

코로나 통제에 따른 기본권의 제한과 국가의 역할*

Restrictions on Basic Rights under COVID-19 control and the Role of the State

엄 주 희**
Eom, Ju-Hee

목 차

- I. 서론
- II. 빅데이터 활용에 의한 기본권의 제한
- III. 코로나 사태에서 국가의 역할과 권리구제
- IV. 결론

국문초록

2020년 초반부터 시작되어 장기간 지속되고 있는 코로나 팬데믹 사태는 국민의 일상생활을 상당 부분 바꿔놓았다. 대면으로 이루어지던 일상들이 화상, 온라인으로 바뀌었고, 사회적 거리두기 조치로 인해 영업을 중단되고 많은 공적인 공간들이 폐쇄되었으며 다수가 모이는 행사와 모임이 금지되었다. 감염병의 확산을 방지하여 국민들의 생명과 안전을 지키기 위한 행정 조치들이지만, 국민 생활의 상당부분이 지연되거나 중단되는 상황이 지속되면서 감염병 예방 조치의 정도가 일반적으로 수인될 수 있는 생활의 불편함을 넘어 기본적인 기본권

논문접수일 : 2020. 11. 02.

심사완료일 : 2020. 12. 08.

게재확정일 : 2020. 12. 08.

* 이 논문은 2019년 대한민국 교육부와 한국연구재단의 지원을 받아 수행된 연구이다.
(NRF-2019S1A5A8039453)

** 법학박사·건국대학교 법학전공 조교수

의 영역까지 넘나들고 있다는 문제가 제기된다. 국가가 국민의 생명과 안전을 지키기 위해 취할 수 있는 조치는 어디까지인가. 법률의 수권을 받은 행정권과 감염병 예방 내지 방역이라는 이름으로 행하는 행정조치는 어떻게 실행되어야 정당한 것인가. 감염병 사태에서 국가의 역할, 행정권 그리고 기본권의 관계를 살펴보는 것과 더불어 의미있는 것은 미래의료의 약진이다. 빅데이터의 활용은 코로나를 멈추게 하는데 역할을 할 수 있는 가능성과 국민의 기본권에 미치는 영향을 동시에 가지고 있다. 빅데이터와 인공지능으로 대표되는 미래의료는 감염병 대응에도 활용되면서 머지않은 장래에 백신과 치료제로 나타날 것으로 기대된다. 정보주체의 동의에 의해서 또는 법률적 근거 하에서 활용되는 빅데이터는 감염병의 확산을 조기에 예측하고, 방역 활동의 곳곳에 실시간으로 작용하며 조력을 할 수 있다. 방역에 활용되는 빅데이터의 수집, 생성과 활용이 적법하기 위해서는 정보주체의 협조나, 정보주체의 직접적인 협조가 없다면 정보주체의 동의에 갈음할 수 있는 공익적 목적과 법률적 근거가 필수적인 전제가 된다.

본고에서는 코로나 대응에서 공권력이 활용하는 빅데이터와 관련하여 기본권 침해나 제한으로 문제가 될 수 있는 지점이 어디인지 살펴본다. 공권력의 코로나 대응과 기본권과의 관계에 대해서 우선 검토하고 국가의 의무와 역할, 행정권의 실행의 적정성과 권리구제에 대해서 공법 해석적으로 살펴봄으로써, 코로나 대응에 활용되는 빅데이터를 기화로 하여 이에 관련된 공법적 과제를 전망한다.

주제어 : COVID-19, 코로나바이러스, 감염병, 빅데이터, 인공지능, 자유권, 알 권리, 모를 권리, 기본권, 손실보상, 개인정보, 프라이버시

1. 서론

2020년 초에 대한민국을 강타한 신종 코로나 바이러스(COVID-19)의 창궐은 국민들의 생활을 이제까지 상상하지 못했던 방식으로 변화시켜왔다. 신종 코로나 감염병은 빠른 전염 속도를 가지고 있고, 비말을 통해 전파될 수 있으며, 호흡기를 침범하고 드물게 뇌에 이상을 가져오기도 하며 기저질환을 가진 환자

나 노약자에게 치명률이 높다는 특성¹⁾이 있다. 그러다 보니 사람들 사이의 물리적 거리를 넓히고 사람 간 이동과 접촉을 최소화하는 방식의 방역을 수행하게 되고,²⁾ 영업활동과 집회 및 모임 등 사람 간의 일상적 대면 활동에 막대한 지장을 초래한다. 눈에 보이지 않는 감염병 확산에 대한 공포는 언제 어디서 누구에게 감염될지 모른다는 두려움으로 사람들을 움츠러들게 만들 수 있다. 사람이 전달 매개체가 됨으로 인해 감염병환자 내지 감염병의심자에 대한 사회적 낙인 효과는 국민의 생명과 안전을 보호하는 방역의 차원을 넘어 국민들 간의 반목과 갈등의 요인으로 작용하며, 평범한 사람들에 대한 사회적 분노를 일으킴으로써 감염병 발생의 책임이 무고한 국민들에게 떠넘겨진다.³⁾ 인류학적으로 감염병에 관한 사회적 낙인 효과는 매우 강력한데, 감염병 환자가 죽음을 상기시키는 대상이 됨으로써 이에 대한 무조건적 분노를 촉발시킨다. 또한 감염병은 오염, 질병, 불결을 유발하는 자극으로서 무조건적인 역겨움과 회피반응을 촉발한다. 감염병 상황에서의 인류학적·심리학적 연구 결과들을 감안할 때⁴⁾ 감염병의 사회적 낙인 효과는 감염병 사태의 원인에 대한 책임과 감염병 사태로 인한 피해의 분포이러 감염병환자로 낙인찍힌 사람들에게로 잠시 눈 돌리게 한다.⁵⁾

- 1) 확진자 수에 비하여 사망자수가 가장 많은 연령층은 70대 이상의 노인층으로 전체 사망자의 77.42%를 차지하고, 치명률이 30대는 0.09%, 40대는 0.15% 인데 비하여 80대 이상은 19.78%로서 고령화될수록 치명률이 급격히 상승한다. 의학적 보고들에서 대체로 고령자와 기저질환이 있는 환자는 임상적 중증도가 높다는 점이 지적되고 있다. 국회 입법조사처, 코로나19(COVID-19) 대응 종합보고서, 2020.4.8., 86-87면; 채수미, “코로나바이러스감염증-10 특집호②- 코로나바이러스감염증-10와 미래 질병 대응을 위한 과제”, 「보건복지 ISSUE & FOCUS」 제374호(2020-05), 한국보건사회연구원, 2020.3.11. 3면; “코로나19 국내 사망자, 70대 이상 노인 77%”, MEDICAL Observer 2020.5.11.일자, <http://www.monews.co.kr/news/articleView.html?idxno=210521>(검색일자: 2020.10.1.)
“코로나19 사망자 346, 97%가 고혈압 당뇨병 등 기저질환자”, 헬스조선 2020.9.10.일자, http://health.chosun.com/site/data/html_dir/2020/09/10/2020091003000.html (검색일자: 2020.10.1.)
- 2) 중앙재난안전대책본부, 「생활 속 거리 두기 세부지침(3판)」, 2020.7.3.
- 3) 분당서울대학교병원 경기도 공공보건의료지원단 정신건강과 자살예방팀, [보도자료] 코로나19 감염 책임 누구에게 있나? 일반인과 확진자 인식 차이 커- [붙임] 경기도 코로나19 심리조사 결과 [확진자 및 접촉자], 2020.7.1. 5-7면; 김지호, 코로나에 걸려버렸다- 불안과 혐오의 경제 50일 간의 기록, 더난출판, 2020 52-55면, 최근 우리나라의 실증적인 연구결과로도, 코로나19 확진자들은 완치되지 못할 수 있다거나 완치 후 재감염될 수 있다는 질병에 대한 두려움 보다는 확진으로 인해 주변으로부터 받을 비난과 피해, 즉 낙인에 대한 피해를 더 두려워하는 것으로 나타났다.
- 4) 박한선, “메르스와 전염병 인류학”, 「생명윤리포럼」 제4권 제3호, 2015, 6면.
- 5) 김천수, “중동호흡기증후군 2015년 사태와 관련된 의료법령의 분석과 입법론- 「의료법」 및 「감염

