

발 간 등 록 번 호

33-9750040-000470-01

비교헌법연구

2024-B-2

팬데믹 상황에서의 의료우선순위(Triage)와 장애인 차별 금지

- 독일에서의 논의를 중심으로 -



Constitutional Research Institute



헌법재판소

헌법재판연구원

팬데믹 상황에서의 의료우선순위(Triage)와
장애인 차별 금지
- 독일에서의 논의를 중심으로 -

연구책임자 : 이 지 효 책임연구관(비교헌법연구팀)

목 차

I. 서론 / 1

1. 연구의 배경과 문제의식	1
2. 연구의 범위와 방법	3
3. 용어 정리	4

II. 한정된 의료자원 분배에 관한 독일에서의 논의 / 5

1. 분배기준의 필요성	5
2. 의료자원 배분의 기준	7
가. 주관적 가치결정	7
나. 결과를 중시하는 배분	8
(1) 공리주의적 관점	8
(2) 다수 구조의 원칙	9
(가) 사회적 유용성	10
(나) 연령	10
(다) 건강 수준과 장애 유무	11
다. 평등을 중시하는 배분	12
라. 소결	12
3. 한정된 의료자원의 배분	13
가. 의료자원 배분의 양상	13
(1) 사전적(ex-ante) 트리아지	13
(2) 사후적(ex-post) 트리아지	13
나. DIVI의 중증도 분류체계 권고안	13

(1) DIVI와 의료 가이드라인	13
(2) DIVI 권고안의 내용	15
(3) 소결	16

III. 독일 연방헌법재판소의 의료우선순위 결정 / 17

1. 결정의 배경	17
2. 결정의 내용	17
가. 적법요건	19
나. 본안 판단의 심사기준	22
(1) 기본법 제3조 제3항 제2문의 보호과제	23
(2) 보호과제로부터 파생되는 행위의무	25
(3) 연방헌법재판소의 심사기준	26
(4) 국제법적 고려사항	27
(가) 유럽인권협약 제14조	27
(나) 유엔 장애인권리협약	27
(다) 시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약 및 경제적·사회적 및 문화적 권리에 관한 국제규약	29
다. 입법자의 부작위 확인	31
(1) 국가의 구체적인 행위의무	31
(2) 입법자의 부작위	32
(3) 입법재량	33
3. 연방헌법재판소의 결론	34
4. 연방헌법재판소 결정에 대한 학계의 분석과 비판	35
가. 장애인에 대한 간접 차별 가능성	35
나. 입법자의 의료우선순위 기준 마련 의무	36
다. 상황에 따라 달라지는 생존가능성의 의미	38
라. 생존가능성 기준에 대한 대안	40

5. 소결 41

IV. 연방 헌법재판소 결정에 따른 입법(감염예방법 제5c조) / 42

1. 감염예방법의 제정 42
가. 법률유보(Gesetzesvorbehalt) 42
나. 적용범위 43
2. 감염예방법 제5c조의 내용 43
3. 의료계의 비판 50
가. 사후적 트리아지 금지와 직업수행의 자유 침해 논란 50
나. 명확성의 문제 53
다. 자기모순의 오류 53

V. 결론과 시사점 / 55

■ 참고문헌 57

초 록

제한된 시간과 불충분한 의료자원이라는 제약 속에서 어떤 환자를 먼저 치료할지에 관한 우선순위를 결정하는 트리아지는 팬데믹이라는 특수한 상황에서 누가 이에 관한 규정을 마련해야 하는지와 선별 기준은 무엇이 되어야 하는지, 그리고 생명과 신체에 대한 위험이나 평등, 인간존엄성이 어떻게 고려될 수 있는지 등 여러 질문을 야기한다.

코로나19 발생 후 독일에서는 중환자의학과 응급의학에 관한 전문가 단체(DIVI)가 권고한 중증도 분류체계를 코로나 확진자 치료의 우선순위를 정하는 기준으로 사용하였는데, 우선순위 결정 과정에서 중증 장애인이 치료의 우선순위에서 밀려나거나 배제될 수 있는 가능성이 크다는 점이 문제되었다. 이에 관해 입법자의 입법부작위 위헌을 확인하는 헌법소원이 독일 연방헌법재판소에서 인용되었다. 쟁점은 트리아지 상황에서 누구도 장애로 인해 불이익을 받지 않도록 효과적인 방지책을 마련할 의무가 입법자에게 있는지 여부였다. 연방헌법재판소는 장애로 인한 불이익으로부터 국민을 효과적으로 보호할 국가의 과제가 기본법 제3조 제3항 제2문에서 도출된다고 보았고, 특정한 여건 하에 이 과제로부터 입법자의 행위무가 파생될 수 있다고 판시하였다. 그러나 ‘임상적 성공가능성’이라는 배분기준은 헌법에 위반되지 않는다고 실시함으로써 오히려 장애인에 대한 간접차별이 야기될 수 있다는 비판을 받고 있다. 그렇지만 적어도 장애인이 당면할 수 있는 불이익을 돌아볼 기회를 마련하고 이들의 목소리를 대변하였다는 점에서는 판결의 의의를 찾아 볼 수 있다.

이처럼 독일은 팬데믹 상황 하에서의 의료우선순위 결정을 ‘차별’을 매개로 접근하였고, 한정된 의료자원 배분에 장애가 불이익사유가 되어서는 안 된다는 점을 명확히 하였다. 또한 후속 입법을 통해 보고의무를 개선하고 상호 협조를 강조하는 일종의 예방적 조치를 마련하였다.

주제어: 팬데믹 상황에서의 트리아지, 의료우선순위, 의료자원 배분, 장애인 차별 금지, 기본법 제3조 제3항 제2문, 감염예방법

I. 서론

1. 연구의 배경과 문제의식

자원은 한정되어 있고, 의료상 여러 요구의 충족이나 문제해결을 위해 가용할 수 있는 의료자원¹⁾ 역시 유한하다. 특히 코로나바이러스감염증-19(COVID-19, 이하 ‘코로나19’로 약칭)와 같은 팬데믹 상황이나 자연재해, 대형재난 상황에서처럼 전문적이고 신속한 의료적 처치가 필요한 환자의 수가 폭발적으로 증가할 경우에는 일상의 보건체계로는 수요와 공급의 균형을 감당하기가 어렵다. 이처럼 긴급상황에 대처하여 어떤 환자가 먼저 의료 서비스를 제공받을지에 대한 우선순위를 결정하는 것을 트리아지²⁾(Triage)라고 한다.³⁾ 즉, 트리아지는 극단적이고 한계적인 상황에서 한정된 가용 의료자원을 초과하는 환자 발생 시에 적절한 의료적 대응을 위해 우선적으로 진료와 이송이 필요한 환자들을 개별적으로 평가하고 확정하는 선별 절차를 말한다. 제한된 시간과 불충분한 의료자원이 라는 제약 속에서 환자들을 신속하게 분류하고 적절한 의료조치를 취함으로써 가능한 한 더 많은 사람들이 생존할 수 있도록 의료자원을 배분하는 과정인 것이다. 전투상황이 아닌 경우 의료우선순위 설정은 의료조치의 시작, 유지 또는 종료에 대한 결정에도 적용될 수 있다.⁴⁾

문제는 누가 어떤 기준을 가지고 이러한 분류를 할 것인지와 무엇이 분류 과정에서 고려되어야 하는지이다. 의료우선순위에 관한 규정이 필요하다는 점에는 의문을 제기하기

-
- 1) 의료자원이란 건강을 유지시키거나 손상된 건강을 복구하기 위하여 전문가나 의료서비스 기관이 사용할 수 있는 총체적인 인적·물적 자원을 말한다.
 - 2) 응급환자 분류 또는 중증도 분류라고 하기도 한다.
 - 3) 트리아지는 ‘trier’라는 프랑스어에서 유래하였는데, 14세기에 상품의 품질과 가격에 따라 곡물, 옷감, 목재 등을 선별할 때 사용하던 용어를 나폴레옹 군대의 야전 의사였던 라리(Jean Dominique Larrey)가 전투 중 발생한 부상병을 치료하고 후방으로 이송하거나 다시 전투에 투입할 환자를 선별할 때 사용하면서 부상병의 선별이라는 의료적 뜻을 얻게 되었다. 이후 Triage는 독일과 프랑스, 미국, 영국 등에서 전시 부상병에 대한 선별절차로 활용되었다. 프랑스어로는 triage, 영어로는 sorting, 독일어로는 Sichtung으로 사용된다. Brech, Alexander, Triage und Recht, Patientenauswahl beim Massenansturm Hilfebedürftiger in der Katastrophenmedizin: ein Beitrag zur Gerechtigkeitsdebatte im Gesundheitswesen, Berlin 2008, S. 48 ff.
 - 4) 김기영, 박경기, 허정식, 코비드-19(COVID-19) 위기와 의료의 우선순위에 대한 비교법적 고찰, 한국의료법학회지 제29권 제1호, 2021, 50면.

어렵지만, 그 밖의 모든 것에는 논란의 여지가 있다.⁵⁾ 가령 누가 규정을 제정해야 하는지, 의료 전문가에게 맡겨야 하는지, 입법자(법률유보 또는 의회유보)가 직접 제정해야 하는지, 그렇지 않으면 개별 의료기관에 맡겨야 하는지가 문제될 수 있다. 이에 대한 대치는 국가마다 다르다.⁶⁾

또한 자연재해나 대형재난이 발생하였을 때의 의료우선순위와 코로나19 팬데믹과 같은 특수적 상황에서의 의료자원 분배는 유의미한 차이가 있을 것으로 사료된다. 한정된 의료자원으로 한꺼번에 여러 환자들을 치료해야 하는 상황은 비슷할 수 있지만 팬데믹 상황에서는 감염의 통제 가능성과 같은 기준이 더 중요할 수도 있기 때문이다.⁷⁾ 코로나 19 발생 이후 독일의 경우에는 ‘중환자의학과 응급의학을 위한 독일 학제 간 연합’(Deutsche Interdisziplinäre Vereinigung für Intensiv- und Notfallmedizin, 이하 ‘DIVI’)이 권고한 중증도 분류체계⁸⁾를 코로나19 확진자 치료의 우선순위를 정하는 기준으로 사용하였다. 그런데 이러한 우선순위 결정 과정에서 중증 장애인이 치료의 우선순위에서 밀려나거나 배제될 수 있는 가능성이 크다는 점이 문제되었고, 이에 관해 입법자가 직접 구체적인 법규정을 마련해야 하는 헌법적 의무가 있음에도 이를 행하지 않고 있다는 입법부작위를 확인하는 헌법소원⁹⁾이 독일 연방헌법재판소에서 인용되었다. 이는 감염병의 대유행 시 국가의 의무와 그 한계에 대해 생각하게 한다.

5) Hörnle, Tatjana / Huster, Stefan / Poscher, Ralf (Hrsg.), Triage in der Pandemie, Tübingen 2021, S. IX.

6) 우리나라의 응급의료체계는 병원 전(前) 단계와 병원 단계를 아우르는 통합적인 성격을 갖고 있으며, 병원 전 단계에서 환자를 가장 적절한 병원으로 이송하기 위해 각 병원을 비교할 만한 객관적인 정보를 얻기 위해 전국의 병원에서 공통으로 사용하는 환자 분류도구로서 응급의료에 관한 법률 시행규칙(보건복지부령 제998호) 제18조의3에 의거하여 KTAS(Korean Triage and Acuity Scale)라는 한국형 응급환자 분류도구를 사용하고 있다. 이는 2012년 캐나다 응급환자 분류도구인 CTAS(Canadian Triage and Acuity Scale)를 우리나라 의료상황에 맞게 변형하여 개발한 것이다. KTAS는 단순히 응급실에 내원하는 환자의 진료 순서를 정하기 위한 목적 이외에도 병원 전 단계를 아울러서 응급의료체계 전반을 개혁하기 위해 시작되었다.

KTAS는 환자를 평가할 때 증상을 중심으로(symptom-oriented) 분류하는 도구이다. 환자의 첫 인상을 평가한 후에 감염 여부에 대한 기본적인 문진과 진찰을 시행하고 환자가 호소하는 증상에 따라 공통적으로 적용할 수 있는 1차 고려사항과 증상에 따라 특별히 적용해야 할 2차 고려사항으로 환자의 중증, 긴급도를 결정한다. 이런 방법으로 분류된 병원 단계와 병원 전 단계의 KTAS 결과에 따라 환자는 적절한 병원으로 이송할 수 있게 되며, 병원에 도착한 후 분류 결과에 따라 진료의 우선순위를 결정하고 필요한 경우 안전한 대기 시간을 예측할 수 있게 된다.

7) 김수배, 팬데믹 상황에서 희소 의료자원 분배의 문제 -연령 기준에 대한 공리주의, 공동체주의, 자유주의의 입장 검토-, 인문학연구 통권 6호, 2023, 7면.

8) Entscheidungen über die Zuteilung intensivmedizinischer Ressourcen im Kontext der COVID-19-Pandemie.

9) BVerfG, Beschluss des 1. Senats vom 16. Dezember 2021 - 1 BvR 1541/20.

국가에 의료우선순위를 규정해야 하는 의무가 있다면, 그 기준은 무엇이 되어야 할까? 가령 기준을 연령으로 잡는다면 나이가 어린 환자에게 의료자원을 우선적으로 배분해야 하는지 아니면 오히려 면역력이 상대적으로 취약한 노령의 환자에게 우선적 배분을 해야 하는지, 생존가능성을 단기로 잡을 것인지 아니면 생존 이후 살아갈 여명이 더 많은 환자에게 배분해야 하는지, 질병의 유무나 장애 유무는 트리아지에서 어떤 방식으로 고려되어야 하는지, 다른 사람을 살릴 수 있는 의료인이나 구조대원 등에게 우선권을 줄 수 있는지 등 무엇을 기준으로 삼느냐에 따라 트리아지의 결과는 매우 달라질 수 있다. 치료를 받을 수 없거나 순위에서 밀려나는 경우 개인의 생명과 신체에 대한 위험 및 이와 관련하여 인간의 존엄성마저 위협받는 상황이 발생할 수 있다. 또한 의료우선순위의 기준이 평등원칙에 위배되는지 여부도 문제가 될 수 있다. 이에 따라 트리아지에 관해 규정하는 것이 헌법적 측면에서 국가의 기본권 보호의무와 관련이 있는지, 그렇다면 구체적으로 어떤 기본권이 연관되며 어떤 헌법적 문제점이 있을 수 있는지에 관해 알아 볼 필요가 있다. 독일의 경우, 앞서 언급한 연방헌법재판소의 결정(1 BvR 1541/20)에서 입법자의 역할에 관해 논한 바 있으므로 이를 바탕으로 우리의 현 상황에 비추어 감염병 유행 시에 분배기준을 세우고 관련 기본권과 국가의 보호의무에 관해 돌아볼 수 있는 계기가 될 수 있을 것으로 보인다.

2. 연구의 범위와 방법

본 연구보고서에서는 먼저 의료자원 분배의 기준이 될 수 있는 지표들과 그러한 기준의 사상적 배경에 관해 알아 보고 독일 연방헌법재판소의 트리아지 결정을 분석하여 문제될 수 있는 기본권과 국가의 역할에 관해 파악해 보고자 한다. 이에 따라 먼저 트리아지의 근간이라고 할 수 있는 한정된 의료자원 분배의 기준이 될 수 있는 표지들에 관해 고찰해 보고, 분배절차의 주체와 규정 제정 시 고려될 수 있는 사안들에 관해 살펴보고자 한다. 이어서 독일 연방헌법재판소의 중증도 분류에 관한 결정을 분석하여 그 배경과 관련된 기본권 및 그로부터 도출되는 국가의 의무와 재량에 관해 알아보하고자 한다. 또한 학계와 의료계의 분석과 비판에도 주목함으로써 다양한 각도에서 연방헌법재판소 결정의 의미를 살펴보려 한다. 이어서 독일 연방헌법재판소 결정에 대응하여 제정된 감염예방법 규정의 내용과 이에 대한 반응에 관해서도 알아보하고자 한다.

연구의 범위는 일반적 상황이나 자연재해·대형재난 발생시의 의료자원 분배보다는 팬데믹 상황에서의 한정적 의료자원의 배분에 중점을 두고 있으며, 배분 자원으로 중환자실 병상이나 인공호흡기, 치료약 등 치료적 의료자원을 상정하고 있다. 백신 배분은 그 목적이 집단 면역 형성에 있으므로 또 다른 관점이 적용될 것으로 보아 본 연구에서는 배제하였다.

3. 용어 정리

트리아지 상황에서 배분(rationing, Rationierung)과 분배(allocation, Allokation)를 구분하여 사용하는 경우가 있다. 분배는 보다 일반적인 용어로 자원을 할당하거나 계획적으로 나눠주는 행위를 의미한다. 반면에 배분은 수요에 비해 공급이 제한적이어서 그 자원을 배분받지 못하는 사람들이 있을 수 있는 분배를 말한다. 예컨대 전시 상황 또는 자연재해 시 식량이나 필수품을 정해진 양만큼 나누어주는 상황에서 주로 사용한다. 그렇지만 이러한 용어 구분이 엄격하게 이루어지지 않는고 혼재되어 통용되고 있다.

II. 한정된 의료자원 분배에 관한 독일에서의 논의

1. 분배기준의 필요성

한정된 의료자원 분배 시에 법이 결정적인 역할을 맡는다는 점에는 이견이 적을 것이다. 자유로운 공동체사회에서는 일반적으로 분배 결정을 국가가 아니라 사회에서 내리게 된다. 그렇지만 코로나19 감염처럼 일부 개인이 아닌 사회 전체가 당면한 실질적 위험 앞에서는 백신과 같은 자원의 분배를 시장에만 맡겨둘 수는 없다.¹⁰⁾ 연방헌법재판소는 ‘질병의 위협으로부터 국민을 보호하는 것은 기본법의 사회국가 질서에서의 국가의 핵심 과제’라고 하였다.¹¹⁾ 그러므로 국가는 건강과 관련된 자원의 배분을 규정할 수 있으며, 경우에 따라서는 그렇게 할 의무를 진다.¹²⁾ 트리아지와 관련된 상황에서도 이러한 배분 규정의 논리가 작용할 수 있을까? 코로나19 치료와 관련하여 필요할 수 있는 실존적 선택 결정도 이러한 헌법적 분배 기준을 따라야 하는 것일까? 그렇지 않다면 여기에 일반적인 기준이 요청될 수 없는 이유는 무엇일까? 트리아지가 법률로 규정되어야 할까? 어떤 장단점이 이와 연결되어 있는가? 만약 법률로써 이를 규정하지 않는다면 누가 규정 제정을 맡아야 하는가? 그리고 그 규정은 법률과 어떤 관계에 있는가?

복잡하고 까다로운 문제들은 어차피 해결될 수 없고 그러므로 무시해야 하는 ‘아포리아’로 규정하여 회피하는 견해도 있다.¹³⁾ 그러나 비극적인 결정을 포함한 대부분의 분배와 관련된 결정은 형식과 내용 모두 법적으로 사전 구조화되어 있는 시스템 안에서 이뤄지는 것이 당연하고 이는 특히 의료시스템에도 적용된다.¹⁴⁾ 그러므로 생명과 직접적으로 연계되는 매우 중요한 배분결정을 헌법에서 어떻게 구성하고 있는지 알아볼 필요성이 있

10) Augsburg, Steffen, Regelbildung für existentielle Auswahlentscheidungen, in: Hörnle, Tatjana / Huster, Stefan / Poscher, Ralf (Hrsg.), Triage in der Pandemie, Tübingen 2021, S. 3 (6).

11) BVerfGE 123, 186 (242) 참조.

12) Augsburg, Steffen, Regelbildung für existentielle Auswahlentscheidungen, in: Hörnle, Tatjana / Huster, Stefan / Poscher, Ralf (Hrsg.), Triage in der Pandemie, Tübingen 2021, S. 3 (6).

13) Lindner, Josef Franz, Das Problem des grundrechtlichen Status des Embryos in vitro – eine Aporie, in: ZfL 2015, S. 10 (14 ff.).

14) Augsburg, Steffen, Regelbildung für existentielle Auswahlentscheidungen, in: Hörnle, Tatjana / Huster, Stefan / Poscher, Ralf (Hrsg.), Triage in der Pandemie, Tübingen 2021, S. 3 (9).

다.¹⁵⁾ 기본법(특히 기본법 제1조 제1항¹⁶⁾, 제2조 제2항¹⁷⁾, 제2조와 연계한 제1조 제1항 및 제3조¹⁸⁾)에서 기본적인 평등대우 원칙을 추론할 수 있으며, 이는 인간의 생명에 대해서 양적 평가와 정성(定性) 평가 모두를 금지하고 있다는 주장이 존재한다. 연방헌법재판소의 제1차 임신중절 판결¹⁹⁾에서도 ‘생명과 생명 간에 총체적인 형량을 하여 아마도 더 많은 사람의 이익을 위해 소수의 말살을 승인하는 것은 모든 개별적인 생명을 보호해야 하는 의무와 양립할 수 없다.’는 논지를 고수하였다. 따라서 인간 생명은 ‘어떤 경우에도 어떤 평가나 수치적 형량의 대상이 되어서는 안 된다’²⁰⁾는 견해가 있다. 독일 윤리위원회²¹⁾(Deutscher Ethikrat)는 예외적 상황에서도 국가는 가능한 한 많은 인명을 구할 의무가 있을 뿐만 아니라 무엇보다도 법체계의 기초를 보장해야 할 의무가 있다고 하였다.²²⁾

한편, 이와 달리 생명권과 생명권 간의 형량은 그 자체로 금지되는 것이 아니라는 견해가 있다.²³⁾ 일례로 연방헌법재판소의 항공보안법 결정에서 청구인들은 생명권 간의 형량을 금지한다는 주장²⁴⁾을 펼쳤지만 연방헌법재판소는 이를 명시적으로 언급하지는 않았다. 오히려 2001년 9월 11일의 공격과 같은 방식으로 지상의 목표물을 파괴하기 위한 발사체로 이용하기 위한 여객기의 격추와 관련하여 납치범들의 인간 존엄을 직접적으로 주장한다. “만약 국가가 위법한 공격을 방어하고 생명 말살의 위기에 처한 이들에 대한

15) Augsberg, Steffen, *Regelbildung für existentielle Auswahlentscheidungen*, in: Hörnle, Tatjana / Huster, Stefan / Poscher, Ralf (Hrsg.), *Triage in der Pandemie*, Tübingen 2021, S. 3

16) “인간의 존엄성은 훼손될 수 없다. 이를 존중하고 보호하는 것은 모든 국가권력의 의무이다.”

17) “모든 사람은 생명과 신체를 훼손당하지 않을 권리를 갖는다. 신체의 자유는 불가침이다. 이 권리들은 법률에 근거해서만 제한될 수 있다.”

18) **[기본법 제3조]**

(1) 모든 사람은 법 앞에 평등하다.

(2) 남녀는 동등한 권리를 갖는다. 국가는 남녀의 동등한 권리의 실제적 실현을 증진하고 현존하는 불이익들을 제거하기 위해 노력한다.

(3) 누구도 성별, 혈통, 인종, 언어, 고향과 출신, 신앙, 종교관 또는 정치관을 이유로 불이익을 받거나 특혜를 받아서는 안 된다. 누구도 장애를 이유로 불이익을 받아서는 안 된다.

19) BVerfGE 39, 1, 58.

20) BVerfGE 39, 1, 59.

21) 독일 윤리위원회(Deutscher Ethikrat)는 2007. 8. 1. 제정된 윤리위원회법(Ethikratgesetz)에 따라 독립적인 전문가들로 구성된 위원회이다. 위원회는 특히 생명과학 분야와 이를 인간에게 적용함에 있어서 연구 개발과 관련하여 발생이 예견되는 개인 및 사회에 대한 윤리적, 사회적, 과학적, 의학적, 및 법적 문제를 추적한다.

