

## 감염병 관련 법적 분쟁과 규제에 관한 합리적 해결방안

# Reasonable Solutions for Legal Disputes and Regulations on Epidemics

Kyunghwan Lee<sup>a,\*</sup>, Taehwan Kim<sup>b,2</sup>, Mannoh Kim<sup>c,3</sup>, Sunwoo Han<sup>d,4</sup>

<sup>a</sup> Yoon & Yang LCC, ASEM Tower, 517 Yeongdong-daero, Gangnam-gu, Seoul 06164, Korea

<sup>b</sup> Yoon & Yang LCC, ASEM Tower, 517 Yeongdong-daero, Gangnam-gu, Seoul 06164, Korea

<sup>c</sup> Yoon & Yang LCC, ASEM Tower, 517 Yeongdong-daero, Gangnam-gu, Seoul 06164, Korea

<sup>d</sup> MND Welfare Agency, 24, Hangang-daero 14ga-gil, Yongsan-gu, Seoul, Korea

### ABSTRACT

In the aftermath of a recent outbreak of Middle East respiratory syndrome (MERS), legal matters on the spread of epidemics have emerged as major social issues in Korea, with the awareness that rampant contagious diseases are disasters in society. Problems arose over damages arising from patients who contract infectious diseases, compensation for people under quarantine and for a partial, or entire, shutdown of hospitals, and information disclosure on infectious diseases.

As epidemic-linked problems have never been socially disputed in Korea, the relevant legal issues appear to be studied comparatively less than other areas. As interests are heightened over legal issues on infectious illnesses amid the MERS scare, in-depth, further research on such legal issues should be conducted in an utmost effort to prevent and make preparations for epidemics which potentially become a social disaster, such as new Hong Kong flu, Ebola virus and Zika virus.

### KEYWORDS

contagious diseases  
social disaster  
compensation  
shutdown

최근의 MERS 사태를 통하여 감염병의 창궐은 사회의 재난이라는 인식과 함께 감염병의 확산과 관련한 법적 분쟁이 사회적인 이슈로 떠올랐다. 감염병환자의 발생에 따르는 손해 배상문제, 격리 대상자 및 의료기관의 전부 또는 일부 폐쇄 등으로 인한 보상문제, 감염병과 관련한 정보공개와 관련한 문제가 대두되었다.

감염병과 관련한 부분은 지금까지 사회적으로 크게 문제가 된 적이 많지 않았기 때문에 관련된 법적인 이슈에 대한 연구가 다른 분야에 비해 상대적으로 적게 이루어진 것으로 보인다. MERS 사태로 인하여 해당 분야에 대한 사회적 관심이 고조된 만큼 감염병과 관련한 법적인 이슈에 대한 연구가 활발히 이루어져, 사회적 재난으로 확대될 수 있는 감염병(신종 홍콩독감, 에볼라, 지카 바이러스 등)을 조기에 예방하고 이에 대비할 수 있도록 만전을 기하여야 할 것이다.

감염병  
사회적 재난  
손해배상  
격리조치

© 2016 Korea Society of Disaster Information All rights reserved

\* Corresponding author. Tel. 82-2-6003-7571. Fax. 82-2-6003-7018. Email. khlee555@hwawoo.com

### ARTICLE HISTORY

Received May. 27, 2016  
Revised Jun. 14, 2016  
Accepted Jun. 27, 2016

## 1. 서론

2015. 5. 20. 우리나라에서는 중동호흡기증후군(Middle East Respiratory Syndrome Coronavirus; MERS-CoV, 이하 'MERS'라 한다)감염 환자가 최초 확인 되었다. MERS는 최초 확인 이후 2015. 12. 24. 현재까지 확진자 186명 중 사망자가 38명)에 이를 만큼 치사율이 높은 감염병이며, 사람 간 밀접접촉 특히 병원 내 감염, 가족 간 감염에 의하여 확산되는 비율이 높은 만큼 MERS 관련 사태로 사회가 혼란하고 경제가 흔들리는 등 우리 사회가 커다란 어려움을 겪었다. 실제로 MERS 관련 제9차 WHO IHR 긴급위원회에서는 우리나라의 MERS발병과 관련하여 MERS 확산의 주요 원인에 대하여 ① 의료진과 일반 대중의 MERS에 대한 이해 부족, ② 병원 내 감염 예방 및 통제 조치가 최적화 되지 않았음, ③ 병원의 혼잡한 응급실과 다인병실에서 MERS 환자와의 접촉과 노출기간 증가, ④ 여러 곳의 병원에서 진료를 받는 문화("의료 쇼핑"), ⑤ 많은 방문객과 환자 가족이 병실에서 머무는 문화로 인해 접촉자들의 2차 감염이 활발한 것을 지적하였다.)

현재 감염병예방법관리법은 MERS를 포함하여 56개 이상의 감염병을 규율하고 있는데, 그중 MERS는 '제4군 감염병'으로 규정되어 있다. MERS 등의 감염병이 한 사회에 발생하게 되는 경우 다양한 법적 문제가 발생할 수 있다. 일차적으로 감염병 환자)에게 발생한 손해를 누가 책임질 것인지와 관련하여 해당 의료기관)과 국가 및 지방자치단체에 대한 손해배상청구 등이 문제될 수 있다. 감염병이 MERS와 같이 대규모로 전파될 경우 감염병 환자 및 감염병의사환자)에게는 격리조치, 의료기관에게는 의료기관의 전부 또는 일부폐쇄 등 국가의 적극적인 행정조치가 이루어 질 수 있는 바, 이러한 행정조치로 인하여 해당 감염병환자 및 감염병의사환자와 의료기관에 발생한 피해에 대한 보상의 문제가 발생할 수 있다. 또한 MERS와 같이 병원 내 감염이 특히 문제되는 사례에 있어서 감염병환자가 내원하였던 의료기관 및 감염병 전파가 확인된 의료기관들의 명단을 공개함으로써 발생할 수 있는 해당 의료기관의 이미지 손상 및 환자 수 감소로 인한 배상 문제 및 의료기관의 시설기준에 관한 행정규제 문제도 발생할 수 있다. 이하에서는 감염병으로 발생할 수 있는 다양한 법적 분쟁에 대하여 고찰하고자 한다.

## 2. 감염병(infectious diseases)과 전염병(communicable diseases)

감염병으로 인한 법적 분쟁들에 대하여 검토하기 앞서 감염병예방법관리법 상의 감염병이 무엇인지 알 필요가 있다. 통상적으로 일반인들은 MERS와 같은 감염병을 사람들 사이에 전파된다는 점에 주목하여 전염병이라고 이야기한다. 또한 감염병예방법관리법은 2009. 12. 29. 법제명 변경 및 전면개정을 하기 전까지 「전염병예방법(이하 '구법'이라 한다)」이란 법제명으로

- 1) 메르스(MERS), 메르스 발생현황, 국내발생현황([http://www.mers.go.kr/mers/html/jsp/Menu\\_B/content\\_B1.jsp](http://www.mers.go.kr/mers/html/jsp/Menu_B/content_B1.jsp)) (최종접속일 : 2015. 12. 24.)
- 2) The Committee noted the assessment of the Joint mission regarding main factors contributing to the spread of MERS-CoV in the Republic of Korea were:
  - 1) lack of awareness among health care workers and the general public about MERS;
  - 2) suboptimal infection prevention and control measures in hospitals;
  - 3) close and prolonged contact of infected MERS patients in crowded emergency rooms and multibed rooms in hospitals;
  - 4) the practice of seeking care at multiple hospitals ( "doctor shopping");
  - 5) the custom of many visitors or family members staying with infected patients in the hospital rooms facilitating secondary spread of infections among contacts.("WHO statement on the ninth meeting of the IHR Emergency Committee regarding MERS-CoV", 2015. 7. 17. <http://www.who.int/mediacentre/news/statements/2015/ihr-ec-mers/en/>.(최종접속일 : 2015. 12. 22))
- 3) "감염병환자"란 감염병의 병원체가 인체에 침입하여 증상을 나타내는 사람으로서 제11조 제6항의 진단 기준에 따른 의사 또는 한의사의 진단이나 보건복지부령으로 정하는 기관의 실험실 검사를 통하여 확인된 사람을 말한다(감염병의 예방 및 관리에 관한 법률 제2조 제13호).
- 4) 의료법상 "의료기관"이란 의료인이 공중 또는 특정 다수인을 위하여 의료·조산의 업을 하는 곳을 말한다(의료법 제3조 제1항). 의료법상 의료기관의 종류로는 종합병원·병원·치과병원·한방병원·요양병원·의원·치과의원·한의원 및 조산원이 있다(의료법 제3조 제2항).
- 5) "감염병의사환자"란 감염병병원체가 인체에 침입한 것으로 의심이 되나 감염병환자로 확인되기 전 단계에 있는 사람을 말한다(감염병의 예방 및 관리에 관한 법률 제2조 제14호).

규정되어 있었고, 구법에 전염병으로 제시되어 있던 질병들은 현행 감염병예방관리법도 동일하게 감염병으로 규율하고 있다. 그렇다면 감염병예방관리법상의 감염병과 구법의 전염병은 개념을 동일하게 보아야 하는지 문제가 발생한다.

감염병예방관리법 제2조 제1호는 ““감염병”이란 제1군감염병6), 제2군감염병7), 제3군감염병8), 제4군감염병9), 제5군감염병10), 지정감염병11), 세계보건기구 감시대상 감염병12), 생물테러감염병13), 성매개감염병14), 인수(人獸)공통감염병15) 및 의료관련감염병16)을 말한다”고 규정하고 있다. 그러나 각 감염병군에 해당하는 질병의 명칭만을 열거하고 있을 뿐 감염병이 무엇인지에 대하여 정확하게 정의하고 있지 않다. 그렇다면 감염병은 사전적 혹은 병리학적 관점에서 정의할 수밖에 없다. 세계보건기구(WHO)는 감염병에 대하여 “감염병이란 세균, 바이러스, 기생충이나 곰팡이 등 병원성 미생물에 의해 발생하는 질병이며, 이는 한 사람으로부터 다른 한사람에게 직접 또는 간접적으로 전파될 수 있다. 동물매개 감염질병은 동물의 감염병인바 이러한 질병은 사람에게 전파되었을 때 질병을 야기할 수 있다.”로 정의하고 있다.17) 다만, 세계보건기구(WHO)는 전염병과 감염병의 용어를 혼용하여 사용하고 있고, 전염병에 대한 정의를 별도로 두지 않고 있다. 사전적으로 병원체가 인간이나 동물에 침입하여 그 장기에 자리 잡고 증식하는 것을 총칭하여 감염이라고 하며, 전염병18)은 감염증19) 중에서도 그 전염력이 강하여 소수의 병원체로도 쉽게 감염되고 많은 사람들에게 쉽게 옮아가는 질병을 말한다.20) 즉, 세균, 바이러스 등 병원체가 인체에 침입하여 증식함으로써 발생하는 모든 질병을 감염병이라 할 수 있고, 이러한 감염병 중에는 타인에게 전파될 수