그러나 질병의 은폐와 회피를 불러일으켜 감염병의 통제와 진압을 지난하게 만들고, 국민들이 일상으로 돌아가는 시간을 지연시킴으로써 궁극적으로 국민의 생명과 안전에는 부정적인 영향을 끼칠 수 있다.⁶⁾ 수개월간 지속되는 장기간 방역 상황은 국민들에게 우울, 피로감과 고립감 같은 심리·정신적 어려움 뿐 아니라⁷⁾, 영업 활동이 중단된 국민들은 생계의 위협 상황까지 더해지고 있다.⁸⁾ 감염병 유행시 나타나는 집단 심리 반응은 확산기, 유행기, 소강기로 구분되어 질 수 있는데, 확산기에는 불확실성에서 기인하는 사회적 불안과 두려움, 유언 비어 등이 큰 문제가 된다. 유행기에는 격리자의 무단 이탈 문제와 격리자에 대한 심리적 지원에 대한 관심이 커지면서 본인도 감염될지 모른다는 불안감이 증가하는 시기다. 소강기는 확진자에 대한 사회적 편견과 유족에 대한 사회적 지지 필요성이 부각되고 이에 대한 언론보도가 증가한다.⁹⁾ 현재 코로나 팬데믹 사태는 여전히 유행기를 지나가고 있는데, 공법적 의미에서는 방역을 이유로 한 공권력 동원의 적정성과 다양한 기본권 주체들의 기본권 제한의 균형성에 대한

병의 예방 및 관리에 관한 법률의 쟁점 조항을 중심으로”, 대한의료법학회 「의료법학」 제16권 제2호, 2015. 218-219면 ; 메르스 사태때 전파자로 지목된 환자들에게 ‘살인자’라느니, ‘경제침체의 주범’이라는 등의 과도한 비난이 있었는데, 현재 코로나 사태에서도 집단 감염이 발견된 특정 집단에 대한 극도의 비난과 혐오는 난무하고 있다.

6) 낙인으로 인한 부정적인 효과는 문제를 일으키는 질병에 집중하는 대신 평범한 사람들을 향해 더 큰 두려움 또는 분노를 일으킴으로써 모든 사람들에게 상처를 주게 되며, 낙인으로 인해 사람들이 증상이나 질병을 숨기고 즉시 검진을 받지 않고 은폐하며 개인이 건강한 행동을 실천하지 않게 될 가능성이 높아짐으로써, 감염병 확산의 통제를 더욱 어렵게 만들 수 있다는 점이다. CDC (Center for Disease Control and prevention), Coronavirus Disease 2019 (COVID-19) – Reducing Stigma, (Web Pages, Updated June 11, 2020)

<https://www.cdc.gov/coronavirus/2019-ncov/daily-life-coping/reducing-stigma.html> (검색일자: 2020.10.1.)

7) “심상찮은 코로나 블루, ”수도권 2030 여성 극단 선택 급증“ [코로나 블루 또 다른 재난] <1부> 불길한 징후 ①악화하는 자살 관련 데이터, 국민일보, 2020.9.8.일자.

<http://news.kmib.co.kr/article/view.asp?arcid=0014987129> (검색일자: 2020.10.1.)

8) “임차상인 코로나19에 생계 위협... 정부·국회 나서야”, 머니투데이, 2020.10.6.일자.

<https://news.mt.co.kr/mtview.php?no=2020100611591769448>

“코로나 장기화 활동지원사 생계보장 1인시위 - 사회서비스 공공운영·고용유지지원금 직접 지원 요구”, 에이블뉴스, 2020.10.7.일자.

<http://www.ablenews.co.kr/News/NewsContent.aspx?CategoryCode=0016&NewsCode=001620201007094224490525> (검색일자: 2020.10.8.)

9) 박한선, 앞의 논문, 5면.

평가가 서서히 시행되어야 할 시점에 이르렀다. 방역이 모든 기본권의 제한을 합리화시킬 수 없지만, 입법부의 신속한 관련 법령 개정 에 탄력을 받아, 중앙 및 지방자치단체의 행정 조치들이 신속하고 강력하고도 광범위하게 실행되어 왔다. 이러한 상황에서 코로나 사태를 끝낼 수 있을 것으로 희망적인 기대를 걸어볼 만한 기술은 빅데이터와 인공지능으로 대변되는 미래 의료기술이다. 빅데이터는 치료제와 백신 개발에 활용되기도 하고, 실시간 방역 활동에 원천을 제공하기도 한다.¹⁰⁾ 확진자의 이동 동선을 파악하는데 이동통신사 정보와 신용카드 사용 정보 등의 각종 빅데이터를 활용하는 역학조사 지원 시스템이 한 예이다.¹¹⁾ 정보주체의 입장에서는 보호하고 싶은 개인정보이지만, 수많은 정보주체들의 데이터들이 실시간으로 다양한 디지털 웨어러블 기기를 통해 수집되면 빅데이터를 형성하는 것은 일순간이다. 감염병 사태에서 빅데이터 활용이 가속화될 수 있는 요인은 가명정보처리 기술로 개인을 식별할 수 없는 형태로 데이터가 처리될 수 있다는 점도 있지만,¹²⁾ 최근 우리 「개인정보보호법」과 「감염병의 예방 및 관리에 관한 법률」(약칭 : 감염병예방법)의 개정으로서, 정보주체의 동의나 법원에서 발부받는 영장과 같은 복잡한 사법적 집행 절차 없이도 개인정보를 활용할 수 있는 법적 근거를 두고 있다는 점 때문이기도 하다. 공공과 민간의 협력적 거버넌스를 이용한 빅데이터의 선용은 국민의 사생활과 개인정보와 같은 기본권 보호에 균형을 기하면서도 생명과 안전이라는 또 다른 기본권을 보호하여 안전 국가를 보장하는 장치가 될 수 있다. 그런데 방역 활동으로부터 파생된 여러 행정권의 발동이 국민 생활의 깊숙한 곳까지 침투하면서 감염병 환자를 가려내고 감시하고 치료해야 하는 역할을 넘어 국민들의 기본적인 생활에까지 영향을 미치다 보니¹³⁾, 생명과 안전, 생계의 보장을 비롯한 국민의 기본권과

10) 안세희, 신종감염병 대응 AI 기술 동향 분석, 한국바이오경제연구센터, BIO ECONOMY BRIEF Issue 81, 2020. 1-4면 ; 인공지능과 빅데이터가 접목된 기술로서 감염병 발병예측, 확산경로 파악, 진단, 치료제 개발 등에 활용되고 있다.

11) 윤강재, “코로나바이러스감염증-10 특집호⑤- 코로나바이러스감염증-10 대응을 통해 살펴본 감염병과 공공보건의료”, 「보건복지 ISSUE & FOCUS」 제377호(2020-08), 한국보건사회연구원, 2020.3.19. 2020, 9면.

12) “‘가명정보’로 파악된 코로나 확진자 동선”, 이재형의 통계 이야기, 단비뉴스, 2020.4.27.일자. <http://www.danbinews.com/news/articleView.html?idxno=13022> (검색일자: 2020.10.1.)

13) Michael J. Selgeld et al (Editors), *Infectious Disease Ethics*, Germany :Springer, 2011. pp.

국가의 역할 및 의무 사이에서 공법적 과제를 낳고 있다.

본고는 코로나 대응에 활용된 빅데이터 기술이 기본권과 연관된 영역으로서, 공권력이 활용하는 빅데이터와 관련하여 기본권 침해나 제한에 문제가 될 수 있는 지점들을 공법 해석적으로 분석한다. 공권력의 코로나 대응과 기본권과의 관계와 행정권 실행의 적정성에 대해서 검토하고 일고함으로써, 코로나 대응에 활용되는 빅데이터를 기화로 하여 이에 관련된 공법적 과제를 전망한다.

II. 빅데이터 활용에 의한 기본권의 제한

1. 방역과 자유권의 제한

감염병예방법 제76조의 2 등을 근거로 하여 방역당국은 개인의 위치정보, 이동통신 기록, 의료기록 등의 각종 데이터와 개인정보를 수집·보유하고 있는 민간 기업에 대해서 정보제공요청 및 정보 확인이 가능하다. 이렇게 수집된 빅데이터가 방역 활동에 사용되는 과정에서, 신체의 자유, 개인정보자기결정권, 사생활의 자유와 비밀, 영업의 자유, 집회결사의 자유 등 자유권의 제한이 불가피하게 가해진다.

데이터는 인격권의 성격을 가지고 있으며 개인정보 자기결정권을 일종의 인격권의 하나로 이해된다.¹⁴⁾ 독일 연방헌법재판소가 1983년 「인구·직업·주택·직장조사에 관한 법률」에 대한 헌법소원사건에서 개인정보 자기결정권을 ‘언제 어떠한 범위 내에서 개인적 생활영역에 공개할 것인지를 원칙적으로 스스로 결정하는 개인의 자기결정의 사상에서 나오는 권리’라고 하면서 일반적 인격권의 한 내용으로 인정했다는 점¹⁵⁾은 이러한 데이터의 인격권적 성격을 뒷받침하는 예가 된다.¹⁶⁾ 사생활의 비밀과 자유가 개인의 사적 물리적 공간과 내심의 영역이

126-128.