22) Deutscher Ethikrat, *Solidarität und Verantwortung in der Corona-Krise*, 4.

23) Poscher, Ralf, *Die Abwägung von Leben gegen Leben – Triage und Menschenwürdegarantie*, in: Hörnle, Tatjana / Huster, Stefan / Poscher, Ralf (Hrsg.), *Triage in der Pandemie*, Tübingen 2021, S. 41 (50 ff.).

24) BVerfGE 115, 118, 127.

보호의무 이행을 위해 이를 방지하려 한다면, 여객기를 인간의 생명을 말살하기 위한 무기로 오용하려 하는 사람들처럼 다른 이들의 법익을 위법하게 공격하는 사람들에게 국가 행위의 단순한 객체로서 주체성이 원칙적으로 의문시되지 않는다(...). 반대로 자기결정에 따른 행동의 결과와 그가 야기한 사건에 대해 책임을 진다면, 이는 공격하는 자의 주체적 지위에 상응한다. 따라서 그는 자신의 고유한 인간 존엄에 대한 존중이라는 권리를 침해받지 않는다.”²⁵⁾

생명 간의 형량을 해서는 안 된다는 사실은 어떤 종류의 형량을 통해서도 국가가 생명을 빼앗는 결과를 낳을 수 없는 것처럼 들린다. 하지만 연방헌법재판소도 두 번째 임신 중절 판결에서 이는 헌법의 실정법적 소견에 따라 옳을 수 없다는 점을 강조했다.²⁶⁾ “생명의 보호는 모든 법익에 대해 예외 없이 우위를 갖는다는 절대적 의미에서의 명령이 될 수 없다. 이는 이미 기본법 제2조 제2항 제3문²⁷⁾에서 드러난다.”²⁸⁾

생명보호가 절대적 우위를 누리지 않는다면 해당 권리의 보호는 다른 법익과 형량될 수 있어야 한다. 생명권의 형량 그 자체로 인간 존엄의 침해가 일어나지는 않는다. 이는 트리아지의 경우에도 적용된다. 트리아지의 기준이 도움이 필요한 사람의 존엄을 평가 절하하는 경우에만 다른 결과가 도출된다.²⁹⁾

2. 의료자원 배분의 기준

가. 주관적 가치결정

의료자원 배분의 기준은 결코 의학적이거나 객관적 또는 중립적인 것이 될 수 없고 종국에는 특정한 정의론 견해에 뿌리를 둔 주관적인 가치결정일 수밖에 없다.³⁰⁾ 따라서

25) BVerfGE 115, 118, 154.

26) Poscher, Ralf, Die Abwägung von Leben gegen Leben – Triage und Menschenwürdegarantie, in: Hörnle, Tatjana / Huster, Stefan / Poscher, Ralf (Hrsg.), Triage in der Pandemie, Tübingen 2021, S. 41 (50 ff.).

27) “이 권리들은 법률에 근거해서만 제한될 수 있다.”

28) BVerfGE 88, 203, 253 f.

29) Poscher, Ralf, Die Abwägung von Leben gegen Leben – Triage und Menschenwürdegarantie, in: Hörnle, Tatjana / Huster, Stefan / Poscher, Ralf (Hrsg.), Triage in der Pandemie, Tübingen 2021, S. 41 (80).

30) Lachmann, Rolf/Meuter, Norbert, Medizinische Gerechtigkeit. Patientenauswahl in der Transplantationsmedizin, München, 1997, S. 164 ff.

‘공정한’ 트리아지의 기준과 그 도덕적 적절성은 주요한 철학적 정의(正義) 개념과 그 바탕에 놓인 실체적 분배원칙에 따른 답변을 모색해야 할 것이다.³¹⁾

의료자원과 같은 공익을 개인에게 어떻게 공정하게 분배할 것인가의 문제는 다양한 각도에서 조명될 수 있다. 가령 ‘각자에게 각자의 몫을’이라는 원리는 기본적으로 생각해 볼 수 있는 정의의 원리이다. 그러나 이때 ‘각자의 몫’에 대한 실질적 기준이 다르게 제시될 수 있다.³²⁾ 각자에게 모두 똑같은 분량을, 또는 각자의 사회적 공헌이나 기여에 따라, 혹은 각자의 노력에 따라, 혹은 각자의 필요에 따라 등등 다양하다. 이러한 분배의 실질적 기준들은 각기 장단점이 있으며 서로 경합한다. 따라서 정의로운 분배 방식의 실질적 기준이나 구체적 내용에 관해 모두의 합의를 이끌어내는 것은 매우 어렵고, 격렬한 논쟁의 대상이 되기도 한다.³³⁾

‘평등’을 정의의 핵심으로 보고 이를 지향하며 불평등한 격차를 완화하려는 이론적 경향과 개인의 ‘선택의 자유’나 ‘효율성’을 지향하는 이론적 가치의 대립이 그 일례이다. 이러한 평등주의론과 결과주의론의 대립은 기회의 평등을 강조한 자본주의와 결과의 평등을 강조한 사회주의의 이념 대립 속에서 논쟁이 지속되었다. 그러다가 롤즈가 제시한 ‘정의론’에서 ‘절차의 공정성’이 모든 사람이 합의할 수 있는 정의로움의 토대가 된다는 주장이 제기되면서 분배방식을 결정하는 논의의 ‘절차와 원칙’의 합리성과 공정성이 중요시되었다.

나. 결과를 중시하는 배분

(1) 공리주의적 관점

이러한 논의는 의료자원의 배분에서도 이어진다. 이에 따라 결과론적인 효용 혹은 유용성을 규범적 판단의 기준으로 보는 공리주의(Utilitarismus)는 모두를 위한 유용성의 극대화(maximization of utility for all)라는 척도에 따라 오직 행위의 결과에 의해서만 해당 행위의 옳고 그름을 판단하여 최선의 결과를 산출하며, 행위의 도덕적 가치를 그 행위로

31) Brech, Alexander, Triage und Recht, Patientenauswahl beim Massenansturm Hilfebedürftiger in der Katastrophenmedizin: ein Beitrag zur Gerechtigkeitsdebatte im Gesundheitswesen, Berlin 2008, S. 123.

32) 김도균, 한국 사회에서 정의란 무엇인가, 아카넷, 2020, 30면 이하.

33) 송윤진, COVID-19 팬데믹 시대의 법과 의료 윤리: 의료자원의 분배 문제를 중심으로, 아세아여성법학 제23호, 2020, 48면.

인해 산출된 결과들의 총체적 가치로 계산한다. 하지만 인간은 모든 행위의 결과를 미리 예측하고 행동할 수 없다.

의료체계에 접목해 보면 문제상황에 관련된 중요한 변수들, 가령 환자의 규모, 회복가능성, 치료 기간, 생명 연장 연수, 소요 자원 등과 같은 요소들의 상관관계를 경험에 따른 일반규칙으로 수치화하거나 계산할 수 있다고 보고 우선순위 책정 시 유연하고 신속한 의사결정을 가능하게 할 수도 있게 된다.³⁴⁾

하지만 공리주의의 취약성은 수치화와 비교가 쉽지 않은 삶의 질의 평가에서 두드러지는데, 이에 대한 보완책이 이른바 ‘QALY’(Quality Adjusted Life Year) 개념을 적용하는 방안이다. 그렇지만 삶의 질을 수치화하여 결정하는 것 자체가 차별적 요소를 담고 있으며 개인의 주관적 경험을 객관화하기 어렵다는 난점을 갖고 있다. 특히 노인, 장애인, 고비용 치료 환자에 대한 차별 논란이 있다. 또한 삶의 질 개념을 삶의 가치 개념과 연결하여 이해하려 하는 경우 악용의 가능성과 공정한 시행이 어렵다는 문제도 있다.

(2) 다수 구조의 원칙

결과적으로 최대한 많은 수의 사람을 살리려는 다수 구조의 원칙 또한 결과를 중시하는 윤리적 원칙이다.³⁵⁾ 피츠버그 대학의 경우 가장 빨리 실제 환자에 적용할 수 있는 배분 지침을 만들어서 환자의 예후와 중증도를 평가하는 순차적 장기부전평가(The Sequential Organ Failure Assessment, SOFA) 점수를 의료자원 배분 시 고려하였다. 점수 산정 방식으로 환자의 단기적 예후 및 회복 가능성에 가장 큰 비중을 두고 있으며, 이는 최대한 많은 사람을 살리려는 의료자원 배분의 기본적인 윤리적 목표를 달성하기 위함이라 한다. 하버드 의대 산하 Brigham & Women’s Hospital 배분 지침에서도 회복 가능성을 인공호흡기 및 중환자실 병상 배분에서 고려하고 있으며 최대한 많은 수의 생명을 살리기 위함임을 명시하고 있다. 그 밖에도 여러 학술 논문에서도 공통적으로 최대한 많은 사람을 살리라는 윤리적 원칙에 최우선순위를 두어야 한다는 주장이 있다.

34) 김수배, 팬데믹 상황에서 희소 의료자원 분배의 문제-연령 기준에 대한 공리주의, 공동체주의, 자유주의의 입장 검토-, 인문학연구 통권 6호, 2023, 9-12면.

35) 이경도, 코로나 19로 인한 자원 부족 상황에서 의료 자원의 배분 정의, 한국의료윤리학회지 제23권 제3호(통권 제46호), 2020, 154면.

(가) 사회적 유용성

사회적 유용성 측면에서 의료진이나 감염병 방역 체계에서 핵심적인 역할을 하는 이들에게 의료 자원을 먼저 배분해야 하는지에 관해서는 논쟁의 여지가 있다. 몇몇 배분 지침에서는 의료진에게 추가 점수를 주어 배분 결정에서 우선권을 얻도록 함으로써 이들을 살려서 결과적으로 이후 더 많은 사람들이 살게 되도록 하고 있다. 즉 의료 자원 배분 이후에 발생할 부차적인 건강상 이득이 존재한다면 배분 결정시 고려해야 한다는 주장이 있다. 회복 후 더 많은 사람들을 살릴 수 있는 사람들에게 우선권을 주는 것은 건강상 이득을 가져오기에 정당화가 가능할 수도 있다.

다른 한편으로 단순히 결과론적으로 의료진에게 우선권을 줘야 한다는 주장뿐만 아니라 다른 이들을 살리기 위한 일을 하다가 감염에 노출된 의료진에게 이타적 행위를 보상하는 차원에서 자원 배분의 우선권을 주어야 한다는 주장도 존재한다.³⁶⁾ 즉, 분류된 직업군만을 고려하지 않고 코로나19의 감염 확산을 막는 것에 직접적으로 기여한 의료진 및 비의료진에 한하여 그들이 직접 필요로 하는 의료자원 배분의 우선권을 줄 수도 있을 것이다.

(나) 연령

연령에 관해서는 다수 구조의 원칙이 건강 혜택 혹은 생명-년수(life-years)의 최대화를 구분하여 설명하고 있다. 다수 구조의 원칙상 연령이 오직 회복 가능성과 관련되어 고령의 환자는 회복 가능성이 일반적으로 작기 때문에 간접적으로만 고려되는 것이다. 생명-년수의 최대화 측면에서 예를 들면 10대 환자를 80세까지 살게 하는 것(즉 70만㎞의 생명-년수를 얻는 것)과 70대 환자를 80세까지 살게 하는 것, 즉 10만㎞의 생명-년수를 얻는 것과는 7배의 차이가 있으므로 70대 환자 7명을 살리는 것과 10대 환자 1명을 살리는 것은 생명-년수 최대화 측면에서는 동일하다. 따라서 최대한의 생명-년수를 얻으려는 배분 지침은 연령이 배분 결정에 큰 영향을 미치게 된다.

연령 그 자체가 의료자원 배분에서 중요하다는 주장도 있다. 여명이 적게 남은 어린 환자가 있다고 해도 그에게 의료 자원을 먼저 배분해야 한다는 주장이다. 어린 사람에게 의료자원을 먼저 배분해야 한다는 주장(fair innings argument)에는 ‘삶의 주기상 여러 중

36) 안병하, 팬데믹으로 인한 의료자원의 소진(消盡)시 치료의 우선순위 결정(Triage) - 희소한 의료자원 배분의 기준을 위한 논의의 출발 -, 비교사법 제29권 제4호(통권 제99호), 2022, 19면.

요한 삶의 사건을 아직 경험해 보지 못한 어린 사람들은 이를 모두 경험한 사람에 비해 의료 자원 배분에 있어서 우선권을 부여받아야 한다’는 생각이 바탕에 깔려있다.

연령 기반 배분처럼 연령의 직접적 고려는 차별의 소지가 있으며 연령만을 바탕으로 배분 기준을 정하기보다 다른 요소를 고려하여 가령 코로나19의 경우 노년층의 치사율이 더 높으므로 의료자원이 배분되지 않는다면 죽을 확률이 더 높은 이들에게 자원 배분을 우선한다면 연령을 어느 정도 고려하는 배분이 정당화될 수도 있을 것이다.

(다) 건강 수준과 장애 유무

자원 부족으로 인해 의료자원의 배분이 불가피할 경우 장애인을 차별하는 방식으로 배분이 이뤄질 것이라는 우려가 많다.³⁷⁾ 특히 만성 호흡기 질환자 등 호흡기 기능 장애가 있어서 인공호흡기를 이미 장기간 사용하고 있지만 여명이 길지 않고 삶의 질이 좋지 않다고 보고 극심한 자원 부족 상황에서 이들의 인공호흡기를 빼앗아 다른 이에게 배분할 수 있다는 우려도 컸다. 공리주의적 관점에서 볼 때 2명의 낮은 삶의 질을 겪을 환자를 살리는 것보다 1명의 높은 삶의 질을 겪을 환자를 살리는 것이 공리주의적으로 옳을 수 있다. 그렇지만 삶의 질 평가가 객관적으로 가능한 것인지는 의문스럽다. 현재 많이 쓰이고 있는 이른바 ‘질 보정 생존 연수(Quality Adjusted Life Year, 이하 QALY)’는 사람들에게 설문하여 특정 장애가 동반된 삶과 그렇지 않은 경우의 삶에 대한 선호도를 조사하여 산출하는 계산법이다. 가령 시각 장애가 있는 상태로 10년을 살지 혹은 더 짧게 살더라도 이런 장애가 없는 상태로 몇 년을 사는 게 낫다고 생각하는지 선호도를 조사하여 점수를 산출해 낸다. 일반적으로 정상 기능을 하는 상태의 1년이 기본단위인 1 QALY가 되며 장애가 있는 상태에서의 생명-년수 1년은 1 QALY보다 더 작은 숫자가 된다. 이 과정에서 장애인에 대한 간접적 차별이 야기될 수 있다. QALY 계산법이 객관적이고 공정하게 삶의 질을 평가하는 도구가 될 수 있는가에 대해서는 회의적인 견해도 존재한다. 이러한 설문이 대부분 장애를 겪어 보지 않은 이들을 대상으로 하고 있어서 편견을 바탕으로 이뤄질 수 있으며, 실제 그 장애를 갖고 있는 사람의 경험에 비해 장애를 겪는 삶의 질을 지나치게 저평가하는 위험성이 있기 때문이다.

다른 한편으로는 질환의 중증도를 의료 자원 배분에 고려하는 것은 공정함과는 다른

37) 이경도, 코로나 19로 인한 자원 부족 상황에서 의료 자원의 배분 정의, 한국의료윤리학회지 제23권 제3호(통권 제46호), 2020, 157-159면.

가치를 추구하기 위함일 수 있다. 가령 회복이 어렵더라도 중한 상태에 놓인 환자를 치료하는 것은 인도주의적 가치를 추구하기 위함인 경우가 많은데 극심한 공급 부족 상황에서 중하지만 회복이 힘든 환자들에게 너무 많은 자원이 배분된다면 그 자원을 받아 회복할 가능성이 더 큰 많은 사람이 죽게 되는 결과가 나올 수 있기에 증증도만을 고려하는 것은 윤리적으로 정당하지 않을 수 있다.

다. 평등을 중시하는 배분

평등주의 이론은 의료자원 배분 시에 ‘공정한 기회균등’의 보장을 지향하는데, 그 구체적인 방안으로 추천이나 무작위 할당 또는 선착순 등을 도입할 수 있다고 한다. 이러한 접근방식은 언뜻 모든 사람들을 공평하게 대우하는 것으로 보이며 신속한 대응을 가능하게 하는 장점도 가진다.³⁸⁾ 그렇지만 추천 등을 통한 의료자원 배분은 또 다른 문제점을 내포하고 있다. 가령 누가 추천을 하고, 추천의 대상은 어떻게 선정할 것이며 의료적 유용성이나 치료의 성공가능성 등의 다양한 요인을 배제한 채 무작위로 치료할 환자를 선별하게 되면 결과적으로 더 큰 불평등을 낳을 수 있다. 선착순 방식 역시 몸이 불편하거나 스스로 이동이 힘든 사람들이 도움을 기다렸다가 병원에 도착한다는 점을 상정해 보면 현실과 기회균등의 이상에 간극이 있음을 알 수 있다.

라. 소결

결과적으로 다양한 분배정의 이론의 경합과 대립에서 의료자원의 배분 시에 어느 하나를 선택하기에는 각각의 이론의 유연성이 떨어지고, 실무에서의 적용이 쉽지 않을 것이다. 그러므로 복잡한 사안을 해결하기 위해 어느 한 가지 원칙이나 기준만을 채택하여 적용하기보다는 다양한 기준의 장단점을 파악하여 최선의 분배정의를 달성하기에 가장 적합한 기준을 마련해야 할 것이다.

38) 송윤진, COVID-19 팬데믹 시대의 법과 의료 윤리: 의료자원의 분배 문제를 중심으로, 아세아여성법학 제23호, 2020, 52면.

3. 한정된 의료자원의 배분

가. 의료자원 배분의 양상

의료자원 배분은 기본적으로 크게 두 가지³⁹⁾ 양상으로 나뉘볼 수 있다.⁴⁰⁾

(1) 사전적(ex-ante) 트리아지

특정한 의료적 조치가 취해지기 전부터 이미 그러한 조치를 행할 수 있는 것보다 더 많은 환자가 존재하는 경우이다. 가령 응급 병상이 하나뿐인데 응급환자 두 명 이상이 이를 두고 경쟁하는 경우를 상정해 볼 수 있다.

(2) 사후적(ex-post) 트리아지

사후적 트리아지는 예컨대 이미 치료를 받고 있는 응급환자가 있고, 여기에 새로운 응급환자가 추가되는 경우에 기존 환자의 치료를 중단하고 새로운 환자를 치료해야 하는지 우선순위를 판단하는 경우를 말한다.

나. DIVI의 중증도 분류체계 권고안

독일에서는 코로나19 팬데믹 상황에서 의료자원이 부족한 경우에 대비하여 의료 현장에서 DIVI의 중증도 분류체계 권고안을 활용하였다.

39) 예방적 트리아지(vorsorgliche Triage)를 포함하여 세 가지 범주로 나누는 경우도 있다. 즉, 실제로 존재하는 환자들이 제한된 의료자원을 두고 경쟁하는 것이 아니라 실제로 존재하는 환자와 장래 발생할 수 있는 미지의 환자 사이에서 경쟁하는 경우를 뜻한다. 이에 관해서는 Fatch-Moghadam, Bijan / Gutmann, Thomas, Gleichheit vor der Triage, in: Hörnle, Tanja / Huster, Stefan / Poscher, Ralf (Hrsg.), Triage in der Pandemie, Tübingen 2021, S. 291, 328 Fn. 133 참조.

40) 아래의 내용은 Engländer, Armin, Die Pflichtenkollision bei der Ex-ante Triage, in: Hörnle, Tanja / Huster, Stefan / Poscher, Ralf (Hrsg.), Triage in der Pandemie, Tübingen 2021, S. 111 (118 ff.)을 참조하였다.

(1) DIVI와 의료 가이드라인

중환자의학과 응급의학 분야에서 학문·연구·실무를 장려하고 정치적 요청을 대리하기 위해 해당 분야의 전문가·종사자들과 단체들로 구성된 자율적인 연합체인 DIVI는 특정 임상 상황에서의 의료 결정에서 투명성을 담보하기 위해 다양한 출처에서 얻은 지식을 모아 체계적인 기준을 설정하고 개발하고 있다.⁴¹⁾ 특히 상충되는 견해와 특정 상황 요건에 대한 고려와 논의가 가이드라인(Leitlinie) 개발의 중요한 부분이라고 한다. 그렇지만 가이드라인은 의사가 특정 사례에 대한 개별 적용 가능성을 검토하는 것을 면제해 주지는 않으며, 의사 결정을 위한 보조 도구일 뿐이며 법적 구속력이 없다는 점에서 지침(Richtlinie)과 구별된다.⁴²⁾ 가이드라인은 최신 의료 지식을 종합하고 조사와 치료의 유용성 및 유해성을 형량하여 이를 기반으로 구체적인 행동지침을 제시한다. 또한 가이드라인은 권고사항이 어느 정도로 학문적으로 입증되었는지를 알리는 역할도 한다.⁴³⁾

DIVI의 가이드라인을 포함하여 임상에서 통용되는 여러 의료 가이드라인은 학술의료 실무공동체 사단(Arbeitsgemeinschaft der Wissenschaftlichen Medizinischen Fachgesellschaften e. V., 이하 AWMF)의 홈페이지⁴⁴⁾에 게재되며, 필요에 따라 업데이트되고 확장된다. AWMF 시스템에 따르면 의료 가이드라인은 S1에서 S3까지 4가지 개발 수준으로 개발 및 분류된다. 이에 따르면

S1: 가이드라인은 비공식적 합의를 통해 전문가 그룹에 의해 개발

S2k: 공식적인 합의에 도달

S2e: 체계적인 증거 검색이 이루어짐

S3: 체계적인 개발의 모든 요소(논리, 결정 및 결과 분석, 과학 연구의 임상적 관련성 평가 및 정기 검토)를 거친 단계

따라서 S3 가이드라인의 방법론적 품질은 S2 또는 S1 가이드라인보다 높다. AWMF가 나열한 가이드라인 중 약 37%가 S1 가이드라인/권장사항, 약 37%는 S2 가이드라인에 해당하며 약 26%가 S3 가이드라인으로 구분된다(2020년 6월 기준).

41) <https://www.divi.de/die-divi/ueber-die-divi> (최종검색일: 2024. 7. 2.).

42) <https://www.divi.de/die-divi/ueber-die-divi> (최종검색일: 2024. 7. 2.).

43) <https://www.bundesgesundheitsministerium.de/service/begriffe-von-a-z/l/leitlinien> (최종검색일: 2024. 7. 2.).

44) <https://register.awmf.org/de/start> (최종검색일: 2024. 7. 2.).

DIVI의 ‘코로나19 팬데믹 환경에서 응급의학과 집중의학 분야에서의 자원 분배에 관한 결정(Entscheidung über die Zuteilung von Ressourcen in der Notfall- und Intensivmedizin im Kontext der COVID-19-Pandemie)’은 코로나19 상황에서 응급의료와 집중의료 치료의 필요성이 커짐에도 불구하고 그러한 자원이 모든 환자에게 충분하지 못한 상황에 대비하여 2020년 3월 처음 만들어졌고 이후 2020년 4월과 2021년 11월에 각각 두 번째와 세 번째 버전(AWMF-Registernummer 040-013)이 업데이트되었다. 해당 권고는 전문가집단에서 비공식적으로 합의한 S1 의료가이드라인이다.

