

# COVID-19사태로 본 감염병예방법상 제 이슈들에 대한 검토 (1)

- 방역 및 예방조치와 예방접종피해보상 중심으로 -

신재명\*

## I. 들어가면서

사람으로서 가지는 권리, 즉 인권 중 으뜸은 건강하게 살 권리일 것이다. 우리는 그 권리를 헌법에서 다양한 형태로 표현하고 있다. 가령, 생명권, 건강권, 생존권 등을 들 수 있을 것이다. 역사적으로 이러한 권리를 가장 비참하게 누릴 수 없게 한 요인 중에는 이른바 돌림병, 즉 전염병(감염병)의 창궐이다. 물론 전쟁이나 권력자의 횡포도 해당할 수 있으나, 전쟁의 경우 제1, 2차 세계대전에서 전쟁으로 인한 사망자보다 전쟁에 따른 전염병발생으로 인한 사망자가 훨씬 더 많았다는 사실과 권력자의 횡포는 시공간적으로 제한적이라는 사실을 미루어 볼 때, 감염병의 대유행은 인권적 측면에 있어 훨씬 더 큰 악영향을 끼친다.

인류는 1980년대 세계 각국의 감염병에 대한 통제 능력의 향상과 의학 기술의 비약적인 발전, 각국 국민들의 보건 의식 고양 등에 따라 여러 감염병들이 대폭 감소추이를 보였다. 그런데 1990년대 이후 지구 온난화의 영향으로 신종 감염병이 출현하고 퇴치단계에 있었거나 이미 박멸하였다고 생각했던 감염병마저 다시 출현하는 양상을 보이고 있고, 코로나바이러스감염증-19(COVID-19, 이하 ‘코로나-19’라 한다)의 경우 대유행(pandemic)하기에 이르렀다.

---

\* 법학박사, 질병관리청 연구원.

우리나라는 감염병의 예방 및 차단을 위하여 「감염병의 예방 및 관리에 관한 법률」(이하 ‘감염병예방법’이라 한다)이 존재하였음에도 법령의 미비, 관련 행정기관의 권한과 책임의 혼선 그리고 정부와 지방자치단체 간의 소통의 문제와 같은 국가의 대응의 문제점 등으로 2015년에 발발했던 중동호흡기증후군(MERS, 이하 ‘메르스’라 한다) 사태에서 대가를 이미 치른 바가 있다. 2015년도의 메르스 사태에서 우리나라 방역체계의 문제점을 여과 없이 노출되었는데, 이는 우리나라가 신종 감염병에 대해 적절히 관리할 수 있는 법령체계와 방역체계를 갖추지 못한 것에서 비롯되었고, 특히 메르스와 같은 신종 감염병부분에 관하여 명확한 규정이 부재하여 방역 및 예방 조치에 대한 법적 근거가 없었다는 문제점이 대두되었다.<sup>1)</sup> 이에 대한 반성으로 감염병예방법의 개정과 관련하여 여러 논의들이 있었고, 일정 부분의 개정도 이루어졌다.

그럼에도 불구하고 2020년에 발생한 코로나-19 사태에서 더 큰 혼란을 겪고 있다<sup>2)</sup>. 현재 정책적 측면에서 어느 정도 안정을 찾고 있지만, 법적 측면에서는 여전히 미비한 과제들이 산재되어 있는 실정이다. 물론 코로나-19에 대해 우리나라와 국민들이 잘 대처하고 있으나, 그러한 과제들은 메르스 사태의 교훈에서 충분히 인지하고 대비하였다면, 더욱 효과적인 대응이 되지 아니하였을까하는 아쉬움은 분명히 존재한다.

메르스 사태와 코로나-19사태에서의 혼란을 반면교사 삼아 현재 국회에서는 감염병예방법에 관한 무수한 개정안과 제도들이 논의되고 있다. 관련 법

---

1) 전병율, “메르스 사태의 현황, 대응 및 개선방안”, 대한의학회 E-NEWSLETTER 제64호, 2015.8. 참조; 염호기, “신종 감염병 유행에 대한 근본 원인과 체계적 대책: 국내 메르스사태를 중심으로”, HIRA 정책동향 제9권 제5호, 2015 참조; 정종구·손정구, “코로나19 동선공개에 대한 법적 고찰”, 법학논고 제70집, 2020.7., 105-106면 참조.

2) 코로나-19 초창기 대구시의 집단감염 혼란 속에서 대구시 대응, 특히 생활치료센터, 드라이브스루 등의 새로운 방식의 대응은 타 지자체에 큰 영향을 주었고, 현재에는 보편적인 감염병대응조치로 인식되고 있다(대구시 대응에 대해서 자세한 내용은 이경수·정해용, 대구가 아프다 그러나 울지 않는다, 지식과 감성, 2021 참조).

제의 학습적·동태적인 발전이 ‘방역’과 ‘기본권’이라는 두 요청사이의 실제적 조화를 추구하는 방향성을 잃지 않도록 하기 위하여 이러한 논의들에는 다음과 같은 지향점을 추구하여야 할 것이다.<sup>3)</sup> 감염병예방 및 방역목적에 치중한 나머지 기본권의 본질적인 내용을 간과하지 않아야 한다는 점, 감염병예방과 차단은 국가의 존립이 달린 문제<sup>4)</sup>이므로 정무적인 관점에서 접근하지 않아야 한다는 점, 역사적으로 볼 때 코로나-19와 같은 감염병은 주기적으로 발발할 것이므로 단기적인 해결보다는 장기적인 안목으로 체계적인 법령이 정립되도록 하여야 한다는 점, 감염병예방은 무엇보다 국민들의 동참이 필요하므로 강제적인 처벌 목적이 아닌 국민의 협조를 유도하는 방향의 관점을 가져야 한다는 점, 감염병예방과 차단에 협조한 국민들이 입은 특별한 희생에 대해서는 반드시 충분한 국가보상이 뒤따라야 한다는 점 등이다.

감염병예방법상 코로나-19사태에서 가장 논란이 되고 있는 점은 방역 및 예방조치와 예방접종피해보상, 역학조사 및 정보제공과 관련된 개인정보보호, 손실보상 등이다. 이번 논고에서는 그 중 방역 및 예방조치와 예방접종피해보상에 관한 이슈들을 중심으로 검토해보고자 한다.

## II. 방역조치(제47조), 예방조치(제49조)

### 1. 규정의 불명확성

해당 양 조문은 위험성이 높은 특정 감염병과 상황을 대상으로 한 것이 아니라 단순히 ‘감염병’으로만 규정하여 전염성과 위험도가 낮은 감염병이 발생하였을 때에도 방역 및 예방조치가 가능하다.<sup>5)</sup> 즉, 특정되지 않은 감염

3) 이석민, “코로나19 공중보건위기와 헌법상 집회의 자유”, 법학논고 제73집, 2021.4., 143면 참조.

4) 감염병을 신안보 유형으로 보는 입장에 대해서는 차두현, “코로나 19를 통해 본 신안보와 국제질서”, 이슈브리프 아산정책연구원, 2020.3.25., 13면 참조.

병의 전파 방지와 예방 목적으로 행정청이 그 필요성을 자의적으로 해석할 여지를 가능하게 하여 국민들의 기본권을 과도하게 침해할 수 있는 권한을 부여하고 있는 것이다.<sup>6)</sup> 모든 감염병 전파 및 예방이라는 포괄적인 범위를 가지고 폐쇄, 출입금지, 이동제한, 업무정지, 집합금지 등 다양한 기본권제한이 가능하도록 규정되어 있다.<sup>7)</sup> 이러한 문제는 감염병예방법 전반에서 드러나며<sup>8)</sup>, 현재 심리 중인 헌법소원에서 많이 거론되는 문제이기도 하다. 물론 어떠한 감염병이 상당한 위해성을 가지고 창궐될 지 예단하기는 대단히 어렵기 때문에 포괄적 범위에서 규정될 필요성은 다소 인정이 된다.

그러나 현 규정은 그 필요성의 범위를 넘어서는 감염병예방과 전파방지를 위해 기본권제한조치가 가능한 것으로 해석될 수 있으며, 적용대상이 되는 감염병의 종류, 감염병의 규모나 위험성에 따른 조치 등이 전혀 명시되어 있지 않아 국민이 본 조치에 적용되는 감염병은 무엇인지, 감염병이 전파될 경우 어떠한 조치의 적용을 받게 될 것인지에 대해 전혀 예측할 수 없고, 해석자에 따라 그 범위 등에 관한 해석이 달라지므로 국민이 법적 안정성을 확보

---

5) 권양섭 / 차상욱, “코로나바이러스감염증-19 예방 및 방역 과정에서의 위치정보활용의 문제점과 개선방안”, 「법이론실무연구」 제8권 제4호, 한국법이론실무학회, 2020, 23면 참조.

6) 물론 상당한 민주주의의 발전과 고도의 행정력, 수준 높은 시민의식을 가진 우리나라에서 낮은 치명률과 위해성 그리고 전파력 등을 가진 감염병확산을 이유로 비민주적인 기본권제한적 조치가 합부로 이루어지기는 힘들 것이라 보인다. 그러나 국가폭력은 작은 틈새를 놓치지 않고 물방울에 숨 쫓듯 서서히 알게 모르게 스며든다. 우리는 이러한 국가의 성질을 늘 경계하여야 하며, 이 경계가 일관으로서 해당 규정이 목적의 포괄성을 띠지 않도록 개정하여야 할 필요가 있는 것이다.

7) 다만, 제34조의2(감염병위기 시 정보공개)에서는 「재난 및 안전관리 기본법」 제38조 제2항에 따른 주의 이상의 위기경보발령 시에 일정 부분의 정보공개가 가능하고, 제41조 제1항에서는 입원조치의 대상을 “감염병 중 특히 전파 위험이 높은 감염병으로서 제1급 감염병 및 질병관리청장이 고시한 감염병 …”이라 규정하여 대상을 한정하고 있으며, 제42조에서는 조사나 진찰, 격리나 위치정보 및 감염여부검사 등의 조치에 일정 부분 제한을 두고 있다. 그러나 방역조치와 예방조치에는 목적상 어떠한 제한의 설정이 없어 중대하지 아니한 감염병 예방의 목적으로 유용될 가능성을 배제할 수 없다.

8) 예를 들어, 제76조의2에서도 별다른 한정 없이 감염병예방 및 감염 전파의 차단으로 규정하고 있다. 이에 따라 개인의 민감정보에 해당하는 정보의 제공이 감염병예방 및 감염 전파의 차단 목적이라면 광범위한 범위 내에서 허용되는 것으로 해석될 수 있는 문제가 존재한다.