- 6) "제1군감염병"이란 마시는 물 또는 식품을 매개로 발생하고 집단 발생의 우려가 커서 발생 또는 유행 즉시 방역대책을 수립하여야 하는 콜레라, 장티푸스, A형간염 등을 포함한 6가지의 감염병을 말한다(감염병의 예방 및 관리에 관한 법률 제2조 제2호).
- 7) "제2군감염병"이란 예방접종을 통하여 예방 및 관리가 가능하여 국가예방접종사업의 대상이 되는 파상풍, 홍역, 풍진, 일본뇌염, 수두 등을 포함한 11가지의 감염병을 말한다(감염병의 예방 및 관리에 관한 법률 제2조 제3호).
- 8) "제3군감염병"이란 간헐적으로 유행할 가능성이 있어 계속 그 발생을 감시하고 방역대책의 수립이 필요한 말라리아, 결핵, 한센병, 탄저 등을 포함한 19가지의 감염병을 말한다.(감염병의 예방 및 관리에 관한 법률 제2조 제4호).
- 9) "제4군감염병"이란 국내에서 새롭게 발생하였거나 발생할 우려가 있는 감염병 또는 국내 유입이 우려되는 해외 유행 감염병으로서 페스트, MERS, 신종인플루엔자 등을 포함한 19가지의 감염병을 말한다. 다만, 갑작스러운 국내 유입 또는 유행이 예견되어 긴급히 예방·관리가 필요하여 보건복지부장관이 지정하는 감염병을 포함한다(감염병의 예방 및 관리에 관한 법률 제2조 제5호).
- 10) "제5군감염병"이란 기생충에 감염되어 발생하는 감염병으로서 정기적인 조사를 통한 감시가 필요하여 보건복지부령으로 정하는 감염병을 말한다. 다만, 갑작스러운 국내 유입 또는 유행이 예견되어 긴급히 예방·관리가 필요하여 보건복지부장관이 지정하는 감염병을 포함한다(감염병의 예방 및 관리에 관한 법률 제2조 제6호).
- 11) "지정감염병"이란 제1군감염병부터 제5군감염병까지의 감염병 외에 유행 여부를 조사하기 위하여 감시활동이 필요하여 보건복지부장관이 지정하는 감염병을 말한다(감염병의 예방 및 관리에 관한 법률 제2조 제7호).
- 12) "세계보건기구 감시대상 감염병"이란 세계보건기구가 국제공중보건의 비상사태에 대비하기 위하여 감시대상으로 정한 질환으로서 보건복지부장관이 고시하는 감염병을 말한다(감염병의 예방 및 관리에 관한 법률 제2조 제8호).
- 13) "생물테러감염병"이란 고의 또는 테러 등을 목적으로 이용된 병원체에 의하여 발생한 감염병 중 보건복지부장관이 고시하는 감염병을 말한다(감염병의 예방 및 관리에 관한 법률 제2조 제9호).
- 14) "성매개감염병"이란 성 접촉을 통하여 전파되는 감염병 중 보건복지부장관이 고시하는 감염병을 말한다(감염병의 예방 및 관리에 관한 법률 제2조 제10호).
- 15) "인수공통감염병"이란 동물과 사람 간에 서로 전파되는 병원체에 의하여 발생하는 감염병 중 보건복지부장관이 고시하는 감염병을 말한다(감염병의 예방 및 관리에 관한 법률 제2조 제11호).
- 16) "의료관련감염병"이란 환자나 임산부 등이 의료행위를 적용받는 과정에서 발생한 감염병으로서 감시활동이 필요하여 보건복지부장관이 고시하는 감염병을 말한다(감염병의 예방 및 관리에 관한 법률 제2조 제12호).
- 17) 세계보건기구(WHO)는 "Infectious diseases"를 다음과 같이 정의한다. "Infectious diseases are caused by pathogenic microorganisms, such as bacteria, viruses, parasites or fungi; the diseases can be spread, directly or indirectly, from one person to another. Zoonotic diseases are infectious diseases of animals that can cause disease when transmitted to humans([http://www.who.int/topics/infectious\\_diseases/en/](http://www.who.int/topics/infectious_diseases/en/)). (최종접속일 : 2015. 12. 24)
- 18) 전염병이란 "전염성을 가진 병들을 통틀어 이르는 말. 곧 세균, 바이러스, 리케차, 스피로헤타, 진균, 원충 따위의 병원체가 다른 생물체에 옮겨 집단적으로 유행하는 병"이다(국립국어원 표준국어대사전, <http://stdweb2.korean.go.kr/search/View.jsp>). (최종접속일 : 2015. 12. 24)
- 19) 감염증이란 "병원체인 미생물이 생물체에 옮겨 증식하여 일으키는 병을 통틀어 이르는 말"이다(국립국어원 표준국어대사전, <http://stdweb2.korean.go.kr/search/View.jsp>). (최종접속일 : 2015. 12. 24)
- 20) 두산백과 Doopedia - 전염병[communicable diseases, 傳染病]([http://www.doopedia.co.kr/doopedia/master/master.do?\\_method=view&MAS\\_IDX=101013000858171](http://www.doopedia.co.kr/doopedia/master/master.do?_method=view&MAS_IDX=101013000858171)) (최종접속일 : 2015. 12. 24)

있는 전염병이 있다는 것이다. 따라서 감염병과 전염병이란 용어를 엄격하게 구분하여 사용할 필요성이 있고, 이에 우리도 「전염병예방법」을 2009. 12. 29. 전면개정하여 감염병예방법관리법으로 개정한 것이다. 이러한 용어변경의 이유는 ① 사람들 사이에 전파되지 않는 질환이 있음에도 사람들 사이에 전파되는 질환만을 의미하는 전염병이라는 용어를 사용하는 것은 질병 관리에 있어 문제가 있고, ② 중전의 전염병이라는 용어를 전염성 질환과 비전염성 질환을 모두 포함하는 감염병이라는 용어로 변경한 것이라는 법령 개정취지를 살펴보면 더욱 명확하다. 결국 감염병은 전염병을 포함한 상위개념으로 보는 것이 타당할 것이다. 따라서 현행 감염병예방법관리법은 과거와 다르게 법률에서 다양한 질병을 감염병에 포함하여 규정함으로써 국가가 국민의 건강을 증진하고 유지할 의무를 포괄적으로 부여하고 있는 것으로 이해해야 할 것이다.

### 3. ‘감염병환자’와 관련한 법적 분쟁

보건복지부와 질병관리본부는 2015. 5. 20. 바레인으로부터 입국한 내국인 1명이 MERS 환자로 최초 확인되었다고 발표하였다.<sup>21)</sup> 첫 번째 확진 환자는 2015. 5. 4. 입국한 후 2015. 5. 11. 증상이 발현되어 ① 2015. 11. A병원에서 외래진료, ② 2015. 5. 12.부터 2015. 5. 14.일까지 B병원에서 입원치료, ③ 2015. 5. 17. C병원의 응급실에 방문, ④ 2015. 5. 18.부터 2015. 5. 20.까지 C병원에 입원을 하였다.

여기서 중요한 것은 감염병환자인 첫 번째 확진 환자가 A, B, C병원을 경유하는 동안 병원체가 전파되어 감염된 다수의 병원감염 환자들이 해당 병원에 대하여 질병 감염에 따른 손해배상을 청구할 수 있는가이다. 실제로 MERS의 경우 감염병환자가 내원 및 입원하였던 병원에서 다른 질병으로 진료 및 치료를 받던 환자와 이들을 간병하는 가족들이 중동호흡기증후군에 감염이 되었으므로<sup>22)</sup> 이러한 병원감염 환자들의 손해배상청구권 인정여부는 중요한 논점이 될 것이다. 비단 MERS뿐만 아니라 다른 감염병에도 위와 같은 상황이 발생할 수 있다. 더욱이 세계보건기구(WHO)에서도 지적하였듯이 “의료쇼핑”이라고 불릴 만큼 환자들이 다수의 의료기관을 다니는 행위가 많고, 가족들이 간병을 하는 상황, 복잡한 응급실 사정들을 고려한다면 이러한 감염병의 전파는 쉽게 예견할 수 있는 일이다. 더불어 병원감염 환자들이 직접 감염된 해당 병원 이외에 국가에 대하여 감염병 예방 및 관리의무를 다하지 아니한 점을 근거로 손해배상 및 손실보상을 청구할 수 있는지가 문제된다.

#### 3.1 의료기관에 대한 손해배상청구

##### 3.1.1 감염병환자에 대한 최초 확진 이전

감염병환자로 인정받기 위해서는 해당 감염병에 대하여 의사 또는 한의사의 진단이나 감염병병원체 확인기관에서 확진을 받아야 한다. 의사 또는 한의사의 진단 등으로 최초 감염병 환자로 확진되기 이전에도 병원체가 전파될 수 있다. 따라서 최초 확진 이전에 감염병에 감염된 환자들이 특정 의료기관에서 병원체에 감염이 된 것이라고 주장하며 해당 의료기관에 대하여 손해배상을 청구할 수 있는지가 문제된다. 예컨대 MERS의 경우 보건복지부와 질병관리본부는 2015. 5. 20. 최초 MERS 환자가 확진되었다고 발표하였으므로 2015. 5. 20. 이전에 A, B, C 병원에서 MERS에 감염된 환자들의 경우 A, B, C병원에게 감염병의 예방 및 관리를 위한 주의의무 위반을 청구원인으로 한 손해배상을 청구할 수 있는지가 주요 쟁점이 될 수 있다.

「의료법」은 제4조 제1항에서 의료기관에게 병원감염을 예방하기 위하여 노력할 것을 규정하고,<sup>23)</sup> 제36조에서 의료기관 개설에 따른 안전관리시설 기준을 규정하고<sup>24)</sup> 제47조에서 병원감염 예방에 대한 의료기관에게 일반적인 감염병의 예방 및

21) Ministry of Public Health and Welfare (MPHW) /Centers for Disease Control & Prevention (CDC). “First Middle East Respiratory Syndrome (MERS) Patient Confirmed Having Entered in Korea”, May 20, 2015.

22) 실제 중동호흡기증후군의 세 번째 환자는 첫 번째 확진환자가 B병원에 입원하던 중 같은 병실에서 입원한 환자로 확인되었고(MPHW/CDC. “Virus Test Result of Family Members of MERS Patients”, May 20, 2015.). 네 번째 환자의 경우 세 번째 환자의 자녀로서 간병을 하던 중 B병원에서 함께 감염된 것으로 추정되고 있다 (MPHW/CDC. “4th MERS Patient Confirmed”, May 26, 2015.).

23) 의료법 제4조 (의료인과 의료기관의 장의 의무)

① 의료인과 의료기관의 장은 의료의 질을 높이고 병원감염을 예방하며 의료기술을 발전시키는 등 환자에게 최선의 의료서비스를 제공하기 위하여 노력하여야 한다.

24) 의료법 제36조 (준수사항) 제33조제2항 및 제8항에 따라 의료기관을 개설하는 자는 보건복지부령으로 정하는 바에

관리에 대한 주의의무를 부여하고 있다.<sup>25)</sup> 그러나 병원감염 환자들이 위와 같은 일반적인 주의의무를 근거로 의료기관에게 과실 책임을 근거한 손해배상을 청구하는 것은 어렵다고 판단된다. 왜냐하면 특정 감염병에 대한 최초의 확진 이전에는 병원이 임상의학에서 통용되는 의료수준의 범위 내에서 일반적인 감염병에 대한 주의의무를 다하였다면, 환자가 다른 질병으로 인해 병원에서 치료 혹은 진단을 위하여 방문하여 특정 감염병에 감염되었다 하더라도 해당 의료기관에 과실이 있다고 보기 어렵기 때문이다.

물론 해당 의료기관이 관련법규 등에서 규정하고 있는 감염병 예방 및 관리에 대한 일반적인 의무를 다하지 아니하였다면 의료기관의 과실 책임이 문제될 수 있으나, 이 경우에도 의료기관이 의무를 다하지 않은 부분과 병원감염 환자의 감염 사이에 인과관계가 인정되는 경우에 한하여 의료기관의 과실 책임이 인정될 것이다.

### 3.1.2 감염병환자에 대한 최초 확진 이후

특정 감염병이 특정 의사 또는 한의사의 진단 등에 의하여 확진되었거나, 특정 감염병에 대한 유행의 위험성이 발생한 이후에는 확진 환자가 발생한 의료기관은 물론 다른 의료기관도 해당 감염병에 대해서는 확진 이전보다 높은 주의의무가 요구된다고 볼 수 있다. 예컨대 MERS의 경우 2015. 5. 20. 최초 감염병환자가 확진을 받은 이후 해당 환자가 경유한 A, B, C병원 외의 다른 의료기관들도 감염병의 전파가능성을 염두에 두고 해당 의료기관을 관리해야할 주의의무를 부담한다. 따라서 의료기관이 감염병에 대한 병원감염의 위험을 알고 있음에도 이에 대한 주의의무를 소홀히 하여 환자 및 그의 가족이 감염병에 감염되었다면 병원의 과실 책임이 인정될 여지가 높다.