(2) DIVI 권고안의 내용

코로나19 팬데믹 환경에서 응급의학과 집중의학 분야에서의 자원 배분에 관한 DIVI의 가이드라인에 따르면 의료결정을 내리는 때에 두 가지 일반적 원칙이 있는데, 먼저 개별 환자의 수요를 통해 결정의 향방을 정하고, 보완적으로 실제적·인적 자원이 시급하게 부족한 때에 추가적으로 초개인적인 관점에서 우선순위를 정한다.⁴⁵⁾

이에 따라 이미 임종과정이 시작되어 진행중이거나 치료가 가망이 없는 것으로 추정되는 경우 또는 응급의료를 통한 집중치료실에서 지속적으로 계류 시에만 생존이 보장되는 경우에는 집중치료의 적응증(Indikation)⁴⁶⁾이 없는 것으로 본다. 또한 환자가 응급 또는 집중치료를 거부하거나 사전에 거부하였다면 집중치료의 대상이 되지 않는다.

만약 자원이 충분하지 않을 경우에는 필연적으로 어떤 환자가 집중치료의 대상이 되고 어떤 환자가 대상이 되지 못하는지에 관해 결정해야 한다. 환자의 우선순위 결정에서는 임상적 성공가능성(klinische Erfolgsaussicht)이라는 기준에 따라 현재의 발병상태에서 생존할 수 있는 가능성에 따라야 한다.⁴⁷⁾

이러한 결정과정은 명백히 규정된 책임소재를 통해 지속적이고 공정하며 의료 및 윤리적으로 근거있는 우선순위결정이어야 한다. 따라서 그러한 결정은 다중 평가의 원칙

45) Entscheidungen über die Zuteilung intensivmedizinischer Ressourcen im Kontext der COVID-19-Pandemie - Klinisch-ethische Empfehlungen, S. 3.

https://register.awmf.org/assets/guidelines/040-013l_S1_Zuteilung-intensivmedizinischer-Ressourcen-im-Kontext-der-COVID-19-Pandemie-Klinisch-ethische_Empfehlungen_2021-12_1-abgelaufen.pdf (최종방문일: 2024. 7. 3.)

46) 적응증이란 어떤 약이나 수술로 치료효과를 볼 수 있을 것이라고 생각되는 질환이나 증세를 의미한다.

47) Entscheidungen über die Zuteilung intensivmedizinischer Ressourcen im Kontext der COVID-19-Pandemie - Klinisch-ethische Empfehlungen, S. 4.

(Mehraugen-Prinzip)에 따라 적어도 2인 이상의 집중의료 경력이 있는 의사들과 1인의 요양사 대표, 상황에 따라 그 밖의 전문가(가령 의료 윤리 전문가)의 참여를 통해 이뤄져야 한다.⁴⁸⁾

이처럼 DIVI의 권고에서는 치료의 우선순위결정에서 개별 환자의 현재의 임상적 상태에 관한 정보와 치료에 대한 환자의 현재/사전/추정 의사를 파악하고 의료병력이나 임상적으로 합병증을 고려하며 병약함이나 임상노쇠지수(Clinical Frailty Scale) 등이 현재의 생존가능성에 부정적인 영향을 미치는지를 고려하여 치료 우선순위에 관한 결정을 내리게 된다.

우선순위 결정에서는 집중치료를 받아야 하는 모든 환자들을 동등하게 고려해야 하며 재평가(Re-Evaluation)를 통해 환자의 건강상태 변화를 추적하고 기록하여 상태가 나아진 환자는 일반병실로 전원하고 더 이상 치료의 효과를 기대할 수 없는 상태에 있는 환자는 완화치료를 받도록 하며 그 밖의 집중치료를 통해 호전될 수 있는 기대가 있는 환자들을 모아서 트리아지의 대상이 되도록 한다.⁴⁹⁾

재평가에서 우선순위를 결정하면서는 집중치료 하에 장기의 기능, 질병의 경과, 지금까지 치료의 효과 등을 고려하여 다른 집중치료가 요구되는 환자들과 비교하고 처분 가능한 자원을 고려하여 집중치료를 계속 받을지 여부를 결정하게 된다.⁵⁰⁾

(3) 소결

DIVI의 권고안은 사전적 트리아지와 사후적 트리아지를 결합한 형태라고 볼 수 있다. 의료자원이 충분하지 않은 경우 환자를 분류하고 치료의 우선순위를 결정하는 과정은 사전적 트리아지에 해당하고, 이미 치료 중인 환자들을 다시 우선순위 결정에 포함시켜서 재평가를 통해 치료를 지속하거나 중단하는 결정을 내리는 것은 사후적 트리아지에 해당하는 것으로 사료된다.

48) Entscheidungen über die Zuteilung intensivmedizinischer Ressourcen im Kontext der COVID-19-Pandemie - Klinisch-ethische Empfehlungen, S. 4.

49) Entscheidungen über die Zuteilung intensivmedizinischer Ressourcen im Kontext der COVID-19-Pandemie - Klinisch-ethische Empfehlungen, S. 9, 10.

50) Entscheidungen über die Zuteilung intensivmedizinischer Ressourcen im Kontext der COVID-19-Pandemie - Klinisch-ethische Empfehlungen, S. 10.

III. 독일 연방헌법재판소의 의료우선순위 결정

1. 결정의 배경

코로나19 팬데믹의 발생 이후 지금까지 독일 의료계에서는 DIVI가 권고한 중증도 분류 체계가 코로나19 확진자 치료의 우선순위를 정하는 기준으로 적용되었다. 이 사건 청구인들은 대부분 중증 장애인으로 DIVI가 권고한 기준에 따라 중증도 분류를 실행할 경우 자신들이 치료 우선순위에서 밀려나거나 아예 배제될 가능성이 크다고 주장하면서 이를 방지할 목적으로 관련 법률에 장애인 보호를 위한 의료자원의 분배 기준이 명시적으로 규정되어야 한다고 주장하였다. 또한 입법자의 입법적무는 무엇보다도 “누구도 장애를 이유로 불이익을 받아서는 안 된다”고 규정한 기본법 제3조 제3항 제2문의 장애인 차별금지 조항에 근거하며 이를 위반한 입법부작위는 위헌이라고 주장하였다. 오미크론 변이바이러스로 인한 확진자 폭증으로 독일 의료계의 부담이 점차 가중되고 있는 상황에서 청구인들의 이러한 주장에 대해 연방헌법재판소의 인용결정이 이루어지자 독일 사회 내에서 중증도 분류와 관련한 헌법적, 입법적 문제가 중요한 이슈로 제기되었다.

2. 결정의 내용

청구인들은 총 9명으로 이 중 8명은 시각장애, 척추 근위축증(Muskelatrophie) 등 일상 생활에서 보조인의 도움이 필요한 중증 장애를 앓고 있으며 나머지 1명은 가장 고령인 77세로 만성질환인 관상동맥심장질환(koronare Herzerkrankung)과 2형 당뇨병을 앓고 있었다. 청구인들은 일상생활에서 전적으로 또는 시간제로 돌봄 지원을 받고 있거나 돌봄 시설에 거주하고 있으며, 자신들의 신체적 제약과 돌봄 지원 및 시설 거주로 인하여 코로나바이러스에 감염될 위험이 높다고 주장하였다.⁵¹⁾ 이들이 헌법소원 심판을 청구한 시기는 2020년 6월로, 상기한 바와 같이 당시 독일에는 중증도 분류와 관련한 법규정이 존재하지 않았고, 의료현장에서는 DIVI의 권고⁵²⁾(의료 가이드라인, S1-Leitlinie)가 통용되

51) 독일 연방헌법재판소 2021. 12. 16. 결정. 1 BvR 1541/20, Rn. 11-20.

52) 첫 번째 권고는 2020. 3. 25., 두 번째 권고는 2020. 4. 17., 세 번째 권고는 2021. 11. 23.

어 왔다.⁵³⁾ DIVI는 2020년 3월 25일 ‘코로나19 팬데믹 환경에서 응급의학과 집중의학 분야에서의 자원 분배에 관한 결정(Entscheidung über die Zuteilung von Ressourcen in der Notfall- und Intensivmedizin im Kontext der COVID-19-Pandemie)’이라는 제목으로 코로나19 확진자의 증증도 분류에 대한 첫 번째 의학윤리적 권고를 공개하였다. DIVI의 권고는 우선순위 결정에 관한 일반적 원칙과 절차 및 기준을 다루고 있다. 이에 따르면 의료자원이 부족한 상황에서 어떤 환자에게 집중치료의 우선순위를 부여할 것인지에 대해 재난의학에서의 치료우선순위를 준용하여 필연적으로 결정을 내려야 한다. 이러한 우선순위는 인간 또는 인간의 생명을 평가하는 의도가 아니라 가능한 한 많은 환자가 치료를 받을 수 있도록 하는 목적으로 이뤄졌다. 그러므로 가장 중요한 기준은 ‘치료의 성공가능성(klinische Erfolgsaussicht)’이다.⁵⁴⁾ 이는 치료를 통해 더 높은 ‘생존가능성(Überlebenswahrscheinlichkeit)’ 또는 전체적으로 더 나은 예후가 보장될 때 우선적으로 치료한다는 것을 뜻하며, 반대로 치료의 효과가 전혀 없거나 적을 것이라 예상되는 경우에는 의료진이 치료를 포기한다는 것을 뜻한다. 이에 대한 판단을 위해 현재 앓고 있는 질병, 병약함⁵⁵⁾(Gebrechlichkeit) 또는 심각한 합병증(Komorbidity)이 있는지 여부가 구체적으로 고려된다.

DIVI가 제시한 기준과 관련하여 청구인들은 자신들의 특수한 신체장애와 그로 인한 다양한 증상들이 병약함과 합병증으로 판단될 수 있다는 점에 대해 우려를 표명하였다. 실제 통계를 살펴볼 때도 이들과 비슷한 증상을 가진 환자들의 치료 성공가능성이 더 낮은 것으로 판단되고 있기 때문에 자신들 또한 낮은 치료 우선순위를 부여받거나 아예 치료에서 배제될 가능성이 있다고 판단한 것이다. 이들은 이러한 부당한 차별을 방지하기 위하여 치료의 우선순위 결정기준과 그 과정에서의 장애인 보호를 구체적으로 명시한 법적 근거가 필요하다고 보았다. DIVI의 권고와 같은 의료계의 지침이 아닌 입법자에 의해 마련된 법규정이 적용되어야 하며, 이러한 입법의무는 기본법 제3조 제3항 제2문의 장애인 차별 금지조항과 “협약 당사국들은 장애를 이유로 한 차별 없이 가능한 한 가장 높은

53) 이러한 권고는 의학적 표준까지는 아니지만 그러한 표준을 명확히 하는 데 도움을 줄 수 있다(BGH, 2014. 4. 15. 판결 VI ZR 382.12, Rn. 17 참조).

54) DIVI, Entscheidung über die Zuteilung von Ressourcen in der Notfall- und Intensivmedizin im Kontext der COVID-19-Pandemie, Fassung vom 25.03.2020, S. 4 (<https://www.divi.de/aktuelle-meldungen-intensivmedizin/covid-19-klinisch-ethische-empfehlungen-zur-entscheidung-ueber-die-zuteilung-von-ressourcen-veroeffentlicht>, 최종방문일: 2024. 7. 3.).

55) 가령 임상노쇠지수(Clinical Frailty Scale)를 고려할 수 있다.

수준의 장애인 건강권을 인정한다.”라고 규정한 ‘국제연합의 장애인의 권리를 보호하기 위한 협약’⁵⁶⁾(이하 장애인권리협약, UN-Behindertenrechtskonvention) 제25조⁵⁷⁾의 장애인 건강권 규정으로부터 도출된다고 주장하였다. 또한 입법불비가 지속될 경우 청구인들의 ‘인간 존엄성’(기본법 제1조 제1항⁵⁸⁾)과 ‘신체와 생명에 대한 권리’(기본법 제2조 제2항⁵⁹⁾)가 침해된다고 주장하였다.

가. 적법요건

연방헌법재판소는 8인의 청구인들의 헌법소원이 적법하다고 판단하였다. 입법부작위는 헌법소원심판 대상이 되며, 청구인적격 요건이 충족되었고, 보충성 원칙 또한 지켜졌다고 보았다.⁶⁰⁾

청구인들은 코로나 바이러스 팬데믹이 진행되는 동안 집중치료 자원이 부족해지는 경우 자신들의 장애로 인해 치료 거부를 당하는 불이익에 대해 효과적으로 법적 보호를 얻을 방법을 찾고 있다. 즉 입법부작위를 문제 삼고 있다. 입법부작위는 기본법으로부터 입

56) Convention on the Rights of Persons with Disabilities (2006)

57) **[유엔 장애인권리협약 제25조 건강]**

당사국은 장애인이 장애를 이유로 차별 없이 최고로 달성할 수 있는 수준의 건강을 향유할 권리가 있음을 인정한다. 당사국은 의료관련 재활을 포함하여 성별에 민감한 의료서비스에 대한 장애인들의 접근성을 보장하는 모든 적절한 조치를 취한다. 특별히 각 당사국은 다음을 이행한다:

- (a) 성적·생식적 의료분야를 포함하여 다른 사람들과 동일한 범위, 질과 수준의 무료 또는 적절한 가격의 건강관리 및 프로그램을 제공한다;
- (b) 조기 발견과 적절한 예방을 포함하여 장애인이 필요로 하는 - 특히 장애로 인한 - 의료 서비스와 아동 및 노인에게 발생하는 장애를 포함한 이차적인 장애를 최소화하고 예방하기 위해 고안된 의료 서비스를 제공한다;
- (c) 농촌 지역을 포함하여, 장애인이 속한 지역사회와 가장 인접한 곳에서 이러한 의료서비스를 제공한다;
- (d) 자유로운 사전 동의를 기초로 하는 것을 포함하여 의료전문가로 하여금 장애인에게 다른 사람들과 같은 질의 보살핌을 제공하도록 한다. 이것은 그 중에서도 특히 공공 및 민간부문 건강관리의 윤리적 기준에 관한 훈련과 홍보를 통해 장애인의 인권, 존엄성, 자율성 및 욕구에 관한 인식 증진을 통해 제공하도록 한다;
- (e) 의료보험, 그리고 생명보험이 국내법에 의해 허용된 곳에서의 생명보험의 제공에 있어 장애인에 대한 차별을 금지한다;
- (f) 장애를 이유로 건강관리 또는 의료서비스 또는 식음료 제공의 차별적인 거부를 금지한다.

58) “인간의 존엄성은 훼손될 수 없다. 이를 존중하고 보호하는 것은 모든 국가권력의 의무이다.”

59) “모든 사람은 생명과 신체를 훼손당하지 않을 권리를 갖는다. 신체의 자유는 불가침이다. 이 권리들은 법률에 근거해서만 제한될 수 있다.”

60) 독일 연방헌법재판소 2021. 12. 16. 결정. 1 BvR 1541/20, Rn. 66.

법자의 행위 의무(Handlungspflicht)를 도출할 수 있는 경우에 헌법소원의 대상이 될 수 있다.⁶¹⁾ 본 사안의 경우에는 기본법 제3조 제3항 제2문의 차별금지가 그러한 행위 의무를 도출할 수 있는 근거로서 고려될 수 있다. 이에 따르면 입법자는 사인(私人)을 통한 장애에 대한 차별을 방지하도록 요구받을 수 있다. 따라서 당해 헌법소원은 연방헌법재판소법 제90조 제1항⁶²⁾상 적절한 헌법소원의 대상에 해당한다.⁶³⁾

입법자가 보호의무(Schutzpflicht)를 위반하였는지를 확인하는 것은 특수한 진술부담(spezifische Darlegungslast)과 연관된다. 청구인들은 자신들의 요구에 있어서 기본권적 보호의무가 존재할 수 있는지를 진술해야 하며, 그러한 보호의무가 침해되었는지에 관해서도 진술해야 한다. 일반적으로 입법자에게는 보호의무 인지에 있어서 광범위한 형성의 여지가 주어진다(BVerfGE 77, 170 <214 f.>; 79, 174 <202>; 106, <177>; 121, 317 <356>; 156, 224 <239 Rn. 42>; 연방헌법재판소 2021. 6. 8. 결정 1 BvR 2771/18, Rn. 48 ff. 참조). 연방헌법재판소는 보호 예방책이 전혀 행해지지 않았거나 요구되는 보호 목적을 이루기 위해 내려진 규정과 조치가 명백히 적합하지 않거나 완전히 실행 불가능할 때 또는 그러한 규정과 조치가 보호목적에 현저하게 미달하는 경우에만 보호의무의 위반을 확인할 수 있다.⁶⁴⁾ 따라서 헌법소원의 진술로부터 일반적으로 총체적인 주장과 개별적으로 선택하여 주장되는 법적 상황이 불충분하다고 추정되는 것보다 더한 경우에 기본권의 침해 가능성을 도출할 수 있다. 또한 사안에 따라 적어도 부적절하다고 비판받은 복합적인 규범의 관련 규정을 제시하고, 입법 구상의 실패가 왜 발생할 수 있는지에 관한 설명을 포함하여 법적 규제의 맥락을 전체적으로 파악하는 것이 필요하다(연방헌법재판소 2021. 6. 8. 결정 1 BvR 2771/18, Rn. 51 참조). 그러므로 헌법소원을 청구하면서 불이익으로부터 보호받을 수 있는 실제 여건과 그와 관련된 인식 및 해당 분야의 법과 적용 규정을 어느 정도 분석하고, 왜 이러한 것들이 기본법 제3조 제3항 제2문으로부터 도출되는 장애로 인한 불이익으로부터 효과적으로 보호하라는 명령 이행에 불충분한지에

61) BVerfGE 129, 124 <176>; 139, 321 <346 Rn. 82> 참조.

62) **[연방헌법재판소법 제90조 제1항]**

공권력에 의하여 자신의 기본권 또는 기본법 제20조 제4항, 제33조, 제38조, 제101조, 제103조와 제104조의 권리가 침해된 자는 연방헌법재판소에 헌법소원을 청구할 수 있다.

63) BVerfGE 56, 54 <70 f.> 참조.

64) 기본법 제2조 제2항 제1문에 대해서는 연방헌법재판소 2021. 3. 24. 결정 1 BvR 2656/18, Rn. 152; 기본법 제2조 제1항과 연계한 제1조 제1항에 대해서는 연방헌법재판소 2021. 6. 8. 결정 1 BvR 2771/18, Rn. 50.

관한 근거를 제시해야 한다.⁶⁵⁾

헌법소원은 헌법상의 우려를 관철하기 위한 일반적인 가능성을 보장하지 않으므로 자신(selbst)이 직접(unmittelbar) 현재(gegenwärtig) 그러한 권리의 침해에 당면해 있는 경우에만 가능하다. 입법자의 부작위를 통해 기본법 제3조 제3항 제2문의 침해를 주장하는 헌법소원은 청구인들 자신이 직접 장애로 인해 불이익을 받을 위험이 있으며, 그로부터 어떤 결과가 도출될 수 있는지에 관해 타당하게 진술해야 한다. 청구인들이 언젠가 미래에 그러한 일에 당면할 수 있다는 막연한 전망만으로는 불충분하다(BVerfGE 114, 258 <277>; 140, 42 <58 Rn. 59>; 연방헌법재판소 2021. 11. 19. 결정 1 BvR 781/21, Rn. 86; 1 BvR 971/21, Rn. 32 참조).⁶⁶⁾

헌법소원의 청구인들은 기본법 제3조 제3항 제2문으로부터 입법자가 의료자원이 부족한 때에 그 배분에 관한 결정을 내리면서 장애인들 불이익으로부터 보호하기 위한 의무를 부과하는 보호과제(Schutzauftrag)⁶⁷⁾가 도출될 수 있음을 진술하였다.⁶⁸⁾ 또한 이 보호의무가 어떻게 침해될 수 있는지에 관해서도 진술하였다. 제한된 의료자원 분배 시에 장애인들에 대한 불이익을 방지하는 조치 없이 치료의 성공가능성에만 초점을 맞추게 되면 장애인들은 적어도 다른 사람들에 비해 후순위로 밀려나가거나 치료를 받지 못할 위기에 처할 수 있다. 나아가 청구인들은 헌법소원 제기 시에 집중치료 설비가 충분하지 않

65) 독일 연방헌법재판소 2021. 12. 16. 결정. 1 BvR 1541/20, Rn. 71.

66) 독일 연방헌법재판소 2021. 12. 16. 결정. 1 BvR 1541/20, Rn. 72.

67) 기본권의 객관적 측면은 국가의 보호의무(Schutzpflicht)도 포함한다. 국가는 일반적으로 기본권의 주체가 기본권을 침해당하지 않도록 제3자의 적극적인 행위나 국가의 부작위로부터 보호해야 하는 과제/임무(Schutzauftrag)를 진다. 이러한 보호과제로부터 구체적인 보호의무가 도출되려면 해당 보호법익에 대해 전통적인 방어권 도그마틱에서의 '제한(Eingriff)'에 해당하는 특정한 위험역치(Gefährdungsschwelle)를 넘어서는 경우가 요구된다. 해당 역치는 두 가지 요소에 의해 좌우되는데, 보호법익을 제한할 수 있는 침해(eingriffsadäquate Beeinträchtigung der Schutzgüter)와 이에 더하여 그러한 침해가 일어날 수 있는 어느 정도의 가능성(gewisse Wahrscheinlichkeit des Eintritts dieser Beeinträchtigung)이 존재해야 한다. 그러한 침해가 구체적으로 임박하였거나 침해의 영향력이 나타나야 함은 요구되지 않는다. 피해가 일어났거나 그에 임박하기 전에도 기본권에 대한 위협은 존재할 수 있으며 국가는 위협을 대비해야 한다(BVerfG, Beschluss v. 4.5.2011, Az.: 1 BvR 1502/08, Rn. 37; BVerfG, Beschluss v. 8.8.1978, Az.: 2 BvL 8/77, Rn. 115 = BVerfGE 49, 89 (141 f.). 이에 관한 상세한 설명은 Hahn, Lisa / Petras, Maximilian / Valentiner, Dana-Sophia / Wienfort, Nora, Grundrechte Klausur- und Examenswissen, Berlin 2022, S. 93, 96 참조.

68) 독일 연방헌법재판소가 결정에서 입법자의 보호의무(Schutzpflicht)를 처음으로 거론한 판례는 제1차 임신중절결정(BVerfGE 39, 1 = NJW 1975, 573)이다. 해당 결정에서 연방헌법재판소는 기본권의 객관적 측면(objektivrechtliche Seite der Grundrechte)으로부터 국가의 보호의무가 도출된다고 하였다. 이에 관한 자세한 논의는 Britz, Gabriele, Grundrechtliche Schutzpflichten in bald 50 Jahren Rechtsprechung des BVerfG, in: NVwZ 2023, S. 1449 ff. 참조.

을 수 있다는 구체적인 전망이 존재하였다는 근거를 제시함으로써 자신들이 그러한 침해에 현재 직접적으로 당면하고 있음을 진술하였다.⁶⁹⁾ 장애가 있는 청구인 8인은 또한 팬데믹 상황에서의 집중치료 자원 부족 시에 자신들이 장애로 인해 직접적으로 불이익을 당할 수 있음을 구체적이고 설득력 있게 진술하였다. 이에 반해 만성 질환(관상동맥심장질환과 2형 당뇨병)에 시달리고 있다고 한 청구인의 헌법소원은 진술 요구를 충족하지 못하였으므로 부적법하다. 그는 만성 질환에 시달리고 있다고는 하였지만 그러한 질환으로 인해 자신의 삶을 영위함에 있어서 구체적으로 오랜 기간 기본법 제3조 제3항 제2문의 보호에 해당할 수 있을 정도로 중하게 침해되었다는 점에 관해서는 진술하지 못하였다.⁷⁰⁾

연방헌법재판소는 기본법 제3조 제3항 제2문이 뜻하는 ‘장애’는 한 개인이 독자적으로 삶을 영위(Lebensführung)하는 능력이 장기적으로 약화된 상태를 말하며, 이러한 장애가 초래된 이유는 중요하지 않다고 판시하였다. 따라서 삶을 영위하는 능력이 장기적으로 약화되었다면 만성질환자 또한 동 규정에 따라 장애를 이유로 차별받지 않을 권리를 인정받을 수 있다.