할 수 없도록 초래한다. 즉, 국가의 자의적인 해석을 조장하여 증대하지 않은 사유로 국민의 기본권향유를 과도하게 제약할 소지가 다분하여, 명확성의 원칙과 죄형법적주의에 반할 우려가 있다 할 것이다.

법문이 불명확하면 국가기관들의 자의적으로 형벌권을 행사할 위험이 높아지고, 개인의 자유와 권리의 보장은 요원하게 된다.<sup>9)</sup> 이에 따라 국가기관들은 광범위하고 확인되지 않은 재량권을 행사하게 될 것이고, 공정성 시비도 필연적으로 발생된다.<sup>10)</sup> 물론 법문언의 해석을 통하여, 즉 법관의 보충적인 가치판단을 통해 그 의미내용을 확인할 수 있고, 그러한 보충적 해석이 해석자의 개인적인 취향에 따라 좌우될 가능성이 없다면 명확성의 원칙에 반하지 않는다고 볼 수도 있다.<sup>11)</sup> 하지만 감염병예방법에서 제시되고 있는 포괄적인 목적이 해석자의 개인적인 취향에 따라 좌우될 가능성이 없다고 볼 수는 없다. 어느 감염병이 어느 정도 감염률을 보이고 있고, 어느 정도의 전파력이 있으며, 어느 정도 치명률이 있어야 감염병예방 및 차단이라는 목적으로 감염병예방법에서 제시된 기본권제한조치가 가능한지는 개인적인 성향에 따라 충분히 달라질 수 있다. 성향에 따라 충분히 달라질 수 있다면, 그것은 관할 관청이 아무런 기준 없이 자의적으로 법적용을 할 수 있을 정도로 관할 관청에게 지나치게 광범위한 재량권을 부여하고 있다고 보아야 하고, 이는 헌법상 명확성의 원칙에 위배되는 것이다.<sup>12)</sup> 특히, 목적의 불명확성은 예외적인 재난상황 하에서 국민의 건강이라는 공공복리를 위한 예외적인 조치를 행정명령으로 손쉽게 행할 수 있게 할 것이고, 이것이 선례가 되어 장래에도 국가가 유사한 상황에서 예외상태를 상례화할 위험성을 내포하게 한다.<sup>13)</sup>

9) 이상돈, 「형법강론」, 박영사, 2020, 21면 참조.

10) 이정민, “코로나19 대책과 형사법적 대응”, 「법학논총」 제44권 제3호, 단국대학교 법학연구소, 2020.9., 59면.

11) 1998.4.30. 95헌가16.

12) 대판 2007.12.27. 선고 2005두9651.

13) 이석민, 앞의 논문, 144면, 160-161면 참조.

따라서 감염병이라는 특성상 예측하기 힘든 요소가 상당하여 불가피하게 추상적인 성격의 규정을 마련할 수밖에 없는 사정이 존재하더라도, 어떠한 종류와 상황에서 감염병예방이나 전파를 막기 위해 기본권제한조치가 가능한지 대략적으로라도 파악할 수 있을 정도로 개정되어야 할 것이다.

## 2. 집합금지(제한)명령으로 인한 직업의 자유 침해(제49조 제1항 제2호)

감염병예방법상 침익적 요소 중 가장 논쟁거리가 되었던 것 중 하나는 집합금지(제한)명령이다. 2021년 4월에 시행되었던 수도권 사회적 거리두기 방역조치기준을 보면, 거리두기 2단계 이상일 경우 유흥시설은 대개 집합금지 조치를 적용받는다.<sup>14)</sup> 그렇다면 우리나라에서 유흥시설이 집합금지명령을 받아 영업을 하지 못한 기간이 거의 1년 이상을 넘어서고 있다는 것이 된다. 또한 이외의 영업시설도 방역지침에 따라 영업시간 제한 또는 금지를 적용 받고 있다. 이는 사실상 개인에게 상당한 직업의 자유를 제한하는 것이며, 피조치자인 개인에게 생존권의 심각한 위협이 되고 있다.<sup>15)</sup> 이에 대해 과도하게 직업의 자유가 침해되고 있는 것은 아닌지 여부를 검토하기 위해서는 아래의 단계이론을 먼저 살펴보아야 한다.

### (1) 단계이론(Stufentheorie)의 내용

직업의 자유<sup>16)</sup>는 헌법 제37조 제2항에 따라 국가안전보장, 질서유지 또는

---

14) 본 조치는 지자체의 재량적 판단에 따라 완화적용될 수 있다. 다만, 행정처분이 아닌 형벌이 적용될 수 있다는 점, 법의 취지상 달리 적용할 필요성이 없다는 점 등을 보았을 때 문제점이 있다.

15) YTN, “더 이상은 못 버티”...‘점등 시위’ 나선 유흥시설들, 2021.1.19.; 동아닷컴, “집합금지 풀어야”...유흥주점 업주들 ‘청와대행 도보 시위’, 2021.6.10.; 이태일리, “임대료 못 내 힘들다... 50대 자영업자 극단적 선택”, 2021.9.15.

16) “헌법 제15조가 규정하는 직업선택의 자유라 함은 자신이 원하는 직업을 자유로이 선택하고 이에 종사하는 등 직업에 관한 종합적이고 포괄적인 자유를 말하고, 직업결정의 자유,

공공복리를 위하여 제한할 수 있다. 그러나 그 제한의 방법은 법률로써만 가능하고, 제한하더라도 본질적인 내용은 침해할 수 없으며, 필요 최소한도에 그쳐야 한다. 이러한 과잉금지의 원칙을 직업의 자유에 구체화한 것이 단계이론이다.<sup>17)</sup>

### 1) 단계이론의 정의

단계이론이란 직업의 자유의 제한을 제한의 정도에 따라 낮은 단계부터 (1단계) 직업행사의 자유의 제한, (2단계) 주관적 사유에 의한 직업결정의 자유의 제한, (3단계) 객관적 사유에 의한 직업결정의 자유의 제한으로 구분한다. (1단계) 직업행사 자유의 제한이란 직업의 선택을 금지하거나 직업의 접근 자체를 봉쇄하는 것이 아니라, 일단 선택한 직업을 구체적으로 행사하는 방법에 대하여 제한하는 경우를 말한다. 직업행사의 자유를 제한하는 법률은 ‘합리적이고 이성적인 공익’에 의하여 정당화되어야 한다.<sup>18)</sup> 이러한 직업수

---

직업중사(직업수행)의 자유, 전직의 자유 등을 포함하는 바...”(울산지방법원 2012.2.8., 선고, 2011구합2181 판결).

17) 단계이론은 독일의 약국판결(BVerfGE 7, 377)에서 비롯된 것이다. 해당 판결에서는 약물과 다사용, 불량의약품공급을 방지하고 약국분포의 적정을 기하기 위하여 거리제한을 약국개설허가의 요건으로 하는 것이 직업선택의 자유침해여부가 문제시되었다. 그런데 약국의 분포적정을 위하여 거리제한을 두고 있는 취지는 거리제한을 두지 않을 경우 약국의 수가 증가하고, 약국 간의 경쟁 격화로 일부 약국 등의 경영불안정이 발생하게 되면 불량의약품을 공급하거나 의약품남용을 조장할 우려가 있어 국민건강이 침해될 수 있다는 것이다. 그러나 독일연방헌법재판소는 “약국점포의 증가에 의해 주민의 건강이 위협하게 되는 사정은 존재하지 않는다. 즉, 일반적으로 점포신설이 자유롭게 되더라도 약국의 수가 무한히 증대한다고는 생각되지 않는다. ... 그리고 약국이 규제되지 않고 증가한 경우 법적 의무를 충족할 수 없을 정도로 경영력이 저하된다든가 주민의 건강을 해치는 의약품공급을 야기한다든지 하는 것들은 증명할 수 없다.”고 하여 위헌결정을 하였다.

즉, 독일 연방헌법재판소는 약국판결을 통하여 직업의 자유에 대한 제한형태를, 제한강도에 따라 직업행사의 자유에 대한 제한(직업 수행에 관한 규정), 주관적 사유 및 객관적 사유에 의한 직업선택의 자유의 제한(직업허가규정)으로 구분하여, 제한의 강도가 높아짐에 따라 입법자의 형성의 자유는 축소되고 직업의 자유에 대한 제한은 보다 엄격한 요건 하에 정당화된다는 ‘3단계 이론’을 구성하였다(한수웅·홍계정, “직업의 자유와 3단계이론”, 『중앙법학』 제12권 제3호, 중앙법학회, 2010, 15-16면 참조).

18) 한수웅, 『헌법학』 제2권, 법문사, 2012, 663면; “기본적인 직업행사의 자유를 제한하는 법률

행에 대한 입법적 제한의 예로 특정한 영업의 신고 의무, 상점의 영업시간의 정형화, 의사, 약국, 공증인 그리고 변호사의 경쟁제한 등을 들 수 있다.<sup>19)</sup>

(2단계) 주관적 사유에 의한 직업결정의 자유에 대한 제한이란 특정 직업이 그 성질상 일정한 전문성이나 기술성 등을 요구하는 경우, 그 직업의 정상적인 수행을 보장하기 위하여 직업선택의 여부를 직업지원자가 스스로 충족시킬 수 있는 일정한 조건, 즉 개인적 특성(연령, 신장, 시력 등), 능력, 일정한 과정의 이수, 시험합격, 학력이나 경력 등의 요건에 결부시키는 경우를 말한다. 주관적 허가요건의 특징은 직업을 선택하려는 자가 본인의 노력에 의하여 그 요건을 충족시킬 수 있고, 이로써 그 제한으로부터 탈피할 수 있다는 것이다.<sup>20)</sup> 주관적 허가요건의 예로 제1종 운전면허적성기준으로서 일정 시력이상을 규정하는 경우<sup>21)</sup>, 군법무관으로 임명된 후 일정 기간이상 복무해야만 변호사자격을 취득할 수 있도록 규정하는 경우<sup>22)</sup>를 들 수 있다.

(3단계) 객관적 사유에 의한 직업결정의 자유의 제한이란 기본권주체와는 무관한 어떠한 객관적 사유 때문에 직업결정의 자유를 제한하는 것이다. 즉, 일정한 직업을 희망하는 기본권주체의 개인적인 자유를 제한하는 것이다. 즉, 일정한 직업을 희망하는 기본권주체의 개인적인 능력 내지 자격과는 하등의 관계가 없고, 기본권주체가 그 조건충족에 아무런 영향도 미칠 수 없는 어떤 객관적인 사유(국가안전보장·질서유지·공공복리 등)<sup>23)</sup>때문에 직업결정의 자유를 제한하는 것이다.<sup>24)</sup>

---

이 헌법에 저촉되지 아니하기 위하여는 그 기본권의 침해가 합리적이고 이성적인 공익상의 이유로 정당화될 수 있어야 한다.”(헌재 2002.9.19. 2000헌바84).