14) 엄주희, “보건의료법학과 헌법의 교차점 - 보건의료 규범에 관한 헌법적 고찰”, 전남대 법학연구소 공익인권법센터 「인권법평론」 제24호, 2020, 180-181면; 권영준, “개인정보 자기결정권과 동의 제도에 대한 고찰”, 2015 NAVER Privacy White Paper, 2015, 83면,

15) 이숙연, “전자정보에 대한 압수수색과 기본권 영장주의”, 한국헌법학회, 「헌법학연구」, 2012. 12면.

외부로부터의 침입이나 개입되지 않도록 배제함으로써 소극적인 프라이버시를 보호하고자 하는 법익을 가지고 있다면, 개인정보 자기결정권은 정보주체를 나타낼수 있는 각종 데이터의 사용 과정과 절차에 정보주체가 함께 참여할 수 있도록 하는 프라이버시 법익을 보호한다.¹⁷⁾ 따라서 데이터 인격권은 개인정보 자기결정권의 인격권적인 내용으로서 해석될 수 있다. 프라이버시에 관한 각국의 보호 태도를 보자면, 유럽은 프라이버시를 인간의 존엄성을 위한 권리의 필수 구성 요소로 파악하고, 북미는 국가·정부로부터의 간섭의 배제하는 자유권적 성격으로 이해한다.¹⁸⁾ 우리 헌법 체계에서 인간의 존엄과 가치로부터 일반적 인격권을 도출하고 있고, 한 개인의 데이터에 내포되어 있고 또한 한 개인이 발생시키는 데이터로부터 표출되는 인격성을 감안한다면, 개인정보 자기결정권에는 데이터 인격권이라고 칭할 수 있는 인격권적 성격이 있다고 해석할 수 있다. 감염병 사태에서 데이터가 인격권의 제한을 수반할 수 있는 예를 보자. 감염병 확진자의 경우 치료제와 백신이 개발되어 있지 않은 신종 감염병의 불확실성 때문에 완쾌가 어렵고 후유증이 남을 수도 있다는 질병 자체에 대한 걱정이나 생명의 위협에 대한 두려움과 고통에 더하여, 감염병 확진자의 신상과 이동 동선을 어느 정도로 자세히 공개할지 범위와 내용이 법원의 영장 없이 방역 당국의 자의적인 해석과 결정으로 이루어짐으로써, 데이터 공개로 인해 사회적 비난에 직면해야 한다는 것에 대한 고통과 사생활 노출로 인한 피해가 발생한다. 원치 않는 사회적 낙인이 발생할 것에 대한 두려움과 같은 감염병 환자가 감당할 심리정신적 피해는 질병 자체로 인한 고통보다 더 심각한 것일 수 있다.¹⁹⁾ 데이터 공개는 단순한 정보의 노출이 아니라 그 정보주체의 인격성을 나

16) 정다영, “디지털 미디어 환경 변화에 따른 개인정보 자기결정권 및 인격권의 보호”, 언론중재위원회, 「미디어와 인격권」 제3권 제1호, 2017, 105-106면.

17) 이인호, “정보인권 논의가 시사하는 헌법학적 프레임 - 디지털시대에 있어서 정보를 둘러싼 권력과 자유의 긴장과 조화”, 가톨릭대학교 법학연구소, 「법학연구」 제3권, 2008, 84-45면.

18) 엄주희, 심지원, 김혜경, “데이터 접근성을 통한 보건의료와 인공지능의 융합- 일반정보보호규정(GDPR)이 정책 입안자들에게 신호등 역할을 할 수 있는가”, 전남대 공익인권법센터 「인권법평론」 제25호, 2020, 254면.

19) 분당서울대학교병원 경기도 공공보건의료지원단 정신건강과 자살예방팀, [보도자료] 코로나19 감염 책임 누구에게 있나? 일반인과 확진자 인식 차이 커- [붙임] 경기도 코로나19 심리조사 결과[확진자 및 접촉자], 2020.7.1. 5-7면.

타내는 통로가 될 수 있기 때문에, 원치 않는 데이터 공개는 정보주체의 인격권 침해할 수반하게 된다. 방역 활동에서도 데이터의 인격성을 고려하여 인권으로서의 사생활 비밀과 자유의 기본권을 보장될 수 있어야 하는 이유이다.²⁰⁾ 동일한 맥락에서 감염병에 노출되었을 것으로 의심되는 사람이 검사와 치료를 거부하는 경우에 공공안전에 위해가 된다는 식으로 비난하기 전에 감염병으로 의심받는 사람의 행동 원인이 데이터 인격권과 심리정신적 요인에 있지 않은지 살필 필요가 있다.²¹⁾

또한 빅데이터를 기초로 하여 집회금지 행정 조치가 시행될 때는 집회의 자유 제한을 필연적으로 수반할 수 있기 때문에, 모든 법치 행정과 기본권 제한적 조치에서와 마찬가지로 과잉금지의 원리가 고려된다. 즉 집회의 자유의 제한과 방역의 효과 사이에서의 균형점이 고려되어야 한다.²²⁾ 집회 결사의 자유는 자유민주주의 사회에서 정치적 의사표현을 하는 수단이자 매개로서 핵심적인 기본권으로 평가된다. 집회 금지는 공공의 안녕질서에 대한 직접적인 위협이 명백한 경우에 한하여 가능하며 집회의 자유 제한보다 덜 기본권 침해적인 수단을 동원할 수 있다면 그러한 수단을 먼저 강구함으로써 침해가 최소화될 수 있도록 하여야 한다.²³⁾ 코로나 상황이 여전하다고 하더라도 생필품 구입할 수 있는 식료품점 사업장을 영업 정지하거나 폐쇄하지는 않는다. 마스크를 착용하고 방역 지침을 준수하는 야외 옥외 집회가 실내 밀폐된 공간에서 취식 행위라든지 식료품 판매점에서의 쇼핑 행위 보다 더 방역 활동에 위해가 될 수는 없다. 실내 공간과 실외 공간에서의 집회를 구분하는 등 집회와 모임의 방식을 감안하여 합리적인 방안으로 집회 금지의 기준이 재설정되어야 할 필요가 있다. 형식적으로는 감염병예방법의 법률적 근거를 가지고 있다고 하더라도 방역당국과 정부·지방자치단체의 구체적인 행정 지침과 폭넓은 재량에 의해서 방역 활동이 실행되고 있

20) 설령 감염병에 노출되었을 것으로 의심되는 사람이 검사와 치료를 거부하는 경우라도 공공 안전에 위해가 된다는 식으로 비난하기 전에 감염병으로 의심받는 사람의 행동 원인과 감염병 위기 상황에서 국민들의 심리정신적 영향과 감염병 관련 공중보건(Public Health) 지식을 이해하는 바탕 위에서 권리의 제한과 정책이 시행되어야 할 필요가 있다.

21) Deutscher Ethikrat, AD HOC Recommendation – Solidarity and Responsibility during the Coronavirus Crisis, 27 March 2020, pp.5-7.

22) “모이기를 힘써라”, 국민일보, 2020.10.16.일자,

23) 헌재 2003.10.30. 2000헌바67.

기 때문에²⁴⁾, 방법 상으로도 과잉금지의 원칙상 수단의 적합성과 피해의 최소성의 면에서 과도한 자유권의 제한이 되지 않는지가 고려되어야 한다.²⁵⁾

2. 방역에 있어서의 알권리와 모를 권리

감염병 대응 상황에서 알 권리와 모를 권리 두 가지 측면이 모두 고려되어야 한다. 알권리는 환자 본인의 건강과 치료에 관한 정보를 정확하게 제공받고 이를 바탕으로 환자가 자발적 의사로 동의를 하도록 하는 것이라면, 모를 권리는 본인의 건강에 관한 신체적·정신적 내밀한 상태에 대해 모르는 상태로 유지할 수 있는 법익이다. 모를 권리에 대한 논의는 유전자 정보 보호와 인권에 대한 국제적인 논의에서 출발한 것이다. 치료나 연구 중에 우연히 부수적으로 발견된 환자 본인의 정보에 대해서 본인이 알지 않는 상태를 유지할 수 있도록 해줌으로써, 환자가 불필요하게 정신적 해악과 고통을 받게 되지 않도록, 그리고 환자에 대해 불필요하게 알려진 정보 때문에 보험 혜택 등의 불이익을 보지 않도록 보호받도록 하는 권리이다.²⁶⁾ 감염병 위기 사태에서 보호되어야 할 법익은 국민의 건강과 안전 및 신체의 안위이기 때문에, 국민 건강의 관점에서 알권리와 모를 권리는 동시에 적용될 수 있다. 감염병 오염 우려로 인해 소독을 했던 사업장에 대해서 굳이 방역당국이 대중에게 그런 사실을 공지할 필요가 있는지 고려할 때, 일반 국민의 모를 권리를 감안할 수 있다. 또한 정부 및 지방자치단체가 수시로 발송하는 재난문자가 개개인의 건강 생활에 크게 도움이 되지 않으면서도 재난문자가 수시로 온다는 사실만으로도 불안, 염려만 키울 수 있는 정보들이 될 수 있기 때문에, 이를 원치 않는 사람에게까지 강제로 발송하지 않도록 할 근거로서도 될 수 있다는 점이다. 감염병 환자와 과도한 밀

24) “여전히 위험하다”면서도... 여행·외식 권하는 정부, 세계일보, 2020.10.31.일자.
<http://www.segye.com/newsView/20201030517989> (검색일자: 2020.10.31.)