독일 연방헌법재판소는 장애가 있는 청구인 8인의 경우에는 긴급한 개별 사건의 경우 약식 절차를 통하여서도 적기에 법적 보호를 받을 수 없기 때문에 보충성의 원칙도 충족하였다고 판단하였다.⁷¹⁾

나. 본안 판단의 심사기준

연방헌법재판소는 청구인 8인의 헌법소원이 이유있다고 판단하였다. 헌법소원에 따르면 유일한 쟁점 사안은 입법자가 팬데믹과 관련하여 집중치료 자원이 부족한 경우에 이를 분배하는 과정, 즉 트리아지 상황에서 누구도 장애로 인해 불이익을 받지 않도록 효과적인 방지책을 마련할 의무가 있었는지 여부이다. 입법자는 그러한 예방조치를 지금까지 마련하지 않았다. 그러므로 입법자는 기본법 제3조 제3항 제2문에서 도출되는 행동의무를 위반하였다.⁷²⁾

69) 독일 연방헌법재판소 2021. 12. 16. 결정. 1 BvR 1541/20, Rn. 76 ff.

70) 독일 연방헌법재판소 2021. 12. 16. 결정. 1 BvR 1541/20, Rn. 81.

71) 독일 연방헌법재판소 2021. 12. 16. 결정. 1 BvR 1541/20, Rn. 82-85.

72) 독일 연방헌법재판소 2021. 12. 16. 결정. 1 BvR 1541/20, Rn. 87.

기본법 제3조 제3항 제2문으로부터 장애로 인해 불이익을 받는 것을 국가가 효과적으로 보호해야 하는 과제가 도출된다. 이러한 보호과제로부터 특정 여건 하에 입법자의 행위의무가 파생될 수 있다. 이 행위의무의 위반 여부는 입법자에게 주어지는 광범위한 형성 여지로 인해 연방헌법재판소가 제한적으로만 심사할 수 있다. 이 사안에서는 기본권의 심사기준으로서 기본법 제1조 제2항⁷³⁾에 따라 기본법 해석 시에 준수해야 하는 국제법상 규범, 특히 국제연합의 장애인권리협약이 고려되어야 한다.⁷⁴⁾

(1) 기본법 제3조 제3항 제2문의 보호과제

기본법 제3조 제3항 제2문으로부터 장애인이 불이익을 받는 것을 효과적으로 보호해야 하는 과제가 도출된다. 기본법 제3조 제3항 제2문상의 장애란 개별적이고 자립적인 삶을 영위하는 능력에 오랜 기간 제약이 있음을 의미한다. 장애를 초래한 원인은 중요하지 않다(BVerfGE 151, 1 <23 f. Rn. 54>). 이러한 기준에 따라 장기간 동안 자립적인 삶을 영위하는 데 제약이 있어 온 만성질환자도 이 기본권을 통해 보호된다(Eckertz-Höfer, in: AK-GG, 2001, Art. 3 Abs. 2, 3 Rn. 135; Jarass, in: Jarass/Pieroth, GG, 16. Aufl. 2020, Art. 3 Rn. 164; Langenfeld, in: Dürig/Herzog/Scholz, GG, Art. 3 Abs. 3 Rn. 112 <Aug. 2019> 참조; 유엔 장애인권리협약 제1조 제2문⁷⁵⁾ 참조).⁷⁶⁾

장애로 인한 불이익은 장애 관련 지원조치를 통해 적절하게 보상되지 않는 한, 비장애인들에게는 열려 있는 자기실현과 활동의 가능성이 장애인들에게는 거부될 때 발생한다(BVerfGE 96, 288 <302 f.>; 99, 341<257>; 128, 138 <156>; 151, 1 <24 Rn. 55> 참조).

기본법 제3조 제3항 제2문은 국가의 불이익에 대해 방어적으로 보호한다.⁷⁷⁾ 기본권은

73) [기본법 제1조 제2항]

이에 독일 국민은 불가침이고 불가양인 인권을 세계의 모든 인류공동체와 평화 및 정의의 기초로서 인정한다.

74) 독일 연방헌법재판소 2021. 12. 16. 결정. 1 BvR 1541/20, Rn. 88.

75) [유엔 장애인권리협약 제1조 제2문]

장애인은 다양한 장벽과의 상호작용으로 다른 사람들과 동등한 조건으로 완전하고 실질적인 사회 참여를 저해하는 장기간의 신체적, 정신적, 지적 또는 감각적인 손상을 가진 사람을 포함한다.

76) 독일 연방헌법재판소 2021. 12. 16. 결정. 1 BvR 1541/20, Rn. 90.

77) 기본법에서는 제3조 제1항(“모든 사람은 법 앞에 평등하다.”)의 일반적 평등원칙 외에 개별 평등규정을 두고 있다. 가령 기본법 제3조 제2항(여성과 남성이 동등한 권리를 가짐), 제6조 제5항(혼외 출생 자녀와 혼인 중 출생 자녀 간의 동등한 대우), 제3조 제3항 제1문(개별 표지에 따른 차별금지), 동조 동항 제2문(장애인에 대한 차별금지), 제33조 제1항(국민의 권리와 의무의 평등) 등 개별적 평등 내지 평등 대우명령이 규정되어 있다. 이러한 개별 평등규정은 일반적 평등원칙과 달리 차별이 중대한 기본적 제

동시에 장려과제(Förderauftrag)를 포함한다.⁷⁸⁾ 또한 모든 법적 영역에서 객관적인 가치결정을 고려해야 한다. 결과적으로 기본법 제3조 제3항 제2문으로부터 입법자에 대해 보호과제가 도출되며 이는 특정 여건에서 입법자에게 행위 의무를 부과한다.⁷⁹⁾

주관적 방어권(subjektives Abwehrrecht)으로서 기본법 제3조 제3항 제2문은 직접차별금지(Verbot unmittelbarer Diskriminierung)와 간접차별금지(Verbot mittelbarer Diskriminierung), 즉 불이익을 주는 차별금지를 포함한다(BVerfGE 151, 1 <24 Rn.55> 참조). 이는 장애인의 상황을 악화시키는 규정과 조치뿐만 아니라 적절하게 보상되지 않는 공권력을 통한 개발 및 활동 기회의 배제에도 적용된다(BVerfGE 96, 288 <303> 참조). 장애인을 법적으로 불리하게 대하는 것은 장애와 관련된 특수성을 고려하기 위해 필수적인 경우에만 정당화될 수 있다(BVerfGE 99, 341 <357>; BVerfGE 151, 1 <25 Rn. 57> 참조).⁸⁰⁾

기본법 제3조 제3항 제2문은 불이익을 금지하는 것 외에도 장려과제를 내포하고 있다. 장려과제는 이용 가능한 재정적·인적·물적·조직적 기회에 대한 동등한 참여를 가능하게 할 청구권(Anspruch)을 제공한다(BVerfGE 151, 1 <24 f. Rn. 56>).⁸¹⁾

더하여 장애인의 불이익 처우 금지는 기본법 제3조 제3항 제2문에 따른 객관적 가치결정(objektive Wertentscheidung)에 해당한다. 객관적 가치결정은 모든 법영역에서 존중되어야 한다. 따라서 차별금지는 사법(私法)에도 영향을 미친다. 이는 특히 민사법원에서 일반조항(Generalklausel)과 기타 해석 가능하고 가치 판단이 필요한 규범의 해석 시에 적용되어야 한다(연방헌법재판소 제1재판부 제1지정재판부 결정 2000. 3. 28., 1 BvR 1460/99, Rn. 20; 연방헌법재판소 제1재판부 제2지정재판부 결정 2016. 3. 24., 1 BvR

한으로 이어지는 특정한 표지들을 헌법에서 명시적으로 규정하고 있으므로 그 효력범위 안에서는 입법자의 입법형성권이 엄격히 제한된다. 이에 따라 일반적 평등원칙은 개별 평등규정의 보호강도 내지 통제강도와 동일선상에서 논하기 어려우며 양자를 구분할 필요성이 있다.

78) 기본법 제3조 제3항 제2문은 장애인에 대한 장려 내지 사회에서의 불이익 감소를 요구한다(BVerfGE 151, 1 Rn.56; BSG, AS 37/14 R v. 16.6.15 Rn.35; Baer/Markard MKS 541). 그들이 남아 있는 행위능력을 사용할 수 있도록 지원을 제공해야 한다(Pitschas, FS Jarass, 2015, 95). 입법자는 장려 및 보호과제 이행 시에 광범위한 평가 및 형성의 여지를 갖는다(BVerfGE 160, 79 Rn. 99; BVerwGE 125, 370 Rn. 43). 연방헌법재판소는 ‘보호조치가 전혀 취해지지 않은 경우’와 ‘규정과 조치가 명백히 부적합하거나 요구되는 보호목적을 달성하기에 완전히 불충분하거나 보호목표에 크게 미치지 못하는 경우’에만 장려과제의 위반이 있다고 판단하였다(BVerfGE 160, 79 Rn. 98). Jarass/Pieroth, Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, 18. Auflage 2024, Art. 3 Rn. 167.

79) 독일 연방헌법재판소 2021. 12. 16. 결정. 1 BvR 1541/20, Rn. 92.

80) 독일 연방헌법재판소 2021. 12. 16. 결정. 1 BvR 1541/20, Rn. 93.

81) 독일 연방헌법재판소 2021. 12. 16. 결정. 1 BvR 1541/20, Rn. 94.

2012/13, Rn. 11; 연방헌법재판소 제1재판부 제2지정재판부 결정 2016. 6. 10., 1 BvR 742/16, Rn. 10; 연방헌법재판소 제2재판부 제2지정재판부 결정 2020. 1. 30., 2 BvR 1005/18, Rn. 37 참조).⁸²⁾

헌법상 가치결정으로서 기본법 제3조 제3항 제2문은 모든 국가권력을 구속한다. 입법자 또한 기본법 제3조 제3항 제2문으로부터 장애인 차별에 대한 방지조치를 취해야 할 의무를 진다. 기본권은 법적·사회적 배제를 방지하고 이를 극복하는 것을 목표로 한다 (BVerfGE 96, 288 <302>; BTDrucks 12/8165, S. 28 참조). 이러한 측면에서 기본법 제3조 제3항 제2문으로부터 보호과제가 도출된다. 이 보호과제는 직접적으로 국가에 귀속되는 상황에만 기본법 제3조 제3항 제2문을 적용한다고 해서 충족되지 않는다. 장애인 배제는 국가의 행위를 통해서만 일어나지 않기 때문이다. 장애인을 배제로부터 보호하기 위해 기본법 제3조 제3항 제2문은 입법자에게 제3자를 통한 장애로 인한 차별에 대한 방지책을 만들어야 하는 과제를 부여한다.⁸³⁾

(2) 보호과제로부터 파생되는 행위무

기본법 제3조 제3항 제2문의 기본권적 보호과제는 특정한 요건 하에서 국가의 행위무로 발전될 수 있다. 기본법 제3조 제3항 제2문의 보호과제는 장애인의 삶과 환경의 총체적인 현실과 관련되는 포괄적인 입법자의 의무로 이어지지 않는다. 이러한 맥락에서 사인(私人)은 국가처럼 기본권상 차별금지에 직접적으로 구속되지 않는다는 점을 고려해야 한다(기본법 제1조 제3항⁸⁴⁾). 그러나 보호가 절실히 필요한 특정한 상황에서는 보호과제가 구체적인 보호의무로 발전될 수 있다(BVerfGE 142. 313 <338 Rn. 71>; 연방헌법재판소 2021. 6. 8. 결정 1 BvR 2771/18, Rn. 35 참조). 그러한 상황에는 인간의 존엄에 대한 공격으로 평가될 수 있는 장애인에 대한 배제가 포함된다(차별금지는 인간의 존엄

82) 독일 연방헌법재판소 2021. 12. 16. 결정. 1 BvR 1541/20, Rn. 95.

83) Jarass/Pieroth, GG, 16. Aufl. 2020, Art. 3 Rn. 169; Kingreen, in: Bonner Kommentar, Art. 3 Rn. 310 ff., 698 <Feb. 2020>; Krieger, in: Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Henneke, GG, 14. Aufl. 2018; Art. 3 Rn. 13 f.; Peters/König, in: Dörr/Grote/Maruhn, EMRK/GG, 2. Aufl. 2013, Kap. 21 Rn. 91; Sachs, in: Isensee/Kirchhof, HStR VIII, 3. Aufl. 2010, § 182 Rn. 144; Langenfeld, in: Dürig/Herzog/Scholz, GG, Art. 3 Abs. 3 Rn. 125 f. (Aug. 2019); Kischel, in: Epping/Hillgruber, BeckOK GG, Art. 3 Rn. 237 <Aug. 2019>; Nußberger, in: Sachs, GG, 9. Aufl. 2021, Art. 3 Rn. 312; 주헌법 차원에서는 브레멘 국가법원 2020. 8. 13. 판결 St 2/19, Rn. 45.

84) [기본법 제1조 제3항]

이하의 기본권은 직접 효력을 가지는 법으로서, 입법과 집행 및 사법을 구속한다.

에 근거를 둔 것이라는 설명으로 BTDrucks 12/6323, S. 12⁸⁵); BVerfGE 144, 20 <207 f. Rn. 541>). 또한 장애로 인한 차별이 기본권으로 보호되는 상위의 법익에 위협이 되는 경우에 행위의무가 존재할 수 있다(BVerfGE 49, 89 <142>; 88, 203 <252> 참조). 특히 생명보호가 문제되는 경우에 그러하다(기본법 제2조 제2항 제1문⁸⁶). 그 밖에도 구조적 불평등의 상황에서 구체적인 행위의무가 발생할 수 있다. 피해에 당면한 사람들이 피해로부터 스스로를 보호하거나 피할 수 있는 합당한 기회가 있는 경우에는 보호의 필요성이 줄어들다(BVerfGE 142, 313 <338 f. Rn. 73>; 연방헌법재판소 2021. 6. 8. 결정 1 BvR 2771/18, Rn. 40 참조). 또한 보호의 필요성은 실제 사회에 존재하거나 임박한 차별의 종류, 접근성 및 정도에 따라 달라진다.⁸⁷)

(3) 연방헌법재판소의 심사기준

구체적인 보호의무가 존재한다면 연방헌법재판소는 그 위반 여부를 입법자가 보호조치를 전혀 취하지 않은 경우, 마련된 규정과 조치가 명백히 부적합하거나 요구되는 보호목적을 달성하는 데 매우 불충분한 경우, 또는 보호목적에 아예 미치지 못하는 경우에만 확인할 수 있다(기본법 제2조 제2항 제1문에 대해서는 BVerfGE 142, 313 <337 f. Rn. 70>).⁸⁸)

입법자가 기본권의 보호의무를 이행하는 경우에 원칙적으로 광범위한 판단의 여지(Einschätzungsspielraum), 평가의 여지(Wertungsspielraum), 형성의 여지(Gestaltungsspielraum)가 인정된다(BVerfGE 96, 56 <64>; 121, 317 <356>; 133, 59 <76 Rn. 45>; 153, 182 <268 Rn. 224> 참조). 그 범위는 다양한 요소들에 따라 결정되는데, 특히 당해 분야의 특색과 문제되는 법익이 중요하다(BVerfGE 76, 1 <51 f.>; 77, 170 <214 f.>; 88, 203 <262>; 153, 182 <268 Rn. 224> 참조). 기본권의 보호의무로부터 일반적으로 특정한 행위기준이 도출되지는 않는다(BVerfGE 125, 39 <78> 참조). 입법자의 형성여지는 특수한 정황 하에서만 좁아져서 특정한 조치를 통해서만 보호명령을 충족시킬 수 있게 된다(BVerfGE 56, 54 <73 ff.>; 77, 170 <214 f.>; 79, 174 <202>; 88, 203 <254 ff., 257> 참

85) 현재의 기본법 제3조 제3항 제2문이 추가된 개정에 관한 입법취지에서 장애인에 대한 차별금지지는 평등의 원리에서 도출되며 이는 인간 존엄의 표현이라고 하였다.

86) **[기본법 제2조 제2항 제1문]**

모든 사람은 생명과 신체를 훼손당하지 않을 권리를 갖는다.

87) 독일 연방헌법재판소 2021. 12. 16. 결정. 1 BvR 1541/20, Rn. 97.

88) 독일 연방헌법재판소 2021. 12. 16. 결정. 1 BvR 1541/20, Rn. 98.

조). 입법자는 활동여지 내에서 기본권의 효과적인 보호를 위해 요구되는 한 실체법 규정은 물론 절차법 규정을 결정할 수 있다(BVerfGE 53, 30 <65 ff.>; 84, 34 <45 f.>; 113, 29 <57>; 147, 253 <311 Rn. 120> 참조).⁸⁹⁾

(4) 국제법적 고려사항

이러한 심사기준으로 기본법 해석 시에 준수해야 하는 국제법상 의무가 고려된다.

(가) 유럽인권협약 제14조

특히 유럽인권협약은 유럽인권재판소의 해석을 통해 기본법상 기본권에 영향을 미친다(BVerfGE 74, 358 <370>; 82, 106 <114>; 111, 307 <317>; 151, 1 <28 Rn. 64> 참조). 유럽인권협약 제14조⁹⁰⁾는 기타 신분에 의한 차별을 금지한다. 유럽인권재판소는 장애인 차별 행위로부터 보호해야 하는 유럽과 세계에서 통용되는 합의가 존재한다고 상정하고 있다. 이는 2003년 1월 29일 유럽평의회 의회에서 채택된 장애인의 완전한 사회적 통합에 관한 권고사항 1592(2003)에 의해 명백히 드러난다(EGMR, *Glor v. Switzerland*, 2009. 4. 30. 판결, Nr. 13444/04, § 53). 이에 따르면 국가의 급부는 차별 없이 부여되어야 한다(EGMR <GK>, *Stec et al. v. the United Kingdom*, 2006. 4. 12. 판결, Nr. 65731/01과 65900/01, § 53 참조). 판례는 원칙적으로 직장 생활에서의 차별로부터 효과적이고 명확한 보호를 제공해야 하는 국가의 적극적 의무도 고려한다(EGMR, *Danilenkov et al. v. Russia*, 2009. 6. 30. 판결, Nr. 67336/01, § 136 참조).⁹¹⁾

(나) 유엔 장애인권리협약

유엔 장애인권리협약도 기본법 해석 시에 고려되어야 한다(BVerfGE 128, 282 <306>; 142, 313 <345 Rn. 88>; 149, 293 <329 Rn. 90>; 151, 1 <26 ff. Rn. 61 ff.> 참조). 장애인권리협약은 동등한 처우를 받을 청구권과 장애로 인한 불이익에 대한 보호명령에 관해 다루고 있으며, 이는 기본법 제3조 제3항 제2문에도 포함되어 있다. 따라서 기본법은 이

89) 독일 연방헌법재판소 2021. 12. 16. 결정. 1 BvR 1541/20, Rn. 99.

90) [유럽인권협약 제14조 차별금지]

성별, 인종, 피부색, 언어, 종교, 정치적 또는 기타의 의견, 민족적 또는 사회적 출신, 소수민족에의 소속, 재산, 출생 또는 기타의 신분 등에 의한 어떠한 차별 없이 이 협약에 규정된 권리와 자유의 향유가 확보되어야 한다.

91) 독일 연방헌법재판소 2021. 12. 16. 결정. 1 BvR 1541/20, Rn. 101.

에 상응하여 바로 해석될 수 있다. 이 문제에 있어서 장애인권리협약은 독일의 기본권 보호 범위를 넘어서지 않는다.

장애인권리협약 제1조 제1항에 따르면 본 협약의 목적은 ‘장애인이 모든 인권과 기본적인 자유를 완전하고 동등하게 향유할 수 있도록 촉진하고, 보호하고, 보장하는 것이며, 또한 장애인의 천부적인 존엄성에 대한 존중을 촉진하기 위한 것’이다. 계약국들은 장애인권리협약 제25조에 따라 특히 장애인에게 모든 면에서 차별 없이 필요한 의료 서비스에 대한 접근권을 제공할 의무가 있다(장애인권리위원회, 평등대우 및 비차별에 관한 일반 논평 2018. 4. 26. UN doc. CRPD/C/GC/6, Rn. 66). 이는 본질적으로 기본법 제3조 제3항 제2문의 차별금지에 상응한다.

계약국들은 장애인권리협약 제4조 제1항⁹²⁾에 따라 장애를 이유로 한 차별 없이 모든 장애인의 인권 실현을 보장하고 촉진할 의무가 있다. 이를 위해 장애인권리협약 제4조 제1항 제2e문에 따라 개인, 기관 또는 민간 기업을 통한 장애로 인한 차별 배제를 위한 모든 적합한 조치를 취해야 한다.

92) |유엔 장애인권리협약 제4조 제1항|

제4조 일반의무

1. 당사국은 장애로 인한 어떠한 형태의 차별 없이 장애인의 모든 인권 및 기본적인 자유의 완전한 실현을 보장하고 촉진해야 한다. 이를 위해 당사국은 다음의 사항을 이행한다:
 - (a) 본 협약에서 인정되는 권리 이행을 위한 모든 적절한 법률적, 행정적 및 기타 조치를 채택한다;
 - (b) 장애인에 대한 차별이 존재하는 현존 법, 규정, 관습 및 관행을 개정 또는 폐지하기 위하여 입법을 포함한 모든 적절한 조치를 취한다;
 - (c) 모든 정책 및 프로그램에서 장애인 인권의 보호와 촉진을 고려한다;
 - (d) 본 협약과 일치되지 않는 행위 또는 관행을 제한하고, 공공 당국 및 기관들이 본 협약에 따라 행동하도록 보장한다;
 - (e) 모든 개인, 기관 또는 민간기업에 의해 이루어지는 장애를 사유로 한 차별을 철폐하기 위해 모든 적절한 조치를 취한다;
 - (f) 최소한으로 가능한 개조와 장애인의 특수욕구를 충족하기 위한 최소 비용이 반드시 요구되는 보편적으로 디자인된 재화, 서비스, 장비 및 시설의 연구와 개발을 하거나 촉진한다. 이는 그러한 재화, 서비스 장비 시설의 이용가능성과 사용을 촉진하고, 기준 및 지침 개발에 있어 보편적인 디자인을 촉진하기 위한 것이다;
 - (g) 적정 가격의 기술에 우선권을 부여하면서 정보와 의사소통 기술, 이동보조수단, 보장구, 보조 기술을 포함한 장애인에게 맞는 신기술의 연구와 개발을 하거나 촉진하고, 신기술의 이용가능성과 사용을 촉진한다.
 - (h) 그 밖의 다른 형태의 보조, 지원 서비스 및 시설뿐만 아니라 새로운 기술을 포함하여 이동보조수단, 보장구 및 보조 기술에 대한 접근 가능한 정보를 장애인들에게 제공한다;
 - (i) 본 협약에서 인정되는 권리들에 대해 장애분야의 직원 및 전문가에 대한 훈련을 촉진함으로써 이러한 권리들에 의해 보장되는 보다 나은 지원과 서비스를 제공한다.

장애인권리협약 제10조⁹³⁾에 따르면 장애인의 타고난 생명권을 효과적이고 평등하게 향유할 수 있도록 필요한 모든 조치를 취해야 한다. 이는 장애인권리협약 제11조⁹⁴⁾에 따라 위협한 상황, 자연재해 및 인도주의적 긴급 상황에도 명시적으로 적용된다(장애인권리위원회, 평등대우 및 비차별에 관한 일반 논평 2018. 4. 26. UN doc. CRPD/C/GC/6, Rn. 66, § 43). 이는 차별금지가 팬데믹 기간에도 적용됨을 보여 준다.