19) 표명환, “직업의 자유의 제한원리와 그 문제점: 독일의 기본법을 중심으로”, 「공법학연구」 제3권 제2호, 한국비교공법학회, 2002, 206면.

20) 한수웅, 앞의 책, 664면.

21) 헌재 2003.6.26. 2002헌마677.

22) 헌재 1995.6.29. 90헌바43.

23) 홍성방, 「헌법학(중)」 제2판, 박영사, 2015, 137면.

24) Hesse, Konrad, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 15. Aufl., Heidelberg 1985, Rndr. 422; 김유향 / 정희철, 「기본강의」 헌법전정2판, (주)월비스, 2015, 667면.



## 2) 단계이론의 심사

제한의 정도가 크면 클수록 입법형성의 자유가 축소되어 위헌성판단에 있어 엄격한 심사가 요구된다. 그러므로 직업행사의 자유의 제한에 있어 합목적성의 관점, 즉 공익의 우월적인 이익에 의하여 정당화되고, 그 제한이 필요한 범위를 이탈하지 않는다면 형성된 입법적 규정에 의하여 제한될 수 있다.<sup>25)</sup> 주관적 사유에 의한 직업결정의 자유의 제한에 있어서는 과잉금지의 원칙이 보다 엄격하게 적용되어 개인의 자유보다 우월한 공익이 있어야 한다. 특히, 객관적 사유에 직업결정의 자유의 제한의 경우에는 중대한 공익에 대한 명백하고 현존하는 위험(clear and present danger)을 방지하기 위한 것이거나 압도적으로 중요한 공익에 대한 입증가능하거나 고도의 개연성이 있는 중대한 위험만이 직업선택의 자유에 대한 침해를 정당화할 수 있다.<sup>26)</sup>

단계이론은 과잉금지원칙 중, 특히 침해의 최소성원칙을 구체화한 것으로 직업의 자유를 제한하는 경우 가장 적은 침해를 가져오는 단계에서 제한하여야 하며, 입법자가 달성하려는 목적을 경미한 단계의 제한으로 달성할 수 없는 경우에 비로소 다음 단계의 제한을 할 수 있다는 것이다. 즉, 1단계로 직업행사의 자유를 제한하고, 이에 의하여 목적을 달성할 수 없는 경우 2단계로 주관적 사유에 의한 직업결정의 자유를 제한하며, 그에 의해서도 그 목적을 달성할 수 없는 경우 3단계로 객관적 사유에 의한 직업결정의 자유를 제한하여야 한다는 이론이다.<sup>27)</sup>

## (2) 우리 헌법재판소의 수용

우리 헌법재판소는 직업의 자유의 침해여부를 심사함에 있어 단계이론을

25) BVerfGE 7, 377(404 f).

26) 김백유, 직업의 자유의 제한 및 제한의 한계”, 「한성대학교 논문집」 제24권 제1호, 한성대학교, 2000, 151면 참조; 김유향·정희철, 앞의 책, 667면 참조.

27) 김유향 / 정희철, 앞의 책, 668면.

적극적으로 수용하고 있다. 수용의 모습을 좀 더 구체적으로 살펴보면 아래와 같다.

① 직업수행의 자유의 제한에 있어서 “직업수행의 자유는 직업결정의 자유에 비하여 상대적으로 그 침해의 정도가 작다고 할 것이어서, 이에 대하여는 공공복리 등 공익상의 이유로 비교적 넓은 법률상의 규제가 가능하다. 그러나 직업수행의 자유를 제한할 때에도 헌법 제37조 제2항에 의거한 비례의 원칙에 위배되어서는 안된다.”<sup>28)</sup>고 하였다. 그리고 “입법목적은 달성하기 위하여 동일하게 적절한 수단들 중에서 기본권을 되도록 적게 제한하는 수단을 선택하여야 한다.”<sup>29)</sup>고 판시한 바 있다.

② 주관적 사유에 의한 직업결정의 자유의 제한과 관련하여서는 “일정한 주관적 요건을 갖춘 자에게만 그 직업에 종사할 수 있도록 제한하는 경우에는, 이러한 주관적 요건을 갖추도록 요구하는 것이, 누구에게나 제한 없이 그 직업을 종사하도록 방임함으로써 발생할 우려가 있는 공공의 손실과 위험을 방지하기 위한 적절한 수단이고, 그 직업을 희망하는 모든 사람에게 동일하게 적용되어야 하며, 주관적 요건 자체가 그 제한목적과 합리적인 관계가 있어야 한다는 비례의 원칙이 적용되어야 할 것이다.”<sup>30)</sup>고 판시한 바가 있다.

③ 객관적 사유에 의한 직업결정의 자유의 제한에 있어서는 “당사자의 능력이나 자격과도 상관없는 객관적 사유에 의한 제한은 직업의 자유에 대한 제한 중에서도 가장 심각한 제약이 아닐 수 없다. 따라서 이러한 제한은 월등하게 중요한 공익을 위하여 명백하고 확실한 위험을 방지하기 위한 경우에만 정당화될 수 있다고 보아야 한다. 헌법재판소가 이 사건을 심사함에 있어서는 헌법 제37조 제2항이 요구하는 바 과잉금지의 원칙, 즉 엄격한 비례

---

28) 2004.10.28. 2002헌바41.

29) 2005.2.3. 2003헌마930.

30) 1995.6.29. 90헌바43.

의 원칙이 그 심사척도가 된다는 것도 바로 이러한 이유 때문이다.”<sup>31)</sup>고 판시하였다.

### (3) 검토

#### 1) 객관적 사유에 의한 직업선택의 제한

코로나-19가 유행한 이래 사회적 거리두기가 시행되었고, 그러한 행정명령을 근거로 유흥시설들은 근 1년간 영업을 하지 못하고 있다. 이러한 조치는 법률유보원칙과 평등원칙위반의 검토를 별론으로 하고, 직업의 자유를 과도하게 침해하고 있다고 평가될 수 있다.

유흥시설의 집합금지조치는 직업행사의 자유를 제한한다는 점에서 직업선택의 자유보다 완화된 심사기준이 적용되어야 할지 모르나, 전면적으로 영업을 금지한다는 점에서 사실상 직업선택의 자유를 박탈하는 것과 동일한 법적 상태를 형성하고 있으므로 일반적인 직업행사의 자유보다 강화된 심사기준이 적용되어야 할 것이다. 특히, 기본권 제한의 정도와 기한의 정함이 없는 장기간 지속적인 영업금지조치를 감내해왔다는 점에서 단계이론에서 말하는 ‘객관적 사유에 의한 직업선택의 제한’과 같은 상황에 놓여있다고 볼 수 있다.

객관적 사유에 의한 직업선택의 제한의 경우 중대한 공익에 대한 명백하고 현존하는 위험(clear and present danger)에 봉착하게 되는 경우 그 정당성이 인정된다. 코로나-19 감염병의 유행은 일견 그러한 위험이 존재하는 것으로 보이므로, 영업금지조치의 정당성은 인정된다. 그러나 이 경우에도 필요불가피한 최소한의 제한만이 허용된다. 따라서 전면적인 영업금지조치에 앞서 영업시간의 제한, 단위면적당 입장 인원의 제한, 테이블의 거리 상향, 예약제를 통한 시간당 입장인원의 제한 등 일정한 기준 내에서 영업을 허용

---

31) 2002.4.25. 2001헌마614.

하는 집합제한조치를 하였다면, 전면적으로 영업을 중단하는 집합금지조치의 경우와 동일하게 감염병확산을 방지하여 국민의 건강권을 보호한다는 공익적 목적을 달성하면서도, 집합금지조치에 비하여 유흥시설의 영업적 손실을 최소화함으로써 직업의 자유라는 기본권과 조화를 도모할 수 있었을 것이라는 점에서 현재의 유흥시설에 대한 집합금지조치는 침해의 최소성을 충족시키지 못하고 있는 것으로 평가될 수 있다.<sup>32)</sup>

한편, 이러한 기한의 정함이 없는 제한이 불가피할 경우에는 직업의 전환이 필요하며 국가가 이에 도움을 주어야 한다.<sup>33)</sup> 우리나라는 이에 대한 노력이 전혀 없으며, 직업활동의 제한에 대하여 손실보상대책을 내놓고 있지만, 매우 비현실적인 실정이다.<sup>34)35)</sup> 특히, 집합금지명령에 대한 구체적인 손실보상규정(제70조)은 마련하고 있지 않아 문제시 된다.<sup>36)</sup>

32) 2020년 8월 14일 서울행정법원은 8.15 광화문 집회 관련 서울시의 집회금지통보처분 중 일부에 대하여 효력정지결정을 내리면서, 감염병예방법에 따라 집회의 자유를 제한하는 경우에도 감염병 확산 우려가 합리적 근거에 의하여 객관적으로 분명하게 예상될 때 필요한 최소한의 범위 내에서 이루어져야 한다고 보고, 집회의 장소·방법·인원수·방역수칙 등을 지시하여 제한적으로 집회를 허용하는 것이 아니라 집회 개최 자체를 원칙적으로 금지하는 처분은 집회의 자유의 과도한 제한이 될 수 있다고 하였다. 본 결정으로 광화문 일대의 집회는 이루어질 수 있었으나, 합법적 집회와 불법적 집회가 혼재하여 진행됨에 따라 코로나-19 감염병이 광범위하게 전파되는 결과를 초래하였다. 이에 따라 본 결정에 대한 상당한 비판이 있었으나, 이는 집회의 자유를 실행하는 과정에서 관리상 문제가 발생한 것이지, 해당 결정의 범위에 문제가 있는 것은 아니다. 집회관리과정상 발생된 문제는 집회 운영자와 관할 관리기관 간의 소통과 집행상 엄격한 통제 등의 수단으로 충분히 집회의 자유를 보장하는 가운데 충분히 해결해 나갈 수 있다고 본다.

33) 김은일, “직업의 자유를 제한하는 감염병에 대한 헌법적 해석”, 『한국의료법학회지』 제27권 제2호, 한국의료법학회, 2019, 115면 참조.

34) YTN, “소급적용 없는 손실보상법 빈 꺾대기, 5차 재난지원금은 인감생심”, 2021.7.7.; SBS NEWS, “[취재파일] 코로나19 피해 보상 어려운 손실보상법, 그리고 국가의 책임”, 2021.6.29.; 경향신문, “소상공인 손실보상법 국회통과 ‘보상액 소급적용’조항은 빠져”, 2021.7.1.