실제로 최근에 발생한 MERS의 경우 MERS확진이 된 이후에도 다수의 병원감염이 발생하였고, 해당 환자들이 감염된 의료기관을 상대로 손해배상을 청구할 수 있다. 다만, 의료기관의 병원감염 환자에게 대한 과실 책임이 인정되기 위해서는 단지 환자들이 병원감염이 되었다는 사실의 존재만으로는 의료기관의 과실을 인정하기에 부족하고, 병원감염 환자들이 의료기관내에서 치료를 받는 과정에서 의료기관이 환자들의 감염병 감염을 예방하기 위하여 당시의 임상의학에서 통용되는 의료수준에서의 예방조치를 게을리 하였다는 점이 인정되어야 할 것이다. 금번 MERS 사태와 동일한 사례는 아니지만, 수술실 내 병원 감염사건에서 부산지방법원은 척추수술을 받은 원고가 수술부위 감염을 통한 후유증이 발생한 사례에서 수술 과정에서 세균감염을 예방하기 위하여 당시의 의학수준에서 요구되는 예방조치를 게을리 하였다는 점이 인정되어야 피고의 과실을 인정할 수 있다고 전제한 후 피고가 예방조치를 게을리 하였다는 증거가 없다는 이유로 원고의 청구를 기각한 사례가 있다.<sup>26)</sup>

따라 다음 각 호의 사항을 지켜야 한다.

1. 의료기관의 종류에 따른 시설기준 및 규격에 관한 사항
2. 의료기관의 안전관리시설 기준에 관한 사항
3. 의료기관 및 요양병원의 운영 기준에 관한 사항
4. 고가의료장비의 설치·운영 기준에 관한 사항
5. 의료기관의 종류에 따른 의료인 등의 정원 기준에 관한 사항
6. 급식관리 기준에 관한 사항

#### 25) 의료법 제47조 (병원감염 예방)

- ① 보건복지부령으로 정하는 일정 규모 이상의 병원급 의료기관의 장은 병원감염 예방을 위하여 감염관리위원회와 감염관리실을 설치·운영하고 보건복지부령으로 정하는 바에 따라 감염관리 업무를 수행하는 전담 인력을 두는 등 필요한 조치를 하여야 한다.
- ② 제1항에 따른 감염관리위원회의 구성과 운영, 감염관리실 운영 등에 필요한 사항은 보건복지부령으로 정한다.

26) 부산지방법원 2007. 8. 22. 선고 2004가합24666판결(이 사건 수술 부위에서 나온 농양에 대한 세균배양검사서 mrsa(mrsa는 페니실린이나 세팔로스포린 등 거의 모든 항생제에 강한 내성을 지닌 악성 세균을 말한다. 저자 주)가 검출되었고, 위 원고에게 위 균의 감염으로 현재의 하지마비 등의 장애가 발생한 사실은 앞서 본 바와 같으나, 한편 수술 부위의 감염은 수술과정에서 무균적 조작을 아무리 철저히 한다고 하더라도 완전한 감염예방은 현실적으로 불가능하다는 점에 비추어 볼 때, 이에 대한 피고의 수술과정상의 세균감염예방조치 해태의 과실을 인정하기 위하여는 원고의 이 사건 수술 부위가 mrsa에 감염되었다는 사실의 존재만으로는 부족하고, 나아가 피고가 이 사건 수술 과정에서 세균감염을 예방하기 위하여 당시의 의학수준에서 요구되는 예방조치를 게을리하였다는 점이 인정되어야 할 것이다. 그러나 원고들 주장과 같이 피고가 이 사건 수술을 시행하면서 수술 부위에 대한 멸균소독, 수술자의 세심한 손 세척, 수술 중 수술 부위가 오염되지 않도록 주의, 수술 도구에 대한 소독 등 수술 과정에서 당연히 요구되는 무균조치를 게을리하였다는 점에 관하여 이를 인정할 만한 증거가 없는 이상, 비록 이 사건 수술 부위에서 배출된 농양에서 mrsa가 배양되었다 하더라도 그와 같은 사정만을 들어 피고가 이 사건 수술을 시행하면서 발생시

의료기관의 과실이 인정된다 할지라도 이러한 과실과 손해라는 결과 사이에 인과관계가 인정되어야 비로소 손해배상을 인정하는 것이 가능하다. 즉, 대법원은 “의료행위상의 주의의무 위반으로 인한 손해배상청구에서 피해자 측에서 일련의 의료 행위 과정에 있어서 저질러진 일반인의 상식에 바탕을 둔 의료상의 과실 있는 행위를 증명하고 그 결과 사이에 일련의 의료 행위 외에 다른 원인이 개재 될 수 없다는 점, 이를테면 환자에게 의료행위 이전에 그러한 결과의 원인이 될 만한 건강상의 결함이 없었다는 것을 증명한 경우에는 의료상 과실과 결과 사이의 인과관계를 추정하여 손해배상책임을 지울 수 있도록 증명책임을 완화할 것이나, 그 경우에도 의사의 과실로 인한 결과발생을 추정할 수 있을 정도의 개연성이 담보되지 않는 사정들을 가지고 막연하게 중한 결과에서 의사의 과실과 인과관계를 추정함으로써 결과적으로 의사에게 무과실의 증명책임을 지우는 것까지 허용되는 것은 아니라고 할 것이다.”<sup>27)</sup>라고 판시하여 피해자 측의 증명책임을 완화하고 있으나 과실과 손해사이에 인과관계가 인정되어야 한다는 것을 명확하게 밝히고 있다.

하지만 수술 실 내에서 감염이 되는 특정한 사례와 달리 MERS와 같은 일반적인 감염병의 경우 특정 의료기관의 조치보다는 후술하는 바와 같이 국가와 지방자치단체의 지시가 우선하기 때문에 국가와 지방자치단체의 지시에 성실하게 협조하고, 감염병 환자의 진단·관리·치료에 최선을 다하였다면 환자가 의료기관에서 치료를 받다가 특정 감염병에 감염되었다 하더라도 의료기관에게 이에 대한 과실 책임을 묻는 것은 현실적으로 어렵다고 판단된다.

### 3.1.3 의료기관에 대한 손해배상청구에 있어서 기왕증의 고려

병원감염을 통한 전염병환자들은 최초 의료기관에 방문한 목적에 따라 환자와 그 외의 사람들(가족, 의료진 등)로 구분될 수 있다. 기왕증이 없었던 후자와 달리 전자의 경우 이미 질병을 가지고 있다는 점에서 손해배상 청구시 기왕증의 기여도를 고려하여 손해배상액이 제한될 수 있다. 즉, 기왕증의 기여도란 피해자가 사고 전에 기왕증(지병)을 가지고 있어 이것이 손해의 발생이나 확대에 기여한 경우, 그 기여한 정도에 따라 손해배상책임을 제한하고자 하는 이론이다.<sup>28)</sup> 다만, 당해 손해발생과 인과관계가 없는 기왕증에 대하여는 기여도를 적용할 여지가 없다.

MERS의 경우 186명의 확진자 중 38명이 사망하였는데 사망자 중 상당수는 이미 각종 만성질환자(암, 심장·폐·신장질환, 당뇨, 면역저하질환 등 기저질환 보유자)가 많았다. 따라서 병원감염 환자 중 이미 각종 만성질환을 가지고 있었던 사람들의 경우 기왕증이 손해의 발생 및 확대에 기여하였으므로 기왕증이 감염병 감염으로 인한 사망이라는 결과발생에 기여한 정도를 고려하여 손해배상액을 산정할 필요성이 있다.

기여도의 판정은 변론에 나타나는 기왕증의 원인과 정도, 상해의 부위 및 정도, 기왕증의 후유증과의 상관관계, 치료경과, 피해자의 연령과 직업 및 건강 상태 등 제반사정을 고려<sup>29)</sup>한 사실심의 전권사항이다. 법원은 이러한 기왕증의 기여도를 고려함에 있어서 환자의 기왕증을 노동능력상실률의 산정단계에서 참작한 사례<sup>30)</sup>와 환자의 재산상 전 손해를 산정한 다음, 기왕

킨 과실을 추정할 수는 없으므로, 원고들의 위 주장 역시 받아들일 수 없다).

27) 대법원 2007. 7. 26. 선고 2005다60345 판결

28) Seon Jung Kim. *Malpractice Litigation Act*, Bakyungsa, p.487. 2008.

29) 대법원 1998. 5. 15. 선고 96다24688 판결(교통사고로 인한 피해자의 후유증이 사고와 피해자의 기왕증이 결합하여 나타난 것이라면 사고가 후유증이라는 결과 발생에 대하여 기여하였다고 인정되는 정도에 따라 상응한 배상액을 부담케 하는 것이 손해의 공평한 부담이라는 견지에서 타당하고, 법원이 기왕증의 후유증 전체에 대한 기여도를 정함에 있어서는 반드시 의학적으로 정확히 판정하여야 하는 것이 아니고, 변론에 나타난 기왕증의 원인과 정도, 기왕증과 후유증과의 상관관계, 피해자의 연령과 직업, 건강상태 등 제반 사정을 고려하여 합리적으로 판단할 수 있다).

30) 대법원 1987. 4. 14. 선고 86다카112 판결(원고는 사고시부터 1984.10.30.까지 이 사건 사고로 인한 부상에 관하여 입원치료를 받았으나 기왕증인 경추 및 요추부퇴행성관절염의 증세와 아울러 경추부의 압통, 요추부의 요통 및 심한 운동제한등의 후유증이 남아 있는바, 이 사건 사고로 인한 후유증 부분을 위 기왕증과 분리하여 노동능력을 측정하기가 불가능하고, 위 기왕증을 포함시켜 노동능력상실 정도를 측정하면, 원고는 정상인에 비하여 일반 행정서사로서의 노동능력을 약 35퍼센트(일반 도시일용 노동자로서의 노동능력상실정도도 이와 같음)를 상실하게 된 사실을 인정하고 원고의 기왕증인 위 경추 및 요추부 퇴행성관절염은 일반적으로 노쇠현상에 수반되는 증상으로서 그 자체로서 평소 통증이나 운동장애등 병증을 나타내기도 하지만 이러한 병증을 느끼지 않는 경우도 있는데, 이 사건 사고로 인하여 입게 된 원고의 후유증은 그 주요부분이 경추 및 요추부의 통증과 운동장애인 점에 비추어 원고의 기왕증인 경추 및 요추부 퇴행성관절염이 이 사건 사고가 계기가 되어 병적으로 진행하게 되었다고 보여지고, 이와 같은 경우에는 의학적 견지에서는 위 기왕증과 이 사건 사고로 인한 후유증을 분리하여 이로 인한 노동능력상실정도를 측정할 수 없다 할지라도 공평의 이념에 비추어 위 기왕증이 이 사건 사고로 인한 발병에 기여한 정도를 가려내어 그 한도에서만 이 사건 사고와 상당인과 관계가 있는 손해로서 피고에게 배상책임을 지워야 할 것이므로, 원고의 위

증의 기여도만큼 일괄하여 비율적으로 감액한 사례<sup>31)</sup>가 있다. 기왕증의 기여도 판정이 법원의 전권사항인 만큼 그 재량을 확보하고, 당사자들의 손해항목별 입증부담의 경감하는 측면에서 과실상계와 같이 재산상의 전 손해를 산정하고 기왕증이 전체 결과 발생에 기여하였다는 정도를 평가한 후 그 비율만큼 감액을 하는 것이 좀 더 타당해 보인다.

요컨대 병원감염으로 인한 감염병환자들의 경우 손해가 확대된 경우 이들이 손해배상을 청구하더라도 기왕증의 기여도를 고려하여 배상액이 제한될 수 있다. 특히, MERS와 같이 사망한 사람들의 대다수가 이미 각종 만성질환자인 경우에는 손해배상액 산정에 있어서 기왕증이 고려될 여지가 크다고 할 것이다.

### 3.2 국가·지방자치단체에 대한 손해배상 및 손실보상

#### 3.2.1 국가배상청구권의 인정여부

국가배상제도란 국가가 자신의 임무수행과 관련하여 위법하게 타인에게 손해를 가한 경우에 국가가 피해자에게 손해를 배상하여 주는 제도를 말한다.<sup>32)</sup> 「헌법」은 제29조<sup>33)</sup>에서 국가배상책임주의의 원칙을 선언하고 있으며, 이에 따라 「국가배상법」이 제정되어 있다. 즉, 「국가배상법」 제2조 제1항 본문은 “국가나 지방자치단체는 공무원 또는 공무를 위탁받은 사인(이하 “공무원”이라 한다)이 직무를 집행하면서 고의 또는 과실로 법령을 위반하여 타인에게 손해를 입히거나, 「자동차손해배상 보장법」에 따라 손해배상의 책임이 있을 때에는 이 법에 따라 그 손해를 배상하여야 한다”고 규정하고 있다.