장애인권리협약 제25조에서 계약국들은 장애를 이유로 차별하지 않고 달성 가능한 최고 수준의 건강을 누릴 장애인의 권리를 인정한다. 동조 제3a문에 따라 의료는 다른 사람들과 동일한 범위, 동일한 질과 동일한 수준으로 보장되어야 한다. 동조 제3d문에 따르면 계약국은 특히 자유로운 사전 동의를 기초로 하는 것을 포함하여 의료전문가로 하여금 장애인에게 다른 사람들과 같은 질의 지원을 제공하도록 해야 한다. 특히 공공 및 민간부문 건강관리의 윤리적 기준에 관한 훈련과 홍보를 통해 장애인의 인권, 존엄성, 자율성 및 욕구에 관한 인식 증진을 통한 의료지원을 제공해야 한다. 동조 제3f문에 따라 의료서비스가 장애로 인해 배제되지 않도록 해야 한다(장애인권리위원회, 평등대우 및 비차별에 관한 일반 논평 2018. 4. 26. UN doc. CRPD/C/GC/6, § 66 참조).

(다) 시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약 및 경제적·사회적 및 문화적 권리에 관한 국제규약

기본법 해석 시에 시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약(Internationaler Pakt über bürgerliche und politische Rechte, IPbpR, Zivilpakt, 이하 ‘자유권 규약’)과 경제적·사회적 및 문화적 권리에 관한 국제규약(Internationaler Pakt über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte, IPwskR, Sozialpakt, 이하 ‘사회권 규약’)도 고려되어야 한다(BVerfGE 151, 1 <29 ff. Rn. 66 ff.> 참조). 특히 자유권 규약 제2조⁹⁵⁾ 제1항과 제2항 및 사회권규

93) [유엔 장애인권리협약 제10조]

제10조 생명권

당사국은 모든 인류가 천부적 생명권을 부여받았음을 재확인하고 다른 사람들과 동등한 조건으로 장애인이 이러한 권리를 효과적으로 향유할 수 있도록 보장하는 모든 필요한 조치를 취한다.

94) [유엔 장애인권리협약 제11조]

제11조 위협상황 및 인도적 차원의 위급상황

당사국은 국제인도법 및 국제인권법을 포함한 국제법 준수 의무에 따라 무력분쟁, 인도적 차원의 위급상황 및 자연재해 발생과 같은 상황들을 포함하는 위협상황에서 장애인들을 보호하고 이들의 안전을 보장하기 위한 모든 필요한 조치를 취한다.

95) [자유권 규약 제2조]

1. 이 규약의 각 당사국은 자국의 영역 내에 있으며, 그 관할권 하에 있는 모든 개인에 대하여 인종, 피

약은 계약국이 모든 적절한 수단을 통해, 무엇보다도 입법 조치를 통해 규약에 인정된 권리들을 차별 없이 점진적으로 보장하기 위해 가능한 모든 조치를 취하도록 의무화하고 있다. 여기에는 생명권(자유권 규약 제6조⁹⁶)과 건강권(사회권 규약 제12조⁹⁷)도 포함된다. 국가는 자원 여하에 따라 급부를 제공할 의무가 있지만 차별금지를 항상 준수해야 한다(경제적·사회적 및 문화적 권리 위원, 일반 논평 제14호, UN Doc. E/C. 12/2000/4, 2000년 8월 11일, § 30; 또한 일반 논평 제5호, UN Doc. E/1995/22, 1994년 12월 9일, §

부색, 성별, 언어, 종교, 정치적 또는 그 밖의 의견, 민족적 또는 사회적 출신, 재산, 출생 또는 그 밖의 신분 등에 따른 어떠한 종류의 차별도 없이 이 규약에서 인정되는 권리를 존중하고 보장하기로 약속한다.

2. 이 규약의 각 당사국은 현행 입법조치 또는 그 밖의 조치에 의하여 아직 규정되어 있지 않은 경우, 이 규약에서 인정되는 권리가 실현될 수 있도록 필요한 입법조치 또는 그 밖의 조치를 채택하기 위하여 자국의 헌법 절차 및 이 규약의 규정에 따라 필요한 조치를 취하기로 약속한다.
3. 이 규약의 각 당사국은 다음을 약속한다.
 - 가. 이 규약에서 인정되는 권리 또는 자유를 침해당한 사람에 대하여, 그러한 침해가 공무집행중인 사람에 의하여 자행되었을지라도 효과적인 구제조치를 받도록 보장한다.
 - 나. 그러한 구제조치를 청구하는 개인에 대하여, 권한 있는 사법, 행정 또는 입법 당국 또는 그 국가의 법체제가 규정하는 그 밖의 권한 있는 당국에 의하여 그의 권리가 확인되도록 보장하고, 사법적 구제조치의 가능성을 향상시킨다.
 - 다. 그러한 구제조치가 허용되는 경우, 권한 있는 당국이 이를 집행하도록 보장한다.

96) **[자유권 규약 제6조]**

1. 모든 인간은 고유한 생명권을 가진다. 이 권리는 법률에 따라 보호된다. 어느 누구도 자의적으로 자신의 생명을 박탈당하지 않는다.
2. 사형을 폐지하지 않은 국가의 경우, 사형은 범행 당시에 시행 중이며 이 규약의 규정과 「집단살해죄의 방지와 처벌에 관한 협약」에 저촉되지 않는 법률에 따라 가장 중한 범죄에 대해서만 선고될 수 있다. 이 형벌은 권한 있는 법원이 선고한 최종판결에 의해서만 집행될 수 있다.
3. 생명의 박탈이 집단살해죄를 구성하는 경우에는 이 조의 어떤 규정에 따라서도 이 규약의 당사국이 「집단살해죄의 방지와 처벌에 관한 협약」의 규정에 따라 지고 있는 의무로부터 어떤 방법으로도 이 탈하는 것이 허용되지 않는다고 이해한다.
4. 사형을 선고받은 사람은 누구나 특별사면 또는 감형을 청구할 권리를 가진다. 사형선고에 대한 일반 사면, 특별사면 또는 감형은 모든 경우에 부여될 수 있다.
5. 사형은 18세 미만의 사람이 범한 범죄에 대하여 선고되지 않으며, 임신한 여성에 대하여 집행되지 않는다.
6. 이 조의 어떤 내용도 이 규약의 당사국이 사형의 폐지를 지연시키거나 방해하기 위해 원용될 수 없다.

97) **[사회권 규약 제12조]**

1. 이 규약의 당사국은 모든 사람이 도달 가능한 최고 수준의 신체적·정신적 건강을 향유할 권리를 가지는 것을 인정한다.
2. 이 규약당사국이 동 권리의 완전한 실현을 달성하기 위하여 취할 조치에는 다음 사항을 위하여 필요한 조치가 포함된다.
 - (a) 사산율과 유아사망율의 감소 및 어린이의 건강한 발육
 - (b) 환경 및 산업위생의 모든 부분의 개선
 - (c) 전염병, 풍토병, 직업병 및 기타 질병의 예방, 치료 및 통제
 - (d) 질병 발생시 모든 사람에게 의료와 간호를 확보할 여건의 조성

34 참조). 위원회는 공공 의료부문뿐만 아니라 민간 의료서비스 제공자에게도 장애인 차별금지 원칙 준수를 보장해야 하는 필요성을 강조하였다. 또한 장애인이 속한 취약 집단은 중대한 자원부족 시에도 보호되어야 한다(경제적·사회적 및 문화적 권리 위원회, 일반 논평 제3호, UN Doc. E/1991/23, 1990년 12월 14일, § 12 참조).⁹⁸⁾

다. 입법자의 부작위 확인

위와 같은 심사기준에 따르면 헌법소원은 이유 있다. 기본법 제3조 제3항 제2문의 국가에 대한 일반적 보호과제는 한정된 집중치료 자원 분배 시에 장애로 인한 차별 위험에 당면하여 구체적인 행위의무로 압축된다. 입법자는 지금까지 청구인들을 그러한 불이익으로부터 보호할 충분한 방지책을 마련하지 않았다. 입법자가 기본법 제3조 제3항 제2문의 보호명령을 구체적으로 이행하는 것, 즉 입법자가 불이익을 효과적으로 방지하기 위해 집중치료의 분배결정에 관한 실체적인 기준 또는 다른 방지책을 마련하는 것은 그의 판단여지와 평가여지 및 형성의 여지 내에 있다.⁹⁹⁾

(1) 국가의 구체적인 행위의무

트리아지 상황에서 한정된 치료 자원을 배분하는 때에 장애로 인해 불이익을 받을 수 있는 위험이 있다면 기본법 제3조 제3항 제2문의 보호과제는 이에 대해 효과적인 방지책을 마련해야 하는 국가의 구체적인 의무로 발전한다. 당사자가 피할 수 없으면서 기본법 제2조 제2항 제1문에 따라 중요하게 보호되는 법익인 건강과 생명에 직접적인 위협(BVerfGE 126, 112 <140> 참조)이 되는 장애로 인한 차별은, 장애인의 평등한 사회 참여를 목표로 하는 법질서(BVerfGE 151, 1 <23 f. Rn. 54> 참조) 하에서 용납될 수 없다. 또한 그런 경우에 당사자들이 스스로를 보호할 수도 없다.¹⁰⁰⁾

또한 팬데믹으로 인해 부족해진 집중치료 자원의 배분 결정 시에 청구인들이 장애로 인해 불이익을 받을 위험이 있다는 지적도 있다. 전문가 평가 및 의견과 조치권고사항을 통해 본 전반적인 관점으로는 최상위 법익이 위협받는 상황에 당면하여 스스로를 지킬

98) 독일 연방헌법재판소 2021. 12. 16. 결정. 1 BvR 1541/20, Rn. 107.

99) 독일 연방헌법재판소 2021. 12. 16. 결정. 1 BvR 1541/20, Rn. 108.

100) 독일 연방헌법재판소 2021. 12. 16. 결정. 1 BvR 1541/20, Rn. 109.

수 없는 사람들이 효과적으로 보호받지 못하고 있다.¹⁰¹⁾

(2) 입법자의 부작위

입법자는 지금까지 청구인들을 장애로 인한 불이익으로부터 보호할 충분한 방지책을 마련하지 않았다. 입법자는 보호명령과 관련하여 「장애인의 참여와 자기결정 강화를 위한 법률」¹⁰²⁾을 제정함으로써 독일법을 유엔 장애인권리협약에 맞추고, 「장애인의 균등한 대우를 위한 법률」¹⁰³⁾(장애인균등대우법)을 통해 장벽을 없애려는 노력을 하였다. 그럼에도 불구하고 트리아지 상황 하에서 장애로 인해 불이익을 받을 수 있는 위험이 있으며, 장애인권리협약 제25조에 따라 요구되는 건강 분야의 차별로부터의 충분한 보호는 미진하다.¹⁰⁴⁾

의료진들은 팬데믹과 관련된 트리아지 상황에서 극단적인 결정을 내려야 하는 위치에 있다. 그들은 부족한 집중치료 자원을 누구에게 배분할지 여부를 결정해야 한다. 이러한 상황에서 장애인에게까지 필요한 치료 기회를 제공하는 것은 특히 어려운 일이 될 수 있다. 이는 ‘현재의 단기적 생존가능성(aktuelle und kurzfristige Überlebenschancen)’에 따라 결정되는 때에만 가능해질 것이다.

「일반균등대우법」¹⁰⁵⁾ 제1조¹⁰⁶⁾의 민법상의 일반적 차별금지법으로는 장애인에 대한 보호책이 충분치 않다. 이미 해당 조항이 트리아지 상황에 적용되는지조차 명백하지 않다. 공법에서도 차별로부터의 보호에 관한 조항이 많지 않다. 여러 청구인들이 거주하는 베를린주 차별금지법(LADG, 2020. 6. 11., GVBl 2020, S. 532) 제2조¹⁰⁷⁾에서는 명시적으로 만성 질환자를 대상으로 직접·간접·구조적 및 제도적 불이익으로부터 보호해야 한

101) 독일 연방헌법재판소 2021. 12. 16. 결정. 1 BvR 1541/20, Rn. 110 ff.

102) Gesetz zur Stärkung der Teilhabe und Selbstbestimmung von Menschen mit Behinderungen, Bundesteilhabegesetz, 2016. 12. 23. 제정 (BGBl I S. 3234, 2018. 1. 1. 발효).

103) Gesetz zur Gleichstellung von Menschen mit Behinderungen (Behindertengleichstellungsgesetz vom 27. April 2002, BGBl I S. 1467)

104) 독일 연방헌법재판소 2021. 12. 16. 결정. 1 BvR 1541/20, Rn. 122.

105) Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz, AGG.

106) **[일반균등대우법 제1조 본 법의 목적]**

이 법률은 인종, 민족적 출신, 성별, 종교·세계관, 장애, 연령 또는 성적 정체성을 사유로 하는 불이익을 예방하거나 배제하는 것을 목적으로 한다.

107) **[베를린주 차별금지법 제2조 차별의 금지]**

누구도 성별, 민족적 출신, 인종 및 반유대주의, 종교·세계관, 장애, 만성 질환, 연령, 언어, 성적 및 성별 정체성과 사회적 지위로 인해 공법의 범위 내에서 차별되어서는 안 된다.

다고 규정하고 있지만 이는 구체적인 의사의 치료결정에 적용되지는 않는다. 다른 주들의 경우에도 마찬가지로 효과적인 법적 보호를 제공하지 못하고 있다. 사회보장법이나 의료직역법의 조항들도 트리아지 상황에서의 불이익에 대한 보호를 제공하지 않고 있다.

(3) 입법재량

장애로 인한 불이익을 효과적으로 방지하기 위해 집중의료 분배결정에 관한 기본법 제3조 제3항 제2문의 구체적인 의무를 어떻게 이행할지에 관한 결정은 입법자의 판단여지와 평가여지 및 형성의 여지 내에 있다. 입법자는 팬데믹으로 인해 부족한 집중의료 자원을 배분하는 때에 장애인이 불이익을 받는 위험에 대응하기 위해 여러 선택지를 갖고 있다. 헌법소원 절차에서 밝혀진 바처럼 어느 특정한 조치만으로 보호명령이 충족될 수는 없다.¹⁰⁸⁾

판단여지, 평가여지, 형성여지는 문제되는 분야의 특성과 고려되어야 하는 모든 당사자들의 기본권에 의해 이끌어지며 그 한계가 결정된다. 이때 입법자는 의료시설의 제한된 인적·물적 자원의 운용에 야기할 부담이 장애를 가진 환자들의 생명과 건강을 효과적으로 보호해야 하는 궁극적인 목적에 오히려 역행하는 쪽으로 흐르지 않도록 해야 한다는 점을 고려해야 한다. 다른 환자들의 생명과 건강에 대해서도 입법자의 보호의무가 있다는 점을 감안할 때 역시 마찬가지로 적용된다. 그렇게 함에 있어서 입법자는 의학적으로 요구되는 의사결정 과정의 속도라든가 특정한 개별 사례에서의 의학적 상황 평가에 대한 전문적 역량과 임상경험을 바탕으로 한 의료진의 궁극적 책임 등과 같은 임상실무의 사리(Sachgesetzlichkeit)를 존중해야 한다.¹⁰⁹⁾

입법자는 이러한 점들을 고려하여 배분결정에 관한 기준을 명시할지 여부를 결정해야 한다(국가 급부에 대한 접근 기준 BVerfGE 134, 1 <15 f. Rn. 42> 참조). 인간존엄의 불가침성을 존중하여야 하므로 생명과 생명을 형량해서는 안 된다(BVerfGE 115, 118 <153 ff., 158> 참조)는 명제는 생명을 살리는 데 부족한 자원을 어떻게 나누어야 하는지에 관해 결정하는 기준을 규정하는 것에 방해되지 않는다. 헌법 내용상의 요건을 충족하는 기준은 입법자가 명시할 수 있다(이 논의에 관해서는 Brade/Müller, NVwZ 2020, S. 1792 <1796>; Gaede 등, medstra 2020, S. 129 <130 f.>; Hristova, DVBl. 2021, S. 224

108) 독일 연방헌법재판소 2021. 12. 16. 결정. 1 BvR 1541/20, Rn. 126.

109) 독일 연방헌법재판소 2021. 12. 16. 결정. 1 BvR 1541/20, Rn. 127.

<230>; Huster, in: Huster/Kingreen, Handbuch Infektionsschutzrecht, 2021, Kap. 8 Rn. 45 ff.; Taupitz, MedR 2020, s. 440 <442 f.>; Merkel/Augsberg, JZ 2020, S. 704 <713 f.> 참조). 입법자는 절차에 관해서도 규정을 마련할 수 있다(국가의 결정에 관하여 BVerfGE 147, 253 <311 Rn. 120> 참조). 입법자는 효과적인 기본권보호가 보장된다는 판단하에 치료 우선순위 결정에서 다중 평가의 원칙(Mehraugen-Prinzip)이나 결정과정을 문서화(Dokumentation)하는 규정을 도입할 수 있다. 현장 지원을 위한 규정도 생각해 볼 수 있다. 트리아지 상황에서 장애로 인한 불이익 방지를 위해 의료진과 돌봄 인력, 특히 집중의료와 관련된 인력에게 특수한 교육 및 추가교육을 받도록 하는 규정을 도입하는 것도 가능할 것이다. 입법자는 어떤 조치가 목적달성에 도움이 되는지 결정해야 한다(BVerfGE 142, 313 <342 Rn. 81> 참조).¹¹⁰⁾

3. 연방헌법재판소의 결론

연방헌법재판소는 2021년 12월 16일 다음과 같은 주문의 결정을 내렸다.

1. 입법자는 모두에게 사용될 수 없는 생존과 관련된 집중의료 자원의 배분 시에 누구도 장애로 인해 불이익을 받아서는 안 된다는 방지책을 마련하지 않았으므로 기본법 제3조 제3항 제2문을 침해하였다.
2. 입법자는 지체 없이 적합한 방지책을 마련해야 한다.
3. 청구인 9)의 헌법소원은 각하한다.
4. 독일 연방공화국은 청구인 1)내지 8)의 필요 비용을 부담한다.

연방헌법재판소는 입법자가 이 사안에서 장애인권리협약에 비추어 기본법 제2조 제2항 제1문의 중요성을 더해 기본법 제3조 제3항 제2문에서 도출되는 구체적인 보호의무 이행을 위해 팬데믹과 연관된 집중의료의 한정된 치료자원 배분 시에 장애로 인한 모든 불이익이 충분히 효과적으로 방지될 수 있도록 도모해야 한다고 하였다. 입법자는 이러한 행위의무를 지체 없이 적절한 조치를 통해 대응해야 한다고 하였다.¹¹¹⁾

110) 독일 연방헌법재판소 2021. 12. 16. 결정. 1 BvR 1541/20, Rn. 128.

111) 독일 연방헌법재판소 2021. 12. 16. 결정. 1 BvR 1541/20, Rn. 130.

4. 연방헌법재판소 결정에 대한 학계의 분석과 비판

연방헌법재판소는 장애로 인한 불이익을 받지 않도록 예방적 조치를 취하지 않은 입법자의 입법부작위에 대하여 기본법을 위반하였다는 결정을 내렸다. 연방헌법재판소는 장애에 대한 의식적·무의식적 편견과 그에 따른 잘못된 예측이 있을 수 있으며, 장애가 자주 합병증(Komorbiditäten)이나 총체적으로 낮은 치유가능성 또는 높은 병약함(Gebrechlichkeit)으로 오인되고 있다는 참고인(장애 관련 단체)의 의견을 받아들였다.¹¹²⁾ 그러나 연방헌법재판소는 임상적 성공가능성이라는 배분 기준은 헌법에 위반되지 않는다고 보았다. 즉, 코로나19 팬데믹 중 트리아지 상황에서의 현재의 단기적 생존가능성을 기준으로 삼는 것은 장애인에 대한 차별이 아니라고 판단한 것이다.¹¹³⁾ 임상적 성공가능성은 효과적인 치료가 가능한 경우 치료 대상자의 건강 상태를 얼마나 개선할 수 있는지에 대한 문제와 관련이 있다. 이는 생존가능성이 낮은 사람들과 비교하여 높은 생존가능성을 가진 사람들이 우선하여 집중치료를 받을 수 있음을 의미한다. 이 기준은 집중치료 자원의 우선순위를 정하기 위하여 생존가능성에 중요한 여러 요인을 고려하고 평가하는 것을 목표로 한다. 또한 이러한 의사결정 과정에는 현재 이용할 수 있는 의료 자원을 고려해야 하고 도움이 필요한 모든 환자를 포함해야 한다.

가. 장애인에 대한 간접 차별 가능성

임상적 성공가능성 기준은 헌법에 위반되지 않는다고 판단한 연방헌법재판소의 결정은 입법자의 부작위에 대한 위헌결정에도 불구하고 환자 분류 과정에서 질병의 심각성과 진행 경과를 고려하는 것이 장애인들에 대한 간접 차별이라는 주장을 간과한 것이라고 평가된다.¹¹⁴⁾ 이 비판은 장애인, 기저질환자, 특정 연령대의 개인들이 그렇지 않은 사람들과 비교하여 코로나19가 심각하게 발병할 소지가 더 높다는 사실을 근거로 한다.¹¹⁵⁾ 결과적으로 장애는 의사의 판단에 있어서 배제 기준이므로 장애로 인한 직접적인 차별은

112) 독일 연방헌법재판소 2021. 12. 16. 결정. 1 BvR 1541/20, Rn. 55, 57, 61, 63.

113) 독일 연방헌법재판소 2021. 12. 16. 결정. 1 BvR 1541/20, Rn. 116.

114) Brade/Müller, Untätigkeit des Gesetzgebers als Schutzpflichtverletzung?, in: NVwZ 2020, S. 1792.

115) Kranz/Ritter, Die Triage-Entscheidung des BVerfG und die Folgen, in: NVwZ 2022, S. 133.

금지되고 있음에도 불구하고 대부분의 의사는 장애인이 비장애인에 비하여 코로나19를 더 심각하게 앓을 것으로 예측하고 있으며, 이러한 예측이 의사의 임상적 성공가능성 기준에 반영된다는 것이다. 이로써 장애인은 비장애인에 비하여 질병의 진행 경과가 더 심각할 수 있다는 이유로 집중적인 치료를 받지 못하여 간접적인 차별이 발생할 수 있다.¹¹⁶⁾ 다시 말해서 트리아지 기준 적용에 장애가 영향을 미칠 수 있는 것이다.¹¹⁷⁾

급성질환에 대한 생존가능성이라는 트리아지 기준에 따른 장애인에 대한 간접차별 가능성을 방지하기 위해, 집중치료 자원 배분을 결정하기 위한 치료우선순위 분류 상황에서 사용할 수 있는 대안으로서 다른 기준에 관한 논의가 이루어질 필요가 있다.

나. 입법자의 의료우선순위 기준 마련 의무

연방헌법재판소는 입법자가 특정한 의료우선순위 기준을 마련해야 하는 의무가 있다고 보지는 않았다. 그렇지만 Walter는 어쩌면 것처럼 확정된 기준이 일반적 트리아지 법률에서 가장 중요한 실체적 내용으로 가장 필요한 것일지도 모른다고 비판하였다.¹¹⁸⁾ 특히 연방헌법재판소가 본질성이론(Wesentlichkeitstheorie)에 대해 언급조차 하지 않았다는 점이 앞의 전제를 강화한다. 지금까지 연방헌법재판소는 예컨대 대학에서 수학할 기회¹¹⁹⁾처럼 국가의 주요한 이익 배분 시에 입법자가 이를 명시적으로 규율할 의무가 있다고 해왔다. Walter는 집중의료를 위한 치료실은 이러한 명시적 규율 의무 대상에 해당하지 않는 것인지 의문을 제기하고 있다.¹²⁰⁾ 일반적 트리아지 법률을 제정한다면 어떤 규정이 있어야 하는지에 관해서도 연방헌법재판소는 침묵하고 있다. 이는 연방비상중단조치(Bundesnotbremse) 결정¹²¹⁾에서 제1재판부가 취한 태도와 이어진다.¹²²⁾¹²³⁾

116) Lehner, Roman, : Problem erkannt, Problem gebannt?: Zur Triage-Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts, VerfBlog, 2021/12/30, <https://verfassungsblog.de/problem-erkannt-problem-gebannt/>, DOI: 10.17176/20211230-230355-0.