35) 시행일을 2021년 10월 8일로 두고 통과된 소상공인법은 제12조의2에 감염병예방법에 따른 조치로 인하여 발생한 손실보상을 할 수 있는 근거규정을 마련하였다. 그러나 최대 쟁점이었던 법 시행 전 손실까지 보상해주는 이른바 ‘소급적용’조항은 포함시키지 않고, 부칙에 “충분히 지원한다.”는 조문내용으로 같음하였다. 이러한 소상공인법의 손실보상규정으로 지난 근 2년간 감염병예방법상 각종 조치를 감내해온 소상공인에게 보상근거규정으로서의 역할을 제대로 할 것인지 의문이 제기된다.

우리 헌법 제23조는 국민의 재산권 보장을 국가의 책임이자 의무로 규정하고 있다. 그리고 “공공 필요에 의한 재산권의 수용·사용 또는 제한 및 그에 대한 보상은 법률로써 하되, 정당한 보상을 지급하여야 한다.”고 규정하고 있다. 국가가 공공의 필요에 의하여 국민의 재산권을 침해할 수는 있지만, 이에 대한 정당한 보상이 뒤따라야 한다는 것이다. 현재와 같이 비현실적인 피해보상을 담은 손실보상으로는 국가로서 책임을 누가 다하였다고 할 수 있다는 것인가? 차라리 그 재원으로 예방접종 이상반응에 대한 보상을 폭넓게 인정하는데 사용하지는 볼멘소리도 나오고 있다.

## 2) 집합금지(제한)명령의 위반에 따른 벌칙의 정형성 및 실효성

상기 유흥시설 및 기타 영업시설이 집합금지조치를 위반할 시 제80조 제7호에 따라 300만원 이하의 벌금에 처하도록 규정하고 있다. 이러한 집합금지명령위반에 따른 벌칙에는 다음 네 가지의 문제점이 제기된다.

첫째, 실효성에 대한 의문점이다. 이에 따라 관할 지자체에서는 위반 유흥시설 및 기타 영업시설에 대해 고발하여 규정된 죄책을 묻고 있으나, 그로써 예방효과가 과연 존재하는지 의문이다. 피조치시설은 이미 많은 곳에 영업금지조치로 폐업을 하고 있고, 남은 피조치시설들도 해당 조치를 준수하다가가는 종국적으로 파산에 이를 것이라고 하며, 차라리 벌금형을 받고 계속 영업을 하는 것이 더 낫다고 한다. 게다가 이러한 죄책은 법령의 미비로 관리자와 운영자에게만 묻고 있고, 이용자에게는 그 죄책을 묻지 않고 있어 수요를 끊지 못하고 있는 실정이다(다만, 2021년 7월부터는 방역지침을 변경하여 이용

---

36) 현 감염병예방법 제49조 제1항 제2호 이른바 집합금지명령에 따른 손실보상은 제70조에서 규정하고 있지 않다. 종래 헌법재판소의 입장으로 볼 때, 현재 진행 중인 헌법소원에서 헌법불합치결정이 되지 않을까하는 예측을 조심스럽게 해본다(집합금지명령과 손실보상에 대한 자세한 내용은 박세훈, “소상공인영업제한에 대한 행정상 손실보상 연구”, 「토지공법연구」 제94집, 한국토지공법학회, 2021.5.; 강승우, “COVID-19시국에서 행해진 집합금지명령과 헌법상 보상의무”, 「법제연구」 제59호, 한국법제연구원, 2020.

자도 동일한 벌금형으로 처벌하고 있다). 결국 이러한 벌칙은 영업금지조치를 준수한 영업시설만 공공의 이익을 위해 피해를 받는 결과를 초래하고, 감염병예방 및 차단이라는 목적도 달성하지 못하는 악순환을 반복하고 있는 것이다.

둘째, 법치국가적 정형성을 침해하고 있다는 점이다. 해당 규정의 구체적인 구성요건은 국가기관의 장 또는 지방자치단체의 장 등이 구체적인 집합금지명령을 내려서 발동이 된다. 그리고 그 범위는 중앙방역대책본부 및 지방자치단체장 등의 정책적인 판단에 의해 결정된다. 즉, 행정명령에 의해 형벌구성요건이 절대적으로 정해지게 되며, 이에 따라 가벌성이 달라진다.<sup>37)</sup> 이는 사실상 법치국가적 정형성을 침해하는 것으로서 명확성 원칙 위반 내지 백지위임이라는 비판을 받을 수 있다.

셋째, 해당 사안을 벌금형으로 벌칙을 정하는 것이 과연 정당한가라는 점이다. 집합금지명령위반에 따른 벌칙은 제80조 제7호에 3백만원 이하의 벌금으로 정하고 있다. 동 명령은 기본적으로 행정적 통제이므로 형사벌보다는 행정적 조치로써 해결하는 것이 합리적이고 타당하다. 행정적 통제 수단으로는 행정대집행, 이행강제금, 직접강제, 강제징수 등 다양한 강제수단을 가지고 있고, 대인적·대물적·대가택적 즉시강제 등 행정상 즉시강제도 가능하다. 형법의 최후수단성, 단편성, 보충성 원칙 등을 고려해보면 행정목적에 위한 벌금형 규정에 대해서는 신중한 검토가 필요하다.<sup>38)</sup> 특히, 집합금지명령을 위반한 영업시설의 경우에는 단순한 벌금형보다는 과태료와 영업정지(폐쇄)처분이 실효성 및 이행력을 확보하는데 더 유리한 측면이 있다.

따라서 집합금지명령은 최소의 침해성관점에서 재고되어야 하고, 만약 명

---

37) 이는 상기 유흥시설의 집합금지명령위반에 따른 처벌을 운영자·관리자만 처벌해오다가 2021년 7월부터 지침을 변경하여 이용자도 처벌하는 것으로 변경한 사례에서도 드러난다. 즉, 행정명령이 행위의 가벌성을 지배하고 있는 것이다.

38) 감염병예방법에 따른 형사처벌에 대해서는 이원상, “감염병예방법에 따른 형사처벌에 대한 고찰”, 「형사법연구」 제33권 제1호, 한국형사법학회, 2021.

령이 적용되더라도 현실적인 손실보상이 전제되어야 하며, 벌칙 측면에 있어서도 정형성과 이행력 관점에서 다시 한번 살펴보아야 할 것이다.

### 3. 과태료 산정

감염병예방방법 제49조 제1항 제2호의2와 관련된 과태료산정에 있어 문제점은 크게 두 가지가 있다. 첫째, 관리자·운영자에 대한 과태료가 이용자에 비해 상대적으로 과도하다는 점, 둘째, 동일한 일시 및 장소에서 수 개의 행위로 수 개의 방역지침을 위반을 하였을 경우 어떻게 산정하여야 하는 것이다.

#### (1) 관리자·운영자에 대한 과태료

「감염병예방방법」 제83조 제2항에서는 제49조 제1항 제2호의2를 위반한 관리자 및 운영자에게는 300만원 이하의 과태료를, 동 시행령 [별표 3]에서는 1차 위반 시 150만원, 2차 위반 시 300만원의 과태료를 부과하도록 규정되어 있다. 반면에 이용자의 경우 제83조 제4항에 따라 10만원 이하의 과태료에 처하며, 동 시행령 [별표 3]에 따라 위반차수에 관계없이 10만원을 부과하도록 규정되어 있다.

시설의 관리자 및 운영자의 경우 장소 및 시설의 용도에 따른 사용에 있어 이용자가 안전하게 사용할 수 있도록 관리하여야 할 주의의무가 있다. 이용자는 해당 장소와 시설의 이용에 있어 다른 이용자의 안전한 이용을 해하지 않아야 하며, 그 이용에 따른 관리자 및 운영자의 정당한 지시에 따른 의무가 있다. 두 의무를 비교하였을 때 건전한 상식을 가진 일반인의 관점에서 전자의 의무가 다소 더 크다고 볼 수 있다. 그러므로 관리자 및 운영자가 이용자에 비해 더 큰 과태료처분을 받는 것은 일견 타당한 면이 있다고 볼 수 있다. 다만, 문제는 양자의 과태료 처벌의 간극이 너무 큰 것이다. 게다가 관리자 및 운영자는 위반한 이용자로 인하여 과태료와 병행하여 운영중단이

나 폐쇄명령이라는 생계유지측면에서 가장 치명적인 행정처분도 부담하여야 한다. 따라서 관리자 및 운영자에 대한 과태료수준을 다소 완화하여야 할 필요성이 있다.

물론 태만하게 본 규정을 위반한 관리자 및 운영자를 강한 행정적 처벌을 한다고 하여 부당하게 보아서는 아니 된다. 그러나 관리자 및 운영자는 자신의 영업적 피해를 우려하여 이용자에게 방역수칙의 준수를 강하게 고지하지 못하는 측면이 있고, 영업활동을 하면서 이용자의 준수여부를 일일이 확인하는 것은 비현실적이다. 이러한 사실을 반영하여 어느 정도 준법의지가 있었던 관리자와 운영자에 대해서는 되도록 행정지도에 그치도록 하는 것이 바람직하며, 과태료 부과를 하더라도 충분한 감경적용이 있어야 할 것이다.

## (2) 수 개의 질서위반행위의 처리

「감염병예방법」의 과태료의 구체적인 처분은 제83조 제5항에 따라 시행령에 위임하고 있고 [별표 3]에 따라 구체적인 처분기준이 제시되어 있다. 그러나 그 기준이 불명확한 경우도 있어 그에 대한 기준은 일반법인 「질서위반행위규제법」에 따라 규율된다.

그런데 만약, 특정한 하나의 음식점에서 관할 행정청이 허용한 인원 수 이상의 식사를 하는 동시에, 출입명단을 기재하지 않고, 음식이 나오기 전에 마스크를 벗은 경우, 하나의 과태료처분을 하여야 할 것인지 아니면 각각 위반행위마다 과태료 처분을 하여 세 개의 과태료처분이 있어야 할 것인지 문제제시된다.