국가와 지방자치단체의 공무원은 감염병의 예방 및 관리에 대해 「의료법」과 감염병예방관리법에 근거한 예방 및 관리조치 등을 성실히 이행해야 할 의무가 있다. 구체적으로 「의료법」 제59조<sup>34)</sup> 제1항은 보건의료정책을 위하여 필요하거나 국민보건에 중대한 위해가 발생할 우려가 있으면 의료기관이나 의료인에게 필요한 지도와 명령을 할 수 있다고 규정하고 있고, 동조 제2항에서는 의료인이 정당한 사유 없이 진료를 중단하는 경우 등에 있어 해당 의료인에게 업무개시 명령을 할 수 있도록 규정하고 있다. 또한 감염병예방관리법은 제1장에서 국가 및 지방자치단체의 책무와 의료인·국민의 국가 및 지방자치단체에 대한 협조의무를, 제2장에서 국가 및 지방자치단체의 감염병 예방 및 관리에 관한 기본계획 및 시행계획의 수립 의무를, 제3장에서 감염병 환자 등의 파악 및 관리 의무를, 제4장에서 감염병 감시 및 역학조사 의무를, 제6장에서 예방접종 의무를, 제7장에서 감염 전파의 차단 조치 의무 등을 규정하고 있다. 이러한 규정들은 감염병의 위험으로부터 국민을 보호함으로써

기왕증으로 인한 평소의 증상과 이 사건 사고후의 후유증상등 제반사정을 고려하여 이 사건 사고가 위 후유증에 기여한 정도를 대체로 60/100정도로 봄이 상당하다 하여 결국 이 사건 사고로 인한 노동능력상실 정도는 21퍼센트(35%×60/100)라고 판단하고 있다. 기록과 대조하여 검토하여 보면, 원심의 위 사실인정과 판단은 정당한 것으로 수긍이 가고 거기에 채증법칙위배 및 심리미진이나 손해의 분담에 관한 법리를 오해한 위법이 있다고 할 수 없다.

31) 서울동부지방법원 2013. 12. 10. 선고 2012가합8909 판결(당뇨로 신장 및 췌장 이식술을 받아 면역억제제를 복용하던 甲이 정부 및 우측 상견갑부 통증 등으로 乙의료법인이 운영하는 丙병원에서 내원하여 물리치료를 받던 중 물리치료가 임의로 시행한 적외선 치료로 양쪽 발등에 화상을 입고,전원조치 후 丁병원에서 화상 치료를 받다가 상태가 악화되어 좌측 족근관절 부위의 절단수술을 받게 되자,乙법인을 상대로 손해배상을 구한 사안에서,丙병원 물리치료가 의사의 지시 없이 임의로 甲의 발등 부위에 적외선 치료를 하였고 적외선 치료를 하는 과정에서도 甲이 화상을 입지 않도록 치료과정을 예의주시하는 등의 예방조치를 다하여야 할 주의의무를 위반한 과실이 있다고 보아 乙법인에 甲에 대한 손해배상책임이 있다고 판단한 다음,甲의 기왕증 기여도와 치료에 적극적으로 협조하지 않은 과실을 각각 40%와 10%로 인정하여 책임을 50%로 제한한 사례).

32) Jeong Seon Hong, *Principles of Administrative Act (Part. 1)*, Bakyungsa, p.718. 2015.

33) 헌법 제29조

- ① 공무원의 직무상 불법행위로 손해를 받은 국민은 법률이 정하는 바에 의하여 국가 또는 공공단체에 정당한 배상을 청구할 수 있다. 이 경우 공무원 자신의 책임은 면제되지 아니한다.
- ② 군인·군무원·경찰공무원 기타 법률이 정하는 자가 전투·훈련등 직무집행과 관련하여 받은 손해에 대하여는 법률이 정하는 보상외에 국가 또는 공공단체에 공무원의 직무상 불법행위로 인한 배상은 청구할 수 없다.

34) 의료법 제59조 (지도와 명령)

- ① 보건복지부장관 또는 시·도지사는 보건의료정책을 위하여 필요하거나 국민보건에 중대한 위해(危害)가 발생하거나 발생할 우려가 있으면 의료기관이나 의료인에게 필요한 지도와 명령을 할 수 있다.
- ② 보건복지부장관, 시·도지사 또는 시장·군수·구청장은 의료인이 정당한 사유 없이 진료를 중단하거나 의료기관 개설자가 집단으로 휴업하거나 폐업하여 환자 진료에 막대한 지장을 초래하거나 초래할 우려가 있다고 인정할 만한 상당한 이유가 있으면 그 의료인이나 의료기관 개설자에게 업무개시 명령을 할 수 있다.
- ③ 의료인과 의료기관 개설자는 정당한 사유 없이 제2항의 명령을 거부할 수 없다.

국민의 건강을 보호하고 이를 증진하기 위하여 국가에게 직접적으로 의무를 부과하고 있다.<sup>35)</sup> 또한 이러한 국가와 지방자치단체가 부담하는 의무의 내용은 '전적으로 또는 부수적으로 사회구성원 개인의 안전과 이익을 보호하기 위하여 설정된 것'<sup>36)</sup> 이므로, 국가와 지방자치단체가 위 의무를 위반하여 손해가 발생한 경우 이에 대해서 국가배상청구를 할 수 있을 것이다. 다만, 위법행위의 결과에 대한 손해보전수단인 국가배상은 적법행위의 결과로 발생한 손해에 대한 전보수단인 전통적 의미의 손실보상과 구별되어야 한다.<sup>37)</sup>

따라서 특정 감염병에 감염된 환자의 경우 국가나 지방자치단체가 감염병의 예방 및 관리 의무에 대한 주의의무를 다하지 아니한 것을 근거로 국가배상 청구를 할 수 있다. 특히 특정 의료기관에서 감염병환자를 확진한 후 이러한 감염병이 병원감염으로 이어질 경우 해당 의료기관은 국가나 지방자치단체의 행정조치에 따라야 하므로 국가나 지방자치단체에게는 일반적으로 의료기관보다 높은 주의의무가 있다고 볼 수 있다. 국가나 지방자치단체가 이러한 사태가 있었음에도 불구하고 아무런 조치를 취하지 아니하는 경우 즉 부작위의 경우에도 법령에서 작위의무를 규정하고 있으므로 작위에 의한 법령 위반과 동일하게 처리될 것이다. 감염병환자들은 국가배상을 청구 할 때 국가배상법 제3조에 따른 배상기준에 따라 해당 감염병의 치료에 대한 치료비(적극적 손해), 치료를 하는 동안의 일실수입에 대한 손해(소극적 손해), 위자료(정신적 손해) 등을 배상받을 수 있다.<sup>38)</sup>

### 35) 의료법 제1조(목적)

이 법은 모든 국민이 수준 높은 의료 혜택을 받을 수 있도록 국민의료에 필요한 사항을 규정함으로써 국민의 건강을 보호하고 증진하는 데에 목적이 있다.

감염병의 예방 및 관리에 관한 법률 제1조(목적)

이 법은 국민 건강에 위해(危害)가 되는 감염병의 발생과 유행을 방지하고, 그 예방 및 관리를 위하여 필요한 사항을 규정함으로써 국민 건강의 증진 및 유지에 이바지함을 목적으로 한다.

36) 대법원 2011. 9. 8. 2011다34521(공무원이 고의 또는 과실로 그에게 부과된 직무상 의무를 위반하였을 경우라고 하더라도 국가는 그러한 직무상의 의무 위반과 피해자가 입은 손해 사이에 상당인과관계가 인정되는 범위 내에서만 배상책임을 지는 것이고, 이 경우 상당인과관계가 인정되기 위하여는 공무원에게 부과된 직무상 의무의 내용이 단순히 공공 일반의 이익을 위한 것이거나 행정기관 내부의 질서를 규율하기 위한 것이 아니고 전적으로 또는 부수적으로 사회구성원 개인의 안전과 이익을 보호하기 위하여 설정된 것이어야 한다).

37) Jeong Seon Hong, *Principles of Administrative Act (Part. 1)*, Bakyungsa, p.736. 2015.

### 38) 국가배상법 제3조 (배상기준)

- ① 제2조 제1항을 적용할 때 타인을 사망하게 한 경우(타인의 신체에 해를 입혀 그로 인하여 사망하게 한 경우를 포함한다) 피해자의 상속인(이하 "유족"이라 한다)에게 다음 각 호의 기준에 따라 배상한다.
  1. 사망 당시(신체에 해를 입고 그로 인하여 사망한 경우에는 신체에 해를 입은 당시를 말한다)의 월급여액이나 월실수입액(月實收入額) 또는 평균임금에 장래의 취업가능기간을 곱한 금액의 유족배상(遺族賠償)
  2. 대통령령으로 정하는 장례비
- ② 제2조 제1항을 적용할 때 타인의 신체에 해를 입힌 경우에는 피해자에게 다음 각 호의 기준에 따라 배상한다.
  1. 필요한 요양을 하거나 이를 대신할 요양비
  2. 제1호의 요양으로 인하여 월급여액이나 월실수입액 또는 평균임금의 수입에 손실이 있는 경우에는 요양기간 중 그 손실액의 휴업배상(休業賠償)
3. 피해자가 완치 후 신체에 장애(障害)가 있는 경우에는 그 장애로 인한 노동력 상실 정도에 따라 피해를 입은 당시의 월급여액이나 월실수입액 또는 평균임금에 장래의 취업가능기간을 곱한 금액의 장애배상(障害賠償)
- ③ 제2조제1항을 적용할 때 타인의 물건을 멸실·훼손한 경우에는 피해자에게 다음 각 호의 기준에 따라 배상한다.
  1. 피해를 입은 당시의 그 물건의 교환가액 또는 필요한 수리를 하거나 이를 대신할 수리비
  2. 제1호의 수리로 인하여 수입에 손실이 있는 경우에는 수리기간 중 그 손실액의 휴업배상
- ④ 생명·신체에 대한 침해와 물건의 멸실·훼손으로 인한 손해 외의 손해는 불법행위와 상당한 인과관계가 있는 범위에서 배상한다.
- ⑤ 사망하거나 신체의 해를 입은 피해자의 직계존속(直系尊屬)·직계비속(直系卑屬) 및 배우자, 신체의 하나 그 밖의 해를 입은 피해자에게는 대통령령으로 정하는 기준 내에서 피해자의 사회적 지위, 과실(過失)의 정도, 생계 상태, 손해배상액 등을 고려하여 그 정신적 고통에 대한 위자료를 배상하여야 한다.
- ⑥ 제1항 제1호 및 제2항 제3호에 따른 취업가능기간과 장애의 등급 및 노동력 상실률은 대통령령으로 정한다.
- ⑦ 제1항부터 제3항까지의 규정에 따른 월급여액이나 월실수입액 또는 평균임금 등은 피해자의 주소지를 관할하는 세무서장 또는 시장·군수·구청장(자치구의 구청장을 말한다)과 피해자의 근무처의 장의 증명이나 그 밖의 공신력 있는 증명에 의하고, 이를 증명할 수 없을 때에는 대통령령으로 정하는 바에 따른다.

### 3.2.2 보상청구권의 인정여부

공공복지를 위한 적법한 공권력행사로 인하여 사인의 비재산적인 법익에 특별한 희생을 가져오는 경우, 이른바 희생보상청구권이 인정될 수 있다. 앞서 살펴본 국가배상의 경우 위법한 행정작용으로 발생한 행정결과를 시정하기 위한 것이나, 희생보상청구권의 경우 적법한 행정작용으로 발생한 결과를 조정하기 위한 것인 점에서 양자 간에 차이가 있다. 감염병환자가 발생한 후 공무원이 직무를 집행하면서 고의 또는 과실로 「의료법」 및 감염병예방관리법을 위반하여 감염병환자에게 손해를 입힌 경우 국가배상이 문제되나, 공무원이 공공필요를 위하여 적법하게 직무를 수행하였음에도 불구하고 전염병환자의 생명 또는 신체에 손실을 가한 경우 그 손실을 보상하는 것이 희생보상청구권의 문제이다.