117) Huster는 연방헌법재판소가 임상적 성공가능성이라는 기준을 통한 간접차별을 결정에서 언급하지 않는 점에 대해 강하게 비판한다. Huster, Stefan, Much Ado about Nothing: Die Triage-Entscheidung des BVerfG ist eine einzige Enttäuschung, VerfBlog, 2021/12/29, <https://verfassungsblog.de/much-ado-about-nothing/>, DOI: 10.17176/20211230-110307-0.

118) Walter, Tonio, Keine Verpflichtung zu einem Triagegesetz – und kaum Vorgaben dafür, in: NJW 2022, S. 363 (363).

119) BVerfGE 147, 253 (310); BVerfGE 33, 303 (345 f.).

120) Walter, Tonio, Keine Verpflichtung zu einem Triagegesetz – und kaum Vorgaben dafür, in: NJW 2022, S. 363 (363).

하지만 생명보호와 인간의 존엄에 대해서까지 소극적인 태도를 유지하는 것은 조용한

121) BVerfG NJW 2022, S. 139, NJW 2022, S. 167.

122) 독일에서는 코로나19의 유행이 확산되자 2021년에 들어서 연방 차원에서 이른바 비상중단조치(Bundesnotbremse)를 단행하였다. 이는 감염방지법 제28b조의 신설을 통해 이루어졌는데, 감염 관련 과학적 판단의 컨트롤타워인 로베르트 코흐 연구소(Robert-Koch-Institut)의 조사 결과에 따라 주민 10만명당 7일 감염자 발생율이 연속 3일 동안 100명 이상에 이르는 경우 법률 규정에 의해 즉시 비상중단조치가 발동되도록 한시적으로 규정한 것이다. 해당 조항에 따라 사적 모임 금지, 야간 외출 금지, 여가시설 폐쇄, 인원제한과 방역 수칙 준수 하에 허용되는 생필품 판매장 외의 상점 폐쇄, 문화시설 폐쇄 등 광범위한 자유 제한조치가 발동되도록 하였다. 이러한 조치를 위반하면 형사처벌이나 질서위반금을 물도록 하였다.

이러한 주요 조치에 대해 다수의 헌법소원이 제기되었고 연방헌법재판소는 2021. 11. 19. 이른바 제1차 연방비상중단조치 결정(Bundesnotbremse I, 1 BvR 781/21 ua = NJW 2022, S. 139)을 내린다. 비상중단조치 규정의 특징은 일정한 요건이 충족되면 집행조치를 기다리지 않고 즉시 효력이 발동되는 ‘자기집행적 법률’ 규정의 형태를 취하고 있다는 점이다. 이를 문제 삼는 주장에 대해 연방헌법재판소는 그러한 규정 형식을 취함으로써 관련자의 권리구제를 어렵게 했다거나, 권력분립원칙을 위반하고 개별 기본권에서 도출되는 행위형식 선택의 한계를 위반하였다거나, 기본권 제한에 관한 일반원칙을 위반했다고 볼 수 없다고 판단하였다.

비상중단조치의 목록에는 학교 출석수업금지 조치(감염방지법 제28b조 제3항)가 포함되어 있었는데, 이 조항에 따르면 확진자 발생률이 100을 넘는 경우 학교를 격일제로 운영하고 165를 넘기면 학교를 폐쇄해야 한다. 이에 대한 헌법소원이 제기되었고 연방헌법재판소는 출석수업 금지가 기본법 제6조 제1항에 따른 가족에 관한 기본권을 침해하는지 여부에 대해 판단하였다(이른바 제2차 연방비상중단조치 결정, BVerfG 2021. 11. 19. 1 BvR 971/21, 1 BvR 1069/21 = NJW 2022, 167). 연방헌법재판소는 출석수업이 금지되면 학부모가 추가적인 부양 의무 이행과 가정생활 및 직업 활동에 부담을 갖게 되는 것이 사실이지만, 이를 가족에 관한 기본권 침해로 주장할 수는 없다고 보았다. 즉 그러한 부담이 가족에 관한 기본권을 간접적·사실적으로 제한한 결과는 아니라고 보았다. 출석수업의 금지는 오로지 감염의 억제를 위한 것이지 학부모의 가정생활이나 직업적 활동의 가능성을 변화시키려는 것은 아니라고 본 것이다.

여기서 학부모인 심판청구인이 주장한 바처럼 기본법 제6조 제1항과 제3조 제2항 제2문(“국가는 남녀의 동등한 권리의 실제적 실현을 증진하고 현존하는 불이익들을 제거하기 위해 노력한다.”)에서 도출되는 국가의 지원 및 보호 요청 위반이 문제될 수는 있다. 출석수업을 금지함으로써 학부모가 갖는 부담이 무겁고, 학습과 교육에 관하여 학교가 부담하여야 할 무수한 임무가 학부모에게 전가된다는 점을 전문가들은 지적하고 있다. 연방연구연구소의 발표에 따르면 평균적으로 매일 1.3 ~ 2.3 시간의 추가 시간의 부담이 있고, 특히 보육이 필요한 아동의 학부모는 큰 부담을 지는데, 출석수업으로 이루어지던 보육이 없어지는 경우 의무교육이 작동하는 영역에서는 이를 대체할 보육체계가 구축되어 있지 않다는 점이 문제된다. 한부모 가정의 경우 학교폐쇄로 보육에 큰 공백이 발생하는 점 또한 사실이다. 이러한 점에서 연방헌법재판소는 국가가 학교폐쇄로 인해 가족과 학부모의 직업 활동에 미치는 불이익을 가족 지원조치로써 전보할 의무가 있음은 인정하였으나, 보육이 필요한 아동의 학부모가 직업이 있는 경우 그 보육의 부담을 경감시킬 수 있는 긴급보육시설을 각 주정부가 설치할 수 있도록 되어 있고, 직업이 있는 부모가 아동 보육으로 일을 할 수 없으면 손실보상 조항이 있기 때문에 국가로부터 손실보상을 받아 소득의 감소분을 보전받을 수 있으므로 기본권 제한이 완화된다고 보았다.

123) 독일에서의 코로나19 대응조치에 관한 헌법적 연구로서 김환학, 독일의 코로나 사태 대응조치에 관한 헌법적 검토, 헌법재판연구원 2021 참조. 코로나19로 인한 보건위기 상황에서의 자유 제한과 헌법재판에 관한 독일 사례의 비교법적 연구로서 김태호, 보건위기 속 자유 제한과 헌법재판 - 독일 사례의 비교법적 검토를 중심으로 -, 헌법재판연구원 2022 참조.

경보 상태로 비취진다.¹²⁴⁾ 연방헌법재판소의 트리아지 결정은 만장일치로 내려지지 않았다. 하지만 별개의견이 존재하지 않기 때문에 반대 입장이 어느 정도 있었는지와 그 동기가 무엇이었는지는 알 수 없다.

다. 상황에 따라 달라지는 생존가능성의 의미

‘임상적 성공가능성’은 현재의 질병에 대한 ‘단기간’ 동안의 생존가능성을 의미한다. 이는 특정한 현재의 질병의 치유 가능성과 이후 적어도 어느 정도의 기간 동안 해당 질병 없이 생존할 수 있는 가능성을 말한다. 이 질문은 환자가 생존할 가능성이 있는지와 그러하다면 그러한 가능성이 얼마나 높은지의 두 질문으로 나눌 수 있다. 트리아지와 관련하여 임상적 성공가능성과 생존가능성이라는 개념은 대체로 집중치료를 받을 경우 생존가능성이 있는 환자들 사이에서 적용되는 것으로 이해된다.¹²⁵⁾ 이는 생존가능성이 더 높은 환자로 인해 다른 생존가능성이 있는 환자가 사망하게 되는 결과로 이어질 수 있다. 이러한 사실은 코로나19 트리아지에서의 생존가능성 기준을 위헌으로 만든다. 신체적으로 더 건강한 사람을 살림으로써 인간의 생명을 평가하게 되어 기본법 제1조 제1항 제1문과 연계한 기본법 제3조 제1항에 위배되기 때문이다.¹²⁶⁾ 이처럼 가장 적합한 사람만이 살아남는(survival of the fittest) 방식의 트리아지는 장애인에 대한 간접 차별로 이어질 수밖에 없다.

재난의학에서의 트리아지 기준은 해당 재난이 발생하기 전에 확정되어 있으며, 가령 기차 사고가 났을 경우 환자가 어느 자리에 앉아 있었느냐에 따라 생존가능성이 달라진다. 즉, 분류 가능성은 온전한 ‘무지의 장막’(Schleier des Nichtwissens) 아래에 있으며 트리아지의 분류 기준에 따라 최대화된다. 그러므로 재난 상황에서의 트리아지 기준으로서 생존가능성은 용인될 수 있다.

팬데믹 상황은 재난상황과 다르다. 위험 요인이 빨리 알려지고 무지의 장막은 크게 걷

124) Walter, Tonio, Keine Verpflichtung zu einem Triagegesetz – und kaum Vorgaben dafür, in: NJW 2022, S. 363 (363).

125) Dederer, Hans-Georg: Keine Triage ohne gesetzliche Grundlage: Konsequenzen aus dem Triage-Beschluss des BVerfG vom 16.12.2021, VerfBlog, 2021/12/28, <https://verfassungsblog.de/keine-triage-ohne-gesetzliche-grundlage/>

126) Walter, Tonio, Keine Verpflichtung zu einem Triagegesetz – und kaum Vorgaben dafür, in: NJW 2022, S. 363 (364).

히게 된다. 위험 요인이 있는 사람들은 오로지 생존가능성만을 기준으로 한 분류에서 더 나쁜 카드를 받게 될 것을 알고 있다. 따라서 이들은 갑작스러운 재난과 동일한 트리아지 기준에 동의할 수 없다.

장기이식법에서의 생존가능성이라는 기준도 팬데믹 상황 속 치료우선순위와 단순 비교될 수 없다. 기증자의 장기를 배분하는 때에도 ‘성공가능성’ 여하를 기준으로 삼고 있다(장기 및 조직의 기증·제거 및 양도에 관한 법률, 장기이식법 제12조 제3항 제1문¹²⁷⁾). 하지만, 이는 수혜자의 신체에서 이식받은 장기를 거부반응 없이 잘 받아들이는지에 관한 것이다.¹²⁸⁾ 연방법원의 판결에서는 모든 환자가 장기를 즉시 필요로 하고 오랜 기간 그 장기를 갖고 생활할 수 있는 좋은 기회가 있다면 어떤 확률상의 최소한의 작은 차이는 무시될 수 있다고 하였다.¹²⁹⁾ 달리 말하면 여전히 현실적인 ‘위험을 피할 수 있는 기회’가 있는 환자는 더 이상 누가 조금이라도 더 나은 환자인지에 따라 구별될 수 없다. 그러므로 장기이식의 성공가능성에 대한 장기이식법상의 기준은 아주 협소하게 해석하여야 하며 더 이상 가망이 없는 경우에만 배분에서 제외될 수 있게 된다.¹³⁰⁾

나아가 생존가능성에 대한 임상적 예측은 많은 사람들이 믿는 것처럼 신뢰도가 높지 않다는 점 또한 비판의 여지를 남기고 있다. 장애를 가진 많은 이들이 의사가 자신의 친지들에게 ‘이별을 준비’하라는 권고를 적어도 한 번 이상 했다고 보고한다. 장애인들이 증병에 걸려서 의사들은 이들이 해당 질병으로부터 살아남지 못할 것으로 생각했기 때문이다. 이러한 오진은 장애인에게서 특히 더 자주 나타나는데, 의사들이 그들의 상태를 정확히 판단하는 데 능숙하지 않기 때문이다. 연방헌법재판소 결정에서 언급한 것처럼 전문가의 현장 지원과 교육, 다수 결정의 원칙을 통해 이러한 상황을 개선할 수는 있을 것이다. 하지만 이러한 오판을 완전히 방지할 수 있을지는 의문이다. 이러한 부정확함의 원

127) [장기 및 조직의 기증·제거 및 양도에 관한 법률(Gesetz über die Spende, Entnahme und Übertragung von Organen und Geweben, Transplantationsgesetz) 제12조 제3항 제1문]

중재되어야 하는 장기는 중재소에서 최신 의학에 부합하는 규정에 따라 특히 적절한 환자에 대한 성공가능성과 긴급성을 기반으로 전달되어야 한다.

128) Walter, Tonio, Keine Verpflichtung zu einem Triagegesetz – und kaum Vorgaben dafür, in: NJW 2022, S. 363 (365).

129) BGHSt 62, 223 = NJW 2017, 3249 Rn. 39.

130) Dannecker, Gerhard/Streng, Anne Franziska, Rechtliche Möglichkeiten und Grenzen einer an den Erfolgsaussichten der Transplantation orientierten Organallokation, in: JZ 2012, S. 444 (445); Engländer, Armin/Zimmermann, Till, „Rettungstötungen“ in der Corona-Krise? Die Covid-19-Pandemie und die Zuteilung von Ressourcen in der Notfall- und Intensivmedizin, in: NJW 2020, S. 1398 (1402).

인이 장애에 있는 것이 아니라 의사가 예후를 오판하여 발생한다는 점 또한 문제된다. 따라서 코로나19 또는 다른 질병의 예후를 정확히 측정할 수 있다고 입법자가 가정해서는 안 될 것이다.

의료진 스스로가 자신들의 예후 측정을 불확실한 것으로 인식하고 있음은 이들이 재평가(Re-Evaluation)와 사후적 트리아지(Ex-post-Triage)의 중요성을 강조하고 있다는 점에서도 드러난다. 의사들은 인간이며 인간은 실수를 한다. 대부분 무의식적으로 잘못된 인식을 하지만, 때로는 의식적으로 그러한 오판을 내리기도 한다. 가령 장기이식 스캔들에서처럼 자신의 환자의 치료 및 혈액 수치에 관해 거짓으로 기재함으로써 장기 이식 가능성을 높여 한 사건이 그러한 예시이다.¹³¹⁾ 이러한 오판이 트리아지 결정에서 임상적 성공가능성에만 의존하여 의사의 결정에 맡기는 경우에 일어나지 않으리라는 보장은 없다.¹³²⁾

라. 생존가능성 기준에 대한 대안

생존가능성에 대한 대안으로 우연의 원칙(Zufallsprinzip)을 적용해야 한다고 주장하는 학자도 있다.¹³³⁾ 우연을 통해서만 공정한 결정을 내릴 수 있고, 꼭 제비뽑기가 아니더라도 시간상 먼저 온 사람이 치료를 받을 수 있으며 점점 더 많은 학자들과 법학자¹³⁴⁾ 및 당사자들이 이를 인지하고 주장하고 있다는 것이다. 가령 코로나 위기 전에 캐나다에서 팬데믹과 관련된 집중의료 자원 부족 시를 대비하여 이뤄진 연구에서 상정 가능한 13개

131) BGHSt 62, 223 = NJW 2017, 3249 Rn. 15 ff. 독일 장기이식센터에서의 다른 조작들에 관해서는 BT-Drs. 17/13947, 25.

132) Walter, Tonio, Keine Verpflichtung zu einem Triagegesetz – und kaum Vorgaben dafür, in: NJW 2022, S. 363 (365).

133) Walter, Tonio, Keine Verpflichtung zu einem Triagegesetz – und kaum Vorgaben dafür, in: NJW 2022, S. 363 (365).

134) Engländer, Armin, Pflichtenkollision bei der Ex-ante-Triage, in: Hörnle, Tanja / Huster, Stefan / Poscher, Ralf (Hrsg.), Triage in der Pandemie, Tübingen 2021, S. 111 (139 ff.); Fateh-Moghadam, Bijan/Gutmann, Thomas, Gleichheit vor der Triage. Rechtliche Rahmenbedingungen der Priorisierung von COVID-19-Patienten in der Intensivmedizin, in: Hörnle, Tanja / Huster, Stefan / Poscher, Ralf (Hrsg.), Triage in der Pandemie, Tübingen 2021, S. 291 (306); Zimmermann, Till, Kontraktualistische Überlegungen: Auf welche Zuteilungskriterien würden wir uns unter dem “Schleier des Nichtwissens” einigen?, in: Hörnle, Tanja / Huster, Stefan / Poscher, Ralf (Hrsg.), Triage in der Pandemie, Tübingen 2021, S. 221 (254).

의 트리아지 기준을 조사하였는데 그 중 단 두 개만 의료윤리적으로 납득 가능한 것으로 밝혀졌다. 우연과 시간상의 우위(즉 우연의 특수한 형태)가 그것이다.¹³⁵⁾

그렇지만 우연의 원칙을 절차로 규정하게 되어 예컨대 제비뽑기를 채택하게 된다면 다양한 문제상황에 직면하게 된다. 먼저 누가 제비를 뽑을 것인지가 문제된다. 치료하는 의사, 중립적인 제3자 또는 소프트웨어를 통한 랜덤 뽑기를 생각해 볼 수 있다.¹³⁶⁾ 먼저 오는 사람에게 한정된 자원을 배분하는 형태의 우연의 원칙(선착순 원칙)은 일견 모든 차별의 요소가 배제된 듯 보이지만 자세히 들여다보면 이 원칙 또한 장애인을 차별하는 결과를 가져올 수 있다. 가령 장애로 인해 이동이 제한되어 있거나 이동에 있어서 필요한 도움을 기다려야 하는 상황에서 다른 사람보다 늦게 병원에 도착하게 된다면 장애로 인해 치료받을 기회를 빼앗기게 될 것이다.¹³⁷⁾

우연의 원칙으로 인해 현존하는 자원을 생명보호에 적절하게 사용하는 것이 아니라 우연에 따라 배분해야 한다면 의료진에게도 납득하기 어려운 딜레마 상황이 될 수 있다.¹³⁸⁾

5. 소결

연방헌법재판소의 트리아지 결정은 팬데믹과 관련하여 한정된 의료자원을 배분해야 하는 치료우선순위 결정에서 장애로 인해 불이익을 당할 수 있는 위험을 인지하고 이로부터 보호해야 하는 기본법 제3조 제3항 제2문에서 도출되는 국가의 보호의무를 확인하였다는 점에서 의의를 갖는다. 그렇지만 실질적으로 입법자에게 특정한 내용의 규정 제정을 명하지는 않았으며, 그 자체로 간접차별의 위험을 내포하고 있는 ‘임상적 성공가능성’을 기준으로 트리아지가 행해질 수 있다고 함으로써 현 상황과 구분되는 지점을 가늠하기 어려운 것도 사실이다.

135) Winsor et al., Healthcare Quarterly Vol. 17 Nr. 2 (2014), 45 ff.

136) Kersten, Jens/Rixen, Stephan, Der Verfassungsstaat in der Corona-Krise, 3. Aufl., München 2022, S. 213.

137) Kersten, Jens/Rixen, Stephan, Der Verfassungsstaat in der Corona-Krise, 3. Aufl., München 2022, S. 214.

138) Tabbara, Annette, Der Triage-Beschluss des Bundesverfassungsgerichts, in: NZS 2022, S. 241 (245).

IV. 연방 헌법재판소 결정에 따른 입법(감염예방법 제5c조)

인체 감염병 예방과 극복을 위한 법률¹³⁹⁾(이하 감염예방법) 제5c조를 통해 독일 입법자는 최초로 위기 상황 시 생존에 필수적이며 제한된 자원 분배에 관한 규정을 제정하게 되었다(일명 트리아지 규정). 지금까지 그러한 경우를 법률로 규정한 경우는 - 대형사고나 응급의료 상황에서도 - 독일에서는 존재하지 않았다.¹⁴⁰⁾ 아래에서는 감염예방법 제5c조의 적용범위와 그 내용 및 이에 관한 비판을 위주로 살펴보고자 한다.

1. 감염예방법의 제정

가. 법률유보(Gesetzesvorbehalt)¹⁴¹⁾

입법자가 법률유보에 기해 이러한 예외적 상황을 법률로 규정해야 하는지 또는 반대로 생존에 필수적인 한정된 자원의 배분에 관해 규정하는 것이 헌법상 금지되어 있는지는 지금까지 논쟁이 되어 왔다. 독일 윤리위원회의 성명에 따르면 국가는 헌법에 따라 갈등 상황에서 어떤 삶을 구조하는 데에 우위를 둘 것인지에 관해 규정할 수 없다. 한정된 자원 분배에 관해 국가가 구속력 있게 정하는 데에는 한계가 있다는 것이다.

감염예방법 제5c조는 연방헌법재판소 결정¹⁴²⁾ 이행을 위해 2022. 12. 8. 제2차 감염예방법 개정법(BGBI. I 2235)을 통해 추가되었다. 입법자는 감염예방법 제5c조를 통해 기본법 제3조 제3항 제2문의 의무를 유럽인권협약 제14조¹⁴³⁾(차별금지)와 유엔 장애인권리협약 제25조(모든 측면에서 차별 없이 필수적 건강 지원을 받을 수 있도록 할 의무)의

139) Gesetz zur Verütung von Infektionskrankheiten beim Menschen, Infektionsschutzgesetz – IfSG.

140) Eckart, Christian / Winkelmüller, Michael, Infektionsschutzrecht Kommentar, 2. Aufl. München 2023, § 5c Rn. 1.

141) Eckart, Christian / Winkelmüller, Michael, Infektionsschutzrecht Kommentar, 2. Aufl. München 2023, § 5c Rn. 2.

142) BVerfG, Beschluss des 1. Senats vom 16. Dezember 2021 – 1 BvR 1541/20.

143) [유럽인권협약 제14조 차별금지]

성별, 인종, 피부색, 언어, 종교, 정치적 또는 기타의 의견, 민족적 또는 사회적 출신, 소수민족에의 소속, 재산, 출생 또는 기타의 신분 등에 의한 어떠한 차별 없이 이 협약에 규정된 권리와 자유의 향유가 확보되어야 한다.

내용에 조화될 수 있도록 이행하고자 하였다.¹⁴⁴⁾

감염방지법 제5c조의 입법 과정에서 현재의 조항과 달리 절차 규정만을 두는 방안이 대안으로 제시되기도 하였지만, 실제법 규정을 통해 더 효과적인 차별의 방지가 가능하다고 판단하여 지금의 형태로 제정되게 되었다.¹⁴⁵⁾

나. 적용범위

규범이 발효되기 전부터 적용범위가 한편에서는 너무 좁고, 다른 한편에서는 너무 넓은 비판을 받았다. 입법 과정에서 트리아지를 성문화해야 한다는 이들로부터는 감염예방법 제5c조가 독일 내에서의 일반적인 트리아지 규정을 설정하지 않으므로 적용범위가 너무 좁다는 비판이 있었다. 그러한 이유로 감염예방법에 규정된 규정은 처음부터 ‘전염병(감염예방법 제2조 제3호¹⁴⁶⁾)’으로 인해 생존에 필수적인 집중의료 치료설비가 존재하지 않아서 배분결정이 내려지는 경우에만 적용된다. 가령 전염병이 아닌 자연재해나 다른 대형재난 상황의 경우 이 트리아지 규정은 적용되지 않는다. 독일의 경우, 연방의 전염병에 관한 입법권한이 기본법 제74조 제1항 제19호¹⁴⁷⁾에 규정되어 있고, 후자의 입법권한은 주들에 있기 때문에 연방으로서는 전염병에 한해서만 트리아지를 규정할 수 있었다.¹⁴⁸⁾

2. 감염예방법 제5c조의 내용

감염예방법 제5c조에서는 특정한 요인으로 인해 환자가 의료 배분과정에서 차별을 받

144) Eckart, Christian / Winkelmüller, Michael, Infektionsschutzrecht Kommentar, 2. Aufl. München 2023, § 5c Rn. 8.