이에 대하여 「질서위반행위규제법」 제13조에서는 형법과 같이 수 개의 질서위반행위의 처리에 관한 규정을 별도로 두어 상상적 경합의 경우에는 형법과 같이 중한 과태료를 부과하도록 하고, 실제적 경합의 경우에는 형법과 달리 일률적으로 모든 행위에 대하여 과태료를 부과하도록 규정하고 있다.<sup>39)</sup> 이에 따라 위 사례에 적용해보면, 허용인원이상 모인 사실, 출입명부



미기재, 마스크 미착용이라는 세 개의 행위로 나눌 수 있으므로, 세 개의 과태료 처분이 내려지는 것이 옳다. 다만, 이 때 각 위반행위별로 과태료를 부과하는 것이 가혹한 경우에는 산정기준의 기계적 적용에 의한 구체적 타당성 결여를 막기 위해 과태료 액수의 산정하는 과정에서 질서위반행위의 동기나 목적 등을 감염병예방법 시행령 [별표 3]이나 질서위반행위규제법 제14조에 따라 고려할 수 있을 것이다.<sup>40)</sup>

그런데 이 때 하나의 행위는 행위의사의 단일성과 행위의 동일성이 인정되는 것을 의미하고, 이는 자연적 행위 개념이 아닌 규범적 행위 개념으로 판단하여야 한다. 위반자가 동종의 질서위반행위를 일정기간 주기적으로 반복한 경우 반복된 행위의 시간적·장소적 근접성, 의무위반자의 동일성 등을 종합하여 규범적으로 질서위반행위의 개수를 판단하여야 하며, 행위의 단일성과 동일성이 인정된다면 포괄하여 하나의 행위가 있었던 것으로 평가할 수 있다.<sup>41)</sup> 이러한 관점에서는 위 예의 행위를 하나의 행위로도 검토해볼 수 있을 것이다. 결국에는 이는 실무적으로 과태료처분권자인 해당 관할 지자체의 판단에 따라 결정될 것인데, 문제는 행위 수의 판단의 어려움으로 인하여, 유사한 사례를 두고 지자체들의 판단이 달라질 수도 있다는 점이다. 그러므로 지자체의 판단을 존중하되, 위 사례처럼 판단하기 어려운 경우에 있어서는 관련 중앙행정기관에서 명시적인 기준을 제시하는 것이 불필요한 혼선을 방지할 수 있을 것이며, 그 기준은 되도록 행정력의 남용이 되지 않는 방향으로 정하는 것이 바람직하다.

39) 법무부, 「질서위반행위규제법 해설집」, 2018.12., 45면.

40) 법무부, 앞의 책, 45-48면 참조.

41) 법무부, 앞의 책, 340면.

## 4. 입원 또는 격리조치

### (1) 제47조 제3호, 제49조 제1항 제14호의 벌칙상 공백

감염병예방법 제47조 제3호에서는 질병관리청장, 시·도지사 또는 시장·군수·구청장은 감염병이 유행하면 감염병 전파를 막기 위하여 감염병의심자를 적당한 장소에 일정한 기간 입원 또는 격리시키는 조치를 하도록 규정되어 있다. 제49조 제1항 제14호에서도 질병관리청장, 시·도지사 또는 시장·군수·구청장은 감염병을 예방하기 위하여 감염병의심자를 적당한 장소에 일정한 기간 입원 또는 격리시키는 조치를 하도록 규정되어 있다. 즉, 이 두 규정은 헌법상 신체의 자유, 거주·이전의 자유, 주거의 자유 등을 직접적으로 제한하고 있는 것이다.

감염병의심자의 정의는 제2조 제15호의2에서 감염병환자, 감염병의사환자 및 병원체보유자와 접촉하거나 접촉이 의심되는 자와 검역법에 따른 검역관리지역 또는 중점검역관리지역에 체류하거나 그 지역을 경유한 사람으로서 감염이 우려되는 자, 감염병병원체 등 위험요인에 노출되어 감염이 우려되는 자로 제시되어 있다.

이러한 정의로 제시되는 감염병의심자가 격리 도중 감염병환자로 판명될 경우, 그 자에게 통보 후 제41조 제1항에 따라 감염병관리기관등에서 입원치료를 받도록 이송조치를 하게 된다. 그런데 만약 양성판정 및 통보 후 감염병관리기관등으로 이송조치 전 사이에 격리조치를 위반하였을 경우, 이에 대한 벌칙조항이 부재하다. 제79조의3 제5호를 살펴보면, 제47조 제3호 또는 제49조 제1항 제14호에 따른 입원 또는 격리 조치를 위반한 자로 규정하고 있다. 감염병의심자만을 처벌의 대상으로 삼고 있으므로, 본 규정으로써 감염병환자를 처벌할 수는 없다. 앞서 언급했던 해당자는 감염병검체결과가 양성이라고 통지해주는 순간, 신분은 감염병의심자에서 감염병환자로 전환된다고 볼 수 있다. 즉, 통보와 이송조치사이에 해당자가 격리조치를 위반하여

외출을 하거나 누구를 만나더라도 본 규정으로 처벌하기는 불가능하다. 다만, 격리조치를 위반하여 타인을 만났다면, 경우에 따라 형법상 중상해죄가 검토될 수는 있으나, 중상해죄의 미수는 처벌하지 아니하므로 감염병전염이 되지 않았을 경우에는 다른 처벌의 근거가 전무하다.

이처럼 격리 중인 감염병환자가 감염병의심자에 비해 격리조치 위반 시 처벌의 필요성이 더 큼에도 불구하고 처벌의 공백이 존재하여 국민의 건강 권보호에 미흡한 점이 발견된다.

## (2) 격리 또는 입원조치의 즉시강제와 영장제도

감염병예방법 제41조(감염병환자등의 관리), 제42조(감염병에 관한 강제처분), 제47조 제3호, 제49조 제1항 제14호는 감염병에 관한 강제처분으로 행정상 즉시강제에 해당한다.<sup>42)</sup> 행정상 즉시강제란 성질상 개인에게 의무를 명하여서는 공행정목적의 달성을 수 없거나 또는 미리 의무를 명할 시간적 여유가 없는 경우에 행정기관이 직접 개인의 신체나 재산에 실력을 가해 행정상 필요한 상태의 실현을 목적으로 하는 작용을 말한다.<sup>43)</sup> 즉시강제는 구체적인 의무를 명함이 없이 직접 사인의 권리에 중대한 침해를 가한다는 점에서 엄격한 실정법상 근거가 존재하여야 한다는 것이 통설이다.<sup>44)</sup> 즉, 법의 테두리 안에서라도 달성하고자 하는 목적을 위하여 필요 최소한도로 행사되어야 하며 남용되어서는 아니 된다.<sup>45)</sup>

이와 같은 즉시강제는 개인의 신체 또는 재산에 직접 실력을 행사하는 전형적인 침해적 행정작용이므로, 이를 행사하는데 절차법상 한계로서 영장주

---

42) 이동식 외 3명, 「행정법총론」 제3판, 준커뮤니케이션즈, 2014, 552면 참조; 홍정선, 「행정법 특강」 제12판, 박영사, 2013, 448면 참조; 이정선, 앞의 논문, 44면.

43) 홍정선, 앞의 책, 447면.

44) 이동식 외 3명, 앞의 책, 553면 참조; 이정민, 앞의 논문, 44면 참조

45) 홍정선, 앞의 책, 449면 참조; 이천현, “실효적인 감염병예방 및 관리를 위한 형사정책적 대응방안 연구”, 한국형사정책연구원, 2015, 114-115면 참조.

의의 적용여부가 문제시된다.<sup>46)</sup> 헌법 제12조에서는 신체의 구속 등에 영장이 필요하다는 것을, 제16조에서는 주거의 수색 등의 경우에 영장이 필요함을 규정하고 있다. 하지만 행정작용에 대하여서는 헌법은 명시적으로 규정하는 바가 없어 견해가 대립되고 있다. 즉, 학설은 영장은 형사절차에만 필요하다고 보는 영장필요설, 즉시강제에도 동일하게 적용된다는 영장불요설, 원칙적으로 영장필요설에 입각하면서도 행정목적의 달성을 위해 불가피하다고 인정할만한 사정이 있는 경우에는 적용되지 않는다는 절충설로 나누어지는데, 절충설이 현재의 통설이자 관례<sup>47)</sup>의 입장이다.<sup>48)</sup>

영장제도의 의의가 국민의 기본권보장에 있다면 행정작용의 경우에도 영장주의가 적용되는 것이 바람직하다. 다만, 행정상 즉시강제가 행정목적달성을 위하여 불가피하다고 인정할만한 합리적인 이유가 있는 경우, 즉 중대한 감염병예방 및 차단을 위한 조치로써 급박한 사정이 있는 특수한 경우에 한하여 영장주의의 적용이 배제될 수 있을 것이다.<sup>49)</sup> 따라서 현재의 코로나-19와 같이 대규모적인 유행이 예상될 정도로 강한 전파력을 가지고 있고 전염시 높은 치명률을 기록하는 경우에는 영장주의의 예외로 삼을 수 있을 것이다. 다만, 예외적으로 배제되는 경우라 할지라도 격리와 입원조치 시에 상당한 저항이 있는 경우가 빈번히 발생하므로, 사후적으로는 영장주의를 적용하는 것이 바람직하다고 본다.<sup>50)</sup>

46) 홍정선, 앞의 책, 449면 참조; 이승환, “경찰행정상의 즉시강제와 수사상 강제처분의 구별”, 「법조」 통권 제727호, 법조협회, 2018, 860면 참조.

47) “...사전영장주의를 고수하다가는 도저히 행정목적을 달성할 수 없는 지극히 예외적인 경우에는 형사절차에서와 같은 예외가 인정되므로...”(대판 1997.6.13., 96더56115); “...급박한 상황에 대처하기 위한 것으로서 그 불가피성과 정당성이 충분히 인정되는 경우이므로, 이 법률조항이 영장 없는 수거를 인정한다고 하더라도 이를 두고 헌법상 영장주의에 위배되는 것으로는 볼 수 없다.”(헌재 2002.10.31., 2000헌가12).

48) 석종현 / 송동수, 「일반행정법 총론」, 박영사, 2020, 447면 참조.

49) 같은 견해, 이정민, 앞의 논문, 45면; 같은 견해, 석종현 / 송동수, 앞의 책, 450면.

50) 현재 실무적으로는 격리 또는 입원조치 시 각종 동의서를 요구함으로써, 그 정당성을 확보하고 있다. 그러나 격리 또는 입원조치를 받는 피수용자입장에서 동의하더라도 사실상 자유의사에 반하는 경우가 대다수일 것이고, 그러한 경우에는 법적 효력에 있어 의문이 생

### Ⅲ. 제71조(예방접종 등에 따른 피해의 국가보상)

최근 집단면역형성을 위해 정부는 코로나-19백신접종을 대대적으로 권장하고 있다. 코로나-19를 가장 효과적으로 예방 및 차단하는 방법으로는 현 상황에서 백신접종이 가장 좋은 방법으로 거론된다. 그러나 코로나-19 백신은 전 세계적인 감염과 급박한 상황으로 인하여 충분한 임상실험을 거치지 못한 채 적용하게 되었고, 몇몇 이상반응의 발생으로 인하여 국민들이 불안감을 떨치지 못하고 있다. 이러한 분위기 속에서 문재인대통령은 이상반응에 따른 피해에 대해 충분한 국가보상을 하겠다고 피력한 바 있다.<sup>51)</sup>

하지만 대통령의 의지와 달리 과연 현재의 법제에서 이행이 가능할지는 여전히 의문이다. 현재의 감염병예방법상 예방접종피해보상관련 규정들에는 여러 문제점이 있으나, 본고에서는 타법을 준용한 장애일시보상금지급문제, 장기치료에 대한 일시보상금 지급문제, 인과관계를 중심으로 제기해보고자 한다.