감염병예방관리법은 2015. 7. 6. 일부 개정되기 이전까지는 보상에 관한 아무런 규정이 없어 보상 여부와 기준에 대해서 논란이 있었다. 하지만 감염병예방관리법이 2015. 7. 6. 개정되면서 보상에 대한 근거로 제6조<sup>39)</sup>가 신설됨으로 인하여 이에 대한 문제가 입법적으로 해결되었다. 따라서 국가 및 지방자치단체가 특정 감염병에 관한 예방 및 관리에 대한 주의의무를 다하였음에도 불구하고 해당 감염병에 감염된 환자들은 해당 감염병으로 인한 진단 및 치료 등으로 인한 피해에 대하여 국가에게 보상을 청구할 수 있다. 금번 MERS에 감염된 다수의 감염병환자들도 감염병으로 인한 진단 및 치료를 받은 경우 국가 및 지방자치단체에 대하여 그 피해를 보상받을 수 있다. 다만, 「국가배상법」의 손해배상이나 감염병관리시설로 사용된 의료기관에 대한 손실보상과 달리 보상에 대한 근거규정은 마련되어 있으나, 보상 절차 및 범위 등에 대해서는 규정된 바가 없으므로 앞으로 추가적인 법률개정이 필요하다고 판단된다.

### 3.3 소결

감염병환자가 의료기관을 상대로 손해배상을 청구하는 경우 감염병의 최초환자 확진 이전에는 특별한 사정이 없는 한 의료기관의 주의의무 위반의 점을 찾기 어려워 보이나, 확진 이후에는 의료기관의 과실 책임을 물을 수 있는 여지가 있다. 다만, 앞서 이야기 하였듯이 의료기관이 감염병의 전파를 막기 위하여 국가와 지방자치단체의 지시에 따라 성실하게 협조한 경우 손해배상 책임을 묻기는 어렵다고 판단된다.

감염병환자가 국가를 상대로 국가배상책임을 청구하는 경우 감염병의 예방 및 관리에 대한관련 법령에서 국가 및 지방자치단체의 권한 및 의무를 폭넓게 규정하고 있고, 상대적으로 의료기관에 비하여 그 의무의 정도가 높으므로 의료기관을 상대로 책임을 묻는 경우보다는 폭넓게 인정될 여지가 있다. 나아가 감염병환자에 대한 보상 문제가 제기될 수 있으나, 이는 감염병의 예방 및 관리에 관한 법률이 2015. 7. 6. 개정으로 인하여 해당 규정이 신설됨으로써 입법적으로 해결되었다. 다만, 앞서 이야기 하였듯이 보상의 근거규정만이 개정되었을 뿐 구체적인 보상절차, 범위 등에 대한 추가적인 입법이 필요한 것으로 생각된다.

39) 감염병의 예방 및 관리에 관한 법률 제6조 (국민의 권리와 의무)

- ① 국민은 감염병으로 격리 및 치료 등을 받은 경우 이로 인한 피해를 보상받을 수 있다.
- ② 국민은 감염병 발생 상황, 감염병 예방 및 관리 등에 관한 정보와 대응방법을 알 권리가 있고, 국가와 지방자치단체는 신속하게 정보를 공개하여야 한다.
- ③ 국민은 의료기관에서 이 법에 따른 감염병에 대한 진단 및 치료를 받을 권리가 있고, 국가와 지방자치단체는 이에 소요되는 비용을 부담하여야 한다.
- ④ 국민은 치료 및 격리조치 등 국가와 지방자치단체의 감염병 예방 및 관리를 위한 활동에 적극 협조하여야 한다.

#### 4. ‘격리조치’ 등과 관련한 법적 분쟁

감염병 환자에 대해서 감염병예방관리법은 제41조(40) 제1항에서 전파 위험이 높은 감염병환자 등에 대하여 입원치료를 받을 것을 의무화하고 있으며, 동조 제3항에서는 입원치료 대상자가 아니거나, 전파가능성이 있는 사람들에 대해서는 자가 격리조치를 취할 수 있도록 규정하고 있다. 이를 위반한 경우 감염병예방관리법 제80조 제2호에 의하여 300만 원 이하의 벌금에 처할 수 있다. 따라서 국가 및 지방자치단체는 감염병환자 등에 대하여 입원치료를 받게 하거나 격리조치를 취할 수 있다. 이때 해당 행정조치에 따른 감염병환자 등은 생업 중단 등의 손실을 입게 되므로, 이러한 손실에 대하여 국가 또는 지방자치단체에 보상을 청구할 수 있는지가 문제된다.

반대로 보건복지부장관, 시·도지사 또는 시장·군수·구청장은 감염병의 전파를 막기 위해서 감염병예방관리법 제47조(41) 제1호에 따라 해당 장소를 일시적으로 폐쇄 등 조치를 취할 수 있고, 동조 제2호에 따라 병원에 대한 업무정지 조치를 취할 수 있다. 이 경우에도 의료기관의 전부 또는 일부 폐쇄 등 조치에 따라 업무를 일정기간 하지 못한 의료기관은 이에 따른 손해를 어떠한 방법으로 보상받을 수 있는지에 대한 문제가 발생한다.

##### 4.1 ‘감염병환자’ 및 ‘감염병의사환자’의 격리조치 등에 대한 보상

이에 대해서는 앞서 설명한 것과 마찬가지로 감염병예방관리법이 2015. 7. 6. 일부 개정되기 이전까지는 아무런 규정이 없어 보상 여부와 기준에 대해서 논란이 있었으나, 동법이 2015. 7. 6. 개정되면서 제6조 제1항 및 제3항의 신설로 인하여 이에 대한 문제가 입법적으로 해결되었다. 즉, 감염병환자 등은 치료 및 격리조치 등 국가와 지방자치단체의 감염병 예방 및 관리를 위한 활동에 적극 협조함으로써 발생한 침해에 대하여 국가에게 보상을 청구할 수 있다. 실제로 금번 MERS 사태의 경우 총 격리자(자가, 의료기관 포함) 16,752명인 바, 격리자들은 국가나 지방자치단체로부터 의료기관에서의 격리치료 및 자가격리 등의 행정조치로 인하여 생명, 신체 등의 비재산적 법익에 손실이 발생하였으므로 국가 등에 대하여 이로 인한 보상을 청구할 수 있을 것이다.

#### 40) 감염병의 예방 및 관리에 관한 법률 제41조 (감염병환자등의 관리)

- ① 감염병 중 특히 전파 위험이 높은 감염병으로서 보건복지부장관이 고시한 감염병에 걸린 감염병환자등은 감염병관리기관에서 입원치료를 받아야 한다.
- ② 보건복지부장관, 시·도지사 또는 시장·군수·구청장은 감염병관리기관의 병상(病床)이 포화상태에 이르러 감염병환자등을 수용하기 어려운 경우에는 감염병관리기관이 아닌 다른 의료기관에서 입원치료하게 할 수 있다.
- ③ 보건복지부장관, 시·도지사 또는 시장·군수·구청장은 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 사람에게 자가(自家) 또는 감염병 관리시설에서 치료하게 할 수 있다.
  1. 제1항 및 제2항에 따른 입원치료 대상자가 아닌 사람
  2. 감염병환자등과 접촉하여 감염병이 감염되거나 전파될 우려가 있는 사람
- ④ 제1항부터 제3항까지의 규정에 따른 자가치료 및 입원치료의 방법 및 절차 등에 관하여 필요한 사항은 대통령령으로 정한다.

#### 41) 감염병의 예방 및 관리에 관한 법률 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.

1. 감염병환자등이 있는 장소나 감염병병원체에 오염되었다고 인정되는 장소에 대한 다음 각 목의 조치
  - 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. 감염병병원체에 감염되었다고 의심되는 사람을 적당한 장소에 일정한 기간 입원 또는 격리시키는 것
4. 감염병병원체에 오염되었거나 오염되었다고 의심되는 물건을 사용·접수·이동하거나 버리는 행위 또는 해당 물건의 세척을 금지하거나 태우거나 폐기처분하는 것
5. 감염병병원체에 오염된 장소에 대한 소독이나 그 밖에 필요한 조치를 명하는 것
6. 일정한 장소에서 세탁하는 것을 막거나 오물을 일정한 장소에서 처리하도록 명하는 것

#### 4.2 '의료기관의 '전부 또는 일부 폐쇄' 및 '업무 정지' 조치에 대한 보상

행정상 손실보상제도란 국가나 지방자치단체가 공공의 필요에 응하기 위한 적법한 공권력 행사로 인해 사인의 재산권에 특별한 희생을 가한 경우에 재산권 보장과 공적 부담 앞의 평등이라는 견지에서 그 사인에게 조절적인 보상을 해주는 제도를 말한다.<sup>42)</sup> 앞서 살펴보았던 감염병환자 등에 대한 보상의 경우 감염병 치료 및 전파를 방지하기 위하여 국가가 국민의 생명, 신체 등의 비재산적인 법익에 대한 침해를 함으로써 야기될 수 있는 보상의 문제인 반면, 의료기관의 경우 전부 또는 일시 폐쇄 및 업무정지에 따라 재산적 법익에 침해를 야기하는 것이므로 전통적인 손실보상의 문제가 된다. 금번 MERS 사태에서도 다수의 병원이 국가나 지방자치단체에 의하여 일시 폐쇄 및 업무정지 조치를 받았고, 이러한 조치 기간 동안 상당한 재산적 법익에 대한 침해로 인하여 손실을 입은 사실이 있다.

국가 및 지방자치단체가 의료기관을 전부 또는 일부 폐쇄 등을 한 경우 해당 의료기관은 국가 및 지방자치단체를 상대로 손실보상을 청구할 수 있다. 그러나 2015. 7. 6. 개정 이전의 감염병예방관리법에는 제37조<sup>43)</sup>에 따라 감염병위기시 감염병관리기관으로 지정된 병원에 대한 손실 보상 규정만이 제70조<sup>44)</sup>에 규정되어 있었다. 이에 따라 감염병을 예방하고 감염병환자등을 진료 또는 격리하는 시설인 감염병관리기관만이 손실보상을 청구할 수 있었으므로, 감염병환자 발생으로 인하여 국가가 특정 병원에 '전부 일시 폐쇄' 명령을 하거나 '업무 정지' 조치를 한다 하더라도 보상에 대한 근거 규정이 없어, 보상 여부와 기준에 대해서 논란이 있었다.

감염병예방관리법이 2015. 7. 6. 일부 개정됨에 따라 제5조<sup>45)</sup>가 신설이 되어 '감염병의 진단 및 치료 등으로 인하여 발생한 피해'에 대한 보상을 받을 수 있도록 일반적인 보상 규정이 마련되었다. 따라서 동 규정에 따라 국가 또는 지방자치단체로부터 의료기관의 전부 또는 일부 폐쇄 등의 조치를 당하여 재산상의 침해가 발생한 경우에 있어서 해당 의료기관은 국가 또는 지방자치단체에게 손실보상을 청구할 수 있다. 이때 해당 의료기관 운영자와 건물의 소유자는 ① 손실 내용, ② 손실 발생기간, ③ 손실보상 요구 금액, ④ 손실보상 요구 금액 산출 근거 등을 포함한 손실보상청구서에 손실에 관한 증명서를 첨부하여 제출하여 손실보상을 청구해야 한다.<sup>46)</sup>

42) 대법원 2013. 6. 14. 2010다9658 판결

43) 감염병의 예방 및 관리에 관한 법률 제37조 (감염병위기 시 감염병관리기관의 설치 등)

- ① 보건복지부장관, 시·도지사 또는 시장·군수·구청장은 감염병환자가 대량으로 발생하거나 제36조에 따라 지정된 감염병관리기관만으로 감염병환자등을 모두 수용하기 어려운 경우에는 다음 각 호의 조치를 취할 수 있다.
  - 1. 제36조에 따라 지정된 감염병관리기관이 아닌 의료기관을 일정 기간 동안 감염병관리기관으로 지정
  - 2. 격리소·요양소 또는 진료소의 설치·운영
  - ② 제1항 제1호에 따라 지정된 감염병관리기관의 장은 보건복지부령으로 정하는 바에 따라 감염병관리시설을 설치하여야 한다.
  - ③ 보건복지부장관, 시·도지사 또는 시장·군수·구청장은 제2항에 따른 시설의 설치 및 운영에 드는 비용을 감염병관리기관에 지원하여야 한다.
  - ④ 제1항 제1호에 따라 지정된 감염병관리기관의 장은 정당한 사유없이 제2항의 명령을 거부할 수 없다.