25) John Coggon et al, *Public Health Law : Ethics, Governance, and Regulation*, NY: Routledge, 2017, pp130-134.

26) 엄주희, “보건료법학과 헌법의 교차점 - 보건료 규범에 관한 헌법적 고찰”, 전남대 법학연구소 공익인권법센터 「인권법평론」 제24호, 2020, 175-177면. 모를 권리는 1997년 UNCO의 인간 유전체와 인권에 관한 보편 선언, 유럽의회의 인권과 생의학에 관한 협약 등의 국제 인권 차원에서 논의가 출발하였다.

접 접촉이 아닌 한, 감염 가능성이 희박한 야외와 광장에서 같은 시간 있었다는 이유만으로, 밀접 접촉 가능성이 미약한 자에게까지 굳이 감염 검사를 받으라고 할 필요가 없다는 근거로도 모를 권리의 존재는 유용하다.²⁷⁾ 모를 권리를 실제적으로 적용하는 방식으로는, 예컨대 알권리의 충족을 위해 개별 감염병 확진자의 이동 동선을 낱알이 공개하는 형태보다는, 확진자들의 방문 장소를 한꺼번에 모아 지도 형태로 만들어서 감염 위험에 각별한 주의를 해야 하는 시기에만 한정해서 공개하는 방식이 있다.²⁸⁾ 감염병 위기상황에서는 검증되지 않은 정보들이 넘쳐나고 과도한 정보의 홍수가 국민들에게 막연한 불안감과 공포를 키울 수 있다는 점, 알권리의 충족이 감염병 종식에 도움이 되는 방역활동에 도움이 되기보다는 감염병 낙인 우려²⁹⁾와 심리정신적 해악으로 인해 자살자가 발생하는 등의 피해자를 양산하는 면이 크다는 있다는 점, 감염병 환자에 대한 사회적 낙인과, 감염병에 걸렸을 수 있다는 의심을 받는 사람 - 이른바, 감염병 예방법 상 ‘감염병의심자’로 분류될 수 있는 자- 또는 검사와 치료를 거부하는 사람에 대한 사회적 비난이 폭력적으로 변모할 수 있어³⁰⁾ 국민들 사이의 사회적 갈등을 촉발하고 있다는 점, 감염병 질환의 직접 피해보다는 영업 정지·폐쇄와 경제활동 마비로 인한 경제적 손실로 국민 생계의 곤란성을 유발함으로써 헌법상 보장하는 영업의 자유와 생존권이라는 기본권을 해치고 있다는 점

27) 각주 38)에 언급한 사례와 같이 방역당국이 휴대전화 기지국의 이동통신자료를 토대로 검사 대상자를 광범위하게 잡아 코로나 진단 검사를 받으라고 보내는 행위도 모를 권리에 있어서의 제한이라고 할 수 있다. 전국민 전수조사나 원하는 시민이 자발적으로 행하는 검사가 아니라 특정 단체를 대상으로 실시하는 강제 검사의 경우에는 기본권 제한의 가능성이 상존한다. 최근 2020년 11월부터 신규 확진자 수가 급증하면서 방역당국은 12월 중순부터는 선별검사소를 추가로 설치하고 원하는 시민은 증상유무에 상관없이 검사를 받을 수 있도록 방역방질을 변경하였다. “누구나 코로나 19 검사 가능한 임시선별검사소 56개소 추가 설치”, 서울특별시, 코로나19 보도자료, 2020.12.14., <https://news.seoul.go.kr/html/27/525381/> (검색일자: 2020.12.14.)

28) 정필운, “감염병예방법상 제34조의2에 대한 공법이론적 검토”, 「감염병예방법상 정보제공요청과 정보인권」 오픈넷·한국공법학회 공동세미나 발표문, 2020.8.7., 13면.

29) “코로나와 싸우고 나오니 “퇴사”... 완치자 악몽 K방역의 그늘”, 중앙일보 2020.10.11.일자, <https://news.joins.com/article/23890998> (검색일자: 2020.10.11.)

30) 현재 국회에 ‘국민보호와 공공안전을 위한 테러방지법 일부개정법률안’(이병훈의원 대표발의, 의안번호: 4137)에서 고의로 감염병에 대한 검사와 치료 등을 거부하고 확산을 의도하는 행위를 테러의 정의에 포함시킨 것을 볼 수 있는데, 감염병에 대한 이해나 공중보건에 대한 의식 없이 감염병에 대한 대응을 형사처벌·범죄화로만 대응하려는 면을 볼 수 있는 대목이다.

을 감안할 때, 모를 권리의 유용성을 상기할 필요가 있다.³¹⁾ 물론 모를 권리 뿐 아니라 사생활의 비밀과 자유 및 개인정보 자기결정권이라는 기본권을 근거로 해서도 위의 사례들에서 감염병 관련하여 공권력으로부터 일방적으로 주어지는 정보나 조치를 거부할 수는 있을 것이나, 모를 권리가 본인의 건강을 둘러싼 정보를 본인이 원치 않을 때에는 거부할 수 있다는 직접적인 근거가 되는 기본권이라는 점에서 주목된다. 증상이 없거나 미미하여 본인의 건강에 위해가 거의 없을 뿐 아니라, 전파의 가능성도 거의 없거나 불확실함에도 불구하고 감염병 확진 판정이 나왔다는 이유로 강제 입원 치료를 받지 않도록 하기 위한 전제로서도 모를 권리라는 기본권은 적용될 수 있다. 즉 이러한 사례들에서 모를 권리는 ‘본인이 감염병에 노출되었을 가능성에 대한’ 모를 권리라고 명명할 수 있을 것이다.

Ⅲ. 코로나 사태에서 국가의 역할과 권리구제

1. 방역과 국가의 기본권 보호의무

국가는 해외로부터 국민의 건강에 심각한 유해를 미칠 수 있는 물질이 유입되는 것을 방지하기 위해 적절하고 효율적인 조치를 취함으로써 국민의 생명 및 신체의 안전을 보호해야 한다는 구체적인 의무가 있다. 2008년도 미국산 쇠고기 수입 사건의 헌법재판소 결정³²⁾에서도 국가가 기본적 인권을 보장할 의무를 가진다는 의무 조항(헌법 제10조)과 국민이 보건에 관한 국가의 보호를 받는다는 조항(제36조 제3항)을 근거로 하여, 국가가 적절한 입법·행정상의 조치로서 국민의 생명과 신체의 안전을 보호하고 침해 위험을 방지하기 위한 헌법

31) “밤낮 안가리고 “손씻어라”... “코로나 문자 확인도 않고 지운다“”, 중앙일보 2020.10.27.일자, <https://news.joins.com/article/23904257> (검색일자: 2020.10. 27) 행정안전부가 재난문자 과다 송출 심야 송출 문제 등에 대해서 관련 규정을 개정하고 세부적인 지침을 세우기로 했다고 보도했다. 시도때도 없이 발송되어 개인의 휴대폰을 강제로 울리게 만드는 재난문자는 국민의 자발적인 알권리 충족 보다는 피로감을 유발하는 소음이 될 수 있다. 알권리와 모를 권리가 국민의 자발적이고 능동적인 요구와 행정청의 충실한 협조로 실현되어야 의미가 있다.

32) 헌재 2008.12.26. 2008헌마 419·423·436(병합).