#### 1. 타법을 준용한 장애일시보상금의 지급

「감염병예방법」 제71조 제1항에서는 예방접종에 따른 피해에 대해 국가의 보상의무를 규정하고 있다. 그리고 동법 시행령 제29조 제3호에서는 법 제71조에 따른 피해 보상 기준을 구체화하면서, 장애인이 된 사람에 대한 일시보상금의 액수를 장애인복지법 및 기타 타법에서 정한 장애 등급에 따라 구분하고 있다.

---

길 수 있다. 그렇다면 동의서 내에 피수용자의 사후영장요구여부를 확인할 수 있는 내용을 포함하는 개선이 필요하다고 본다. 대규모적인 감염병유행에서 격리 입원조치되는 모든 피수용자의 영장을 일일이 요구하는 것은 사실상 불가능하다. 따라서 사후영장을 원하는 피수용자에 한하여 그 절차를 밟도록 한다면, 행정목적상 불가피한 사정을 반영하는 동시에 국민의 기본권 역시 보장할 수 있는 방안이 될 것이라 본다.

51) NEWSIS, 대통령 “코로나 백신 부작용 전적으로 국가 책임”... 보상체계 손보나, 2021.1.18.

제71조 제1항에서는 국가는 예방접종을 받은 사람이 예방접종으로 인하여 “장애인이 되었을 때”에는 다음 각 호의 구분에 따른 보상을 하여야 한다고 규정하고 있다. 즉, “장애인이 되었을 때” 일시보상금지급의무가 발생할 뿐이고, 장애인복지법 및 기타 타법에 따른 장애 등급을 받았는지 여부는 ‘일시보상금지급의무의 발생요건’이 아니다.<sup>52)</sup> 그럼에도 불구하고 시행령 제29조 제3호에서는 장애인복지법 또는 기타 타법에 따른 장애 등급을 받았는지 여부에 따라 일시보상금을 구분하여 지급하도록 규정되어 있다. 이 시행령 규정으로 인하여 단순히 장애인복지법 또는 기타 타법상 장애등급을 받지 못하였다는 이유로 일시보상금의 지급 대상에서 제외되는 불합리한 결과를 초래하고 있다.

제71조 제1항 본문에서 시행령에 위임하고 있는 것은 장애인에 대한 일시보상금의 금액 및 그 지급 절차를 의미하는 것일 뿐 일시보상금지급대상자의 범위를 한정하는 위임이라 해석되지 않는다. 그리고 장애인복지법 및 기타 타법상 장애등급이 실제로 발생된 모든 장애유형을 포섭하지 못하고 있다.<sup>53)</sup> 따라서 시행령 제29조 제3호는 법 제71조 제1항에 저촉되어 위임의 한계를 벗어난 것으로써 그 효력이 의문시된다고 할 것이다. 이와 관련하여 서울행정법원은 감염병예방관리법 시행령 제29조 제3호에 따라 지급하는 일시보상금의 기준이 되는 장애인복지법상 장애등급에는 기면병과 허탈발작이 포함되어 있지 않지만, 감염병의 예방 및 관리에 관한 법률(이하 ‘감염병예방관리법’이라 한다)의 목적, 예방접종사업의 필요성, 피해보상규정을 도입한 취지, 갑이 장애를 입게 된 경위 등을 고려할 때, 감염병예방관리법 시행령 제29조 제3호가 예방접종으로 후유장애를 입게 된 사람을 장애인복지법에서 정한 장애등급 요건을 갖춘 사람으로만 한정하는 것은 감염병예방관리법의

52) 기문주 외, 「예방접종피해 국가보상제도 법률개정 연구」, 국립과학지식센터, 2016, 10면 참조.

53) 기문주 외, 앞의 보고서, 10면 참조.

위임 취지에 반하고, 감염병예방관리법에 따라 보호받는 비슷한 장애를 가진 다른 사람과 비교하여 합리적인 이유가 없는 차별에 해당하여 갑의 후유장애를 제외하는 부분에서는 무효이므로, 질병관리본부장의 장애 일시보상금 부지급결정은 위법하다고 판시한 바가 있다.<sup>54)</sup>

이처럼 장애인복지법 및 기타 타법상 장애등급을 받은 자에 한정하여 장애일시보상금을 지급하도록 규정하는 시행령 제29조 제3호는 법령에 저촉될 소지가 존재하므로, 예방접종피해의 대상자를 ‘장애인이 된 사람’으로 변경하여야 한다. 그리고 장애인복지법, 국민연금법, 공무원연금법, 공무원 재해보상법 및 산업재해보상보험법 등 각 개별법마다 입법취지와 등급체계가 상이하여 장애등급을 부여하는 기준과 범위가 모두 다르다는 점을 고려할 때, 타법의 장애등급을 준용하는 현재의 방식은 불합리하게 장애일시보상금을 지급대상에서 배제하는 결과를 초래할 수 있으므로, 현행 시행령의 기준을 독자적으로 규정하는 것이 합리적이라 할 것이다.<sup>55)</sup>

## 2. 장기치료에 대한 일시보상금의 지급

감염병예방법 제71조 제1항 제1호에서는 질병으로 진료를 받은 사람의 경우 진료비 전액 및 정액 간병비를 보상하도록 규정하고 있다. 동법 시행령 제29조 제1호는 진료비의 지급기준을 “예방접종피해로 발생한 질병의 진료비 중 「국민건강보험법」에 따라 보험자가 부담하거나 지급한 금액을 제외한 잔액 또는 「의료급여법」에 따라 의료급여기금이 부담한 금액을 제외한 잔액. 다만, 제3호에 따른 일시보상금을 지급받은 경우에는 진료비를 지급하지 않는다.”라고 규정하고 있다. 그리고 같은 호 나목에서는 신청기한을 해당 예방접종피해가 발생한 날로부터 5년 이내로 정하고 있다. 여기서 두 가지의

54) 서울행정법원 2013.11.19. 선고 2013구합53929 판결.

55) 보건의료와 관련하여 독자적인 장애등급의 기준을 규정하고 있는 대표적인 법령으로 「의약품 부작용 피해구제에 관한 규정」을 들 수 있다.

문제점이 발견되며, 그것은 아래와 같다.

첫째, 시행령 제29조 제1항 가목 단서에서 장애일시보상금을 지급받은 경우 진료비를 지급하지 않는다고 정하고 있는바, 이것은 상위법인 제71조 제1항 제1호에 반할 소지가 있다. 즉, 상위법인 감염병예방법 제71조 제1항 제1호에서는 질병으로 진료를 받은 사람의 경우 ‘진료비 전액 및 정액 간병비’를 지급하도록 하는 규정이 있음에도 이를 시행령에서 일시보상금으로 대체하는 것은 명시적으로 규정된 모범에 저촉되는 것이다.

둘째, 시행령 제29조 제1호 나목에서 보상신청기한을 해당 예방접종피해가 발생한 날부터 5년 이내로 정하여 예방접종으로 인하여 장기치료가 필요한 경우가 배제되는 것으로 해석될 여지가 있다.<sup>56)</sup> 희귀난치성질환의 경우 5년 이상의 치료가 필요한 경우가 많다. 따라서 이 기간에 대한 보상 5년 이후에도 희귀난치성질환과 같이 장기간 치료가 필요한 경우에도 진료비 지급이 가능하도록 해당 조문의 검토가 필요하다. 다만, 현실적으로 무기한 진료비를 지급하는 것 역시 적절치 않을 수 있으므로, 특정 연도 이후에 발생하는 진료비에 대해서는 예방접종피해보상전문위원회의 심의를 거쳐 일시보상금으로 갈음하는 방안을 고려해볼 필요성이 있다.<sup>57)</sup>

### 3. 인과관계

#### (1) 보상제도의 성격

감염병예방법 제71조에서 말하는 예방접종 등에 따른 피해의 국가보상의 성격에 대해서 학계에서는 행정상 손실보상의 일종<sup>58)</sup>으로 보거나 독일의 희

---

56) 이와 달리 「약사법」 제86조의4 제6항 제1호에서는 의약품 부작용에 의한 피해구제에 있어 진료비의 지급청구일을 ‘진료행위가 있는 날로부터 5년’으로 정하여 장기치료에 따른 진료비지급이 제한되지 않는다.

57) 기문주 외, 앞의 보고서, 30-34면 참조.

58) 박윤훈, 「행정법강의(상)」, 박영사, 2002, 804면.



생보상이론을 원용한 희생보상으로 보는 견해<sup>59)</sup>가 일반적이다.<sup>60)</sup> 판례 역시 이와 같은 입장으로 보인다.<sup>61)</sup>

## (2) 우리 판례의 입장과 그 의미

앞서 판례에서는 예방접종피해보상제도의 성격뿐만 아니라 인과관계에 관하여 매우 중요한 내용을 관시한 바 있다.<sup>62)</sup> 본 판결은 구 전염병예방법 제

59) 홍정선, 앞의 책, 569면; 이상윤, 「예방접종사고보상법제연구」, 한국법제연구원, 2009, 33면; 이호용, 「국가 행정측면에서의 보상체계의 구분과 예방접종사고보상의 법률관계」, 「한양법학」 제23집, 한양법학회, 2006.8., 468-469면.

60) 정하명 교수는 예방접종사고 등 적법행위에 의한 생명 또는 신체에 대한 구제의 헌법적 근거에 관하여 일본의 학설을 손실보상부정설, 공용수용조항유추적용설, 물론해석설, 생존권 보장규정설로 나누어서 설명하고 있다(정하명, “예방접종피해구제를 위한 인과관계입증요건”, 「행정판례연구」 제20권 제2호, 한국행정판례연구회, 2015, 141-142면 참조; 정하명, “한국과 미국에서의 예방접종피해자 법적 구제제도”, 「공법학연구」 제9권 제4호, 한국비교공법학회, 2008, 327면 참조).

61) 대판 2014.5.16. 선고 2014두274; 박규성, 「행정법강의」, 박영사, 2015, 619면 참조.