44) 감염병의 예방 및 관리에 관한 법률 제70조 (손실보상)

- ① 보건복지부장관, 시·도지사 및 시장·군수·구청장은 제37조에 따라 의료기관이 감염병관리시설로 사용됨에 따라 손해를 입은 해당 의료기관의 경영자와 제49조제1항제13호에 따른 소득이나 그 밖의 조치로 손해를 입은 건물의 소유자에게 그 손해에 상당하는 비용을 보상하여야 한다.
- ② 제1항에 따른 보상의 범위와 보상액의 산정 등에 관하여 필요한 사항은 대통령령으로 정한다.

45) 감염병의 예방 및 관리에 관한 법률 제5조 (의료인 등의 책무와 권리)

- ① 「의료법」에 따른 의료인 및 의료기관의 장 등은 감염병 환자의 진료에 관한 정보를 제공받을 권리가 있고, 감염병 환자의 진단 및 치료 등으로 인하여 발생한 피해에 대하여 보상받을 수 있다.
- ② 「의료법」에 따른 의료인 및 의료기관의 장 등은 감염병 환자의 진단·관리·치료 등에 최선을 다하여야 하며, 보건복지부장관 또는 지방자치단체의 장의 행정명령에 적극 협조하여야 한다.
- ③ 「의료법」에 따른 의료인 및 의료기관의 장 등은 국가와 지방자치단체가 수행하는 감염병의 발생 감시와 예방·관리 및 역학조사 업무에 적극 협조하여야 한다.

46) 감염병의 예방 및 관리에 관한 법률 시행령 제28조 (손실보상의 범위 및 보상액의 산정 등)

- ① 법 제70조제1항에 따라 손실을 보상하는 범위는 다음 각 호의 구분에 따른다.
  - 1. 법 제37조의 경우: 의료기관이 감염병관리시설을 설치·운영하는 데에 든 비용
  - 2. 법 제49조제1항제13호의 경우: 건물의 소유자가 해당 건물에 대한 소득이나 그 밖에 필요한 조치를 하는 데에 든 비용
  - ② 법 제70조제1항에 따라 손실보상을 청구하려는 의료기관의 경영자와 건물의 소유자는 보건복지부령으로 정하는 바에 따라 손실보상청구서에 손실에 관한 증명서류를 첨부하여 보건복지부장관, 시·도지사 또는 시장·군수·구청장에게 제출하여야 한다.
  - ③ 제2항에 따라 청구를 받은 보건복지부장관, 시·도지사 또는 시장·군수·구청장은 사실조사를 하고 전문가의 자문을 받아 보상

손실보상이 인정되는 경우 국가는 '법률에 의한 정당한 보상'을 해야 한다. '법률에 의한 정당한 보상'에 대하여 손실보상이 재산권보장, 부담의 공평, 상실된 가치의 보전이라는 관점에서 인정된다고 보아 보상은 완전보상이어야 하며(47), 판례(48) 및 헌법재판소(49)의 입장도 같다. 따라서 국가 및 지방자치단체는 감염병예방관리법에 따라 손실보상을 지급할 경우 감염병 환자를 치료, 진료, 격리한 실적 및 전파를 방지하기 위하여 폐쇄한 병상 수, 투입한 인원 및 자원 등을 객관적으로 고려한 금액에 대하여 완전보상을 해야 한다.(50)

다만, '감염병 환자의 진단 및 치료 등으로 인하여 발생한 피해'의 범위에 대해서는 여전히 논란이 있을 수 있다. 즉, 병원이 감염병에 대한 우려로 미리 휴업을 하는 '자진 휴업'의 경우 이를 '감염병 환자의 진단 및 치료 등으로 인하여 발생한 피해'로 볼 수 있는지에 대한 문제 등이 제기될 수 있다. 이에 대해서는 '자진 휴업'과 '감염병의 위험'간에 인과관계의 정도를 고려하여 합리적으로 결정할 필요가 있다. 다만 보건복지부는 최근 MERS 사태와 관련하여 손실보상금을 지급하면서 그 지급대상에 "정부 및 지자체의 요청에 따라 환자를 치료·진료하였거나 휴진한 의료기관"과 "정부의 건물 폐쇄 등에 따라 휴업한 곳(약국, 상점)"만을 포함하였다. 즉, 정부의 요청 및 정부의 건물 폐쇄 등 적극적인 조치가 있었고, 이에 응한 의료기관 및 휴업한

액을 산정하여 보상금을 지급한다.

- ④ 제2항에 따라 손실보상을 청구한 자가 제3항에 따라 결정된 보상금에 대하여 불복할 때에는 그 처분을 받은 날부터 30일 이내에 그 처분관청에 이의를 신청할 수 있다.

47) Jeong Seon Hong, *Principles of Administrative Act (Part. 1)*, Bakyungsa, p.793. 2015.

48) 대법원 2001. 9. 25. 선고 2000두2426 판결(토지수용법 제49조, 제50조, 제57조의2, 공공용지의취득및손실보상에 관한특례법 제4조 제2항 제3호, 제4항, 같은법시행령 제2조의10 제4항, 같은법시행규칙 제2조 제2·3호, 제10조, 제23조의7의 각 규정을 종합하면, 수용대상토지 지상에 건물이 건립되어 있는 경우 그 건물에 대한 보상은 취득가액을 초과하지 아니하는 한도 내에서 건물의 구조·이용상태·면적·내구연한·유용성·이전 가능성 및 난이도 등의 여러 요인을 종합적으로 고려하여 원가법으로 산정한 이전비용으로 보상하고, 건물의 일부가 공공사업지구로 편입되어 그 건물의 잔여부분을 종래의 목적대로 사용할 수 없거나 사용이 현저히 곤란한 경우에는 그 잔여부분에 대하여는 위와 같이 평가하여 보상하되, 그 건물의 잔여부분을 보수하여 사용할 수 있는 경우에는 보수비용으로 평가하여 보상하도록 하고 있을 뿐, 보수를 하여도 제거 또는 보전될 수 없는 잔여건물의 가치하락이 있을 경우 이에 대하여 어떻게 보상하여야 할 것인지에 관하여는 명문의 규정을 두고 있지 아니하나, 한 동의 건물은 각 부분이 서로 기능을 달리하면서 유기적으로 관련을 맺고 전체적으로 그 효용을 발휘하는 것이므로, 건물의 일부가 수용되면 토지의 일부가 수용되는 경우와 마찬가지로 또는 그 이상으로 건물의 효용을 일부 잃게 되는 것이 일반적이고, 수용에 따른 손실보상액 산정의 경우 헌법 제23조 제3항에 따른 정당한 보상이란 원칙적으로 피수용재산의 객관적인 재산가치를 완전하게 보상하여야 한다는 완전보상을 뜻하는 것인데, 건물의 일부만이 수용되고 그 건물의 잔여부분을 보수하여 사용할 수 있는 경우 그 건물 전체의 가격에서 편입비율만큼의 비율로 손실보상액을 산정하여 보상하는 한편 보수비용 손실보상액으로 평가하여 보상하는 데 그친다면 보수에 의하여 보전될 수 없는 잔여건물의 가치하락분에 대하여는 보상을 하지 않는 셈이어서 불완전한 보상이 되는 점 등에 비추어 볼 때, 잔여건물에 대하여 보수만으로 보전될 수 없는 가치하락이 있는 경우에는, 동일한 토지소유자의 소유에 속하는 일단의 토지 일부가 공공사업용지로 편입됨으로써 잔여지의 가격이 하락한 경우에는 공공사업용지로 편입되는 토지의 가격으로 환산한 잔여지의 가격에서 가격이 하락된 잔여지의 평가액을 차감한 잔액을 손실액으로 평가하도록 되어 있는 공공용지의취득및손실보상에관한특례법 시행규칙 제26조 제2항을 유추적용하여 잔여건물의 가치하락분에 대한 감가보상을 인정함이 상당하다).

49) 헌법재판소 1998. 3. 26. 자 93헌바12 결정(헌법 제23조 제3항에 규정된 "정당한 보상"이란 원칙적으로 피수용재산의 객관적인 재산가치를 완전하게 보상하는 것이어야 한다는 완전보상을 뜻하고, 토지의 경우에는 그 특성상 인근 유사토지의 거래가격을 기준으로 하여 토지의 가격형성에 미치는 제 요소를 종합적으로 고려한 합리적 조정을 거쳐서 객관적인 가치를 평가할 수밖에 없는데, 제외지에 대한 보상규정인 1984년의 개정하천법 부칙 제2조 제1항은 보상대상토지, 보상의 주체, 보상의무에 관하여 스스로 규정하고 있고, 동조 제4항의 위임에 근거한 "법률 제3782호 하천법개정법률 부칙 제2조의 규정에 의한 하천편입토지의 보상에 관한 규정"(대통령령 제11919호) 제9조, 제10조, 제12조는 보상의 기준과 방법 등에 관하여 규정하고 있는바, 이러한 규정들의 내용을 종합적으로 고려하여 볼 때 1984년의 개정하천법이나 그 시행령에 규정된 보상의 내용이 헌법에서 요구하는 정당한 보상의 원리에 위배된다고 할 수 없다).

50) 금번 중동호흡기증후군 사태의 경우 보건복지부는 법률개정 이전인 2015. 7. 4. 집중관리병원, 메르스 치료병원, 노출자 진료병원 등에 대해서 160억 원의 손실보상금을 지급하였다(MPHW/CDC. "KRW 16 bil. Paid to MERS-related Hospitals", July 4, 2015.). 이후 2015. 9. 22. 상기병원들을 포함한 133개 의료기관에 대하여 1,000억 원의 추가적인 손실보상을 하였고(MPHW/CDC. "Support for Medical Institutions Damaged by MERS prior to Chuseok", September 22, 2015.), 2015. 10. 4. 제1회 손실보상위원회를 개최하여(MPHW/CDC. "Host 1st MERS Damage Compensation Council", October 4, 2015.), 2015. 12. 14. 621억 원의 추가적인 손실보상을 지급 확정하였다(MPHW/CDC. "Provide Compensation Money for MERS Damage", December 14, 2015.).

약국, 상점들은 손실보상금의 지급대상에 포함하였지만 국가 및 지방자치단체의 적극적인 요청 없이 스스로의 판단 하에 자진 휴업을 한 경우에는 손실보상금을 지급하지 아니하였다. 이러한 보건복지부의 입장에 따르면 자진휴업은 보상대상에 포함되지 않을 가능성이 높다고 판단된다.

### 4.3 소결

‘감염병환자’ 및 ‘감염병의사환자’에 대한 격리조치 등으로 인한 보상은 기존에는 아무런 규정이 없어 논란의 여지가 있었으나, 감염병예방관리법이 2015. 7. 6. 개정됨에 따라 입법적으로 해결이 되었다. 의료기관의 경우 감염병예방관리법의 개정으로 보상에 대한 근거 규정은 마련하였으나, 보상의 범위에 대해서는 여전히 논란의 여지가 있다. 결국 구체적으로 어느 정도의 보상이 이루어져야 할지에 관하여는 하위법령의 보완과 아울러 선행 사례가 축적되어야 할 것으로 보이고, 금번 MERS 사태로 인하여 재산권의 침해를 받은 병원들에 대한 손실보상금 지급사례는 그 대표적인 예시가 될 수 있을 것이다.