145) Deutscher Bundestag, Drucksache 20/3877, S. 2.

146) [감염예방법 제2조 용어규정]

이 법률의 의미에서

3. 전염병은 병원(Krankheitserreger) 또는 병원체의 독성 생산물에 기인하여 직접 또는 간접적으로 인체에 감염될 수 있는 질병이다

147) [기본법 제74조 제1항 제19호]

경합적 입법은 다음의 분야를 그 대상으로 한다.

19. 인간과 가축에게 발병하는 것으로서 공공에 위태롭거나 전염되는 병에 대한 조치, 의료업 및 치료업의 허가, 약국·약품·약제·치료제·마취제 및 독극물에 관한 법

148) Eckart, Christian / Winkelmüller, Michael, Infektionsschutzrecht Kommentar, 2. Aufl. München 2023, § 5c Rn. 10-11.

아서는 안 된다는 내용과 사후적 트리아지의 금지 및 배분 절차, 절차의 기록 등에 관해 규정하고 있다.

제1항에서는 먼저 배분(rationing, Rationierung)결정을 정의내리고 있다. 즉, 전염병으로 인해 생존에 필요한 집중치료 여건이 충분하지 않아서 의료자원의 배분을 결정해야 하는 경우를 배분결정이라 한다. 이 때 누구든지 특히 장애, 노쇠의 정도, 연령, 인종, 종교 또는 정치관, 성별 또는 성적 지향으로 인해 불이익을 받아서는 안 된다고 하고 있다.

제2항에서는 배분결정이 환자의 현재 및 단기 생존가능성에 기초해서만 이루어질 수 있다고 명시하고 있다. 동반질환은 그 심각도나 합병증으로 인해 단기 생존가능성을 크게 감소시키는 경우에만 생존가능성 평가 시에 고려될 수 있고, 장애나 연령, 기대 여명, 병약함의 정도, 삶의 질 등의 기준은 단기 생존가능성에 영향을 주지 않으므로 현재 및 단기 생존가능성 평가 시에 고려되어서는 안 된다고 규정한다.

또한 제3항에서는 다중평가 체제를 도입하여 특정한 자격요건을 갖춘 두 명의 의사 간의 합의하에 배분결정이 이루어져야 하며, 그러한 합의가 존재하지 않는다면 환자는 동등한 자격을 갖춘 다른 의사의 진찰을 받아야 하며 과반수의 배분결정이 이뤄져야 함을 규정하고 있다.

이어서 제4항에서는 배분결정의 근거가 된 상황과 해당 결정에 관여한 사람들 및 투표 방식과 의견 제시에 관한 사항을 문서화해야 하는 의무를 규정하였다.

제5항에서는 집중치료시설을 갖춘 병원이 절차 지침에 배분결정에 참여할 책임이 있는 의사를 지명하는 절차와 제3항에 따른 다중평가 결정 과정의 조직적 이행에 관한 사항을 절차 지침에 명시해야 하는 의무를 다루고 있다. 또한 해당 병원에 절차 지침 준수와 더불어 추가적인 개선이 필요한지에 관해 적어도 1년에 한 번 절차 지침을 확인하고 조정해야 할 의무를 부여하고 있다.

제6항은 배분결정을 관할 주 행정청에 지체 없이 통보하고, 배분결정 당시 생존에 필요한 집중치료 수용력이 충분하지 않은 이유를 알려 관할 행정청의 책임범위 하에서 지원을 받아야 할 병원의 의무에 관해 규정하고 있다.

제7항에서는 관할 주 행정청에 배분결정이 처음 통보된 후 6개월 이내에 해당 규정에 대한 외부 평가를 의뢰해야 하는 연방 보건부의 의무를 규정하고 있다. 특히 차별로부터 보호하기 위한 예방조치를 마련하고 관련 의사들의 법적 확실성을 보장한다는 목표의 달성과 실제 수행 가능성을 고려하여 제5항 제1문에 따라 작성되는 절차 지침이 실제 의료

실무에 미치는 효과에 관해 평가되어야 한다. 평가는 특히 법적, 의학적, 윤리적 조사 결과를 바탕으로 각 분야를 포괄하는 방식으로 독립적인 전문가들에 의해 수행되며, 전문가 중 절반은 연방 보건부에서, 나머지 전문가 중 절반은 독일 연방의회가 임명하며 규제로 인해 특히 이해관계에 영향을 받는 전국 단위 협회와 전문가 그룹 및 당사자 대표 조직을 적절하게 포함해야 한다고 하고 있다. 또한 연방 보건부는 평가 결과와 이에 대한 연방 보건부의 성명서를 평가 위탁 후 늦어도 1년 이내에 독일 연방의회에 제출해야 한다고 규정하고 있다.

인체 감염병 예방 및 방지를 위한 법률 (감염예방법)

제5c조 전염병으로 인해 생존에 필요한 집중치료 여건이 충분치 않을 경우의 절차

(1) 전염병으로 인해 생존에 필요한 집중치료 여건이 충분치 않아서 의료자원의 배분 결정을 해야 하는 경우(배분결정) 누구든지 특히 장애, 노쇠 정도, 연령, 인종, 종교 또는 정치관, 성별 또는 성적 지향으로 인해 전염병으로 인한 중환자 치료 배정에 대한 의학적 결정에서 불이익을 받아서는 안 된다. 제1문의 의미 내에서 다음의 경우에는 생존에 필요한 집중치료 역량은 병원에서 충분히 제공되지 않는다.

1. 병원 환자의 생존에 필요한 집중치료 수요가 병원에서 이용할 수 있는 집중치료 수용능력으로 충족될 수 없으며
2. 다른 방식의 집중치료가 해당 환자들에게 가능하지 않은 경우, 특히 다음의 이유로 전원(Verlegung)이 고려될 수 없는 경우
 - a) 건강상의 이유 또는
 - b) 병원 측에서 인지한 바에 따라 지역이나 지역 외에서의 집중치료 수용능력이 고갈되었을 경우.

(2) 배분결정은 해당 환자의 현재 및 단기 생존가능성에 기초하여만 이루어질 수 있다. 동반질환은 심각도나 현재 질병과의 합병증으로 인해 단기 생존가능성을 크게 감소시키는 경우에만 현재 및 단기 생존가능성을 평가할 때 고려할 수 있다. 장애, 연령, 남은 중장기 기대수명, 병약함의 정도, 삶의 질 등 현재 및 단기 생존가능성에 영향을 주지 않는 기준은 현재 및 단기 생존가능성을 평가할 때 고려되어서는 안 된다. 이미 배분된 생존에 필요한 집중치료 수용력은 배분결정에서 제외된다.¹⁴⁹⁾

(3) 배분결정은 다음의 (요건들을 갖춘) 두 의사 간의 합의하에 이루어져야 한다.

1. 전문의

149) 사후적 트리아지의 금지를 의미.

2. 집중의료 분야에서 실무 중인 사람
3. 집중의료 분야에서 수 년 간의 경험을 쌓고
4. 배분결정에 해당되는 환자를 상호 독립적으로 평가한 사람

합의가 존재하지 않는다면 배분결정에 해당하는 환자는 동등한 자격을 갖춘 다른 의사의 진찰을 받아야 하며 배분결정은 과반수로 이뤄져야 한다. 배분결정에 관여하는 의사 중 단 한 명의 의사만이 배분결정으로 영향을 받는 환자의 직접적인 치료에 관여할 수 있다. 장애 또는 동반질환이 있는 환자가 배분결정에 의해 영향을 받는 경우, 해당 환자의 특별한 우려 사항을 고려할 수 있는 전문 지식을 갖춘 관계자의 평가를 고려해야 한다. 배분결정에 영향을 받는 환자의 평가, 배분결정에의 참여 및 제4문에 따른 참여는 원격 의료 상담의 형태로 이뤄질 수 있다.

(4) 배분결정 당시 영향을 받은 환자의 치료를 담당하는 의사는 다음 사항을 문서화해야 한다.

1. 배분결정의 근거가 된 상황 및
2. 배분결정에 어떤 사람들이 참여하고 협력하였는지, 그리고 그들이 어떻게 투표하거나 의견을 제시했는지.

민법전 제630f조와 제630g조가 준용된다.

(5) 집중치료시설을 갖춘 병원은 절차 지침에 최소한 다음 사항을 명시할 의무가 있다.

1. 배분결정에 참여할 책임이 있는 의사를 지명하는 절차, 그리고
2. 제3항에 따른 의사결정 과정의 조직적 이행.

집중치료시설을 갖춘 병원은 절차 지침을 준수해야 하며 추가적인 개선이 필요한지에 관계 적어도 1년에 한 번 절차 지침을 확인하고 조정해야 한다.

(6) 병원은 배분결정을 병원 계획을 담당하는 주 행정청에 지체 없이 통보하고, 배분결정 당시 생존에 필요한 집중치료 수용력이 충분하지 않은 이유를 알려 담당 주 행정청의 책임범 위 하에서의 지원을 받을 의무가 있다.

(7) 연방 보건부는 병원 계획을 담당하는 주 행정청에 배분결정이 처음 통보된 후 6개월 이내에, 늦어도 2025년 12월 31일까지 이 규정에 대한 외부 평가를 의뢰한다. 평가의 대상 은 특히 다음과 같다.

1. 차별로부터 보호하기 위한 예방 조치를 마련하고 관련 의사의 법적 확실성을 보장 한다는 목표 달성,
2. 실제 수행 가능성을 고려하여 규정 및 제5항 제1문에 따라 작성되는 절차 지침이 실제 의료 실무에 미치는 효과

평가는 특히 법적, 의학적, 윤리적 조사 결과를 바탕으로 각 분야를 포괄하는 방식으로 독립적인 전문가들에 의해 수행되며, 전문가 중 절반은 연방 보건부가 임명하고 나머지 절반은 독일 연방의회가 임명한다. 전문가는 규제에 의해 특히 이해관계에 영향을 받는 전국적인 협회, 전문가 그룹 및 당사자 대표 조직을 적절하게 포함해야 한다. 연방 보건부는 평가 결과와 이에 대한 연방 보건부의 성명서를 평가 위탁 후 늦어도 1년 이내에 독일 연방의회에 제출한다.

Gesetz zur Verhütung und Bekämpfung von Infektionskrankheiten beim Menschen (Infektionsschutzgesetz – IfSG)

§ 5c Verfahren bei aufgrund einer übertragbaren Krankheit nicht ausreichend vorhandenen überlebenswichtigen intensivmedizinischen Behandlungskapazitäten

(1) Niemand darf bei einer ärztlichen Entscheidung über die Zuteilung aufgrund einer übertragbaren Krankheit nicht ausreichend vorhandener überlebenswichtiger intensivmedizinischer Behandlungskapazitäten (Zuteilungsentscheidung) benachteiligt werden, insbesondere nicht wegen einer Behinderung, des Grades der Gebrechlichkeit, des Alters, der ethnischen Herkunft, der Religion oder Weltanschauung, des Geschlechts oder der sexuellen Orientierung. Überlebenswichtige intensivmedizinische Behandlungskapazitäten sind im Sinne des Satzes 1 in einem Krankenhaus nicht ausreichend vorhanden, wenn

1. der überlebenswichtige intensivmedizinische Behandlungsbedarf der Patientinnen und Patienten des Krankenhauses mit den dort vorhandenen überlebenswichtigen intensivmedizinischen Behandlungskapazitäten nicht gedeckt werden kann und

2. eine anderweitige intensivmedizinische Behandlung der betroffenen Patientinnen und Patienten nicht möglich ist, insbesondere, weil eine Verlegung nicht in Betracht kommt

a) aus gesundheitlichen Gründen oder

b) da die regionalen und überregionalen intensivmedizinischen Behandlungskapazitäten nach den dem Krankenhaus vorliegenden Erkenntnissen ausgeschöpft sind.

(2) Eine Zuteilungsentscheidung darf nur aufgrund der aktuellen und kurzfristigen Überlebenswahrscheinlichkeit der betroffenen Patientinnen und Patienten getroffen werden. Komorbiditäten dürfen bei der Beurteilung der aktuellen und kurzfristigen Überlebenswahrscheinlichkeit nur berücksichtigt werden, soweit sie aufgrund ihrer Schwere oder Kombination die auf die aktuelle Krankheit bezogene kurzfristige Überlebenswahrscheinlichkeit erheblich verringern. Kriterien, die sich auf die aktuelle und kurzfristige Überlebenswahrscheinlichkeit nicht auswirken, wie insbesondere eine Behinderung, das Alter, die verbleibende mittel- oder langfristige Lebenserwartung, der Grad der Gebrechlichkeit und die Lebensqualität, dürfen

bei der Beurteilung der aktuellen und kurzfristigen Überlebenswahrscheinlichkeit nicht berücksichtigt werden. Bereits zugeteilte überlebenswichtige intensivmedizinische Behandlungskapazitäten sind von der Zuteilungsentscheidung ausgenommen.

(3) Die Zuteilungsentscheidung ist einvernehmlich von zwei Ärztinnen oder Ärzten zu treffen, die

1. Fachärztinnen oder Fachärzte sind,
2. im Bereich Intensivmedizin praktizieren,
3. über mehrjährige Erfahrung im Bereich Intensivmedizin verfügen und
4. die von der Zuteilungsentscheidung betroffenen Patientinnen und

Patienten unabhängig voneinander begutachtet haben.

Besteht kein Einvernehmen, sind die von der Zuteilungsentscheidung betroffenen Patientinnen und Patienten von einer weiteren gleich qualifizierten Ärztin oder einem weiteren gleich qualifizierten Arzt zu begutachten und ist die Zuteilungsentscheidung mehrheitlich zu treffen. Von den an der Zuteilungsentscheidung beteiligten Ärztinnen und Ärzten darf nur eine Ärztin oder ein Arzt in die unmittelbare Behandlung der von der Zuteilungsentscheidung betroffenen Patientinnen oder Patienten eingebunden sein. Ist eine Patientin

oder ein Patient mit einer Behinderung oder einer Komorbidität von der Zuteilungsentscheidung betroffen, muss die Einschätzung einer hinzuzuziehenden Person berücksichtigt werden, durch deren Fachexpertise den besonderen Belangen dieser Patientin oder dieses Patienten Rechnung getragen werden kann. Die Begutachtung der von der Zuteilungsentscheidung betroffenen Patientinnen und Patienten, die Mitwirkung an der Zuteilungsentscheidung sowie die Hinzuziehung nach Satz 4 kann in Form einer telemedizinischen Konsultation erfolgen.

(4) Die oder der im Zeitpunkt der Zuteilungsentscheidung für die Behandlung der betroffenen Patientinnen und Patienten verantwortliche Ärztin oder Arzt hat Folgendes zu dokumentieren:

1. die der Zuteilungsentscheidung zugrunde gelegten Umstände sowie
2. welche Personen an der Zuteilungsentscheidung mitgewirkt haben und hinzugezogen wurden und wie sie abgestimmt oder Stellung genommen haben.

Die §§ 630f und 630g des Bürgerlichen Gesetzbuchs finden entsprechende Anwendung.

(5) Krankenhäuser mit intensivmedizinischen Behandlungskapazitäten sind verpflichtet, in einer Verfahrensanweisung mindestens Folgendes festzulegen: 1. ein Verfahren zur Benennung der Ärztinnen und Ärzte, die für die Mitwirkung an der Zuteilungsentscheidung zuständig sind, und

2. die organisatorische Umsetzung der Entscheidungsabläufe nach Absatz
3. Sie haben die Einhaltung der Verfahrensanweisung sicherzustellen und müssen die Verfahrensanweisungen mindestens einmal im Jahr auf Weiterentwicklungsbedarf überprüfen und anpassen.

(6) Krankenhäuser sind verpflichtet, eine Zuteilungsentscheidung unverzüglich der für die Krankenhausplanung zuständigen Landesbehörde anzuzeigen und ihr mitzuteilen, weshalb im Zeitpunkt der Zuteilungsentscheidung überlebenswichtige intensivmedizinische Behandlungskapazitäten nicht ausreichend vorhanden waren, um die für die Krankenhausplanung zuständige Landesbehörde in die Lage zu versetzen, im Rahmen ihrer Zuständigkeit tätig zu werden.

(7) Das Bundesministerium für Gesundheit beauftragt innerhalb von sechs Monaten, nachdem erstmals einer für die Krankenhausplanung zuständigen Landesbehörde eine Zuteilungsentscheidung angezeigt wurde, spätestens jedoch bis zum 31. Dezember 2025, eine externe Evaluation dieser Vorschrift. Gegenstand der Evaluation sind insbesondere

1. die Erreichung der Ziele, Vorkehrungen zum Schutz vor Diskriminierung zu schaffen und Rechtssicherheit für die handelnden Ärztinnen und Ärzte zu gewährleisten, und

2. die Auswirkungen der Vorschrift und der nach Absatz 5 Satz 1 zu erstellenden Verfahrensanweisungen auf die medizinische Praxis unter Berücksichtigung der praktischen Umsetzbarkeit.

Die Evaluation wird interdisziplinär insbesondere auf Grundlage rechtlicher, medizinischer und ethischer Erkenntnisse durch unabhängige Sachverständige durchgeführt, die jeweils zur Hälfte von dem Bundesministerium für Gesundheit und dem Deutschen Bundestag benannt werden. Die Sachverständigen haben bundesweite Verbände, Fachkreise und Selbstvertretungsorganisationen, deren Belange von der Vorschrift besonders berührt sind, angemessen zu beteiligen. Das Bundesministerium für Gesundheit übermittelt dem Deutschen Bundestag spätestens ein Jahr nach der Beauftragung das Ergebnis der Evaluation sowie eine Stellungnahme des Bundesministeriums für Gesundheit zu diesem Ergebnis.

3. 의료계의 비판

가. 사후적 트리아지 금지와 직업수행의 자유 침해 논란

입법자는 집중의료 설비 부족으로 이를 배분해야 하는 때에 불이익을 최소화하기 위해 감염예방법 제5c조를 제정하였다. 유일한 배분 기준은 연방헌법재판소가 결정에서 제시한 바와 같이 ‘현재의 단기적 생존가능성(aktuelle und kurzfristige Überlebenschancen)’이다. 특히 배분 기준으로 장애나 연령, 노쇠함의 정도는 고려되어서는 안 된다(감염예방

법 제5c조 제2항 제1문, 제3문). 사후적 트리아지, 즉 이미 집중치료 과정 중에 있는 환자의 치료를 중단하고 이후에 이송되어 온 생존가능성이 더 높은 환자를 치료하는 것은 배제된다(감염예방법 제5c조 제2항 제4문). 이처럼 사후적 트리아지를 허용하지 않음(감염예방법 제5c조 제2항 제4문)으로 인한 의료계의 반발이 있다. 의사들의 성명에 따르면 집중치료를 시행한 이후에야 환자의 회복 가능성을 정확하게 판단할 수 있으므로 사후적 트리아지가 필요하다고 한다.¹⁵⁰⁾

의사의 치료행위와 이와 관련한 치료적 책임 및 지시에 얽매이지 않는 점은 의사의 직업수행의 자유를 구성하는 부분이며 기본법 제12조 제1항¹⁵¹⁾의 보호를 받는다(BVerfGE 102, 26 (36)). 의학적 가치에 따라 의학적 치료의 목표는 항상 가능한 한 많은 환자를 구하는 것이다. 이는 히포크라테스 선서의 현대적 형태인 제네바 선언(Genfer Gelöbnis, Declaration of Geneva)¹⁵²⁾ 제2문¹⁵³⁾에 따라 환자의 건강과 안녕을 최우선으로 배려하겠다는 내용과 의사 직업규정 표본(Musterberufsordnung für Ärzte, MBO-Ä)¹⁵⁴⁾ 제1조 제2

150) <https://www.aerzteblatt.de/nachrichten/147638/Aerztekammern-sprechen-sich-gegen-Verbot-der-Ex-Post-Triage-aus> (최종검색일: 2024. 7. 3.).

151) **[기본법 제12조 제1항]**

모든 독일인은 직업, 직장 및 직업훈련장을 자유로이 선택할 권리를 갖는다. 직업행사는 법률에 의하여 또는 법률에 근거하여 규제될 수 있다.

152) 원래의 히포크라테스 선서는 BC 5세기경 히포크라테스 학파에 의해 만들어진 혁명적인 개혁선언이었다. 낙태와 독약 처방이 성행하고 환자를 자기에게 유인하기 위해 동료의사에 대한 음해가 유행하던 시절 히포크라테스 학파의 의사들이 만들고 주장한 고대판 의사윤리선언이다. 이 선언은 후대에 까지 전해져 내려와 의사들이 지켜야 할 전문 직업성과 의료윤리의 기초를 이루고 있다.

하지만 의학의 발달과 함께 원래의 히포크라테스 선서는 시대의 요구에 맞게 문구의 개정이 이루어져 왔다. 현재 의과대학 졸업생들이 선서하는 문구는 1948년 스위스 제네바에서 개최된 제22차 세계의사협회(WMA World Medical Association)에서 개정된 제네바 선언이다. 제네바선언은 이 현장이 발표되기 직전에 행해졌던 나치의 비윤리적인 인체실험 범죄행위가 개정의 주된 배경이 되었다. 제네바 선언은 현 시대와 잘 맞지 않거나 부족한 히포크라테스 선서를 현대화하기 위하여 시도된 것이다. 제네바 선언으로 탈바꿈한 현대판 히포크라테스 선서는 이후에도 여러 차례 문구 수정이 이루어지고 있다. 이 제네바선언은 1949년 10월 실제 의사들이 지켜야 할 더 구체화된 문구로 WMA 런던총회에서 ‘국제의사의 윤리강령’을 탄생시켰다. 제네바선언과 함께 국제의사의 윤리강령은 몇 차례 개정을 통해 그 결과를 각 나라에 통보하고 있다. 각 국은 이 개정 결과를 의사윤리강령 개정적임의 기초로 이용하고 있다. 출처 : 의학신문 <http://www.bosa.co.kr/news/articleView.html?idxno=2030975> (최종 검색일: 2024. 4. 24.).

153) **[제네바 선언 제2문]**

“DIE GESUNDHEIT UND DAS WOHLERGEHEN MEINER PATIENTIN ODER MEINES PATIENTEN WERDEN MEIN OBERSTES ANLIEGEN SEIN.”

“나의 환자의 건강과 안녕을 가장 우선하여 배려하겠다.”

154) 연방의사협회의 직업규정 지침 표본은 법적 구속력이 있지는 않지만 대부분의 주 의사협회에서 해당 표본을 받아들여 주 의사협회 직업규정을 마련하고 있다.

항¹⁵⁵⁾에 따라 생명의 유지를 의사의 임무로 규정하는 내용으로 뒷받침된다.¹⁵⁶⁾ 재난의료의 기반이 되는 극대화 목적(Maximierungsziel)에 상응하여 여기서도 가능한 한 많은 생명을 구하려는 의사의 의무(the best for the most)를 의미하게 된다.¹⁵⁷⁾ 차별금지 는 의사 정신(ärztliches Ethos)에 이미 내재되어 있으며 제네바 선언으로부터도 도출된다.