62) 2014두274 【관결요지】

[1] 구 전염병예방법(2009. 12. 29. 법률 제9847호 감염병의 예방 및 관리에 관한 법률로 전부 개정되기 전의 것, 이하 ‘구 전염병예방법’이라 한다) 제54조의2의 규정에 의한 국가의 보상책임은 무과실책임이기는 하지만, 책임이 있다고 하기 위해서는 질병, 장애 또는 사망(이하 ‘장애 등’이라 한다)이 당해 예방접종으로 인한 것임을 인정할 수 있어야 한다. 그러나 위와 같은 국가의 보상책임은 예방접종의 실시 과정에서 드물기는 하지만 불가피하게 발생하는 부작용에 대해서, 예방접종의 사회적 유용성과 이에 따른 국가적 차원의 권장 필요성, 예방접종으로 인한 부작용이라는 사회적으로 특별한 의미를 가지는 손해에 대한 상호부조와 손해분담의 공평, 사회보장적 이념 등에 터 잡아 구 전염병예방법이 특별히 인정한 독자적인 피해보상제도인 점, 구 전염병예방법 시행령(2010. 3. 15. 대통령령 제22075호로 개정되기 전의 것) 제19조의2에 예방접종으로 인한 피해에 대한 보상기준이 항목별로 구체적으로 정해져 있는데 액수가 그리 크지 않은 점, 예방접종으로 인한 부작용으로 사망이라는 중대한 결과까지 초래될 가능성이 있는 반면, 장애 등의 발생 기전은 명확히 밝혀져 있지 않고 현재의 의학수준에 의하더라도 부작용을 완전히 방지할 수는 없는 점 등에 비추어, 구 전염병예방법 제54조의2의 규정에 의한 보상을 받기 위한 전제로서 요구되는 인과관계는 반드시 의학적·자연과학적으로 명백히 증명되어야 하는 것은 아니고, 간접적 사실관계 등 제반 사정을 고려할 때 인과관계가 있다고 추단되는 경우에는 증거가 있다고 보아야 한다. 인과관계를 추단하기 위해서는 특별한 사정이 없는 한 예방접종과 장애 등의 발생 사이에 시간적·공간적 밀접성이 있고, 피해자가 입은 장애 등이 당해 예방접종으로부터 발생하였다고 추론하는 것이 의학이론이나 경험칙상 불가능하지 않으며, 장애 등이 원인불명이거나 당해 예방접종이 아닌 다른 원인에 의해 발생한 것이 아니라는 정도의 증거가 있으면 족하다.

54조의2의 규정에 의한 국가의 보상책임을 무과실책임으로 보지만, 책임을 묻기 위해서는 장애 등과 예방접종 간의 인과관계를 입증할 것을 요구한다. 다만, 그 인과관계의 입증은 엄격한 입증이 아니라는 것을 명시하고 있다. 특히, “반드시 의학적·자연과학적으로 명백히 증명되어야 하는 것은 아니고, 간접적 사실관계 등 제반 사정을 고려할 때 인과관계가 있다고 추단되는 경우에는 증명이 있다고 보아야 한다.”라고 판시함으로써 사실적·자연과학적 인과관계를 의미하는 것이 아니라는 것을 명백히 밝히고 있다. 즉, ① 예방접종과 장애 등의 발생 간에 시간적·공간적 밀접성 ② 의학이론이나 경험칙상 예방접종에 의한 장애 등 발생의 추론가능성 ③ 장애 등이 제3의 원인에 기인하지 아니하였음 등을 입증하면 인과관계가 인정되므로, 예방접종 피해보상을 받을 수 있음을 판시하고 있다.<sup>63)</sup>

대법원의 판결은 예방접종피해에 대한 보상제도의 성격, 보상을 받기 위한 예방접종과 장애 등의 인과관계입증정도에 대해 대체로 소상히 밝혔다는 점에서 매우 유의미한 판결이며, 예방접종피해보상범위를 확대하였다는 측면에서도 그 의의가 크다.

---

[2] 특정인에게 권리나 이익을 부여하는 이른바 수익적 행정처분은 법령에 특별한 규정이 없는 한 재량행위이고, 구 전염병예방법(2009. 12. 29. 법률 제9847호 감염병의 예방 및 관리에 관한 법률로 전부 개정되기 전의 것, 이하 ‘구 전염병예방법’이라 한다) 제54조의2 제2항에 의하여 보건복지가족부장관에게 예방접종으로 인한 질병, 장애 또는 사망(이하 ‘장애 등’이라 한다)의 인정 권한을 부여한 것은, 예방접종과 장애 등 사이에 인과관계가 있는지를 판단하는 것은 고도의 전문적 의학 지식이나 기술이 필요한 점과 전국적으로 일관되고 통일적인 해석이 필요한 점을 감안한 것으로 역시 보건복지가족부장관의 재량에 속하는 것이므로, 인정에 관한 보건복지가족부장관의 결정은 가능한 한 존중되어야 한다.

다만 인정 여부의 결정이 재량권의 행사에 해당하더라도 재량권을 일탈하거나 남용해서는 안 되고, 특히 구 전염병예방법에 의한 피해보상제도가 수익적 행정처분의 형식을 취하고는 있지만, 구 전염병예방법의 취지와 입법 경위 등을 고려하면 실질은 피해자의 특별한 희생에 대한 보상에 근접하므로, 보건복지가족부장관은 위와 같은 사정 등을 두루 고려하여 객관적으로 합리적인 재량권의 범위 내에서 타당한 결정을 해야 하고, 그렇지 않을 경우 인정 여부의 결정은 주어진 재량권을 남용한 것으로서 위법하게 된다.

63) 그러므로 예방접종피해보상에 관하여 의학적·과학적 인과관계가 명확히 밝혀지지 않아 보상하기 어렵다는 정부의 주장은 다소 수긍하기 어렵다.

### (3) 위원회 기준

우리나라는 예방접종과 이상반응 간의 인과관계기준에 대하여 감염병예방 법령에 구체적으로 규정하고 있지 않다. 다만, 예방접종피해보상전문위원회에서 예방접종과 이상반응 간의 인과관계를 아래와 같은 지침의 4가지 기준을 통하여 판단하고 있다.<sup>64)</sup>

〈 표 1 〉 예방접종피해보상 전문위원회의 인과관계 심사 기준

심사 기준	내용
가. 관련성이 명백한 경우 (definitely related, definite)	① 백신을 접종한 확실한 증거가 확보됨 ② 이상반응이 출현한 시간적 순서의 근접성이 있음 ③ 어떤 다른 이유보다 백신접종에 의한 인과성 인정됨 ④ 이미 알려진 백신반응으로 인정됨
나. 관련성에 개연성이 있는 경우 (probably related, probable)	① 백신을 접종한 확실한 증거가 확보됨 ② 이상반응이 출현한 시간적 순서의 근접성 있음 ③ 어떤 다른 이유보다 백신접종에 의한 인과성 인정됨
다. 관련성에 가능성이 있는 경우 (possibly related, possible)	① 백신을 접종한 확실한 증거가 확보됨 ② 이상반응이 출현한 시간적 순서의 근접성이 있음 ③ 다른 이유에 의한 결과의 발생 역시 백신 접종에 의한 개연성과 동일한 수준으로 인정됨
라. 관련성이 인정되기 어려운 경우 (probably not related, unlike)	① 백신을 접종한 확실한 증거가 확보됨 ② 이상반응이 출현한 시간적 순서에 근접성이 떨어짐 ③ 백신에 의한 가능성이 불명확함
마. 명확한 관련성이 없는 경우 (definitely not related)	① 백신을 접종한 확실한 증거가 없는 경우 ② 이상반응이 출현한 시간적 순서의 근접성이 없는 경우 ③ 다른 명백한 원인이 밝혀진 경우

예방접종피해보상전문위원회는 상기 〈 표 1 〉의 기준 중 가~다로 판정되는 경우에는 예방접종과 발생한 피해 간의 인과관계를 인정하여 보상금을 지급하도록 하고 있다. 상기 대법원에서 제시하고 있는 최저 단계의 인과관

64) 기문주 외, 앞의 보고서, 50-52면 참조.

계는 예방접종피해보상전문위원회가 제시하고 있는 인과관계 심사기준 중 ‘관련성에 가능성이 있는 경우(possibly related, possible)’로 보인다. 그리고 관련성에 가능성이 있는 경우(possibly related, possible)는 이상반응이라는 결과의 발생에 대하여 백신접종이라는 이유와 다른 이유가 ‘동일한’ 수준이더라도 백신접종과 발생한 피해 간의 인과관계를 인정하고 있다.

그렇다면 백신접종으로 인한 피해보상을 되도록 넓게 보려는 판례의 취지로 볼 때, 예방접종피해보상전문위원회의 기준 역시 넓게 보는 것이라 할 수 있다. 그러나 다소간의 기저질환이 있다면, 백신접종의 이유와 다른 이유가 동일한 수준이라 보지 않고 상기 < 표 1>의 ‘라’ 기준의 백신에 의한 가능성이 불명확한 경우로 보는 경우가 실례에서 적지 않다.

물론 판례는 예방접종으로 인한 질병, 장애 또는 사망의 인정 여부 결정이 국가기관의 재량에 속한다고 보고 있으나, 재량권을 남용하지 말 것을 경고하고 있으며, 예방접종으로 인한 피해는 특별한 희생에 대한 보상에 근접하다고 판시하였다. 특히, 코로나-19 백신의 경우 선행 연구가 부족하고 집적된 데이터가 부족하여 국민 입장에서는 인과관계를 증명하기 어렵다. 이러한 점을 감안하여 국가는 인과관계의 기준을 적용함에 있어 협소하게 보아서는 아니 되며<sup>65)</sup>, 되도록 넓게 보는 것이 타당할 것이다.

#### IV. 마치면서: 쟁점의 정리와 향후의 과제

감염병예방법은 그동안 의학이 질병을 정복했다는 인간의 오만으로 인하여 주목을 받지 못하였다. 우리는 코로나-19의 발발의 원인이 무엇인지를 떠나, 신종 인플루엔자(Influenza A virus subtype H1N1)와 메르스 사태로부터 교훈을 얻지 못한 실책을 코로나-19로부터 엄청난 물음을 받고 있는 것이다.

65) 한수현, “법조계, 백신접종-이상반응 사이 인과관계 넓게 인정해야”, 법률신문, 2021.6.3.

이번 논고에서는 감염병예방법상 여러 문제 중 방역 및 예방조치와 예방접종 피해보상을 중심으로 논해보았다. 그 주요내용을 다시 한번 정리해보면, 아래와 같다.