상의 포괄적인 의무를 진다는 사실을 확인하였다. 또한 헌법 제34조 제6항에서 ‘국가는 재해를 예방하고 그 위험으로부터 국민을 보호하기 위해 노력하여야 한다’고 명시됨으로써 국민을 보호할 국가의 의무가 존재함을 확인할 수 있다. 이와 같은 헌법상 명시된 국가의 의무 조항과 관련 판례에서 확인된 법리와 동일하게, 감염병 원인 물질의 국내 유입을 방지하기 위하여 국가가 적절하고도 효율적인 조치를 취해야 한다는 기본권 보호 의무는 명백하게 존재한다. 감염병 예방법에서도 입법 목적으로 국민 건강에 위해가 되는 감염병의 발생과 유행을 방지하고 그 예방과 관리를 위해 필요한 사항을 규정한다(제1조)고 함으로써 이러한 국가의 기본권 보호 의무를 밝히고 있다.

현재 헌법재판소가 기본권 보호의무 위반인지를 판단할 때 적용하는 과소보호 금지원칙은, 국가가 아무런 보호조치를 취하지 않았을 경우나 또는 국가가 취한 조치가 법익을 보호하기에 전적으로 부적합하거나 매우 불충분한 것이 명백한 것일 때 국가가 기본권 보호의무를 위반했다고 판단되어야 한다고 제시하고 있다. 이 기준에 따르면 국가의 생명과 안전과 관련된 기본권 보호 의무는 인정되지만, 국가가 취할 수 있는 의무의 실현의 범위와 재량이 광범위하여, 방역당국이 어떤 방역 조치를 하였다는 사실이 기본권 보호의무의 위반하였다고 볼 여지는 매우 좁다고 할 수 있다. 그러나 감염병 사태에서 국가가 보호해야 할 기본권의 범위는 과소보호 의무 수준이 아니라 생명과 안전의 보호를 위한 각종 자유권과 보건에 관한 권리, 사회적 기본권까지 확장되는 것이다. 감염병의 확산으로 건강의 침해, 생명의 위협이 발생될 뿐 아니라 감염병을 차단하기 위해 봉쇄, 영업 중단 형식으로 이루어지는 방역활동은 경제활동의 정지와 그로 인한 생계의 곤란으로까지 이어지기 때문이다. 감염병의 창궐로 촉발되긴 했지만 직접적으로는 국가 공권력에 의해 빚어진 생계의 곤란성을 해결해야 하는 국가의 과제 그리고 보건의료 체계 붕괴를 막고 형평성 있는 건강유지를 위해 보건의료 체계를 지속가능하게 해야 하는 국가의 보건에 관한 의무가, 사회적 기본권과 보건에 관한 권리를 보호해야 하는 국가의 의무로 작용하게 된다. 보건에 관한 권리는 건강이 침해당하지 않도록 방어하는 자유권적 성격과 동시에 건강생활을 유지할 수 있도록 요구할 수 있는 사회권 기본권으로서의 성격이 있기 때문에, 감염병 위기 상황에서도 환자의 폭발적 증가를 방지하고 의료

시스템이 붕괴되지 않도록 하면서도 국민의 보건의료 수준을 유지할 수 있도록 즉, 지속가능한 보건의료 정책을 시행하도록 국가에 요구할 수 있게 된다.

환자의 감염병 질환 예후를 예측하기 위해서는 환자유래 의료데이터와 유전체 정보를 포함한 환자 개인의 데이터를 필요로 한다.³³⁾ 정보주체의 자발적인 의사로 제공된 데이터를 토대로 하여, 감염병 예측과 예방을 위한 연구와 공중보건 활동에 사용될 수 있게 된다. 이 데이터는 우리 법체계에서 민감정보로 분류되는 개인정보들이어서 활용이 어려울 수 있지만, 가명정보처리로서 활용도가 넓어진 빅데이터는 감염병 대응에 활용될 수 있다. 이 빅데이터 활용이 감염병 환자 및 잠재적 감염병 환자로서의 국민을 감시하고 처벌하기 위한 수단이 되기보다는, 정보 취약층과 코로나로 더욱 소외된 소수들을 위한 치료의 접근성을 높여 주는 데 활용될 수 있도록 반영될 필요가 있다. 이렇게 함으로써 보건에 관한 국가의 의무를 수행하여 형평성 있는 건강 수준을 유지할 수 있게 되고, 가명정보처리에서 추구하는 공익 목적에 부합한다고 평가될 수 있기 때문이다.

보건에 관한 권리 및 국가의 보호 의무로부터 도출되는 것으로서 보건의료 체계의 적정성 유지 활동은, 단순히 감염병의 확산을 막는 것으로는 부족하고, 감염병의 치료제와 백신 확보 및 개발로서 국민들의 건강을 유지하는 활동이 병행된다. 코로나19는 코로나 바이러스 자체가 변종을 일으키는 특성을 가지고 있어 계절마다 유행할 가능성이 있고, 급성 호흡기 증후군 코로나바이러스 2(SARS-CoV-2)에 의한 감염과 비전염성 질병이 복합적으로 상호작용하고 있기 때문에 단순한 감염병 대유행이 아니라 고혈압, 비만, 당뇨, 심혈관 및 만성 호흡기 질환, 암 등의 만성질환자와 사회적 취약계층에 대한 관리가 방역 대책에도 반영해야 할 필요성이 제기된다.³⁴⁾ 각국은 이에 대한 연구의 필요성을 절감하고 바이러스 감염

33) 한국전자통신연구원, 감염병 재난에 대응하기 위한 의료 인공지능의 기술 표준화 동향 2020-01, ETRI Insight, 2020. 7월, 28면 (DOI: 10.22648/ETRI.2020.B.000005)

34) Richard Hordon, "COVID-19 is not a pandemic", *The Lancet*, Volume 396, Issue 10255, P874, September 26 2020, p878. Lancet 저널에서는 COVID-19이 단순한 팬데믹이 아니라, Syndemic (2개 이상의 질환이 동시에 또는 연이어 집단적으로 나타나면서 서로 상승작용을 일으키고, 생물학적 사회적 상호작용으로 사태를 악화시키는 현상) 이라는 개념을 제시하고 있다. 고령자, 흑인, 아시아인, 소수 민족, 낮은 임금과 낮은 복지 수준을 가진 근로자가 COVID-19에 감염시 예후가 나쁘고 사망률이 높아 피해가 크기 때문에 사회적 경제적 불균형에 더 많은 관심을 필요로 하며, 비 전염성 질환에 대한 관리와 사회적 상호작용의 측면을 고려하여 건강 정책,

병에 대한 연구 체계와 국제 협력적 기반을 가속화하고 있다. 바이오, 제약사 등의 산업계 뿐 아니라 국가 차원의 코로나 바이러스 관련 연구 수행에 대한 자금 지원과 학계의 연구 수행이 이루어지고 있다.³⁵⁾ 치료제와 백신 개발 등의 감염병 대응을 위한 목적 달성을 위해서는 빅데이터와 인공지능의 활용에서 개인의 민감정보를 포함한 데이터 셋의 공개와 순환이 필요하다보니 오픈 플랫폼을 통해서 데이터와 모델 등을 공유하는 활동이 활성화되고 있다. 이러한 오픈 플랫폼에서는 정보주체 개개인들이 자발적인 동의가 도움이 되기 때문에, 정보주체 이자 환자인 이들이 스스로 연구에 참여함으로써 그 연구로부터의 혜택을 보게 되는 환자 중심적 모델이 구축되게 된다.³⁶⁾ 방역활동이 국가의 의무와 보건의료에 관한 권리로부터 출발했지만 감염병 대응의 해결 과정에 있어서는 감염병 환자를 비롯한 국민의 참여와 협력이 필수적이 된다. 이러한 맥락에서 감염병 출현에 대비하고 공중보건 수준을 유지함으로써 보건의료체계를 지속 가능하게 하려는 정부의 활동이 기본권 보호의무를 실행하는 일환이라고 평가할 수 있다. 따라서 COVID-19에 취약한 사회 취약층과 만성질환자에 대한 전반적인 건강을 증진하고 관리하는 것도 방역 상황에서 국가가 취해야 할 기본권 보호의무에 포함된다고 할 수 있다.³⁷⁾

2. 자료제출 요구 및 역학조사의 권력적 사실행위로의 성격과 자유의 제한

방역당국이 역학조사를 벌이는 과정에서 이동통신사로부터 수집할 수 있는 위치정보 빅데이터를 이용하여 감염병 의심자를 임의로 선정하고 감염병 검사를 받으라는 통보를 하여 감염병 진단 검사를 강제하는 행위를 하는 경우가 있다. 이러한 검사는 강제격리와 강제입원 그리고 거부 시에는 형사 처벌을 동반

방역 정책을 펼쳐야 한다는 제안이다.