감염예방법 제5c조는 부족한 집중치료 설비의 배분 방식을 규제하며 이로써 의사의 결정의 틀을 규제하게 되므로 치료하는 의사의 직업의 자유에 대한 제한으로 평가될 수 있다. 해당 조항이 원칙적으로 차별 보호에 적합하다고 할지라도 비례성의 측면에서는 논쟁의 요소가 많다. 덜 침익적인 수단, 가령 절차조항의 제정이나 취약한 집단에의 인식 제고를 위해 결정권한을 가진 인력에 대해 추가적인 교육을 하는 것은 그 효용성이 법률 제정에 비할 바가 못 되므로 고려될 수 없다. 취약 집단을 차별로부터 충분히 보호하는 것과 의사 집단의 요청 간의 형량에서 의사의 치료의 자유에 대한 제한이 더 중하게 평가될 수 있으므로 감염예방법 제5c조가 비례의 원칙에 위배되는 결과가 나올 수 있다. 특히 사후적 트리아지의 금지와 감염예방법 제5c조 제2항 제1문 및 제3문의 모순적 규정은 의사들로 하여금 현재 및 단기간의 생존가능성에 따라 의료자원을 배분하는 것을 실질적으로 불가능하게 한다. 의사의 결정의 재평가가 (더 이상) 허용되지 않게 되는데, 이러한 재평가는 가능한 한 많은 환자를 살리기 위해 필수적으로 요구되는 사안이다. 사후적 트리아지라는 시나리오를 감당하는 것이 어려울지라도 이는 집중의료의 실상에 상응하며 의료 자원 부족 시에 의미 있고 전적으로 필요한 일이다. 치료하는 의사는 사후적 트리아지 또는 결정의 재평가가 금지됨으로 인해 자신의 양심과 의사의 사명에 반하는 결정을 내리도록 강요받게 된다. 기본법 제4조 제1항¹⁵⁸⁾에 따른 양심의 자유 또한 직업의 자유와 더불어 제한을 받게 되는 것이다. 의사직업규정표본 제2조 제1항에 따르면 의

155) [의사 직업규정 표본 제1조 제2항]

제1조 의사의 임무

- (2) 의사의 임무는 생명을 보존하고, 건강을 보호 및 회복하며, 고통을 완화하고, 죽어가는 사람들을 지원하고, 사람들의 건강에 대한 중요성을 고려하여 자연적인 삶의 기반을 보존하기 위해 노력하는 것이다.

156) Barnewold, Julia, § 5c IfSG quo vadis? – Therapiefreiheit vs. Lebenswertindifferenz, JuWissBlog Nr. 1/2024 v. 09.01.2024, <https://www.juwiss.de/1-2024/> (최종검색일: 2024. 4. 24.)

157) Brech, Alexander, Triage und Recht: Patientenauswahl beim Massenanfall Hilfebedürftiger in der Katastrophenmedizin: ein Beitrag zur Gerechtigkeitsdebatte im Gesundheitswesen, Berlin 2008, S. 52.

158) [기본법 제4조 제1항]

신앙과 양심의 자유, 그리고 종교적·세계관적 신념의 자유는 불가침이다.

사들은 자신의 직업을 양심과 의사 윤리 및 인도적 명령에 따라 수행한다.

모든 인간의 생명이 동등한 가치를 갖는다는 논거(Lebenswertindifferenz)로부터도 다른 결과가 나오기는 힘들다. 사후적 트리아지는 인간 생명의 평가를 의미하지 않기 때문이다.¹⁵⁹⁾ 그렇지 않고서는 연방헌법재판소의 ‘현재의 단기적 생존가능성’이라는 임상 성공 기준을 적용할 수 없다. 만약 사후적 트리아지를 허용하지 않는다면 의사들은 환자의 도착 시점만을 기준으로 한정된 의료자원의 배분을 해야 할 것이고 이는 도리어 의료 정신을 부조리한 지점으로 이끄는 결과를 가져올 수도 있다. 항시 반복하여 수행되어야 하는 의사의 결정의 재평가는 (집중)의료계의 현실에 상응할 따름이기 때문이다. 다른 한편으로는, 현재 및 단기 생존가능성에 대한 현실적이며 증거에 기반한 평가는 이와 같은 중요한 기준을 사용할 수 없게 된다면 현재의 과학적 수준으로는 불가능할 것으로 보인다.¹⁶⁰⁾

나. 명확성의 문제

그 밖에도 의사들은 규정의 명확성(Bestimmtheit)에 관해 우려하고 있다. 규범은 그 내용과 결과가 규범의 수범자가 명확히 인지할 수 있게 규정되어야 한다. 그렇지만 감염예방법 제5c조에 대한 위반의 결과는 해당 규정으로부터 도출해 낼 수 없다. 입법취지로부터는 형법의 일반 규정이 적용된다는 점만 알 수 있다. 감염예방법을 통해 배분의 기준만을 규정하려 한 것인지, 아니면 긴박한 경우에 다른 기준에 따른 배분도 형법상 정당화될 수 있는지 여부는 불명확하다. 형사처벌을 받을 수 있다는 가능성은 의료진에게 상당한 불안감을 안길 수밖에 없다.

다. 자기모순의 오류

감염예방법 제5c조는 사후적 트리아지를 금지하고 있으므로 실질적으로 먼저 온 사람이 먼저 치료를 받게 되는(first come, first serve) 결과를 가져온다. 이에 따라 나중에 도

159) Barnewold, Julia, § 5c IfSG quo vadis? – Therapiefreiheit vs. Lebenswertindifferenz, JuWissBlog Nr. 1/2024 v. 09.01.2024, <https://www.juwiss.de/1-2024/> (최종검색일: 2024. 4. 24.)

160) Barnewold, Julia, § 5c IfSG quo vadis? – Therapiefreiheit vs. Lebenswertindifferenz, JuWissBlog Nr. 1/2024 v. 09.01.2024, <https://www.juwiss.de/1-2024/> (최종검색일: 2024. 4. 24.)

착한 환자가 현재의 단기적 생존가능성이 더 높음에도 불구하고 설비 부족으로 치료를 받지 못하게 되고 이로써 차별을 받게 되는 것이다. 비행기 사고와 같은 대형 재난 시에는 동시에 많은 사람들을 치료해야 하는 난제에 부딪히지만 코로나19와 같은 팬데믹 상황에서의 트리아지는 이와는 달리 시간적으로 연이어서 환자가 발생하기 때문에 배분 문제가 전자의 상황과는 다른 점이 있다.¹⁶¹⁾ 사후적 트리아지의 금지 상황에서는 이미 치료를 받고 있는 환자가 자원을 사용하고 있어서 이후에 오는 환자는 생존가능성과 무관하게 죽음에 내몰리게 되는 것이다.

161) Paulo, Norbert: Für eine Neuregelung der pandemiebedingten Triage, VerfBlog, 2024/1/16, <https://verfassungsblog.de/fur-eine-neuregelung-der-pandemiebedingten-triage/> (최종 검색일: 2024. 4. 25.)

V. 결론과 시사점

앞으로 코로나19와 같은 감염병의 대유행이 재발할 가능성은 충분히 존재한다. 또한 팬데믹이 아니더라도 앞으로 도래할 초고령화 사회에서 의료자원 배분 문제는 더욱 첨예해질 것이다. 이에 따라 한정된 의료자원의 배분 기준에 관한 사회적 합의와 논의를 활성화해야 할 필요성이 대두된다. 특히 국가의 기본권 보호의무도 함께 재고되어야 할 것이다. 이러한 점을 감안하여 독일의 연방헌법재판소의 의료우선순위 결정과 이에 이어진 입법을 재고하여 볼 필요가 있다.

연방헌법재판소는 코로나19와 같은 팬데믹 상황에서 한정된 의료자원을 배분하는 때에 장애인이 불이익을 받지 않게 할 대비책을 세우지 않은 입법자의 입법부작위를 인정하고 이에 대한 입법을 명하였다는 점에 주목할 만하다. 이미 의료 실무에서 권고안으로서 통용되고 있는 DIVI의 가이드라인은 법적 효력이 없는 지침에 불과하기 때문에 입법자가 기본법 제3조 제3항 제2문에서 도출되는 보호과제로부터 파생되는 보호의무를 이행하지 않았다는 것이다. 특히 장애로 인한 불이익으로 장애에 대한 의식적·무의식적 편견과 그에 따른 잘못된 예측이 있을 수 있으며, 장애가 자주 합병증이나 총체적으로 낮은 치유가능성 또는 높은 병약함으로 오인될 수 있는 위험이 있음을 명시하였다. 하지만 연방헌법재판소는 임상적 성공가능성이라는 배분 기준은 헌법에 위반되지 않는다고 보았다. 즉, 코로나19 팬데믹 중 트리아지 상황에서의 현재의 단기적 생존가능성을 기준으로 삼는 것은 장애인에 대한 차별이 아니라고 판단하였다. 임상적 성공가능성은 효과적인 치료가 가능한 경우 치료 대상자의 건강 상태를 얼마나 개선할 수 있는지에 대한 문제와 관련이 있다. 이는 생존가능성이 낮은 사람들과 비교하여 높은 생존가능성을 가진 사람들이 우선하여 집중치료를 받을 수 있음을 의미한다. 이러한 결정은 오히려 ‘생존가능성’이라는 기준을 인정함으로써 장애인에 대한 간접차별을 야기할 수 있다고 본 학계의 비판의 대상이 되었다.

연방헌법재판소 결정을 토대로 새로 제정된 감염예방법 제5c조는 입법 과정에서 단순히 절차 규정만을 들 것인지에 대해서도 논의되기는 하였지만 보다 효과적인 차별 방지를 위해 실체법 규정이 필요하다는 판단하에 현재의 형태를 갖추게 되었다. 그렇지만 그 적용범위가 감염예방법에만 한정되기 때문에 일반적 트리아지에는 적용될 수 없어서 너

무 제한적이라는 비판이 있었다. 내용 면에서는 특정한 요인으로 인해 환자가 의료 배분 과정에서 차별을 받아서는 안 된다는 것과 사후적 트리아지의 금지 및 배분 절차, 절차의 기록 등에 관해 규정하고 있는데 유일한 배분 기준으로 ‘현재의 단기적 생존가능성’을 제시하고 있다. 이는 연방헌법재판소 결정에서와 마찬가지로 비판의 대상이 되었는데 특히 DIVI의 권고안과는 달리 감염예방법에서는 사후적 트리아지를 금지함으로써 집중적 치료를 실행하고 나서야 환자의 회복 가능성을 판단할 수 있다는 의료계의 반발에 직면하게 되었다. 또한 해당 조항이 의사의 직업수행의 자유와 양심의 자유를 침해한다는 비판도 존재한다. 그밖에도 해당 조항의 위반의 결과를 해당 조항을 통해서 알 수 없어서 규범의 명확성의 문제도 대두되고 있다. 이는 형사처벌 가능성이 있는 의료진들에게는 불안감을 줄 수밖에 없다.

독일의 경우에는 이처럼 팬데믹 상황 하에서의 의료우선순위 결정을 ‘차별’을 매개로 접근하였고 장애 등을 이유로 한정된 의료자원 배분 시에 불이익을 주어서는 안 된다는 점을 명확히 하였다. 또한 연방헌법재판소 결정에 이어진 입법에서 보고의무를 통한 개선 입법을 도모하였다는 점과 상호 협조를 강조한 것은 일종의 예방적 조치로 볼 수 있으므로 우리에게 시사하는 바가 있다 하겠다.

아직까지 우리 헌법재판소에 팬데믹 상황과 관련된 의료우선순위 결정이 내려진 바는 없다. 또한 독일 연방헌법재판소의 경우에는 기본법 제3조 제3항 제2문이 개별 평등규정에 해당하여 일반적 평등원칙과 달리 차별이 중대한 기본적 제한으로 이어지는 특정한 표지(여기서는 장애인에 대한 차별금지)를 헌법에서 명시적으로 규정하고 있으므로 그 효력범위 안에서는 입법자의 입법형성권이 엄격히 제한된다는 점에서 우리 헌법의 평등 조항과는 차이가 있다.

연방헌법재판소의 트리아지 결정이 실질적으로 DIVI의 권고안보다 상세하거나 배분 정의적 측면에서 명확한 가이드라인을 제시해 주지는 않으며, 이는 후속 입법에서도 찾아 볼 수 없다. 그렇지만 적어도 해당 사안에 관해 결정을 내림으로써 장애인이 팬데믹 상황에서 당면할 수 있는 불이익에 관해 돌아볼 기회를 마련하고 이들의 목소리를 대변하였다는 점에서 해당 결정의 의의를 찾을 수 있을 것으로 생각된다.

참 고 문 헌

- 김기영, 박경기, 허정식, 코비드-19(COVID-19) 위기와 의료의 우선순위에 대한 비교법적 고찰, *한국의료법학회지* 제29권 제1호, 2021, 47-70면.
- 김수배, 팬데믹 상황에서 희소 의료자원 분배의 문제 -연령 기준에 대한 공리주의, 공동체주의, 자유주의의 입장 검토-, *인문학연구 통권* 6호, 2023, 5-39면.
- 김준혁, 코로나19로 인한 응급 상황에서 의료자원 분배 및 백신 접종의 우선순위 설정, *생명, 윤리와 정책* 제4권 제1호, 2020, 67-96면.
- 박상혁, 보건의료자원의 분배에 있어서 세대 간 정의: N. Daniels의 프루덴셜한 평생이론, *한국의료윤리학회지* 제16권 제1호(통권 제36호), 2013, 11-26면.
- _____, 감염병 대유행과 보건의료자원의 분배윤리, *동서인문학*, 2020, 261-291면.
- 배그린 외, 포커스 그룹인터뷰를 통한 보건의료자원배분 우선순위에 대한 사회적 선호 확인: 연령, 중증도, 사회적 연대를 중심으로, *보건경제와 정책연구* 제28권 제1호, 2022, 25-42면.
- 배성민, 의료자원을 분배할 때 연장자우선규칙은 어떻게 정당화되는가?, *생명윤리* 제22권 제2호(통권 제44호), 2021, 1-17면.
- 송윤진, COVID-19 팬데믹 시대의 법과 의료 윤리: 의료자원의 분배 문제를 중심으로, *아세아여성법학* 제23호, 2020, 41-74면.
- 안병하, 팬데믹으로 인한 의료자원의 소진(消盡)시 치료의 우선순위 결정(Triage) -희소한 의료자원 배분의 기준을 위한 논의의 출발-, *비교사법* 제29권 제4호(통권 제99호), 2022, 1-29면.
- 우맹식, 정의로운 의료체계 논의의 도덕교육적 함의 연구, *서울대학교 박사학위논문*, 2019.
- 이경도, 코로나 19로 인한 자원 부족 상황에서 의료 자원의 배분 정의, *한국의료윤리학회지* 제23권 제3호(통권 제46호), 2020, 145-169면.
- _____, N. Daniels의 생애에 대한 타산적 접근법과 그에 대한 비판: S. Brauer를 중심으로, *한국의료윤리학회지* 제18권 제4호(통권 제45호), 2015, 457-477면.
- 이보람 외, 보건의료자원 배분의 우선순위 설정 기준에 대한 체계적 문헌고찰, *보건경제와 정책연구* 제25권 제4호, 2019, 57-91면

- 이현정, 독일 연방헌법재판소 ‘Triage’ 결정(2021) 분석을 통해 본 장애인에 대한 차별 금지, 세계헌법연구 제30권 제1호, 2024, 1-24면.
- 임민경, 사회적 가치에 근거한 보건의료자원 분배기준, 서울대학교 박사학위논문, 2013.
- 장운혁, 정창록, 인공지능과 의료자원분배, 한국의료윤리학회지 제20권 제4호(통권 제53호), 2017, 386-405면.
- 정문식, 감염병의 대유행에 있어서 의약품 부족 시 의약품 제공기준에 관한 헌법적 정당성, 의료법학 제13권 제1호, 2012, 155-198면.
- 정창록, 의료자원 분배의 도덕성 논쟁 – QALY에 대한 찬반 입장을 중심으로, 한국의료윤리학회지 제15권 제1호(통권 제33호). 2012, 1-23면.
- 최규환, 인간존엄의 형량가능성, 헌법재판연구원 2021.
- Augsburg, Steffen, Regelbildung für existentielle Auswahlentscheidungen, in: Hörnle, Tanja / Huster, Stefan / Poscher, Ralf (Hrsg.), Triage in der Pandemie, Tübingen 2021, S. 3-39.
- Barnewold, Julia, § 5c IfSG quo vadis? – Therapiefreiheit vs. Lebenswertindifferenz, JuWissBlog Nr. 1/2024 v. 09.01.2024, <https://www.juwiss.de/1-2024/>.
- Brade, Alexander/Müller, Maxi, Corona-Triage: Untätigkeit des Gesetzgebers als Schutzpflichtverletzung?, in: NVwZ 2020, S. 1792-1797.
- Brech, Alexander, Triage und Recht: Patientenauswahl beim Massenanfall Hilfebedürftiger in der Katastrophenmedizin: ein Beitrag zur Gerechtigkeitsdebatte im Gesundheitswesen, Berlin 2008.
- Britz, Gabriele, Grundrechtliche Schutzpflichten in bald 50 Jahren Rechtsprechung des BVerfG, in: NVwZ 2023, S. 1449-1458.
- Dederer, Hans-Georg: Keine Triage ohne gesetzliche Grundlage: Konsequenzen aus dem Triage-Beschluss des BVerfG vom 16.12.2021, VerfBlog, 2021/12/28, <https://verfassungsblog.de/keine-triage-ohne-gesetzliche-grundlage/>.
- Dederer, Hans-Georg/Preiß, Marina, Gesetzliche Regelung der pandemiebedingten Triage, Verfassungsrechtliche Grundlegungen und Regelungsoptionen im Lichte des Triage-Beschlusses des BVerfG, in: JZ 2022, S. 170-180.
- Eckart, Christian / Winkelmüller, Michael, Infektionsschutzrecht Kommentar, 2. Aufl.

München 2023.

Engländer, Armin, Pflichtenkollision bei der Ex-ante-Triage, in: Hörnle, Tanja / Huster, Stefan / Poscher, Ralf (Hrsg.), Triage in der Pandemie, Tübingen 2021, S. 111-148.

Fateh-Moghadam, Bijan/Gutmann, Thomas, Gleichheit vor der Triage. Rechtliche Rahmenbedingungen der Priorisierung von COVID-19-Patienten in der Intensivmedizin, in: Hörnle, Tanja / Huster, Stefan / Poscher, Ralf (Hrsg.), Triage in der Pandemie, Tübingen 2021, S. 291-334.

Gelinsky, Katja, Brauchen wir ein Triage-Gesetz? Zur Verteilung von Überlebenschancen bei unzureichenden medizinischen Ressourcen, Konrad-Adenauer-Stiftung e. V. Informationen & Recherchen, Berlin 2020.

Gutmann, Thomas/Fateh-Moghadam, Bijan, Geplante Regelung der Triage – Grundrechtsschutz als Farce, in: ZRP 2022, S. 130-132.

Grziwotz, Herbert / Grziwotz, Marc, Corona, Patientenverfügung und Triage, in: NZFam 2021, S. 189-191.

Hahn, Lisa / Petras, Maximilian / Valentiner, Dana-Sophia / Wienfort, Nora, Grundrechte Klausur- und Examenswissen, Berlin 2022.

Hong, Mathias: Corona-Triage and Human Dignity: On the Limits of Balancing Life Against Life, VerfBlog, 2020/3/31, <https://verfassungsblog.de/corona-triage-and-human-dignity/>, DOI: 10.17176/20200331-133213-0.

Hörnle, Tanja / Huster, Stefan / Poscher, Ralf (Hrsg.), Triage in der Pandemie, Tübingen 2021.

Huster, Stefan, Much Ado about Nothing: Die Triage-Entscheidung des BVerfG ist eine einzige Enttäuschung, VerfBlog, 2021/12/29, <https://verfassungsblog.de/much-ado-about-nothing/>, DOI: 10.17176/20211230-110307-0.

_____, Wer hat Angst vor der Triage? Ähnlichkeiten und Unterschiede zu anderen Priorisierungsentscheidungen und ihre normative Bedeutung, in: Hörnle, Tanja / Huster, Stefan / Poscher, Ralf (Hrsg.), Triage in der Pandemie, Tübingen 2021, S. 83-107

- Kersten, Jens/Rixen, Stephan, Der Verfassungsstaat in der Corona-Krise, 3. Aufl., München 2022.
- Klöpfer, Michael (Hrsg.), Pandemien als Herausforderung für die Rechtsordnung, 1. Aufl., Baden-Baden 2011.
- Kranz, Dagmar / Ritter, Dennis, Die Triage-Entscheidung des BVerfG und die Folgen, in: NVwZ 2022, S. 133-137.
- Lehner, Roman, : Problem erkannt, Problem gebannt?: Zur Triage-Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts, VerfBlog, 2021/12/30, <https://verfassungsblog.de/problem-erkannt-problem-gebannt/>, DOI: 10.17176/20211230-230355-0.
- Lübbe, Weyma, Effizienter Ressourceneinsatz in einer Pandemie und das Kriterium der klinischen Erfolgsaussicht. Prämissen und Fehlschlüsse, in: Hörnle, Tanja / Huster,Stefan / Poscher, Ralf (Hrsg.), Triage in der Pandemie, Tübingen 2021, S. 257-289.
- Marckmann, Georg/Neitzke, Gerald/Schildmann, Jan, Triage in der COVID-19-Pandemie – was ist gerecht?, in: DOVO 2020; 11: S. 172-178.
- Paulo, Norbert: Für eine Neuregelung der pandemiebedingten Triage, VerfBlog, 2024/1/16, <https://verfassungsblog.de/fur-eine-neuregelung-der-pandemiebedingten-triage/>, DOI: 10.59704/98842fcd1ee327f1.
- Poscher, Ralf, Die Abwägung von Leben gegen Leben. Triage und Menschenwürdegarantie, in: Hörnle, Tanja / Huster,Stefan / Poscher, Ralf (Hrsg.), Triage in der Pandemie, Tübingen 2021, S. 41-81.
- Ranisch, Robert / Ehni, Hans-Jörg / Wiesing, Urban, Ethik der Triage: Entscheidungskriterien zur Verteilung von intensivmedizinischen Ressourcen im Kontext der COVID-19-Pandemie, in: Herausforderungen der Wissenschaftsethik, (Hrsg. Nikolaus Knoepffler, Klaus-Michael Kodalle) 2021, S. 97-114.
- Reiß, Tim, Erfolgsaussicht: Ein „geeignetes“ Triagekriterium?: Wie der neue Gesetzesentwurf die Frage mittelbarer Diskriminierung umgeht, VerfBlog, 2022/7/21, <https://verfassungsblog.de/erfolgsaussicht-triage/>, DOI: 10.17176/

20220721-113449-0.

Sachs, Michael, Grundrechte: Schutzpflicht zugunsten Behinderter, in: JuS 2022, S. 281-284.

Sowada, Christoph, Strafrechtliche Probleme der Triage in der Corona-Krise, in: NSTZ 2020, S. 452-460.

Tabbara, Annette, Der Triage-Beschluss des Bundesverfassungsgerichts, in: NZS 2022, S. 241-246.

Taupitz, Jochen, Infektionsschutzrechtliche "Triage" - Wer darf überleben? - Zur Verurteilung knapper medizinischer Güter aus juristischer Sicht, in: Kloepfer, Michael (Hrsg.), Pandemien als Herausforderung für die Rechtsordnung, Baden-Baden 2011, S. 103-125.

Walter, Tonio, Keine Verpflichtung zu einem Triagegesetz – und kaum Vorgaben dafür, in: NJW 2022, S. 363-366.

Zimmermann, Till, Kontraktualistische Überlegungen: Auf welche Zuteilungskriterien würden wir uns unter dem "Schleier des Nichtwissens" einigen?, in: Hörnle, Tanja / Huster, Stefan / Poscher, Ralf (Hrsg.), Triage in der Pandemie, Tübingen 2021, S. 221-255.

팬데믹 상황에서의 의료우선순위(Triage)와
장애인 차별 금지
- 독일에서의 논의를 중심으로 -

2024年 9月 5日 印刷

2024年 9月 12日 發行

발행: 헌법재판소
헌법재판연구원

인쇄: 성문인쇄사(02·2272·7553)

ISBN 979-11-94029-27-4

<비매품>

* 본 보고서의 내용은 본원의 공식견해가 아닙니다.