첫째, 방역조치(제47조)와 예방조치(제49조)와 관련된 문제제기들이다. ① 감염병이라는 특성상 예측하기 힘든 요소가 상당하여 불가피하게 추상적인 성격의 규정이 불가피하다하더라도, 현 규정보다는 최소한 중대한 감염병예방에 한정하여 기본권제한조치가 가능한 것으로 가정될 필요성이 있다. ② 과도한 집합금지명령으로 인한 직업의 자유 침해와 관련하여서는 사회적 거리두기 방역조치로 인한, 특히 유흥시설이 집합금지명령 대상이 되어 근 1년간 영업자체를 못하고 있는 점을 거론하였다. 직업의 자유의 침해에 대한 단계이론을 적용해볼 때, 정당한 손실보상조치 없는 유흥시설 및 기타 시설에 대한 본 조치는 직업의 자유를 과도하게 침해하고 있다고 평가된다. 더불어 본 집합금지명령 위반으로 인한 실효성이 없는 벌칙규정으로 인하여 본 조치를 준수하는 업주만이 오히려 피해를 보고 있다. ③ 입원 또는 격리조치와 관련하여서는 제47조 제3호와 제49조 제1항 제14호 위반에 따른 벌칙상 공백과 격리 또는 입원조치에 대한 영장주의 적용여부를 제시하였다. 벌칙상 공백으로 격리 도중 감염병환자로 판명될 경우, 그 신분은 감염병환자로 전환되는데 이때 격리조치를 위반하더라도 이에 대한 처벌규정이 부재하다. 다만, 타인에게 코로나-19를 전염시켰을 경우 중상해죄가 검토될 수 있으나, 전염이 되지 않았을 경우에는 중상해죄의 미수범에 대한 규정은 없으므로 처벌되지 않는다. 영장주의에 관해서 격리 또는 입원조치는 국민의 기본권에 중대한 침해가 될 수 있으므로 원칙적으로는 적용하되, 감염병의 위험성과 유행의 정도에 따라 예외적으로 배제될 수 있을 것으로 보아야 한다. 또한 배제되더라도 사후적으로 영장주의를 준수하는 것이 바람직한 것이다. ④ 과태료 산정과 관련하여서는 두 가지 쟁점을 논하였다. 즉, 49조 제1항 제2의2의 위반에 대한 벌칙이 이용자에 비해 관리자·운영자가 과도하게 높다는 점과 동

일한 일시 및 장소에서 수 개의 행위로 수 개의 방역지침을 위반하였을 경우에 과태료 산정에 대하여 정리하였다.

둘째, 예방접종 등에 따른 피해의 국가보상관련하여 크게 네 가지 문제점이 발견되었다. ① 장애인이 된 사람에 대한 일시보상금의 액수를 장애인복지법 및 기타 타법에서 정한 장애등급에 따라 구분하는 방식으로 인하여 불합리하게 장애일시 보상금을 지급대상에서 배제되는 결과를 초래할 수 있으므로, 현행 시행령의 기준을 독자적으로 규정하는 것이 타당하다는 점, ② 상위법인 감염병예방법 제71조의 제1항 제1호에서는 질병으로 진료를 받은 사람의 경우 ‘진료비 전액 및 정액 간병비’를 지급하도록 하는 규정이 있음에도 이를 시행령에서 일시 보상금으로 대체하는 것은 명시적으로 규정된 모법에 저촉된다는 점, ③ 시행령 제29조 제1호 나목에서 보상신청기한을 해당 예방접종피해가 발생한 날부터 5년 이내로 정하여 예방접종으로 인해 장기치료가 필요한 경우가 배제되는 것으로 해석될 여지가 있다는 점, ④ 백신 접종과 피해 간의 인과관계인정에 있어 그 인정범위를 되도록 좁게 보려는 국가기관의 태도 등이 바로 그것이다.

감염병예방법에 관한 과제는 여러 가지가 있겠지만, 이번 논고에서는 상기 주제들에 대한 서술로 그치고 다른 이슈들, 예를 들어 역학조사, 정보제공, 손실보상 등에 대해서는 다음 논고의 과제로 남겨 두고자 한다. 잔혹한 코로나-19의 빠른 종식이 이루어지기를 기원하면서 본 논고를 마친다.

### 〈참고문헌〉

- 기문주 외, 「예방접종피해 국가보상제도 법률개정 연구」, 국립의과학지식센터, 2016.
- 김유향 / 정희철, 「기본강의」 헌법전정2판, (주)윌비스, 2015.
- 박근성, 「행정법강의」, 박영사, 2015.
- 박윤훈, 「행정법강의(상)」, 박영사, 2002.
- 법무부, 「질서위반행위규제법 해설집」, 2018.
- 석종현 / 송동수, 「일반행정법 총론」, 박영사, 2020.
- 이동식 외 3명, 「행정법총론」 제3판, 준커뮤니케이션즈, 2014.
- 이상돈, 「형법강론」, 박영사, 2020.
- 이상윤, 「예방접종사고보상법제연구」, 한국법제연구원, 2009.
- 한수웅, 「헌법학」 제2판, 법문사, 2012.
- 홍성방, 「헌법학(중)」 제2판, 박영사, 2015.
- 홍정신, 「행정법 특강」 제12판, 박영사, 2013.
- 
- 강승우, “COVID-19시국에서 행해진 집합금지명령과 헌법상 보상의무”, 「법제연구」 제59호, 한국법제연구원, 2020.
- 권양섭 / 차상욱, “코로나바이러스감염증-19 예방 및 방역 과정에서의 위치 정보활용의 문제점과 개선방안”, 「법이론실무연구」 제8권 제4호, 한국법이론실무학회, 2020.
- 김백유, “직업의 자유의 제한 및 제한의 한계”, 「한성대학교 논문집」 제24권 제1호, 한성대학교, 2000.
- 김은일, “직업의 자유를 제한하는 감염병에 대한 헌법적 해석”, 「한국의료법학회지」 제27권 제2호, 한국의료법학회, 2019.
- 박세훈, “소상공인영업제한에 대한 행정상 손실보상 연구”, 「토지공법연구」 제94집, 한국토지공법학회, 2021.
- 이원상, “감염병예방법에 따른 형사처벌에 대한 고찰”, 「형사법연구」 제33권 제1호, 한국형사법학회, 2021.

- 이정민, “코로나19 대책과 형사법적 대응”, 「법학논총」 제44권 제3호, 단국대학교 법학연구소, 2020.
- 이천현, “실효적인 감염병예방 및 관리를 위한 형사정책적 대응방안 연구”, 한국형사정책연구원, 2015.
- 이호용, “국가 행정측면에서의 보상체계의 구분과 예방접종사고보상의 법률관계”, 「한양법학」 제23집, 한양법학회, 2006.
- 정승환, “경찰행정상의 즉시강제와 수사상 강제처분의 구별”, 「법조」 통권 제727호, 법조협회, 2018.
- 정하명, “예방접종피해구제를 위한 인과관계입증요건”, 「행정판례연구」 제20권 제2호, 한국행정판례연구회, 2015.
- \_\_\_\_\_, “한국과 미국에서의 예방접종피해자 법적 구제제도”, 「공법학연구」 제9권 제4호, 한국비교공법학회, 2008.
- 표명환, “직업의 자유의 제한원리와 그 문제점: 독일의 기본법을 중심으로”, 「공법학연구」 제3권 제2호, 한국비교공법학회, 2002.
- 한수웅 · 홍계정, “직업의 자유와 3단계이론”, 「중앙법학」 제12권 제3호, 중앙법학회, 2010.



【국문초록】

## COVID-19사태로 본 감염병예방법상 제 이슈들에 대한 검토 (1)

- 방역 및 예방조치와 예방접종피해보상 중심으로 -

신재명\*

감염병예방법은 신종 인플루엔자, 메르스 등의 감염병 유행경험에 대한 망각과 의학이 질병을 정복하였다는 인간의 착각으로 인하여 지속적인 관심을 받지 못하였다. 양자의 경험에서 교훈을 얻지 못한 실수는 현재의 코로나-19 사태를 초래하고 있다. 코로나-19사태에서 무엇보다 중요한 것은 해당 감염병의 빠른 종식을 위한 보건의료정책적 수립과 그 집행이겠지만, 그 가운데에서도 국민의 기본권보장과 실제적인 조화가 이루어져야 한다. 그럼에도 불구하고 감염병예방법에서는 기본권 침익적 요소들이 산재해 있다. 그 중 방역 및 예방조치와 예방접종피해보상을 중심으로 본 논고에서 다루어보았다.

첫째, 방역조치(제47조)와 예방조치(제49조)와 관련하여서는 ① 한정된 감염병예방목적의 필요성 ② 직업의 자유를 과도하게 침해하고 있는 현재의 집합금지명령 ③ 입원 또는 격리조치상 벌칙의 공백과 영장주의 ④ 제49조 제1항 제2의2의 위반에 대한 과태료의 산정 등의 문제가 제기될 수 있다.

둘째, 예방접종피해보상과 관련하여 ① 장애일시보상금 ② ‘진료비 전액 및 정액 간병비’ 지급규정과 그 시행령 ③ 보상신청기한 ④ 인과관계를 협소하게 보는 태도 등이 문제시된다.

이외 감염병예방법에 관한 과제는 여러 가지가 있겠지만, 본 논고에서는

---

\* 법학박사, 질병관리청 연구원.

상기 주제들을 중심으로 한 서술에 그치고, 다른 제 이슈들, 즉 역학조사, 정보제공, 손실보상 등에 대해서는 다음 논고의 과제로 남겨두고자 한다.

주제어: 코로나-19, 감염병예방법, 방역 및 예방조치, 직업의 자유, 예방접종피해보상

【ABSTRACT】

A review of the invasive elements under the Infected  
Disease Prevention Act viewed as COVID-19 pandemic

- Focusing on quarantine and preventive measures  
and compensation for vaccination -

SHIN JAEMYUNG\*

The Infectious Disease Prevention Act did not receive continuous attention due to the oblivion of the experience of infectious diseases such as new influenza and MERS and the human illusion that medical science conquered the disease.

Mistakes that have not learned lessons from both experiences are causing the current COVID-19 Pandemic.

The most important thing in the COVID-19 Pandemic is the establishment and enforcement of health care policies to quickly end the infectious disease, but among them, the guarantee of basic rights and practical harmony of the people must be achieved.

However, in the Infectious Disease Prevention Act, factors that infringe on basic rights are scattered. Among them, this paper focused on quarantine and preventive measures and vaccination damage compensation.

First, regarding quarantine measures (Article 47) and preventive measures (Article 49),<sup>①</sup> The need for a limited purpose of preventing infectious diseases.

<sup>②</sup> The current collective prohibition order that excessively infringes on freedom of occupation. <sup>③</sup> Vacancies in penalties and warrantism due to hospitalization or quarantine measures. <sup>④</sup> Problems such as the calculation

---

\* Ph.D. in Law.

of fines for violations of Article 49 (1) 2-2 may be raised.

Second, regarding the compensation for vaccination damage, ① Temporary compensation for disability, ② Regulations for the payment of "full medical expenses and flat-rate nursing expenses" and its enforcement decree, ③ The deadline for applying for compensation, ④ The attitude of narrowly looking at the causal relationship is problematic.

There may be many other tasks related to the prevention of infectious diseases, but this paper will only focus on the above topics, and other invasive factors, such as epidemiological investigations, information provision, and loss compensation, will be left as the next thesis's task.

Keywords : COVID-19, The Infectious Disease Prevention Act,  
quarantine and preventive measures, freedom of occupation,  
compensation for vaccination damage