35) 황현주, “코로나19를 극복하기 위한 글로벌 인공지능 프로젝트”, 「스페셜 리포트 2020-5」, 한국정보화진흥원, 2020.7.30. 2-3면.

36) 엄주희, “뇌신경과학 연구에서 연구대상자 보호: 인격주의적 생명윤리적 고찰”, 가톨릭대학교 가톨릭생명윤리연구소 「인격주의 생명윤리」 제9권 제2호, 2019, 88-89면.

37) 감염병 환자를 사회적 약자라는 관점에서 조명하고 사회적 기본권을 누리는 대상으로 헌법 해석적으로 서술한 것으로 다음의 논문이 있다; 김은일, “의료문화의 사회학적 의미로서 감염병 환자의 헌법적 해석”, 한국의료법학회 「한국의료법학회지」 제28권 제1호, 2020, 159-160면.

하고 있기 때문에, 방역활동에 있어서 국가 공권력의 역할과 그 적정성에 대한 검토를 하지 않을 수 없다. 뿐만 아니라 헌법재판소에 헌법소원을 청구하는 사례가 있어³⁸⁾, 방역당국의 행위가 헌법소원의 대상이 되는 권력적 사실행위에 해당하는지 여부를 검토할 필요가 있다. 감염병예방법에서는 실태조사와 역학조사, 감염 전파의 차단 등을 위해서 단체나 개인의 개인정보나 자료제출을 요구할 수 있도록 하고 있는데(감염병예방법 제17조, 제18조, 제76조의 2), 이 정보의 범위에는 진료기록과 같은 민감정보와 위치정보, 카드 사용 내역, CCTV와 같은 영상 정보도 포함하고 있다. 제76조의2 제1항에 의하여 개인의 진료기록 등을 의료기관, 약국 등에게 제공할 것을 요구할 수 있고, 제76조의 2 제2항에 의하여 위치정보를 경찰관서의 장에게 요청할 수 있으며 이를 거부하거나 거짓 자료를 제공하게 되면 1년 이하의 징역이나 2천만원 이하의 벌금에 처해질 수 있다.(법 79조의 2 벌칙) 또한 제18조 제1항과 제79조 벌칙 조항에서 역학조사를 거부, 방해 또는 회피하는 행위나 거짓으로 진술하거나 거짓 자료를 제출하는 행위, 고의적으로 사실을 누락 은폐하는 행위를 처벌하는 조항을 두고 있어 이를 바탕으로 역학조사를 강제할 수 있다. 이상의 법적 근거를 보면 감염병에 관한 역학조사와 자료제출 요구는 대상자의 신체의 자유에 제한을 가할 수 있는 수단하면서도 강제적이고 침입적인 성격을 가진 권력적 행위라고 평가될 수 있다. ‘감염병의심자’의 개념을 법률에서 정의하고 있지만 ‘감염병환자와 접촉이 의심되는 사람, 위험요인에 노출되어 감염이 우려되는 사람’ 정도로 정의하다 보니(법 제2조) 감염병의심자의 범위와 역학조사를 수행할 대상을 결정하는 기준이 방역당국에 의해 자의적이고 광범위하게 정해진다.³⁹⁾ 역학조사와 강제적

38) 방역당국이 2020년 4월말부터 5월초까지 이태원을 방문한 것으로 추정되는 약 1만 명의 휴대전화 기지국 접속정보를 이동통신사에 요청, 수집해서 이 사람들에게 코로나19 검사를 받을 것을 권고하는 취지의 문자메시지를 보낸 행위에 대해서, 이 공권력의 행위가 과잉금지원칙의 위반, 영장주의 위배, 국제인권 기준 등의 위반으로서 헌법에 위반된다는 이유를 들어 민변 디지털정보위원회, (사)오픈넷, 참여연대 등이 청구인으로 지난 7월29일에 헌법소원을 청구한 사례가 있다. 김가연, “감염병예방법 제76조의 2 정보제공요청의 헌법적 문제” 「감염병예방법상 정보제공요청과 정보인권」, 오픈넷·한국공법학회 공동세미나 발표문 18-21면.

39) 미국, 질병 통제 및 예방센터(CDC: Center for Disease Control and Prevention)의 기준에 의하면, 밀접 접촉자의 범위는 1)15분 이상 COVID-19 확진자와 6피트 이내에 있었던 경우, 2)COVID-19를 앓은 사람 집에서 돌본 경우, 3)직접적인 신체적 접촉을 가진 경우(포옹 또는 입맞춤), 4)식음료 기구를 함께 사용한 경우, 5)기침, 재채기 또는 기타 방법으로 감염자의 비말이 묻은 경우이다.

리, 강제입원⁴⁰⁾과 같이 개인의 신체의 자유와 집회결사의 자유 등 자유권에 엄격한 제한을 가할 수 있는 근거가 되는 법률에서 대상자의 범위와 내용이 특정되지 못하고 있다는 점도 지적될 수 있다.⁴¹⁾

권력적 사실행위에 해당되는지 여부에 대한 판단은 어떤 사실행위가 행해질 당시의 행정주체와 당사자인 국민과의 관계, 당사자인 국민이 행위에 관여할 수 있는 정도, 그 사실행위가 행해지게 된 목적과 경위, 법령에 의하여 명령과 강제 수단을 발동할 수 있는지 여부 등이 종합적으로 고려된다.⁴²⁾ 국립보건원이 혈액제제에이즈감염조사위원회를 구성하여 활동한 역학조사는 헌법재판소가 권력적 사실행위로 판단하지 않았다.⁴³⁾ 이 사례에서의 역학조사는 조사 과정이

<https://www.cdc.gov/coronavirus/2019-ncov/if-you-are-sick/quarantine.html> (검색일자: 2020.10.1.)
반면 우리 방역의 체계는 사례정의(2020.6.25. 기준)에서 “의사환자”는 확진환자와 접촉한 후 14일 이내에 코로나19 임상증상이 나타난 자라고 하고, “조사대상 유증상자”를 1)의사의 소견에 따라 코로나19 임상증상으로 코로나19가 의심되는 자 2)해외 방문력이 있으며 귀국 후 14일 이내에 코로나19 임상증상이 나타난 자 3)코로나19 국내 집단발생과 역학적 연관성이 있으며, 14일 이내 코로나19 임상증상이 나타난 자 라고 정의한다. 또한 접촉자의 범위는 ‘시·도 즉각대응팀이 노출정도를 평가하여 판단한다’고 명시하고 있다. 접촉한 데 대한 객관적인 명확한 기준을 제시하지 않고 방역당국 담당자가 결정하고 있는 것을 볼 수 있다.

http://ncov.mohw.go.kr/faqBoardList.do?brdId=3&brdGubun=38&dataGubun=&ncvContSeq=&contSeq=&board_id=&gubun= (검색일자: 2020.10.1.)

40) 감염병예방법 제41조(감염병환자등의 관리) 와 제42조 제1항에서 ‘감염병환자 등은 감염병관리기관등에서 입원치료를 받아야 한다’고 규정하여 강제입원을, 제42조(감염병에 관한 강제처분)은 제2항은 감염병의심자를 자가 또는 시설에 격리할 수 있게 하고 있다.

41) 최은경, 최홍조, “코로나3법, 건강권의 확대인가 자유권의 억압인가 - 감염병예방법 개정을 중심으로”, 시민건강연구소 「시민건강이슈 2020-05」 2020.5.20. 14면.; 의료인의 관점에서 현재 감염병예방법 상 진단받을 권리와 처벌받을 의무, 자발격리와 강제격리의 균형 등을 검토하면서, ‘감염병 의심자’라고 쓰는 용어 자체가 형사적인 것이지 공공의 건강을 위한 공중보건 상의 감염병에 사용할 것이 아니라고 세계보건기구의 입장을 인용하여, 감염병환자를 피해자가 아니라 전파자로 바라보는 시각에 대한 위험성과 검진 대상자 관련하여 처벌규정을 두고 범죄화를 시도하는 것이 자유권의 제한 범위를 넘어선다는 지적과 논의를 전개하였다.

42) 현재 2004.8.26. 2003헌마5050 등.

43) 임주희, “코로나 팬데믹 사태(COVID-10)에서 빅데이터 거버넌스에 관한 공법적 고찰”, 한국국가법학회 「국가법연구」 제16권 2호, 2020 80-81면 ; 2020년 7월 이전에는 권력적 사실행위에 해당한다고 보기 어렵다고 기술했었지만, 코로나 상황이 계속되면서 방역당국의 역학조사와 코로나 검사 및 격리 조치 등이 행정 강제로서 권력적 성격을 가지게 된 면이 크다. 실제로 광화문 근처에 있었던 사람들의 이동전화 위치 기록을 8.15 광복절 집회 참석자로 추정하여 이동통신사로부터 개인정보를 수집하여 코로나 검사를 받도록 문자를 발송함으로써 코로나 검사를 강제한 사례 등에서 볼 때 현재 감염병예방법에 의한 역학조사는 행정청의 일방적이고도 강제적인 권력적 사실행위에 해당한다고 판단될 가능성이 있다는 것이다.

