지 보고의 의무자와 상대방 및 그 시기 등의 관점에서 합리화를 위한 입법적 조치가 필요함을 언급하였다. 감염병의 대응 조치로 도입의 필요성이 주장된 의료기관의 폐쇄에 관한 방역조치는 ‘개정법률’ 제 47조에서 반영되었다. 하지만 방역조치의 권한이 여전히 중앙정부와 지방정부에 병렬적으로 중첩적으로 분배되어 있다는 점은 문제이다. 그 권한 귀속의 합리화는 중앙정부로의 일원화에서 찾아야 하며, 그 논거와 함께 그 필요성을 지적하였다. 한편 역설한 점은 장관 등 중앙정부 기관장이 그러한 폐쇄 명령이나 격리 명령을 내리는 경우, 그로 인하여 의료기관이나 환자가 입은 재산상 손실의 전부 또는 일부를 국가가 전보해 줄 의무를 지도록 하는 규정이 필요하다. 이는 권한 귀속과 연계되는 것인바, 방역조치의 권한 귀속 주체와 그 손실전보를 위한 재원의 관리주체가 일원화되어야 할 필요성을 역설하였다. 방역조치 권한의 실효성은 그 손실 전보의 보장이 담보하는 것이며 이는 국부(國富)의 차원에서 접근해야 한다는 점에서 중앙정부로의 일원화에 관한 입법론을 전개하였다. 나아가서 감염병으로 인한 개인이나 의료기관의 재산상 손실은 민법의 일반불법행위의 범리에 맡기는 것이 비합리적이라는 점을 논술하였다. 이 역시 중앙정부의 재정에 의한 전보와 고의 내지 미필적 고의가 인정되는 개인에 대한 국가의 구상권 행사로 민사분쟁을 해결함이 피해자의 구제에 합리적인 이유를 들어서 입법론을 제시하였다. 이번 메르스 사태에 대한 향후 조사에서 개선이 필요한 내용이 더 밝혀질 수 있을 것이다. 그러한 논의에 따라 보다 합리적이고 구체적인 입법론이 전개되어야 할 것이다.

주제어 : 감염병, 의료법, 감염병의 예방 및 관리에 관한 법률, 중동호흡기증후군, 메르스, 병원폐쇄

**Analysis and de lege ferenda of the Acts Related  
with Spread of MERS in Korea in the Year 2015  
- Focused on the Controversial Clauses of Medical Service Act  
and Infectious Disease Control and Prevention Act -**

Kim, Cheonsoo

*Professor in Law School Sungkyunkwan University*

**=ABSTRACT=**

The presentation of this paper was triggered by the spread of MERS in Korea in the year 2015. The analysis of the present acts related with MERS is necessary in order to cope efficiently with any probable spread of such infectious diseases as MERS in future. The acts that should be analyzed in this paper include 'Medical Service Act' and 'Infectious Disease Control And Prevention Act' (hereafter, IDCAPA).

At first the classification of the infectious diseases in IDCAPA should be referred to. The Act does not properly classify them because the scope of concept of each group of the infectious diseases overlaps each other. This overlap should be removed.

The present system in IDCAPA is not proper for the efficient notification and reporting of the infectious disease patients. This is so in some viewpoints including the persons obligated to make the notification and reporting, the persons to whom they should notify and report such patients, and the process of notification and reporting. The efficient approach to the information related with the infectious disease is necessary for the rapid prevention of its spread.

Cohort isolation and quarantine of the infectious patients and exposed contacts are the strongest and most efficient steps for the prevention of spread of the infectious diseases. One of the great problems related with such steps would be the

conflict of powers or attributions, the likelihood of which is inevitable under the present system of IDCAPA. The IDCAPA distributed the power or attribution to take the steps to the three governments including the central government, the metropolitan government and the primary local government. The power should be concentrated in the central government, which could afford financially to compensate for the huge amount of damages caused likely by the steps. The power to take the steps would be actually just a useless thing for its holder without such financial capacity.

The remedy for the victims by the fault of spreader should be approached to in the sense of national wealth. The general principle of tort law could not supply the victims with the sufficient remedy because the damages would be likely too huge for the wealth of such spreader to cope with.

In future another parliamentary inspection could reveal another problems in the administration by the government of the MERS event in the year 2015. Any problem caused by defect in the legal system of the control and prevention of the infectious diseases should be taken into consideration when the legal system would be reformed in future.

Keyword: Infectious Disease, Medical Service Act, Infectious Disease Control And Prevention Act, MERS, Cohort Isolation and Quarantine