## 5. ‘의료기관 명단 공개’ 와 관련한 법적 분쟁

감염병환자가 발생하고, 추가적으로 감염된 환자들이 발생하게 되면 다수의 국민들의 불안이 증폭된다. 일례로 MERS 최초 확진 환자가 발생한 2015. 5. 20. 이후 지속적으로 해당 감염병환자가 증가되었고 해당 환자들이 방문한 병원에 대한 명확한 정보가 제공되지 아니함으로써 인터넷에서 허위의 정보가 유통됨으로 인하여 국민들의 불안이 더욱 더 증가되었다. 이에 정부는 정보 비공개에 대한 비판에 직면하였고, 2015. 6. 7. MERS 환자가 발생한 의료기관의 명칭과 체류기간 등을 최초로 발표하였다.<sup>51)</sup>

감염병이 발생하여 환자가 증가되는 경우 국가나 지방자치단체는 감염병 환자발생 등 감염병과 관련한 상세한 정보를 국민들에게 공개할 필요가 있다. 이때 감염병환자를 확진한 병원 및 병원내 감염 등이 추가로 발견된 의료기관의 명단을 공개할 경우 의료기관의 이미지 손상 및 환자의 해당 의료기관 기피로 인하여 손해가 발생할 수 있는 바, 이러한 손해를 어떻게 보상해야 하는지 등에 관한 문제가 발생할 수 있다.

### 5.1 ‘국민의 생명권 및 알 권리’ 와 ‘의료기관의 재산권’ 간 이익형량

감염병과 관련된 의료기관의 명단 공개는 특정 감염병이 유행하는 동안 국민들이 의료기관을 이용하지 하지 않도록 하는 등 국민들이 감염병 예방을 위하여 알아야 하는 정보를 공개한다는 측면에서 ‘국민의 생명권 및 알 권리’와 직결된다. 반면에 감염병과 관련이 되면 의료기관, 특히 지역 중소병원 및 동네의원들은 감염병 유행 기간 동안 업무에 큰 타격을 받을 뿐만 아니라, 의료기관의 이미지 손상으로 인하여 감염병 유행 기간이 지난 이후에도 환자 수 감소로 인하여 업무를 지속하는 것이 위태로워질 수 있다는 측면에서는 ‘의료기관의 재산권’과 연관된다.

따라서 감염병과 관련된 의료기관의 명단 공개는 ‘국민의 생명권 및 알 권리’와 ‘의료기관의 재산권’간에 이익형량을 통해 결정해야 할 문제이다. 양자의 기본권을 이익형량하기 위해서는 각 기본권의 본질을 파악할 필요가 있다. 생명권은 무엇보다 인간의 존재를 보장하는 것이므로 인간의 존엄과 가치<sup>52)</sup>에서 가장 본질적인 부분이며, 인간의 모든 자유와 권리는 생명을 전제로 해서만 성립하고 인정할 수 있는 것이기 때문에 생명권은 모든 기본권의 전제가 되는 권리이다.<sup>53)54)</sup> 또한 알 권리는

51) 보건복지부는 이번 메르스 발생 의료기관 공개의 배경을 메르스 발생 상황이 변하고 있어 국민들의 자발적 협력 속에 추적관리에서 누락된 접촉자를 발굴하여 병원내 감염을 차단하고, 국민들의 불안을 해소하기 위한 조치라고 설명하였다(MPHW/CDC. “Public Announcement of the List of Hospitals with MERS Occurrence”, June 7, 2015.).

52) 헌법 제10조

모든 국민은 인간으로서의 존엄과 가치를 가지며, 행복을 추구할 권리를 가진다. 국가는 개인이 가지는 불가침의 기본적 인권을 확인하고 이를 보장할 의무를 진다.

53) Jong Seop Jeong, *Principles of Constitutional Study*, Bakyungsa, p.469. 2011.

54) 헌법재판소 1996. 11. 28. 선고 95헌바1 결정(생명에 대한 권리는 비록 헌법에 명문의 규정이 없다 하더라도 인간의 생존본능과 존재목적에 바탕을 둔 선험적이고 자연법적인 권리로서 헌법에 규정된 모든 기본권의 전제로서 기능하는 기본권 중의 기본권이라 할 것이다).

일반적으로 접근할 수 있는 정보원으로부터 자유롭게 정보를 수령·수집하거나, 국가기관 등에 대하여 정보의 공개를 청구할 수 있는 권리이다.<sup>55)</sup> 헌법재판소는 표현의 자유를 규정한 헌법 제21조<sup>56)</sup>를 알 권리의 근거규정으로 보고 있다.<sup>57)</sup> 재산권은 헌법 제23조<sup>58)</sup> 제1항에서 보장하고 있는 권리이며, 경제적 가치가 있는 모든 권리를 보호대상으로 삼고 있다.

이러한 생명권 및 알 권리와 재산권이 충돌하게 될 때 헌법의 통일성을 유지하기 위하여 상충하는 기본권 모두가 최대한으로 그 기능과 효력을 나타낼 수 있도록 하는 조화로운 방법이 모색되어야 할 것<sup>59)</sup>이나, MERS와 같은 감염병은 인간의 존엄과 가치를 기반으로 한 국민의 생명권에 직접적으로 영향을 끼친다는 점, 헌법 제21조에 규정된 표현의 자유의 한 내용인 국민의 알 권리를 충실히 보호하는 것이 인간의 존엄과 가치도 아울러 신장시키는 결과가 된다는 점을 고려할 때 ‘국민의 생명권 및 알 권리’가 ‘의료기관의 재산권’보다 상위의 기본권이라 할 수 있을 것이다. 따라서 ‘국민의 생명권 및 알 권리’가 우선적으로 보호되어야 할 것이며, ‘의료기관의 재산권’은 ‘국민의 생명권 및 알 권리’를 침해하지 않는 한에서 인정되어야 할 것이다. 더불어 앞서 이야기 하였듯이 MERS 사태에서 초기에 국가가 해당 감염병 관련 의료기관의 명단을 공개하지 않아 국민들이 이에 대처하지 못하여 더 큰 유행으로 확산되었다는 여러 비판에 직면한 이상 MERS와 관련하여 의료기관의 명단을 공개하는 것은 그 법률에 명시적인 규정이 없다고 할지라도 인정되어야 할 것이다.

## 5.2 감염병예방관리법상의 알 권리와 정보공개 의무

2015. 7. 6. 이루어진 감염병예방관리법은 ‘국민의 알 권리’를 한층 강화하는 방향으로 개정이 이루어졌다. 즉, 개정된 감염병예방관리법은 감염병에 관한 정보를 공개하는 등 감염병 유입 초기에 이를 신속히 관리할 수 있도록 구체적인 방안을 마련하였다.<sup>60)</sup>

개정 전 감염병예방관리법은 국민의 권리와 의무를 규정한 제6조 제2항에서 단순히 “국민은 감염병 발생 상황, 감염병 예방 및 관리 등에 관한 정보와 대응방법을 알 권리가 있다”라고 규정하였지만, 이를 “국민은 감염병 발생 상황, 감염병

55) Jong Seop Jeong, *Principles of Constitutional Study*, Bakyungsa, p.644. 2011.

56) 헌법 제21조

① 모든 국민은 언론·출판의 자유와 집회·결사의 자유를 가진다.

② 언론·출판에 대한 허가나 검열과 집회·결사에 대한 허가는 인정되지 아니한다.

③ 통신·방송의 시설기준과 신문의 기능을 보장하기 위하여 필요한 사항은 법률로 정한다.

④ 언론·출판은 타인의 명예나 권리 또는 공중도덕이나 사회윤리를 침해하여서는 아니 된다. 언론·출판이 타인의 명예나 권리를 침해한 때에는 피해자는 이에 대한 피해의 배상을 청구할 수 있다.

57) 헌법재판소 1991. 5. 13. 자 90헌마133 결정(헌법 제21조는 언론·출판의 자유, 즉 표현의 자유를 규정하고 있는데 이 자유는 전통적으로 사상 또는 의견의 자유로운 표명(발표의 자유)과 그것을 전파할 자유(전달의 자유)를 의미하는 것으로서 사상 또는 의견의 자유로운 표명은 자유로운 의사의 형성을 전제로 한다. 자유로운 의사의 형성은 정보에의 접근이 충분히 보장됨으로써 비로소 가능한 것이며, 그러한 의미에서 정보에의 접근·수집·처리의 자유, 즉 “알 권리”는 표현의 자유와 표리일체의 관계에 있으며 자유권적 성질과 청구권적 성질을 공유하는 것이다. 자유권적 성질은 일반적으로 정보에 접근하고 수집·처리함에 있어서 국가권력의 방해를 받지 아니한다는 것을 말하며, 청구권적 성질을 의사형성이나 여론 형성에 필요한 정보를 적극적으로 수집하고 수집을 방해하는 방해제거를 청구할 수 있다는 것을 의미하는 바 이는 정보수집권 또는 정보공개청구권으로 나타난다. 나아가 현대 사회가 고도의 정보화사회로 이행해감에 따라 “알 권리”는 한편으로 생활권적 성질까지도 획득해 나가고 있다. 이러한 “알 권리”는 표현의 자유에 당연히 포함되는 것으로 보아야 하며 인권에 관한 세계선언 제19조도 “알 권리”를 명시적으로 보장하고 있다).

58) 헌법 제23조

① 모든 국민의 재산권은 보장된다. 그 내용과 한계는 법률로 정한다.

② 재산권의 행사는 공공복리에 적합하도록 하여야 한다.

③ 공공필요에 의한 재산권의 수용·사용 또는 제한 및 그에 대한 보상은 법률로써 하되, 정당한 보상을 지급하여야 한다.

59) 헌법재판소 1991. 9. 16. 자 89헌마165 결정

60) 감염병의 예방 및 관리에 관한 법률(법률 제13392호 일부개정 2015. 07. 06.) 개정 이유(현재 전 세계적으로 신종 인플루엔자, 에볼라바이러스, 중동호흡기증후군(메르스) 등 각종 감염병이 지속적으로 발생하고 있으며, 메르스의 경우 국내로 유입·확산되어 개인의 생명·신체·재산에 대한 중대한 피해뿐만 아니라 국가적으로도 막대한 사회·경제적 손실이 발생하고 있음. 이에 위험성 높은 감염병의 국내 유입·확산을 방지하기 위해 방역 현장의 공무원에게 실질적인 권한을 부여하여 신속·적절하게 대처할 수 있도록 하고, 방역에 필요한 인적·물적 자원의 확보를 용이하게 하며, 감염병에 관한 정보를 공개하는 등 감염병 유입 초기에 이를 신속히 관리할 수 있도록 구체적인 방안들을 마련함으로써 기존 감염병 관리 제도의 운영 상 나타난 각종 미비점들을 개선·보완하려는 것임).

예방 및 관리 등에 관한 정보와 대응방법을 알 권리가 있고, 국가와 지방자치단체는 신속하게 정보를 공개하여야 한다”고 개정하여 국가와 지방자치단체의 정보공개 의무 조항을 추가하였다. 또한 감염병위기 시 정보공개를 내용으로 하는 제34조의2(61)를 신설하여 국가의 정보공개 의무를 추가적으로 규정하였다. 이러한 규정에 따라 국가와 지방자치단체는 감염병이 발생한 경우 적극적으로 감염병 발생 상황, 감염병 환자의 이동경로, 이동수단, 접촉자 현황, 진료의료기관 등을 공개할 의무를 부담한다.

### 5.3 정보공개에 따른 손해배상과 손실보상

개정 전 감염병예방관리법에 따르면 감염병 발생상황 등의 정보에 대한 국민의 알 권리만을 규정하였고, 국가나 지방자치단체의 적극적인 정보공개 의무를 규정하지 아니하였다. 따라서 만약 국가나 지방자치단체가 스스로의 판단 하에 진료의료기관 명단 등을 공개한 경우 해당 의료기관이 국가나 지방자치단체에게 손해배상을 청구할 수 있을지 문제된다. 의료기관의 이미지 손상으로 인하여 환자들이 해당 의료기관을 기피함으로써 경제적인 손해가 발생할 수 있기 때문이다. 그러나 앞서 살펴보았듯이 ‘국민의 생명권 및 알 권리’와 ‘의료기관의 재산권’을 비교형량 할 때 전자가 우선한다고 보아야 할 것이므로 의료기관 명단 공개에 대해 위법성이 있다고 판단하기 어렵다. 또한 2015. 7. 6. 개정 이후 전염병예방관리법에서 국가의 적극적인 정보공개 의무를 규정하고 있으므로 해당 의료기관은 정보공개에 대한 손해에 대하여 국가의 위법성을 주장하는 것이 어려울 것이다. 결국 해당 의료기관은 국가나 지방자치단체에 대하여 손해배상을 청구하기 어렵다.