강제성을 띄지 않고 있고 처벌규정도 없었기 때문에 권력적 사실행위로 평가되지 못했던 것으로 판단된다. 반면, 코로나 사태에서는 감염병예방법에 포괄적으로 명시한 조항에 근거하여 방역당국이 자의적으로 광범위하게 조사 대상자를 정할 수 있고, 이에 따라 정보주체의 동의나 사용의 정당성을 판단할 수 있는 사법적 절차 없이 위치정보 등의 개인정보를 수집, 활용함으로써 역학조사에 불응하거나 협조하지 않는 경우 벌금과 징역을 부과할 수 있을 뿐 아니라, 역학조사를 통해 감염병의심자로 취급하여 격리나 입원 조치(법 제41조 제2항 3, 제47조), 강제 조사와 강제 진찰(법 제42조 제1항, 제2항)을 하게 할 수 있는 등의 수단을 동원하는 강제성을 띄고 있다. 실제의 사례로도 행정청이 역학 조사하기로 임의로 선택한 사람들에게 코로나 검사를 문자로 발송하면서 사실상 코로나 검사를 강제하게 된 사례도 몇 차례 존재하는 사실을 종합하여 보면, 코로나 검사의 역학조사와 개인정보에 관한 자료제출 요구는 행정청의 일방적이고 강제적인 행위로서 국민의 신체에 침해로 가져오는 권력적 행위라고 판단될 가능성이 다분하다. 즉 감염병예방법을 근거로 활동하는 현재 행정청의 역학조사 행위는 헌법소원의 대상이 되는 공권력의 행사로 평가될 가능성이 높다고 보인다.

또한 제42조 제2항에 의해서는 감염병의심자의 격리가 임의규정이거나, 제47조에 의해서는 감염병의심자에 대한 입원 또는 격리가 강제사항으로 규정⁴⁴⁾되어 있어 사실상 감염병의심자의 범주 뿐 아니라 강제 격리 여부도 방역당국의 광범위한 재량에 맡겨져 있다는 문제가 있다. 감염병 전파의 차단이라는 공익적 행정 목적의 강제조치라고 하더라도 개인의 자유에 심대한 제한과 침해를 가하는 부당한 격리라고 평가될 여지가 있으므로, 감염병의심자의 범주를 미국의 질병 통제 및 예방센터(CDC)의 정의와 같이 명확하게 규정하고, 입원 또는 격리의 기준도 명확하게 제시하면서, 감염병예방법 제47조의 입원 또는 격리에 관한 강제사항을 임의규정으로 개정하는 것이 바람직하다고 판단된다.⁴⁵⁾

44) 제47조(감염병 유행에 대한 방역 조치) 다음 각호에 해당하는 모든 조치를 하거나 그에 필요한 일부 조치를 하여야 한다. 3. 감염병의심자를 적당한 장소에 일정한 기간 입원 또는 격리시키는 것

45) 박정일, “감염병으로 인한 격리조치에 관한 소고”, 대한의료법학회 「의료법학」 제16권 제1호, 2015. 303면

3. 행정권과 손실보상 및 피해보상

적법한 공권력의 행위에 의한 특별한 희생에는 그로 인한 손실이 보상될 수 있는 제도가 있다. 공권력의 적법성을 판단하기 위해서는 실질적 법치행정이 구현되고 있는가를 볼 필요가 있다. 감염병예방법에 따르면 손실보상심의위원회를 구성하여, 그 위원회의 심의 의결에 따라서 손실을 보상하도록 하고 있다.(법 제70조, 70조의 2 등) 구체적인 손실보상의 기준으로 정부가 발간한 지침을 볼 수 있는데, ‘코로나19 일반영업장에 손실 보상의 범위’에 따르면 정부 및 지방자치단체의 소득명령을 이행하는데 소요된 비용과 폐쇄, 출입금지, 소득 등으로 휴업한 기간의 1일당 영업 손실액으로만 계산하도록 정하고 있다.⁴⁶⁾ 코로나에 오염된 영업장으로 일단 폐쇄된 곳에 대한 특별한 희생에 대한 보상이 휴업한 기간 동안의 영업손실액 정도로 충분한지에 대한 재검토가 필요하다. 그나마 방역당국에 의해 고위험시설로 분류되어 집합제한 내지 집합금지 조치로 폐쇄된 영업장에 대해서는 손실보상의 대상에서 제외되었다.⁴⁷⁾ 영업장의 폐쇄는 생계와 직결되는 만큼 특별한 희생으로서 그 손실이 보상될 수 있는 합리적인 기준이 있어야 할 것이다. 방역당국이 고위험시설로 지정한 근거를 공정하고도 명확하게 제시함으로써 국민들이 감염병 사태로 인한 희생을 수용하고 감수할 수 있도록 하고, 손실보상의 범위를 점차적으로 개선해나갈 필요가 있다.

감염병환자로 격리된 사람에 대한 재정적 지원(법 70조의 448)에 대해서도 임의규정으로 명시되어 있어 방역당국이 정하는 기준과 실행에 의존할 수밖에 없는 상황이다. 감염병의심자로 분류되어 격리된 경우에 생활에 대한 보조라던가⁴⁹⁾, 감염병환자로 인정되어 외부에 알려짐으로써 인격권이 훼손됨으로써 고통

46) 코로나19 중앙사고수습본부 보상지원팀, 「코로나19 손실보상 업무 안내 - 폐쇄·업무정지 및 소득 조치된 의료기관, 약국, 일반영업장 등 - 지자체용(제4판)」, 2020.9.11. 17면.

47) 앞의 자료, 17면.

48) 법 제70조의4 (감염병환자등에 대한 생활지원) ① 질병관리청장, 시·도지사 및 시장·군수·구청장은 이 법에 따라 입원 또는 격리된 사람에 대하여 예산의 범위에서 치료비, 생활지원 및 그 밖의 재정적 지원을 할 수 있다.

49) 제64조 (특별자치도·시·군·구가 부담할 경비)는 ‘6. 제47조 제1호 및 제3호에 따른 교통 차단 또는 입원으로 인하여 생업이 어려운 사람에 대한 「국민기초생활법」 제2호 제6호에 따른 최저보장수준 지원’ 이라고 규정하여 감염병의심자의 입원의 경우는 최저보장수준의 지원이 가능할 수

을 입은 사람에 대한 보상근거는 명확하게 마련되어 있지 않다. 향후에는 감염병환자 격리의 경우 재정적 지원을 현실화하고, 감염병의심자 격리의 경우에도 적당한 보상이 마련되어야 하며, 감염병으로 인한 물리적인 치료비용 뿐 아니라 데이터 인격권의 침해로 인한 보상도 법제에 반영되도록 할 필요가 있다.⁵⁰⁾

IV. 결론

방역 활동을 위한 정보의 수집과 활용은 결국 정보주체의 자발적인 동의를 바탕으로 이루어지거나, 적어도 정보주체의 동의에 갈음할 만한 국민적 정당성을 가진 법률의 근거와 실질적 법치행정의 실현으로 이루어지는 것이 정당하다고 평가될 수 있다. 가명 정보처리된 데이터라고 하여 공익 목적으로의 활용이 언제나 정당화되는 것은 아니다. 개인이나 정부의 입장에서는 데이터 자체가 자산이 되고, 때로는 무기가 될 수 있지만, 데이터 자체로 인격권의 성격이 있는 기본권의 보호 대상이 된다. 감염병 창궐 상황에서 명문화된 법률에 터잡아 개인의 데이터를 활용하는 행정 조치들은 국민들의 자유권의 제한 문제를 불러오는 매개가 될 가능성이 있다. 그러므로 억압적이고 강압성을 띤 공권력의 행사로 사회적 분열과 국민적 저항을 야기하기 보다는 방역에 효과적인 과학적인 근거와 사회심리적인 부분이 감안하여 최대한 일상생활을 영위할 수 있도록 하는 행정적 대응이 요구된다. 코로나 바이러스의 불확실성 때문에 바이러스의 종식은 요원하고, 국민들의 생활이 코로나 사태 이전으로 돌아가는 것이 불가능하다고 할지라도⁵¹⁾ 공중보건의 무너질 위험과 동시에 방역 행정으로 인해 무너질 수 있는 개인의 기본권 피해 사이에서의 균형을 감안하여야 한다. 코로나 바이

가 있으나, 격리의 경우에는 마땅한 보상 근거 규정이 존재하지 않는다.