그렇다면 감염병 관련 의료기관의 정보를 공개한 국가에 대하여 해당 의료기관들이 손실보상을 청구할 수 있을지 추가적으로 살펴볼 필요성이 있다. 국가 또는 지방자치단체의 의료기관 명단공개는 국민의 생명권과 알 권리를 충족시키기 위한 조치였고, 이로 인하여 해당 의료기관의 재산권에 특별한 희생을 가한 것이므로 손실보상이 인정될 것이다. 더욱이 현재는 감염병과 관련하여 병원에 대한 손실보상규정이 신설되었으므로 병원들은 위 규정에 따라 보상받을 수 있다. 실제로 보건복지부는 MERS 확진자가 발생 또는 경유함에 따라 명단을 공개한 의료기관 85개소에 대하여 손실보상금으로 지급하였다.<sup>62)</sup> 결국 전염병예방관리법 개정 전·후를 불문하고 명단공개로 인하여 손실을 입은 의료기관들은 국가와 지방자치단체에 대하여 명단 공개로 인한 손실에 대하여 보상을 청구할 수 있을 것이다.

### 5.4 소결

법 개정의 취지 상 감염병과 관련된 의료기관들의 명단 공개와 관련하여 의료기관이 손해를 입었음을 이유로 국가를 상대로 손해배상 등을 청구하는 것은 현실적으로 어렵다. 또한 법률 개정 전 정보공개로 피해를 입었다고 주장하는 의료기관이 있다고 할지라도, 법률 개정 시 의료기관 명단 공개에 대한 규정이 신설된 만큼 정보공개의 위법성을 인정하기는 어렵다고 판단된다. 다만, 앞서 설명한 것과 같이 감염병과 관련하여 의료기관에 대한 보상 규정이 신설되었으므로 명단이 공개된 의료기관은 이를 통해 손실을 보상받을 수 있을 것이다.

61) 감염병의 예방 및 관리에 관한 법률 제34조의2 (감염병위기 시 정보공개)

① 보건복지부장관은 국민의 건강에 위해가 되는 감염병 확산 시 감염병 환자의 이동경로, 이동수단, 진료의료기관 및 접촉자 현황 등 국민들이 감염병 예방을 위하여 알아야 하는 정보를 신속히 공개하여야 한다. 다만, 공개된 사항 중 사실과 다르거나 의견이 있는 당사자는 보건복지부장관에게 이의신청을 할 수 있다.

② 제1항에 따른 정보공개의 범위, 절차 및 방법 등에 관하여 필요한 사항은 보건복지부령으로 정한다.

62) 보건복지부/질병관리본부, “메르스 손실보상금 지급”, 2015. 12. 14.

## 6. '행정 규제' 와 관련한 법적 분쟁

의료기관을 새로 개설하기 위해서는 의료법의 안전시설기준<sup>63)</sup>을 준수하여 안전관리시설<sup>64)</sup>을 갖춘 후 관할 시·도지사의 허가를 받아야 한다.<sup>65)</sup> 의료기관의 위와 같은 안전관리시설은 환자, 의료관계인, 의료기관 종사자 등의 안전을 위하여 반드시 갖추어야 하는 것이며, 특히 감염병에 있어서 세균의 전파를 막기 위한 환기시설을 유지하는 것이 중요하다. 최근 MERS 사태와 관련하여 일부 감염병환자들은 의료기관의 환기시설이 감염병 확산 방지를 위한 제 기능을 다하지 못하여 MERS가 빠르게 확산되었다는 주장을 하고 있다.

일차적으로 감염병환자들은 의료기관이 환기시설을 제대로 설치하지 아니하여 감염병이 전파되었음을 입증하여 손해배상을 청구할 수 있다. 다만, 안전관리시설인 환기시설의 설치기준 미달, 감염병 감염, 양자 사이의 인과관계 등이 인정되어야 손해배상을 받을 수 있을 것이다. 이차적으로 국가나 지방자치단체는 이미 허가한 기존 의료기관의 환기시설 등 안전관리 시설에 대하여 의료법 제63조<sup>66)</sup>에 따른 시정명령을 통한 규제를 할 수 있다.

여기서 국가나 지방자치단체가 의료기관에 대하여 추가적으로 안전관리시설 미비를 이유로 의료기관의 업무정지처분 등 행정적인 규제를 가할 수 있는지가 문제된다. 그러나 국가나 지방자치단체의 행정행위의 경우 법률 유보의 원칙에 따라 법규에 그 근거가 있어야 가능한 바, 감염병예방관리법이나 「의료법」 등 관련 법률의 규정에는 안전관리 시설 미비를 원인으로 하여 의료기관의 업무 등에 관한 정지처분을 할 근거 법규는 찾아보기 어렵다. 따라서 국가나 지방자치단체가 의료기관에 대하여 안전관리시설 미비를 이유로 침익적 처분인 업무정지처분 등 행정적 규제는 할 수 없다고 판단된다. 다만, 중동호흡기 증후군과 같이 안전시설관리미비로 인하여 감염병이 확산이 되었다고 입증된 경우에는 감염병 확산에 대한 대책으로 의료기관의 전부 또는 일부의 폐쇄조치 등의 처분을 할 수 있을 것이다. 만약 국가나 지방자치단체에서 의료기관에 대하여 너무 과도하거나 법적 근거 없는 행정적 규제를 할 경우, 재량권의 일탈 남용이나 법적 근거 없는 행정처분으로서 행정소송으로 다투어야 한다.

63) 의료법 제36조 (준수사항) 제33조 제2항 및 제8항에 따라 의료기관을 개설하는 자는 보건복지부령으로 정하는 바에 따라 다음 각 호의 사항을 지켜야 한다.

1. 의료기관의 종류에 따른 시설기준 및 규격에 관한 사항
2. 의료기관의 안전관리시설 기준에 관한 사항
3. 의료기관 및 요양병원의 운영 기준에 관한 사항
4. 고가의료장비의 설치·운영 기준에 관한 사항
5. 의료기관의 종류에 따른 의료인 등의 정원 기준에 관한 사항
6. 급식관리 기준에 관한 사항

64) 의료법 시행규칙 제35조 (의료기관의 안전관리시설) 의료기관은 환자, 의료관계인, 그 밖의 의료기관 종사자의 안전을 위하여 다음 각 호의 시설을 갖추어야 한다.

1. 화재나 그 밖의 긴급한 상황에 대처하기 위하여 필요한 시설
2. 방충, 방서(防鼠), 세균오염 방지에 관한 시설
3. 채광·환기에 관한 시설
4. 전기·가스 등의 위해 방지에 관한 시설
5. 방사선 위해 방지에 관한 시설
6. 그 밖에 진료과목별로 안전관리를 위하여 필수적으로 갖추어야 할 시설

65) 의료법 제33조 (개설 등) ④ 제2항에 따라 종합병원·병원·치과병원·한방병원 또는 요양병원을 개설하려면 보건복지부령으로 정하는 바에 따라 시·도지사의 허가를 받아야 한다. 이 경우 시·도지사는 개설하려는 의료기관이 제36조에 따른 시설기준에 맞지 아니하는 경우에는 개설허가를 할 수 없다.

66) 의료법 제63조 (시정 명령 등) 보건복지부장관 또는 시장·군수·구청장은 의료기관이 제16조제2항, 제23조제2항, 제27조의제1항·제2항(외국인환자 유치업자를 말한다)·제3항(외국인환자 유치업자를 포함한다)·제5항, 제34조제2항, 제35조제2항, 제36조, 제37조제1항·제2항, 제38조제1항·제2항, 제41조 부터 제43조까지, 제45조, 제46조, 제47조제1항, 제56조제2항부터 제4항까지, 제57조제1항, 제58조의4제2항, 제62조제2항, 제77조제3항을 위반한 때 또는 종합병원·상급종합병원·전문병원이 각각 제3조의3제1항·제3조의4제1항·제3조의5제2항에 따른 요건에 해당하지 아니하게 된 때에는 일정한 기간을 정하여 그 시설·장비 등의 전부 또는 일부의 사용을 제한 또는 금지하거나 위반한 사항을 시정하도록 명할 수 있다.

## 7. 결론

최근의 MERS 사태를 통하여 감염병과 관련한 법적인 문제가 사회적인 이슈로 떠올랐다. 특히 누적 격리자 수가 16,752명으로 격리 대상자에 대한 손실보상 문제, 의료기관의 전부 또는 일부 폐쇄 등으로 인하여 업무를 할 수 없었던 의료기관에 대한 보상 문제, 감염병과 관련한 정보공개와 관한 문제가 대두되었으나, 2015. 7. 6. 법 개정이 이루어지면서 위와 같은 문제들은 상당 부분 입법적으로 해결되었다.

감염병 환자들은 의료기관의 주의의무 위반 및 안전관리시설의 설치기준 미달과 감염병 감염의 인과관계가 입증된 경우 손해배상을 청구할 수 있으나, 의료기관이 감염병 전파를 막기 위해 국가와 지방자치단체의 지시에 따라 성실하게 협조한 경우 감염병환자는 의료기관을 상대로 손해배상 책임을 묻기 어렵다. 또한, 의료기관과 감염병환자는 격리조치 등으로 발생한 침손해에 대하여 국가로부터 보상을 받을 수 있다. 국가 또는 지방자치단체의 의료기관 명단 공개에 대해서는 위법성을 주장하기 어렵다. 그러나 의료기관의 보상에 대한 규정과 관련하여서는 보상 대상 및 범위와 관련하여 여전히 법적인 분쟁의 여지가 있고, 행정규제를 포함하여 그 외의 부분들도 많은 부분에서 법적인 분쟁이 제기될 수 있다.

감염병과 관련한 부분은 지금까지 사회적으로 크게 문제가 된 적이 많지 않았기 때문에 관련된 법적인 이슈에 대한 연구가 다른 분야에 비해 상대적으로 적게 이루어진 것으로 보인다. MERS 사태로 인하여 해당 분야에 대한 사회적 관심이 고조된 만큼 감염병과 관련한 법적인 이슈에 대한 연구가 활발히 이루어져 장래에 발생할 수 있는 감염병(신종 홍콩독감, 에볼라, 지카 바이러스 등)에 대비하여야 할 것이다.

## References

- Kim, S.J, Malpractice Litigation Act, Bakyungsa, 2008.
- Jeong, J.S, Principles of Constitutional Study, Bakyungsa, 2011.
- Hong, J.S, Principles of Administrative Act (Part. 1), Bakyungsa, 2015.
- Ministry of Public Health and Welfare (MPHW) /Centers for Disease Control & Prevention (CDC). "First Middle East Respiratory Syndrome (MERS) Patient Confirmed Having Entered in Korea", May 20, 2015.
- MPHW/CDC. "Virus Test Result of Family Members of MERS Patients", May 20, 2015.
- MPHW/CDC. "4th MERS Patient Confirmed", May 26, 2015.
- MPHW/CDC. "Public Announcement of the List of Hospitals with MERS Occurrence", June 7, 2015.
- MPHW/CDC. "KRW 16 bil. Paid to MERS-related Hospitals", July 4, 2015.
- MPHW/CDC. "Support for Medical Institutions Damaged by MERS prior to Chuseok", September 22, 2015.
- MPHW/CDC. "Host 1stMERSDamageCompensationCouncil", October 4,2015.
- MPHW/CDC. "Provide Compensation Money for MERS Damage", December 14, 2015.
- <http://stdweb2.korean.go.kr/search/View.jsp>. December 24. 2015
- [http://www.doopedia.co.kr/doopedia/master/master.do?\\_method=view&MAS\\_IDX=101013000858171](http://www.doopedia.co.kr/doopedia/master/master.do?_method=view&MAS_IDX=101013000858171) December 24. 2015
- [http://www.mers.go.kr/mers/html/jsp/Menu\\_B/ content\\_B1.jsp](http://www.mers.go.kr/mers/html/jsp/Menu_B/ content_B1.jsp) December 24. 2015
- <http://www.who.int/mediacentre/news/statements/2015/ihr-ec-mers/en/> December 22. 2015
- [http://www.who.int/topics/infectious\\_diseases/en/](http://www.who.int/topics/infectious_diseases/en/) December 24. 2015