50) 이준서, “감염병 예방 및 대응체계에 관한 법제 개선방안”, 한국법제연구원 연구보고 18-08, 2018. 144-145면 ; 독일의 「감염병예방법」의 경우 감염자 뿐 아니라 감염병의심자의 격리조치에도 금전보상을 청구할 수 있도록 규정한다. 행정권에 의한 공익적 목적의 강제 격리이므로, 이에 합당한 보상이 이루어져야 마땅하다.

51) 전문가들 ‘코로나19 장기전 대비’ 주문... “중환자 관리에 초점”, 한국경제, 2020.10.27.일자. <https://www.hankyung.com/society/article/202010273876Y> (검색일자: 2020.10.27.)

러스 사태는 일상 생활을 어렵게 만들고 기본권 제한을 고민하게 만드는 위험 요인이었지만, 빅데이터를 이용한 미래의료와 같이 첨단 기술들이 우리 일상으로 다가오는 시기를 앞당긴 긍정의 요인이기도 하다. 현재까지 세계적으로도 주목을 받아온 K 방역이 빅데이터와 같은 첨단 미래의료의 현실화를 앞당기도록 하는데도 기여할 수 있을 것이라 전망하면서, 명문화된 법률 조항에 국한되지 않고 법이 추구하는 실질적인 의미의 가치들을 보장할 수 있는 행정권의 실행으로 세계의 본이 되기를 기대한다.

참고문헌

- 권영준, “개인정보 자기결정권과 동의 제도에 대한 고찰”, 2015 NAVER Privacy White Paper, 2015.
- 김은일, “의료문화의 사회학적 의미로서 감염병 환자의 헌법적 해석”, 한국의료법학회 「한국의료법학회지」 제28권 제1호, 2020.
- 김지호, 코로나에 걸려버렸다- 불안과 혐오의 경계 50일간의 기록, 더난출판, 2020.
- 김천수, “중동호흡기증후군 2015년 사태와 관련된 의료법령의 분석과 입법론- 「의료법」 및 「감염병의 예방 및 관리에 관한 법률」의 쟁점 조항을 중심으로”, 대한의료법학회 「의료법학」 제16권 제2호, 2015.
- 국회 입법조사처, 코로나19(COVID-19) 대응 종합보고서, 2020.4.8.
- 박정일, “감염병으로 인한 격리조치에 관한 소고”, 대한의료법학회 「의료법학」 제16권 제1호, 2015.
- 박한선, “메르스와 전염병 인류학”, 국가생명윤리정책원 「생명윤리포럼」 제4권 제3호, 2015.
- 안세희, 신종감염병 대응 AI 기술 동향 분석, 한국바이오경제연구센터, BIO ECONOMY BRIEF Issue 81, 2020.
- 엄주희, “코로나 팬데믹 사태(COVID-10)에서 빅데이터 거버넌스에 관한 공법적 고찰”, 한국국가법학회 「국가법연구」 제16권 2호, 2020.

- 엄주희, “보건의료법학과 헌법의 교차점 - 보건의료 규범에 관한 헌법적 고찰”, 전남대 법학연구소 공익인권법센터, 「인권법평론」 제24호, 2020.
- 엄주희, “뇌신경과학 연구에서 연구대상자 보호: 인격주의적 생명윤리적 고찰”, 가톨릭대학교 가톨릭생명윤리연구소 「인격주의 생명윤리」 제9권 제2호.
- 엄주희, 심지원, 김혜경, “데이터 접근성을 통한 보건의료와 인공지능의 융합-일반정보보호규정(GDPR)이 정책 입안자들에게 신호등 역할을 할 수 있는가”, 전남대 법학연구소 공익인권법센터 「인권법평론」 제25호, 2020.
- 이숙연, “전자정보에 대한 압수수색과 기본권 영장주의”, 한국헌법학회, 「헌법학 연구」, 2012.
- 이인호, “정보인권 논의가 시사하는 헌법학적 프레임 - 디지털시대에 있어서 정보를 둘러싼 권력과 자유의 긴장과 조화”, 가톨릭대학교 법학연구소, 「법학 연구」 제3권, 2008.
- 이준서, “감염병 예방 및 대응체계에 관한 법제 개선방안”, 한국법제연구원 연구보고 18-08, 2018.
- 윤강재, “코로나바이러스감염증-10 특집호⑤- 코로나바이러스감염증-10 대응을 통해 살펴본 감염병과 공공보건의료”, 「보건복지 ISSUE & FOCUS」 제 377호(2020-08), 한국보건사회연구원, 2020.3.19. 2020.
- 정다영, “디지털 미디어 환경 변화에 따른 개인정보 자기결정권 및 인격권의 보호”, 언론중재위원회, 「미디어와 인격권」 제3권 제1호, 2017.
- 중앙재난안전대책본부, 「생활 속 거리 두기 세부지침(3판)」, 2020.7.3.
- 채수미, “코로나바이러스감염증-10 특집호②- 코로나바이러스감염증-10와 미래 질병 대응을 위한 과제”, 「보건복지 ISSUE & FOCUS」 제374호(2020-05), 한국보건사회연구원, 2020.3.11.
- 최은경, 최홍조, “코로나3법, 건강권의 확대인가 자유권의 억압인가 - 감염병 예방법 개정을 중심으로”, 「시민건강이슈 2020-05」 시민건강연구소, 2020. 5.20.
- 한국전자통신연구원, 감염병 재난에 대응하기 위한 의료 인공지능의 기술 표준화 동향 2020-01, ETRI Insight, 2020. 7월.
- 황현주, “코로나19를 극복하기 위한 글로벌 인공지능 프로젝트”, 「스페셜 리포

- 트 2020-5」, 한국정보화진흥원, 2020.7.30.
- 코로나19 중앙사고수습본부 보상지원팀, 「코로나19 손실보상 업무 안내 - 폐쇄·업무정지 및 소독 조치된 의료기관, 약국, 일반영업장 등 - 지차체용(제4판)」, 2020.9.11.
- 제3회 '코로나19, 공법학의 과제' 포럼, 감염병예방법상 정보제공요청과 정보인권, 오픈넷·한국공법학회 공동세미나 자료집, 2020.8.7.
- John Coggon et al, *Public Health Law : Ethics, Governance, and Regulation*, NY: Routledge, 2017.
- Michael J. Selgeld et al (Editors), *Infectious Disease Ethics*, Germany: Springer, 2011.
- Richard Hordon, "COVID-19 is not a pandemic", *The Lancet*, Volume 396, Issue 10255, P874 ,September 26 2020.
- Deutscher Ethikrat, AD HOC Recommendation - Solidarity and Responsibility during the Coronavirus Crisis, 27 March 2020.

[Abstract]

Restrictions on Basic Rights under COVID-19 control and the Role of the State

Eom, Ju-Hee

Konkuk University. Associate professor, Ph.D.

The long-running Corona Pandemic crisis, which began in 2020, has changed much of the people's daily lives. Face-to-face routines were changed to video and online, social distancing measures suspended many public spaces, and banned events and gatherings where the majority gathered. These are

administrative measures to protect the lives and safety of the people by preventing the spread of infectious diseases, but as much of the people's lives continue to be delayed or suspended, the degree of preventive measures against infectious diseases is shifting beyond the inconvenience of living, which can generally be accepted, to the realm of basic rights. How far can the nation take to protect the lives and safety of its people? How should the administrative authority, which has been authorized by the law, implement administrative measures under the name of preventing and preventing infectious diseases? In addition to looking at the role of the state and the relationship between administrative and people's basic rights in these infectious diseases, what is meaningful is that it is necessary to look at legitimate governance for the utilization of big data as a breakthrough in future medical care. Future medicine, represented by big data and artificial intelligence, is expected to emerge as vaccines and treatments in the near future as it is also used to cope with infectious diseases. Once vaccines and treatments are commercialized, the Corona situation is expected to end, so big data will be evaluated as having played a big role in stopping COVID-19. Big data and Artificial intelligence, which uses big data as materials, can predict the spread of infectious diseases at an early date, and assist in real-time for epidemic prevention activities. Therefore, we look at what can be a problem with basic rights violations or restrictions regarding big data used by governmental authority. By first reviewing the relationship between COVID-19 response of state power and the basic rights and examining the appropriateness of the execution of administrative power in a public legal analysis, by big data used to respond to COVID-19, this paper will help predict the related legal tasks.

Key words : Coronavirus, COVID-19, Big Data, personal data, infectious disease, privacy, fundamental right, basic right.